

דבר העורכים :

נשים מוסלמיות והדין האישי בישראל – המאבק על סמכות דתית וחברתית

מאת

איילת בלכר-פריגת, רונה שוז ומוסה אבו רמזאן

ענייני נישואין וגירושין בישראל מסורים לשליטה בלעדית של רשויות דתיות ודינים דתיים, מתוך בחירה אידאולוגית שבחירה מדינת ישראל עם הקמתה להותיר על כנו את משטר המעמד האישי בדיני משפחה, אשר אומץ על ידי ממשלת המנדט הבריטי.¹ אמנם מאז ראשית ימיה של מדינת ישראל נתון הסדר המעמד האישי בדיני משפחה לדיון וביקורת ציבוריים ואקדמיים אך דיונים אלו מתמקדים במצוקות הנגרמות לאוכלוסייה היהודית (במובנה הרחב) כתוצאה של הסדר זה ובמקומו של ההסדר ביחס לאופייה של מדינת ישראל כמדינה יהודית. הדיון בהשלכות ההסדר על אוכלוסיות לא יהודיות בישראל ובמצוקות הנגרמות להן בעקבותיו הוא מזערי.² בפרט, הדיון במצוקותיהן של נשים מוסלמיות בישראל הוא חסר ומוגבל.³

המונופול הדתי הקיים בישראל בענייני נישואין וגירושין יוצר מצוקה ייחודית לנשים מוסלמיות בישראל, הכפופות לשתי מערכות שליטה ואפליה. במערכת אחת, בתוך קבוצת האוכלוסייה המוסלמית, הן כפופות לנורמות ותפיסות פטריארכליות ולאפליה על רקע מגדרי. דיני המשפחה השרעיים הם בבסיסם דינים פטריארכליים, המאפשרים גירוש אישה

1 כפי שמבהירה איריס אגמון במאמרה בכרך זה, משטר המעמד האישי מבטא בחירה של השלטון המנדטורי ולא של השלטון העות'מאני, אף שהשלטון המנדטורי בחר לתאר זאת כהמשך מצב הדברים הקיים. ראו איריס אגמון "יש שופטים בירושלים והיו מחוקקים באסתנבול: על ההיסטוריה של החוק הקרוי (בטעות) 'חוק המשפחה העות'מאני'" משפחה במשפט ח 125, 143–144 (2016–2017).

2 Michael M. Karayanni, *The Separate Nature of the Religious Accommodations for the Palestinian-Arab Minority in Israel*, 5 Nw. U. J. INT'L HUM. RTS. 41 (2006).

3 היבא יזבק וליאת קוזמא "מעמד אישי ופלסטינים בישראל" מעמד אישי ומגדר: נשים פלסטיניות בישראל 11, 11–12 (היבא יזבק וליאת קוזמא עורכות, 2017).

בעל כורחה ופוליגמיה, מעניקים לבעל זכות לקיום יחסי מין עם אשתו⁴ וכן מעניקים לגברים במשפחה סמכות עדיפה בחינוך וגידול הילדים.⁵ גם הסמכות ההלכתית לפרש את הדין הדתי השרעי וליישמו היא בבסיסה סמכות פטריארכלית, המסורה בראש ובראשונה לגברים. נשים מוסלמיות נאבקות ומנסות לגבור על המכשולים הדתיים והחברתיים בקהילתם על מנת להשיג סמכות דתית.⁶ במערכת השנייה, אל מול המדינה, שייכות נשים מוסלמיות לקבוצת מיעוט הנמצאת בשולי החברה של מדינת ישראל היהודית, חוות ניכור מצד מוסדות המדינה ומתקשות לראות בהם גורם מסייע כנגד הפגיעה בזכויותיהן ובמעמדן. מנקודת המבט של האוכלוסייה המוסלמית בישראל, שליטת בתי הדין השרעיים והדין המוסלמי על ענייני נישואין וגירושין נתפסים כמעוז היחיד כמעט של אוטונומיה בישראל. ניסיונות של נשים לפעול לשינוי הדין או הסמכות בענייני המעמד האישי באמצעות המדינה נתפסים לפיכך כהעדפת האינטרס האישי-הפרטי של הנשים על פני זה של הקהילה, ובפעולה כנגד האינטרסים של הקהילה המוסלמית כקבוצה.⁷

בשנים האחרונות חוקרות וחוקרים ממגוון קבוצות באקדמיה הישראלית מפנים את הזרקור אל סוגיות המעמד האישי של נשים מוסלמיות בישראל ואל חוויית הדיכוי המורכבת והקשה שהן חוות.⁸ עם זאת, בהשוואה לענייני המעמד האישי של נשים יהודיות בישראל, הכתיבה הקיימת מוגבלת. בכרך זה של "משפחה במשפט" אנו מבקשים לתרום לפיתוח גוף הידע על סוגיות המעמד האישי של נשים מוסלמיות בישראל. המאמרים בכרך מוקדשים לדיון רב-ממדי בפסק דין אשר ניתן על ידי בית המשפט העליון בבג"ץ 3856/11 פלונית נ' בית הדין השרעי העליון לערעורים (להלן: בג"ץ הבוררת).⁹ באותו עניין חייב בג"ץ את בית הדין השרעי לאפשר לאישה למנות מטעמה בוררת-אישה בסכסוך גירושין בינה לבין בעלה, אשר התנהל על בסיס תביעת "ריב וסכסוך" (נזאע ושקאק) כהגדרתה בסעיף 130 לחוק המשפחה העות'מאני (כפי שמכונה חוק זה בספר החוקים הישראלי).

- 4 מוסה אבו רמדאן "היברידיות משפטית וליברליזם פטריארכלי: האישה כבוררת בבתי הדין השרעיים" **משפחה במשפט** ח 53, 56 (2016–2017).
- 5 מוסה אבו רמדאן "התפתחויות אחרונות באחזקת ילדים בבתי הדין השרעיים" **משפחה ומשפט** ב 69, 83 (2008).
- 6 לילה עבד רבו ויונתן גונן "המינוי ההיסטורי של נשים לשופטות בבתי הדין השרעיים בגדה המערבית: השיח התקשורתי והחווייה האישית" **מעמד אישי ומגדר: נשים פלסטיניות בישראל** 55, 57 (היבא יזבק וליאת קוזמא עורכות, 2017).
- 7 יוקסל סזגין "נשים ומעמד אישי במדינות מיעוט מוסלמי: בין הודו לישראל" **מעמד אישי ומגדר: נשים פלסטיניות בישראל** 81, 81 (היבא יזבק וליאת קוזמא עורכות, 2017).
- 8 ראו למשל את קובצי המאמרים: לנוכח בית הדין השרעי: תהליכי שינוי במעמדן של נשים מוסלמיות בישראל ובמזרח התיכון (ליאת קוזמא עורכת, 2011); **מעמד אישי ומגדר: נשים פלסטיניות בישראל** (היבא יזבק וליאת קוזמא עורכות, 2017).
- 9 (פורסם בנבו, 27.6.2013).

סעיף 130 לחוק המשפחה העות'מאני קובע מנגנון להליך גירושין, הפתוח הן בפני נשים והן בפני גברים. על פי הסעיף יכולים אישה או גבר להגיש תביעת גירושין בעילה של "ריב וסכסוך", שאינו מאפשר את המשך קיום הנישואין בין הצדדים. כאשר נעשית פנייה שכזו, והקאדי סבור שאכן קיים סכסוך, אזי הוא ממנה בורר מטעמו של כל צד, בוררים אלו יקשיבו לטענות הצדדים ומטרתם הראשונית היא להשכין שלום בית ביניהם. אם הבוררים מגיעים למסקנה שאין אפשרות לשלום בית בין הצדדים, באפשרותם להמליץ על פירוק קשר הנישואין על ידי גירושין, אגב קביעה מיהו הצד האשם בסכסוך ובהתאם לכך – קביעת פיצוי כלכלי לצד הנפגע.

תביעת גירושין על בסיס סעיף 130 האמור היא הדרך המקובלת לסיים קשרי נישואין בחברה המוסלמית בישראל.¹⁰ בהליכי גירושין אלו אפשרו בתי הדין השרעיים למנות גברים בלבד לתפקיד הבוררים, אולם בעניין הבוררת דרשה האישה כי תמונה מטעמה בוררת-אישה. לאחר שהן בית הדין השרעי האזורי בטייבה והן בית הדין השרעי לערעורים פסקו כי גברים בלבד יכולים לשמש כבוררים הגישה האישה עתירה לבג"ץ, אשר כאמור קיבל את עתירתה.

הרקע העובדתי, פרטי פסקי הדין של בתי הדין השרעיים ובג"ץ וטענות הצדדים מתוארים ומנותחים בהרחבה במאמרים המופיעים בכרך, ובפרט בארבעת המאמרים הראשונים בכרך, המתמקדים בפסק הדין עצמו. המאמר הפותח את הכרך הוא מאמרה של שירין בטשון.¹¹ בטשון, אשר ייצגה את הארגון הפמיניסטי "כיאן" – שהצטרף לעתירה כידיד בית המשפט – מנתחת במאמרה את פסק הדין ובוחרת את השלכותיו העתידיות האפשריות לשינוי מציאות חייהן של נשים מוסלמיות בישראל. בטשון מדגישה את ההישג שמבטאת שבירת המונופול הגברי, שהיה קיים בכל הנוגע למינויים של בוררים, עבור ציבור הנשים המתדיינות בבתי הדין השרעיים. עוד היא מדגישה את חשיבותה של אפשרות הבחירה בבורר או בוררת במציאות שבה אין לנשים אפשרות בחירה ביחס לסמכותו של בית הדין השרעי לדון בעניין גירושיהן, וכאשר המכריעים הסופיים בעניינן הם עדיין ברובם קאדים גברים. לגישתה של בטשון, דרך המלך למאבק באפליית נשים בתחום דיני המשפחה היא כינונה של מערכת אזרחית אחת משותפת לנישואין וגירושין וביטול המונופול הדתי החל על ענייני נישואין וגירושין.¹² ואולם, מאחר שמערכת המעמד האישי

10 אמנם, על פי הדין השרעי גברים יכולים לגרש את נשותיהם באופן חד-צדדי (גירושי טאלק), אך גירושין חד צדדיים שכאלו נאסרו בחוק העונשין (ס' 181 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, ס"ח 226). גירוש האשה באופן חד צדדי מהווה עבירה פלילית ואף מהווה עוולה נזיקית (ע"א 245/81 סולטאן נ' סולטאן, פ"ד לח(3) 172 (1984)). לכן, ס' 130 לחוק המשפחה העות'מאני הפך לדרך המקובלת לסיום קשר הנישואין הן עבור גברים והן עבור נשים.

11 "בג"ץ הבוררת והביקורת השיפוטית על בתי דין דתיים: מבט לעתיד" משפחה במשפט ח 13 (2016-2017).

12 ראו גם אבישלום וסטרייך ופנחס שיפמן נייר עמדה: מסגרת אזרחית לנישואין וגירושין בישראל 25-28 (2012).

בדיני משפחה נותרת על כנה, ואין באופק אפשרות ממשית לביטולה, סבורה בטשון שקביעותיה של השופטת ארבל בבג"ץ הבוררת מרחיבות את פוטנציאל ההגנה של זכויותיהן של נשים ועשויות לסייע בצמצום האפליה נגדן. בטשון מדגישה בפרט את קביעותיה של השופטת ארבל בדבר חובתו של בית הדין השרעי להעדיף פרשנות המתאימת עם עקרון השוויון מפרשנות שאינה מתיישבת עימו, כאשר קיימת יותר מגישה פרשנית אחת במסגרת הפרשנויות המקובלות מבחינה דתית.

מאז נכתב מאמרה של בטשון מונחה עורכת הדין הנא ח'טיב כאישה הראשונה לתפקיד קאדית בבית דין שרעי בישראל.¹³ האם נוכחותן של נשים כשופטות במערכת בתי הדין השרעיים, או שמא פעילותן כבוררות בהליכי גירושין אכן תשפיע על מציאות חייהן של נשים אשר בעניינן הן תקבלנה החלטות? שאלה זו נותרת פתוחה.¹⁴

בעוד מאמרה של בטשון מבטא אמונה ביכולתם של מוסדות המדינה, ובפרט הכנסת ובית המשפט העליון, להוביל מהלכי שינוי ולעודד שוויון מגדרי בחברה המוסלמית בישראל, הקאדי איאד זחאלקה (קאדי בית הדין השרעי לערעורים ומנהל בתי הדין השרעיים) מביע ספקנות באשר לסיכויי ההצלחה של שינוי הנכפה על הקהילה מבחוץ. מאמרו של זחאלקה,¹⁵ שהוא המאמר השני בכרך, מבקר את בג"ץ על החלטתו להתערב בהחלטת בית הדין השרעי. זחאלקה גורס כי שינוי שנכפה על ידי המדינה דינו, בסופו של דבר, להיכשל. הוא מציין כי מן הבחינה המעשית המדינה מתקשה להבטיח את ביצוע ההוראות החילוניות והגשמתן בבית הדין. אכן, במקרה מוקדם יותר שהגיע בפני בתי הדין השרעיים ובו ביקשה אישה מבית הדין למנות מטעמה אישה בוררת, שלל בית הדין השרעי את המינוי המבוקש. עם זאת, בית הדין השרעי לערעורים, בדונו באותו עניין, הבהיר כי אין מדובר בהכרעה בשאלה העקרונית בדבר האפשרות למנות אישה לתפקיד בוררת, אלא בשאלת ההתאמה של מי שהצדדים בחרו, וזאת בהתאם לתנאים הנדרשים מתפקיד זה. לגישת בית הדין, הבוררת שבחרה האישה באותו מקרה מוקדם לא עמדה בתנאים הנדרשים.¹⁶ בהחלטה מעין זו התערבות בג"ץ כמעט איננה אפשרית.

13 עוד קודם לכן, בשנת 2009, מונו אסמהאן אל-וחידי כקאדית בחברון וח'ולוד אל-פקיה כקאדית ברמאללה. ראו עבד רבו וגונן, לעיל ה"ש 6.

14 יזבק וקוזמא, לעיל ה"ש 3, בעמ' 21–22. שאלת השפעתה של הזהות המגדרית של השופט או השופטת (או של החברות והחברים בחבר המושבעים) היא שאלה שהעסיקה, וממשיכה להעסיק, את המחקר בתחומי ידע מגוונים. ראו למשל Donald R. Songer et al., *A Reappraisal of Diversification in the Federal Courts: Gender Effects in the Courts of Appeals*, 56 J. POL. 425 (1994); Sue Davis, *The Voice of Sandra Day O'Connor*, 77 JUDICATURE 134, 138–139 (1993).

15 "מינוי אישה בוררת בתובענות הפרדה וגירושין בבתי הדין השרעיים: בין הדין השרעי למשפט הישראלי" משפחה במשפט ח 29 (2016–2017).

16 ראו דיון בפסק דין זה במאמרו של מוסה אבו רמזאן המופיע בכרך, לעיל ה"ש 4, בעמ' 60–61.

זחאלקה טוען כי הציבור המוסלמי בישראל יצא כנגד פסיקת בג"ץ בעניין הבוררת וככלל מסרב לקבל התערבות של בג"ץ, או התערבות אזרחית של המדינה, בסמכות בתי הדין השרעיים. דברים אלו תואמים את האמור לעיל בדבר האופן שבו תופסת הקהילה המוסלמית את בתי הדין כמעוז היחיד של אוטונומיה מוסלמית בישראל, שעליו יש להגן.¹⁷ ראוי לציין כי זחאלקה אינו סבור, בהכרח, כי עמדת בתי הדין השרעיים, הן האזורי והן בית הדין לערעורים, בבג"ץ הבוררת היא העמדה המתחייבת על פי ההלכה השרעית. במאמרו סוקר זחאלקה את הגישות השונות בדין השרעי לעניין מינויה של אישה כבוררת, ואף שבעשותו כן הוא מסביר את עמדת בית הדין השרעי לערעורים, הוא גם מראה כי מתוך הדין השרעי עצמו ניתן היה להגיע לתוצאה שונה. לאמיתו של דבר, עמדה הקיימת בדין השרעי עצמו, המאפשרת מינוי אישה לבוררת, היא שעמדה בבסיס פסיקתה של השופטת ארבל, שבה הורתה לבית הדין למנות בוררת-אישה באותו עניין. ביקורתו של הקאדי זחאלקה מכוונת לדרך שבה יש להניע שינויים בדין האישי הדתי, ויוצאת כנגד כפיית השינוי מבחון על ידי מוסדות המדינה האזרחיים. לגישתו, השינוי צריך לבוא מתוך הקהילה עצמה, מתוך דיאלוג.

עמדתו זו של זחאלקה מעוררת את השאלה הרחבה בדבר האסטרטגיות הרצויות להשגת רפורמות וקידום זכויות עבור נשים, שהן חלק מקבוצת מיעוט, ובפרט לנשים מוסלמיות בישראל. הניסיון מראה כי "שינוי מלמעלה" בערוץ חקיקתי או שיפוטי הוא אכן מוגבל בהישגיו ובהצלחתו. כך עולה למשל ממחקר שערך יוקסל סזגין (Yüksel Sezgin),¹⁸ אשר ניתח והשווה טקטיקות ואסטרטגיות התנגדות של נשים מוסלמיות כנגד ההשלכות השליליות של דיני המשפחה הדתיים על מעמדן, בהודו ובישראל.¹⁹ על אף הבדלים הקיימים בין מערכות המשפט בהודו ובישראל, סזגין מציג כמה נקודות דמיון בין המערכות, הרלוונטיות במיוחד לשאלת זכויותיהן וחירויותיהן של נשים מוסלמיות בשתי המדינות. הן בישראל והן בהודו, דיני המשפחה בכלל ודיני הנישואין והגירושין בפרט נקבעים על פי הדין הדתי של הקהילה האתנו-דתית שלהם. הן בהודו והן בישראל, האזרחים המוסלמים הם אוכלוסיית מיעוט. מאפיין זה מציב מלכוד דומה בפני הנשים המוסלמיות ההודיות ואלו הישראליות: כאשר הן מבקשות להיאבק על זכויותיהן ומעמדן אל מול דיני המשפחה הדתיים הפטריארכליים והמגבילים, הן מואשמות בהיותן בוגדות בקהילתן שלהן ובהעדפת האינטרס האישי-הפרטי שלהן. מאפיין משותף נוסף מתייחס למעמד המדינה, שהן בהודו והן בישראל נעדרת לגיטימציה להתערב בחוק האסלאמי המהותי וגם נעדרת מוטיבציה פוליטית להתערב בעניינים הנחשבים כענייניה הפנימיים של

17 ראו הטקסט הצמוד לה"ש 2 לעיל.

18 YÜKSEL SEZGIN, HUMAN RIGHTS UNDER STATE-ENFORCED RELIGIOUS FAMILY LAWS IN ISRAEL, EGYPT AND INDIA (2013).

19 שם, בעמ' 81.

הקהילה.²⁰ ואולם, כפי שמראה סזגין, גם כאשר הצליחו התארגנויות של נשים, בישראל או בהודו, להתגבר על היעדר המוטיבציה של המדינה להתערב בענייני מעמד אישי ולהניע שינויים חקיקתיים, שינויים אלו עוררו התנגדות בקרב הקהילה ולעיתים אף פגעו בזכויות הנשים לטווח הארוך. לטענת סזגין, הדבר נכון במיוחד בישראל, שכן שינוי בשיתוף מוסדות המדינה נתפס כשיתוף פעולה עם ה"אויב".²¹ כדוגמה מישראל מביא סזגין את תיקון חוק בית משפט לענייני משפחה בשנת 2001. חוק זה הביא לביטול הסמכות הייחודית שהייתה לבתי הדין השרעיים בענייני מזונות ילדים, מזונות אישה, ושאר עניינים שאינם נישואין וגירושין במובן הצר, ולפתיחת שערי בית המשפט לענייני משפחה בפני מתדיינים מוסלמים (ובפרט מתדיינות).²² על אף ההישג של ארגוני הנשים בהעברת התיקון לחוק, כיום, לאחר למעלה מ-15 שנה, יש מחלוקת בנוגע למידת הצלחתו. הסיבות להצלחה המוגבלת של התיקון הן רבות, אך בין היתר ראוי לציין את הסנקציות החברתיות המוטלות על נשים מוסלמיות הפונות לבתי המשפט האזרחיים-ישראלים בנושאים הקשורים לדיני משפחה.²³ לדברי סזגין, הלקח של ארגוני הנשים מהיעילות המצומצמת של פתיחת שערי בית המשפט לענייני משפחה בפניהן הביא אותן לבחון אסטרטגיות שינוי מ"בפנים", על ידי הצעת פרשנויות שונות, ידידותיות יותר לנשים, של השריעה הקלסית.²⁴ לכאורה, יש בכך כדי לתמוך בטענתו של זחאלקה כנגד הפסיקה בבג"ץ הבוררת. עם זאת, אף שרפורמות מ"בפנים" נראות לכאורה מוצלחות יותר, אף סזגין מודה שרפורמות חילוניות מבחוץ אינן בגדר כישלון, ושלעיתים הן אף מסייעות בהנעת רפורמות פנימיות.²⁵ כך, למשל, פתיחת שערי בית המשפט לענייני משפחה בפני מתדיינות מוסלמיות הייתה הגורם המניע מאחורי רפורמות פנימיות שהנהיגו בתי הדין השרעיים בדיני מזונות אישה ומזונות ילדים ובסכומי המזונות הנפסקים.²⁶ בבג"ץ הבוררת פנתה האשה לבג"ץ רק לאחר שבתי הדין השרעיים סירבו לאמץ את הגישה הפרשנית שלפיה אישה יכולה להתמנות כבוררת. אכן, נראה כי הסתמכות בלעדית על היכולת להניע שינויים מבפנים אף היא מוגבלת וכי קיימים יחסי גומלין בין מערך הכוחות הפנים-קהילתי לבין מערך הכוחות קהילה-מדינה. ייתכן שכדאי לחשוב כיצד, אם בכלל, ניתן להסתייע במדינה שלא על מנת לקדם שינוי מ"למעלה", אלא על מנת לתמוך בשינוי מבפנים ולקדמו.

- 20 שם, בעמ' 86, 91.
 21 שם, בעמ' 99.
 22 שם, בעמ' 94–97.
 23 שם, בעמ' 96.
 24 שם, בעמ' 99.
 25 שם, בעמ' 108.
 26 שם, בעמ' 107–108.

שני המאמרים הבאים בכרך הם מאמריהם של מוסה אבו רמדאן²⁷ ושל עידו שחר²⁸. שניהם מתמקדים בפסיקת בתי הדין השרעיים, ובפרט בית הדין השרעי לערעורים בבג"ץ הבוררת, ולא בפסיקתו של בג"ץ. המשותף לשני המאמרים הוא ההסבר שהם נותנים לפסיקת בית הדין, שמקורה, לגישת שני המחברים, בתפיסות פטריארכליות ובחשיבות שמייחס בית הדין למאפיינים הפטריארכליים של דיני המשפחה השרעיים. הן אבו רמדאן והן שחר מתמודדים במאמריהם עם תמיהות שעוררה פסיקת בית הדין השרעי לערעורים באותו עניין.

מבחינה מהותית אין מדובר בסוגיה הנוגעת ללב ליבם של דיני הנישואין והגירושין (כגון גירוש אישה כנגד רצונה באמצעות טלאק משולש או ריבוי נישואים). בדרך כלל, שינויים הנוגעים לליבת דיני הנישואין או הגירושין הם המעוררים את המחלוקות הקשות ביותר, שכן עניינים אלו קשורים קשר הדוק לפוליטיקה של זהויות.²⁹ רפורמות בנושאים אחרים, כדוגמת מזונות, בדרך כלל קלות יותר להשגה. תפקיד הבוררת, כפי שמציין שחר, אינו מרכזי בהליך הגירושין. מדובר בתפקיד זוט וזמני, שחשיבותו ודאי פחותה מזו של עורכי דין או טוענים שרעיים – תפקידים שבהם נושאות נשים זה מכבר, ועל פי פסיקה קודמת של בית הדין השרעי לערעורים, ההחלטה הסופית נותרת בידי בית הדין.³⁰ הן אבו רמדאן והן שחר גם מדגישים שפסיקת בית הדין השרעי לערעורים בעניין הבוררת חייבה אותו לסטות מפסיקות קודמות שלו, ובפרט לצמצם את סמכות בית הדין אל מול תפקיד הבורר.³¹

כאמור, הן אבו רמדאן והן שחר רואים בפטריארכליות גורם מרכזי בהסבר לפסיקת בית הדין. אבו רמדאן ממקם את פסיקת בית הדין בעניין הבוררת במסגרת התאוריה הכללית שהוא פיתח בכתיבתו המחקרית בדבר היברידיות פטריארכלית.³² הטיעון הכללי של אבו רמדאן בכתיבתו המחקרית בהקשר זה היא שהדין החל בענייני המעמד האישי בישראל, ובכלל זה בבית הדין השרעי, אינו דין אזורי או דין דתי, אלא דין היברידי הנוצר משילובם של עקרונות ודינים אזוריים עם עקרונות ודינים דתיים. אחד המאפיינים המרכזיים של דין היברידי זה הוא השמירה על סממנים פטריארכליים. אבו רמדאן טוען שכך הדבר הן בבתי המשפט לענייני משפחה, הדנים בענייני המעמד האישי של מוסלמים,³³ והן בבתי הדין השרעיים. במאמר המתפרסם בכרך זה טוען אבו רמדאן שפסק הדין של בית הדין השרעי

27 לעיל ה"ש 4.

28 "עולה על בריקדת הפטריארכליות: בית הדין השרעי והתנגדותו למינוי בוררת-אישה בהליכי גירושין" משפחה במשפט ח 83 (2016–2017).

29 Sezgün, לעיל ה"ש 18, בעמ' 106–107.

30 שחר, לעיל ה"ש 28, בעמ' 88–89; אבו רמדאן, לעיל ה"ש 4, בעמ' 65–66.

31 שחר, שם, בעמ' 88–89; אבו רמדאן, שם, בעמ' 75–76.

32 ראו למשל גם מוסה אבו רמדאן "מזונות לקטינים מוסלמים בבתי המשפט לענייני משפחה" מעמד אישי ומגדר: נשים פלסטיניות בישראל 225 (היבא יזבק וליאת קוזמא עורכות, 2017).

33 אבו רמדאן מדגים טענה זו בהקשר של מזונות ילדים. שם.

לערעורים בבג"ץ הבוררת הוא דוגמה נוספת למגמה זו. לדבריו, עבור בית הדין השרעי, הסממנים הפטריארכליים הם אמצעי לשמירה על זהותו הייחודית ובידולו אל מול בית המשפט ה"אחר", האזרחי.

מאמרו של שחר משלים את טיעונו הכללי של אבו רמדאן. בעוד אבו רמדאן טוען טיעון כללי ורחב בדבר חשיבות הסממנים הפטריארכליים לזהותו של בית הדין השרעי, שחר מתמקד באופייה של השאלה הפרטנית שניצבה בפני בית הדין ומסביר מדוע דווקא הסוגיה של מינוי בוררת חשובה לשמירה על אותה זהות פטריארכלית. כפי שצוין לעיל, הסוגיה של מינוי בוררת-אישה במסגרת הליך הגירושין אינה נראית לכאורה כסוגיה מהותית לאופיו הפטריארכלי של הדין או בית הדין השרעי. עם זאת מסביר שחר כי דווקא אופיו הפרטי של הליך הבוררות, המתקיים במרחב האינטימי של הבית, הפך את השמירה על הליך זה כהליך גברי לחשובה כל כך עבור בית הדין. הליך הבוררות אינו הליך שיפוטי המתנהל בבית הדין, אלא הליך פרטי המתקיים בין הצדדים ומשפחותיהם. לדברי שחר, המרחב הציבורי של הקהילה המוסלמית בישראל מפולש יותר וחשוף למעורבות של סוכני המדינה היהודית. המרחב הפרטי של הבית, לעומת זאת, הוא המרחב המעוצב בצלםם ובדמותם של האזרחים המוסלמים והוא נחשב כמרחב האוטנטי, המתנהל בהתאם לנורמות והערכים המוסלמיים. לכן, דווקא במרחב זה ערעור הערכים הפטריארכליים נחשב כמאיים יותר.

שלושת המאמרים הבאים בכרך מרחיבים את נקודת המבט ומשתמשים בפסק הדין של בג"ץ הבוררת כבסיס לדיון תאורטי רחב, מעבר לסוגיה הפרטנית של מינוי בוררת-אישה. מאמרה של מיטל פינטו³⁴ ממקם את הדיון בתוך השיח האקדמי על רב-תרבותיות ועל הזכות לתרבות. פינטו טוענת כי בג"ץ הבוררת הינו דוגמה קלסית למצב דברים שבו קבוצה דומיננטית בתוך קבוצת מיעוט דתית טוענת לפרשנות אחת ויחידה של הדת שהיא חלק מהתרבות של הקבוצה. לטענתה של פינטו, הזכות לתרבות מיועדת לשמור על תרבות המיעוט, ומדובר בזכות קבוצתית המגנה על טוב השתתפותי שכל חברי המיעוט שותפים ביצירתו בהנאה ממנו. הזכות לתרבות שייכת לפיכך לכלל חבריה של קבוצת המיעוט, והיא אמורה להגן על זכותם לקחת חלק ביצירת התרבות הקבוצתית. הזכות לתרבות אינה ניתנת רק לחלק מחברי הקבוצה, בין אם זו האליטה, קבוצה דומיננטית בתוך הקבוצה או מי שנחשבים כמנהיגיה, על מנת שייצקו לה תוכן כרצונם. דת בהקשר זה היא דוגמה אחת, או רכיב, מתרבות מקיפה של קבוצה.

לגישתה של פינטו, יש להבין את טענת העותרת בבג"ץ הבוררת כטענה במסגרת הזכות לתרבות, שנועדה להגן על זכותה לקחת חלק בעיצוב התרבות של קבוצתה. העותרת לא השלימה עם הפרקטיקה הנוהגת שלפיה גברים בלבד יכולים להתמנות לתפקיד של בוררים בהליכי גירושין במסגרת טענת "ריב וסכסוך". בקשתה למנות בוררת-אישה מטעמה היא למעשה בקשה לשנות את הפרקטיקה המקובלת בקרב חברי הקבוצה שאליה היא

34 "הצורך בזכות לתרבות של המיעוט בתוך המיעוט: בעקבות בג"ץ 3856/11 פלונית נגד בית הדין השרעי הגדול לערעורים" משפחה במשפט ח 101 (2016–2017).

משתייכת, כך שהיא תשקף גם את ערכיהן וצורכיהן של נשים. העותרת לא ביקשה לצאת מקבוצתה או להתנתק ממנה, אלא לקחת חלק בעיצוב תרבותה. עתירתה התבססה אפוא על זכותה לקחת חלק בטוב ההשתתפותי של תרבות קבוצתה, כפי שהיא מבינה אותה וכפי שראוי לעצבה. הזכות לתרבות שייכת לעותרת, ולנשים מוסלמיות, בדיוק כפי שהיא שייכת לגברים בקבוצה, לקאדים, ולאחרים המייצגים את הקבוצה באופן הרשמי. פינטו גורסת, לפיכך, שאין להבין את בג"ץ הבוררת כעניין המעלה את שאלת הזכות לתרבות אל מול זכויות אחרות, כדוגמת הזכות לשוויון או ערכים אחרים שהם חיצוניים לזכות לתרבות, אלא בדיון במסגרת הזכות לתרבות עצמה. הדיון שעורכת פינטו קושר את בג"ץ הבוררת לפסיקות אחרות של בית המשפט העליון מן השנים האחרונות, כגון פרשת עמנואל³⁵, שם נדונה ההפרדה בין תלמידות חרדיות ממוצא אשכנזי לתלמידות חרדיות ממוצא ספרדי או מזרחי, או סוגיית נשות הכותל³⁶. לבסוף מציעה פינטו כמה קווים מנחים שלפיהם יש לאזן בין טענות הרב בתוך קבוצת המיעוט לבין טענת המיעוט בתוך המיעוט באשר לאופן שבו יש לפרש את הזכות לתרבות של קבוצתם בהקשר מסוים.

המאמר החמישי בכרך הוא מאמרה של איריס אגמון³⁷, הממקם את הדיון בבג"ץ הבוררת בפרספקטיבה רחבה של ניתוח היסטורי-משפטי של חוק המשפחה העות'מאני, שאותו אגמון מכנה במאמרה "קוד המשפחה". לטענתה, ההיבט המהותי ביותר והציר המארגן של קוד המשפחה היא עיצובו כחוק משפחה טריטוריאלי-למחצה, חוק שאמנם שימר את ההטרוגניות הדתית של אזרחי האימפריה העות'מאנית, אך מטרתו הייתה להשלים את המעבר למערכת שיפוט מדינתית אחת, מערכת שהיא מודרנית ריכוזית, שחוקיה חלים על כלל האזרחים, ולחזק את שליטת המדינה במערכת השיפוט ובשופטים. קוד המשפחה אכן הותיר על כנם את הכללים ההלכתיים הבסיסיים של כל דת ביחס לנישואין וגירושין ולא עסק כלל בשאלות טקסיות. בכך שימר הקוד חלק מההבדלים בין ההלכות הדתיות של שלוש הדתות בנוגע לנישואין וגירושין, אולם החוקים המהותיים לפיקוח המדינה על כינון נישואין ופירוקם היו אחידים ומסגרת הניהול המשפטי והאכיפה הייתה טריטוריאלית. לצורך זה העביר הקוד לשליטת המדינה סמכויות חשובות שהיו נתונות קודם לכן בידי ראשי הקהילות השונות.

מי שמחקר את אופיו הטריטוריאלי של הקוד, והפכו אותו ל"חוק מוסלמי", היו הבריטים (העות'מאנים, לדברי אגמון, כלל לא תרגמו את הקוד בתרגום רשמי לערבית בעת פרסומו). הבריטים החילו את קוד המשפחה על מוסלמים בלבד באזורים שהפכו במסגרת ההסדרים של אחרי מלחמת העולם השנייה למדינות המנדט. הם כינו את הקוד "חוק המשפחה המוסלמי" וביטלו את כל אותם סעיפים שהיו אמורים לחול על יהודים ונוצרים.

35 בג"ץ 1067/08 עמותת נוער כהלכה נ' משרד החינוך (פורסם בנבו, 6.8.2009).

36 פינטו, לעיל ה"ש 34, בעמ' 114–118.

37 לעיל ה"ש 1.

כפי שמדגישה אגמון, אין מדובר בשינוי טכני או תפנית קלה, אלא בשינוי מהותי הנה גורל. הבריטים גם ביטלו את מהלך האחדתה של מערכת המשפט, שהחל השלטון העות'מאני. בתי הדין השרעיים, שבאימפריה העות'מאנית נתפסו כבתי משפט מדינתיים ואף עמדו לקבל תפקידים נוספים ביישום קוד המשפחה על כלל האוכלוסייה, הוגדרו על ידי הבריטים בתי דין "דתיים מוסלמיים" והוצבו לצד בתי הדין היהודיים והנוצריים. טענת הבריטים הייתה שהם מאמצים וממשיכים את מערכת השיפוט האוטונומית בתחום דיני המשפחה על בסיס עדת-דתי, המילת, שהייתה נהוגה באימפריה העות'מאנית. הנרטיב הבריטי בדבר המשך שיטת המילת אומץ על ידי היסטוריונים וחוקרי משפט וחברה שונים, אך לטענת אגמון אימוץ נרטיב זה מבטא אי-הבנה היסטורית עמוקה.

מאמרה של אגמון מאתגר את הסיפור ההיסטורי הידוע והמקובל בדבר אופן החלתו של הסדר המעמד האישי בדיני משפחה כחלק מהמשפט הישראלי – סיפור המבוסס כולו על נרטיב של המשכיות ושימור מצב קיים. הסיפור המקובל מתחיל בהסדר שהוא ירושה מן השלטון העות'מאני, אשר אומץ כמות שהוא על ידי השלטון המנדטורי, שלא רצה לשנות מן ההסדר הקיים, וההסדר המשיך ונקלט על ידי השלטון הישראלי, לכל היותר בשינויים קלים.³⁸ הסיפור המקובל מסווה את הבחירות האידאולוגיות שערך השלטון המנדטורי, ובהמשך השלטון הישראלי, בכינון הסדר המבוסס על דין אישי-דתי.³⁹

מטרתה העיקרית של אגמון איננה לנתח את פסק הדין בבג"ץ הבוררת או להציע פרשנות לסעיף 130 בהסתמך על הניתוח ההיסטורי רחב ההיקף שהיא מציעה. אף על פי כן, היא מתייחסת במאמרה גם לשאלות אלו. כפי שמצוין בפסקי הדין של הערכאות השונות בבג"ץ הבוררת ובמאמרים האחרים בכרך זה, חוק המשפחה העות'מאני (או קוד המשפחה) נערך על בסיס מתודה של ליקוט כללים מהאסכולות הסוניות השונות (תח'ר) וצירופם בחוק אחד. לדברי אגמון, זהו הכלי העיקרי שבאמצעותו גישר המחוקק העות'מאני בין שתי מטרות מנוגדות, לכאורה: מחד גיסא, ביסוס החוק על דיני המשפחה השרעיים, ומאידך גיסא, הסרת מכשולים מובנים שדינים אלה הציבו בפני שיפור מעמדן של נשים במשפחה והשגת איזון מסוים ביחסי הכוח המגדריים בה. ליקוט זה של כללים גם היה, לדברי אגמון, מעין פיצוי על אובדן הפלורליזם שהיה כרוך במעבר לקודיפיקציה.

כפי שמבהירה אגמון, מרגע שנעשה המעבר לקוד ונבחרו החוקים הכלולים בו, "הפך המבחר הזה למאגר כללים בעל שלמות פנימית השונה מהותית ממאגר הכללים שאותם חוקים היו חלק ממנו קודם לכן".⁴⁰ לכן, מקורו של סעיף זה או אחר, האסכולה שממנה נשאב או דעת פוסק ההלכה ששימשה בסיס לאותו סעיף, כל אלה אינם צריכים להיות

38 גל אמיר "על מה אנחנו מדברים כשאנחנו מדברים על המילת" מחקרי משפט ל 1 (2016); ברוך ברכה "מעמד האישי של חסרי עדה מוכרת" עיוני משפט א 156 (1971).

39 לחשיפת חלק מהאידאולוגיות הללו ולניתוח ביקורתי של הסיפור המקובל ראו למשל צבי טריגר "יש מדינה לאהבה: נישואין וגירושין בין יהודים במדינת-ישראל" משפטים על אהבה 173 (ארנה בן-נפתלי וחנה נוח עורכות, 2005).

40 אגמון, לעיל ה"ש 1, בעמ' 149.

שיקול בהכרעה פרשנית בנוגע לאותו סעיף. אגמון מביעה אפוא תמיכה בבג"ץ ובעותרת, אשר דחו את טיעונו של בית הדין השרעי שלפיו יש להכריע בשאלת הבקשה למינוי בוררת-אישה לפי עמדת האסכולה המאלכית, משום שסעיף 130 מבוסס על פרקטיקה מאלכית.

המאמר החותם את הכרך הוא מאמרה של תהילה בארי-אלון,⁴¹ ובו בוחנת בארי-אלון את ההשלכות האפשריות של בג"ץ הבוררת על בתי הדין הרבניים ועל שאלת מינוין של נשים לתפקידים שיפוטניים בתוכם. בחלקו הראשון של המאמר דנה בארי-אלון בעמדת הדין העברי בדבר כשירותן של נשים לתפקידי שיפוט. כפי שהיא מציינת, שאלה זו כבר נדונה בספרות המשפט העברי בכמה חיבורים מקיפים. עיקר החידוש במאמרה של בארי-אלון הוא בחלקו השני, שם היא מעלה את השאלה, האם בהליכי גירושין על פי הדין העברי יש כלל צורך בהרכב של בית הדין? בדיון זה בוחנת בארי-אלון את האפשרות שכלל הדעות ההלכתיות השוללות מינוי נשים לתפקידי דיינות אינן צריכות להעלות כל חשש, כיוון שניתן יהיה למנות נשים לבית הדין הרבני ולטעון כי ההלכה איננה דורשת הרכב הלכתי של שלושה דיינים, אם בכלל, בנושאים המצויים כיום בסמכותם של בתי הדין במדינת ישראל. דיון כזה הוא חדשני וטרם נערך בספרות. הוא מתבסס על תפיסת הדין העברי, הרואה את הליך הגירושין כמעשה פרטי בין בני הזוג.

סקירת העמדות ההלכתיות השונות בשאלות שבהן דנה בארי-אלון מובילה אותה לדון בשאלה המעשית של כפייה מצד בג"ץ למנות אישה לבית הדין הרבני. לכאורה, בבג"ץ הבוררת קבע בג"ץ כי כאשר בספרות הדתית המקובלת יש כמה עמדות פרשניות אפשריות, על בית הדין להעדיף גישות המתיישבות עם עקרון השוויון. בג"ץ יוכל לפיכך לקבוע כי קיומה של עמדה הלכתית המכשירה נשים לתפקידי דיינות, או עמדה המאפשרת לנשים לשבת על כס הדיינות במהלך דיונים בהליכי גירושין, מחייבות את בית הדין הרבני לבכר גישות אלו על פני העמדות השוללות את מינוין של נשים. לעניין זה מביעה בארי-אלון עמדה הדומה לעמדתו של זחאלקה ולפיה מן הראוי שבג"ץ לא יתערב באוטונומיה השיפוטית של בתי הדין הדתיים השונים ויאפשר להם להכריע לעניין התוכן הדתי של השאלות המובאות בפניהם. הוראה כופה מבחוץ עשויה, לגישתה של בארי-אלון, להביא לתהליך הפוך של הקצנה ואנטגוניזם, ולכן מן הראוי להניח לשיח הפנימי שיפעל את פעולתו אף אם הדבר יארך זמן רב יותר.

מאז נכתב מאמרה של בארי-אלון, הסוגיה של שוויון מגדרי בתוך מערכת בתי דין הרבניים הגיעה לפתחו של בג"ץ בהקשר של האפשרות למנות אישה לתפקיד מנהל בתי הדין הרבניים.⁴² בג"ץ קבע, בניגוד לעמדת הרבנים הראשיים, כי לא חל החריג בסעיף 7(ג)

41 "נשים בתפקידי שיפוט בבית הדין הרבני: בחינה מחודשת נוכח פסיקת בג"ץ" משפחה במשפט ח 163 (2016–2017).

42 בג"ץ 8213/14 כהנא דרור נ' השר לשרותי דת (פורסם בנבו, 15.8.2017).

לחוק שיווי זכויות האישה התשי"א-1951,⁴³ כיוון שלא מדובר בתפקיד דתי אלא בתפקיד "מינהלי-אדמיניסטרטיבי בעיקרו ובמהותו".⁴⁴ משכך, יש לפרש את סעיף 13 לחוק הדיינים, התשכ"ט-1969,⁴⁵ הקובע שעל מנהל בית הדין הרבני להיות דין או כשיר להיבחר כרב עיר, בצורה תכליתית שתאפשר גם נשים להתמנות לתפקיד.⁴⁶ עוד הוסיף בג"ץ וקבע כי יש לוודא שבקביעת דרישות התפקיד לא טמונים חסמים ומכשולים העלולים למנוע אפשרות אמיתית להתמודדותן של נשים לתפקיד מנהל בתי הדין. כמו כן, הוכר הצורך לוודא כי "מועמדותן של נשים לתפקיד תישקל על-ידי הנוגעים בדבר בלב פתוח ובנפש חפצה".⁴⁷

לבסוף, חשוב לציין, כפי שעולה ממאמרה של פינטו, כי לחלק מהסוגיות העולות מעניין הבוררת והנדונות בכרך זה יש רלוונטיות, מעבר לנושא של שוויון מגדרי, לתחומים נוספים שבהם קיים מתח בין דת לבין זכויות אדם ליברליות בכלל ועקרון השוויון בפרט. דוגמה בולטת הינה השאלה העולה ממאמריהם של בטשון, זחלקאה ובארי אלון, הנדונה לעיל, בעניין האיזון הראוי בין כפייה מלמעלה לבין עידוד שינוי מבפנים בתוך מיעוטים דתיים או מערכות דתיות.⁴⁸ שאלה סבוכה זו התעוררה בשנים אחרונות בהקשרים שונים, כגון פטור מלימודי ליבה בישיבות קטנות⁴⁹ וגיוס בני ישיבות.⁵⁰

אם כן, אף על פי שהמוקד העיקרי של המאמרים המגוונים הרואים אור בכרך זה הוא דיון בהיבטים שונים של עניין הבוררת הנוגעים לנשים בקהילה המוסלמית בישראל, הם גם זורקים אור על המורכבות של יישום עקרון השוויון בתוך מיעוטים דתיים ומערכות דתיות בישראל בכלל. תקוותנו שליוון הטיעונים והעמקת התובנות בסוגיות רגישות אלה תתרום לספרות בנושא רבת-תרבותיות ולחברה ישראלית כולה.

43 ס"ח 248.

44 בג"ץ כהנא דרור, לעיל ה"ש 42, פס' כג לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

45 ס"ח 68.

46 הקריטריונים למסלול נוסף שנקבע על ידי בג"ץ הם: (1) הוא תושב ישראל; (2) הוא בעל רישיון טוען רבני; או שהוא עורך דין בעל תואר שני במשפט עברי או בתלמוד; יתרון לעורך דין שהוא גם טוען רבני; (3) הוא בעל ניסיון של 7 שנים לפחות בהופעה בבתי הדין הרבניים; (4) מבחינת אופיו ואורח חייו הוא ראוי לשמש בתפקיד מנהל בתי הדין הרבניים. ראו בג"ץ כהנא דרור, לעיל ה"ש 42, פס' כו לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

47 שם, פס' כה.

48 ראו למשל בג"ץ 3752/10 רובינשטיין נ' הכנסת (פורסם בנבו, 17.9.2014), פס' 27 לדעתו של השופט עמית ופס' 19-20 לפסק דינו של השופט הנדל ובבג"ץ 6298/07 רסלר נ' כנסת ישראל (פורסם בנבו, 21.2.2012), פס' 6 לפסק דינה של השופטת ארבל (דעת מיעוט).

49 בג"ץ רובינשטיין, לעיל ה"ש 48.

50 בג"ץ רסלר, לעיל ה"ש 48; בג"ץ 1877/14 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת (פורסם בנבו, 12.9.2017).