

בג"ץ הבוררת והביקורת השיפוטית על בתי דין דתיים: מבט לעתיד

מאת

שירין בטשון*

עתירה שהגישה אישה מוסלמית נגד סירובם של בית הדין השרעי לערעורים ובית הדין השרעי בטייבה למנות אישה כבוררת מחמת מינה בלבד הסתיימה בהכרעה המחייבת את בתי הדין השרעיים למנות אישה כבוררת. בהכרעה קבע בג"ץ כלל פרשני חשוב ותקדימי שלפיו לאור תכליתו של חוק שיווי זכויות האישה, התשי"א-1951, מעמדו הייחודי והעקרונות שעליהם נשען, יש להעניק לחוק פרשנות מרחיבה ובה בעת ליתן לחריגים הקבועים בסעיפים 5 ו-7(ג) לו פרשנות מצמצמת. לצד זאת קבע בג"ץ כלל נוסף, המחייב את בית הדין הדתי לאמץ אסכולה מקובלת בדין הדתי אשר אינה פוגעת בעקרון השוויון ולהעדיפה על פני אסכולה אחרת שאינה מתיישבת עם עיקרון זה. השאלה שבה עוסק מאמר זה היא אם ההכרעות התקדימיות בבג"ץ הבוררת סוללות את הדרך בפני מינויה של אישה לתפקיד קאדית בבית הדין השרעי ולתפקידים שיפוטיים אחרים בבתי הדין הדתיים. טענתי המרכזית במאמר זה היא שמעבר להישג האדיר שמבטא פסק הדין בבג"ץ הבוררת עבור ציבור הנשים בכלל ועבור נשים מוסלמיות בפרט, בשבירת המונופול הגברי שהיה קיים בכל הנוגע למינויים של בוררים, יש בהכרעות התקדימיות בבג"ץ הבוררת כדי לסייע בצמצום הפגיעה בזכויות נשים בבתי הדין הדתיים.

- א. מבוא
- ב. דיני המשפחה בישראל ואפליית נשים
- ג. החריגים בחוק שיווי זכויות האישה
- ד. צמצום פרשנות החריגים שבחוק שיווי זכויות האישה
- ה. עקרון השוויון וחוק שיווי זכויות האישה: מסלולים מקבילים?
- ו. מינוין של נשים לתפקיד קאדיות
- ז. סיכום

* עורכת דין, בעלת תואר LLM מאוניברסיטת תל אביב ותואר LLM נורת'ווסטרן, שיקגו, ארצות הברית. מלגאית של קרן פולברייט במסגרת תוכנית Hubert Humphrey בארצות הברית. בעלת ניסיון של למעלה מ-14 שנים בעריכת דין בישראל, לרבות בתחום דיני המשפחה ובתי הדין הדתיים המשרתים את המיעוט הפלסטיני בישראל, וייצגה את ארגון כיאן בעתירה נשוא מאמר זה.

א. מבוא

ביום 27.6.2013 נתן בית הדין הגבוה לצדק החלטה המחייבת את בתי הדין השרעיים בישראל למנות נשים בוררות בהליכי גירושין, מכוח עקרון השוויון.¹ ההחלטה ניתנה כאמור בעקבות עתירה שהגישה אישה מוסלמית נגד בית הדין השרעי לערעורים וכנגד בית הדין השרעי בטייבה בשל סירובם לאפשר לה למנות אישה מטעמה כבוררת בהליך הגירושין הנדון בעניינה, מחמת מינה של הבוררת בלבד. סוגיית מינויה של הבוררת התעוררה במסגרת החלתו של סעיף 130 לחוק המשפחה העות'מאני, החל בישראל,² המאפשר לגבר או לאישה להגיש תביעת גירושין בעילה של סכסוך בין הצדדים שאינו מאפשר את המשך קיומם של חיי הנישואין. על פי אותו סעיף, אם פונה אחד מבני הזוג לשופט וטוען לסכסוך כאמור, השופט ימנה בוררים³ (אחד מצדו ואחד מצדה) אשר ישקיעו מאמצים להשכנת שלום בית בין הצדדים, ואם לא יצליחו, יגישו המלצה לגרש את הצדדים ויתייחסו לזכותה של האישה למוהר המאוחר הרשום בחוזה הנישואין. גברים ונשים עושים שימוש בעילת הגירושין הקבועה בסעיף 130 לחוק המשפחה העות'מאני. ממחקרו של מוסא אבו רמדאן עולה כי בין השנים 1992–2003 אִפשר בית הדין השרעי לערעורים רפורמה בפרשנות הסעיף, וזו הפכה את הגירושין על פיו לאופציה קלה יחסית, לרבות עבור נשים.⁴

בכל הנוגע למינוי בוררים על פי סעיף 130 לחוק המשפחה העות'מאני, בתי הדין השרעיים בישראל אפשרו מינויים של גברים בלבד, זאת עד שהגיעה העותרת בבג"ץ הבוררת וביקשה להפוך את החלטת בית הדין השרעי ולהורות על מינוי אישה בוררת מטעמה. בעתירה ייצגתי את הארגון הפמיניסטי "כייאן" בבקשה להצטרף כידיד בית משפט, במסגרת תפקידי אז כרכזת המחלקה המשפטית בארגון (להלן: בקשת ידיד בית המשפט). הבקשה להצטרף לעתירה כ"ידיד בית המשפט" נבעה מהרצון להציג עמדה ברורה ונחרצת נגד סירוב בית הדין השרעי למנות אישה כבוררת מחמת מינה בלבד, וכן מהרצון להתייחס לאי-חוקיותה של החלטה זו, השפעתה השלילית על מעמד האישה בכלל ותרומתה להמשך אפלייתן של נשים במערכת בתי הדין הדתיים בכלל ובית הדין השרעי בפרט.

- 1 בג"ץ 3856/11 פלונית נ' בית הדין השרעי הגדול לערעורים (פורסם בנבו, 27.6.2013) (להלן: בג"ץ הבוררת).
- 2 חוק המשפחה המוסלמית (1917) (להלן: חוק המשפחה העות'מאני). ראו שלמה דב גוטוין ואהרן בן שמש המשפט המוסלמי במדינת ישראל 229 (1957).
- 3 ס' 130 קובע כאמור כי השופט ימנה בורר אחד מצד משפחתו של בן הזוג ואחד מצד בן משפחתה של בת הזוג, אולם אם לא נמצאו בוררים מבני המשפחות, או אלה אינם בעלי התכונות הנדרשות, ימנה השופט בוררים מתאימים שלא מבני המשפחה.
- 4 Moussa Abou Ramadan, *Divorce Reform in the Shari'a Court of Appeals in Israel (1992–2003)*, 13 ISLAMIC L. & SOC. 242 (2006).

השאלה שבה ארצה לעסוק במאמר היא השפעת ההכרעה בבג"ץ הבוררת על היקף ההתערבות בהחלטותיהם של בתי הדין הדתיים מקום שיש בו פגיעה בעקרון השוויון, תוך התייחסות לחריגים שבחוק שיווי זכויות האישה⁵ ולהיקף תחולתם. האם החלתו של עקרון השוויון והפרשנות שבג"ץ נתן לחריגים שבחוק שיווי זכויות האישה סוללים את הדרך בפני מאבקים עתידיים באפליה נגד נשים בבתי הדין הדתיים? האם יש בהם כדי לסלול את הדרך למינוי של נשים לתפקידים שיפוטיים בבתי הדין הדתיים? אלה השאלות שמאמר זה ינסה להתמודד אתן ולדון בהן.

ב. דיני המשפחה בישראל ואפליית נשים

בישראל קיים בתחום דיני המשפחה מבנה ייחודי, המעניק סמכות ייחודית לבתי הדין הדתיים לדון בענייני נישואין וגירושין,⁶ לצד סמכויות מקבילות לבתי המשפט לענייני משפחה בנושאים הנלווים (מזונות, משמורת, רכוש ועוד).⁷

מקורה של מערכת השיפוט הנשענת על קיומם של בתי דין דתיים ושליטת העדות הדתיות בהסדרת ענייני הנישואין והגירושין של בני עדתם הוא בשיטת ה"מילט"⁸. שיטה זו הייתה נהוגה בתקופה העות'מאנית, נקלטה לאחר מכן על ידי המנדט הבריטי ואומצה על ידי מדינת ישראל.

שליטת העדות הדתיות בהסדרת ענייני הנישואין והגירושין ותחולתם של הדינים הדתיים יוצרות פגיעות קשות בזכויות אדם בכלל ובזכויות נשים בפרט. הפגיעה בזכויות נשים בתחום דיני המשפחה זכתה לכתיבה רבה בספרות המשפטית,⁹ לעשייה ענפה וכתיבה של ארגוני נשים בתחום¹⁰ וכן להתייחסותו של בג"ץ.¹¹

5 ס' 5 ו-7(ג) לחוק שיווי זכויות האישה, התש"א-1951, ס"ח 248.

6 סימן 51 לדבר המלך במועצה על ארץ-ישראל, 1922 עד 1947.

7 חשוב לציין כי כללי הסמכות המקבילה שונים מעדה דתית אחת לאחרת וזאת בשל הוראות חוק שונות שמסדירות את סמכויותיה של כל אחת מהן. קצרה יריעתו של מאמר זה מלפרט את כלליה של הסמכות בנוגע לכל אחת מהעדות הדתיות המוכרות.

8 Millet – "המילטים" (פירוש המילה קהילה דתית) של מיעוטים נחלקו בתוכם פנימה לקבוצות-משנה אתניות, לשוניות ודתיות, ובדרך זו הוכללו במערכת כמה קווי שוני בנוהגי דת אבל לחברים בהם לא היו זכויות של מצפון או של התאגדות כלפי קהילותיהם שלהם (וכל אחד היה חייב להיות חבר בקהילה זו או אחרת) – מייקל וולצר על הסובלנות 26 (1999).

9 ראו לדוגמה פרנסס רדאי "על השוויון" משפטים כד 2, 241, 248 (1994). ראו גם דפנה הקר ורות הלפרין-קדרי "כללי ההכרעה בסכסוכי משמורת – על סכנותיה של אשליית הדמיון ההורי במציאות ממוגדרת" משפט וממשל טו 91, 160-162 (2013).

10 לדוגמה, שירין בטשון בתי הדין הכנסייתיים בישראל: מבט מגדרי (הוצאת כייאן – ארגון פמיניסטי, 2012), www.goo.gl/E8qZrX; שירין בטשון נייר עמדה: ציות זוגי בבתי הדין הדתיים (הוצאת כייאן – ארגון פמיניסטי, 2010).

בבג"ץ הבוררת, העומד במרכז מאמר זה, התייחסה השופטת עדנה ארבל, אשר דבריה הם עמוד השדרה של פסק הדין, לנושא הפגיעה בזכויותיהן ומעמדן של נשים, באומרה כך:

אחד התחומים הרגישים בהם נאלץ בית המשפט להתמודד עם אפליית נשים הוא זה הנושק או הנוגע ישירות לענייני הלכה, דת ומדינה. אכן, גם בתחום זה עמד בית משפט זה לא אחת על העיקרון האוסר להפלות נשים בשל מינן, וביטל החלטות הנגועות באפליה מסוג זה.¹²

בהמשך דבריה התייחסה השופטת ארבל באופן ממוקד לפגיעה בזכויות נשים בבתי הדין הדתיים:

כאשר אנו ממקדים מבטנו אל בתי הדין הדתיים הקושי מתעצם, שכן במוסדות אלו ישנה אפליה המובנית בתוך המערכת. זאת, בעיקר מעצם מינוי תפקידים שיפוטיים מקרב המין הגברי בלבד, מינויים אשר לכאורה מוגנים על ידי החוק, כפי שנראה בהמשך. לצד זאת נשמעות לא אחת טענות כי הדין הדתי עצמו יוצר פעמים רבות אפליית נשים, וכי למצער מבחינה תוצאתית ישנה פעמים רבות הטיה כלשהי לרעת הנשים בגופים אלו.¹³

לכך יש להוסיף את החריגים שהמחוקק בחר לכלול בחוק שיווי זכויות האישה, המבטאים אף הם את הפגיעה בזכויות נשים בתחום דיני המשפחה. בחריגים אלה יש הכרה ברורה של המחוקק בכך שבתחום זה, וכן בענייני נישואין וגירושין, לא תהיה עדיפות לעקרון השוויון על פני עקרונות דתיים והלכתיים,¹⁴ כפי שאפרט בהמשך המאמר.

ג. החריגים בחוק שיווי זכויות האישה

עיון בחוק שיווי זכויות האישה מעלה כי חרף מטרתו הרחבה "לקבוע עקרונות להבטחת שוויון מלא בין האישה לבין האיש, ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל"¹⁵ ומחויבותו לפעול להשוואת מעמדם של נשים לזה של גברים לפני החוק,¹⁶ מכיל החוק בתוכו שני סייגים שמחריגים את תחולתו.

- 11 ראו לדוגמה בג"ץ 1129/06 פלוני נגד בית הדין השרעי לערעורים (פורסם בנבו, 5.6.2006); בג"ץ 9740/05 פלוני נ' בית הדין השרעי הגבוה לערעורים בירושלים (פורסם בנבו, 5.2.2006).
- 12 בג"ץ הבוררת, פס' 25 לפסק דינה של השופטת ארבל (ההדגשות הוספו).
- 13 פס' 27 לפסק דינה של השופטת ארבל, שם (ההדגשות הוספו).
- 14 ראו לדוגמה רדאי, לעיל ה"ש 9, בעמ' 253.
- 15 ס' 1 לחוק שיווי זכויות האישה.
- 16 ס' 1א, שם.

הסייג הראשון קובע כי החוק לא בא לפגוע בדיני האיסור וההיתר בנישואין ובגירושין.¹⁷ הטעם להכללתו של הסייג הובא בדברי ההסבר להצעת החוק מטעם הממשלה:

האשה כאיש ראויה לכל פעולה משפטית, ואין מפלים אשה באשר היא אשה (סעיף 1). ישנן עדות שלפי דיניהן אין האשה ראויה לפעולות משפטיות מסוימות שהאיש ראוי להן; החוק המוצע בא לבטל הפליה זו. עם זאת נקבע שאין החוק המוצע בא לפגוע בדיני איסור והיתר לנישואין ולגירושין, כגון שגרשה אסורה על כהן, שהאיש הוא המקדש והאשה – המתקדשת, שהאיש הוא הנותן גט והאשה – מקבלת.¹⁸

הסייג השני קובע כי "הוראות חוק זה לא יחולו על מינוי לתפקיד דתי בהתאם לדין הדתי, ובכלל זה על מינוי רבנים ובעלי תפקידים שיפוטיים בבתי דין דתיים".¹⁹ בחירתו של המחוקק להכליל את שני הסייגים שלעיל בחוק שחרת על דגלו את עידוד השוויון בין המינים ומיגור האפליה נגד נשים היא בחירה מודעת ומכוונת. היא מעידה על הכרה בבעייתיות הטמונה בדינים הדתיים ועל פוטנציאל הפגיעה שלהם במעמד הנשים ובזכויותיהן ועל הדרתן של נשים ממילוי תפקידים בעלי השפעה בבתי הדין, לרבות ובמיוחד תפקידים שיפוטיים.

לכך התווספו גם הסתייגויותיה של מדינת ישראל בעת אשרור האמנה לביעורן של כל צורות האפליה נגד נשים (CEDAW) בשנת 1991,²⁰ הזהות לחריגים הקבועים בחוק שיווי זכויות האישה. חרף חלוף כ-26 שנים מאז אשרורה של האמנה והמלצותיהן החוזרות ונשנות של הוועדות השונות של האמנה לחזור בה מהסתייגויותיה,²¹ מדינת ישראל אינה עושה כן. התוצאה היא שנכון להיום ההסתייגויות באמנה, כמו גם החריגים הקבועים בחוק שיווי זכויות האישה, עדיין שרירים וקיימים.

אין ספק כי עמדה זו של המדינה מכפיפה את עקרון השוויון לנורמות פטריארכליות ולנורמות דתיות. על ישראל, כמו כל מדינה דמוקרטית אחרת, להעדיף את ערך השוויון, בין

17 ס' 5, שם.

18 הצעת חוק שיווי זכויות האישה, התשי"א-1951, ה"ח 190, 191.

19 ס' 7(ג) לחוק שיווי זכויות האישה. סייג זה הוסף בחוק שיווי זכויות האישה (תיקון מס' 2), התש"ס-2000, ס"ח 172.

20 האמנה בדבר ביטול אפליה נגד נשים לצורותיה, כ"א 31, 179 (נפתחה לחתימה ב-1979) (נכנסה לתוקף לגבי ישראל ב-1991) (להלן: אמנת ה-CEDAW).

21 ראו לדוגמה המלצות הוועדה בישיבותיה השונות כדלקמן: Concluding observation of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women, Thirty-third session, Article 26, Israel, 22 July, 2005, www.goo.gl/rOmgQL; Concluding observation of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women, Forty-eighth session, Article 9, Israel, 4 February, 2011, www.goo.gl/gCjzXq.

מכוח חובתה לקיים את השוויון על פי האמנה ובין מכוח הגנה על הזכויות החוקתיות, לרבות הזכות לשוויון, ולא להותיר את מלאכת ההגנה על זכויות נשים בידי בית המשפט בלבד.²² בהמשך המאמר אסקור את הטענות שהועלו בבג"ץ הבוררת הנוגעות לחריגים הנזכרים ואעמוד על השפעת הכרעתו של בג"ץ על פרשנותם. שני הסייגים והשאלה על אודות תחולתם בעניין מינויה של בוררת בבית הדין השרעי היו ללא ספק מסלעי המחלוקת העיקריים בעתירה.

ד. צמצום פרשנות החריגים שבחוק שיווי זכויות האישה

על מנת להכריע בשאלת תחולתם של החריגים שבחוק, כאמור לעיל, נאלץ בג"ץ להתמודד עם שאלת מהות תפקידו של הבורר, שהייתה סלע מחלוקת בין הצדדים בעתירה וכן עניין שנוי במחלוקת בין אסכולות דתיות מוסלמיות שונות. טענתו העיקרית של בית הדין השרעי הייתה שעל פי האסכולה המאלכית, שממנה נשאב סעיף 130 לחוק המשפחה העות'מאני, מעמדו של הבורר הוא כמעמד קאדי היושב בדין, ומכיוון שכך החלטתו סופית ואיננה בגדר המלצה. על פי אותה אסכולה חייב אפוא הבורר להיות גבר בלבד.

כפועל יוצא של כך קבע בית הדין השרעי כי מדובר בתפקיד שיפוטי ודתי, שעליו חל החריג הקבוע בסעיף 7(ג) לחוק שיווי זכויות האישה כאמור, המחריג מן החוק מינוי נשים לתפקידים דתיים ולתפקידים שיפוטיים בבתי הדין הדתיים. עוד נקבע כי תפקיד הבורר יכול להשפיע על דיני ההיתר והאיסור בגירושין, ולכן חל גם החריג השני הקבוע בסעיף 5 לחוק שיווי זכויות האישה, המחריג מן השוויון את דיני ההיתר והאיסור לנישואין ולגירושין.

בתגובת היועץ המשפטי לממשלה נטען כי החלטת בית הדין השרעי לאמץ את הפרשנות על פי האסכולה המאלכית (שאינה מאפשרת מינוי של אישה לתפקיד בוררת) נטועה באוטונומיה השיפוטית המסורה לבית הדין בכל הקשור להחלת הדין הדתי המהותי שבסמכותו, ולכן קרא לבג"ץ שלא להתערב בהחלטה. מנגד טענה העותרת כי בית הדין השרעי לא דבק בפרשנותו לסעיף 130 לחוק המשפחה העות'מאני באסכולה המאלכית דווקא. היא הוסיפה וטענה כי המג'לה מבוססת על האסכולה החנפית, המאפשרת מינוי של אישה לתפקיד בוררת ואף לתפקיד קאדית, והצביעה על מינוין של שתי קאדיות שרעיות ברשות הפלסטינית.

בקליפת אגוז, ומבלי להיכנס לעומק המחלוקת הדתית בנושא, העיר בית הדין השרעי בפני בג"ץ כי שאלת מינויה של אישה בוררת שנויה במחלוקת בין חכמי הדת המוסלמית וכי יש אסכולות דתיות שמאפשרות מינוי של אישה לתפקיד בוררת.²³ לזאת יש להוסיף כי בהכרעתו

²² Frances Raday, *Culture, Religion and Gender*, 1 INT'L J. CONST. L. 663 (2003)

²³ ראו גם הסיפה של פס' 6 לפסק דינה של השופטת ארבל בבג"ץ הבוררת. זאת ועוד, גם היועץ המשפטי לממשלה הורה בקיומן של אסכולות אחדות, כאמור בתגובתו לבג"ץ.

הקודמת, בעניין חמזה,²⁴ הכריע בג"ץ בשאלת תפקידו של הבורר על פי סעיף 130 לחוק המשפחה העות'מאני וקבע כי הבוררים פועלים כמיופי כוח של הצדדים, שכן המלצתם נתונה וכפופה להחלטתו של הקאדי היושב בדין; גישה זו מתיישבת דווקא עם האסכולה החנפית, המאפשרת מינוי של אישה לתפקיד בוררת ואף לתפקיד קאדית.

בג"ץ חמזה הוגש נגד בית הדין השרעי לערעורים, אשר פסק בניגוד להמלצת הבוררים. בג"ץ הכריע בשאלת תפקידם של הבוררים כאמור לעיל, בין היתר בהסתמך על מדיניותו של בית הדין השרעי ועל הפרקטיקה הנהוגה בו, אשר מהן עולה כי בית הדין מפעיל שיקול דעת ופוסק לעתים בניגוד להמלצת הבוררים.²⁵

למרות כל האמור לעיל, בית הדין השרעי בחר להציג בבג"ץ הבוררת עמדה שלפיה בנוגע לפרשנות סעיף 130 לחוק המשפחה העות'מאני דבק הוא דווקא באסכולה המאלכית – אסכולה המונעת את מינויה של אישה לבוררת ופוגעת בעקרון השוויון, הגם שעמדה לרשותו האסכולה החנפית, אשר בית הדין השרעי נוהג על פיה. בחירה זו מעלה שאלות ותהיות רבות, במיוחד בנוגע ליכולתם האמתית של בתי הדין הדתיים לקיים את עקרון השוויון. לאחר דיון בטענות הצדדים קבעה השופטת ארבל כי תפקיד הבורר איננו תפקיד דתי וגם לא תפקיד שיפוטי. ההחלטה ניתנה בהסתמך על הקביעה בבג"ץ חמזה בנוגע לתפקיד הבוררים,²⁶ וכן על כך שאין פגיעה בדיני ההיתר והאיסור בנישואין ובגירושין. כפועל יוצא קבעה השופטת כי החריגים שבחוק שיווי זכויות האישה²⁷ אינם חלים על מינויה של הבוררת.

לאחר דיון בפרשנות של שני החריגים לחוק שיווי זכויות האישה קבעה השופטת ארבל כי יש לפרש את החריג הקבוע בסעיף 5 לחוק כסעיף שכוון לחול על תוכן הדין הדתי עצמו בלבד ולא על בעלי הסמכות ליישם אותו;²⁸ כן קבעה כי את סעיף 7(ג) לחוק שיווי זכויות האישה יש לפרש בצורה מצומצמת כך שיחול על נושאי תפקידים שיפוטיים בלבד, כגון דיינים או קאדים, ועליהם בלבד.²⁹

24 בג"ץ 9347/99 חמזה נ' בית הדין השרעי לערעורים בירושלים, פ"ד נה(2) 592 (2001).

25 שם, פס' 8 לדברי השופט אור: "אף ההלכה הפסוקה בתחום זה, כפי שיצאה מתחת ידיו של בית-הדין השרעי לערעורים, מלמדת כי זו הפרשנות הראויה לסעיף 130. בדיון שהתקיים בעניין זה בפנינו עלתה השאלה כיצד מיישם בית-הדין השרעי לערעורים את סעיף 130 לחוק. לבקשתנו, הביאו בעלי-הדין בפנינו פסקי-דין של בית-הדין השרעי ביושבו כערכאת ערעור על החלטות בתי-דין שרעיים אזוריים בפוסקם לפי סעיף 130, כפי שנעשה כאן. מפסקי-דין אלו, שפורסמו בקובץ 'אלכשאף' בהוצאת המרכז הבינתחומי בהרצליה, עולה כי בית-הדין השרעי לערעורים פסק באופן עקבי שהוא רשאי להתערב בפסקי-דין של בתי-הדין השרעיים האזוריים שניתנו לאחר החלטת בוררים אשר מונו לפי סעיף 130, ובמסגרת זו להתערב בהחלטת הבוררים".

לעיל ה"ש 24.

27 ס' 5 ו-7(ג) לחוק שיווי זכויות האישה.

28 בג"ץ הבוררת, פס' 39 לפסק דינה של השופטת ארבל.

29 שם, פס' 42 לפסק דינה של השופטת ארבל.

השופטת ארבל הגיעה למסקנתה זו תוך קביעת כלל פרשני חשוב ותקדימי שלפיו לאור תכליתו של החוק, מעמדו הייחודי והעקרונות שעליהם נשען, יש להעניק לו פרשנות מרחיבה ובה בעת ליתן לחריגים פרשנות מצמצמת מתוך הנחה שתכליתן של הוראות החוק היא שלא לפגוע בעקרון השוויון.³⁰

חיפוש בפסיקה שניתנה עד לבג"ץ הבוררת מעלה כי קביעה זו היא ראשונה מסוגה בכל הנוגע לפרשנויות החריגים הקבועים בחוק שיווי זכויות האישה, וכי רק במקרים בודדים עסק בג"ץ באופן ספציפי בתחולת החריגים או בפרשנותם³¹ (זאת בניגוד לפסיקה הענפה הקיימת בתחום השוויון בין המינים).

חשיבותה של קביעה זו בכך שהיא מאפשרת את צמצום תחולתם של אותם חריגים ומונעת את הרחבתם. בכך עשויה לסייע אף היא בצמצום מרחב האפליה הקיים נגד נשים בבתי הדין הדתיים. קביעה זו חשובה גם נוכח המשקל הרב שבג"ץ מייחס לאותם החריגים בפסיקותיו השונות, כפי שיפורט בהמשך המאמר.

ה. עקרון השוויון וחוק שיווי זכויות האישה: מסלולים מקבילים?

לאחר קביעתה כי החריגים הקבועים בחוק שיווי זכויות האישה אינם חלים ודינה של החלטת בית הדין השרעי להתבטל, ציינה השופטת ארבל, בטרם הענקת הסעד המשפטי, אפשרות נוספת לניתוח הסוגיה דרך החלתו של עקרון השוויון: "ייתכן שהיינו מגיעים לאותה תוצאה גם אם היינו מניחים שחוק שיווי זכויות האישה לא חל על המקרה דנן".³²

השופטת ארבל מבססת את אמירתה על כך שעקרון השוויון בין המינים לא נולד בחוק שיווי זכויות האישה, אלא אך זכה בו לעיגון הצהרתי ומעשי שלו; עקרון השוויון נולד, לדבריה, כבר עם לידתה של המדינה.³³ כמו כן קבעה כי הפעלת הדין הדתי צריכה להיעשות תוך התחשבות בעקרון השוויון.

30 שם, פס' 31 לפסק דינה של השופטת ארבל.

31 כך לדוגמה בבג"ץ 49/54 מלחם נ' השופט השרעי, עכו והמחוז, פ"ד ח 910 (1954), נדונה שאלת היחס בין האיסור על פוליגמיה, שנקבע אז בס' 8(א) לחוק שיווי זכויות האישה, לבין ס' 5 לאותו החוק, ובג"ץ נדרש למטרתו של ס' 5 ולהיגיון העומד מאחוריו, בקובעו כך: "כל כוונתו של סעיף 5 היא, לשמור ולהגן על אפליות משפטיות מסוימות מעין הללו דלעיל, הקיימות אם בהלכות האישות של דיני ישראל, ואם בהלכות האישות של איזו עדה דתית מוכרת אחרת" (ס' 8 לפסק הדין). דוגמה נוספת היא ד"נ 10/69 בורנובסקי נ' הרבנים הראשיים לישראל, פ"ד כח(1) 7 (1971) שעסק בהיתר שניתן לגבר לשאת אישה אחרת בשל סירובה של העותרת לקבל גט.

32 בג"ץ הבוררת, פס' 44 לפסק דינה של השופטת ארבל.

33 שם, פס' 24 לפסק דינה של השופטת ארבל.

אמירתה של השופטת ארבל מאפשרת למעשה את החלת עקרון השוויון ללא בחינת תחולתם של החריגים לחוק שיווי זכויות האישה, שכן היא אינה מוגבלת לתחולתו של החוק כאמור.

המהלך המשפטי שנוקטת השופטת ארבל כדי להגיע לתוצאה הסופית (שחייבה את בתי הדין השרעיים למנות אישה בוררת) עשויה אפוא ליצור שני מסלולים מקבילים. האחד הוא מסלול הבוחן את ההחלטה לאור תחולתו של עקרון השוויון הכללי, שאינו מוגבל לחוק שיווי זכויות האישה ולחריגים המופיעים בו (להלן: מסלול עקרון השוויון); המסלול האחר בוחן את תחולתו של חוק שיווי זכויות האישה והחריגים בו (להלן: מסלול חוק שיווי זכויות האישה).

לכאורה ניתן היה לטעון שמדובר במסלולים חופפים, שכן הקביעה שחוק שיווי זכויות האישה הצהיר על דין קיים זה מכבר,³⁴ משמעה ששני המסלולים אמורים להחיל את אותו עיקרון, הלוא הוא עקרון השוויון.

הלכה למעשה, צעידה בכל אחד מהמסלולים המתוארים לעיל עשויה להוביל לתוצאה שונה. השוני העיקרי הוא שצעידה במסלול של חוק שיווי זכויות האישה יכולה הייתה להוביל לתוצאה של דחיית העתירה אילו התקבלה עמדת בית הדין השרעי שלפיה החריגים לחוק חלים, בעוד צעידה במסלול עקרון השוויון אינה מוגבלת לתחולת החריגים. במבחן התוצאה הסופית, הפעלת שני המסלולים יכולה להוביל לתוצאות דומות, כפי שהוכרע בבג"ץ הבוררת, אך באותה מידה היא יכולה להוביל במקרים אחרים לתוצאות משפטיות שונות ואף מנוגדות. האם אמירתה של השופטת ארבל יצרה למעשה שני מסלולים מקבילים שניתן לעשות בהם שימוש בתחום האפליה נגד נשים? אם כן, מהי משמעות קיומם של שני המסלולים, מהו היחס ביניהם וכיצד ישפיעו (אם בכלל) על מאבקים עתידיים נגד אפליית נשים בבתי הדין? מהו משקלם של החריגים הקבועים בחוק שיווי זכויות האישה, והאם קביעתה של ארבל מבססת למעשה (או מציעה) "מסלול עוקף" להם?

מפסיקה הקודמת של בג"ץ בתחום אפליית נשים עולה כי לכאורה ההכרעה שניתנה בבג"ץ הבוררת אינה שונה מהכרעותיו הקודמות של בג"ץ. כך, עניין פורז,³⁵ שעסק בסירוב למנות אישה באספה הבוחרת רב עיר, ועניין שקדיאל,³⁶ שעסק בפסילת אישה מלכהן כחברה במועצה הדתית בירוחם, התייחסו אף הם לעקרון השוויון לצד התייחסותם לחוק שיווי זכויות האישה. כבר אז ניתן היה לראות את האפשרות של שני המסלולים חולפת מול פניו של בג"ץ בבואו לדון באפליה נגד נשים ובנושאים הנוגעים לענייני הלכה ודת. בהצעתה של כבוד השופטת ארבל לצעידה במסלול של עקרון השוויון (לעומת מסלול חוק שיווי זכויות האישה) אין לכאורה חידוש רב. חרף העובדה שבעניינים פורז ושקדיאל עלתה האופציה להחלת שני

34 שם, פס' 29 לפסק דינה של השופטת ארבל.

35 בג"ץ 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מב(2) 309 (1988).

36 בג"ץ 153/87 שקדיאל נ' השר לענייני דתות, פ"ד מב(2) 221 (1988).

המסלולים, היא לא הוכרעה ונותרה בצריך עיון.³⁷ גם בבג"ץ הבוררת לא נקטה השופטת ארבל לשון חותכת וחד-משמעית, אלא התייחסה למסלול עקרון השוויון כ"הערה נוספת מעבר לדרוש לענייניו".³⁸

עם זאת, לדעתי, ניתן לראות חידוש בקביעתה של השופטת ארבל (למרות לשונה המסויגת), שבה העניקה למסלול עקרון השוויון מקום מרכזי בקביעתה הסופית והתוותה כלל פרשני נוסף. כלל זה, המחייב את בית הדין הדתי לאמץ אסכולה מקובלת בדין הדתי אשר אינה פוגעת בעקרון השוויון על פני אסכולה אחרת שאינה מתיישבת עם עקרון השוויון, נוסח בזה הלשון:

יתכן שהיינו מגיעים לאותה תוצאה גם אם היינו מניחים שחוק שיווי זכויות האישה לא חל על המקרה דנן. בתי הדין הדתיים, ככל הערכאות השיפוטיות ורשויות השלטון, כפופים לעקרונות היסוד של השיטה, ובהם לעיקרון השוויון, אשר זכה ליישום עקבי של בית משפט זה בפסיקתו. כפי שציינתי, עיקרון השוויון בין המינים לא נולד בחוק שיווי זכויות האישה, אלא רק זכה לעיגון הצהרתי ומעשי שלו. לפיכך, הפעלת הדין הדתי צריכה להיעשות אף היא תוך התחשבות בעקרונות היסוד של השיטה בכלל, ובעיקרון השוויון בפרט, ככל שניתן במגבלות הדין הדתי עצמו. כפי שציין הנשיא ברק "קיים שוויון אף בתחולתו של עקרון השוויון" (עניין שקדיאל, בעמ' 278; כן ראו עניין בבלי, בעמ' 248). כך קובע אף חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו כי "כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק-יסוד זה" (סעיף 11). ההשלכה של קביעה זו לטעמי היא כי אם קיימת אסכולה מקובלת בדין הדתי המתיישבת עם עיקרון השוויון על בית הדין הדתי להעדיפה על אסכולה אחרת בדין הדתי שאינה מתיישבת עם עיקרון זה.³⁹

קביעתה הפוזיטיבית של השופטת ארבל, המחייבת את בית הדין להעדיף פרשנות המתיישבת עם עקרון השוויון על פני זו שאינה מתיישבת עמו, היא קביעה תקדימית, המרחיבה את פוטנציאל ההגנה על זכויות נשים במקרים שבהם קיימת יותר מדרך פרשנית הלכתית אחת.

37 שם, ס' 9 לפסק דינו של השופט ברק: "כפי שציינתי, בפרשה שלפנינו אנו עוסקים בפירוש חוק לעניין מינוי מועצה דתית, ולעניין זה, די בעקרון השוויון המהווה חלק מ'האני מאמין' של מדינתנו. ההפניה לחוק שיווי זכויות האישה באה לביסוס נוסף של גישה, שניתן היה להגיע אליה גם בלעדי אותה הפניה. שאלה יפה היא, מה הדין, אם על-פי ראש אחד (עקרונות היסוד) מגיעים לתוצאה אחת ועל-פי ראש אחר (חוק שיווי זכויות האישה) לתוצאה אחרת. כאמור, אין לנו צורך להכריע בשאלה זו, ואני מבקש להשאיר בצריך עיון" (ההדגשה נוספה).

38 בג"ץ הבוררת, פס' 43 לפסק דינה של השופטת ארבל.

39 שם, פס' 44 לפסק דינה של השופטת ארבל (ההדגשה נוספה).

מובן שלצד הפוטנציאל הגלום בקביעה זו היא גם מעלה שאלות כגון: האם משמעות הקביעה היא חיובם של בתי הדין הדתיים במקרים עתידיים של אפליה נגד נשים להוכיח היעדרן של אסכולות או דעות דתיות בעלות פרשנות חלופית? האם הדבר מתיישב עם עקרון השוויון? האם המקור לקיומן של אסכולות או דעות דתיות חלופיות הוא רק דעתם של בתי הדין על אודות קיומן של אסכולות מקובלות, או שמא בית המשפט יאפשר למומחים חיצוניים בענייני דת להציג את חוות דעתם בפניו?

שאלה מתבקשת נוספת היא: אילו הגיע ארגון של נשים דתיות העוסק בפמיניזם דתי ומבקש להצביע על פרשנות חלופית אשר בית הדין הדתי אינו מכיר בה, האם בית המשפט יקבל אותה כראיה לקיומה של פרשנות המתיישבת עם עקרון השוויון? התשובות לשאלות שלעיל הן כמובן מורכבות ועשויות להתברר במקרים עתידיים. מכל מקום, ניתן לומר שקביעה זו מוסיפה ללא ספק אתגר לארגוני הנשים ולעותרות הפוטנציאליות, אשר ירצו להמשיך ולהיאבק באפליה נגד נשים בבתי הדין הדתיים ובעניינים הנוגעים לדת ומדינה.

לסיכום הסוגיה של שני המסלולים המתוארים לעיל אטען כי למרות לשונה הזוהירה של השופטת ארבל בנוגע להחלתו של מסלול עקרון השוויון (כמסלול "עוקף" לחריגים שבחוק שיווי זכויות האישה), קביעתה להעדפת הפרשנות הדתית המתיישבת עם עקרון השוויון, לצד הקביעה של פרשנות מצומצמת של החריגים לחוק שיווי זכויות האישה (שני הכללים הפרשניים שהוצגו לעיל) עשויות לסייע בצמצום מקרי האפליה נגד נשים, שיוכלו לחסות תחת ההגנה של החריגים.

קריאה רציפה ומעמיקה של פסק הדין בעניין הבוררת, וכן של פסיקותיו הקודמות של בג"ץ במקרים של אפליית נשים, מובילה אותנו למסקנה שאכן יש פוטנציאל בצעידה במסלול עקרון השוויון. בג"ץ מייחס משקל רב לחריגים שבחוק שיווי זכויות האישה, והם עדיין מציבים מחסום כבד בדרך של הנשים לשוויון. תוך כדי סקירת נושא השוויון בין המינים מצינת השופטת ארבל כי נשים אינן יכולות להתמנות לתפקיד שיפוטי בבתי הדין הדתיים אף בחסותו של החוק.⁴⁰ הדבר מעיד על הכרתה בכך שהחריג הקיים בחוק שיווי זכויות האישה בסעיף 7(ג) לחוק הנו מחסום בפני המאבק באפליה נגד נשים:

כאשר אנו ממקדים מבטנו אל בתי הדין הדתיים הקושי מתעצם, שכן במוסדות אלה ישנה אפליה המובנית בתוך המערכת. זאת, בעיקר מעצם מינוי תפקידים שיפוטיים מקרב המין הגברי בלבד, מינויים אשר לכאורה מוגנים על ידי החוק.⁴¹

40 שם, פס' 27 לפסק דינה של השופטת ארבל.
41 שם.

מסקנה דומה עולה גם מפסיקה הנוגעת לאפליית נשים בבתי הדין הדתיים, אף היא למרות אמירותיו של בג"ץ בעניין תחולתו של עקרון השוויון והעובדה שאינו מוגבל אך ורק לחוק שיווי זכויות האישה. ואולם, בפועל מייחס בג"ץ משקל רב לחריגים שבחוק שיווי זכויות האישה ומתקשה לבטל החלטות המנוגדות אליהם. לדוגמה, בעתירה של עמותת "מבוי סתום", העוסקת במינוי נשים לוועדה לבחירת דינים,⁴² קובעת השופטת ארבל כך:

בתי הדין הרבניים הם גופים הלכתיים גרידא, ומשזוהי דרישה הלכתית, לא יכולה להישמע כל טענה נגד מינוי דינים גברים בלבד. יחד עם זאת, כידוע, בתי הדין הרבניים עוסקים בסוגיות רגישות של היחסים בין המינים ולהחלטותיו השפעה מכרעת על חיי המתדיינים. על רקע זה נשמעו לא אחת דברי ביקורת בהתייחס למצבים, לעיתים קשים ביותר, עימם מתמודדות נשים בעת התדיינות בפני בית הדין הרבני בענייני אישות ומשפחה. במצב זה דומה כי יש מקום "לאזן ולפשר בין שני הקטבים" במסגרת הוועדה למינוי דינים, וזאת ראוי שיעשה על דרך של הסתייעות והתחשבות מיוחדת בהמלצתם של ארגוני נשים ביחס למינוי דינים. המלצות אלה ראוי להן שתובאנה בחשבון יחד עם יתר השיקולים הצריכים לעניין ותקבלנה את המשקל המתאים להן, לצד יתר שיקולי הוועדה למינוי דינים.⁴³

קביעתה של השופטת ארבל מעידה על כך שהיא מתייחסת לחריג הנוגע לאי-מינוי נשים לתפקידים שיפוטיים כאל מחסום בלתי עביר, ולכן קובעת כי לכל הפחות, וכדי "לאזן בין הקטבים", יש לשמוע את המלצתם של ארגוני הנשים ביחס למינוי הדיינים. בג"ץ נוסף שעסק בשאלה של בחירת אישה לכהן בתפקיד מנהל בתי הדין הרבניים היה בעניין המרכז לקידום האישה.⁴⁴ בעניין זה נדחתה העתירה מטעמים דיוניים, ובכך נדחתה ההזדמנות להכריע בשאלת פרשנותו של סעיף 13 לחוק הדיינים.⁴⁵ הימנעותו של בג"ץ מלהכריע בסוגיית מינויה של אישה לתפקיד של מנהלת בתי הדין הרבניים, יש בה גם כדי להצביע על הקושי של בג"ץ לפרוץ את המסגרת החוקית הקיימת בסעיף 7(ג) לחוק שיווי זכויות האישה ולהתמודד עם שאלת מינוי של נשים לתפקידים בעלי השפעה בבתי הדין הדתיים.

42 בג"ץ 8756/07 עמותת "מבוי סתום" נ' הוועדה למינוי דינים (פורסם בנבו, 3.6.2008) (ההדגשות נוספו).
 43 שם, בפסק דינה של השופטת ארבל.
 44 בג"ץ 151/11 המרכז לקידום מעמד האישה ע"ש רות ועמנואל רקמן נ' שר המשפטים (פורסם בנבו, 27.12.2011)
 45 סעיף 13 לחוק הדיינים, התשט"ו-1955, ס"ח 68.

לסיכום, ההכרעות התקדימיות בבג"ץ הבוררת נותנות לבתי המשפט ולמחוקק כלים פוטנציאליים חדשים שבהם יוכלו להיעזר בהתמודדות עם אפליית נשים בבתי הדין הדתיים. הכלים יהיו שימושיים ביצירת שני המסלולים, זה של עקרון השוויון וזה של חוק שיווי זכויות האישה; הם גם יסייעו ביצירת שני הכללים הפרשניים האמורים, האחד בנוגע לפרשנות המצמצמת של החריגים לחוק שיווי זכויות האישה, והאחר בנוגע לחובתו של בית הדין לאמץ פרשנות דתית המתיישבת עם עקרון השוויון. שאלה מתבקשת היא – האם יש בכך כדי לקרב אותנו להכרעה על אודות מינויה של אישה לתפקיד קאדית או דיינת?

1. מינוין של נשים לתפקיד קאדיות

האם לאור הערתו של בית הדין השרעי, שהאסכולה החנפית מאפשרת מינוין של נשים לתפקיד קאדיות,⁴⁶ ולאור הכרעותיו התקדימיות של בג"ץ הבוררת ניתן לומר כי נסללה למעשה הדרך בפני הכרעה המחייבת את מינויה של אישה כקאדית בבית הדין השרעי? אם התשובה לכך חיובית, כיצד יתייחס בג"ץ לשאלת החריג הקבוע בסעיף 7(ג) לחוק שיווי זכויות האישה ולמשקל שיינתן לו?

מחד גיסא, ניתן לומר כי מעמדן של החריגים הקיימים בחוק שיווי זכויות האישה והמשקל שבג"ץ מייחס להם, כמפורט לעיל, מקטינים את הסיכוי להכרעה. למרות קביעתו של בג"ץ הבוררת לפרשנות מצמצמת של החריגים, קשה יהיה להוציא מינוי נשים לתפקיד שיפוטני במובנו הטהור אל מחוץ לגדרי החריג. יש אפוא להניח כי מינוי נשים לתפקידים שיפוטניים בבתי הדין הדתיים יישאר לעולם גרעין קשה לפיצוח, זאת כל עוד קיימים החריג הקבוע בסעיף 7(ג) לחוק שיווי זכויות האישה⁴⁷ והסתייגויותיה של המדינה לאמנת ה-CEDAW.⁴⁸ עם זאת, כשאין מדובר בתפקידים שיפוטניים או דתיים במובן הטהור ואין איסור הלכתי או דתי המונע מינוי נשים, יהיה סיכוי למהלך כגון זה לעבור בבג"ץ.⁴⁹

לעניות דעתי, קביעותיו של בג"ץ הבוררת לצמצום פרשנות החריגים, לצד העדפת אסכולות קיימות המתיישבות עם עקרון השוויון, יש בהן כדי לצמצם את תחולת החריגים ולסייע בהוצאת תפקידים שאינם שיפוטניים או דתיים במובן הטהור מתחום תחולתם, ולכן לכל הפחות יש בהן

46 ראו ה"ש 23 והטקסט הצמוד לה.

47 בג"ץ הבוררת, פס' 42 לפסק דינה של השופטת ארבל: "לכאורה נראה כי יש לצמצם את פרשנות הסעיף לנושאי התפקידים השיפוטניים בבתי הדין הדתיים עצמם, ולהם בלבד, כגון לדיינים או לקאדים".

48 לעיל ה"ש 20.

49 ראו לדוגמה בג"ץ 6300/93 "המכון להכשרת טוענות בית דין" נ' השר לענייני דתות, פ"ד מח(4) 441 (1994).

יש בהן כדי לסייע בצמצום הפגיעה בנשים.

מאידך גיסא, ניתן לטעון כי לכאורה, מאחר שבעניין זה לא ייאלץ בג"ץ להכריע בניגוד להלכה המוסלמית ולאור קיומה של אסכולה המאפשרת מינויה של קאדית, לא רחוק היום שבו בג"ץ עשוי להורות על מינויה של קאדית מכוח עקרון השוויון. השערה זו מתיישבת עם פסיקתו של בג"ץ בנושא אפליית נשים וכן בענייני הלכה ודת, המעידה כי במקום שבו לא הייתה התנגשות בין עקרון השוויון לבין עקרונות הלכתיים, הכריע בג"ץ נגד אפליית נשים. כך לדוגמה, בעניין פורז⁵⁰ ושקדיאל⁵¹ נשענו החלטותיו של בג"ץ על היעדר איסור הלכתי המונע בחירת נשים.⁵² לכן, בהתבסס על קביעתו של בג"ץ הבוררת, המורה על העדפת אסכולה דתית קיימת המתיישבת עם עקרון השוויון, ולאור הודאתו של בית הדין השרעי שקיימות אסכולות כאמור בנוגע למינויה של אישה כקאדית, ניתן לטעון כי קביעה זו היא בעלת סיכויים טובים להתקבל. מסקנה דומה ניתן למצוא במאמר של פרופ' רדאי, שבו ציינה: "רק אם ניתן יהיה להראות שיש זרמים בהלכה המאפשרים מינוי דיינות, כפי שהיה בפסקי דין שקדיאל ופורז, יהפוך מהלך זה לבר סיכוי".⁵³

בשנת 2001 הובאה לפתחו של בג"ץ שאלת מינויה של אישה לתפקיד קאדית בבית הדין השרעי. העותרת, מרים סלימאן-עומרי, הגישה את מועמדותה לתפקיד קאדית בפני הוועדה למינוי קאדים, אך ועדת המינויים החליטה שלא לאשר את מועמדותה. בעקבות זאת הגישה סלימאן-עומרי עתירה לבג"ץ, ואליה הצטרפו ארגונים פמיניסטיים.⁵⁴ בעתירתה נטען כי יש למנות אישה לתפקיד קאדית לצורך הגשמתם של עקרון השוויון ועקרון הייצוג ההולם בין שני המינים בשירות המדינה, אולם בג"ץ דחה את העתירה מבלי להכריע בשאלות העקרוניות שעלו ממנה. בלי להרבות במילים קבע בג"ץ כי כיוון שמועמדותה של העותרת נשקלה לגופה על ידי הוועדה, לא עולה הצורך בדיון בשאלת האפליה בין המינים, אך לצד זאת הזכיר את החרוג הקבוע בסעיף 7(ג) לחוק שיווי זכויות האישה.

האם בחינת מועמדותה של העותרת על ידי הוועדה יכולה להתפרש כהוכחה על היעדר מיניעה דתית למינויה של קאדית על פי הדין השרעי? האם ההכרעות התקדימיות בבג"ץ הבוררת, שפורטו בהרחבה לעיל, והכלל הפרשני המחייב את בתי הדין השרעיים לאמץ פרשנות דתית מקובלת המתיישבת עם עקרון השוויון, יש בהם כדי להפוך עתירה של אישה מוסלמית המבקשת להתמנות לקאדית למקרה הצלחה עתידי בבג"ץ?

50 לעיל ה"ש 35.

51 לעיל ה"ש 36.

52 רדאי, לעיל ה"ש 9, בעמ' 252-254.

53 שם.

54 בג"ץ 1008/01 זועבי עובייד, עו"ד נ' השר לענייני דתות, יוסי ביילין, פ"ד נה(3) 857 (2001).

בעודי כותבת מאמר זה התפרסמה הידיעה על אודות מינויה של עו"ד הנא חטיב לקאדית הראשונה בתולדות ישראל שתכהן בבית הדין השרעי.⁵⁵ בג"ץ לא ייאלץ אפוא להידרש לסוגיה זו.

זהו מקרה מעניין שבו בתי הדין השרעיים – אשר התנגדו למינויה של בוררת אישה בעתירה בבג"ץ וניהלו מאבק משפטי עיקש המלווה בטענות המונעות מנשים לכהן בתפקידים שיפוטיים או מעין-שיפוטיים בבתי הדין השרעיים תוך הסתמכות על אסכולות דתיות שמרניות – הם אותו בית דין שרעי אשר תמך במינויה של הקאדית הנא חטיב. נראה שהצלחתו של בג"ץ הבוררת עבור נשים מוסלמיות מתבטאת בהתוויית הדרך למינויה של הקאדית הראשונה בתולדות המדינה ובהסרת החסם הדתי לכאורה המונע מינוין של נשים מוסלמיות לתפקידים שיפוטיים בבית הדין השרעי.

כאן המקום לשאול את השאלות הבאות: האם מאבקן של הנשים המוסלמיות עשוי לסייע בפתיחת שעריהם של שאר בתי הדין הדתיים הקיימים בישראל בפני מינוין של נשים דיינות? האם וכיצד יוכל בג"ץ להתגבר על טענות הלכתיות ודתיות המונעות נשים מלכהן בתפקידים שיפוטיים? והשאלה המכרעת היא: האם ועד כמה יישמר המונופול הפטריארכלי-דתי של בתי הדין הדתיים בהשמעת אותן טענות הלכתיות, ובאיזו מידה יהיה בג"ץ מוכן לפתוח את דלתותיו לשמיעת טענות שונות ממומחים ומומחיות בדת אשר אינם נמנים עם אלו המכהנים בבתי הדין הדתיים?

ז. סיכום

בג"ץ הבוררת עסק בחוקיות סירובו של בית הדין השרעי למנות אישה בוררת מחמת מינה בלבד. לא היו נימוקים נוספים שעליהם נשען בית הדין השרעי בסירובו, מלבד קביעתו שהאסכולה שאותה שהוא מאמץ בפרשנות סעיף 130 לחוק המשפחה העות'מאני אינה מאפשרת מינויה של אישה לתפקיד. עם זאת, בית הדין השרעי הצביע בעצמו על אסכולות אחרות שאינן פוגעות בעקרון השוויון והמאפשרות את מינוין של נשים לתפקיד. בדונו בעתירה העומדת מולו עשה בג"ץ כברת דרך להגנה על זכויותיהן של נשים וחייב בסופו של דבר את מינויה של אישה בוררת לאור עקרון השוויון. השופטת ארבל הגיעה לתוצאתה הסופית תוך שימוש (אופציונלי) בשני מסלולים מקבילים, האחד מחיל את עקרון השוויון והאחר מחיל את חוק שיווי זכויות האישה והחריגים לו. טענתי היא שהשימוש בשני המסלולים מוליד שתי קביעות חשובות בפסק הדין, אשר השילוב ביניהן עשוי להוביל לצמצום תחולתם של החריגים לחוק שיווי זכויות האישה במקרים

55 טובה צימוקי "היסטוריה: אישה מונתה לקאדית בבית הדין השרעי" Ynet 25.4.2017 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4953581,00.html

של אפליית נשים בבתי הדין. אין ספק כי כל עוד לא מתבטלים החריגים האלה, ועמם הסתייגויותיה של המדינה באמנת ה-CEDAW⁵⁶, וכל עוד נשים מודרות מתפקידים שיפוטניים או בעלי השפעה בבתי הדין הדתיים, תימשך אפלייתן של נשים בבתי הדין הללו ונשים ימשיכו להיות נתונות לשליטה פטריארכלית בעניינים מרכזיים של חייהן הסוציו-כלכליים.⁵⁷

סבורתני שדרך המלך למאבק באפליית נשים בתחום היא כינונה של מערכת אזרחית אחת משותפת לנישואין וגירושין⁵⁸ וביטול המונופול הדתי הקיים בהסדרת ענייני נישואין וגירושין.⁵⁹ ואולם, כל עוד לא מושגת מטרה זו וכל עוד נשים נאלצות להתמודד עם קיומם של החריגים בחוק שיווי זכויות האישה, נראה כי קביעותיו של בג"ץ בעניין הבוררת יכולות לסייע לכל הפחות בצמצום תחולתם של חריגים אלה; סיוע זה מתבטא הן בקריאה לפרשנות מצמצמת שלהם, הן בפיתוחו של שיח עקרון השוויון כמסלול מקביל לחוק שיווי זכויות האישה ונפרד ממנו והן בהעדפתן של אופציות פרשניות דתיות שמתיישבות עם עקרון השוויון.

לזאת יש להוסיף את ההישג האדיר שמבטא בג"ץ הבוררת עבור ציבור הנשים בכלל ונשים המתדיינות בבתי הדין השרעיים בפרט: שבירת המונופול הגברי שהיה קיים בכל הנוגע למינויים של בוררים ויצירת אפשרות בחירה עבור נשים מתדיינות (וגם עבור גברים) לבחור את זהות הבורר מטעמן. לאפשרות בחירה זו משמעות חשובה מאוד במציאות שבה אין לנשים אפשרות בחירה ביחס לסמכותו של בית הדין השרעי לדון בעניין גירושיהן,⁶⁰ וביתר שאת, מקום שבו המכריעים הסופיים בעניינן הם עדיין ברובם קאדים גברים.

56 לעיל ה"ש 20.

57 רדאי, לעיל ה"ש 9, בעמ' 281.

58 ראו גם פנחס שיפמן ואבישלום וסטרייך נייר עמדה: מסגרת אזרחית לנישואין וגירושין בישראל (ארגון מציל"ה, רות גביון עורכת, 2012), www.metzilah.org.il/1140.

59 שיפמן וסטרייך מציעים, למשל, את כינונה של מערכת אזרחית לנישואין וגירושין ויצירת דין אזרחי אחד על ידי המדינה, תוך מתן לגיטימציה לריבוי טקסים דתיים ושאינם דתיים. אלה הבוחרים להינשא בנישואין דתיים, יוכלו גם לבחור להמשיך להתדיין בענייני נישואין וגירושין בבתי דין דתיים, בכפוף למחויבות בית הדין לעקרונות היסוד האזרחיים בדיני הרכוש לשוויון בזכות הגירושין. ראו שם, בעמ' 53-71.

60 לבית הדין השרעי סמכות ייחודית ובלעדית לדון בענייני נישואין וגירושין של בני העדה המוסלמית. ראו סימן 52 לדבר המלך במועצה על ארץ-ישראל, 1922 עד 1947.