

היברידיות משפטית וליברליזם פטריארכלי: האישה כבוררת בבתי הדין השרעיים

מאת

מוסה אבו רמזאן*

מערכת ההיברידיות המשפטית מביאה לביצורו של ליברליזם פטריארכלי. יש התפתחות בכיוון הליברלי, אך גם חסמים ומחסומים המונעים התקדמות לשוויון המלא. ההיברידיות המשפטית אומנם גורמת להחדרת נורמות ליברליות, אבל גם משמרת מאפיינים פטריארכליים. כדי להמחיש טיעון זה, אתמקד במאמר בדוגמה אחת המתייחסת לבעיית מינויה של אישה כבוררת בהליך בורות בין בני זוג בעניין "ריב וסכסוך" בבית הדין השרעי. דוגמה זו יש בה כדי ללמד כיצד בית הדין השרעי פועל תחת לחץ של מערכת שיפוטית אזרחית חילונית, וניתן לראות כי מערכת של היברידיות משפטית גורמת לריבוי שיחים שאובים ממערכת נורמטיביות שונות, וכי השחקנים השונים מנסים לנווט את השיח כדי שישורת את האינטרס שלהם. ההיברידיות המשפטית אינה רק שילוב וערבוב של שיטות משפטיות, אלא בכל שיטה משפטית יש פרשנויות שונות, וזאת גם אם נדבר רק על המשפט ה"פורמלי" והמשפט בספרות. לאמיתו של דבר, מאחר שהספרים אינם "מדברים", יש צורך בכך שמישהו יקרא ויישם את האמור בהם, וברגע הפרשנות והיישום יש טרנספורמציה ואינספור גורמים המשפיעים על התוצאה.

- א. סקירה היסטורית
- ב. הדין החל
- ג. ליברליזם פטריארכלי
- ד. מינוי אישה כבוררת בבתי הדין השרעיים
- ה. פרשת האישה כבוררת
- ו. בית הדין השרעי בטייבה
- ז. עמדת בג"ץ
 1. עניין עלי חמזה
 2. בג"ץ מואסי

* מרצה בכיר, הקריה האקדמית אונו.

ח. הדין הקלסי

1. הדין המאלכי
2. הדין החנפי
3. הדין השאפיעי
4. הדין החנבלי

ט. החברה האזרחית

1. ניסיונה של עמותת "ניסאא ואאפאק"
2. תגובת כיאן
3. מרכז קונקורד

י. החלטתו השנייה של בית הדין השרעי לערעורים**יא. בג"ץ פלונית****יב. סיכום****א. סקירה היסטורית**

שיטת המילת (Millet) העות'מאנית העניקה סמכות שיפוט וסמכות חקיקה לעדות דתיות מוכרות בענייני מעמד אישי, בענייני הקדש וארגון עדתי. לעדות הדתיות השונות ניתנו מרחבים אוטונומיים שונים. לעדה היוונית האורתודוקסית ניתנה אוטונומיה מוסדרת, ואילו לעדות הדתיות הקתוליות ניתנה אוטונומיה אישית מלאה ואף מוגנת במישור הבין-לאומי. באותה עת היו המוסלמים את הרוב ובתי הדין השרעיים היו בתי דין ממלכתיים, עד שבשנת 1917, עם עלייתם של הבריטים לשלטון, הם ניתקו את המוסלמים מהאימפריה העות'מאנית, הקימו מועצה מוסלמית לשריעה שנקראה "המועצה המוסלמית העליונה" וכן בית דין שרעי לערעורים. באוקטובר 1919 החילו הבריטים את חוק המשפחה העות'מאני¹ על המוסלמים בפקודה זאת, אף על פי שב-1918 אסרו על המוסלמים להחיל את חוק המשפחה העות'מאני.² מאוחר יותר, בדבר המלך במועצתו משנת 1922, שהיה החוק העליון לתושבים ואזרחים במסגרת המנדט הבריטי על פלשתינה, הוסיפו הגבלה נוספת בכך שייחדו את סמכותם של בתי הדין השרעיים אך ורק למוסלמים, הן בנוגע למוסלמים תושבי המדינה והן למוסלמים שעל פי

1 חוק המשפחה המוסלמית (1917) (להלן: חוק המשפחה העות'מאני).

2 "Article 4. Moslem Religious Courts will be established in such kazas of the Sanjak of Nablus and Acre as the Senior Judicial officer may appoint. The jurisdiction and law and procedure of these courts shall be as they were before the promulgation of the Ottoman Laws of 25 th October, 1333 (1917), concerning Family Rights and concerning procedure in the Religious Courts; provided that any cases heard or pending before the Courts at the time of the occupation in virtue of the said laws shall be deemed to have been validly entered"; 1 NORMAN BENTWICH, COMP. LEGISLATION OF PALESTINE, 1918-1925, 612-613 (1926).

הדין החל בארצם מחילים את הדין המוסלמי. מדינת ישראל שימרה, עם הקמתה, את המצב הקיים, אלא שהלכה למעשה רוקנה את המערכת השרעית, במיוחד באי-ארגון מחדש של העדה המוסלמית וצמצומה אך ורק לפן השיפוטי. מתוך כך, סמכותם של בתי הדין השרעיים צומצמה בכמה תחומים. כך למשל, בחוק נכסי נפקדים בוטלה סמכותם של בתי הדין השרעיים על נכסי הקדש של נפקדים, ובנוגע לירושה ניתנה סמכות לבתי הדין אך ורק בהסכמת כל הנהנים מחוק הירושה, זאת גם אם אדם נפטר לפני 1965, השנה שבה נחקק החוק, אולם התביעה מוגשת לאחריה. מלבד אלה צומצמו בהדרגה סמכויות בית הדין השרעי והוקבלו לאלה של ערכאות אזרחיות. כך למשל, בענייני מעמד אישי הייתה לבתי הדין השרעיים סמכות בלעדית, עד שבנובמבר 2001 הקנה המחוקק הישראלי לבתי המשפט לענייני משפחה סמכות בכל הקשור לענייני מעמד אישי של מוסלמים, למעט נישואין וגירושין.³

ב. הדין החל

החוק העיקרי שחל על המוסלמים בישראל הוא עדיין חוק המשפחה העות'מאני משנת 1917, ובמקרה של לקונה ישלים הקאדי את החסר תוך שימוש בקוד של קדרי פאשה. ואולם, יש חוקים המופנים לבתי הדין הדתיים, ובכללם לקאדים, כמו חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות,⁴ חוק שיווי זכויות האישה,⁵ חוק גיל נישואין⁶ וחוק יחסי ממון בין בני זוג.⁷ בנסיבות חוקים אלה, גם אם מדובר בסמכות הקיימת לבית הדין השרעי, הוא חייב להחיל את הכללים שנקבעו בחוק האזרחי. נוסף על כך, בתי הדין השרעיים כפופים לביקורתו של בג"ץ, אשר יבחן אם הם מיישמים את החקיקה המופנית אליהם מפורשות או מתעלמים ממנה. בג"ץ גם יעניק פרשנויות לחקיקה החלה על בתי הדין השרעיים. נוסף על הביקורת על המערכת השרעית מלמעלה, לבתי המשפט לענייני משפחה יש כאמור סמכות בענייני מוסלמים למעט נישואין וגירושין, וכאשר הם דנים בעניין שהובא לפנייהם, ידונו לפי הפרמטרים של החוק האזרחי. כך למשל, החזקת ילדים תידון על פי חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, החל

3 לעניין הסמכות ראו Moussa Abou Ramadan, *Islamic Legal Reform: The Alimony of Muslim Wife in the Shari'a Court of Appeals*, 4 HAWWA: J. WOMEN MIDDLE EAST & ISLAMIC WORLD 29 (2006). לעניין היעדר הארגון העדתי וחוסר אוטונומיה למוסלמים ראו Moussa Abou Ramadan, *Notes on the Anomaly of the Shari'a Field in Israel*, 15 ISLAMIC L. & SOC'Y 84 (2008). לדעה שונה הטוענת לקיומה של אוטונומיה למוסלמים ראו Ido Shahar, *Legal Pluralism Incarnate: An Institutional Perspective on Courts of Law in Colonial and Postcolonial Settings*, 65 J. LEGAL PLURALISM 133 (2012).

4 התשכ"ב-1962, ס"ח 120.

5 התש"ם-1951, ס"ח 248.

6 התש"י-1950, ס"ח 286.

7 התשל"ג-1973, ס"ח 267.

גם בבתי הדין השרעיים. כאשר ידונו במזונות ילדים ובמזונות אישה, הם אמורים לדון על פי הדין המוסלמי החל על המוסלמים בישראל, וזה הדין החנפי. המגמה האמורה הולכת ומחלישה את בתי הדין השרעיים גם בעניינים שטרם הוסדרו בחקיקה. כך למשל, שופט בבית המשפט לענייני משפחה לעולם יחיל את דיני הראיות והפרוצדורה האזרחית הישראלית,⁸ בעוד מבחינת הדין המהותי שומה עליו להחיל את הדין החנפי.⁹ גם כאשר מדובר בסמכויות ייחודיות בענייני נישואין וגירושין, החקיקה הישראלית המתגבשת נוגסת באופן נרחב בכוחו של הדין השרעי, עד כדי הדחיקתו. כך, יש חקיקה ישראלית, כגון גיל נישואין,¹⁰ הפללת הביגמיה,¹¹ ובנוגע לגירושין יש הפללה של גירושין חד-צדדיים,¹² אולם גם קיימת אפשרות לפרשנות של בג"ץ להוראות חוק המשפחה העות'מאני. גם בתחומים שלבתי הדין השרעיים יש בהם סמכות ייחודית יש אפוא התערבות הן של החקיקה והן של הפסיקה. נוסף על כך, בעניינים של גירושין כאשר אחד מבני הזוג מוסלמי והאחר אינו מוסלמי, נתונה סמכות לבתי המשפט לענייני משפחה.

בשל כל אלה, המערכות האזרחיות ובתי הדין השרעיים הינם אתר מרתק ללימוד ההיברידיזציה המשפטית¹³ הקיימת הן בבתי הדין השרעיים גופם, בעניינים שבהם קנויה להם סמכות ייחודית, והן בבתי המשפט לענייני משפחה, המחילים נורמות מהמשפט המוסלמי והישראלי.

הטיעון המרכזי שלי במאמר זה: מערכת ההיברידיזציה המשפטית מביאה לביצורו של ליברליזם פטריארכלי. יש התפתחות בכיוון הליברלי, אך גם חסמים ומחסומים המונעים

8 "למרות שהצדדים משתייכים לעדה המוסלמית, והשריעה מכירה במוסד מזונות זמניים (שבערבית הם נקראים נפקה מואכטה), אלא שתחולת הדין האישי היא במישור החלת ההוראות המהותיות בלבד, והדרך הדיונית היא לפי תקנות סדר הדין האזרחי ולא לפי הוראות חוק המשפחה העות'מאני" (השופט מאזן דאוד בכש"א (משפחה קר') 791/08 פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 31.3.2008)). יש לציין שהראיה היחידה שהשופט נתן כדי להצביע על קיומם של דינים זמניים היא השימוש בביטוי "נפקה מואכטה". בספרות ההלכתית אין אזכור למילים אלה.

9 ראו ע"פ 353/62 אל-פקיר נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יח(4) 200, 221 (1964); דבריו של השופט ריבלין בת"פ (מחוזי ב"ש) 140/83 מדינת ישראל נ' אלצראיעה, פ"מ התשמ"ו(2) 336, 342 (1985): "הדין הדתי, הנוהג אצל מוסלמים במדינת ישראל הוא דין האסכולה הח'אנפית. אסכולה הלכתית זו השלטת אצל רוב המוסלמים של תת היבשת ההודית, היתה האסכולה הרשמית גם באימפריה העות'מאנית ונשארה בעמדה זו גם במדינת ישראל"; פסיקה של בית המשפט לענייני משפחה בכש"א 791/08, לעיל ה"ש 8.

10 לעיל ה"ש 6.

11 ס' 176 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, ס"ח 226.

12 ס' 181 לחוק העונשין.

13 למושג זהה ראו Seán Patrick Donlan, *To Hybridity and Beyond: Reflections on Legal and Normative Complexity*, in MIXED LEGAL SYSTEMS, EAST AND WEST: NEWEST TRENDS AND DEVELOPMENTS (Vernon ed., Forthcoming); Seán Patrick Donlan, *The Mediterranean Hybridity Project: at the Boundaries of Law and Culture*, 4 J. CIV. L. STUD. 355 (2011).

התקדמות לשוויון המלא. אמנם ההיברידיות המשפטית גורמת להחדרת נורמות ליברליות, אך היא גם משמרת מאפיינים פטריארכליים. הטיעון אינו שהמשפט המוסלמי הוא במהותו פטריארכלי או המשפט הישראלי במהותו ליברלי. בנושאים רבים המשפט המוסלמי התפתח ואימץ נורמות ליברליות. בית הדין השרעי לערעורים בעצמו אימץ נורמות ליברליות אף בניגוד לדין הקלסי. ואולם, הן בית הדין השרעי והן בתי המשפט האזרחיים נרתעים מלעבור לגישה ליברלית מלאה: לדידו של בית הדין השרעי, הסממנים הפטריארכליים הם בטוחה לשמירה על זהותו ומניעת בנליזציה של בית הדין השרעי והפיכתו לבית דין כמו ה"אחר". לדידם של בתי המשפט האזרחיים, הם מחויבים על פי דין להחיל את המשפט המוסלמי החנפי הקלסי (הכוונה לספרות של הפקה החנפי), וכדי שיהיה משפט מוסלמי עליו להיות בהכרח דין אחר ושונה מדיני משפחה. סקירת הפסיקה עד כה מעלה כי גם כאשר פסקו שופטי בית המשפט לענייני משפחה לפי הדין החנפי, הם ניסו לרכך את הכללים הקלסיים, אלא שבתוך כך שמרו על המתכונת הפטריארכלית. בית המשפט העליון, לעומת זאת, מנווט בין הליברליזם ובין מגבלות הכללים הפטריארכליים.

כדי להמחיש טיעון זה אתמקד להלן בדוגמה אחת, המתייחסת לבעיית מינויה של אישה כבוררת בהליך של בורות בין בני הזוג בעניין "ריב וסכסוך" בבית הדין השרעי. דוגמה זו יש בה כדי ללמד כיצד בית הדין השרעי פועל תחת הלחץ של מערכת שיפוטית אזרחית חילונית. ניתן לראות בה את האופן שבו מערכת של היברידיות משפטית גורמת לריבוי שיחים השאובים ממערכת נורמטיביות שונות והשחקנים השונים מנסים לנווט את השיח כדי שישירט טוב יותר את האינטרס שלהם. ההיברידיות המשפטית אינה רק שילוב וערבוב של שיטות משפטיות, אלא בכל שיטה משפטית ישפרשנויות שונות, וזאת, גם אם מדובר רק במשפט ה"פורמלי" והמשפט בספרים. מאחר שהספרים אינם "מדברים", יש צורך בכך שמישהו יקרא ויישם את הכתוב בהם, וברגע הקריאה והיישום יש טרנספורמציה ואינספור גורמים המשפיעים על התוצאה.¹⁴

ג. ליברליזם פטריארכלי

למושג פטריארכליות יש הגדרות שונות ודרכים רבות לתארו, אבל אלמנט המשותף לכולן הוא שליטה גברית על האישה וכפיפות האישה.¹⁵ המשפט המוסלמי הקלסי מעניק לבעל סמכויות. הוא יכול לשלוט על תנועות אשתו; הוא יכול להינשא לכמה נשים (עד ארבע), אפשרות המהווה איום מתמיד על האישה, שיכולה להינשא רק לגבר אחד; אם נשכח לרגע את האפשרות שיהיו לו שפחות ללא הגבלה, הוא אף יכול לעשות שימוש באלימות כנגדה.

Baudouin Dupret, *Droit et Sciences Sociales. Pour une Respécification Praxéologique*, 75 14
DROIT ET SOCIÉTÉ 315 (2010–2012).

.Veronica Beechey, *On Patriarchy*, 3 FEMINIST REV. 66 (1979) 15

תנועותיה של האישה מוגבלות; כדי שתזכה במזונות עליה להיות מרותקת לבית בעלה או לאפשר לו קיום יחסי מין. לאב יש אפטרופסות על ילדיו הן לצורך ניהול רכושם והן לצורך נישואין. הבעל גם יכול לפרק את הנישואין ללא הסכמת האישה ואף ללא ידיעתה. מנגד יש לגבר, בין שהוא אב או בעל, חובות רבות: עליו לשלם מזונות לאשתו ולילדיו ולשלם את המוהר בחוזה הנישואין. אינני טוען כמובן שהחברות המוסלמיות עבדו בתוך המסגרת המתוארת, שהמודל הפטריארכלי הוא מאפיין אסלאמי או שמדובר בהמצאה מאוחרת. לשם כך יש צורך במחקרים המראים כיצד החברות המוסלמיות פעלו בפועל. ניתן להצביע על כך שבחלק מחברות אלה, ככל שהדבר ניתן לתיעוד, היה מקום מסוים של ריכוך התמונה הפטריארכלית הזאת.¹⁶ יש לציין שהפטריארכליות גם ניתנה למשא ומתן, ולנשים יש תמיד מרחב תמרון.¹⁷

במישור הנורמטיבי האסלאמי הקלסי היה מעין היגיון פנימי של איזון בין חובות ובין זכויות. כך למשל, הגבלות על חופש התנועה של האישה בכפוף לחובות מזונות הבעל כלפיה; הבת מקבלת מחצית מהירושה בהשוואה לבן, אבל אין לה חובות כספיים כגון תשלום מזונות או תשלום המוהר. אל הנורמות האלה הוחדר הליברליזם. למילה ליברליזם יש משמעויות שונות במישורים שונים. במישור של זכויות, אחד המאפיינים של הליברליזם הוא שוויון בין בני האדם, הכולל גם שוויון בין המינים. לפחות מאז המאה התשע עשרה, עם מחמד עבדו, התחילה חשיבה על שיפור מעמד האישה. חשיבה זו גם באה לידי ביטוי בחקיקה בחוק הראשון, חוק המשפחה העות'מאני. רוב המדינות המחילות את הדין המוסלמי בענייני משפחה אימצו את התפיסה שיש לשפר את מעמד האישה. מידת השיפור שונה ממדינה למדינה, אבל הקו המנחה הוא הגבלה מתמדת על סמכויותיו של הגבר – הבעל והאב – וכוחו, וזאת ללא צמצום חובותיו. ניכרת גם תופעה הפוכה של הרחבת חובותיו. הפוליגמיה, למשל, הוגבלה, וכן הוגבלו הגירושים החד-צדדיים. מנגד, מזונות האישה ואף מזונות הילדים הורחבו. המוהר נשאר על כנו, וקשה מאוד לבטל אותו בהליך של גירושין. אפילו בטוניס, המצדדת בשוויוניות בין בני הזוג, המוסד של המוהר נשמר (סעיפים 3, 12 ו-13 לחוק המשפחה הטוניסאי). תופעה זו באה לידי ביטוי, למשל, בכל החקיקה במדינות ערב. בישראל התופעה בולטת אף יותר. הביגמיה מהווה עבירה פלילית ואף עוולה נזיקית; לא זו בלבד שנשקף לבעל עונש מאסר,¹⁸ אלא אף תשלום פיצויי נזיקין.¹⁹ בדומה לכך, בעל המגרש את אשתו כנגד רצונה יהיה צפוי לעונש פלילי של מאסר²⁰ ואף יהיה חשוף לתשלום פיצויים

JUDITH E. TUCKER, IN THE HOUSE OF THE LAW: GENDER AND ISLAMIC LAW IN OTTOMAN SYRIA AND PALESTINE (2000) 16
 .Deniz Kandiyoti, *Bargaining with Patriarchy*, 2 GENDER & SOCI'Y 274 (1988) 17
 לעיל ה"ש 11. 18
 תמ"ש (משפחה י-ם) 26680/05 ה.ג. נ' ט.ג. (פורסם בנבו, 16.5.2007). 19
 לעיל ה"ש 12. 20

נזיקיים לאישה שאותה גירש.²¹ בעניין החזקת ילדים, עקרון-העל הוא טובת הילד, ולכן אין לאב כל יתרון, בעיקר כשקיימת חזקה שעד גיל שש טובת הילדים היא להישאר אצל האם. המשפט המוסלמי הקלסי החפי, למשל, קבע שהבן יישאר אצל אימו עד גיל שבע והבת עד גיל תשע, ולאחר מכן יעברו הילדים לאביהם; לעומת זאת, המשפט הישראלי האזרחי, שבמקרה זה חל גם על המוסלמי ועל בתי הדין השרעיים, קובע שלאחר הגיל הרך אין כל עדיפות לאחד מההורים על פני האחר, ולשניהם זכות שווה לאפטרופסות. עם זאת, הבעל יהיה תמיד חייב במזונות אשתו והאב במזונות ילדיו. בשורה ארוכה של רפורמות הרחיבו בתי הדין השרעיים את מעגל החיוב של הבעל במזונות אשתו והאב במזונות ילדיו. בתי הדין השרעיים מקפידים על המוהר כזכות לאישה, שכמעט לא ניתן לשלול אותה. מנגד, בית המשפט העליון הרחיב את הזכאות של בני הזוג לשיתוף מלא בנכסים כולל נכסי עתיד, כגון קביעות וכושר השתכרות.²² בהתעלם המערכות השיפוטיות מהחובות הלא שוויונית המוטלות על הגברים, ייבוא נורמות שוויוניות והחדרתן למערכת משפטית בעלת גוון פטריארכלי, ללא ביטול כל הסממנים הפטריארכליים, מגביר את העיוותים האסימטריים. כך למשל, בישראל מגבילים כאמור את הביגמיה, אבל לא מבטלים אותה ברמה האזרחית, וכך גם בנוגע לגירושין החד-צדדיים. הפטריארכליזם הליברלי מתאפיין אפוא בהחדרת נורמות ליברליות אל המודל הפטריארכלי, בריכוך הפטריארכלי בכל הקשור לכוחות הבעל והאב ללא צמצום חובותיו ואף הגברתן. בד בבד עם תהליך זה אין ביטול מלא של סממנים פטריארכליים, לרוב סמליים יותר מאשר ממשיים, כמו למשל קיומה של הביגמיה בקוד המרוקני החדש, בצירוף תנאים המשתרעים על כשני עמודים.²³ במקרה שלפנינו, כפי שאראה להלן בהרחבה, למרות הרפורמות מרחיקות הלכת שחוללו בתי הדין השרעיים, הם עדיין הביעו התנגדות למינוי אישה כבוררת.²⁴

במאמר זה אתרכז באסטרטגיית בתי הדין השרעיים. אראה כיצד בית הדין השרעי מנסה לשמור על מרחב התמרון שלו ומאמץ כללים פטריארכליים. כדי לתמוך בטיעון זה, אציג מקרה של ניסיון למינוי אישה כבוררת בשנת 2009 בבית הדין השרעי בטייבה, בתיק של "ריב וסכסוך" (ניזאע ושיקאק) בהליך בוררות בעניין גירושין. דוגמה זו מדגימה כיצד בתי הדין השרעיים פועלים תחת לחץ של המערכת השיפוטית האזרחית. יש לציין כי מערכת משפטית היברידית מולידה דיונים רבים הנגזרים ממערכות נורמטיביות שונות ושחקנים שונים, כגון ארגוני זכויות אדם, ארגונים פמיניסטיים אסלאמיים וחילוניים ובית המשפט העליון. כל גורם מחפש לנווט את השיח על פי האידאולוגיה והאינטרסים שלו.

21 ע"א 245/81 סולטאן נ' סולטאן, פ"ד לח(3) 169 (1984).

22 שחר ליפשיץ "על נכסי עבר, על נכסי עתיד ועל הפילוסופיה של הלכת השיתוף" משפטים לד 627 (2004).

23 ס' 40-46 לחוק המשפחה המרוקני משנת 2003 : Moudawana, Bulletin Officiel, n° 5358 du 2 : 2003, p. 667 (2005), Ramadan 1426.

24 צריך להביא בחשבון שבעיני פמיניסטיות רדיקליות, הליברליזם עצמו הוא שיטת מחשבה פטריארכלית. ראו למשל Tracy E. Higgins, *Gender, Why Feminists Can't (or Shouldn't) Be Liberals*, 72 FORDHAM L. REV. 1629 (2004).

מהלך הדיון במאמר הוא כדלקמן: אבחן תחילה את עמדתם של בתי הדין השרעיים בעניין מינוי אישה כבוררת; לאחר מכן אבחן את עמדת בית המשפט העליון בפרשנות סעיף 130 לחוק המשפחה העות'מאני הקשור לבוררות; לאחר מכן אבחן את עמדת הדין הקלסי בנושא החברה האזרחית; לאחר מכן אבחן את החלטתו השנייה של בית הדין השרעי לערעורים בעניין; לבסוף אזכיר את החלטת בג"ץ.

ד. מינוי אישה כבוררת בבתי הדין השרעיים

בית הדין השרעי לערעורים, בשורה ארוכה של פסקי דין, נתן פרשנות לסעיף 130 לחוק המשפחה העות'מאני, המאפשר הן לבעל והן לאישה הגשת הליך בוררות שבסופו ניתן לפרק את הנישואין. אמנם בפני הבעל עומדת אפשרות לגירושין חד-צדדיים, אך בישראל מצב זה אינו נטול קשיים עבורו, מאחר שקבועה לכך סנקציה אזרחית של תשלום פיצויים וכן סנקציה פלילית. הרפורמה הזו מתאפיינת בהגדרת הניזאע והשיקאק באופן המשרטט מחדש את היחסים המגדריים. כך למשל, האישה איננה עוד מכשיר לרפרודוקציה אנושית, אינה חייבת לנקות את הבית ויכולה לצאת לחו"ל ללא רשות בעלה וללא ידיעתו. נוסף על כך כפופים הבוררים לסמכותו של בית הדין באופן הדוק יותר, ובעיקר כאשר לביטול דרישת הראיה בתביעת ניזאע ושיקאק והסתפקות בשכנוע.²⁵ נושא דיון זה הוא אפוא ניסיון מצד הנשים למנות אישה בתור בוררת, המציב גבולות למערכת המשפטית השרעית וקובע בכך הבניית זהות אסלאמית באלמנט פטריארכלי.

ה. פרשת האישה כבוררת

לפני שאטפל בתיק משנת 2009 בטייבה, מושא דיוננו העיקרי, אעסוק במקרה משנת 1998 שעניינו מינויה של אישה כבוררת.

לאמיתו של דבר, שאלה זו של מינוי אישה כבוררת עלתה בעבר בבית הדין השרעי לערעורים.²⁶ מדובר היה בתביעת בוררות על פי סעיף 130 לחוק המשפחה העות'מאני ובית הדין השרעי. הבעל בחר בגבר, ואשתו בחרה באישה. בית הדין השרעי בעכו קבע שלא ניתן למנות בוררת בשל היותה אישה. בית הדין נשען על ספרו של החכם הסורי והבה אל-זחילי, "אל פקה אל-אסלאמי ואדילתהו" (ההלכה האסלאמית והוכחותיה), וכן על המונח "קאדי"

25 לעניין זה ראו Moussa Abou Ramadan, *Divorce Reform in the Sharia Court of Appeals in Israel (1992–2003)*, 13 ISLAMIC L. & SOC'Y 242 (2006); Yitzhak Reiter, *Judge Reform: Facilitating Divorce by Shari'a Courts in Israel*, 11 J. ISLAMIC L. & CULTURE 13 (2009).

26 ערעור 6/98 (פורסם באתר בתי הדין השרעיים, 2.1.1998).

המופיע בחוק הקאדים,²⁷ ומינה שני אימאמים של שני מסגדים לתפקידי בוררים. האישה ערערה על ההחלטה וטענה שאין הצדקה למנוע מאישה לכהן בתפקיד בוררת על רקע אפליה מגדרית, זאת מכמה טעמים: טעם דתי – הקוראן עצמו השווה בין האישה והגבר ולא מצא להפלות ביניהם; טעם פרשני – לא ניתן לפרש המילה "חכם" או את המילה "קאדי" רק במובן של "זכר", שכן על פי סעיף 6 לחוק הפרשנות²⁸ מילים כוללות אף לשון נקבה; טעם חוקתי – האישה היא גורם חשוב במרקם החיים החברתיים, ונתונה לה זכות להביע את דעתה בעניינים הנוגעים לה. אימתן אפשרות לאישה לשמש כבוררת יפגע בזכותה הבסיסית ובכבודה כמעוגן בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. לאלה נוסף גם טעם משפטי – העותרת הדגישה שהאישה בחרה במישהי מבני משפחתה לשמש כבוררת. לעומתה טען המשיב שבית הדין לא מינה את הבוררים שנבחרו על ידי הצדדים, כי הם לא מילאו אחר התנאים.

בית הדין השרעי לערעורים ניסח את השאלה המשפטית כמו פוליטיקאי טוב:

האמת שהשאלה הנשאלת בפני בית המשפט דלמטה אינה אם זה אפשרי שהאישה תהיה בוררת או לא, אלא אם זכות הקמת המועצה המשפטית ומינוי הבוררים הינו בידי בית הדין או בידי כל צד לבחור בורר. האמת היא שהפסוק מפנה את מינוי הבורר לקאדי והוא מתנה שהעדיפות תהיה מבני המשפחה ואם הדבר לא התאפשר הוא לא מפנה לצדדים לבחור הבוררים ולא ניתן לומר שבורר זה או אחר מייצג צד כי הוא אמור להיות אובייקטיבי ולא מגן על צד נגד צד אחר. כלומר, הבורר עושה פעולה שיפוטית והוא מייצג הצדק הנגזר מהאובייקטיביות.²⁹

בית הדין המשיך וקבע שאין זכות למי מהצדדים לבחור בורר. בית הדין צריך לוודא שהבוררים הם קרובי משפחה של המתדיינים, ואם אין בנמצא קרובי משפחה, בית הדין יבחר בוררים שאינם ממשפחת הצדדים ובתנאי שהם עומדים בתנאים לשמש כבוררים. בית הדין לא קבע מפורשות מהם אותם תנאים ואם הם מחייבים שהבורר יהיה גבר.

1. בית הדין השרעי בטייבה

בשונה ממה שאירע בבית הדין השרעי בעכו, בתיק של בית הדין בטייבה³⁰ הביעו הקאדים במפורש את עמדתם בנוגע לסוגיה של מינוי אישה. בית הדין בטייבה דן בעניינו של בעל

27 התשכ"א-1961, ס"ח 118.

28 התשמ"א-1981, ס"ח 302.

29 ערעור 6/98, לעיל ה"ש 26.

30 תיק (אזורי טייבה) 317/2009 (פורסם באתר בתי הדין השרעיים, 1.11.2010) (ראו בקישור www.justice.gov.il/Units/BatiDinHashreim/Pages/Hipush-Piski-Din.aspx, כמו יתר הפסיקה המופיעה במאמר זה).

שהגיש תביעת בוררות על פי סעיף 130 ורצה להתגרש מאשתו. האישה טענה שסעיף 130 נועד להשלים ולפייס ולא לפרק את הנישואין. בית הדין פסק שהנישואין נועדו להיות קבועים ולהימשך, אולם בהתאם להלכה של בית הדין השרעי לערעורים,³¹ יש מצבים שבהם החיים בלתי אפשריים, ואז קובע הדין המוסלמי אפשרות לגירושין. החברה אינה יכולה להתעלם מרצונו של אחד מבני הזוג או של שניהם. הימשכות הסכסוך חודשים ואף שנים רק תגביר את השנאה והאיבה ביניהם.

בית הדין בטייבה נשען גם על פסיקה נוספת, אשר מסתפקת בשכנוע ואינה דורשת ראייה.³² זהו אחד החידושים החשובים בפרשנות סעיף 130 של חוק המשפחה העות'מאני, היות שקשה להביא ראיות בנוגע לסוגיה זו, במיוחד מאחר שבבתי הדין השרעיים הצדדים אינם יכולים להעיד ביחס לעצמם. בסופו של דבר החליט המותב שיש "ריב וסכסוך" וביקש למנות בוררים, ולכל צד הוענקה אפשרות לציין שם של בורר מטעמו.³³ האישה ביקשה למנות מטעמה בוררת-אישה.

מאוחר יותר פרסם בית הדין בטייבה החלטה³⁴ הקובעת שעל פי האסכולה המאלכית, החנבלית והשאפיעית הבורר צריך להיות ממין זכר. בית הדין ציטט מהדין הקלסי המוסלמי את המקורות של אל שרח אלכביר לדרדיר, שרח אל זקשי, אלמהרב, אלמגני, אענאת אלטליבין. בהמשך המאמר אדון בדין ובמקורות המוסלמיים הקלסיים.

בערעור טען הטוען השרעי שאמנם יש מחלוקת באשר למינוי אישה כשופטת, אך היות שהתנאים קבועים במג'לה,³⁵ אין מניעה שאישה תשמש בתפקיד קאדי. הוא גם ניסה להביא דוגמאות מהאסכולה השפיעית, שם יש חילוקי דעות בעניין הבוררים בשאלה אם נתונה להם סמכות החלטה, או שמא הם נציגים בלבד.

הטוען השרעי בבית הדין בטייבה ניסה לאתגר את בית הדין בשאלה רטורית: "האם לא רואה בית הדין הנכבד אם ישנה אישה הנושאת תעודת דוקטור במשפטים ותעודת דוקטור בדין השרעי והתעסקה בעריכת דין עשר שנים והייתה מוצלחת בעבודתה והגישה את מועמדותה לוועדה למינוי קאדים, האם הוועדה תדחה את בקשתה? [...]"³⁶.

במקרה שלפנינו קבע הקאדי בטייבה, ד"ר חמזה, במפורש שאישה אינה יכולה להיות בוררת, ונתן הזדמנות למשך תקופה של שלושה ימים למנות בורר במקום הבוררת שנבחרה. בית הדין השרעי לערעורים קבע כך בהחלטה קצרה מאוד:

- 31 ערעור 20/2007 (לא פורסם, מוזכר בתיק 317/2009, שם).
 32 ערעור 189/2001 (פורסם באתר בתי הדין השרעיים, 23.1.2002); ערעור 24/2005 (פורסם באתר בתי הדין השרעיים, 11.5.2005); ערעור 121/1998.
 33 פסק דין מיום 1.11.2010.
 34 פסק דין מיום 18.1.2011.
 35 ס' 1794 למג'לה.
 36 תיק (אזורי טייבה) 317/2009, לעיל ה"ש 30.

לאחר שבית הדין קמא פסק שקיים קרע בין בני הזוג וכי הדבר מחייב שיגור בוררים, המערערת בחרה לעצמה אישה שתשמש בוררת מטעמה. בית הדין קמא סרב לקבל את בחירת בית הדין ואף חייב המערערת לבחור בורר ממין זכר היות שעל פי בית הדין, המין הזכר הינו תנאי כדי להיות בורר אצל רב החכמים.

מכאן בא ערעור המערערת בנוגע לשאלה לעיל.

אנחנו חושבים שהתנאה שהבורר יהיה ממין זכר או לא – זו שאלה שהיא כידוע נתונה למחלוקת. היא צריכה להיחתך על פי מה שקבוע אצל החכמים המאלכים, היות שסעיף 130 לחוק המשפחה העות'מאני המחייב את בתי הדין השרעיים במדינה. סעיף זה מבוסס על האסכולה המאלכית. היות והמאלכים מתנים שהבורר יהיה ממין זכר ואין זה חוקי מבחינתם למנות אישה כבוררת (ראו למשל שרח מחתסר חליל למחמד בן עבדאללה אחרשי אל-מאלכי (דאר אל פקר, כרך 4, עמ' 9), לא נותר לנו אלא לפסוק בדחיית הערעור. אין פסיקה לעניין ההוצאות (מיום 5.4.2011).³⁷

בבית הדין השרעי אין בדרך כלל ערעורים על החלטות ביניים, והוא דוחה ערעורים כאלה כמעט באופן שיטתי,³⁸ אולם כאן בית הדין אף לא העלה סוגיה זו ודן בתיק לגופו של עניין. ההיצמדות לאסכולה החנפית אינה מובנת לאור העובדה שבתי הדין השרעיים מתגאים בסטייתם מאסכולות, וזאת כדי לחולל רפורמות ושימוש בשיטת התח"ור. בעבר אף ביקרתי שימוש בטכניקה זו על ידי בתי הדין ולא על ידי המחוקק.³⁹

אי-ודאות של בתי הדין השרעיים: ההישענות על אסכולות אחרות יכולה, מצד אחד, לחולל רפורמות וללא התנגדות ממשית, כי מדובר בהוראות המצויות בכתבי החכמים; מצד אחר ביכולתה להביא לדבר והיפוכו, והדבר עומד בניגוד גמור לכל שיטה משפטית, השואפת להחדיר ודאות רבה ככל האפשר לתוך תכניה אגב שמירה על גמישות מסוימת. לא מובן מדוע פעלו בתי הדין השרעיים, בנוגע לאי-דרישת ראיות בעניין הליך הריב והסכסוך בהתאם לסעיף 130 לחוק המשפחה העות'מאני, אפילו מחוץ לאסכולות ואף בניגוד לדברי הנביא, שקבע שהראיה על מי שטוען לדבר מסוים, ובמקרה שלפנינו בחרו להדגיש דווקא את האסכולה המאלכית. זאת ועוד, הוראה שנמצאת בסעיף 130, הקובעת שבמקרה של אי-הסכמה של שני בוררים ימנה בית הדין בורר שלישי, אינה נשענת על כל אסכולה שהיא.

37 ערעור 28/2011 (פורסם באתר בתי הדין השרעיים, 18.6.2012).

38 ראו למשל ערעור 2011/51 (פורסם באתר בתי הדין השרעיים, 2.3.2013).

39 Moussa Abou Ramadan, *The Transition from Tradition to Reform: The Shari'a Appeals Court Rulings on Child Custody (1992–2001)*, 26 FORDHAM INT'L L. J. 595, 624–627 (2002).

לאמיתו של דבר, מדובר בכרונות מכוונות. לא מובנת עמדתם של בתי הדין השרעיים – מדוע לא נשענו על אסכולות אחרות במקרה הזה? מדוע נשענו על אסכולות אחרות כדי להתערב בשיקול דעתם של הבוררים ובכך לחזק את סמכותם של הקאדים, בניגוד להוראותיה המפורשות של האסכולה המאלכית?

כך למשל, הם התערבו בהחלטותיהם של הבוררים, וזאת בניגוד גמור להלכה המאלכית, שממנה שאוב סעיף 130 לחוק המשפחה העות'מאני. בפרשנות על התחפה של אבן עאסם (מת 1426/829) מיארה אלפאסי "גירושיהם [של הבוררים – מ"א] ייאכפו ללא אישור הבעל וללא פסק דין של השופט".⁴⁰ אלקאדי אל בגדאדי אומר מפורשות שהבוררים יכולים להפריד בין בני הזוג ללא הסכמתם וללא הסכמת הקאדי ואף גם אם הוא מתנגד.⁴¹ אל-זרקאני אומר: הגירושין של הבוררים ייאכפו גם אם זה נוגד את תפיסתו של הקאדי וללא צורך בפסק דין.⁴² עמדתם של בתי הדין השרעיים בדבר התערבותם בהחלטת הבוררים אף זכתה לאישור בית המשפט העליון פעמיים בעניין חמזה ומואסי, כפי שיתואר להלן.

ז. עמדת בג"ץ

1. עניין עלי חמזה

בבג"ץ חמזה נתגלעה מחלוקת בין הצדדים בדבר החלטת הבוררים בשאלה אם הקאדי יכול להתערב לאחר שהבוררים סיימו את תפקידם, או שמא החלטתם היא סופית במובן הזה שהקאדי חייב לאמץ אותה.⁴³ השופט אור קבע:

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, וכוונת הכתוב בדבר הסופיות היא כי החלטתם היא סופית, במובן זה שהחלטתם היא ההחלטה האחרונה הניתנת במסגרת העניין על-ידי בוררים

40 שרח מיארה אל פאסי עלאטחפת אל אחכאם (1662/1072) כרך א 313 (דאר אל כתב אל-עלמיה, 2000).

41 אלקאדי אל בגדאדי (1031/422) אל-תלקין פי אל-פקה אלמלכי 131 (דאר אל כתב אל-עלמיה, 2004) (המספרים בסוגריים שלאחר שם המחבר מציינים את שנות חייו של המחבר לפי הספירה ההיג'רית-המוסלמית).

42 שרח אלזרקאני (1688/1099) כרך ד 108 (דאר אל-כתב אל-עלמיה, 2002).

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

קודם שבית-הדין השרעי יאמר את דברו. 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 הגירושין בהתאם לחוק (סעיף 131 לחוק). אין זה סביר לפרש את המשפט שבמחלוקת באופן שאף-על-פי שבית-הדין נדרש לפסוק, אין מסור לו שיקול-דעת אם לקבל את החלטת הבוררים אם לאו. רק אמירה מפורשת, שעל-פיה בית-הדין השרעי קשור בהחלטת הבוררים ונשללת ממנו הסמכות לפסוק בעניין, הייתה יכולה להביא לתוצאה קיצונית שכזו. על-כן הפרשנות הנכונה היא כי החלטת הבוררים הינה סופית, במישור הבוררות, אך אין בה לגרוע מסמכות בית-הדין השרעי האזורי לשקול את החלטת הבוררים לגופה ולהכריע אם לאמצה אם לאו.⁴⁴

אנו רואים אפוא פרשנות שנשענת על לשון הסעיף ומתחזקת בפרשנות של סעיף 131, ואין ניסיון לדלות מהמקורות ההלכתיים. הקודיפיקציה גורמת במקרה הזה לחילון ולניתוק של נוסח החוק מהמקורות ההלכתיים; חוק, גם אם מקורו הלכתי, דינו כדין חוק רגיל ויפורש בהתאם לכללי הפרשנות הרגילים. בג"ץ אמנם בחן כיצד בית הדין השרעי לערעורים פירש את הסעיף, אולם מדובר בהמצאת לגיטימציה בענייני הציבור המוסלמי ולא בצורך משפטי.

2. בג"ץ מואסי

בבג"ץ מואסי תואר מינוי שני בוררים ממשפחת הבעל על ידי הקאדי השרעי. בית הדין השרעי לערעורים סירב להעניק לאישה הארכת מועד להגשת ערעור.⁴⁵ בג"ץ קבע:

סעיף 130 קובע נוהל לפירוק נישואין של בני זוג שפרץ ביניהם "קרע וסכסוך". נוהל זה, שיסודו בקוראן, מהווה למעשה דרך נוספת לפירוק נישואין. כל אחד מבני הזוג רשאי לדרוש הקמת "מועצת משפחה", המורכבת – כאמור הן בסעיף 130 לחוק והן בקוראן – מנציג אחד ממשפחת הבעל ומנציג אחד ממשפחת האישה. אם שני הנציגים אינם מגיעים לעמק השווה, רשאי הקאדי

44 שם, בעמ' 598.

45 בג"ץ 11230/05 מואסי נ' בית הדין השרעי לערעורים בירושלים (פורסם בנבו, 7.3.2007).

להוסיף להם בורר שלישי, או אף להקים "מועצת משפחה" חדשה. אם אלה אינם מצליחים לפשר בין בני הזוג או להשכיך שלום ביניהם, הם מוסמכים לפרק את הנישואין בדרכים האמורות בסעיף [...].⁴⁶

בג"ץ נשען פעמיים על הקוראן, אבל לא ייחס לזה חשיבות פרשנית. הוא נשען בעיקר על חוק המשפחה העות'מאני, שלפיו על הבוררים להיות ממשפחת בני הזוג. כאמור, במקרה זה מינה בית הדין השרעי שני בוררים ממשפחת הבעל. על כך כתב בג"ץ:

העותרת טוענת, כאמור, כי מינוי הבוררים נעשה ללא ידיעתה ומבלי שידעה על מיהותם. כן היא קובלת על כך ששני הבוררים מונו מצדו של הבעל, על אף שאחד מהם צריך היה להתמנות מצדה שלה. נראה כי לקובלתה זו יש בסיס ועוגן בהוראת החוק. כמבואר לעיל, העדיפות הראשונה מבחינת מיהות הבוררים, היא שהם יהיו מבני משפחותיהם של בני הזוג – אחד ממשפחתו של הבעל והשני ממשפחתה של האישה. בענייננו, טענת העותרת כי שני הבוררים הם ממשפחתו של הבעל לא נסתרה, ואף שם המשפחה של השניים זהה לזה של הבעל. אמנם, הוראת סעיף 130 לחוק מאפשרת לבית-הדין למנות בוררים שלא מבני המשפחות, אך זאת רק אם לא נמצאו בוררים מתאימים מתוך המשפחות. אפילו אניח כי לא נמצא לו לבית-הדין האזורי בורר מתאים מצד משפחתה של העותרת בשל הימנעותה מלהציע בורר מהצד שלה, אפילו כך – נראה לכאורה כי היה על בית-הדין האזורי למנות בוררים שלא מבני המשפחות, כעולה מהוראת סעיף 130 לחוק, ולא למנות שני בוררים מצד משפחתו של הבעל בלבד. ניכר, אם כן, כי בית-הדין האזורי אכן לא שיתף כראוי את העותרת בהליך מינוי הבוררים, כטענתה. לדידי, די בפגמים שנפלו בהליך מינוי הבוררים, ובעיקר בפגם הנעוץ בהשתייכותם של שני הבוררים למשפחתו של הבעל בלבד, כדי לעורר ספק של ממש בדבר תקפותו של הליך המינוי, וכפועל יוצא, לעורר ספק גם בתקפות פסק-דינם של הבוררים ופסק-דינו של בית-הדין האזורי שניתן בעקבותיו.⁴⁷

בשני מקרים אלה אנחנו רואים פרשנות של המשפט המוסלמי, המיושמת בבתי הדין השרעיים על ידי בג"ץ. הנקודות החשובות לענייננו הן שהבורר כפוף לסמכות הקאדי ושהחלטת הבוררים אינה סופית כי הקאדי יכול לפקח עליה ולא לקבלה.

46 שם, פס' 9 לפסק הדין.

47 שם, פס' 12 לפסק הדין.

ח. הדין הקלסי

כאשר נאמר שיש להחיל את הדין המוסלמי, ואף אם מגבילים זאת ביישום אסכולה מסוימת, עדיין לא ברור מהו הדין באסכולות השונות, שכן בתוך כל אסכולה יש דעות שונות. אי-הבהירות מתעמקת ומתחדדת עוד יותר בשל הצהרתה של מערכת השיפוט השרעית העליונה בישראל על כך שאינה מחויבת לאסכולה מסוימת. להלן אציג את עמדת האסכולות הסוניות השונות בעניין אפשרות האישה להתמנות כבוררת בין בני זוג בהליך של "ריב וסכסוך".

1. הדין המאלכי

מייסד האסכולה המאלכית⁴⁸ דן בשאלה מדוע לא ניתן למנות אישה כבוררת. חכמי ההלכה המאלכית המאוחרים קבעו בשיטתיות שאחד התנאים להתמנותו של אדם כבורר הוא היותו גבר. לא ניתן לראות ולו עמדה אחת שמאזכרת דעה נוגדת באסכולה הזו בחיבורים החשובים.⁴⁹

2. הדין החנפי

הדין החנפי הוא המצמצם ביותר מבין האסכולות השונות בדבר עילות הגירושין העומדות בפני האישה.⁵⁰ בהתאם לדין החנפי, האישה יכולה לפרק את הנישואין באמצעות הקאדי אך בשלושה מקרים: (1) כאשר הבעל חסר כוח גברא, הקאדי מעניק לו שנת הזדמנות, ואם מצבו אינו משתפר, הוא מפרק את הנישואין; (2) כאשר הבעל ממיר את דתו לדת אחרת; (3) אישה שהושאה בעודה קטינה על ידי אפוטרופוס שאינו אביה או סבה, יכולה לבקש לפרק את הנישואין בהגיעה לבגרות אם תרצה בכך.

שלא כמו האסכולה המאלכית, הספרות החנפית לא הרחיבה את הדיבור על בורות בין בני הזוג. כאשר אל כאסאני מדבר, למשל, על בורות באופן כללי, הוא מזכיר את הפסוק מהקוראן

48 מייסדה של האסכולה המאלכית הוא האימאם מאלכ בן אנס.

49 אל-באג'י (1101/494) אל-מנתקא שרח מואתא מאלכ כרך ה 405 (דאר אל כתב אל-עלמיה, 1999): "על הבוררים להיות מוסלמים, בגירים, בני-חורין וממין זכר. אם יחסר אחד הקריטריונים, הם לא יוכלו לשמש בוררים, לא על ידי הסכמת בני הזוג ואף לא בשליחות הסולטאן"; אבן אל-חאג'ב (1248/646) גמאע אל-אמהאא 287 (אל-ימאמה, 2000); אל-חטאב (1547/954) מואהב אל-ג'ליל לשרח מחתסר חליל כרך ה 263 (דאר אל-כתב אל-עלמיה, 1995). חליל אף אמר כי תתבטל החלטת הבוררת, שם; אל-סאווי (1825/1241) מוסיף שהבורר כמוהו כשופט, ואין תוקף לפסיקת שופטת כי נשים אין להן שכל ודת. ראו אל-סאווי בלגת אל-סאלק לי אקרב אל-מסאלק כרך ב 332 (דאר אל-כתב אל-עלמיה, 1995); אל-דרדיר (1787/1201) אומר שאין תוקף לבוררות של אישה. אל-זרקאני מדבר מפורשות על כך שהבורר צריך להיות ממין זכר. ראו שרח אלזרקאני, לעיל ה"ש 42, שם.

50 מייסדה של האסכולה החנפית הוא האימאם אבו חניפה אלנועמאן.

שמדבר על בורר מכל צד. החכמים החנפים מזכירים את הבוררות כאשר הם מדברים על השפיטה ועל התנאים הנדרשים לשימוש כבוררים בדומה לשופטים. לדידם, אישה יכולה להיות שופטת בכל נושא שבו היא יכולה לשמש עדה, והיות שמעמד הבוררות נמוך משפיטה, אזי מקל וחומר ביכולתה להיות בוררת. מכאן, היות שאישה אינה יכולה להיות עדה בעניין פלילי, אין היא יכולה לשמש כשופטת בעניין כזה. בכל מקרה, הבוררות על פי הדין החנפי לא תתפוס בנושא פלילי בשל היבט קיומן של זכויות אלוקיות ולא רק זכויות של בני האדם.⁵¹ אבו בכר אל גסאס מציין שאחד החכמים, אסמאעיל בן אבי אסחאק, אמר שאבו חניפה וחבריו לא ידעו על הבוררים. אל גסאס טוען שמדובר בשקר וכי על האדם לשמור על לשונו במיוחד כאשר מדובר בחכמי הלכה. כיצד לא ידעו החנפים על הבוררים, ואלה הרי מוזכרים בקוראן? אל גסאס מסביר שלדידם של החנפים, הבוררים אינם אלא מיופי הכוח של הצדדים.⁵² אבו אל סועד מציין שיש ויכוח בנוגע לסמכותם של הבוררים, אך אינו קובע מה עמדתם של החנפים או אף מהי עמדתו שלו.⁵³

סעיף 210 לכללים השרעיים של קדרי פאשה⁵⁴ קובע שאם התגלע סכסוך חריף בין בני הזוג ואחד הצדדים פנה לקאדי, הקאדי יכול למנות שני בוררי עדליין (אנשי צדק), ומוטב שאחד מהם יהיה ממשפחת הבעל והאחר ממשפחת האישה, כדי שישמעו את תלונות הצדדים וינסו להשלים ביניהם. הסעיף קובע מפורשות כי אם לא יצליחו הבוררים להשלים בין בני הזוג, הם לא יוכלו להפריד ביניהם בח'לע, כלומר על ידי גירושין בהסכמת שני הצדדים, אלא אם כן יינתן להם ייפוי כוח. האסכולה החנפית חד-משמעית בנקודה הזו.⁵⁵

3. הדין השאפיעי

מייסד האסכולה השאפיעית⁵⁶ סובר שהבוררים, המתמנים על ידי בני הזוג, זקוקים לייפוי כוח מהם אם ירצו בסיום הנישואין,⁵⁷ שכן הם מיופי כוח של הצדדים. אל-שאפיעי אינו מזכיר את

- 51 אל-כסאני (1191/587) בדאיע אל-סנאיע כרך 3 ז (דאר אל-כתב אל-עלמיה, 1986); אל מווסילי (1284/683) אל-אחתיאר לתעליל אל-מחתאר כרך ב 83, 93-94 (אל-חלבי, 1937); אל-זילעי (1342/743) תביין אל-חקאיק כרך ד 193 (בולאק, 1895).
- 52 אל-גסאס (981/370) אחכאם אל-קוראן כרך ב 270 (דאר אל-פקר, 1993).
- 53 אבו אל-סועד (1574/982) תפסיר אבי אל-סועוד כרך ב 174-175 (דאר אחיא אל תוראת אל-ערבי).
- 54 זוהי קודיפיקציה פרטית שחברה על ידי קדרי פאשה במצרים במחצית המאה השנייה של המאה התשע עשרה (מת בשנת 1886). הקובץ מפרט ב-647 סעיפים את דיני משפחה על פי האסכולה החנפית. הקוד הזה הוא מקור השלמה של החקיקה האזרחית בענייני דיני משפחה. בעבר נעשה בו שימוש בתקופה המנדטורית, וכיום הוא בשימוש במצרים, ירדן, חבל עזה והגדה המערבית, סוריה, לבנון, ישראל.
- 55 לפרשנות סעיף זה ראו מחמד זיד אל-אביאני שרח אל-אחכאם אל-שרעיה פי אל אחוואל אל-שחסיה כרך א 469 (דאר אל-סלאם, 2006).
- 56 האימאם מוחמד בן אדריס אל-שאפיעי.
- 57 אל-שאפיעי (820/204) אל-אם כרך ו 298-299 (דאר-אללופא ללטבעה, 2001).

תנאי כשירותם של הבוררים. אלמזני מסכם דעה זו.⁵⁸ הוא אינו מזכיר את תנאי הבוררים למעט העובדה שעליהם להיות ממשפחתם של בני הזוג.

בתקופה מאוחרת יותר החלו לצוץ שתי עמדות: אל-שיראזי קובע שהבוררים צריכים להיות גברים, כי על פי דעה אחת הם כמו שופטים ועל פי דעה אחרת הם מיופי כוח. אלא בשני המקרים המשימה של הבוררים מחייבת לחשיבה ולהבעת דעה, בין שישלימו בין בני הזוג ובין שיפרידו ביניהם, וזאת לא ניתן להגשים ללא בוררים ממין זכר.⁵⁹ אלגזאלי מפרט את תנאי מינוים של הבוררים וקובע שאינם חייבים להיות ממשפחתם של בני הזוג ואינם צריכים להגיע לרמה של אג'תיהאד, אך הוא אינו מזכיר אם עליהם להיות גברים אם לאו.⁶⁰

אל-נוואוי מבחין בין שתי הדעות בנוגע למעמדם של הבוררים – אם ביכולתם לפרק את הנישואין עם ייפוי כוח או בלעדיהם.⁶¹ הוא מעדיף את הדעה שלפיה אין הבוררים יכולים לפרק את הנישואין בלי ייפוי כוח. מכאן גם נובע ההבדל בדרישה לכך שיהיו ממין זכר או לא, שכן אם הבוררים יכולים לפרק את הנישואין ללא ייפוי כוח, עליהם להיות ממין זכר, ולא – אין חובה כזאת. זה שינוי לעומת עמדתו של אל-שיראזי, שהבחין בין שני סוגי התפקידים אולם לא הסיק הבדל מבחינת המין.⁶²

אבן אל-מלקן מזכיר את שתי הגישות לעניין האפשרות של פירוק הנישואין בהסכמת בני הזוג או בהיעדרה. לאחר מכן הוא מונה את הקריטריונים לזהותם של בוררים ללא אזכור המגדר הגברי ומבלי לקבוע איזו מבין שתי הדעות עדיפה.⁶³

אל-מחלי חוזר להבחנה בין שני סוגי תפקידים, ולדבריו רק במקרה שהבוררים יכולים לפרק הנישואין ללא הסכמת הצדדים, עליהם להיות ממין זכר.⁶⁴

אל-רמלי עושה גם הוא הבחנה, אולם עמדתו באשר לדרישת מין זכר אינה ברורה. מצד אחד הוא גורס שתנאי זה אינו נדרש כאשר מדובר במיופה כוח, ומצד אחר הוא אומר כי הדרישה לבורר ממין זכר תלויה בשופט.⁶⁵

אל-גמראווי כותב כי במקרה שהבוררים אינם יכולים לפרק את הנישואין ללא ייפוי כוח, הם אינם צריכים להיות ממין זכר, ואם אינם צריכים את הסכמת בני הזוג כדי לפרק את הנישואין, עליהם להיות ממין זכר.⁶⁶

58 אל-מזני (879/264) מחתסר אל-מזני 248–249 (דאר אל כתב אל-עלמיה, 1998).

59 אל-שיראזי (1093/486) אל-מהדב כרך ב 488 (דאר אל כתב אל-עלמיה, 1995).

60 אל-גזאלי (1111/505) אל-ואסיט פי אל-מדבה כרך ה 305–308 (דאר אל-סלאם, 1997).

61 אל-נוואוי (1277/676) ראדת אל-טאליבין כרך ה 678–679 (דאר אל כתב אל-עלמיה, 2000).

62 לעיל ה"ש 59 והטקסט הצמוד לה.

63 אבן אל-מלקן (1401/804) עגאלת אל-מתאג אלא תווגיה אל-מנהג כרך ג 1329–1330 (דאר אל כתב אל-עלמיה, 2001).

64 אל-מחלי (מת 1460/864) קנו אל-ראגבין כרך ג 464 (דאר אל כתב אל-עלמיה, 2003).

65 אל-רמלי (מת 1595/1004) נהיאת אל-מתאג כרך ו 370 (דאר אחיא אל-תוראת אל-ערבי, 2005).

4. הדין החנבלי

לאסכולה החנבלית אין עמדה ברורה בעניין זה.⁶⁷ לגרסתה של קבוצה אחת אין זכר למין הבוררים.⁶⁸ קבוצה אחרת גורסת שהבוררים צריכים להיות ממין זכר.⁶⁹ קבוצה שלישית מאפשרת לבוררים להיות ממין נקבה.⁷⁰ אי-הבהירות באסכולה החנפית נובעת בחלקה מחוסר ידיעה ביחס לעמדתו של מייסד האסכולה החנבלית בנוגע למעמדם של הבוררים. היטיב לסכם זאת אבן קודמה:

יש שתי דעות שונות הבאות מאחמד ז"ל בנוגע לשני הבוררים. לפי אחת הדעות, שני הבוררים הם מיופי כוח של בני הזוג, ואין להם זכות להפריד בין בני הזוג אלא באישורם – וזו עמדתו של עטא. דעה אחרת – של שפיעי וכן סופר שזו דעתו של חסן ואבו חניפה – היות שאיבר המין של האישה זכותו והרכוש (אל מאל) זכותה והם בגירים (רישידאן) ואין זכות לאחרים לפעול בשני דברים אלה אלא בייפוי כוח מהם או שתהיה עליהם אפוטרופסות. על פי הדעה השנייה, הבוררים הם שופטים והם יכולים לעשות מה שהם רואים לנכון בין אם הפרדה בפיצוי או ללא פיצוי, ואין להם צורך בייפוי כוח משני בני הזוג ולא בהסכמת בני הזוג. בדעה זו אוחזים: עלי, אבן עבאס, אבי סלמה בן עבד אל-רחמן, אלשעבי, אל-נחעי, סעיד בן גביר, מאלכ, אל-אוועי, אסחאק, אבן מנזר וזאת כי אלוהים אמר "לשלוח בורר ממשפחתו ובורר ממשפחתה" וקרא להם בוררים ולא לקח בחשבון הסכמתם, ולאחר מכן אמר: "אם ירצו להשלים" וזה מופנה לבוררים.⁷¹

מסקירה קצרה זו עולה כי הדין המוסלמי הקלסי דוגל בעמדות שונות, והשאלה באיזו דעה יפסוק בית הדין השרעי אינה ברורה מראש.

- 66 אל-גמראוי אל סראג אל-והאג 401 (מכתבת מסטפה חלבי, 1933). אל-גמראוי סיים את כתיבת ספרו ב-23 רביע אל-תאני 1337, כלומר ב-25.1.1919.
- 67 מייסד אסכולה זו הוא האימאם אחמד בן חנבל.
- 68 אל-כלוודאני (116/510) שרח אל-כלוודאני (גראס, 2004).
- 69 שמש אלדין אל שרח אל-כביר עלא מתן אל-מקנע כרך ח 171 (דאר אל-כתב אל-ערבי, אין שנת פרסום); אבן מפלח (1362/763) אל פרוע כרך י 265 (מואסטת אל-רסאלה, 2003); חגאווי (1553/960) אל-אקנאע כרך ג 251 (דאר אל-מעריפה, אין שנת פרסום); אל-בהוטי שרח מנתהא אל-רדאאת כרך ג 56 (עאלם אל-כתב, 1996).
- 70 אל-זרקשי (1370/772) שרח אל-זרקשי כרך ה 354 (דאר אל עקיבאן, 1993).
- 71 בן קדמא (1223/620) אל-מגני כרך ח 167 (דאר אל-פקר, 1985).

ט. החברה האזרחית

בנוגע לפרשת מינויה של אישה כבוררת אפשר למנות שלושה שיחים שונים: (1) פמיניזם אסלאמי; (2) פמיניזם חילוני, הנשען בעיקר על עקרון השוויון ובא לידי ביטוי בשוויון האזרחי; (3) שיח שלישי בא משני גופים במכללה למנהל בראשון לציון הקתדרה לזכויות האדם ומרכז "קונקורד" – מרכז מחקר הפועל לקליטת המשפט הבין-לאומי במשפט הישראלי. ההיברידיות המשפטית נעשית בהחדרת טיעונים שונים לתוך מרחב שיפוטי אחד, שהוא בית המשפט העליון.

1. ניסיונה של עמותת "ניסאא ואאפאק"

בקרב האוכלוסייה הערבית בישראל קיים מגוון רחב של תנועות פמיניסטיות. כדי לערוך דה לגיטימציה לתנועות אלה, יש המייחסים להן השפעה של ארצות המערב,⁷² של הפמיניזם ואף השתייכות למפלגה הקומוניסטית.⁷³ שימוש זה בהקשר המוסלמי הישראלי נועד להוציאן ממעגל הלגיטימיות האסלאמית, כפי שזו הוגדרה, לדעתי, מחדש באופן משתמע.⁷⁴ אסלאמי יהיה כל מי ששתי התנועות האסלאמיות (הדרומית והצפונית) תופסות כאסלאמי, וכל מי שבתי הדין השרעיים רואים אותו ככזה. פרט לנמנים עם שתי תנועות אלה ובתי הדין השרעיים, לאחרים אין סמכות כזאת ואין כל לגיטימיות. המהלך הזה עומד בניגוד גמור למסורת המוסלמית, הפועלת ללא היררכיה דתית. אין פירוש הדבר כמובן שלאורך ההיסטוריה לא הודרו אנשים שהשתייכו לדת האסלאמית והוצאו ממנה בגין סיבות פוליטיות, וגם אם יש מופתים, הרי דעתם אינה מחייבת. מדובר בהדרת גופים והוצאתם אל מחוץ לתחום הלגיטימיות, המשורטט מחדש. בכל מקרה, מבחינה עובדתית אין זה תיאור נכון. כך למשל, הארגון "כיאן" מבוסס על תפיסה אזרחית של שוויון; הארגון "תקם אלמראה" – אשר מרכזו ברמאללה ויש לו סניף בירושלים – פועל בתפיסה אזרחית של זכויות אדם. בין הפעילות בארגון זה ניתן לציין את עו"ד סנא דוויק. תיאור זה אינו מביא בחשבון את תופעת הפמיניזם האסלאמי בעולם בשנות התשעים של המאה העשרים ובישראל בשנות האלפיים.

עמותת "ניסאא ואאפאק" (נשים ואופקים), מיסודה של סאידה מוחסן ביאדסי, תופסת את האסלאם כמקור לפמיניזם. מטרת העמותה היא לחזק את מעמד האישה בחברה המוסלמית המסורתית באמצעות פרשנויות מתקדמות לטקסטים דתיים אסלאמיים הקשורים למעמד

Margot Badran, *Islamic Feminism Revisited*, COUNTERCURRENTS.ORG (February 10, 2006) 72
<https://www.countercurrents.org/gen-badran100206.htm>

איאד זחאלקה "מעמד בתי הדין השרעיים בקרב הציבור הערבי" מיעוטים מוסלמיים במדינות רוב לא-מוסלמי: התנועה האסלאמית בישראל כמקרה מבחן 85, 96–97 (אלי רכס ואריק רודניצקי עורכים, 2011).

74 ש.ם.

האישה וזכויותיה. בניגוד לדיכוטומיה הרווחת בין פמיניזם לבין אסלאם, כאן משלבים את שתי הזוויות.

עמותת "ניסאא ואאפאק" עובדת זה שנתיים על קידום חוק לעדה המוסלמית בישראל. במסגרת החוק ייעשה ניסיון לבטל אפליות הנמצאות בחקיקה השרעית בנושאים כגון אפוטרופסות, גירושין חד-צדדיים ובוררות, והחוק המוצע יכול הוראה מפורשת בדבר מגדר הבוררים.

השיח של ניסאא ואאפאק בא לידי ביטוי במאמר מערכת באתר העמותה בדבר האפשרות שאישה תשמש כבוררת בתיק של ריב וסכסוך.⁷⁵ המאמר עוסק בקושי בהגנה על זכויות הנשים, תוקף את חוק המשפחה העות'מאני וקובע שחוק זה בוטל בכל המדינות שבהן היה בתוקף, אולם בישראל הוא עדיין חל על המיעוט המוסלמי. המדינות אשר ביטלו אותו התאימו חקיקה חדשה לצורכיהן. החוק מצויר כ"סיוט", ומתוארת אפליית הנשים בכל תחומי החיים: חברתיים, כלכליים, תרבותיים, פוליטיים, משפטיים ושיפוטיים. בתי הדין השרעיים בוחרים את האסכולות אשר מתאימות לחברה הגברית. לאחר ביקורת של הפמיניזם הקלסי, שלפיה הנשים מופלות בכל תחומי החיים בעוד המשפט הוא גברי, פונים כותבי המאמר לשימוש בכלים מתוך המסורת האסלאמית כדי לחזק את הטענה שהמשפט המוסלמי מאפשר מינוי אישה כבוררת. מהמאמר עולה קריאה לצורך באג'האד,⁷⁶ אולם בד בבד עימה מובאים דברי טברי, שלפיהם האישה יכולה להיות מופתית וקאדית, וגם דבריו של אבן חזם, הגורס שהיא יכולה להיות בתפקיד שיפוטי. לאחר מכן יש סקירה של מקרים שבהם נשים כיהנו בתפקידים ציבוריים, כמו מחתסיבה אל שפא בת עבדאללה במערכת החסבה⁷⁷ בימיו של עומר בן אל-ח'טאב.⁷⁸ בהמשך המאמר מציינים שברשות הפלסטינית מכהנות שתי קאדיות בבתי הדין השרעיים, דבר שלא נעשה במדינה דמוקרטית, דהיינו במדינת ישראל. בעניין הבוררות עולה במאמר הטענה כי הדבר אינו קשור לזהות הבורר כגבר או אישה אלא לניסיון, להתאמה ולשמיעת הצדדים. חלק נוסף של המאמר מאפיין את השיח של האסלאם הפמיניסטי, ובו מצביעים על הכבוד שאלוהים העניק לנשים. היום נשים הן מורות, רופאות, עורכות דין, רואות חשבון, פסיכולוגיות ועובדות סוציאליות, ולכן ביכולתן לעסוק בדיני משפחה כשופטות או בוררות. לבסוף נזכרות במאמר גישתו של אזהר טנטאווי (משנת 2003) וגישתו של קרדאווי, שאפשרו לאישה להיות שופטת. במאמר נעשה ניסיון לדלות מהספרות ההלכתית הקלסית את הדעות התואמות את העמדה השוויונית, זאת בהתבסס על פוסקי הלכה עכשוויים. מקור אחר למאמר הוא פרקטיקה של

75 "האם מותר לאישה להיות שופטת?", 10.9.2013, nisa-waafaq.org/archives/253.

76 בחינה מילולית אג'תיהאד פירושו "מאמץ", אבל בהלכה המוסלמית המשמעות היא לגזור כללים ממקורות ההלכה המוסלמית.

77 ה"מחתסב" הוא פקח ב"חסבה", מוסד פיקוח האחראי לסדר הציבורי ולקיום מצוות הדת המוסלמית.

78 מייסד האימפריה המוסלמית, החליפה השני.

הח'ליפה השני עומר בן אל-ח'טאב וכן פרקטיקה הנהוגה ברשות הפלסטינית, ובבסיסו מצויות לא רק על עמדות של חכמים אלא גם תיאור הדרך שבה נהגו מוסלמים בעבר ואופן התנהגותם כיום.

2. תגובת כיאן

כיאן הוא ארגון פמיניסטי שהוקם בשנת 1998 כדי לשפר את מעמדן של הנשים הערביות בתוך החברה הערבית ובתוך מדינת ישראל. בארגון קיימת מחלקה משפטית הפועלת מאז 2005 ומעניקה ייצוג משפטי, בעיקר בדיני משפחה בבתי המשפט לענייני משפחה ובתי דין דתיים, נוסף על ניסיון לשינוי חקיקה. כיאן טוען שהסירוב למנות אישה כבוררת מפר את עקרון השוויון, המוגדר "עקרון יסוד בשיטת המשפט הישראלית". עיקרון זה בא לידי ביטוי בפסקי דין רבים וכן בחקיקה ואף בהכרזות העצמאות. הטענות הוא שבתי הדין הדתיים מחויבים בעקרון השוויון, המעוגן בחקיקה, וסטייה ממנו צריכה להביא לביטול של פסיקה נוגדת על ידי בג"ץ.

לטענת כיאן, העמדה שלפיה "אישה לא תוכל להיות במעמד של בוררת בתיק גירושין, אך ורק בשל מינה, מהווה אפליה מובנית ויסודית נגד נשים ומדירה רגליהן של נשים מלהיות חלק בהליכי קבלת החלטות ו/או בתפקידים ציבוריים כלשהם וכי אל לבג"צ לתת יד לאפליה והדרת נשים כאמור".⁷⁹

כיאן תוהה מדוע בכל הנוגע לפרשנות סעיף 130 לחוק המשפחה העות'מאני יש פנייה לאסכולה החנפית, בעוד בהקשר של מינוי אישה כבוררת פונים לאסכולה המאלכית, האוסרת על כך. האסטרטגיה של כיאן היא להמעיט בתפקידו של הבורר בפרקטיקה ובפרשנות של בתי הדין השרעיים ואף בפסיקת בג"ץ, היות שהחלטתם של הבוררים כפופה לאישורו של הקאדי. עוד טוען כיאן כי עצם העובדה שמדובר בבורר שהוא בן משפחתם של המתדיינים פירושה שאין מדובר בתפקיד שיפוטי, כי חסר אלמנט האובייקטיביות והעצמאות. כיאן מנסה להדגיש את חילוניותו של חוק המשפחה העות'מאני, היות שהיועץ המשפטי טען שמדובר בתפקיד דתי שכן הוא מוזכר בחוק המשפחה העות'מאני. בגישת כיאן יש הדגשה של הצד האזרחי של החוק.

לאמיתו של דבר, נעשה כאן ניסיון לצמצם את ההיבט הדתי כדי לכופף את החוק לשיח של שוויון אזרחי. כיאן מוסיף וטוען שאין בכך פגיעה בדיני האיסור וההיתר של הנישואין והגירושין, כי בסופו של דבר הקאדי הוא שהחליט. טענה נוספת היא שאי-מינויה של אישה כבוררת פוגע בכבודה ויוצר תדמית שלפיה האישה נחותה מגבר. כמו כן, אי-מינוי של אישה לתפקיד בוררת אינו נותן ייצוג הולם בעבודה בשירות הציבורי. טענות אלו מנוגדות לטענות שניסה

79 מתוך נייר העמדה שהגיש ארגון כיאן לבית המשפט בבג"ץ 3856/11 פלונית נ' בית הדין השרעי העליון לערעורים, להלן ה"ש 88.

לגמד את תפקיד הבורר ולתארו כמשפחתי ואינטימי. התיאור של תפקיד הבורר מתעצם או מתגמד לפי הטיעון שאותו רוצים לקדם. כיאן טוען גם לאפליה מתקנת. לבסוף נעשה שימוש גם באמנה לביעורן של כל צורות האפליה נגד נשים.⁸⁰ טענה אחרת שהועלתה היא שאי-מינוי אישה כבוררת חוסם את השמעת קולן של הנשים, ולמעשה עליהן להישמע אך על ידי גברים מטעמים.

3. מרכז קונקורד

מרכז קונקורד הוא מכון מחקר אקדמי הפועל לקליטת נורמות מן המשפט הבין-לאומי לתוך הדין הישראלי. יושבת ראש המרכז, שהיא פרופסור למשפטים וגם אחת החתומות על חוות הדעת (המצויה בתיק בית המשפט), כיהנה בתפקידים שונים ועסקה בעניין זכויות נשים במסגרת האמנה בדבר ביעור כל צורות האפליה נגד נשים. חוות הדעת שמה דגש במשפט הבין-לאומי, ולפיה פסילה של נשים מלכהן בתפקיד בוררת מרחיבה את האפליה המגדרית כלפיהן.

כמו כן, לפי חוות דעת זו יש חזקה פרשנית שהמשפט הישראלי תואם את המשפט הבין-לאומי. פסיקת בית הדין השרעי בעניין זה מדירה את הנשים מהמרחב הציבורי ומפלה אותן לעומת הגברים. ההסתייגות הישראלית לאמנה אינה כוללת את סעיף 130 לחוק המשפחה העות'מאני. נוסף על כך, כיצד רשות פועלת צריכה להיות כפופה לחזקת ההתאמה הפרשנית בין המשפט הבין-לאומי למשפט הישראלי? פרשנות בית הדין השרעי פוגעת בזכות להליך הוגן והנגזרת ממנו – שוויון בנשק בין הצדדים, כי האישה אינה חופשייה לבחור כרצונה. בחוות הדעת מאזכרים סעיפי אמנות שונים וכן החלטות והערות של ועדת זכויות האדם. הזכות לייצוג תיפגע אם אחד הצדדים יחשוב שבוררת שתציג אותו טובה יותר מבורר. נוסף על כך, אי-מתן האפשרות לאישה להיות בוררת מאותת לנשים שמעמדם נחות. יש חובה לבער את צורות האפליה גם כאשר מקורן בדת.

ההכרעה השיפוטית של בית הדין השרעי לערעורים אינה מתקיימת בואקום משפטי. היא חלק מענף דינים אחד המתקיים כחלק מהמערכת המשפטית הישראלית בה המשפט הבינלאומי מהווה ענף עצמאי. השאיפה להרמוניזציה בין ענפים באופן שתקרב את החקיקה הישראלית לסטנדרטים של דיני זכויות האדם במשפט הבינלאומי אלו עומדת בבסיס הלכותיו של בית משפט זה בכל הקשור לחזקת ההתאמה הפרשנית הנזכרת [...].⁸¹

80 האמנה בדבר ביטול אפליה נגד נשים לצורותיה, כ"א 31, 179 (נפתחה לחתימה ב-1979) (נכנסה לתוקף בנוגע לישראל ב-1991).

81 מתוך כתב הבקשה של מרכז קונקורד להצטרף כידידי בית המשפט בבג"ץ 3856/11, להלן ה"ש 88.

אם כן, אנו רואים היברידיות משפטית: מצד אחד הדין השרעי, שגם הוא מחולק לכמה קטגוריות (דין קלסי עם אסכולות שונות וחוק המשפחה העות'מאני משנת 1917), ומצד אחר הדין הישראלי, אשר ממנו שאבה חוות הדעת חזקה שלפיה יש לפרש את המשפט הישראלי על פי המשפט הבין-לאומי. זוהי חזית נוספת שבתי הדין השרעיים צריכים להתמודד עימה. למותר לציין שחוות הדעת ממעיטה בהפרות של המשפט הבין-לאומי מצד מדינת ישראל, ובמיוחד בהפרות של המשפט הבין-לאומי ההומניטרי, וזאת על מנת להרחיב את הפער בין הפרקטיקה של בתי הדין השרעיים ובין המשפט הבין-לאומי הפומבי.

לאחר הצגתם של כל הטיעונים פרסם בג"ץ, ביום 7.5.2012, החלטה שלפיה ראוי שבית הדין השרעי לערעורים ייתן החלטה מנומקת ומפורטת וייתחם בהחלטתו לחוק שיווי זכויות האישה. ההחלטה, שניתנה על ידי שתי שופטות ושופט, קובעת שאין אישה יכולה להיות בוררת; עם זאת, אישה כשופטת בבית המשפט העליון יכולה לבטל את החלטתו של בית הדין השרעי לערעורים. זו החלטה מוזרה, שכן בג"ץ היה צריך לקבל את העתירה ולבטל את החלטות בתי הדין השרעיים או לדחות את העתירה. ניתן לומר שבג"ץ חש אי-נוחות בקשר להחלטה, וזאת בלשון המעטה. נראה שאילו שינה בית הדין השרעי את החלטתו היה הדבר מקל על בית המשפט העליון. ואולם, בית הדין השרעי לערעורים חזר על החלטתו, הפעם בהחלטה מנומקת ומפורטת יותר בת 11 עמודים.

י. החלטתו השנייה של בית הדין השרעי לערעורים

לאחר פסיקת בג"ץ פרסם בית הדין השרעי החלטה נוספת, מיום 18.6.2012, ובה קבע שהוא מחויב לפעול על פי סעיף 1801 למג'לה, שלפיו כאשר סולטאן המוסלמים מחייב בחירה בדעה מסוימת, על השופט ליישם אותה, ואם לא יעשה כן, פסק דינו יהיה בטל. בית הדין התייחס לחוק המשפחה כאל הוראה של הסולטאן העות'מאני, אף על פי שכניסתו לתוקף בתוך המשפט הישראלי נעשתה על ידי הנציב העליון המנדטורי הבריטי, שלא היה מוסלמי.⁸² בשנת 1919 עבר החוק אסלאמיזציה מחוזקת או מתוקנת, ובית הדין שואל את עצמו על איזו אסכולה נשען המחוקק בסעיף 130. בהחלטתו מביא בית הדין ציטוט מדבריו של והבה אל זוחילי, שמציג את עמדותיהן של האסכולות השונות, וכן ציטוט מדברי ההסבר של החוק, שבו נאמר שנושא ה"ריב וסכסוך" נשען על האסכולה המאלכית. בית הדין מגיע למסקנה שהבוררים הם קאדים. בנקודה זו מרחיב בית הדין השרעי לערעורים את הדיבור על אודות תפקידו של הבורר. בפסקה 12 קובע בית הדין כי "הסמכות לפרק הנישואין היא בידי הבוררים ואילו הקאדי רק מאשר זאת.

82 ס' 46 לדברי המלך במועצה על ארץ ישראל, 1922–1947 מחיל את המג'לה על הדין בארץ ישראל. בשנת 1984 חוק חוק לביטול המג'לה, התשמ"ד–1984, ס"ח 156, אך ס' 2 לחוק קובע כי "חוק זה לא יתפרש כאילו בא לגרוע מתקפו של דין שלפיו דן בית דין שרעי".

אולם לכל מה שנוגע למוהר, יכול הקאדי להתערב כדי לוודא שלא נשללה זכאותה של האישה למוהר ללא סיבה חוקית". דברים אלה עומדים בניגוד לפסיקותיו הקודמות של בית הדין השרעי, שבהן הכפיף את הבורר לסמכותו והדגיש שהקאדים יכולים לבחון את תוכנו של פסק הבוררים. כך למשל, בשורה ארוכה של פסיקות קודמות קבע בית הדין השרעי לערעורים שהוא יכול לבטל את החלטותיהם של הבוררים, וזאת בניגוד ברור להלכה המוסלמית המאלכית.⁸³ שינוי ההחלטה נועד לבלום את הביקורת של בג"ץ, כדי להאדיר את כוחו של הבורר ולהפוך את תפקידו לשיפוטי. הדבר נעשה כדי ליהנות מהחריג האמור בחוק שיווי זכויות האישה, כלומר לא להחיל את השוויון כאשר מדובר בתפקיד שיפוטי.⁸⁴ כך, מצד אחד ממעיטים בתפקידו של הבורר כדי לחזק את סמכותו של הקאדי מולו, ומצד אחר מחזקים את תפקידו כדי למנוע התערבות של בית המשפט העליון הישראלי בשבתו כבית דין גבוה לצדק.

בית הדין השרעי קבע ללא ספק שחוק שיווי זכויות האישה חל על בתי הדין השרעיים.⁸⁵ מדובר בפסיקה נדירה של בית הדין השרעי לערעורים עד לשנת 1994. באותה תקופה הונהגה מדיניות של אסלאמיזציה של הכללים החלים על בתי הדין השרעיים, שלפיה אסר בית הדין השרעי לערעורים להפנות לחקיקה הישראלית, אלא הורה להחיל את השריעה ה"שלמה והמושלמת" כאתגר לדין הישראלי. ניתן לומר שלבית הדין השרעי לערעורים לא הייתה ברירה בנוגע לתוצאת פסק דינו, לאור בקשתו המפורשת של בג"ץ להתייחס לחוק שיווי זכויות האישה.

בית הדין הוסיף שיש חריגים לתחולתו של חוק שיווי זכויות האישה על בתי הדין השרעיים. החריג הראשון הוא שחוק שיווי זכויות האישה אינו פוגע בדיני האיסור וההיתר בנישואין ובגירושין, שכן יש להביא בחשבון את דברי הבוררים בנוגע לגירושין, דבר הנכנס תחת האיסור וההיתר. החריג השני מתייחס לכך שעבודת הבורר היא עבודה דתית, ולכן מדובר בחריג לעקרון השוויון. נוסף על כך, בית הדין אינו מקבל את הטענות שמדובר רק בחוק שצריך לפרשו על פי כללי פרשנות של החקיקה האזרחית, כי המקור לכללים הנמצאים בו הוא הדין המוסלמי. בית הדין מסביר כי כללי המג'לה ביחס לבוררות אינם חלים על הדין האישי, כיוון

83 ראו החלטות בית הדין השרעי לערעורים שמאפשרות התערבות בהחלטת הבוררים: ערעור 232/2009 (פורסם באתר בתי הדין השרעיים, 7.1.2010) (אחד משלושת השופטים החתומים על ההחלטה נשוא דיוננו); עוד בערעור 76/07 (פורסם באתר בתי הדין השרעיים, 30.5.2007), כותב הקאדי זיני עצמו, אשר כתב את ההחלטה נשוא דיוננו "[...] ואילו השאלה השנייה, והיא הטענה כי תפקידו של הקאדי הינו אך ורק לאשר את פסק הבוררים, נשיב כי בית דין זה קבע בהחלטות רבות כי פסק הבוררים ניתן לפסילה על ידי הקאדי. שכן אם לא ניתן בהתאם לכללים השרעיים, הוא יכול לבטל אותו ולהחזירו אליהם או לאחריים וכן יוכל לתקן אותו מטעמי צדק".

84 ס' 7(ג) לחוק: "הוראות חוק זה לא יחולו על מינוי לתפקיד דתי בהתאם לדין הדתי, ובכלל זה על מינוי רבנים ובעלי תפקידים שיפוטיים בבתי דין דתיים".

85 פס' 15 לפסק הדין.

שאלה הם כללים שחלים על הדין האזרחי, והוא מדגים זאת מהקוד האזרחי הצרפתי.⁸⁶ יש לציין כי הקוד הצרפתי כולל את ענייני המשפחה, אולם המג'לה הפרידה עניינים אלה מהקוד האזרחי. נוסף על כך, בדין החנפי אין הבחנה בדיני הבוררות בין עניינים אזרחיים ובין ענייני מעמד אישי. כאשר החכמים רוצים לדבר על הבוררות באופן כללי, הם נשענים על הפסוק בקוראן המתייחס לבוררות במעמד האישי.⁸⁷ בית הדין בונה שתי קטגוריות: בורות בדין הכללי ובוררות בדין האישי. ההבחנה הזאת כאמור אינה קיימת בדין החנפי. בית הדין מוסיף וקובע כי הדין הספציפי, כלומר דיני הבוררות בענייני המעמד האישי, צריכים לגבור על דיני הבוררות בעניינים אזרחיים, ועל פי בית הדין השרעי הדבר תקף במיוחד כאשר מדובר בדין דתי. מתוך דברי בית הדין עולה שדין הבוררות בעניין גירושין הוא דין דתי, ואילו דין הבוררות בעניין אזרחי הוא דין חילוני. גם כאן בית הדין מגייס הבחנה שאינה קיימת בדין המוסלמי החנפי הקלסי, שבו שני סוגי הבוררות הם למעשה סוג אחד ושניהם דין דתי. הבחנה זו היא, לאמיתו של דבר, יציר כפיהן של המדינות הקולוניאליות והאימפריה העות'מאנית, ואימצו אותה רוב מדינות ערב; עד עצם היום הזה מבחינים שם בין הדין האזרחי, שכולל דיני חוזים, דיני נזיקין, דיני קניין וכיוצא באלה, לבין דיני המשפחה, שלהם יש קוד נפרד. לבסוף קובע בית הדין שאי-הישענות על האסכולה המאלכית תזיק לאישה, שכן סעיף זה נועד עבורה; הגבר אינו נזקק לסעיף זה כי ביכולתו לגרש את האישה ללא צורך בקאדי. ניתן לומר שזו הערה לא נכונה בהתחשב בכך שאם הגבר יעשה שימוש בגירושין באופן חד-צדדי, הוא יהא צפוי לעונש פלילי ולסנקציה אזרחית ויצטרך לשלם לאשתו פיצויים נזיקיים. בפועל הגירושין החד-צדדיים נדירים מאוד בישראל. אשר לטענה שלפיה האישה לא תוכל להתגרש אם בית הדין השרעי יישען רק על האסכולה המאלכית ללא שימוש גם באסכולה החנפית - בית הדין הוציא את האפשרות ל"טלפיק" (שימוש והרכבה בין אסכולות שונות) בכך שיעשה שימוש באסכולה החנפית רק לצורך בחירת אישה כבוררת, לצד השארת סמכותם של הבוררים כמו באסכולה המאלכית, ובכלל זה מינוי אישה לבוררת. מעניין שבית הדין השרעי עצמו עשה שימוש נרחב בטכניקה זו של "טלפיק", כפי שהוזכר לעיל.

יא. בג"ץ פלונית

בפסק דין ארוך יחסית, המשתרע על פני 20 עמודים, עמד בג"ץ על עקרון השוויון בחקיקה ובפסיקה.⁸⁸ הוא הזכיר שני חריגים בחוק שיווי זכויות האישה המאפשרים לחרוג מעקרון

86 French Civil Code, Art. 2060: "One may not enter into arbitration agreements in [...] those relating to divorce and judicial separation [...]"

87 סורה 4 (חזון הנשים), פסוק 35.

88 בג"ץ 3856/11 פלונית נ' בית הדין השרעי העליון לערעורים (פורסם בנבו, 27.6.2013).

השוויון. החריג הראשון יחול כאשר הדבר נוגע לדיני איסור והיתר לנישואין וגירושין.⁸⁹ החריג השני יחול כאשר מדובר בתפקיד דתי בהתאם לדין הדתי, וכן בתפקידים שיפוטיים בבתי הדין הדתיים.⁹⁰ אם מתקיים אחד מן החריגים האלה, עקרון השוויון לא יחול. בג"ץ הדגיש שיש לקרוא באופן מצמצם חריגים הפוגעים בזכויות האדם.

בנוגע לשאלת הבוררים קבע בג"ץ שאין מדובר בדין המהותי אלא בממלאי תפקידים המיישמים את הדין, ולכן החריג הראשון לא יחול. לדידו של בג"ץ, אף החוק עצמו מבחין בין שני החריגים: הראשון מתייחס לדין המהותי עצמו והשני מתייחס לממלאי התפקיד. אשר לחריג השני הגיע בג"ץ למסקנה שאין מדובר במינוי לתפקיד דתי ולפיכך אין עליהם להפעיל את הדין הדתי, כיוון שתפקיד דתי מצריך מיומנות בדין דתי ואילו לבוררים אין צורך במיומנות כזאת. לאחר שהסיק שאין מדובר בתפקיד דתי כחן בג"ץ את השאלה אם מדובר בתפקיד שיפוטי. מסקנת בג"ץ היא שגם אין מדובר בתפקיד שיפוטי, היות שהחלטת הבוררים אינה סופית ובתי הדין השרעיים מתערבים בהחלטותיהם. התפקיד השיפוטי לפעול על פי סעיף 130 לחוק המשפחה העות'מאני הוא בידי הקאדים ולא הבוררים. אם כן, הואיל והחריגים אינם חלים, יש להחיל במקרה זה את עקרון השוויון. לכך נוספת העובדה שחוק שיווי זכויות האישה מאוחר לחוק המשפחה העות'מאני, וכן אין הוראה בחוק המשפחה האוסרת על מינוי אישה בתפקיד של בוררת. זאת ועוד, בג"ץ מוסיף שגם אלמלא חל חוק שיווי זכויות האישה, כל רשויות המדינה מחויבות ממילא להחיל את עקרון השוויון. כאשר יש אסכולה, המאלכית, האוסרת מינוי אישה כבוררת, ומנגד יש אסכולה, החנפית, המאפשרת זאת, יש להעדיף את האסכולה המאפשרת מינוי אישה, מה גם שבתי הדין השרעיים הגבילו את סמכות הבוררים, וזאת על פי האסכולה החנפית. בג"ץ ביטל לפיכך את החלטותיהם של בית הדין השרעי לערעורים ושל בית הדין השרעי בטייבה. על פסק דין זה של בג"ץ הוגשה באופן פרטי בקשה לדין נוסף מטעם הנהלת בתי הדין השרעיים, וזו נדחתה.⁹¹

יב. סיכום

ראינו שבתי הדין השרעיים התעקשו לסרב למינוי אישה כבוררת, הגם שבמקרים רבים הם החדירו שוויוניות רבה יותר בין הבעל לאישה. בית הדין השרעי גם היה מוכן לצמצם את סמכותו בעניין התערבותו בהחלטת הבוררים, כדי להפוך את החלטת הבוררים להחלטה מעין-שיפוטית ובכך למנוע התערבות של בג"ץ בהחלטתו. בית הדין השרעי היה מוכן להקריב את סמכויותיו, שאותן הרחיב במשך שני העשורים הקודמים, על מנת לשמר את החלוקה המגדרית

89 ס' 5 לחוק שיווי זכויות האישה.

90 ס' 7(ג) לחוק שיווי זכויות האישה.

91 דנג"ץ 5019/13 בית הדין השרעי לערעורים בירושלים נ' פלונית (פורסם בנבו, 14.8.2013).

בין תפקידי האישה לתפקידי הגבר. בג"ץ התערב בסופו של דבר בהחלטתו של בית הדין השרעי לערעורים וקבע שכאשר יש שתי פרשנויות שונות בדין המוסלמי, יש להעדיף את הדעה אשר מתיישבת יותר עם זכויות האדם ועקרונות השוויון. זוהי החלטה אמיצה וחשובה, שתשנה את פני המשפחה המוסלמית בישראל. בתביעות שונות כנגד בתי הדין השרעיים אפשר להחדיר שוויון רב יותר בקריאה מחדש של דיני משפחה, היות שברוב המקרים ניתן למצוא דעות ליברליות יותר. אחת התוצאות, אולי העקיפות, של פסק הדין של בג"ץ היא הודעתה של שרת המשפטים דאז, ציפי לבני, שבישיבה עם מנהל בתי הדין השרעיים ועם המועמד לנשיאות בית הדין השרעי לערעורים סוכם שייעשו מאמצים לאתר מועמדת ראויה ובעלת הכישורים הנדרשים לתפקיד קאדית בבית דין שרעי בישראל.⁹² עם זאת, על אף שיפורים אלה, בעתיד הקרוב לא ניתן לחזות בשוויון מלא, בשל הליברליזם הפטריארכלי.

92 www.mfa.gov.il/MFAAR/IsraelExperience/SocietyCoexistenceAndPeace/Pages/First-woman-as-Muslim-Qadi-next-year-in-Israel.aspx. לאחרונה אכן מונתה אישה לקאדית בבית המשפט השרעי. ראו שרון פולבר, יאיר אטינגר וג'קי חורי "הוועדה לבחירת קאדים בחרה לראשונה קאדית אשה" הארץ 25.4.2017 www.haaretz.co.il/news/law/1.4041725. אודות מינוי אישה לקאדית ראו עוד בכרך זה: איאד זחאלקה "מינוי אישה בוררת בתובענות הפרדה וגירושין בבתי הדין השרעיים: בין הדין השרעי למשפט הישראלי" משפחה במשפט ח (2016–2017).