

בפרט ובכלל

• על יהדות, ריבונות וזכויות אדם •

גיליון 1 | דצמבר 2015 • טבת תשע"ו

עורכים

חנוך דגן | שחר ליכשיץ | ידידיה צ' שטרן



איילת הופמן ליבזון • עדיאל זימרון • גתית לוי כץ • תומר שדמי
שי שטרן • יוסף שרעבי



המכון הישראלי
לדמוקרטיה

Judaism, Sovereignty and Human Rights, Vol. 1

Edited by Hanoach Dagan, Shahr Lifshitz, and Yedidia Z. Stern

עריכת הטקסט: יהושע גרינברג

עיצוב הסדרה והעטיפה: סטודיו דוב אברמסון

סדר: בניצי בינדר

הדפסה: דפוס איילון

התצלום על העטיפה: Hemo Kerem, Flickr.com

מסת"ב 978-965-519-179-0 ISBN

אין לשכפל, להעתיק, לצלם, להקליט, לתרגם, לאחסן במאגר ידע, לשדר או לקלוט בכל דרך או אמצעי אלקטרוני, אופטי או מכני או אחר – כל חלק שהוא מהחומר בספר זה. שימוש מסחרי מכל סוג שהוא בחומר הכלול בספר זה אסור בהחלט אלא ברשות מפורשת בכתב מהמוציא לאור.

© כל הזכויות שמורות למכון הישראלי לדמוקרטיה (ע"ד), תשע"ו

נדפס בישראל, 2015

המכון הישראלי לדמוקרטיה

רח' פינסק 4, ת"ד 4702, ירושלים 9104602

טל': 5300888-02

אתר האינטרנט: www.idi.org.il

להזמנת ספרים:

החנות המקוונת: <http://tinyurl.com/idi-store>

דוא"ל: orders@idi.org.il

טל': 5300800-02; פקס: 5300867-02

כל פרסומי המכון ניתנים להורדה חנם, במלואם או בחלקם, מאתר האינטרנט.

בְּצֵלָהּ שֶׁל בְּגִ"עַן

זכויות אדם בבתי הדין הרבניים

יוסף שרעבי

מבוא

לבתי הדין הרבניים נתונה סמכות ייחודית בענייני הנישואין והגירושין של היהודים בישראל.¹ הדין שלפיו דנים בתי הדין הרבניים בעניינים אלה הוא דין תורה² כהגדרתו בקרב הציבור שומר ההלכה.³ היוזקותו המחויבת על פי דין של כלל הציבור היהודי בישראל לסמכותם של בתי הדין היא מצע למחלוקת מתמשכת בין שתי תפיסות עולם, קוטביות לפעמים. מן הצד האחד תפיסה חילונית ליברלית שבית המשפט האזרחי הוא אחד מדובריה, ומן הצד האחר תפיסה דתית, שמרנית ביסודה, שלפיה בתי הדין רואים עצמם שומרי הסף של ערכי

1 סעיף 1 בחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג-1953, ס"ח 134.

2 שם, סעיף 2.

3 לא נקטתי את הביטוי "ציבור דתי" משום שזו הגדרה סוציולוגית הנתונה לפירושים שונים. גם מסורתיים, שאינם מחויבים להלכה באותו אופן, עשויים לקבל הגדרה זו מבחינה עקרונית. ראו לדוגמה מאיר בוזגלו "המסורתי החדש וההלכה – פנומנולוגיה" התחדשות ומסורת: יצירה, הנהגה ותהליכי תרבות ביהדות צפון-אפריקה 187 (משה אורפלי ואפרים חזן עורכים, תשס"ה). ההגדרה "ציבור שומר הלכה" מדויקת יותר בהקשר זה.

המשפחה בישראל, באמצעות ההלכה. מכיוון שבית המשפט העליון רואה עצמו כמגן על זכויות האדם ומכיוון שהמעשה השיפוטי בכלל, ובדיני משפחה בפרט, נוגע כמעט תמיד בזכויות אדם, מחלוקת זו הופכת תדירה ומתמשכת.

במאמר זה אתאר ואתח את התמודדות בתי הדין הרבניים בפסיקתם עם הקטבים הללו כיצד רואים הם את המחלוקת הנזכרת ובעקבות כך את אפשרות שימור ערכי המשפחה היהודיים בתוך מציאות חברתית ומשפטית שהערכים המובילים בה הם חילוניים וליברליים.

אציג שלוש גישות שונות של התמודדות בסוגיה זו באמצעות ניתוח פסקי דין של בתי הדין הרבניים, הדנים באופן ישיר ועקיף במעמדן של זכויות אדם שונות. זכויות אלו הן בין היתר הזכות לשוויון, הזכות להתגרש, הזכות לפרטיות, זכות הקניין והזכות לחופש התנועה. הן נדונות אל מול ערכי המשפחה⁴ כפי שהם באים לידי ביטוי בהלכה, לפי פרשנותם של בתי הדין הרבניים.

הגישה הראשונה אשר בה אדון היא גישה של עימות. גישה זו מעמידה במוצהר תפיסת עולם החולקת על תפיסת העולם הליברלית ועל שיח הזכויות ומתחרה בהם,

4 אפשר שהבחנה המוצעת בין שלוש גישות שונות (עימות, הכלה והפרדה) בניואנסים שונים עשויה להיות אב טיפוס של דרכי התמודדות במפגשי עימות בין מסורות משפטיות חולקות או בין תמורות תרבויות ומדעיות. כך לדוגמה מתאר אלימלך וסטרייך ("רפואה ומדעי-הטבע בפסיקת בתי הדין הרבניים" משפטים כו 425 [תשנ"ו]) שלוש גישות שונות בקרב הדיינים באשר לשימוש באמצעים גנטיים לקביעת אבהות, שהושפעו לטענתו מגישתם למדע המודרני: גישה מקבלת, גישה מתנכרת וגישה פרגמטית. אלא שבשונה מסוגיות אחרות, שבהן הדבר נתון יותר לבחירה וקשור למסגרת שיקולים הלכתית פנימית, נושא זכויות האדם מחייב את בתי הדין לנקוט עמדה ערכית והלכתית אל מול מערכת משפטית חיצונית הנכונה להתערב בכל עת ואף לכפות את תפיסתה. לעורכי הדין ולבעלי הדין העושים שימוש בשיח הזכויות יש ודאי חלק בכך, מתוך שאיפה טבעית למיצוי זכויותיהם ואולי אף מתוך רצון לאלץ את בית הדין להתמודד עם טענות של הפרת זכויות אדם כהכנה לתקיפת פסיקתם בבג"ץ.

5 הדיון במאמר זה מתמקד בערכי המשפחה, שבהם עיקר פסיקתם של בתי הדין הרבניים. עם זאת, בבתי הדין נדונו גם מקרים של התנגשות בין זכויות יסוד לערכים אחרים. ראו לדוגמה ערעור (גדול) 13-002793529-1 (4.4.2005), אשר בו נדונה בהרחבה נוסחת האיזון בין פגיעה בחופש העיסוק של עורך דין וחופש התקשורת של הפרט עם עורך דין לבין ערך שמירת אמון הציבור במערכת המשפטית וערך עליונות השפיטה, המגולמים בסעיף 19א(1) בחוק הדיינים, תשט"ו-1955, ובסעיף 53 לחוק לשכת עורכי הדין, תשכ"א-1961. בנושא אחר, בתיק (אזורי נתניה) 2-42-8896 (30.3.2008), הורה בית הדין הרבני לא לערוך בדיקה העלולה לפגוע בכבוד הנבדק, תוך הסתייעות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (בפסק הדין נדונה בדיקה פסיכיאטרית לבדיקת כשירותו של יורש לנהל את ענייניו לפי בקשת בא כוח האפוטרופוס הכללי לשם שחרור האפוטרופוס המטפל בעיזבון המוריש). השוו גם המובא להלן בה"ש 165.

ושואפת להשליטה בחברה הישראלית; הגישה השנייה היא גישה של הכלה והשתתפות. גישה זו רואה את עצמה בת שיח של המשפט הכללי. היא נכונה אף לקלוט אל תוכה באמצעות מנגנונים פנימיים עקרונית מן המשפט הכללי המבטאים לדידה מענה ראוי למציאות המודרנית. כך למשל בנוגע לערך השוויון בין נשים לגברים או בנוגע לצמצום ההגבלות על החופש להתגרש; הגישה השלישית היא גישה של השלמה והפרדה. גישה זו משלימה באופן עקרוני עם תחום תחולה צר יחסית של ההלכה בענייני נישואין וגירושין ונמנעת במודע מהרחבת הסמכות השיפוטית למצב של פגיעה עמוקה מדי בזכויות אדם ככל שהדבר אינו הכרחי לקיום הגרעין הבסיסי של דיני הגירושין והנישואין.

שתי הגישות הראשונות מושפעות ומובלות בידי שני דיינים שהיו עד לפרישתם לאחרונה מוותיקי הדיינים: הרבנים אברהם שרמן ושלמה דיכובסקי, שהיו בני פלוגתא במשך עשרות שנים בנושאי יסוד רבים הנמצאים בסמכות השיפוט של בתי הדין הרבניים. אף שבדוגמאות שאנתח יוזכרו שמותיהם של רבים אחרים, מטבע הדברים, שני הדיינים הנזכרים יבלטו ויאזכרו יותר מאחרים. תופעה זו, של שופטים מתווי דרך שיפוטית המחלחלת לכלל המערכת, אינה זרה למערכות משפט אחרות ועל כן אין להמעיט ממשקל גישותיהם של הרבנים שרמן ודיכובסקי בקרב דייני בתי הדין.

במאמרי אדון בשלוש הגישות הנזכרות בשני מישורים. הראשון והמרכזי הוא המישור הפנים-הלכתי. אתמקד בו בבירור מקורותיה של כל גישה, הניעותיה ותכליותיה; השני, מישור כללי יותר, חוץ-הלכתי, אשר בו אבחן את היחס לפסיקת בתי הדין הרבניים, בעיקר מנקודות מבטן של מערכת המשפט האזרחית ושל החברה הישראלית.

הדיון במאמר זה עשוי להיות חלק מבחינה נורמטיבית של השאלה איזו מבין שלוש הגישות מבטאת את האיזון הראוי ביותר בין ערכיה היסודיים של מדינת ישראל (התשובה המיידית, המתבקשת לכאורה, שזו הגישה השנייה, אינה פשוטה כלל ועיקר. אין זה ברור אם יש תשובה אחת נכונה) והאם יש צורך או האם אפשר לגבש גישה אחרת שתבטא טוב יותר ערכים אלו.

מובלעת דתית בשיטת משפט חילונית ומודרנית

למעמדם ולתפקודם של בתי הדין הרבניים במדינת ישראל מאפיינים מיוחדים, שכן בתי הדין פוסקים "הלכה דתית" לבעלי דין שרובם חילונים ושקרוב לוודאי רובם לא היו מקבלים על עצמם את הסמכות ההלכתית אלמלא היה החוק הישראלי מחייבם לעשות כן. שונה הדבר מפסיקה הלכתית בקהילה דתית אשר בה הפונה אל הרב או אל הדיין מקבל ברצון ומראש את סמכותו.

הפסיקה הדתית אינה מעוררת כל קושי בחייו הפרטיים של האזרח החילוני, שכן בתחום הפרטי מי שאינו מעוניין לנהל את אורח חייו לפי ההלכה אינו נזקק לסמכות

ההלכתית וממילא אין לה כל השפעה עליו. גם בתחום הציבורי הפסיקה הרבנית המועטה אינה מפריעה כמעט ליחיד בחייו הפרטיים. התחום היחיד אשר בו הפסיקה מתערבת באופן כופה בחיי היחיד הוא תחום הנישואין והגירושין.

אך אין מדובר רק בשאלה של קבלת הסמכות מצד בעלי הדין אלא גם בהתלבטות לא פשוטה מצד הדיינים, הנדרשים להורות לאדם לנהוג בניגוד לאמונתו ולהשקפת עולמו. לא זו בלבד אלא שבתי הדין פועלים בזיקה לחוק החילוני ולבתי המשפט ולא רק כלפי המתדיינים. בספר החוקים הישראלי ישנן הוראות חוק המחייבות את בתי הדין ואף כאלה המכוונות לבתי הדין ישירות, כנזכר להלן, ולמעשה, פסיקתם נמצאת במתח מתמיד מול פסיקת בית המשפט העליון וערכיו, שלאורך השנים צמצם וקיצץ בסמכויות בית הדין הרבני⁶ בשל הפערים הגדולים בתפיסות העולם ובנקודות המוצא השונות של שתי הערכאות.

המציאות היא אפוא שבתי הדין פועלים בסביבה לעומתית הן מבחינה משפטית הן מבחינה חברתית ותרבותית.⁷

פסיקה הלכתית במציאות מודרנית

רוב הדיינים מודעים במידה זו או אחרת לסביבה החברתית אשר בה הם פועלים⁸: מדינה יהודית חילונית וליברלית,⁹ ומכירים במגבלות יכולתם להתערב באופן ממשי בחירויות הפרט, ובמיוחד בחופש מדת, על אף רצונם להגשים את ערכי המשפחה היהודיים ולשמור על מוסד הנישואין מפני שחיקה והתפוררות.

6 ראו אריאל רוזן צבי דיני המשפחה בישראל: בין קודש לחול 93-99 (תש"ן); פנחס שיפמן "בתי הדין הרבניים – לאן?" משפט וממשל ב 523 (תשנ"ה); הרב שלמה דיכובסקי "בתי הדין ובתי המשפט – תחומי חיכוך" תחומין כד 51 (תשס"ד); הנ"ל, "בתי הדין הרבניים ובתי המשפט האזרחיים: הרהורים על תחומי החיכוך שביניהם בענייני משפחה" מאזני משפט 4, 261, 270-271 (תשס"ה).

7 ראו אריאל רוזן צבי "בתי הדין הרבניים, ההלכה והציבור: גשר צר מאד" דת, ליברליזם, משפחה וחברה: אסופת מאמרים 143, 147-149 (אריאל פורת עורך, תשס"א) [מופיע גם אצל אריאל רוזן צבי "בתי הדין הרבניים, ההלכה והציבור: גשר צר מאד" משפט וממשל ג 173 (תשנ"ה)]; הנ"ל, לעיל ה"ש 6, בעמ' 282-292.

8 אפשר למצוא ביטוי למודעות זו גם בפסקי הדין. ראו לדוגמה תיק (אזורי רחובות) 2-4177-2009 (20.4.2009): "אמנם אנו חיים בתקופה שחלק גדול לא שולט ביצרו והולך אחר מראות עיניו ובוגד באשתו תוך תקופת הנישואים", בניגוד להשקפת בית הדין עצמו בנוגע לנישואין: "בני זוג הנישאים זה לזה, בעת הנישואים הם כורתים ברית ביניהם שיחיו זה עם זה בשלום בשלוה ובאהוה כל ימי חייהם, וזו דרך החיים שהנחילה היהדות לבניה בכל הדורות. ועל כך חונכו אבותינו ואנו". דוגמה נוספת נמצאת בדברי הרב הלוי, בתיק (אזורי ת"א), 1-21-037549946 (11.6.2006, לא פורסם): "ובית הדין אף הוא בתוך עמו הוא יושב, ויודע ומכיר מצב הדור וחולשותיו".

9 פרופ' אריאל רוזן צבי המנוח עסק רבות בסוגיות אלו. ראו בעיקר אריאל רוזן צבי "ההלכה והמציאות החילונית" אסופת מאמרים, לעיל ה"ש 7, בעמ' 89-142; הנ"ל, "גשר צר", לעיל ה"ש 7. בסעיף זה אבקש להתייחס לנקודות ולדוגמאות נוספות ולהציע כיווני מחשבה שונים.

הפערים בין התפיסה ההלכתית המקובלת לבין התפיסות הדומיננטיות בחברה הישראלית מעלים שאלות יסודיות ורחבות שעסקו בהן בעבר. אינני מתכוון לעסוק בכולן במסגרת מאמר זה אף שהן קשורות קשר בל יינתק לנושא. כך למשל בהתמודדות הפסיקה ההלכתית עם שאלות מודרניות הקשורות ביחס בין דת למדינה או בשאלת הכפייה הדתית, וכן בתחום המשפט: שאלת היחס בין משפט לערכים ותפיסות עולם, שאלת מאבק הסמכויות או שאלת אמון הציבור במערכת השפיטה של בתי הדין הרבניים. גם שאלות פנים-הלכתיות כמו כישורי הדיין וחובתו להיות מעורב עם הבריות קשורות בסוגיה זו. כוונתי היא להתמקד בנקודת המבט של בתי הדין ובפתרונות שנקטו כדי להתמודד עם המציאות הלעומתית המיוחדת העולה מן המפגש בין דיני הנישואין והגירושין לבין זכויות האדם, וכן ביחסו של בית המשפט העליון לפתרונות אלו.

ערכי המשפחה

ראשיתה של המציאות אשר בה בתי הדין פועלים בסביבה לעומתית, כנזכר לעיל, נעוצה בתפיסת המשפחה וערכיה לפי ההלכה, השונה לגמרי מהתפיסה החילונית הליברלית. ערכיה של האחרונה מבוססים על האוטונומיה של הפרט. היחיד נמצא במרכז ההווה, ואין לפגוע בחירותו לבחור לחיות את חייו בכל דרך שיחפוץ אם אין לפגיעה הזאת הצדקה כבדת משקל. התוצאה של תפיסה זו בדיני הנישואין והגירושין היא שהחל בשנות השבעים של המאה הקודמת התחוללה רפורמה משפטית בתחום זה כמעט בכל מדינות המערב, שנטשו את משטר הגירושין מבוסס האשם ועברו למשטר גירושין ללא אשם, וחלקן אף למשטר גירושין לפי דרישה.¹⁰ כל בן זוג יכול לבחור לפרק את קשר הנישואין ללא כל סיבה מיוחדת מלבד רצונו לסיים את הקשר. התא המשפחתי אינו מקודש עוד, ואין כמעט כל הצדקה להטיל הגבלות משפטיות כדי לשמר.

ההלכה כפי שהתעצבה לאורך השנים אינה מאפשרת גירושין חד-צדדיים ללא עילה מוצדקת. רצונו של היחיד לסיים את קשר הנישואין אינו יכול לעמוד בפני עצמו, וההלכה דורשת ממנו להתאמץ לשמר את קשר הנישואין ומגבילה את חופש הגירושין שלו, שכן יש לנישואין ולמשפחה תכלית ויעוד בקיום העולם. שלמות המשפחה וחשיבות קשר הנישואין הן ערכים שחז"ל וחכמי ההלכה לא נלאו מלהאדירם ולהציגם כחלק מהערכים החשובים ביותר בעיניהם.

10 לסקירה מקיפה של תהליכים אלה ולדיון בהם ראו שחר ליפשיץ "ברצוני להתגרש ומייד: על ההסדרה האזרחית של הגירושין" עיוני משפט כח 671, 678-700 (תשס"ה); MARY ANN GLENDON, THE TRANSFORMATION OF FAMILY LAW: STATE, LAW AND FAMILY IN THE UNITED STATES AND WESTERN EUROPE 148-196 (1989)

חקיקה מבוססת זכויות אדם המכוונת לבתי הדין הרבניים

על אף האמור לעיל באשר לדין התורה שלפיו דנים בתי הדין הרבניים בענייני נישואין וגירושין, בספר החוקים הישראלי¹¹ ישנם חוקים המופנים לבתי הדין.¹² חלקם, מעצם הגדרת בתי הדין כערכאה שיפוטית, וחלקם בשל עיסוקם בנושאים הנמצאים בסמכות ייחודית של בתי הדין הרבניים. בין חוקים אלה ישנם כאלה המבטאים באופן מפורש ערכים ליברליים כגון שוויון, כבוד וחירות, וכולם צריכים להתפרש ברוח חוקי וערכי היסוד של השיטה המשפטית הישראלית.

החוק הוותיק ביותר בהקשר זה הוא חוק שיווי זכויות האישה,¹³ המכוון גם לבתי הדין הדתיים,¹⁴ ואשר הביא לתחילתו של תהליך שתכליתו השוואת זכויותיה הרכושיות של האישה הנשואה לאלה של הבעל אף בבית הדין הרבני, בשונה מן הדין הדתי, בעיקר בכל הנוגע לשליטה בנכסי האישה קודם הנישואין.¹⁵

עם השנים הופנו לבית הדין הרבני דברי חקיקה נוספים והוראות מחייבות של בית המשפט העליון שעניינם שוויון וזכויות אדם נוספות שבית הדין חייב להתחשב בהם במסגרת שיקולו כך בנוגע לחזקת השיתוף, לחוק יחסי ממון ולתחולת חוקי היסוד בבתי הדין הרבניים.¹⁶

בסוגיה עקרונית זו חלוקות שתי מערכות השיפוט. מנקודת מבטו של בית המשפט העליון, מקור סמכותם של בתי הדין הרבניים הוא החוק הישראלי, ועל כן עמדתו היא שחוקי היסוד אף הם מחייבים את בתי הדין.¹⁷

-
- 11 על מחויבותו הכללית של בית הדין לעקרונות היסוד של השיטה המשפטית בישראל ראו פנחס שיפמן דיני משפחה בישראל כרך א 30-32, 42-43 (מהדורה שנייה, תשנ"ה); רוזן צבי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 84-92, 300-312.
 - 12 ראו מנחם אלון המשפט העברי: תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו כרך ג 1479-1484 (מהדורה שלישית, מורחבת ומתוקנת, תשמ"ח); רוזן צבי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 84-92.
 - 13 חוק שיווי זכויות האישה, תשי"א-1951, ס"ח 82. על חיקוקו של חוק זה, על השינויים בו ועל קליטתו בבתי הדין הרבניים ראו אלון, לעיל ה"ש 12, בעמ' 1389-1392, 1480-1481, 1515-1519; בן ציון שרשבסקי דיני משפחה 222-231 (מהדורה רביעית מורחבת, תשנ"ג).
 - 14 ראו סעיף 7(ב) לחוק, לעיל ה"ש 1.
 - 15 ראו אריאל רוזן צבי יחסי ממון בין בני זוג 134-148 (תשמ"ב); הנ"ל, לעיל ה"ש 6, בעמ' 144-145. השוו שרשבסקי, לעיל ה"ש 13, בעמ' 222-231. ראו עוד להלן, ליד ה"ש 81.
 - 16 ראו הדיון להלן בעניין תחולת חוקי היסוד בדיני הגירושין.
 - 17 ראו הדיון להלן בעניין תחולת חוקי היסוד בדיני הגירושין וכן הדיון להלן, "בין בית המשפט העליון לבתי הדין הרבניים: מבט חוז'".

ההתמודדות ההלכתית עם הקונפליקט המובנה בשיטה המשפטית

רוב הדיינים, המודעים לפערי התפיסות בין ההלכה לערכים הליברליים החילוניים במידה כזאת או אחרת, פיתחו בפסיקותיהם דרכים שונות להתמודד עם פערים אלו.

אריאל רוזן צבי¹⁸ תיאר במחקריו שני אבות טיפוס בגישות בתי הדין הרבניים: גישה ייחודית או מסתגרת מול גישה כלל ישראלית. חלוקה זו מזכירה את ההבחנה הגסה בין התפיסה החרדית המחמירה והמסתגרת לבין תפיסתה של הציונות הדתית בנוגע לסוגיות חברתיות ולסוגיות של יחסי דת ומדינה. פנחס שיפמן¹⁹ עסק אף הוא בסוגיה זו, ואף הוא כרוזן צבי הציג עמדה ביקורתית בדרך כלל, התומכת בגישה המאמצת באופן מרבי את החוק הישראלי ואת ערכי החברה החילונית המודרנית.

אני סבור שהגם ששמרנות ויראת הוראה מאפיינות במידה רבה את פסיקתם של דיינים רבים, הגישה הייחודית או המסתגרת שהגדיר רוזן צבי וביקר באופן חריף, כמעט אינה קיימת עוד, בוודאי לא גישה הגורסת ש"אין אנו אחראין עליהם"²⁰ כפי שתיאר רוזן צבי²¹ על פי ניסוחו של הרב משה פיינשטיין.

יחיאל קפלן²² עסק בכמה מאמרים במעמדם של חוקי היסוד בבתי הדין הרבניים. הוא התמקד בניחות שתי דוגמאות: אכיפת פסקי דין של גירושין והיחס לזכות לפרטיות. טענתו העיקרית בנוגע לנושא הראשון היא שבית הדין יכול וצריך לאזן בין הדרישות ההלכתיות לבין חוק היסוד: כבוד אדם וחירותו, שכן הדבר תואם את עמדת ההלכה. בנושא הפרטיות הוא מבקר את בתי הדין על כך שזכות זו אינה מקבלת את היחס הראוי

18 רוזן צבי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 283-290; הנ"ל, "גשר צר" לעיל ה"ש 7; הנ"ל, "המציאות החילונית", לעיל ה"ש 9.

19 ראו פנחס שיפמן שפה אחת ודברים אחדים: עיונים במשפט, הלכה וחברה 115-142 (תשע"ב). כן ראו הנ"ל, לעיל ה"ש 11, כך א, בעמ' 421-439, בעניין המדיניות הרצויה בקביעת הזכות לגירושין. וכן ראו דברי הנ"ל, שפה אחת (לעיל), בעמ' 207-235, בנוגע לתמיכה במיסוד הנישואין האזרחיים בחוק הישראלי.

20 הרב משה פיינשטיין שו"ת אגרות משה, יורה דעה, חלק שני, סימן מה.

21 רוזן צבי, לעיל ה"ש 9, בעמ' 116.

22 יחיאל קפלן "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו בבית הדין הרבני: איוון בין ערכים יהודיים מתנגשים וזכויות אדם מתנגשות" קרית המשפט ח 145 (תשס"ט). ראו גם במאמר מוקדם יותר שלו, שבו הוא דן רק בנושא של אכיפת פסקי דין לגירושין, הנ"ל "מגמה חדשה בנוגע לקיום פסקי-דין של גירושין: שיקולי מדיניות לאור עקרונות המשפט העברי וחוקי היסוד" מחקרי משפט כא 609 (תשס"ה). ראו גם הנ"ל "דיני המשפחה בעידן של מדיניות חדשה מחקיקה שיפוטית לחקיקה שהיא מלאכת מחשבת" דין ודברים 6 259 (תשע"א).

לה לפי ההלכה בפסקי הדין. בשני הנושאים מגמתו היא ביסוס והוכחה של הטיעון שההלכה יכולה וצריכה להגן על הזכויות ולכן על בית הדין לאמצן. אין הוא עורך הבחנה בין הגישות השונות בפסיקת בתי הדין, הוא ממעט לעסוק בנקודת המבט הפנימית של בתי הדין אף על פי שהוא דן במקורות הלכתיים קלאסיים, ואין הוא עוסק בזכויות אדם נוספות הנדונות בבתי הדין הרבניים.

מטרתו במאמר זה היא לנתח את הגישות העקרוניות השונות הקיימות כיום – בעיקר בשני העשורים האחרונים,²³ בקרב דייני בתי הדין הרבניים – כפי שהן באות לידי ביטוי בפסקי הדין הרבניים, במיוחד אלה שנכתבו בידי דיינים המזוהים עם החברה החרדית. אבקש להגדיר, לנתח את מאפייניהן השונים, להציג את ההבדלים ביניהן ולהצביע על יתרונותיהן וחסרונותיהן של כל גישה.

הגישה הראשונה: עימות

הגישה הראשונה היא גישת העימות.²⁴ גישה זו חדה וברורה לכאורה. היא מעמידה שתי תפיסות עולם סדורות זו מול זו תוך הגדרה מוקצנת שלהן. לפי גישה זו, שתי התפיסות הערכיות אינן יכולות לדור בכפיפה אחת. האוחזים בגישה זו מדגישים בגלוי ובמפורש את כל הפערים וההבדלים בין שיטות המשפט השונות, מקור הסמכות השונה ומערכת הערכים השונה, שמהם נגזרות התפיסות המשפטיות השונות. היחס לזכויות אדם בתחומי השיפוט שבסמכות בתי הדין הרבניים נקבע לפי גישה זו אך ורק על פי השיטה המשפטית המחייבת את בתי הדין, קרי, ההלכה, ואין כל מקום לחזירת מושגים אחרים וערכים אחרים.

חירות הפרט ושלמות המשפחה

את פסק הדין אשר בו אדון כאן אציג ביתר הרחבה, שכן דומה שהוא מייצג היטב את בעלי גישת העימות באופן מפורש, סדור ולעתים אף מקורי.

פסק הדין ניתן בידי בית הדין הגדול בערעור²⁵ על פסק הדין של בית הדין האזורי בתל

23 רוזן צבי התייחס לפסיקה שהצטברה עד זמנו, לפני כעשרים שנה, קודם הקמת בתי המשפט לענייני משפחה וקודם החדירה הנרחבת של השיח החוקתי לפסיקת בתי המשפט.

24 השוו רוזן צבי, לעיל ה"ש 9, בעמ' 113-120, המגדיר עמדה כגון זו כעמדה "ייחודית" או "מסתגרת", כנוכח לעיל.

25 ערעור (גדול) תיק 1-64-5007 (פורסם באתר בתי הדין הרבניים, 19.7.1999).

אביב, שבו נדונה תביעה לשלום בית שהגישה אישה נגד בעלה לאחר ששניהם חיו בנפרד והבעל כבר היה קשור במערכת יחסים זוגית עם אישה אחרת. בית הדין האזורי פסק:

א. על הבעל לחזור לשוב ולגור עם אשתו בשלום בית כמנהג המשפחות הכשרות בישראל. ב. ללא כל ספק עצם מגוריו ויחסיו עם אלמונית מהוים את הגורם ההרסני ביותר לחיי המשפחה של בני הזוג, ועליו להתנתק מגב' אלמונית מיידית, ונאסר עליו לגור בדירתה של הגב' אלמונית בתוקף צו ביה"ד [בית הדין], ועליו לחזור [...] לגור בדירת מגורי בני הזוג.²⁶

אקדים כמה מילים על תביעות שלום בית בבתי הדין הרבניים, שכן הן משמשות מקרה מבחן מובהק אשר בו באות לידי עימות שתי תפיסות עולם שונות ואף מנוגדות בערכי היסוד שלהן,²⁷ ופסק דין זה מוכיח היטב את הדבר. שלום הבית מבטא גישה ערכית מובהקת של העדפת שלמות המשפחה על פני חירות היחיד לפרק את קשר הנישואין, ועל כן הוא מקרה מבחן מתאים לדיון בשאלה כיצד ההלכה עשויה להתמודד עם האתגרים – החברתיים בעיקר – של תפיסת העולם המודרנית את ערכי המשפחה. כמובן, אין זה מקרה המבחן היחיד, שכן טיעון זה נכון בנוגע לנושאים נוספים בדיני המשפחה, המשקפים תפיסה ערכית בנוגע למוסד הנישואין, לגידול ילדים ועוד, שאת חלקם אציג בהמשך.

בבתי הדין הרבניים בישראל התעצב שלום הבית בהדרגה במשך כשבעים שנה לכדי עילה משפטית לכל דבר ועניין, שאפשר להגיש בגינה תביעה ולבקש סעדים שונים הקשורים בה. התביעה לשלום בית הפכה אמצעי טקטי ומניפולטיבי במאבק המשפטי בין בני זוג בהליך הגירושין, בדרך כלל בשל אינטרסים רכושיים אבל גם בשל גורמים אחרים כמו משמורת ילדים או רגשות נקם וכדומה. הנתונים הסטטיסטיים מלמדים שמתוך כאלף תביעות שלום בית בשנה מתקבלות בסך הכול פחות מחמישה אחוזים,²⁸

26 ציטוט מפסק הדין של בית הדין האזורי שהובא בפסק הדין של הערער, לעיל בהערה הקודמת.

27 תחומים משפטיים אחרים בדיני המשפחה מלבד דיני הנישואין והגירושין אינם נמצאים בסמכותם הייחודית של בתי הדין הרבניים, כנזכר, אך נראה שגם אם הם היו נתונים לסמכות בתי הדין, בסוגיות משפטיות "רגילות" היה קל יותר להסיט את הוויכוח ולצמצמו למישור משפטי כמעט פורמליסטי ללא צורך לעמת את התפיסות העומדות בבסיס העמדות המשפטיות. כך לדוגמה, אם הייתה לבית הדין סמכות בדיני נזיקין, נראה שבדרך כלל לא היה צורך לדון בעמדות ערכיות העלולות להימצא בקונפליקט בין הדיינים למתדיינים והן לא היו ניכרות או בולטות בפסיקה.

28 שיעור זה אף הולך ופוחת בשנים האחרונות. ראו לדוגמה "הנהלת בתי הדין הרבניים: סיכום שנת 2014" (אתר הנהלת בתי הדין הרבניים, מדור פרסומים, סטטיסטיקות). בשנה זו הוגשו 969 תיקים לשלום

שיעור המזכיר שבתי הדין אינם הולכים שולל אחר התכסיסים המשפטיים שנוקטים הצדדים.²⁹

במקרה הנזכר, הבעל הגיש ערעור על פסק הדין. אחת הטענות שהוא העלה בערעור היא שפסק הדין נוגד את חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו,³⁰ שכן הדבר נוגד את "חירותו לנוע בחופש", "וכן שפוגע בחירותו של אדם לדור היכן שליבו חפץ וכן פוגע בחירותו שלא להיות עם אשתו וילדיו". לדבריו, חיובו לחזור לגור עם אשתו וילדיו "הוא דבר שהדעת אינה סובלת והדבר דומה למתן צו מעצר בית".³¹

לצורך העניין נניח שבית הדין סבר שיש סיכוי לשלום בית בעקבות הצהרתו של הבעל שהוא מוכן לשוב הביתה בכפוף למילוי תביעותיו הרכושיות.³²

בית הדין נדרש אפוא להתמודד עם טענותיו של הבעל. הרב אברהם שרמן,³³ שכתב את פסק הדין, התמקד בטענת הבעל בדבר פגיעה בחירותו. ראשית, הוא דחה טענה זו ובהביר כבר בתחילת פסק הדין את העובדה שהתפיסה שעליה התבסס ערעורו של הבעל שונה לחלוטין מהתפיסה ההלכתית:

בית, שמהם התקבלו 25 תביעות בלבד – שיעור של 2.6%. בשנת 2013 הוגשו 929 תיקים לשלום בית, שמהם התקבלו 21 תביעות בלבד – שיעור של 2.25% (סיכום שנת 2013, שם) – ובדומה לכך, בשנת 2012 (סיכום שנת 2012, שם). מגמה זו מצביעה על ירידה חדה מהממוצע של כ-5% בשנים 2009-2005 (מתוך כאלף תביעות בשנה).

29 במאמר זה אני מתמקד בבחינת היחס המהותי לשלום בית ולא בניחות הדרכים שפיתח בית הדין כדי להתמודד עם השימוש הלא ראוי בתביעות שלום הבית, שיש בהן פחות כדי ללמד על התפיסה הערכית של שלום בית. בעניין זה ראו יוסף שרעבי "מלחמה ושלום: תביעות שלום הבית בבתי הדין הרבניים וכישלונן ביישוב משברי נישואין" [בהכנה].

30 חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח התשנ"ב 1391.

31 ציטוט טענות אלו הוא מתוך פסק הדין בערעור, לעיל ה"ש 25.

32 אף שהיה מקום לשער שדחיית הערעור נבעה מרצונו של בית הדין להימנע מלסייע לתביעת הגירושין של הבעל, שנחשב עובר עברה, שיקול הקיים בפסקי דין במקרים של בגידה בנ הזוג. ראו לדוגמה תיק (אזורי טבריה) 1-22-3599-24.11.2004; ערעור (גדול) 1-21-323397786-8.8.2007, הדין והדיין 18, 5; ערעור (גדול) 1/854780-15.5.2012, הדין והדיין 33, 8. נראה שבמקרה זה, הנימוקים העקרוניים בפסק הדין מבוססים ועומדים בפני עצמם.

33 לתפיסתו העקרונית בנוגע לזכויות אדם המוגנות בחוקי היסוד ראו הרב אברהם שרמן "עקרונות חוק זכויות היסוד של האדם לאור עקרונות תורת ישראל ומשפטיה" זכויות האדם ביהדות 285 (תשנ"ב). תפיסה זו באה לידי ביטוי בכל פסקי הדין שלו באופן עקיב ושיטתי.

תמוהה ביותר טענת ב"כ [בא כוח] הבעל שפסק דין זה סותר לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו, בהעלאת טענה זו יש חוסר הבנה יסודית ביסודות הנשואין והמשפחה ע"פ השקפת תורת ישראל והיהדות וע"פ ההשקפה המקובלת בחברה היהודית נאורה.³⁴

הרב שרמן מציב מול חוק היסוד ערך הגובר עליו, ומשכך, נעלמת לדעתו הסתירה הנטענת. כדי להעצים את משקלו של ערך זה בהתנגשות עם חוק היסוד הוא כורך את התורה, את היהדות ואת החברה היהודית כשוות ביחסן לערכי הנישואין והמשפחה.³⁵ לאחר מכן הוא מסביר את תפיסת שלום הבית והנישואין לפי הבנתו:

מושג שלום בית בין בני זוג ומשפחה אינו רק ביטוי למצב אישי ריגשי שקיים בין בני זוג וילדיהם. הנשואין בין בני הזוג לא נועדו ליתן רק זכויות לכל אחד מבני הזוג. מצב הנשואין יוצר מציאות משפטית שמטילה חובות על כל אחד מבני הזוג כלפי זולתו וכאשר נולדים ילדים עצם לידתם יוצרים מצב של חובות של ההורים כלפיהם. וחובות ומחויבויות אלו הופכות לזכויות של הצד שכל אחד מחויב כלפיו, ובודאי שחובות ההורים כלפי ילדיהם הופכות לזכויותיהן של הילדים אצל הוריהם.

ההדגשה היא על הנישואין כמוסד משפטי שנקודת המוצא בו היא החובות שהוא יוצר בין בני הזוג ובינם לבין ילדיהם. לפי תפיסה זו, הזכויות נגזרות מהחובות ולא להפך. לאור עקרונות אלו, ממשיך וטוען הרב שרמן, אי-אפשר לממש את הזכות לחירות לאור חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, כשהיא עומדת בסתירה לזכויות האישה והילדים ובניגוד לחובות של הבעל:

כאשר צד אחד מבני הזוג, במקרה שלנו הבעל, מחליט לממש את זכותו לחירות הוא יוכל לעשות זאת רק במקום שממוש זכות זו לא פוגעת [כך במקור] בחובותיו שהם זכויותיהם של אחרים. חלק מזכויות בני זוג וילדיהם היא הימצאותם של בן הזוג האחר או ההורים תחת קורת גג אחת תוך חיים משותפים. על כן כאשר בן זוג עוזב את החיים המשותפים עם בן זוגו וילדיו, מתוך מחשבה שהוא מממש בזה את חירותו ולגור שלא במשותף עם ילדיו יש בזה פגיעה קשה בחובות המוטלות עליו וממילא בזכויות בין הזוג והילדים שנוצרו מחובות אלו.

טיעון זה, לכאורה אינו מבטל לחלוטין את הזכות לחירות אלא מציב נוסחה שלפיה החובות קודמות, והן אלה היוצרות זכויות נגדיות הגוברות על הזכות לחירות. כעת

34 ערעור 1-64-5007, לעיל ה"ש 25. גם שלושת הציטוטים הבאים הם מערעור זה.

35 על מטרת השימוש במונח "נאורה" ראו להלן בניתוח דברי הרב שרמן ובביקורת עליהם.

מסביר הרב שרמן את ההצדקות לפסיקת בית הדין האזורי, שלדעתו ערך איזון ראוי בין הערכים, החובות, הזכויות והאינטרסים של כלל בני המשפחה:

אלו היו שקולי ביה"ד שצווה על הבעל לחזור לחיי שלום בית ולחיות במשותף עם אשתו וילדיו, כפי שנוהגות המשפחות הכשרות שבישראל. ובודאי שפסק דין זה ניתן לאחר שנשקלו כל השקולים הראויים ונערך איזון ראוי בין כל הערכים שגלומים בשלמות יחסי בני הזוג וחובותם כלפי ילדיהם וכן האינטרסים של בני הזוג ובודאי של הילדים, שאינטרס עליון שרוצה בטובתם ושלמות התפתחותם שיגדלו ויקבלו כל שמצויים הוריהם ליתן להם, וכן [...] ³⁶העקרונית שבונים את שלמות התא המשפחתי שמהווה יסוד של כל חברה אנושית בכלל ושל עם ישראל בפרט. ההשקפה והרוח שנושבת בפרשנות שניתנה ע"י ב"כ [בא כוח] המערער לחוקי יסוד כבוד האדם וחירותו ועל פיהם מכוחם זכאי, רשאי וכן חורין בעל ואב (או אשה ואם) לנטוש את בן זוגו וילדיו על כל ההשלכות ההרסניות שיש להם על התא הבסיסי שבונה את חברת בני האדם והחברה היהודית בפרט, היא מרשם בדוק לנזקים של התפוררות חברתית ופגיעה אישית במיוחד בילדים שהזוגיות והמשפחה מהווים בסיס טבעי לכל גורל התפתחותם השלמה והטובה.

ההנחה היא שבבית הדין האזורי נערך איזון ראוי בין ערכי המשפחה לבין האינטרסים השונים של בני המשפחה ואף נעשה ניסיון בפסק הדין בערעור לשחזר את נימוקי האיזון תוך הדגשה של עקרון טובת הילד. תיאור עוצמת הפגיעה במונחים קשים (נטישה, הרסנות), והיקפה, בכמה מעגלים: האישי, המשפחתי, החברה היהודית וכלל האנושות, וכן תיאור ערך שלמות המשפחה כיסודי ובסיסי נועדו כפי הנראה להצדיק את הפגיעה בחירות הבעל ולדחות את פרשנותו לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, שלפיה זכותו גוברת על הפגיעה במשפחה. ³⁷

מקרה זה, אשר בו אושר בערעור הצו שעליו הורה בית הדין האזורי, האוסר על הבעל להמשיך את קשריו עם המאהבת ואת המגורים בדירתה, אינו היחיד. בעבר הייתה אף ידו של בית הדין הרבני קלה יותר במתן צווים נגד בני זוג, האוסרים עליהם להיפגש עם מאהב או עם מאהבת או להכניסם לביתם, ³⁸ אלא שבית המשפט העליון צמצם מאוד את

36 חסר במקור. אולי צריך להיות "ע"פ התפיסה" או בדומה לכך.

37 התיאור הא-מגדרי של הפגיעה בערכי המשפחה ודרך האיזון בין החובות והזכויות נועדו אף הם להערכתי להציג נוסחת איזון יציבה וניטרלית שאינה תלויה בנסיבות המסוימות של המקרה. מכאן גם תמיכה להנחתי לעיל בהערה 32 שפסק הדין לא בא בהכרח חשבון עם הבעל על בגידתו, אף שהרוצה יוכל לטעון שזוהי הסתרה מתוחכמת של שיקוליו האמיתיים של הדיין.

38 ראו הרב שלמה דיכובסקי "בתי דין רבניים-ממלכתיים: בעיותיהם והישגיהם" דיני ישראל יג-יד 7 (תשמ"ח), בעמ' טו, בהערה 28, המציין שלושה תיקים כאלה. מקרה נוסף מובא אצל רוזן צבי,

סמכותו של בית הדין להורות על צווים מגבילים בנסיבות כאלו,³⁹ ויש להניח שלולא התערבות זו היינו עדים לפסקי דין דומים של דיינים נוספים הנוקטים את גישת העימות.

החופש להתגרש וחוסר סיכוי לשלום בית

משטר הגירושין בהלכה מבוסס על אשמה, לפחות בחלק מעילות הגירושין, אך לא אחת נדונה השאלה אם חוסר סיכוי לשלום בית או פירוד ממושך מצדיקים כשלעצמם את היעדרות בית הדין לתביעת הגירושין. רוב הדיינים אינם מקבלים עילה זו כעילה לחיוב בגירושין, שכן ביסוסה ההלכתי אינו ברור, ובכמה פסקי דין אף הובעה עמדה עקרונית נגד חיוב גירושין בעילת חוסר סיכוי לשלום בית. הבסיס לטענה זו הוא שההלכה אינה מכירה ברצון להתגרש כעילה לחיוב בגירושין, ועל כן, גם במקרה של בעל שהגיש תביעת גירושין ארבע פעמים, היה בפירוד של שמונה שנים מאשתו וחי עם אישה אחרת, דחה בית הדין את תביעתו בשל היעדר עילה, ועוד הוסיף וכתב:

הגישה של "מות הנישואין" אין מקורה בדיני תורה ולא חז"ל אלא בחוקי העמים ביחס לנישואין אזרחיים. שם אין צורך בעילת גירושין אלא די בחוסר סיכוי לש"ב [לשלום בית] ו"במות הנישואין".⁴⁰

גישה זו מוצאת את ביטויה בפסקי דין נוספים, שלתפיסת כותביהם מבטאים עמידה על משמר ההלכה מחדירה של ערכי משפחה שמקורם בעולם המערבי, ועל כן דוחים הצעות פרשניות של מקורות הלכתיים העשויות לאפשר הכרה בעילה של מות הנישואין.⁴¹

זכות הקניין ושלום בית

אחת העתירות השכיחות בבית הדין הרבני בהליכי גירושין היא בקשה ל"מדור ספציפי"

לעיל ה"ש 15, בעמ' 50 הערה 158; מקרה אחר מצוטט בע"א 185/66 כברה נ' כברה, פ"ד כ (4) 864 (29.12.1966).

39 ראו בג"ץ 428/81 גולן נ' בית הדין הרבני בתל אביב (לא פורסם); מוזכר אצל רוזן צבי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 109-110, 114).

40 ערעור (גדול) 1-21-059133397 (25.12.2007), הדין והדיין 18, 12, דעת הרבנים אברהם שרמן וחגי איזיר.

41 ראו דברי הרב אריאל ינאי בתיק (אזורי נתניה) 290506/1 (21.11.2010): "בודאי שלא עלתה על דעתו של הגר"ח פלאג'י להמציא עילת גירושין חדשה בדמות 'מות הנישואין' בשל היעדר הסיכוי לשלום בית – דבר המנוגד להלכה. כידוע, המינוח הזה לקוח מחוקות הגויים, והמשפט העברי כלל אינו מכיר בו כעילת גירושין!" (ההדגשה במקור). ראו בעניין זה גם Avshalom Westreich, *The Right to Divorce in Jewish Law: Between Politics and Ideology*, 1 INTERNATIONAL JOURNAL OF THE JURISPRUDENCE OF THE FAMILY 177 (2010)

(זכות לדירת מגורים ולקורת גג) או בקשה לצו עיקול דירת המגורים של בני הזוג, לא אחת כאשר כבר מתנהלת במקביל תביעה לפירוק השיתוף בנכסי בני הזוג בבית המשפט לענייני משפחה. במקרה שנדון בבית הדין האזורי בירושלים⁴² הגיש הבעל תביעה לשלום בית ולמדור ספציפי. השוני בתביעה כזאת מרוב התביעות למדור ספציפי הוא בכך שהעילה היחידה העומדת לזכות הבעל היא הדרישה למניעת פירוק הנישואין, בניגוד לתביעות כאלה מצד נשים, המבססות את העילה על הזכות למדור כחלק מחובת המזונות של הבעל וכחלק מחובתו לא לפגוע ברמת החיים של האישה, חובות שאינן קיימות מצד האישה כלפי הבעל. לפיכך, אחד הטיעונים המרכזיים⁴³ של האישה שעמו התמודד בית הדין הוא הפגיעה בזכות הקניין⁴⁴ שלה, בניגוד לאמור בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

בית הדין דחה טענה זו ללא כל נימוק מקורי משלו מלבד ציטוט מפסק הדין של בית המשפט העליון בפרשת יאיר.⁴⁵ מעיון בפסק הדין, הרושם העולה הוא ששאלת ההצדקה לפגיעה בזכות הקניין אינה בעלת משקל משמעותי בהחלטה, והציטוט מפרשת יאיר נועד בעיקר לדחות את הטענה באותו מטבע. השיקולים המהותיים של בית הדין במקרה זה הם שלמות המשפחה כערך המצדיק זכות נפרדת ועצמאית לתביעה למדור ספציפי, וכן הגדרת מעמד הנישואין כשותפות שקביעת מועד פירוקה נתונה לסמכות בית הדין בלבד. מפסק הדין עולה ששיקולים אלה נובעים מעמדה הלכתית פנימית, ערכית ועצמאית שמקורה באבן העזר ובחושן משפט, ואין היא מתחשבת כלל בשיקולים שמחוץ להלכה. לפיכך אין זה מפתיע ששיקולים אלה יובאו לפסק הדין ממאמר של הרב שרמן.⁴⁶

שוויון וחלוקת רכוש לעת גירושין

פסיקת בתי הדין הרבניים על פי עקרונות חזקת השיתוף כפי שנתפרשו בידי בית

42 תיק (אזורי ירושלים) 5639-64-1 (20.12.2009). פסק הדין נכתב בידי הרב אברהם שיינפלד.
 43 גם בשאלת הסמכות להורות על צווים כאלה ציטט בית הדין פסקי דין אחרים של בית המשפט העליון ושל בית המשפט המחוזי, במקרה זה, לדעתי, כהכנה להתמודדות עם עתירה אפשרית בנושא הסמכות, הנמצא תחת סיכון גדול יותר של תקיפה בבג"ץ.

44 שאלה אחרת של פגיעה בזכות הקניין עולה במקרה של התנגשות זכות זו עם זכות האישה למנוע את כניסתם של קרובי הבעל לדירה שבבעלותו או עם זכותו של הבעל למנוע את כניסת קרובי האישה לאותה דירה. ראו משנה תורה, אישות, פרק יג, הלכה יד, ובמגיד משנה, שם. ליישום פסיקה זו בבתי הדין ראו לדוגמה הרב מנחם חשאי "מניעת כניסת קרובים של אחד הצדדים לדירה" שורת הדין ט 120 (תשס"ה); הרב ישראל שחור "מניעת כניסת קרובים לבית" שורת הדין יב 231 (תשס"ז). אף שבסוגיה זו נדונה נוסחת האיזון הראויה בין הזכויות, בתי הדין לא נדרשו כלל לשיח הזכויות הכללי.

45 בג"ץ 304/04 עוזי יאיר נ' בית הדין הרבני האזורי, פ"ד ס (2) 99 (6.7.2005). ראו גם הדין להלן, "מידתיות תלוית ערכים".

46 הרב אברהם שרמן "פירוק שיתוף בדירת בני זוג וזכות מדור" שורת הדין ה 169 (תשנ"ט).

המשפט העליון⁴⁷ ועל פי עקרונות איזון המשאבים שבחוק יחסי ממון,⁴⁸ המחייבים את בתי הדין מכוח הוראת המחוקק, נדונה דייה בעבר.⁴⁹ כאן רק אזכיר בקצרה את גישתם של חלק מהדיינים, שאף ביניהם הרב שרמן הוא מייצג בולט, המתנגדים באופן עקרוני לקליטת חזקת השיתוף אל תוך ההלכה.⁵⁰ בדבריו הוא דוחה הן את האפשרות לפרש מקורות הלכתיים אחדים העשויים לבטא את העיקרון של חזקת השיתוף הן את קליטתו באמצעות חוק המדינה כדינא דמלכותא הן את האפשרות להחלת עקרונות חוזיים על פי כוונת הצדדים הן את הטענה שלפיה יש באימוץ חזקת השיתוף משום תקנת הציבור.⁵¹ לדבריו, "הלכת השיתוף אינה מעוגנת במנהגי ישראל" חד וחלק. יתר על כן, הרב שרמן עומד במפורש על מניעי הפסיקה:

הלכת השיתוף נקבעה מתוך רצון להעדיף את זכויותיה של האשה או להביא לידי שוויון בין המינים בתחום החומרי. אין היא רואה לנגד עיניה את שמירת שלימותם של חיי בני הזוג והמשפחה ואת טובת המשפחה כתא הבסיסי של הציבור והחברה בעם ישראל.⁵²

אף כאן מוצבות זו מול זו מערכות ערכים קוטביות. לדברי הרב שרמן, חזקת השיתוף וחוק יחסי ממון "הורתם ולידתם מכח השקפת עולמם של הגוף המחוקק (הכנסת) וחבר השופטים. אלה ראו לנגד עיניהם אידיאולוגיה הדוגלת בשוויון בין המינים, ומבקשים לאכוף את הציבור הנתון לשלטונם לחיות בהתאם לאידיאולוגיה זו".⁵³ ערך השוויון בין האישה לאישה בתחום החומרי סותר לדעתו את ערך שלמות המשפחה, ויש בחזקת

47 בג"ץ 1000/92 חוה בבלי נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד מח(2) 221 (7.2.1994).

48 חוק יחסי ממון, תשל"ג-1973, ס"ח 712.

49 ראו שיפמן, לעיל ה"ש 6; ברכיהו ליפשיץ "תוכן וקליפה בהלכת שיתוף הנכסים (בעקבות בג"ץ 1000/92 בבלי נ' בית-הדין הרבני הגדול ואח") "המשפט ג 239 (תשנ"ו); רות הלפרין קדרי "פלורליזם משפטי בישראל: בג"ץ ובתי-הדין הרבניים בעקבות בבלי ולב" עיוני משפט כ 683 (תשנ"ז); מנחם אלון "אלה הן אמרות אגב... בטעות יסודן, ומן הראוי לסטות מהן: ערעורים והרהורים בעקבות פרשיות בבלי ולב" רב-תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית: ספר הזיכרון לאריאל רוזן-צבי ז"ל 361 (מנחם מאוטנר, אבי שגיא ורות שמיר עורכים, תשנ"ח).

50 הרב אברהם שרמן "הלכת השיתוף" לאור משפטי התורה" תחומין יח 32 (תשנ"ח); הנ"ל, "הלכת השיתוף" אינה מעוגנת בדיני ישראל" תחומין יט 205 (תשנ"ט).

51 עקרונות אלה העלה הרב דיכובסקי במאמריו התומכים באימוץ חזקת השיתוף. ראו להלן בה"ש 87. מאמר של הרב שרמן בהערה הקודמת הוא תגובה להם תוך דחייה שיטתית שלהם.

52 שרמן, "הלכת השיתוף אינה", לעיל ה"ש 50, בעמ' 216.

53 שם, בעמ' 214.

השיתוף כדי לפגוע במרקם המשפחתי והחברתי. מסקנתו היא ש"חל איסור על בית הדין לדון בכפיפות לחוקים אלה, גם אם בני זוג נתנו הסכמתם לכך".⁵⁴

אף שדומה כי עמדה זו נשחקה ברבות השנים, שכן בית הדין חויב שוב ושוב לפסוק לפי חוק יחסי ממון בין בני זוג, תשל"ג-1973⁵⁵ מלבד הפתרון של הסכמה המלווה בקניין, שדיינים המתנגדים לתחולת החוק דורשים מן הצדדים⁵⁶ – עדיין אפשר למצוא את עקבותיה גם בפסקי דין מאוחרים. אחד הביטויים לכך הוא פרשנות בית הדין לסעיף 8 בחוק יחסי ממון, תשל"ג-1973, המעניק לערכאת השיפוט שיקול דעת רחב. כך לדוגמה במקרים של גירושין עקב בגידה של אחד מבני הזוג. במקרה כגון זה צפים ועולים שוב הפערים בין ערכי המשפחה הדתיים ומשטר הגירושין ההלכתי, שחלק מעילותיו מבוסס אשמה, לבין ערכים חילוניים ליברליים בנוגע לערכי המשפחה ולמשטר הגירושין הראוי. באחד המקרים נדרש בית הדין הרבני הגדול⁵⁷ לפרשנות הסעיף הנזכר לשם הכרעה בחלוקת הרכוש בין בני זוג בהליך גירושין עקב בגידת האישה. דעת הרוב⁵⁸ קיבלה את הערעור וסטתה כליל מהחלטה על איזון משאבים שוויוני בין הצדדים, וקבעה שלכל צד תישארנה הזכויות שצבר במקום עבודתו. בית הדין קבע כי:

לא מדובר כאן בחוק דתי וענישה דתית. גם לא משום האשמה של פירוק נישואין גרידא. אלא משום התוצאות הכלכליות הנרחבות של פירוק נישואין ע"י בגידה, כלומר הצד הנבגד יאלץ כתוצאה מההתנהגות החד צדדית הבוגדנית והמפתיעה לבנות לו בית אחר: להנשא מחדש וגם לקנות בית אחר כפשוטו. מה שאין כן בנישואין שלא צלחו ששם שני הצדדים יש להם חלק בפירוק הנישואין ובאחריות להכרח של בניית בית חדש. האחריות הכלכלית שהוטלה על הצד הנבגד ב"מכה

54 שם, בעמ' 216.

55 יש שערכו הבחנה בין קליטת חזקת השיתוף על פי ההלכה לבין קליטת חוק יחסי ממון בין בני זוג, ראו פסק דינו המקיף של הרב אריאל ינאי בתיק (אזורי נתניה) 764411/1 (3.10.2010).

56 ראו לדוגמה תיק (אזורי חיפה), 830099/5 (11.6.2012). כך נעשה גם בבית הדין האזורי שעל פסיקתו הוגש הערעור שלהלן בהערה 57 (ההסכמה הוזכרה בתחילת פסק הדין), וכך נראה שהנוהג רווח בבתי דין רבים, כפי שכותב הרב ישראל שחור בתיק (אזורי חיפה) 582635/2 (17.3.2011): "הדעה הרווחת בבתי הדין שמן הראוי לעשות קנין עם הצדדים ולא להסתפק בהסכמות". ראו גם דברי הרב מיכאל עמוס בתיק (אזורי נתניה) 824780/2 (27.6.2012): "המצייאות להיום שרובם ככולם של בתי הדין מחלקים את הנכסים שנצברו בחלקים שווים וזאת ע"פ הסכמת הצדדים, וקבלת קנין". בערעור (גדול) 873705/1 (7.11.2012) פסק בית הדין (הרב ציון אלגרבל) שהסכמה בבית הדין מועילה אף בלא קניין. ועדיין ישנם דיינים המתנגדים לכך אף בהסכמה בקניין. ראו הרב אליהו רוזנטל "בית הדין וחוק יחסי ממון" **נסס הדיינים – התשס"ח** 42 (תשס"ט).

57 ערעור (גדול) 1-21-1219 (29.9.2006).

58 דעת הרב אברהם שרמן והרב חגי איזרר, בניגוד לדעת הרב שלמה דיכובסקי.

אחת" מזכה אותו להקלות באיזון המשאבים לטובתו בין אם הן מזכויות שנצברו לפני הבגידה או אחריה.

אף שההנמקה היא לכאורה כלכלית,⁵⁹ דומה שעומדת מאחוריה אותה גישה של ניסיון לצמצם ככל האפשר את תחולת איזון המשאבים שבחוק יחסי ממון⁶⁰ ולהתאימו לדין הדתי.

סוגיה מרכזית אחרת ביחסים הרכושיים בין בני זוג לעת גירושין היא נושא פיצויי הגירושין, שבאמצעותם יכול בית הדין הרבני לצמצם את הפערים הרכושיים העלולים להיווצר בין בני הזוג לאחר פירוק הנישואין. גם בסוגיה זו מתווה הדרך לסיעה של דיינים⁶¹ הוא הרב שרמן, המבחין בין שלושה סוגים של פיצויי גירושין: פיצויים שתכליתם זירו הגירושין, פיצויים לשם איזון המשאבים ופיצויים בגין ירידת הערך הכספי של הכתובה.⁶² הסוג הראשון אפשרי לדעתו במקרים שבהם הבעל תובע גירושין ללא עילה הלכתית מוכחת לחיוב האישה בגירושין או במקרים שבהם אין סיכוי לשלום בית, וכל תכליתם של הפיצויים היא תמריץ לאישה להסכים להתגרש. גם הסוג השלישי של פיצויים, "שמטרתם להביא את האישה להסכים להתגרש יש מקום לנהוג לחייב הבעל ליתן לאשה בנוסף לכתובתה תוספת כפיצויים",⁶³ שכן הוא "מתבסס על חובת הבעל לפייס האישה ולהבטיח קיומה בעתיד, וכן לחזק את העקרון שמונח ביסוד הכתובה שלא תהיה קלה

59 על צידוקן של הנמקות דומות המביאות בחשבון את מרכיב האשמה בבגידה והשלכותיה הכלכליות ראו יצחק כהן ואמאל ג'בארין "יחסים מחוץ לנישואין כשיקול בחלוקת הרכוש המשפחתי: עיון מחדש במשפט הישראלי" משפט ועסקים טז 465 (תשע"ד).

60 ודאי כשיש הצדקה הלכתית לכך, כמו אשמה של בגידה. ראייה לכך היא פסק דינו של הרב איזרר בערעור (גדול) 057913980-64-1-1 (3.6.2009, לא פורסם).

61 ראו למשל דעתו של הרב איזרר בערעור (גדול) 1-1-8860-21-1 (9.5.2010). נראה שזו גם דעתו של הרכב בית הדין בתיק (אזורי חיפה) 575469/1 פלונית נ' פלוני, 21.8.2011, בהרכב הדיינים: הרב מיכאל בלייכר – אב"ד, הרב יצחק אושינסקי והרב ישראל דוב רוזנטל. דיינים אחרים, הסוברים כרב דיכובסקי בחיוב בפיצויי גירושין שמטרתם איזון משאבים, מצטטים אף הם את דעת הרב שרמן במקרים של פיצויי גירושין שתכליתם זירו הגירושין. ראו לדוגמה דברי אב בית הדין הרב מיכאל עמוס בתיק (אזורי נתניה) 823575/7 (19.12.2012) וכן דברי הרב שטסמן בתיק (אזורי תל אביב) 899991/1 (2.8.2012). יש להניח שהדבר נובע מהסתמכותו של הרב שרמן בנסיבות כגון אלו על הוראתו של הרב יוסף שלום אלישיב.

62 ראו הרב אברהם שרמן "היסודות בהלכה לפיצויי גירושין לאשה" שורת הדין י קכד (תשס"ו). כן ראו דבריו בערעור (גדול) 1-22-1510 (7.9.2004); ובערעור (גדול) 2-22-2337 (27.12.2004). ראו גם זרח ורפהטיג "הנוהג של פצויי גירושין" סיני צח נו (תשמ"ו).

63 שרמן, ערעור 1-22-1510, שם.

בעיניו לגרשה".⁶⁴ לעומת זאת הוא מתנגד לחיוב הבעל בפיצויי גירושין שתכליתם איזון משאבים. מניתוח פסקי דין מוקדמים יותר של בתי הדין הרבניים מבין הרב שרמן שהרציונל של פיצויי גירושין בפסקי דין אלה דומה מאד לרציונל של חוקת השינוף:

ביסוד תביעת האשה לפיצוים ומנהג בתי הדין לחייב הבעל בפיצוים, מונחת הקביעה שחיייה המשותפים של האשה עם בעלה, תרמו לנכסים, לרכוש וליכולת הכלכלית של הבעל. ביה"ד [בתי הדין] אלו נהגו לקבל את הבסיס לתביעה ממונית זו של האשה לא מכח תביעה של בעלות קנינית דוגמת נכסי מילוג או נכסים וזכויות ממוניות שנמצאות אצל הבעל והם בבעלותה של האשה, אלא מכח הטענה המוסרית שלא ניתן להוציא את האשה בלא קבלת זכויות ממוניות שנמצאות אצל הבעל כתוצאה מחייהם המשותפים ותרומתה לקיומם שמירתם ושגשוגם.⁶⁵

לכן, הנימוק הענייני היחיד שהוא מצייין לדחיית מנגנון הפיצויי כמנגנון לאיזון משאבים הוא ערעור יסודותיו המחייבים כמנהג:

מתוך עיון בפסקי הדין של בתי הדין הרבניים מתברר שמנהג פיצוי גרושין, מסיבה ממונית, לא נתקבל על רבים מבתי הדין ובפועל כאשר הועלתה שאלת פיצויי גרושין לא פעלו על פי מנהג זה ואף נמנעו מלדון בו [...]. כך שניתן לומר שמנהג זה אינו פשוט בין כל הדיינים, אדרבא רובם של הדיינים לא מתנהגים ליתן פיצויים לאשה בעת גרושיה, שתובעת אותם על יסוד טענות לזכויות ממוניות על כן אין במנהג זה כח ליצור חיוב על בעל ליתן פיצויים וצריך לדון בתביעת פיצויים אלו על פי הדין.⁶⁶

הנה כי כן, גם ערך השוויון הגלום באיזון המשאבים, שאפשר היה לקולטו דרך מנגנון פיצויי הגירושין, נדחה בתוקף מפני הדין הדתי, המצדד בחלוקת רכוש לא שוויונית לעת גירושין.

הגנת הפרטיות וחיוב גירושין

תחולתה של ההגנה על הפרטיות בבתי הדין הרבניים נדונה אף היא בהרחבה בכמה מחקרים,⁶⁷ ועל כן אציג כאן את הגישה העולה מפסקי הדין ללא דיון בגדריה ובהיקפה של ההגנה.

64 ש.ם.

65 ש.ם.

66 ש.ם.

67 ראו קפלן, "כבוד האדם", לעיל ה"ש 22, בעמ' 248-229; הנ"ל, "מגמה חדשה", לעיל ה"ש 22, בעמ' 326-327.

גם בסוגיה זו⁶⁸ מציג הרב שרמן עמדה חד־משמעית:

קביעת החוק האזרחי שראיות שנתקבלו ע"י פגיעה בצנעת הפרט אינם קבילות בבית משפט, אינה מחייבת את בית הדין מכח ההלכה דינא דמלכותא דינא [...] ובודאי חוק שמבקש לכבול ידי בית הדין מלמלא את חובתו לדון דין אמת ולשלול מבית הדין את שקול דעתו מתי להשתמש בראיה שנתקבלה בדרך של עבירה, אינו תואם לדעת התורה וסותר דין התורה. על כן אין לו תוקף של דינא דמלכותא. חוקי המדינה אינם יכולים להיות מעל לחוקי ומשפטי התורה שבית הדין פועל מכוחם ומופקד ליישומם. ואין לו לבית הדין אלא לפעול מכח ההלכה והדין שהוא מצוה בה.⁶⁹

כלומר, הזכות לפרטיות, גם אם היא מעוגנת בחקיקה אזרחית, נדחית על נקלה בעומדה מול הצורך לברר את האמת על פי ראיות הקבילות בהלכה.

ניתוח וביקורת

אפשר להצביע על כמה מאפיינים ייחודיים של גישה זו כפי שהדבר עולה מפסקי הדין הנזכרים ואחרים:

(א) תפיסת הזכויות והחובות – בבסיס הגישה עומדת תפיסה של זכויות הפרט ההפוכה לגמרי מזו של המשפט ושל החברה החילוניים. החובות הנוצרות בקשר הנישואין הן המקור שממנו נגזרות זכויות בני המשפחה, במעגל הזוגי ובמעגל המשפחתי הרחב יותר. אין מקום להכיר בזכות לא מוגבלת להשתחרר מחובות אלו, ומשום כך יש להגביל את חירותו של בן/בת זוג הנוטש/ת את בן/בת זוגו ואת משפחתו/ה ולשלול גירושין בעילת התמוטטות בלתי הפיכה של הנישואין. גם הזכויות הרכושיות של בני הזוג נגזרות ממערכת של חובות ביחידה המשפחתית, ואין לראותן כזכויות ראשוניות בעלות חשיבות עצמאית ותחולה רחבה.

68 קפלן ("כבוד האדם", לעיל ה"ש 22, בעמ' 231-233) סבור שזוהי עמדה מוקדמת, שהשתנתה לאחר חקיקת חוקי היסוד, אולם נוכח עמדותיו של הרב שרמן וכן של דיינים אחרים הנוקטים את גישתו אף בשנים האחרונות, כפי שהן עולות בהקשרים אחרים, אין זה מסתבר שדעתו בסוגיה זו השתנתה לאחר חקיקת חוקי היסוד. עמדת בית הדין הגדול המתוארת בשלב השני נוסחה בידי הרב דיכובסקי, הנוקט את גישת ההכלה, וכפי שאראה בסוגיית ההגנה על הפרטיות, זוהי הכלה מסויגת. עם זאת, נכונה העובדה שישנם התפתחות ושינויים בעקבות הוראות בית המשפט העליון בנושא זה כמו בנושאים אחרים, ראו דיון להלן, "בין בית המשפט העליון לבתי הדין הרבניים: מבט חוז'ן", וכן דיון להלן בסוגיית הפרטיות לפי גישת ההכלה, "הגנת הפרטיות וחיוב גירושין".

69 תיק (אזורי ת"א) 2408/ש"נ, פד"ר יד 289 ("ב בחשון תשנ"א), בעמ' 299. והשוו תיק (אזורי נתניה) 1880/מ"ז 300, פד"ר יד 300 (ל' בתשרי תשמ"ט).

(ב) הצגת עמדה אידאולוגית שונה בשאלת תפיסת הנישואין – היחיד אינו עומד במרכז, כי אם הזוגיות והמשפחה. הכניסה ליחסי נישואין מטשטשת את מעמדו של היחיד ומגדירה אותו כמרכיב ביחידה המשפחתית. לפיכך, זכויותיו, כבודו וחירותו נדחים מפני רצונו של בן הזוג שאינו מוכן לפרק את היחידה הזוגית או המשפחתית. ובכיוון ההפוך, כאשר ליחידה המשפחתית אין זכות קיום, לפי ההלכה כמובן, עקב פגיעה במרכיב יסודי בה כמו בגידה, הפורמת את חיבור היחידים ליחידה, גם זכויות יסוד של היחיד לא יעמדו כנגד החובה לפרקה. באשר לתפיסה הרכושית הלא שוויונית, לפי גישה זו היא נובעת מראייה שונה של תכליותיה של המשפחה ושל תפקידיהם השונים של היחידים המרכיבים אותה.

(ג) תפיסת תפקידו החברתי של בית הדין – על בית הדין מוטלת אחריות לחוסנה של החברה באמצעות שליטה ועיצוב של המרכיב הבסיסי שלה, התא המשפחתי. לשם עמידה במשימה זו, תפקידו של בית הדין למנוע התפוררות חברתית כתוצאה מהיחלשות מעמדו של מוסד הנישואין והמשפחה. על בית הדין למנוע עד כמה שאפשר את פירוקן של משפחות ולהעלות את המודעות לחובות, לערכים ולהרמוניה שצריכים להתקיים ביחידה המשפחתית.

(ד) דרכי ההנמקה – אף שמדובר בהצגת עמדה אידאולוגית דתית, אין מדובר בהתעלמות מהשיח הכללי אלא בהכרה בו ובהעמדת עמדה מתחרה כנגדו. הנימוקים וההצדקות לעמדה זו מוסברים באמצעות: מושגים משפטיים מקבילים כגון נאורות יהודית כנגד נאורות כללית או שיח חובות כנגד שיח זכויות; שימוש במנגנונים משפטיים מוכרים באופן שונה, כמו נוסחאות איוון ראוי בין ערכים; יציקת תוכן מהותי, לעתים שונה, לעקרונות משפטיים כמו עקרון טובת הילד.

מה הם מניעיה של גישה זו ומה הן בעיותיה העיקריות?

אפשר לתארה כנובעת מיראת הוראה⁷⁰ ומן הרצון להימנע מהכרעה בשאלת החיוב להתגרש, וכעמדה מחמירה ושמרנית הנוקטת פרשנות דווקנית ומצמצמת. גישה

70 על בעיית יראת ההוראה ראו למשל הרב שלמה דיכובסקי "דרך השיפוט הראויה בבתי הדין הרבניים" תחומין כח 19, 20-21 (תשס"ח); רוזן צבי, "גשר צר", לעיל ה"ש 7, בעמ' 156. בעיה זו גרמה להתפתחותה של מדיניות הססנית במתן מענה חד-משמעי ומהיר בפסיקות גירושין שלפעמים יש בהן כדי לגרום תוצאות קשות, במיוחד במקרי אלימות מצד בעלים, שבהם זכות האישה לחיים ולשלמות הגוף נפגעת. על התופעה ועל מדיניות בתי הדין במקרי אלימות ראו מרדכי פרישטיק אלימות במשפחה בפרספקטיבה יהודית 168-181 (תשע"ב). כן ראו ביקורת על פסיקת בתי הדין במאמרו של יקיר אנגלנדר "הנחות ערכיות ומהותניות בבית הדין הרבני: אלימות כעילה לטענת מאיסות" ההלכה: הקשרים רעיוניים ואידאולוגיים גלויים וסמויים 60 (אבינועם רוזנק עורך, תשע"ב).

המעדיפה הסתמכות על פוסקים שמרנים מחוץ למערכת בתי הדין הרבניים, כפי שהדבר עולה בכמה סוגיות. לדוגמה, צמצום השימוש בפיצויי גירושין (רק כאמצעי לקידום גירושין) ושלילת אימוצה של חזקת השיתוף. מגמה זו באה לידי ביטוי גם בנושאים אחרים. למשל, בסוגיית השפעתו של מרכיב קבלת המצוות על תוקף הגיור.⁷¹

לפי תיאור זה, ההצגה של תפיסה אידאולוגית מתחרה אינה יותר ממסווה למניעי הפסיקה האמיתיים. אולם אני סבור שזוהי גישה מורכבת שמניעים שונים משמשים בה יחדיו. אכן ישנם בה מרכיבים של שמרנות ושל נטייה להחמרה בפסיקה, אבל ישנה בצד גם תחושה חזקה של אחריות ושאיפה אמיתית להשפיע על עיצוב ערכי המשפחה בחברה היהודית בישראל. סיוע להערכה זו אפשר למצוא במקרים אחרים. למשל, בהתמודדות עם השאלה אם על בית הדין לחתור לשלום בית בין בני זוג שאינם שומרים על דיני נידה. הרב שרמן, שעסק בהרחבה בנושא,⁷² העלה את הטענה שאם בית הדין יתנער מהשכנת שלום בית במקרה של בני זוג חילונים בגלל אי-שמירת טהרת המשפחה, הדבר יגרום נזק גדול לתדמית בית הדין בעיני בעלי הדין, העלולים לחשוב שבית הדין הרבני אינו מחשיב באמת את ערך שלמות המשפחה, יגרום בריחה מבית הדין לכיוון בית המשפט, יערער את משפטי התורה "ולא יהיה להם חלק בעיצוב דמות חיי הנישואין והמשפחה בישראל". בהמשך: "והשאלה הקשה שניצבת איזה מערכת חוקים תעצב את חיי הנישואין והמשפחה בישראל, האם תורת ישראל וחוקיה או שמא החוק הכללי החילוני".⁷³

גם השאיפה לשמר את הסמכות הרבנית ולהרחיבה, וכן הרצון שתדמית בית הדין תהיה ידידותית ומושכת, אינם נובעים משאיפה אימפריאליסטית אלא מדאגה עמוקה לזהות היהודית ולמקומה בדיני המשפחה, ואגב כך בצבינה של כלל החברה בישראל.

71 ראו ערעור (גדול) 1-64-5489 (10.2.2008), בהסכמת כל חברי ההרכב, הדיינים: הרב אברהם שרמן – יו"ר, הרב חגי איזירר והרב אברהם שיינפלד. ראו דעה מחמירה אף יותר של הרב גדליהו אקסלרוד, אב"ד בחיפה, בספרו שו"ת מגדל צופים, חלק ג, סימן לט (תשס"ד); וכן הנ"ל "קיום מצוות תנאי בגרות" שורת הדין ג 175 (תשנ"ה). ראו גם חוות דעתו של הרב שמעון יעקובי, היועץ לשיפוט רבני של בתי הדין הרבניים, "ביטול גיור עקב חוסר כנות בקבלת המצוות" (הנהלת בתי הדין הרבניים, 2009) (ראו תגובתו של ח"כ הרב חיים אמסלם לחוות דעת זו: "ביטול גיור עקב טענת חוסר כנות בזמן קבלת המצוות: הערות [...] לחוות דעתו של עו"ד הרב שמעון יעקובי", תש"ע [מקוון]). עניין זה נדון בבג"ץ 5079/08 פלוניתי נ' הדיין הרב אברהם שרמן ואח' (25.4.2012) ואף זכה לדיון נרחב בקרב מלומדים. ראו לדוגמה הרב יהודה ברנדס "פולמוס הגיור המתחדש" אקדימות כד 83 (תשס"ח); אריה אדרעי "זאין אחריותם עלינו?": עוד לפולמוס הגיור" אקדימות כד 178 (תש"ע).

72 הרב אברהם שרמן "השכנת שלום בית בין בני זוג שאינם שומרים טהרת המשפחה" תורה שבעל פה מ פט, צו-צו (תשנ"ט).

73 שרמן, שם, בעמ' קה.

ההנחה היא שככל שסמכות בית הדין תהיה רחבה יותר הוא יוכל במסגרת הכלים והדין הפנים-הלכתיים להקל, להתגמש ולהתחשב במציאות חברתית החילונית. נראה אפוא, באופן די משכנע, שאין מדובר בגישה הנוקטת ש"אין אנו אחראין עליהם".

על אף האמור עולה השאלה אם גישה זו אינה לוקה בתמימות יתר, או חמור מכך, בניתוק תודעתי מהמציאות חברתית. האם אין הנוקטים אותה מבינים שעיצוב ערכי היסוד של החברה והשפעה עליהם באמצעים משפטיים הכופים הסדרים המנוגדים לתפיסות העולם הרווחות אינם אלא בגדר תקווה חלולה שסיכויי מימושה נמוכים?

יתר על כן, האם בית הדין סבור שהניסיון להשתמש במונחים מקבילים דומים, מודרניים בניסוחם, כגון "חברה יהודית נאורה", "איזון ראוי בין ערכים" וכדומה אכן משכנע? הרי ברור לכל המעיין בפסקי הדין שאין מדובר בהפנמה מהותית של הרעיונות שמושגים אלו מבטאים אלא בשימוש רטורי בלבד, שלפעמים אף עלול להיראות מגוחך.

לבסוף, באשר להעמדת החלופה לשיח הזכויות בדמות שיח של חובות, אין מענה סדור לסדרי העדיפויות השונים ולנוסחאות האיזון. כלומר, הצבת נוסחה שלפיה החובות יוצרות זכויות הגוברות על זכות נגדית אינה מספקת כל הסבר מדוע הזכויות הנובעות מן החובות גוברות על הזכות לחירות, למשל. אין זה ברור אם התפיסה העקרונית היא שזכות הנובעת מחובה של אחר תמיד חזקה יותר מזכות אחרת של החייב או משום שהזכות לחירות חלשה יותר שכן מטבעה היא מוגבלת כל זמן שאפשר לקיימה ללא פגיעה באחר.

הגישה השנייה: הכלה והשתתפות

הגישה השנייה מתאפיינת בשאיפה להשתתף בשיח המשפטי הכללי ולהכיל ולהטמיע בשיפוט הרבני הסדרים מרכזיים המקובלים במשפט הכללי תוך פרשנות של מקורות הלכתיים, לפעמים אף פרשנות יצירתית, עד כמה שאפשר במסגרת גבולות ההלכה וכלליה.⁷⁴ גישה זו מבוססת על הפנמת העובדה שבתי הדין הרבניים פועלים במסגרת משפטית ובמציאות חברתית המושתתות על ערכים חילוניים ליברליים, השונים לחלוטין מהדרך ההלכתית. היא מבוססת גם על ההכרה בחובה להשתלב במערכת המשפט באמצעות איתור האפשרויות להכיל הסדרים המקובלים בחוק ובחברה בספרות ההלכה, תוך שימוש ענייני בשיח המשפטי המודרני והידברות עמו. יש להבהיר שגישה זו,

74 ראו שיפמן, שפה אחת, לעיל ה"ש 19, בעמ' 285-288.

המודעת היטב להנחות המוצא השונות של שתי מערכות המשפט, אינה מציבה עצמה בעמדה כנועה המקבלת ללא סייג את פסיקת בית המשפט העליון ופרשנותו בכל עניין אלא אדרבה, רואה עצמה בת שיח שוות ערך למערכת המשפט הכללית ומוכנה להתמודד עמה בשפתה ובמערכת המושגים שלה בפרשנות ובעיצוב הסדרים משפטיים בתחום דיני המשפחה. דינים האוחזים בגישה זו, שכנראה אינם רבים, מבקרים לא אחת את התערבות בית המשפט העליון ואף נוקטים מהלכים שיפטיים שונים לסיכול ולצמצום הפגיעה בסמכות בתי הדין הרבניים.

תחולת חוקי היסוד בדיני הגירושין

בערעור⁷⁵ שעסק בשאלת סמכותו של בית הדין הרבני לפי סעיף 1 בחוק שיפוט בתי דין רבניים במקרה של תביעת גירושין של אישה, אזרחית ישראל, נגד בעלה שהיה בעל זיקה לישראל אך לא היה אזרח ישראל או תושב בה, התייחס הרב שלמה דיכובסקי – שהוא מהמובילים הראשיים של גישה זו⁷⁶ – לתחולתם של חוקי היסוד בבתי הדין הרבניים:

חקיקת חוקי היסוד, ובפרט חוק יסוד כבוד האדם וחירותו, הביאו למהפכה משפטית. המהפכה מתבטאת לא רק בעצם החוק, אלא בהשפעתו על חוקים אחרים. סעיף 11 בחוק הנ"ל אומר: "כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק יסוד זה". "רשויות השלטון" משמעותן כל הרשויות: המחוקקת, המבצעת ואף השופטת.

[...]

בהעדר סמכות רבנית ברת תוקף [ליתן סעד לאישה נגד הבעל מכוח חוק שיפוט בתי דין רבניים, שכן אין הוא אזרח או תושב כנדרש בחוק זה], מדובר ב"עגינות" ממש, כאשר האישה היא הסובלת מכך. לבעל, כידוע, יש דרכים אלטרנטיביות. כתוצאה מכך, תפגע האישה פגיעה אנושה בכבודה ובחירותה. מדובר בעצם ב"מאסר עולם" הנגזר עליה, ללא משפט ודין, וזאת גם אם תזכה בתביעת הגירושין האזרחית. האם היא אינה זכאית להגנות בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו?

הרב דיכובסקי מתייחס להשלכותיו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, כמהפכה משפטית הנוגעת ישירות גם לבתי הדין הרבניים וטוען להגנה על כבודה ועל חירותה של מסורבת גירושין לאור עקרונות החוק. אכן, יש שביקרו⁷⁷ את פסק הדין הזה בטענה

75 ערעור (גדול) 1-64-8621530 (לא פורסם, 4.3.1998), בהרכב הדיינים: הרב מרדכי אליהו, הרב שלמה דיכובסקי והרב יוסף נדב.

76 לתפיסתו העקרונית בנוגע לכללי השיפוט הרבני ראו דיכובסקי, לעיל ה"ש 70.

77 ראו רות הלפרין קדרי "דיני משפחה אזרחיים נוסח ישראל: לקראת השלמה" מחקרי משפט יז 105, 133-135 (תשס"ב).

שקליטת חוקי היסוד בבתי הדין סלקטיבית ונעשה שימוש בהם רק כאשר הדבר משרת את הרחבת סמכותו של בית הדין, ויש שראו בו מגמה של שינוי במדיניות הקליטה של חוקי היסוד במהלך העשור שלאחר חקיקתם.⁷⁸ אך דומה שבשנים האחרונות, בין היתר בגין ריבוי השימוש בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, בטיעוני בעלי הדין,⁷⁹ יותר ויותר בתי דין מקבלים את עקרונות החוק או לפחות מביאים אותו בחשבון במסגרת שיקולי הפסיקה, שאינם מוגבלים בהכרח רק לשאלת רכישת הסמכות.⁸⁰

שוויון וחלוקת רכוש בגירושין

אחת הסוגיות שבהן באה גישה זו לידי ביטוי מעשי משמעותי היא סוגיית השוויון בין בעלים לנשים בנושא הרכושי, באימוץ וקליטה של חוק שיווי זכויות האישה,⁸¹ של חזקת השיתוף ושל איזון המשאבים שבחוק יחסי ממון.

הרב יוסף קאפח, ביושבו בהרכב של בית דין מיוחד בעניין נגר,⁸² התייחס לחוק שיווי זכויות האישה והסביר שאפשר להבינו בדרך שאינה סותרת את דיני התורה:

פשט הדברים, כי רק בענייני ממון קבע המחוקק הוראה מחייבת, מקום שלדעתו הדין מפלה לרעה את האישה (ראה שרשבסקי, בספרו הנ"ל, בעמ' 214-215). הנחיית המחוקק נעשתה, כנראה, מתוך הנחה, שבענייני ממון אין פגיעה בדין הדתי, משום שהנחיתו כ"תנאי שבממון", שאין בו משום מתנה על מה שכתוב בתורה. ואם כך, יש להניח, שכל שאינו תנאי שבממון לא עלה על דעת המחוקק לפגוע בו. זו דוגמה, ואפשר בדרך זו להבין כמה וכמה חוקים שלא הובנו כך.⁸³

78 ראו קפלן, "כבוד האדם", לעיל ה"ש 22, בעמ' 160 ליד הערה 56, ובעמ' 164-165. ראו גם Karin Carmit Yefet, *Unchaining the Agunot: Enlisting the Israeli Constitution in the Service of Women's Marital Freedom*, 20 *YALE JOURNAL OF LAW & FEMINISM* 441 n. 207 (2009).

79 ראו לדוגמה תיק (אזורי תל אביב) 2-64-6137 (3.12.2006).

80 ראו לדוגמה תיק 1-6-8455, להלן בה"ש 114. אכן, היו מקרים נוספים שבהם בית הדין – מנימוקים הקשורים בנחיצות השמירה על סמכותו – עשה שימוש בנימוקים של כבוד האדם וחירות האדם ביודעו שנימוקים כאלה ייפלו על אוזניים קשובות. ראו לדוגמה ערעור 1239-53-1 וערעור 1625-21-1, להלן בה"ש 110. אולם יש לזכור שביסודו של דבר נימוקים אלו נועדו לשחרר איש או אישה הסובלים מעיגון, ראו דיון להלן, "חירות הפרט וסרבנות גירושין".

81 ראו לעיל ה"ש 13.

82 בד"מ 1/81 יחיאל נגר נ' אורה נגר, פ"ד לח(1) 365 (20.2.1984).

83 שם, בעמ' 413.

מנחם אלון⁸⁴ סבר שמדברי הרב קאפח אפשר להבין שהפרשנות שהוא מציע לדברי המחוקק, שבענייני ממון כוונת המחוקק הייתה ליצור הסדר שגם ההלכה תוכל לקבל, אכן מקובלת גם עליו, לאור העובדה שהסדרים הממוניים בהלכה הם דיספוזיטיביים (ניתנים להתניה) ועל כן אין הוא רואה מניעה הלכתית לקבל הסדרים אלו. אולם לדעת אפרש שכוונת הרב קפאח הייתה רק לשלול פרשנות שלפיה כוונת המחוקק הייתה לפגוע גם בעניינים שאינם של ממון, כגון חינוך ילדים, שנדון באותו פסק דין, אבל לא התכוון כלל שזו גם תהפוך עמדת בררת המחדל של ההלכה בענייני ממון כפי שהוא מבין אותה, השונה מעמדת המחוקק.⁸⁵

נושא חזקת השיתוף אף הוא פורש בידי בעלי גישה זו, בעיקר בידי הרב דיכובסקי, שבעקבותיו צעדו דיינים נוספים,⁸⁶ כעולה בקנה אחד עם עקרונות שאפשר למצוא להם בסיס במקורות ההלכה.⁸⁷ בין עקרונות אלה מונה הרב דיכובסקי עקרונות שוויוניים מהותיים כגון האמור בשטר התנאים, ועקרונות כלליים המאפשרים קליטת הסדרים משפטיים חיצוניים להלכה כגון דינא דמלכותא, מנהג והסכמה מכללא.⁸⁸ אבל נראה שלא פחות חשובה ממנגנוני האימוץ היא הראייה המפוכחת של המציאות המודרנית:

למעשה, הנהוג הוא, גם במשפחות חרדיות – כולל משפחותיהם של גדולי תורה – לראות את האשה כשווה לבעל ברכוש המשפחה. הדבר מתבטא ברישום משותף של דירת המגורים, בקניה ובמכירה של רכוש בהסכמה הדדית, ובהורשת הרכוש המשותף לאשה לאחר אריכות ימיו של הבעל.

[...]

אני סבור שענין השיתוף מקובל גם אצל שלומי אמוני ישראל, כולל בבתייהם של דיינים מורי הוראה. כל אחד מאתנו – ואני אומר זאת מתוך ידיעה ברורה – רואה

84 אלון, לעיל ה"ש 12, כך ג, בעמ' 1480-1481; הנ"ל, מעמד האישה 114 (תשס"ה).

85 אם אכן כך הדבר, ייתכן שעמדתו קרובה יותר לגישת ההשלמה, שתידון בהמשך.

86 ראו דיכובסקי, "תחומי חיכוך", לעיל ה"ש 6, בעמ' 59, שכתב בעניין זה: "השקפתי בנדון מחלחלת יותר ויותר בין הדיינים; אולם אודה, שעדיין רוב הדיינים אינם סבורים כך".

87 ראו הרב שלמה דיכובסקי "דינא דמלכותא ודין תורה (הלכת השיתוף) בראי ההלכה" תורה שבעל פה לט נ (תשנ"ח); הנ"ל, "הלכת השיתוף: האם דינא דמלכותא?" תחומין יח 18 (תשנ"ח); הנ"ל, בתגובה בסוף מאמרו של הרב שרמן, "הלכת השיתוף", לעיל ה"ש 50, בעמ' 216-222; הנ"ל, "תקנות ורפורמה" שנתון המרכז הקהילתי איחוד שיבת ציון חוג הנוער הדתי (תשנ"ט). וכן הלכה למעשה. ראו לדוגמה ערעור (גדול) 1-21-349233-31.3.1997, לא פורסם; ערעור (גדול) 1-22-56006448-12.10.1999. ראו גם אלון, לעיל ה"ש 49, בעמ' 369-373; שיפמן, שפה אחת, לעיל ה"ש 19, בעמ' 153-159.

88 ראו דיכובסקי, "הלכת השיתוף", לעיל ה"ש 87, בעמ' 25-29; הנ"ל, "תגובה", לעיל ה"ש 87, בעמ' 216-219.

את אשתו כשותפה מליאה לרכושו, ולא יעלה על דעת לומר לה: "שלי שלי, ושליך שלי". הדברים אמורים ביתר שאת וביתר עוז בחוגים חרדיים שבהם האשה עובדת לפרנסת המשפחה, והבעל יושב ולומד. דווקא שם ראוי שיאמר הבעל לאשתו: "שלי ושלכם – שלך הוא", ובודאי שלא יעלה על דעתו לראות את רכוש המשפחה כשייך לו בלבד. בתי המשפט לא חידשו את "הילכת השיתוף" מתוך אידיאולוגיה המנוגדת לדין תורה, אלא שיקפו את המציאות הקיימת בחיי המשפחה, כולל במשפחות החרדיות, לפיה האשה היא "אשת חיל" – פשוטו כמשמעו. בכל המשפחות הללו, כל פריט שנרכש מיועד מראש לבעלותם של בני הזוג גם יחד.⁸⁹

נקודה חשובה נוספת בדבריו היא הטעון הנורמטיבי, המדגיש את הצורך בהתאמת ההלכה למציאות החברתית: "ראוי לראות את 'הילכת השיתוף' כתקנה לטובת הציבור, שגם אילו לא היו מתקנים אותה בתי המשפט, היה ראוי שתותקן ע"י חכמי ישראל".⁹⁰ כלומר, המציאות השוויונית (הנשאפת גם אם עדיין לא מושלמת) בין גברים לנשים בחברה כיום צריכה לבוא לידי ביטוי בהסדרים ההלכתיים של יחסי המזון בין בני הזוג.

באשר לקליטת חוק יחסי מזון והסדר איזון המשאבים לפיו, נראה שהיא רחבה מקליטת חזקת השיתוף.⁹¹ מסתבר שהסיבה העיקרית לכך היא מצוותו הבלתי מתפשרת של המחוקק,⁹² כשלרוב, העיקרון ההלכתי בפסיקת בתי הדין בכל הנוגע לאימוץ החוק הוא השתרשותו כמנהג⁹³ או מכוח הסכמה מפורשת.⁹⁴ עם זאת, אפשר לראות בכמה פסקי דין הטמעה של עקרונות החוק, לא אחת בדיון בחריגה מחלוקה שוויונית של הנכסים לפי סעיף 8 לחוק, שיש בו כדי לשקף את עומק הקליטה של ערך השוויון שבחוק. כך לדוגמה פסק בית הדין בחיפה כי "בהתאם לחוק, לא בכל מקרה משתמשים

89 דיכובסקי, "תגובה", לעיל ה"ש 87, בעמ' 217.

90 שם, בעמ' 218.

91 ראו נימוקיו של הרב אריאל ינאי בתיק 764411/1, לעיל ה"ש 55. כן ראו הבחנתו של דיכובסקי, "הלכת השיתוף", לעיל ה"ש 87, בעמ' 29-30: "על חוקי הכנסת יש מקום יותר להחיל את הכלל 'דינא דמלכותא', מאחר שבני זוג יודעים שחוק זה מחייב את בתי הדין, על דעת כך נצברו הנכסים בנישואין, והדבר נחשב כאומדנא לגבי רוב הזוגות".

92 הדבר הגיע לידי כך שבית הדין בחיפה קיבל ללא סייג את החוק ואת בג"ץ כפרשן המוסמך, ראו תיק (אזורי חיפה) 585140/2 (4.11.2013) וציטוט ממנו בעניין זה להלן, ליד ה"ש 177.

93 ראו דברי הרב ישראל שחור (אב"ד חיפה) בתיק 582635/2, לעיל ה"ש 56:

אין בדעתי להכנס לשאלה המורכבת, האם יש לראות בכך מנהג שהתפשט והתקבל וכידוע יש לפסוק על פי מנהג המדינה. הרבה נכתב בנידון, ואין בדעתי כאן להכריע בשאלה זו. ולא אחד לומר שאינני מן השוללים זאת. וככל שעוברות השנים והמנהג מתקבל על רובא דרובא, יותר ויותר יש לראות בו מנהג המחייב על פי דין ולא מתוקף דינא דמלכותא.

94 ראו ההפניות לעיל ה"ש 56.

בסעיף 8(2) כדי לפסוק חלוקת זכויות בלתי שוויונית, אלא רק במקרים נדירים⁹⁵, תוך הסתמכות בכלל זה הן על פסק דין של בית הדין הרבני בתל אביב הן על פסקי דין של בית המשפט המחוזי בירושלים ובית המשפט לענייני משפחה בחיפה. בהרכב אחר של בית הדין האזורי בחיפה⁹⁶, בפסק דין שניתן לאחרונה, בית הדין אף ציטט בהסכמה מדברי השופט דרורי⁹⁷, שבמהלך הסברו מדוע יש לעשות שימוש נדיר בחריג שבסעיף 8 ציין שאחד הנימוקים הוא כי –

יש בו גם משום פגיעה בזכות הקניין של בן הזוג שמחצית הרכוש הינה שלו (זכות, שכיום היא חוקתית, מכוח סעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, הקובע כי 'אין פוגעים בקניינו של אדם'), ובית המשפט מכוח סעיף 8(2) הנ"ל, רוצה לקחת חלק מרכוש זה ולהעבירו לבן הזוג האחר [ההדגשה במקור].

אינני בטוח שבית הדין היה כותב מיוזמתו הנמקה זו, אולם ציטוטה המלא תוך הסכמה והתייחסות עניינית אליה בהכרעת הדין מוכיחים היטב את קליטת עקרונות השוויון וזכות הקניין שעל פי חוק יחסי ממון אל תוך מערכת השיקולים ההלכתית.

נושא אחר המגשים באופן מפורש את ערך השוויון הוא נושא פיצויי הגירושין, שנדון לעיל בדיון בגישת העימות. גם במקרה זה מציג הרב דיכובסקי, כבר פלוגתא כמעט קבוע של הרב שרמן, עמדה מכילה. לדעתו, מנהג בתי הדין לפסוק פיצויי גירושין כחלק מאיזון הזכויות הרכושיות בין בני הזוג מעוגן היטב בפסיקה ויש לאמצו:

פיצויים מדין חלוקה מאוזנת של רכוש המשפחה. כאן קיימת הנקודה הבסיסית של שיתוף נכסים. ביה"ד הגדול רמז שיש אמנם צורך בתקנה מיוחדת של הרבנות הראשית – ומן הדברים נראה שאכן רצוי לתקן תקנה כזו, אבל גם ללא התקנה מותר להשתמש במנגנון הפיצויים בכדי שהאשה תיהנה מרכוש המשפחה, גם אם ההלכה אינה מחייבת זאת. חידוש מיוחד יש בהחלטה שגם "נכסים רוחניים" –

95 תיק (אזורי חיפה) 578735/3 (6.4.2011), מפי הרב יצחק אושינסקי. ובכל זאת, בפסק דין זה חרג בית הדין מחלוקה שוויונית בזכויותיה של האישה, לטובתה, בשל חיובו הנגדי של הבעל בכתובה. גם בתיק 585140/2, לעיל בהערה 92, ציטט בית הדין בהחלטתו את פסק הדין של בית הדין בתל אביב, בהרכב הדיינים: הרב חיים שלמה שאנן – אב"ד, הרב מרדכי מזרחי בר אור והרב שלמה שטסמן, אשר בו נקבע כי "השימוש בסעיף 8 לחוק יחסי ממון נעשה במידה ובמשורה – ובמקרים נדירים בלבד וכו'. נסיבות המקרה אשר לפנינו אינן מצדיקות שימוש בסמכותו המיוחדת של ביה"ד לחרוג מאיזון משאבים שוויוני".

96 תיק (אזורי חיפה) 562636/8 (12.1.2014), בהרכב הדיינים: הרב דניאל אדרי – אב"ד, הרב אייל יוסף, הרב דוד בר שלטון.

97 ע"מ (י"ם) 638/04 ת.ר.נ' ר.ר. (23.1.2005), בסעיף 37 בפסק הדין.

השכלתו וקשריו של הבעל – ניתנים לחלוקה, וזכאית האשה לקבל חלק בהם, עקב הסיוע שלה לכך. כפי שצויין שם, זהו מנהג כל בתי הדין של כנסת ישראל בארץ. כאן לא יוכל עמיתי לטעון שרוח רעה של שויון זכויות האשה הביאה את כל בתי הדין של כנסת ישראל להשקפה זו. והרי כך העידו הרבנים הראשיים זצ"ל ביחס למנהג בכל בתי הדין. מדובר בהרגשה עמוקה של דייני ישראל לדורותיהם לראות את האשה כשותפה לרכוש נצבר.

אין לי ספק, שכל אשה, בין אם היא עובדת במשק ביתה בלבד או גם בעבודות חוץ, מסייעת לבעלה בעבודתה בכדי שיוכל לצבור רכוש ולעשות הון רב או מעט. תקנת הפיצויים נועדה לגשר בין המגיע לה על פי דין, לבין הראוי לה על פי יושר. אין לי ספק שמנהג ישראל נקבע על פי דבריהם של חכמי ישראל לדורותיהם, ונאמנים עלי הדיינים גדולי התורה בדורות עברו ביחס למנהג.⁹⁸

ההצדקה לשוויון הזכויות הרכושיות במקרה זה היא תפוצתו הרחבה של המנהג בקרב בתי הדין הרבניים קודם קום המדינה, שבהם אין לחשוד במניעים לא כשרים, ועל כן יש לראות בפיצויים אלה מנגנון חלופי אשר בו יוכלו להשתמש החולקים עליו באימוצה של חזקת השיתוף כדי להגיע לתוצאה חלוקתית צודקת. כדי לעגן עמדה זו בפסיקת בתי הדין הוא אף פונה לנשיא בית הדין הגדול לחוקק תקנה מפורשת בעניין.

הרב שלמה שפירא, בפסק דין של בית הדין האזורי בנתניה,⁹⁹ טוען "שמנהג בתי דין לא בטל גם כיום, אלא שלאור המציאות המשפטית השוררת כיום במדינת ישראל, שבדרך כלל הנשים מקבלות מחצית הרכוש, לא נצרכת פסיקה נוספת של ביה"ד לגבי פיצויים". לפיכך, במקרה שבו אין לאישה נכסים מכוח החוק, כגון מקרה שבו לא נצברו נכסים במהלך הנישואין וכדומה, יש לעשות שימוש לדעתו במנהג פיצויי הגירושין. אמנם גם בקרב דיינים המאמצים את מנגנון פיצויי הגירושין יש שאינם מדגישים בהכרח את ערך השוויון אלא את ההגנה על האינטרסים הכלכליים של האישה, הנפגעת בדרך כלל מבחינה כלכלית מהגירושין יותר מאשר הבעל. הרב אברהם מייזלס מעיר "כי כיום נושא פסיקת פיצויים לאישה בבתי הדין הרבניים, הינו נושא המקבל תאוצה גדולה. יושם לב: כי פסיקת פיצויים לאישה, הינם בנוסף לפסיקת הכתובה. כך שאישה יכולה לזכות בכתובתה ובפיצויים".¹⁰⁰ הוא מסביר את הרציונל של תקנה זו בכך "שראו בנישואים התחייבות הצדדים לכל החיים, ובתביעה חד-צדדית להתרת הנישואין (כמובן מצידו

98 ערעור 1510-22-1, לעיל ה"ש 62.

99 תיק (אזורי נתניה) 1-24-3615 (25.4.2006). ראו גם דברי הרב מיכאל עמוס בתיק 824780/2, לעיל ה"ש 56.

100 הרב אברהם מייזלס "פיצויי גירושין לאישה" משפחוק 3, 283 (תשע"א).

של הבעל) יש בה הפרה המחייבת פיצוי¹⁰¹. דברים אלה, שכנראה קרובים יותר למושג הפיצויים במשמעותו הרגילה, אולי מתעלמים ממגמת השוויון שבמנגנון זה, אבל בוודאי מקדמים ערך אחר, צודק לא פחות: הגנה על האינטרסים הכלכליים של האישה בהיותה הצד החלש במערכת הזוגית.¹⁰²

בסוגיה אחרת, של איזון רכושי בנכסי קריירה, קבע בית הדין הרבני בחיפה¹⁰³ שאין להביא בחשבון נכסים אלו, דווקא משום הפגיעה שיש בכך בזכויותיו של בעל הנכסים:

פירוש מעשי של פסיקה בהתחשב ב"נכסי קריירה" הוא, יצירת תלות לאורך שנים במעשה ידיו העתידיים של בן-זוג גם לאחר הגירושין [...] כך שעל פי דין תורה יש לראות בכך פגיעה בזכויות היסוד הבסיסיות של האדם, המתבטאת בשלילת חרותו. זאת בניגוד להלכה פסוקה בשולחן ערוך, חושן משפט, סי' של"ג.

אחד החידושים, להבנתי, בפסק הדין, הוא בהעמדת הערך של חירות היחיד מול ערך השוויון ועריכת איזון שונה מהאיזון המקובל במשפט האזרחי תוך התבססות על הרציונל של פגיעה בחירות היחיד בהקשר זה בחוק האמריקאי. כלומר, בית הדין מתקף את ההנמקה ההלכתית בהצגת חלופה לנוסחת האיזון בין הזכויות המתנגשות, המקובלת בבתי המשפט האזרחיים, הנמקה שבאופן עקרוני הייתה יכולה להיתמך גם בתפיסה אזרחית של חלוקת רכוש.

חיובם של בתי הדין לפסוק לפי חוק יחסי ממון ומחויבותם לדין הדתי במקביל עלולים ליצור עיוותים בחלוקת הרכוש ולערער את האיזונים הקיימים בדין הדתי בסוגיה זו, גם בקרב דיינים שאינם מתנגדים לקליטת העקרונות של החוק. אחד המקרים הוא פרשנות סעיף 17 בחוק יחסי ממון, הקובע שאין בחוק כדי לגרוע "מזכויות האשה לפי כתובתה". הרב דוב דומב¹⁰⁴ מציג את השאלה כך:

השאלה היא, איך סעיף 17 לחוק עומד עם עקרון שוויון הזכויות. כי באם תינתן לאשה תוספת באיזון המשאבים, יוצא, שהאשה תקבל בפקיעת הנישואין יותר מהבעל, ואין בזה שוויון זכויות.

101 מיזלס, שם, בעמ' 293.

102 על המצב, הרחוק משוויון ראו: ENORE J. WEITZMAN, THE DIVORCE REVOLUTION: THE UNEXPECTED SOCIAL AND ECONOMIC CONSEQUENCES FOR WOMEN AND CHILDREN IN AMERICA (1987)

103 תיק (אזורי חיפה) 830099/5 (11.6.2012), בפסק דינו של הרב יצחק רפפורט.

104 הרב דוב דומב "תשלום כתובה ואיזון משאבים" שורת הדין י קיט (תשס"ו).

בהמשך הוא מתאר שלוש נוסחאות שהוצעו בעניין זה ומנמק את הנוסחה הראויה לדעתו מבין שלושתן, שלפיה יש להפחית את תשלום הכתובה ממסת הנכסים של הבעל ורק אז לערוך איזון משאבים. לדעתו, נוסחה זו מגשימה הן את עקרון השוויון שבאיזון המשאבים לפי חוק יחסי ממון הן את הרעיון המרכזי של הכתובה, האמורה להיגבות מנכסי הבעל.¹⁰⁵

חירות הפרט וסרבנות גירושין

המקרים של סרבנות גירושין הם דוגמה למצב של התנגשות בין זכויות אדם בסיסיות של האישה לאלה של הבעל. במקרים אלה בתי הדין אינם נאלצים להידחק ביישום ההלכה עקב מוראו של החוק אלא אולי ההפך, ובכל זאת, השימוש בשיח הזכויות וההכרעה באיזונים הנדרשים מלמדים על קליטה והטמעה של שיח זה במקרים של סרבנות גירושין, שיח המשרת את העמדה ההלכתית.

המקרה הנזכר לעיל,¹⁰⁶ בהקשר של תחולת חוקי היסוד בבתי הדין הרבניים, היה של מסורבת גט בחו"ל שלא זכתה למענה יעיל בשום ערכאה אחרת בארץ ובחו"ל ורק בית הדין הרבני בישראל מוכן היה לשחררה ממצוקתה תוך פגיעה בחופש התנועה של הבעל. אני סבור, בניגוד לביקורת שנמתחה על פסק דין זה,¹⁰⁷ שאין זה חלק ממאבקי הסמכות או חתירה להרחבת הסמכות כשלעצמה אלא שאיפה אמיתית לסייע לצד הסובל עקב סרבנות גט. עדותו המאוחרת של הרב דיכובסקי על מניעי בית הדין בפרשה דומה¹⁰⁸ נחשפה במקום אחר, שם כתב במפורש כי "המטרה האמיתית שלנו הייתה לשחרר את האישה מעגינותה".¹⁰⁹ מאוחר יותר, בפרשת סבג,¹¹⁰ אשר בה נדונה שוב סמכות בית הדין

105 השוו דעתו החולקת של הרב אליהו היישריק בתיק (אזורי תל אביב) 838835/8 (24.1.2013), הדין בלשון החוק וברציונל שלו ומגיע למסקנה שהאישה זכאית גם לכתובה נוסף על זכויותיה בנכסי הנישואין.

106 ערעור 1-64-8621530, לעיל ה"ש 75.

107 ראו הלפרין קדרי, לעיל ה"ש 77.

108 פרשת כובאני, ערעור (גדול) 4485/ס"ג (2.3.2003). גם בפרשה זו עשה בית הדין שימוש בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, כדי לשכנע את בית המשפט העליון לתמוך בעמדתו:

נראה לנו, שבית המשפט העליון של מדינת ישראל, בעידן חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ובעידן "הכפר הגלובלי", לא יאטום אוניו מפני מצוקתה של אשה עלובה וגלמודה, אשר אינה יכולה למצוא מזור משפטי לסכסוך הגירושין שלה בארץ מגורי בעלה, דבר אשר הופך אותה לעגונה, הלכה למעשה.

109 הרב דיכובסקי, "הרהורים", לעיל ה"ש 6, בעמ' 293.

110 ערעור (גדול) 1-53-1239 (30.6.2004). גם בעניין זה הוביל את הקריאה הרב דיכובסקי. הרב שרמן

לדון בחיובו בגירושין של בעל שאינו תושב או אזרח ישראל, המסרב לתת גט, עלתה קריאה של בית הדין למחוקק לתקן את החוק כדי לאפשר לבית הדין לתת מענה במקרים כאלו:

אנו חוזרים וקוראים לכנסת, לא לעמוד מנגד, בעת שזעקותיהן של עגונות ישראל מכל רחבי העולם היהודי עולות השמימה.

[...]

חירותן של נשים אלו עשויה לבוא על פי דין שייפסק על ידי בית דין רבני בישראל. כל מי שכבוד האדם וחירותו לנגד עיניו – גם אם אינו שומר תורה ומצוות – חייב להיחלץ חושם לעזרה. אסור לה לכנסת ישראל, לאטום אוזניה ולעצום עיניה מפני צרותיהן של אלו.

החוק אכן תוקן¹¹¹ כשנה לאחר קריאתו של בית הדין ולאחר שבית המשפט העליון ביטל את החלטת בית הדין מחוסר סמכות,¹¹² והורחבו בו הקריטריונים של הזיקה לישראל. לפי הקריטריונים החדשים מוקנית לבית הדין סמכות שיפוט גם במקרים של סרבנות גירושין מצד יהודים תושבי חו"ל.

אף שאפשר לטעון, ובמידה רבה של צדק, שהשימוש בעקרונות חוק היסוד: כבוד האדם וחירותו, במקרים הנזכרים נועד יותר לשכנע את בית המשפט העליון ואת המחוקק בנחיצות מציאת פתרון למסורבות גט בנסיבות המסוימות הללו ופחות להפנים את עקרונות החוק עצמם, אין ספק בעיניי שבית הדין הונע במקרה זה מתפיסת עולם עמוקה שלפיה עליו, ורק עליו, מוטלת האחריות למנוע את הסבל הרב בעקבות סרבנות הגירושין. מכל מקום, התוצאה הבלתי נמנעת היא שבנימוקיו מקרב בית הדין הרבני את עמדתו לזו של שיח הזכויות במשפט, והתקרבות זו אינה מרתיעה אותו כלל.

התנגשות אחרת בין פתרון מצבן של מסורבות גירושין לבין זכויות אדם קיימת במקרים של הפעלת סנקציות נגד הבעל הסרבן,¹¹³ כשבמקרים קיצוניים זוהי אף פגיעה חמורה, עד כדי שלילת זכויות מאסיר. מקרים אלו דורשים מבית הדין לערוך איזון בין זכות הצד המסורב להשתחרר מכבלי עגינותו לבין חירותו וזכויותיו של הסרבן. באחד המקרים הקשים של סרבנות גירושין הגיש הבעל, שהיה כלוא כבר שבע שנים עקב

והרב איזרר, שהיו בהרכב, לא העירו דבר אף שיש להניח שהיו מנסחים את הקריאה לכנסת באופן אחר. תזכורת לקריאה זו נעשתה גם בערעור (גדול) 1-21-1625 (29.8.2004).

111 חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין) תשי"ג-1953 – תיקון מס' 3, ס"ח 2025, 10.8.2005. על תחולתו של תיקון החוק למפרע ראו ערעור (גדול) 1-21-7938 (12.2.2006).

112 ראו להלן בה"ש 190.

113 ראו מאמריו של קפלן, לעיל ה"ש 22.

סרבנותו, ערעור¹¹⁴ על פסק דינו של בית הדין האזורי בירושלים, שדחה את בקשתו לספק לו מזון בכשרות מהודרת, בטענה שיש בכך פגיעה בדתו ובאמונתו של הבעל, בניגוד לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. בית הדין הגדול דחה את ערעורו. בנימוקים לפסק הדין שכתבו הרב שלמה דיכובסקי והרב ציון בוארון צוין בנוגע לסנקציות המוטלות על פי חוק בתי דין רבניים (קיום פסקי דין של גירושין)¹¹⁵ כי -

סנקציות אלו פוגעות בזכויות יסוד בסיסיות של סרבן הגט, לרבות בזכויותיו לכבוד, לחיהניתן לומר כי בעת חקיקת חוק קיום פסקי דין, הגיע המחוקק הישראלי למסקנה כי ניתן "לסמוך" על בתי הדין הרבניים שיפעילו את ההגבלות על זכויות היסוד באופן ההולם את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית.

בית הדין סבר שרשימת ההגבלות בחוק אינה רשימה סגורה¹¹⁶ ופסק שיש להחמיר את תנאי הבידוד של המערער, המליץ "לשקול שלילת הזכות מסרבן גט הנמצא בבידוד לישון על גבי מזרן" ואף קרא לבטל את המגבלה בחוק, הקובעת מאסר של עד עשר שנים בלבד. פגיעות חמורות אלו מוצדקות בעיני בית הדין כאשר הן עומדות נוכח סבלה של האישה:

האשה נמקה בכלאה האישי שמפתחותיו מסורות בידי בעלה בלבד. [...] האשה אינה רואה כל נקודת אור לקראת חירותה. הבעל, לעומת זאת, קרוב הרבה יותר ליום שחרורו מן הכלא מאשר ליום מאסרו. האשה הוטלה על ידי הבעל למאסר עולם, בעוד שהוא נמצא במאסר קצוב לעשר שנים. חובתנו כדיינים השוקדים על תקנתן של בנות ישראל, להציע אפשרויות נוספות לפתרון עגיונותן של נשים במצבה של אשה זו.¹¹⁷

בית הדין האזורי בירושלים,¹¹⁸ בהגיע אליו העניין בתום עשר השנים שבהן היה הבעל כלוא, קיבל את בקשת האישה להאריך את מאסרו לפי סעיף 7 לחוק בתי דין דתיים

114 ערעור (גדול) 8455-6-1 (17.9.2008).

115 חוק בתי דין רבניים (קיום פסקי דין של גירושין), תשנ"ה-1995, ס"ח 1507. חוק זה הוסיף הגבלות על אלה שהיו בסמכות בית הדין לפי חוק בתי דין דתיים (כפיית ציות ודרכי דין), תשט"ז-1956, ס"ח 200.

116 בניגוד לעמדתם של קפלן ופרי. ראו יחיאל קפלן ורונון פרי "על אחריותם בנויקין של סרבני-גט" עיוני משפט כח 773 (תשס"ה). עמדתם זו אושרה בפסק דין בבית הדין הגדול בערעור (ערעור [גדול] 835157/7 [7.5.2013], הדיינים: הרב ציון בוארון, הרב ציון אלגרבלי והרב אליעזר איגרא) על פסק דינו של בית הדין האזורי, שהורה במסגרת אחת ההגבלות על הבעל שחל איסור לקבור, ודחה את טענת הבעל ש"ההוראה שלא לקבור את הבעל אינה מידתית ואינה סבירה ולפיכך היא פוגעת בהוראות חוק יסוד כבוד האדם וחירותו".

117 ערעור 8455-6-1, לעיל ה"ש 114.

118 תיק (אזורי ירושלים) 622918/19 (31.5.2011), בהרכב הדיינים: הרב ישראל יפרח – אב"ד, הרב אליהו אברג'יל והרב יוסף גולדברג. בית הדין הגדול בערעור (גדול) 809968/2 (27.11.2011), בהרכב הדיינים:

(כפיית ציות ודרכי דיון)¹¹⁹ לתקופה לא קצובה,¹²⁰ בנימוק ש"באיזון בין זכויות היסוד של הבעל והאשה לכבוד ולחירות, יש להעדיף במקרה זה את האשה, הואיל ולזכותה פסק דין סופי של בית הדין לפיו יש לכפות על הבעל את מתן הגט".

שיקולי חירות האדם וזכויותיו נקלטים בפסקי הדין הללו של בתי הדין הרבניים בשל העובדה שהם משרתים את העמדה ההלכתית בנושא סרבנות הגירושין, וקליטתם אולי אינה תואמת בהכרח את האיזונים של חוקי היסוד ואת פרשנותם בידי בית המשפט העליון,¹²¹ אולם אני סבור שיש בדרך הכלה זו נכונות רצינית לקבלה של "כללי המשחק" בנושא זכויות האדם. להערכת עשויות להיות לכך גם השלכות על אפשרות של הכלה מהותית מצד הנוקטים גישה זו גם נוכח ההבדלים בנקודות המוצא, כגון האפשרות לפיצויים בגין סרבנות¹²² או נקיטת אמצעי לחץ אחרים נגד סרבנים.¹²³

הרב יונה מצגר – אב"ד, הרב ציון בוארון והרב ציון אלגרבל, דחה את הערעור ואישר את פסק דינו של בית הדין האזורי.

119 חוק בתי דין דתיים, לעיל ה"ש 115.

120 בית המשפט העליון אישר פסק דין זה בבש"פ 4072/12 פלוני נ' בית הדין הרבני הגדול (4.7.2013). ראו על כך עוד להלן, "מפגש ערכים".

121 קפלן ("כבוד האדם", לעיל ה"ש 22, בעמ' 214-215) סבור שעל בתי הדין להפעיל את הסנקציות נגד סרבני גירושין באופן הדרגתי תוך התחשבות בזכויות סרבן הגט ובזכויות מסורבת הגט ותוך התחשבות בשאלת ההשלכה על כשרות הגט. הפעלה כזאת עשויה להיות תואמת לדעתו את מבחני פסקת ההגבלה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. במקום אחר (קפלן, "מגמה חדשה", לעיל ה"ש 22, בעמ' 668) הוא מציע "שתחילה יש לעשות שימוש בצווי-הגבלה הפוגעים בקניין, ורק בסוף התהליך יש לעשות שימוש בצווי-הגבלה הפוגעים בחירות".

122 הרב שלמה דיכובסקי "צעדי אכיפה ממוניים כנגד סרבני גט" תחומין כו 173 (תשס"ו). כן ראו Ronald Warburg, *Recovery for Infliction of Emotional Distress Toward Relief for the Agunah*, 213 (2010) JEWISH LAW ANNUAL 18. על מגמה זו בבתי המשפט האזרחיים ראו לדוגמה קפלן ופרי, לעיל ה"ש 116; בנימין שמואלי "פיצוי נזיקי למסורבות גט" המשפט יב 285 (2007); "הנ"ל", הדור הבא של תביעות נזיקין בגין סרבנות גט כדי להשיג את 116 הגט ו"כלל האחירות" של קלברזי ומלמד" משפטים מא 153 (2011).

בשיח ההלכתי אפשר למצוא דיונים על גרימת הבושה ועל הצער הנגרם במעשה זה, אבל לא נמצא אחד השיקולים המרכזיים בסוגיה זו: הפגיעה באוטונומיה, בין כעילה עצמאית – ראו לדוגמה תמ"ש (י"ם) 3950/00 פלונית נ' אלמוני (23.1.2001, השופט: בניצין גרינברגר) – בין כראש נזק בגין עוולת הרשלנות, ראו קפלן ופרי, שם. ראו גם בג"ץ 2123/08 פלונית נ' פלוני (6.7.2008), בפסקה 17 בפסק דינה של השופטת עדנה ארבל.

123 ראו הרב אוריאל לביא "סידור גט לאחר חיוב הבעל בפיצוי כספי לאשתו" תחומין כו 160 (תשס"ז) (מופיע גם אצל הרב אוריאל לביא שו"ת עטרת דבורה [תשס"ט], חלק א, סימן עו, בעמ' 479 ואילך).

הגנת הפרטיות וחיוב גירושין

דומה שהזכות לפרטיות¹²⁴ לא זכתה להגנה רבה בבתי הדין הרבניים גם לנוקטים גישה זו, שכן ההקשר שבו נדונה בבתי הדין הוא בדרך כלל מעמדה כנגד האיסור החמור של ניאוף והשלכותיו. ערעור¹²⁵ שעסק בתביעת גירושין עקב בגידה של אישה, שתועדה בידי בעלה ושני חוקרים שנכנסו למרתף שבביתם המשותף, היה בסיס לדיון במהותם של הערכים השונים, באיזון ביניהם, ובהתאם לכך גם בפרשנות הנכונה של חוק הגנת הפרטיות.¹²⁶ גם במקרה זה הרב דיכובסקי כתב את פסק הדין העיקרי, ודומה שהנימוק המשמעותי ביותר בדבריו הוא ראיית בני הזוג כיחידה אחת של שיתוף אינטימי: נפשי, גופני ורכושי, ועל כן אין מקום לתחולת מושג הפרטיות במסגרת היחסים הזוגיים בנישואין.¹²⁷ תפיסה זו שונה מתפיסה אינדוידואליסטית, הרואה את הנישואין כמסגרת הסכמית של שני פרטים נבדלים, אם כי אין הכרח לומר שזהו ההסבר היחיד לשוני בין גישת בתי הדין הרבניים לגישת בתי המשפט האזרחיים. נימוק נוסף נוגע לנוסחת האיזון במקרה של איסור דתי:

חובתו של ביה"ד למנוע אדם מקשר אסור של נישואין. לדעת ביה"ד נוצר כאן איסור תורה, ובמקום שיש איסור תורה אין חולקים כבוד לאדם ואין מקפידים על פרטיותו. כך קובעת ההלכה גם בנושאים אחרים (כגון אדם הלוכש כלאיים ועוד).

בית הדין אינו מסתפק בהבהרת תפיסת הנישואין על פי ההלכה ובהערכת משקלו של האיסור הדתי בנוסחת האיזון בין הערכים המתנגשים: הזכות לפרטיות מצד אחד ואיסור הבגידה והשלכותיו על קשר הנישואין כפי שבית הדין תופס אותם מצד אחר.¹²⁸ לדידו של בית הדין, איסור הבגידה חייב להיות חלק מהערכים המרכיבים את הנוסחה המחויבת ל"דין תורה" שבחוק שיפוט בתי דין רבניים, ולכן הוא גם מציג את פרשנותו להגנות שבסעיף 18(2) בחוק הגנת הפרטיות תוך הסתייעות בפרשנות בג"ץ ל"תום לב" ו"ענין אישי כשר" שבסעיף זה. אלא שגם פרשנות זו נובעת מתפיסת עולם שונה באשר

124 ראו קפלן, כבוד האדם, לעיל ה"ש 22, בעמ' 229-248; הנ"ל, "מגמה חדשה", לעיל ה"ש 22, בעמ' 322-326.

125 ערעור (גדול) 1-21-7661 (29.6.2004).

126 חוק הגנת הפרטיות, תשמ"א-1981, ס"ח 1011.

127 כך סבור גם הרב איתמר ורפהפיג צנעת אדם: הזכות לפרטיות לאור ההלכה 156-159 (תשס"ט). ראו גם דברי הרב דיכובסקי בערעור (גדול) (ללא מספר תיק), פד"ר יד 321 (כ"ב בתמוז תש"ן) (הרב שלמה דיכובסקי "האזנות סתר" תחומין יא 299 [תשנ"א]).

128 שכן אם ניטל האיסור משתנה נוסחת האיזון, ומשכך, בית המשפט יסתייג מנוסחת האיזון של בית הדין. ראו בג"ץ 6650/04 פלונית נ' בית הדין הרבני האזורי בנתניה ואח' (14.5.2006), שבו אכן ביטל בית המשפט העליון את פסק דינו של בית הדין הרבני. ראו להלן, ליד ה"ש 173.

לכשרות העניין האישי ולחשיבותו. ועם כל זאת, פסק דין זה מבטא היטב את השתתפותו של בית הדין בשיח המשפטי הכללי¹²⁹ תוך שמירה על תפיסותיו ועל ערכיו.

בפסק דין של בית הדין האזורי בנתניה¹³⁰ מתבסס הרב שלמה שפירא על עקרונות פסק הדין בערעור הנזכר ומעלה טענת הגנה עקרונית נוספת לפי סעיף 18(2)(ב) בחוק הגנת הפרטיות. הוא מגדיר את חובת הבעל לגרש את אשתו שנאפה כחובה¹³¹ מוסרית וחברתית המפורטת בסעיף. גם הרב אברהם מייזלס מעלה טענה יצירתית: החתימה על שטר התנאים היא מעין חתימה על ויתור סודיות ועל כן אפשר לכוללה בחריג של הסכמה לפגיעה שבסעיף 7(ב) בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ובסעיף 1 בחוק הגנת הפרטיות,¹³² ומציב את נוסחת האיזון הראויה לפי ההלכה:

כאשר קיימת סתירה בין אינטרס של הגנה על פרטיות, לבין אינטרס של עשיית משפט צדק, על פי ההלכה עשיית הצדק והוצאת האמת לאור זהו עיקרון על, גם אם הוא נעשה על חשבון פגיעה בפרטיות של הזולת.

ברור לשני הדיינים שפרשנותם לחובות מוסריות וחברתיות וכן לנוסחת האיזון הראויה שונה לגמרי מתפיסת העולם המגולמת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ומתפיסת בית המשפט העליון ופרשנותו בעניין,¹³³ שפסיקתו מצוטטת בהרחבה בפסק הדין, ועל כן, מתוך קבלה של "כללי המשחק"¹³⁴ מסייג הרב שפירא את מהימנותן של הראיות גם מן הבחינה ההלכתית, וקובע:

129 ההוכחה הטובה ביותר לכך היא פרשנותו של הרב דיכובסקי בפסק דין זה (ערעור 7661-21-1, לעיל ה"ש 125) לסעיף 32 בחוק הגנת הפרטיות, שלפיה "המונח 'בית משפט' מתייחס גם לבי"ד רבני". אולם השוו דבריו בפד"ר יד 321, לעיל ה"ש 127, בעמ' 332, שם סבר הפוך מכך. ראו גם דברי הרב מייזלס (להלן ה"ש 134), המסתפק בכך; ואת עמדת הרב חיים שלמה רוזנטל, אב בית הדין, בתיק 1880/מ"ז (לעיל ה"ש 69, בעמ' 303), הסבור שהשמטת בית הדין מחוק הגנת הפרטיות נעשתה בכוונה בשל העדפת בית הדין את צדקת הפרט על פני צנעת הפרט.

130 תיק (אזורי נתניה), 851788/2 (7.5.2012).

131 בהגדרת הדבר כחובה הוא מסתמך בין היתר על דברי הרב עזרא בר-שלום בערעור 7661-21-1 (לעיל ה"ש 125), אף שהרב בר-שלום עצמו לא התייחס כלל לפרשנות סעיף 18(2)(ב) בחוק הגנת הפרטיות.

132 הרב דיכובסקי העלה טיעון זה בפסק דין אחר, פד"ר יד 321 (לעיל ה"ש 127, בעמ' 331). על מקור זה השיגו עליו משום שנוסח שטר התנאים עניינו הברחת נכסים והעלמת נכסים ולא העלמת מידע. ראו הרב אליעזר שנקולבסקי "האזנת סתר" המעייין לז' 45, 49 (תשנ"ז); נחום רקובר וההגנה על צנעת הפרט 141, הערה 134 (תשס"ו).

133 ראו בג"ץ 6650/04, לעיל ה"ש 128.

134 הרב מייזלס מסתפק בשאלה אם "בית המשפט" האמור בסעיף 32 בחוק הגנת הפרטיות כולל את בית הדין, בשונה מהכרעת הרב דיכובסקי בערעור 7661-21-1 (לעיל ה"ש 125), אבל מקבל את פסיקת

מכיוון שהבעל עבר ופגע במזיד בפרטיות של אשתו, בית הדין מנוע על פי דין ועל פי חוק לקבל ראייה שהושגה באלימות ובאופן לא חוקי ותוך פגיעה בפרטיות.

טובת הקטין ומשמורת

עניין נוסף שבו בית הדין מצהיר ששיקוליו תואמים את זכויות היסוד הוא דיונים בתיקי משמורת והסדרי ראייה. בפסק דין¹³⁵ העוסק בשאלת הסמכות הנמשכת של בית הדין בתביעת משמורת של בעל, שנכרכה בתביעת הגירושין, מפרט הרב שלמה שפירא את מקורות ההלכה בעניין המשמורת, ומסקנתו היא:

שענין זה של משמורת הילדים, אינו ענין של זכות ההורים או אחד מהם אלא כל כולו ענין של טובת הילדים ועל פי טובתם נקבעת המשמורת. וברור שהכוונה בטובתם בין טובה גשמית ובין טובה רוחנית, וטובה זו היא המהווה המודד היחידי בקביעת המשמורת. ודע שסברא זו מקובלת על כל הפוסקים ולית מאן דפליג בהאי מילתא.

כך גם בנוגע לקביעת הסדרי הראייה בין ההורים והילדים. באשר למעמדו של הקטין כבעל דין עצמאי בעל זכות נפרדת להגיש תביעה בענייניו באמצעות אפוטרופוסו, שחוק באמצעות קליטת האמנה לזכויות הילד למשפט הפנימי בישראל ובאמצעות חקיקת חוק יסוד: כבוד וחירותו, כפי שנקבע בידי השופטת בייניש,¹³⁶ טוען הרב שפירא:

ומשכן, בכל דיון למשמורת והסדרי ראייה, תמיד יערך הדיון מנקודת המבט של טובת הילד וזכויותיו, ואם כן אין מקום להגשת תביעה נוספת בשמו. כמו כן, מכיון שגישת ההלכה בנויה על היסוד שכתבנו לעיל, ברור שההנחה המדריכה באמנה הבינלאומית לזכויות הילד ובחוק כבוד האדם וחירותו לתת משקל יתר לטובת הקטין נידונות ממילא בדיון למשמורת הילד שנערך בביה"ד.

כלומר, זכויות היסוד של הקטין על פי האמנה וחוק היסוד מובנות באופן טבעי בעקרונות הפסיקה של בית הדין בנושאי משמורת והסדרי הראייה, לא עקב אילוץ חיצוני אלא בשל קליטתם הטבעית בהתאם לעקרונות ההלכה עצמם.

השופט ברק בבג"ץ 6650/04 (לעיל ה"ש 129), שבית הדין חייב לפסוק לפי חוק הגנת הפרטיות ולאור חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, הכולל את ההגנה על הפרטיות.

135 תיק (אזורי נתניה) 1-23-8384 (25.4.2004).

136 בבג"ץ 2898/03 פלונית נ' בית-הדין הרבני הגדול (21.1.2004).

זכות הגישה לערכאות ושלוו בית

לא רק זכויות אדם טבעיות מהמעגל הראשון זכו להגנה בבית הדין אלא גם זכויות אזרחיות. בערעור¹³⁷ של אישה על סמכות בית הדין הרבני לדון בתביעת שלום בית של הבעל בטענה של היעדר סמכות בשל היעדר זיקה לישראל וטענות נוספות מתחום המשפט הבינלאומי הפרטי קבע בית הדין הרבני הגדול שחרף טענות האישה, הסמכות נתונה לבית הדין הרבני. אחד מנימוקיו היה ש"הימנעות בית הדין מראש לדון בתביעת הבעל עלולה להביא לפגיעה קשה בזכות הגישה של הבעל לערכאות בישראל, שהינה בגדר של זכות יסוד".¹³⁸

ניתוח וביקורת

הרושם המרכזי, ואולי הראשון, העולה מקריאת פסקי דין של דיינים האוחזים בגישה זו הוא שזוהי תפיסת מציאות מפוכחת ופרגמטית. תפיסה זו באה לידי ביטוי בקליטת ובאימוץ הסדרים משפטיים המבטאים ערכים מודרניים, באמצעות מנגנונים הלכתיים קיימים שחלקם נחשפים באמצעות איתור ופרשנות המקורות ההלכתיים.

המניע המרכזי בפסיקה הוא תחושת שליחות של עשיית צדק כלפי הנדרשים לבוא בשערי בית הדין מתוך הבנה שזו חובתו המרכזית "כדיינים השוקדים על תקנתן של בנות ישראל".¹³⁹ על כן אין מדובר רק ביישום עקרונות כלליים אלא גם באחריות למתן פתרון ובאיי-התחמקות מהכרעה משפטית מחמת יראת הוראה, תוך הפעלת שיקול דעת עצמאי וללא כפיפות לעמדות מחמירות,¹⁴⁰ ודאי כאלה שמחוץ לבית הדין,¹⁴¹ וכן בקליטת המציאות העובדתית כפי שהיא ופסיקה בהתאם. כך לדוגמה באימוץ עמדות הלכתיות

137 ערעור (גדול) 1-64-9498 (17.6.2008) בהרכב הדיינים: הרב מנחם חשאי, הרב ציון בוארון והרב ציון אלגרבל.

138 על הכרה בזכות זו כזכות חוקתית במשפט הישראלי ראו שלמה לוי "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וסדרי הדין האזרחיים" הפרקליט מב 451 (תשנ"ה-תשנ"ו); הנ"ל תורת הפרוצדורה האזרחית: מבוא ועקרונות יסוד 27-38 (מהדורה שנייה, מורחבת, מעודכנת ומתוקנת, תשס"ח); יורם רבין "זכות הגישה לערכאות" כזכות חוקתית (תשנ"ח); הנ"ל, "זכות הגישה לערכאות: מזכות רגילה לזכות חוקתית" המשפט ה 217 (2000); אהרן ברק "זכות הגישה למערכת השיפוטית" ספר שלמה לוי 31 (אשר גרוניס, אליעזר ריבלין ומיכאל קרייני עורכים, תשע"ג).

139 לעיל, ליד ה"ש 117. כן ראו דיכובסקי, לעיל ה"ש 70, בעמ' 20.

140 דיכובסקי, שם, בעמ' 20-21: "גט מעושה" מפחיד אותי פחות ממצב של 'לא גט'. עם גט מעושה אפשר להתמודד, ופעמים רבות הגט כשר לפחות בדיעבד. בעוד שעם מצב של 'לא-גט' אין יכולת להתמודד".

141 ראו שם, בעמ' 21.

המאפשרות גירושין בהיעדר סיכוי ראלי לשיקום הנישואין,¹⁴² כשלמעשה התוצאה היא קבלת עילת ההתמוטטות הבלתי הפיכה של הנישואין כעילת גירושין, וכן בהתחשבות במציאות המשפטית כאשר בוצע פירוק שיתוף, ועקב כך הימנעות ממתן סעד של מדור ספציפי.¹⁴³

ההשתתפות בשיח המשפטי הכללי מתקיימת הן ברמה המהותית – בהכלת ובקליטת הסדרים שונים; הן ברמה הדיונית – בהתמצאות בדברי חקיקה, בפסקי דין של בית המשפט העליון ובמחקרים אקדמיים, ובציטוטם, לא אחת תוך ויכוח עמם והצגת פרשנות חלופית.

אעמוד על כמה ממאפייני דרכי הפסיקה של בעלי גישה זו. קליטת חזקת השיתוף, חוק יחסי ממון ופיצויי גירושין, למשל, מבוססת בחלקה על עקרונות כלליים של המשפט העברי שכל מהותם היא התחשבות במציאות המשפטית והחברתית, ובראש ובראשונה המנהג, שאין כמותו כדי לשקף תמורות ומוסכמות חברתיות¹⁴⁴ הכרוכות בנסיבות ההיסטוריות המשתנות.¹⁴⁵ אחריו, דינא דמלכותא תוך קבלת הפרשנות המרחיבה, ומכוח יצירתו של חוק המדינה, אומדנא ומנהג בנוגע לשוויון המגדרי המקובל, כאשר ההוראה המחייבת של המחוקק לדון לפי החוק, בחוק יחסי ממון לדוגמה, מגויסת לחיזוק העוגן הדתי של החוק.

142 ראו ערעור (גדול) 1-51-6943 (לא פורסם, 29.8.2002), בפסק דינו של הרב דיכובסקי: "אילו היה סיכוי ממשי לנישואין, הייתי אולי שוקל שימוש באמצעי השהיה, כמו מדור ספציפי, ע"מ לתת סיכוי להצלת המשפחה. מה אעשה, ואין סיכוי ראלי לכך".

143 דיכובסקי, "הרהורים", לעיל ה"ש 6, בעמ' 283.

144 ראו לדוגמה את דברי הרב דיכובסקי בערעור 1510-22-1, לעיל ה"ש 62:

יש מקום לומר, שאם דעת בני אדם משתנה בנוגע למום מסויים, אזי אין מקום לומר סברה וקבלה, על יסוד הסכמתה בעבר. [...] בכל ארצות התרבות, זו השפלה גדולה לאשה לחלוק את יצועה יחד עם אשה אחרת, ובעל שישא אשה נוספת יחוייב בגט, לא רק מחמת חדר"ג [חרם דרבנו גרושום], אלא גם מחמת ההשפלה והמום שיש בזה.

ראו פסיקה ברוח דומה של הרב דוב דומב מבית הדין בתל אביב בתיק (אזורי ת"א) 1-21-027471085 (15.12.2003, הדין והדיין 1,7), המגדיר את תחושת הבושה של האישה במקרה של בעל מהמר, בהתאם לנורמה החברתית העכשווית, שלפיה זוהי התנהגות שלילית של הבעל, העולה כדי הצדקת מאיסתו בעיני האישה.

145 גם בנוגע לגיור תבקש גישה זו להסתמך על דעות מקלות כעניין של מדיניות המתאימה למציאות הדמוגרפית הנוכחית במדינת ישראל. ראו לדוגמה אדרעי, לעיל ה"ש 71, והשוו לדעות החולקות המצוינות בהערה זו.

אחד המאפיינים בפסקי הדין הוא האומץ להסתמך על דעות שאינן בהכרח הדעות המרכזיות בהלכה אבל מתאימות יותר ליישום במציאות הנוכחית, ואף בשימוש יצירתי במקורות הלכתיים קיימים¹⁴⁶ ובפרשנות מחודשת של מקורות הלכתיים קלסיים.

בפסיקה ניכרת הבטה נכוחה אל הפער הנפער לפעמים בין עקרונות הצדק והיורש לבין הדין כפי שהוא, ושאיפה לגישור על פער זה לא רק באמצעות קליטה והכלה של הסדרים מן המשפט הכללי אלא גם תוך קריאה ליוזם שינויי חקיקה.

השאלה המסקרנת ביותר היא מה ההניעה של גישה זו. האם היא מונעת מהפנמה מהותית ואמיתית של ערכים כשוויון, חירות וכבוד או שמא הדבר נובע מאילוצים – ביניהם, הצורך להגן על מערכת בתי הדין הרבניים?

הרב דיכובסקי סבור כי אכן זהו אחד החששות, וכך כתב בנוגע להלכת השינוף:

המנעות ביה"ד הרבני מלדון בכך, היא צדקנות מיותרת ומזיקה. אין לשכוח את ההשלכות המסוכנות העלולות לצמוח מכך למעמד בתי הדין הרבניים ומהפקעת עניני הממון והרכוש מסמכותם, ודי לחכימא ברמיזא.¹⁴⁷

במקום אחר מסביר הרב דיכובסקי שההשתתפות בשיח המשפטי אינה נובעת אלא משיקולים טקטיים ותועלתניים, שכן מחיר אי-ההשתתפות הוא הפסד בעימות עם מערכת המשפט האזרחית, שעלול להיות כבד מאוד מבחינת בתי הדין:

כל השנים הובלתי מאבק ביחס לסמכויות בתי הדין, ולא עשיתי זאת בהתלהמות ובצעקנות. השתמשתי בנשק המשפטי שהשתמשו בו בתי המשפט, וברוך ה' נחלתי הצלחות לא מעטות. פסקי דין מתלהמים לא רק שמחטיאים את המטרה, אלא גורמים לא פעם לעקירה רבתי של סמכויות. לפעמים גם כדאי שלא להכנס לעימות עם בית המשפט בתיק אחד, כדי שלא לגרום חורבן גדול יותר בדברים רבים ועקרוניים.¹⁴⁸

המניע הוא אפוא הרצון לשמור על הערכים החשובים והמרכזיים בהלכה תוך ויתור מושכל על עניינים משניים בחשיבותם. להבנתי, אף בדברים אלה אין לראות שאיפה לשימור הסמכות כשלעצמה אלא כאמצעי לשמירת העקרונות החשובים.

146 כגון שטר התנאים, אשר בו כתוב שבני הזוג "[ו]ישלטו בנכסיהן שוה בשוה" כבסיס לשינוף נכסים. ראו שו"ת מהרי"ק, שורש נז; שו"ת מהרש"ם, חלק א, סימן מה.

147 דיכובסקי, "הלכת השינוף", לעיל ה"ש 87, בעמ' 31.

148 דיכובסקי, לעיל ה"ש 70, בעמ' 21.

תפיסה זו מתבטאת פעמים רבות בשיח כפול, בתנועה מקבילה של דיון בחוק ובהלכה, כפי שעולה באופן בהיר מדברי הרב שלמה שפירא:

הדברים שכתבנו לעיל הינם מספיקים לדעתנו בכדי להבהיר ענין סמכותו של ביה"ד בנושא המשמורת והסדרי הראיה, ולכשעצמנו אין אנו זקוקים להביא אסמכתאות למצב החוקי, הנובע מהמשפט הכללי, ואין מקום שבית דין רבני יצרף נימוקים משפטיים שאינם בנויים על אדני התורה, וכבר הארכנו בזה בפסק דין אברהם (נתניה 4252). אלא שכפי שכתבנו שם, ההכרח לא יגונה, ומכיון שפסק דינו צריך להיות מונח לפני ערכאות משפטיות, שאינן דנות על פי דין תורה, נבאר מהו המצב החוקי בנידון דידן, ושאלף לפי החוק הסמכות לדון בהסדרי הראיה ממשיכה להיות נתונה לביה"ד.¹⁴⁹

לדידו של בית הדין אין כל צורך בהנמקה המשפטית הכללית, אבל מכיון שבית הדין מודע למקומו ולביקורת השיפוטית על הכרעותיו, עליו לבססן גם על חוק המדינה כדי להגן עליהם מפני ביטול, שייחשב בסופו של דבר פגיעה בהלכה עצמה.

ואף על פי כן, קשה לומר שאין כל השפעה מהותית על פיתוחו של הדיון ההלכתי המהותי, שכן בעצם קיומו של האתגר בפרשנות המקורות ובניסיון לעריכת התאמות הלכתיות למציאות הנוכחית יש כדי להביא לכך שעקרונות יסוד כלליים יחלחו ויתקבעו כחלק מהגורמות ההלכתיות, כפי שההיסטוריה ההלכתית הארוכה מלמדת.

הגישה השלישית: השלמה והפרדה

הגישה השלישית נוטה להשלמה עם מעמדו ועם סמכותו המוגבלים של בית הדין הרבני ומתכנסת אל תוך גבולותיה המתוחמים והמצומצמים בתוך המסגרת הצרה של דיני הנישואין והגירושין תוך הבחנה והפרדה בין ענייני משפט לענייני דת. סמכותו של בית הדין לפי גישה זו תחומה לעניינים המשפטיים הנתונים לסמכותו לפי חוק, ואין בית הדין צריך לדון בעניינים שאינם בסמכותו. גישה זו קשה יותר לאיתור ולאבחון, שכן מטבע הדברים מתמקדים הנוקטים אותה בדין ובהנמקה פנימיים ולא במערכת היחסים של ההלכה ושל בתי הדין הרבניים עם מערכת המשפט הכללית. אבל אפשר להעריך שדיינים רבים נוטים לגישה זו לאור ריבוי פסיקה המתאפיינת בדיון פנים-הלכתי סגור ללא

149 תיק 8384-23-1, לעיל ה"ש 135.

התייחסות לסביבה המשפטית,¹⁵⁰ שלרוב הוא פורמליסטי ומנותק משיקולים ערכיים או עקרוניים.

חירות הפרט ושלמות המשפחה

נושא ההגבלות על חירות הפרט לשם הגנה על שלמות המשפחה עלה אגב דיון בערעור¹⁵¹ שעסק בסוגיית חינוך ילדים. נסיבות המקרה הן גירושין שנערכו בין בני זוג חרדים, שלאחריהם האישה שינתה את אורח חייה והפכה חילונית. הוויכוח נסב כעת על חינוך הבת, בעיה מוכרת העולה בבתי הדין הרבניים. הרב משה טופיק, שכתב את פסק הדין, הבהיר בתחילת הדברים את סמכותו המוגבלת של בית הדין הרבני ואת תחומי סמכותו. אצטט מפסק הדין כמה קטעים המדברים בעד עצמם:

נתחיל במושכלות ראשונים. אכן, בית דין רבני אנו, ודנים אנו בהתאם לתורה הכתובה והמסורה מימות משה רבנו עליו השלום. מצד שני, אין בכוחנו לאכוף את סמכותנו אלא באותה מסגרת מצומצמת שהועמדה לנו על ידי החוק האזרחי. כיון שכך, אין אנו מתערבים באורח החיים הדתי או החילוני של אזרח הבא לדין בפנינו. עם כל רצוננו בתיקון עולם במלכות שדי, פסיקותינו הינן במישור של "בין אדם לחברו" ולא במישור של "בין אדם למקום". הן אינן באות במטרה להחיל נורמות של חיים דתיים.

לאחר הבהרת גבולות הדיון שבסמכות בית הדין הוא דן בנושא שלום הבית כדוגמה מובהקת לפער בין העניינים המשפטיים שבסמכות בין הדין לבין החדירה לאורח החיים של המתדיינים:

150 עם זאת, אפשר להדגים גישה זו, כמו גם את שתי הגישות האחרות, בסוגיות אחרות שאינן קשורות לזכויות אדם דווקא. לדוגמה, ערעור (גדול) 798549/5 (4.11.2010), אשר בו מתייחס בית הדין לבעיית פסיקת ריבית, האסורה על פי ההלכה, בגביית חוב מזונות באמצעות לשכת הוצאה לפועל, ומציע פתרון לכלל בתי הדין:

מן הראוי שביה"ד האזורי יוסיף בכל פס"ד [פסק דין] מזונות (שעשוי להגבות ע"י הוצל"פ [הוצאה לפועל]) שאם הבעל יאחר בתשלום המזונות כפי שביה"ד פסק והאשה תצטרך לגבות המזונות ע"י הוצל"פ לא יודקק ביה"ד לתביעותיו בענין הפסדים שנגרמו לו ע"י הוצל"פ. דומה שאין נתק, ניכור והשלמה גדולים מאלו בנוגע לתפקידו המוגבל והנפרד של בית הדין מול ערכאות אחרות והחוק המיושם בהן במקרים של התנגשות בין הדין הדתי לדין האזרחי. במקרה זה, זכות גביית הריבית של האישה כנגד האיסור ההלכתי בגבייתה. אולם כאמור, עניינו של מאמר זה הוא זכויות אדם והיחס אליהן בבתי הדין תחת צלו של בג"ץ, המרחף עליהם בעניינים אלה.

151 ערעור (גדול) 1-23-2950 (17.6.2004).

כך, למשל, בית הדין הרבני לא ייעתר, בדרך כלל, לבקשת אישה החפצה בשלום-בית, להוציא צו האוסר על בעלה להיפגש עם פילגשו. הן פשוט הוא, שהדבר אסור על פי ההלכה, והדבר גם פגום ופסול מבחינה מוסרית. בית הדין יודיע לנוגע בדבר את חומרת האיסור. בית הדין עשוי להשתמש בדברי כיבושין, רכיין או קשין, כדי לשכנע את הבעל לא להרוס את ביתו, ולתת ליבו לאהבה את אשתו כשם שנתן לב לרחקה. אך מתן צו אופרטיבי שיכפה נורמה הלכתית דתית, או אף נורמה מוסרית, אינה כיום בכוחו של בית הדין. כך גם, למשל, במסגרת דיון על שלום-בית, כאשר נגלים לבית הדין דרכי החיים של בני הזוג, על מוצאייהם ומבואיהם, אין בית הדין מנסה לכפות אורח חיים דתי, ברמה זו או אחרת. אורח החיים הדתי רלוונטי, רק ככל שיש לכך השפעה על פי הדין, על תביעה קונקרטית של צד, אם לשלום-בית ואם לגירושין.

בן זוג המעוניין לפרק את הנישואין לא יחסם באמצעי כפייה משפטיים שיכריחוהו לשקם את נישואיו. הוא יינה מחופש מלא לבצע כל עברה דתית כרצונו ולהתנהג באופן לא מוסרי כפי שיחפוץ בתוך הגבולות הרחבים שהחוק האזרחי מאפשר לו. לפי גישה זו, בית הדין יתמקד בתוצאות המשפטיות של התנהגויות אלו ולא בהכוונתן ליעד הראוי של ערכי המשפחה לפי הדין הדתי.

חופש הדת וחינוך ילדים

כאמור, הנושא הנדון בפסק הדין של הרב טופיק הוא חינוך הילדים – נושא ערכי ורגיש הנדון לא אחת בבתי הדין הרבניים. לאחר הדיון העקרוני בנושא שלום הבית מיישם הרב טופיק את העקרונות הנזכרים למקרה הנדון בעניין חינוך הילד:

בהתאם לכך, אין בית הדין הרבני מתערב, כאשר בהסכם המוגש לאישור בית הדין, מסכימים ההורים כי ילדם יקבל חינוך ממלכתי, אף אם יתכן כי הדבר אינו עולה בקנה אחד עם השקפתו הדתית של הדיין היושב על מדין. כך גם שופט שהינו בעל השקפת עולם אידיאולוגית חילונית, לא יתערב לבטח בהחלטת הורים לתת לילדיהם אורח חיים דתי.

אימתי מוסמך בית הדין או בית המשפט להתערב? כאשר אין הסכמה בין ההורים.

כאשר ההורים מסכימים אין לבית הדין כל סמכות לשנות את הסכמתם. כאשר אין הסכמה יפסוק בית הדין בהתאם לשיקולי טובת הילד, ואף כאן לא צריכה להיות להשקפת עולמו של בית הדין השפעה כלשהי על התוצאה.

זכות הגישה לערכאות וכשרות הגט

בשנים האחרונות התרחבה מאוד תופעת תביעות הנזיקין בגין סרבנות גט.¹⁵² תגובת בתי הדין היא עיכוב הגירושין, לפחות מבחינה עקרונית,¹⁵³ עקב החשש מפני גט מעושה שלא כדין.¹⁵⁴ באחד הערעורים בפני בית הדין הגדול¹⁵⁵ במקרה כזה עמד בית הדין על בעיית כשרות הגט לצד הצהרה על היעדר התערבותו לחסימת הליך של תביעת נזיקין כזאת בערכאה אזרחית. אלו דבריו:

הרינו להבהיר שאין אנו קובעים שלאשה אין זכות להגיש תביעת פיצויים עקב מעשה של הבעל, או מחמת סירובו של הבעל לתת גט. אין אנו מתערבים בתביעות הנידונות בפני בית המשפט. במקרה הנידון שבפנינו אנו אין אנו יכולים לחייב את בית הדין האזורי שייסדר גט בין הצדדים, כיוון שגט שיינתן במקרה כזה לא יהיה גט כשר, ובית הדין לא יוכל לכתוב בתעודת הגירושין שהאשה מותרת להינשא לעלמא.

אני סבור שאין להתייחס לדברים אלו כאל רטוריקה פורמלית בלבד. בית הדין מבין היטב שאין הוא יכול לפגוע בזכות הגישה של האישה לערכאות,¹⁵⁶ ואף אם בית הדין כשלעצמו אינו מכיר בזכות זו כזכות יסוד או כזכות שיש לאפשר את מימושה בהליך הדתי של הגירושין הוא מודע היטב למגבלותיו בקביעה כלשהי בשאלה זו. בית הדין תוחם עצמו לתחום הדתי בלבד בשאלה הנוגעת לכשרות הגט, כלומר, לתוקף הגירושין. החלטת בן זוג אם להגיש תביעת נזיקין בגין סרבנות גירושין נתונה לשיקולו הבלעדי, ובית הדין מתייחס לכך כאל ממצא עובדתי שלפיו יוכרע אם ישנה פגיעה דתית בכשרות הגירושין. אין ספק שבית הדין מודע היטב לכך שהצהרתו עשויה למנוע הגשת תביעת נזיקין בנסיבות כאלו, אבל אפשר בהחלט לראות בהצהרת בית הדין גישה של הפרדה וניכור בין שתי הערכאות ובין שתי שיטות המשפט, והשלמה עם מסגרת תפקידו המצומצם בחלק הדתי של הליך הגירושין ללא יכולת השפעה ממשית על כלל ההליך.

152 ראו שמואלי, לעיל ה"ש 122. להפניות נוספות ראו שם, בעמ' 158 הערה 13.
153 על הפער בין העיקרון ליישומו ראו עמיחי רדזינר "לא המדרש עיקר אלא המעשה": על סידור גיטין לאחר תביעות נזיקין ועל מדיניות הפרסום של הפסיקה הרבנית" משפטים מה 5 (תשע"ה).
154 פסק הדין המנחה בעניין זה הוא ערעור (גדול) 1-21-7041 (11.3.2008).
155 ערעור (גדול) 936594/2 (6.4.2014) על פסק דינו של בית הדין האזורי בחיפה בתיק (אזורי חיפה) 899861/2 (10.4.2013).
156 על זכות זו ראו לעיל ה"ש 138.

שוויון מגדרי ואיסור פילגש

הרב יצחק זר מבית הדין האזורי בתל אביב דן בשאלה אם אפשר להתיר כיום קשר של פילגשות, שעיקרו ניהול חיים משותפים בין איש לאישה ללא חופה וקידושין וללא מרבית החובות ההדדיות שבנישואין. לאחר דיון הלכתי מקיף, השולל אפשרות להתיר קשר כזה אפילו בשעת הדחק, הוסיף הרב זר שני נימוקים בקצרה, כמעט באמירת אגב. האחד, בנוגע להתנגשות של היתר כזה עם חוק העונשין בעניין איסור ביגמיה, "ואיך נתיר פילגש ונעקוף את חק איסור הביגמיה", והשני, אי-ההתאמה של היתר כזה לימינו:

ובדור הזה של שוויון זכויות וכבוד הדדי לא נראה שיאה להתיר פילגש, אף בשעת הדחק שאשתו לא רוצה להתגרש, אלא יתכבד ויבוא לביה"ד ואם הם ימצאו שטענתו צודקת יתירו לו לישא אשה על אשתו, וישאנה כדת משה וישראל.¹⁵⁷

במקרה זה, הנימוקים ההלכתיים עולים בקנה אחד עם הוראות החוק ועם הערכים המקובלים בכלל החברה באשר לשוויון¹⁵⁸ ולכבוד הדדי בין המגדרים, אולם עולה מהם יחס של מרחק וניכור. קשה לראות בהם הכלה וקבלה של הערכים הנוכריים אלא אילוץ, שרק במקרה מתאים למסקנה מן הדיון ההלכתי שנעשה בתוך מערכת סגורה של כללים ועקרונות. תמיכה להתרשמות זו היא הצגת האפשרות, באותה פסקה, לנשיאת אישה שנייה כאפשרות לגיטימית וראויה בנסיבות המצדיקות זאת. מה יהיה מעתה על שוויון הזכויות ועל הכבוד ההדדי או על הערך המגולם באיסור הביגמיה?

ניתוח וביקורת

מאפייניה העיקריים של גישה זו הם: ראשית, הכרה במקור הסמכות השיפוטית של בית הדין. בית הדין הרבני מודע היטב לכך שמקור סמכותו החוקית והמעשית הוא המחוקק החילוני, במקביל להצהרתו שמקור סמכותו המהותית התאורטית שונה ואינו נובע מהמחוקק האזרחי אלא ממקור דתי, שלפיו, סמכותו רחבה הרבה יותר; שנית, הפרדה בין שיפוט בעניינים משפטיים לפסיקה בעניינים דתיים. בית הדין מסרטט את גבולות ההתערבות של בית הדין בחיי היחיד ומבחין בין עניינים משפטיים לעניינים דתיים, בין עניינים שבין אדם לחברו לעניינים שבין אדם לאלוהים; שלישית, תפקידו השיפוטי של בית הדין. בית הדין פוסק בעניינים המשפטיים הבאים לפניו, פסיקה הדנה במקורות ההלכה ושאוסייה פורמליסטי. לעומת זאת, בעניינים דתיים, ערכיים ומוסריים לא יפעיל בית הדין את סמכותו השיפוטית וינסה להשפיע בדרכי שכנוע בלבד; רביעית, היחס

157 הרב יצחק זר "פסק הלכה בעניין פילגש בזמן הזה" (מקוון).

158 דוגמה נוספת לגישה זו בנוגע לערך השוויון ראו בפסק הדין המצוטט להלן, ליד ה"ש 177.

לערכאות השיפוט האזרחיות מרוחק ומנוכר, ולרוב אין בית הדין מעוניין כלל להשתתף בשיח, גם לא בהבעת עמדה פרשנית נגדית לחוק או לעיקרון משפטי כללי.

ברור שגישה זו משלימה עם המצב הנתון של המציאות הישראלית הנוכחית, שבעיניה איננה מצב לכתחילי. השאלה היא מדוע היא משלימה. האם הדבר נובע מהיעדר כוח אכיפה, מחשש שבג"ץ יפסול החלטות שאופיין דתי בשל פגיעה בזכויות יסוד או משום שלא יהא זה נכון מבחינה עניינית לכפות על אדם ערכים דתיים שכל אורח חיי מנוגד להם?

אפשר היה לומר שהכלים המשפטיים אינם מתאימים להתערבות דתית ושמכאן הבחירה בדרכי שכנוע ובסובלנות דתית, אולם מניסוח הדברים עולה שההגבלות החוקיות על בית הדין הן הגורמות להשלמה עם תפקידו המוגבל. מנקודת מבטה של גישה זו, לו היה המחוקק מעמיד כלי אכיפה בידיו לשם כך היה בית הדין פועל ל"תיקון עולם במלכות שדי" גם בתוך אותה מציאות חברתית חילונית.

ובכל זאת, הגם שאין מדובר בכבוד עמוק ואמיתי לאורח החיים החילוני, התוצאה המעשית היא תמרון מתמיד בין העקרונות ההלכתיים בדיני המשפחה לבין היכולת המעשית ליישם בחברה חילונית מתוך סובלנות דתית והיעדר כפייה. אמנם, לאור נקודות המוצא הנזכרות קשה להשתכנע שכאשר בית הדין ישתמש בסמכות ההכרעה הנתונה לו הוא יהיה משוחרר לחלוטין מהשפעות של תפיסת עולמו בהכרעה.¹⁵⁹

יש להדגיש ולומר שאין מדובר בהתנערות מאחריות בית הדין ל"אפרושי מאיסורא", אלא שהדבר יכול להיעשות לדידו בדרכים של דיבור ושכנוע בלבד, שאין ברורים סיכוייהם אצל בעלי דין הדוברים שפה חברתית שונה לחלוטין.¹⁶⁰

הערה אחרת נוגעת להבחנה בין עניינים משפטיים לעניינים דתיים. הרושם העשוי לעלות מפסק הדין הוא כאילו זו הבחנה מוחלטת, אבל בית הדין עצמו סייג זאת באומר ש"אורח החיים הדתי רלוונטי, רק ככל שיש לכך השפעה על פי הדין, על תביעה

159 הכרעת הדין בערעור 2950-23-1 (לעיל ה"ש 151) הייתה שהבת תתחנך במערכת החינוך החרדי בהתאם לדרישת האב. "יתכן שתוצאה זו נבעה משיקולים טהורים של טובת הילדה, אבל אי-אפשר להיות בטוחים בכך לחלוטין.

160 ואכן, בסוף פסק הדין בערעור 2950-23-1 (לעיל ה"ש 151) פונה בית הדין לאם החילונית:

טרם נכלה דברינו, הננו פונים אל האם בקריאה, להתעלות מעל פני הרצונות והמאוויים האישיים שלה, ולדבוק במילוי הצרכים החיוניים של הבת [...] במקרה דנן האב התפשר. כך נאה וכך יאה. ראוי שגם האם תלך בדרך זו. עליה לגלות רוחב לב ונדיבות. מקווים אנו, כי דברינו היוצאים מן הלב ייכנסו אל הלב.

קונקרטי של צד, אם לשלום-בית ואם לגירושין¹⁶¹, שהרי באמת אי-אפשר להפריד בהלכה הפרדה מוחלטת בין משפט לדת, במיוחד בענייני נישואין וגירושין. בדוגמה של תביעת שלום בית הדבר בולט מאוד, שכן פסיקה לשלום בית כופה ערך דתי של שלמות המשפחה בניגוד לרצונו של היחיד, על השלכותיו המשפטיות בעניינים כספיים ורכושיים, ויש להניח שגם הרב טופיק דן בתביעות שלום בית, ולפעמים אף מקבל תביעות כאלו. יוצא מכך שהלכה למעשה בית הדין כופה את הדין הדתי בעניינים רבים, גם אם לא בכל העניינים שהיה יכול במסגרת סמכות לא מוגבלת.

ייתכן שגרסה אחרת של גישה זו הייתה רואה בתוצאתה המעשית הכפויה של מתינות וסובלנות לאורח החיים החילוני שאיפה ראויה לכתחילה בשל העובדה שזהו מצב אשר בו אין זה מן הראוי לכפות על אדם אורח חיים בניגוד לרצונו. גישה כזאת של פסיקה קהילתית סובלנית נראית קרובה יותר למסורת הספרדית, הפרגמטית והמתונה יותר.¹⁶²

היחס לשיח הזכויות בבתי הדין הדניים: מבט פנים

הצורך להתמודד בפסיקת בתי הדין עם סביבה חילונית וליברלית, מבחינה חברתית ומשפטית, הביא להתפתחותן של שלוש הגישות שתיארת.

הגישה הראשונה מעמידה באופן גלוי ומפורש את שתי תפיסות העולם כנמצאות בעימות תוך שימוש במושגים מן השיח המשפטי והחברתי המודרני. זוהי גישה מתוחכמת המתיימרת להציב חלופה לתפיסה המודרנית ליברלית. אולם יותר מכך, אני חושב שאפשר להגדיר גישה זו כגישה החותרת להשליט את האידאולוגיה שלה בכוח בחברה הישראלית באותם עניינים שבהם יש לה סמכות. עם זאת אין הדבר נובע משאיפות של שליטה והרחבת הסמכות אלא מתוך תחושה עמוקה של אחריות לתחום המשפחה ולעתידו של העם היהודי. התמודדותה המהותית של גישה זו עם המציאות הלעומתית נעשית תוך שימוש בעקרונות הלכתיים מקובלים כדי להתאים עצמה למציאות ולהקל היכן שאפשר. אין מדובר לדעתי בגישה של הסתגרות אידאולוגית, כהגדרת רוזן צבי את הגישה החרדית הקלסית, אלא אפילו בגישה של החצנה אידאולוגית ובניסיון להרחיב את השפעתה על כלל הציבור הישראלי תוך עמידה עיקשת על עקרונות היסוד שלה.

161 ערעור 2950-23-1, לעיל ה"ש 151.

162 ראו בעניין זה לדוגמה צבי זוהר האירו פני המזרח: הלכה והגות אצל חכמי ישראל במזרח התיכון (תשס"א), בייחוד בפרק האחרון, מעמ' 353 ואילך.

הגישה השנייה היא גישה החותרת להשתלבות כחלק מן המערכת המשפטית הכללית ושואפת לתת מענה מתאים ורלוונטי לבעיות המשפטיות בנושאים שבתחום אחריותה. היא מוכנה להכיל הסדרים משפטיים שמקורם בערכים ליברליים מודרניים תוך מתיחת גבולות ההלכה באמצעות כל הכלים ההלכתיים הפורמליים האפשריים ליצירת פתרונות חדשים: פרשנות והסתמכות על דעות מיעוט ואף ייזום חקיקה הלכתית מתאימה. גם במקרה זה אין מדובר בהכרח בגישה כלל ישראלית, כהגדרתו של רוזן צבי, אם כי אין להתכחש לעובדה שלדיינים בעלי השקפה דתית לאומית תהיה נטייה חזקה יותר לקבלה. את הגישה השלישית אפשר לתאר כגישה ניטרלית מהבחינה המעשית לשאלות של ערכים ככל שהדברים אמורים בתחומי השיפוט שבסמכות בתי הדין הרבניים. היא אינה מנסה להשליט אידאולוגיה דתית באמצעות פסקי הדין וגם אינה מנסה להשתלב במרחב המשפטי והחברתי. שיח הזכויות זר לה ואינו חודר למסגרת השיקולים ההלכתית, גם לא בנושא למחלוקת. היא שואפת להתכנס בגבולות הסמכות השיפוטית המצומצמת שלה ומוותרת את השיח האידאולוגי מחוץ לשדה הפסיקה ההלכתית. התמודדותה עם המציאות המורכבת היא בעיקר בהימנעות מעשית מפגיעה באוטונומיה של היחיד לנהוג כהבנתו בלי להתעלם מהצורך בהידברות ובנקיטת דרכי שכנוע כדי לנסות להביא לתוצאה הדתית והמוסרית הראויה.

שלוש הגישות חולקות תפיסת עולם דומה בנוגע למוסד הנישואין ולערכי המשפחה היהודיים. שלושן מודעות היטב לסביבה המשפטית והחברתית אשר בה פועלים בתי הדין ולפער הקוטבי בתפיסות העולם הערכיות בנושא המשפחה וזכויות הפרט. כולן פועלות מתוך תחושת אחריות ליישומם של ערכי המשפחה היהודיים ומתמודדות עם קשיי יישומם במציאות הישראלית, כל אחת בדרכה.

עם זאת, כפי שהראיתי ישנם הבדלים רבים בין הגישות. שתי הגישות הראשונות מכירות בצורך להתמודד עם ערכי היסוד של שיטת המשפט הישראלית ושל החברה הישראלית, ואילו השלישית שואפת לבסס הפרדה עקרונית בין שתי מערכות המשפט, הפרדה שתאפשר לה סביבת פעולה נפרדת ולא תלויה.

שתי הגישות האחרונות מונעות מאימת פסיקותיו המגבילות של בית המשפט העליון, מחרדה להלכה ולמעמדה בעקבות כך – ואולי גם לעצם קיומם של בתי הדין הרבניים – לעומת הראשונה, שאינה רואה באיום כזה גורם שראוי שיחדור לשיקולי הפסיקה. שיקולי מדיניות מסוג זה, כגון הדאגה למעמדם של בתי הדין הרבניים, יכולים להיבחן לפי גישה זו, אולי, רק במסגרת שיקולים פנים-הלכתיים.

הגישה הראשונה והשלישית חרדות יותר לפגיעה בהלכה עקב היפתחותה להשפעות חיצוניות, ועל כן חוסמות כל ניסיון ליציקת תוכן מן המשפט הכללי אל מערכת השיפוט

הרבני. עם זאת, נראה שבעיקר מבין הנוקטים בגישת העימות ישנם כאלה המגיבים תגובת נגד, חריפה לפעמים, לעמדות הנכפות עליהם מבחוץ כדי לשמר את ההלכה כפי שהיא, ולשם כך הם אף יאמצו גישות מיעוט מחמירות.¹⁶³

שתי הגישות הראשונות הן גישות מיעוט שהובילו בשלושת העשורים האחרונים שני דיינים מרכזיים שפרשו שניהם מכס השיפוט בשנים האחרונות. לעומתן, הגישה השלישית נראית שכיחה יותר בקרב הדיינים, הוותיקים בעיקר.

עם זאת, אפשר להעריך שהגישה השנייה תלך ותתפשט בקרב הדור החדש של הדיינים, לפחות בהיבט של השאיפה לשיח עם המשפט הכללי. למגמה זו תורמות תוצאות המאבקים שכבר הוכרעו בעבר, דוגמת תחולת חוקי היסוד וחוקים אחרים בבתי הדין הרבניים, לצד תהליכי הטמעה טבעיים הבאים לידי ביטוי בהתייחסות נרחבת יותר בשנים האחרונות לחקיקה האזרחית ולפסיקת בתי המשפט האזרחיים. אכן, לפעמים ההתייחסות לזכויות האדם או לחוקי היסוד היא בגדר מס שפתיים בלבד, בדרך כלל עקב העלאת טענות בדבר זכויות יסוד מצד בעלי הדין ומייצגיהם, אבל לא יהיה זה נכון להתעלם מחלחולם האטי של מונחים ואף של דרכי הנמקה וחשיבה¹⁶⁴ מהמשפט הכללי אל השיח ההלכתי. כך שלפחות במקרים שבהם אין סתירה עמוקה וממשית בין שתי התפיסות בנוגע לזכויות יסוד אפשר לשמוע קול כמעט דומה לקולו של המשפט הכללי גם בבתי הדין.¹⁶⁵

163 ראו Amihai Radzyner, *Problematic Halakhic "Creativity" in Israeli Rabbinical Court Rulings*, 20 JEWISH LAW ANNUAL 103 (2013)

164 בתיק (אזורי נתניה) 947270/1 (7.5.2015), שעניינו תביעה של הבעל לזימון לעדות את המאהב של האישה, שהיה גם חברה לעבודה, אימץ הרב שפירא עקרונות מהותיים של שיח הזכויות ואף נקט סגנון עדכני של שיח זה. אלו דבריו:

הזמנת גברים או נשים העובדים במקום עבודה אחד כעדים בתביעת הגירושין [...] יכולה לגרום לנזק בלתי הפיך במערכת היחסים במקום העבודה, יכולה לפעמים לגרום לפיטורין של אחד או שני הצדדים, ויש בה משום פגיעה במרקם החיים המשותף בסביבת העבודה של הצדדים וזיהום המרחב הציבורי [ההדגשה שלי].

165 דוגמה לכך היא מתן צווים לעריכת בדיקות גנטיות לשם ברור יחסין, שבהם בית הדין עצמו מדגיש את הצורך בעריכתן תוך שמירה על הפרטיות. ראו לדוגמה תיק (אזורי נתניה) 293336/2 (22.6.2011), אשר בו הורה הרב שלמה שפירא: "איש צוות במעבדה יטול דגימה מכל נבדק בדרך ובמקום שיבטיחו שמירה מירבית על כבוד האדם, על פרטיותו ועל בריאותו, ובמידה המועטת האפשרית של אי-נוחות", בהתאם להוראת סעיף 28א) לחוק מידע גנטי, תשס"א-2000, ס"ח 1766. כך גם בתיק (אזורי פ"ת) 870160/1 (20.5.2012).

בין בית המשפט העליון לבתי הדין הרבניים: חובת חוק

מתן סמכות שיפוט לדין הדתי מטעם הריבון גורר אחריו ביקורת ציבורית רחבה הקשורה לתפיסת יחסי דת ומדינה לפי ההגות הליברלית.¹⁶⁶ הדברים ידועים ואין צורך להרחיב בכך כאן. כאשר מדובר בסמכות בלעדית בענייני נישואין וגירושין הביקורת מחריפה אף יותר עקב הפגיעה בזכויות אדם בסיסיות¹⁶⁷ עקב אי-קיומם של מסלולי נישואין וגירושין אזרחיים הפתוחים לבחירת כל אדם לפי מצפוננו ובהתאם לאורח חייו, ועוד יותר עקב הפגיעה בזכויות אלה המנועים להינשא בכלל על פי ההלכה.¹⁶⁸ מצב זה הביא לביקורת שיפוטית רחבה על פסיקת בתי הדין הרבניים ולהגבלת סמכותם, שתכליתה צמצום הפערים בין הדין הדתי לערכי היסוד של כלל החברה הישראלית.¹⁶⁹

גישתו העקרונית של בית המשפט העליון היא ש"כל שימוש של בתי הדין הרבניים בסמכותם הטבועה חייב להיעשות מתוך שמירה על זכויות האדם".¹⁷⁰ באשר לחוקי היסוד, שכל עניינם הגנה על זכויות האדם, קבע בית המשפט שחלים הם על בתי הדין בהיכללם בהגדרה של רשות שלטונית המחויבת בכיבוד הזכויות שלפי חוקים אלו.¹⁷¹

166 ראו לדוגמה Daphna Hacker, *Religious Tribunals in Democratic States: Lessons from the Israeli Rabbinical Courts*, 27 JOURNAL OF LAW & RELIGION 59 (2012)

167 אלה, לדוגמה, דברי נשיא בית המשפט העליון לשעבר אהרון ברק בכנס שנערך במרכז האקדמי שער משפט ביום 12.5.2011, כפי שדווח בתקשורת:

בהתייחסו לסמכות הבלעדית של בתי הדין בנושאי אישות אמר כי ההוראה לפיה נישואים וגירושין בישראל נעשים רק על פי דין תורה היא "הפרה גסה ובוטה של זכויות אדם" שאינה מקובלת בעולם המערבי, אלא רק "במדינות הסובבות אותנו".

ראו קובי נחשוני "אהרן ברק: נישואין רק ברבנות – הפרת זכויות אדם" ynet 12.5.2011.

168 קשה להעריך מה הייתה גישת בית המשפט העליון לו הייתה אפשרות מקבילה לנישואין אזרחיים במדינת ישראל. האם הייתה גישתו מתונה יותר בהתערבותו בפסיקת בתי הדין הרבניים או שמא בכל הקשור לפגיעה בזכויות אדם לפי תפיסתו הייתה התערבותו תקיפה באותה מידה?

169 על הבעיות הרבות בצמצום פערים אלו עמד בהרחבה רוזן צבי בספרו דיני המשפחה בישראל (לעיל ה"ש 6), וכמותו גם רבים אחרים. ראו גם ההפניות לעיל בה"ש 6.

170 בג"ץ 3914/92 לאה לב נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד מח(2) 491 (10.2.1994), בעמ' 505.

171 עניין לב, לעיל ה"ש 170, בפסקה 15 בפסק דינו של השופט ברק; וכן בג"ץ 6650/04, לעיל ה"ש 128, בפסקאות 9 ו-12 בפסק דינו של השופט ברק, על פי סעיף 11 בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. בדומה לכך ההוראה בסעיף 5 בחוק יסוד: חופש העיסוק. ראו גם קפלן, "כבוד האדם", לעיל ה"ש 22, בעמ' 159-165. לניסיון ראשוני להגדיר את ההיבטים החוקתיים של דיני המשפחה ראו אהרן ברק "חוקת המשפחה: היבטים חוקתיים של דיני המשפחה" משפט ועסקים 13 (תשע"ד).

עם זאת, דומה שבית המשפט העליון מודע לעובדה שאף אם בית הדין יכבד את זכויות היסוד, פרשנותו ונוסחאות האיזון שיפעיל תהיינה שונות, במעט או בהרבה, מאלו שלו. להלן אדון בקצרה בכמה מאפיינים של היחסים בין הערכאות באשר למקומן ולמעמדם של זכויות האדם בבתי הדין הרבניים מנקודת מבט חיצונית לבתי הדין הרבניים, בעיקר מנקודת מבטו של בית המשפט העליון.

כפייה שיפוטית

לא אחת מודע בית המשפט העליון לעובדה שהעקרונות שהתווה בפסיקתו אינם מיושמים בבתי הדין הרבניים והוא ממשיך ומורה להם ליישם, כמו למשל הלכת השיתוף, שבעניין בבל¹⁷² הפכה הוראה המחייבת את בתי הדין הרבניים. כאשר סירבו חלק מבתי הדין לאחר מכן לאמצה ביטל בית המשפט העליון את פסיקותיהם.¹⁷³

מדיניותו התקיפה של בית המשפט העליון ונכונותו לבטל ללא היסוס פסקי דין של בתי הדין הרבניים נותנות אותותיהן בפסיקת בתי הדין כבר בשלב ההנמקה וההכרעה, אשר בו אפשר לחוש במוראו של בית המשפט על הדיינים. כך לדוגמה כתבו דייני בית הדין בחיפה¹⁷⁴ בשאלת הפעלת שיקול הדעת באיזון המשאבים לפי סעיף 8 בחוק יחסי ממון במקרה של בגידה:¹⁷⁵

ואמנם ידוע כי בניגוד להוראת בג"ץ הנ"ל,¹⁷⁶ קיים פס"ד של ביה"ד הגדול [...], שבמקרה של בגידה ניתן לחלק באופן לא שוויוני למרות פסיקת בג"ץ הנ"ל, אך בבואנו לדון עתה לאור חוק יחסי ממון, וע"פ המקובל והאמור בפסקי דין של בית הדין הגדול כי פסיקת בג"ץ היא פירושו של החוק, ממילא יש לנו ללכת בזה אחר פסיקת בג"ץ שהיא פירושו של חוק יחסי ממון.¹⁷⁷

172 בג"ץ 1000/92, לעיל ה"ש 47.

173 ראו לדוגמה בג"ץ 9734/03 פלונית נ' בית הדין הגדול, פ"ד נט (2) 295 (21.10.2004); בג"ץ 5416/09 פלונית נ' פלוני ואח' (10.2.2010); בג"ץ 8214/07 פלונית נ' פלוני ואח' (22.7.2010). ראו גם קפלן, "מגמה חדשה" (לעיל ה"ש 22, בעמ' 321-322), המציין פסקי דין אלו ומדגים זאת גם בנושא ההגנה על הפרטיות באזכור בג"ץ 6650/04, לעיל ה"ש 128.

174 תיק 585140/2, לעיל ה"ש 92.

175 ראו דיון לעיל, ליד ה"ש 57. מכאן שהצהרתו של הרב דיכובסקי ("הרהורים", לעיל ה"ש 6, בעמ' 279), שבית המשפט קיבל את עמדתו בנושא זה בבג"ץ 3995/00 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד נו (6) 883 (3.11.2002), הייתה מוקדמת מדי.

176 הכוונה היא לבג"ץ 8928/06 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד סג (1) 271 (8.10.2008).

177 הציטוט הוא מהחלטת בית הדין מיום 9.5.2013, המצוטטת בפסק הדין.

משמעות קבלת פירושו של החוק הוא למעשה קבלת העיקרון שנקבע בידי בית המשפט העליון, ש"אין נענשים על בגידה למפרע על ידי נטילת הזכויות ברכוש המשותף",¹⁷⁸ ואשר צוטט בידי בית הדין.

אפשר גם להעריך שתיאורו של הרב טופיק לעיל את הימנעות בתי הדין, בדרך כלל, מלהורות על צו האוסר על הבעל מפגש עם מאהבת,¹⁷⁹ או להפך, כנובע – לפחות בקרב חלק מהדיינים – מהערכתם שהסיכוי לביטולו בידי בית המשפט העליון גבוה,¹⁸⁰ ולא בהכרח בשל הפנמה של השיח החוקתי.

תנועה דוכיונית של התקרבות

לצד הביקורת השיפוטית של בית המשפט העליון דומה שמתרחש בשני העשורים האחרונים גם תהליך של התקרבות הדדית ושל כבוד הדדי בין שתי הערכאות, וייתכן שהוא אף עמוק ורחב מכפי שנראה על פני השטח.

לרוב, גם כאשר מדובר בעקרונות הלכתיים ובערכים דתיים יבחרו בתי הדין הרבניים לא להתנגש באופן חזיתי עם בית המשפט העליון, בעיקר בשל ההכרה במגבלות כוחם וסמכותם, אבל גם לא יתיישרו ללא סייג עם עקרונותיו אלא יבחרו דרכים מתוחכמות יותר, שעיקרן חתירה לתוצאה הראויה בעיניהם באמצעות הנמקה והסתמכות על עקרונות שיכולים להיות מקובלים על בית המשפט העליון. כך לדוגמה, בבקשות לצו עיכוב יציאה מן הארץ בתביעות שלום בית לא יורה בית הדין על צו כזה כדי שהבעל "יהרהר בנושא החזרת שלום הבית", שכן הצו יבוטל בידי בית המשפט העליון,¹⁸¹ אבל הוא עשוי להורות על צו כזה בנימוק של חובת נוכחות בעלי הדין בדיונים¹⁸² או בנימוק

178 ראו בג"ץ 8928/06, לעיל ה"ש 176, בפסקה 13 בפסק דינה של השופטת מרים נאור. פסק דין זה מסכם את העיקרון שכבר נקבע בפסקי דין קודמים וקובע שתחולתו היא הן על חוקת השינוף הן על איוון המשאבים.

179 ראו ערעור 23-2950-1, לעיל ה"ש 151. ראו גם אליאב שוחטמן סדר הדין בבית הדין הרבני כרך ג 1256-1255 (תשע"א).

180 ראו לדוגמה בג"ץ גולן 428/81, לעיל ה"ש 39.

181 כפי שנקבע לדוגמה בבג"ץ 578/82 נעים נ' בית הדין הרבני האזורי ירושלים, פ"ד לוז (2) 701 (26.5.1983); ובדומה לכך בעניין לב, לעיל ה"ש 170; ובבג"ץ 4358/93 צוק נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד מח (4) 563.

182 ראו ערעור (גדול) 51-1-5620, שורת הדין טו תלה (תשס"ט); שוחטמן, לעיל ה"ש 179, כרך ג עמ' 1291. ואכן, בבג"ץ 185/72 ליסה גור נ' בית הדין הרבני האזורי ירושלים, פ"ד כו (2) 765 (14.11.1972) קיבל בית המשפט העליון הנמקה כזאת. על ההבחנה ועל הנפקות בין שתי ההנמקות ראו הלפרין קדרי, לעיל ה"ש 49, בעמ' 710-715.

של חשש לעיגון.¹⁸³ בצווי מניעה מהסוג הנזכר לעיל, האוסרים מפגש עם מאהב וכדומה, ייזוהרו דייני בתי הדין מלהורות על צווים כאלה אם לא במקרים שבהם אפשר לתלות את הצו בעילה חוקית המוכרת על ידי בתי המשפט, לדוגמה, בהחלטה המונעת את שובה של מאהבת של הבעל בהתאם לחוקי ההגירה.¹⁸⁴

אפשר להעריך שאף כי בית המשפט העליון ער לתפיסות ההלכתיות ולשיקולים הערכיים העומדים מאחורי ההנמקות הגלויות של בית הדין הוא מגלה סובלנות לפסיקה כזאת גם אם היא אינה לרוחו, שכן ככלות הכול היא עומדת ב"כללי המשחק" ונמצאת בגבולות השיח המשפטי המקובל עליו. כמו כן, לאחר ההתקבעות וההתייצבות בנושאים המרכזיים לאורך השנים, בעיקר בסוגיית השוויון המגדרי בענייני הרכוש, וכן בשל תרומתה של הגישה השנייה שתיארת לעיל – השואפת להשתתפות בשיח המשפטי עם בית המשפט העליון ולבניית אמון בין שתי הערכאות – נוצרה רגיעה מסוימת וכבוד הדדי המאפשרים התקרבות נוספת, מהותית, בין שתי תפיסות העולם.¹⁸⁵ כך למשל מצוטט בריאיון עו"ד שמעון יעקובי, היועץ המשפטי של בתי הדין הרבניים:

בית המשפט לא השתנה ולא החל לפתע לאהוב יותר את בתי הדין, אלא שבתי הדין הרבניים למדו לחיות עם החוקים האזרחיים. הדיינים עוברים השתלמויות ועוקבים אחרי עדכוני החקיקה, ולאט לאט הפנימו את דרך הפסיקה ואיך להתמודד עם החוקים וליישם אותם. באופן טבעי, הדברים גם חלחלו לבתי המשפט, ומכאן היחס המכבד של בתי המשפט – ובג"ץ בראשם – כלפי בתי הדין.¹⁸⁶

183 ראו שוחטמן, לעיל ה"ש 179, כרך ג עמ' 1267.

184 תיק 2-4177-52, לעיל ה"ש 8. תיק זה עוסק בקשר רומנטי שקשר הבעל עם עובדת זרה מהפיליפינים. אמנם האישה תבעה פיצוי בגין הרס המשפחה ולא דרשה שלום בית, וגם נימוקו של בית הדין היה ש"הקפדה על החוק והנהלים תהווה דרך נאותה לשמור על כבודן של בנות הארץ", אולם כפי שעולה מפסק הדין, ההשקפה הבסיסית העומדת ביסוד הדבר נעוצה באיסור הפגיעה בשלמות המשפחה.

185 ראו תגובה לעמדת היועץ המשפטי לממשלה מטעם היועץ המשפטי לשיפוט רבני, עו"ד שמעון יעקובי, בבג"ץ 8533/13 פלוני נ' בית הדין הרבני הגדול ואח' (פורסם בנוב, 2014.2.23).

186 ליאת נטוביץ-קושיצקי "הצעה: נושאים גלויים לגירושין ידונו בבימ"ש בלבד" nrg 3.12.2003. גם "קובץ חקיקים והנחיות לבתי הדין הרבניים – תשע"ד" (שמעון יעקובי עורך, הנהלת בתי הדין הרבניים, מרחשוון תשע"ד), המכיל כ-600 עמודים של דברי חקיקה רלוונטיים לפסיקת בתי הדין והופץ בקרב כלל הדיינים, מלמד על החשיפה הרחבה ועל הצורך להתאים את פסיקת בתי הדין לחוק הישראלי. ראו דברי ההקדמה לקובץ זה, שנכתבו בידי העורך, בעמ' 11:

הסוגיות העולות בבתי הדין הרבניים עשויות להימצא בשני מעגלים: המעגל ההלכתי והמעגל החוקי. לא תמיד יש חפיפה בין שני מעגלים אלו. בתי הדין הרבניים בישראל מחויבים לגדור עצמם לתחום שבו שני המעגלים חופפים. דייני ישראל חייבים בציות לדין התורה.

בית המשפט העליון מצדו ממעט להתערב בשנים האחרונות בפסיקת בתי הדין הרבניים וכמעט אינו מבטל פסקי דין של דייניהם.¹⁸⁷ אין ספק בכך שתופעה זו קשורה גם בירידה המכוונת במדיניות האקטיביזם השיפוטי של בית המשפט העליון בשנים האחרונות. מכל מקום, הסיבות הקודמות שהזכרתי מסבירות את קיומה של מגמה זו גם קודם לכן.

מפגשי ערכים

תהליך ההתקרבות מושפע גם ממשקלן השונה של הזכויות בנסיבות שבהן הפגיעה בזכות פחות מטרידה את בית המשפט העליון בהתאם לתפיסתו את הזכות או נראית לו מוצדקת באותן נסיבות.

דוגמה טובה לכך היא הימנעותו הכמעט גורפת של בית המשפט העליון במקרים של פגיעה בזכויות סרבני גירושין. רק לאחרונה הגדיר בית המשפט העליון¹⁸⁸ את החלטת בית הדין הרבני בעניין האסיר סרבן הגירושין שנדון לעיל,¹⁸⁹ להארכת מאסרו מעל עשר שנים ללא הגבלה, כהחלטה העומדת בכל מבחני האיזון הנדרשים בפגיעה בזכויות האדם שלו, ומסקנתו:

על כן בבחנו את נזקו של המבקש נזכיר, כי אין "נזק" זה ניצב לעצמו, בחינת יש מאין. נזק זה עומד וניצב הן מול התועלת – האפשרות שישחררה מכבלי הנישואין אליו, והן מול הנזק המר שגורם המבקש למשיבה. ומשכך הוא מידתי ומאוזן.

בית הדין לא נדרש לדיון עקרוני ומפורט בנוסחת האיזון בין הזכויות כפי שעשה בית המשפט העליון מאחר שלדידו עילת גירושין המצדיקה כפיית גט מצדיקה גם פגיעה

דייני ישראל חייבים בציות לחוקי הכנסת. דין אינו יכול לפסוק נגד דין תורה. דין בבתי הדין הרבניים בישראל אינו רשאי לפסוק נגד החוק.

187 ראו סעיף 3 בתגובת היועץ המשפטי לשיפוט רבני בבג"ץ 8533/13, לעיל בהערה 185:

ואחרית – בירידה הדרמטית של כמות העתירות שניתן בהן צו מוחלט נגד בתי הדין הרבניים: בשלוש השנים 2002, 2003 ו-2004 התקבלו בממוצע תלת-שנתי 25% מן העתירות לבג"ץ נגד בתי הדין, ואילו בשלוש השנים 2011, 2012 ו-2013 התקבלו בממוצע תלת-שנתי 2% מן העתירות לבג"ץ נגד בתי הדין [ההדגשה במקור].

ראו גם עדו בן פורת "הרב יוסף ללבני: 'אל תפגעי בבתי הדין' " בשבע 12.12.2013. על הערכות בנוגע לקרבה בין הערכאות בשנים קודמות ראו עו"ד טל ברנר "ירידה במרוץ הסמכויות בין ביהמ"ש למשפחה לבין בתי הדין הרבניים" עורך הדין 128 8 (יולי 2010). אך השוו רות זפרן "מירוץ הסמכויות 'חי ובוועט': מ'ניצחון בנקודות' של מערכת השיפוט האזרחית להתעצמות מחודשת של מערכת בתי הדין הרבניים" משפטים מג 571 (תשע"ג).

188 ש"פ 4072/12, לעיל ה"ש 120, בפסק דינו של השופט צבי זילברטל, בפסקאות 23-27.

189 לעיל, ליד ה"ש 114.

חמורה יותר בסרבן, שכן מלבד סבלה של האישה מעשהו מוגדר כעבריינות דתית, ועל כן, על פי דין תורה אפשר לפגוע אפילו בגופו, באמצעות מלקות למשל, אמצעי שלא היה עולה על הדעת בבית המשפט. מכל מקום, נוצר מפגש ערכים בשחרורה של האישה מעיגונה במחיר פגיעה בזכויות היסוד של הבעל הסרבן. אמנם לא תמיד בית המשפט העליון מוצא לנכון להיכנס לסבך האיוונים הנדרשים ולבחינת סבירות שיקול דעתם של דיני בית הדין ודי בחכמת המעשה של דחיית העתירה מסיבות שונות כדי להשלים עם תוצאה שתקדם את חירותה של האישה.¹⁹⁰

קשה לצפות את תוצאותיהם של מפגשים עתידיים מסוג זה, אבל אפשר להעריך שכל שהתנהגות בן זוג תיתפס כהתנהגות חמורה ולא מוסרית לאור הערכים המקובלים בחברה הישראלית תהיה יותר השלמה מצד בית המשפט העליון עם הפגיעה בזכויותיו. סרבן גירושין נתפס כעושה עוול; אישה בוגדת – פחות, ונטישת הזוגיות והמשפחה עוד פחות מכך. מכאן היחס השונה שהעניק בית המשפט העליון לזכויות של כל אחד מהם במקרים שבהם דנתי לעיל.

מידתיות תלוית ערכים

בית המשפט העליון עשוי לאשר נוסחת איזון סבירה בין ערכים לזכויות שאינם בהכרח בעדיפות עליונה ברשימת הערכים והזכויות הראויים להגנה לתפיסתו, אף שיש להניח

190 כך נהג בית המשפט העליון בבג"ץ 1796/03 כובאני נ' בית הדין הגדול (17.3.2003). בית המשפט נמנע מלהתערב במקרה זה בפסיקת בית הדין האזורי ובית הדין הגדול בעניין, אבל הוא גם לא נדרש לשאלת הפרשנות המרחיבה לסיעיף 1 בחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג-1953, כפי שהציע בית הדין הרבני הגדול לאור חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. ואכן, בפסק דין מאוחר יותר (בג"ץ 6751/04 מישל סבג נ' בית הדין הגדול (29.11.2004)) ביטל בית המשפט העליון בדעת הרוב את החלטת בית הדין הרבני, מחוסר סמכות. ראו דיון לעיל, ליד ה"ש 110. אבל ראו את דעת המיעוט של השופט אליקים רובינשטיין:

העותר מבקש את חרותו, את כבוד האדם וחרותו לנוע כחפצו. הוא שולל מן המשיבה את חרותה המשמעותית לא פחות, ואולי יותר, החרות לחיות את חייה כשאינה כבולה אליו. האין זו חרות מול חרות? האם כבלי העיגון אינם מנוגדים לכבוד האדם וחרותו, חרותו במשמעות זו? אין לדעתי כל פגם בכך שמימוש זכות היסוד של העותר במקרה דנן יהא כרוך בערבות לתשלום המזונות, וזו יכולה להיות גבוהה למדי אם אין מקוזים, על פי האמור, את מעשה ידיה, ונדרשים להנמקה המשפטית האמורה באשר לטיב המזונות בענייננו. אך אין זו תמורה גבוהה לחרותו של העותר, כי בינתיים, ברגע זה, אין הוא מעניק למשיבה את חרותה, אלא אך מוטלת עליו הכבדה כספית. דומני, כי בדרך זו נשמרת המידתיות הראויה.

לביקורת על דעת הרוב בפסק דין זה ראו אליאב שוחטמן "מסורבות הגט שבחו":ל' היש להן מושיע בישראל?" **שערים למשפט** 10 (תשס"ה).

שלו היה העניין נדון בפניו הייתה התוצאה שונה לחלוטין. דוגמה לכך היא שאלת מדתיות הפגיעה בזכות הקניין בצו המורה על מדור ספציפי מול קידום הערך של שלום בית. במקרה זה קיבל בית המשפט העליון את מדיניותם העקרונית של דייני בית הדין חרף הקושי הקיים לדעתו בהגדרת גבולותיה של עילת התביעה לשלום בית:

השגת שלום בית בין בני זוג היא משימה רגישה ועדינה. אין, לדעתי, לקבל את הדעה כי לעולם, בין שלום בית ובין עניינים הנוגעים לרכושם של בני הזוג אין ולא כלום. [...] פעולה בלתי הפיכה ברכושם של בני הזוג יכולה להוריד את הסיכויים להשיג שלום בית לטמיון.¹⁹¹

מאחר ששלום בית הוא חלק מענייני הנישואין המסורים לסמכות בית הדין הרבני,¹⁹² בית המשפט סבור שבית הדין פעל כדין במסגרת סמכותו והכריע באופן מידתי (צו עיקול זמני) בשאיפתו לקדם את ערך שלום הבית. זאת אף שאפשר להניח שבית המשפט העליון עצמו לא היה נוקט עיכוב שיש בו פגיעה בקניין לו היו דיני הנישואין והגירושין תחת סמכותו.¹⁹³

191 בג"ץ 207/04 אריה גולדמברג נ' גולדה גולדמברג, פ"ד ס(3) 147 (16.10.2005), בפסקה 18 בפסק דינה של השופטת מרים נאור. ראו גם פסק דינה של השופטת ארבל בעניין יאיר, לעיל ה"ש 45.

192 בג"ץ 207/04, לעיל ה"ש 191, בפסקה 17 בפסק דינה של השופטת נאור. דומה שעיקרון זה מוסכם מאז ומעולם על שופטים ומלומדים, ודאי על בית הדין הרבני. ראו ביד"מ 1/50 סידיס נ' יו"ר ההוצל"פ ירושלים, פ"ד ח 1020 (28.7.1954) (השופט שמגר); בר"ע (ת"א) 68/96 כהן נ' כהן ואח', תק-מח 3526 (3) 96 (25.9.1996) (השופט פורת); משה זילברג המעמד האישי בישראל 348 (מהדורה רביעית, תשכ"ה); רוזן צבי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 112-113; מנשה שאוה הדין האישי בישראל כרך א 225 הערה 1 (מהדורה רביעית, תשס"א); אלישע שינבויים "סמכות בתי דין רבניים בענייני נישואין וגירושין בראי הפסיקה" דיני ישראל ד 143, 144 (תשל"ג).

193 הראיה לכך היא תפוצתה הנרחבת בבתי המשפט האזרחיים של התפיסה שפירוק שיתוף הוא עניין קנייני כמעט טהור (מלבד החריג בסעיף 40א בחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969). ראו לדוגמה ע"א 288/71 מרדכי נ' מרדכי, פ"ד כו(1) 393 (27.1.1972); ע"א 2626/90 ראש חודש נ' ראש חודש, פ"ד מו(3) 205 (10.5.1992); וש"תביעת פירוק לא חייבים לעכב אפילו אם אחד הצדדים סבור שיש סיכוי לשלום בית; ע"א 803/93 כליפא נ' כליפא, תק-על 94(2) 705 (2.6.1994), בפסקה 11 בפסק הדין; עע"מ (ת"א) 25/97 פלוני נ' פלונית, תק-מח 97(2) 60 (3.7.1997), על פי ע"א (חיפה) 222/84 אילון נ' אילון, פ"מ תשמ"ה(3) 406 (28.6.1985). וכך גם תמ"ש (ת"א) 75222/98 מ.י. נ' מ.ד. (1.8.2002); תמ"ש (ת"א) 1310/01 אלמוני נ' פלוני (לא פורסם); תמ"ש (כ"ס) 15972/01 פלונית נ' אלמוני (30.9.2002). ראה נוספת לכך היא הכרעות שופטי בתי המשפט לענייני משפחה במקרים של התרת נישואין הנמצאים בסמכותם תוך הגעה מהירה למסקנה בדבר היעדר סיכוי לשיקום הנישואין. ראו לדוגמה תמ"ש (חיפה) 14431/97, נ.ב. נ' א.ב. (18.5.1998); תמ"ש (חיפה) 38030/99 גופמן נ' גופמן (5.11.2001).

אולם ייתכן שגם בנוגע לערך זה ישנה מידה של התקרבות מהותית בין הערכאות, שעליה הצבעתי לעיל, עד כי בית המשפט העליון רואה בערך שלמות המשפחה, שהורתו בבתי הדין הרבניים, ערך "ישראלי" שיש ליישמו גם בנישואין אזרחיים:

אכן, האינטרס החברתי-ציבורי מחייב הגנה על התא המשפחתי ובכלל זה תא המושתת על נישואים אזרחיים בין בני זוג יהודים. גם במסגרת תביעות גירושין צריכה להתאפשר חתירה ל"שלום בית", ליישוב הקרע בין בני הזוג ולשיקום התא המשפחתי. [...] יש למצות את האפשרות להשכין "שלום בית" בין בני הזוג, כמקובל בתביעות גירושין בין בני זוג שנישאו כדת משה וישראל.¹⁹⁴

אפילו בנישואין בין יהודי ללא יהודייה, שבהם ישללו לחלוטין דיני בית הדין הרבני כל ניסיון לשלום בית, ימנעו שופטי בית המשפט העליון מבית הדין לדון בכך אף בהסכמה, שכן "גישת בית הדין הרבני לגבי נישואי תערובת אינה מאפשרת חתירה לשלום בית, ליישוב הקרע בין בני הזוג ולשיקום התא המשפחתי".¹⁹⁵

פערים בלתי נסגרים

עם כל ההתקרבות וניסיונות ההכלה ההדדיים בין הערכאות ברור לכול שייוותרו מקרים שבהם לא יגלו שופטי בית המשפט העליון גישה פלורליסטית לפסיקת דיני בית הדין הרבני ולא יקבלו פרשנויות אחרות או יישום שונה של נוסחת האיזון הראויה בעיניהם. כך לדוגמה במקרה של פגיעה בפרטיות.¹⁹⁶

במקרה זה סבור קפלן¹⁹⁷ שחרף העובדה שבית המשפט העליון ובית הדין הרבני הסכימו בסופו של דבר בנוגע לתחולת ההגנה על הפרטיות על פי החוק בבתי הדין הרבניים, בפועל, מדיניות הפסיקה של בתי הדין הרבניים מרוקנת מתוכן את הרעיון של

194 בג"ץ 2232/03 פלוני נ' בית הדין הרבני האזורי ת"א יפו, פ"ד סא(3) 496 (21.11.2006), בפסקה 38 בפסק דינו של השופט ברק. ראו גם ע"א 5258/98 פלונית נ' פלוני, פ"ד נח(6) 209 (14.7.2004), שם כתב השופט ברק (בפסקה 20 בפסק דינו): "אין ספק, כי שמירתו של התא המשפחתי הינה חלק מתקנת הציבור בישראל גם בימינו אלה. האינטרס החברתי תומך בנישואין יציבים. מוסד הנישואין הוא מרכזי לחברה שלנו". ראו גם בע"א 238/53 כהן נ' היועץ המשפטי, פ"ד ח 4 (15.1.1954), בעמ' 53 (בפסק דינו של השופט זלמן חשין); בג"ץ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין, פ"ד מז(1) 749 (29.3.1993), בפסקה 37 בפסק דינו של השופט ברק.

195 בג"ץ 9476/96 סרגובי נ' בית הדין הרבני האזורי ירושלים, תק-על 2006 (3) 4082 (11.9.2006), בפסקה 30 בפסק דינו של השופט ברק.

196 גישת שופטי בית המשפט העליון תקיפה מאוד בנושא הפגיעה בפרטיות ואינה סבלנית כלל לפסיקת בית הדין. ראו קפלן, "כבוד האדם", לעיל ה"ש 22, בעמ' 161-164, 229-229.

197 קפלן, שם, בעמ' 229-248.

הגנת הפרטיות כפי שהוא צריך להיות מיושם. לדעתו, בית הדין הרבני צריך לאמץ את מדיניות בית המשפט העליון, והוא אף יכול היה, לו רצה בכך, לקלוט את עקרונות הגנת הפרטיות ולבססם על פי מקורות ההלכה.¹⁹⁸ מעניין שהבחנה העיקרית שהוא מציע שבתי הדין יאמצו היא ההבחנה ההלכתית בין הסתמכות על ראיות נסיבתיות למעשה הבגידה, הפוגעות פחות בפרטיות, לבין ראיה ישירה למעשה.¹⁹⁹ הבחנה זו כבר העלה כהצעה השופט ברק,²⁰⁰ שוודאי אינו מתיימר לפסוק בעניינים הלכתיים. אחד היתרונות של הבחנה זו לדעת קפלן הוא מניעת עימות אפשרי בין הערכאות.²⁰¹ אלא שעמדתו של קפלן נובעת לטעמי מאי-אמון ברצונם וביכולתם של בתי הדין הרבניים להגן על הזכות לפרטיות של נשים שבגדו, וכנראה גם לא על זכויות אחרות שלדעתו מגיעות להן.²⁰²

ריסון שיפוטי בעניינים שבסמכות בית הדין

לא רק בעניינים דיניים ושוחרי הדין הדתי רעה התערבותו הכוחנית של בית המשפט העליון בניסיונו לכפות את ערכי היסוד שלו על בתי הדין הרבניים. "השופט ברק תוקף את השיפוט הדתי בתנועת מלקחיים. מן האגף האחד, מופקעת מבית הדין יכולתו להחיל את הדין הדתי בכלל העניינים שאינם מוגדרים כענייני המעמד האישי; ומן האגף האחר ניטל ממנו הכוח לפסוק לפי הדין הדתי גם בענייני המעמד האישי, במקום שדין עומד בניגוד לעקרונות-על".²⁰³ כך מתאר פרופ' שיפמן את התנהלות בית המשפט בעניין

198 שם, בעמ' 238-243.

199 שם, בעמ' 243-248.

200 בג"ץ 6650/04, לעיל ה"ש 128. הצעה זו מפתיעה משום שמלבד העובדה שהעלאתה מאפשרת לשופט ברק את הטענה שהפגיעה בפרטיות אינה הכרחית, כערכאה חילונית היא מציעה לבית הדין מוצא הלכתי.

201 קפלן, "כבוד האדם", לעיל ה"ש 22, בעמ' 238. מלבד יתרון זה מונה קפלן יתרונות נוספים הטמונים באימוץ מדיניות בית המשפט העליון. להערכתו, הגנה זו תשמש תמריץ שלילי לגירושין חפוזים וכן תמריץ שלילי לביצוע עברות הכרוכות בפגיעה בפרטיות, ובעיקר תשמש הגנה טובה יותר על נשים. אולם גם קפלן מודע לחסרונות ולמחירי הצעה זו (ראו דבריו שם, בעמ' 246-247). חרף זאת הוא מבכר הוא אותה על פני מדיניות הפסיקה הקיימת. אלא שלדעתי החסרונות שהוא מפרט הם בדיוק קו פרשת המים בין התפיסה האזרחית החילונית לבין התפיסה הדתית, שכן מדובר באיסור חמור שלדעת בית הדין חובה על הבעל לבררו ולהימנע ממנו (ראו לעיל ה"ש 131) וכן בהשלכות ממוניות הנובעות מן האיסור, שלפי הדין הדתי פעמים רבות כרוכים זה בזה, בניגוד למתרחש במשפט האזרחי.

202 ועל כן לדעתו רק בית המשפט העליון הוא היכול להגן על כלל זכויותיהן של נשים שבגדו. ראו קפלן "מגמה חדשה", לעיל ה"ש 22, בעמ' 322-326.

203 שיפמן, שפה אחת, לעיל ה"ש 19, בעמ' 150.

בבלי²⁰⁴ וצופה את המשכה של מגמה זו בנוגע לעקרונות יסוד אחרים. לדבריו, "המערכת המשפטית-אזרחית שגתה קשות כאשר היא חידדה שלא לצורך את הקונפליקט בין הדין הדתי לבין המשפט האזרחי [...], במקום לנקוט דרך כוחנית, מוטב היה אילו בית המשפט היה מבצר בעצמו את ההלכה האזרחית בעזרת השפה ההלכתית"²⁰⁵. יתר על כן, חזירתו של "בית המשפט העליון לתחום שיפוטו של בית הדין, נעוצה בעצם העובדה שבית המשפט נטל כוח לעצמו להגדיר לבית הדין את השאלה המשפטית הראויה להתעורר בפניו, תוך ראיית הגדרה זו כמכרעת לצורך התערבות בית המשפט"²⁰⁶. נזקה של התערבות חודרנית זו לדעתו הוא בחסימת פתרונות אפשריים של בית הדין, העשויים במקרים מסוימים להיטיב עם בני זוג יותר מאשר פתרונות בית המשפט.²⁰⁷

מדברים אלה עולה שהגישה השנייה שתוארה לעיל הולמת יותר מאחרות את הצורך בהתקרבות בין שתי מערכות השיפוט, ודומה שהדבר מתאשש מדוגמאות אחדות שבהן דנתי לעיל.

השאלה היא אם אין מקום לגישה התומכת בחיזוק האוטונומיה השיפוטית של בתי הדין, לא בשל התועלת העשויה לצמוח מכך בנושאים מסוימים ולא בשל הצורך בהתקרבות בשיח בין הערכאות אלא בשל הצורך לשמור על ייחודיותה של מדינת ישראל כמדינה יהודית, שהוא אינטרס משותף לשתי הערכאות ולכלל החברה. אכן, מבחינה היסטורית סמכותם של בתי הדין הרבניים בענייני נישואין וגירושין נבעה ממדיניות השלטון הבריטי לאפשר חופש דת לכלל הקבוצות האתניות והדתיות בחברה המקומית, אולם במדינת ישראל, כמדינה יהודית המתחבטת כל העת בנוגע לזהותה, השיקולים צריכים להיות שונים לגמרי.

בית הדין הגדול²⁰⁸ העריך שהמחוקק סומך על בתי הדין הרבניים שיפעילו כראוי את סמכויותיהם בעת פגיעה בזכויות אדם "באופן ההולם את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית". על אחת כמה וכמה הוא צריך לסמוך עליהם שיפעילו את סמכותם באופן ההולם את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית. וגם אם בדברי בית הדין ישנה אולי תמימות, יש מקום לבחון ברצינות את חיזוק האוטונומיה של בתי הדין הרבניים ואת האפשרות לסמוך עליהם שידעו להגשים את הערכים הדמוקרטיים והיהודיים המתנגשים, באופן מידתי ומאוזן, בלי להיות חרדים כל העת מאימתו של בית המשפט העליון.

204 בג"ץ 1000/92, לעיל ה"ש 47.

205 שיפמן, שפה אחת, לעיל ה"ש 19, בעמ' 288-289. ראו גם יתר דבריו שם, בעמ' 285-291.

206 שם.

207 שם, בעמ' 151.

208 ערעור 1-8455, לעיל ה"ש 114. ראו גם לעיל, ליד ה"ש 115.

סיכום

בתי הדין מודעים לסביבה החברתית והמשפטית אשר בה הם פועלים ויודעים שהיא מלאת ניגודים ופערי השקפות בנוגע לדין הדתי.²⁰⁹ מתוך מודעות זו מנסה בית הדין לנווט את דרכו בפסיקותיו בין תפיסותיו הערכיות על אודות מוסד הנישואין על פי ההלכה לבין אורחות חייהם של המתדיינים, המעוצבים לאור יסודות ערכיים שונים. חרף מודעות זו עדיין ישנו פער בין תפיסת בתי הדין את סמכותם לבין תפיסת הציבור הרחב את סמכותם. רמת מודעותם של בתי הדין לפערים התרבותיים בינם לבין ציבור המתדיינים גבוהה ממודעותם לשחיקת מעמדם השיפוטי בעיני ציבור זה, בעיקר הציבור הלא דתי. מצב זה הוא בין היתר תוצאה של נתק מתמשך בין תפיסת בית הדין את עצמו ואת סמכותו לבין תפיסת המתדיינים אותו ואת סמכותו.²¹⁰

אפשר לתאר את תפיסת בתי הדין את עצמם כדואליסטית. ודאי כך באופן מעשי, אבל אצל חלק מהדיינים גם מן הבחינה העקרונית. מצד אחד רואים בתי הדין בעצמם חלק אינטגרלי ממערכת המשפט של מדינת ישראל, אבל מצד שני, מקור סמכותם המהותי הוא ההלכה, אשר לה הם מחויבים לפני כל מקור סמכות אחר. בעיני ציבור המתדיינים, לעומת זאת, נראה שמשקלה של התפיסה שבית הדין הוא חלק ממערכת המשפט הרשמית של מדינת ישראל, נמוכה. בית הדין נתפס כמוסד דתי, ולא בכדי, הביטוי העממי השגור לכינוי בתי הדין הוא "הרבנות".²¹¹ מנקודת מבטו של אדם חילוני לא מובנת כלל סמכותו של בית הדין הרבני מלבד העובדה שהחוק מחייבו להיזקק לו, בהצטרף לעובדה שהשיח ההלכתי עצמו זר לו לחלוטין. לפיכך, ככל שפסיקות בתי הדין יעמדו בסתירה לערכים ליברליים ולזכויות אדם, מידת האמון וההערכה לבתי הדין הרבניים מצדו של החילוני תלך ותפחת.

209 אינני סבור שהנתק בין הדיינים למציאות כה גדול, לפחות לא אצל חלק נכבד מן הדיינים בשני העשורים האחרונים, כפי שמתארו רוזן צבי ("המציאות החילונית", לעיל ה"ש 9, בעמ' 93-94, אך ראו דבריו שם, בעמ' 140) כנתק "במערכת המושגים, בקביעת סדרי עדיפויות, בתפישת המציאות, בהערכת המצב ההיסטורי, בתפישת המדינה, בהבנת הסיטואציה של היהודי במסגרת המדינה והעולם של ימינו וכיו"ב". כפי שהראיתי, מתפתחים כל העת כלים לגישור על פערים אלו, ולו מן ההיבט המעשי. ראו גם הנ"ל, "גשר צר", לעיל ה"ש 7, בעמ' 151-152; וכן שיפמן, שפה אחת, לעיל ה"ש 19, בעמ' 299-303.

210 ראו רוזן צבי, "גשר צר", לעיל ה"ש 7, בעמ' 149-150, 153-156.

211 אף שמבחינה מנהלתית בתי הדין היו בשנים האחרונות יחידת סמך במשרד המשפטים. לאחרונה, בהחלטת הממשלה מספר 180 מיום 5.7.2015, הוחלט על העברת שטח הפעולה של בתי הדין הרבניים למשרד לשירותי דת.

שחיקת מעמדו של בית הדין בעיני הציבור מצטרפת לתהליך המשפטיזציה המתמשך בבתי הדין בכלל ובתביעות שלום בית בפרט, שכן בהיעדר מעמד נחשב מכוח הסמכות הדתית והחברתית של בתי הדין אין כמעט מנוס ממעבר לשיח משפטי המעניק סמכות בעצם חובת הציות לחוק וביכולת להסתייע בגורמי האכיפה של המדינה. מובן אפוא כיצד הפך שיח זה להיות כלי מרכזי בהשלטת התפיסה הערכית של ההלכה בנוגע למוסד הנישואין ולחזיון.

אחת מתוצאותיהם של הפערים הנזכרים היא שבדרך כלל אורח חייהם החילוני של המתדיינים אינו גורע בעיני בית הדין מתפיסת האחריות שלו לחזיון התא המשפחתי ולשיקום הנישואין מאחר שתפיסתו העקרונית היא שמרגע שבני הזוג הקימו משפחה כהלכה, על בית הדין לעשות את המוטל עליו לשמור אותה. מנגד, כשישנה עילת גירושין, עליו מוטלת האחריות לפרק את הנישואין.

שלוש הגישות השונות שתיארתי במאמר, שייתכן שאינן היחידות אך ודאי הן מייצגות דרכי תגובה מרכזיות אפשריות במקרים דומים של מיעוט דתי המתמודד עם מערכת משפט חילונית, חלוקות ביניהן בסרטוט גבולות ההתערבות של בית הדין במקרים של התנגשות – אמיתית או מדומה – בין הדין הדתי לבין עמדות וערכים ליברליים. כך, הן עקב הבעיה בכפיית תפיסות דתיות על בעלי דין חילוניים הן עקב הביקורת הנושפת בעורפו מצד בית המשפט העליון באשר ליישום עקרונות וערכים שלא צמחו בבית מדרשו ובנוגע לחובתו להשיח את שיח הזכויות.

היתרונות העיקריים של הגישה הראשונה הם הצבת עמדה אידאולוגית ברורה, עקיבה ושיטתית נגד הגישה המודרנית החילונית. אלו יתרונותיה של השמרנות שאין בה חשש לטשטוש ולשחיקה של הערכים היהודיים המסורתיים. החיסרון העיקרי שלה הוא ההתעלמות מן המציאות במקרים שבהם אין להלכה פתרונות טובים, אם בכלל, במסגרת כלליה שלה. גם ניסיונה לשכנע באמצעות אימוץ שפה רלוונטית לא ממש מצליח להציב חלופה אמיתית לישראל החילונית.

יתרונותיה העיקריים של הגישה השנייה הם אופייה הדינמי והגמיש, המאפשר פיתוח מענה הלכתי ענייני למציאות המשתנה מתוך הכרה בשינויים ובמשמעותם, והיכולת עקב כך לבנות יחס אמון עם מערכת המשפט הכללית. חסרונה העיקרי הוא הסיכון של חדירה והשפעה של עמדות הזרות לרוחה של ההלכה והיותה נתונה לשינויים תקופתיים.

יתרונה העיקרי של הגישה השלישית הוא ההכרה במציאות ובשל כך הימנעות מעשית מכפיית ערכים דתיים. חסרונותיה העיקריים הם קיבעון הלכתי, נקיטת שיח פורמליסטי והיעדר שיח אידאולוגי ערכי, יחס של ניכור למשפט הכללי ובריחה מהאתגר שבניסיון להשפעה חברתית רחבה.

במבחן המעשה, ההבחנה בין הגישות אינה חדה כמו בניתוח התאורטי שלהן, וייתכן שדין האוחז בגישה אחת, בדרך כלל או בנושאים מסוימים, ינקוט גישה אחרת בנושא אחר, בהתאם לתוכני הדיון ולאופי הזכויות הנדונות.

במקרים שבהם בית הדין משתתף בשיח המשפטי הכללי ומבקש ליישם את ההגנה על זכויות אדם בפסיקתו מתגלים הבדלים בינו לבין בית המשפט העליון בכמה שאלות מרכזיות. בהן: אילו ערכים ראויים להגנה? מה משקלם של ערכים אלו? מהי נוסחת האיזון המתאימה?

אפשר לומר שבעת האחרונה, לאחר הגעה ליציבות מסוימת במחלוקות בין הערכאות בעניינים מרכזיים בדיני המשפחה ולאחר התמתנות מסוימת במדיניות האקטיביסטית של בית המשפט העליון בשנים האחרונות, נענים יותר דינים לצורך להתייחס לחוק הישראלי ולעקרונות היסוד של המשפט הישראלי. יתר על כן, נראה שהשתתפות זו בשיח המשפטי הכללי חוצה מגזרים, גילאים ומסורות פסיקה, כך שאי-אפשר להגדיר את בתי הדין הרבניים כבעלי עמדה אחידה ומסתגרת, ויש להניח שהיא תלך ותתרחב בשנים הבאות.

ואולי, לאור הרכבה החברתי, התרבותי והדתי של מדינת ישראל יש מקום לחשוב על מצב אשר בו יתקיימו סטנדרטים שונים של שיפוט בבתי הדין הרבניים. כלפי ציבור שומר מצוות אפשר יהיה לשמר את הדיון במישור ההלכתי המסורתי, ואילו כלפי ציבור שאינו שומר מצוות תהיה שאיפה ליתר אחידות עם בתי המשפט האזרחיים בהסדרים המשפטיים של דיני המשפחה. במקרה הראשון יוכל בית הדין אף לשוב לתפקידו המקוריים כרבנות קהילתית וכסוכן חברתי,²¹² ואילו במקרה השני הוא ישמש בעיקר בתפקידו השיפוטי בדין הדתי של ענייני נישואין וגירושין. רעיון זה דורש פיתוח ודיון, אך "לכל זמן ועת לכל חפץ".

212 הדברים אף מתבצעים באופן פרטני ובנסיבות מסוימות. כך לדוגמה ביצירת שיתוף פעולה עם גורמים רבניים במגזר שאליו משתייכים בני הזוג. ראו לדוגמה תיק (אזורי ירושלים) 1-21-9918-1-21-1 (11.11.2003) (ניסיונות להשכיך שלום בית ולערב רבנים במקרה של בני זוג חסידי ויז'ניץ); ערעור (גדול) 1-21-022609234-16.7.2002, הדין והדיין 14, 1) (ניסוח ופירוט של הרחקות דרבנו תם נגד הבעל, שהועברו לאדמו"ר מגור כדי שיסייע לאוכפם בקהילתו). כך גם בפנייה לבעלי הדין עצמם. ראו ערעור (גדול) 1-21-23605900-18.11.2009, הדין והדיין 24, 1) (נישואי כוהן וגרושה. האישה תבעה שלום בית, אבל בית הדין הבין שמניעה כלכליים בלבד, לקבל מזונות, ופנה אליה: "המערערת כשומרת מצוות בודאי לא תרצה לזכות בכספים שאינם מגיעים לה על פי דין", אף שאישה זו הייתה בקשרי נישואין אסורים!).