

דיני משפחה אזרחיים נוסח ישראל – לקראת השלמה על הכבוד, הצדק, השוויון והכוונה יושתתו מעתה דיני המשפחה

רות הלפרין-קדרי

א. מבוא ♦ **ב. דיני משפחה כדיני מלחמה** 1. השלב הראשון: הגדרת גבולות הסמכות
2. השלב השני: אימפריאליזם שיפוטי מוסדי 3. השלב השלישי: אימפריאליזם שיפוטי
אישי ♦ **ג. סיפור-העל: התהוותה של מערכת אזרחית טוטלית - טריטוריאלית**
1. הדגמת הסיפור הטוטלי-הטריטוריאלי (א) פיתוחם של דיני מזונות אזרחיים – משנתו
של הנשיא (בדימוס) שמגר (ב) יצירתה של האבהות האזרחית 2. הדגמת ההיבט הערכי
הנון-פורמליסטי (א) משפט הטבע, עמודי תשתית, עקרונות יסוד ומהות, וכללים היוצרים
דמותם של אדם וחברה ועם ומדינה – משנתו של השופט חשין (ב) ביטויים נוספים
לפסיקה ערכית בניגוד לכללים קיימים ♦ **ד. הרקע לסיפור-העל: מקומם של חוקי
היסוד** 1. חוקי היסוד ודיני המשפחה בישראל אל: האומנם "הגיעו מים עד נפש"? 2. חוקי
היסוד ודיני משפחה בישראל: עידוד שפיטה ערכית ♦ **ה. המפתח להתפתחויות
העתידיות: תזת אי-ההכרה; או "נגרר הדיין אחר הדין" ♦ ו. הערת אזהרה**

א. מבוא

"סוף עידן ההבלגה" – זו הכותרת שנתן פרופסור אריאל רוזן – צבי ז'ל לדבריו האחרונים, אשר לא זכה להשלימם. סיומם של דברים אלו היה במילים הבאות: "... לפנינו צעד נוסף למה שהיה מקובל בעבר. מיצירתו של מסלול אזרחי מקביל ליצירת מערכת כללים אזרחית אחידה, המחייבת את כל המערכת".¹ רעיונות אלה נקטעו באיבם לפני כחמש שנים, בחודש סיוון תשנ"ו. בזמן הקצר שחלף מאז, התרחשו התפתחויות מרחיקות לכת בתחום דיני המשפחה, אשר בד בבד עם מתן חיזוק משמעותי לאותם הרעיונות, חברו לתהליכים שפעפו מתחת לפני השטח עוד קודם לכן, והגיעו לכדי גיבושו של שלב נוסף על המצב שתיאר רוזן – צבי. התזה שאבקש לפתח, במסגרת יזמת החיזוי והניבוי העומדת בבסיס גיליון זה, על פניו של המשפט הישראלי בעתיד, אכן צופה אל מעבר למהלך שתואר כאמור.

* המחברת היא מרצה בכירה בפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן.
** ברצוני להודות לעורכת דין עידית בן – דב על עזרתה בשלבים שונים של כתיבת המאמר, וכן לחברי מערכת "מחקרי משפט" ולקוראים האנונימיים של המאמר על הערותיהם ועצותיהם המועילות.
1 א' רוזן-צבי "דיני משפחה: סוף עידן ההבלגה", בתוך ספר השנה של המשפט בישראל (תל אביב תשנ"ו) 371, 357.

רות הלפרין-קדרי

במערכת המפוצלת של דיני המשפחה בישראל ניתן לראות שלושה שלבי התפתחות. המהלך שאליו התייחס רוזן - צבי ממוקם בשלב השני מבין השלושה. השלב הראשון הוא שלב ביסוס הגבולות בין המערכת האזרחית לדתית.² השלב השני, שאליו התייחס רוזן - צבי, הוא השלב שבו המערכת האזרחית, בעיקר בפסיקה, מכפיפה את המערכת הדתית לעקרונות המנחים את המערכת האזרחית,³ תוך מתן ביטוי לחוסר הנחת ולאיי - ההשלמה עם המצב הפתולוגי בעיניה של הפיצול. כבר מ תוך השלב השני ובמקביל לו, החל להתגבש השלב השלישי, האחרון והמכריע בתהליך התפתחות המערכת המפוצלת של דיני המשפחה בישראל. זה שלב גיבושה של מערכת אזרחית טוטלית וטריטוריאלית של דיני משפחה, המציעה חלופה אזרחית עצמאית לכל נושאי דיני המשפחה, ואשר עשויה ליטול שליטה מלאה בתחום זה, מעל ומעבר לשליטת המערכת הדתית בתחום. זו מערכת טוטלית במובן זה שהיא מכילה בפועל ובפוטנציה כללים ועקרונות להסדרת כל נושאי דיני המשפחה, לרבות נושאים הנחשבים לחלק מענייני המעמד האישי, ואשר לפי כללי היסוד של חלוקת הסמכויות והדין אמורים להישלט על ידי הדין הדתי גם כאשר הם נידונים בערכאה אזרחית. זו מערכת טריטוריאלית במובן זה שהיא רואה עצמה בעלת אפשרות ולגיטימציה לחול על הכול, ללא הבחנה של השתייכות דתית, וללא הבחנה על פי "מסלול ההתקשרות" של הפרטים.⁴ תיאור תמציתי זה מבהיר את הנקודות המשמעותיות, שבהן נבדל שלב זה מן השלבים שקדמו לו, וארחיב על כך בהמשך.

שלב זה מתאפיין בנון-פורמליזם בנורמות של עקרונות-על ושל אמות מידה, אשר לעתים עומדים במדרג גבוה יותר של הכללים הקיימים כדי לחזקם ולפתחם, אך הם משמשים בעצם כלי לצורך התעלמות וזניחת הכללים הקיימים (דתיים או אזרחיים) הנתפסים כבלתי ראויים ובלתי נכונים. מובן מאליו כי בבסיס התהליך כולו עומדים חוקי היסוד שהתקבלו בראשית העשור. פועלם של חוקי היסוד במסגרת זו הוא כפול: הן בחידוד הקושי שבמצב הקיים והגברת חוסר הנחת ממנו, והן בהתוויית הדרך לפסיקה הערכית.⁵ בסופו של התהליך, ייתכן שניתן יהיה לדבר על מהפכה חוקתית במובנו המלא של המונח, קרי: ביטול (ולו רק במשתמע) של נורמות קיימות, עקב היותן נוגדות את עקרונות חוקי היסוד. במילים אחרות, תוך נטילת סיכון מודע בניבוי של ממש, ניתן לומר כי באופן פרדוקסלי, עתיד להיות תחום דיני המשפחה דווקא, התחום שהוא לכאורה המחושק ביותר והחסין ביותר מפני כל מהפכה חוקתית, אשר יבוטלו בו בפועל הסדרים קיימים, תוך שימוש בכוח של הביקורת השיפוטית והחקיקה השיפוטית.

כמו בכל התרחשות בתחום דיני המשפחה בישראל, בכל אחד משלבי ההתפתחות של התהליך המתואר כאן פועלים במקביל שני הצירים המכוננים את המערכת המפוצלת: ציר הדין המהותי וציר מערכת היחסים בין המערכת האזרחית לדתית (הכולל את איתור הערכאה בעלת סמכות השיפוט, ואיתור הדין החל). השלב השלישי והאחרון של התהליך מאופיין

2 ראו להלן, פרק ב, סעיף 1.

3 לתיאור מפורט יותר של מהלך זה ראו להלן, פרק ב, סעיף 2; וראו גם: ר' הלפרין-קדרי "פלורליזם משפטי בישראל: בג"ץ ובתי הדין הרבניים - בעקבות בבלי ולב" עיוני משפט כ(3) (תשנ"ז) 683.

4 במונח "מסלול ההתקשרות" כוונתי לאופן יצירת הקשר, קרי בצורת נישואין דתיים, בצורת נישואין אזרחיים או בצורת ידועים בציבור.

5 ראו הרחבה בפרק ד של המאמר להלן.

בקשר הדוק במיוחד בין שני הצירים . במישור הדרך , המעבר אל שיח עקרונות העל המופשטים משותף לשני הצירים ומקשר ביניהם . במישור התוצאה , ההיזון החוזר ביניהם הוא מעגלי: כינון מערכת אזרחית בעלת סמכות מחייב גיבוש נורמות אזרחיות מהותיות, ובה בעת גיבושו של דין אזרחי מהותי הוא המאפשר את ההתנתקות מן המערכת הדתית. במאמר זה ארחיב את התזה שהובאה עד כאן בתמציתיות , בסדר הבא : אפתח בסקירה קצרה של שני השלבים הקודמים בתהליך כדי להבהיר את מיקומו של השלב הנוכחי והמכריע ביחס אליהם ; לאחר מכן אדגים את שני ההיבטים המרכזיים בשלב הזה , ההיבט הטוטלי-הטריטוריאלי של המערכת המתגבשת וההיבט הנון-פורמליסטי הערכי שבה , באמצעות ביטויים שונים של היבטים אלה בפסיקה ; אבהיר את תפקידם של חוקי היסוד בסיפור-העל של התהוות המערכת האזרחית המושלמת ; וארחיב בתיאור מה שנראה לי כמפתח לביסוסו ולהמשך פיתוחו של השלב המכריע בתהליך , ייתכן שאף עד כדי פיתוחה של מערכת נישואין וגירושין אזרחיים בין יהודים בישראל.

אחד ההיבטים המרתקים בסיפור העל שיתואר כאן הוא הממד האישי . תוך כדי פריסתו של הסיפור , יתברר מקומם של שני "שחקנים ראשיים" : הנשיא בדימוס , השופט מאיר שמגר (להלן : "הנשיא שמגר"), והשופט מישאל חשין . בשונה מן השלב השני , שבו מילא תפקיד ראשי ובלעדי , אין לנשיא המכהן , אהרון ברק , כמעט כל חלק בפיתוח השלב הנוכחי . כפי שנראה בהמשך , שוני מהותי נוסף מסתמן גם באופן פעולתם של השחקנים השונים , מבחינת המודעות העצמית , קיומו או היעדרו של סדר יום מקיף בתחום , פומביות העשייה , ועוד . במובנים אלה דומה כי אין הבדלים אלה אישיים בלבד , כי אם מאפיינים המתייחסים לשלבי התהליך עצמו . בעוד היה השלב השני גלוי , ברור , מודע וממוקד , נראה כי השלב השלישי המתרחש הוא עד כה סמוי מן העין , מחתרתי כמעט , ומפוצל למדי . נדרשת ראייה כוללת ומקיפה כדי לחבר בין מוקדי ההתרחשויות השונים ולהגיע לכלל הכרה בהתהוותו ובקיומו של שלב זה , כפי שאני מבקשת לעשות במאמר זה . השאלה המעניינת עוסקת בהישגים שהניבו השלבים השונים . ייתכן כי גם כאן קיים הבדל מהותי , ולמרות הנחישות והפסקנות המוחלטת שאפיינה את השלב השני , הפוטנציאל מרחיק הלכת ביותר (מבחינת המערכת האזרחית) טמון בייחוד בשלב השלישי , השקט והנסתר . עם זאת , חשוב להיות מודעים לסיכונים העצומים , כלפי פנים וכלפי חוץ , שבנקיטת דרך חתרנית וערטילאית מעין זו . מבפנים , הדרך הזאת גובה מחיר גבוה של ויתור , ואולי חמצה , של גיבוש מערכת נורמטיבית מובנית , עקבית ואחידה לתחום ד' יני המשפחה .⁶ מבחוץ , הדרך הזאת מזמינה הטלת ספק בלגיטימציה של מלאכת השיפוט עצמה , בהמשך לביקורות חוזרות ונשנות ברוח זו של שלילת הסגת הגבול הנחזית כאן , אל עבר תחום החקיקה המובהק.

6 לטענה שהדרך שבה מתפתחים דיני המשפחה האזרחיים עלולה להוליך למערכת חסרה , לא עקבית , ורוויית סתירות , ולבעייתיות באימוץ מערכת זו כמערכת ה אזרחית העתידית בישראל , ראו בגיליון זה : ש' ליפשיץ "דיני זוגיות חילוניים ביובל הבא : בין 'ליברטריאניזציה' ובין בית המשפט 'המחשק'", פרק א, סעיפים 1-2.

ב. דיני משפחה כדיני מלחמה

מונחים מעולם הלוחמה אינם זרים, לצערנו, לתחום דיני המשפחה, אך בדרך כלל הם נשמעים בהקשר של מלחמה הניטשת לעתים קרובות בין בני זוג מתגרשים. בתחום דיני המשפחה בישראל יש זירת לוחמה נוספת, והיא המלחמה המתמדת על השליטה בתחום, הניטשת בין המערכות של הערכאה האזרחית והערכאה הדתית. מאז ומעולם עסקה המערכת האזרחית בדרכים להקל על מצוקות המתדיינים במערכת מפוצלת ומסוכסכת זו, מצוקות הנגרמות עקב הפיצול המערכתי ושליטת הדין הדתי על מערכת ענייני המעמד האישי, ועקב הפערים בינו לבין המערכת האזרחית הכללית.⁷ השאיפה להקהות ככל שאפשר את כפיית הדין הדתי על אלה שאינם סרים למרותו, מונעת כמובן גם מן הרצון להשיג בתוך כך יתרונות מצטברים במסגרת המלחמה המתמדת.

באופן כללי ניתן לתחום את הניסיונות האלה של המערכת האזרחית לשני שלבים (שהם השניים הראשונים ברצף שלושת שלבי ההתפתחות), בעלי רצף כרונולוגי מסוים, הגם שתיחום הזמן ביניהם אינו חד כלל ועיקר:

1. השלב הראשון: הגדרת גבולות הסמכות

ההתפתחויות בתחילת הדרך, שנמשכו למעשה עד לעשור האחרון,⁸ הרכיבו את השלב המכונן הראשון במערכת היחסים המורכבת. במרכזו של שלב זה עמדה המטרה של צמצום סמכותו של בית הדין הדתי ושל הדין הדתי. לשם כך פותחו מספר כיווני פעולה, שהמרכזי שבהם הוא גיבושו של מסלול אזרחי המקביל למסלול הדתי בנושא המרכזי ביותר של כינון קשר זוגי נורמטיבי. במילים אחרות, המערכת האזרחית עסקה בשלב זה בעיקר בגיבוש מערכות זוגיות חלופיות למערכת הנישואין כדת משה וישראל. מוסד ה"ידועים בציבור", שאין לו אחר ורע בעולם מ בחינת היקף ההכרה הנורמטיבית במערכת הזוגית – הבלתי פורמלית – שראשיתו ביזמה חקיקתית דווקא, שבהמשך חברה לה פסיקה אידאולוגית – ליברלית – הוא כמובן הביטוי הברור ביותר של עיסוק זה.⁹ מובן מאליו כי פיתוחו של מסלול

7 חלק ניכר מספרו המרכזי של א' רוזן-צבי בדיני המשפחה *דיני המשפחה בישראל – בין קדש לחול* (תל אביב תש"ן) הוקדש לתיאור המלאכה שכינה אותה "צמצום פערים" או "סגירת פערים" (שם, בעמ' 189-500) (שער שני: דיני המשפחה בישראל בהתמודדות בין הדין למציאות; שער שלישי: סגירת פערים ואופניה – סוגיות מיוחדות); ראו גם: פ' שיפמן *דיני המשפחה בישראל* (מהדורה שנייה, ירושלים תשנ"ה, כרך א) 22-25; א' מעוז "הרבנות ובתי-הדין: בין פטיש החוק לסדן ההלכה" *שנתון המשפט העברי* טז-יז 289-416 (תש"ן-תשנ"א).

8 ובמובנים רבים הן מוסיפות להתקיים כל העת במקביל להתהוות השלב השני.

9 ראו: רוזן-צבי, לעיל הערה 7, בעמ' 303-306; שיפמן, לעיל הערה 7, בעמ' 156-164; פ' שיפמן *מי מפחד מנישואין אזרחיים?* (ירושלים 1995) 15-16, 42-45; א' בן-דרור *הידועה בציבור – נשואים ללא נישואין* (תל אביב תשנ"ג); א' קמיר "לכל אשה יש שם" *משפטים* כז(2) (תשנ"ז) 327-382; בג"ץ 693/91 *אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין*, פ"ד מז(1) 749, שם השופט (דאז) א' ברק סוקר בהרחבה את מעמד הידועים בציבור מול סטטוס הנישואין ואת תקנת הציבור והידועים בציבור (פסקאות 37-44 לפסק דינו), בקבעו כי "אין שר הפנים רשאי לפסול שינוי שם המשפחה של אחד מהידועים בציבור לשם משפחתו של השני בטענה כי דבר זה, כשלעצמו, יש בו כדי לפגוע בתקנת הציבור בישראל" (פסקה 50 לפסק דינו). לטענה, כי להכרה הנרחבת במוסד הידועים בציבור קיים גם פן

חלופי מעין זה מצמצם את היקף פריסתה של המערכת הדתית בעצם גיבושו מתוך המערכת האזרחית ובהיותו מצוי, רובו ככולו, מחוץ לתחום סמכותה של המערכת הדתית. ביטוי נוסף בכיוון זה נמצא בהכרה ההחלטית שפיתחה הפסיקה בנישואין שנערכו מחוץ לישראל בהתאם לכללי המשפט הבין-לאומי הפרטי.¹⁰ כיוון פעולה מרכזי נוסף שנקטה המערכת האזרחית היא הוצאת נושא רכוש בני הזוג משליטת הדין הדתי והפיכתו לנושא אזרחי במהותו, הן מבחינת סמכות השיפוט והן מבחינת הדין המסדיר נושא זה.¹¹ במקביל לכיוונים אלה, עסקה הפסיקה בכרסום מתמיד בסמכות בית הדין הדתי במסגרת כללי חלוקת הסמכויות, כגון צמצום האפשרות להעניק סמכות באמצעות כריכה, צמצום כלל הסמכות הנמשכת, הרחבת האפשרות להתגבר על מעשה בית-דין, פיתוח כלל הכיבוד ההדדי בין הערכאות, ועוד.¹² כיוון פעולה זה מוסיף למעשה להתקיים בפסיקה לכל אורך הדרך, וגם כיום ניתן לראות את גילוייו מעת לעת.¹³

לצורך הבנת התזה הכללית, חשוב להדגיש כי שלב זה מתאפיין מצד המערכת האזרחית בהתוויית גבולות ברורים בין שתי המלכויות המבקשות לשלוט בכיפה. את כל המהלכים שתוארו לעיל כחלק משלב זה – גיבוש המסלולים החלופיים, ניכוס נושא הרכוש וצמצום סמכות בית הדין באמצעות שימוש בכללי הסמכות הבסיסיים – ניתן לראות עדיין כחלק ממגמה כללית של שמירה על גבולות. מגמה זו השתנתה בשלב השני.

- לא ליברלי, ראו: ש' ליפשיץ "נשואים בעל כרחם: על הפן הלא ליברלי של מוסד הי דועים בציבור", עתיד להתפרסם בכתב עת עיוני משפט כה (תשס"ב).
- 10 הכרה זו באה לידי ביטוי, בין היתר, בחיוב רישום בני הזוג, שנישאו בנישואין אזרחיים, כנשואים במרשם האוכלוסין. לרישום חשיבות בכל הנושאים המסתמכים עליו, ואינם דורשים בירור תוקפם המהותי של הנישואין. ראו: בג"ץ 143/62 פונק שלזינגר נ' שר הפנים, פ"ד יז(1) 225 – פקיד הרישום מחויב ברישום הנישואין כאשר קיימת ראייה לכאורה להוכחת טקס הנישואין, ואין הוא נדרש לבדיקת תוקף הנישואין; פ' שיפמן דיני המשפחה בישראל, לעיל הערה 7, בעמ' 186-189, 282-283 (סוגיית הרישום חלה הן על נישואי תערובת והן על נישואין אזרחיים בין יהודים), 350-382; מ' שאווה הדין האישי בישראל (מהדורה שלישית מורחבת, תל אביב תשנ"ב, כרך ב) 586-587; "חופש בחירה בטקס הנישואין – מדריך לחתונה חוקית בחו"ל" המרכז לפלורליזם יהודי (1999); ע"א 173/69 בכר נ' בכר גולדברג, פ"ד כג(1) 665.
- 11 הדבר נעשה באמצעות תהליך הדרגתי של סיווג מחדש של נושא ענייני הרכוש כנושא שאיננו חלק מענייני המעמד האישי. ראו: ע"א 2/77 אזוגי נ' אזוגי, פ"ד לג(3) 1; ע"א 253/65 בריק נ' בריק, פ"ד כ(1) 589; בג"ץ 185/72 גור נ' בית הדין הרבני האזורי ירושלים, פ"ד כו(2) 765; ע"א 384/88 זיסרמן נ' זיסרמן, פ"ד מג(3) 205.
- 12 ראו: רוזן-צבי, לעיל הערה 7, בעמ' 51-60 (צמצום הענקת סמכות על ידי כריכה), 33-35 (פיתוח כלל הכיבוד ההדדי בין הערכאות וצמצום כלל הסמכות הנמשכת), 35-45 (הרחבת האפשרות להתגבר על מעשה בית דין); א' מעוז "כרוך זה הכרוך על עקבנו – על הכריכה בתביעת הגירושין" עיוני משפט יד (תשמ"ט-תש"ן) 101-134; A. Maoz "Enforcement of Rabbinical Court Judgements in Israel" 13-14: 7-29 Dine Israel (1986-1988)
- 13 ראו: בג"ץ 6103/93 סימה לוי נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים, פ"ד מח(4) 591.

2. השלב השני: אימפריאליזם שיפוטי מוסדי

בעשור האחרון התהווה השלב השני במערכת יחסים זו; הוא השלב שהתייחסו אליו דבריו של רוזן-צבי שצוטטו לעיל.¹⁴ את השלב הזה מסמלים יותר מכול פסקי דין *כבלי ולב*.¹⁵ בשלב זה ניסתה המערכת האזרחית לשנות את המערכת הדתית ולהכפיפה לעקרונות המנחים את המערכת האזרחית. פרשיות *כבלי ולב* מדגימות את שיא המהלך הזה, בהטלתן "בתנועת מלקחיים... על בית הדין הן את עקרונות היסוד החוקתיים והן את כללי המשפט האזרחי בעניינים שאינם חלק מענייני המ עמד האישי במובנם הצר".¹⁶ בפסק דין *כבלי קבע* השופט (דאז) ברק, כי בית הדין הרבני כפוף להלכת השיתוף, וזאת תוך נקיטת שתי אסטרטגיות: האחת – פסק הדין הרבני בטל, מאחר שהוא מפלה את האישה לרעה, ולכן מנוגד לסעיף 1 לחוק שיווי זכויות האשה, התשי"א-1951 (שהנו חוק טריטוריאלי המחייב גם את בתי הדין הדתיים). האחרת – החלת הדין האזרחי, לרבות הלכת השיתוף, על כל ערכאות השיפוט בישראל, לרבות בתי הדין הרבניים. מכאן, שהדין הדתי יחול רק בענייני המעמד האישי, ואילו בכל נושא שמעבר לענייני המעמד האישי יחול הדין האזרחי גם בבתי הדין הדתיים. בפסק דין *לב קבע* השופט (דאז) ברק, שכאשר בית הדין הרבני מפעיל את סמכותו הטבועה, מוטלות עליו כל המגבלות המוטלות על כל ערכאה שיפוטית המפעילה זכויות טבועות, לרבות שמירה על זכויות האדם. במקרה הנידון נקבע, כי בית הדין הרבני חרג מסמכותו הטבועה ולכן אין הוא מוסמך להוציא צו עיכוב יציאה מן הארץ (לא הוכח חשש כן ורציני ולא התקיימה הדרישה כי יציאתה של העותרת מן הארץ תסכל או תכשיל את ההליך השיפוטי של שלום הבית). זה שלב של "אימפריאליזם שיפוטי-מוסדי", במובן של החלת הנורמות האזרחיות על כל המוסדות השיפוטיים הפועלים באותה מסגרת. תורת האחידות,¹⁷ אשר פיתח הנשיא ברק בפסקי דין *כבלי ולב*, נועדה לשמש אמצעי נוסף ל"המתקת הפיצול" (מונח השאול מתוך מערכת מונחיו של רוזן-צבי).¹⁸ ואולם המתקה זו באה הפעם תוך פריצת הגבולות שנקבעו ושנשמרו בשלב הקודם. הגבולות נפרצו הן בעצם החדרת נורמות מן המערכת האזרחית לדתית והכפפת המערכת הדתית לאזרחית, והן בחוסר הבהירות שנגרם עקב מהלך זה באשר לגבולות החדשים של פריסת הדינים המשמשים במקביל. ביטוי לחוסר הבהירות ניתן לראות במחלוקת שנתגלעה בין השופטים גולדברג ובייניש לבין השופט חשין בפרשת *אקנין*.¹⁹ בפרשה זו עלתה שאלת ה דיין החל בעניין זכות האישה למדור, וליתר דיוק, האם מוסמך בית הדין הרבני להורות על הבטחת "מדור ספציפי" לאישה, קרי, על זכותה להישאר בדירת המגורים הנוכחית כחלק מזכותה למדור (במסגרת

14 ראו לעיל, טקסט הצמוד להערה 1.

15 בג"ץ 1000/92 *כבלי נ' בית הדין הרבני הגדול*, פ"ד מח(2) 221; בג"ץ 3914/92 *לב נ' בית הדין האזורי בתל-אביב-יפו*, פ"ד מח(2) 491.

16 רוזן-צבי, לעיל הערה 1, שם. משפט זה מתייחס בחלק הראשון לפסק דין *לב* (הטלת עקרונות היסוד החוקתיים על בתי הדין), ובחלק השני לפסק דין *כבלי* (הטלת כללי המשפט האזרחי על בתי הדין); להרחבת תיאור וניתוח שני פסקי הדין, ראו: הלפרין-קדרי, לעיל הערה 3.

17 על "תורת האחידות" של השופט (דאז) ברק, ראו בהרחבה במאמרי, לעיל הערה 3, בעמ' 715-720.

18 ראו: רוזן-צבי, לעיל הערה 7, בעמ' 29-30.

19 בג"ץ 5969/94 *אקנין נ' בית הדין הרבני האזורי בחיפה*, פ"ד נ(1) 370.

זכותה הכללית למזונות מאישה²⁰). הוראה כזו מסכלת כמובן את מימוש זכותו של האישה לחלקו בדירת המגורים באמצעות פירוק השיתוף בה²¹. לדעת הרוב, שהשאירה את החלטת בית הדין הרבני על כנה, השאלה שעמדה לדיון בפרשה זו מסמנת למעשה את גבול התחולה של הלכת כבלי. הגם שהחלטת בית הדין הרבני עמדה בניגוד לעמדת המערכת האזרחית לגבי המדור, השופט גולדברג שולל (בדעת רוב) את תחולת הלכת כבלי, שכן הפעם:

עניין לנו בפרשנות הדין האישי, אשר לכל הדעות חל על תביעה למדור, בין שהיא נדונה בבית המשפט ובין שהיא נדונה בבית דין רבני. במקרה אשר כזה, איני רואה מקום לכופ על בית הדין הרבני את המשפט העברי, כפי שהוא פורש בבית המשפט. ודוק, אין מדובר, כבעניין כבלי, בפרשנות של בית דין רבני השוללת עקרונית זכות קניינית, הנוגדת חוק כלשהו, או המחלקת רכוש שלא על פי המשפט האזרחי הכללי. כל עניינה של המחלוקת בפרשנות המשפט העברי לגבי זכותה של האישה למדור²². (ההדגשות במקור – רה"ק)

גבול תחולתה של הלכת כבלי מצוי, לדעת הרוב, בהיקף תחולתם של ענייני המעמד האישי. מחד גיסא, הגם שלפרשנות המשפט העברי על ידי בית הדין יש השלכה של פגיעה קניינית מסוימת, הרי אין מדובר בשלילה עקרונית של זכות קניין, והנושא מצוי מחוץ להישג ידה של הלכת כבלי. לדידו של השופט חשין, מאידך גיסא, בהענקת הזכות לאישה להוסיף ולהתגורר דרך קבע בדירת בני הזוג, הפקיע בית הדין "הלכה למעשה, את זכות הקניין של הבעל בדירה, ופגע באחדות המשפט האזרחי כהלכת כבלי"²³. לדבריו, "השאלה העומדת לפנינו להכרעה אינה אם זו הוראת המשפט העברי, אלא אם ניתנה סמכות לבית הדין הרבני כך ליצור 'זכות קניין' (או 'מעין זכות קניין') לטובת האישה"²⁴. הפגיעה הקניינית הנגרמת עקב החלת פרשנות בית הדין לזכות האישה למדור, מוציאה את העניין אל מחוץ למסגרת הצרה של ענייני המעמד האישי, וחושפת אותו לתחולת הלכת כבלי²⁵.

20 במערכת האזרחית נקבע כבר, כי הזכות למדור אינה מחייבת מתן הוראה ל"מדור ספציפי". ראו: ע"א 803/93 כליפא נ' כליפא, תק-על 94(2) 705.

21 הסמכות לדון בנושא פירוק השיתוף היתה נתונה בידי בית משפט השלום, אך זה בחר להשהות את החלטתו בעניין עד לתום הדיון בתביעת המזונות בבית הדין הרבני. החלטה זו תאמה את אפשרויות הפעולה שהותוותה קודם לכן בע"א 2626/90 דאש חודש נ' דאש חודש, פ"ד מו(3) 205, 211, במגמה להימנע ממתן החלטות סותרות של שתי ערכאות בעניין המדור, הגם שעמדה בפניו אפשרות הפעולה השנייה, והיא "להחליט במסגרת ההליך שלפניו גם בעניין המדור" (ש"ס, בעמ' 211), בסמכות אגבית כמובן, לפי סעיף 76 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984. כיום, סמכות בית משפט השלום לדון בעניין המדור איננה עוד סמכות אגבית, כי אם סמכות ראשה, בעקבות סעיף 40 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969.

22 לעיל הערה 19, פסקה 10 לפסק דינו של השופט גולדברג.

23 ש"ס, סוף פסקה 18 לפסק דינו של השופט חשין.

24 ש"ס, פסקה 12 לפסק דינו של השופט חשין. (ההדגשה שלי – רה"ק)

25 בסופו של דבר קבע גם השופט חשין, כי אין פסק הדין הרבני בטל, מן הטעם השולי כי הבעל לא הציג מדור חלופי ראוי לאישה, תוך הבטחת קיומו של המדור למשך תקופה ראויה. לדידו של השופט חשין, עד להצעה כזו מצדו, ראוי לראות את פסק הדין הרבני כפסק דין זמני. המחלוקת בין השופטים בעינה עומדת.

רות הלפרין-קדרי

מחלוקת עקרונית זו מגלמת את חוסר הוודאות באשר לגבולות הסמכות והדין בעקבות פועלו של השלב השני בתהליך. עניין אקנין עמד לדיון נוסף, אך בסופו של דבר נסתיים בפשרה, כך שעמדתו של השופט חשין נותרה בדעת מיעוט.²⁶ עם זאת, דומה שיש במחלוקת זו היבט נוסף של קושי במגמה שביטא השלב השני. אי-הבהירות המעשית המבטאת בפרשת אקנין חושפת גם אי-בהירות אידאולוגית-תפיסתית משמעותית בהרבה. אם כך, ייתכן שקושי פנימי זה (קרי – אי-הבהירות המעשית) חובר לקושי אחר ביחס לשלב זה, והוא קושי חיצוני המופנה מן המערכת האזרחית אל עבר המערכת הדתית. הקושי החיצוני נובע מן התגובה של המערכת הדתית השוללת מצדה את המהלך, והמביעה בכך למעשה את חוסר תוחלתו של השלב השני כולו.²⁷ הקושי החיצוני מבטא למעשה תחושה של אזלת יד מצד המערכת האזרחית לנוכח אי-יישום עקרונותיה וקביעותיה החדשים בעניין הגבולות מצד המערכת הדתית. פן אחר של קושי זה, המתחבר גם לקושי הפנימי, הוא תחושת חוסר נוחות בסיסית מן ההשלכות שיש לקביעת הגבולות החדשים על המרקם העדין של מערכת היחסים בין המערכות. בין שמקבלים את תיאור מערכת היחסים הזאת כמערכת של פלורליזם משפטי בפוטנציה או בפועל,²⁸ ובין שאין מקבלים, דומה כי אין עוררין על כך שהשלב השני מסמך פריצת איזון (פלורליסטי או אחר) בין המערכות, ויש בו קושי גדול להמשך הדרך.

3. השלב השלישי: אימפריאליזם שיפוטי אישי

על רקע זה ניתן להבין את התפתחותו של השלב השלישי שבעיצומו אנו מצויים, ואשר עתיד, בפוטנציה, לספק כיוון אחר לגמרי להקלה על מצוקת הפיצול. באופן פרדוקסלי, בה בעת שמגמתו של שלב זה מרחיקת לכת בהרבה מבחינת שינוי מערך הסמכויות הבסיסי בתחום דיני המשפחה בישראל, אין היא גורמת לפגיעה כה קשה באותו מרקם יחסים בין המערכות. כפי שנאמר בפתח הדברים, התהליך המרכזי בשלב זה הוא הרחבת המערכת האזרחית המקבילה שגובשה בשלב הראשון, עד כדי הפיכתה למערכת אזרחית טוטלית, מושלמת, המציעה חלופה אזרחית עצמאית לכל נושאי דיני המשפחה, ואשר עשויה לטעון לכתר שליטה מלאה בתחום זה, מעל ומעבר לשליטת המערכת הדתית בתחום. החידוש

26 ראו דגן"ץ 2392/96 אקנין נ' ביה"ד הרבני האזורי חיפה, תקדין עליון, כרך 99(3) תשנ"ט/תש"ס-1999-320.

27 התייחסות לקושי זה, ראו: פ' שיפמן "בתי-הדין הרבניים – לאן?" משפט וממשל ב (תשנ"ה) 523-534; ב' ליפשיץ "תוכן וקליפה בהלכת שיתוף הנכסים" המשפט ג (1996) 239; בג"ץ 2346/94 זלנר נ' יו"ד מפלגת העבודה הישראלית, פ"ד מט (1) 578 – דברי השופטים שמגר ואור; ש' מירון "כרסום חמור במעמדם ובסמכויותיהם של ביד"ר" <http://www.sanhedrin.co.il/bagatz/bavli1.htm> (טרם פורסם); וכן מאמר תגובה מ' דרורי "יחסי הרכוש של בני הזוג במשפט הישראלי", שם (לא פורסם); תגובה חריפה של המשנה לנשיא (בדימוס) אלון לפסקי דין אלה, ראו: מ' אלון "אלה הן אמרות אגב... בטעות יסודן, ומן הראוי לסטות מהן": ערעורים והרהורים בעקבות פרשיות בבלי ולב" דב-תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית (מ' מאוטנר, א' שגיא, ר' שמיר (עורכים), תל אביב תשנ"ח) 361; ראו להלן טקסט בסמוך להערות 107-116; לאחרונה ניתן פסק דין בבית הדין הרבני האזורי תל אביב יפו בעניין ככלי, ובו בא לידי ביטוי הקושי של בתי הדין להתמודד בפועל עם הלכות ככלי ולב – ראו טקסט הסמוך להערות 117-120.

28 על פלורליזם משפטי בכלל, ועל פלורליזם משפטי בישראל, ראו: הלפרין-קדרי, לעיל הערה 3, בעמ' 746-720.

המשמעותי בשלב מתהווה זה, בהשוואה לשלב הראשון שתואר לעיל, הוא בכי נונה של מערכת אזרחית בנושאים הנחשבים לחלק מענייני המעמד האישי במובהק, ואשר לפי כללי היסוד של חלוקת הסמכויות והדין הם אמורים להישלט על ידי הדין הדתי גם כאשר הם נידונים בערכאה אזרחית. כאמור, המערכת החזויה היא טוטלית במובן זה שהיא אכן מושלמת; כלומר היא מכילה בפועל ובפוטנציה כללים ועקרונות להסדרת כל נושאי דיני המשפחה. מעבר לכך, היא רואה עצמה בעלת אפשרות ולגיטימציה לחול על הכול, ללא הבחנה של השתייכות דתית, וללא הבחנה על פי "מסלול ההתקשרות" של הפרטים. במובן זה היא טריטוריאלית. בשונה לחלוטין ממגמת השלב השני, אין במערכת המתהווה כל כפייה של החלת העקרונות האזרחיים על ידי המערכת הרבנית, אלא החלת הדין האזרחי על כל פרט בטריטוריה ללא קשר להשתייכותו הדתית, וללא קשר ל"מסלול" שבחר.²⁹ במובן זה ניתן לראות בה "אימפריאליזם שיפוטי-אישי", באנלוגיה לכינוי שהענקתי לשלב השני לעיל. להלן נעמוד על הביטויים המרכזיים להתהוותה של המערכת האזרחית בשלב השלישי והאחרון.

ג. סיפור-העל: התהוותה של מערכת אזרחית טוטלית-טריטוריאלית

1. הדגמת הסיפור הטוטלי-הטריטוריאל

(א) פיתוחם של דיני מזונות אזרחיים – משנתו של הנשיא (בדימוס) שמגר
אמרתי כבר פעמים מספר, כי ייחודו של השלב השלישי לעומת מה שקדם לו, הוא בפיתוחם של דיני משפחה אזרחיים גם בענייני המעמד האישי המובהקים. הנושא המובהק הנכנס במסגרת זו הוא תחום דיני המזונות. מאחר שמזונות הם ענייני המעמד האישי, תחום זה אמור להישלט כידוע על ידי הדין הדתי, גם כאשר המערכת האזרחית דנה בו בסמכותה המקבילה.³⁰ לדעתי, בסדרה שלמה של פסקי דין בנושא מזונות בין בני זוג, הביא הנשיא שמגר לכלל פיתוחה של מערכת דיני מזונות אזרחיים. הדבר נעשה באופן הדרגתי, כאשר בתחילת הדרך יש עדיין התייחסות לדין הדתי והכרה עקרונית בתחולתו, ובסופה של הדרך אין הדין הדתי מוזכר כלל. גם כאן, כמו בסיפור-העל של שלושת שלבי מערכת היחסים, יש משמעות לאפיק הזמן, הגם שאף כאן אין רצף כרונולוגי מדויק. משמעות גדולה עוד יותר, כפי שכבר רמזתי, יש לייחס לנפשות הפועלות, או ליתר דיוק – לפרט המסוים המניע את התהליך. במבט-על מקיף, כפי שאני מציעה לעשות כאן, קשה שלא לראות כאן מהלך מודע ומחושב מצד הנשיא שמגר, מהלך שהגיע לשיאו ערב פרישתו מכס השיפוט. אין הכוונה בהכרח לייחוס תכנון מדויק מוקדם של המהלך כולו. לאמתו של דבר, השאלה האם היתה או לא היתה לשופט מסוים תכנית מתוכננת ומאורגנת מראש היא חסרת משמעות בעיניי. הדבר המשמעותי הוא התוצאה הסופית, הנתפסת כ"מיזם", קרי – תבנית רעיונית מסודרת ומאורגנת, שיוצרת תשתית לגיבוש תכנית-על ומערכת כללית חדשה לחלוטין.

29 במילים אחרות, מדובר כאן בשינוי עקרון הדין האישי אשר כל פרט אמור לשאת עמו ולהיות נידון על פיו בערכאה האזרחית, כמו גם בדתית.

30 סעיפים 2(א) ו-31(א) לחוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות), התשי"ט 1959, ס"ח 276, 72.

רות הלפרין-קדרי

בראשית הדרך, כאמור, נמצאים פסקי דין שבהם הנשיא שמגר מחיל לכאורה את הדין הדתי עצמו, ללא כל עוררין, אלא שגם בעין בלתי משוחדת ניתן לראות בבירור כי דרך החלתו על ידי הנשיא שמגר שונה מאוד מן הדרך שבה היה מוחל על ידי ערכאה דתית. הדבר בלט לעין כבר בפסק דין מוקדם יחסית, מסוף שנות השמונים, בפרשת *פרידמן נ' פרידמן*.³¹ באותה פרשה קיבל בית המשפט המחוזי את טענת האיש להיתור פטור ממזונות אשתו עקב בגידתה. טענתו בדבר בגידתה נתמכה הן באמצעות הודאת האישה באזוני אדם שלישי, והן באמצעות הליך "הקינוי והסתירה".³² פרשה זו היתה ההזדמנות הראשונה, ולמיטב ידיעתי גם היחידה עד כה, שבה נידונה שאלת ההתייחסות למנגנון ההלכתי של קבלת ראייה באמצעות הליך הקינוי והסתירה. הנשיא שמגר קיבל את ערעור האישה, והסתמך על ספרו של בן-ציון שרשבסקי³³ כמקור לסיכום ההלכה בסוגיה זו, בקבעו כי "אין לדבר על איסור האשה על בעלה מחמת יחסים עם אחר ועל אובדן כתובתה ומזונותיה בעטיו של טעם זה אלא אם הוכח הדבר על ידי שני עדים כשרים, שהרי המדובר בדבר שבערווה והכלל הוא שאין להוכיח דבר שבערווה, בפחות משני עדים".³⁴ בנוסף על דחייה עקרונית זו של הטעם לפטור, שהתבסס על הודאתה לכאורה של האישה באזוני האדם השלישי, מבקר הנשיא שמגר גם את עצם קבלת ההודאה באמצעות הליך הקינוי והסתירה כראיה קבילה, בהתבסס על טעמים הלכתיים של פגמים לכאורה שנפלו בהליך עצמו. כך שיש כאן לכאורה החלה מלאה של הדין הדתי, אף על פי שפתוחה היתה בפניו הדרך לדחות את עצם השימוש בראיה זו, לא מטעמים הלכתיים-פנימיים אלא מטעמים משפטיים-מערכתיים של חלוקת הסמכויות בין הערכאות. קביעה כזאת יכולה להסתמך על ההלכה הידועה בעניין *קוטיק נ' וולפסון*. שקבעה כי בהחלת הדין הדתי בידי בתי משפט אזרחיים, אין בתי המשפט האזרחיים כפופים לדיני הפרוצדורה והראיות הדתיים כי אם האזרחיים.³⁵ התייחסותו של הנשיא שמגר להליך

31 ע"א 761/88 *פרידמן נ' פרידמן*, מג(4) 505.

32 על הליך הקינוי והסתירה, ראו: שולחן ערוך, אבן העזר, סימן קעח, סעיף סא; פ' קהתי *משניות מבוארות*, סדר נשים, מסכת סוטה, פרק ראשון, משניות א-ב; ח' אלבק *ששה סדרי משנה מפורשים*, סדר נשים, מסכת סוטה, בעמ' 232; על ביטול מבחן המים המאזרחיים, ראו: משנה, סוטה ט, ט; הרמב"ם, *משנה עם פירוש הרמב"ם*, סוטה, פרק ראשון, הלכה א-ב. באותה פרשת *פרידמן*, אמר הבעל לאשתו בנוכחות שני עדים: "אל תסתרי (עם גבר פלוני)". כאשר שאלה אותו האישה לפשר הביטוי, לא ענה לה. במהלך המשפט ביקש הבעל להסתמך על שני העדים, אך אלו, במקום לבוא להעיד, הגישו תצהירים בכתב, כך שלא התאפשרה חקירתם הנגדית. פגם זה שימש בסיס לביקורתו של השופט שמגר על קבלת הליך הקינוי והסתירה כראיה.

33 ב' שרשבסקי *דיני משפחה* (מהדורה שלישית, ירושלים 1984), בעמ' 408 והמקורות המובאים שם בהערה 84.

34 לעיל הערה 31, בעמ' 511 לפסק הדין.

35 יצוין כי הנשיא שמגר הוסיף כי "לא עלתה לפנינו טענה בעניין עצם כוחה כראיה של הליך הקינוי והסתירה, ועל-כן אינני מתייחס לשאלה זו" (בעמ' 514 לפסק הדין). על אי-התייחסותו של הנשיא שמגר לע"א 26/51 *קוטיק נ' וולפסון*, פ"ד ה 1341, העיר רוזן-צבי כי ייתכן שהדבר נגרם עקב הקושי להבחין בסוגיה זו בין הדין המהותי לכללים הפרוצדורליים, מאחר שבעניין זה הראיות עצמן הן בעלות אופי מהותי, שהרי הן מיתרגמות מיד לתוצאות ממוניות. ייתכן, כתב רוזן-צבי, שניתן לראות בכך אימוץ תפיסתו של י' אנגלרד (כפי שבאה לידי ביטוי בחיבורו "מעמדו של הדין הדתי במשפט הישראלי" – חלק שלישי "משפטים" ו (תשל"ה-ל"ו) 5-29) בדבר הבחנה בין סוגים שונים של דיני ראיות דתיים, אשר את

הקינוי והסתירה מעניינת לכשעצמה, אלא שלצורך דיונו כאן חשובה יותר דחיית ההסתמכות על הודאת האישה כבסיס לשלילת זכותה למזונות. דחייה זו מעוגנת לכאורה בדין הדתי עצמו. אלא שההלכה עצמה מבחינה בין השלכות שונות של הודאת האישה בבגידה. אותם דברים שציטט הנשיא שמגר משרשבסקי מתייחסים רק למישור האיסור³⁶, דהיינו היות האישה "אסורה על בעלה ועל בועלה", שהוא ה"דבר שבערווה" שלשם הוכחתו יש צורך בשני עדים ואין להסתפק בהודאתה בלבד. אך במישור הממוני, דהיינו שאלת זכותה למזונות, מסתפקת ההלכה בהודאת האישה כ"הודעת בעל דין", ודי בה כדי לגרום לאבדן מזונותיה, כפי שמבאר שרשבסקי עצמו בהמשך הדברים שצוטטו ממנו בפסק הדין.

אם כך, כיצד ניתן לבאר את פסק הדין של הנשיא שמגר? האם היתה זו התעלמות בוטה מן ההלכה הברורה? או – מה שסביר עוד פחות – טעות של ממש בדבר הלכה? דומני שפשר העניין מצוי בדברים נוספים שאמר הנשיא שמגר בהתייחסו להלכה שציטט משרשבסקי, ואשר ראה בה "היגיון פנימי וניסיון חיים". הנשיא שמגר ראה כאן כלל משפטי נכון והולם, שראוי שיחול בסוגיה שעמדה לדיון. נראה כי לדעתו, אין מקום להבחנה העקרונית בין דיני איסור והיתר לבין דיני ממונות ביחס לאותו כלל משפטי. לפיכך, מצא הנשיא שמגר לנכון להחיל כלל הלכתי-ראייתי זה גם על שאלת המזונות, אף על פי שמבחינת הדין הדתי עצמו, לא היה מקום לעשות כן, ויש להניח שלו עמדה שאלת המזונות לדיון בפני בית הדין הרבני, היה מגיע לתוצאה הפוכה.³⁶ זו ראשיתו של דפוס חוזר בהתייחסותו של הנשיא שמגר לכללים הלכתיים שונים. מבלי להתבטא בצורה גלויה ומפורשת לחלוטין (אף על פי שכפי שנראה מיד, ביקורתו על הדין הדתי מוצאת לעתים ביטוי חיצוני מסוים), הנשיא שמגר פועל על פי אמת מידה סמויה שעל תכניה אנסה לעמוד בהמשך, ולפיה הוא "מעריך" את הכלל ההלכתי, ובהתאם לכך מפעיל את אותו הכלל באופן המתאים.

ביטוי ברור עוד יותר לדפוס הזה ניתן לראות בהמשך, במספר פסקי דין תמציתיים וקצרים, קצרים כל כך, עד שלא נמצאו כנראה ראויים לפרסום בידי מערכת פסקי הדין של בית המשפט העליון. בראשון שבהם, ע"א 2923/93 גל נ' גל,³⁷ היה מדובר בזוג שחי בנפרד במשך מספר שנים. האיש טען להגנתו בפני תביעת המזונות שהגישה אשתו, כי האישה בגדה בו עם פלוני. אותו פלוני נקרא להעיד על כך בבית המשפט המחוזי והכחיש את מעשה הבגידה, אף כי הודה בדבר היותם "ידידים טובים". לפני בית המשפט המחוזי אף הוגשו ראיות שונות, וביניהן תמונות המתעדות שהייתה של האישה עם אותו פלוני ברכבו לבדם, כניסתם יחדיו לביתו, ואף תנוחת נשיקה ביניהם. על סמך ראיות אלה ראה בית המשפט

חלקם יש למעשה לסווג כדינים מהותיים. הרהורים אלה של רוזן-צבי לא פורסמו, והם נמצאים ברשותי במסגרת הערות שכתב על פסקי דין שונים מעת לעת.

36 בפסק דין הזה דובר בערעור על פסק דין של בית המשפט המחוזי, שבו נדחתה תביעת המערערת למזונות. במקביל התנהל דיון בבית הדין הרבני במטרה להשיג שלום בית או, לחילופין, גירושין. בעת הדיון במחוזי, טרם קבע בית הדין דבר היכול להשפיע על זכויות המערערת בעניין מזונות (היותה מורדת וכיוצא בזה), ובית המשפט המחוזי הכריע בשאלות אלה בגדר סמכותו הנגזרת מכוח סעיף 76 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד 1984-, כמוסבר בפתח פסק דינו של הנשיא שמגר.

37 תק-על 94(4) 425.

רות הלפרין-קדרי

המחוזי בהתנהגות האישה משום "מעשי כיעור"³⁸, שגרמו לה להפסיד את זכותה למזונות. הנשיא שמגר דחה זאת, באמרו כי "יש לזכור כי המשיב עזב את משפחתו ונסע לזמן בלתי מוגדר לאירופה. למעשה היה אפוא פיורוד בין בני הזוג. אין מקום לדרוש כי בתקופה זו תסתגר המערצרת בביתה, לא תצא מפתחו ולא תבלה במסיבות חברים, בקולנוע או בבתי חברים".³⁹ דומה כי לא יהא זה מופרז לייחס כאן ביקורת מובלעת כלפי חוסר ההוגנות שראה הנשיא שמגר ביישום ההלכה כפשוטה על ידי בית המשפט המחוזי במקרה זה. אך כדי לחזק את ה"הערכה" של הכלל הדתי ושל יישומו, הביא הנשיא שמגר גם הפעם ציטוט מספרו של שרשבסקי, שמבהיר כי על "מעשי הכיעור" הנידונים להוות יסוד להניח שאכן התקיים קשר מיני אסור בין האישה לבין איש שאיננו אישה. בהסתמך על הבהרה זו חזר הנשיא שמגר אל מסכת הראיות, ובהתייחס אל התמונות קבע, כי "לא הייתה בכך על פניו כל התייחדות מינית", ולסיכום: "אינני סבור שניתן לייחס לאשה בנסיבות מקרה זה, ולאור עובדותיו הנ"ל, מעשי כיעור, עקב יציאותיה עם מכר, בעת שבעלה אינו עמה, לפי בחירתו".⁴⁰

גם הפעם ניתן לראות בדברי הנשיא שמגר ביקורת של ממש (גלויה עוד יותר) על הדין הדתי המהותי, תוך שימוש בכללי הראיות הדתיים, כדי להקהות את הקושי שבדין הדתי. אך הפעם, דומה כי הפעלת הדין הדתי בעייתית פחות מן הדרך שבה הופעל בפרשת פרידמן. עם זאת, גם הפעם נראה כי אילו עמדה אותה מסכת ראיות בפני בית הדין הדתי, היה הוא מגיע למסקנה שאליה הגיע בית המשפט המחוזי, והאישה היתה מפסידה מזונותיה.

יש לציין כי גם בעניין פרידמן וגם בעניין גל נידונו כל מרכיבי תביעת המזונות וטענות ההגנה נגדה במערכת האזרחית בלבד.⁴¹ במילים אחרות, לא היה צורך להתמודד עם קביעות סותרות מצד בית הדין הרבני באותם העניינים. שונה הדבר במקרים שבהם מתקיימים הליכים מקבילים בשתי המערכות. במקרים כאלה עשויה להתעורר שאלת כפיפות בית המשפט האזרחי, מכוח הכלל של מעשה בית דין, לממצאים ולקביעות שהגיע אליהם בית הדין הרבני במסגרת ההליך שמתנהל בסמכותו.⁴² כך היה בשני המקרים הבאים בהדגמת פיתוח המערכת האזרחית של דיני המזונות על ידי הנשיא שמגר. פסק הדין הראשון הנו שוב פסק דין מוקדם יותר, ע"א 277/81 גרינהאוז נ' גרינהאוז,⁴³ שבו נידונה תביעת המזונות של האישה בבית

38 "מעשי כיעור" – "מעשים מכוערים, שלפי ראות עיני בית הדין יש בהם כדי להצדיק את החשד החמור שהיא (האישה) זנתה תחת בעלה, אם כי אין עדים לזנות ממש" – ב' שרשבסקי דיני משפחה (מהדורה רביעית מורחבת, ירושלים תשנ"ג) 317-320. מעשי כיעור, כהגדרתם, הם עילה לתביעת הבעל לגירושין, משמע, האישה מפסידה את כתובתה ואת זכותה למזונות; על הסטנדרד הכפול הקיים בקוד ההתנהגות המינית של האישה והאישה בנישואין לפי ההלכה היהודית, ראו: ר' הלפרין-קדרי "הבניית המגדר בדיני נישואין וגירושין בהלכה" תלפיות 22, 451 (תשנ"ט-תש"ס); וראו להלן הערה 56 והטקסט הסמוך לה.

39 לעיל הערה 37, פסקה 6 לפסק דינו של הנשיא שמגר.

40 ש.ש. ש.ש.

41 ליתר דיוק, בעניין גל ההליכים כולם התקיימו במערכת האזרחית, ואילו בעניין פרידמן אמנם התקיימו הליכים גם בבית הדין הרבני, לדברי הנשיא שמגר, אך לא נקבע במסגרתם כל ממצא שהיה בו כדי להשפיע על ההליך במערכת האזרחית.

42 ראו: רוזן-צבי, לעיל הערה 7, בעמ' 35-45.

43 פ"ד לו(3) 197.

המשפט המחוזי, במקביל לתביעת הגירושין שהוגשה לבית הדין הרבני. במסגרת תביעת הגירושין, המליץ בית הדין לצדדים לנהל משא ומתן לגט, בקבעו כי "יש רגליים לדבר קצת כי האשה עוברת על דת".⁴⁴ לכאורה, בהתאם לכללי מעשה בית-דין, ממצא זה שנקבע בסמכות בית הדין הרבני, ואף היה נחוץ לצורך דיון בתביעת הגירושין, מחייב את בית המשפט המחוזי בעת דיונו בתביעת המזונות המתנהלת אצלו. צפוי היה אם כן, כי ממצא זה ישמש בסיס לדחיית תביעת המזונות של האישה, מאחר ש"עוברת על דת" מפסידה מזונותיה. אלא שבית המשפט המחוזי קבע כי אפילו יש בממצא זה כדי להוות מעשה בית-דין מסוג השתק פלוגתא, עדיין אין בכך סוף פסוק, אלא זו "רק עובדה אחת ממכלול עובדות המהוות את היסודות לפסק הדין, ובמכלול עובדות אלו נמצאת גם דרך התנהגותו של הבעל ואכן לפי התנהגותו אין לומר שעבירת האשה על דרכי צניעות מסוימות צריכה להפריע לו כי גם הוא נוהג כך... לפי התנהגותו שלו, אין הוא נמנה עם האנשים שהתנהגות כזו מפריעה להם בחיי הנישואין".⁴⁵ בהתייחסו להתנהגותו של האיש כרלוונטית, לטענת ההגנה, בפני תביעת המזונות המסתמכת על קוד התנהגות המוסרית של האישה, היה זה הפעם בית המשפט המחוזי אשר הפעיל את הדין הדתי באופן שונה מן הצפוי והמקובל.

הנשיא שמגר למעשה אימץ את אמת המידה החדשה שהנהיג בית המשפט המחוזי, באָמרו כי אם בעבר שימשה התנהגותה המוסרית של האישה אמת מידה מכרעת לעניין חובת האיש לשלם לה מזונות, הרי בפסק דין זה מותווית אמת מידה מותנית: "המבחן הוא עתה מעין חתך של המנהגים המקובלים בשני חלקי המשפחה, ויכולה האשה לישון בביתו של גבר אחר ללא חשש מפני אובדן מזונותיה, כל עוד יעלה בידה להוכיח כי גם מי שנשוי עמה אינו נמנע ממעשים דומים. המבחן האישי בדבר התנהגותו של בן הזוג הופך איפוא למעין מבחן קבוצתי או סביבתי".⁴⁶ מובן מאליו כי יש בדברים אלה משום סטייה ברורה מן הכללים ההלכתיים המקובלים ומהפעלתם הרגילה גם במערכת האזרחית, והנשיא שמגר אכן מודה בכך, באָמרו "דומה כי אמת המידה האמורה יכול שתעורר ספקות".⁴⁷ גם הפעם היה זה לכאורה הדין הדתי עצמו, שאִפשר את ההפעלה ההוגנת והצודקת יותר. הנשיא שמגר מבהיר כי בית המשפט המחוזי, בקבעו את "אמת המידה המותנית", הסתמך בכך על פסיקה רבנית.⁴⁸ ואולם עיון מדוקדק בפסק הדין הרבני האמור מגלה כי פרשה זו התייחסה לנסיבות שונות לחלוטין כרחוק מזרח ממערב, ובהן ברור היה למעלה מכל ספק, כי לא התקיים כל קשר מיני בין האישה לבין הקשיש שעמו היא דרה כדי לטפל בו. נכון הדבר כי במסגרת אותה פרשה שונה, השמיע בית הדין הרבני קביעה המתלה את אבדן המזונות בעילת "עוברת

44 "עוברת על הדת" או "עוברת על דת יהודית" – "מקרים בהם מוכיח הבעל שהאשה רגילה לעבור על מנהגי הצניעות או להתנהג בדרך פריצות ושלפי כל נסיבות המקרה אין לדרוש ממנו שימשיך לחיות עמה". במקרה זה אין האישה מפסידה את כתובתה, אלא אם הבעל התרה בה לפני עברתה והיא עברה על ההתראה. ראו: שרשבסקי, לעיל הערה 38, בעמ' 315-316; במקרה הנידון, הראיות לקביעת בית הדין הרבני היו הקלטות של שיחות טלפון בעלות אופי אינטימי, שהשתמע מהן די בכירור כי נוהלה בין הצדדים מערכת יחסים רומנטית.

45 לעיל הערה 43, פסקאות 2-5 לפסק דינו של הנשיא שמגר.

46 שם, סוף פסקה 5 לפסק דינו של הנשיא שמגר.

47 שם, שם.

48 ערעור תשי"ט 83/א' נ' הבעל ב', פד"ר ג 257.

רות הלפרין-קדרי

על דת " בהיות הבעל נמנה על סוג אנשים שהתנהגות זו אכן מפריעה להם. ⁴⁹ עם זאת, דומה כי גם הפעם, לו נידון אותו העניין בפני בי ת דין רבני, היה הוא מגיע למסקנה הפוכה, והאישה אכן היתה מפסידה מזונותיה. זאת ועוד, יש להדגיש כי בהרחיבו בדבר אותה "אמת מידה מותנית" התייחס הנשיא שמגר במפורש לא רק לנסיבות של עילת "עוברת על דת" בלבד, כפי שעשה בית הדין הרבני בפסק הדין שעליו הסתמך לכאורה, אלא לכל הנושא של התנהגותה המינית-המוסרית של האישה, כולל הדרגה החמורה ביותר של אישה ש "זנתה תחת בעלה".⁵⁰

מכל מקום, גם הפעם ניתן לגרוס עוד, כי לדין הדתי ניתן מקום ראוי במסגרת ההחלטה השיפוטית. יתר על כן, מתוך הדין הדתי עצמו – ליתר דיוק מתוך ביטוי של הדין הדתי עצמו שנתפס כראוי וכהולם – הגיע הנשיא שמגר להחלה הוגנת יותר של הכללים ההלכתיים. להבדלים הברורים בין תוצאות פסקי הדין של הנשיא שמגר לבין תוצאות חזויות במקרים זהים במערכת הדתית ניתן להתייחס עוד, ולו רק בדוחק, כאל ביטויים מרחיקי לכת, אך לגיטימיים, של האמרה שטבע בזמנו השופט זילברג: "לא הרי דיני ישראל הנידונים בבית המשפט האזרחי, כהרי דיני ישראל הנידונים בבית הדין הדתי. שונה הגישה, שונות דרכי הדיון, ושונה לפעמים גם התוכן הממשי של הפסק".⁵¹ המקרה הבא, הכרוך גם הוא בשילוב ההתייחסות למעשה-בית-דין מצד המערכת האזרחית, מדגים כבר את השלב הבא. זה השלב שבו נותרת ההתייחסות השיפוטית והביקורתית כלפי הדין הדתי, ללא כל ניסיון ליישב אותה במסגרת הדין הדתי עצמו. במילים אחרות, הפסיקה הסופית המנוגדת לדין הדתי איננה מנסה להיות מיושבת עם כללים הלכתיים כלשהם. מקרה זה, בשונה מפרשת *גרינהאוז*, שיך לסדרת פסקי דין קצרים מאוחרים יותר של הנשיא שמגר. מדובר בע"א 904/91 *כהן נ' כהן*, שגם בו התנהלו הליכים מקבילים למזונות בבית המשפט המחוזי ולגירושין בבית הדין הרבני.⁵² במהלך הדיונים בתביעת הגירושין, הודתה האישה בכגידה, ועל סמך הודאתה זו חיובה בית הדין בקבלת גט. במסגרת הכללים המקובלים של מעשה-בית-דין, פסק דין המחייב בגט מהווה פסק דין קונסטטיטויבי, היינו, המקים בעצמו נסיבה עובדתית חדשה שיש בה כדי לשלול את זכות האישה למזונות.⁵³ כמו כן, ייתכן כי אף הודאתה בכגידה יכולה היתה להוות מעשה-בית-דין, בהנחה שאכן אימץ בית הדין את הודאתה כממצא עובדתי. והנה, אין פסק דינו של הנשיא שמגר מתייחס כלל לשאלות אלה. כל כולו של פסק הדין הנו מעין תרעומת ותוכחה כלפי טענת ההגנה של האיש שבעקבות הודאת האישה בכגידה היא הפסידה מזונותיה. מתוך תוכחה זו משתמעת כמובן ביקורת חריפה כלפי הדין הדתי,

49 שם, בעמ' 268.

50 המילים "יכולה האשה לישון בביתו של גבר אחר" בוודאי מתארות מצב כזה.

51 ע"א 238/53 *כהן בוסליק נ' היוז"מ*, פ"ד ח 4, 19.

52 ע"א 904/91 *כהן נ' כהן*, תק-על 91(3) 1847.

53 רוזן-צבי, לעיל הערה 7, בעמ' 41: "לעיתים החלטת ביה"ד מהווה היא עצמה ומכוחה עובדה משפטית. כאלה הן, למשל, הכרזות מרדות וחיוב לקבל גט. במקרים אלה מהווה החלטתו של ביה"ד כשלעצמה מימצא המחייב את ביהמ"ש בעניין הנדון לפניו במסגרת סמכותו. החלטתו של ביה"ד יוצרת מציאות משפטית חדשה המחייבת את כל ערכאות השיפוט כמו גם רשויות אחרות. בשל כך אין אפשרות להתעלם מהחלטת ביה"ד. החובה להתחשב בהחלטה נובעת ממעמדה העצמאי במסגרת סמכותו הייחודית של ביה"ד ואחריותו להסדר המשפטי בתחום הנידון".

שמתוכו נובעת טענת הגנה שכזו: "המערער עזב משפחתו לפני מספר שנים ומתגורר עם אשה אחרת ונולדו לו ממנה בינתיים שני ילדים ... על רקע החלטת המערער להקים למעשה משפחה שניה, אין הוא יכול להישמע בטענות נגד האשה, שעניינם דברים שארעו אחרי שעזב את הבית..."⁵⁴

בדברים אלה מהדהדים ללא כל ספק רעיונותיו הקודמים של הנשיא שמגר בפרשיות *גרנהאוז וגל*, בדבר ההדדיות, ההוגנות והשוויון, המנחים אותו ביישום כללי הדין הדתי בדיני המזונות. רעיונות אלה עלו כולם בהקשר של טענות ההגנה בפני תביעת מזונות של האישה, ולא בכדי. זה אחד ההקשרים הבולטים ביותר לאי-השוויון הקיים בין האיש לאישה במסגרת הנישואין לפי ההלכה, שנגרם עקב התייחסות שונה לחובות האמון בין בני הזוג. לפי ההלכה, האישה מקודשת לאיש באופן מוחלט,⁵⁵ וכל התנהגות של האישה, שיש בה כדי להפר את הקשר הבלעדי שלה לאישה מטילה עליה סנקציה מיידית, הן במישור האיסורי (קרי – קיומה של עילת גירושין נגדה) והן במישור הממוני (קרי – הפסד כתובתה, הגורם להפסד מזונותיה).⁵⁶ זה למעשה ההקשר היחיד המבטא את אי-השוויון, המצוי גם בסמכות המערכת האזרחית. הביטוי החריף ביותר לאי-השוויון, קרי שליטתו המלאה של האיש על הגט, ובעקבותיו שליטתו על חירות האישה להינשא בשנית ולהקים משפחה חדשה, מצוי למעשה מחוץ לסמכות המערכת האזרחית, בהיותו עניין מובהק של נישואין וגירושין.⁵⁷ עם זאת, גם ביטוי זה לחוסר השוויון מצוי ברקע דבריו ורעיונותיו של הנשיא שמגר, החותרים כולם להחדרת ממד של איזון בין הצדדים ולהקהיית ההפליה נגד האישה, אשר נגרמת עקב קיומו של סטנדרד כפול מצד הדין האישי לגבי חובת הנאמנות שבין בני הזוג וביחס להזדקקותם לגט כדי להקים משפחות חדשות. באשר לתוכן המהותי של "תורתו" של הנשיא שמגר, ניתן לומר, אם כן, כי בתורו אחר דרכים להתמודדות נאותה עם ה כללים הדתיים הנתפסים בעיניו

54 ע"א 904/91 כהן נ' כהן, תק-על 91(3) 1847, פסקה 3 לפסק דינו של הנשיא שמגר. יש להבהיר, שהמזונות שבהם דובר היו הוצאות חלקה במדור, בשכירת הדירה, כאשר דירת בני הזוג אבדה להם עקב עסקים כושלים של האישה. בהקשר לכך אומר הנשיא שמגר: "אכן ראוי שבני הזוג יסדירו ענייני הרכוש ויגיעו לפירוד מוסכם במקום להישען על הסדרים המעוגנים בהתדיינות ביניהם, אך בינתיים יש לקיים זכותה של האשה למדור, ומה גם שאיבדה המדור שהיה בבעלותם המשותפת של בני הזוג מתוך נכונות לסייע למערער בקידום עסקיו".

55 ראו תלמוד בבלי: קידושין, ב, א – הגמרא שואלת, מדוע המשנה משתמשת פעם בלשון "האשה נקנית" ופעם בלשון "האיש מקדש", ומסיקה כי מהות הקניין היא הקידושין משום שאוסר אותה בעלה בקידושה על כל העולם כמו הקדש ("דאסר לה אכולי עלמא כהקדש").

56 ליתר פירוט מערכת זו, ראו: הלפרין-קדרי, לעיל הערה 38. האיש, מנגד, אינו מקודש לאישה באופן מוחלט. ליתר דיוק, לפי ההלכה אין האיש מקודש לאישה כלל. קידושיו עם אשה אחרת ייתפסו, הגם שיהיו אסורים, בהיותם נוגדים את חרם דרבינו גרשום. כל קשר מיני שלו עם אישה אחרת איננו אסור מדאורייתא (ולפיכך אין כל פסול בילדים שנולדים מקשר כזה), איננו נושא עמו כל סנקציה ממונית, ולכל היותר יכול להוות בסיס לקיומה של עילת גירושין שהשימוש בה אינו רב. ראו על כך: ר' הלפרין-קדרי "בגידת הבעל כעילה לחיוב בגט" *מחקרי משפט ז* (תשמ"ט) 297-329. זו הסיבה לכך שמר כהן, לדוגמה, יכול היה להקים משפחה חדשה עם אישה אחרת, בעודו נשוי לגב' כהן, ללא כל חשש לסנקציה דתית. אילו עשתה זאת הגב' כהן, היו ילדיה מן הקשר החדש נחשבים לממזרים.

57 אבל ראו לאחרונה את פסק דינו של השופט חשין בעניין *דפאלי בבג"ץ 1371/96 דפאלי נ' דפאלי*, פ"ד נא(1) 198, שבו הוא מציע למעשה (בהערת אגב) ביקורת מהותית לגופו של דין ההלכה עצמו.

רות הלפרין-קדרי

כבלתי הוגנים, מונחה הנשיא שמגר על ידי עקרונות של שוויון בין המינים, של הדדיות, ושל צדק במשפחה.

בכל פסקי הדין של הנשיא שמגר שנסקרו עד כה, מדובר בהתאמות, במודיפיקציות, או ביישומים שונים של הדין האישי עצמו, אשר על תחולתו אין עוררין גם במערכת האזרחית. גם במקרה האחרון בעניין *כהן*, שבו תוצאת פסק הדין בוודאי מנוגדת לדין הדתי, הדין הדתי עצמו נוכח בדיון, גם אם הוא רק על תקן של "נוכח-נפקד". אלא כאן מגיע המעבר החד לפסיקה של סוף הדרך, שכפי שציינתי בפתח פרק זה,⁵⁸ היא מתעלמת למעשה מתחולת הדין האישי. פסיקה זו שייכת גם היא לתקופה המאוחרת יותר, ומתאפיינת בקצירת האומר ובהצנעת המעש. פסק הדין הראשון הוא ע"א 4590/92 *כהנא נ' כהנא*,⁵⁹ שבו אימץ הנשיא שמגר את פסק דינו של בית המשפט המחוזי אשר חייב את האיש, שהוא כוהן, במזונות אשתו, שהיתה גרושה בעת שנישאו שלושי שנה קודם לכן בנישואין אזרחיים בקפריסין. בית המשפט המחוזי הורה על החיוב במזונות אף על פי שבית הדין הרבני כבר פסק על גט לחומרא, כך שלכאורה, שוב היה כאן פסק דין קונסטיטוטיבי שעל פי המקובל עד כה השלכתו בכל מקרה היא הפסקת חיוב המזונות, אם בכלל היה חיוב כזה.⁶⁰ עשרים וחמש שנים קודם לכן, בעניין *כמעט* זהה, ספקו שופטי בית המשפט העליון כפיהם בייאוש, והודו כי מסקנתם, הפסקת חיוב הבעל בתשלום מזונות לאישה וחיובו בתשלום דמי כתובתה בלבד – היא "לעג לרש", אך "כאלה הם דיני המשפחה בישראל, אך אין בידי להושיע".⁶¹ עניין *כהנא* הראשון, כמו גם פסקי דין אחרים, אינם מוזכרים כלל בפסק דינו של הנשיא שמגר. לא רק תקדימים אינם מוזכרים, הדין האישי עצמו נעדר כמעט כליל מן הזירה. למעשה, בדומה למתכונת של פסק דינו בעניין *גדינהאוז*, גם כאן רוב פסק הדין הוא ציטוט בהסכמה של פסק הדין של בית המשפט המחוזי, שעיקרו הוא הקטע הבא:

אם גזירת הדין היא שתצא האשה וידיה על ראשה ללא מזונות, בנסיבות כאלה, בודאי שנקבלנה. ברם, אם ניתן לבסס את זכותה של האשה למזונות לא דווקא מכוח הנישואין אלא מכוח התחייבותו של הבעל, מחייב הצדק שלא תישלל זכותה של האשה למזונות גם לאחר שניתן פסה"ד המחייב בגירושין...⁶² (ההדגשות שלי – רה"ק)

משפט התמיכה המהותי היחיד של הנשיא שמגר הוא "אין אדם יכול לפטור עצמו בדרך כמתואר מחובותיו הממוניות כלפי בן הזוג".⁶³ כאמור, הדין האישי נעלם כליל מפסק הדין, ובמקומו צצים עקרון הצדק ויסוד הכוונה. על עקרון הצדק כבר עמדנו בסדרת פסקי דין אלה, וכדאי אולי לציין שגם במקרה זה נמסר כי האיש כבר רקם מערכת זוגית חדשה עם אישה

58 ראו לעיל טקסט הצמוד להערות 30-31.

59 תק-על 94(1) 335.

60 ראו דיון לעיל בפסק דין *כהן* בסמוך להערה 53; להדגמת קונסטיטוטיביות פסק דין רבני, העוסק במתן גט, ראו את פסק דינה של השופטת נתניהו בע"א 592/83 *פודד נ' פודד*, פ"ד לח(3) 561.

61 ע"א 571/69 *כהנא נ' כהנא*, פ"ד כד(2) 549, 551 (להלן: עניין כהנא הראשון). התייחסות נוספת לפסקי דין כהנא מזווית אחרת, ראו: הלפרין-קדרי, לעיל הערה 3, בעמ' 733-735.

62 לעיל הערה 59, פסקה 3 לפסק דינו של הנשיא שמגר.

63 שם, פסקה 4 לפסק דינו של הנשיא שמגר.

אחרת. בכל אופן, זה המקום הראשון שבו נכנס לדין הממד החוזי, בדמות יסוד כוונת הצדדים, או – בלשון בית המשפט המחוזי – "התחייבותו של הבעל". יש לדייק ולומר כי מעובדות המקרה המתוארות בקיצור רב בפסק הדין, אין לדעת האם היה קיים הסכם מפורש בין בני הזוג לגבי מזונות, או ש"התחייבותו של הבעל" משמיעה התחייבות עקרונית המיוחסת לכל מערכת של נישואין.⁶⁴ ייתכן שעניין זה לא הובהר במתכוון, כדי לאפשר את המשך פיתוחו של יסוד הכוונה, על הפוטנציאל העצום הטמון בו.

בשלב זה של הדיון, ההיבט המשמעותי עבורנו הוא ההיבט של זניחת הדין האישי. שיא ההתעלמות מן הדין האישי ורמיזה עבה עוד יותר על אודות גיבוש מערכת אזרחית טריטוריאלית מושלמת של מזונות מצוי בפסק דין הבולט לעין עוד פחות, ע"א 7038/93 סולומון נ' סולומון.⁶⁵ ייתכן שהסיבה לכך שאינו בולט היא שפסק דין זה עוסק בזוג מעורב, יהודיה ויווני-אורתודוקסי, כך שאין מדובר בסכסוך ישיר עם בית הדין הדתי. עם זאת, בהחלט מדובר ב"מעין סכסוך" עם תחולת הדין הדתי, ומכאן חשיבותו האדירה של פסק דין זה לצורך התזה הנוכחית. לפי הוראות סעיף 2(א) לחוק לתיקון דיני משפחה (מזונות), התשי"ט 1959 - (להלן: חוק המזונות), אדם חייב במזונות בן זוגו לפי הוראות הדין האישי החלות עליו. האישה במקרה זה לא הוכיחה את הוראות הדין היווני-אורתודוקסי, דינו האישי של אישה. אחת השאלות שנשאלו היתה, האם ניתן להפעיל את ההוראות המהותיות של חוק המזונות במקרה שלא ניתן להוכיח את ההוראות המהותיות של הדין האישי. על התייחסותו החשובה של הנשיא שמגר לעניין זה אעמוד בהמשך, מאחר שהתייחסות זו הנה בגדר אמרת אגב בלבד. לגופו של עניין אמר הנשיא שמגר את הדברים הבאים:

עיקרו של דבר, מסקנתי היא כי במקרה דנן אין צורך להכריע בקושיות המשפטיות, כי בית המשפט הסיק מהראיות שלפניו את המסקנה שאין הצדקה עניינית לתשלום מזונות, מאחר שהמערכת משתכרת, היינו יכולה להתקיים ממעשה ידיה. הווי אומר, לאור סכום הכנסותיה לא הייתה זוכה במזונות לו היו מיושמות אמות המידה הרגילות המקובלות בבתי המשפט.⁶⁶ (ההדגשות שלי – רה"ק)

בדברים אלה יש משום ניתוק מוחלט של נושא המזונות מן הדין הדתי. נושא המזונות אמור להישלט ללא עוררין על ידי הדין האישי המשתנה כמובן מפרט לפרט, בהתאם להשתייכותו הדתית, כך שלא ניתן לדבר באופן לוגי על "אמות מידה רגילות ומקובלות" בנושא זה, משום היות הביטוי תרתי דסתרי. והנה כאן הנשיא שמגר מתייחס ל"אמות המידה הרגילות המקובלות בבתי המשפט", כאילו אכן קיימת מערכת אזרחית מגובשת של דיני מזונות המיושמת בבתי המשפט מימים ימימה, וכאילו הכלל בדבר קיזוז משכור תה של

64 רמז לכך קיים בהתייחסות להסכם מסוים בין בני הזוג, שהוזכר בדברי הנשיא בעת שדן בגובה המזונות, וייתכן שאליו כיוון שופט בית המשפט המחוזי בעת שדן באפשרות הביסוס של זכות האישה למזונות "לאו דווקא מכוח הנישואין אלא מכוח התחייבותו של הבעל...". אך גם עניין זה אינו מפותח בפסק הדין. ראו לעיל ע"א 4590/92 כהנא, בתחילת פסקות 3 ו-41 לפסק דינו של הנשיא שמגר.

65 פ"ד נא(2) 577.

66 שם, פסקה 5 לפסק דינו של הנשיא שמגר.

רות הלפרין-קדרי

האישה מסכום המזונות המגיעים לה, כלל שמקורו בהלכת המשפט העברי לגבי "מעשה ידיה" של האישה, הוא חלק ממנה.

חלקו האגבי של פסק הדין חשוב לא פחות, ואולי אף יותר. כזכור, היתה השאלה כיצד יש לנהוג כאשר אי-אפשר להוכיח את הדין האישי החל על בן הזוג החייב במזונות: האם יש להתייחס לכך כאל נסיבות שבהן הדין האישי החל, בן הזוג פוטר ממזונות, ואם כן, הניתן להפעיל במקרה כזה הסדר בדומה לזה הקבוע בסעיף 3(ב) לחוק המזונות, הדין במזונות ילדים, וקובע את תחולת החוק במקרה שבו אדם פטור ממזונות ילדיו הקטינים לפי הוראות הדין האישי החל עליו. הפרשנות המקובלת רואה בהיעדר הוראה מקבילה להוראת סעיף 3(ב) בהקשר למזונות בני זוג משום הסדר שלילי.⁶⁷ הנשיא שמגר, לעומת זאת, מחווה דעתו כי בהיעדר הוכחת דין אישי, יש להפעיל את ההוראות המהותיות של החוק. ההנמקה היא החשובה כאן:

כאשר נוצרות נסיבות בהן עלול להישלל זכותו של בן הזוג האחד לזכות בתמיכה הכלכלית הראויה מצד בן הזוג השני למרות נזקקותו המוכחת, מצדיק היישום של עקרונות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, שתוטל חובת מזונות על פי הקווים שהותוו בדין הנ"ל, גם אם אין בסעיף 2(ב) הוראה מפורשת כדוגמת זו שבסעיף 3(ב). הפקרת בן זוג למחסור ורעב הם בגדר פגיעה בכבוד האדם. בית המשפט אינו יכול להחשות ולהימנע מהחלת מערכת כללים חקוקה, כאשר זו נועדה מעיקרה לנסיבות שבהן אין אמת מידה מוכחת אחרת.⁶⁸ (ההדגשות שלי – רה"ק)

יצא המרצע מן השק. זו המרה מלאה של חוק המפנה לדין האישי בעקרון העל החוקתי, המופשט לחלוטין, של כבוד האדם. יתר על כן, בפסק דין זה מתגלה בבירור המיזם של פיתוח כללים אזרחיים אחידים של מזונות, שיחולו על הכול, גם כאשר ברור שקיים למעשה דין אישי, כפי שהיה במקרה הזה.⁶⁹ אם נשוב לרגע לממד האישי, דומה כי ערב פרישתו מכס המשפט, מנצל הנשיא שמגר את ההזדמנות האחרונה שניתנה לו לצורך ביסוס המיזם שלקח על עצמו, והפעם הוא מנסה

67 מ' שאווה *הדין האישי בישראל* (מהדורה שלישית מורחבת, תל אביב תשנ"ב, כרך א) 252-254.

68 פרשת *סלזמון לעיל*, פסקה 6 לפסק דינו של הנשיא שמגר. את התייחסותו זו של הנשיא שמגר לשאלת תחולת סעיף 2(ב) להוראות חוק המזונות, יש לראות על רקע המחלוקת בינו לבין שאר שופטי בית המשפט העליון בשאלה העקרונית של תחולת החוק. ראו: ע"א 596/89 *לוי חקק נ' לוי חקק*, פ"ד מה(4) 749: לדידו של השופט שמגר, לא היתה כוונת מחוקק חוק המזונות "לקבוע כי כל ההסדרים אשר הובאו בסעיפיו של החוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות), למעט סעיפים 2(א) ו-3(א) שבו – אין להם נגיעה ליהודי, למוסלמי, לדרוזי ולכל חבר בעדה דתית מוכרת" (פסקה 6 לפסק דינו) אלא כי "ההוראה הסובסטאנטיבית שבסעיף 2 משתלבת בהוראה הסובסטאנטיבית שבסעיף 2(א) רישא והופכת לחלק ממנה" (פסקה 11 לפסק דינו). לעומתו, סבור המשנה לנשיא (כתוארו אז), השופט מנחם אלון "האמור בחוק המזונות, כי החיוב במזונות בן הזוג הוא לפי הוראות הדין האישי החל עליו, משמעותו הדין האישי כשהוא משוחרר מההגבלה, הבלתי מכוונת והבלתי רצויה, שלפיה מתחייב מחוק שווי זכויות האשה, שבעת קביעת שיעור המזונות שהבעל חייב לספק לאשתו אין להביא חשבון את הכנסותיה מנכסיה. כלומר, סעיף 2 בא לתקן עיונית את האמור בחוק שיווי זכויות האשה, וממילא חל הדין האישי של בני הזוג" (פסקה 14 לפסק דינו).

69 יובהר כי דינו של האיש במקרה הוא היה הדין היווני-האורתודוקסי.

להבטיח את החדרת המסר במלואו. נראה כי בשלב זה ניתן כבר לראות בבירור את ההבדל בין הדרכים להגשמת "המיזמים האישיים", בין שהם מדומים על ידי החוקרים החיצוניים, ובין שהם ממש יים. בבסיס המיזמים של הנשיא (בדימוס) שמגר ושל הנשיא המכהן ברק עומדת מהפכנות. אך הטקטיקה של הנשיא שמגר, בניגוד לנשיא ברק, היא טקטיקה ברורה של טשטוש המטרה המהפכנית. אופיים של פסקי הדין הוא מתרתי כמעט, רובם ככולם קצרים מאוד, נטולי אזכורים והתייחסות לתקדימים, ובעלי רטוריקה מינימליסטית. אפיונים אלה בולטים בייחוד בהשוואה לפסקי הדין של ברק. ייתכן כי ניתן לתאר הבדלים אסטרטגיים אלה במונחים השחוקים משהו, של אבולוציה לעומת רבולוציה. עם זאת, המטרה המשותפת לשניהם היא מהפכנית, במלוא מובן המילה.

(ב) יצירתה של האבהות האזרחית

הארכתי בתיאור המהלך שהוביל הנשיא שמגר בתחום דיני המזונות הן משום שניתנה כאן ההזדמנות לעקוב אחר תהליך אבולוציוני בהתהוותו, והן משום שעד כה מהלך זה מדגים את "סיפור-העל" בצורה הברורה והמקיפה ביותר. אילו נותר המהלך האמור בתחום דיני המזונות בבדידותו, קשה היה לייחס לו פריצת דרך בפיתוח הרחב יותר של "סיפור-העל". לדעתי, ניתן לראות ביטויים נוספים החוברים יחדיו למהלך זה ביצירת סיפור-העל של התגבשות השלב השלישי באינטראקציה שבין המערכת האזרחית לדתית. הבולט מכולם הוא פסק דינו של השופט חשין בע "א 3077/90 פלונת נ' פלונת",⁷⁰ שבו יצר את מה שכונה "אבהות אזרחית".

פרשת פלונת עסקה בפעוטה מוסלמית אשר נולדה לאמה מאיש שהיה נשוי לאחרת. "שתוקית", כפי שכונתה על ידי השופט חשין,⁷¹ אשר מושתקת כל אימת ששואלת על אודות אביה, ואשר גם מושתקת על ידי מערכת המשפט הישראלית כאשר מנסה היא לתבוע מ זונות מאביה.⁷² הסיבה להשתקתה היא שבהתאם לתקדימים שנקבעו בפסיקה, סמכותם הייחודית של בתי הדין השרעיים, בשונה מבתי הדין הרבניים, כוללת גם את נושא היוחסין, וקביעת האבהות לגבי מוסלמים היא עניין הנתון לשליטת הדין הדתי.⁷³ כך הוא הדבר גם לגבי שאלת המזונות. הדין השרעי אינו מכיר באבהות מחוץ למסגרת נישואין פורמלית. התוצאה הפשוטה של הלכות אלה היא שאותה שתוקית נותרת ללא סעד:

לא יינתן לה להוכיח טענתה כי פלונת היא אביה – לא בבית הדין המוסלמי ולא בבית המשפט המחוזי – וממילא לא תזכה לא באב ולא בזכויותיה של בת כלפי אביה: כאן מהיעדר עילה, כאן מהיעדר סמכות.⁷⁴

70 ע"א 3077/90 פלונת נ' פלונת, פ"ד מט(2) 578.

71 שם, סוף פסקה 1 לפסק דינו של השופט חשין.

72 "משפט ישראל גוזר על הילדה הקטנה כי תהיה שתוקית כל ימי חייה. שתוקית באה בשערי בית-משפט ושתוקית תחזור אל ביתה. שתוקית וללא זכות למזונות נכנסה להיכלי הצדק, ושתוקית ללא זכות למזונות תצא מהם." שם, שם.

73 בר"מ 1/62 אבו אנג'לה נ' פקיד הרישום, פ"ד יז(3) 2751; ע"א 250/83 עומרי נ' זועבי, פ"ד לט(2) 113.

74 לעיל הערה 71, שם.

ממשיך השופט חשין ואומר:

זעקתה של זו שתוקית הקטנה עולה לפנינו . . . האומנם ראוי להם לשתוקי ולשתוקית מוסלמים, כי נשתיקם אף אנו : כי לא נאפשר להם לדעת מי הוא אביהם , וכי לא נתיר להם להוכיח כי פלוני הוא אביהם?⁷⁵

כצפוי, עונה על כך השופט חשין בשליה מוחלטת . אך את תשובתו השלילית הצפויה אין הוא מגבש בדרך רגילה של אבחון ושל צמצום תקדימים והלכות . את ההלכות הפסוקות בדבר הסמכות הייחודית שיש לבתי הדין השרעיים בנושאים של אבהות ושל מזונות בין מוסלמיים אין הוא הופך , כפי שהציע לעשות מותב השלושה ש החליט על הרחבת ההרכב לשבעה.⁷⁶ את דרך הסטייה מן התקדימים ניתן לתאר כטקטיקת פעולה "מלמטה", טקטיקה שפותרת קושי נקודתי, אך מאשרת את המסגרת העקרונית . אין זו דרכו של השופט חשין . השופט חשין בחר בטקטיקת פעולה "מלמעלה", וגייס לצורך כך את העקרונות הגבוהים והמופשטים ביותר – כבוד האדם, הגינות והוגנות ומשפט הטבע :

אדם וכבודו יבקעו יחדיו מרחם אם , והשניים היו לאחדים : האדם הוא כבודו וכבודו של אדם הוא האדם . . . ואדם כי יבקש לדעת מי אביו , מי אמו, מניין בא – "מי אני", יזעק – כבודו יחייב אותנו, את כולנו, להושיט יד לעזרו . . . זה כבודו של האדם באשר הוא אדם : עמו נולד , ובאשר יילך יילך אף הוא . לו אמרנו לנעול שערי בית -משפט בפניה של הילדה – ולהותירה שתוקית כל ימי חייה – כי אז הורינו הלכה הנוגדת את חוש הגינות וההוגנות הטבוע בנו . קשה – קשה מאוד – להשלים עם הלכה מעין זו . ולא בכדי דיברנו במשפט הטבע אשר יצק עצמו אל תוך כבוד האדם שבחוק ייסוד : כבוד האדם וחירותו.⁷⁷

נקודת המוצא של השופט חשין היא אי -ההכרה העקרונית והמהותית של מערכת הדין השרעי באותם שתוקים, היינו ילדים שנולדו מחוץ למסגרת הנישואין . הוא בוחר לבסס את סמכותה של המערכת האזרחית לדון בתביעת ה שתוקית על תזה מקיפה בדבר קיומה של "אבהות אזרחית", שהיא יציר כפיה של מערכת הדין האזרחי בישראל , אשר יש בה, לדבריו, כדי לגבש מעמד עצמאי ונפרד של אבהות טבעית שעומד בפני עצמו , ואשר תפעל בתחום המשפט האזרחי בלבד . במילים אחרות, לבית הדין השרעי אכן סמכות ייחודית לדון בנושאי אבהות ומזונות בין מוסלמים , אך רק כל עוד מדובר באבהות המוכרת עקרונית לפי הדין הדתי שלפיו הוא דן . במערכת האבהות האזרחית , ובהשלכותיה, אין בסמכותו לדון. המערכת האזרחית, היא ורק היא , מוסמכת לדון בה , ולהעניק לשתוקית את זכותה לדעת מנין באה , ואת זכותה למזונות, ובכך להגשים את "משפט הטבע אשר יצק עצמו אל תוך כבוד האדם שבחוק יסוד : כבוד האדם וחירותו" . חלק ניכר מפסק דינו מקדיש השופט חשין להבהרת עמדתו בדבר אי -הגריעה מסמכות בית הדין השרעי (כמצוות סעיף 19(א)

75 שם, פסקאות 141 - לפסק דינו של השופט חשין.

76 שם, פסקה 7 לפסק דינו של השופט חשין.

77 שם, פסקה 14 לפסק דינו של השופט חשין.

לחוק המזונות) באמצעות גיבוש סמכות בית המשפט האזרחי לדון באבהות האזרחית, עמדה שארחיב לגביה בהמשך הדברים. באשר לדין המהותי, "חובה היא על האב לזון את ילדיו: זה כלל גדול בחוק המזונות, והוא כלל מן המעלה הקונסטיטוציונית, כלל הנמנה עם אותם כללים היוצרים דמותם של אדם וחברה ועם ומדינה".⁷⁸ במערכת האזרחית, כלל זה בא לידי ביטוי קונקרטי בסעיף 3(ב) לחוק המזונות, המורה כזכור כי במקום שאין אדם חייב במזונות ילדו לפי הוראות הדין האישי החל עליו, יחויב במזונותיו לפי הוראות חוק המזונות. "זה פשוטו של מקרא – ופשוטו של מקרא הוא לדעתנו מקרא. מסקנה נדרשת היא אפוא זו, שפלוני חייב במזונותיה של הילדה על-פי הוראותיו של חוק המזונות".⁷⁹

כל מהותו של פסק דין זה של השופט חשין היא בהוספת נדבך שלם ביצירה המתגבשת של מערכת אזרחית נבדלת ועצמאית, מן המסד עד הטפחות. הפלגתו למחוזות המופשטים ביותר, העמדת השאלות הקונקרטיות הנקודתיות כשאלות חוקתיות עקרוניות, וחיבורן למשפט הטבעי, כל אלה מוציאים את פסק הדין ממסגרת של חידוש הלכה בעלמא, ומחברים אותו ליצירה של סיפור העל, קרי כינון המערכת האזרחית הטוטלית הטריטוריאלי. אפיונים אלה של פסק הדין, ובייחוד הרטוריקה שבו, גם מחברת אותו לסדרת פסקי דין אחרים של השופט חשין, שיתוארו בחלק הבא של פרק זה, אשר יעסוק בהיבט הערכי הנון-פורמליסטי של המערכת המתהווה.

2. הדגמת ההיבט הערכי הנון-פורמליסטי

כפי שנאמר כבר קודם לכן, התפתחויות בדיני משפחה בישראל נעות בשני צירים, ציר הסמכות, וציר המהות, אשר משפיעים שניהם על מערכת היחסים בין הערכאה האזרחית לדתית, גם אם מעמד הבכורה במוכן זה שמור לציר הסמכות. נראה כי עד להתהוותו של השלב השלישי במערכת יחסים זו, ניתן היה לסווג את ההתפתחויות השונות לצירים השונים באופן קל יחסית. למרות הקשר החזק הידוע לכול בין הדין לדיין,⁸⁰ ניתן היה להדביק להתרחשויות תווית של אפיון מרכזי של סמכות או של מהות. אחד הדברים המעניינים בהקשר של השלב השלישי הנוכחי הוא הידוק הקשר בין שני הצירים עד כדי טשטוש משמעותי של סיווגים אלה. כך, למשל, כיצד יש להתייחס לסדרת פסקי הדין של הנשיא שמגר בתחום דיני המזונות שנסקרו קודם לכן? וכיצד ניתן לסווג את דעתו של השופט חשין בעניין אקני?⁸¹ אחד הגורמים הבולטים בהידוק הקשר ובטשטוש הסיווגים הוא הפנייה אל השיח הערכי והשימוש בנורמות של עקרונות על ושל אמות מידה, המשותפים הן להתרחשויות שמיקומן קרוב יותר לציר הסמכות, והן להתרחשויות שמיקומן קרוב יותר לציר המהות. ראינו זאת כבר באופן ברור מאוד בחלק הקודם, ונראה זאת מיד בהקשרים נוספים שמיקומם הטבעי יותר הוא ציר המהות. ההסבר לתופעה זו ברור: הפנייה לנורמות המופשטות יותר מסוג אמות המידה ועקרונות העל נועדה מעל לכול להשתחרר מן הדין

78 שם, פסקה 36 לפסק דינו של השופט חשין.

79 שם, פסקה 38 לפסק דינו של השופט חשין.

80 "הדין הולך אחר הדיין", כפי שניסח זאת השופט מ' זילברג במנטרה הידועה בספרו *המעמד האישי בישראל* (מהדורה רביעית, ירושלים תשכ"ה-1965) 4-6.

81 התייחסות קודמת לעניין אקני כמדגים את הטשטוש, ראו לעיל בטקסט הסמוך להערות 19-25.

רות הלפרין-קדרי

הקיים, הנתפס כקשה וכבלתי ראוי. במונח "דין קשה ובלתי ראוי" הכוונה בראש ובראשונה לדין הדתי (כפי שהוא נתפס בעיני בתי המשפט האזרחיים). אך הנקודה המעניינת היא שאין הדבר מתמצה בזאת, וכוונת המונח היא גם לקלקולים שחלו בדין האזרחי, אשר נחקק לעתים בצורה מעוותת בגלל אילוצי המערכת המורכבת.⁸² כך או כך, ניכר כאן הבדל בולט בין השימוש הנוכחי בשיח הערכי, לבין התופעה הכללית של המעבר מפורמליזם למהות (או כפי שהוא מכונה לעתים – המעבר מכללים לאמות מידה, או ממושגים לערכים, ועוד).⁸³ בדרך כלל מתואר המעבר לנורמות מן הסוג הגבוה והמופשט יותר כמעבר שנועד לחזק את הכללים הקיימים ולאפשר את המשך פיתוחם. אמות המידה, עקרונות-העל והנורמות הערכיות-המהותיות, מתפקדות במובן זה כמדרגה גבוהה יותר של הכללים הקיימים. לא כך הדבר בהקשר שלנו. כפי שכבר ראינו בחלק הקודם, המעבר אל השיח המופשט והערכי נועד לשרת את דחיית הכללים הקיימים דווקא ולאפשר את ההכרעה בניגוד להם. הדברים אמורים בוודאי לגבי כללים של הדין הדתי, אך כפי שכבר נרמז, התופעה המעניינת היא הסחף שנוצר בתהליך, מכוח האינרציה כביכול, כאשר הכללים הנונחים לטובת עקרונות-העל אינם עוד בהכרח כללים של הדין הדתי, אלא של דין אזרחי לחלוטין, ואפילו דין שפותח על ידי בית המשפט עצמו, כדוגמת הלכת שיתוף הנכסים בין בני זוג. לכך מוקדש החלק הבא.

(א) משפט הטבע, עמודי תשתית, עקרונות יסוד ומהות, וכללים היוצרים דמותם של אדם וחברה ועם ומדינה – משנתו של השופט חשין
כל אלה הם ביטויים הלקוחים מתוך פסקי דין שונים של השופט חשין בתחום דיני המשפחה, אשר בכלם שימשו ביטויים אלה אמצעי להגיע לתוצאה העומדת בניגוד לכללי הדין הקיים. בעניין פלונית שהובא כבר לעיל, קיבלו זכות הקטין לדעת מיהם הוריו וזכותו להיות נידון מהם לבוש של "כללים היוצרים דמותם של אדם וחברה ועם ומדינה", היונקים ישירות מ"משפט הטבע אשר יצק עצמו אל תוך כבוד האדם שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו",

82 דוגמה בולטת לכך היא הוראת סעיף 5 לחוק יחסי ממון בין בני זוג, התשל"ג-1973, המתלה את חלוקת הרכוש בין בני הזוג (באמצעות מנגנון איזון המשאבים הקבוע בחוק) בביצוע הגירושין קודם לכן, כך שהצד בעל הכוח לעכב את הגירושין, מעכב בכך גם את חלוקת הרכוש. הסיבה המרכזית לכך היא החשש מפני עידוד מצב של פירוד בפועל (באמצעות חלוקת הרכוש) ללא סידור הגט כדת משה וישראל, דבר שעלול להביא לידי יצירת קשרים חדשים של הזוג הפרוד עם בני זוג אחרים. חשש זה הוא דתי ביסודו, והוא המוצג בדרך כלל כהתנגדות המרכזית להצעות השונות לתיקון החוק בדרך שתאפשר את איזון המשאבים גם ללא סידור הגט בין בני הזוג (ראו דבריו של הנשיא שמגר בע"א 1915/91, 3208/91 יעקובי וקנובלד, פ"ד מט (3) 529, פסקה 12 לפסק דינו: "הסיבות להיעלמותה של אותה הוראה (בהצעת החוק שאפשרה הקדמת מועד האיזון – רה"ק) היו החשש מיצירת "גירושין דה פקטו" והחשש מכרסום בסמכויות של בית הדין הרבני". ניתן ללמוד על כך מן הדיונים שהתנהלו בכנסת בעת הדיון בהצעה לתיקון חוק יחסי ממון (ד"כ 107 (1987) 2119); וראו בהמשך את דברי חבר הכנסת בן שלמה (סיעת התאחדות הספרדים שומרי תורה), שהביע התנגדות חריפה לתיקון החוק, בין היתר, בנימוק הקשה של חשש מפני גט מעושה (ש"ס, בעמ' 2121).

83 על התופעה הכללית הזאת, ראו: מ' מאוטנר *ידידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי* (תשנ"ג); מ' מאוטנר "כללים וסטנדרטים בחקיקה האזרחית החדשה – לשאלת תורת המשפט של החקיקה" *משפטים* יז(3) (תשמ"ח) 503; ד' שורץ "תחולתו של עקרון תום הלב בסדר הדין האזרחי" *עיוני משפט* כא(2) 295, 295-309.

ויצרו בכך תשתית לעקיפת הדין השרעי, שלא אפשר את קיומן של זכויות אלה באותו מקרה. באפיק ההתמודדות עם הדין האזרחי הבלתי ראוי, הדוגמה הבולטת ביותר לעשיית שימוש במונחים דומים, עד כדי הגעה למשפט הטבעי עצמו, היא בוודאי ע"א 3798/94 פלוני נ' פלונית.⁸⁴ נסיבות עניין זה היו קשות ביותר. דובר באדם שהיה נשוי שנים רבות ללא ילדים, אשר החליט לפתות את בת השכנים, נערה בת חמש עשרה שאך זה התייתמה מאמה, לקיים עמו יחסי מין. לאחר שהרתה, לא העמיד אותה על האפשרות להפסיק את ההיריון, והוליכה שולל בהבטחות להתגרש מאשתו. משנודע למשפחתה על הריונה, היה מאוחר מדי להפסיקו. לאחר הלידה חתמה הנערה על הסכמה לאימוץ, והתנגדה בכל תוקף לכך שאבי הילד ואשתו יקבלוהו לידיהם. בית המשפט המחוזי הכריז על הילד כבר אימוץ, בהתאם לעילות הקבועות סעיפים 13(7) ו-13(8) לחוק אימוץ ילדים, התשמ"א 1981. שלושה משופטי בית המשפט העליון (השופט דורנר והשופטים זמיר ובך) אישרו את הצו מכוח "עילת הסל" שבסעיף 13(7), שעניינה בהורה שאינו מסוגל בשל מצבו או התנהגותו לדאוג לילדו כראוי, דהיינו לשמור על טובתו, תוך הסתמכות על חוות הדעת של המומחה מטעם בית המשפט, שממנה הסיקו כי לילד שנסיבות כה קשות וחמורות של הולדתו עלול להיגרם נזק חמור אם אכן יגדל על ידי אותו האב. השופטים ש' לויין וחשין דחו דרך חשיבה זו, מאחר שלדעתם לא הוכחה עילת אי-מסוגלות הורית כפי שפורשה עד כה בפסיקה, וטובת הילד לכשעצמה אינה מהווה עילת אימוץ. שניהם קראו לתוך סעיף 13 לחוק האימוץ, סעיף שנחשב ל"רשימה סגורה", עילת אימוץ נוספת. לדידו של ש' לויין, תוכנה של העילה הוא ש"אין הורה רשאי לסרב הכרזת קטין בר-אימוץ אם הדבר נוגד טעמים בתקנת הציבור הקשורים במעשים שהביאו להולדתו של הקטין", והכנסתה לסעיף 13 נעשית בדרך של פרשנות או של דוקטרינת "החסר הסמוי".⁸⁵

השופט חשין שולל את ההליכה בדרך הפרשנות, באמרו, כי "אין היא כלל דרך פרשנות – במובנו הפשוט והרגיל של מושג הפרשנות – אלא בלשונם של אנשי מגדל בבל",⁸⁶ ודוחה גם את ההליכה בדרך "החסר הסמוי", בהבהירו שלמעשה אין המדובר בחסר אמתי בחוק כלל: "אדרבא: החוק מספק תשובה מלאה ושלמה לשאלה, אלא שהתשובה אינה נושאת חן וחסד מלפנינו. כך, למשל, תשובת חוק הירושה כי יורש – רוצח יזכה, או כי המערער יזכה בילדו בהיותו אביו – מולידו".⁸⁷ דרכו של השופט חשין שונה. בבסיס החלטתו עומד שוב משפט הטבעי, המזין הן את זכותם של אם ושל אב להחזיק בילדם, והן את סייגיה של זכות זו, "אלו השתיים – הזכות וקיפוחה של הזכות – בנות הטבע הן, והן כשטר ושוברו בצדו".⁸⁸ גם הפעם חושף הוא, כביכול, את קיומה של "נורמה משפטית מחייבת במשפט הארץ, עקרון יסוד הנושא את עצמו, ... וכוחו כוח חוק הוא. את חוקים יתהלך ובעיניהם יביט כשווה אל שווים".⁸⁹ מהותה של הנורמה היא הדוקטרינה של "הרצחת וגם ירשת?", ו"אין זה לא

84 ע"א 3798/94 פלוני נ' פלונית, פ"ד נ(3) 133.

85 שם, בעמ' 154.

86 שם, בעמ' 174.

87 שם, בעמ' 176.

88 שם, בעמ' 165.

89 שם, בעמ' 178.

רות הלפרין-קדרי

לכבודה ולא לכבודו, כי תיגלה לעינינו עוטה מסכה של פרשנות או של מילוי חסר".⁹⁰ על רקע הדרך השמרנית שנקטו שופטי הרוב, ואפילו על רקע הדרך הנועזת יותר, שנקט השופט ש' לוי, בולטת בחירתו הנחושה והמודעת של השופט חשין בדרך הרדיקלית והאקטיביסטית ביותר, שלא ניתן לכנותה אחרת מאשר "חקיקה שיפוטית בדרך המלך". ממש כמו ביצירת האבהות האזרחית, גם הפעם נועדה הפלגה למחוזות המופשטים והגבוהים ביותר לאפשר את ביסוסה של הנורמה שביקרה הוא חפץ, נורמה אשר ריחפה כביכול מעלינו מאז ומעולם, אך משום מה לא השכילה שיטתנו המשפטית לעגנה לתוכה עד כה בדרך המקובלת. דוגמאות אחרות לדפוס חשיבה וטיעון זה של השופט חשין ניתן למצוא בהקשר של הלכת שיתוף הנכסים בין בני זוג. כאן גם ניתן לראות דוגמה מעניינת למעבר מרמת הכללים לרמת עקרונות-העל כדי לגבור על תוצאה שלילית שנובעת מן הכללים, אבל הפעם אלו הם כללים שפיתח בית המשפט האזרחי עצמו (להבדיל מן הדין הדתי או מן המחוקק האזרחי). הכוונה היא לע"א 806/93 הדדי נ' הדדי, שבו קבע השופט חשין, כי הלכת השיתוף, יכול שתחול עקרונית אף על נכסים שהביאו בני זוג עמם לנישואין. עד פרשה זו (למעט חריגים בודדים בסמוך לה⁹¹) מקובל היה שאין הלכת השיתוף חלה על נכסים כאלה, מאחר שלא נרכשו ב"מאמץ משותף", שבלעדיו אין הנכסים יכו לים להפוך לחלק מן הרכוש המשותף השייך שווה בשווה לשני בני הזוג.⁹² פנייתו של השופט חשין לרמת העקרונות ואמות המידה נעשית כאן בתוך המבנה הפנימי של הלכת השיתוף. את מרכיב "המאמץ המשותף" מעמיד השופט חשין כשייך ל"מסגרת המשפטית-הפורמלית" הפועל ב"רמת הטכניקה המשפטית", להבדיל מ"יסודות המהות" הפועלים ב"רמת העיקרון". אותם "יסודות מהות" כוללים את ה"צורך לנהוג בהגינות, בהוגנות ובצדק בבת-הזוג – שהיא, ברגיל, העשויה לצאת מקופחת בהיעדר הלכת השיתוף. שלושה אלה, כל אחד ממקומו, הולידו את יסוד השוויון..., ואל חבורה זו המכובדה נצטרף יסוד הכוונה".⁹³ מאחר שמרכיב "המאמץ המשותף" אינו אלא "כלי ומכשיר האמור ליתן ביטוי ליסודות של מהות... מחובתנו להיכבד ולרדת אל אותם עיקרים שיצרו אותו כלי, ורק בבדיקתם של אלה נוכל לידע את גבולותיה הראויים של ההלכה".⁹⁴ ואכן, באמצעות הפנייה אל אותם עיקרים עקרוניים, יכול היה השופט חשין לסכם ולומר, כי "הילכת 'המאמץ המשותף' יש בה יותר מטכניקה משפטית פורמלית, והרי ארוגים בה בשפע אף יסודות של מהות, מדרגת הפשטה גבוהה, יסודות חברתיים ויסודות בין-אישיים בין בני-זוג לחיים. אם כך דין – וזה לדעתנו דין – ממילא עשויה הילכת 'המאמץ המשותף' – בלא מאמץ יתר – לפרוס עצמה גם על נכסים שלא הושגו ב'מאמץ משותף' כפירושו הצר והמצומצם".⁹⁵

90 ש.ש. ש.ש.

91 ראו: ע"א 2280/91 אבולוף נ' אבולוף, מז(5) 596; ע"א 45/90 עבאדה נ' עבאדה, מח(2) 77.

92 לגבי דירת מגורים הקלה הפסיקה על בן זוג שאינו רשום כבעלים, והבחינה בינה לבין יתר הנכסים שנרכשו במהלך הנישואין (ראו: ע"א 819/94 לוי נ' לוי, פ"ד נ(1) 300, ע"א 1937/92 קוטלר נ' קוטלר, פ"ד מט(2) 233).

93 ע"א 806/93 הדדי נ' הדדי, מח(3) 685, פסקה 4 לפסק דינו של השופט חשין.

94 ש.ש. פסקה 7 לפסק דינו של השופט חשין.

95 ש.ש. פסקה 10 לפסק דינו של השופט חשין.

שימוש משמעותי יותר בעלייה לשיח עקרונית – העל ואמות המידה בהקשר של הלכת השיתוף ניתן לראות בפסק דינו של השופט חשין בדנ "א 1558/94 נפ"ס נ' נפ"ס, 96 שבו עמדה לדיון נוסף החלטה ששללה את אפשרות החלת הלכת השיתוף על בני זוג שנישאו מחוץ לישראל ועלו ארצה לאחר כניסת חוק יחסי ממון בין בני זוג לתוקפו, וזאת על שום הוראות סעיף 15 לאותו חוק, הקובע:

על יחסי ממון בין בני זוג יחול חוק מקום מושבם בשעת עריכת הנישואין, אולם רשאים הם בהסכם לקבוע ולשנות יחסים אלה בהתאם לחוק מקום מושבם בשעת עשיית ההסכם.

מבין תשעת השופטים שישבו לדיון הנוסף, שבעה הגיעו להחלטה ההופכת את החלטה ערכאת הערעור על כנה, ומעניקה לבת הזוג במקרה הנידון מחצית מן הזכויות בנכסים שעמדו לדיון. לא כאן המקום לפרט את הנמקות ששת השופטים השונים, ודי אם נאמר כי רובן ככולן סבבו סביב פרשנות סעיף 15 באופן שיאפשר את החלת הלכת השיתוף על בני זוג שנישאו מחוץ לישראל ויראה בכך מילוי דרישת ה"הסכם" הקבועה בסיפא של הסעיף לשם שינוי חוק מקום מושבם בעת שנישאו.

השופט חשין, לעומת זאת, מסרב לתת יד ל"עקיפת" סעיף 15 בדרך כזו. אף על פי שהוא מסכים שראוי כי גם הסכם מכללא יוכל לשנות את המשטר הרכושי הנוהג בין בני זוג שעלו לישראל, הסכם שמוסק מעצם התערותם בחברה הישראלית והיטמעותם בה, הוא סבור כי הוראת סעיף 15 עניינה בהסכם מכללא אמתי בין בני זוג, ולא בה סכם פיקטיבי, כפי שנעשה במסגרת הלכת השיתוף. מסקנתו היא שאין תחולה להוראת סעיף 15 סיפא בעניין זה, ולפיכך:

סיכומם של דברים לעת הזו הוא איפוא זה: רכוש פלוני נרשם על-שם הבעל בלבד, ולא עלה בידי האשה להוכיח כי זכותה עומדת לה להיות שותפה בו. כדי לזכות בשיתוף חייבת הייתה האשה לעבור בשער סעיף 15 לחוק, ומשנמצא לנו כי אין היא מחזיקה במפתחות המתאימים – לא לפתיחת הרישה לסעיף 15 ולא לפתיחת הסיפה בו – מסקנה מתבקשת מאליה היא כי הדברים נשארו כשהיו והאשה אינה זכאית ליטול חלק ברכוש שנרשם על-שם הבעל בלבד.⁹⁷

אם כן, אין דרכו עוברת דרך פרשנות סעיף 15, על שום המסווה שהוא מסיר מעל להלכת השיתוף, בקשפו את הפיקציה שבביסוסה על הסכם מכללא. עם זאת, מתוך חשיפת אותו בסיס פיקטיבי, עומד השופט חשין פעם נוספת על התוכן החברתי שהוא שעומד בבסיס הלכת השיתוף, "ועיקרו של התוכן החברתי הוא השאיפה לנהוג בבת-הזוג בשוויון, בצדק ובהגינות". "יסודות יוצרי-זכויות" אלה, הם המאפשרים לו לנוע לפתרון המבוי הסתום שנקלע אליו לכאורה בסרבו ללכת בעקבות יתר חברי ההרכב. ושוב, תוך שימוש בהעמדת

96 פ"ד נ(3) 573; ראו: מ' שאווה "יחסי ממון בין בני זוג שנישאו בחוץ לארץ כשמקום מושבם בשעת עריכת הנישואין היה במדינה זרה" עיוני משפט כב(2) 571; ר' שוז "ברירת הדין לגבי חוק יחסי ממון: הדין המצוי והדין הרצוי" מחקרי משפט טז(2) (תשס"א).
97 שם, פסקה 28 לפסק דינו של השופט חשין.

רות הלפרין-קדרי

יסודות מופשטים אלה ברמה הנורמטיבית הגבוהה ביותר, יכול הוא לנקוט את הדרך הרדיקלית ביותר, קרי דרך שיוצאת באופן חזיתי נגד הוראת סעיף 15, ומסייגת את תחולתו כך שלמעשה הוא מרוקן מכל תוכן ממשי. כל זה נעשה באמצעות העמדת עקרון השוויון בין המינים כעקרון-על אשר כל הסדר רכושי חייב לתאום אותו, אלא—אם כן נעשה הסכם אמתי בין בני הזוג לגבי חלוקת הרכוש. נוספה כאן למעשה הוראת מבחן מעל לסעיף 15, המסייגת אותו באופן ניכר:

אם יסתבר לבית-המשפט כי דין-חוץ שהוא בן-תחולה כהוראת סעיף 15 רישא לחוק, אינו מכיר כלל – מעיקרו – בעקרון השוויון, נדחה דין זה מעל פנינו כדין הנוגד עקרון-על בשיטת המשפט בישראל, והוא עקרון-על החל על תושבי ישראל. במקרה מעין-זה, תישאר הילכת-השיתוף על מכונה, ועל-פיה נכריע דין.⁹⁸

עקרון השוויון הוא, אם כן, התשתית הרעיונית המופשטת להחלטה המתבקשת בעניין נפיטי. פסק דין זה ניתן שנתיים בדיוק לאחר מתן פסק הדין בעניין הדדי. למבקשים להתחקות אחר משנתו של השופט חשין, השוני בין שני פסקי הדין בולט לעין. בפרשת הדדי שימש יסוד כוונת הצדדים אבן בנייה מרכזית, הן ב"רמת הטכניקה המשפטית הפרורמלית" והן ב"רמת העיקרון", ואילו בפרשת נפיטי איבד יסוד זה ממעמדו הבכיר, תוך כדי חשיפת הפיקציה שבו. נדמה לי שכל ניסיון ליישב בין הדבר ים ברמה הטכנית העובדתית יהיה מאולץ וחסר ערך. נראה לי שיש לקחת את הדברים כפשוטם, ולהודות בחוסר העקביות המתגלה בהם. ואולם חוסר העקביות שכאן אינו מעיד על בעייתיות, אלא להפך, ניתן לראות בו סימן נוסף להתפתחות המתמדת בכיוון העלייה לשיח הערכי של עקרונות המופשטים. יסוד הכוונה, על אופיו הדואלי, קרוב עדיין יותר לרמת הכללים מאשר לרמת עקרונות-העל. בפרשה הראשונה עדיין מילא הוא תפקיד מרכזי, אך כעבור שנתיים יכול היה השופט חשין להסיר מעליו את המסווה, ולהישאר ברמה הגבוהה ביותר של עקרונות-העל.

(ב) ביטויים נוספים לפסיקה ערכית בניגוד לכללים קיימים

פרשה מרכזית, המדגימה ללא ספק את המגמה הכללית של המעבר מפורמליזם למהות ומכללים לעקרונות ולאמות מידה, היא פרשת *יעקובי וקנובלד*, המדגימה כל זאת בהקשר של הדין האזרחי. בפרשה זו הוצב במלוא חומרתו הקושי והמלכוד החמור שנוצר בחוק יחסי ממון בין בני זוג עקב התליית איזון המשאבים בכיצוע הגירושין קודם לכן. מבנה זה של

98 שם, פסקה 37 לפסק דינו של השופט חשין. יש לציין כי מבחינת ניתוח של כללי בררת דין, הבהיר השופט חשין, שעקרון חזקת השיתוף אינו בא בגדר תקנת ציבור חיצונית, ה"מכלה ומאכלת כל נורמה העומדת בדרכה", אלא רק תקנת ציבור פנימית, החלה רק על תושבי ישראל, ושניתן להתנות על יה בהסכם אמתי. הערה נוספת: דרך הניתוח המשתמשת בעקרון השוויון כמבחן לאמוד את ההסדר הרכושי דומה לדרך שבה השתמש השופט (כתוארו אז) ברק בחלקו הראשון של פסק דינו בעניין ככלי, החלק שבו בחן האם ההסדר הרכושי שעליו הורה בית הדין הרבני עולה בקנה אחד עם עקרון השוויון בין המינים הקבוע בחוק שיווי זכויות האישה. בעניין ככלי שימש חוק זה – המכוון ישירות גם לבתי הדין הדתיים – מקור נורמטיבי ישיר להפעלת המבחן המהותי, ואילו בענייננו הקדיש השופט חשין חלק ניכר מפסק דינו לביסוס עקרון השוויון כעקרון-על אשר חוק שיווי זכויות האישה מש מש לו מקור אחד מני רבים.

דיני משפחה אזרחיים נוסח ישראל – לקראת השלמה

החוק ממריץ את עיכוב הגט בידי בעל היכולת לעשות זאת, שהוא גם בדרך כלל בעל המשאבים המרובים יותר (קרי – האישה), וכן מחליש את הצד הזקוק יותר לגט, בעל המשאבים הפחותים יותר (קרי – האישה). כיוון שכך, רובם המכריע של הסדרי חלוקת הרכוש מושגים, עקב מבנהו הלקוי של החוק, באמצעות הסכמי גירושין, ומנגנון איזון המשאבים נותר בגדר אות מתה.⁹⁹ ההוראות היוצרות את המלכוד הן שתיים: הוראת סעיף 4 לחוק הקובע, תחת הכותרת "היעדר תוצאות במשך הנישואין":

אין בכריתת הנ נישואין או בקיומם כשלעצמם כדי לפגוע בקניינים של בני הזוג, להקנות לאחד מהם זכויות בנכסי השני או להטיל עליו אחריות לחובות השני.

והוראת סעיף 5(א) הקובעת, תחת הכותרת "הזכות לאיזון בפגיעת הנישואין":

עם פגיעת הנישואין עקב גירושין או עקב מותו של בן הזוג ... זכאי כל אחד מבני הזוג למחצית שווים של כלל נכסי בני הזוג, למעט...

מכאן שהסדר איזון המשאבים קובע הפרדה רכושית בין בני הזוג במהלך הנישואין, וחיוב אובליגטורי לאיזון שווי הנכסים, הנכנס לתוקף רק עם סיום הנישואין בדרך של גירושין או מוות. כל זאת לגבי זוגות שנישאו משנת 1974 ואילך. על קודמיהם, כידוע, חלה הלכת השיתוף. הדעה המקובלת היתה, כי ההסדר שנקבע בחוק בנושא חלוקת הרכוש נועד להחליף את ההסדר שהנהיג בית המשפט בדרך של חקיקה שיפוטית, קרי הלכת השיתוף בין בני זוג. סעיף 4, השולל במפורש כל הקניית זכויות בנכסים האחד של האחר במהלך הנישואין, נתפס כשולל את המשך התחולה הסימולטנית של הלכת השיתוף במקביל להסדר איזון המשאבים הקבוע כעת בחוק. דומה היה כי לא תיתכן כל דרך פרשנית לחלץ את הנשים שנישאו לאחר ינואר 1974 מן המלכוד הקשה שאליו נקלעו. והנה, ארבעה מביני חמשת שופטי בית המשפט העליון מצאו דרכי חילוץ כאלה (ליתר דיוק, שלושה הגיעו לפתרון מלא, והאחד הציע דרך חילוץ חלקית בלבד). הארבעה נחלקו לשני זוגות, הנחלקים בדרכם הפרשנית, והמשותף לכולם הוא הנכונות לנקוט מעין "אקרובטיקה פרשנית" לגבי סעיפי החוק העומדים לרועץ. החלוקה הבסיסית היתה בין הנשיא שמגר והשופט דורנר, לבין השופטת שטרסברג-כהן והשופט טל. הנשיא שמגר והשופטת דורנר התמקדו בסעיף 4 לחוק ופירושהו בדרך שאינה שוללת תחולה מקבילה של הלכת השיתוף, בעוד השופטים שטרסברג-כהן וטל בחרו לפרש את סעיף 5 לחוק באופן שיאפשר הקדמת מועד איזון המשאבים.¹⁰⁰ אין ההבדל פרשני-לשוני בלבד, אלא גם תוצאתי, שכן המשטר הרכושי שיחול על בני הזוג שונה בכל אחת מן הדרכים, ומכאן אמנם אי-הבהירות שנותרה בעקבות הכרעת הדין בפרשה זו, ואין זה המקום להרחיב בכך.¹⁰¹

99 ראו: ע"א 1915/91, 3208/91 יעקובי וקנובלר נ' יעקובי וקנובלר, פ"ד מט(3) 529, פסקאות 9-11 לפסק דינו של הנשיא שמגר; א' רוזן-צבי יחסי ממון בין בני זוג (תל אביב תשמ"ב) 346-347; שיפמן, לעיל הערה 9, בעמ' 41-42; פ' שיפמן "יחסי ממון בין בני זוג" קובץ הרצאות בימי עיון לשופטים (תשל"ה) 126.

100 פרשת יעקובי וקנובלר, לעיל הערה 99.

101 ע"א 3208/91 (עניין קנובלר) נדחה ברוב דעות הנשיא שמגר והשופטים שטרסברג-כהן, דורנר וטל.

רות הלפרין-קדרי

העניין המשמעותי לצורך הדיון כאן הוא בשיקולים שהנחו את השופטים לנקוט פרשנות המנוגדת בבירור ללשון החוק ולמטרתו הצרה, אשר הוצגו ברמה הגבוהה ביותר של עקרונות הצדק וקידום השוויון בין בני הזוג. כך, לדוגמה, הבהיר הנשיא שמגר, תחת הכותרת "שיקולי מדיניות":

אין לשכוח כי מטרה נוספת, חשובה לא פחות, המונחת בבסיס החוק, היא ליצור איזון ושוויון בין בני הזוג, ולא להעניק לאחד מבני הזוג יתרונות בלתי הוגנים שיאפשרו לו לסחוט את בן זוגו ולהשיג יתרונות רכושיים, בניגוד לאיזון אשר עליו מצווה המחוקק.¹⁰²

וקודם לכן, בהתייחסו אל המסקנה הנובעת מהוראת סעיף 5(א) לחוק ומדחיית ההצעות לתיקונה, דהיינו שלילת הסמכות מבית המשפט להקדים את מועד הפעלת הסדר איזון המשאבים, הוא מעיר כי "ניתן לסבור גם כי אין המסקנה מתיישבת עם ערכי היסוד של שיטתנו ועם כבוד האדם".¹⁰³

כאמור, קשה שלא לראות בארבע ההחלטות הנפרדות משום פרשנות מרחיקת לכת הרבה מעבר למקובל. הפנייה אל עקרונות העל, ובראשם עקרון השוויון והשאיפה להוגנות, נועדה לאפשר לשופטים ולשופטות להתחזות כפוסקים בגבולות הקיימים. דומה כי היחידה מבין השופטים – המודעים כולם לקושי הגדול שבפסיקתם – המודה בגלוי באפשרות של "חריגה מלשון החוק", היא השופטת שטרסברג-כהן, המסתמכת בכך, בין היתר, על ע"א 4628/93 אפרופים.¹⁰⁴ משמעות ההסתמכות היא, כי ייתכנו מקרים שבהם יוכל בית המשפט לחרוג מלשונו של החוק על מנת להפיח בו את רוח החיים שנשללה ממנו, ובכך לתת לו משמעות שיש בכוחה להגשים את מטרתו.

ד. הרקע לסיפור-העל: מקומם של חוקי היסוד

אחת השאלות המרכזיות לגבי התזה שנפרסה עד כה, היא מדוע כל זה מתרחש כעת? מה גרם לכך שבמשך כמה עשורים נעה מערכת היחסים בין המערכת האזרחית לדתית במעין מחזוריות שקטה, ללא תהפוכות של ממש, והנה, במשך עשור אחד בלבד, ידעה המערכת התרחשויות אינטנסיביות במיוחד, אשר יצרו כבר מהפכה מסוימת, ואשר יש בהן, לדעתי, כדי ליצור מהפכה משמעותית עוד יותר?

אשר לערעורים 1915/91, 2084/91 (עניין יעקובי), עולה מפסקי הדין של הנשיא שמגר והשופטות שטרסברג-כהן ודורנר, כי במקרה הנדון, החלק האופרטיבי בהם זהה, אף שההנמקה והבסיס המשפטיים שונים הם. התוצאה היא כי הדיון יוחזר לבית המשפט המחוזי, על מנת שישחלק שווה בשווה בין בני הזוג את כל הרכוש "... (הפסיקתא לפסק הדין): פ' שיפמן "ואף על פי כן – שיתוף נכסים" משפטים כו (תשנ"ו) 399-408; מ' שאווה "המועד למימוש הזכות לאיזון משאבים שבחוק יחסי ממון בין בני זוג, תשל"ג 1993 – עיוני משפט כב(2) (תשנ"ט) 563-570; ראו עניין נפטי, לעיל הערה 96, פסקה 43 לפסק דינו של השופט חשין: "...וציילה הארוך של פרשת קנובלר מכסה עלינו".

102 פרשת יעקובי וקנובלר לעיל, פסקה 26 לפסק דינו של הנשיא שמגר.

103 שם, פסקה 13 לפסק דינו של הנשיא שמגר.

104 שם, פסקה 24 לפסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן.

ייתכן שחלק מן התשובה טמון בממד האישי שהבלטתי בדבריי עד כה . מאחר שאין ברשותי הכלים לעריכת מחקר ביוגרפי שיכול לקשר בין הרובד הגלוי בפסיקה לבין רבדים אישיותיים כאלה או אחרים,¹⁰⁵ ואינני מתימרת לחקור נבכי לב ונפש , אותיר את הדברים שהובאו מן הרובד הפסיקתי הגלוי , המדברים, כך נראה לי , בעד עצמם . עם זאת , ברור כי בממד האישי אין יותר מאשר הסבר חלקי בלבד לתופעה , ונדרש גורם משמעותי יותר , אשר בלעדיו, יש להניח, גם הממד האישי לא היה בא לידי ביטוי באופן כה בולט . למרות הבנליות שבכך , נראה כי אין מנוס מלראות בחוקי היסוד את הגורם המשמעותי האמור.¹⁰⁶ לאמתו של דבר , לרתיעה מפני ההצבעה על חוקי היסוד כגורם מרכזי לתהליך אין הצדקה במקרה זה , מאחר שבשונה מהקשרים אחרים , ההשפעה בענייננו אכן ברורה מאוד . כפי שאמרתי בפתח המאמר , פועלם של חוקי היסוד בהקשר הזה ש ל דיני המשפחה בישראל הוא כפול : הן בחידוד הקושי שבמצב הקיים והגברת אי־הנחת ממנו, והן בהתוויית הדרך לפסיקה הערכית . על שני כיווני פעולה אלה נעמוד להלן.

1. חוקי היסוד ודיני המשפחה בישראל : האומנם "הגיעו מים עד נפש"? גם במישור הגברת חוסר שביעות הרצון וחוסר ההשל מה עם המצב הקיים בתחום דיני המשפחה בישראל ניתן להצביע על שני כיווני השפעה מצד חוקי היסוד . המשותף לשניהם הוא השימוש שנעשה בחוקי היסוד כבמעין רף מוסרי־ערכי, ליברלי במהותו, שהוצב לנוכח ההסדר הנורמטיבי הקיים בתחום , ובמובן מסוים חושף , כביכול, את "קלונם" של דיני המשפחה בישראל. הכיוון האחד שבו משפיעים חוקי היסוד להגברת הביקורת הוא ההכרה ההולכת וגוברת בבעייתיות הקשה הטמונה בעקרונות הדין הדתי בענייני נישואין וגירושין , המגיעה למעשה עד כדי סתירה בסיסית לעקרונות ולאמות המידה הגלומים בחוקי היסוד , וחוסר הנכונות להוסיף ולהשלים עם סתירה בסיסית זו. חלק ניכר מן הביקורת, הסמויה פחות או סמויה יותר , פגשנו כבר בפסקי הדין שנסקרו לעיל בהדגמת פיתוחם של דיני המזונות האזרחיים, ובפיתוח מוסד האבהות האזרחית , ועוד. התמונה נעשית מעניינת יותר כאשר מצטרפים לאלה ביטויים נוספים לאי־הנחת, ממחוזות אחרים, ואף כאלה שאינם צפויים כלל. הביטוי המפתיע ביותר ברוח זו בא מכיוונו של בית הדין הרבני עצמו דווקא . מדובר בפסק דין של הרב דיכובסקי , דיין בבית הדין הרבני הגדול , שניתן בעניין תביעת גירושין שהגישה אישה, אזרחית ישראל , נגד אישה שאיננו אזרחת ישראל ולא התגו רר בישראל , אך זיקתו

105 כדוגמת מחקרה המאלף של פרופסור פנינה להב *ישראל במשפט : שמעון אגרנט והמאה הצינונית* (תל אביב תשנ"ט).

106 אמנם קיימת גם הדעה , כי באופן פרדוקסלי חוקי היסוד הביאו לירידה דווקא בכוחו של בית המשפט העליון כממלא תפקיד חשוב בהכרע ות הציבוריות. ראו: מ' הופנונג "סמכות, עיצה והפרדת רשויות – ביקורת שיפוטית בישראל בפרספקטיבה השוואתית" *משפטים* כח 211 (תשנ"ז). הופנונג טוען , כי יכולתו של בית המשפט העליון לבקר חקיקה עתידית ואקטים מינהליים נתמעטה עקב העובדה שקבוצות מיעוט הפכו להיות ערניות יותר לסכנה שנסקפת, לדעתן, מהתערבותו זו. טענה זו מעניינת אך איננה רלוונטית להקשר שבו אני עוסקת במאמר זה , שכן עיקר התהליך שאני מנתחת קשור למלאכת חקיקה שיפוטית של בית המשפט, ולא לכוח הביקורת השיפוטית שבו עוסק הופנונג.

רות הלפרין-קדרי

לישראל היתה משמעותית.¹⁰⁷ השאלה המשפטית היתה פרשנות סעיף 1 לחוק שיפוט בתי - דין רבניים (נישואין וגירושין), התשנ"ג-1953, המתנה את סמכותו הייחודית של בית הדין הרבני לדון בהיות בני הזוג אזרחי מדינת ישראל או תושביה, וכן בהיותם "בישראל". הן הדרישה האחרונה, המכונה הדרישה הטריטוריאלית של היותם "בישראל", והן תנאי התושב שלהם עברו הרחבה ניכרת בפסיקה בשנים האחרונות, באמצעות פיתוח הנוכחות הקונסטרוקטיבית, ובאמצעות פרשנות מרחיבה להגדרת תושבות.¹⁰⁸ מטרתו של הרב דיכובסקי היתה כמובן להרחיב את סמכות השיפוט של בית הדין הרבני, ולכלול גם את המקרה הזה בגדרה. את המטרה הזאת יש לזכור כל העת בניתוח שאציע להלן, מאחר שהיא תמחיש את האירוניה שבדבר: השימוש הנדיר שעושה בית הדין הרבני בחוקי היסוד, וההודאה הסמויה בעוול הנגרם לנשים במסגרת דיני הגירושין בהלכה, באים כולם במסגרת החלטה שנועדה להרחיב את סמכות בית הדין הרבני. הרב דיכובסקי מביא כבר בפתח הנמקתו את חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, המשמש לדידו אמת מידה שיש לפרש ולהפעיל על פיה את הנורמות הקיימות:

חקיקת חוקי היסוד, ובפרט חוק יסוד כבוד האדם וחירותו, הביאו למהפיכה 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.¹⁰⁹

ההשפעה המהותית של חוק היסוד באה בהמשך. כדי להבהיר מ דוע חוק היסוד מחייב דווקא פרשנות מרחיבה של סמכות בית הדין הרבני, משמיע הרב דיכובסקי, מבלי משים, ביקורת חריפה ביותר על מצב העגינות החד - צדדי שבו האישה עלולה למצוא את עצמה. הרב דיכובסקי תולה כמובן את האחזיות למצב כזה "בהעדר סמכות רבנית ברת תוקף", מתוך תפיסה ש במקום שבו יש סמכות כזו (קרי, בישראל) נמנעים מצבים כאלה. המציאות, לצערנו, מראה אחרת. גם במקום שבו יש סמכות רבנית בעלת תוקף קיימים מצבי עגינות, עיכוב וסירוב לתת גט למכביר.¹¹⁰ תיאורו של הרב דיכובסקי בדבר המקרים הרבים בהם "יש צורך 'לקנות' את הסכמת הבעל הסרבן לנתינת גט, ולעיתים גם כסף רב לא יועיל - אם מדובר

107 תיק מספר 1-64-8621530 אפלבאום נ' אפלבאום, החלטה מיום 4.3.98, בהרכב הדיינים הרב אליהו, הרב דיכובסקי והרב נדב.
108 ראו: בג"ץ 4424/93 גיל נ' גיל, פ"ד מח(4) 798; בג"ץ 3664/92 כיגד נ' כיגד, פ"ד מז(1) 244; בג"ץ 871/86 קריב נ' בית הדין הרבני האזורי, פ"ד מא(3) 152; כמו כן ראו דיון להלן ע"א 3868/95, בג"ץ 5385/95 זרבר נ' זרבר ודיון בו בסמוך להערה 133.
109 לעיל הערה 107, בעמ' 3 לפסק דינו של הרב דיכובסקי.
110 להבהרת הדינמיקה של תביעות גירושין בישראל, פסיקת בתי הדין הרבניים, והיווצרות מעמד הנשים מסורבות הגט ומעוכבות הגט, ראו: הלפרין-קדרי, לעיל הערה 38. על עצם קיומה של תופעת המעוכבות ומסורבות הגט ועל היקפה, קיימת מחלוקת עקרונית - תפיסתית בין הממסד הרבני לבין ארגוני נשים ואחרים המגו יסים למען סיוע לנשים הנמצאות במצב כזה. להסבר מחלוקת זו, ראו: הלפרין-קדרי, שם.

ב'נקמנות לשמה'¹¹¹, המתאר לדעתו רק את המצב מחוץ לישראל, נכון ותקף גם לגבי המצב בישראל עצמה. לפיכך, התיאור הקשה של מצב העגינות המובא להלן, העומד בניגוד לחוק היסוד, אינו מצומצם לנסיבות של מערכת נישואין כפולה, אזרחית ודתית, שנסתיימה בגירושין אזרחיים בלבד ללא סידור הגט כדת משה וישראל, אלא הוא רלוונטי באותה מידה גם למצבים היום-יומיים של אי-יכולת להביא לגט כדת משה וישראל, המתרחשים בבתי הדין הרבניים בעלי הסמכות הרשמית בישראל:

בהעדר סמכות רבנית ברת תוקף, מדובר ב"עגינות" ממש, כאשר האשה היא הסובלת מכך. לבעל, כידוע, יש דרכים אלטרנטיביות. כתוצאה מכך, תפגע האשה בפגיעה 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?¹¹²

אדגיש שוב, כי בדבריו הגלויים של הרב דיכובסקי הביקורת וההכרה בפגיעה הקשה באישה אינם מופנים כלפי הדין הדתי עצמו אלא כלפי המערכת השוללת את סמכותו באותו המקרה. אלא שאם אכן מכירים בכך שגם כאשר בית הדין פועל במסגרת סמכות קיימת, מגלה הוא אזלת יד משוועת בעניין נשים המבקשות לסיים את נישואיהן,¹¹³ אזי מקבלים אותם דברי ביקורת תפנית, והופכים הם לביקורת פנימית על מערכת הדין הדתי עצמה. הבנה זו, מכל מקום, היא כבר בגדר ההשלכה שלי על דברי הרב דיכובסקי.¹¹⁴ ועדיין השלכה זו מצומצמת כמובן למה שכינתי "הבעת אי-נחת" מן המצב הקיים, ואינה באה – ואינה יכולה לבוא – בגדר ניסיון להציע חלופה מהותית למצב הזה. הצעה שכזו, בהקשר דומה של "עיגון", אך במסגרת דינים שונה לגמרי, נראה בהמשך.¹¹⁵

הכיוון האחר שבו משפיעים חוקי היסוד, עדיין במישור "הבעת אי-נחת", הוא בחיזוק ההבנה שבפטרונות שהתגבשו עד כה, בשני השלבים הראשונים של מערכת היחסים שתוארו קודם לכן, אין די. הסיבה לכך כפולה: מצד אחד, המערכת החלופית שגובשה עד כה, המבוססת על יצירת מסגרת חלופית מעיקרה, אינה פותרת את מצוקותיהם של אלה שלא השכילו לבחור מלכתחילה בחלופה. מצד אחר, השלטת עקרונות אזרחיים על המערכת הדתית גם היא אינה פתרון, הן משום הקושי המעשי המתעורר עקב סירובה של המערכת הדתית עצמה לקבל זאת, והן משום הקושי האידיאולוגי שמהלך זה מעורר.¹¹⁶ בהקשר

111 לעיל הערה 107, בעמ' 2-3 לפסק דינו של הרב דיכובסקי.

112 שם, בעמ' 3 לפסק דינו של הרב דיכובסקי.

113 ראו: ר' הלפרין-קדרי "בגידת הבעל כעילה לחיוב בגט", לעיל הערה 56; מ' פרישטיק "אלימות פיזית של בעלים כעילה לקבלת גט בהלכה היהודית ובשיפוט הרבני" *"דיני ישראל יז" (תשנ"ג-נ"ד) צג-ק"ח*; ד' פלק *תביעות גירושין מצד האשה בדיני ישראל* (ירושלים תשל"ג); רוזן-צבי, לעיל הערה 7, בעמ' 136-144.

114 מעניין לראות כיצד דרך החשיבה של הרב דיכובסקי, המשתמשת בתוצאות הקשות של מצב העיגון האפשרי בהלכה כדי להצדיק את הרחבת סמכות בית הדין הרבני, משמשת גם את בית המשפט האזרחי במקרים דומים. ראו את עניין *נרבל*, להלן הערה 133 והטקסט הסמוך לה.

115 ראו להלן טקסט הצמוד להערות 119-123.

116 ראו התייחסות לכך לעיל, בטקסט הסמוך להערה 27.

רות הלפרין-קדרי

לסירובה של המערכת הדתית להיכנע לתכתיבי המערכת האזרחית, כדאי לציין כי לאחרונה נתן בית הדין הרבני האזורי ב תל אביב, שאליו הוחזר הדיון בעקבות פסק הדין בעניין כבלי, את החלטתו בנושא חלוקת רכושם, לאחר שנים של דחיות שונות מצד כל הגורמים.¹¹⁷ במשך הזמן הפכה פרשה זו לסמל ולאבן בוחן בשאלת היחסים בין המערכת האזרחית לדתית, ולא תהא זו הגזמה לומר כי עיני הכול היו נשואות לעבר בית הדין הרבני בעניין זה, כדי להיווכח כיצד יתמודד הלה עם הוראת בג"ץ לפסוק בעניין הזוג כבלי בהתאם להלכת השיתוף. והנה, לתדהמת כולם, רק במהלך הדיון המחודש בתיק נחשף כי בין בני הזוג היה קיים הסכם עוד משנת 1980, שבו, בין היתר, התייחסו לחלוקת רכושם במקרה של פירוד עתידי ביניהם. אף על פי שהסכם זה לא אושר בהתאם לדרישת סעיף 2 לחוק יחסי ממון, ראה בו בית הדין הרבני הסכם תקף, ופסק על חלוקת הרכוש בהתאם לנאמר בו.¹¹⁸ בכך מצא בית הדין פתח

117 תיק מספר 1104884-21-1 כבלי נ' כבלי, החלטה מיום 23.5.99, בהרכב הדיינים: הרב קולר, הרב שיינפלד והרב אלמליח.

118 מספר נקודות מרתקות עולות בהקשר של הנמקת בית הדין: בראיית ההסכם כמחייב אף על פי שלא אושר כדין, נקט בית הדין פרשנות מתקדמת ביותר לחוק יחסי ממון, מעבר לכל תקדים של בית המשפט העליון עצמו בנושא. בית הדין ראה בהסכם ממון זה הסכם ככל חוזה אחר, וגם אם לא אושר לפי חוק יחסי ממון, "דבר ידוע הוא שאי אפשר להעלות טענה על קיומו של פגם בהסכם זמן רב לאחר כריתתו, ולאחר שהצדדים נהגו על פיו שנים רבות (שש שנים במקרה דנן), וחלקים ממנו בוצעו בפועל לטובת הטוען עתה לבטלות ההסכם (פסקה א(2) לפסק דינו של הרב א"צ שיינפלד). ניתן לראות בכך מהלך מחוכם ביותר של בית הדין, במעין "הפוך על הפוך". אין ספק כי המגמה של בית המשפט עצמו בשנים האחרונות פועלת בכיוון של ריכוך דרישת האישור הפורמלית הקבועה בחוק יחסי ממון (ראו: ע"א 151/85 דודן נ' דודן, פ"ד לט(3) 186, פסקה 15); בפרשת זלכר שתובא להלן, הביא השופט זמיר את גישת בית המשפט המחוזי באותו מקרה, ולפיה, גם אם נפל פגם בהליך אישור הסכם ממון, יש להכיר בו כ"הסכם סתם" לפי דיני החוזים הכלליים (פסקה 4 לפסק דינו), אך לא הכריע בסופו של דבר בשאלת תוקף ההסכם לפי דיני החוזים הכלליים). בית הדין נטל על עצמו תפקיד של חלוץ העובר לפני המחנה בסוגיה הזו, ובכך כביכול שריין את עצמו מפני כל ביקורת אפשרית על עצם פסק הדין. אכן תיתכן ביקורת על פסק הדין, שכן לפיו אין לגברת בבלי כל זכויות בנכסים הפיננסיים של מר בבלי, הנובעים מעבודתו כקברניט באל-על, קרי זכויות הפנסיה וביטוח המנהלים. למסקנה זו הגיע בית הדין בעקבות פרשנות דווקנית של הסעיף בהסכם, שקבע כי חל וקת כל הנכסים והחסכונות תיערך "כפי שנקבע בחוק". בית הדין ראה בכך הפניה למצב החוקי שהיה קיים בעת שנערך ההסכם, או למצער, בעת שנפרדו (ב1986), ובהתאם לו לא נפסק כי גם הזכויות הסוציאליות באות בגדר הרכוש המשותף בר החלוקה (בע"א 724/83 בר נתן נ' בר נתן, פ"ד לט(3) 551, נפסק ללא נימוק, כי אין חזקת השיתוף חלה על תשלומים סוציאליים שמעביד משלם בעבור עובדו. אמנם פסיקה מאוחרת הפכה הלכה זו על פיה: בע"א 841/87 דון נ' דון, פ"ד מה(3) 793, נקבע כי האישה זכאית למחצית זכויות הפנסיה והפיצויים של בעלה, שאותן תוכל לממש רק יחד עם מימוש זכויות בעלה. כן נקבע בע"א 809/90 לידאי נ' לידאי, פ"ד מו(1) 602, כי לאישה יש זכויות בקופות הגמל של בעלה, הכוללות תשלומים סוציאליים שמשלם מעבידו. זכויות אלו תמומשנה רק בעת הגיע מועד מימושו על ידי בעלה. ואולם פסיקה זו ניתנה לאחר שנת 1986, שהיא המועד הקובע לפי בית הדין הרבני במקרה דנן. בשנת 1986 גם חוק יחסי ממון עצמו (סעיף 5 המקורי), עדיין הוציא מכלל הנכסים הכלולים באיזון זכויות ש"על פי דין אינן ניתנות להעברה", כולל כספי גמלה, ביטוחי מנהלים וכיוצא באלו. מגבלה זו בוטלה רק בשנת 1990, באמצעות חוק יחסי ממון (תיקון, תש"ן 1990-). כך שהיתה זו למעשה שאלה של פרשנות ההסכם, שבה נקט בית הדין גישה דווקנית, פורמליסטית, הפוכה לגישה האקטיביסטית שנקט ביחסו לשאלת הצורך באישור. כך או כך, נראה שבעצם אימוץ הטקטיקות השונות, הרחיק בית הדין מעליו כל אפשרות לביקורת. שהרי נקיטת עמדה פורמלית לגיטימית בדיוק כמו נקיטת עמדה מתקדמת, כל עוד שתיהן באות בגדר

מילוט מן הצורך להתמודד עם אותה הוראה להחיל את הלכת השיתוף, שהרי חזקת השיתוף בהתאם לה חלה רק בהיעדר הסכם בין בני הזוג. לאמתו של דבר, התפתחות תמוהה זו משליכה לאחור על הפרשה כולה, במובן זה שאילו חשפו הצדדים את קיומו של ההסכם קודם לכן, לא היתה באה הלכת ככלי כולה לעולם.¹¹⁹ לענייננו, מכל מקום, התפתחות זו אך מחזקת את ההכרה בכך שהקושי של בית הדין עם הלכת ככלי והלכת לב בעינו עומד, וספק רב אם אכן תוכל המערכת הדתית "לעכל" את אותו המהפך שיצרו הלכות אלה. לקושי האידאולוגי הכרוך במהפך שחוללו הלכות ככלי ולב בשלב השני של מערכת היחסים בין המערכות התייחסו כבר בעבר.¹²⁰ מעבר להתייחסויות אקדמיות לכך, כדאי להצביע על מספר התבטאויות של השופט חשין בפרשת *פלזנית*, אותה פרשת "האבהות האזרחית", שמהן עולה בבירור גישתו לגבי מערכת היחסים הנכונה יותר בין המערכת האזרחית לדתית. בהעלותו אפשרות פרשנית שתוליך להשארת הסמכות הייחודית בידי בית הדין השרעי לדון במזונות קטינים, תוך כפיפות להוראת סעיף 3(ב) לחוק המזונות, אין הוא מסתיר את רתיעתו:

האומנם יש להעלות על המחוקק כי נתכוון כך לחייב את בית הדין המוסלמי: לפעול שלא לפי הדין השרעי – ובעצם, בסתירה לדין השרעי? האומנם נניח שהמחוקק התכוון כך להתערב בשיפוטו של בית הדין השרעי, ולחייבו להחיל בענייני אישות ממש – בין במישורין בין בעקיפין – הוראות חוק בניגוד לעיקרי דתו? אכן, המחוקק הישראלי מתערב לא אחת בדין הדתי, אך זאת עושה הוא, ככלל, על דרך של "וטו", לאמור: מסרב הוא להכיר בהלכות אלו ואחרות הנוהגות בדין הדתי כחלק ממשפט המדינה. ואלם קשה בעינינו שהמחוקק יחייב בית-דין דתי לפעול – בתחומי סמכותו ובכיבושם של ענייני אישות – בניגוד למצווה עליו בדתו.¹²¹ (הדגשות במקור – רה"ק)

אף על פי שדברים אלה נאמרו בהקשר אחר, נקל לראות בהם ביקורת על המהלך המהפכני שננקט בשלב השני של מערכת היחסים, שהרי יותר מכול מבטא אותו שלב ח יוב של בית הדין הדתי לפעול באופן שבעינו לפחות נתפס כמנוגד למצווה עליו בדתו.¹²²

מתחם הפרשנות האפשרי, ודומה כי לא ניתן למנוע מבית הדין נקיטת עמדה עצמאית בפרשנות ובפיתוח שאלות אזרחיות כאלה, כל עוד אין בהן הלכה פסוקה מצד בית המשפט העליון, ניתן לראות בכך דוגמה מובהקת למכת הנגד שבאה בעקבות כפיית הדין האזרחי על בית הדין הרבני. בית הדין הרבני נמצא כעת בעמדת פרשנות לגיטימית של החוק וההלכה האזרחיים; כיצד ניתן לבקרו על כך ולמנוע זאת ממנו? 119 לעיל הערה 117: "שני הצדדים בחרו להתעלם מקיומו של ההסכם בשנים הראשונות של ההתדיינות המשפטית ביניהם, כנראה, משום שסברו כי מצבם המשפטי וזכויותיהם על פי ההסכם יהיו נחותים מאשר בלעדיו... אולם... זמן רב לאחר הגירושין בפועל... החליטו הבעל ובא כוחו להציג את ההסכם בפני בית הדין ובכך קיוו להביא לסייג וס מהיר של הסכסוך, גם אם התוצאה המשפטית לא תהיה כפי שרצו בתחילה" (פסקה א(2) לפסק דינו של הרב א"צ שיינפלד).

120 ראו: הלפרין-קדרי, לעיל הערה 3, בעמ' 691-698; שיפמן, לעיל הערה 7, בעמ' 77-86; ראו לעיל הערה 27.

121 פרשת *פלזנית*, לעיל הערה 70, בעמ' 624-625, וראו שם בעמ' 604 מול האות א.

122 דברים אלה אינם ברורים לחלוטין. פרשת *ככלי* הולידה לא מעט ויכוחים פנימיים באשר לאפשרות של התאמת הלכת השיתוף לעקרונות ההלכה עצמה, או לאפשרות של שילובה בתוך ההלכה במסגרת של

השופט חשין, כזכור, פיתח באותה פרשה דרך התואמת את דברי הביקורת האלה. על הפוטנציאל שבה נרחיב מיד.

2. חוקי היסוד ודיני משפחה בישראל: עידוד שפיטה ערכית כזכור, טענתי כי פעולתם של חוקי היסוד בשלב שלישי זה של מערכת היחסים בין המערכות הנה משולבת. אם ניתן לחלוק על אופן ההשפעה שהצגתי בחלק הקודם, דומני שקשה לחלוק על ייחוס העלייה לשיח עקרונית-העל להשפעתם של חוקי היסוד. ביטויים ברורים לכך ראינו כבר בחלקו הראשון של הפרק הקודם, וחלקו השני של אותו פרק יוחד למעשה כולו להדגמת טיעון זה. ברצוני לעמוד כאן על ביטוי פחות מוכר וידוע להשפעתם של חוקי היסוד באופן הזה, אך לי נראה כי הוא לא פחות משמעותי מכל אלה שנסקרו עד כה. ייתכן שהסיבה לכך שביטוי זה מוכר פחות נעוצה בכך שמדובר בפסקי דין של הערכאה הנמוכה בי ותר במדרג, קרי בתי המשפט לענייני משפחה, שניתנו בהקשר של זוגות מעורבים, דהיינו הקשר שאיננו מעמת באופן ישיר את המערכת האזרחית עם הדתית.¹²³ מזהותה הנמוכה דווקא של הערכאה, נובעת לדעתי חשיבותו העצומה של ביטוי זה, שיש בו כדי להעיד על הפנמת התהליך, ועל היקף ההשפעה העכשווית והעתידית של חוקי היסוד, בכיוון של אותו שלב שלישי אחרון ומכריע. מדובר בשני פסקי דין של נשיא בית המשפט לענייני משפחה בבאר שבע, השופט אליגון, שניתנו בתביעות להתרת נישואין בין בני זוג בני דתות שונות לפי חוק השיפוט בענייני התרת נישואין (מקרים מיוחדים), התשכ"ט 1969. בשני המקרים הוגשו התביעות על ידי הנשים. במקרה הראשון, תמ"ש 15440/97 פּוּאז'אן נ' פּוּאז'אן,¹²⁴ התנגד האיש לבקשה, אך התנגדותו, כפי שהסביר, לא נגעה "לעצם הגירושין" אלא אך ורק מרצונו "להסדיר את עניין המזונות לבן המשותף". במקרה השני, תמ"ש 19240/98 לְבַדְנָקוּ נ' לְבַדְנָקוּ¹²⁵ התנגד האיש לבקשה לגופה, מתוך רצון "לשמור על המשפחה".¹²⁶ בהתאם לכלל המהותי היחיד הקבוע בסעיף 5 לחוק השיפוט בענייני התרת נישואין, הסכמת בני הזוג תהווה תמיד עילה מספקת להתרתם. בפרשת פּוּאז'אן נ' פּוּאז'אן שימשה ההסכמה בסיס מרכזי

תקנות וכיוצא בזה. לעניין זה, ראו: ע"א 253/65 בריק נ' בריק, לעיל הערה 11, בעמ' 607-616, שם פירש השופט קיסטר את ההלכה הנוגעת בזכויות רכושיות בין בני זוג. על פי המשפט העברי, באין הסכם אחר, לכל אחד מבני הזוג רכוש נפרד. אך תנאי שבממון קיים, ובני זוג רשאים להתנות ביניהם ככל אשר ירצו. נוסף על כך, יש הלכות במשפט העברי, המאפשרות גם לבית המשפט לפסוק ב עניינים שונים לפי אומדנות, ובאותם עניינים יש להביא בחשבון גם את מנהג המקום באותו מקום ובאותו זמן. באשר לאומדנה שבאמצעותה יש לבחון טיבן של התקשרויות בין בעל לאשתו, אין צורך בקיומו של מנהג כללי דווקא, וייתכן שרק למנהג המקום ולהרגל סתם של אנשים מאותו המגזר הת רבותי והכלכלי (שבני הזוג משויכים אליו) תהא חשיבות בקביעת דעתם של בני הזוג; כמו כן ראו: רוזן-צבי, לעיל הערה 7, בעמ' 261-270; רוזן-צבי, לעיל הערה 99, בעמ' 120-127; שיפמן, לעיל הערה 7, בעמ' 86-77. הביטוי הערכני ביותר לפולמוס זה נפרס מעל דפי תחומין: ראו להלן הערה 159 והטקסט הסמוך לה.

123 ראו פרשת סלומון לעיל, טקסט הסמוך להערות 64-67.

124 תמ"ש 15440/97 פּוּאז'אן נ' פּוּאז'אן (לא פורסם), החלטה מיום 31.3.98.

125 תמ"ש 19240/98 לְבַדְנָקוּ נ' לְבַדְנָקוּ (לא פורסם), החלטה מיום 4.1.99.

126 מאידך גיסא, האיש לא הגיש כתב הגנה, והשופט מבהיר שהוסבר לאיש כי משמעות אי הגשת כתב ההגנה היא הסכמה לתביעה. עם זאת, אין השופט אליגון נשען על "הסכמה" מיוחסת זו בהחלטתו.

להחלטת השופט, שהרי, כפי שהסביר השופט, גם הנתבע הסכים עקרונית לסיום קשר הנישואין, והתנגדותו לתביעה נבעה מ"שיקולים טקטיים" של ניצול רצון האישה להתגרש כדי "לשפר את מצבו הכספי". על כך אמר השופט אליגון: "בית המשפט לא ישמש בידי צד כמכשיר לסחיטת כספים מן הצד השני".

על אף ביסוס ההסכמה ההדדית להתרת הנישואין, בחר השופט אליגון להתייחס גם לשאלת הדין המהותי החל על הסכסוך, התייחסות אשר הפכה לעיקר פסק הדין בפרשת לבדנקו, והיא ההתפתחות המשמעותית לענייננו. סעיף 5 לחוק השיפוט בענייני התרת נישואין קובע את כללי בררת הדין בצורה של מדרג. ראשית, יש לפנות לדן הפנימי של מקום מושבם המשותף של בני הזוג; באין מקום כזה יש לפנות לדן הפנימי של מקום מושבם המשותף האחרון; באין מקום כזה יש לפנות לדן הפנימי של ארץ אזרחותם המשותפת; ובאין מקום כזה יש לפנות לדן הפנימי של מקום עריכת הנישואין. סייג מרכזי להחלת הדין הפנימי בכל אחת משלוש החלופות הראשונות הוא שדין פנימי כזה יהיה אחד לשני בני הזוג. לפי הפרשנות המקובלת, הדין הפנימי של בני זוג שמקום מושבם הוא ישראל הוא דינם האישי-הדתי, כך שבכל מקרה של זוג מעורב שעליו הרי חל חוק זה, לא ייתכן שדין זה יהיה אחד, ובדרך כלל יהיה צורך להגיע עד לחלופה האחרונה של הדין הפנימי של מקום עריכת הנישואין.¹²⁷ השופט אליגון אינו מתעכב על הניתוח הזה כלל. בפרשת פוואז'אן הוא פותח את הדיון בחלק המהותי בקביעה כי "בישראל אין כידוע דין פנימי ספציפי בנושא הנדון", ולאחר בדיקה היפותטית של אפשרויות שונות לגבי דין מקום עריכת הנישואין (פרגוואי במקרה זה), מסקנתו היא שדין כזה חייב לעלות בקנה אחד עם חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ה"מונע כל אפשרות שאדם יוכל להחזיק בבן זוגו כבן ערוכה עד שזה יפדה עצמו כתשלום כופר נפש", וחוק יסוד זה לדעתו יהווה "יסוד ותשתית" לכל דין פנימי שיוחק בעתיד בישראל בענייני התרת נישואין. דברים אלה הפכו בהמשך בפרשת לבדנקו להחלטה העיקרית. נקודת המוצא של השופט אליגון היא גם אם בעת חקיקתו של החוק לא היה בישראל דין פנימי מהותי להסדרת נושא התרת הנישואין, הרי "מצב זה השתנה מן הקצה עם חקיקתו של חוק יסוד כבוד האדם וחירותו בשנת 1992", ו"ולפי שעה, חוק היסוד האמור הוא איפוא הדין הפנימי הישראלי אשר אותו ניתן להחיל על הסכסוך הנדון". תפיסתו של השופט אליגון לגבי תוכנו של דין מהותי פנימי זה, המגולם בחוק היסוד, היא המעניינת ביותר:

נישואין של בני אדם חופשיים מבוססי תמיד על הסכמה הדדית, ויש לנישואין זכות קיום רק כל זמן שאותה הסכמה שרירה וקיימת. משמגיעה ההסכמה על קיום חיים משותפים לסיומה, בין אם מדובר בהסכמה הדדית לסיום הנישואין ובין אם בהחלטה חד צדדית – נשמט הבסיס מתחת להמשך קיומם של הנישואין. כל גישה אחרת עומדת בסתירה להלכה שנקבעה בחוק היסוד. ביהמ"ש לא יתן ידו לסייע בידי נתבע סרבן ועיקש להחזיק את אשתו בשבי, על מנת שתשמש לו כשפחה לסיפוק צרכיו ותאוותיו.¹²⁸

127 ראו: מ' שאווה הדין האישי בישראל, לעיל הערה 10, בעמ' 677-681.

128 פרשת לבדנקו, לעיל הערה 125.

רות הלפרין-קדרי

דרכו של השופט אליגון מרחיקת לכת ביותר. ראשיתה בהתייחסות לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו כמקור נורמטיבי ישיר להסדרה מהו תית של כל נושא התרת הנישואין, המשכה בייחוס תוכן רדיקלי ביותר לדין מהותי זה, ואחריתה מי ישורנה. התוכן הרדיקלי הוא אולי הנקודה המרתקת ביותר. בשני המשפטים הראשונים בפסקה שצוטטה לעיל עובר השופט אליגון מרעיון של גירושין -ללא-אשם (no-fault divorce) לרעיון של גירו שין חד-צדדיים לפי דרישה (unilateral divorce). אלו הן שתי מסגרות רעיוניות להסדרה מהותית של דיני גירושין, שהוקדשו להן תלי תלים של דיונים ומחקרים בכל מדינות המערב שבהן נוהגות שיטות משפט אזרחיות בתחום הנישואין והגירושין, ואילו בהינף קולמוס אחד בא כביכול חוק היסוד והקים אצלנו מסגרת מהותית שלמה של דיני גירושין. לא זו בלבד, אלא שתוכנה לכאורה הוא התוכן הרדיקלי ביותר, שאיננו מסתפק בכיטול הצורך להוכיח אשם, אלא אף מאפשר גירושין לפי דרישת צד אחד.¹²⁹ וכל זאת נקבע ללא עוררין בשני משפטים בלבד בפסק הדין, בהסתמך על הוראה חוק תית מרמת ההפשטה הגבוהה ביותר האפשרית. קשה מאוד לייחס להוראה החוקתית משמעות ישירה להקשר של דיני גירושין, בעלת תוכן קונקרטי של גירושין ללא אשם ועל פי דרישת צד אחד.¹³⁰

אכן, קשה לקבל החדרת תוכן משמעותי כל כך לחברה ולמשפט בדרך אגבית כל כך (בחוק היסוד) וחפוזה (בפסק הדין). עם זאת ניתן בהחלט למצוא אי אילו ביטויים קודמים בפסיקה, שיש מהם כדי ללמוד על הסתייגות קשה מניצול האפשרות למנוע גירושין כדי לסחוט ויתורים מן הצד האחר, ואף על אהדה של ממש לרעיון הגירושין -ללא-אשם. ממש אותה הסתייגות מכוח הניצול, שימוש בדימוי של מאסר עו לם המקביל כמובן לדימוי השבי, ושימוש בחוק היסוד כעקרון -על שפרקטיקות פסולות אלה מנוגדות לו, פגשנו כבר דווקא בדבריו של בית הדין הרבני, מפי הרב דיכובסקי כזכור.¹³¹ האירוניה היא כמובן שגם באותה פרשה, וגם כאן, דברים חשובים אלה נאמרו מחוץ להקשר המשמעותי והכואב ביותר של המצבים שבהם אפשרויות העיגון והסחיטה על רקע סירוב הבעל לתת גט הם דבר של יום ביומו, קרי סכסוכי גירושין בין בני זוג יהודיים שנישאו כדת משה וישראל. ביטויי אהדה לרעיון הגירושין -ללא-אשם הם בדרך כלל גלויים פחות, אך גם הם קיימים. נראה כי גילוי התמיכה הברור ביו תר נמצא בפסק דינה של השופטת שטרסברג -כהן בפרשת *קנובלד*, בהחלטתה לראות במצב שבו "הקרע בחיי הנשואין בלתי ניתן לאיחוי, והנשואין הגיעו לסיומם דה-פקטו",¹³² מצב של פגיעת הנישואין המצדיק את חלוקת הרכוש. גילוי מרומז

129 לסקירה היסטורית מקיפה של דיני גירושין במדינות שונות במערב אירופה ובארצות -הברית, ראו: M.A. Glendon *The Transformation of Family Law* (Chicago 1989). להבחנה בין גירושין ללא אשם לבין גירושין לפי דרישת צד אחד ולעמידה על פרק זמן מזערי של פירוד כתנאי להיענות לדרישת הצד האחד, ראו שם, בעמ' 154 (אנגליה), ובעמ' 166-167 (צרפת). לסקירה נרחבת של מגוון שיטות של דיני גירושין שנהגו ונוהגים בעולם המערבי, ראו: ליפשיץ, לעיל הערה 6, פרק א, סעיף 1, פרק ג, סעיפים 1-2.

130 לניתוח פסק דין *פוזא'אן* כפסק דין המשקף עמדה ליברטריאנית קיצונית, אשר איננה מקובלת אפילו בשיטות גירושין מודרניות בעולם המערבי, ראו: ליפשיץ, לעיל הערה 6, בטקסט המתייחס להערות 210-209.

131 ראו לעיל טקסט הסמוך להערות 115-107.

132 לעיל הערה 99, בפסקה 20 לפסק דינה.

יותר ניתן לראות בהערת אגב בפסק דין *נדבד*, ולפיה יש לב ית הדין הרבני סמכות לדון גם בשאלת תוקפם של נישואין שנערכו מחוץ לישראל, כאשר המשמעות היא לגבי נישואין אזרחיים שנערכו בין יהודים מחוץ לישראל.¹³³ הגישה המקובלת בבית הדין הרבני היא לראות בנישואין כאלה משום קשר בטל לחלוטין, שלכל היותר מצריך גט לחומרא, ולעתים אף זה לא. החלטה כזו ניתנת בבית הדין הרבני באופן מידי, ללא כל השהיה, ובוודאי ללא כל ניסיון להשכיח "שלום בית" בין בני הזוג, כמקובל בתביעות גירושין בין בני זוג שנישאו כדת משה וישראל. החלטה שקובעת שהנישואין בטלים מעיקרם היא "עניין של נישואין", ולא "עניין של גירושין", ואם התיבה "בישראל", המופיעה בסעיף 1 לחוק השיפוט, מפורשת באופן שדורש כי גם הנישואין או הגירושין יתקיימו בישראל, הרי אין לבית הדין הרבני סמכות להחליט על בטלות מעיקרא בעניין של נישואין אזרחיים שנערכו מחוץ לישראל. החלטה של בטלות מעיקרא היא למעשה החלטה ברוח של גירושין-ללא-אשם, ואולי אף קרובה יותר לגירושין לפי דרישת צד אחד בלבד. מכל מקום, בעצם העדפת הפרשנות המקנה לבית הדין הרבני סמכות לדון בשאלת תוקף נישואין שנערכו מחוץ לישראל, ובכך מקנה להם סמכות לקבוע בטלות מעיקרא של נישואין אזרחיים כאלה, ניתן לראות גילוי של אהדה ברעיון הגירושין-ללא-אשם. פרשנות זו דומה לפרשנות שנתן בזמנו פרופסור שיפמן לפסקי הדין של השופט ברק בעניין בני הזוג שמואל, בבג"ץ 148/84 שמואל ובע"א 566/81 שמואל.¹³⁴ פרופסור שיפמן עמד על התחמקותו התמוהה של השופט ברק מלדון באפשרות שלבית הדין הרבני לא היתה סמכות לדון בעניינם של בני הזוג שמואל, מאחר שהמרת הדת של האיש נעשתה מן הדת ההינדית ליהודית, וייתכן כי הדת ההינדית "מוסיפה לאחוז" במי שמבקש לעזבה. שיפמן מציע שאי-העלאת אפשרות זו על ידי השופט ברק היתה מכוונת, ומטרתה היתה להביא לכך שבית הדין הרבני אכן יהיה בעל סמכות לפסוק בעניינם, מאחר שפסיקתו תורה על סיום קשר הנישואין באופן מידי, שהרי היה זה קשר של נישואין אזרחיים. בהקשר זה מציין שיפמן, כי ייתכן שמגמתו הכללית של בית המשפט האזרחי היא להביא במידת האפשר כמה שיותר מקרים לכיוון של גירושין-ללא-אשם.¹³⁵

אם כך, ייתכן ש אין לראות בהחלטותיו של השופט אליגון קביעות חסרות כל תשתית אידאולוגית. עם זאת, אין ספק כי הן מהוות בשלב זה את היישום מרחיק הלכת ביותר של עלייה לשיח הערכי העושה שימוש בעקרונות העל, כאשר בהחלטות אלה יש גם קונקרטיזציה מידית לעקרונות אלה, אולי יותר מכפי שראינו בהקשרים קודמים. הבעיה היא כמובן כפולה: ראשית, אותה קונקרטיזציה נעשתה לכאורה מבלי משים כלל, ושנית, למרות היותה "קונקרטית", קשה לראות בה משנה מסודרת של כללים מהותיים ברורים להסדרת אותם גירושין-ללא-אשם, או לפי דרישה.

133 ע"א 3868/95, בג"ץ 5385/95 *נדבד נ' ודבד*, תק-על 498(4) 521, פסקה 35 לפסק דינו של השופט זמיר.
 134 בג"ץ 148/84 שמואל נ' ביה"ד הרבני, פ"ד לט (4) 393; ע"א 566/81 שמואל נ' שמואל, פ"ד לט (4) 399; פ' שיפמן "על הזכות להתגיר, על הזכות להתגרש ועל חובת ההכרעה" *משפטים* טז (תשמ"ו-מ"ז) 212, 221-227.

135 לאפיון מגמות במשפט הישראלי ברוח דיני הגירושין המודרניים ולטענה כי ההתפתחויות הללו משקפות מגמות ליברטריאניות-חזויות בדיני המשפחה האזרחיים המתהווים בישראל, ראו: ליפשיץ, לעיל הערה 6, פרק ב, סעיף 6(ג).

ה. המפתח להתפתחויות העתידיות: תזת אי-ההכרה, או "נגרר הדין אחר הדין"

מתוך ההתפתחויות שתוארו עד כה, ובמקביל להן, ניתן להצביע על קו מסוים שמסתמן בהן, ושיש בכוחו הפוטנציאל להציע דרך כוללת ואחידה להשלמת השלב השלישי העומד במרכז דיוננו. זו דרך של צמצום הסמכות הדתית וניכוס נושאים למערכת האזרחית, באופן מתוחכם הרבה יותר מאשר בשלב הראשון בעבר. הצמצום והניכוס נעשים הפעם באמצעות התוויית מערכת שלמה של תכנים אזרחיים, המתייחסים גם למושגים האמורים ללא ספק להישלט על ידי הדין הדתי באופן מלא. התוויית אותה מערכת אזרחית היא בזמנית גם תוצאה וגם מניע לאי-ההכרה העקרונית מצד בית הדין הדתי באותה מערכת, מה שגורם לה להימצא מחוץ להישג ידה של המערכת הדתית. המשפט שצוטט בכותרת לעיל לקוח מתוך דבריו הקולעים במיוחד של השופט ש' לוי, המתארים למעשה את הדרך הזאת, דרך שבה "נגרר הדין אחרי הדין והרי הם שלובים זה בזה"¹³⁶.

דבריו של השופט ש' לוי נאמרו לגבי פסק דינו של השופט חשין בפרשת פלונית, פסק דין שאכן מדגים היטב את הדרך הזאת. כזכור, בפרשה זו פיתח השופט חשין את האבהות האזרחית, מוסד נבדל ועצמאי של אבהות טבעית שנוצר על ידי מערכת הדין האזרחי ומתקיים במסגרתה בלבד. כנקודת מוצא לקיומה של אותה אבהות אזרחית שימשה אי-ההכרה העקרונית-המושגית של מערכת הדין השרעי בילדים שנולדו מחוץ לקשר רשמי של נישואין. מאחר שאין בית הדין הדתי מכיר באבהות זו מעיקרה, אין היא באה בגדר נושא האבהות המצוי בסמכות ייחודית של בית הדין השרעי בהתאם לדבר המלך כפי שפורש בהלכת אבו-אנג'לה:¹³⁷

במקום שביה"ד אינו יכול ואינו נכון להפעיל את סמכותו, ועל דרך זו שולל הוא – ולו בעקיפין – זכויות שמוסלמי קנה על-פי משפט הארץ, קרי: על-פי המשפט האזרחי, ממילא אין לפרש את דבר המלך כמו ביקש להעניק סמכות בלעדית לבית הדין, תוך שלילת סמכותם של בתי המשפט האזרחיים.¹³⁸

מאותה סיבה גם אין לראות בקביעה בדבר חוסר סמכותו של בית הדין השרעי לדון באבהות האזרחית משום "גריעה מסמכות" האסורה לפי סעיף 19(א) לחוק המזונות:

...לעניינו של חוק המזונות אין "גריעה" מסמכות, למיצער במקום שמוכח בו בעליל כי בית-דין דתי מסרב – על דרך של עיקרון – ליתן סעד, ובעצם: במקום שבו בית-דין

136 לעיל הערה 70, בעמ' 629.

137 לעיל הערה 73. סמכותו הייחודית של בית הדין השרעי קבועה בסימן 52 לדבר המלך במועצה, וכוללת את ענייני המעמד האישי של המוסלמי מ. סימן 51 לדבר המלך מונה את ענייני המעמד האישי, וקביעת אבהות אינה כלולה ברשימתו. בית המשפט השאיר ב "צריך עיון" את השאלה, האם כלולה קביעת אבהות בענייני המעמד האישי. ברם, אין סמכות השיפוט של בית הדין השרעי מצומצמת לעניינים המנויים בסימן 51, ובית המשפט קבע כי העניין דנן מסור לסמכותו הייחודית של בית הדין השרעי.

138 לעיל הערה 70, בעמ' 603.

דיני משפחה אזרחיים נוסח ישראל – לקראת השלמה

דתי כמו מסרב להידרש ל"סמכות" (במובנה הדווקני) או כמו קובע הוא כי אין לו סמכות (במובנה הרחב יותר).¹³⁹

הלוגיקה ברורה: אי-ההכרה העקרונית-המושגית מצד המערכת הדתית באותו "דבר" משפטי שקיים במערכת האזרחית – יהא זה מו שג, מוסד, קשר, הליך או מבנה משפטי – שוללת ממנה באופן עקרוני את הסמכות לדון באותו ה"דבר". הלוגיקה הזאת היא מסוג אותם רעיונות שמצד אחד נשמעים פשוטים או אף פשוטניים מדי, ומצד אחר דומה כי הם מתוחכמים להפליא.

גם אילו עמד פסק דין פלוני בבדידותו באמרות אלה, היתה בו משמעות רבה. המעניין הוא שמבחינת זיקוק הרעיון בדבר העדר סמכות בית דין דתי לדון בעניין שאינו מכיר בו מלכתחילה, קדם לו פסק דין משמעותי ביותר של הנשיא שמגר, בג"ץ 673/89 משולם נ' כיה"ד הרבני הגדול,¹⁴⁰ מה שמעורר כמובן שוב את המחשבה בדבר הממד האישי של התהליך כולו. בפרשה זו קבע הנשיא שמגר כי אין בית הדין הרבני מוסמך לדון בעצם השאלה, האם אישה פלונית היתה ידועה בציבור של אלמוני המנוח, והאם בתור שכזו היא "צד הנוגע בדבר" שהסכמתו נדרשת לשם הקניית סמכות לבית הדין הרבני לדון בעיזבון המנוח בהתאם לסעיף 155(א) לחוק הירושה, התשכ"ה-1965, כל זאת מאחר שאין בית הדין הרבני מכיר באופן עקרוני במוסד הידועים בציבור:

השאלה הטעונה הכרעה היא, אם נוצר כאן מעין מעגל קסמים, לפיו מי שנמנע ממתן הסכמה חייב לעבור מבחן עובדתי ומשפטי מלא לפני ערכאה שיפוטית אשר הוא איננו רוצה להסכים לסמכותה, כדי שמעמדו כמתנגד יוכר, וזאת לפי אמות מידה הנוהגות על-פי דין, שאיננו מכיר מעיקרו במעמדו.¹⁴¹ (ההדגשות הוספו – רה"ק)

אותה לוגיקה שעמדנו עליה קודם לכן פועלת גם כאן: אי-ההכרה העקרונית-המושגית מצד המערכת הדתית במוסד הידועים בציבור מונעת ממנו בעיקרון את הסמכות לדון בעצם שאלת היותה של העותרת ידועה בציבור של המנוח. פרופסור רוזן-צבי כבר עמד בזמנו על הפוטנציאל הטמון בלוגיקה הזו, וניתן לומר כי בפרשת פלונית אכן יושם פוטנציאל זה.¹⁴² אם כן הדרך המותווית בפסקי הדין האלה היא שימוש באסטרטגיה של צמצום הסמכות הדתית וניכוס נושאים למערכת האזרחית, אבל כאמור בדרך הרבה יותר מתוחכמת מאשר בעבר. ניתן לומר כי בעבר נוכסו נושאים למערכת האזרחית, בין היתר, בדרך של פרשנות מונחים חקיקתיים, ותוחמו גבולות מושגיים ונושאים ברורים. הדוגמה הקלסית לכך היא הוצאת ענייני הרכוש ממסגרת המנוח "ענייני נישואין", ובכך גם ממסגרת המנוח "ענייני

139 שם, בעמ' 619.

140 פ"ד מה (5) 594. מעניין שפסק הדין של הנשיא שמגר לא הוזכר בפסק דינו של השופט חשין בפרשת פלונית. לסקירה מפורטת של פסק הדין, ראו: א' רוזן-צבי "דיני משפחה", בתוך: ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"ב-תשנ"ג (תל אביב תשנ"ד) 267, בעמ' 279-282.

141 פרשת משולם, שם, בעמ' 606, פסקה 16 לפסק דינו של השופט שמגר.

142 רוזן-צבי, לעיל הערה 140, בעמ' 281-282; ראו להלן הערה 149 והטקסט הסמוך לה.

המעמד האישי".¹⁴³ הדרך המתוחכמת יותר המותווית כאן היא מעין אשליה של השארת הגבולות הקיימים על כנם, אבל יצירה במקביל של מערכת שלמה של תכנים אזרחיים, כאשר התכנים האלה מתייחסים גם לתחומים האמורים ללא ספק להישלט על ידי הדין הדתי באופן מלא. התוצאה היא שהתכנים והמושגים ההם הופכים להיות באופן מושגי עקרוני-מהותי מחוץ להישג ידה של המערכת הדתית, ולפיכך שייכים באופן מוחלט למערכת האזרחית, שהרי סמכות בית הדין מותנית בהכרה עקרונית בקיומם של מושגים ותכנים אלה. במילים אחרות, כל חלוקת הסמכות המקובלת עד כה, על כל תכניה ומושגיה, תיחשב לרלוונטית רק כל עוד המונחים קובעי הסמכות מתייחסים למוסדות ולמערכות שמבחינה עקרונית בית הדין מכיר בקיומם, ולא כאלה שאת קיומם הוא שולל מעיקרא. לגבי האחרונים, תפוח אותה מערכת אזרחית טוטלית.

כאן כבר ברור במה תיאורו לעיל של השופט ש' לויין קולע כל כך. באמרו כי כעת "נגרר הדין אחר הדין", מכוון הוא כמוכח למנטרה הידועה שטבע בזמנו השופט זילברג, בדבר הדין ההולך אחר הדין.¹⁴⁴ בראשית הדרך אכן השתנו מאפייני הדין המהותי בהתאם לערכאה שבה הוא הופעל, אך אין זו עוד התופעה המרכזית. התופעה המרכזית כעת, כפי שנגלתה למשל בפרשת פלונית שאליה התייחס השופט ש' לויין, היא שבעקבות הדין, קרי "מוסד" "האבהות האזרחית", חייב ללכת גם הדין, קרי הערכאה האזרחית, ונשללת סמכות הערכאה הדתית. כך היה כפי שראינו גם בפרשת משולם. את אותו הכיוון ניתן לראות גם בדעת המיעוט של השופט חשין בפסק דין אקנין, שהרי גם שם כזכור הדגיש השופט חשין את ההשלכות האזרחיות-הקניניות שיש לפסיקת המדור הספציפי (קרי – הפגיעה בזכות הקניין של האישה), ובעקבות השלכות אלה הוא היה סבור בדעת מיעוט כי הנושא נמצא מחוץ לסמכות בית הדין הרבני ורק בסמכות בית המשפט האזרחי.¹⁴⁵

כדי להבין את משמעות המהלך הזה, יש להפנות לרגע את המבט לכיוון פיתוח תחום הסמכויות, אל מה שמעבר לחלוקה הבסיסית-הראשונית של הסמכויות בין הערכאות. כידוע, מעבר לחלוקה ראשונית זו, קיימות שאלות משנה שקשורות להקניית סמכות באמצעות כריכה, למעשה-בית-דין בין הערכאות, לקיומה של סמכות נמשכת, ועוד. כל אלה מהוות למעשה דרכים להתערבות של המערכת הדתית בפעילותה של המערכת האזרחית גם כאשר אין מדובר בחלוקת סמכויות ראשונית. כך, למשל, יכול בית הדין לסכל קביעה של בית המשפט, מראש או אף בדיעבד, במקרה שבו החלטת בית הדין מהווה מעשה-בית-דין, על כל מבחניו.¹⁴⁶ משמעות המהלך שתואר לעיל היא כי אותה מערכת מושלמת של תכנים אזרחיים, אשר גיבושה עומד במרכזו של השלב השלישי במערכת היחסים בין המערכות, תהיה למעשה חסינה מפני כל התערבות אפשרית מצד המערכת הדתית באמצעות שאלות המשנה של הסמכויות. החסינות מוקנית באמצעות המהלך הרעיוני המאפשר את קיומה של הסמכות

143 ראו לעיל הערה 11.

144 לעיל הערה 80.

145 ראו לעיל הערות 23-25 והטקסט הסמוך להן.

146 רוזן-צבי, לעיל הערה 7, בעמ' 35-46. ההכרה בכך שהמעשה-בית-דין משרת את אינטרס ההתערבות בפעולתה של המערכת האזרחית, היא שמדרבנת את מגמת צמצום תחולתו על ידי בית המשפט האזרחי. ראו שם, בעמ' 35-36. עמדת מיעוט של השופט ח' כהן אף תמכה בביטול כלל המעשה-בית-דין בין שתי הערכאות.

למערכת הדתית אך ורק לגבי עניינים ותכנים שהיא מכירה בהם באופן עקרוני, ורואה במערכת התכנים האזרחית החדשה כמצויה "מחוץ לתחום" עבור המערכת הדתית, באופן מוחלט. ניתן להמחיש זאת באמצעות דוגמת המעשה בית-דין. כידוע, תנאי יסודי לקיומו של מעשה בית-דין מסוג של השתק עילה הוא שאכן יהא מדובר באותה עילת תביעה.¹⁴⁷ אם ניקח, למשל, תביעת מזונות של אישה כנגד אישה, לא תהווה דחיית תביעתה בבית הדין הרבני מחסום בפני תביעה אחרת למזונות בבית המשפט האזרחי, מאחר שהתביעה בבית דין רבני התבססה על הדין הדתי, ואילו האחרת מתבססת על פיתוח דיני המזונות האזרחיים מכוח עקרונות של צדק, של כוונה משתמעת, של כבוד האדם ועוד, כפי שהראינו קודם לכן. כך שאין כל זהות בעילות, ולא נתקיימו תנאי הכלל של מעשה בית-דין.¹⁴⁸ למותר לציין שבדרך חשיבה זו אין כל חידוש, והיא מיישמת למעשה את הטקטיקה המחוכמת שנהגתה כבר בשנות השמונים בהקשר של תביעת מזונות במסגרת של נישואין אזרחיים, כאשר בית המשפט יצר הבחנה בין תביעה מכוח קשר של נישואין דתיים לבין תביעה מכוח קשר של נישואין אזרחיים. הניתוח שאני מציעה כאן מיישם כאמור את הטקטיקה שתוארה בזמנו כפיקטיבית, באופן רחוק מכל פיקטיביות. אם בזמנו התמקדה ההבחנה בשאלת קיום קשר של נישואין, כשעל התשובה החיובית שניתנה לה לפי כללי בררת הדין הורכבו דיני המזונות המהותיים הדתיים, הרי כעת ההבחנה המוצעת היא לגופם של דיני המזונות המהותיים עצמם, דהיינו בין דין מזונות דתי לדין מזונות אזרחי. אותו היגיון ניתן כמובן גם להפעיל לגבי כל שאלות המשנה האחרות של הסמכויות. נושאים שאין בית הדין מכיר בהם כלל לא יוכלו להיכרך לתביעת גירושין, כפי שארחיב מיד, ובית הדין לא יוכל לטעון לקיומה של סמכות נמשכת המתבססת על עילה דתית, כאשר התביעה המוגשת באותו נושא לכאורה לבית המשפט האזרחי מסתמכת על דין אזרחי לחלוטין. מבחינת התכנים המהותיים, ניתן לומר כי המהלך המתואר כאן כבר ממומש לגבי נושא האבהות האזרחית ולגבי נושא הידועים בציבור. כאשר לנושא המזונות האזרחיים, התשתית להפעלת המהלך כבר קיימת, הודות לפעלו של הנשיא שמגר בתחום זה, ונותר לראות אם הוא ימומש וכיצד. אך דומה כי בשלב זה ההתפתחות המרתקת ביותר צפויה להתרחש בנושא הוותיק ביותר באספקלריית מאבקי הכוח בין המערכות דווקא, שהוא נושא הרכוש המשותף. הזכרתי כבר את הערותיו של רוזן-צבי לפסק דין משולם, הערות שהצביעו על אפשרות יישום דרך החשיבה שהתווה שם הנשיא שמגר להקשר של נושא הרכוש המשותף, או ליתר דיוק, של הלכת השיתוף:

אי-ההכרה של בית-הדין בדין אזרחי מסוים או הבעת הסתייגות מדין אזרחי זה בטענה שאינו מתיישב עם מערכת הדינים והערכים שעל-פיהם דן בית-הדין עשויות לשמש אמצעי מרכזי בידי בית-המשפט העליון (בין במפורש ובין במשתמע) בפרשנות היקף הסמכות של בית-הדין.¹⁴⁹

147 שם, בעמ' 38-41; ע"א 246/66 קלוז'נר נ' שמעוני, פ"ד כב(2) 561, 579-594.
148 ראו לדוגמה: ע"א שמואל, לעיל להערה 134; ע"א 173/69 בכר נ' בכר גולדברג, פ"ד כג(1) 665.
149 רוזן-צבי, לעיל להערה 140, בעמ' 281.

רות הלפרין-קדרי

יש להבהיר שאין מדובר בחזרה על הרעיון של "שלילת כנות הכריכה" עקב אי-פסיקה בית הדין הרבני בהתאם להלכת השיתוף,¹⁵⁰ אלא ברעיון מרחיק לכת הרבה יותר מזה: מאחר שאין בית הדין מכיר בקיומה ובתקפותה של הלכת השיתוף, אין כל אפשרות שסוגיית שיתוף נכסים בין בני זוג תיכרך לתביעת גירושין המוגשת לבית הדין. שוב, אין מדובר בפגם בכנות הכריכה, דבר שפוגע בתוקפה מבחינה שהיא יותר טכנית -פורמלית, אלא בעניין עקרוני-מהותי.¹⁵¹ בכך תושג התוצאה של הפקעת הסמכות העקרונית של בית הדין לדון בשאלת חלוקת רכוש בין בני זוג, תוצאה שמבחינות רבות היא עדיפה על פני התוצאה שהושגה בפרשת ככלי, שהיתה כזכור השארת הסמכות בידי בית הדין תוך הכפפתו המוחלטת לדין האזרחי.¹⁵² השאלה היא כמובן: האומנם אין בית הדין מכיר באופן עקרוני בהלכת השיתוף? בנקודה זו מצויה ההתפתחות המרתקת שאליה רמזתי קודם לכן. כזכור, החלטת בג"ץ בעניין ככלי גררה תגובות קשות ביותר מצד הממסד הרבני. העמדה השלטת בכיפה היתה עמדה של התנגדות ושל סירוב מוחלט לציית לבג"ץ.¹⁵³ כפי שכבר הובא קודם לכן, ההשגחה הניכרת של הדיון בתיק ככלי עצמו (הגם שלא תמיד נגרמה ביזמת בית הדין הרבני לברדו) המחישה את ניסיונות ההתחמקות והרצון "לדחות את הקץ" מבחינת בית הדין, עד אשר נזדמן לו פתרון ממקום בלתי צפוי בדמות אותו הסכם ממון שנגלה לפתע, ונמצא שמלאכתו נעשתה בידי אחרים. אלא שאין תיק ככלי היחיד שבו מתעוררת באופן

150 כזכור, הועלה רעיון זה על ידי רוזן-צבי במאמר השנה, שם, בעמ' 269-271, והובא על ידי השופט (דאז) ברק בפרשת ככלי, והושאר שם ב "צריך-עיון" תוך הטלת ספק מה בתקפותו; ראו: הלפרין-קדרי, לעיל הערה 1, בעמ' 693-695. לניסיונות עדכניים להעלאת טיעון זה של שלילת כנות הכריכה, ראו פסק דין ודבר, לעיל הערה 133. לעניין אי-פסיקה בית הדין הרבני בהתאם להלכת השיתוף, נאמר שם כי אין מקום להעלות טענה זו מאחר ש "בני הזוג, לא רק שהסכימו לסמכות, אלא אף באו לבית הדין כשבאמתחתם הסכמה בעניין הסכסוך הרכושי לגופו" (שם, בעמ' 534); כמו כן ראו: בג"ץ 6334/96 אליהו נ' בית הדין הרבני האזורי בתל אביב, תק-על (1)99, 539, שם העלתה העותרת טענה של חוסר סמכות בית הדין הרבני לדון בעניין הרכוש משום כריכה לא כנה של המשיב. טענתה זו הושארה ב"צריך עיון" מהטעם ש"גם אם נפל פגם בכריכה כה שעשה המשיב, התוצאה של הפגם, בשלב הנוכחי, איננה ביטול הסמכות של בית הדין הרבני" (הכוונה היא שהעותרת החמיצה את ההזדמנות הראשונה לבקשת ביטול הכריכה). טענתה הנוספת, בדבר הימנעות בית הדין מלפסוק לפי הדין האזרחי לגבי שיתוף בין בני זוג לא הוכרעה.

151 ייתכן שהבחנה מעין זו נעשתה במשתמע בטיעוני בא כוח האישה העותרת בבג"ץ אליהו לעיל. בשלב מוקדם יותר של פרשייה זו ניסה בא כוח האישה לתקוף את החלטת בית הדין הרבני בתקיפה עקיפה בבית המשפט המחוזי. הטיעונים נגד תוקפו של פסק הדין של בית הדין הרבני נסמכו, בין היתר, על היעדר סמכות עקב היעדר כנות בכריכת ענייני הרכוש לתביעת הגירושין מצד הבעל, וכן על ש"עילת התביעה עליה מבוססת [תביעת האישה למחצית דירת המגורים], שהיא העילה האזרחית בדבר שיתוף נכסים בין בני זוג, כלל לא נדונה בפסק הדין של בית הדין הרבני, המכיר רק בעילות השיתוף ההלכתיות". לדיון נרחב יותר בפרשה זו, ראו להלן הערות 157, 168 והטקסט הסמוך להן.

152 ראו לעיל הערה 27 והטקסט הסמוך לה; א' רוזן-צבי "בג"צ – ערכים, ניטרליות וצדק" אקדמות ב (תשנ"ז) 71-75. יש להבהיר, כי העמדה הרואה יתרון בהפקעת הסמכות מידי בתי הדין הרבניים על פני השארתה תוך הכפפתם המלאה לדין האזרחי היא עמדה שמובעת על ידי חוקרים שהם חיצוניים למערכת הדתית. בכך עמדה זו יכולה רק לשער מהן העדפותיה של המערכת הדתית, והיא חשודה כמובן על ייחוס אינטרסים והעדפות שאין המערכת הדתית שותפה להם כלל. ראייה לכך תימצא בגישתו של הרב דיכובסקי, אשר תידון מיד להלן. ראו הערה 157 להלן והטקסט הסמוך לה.

153 ראו לעיל הערה 116 והטקסט הסמוך לה.

ברור שאלת כפיפות בית הדין הרבני להלכת השיתוף, ובמוקדם או במאוחר ניתן היה לצפות שבית הדין ייאלץ להתמודד עמה התמודדות חזיתית. התחזית היתה, כי בית הדין יסרב באופן מפורש וגלוי להחיל את הלכת השיתוף, לא מטעמים הלכתיים טהורים – שהרי על יישובה של הלכת השיתוף עם ההלכה נאמר כבר ונכתב בשפע הזדמנויות¹⁵⁴ – אלא מטעמים מטה-הלכתיים ואידאולוגיים.¹⁵⁵ תגובה כזו עשויה היתה להוות כמובן קטליזטור למהלך של הפקעת הסמכות של בית הדין לדון בחלוקת רכוש בין בני זוג.¹⁵⁶ בפועל, הדברים מורכבים בהרבה. בצד התגובות הצפויות של הדחייה המוחלטת, נשמע גם קול אחר. זה בעיקר קולו של הרב דיכובסקי, הקורא באופן עקבי להחלת הלכת השיתוף על ידי בית הדין הרבני, ואף עשה זאת, לכאורה, בפועל.¹⁵⁷ הנקודה המעניינת היא התחקות אחר המניעים העומדים בבסיס עמדתו יוצאת הדופן בקרב ה ממוסד הרבני. מקריאה מדוקדקת של דבריו מתברר כי

- 154 ראו לעיל הערה 122.
- 155 ראו: א' רוזן-צבי יחסי ממון בין בני זוג (תל אביב תשמ"ח) 124-127.
- 156 רוזן-צבי, לעיל הערה 152, בעמ' 72: "התוצאה תהיה פשוטה: במשך כשנתיים או שלוש שנים, בתי הדין לא יקבלו את מרותו של פסק דין בבלי... או אז, העניין יחזור לבג"ץ, שיעשה את מה שהיה מצופה ממנו לכתחילה, ויוציא בדרכי עקיפין את התחום הזה מתחום השיפוט של בתי הדין הרבניים".
- 157 הביטוי הפומבי הראשון לעמדתו ניתן, למיטב ידיעתי, בהחלטתו מיום כ"א אייר תשנ"ז (28.5.97) בתיק מס' 1-21-349233, *גבעון נ' גבעון*, שנידון בפני בית הדין הרבני הגדול, ובו נידון ערעור על החלטת בית הדין האזורי בירושלים, אשר החליט ברוב דעות כי לאור הסכם שהגיעו אליו בני הזוג ואשר קיבל תוקף של פסק דין, ולפיו יתדיינו בני הזוג בעניין חלוקת הרכוש בפני בית הדין הרבני אשר יפסוק ויחלק את הרכוש בהתאם להלכת השיתוף, הוא (כלומר – בית הדין) "מפנה את הצדדים למי שבקי בצורת חלוקת הרכוש הנ"ל והוא יכריע ביניהם" (ראו על כך גם בשג"ץ 2074/96 *גבעון נ' בית הדין הרבני האזורי ירושלים*, תקדין עליון, כרך 96(2), בעמ' 1203). דעת המיעוט בבית הדין האזורי הדגישה את הסכמת הצדדים על הכללים שלפיהם יחולק הרכוש, "ואין מניעה לפי דין תורה מלחלק את רכושם לפי הסכמתם ולא גרע מכל הסכם גירושין שמופיע בפני ביה"ד..." הרב דיכובסקי, והרב נדב שהצטרף אליו, צידד בדעת המיעוט "גם לגופם של דברים וגם עקב ההשלכות הנובעות מכך", וקיבל את הערעור. לגופם של דברים, נשען הרב דיכובסקי על הנוהג הקבוע לדון בבתי הדין בענייני ירושה לפי הדין האזרחי בהסכמת הצדדים. ובאשר ל"השלכות", מבהיר הרב דיכובסקי: "אין לשכוח את ההשלכות המסוכנות העלולות לצמוח מכך למעמד בתי הדין הרבניים ומהפקעת עניני הממון והרכוש מסמכותם ודי לחכימא ברמיזא". (הדגשות שלי – רה"ק)
- דברים מפורשים בהרבה פירש הרב דיכובסקי במאמר הלכתי שפורסם ב *תחומין*, שנכתב "כהצעה לחכמי התורה לעיון ולשיקול דעת נוסף", ואשר בו הסביר ביתר הרחבה את הנימוקים המהותיים לעמדתו במנותק מנסיבות של הסכם מפורש בין בני זוג להתדיין בהתאם להלכת השיתוף, ושפך אור נוסף על תפיסת מערכת היחסים בין המערכת האזרחית לדתית בעיניו, תפיסה העומדת בבסיס השיקולים הפרגמטיים לעמדתו. ראו: ש' דיכובסקי "הלכת השיתוף" – האם דינא דמלכותא? *תחומין* יח (תשנ"ח) 18; מיד בסמוך למאמרו של הרב דיכובסקי התפרסם מאמרו של הרב שרמן, המציג עמדה קוטבית לגבי החלת הלכת השיתוף בידי בתי הדין הרבניים, ושולל זאת מכול וכול. ראו: א' שרמן "הלכת השיתוף" לאור משפטי התורה *תחומין* יח (תשנ"ח) 32-40; הדו-שיח בין הרב שרמן לרב דיכובסקי נמשך בצמצמה רבה גם בכרך יט של *תחומין*, ונפתח במאמר ביקורת של הרב שרמן על מאמרו הקודם של הרב דיכובסקי, נמשך בנספח תגובה של הרב דיכובסקי לביקורת זו, ונסתיים, לעת עתה, בתגובה של הרב שרמן לאותו נספח. ראו: א' שרמן "הלכת השיתוף" – אינה מעוגנת בדיני ישראל" *תחומין* יט (תשנ"ט) 205; "נספח: תגובת הרב שלמה דיכובסקי" *תחומין* יט (תשנ"ט) 216.
- יישום קונקרטי של עמדתו של הרב דיכובסקי ניתן לראות בבג"ץ *אליהו*, לעיל הערה 150, המהווה למעשה מקרה מבחן (test case) לעמדה זו. פרשת *אליהו* תידון להלן.

רות הלפרין-קדרי

אין הוא מטיף כלל להחלת הלכת השיתוף לשמה . ההפך הוא הנכון . לדידו, אין הלכת השיתוף גופה צודקת , וגורמת עיוות ועוול לגברים . קריאתו ליישומה בבית הדין באה שלא לשמה, מתוך ראייה נכוחה של מאבק הסמכויות שבו שרירות שתי המערכות, כאשר במסגרתו יכולה המערכת הדתית רק להפסיד אם תעמוד במרייה אל מול אותה הנחיית בג"ץ להחיל את הלכת השיתוף . לכך כמובן מכוונים דבריו המפורשים (אף על פי שהוא מתייחס אליהם כ"רמיזה" בלבד): " אין לשכוח את ההשלכות המסוכנות העלולות לצמוח מכך [קרי: מן הסירוב לדון לפי הלכת השיתוף – רה"ק] למעמד בתי הדין הרבניים ומהפקעת עניני הממון והרכוש מסמכותם ודי לחכימא ברמיזא"¹⁵⁸.

עמדתו של הרב דיכובסקי מעניינת מאוד מבחינות רבות , שיש בהן כדי להשליך לשאלה המרכזית הרלוונטית לנו כאן , קרי – האם ניתן לראותה כמייצגת קו הלכתי שכן מכיר באופן עקרוני בהלכת השיתוף ? מעניינת במיוחד ההשוואה בין שני מאמריו בנושא , במסגרת הדו-שיח בינו לבין הרב שרמן¹⁵⁹ . מעיון מדוקדק בהם דומה כי חלה תזווה מסוימת בעמדתו , לכאורה דווקא לכיוון אוהד יותר להלכת השיתוף . אתייחס כאן בעיקר למאמרו המוקדם . נקודת המוצא שממנה יוצא הרב דיכובסקי היא הכרה עקרונית באפשרות החלתה של הלכת השיתוף מכוח הכללים הפנימיים של המשפט העברי , באמצעות מכשיר ה"אומדנא", היינו אומד דעת הצדדים, המיוחס להם דרך המנהג, המוסק מן הדין הנוהג.¹⁶⁰ במילים אחרות, אין הוא מתלה את תחולת הלכת השיתוף בכל מקרה ומקרה בהסכם מפורש של הצדדים להתדיין לפיה, אלא הוא מקבל את קיומה של נורמה כללית המקובלת על הכול וחלה כמעין תנאי מכללא ביחס לרכוש בכל מערכת נישואין , ולפיו "מחציתו שייכת לאישה" . חשוב גם לשים לב לכך שהמכשיר ההלכתי להחלה ישירה של הלכת השיתוף איננו הכלל של דינא דמלכותא דינא, אלא מוסד האומדנא . הסיבה העיקרית לדחיית החלתה באמצעות דינא דמלכותא דינא היא מסקנתו, שאין הכלל חל לגבי הלכות שאינן קבועות והחלטיות אלא משתנות מעת לעת , כדוגמת הלכות שנקבעות בחקיקה שיפוטית המשתנה מתקופה לתקופה בעקבות השתנות המדיניות השיפוטית.¹⁶¹ חוסר עקביות שכזו מוצא הוא גם בהקשר של הלכת השיתוף , אך לא לגבי תוכנה הפנימי המהותי , אלא דווקא לגבי שאלת כפיפותם של בתי הדין הרבניים להלכה זו. לעומת זאת, אין הוא מוצא קושי באשר למרכיב אחר של הכלל של דינא דמלכותא דינא, והוא הדרישה שהנושא הנידון יהא נושא במישור של "תקנת הציבור", כמובן של "ענייניו של הציבור" . בנקודה זו מובעת גישתו הפרגמטית של הרב דיכובסקי למערכת היחסים בין הערכאות . "ענייניו של הציבור" קיים כאן לדידו באשר הנושא מהווה מוקד למאבקי סמכויות המגיעים עד כדי יצירת "שנאה וקנאה" בין המערכות , וכל הסדר שעשוי להקחות מאבקים אלה, יש בו עניין לציבור.¹⁶²

158 ש' דיכובסקי "הלכת השיתוף – האם דינא דמלכותא?" *תחומין* יח 18, 31.

159 לעיל הערה 157.

160 דיכובסקי, לעיל הערה 157, בעמ' 28-29.

161 שם, בעמ' 21-22; 27-28.

162 כדאי להוסיף שלטיעון זה קדם הרעיון של ראיית הלכת השיתוף כשייכת לכאורה למישור תקנת הציבור , "בהיותה משווה בין בני הזוג ומיישמת באופן הרחב את 'וישלטו בנכסיהם שוה ב שוה', לא רק כמובן של איסור הברחה , אלא גם כמובן של בעלות , כפי שעולה מדברי המהרש"ם" (שם, בעמ' 26), אלא שהאדה להלכת השיתוף המשתמעת מדברים אלה משתנה מן הקצה אל הקצה , כפי שנראה מיד. מכל

מכל מקום, השימוש בכלל הדינא דמלכותא נדחה על ידו, כאמור, ומוסד האומדנא הועדף על פניו, וגם דרך יישומו של זה מגלה עניין רב. בתחילה, מועלית האפשרות שייטכן שהלכת השיתוף הופנמה, בדרך של אומדנא, להיות נורמה מקובלת ופנימית לדין הדתי עצמו. כך היה הדבר, אומר הרב דיכובסקי, אילו אכן היתה היא מביאה לעשיית צדק ואיזון בין בני הזוג. אלא שלא זו בלבד שאין היא מקדמת את הצדק, היא למעשה גורמת עוול לבעל, שהרי –

סיועה של האשה להחזקת הבית ולגידול הילדים משולם בחיוב המזונות – מדוע, בנוסף, יש צורך להעניק לה גם את מחצית הרכוש? הטענה כי האשה השתתפה יחד עם הבעל בצבירת הרכוש, ע"י דאגתה ומאמציה בבית פנימה אינה צודקת – הן משום שבתמורה לכך היא מקבלת מזונות, והן משום שבמקרים רבים אין יחס שווה בין המאמץ של האשה לבין הרכוש שנצבר.¹⁶³

אין כל ספק כי עמדתו הבסיסית של הרב דיכובסקי היא כי הרכוש שנצבר על ידי האיש במהלך החיים המשותפים אכן שייך לאיש בלבד, ואילו ביטחונה הכלכלי של האישה מובטח על ידי מערכת הזכויות והחובות ההדדיים הקבועה בהלכה.¹⁶⁴ לא כאן המקום לעמוד על תפיסת העולם העומדת ביסוד עמדה זו ולהתחקות אחר העקרונות המניעים אותה, והעומדים בניגוד מוחלט לתפיסה ולעקרונות המניעים את המשטר הרכושי הקבוע בדין הישראלי.¹⁶⁵ הדבר ראוי לדיון נרחב בפני עצמו. לענייננו, האומדנא שאותה מייחס הרב דיכובסקי להלכת השיתוף נובעת אפוא לא מטעמים של צדק, אלא פשוט מכיוון שזה הדין הנוהג במדינה והכול מודעים לו:

הייתי נוטה לומר, שממועד מתן פסק דין בבלי ואילך, יודע הבעל המצוי שאין עצה ואין תבונה ועליו לתת את מחצית רכושו לאשתו לאחר הגירושיין. מפסק דין זה ואילך נוצרה אפוא אומדנא ביחס לרכוש, שמחציתו שייכת לאשה. (ההדגשות שלי – רה"ק)¹⁶⁶

חשוב להבין, אם כן, כי השלמתו של הרב דיכובסקי עם החלת הלכת השיתוף, לפחות כפי שהיא מובעת במאמרו זה, נובעת בסופו של דבר מן ההבנה שאי-החלתה בבתי הדין

מקום, לגבי שאלת הקשר שבין הלכת השיתוף לתקנת הציבור, העדיף הרב דיכובסקי, שלא להישען על רעיון זה באופן בלעדי, מאחר שהוא עומד בסתירה להנחיות של הרב פיינשטיין, שראה ב"דינים שבין איש לאשתו, שג"כ אינו ענין מדיני ויכולה כל משפחה להתנהג כרצונה, שלא שייך זה למלך ולא לתקנת בני המדינה" (אגרות משה, חושן משפט, חלק ב, סימן סב). כדאי לשים לב להבחנה הקלסית בין הפרטי לציבורי, הבולטת בדבריו של הרב פיינשטיין. מעניין לציין, שלא כך הבין זאת הרב שרמן.

163 שם, בעמ' 29. ציטוט זה נותן הזדמנות טובה להדגים את התזוזה שנדמה שחלה בעמדתו של הרב דיכובסקי בהשוואה בין שני המאמרים שלעיל.

164 ראו: שולחן ערוך, אבן-העזר, סימן ט, סעיף א; וכן הרמב"ם, הלכות אישות, פרק יב, הלכה א.

165 ראו: הלפרין-קדרי, לעיל הערה 38.

166 דיכובסקי, לעיל הערה 157, בעמ' 29. ההדגשות הוספו למילים הממחישות את עמדתו הבסיסית של הרב דיכובסקי עצמו לגבי מה שראוי להיות המשטר הרכושי.

רות הלפרין-קדרי

הרבניים תוביל לנטילת הסמכות מידיהם לדון בנושא הרכוש.¹⁶⁷ מעניין לציין כי אם קודם לכן הובאה והובעה הדעה הרואה בנטילת הסמכות משום פגיעה שעצמתה פח וטה מן הפגיעה שנגרמה עקב הכפפת בתי הדין הרבניים לדין האזרחי, הרי בדברים אלו של הרב דיכובסקי מתגלית עמדה הפוכה, הרואה דווקא בנטילת הסמכות את הפגיעה הקשה יותר. מבלי משים, יש בדברים אלה גם אישוש לתזת אי-ההכרה שהוצעה כאן קודם לכן, שהרי ברור לרב דיכובסקי שאי-הכרה בהלכת השיתוף תוביל לשלילת הסמכות לדון ברכוש, שבכללים הקובעים את היקפו, ובמידה מסוימת אף את עצם קיומו, אין בית הדין מכיר. על רקע הדיון הזה מובנת יותר השאלה שהצבתי בפתחו: האומנם אין בית הדין מכיר באופן עקרוני בהלכת השיתוף? לכאורה, בשלב זה, על פני הדברים, וכל עוד הוויכוח הפנימי במערכת הדתית טרם הוכרע, לא ניתן לענות בחיוב לשאלה זו. עם זאת, אולי יש מקום לבחון כבר עתה מעט יותר לעומק את כוונתו המדויקת של הרב דיכובסקי בקראו להחיל את הלכת השיתוף, ולבדוק כיצד הוא אכן מיישמה בפועל. הפסיקה טרם זימנה די הזדמנויות ל עמוד על כך, אך לפחות פרשה אחת שנסתיימה זה לא כבר, עניין אליהו נ' בית הדין הרבני האזורי תל-אביב, מאפשרת התחלה של התייחסות.¹⁶⁸ בין יתר הטענות שהעלתה האישה בשלבים שונים בפרשה זו, הועלתה הטענה שבית הדין הרבני האזורי לא דן בתביעתה להצהיר על בעלותה במחצית דירת המגורים שהיתה רשומה רק על שם אישה, לפי "העילה האזרחית בדבר שיתוף נכסים בין בני זוג". משהגיע העניין לערעור בפני בית הדין הרבני הגדול, הגיש בפניו האישה ראיות שונות שהעידו על מקורות המימון של אותה דירה, שכולם מיוחסים לאיש, ומחציתם באה מפיצויים ששולמו לו בגין נזק גוף שנגרם לו בתאונת דרכים לפני הנישואין. החלטת בית הדין הרבני הגדול על דחיית הערעור ניתנה מפי הרב דיכובסקי. בהתייחסו לטיעון בדבר ההתעלמות מהלכת השיתוף האזרחית, כתב כך:

הוברר לביה"ד שהדירה נרכשה מדמי הפיצויים שקבל הבעל בגין תאונה שאירעה לו לפני הנישואין. נושא 'הלכת השיתוף' אינו שייך לכאן. לא יעלה על הדעת כי פיצויים על תאונה שאירעה לפני הנישואין, והכסף שולם לאחר מכן – יחשבו ככספים משותפים מכוח 'הלכת השיתוף'. זהו אבסורד משפטי מוחלט, ובטוחני שגם בתי

167 יש להדגיש כי במאמרו השני, שנכתב בעקבות ביקורתו של הרב שרמן על מאמרו המוקדם (לעיל הערה 157), מוצגת עמדה אוהדת יותר להלכת השיתוף, שקרובה אף לראות בה הלכה צודקת ונכונה.

168 ראו לעיל הערות 151, 157 והטקסט הסמוך להן. הסכסוך בין בני הזוג אליהו היה חובק כול, ו"בקעת המריבה אשר נפערה [ביניהם] קיפלה בתוכה כמעט את כל העניינים שבני זוג עשויים להתכתש אודותם..." (פסקה 2 לפסק דינו של השופט זמיר, שם). עניינה של העתירה הספציפית היה דירת המגורים של בני הזוג, שנרכשה בשנת 1963, ארבע שנים לאחר נישואיהם, והיתה רשומה כולה על שם האישה. תביעת האישה למחצית הדירה נדחתה בבתי הדין הרבניים. לאחר מסכת מפותלת של ניסיונות לתקוף את החלטת בית הדין הרבני ב"תקיפה עקיפה" בבית המשפט המחוזי, ולאחר ניסיון ערעור נוסף בבית הדין הרבני הגדול, הגיע מאבקה של האישה לעתירה בפני בג"ץ. טענותיה של האישה כנגד פסק הדין הרבני התייחסו להרכב בלתי חוקי של בית הדין (ההרכב שהיה חתום על פסק הדין לא היה זהה להרכב ששמע את טיעוני הצדדים); לחוסר סמכות בית הדין לדון בנושא הרכוש עקב אי-כנות כריכתו בתביעת הגירושין שהגיש האישה; ולאי-התייחסות בית הדין לעילה האזרחית בדבר שיתוף נכסים בין בני זוג. העתירה התקבלה על בסיס הטענה הראשונה בדבר ההרכב הבלתי חוקי, ויתר הטענות נותרו ללא הכרעה.

המשפט לא יסייעו לעשות עושר ולא במשפט. יש בהחלט גם לומר ש'הלכת השיתוף' לא תחול על פיצויי תאונה, גם אם ארעה לאחר הנישואין, כי מה לבן הזוג השני לקבל נתח מכאביו וסבלו של בן הזוג השני. בודאי ובודאי, אין להעניק לבן הזוג השני חלק בפיצויים שקבל בן הזוג האחר בגין תאונה שלפני הנישואין. ביה"ד הגיע למסקנה שהאשה לא השקיעה כלל בדירה, ובנסיבות אלה צדק ביה"ד בפסק דינו.¹⁶⁹

השופט זמיר, שסקר בפסק דינו בעניין אליהו את השתלשלות העניינים הקודמת כולה, העיר על כך כי "נמצא, איפוא, לפי דברי בית הדין הגדול, כי ההחלטה שלא להכיר בזכויות העותרת בדירה אינה מתעלמת מהלכת השיתוף האזרחית. נהפוך הוא: ההחלטה נותנת דעתה גם להלכה זאת, וקובעת כי בנסיבות המיוחדות של המקרה אין בכוחה להקנות לעותרת זכויות בדירה".¹⁷⁰ מאחר שהעתירה כולה נתקבלה על יסוד נימוק אחר, השאיר הוא בסופו של דבר את הטענה בדבר ההתעלמות מהלכת השיתוף ללא הכרעה. לעומת זאת, השופט אריאל, ובעיקר השופט בייניש, מצאו לנכון להעיר לגופו של עניין על דרך יישומה של הלכת השיתוף בידי בית הדין הרבני הגדול. השופט אריאל תיאר זאת כדברים שנאמרו "כדי לצאת ידי חובת הלכת בבלי... [ה]מבוססים על טענות ולא על עובדות".¹⁷¹ השופט בייניש הלכה מעבר לביקורת העובדתית – הראייתית, ופירטה מספר נקודות מהותיות הקשורות ליישום הלכת השיתוף בנסיבות כאלה: מדובר ב"דירת מגורים שנרכשה בעת שבני הזוג היו כבר נשואים ארבע שנים. היו אלה נישואין ראשונים לשני בני הזוג. הדירה שימשה למגוריהם יחדיו במשך כ-20 שנה, ובה גדלו שלושת ילדיהם המשותפים... השאלה שתת עורר תהיה האם יש במקורות המימון ששימשו לרכישת הדירה וכן ביתר הנסיבות – אשר טיבם טרם הוברר – כדי לסתור את הלכת השיתוף".¹⁷²

בדבריה אלו רומזת השופטת בייניש, כי הדרך שבה יושמה לכאורה הלכת השיתוף במקרה זה על ידי בית הדין הרבני רחוקה מאוד מן הדרך שבה היתה מיושמת בידי בית המשפט האזרחי, ולמעשה נהג כאן בית הדין שלא בהתאם לכללי הלכת השיתוף כפי שפותחו בפסיקה.¹⁷³ השאלה המרכזית שמתעוררת כאן קשורה כמובן לדרך ההתייחסות הראויה מצד בג"ץ אם וכאשר יחזור אליו עניין זה, או אחר כמותו:¹⁷⁴ האם יתערב בהחלטה בית הדין או ישאירה על כנה? ואם יתערב, היעשה כן על שום "טעות" שייחס לבית הדין ביישום הדין האזרחי, או שמא יראה בהזכרתו את הלכת השיתוף משום מס שפתיים בלבד, ויראה בהחלטה כולה התעלמות נמשכת מן הדין האזרחי ומהלכת השיתוף? ואם ישאירה על כנה, האומנם יוכל לראות בה פרשנות לגיטימית ויישום הוגן של הלכת השיתוף? האם לא

169 כפי שצוטט בבג"ץ אליהו, לעיל הערה 151, בפסקה 6 לפסק דינו של השופט זמיר.

170 ש.ש. ש.ש.

171 ש.ש. פסקה 3 לפסק דינו של השופט אריאל.

172 ש.ש. פסקה 3 לפסק דינה של השופטת בייניש.

173 הכוונה, בין היתר, לכללים העוסקים בדירת המגורים כנכס מיוחד, ולכללים העוסקים בנושא התחלוף

הכספי. לעניין זה ראו: ע"א 234/80 גדסי נ' גדסי, פ"ד לו (2) 645, 648-650; ע"א 44/84 גלבוני נ'

גלבוני, פ"ד מא (1) 174, 180; ע"א 686/85 מערבי נ' מערבי, פ"ד מ (2) 631, 634; ע"א 806/93 הדדי נ'

הדדי, לעיל הערה 93; ע"א 1918/92 פרבר נ' פרבר, פ"ד מח (4) 540.

174 להתרחשויות עתידיות מעין אלה, ראו: הלפרין-קדרי, לעיל הערה 3, הערות שוליים 44-87.

רות הלפרין-קדרי

יפתח בכך פתח לעקיפת הלכת השיתוף כולה ולריקונה כליל מתוכן? שאלות אלה מקבלות משנה תוקף בייחוד על רקע הממד האידאולוגי שמשקף בכתיבתו של הרב דיכובסקי, ושהובא בקצרה קודם לכן. דומה כי תפיסת עולם מוצקה הרואה בהלכת השיתוף יצירה משפטית הגורמת לעוול ולאי-צדק, קשה שתוליך ליישום "אמתי" שלה, וקרוב יותר להניח שעקיפתה, ולא אכיפתה, היא שתנחה את העשייה השיפוטית הנשענת על תפיסת עולם כזו. לענייננו, יותר מאשר התהייה על התערבות או אי-התערבות עתידית מצד בג"ץ בפרשייה זו או אחרת, חשובה יותר המסקנה הערכית שניתן לגזור מן הדיון הזה בהקשר לשאלת עצם ההכרה העקרונית בהלכת השיתוף. נראה לי כי פרשת אליהו והשאלות שנותרו בסופה, על רקע הדיון הקודם בהתייחסותו של הרב דיכובסקי להלכת השיתוף, מוליכה למסקנה אחת בלבד: גם אם העמדה ההלכתית המיוצגת על ידי הרב דיכובסקי מאפשרת, באופן טכני ופורמלי, להחיל את הלכת השיתוף באמצעות כלים הלכתיים, עדיין אין בכך משום הכרה מושגית-מהותית בהלכת השיתוף גופה. בהשאלה, ניתן לחזור ולומר שההחלה הפורמלית נעשית "שלא לשמה", בעוד הכרה של ממש דורשת שהדבר יעשה "לשמה". בהקשר הזה, הניתן לצפות ש"מתוך שלא לשמה" – יבוא לשמה? המעניין הוא, כפי שכבר צוין כאן, כי ניתן לראות שינוי מסוים בגישתו של הרב דיכובסקי כלפי הלכת השיתוף במאמרו המאוחר יותר. בזהירות רבה אומר, כי הרושם שנוצר הוא הביקורת החריפה שהובעה נגדו, אשר נבעה לעתים אף מאי-הבנה מלאה של דבריו,¹⁷⁵ והיא שגרמה לו לנטות לכיוון אוהד יותר להלכת השיתוף, עד כדי השמעת ביטויי תמיכה בעקרון השיתוף אף מלכתחילה.¹⁷⁶ האם יש בכך כדי לשנות את המסקנה בדבר אי-ההכרה המושגית בהלכת השיתוף? ייתכן, אך הדבר דורש כמובן גם ביטוי יישומי בפסיקה עצמה. ואחרי הכול, בל נשכח כי על אף מעמדו המרכזי של הרב דיכובסקי, עמדתו בסוגיה זו היא עמדה חריגה ביותר בקרב דייני הדין הרבניים. לאמתו של דבר, מאמריו של הרב שרמן הם המשקפים בצורה נאמנה יותר את הדעה המקובלת, ולגביהם אין כל מקום לספק לגבי תקפות המסקנה שהובאה לעיל בדבר אי-ההכרה המושגית בהלכת השיתוף, כפי שניכר היטב מן הדברים הבאים:

...בתיקים של תביעות לחלוקת רכוש בין בני זוג...יש סתירה מהותית בין דיני התורה לבין הלכת השיתוף, ובית דין שיקבל על עצמו, אפילו בהסכמת הצדדים, לדון ע"פ הלכת השיתוף, קיבל על עצמו לדון בניגוד למשפטי התורה ולהלכה. הצדדים אסור להם לקבל זאת על עצמם, ולבית הדין אסור לקבל זאת על עצמו. ...הלכת השיתוף, חוקים בדבר איזון המשאבים בין בני זוג ויצירת "השויון" בין המינים, אינם יכולים להתקבל כחקיקה שנועדה לתקנת הציבור ולטובת התא הבסיסי של החברה – המשפחה. תהליך התהוותם וחקיקתם התפתח בצורה מעוותת. כאשר עומדים במרכז האינטרסים של האשה וזכויותיה, אי אפשר לבנות מערכת חוקים הבאה לבנות את שלמות החיים המשותפים של האיש והאשה וילדיהם כיחידה הרמונית אחת. אם טובת התא המשפחתי עומדת לנגד עינינו, איננו יכולים להסתמך

175 ראו: שרמן (תחומין יט), לעיל הערה 157, בעמ' 209 – הרי גם הרב דיכובסקי אמר שאין בשטר התנאים הענקת בעלות שווה בנכסים!

176 ראו: דיכובסקי (תחומין יט), לעיל הערה 157, בעמ' 217.

על אומדנא שקיימת הסכמה מכללא בין הצדדים הבונים את התא, שבבסיסה עומדת רק טובתה של האשה.¹⁷⁷

במילים אחרות, במסגרת הכללית של "תזת אי-ההכרה" שפותחה כאן, נראה שיש למקם את הלכת השיתוף, למרות הכול, בין המוסדות והמערכות שבית הדין שולל את קיומם מעיקרא.¹⁷⁸ התוצאה תהיה היעדר כל סמכות לבית הדין הרבני לדון בענייני הרכוש, בין שמדובר בזוג שנישא לפני ינואר 1974 (מועד תחולתו של חוק יחסי ממון בין בני זוג, התשל"ג-1973) ובין שלאחר מכן. הסיבה להיעדר ההבחנה כפולה: ראשית, אם מבקשים להישאר במסגרת הפורמלית של הלכת השיתוף והרכוש הכפוף לה בלבד, לא ברור כלל שרכוש של בני זוג שנישאו לאחר ינואר 1974 איננו כפוף לה.¹⁷⁹ אך יותר מכך, אי-ההכרה המיוחסת כאן לבית הדין הרבני איננה ממוקדת במסגרת הפורמלית דווקא של הלכת השיתוף עצמה, אלא בבסיסה האידאולוגי, הנטוע בתפיסה ערכית-חברתית מאוד מסוימת של שוויון ושל צדק בין בני הזוג, תפיסה שנוסחה באופן התמציתי ביו תר במטבע הלשון "equality is equity", ושעליה נשען גם בית המשפט העליון בפתחו את הלכת השיתוף, וגם המחוקק בקרקו את חוק יחסי ממון בין בני זוג. כפי שהראיתי, האידאולוגיה הבסיסית המנחה את בית הדין הרבני מנוגדת לכך. לכן למעשה אין משמעות לשאלת הרכוש הפורמלי המדויק שאותה תפיסה חברתית עוטה. שלילתה המוחלטת של אותה תפיסה חברתית שמיתרגמת לעיקרון של שיתוף נכסים (מבלי להיכנס לכלליו ולדקדוקיו), משמעותה היא אי-הכרה עקרונית במערכת של שיתוף בנכסים, והיא מביאה לכך שכל נושא רכוש בני הזוג, על מערכת הערכים המסדירה אותו, מצוי מחוץ לתחומו של בית הדין הרבני.¹⁸⁰ בכך מתאפשר, אם כן, לפחות מבחינה רעיונית, יישומה של תזת אי-ההכרה גם על נושא חלוקת הרכוש. ראשיתה של תזת אי-ההכרה בנושא הידועים בציבור, האבהות האזרחית והמזונות האזרחיים; המשכה כפי שראינו הוא בתחום רכוש בני הזוג; וסופה – מי ישורנו?

177 שרמן (תחומין יט), לעיל הערה 157, בעמ' 213, 215-216.

178 על מנת להסיר ספק, אין להבין מדבריי כלל, כי הלכת השיתוף נוגדת את ההלכה. ההפך הוא הנכון. כל נשכה כי תחילת פיתוחה של הלכת השיתוף בבית המשפט העליון נעשתה בידי אותם השופטים האמונים על שמירת ההלכה, במסגרת ההלכה עצמה, בעת שנושא רכוש בני הזוג נחשב עדיין כחלק מ"ענייני נישואין", ולפיכך נשלט על ידי הדין הדתי. ראו, למשל: א' מעוז "מקומו של המשפט העברי במדינת ישראל" הפרקליט מ' 53-66 (תשנ"א). כל שאני טוענת כאן הוא כי העמדה המשתקפת מבית הדין הרבני, על ולמרות הוויכוח הפנימי שבקרב, היא עמדה שאיננה מכירה בהלכת השיתוף באופן מושגי-מהותי (להוציא אפשרות של התנאה מפורשת של בני הזוג המסכימים ביניהם על שיתוף מלא ברכוש. מובן שאין בכך כדי להביא להכרה מושגית בהלכת השיתוף, שכל כולה נועדה לקבוע את השיתוף המלא כנורמה כללית ובלתי מותנית בהסכמה מפורשת של בני הזוג).

179 קיימת אפשרות שהלכת השיתוף מוסיפה לחול במקביל להסדר איזון המשאבים הקבוע בחוק לגבי זוגות שנישאו לאחר תחילתו. ראו פרשת יעקובי וקנובלד, לעיל הערה 99; וכן שיפמן, לעיל הערה 101. פסק דינה של השופטת דורנר בפסק דין נפייסי, לעיל הערה 96, מחזק את רעיון התחולה הסימולטנית.

180 הסייג היחיד האפשרי לכך, הדורש דיון בפני עצמו, הוא מצב שבו בני הזוג עצמם מסכימים לשליטת הדין הדתי על ענייניהם הרכושיים. בין יתר השאלות שמצב כזה מעורר, יש לדון בשאלת עצם האפשרות להקנות סמכות בהסכמה (להבדיל מאשר באמצעות כריכה) לבית הדין הרבני לדון בענייני רכוש, אשר אינם באים עוד בגדר "ענייני המעמד האישי". השאלה, כאמור, דורשת דיון נוסף. בין היתר, ראו על כך את עניין סימה לוי, לעיל הערה 13.

רות הלפרין-קדרי

ובמילים אחרות – האם קיימת לתזת אי-ההכרה משמעות כלשהי גם לגבי שאלת השאלות , קרי, יצירתה השיפוטית של מערכת נישואין וגירושין אזרחיים בישראל עצמה? קצרה היריעה כאן מלדון בשאלה זו לעומק , אך פטור בלא כלום אי-אפשר, ולכן רק אביא מספר הערות וכיווני מחשבה.

קודם לכן, ראוי להסב את תשומת הלב להתבטאות רבת חשיבות של הנשיא ברק בשאלה זו, בהרצאת הפתיחה לכנס שבמסגרתו יוצא לאור הגיליון הזה.¹⁸¹ בבואו לדון בהתפתחויות הצפויות בתחום דיני המשפחה בישראל ביובל הבא , הביע הנשיא ברק את דעתו כי במוקדם או במאוחר יונהגו נישואין אזרחיים בישראל . בכך כמובן אין כל חידוש . החידוש הוא בהמשך דבריו, ולפיהם אם לא יעשה זאת המחוקק , יעשו זאת בתי המשפט עצמם . מובן שאין לייחס משמעות רבה מדיי לדברים הנאמרים בהרצאה , אך גם אין לבטלם כליל , שהרי לא היו נאמרים לולא קדמו להם מחשבה ותכנון מוקדם . מכל מקום, דברים אלה מחזקים את השאלה הבסיסית של היתכנות יצירתה של מערכת נישואין וגירושין אזרחיים בישראל באמצעות בתי המשפט. בעת בחינה עמוקה של שאלה זו – שלא תיעשה במאמר הזה – יהיה צורך להתייחס, בין היתר, לנקודות הבאות.

בהקשר של נישואין וגירושין קיימים דברי חקיקה מפורשים שנראים , על פניהם , כחוסמים את האפשרות הזאת.¹⁸² המרכזי שבהם הוא כמובן חוק שיפוט בתי-דין רבניים, התשי"ג-1953, המעניק סמכות ייחודית לבתי הדין הרבניים לדון בענייני נישואין וגירושין של יהודים בישראל , וקובע כי דרך הנישואין והגירושין היחידה העומדת בפני יהודים בישראל היא לפי דין תורה.¹⁸³ הניתן להתגבר על מחסום זה באמצעות תזת אי-ההכרה? הניתן לטעון שאי-ההכרה מצד בית הדין הרבני בנישואין אזרחיים שוללת ממנו את הסמכות לדון בהם, ואף לגרוס, כפי שנעשה בפרשת פלונית, כי הנישואין והגירושין האמורים בסעיף 1 לחוק השיפוט, משמעם רק נישואין וגירושין כדת משה וישראל , כך שבשום אופן אין מוענקת לבית הדין סמכות ייחודית לדון בנישואין שאין הוא מכיר בהם כלל? הניתן לנקוט דרך דומה גם באשר להוראה המהותית שבסעיף 2, ולפרשה באופן טאוטולוגי, כך שלא תהא בה כל מניעה לעריכת נישואין וגירושין בין יהודים שלא לפי דין תורה?¹⁸⁴ וגם אם ייחצו כל המחסומים ותאומץ גישה רדיקלית כזו, העומדת כמובן בניגוד גמור לריסון שנקטה הפסיקה עד כה לגבי סוגיה זו , כיצד ייקבעו ויונהגו בפועל דרכי הנישואין החלופיות? האם בית המשפט הוא זה שיוורה את הדרך המעשית , או שמא יאמץ דרכים קיימות , כגון "נישואי חוזה" או נישואין לפי הזרמים החלופיים ביהדות , ויורה לתת להן תוקף פורמלי באמצעות

181 א' ברק "המשפט בישראל ביובל הבא", הרצאה במסגרת הכנס "המשפט ביובל הבא", ניתנה באוניברסיטת בר-אילן ב-3.1.99.

182 חקיקה זו באה לידי ביטוי בפסיקה, אשר סירבה ליטול על עצמה תפקיד של יצירת נישואים אזרחיים בישראל. בין היתר, ראו: ע"א 450/70 דוגוזינסקי נ' מ"י, פ"ד (1) 129; ע"א 373/72 טפר נ' מ"י, פ"ד כח(2) 7; בג"ץ 51/80 כהן נ' ביה"ד הרבני האזורי, פ"ד לה (2) 8; בג"ץ 47/82 קרן התנועה ליהדות מתקדמת בישראל נ' שר הדתות, פ"ד מג(2) 661; בג"ץ 4058/95 בן מנשה נ' שר הדתות, תק-על 97(3) 167.

183 סעיף 1 הדין בסמכות, וסעיף 2 הדין במהות.

184 יש לשים לב, כי החריגה מדין התורה אינה מוגבלת לנישואין אזרחיים, אלא גם לנישואין דתיים לא-אורתודוקסיים.

רישום במרשם האוכלוסין? וגם אם תימצא הדרך להנהגת הנישואין שלא לפי דין תורה, מה באשר להנהגת הגירושין, המהווים כמובן פעולה שיפוטית מובהקת? על פי איזה דין יוכל בית המשפט האזרחי לפסוק בשאלות של גירושין? האומנם דרכו של השופט אליגון שנידונה לעיל (בהקשר של החוק הקיים בעניין זוגות מעורבים, כזכור) היא הפתרון הראוי? השאלות הן כמובן רבות מספור, והנושא טעון ליבון ומעמיק הרבה מעבר למה שהועלה כאן. עם זאת, דומני שזה הנושא המתבקש בהמשכה של התזה שהועל תה במאמר זה, בייחוד לאור הערתו של הנשיא ברק.

ו. הערת אזהרה

אם הניתוח שהובא בחיבור זה נכון, אנו צפויים לגיבושה המלא של מערכת מושלמת של דיני משפחה אזרחיים. מה יהא תוכנה של מערכת זו? מן האמור עד כה מסתמן תוכן בעל אפיון ברור מאוד של נורמות של עקרונות – על ואמות מידה: כבוד האדם, צדק, שוויון, משפט הטבע, הוגנות והגינות, וכן יסוד של כוונה. לכך מתייחסות הערות האזהרה שמבקשת אני להעיר בסיום דבריי.

ראשית, המערכת המסתמנת חסרה כמעט תוכן של נורמות מסוג כללים. כבר עמדתי על כך שהשימוש בשיח הערכי והמופשט הוא הכרחי לצורך גיבוש השלב השלישי במערכת היחסים בין המערכות שתואר כאן. ואולם המחיר של המהלך הזה גבוה מאוד. אין כל צורך להכביר במילים על כך שמצב שבו מערכת נורמטיבית חסרה כמעט כללים ונשענת כולה על נורמות מסוג של עקרונות ואמות מידה הנו מצב בלתי מספק לחלוטין. זו מערכת החסרה כל ממד של יציבות ועקביות, הנחוצים כל כך דווקא בתחום הרגיש במיוחד של מערכות יחסים זוגיות ומשפחתיות. זו מערכת שאינה מאפשרת כל חיזוי ותכנון מהלכים, ואלו הן רק שתי דוגמאות לבעייתיות הרבה הקיימת במצב כזה. שנית, מעבר לקושי המעשי, קיימת כאן בעיה ברובד עמוק הרבה יו תר: הרושם הוא שנוצר כאן ויתור מצד המערכת האזרחית, לפחות בינתיים, על פיתוח מערכת נורמטיבית המיוחדת לדיני משפחה והמושגת על מסד תאורטי עמוק ועקבי.¹⁸⁵ הסיבה לויתור הביניים כפולה: בראש ובראשונה פועלת כאן העמימות שנגרמת מהסתמכות היתר על עקרונות – העל ואמות המידה ה ערטילאיים; ופועל כאן גם הצורך להתמקד בהדמיית מערכת המשפחה למערכת חוזית. כאן מגיעה הערת האזהרה השלישית: יש לזכור כי הפנייה לממד החוזי איננה רק תוצאה והשלכה של "התאזרחות" דיני המשפחה, אלא היא שימשה גם מכשיר חשוב ביצירת אותו תהליך "התאזרחות", שהרי ההתחמקות מתחולת הדין הדתי נעשתה בין היתר באמצעות הדגשת הממד החוזי והאזרחי. חשוב לזכור זאת, שכן בכך מובהר המקום המרכזי שהכלי החוזי תופס במערכת היחסים הזאת, אלא מקום מרכזי זה טומן בחובו קושי אדיר. יש סכנה גדולה בהישענות יתר על הכלי החוזי. הכלי החוזי הוא ליברלי במהותו, והוא יוצא מתוך הנחות בסיסיות של בחירה חופשית, אוטונומיה, כוח מיקוח פחות או יותר שווה בין הצדדים, יכולת רציונליזציה שווה, ועוד הנחות מהנחות שונות, שהמשותף לכולן הוא המרחק הרב ביניהן לבין המציאות של הזוגיות והמשפחה. כבר קיימת ספרות ענפה המצביעה על אי ההתאמה בין השיח החוזי

185 לניסיון ראשוני להתמודד עם השאלות הללו, ראו: ליפשיץ, לעיל הערה 6.

רות הלפרין-קדרי

לבין המציאות החברתית של קשר זוגי ומשפחתי.¹⁸⁶ אי-ההתאמה מתחדדת בייחוד כאשר המסגרת המשפטית העוטפת את המציאות החברתית מושתתת על עקרונות פטריארכליים בלתי שוויוניים בעליל, שסותרים את כל הנחות היסוד של הליברליזם וההתייחסות אל גורם הכוונה במסגרתו.

כדי להמחיש את הדברים, מובא כאן לסיום פסק הדין בעניין פגס, שהוא אנטייתי לכל הפסיקה שנסקרה עד כה במאמר זה, וגם הוא פסק דין של השופט שמגר, שלא פורסם.¹⁸⁷ על אף היותו קיצוני בנסיבותיו, הוא משקף ומדגים, יותר מכל פסק דין אחר, את העיוות הקשה שנוצר בגלל אי-ההתאמה בין השיח החוזי הפשטני לבין המערכת הזוגית המורכבת, בייחוד על רקע דיני הגירושין האי-שוויוניים לפי ההלכה.

בפרשה זו נידונו טענותיה של האישה כנגד תוקפו של הסכם הגירושין שנערך בינה לבין אישה. בני הזוג היו נשואים חמש עשרה שנים, שבמהלכם סבלה האישה מאלימות מצד אישה (כפי שאושר אף בראיות שהובאו לפני בית המשפט). בהסכם הגירושין נקבע תחילה כי כל הרכוש המשותף, וכן גם החזקת הילדים (שלושה במספר) יהיו לאיש. שופט בית המשפט המחוזי סירב לאשר את החלק שעסק בהחזקת הילדים, ובעקבות תסקיר פקיד סעד נערך הסכם שני, המעניק את החזקת הילדים לאישה, בתוספת סכום מזונות זעום.¹⁸⁸ שאר החלקים אושרו מיד. השופט שמגר סירב לקבוע כי ההסכם בטל בעילות כפייה ועושה, וזאת למרות הסכמתו עם קביעת בית המשפט המחוזי כי תנאי ההסכם גרועים במידה בלתי סבירה מן המקובל, ועל אף עדות האישה בדבר היותה נתונה במצב של פחד וחוסר אונים עקב התפרצויותיו האלימות של האיש. דחייתו את בקשת האישה מאלפת:

המערערת לא אמרה לשופט מאומה, במישרין או ברמז, ממנו יכול היה להסיק שהיא איננה שלמה עם ההסכם...

לדעת השופט שמגר, קשה לקבל טענת כפייה כאשר מדובר בחוזה שאושר לפי חוק יחסי ממון בין בני זוג, שהרי –

אישור כאמור לא ניתן על ידי בית משפט אלא לאחר שנוכח לדעת שההסכם נעשה בהסכמה חופשית בין בני הזוג... חזקה על השופט שדיבר עם בני הזוג לפני שכתב דברים אלה...

186 ראו, למשל: S.M. Okin *Justice, Gender and the Family* (New York 1989) 120-124; M.M. Schultz "Contractual Ordering of Marriage: A New Model for State Policy" 70 *Cal. L. Rev.* (1982) 204; C.E. Schneider & M.F. Brinig *An Invitation to Family Law* (1996) 355-398. לביקורת הנרחבת המתהווה בשנים האחרונות בעולם המערבי כלפי החדרת הערכים הליברליים-החוזיים לתחום דיני המשפחה, ולהשלכות שונות של הביקורת במישור המשפטי, ראו: ליפשיץ, לעיל הערה 6, פרק ג, סעיפים 1-2; להשפעות מסוימות של צורת חשיבה זו על דיני המשפחה הישראליים, ראו שם, בפרק ג, סעיף 3.

187 ע"א 5490/92 פגס נ' פגס (פסק דין מיום 29.12.94), תק-על 94(4), 516. 188 כמוכר בפסק הדין, ההסכם השני הרע את מצב האישה, שאמנם זכתה במשמורת הילדים, "אולם היא התחייבה לשכור דירה לה ולילדים, כאשר דמי המזונות של הילדים הכוללים גם מדור, צנועים למדי. לאשה לא היו מקורות כספיים או משאבים כלכליים אחרים, פרט לרכוש המשותף עליו וויתרה" (פסקה 7 לפסק הדין של השופט שמגר).

הדברים התמוהים מכול נאמרו בהמשך:

המצב הקיצוני של מצוקה [לעניין עושק] שהחוק דן בו מתייחס על פי מוב נו והקשרו לחוסר אונים הנובע משקיעה כלכלית או אישית קשה וחמורה. הנטייה של בית המשפט תהיה בדרך כלל לכבד את הרצון המוצהר של הצדדים לחוזה, ודבר זה נכון לגבי חוזים מסחריים וגם לגבי הסכמי גירושין. באלה האחרונים, יש לא אחת תנאים המושפעים מן הרצון לקדם ולהקדים את הפרידה והניתוק בין בני הזוג. על כן, יתכן כי צד לחוזה יסכים לתנאים שהם מבחינה אובייקטיבית גרועים אך מחישים את הגירושין, עניין החשוב לו אותה שעה יותר מכל דבר אחר. ...יש גם אינטרס ציבורי בקיומם של חוזים וביציבותן של התקשרויות, וההתערבות של הערכאה השיפוטית צריכה להיות מופנית לאותם מקרים בהם מתווספות על שיקולי הכדאיות גם נסיבות אישיות קשות היוצרות מצב של היעדר ברירה, ואינן מותרות חלופה סבירה למי שנדחק לפינה שאין מוצא ממנה. המצב האמור של היעדר מוצא הוא שמהווה אחת מהמרכיבים המעניקים לניצול של העשוק את הסממן הבלתי מוסרי.¹⁸⁹

עצימת העיניים כלפי מצוקת האישה במקרה זה, שאין מובהקת ממנה להדגמת חוסר האונים הנדרש לשם מילוי יסודות עילת העושק, והאטימות כלפי היעדר המוצא שבו היתה מצויה, שאין מובהק ממנו להדגמת מצבים של חוסר ברירה אמיתית, זועקים לשמים. מובן מאליו כי פסק הדין מזמין ביקורת מכיוונים רבים.¹⁹⁰ בחרתי להביאו כאן רק כדי להמחיש את הסכנה שבהישענות פשטנית על מערכת דיני החוזים, תוך התעלמות מוחלטת מאי ההתאמה שבין התנאים הבסיסיים להפעלתה לבין התנאים השוררים בין בני זוג בנישואין ובגירושין. אין בכך כדי לצאת באופן גורף נגד השימוש בכלים חוזיים בהקשר של סכסוכים בין בני זוג. ההפך הוא הנכון. הפוטנציאל החוזי, בהקשרים מסוימים, הוא רב.¹⁹¹ הערת האזהרה בהקשר זה באה על מנת להתרות בפני שימוש יתר בשיח החוזי מבלי ליצור בו כל התאמות להקשר הזוגי הייחודי, בייחוד במסגרת הנשלטת בבסיסה על ידי דין דתי בלתי שוויוני. מאחר שסממנים לשימוש יתר בשיח החוזי קיימים כבר למכביר, כפי שהראיתי לאורך המאמר כולו,¹⁹² אין לבטל את החשש המגולם בביקורתי על פסק דין פגס, מפני יצירת עיוותים עקב אי-יצירת התאמה בין-מערכתית.

189 אף על פי שאין השופט שמגר מזכירו, ניתן בהחלט לדאוג בפסק דין זה את המשכו של פסק הדין

בפרשת ע"א 162/72 אמזלג נ' אמזלג, פ"ד כז(1) 582.

190 לניתוח פרשת פגס כמשקפת נטייה ליברטריאנית חוזית קיצונית במשפט הישראלי, ראו: ליפשיץ, לעיל

הערה 6, בטקסט המתייחס להערות 217-228.

191 וכך פרופסור מרגרט רדין מציגה את הדילמה הזאת במסגרת דילמות נוספות שאותן היא מכנה

"the double bind" כך: "The idea of contractual autonomy may be more attractive in our nonideal world if the alternative is to be submerged in a status that gives all power to men. Yet the autonomy may be illusory because oppression makes equal bargaining power impossible..." M.R. Radin "The Pragmatist and the Feminist" 63 *South. Cal. L. Rev.* (1990) 1699.

192 ראו למשל טקסט סמוך להערות 62-64 ולהערות 93-95.