

מינוי אישה בוררת בתובענות הפרדה וגירושין בבתי הדין השרעיים: בין הדין השרעי למשפט הישראלי

מאת

איאד זחאלקה*

בשנים האחרונות הלך והתעצם השיח הציבורי בסוגיית מעמדן של נשים בערכאות השיפוט הדתיות והכשירות של נשים לכהן בתפקידים שיפוטיים ומעין-שיפוטיים במסגרת בתי הדין הדתיים. נושא זה עולה לדיון בהקשרים שונים ובמסגרות שונות, ובין היתר בהקשר של מינוי אישה בוררת בבתי הדין השרעיים, במסגרת הליך הפרדה בין בני זוג שהתגלע ביניהם סכסוך, בהתאם להוראות סעיף 130 לחוק זכויות המשפחה העות'מאני.

בית הדין הגבוה לצדק נדרש לסוגיה זאת בעקבות עתירה אשר הוגשה אליו, בעניין פסק דין של בית הדין השרעי לערעורים שבו אימץ את החלטת בית הדין השרעי בטייבה שלא למנות אישה בוררת במסגרת הליכי בוררות להפרדה בין בני זוג מכוח סעיף 130 לחוק המשפחה העות'מאני. בג"ץ קיבל את העתירה בהסתמך על פרשנותו לתפקיד הבוררים בהקשר זה וסמכותם ולאור הוראות חוק שיווי זכויות האישה.

במאמר זה אנתח את סוגיית מינויה של אישה כבוררת בשלושה היבטים מרכזיים: היבט הלכתי מוסלמי, פרשנות חוק שיווי זכויות האישה לאור הניתוח ההלכתי המוסלמי של סוגיה זאת, ומנקודת המבט של שיטת המשפט הישראלית הפלורליסטית.

- א. ניתוח עובדות המקרה וטענות הצדדים
- ב. מינוי אישה בוררת על פי הדין השרעי ולאור חוק שיווי זכויות האישה
- ג. תחולת חוק שיווי זכויות האישה
- ד. שיטת המשפט הפלורליסטית מול עקרון השוויון בין המינים
- ה. גישה חלופית
- ו. מינוי קאדית בבתי הדין השרעיים בישראל
- ז. סיכום

* קאדי, בית הדין השרעי בירושלים.

א. ניתוח עובדות המקרה וטענות הצדדים

סוגיית מינויה של אישה בוררת התעוררה במסגרת תובענה להפרדה שהגיש בעל מוסלמי נגד אשתו בבית הדין השרעי האזורי בטייבה,¹ שם ביקשה האישה למנות אישה בוררת מטעמה. בית הדין בטייבה דחה את הבקשה ופסק כי "ציבור חכמי הדת התנו כי הבוררים צריכים להיות גברים, זה לפי האסכולות המאלכית החנבלית והשאפעית [...]". בהמשך החלטה חייב בית הדין את העותרת להציע בורר גבר מטעמה.

על החלטתו זו של בית הדין השרעי האזורי ערערה האישה לבית הדין השרעי לערעורים. הערעור נדחה, ובנימוקיו פסק בית הדין לערעורים כי הסעיף בחוק המחייב בבתי הדין השרעיים בארץ – סעיף 130 לחוק זכויות המשפחה העות'מאני² – מבוסס על הפרשנות המאלכית לפסוק בקוראן,³ אשר ממנו נגזר סעיף 130 לחוק לעיל. מאחר שהמאלכים התנו כי הבוררים יהיו גברים, לא ניתן למנות נשים כבוררות.⁴

הנתבעת הגישה עתירה לבג"ץ נגד בית הדין השרעי לערעורים.⁵ בעקבות העתירה הורה בג"ץ לבית הדין השרעי לערעורים לתת החלטה מנומקת ומפורטת אשר תתייחס לטענות הצדדים, ובפרט לתחולתו של חוק שיווי זכויות האישה.⁶

בית הדין השרעי לערעורים הגיש לבג"ץ פסק דין משלים ומפורט⁷ ובו ציין כי כאשר נחקק סעיף 130 לחוק המשפחה, אימץ המחוקק העות'מאני את האסכולה המאלכית. סעיף זה מקנה לבוררים סמכות להפריד בין בני הזוג בגירושין וקובע כי פסק דינם של הבוררים יהיה סופי. בית הדין אף הסתמך על דברי ההסבר לחוק המשפחה, המתייחסים במפורש לאסכולה המאלכית. עוד הבהיר בית הדין כי לשיטת האסכולה המאלכית, הבוררים משמשים מעין קאדים ולא מיופי כוח של הצדדים. סמכותם היא לפייס בין בני הזוג או לגרש אותם זה מזה, אף ללא הסכמתם של בני הזוג, אם אין מצליחים להשלים ביניהם. לעומת זאת, על פי האסכולות החנפית, השאפעית והחנבלית, סמכותם של הבוררים מתמצית בהעברת דוח לקאדי, והוא שמגרש את בני הזוג על פי אותו דוח שהוגש אליו; לבוררים אין סמכות לגרש אלא אם כן הוסמכו לכך על ידי הצדדים מראש ובמפורש. עוד ציין בית הדין לערעורים כי בתי הדין השרעיים אכן פועלים לפי הפרשנות המאלכית ביישומם את סעיף 130 לחוק הנזכר, וכבר נפסק

- 1 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.
- 2 חוק זכויות המשפחה (1917) (להלן: חוק המשפחה העות'מאני או חוק המשפחה).
- 3 סורה 4 (חזון הנשים), פסוק 35. ראו להלן גם הטקסט הצמוד לה"ש 39.
- 4 ערעור 28/2011, החלטה מיום 5.4.2011.
- 5 בג"ץ 3856/11 פלונית נ' בית הדין השרעי העליון לערעורים (פורסם בנבו, 27.6.2013).
- 6 התש"ם-1951, ס"ח 248.
- 7 ערעור 28/2011, לעיל ה"ש 4.

כי פעולתו של מושב הבוררים היא מעשה שיפוטי היוצר מעין פסק דין, בדומה לפעולתו של הקאדי. כל תפקידו של הקאדי הוא לאשר את החלטתם, אם ראה שהיא תואמת את הדין, או לבטלה, אם נוכח הוא שסותרת היא את הוראות הדין, ולמנות בוררים אחרים תחת הבוררים הקודמים.

עוד הוסיף בית הדין לערעורים והבהיר כי אמנם בחלק מפסקי הדין של בית הדין לערעורים נפסק כי הקאדי רשאי להתערב בגובה המוהר הניתן לאישה, אם מצא שהבוררים הפחיתו אותו ללא הצדקה. במקרה זה ההתערבות תיעשה רק בחלק הממוני של החלטת הבוררים, אם לא היה טעם שרעי להפחתת המוהר לאישה. מנגד, בית הדין אינו יכול להתערב בהחלטת הבוררים בנוגע לחלק המתייחס להפרדה בגירושין, שכן הבוררים הם ששמעו את בני הזוג, ועל בסיס התרשמותם הישירה מנסיבות המקרה הסיקו את מסקנותיהם. נוסף על כך ציין בית הדין כי החוק אינו מבהיר את התנאים והתכונות הנדרשים אצל הבורר, ולפיכך יש לפנות לדעה המקובלת באסכולה המאלכית, הקובעת, בין היתר, כי בורר חייב להיות ממין זכר. בית הדין לערעורים הבהיר כי חכמי הלכה אחרים, כמו חכמי האסכולה החנפית, אשר ראו בבוררים מיופי כוח שאינם מוסמכים לגרש, התירו לאישה להיות בוררת, בעוד חכמי ההלכה שראו בבוררים קאדים לא התירו לאישה להיות בוררת. בהקשר זה הוזהר בית הדין לערעורים כי אימוץ אסכולה אחרת, כגון האסכולה החנפית, תגרום נזק לנשים, שכן על פי אסכולות אלה אין הבורר יכול לגרש אישה מבעלה ללא הסכמתו. האסכולה המאלכית היא היחידה המסמיכה את הבוררים להפריד בגירושין בין אישה לבעלה, אף ללא הסכמת הבעל.

באשר לחוק שיווי זכויות האישה קבע בית הדין לערעורים כי חלים במקרה זה שני סייגיו של החוק: הסייג הנוגע לדיני איסור והיתר⁸ והסייג הנוגע למינוי אדם לתפקיד דתי.⁹ בית הדין הדגיש כי לפסק הבוררים יש השלכות שרעיות הנובעות מפסק ההפרדה בגירושין, שהוא מחייב וסופי. לפיכך, סבר בית הדין השרעי לערעורים כי אין מקום להחיל את חוק שיווי זכויות האישה בנוגע למינוי בוררים, בשל החריגים שבחוק. בית הדין דחה את הטענה שחוק המשפחה הוא חוק אזרחי וקבע כי חוק זה הוא קודיפיקציה של דינים שרעיים, בתוכם דינים הקשורים בנישואין וגירושין, אשר נלקחו מאסכולות שונות. כן מציין בית הדין כי מדובר בחוק דתי מיוחד הגובר על הוראות המג'לה, שהן כלליות.

לאחר בחינת טענותיהם של הצדדים ועמדת היועץ המשפטי לממשלה קבע בג"ץ בפסק דינו כי פסיקת בית הדין השרעי לערעורים סותרת את הוראת סעיף 1א(א) לחוק שיווי זכויות האישה, אשר קובעת כי "דין אחד יהיה לאשה ולאיש לכל פעולה משפטית; וכל הוראת חוק המפלה לרעה את האישה, באשר היא אישה, לכל פעולה משפטית – אין נוהגים לפיה". במילים אחרות, הוראות חוק שיווי זכויות האישה מופנות גם לבית הדין השרעי, וחובה עליו

8 ס' 5 לחוק שיווי זכויות האישה.

9 ס' 7(ג), שם.

ליישמן, גם אם החלת החוק הדתי מביאה לתוצאות אחרות. בג"ץ הבהיר כי חוק שיווי זכויות האישה הגביל וצמצם את סמכותם של בתי הדין הדתיים לנהוג על פי החוק הדתי. בית הדין הדתי אינו רשאי אפוא לקבוע הלכות המבוססות על אפליית האישה לרעה, אם לא חלים הסייגים לתחולתו של חוק שיווי זכויות האישה או קיים חוק אחר הגובר על הוראת חוק שיווי זכויות האישה. עוד קבע בג"ץ כי הסייג שבסעיף 7(ג) לחוק שיווי זכויות האישה אינו חל במקרה זה, מכיוון שבורר המתמנה על פי סעיף 130 לחוק זכויות המשפחה העות'מאני אינו בעל תפקיד שיפוטי דתי. לפיכך פסק בג"ץ כי בית הדין השרעי הגיע לתוצאה הסותרת הוראת חוק זה, ומכיוון שאין חוק אחר המבטל מכללא את הוראת חוק שיווי זכויות האישה, הוא קיבל את העתירה וביטל את החלטת בית הדין השרעי לערעורים.

בעקבות פסק הדין של בג"ץ החליט בית הדין השרעי האזורי בטייבה למנות אישה בוררת, בתנאי שהצדדים ייפו את כוחם של הבוררים לגרש את האישה מבעלה. הצדדים אכן ייפו את כוחם של הבוררים לגרש את האישה מבעלה, ובסוף הליך הבוררות החליטו הבוררת והבורר האחר להפריד בין שני הצדדים בגירושין. בית הדין השרעי האזורי אשרר את פסק הבוררים ופסק הפרדה בגירושין בין האישה לבעלה.¹⁰

ב. מינוי אישה בוררת על פי הדין השרעי ולאור חוק שיווי זכויות האישה

בהתאם לסימן 52 לדברי המלך במועצה על ארץ-ישראל, 1922 עד 1947, ענייני גירושין של מוסלמים בישראל הם בסמכותם הבלעדית של בתי הדין השרעיים. בתי הדין השרעיים מחילים את הדין השרעי על העניינים המובאים בפניהם, כפי שנקבע בחוק זכויות המשפחה העות'מאני, אשר נחקק על ידי השלטון העות'מאני ואומץ על ידי המנדט הבריטי בשנת 1919, במסגרת פקודת חוק המשפחה המוסלמי. החוק מבוסס בעיקר על האסכולה החנפית, שאותה אימץ השלטון העות'מאני. ואולם, בעניינים מסוימים אימץ המחוקק העות'מאני דינים אחרים מאסכולות מוסלמיות שונות – החנפית, השאפעית, המאלכית והחנבלית – וזאת תוך ניסיון לבחור הלכות המתאימות יותר לרוח התקופה.¹¹

הסוגיה המשפטית בעניין זה, היא מינויה של אישה בוררת על ידי בית הדין השרעי, על פי הוראות סעיף 130 לחוק המשפחה העות'מאני, במסגרת הליכי הפרדה בין בני זוג בשל סכסוך ביניהם. ראוי להדגיש כי סעיף זה של חוק המשפחה המוסלמי אומץ מהאסכולה המאלכית ואינו חלק מהאסכולה החנפית, דבר המשליך על פרשנות הסעיף, ובין היתר ביחס לתנאי כשירותם של הבוררים המתמנים מכוח סעיף זה וביחס לסמכויותיהם. בסעיף 130 הנזכר לעיל נקבע:

10 לעיל ה"ש 1.

11 איאד זחאלקה בתי הדין השרעיים: בין השיפוט לזהות 1–6 (2009).

אם פרצו בין בני הזוג מריבות וחילוקי דעות, ופנה אחד מהם אל השופט, ימנה השופט שני בוררים ממשפחות בני הזוג ואם לא נמצאו בוררים מבני המשפחות, או שאינם בעלי התכונות הנדרשות, ימנה השופט בוררים מתאימים שלא מבני המשפחות. מושב-משפחתי בהרכב כזה יקשיב לתלונות הצדדים וטענותיהם וישתדל כמיטב יכולתו להביאם לידי התפייסות. אם אין זה אפשרי בעטיו של הבעל יפסקו על התרת קשר נישואיהם, ואם בעטיה של האישה יבטלו גם את זכותה במוהר, כולו או מקצתו. לא הסכימו הבוררים ביניהם, ימנה השופט בוררים מתאימים בהרכב אחר, או בורר שלישי שלא מבני המשפחות. החלטת אלה תהיה סופית ואינה ניתנת לערעור.¹²

בג"ץ סבור כי לשון החוק קובעת שהחלטת הבוררים כשלעצמה אינה מתירה את הנישואין. רק לאחר מתן פסק דין על ידי בית הדין השרעי ניתן לרשום את הגירושין, בהתאם להוראות סעיף 131 לחוק המשפחה העות'מאני. אם כן, במישור הבוררות החלטת הבוררים סופית, אך אין היא גורעת מסמכותו של בית הדין השרעי האזורי לשקול את החלטת הבוררים לגופה ולהחליט אם לאמץ את הכרעת הבוררים, לדחותה או לקבלה בחלקה.

בג"ץ העיר כי בהכרעתו זו הסתמך גם על הפרקטיקה הנוהגת בבתי הדין השרעיים, שלפיה פסקו בתי הדין השרעיים בעקיבות כי בסמכותם להתערב בהחלטת הבוררים, כאשר זו אינה תואמת את עובדות המקרה או אינה מבוססת על ראיות מוצקות דיין. עוד ציין בג"ץ כי בנסיבות מסוימות מחזיר בית הדין השרעי את הדיון למישור הבוררות. לפי שיטתו של בג"ץ, מהפרקטיקה הנהוגה בבתי הדין השרעיים עולה כי יש להם סמכות להתערב בהחלטת הבוררים, הלכה שאותה יישם גם לאחר מכן.¹³

הנני סבור כי פסיקה זאת של בג"ץ אינה עולה בקנה אחד עם לשון סעיף 130 הנזכר ועם הדעות של חכמי ההלכה מהאסכולות השונות. לשון סעיף 130 הנזכר ופסיקות חכמי ההלכה המוסלמים בסוגיה זו משליכות על הדיון בעניין מינוי אישה בבוררת ומידת תחולתו של חוק שיווי זכויות האישה או תחולת החריגים שבסעיפים 5 ו-7(ג) לחוק, בהקשר זה.

הסיפא של סעיף 130 לחוק המשפחה קובעת באופן ברור ביותר כי החלטת הבוררים או הבורר השלישי תהיה סופית. הסעיף אינו מכפיף בשום אופן את החלטת הבוררים לסמכות הקאדי, לקבל את פסיקת הבוררים, לדחותה או לשנותה. על פי לשון סעיף 130, סמכות הקאדי היא למנות בוררים אשר פסיקתם תהיה סופית. לאחר פסיקת הבוררים, כל שנתר לקאדי הוא להקנות לפסיקתם גושפנקא חוקית בפסק הדין הסופי של בית הדין. לקאדי יש כמובן סמכות אינהרנטית שלא לאשר את פסק הבוררות כאשר מתברר לו כי יש פסול היורד לשורש פסק

12 שלמה דב גויטין ואהרן בן שמש המשפט המוסלמי במדינת ישראל 229 (1957).

13 בג"ץ 9347/99 חמוזה נ' בית-הדין השרעי לערעורים בירושלים, פ"ד נה(2) 592 (2001); בג"ץ 11230/05 מואסי נ' בית הדין השרעי לערעורים בירושלים (פורסם בנבו, 7.3.2007).

הבוררות, כגון מרמה או פסיקה בניגוד לדיני השריעה. במקרה זה מוסמך הקאדי להחזיר לבוררים את הסמכות להשלים את פסיקתם או לעיין בה מחדש, או להדיח את הבוררים ולמנות אחרים תחתם.

פרשנות זאת מעוגנת בספרות ההלכתית המוסלמית, כפי שיפורט להלן. למרות המחלוקת בין חכמי ההלכה באשר לתנאי כשירותם של הבוררים, תפקידם וסמכויותיהם, מעניקה ההלכה המוסלמית לבוררים סמכות לפסוק הפרדה וגירושין וכן ביחס לזכויות הממוניות, בין אם במישרין כשופטים או כמיופי כוח של הצדדים לאחר שאלה הסמיכו אותם לכך.

האסכולות השונות של ההלכה המוסלמית ראו באופן שונה את תנאי כשירותם ואת תפקידם של הבוררים. ציבור חכמי ההלכה המוסלמית הסכימו כי התנאים לכשירות הבוררים הם: האסלאם, עשיית צדק, חירות, בגרות, יכולת שכלית, אמינות, אדיקות דתית והיכולת להשגת היעדר. ואולם, בין חכמי ההלכה קיימת מחלוקת באשר לתנאי מינו של הבורר – האם חייב הבורר להיות ממין זכר, או שמא אפשר למנות גם אישה כבוררת.¹⁴

שורש המחלוקת בין חכמי ההלכה המוסלמים, באשר לתנאי כשירותם של הבוררים, נעוץ בפרשנות שניתנת למונח "בוררים" בהלכה המוסלמית: האם הבוררים הם שופטים או מיופי כוח מטעם הצדדים? חלק מחכמי ההלכה – אבו חניפה,¹⁵ מסורת אחת של אבן חנבל¹⁶ ואחת הדעות של אל-שאפעי¹⁷ – רואים בבוררים מיופי כוח מטעם הצדדים ואין להם סמכות להפריד ביניהם בגירושין, אלא ברשותם. אחרים, המחזיקים בדעה שונה, סבורים שלבוררים יש תפקיד שיפוטי וכי יש להם סמכות להפריד בגירושין בין בני הזוג (עלי בן אבי טאלב,¹⁸ מאלק¹⁹ ודעה אחרת של אל-שאפעי ומסורת אחרת של אבן חנבל²⁰).

המשמעות המילולית של המונח "בוררות" היא מתן ייפוי כוח לאחר, דהיינו מתן סמכות לאדם לפסוק ולהכריע בנושא הקשור למיפיה הכוח.²¹ המשמעות ההלכתית-מוסלמית של

- 14 מחמד בן אחמד אל-דסוקי אל-מאלקי חאשיית אל-דסוקי עלא אל-שרח אל-כביר כרך ג 2012 (דאר אל-כתב אל-עלמיה, מהדורה ראשונה, 1996). ראו גם אחמד נצר אל-גינדי אל-תעליק עלא קאנון אל-אחואל אל-שכציה 262 (דאר אל-כתב אל-קאנוניה, אל-מחלה אל-כברא, 1998).
- 15 מייסד האסכולה החנפית.
- 16 מייסד האסכולה החנבלית.
- 17 מייסד האסכולה השאפעית.
- 18 בן דודו וחתנו של הנביא מוחמד והח'ליפה השלישי ומבכירי הצחאבה של הנביא.
- 19 מייסד האסכולה המאלכית.
- 20 עמר סלימאן אל-אשקר אל-ואצ'ח פי שרח קאנון אל-אחואל אל-שכציה אל-ארדני 280 (דאר אל-נפאא'ס, מהדורה שנייה, 2001), שם מתייחס המחבר לספרים של חכמי הלכה קודמים: אל-מע'ני (264/1); בדאא'ע אל-צנאא'יע (234/2), אחכאם אל-קראן לאבן אל-ערבי (421/1); אל-שרח אלצע'יר (513/2); רוצ'ת אל-טאלבין (317/7).
- 21 רביעה בנגאזי אחכאם אל-תטליק ללצ'רר מן ח'לאל אל-אג'תהאד אל-קצ'אאי אל-מע'רבי 282 (חיבור לקבלת תואר "דוקטור במשפטים", אלרבאט – הפקולטה למדעי המשפטים, הכלכלה וסוציולוגיה, 2000–2001).

בוררות היא מינוי אדם על ידי צדדים לפסוק ביניהם.²² במג'לה נקבע כי "בוררות" היא מינוי בורר על ידי הצדדים בהסכמתם כדי שיפסוק ביניהם.²³ המשמעות של "ייפוי כוח" בשריעה היא הרשאה לאדם לעשות בשמו של שולחו פעולה מסוימת.²⁴ חכמי ההלכה המוסלמית הסכימו ביניהם על קבילות ייפוי כוח בגירושין, והתנגד לכך אבן חזם.²⁵ מכיוון שבהלכה המוסלמית אין איסור מפורש בעניין מתן ייפוי כוח לאישה לגרש אישה מבעלה, אזי הדבר מותר, היינו כל מי שיכול לפסוק בין האנשים כמיופה כוח, פסיקתו תקפה.²⁶ אם מותר לייפות כוחה של אישה לגרש את עצמה מבעלה, כך גם מותר לייפות כוחה של אישה לגרש אישה אחרת מבעלה.²⁷ דברי הבעל לבת זוגו, "גרשי את עצמך", ולשון הדבר "אני נותן לך ייפוי כוח לגרש את עצמך". כללים אלה תקפים גם לאישה, כמו לכל אדם אחר, אם מתייחסים להאצלת הסמכות כייפוי כוח.²⁸

מכאן שאם המשמעות של בוררות היא מעשה שפיטה וסמכות להפריד בגירושין, העמדה ההלכתית של כל חכמי ההלכה, למעט אבן חזם אלד'ארי,²⁹ היא שאסור למנות אישה כבוררת מכוח סעיף 130 לחוק המשפחה. הטעם לכך הוא שהאסכולה החנפית, אשר מתירה למנות אישה כבוררת, אינה מתירה לבוררים להפריד בין אישה לבעלה בגירושין, במסגרת הבוררות, אלא אם כן ייפו שני הצדדים את כוחם של הבוררים לעשות זאת. ואולם, אם המשמעות של בוררות היא ייפוי כוח, הרי שמותר למנות אישה כבוררת, והיא תהיה מוסמכת להפריד בגירושין, על דעתם של רוב חכמי ההלכה, למעט אבן חזם.

באשר למשמעות ההלכתית של בוררות, קיימות שלוש גישות של האסכולות השונות. לפי האסכולות המאלכית, השאפעית והחנבלית, הבורר חייב להיות גבר, בין אם הוא נחשב לשופט

22 אבן עאבדין חאשיית רד אל-מוחתאר על אל-דר אל-מוכתאר פרק ה 428 (דאר אל-פכר ללבטבאעה ואל-נשר, 1421ה, 2000); אבן נג'ם שרח אל-בחר אל-ראיק פרק ז 41 (דאר אל-כתאב אל-עלמייה, מהדורה ראשונה, 1997). הערת מערכת: במאמר זה יופיעו מקורות אשר נוסף לציון שנת הפרסום הלוועזית, תצוין לפניה שנת הפרסום לפי לוח השנה המוסלמי (היג'רי) והאות ה' לצידה.

23 ס' 1790 למג'לה.

24 אבן עאבדין, לעיל ה"ש 22, פרק 7, בעמ' 265.

25 אבן חזם מחמד עלי אל-מחלא פרק א 216 (אדאר אל-טאבעה אל-מנירייה, 1352ה, 1933).

26 אל-קורטובי אבי אל-וליד מחמד בן אחמד בדאית אל-מג'תהד ונהאית אל-מקתצד פרק ב 460 (מטבעת דאר אל-מערפה, מהדורה שישית, 1982).

27 אל-חלי אל-חסן בן יוסף בן אל-מטהר תד'כרת אל-פוקהאא' פרק טו 77 (מואיססת אל אל-בית, מהדורה ראשונה, 1427ה, 2006).

28 אל-אמאם אל-נאווי ראוצ'ת אל-טאלבין ועמדת אל-מפתין פרק ח 47 (אל-מכתב אל-אסלאמי, מהדורה שלישית, 1991).

29 חכם הלכה אנדלוסי (994-1064), אשר נחשב המוביל של האסכולה אל-ט'אהריה, אשר חסידיה מועטים ביותר והיא נותרה אסכולה רעיונית.

או מיופה כוח, ולא ניתן למנות אישה כבוררת.³⁰ האימאם מאלק, מייסד האסכולה המאלכית, אמר שהאישה אינה מהשופטים (חכאם).³¹ חלק מחכמי האסכולה השאפעית סבורים כי התנאי של היות הבורר ממין זכר הוא דרישת חובה אם הם שופטים (חכאם) ודרישה עדיפה אם הם מיופי כוח (مندوب).³² לעומתם, האסכולה החנפית קובעת כי התנאי להיות הבורר ממין זכר הוא חובה רק בעניינים שבהם עדות האישה אינה קבילה, ועל כן מותר למנות אישה כבוררת בסוג עניינים שבהם מותר לה להעיד. דין דומה קבעו החנפים גם לעניין מינוי אישה כשופטת.³³ חכם ההלכה אבן חזם פסק כי מותר למנות אישה כשופטת, ומלשון קל וחומר גם כבוררת.³⁴ אבן ג'ריר אל-טברי התבסס על דברי אבו חניפה ואמר שמותר לאישה לשפוט, ולא התנה את כשירות הבוררים בהיותו של הבורר ממין זכר.³⁵ ראוי לציין כי רבים מחכמי ההלכה המאוחרים הטילו ספק בייחוס דעה זאת לאל-טברי וסברו כי דעתו בעניין זה הפוכה.³⁶ גם באשר לסמכות הבוררים קיימת מחלוקת בין האסכולות. חכמי האסכולה המאלכית, חלק מחכמי האסכולה השאפעית³⁷ ואחת מהפסיקות של האסכולה החנבלית קבעו כי תפקיד הבוררים הוא להביא פתרון לסכסוך בין בני הזוג, ואם לא הגיעו לפיוס, נתונה לבוררים סמכות להפריד בין הצדדים בגירושין. לדעתם לא ניתן להשאיר בני זוג שהתגלע סכסוך ביניהם בלי פתרון, והפתרון היחיד, לאחר שנכשלו כל הניסיונות להשכיח שלום, הוא לפרק את הנישואין בגירושין.³⁸ דעה זו הסתמכה על פסוק בקוראן שם נאמר: "ואם חוששים אתם כי פרץ סכסוך בין השניים, שלחו בורר ממשפחתו ובורר ממשפחתה, ואם ירצו שניהם ליישב הסכסוך, אלוהים יצליח את הדבר בידם, אלוהים יודע ומכיר כל דבר לפני ולפנים".³⁹

חכמי ההלכה הנזכרים סבורים כי כוונת פסוק זה ברורה. הבוררים הם בגדר שופטים ולא מיופי כוח, ואילו הייתה הכוונה למיופי כוח, היה הדבר נאמר במפורש.⁴⁰ לדברי אבן אל-עזרי אל-מאלכי פירוש פסוק זה הוא שהבוררים הם שופטים ולא מיופי כוח; למיופה כוח יש

- 30 מאלק אבן אנס אל-מדונה אל-כוברא פרק ג 367 (מהדורה ראשונה, מטבעת אל-סעאדה, 1323ה, 1905).
- 31 שם.
- 32 אל-אמאם אל-נאווי, לעיל ה"ש 28, פרק ז, בעמ' 317.
- 33 מואפק אל-דין אבן קדאמה אל-מע'ני פרק יא 92 (דאר אל-פכר, מהדורה ראשונה, 1405ה, 1984).
- 34 אבן חזם אבי מוחמד עלי בן אחמד אל-מוחלא פרק ט 430 (אדארט אל-טבאעה אל-מניריה, 1351ה, 1932).
- 35 מוחמד ג'בר אלאלפי אל-תחכים ומסתג'דאתה פי ד'וא' אל-פקה אל-אסלאמי פרק יג ע 46 (מג'לת אבחאת' אל-ירמוק, 1997).
- 36 מחמד מחמד אל-שלש מג'לת דראסאת אל-ג'אמעא אל-ארדניה 10 (חכם תולית אל-מרא'ה אל-קצ'א', 2007).
- 37 אל-אמאם אל-נאווי, לעיל ה"ש 28, שם, בעמ' 372.
- 38 אל-מע'ני, לעיל ה"ש 33, שם, בעמ' 151.
- 39 סורה 4 (חזון הנשים), פסוק 35. אורי רובין הקוראן 72 (מהדורה ראשונה, 2005).
- 40 אל-מהר'ב פי פקה אל-שאפע'י אל-שיראזי פרק ד 250 (דאר אל-קלם, מהדורה ראשונה, 1992).

בשריעה משמעות אחת ולשופט משמעות אחרת. אם אלוהים ברוך הוא הבהיר זאת, אזי אין יוצא מן הכלל, ואם חכם כלשהו מנסה לערבב פרשנות אחת באחרת, יש בכך משום פגיעה בדין.⁴¹ נוסף על כך הסתמכו על דברי עות'מאן בן עפאן⁴² לבוררים: "אם ראיתם לנכון לפרק את הנישואין אז תפרקו", וכן על דברי עליי בן אבי טאלב⁴³ לבוררים: "האם אתם יודעים מה עליכם לעשות? אם ראיתם לנכון לפייס אז תפייסו, ואם לפרק אז תפרקו".⁴⁴

האסכולה המאלכית אף מרחיקה לכת בקובעה כי פסיקת הבוררים להפריד תקפה ומחייבת, בין אם ההפרדה הייתה בתמורה או שלא בתמורה מצד האישה, בין אם קיבל הקאדי את פסיקתם או דחה אותה, אף אם הוא שמינה אותם. גם אם ייפו הצדדים את כוחם לכך אם לאו, ובין אם הצדדים קיבלו את פסיקתם אם לאו, אף אם מונו מטעמים של הצדדים.⁴⁵

במילים אחרות, הבוררים הם שלוחי הקאדי, והם שואבים את סמכותם מהסמכות המוקנית לו, ולכן אם הם מחליטים להפריד בין בני הזוג בגירושין, הדבר נעשה במקום הקאדי ובשמו. הקאדי שולח את הבוררים לעשות צדק בין בני הזוג, ועשיית צדק יכולה להיות גם הפרדה בגירושין. אין הצדק מחייב אפוא שהקאדי יאמץ רק את החלטת הבוררים לפיוס ולא את החלטתם להפריד בגירושין; אם הבוררים מחליטים להפריד בין בני הזוג, על הקאדי להוציא לפועל את החלטתם.⁴⁶ בהקשר זה אומר אבן אלקיים אל-ג'וזיה "לא מתקבל על הדעת לאמור שהבוררים הם מיופי כח ולא בגדר שופטים, ואלוהים מינה אותם כשופטים [...] ואם הכוונה הייתה מיופי כוח, אזי הדבר היה נאמר מפורשות בקוראן [...]".⁴⁷

לפי דעה אחרת, שפסקו חכמי האסכולה החנפית, חלק מחכמי האסכולה השאפעית וכן חלק מהאסכולה החנבלית, סמכות הבוררים היא לפייס בין בני הזוג ולא להפריד בגירושין, אלא אם כן ייפו הצדדים את כוחם של הבוררים להפריד ביניהם בגירושין.⁴⁸ דעה זו הסתמכה על חלק מהאמור בפסוק מהקוראן הנזכר לעיל.⁴⁹ לפי גישה זאת, ההפרדה בגירושין יכולה

- 41 אבו בכר מוחמד בן עבד אללה אל-מאלכי אחכאם אל-קוראן פרק א (דאר אל-נשר, דאר אל-פכר ללטבאעה ואל-נשר-לבנאן, תחקיק מחמד עבד אלקאדר עטא).
- 42 הח'ליפה השלישי ואחד הצחאבה הבכירים ביותר.
- 43 הח'ליפה הרביעי ואחד הצחאבה הבכירים ביותר.
- 44 זאד אל-מעאד אבן קיים אל-ג'וזיה פרק ה 173 (מואסט אל-רסאלה, מהדורה שלישית, 1998).
- 45 מחמד בשיר אל-שקפה אל-פקה אל-מאלכי פי ת'ובה אל-ג'דיד כרך ג 639 (דאר אל-קלם, מהדורה שלישית, 2007); ראו גם אל-עלאמה אחמד אל-דרדיר אל-שרח אלצעיר עלא אקרב אל-מסאלק אלא מד'הב אל-אמאם מאלק כתב בשוליים: אל-עלאמה אחמד אל-צאוי אל-מאלקי ערך מצטפא וספי כרך ב 514 (דאר אל-מעארף, ללא תאריך).
- 46 ד"ר עבוד בן עלי בן דרע, אחכאם אל-תחכים ביין אל-זוגיין פי חאל אלשקאק, אתר רסאלת אל-אסלאם.
- 47 זאד אל-מעאד, לעיל ה"ש 44, שם בעמ' 172 (1418ה, 1997).
- 48 אבו בכר אל-ג'צאץ אחכאם אל-קוראן פרק ג 151-152 (דאר אחיא'א אל-כתב אל-ערבייה, 1412ה, 1992).
- 49 שם, בעמ' 153.

להתרחש על ידי הבעל, אשר ההלכה המוסלמית מקנה לו פרווגטיבה לגרש את אשתו, או על ידי פיצוי שמשלמת האישה למען גירושיה. בשני מקרים אלה, הדבר תלוי ברצונו של כל אחד מהצדדים, ואין אדם יכול להפריד ביניהם בגירושין אלא אם כן ייפו את כוחו לכך.⁵⁰ מסקירת הספרות ההלכתית לעיל עולה כי אין לפסיקת בג"ץ בעניין זה אחיזה בספרות ההלכתית המוסלמית: לאור דעה אחת של חכמי ההלכה המוסלמים לא ניתן למנות אישה בוררת, ולאור הדעה האחרת, ניתן למנות אישה בוררת, אולם אין בסמכות האישה לפסוק הפרדה בין בני הזוג, אלא אם כן ייפו הצדדים את כוחה לכך.

גם הפסיקה התקדימית של בית הדין השרעי לערעורים, אשר עליה הסתמך בג"ץ בפסקתו,⁵¹ שלפיה יש לבית הדין השרעי סמכות להתערב בהחלטת הבוררים, היא במחלוקת. בהקשר זה, קיימת פסיקה אחרת משנים קודמות וגם פסיקה מאוחרת, בעיקר מן השלוש השנים האחרונות, אשר אימצה עמדה שונה. לפי עמדה זו, פסיקת הבוררים, אשר מונו מטעם בית הדין השרעי, היא סופית ובלתי ניתנת לערעור, ובית הדין לא יתערב בפסיקתם אלא במקרים חריגים, כאשר סטו הבוררים מהוראות הדין המחייבות.⁵² בית הדין השרעי לערעורים הסתמך במדיניות שיפוטית חדשה זאת על ההלכה שקבע אבן רושד, שלפיה אין למהר להתערב בפסיקת הבוררים, במיוחד מפני שהבוררים אינם אמורים לבסס את פסיקתם על ראיות חותכות, אלא פוסקים בהתאם למה שהשתכנעו בו מתוך הדברים שהובאו בפניהם, לאחר עיון ובריקה.⁵³ בהקשר זה קבע בית הדין לערעורים כדלקמן:

מאחר ואין הצדקה לתיקון פסיקת הבוררים, במיוחד והם אלה שנפגשו עם הצדדים ישירות ושמעו את דבריהם ותלונותיהם, והם הגיעו לידי החלטתם לאחר שהשתכנעו חד משמעית כי חלק מהאחריות בכישלון חיי הנישואין רובן על המשיבה. יצוין, כי בית דין זה ייסד בשורה ארוכה של פסקי דין שלו, עקרונות בסיסיים על חובת אימוץ פסיקת הבוררים, היות שהם יושבים עם הצדדים ושומעים פרטי סכסוכם ועומדים ישירות על נסיבותיהם, ואין הצדקה להתערב בהחלטה שלהם אלא אם היא מנוגדת לכללי הצדק או פוגעים בזכויות האישה למוהר ללא הצדקה שרעית.⁵⁴

- 50 שם, בעמ' 154.
- 51 לעיל ה"ש 5, פס' 42 לפסק דינה של השופטת ארבל.
- 52 ראו ערעור 38/1994; ערעור 62/1995; ערעור 99/2000; ערעור 252/2015 (פורסם באתר בתי הדין השרעיים, 3.11.2015); 103/2015 (פורסם באתר בתי הדין השרעיים, 26.4.2015); ערעור 381/2014 (פורסם באתר בתי הדין השרעיים, 3.2.2015); ערעור 380/2014 וערעור 381/2014 (פורסם באתר בתי הדין השרעיים, 15.1.2015).
- 53 אבן רושד אל-מקדמאת אל-מומהדאת פרק א 295 (דאר אלכתב אלעאלמיה, מהדורה ראשונה, 2002).
- 54 ערעור 5/2015 (פורסם באתר בתי הדין השרעיים, 22.2.2015).

גישה זו של בית הדין השרעי לערעורים מבוססת על הסכמת כל חכמי ההלכה של האסכולות השונות, אשר קבעו כי אסור לבטל את פסיקת הבוררים, אלא בעילות שמבטלות את פסיקת השופט.⁵⁵ עמדה כזו אימץ גם איגוד ההלכה האסלאמי, מג'מע אל-פקה אל-אסלאמי, בסעיף 5 להחלטה מס' 91, שהתקבלה בוועידה התשיעית, שנערכה ביום 6.4.1995.⁵⁶ מן האמור לעיל עולה שהמשמעות המתבקשת מפסיקת בית הדין השרעי לערעורים היא שהבוררים הם בעלי תפקיד שיפוטי, אשר הוענק להם לפסוק בסכסוך בין בני הזוג. פסיקה זו אינה עולה בקנה אחד עם הדעה שהבוררים הם מיופי כוח מטעם הצדדים, או שהסמכות אשר הוקנתה להם היא על תנאי ותלויה בכך שהקאדי יאשר את פסיקתם.

ג. תחולת חוק שיווי זכויות האישה

חוק שיווי זכויות האישה מיישם את עקרון-העל שבמגילת העצמאות, המחייב לנהוג בשוויון באשר לזכויות נשים, ביחס לגברים. עיקרון משפטי זה מחייב וגובר על כל הוראת חוק אחרת, לרבות הוראות הדין הדתי.⁵⁷ ואולם, החוק החרגי שני סעיפים, אשר בהתקיים אחד מהם לא יחולו הוראות חוק שיווי זכויות האישה. החרגי הראשון קבוע בסעיף 5 לחוק ולפיו אין חוק זה "בא לפגוע בדיני איסור והיתר לנישואין ולגירושין"; החרגי השני קבוע בסעיף 7(ג) לחוק לפיו הוראות החוק "לא יחולו על מינוי לתפקיד דתי בהתאם לדין הדתי, ובכלל זה על מינוי רבנים ובעלי תפקידים שיפוטניים בבתי דין דתיים". החוק כולל אפוא שני סייגים, שיש לבחון את תחולתם על המקרה דנן: הראשון עניינו "מינוי לתפקיד דתי בהתאם לדין הדתי", והשני עניינו "מינוי בעלי תפקידים שיפוטניים בבתי דין דתיים".

בעניין זה סבר בג"ץ כי סעיף 5 הנזכר נועד לחול על תוכן הדין הדתי עצמו, המסדיר את ענייני הגירושין והנישואין, ולא על הדינים החלים על בעלי הסמכות ליישם דינים אלו. עוד קבע בג"ץ כי יש ליתן פרשנות מצמצמת לחריגי החוק, ומטעם זה יש להעדיף את הפרשנות המתייחסת לתוכן הדין הדתי בלבד. בג"ץ גם קבע כי סעיף 7(ג) לחוק תומך אף הוא בפרשנות זו, שכן עניינו בעלי התפקידים המיישמים את הדין הדתי. במקרה של מינוי בוררים סבר בג"ץ כי מדובר במינוי לתפקיד המפעיל סמכויות הקשורות לגירושין, ולא בדין עצמו המסדיר גירושין. עם זאת הותיר בג"ץ ב"צריך עיון" מקרה שבו מינוי מסוים כשלעצמו יגרוור פגיעה בדיני איסור והיתר לנישואין ולגירושין. ואולם, בהמשך הדברים סבר בג"ץ כי בדין השרעי יש

55 לעניין זה ראו עלי חידר דרר אל-אחכאם שרח מגילת אל-אחכאם כרך ד, תת פרק 12, עמ' 645 (דאר אלכתב אל-עאלמיה מהדורה ראשונה, 1991); ד"ר מען ח'אלד אלקדא אלחתכים פי אלשריעה אל-אסלאמיה (2010).

56 אל-סוסוה עבד אל-מגיד "אתר אל-חתכים פי אל-פקה אל-אסלאמי" מגילת אל-שריעה ואלקאנון 22 (הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת איחוד האמירויות הערביות, 2005).

57 ס' 1 לחוק שיווי זכויות האישה.

אסכולות המאפשרות מינוי נשים כבוררות, ולפיכך לא מתעוררת השאלה שהותיר בצריך עיון. לבסוף הגיע בג"ץ למסקנה שהסייג שבסעיף 5 אינו חל על נושא מינוי בוררים מכוח סעיף 130 לחוק המשפחה העות'מאני.

לאחר דיון בסעיף 7(ג) קבע בג"ץ כי הוראות סעיף זה לא יחולו על מינוי לתפקיד דתי בהתאם לדין הדתי, ובכלל זה על מינוי רבנים ובעלי תפקידים שיפוטיים בבתי דין דתיים, זאת מכיוון שבוררים אינם ממלאים תפקיד דתי או תפקיד שיפוטני בבית הדין השרעי. בג"ץ סבר כי הבוררים הם אמנם כלי עזר חשוב לקאדים בהכרעה בסכסוך בין בני הזוג, אך אין מדובר בהכרעה סופית הנתונה בידיהם, ואין להם כל סמכות לגרש את בני הזוג מבלי לקבל מבית הדין השרעי אשרור מהותי להחלטה זו. עוד ציין בג"ץ כי בניגוד לנושאי תפקידים שיפוטיים, הבוררים אינם צד אובייקטיבי בסכסוך כי אם צד מעורב, הממונה בדרך כלל מתוך בני משפחותיהם של הצדדים לסכסוך ועל פי רצונם, ולפיכך לא ניתן לראות בתפקידם משום תפקיד שיפוטני. המסקנה שאליה הגיע בג"ץ היא שלא ניתן לראות את הבוררים כנושאי תפקיד שיפוטני כלשהו. על כן חייב בג"ץ את בית הדין השרעי לפסוק במקרה בהתאם להוראת החוק, שלפיה דין אחד יהיה לאישה ולאיש. אם כן, לגישתו של בג"ץ סעיף 7(ג) אינו חל על מינוי בוררים על פי סעיף 130 לחוק המשפחה.

ניתוח המשמעות ההלכתית של מוסד הבוררות ומהות הסוגיה שבפנינו מוביל, לדעתי, למסקנה הפוכה מזאת שאליה הגיע בג"ץ. הניתוח ההלכתי לעיל, וגם ניתוח הפסיקה האחרונה של בית הדין השרעי לערעורים, אשר קובעת כי פסיקת הבוררים מחייבת ועל הקאדי להימנע מלהתערב בפסיקתם אלא במקרים חריגים, מעלה כי שני החריגים של חוק שיווי זכויות האישה חלים במקרה של מינוי בוררים מכוח סעיף 130 לחוק המשפחה. כאשר נמסרה לבוררים הסמכות לפסוק שלום בית או לפסוק הפרדה בגירושין בין בני הזוג, וכן לפסוק בנושא המורה, הם ממלאים תפקיד שיפוט דתי. הם גם פוסקים כסמכות שיפוטית בדין המהותי בנושא הגירושין, ופסיקתם איננה מעשה פרוצדורלי אלא פסיקה מהותית, המבוססת על שמיעת הצדדים והראיות והנסיבות המובאות בפניהם, ואשר אינן מועלות בהכרח בפני הקאדי של בית הדין. בעקבות פסיקה זאת של הבוררים חלים כללי היתר ואיסור: האם גבר ואישה, אשר ביניהם התגלע הסכסוך והבוררים פסקו בנוגע אליהם, מותרים זה לזה?

למען הסר כל ספק, נדמה כי ברור לכולי עלמא כי קאדי בית הדין השרעי איננו מוסמך לפסוק בעצמו הפרדה בגירושין, אם הבוררים שהתמנו לא פסקו כך. הקאדי יכול לאשרר את החלטת הבוררים שפסקו הפרדה בין בני הזוג, ועל סמך החלטה זאת הוא פוסק הפרדה בגירושין. במילים אחרות, תפקיד הקאדי הוא בבחינת פיקוח על העשייה השיפוטית של הבוררים, והוא עצמו איננו מוסמך להתערב בהליכי הבוררות. כפי שנאמר לעיל, הפסיקה של

בית הדין השרעי לערעורים בשנים האחרונות שינתה פסיקה קודמת שלו, אשר עליה התבסס בית המשפט העליון בג"ץ בעניין חמזה הנזכר.⁵⁸

ד. שיטת המשפט הפלורליסטית מול עקרון השוויון בין המינים

ברקע הדיון הזה, יש להתייחס בכובד ראש לשיטת המשפט הישראלית ולהשלכות של פסיקת בג"ץ, בעניין זה ובמקרים דומים, על המרקם העדין של שיטה זאת. המחוקק הישראלי בחר להמשיך ולקיים משטר של פלורליזם משפטי, הדומה לזה ששרר בארץ ערב הקמת המדינה, ואשר שורשיו נטועים באימפריה העות'מאנית. במסגרת משטר משפטי זה ויתרה המדינה על המונופול של משפט המדינה בכל תחומי המשפט ולכל האזרחים. המדינה נתנה ביטוי לשיטות משפט נוספות הקיימות בחברה, המחילות את הדין של כל עדה דתית מוכרת בתחום המעמד האישי על חברה, בהתאם לגבולות ולסייגים שהמחוקק קבע. המדינה בחרה לעשות כך במקום ליצור מערכת משפט מדינתית אחידה, המיישמת משפט טריטוריאלי על כל אזרחי המדינה בכל התחומים.⁵⁹

על כן, המשפט הישראלי מתמודד בין שני קטבים של עקרונות משפטיים: האחד – עקרון הפלורליזם המשפטי בענייני המעמד האישי של העדות הדתיות השונות, שמגלם בתוכו את עקרון חופש הדת; העיקרון האחר גלום בהתערבות המדינה לאכיפת נורמות משפטיות אזרחיות שהן בבחינת תקנת הציבור, אשר העיקרי שבהן הוא השוויון בין המינים. בהקשר זה, של המתח בין שני עקרונות משפטיים אלה, יש לקרוא את פסיקת בג"ץ בעניין מינוי אישה בוררת בהליכי הפרדה וגירושין בבתי הדין השרעיים, פסיקה העומדת במרכזו של מאמר זה. בעשורים האחרונים התפתחה תפיסה משפטית חברתית הרואה בפלורליזם המשפטי ביטוי לתפיסות הפלורליזם החברתי המודרני והפוסט-מודרני, הנובעות מהשקפת עולם פלורליסטית. לפי השקפת עולם זו, הריכוזיות המשפטית ובלעדיותו של משפט המדינה מתעלמות מנקודות מבט אפשריות אחרות, שאינן נחותות ממשפט המדינה. הבלעדיות של משפט המדינה עלולה לפיכך לשלול את זכויותיהן של קבוצות תרבותיות לשמירה על עצמיותן וכופה עליהן תרבות והסדרים זרים להן.⁶⁰

58 לעיל ה"ש 13.

59 רות הלפרין-קדרי "פלורליזם משפטי בישראל: בג"צ ובתי-הדין הרבניים: בעקבות בבלי ולב" עיוני משפט כ 683, 687–689 (1997).

60 לעניין זה ראו חוות הדעת של עו"ד מוריה בקשי ממחלקת הייעוץ והחקיקה במשרד המשפטים בנושא הצעת חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), התשנ"ח-1998.

התפיסה הפלורליסטית המודרנית דוגלת בקיומן של כמה שיטות משפט במדינה אחת, בהתאם להשקפותיהן ולאמונותיהן של קבוצות חברתיות.⁶¹ לפי תפיסה זו, יש לאפשר לכל מערכת משפט לפסוק בסכסוכים על פי אמונתן של הקבוצות השונות, ובכך לצמצם את עוצמת הסכסוך, להפחית את המתח ולאפשר קבלה של הפסיקה בהבנה ובהשלמה. דעה זו מסתמכת על כך שהמרווח החברתי בין המחוקק לפרט אינו "ואקום נורמטיבי" אלא "מלא נורמות ומוסדות". ככל שהמדינה רוצה להיות שוויונית יותר, כך עליה להרחיב את הכרתה בגופים תת-משפטיים. קבוצות רבות נתונות למערכות חוקים מגוונות, למשל בנושא גיל הנישואין, זכויות גבר ואישה הידועים בציבור, נישואין חד-מיניים ועוד. ברור שכל הקבוצות יכולות להיות כפופות לחוקים משלהן. השאלה אינה אם החברה יכולה לאפשר לקבוצות חוק אחר, אלא אילו קבוצות זכאיות לו.⁶²

בספרות האקדמית יש המציעים להחיל את תורת הפלורליזם המשפטי להסדרת מערכת היחסים שבין מערכות השיפוט הדתיות או המנהגיות לבין מערכת המשפט האזרחית. הדגם מציג כללי יסוד ליחסים בין המערכת המשפטית המרכזית-חילונית למערכות המשפט הדתיות שהוסמכו, בהתאם למשפט המדינה, לדון בתחום משפטי מיוחד, למשל תחום המעמד האישי. כללים אלה חותרים לשקף דואליות של מתן ריבונות לשיטות משפטיות דתיות מנקודת מבטה של השיטה הדתית, לצד הכרה בדומיננטיות של משפט המדינה מנקודת מבט החיצונית לשיטה הדתית.⁶³

דגם זה בא לידי ביטוי באופן הטוב ביותר במשפט הבינ-לאומי הפרטי, שהמדינה מכירה בו בהחלטותיהם של בתי משפט זרים על פי כללי ההכרה והאכיפה שהיא קובעת. כללים אלה מכבדים את ריבונות המדינות הזרות ושואפים להימנע מהתערבות בתוכני הפסקים הזרים. כללי היסוד של הדגם הם אלה: אין לאפשר "בחינה ישירה" של פסק הדין, דהיינו בחינה של פסק הדין כערכאת ערעור; יש לאפשר "בחינה עקיפה" בלבד, דהיינו בחינת פסק הדין למטרות אכיפה והכרה מצד בית המשפט, לרבות הכרה נגררת, דהיינו על ידי הכרה בפסק דין זר שבית המשפט נדרש אליו תוך כדי ניהול הליך משפטי אחר; על בית המשפט לבחון את סדרי הדין שפסק הדין הזר ניתן על פיהם ולוודא שנערך הליך הוגן, אך לא לבחון את תוכנו של הפסק ואת נכונותו.⁶⁴

TIE WARWICK, LEGAL PLURALISM: TOWARD A MULTICULTURAL CONCEPTION OF LAW (1999); 61
Gordon R. Woodman, *Ideological Combat and Social Observation: Recent Debates about*
Legal Pluralism, 42 J. LEGAL PLURALISM & UNOFFICIAL L. 21 (1998)

Ido Shaha, *Legal Pluralism and the Study of Shari'a Courts*, 15 ISLAMIC L. & SOC'Y 112 62
(2008).

RUTH HALPERI-KADDARI, THE INTERACTION BETWEEN RELIGIOUS SYSTEMS OF 63
ADJUDICATION AND THE SECULAR LEGAL SYSTEM IN THE UNITED STATES (J.S.D. thesis, Yale
Law School, 1993).

ש.ם. 64

קשה לערוך אנלוגיה מהקשר שבין המשפט הבין-לאומי למשפט המדינתי אל הקשר שבין המשפט המדינתי לדין הדתי, משום שיחסי הכוחות שונים לחלוטין. המשפט הבין-לאומי בעצמו הוא מעין "משפט מנהגי", המתקיים מכוח הכרה וולונטרית בתוקפו. ערכאות בין-לאומיות נזהרות מאוד בכבודן של מערכות משפטיות מדינתיות. המשפט המדינתי, שהוא המשפט של הריבון בטריטוריה, אינו צריך לחשוש מעימות עם משפט מנהגי או עם הסדרים נורמטיביים לא-מדינתיים. למרות הקושי בעריכת אנלוגיה כזאת היא מעניינת, משום שהיא עשויה להתוות דגם להסדרת מערכת היחסים בין מערכות השיפוט הדתיות או המנהגיות לבין מערכת המשפט האזרחית. פלורליזם משפטי יכול אפוא להציע פתרונות פרקטיים במדינה בעלת מגוון אתני במאה העשרים ואחת. לא כל חוק צריך לנבוע מן המדינה, גם אם הרשות המבצעת בה היא היחידה.⁶⁵

יש אפוא לבחון את התפיסה של הפלורליזם המשפטי מנקודת מבט תאורטית ומנקודת מבט נורמטיבית. מהבחינה התאורטית, התפיסה המשפטית הצנטרליסטית אינה מתארת נכונה את מערכת המשפט המודרנית. מהבחינה הנורמטיבית, יש הכרה בכך שעל משפט המדינה לשקף את ההטרונגניות של המדינה המודרנית ולהכיר בתרבויות שהתפתחו בטריטוריה המדינתית. מבחינה זו יש קרבה בין הפלורליזם המשפטי לרב-תרבותיות. דוגמה טובה לכך היא בית הדין היהודי בבריטניה, הרשאי לפסוק בתוך הקהילה, ופסקי הדין שלו מקבלים לאחר מכן לגיטימציה וגושפנקה של בתי המשפט הבריטיים.

בישראל פועלים בתי הדין השרעיים במרחב דו-קוטבי: מחד גיסא הם ערכאה שיפוטית דתית מוסלמית הפועלת ליישום הדין הדתי, ומחויבותה היא בראש ובראשונה לדין זה; מאידך גיסא, בתי הדין פועלים במסגרת מדינה המגדירה את עצמה יהודית דמוקרטית,⁶⁶ אשר מנהיגה מצד אחד משטר משפטי פלורליסטי המקיים ערכאות שיפוט אחדות – אזרחית ודתית – בתחום המעמד האישי, אך מצד אחר מכפיפה את ערכאות השיפוט הדתיות לעקרונות משפטיים הנשאבים מערכיה של המדינה כמדינה יהודית דמוקרטית, לרבות הערכים הסותרים במהותם את העקרונות וההסדרים הדתיים.⁶⁷

עם זאת, המחוקק סייג את הגישה הפלורליסטית באמצעות חוקים המתערבים בדין הדתי הנוהג בבתי הדין הדתיים ובאמצעות מנגנוני בקרה ופיקוח של בג"ץ. סעיף 15 לחוק-יסוד:

65 ש.ם.

66 ראו את מגילת העצמאות (הכרזה על הקמת מדינת ישראל, ע"ר התש"ח 1), חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק, אשר עיגנו את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית דמוקרטית.

67 ראו בג"ץ 3269/95 כץ נ' בית הדין הרבני האזורי בירושלים, פ"ד נ(4) 590 (1996); בג"ץ 3914/92 לב נ' בית הדין הרבני האזורי בתל-אביב-יפו, פ"ד מח(2) 491 (1994). בפסקים אלה קבע בג"ץ כי באי-מילוי הוראות חוק המופנות במישרין אל בתי הדין הדתיים יש חריגה מסמכות, דבר המעניק לבג"ץ את הסמכות לבטל את פסיקת אותם בתי הדין דתיים.

השפיטה⁶⁸ מקנה לבג"ץ סמכות להתערב בפסיקתם של טריבונלים שיפוטיים, לרבות בתי הדין הדתיים ובכללם בתי הדין השרעיים, כאשר נפגע כלל מכללי הצדק הטבעי או כאשר בית הדין הדתי חורג מסמכותו. התעלמות בית הדין הדתי, ובכלל זה בית הדין השרעי, מהוראות חוק המופנות במישרין, על פי תפיסת בג"ץ, אל בית הדין השרעי, נחשבת על פי הפסיקה לחריגה מסמכות; הדבר מקנה לבג"ץ סמכות להתערב בעניין, לרבות על ידי מתן הוראה לביטול פסק הדין או החזרתו להמשך דיון בבית הדין השרעי.⁶⁹

מנגנונים אלה מביעים את עליונותו של משפט המדינה על המשפט הדתי, ומטרתם להשאיר את בתי הדין הדתיים בגבולות הסמכויות שהתווה המחוקק ולמנוע כל סטייה מעקרונות היסוד של משפט המדינה. כל סטייה כזו תיחשב מבחינת מערכת המשפט המדינתית חריגה מסמכות, כלומר עילה להתערבותה בפסיקתם של בתי הדין הדתיים.⁷⁰

ניסיונה של מערכת המשפט האזרחית לכפות פרשנות אזרחית בכל התחומים, באמתלה של שמירה על תקנת הציבור, איננה רלוונטית למקרה של בתי הדין הדתיים, אשר לדידם הדין הדתי הוא הביטוי המושלם לתקנת הציבור. לפיכך, שמירה על פרשנות אחידה אזרחית למושג "תקנת הציבור" וחיוב בתי הדין הדתיים לנהוג לפיה מעלים קושי, מכיוון שתוצאתם היא כפיית הדיינים הדתיים לסטות מן הדין הדתי, כדי להתאים את פסיקתם לעקרונות יסוד שנוסחו על ידי המשפט האזרחי. כפיית שופט דתי לנהוג בניגוד לאמונתו, כפי שזו באה לידי ביטוי בהלכה שפסק, מעוררת קושי מוסרי וגם קושי מעשי, משום שיש גבול ליכולת הכפייה בעניינים דתיים מצפוניים. הקושי נובע מכך שבתי הדין הדתיים רואים בעצמם מערכת שיפוט אוטונומית, ומדרך הטבע נאמנותם נתונה לדין הדתי.⁷¹

מבחינה פורמלית אין לבתי הדין השרעיים אוטונומיה בדומה לזו שיש לבתי הדין הכנסתיים, שהכנסייה שולטת בהם שליטה מלאה, הן בבתי הדין, הן בדיינים. אף על פי כן, זירת בתי הדין השרעיים עדיין אוטונומית, והקאדים נהנים מעצמאות שיפוטית ניכרת. הקאדים זוכים למרחב פעולה רב המאפשר להם לשנות את המצב ולצאת מהגבולות שבתי הדין נתונים בהן, בין היתר בשל הצמדת מעמדם החוקי למעמדם של בתי הדין הרבניים.⁷²

בג"ץ מודע, בדרך כלל, להיקף המוגבל והמצומצם שלו להתערבות בפסיקת בית הדין השרעי לערעורים, אשר הוא מוסד שיפוט דתי ועצמאי, שלו מוקנות סמכויות שיפוט בעניינים הנוגעים למעמד האישי של המיעוט המוסלמי בישראל. המעמד האוטונומי של בתי הדין, שנוהגת בהם מערכת ערעור נפרדת, מכביד על הפיקוח היעיל מצד הריבון באמצעות בג"ץ.

68 ס"ח התשמ"ד 78.

69 בג"ץ כץ, לעיל ה"ש 67; בג"ץ לב, לעיל ה"ש 67.

70 בג"ץ 1842/92 בלויגרונד נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים, פ"ד מו(3) 423 (1992).

71 יצחק אנגלרד "מעמדו של הדין הדתי במשפט הישראלי (המשך – שער שלישי: החלת הדין הדתי)" משפטים ד 31, 60-62 (1972).

72 עידו שחר פלסטינים בבית דין ישראלי: תרבות, שליטה והתנגדות בבית הדין השרעי במערב ירושלים (עבודת גמר לתואר "מוסמך", האוניברסיטה העברית בירושלים, 2000).

בג"ץ אמנם מפעיל פיקוח על בתי הדין הדתיים, אך הוא עושה כן לפי עקרונות וכללים המנחים את פעולותיו, שכן אין הוא מוסמך לשמש כערכאת ערעור ואין הוא רשאי לבדוק את ההחלטה לגופו של העניין. על כן היקף הביקורת השיפוטית שמפעיל בג"ץ בדרך כלל ביחס להחלטות בתי הדין השרעיים הוא מצומצם ומוגבל, בהתאם לעילות שנקבעו בסעיף 15 לחוק-יסוד: השפיטה.⁷³ שופטי בג"ץ נוהגים להצהיר כי הם נוהגים באיפוק בעתירות נגד בתי הדין השרעיים ואינם ממהרים להתערב בעניינים המובאים לפניהם. התערבותם קיימת, כאמור, במקרים קיצוניים בלבד, כאשר בית הדין השרעי מתעלם, לדעתם, מהוראות חוק המופנות אל בתי הדין הדתיים במישרין או בעקבות חריגה מסמכות.⁷⁴ בג"ץ הבהיר כי שימוש רחב בדין השרעי, להנמקת פסיקתו של בית הדין השרעי, אינו מהווה עילה להתערבותו, כאשר ה"רציו" של פסק דינו של בית הדין השרעי מתיישב עם עקרונות החוקים המופנים אליו.⁷⁵ במחקר שבדק את התערבותם של המחוקק ושל בג"ץ בסמכויותיהם של בתי הדין הדתיים בכלל ושל בתי הדין השרעיים בפרט מצא המחבר כי התערבות זו אמנם הצרה את המרחב האוטונומי של בתי הדין, אך לא ביטלה אותו ולא השפיעה עליו במידה ניכרת.⁷⁶

יצחק אנגלרד גורס כי מבחינה היסטורית, המטרה העיקרית של הפניית המשפט האזרחי אל הדין הדתי היא שמירה על אוטונומיה של העדות הדתיות בתחום של ענייני המעמד האישי. בכך התכוון המחוקק לקלוט את הדין הדתי ללא ביקורת ובלא להסדיר בעצמו את העניינים הכפופים לדין הדתי.⁷⁷ אנגלרד מוסיף וטוען כי גם אם חלו מאז שינויים חשובים בחקיקה הפנימית, עדיין נותרו תחומים ניכרים שבהם אין הסדר עצמאי מקביל של המחוקק.⁷⁸ לגישתו, במשטרים קולוניאליים הוכרה האפשרות העקרונית לפסול דין מקומי – לרוב דין דתי, אישי או שבטי – אם דין זה נראה בעיני בית המשפט הקולוניאלי כפוגע בעקרונות אוניברסליים מסוימים. במושבות רבות מילא עקרון תקנת הציבור הקולוניאלי שני תפקידים: מצד אחד, הוא שימש כמכשיר לפסילה ישירה של הוראות מקומיות בעלות אופי פוגע בעקרונות אוניברסליים; מצד אחר, הוא מילא תפקיד של שינוי הדרגתי של המשפט המקומי במטרה לקרבו למשפט של המעצמה הקולוניאלית.⁷⁹ האנגלים, בשונה מהצרפתים, נזהרו מלהתערב בסדרי המשפט הפנימיים במושבות, כך שבתקופת המנדט בארץ לא מילא המושג "תקנת הציבור" תפקיד חשוב בפסילת הוראות דתיות או מקומיות, ודבר התערבות זה הופיע ברמז בפסיקת בתי המשפט האזרחיים, במקרה של פגיעה בכללי הצדק הטבעי ובעקרונות צדק מהותיים.⁸⁰

73 זחאלקה, לעיל ה"ש 11.

74 בג"ץ 8906/04 פלונית נ' פלוני, פס' 12 לפסק הדין (פורסם בנבו, 20.7.2005).

75 ש.ם.

76 זחאלקה, לעיל ה"ש 11, בעמ' 36–40.

77 אנגלרד, לעיל ה"ש 71, בעמ' 37.

78 ש.ם.

79 ש.ם, בעמ' 38.

80 ש.ם, בעמ' 38–39.

אנגלרד הגיע למסקנה שאין לפסול בדרך שיפוטית את הדין הדתי על יסוד העיקרון הכללי והסתמי של תקנת הציבור. כל עוד נתונה סמכות שיפוט לבתי הדין הדתיים, יש להניח כי המחוקק לא התכוון לסייג את תחולת הדין הדתי על יסוד מבחן ביקורת כללי שאינו מוזכר במפורש, שתוכנו לא הוגדר ושהוא מסור לשיקול דעתו של השופט היושב בדין.⁸¹

המחוקק הישראלי, בשל אי-רצונו לפגוע באוטונומיה השיפוטית של העדות הדתיות, נמנע מלהסדיר באופן עצמאי עניינים שבסמכותם. ואולם, כאשר הוחלט להסדיר עניין מענייני המעמד האישי, הוא החליף את ההסדר הדתי בהסדר פנימי אזרחי. במילים אחרות, מדובר בהחלפת דין פרסונלי בדין טריטוריאלי אחיד. לכך מתייחס אנגלרד וקובע כי בתי הדין הדתיים רואים את עצמם, בראש ובראשונה, כמערכת שיפוט אוטונומית, ונאמנותם נתונה, מטבע הדברים, לדין הדתי שלפיו הם דנים. הדבר מציב גבולות ברורים לכוחה של המדינה לכפות על הדיינים הדתיים את חוקיה שלה, תוך כדי סטייה מהדינים הדתיים, מבחינתם. גר טדסקי התייחס לאפשרות של הטלת גזירות על בתי הדין, שיש בהן משום סתירת יסודותיו של הדין הדתי. לדבריו, התערבות ישירה זו של המחוקק הייתה גורמת שנאה, משום שנפשו של אדם סולדת מפני כפייה על המצפון הדתי, וסופה שהייתה נמצאת בלתי יעילה, שכן בתי הדין הדתיים היו מתמרדים נגדה.⁸²

בכל מקרה של הטלת חובה חוקית כזו על בית הדין הדתי תעמוד המדינה בפני קושי לוודא את ביצוע ההוראות החילוניות והגשמתן בבתי הדין הדתיים, כדי שגזירת המחוקק לא תישאר אות מתה. הלכה למעשה, פסיקת בג"ץ בסוגיה נשואת דיוננו – מינוי אישה בוררת על פי סעיף 130 לחוק המשפחה – נדחתה על ידי הציבור המוסלמי כולו. היו רק מקרים מועטים, לאחר פסיקת בג"ץ בעניין זה, שבהם התבקשו בתי הדין השרעיים למנות אישה בוררת. דבר זה מעיד כי החברה המוסלמית ממשיכה לנהוג בשמרנות ולקיים את הדין, כפי שפירשו אותו בתי הדין השרעיים, וחבריה מסרבים לקבל התערבות אזרחית בפרשנות זאת.

הדיון לעיל משפיע על מעמדם המשפטי של המוסלמים בישראל ועל ההכרה בבתי הדין השרעיים כמערכת אוטונומית, שהיא המבטאת את הרב-תרבותיות בישראל. סמי סמוחה טוען כי מצב משפטי זה הוא בגדר הכרח במצב החברתי הקיים במדינה. בלעדיו יעמיקו הקיטוב והשסעים הדתיים בין יהודים דתיים לחילונים ובין יהודים לבני העדות הדתיות האחרות ויסכנו את היציבות של החברה בישראל.⁸³

81 שם, בעמ' 41.

82 גר טדסקי "על בעית הנישואין במדינת ישראל" מחקרים במשפטנו הפרטי 199, 208-209 (מהדורה שנייה, 1958) – מאוזכר ומצוטט אצל אנגלרד, שם, בעמ' 44-45.

83 סמי סמוחה "שסעים מעמדיים, עדתיים ולאומיים ודמוקרטיה בישראל" החברה הישראלית: היבטים ביקורתיים 171, 191 (אורי רם עורך, 1993).

ה. גישה חלופית

אין צורך להכביר מילים על חשיבותו של עקרון השוויון בין המינים ועל הצורך לפעול נגד כל אפליה של אישה בהיותה אישה. השוויון בין אנשים, ללא הבדל בדת, גזע או מין, הוא עיקרון הזוכה להסכמה רחבה בקרב פוסקי הלכה מוסלמים מודרניים.⁸⁴ ואולם, קיימת חשיבות רבה להימנעות מפגיעה במעמדו של הדין הדתי ולצמצום רב ככל האפשר של כל התערבות בדין הדתי המהותי. בהקשר זה יש לבית הדין השרעי סמכות אינהרנטית לפרש את הדין הדתי, ועל מערכת המשפט האזרחית לסמוך את ידיה על בתי דין אלה, על מנת לשמר את המרחב האוטונומי שלהם. הסוגיה של מינוי אישה בוררת מצריכה אפוא מאמץ הלכתי מוסלמי ומשפטי אזרחי, כדי לאפשר פתרון אשר ישמר, מחד גיסא, את המרחב האוטונומי-דתי של בתי הדין השרעיים, ומאידך גיסא ימנע אפליית נשים במסגרת הליכים משפטיים בפני בתי הדין השרעיים.

פתרון לסוגיה זאת מגולם בדינים השרעיים עצמם, אשר מאפשרים, על ידי שימוש בכלי "תלפיק", לגזור הלכה חדשה בסוגיה המורכבת משני חלקים, כאשר בכל חלק מאמצים הלכה מאסכולה אחרת, ובכך נוצרת הלכה חדשה באותה סוגיה, שלא נפסקה על ידי חכמי הלכה קודמים.⁸⁵ במקרה זה מחברים את החלק של בוררות, אשר מבוסס על האסכולה המאלכית, עם החלק של מתן ייפוי כוח לבוררים לגרש אישה מבעלה, המקובל ברוב האסכולות ההלכתיות. כך יתאפשר מינוי אישה בוררת, כאשר הצדדים מסמיכים אותה לגרש אישה מבעלה. בכך משיגים את התוצאה שאנו מבקשים להגשים – מינוי אישה בוררת – מבלי להותיר נשים עגונות בשל סירוב הבעל לגירושין.

מנגנון הלכתי זה נקרא 'ח'רוג' אלא אל-אג'מאע" (יציאה אל הקונצנזוס ההלכתי), ופירושו ליצאת מהמחלוקות בין חכמי ההלכה בסוגיה מסוימת להלכה חדשה, המקובלת על מרבית חכמי ההלכה.

בפרקטיקה זאת השתמש בית הדין השרעי בטייבה, לאחר שבג"ץ חייב אותו למנות אישה בוררת. קאדי בית הדין השרעי בטייבה ביקש מהצדדים לייפות את כוחם של הבוררת והבורר לגרש את האישה מבעלה, ואלה אכן עשו זאת. דבר זה אפשר לבוררים להחליט על הפרדה בין בני הזוג בגירושין ולסיים את הסכסוך ביניהם.⁸⁶ למיטב הבנתי, פתרון זה יעמוד במבחן בג"ץ משום שבג"ץ עצמו השאיר ב"צריך עיון" מקרה מינוי מסוים אשר לכשעצמו יגורר פגיעה בדיני איסור והיתר לנישואין וגירושין.⁸⁷

84 איאד זחאלקה שריעה בעידן המודרני: ההלכה למיעוטים המוסלמיים (2014) 126.

85 אל-מוסועה אל-פקהיה וזארת אל-אוקאף ואלשאון ואלמקדסאת אל-אסלאמיה-אלכוויית פרק יג 286–293 (מהדורה שנייה, טבאעת ד'את אלסלאסל-אלכוויית, 1408ה, 1988).

86 תיק (אזורי טייבה) 317/2009, לעיל ה"ש 1, בעמ' 7.

87 בג"ץ 3856/11, לעיל ה"ש 5, פס' 29 לפסק הדין.

פרקטיקה זאת איננה זרה לבית הדין השרעי לערעורים, אשר גם בסוגיות אחרות שבהן הייתה סתירה בין הדין הדתי למשפט האזרחי, כגון בנושא משמורת ילדים, נהג לגשר בין הדין הדתי והמשפט האזרחי בפסיקתו. פרקטיקה זאת היא גם אחת מאבני היסוד של דוקטרינת ההלכה למיעוטים מוסלמים, אשר נעשה בה שימוש רחב ביחס למיעוטים המוסלמים במדינות המערביות, כדי לחדש בדין השרעי.

1. מינוי קאדית בבתי הדין השרעיים בישראל

בחירת קאדים לבתי הדין השרעיים נעשית לפי חוק הקאדים, התשכ"א-1961.⁸⁸ החוק בנוסחיו השונים לא כלל את המגדר של המועמדים בכישורים לכהונת קאדי, ולכן לא התייחס למינוי אישה לתפקיד, לא לחיוב ולא לשלילה. אם כן, כל עוד אין איסור למנות קאדית, משתמע מכך שמינויה מותר. ואולם, חכמי ההלכה המוסלמים חלוקים בסוגיית המגדר של הקאדי.⁸⁹ המחלוקת נובעת מהפרשנות הדתית השונה לפסוקי הקוראן והחדית' של כל אחת מארבע האסכולות האסלאמיות המרכזיות: השאפעית, החנבלית, המאלפית והחנפית. לא זו בלבד, אלא שאף בקרב חכמי ההלכה של כל אסכולה כשלעצמה נטושה מחלוקת.

מרבית האסכולות – המאלכית, השאפעית והחנבלית – וכן חכם ההלכה זופר, מבכירי האסכולה החנפית, פסקו כי אסור למנות אישה לתפקיד קאדי.⁹⁰ לדעתם, כהונתה של אישה המתמנה לתפקיד זה בטלה ולפסיקותיה אין תוקף משפטי מחייב.⁹¹ עניין זה נדון בפירוט בכתביהם של חכמי הלכה מוסמכים ומוערכים כגון אבן קודמה, האמאם אל-קראפי ואל-פירוז אבאדי.⁹² נוסף על האסכולות הסוניות, גם האסכולה הג'עפריית השיעית אוסרת לחלוטין על נשים לכהן בתפקידי שיפוט.

לעומת זאת, יש פוסקים המתירים ללא סייג למנות אישה לתפקיד קאדית. חכמי הלכה אלה סבורים כי המגדר אינו נכלל בתנאי הכשירות לשיפוט, ואכן חכם ההלכה האנדלוסי אבן חזם אל-ט'אהרי התיר למנות אישה לכל תפקיד שיפוט.⁹³ דעה דומה יוחסה לחכם ההלכה אבן

88 ס"ח 118. חוק נוסף בעניין מינוי קאדים הוא חוק בתי הדין השרעיים (אישור מינויים), התשי"ד-1953, ס"ח 43.

89 אל-מוסאוי עלי פאווי, חק אל-מרא'ה פי תולי מנצב אל-קאדי, אוניברסיטת בגדד.

90 אל-דסוקי מחמד ערפה חאשית אל-דסוקי כרך ד 129 (דאר אל-פכר, 2004).

91 ראו לעניין זה "בראית אל-מג'תהד" (531/2), "אל-מג'מוע" (127/20), "אל-מע'ני" (350/11).

92 להרחבה בנושא האמירות של הפוקהא ראו אל-ספיאני אבראהים בן עלי, חכם תולי אל-מרא'ה אלקצ'אא'.

93 אבן חזם עלי בן אחמד בן סעיד אל-מחלא כרך ט 492 (דאר אל-א'פאק אל-ג'דידה).

ג'ריר אל-טברי;⁹⁴ לדעתו, אם אישה יכולה לשמש מופתי, אפשר למנותה לקאדית, מכיוון שהמופתי מציג את פסק ההלכה המבוסס על ידע, על שיקול ועל הערכה, והקאדי שופט בהתאם להם. אם מינוי מופתי אינו מותנה במגדר (זכר), כך גם אין להתנות זאת במינוי קאדי.⁹⁵ ככלל, חכמי ההלכה המסכימים למינוי אישה לתפקיד קאדי מתבססים על הטענה שבקוראן או בסונה לא נאסר על אישה להתמנות לתפקיד שיפוטי. עם זאת ראוי לציין כי היו חכמי הלכה אשר הכחישו ייחוס עמדה זו לאל-טברי, וטענו שהוא התנגד למינוי אישה לתפקיד שיפוטי, למשל אבו בכר בן אל-ערבי⁹⁶ ואל-קרטיבי.⁹⁷

לעומת שתי הדעות, האוסרת והמתירה, סברו חכמי הלכה מהאסכולה החנפית ואבן קאסם מהאסכולה המאלכית⁹⁸ שמותר למנות אישה לתפקידים מסוימים בתחומים מוגדרים. כך למשל, הם התירו למנות אישה כשופטת בנושאים שבהם היא רשאית לשמש עדה, היינו בכל עניין, למעט חדוד (דיני עונשין) וקצאץ (דיני נפשות).⁹⁹

על פי דעה שונה של חכמי הלכה אחרים באסכולה החנפית, מינוי אישה לתפקיד שיפוטי אסור, אולם אם היא מונתה – פסיקתה מחייבת. חכמי הלכה אלה מסבירים שהשתייכות למגדר הגברי היא תנאי חובה בתנאי הכשירות של שופט, אולם הם נחלקו על תוקפו של פסק דין שפסקה אישה שופטת. הם פסקו כי אם מונתה אישה לתפקיד שיפוטי – פסיקתה בדיעבד מחייבת, אף שמינויה לשופטת אסור מלכתחילה, כל זאת בתנאי שפסיקתה מסתמכת על כללי השריעה ואיננה בתחום דיני העונשין או בדיני נפשות; בתחומים אלה אין היא רשאית לשפוט ואינה רשאית להעיד.¹⁰⁰

בישראל הגישו נשים, במשך שנים רבות, מועמדות לתפקיד קאדי, אך לא נבחרו. בשנת 2013 סוכם בין נשיא בית הדין השרעי לערעורים דאז ומנהל בתי הדין השרעיים דאז לבין שרת המשפטים דאז, ציפי לבני, לפעול למען מינוי אישה לתפקיד.¹⁰¹ כב' הקאדי עבד אל-חכים

94 אבי אל-פצ'ל שהאב אל-דין אל-סיד מחמוד אל-לוסי אל-בגדאדי, תצחית מחמוד שכרי אל-לוסי אל-בגדאדי רוח אל-מעאני פי תפסיר אל-קראן אל-עטיים ואל-סבע אל-מת'אני כרך יט 189 (2009).

95 אל פאוזי, לעיל ה"ש 89.

96 אבן אל-ערבי, אבו בכר בן מחמד בן עבד אללה אחכאם אל-קראן כרך ג 457 (דאר אל-פכר, 2003).

97 אל-קרטיבי מחמד בן אחמד אל-א'נצארי תפסיר כרך ב 120 (דאר אל-שעב, 1935).

98 אבן חזם, לעיל ה"ש 93.

99 האמאם אבו חסן אל-מאורדי אל-אחכאם אלסלטאניה (1989); אבן חג'יר פתח אל-בארי (1959); אל כמאל אבן המאם שרח פתח אל-קדיר, וכן חכם ההלכה אבן קדאמה (לעיל ה"ש 33) וחכם ההלכה אל-כאסאני. ראו גם אל-ספיאני, לעיל ה"ש 92.

100 כך סברו חכם ההלכה אבן נג'ים וחכם ההלכה אל-חצכפי בספריו אל-דר אל-מח'תאר (2002) ומג'מע אל-אנהר.

101 ראדה חסייסי מינוי קאדיות בבתי דין שרעיים רקע ותמונת המצב בכמה מדינות 5 (הכנסת, מרכז מחקר ומידע, 2015).

סמארה, אשר מונה כנשיא בפועל של בית הדין השרעי לערעורים בחודש ינואר 2016, והיום מכהן כנשיא בית הדין השרעי לערעורים, ראה כי בהלכה המוסלמית קיימות דעות הלכתיות המתירות למנות אישה לתפקיד שיפוטי, וזאת במיוחד באסכולה החנפית, המחייבת את בתי הדין השרעיים. לפיכך הסכים כב' הקאדי סמארה למנות אישה כקאדית. עמדתו זאת אפשרה לחברי ועדת המינויים לשקול בחיוב מינוי אישה לתפקיד קאדית.

הוועדה למינוי קאדים שרעים, בראשות שרת המשפטים איילת שקד, בחרה באפריל 2017, לראשונה בישראל, אישה לתפקיד קאדית. הקאדית שנבחרה היא הנא ח'טיב, עורכת דין שהתמחתה בדיני אישות ובדין השרעי.¹⁰² ב-15 במאי 2017 נערך בבית הנשיא טקס השבעת קאדים חדשים, ובמעמד היסטורי זה הושבעה לראשונה אישה לתפקיד קאדית.¹⁰³ מינוי אישה לתפקיד קאדית אינו מינוי שגרתי של קאדי בבתי הדין השרעיים. ללא כל קשר לזהות האישה שהתמנתה לתפקיד, המינוי משדר מסר שהשריעה וההלכה המוסלמית הן מערכת משפט מתקדמת ונאורה, והמגוון ההלכתי שבה מאפשר להתמודד היטב עם הנסיבות השונות כדי להגשים את טובת הציבור. המהלך משקף תפיסת עולם הלכתית פתוחה של הנהגת בתי הדין השרעיים בבואה להתמודד עם ההווה על אתגריו. הוא אף מצביע על השינוי בעמדות של החברה המוסלמית בישראל; למרות הסערה שקמה בעקבות המינוי, ועל אף התנגדותם של הגורמים הנזכרים, רבים בציבור זה האמינו שהמהלך נכון מבחינה דתית ומבחינה חברתית ואף קיבלו אותו. אין ספק כי המינוי הוא מהלך היסטורי, ומערכת המשפט השרעית בישראל מובילה בעניין זה בשורה אחת עם בתי דין שרעיים במדינות אחרות בעולם המוסלמי וברשות הפלסטינית השכנה.

ז. סיכום

סעיף 130 לחוק המשפחה העות'מאני קובע באופן ברור ביותר כי החלטת הבוררים או הבורר השלישי תהיה סופית. הסעיף אינו מכפיף בשום אופן את החלטת הבוררים לסמכות הקאדי, לקבל את פסיקת הבוררים, לדחותה או לשנותה. לקאדי יש סמכות אינהרנטית שלא לאשר את פסק הבוררות כאשר מתברר לו כי יש פסול היורד לשורש פסיקת הבוררים, כגון מרמה או פסיקה בניגוד לדיני השריעה. במקרה זה, הקאדי מוסמך להחזיר לבוררים את הסמכות להשלים את פסיקתם או לעיין בה מחדש, או להדיח את הבוררים ולמנות אחרים תחתם.

102 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

103 ראו חדשות הנשיא "לראשונה מינוי קאדית בבית הדין השרעי" לשכת העיתונות הממשלתית www.goo.gl/vcvWR9 16.5.2017

פרשנות זאת מעוגנת בספרות ההלכתית המוסלמית, אשר למרות המחלוקת בין חכמי ההלכה באשר לתנאי כשירות הבוררים, תפקידם וסמכויותיהם, מעניקה להם את הסמכות לפסוק הפרדה וגירושין וכן ביחס לזכויות הממוניות, בין אם באופן ישיר כשופטים, ובין אם כמיופי כוח של הצדדים לאחר הסמכתם לכך על ידיהם.

גם המשמעות המתבקשת מפסיקת בית הדין השרעי לערעורים בעניין זה היא שהבוררים הם בעלי תפקיד שיפוטי, אשר הוענקה להם סמכות לפסוק בסכסוך בין בני הזוג. פסיקה זאת אינה עולה בקנה אחד עם הדעה שהבוררים הם מיופי כוח מטעם הצדדים, או שהסמכות אשר הוקנתה להם היא על תנאי ותלויה בכך שהקאדי יאשר את פסיקתם.

הניתוח ההלכתי לעיל, וגם ניתוח הפסיקה האחרונה של בית הדין השרעי לערעורים, מעלה כי שני החריגים של חוק שיווי זכויות האישה חלים במקרה של מינוי בוררים מכוח סעיף 130 לחוק זכויות המשפחה. הטעם לכך הוא שהבוררים ממלאים תפקיד שיפוטי דתי כאשר נמסרה להם הסמכות לפסוק שלום בית או לפסוק הפרדה בגירושין בין בני הזוג, וכן לפסוק בנושא המוהר. הם גם פוסקים כסמכות שיפוטית בדין המהותי בנושא הגירושין, ופסיקתם אינה אך מעשה פרוצדורלי.

התערבות המחוקק בדינים הדתיים באמצעות חקיקה מתערבת, הקובעת הסדרים אזרחיים טריטוריאליים בסוגיות הנתונות לסמכותן ולאחריותן של מערכות השיפוט הדתיות, וכן פסיקה אקטיבית של בג"ץ המתערבת בפסיקת בתי הדין הדתיים, עלולות להשפיע על השיטה המשפטית הפלורליסטית בישראל ולהצעידיה לקראת שיטת משפט בלבדית, המנציחה את משפט המדינה לבדו על חשבון הדין הדתי ועל חשבון הפלורליזם המשפטי.

מלאכת האיזון בין שני הקטבים של שיטת המשפט הישראלי מחייבת רגישות מיוחדת. מחד גיסא, עקרון הפלורליזם המשפטי הינו אחת מאבני היסוד של שיטת המשפט הישראלית, והוא מוביל להפחתת המתח בין קבוצות דתיות או תרבותיות שונות לבין משפט המדינה. עיקרון זה גם מביא להרמוניה בין הזהויות השונות של בתי הדין השרעיים, כמערכת שיפוט דתית מוסלמית וכמערכת משפטית ישראלית. מאידך גיסא, הגישה המרחיבה את הפרשנות המשפטית של עקרונות משפטיים אזרחיים, כגון שיווי זכויות נשים, והחלתם באופן מעמיק ביחס לבתי הדין השרעיים, גורמת לצמצום המרחב האוטונומי שלהם ולהגמוניה של המשפט האזרחי על הדין הדתי, וכן להגשמה של נורמות אזרחיות הנגזרות מאופייה של המדינה כיהודית דמוקרטית.