

## התפתחויות אחרונות באחזקת ילדים בבתי הדין השרעיים

בעקבות בג"ץ 9740/05 פלונית נ' בית הדין השרעי לערעורים;  
בג"ץ 1129/06 פלונית ואח' נ' בית הדין השרעי לערעורים

מאת

### מוסה אבו רמדאן\*

מטרת המאמר היא להצביע על עימות המתפתח בין בית הדין השרעי לערעורים לבין בג"ץ באשר לחוק הכשרות המשפטית והאפוסטרופות, התשכ"ב-1962, ובאשר לפסיקה בענייני משמורת קטינים, ולהציע מסלול פסיקה חלופי שימנע את העימות. במאמר נטען כי בתי הדין השרעיים החלו בתהליך של "טיהור" פסיקתם מסממנים חילוניים ברמה הרטורית והסמלית ואסרו על כל זיקה לחקיקה החילונית. בין דברי החקיקה אשר במוקד ה"היטהרות" נמצא חוק הכשרות המשפטית והאפוסטרופות. אם כך, מדוע לא ביטל בג"ץ החלטות רבות יותר של בתי הדין השרעיים מאשר עשה בפועל? נטען, כי בג"ץ לא נצרך לעשות כן. שכן, בית הדין השרעי לערעורים אמנם הצהיר על אי החלתו של הדין האזרחי, אך בפועל הוא הכניס את "עקרון טובת הילד" דרך "הדלת האחורית", וקבע שהשריעה אכן מכירה בעיקרון זה. בית הדין פירש את הספרות ההלכתית מחדש וביצע, למעשה, אסלאמיזציה של המשפט הישראלי, במובן של לקיחת עיקרון ישראלי והפיכתו לאסלאמי. ריכוך נוסף בעמדתו, הקשוחה לכאורה, של בית הדין השרעי בא לידי ביטוי בקביעתו כי ניתן להיעזר בדו"חות של עובדים סוציאליים על מנת ללמוד על טובתו של הילד. נדון בשני מקרים שבהם דובר באמהות שבית הדין חשד שהתנצרו. בשני המקרים לא התייחסו בתי הדין השרעיים לדו"חות של העובדים הסוציאליים שהציגו את האם באור חיובי. למעשה, זנחו בתי הדין השרעיים במקרים אלה את טובת הקטינים לטובת שיקולים של שמירה על הדת. ליתר דיוק: הם קבעו, כי קבלת חינוך מוסלמי היא טובתם של הקטינים. בשני המקרים נושא המאמר נקבעו שני יסודות חשובים העלולים לגרום לקריסת פסיקתו של בית הדין השרעי לערעורים בעניין החזקת ילדים, שהתפתחה מאז 1994. הראשון – בניגוד

\* ד"ר מוסה אבו רמדאן, המרכז האקדמי כרמל. המאמר מוקדש לזכרו של אבי איסמעיל ז"ל. ברצוני להודות למערכת כתב העת "משפחה במשפט" של מכללת "שערי משפט" תודה מיוחדת לד"ר איילת בלכר-פריגת, לרוונה קפלן וכן לעו"ד מוסטפה ראפע. ברצוני להודות גם למכון ללימודים איסלאמיים באוניברסיטת מק-גיל בקנדה (Institute of Islamic Studies) אשר אירח אותי כעמית מחקר לשנת 2007-2008.

לפסיקה השרעית, פסק בג"ץ שחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות אכן חל על בתי הדין הדתיים, ובכללם על בתי הדין השרעיים. השני – הינו בעניין תפישת הכללים השרעיים, בנוגע לאחזקת ילדים, כחזקות.

**א. מבוא**

**ב. חלק ראשון: תחולתו של חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות על בתי הדין השרעיים**

1. עמדתו של בית הדין השרעי בעניין אי החלתו של חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות
2. עמדתו של בג"ץ בעניין החלתו של חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות

**ג. חלק שני: המשמורת**

1. הדין השרעי הקלאסי
2. פסיקת בית הדין השרעי לערעורים
  - א. גיל המשמורת
  - ב. נישואי האישה לגבר זר
  - ג. החזקת אישה שאינה מוסלמית בילדיה המוסלמים

**ד. הצעות לשינוי הדין**

**ה. סיכום**

**א. מבוא**

במדינת ישראל פועלות, כידוע, מערכות שיפוט דתיות, המוסמכות על פי דין לפעול בעיקר בנושאי מעמד אישי,<sup>1</sup> במקביל למערכת השיפוט האזרחית. היחסים בין שתי מערכות אלה לא תמיד מתנהלים על מי מנוחות. הערכאות הדתיות, במיוחד אלה האמונות על דינים בעלי סממנים פטריארכליים ולא שוויוניים, כגון בתי הדין השרעיים ובתי הדין הרבניים, מתמודדות עם שאלת התאמתו של הדין הדתי לדין החילוני.<sup>2</sup> במאמר זה נבחן את התמודדותם של בתי הדין השרעיים בעניין אחזקת ילדים, לאור שני פסקי דין של בית המשפט הגבוה לצדק שניתנו בעניין זה, כאשר בית הדין השרעי האזורי חשד באם כמי שמנהלת אורח חיים נוצרי.<sup>3</sup>

- 1 חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), התשי"ג-1953, ס"ח 165; סימנים 52, 54 לדבר המלך במועצה על ארץ ישראל, 1922, חא"י 27-38, (להלן: דבר המלך במועצה).
- 2 ראו לדוגמה רות הלפרין-קדרי "פלורליזם משפטי בישראל: בג"ץ ובתי הדין הרבניים בעקבות בבלי ולב" עיוני משפט כ(3) 683 (1997).
- 3 בג"ץ 9740/05 פלונית נ' בית הדין השרעי לערעורים, תק-על 1541 (1)06 (2006); בג"ץ 1129/06 פלונית נ' בית הדין השרעי לערעורים, תק-על 3313 (2)06 (2006).

אין מטרת מאמר זה להאריך בנושא הפרקטיקה של בית הדין השרעי וההלכה המוסלמית,<sup>4</sup> ואין מטרתו ללמוד על ההיבטים המשפטיים, הסוציולוגיים והאנתרופולוגיים ועל הבנת המשפט השרעי בתוך מערכת השדות השונים.<sup>5</sup> מטרת המאמר היא להצביע על עימות המתפתח בין בית הדין השרעי לערעורים לבין בג"ץ בנושא חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות,<sup>6</sup> ובאשר לפסיקה בענייני משמורת קטינים, ולהציע מסלול פסיקה חלופי שימנע את העימות. אטען כי בתי הדין השרעיים החלו בתהליך של "טיהור" פסיקתם מסממנים חילוניים ברמה הרטורית והסמלית ואסרו על כל זיקה לחקיקה החילונית. בין דברי החקיקה אשר במוקד ה"היטהרות" נמצא חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות. אם כך, מדוע לא ביטל בג"ץ החלטות רבות יותר של בתי הדין השרעיים מאשר עשה בפועל? אטען, כי בג"ץ לא נצרך לעשות כן. בית הדין השרעי לערעורים אמנם הצהיר על אי החלתו של הדין האזרחי, אך בפועל הוא הכניס את "עקרון טובת הילד" דרך "הדלת האחורית" וקבע שהשריעה מכירה בעיקרון זה. בית הדין פירש את הספרות ההלכתית מחדש וביצע למעשה אסלאמיזציה של המשפט הישראלי במובן של לקיחת עיקרון ישראלי והפיכתו לאסלאמי. ריכוך נוסף בעמדתו, הקשוחה לכאורה, של בית הדין השרעי בא לידי ביטוי בקביעתו כי ניתן להיעזר בדו"חות של עובדים סוציאליים על מנת ללמוד על טובתו של הילד.

כאמור, טענתי היא, כי במרבית המקרים, בג"ץ אינו מתערב בסופו של דבר, בהחלטות בית הדין, שכן, למרות הרטוריקה, בית הדין מחיל בפועל את עקרון "טובת הילד". אלא שבשני המקרים מושא התמקדותנו חלה התנגשות חזיתית. בשני המקרים מדובר באמהות שבית הדין חשד שהתנצרו. בשני המקרים לא התייחסו בתי הדין השרעיים לדו"חות העובדים הסוציאליים שהציגו את האם באור חיובי, וזנחו, למעשה, את טובת הקטינים לטובת שיקולים של שמירה על הדת. ליתר דיוק, קבעו, כי קבלת חינוך מוסלמי היא טובתם של הקטינים.

4 לעניין זה ראו: אהרן ליש "סיגולו של משפט הלכתי לזמן המודרני בסביבה זרה: השריעה בישראל" **דברי האקדמיה הלאומית הישראלית למדעים** 9(2), 13, 31-33 (התשס"ה);

Moussa Abou Ramadan, *The Transition from Tradition to Reform: The Shari'ah Appeals Court Rulings on Child Custody (1992-2001)*, 26 *Fordham Int'l L.J.* 594-655 (2003); Yitzhak Reiter, *Qadis and the Implementation of Islamic Law in Present Day Israel*, *ISLAMIC LAW: THEORY AND PRACTICE* 205 (R.Gleave and E.Kermeli eds., 1997).

5 Moussa Abou Ramadan, *Notes on The Anomaly of the Shari'a Field in Israel*, 15 *Islamic Law And Society* 84 (2008).

6 חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962, ס"ח 120 (להלן: חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות).

באופן פרדוקסלי, כדי למנוע את התערבות בג"ץ, חייבים בתי הדין השרעיים "לדבר" בשפתו של בית המשפט העליון. לפני בג"ץ מובאות הצהרות המובילות לכיוון ההלכה המוסלמית שאין להן נפקות מעשית, אך כאשר בית הדין השרעי מנסה לממש את הסממנים "האסלאמיים"<sup>7</sup> וליטול אותם ברצינות, מתערב בג"ץ והופך את החלטותיו.

בשני המקרים העומדים לפנינו, נקבעו שני יסודות חשובים העלולים לגרום לקריסת פסיקתו של בית הדין השרעי לערעורים בעניין החזקת ילדים, שהתפתחה מאז 1994. הראשון – בניגוד לפסיקה השרעית, פסק בג"ץ שחוק הכשרות המשפטית והאפורופסות אכן חל על בתי הדין הדתיים, ובכללם על בתי הדין השרעיים. השני – הינו בעניין תפישת הכללים השרעיים, בנוגע לאחזקת ילדים, כחזקות.

על כן, בחלקו הראשון של המאמר אדון בעמדותיהם של בג"ץ ושל בית הדין השרעי לערעורים בנוגע לתחולתו של חוק הכשרות המשפטית והאפורופסות. בחלקו השני, אתמקד בסוגיית המשמורת ובחינתה מזווית ראייתו של הדין הקלאסי ומזווית ראייתה של פסיקת בית הדין השרעי לערעורים. כאן אבקש להציע לבתי הדין השרעיים שתי דרכים לרפורמה בפסיקתו בעניין אחזקת ילדים מוסלמים ברשות האם אשר התנצרה: האחת – על בתי הדין השרעיים לנקוט אותה דרך פרשנית רפורמית שנהגו בה עד כה – בעניין תפישת הכללים החנפיים<sup>8</sup> של דיני החזקת ילדים – כחזקות הניתנות לסתירה.<sup>9</sup> השנייה – היא להראות כי קיימת דרך פרשנית אחרת, האפשרית ליישום לאור הדעות השונות שהושמעו בעניין זה על ידי חכמי הדת השונים.

7 אין כותב שורות אלה טוען שתמצית מהותו של האיסלם היא פטריארכלית. האיסלם ואחד מהיבטיו של המשפט המוסלמי כוללים משמעויות רבות, הנמצאות בטווח שבין האיסלם הליברלי לאיסלם הפטריארכלי. מצבים של משברים פוליטיים ותרבותיים גורמים לעיצוב מחדש של הזהות "האיסלמית" בכיוון של פטריארכליות. ראו:

Jean-Philippe Bras, *La Réforme du Code de la Famille au Maroc et en Algérie: Quelles Avancées Pour la Démocratie?*, 37 CRITIQUE INTERNATIONALE 93, 94-95 (2007); Marie Aimée Hélie-Lucas, THE PREFERENTIAL SYMBOL FOR ISLAMIC IDENTITY: WOMEN IN MUSLIM PERSONAL LAWS, IDENTITY POLITICS AND WOMEN: CULTURAL REASSERTIONS AND FEMINISMS IN INTERNATIONAL PERSPECTIVE 391 (Valentine Moghadam ed., 1994).

8 במשפט המוסלמי הקלאסי בעולם הסוני (שאליו משתייכים כמעט 90% מהעולם המוסלמי) קיימות ארבע אסכולות: האסכולה החנפית, האסכולה המאלכית, האסכולה השאפעית והאסכולה החנבלית. לכל אסכולה קיימת ספרות הייחודית לה, הן במישור של תיאוריית המשפט והן במישור של המשפט המהותי. בישראל, האסכולה השלטת, בהיעדר הוראה מפורשת, הינה האסכולה החנפית. דוגמה להבדלים בין האסכולות ראו להלן.

9 ראו הסבר להלן.

## ב. חלק ראשון: תחולתו של חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות על בתי הדין השרעיים

### 1. עמדתו של בית הדין השרעי בעניין אי החלתו של חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות

בניגוד להחלטותיו החוזרות ונשנות של בג"ץ, קבע בית הדין השרעי לערעורים, בפסקי דין רבים, שחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות אינו חל על בתי הדין השרעיים. בית הדין השרעי לערעורים נוקט אפוא גישה "טהרנית" של הדין המוסלמי.<sup>10</sup> השיח הדתי-המוסלמי השיפוטי בישראל, ככל שיח דתי, מנסה למקסם את המרחב הדתי. זאת, על ידי הישענות באופן ישיר על הכתוב בקוראן, תוך כדי התעלמות מההתפתחויות ההיסטוריות של המשפט המוסלמי. המשפט המוסלמי, עד למאה הנוכחית, עבר התפתחויות רבות בלתי מבוטלות, שנגרמו כתוצאה מפרשנותם של חכמי הדת, מחקיקת האימפריה העותמאנית ומהקמתה של מדינת ישראל. השימוש בקוראן באופן דוקני מעלה את ההגנה הנורמטיבית על הממסד הדתי. למעשה, כל פגיעה במצב הקיים ושינויו, משמעו פגיעה בקוראן ושינויו. ההישענות על המשפט הפוזיטיבי, שהינו תוצר מעשה אדם, גורם לאי נחת במערכת הדתית. השיח הדתי מנסה להציג עצמו כשיח "טהור" מכל טומאה או מכל רבב חילוני. בית הדין השרעי לערעורים, מאז 1994, אסר להסתמך על חקיקה אזרחית חילונית ישראלית,<sup>11</sup> בסוברו כי כל נושא ועניין מצויים בתוך השריעה.<sup>12</sup>

10 השיח שנוקט בית הדין השרעי לערעורים נובע מחוסר הלגיטימיות ומהמאבק המתמיד על ייצוב מעמדו של בית הדין בשדה השרעי. נוסף לביקורת בג"ץ, נמצא בית הדין מאוים הן מצד התנועות הפמיניסטיות והן מצד התנועות האיסלמיות. בית הדין מנסה לנתב דרכו בין הלחצים השונים בניסיון לשלב בין השיח האיסלמי לשיח הפמיניסטי. לעניין זה ראו:

Contextual Ido Shahaar, *Legal Reform, Interpretive Communities and the Quest for Legitimacy: A Contextual Analysis of a Legal Circular*, LAW, CUSTOM AND STATUTE IN THE MUSLIM WORLD: STUDIES IN HONOR OF AHARON LAYISH 198 (Ron Shahaar ed., 2007); Moussa Abou Ramadan, *Islamic Legal Reform: The Alimony of Muslim Wife in the Shari'a Court of Appeals*, 4(1) HAWWA 29 (2006); Moussa Abou Ramadan, *Notes on the Anomaly of the Shari'a Field in Israel*, 15 ISLAMIC LAW AND SOCIETY 84 (2008).

11 ראו לדוגמה בתי הדין השרעיים לערעורים: ערעור 27/92 (פורסם ביום 13.9.1992), וערעור 30/95 (פורסם ביום 10.3.1995), בית הדין השרעי לערעורים הסתמך בהם על סעיפים 24 ו-25 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות.

12 אין זה עניין ייחודי לבתי הדין השרעיים. גם בתי הדין הרבניים מאפשרים שיח בדבר לגיטימיות ההלכה ובדבר פסיקת בתי הדין הרבניים מלפני קום המדינה. ראו דעתו של השופט טל בבג"ץ 3269/95 כץ נ' בית הדין הרבני האזורי בירושלים, פ"ד נ(4) 590, 628-629 (1996); איסי רוזן-צבי

לדוגמה, בערעור 191/97 מיום 29.12.1997, נאמר כי "צריך להעיר שהחוק האזרחי, אשר הסתמך עליו בית הדין דלמטה בבסיס החלטתו במזונות הזמניים, אין לו שום קשר לכללי המשפט של בתי הדין השרעיים, מכיוון שהחוק אינו מופעל על המוסלמים וזאת משום האיסור שחל על בית הדין השרעי לפסוק בהתאם לחוקים אשר נשאבים מהמשפט המוסלמי. על בית הדין לפסוק רק על פי כללי השריעה"<sup>13</sup>. בפסק דין אחר נאמר: "בית הדין מעיר, שבית הדין השרעי האזורי נשען על סעיף 25 לחוק הכשרות שזהו חוק פוזיטיבי, בית הדין יכול לשפוט על פי כללי המשפט המוסלמי בלבד ומיותר לציין שכללי השריעה האצילה מושלמים וכוללניים ומחילים תשובה לכל תהייה או שאלה"<sup>14</sup>. בפסק דין מאוחר יותר נאמר: "וכאן אנחנו חוזרים ומאשרים, שבית הדין השרעי לערעורים מיישם את השריעה האורתודוקסית והוא רואה בשריעה מערכת שיפוטית מלאה וכוללנית. הסברנו זאת לא פעם בעבר"<sup>15</sup>. על פי עמדת בית הדין השרעי לערעורים, אף חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו אינו חל על בתי הדין השרעיים.<sup>16</sup> באופן זה, בית הדין השרעי לערעורים מדגיש את טוהר

"סובייקט, קהילה ופלורליזם משפטי" עיוני משפט כג (2) 539 (התש"ס); ראו גם דברי הדיין, כבוד הרב מ"י מאזוז, לעניין חוק יחסי ממון בין בני זוג, התשל"ג-1973, ס"ח 267 (להלן: חוק יחסי ממון), המצוטטים בבג"ץ 9734/03 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד נט (2) 295, פ"ג (2004), "...עד כמה טחו העיניים מראות שחוק זה עם הלכת בבלי, שם ללעג ולקלס את כל עבודת בית הדין הרבני, באשר עניינו ועיני כל ישראל רואות שאין בית דין בישראל שיסכים לדון לפי חוק זה". וראו גם דברי הניזפה של השופט רובינשטיין.

13 ראו גם בית הדין השרעי לערעורים: ערעור 106/94, דברי ניסאן בעמ' 19, דברי אלכשאף, בעמ' 106, 100, בעניין חוק לתיקון דיני משפחה (מזונות), התשי"ט-1959. וגם ערעור 59/95 (פורסם ביום 19.7.1995) דברי אלכשאף, בעמ' 193, 195; ערעור 37/95 (פורסם ביום 30.7.1995), דברי אלכשאף בעמ' 232, 234 (הציטוטים מתוך פסקי הדין השרעיים, תורגמו על ידי מחבר המאמר).

14 ערעור 63/94 (פורסם ביום 13.10.1994).

15 ערעור 48/94 (פורסם ביום 31.3.1995) דברי אלכשאף בעמ' 73, 74; ראו גם אלכשאף בעמ' 352, 357 (פורסם ביום 1.11.1995): "כבר בית דין זה אמר שאסור לפנות באופן התנדבותי לחוקים האזרחיים כל עוד הם אינם מופנים לבית הדין הדתי באופן ישיר. במקרה שמדובר בו בחוק ישיר אשר קובע שצריך להחיל אותו בבתי הדין הדתיים, ובית דין דתי התעלם ממנו, הדבר נשאר בגדר טעות שיפוטית ולא ניתן לאף צד לפסול זאת אלא רק בית המשפט הגבוה לצדק, ראו בד"ם 1/81 נגר נ' נגר, פ"ד לח(1) 365 (1984). מה קורה כאשר החוק הוא כללי ואינו מופנה ישירות לבית הדין הדתי? בית דין זה הינו בית דין דתי אסלאמי מחויב ביישום השריעה של האסלאם, אין הוא נוצר אלא ליישום השריעה האצילה, אם המחוקק רצה שבית הדין הדתי יישם החוק הפוזיטיבי כמו שעושים בתי המשפט האזרחיים, מה יצדיק את קיומו של בית הדין השרעי? ההנחה שכל קבוצה רוצה לנהל את ענייניה המשפחתיים בהתאם לכלליה הדתיים היא העיקרון בקיומם של בתי הדין הדתיים, והשריעה האסלאמית היא שיטה משפטית ייחודית, כללית ועלינו לשמר את הכללים השרעיים וליישם אותם.

ראו גם ערעור 58/98 (פורסם ביום, 19.7.1998); ערעור 91/99 (פורסם ביום 31.5.1999).  
16 ערעור 194/99 (פורסם ביום 22.11.1999) וגם ערעור 247/98 (פורסם ביום 30.12.1998).

אסלאמיותו. נוסף על כך, בית הדין השרעי דואג להדגיש את הרצף ההיסטורי של המשפט המוסלמי ואת המשכיותו, והוא מציג את כללי השריעה ככאלה שלא נפגעו, כקו ליניארי של היסטוריה קפואה וזהה.<sup>17</sup> אולם, בפועל, לאורך השנים, התבצעו חילופי משטרים שונים שפגמו ברצף זה. ניתן לומר כי בבית הדין השרעי לערעורים החל עידן חדש עם מינוים של שלושה קאדים באופן קבוע בשנת 1994. מי שעמד בראש והוביל את המדיניות בדבר אי תחולת החוק הפוזיטיבי הינו נשיא בית הדין השרעי לערעורים, אחמד נאטור, אשר התווה מדיניות זו באופן מפורש. בראיון לעיתון **סאוט אלחק ואלחריה**,<sup>18</sup> אשר שייך לפלג הצפוני של התנועה האסלאמית, התבטא הקאדי נאטור באלה המילים: "אני מאמין שצריך שבית הדין השרעי יישם רק את הכללים השרעיים וזה תפקידו, אני מתפלל כיצד בית הדין השרעי מאמץ את המשפט הפוזיטיבי. מי מהאזרחים אשר רוצה להישפט על פי החוק הפוזיטיבי שיפנה לבית דין אזרחי ואנחנו מצידנו נפעל לשם הסרת המשפט הפוזיטיבי בבית הדין השרעי לערעורים."

17 ערעור 106/94 (פורסם ביום, 19.4.1995) דברי אלכשאף בעמ' 102: "הכללים השרעיים חלים על בתי הדין השרעיים בישראל ובגדה המערבית ועל חלקים אחרים מהעולם הערבי מאז ימי השלטון העותמני, כאשר כללים אלה אוחדו בחוקים כמו למשל המגילה, הפרוצדורה השרעית, חוק המשפחה. כללים אלה של השריעה מיושמים על בתי הדין השרעיים מאז השלטון העותמני משנת 1917 וכך המשיך הדבר בזמן המנדט הבריטי. בכל הקשור לענייני המעמד האישי לא הוסף ולא נגרע דבר. אלא כל שעשה המחוקק המנדטורי, הוא לקבוע מסגרת חקיקתית בדבר המלך במועצה, ואצ"ן במיוחד את סעיף 52 המוזכר לעיל. כמו כן, מכוח סעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948, ע"ר 2, תוס' א, 1, נשאר בתי הדין השרעיים פועלים על פי כללי השריעה ושופטים על פי השריעה האסלאמית האצילה". הצגת ההמשכיות של בתי הדין השרעיים עם בתי הדין השרעיים בימי האימפריה העותמנית וההתעלמות מההתפתחויות ההיסטוריות. ניתן לראות גם באתר הרשמי של משרד המשפטים: "בתי הדין השרעיים קיימים מאז האימפריה העותמאנית, אז הם היו בית המשפט של המדינה". המנדט הבריטי השאיר את המצב המשפטי שקדם לו בכפוף לשינויים שהכניס, וכך נשאר בתי הדין השרעיים על כנם, אולם תחם את סמכויותיהם לענייני המעמד האישי של המוסלמים בלבד.

מדינת ישראל הכירה בבתי הדין השרעיים, בסמכויותיהם ובדין התקף בהם וזאת בהתאם לפקודת סדרי השלטון ומשפט ואף חוקק חוק הקאדים, התשכ"א-1961, ס"ח 118, שהכיר בקאדים שכיהנו בבתי הדין ערב הקמת המדינה. ראו: [www.justice.gov.il/MOJHeb/BatiDinHashreim](http://www.justice.gov.il/MOJHeb/BatiDinHashreim). יש לציין שרק קאדי שכהן בתי הדין השרעיים בישראל כהן גם לפני הקמת המדינה. מדובר בעיוות העובדות ההיסטוריות לשם הדגשת ההמשכיות. אם יישנה התאמה בין הצגת בתי הדין השרעיים ומשרד המשפטים ההתאמה הזאת נובעת ממניעים שונים. בעוד שבתי הדין השרעיים רוצים להראות לגיטימיות היסטורית בהדגשת ההמשכיות וחיבורם לאימפריה העותמאנית, מטרת משרד המשפטים היא להראות אי פגיעה בחופש הדת.

18 פורסם ביום 1.7.1994 (תרגום: "קול האמת והחופש").

הקאדי זועבי ניסה להסביר את אי החלתו של חוק הכשרות על בתי הדין השרעיים באומרו: <sup>19</sup> "אין מנוס שאעיר שפסק דין של בית הדין הינו נכון בתוצאתו, למרות שמתבסס על סעיף 25 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות לשנת 1962. אולם, על בית הדין לפעול על פי הכללים שנגזרו מהשריעה השלמה שהתגלתה לנביאו של האל. השריעה כללית וכוללנית תקפה לכל זמן ולכל מקום. בתי הדין השרעיים הוקמו במיוחד כדי לדון בתביעות של האנשים והסדרת המחלוקות על פי השריעה ולא על פי החוק הפוזיטיבי. כיצד יהיה כך? האם מותר לנו ליישם חוק פוזיטיבי בעוד שהשריעה שלנו מלאה בטקסטים שרעיים הכוללים נושאים הנוגעים לאנשים (עיבאד)? קל וחומר כאשר החוק בעצמו בסעיף 79 קובע שלא יוסיף סמכויות לבתי הדין הדתיים ולא יגרע מסמכויותיהם... יוצא איפוא, שעל בית הדין להתבסס בפסיקתו על הטקסטים השרעיים המוחלים עליו ולא על חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות..."

סעיף 79 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות העוסק בשמירת דינים ושיפוט קובע, כי מי שמוקנית לו סמכות, סמכותו תיותר על כנה.

בעניין זה לדוגמה, יש לבתי הדין הרבניים ולבתי הדין של העדות הדתיות הנוצריות המוכרות, סמכות מקבילה. לאחר חקיקת החוק, סמכותם המקבילה נשמרה. באופן דומה, נשמרו גם סמכויותיהם של בתי הדין השרעיים, כך שלאחר חקיקת החוק נותרה סמכותם ייחודית כשהייתה. אולם, סעיפים 24 ו-25 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, המאזכרים את עקרון טובת הילד, הינם סעיפים **מהותיים** ולא פרוצדורליים. הבחנה זו בין פרוצדורה למהות שימשה נושא למחלוקת חריפה בפסיקה, אשר משפיעה על מידת התערבותו של בג"ץ בפסיקת בתי הדין הדתיים.

ניסיון אחר להסביר את אי תחולתו של חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות נמצא בפסק דין 135/96, שבו פסק הקאדי נאטור: "ארצה להעיר שבית הדין הדתי אינו חייב ליישם את חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות כי אינו מופנה ישירות אליהם כמו חוק שיווי זכויות האישה, תשי"א-1951..."<sup>20</sup>, באחד מפסקי הדין התייחס בית הדין השרעי לערעורים לסוגיה זו וקבע כי הוא אינו מיישם את חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות ואת חוק שיווי זכויות האישה, וזאת בלי שנתן הסברים ונימוקים המתייחסים לחוק הישראלי. בית הדין הסתפק "במדיניות של בתי הדין השרעיים שקובעת את אי ההישענות על חוקים פוזיטיביים שאינם נשאבים מ'השריעה האצילה'. העיקרון בשיטתנו השיפוטית היא ה'שריעה האצילה' שהינה מכילה סדר שיפוטי כולל ושלם".<sup>20</sup>

19 ערעור 127/97 (פורסם ביום 24.11.1997).

20 ערעור 279/2005 (פורסם ביום 12.12.2005).



## 2. עמדתו של בג"ץ בעניין החלתו של חוק הכשרות המשפטית והאפוסטרופסות

פסיקתם של בתי הדין הדתיים כפופה לביקורת בג"ץ. הביקורת אינה אמורה לבחון אם הדין הדתי הוחל באופן התואם את ההלכה הדתית. הביקורת הינה ביקורת חיצונית להלכה הדתית.

בניגוד לטענה המקובלת, שלפיה בג"ץ רואה את ענייני המעמד האישי כחלק מהאוטונומיה וכמסורים לסמכותם הייחודית של בתי הדין הדתיים, ועל כן אין הוא נוטה להתערב בפסיקתם, הרי שבדיקה ביקורתית של פסיקת בג"ץ משקפת תמונה שונה לחלוטין. בג"ץ מתערב ומבטל החלטות הסותרות את חוקי המדינה החלים על בתי הדין הדתיים, אם אלה התעלמו מהם. הוא מתערב הן בשאלת הסמכות והן בדין המהותי. שאלת הסמכות היא כאמור עילה להתערבות בג"ץ. באשר לדין הדתי המהותי, למרות הצהרותיו על אי התערבות, מתערב בג"ץ בדין הדתי, מפרשו<sup>21</sup> ומתאים אותו להשקפתו החילונית. זאת, לא רק במקרים נושא עניינינו שבהם חל הדין החילוני, אלא אף במקרים המסורים לסמכותו הייחודית של בית הדין הדתי, כמו לדוגמה, עניין הגירושין. דוגמה טובה לכך היא פסק הדין בעניין פלונית<sup>22</sup> שבו נקבע כי צו שיפוטי

21 ראו לדוגמה: בג"ץ 6533/05 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול, תק-על (3)06, 363, פ"ס 8 (2006). "כפי שנאמר בהודמנויות רבות בעבר, בית משפט זה אינו יושב כערכאת ערעור על בתי הדין הרבניים ואינו בודק האם פסיקותיהם תואמות את הדין העברי. זהו תפקידו של בית הדין הרבני הגדול, שהינו ערכאת הערעור על בתי הדין האזוריים, ואחרי פסיקתו של בית הדין הרבני הגדול אין ולא כלום (בג"ץ 323/81 וילחוני נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים, פ"ד לו(2) 733 (1982)). עם זאת, ישנם מקרים בהם מוסמך בית המשפט הגבוה לצדק להתערב בהחלטותיהם של בתי הדין הרבניים. התערבות זו מוגבלת לאמור בסעיף 15 לחוק יסוד: השפיטה....". אמרה זו חוזרת פעמים רבות והיא הפכה למעין ריטואל קבוע שנעשה כל אימת שבג"ץ מתמודד עם פסק דינו של בית דין דתי. ראו למשל הדוגמאות הבאות: בג"ץ 5912/06 פלוני נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים, תק-על (3)06, 4888 (2006); בג"ץ 2593/06 פלוני נ' בית הדין הרבני האזורי פתח-תקווה, תק-על (3)06, 2625 (2006); בג"ץ 4360/06 פלוני נ' בית הדין האזורי בירושלים, תק-על (3)06, 754 (2006); בג"ץ 1923/91 רונצורג נ' בית הדין הרבני האזורי בחיפה, פ"ד מו(2) 1 (1991); בג"ץ 6533/05 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול, תק-על (3)06, 636 (2006); בג"ץ 1983/05 פינק נ' בית הדין הרבני האזורי בת"א, תק-על (2)05, 4509 (2005); לגבי בתי הדין השרעיים ראו לדוגמה: בג"ץ 32/62 האפוסטרופוס לנכסי נפקדים נ' בית הדין השרעי לאזור עכו, פ"ד טו 1942 (1962); בג"ץ 10063/06 פלוני נ' בית הדין השרעי לערעורים, תק-על (1)07, 1333 (2007); ראו גם לאחרונה בג"ץ 11230/05 מואסי נ' בית הדין השרעי לערעורים, תק-על (1)07, 2955 (2007).

22 אצביע על שלוש דוגמאות המתייחסות לעדות דתיות שונות. האחת, בבע"מ 5794/03 פלונית נ' פלוני, תק-על (4)05, 2594 (2005), נקבע שצו שיפוטי לפירוד קבוע בבית דין כנסייתי קתולי שלגביו אין הדין מתיר גרושין מהווה "פקיעת הנישואין עקב גירושין" בהתאם לסעיף 5(א) לחוק יחסי ממון. למעשה, בית המשפט "הוציא את חוק יחסי ממון מהקשרו בדין האישי וסווגו כדין ממוני. בית המשפט קבע שחל פירוד קבוע רק לצורך חלוקת הרכוש ואין הוא קבוע מסמרות באשר לסמכותו של

בית הדין של העדה הנוצרית קתולית. **בעניין אחר הנוגע למוסלמים**, התערב בג"ץ בהעניקו פרשנות המנוגדת לדין הדתי המוסלמי, בג"ץ 9347/99 **חמוה נ' בית הדין השרעי לערעורים בירושלים**, פ"ד נה(2) 59 (2001), עסק בשאלת פרשנותו של סעיף 130 לחוק המשפחה העותמני אשר מכוחו הקאדי ממנה בוררים לעניין גרושין. פסק הדין אישר את פרשנותו של בית דין השרעי לערעורים. בפסק הדין הועלתה השאלה, האם מדובר בפסק דין של בוררים שלא ניתן לערער עליו או שמדובר בהחלטה סופית? הסיפא של סעיף 130 קובעת "החלטת אלה (הכוונה לבוררים – מ' א' ר') תהיה סופית ואינה ניתנת לערעור". באותו מקרה אימץ בית הדין האזורי השרעי החלטת בוררים בעניין שלילת זכות האישה לחלק מהמוהר. בית הדין השרעי לערעורים הפך את החלטתו של בית הדין האזורי והעניק לאישה את מלוא המוהר. בית המשפט העליון דן בלשון החוק, למרות שמדובר בחוק שאמור לעשות קודיפיקציה של המשפט המלכי בנדון. בית המשפט העליון התייחס לסעיף זה כאל סעיף בחוק בלי להפנות למקורות הקלאסיים לפרשנותו.

"האופן שבו יפורש הסעיף ייתן מענה על השאלה אם בית הדין השרעי לערעורים חרג מסמכותו בהתערבו בהחלטת בית הדין השרעי האזורי שאימץ את החלטת הבוררים אשר מונו בהתאם לסעיף 130 לחוק. אם אכן יש בכך חריגה מסמכות לאור האמור בסעיף 130, לבית משפט זה, ביושבו כבית משפט גבוה לצדק, הסמכות להתערב בפסקו של בית הדין השרעי לערעורים בהתאם לסעיף 15(ד)(4) לחוק יסוד: השפיטה. מאידך, אם אין מדובר בחריגה מסמכות, הרי, כטענת העותרת, אל לו לבית משפט זה, ביושבו כבית משפט גבוה לצדק, להתערב בהחלטת בית הדין המעוגנת בפרשנותו את עובדות המקרה על רקע הדין השרעי." שם, בעמ' 597.

"...דעתי היא שהפרשנות הנכונה של המשפט שבמחלוקת היא כי הסופיות הנזכרת בו משמעותה, שמהשלב האמור עובר העניין להחלטתו של בית הדין השרעי אשר מינה את הבוררים. בשלב זה הבוררים סיימו את תפקידם, ועל בית הדין השרעי לומר את דברו. המשפט משתמש במינוח- 'החלטת אלה'. 'אלה' – הם הבוררים, וכונת הכתוב בדבר הסופיות היא כי החלטתם היא סופית, במובן זה שהחלטתם היא ההחלטה האחרונה הניתנת במסגרת העניין על ידי בוררים קודם שביט הדין השרעי יאמר את דבריו. הליך הבוררות לפי סעיף 130 מוצה, ומשלב זה על בית הדין השרעי להכריע בסכסוך כשהחלטת הבוררים בפניו. אין פירוש הדבר שבית הדין השרעי אינו יכול להחזיר העניין לבוררים. אך נכון לשלב זה סיימו הבוררים את מלאכתם, החלטתם 'סופית', והעניין מועבר להחלטת בית הדין השרעי.

פירוש זה מתיישב עם העובדה שעל מנת שיהיה תוקף לפירוד בין בני הזוג, יש צורך בפסק דין של בית דין שרעי. החלטת הבוררים כשלעצמה אינה מתירה את הנישואין. רק לאחר מתן פסק דין על ידי בית הדין ניתן לרשום את הנישואין בהתאם לחוק (סעיף 131 לחוק). אין זה סביר לפרש את המשפט שבמחלוקת באופן שאף על פי שבית הדין נדרש לפסוק, לא מסור לו שיקול דעת אם לקבל את החלטת הבוררים או לאו", שם, בעמ' 598. פרשנות זו של בית המשפט הגבוה לצדק סותרת את הדין המלכי שבהשראתו חוקק סעיף 130 לחוק המשפחה העותמאני. על פי אסכולה זו, אין הקאדי מוסמך לשנות את החלטת הבוררים בדבר הפרדה בין בני הזוג, גם אם הקאדי אינו מסכים לכך. ראו לדוגמה לעניין זה חליל בן אסחק, **מחחסר חליל** 133 (אל-מכתבה אל-מלכיה, 1981); הערות דסוקי (מת 1815/1230), דסוקי **חאשיאת אל-דסוקי עלה אל-שרח אלכביר: הפירוש המורחב** 2, 34 (קהיר: אלחלבי); דרדיר (מת 1786/1201), דרדיר **אל-שרח אלסגיר: הפירוש המצומצם** 2, 514 (קהיר: דאר אלמאערף במסר); ראו לאחרונה באותו כיוון בג"ץ 11230/05 **מואסי נ' בית הדין השרעי לערעורים בירושלים**, תק-על (1)07 2955 (2007); בפסק הדין **השלישי**, בג"ץ 2829/03

לפירוד שניתן בבית דין כנסייתי קתולי – שעה שלגבי נוצרים קתולים אין הדין מתיר גירושין – מהווה "פקיעת הנישואין עקב גירושין" בהתאם לסעיף 5(א) לחוק יחסי ממון.<sup>23</sup> ניתן להיווכח בכך שבית המשפט הוציא בהחלטה זו את חוק יחסי ממון מהדין האישי וסיווגו כדין ממוני. בית המשפט סייג את פסיקתו במונח זה שהיא תחול במצב של פירוד קבוע לצורך פתרון בעיות ממוניות, ולא תחול לצורך בחינת סמכותו של בית הדין של העדה הנוצרית הקתולית. ההתערבות של בית המשפט נעשית באופן דיסקרטי, שלא לומר "מחתרתי", במונח זה שבג"ץ נמנע מלכתוב פסקי דין ארוכים אלא מוציא תחת ידו כמה דפים בודדים, כך שפסיקתו תמשוך תשומת לב מעטה. זאת, למעט מקרים נדירים, שבהם עשה בג"ץ מאמץ ניכר כדי ללבן את הסוגיות שהובאו לפניו.<sup>24</sup>

בשבתו כבית משפט גבוה לצדק בודק בית המשפט העליון אם קיימת חריגה מסמכות או פגיעה בכללי הצדק הטבעי. בית המשפט בודק גם אם בית הדין הדתי מיישם חקיקה המופנית אליו.<sup>25</sup> לדוגמה, השופט גויטיין קבע משכבר הימים: "כבר הוחלט פעמים אין ספור שבית משפט זה כבית משפט גבוה לצדק לא יתערב בפסקי דין של בתי דין דתיים אלא אם הם פוסקים בעניינים שאינם בסמכותם, או במקרים המגלים אי התחשבות בצדק הטבעי (denial of natural justice), או במקרים יוצאים מן הכלל, הדורשים את התערבותנו להשלטת הצדק (administration of justice). כך כבר נפסק שבית משפט זה לא יהפוך עצמו לבית משפט לערעורים על פסקי דין של בתי דין דתיים. כלומר, אם בתי הדין טועים בפירושו של החוק, או מתעלמים מחוק מסוים,

**פלונית נ' בית הדין הדתי הדרוזי לערעורים בעכו**, תק-על 106 (1) 601 (2006), דובר בפסק דינו של בית הדין הדתי הדרוזי בעכו שקבע כי הבעל פירק את הנישואין באופן חד צדדי, כפי שמאפשר לו הדין הדתי הדרוזי. בית הדין הדתי הדרוזי אישר החלטה זו. בג"ץ קבע, כי היות שהחוק הפלילי אוסר על פירוק נישואין חד צדדיים והוראה זו מופנית לבתי הדין הדתיים הרי שגירושין אלה אינם תופסים. שלוש הדוגמאות האלה מצביעות על כך שלעניין דיני הגירושין, לפחות בכל הנוגע למיעוטים הדתיים בישראל, קיימת התערבות בדין הדתי המהותי ובניגוד גמור לדין הדתי, גם בעניינים המסוריים לסמכותו הייחודית של בית הדין הדתי.

23 ס' 5(א) לחוק יחסי ממון בין בני זוג, התשל"ג-1973, ס"ח 267; עניין **פלונית**, לעיל ה"ש 12.

24 אעיר כי, כתיבת פסקי דין מנומקים וארוכים הינה פועל יוצא של מידת הקשב שבית המשפט העליון מעניק לתופעה חברתית מסוימת וכן של מידת הקשב והעיסוק שהוא מצפה מקהילת המשפטנים או אולי גם מהציבור הרחב בסוגיה זו. כאשר מדובר בפסק דין מפורט הרי שהאמור בו מהווה אתגר אינטלקטואלי (יש בו "בשר") ואפשר לדון בו ולכתוב אודותיו, מה שאין כן שעה שמדובר בפסק דין קצר, שאז קיים סיכוי נמוך שהוא ימשוך תשומת לב.

25 בג"ץ 202/57 **סידס נ' הנשיא וחברי בית הדין הרבני הגדול**, פ"ד (ב) 1528 (1958), דן בעניין החלת חוק שיווי זכויות האישה על בתי הדין הרבניים. ראו מנשה שאוה "האם סטייה או התעלמות של בית דין דתי מהוראת חוק חילונית, המופנית אליו במיוחד, כמוה כ'חריגה מסמכות'?" **הפרקליט** כח(3) 299 (1973).

אין לבית משפט זה אפשרות לתקן את המעוות. התרופה היחידה היא לפנות לבית דין לערעורים של בית הדין הדתי ואם גם הוא טועה, אין לבטל את פסק הדין והוא תקף".<sup>26</sup> הוראות החוק, המופנות לבתי הדין הדתיים, הורחבו עם הזמן. אין מדובר עוד בהוראות חוק שבהן צוין באופן מפורש כי הן חלות על בתי הדין, אלא מדובר ברשימה של חוקים נוספים, כגון חוק האזנת סתר.<sup>27</sup> נוסף לכך, כל אימת שנאמר בחוק כלשהו "בית משפט" גם בתי הדין הדתיים במשמע, והחוק חל עליהם.<sup>28</sup> באופן גורף יותר, מנסה בית המשפט העליון – במיוחד בפסק דין **בבלי** – לצמצם כמה שאפשר את החלת הדין הדתי ולהרחיב את תחולת הדין החילוני. בפסק דין **בבלי**, שינה בית המשפט העליון את נוסחת יחסי הכוחות בין בתי הדין הדתיים לבית המשפט העליון על ידי כך שאין הוא מסתפק עוד בהוראות המופנות במפורש לבתי הדין הדתי, אלא הופך את הכלל ואת חריגיו, וקובע שבית הדין הדתי יהיה חייב, ככלל, ליישם את הדין החילוני, ורק בעניינים של מעמד אישי שבסמכותו הייחודית יהיה על בית הדין הדתי ליישם את הדין הדתי.<sup>29</sup>

בפסיקה מאוחרת אנו עדים לכך שלא רק החקיקה האזרחית הוחדרה למבצרו של בית הדין הדתי אלא גם החקיקה הפלילית הוכנסה אל בין כותלי בתי הדין הדתיים. בבג"ץ **פלונית נ' בית הדין הדתי הדרוזי לערעורים בעכו**<sup>30</sup> פורשו גם ההוראות הפליליות כהוראות המופנות לבתי הדין הדתיים בדומה להוראות חוק המופנות אליו באופן מפורש. נראה כי מאז אותו פסק דין, הדיכוטומיה שנעשתה בין המישור הפלילי למישור האזרחי הפכה להיות נחלת העבר. במקרה הנדון, דובר על גירושין בעל כורחה של אישה דרוזית, שלא לפני בית משפט, דבר המהווה עבירה פלילית לפי סעיף 181 לחוק העונשין.<sup>31</sup> בית המשפט קבע נוסף לעבירה הפלילית, כי אין נפקות לאקט הגירושין וכי בני הזוג ייחשבו כנשואים. מה שלא כך בדין הדרוזי החל בישראל. לפי הדין הדרוזי החל בישראל, גבר רשאי לגרש אישה בלא לשאול לרצונה וגירושין מסוג זה יהיו תקפים. נראה שבפסיקה זו התערב בית המשפט בשאלת תוקף הגירושין, נושא המוגדר במובהק כעניין מענייני המעמד האישי שבסמכותו של בית הדין הדתי, וקבע נוסף לעבירה הפלילית גם את תוקף הגירושין. אם זוהי אכן הפרשנות הראויה, הרי שנישואין פוליגמיים יהיו חסרי תוקף; במקרה כזה לא תחול רק העבירה הפלילית אלא גם תבחן שאלת תוקפם של הנישואין.

- 26 בג"ץ 187/54 **ברייה נ' קאדי בית הדין השרעי המוסלמי פ"ד ט 1193, 1198 (1955)**; ראו בג"ץ 2598/02 **טופז נ' בית הדין הרבני הגדול**, תק-על 2(2) 741 (2002).
- 27 בג"ץ 1135/02 **וזגאל נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים**, פ"ד נו(6) 14 (2002).
- 28 בג"ץ 6650/04 **פלונית נ' בית הדין הרבני האזורי בנתניה**, תק-על 2(2) 1736 (2006).
- 29 הלפרין-קדרי, לעיל ה"ש 2.
- 30 בג"ץ 2829/03 **פלונית נ' בית הדין הדתי הדרוזי לערעורים בעכו**, תק-על 1(1) 601 (2006).
- 31 ס' 181 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, ס"ח 226.

ונשוב לענייננו: בפסיקה עקבית של בית המשפט הגבוה לצדק נקבע שיש להחיל את חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות על בתי הדין הדתיים.<sup>32</sup> בבג"ץ פלונית נ' פלוני<sup>33</sup> נקבע הדבר במפורש ובאורח שאינו משתמע לשתי פנים. בבג"ץ קבע כי "על סוגיית משמורת קטינים הנדונה בבית הדין השרעי, חלים חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962, וחוק שיווי זכויות האישה, התשי"א-1951". והוסיף, "הוראות שני חוקים אלה חלות אף כאשר סמכות השיפוט נתונה בידי בתי דין דתיים, ובכלל זה בתי דין שרעיים (סעיף 7(ב) לחוק שיווי זכויות האישה וסעיף 79 סיפא לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות)". בפסק דין מאוחר יותר נקבע כי "המסגרת הנורמטיבית הקשורה בטובת הקטין ידועה, ומעוגנת היא בחוק שיווי זכויות האישה התשי"א-1951 ובחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962".<sup>34</sup> ולבסוף, בבג"ץ פלוני נ' בית הדין השרעי לערעורים, נקבע כי "על סוגיית משמורת קטינים הנדונה בבית הדין השרעי חלים חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962 וחוק שיווי זכויות האישה, התשי"א-1951".<sup>35</sup>

ראוי לציון פסק דין שניתן בשנת 2006, ה"מרכז" כביכול את החלת חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות.<sup>36</sup> בפסק דין זה ביקש האב לבטל את פסקי הדין של בית

32 בג"ץ 5182/93 יהודית לוי נ' בית הדין הרבני האזורי רחובות, פ"ד מח(3) 1, 7 (1994); בג"ץ 5227/97 דויד נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד נה(1) 459, 453 (1998); בג"ץ 1842/92 בליגרונר נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים, פ"ד מו(3) 423, 439 (1992), ראו דברי הש' חשין. "מן העניין לציון כי חלק ניכר מאותן עתירות אשר בהן נתבקש בית המשפט הגבוה לצדק להתערב בהחלטותיהם של בתי דין דתיים, עניינן היה בחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות (להלן – חוק הכשרות), והוא בעניין טובתו של קטין. בהתאם להוראות סעיף 25 לחוק הכשרות אמור בית משפט לקבוע בהחזקתו של קטין 'כפי שייראה לו לטובת הקטין' – לאמור, טובת הקטין היא השיקול המכריע והיא האמורה להדריך את בית המשפט בהכרעתו-וסעיף 79 לחוק הכשרות מוסיף וקובע, כי ציוויו של סעיף 25 מפנה עצמו לא אך אל בית המשפט אלא אל בתי דין דתיים בתחום סמכותם. הוראת סעיף 25 מכוונת עצמה אפוא במישורין אל בתי הדין הדתיים; לשון אחר: בתי הדין הדתיים חייבים ואמורים לפסוק על פיה-וטובתו של קטין היא שתכריע. התערבותו של בית המשפט הגבוה לצדק נדרשת אפוא-והיא תבוא – במקום שבית דין דתי לא פסק כמצווה עליו – על-פי טובתו של הקטין – אלא על פי שיקולים שאינם בהכרח טובתו של הקטין". יש לציון חריג בפסיקה של השופט אלון – ב"מ 1/81 נגר נ' נגר, פ"ד לח(1) 395, 365 (1984); בג"ץ 128/72 נאצר נ' בית הדין הרבני הגדול לערעורים, פ"ד כו(2) 403 (1972); ע"א 458/79 ניר נ' ניר, פ"ד לה(1) 518 (1980); בג"ץ 7/83 ביארס נ' בית הדין הרבני האזורי בחיפה, פ"ד לה(1) 673 (1984). לפעמים מחיל בג"ץ גם את עקרון טובת הילד בלי להזכיר את חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות ואת חוק שיווי זכויות האישה. ראו לדוגמה בג"ץ 4238/03 לוי נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד נח(1) 480, פס' 7 (2003).

33 בג"ץ 8906/04 פלונית נ' פלוני, תק-על(3) 767 (2005).

34 בג"ץ 9740/05 פלונית נ' בית הדין הגבוה לערעורים בירושלים, תק-על(1) 1541, פס' יב (2006).

35 בג"ץ 1129/06 פלוני נ' בית הדין השרעי לערעורים, תק-על(2) 3313 (2006).

36 בג"ץ 2578/03 פחמאוי נ' פחמאוי, תק-על(2) 2033 (2006).

הדין השרעי האזורי בחיפה ושל בית הדין השרעי לערעורים. בית הדין השרעי בחיפה החליט שלאם תהיה חזקה על ילדתה הקטינה בעוד שלאב תהיה זכות ביקור וראייה. בית הדין הסתמך על חוות דעת של פסיכולוג. האב שהוא העותר פנה לבית הדין השרעי לערעורים וטען, בין היתר, שלא ניתנה לו הזדמנות להביא את ראיותיו ולהשמיע את כל עדיו.

בית הדין השרעי לערעורים קבע שעד שהקטינה תגיע לגיל תשע, תהא החזקה לאם הביולוגית כל עוד היא כשירה לכך. אם האב יבקש להוכיח את חוסר כשרותה – עליו נטל ההוכחה. נקבע, שהאב לא הצליח לעמוד בנטל ההוכחה, מה גם שכל התסקירים פעלו לטובת האם.

בג"ץ בחן אם הייתה פגיעה בכללי הצדק הטבעי. במסגרת פגיעה זו בדק, אם לא ניתנה לצדדים הזדמנות להשמיע טענותיהם ולהביא ראיותיהם, שאם כן – בג"ץ יתערב. בנסיבות העניין, לא שוכנע בג"ץ שלא ניתנה לעותר הזדמנות לטעון את טענותיו ודחה את הטענה שפסיכולוג חינוכי אינו מוכשר ואינו מוסמך לבדוק מסוגלות הורית. בית המשפט הוסיף,<sup>37</sup>

ראשית, בית-הדין הסתמך על הוראות סעיפים 380 ו-391 לספר הדינים השרעיים, לפיהם על הקטינה להישאר במשמרת אמה הטבעית בהתקיים תנאי הכשרות למשמרת אצל האם. שנית, בית-הדין הסתמך על התסקירים שהוכנו על-ידי פקידי הסעד, אשר המליצו כי טובת הקטינה – במשמרת אמה.

אמנם בג"ץ לא הזכיר את חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, אך אין זה אומר שחוק זה אינו חל לאור הפסיקה הענפה אשר אוזכרה לעיל, המתייחסת באופן מיוחד לבתי הדין השרעיים. פסק הדין שצוטט, שונה משני פסקי הדין נושא מאמר זה, שכן הוא מנסה לשלב בין הדין החנפי לבין הדין הישראלי, במעין היברידיות משפטית.

### ג. חלק שני: המשמורת

לאחר שבחנתי את עמדת בג"ץ ובתי הדין השרעיים בנוגע להחלתו של חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות על האחרונים, וזאת – בניגוד לעמדתם המוצהרת של בתי הדין השרעיים, אפנה כעת לרכיב השני בפסיקת בג"ץ, סוגיית המשמורת. בית המשפט העליון מוטט את התיאוריה בדבר החזקת קטינים שפותחה בבתי הדין השרעיים מאז 1994. בחלק זה אעמוד הן על ההלכה הקלאסית והן על ההתפתחות בפסיקתו של בית הדין השרעי לערעורים, וזאת – כדי להדגיש את השלכותיה של פסיקת בג"ץ בנדון.

37 שם, בפס' 19.

## 1. הדין השרעי הקלאסי

במשפחה המוסלמית, כפי שהיא מצטיירת בספרי ההלכה, מוקנות לאב סמכויות רחבות. האב הוא האפוטרופוס על ילדיו. הוא גם האפוטרופוס לנישואין ככל שאפוטרופוס כזה נחוץ. הוא האחראי לחינוך ילדיו. עליו מוטלת החובה באופן בלעדי, כל עוד הוא נמצא ואינו חולה במחלה, לזון את ילדיו ולפרנסם. כדי לרכך את העוצמה הפטריארכלית, מעניקים כללי החזקה סמכויות לאם בגילאים מסוימים. אם נשווה כללים אלה לדין שחל בעבר לדוגמה בבריטניה,<sup>38</sup> הרי שבבריטניה לא היה לאם מעמד כלשהו. ניתן לומר, לאור האמור, כי היחסים בין האב לילדיו הם מעין יחסים רכושיים.

הדין **החנפי** הקלאסי מציב תנאים לזכאים **בחדאנה** – בהחזקת ילדים:<sup>39</sup> על המחזיק להיות בגיר, שפוי, חופשי, שלא ייווצר מצב שבו הילד "יילך אצלו לאיבוד". כאשר מדובר באישה, התנאים לזכאותה הם: (א) שלא תהיה נשואה לגבר זר. המבחן בשאלה מיהו גבר זר הינו האפשרות להינשא לילדי הזוג שהתגרש, גבר זר הוא אדם **הרשאי** להינשא לילדיהם של בני הזוג הגרוש. במקרה של נישואים לגבר זר, האישה – בהלכה החנפית הקלאסית – תאבד את זכאותה להחזקת הילדים. אולם, אם היא תינשא לגבר שאינו זר, כמו לדוגמה אחיו של הבעל שגירשה, היא לא תאבד את זכאותה להחזקת הילד. (ב) בן עד גיל שבע או בת עד גיל תשע יהיו בחזקת האם. הדין החנפי מציב רשימה של נשים הזכאיות להחזקת ילדים במקרה שהאם-הזכאית אינה ממלאת אחר התנאים השונים. ברשימה זו, ניתנה עדיפות ראשונית לנשים. בראש הרשימה נמצאת האם, לאחר מכן אם האם, לאחריה אם האב – וכן הלאה. גם כאשר הילדים נמצאים בחזקת האם באופן פיסוי, קיימת לאב זכות לפקח על גידול הילד, לאמור: עניין האפוטרופוסות נשאר בידי האב ולו הסמכות לקבוע בכל שאלה שבענייני רכוש ילדיו, לרבות בשאלה למי יינשא.

האפוטרופוסות בלעדית לגברים האגנטיים.<sup>40</sup> לפיכך, האם אינה רשאית להעביר את הילדים למקומות מרוחקים ממקום שהייתו של האב. למעשה, עקרון טובת הילד הוא בגדר קריאה אנכרוניסטית, במובן זה שהמושג "משמורת" אמנם קיים בספרות ההלכתית המוסלמית הקלאסית אך אינו מתפרש באותו האופן שבו מתפרש הוא בדין הישראלי (נעשה שימוש במילה היסטורית בלא להתחשב במימד הזמן – שינוי המציאות החברתית).

Danaya C. Wright, *The Crisis of Child Custody: A History of the Birth of Family Law in England*, 11 COLUM. J. OF GENDER & L. 175 (2002)

Y. LINANT DE BELLEFONDS, TRAITÉ DE DROIT MUSULMAN COMPARÉ 152-176 (1973);

Mahdi Zahraa & Normi A. Malek, *The Concept of Custody in Islamic Law*, 155

ARAB LAW QUARTERLY, 177 (1998)

40 "אגנטיים" – מושג המבטא את הקירבה המשפחתית הזכרית של האב, כגון: אחיו, אביו או סבו.

## 2. פסיקת בית הדין השרעי לערעורים

ברוב פסקי הדין הכיר בית הדין השרעי בעקרון טובת הילד כעיקרון מנחה בסוגיות הכרוכות בהחזקת ילדים. בית הדין השרעי לערעורים אזכר באופן שיטתי את העיקרון, והוא הפך לחלק אינטגרלי בכל פסק דין העוסק בהחזקת ילדים.<sup>41</sup> הוא חל לא רק לצורך קביעת המשמורת בין ההורים, אלא גם כאשר מדובר בעניין הסדרת ביקורים אצל הזכאים לכך, כמו ההורה השני או הסב.<sup>42</sup> נאמר על עיקרון זה שהוא מהווה "שיקול בסיסי".<sup>43</sup> בית הדין אף דימה את העיקרון לאינטרס של האומה המוסלמית.<sup>44</sup> לאחר מכן, קבע בית הדין שהחכמים עיצבו את הכללים באופן כזה כדי שהאינטרס של הילדים – אשר מהווה עיקרון מנחה בעניין החזקתם – יישמר. בית הדין קבע, שגיל הילדים שנקבע על ידי החכמים לעניין החזקתם הינו חזקה הניתנת לסתירה, והמבקש לסותר – עליו הראיה. לדוגמה, אם קיימת חזקה שלפיה בת תישאר בחזקת אימה עד שימלאו לה תשע שנים, הרי שאם יבקש האב שהבת תהיה בחזקתו – עליו נטל ההוכחה לעניין טובתה.

גם בחוק הישראלי קיימת חזקת הגיל הרך, אך היא תקפה עד גיל שש. לאחר גיל זה, עניין החזקת הילדים אמור להיבחן אך ורק על פי עקרון טובת הילד, ללא שום חזקה נוספת. אין זה אומר שבמציאות לא קיימות הטיות מגדריות בתפישתם של בתי המשפט האמורים להחיל את עקרון טובת הילד.<sup>45</sup>

בדין השרעי, כפי שפורש, קיימים כללים המהווים חזקות לעיקרון בדבר טובת הילד ועל פיהם על הקאדים לפסוק. ככלל, קיימת מחלוקת פוסקים בשאלה אם קביעת "כללים" של משמורת או סטנדרטים של שיקול דעת, מיטיבים יותר עם ילדים. יש הטוענים כי קביעת כלל מטיבה עם ילדים יותר מאשר העיסוק האינדיווידואלי בילד

41 לדוגמה, ערעור 92/96 (פורסם ביום 27.10.1996); ערעור 94/97 (פורסם ביום 20.7.1997); ערעור 254/98 (פורסם ביום 6.12.1998); ערעור 50/98 (פורסם ביום 25.3.1998); ערעור 92/98 (פורסם ביום 18.8.1998); ערעור 248/98 (פורסם ביום 29.11.1998); ערעור 137/01 (פורסם ביום 17.2.2002); ערעור 138/05 (פורסם ביום 20.6.2005); ערעור 279/05 (פורסם ביום 12.12.2005); ערעור 59/06 (פורסם ביום 29.6.2006).

42 ערעור 164005 (פורסם ביום 30.6.2005); ערעור 179/05 (פורסם ביום 30.6.2005).

43 ערעור 98/15 (פורסם ביום 16.2.1998); ערעור 99/56 (פורסם ביום 27.4.1999); ערעור 206/98 (פורסם ביום 18.10.1998); ערעור 63/94 (פורסם ביום 13.10.1994); ערעור 94/48 (פורסם ביום 16.1.1994); ערעור 31/96 (פורסם ביום 17.4.1996); ערעור 33/92 (פורסם ביום 18.11.1992), דברי אל-כשאף, בעמ' 77.

44 ערעור 137/01 (פורסם ביום 17.2.2002).

45 Susan Beth Jacobs, The Hidden Gender Bias Behind The Best Interest of the Child Standard in Custody Decisions, 13 Ga. St. U.L. Rev. 845 (1997).



מסוים.<sup>46</sup> אולם, אציין – בלי להיכנס לעובי הקורה של דיון זה – שניתן לומר שהחזקות בדין המוסלמי כפי שפורשו על ידי הקאדים אינן מתיישבות עם עקרון טובת הילד. שהרי, למרות שהמושג "טובת הילד" שנוי במחלוקת, הפירוש שנותנים לו בתי הדין השרעיים (הצבה מראש של רשימת זכאים בדין החנפי, הצבת תנאים של דת, האיסור להינשא לגבר זר, שאינם מדרכי הפעולה הנהוגים במשפט האזרחי הישראלי), אינו מקובל במקרים מסוימים על דעתו של בית המשפט העליון. חיזוק לאמירה זו מצוי בשני המקרים נושא המאמר, שבהם ביטל בג"ץ את הפסיקה השרעית. כך, גם לגבי אישה שנישאת לגבר זר, המאבדת את זכאותה להחזקת הילד, אלא אם כן יוכח אחרת. כלומר, אם יוכח שטובת הילד תימצא דווקא בחזקתם של האם ובעלה-האב הזר.

כפי שניווכח לדעת, פסע בית הדין השרעי לערעורים כברת דרך במעבר מהמתכונת הקלאסית לרפורמית. המתכונת הקלאסית, שבה נהג, מכתיבה קביעה ערכית מהותית שלפיה העיקרון המנחה בכל הקשור להחזקת ילדים הוא עקרון טובת הילד. הדרך או הטכניקה להגשמת עיקרון זה היא ראיית הכללים הקלאסיים של דיני החזקת הילדים כפרוזומפציות, כחזקות, שמטרתן לשמור על טובת הילד. טכניקה זו שבית הדין השרעי לערעורים נקט דומה להפליא להצעתו של פנחס שיפמן<sup>47</sup> בעניין המשפט העברי ועקרון טובת הילד, שלפיה:

אילו ההנחה של הדין העברי, לפיה טובתם של בנים מעל גיל שש היא שיהיו אצל אביהם (והבנות מעל גיל זה אצל האם) הייתה הנחה נוקשה שלעולם אין לסטות ממנה ואחריה אין ולא כלום, ניתן היה לטעון – ובצדק – שהיא נוגדת את חובתו של השופט להפעיל את שיקול דעתו, בקביעת טובת הילד, לגבי כל מקרה ומקרה על פי נסיבותיו. כבילת שיקול דעת על ידי ההנחה התיאורטית לא הייתה מתיישבת עם עקרון טובת הילד. אך, לאמיתו של דבר, הדין העברי אינו קובע כלל הנחות נוקשות וכובלות שכאלה. אדרבא, כאשר מוכח שמבחינת טובת הילד עדיף שיוחזק על ידי ההורה האחר או אדם אחר, לא יהסס הדיין לפסוק על פי הוכחות אלו. ההנחות הכלליות הן פריזומפציות הקובעות את

46 לדיון הזה ניתן לפנות לדוגמה, למקורות הבאים: Mary A. Glendon, *Fixed Rules and Discretion in Contemporary Family Law and Succession Law*, 60 TUL. L. REV. 1165 (1986); Carl E. Schneider, *Discretion, Rules and Law: Child Custody and the UMDA's Best-Interest Standard*, 89 MICH. L. REV. 2215 (1991).

47 פנחס שיפמן "טובת הילד" בבית הדין הרבני "משפטים" ה' 421 (התשל"ד). ראו דברי הביקורת: אליאב שוחטמן "למהותם של כללי ההלכה בסוגיית החזקת הילדים" **שנתון המשפט העברי** ה' 285 (התשל"ח).

טובתו המשוערת של הילד ובהן ישתמש הדיין רק בהעדר הוכחות  
נוגדות לגבי טובתו...<sup>48</sup>

החזקות הן חלק מדיני הראיות. הן משמשות כלי ראייתי נוסף ליתר האמצעים הראייתיים. החזקה במקרים מסוימים מניחה עובדה כקיימת, ובמקרים אחרים – כדי להפעיל את החזקה – יש להוכיח עובדת יסוד. המשפט הישראלי<sup>49</sup> והמשפט האנגלי<sup>50</sup> מבחינים בין חזקות שבעובדה לחזקות שבדין. חזקות שבעובדה הן הנחות המוסקות כאשר עובדה אחרת הוכחה וכאשר אין ראיה סותרת את העובדה המוסקת. חזקות שבדין הינן חזקות מן החוק, שאינן מהוות תמיד אמצעי הוכחה, אלא מעניקות פטור מהוכחה או מנטל הוכחה, לאמור: בהתקיים המרכיב הראשון של החזקה, מוענק פטור מהוכחת המרכיב השני או מהנטל להוכיחו, כשהוא, כאמור, מושא ההוכחה. חזקות שבדין נחלקות לשתי קטגוריות. יש חזקות אשר ניתנות לסתירה בראיות סותרות ויש חזקות שאינן ניתנות לסתירה. נפקותן של החזקות שבעובדה ושל החזקות שבדין הניתנות לסתירה, היא העברת נטל ההוכחה. החזקות אינן רק טכניקה בדיני הראיות אשר נועדו לחקר האמת; בחלקן הן נועדו להגן על אינטרסים ועל ערכים מסוימים. במקרה הראשון, ניסיון החיים מלמד שהדברים מתרחשים, בדרך כלל, באופן מסוים בהתקיים עובדות מסוימות. אך מדובר רק בעניין הסתברותי שהרי תמיד קיימות האפשרויות לטעות והאפשרות שלא תהיה חפיפה בין ההנחה למציאות.<sup>51</sup> במקרה השני, החזקות אינן כלי להתקרבות לאמת העובדתית והן משקפות ערכים אידיאולוגיים מסוימים. הדוגמה המובהקת לכך היא חזקת החפות, שכן לא כל אדם הנהנה מחזקה זו אכן לא ביצע את העבירה. כן נודעת חזקת הייחוס, שלפיה כל אדם הנישא לאישה ובתוך פרק זמן מסוים האישה הרה ונולד להם ילד, ההנחה היא שהילד הוא ילדו.<sup>52</sup>

#### א. גיל המשמורת

בספרות השרעית החנפית קבע אחד מחכמי ההלכה, אבו לית' אל-סמרקנדי, שהילד יישאר אצל אימו "עד שיהיה מסוגל לאכול, לשתות ולהתרחץ לבדו". מקובל להניח

48 שיפמן, שם, בעמ' 426-427.

49 אליהו הרנון **דיני ראיות** חלק ראשון (1985); שניאור ז' פלר "על הקטגוריות של החזקות (אגב פסקי-הדין סובאח, צ'לנקו ופלוני)" **מחקרי משפט** יג(2) 357 (1996).

50 ADRIAN KEANE, THE MODERN LAW OF EVIDENCE 633-656 (5th ed., 2000)

51 P. Foriers, *Présomptions et fictions*, in LES PRESOMPTIONS ET LES FICTIONS EN DROIT 7, 10-11, 16 (Ch. Perelman & P. Foriers eds., 1974)

52 Jerzy Wroblewski, *Structure et fonctions des présomptions juridiques*, in LES PRESOMPTIONS ET LES FICTIONS EN DROIT 43, 57-58 (Ch. Perelman & P. Foriers eds., 1974).

שגיל זה הוא תשע שנים.<sup>53</sup> קדרי חוזר על קביעה זו ומוסיף שקטינה תיוותר בחזקת אמה עד לקבלת הווסת הראשונה, אך בלי לקבוע גיל מוגדר מראש.<sup>54</sup> החכם סרחסי<sup>55</sup> טען שבנים ובנות חייבים לעמוד בקריטריונים זהים של בגרות, וקבע שהן הילד והן הילדה יישארו בחזקת אמם עד שיהיו מסוגלים להתרחץ ולאכול בכוחות עצמם. לאחר גיל זה, ישמור האב על הקטין. לפי גישה זו, הנשים נתפשות בחולשתן – הן אינן מסוגלות לשמור על עצמן ולהגן על ילדיהן המתבגרים, שהרי הן משולות ל"לחם על וואדם" ("בשר על האש" שכל אחד יחפוץ ליטול ממנו חלק). סרחסי גורס שתפקידה של האם לחנך את בתה וללמדה את עבודות הבית. אם היא תבלה את שנותיה הראשונות אצל אביה, הרי שביישנותה, הנתפשת כתכונה חיובית, תפחת, והרי "ביישנות הנשים היא תפארת" (וואחיא פי אלניסא זינה). על כן, ראוי כי תשהה באותה תקופה בחזקת האם. מצב הילדה משתנה בעת שהיא בשלה לנישואים. בגיל זה היא נתונה **לפתנה** (פיתוי והיעדר מוסר) ולכן תעבור האפוטרופסות לרשות האב, שתפקידו לגונן עליה ולהשיאה. המשמורת על הילד גם היא משמרת את תפקידו החברתי החד-משמעי של הבן: הוא חייב ללמוד מראשית דרכו את מנהגי הגברים, ולהכשרתו לתפקיד זה מתאים האב יותר מהאם. היחשפות למנהגי הנשים והשהייה במחיצתן הן משחיתות (**מפסדה**) ועלולות להביא לכך שהילד יאמץ את טבע הנשים. קביעותיו של סרחסי הן סוציולוגיות באופיין. הוא מכיר בכך שההתנהגות המגדרית מעוצבת על ידי הסביבה, ולכן יש לשלוט בה ולרסנה לטובת הילדים. מטרת החלוקה הדיכוטומית על-פי גיל ומגדר נועדה לשעתק את האידיאולוגיה בדבר התפקידים השונים והמשלימים שבין גברים לנשים בתרבות האסלאמית.<sup>56</sup>

בשלב מוקדם זה של התפתחות ההלכה המוסלמית עדיין לא נשתרשה הקביעה שילדים זכרים יישארו עד גיל שבע שנים בחזקת אימם וילדות עד גיל תשע שנים. מרגינאני מציין שאלחסאף<sup>57</sup> הגדיר את גיל המעבר לשבע שנים, אך לגבי ילדה הוא לא הצביע על גיל מסוים. כך גם קובע אלזילעי במפורש את גיל המעבר של הילד לשבע שנים כפי שקבע אלחסאף והוסיף "עליה אלפתווה".<sup>58</sup> האמרה "עליה אלפתווה"

53 אל-סמרקנדי (מת 983/375), פתאווי אלנוואזל **פסקי-ההלכה** 221 (ביירות: דאר אל-כתב אלעלמיה, 2004).

54 קדרי (מת 1036/428), מחתסר קדרי **תמצית קדרי** 174 (ביירות: דאר אל-כתב אלעלמיה, 1997).

55 סרחסי (מת 1090/483), אל-מבסוט **הפרוש** כרך 5 182-187 (ביירות: דאר אל פקר, 2000).

56 ABDELWAHAB BOUHDIBA, *SEXUALITY IN ISLAM* (Alan Sheridan Translated, Routledge & Kegan Paul, 1985). נראה, עם זאת, שבספרות הטרום-מורנית ההתייחסות להומוסקסואליות הייתה פחות שלילית מכפי שנוטים להניח: Frédéric Lagrange, *L'obsécinité du Vizir*, 53(1) Arabica 54 (2006).

57 אל מרגינאני (מת 1197/593), אלהדאיה **ההדרכה** כרך 2 326 (ביירות: דאר אל ארקם בן אבי אל-ארקם).

58 זילעי (1342/743) תביין אל חקאיק **הבהרת העובדות** כרך 3 295 (ביירות: דאר אל-כתב אלעלמיה, 2000).

מכריעה בין חילוקי הדעות ומפחיתה את אי הוודאות. הביטוי "עליה אל-פתוה" מגביל את הקאדי במוכן זה שיהיה עליו להיצמד לדעה זו הנמצאת באסכולה ההלכתית, בשל ריבוי הדעות בתוך האסכולה החנפית.<sup>59</sup> לגבי הבת, מזכיר אלזילעי את אבי לית שקבע שגיל המעבר לבנות הוא תשע שנים והוסיף "עליה אלפתוה".<sup>60</sup> מאוחר יותר, קבע אבן אלהמאם שילד ייוותר בחזקת אימו עד גיל שבע, אולם לא קבע גיל מפורש למעבר הבת.<sup>61</sup> בעקבות זילעי, פירש חכם ההלכה אבן נגים את הספר "גנו אלדקאי" של אל-נספי ואשרר את שקבע זילעי בעניין גילאי המעבר.<sup>62</sup> (בדרכו הלך גם הפרשן שיח זד).<sup>63</sup> בסיומם של חילוקי דעות אלה. נראה שהפוסק זילעי היה הראשון שקבע את הגילאים למשמורת הילד בידי האם, לשבע שנים ולתשע שנים לבנים ולבנות, בהתאמה. דעה זו הפכה לדעה הרווחת והקובעת, והיא אומצה גם בקוד של קדרי פאשה.<sup>64</sup> והנה, בית הדין השרעי לערעורים ערער על קביעה קאנונית זו, בהציגו אותה כחזקה הניתנת לסתירה בפסיקה השרעית שלפני 1994. הנימוק לסטייה מהגיל הנקוב בספרות החנפית המאוחרת היה אחר. ראו לדוגמה פסק דין משנת 1988, שבו נקבע:

בית הדין השרעי לערעורים גורס כפי שנפסק בפסקי דין בעבר, שגיל החדאנה אינו מבוסס על קביעת אסמכתא דתית בחדית' צחיה [חדית' מבוסס] או בקוראן, שכן קביעת הגיל נעשתה על ידי אג'תהאד של הפרקהאא' (מאמץ פרשני של החכמים) ומכאן חלוקת המדינות המוסלמיות בעניין קביעת גיל החדאנה, ואילו חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות משנת 1962 קבע שהאפוטרופסות על הקטינים מוקנית להוריהם באופן שווה בהתאם לסעיף 14 לחוק זה, ועוד הגדיר את עניין

- 59 לטכניקות ומונחים לייצוב הודאות המשפטית ראו: Wael B. Hallaq, Authority, Continuity and Change in Islamic Law (2001).
- 60 זילעי, לעיל ה"ש 58, בעמ' 295.
- 61 אבן אל המאם (מת 1457/861), שרח פתח אל-קדיר פתיחת בעל היכולת כרך 4 371-372 (ביירות): דאר אל פקר).
- 62 אבן נגים (מת 1562/970), אל בחר אל ראיך כרך 4 260-261 (ביירות): דאר אחיא אל תוראת אל ערבי, (2002).
- 63 מגמע אלגנהור פי שרח מולתקא אלגבחר כרך 1 482 (ביירות): דאר אחיא אל תוראת אל ערבי, (1899).
- 64 חוק המשפחה העותמני, 1917 חל עד עצם היום הזה על המשפחה המוסלמית בישראל (תרגום חוק זה לעברית ראו: ש. ד. גויטיין וא. בן שמש המשפט המוסלמי במדינת ישראל 214-232 (1957)). במקרה של היעדר הוראה בחוק נעשית פנייה לקוד של קדרי פאשה. זוהי קודיפיקציה פרטית של דיני המשפחה המוסלמית על פי האסכולה החנפית. חיבור הקוד נעשה על ידי קדרי פאשה אשר חי במצרים בין השנים 1821 ל-1886.

המשמורת וקביעת מקום המגורים, וכך גם אנו סוברים שהמטרה המנחה היא טובת הקטין.<sup>65</sup>

מהציטוט לעיל עולה כי בית הדין השרעי לערעורים נשען על ההבחנה בין הטקסטים, לפיו המאמץ הפרשני יכול להיעשות רק כאשר אין מדובר בטקסט קוראני ואין מדובר בדבריו של הנביא מוחמד, שאין ספק באותנטיות שלהם. עניין גיל המשמורת לא נקב על ידי הקוראן או על ידי דברי הנביא. קביעת הגיל היא פרי פרשנות החכמים וכזוה, ניתן הגיל לשינוי. דרך חשיבה זו מעוגנת בחשיבה הרפורמית של המאה ה-19.<sup>66</sup> לאחר שנת 1994, הנהיג בית הדין השרעי רפורמה בדיני החזקת ילדים, לא על ידי הבחנה בין סוגי הטקסטים הדתיים – בין אלה הניתנים לפרשנות ובין אלה שאינם ניתנים לפרשנות – אלא בתפישת הכללים השרעיים כחזקות הניתנות לסתירה. מבחינה מעשית, דרך ההנמקה החדשה מעניקה מרווח תמרון גמיש לבית הדין, שכן אין הוא מוגבל רק לגיל הילדים, ותאורטית הוא רשאי לשנות מכללי ההלכה החנפית בעניין משמורת ילדים.

ביטוי לתיאוריית החזקות נתן לאחרונה בית הדין השרעי לערעורים:<sup>67</sup> העיקרון "אסל" בהחזקה הוא שטובתו של הקטין מצויה אצל אימו הביולוגית (אל-נסביה) כל עוד היא כשרה להחזקה והוא (כלומר, הילד) אינו מוותר על שירותיהן של הנשים. זכות האם עדיפה על כלל נשות המשפחה (סבתא, דודה וכד'). זכאותה בהחזקת הילד לא תישלל אלא אם כן יוכח חוסר כשרותה. ואם הוכח חוסר כשרות – תעבור הזכאות להחזקה, לסבתא שהיא אם האם ולבאה אחריה. הטוען לזכאות בהחזקת הקטין בניגוד לעיקרון, עליו הראיה. במקרה זה, יהא על המבקש להוכיח שהאם אינה כשרה לספק את צורכי הילד ואת האינטרסים שלו ולא יהיה צורך להוכיח את כשרות האב. כאשר הילד (בן – עד גיל שבע, בת – עד גיל תשע) מוותר על שירותיהן של נשות המשפחה, נטל הראיה עובר לצד שכנגד. במצב זה, הכלל הוא שהמשמורת תוענק לאביו כדי שהילד יהיה בחברת הגברים. כל המבקש להוכיח אחרת, עליו נטל הראיה.<sup>68</sup> בית הדין השרעי רואה חשיבות מיוחדת לחזקות אלה בכך שהוא מבחין לדוגמה בין דו"ח של עובר

65 ערעור 64/87 (פורסם ביום 22.2.1988); חזרה על אותו משפט ראו: ערעור 16/88 בעמ' 55 (פורסם ביום 28.6.1988); ערעור 72/80 (פורסם ביום 30.1.1990).

66 להתפתחותה של משמעות האג'תיהאד ראו: MUNEEER GOOLAM FAREED, LEGAL REFORM IN THE MUSLIM WORLD: THE ANATOMY OF A SCHOLARLY DISPUTE IN THE 19<sup>TH</sup> AND THE EARLY 20<sup>TH</sup> CENTURIES ON THE USAGE OF ITHAD AS A LEGAL TOOL (1996).

67 תורגם על ידי כותב המאמר, ההדגשות אינן במקור.

68 ערעור 178/05 (פורסם ביום 31.8.2005) ראו גם ערעור 17/00 (לא פורסם); ערעור 244/98 (לא פורסם); ערעור 248/98 (לא פורסם); ערעור 259/00 (לא פורסם); ערעור 277/03 (פורסם ביום 25.4.2004); ערעור 169/03 (פורסם ביום 29.9.2003); ראו גם ערעור 279/05 (פורסם ביום 12.12.2005); ערעור 137/01 (פורסם ביום 17.2.2002).

סוציאלי שאינו מביא בחשבון חזקות אלה לבין בית הדין השרעי שמביא אותן בחשבון.<sup>69</sup>

### ב. נישואי האישה לגבר זר

אחד התנאים לזכאות האישה בהחזקת הילד הוא היותה לא נשואה, זאת על פי החדית של הנביא שאמר "שאת עדיפה עליו כל עוד לא תינשאי".<sup>70</sup> החכמים מארבעת האסכולות: הסוניות קרי, החנפים; המלכים;<sup>71</sup> השפיעים;<sup>72</sup> והחנבלים<sup>73</sup> דוגלים בעמדה זו. אסכולת המלכים מוסיפה שגם אם תתגרש האישה מבעלה לא תחזור המשמורת אליה. הזהירים אינם מקבלים כלל את הכלל האמור, כלומר, נישואי האישה לגבר זר אינם גורמים לאיבוד זכאותה בהחזקת הילד. הסבר לכלל זה ניתן למצוא אצל החכמים החנפים.

לדעת החכם החנפי אבי לית אלסמרקנדי, אם תינשא האם לזר, כלומר לא ל-זא רחם מוחרם היא תאבד את זכאותה בחדאנה.<sup>74</sup> קדרי מדבר על איבוד זכאותה של האישה עם הינשאה, בלי שהוא מזכיר כלל את עניין הגבר ה"זר".<sup>75</sup> סרחסי קובע כי אם תינשא האם היא תהיה עסוקה בשירות בעלה ולא תתפנה לטיפול בילד. בדרך כלל, הילד גם "יולחקהו אלגפא ואלמזלה מן אלגאז" (יהיה במצב של ניכור והשפלה מצד בעלה של האישה) והאב רשאי שלא להסכים למצב הזה.<sup>76</sup> על אודין אלסמרקנדי<sup>77</sup> חוזר על הכלל שלפיו זכאות האם להחזיק בילד תהא תקפה כל עוד אין היא נשואה ל- "זא רחם מוחרם" (לבעל קרוב משפחה מצד האם אשר יחסי נישואים עימו אסורים). הנימוק לכלל לפי סמרקנדי הוא, החשש מסבלו של הקטין ש: "הוא יהיה במצב של ניכור והשפלה מצד הבעל של האישה" אם היה זר. אלכסאני<sup>78</sup> מוסיף על הסברו של עלא אודין אלסמרקנדי את תגובתו של אבי הקטין, כלומר: האב הביולוגי ישנא את

69 ערעור 178/05 (פורסם ביום 31.8.2005).

70 אל-חרשי (מת 1689/1101), חאשית אל-חרשי הערות אל-חרשי כרך 5 245 (ביירות: דאר אל-כתב אלעלמיה, 1997).

71 אלנוואוי (מת 1277/676), ראדת אל-טאליבין גן התלמידים כרך 6 507-506 (ביירות: דאר אל-כתב אלעלמיה, 2000). אלבגרמי (מת 1806/1221), אלבגרמי עלא אלחטיב אלבגרמי מפרש אלחטיב 2, 501-2 (אל מכתבה אלטאוויפיקיה).

72 אבן קדמה (מת 1223/620), אל מגני המעשיר כרך 11 258-257 (קהיר: דאר אל-חדית, 2004).

73 אבי לית אלסמרקנדי, פתאוי אלנוואול פסקי ההלכה 221 (ביירות: דאר אל-כתב אלעלמיה, 2004).

74 קדרי, מחתסר אלקודורי 174 (ביירות: דאר אל-כתב אלעלמיה, 1997).

75 סרחסי (מת 1090/483), אלמסוט כרך 5 210 (ביירות: דאר אל-מעריפה).

76 עלא אודין אלסמרקנדי (מת 1144/538), תוחפת אלפוקהא מתנת החכמים כרך 2 344-343 (קהיר: מכתבאת דאר אתורת, מהדורה שלישית, 1998).

77 אלכסאני (מת 1191/587), בדאיע אלסנאיע פי תרתיב אל-שראיע נפלאות המעשים בארגון החוקים כרך 4 62 (ביירות: דאר אל פקר, 1996).

הבעל החדש מחמת הקנאה, ויביט בו במבט של המוגשי עליה (במבט עוין), ונותן לו מעט מזונות. אלמרגינאני מסביר את איבוד הזכאות בפורמולה שיתר החכמים החנפים הזכירו. הוא מסביר שאם תינשא האם לזר, אזי במקרה זה היא תאבד את זכאותה, שכן הזר "ייתן לו מעט ויסתכל עליו בעוונות"<sup>78</sup>. לכן, עד כה כל החנפים שהוזכרו חוששים שהגבר הזר ייתן לו (לילד) מעט ויסתכל עליו בקשיחות. על הכלל הזה חזרו החכמים החנפים מהתקופה הקלאסית והתקופה הלב-קלאסית ללא עוררין. דברי החכמים נשמעים כמוחלטים. אין ספק שהחכמים ביקשו למנוע את השפלתו של הקטין, בין בשל עיסוקה של האם וחוסר הפנאי שלה (סרחסי), בין בשל תגובתו של האב למצב שייתן מעט לילד (כסאני) ובין בשל ריחוקו המשפחתי של הילד מהבעל. חריג לגישה זו ניתן למצוא אצל אחרון גדול הפוסקים החנפים, אבן עאבדין:

**החדינה** (המחזיקה) אם הייתה אוכלת לבדה עם בנה, זכאותה בהחזקה תישאר לה כי אין לזר דרך השפעה עליה או על בנה. וזאת בניגוד למצב בו הייתה נתמכת האם בזר או הייתה נישאת לו, הרי אתה יודע שאיבוד זכאותה של החדאנה (ההחזקה) כדי להסיר את הנזק מהקטין, על המופתי להיות ערני למצב ולשמור על האינטרס של הילד. יכול להיות לו קרוב משפחה מובגיד (שונא אותו) אשר מקווה במותו ויהיה לו בעל אם מושפקאן (יש בליבו חמלה) והקרוב ירצה לקחת את הקטין כדי להזיק לו או כדי שיאכל ממזונותיו או כיוצא בזה ויכול שתהיה לו אישה אשר מזיקה לו פי כמה משמזיק לו בעל אמו הזר, יכול להיות שלקרוב משפחתו יש בת שהוא פוחד מהפתנה אם תתגורר עם בנים ואם ידע זאת המופתי או הקאדי דבר מזה אין לו זכות לבטל את זכאותה של האם כי עניין החדאנה סבה סביב אינטרס הילד....<sup>79</sup>

אבן חזם מהאסכולה הזהירית, שאינה מקבלת שום כלל שאינו מופיע בטקסט בקוראן או בדברי הנביא, אינו סובר שהאם אמורה לאבד את המשמורת אם תינשא לגבר זר, כל עוד היא והגבר הזר שומרים על דתם.<sup>80</sup> אין לפעול על פי החדית הקובע "את עדיפה עליו כל עוד לא תנשאי" כי נאמר שמדובר ב"סחיפה" (על גבי ספר). ככל הנראה, מדובר בחדית שנכתב אולם לא הועבר גם בעל פה, מאחר שחדית שלא הועבר בעל פה, יכול לגרום לאי הבנות ולקריאות מוטעות, אין חובה לפעול על פיו.<sup>81</sup>

המלכים נוקטים עמדה קיצונית, שלפיה האם תאבד את זכאותה בהחזקה, אם תינשא בשנית לגבר זר. המיוחד אצל המלכים הוא, כי איבוד זכאות זו הוא לצמיתות,

78 אלמרגינאני (מת 1197/593), אלהידיה ההדרכה כרך 2 325 (ביירות: דאר אלארקם בן אבי אלארקם).

79 אבן עאבדין (מת 1836/1252), חאשית רד אלמוחתאר הערות לתשובות לנבוך כרך 3 621 (ביירות: דאר אל פקר, 2000).

80 אבן חזם (מת 1064/456), אל-מוחלא כרך 10 325 (דאר אל פקר).

81 שם.

ואף אם תתגרש מבעלה החדש, לא תהיה זכאית שוב להחזקת הילד. ההסבר לכך הוא כי האם בחרה מרצונה להינשא שוב, בשונה מאיבוד זכאותה שלא מרצונה, כגון בגין מחלה זמנית. במקרה האחרון, כאשר תחלים, תחזור זכאותה אליה.<sup>82</sup> יש לציין שאי חזרתה של זכות זו, הייתה שנויה במחלוקת. אולם, הדעה המקובלת היא שהזכאות אינה חוזרת אליה.<sup>83</sup>

יוצא מכאן, שחזרתה של הנביא קובע שאישה אשר נישאת, אינה זכאית להחזיק בילד. החכמים הוסיפו את עניין "הגבר הזר". כלומר, הוסיפו תנאי לאי הזכאות בהחזקה לאישה הנישאת, רק כאשר מדובר בנישואין לגבר זר, ונימקו את התנאי בסיבות שעיקרן טמון במניעת נזק לקטין ובהגנה עליו.

מה הדין כאשר קיימות נסיבות המעידות על סבל הנגרם לילד? לדוגמה, כשאביו הביולוגי אינו טוב עימו, והבעל הזר הוא אדם טוב. בסוגיה זו ניכרת תרומתו החשובה של אבן עאבדין להתפתחותו של המשפט המוסלמי. התפתחות הכלל הנוגע לנישואי האישה לגבר זר "התרכך" אפוא עם הזמן לכיוון יותר ליברלי.

בית הדין השרעי לערעורים אימץ את התפישה החנפית בעניין נישואי האישה. ההלכה קובעת שאישה אשר נישאת לגבר זר מאבדת את זכאותה בהחזקת הילדים. אולם, לפי פסיקת בית הדין השרעי, במקרה שאישה נישאת לגבר זר ומוכיחה שטובתו של הילד מחייבת שיישאר אצלה, נטל ההוכחה במקרה זה מוטל על האם, שהרי היא זו המבקשת להוכיח את עדיפות משמורתה בניגוד לחזקה.<sup>84</sup> הבנה זו של הכללים השרעיים ניתן למצוא בטיטוט החוק הפלסטיני לענייני מעמד אישי אשר טרם עבר קריאה ראשונה.<sup>85</sup> בסעיף 203(1-ב) לטייטה, נקבע כי המחזיקה תאבד את זכאותה בהחזקה, אלא אם כן מדובר באם ובילד בתקופת היניקה. וזאת, כל עוד הקאדי לא החליט אחרת על פי טובת הקטין. נמצא כי החוק הפלסטיני אפשר סייג להסרת הזכאות. כבג"ץ פלונית נ' פלוני,<sup>86</sup> נדון פסק דינו של בית הדין השרעי לערעורים, אשר קבע שהקטינה, בנסיבות אותן מקרה, תגדל במשמורת דודה – אחיו של אביה המנוח – והיא לא תועבר למשמורת אמה. בית הדין השרעי האזורי בחיפה שקל את נישואי האישה לגבר הזר, בין יתר שיקוליו. פסק הדין אושר בבית הדין השרעי לערעורים. כבג"ץ בהחלטתו קבע שיש לפעול על פי טובת הקטין. פסק הדין של בית הדין האזורי התייחס לנישואי האישה לגבר זר אך בפסק הדין של בית הדין השרעי לערעורים "טוהר"

82 אל-טסולי (מת 1842/1258), אלבוהגה פי שרח אל-טוחפה פירוש המתנה כרך 1 654-656 (ביירות: דאר אל-כתב אלעלמיה, 1998).

83 אבן גזי (מת 1340/741), אל-קואנין אל-פקהיה החוקים השרעיים (קהיר: דאר אל-חדית, 2005); אבן חאגב אל-מלכי (מת 1248/646), גאמע אל-אמהאת מקבץ ספרי היסוד 336 (ביירות: אל-ימאמה, 1998).

84 ערעור 29/98 (פורסם ביום 28.5.1998); ערעור 268/03 (פורסם ביום 18.8.2004).

85 www.Kudah.Gov.Ps/Dewan\_Kady.Asp

86 כבג"ץ 8906/04 פלונית נ' פלוני, תק-על 05 (3) 767 (2005).



היסוד ההלכתי, ובית הדין השרעי לערעורים כלל לא הזכיר נישואים אלה. בית הדין לערעורים אף ציין שהאישה הינה כשירה להיות האפוטרופוס אולם היות שבעלה הזר נוהג כלפיה באלימות, הדבר משפיע לרעה על מצבה של הקטינה. בפסק דין זה הזכיר בג"ץ כי חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות חל על בתי הדין הדתיים, ובכללם בתי הדין השרעיים, אך לא התערב בשינוי ההחלטה. העובדה שבית הדין השרעי מסתמך על כלל הלכתי אינה מצדיקה, כשלעצמה, לפסול את החלטתו כל עוד היא תואמת את טובת הקטין.<sup>87</sup>

### ג. החזקת אישה שאינה מוסלמית בילדיה המוסלמים

האם כאשר מדובר באם שאינה מוסלמית (נוצרייה או יהודייה), יחולו החזקות האמורות? במילים אחרות, כאשר מדובר באם שאינה מוסלמית, האם גם אז בית הדין השרעי יבחן היכן מצויה טובתו של הילד למרות השתייכותה הדתית של האם? בית הדין השרעי האזורי בחיפה וכן בית הדין השרעי לערעורים התעלמו בשני מקרים מסוגיה זו וגם מחוות דעתן של עובדות סוציאליות. אפשר שבתי הדין השרעיים מתקשים יותר בסוגיה זו מאשר בסוגיה אחרת היות שמדובר בלב ליבה של הזהות האסלאמית המאוימת על ידי הזהות הנוצרית. בשני המקרים נושא המאמר, הילדים חונכו על פי הדת הנוצרית. בשני המקרים האמהות דחו טענות אלה. יש לציין שלבתי הדין השרעיים הייתה מוקנית סמכות, משום ששתי האמהות התאסלמו. תיאורטית, לגבי הכלל החל במצב שבו האם מתנצרת, ניתן לומר שהאם מאבדת את זכאותה, אך זוהי חזקה הניתנת לסתירה. בית הדין השרעי בחיפה ובית הדין השרעי לערעורים כלל לא תפשו כך את הדברים, ולא החילו את עניין החזקות החלות על פי דת האם. יש לציין שמבחינת הנרטיב שמשמש בו בית הדין השרעי, במיוחד בית הדין האזורי בחיפה, מובא הנימוק בדבר החינוך הנוצרי לקראת סוף פסיקתו, כאילו היה מדובר בעניין שולי. לעניות דעתי, דווקא עניין זה שהצטייר כשולי, הוא העיקר.<sup>88</sup>

בשני מקרים אלה התערב בג"ץ והפך את החלטותיהם של בתי הדין השרעיים, והכול – בתוך תקופה של פחות מארבעה חודשים שהפרידה בין פסק דין אחד למשנהו. בבג"ץ פלונית ג' בית הדין השרעי הגבוה לערעורים<sup>89</sup> נדונה החזקת ילדים שהוכרעה בבתי הדין השרעיים. הייתה זו הפעם הראשונה שבה ביטל בית המשפט פסק דין של בית הדין השרעי בעניין משמורת. העותרת, אמו של הקטין, עתרה לבג"ץ נגד

87 ראו לציין בהקשר אחר שבית המשפט לקציה בצרפת, אינו מכיר בגירושין מוסלמים חד צדדיים ללא שום קשר למקרים הקונקרטיים העומדים לפניו. בית המשפט ינהג בשוויון פורמלי ולא יתייחס לזכויות האישה אשר נהנית מהם בפועל. ראו:

Hugues Fulchiron, Ne Répudiez Point...: Pour une Interprétation Raisonnée des Arrêts du 17 Février 2004, R.I.D.C. 7 (2006)

88 ראו בהמשך את תיאור העובדות.

89 עניין פלונית, לעיל ה"ש 3.

החלטותיהם של בתי הדין השרעיים להעניק את המשמורת לאם-אביו של הילד. בין יתר קביעותיו של בית הדין השרעי האזורי, דובר על דתה של האם, שהתנצרה ונהגה לבקר עם הילד בכנסייה. בית הדין השרעי האזורי בחיפה קבע, בין היתר, "בעקבות שיחות עם נ. נראה לי, שהוא הולך עם אמו לכנסייה, בכל יום ראשון ומתפלל שם ואינו יודע כלום על הדת המוסלמית. בעוד שהוא יודע רבות על רבינו עיסא המשיח עליו השלום, והוא למד על האב והבן ורוח הקודש מהכומר אולם הוא לא למד כלום על הנביא עליו השלום. הוא אינו יודע עליו כלום ואף אין הוא יודע שהוא נביא המוסלמים. הפעם הראשונה שהוא שמע עליו היה בפני הקאדי. סבתא שלו, התובעת, מתפללת תפילת המוסלמים אבל אמו אינה מתפללת תפילת המוסלמים אלא תפילת הנוצרים וכאשר שאלתי אותו האם אתה עושה כפי שעושים הנוצרים והצבעתי על הצלבה, הוא השיב אכן. הוא אמר שהוא הולך לכנסייה לתפילה כל יום ראשון".<sup>90</sup> בית הדין קובע שהאם הסתירה מפניו "את האמת החשובה הזו היות והיא יודעת את מידת ההשפעה של עניין זה על החלטה".<sup>91</sup>

בית הדין השרעי לערעורים<sup>92</sup> אישר החלטה זו והוסיף שהעיקרון החל בענייני החזקת ילדים הוא טובת הילד. לאם הביולוגית יש זכות עדיפה, כל עוד היא כשירה להחזקה וכל עוד הילד לא ויתר על שירות הנשים. עוד הוסיף בית הדין שאם יוכח אחרת, יעבור הילד לצד אחר אשר לו מוקנית זכות בהחזקה. במקרה שלפניו, קבע בית הדין שבית הדין האזורי צדק עת התעלם מדו"ח העובדת הסוציאלית שהיה לטובת האם. זאת, בשל עדויות שהובאו לפניו הסותרות את ממצאי הדו"ח. בכך המעיט בית הדין השרעי לערעורים במשקלו של הפן הדתי.

בית המשפט העליון קבע שטובתו של הקטין הינה אצל אמו וקבע חד משמעית שעניין דתה של האם אינו רלוונטי. יחד עם זאת, נראה שבג"ץ שואף לאחידות ולבהירות בעניין דתו של אדם. בג"ץ אינו מקבל "היברידיות דתית" של אדם שדתו כפולה: גם מוסלמית וגם נוצרית. ניתן להסיק מכך שבג"ץ מנסה לעצב זהות דתית "טהורה".<sup>93</sup>

90 בית דין שרעי (חיפה) 69/04 (פורסם ביום 16.2.2005).

91 שם.

92 ערעור 138/05 (פורסם ביום 20.6.2005).

93 עניין **פלוחת**, לעיל ה"ש 3, בפס' יד, השופט א' רובינשטיין, "אכן, 'משמורת פיזית לעולם אינה מוענת על בסיס שיקול דתי'... (למעט חריגים שאינם מעניינינו כאן...)". "...ואולם, נודה כי הטרידו אותנו גירסאותיה השונות של העותרת באשר לנושא הדתי; זאת, לא בעטייה שלה – דתה כשלעצמה היא עניינה שלה – אלא בשל הקטין. הקטין הוא מוסלמי, האם מודיעה כי היא מוסלמית, ועל הקטין להתחנך בהתאם; והנה עלתה בפני בית הדין טענה כי הקטין הולך לכנסייה, ובית הדין מצא כי אין לקטין ידיעה בענייני האסלאם, ומנגד האם, שהצהירה כי היא מוסלמית וקיבלה את סמכות בית הדין השרעי, נתנה לפקידת הסעד להבין כי חזרה לנצרות, דת משפחתה; זאת, אף כי שוב בפנינו הצהיר בא כוחה כאמור כי היא מוסלמית אלא שאורח חייה חילוני. בנושא זה יש מקום

תיאור המקרה על ידי בג"ץ פוסח על עניינים חמורים שנקבעו בבתי הדין השרעיים דלמטה. משום-מה, בחר בית המשפט העליון לא להתייחס לסוגיות אלה ואף לא להעיר דבר לגביהן. כאן אולי טמונה מגבלת ההתערבות של בג"ץ בעניינים שנתפשים כ"רגישים", לדוגמה, סכסוך בין עדתי. אין זה אומר שבית המשפט העליון נמנע מלבטא עמדה בעניין הפרת זכויות האדם בדין השרעי, כמו בפסק דין **פלונית** בעניין האבהות.<sup>94</sup> ראוי לציין שהן בית הדין השרעי האזורי בחיפה והן בית הדין השרעי לערעורים נמנעו מלדון בתחולת החזקות הנוגעות לפן הדתי, שלפיהן, מעת שהילד, המוחזק אצל אימו בת דת אחרת, מתחיל להבין את משמעות דתו, יש להעבירו לחזקת אדם אחר. במצב זה – שלא כמו בחזקת הגיל – החזקה אינה ניתנת לסתירה במובן זה שגם אם האם בת הדת האחרת תוכיח שטובת הילד מחייבת שהוא ישהה עימה, לא יעניק לה בית הדין השרעי את המשמורת. ניתן להסביר זאת בכך שבית הדין נמנע, כנראה, מללכת רחוק מדי, אף שהיה אפשר, תאורטית, לפרש את הדין באופן שונה, כפי שאראה בהמשך.

במקרה אחר דובר בסכסוך הנוגע למשמורתם של שלושה ילדים קטינים אשר נולדו ב-1996, 1997 וב-1999. בית הדין השרעי האזורי בחיפה קבע שהמשמורת תהיה בידי אביהם, משתי סיבות. הסיבה האחת, בשל הסתת האם את ילדיה נגד אביהם; הסיבה השנייה, "בית הדין חושש שאימם תעביר הילדים מדתם, או מהסביבה הסובבת אותם, ניתן לראות שאחד הקטינים הגיע למצב בו סרב בתוקף שיקראו לו בשם 'מוחמד' נביא המוסלמים עליו השלום והוא מעדיף על שימוש בשמו הלועזי..... מה שמעיד על כך שאין לו ולאחיו שום קשר לאיסלאם או לדת האיסלאם או למוחמד עליו השלום. כאשר בית הדין שאל אותם על התפילה שהיא יסוד מיסודות הדת שהרי מי שמקיימה, נחשב למקיים את הדת ומי שמבטלה נחשב למבטל את הדת, התברר לו שאין הם יודעים דבר התפילה והם ענו ש'הם מתפללים בפתיה' כלומר אין הם מבחינים בין בשורת הפתיחה ובין קיום התפילה וכל האחים סרבו שאקרא לקטין בשמו מוחמד והם בקשו לקרוא לו בשמו הלועזי."

לאחר תיאור מצבם הדתי של הילדים, סיכם בית הדין וקבע:

לאור כל מה שנאמר אני פוסק שהנתבעת לא הצליחה להוכיח אחרת כנגד החזקה המשפטית לפיה, אם ויתרו הנער והנערה על שירות הנשים והילד הגיע לגיל שבע והילדה לגיל תשע האינטרס שלהם הוא להיות בחזקת אמם, והיות והנתבעת לא הוכיחה שתאבד את ילדיה באם יהיו

לדברים בהירים, המבוססים על היות הקטין מוסלמי ללא חולק, ולפיכך יתבקש בית הדין לקבוע, בתאום עם פקידות הסעד ובית הספר, כיצד יובטח נושא החינוך בהקשר דת האסלאם כראוי, בעיקר במערכת המשפטית; זאת בנוסף ללימודים בבית הספר, לפי שנמסר נחלקים בהקשר הדתי בהתאם לדת התלמיד.

94 ע"א 3077/90 **פלונית נ' פלונית**, פ"ד מט(2) 578 (1995).

בחזקת אביהם, אני מחליט להעניק את המשמורת לאביהם ובכללם הקטין מוחמד<sup>95</sup> וזאת כדי לא להפריד בין הילדים ויגדלו כולם אצל אביהם.<sup>96</sup>

בית הדין השרעי לערעורים "טיהר" את הנימוקים הדתיים שציין בית הדין השרעי של הערכאה הראשונה, בקובעו: "בכל הנוגע לאלמנט הדת הנוצרית בעניין ההחלטה על הצד להחזקת הילדים, ראשית, אנחנו נאמר שאין הדבר כאן רלוונטי ואין הוא צריך להיות שיקול במקרה הזה היות שהאם הינה מוסלמית מבחינה רשמית ולא הוכח אחרת, ושנית כי הילד אשר אינו נחוץ לשירות הנשים ישוּך לאביו גם אם אמו הייתה מוסלמית".<sup>97</sup>

נגד שני פסקי דין אלה הגישה האם עתירה לבג"ץ שבה נקבע:

סוגיית המשמורת טעונה הכרעה בהתאם לטובתם של הקטינים וטובתם בלבד. על פי סעיף 25 לחוק הכשרות המשפטית החל על בית הדין, אין לכאורה, מקום לחזקת משמורת שאינה מתיישבת עם החזקה האמורה באותה הוראה, לפיה ילדים עד גיל 6 יהיו אצל אימם. מעבר לגיל 6, יש איפוא, לבחון את טובת הילדים בלא הישענות על חזקה כלשהי, אלא ראוי לבסס את ההכרעה על יסוד מערך נתונים כולל המוצג בפני בית הדין, ולהסיק מתוכו מהי חלופת המשמורת שתיטיב ביותר עם הקטינים. במסגרת בחינה זו, יש ליתן משקל ראוי לתסקירי אנשי המקצוע שיחוו דעתם על יסוד מפגש עם הילדים והמשפחה, ועל בסיס ניסיון מקצועי מצטבר.<sup>98</sup>

בית המשפט העליון מוטט, למעשה, את תיאוריית החזקות, במובן זה ששום חזקה לא תפעל. ניתן להסיק כי, החזקה היחידה שבית המשפט העליון יהיה מוכן לקבל הינה חזקת הגיל הרך כפי שהיא מעוגנת בחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות. כל חזקה אחרת לא תתקבל ובית המשפט יפעל כאמור אך ורק על פי שיקולי טובת הקטין. במקרה שבו הילד נמצא בתקופת הגיל הרך יפעל בית המשפט בהתאם לתסקירים ולעמדת המומחים, שלהם הוא מעניק משקל וחיובות מיוחדים.

בית הדין השרעי בחיפה התעלם מחוות הדעת של העובדים הסוציאליים. הוא בחן רק את ההלכה והתעלם, לכאורה, משיקולי דת. אולם קריאה מדוקדקת של פסק הדין

95 אחד הילדים היה בן תשע, השני בן שמונה והשלישי בן שש. לגבי הילד השלישי, גם על פי הדין החנפי הקלאסי הוא היה חייב להיות אצל אמו.

96 בית דין שרעי (חיפה) 154/05 (פורסם ביום 15.9.2005).

97 ערעור 279/05 (לא פורסם, 12.12.2005).

98 בג"ץ 1129/06 פלוני נ' בית הדין השרעי לערעורים, תק-על 06 (2) 3313, פס' 6 (2006).

מצביעה על חשיבותו של הנימוק הדתי. אולם, כדי שלא תיפסל החלטתו, לא הזכיר בית הדין את עניין הדת באופן ישיר ובלעדי. בית הדין השרעי לערעורים טשטש עוד יותר את היסוד הדתי. למרות שבג"ץ ביטל את פסקי הדין השרעיים, דן בית הדין השרעי האזורי בחיפה מחדש בעניין לאחר שקיבל דו"חות של העובדים הסוציאליים הן מחברון והן מישראל, כאשר הדו"חות מחברון מציינים תמונה חיובית של הילדים השוהים בחברון אצל האב ודו"ח העובדת הסוציאלית מישראל המליץ על העברת הילדים לאם בחיפה. לאחר שבית הדין השרעי האזורי החליט לשמוע את הילדים לפני מתן החלטה חוזרת, הוא שוב החליט להשאיר את הילדים עם אביהם בחברון. הטעם לכך היה שבית הדין שוכנע שהבית בחברון עדיף לילדים מהדירה בחיפה. למרות שבדבריהם לפני הקאדי העדיפו הילדים את אמם, השתכנע הקאדי שהאם הכינה את הילדים לקראת הפגישה עם העובדים הסוציאליים ועימו.

בית הדין הוסיף שעל פי הדין המוסלמי: "...האם הביולוגית זכותה עדיפה על פני אחרת בהחזקת ילדיה כל עוד הם נחוצים לטיפולה ואין הם יכולים לוותר על שירות הנשים וגם אם הייתה דימית (נוצרייה או יהודייה – מ' א' ר'). אולם, העיקרון הבסיסי אשר על פיו בוחן בית הדין את הסוגיה ועל בסיסו השריעה, הוא היכן נמצא אינטרס הילדים ולא רק מבחינת חזקת הגיל שבו הילדים צריכים להיות אצל האם". לשאלה אם האם היא מוסלמית אם לא, הוא עונה:

אם הייתה התובעת מוסלמית כמו שהיא טוענת ואוהבת את ילדיה היא תהא שמחה אם ילדיה יגדלו בתור מוסלמים, טובתם שיהיו אצל אביהם כי היא לא יכולה לספק להם (חיים מוסלמים: תוספת – מ' א' ר'). אם התובעת נוצרייה, טובת הילדים שלא יהיו בחזקתה משום שתספק להם חינוך לא מוסלמי למרות היותם מוסלמים דבר אשר יפגע באינטרס שלהם ובעתידם ויגרום להם נזק בלתי הפיך שכן, היו ניסיונות רבים להפוך הילדים לנוצרים ואף לגרום לאביהם לאמץ את הדת הנוצרית....

מצד אחד קובע בית הדין שאין זה משנה אם האם היא דימית או לא. מצד אחר, הוא קובע שאין זו טובתם של הילדים לגדול בסביבה נוצרית עם אם נוצרייה. כאן לא הפעיל בית הדין את טכניקת החזקות. כלומר, הוא לא בחן אם הכלל, האוסר בשלב מסוים על האם הלא-מוסלמית להחזיק בילדיה, ניתן לסתירה. על פי הכלל האמור, האם שאינה מוסלמית לא תאבד את זכאותה בהחזקת הילדים אם היא תוכיח כי טובת הילדים מחייבת שישארו בחזקתה. יתר על כן, על פי ההתפתחות ההיסטורית של המשפט המוסלמי הקלאסי, אין זה מובן מאליו שהאישה הלא-מוסלמית אינה זכאית להחזיק בילדיה הקטינים.

באסכולה החנפית, משווה החכם מחמד אל שיבני, אחד מתלמידיו של אבו חניפה, את מעמדה של המוסלמית לדימית (נוצרייה או יהודייה) ולזואסטריית (דת של עובדי האש) בהחזקת הילד.<sup>99</sup>

אלסמרקנדי חוזר על דעה זו.<sup>100</sup> הוא אינו מבחין בין דתות אלה. ההבחנה נעשית בספרות המאוחרת. הרציו של החמלה: על פיו יש לאם חמלה רבה יותר מהאב ולכן מן הראוי להשאיר את הילדים בגיל הרך אצל אימם, אינו מספיק לבדו. על כן, מתווסף יסוד השמירה על הזהות הדתית האסלאמית.

חכם הדת אבו בכר אל-רוזי, סבר כי האם הכופרת אף היא תהיה זכאית להחזיק בילד עד שיוכל להבין כי בשלב שבו הוא מצוי היא תנחיל לו את מנהגי הכופרים.<sup>101</sup> סרחסי מסביר את חוסר ההבחנה בין הזרם המוסלמי לדימי ולזורואסטרי, שהרי החזקת הילדים בנויה על החמלה כלפי הילד, ואין חמלה זו משתנה עם שינוי ההשתייכות הדתית שהרי כל יצור אוהב את ילדו ואפילו חבארי (תרנגולות). הוא מוסיף, שעל פי שיטתם של חלק מהחכמים החנפים, אם האם הינה כופרת והילד הבין זאת, יילקח הילד ממנה, בין שמדובר בילדה ובין בילד, שכן הילד הוא מוסלמי על פי השתייכותו לדתו של אביו והחשש הוא שהאם תלמד אותו את דת הכופרים, מצב שהוא מועד לסכסוכים, ולכן הילד יילקח ממשמורתה.<sup>102</sup>

בתקופה מאוחרת יותר, הוסיף קדרי שה"דימית עדיפה להחזיק בילדה המוסלמי כל עוד אינו מבחין בין הדתות וישנו חשש שיהיה בקרב הכפירה" (יאלף אלכופר).<sup>103</sup> אל-כסאני (נפטר ב-587) פחות חד משמעי מסרחסי ומקדרי. הוא מביא את שתי הדעות המנוגדות של שיבני ושל אבי בכר אל-רוזי ואינו בוחר בדעה מסוימת. אולם, לעניין מעמדה של המוסלמית הממירה את דתה הוא קובע שמעמדה חמור יותר ממעמדה של הדימית. הממירה את דתה, לשיטת אל-כסאני, תיכלא עד שתחזור בה, ולכן ייגרם לילד נזק שכן היא לא תוכל, פיסית, להיות עימו. אם תחזור בה האם מכפירתה, היא תהא שוב זכאית להחזיק בילד.<sup>104</sup>

לאחר דבריו של החכם אל-כסאני, הדחיקו החכמים החנפים את דעתו של שיבני ולא זו בלבד שדעתו של אבו בכר אל-רוזי גברה אלא שנוספה עליה עוד החמרה על ידי מרגינאני, מחבר ההידיה. אלמרגינאני הוסיף לעובדה שהאישה הדימית תאבד את זכאותה לחדאנה, את התנאי שלפיו אם מסוגלים הילדים להבין משמעות הדת, יגבר

99 סרחסי אל-מבסוט כרך 5 185 (ביירות: דאר אל פקר, 2000); סמרקנדי תחפת אל-פוקהא כרך 3 334 (קהיר: דאר אל-תראת, 1998).

100 אל-סמרקנדי פתאווי אל-נוואזל, לעיל ה"ש 53.

101 שם; אל-כסאני בדאיע אל-סנאיע כרך 4 62 (ביירות: דאר אל פקר, 1996).

102 סרחסי, לעיל ה"ש 99, בעמ' 185.

103 אל-קודורי מחתסאר אל-קודורי 174 (ביירות: דאר אל-כתב אלעלמיה 1998).

104 אל-כסאני בדאיע אל-סנאיע כרך 4 62 (ביירות: דאר אל פקר, 1996).

החשש מההשפעה עליהם.<sup>105</sup> מדובר בקריטריון מחמיר לגבי האישה הדימית. אכן נוגים קובע לגבי תוספת זו כי גם אם מדובר בקטין שאינו מבין את משמעות הדת ורק קיים חשש ש"אלף אלכופר" (יש חשש שיהיה בקרב הכפירה), תאבד האם את זכאותה למשמורת על הילד. חכמי ההלכה המאוחרים למרגינאני התייחסו לכלל זה כאל כלל מובן מאליו. אל נספי **בקנו אל-דקאיק** קובע שזכות האם עדיפה על ילדה המוסלמי כל עוד אין הילד מבחין בדת. אלזילעי מפרש זאת כך שמצד אחד האם הדימית עדיפה משום שהחדנה בנויה על חמלה, זאת, מצד שני, כל עוד אין הילד מבחין בין הדתות. אולם, אם הוא מבין את משמעות הדת, תאבד האם את זכאותה בהחזקתו, שכן קיים סיכוי שייגרם לו נזק.<sup>106</sup> אף אבן עאבדין<sup>107</sup> חזר על כלל זה, לא ערער עליו ולא הזכיר את הדעות השונות של חכמי ההלכה. זוהי דוגמה לתחרות מסוימת בין הגישות בהלכה החנפית המתקיימת עד שדעה אחת גוברת והדעה האחרת נשכחת ומושכחת ואינה מוזכרת עוד בספר של כללי ההלכה שקיבץ קדרי פאשה. קדרי פאשה היה משפטן שלמד שריעה והוא ערך את הקודיפיקציה של המשפט המוסלמי החנפי. אולם, לאחר סיום מלאכתו, לא העז המלך המצרי לאמץ את הקודיפיקציה הזו כחוק מחייב. למרות אי אימוצו, נודעה חשיבות רבה לקוד חוקים זה ואף בישראל נעשה שימוש בקוד הן בבתי הדין השרעיים והן בבתי המשפט האזרחיים.<sup>108</sup>

קוד זה מאמץ את העמדה המחמירה ביותר באסכולה החנפית בדבר כשרות האישה הדימית להחזיק בילדיה. סעיף 381 לכללים בעניין המעמד האישי קובע: "המשמורת הדימית בין אם היא הייתה האם או אחת אחרת יש לה עדיפות בהחזקת הילד כמו המוסלמית עד שהילד יבין את משמעות הדת או שיהיה חשש לגביו שיאמץ דת אחרת מדת האיסלאם".

105 ראו הערותיו של אבן נוגים לגבי עמדתו של מרגינאני על ההוספה שנעשתה בהידיה: אבן נוגים

**אל-בחר אלדאיק** כרך 4 263 (ביירות: דאר אחיא אל תורת אלעריבי, 2002).

106 אל-זילעי **תבין אל-חקאיק** כרך 3 299 (ביירות: דאר אל-כתב אלעלמיה, 2000).

107 אבן עאבדין, לעיל ה"ש 79, בעמ' 620.

108 הקוד של קדרי פאשה, המכונה גם "קובץ החוקים השרעיים" מוזכר ברוב פסקי הדין שהוזכרו

במאמר זה. לגבי בתי המשפט האזרחיים לדוגמה: בעניין משמורת של מוסלמים: עניין **פחמאוי**,

לעיל ה"ש 36, בפס' 16 ו-19; בעניין מזונות קטינים: תמ"ש (משפחה חד') 1410/06 **ו.ז.מ. נ'**

**מ.מ.ח.** תק-מש 07 (3) 17 (2007), ראו דבריה של השופטת שפרה גליק. יש לציין שיש כאלה שאינם

מבחינים בין חוק המשפחה העותמני משנת 1917 לבין הקוד של קדרי פאשה. ראו לדוגמה בש"א

(משפחה קר') 791/08 **פלונת נ' פלוני** (לא פורסם, 31.3.2008), ראו באתר נבו –

[www.nevo.co.il/Psika\\_word/mishpaha/sm08000791.doc](http://www.nevo.co.il/Psika_word/mishpaha/sm08000791.doc), השופט מאזן דאוד קבע, "חוק

המשפחה העותמני שהוא למעשה קודיפיקציה של הדין האישי, שתקף במדינת ישראל, הוא

למעשה משקף בהוראותיו בסעיפים 395 ועד 399 את העקרונות הנ"ל, וכל פרשנות שיש לפרש

להוראות חוק המשפחה הנ"ל, יש לפרש ממקורות המשפט השרעי כפי שצינתי לעיל". סעיף 157

הינו הסעיף האחרון בחוק המשפחה העותמני ולכן הכוונה היא לקוד של קדרי פאשה, אשר, כאמור,

אינו בגדר קודיפיקציה מדינית.

אותו תהליך של השכחת דעות מתוננות יותר ניתן לזהות באסכולה השאפיעית. אלשיראזי<sup>109</sup> קובע שהחזקת הילדים לא תינתן לכופר על פני המוסלמי. לאחר מכן הוא מביא דעתו של אבו סעיד אל אסתחרי, חכם שפיעי שמת בשנת (939/328)<sup>110</sup> וקבע שלכופר יש זכאות על משמורת המוסלמי והוא תמך את דעתו בחדית שסיפר עבד אל-חמיד בן סלמה מפי אביו:

אבי התאסלם ואמי סירבה להעביר אליו את המשמורת ואני נער. אבי התלונן בפני הנביא עליו השלום אשר אמר לו: "נער תלך למי שתחפץ אם תרצה אצל אביך ואם תחפץ לאמך". לאחר מכן פניתי לאמי וכאשר הבחין בי הנביא שמעתיו אומר "אלהומה אהדיהי" (אלוהים תראה לו את הדרך הישרה) ונטיתי לאבי וישבתי בכרכיו.

מבין שתי דעות אלה מעדיף שיראזי את הדעה הראשונה, מן הטעם שהמשמורת היא "לטובת הילד ולא תתגשם טובתו אם יחזק על ידי כופר כי הוא יסית אותו מדתו ובכך הדבר הזה מהווה נזק גדול". שירזי מוסיף נימוק נוסף וקובע שהחזיק הזה "בוטל על ידי האגמאע שבו האומה המוסלמית הסכימה בקונסנסוס שאין הילד המוסלמי יינתן לכופר". חכם השפיעי מאוחר יותר משיראזי, אל-נאוואוי,<sup>111</sup> מביא שלוש דעות שונות בהעדיפו את הדעה הראשונה שבה אחד התנאים להחזקה בילדים הוא האסלאם. אל נאוואוי מביא את דעתו של אסתחרי הקובע כי גם לאם שאינה מוסלמית יש זכות להחזיק בילד. דעה שלישית אשר מביא אל-נאוואוי היא, שלאם הדימית תהיה זכאות בהחזקת הילד עד שיגיע לגיל שבע, ולאחר מכן יעבור לאב. ריבוי הדעות נמחק מאוחר יותר ונותרה דעה אחת בלבד. אל-גמל חכם שפיעי<sup>112</sup> קבע: מי שאינה מוסלמית אין לה זכות להחזיק בילד המוסלמי.

הדין החנפי בהתפתחותו האחרונה מביע עמדה מסויגת ולפיה לא בכל מקרה מאבדת האם הלא מוסלמית את זכאותה בהחזקת הילדים. לעומתו, הדין השפיעי בהתפתחותו האחרונה רואה באסלאם תנאי בל יעבור. חכמי האסכולה המלכית ברובם, אינם מציבים את האסלאם כתנאי. סידי חליל קבע זאת אך הוסיף תנאי שלפיו, אם יהיה חשש לדתו המוסלמית של הילד, יצרפו לקירבת האם אנשים מוסלמים, לאו דווקא

109 אלשיראזי (מת 1083/476), **אלמהרב** כרך 3 164 (ביירות: דאר אל-כתב אלעלמיה, 1995).  
 110 אלדהבי (מת 1347/748), סיר אעלאם אל-נובלא **קורות החיים של האצילים** כרך 11 634-635 (דאר אל פקר).  
 111 אל-נאוואוי **ראדה אל-טאליבין** כרך 6 504 (ביירות: דאר אל-כתב אלעלמיה, 2000).  
 112 אל-גמל (מת 1889/1307), **חאשית אל-גמל הערות אל-גמל** כרך 9 349-347 (ביירות: דאר אל-כתב אלעלמיה, 1996).



מקרב בני המשפחה.<sup>113</sup> בפרשנותו דברים אלה גרס אל-חורשי שהמחזיק בילד אינו חייב להיות מוסלמי והוא יכול להיות כופר. אם קיים חשש שמא האם שאינה מוסלמית תאכיל את הילד בבשר חזיר ותיתן לו לשתות אלכוהול, יצרפו אליה מוסלמים.<sup>114</sup> עדאוי מסייג זאת בהבהירו שיצרפו מוסלמים כאשר קיים חשש כזה, ולא לפני כן.<sup>115</sup> הפרשן אלטסולי (מת 1842/1258) בפרשו את הטוחפה של אבן עאסם (מת 1426/829) קובע במפורש שאין זה תנאי מכריע שהמחזיק תהיה מוסלמית. הוא מוסיף שלאם הדימית יש זכות בהחזקת הילד כל עוד היא חיה בנפרד ואין חשש שהיא תאכיל את ילדיה בבשר חזיר ותשקה אותם באלכוהול.<sup>116</sup> דרדיר, הן בטקסט המקורי והן בפרשנותו אקרב אלמסק, וכמו כן אלסאוי אשר פירש את הדברים, אינם מזכירים כלל את האסלאם כתנאי להחזקת הילדים.<sup>117</sup> יודגש שישנה דעתו של אבן עבד אלואאהב באסכולה המלכית המציבה את האסלאם כתנאי. הרציו של אבן עבד אלואאהב הוא, שאם מוסלמית מואשמת כאשר היא עושה מעשה פסול, קל וחומר כאשר היא כופרת.<sup>118</sup>

#### ד. הצעות לשינוי הדין

לפני בתי הדין השרעיים עומדות שתי דרכים כדי לחולל רפורמה במערכת השיפוט מבפנים. הדרך האחת שאני מציע היא זו שנקטו הרפורמיסטים המוסלמים והיא **טחזור**. לפי דרך זו, אין נצמדים לאסכולה אחת ולדעה הדומיננטית בה, אלא פונים לאוצר הכתיבה השרעית שהצטבר במשך מאות שנים, ודולים ממנו את הדעה המיטיבה עם המתדיינים, הקשוחה פחות והמתאימה לזמן. הרפורמיסטים תמכו בדרך זו כבר במאה ה-19.<sup>119</sup> השימוש הראשון שעשו המחוקקים נעשה על ידי המחוקק העותמני ב-1917 בחוק המשפחה העותמני.<sup>120</sup> במקום להישען אך ורק על האסכולה החנפית,

113 אל-חורשי (מת 1689/1101), חשיאת אל-חורשי **הערות אל-חורשי** כרך 5 544 (ביירות: דאר אל-כתב אלעלמיה, 1997); ראו גם אבן אלחגב **גאמע אל-אומהא** 335-336 (ביירות/דמשק: אלימאמה, 1998).

114 אלחורשי **חשיאת אלחורשי** 244 (ביירות: דאר אל-כתב אלעלמיה, 1997).

115 שם.

116 אל-טסולי **אלבהגה פי שרח אל-טוחמה** כרך 1 651 (ביירות: דאר אל-כתב אלעלמיה, 1998).

117 אל-סאויף **בלגת אל-סאלק לאקרב אל-מסאלק** כרך 2 496 (ביירות: דאר אל-כתב אלעלמיה, 1995).

118 אלאזהרי שרח מחתטר אלעלמה חליל פירוש התמצית של החכם חליל כרך 1 409 (קהיר: אלחלבי, 1948).

119 ראו למשל:

Aharon Layish, *The Contribution of the Modernists to the Secularization of Islamic Law*, 14 MIDDLE EASTERN STUDIES, 263, 264 (1978); JOHN L. ESPOSITO & NATANA J.

DELONG-BAS, *WOMEN IN MUSLIM FAMILY LAW* 119-121 (2<sup>nd</sup> ed., 2001).

120 תרגום לחוק ראו, ש. ד. גוייטין וא. בן שמש **המשפט המוסלמי במדינת ישראל** 232-214 (1957).

דלה המחוקק דעות ופתרונות מאסכולות אחרות כדי לתת מענה לסוגיות בעייתיות בענייני משפחה, כגון הקושי להתגרש בדין החנפי. כיום זוהי טכניקה רווחת. חכמים של היום, כמו השיך יוסף אלקרדאווי, שדן בעניין תחולתו של הדין המוסלמי במדינות שאינן מוסלמיות, לא זו בלבד שהוא מצדד באיתור דעות מאסכולות שונות אלא הוא אף מסתפק בדעת מיעוט של האסכולות.<sup>121</sup> בית הדין השרעי לערעורים עשה שימוש בטכניקה זו, באחד מפסקי דינו<sup>122</sup> נקבע במפורש שבית הדין אינו מוגבל בפסיקתו לעקרונות האסכולה החנפית, שכן האסלאם הוא בגדר דין אחד ולכן ניתן לדלות פתרונות מאסכולות שונות. הדיון בהלכה הנוהגת בשלוש האסכולות הצביע על כך שישנן דעות שונות, אך התפתחות מאוחרת גרמה להגמוניה של הדעות השמרניות יותר. הדרך האחת, היא לחזור לדעתו של אחד מגדולי החכמים החנפים, מחמד אל שיבני, ולהעניק שוויון לדימית ולמוסלמית. אין לומר שמדובר בחכם שולי היות שדעתו של שיבני גברה לעתים על דעתו של מייסד האסכולה.

הדרך האחרת, היא להשתמש בדרך שהתווה פנחס שיפמן ואשר יושמה על ידי בית הדין השרעי לערעורים. על פי דרכו, בראיית הכללים הנוגעים להחזקת ילדים כחזקות, ניתן לסטות מהן אם מוכיחים שטובת הילד מחייבת סטייה כזו. בשני המקרים שבהם ביטל בג"ץ את פסיקתם של בתי הדין השרעיים כלל לא נעשה שימוש בכלל בדבר החזקות לעניין הדת. בתי הדין השרעיים התייחסו לכלל זה כאל כלל מוחלט. טובתם של הילדים, לשיטתם, מתבטאת רק בקבלת חינוך דתי מוסלמי. אם דו"חות של העובדים הסוציאליים מעידים אחרת, בית הדין לא יתחשב בהם. ראייה זו היא שהביאה, בסופו של דבר, להתערבות בג"ץ.

אמנם החכמים החנפים דאגו לרווחתו של הילד אך הם עשו זאת על פי תפישת עולמם. נוסף לתפישה המגדרית בעולם פטריארכלי שבו ראש המשפחה – הגבר – הוא השולט בחלוקת תפקידים מגדרית,<sup>123</sup> הוסיפו החכמים החנפים, אחרי החכם מרגינאני,

121 יוסף אלקרדאווי, פי פקה אלאקליית, חיאית אלמוסלימין וואסט אלמגתמעאת אלאוחרה **הדין של מינוטים: חיי המוסלמים בקרב חברות אחרות** 57, 60 (מדינת נסר: דאר אלשרוק, 2001).

122 ערעור 174/00 (פורסם ביום 30.1.2001).

123 העוצמה האבהית בדין החנפי לא הייתה כמו העוצמה האבהית הרומית. ראו Danaya C. Wright, *DeManneville v. DeManneville: Rethinking the Birth of Custody* *Law Under Patriarchy* 17, LAW & HIST. REV 247, 263 (1999).

"Under Roman law fathers had absolute rights to their children, their labor and property, including the right of life and death. By the later years of the Roman Empire they could not kill their children but only upon their own death did their children move out from paternal control. They could put their wives and children out into any form of labor and collect their wages, sell them three times in the open market, and determine their child's marital partners. Roman law recognized no rights or claims on the part of the mother to her children, even if a father died intestate leaving no guardian. He could not even appoint her their guardian. The father's rights

והדגישו גם את הזהות הדתית. כלומר, אין להביא בחשבון רק את ההבדל בין המינים אלא גם את ההבדל בהשתייכות הדתית. לכן הכללים החנפים אינם נייטרליים – לא מגדרית, לא דתית ואף לא חברתית. וראוי להזכיר בעניין זה, כי לעבדים היו זכויות פחותות במשפט המוסלמי הקלאסי.

פסיקת בית הדין השרעי לערעורים מבטאת אפוא תפישה פטריארכאלית, אך במקום ליישמה בדרך של כללים נוקשים, היישום הוא על דרך של חזקות.

## ה. סיכום

הסבר אפשרי להחלטות נוקשות של בתי הדין השרעיים, הן האזורי והן לערעורים, יכול להיות טמון במגמתם של בתי הדין השרעיים לאחר נובמבר 2001,<sup>124</sup> מגמה של הקצנה במובן של אסלאמיזציה יתר. בית הדין מדגיש את האסלאמיות שלו, והפעם היא מסתמנת והולכת כנוקשה יותר וכפטריארכלית יותר. אם בעבר הליך אסלאמיזציה סימן כיוון של ליברליזציה כלפי תחולתם של כללי ההלכה המוסלמיים הנוקשים, בהחזרת עקרונות של המשפט הישראלי, הרי שלאחר נובמבר 2001 הכללים הם פטריארכאליים יותר.<sup>125</sup> מאחר שקיימת תחרות בין בתי המשפט לענייני משפחה לבין בתי הדין השרעיים, מבקשים האחרונים לסמן אלטרנטיבה שרעית כדי לייחד את השירות שהם מעניקים. בהיעדר גישה לפסיקה הרלוונטית בשלמותה, קשה להצביע על עוצמתה של מגמה זו. ממקצת פסקי הדין שהותרו לפרסום לאחר נובמבר 2001 אותרו פסקי דין המצביעים על המגמה האמורה. דומני, שבשלב זה של המחקר ובמסגרת הערת פסיקה זו ניתן לומר כי, למעשה, יש תהליכים סותרים ומגמות מנוגדות המתרחשים בבתי הדין השרעיים בישראל. המגמה הראשונה מתאפיינת בהמשך הדגשת התמונה הליברלית; המגמה האחרת – בהדגשת האסלאמיות כאשר האסלאמיות מובנת כפטריארכליות.

to custody of his children were so absolute that no amount of cruelty, neglect of duty, or immorality on his part, affected in the slightest degree his claim to the custody of his children"

124 בתאריך זה עברה הצעת חוק בית המשפט לענייני משפחה (תיקון מס' 5), התשס"ב-2001, ה"ח 1421, תיקון זה העניק סמכויות לבית המשפט לענייני משפחה לדון בענייני משפחה של מוסלמים ונוצרים, למעט ענייני נישואין וגרושין שנשארו בסמכותם הייחודית.

125 הליך של איסלאמיזציה יכול להוביל או לליברליזציה או לשמרנות. ראו לדוגמה כיצד מראים המחברים שקביעה שהשריעה מהווה מקור ראשי של החקיקה אינה מהווה בהכרח סיבה לחשש בפגיעה בזכויות אדם:

Clark B. Lombardi & Nathan J. Brown, *Do Constitutions Requiring Adherence to Shari'a Threaten Human Rights? How Egypt's Constitutional Court Reconciles Islamic Law with the Liberal Rule of Law*, 21 AM. U. INT'L L. REV. 379 (2006)

הדבר אופייני לזהות משברית אשר מייחסת עצמה לעבר, בין האמיתי ובין המדומה, יותר מאשר לעתיד. סתירה זו נתחדדה לאחר נובמבר 2001. לנוכח התחרות אשר נוצרה בין בתי המשפט לענייני משפחה לבין בתי הדין השרעיים, מבקשים בתי הדין להצטייר כבתי הדין יעילים וצודקים. זאת, כדי למשוך אליהם את ציבור המתדיינים. מנגד, בתי הדין מבקשים להפגין יסוד המבדיל אותם מבתי המשפט לענייני משפחה. כלומר, מצד אחד הם מבקשים להצביע על כך שהם אינם נופלים מבתי המשפט לענייני משפחה, ומצד שני – שהם שונים מבתי משפט אלה. הרצון לשוני ולזהות גם יחד גורר פסיקות סותרות ומגמות מנוגדות.

נוסף לשני היסודות שעליהם הצבענו והם: החלתו של חוק הכשרות המשפטית והאפורופסות וקריסת תיאוריית החזקות של בתי הדין השרעיים שפותחה בעשור האחרון, אפשר להסיק כמה עקרונות חשובים:

האחד, שהחקיקה האזרחית בעניין הכשרות המשפטית והאפורופסות תחול על בתי הדין הדתיים, ובכללם בתי הדין השרעיים. בית המשפט העליון לא יקבל שום חזקה בעניין החזקת ילדים חוץ מחזקת הגיל הרך. בשתי קביעות אלה, מוטט בית המשפט העליון את הפסיקה השרעית שהתפתחה ב-12 השנים האחרונות והיה נדמה שהיא תישאר על כנה לעד.

יחד עם זאת, בג"ץ לא יתערב בנימוקים ההלכתיים כל עוד התוצאה מכבדת את עקרון טובת הילד ועומדת בתנאיו. בג"ץ מתיר לבתי הדין השרעיים "לקשט"<sup>126</sup> את פסיקותיהם באמרות הלכתיות, אך כאשר נעשה ניסיון לעבור מרטוריקה לפרקטיקה – בג"ץ לא יאפשר אותו. כאשר קיימת סטייה מעיקרון זה, בג"ץ יתערב ואף יבטל את החלטותיהם של בתי הדין השרעיים. הסטייה תיבחן על רקע הדו"חות שמגישים העובדים הסוציאליים. הדו"ח של העובד הסוציאלי הפך מכלי עזר לכלי שליטה בבתי הדין השרעיים. קיים לפנינו שינוי ההיררכיות. מכלי עזר משני הופך תפקידו של העובד הסוציאלי לכלי עיקרי, מאחר שזו השפה שבג"ץ מדבר בה. כל עוד החלטת בתי הדין השרעיים תואמת את הדו"ח, היא תאושר. כך, סטייה מנימוקים הלכתיים שאינם עולים בקנה אחד עם התסקירים, תגרום לפסילת החלטתם של בתי הדין השרעיים. למעשה, זוהי בירוקרטיזציה של ההליך השיפוטי. תפקיד הקאדי מסתכם בדרישת דו"ח מהעובדים הסוציאליים וכל שעליו לעשות לאחר מכן הוא לאשר את הדו"ח. כל עוד קיימת חפיפה בין הדו"ח לכללים ההלכתיים, אין מתעוררת בעיה. כאשר קיימת סטייה, על בית הדין השרעי לתקנה. בשני המקרים שבהם ביטל בג"ץ את החלטותיהם של בתי הדין השרעיים הם סטו מדו"חותיהם של העובדים הסוציאליים.

עוד אפשר ללמוד מהמקרים שנדונו לעיל, כיצד כאשר עולים שלב אחר שלב בערכאה שיפוטית, הרטוריקה האסלאמית מופחתת, ואלמנטים מסוימים אף נעלמים.

126 ראו עבודתו של בוטיוו המתייחסת לשימוש בפסוקי קוראן בפסיקה המצרית כדי "לקשט" את פסקי הדין: BERNARD BOTIVEAU, LOI ISLAMIQUE ET DROIT DANS LES SOCIÉTÉS ARABES (1993).

בפסקי הדין של בית המשפט העליון קיימת פסיקה "מטוהרת" מעובדות מהותיות שעמדו בבסיס ההחלטות של בתי הדין דלמטה, שהרי לערכאה העליונה יש גם שיקולים כגון שמירה על תדמיתה הציבורית של המערכת. לבסוף, עניין החזקת ילדים חשוב אף הוא כדי להצביע על ההתפתחות בהלכה ועל היעדר סגירתם של שערי האג'תיהאד.<sup>127</sup> משלוש הדוגמאות (נישואי האישה לגבר זר, עניין הגיל וזכאות האישה דימית להחזיק בילדה) עולה התפתחות של הכללים השרעיים. אמנם אי אפשר לומר שההתפתחות נעשית מליברלית יותר לליברלית פחות, או להיפך. במושגים של היום, בסוגיית נישואי האישה עם גבר זר נעשית ההתפתחות בכיוון הליברלי יותר בעוד שההתפתחות בעניין הדימית הינה ליברלית פחות.

127 סגירת שערי האג'תיהאד הינה קביעה של חוקרים רבים שלפיה בסביבות המאה העשירית הנוצרית לא יכלו המוסלמים לעשות מאמצים פרשניים, והם פנו לספרות אשר חוברה עד מאה זו. לדיון בנושא זה ראו לדוגמה:

Wael Hallaq, *Was the Gate of Ijtihad Closed?*, 16 *IMES* 3 (1984); Abdel-Magid Turki, *Aggiornamento Juridique: Continuité et Créativité ou Fiction de la Fermeture de la Porte deL'Ijtihad?* 94 *STUDIA ISLAMICA* 5 (2002)