

## הרחקה מן הבית, הפרדה ומזונות – הצורך בגישה חדשה

מאת: פרופ' אריאל רוזן-צבי

- א. מבוא
- ב. עקרונות יסוד ואינטרסים מוגנים
  1. כללי
  2. שלום בית
  3. חובת הכיבוד ההדדי בין בני הזוג
    - (א) כללי
    - (ב) מרות הבעל וחובת האשה
    - (ג) חובת הבעל כלפי האשה
      - (1) כללי
      - (2) סובלנות: איסור אלימות וענישה גופנית
- ג. ההתמודדות המשפטית – בית הדין הרבני
  1. מבוא
  2. צוי הרחקה והפרדה
    - (א) כללי
    - (ב) הסמכות: עניני נישואין ומזונות
    - (ג) צוי הפרדה והרחקה הלכה למעשה
  3. התרת קשר הנישואין
  4. זכות המזונות ללא חובה קורלטיבית
    - (א) כללי
    - (ב) נטל הראיות
    - (ג) יעילות ההסדר וזמינותו
  5. ההסדר בראי ההלכה
  6. ההסדר בראי המציאות הישראלית
- ד. ההתמודדות המשפטית – בתי המשפט
  1. מבוא
  2. זכות המזונות ללא חובה קורלטיבית
    - (א) גישה עצמאית של המשפט האזרחי כלפי הדין הדתי
      - (1) עיקרים
      - (2) האשה העובדת: הסדר מיוחד
        - I. הכרעה אגבית
        - II. החשש מפני גט מעושה
    3. צוי הפרדה או הרחקה מן הבית
      - (א) מבוא
      - (ב) ניתוח עיקרי ההסדר, אופיו ומטרתו – הגישה השיפוטית המצמצמת
      - (ג) הערכת ההסדר וביקורתו: לקראת גישה חדשה
        - (1) הצורך בגישה אינטגרטיבית
          - I. סמכות ופרשנות: ההיבט הפורמלי והמהותי
          - II. ההליכים במשפחה: כלים שלובים
          - III. בית המשפט האזרחי בישראל כבית-משפט למשפחה
          - IV. היחס בדין העברי בין אמצעים לתכלית
          - V. הגישה האינטגרטיבית בבית-משפט למשפחה

- VI. הבחינה המעשית: חוסר אפשרות האכחנה
- VII. השפעת ההכרעה השיפוטית על יחסי הכוחות במשפחה ועל התנהגות בני הזוג
- VIII. מלאכותיות האכחנה בין אמצעים למטרה
- (2) הצורך בסגירת פערים
  - I. המשפט הישראלי וצרכיו בתחום דיני המשפחה
    - כללי
    - הפער בין הנורמה הדתית למציאות
    - מעמד האשה וכח המיקוח היחסי שלה
    - הקושי להנשא
    - הקושי להתיר את הנישואין ותוצאותיו
  - II. סגירת פערים
    - בעולם
    - בישראל

ה. סיכום: בין הכסאות

#### א. מבוא

האלימות במשפחה היא בעיה אישית, פסיכולוגית, חינוכית, חברתית ומשפטית גם יחד. מרכז הכובד של הטיפול בבעיה זו נופל על אנשי מקצוע בתחום האישי והחברתי, פסיכולוגים, יועצי נישואין, עובדים סוציאליים, סוציולוגים ועוד. אולם, כידוע, שום דבר אנושי אינו זר לו למשפט. הדברים קשורים הן לתחום הפלילי והן לתחום האזרחי. הזיקה המשפטית לבעית האלימות במשפחה היא בכמה רמות של טיפול ובמספר מישורים. בתחום האכיפה, המניעה וההרתעה, על-ידי המשטרה והפרקליטות. בתחום הענישה על-ידי בתי המשפט. בתחום המשפחה על-ידי מערכת דינים יעילה ומרתיעה ועל-ידי מערכת שיפוטית הולמת המסוגלת מבחינה ייעודית, מקצועית ולוגיסטית לטפל בעניין כמידת יכולתו המוגבלת של המשפט לפתור בעיות אנושיות בכלים נורמטיביים.<sup>1</sup>

1. על אלימות במשפחה ראה: צוותי הוועדה למעמד האשה, דיונים וממצאים (ירושלים, 1978) 232-229; מעמד האשה (הוצאת לשכת יועצת ראש הממשלה למעמד האשה, יוני 1983) חוברת מס' 5; אלימות במשפחה, מרכז נעמת למניעת אלימות במשפחה (הוצאת האגף למעמד האשה בנעמת, יוני 1986); מ' אפשטיין, ר' מרדר, שלום בית (מחקר מעקב על נשים מוכות בישראל, 1986) 68-71. מחקר מעקב זה נעשה על נשים שחסו במקלטים לנשים מוכות בארץ. כן ראה: "Domestic Violence: Legislative and Judicial Remedies" 2 Har. Women's L. J. (1979) 167; A. M. Boylen & N. Taub, *Adult Domestic Violence: Constitutional, Legislative and Equitable Issues* (Washington D.C., Legal Services Corporation, Research Institute, 1981); R. Tong, *Women, Sex, and the Law* (N.J., 1984) 124 S. Atkins & B. Hogget, *Women and the Law*: (הגדרות וחיפוש אחר פתרונות יעילים יוהר); (Oxford, 1984) 124 (על נפוצות דפוסי אלימות במשפחה).  
על פרטי הדינים במדינות השונות בארצות-הברית ראה בקובץ: '6 Response (sep'-Oct' 1983). צוים שונים, כולל שימוש או מניעת שימוש ברכוש, תשלום מוונות והרחקה מן הבית, הם מן האמצעים במסגרת מאבק משפטי באלימות במשפחה במדינות אלה. S. M. Cretney, *Principles of Family law* (London, 4th ed., 1984) 233 et seq.; B. M. Hoggett & D. S. Pearl, *The Family, Law and the Society, Cases and Materials* (London, 1983) 515 et seq.

בישראל מופקד הטיפול בדיני משפחה בשתי מערכות שיפוטיות, בתי הדין הדתיים ובתי המשפט הכלליים, בעיקר בית המשפט המחוזי, אך גם מערכות שיפוטיות אחרות עשויות לשאת בנטל השפיטה של סכסוכים במשפחה.<sup>2</sup>

כל שיטה משפטית מתחקה אחר פתרונות יעילים יותר להתמודד עם בעית האלימות במשפחה. אופיו המיוחד של תחום דיני המשפחה מחייב, בכל שיטה משפטית, בחינת השלכותיו של הסדר סוגיה ספציפית על המשפחה בכללותה. בשיטה הישראלית על אחת כמה וכמה. השיטה הישראלית, שעל מיוחדותה אין צורך להרחיב את הדיבור ועל קשייה עוד נעמוד, מחייבת את המערכת השיפוטית האזרחית להתמודד, בעת ובעונה אחת, עם בעיות בהקשר רחב יותר. מצוקת ההסדר הקיים אינה מאפשרת התעלמות מן הצורך בפתרון כולל של הסדר היחסים במשפחה. הקשיים בהתרת הנישואין הופכים כל אמצעי משפטי לכלי ב"מאבק לגירושין".

במסגרת רשימה זו נבחן את תפקודן של מערכות השיפוט השונות בהתמודדות עם בעיית האלימות בין בני-זוג, מחד-גיסא, ובמרקם כולל של הסדר סכסוכים ומח במשפחה, מאידך-גיסא.

הכלים המשפטיים, האמצעים של הרחקה מן הבית, הפרדה ומוזנות, יבחנו כדרכים לתקיפה ישירה של בעית האלימות במשפחה, מחד-גיסא, ולתקיפה עקיפה של הסדר היחסים הכולל במשפחה, מאידך-גיסא. כן יבחנו ההשלכות האפשריות, לחיוב ולשלילה, של הפרדת ההתדיינות בסכסוך שבמשפחה בשתי מערכות שיפוטיות. מה מלמד ניתוח המצב הקיים, מחד-גיסא, ומה הפוטנציאל הגלומה במציאות המשפטית הנתונה לאפשרות של פתרון רצוי יותר, מאידך-גיסא.

בדיני המשפחה, הפרוצדורה ודרך ההתדיינות חשובות לא פחות מן הדין המהותי.<sup>3</sup> בהתמודדות עם הסוגיה נשוא דיוננו עומד מבחנה של המערכת המשפטית על מהירות התגובה ועל נטל הראיות, יותר מאשר על תכנם של הכללים המשפטיים המהותיים. גם גורם זה הופך את שאלת הכפילות במערכת המשפטית לבעיה מרכזית בהתמודדות עם נושא האלימות במשפחה והסכסוכים בתוכה.

רשימה זו תתרכז בבני-זוג יהודים בלבד ובערכאות השיפוט של בית הדין הרבני ובית המשפט המחוזי. אם כי ניתן להסיק ממנה לא רק על המדיניות הרצויה אלא גם על דרכי ההסדר המשפטי במצב הנתון ועל אופי הפתרון הרצוי לעתיד לבוא. רשימה זו אינה מבוססת על מחקר שדה, שנערך לצרכיה, אלא על דיון עיוני. יחד עם זאת, נבדקו, לצורך הדיון, כל פסקי הדין הרבניים והאזרחיים שפורסמו בסוגיה וניתנה הדעת למחקרים ראשוניים שנעשו בנושא בישראל וראו אור לאחרונה.

המערכת השיפוטית מתמודדת עם סכסוך במשפחה, במסגרת דיני המשפחה, בין היתר, במישורים הבאים:

2. תביעות מסוימות הקשורות במקרקעין עשויות להיות נשוא התדיינות בבית-משפט השלום במסגרת סמכותו לפי סעיף 51 (א) (3) לחוק בתי המשפט (נוסח משולב), התשמ"ד-1984. ראה בג"צ 635/82 וינברג נ' בית הדין הרבני האזורי בתל-אביב-יפו, פ"ד לו (4) 253; ע"א 736/85 לזר נ' לזר, פ"ד לט (4) 668; ע"א 473/83 אריאלי נ' אריאלי, פ"ד מא (3) 200; וראה א' רוזנבליט, "על ספרו של פנחס שיפמן: דיני המשפחה בישראל – דיני המשפחה בישראל כמערכת כפולה מקבילה" משפטים טו (תשמ"ה) 476, 477-478. תביעות שונות הקשורות בקטינים עשויות להתברר בבית-משפט השלום לנוער. כך, למשל, מכוח חוק הנוער (טיפול והשגחה), תש"ך-1960, או חוק הנוער (שפיטה ענישה ודרכי טיפול), תשל"א-1971. על סוגיה זו ראה ד"ח הוועדה לבחינת יישום דיני המשפחה (תשמ"ז) 13-18.

3. ראה J. Eekelaar, *Family Law and Social Policy* (London, 1978) 276.

1. המישור המניעתי או המשקם, שמירה על חובת הכיבוד ההדדי של בני הזוג והבטחת שלום הבית;
2. המישור התרופתי, הגנת הצדדים והבטחת זכות המזונות והמדור כשהם חופשיים מהפרעה או שלילת זכות זו. במסגרת זאת, מוענקת זכות ללא החובה הקורלטיבית המלווה אותה בדרך-כלל. מבחינה זו המישור התרופתי יש בו גם יסוד מניעתי ומרתיע;
3. מישור ההכרעה הסופית, התרת הנישואין. נרחיב את הדיבור על כל אחד מן המישורים המפורטים.

### ב. עקרונות יסוד ואינטרסים מוגנים

1. כללי  
נפתח בנייתוח מספר עקרונות יסוד המשליכים על תחום דיוננו ומשפיעים על תוצאותיו. ניתוח ראשוני של מסגרת הדין ומטרתו יקל עלינו את הבנת האמצעים המשפטיים בכל אחת מן המערכות השיפוטיות ואת יחסה של כל אחת מהן לפתרון בעית האלימות במשפחה והסכסוכים בתוכה.

#### 2. שלום בית

הדין העברי רואה עצמו בראש ובראשונה מחויב לשלום הבית<sup>4</sup>. שלום הבית הוא אינטרס ראשון במעלה של המשפחה<sup>5</sup> והוא בעל מעמד מיוחד בדיני המשפחה. לשלום הבית חשיבות מרכזית בעיצוב כללי ההלכה. הבטחת שלום הבית, מניעת "איבה" בין הבעל לאשה, גררה אחריה קביעת עקרונות של הדדיות ואיזון במערכת הזכויות והחבויות הממוניות והרכושיות בין בני הזוג<sup>6</sup>. דינים רבים נקשרו בשמו של עקרון זה

4. ערעורים לה/ 218, לו/ 290, פד"ר י 310, 313: "גלוי וידוע הוא כי דרכה של תביעת גירושין לעולם כך היא, שטרם היציאה למערכות המלחמה לגירושין, מקדימים בפתיחה לשלום". ראה גם דברי השופט מ' זילברג, ע"א 62 / 120 מאירוביץ נ' מאירוביץ, פ"ד טז 2514, 2517. כן ראה: ע"א 328/67 שרפסקי נ' שרפסקי, פ"ד כב (1) 277: בר"ע 120/69 שרגאי נ' שרגאי, פ"ד כג (2) 171, 180-181: ע"א 14/75 ברטל נ' ברטל, פ"ד כט (1) 810.
5. "גדול שלום שבין איש לאשתו..." ראה חולין קמא א, שבת קטז א, סוכה נג ב, נדרים סו ב, מכות יא א: במדבר רבה, פרשה ט, כ: ירושלמי, סוטה פ"א, ה"ד: בהקשר אחר, ראה סנהדרין כב א וגיטין צ ב: "כל המגרש אשתו ראשונה אפילו מוכח מוריד עליו דמעות"; כן ראה, סוטה יז א: "איש ואשה זכו שכניה ביניהם לא זכו אש אוכלתן".
6. את הזכות למעשה ידי האשה תקנו לבעל כנגד חובתו למוננותיה (ראה כתובות מז ב; רמב"ם, שם, יב ד) משום איבה (ראה כתובות נח, ב ורש"י, שם, ד"ה "מוזני עיקר"), דהיינו, כדי להסיר מכשול העלול לפגוע בשלום הבית אם האשה לא תקל על הבעל; גם מציאת האשה הוענקה לבעל משום איבה (ראה בבא מציעא יב, ב, כתובות מז, א וכן התוספות, שם, ד"ה "משום איבה", כתובות סו, א בתוספות ד"ה "מציאתה") או, כלשון הירושלמי, משום קטטה (כתובות פ"ו, ה"א): וראה ב"צ שרשבסקי, דיני משפחה (מהדורה שלישית, תשמ"ד) 224-238.

ועוצבו כדי להגשימו<sup>7</sup>. בהיות שלום הבית עקרון יסודי הוא משליך אל מעבר לתחום המידי של דיני המשפחה, כאשר ניתנת לו נפקות משפטית גם בהקשרים הלכתיים מעבר לדיני המשפחה כמובן הצר. לדעת מפרשים שונים שלום הבית מאציל גם על חובתיה הדתיות של האשה הנשואה ומעמדה בקהילת עדת ישראל<sup>8</sup>. יתר על כן, עקרון זה משמש שיקול במסגרת השיקולים ההלכתיים הקשורים בקיום מצוות מסוימות<sup>9</sup>.

### 3. חובת הכיבוד ההדדי בין בני הזוג

#### (א) כללי

חובת הכבוד ההדדי בין בני הזוג, כולל חובתו של הבעל כלפי אשתו, גם היא יסוד מוסד בדיני המשפחה<sup>10</sup>. לא תמיד ניתנת הדעת לפוטנציאל הטמון בעקרון יסודי זה במסגרת ההתדיינות בין בני הזוג. חובה זו וזוכות הקורלטיבית אשר בצידה עשויים להעמיד לערכאה השיפוטית המוסמכת כלים משפטיים משמעותיים לפתרון סכסוכים במשפחה. כך ניתן להעמיד עקרונות של דין מהותי רחבים דיים לגזור מהם כללים משפטיים, לצייד את הערכאה השיפוטית בשיקול דעת רחב דיו כדי לקחת בחשבון את מכלול השיקולים ולספק מיגוון של סעדים.

#### (ב) מרות הבעל וחובת האשה

באופן עקרוני ובסיסי משליט הבעל את מרותו במשפחה, הן על הילדים והן על האשה. מרותו של האיש על אשתו מבוססת על חלוקת תפקידים אפריורית בתוך המשפחה, המיוסדת על מעמדה של האשה בחברה. מרות זו מתבטאת כמשפט העברי במספר אופנים:

7. כך, למשל, אינטרס שלום הבית מועדף על פני ההיררכיה של הבעל, ראה שו"ע, אבן העזר, עד, י; רמב"ם, הלכות אישות, יג, יד; רש"י, אשה למנוע מבעל, למרות היותו בעל זכות קניין הבלעדי, להזמין את קרוביו לדירת המגורים אם בידה טענה שהדבר עלול להביא להפרת שלום הבית. לאבחנה בין היקף זכותה של האשה לעומת זכותו של הבעל ראה הגהת הרמ"א לשו"ע, שם, המגיד משנה לרמב"ם, שם. כן ראה לענין זה הרב ש' אליעזר, "זכויות הבעל והאשה בדיוור" סיני ספר היוכל (תשי"ח) שלה.

על בסיס הגנת האינטרס האמור גם פטרו את האשה מאחריות במקרים מסוימים. משום שלום בית תקנו אשה ששברה כלים (קנין הבעל) בתוך הבית פטורה, רמב"ם, הלכות אישות, כא, ט. גם במקרים אחרים הוגבל כח הבעל מטעמי שלום בית. כך, למשל, משום שלום בית אמרו שאין בעל יכול לנקוט צעדים משפטיים לבדוק אם האשה נטלה משלו, ירושלמי, כתובות פ"ט, ה"ד. לדעת מפרשים שונים, טעמים של שלום בית עשויים גם לעמוד ביסוד פטורה של האשה ממצות עשה שהזמן גרמן, ראה אבודרהם, פירוש הברכות והתפילות, סדר תפילות של חול, השער השלישי (ברכת המצות ומשפטיהם): "והטעם שנפטרו הנשים מהמצות עשה שהזמן גרמן אפ"י שהאשה משועבדת לבעלה לעשות צרכיו. ואם היתה מחוייבת במצות עשה שהזמן גרמן אפ"י שבשעת עשיית המצוה יצוה אותה הבעל לעשות מצותו ואם תעשה מצות הבורא ותניח מצותו אוי לה מבעלה ואם תעשה מצותו ותניח מצות הבורא אוי לה מיוצרה לפיכך פטרה הבורא ממצותו כדי להיות לה שלום עם בעלה. וגדולה מזו מצאנו שהשם הגדול הנכתב בקדושה ובטהרה נמחה על המים כדי להטיל שלום בין איש לאשתו". ראה גם להלן הערה 17.

9. ראה, בין היתר, רמב"ם, זמנים, הלכות חנוכה, ד, יד: "היה לפניו נר ביתו ונר חנוכה או נר ביתו וקידוש היום נר ביתו קודם משום שלום ביתו שהרי ה' נמחק כדי לעשות שלום בין איש לאשתו".

10. ראה להלן, וראה גם ב"צ שרשבסקי, לעיל הערה 6, בע' 111-112; ו' ורהפטיג, "שיתוף נכסים בין בעל ואשתו" דברי הקונגרס העולמי הרביעי למרעי היהדות (תשכ"ז) 189; ראה גם השופט י' קיסטר בע"א 353/65 חכ"מ נ' חכ"מ, פ"ד כ (2) 199, 202 ואילך.

בעל הוא לשון אדנות<sup>11</sup>. האשה רשות בעלה עליה<sup>12</sup>. הוא, מצידו, יכול לחייב אותה בנדירים, בתנאים מסוימים<sup>13</sup>, והוא גם מוסמך להחיר חלק מגדריה<sup>14</sup>. זמנה של האשה אינו ברשותה, הוא ברשות הבעל: "הנשים אין הזמן מסור בידן וברשותן כי משועבדות הן לבעל"<sup>15</sup>. משום כך, למשל, עדיף כיבודו של הבעל על פני כיבודם של הורי האשה<sup>16</sup>. יש התולים בשעבוד זה וב"בעלות" הבעל על זמנה של האשה את הטעם לפטור האשה ממצוות עשה שהזמן גרמן<sup>17</sup>.

במסגרת רשות הבעל על אשתו מוקנית בידו הסמכות העקרונית לקבוע את מקום המגורים, את סדרי הבית ואת חינוך הילדים. האשה לא זו בלבד שהיא חייבת בכבודו של אישה<sup>18</sup> אלא חלה עליה גם חובת ציות לבעלה<sup>19,20</sup>. שעבוד האשה לבעל נותן

11. ראה אנציקלופדיה תלמודית, כרך ד, ערך "בעל".
  12. ראה גם להלן הערות 16-17.
  13. ראה, בין היתר, רמב"ם, הלכות אישות, יב, כג"כ: יג, ח"ג: יד, ה"ז: כא, ג.
  14. הבעל מיפר נדרי אשתו, ראה כתובות מו, ב; נדרים סז, א; נזיר סב, ב; רמב"ם, נדרים, יא, ח; טור, שו"ע, יורה דעה, רלד, ב; ההפדה מוגבלת לנדרים שיש בהם עיגוי נפש או לדברים שבינו לבניה (דברים שהוא נפסד ומצטער עליהם), ראה ספרי לפרשת מטות, פיסקה קנה: נדרים עט, א-ב; רמב"ם, נדרים, יב, א; טור, שו"ע, יורה דעה, רלד; ראה גם אנציקלופדיה תלמודית, כרך י, ערך "הפדה" וזכר ז, ערך "דברים שבינו לבניה": הטעם הניתן לגזירת הכתוב הוא שכל אשה נודרת על דעת בעלה, ראה ר"ן לנדרים עג, ב; שו"ת הרא"ש, כלל י סימן ג: טעם נוסף הוא שלא תתגנה על בעלה, ראה רשב"א ליבמות ז, ב.
  15. ראה בכלבו, סימן עג בשם בעל המלמד.
  16. קידושין ל, ב: "איש סיפק בידו לעשות אשה אין סיפק בידה לעשות מפני שרשות אחרים עליה"; ראה להלכה שו"ע, יו"ד, הלכות כיבוד אב ואם, רמ, יז: "אלא שהאשה אין בידה לעשות שהיא משועבדת לבעלה": משום כך אמר "נתגרשה שניהם שוים", ראה בגמרא, שם.
  17. ראה דברי האבודרהם, לעיל בקטע האחרון להערה 8: כן ראה הטעם המובא בכלבו, סימן עג בשם בעל המלמד, לפטור האשה ממצוות עשה שהזמן גרמן "כי משועבדות הן לבעל"; ראה גם הרב ב"צ מ' ח' עזריאל, "מעמד האשה לפי השקפת התורה" מצפה (תשי"ג) קמב, קמג"קמה. טעם דומה ניתן על-ידי הרשב"ם, פסחים קח א, ד"ה "אשה", להלכה שאשה אצל בעלה אינה צריכה הסכה בליל הסדר: "מפני שאימת בעלה עליה וכפופה לו".
  18. ראה רמב"ם, הלכות אישות, טו, כ: "וכן ציוו חכמים על האשה שתהא מכבדת את בעלה ביותר מדאי".
  19. ראה רמב"ם, שם, שם בהמשך: "...ויהיה עליה מורא ממנו ותעשה כל מעשיה על פיו ויהיה בעיניה כמו שר או מלך מהלכת בתאות לבו ומרחקת כל מה שישנא. וזה דרך בנות ישראל ובני ישראל הקדושים והטהורים בזיוגן ובדרכים אלו יהיה ישובן נאה ומשובח"; וראה רמב"ם, שם, הלכה יח: כן ראה תנא דבי אליהו, סדר אליהו רבה, פרק ט (עשוי להופיע גם כפרק י): "מכאן אמרו אין לך אשה כשרה כנשים אלא אשה שהיא עושה רצון בעלה". מקורות נוספים לחובת הציות ראה:
- תורה תמימה לבראשית ג, טז: "ויש להעיר שאינו מפרש הלשון 'והוא ימשול כך' בפשיטות מלשון אדנות...נראה דודאי אין מקרא יוצא מידי פשוטו...". הוא אינו מסתפק בביאור המקורות התלמודיים אלא מוסיף ואומר:
- "וכודאי כולל לשון פסוק זה גם כוונת הלשון כפשוטו, דבדרכי חיי איש ואשה חייבת האשה לקבל מרות בעלה". יתר על כן, הוא מסיק כי ממקור זה, בין היתר, למד הרמב"ם, הלכה למעשה, את ההלכה (הלכות אישות, טו, כ) "ציוו חכמים שיהא הבעל בעיני האשה כמלך ושר".
- בעל מנורת המאור, הנר השלישי, כלל ג, חלק ד, פרק ב קובע: "אף על פי שהאשה היא בת זוגו של אדם, אל תחשוב לבעלה בעיניה כחבר אלא כאדון....האשה תאהב את בעלה והוא ימשול בה

אותותיו בכל מישורי ההתייחסות ההלכתית, עקיפה כישירה<sup>22,21</sup>.

(ג) חובת הבעל כלפי האשה

(1) כללי

למרות המרות אותה מטיל הבעל במשפחה מוטלות מגבלות רבות על כוחו של הבעל. כך, למשל, אין הוא רשאי להטיל על האשה דברים המביאים לידי זלזול או הגורמים לה

שנאמר 'ואל אישך תשוקחך והוא ימשול בך'... "דרכה של אשה להיות יושבת בביתה ודרכו של איש להיות יוצא לשוק" בראשית רבה, פרשה יח, א: וראה גם בראשית רבה, פרשה ח, יד: "וכבשוה", האיש כובש את אשתו שלא תצא לשוק, שכל אשה שיוצאה לשוק סופה להכשל". לפסוק זה "ומלאו את הארץ וכבשוה" (בראשית א, כח) נסמכה, לדעת חכמים, גם ההלכה כי האיש מצווה על פריה ורבייה ולא האשה. ראה יבמות סה, ב. להלכה זו, המעמידה, לכאורה, את האחריות להמשך בנין העולם על הגבר ולא על האשה, ראה רמב"ם, הלכות אישות, טו, ב וכן שו"ע, אבן העזר, א, א, ו-יג. יש לציין, לעומת זאת, כי יש שקבעו כי האשה מצווה על פריה ורבייה מן העקרון הכללי של בנין העולם דווקא: "לא נברא העולם אלא לפריה ורבייה שנאמר 'לא תוהו בראה לשבת יצרה'" (גיטין מא, ב). ראה, למשל, הבית שמואל לשו"ע, אבן העזר, א, ב והמגן אברהם לשו"ע, שם. הר"ן בקידושין ראש פרק שני, סבור כי מצוות האשה היא בסיוע שהיא מושיטה לבעלה לקיום המצוה. ראה דיון בסוגיא זו בתורה תמימה, בראשית א, כח, ליד האות סה. את המדרש לפיו "משפחה אב קרויה משפחה, משפחת אם אינה קרויה משפחה" (בבא בתרא קט, ב) הוא מבאר ש"הגברים הם כוני העולם... אשר על כן נקראו הזכרים בשם בנים על שם הבנין... הביאה בקהל יונח רק על הגברים שהם מייסדים משפחה וקהל" (במדבר א, א, ליד האות א). במקום אחר (ויקרא כב, יח, ליד האות קו) הוא אומר: "הנשים ועבדים אינם יסודי האומה כי אם כטפלים לגבי הגברים ובני חורין". בהמשך נפרט האם להוראות אלה תוקף משפטי הניתן לאכיפה ישירה או עקיפה. ראה להלן סוף הערה 36.

20. הדין הצרפתי קבע כי "הבעל חייב הגנה לאשתו, האשה ציית לבעלה" (סעיף 213 ל-C. C., אשר שונה בשנת 1938 ובשנת 1970 להסדר של שותפות ואחריות הדדית ולא היררכית): הדין הגרמני קבע כי חובת האשה לנהל את משק הבית לעומת חובת הבעל לספק תמיכה כלכלית למשפחה (סעיפים 1356(1) ו-1360 A (2), בנוסחם הקודם, ל-B. G. B.; סעיפים אלה תוקנו בחיקוק משנת 1977 אשר הטיל חביות משותפות על שני בני הזוג. דינים אלה, כמו שיטות משפטיות אחרות, גם מעניקים לבעל את זכות ההחלטה וההכרעה בתחומים שונים של חיי המשפחה. ראה על כך M. A. Glendon, State, Law and the Family (Amsterdam, 1977) 116 et seq.

21. כך, למשל, ראה הרב מ' פינשטיין, שו"ת אגרות משה, אבה"ע, חלק א, סימן עא, מנמק את האיסור של הזרעה מלאכותית לאשה בלא רשות בעלה, בין היתר, מצד שעבודה לבעל, שהרי "כשהיא מעוברת א"א לבעל להזקק לה הרבה פעמים כשרוצה. וגם שאינו רוצה להזרע בתשמיש כפי שצריך בתשמיש אשה מעוברת".

22. על השפעת חוק שיווי זכויות האשה, תשי"א-1951, על דינים אלה לא נרחיב כאן את הדיבור. השאלה היא כפולה: א. האם הוראות החוק פורשות את רשתן, מלכתחילה, על ענינים אלה, הן מבחינת פרשנות המונח "פעולה משפטית" והן מבחינת ההתייחסות למונח "מפלה" בהקשר הכללי של ההסדר בדין הדתי. ב. בהנחה שהתשובה חיובית, האם הענין כלול במסגרת ההגנה של סעיף 5 לחוק הקובע: "אין חוק זה בא לפגוע בדיני איסור והיתר לנישואין ולגירושין". אני קרוב לחשוב כי תהא אשר תהא התשובה לשאלה הראשונה מטריית ההגנה של סעיף 5 תפרש על הוראות אלה.

על פרשנות החוק והשלכותיה, ראה נ' זילברג, המעמד האישי בישראל (תשכ"ה) 398-435; כ"צ שרשבסקי, לעיל הערה 6, בע' 279-292; א' לבונטין, על נישואין וגירושין הנערכים מחוץ למדינה (תשי"ז) 70-71; א' רוזן-צבי, יחסי ממון בין בני זוג (מיקרושור בע"מ, תשמ"ב) 135 ואילך.

צער<sup>23</sup>. הבעל מוגבל בהדרתה של האשה מקיום יחסי מין עמו<sup>24</sup>. הוא מוגבל ביכולתו להתערב התערבות מפליגה בחופש הבחירה בחיי יומיום של האשה<sup>25</sup> או בפרטי משק הבית המקובל בשכנות<sup>26</sup>. אם עשה אחד מאלה או מסוגם, או עשה שימוש מופרז בכוח ההדרה הוא מחויב להוציאה בגט וליתן כתובתה<sup>27</sup>. הבעל חייב להתחשב באשה ובצרכיה. כתוצאה מכך מוענקות לה זכויות נגדיות כלפיו במישור השליטה על מהלך החיים במעגל המשפחתי. מעקרון זה נובעת זכותה של האשה להתערב במקצועו של הבעל<sup>28</sup> ולעכבו במקום מגוריהם כדי לחייבו למלא את חובותיו העיקריות כלפיה<sup>29</sup>. מניעת ניצולם לרעה של הזכויות, הכוחות והסמכויות המוקנות לבעל, היא, איפוא, מושכל ראשון במערכת היחסים שבין הצדדים. המדרש למד מן הפסוק "כי היא [חווה] היתה אם כל חי" (בראשית ג כ) כי האשה "לחיים ניתנה ולא לצער"<sup>30</sup>. מדרש זה גם נלמד להלכה כי האשה עם בעלה עולה ואינה יורדת<sup>31</sup>.

בטוי להגנה על האשה ניתן בכך שהזכויות העודפות, אשר ניתנו לאיש, הן בבחינת שטר ושוברו בצידו ולא פריבילגיה הנעדרת פיקוח קפדני. הזכויות נועדו להבטיח שלום בית ולהגן על-ידי כך על האשה כמו גם על ההרמוניה המשפחתית והשמוש בהן אסור שינוצל לרעה. בהקשר זה יש גם משקל לכוונותיו, לרמת אחריותו (רשלנות) או למידת תום לבו של הבעל. את מרותו חייב הבעל להשליט תוך כפיפות לשמירת כבוד האשה. שמירת כבוד האשה אינו מלווה בחובת ציות שלו כלפיה, כמו במקרה ההפוך של חובת האשה לבעל, אולם האזהרות בדבר הכבוד שבעל חייב לרחוש לאשתו<sup>32</sup> אינן

23. כתובות עב, א.

24. רמב"ם, הלכות אישות, יד, ו.

25. כך, למשל, לגבי איסור השתתפות בשמחות או באבל (רמב"ם, שם, פרק יג הלכה יג), לגבי איסור פגישה עם בני משפחה (רמב"ם, שם, הלכה יב) או לגבי ענינים שבנקיין הגוף (רמב"ם, שם, הלכה ט) או בלבוש (רמב"ם, שם, הלכה ח) או במאכל (רמב"ם, שם, פרק יב הלכה כד). אם כי רשאי הוא למנוע ממנה מעשים שיש בהם משום חריגה מגדרי צניעות או שהם בגדר אכיפתם של דרכי הנהגה נאותות, ראה רמב"ם, שם, הלכה יא: "אבל גנאי הוא לאשה שתהיה יוצאה תמיד פעם בחוץ פעם ברחובות ויש לבעל למנוע אשתו מזה ולא יניחנה לצאת אלא..."; על זכות האשה הנשואה לעבוד מחוץ לבית ראה ר' יאראק, "זכות האשה הנשואה לעבוד מחוץ לביתה" דיני ישראל ה (תשל"ד) 7, 23-28.

26. רמב"ם, שם, פרק יג הלכה י.

27. כתובות עב, א; רמב"ם, הלכות אישות, יד, ו; כן ראה המקורות המפורטים לעיל בהערות 25-26.

28. כתובות סב, ב.

29. האשה רשאית לעכב את הבעל מלצאת לעסקיו אם יהיה ביציאתו כדי לפגוע בחובות האישות כלפיה, ראה שו"ע, אבן העזר, סו ה; רמב"ם, הלכות אישות, יד, ב.

30. כתובות סא, א.

31. שם. ראה גם כתובות מח, א. ליישום הכלל האמור ראה רמב"ם, הלכות אישות, כא, יד; שו"ע, אבן העזר, פב, ג וראה גם החלקת מחוקק, שם. וכך מסביר את הכלל בעל התורה תמימה בכראשית ג, כ, הערה ל: "ואחרי שבכלל אשה רשות בעלה עליה, לכן הזהיר הקב"ה שתהיה רק עולה עמו ואינה יורדת עמו, כלומר שתהנה רק מזכויותיו ויתרונותיו, אבל אינה מחויבת להזקק לחסרונותיו ופחיתותיו..."; על השפעת מעמד שני בני הווג על החבות, כשהיתרון מוענק לאשה, ראה הטור, אבן העזר, פ והשו"ע, אבן העזר, פ, ג, והחלקת מחוקק שם, וכן סעיף י, שם; כן ראה ערעור תשי"ח / 167, פד"ר ג 208, 219.

32. "לעולם יהא אדם זהיר בכבוד אשתו שאין ברכה מצויה בתוך ביתו של אדם אלא בשביל אשתו" בבא מציעא נט, א; "האזהב את אשתו כגופו והמכבדה יותר מגופו... עליו הכתוב אומר 'ידעת כי שלום אהלך'" יבמות סב, ב.



בבחינת נימוסין גרידא. בעולמה של הלכה יש להן משמעות בהיבטים שונים. לתחום זה ניתן לשייך גם את האיסור לקדש אשה על-ידי שליח עד שיראנה "שמא יראה בה דבר מגונה ותתגנה עליו ורחמנא אמר ואהבת לרעך כמוך"<sup>33</sup>. ההלכה עומדת כאן על משמר האשה ומבקשת למנוע מן הגבר את נצולם לרעה של יתרונו ביכולת לגרש ואת חופש הברירה העדיף המסור לו תוך פגיעה באשה.

(2) סובלנות: איסור אלימות וענישה גופנית

הבעל מחוייב לנהוג בסובלנות כלפי אשתו. כך, למשל, למרות שאשה עושה רצון בעלה אין הוא רשאי לכפות עליה קיום יחסי מין בעל כרחו<sup>34</sup>. הבעל מזהר חמורות שלא להפעיל את מרותו על דרך של הקפדה יתירה וכן מצווה להמנע מנקיטת צעדים שיש בהם כדי לפגוע באשה<sup>35</sup>.

"אמר רב חסדא לעולם אל יטיל אדם אימה יתירה בתוך ביתו שהרי פילגש בגבעה הטיל עליה בעלה אימה יתירה והפילה כמה רבבות מישראל. אמר רב יהודה אמר רב כל המטיל אימה יתירה בתוך ביתו סוף הוא בא לידי שלוש עבירות גילוי עריות ושפיכות דמים וחילול שבת"<sup>36</sup>.

עד כמה חמורה אזהרה זו ניתן להיווכח מן התוצאות המיוחסות להפרתה, שענינן העבירות הקשות ביותר, שרובן בגדר יהרג ואל יעבור.

אין הבעל רשאי, לגבי היחסים שבינו לבין האשה, לאכוף את מרותו ולהשליטה עליה באמצעות ענישה גופנית. אלימות בעל נגד אשתו אסורה והיא עומדת בפני ביקורת קשה בעלת נפקות משפטית מרחיקת לכת בעולמה של הלכה. אלימות הבעל כלפי האשה מהווה עבירה דתית. סנקציות חברתיות-קהילתיות של חרם, גידוי

33. קידושין מא, א. אין באיסור האמור כדי לפגוע בתקפות המשפטית של מעשה הקידושין אם יעשה בניגוד לו, ראה רמב"ם, הלכות אישות, ג, יט.

34. רמב"ם, הלכות איסורי ביאה, כא, יב וכן הלכות אישות, טו, יז; שו"ע, אבן העזר, כה, בוכן אורח חיים, רמ, ג, י; על הסוגיה בכללותה והתמודדות עם מקורות סותרים ראה א' ג' אלינסון, איש ואשתו (תשמ"א) ספר שלישי 149 וזוילך; נ' רקובר, "יחסי אישות בכפיה" סדרת מחקרים וסקירות כמושפט העברי (תשמ"מ) (חוברת נה) וראה ע"פ 91 / 80 כהן נ' מדינת ישראל, פ"ד לה (3) 281; ד"נ 37 / 80 כהן נ' מדינת ישראל, פ"ד לה (1) 371; על שיטות משפטיות אחרות בהן מרותו של הבעל התיירה אינוס כזה, ראה י' שחר, "אנוסה על פי דין" עיוני משפט ח (תשמ"א) 649, 650.

35. וראה רמב"ם, הלכות אישות, טו, יט.

36. ראה גיטין ו, ב; הגמרא בגיטין צ א מגנה את מידת פפוס בן יהודה, שהיה נועל את אשתו כשהיה יוצא "שלא תדבר לכל אדם" רש"י, שם "ומידה שאינה הוגנת היא שמתוך כך איבה נכנסת ביניהם ומונה תחתיו". כן ראה תוספתא, סוטה, פרק ה הלכה ה: ירושלמי, סוטה, פ"א, ה"ז; במדבר רבה, פרשה ט, יב.

ספק אם חובת הציות של האשה ניתנת לאכיפה (ראה להלן הסיפא להערה 37). יש המרחיק לכת ומטיל ספק אם חובה זו היא בעלת תוקף משפטי והאם הפרתה מזכה אותו בגירושו, ראה א' ג', אלינסון, לעיל הערה 33, בע' 121; ד' י' מישלוב, "האשה היהודית כהלכה" דיני ישראל יג' י"ד (תשמ"ח) רסג, רפח-רצא, המצביע על כי הדרישה לקבלת מרות הבעל היא בגדר עצה טובה ולא בגדר חובה משפטית, ו"מטבען של עצות טובות שהן משתנות בהתאם לצרכי הזמן, המקום והאנשים". ראה גם ר' יאראק, לעיל הערה 25, בע' 28.

והרחקה עשויים להנקט כלפי הבעל האלים. בית הדין רשאי לנקוט כלפי המכה צעדי עונשין, כגון מלקות ואף מעבר לכך.<sup>37</sup>

## ג. ההתמודדות המשפטית – בית הדין הרבני

### 1. מבוא

עם הצבת העקרונות נוכל לבחון כיצד מתמודדת המערכת המשפטית הישראלית, בכל אחת מן המערכות השיפוטיות הרלבנטיות, עם נושא האלימות במשפחה והסכסוכים

37. תשובות הרמב"ן (המיוחסות), סימן קב: "אין לבעל להכות ולענות אשתו דלחיים נתנה ולא לצער... ואם הוא מכה ומצער שלא כדין והיא בורחת הדין עמה... וקרוב בעיני הדבר שאם ידוע שהוא מכה אותה שלא כדרך בנות ישראל ההגונות, רצה לומר שמתמיד להכותה, שאינו נאמן לטעון שהיא גרמה"; הגהת הרמ"א לשו"ע, אבן העזר, קנד, ג: "איש המכה את אשתו עבירה היא בידו כמכה חברו, ואם רגיל הוא בכך יש ביד בית דין ליסרו להחרימו ולהלקותו... ואם אינו ציית לדברי הבית דין יש אומרים שכופין אותו להוציא בלבד שמתרין בו תחילה פעם אחת או שתיים כי אינו מדרך בני ישראל להכות נשותיהם ומעשה כותים הוא. וכל זה כשהוא מתחיל..."

שו"ת מהר"ם מרוטנברג, רצא, מובא גם בהגהות המרדכי לכתובות סג, א: "מחשבתו ניכרת מתוך מעשיו שהיה חפץ להכותה ולא לנהוג עמה דרך כבוד ולא כן משפט הבנות הכבודות וקיימא לן... בעלייתו של בעל... לחיים ניתנה ולא לצער כל שכן שלא להכות... אשתו שהוא מצווה עליה לכבדה יותר מגופו... מספר כתובתה נלמוד דחייב בכבודה... לכבוד ניתנה ולא לבזיון ואין דרך בני עמינו להכות נשותיהם כמנהג העובדי כוכבים. חלילה לכל בני ברית לעשות כדבר הזה. ואם היה לפנינו דין זה היינו מחרימים עליו כאילו היה מכה אחר"; שו"ת הרדב"ן, חלק ג, סימן תמו: "אינו רשאי להכותה, בשביל דברים הנוגעים אליו, שהרי אינה שפחתו... ויש מי שהפריז על התורה ואמר שכופין להוציאו ואפילו על ידי עכו"ם... שאין אדם דר עם נחש בכפיפה אחת..."

ראה גם שו"ת התשב"ץ, ח"ג סימן ח (מצוטט בתיק 252 / תשי"ד, פד"ר א 77, 79): "...הכא מעוות לא יוכל לתקון, ומקרא מלא דבר הכתוב: 'טוב פת חריבה ושלוה בה מבית מלא ונחי ריב' ועוד כתוב: 'טוב ארוחת ירק ואהבה בה משור אבוס ושנאה בו' הרי שיותר קשה היא מריבה מחסרון מזונות, ואיזו טובה יש לאשה שבעלה מצערה במריבה בכל יום ויום. ואפילו לכוף אותו להוציא יש לדון מק"ו דבעל פולפוס, והשתא מפני ריח הפה כופין מפני צער תדיר שהוא מר ממות לא כל שכן, וכיוצא בזה הק"ו הזכירו בירושלמי (כתובות פ"ה ה"ז)..."

ראה עוד המקורות (המובאים אצל הבית יוסף על טור, אבה"ע, סוף סימן עד וסוף סימן קנד) רבינו יונה בשערי תקוה: "למה לא ינדו אותו שלא יעבור על דברי תורה", תשובות רבינו שמחה: "המכה את אשתו מקובלני שיש יותר להתמיר מבמכה את חבירו דבחכירו אינו חייב בכבודו ואשתו חייב לכבדה יותר מגופו. והעושה כן יש להחרימו ולנדותו ולהלקותו ולענשו בכל מיני רידוי ואף לקוץ את ידו אם רגיל בכך... אם יוסיף להכותה ולבזותה אנו מסכימים להיות מנודה ויעשוהו על ידי עכו"ם לתת גט או עשה מה שישראל אומרים לך" וספר מישרים לרבינו ירוחם, נתיב כג חלק ה: "אם חבל בה הבעל יש יכולת לבית דין ליסרו ולהחרימו ולנדותו ולהכותו ולרדותו בכל מיני רידוי ולקוץ ידו אם רגיל בכך"; וראה גם הדרכי משה על הטור, שם.

ראה גם תקנת רבינו פרץ, המטילה חרם על בעל המכה את אשתו. מובא אצל מ' אלון, המשפט העברי, תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו (מהדורה שלישית, תשמ"ח) 637-638. אם כי יצוין שחלק ממרותו של הבעל היא אחריותו כראש המשפחה לדרך ההנהגה של האשה (כמו של ילדיו) ורשאי, לדעת מספר פוסקים ובתוכם הרדב"ן, ליסרה כדי להחזירה למוטב להבדיל, כאמור, מאכיפת מרות ביחסים שבינו לבינה. למטרה אחרונה זו הדבר נאסר עליו בתכלית. ראה גם תיק 116 / כ"ה, פד"ר ו 221; ער / תשל"ט / 73, פד"ר יא 327; ער / תשמ"ו / 6 / 151, פד"ר יב 3; תיק 1553 / תשל"ח, פד"ר יב 84, 90 ואילך.

בתוכה. המערכת הראשונה אשר תבחן היא בית הדין הרבני. בראשית הדברים הצבנו מספר מישורים בהם נערכת ההתמודדות המשפטית. במסגרות אלה יש לבחון את האמצעים המשפטיים בהם ניתן לעשות שימוש במסגרת הסמכות המופקדת בידי ערכאות השיפוט השונות ואת התוצאות הנובעות מהם. נעמוד על כל אלה אחד לאחד.

## 2. צויו הרחקה והפרדה

### (א) כללי

לעיתים, הבטחת שלום המשפחה מחייבת ניתוק בין בני הזוג דוקא. כך נמצינו למדים כי חוסר יכולת לחיות חיי אישות עשוי להצדיק הפרדה זמנית בין בני הזוג<sup>38</sup>. גם מתח בין בני הזוג עשוי להצדיק מתן צו פויד זמני ביניהם<sup>39</sup>. אלה הם החריגים הבטלים בששים. בדרך-כלל מחייב בית הדין את בני הזוג לעשות, מטעמי שלום בית, מאמצים מיוחדים במטרה להמשיך בחיים משותפים למרות המתחויות, המשברים והקטטות. אולם, כידוע, צו שיפוטי אינו מהווה תחליף לא לכושר העמידה של בני הזוג ולא ליחסי הקרבה שחלפו עברו מן הקן המשפחתי. ללא חינוך הדרגתי רב-שנים ועזרה מקצועית מראש או ללא האוטוריטה של הדיין, המבוססת על שלמות חברתית-קהילתית, עידוד סביבתי, סיפוק דתי ותגמולים חברתיים, נהפך שלום הבית לקלישאה ריקה מכל תוכן. טענה זו הופכת להיות מקלטו של הנבל ברשות התורה.

### (ב) הסמכות: עניני נישואין ומזונות

בית הדין הרבני אמנם רואה עצמו מוסמך להוציא צו הפרדה, שתוצאתו הרחקה של בן הזוג האלים, בדרך-כלל הבעל, מן הבית. העילות המרכזיות העשויות לתמוך צו כזה הן במסגרת: (1) ענין של נישואין, או (2) תביעת מזונות.

(1) כענין של נישואין. קשת האפשרויות עשויה לנוע החל מביצור שלום הבית דרך הבטחת שלום המשפחה ושלמותה וכלה בהקפדה על קיום הזכות המשפטית לכבוד הדדי, הכוללת, בין היתר, את הבטחת שלומו של כל אחד מבני הזוג<sup>40</sup>.

הבטחת שלומו של בן-זוג היא התוכן המרכזי של חובת הכבוד ההדדי שכל אחד מבני הזוג מתחייב בה כלפי משנהו. כפי שניסינו להראות, אין זו נוסחה מוסרית בלבד כי אם נורמה משפטית הניתנת, במקרים רבים, גם ליישום ולאכיפה. אחת מדרכי היישום היא באמצעות נורמות ספציפיות הנגזרות מן העקרון הכללי, לאחר שזה פשט צורה ולבש צורה של כללים עצמאיים העומדים על רגליהם. יישום אחר הוא תרגום העקרון הכללי תוך העמדת התנהגות אינדיבידואלית במבחנו של העקרון ואכיפת המתחייב ממנו הלכה למעשה.

אין ספק כי צו כזה אכן נופל במסגרת סמכותו של בית הדין הרבני כ"ענין של נישואין"<sup>41</sup>. פרשנותו של מונח זה כוללת, כמאמר הפסיקה, את כל ה"תביעות לקיום זכויות מסוימות הנובעות ממעמד הנישואין, כגון, למשל, הזכות להחזרת חיי

38. תשובות הנודע ביהודה, מהדורא תניינא, אבה"ע, סימן פט, מובא גם בפתחי תשובה על שו"ע,

אבה"ע, קנד, ז; ראה גם מ' קוריןלדי, "סעד ההפרדה הזמנית בין הבעל והאשה והתפתחותו

בפסיקת בתי הדין הרבניים בישראל" שנתון המשפט העברי א (תשל"ד) 184, 197.

39. תיק 194 / תשי"ג, פד"ר א 77, 78; ראה גם פסק דינו של בית הדין הרבני הגדול המובא בשו"ת

ישכיל עבדי, חלק ו, אבה"ע, סימן כה (מצוטט בחלקו אצל מ' קוריןלדי, שם, בע' 185-188.

40. ראה ער / תשל"ט / 264, פד"ר יב 161; מ' קוריןלדי, לעיל הערה 38.

41. סעיף 1 לחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושים), תשי"ג-1953.

האישות<sup>42</sup>. תביעות כאלה ודאי כוללות את הזכות לכבוד ההדדי ולשלמות נפשית וגופנית של כל אחד מיחיד המשפחה כמו גם את הבטחת שלום הבית<sup>43</sup>. דווקא במקום שבית המשפט מכריז על עצמו כי קצרה ידו מהושיע, עשוי בית הדין, מבחינת סמכותו, למצוא תיקון לאשה. בעל המתרועע עם פילגש והופך את בית המגורים למלון אורחים כל אימת שעולה הרצון מלפניו, עשוי למצוא את דלת ביתו נעולה בצו הפרדה שיצא מלפני בית הדין הרבני. בית הדין עשוי לאכוף באמצעות צו אשר כזה את חובת הכבוד ההדדי המהווה את הציר המרכזי של מערכת היחסים ההדדית בתוך המשפחה. בית המשפט המחוזי, כפי שנראה להלן<sup>44</sup>, צמצם את גבולות שיקול דעתו להענקת צו הפרדה בסוג כזה של מקרים.

(2) כענין של מוזנות. הפתח להענקת צו הפרדה בעילה של מוזנות נפתח על-ידי בית הדין הרבני בפסק-דין שניתן בראשית שנות הששים<sup>45</sup>. האשה זכאית למדור לפי כבודה וללא סבל מצדו של הבעל "דלחיים ניתנה ולא לצער"<sup>46</sup>. בית הדין יוצר שילוב בין זכותה של האשה למדור, מדין המוזנות, וזכותה ליחס של כבוד. למרות שבאותו מקרה נדחתה תביעת האשה, תרומתו המרכזית היא קביעת תוכן הדין והצבת מסגרת הסמכות באמצעותם עשויים צוים כאלה לחדור לדין הישראלי.

(ג) צוי הרחקה והפרדה הלכה למעשה

מבחנו של הדין הוא לא רק ביצירתיות העיונית אלא ביישום המעשי היומיומי. וכאן אליה וקרן בה. הפה המתיר הוא גם הפה האוסר. למרות קיומם של דין וסמכות החליט בית הדין הרבני הגדול לערעורים, בהרכב בו ישב בראש הרב ע' יוסף כי:

"במקרים רגילים של בקשה לצו הפרדה בית הדין מתקשה מאד להענות לה, גם כשיש יסוד לתלונה, מכיון שלא ברור מלכתחילה איך יתפתחו הדברים ואיך הצו ישפיע על המשך היחסים בין בני הזוג, שעדיין נראים מעורפלים בתחילת המשפט. כמו כן יש קושי שבוהו נגרם הפסד גדול מאד לבעל שמוצא מהדירה בעל כרחו, ופתאום מוצא עצמו ללא מקום דיוור"<sup>47</sup> (ההדגשה לא במקור).

רוצה לומר, גם כשיש יסוד לתלונה אין בית הדין מוציא צו הפרדה. שני טעמים עיקריים לדבר: היבט שלום הבית וסכנונו על-ידי צו מסוג זה וההיבט שענינו טובתו של הבעל. כבר ראינו כי הנימוק הראשון יש בו יותר תיאוריה מאשר מעשה. אולם התיאוריה נקנית במחיר יקר של פגיעה במשפחה ובמרכיביה. לא זו בלבד ששלום הבית אינו מושג אלא נגרם סבל לאשה, וממילא, בדרך-כלל, גם לילדים. מטבע הדברים נפגע שלומה של המשפחה בכללותה. הנימוק השני מקורו, כך נראה לי,

42. בד"מ 1/50 סירים נ' יו"ר ההוצאה לפועל, פ"ד ח 1020, 1031: ראה גם ע"א 8/59 נולדמן נ' נולדמן, פ"ד יג 1085.

43. ראה בג"צ 49/57 כהן נ' כהן, פ"ד יא 1195; ע"א 185/66 כברה נ' כברה, פ"ד כ (4) 864; בג"צ 81/254 נעים נ' בית הדין הרבני, פ"ד לו (2) 205; ע"א 155/83 ברמן נ' ברמן, פ"ד לח (2) 231; הרב ש' דיכובסקי, "סמכות בתי הדין הרבניים בראי הפסיקה של בתי הדין" דיני ישראל י"א (תשמ"א-תשמ"ג) ט, יד ואילך; מ' קורנילדי, לעיל הערה 38, מע' 214 ואילך.

44. ראה להלן בטכסט סמוך להערות 135-142.

45. ערעור תשי"ט/138, פד"ר ג 289, 319-320.

46. שם, שם.

47. ער/תשל"ט/264, לעיל הערה 40, בע' 162.

בהעדפה של אותה מרות עקרונית ובסיסית של הבעל על המשפחה עליה עמדנו בחלקים הראשונים של רשימה זו<sup>48</sup>.

לא יפלא, איפוא, כי בתי הדין הרבניים כמעט ואינם מוציאים צוי הפרדה אף במקרה שהטענה היא אלימות בן הזוג ואפילו יש לטענה על מה שתסמוך. צודק ד"ר קוריןלד<sup>49</sup> כי בית הדין מוסמך להוציא צוים כאלה, אך לא עלה בידו להצביע על מימוש הסמכות הלכה למעשה. חלק הארי של האסמכתאות המובאות במחקרו מתייחס לצוים המהוים מתן לגיטימציה מצד בית הדין לחיים בנפרד של בני הזוג ללא אבדן זכות המזונות. מעט מזער הן האסמכתאות המעידות על מתן צו הפרדה כסעד עיקרי, שמטרתו לסלק את בן הזוג האלים מבית המגורים. בפסקי הדין הרבניים שפורסמו מצאתי רק מקרים בודדים כאלה. במקרה אחד הבקשה למתן צו נדונה ונדחתה<sup>50</sup>. במקרים הספורים האחרים המערכת העובדתית היתה קיצונית ביותר. בראשון, הוצא צו הפרדה בגלל המתח בין בני הזוג לאחר סכסוך עמוק וסבל קשה מנשוא של האשה<sup>51</sup>. לא ברור מפסק הדין אם ניתן צו מניעה נגד הבעל או שמא נתנה רק גושפנקא להפרדה בפועל בין בני הזוג. בשני, היתה הדירה בבעלותה המלאה של האשה והצו הוצא לאחר עשר שנות התדיינות והתאכזרות קשה של הבעל לאשה<sup>52</sup>. בשלישי, היה הצו בגדר אכיפה של הסכם גירושין<sup>53</sup>.

במחקר שפורסם לאחרונה, נמצא כי בתי הדין אינם מוציאים צוי הפרדה גם במקרים של אלימות נמשכת<sup>54</sup>. בדרך-כלל מורה בית הדין לאשה לחזור לשלום בית גם לאחר פניות חוזרות ונשנות. המחקר מעיד על סבלן הרב של הנשים הפונות ועל התסכול שהוא מנת חלקן נוכח גישה זו. אך יותר מאלה הוא מצביע, לדעתי, על התמריץ השלילי שמקבל הבעל נוכח עמדת בית הדין. מכאן יסוד לקושי נוסף המועמד בפני האשה בתביעתה להתיר את קשר הנישואין.

### 3. התרת קשר נישואין

יכולתה של האשה המוכה להתיר את קשר הנישואין עם בעלה מוגבלת ביותר. על אחת כמה וכמה יפים הדברים במקרה של סכסוכים וקטטות במשפחה. הדין הדתי, כפי שהוא מוצא את ביטויו הלכה למעשה, אינו מתיר כפית גט בעילה של אלימות. קיימת אמנם מחלוקת פוסקים בעניין זה. יש הסבורים שנתן לכפות<sup>55</sup> ואחרים המתנגדים לכפית גט<sup>56</sup>.

48. במקרה זה הוציא בית הדין צו הפרדה הואיל ושני הטעמים השוללים את הוצאת הצו לא התקיימו. הצדדים חתמו על הסכם גירושין וכו התחייב הבעל לפנות את הדירה. הבעל חזר בו מהסכמתו. בית הדין אישר את צו ההפרדה שנתן בית הדין האיזורי הואיל ולאור הנסיבות "אין ב[ו] החומרה הרגילה שיש בהוצאת צו הפרדה רגיל כנ"ל".

49. ראה במחקרו לעיל הערה 38.

50. ערעור תשי"ט / 138, לעיל הערה 45, בע' 319-320.

51. תיק 194 / תשי"ג, לעיל הערה 39, בע' 78.

52. ער / תש"מ / 6 / 151, לעיל הערה 37.

53. ער / תשל"ט / 264, לעיל הערות 40 ו-48.

54. מ' אפשטיין, ר' מרדר, לעיל הערה 1.

55. תשובות הרמב"ן (מיוחסות) קב: שו"ת התשב"ץ, חלק ג סימן ח; שו"ת מהר"ם מרוטנברג, רצא, מובא גם בהגהות המרדכי לכתובות סג, א; ספר האגודה ואור זרוע המובאים אצל הבית יוסף לטור, אבה"ע, קנד; ביאור הגר"א לשר"ע, אבה"ע, קנד, ג: "א שכופין שאפילו על שם רע שאין לה צער כל כך, כגון המדיר שלא תלך לבית אביה או לבית האבל או שלא תשאל נפה וכברה כל שכן במצערא בגופא, תשובת הרמב"ן סימן קב. 'ובלבד שמתרין' שלא גרע מעוברת על דת".

על-פי הכלל ההלכתי הרווח, במקום שיש מחלוקת פוסקים "וכיון דאיתא פלוגתא דרבנותא ראוי להחמיר שלא לכוף בשוטים כדי שלא יהא גט מעושה"<sup>57</sup>. כך נוהגים גם בתי הדין הרבניים בישראל שלא לכפות בגט במקרים אלה<sup>58</sup>.

בחלק ממקרי האלימות נהוג לצוות על חיוב בגט. אולם גם צוים כאלה ניתנים במשורה. המקרים הם חריגים ובהם מגיעה אלימות הבעל כלפי אשתו לקיצוניות רבה ושנות ההתדיינות הן רבות מנשוא<sup>59</sup>. אף לצורך החיוב בגט הועמדו תנאים קשים בפני האשה המבקשת סעד זה: על הבעל להתמיד באלימותו מספר פעמים<sup>60</sup>; לפני ההחלטה על החיוב יש לתת לבעל התראה על-ידי בית הדין<sup>61</sup>; קיימת דרישה כי הבעל הוא הגורם הראשוני לאלימות ולא קדמה לה פרובוקציה כלשהי מצד האשה<sup>62</sup>. במקרה שהבעל טוען כי ברצונו לחזור למוטב אין לחייבו במתן גט<sup>63</sup>. מציאות החיים מלמדת כי, בדרך-כלל, הצהרות מסוג זה אינן אלא כסות עיניים לסחבת ולעינוי נמשך. בחברה בה

56. כך הבית יוסף לטור, אבה"ע, קנד, הדוחה את האסמכתאות מן הפוסקים שהביא "דאין לסמוך על דברי[הם] לכפות להוציא כיון שלא נזכרו בדברי שום אחד מהפוסקים המפורסמים"; ראה גם הפתחי תשובה לשו"ע, אבה"ע, קנד, ג, המביא גם מספר גבורת אנשים; אף הדרכי משה לטור, שם, למרות שהוא דוחה את דברי הבית יוסף "ואיני רואה בו דבריו כלל דכדאי הם הגאונים לסמוך עליהם, כ"ש שרמב"ן ומהר"מ הסכימו בתשובותיהן בענין הכאת אשתו" מטכס כי "ומ"מ נראה דטוב לא לכופו ליתן גט אלא בדרך זה להחרימו או לתפסו בידי עכו"ם או בשוטים שלא להכותה או שיוציא ויתן גט. וכדרך זו לא מקרי כפיה על הגט רק לקיים מה שמחוייב לעשות".

57. טור, אבה"ע, קנד.

58. תיק 194 / תשי"ג, לעיל הערה 39, בע' 80: "ואף שאנו מחמירים על עצמנו מלכופו בשוטים משום חששא דגט מעושה, עיין בבית יוסף על טור, אבה"ע, סוף סימן קנד, אבל כופין אותו בדרך ברירה או לגרש או לזונה ולא תהא יושבת תחתיו". במקרה זה לא ניתן אפילו חיוב לגט אלא רק קבעו כי על הצדדים להפרד זה מזה בגט. על כפיה בדרך ברירה בענין זה ראה הפתחי תשובה לשו"ע, אבה"ע, קנד, ג: "מיהו יכולים לכפותו בשוטים לזונה או לשמש או ליתן לה גט (בדרך ברירה) ואין זה נקרא כפיה על הגט רק כדי לקיים שארה כסותה ועונתה"; דרכי משה על טור, אבה"ע, סוף סימן קנד; ראה גם תיק 116 / כ"ה, לעיל הערה 37; ער / תשל"ט / 73, לעיל הערה 37; ער / תשמ"מ / 6 / 151, לעיל הערה 37; תיק 1553 / תשל"ח, לעיל הערה 37, בע' 92-93.

59. ראה ער / תשל"ט / 73, לעיל הערה 37; ער / תשמ"מ / 6 / 151, לעיל הערה 37; תיק 1553 / תשל"ח, לעיל הערה 37.

60. הגהת הרמ"א לשו"ע, אבה"ע, קנד, ג: "ואם רגיל הוא בכך"; תשובות הרמב"ן (מיוחסות) קב: שו"ת מהר"מ מרוטנברג, רצא, מובא גם בהגהות המרדכי לכתובות סג, א; כן ראה ער / תשל"ט / 73, לעיל הערה 37.

61. זו הדעה של הרמ"א בהגהה לשו"ע, אבה"ע, קנד, ג, אלא שהוא מוסיף כי לאחר שהבעל הותרה "יש אומרים שכופין אותו להוציא" בהתמלא תנאי זה: ביאור הגר"א שם; בנימין זאב, סימן סח כמובא בדרכי משה לטור, אבה"ע, סוף סימן קנד; תיק 116 / כ"ה, לעיל הערה 37; תיק 315 / כט, פד"ר ח 216, 224-225 המכרר את מספר ההתראות הנדרשות; ער / תשל"ט / 73, לעיל הערה 37.

62. בנימין זאב, סימן סח כמובא בדרכי משה לטור, אבה"ע, סוף סימן קנד; תשובות הרמב"ן (מיוחסות) קב.

63. תשובות הרמב"ן (מיוחסות) קב; שו"ת מהר"י וייל, קלה; תיק 7831 / כו, פד"ר ח 254, 259; ראה גם השופט י' קיסטר בהלכת חכם, לעיל הערה 10, בע' 202 ואילך. ספק אם שני השופטים הנוספים הצטרפו לפסק דינו של השופט קיסטר בהקשר לסוג התחייבות הבעל שלא לחזור לסורו במטרה לשלול את זכותה של אשה למונחות.

האוטוריטה הדתית, לגבי חלק ניכר מבני החברה, הנה תסרת משקל, סוג כזה של פתרונות נכשל כליל. יש כאן שימוש ציני מצד המתדיינים בתום הלב של בית הדין וניצול לרעה של ההלכה שלא בטובתה. משום כך אמצעי כזה משיג את התוצאה ההפוכה ויוצר תמריצים שליליים דוקא.

לא לה יש לצרף את הקושי הראייתי. על אשה התובעת חיוב בגט בטענות של מתיחות, קטטות ואלימות מוטל נטל השכנוע. טענת האשה, כשהיא לעצמה, אין בה משום הרמת נטל זה. במיוחד אמורים הדברים כאשר טענתה מוכחשת על-ידי הבעל. נטל קשה מוטל, איפוא, על האשה כאשר קיימת עדות מול עדות. בעניינים שבינו לבינה, העדויות בדרך-כלל, הן סותרות והעדויות היא של האשה כנגד עדות הבעל<sup>64</sup>. בסוגיה זו נדון בהרחבה במסגרת הדיון בשאלת זכות המזונות ללא חובה קורלטיבית. כאן מן הראוי לציין רק שנטל השכנוע הרובץ על האשה לצורך הטלת חיוב לגט על הבעל קשה יותר מזה המוטל עליה לצורך חיוב הבעל במזונות מקום שהיא חיה בנפרד ממנו ואין היא עמו.

#### 4. זכות המזונות ללא חובה קורלטיבית

(א) כללי

אלימות במשפחה וקטטות בין בני-זוג מעמידים לעיתים את בן הזוג בפני הכורח לעזוב את הבית על מנת להנצל מן המציאות הקשה המזומנת לו שם. מידת המעשיות והאפקטיביות של ברירה כזו מותנית באפשרותו של הצד החלש לקיים עצמו לאחר שנקט צעד דרסטי ודרמטי מסוג זה. השאלה המרכזית היא, האם זכות המזונות תעמוד לאשה הגם שאין היא מקיימת את החובה הקורלטיבית להיות עם הבעל.

אמנם, בדרך-כלל, אין האשה זכאית למזונות אלא כשהיא עמו, דהיינו כשהיא מקיימת את התנאי לחיובו של הבעל<sup>65</sup>. אולם בנסיבות מיוחדות הולכת ההלכה כברת דרך מסוימת לקראת האשה. אשה העוזבת את בית בעלה מחמת אמתלא וטענה מבוררת, מאימת קטטות ותגרות<sup>66</sup>, או מחמת הצקות והטרדות במקום המגורים על-ידי קרובי משפחה של הבעל<sup>67</sup>, או מטעמים אחרים הנעוצים בבעל<sup>68</sup>, זכאית למזונות

64. ראה השופט י' קיסטר בע"א 256/65 מילר נ' מילר, פ"ד יט (3) 171, 180.

65. שו"ע, אבה"ע, ע, יב וכן הבית שמואל ס"ק לה, שם ותלקת מחוקק ס"ק מג שם; וראה הגהות הרמ"א, שם; מרדכי, כתובות, פרק שני, דיני גזירות, סימן רעג; חידושי הריטב"א, כתובות קג, א, מובא גם בבית יוסף לטור, אבה"ע, סוף סימן ע; תשובת הרשב"א המובאת בבית יוסף לטור, אבה"ע, סימן עז; ערעור תשכ"ה / 112, פד"ר 1, 33, 52-54; ב"צ שרשבסקי, לעיל הערה 6, בע' 150, 165 ואילך; ע"א 47 / 211 סידוף נ' סידוף, פ"ד ב 555, 559; ברם ראה תשובת הרשב"א, חלק ד, סימן עב.

66. הבית יוסף לטור, אבה"ע, סוף סימן עד; שו"ע, אבה"ע, ע, יב; תשובת הרמב"ן (מיוחסות) סימן קג; שו"ת שיבת ציון סימן פח כפי שהובאו בפתחי תשובה על שו"ע, אבה"ע, סימן נב.

67. הגהות הרמ"א שם; ראה ע"א 82 / 560 פלונית נ' פלוני, פ"ד לח (3) 743, על זכות האשה שקרובי בעלה לא יגורו בביתם.

68. במקרה של הצקות והטרדות העילה לפטור היא בשל מחדלו של הבעל לצאת ידי חובת ספוק מזונות לאשה, ובענייני הכוונה היא לחובת המדור הכלולה בה, אם המדור לא יהיה ראוי, הולם ומתאים, ראה א' בארי, "מזונות לאשה שאינה גרה עם בעלה ("מעין מורדת")" מחקרי משפט ג (תשמ"ד) 169, 183-185. ראה עוד תיק 3212 / תשי"ג, פד"ר א 201, 212; תיק תשל"ז / 264, פד"ר י 355, 360. על בסיס גישה כזו מסיק א' בארי, שם, כי בסוג זה של מקרים המניעה מחיים

למרות שהיא מצויה מחוץ לבית ואין חיה במחיצת בעלה. כללים אלה עשויים לעמוד לה לאשה בעת צערה וסבלה, אך שני קוצים באליה זו מכבידים על האשה ומקשים עליה את מימוש הברירה האמורה: נטל הראיות ויעילות ההסדר וזמינותו.

(כ) נטל הראיות

על אשה התובעת מזונות בהעדר מילוי חובה קורלטיבית מוטל השכנוע כי למרות החיים בנפרד זכותה למזונות לא נפגעה ולא נגרע ממנה<sup>69</sup>. בענינים שבינו לבינה, בדרך-כלל, העדויות הן סותרות והראיה בת ההשגה הקרובה והריאלית ביותר היא עדות האשה נגד הבעל<sup>70</sup>. למרות קושי אימנטי זה, טענת האשה<sup>71</sup>, כשלעצמה, לא תצליח להרמת הנטל. במיוחד אמורים הדברים כאשר בפני הדיין עומדת עדות מול עדות, דהיינו טענת האשה מוכחשת על-ידי הבעל<sup>72</sup>. אמנם במקרים אלה כמות הראיות בכוחה תצליח האשה להרים את הנטל ומשקלן אינם והים לדרישות הרגילות כדיני

משותפים היא מן הבעל ואין זו מניעה אוביקטיבית. לדעתו, איפוא, אין לכסס על מקור הלכתי זה עקרון של חובת מזונות כאשר המניעה היא אוביקטיבית, דהיינו כאשר המניעה איננה נובעת מצד זה או אחר והיא בלתי תלויה במילוי כדין של חובת המדור. בענין זה סובר א' בארי (בניגוד לדעת השופט מ' זילברג, אגב אורחא, בהלכת מילר, לעיל הערה 64), על כסיס בחינת מקורות, כי חיוב המזונות לאשה החיה בנפרד הוא אך ורק אם המניעה ממנו, שם, בע' 185-189: ראה גם הרב ב' ליפקין, "חיוב מזונות לאשה שרוצה לגרשה אחרי תדר"ג" התורה והמדינה ה'ו (תשי"ג) קיט, קמט; לדעה זו נוטה גם תיק 4490 / תשי"ז, פד"ר ה 20, 29.

69. ראה הרב ע' יוסף, "חובת ההוכחה כדיני מזונות על הבעל או על האשה" תורה שבעל פה, הרצאות בכינוס הארצי השנים עשר לתורה שבעל פה יב (תש"ל) יד: א' בארי, שם, בע' 169, 189-190.

70. ראה השופט י' קיסטר בהלכת מילר, לעיל הערה 64, בע' 180 ד.

71. משתמשים במונח 'טענה' בשני מובנים. האחד, לציון ההצבעה על טעם ההפרדה, והשני, לציון העובדה שדברי האשה הם בגדר טענה בלבד ולא בגדר עדות כהלכתה הואיל וכדין העברי אין בעל דין יכול להחשב כעד בענינו.

72. בכל אותם מקרים בהם בכוחה של טענת האשה להשיג יתרון משפטי על הבעל נקבעו כללי נאמנות מיוחדים. הפוסקים מטעימים כי בזמן הזה כשרוחחת החוצפה [ובניגוד להנחה המשפטית ששלטה בעבר, לפיה אין אשה מעיזה פניה בפני בעלה – נדרים צא א, יבמות סה, א – לגבי דברים הנמצאים כידיעתו האישית כמו גם בידיעתה, בזמן הזה נשים מעיזות] אין טענת אשה נאמנת מכוחה היא בלבד. ראה פד"ר ו 33, 53: ב"צ שרשבסקי, לעיל הערה 6, בע' 166, 381, 389. (לעמדות אחרות המטילות על הבעל את נטל ההוכחה ראה א' בארי, לעיל הערה 68, בע' 191). מגישה זו, כמו גם מן הכלל שהמוציא מחבירו עליו הראיה, נגזרים הכללים בדבר נטל הראיות בטענות הספציפיות.

בנוגע לטענת קטטה: ראה שו"ע, אבה"ע, ע, יב, התלקת מחוקק ס"ק מב: "וביררה שדבריה כנים שיש לחוש לטענתה" והבית שמואל ס"ק לד: "היינו דברי הדברים אבל בדברים בעלמא אינה נאמנת" וכן ראה הבאר היטב, שם; וראה ער/תשט"ז/107, פד"ר ב 233: ער/104/תשט"ז, פד"ר ב 321, 323: "ככל טענה שיש לאשה על בעלה שהוא מצער אותה שאינה נאמנת בטענה גרידא כיון שהוא מכחיש אותה".

בנוגע לטענת טיב המדור, כולל הטענה בדבר הצקת בני משפחת הבעל: ראה הגהת הרמ"א לשו"ע, אבה"ע, עד, י: "דוקא שנראה לכי"ד שיש ממש בדבריה". בהקשרים אחרים, ראה דין נאמנות לענין טענת גרשתני, הגהת הרמ"א לשו"ע, אבה"ע, יז, ב, ולענין טענת העדר גבורת אנשים, הגהת הרמ"א לשו"ע, אבה"ע, קנד, ז. בענין האחרון הרמ"א עצמו גורס כי אם ניתנו



ראיות. אין צורך בשני עדים כשירים לבירור אמיתות דברי האשה. די בהוכחות המחזקות את דברי האשה באופן שלפי ראות עיני בית הדין יש ממש בדבריה או סיוע לדבריה, מעין "רגלים לדבר"<sup>73</sup>. אולם, לדעת א' בארי, בסוג הטענות המתייחסות להתנהגות הבעל, להבדיל מאלה שענינן טיב המדור ואיכות השימוש בו, נדרשת כמות ראיות משמעותית יותר ומשקלן חייב להיות מכריע יותר<sup>74</sup>.

על הראיות, כדברי אחד מפסקי הדין, להתייחס לעובדות שבעבר ואין להסתפק בחששות של "שמא" לגבי הצקה בעתיד בלבד<sup>75</sup>. לעיתים, עשוי להתקיים מצב ביניים

על-ידי האשה אמתלאות ואומדנות נאמנת. הפתחי תשובה (ס"ק ט לשו"ע, אבה"ע, יז, ב) מציין כי דין זה יחול גם על הענין הראשון: "דחד דינא וחד טעמא".

הבאר היטב לשו"ע, אבה"ע, קנד, ג, מביא דין נאמנות בהקשר לטענות שונות: "הטוענת על בעלה ששכב עמה בנדתה ובעלה מכחישה, בדורות הללו שהנשים פרוצות אינה נאמנת (מהר"י וייל סימן כז). משפט צדק חלק א סי' נט כתב אם תובעת כתובה אינה נאמנת אבל אם אינה תובעת כתובה נאמנת ודוקא שטענה כך בפני הבעל ובפני ביה"ד. היכא דאיכא קטטה בינו לבינה מתחלה ואמרה ששכב עמה בנדתה אינה נאמנת. אבל אם אין אנו יודעין סיבת הקטטה מה היא והיא טוענת שבשביל שרוצה לשכוב עמה בנדתה מריב עמה נאמנת (משפט צדק, שם); לענין טענה אחרונה זו במסגרת תביעת מזונות של אשה שאינה עם בעלה ראה פד"ר ב 321. פסק הדין מקביל את דינה של טענה כזו לסוג הטענות שענינן צער שהבעל גורם לאשה. על בסיס זה מטיל עליה בית הדין את הנטל להוכיח את טענתה למרות שענינה יחסים אינטימיים שבינו לבינה וקשה להניח שקיימות עדויות חיצוניות כלשהן. יחד עם זאת, אין הוא מטיל על האשה במקרה כזה את התובה לחזור לשלום בית עם בעלה.

73. ער / תשי"ז / 78, פד"ר ב 353, 355: בתיק 3212 / תשי"ג, פד"ר א 201, נאמר כי שאלת ההוכחה בענין סירוב לגור עם קרובי משפחת הבעל מחמת טענה (שו"ע, אבה"ע, עד, י) נתונה במחלוקת פוסקים. לדעת השו"ע, שם; הרמב"ם, הלכות אישות, יג, יד; הטור, אבה"ע עד; תשובות הרמב"ן (מיוחסות) קב; וכן דעת המהר"ם מאמינים לאשה על יסוד טענה ואין צורך בבירור על דרך הבאת ראיות. לעומת זאת המגיד משנה על הרמב"ם, שם; הגהת הרמ"א על שו"ע, שם "ודוקא שנראה לבי"ד שיש ממש בדבריה... אבל בלאו הכי אין שומעין לה"; הרי"ף בתשובה שהובאה על-ידי רבינו ירוחם בספר מישרים, נתיב כג חלק ה, מתייבים בירור עובדתי בדרך של הבאת ראיות. בית הדין בתל-אביב מכריע כי עקב מחלוקת הפוסקים אין להוציא ממון ללא ראיות אם כי "אין צורך בעדות גמורה אלא די בסיוע לדבריה מעין 'רגלים לדבר' כדי להאמין לה לטענתה ורק בטענת בלי כל בירור או אין מאמינים לה... ורק מעין בירור תוכל להביא לפני בית הדין שימשש לרגלים לדבר עד שיהא נראה לבית דין ממש בדבריה" ולפי ראות עיניו ידון בית הדין". שם, בע' 211.

בהקשר לטענה קשה יותר של העדר גבורת אנשים ולצורך חיוב בגט מדבר ביה"ד על סיוע לטענתה ורגלים לדבר בלבד, ראה ערעור תשי"ח / 49, פד"ר ג 77, 83: ערעור תשכ"א / 60, פד"ר ד 157, 161: ערעור תשכ"א / 169, פד"ר ד 342, 344: תיק 1794 / לה, פד"ר י 104.

74. א' בארי, לעיל הערה 68, בע' 193-195, 197-198: הוא מסתמך בעיקר על הסברה ועל הרב ע' יוסף, שו"ת יביע אומר, חלק ג, אבה"ע, סימן טו. ראה עוד הרב ע' יוסף, לעיל הערה 69, בע' יז, יח. וראה לעיל הערה 72.

75. ער / תשט"ז / 107, פד"ר ב 233, 235: עם זאת כ"ע / 293 / תשמ"מ, פד"ר יב 320, נקבע כי אשה העוזבת עם ילדיה דירה מרווחת ועוברת לגור בדירה שכורה בת חדר אחד בטענה שהדבר נובע מלחץ וממצוקה פיסית ונפשית להם אחראי הבעל חזקה כי טענתה כנה ונאמנים דבריה. זו אמתלא מוכחת וברורה. סיוע לדבריה נמצא בחוות דעת רפואית לגבי הפער בין מצבה הנפשי הרעוע בעת שהותה במחיצת הבעל לעומת נוצב של השתקמות שהיא נתונה בו מעת העזיבה ולאחריה וגם בניסוח כתבי בית-דין על-ידי הבעל ובאי כוחו.

לפיו אין הטעם בפי האשה או כמות הראיות שבידה מספיקים כדי להטיל על הבעל את החיוב במונחות באיננה עמו, אולם, יחד עם זאת, טענת האשה כשלעצמה, בנסיבות המקרה, די בה כדי למנוע הטלת חיוב על האשה לחזור לבית בעלה<sup>76</sup>.

(2) יעילות ההסדר זומינותו

הואיל וחלק הולך וגדל של הנשים הנשואות משתכר, יש לבחון את משמעות הזכות האמורה ואת דיותה במציאות הנתונה. כידוע, זכאי הבעל לקזז את סכום ההשתכרות של האשה מדמי המזונות שהוא חייב לה<sup>77</sup>. במקרה כזה, אין לעזיבת הבית על-ידי האשה כל אפקט מרתיע כלפי הבעל האלים. לעיתים, ההיפך הוא הנכון, עזיבת האשה את הבית משרתת את הבעל. מציאות בה חוטא כזה יוצא נשכר עלולה לעודד תופעות של פרובוקציה אלימה מצד בעלים המבקשים להוציא אשה מן הבית בלי לשאת בתוצאות ובהוצאות. כדי למנוע את הקיזוז ולחייב את הבעל לשאת במונחות האשה למרות השתכרותה עליה להיות מעוכבת מחמתו<sup>78</sup>. למטרה זו עליה להיות מצוידת בפסק מאת בית הדין הרבני אשר, לפחות, מטיל על הבעל חיוב לגרשה<sup>79</sup>. וכאן נסגר שוב המעגל, שכן, כפי שהראנו, פסקים של חיוב בגט ניתנים במשורה. גם אמצעי זה הופך, איפוא, במציאות חיינו לחסר תועלת מרובה כלפי נשים המשתכרות למחייתן.

##### 5. ההסדר בראי ההלכה

ניתן להיווכח כי ההלכה בשלמותה, ביישומה על קהילה אוטונומית של חברה שומרת מצוות, בעלת הרמוניה פנימית וכוח כפיה של בית-דין, היתה תשובה הולמת ויעילה להתמודד עם בעית האלימות במשפחה. לנוכח כוחו וסמכותו של בית הדין לנקוט צעדי עונשין, כגון מלקות ואף מעבר לכך, כמעט ולא נדרשו אמצעים משפטיים חלופיים. במיוחד כאשר לצד אמצעי העונשין הגופניים עמדו עונשים קהילתיים-חברתיים אשר התלוו לאיסור דתי ולגינוי המוסרי המתלווה לה<sup>80</sup>.

76. ראה פד"ר ב 321, שענינו הטענה שהבעל כופה על האשה לשמש עמו בנידתה. הנטל להוכיח את הטענה מוטל על האשה. אולם עקב קשיי ההוכחה, שענינה יחסים אינטימיים שבינו לבינה וקשה להניח שקיימות עדויות חיצוניות כלשהן, די בטענה כדי להמנע מחיוב האשה לחזור לשלום בית עם בעלה. ראה גם ערעור תשי"ח / 119, פד"ר ג 161, 163, 164; ערעור תשי"ט / 148, פד"ר ד 131, 147; וראה א' בארי, לעיל הערה 68, בע' 175.

77. תיק תשי"ז / 283, פד"ר ב 220; ערעור תשי"ח / 167, פד"ר ג 208; ערעור תש"ל / 172, פד"ר ח 275; ע"א 63 / 69 יוסף נ' יוסף, פ"ד כג (1) 804; ד"נ 23 / 96 יוסף נ' יוסף, פ"ד כד (1) 792, 800-803; ב"צ שרשבסקי, לעיל הערה 6, בע' 233-237.

78. ערעור תשל"ג / 205, פד"ר י 294; ע"א 127 / 80 מילר נ' ברקוביץ, פ"ד לד (4) 219; ע"א 82 / 664 סלומון נ' סלומון, פ"ד לח (4) 365.

79. ע"א 83 / 672 גינזבורג נ' גינזבורג, פ"ד לח (2) 637; ע"א 82 / 798 נוני נ' נוני, פ"ד מ (3) 744. בענין אחרון זה משתמע, אגב אורחא ולכאורה, כאילו הנשיא מ' שמגר היה מוכן להכיר באשה כמעוכבת מחמתו גם על בסיס אמירה מצד בית הדין שהבעל צריך לתת גט או שמצווה עליו לחיתו, ראה שם, בע' 1751.

80. על האפקטיביות של אמצעים כמו חרם ונידוי בהקשר זה ראה בבית יוסף על טור, אבה"ע, סוף סימן עד המביא בשם רבינו יונה בשערי תשובה "למה לא ינדו אותו שלא יעבור על דברי תורה ומעשים אצלנו בכל יום וגערה או נזיפה לא מהני בהו ועל פי הנידוי הם נמנעים".

## 6. ההסדר בראי המציאות הישראלית

אולם האמצעים ההלכתיים המתוארים אינם מוצאים להם נתיב בתוצאות משפטיות אפקטיביות ההולמות את מציאות הזויים המיוחדת בה מופעלות הנורמות ההלכתיות במדינת ישראל. ממילא החומרה המיוחדת למעשים אלה על-ידי ההלכה אינה מוצאת לה ביטוי נאות בדורנו.

האיסור הדתי חסר משמעות בקהילה חילונית ובמסגרת המדינה. הפעלת הסנקציות ההלכתיות העונשיות המתוארות לעיל אינה כלולה במסגרת סמכותו המוגבלת של בית הדין הרבני<sup>81</sup>, מה עוד שאיום בסנקציה חברתית, שהיא תוצאה חמורה בקהילה דתית, אינו אפקטיבי בחברה חילונית אף לו היתה הסנקציה ישימה. מדינת ישראל אוכפת תוצאות משפטיות אך אינה יכולה לאכוף אוטוריטה או השקפת עולם או מסרים חברתיים המעוגנים בשלמות קהילתית של חברה הומוגנית שומרת מצוות ואף לא אמצעי עונשין "אזרחיים" המופעלים על-ידי בית-דין דתי. דוקא את אותם אמצעים הלכתיים אשר עשויים להיות יעילים ובעלי משמעות בחברה הישראלית נמנעה ההלכה מלנקוט ואף העמידה תנאים שהעקתם למציאות דורנו מעקרת, כמעט כליל, את יכולת השימוש בסנקציות ואת יעילותן. התוצאות המשפטיות האפקטיביות הן המבחן ליעילות הנורמה ולאפשרות אכיפתה הלכה למעשה. כתוצאה מכך, אין נשים מיכות מוצאות תשובה משפטית נאותה בבית הדין למרות היחס הקשה של ההלכה כלפי הבעלים המכים.

אם נוסיף את הקושי בהשגת גירושין, את הסחבת הפועלת בעניין זה נגד הצד החלש, את חשיבותה של הפעולה המהירה והיעילה בתחום זה<sup>82</sup>, את המסר על יחסי הגומלין בין המינים, אותו "מוסרות" עילות הגירושין הנוחות יותר לבעל מאשר לאשה<sup>83</sup>, ואפשרות הבעל לקבל היתר נישואין, נבין את משמעות המסר השלילי שהשיטה מוסרת לבעלים בכלל ולאימים שבהם בפרט.

## ד. ההתמודדות המשפטית: בתי המשפט

## 1. מכוא

הנושאים הנדונים ברשימה זו ענינם דיני הנישואין והגירושין, במובן הצר, ועניני מזונות. בעניני נישואין וגירושין, במובן הצר, מקום שמדובר בבני-זוג יהודיים, אין לבית המשפט הרגיל כמעט שום נקודת אחיזה לתלות בה את סמכותו. אולם גם בדונם בעניני מזונות אין בתי המשפט מקיימים מערכת עצמאית של דינים, אלא כמתחייב מן החוק לתיקון דיני משפחה (מזונות), תשי"ט-1959, ומכללי המשפט הבינלאומי הפרטי<sup>84</sup>. למקומה של מערכת המשפט הרגילה בשאלת האלימות והסכסוכים במשפחה

81. לענין סמכות בית הדין בעבר לעומת היום ומשמעותה, ראה, למשל, הרב יישראל, "על כפיה ורצון בגט" תורה שבעל פה (הוצאת מוסד הרב קוק) XII לב, לח: "לא אשמת ההלכה היא ואין הקולר תלוי אלא בציבוריות שלנו שבמקום לראות את מקום התורפה במקומו הנכון מצביעה על ההלכה שכאילו היא הגורמת לעיוותים הנובעים מחיי החברה שסטו מדרך התורה". כן ראה ז' פלק, תביעת נירושין מצד האשה כדיני ישראל (תשל"ג) 80.

82. כאשר את הפונה שלא כדין ניתן לקנוס לאחר מכן בדרכים שונות כדי למנוע תמריץ לפברוק, לעלילות דברים ולניצול לרעה של ערכאות השיפוט.

83. ראה להלן הערות 169-174 והטכסט הסמוך להן.

84. ראה ע"א 191/51 סקורניק נ' סקורניק, פ"ד ח 141; ע"א 173/69 בכר נ' בכר, פ"ד כג (1) 665; ע"א 592/83 פורר נ' פורר, פ"ד לח (3) 568, 561; ע"א 148/84 שמואל נ' שמואל, פ"ד לט (4)

בהקשר האזרחי נוכל, איפוא, להתייחס רק באותן סיטואציות בהן חודרת גישה עצמאית של בית המשפט, דהיינו בתפר שבין הדין הדתי לחילוני<sup>85</sup>. הדין הדתי הוא קצה החוט בו חייב בית המשפט האזרחי להתלות והוא קרקע גידולו של הסדר אזרחי המושתת על הדין הדתי. והרי מן המפורסמות הוא, שאפילו מחיל בית המשפט את הדין הדתי "לא הרי דיני ישראל הנידונים בבית המשפט האזרחי, כהרי דיני ישראל הנידונים בבית הדין הדתי"<sup>86</sup>.

בהקשר הרלבנטי לענייננו המדובר בשני ענפים: (א) זכות למוזנות ללא חובה קורלטיבית; (ב) צוי הרחקה או הפרדה. שני ענפים אלה יוצאים מאותו שורש, סוגית המוזנות.

## 2. זכות המוזנות ללא חובה קורלטיבית

(א) גישה עצמאית של המשפט האזרחי כלפי הדין הדתי

(1) עיקרים

בתחום זה פותחה על-ידי בית המשפט נגישות רבה יותר לזכות המוזנות מצד האשה המוכה או הסובלת לעומת גישתו של בית הדין. את העקרונות קלט בית המשפט מן הדין הדתי עליו עמדנו קודם לכן<sup>87</sup>. בכך נדחתה העמדה אשר הטילה על הבעל את נטל השכנוע להוכחה כי הפירוד שניזום על-ידי האשה אינו מוצדק<sup>88</sup>.

למען האמת, אילו דבק בית המשפט בפסיקה קודמת באשר לאבחנה בין הדין הדתי המהותי – המחייב את בית המשפט – לבין הדין הדתי הפרוצדורלי הראייתי – שאינו מחייבו – היה משתחרר כליל מן התלות בדיני הראיות של הדין הדתי<sup>89</sup>.

בית המשפט העדיף ללכת בעקבות הדין הדתי<sup>90</sup> ואף-על-פי-כן פיתח גישה עצמאית המרחיבה את הנגישות לזכות המוזנות בשלושה מישורים:

I. באמצעות הרחבת העילות המזכות את האשה במוזנות ללא חובה קורלטיבית. המגמה המוצאת לה ביטוי בפסיקה היא כי די בכך שאשה עוזבת את הבית ממניעה

85. ראה בג"צ 301/63 שטרייט נ' הרב הראשי לישראל, פ"ד יח (1) 598, 629: "הדין הולך אחר הדין" (בג"צ 143/62 פונק-שלוינגר נ' שר הפנים, פ"ד יז 225, 250); בית הדין הרבני פוסק על-פי הדין שלו, ובית המשפט פוסק על-פי הדין שלו ואין האחד מבקר את דינו של השני".

86. ע"א 238/53 כהן ובוסליק נ' היועמ"ש, פ"ד ח 4, 19.

87. הלכת מילר, לעיל הערה 64; הלכת חכם, לעיל הערה 10.

88. ע"א 87/49 לויין נ' לויין, פ"ד ה 921; ע"א 151/60 עבראן נ' עבראן, פ"ד יד 1828, 1832; ע"א 61/634 מקימן נ' מקימן, פ"ד טז 945, 951; עמדה מפשרת בין שתי הגישות ראה ע"א 8/66 דנה נ' דנה, פ"ד כ (3) 110, 122.

89. ע"א 26/51 קוטיק נ' וולפסון, פ"ד ה 1341, 1344. ביקורת על הלכה זו ראה א' לבונטין, לעיל הערה 22, בע' 72-67; מ' שאוה, הדין האישי בישראל (מהדורה שניה, תשמ"ד) 138-144; א' שאקי, "צמצום היקף חלותו של הדין הדתי בבתי משפט אזרחיים" נוילין כא-כב (תשכ"ה) 38; י' אנגלרד, "מעמדו של הדין הדתי במשפט הישראלי" משפטים 1 (תשל"ה) 5.

90. לדעת י' אנגלרד, שם, בע' 16-17, נהג בית המשפט כשורה. לדעתו, יש להבחין בין סדרי הדין, במובנם הצר, לבין הוראות דיוניות או כללי ראיות שהן הוראות מיוחדות למטריה והקשורות קשר הדוק לדין המהותי. בהבדל מסדרי הדין אין להניח כי בסוג האחרון של ההוראות התכוון המחוקק להחיל דווקא את ההוראות האזרחיות.

אוביקטיבית, שאיננה נובעת ממנה כדי לזכותה במוזנות<sup>91</sup>. עמדת הדין הדתי לעומת זאת היא, כנראה, מצומצמת יותר<sup>92</sup>.

II. באמצעות דרישה נוחה ומקלה של כמות הראיות הנדרשת להוכחת המניעה מן החיים המשותפים ומשקלן. נטל השכנוע מורם כאשר: "המשקל הסגולי של כמות ההוכחה... (מצד האשה), הוא קל מאד, הייתי אומר: משקל נוצה"<sup>93</sup>. בתי המשפט אמצו מבחן מקל זה והלכו אחריו<sup>94</sup>. עמדת הדין הדתי בשאלת כמות הראיות ומשקלן נוקשה יותר<sup>95</sup>.

III. הקלה נוספת, אשר מצאה לה משכן בבית המשפט האזרחי, היא הגבלת החובה לחזור לבית כדי להמשיך ולהיות זכאית למוזנות בשלושה גזרים: ראשית, הוכח כי סולקה המניעה; שנית, אין מניעה ממשיית קיימת, אחרת, כלשהי לשיבה הביתה; ושלישית – הבעל הביע רצון כן ואמיתי לחדש את החיים המשותפים<sup>96</sup>.

בסטיות המתוארות מן המקובל בפסיקה הרבנית, אין פגיעה בדין האישי אף לדידם של המתנגדים להלכה בדבר הרכבת דיני הראיות, כמו גם סדרי הדין האזרחיים, על הדין הדתי. המקורות ההלכתיים בסוגיה בה אנו עוסקים מתנסחים בצורה כללית ומעורפלת. הכללים בדבר היקף טענת המניעה בהקשרים מסוימים, כמות הראיות, דיותן ומשקלן מניחים מקום מרכזי לאופן היישום של הערכאה השומעת את הטענות והעדים ולשיקול דעתה. בית המשפט הגשים את הנורמות של הדין הדתי, הפעילן ויישמן תוך פרשנות מקורות הדין הדתי מתוכן<sup>97</sup>. בית המשפט פנה אל המערכת המיוחדת של דיני הראיות בדין הדתי, אלא שהשכיל לכוונה למסלול מיקל והפעיל אותה באופן גמיש ונות הרבה יותר לאשה מאשר בית הדין הדתי. הדין הוא אחד, המשתנים הם היחס הבסיסי אל הראיות, הגישה אל העדים ואל עדותם, שקלול הראיות וכיוצא באלה.

91. דברי השופט זילברג בהלכת מילר, לעיל הערה 64, בע' 174, ממנו הסתייג בהקשר זה השופט י' קיסטר, שם, החל מע' 178; ובמיוחד דברי המשנה לנשיא, השופטת מ' כן-פורת בע"א 82/560 פלוגית נ' פלוני, פ"ד לח (3) 743, 745-746, אליה הצטרפו בענין זה, למרות היותה אמרת אגב, שני שופטי ההרכב האחרים, הנשיא מ' שמגר והשופט ג' כן; כן ראה ע"א 74/609 חי נ' חי, פ"ד ל (3) 482, 480; ע"א 79/309 שדמי נ' שדמי, פ"ד לד (1) 309, 312.

92. ראה לעיל הערה 68 והטכסט הסמוך לה וכן ראה א' בארי, לעיל הערה 68, בע' 188-189. מן הראוי לציין כי בענינים עקרוניים הדין יהיה זהה. כך, למשל, נקבע בהלכת מילר, לעיל הערה 64, בע' 180, כי סכסוך כספי בין בני הזוג אינו מהווה מניעה שמכוחה תהיה אשה הגרה בנפרד מבעלה זכאית למוזנות. בהלכת חכם, לעיל הערה 10, בע' 204, נקבע כי זהו הדין גם במקרים של הבדלי השקפות וחילוקי דעות בין בני הזוג.

93. השופט מ' זילברג בהלכת מילר, לעיל הערה 64, בע' 178ב.

94. הלכת חכם, לעיל הערה 10; ע"א 73/115 וייס נ' וייס, פ"ד כט (1) 48, 52; ע"א 74/609 חי נ' חי, פ"ד ל (3) 480; ע"א 79/309 שדמי נ' שדמי, פ"ד לד (1) 309; ע"א 80/294 כהן נ' כהן, פ"ד לד (4) 355; ע"א 82/560 פלוגית נ' פלוני, פ"ד לח (3) 743, 746.

95. ראה לעיל הערות 69 ו-72; כן ראה א' בארי, לעיל הערה 68, בע' 197-198.

96. ע"א 64/358 מורחי נ' מורחי, פ"ד יח (4) 524; הלכת חכם, לעיל הערה 10, בע' 204; הגדר השלישי מעוגן בהגהת הרמ"א לשר"ע, אבה"ע, פ. יח. לעומת זאת, אם נטשה האשה את הבית ללא הצדקה והיא מבקשת לחזור ולהתזיר לה את זכות המוזנות, עליה מטל נטל השכנוע, בהוכחה של ממש, כי חזרתה כנה ואמיתית, ראה ע"א 73/115 וייס נ' וייס, פ"ד כט (1) 48, 52.

97. על השאלות באיזו מידה כפוף בית המשפט האזרחי לפרשנות הדין הדתי על-ידי הערכאה הדתית, באיזו מידה פסקיו של בית הדין הדתי מהווים ביטוי מוסמך של הדין הדתי וחלק ממנו והם מתייבים

## (2) האשה העובדת: הסדר מיוחד

## I. הכרעה אגבית

אשר לקושי הנוסף, המיוחד לאשה העובדת<sup>98</sup>. הפתרון המוצע הוא כי בית המשפט האזרחי יכריע באורח עצמאי, לצורך סוגית המזונות, בשאלת זכות האשה לקבל גט<sup>99</sup>. בית המשפט לא יראה עצמו נאלץ להמתין להכרעת בית הדין הרבני. בית המשפט גם לא יחייב את הצדדים להזקק להכרעה מוקדמת של בית הדין הרבני בסוגיה זו כתנאי מוקדם להחלטתו בשאלת קיוזום או אי קיוזום של הכנסות האשה מהשתכרותה.

הכרעה אגבית זו, במסגרת דיון בענין שבסמכותו, בסוגיה אשר בהידונה באורח עצמאי איננה מצויה בסמכותו של בית המשפט, מוסמך בית המשפט לקבל מכח סעיף 76 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984<sup>100</sup>. בית המשפט רשאי במסגרת תביעת מזונות לקבוע את מעמדה של התובעת כתנאי לקיום הזכות ואת התנאים שבדין הדתי כתנאי למימוש הזכות. זו היא שגרה של יום ביום בבתי המשפט ובלעדיה לא ניתן לתאר הליך יעיל של תביעת מזונות. מדוע יגרע חלקה של הכרעה בטענות הנוגעות לביטול הזכות או לצמצום היקפה? יש להניח כי פרשנות כללי ההלכה בדבר החובה למתן גט למטרת מזונות בבית המשפט האזרחי תהיה נוחה יותר מאשר בבית הדין הרבני במסגרת דיון בהתרת קשר הנישואין.

## II. החשש מפני גט מעושה

עדיין עלינו לסלק מכשול אפשרי כלפי הפעלת סמכות אגבית זו על-ידי בית המשפט. מהלך טענה משוער הוא כי פסיקת מזונות "בניגוד להלכה" או מעבר למה שהיה נפסק לאשה בבית הדין הרבני יהפוך כל גט שניתן על-ידי הבעל לגט מעושה<sup>101</sup>. גט שהוא תולדה של לחץ כספי המופעל על הבעל אם לא יגרש נחשב למעושה. גם קנס, שקיבל על עצמו הבעל מרצון אם לא יגרש ואשר בעטיו ניתן הגט, הופך, לדעת המחמירין מן הפוסקים, את הגט למעושה<sup>102</sup>.

את בית המשפט האזרחי, האם לבתי המשפט האזרחיים תירות להגשמתן של נורמות דתיות וליישומן בלי להיות כפופים להחלטות קודמות מסוג זה של בתי הדין הדתיים, ראה "אנגלרד, מעמדו של הדין הדתי במשפט הישראלי" משפטים ב (תשל"א) 510, 531 ואילך; לדעתו, בית המשפט האזרחי רואה עצמו חפשי לאמץ לעצמו פרשנות עצמאית של נורמה דתית מזו שניתנה על-ידי הערכאה הדתית אם הדבר נראה לו כמחייב על-פי הנורמות הדתיות המופשטות, ראה שם, בע' 535; כן ראה 359 / 66 ניתייה נ' הרבנות הראשית, פ"ד כב (1) 297, 290; ד"נ 23 / 69 יוסף נ' יוסף, פ"ד כד (1) 792, 810.

98. ראה לעיל הטכסט סמוך להערות 77-79.

99. זו עמדתו של פרופ' פ' שיפמן, "המשפט העברי בפסיקת בתי המשפט" שנתון המשפט העברי יג (תשמ"ז) 371, 372-373.

100. ס"ח 198. ראה ע"א 54 / 65 מקיטן נ' מקיטן, פ"ד יט (2) 651; ע"א 603 / 65 פלדמן נ' פלדמן, פ"ד כ (2) 465; וראה פ' שיפמן, דיני המשפחה בישראל (תשמ"ד) 41.

101. על ההלכה שאין האיש מגרש אלא לרצונו, ראה יבמות ק"ב, ב; רמב"ם, הלכות גירושין, א, א"ב. על גט מעושה ראה גיטין מט, ב; פת, ב; טור, אבה"ע, קלד ובבית יוסף ובבית חדש, שם; שו"ע, אבה"ע, קלד, א, ה, ז; ב"צ שרשבסקי, לעיל הערה 6, בע' 415-419.

102. ראה הגהת הרמ"א לשו"ע, אבה"ע, קלד, ה "ויש מחמירין וטוב לחוש לכתחילה": חששו של הרמ"א מבוסס על מחלוקת פוסקים. הרשב"א בתשובה המובאת בבית יוסף לטור, אבה"ע, קלד, סובר כי מתן גט כדי להנצל מהפסד ממון הוא אונס פוסל, בהבדל מהענקת ממון, דהיינו: קבלת תמורה כספית עבור מתן הגט, שאינה פוסלת את הגט. גם הפקעת תיובים עקב מתן הגט

החשש קיים ועומד לא רק במידה והבעל מגרש מאימת החיוב או הקנס, אלא אפילו יודעים ומכירים בכך שבנסיבות מקרה פלוני הגט ניתן מרצון וכלי שהקנס השפיע בפועל על מתן הגט. הצל אותו מטיל הקנס מרחיב את גבולות החשש מפני העישוי שבגט. משום כך, למשל, אין מאשרים מראש הסכמים הטומנים בחובם חשש או ספק של גט מעושה, גם אם בדיעבד הגט כשר<sup>103</sup>.

יש מן הפוסקים המתנים את הכשרות בדיעבד בהוכחה שבסופו של דבר ניתן הגט מרצון. לפי דעה זו, אם ניתן הגט מאימת הקנס הריהו מעושה גם בדיעבד<sup>104</sup>. לעומתם, חלק מן הפוסקים מקלים ואינם גורסים אכחנה זו. לדעתם, הגט כשר בדיעבד אפילו ניתן מאימת הקנס שקיבל על עצמו המגרש או מחמת החיוב שנתחייב בו<sup>105</sup>.

האם, אמנם, חיוב מזונות אשר ניתן בבית המשפט המחוזי, הגם שספק אם בית הדין הרבני היה פוסק אותו בנסיבות אלה או שגובהו מופרז על-פי הדין, יהפוך, לדעת המחמירין, גט למעושה? החיוב ניתן ללא קשר לגירושין. זהו חיוב עצמאי שמטרתו לספק מזונות לאשה. אמנם החיוב יפקע עם מתן הגט, אך גט שבעטיו נפקעים חיובים קיימים אינו נהפך למעושה. על-פי הדין הדתי כל אימת שכופין את הבעל על ענין אחר, דהיינו על חיובים שהוא חייב בהם, כגון: פרעון הכתובה או חוב רגיל, וכדי להפטר מחיוב זה הוא נותן את הגט, אין הדבר נחשב בגדר אונס פוסל. גם כאשר הסנקציה המוטלת על הבעל, שכדי להפטר ממנה הוא מגרש, אינה בעטיו של הגט אין הגט מעושה<sup>106</sup>. יש, אמנם, דעה האומרת, כי הכפיה האמורה לא תפסול גט רק בתנאי

אינה הופכת את הגט למעושה (ראה גם לגבי שני ענינים אחרונים אלה, פתחי תשובה לשו"ע, אבה"ע, קלד, ה, ס"ק יא). לעומת זאת דעה אחרת בענין זה ראה פסקי המהר"א, סימן קעג, מוכא בדרכי משה לטור, שם, וכן דעת המהר"ק, שורש סג, כמוכא בדרכי משה לטור, שם, הסבורים שכל ששעבד עצמו בקנס אינו אונס הואיל ועשה מרצון; זו גם דעת הריטב"א הנלמדת מתשובה, המובאת בבית יוסף לטור, אבה"ע, קנד, לפיה המגרש מפני יראת שבועה שנשבע אין גיטו נפסל בדיעבד הואיל והביא את השבועה על עצמו מרצון ורק מה שבא לו לאדם שלא מעצמו נחשב כאונס.

הלבוש, שהובא בבית שמואל שו"ע, אבה"ע, קלד, ה, מנסה לישב את הסתירה בין הרשב"א למהר"ק על-ידי חילוק באופי ההתניה. אם חיוב הקנס הותנה כתשלום חוב במועד קצוב אם לא יתן גט עד לאותו מועד, אין הגט נחשב כמעושה גם אם מסר אותו מאימת התשלום, הדבר נחשב ככפיה מותרת בגין חוב. מה שאין כן כאשר השתרור מן הקנס מותנה במתן גט על-פי דרישת האשה בלא קציבת זמן.

103. ראה הגהת הרמ"א, שם; תורת גיטין, אבה"ע, הלכות גיטין, קלד; וכן ראה פתחי תשובה לשו"ע, אבה"ע, קלד, ה, ס"ק י; וראה ער / טז / 47, פד"ר ב 9, 12-14.

104. ראה המשכנות יעקב, הבית מאיר, המכתב אליהו והמהר"ש, המוכאים בפתחי תשובה, שם; כן ראה ערוך השולחן, הלכות גיטין, קלד, כג: ער / טז / 47, פד"ר ב 9.

105. ראה תשובת הריטב"א, המובאת בבית יוסף לטור, אבה"ע, קנד. לעומת זאת, אפשרית גם דעה כי הגט מעושה גם בדיעבד אפילו גירש בפועל מרצונו ולא רק במידה וגירש מאימת הקנס. ראה על דעה אפשרית כזו בערוך השולחן, הלכות גיטין, קלד כט, ובער / טז / 47, פד"ר ב 9, 13-14.

106. ראה תשובת הריטב"ש, סימן קכז, בפסיקה לפיה בעל שעוכב בשל מצוות עונה וכדי להשתחרר מן התפיסה נתן גט אין הגט מעושה הואיל ועוכב בשל ענין אחר, בלתי תלוי בגט, ולא לצורך מתן הגט (כן ראה סימן רלב); וראה תשובת הרשב"ץ, סימן א, המובאת בבית יוסף לטור, אבה"ע, קלד; כן ראה הרב ש' דיכובסקי "כפית גט" ע"י המלצה לניכוי שליש ממאסר" תחומין א (תש"מ) 248.

שהחייב, בעטיו נעשית הכפיה, הוא מן הדין<sup>107</sup>. אולם פוסקים מאוחרים מצמצמים סייג זה לנסיבות מיוחדות<sup>108</sup>.

האבחנה המרכזית, לדעת המחמירין, היא, איפוא, האם תלוי החיוב או הקנס בגירושין עצמן או שהוא עצמאי ובלתי תלוי. השיקול המכריע הוא קיומה של זיקה, תלות או קשר בין החיוב לבין הגירושין<sup>109</sup>. על בסיס כל אלה ניתן לדחות את החשש כאילו פסיקת מונחות של בית המשפט המחוזי עלולה להפוך גט למעושה<sup>110</sup>.

107. התשב"ץ, שם. ערוך השולחן, הלכות גיטין, קלד, כה. לדעת המכ"ט, חלק ב, סימן קלח, התנאי הוא כפול. ראשית, שהעישוי בדבר האחר הוא כדין, ושנית, דוקא כשיש לבעל ברירה של ממש, כגון, שיש לו אפשרות לפרוע. אולם המכ"ט מוותר על התנאי השני בתשובה אחרת חלק א, סימן כב. הספר שמחת כהן, חלק ג, אבה"ע, סימן ט, מבאר את הסתירה בדברי המכ"ט כך שכאשר הכפיה אינה לשם כפיה כלל, לא כדין ולא שלא כדין, אלא למטרת עונש אין להקפיד על התנאי השני שהעמיד המכ"ט: וראה הרב ש' דיכובסקי, שם.

108. כך מעמיד הראנ"ח, סימן מג, את דברי התשב"ץ, שם, רק למקרה שהשימוש בכפיה בענין האחר נעשה במטרה מכוונת להוציא גט מן הבעל. הפתחי תשובה לשו"ע, אבה"ע, קלד ה, ס"ק יא, מעמיד את דברי התשב"ץ, שם, רק בכפית גוף שלא כדין. בכפית ממון על ענין אחר, הגם שלא כדין, אין הגט, שניתן כדי להנצל מכפיה כזו, מעושה. הטעם שמביא הפתחי תשובה לאבחנה זו הוא שבכפית ממון חמורה יותר, אשה הגוזלת מעות מבעלה ומסרבת להשיבם עד למתן גט, שהיא ודאי כפיה שלא כדין, מסתפק הרשב"ץ אם הגט מעושה ונוטה להכריע שאין הגט נעשה בזה מעושה (התשובה מובאת בבית יוסף לטור, אבה"ע, קלד).

גם לדעת תורת גיטין, אבה"ע, הלכות גיטין, קלד, אין כפית ממון בענין אחר פוסלת את הגט. אלא שהתנאי לכך, לדעתו, הוא שענין הגירושין לא הוזכר כלל. תנאי כזה נדחה במפורש על-ידי הפתחי תשובה, שם. וראה גם הרב י"י פרנקל, "כפיה בגירושין" הליכות 110-111 (תשמ"ז) 1, 2.

109. תורת גיטין, אבה"ע, הלכות גיטין, קלד. תורת גיטין, שם, סבור, לפיכך, כי מחילת הבעל על כל שעבודי אשתו (מעשה ידיה, תשמיש וכו') גם אם לא יגרשנה תוך שמירת זכותה למונחות ולשאר חיובים אינה עושה גט למעושה. כאן אין תלות בין הגט לחיוב (ראה גם בפתחי תשובה לשו"ע, אבה"ע, קלד ה, ס"ק ט).

110. הרב מ' פיינשטיין, אגרות משה אבה"ע, חלק רביעי, ס"ק קו, קפ, פוסק שמתן גט כדי להיפטר מחיוב מונחות, אשר הוטל על-ידי שופט נגד בעל סרבן, אינו הופך את הגט למעושה: "הנה הא עד שתגרש מבעלה הא הוא חייב במונחותיה ובכל צרכיה מדינה ורשאה לילך לערכאות שיכופו אותו... ואף שהם יוסיפו שצריך לזונה אף כשהיא עושה מלאכה ומרווחת גמי... בכל אופן פשוט שאם יגרשנה ליפטר מחיוב זה אין זה בחשיבות גט מעושה ויהיה כשר מלכתחילה". זו גם דעתו של הרב ש' דיכובסקי, "סנקציות בהסכמי גירושין" (טרם נדפס). כדי שניתן יהיה להגיע למסקנה זו צריכים, לדעתו, להתקיים התנאים הבאים: 1. חיוב המונחות, שאינו כדין, אינו מוצמד כתנאי לגט; 2. כמועד הטלת החיוב אין הגט נזכר כלל; 3. הבעל אינו משתחרר ממאסר – אליו נקלע כתוצאה ממחדל לקיים את החיוב – עקב הסכמתו למתן גט.

לעומת זאת, ראה הרב י"י ווייס, מנחת יצחק חלק שמיני, סי' קלו, רצג: "הנה הטלת השופט חשלום נוסף של החזקה עד שיתן לה גט יביאנו לידי חשש גט מעושה לכל הדעות".

לגבי חיוב מונחות, אשר הותנה בין בני הזוג במסגרת הסכם גירושין למקרה שהבעל יסרב לגרש את האשה, נקבע כי יש חשש לגט מעושה. בית הדין סבור היה כי החיוב כמוהו כקנס, ולכן אין לאשר מלכתחילה הסכם כזה. ראה ער / טז / 47, פד"ר ב 9. אולם אין הנדון דומה לראיה. בענין זה לא זו בלבד שחיוב המונחות עוגן בהסכם גירושין אלא שנוצרה תלות מפורשת בין חיוב המונחות לבין הגט. חיוב המונחות הותנה בהרשת הבעל ממתן הגט שהתחייב לו.



חיזוק למסקנה זו, הנוגע לתוקפם כדיעבד של גירושין שקדמה להם פסיקת מזונות בבית המשפט המחוזי – שאיננה עולה בקנה אחד עם כללי ההלכה או מבחינת עצם החיוב או מבחינת היקף החיוב – תמצא בשניים. ראשית, אף לדעת המחמירין בענין קנס שקיבל על עצמו מרצון, ההחמרה היא מלכתחילה אבל אם כבר גירש כדיעבד הגט כשר<sup>111</sup>. שנית, "מי שגירש את אשתו בגט כשר ויצא קצת לעז על הגט מותר לכופו לתת גט אחר"<sup>112</sup>.

אם כך הם פני הדברים, עשויה אשה במצב קשה, במקרים של מתח, איבה ואלימות, לשקול את החלופות שבפניהן היא ניצבת במימד ריאלי ובאופן שקול. הברירה האמיתית העומדת לפניה אינה בין אלימות פיזית או רוחנית או מתיחות קשה מנשוא לבין חרפת רעב, אלא בין אלימות או מתיחות לבין השתחררות מעול כבד תוך הגנה כלכלית מינימלית לפחות. לאשה נפתחת על-ידי כך אופציה של ממש.

### 3. צוי הפרדה או הרחקה מן הבית

#### (א) מכוא

ניתן היה לצפות כי בית המשפט האזרחי ינקוט גישה עצמאית גם בסוגית צוי ההרחקה מן הבית. גם מקורם ותשתיתם של אלה בדין הדתי, אך פיתוחם ושימושם יכול לבוא לביטוי במשפט האזרחי. ההתפתחות שהחלה בכיוון זה בבתי המשפט המחוזיים נעצרה במכוון על-ידי בית המשפט העליון. המוסד לא הרחיק לכת. בית המשפט נמנע מהפעלת שיקול דעת רחב וכולל להסדר מערכת היחסים במשפחה. לא זו אף זו, בית המשפט הטיל סייגים הן במישור הדין המהותי, בכל הקשור לתנאים הנדרשים להוצאת הצו, הן במסגרת דיני הראיות והן במישור הפרוצדורלי.

#### (ב) ניתוח עיקרי הסדר, אופיו ומטרותו – הגישה השיפוטית המצמצמת

בתי המשפט הטעימו מתחילת הדרך כי אין מדובר בהסדר קנייני אלא הסדר בגדרם של דיני המשפחה<sup>113</sup>. המקור הפורמלי של צו להרחקת בעל מדירת המגורים נמצא בזכות המדור<sup>114</sup> הנופלת בגדר החיוב למזונות<sup>115</sup>. בעקבות הרעיון שנתחדש בבית הדין הרבני<sup>116</sup> נקבע בשורה הארוכה של פסקי הדין כי זכות המדור אינה מתקיימת, הלכה למעשה, אלא במקום שהמדור הוא בלתי מופרע, דהיינו, בתנאים אנושיים ושלוים ובלי להיות צפוי למעשי התגרות בלתי נסבלים<sup>117</sup>. ברוח זו, קבע בית המשפט כי האלימות

111. ראה הגהת הרמ"א לשו"ע, אבה"ע, קנד, ה, מביא כשם תשובות הריטב"א.

112. הגהת הרמ"א לשו"ע, אבה"ע, קנד, כא.

113. ע"א 72 / 731 חן כליפא נ' חן כליפא, פ"ד כח (1) 611; בר"ע 74 / 19 בר לוי נ' בר לוי, פ"ד כח (1) 726; א' רוזןצבי, לעיל הערה 22, בע' 168 ואילך.

114. הלכת חן כליפא, שם; הלכת בר לוי, שם; ע"א 77 / 235 שלטון נ' שלטון, פ"ד לא (3) 755; ע"א 79 / 458 ניר נ' ניר, פ"ד לה (1) 518, 525-526; ע"א 80 / 410 כרוזני נ' כרוזני, פ"ד לה (2) 317; ע"א 81 / 573 כסיף נ' כסיף, פ"ד לו (2) 294, 299-300; בר"ע 81 / 258 ליפשיין נ' ליפשיין, פ"ד לו (3) 650, 645, 651.

115. שו"ע, אבה"ע, עג, ז; תיק 2921 / תשי"ב, פד"ר א 239; תיק 4273 / תשי"ז, פד"ר ב 278; ע"א 72 / 328 לנגל נ' לנגל, פ"ד כז (2) 470; הלכת חן כליפא, לעיל הערה 113; הלכת בר לוי, לעיל הערה 113; ע"א 75 / 661 פלוני נ' פלונית, תקציר יא 18-19; בג"צ 65 / 155 גורוביץ נ' בית הדין הרבני האיזורי, פ"ד יט (4) 16, 19.

116. ראה ערעור תשי"ט/138, לעיל הערה 45, בע' 319-320.

117. ראה, בין היתר, הלכת ניר, לעיל הערה 114, בע' 525-526; הלכת כרוזני, לעיל הערה 114; הלכת כסיף, לעיל הערה 114, בע' 299-300.

ההופכת את המדור למופרע, וממילא מסכלת את מילוי של החיוב, כוללת גם אלימות נפשית, התאכזרות רוחנית, התעמרות וכיוצא באלה<sup>118</sup>.

בני-זוג, בעיקר נשים, ניצלו את הפתח דרכו הסתננו צוי הרחקה או הפרדה למערכת האזרחית. בתי המשפט המחוזיים פירשו, כנראה, את סמכותם בדרך מרחיבה. השימוש בצוים הפך תדיר ונפוץ. "דומה שמרוב השימוש בצו איסור זה, יש שהוצאתו נעשית כהיתר במידה מופלגת, ומן הראוי לחזור ולתחום בו תחומים"<sup>119</sup>.

בית המשפט העליון מצא כי אמצעי משפטי זה מנוצל, לדעתו, לרעה בשני מובנים: ראשית, הצו הופך להיות אמצעי בתכסיסי מלחמתם של בני הזוג. צדדים מבקשים להשיג באמצעותו יתרון או עמדות כוח בדרישות או במשא ומתן להסדר היחסים ביניהם. ההרחקה מן הבית נעשית כלי נשק במסגרת הסכסוך בין הצדדים, בין למטרה של השגת הסכמה לעצם הגירושי ובין לצורך השגת תנאי גירושי טובים ונוחים<sup>120</sup>. שנית, הקלות בה היה מוצא הצו היתה פירצה הקוראת ליצירת פרובוקציות ומעשי התגרות מכוונים במטרה להפיל את בן הזוג בפח האלימות ולהמציא עילה להרחקת בן הזוג מדיירתו<sup>121</sup>.

מה שנראה היה לבית המשפט כהצפה בתביעות, כהיענות מהירה, קלה ובלתי זהירה של בתי המשפט לבקשת הרחקה וכשימוש לרעה בהליך אשר כזה במציאות הישראלית, הוליד אותו להידוק חמור של התגורה במתן סעד בהליכים של צו הרחקה. בית המשפט העליון חזר על דברים שנאמרו בתחילת דרכם של צוי ההרחקה<sup>122</sup> כי הוצאת צוים כאלה מחייבת זהירות רבה והסעד לא ינתן בנקל, כדבר שבשגרה, אלא במקרים מיוחדים בלבד<sup>123</sup>. אם בתחילת הדרך נימת הדברים היתה מכוונת למידה של בדיקה וריסון הרי בהמשך תכליתם היתה הנחיית בתי המשפט המחוזיים במדיניות של קפיצת יד והחמרה רבתי בהוצאת הצוים.

כבר בהלכת ברזני<sup>124</sup> סימן בית המשפט העליון את קוי התיחום הלגיטימיים של צו הרחקה בשל מניעת אלימות. בית המשפט בקש למנוע את טישטוש קו הגבול בין הגנה מפני אלימות, המתבצעת באמצעות ההגנה על מדור שקט ובלתי מופרע, לבין צוי הפרדה הבאים להסדיר את מערכת היחסים הכוללת בתוך המשפחה. צו הרחקה, אומר

118. הלכת ניר, לעיל הערה 114, בע' 525-526: הלכת ברזני, לעיל הערה 114; הלכת כסיף, לעיל הערה 114, בע' 299; ע"א 82/192 סדן נ' סדן, פ"ד לו (4) 169, 179; ע"א 82/680 נחום נ' נחום, פ"ד לו (4) 667, 671.

119. השופט מ' אלון, בפרשת סדן, לעיל הערה 118, בע' 173.

120. ראה הלכת ברזני, לעיל הערה 114; הלכת סדן, לעיל הערה 118, בע' 174-175, 179, 181; ע"א 83/53 רונקין נ' רונקין, פ"ד לח (1) 151, 159; ע"א 84/352 איוסק נ' איוסק, פ"ד לט (1) 186, 192.

121. הלכת סדן, לעיל הערה 118, בע' 176. כדי להלחם בתופעת ההתגרות המכוונת, נותן בה בית המשפט סימנים: הקרבה בין התגרה למועד הבקשה להרחקה, האופי של התגרה ומידת הזמינות המכוונת של העדים וכן היחס בין הבקשה לבין היקף ההתדיינות בכעיות הסכסוך הכולל בין בני הזוג. שם שם.

122. ראה הלכת בר לוי, לעיל הערה 113.

123. ראה הלכת ברזני, לעיל הערה 114, בע' 323; הלכת כסיף, לעיל הערה 114, בע' 301; הלכת סדן, לעיל הערה 118, בע' 179; הלכת נחום, לעיל הערה 118, בע' 672; הלכת איוסק, לעיל הערה 120, בע' 191.

124. לעיל הערה 114, בע' 321, 324.

בית המשפט, איננו תחליף לצו הפרדה ואין לעשות בו שימוש לשם פתרון הקשיים במערכת היחסים בין בני הזוג מעבר להגנת זכות המדור של האשה. מכאן ואילך, הזהיר את עצמו בית המשפט, בכל אחד מפסקי הדין אשר עסקו בסוגית צוי הרחקה, כי אסור לו לסעד זה לחרוג מן המטרה האמיתית והמוגבלת שקצב לו בית המשפט. דהיינו, ההרחקה היא מכשיר להבטחת מדור שקט ולמניעת אלימות. זאת ותו לא. אין לנצל את צו ההרחקה כמנוף להשיג, באמצעי עקיפין, גירושין, תנאי גירושין או הסדר, שלא ניתן להגיע אליהם בדרך המלך של ההתדיינות בבית הדין הרבני. מטרה זו או קרובה לה היא זרה לאמצעי משפטי זה<sup>125</sup>. בית המשפט סבור היה כי גישה מרחיבה גוררת אחריה יצירת סעד חדש של הפרדה ואין הוא רשאי לעשות צעד "בעל תוצאות כה מרחיקות לכת בתחום כה רגיש... בדרך של חקיקה שיפוטית"<sup>126</sup>.

הגישה המצמצמת הוליכה את בית המשפט, אף אם נלך לשיטתו, הרחק מעבר להגנה על הגבולות הלגיטימיים של הצו ומחוץ לטווח הזהירות הסביר. הפסיקה יצרה סייגים מחמירים, שאינם נובעים מתיחום לגיטימי של מהות ההליך וטיבו של הסעד, במספר מישורים:

(1) החמרת התנאים המוקדמים למתן הצו והגדלת נטל ההוכחה הנדרש.  
 (2) פרשנות צרה של המונח מדור שקט ובלתי מופרע ויישום מצומצם של הדין. למישור הראשון יש לשייך את ההחמרות הכאות: הוכחת קיומה של סכנה מוחשית מיידית המרחפת על ראש האשה במטויה לקבל סעד. באין סכנה קשה ניתן להסתפק בהתראה לבעל ורק אם זו לא תשיג את מטרתה ובהעדר דרך אחרת ניתן הצו בליט ברירה<sup>127</sup>. מעשי האלימות בעטיין יעתר בית המשפט לבקשה הם בעלי חומרה מיוחדת. "לא כל תגרה המצויה כחיי בני הזוג ובמיוחד כאשר השלום אינו שוכן במעונם יש בה כדי להצדיק גירושו של אחד מהם מדירת מגוריו, ואף לא כאשר תגרות אלה חוזרות על עצמן"<sup>128</sup>. נטל הראיה מחייב הוכחה ברורה וצו לא ינתן כאשר לא ניתן לקבוע בבירור מי אחראי למריבות<sup>129</sup>.

צו לא ינתן, בדרך-כלל, במעמד צד אחד "פרט למקרים נדירים ביותר של מעשי אלימות, שיש בהם חשש של פיקוח נפש, ובמקרה זה צריך שהדיון בבקשה יתקיים בנוכחות שני בני הזוג תוך זמן קצר ביותר"<sup>130</sup>. בית המשפט עומד על הגבלת הצו לתקופה קצובה מראש<sup>131</sup>. הצורך בכדיקה מחודשת נובע גם מן הזמניות הטבועה במטרה שלשמה ניתן הצו וגם מאופי סוגיות מעין אלה בדיני משפחה. צוי מזוונות,

125. הלכת סדן, לעיל הערה 118, בע' 174-175, 179, 181: הלכת כסיף, לעיל הערה 114, בע' 301: הלכת ליפשיץ, לעיל הערה 114, בע' 651: הלכת רוניקין, לעיל הערה 120, בע' 158: הלכת איזסק, לעיל הערה 120, בע' 191, 192.

126. הלכת נחום, לעיל הערה 118, בע' 671.

127. הלכת סדן, לעיל הערה 118, בע' 175: הלכת רוניקין, לעיל הערה 120, בע' 159: הלכת איזסק, לעיל הערה 120, בע' 191.

128. הלכת סדן, לעיל הערה 118, בע' 175: הלכת איזסק, לעיל הערה 120, בע' 191.

129. הלכת איזסק, לעיל הערה 120, בע' 192. מעניינת הקרבה של הסדרים אלה למגבלות אותן מציב הדין הדתי על מתן חיוב לגט בטענת אלימות. על הדין הדתי בהקשר זה, ראה לעיל בטכסט סמוך להערות 60-63.

130. הלכת ברזני, לעיל הערה 114, בע' 323: הלכת סדן, לעיל הערה 118, בע' 175.

131. הלכת ברזני, לעיל הערה 114, בע' 321: הלכת סדן, לעיל הערה 118, בע' 177: הלכת כסיף, לעיל הערה 114, בע' 298: הלכת ליפשיץ, לעיל הערה 114, בע' 7651.

החזקת ילדים ומדור מחייבים בדיקה מחודשת כל אימת שמשנתנות הנסיבות. אולם מקובל הוא כי צו יעמוד בתקפו כל עוד לא יובאו על-ידי הצד שכנגד ראיות על שינוי הנסיבות. בצו הרחקה סטה בית המשפט מן המקובל והורה על הוצאת צו מוגבל מראש<sup>132</sup>. זמניותו של צו הרחקה מחלישה באורח משמעותי את מעמדו, ממעטת את כח ההרתעה שבו והופכת למסופקת את הכדאיות בהוצאתו.

כל ההחלטות המפורטות עושות את צו ההרחקה כמעט להלכה ואין מורים כן. לא זו בלבד שאין הוא מסייע בצמצום הסבל, שהוא מגת חלקו של הצד החלש בנישואין, אלא שהוא אינו משרת אפילו את המטרה המוגבלת, מאבק באלימות כמשפחה והבטחת מדור שקט לאשה וילדיה, שלשם השגתה החמיר בית המשפט עם המבקשת<sup>133</sup>.

הנשיא מ' שמגר, מחשיב את סמכותו של בית המשפט להוצאת צו הרחקה לנוכח חוסר האפקטיביות של פעולות שלטונות האכיפה האחרים, קרי המשטרה, בטיפול באלימות במשפחה<sup>134</sup>. חוששני, שהאיסורים שכפו ההלכות הפסוקות על שופטי בית המשפט המחוזי קובלות את ידי בתי המשפט ומקרבות את מגבלות המעורבות השיפוטית לאלה של הרשויות האחרות.

למישור השני יש לשייך את הפרשנות הדווקנית של המושג מדור בלתי שקט או מדור מופרע. כפי שראינו, לא צעד בית המשפט בעקבות המשמעות הרחבה, האפשרית, של מושג זה, שעוד ידובר בה בהמשך. איפוקה של הפסיקה היה מרחיק לכת עוד יותר. בית המשפט נמנע מלהחזיר למושג תוכן מצומצם יותר, שענינו מתח, עגמת הנפש והטרדה הנובעים משהות בלתי תדירה בבית בזמנים לא מקובלים ובכל עת שעולה הרצון מצד בן הזוג. על אחת כמה וכמה כששהות כזו נעשית בו זמנית לקיומו של מאהב או מאהבת. המניע אינו צריך להיות רלבנטי כשם שהגורם המוסרי אינו בעל משמעות משפטית לענין מתן הצו או שלילתו<sup>135</sup>.

אולם משקלו הקטן יחסית של הנוק הנגרם לבעל שאין הדירה משמשת למגורי הקבע שלו, מחד-גיסא, לעומת הפגיעה הנפשית, שענינה, בין השאר, המתח, הלחץ העקיף או הישיר, הביזוי, ההשפלה, עגמת הנפש וכיוצא באלה, הנגרמת לבת הזוג מהתנהגות כזו, מאידך-גיסא, היתה מחייבת הוצאת הצו. כך, אכן, פסקו בתי המשפט המחוזיים<sup>136</sup>. בתי משפט אלה הפעילו שקול דעת רחב במסגרת הפרשנות של הזכות למדור שקט. בית המשפט העליון דחה גישה זו. נאמן לחומרותי בדק האם קיימת "פגיעה רעה", אלימות או סכנה רוחנית, שכמוה כהתעמרות<sup>137</sup>. מורת רוח, מיאוס<sup>138</sup>, צער עמוק, חוסר מרגוע לאשה וילדיה, הפרעה בחיי האשה והילדים, פגיעה ברגשותיהם ובפרטיותם, אי-נוחות ומתח נפשי<sup>139</sup>, לא הספיקו להרחיק את הבעל ה"תייר" מן

132. ראה, לעומת זאת, עמדת שופט המיעוט, השופט א' שינבויס, בהלכת ליפשיץ, לעיל הערה 114, בע' 657-656.

133. ראה דעת שופט המיעוט בהלכת ליפשיץ, לעיל הערה 114, בע' 657. ראה גם להלן הערה 157 והטכסט הסמוך לה.

134. מ"מ הנשיא (כתוארו או) בהלכת סדן, לעיל הערה 118, בע' 183.

135. בכך צודק בית המשפט בהלכת רונקין, לעיל הערה 120, בע' 157.

136. ראה תיק מ"א 79/2243 בן יוסף נ' בן יוסף (לא פורסם) נפסק על-ידי השופט א' שינבויס; תיק מ"א 82/694 שינמן נ' שינמן (לא פורסם) נפסק על-ידי השופט י' שוילי.

137. ראה הלכת רונקין, לעיל הערה 120, בע' 157, 159.

138. מביטויי בית המשפט בהלכת נחום, לעיל הערה 118, בע' 671.

139. מביטויי השופטים בהלכת רונקין, לעיל הערה 120, בע' 157, 159.

הדירה. בית המשפט ציין, אמנם, כי אילו הוכח שהביקורים בדירה לא נועדו אלא במטרה להפריע, להטריד, לפגוע בפרטיות או לרדת לחיי האשה, התוצאה עשויה היתה להיות אחרת<sup>140</sup>. אולם כיצד ניתן להוכיח כוונה כזו ומדוע אין די במעשים ובתוצאות הטבעיות המתחייבות ממעשים אשר כאלה? בית המשפט הלך שבי אחר האבחנה שבין ההפרדה להרחקה והרחיק לכת ביישום הזהירות שכפה על עצמו. פרשנות ליברלית יותר של המדור השלו בהקשר זה אינה מתחייבת הרחבה אל התחום הסגור, בעיני בית המשפט, של הסדר היחסים בין בני הזוג<sup>141</sup>.

לא האספקט המוסרי ואף לא עצם קיומה של צלע שלישית צריכים היו לעמוד ביסוד ההכרעה השיפוטית, אלא התוצאה בפועל בנסיבות המקרה. רק כאשר עצם הבגידה הוא ביטוי היחיד של ההתעמרות, דהיינו כאשר משמעות ההתעמרות מצטמצמת להיבט המוסרי של הבגידה, ולהיבט זה בלבד, אין הצדקה להוצאת צו הרחקה<sup>142</sup>. במקרים אחרים יש בסיס להנחה שחלק מן הנסיבות יצביעו על דרגה כזו או אחרת של התעמרות, אולם הדבר תלוי בנסיבות. בדיקת נסיבות המקרים, הלכות רונקין ונחום, שהגיעו להכרעת בית המשפט העליון, מלמדת כי ההתבטאויות עצמן של השופטים היו מצדיקות את הוצאת הצו אפילו במסגרת הגבולות הצרים שהתווה בית המשפט לצוי הרחקה ומבלי לחרוג מהן. העובדה כי תוצאה זו לא היתה מנת חלקה של הפסיקה, וכי לא הוצא צו באותם מקרים, מלמדת, לדעתי, כי הסייגים שהציב בית המשפט פן יתקרב לצוי הפרדה הוליוו או ככרת דרך ארוכה וקיצונית מדי לכיוון ההפוך.

מנגד, גם לא נשקלו שני שיקולים שבית המשפט קבע את הרלבנטיות שלהם אף בעיצומו של עידן ההחמרה ובצד המגבלות שהטיל על הוצאת הצו:

הראשון, למרות המדיניות המצירה קבע השופט אלון כי מידת הזיקה או ה"קרבה" של בן הזוג שהרחקתו מתבקשת לדירה היא שיקול רלבנטי לצורך הוצאת צו הרחקה. בית המשפט יקפיד יותר כאשר מתבקשת הרחקתו של בן-זוג הממשיך לפקוד את הדירה בתדירות ורואה בה את דירת מגוריו. לעומת זאת, הוא יקפיד פחות על הרחקת בן-זוג אשר יצא מן הדירה וחזר אליה רק סמוך לדין. רמת הקפדה פחותה עוד יותר תתייחס לבן-זוג הנמצא, למעשה, מחוץ לדירה, אך מופיע בה מפעם לפעם כדי לממש את 'זכותו'. במיוחד אמורים הדברים כאשר ההופעה בדירה נעשית לצורך הפרעה וירידה לחיי בן הזוג<sup>143</sup>.

השני, הצורך להגן על ילדים הנמצאים בחזקת האשה וגרים עמה ולהבטיח להם מדור שקט ובטוח מהוה שיקול רלבנטי להוצאת צו הרחקה<sup>144</sup>.

לשני שיקולים אלה, למרות שעשויים היו להטות את הכף בהלכת רונקין ואף בזו של נחום ולמרות שבית המשפט מצטט את הלכת סרן ונסמך עליה כמבטאת את הקו המחמיר והדווקני, לא ניתן המשקל הראוי. בעידן של החמרה, השיקולים המקלים נדחקים לשוליים.

מעניין לצייין כי דוקא בבית היוצר של הלכת ההרחקה, בדין הדתי, עשוי להנתן סעד במקרים דומים כענין שבשגרה. הטעם לכך נעוץ לא רק בעמדה המוסרית או ברצונו של בית הדין לאכוף התנהגות נאותה על בני הזוג. בית הדין יראה בנסיבות כאלה

140. הלכת רונקין, לעיל הערה 120, בע' 157-158.

141. חשש מהרחבה מתחייבת כזו, כביכול, ראה בהלכת נחום, לעיל הערה 118, בע' 671.

142. ראה הלכת נחום, לעיל הערה 118, בע' 671-672.

143. ראה הלכת סרן, לעיל הערה 118, בע' 176.

144. ראה שם, בע' 177.

פגיעה חמורה בשלום הבית ומכל מקום הפרה של חובת הכיבוד ההדדי שבני הזוג חבים זה לזה<sup>145</sup>. לגישתו, יראה בית הדין בהתנהגות כזו של הבעל הפרעה חמורה למדורה של האשה וממילא פגיעה בזכותה למדור שלו. אמור מעתה, בית הדין יוכל להעניק סעד אשר כזה, גם במקום שבית המשפט הגביל עצמו במתכוון, הן כחלק מענייני נישואין, בגדרן של מספר עילות, והן במסגרת עילת המדור, כחלק מעניין של מזונות. בגישתו המצמצמת נאחז בית המשפט, בין השאר, בטענה הנוגעת לשמירה על כבודו של הדין הדתי. שמירה זו, לפחות ככל שהיא נוגעת לסוגיה האחרונה, היא מדומה.

יתכן כי החומרות היתרות הן פרי הקושי של בתי המשפט המחוזיים להשלים עם הגישה של בית המשפט העליון וליישמה. בעקבות זאת חשים שופטי בית המשפט העליון כי יש להדק את חגורת הכללים<sup>146</sup>. מלכתחילה נקבע כי כל מקרה ונסיבותיו וכי לבית המשפט שיקול דעת רחב. לאור עקרונות היסוד ייושמו הכללים: "הכל לפי נסיבות העניין ולפי מהותה של ה'ירידה' לחיי הזולת. הכללים המנחים הם לחיים ניתנה ולא לצער ניתנה, ואין אדם דר עם נחש בכפיפה אחת, ועל פיהם ולאורם ישיקול ויחליט בית המשפט בכל עניין לפי נסיבותיו"<sup>147</sup>.

אולם, בעת ובעונה אחת, לא רק צומצם טווח שיקול דעתו של בית המשפט בכללים מגבילים, אלא הוצר גם מרחב התמרון אף במסגרת השיקולים המוגבלים. בית המשפט המחוזי הושם בסד של מגבלות שאינן משיירות הרבה מאותו שיקול דעת נרחב שהוא חיוני כל כך בסוג זה של עניינים.

(ג) הערכת ההסדר וביקורתו: לקראת נישואי הרשה

(1) הצורך בגישה אינטגרטיבית

כיצד יש להעריך את תרומת ההלכה הפסוקה בשאלת צוי ההרחקה. האם גישתו המצמצמת של בית המשפט העליון מחויבת המציאות המשפטית היא והאם התוצאה אליה הגיע, במציאות הישראלית, רצויה. בהערותי על הכללים שפותחו בפסיקה התייחסתי, בין השיתין, לשאלות אלה. אנסה להעמיד את הדיון על בסיס שיטתי ורחב יותר.

לדעתי, השאלה האם לנקוט מדיניות של יד רחבה או של יד קפוצה בצוי הרחקה מן הבית איננה שאלה של סמכות. לא ניתן גם לתחמה לשאלה מוגבלת יחסית של היקף הפעלת שיקול הדעת השיפוטי בשאלות של פרשנות או בבעיית יישום מערכת הכללים על העובדות. היא הפכה להיות, בעיני בית המשפט, שאלה של מדיניות עקרונית בדבר החלוקה הנאותה של התפקידים בין בתי המשפט לבתי הדין ובדבר מידת הלגיטימיות של השימוש באמצעי משפטי להשגת תכלית אחרת מזו שנועדה לו במקור.

I. סמכות ופרשנות: ההיבט הפורמלי והמהותי

המסגרת הפורמלית, סמכות ופרשנות, אשר רבצה לפתחו של בית המשפט לצורך פיתוח הסוגיה – עניין המדור – היתה בעלת תשתית יציבה מספיק וגם גמישה דיה כדי לאפשר לבית המשפט לקצר או להרחיב. לפני בית המשפט חייבת היתה לעמוד, איפוא,

145. על חובת הכיבוד ההדדי ראה לעיל הערות 10, 40, והטכסט סמוך להערות 10, 18-43; וראה הלכת חבם, לעיל הערה 10, בע' 202 ואילך.

146. ראה השופטת ש' נתניהו בהלכת איוסק, לעיל הערה 120, בע' 192: "...ואם מצאתי לחזור כאן שוב על כללים מנחים וידועים אלה הרי זה משום שנראה, שדברינו טרם השיגו את מטרותם, והמקרה שלפנינו יוכיח".

147. הלכת ניר, לעיל הערה 114, בע' 526-525; ראה על כך, בין היתר, גם בהלכת ברזני, לעיל הערה 114; הלכת כסיף, לעיל הערה 114, בע' 299-300.

שאלה עקרונית, של מדיניות; איזו חלופה מאלה האפשריות עליו להעדיף: בית המשפט יכול להעמיד את ההלכה בדבר הרחקה מן הדירה על הגנת המדור כנגד אלימות בלבד. זו אכן הייתה בחירתו, כפי שראינו לעיל.

אך, המכשיר המשפטי ש'מסר' הדין הדתי בידי בית המשפט יכול היה להיות מנוצל גם להסדר כולל יותר ומעמיק יותר של הסדר היחסים במשפחה שהקשרים בתוכה עומדים בסימן קרע מתרחב והולך. בית המשפט אינו מוסמך, אמנם, להכריע בעניני נישואין וגירושין, ככאלה, ואין הוא יכול להמיר את סמכות בית הדין הרבני בסמכותו הוא. אולם, די במסגרת הסמכות המוענקת לבית המשפט כדי שיוכל להעמיק את מעורבותו בעניני המשפחה. מבחינה פרשנית הדרך סלולה. היקפה של ההפרעה, שבלעדיה אין זכות המדור מוגשמת וגדרה משאירים חופש תמרון רחב וטווח גדול של שיקול דעת לבית המשפט.

ברוח זו קבע, למשל, בית המשפט, כפי שראינו, כי האלימות ההופכת את המדור למופרע, וממילא מסכלת את מילוי של החיוב, כוללת גם אלימות נפשית, התאכזרות רוחנית, התעמרות וכיוצא באלה<sup>148</sup>.

באחד מפסקי הדין, אשר קדמו לגישה המצמצמת ולבחירת החלופה הראשונה, הפליג בית המשפט העליון לעבר החלופה השניה. הוא קבע מפורשות כי הפרדה בדרך של הרחקת הבעל מן הבית והענקת מדור בלתי מופרע לאשה אפשרית משנתעררו היחסים בין בני הזוג בצורה משמעותית<sup>149</sup>. הגיונה של החלטה זו וזיקתה לשאלת המדור הבלתי מופרע הם ברורים. ראשית, ניתן לראות בכך צעד פרשני, הגיוני, נוסף הנובע מהרחבת משמעות האלימות לפגיעה נפשית. שנית, והיא עיקר, טיבה של ההפרעה, היקפה וכמותה אינם ענין של סמכות, אלא של שיקול דעת. מתח מתמיד, קרע מתמשך ביחסים וכיוצא באלה אינם מתישבים עם משמעות מקובלת בחברה של מדור בלתי מופרע.

אמת, פרשנות כזו אינה מסתפקת בהגנה חיצונית וטכנית כנגד אלימות. יש בפרשנות רחבה חדירה עמוקה יותר לעניני המשפחה על שלל היבטיהם; היא יורדת לרבדים עמוקים יותר של הסכסוך; היא משתרעת על כמות גדולה יותר של משפחות וחודרת בצורה המונית לכל בית מסוכסך. פרשנות כזו מהווה, כביכול, איום על סמכותם הייחודית של בתי הדין בעניני נישואין וגירושין. סמכותם של אלה משתרעת על שלום בית כמו על גירושין, ובידיהם הופקד הדיון בגורל מערכת היחסים בין בני-זוג והסדרה. מאידך-גיסא, רק פרשנות רחבה כזו מביאה למיצוי מלא את הפרספקטיבה הנכונה של זכות המדור ושל האלימות במובן הרחב.

מדור שקט כולל גם את מכסימום שלווה הנפש או הרגיעה שניתן להשיג בנתונים קיימים. לעיתים, הדבר מחייב הפרדת בני הזוג זה מזו, ולעיתים אין לנקוט צעד אשר כזה. הדבר תלוי בשיקול הדעת של בית המשפט בהתחשב בנסיבות הספציפיות של כל מקרה, מתוך פרספקטיבה רחבה ובהתבסס על מאגר גדול ושלם של שיקולים הנוגעים לצדדים, לילדיהם, למערכת היחסים שביניהם ולהקשר הרחב של חיי המשפחה.

את מושג האלימות ניתן לפרש גם כאלימות כבושה, גם כאלימות מילולית וגם כגורמי מתח והפרעה העלולים לדרדר את מערכת היחסים לסוגים שונים של אלימות. הפרשנות רשאית להתייחס למערכת אלימה של יחסים ולא לאלימות במובן המצומצם.

148. ראה לעיל הערה 118.

149. הלכת שלטון, לעיל הערה 114.

העובדה שמערכת השיקולים הרחבה היא ענינו של בית הדין המוסמך להכריע בעניני נישואין וגירושין אינה מפקיעה אותה מבתי המשפט. אם ענין המצוי בסמכותו של בית המשפט מחייב הזקקות לשיקולים כאלה כדי להגיע להחלטה נכונה יותר וצודקת יותר על בסיס פרשנות רחבה על ערכאה זו להכבד ולהכנס לעבי הקורה. זו חובתו של בית המשפט ולא רק רשותו.

## II. ההליכים במשפחה: כלים שלובים

כבר ראינו לעיל, דרך משל, כי לצורך הכרעה בסוגית המוזנות נפרשת לפני בית המשפט קשת טיעונים ושיקולים המצויים במעגל ענינים כללי ורחב הרבה יותר מאשר נחוץ, כביכול, לצורך ההכרעה בתביעת גברא כספית. תנאים מוקדמים והגנות נגד התביעה טומנים בחובם את בעיות המשפחה וכורכים חלק נכבד מדיני המשפחה. אין כל אפשרות להצטמצם בדיני מוזנות, במובן הצר בלבד. סוגית המדור היא תת־פרק של עילת המוזנות<sup>150</sup>.

הסוגיות בדיני המשפחה הם כלים שלובים. סוגיה אחת מושפעת מרעותה ובעת ובעונה אחת גם משפיעה עליה. הא בהא תליא. ההתנהגות משפיעה על חבות המוזנות כמו גם על החזקת הילדים. החזקת הילדים משפיעה על חיוב המוזנות כמו גם על ענין הגירושין וכיוצא בזה.

גם כאשר דן בית המשפט בסכסוך אחד מיני רבים מבטא הדבר, בדרך־כלל, רק את קצה הקרחון של מערכת היחסים בתוך המשפחה. לעיתים, נבחר קטע זה של התדיינות דוקא מטעמים טקטיים או מטעמי נוחיות או מטעמים אחרים. דרך ההתדיינות שבה פורץ הסכסוך החוצה לערכאות השיפוטיות אינה משקפת תמיד את מהות הסכסוך, את היקף הקרע או את טיבם המדויק של היחסים במשפחה. במיוחד אמורים הדברים נוכח מורכבות המערכת השיפוטית בעניני משפחה בישראל.

## III. בית המשפט האזרחי בישראל כ'בית משפט למשפחה'

בית המשפט האזרחי בישראל, בערכאות שונות ובהקשרים שונים של סמכות לסוגיה השונים, עוסק במגזרים שונים של עניני משפחה. כך מוסמך בית המשפט להכריע, בין היתר, בשאלות של החזקת ילדים, במוזנות אשה וילדים, בהסדר עניני רכוש שונים, כולל הצהרה על חלקו של כל אחד מבני הזוג ברכוש המשפחה, פירוק השיתוף, במכלול או בנכס ספציפי, וחלוקת הרכוש בדרך אחרת. חלק ניכר מסכסוכיה של משפחה מוכרע היום בבתי המשפט. במקרים רבים לא נותר לבית הדין אלא לסתום פורמלית את הגולל על משפחה כזו. לעיתים, הדין הדתי מקשה על התרת הקשר בין הצדדים. גם במקרים כאלה עוסק בית המשפט בסבך הבעיות שמעסיקות את בני הזוג ובחוליות השונות המרכיבות את פירוק הקשר למעשה אם לא להלכה. לגבי חלק הארי של הזוגות בישראל זירת ההתגוששות ביניהם היא בית המשפט. במציאות הישראלית בה אין בני הדת היהודית יכולים להתיר, למעשה, את נישואיהם אלא בדרך של הסכמה, מוכרע מרכזם של סכסוכי המשפחה (ילדים, ממון ורכוש) בבית המשפט. אין בדינו סטטיסטיקה, אולם לא יהיה זה מופרך לקבוע כי חלק ניכר מהסכמי הגירושין נחתמים דוקא בבית המשפט המחוזי, במהלך דיון בתביעות המוגשות בו או כתוצאה מהן. בית המשפט מאשר את ההסכמים מכח חוק יחסי ממון בין בני זוג, התשל"ג-1973.

## IV. היחס בדין העברי בין האמצעים לתכלית

יתר על כן, בדין העברי התדיינות בענינים שונים של המשפחה אינם מבטאים רק את התביעה גופא. 'הכרעה בענין המוזנות אינה רק הכרעה בשאלה של 'שקלים ואגורות'

150. ראה גם השופט א' שינבויים, בענין ליפשיץ, לעיל הערה 114, בע' 655.



אלא הכרעה לגופם של ענייני הנישואין של בני הזוג. ואכן, מצינו שימוש בדין המזונות לפתרון בעיה אחרת בדיני המשפחה<sup>151</sup>. עקב הקושי בהתרת קשר הנישואין ללא הסכמה מתייחס הדין הדתי, במקרים המתאימים, בהבנה ובאדהה לשימוש במזונות כמוביל להשגת הגירושין בדרך עקיפין. לעיתים, נעשית דרך העקיפין לדרך המלך ההלכתית. כך הוא כאשר נעשה החיוב במזונות לאמצעי של כפיה דרך ברירה<sup>152</sup>. אמור מעתה, בשיטתנו המשפטית, בה מושתת חלק מדיני המשפחה על הדין הדתי, אין להרתע, עקרונות, משימוש באמצעי פלוני להשגת תכלית השונה מן המטרה המקורית אותה נועד אותו האמצעי לשרת. המטרה המקורית עשויה להיות מצומצמת, מתוחמת ומוגבלת, ואילו התכלית הסופית עשויה להיות רחבה וכוללת.

V. הגישה האינטגרטיבית בבתי-משפט למשפחה לנוכח כל אלה, האם יעלה על הדעת שבית המשפט העוסק בקטע כלשהו מן הסכסוך במשפחה לא יתן את הדעת לשיקולים שונים, רחבים וכוללים? כך, למשל, האם יעלה על הדעת להתעלם, באיזשהו דיון בענייני משפחה, משקולים הקשורים בטובת הילדים וברוחותם? האם ראוי ונכון יהיה שבית המשפט יראה עצמו צמוד באופן דוקני למקור הפורמלי, יעצום עין מן המציאות המשפטית המתוארת ויתעלם מאחריותו להכרעה אמיתית, נכונה וצודקת של הסכסוך האמיתי שבין בני הזוג ובמסגרת המשפחה? הדבר אינו מתישב לא עם הדין הדתי, לא עם המציאות הישראלית ולא עם הגישה הרווחת על דרך הדיון בענייני משפחה ואופיו בשיטות משפטיות בעולם. בית המשפט בוחר את הסכסוך במשפחה לא באספקלריה המצומצמת הדיונית, שהצדדים הגישו לו, אלא מאתר באמצעות התביעה את הסכסוך, חודר אל תוכו ומטפל בלב הבעיות<sup>153</sup>.

VI. הבחינה המעשית: חוסר אפשרות האבחנה גם מן הבחינה המעשית, האבחנה בין התייחסות לצו הרחקה ולשיקולים בגינו לעומת הסדר היחסים במשפחה היא בלתי אפשרית. היא בבחינת ריבוע המעגל. בחינת פסקי הדין עצמם מלמדת כי בית המשפט קובע את שיקוליו על-פי מערכת היחסים הכוללת של בני הזוג. בפועל נשקלים שיקולים רבים של טובת המשפחה בכללותה: שיקולים

151. ראה גם השופט א' שינבויס, שם, בע' 655-656.

152. ראה לעיל הערה 58.

153. על סוגיה זו ראה, בין היתר E.D. Dyson & R.B. Dyson, "Family Courts in the United States" 8 J. of Fam. L. (1968) 505, 515 et seq.; 9 J. of Fam. L. (1969) 1; W. Friedmann, *Law in a Changing Society* (London, 2nd ed., 1972) 252 et seq.; Report of the Committee on One-Parent Families (Sir M. Finer, Chairman) (cmd. 5629) (London, 1974); Law Reform Commission of Canada, *the Family Court*, Working Paper 1 (1974, Ottawa); B. M. Hoggett & D. S. Pearl, *The Family, Law and Society, Cases and Materials* (London, 1983) 625 et seq.; J. Wade, "The Family Court of Australia and informality in Court Procedure" 27 Int. & Com. L. Q. (1978) 820; A. Goetting, "The Guatemala Family Court" 21 J. of Fam. L. (1982-3) 53; J. Mchugh, "A Family Court for England and Wales" 16 Family Law (1986) 348; J. Fogarty, "Family Court — Possible Future Directions" UNSW L. J. (1985) 204; M.D.A. Freeman, "Questioning the Delgalization Movement in Family Law: Do we Really Want a Family Court?" in *The Resolution of Family Conflict* (J.M. Eekelaar, S.N. Katz, ed., Toronto, 1984) 7.

של התפייסות, סיכוי לחיי שלום בין בני הזוג, נסיון לאיחוי הקרע, טובת הילדים ועוד<sup>154</sup>.

אין כל אפשרות אחרת. לא ניתן בסוג זה של ענינים להשתחרר מן ההיבט הכללי והרחב על המשפחה, שלמותה, טובתה וטובת כל אחד מיחידיה. בענין ליפשיץ בא לביטוי חוסר הריאליה שבאבחנה על-ידי סתירה בולטת בדברי בית המשפט. מצד אחד אומר בית המשפט:

"אין להשתמש ב(צו) לשם פתרון הקשיים שבמערכת היחסים בין בני הזוג, מעבר להגנת זכות המדור של האשה".

אולם, מצד שני, באותה נשימה ממש, מספר שורות למטה מן הענין נאמר: "הצו... נועד, בין היתר, להביא לתקופת צינון ביחסי בני הזוג ולבנית תשתית יחסים חדשה נאותה יותר"<sup>155</sup>.

VII. השפעת ההכרעה השיפוטית על יחסי הכוחות במשפחה ועל התנהגות בני הזוג יתר על כן, כל אמצעי המופעל על-ידי הצדדים וכל סעד הניתן במסגרת המשפחה משפיע על קשרי הנישואין ועל סיכויי התרת הקשר. אין זה רק כורח המציאות בשל טבעה של המטריה. אין זו רק מציאות חיים הלכה למעשה. כפי שכבר ראינו, זו גם מציאות נורמטיבית בעולמו של הדין הדתי, החל בהקשרים שונים על בני-זוג יהודיים. בית המשפט, אם ירצה ואם לא ירצה, משפיע בפסיקתו, בכל דרך שהיא, על אורחות חיי המשפחה ועל האפשרויות הריאליות של התרת הקשר ומחירו.

סרוב למתן צו הרחקה אינו משפיע פחות על מערכת היחסים ועל סיכויי התרת הקשר מאשר הענות לבקשה. קימוץ בהוצאת הצו יש לו השלכה על מערכת היחסים של כלל בני הזוג בישראל כשם שפתיחת היד, באופן חלקי או מלא, משפיעה על ההסדרים במשפחה. דרכי ההתנהגות של בני הזוג, הטקטיקה בה יבחרו, האמצעים אותם ניתן לגייס למאבק, כל אלה פרי פסיקתו של בית המשפט הם. כמו יונה הנביא מנסה בית המשפט בפסיקתו, "שהסעד לא יחרוג ממטרתו האמיתית, כמכשיר להבטחת מדור שקט לאשה ולילדים"<sup>156</sup>, לברוח מפני תוצאה שאין הוא יכול להמלט ממנה.

התוצאה אליה הגיע בית המשפט, כתוצאה ממדיניותו הנוכחית, עושה אותו גם היא כלי במאבקם של הצדדים להשגת גט. כלי אחר, בעל אפקט שונה, אך עדיין אמצעי בר השפעה. מתן הצו כמו גם שלילתו וכמו אמצעים משפטיים אחרים, ובתוכם מוזנות והסדרים רכושיים, משנים את מערכת יחסי הכוחות במשפחה ומשפיעים על זכויות הצדדים ועל יכולתם להגיע למטרה הרצויה על ידם<sup>157</sup>.

הערתו של השופט שינבויים, בפרשת ליפשיץ, מוצדקת לא רק מבחינה עקרונית אלא גם מבחינה מעשית, ענינית:

154. הלכת כסיף, לעיל הערה 114, בע' 298-299, 301: הלכת ליפשיץ, לעיל הערה 114, בע' 651: הלכת איזסק, לעיל הערה 120, בע' 191-192.

155. שם, בע' 651.

156. הלכת כסיף, לעיל הערה 114, בע' 301.

157. ראה השופט א' שינבויים בענין ליפשיץ, לעיל הערה 114, בע' 656ג-ד, הרומז להשפעה שיש לכל סוג של מדיניות שיפוטית על יחסי הכוחות במשפחה ועל התנהגות בני הזוג. כך, למשל, המנועות ממתן צוים מאפשרת לבעל לכפות, ביתר קלות, גירושין על האשה בדרכי אלימות. לעומת זאת, שימוש רחב בסעד עשוי להוות נשק, אמצעי לחץ, בידי האשה להניע את הבעל למתן הגט. ראה גם לעיל הטכסט סמוך להערות 133-134.

"אם כי לא נוסד הסעד להיות לעזור לצד מן הצדדים במלחמתו להשגת הגט, אין בית המשפט יכול לעצום את עיניו מהעובדה, שלמעשה קובע הצו את דרך חיי הזוג, כפי שגם פסק דין למוזנות קובע דרך זו... לשם כך צריך בית המשפט לברר את תמונת החיים בין בני הזוג בכללותה..."<sup>158</sup>.

מאידך גיסא, המדיניות אותה קובע בית המשפט יכולה גם להשפיע על אופי ההתנהגות של הבעל כלפי האשה. חשש מצו הרחקה יכול לגרום, באותה מידה שלמשפט יש השפעה על אורחות חיים, ליתר זהירות כלפי האשה. הערמת קשיים בפני הענקת הצו עלולה לסכל אמצעי הרתעה חשוב. הרושם העלול להתקבל מן המגבלות הרבות שבית המשפט מעמיד ומן הכללים הנוקשים הנקבעים על ידו הוא כי הטיפול באלימות באמצעות צו הרחקה הוא קשה אם לא בלתי אפשרי. כתוצאה מכך עשוי הציבור להתרשם כי דרך אלימים עלולה לצלוח בידם. הקשיים הנערמים על דרכו של מבקש הצו מנטרלים את המעט מגורם ההרתעה שעוד נשאר לצו הרחקה לאור הגישה המצמצמת שהותוותה על-ידי בית המשפט העליון.

VIII. מלאכותיות האבחנה בין אמצעים למטרה  
ראינו, איפוא, כי האבחנה בין המטרה לאמצעי היא מלאכותית. גם כפילות הערכאות אינה יכולה לשמש תואנה לגישה מצומצמת. אין כל אפשרות לחתוך את השיקולים המשפחתיים באופן מלאכותי וחסר כל הגיון משפטי ומעשי. "החומה" המפרידה בין הערכאות אינה יכולה לחצוץ גם בין השיקולים השונים בענייניה של אותה משפחה כאשר אלה רלבנטיים להכרעת הסכסוך.

אפשר, איפוא, לנסח מסקנה על פיה גם הסעד של צו הרחקה, כמו סעדים אחרים בהקשרים שונים של דיני משפחה, הולם את המטרה של הסדר מערכת היחסים בין בני הזוג במסגרת הכוללת של המשפחה. אין מטרה כזו יכולה להתחשב כזרה וגם שיקולים רחבים ממבט כולל אינם זרים לסעד כזה או לדומיו. הסעדים בדיני המשפחה משרתים את שלמותה של המשפחה וטובת יחידיה. אין כל הצדקה שהסעד ומטרתו המוגבלת יהפכו לאדון תחת אשר ישרתו את תכליתם של דיני המשפחה. לכל סעד בדיני משפחה מטרה כפולה: הוא מכשיר להבטחת מטרה צרה, מדור שקט, ובעת ובעונה אחת, וכחלק אינטגרלי ממטרה זו, הוא גם אמצעי להבטחת מטרה רחבה, הסדר היחסים הכולל בין בני הזוג<sup>159</sup>.

גם אם המטרה העיקרית של הליך ההרחקה אינה הפרדה והקלת הגירושין אלא הבטחת מדור שקט, לא ניתן להתעלם מן הגורמים לתביעה ומן ההקשר הכולל של מערכת היחסים בתוך המשפחה. הבטחת מדור שקט טומנת בחובה מערכת קשרי משפחה שיש לקחת אותם בחשבון כמכלול שלם כדי לנסות ולהשיג את המטרה המצומצמת. הסעד הספציפי הוא רק אמצעי להבטחת אינטרסים של משפחה, שהמערכת המשפטית מגינה עליה בכללותה. אבחנה בין השיקולים לצרכים שונים של התדיינות היא הרסנית בכל הנוגע לרווחת הילדים, ליכולת השיקום, לריבוי התדיינות, לסבלם של הצדדים וכיוצא באלה.

צו הרחקה, גם על-פי התפישה הרחבה המוצגת על-ידי, אינו צו הפרדה במובן המקובל בשיטות משפטיות אחרות. אין, איפוא, מקום לחששות אותן מביע בית

158. שם, בע' 656-657.

159. בניגוד לעמדת בית המשפט הבאה לביטוי, בין היתר, בהלכת ברזני, לעיל הערה 114, בע' 324-323; הלכת סדן, לעיל הערה 118, בע' 174; הלכת כסיף, לעיל הערה 114, בע' 301; הלכת ליפשיץ, לעיל הערה 114, בע' 651; הלכת נחום, לעיל הערה 118, בע' 671.

המשפט מפני החדרת צו כזה לשיטתנו המשפטית כדלת האחורית ועל-ידי מעשה של חקיקה שיפוטית. צו הפרדה הוא מעין פסק גירושין מוקדם בזעיר אנפין ולגביו קיימות הוראות מיוחדות. במקרים מסוימים הוא שלב מוקדם קבוע לפני התרת קשר הנישואין<sup>160</sup>.

שיקול הדעת הרחב של בית המשפט במסגרת הסמכות להוצאת צו הרחקה, והאינטרסים השונים של מערכת יחסי המשפחה אותם, לדעתי, הוא רשאי להביא בחשבון, כמו גם מיגוון הסעדים שהוא רשאי לתיתם בהקשר זה, מלמדים על השוני בין צו הרחקה לבין צו הפרדה במובנו המקובל.

הטענה, כי בדיון הנוגע להוצאת צו הרחקה אין בפני בית המשפט חומר של ראיות ומסמכים שיש בו כדי לתת בידיו מידע מספיק המאפשר החלטה המקדמת פתרון רצוי וצודק להסדר היחסים האישיים שבין בני הזוג לגופם<sup>161</sup>, היא טאוטולוגית. מעיקרא דדינא פירכא. כמות הראיות ואופן הם פונקציה של ההליך הנטען ומטרתו. הליך המבוסס על מערכת רחבה של שיקולים ועל מדיניות ליברלית למתן צו הרחקה, על בסיס תפישה רחבה של מטרת ההליך וייעודו, יכתיב, ממילא, את אופי הראיות, טיבן והיקפן.

בית המשפט תלה את מגמת הצמצום בהוצאת צו הרחקה גם בכך שמגמה מרחיבה מוזמנת תקלות שונות. הפירצה קוראת ליצירת פרובוקציות מכוונות, צדדים מבקשים להשיג יתרונות בלתי צודקים ועוד. אולם סתימת הפירצה אינה מתייבת אטימת הבנין, שכן אטימה כמוה כהריסה מוחלטת; היא משליכה את התינוק יחד עם המים. ניתן לטפל בתקלות בלי לפגוע במוסד ובתועלת שהוא מביא לדיני המשפחה בישראל.

דוקא בחינה כוללת של מערכת היחסים במשפחה, הענקת מרחב תמרון להפעלת שיקול דעת על-ידי בית המשפט, תוך פרשנות רחבה של מדור בלתי מופרע – עשויה להיות מנוף להסדר ראוי של סוגיה חשובה. היקף רחב של שיקול דעת יכול להוביל את המכשיר המשפטי לנתיב של הגנה נגד אלימות, במובנה הרחב, תוך התייחסות לסוגיה זו בהקשר הנכון, דהיינו, ההקשר הכולל של חיי המשפחה, בלי לגרום באמצעותו קלקול בהקשר הרחב של הקשר בין הצדדים וילדיהם. כוח שיפוטי רחב מאפשר גם לאתר את הפירצות ביתר קלות ולתקנן, למנוע שימוש מלאכותי בסעד או שימוש לרעה בו, מקום בו אין בן הזוג ראוי לו בהיבט הכולל של היחסים שבין הצדדים. שיקול דעת מדוד ומאוזן, ולא צמצום כוחו של בית המשפט או הגבלת תכליתו, הוא התשובה המשפטית הראויה לתקלות שגורר השימוש באמצעי משפטי זה.

כלי משפטי, שהתחיל כיצירה שיפוטית מתקנת בדיני המשפחה בישראל ואשר בית המשפט העיד על חשיבותו של שיקול דעת פתוח בהקשרו, הפך להיות כלי נוקשה, מוגבל בכללים מחמירים ומחטיא את המטרה.

מסקנת הביניים היא כי הן מבחינת הסמכות, הן מבחינת היקף שיקול הדעת, הן מבחינת המדיניות המשפטית העקרונית (חלוקת התפקידים בין הערכאות ודרך השימוש באמצעים משפטיים), הן מן ההיבט המעשי, הן מנקודת המבט של הדין הרצוי ואפילו מבחינת הגשמת התוצאה המצומצמת אליה חתר בית המשפט, לא היתה הצדקה לגישה המצמצמת ולהגבלות על הוצאת צו הרחקה מן הבית.

(2) הצורך בסגירת פערים

160. על הפרדה ראה: S. M. Cretney, *Principles of Family Law* (London, 4th Ed., 1984) 229 et seq.; P. M. Bromley, *Family Law* (London, 6th Ed., 1981) 180 et seq.

161. ראה הלכת סדן, לעיל הערה 118, בע' 174.

## I. המשפט הישראלי וצרכיו בתחום דיני המשפחה

- כללי

בהמשך לגישה האינטגרטיבית ניתן להתקדם שלב אחד נוסף. השימוש במכשיר משפטי למטרה שונה מזו שנועד לה מלכתחילה נראית בעיני אמצעי הולם ולגיטימי לצמצום הפערים בין הדין הדתי הנוהג לבין המציאות הישראלית והאידיאולוגיה שהיא מנת חלקו של חלק הארי של הציבור היהודי בישראל.

אין להרתע גם מהפיכת צו הרחקה למעין צו הפרדה, הלכה למעשה, במקרים מתאימים, בשינויים המתחייבים מן הנסיבות המיוחדות של המשפט הדתי הנוהג בישראל ובכפוף לשיקול הדעת הרחב של בית המשפט. דיני המשפחה בישראל מזמנים סימטריה מענינת בין השימוש במכשירים משפטיים על-ידי הפרט לשימוש באמצעים משפטיים על-ידי הרשות השיפוטית:

הבחירה במכשיר משפטי זה או אחר על-ידי כן-זוג עשויה להיות חסרת משקל אמיתי ולבטא טקטיקה של מאבק שיעדיו הוכתבו מראש.

הבחירה באמצעי משפטי על-ידי בית המשפט עשויה לבטא צורך לפתרון, בדרכים שיפוטיות, של בעיה במשפט הישראלי בתחום דיני המשפחה.

למשפט הישראלי, בתחום דיני המשפחה, צרכים מיוחדים הנובעים ממספר בעיות. נמנה רק את חלקן:

- הפער בין נורמה דתית למציאות

הדין הישראלי כופה, בחלק מעניני הנישואין והגירושין, נורמות שמקורן דתי על אוכלוסיה שחלקה אינו מאמין או מבקש להיות חופשי מנורמות דתיות כאלה.

ההתנגשות האמורה יוצרת פערים בין הנורמות הדתיות, השקפת העולם העומדת מאחריהן והתפישה של בית הדין על מוסד הנישואין, על חובות בני הזוג ועל דרך ההתנהגות הראויה, לבין אורחות החיים של רוב הציבור, נורמות ההתנהגות המקובלות עליו והשקפת העולם המלווה אותן.

ביטויים נוקבים לתחושה קשה של נתק, מצד אחד, של חוסר אונים, מצד שני, ושל ציפיה לתזווה, מצד שלישי, רווחים בציבור הרחב. ניתן למצוא ביטויים כאלה גם בפי שופטי בית המשפט העליון המבקשים לרשום את מורת רוחם מן הדין המהותי באמצעים שיפוטיים אפילו אין היא מוצאת את ביטויה בחלק הנורמטיבי של ההחלטה השיפוטית<sup>162</sup>. אולם אין ספק, שמורת רוח זו מתגלגלת לעיתים גם לפסיקה

162. ראה בג"צ 54/55 רוזנצווייג נ' יו"ר ההוצאה לפועל, פ"ד ט 1542, 1560-1559 (השופט ויתקון): "נסיבות המקרה המחריד הזה, כפי שתוארו בפסק דינו של בית הדין הרבני, אינם משאירים שמץ של ספק, שהאשה זכאית להתגרש מבעלה ואף על פי כן, שללו ממנה – מתוך חששא דגט מעושה – את האפשרות היחידה לבנות מחדש את חייה ההרוסים. ראיתי לנכון לציין את העובדה הזאת, ולו רק כדי להדגיש שקצרה ידינו מהושיע"; בג"צ 80/63 גורפינקל וחקלאי נ' שר הפנים, פ"ד יז 2048, 2069; הלכת שטרייט, לעיל הערה 85, בע' 629, 631; בג"צ 51/69 רוזניצקי נ' בית הדין הרבני, פ"ד כד (1) 704, 712, 713, 715, 718; ע"א 571/69 כהנא נ' כהנא, פ"ד כד (2) 549, 557; "כאלה הם דיני המעמד האישי בישראל, אך אין בידי להושיע". כן ראה דברי השופט מ' לנדוי בע"א 164/67 היועמ"ש נ' אברהם, פ"ד כב (1) 29, 52; "אינני יכול להשלים עם המחשבה כי במדינתנו יתכן הדבר שאשה חייבת לשבת במשך שנים בעגינותה, מפני שגורלה מסור למעשה לבעלה הסרבן, המונע ממנה את הגט המגיע לה לכל הדעות. יש צורך רב למצוא דרך, כדי שבעל אכזר כזה לא יהיה עוד הפוסק האחרון בענינו..."; כן ראה דברי השופט מ' זילברג, שם, בע' 47, והנשיא אגרנט, שם, בע' 52.

אופרטיבית<sup>163</sup>. ביטויים של מורת רוח בהקשר לדרך ניהול הדין בבית הדין הרבני ובאופן יישומו של הדין, במיוחד בהקשר להוראות חוק טריטוריאליה החלות גם על בית הדין<sup>164</sup>, מוצאים להם אפיק נורמטיבי באמצעות התערבות בית המשפט הגבוה לצדק בפסיקה הרבנית<sup>165</sup>.

כתוצאה מאלה מוקף חלק הארי של הציבור הישראלי דינים המיועדים להגן על מטרות אישיות וחברתיות שהן בלתי רלבנטיות למציאות בה הוא חי ולצרכיו כאדם מודרני. מצד אחד הוא כפוף למערכת הזאת ומחויב על-פי מערכת הערכים העומדת בבסיסה, ומצד שני אין הוא נהנה מן ההטבות שהיא מעניקה למאמיניה.

היהודי המאמין, המקבל את הסמכות הדתית ומוכן להעתר להוראותיה, גם אם אין הן עולות בקנה אחד עם שאיפותיו האישיות, זוכה לתגמולים חברתיים, אהדת החברה בה הוא חי וסיוע חברתי ממשי בסעד נפשי ואף חומרי, ולתגמולים דתיים, סיפוק דתי, הבאים לרכך את המצוקה האישית בה הוא שרוי. תגמולים אלה אינם רלבנטיים לצרכיו של היהודי החילוני בחברה מודרנית, הם מיועדים לחברה אחרת ולמציאות אחרת. על ציבור זה נכפות נורמות, שעולם הערכים התומך אותן זר לו ואף מנוכר ממנו, והוא נתון למרותם של דינים הפוגעים בו בלי שיכיר באינטרסים, שהם באים להגן עליהם, ובלגיטימיות של הפגיעה האמורה. הוא ניצב חשוף הן אישית, הן קהילתית והן משפטית. אישית, אבדן אינטימיות הקשר המשפחתי ואבדן האושר האישי בלי שיתאפשר לו, במקרים רבים, להשיג את תיקון המצב בדרך משפטית מספקת. קהילתית, החברה המודרנית אינה רואה במצב של השלמה דתית וקבלת מרות תורנית אידיאל, וממילא אין היא מסוגלת לתגמל חברתית את מי שנקלע למצב כזה או לתמוך בו אידיאולוגית. משפטית, עקב מגבלות השיטה אין אדם כזה יכול ליהנות מכך שהדין יגן על צרכיו לבחירה הפשוטה, לתיקון הבחירה, לשיוויוניות וכיוצא באלה.

חלק הארי של הציבור יוצא, איפוא, קרח מכאן ומכאן. השכינה אינה שורה על נישואיו, מצד אחד, ואין הדין מגן על ערכיו, מצד שני. גם הדין הדתי אינו יוצא נשכר, שכן הכסות החיצונית של הדין, כפיית תוצאות משפטיות בלבד, היא קומץ שאין בו כדי להשביע את הדין הדתי, ומאידך-גיסא, החברה החילונית נשארת ללא פתרונות משביעי רצון.

163. ראה בג"צ 71 / 29 קידר נ' בית הדין הרבני האיזורי, תל-אביב-יפו, פ"ד כו (1) 608, 316-614: "כנראה הטלנו על הרבנים תפקיד קשה מנשוא שאינם יכולים ואינם מוכנים לעמוד בו. במצב זה, לא לכבודם של הרבנים הוא, ולא לכבודנו אנו, וזה גם לא לטובת הציבור, לתת לענין זה להתגלגל הלאה ללא מעצור וללא תכלית מעשית".

בפרשה זו העמיק בג"צ את מעורבותו והוציא צו על תנאי לפקיד מרשם האוכלוסין במשרד הפנים לרשום פסולי חיתון שערכו קידושין פרטיים. הצו ניתן למרות החלטתו של בית הדין הרבני האיזורי בדבר הספק האפשרי בקידושין בשל פסלות העדים עקב היותם מחללי שבת.

164. כך, למשל, בג"צ 83 / 7 ביארם נ' בית הדין הרבני האזורי, פ"ד לח (1) 673; בד"מ 81 / 1 נגר נ' נגר, פ"ד לח (1) 365; בג"צ 84 / 113 בנקובסקי נ' בית הדין הרבני האזורי, פ"ד לט (3) 365, 380: "אינני יכול שלא להביע את הזדעזעותי העמוקה מגישתו של בית הדין הרבני האזורי בחיפה"; ע"א 84 / 680 שני נ' שני, פ"ד לט (2) 444; בג"צ 85 / 473 פלונית נ' בית הדין הרבני האזורי, פ"ד לט (4) 558, בג"צ ביקש להטיל הוצאות על בית הדין, אולם עקב הפרובלמטיות הכרוכה בכך הטיל את ההוצאות על המדינה, בהיות בית הדין אורגן שלה.

165. ראה סעיפים 15 (ג) ו-15 (ד) (4) לחוק יסוד: השפיטה, ס"ח התשמ"ד 78.

## - מעמד האשה וכח המיקוח היחסי שלה

בחברה הישראלית שיוויון הזכויות בין המינים הוא אבן פינה של מערכת הערכים החברתית הבסיסית ובשל כך הוא נחשב חלק מתקנת הציבור המקומית<sup>166</sup>. שליטת הדין הדתי על עניני הגירושין מנציחה את האפליה לרעת האשה בתחום מרכזי זה. העקרון המרכזי המנחה את תפיסת הגירושין הרווח במדינות מערביות רבות הוא כשלון הנישואין<sup>167</sup> תוך התעלמות מגורם האשמה מטעמים אידיאולוגיים ופרגמטיים גם יחד<sup>168</sup>. בדין העברי, בצד עקרון ההסכמה, שולט עקרון האשמה על תביעת הגירושין של כל אחד מבני הזוג, לכאורה ללא כל אפליה. אולם הלכה למעשה עולה כוח המיקוח של האיש על זה של האשה מטעמים רבים.

האשה אינה יכולה לגרש. רצונו של הבעל ושיתוף הפעולה שלו מכריעים. החשש מפני גט מעושה מרתיע את בתי הדין הרבניים מכפית גט על הבעל אפילו במקרים בהם, לכאורה, יש הצדקה הלכתית, על בסיס העילות הקיימות, להפעיל מכשיר הלכתי זה<sup>169</sup>. בית הדין נוקט מדיניות דווקנית של "מחמירים אנחנו על עצמנו" ונמנע מאכיפת ההלכה<sup>170</sup>. במקרים מסוימים נוקט בית הדין, מתוך עולם המושגים האמון עליו, שגרת לשון דתית, השאובה מעולם האמונה, שכוחה יפה בחברה שומרת תורה ומצוות, ומנסה באמצעותה לסגור את הפער. נסיון כזה נועד, כמובן, מראש לכשלון והוא מרחיב ומעמיק את הפער תחת לצמצמו<sup>171</sup>.

166. ראה ע"א 54 / 209 שטיינר נ' היועמ"ש, פ"ד ט 241.

167. ראה פ' שיפמן, לעיל הערה 100, בע' 299-301.

168. ראה פ' שיפמן, שם; א' רוזןצבי, לעיל הערה 22, מע' 27.

169. ז' ורהפטיג, "כפית גט להלכה ולמעשה" שנתון המשפט העברי ג'ד (תשל"ו-תשל"ז) 153, 210, 212: "בכמה מפסקי דין (רבניים) הנימוקים לפסיקה על כפיית גט הם כה ברורים, שרק יראת ההוראה למתן גט מעושה הכריעה... יש להניח כי ברבות הימים יתרגלו בתי הדין יותר לשימוש בכוח שניתן להם לפתרון בעיות של חיי משפחה מעורערים עקב מריבות ויפעלו להתרת האשה מכבלי העגינות החיה, תוך ניצול אמצעי הכפייה"; על מיעוט הוצאת פסקי-דין כפיה ראה גם בספרו של מי שהיה מנהל בתי הדין הרבניים הרב ד' כץ, פסיקת בתי הדין הרבניים והחוקים (תשל"ו) 94-95: דוגמאות נוספות לפסיקה מהוססת ראה ז' פלק, לעיל הערה 81, בע' 45 ואילך.

170. תיק תשי"ג / 194, פד"ר א 77, 80; וראה פ' שיפמן, "חוק בלא נחת" דעות מא (תשל"ב) 23, 24; ביקורת על החלטה זו של בית הדין ראה בהערותו של השופט ויתקון בפסק דינו בפרשת רוזןצבי, לעיל הערה 162, בע' 1559-1560, המצוטטת שם.

171. ראה תיק ער / תשמ"ב / 10, פד"ר יב 103. תביעת אשה לגירושין על בסיס טענת חוסר כוח גברא של הבעל והיותו מאוס עליה. בני הזוג נשואים עשר שנים. התביעות הוגשו לאחר חמש שנות נישואין ומתנהלות כבר במשך חמש שנים. הצדדים חיים בנפרד. הרב ע' יוסף אומר, שם, בע' 122: "שלא תמהר לסתור בנינה כי רחמי שמים מרובים ויש לדבר על לב האשה אולי יש תקוה על ידי רפואות תעלה. וכיוצא בזה כתב בשו"ת מהרשד"ם, שאפילו כנים דבריה וברור לנו שאין לו כוח גברא אין למהר ולהפריד בינה לבין אלוף געוריה וטוב לה להמתין 2-3 שנים אולי תזכה להבנות מבעלה ורחמי שמים מרובים". הניגוד שבין המציאות המשמשת רקע לפסיקתו של המהרשד"ם, המובאת כאסמכתא בפסק הדין, לבין ימינו הוא כה עמוק שההסתמכות עליה לצורך זה יוצרת פער ומעמיקה את התהום בין הציבור בימינו, והמציאות שהוא חי בה, לבין הדין. זאת ועוד, סיגול עולם מושגים דתי, המושתת על אמונה דתית, (מעבר לתוצאות המשפטיות) במסגרת נורמות המכוונות לציבור חילוני, מרחיב גם הוא את הפער ותותר תחת המטרה לה שואף איש ההלכה בסומכו על המערכת הדתית.

פתרונות הלכתיים, שהוצעו בדורות שונים, ועשויים היו לשמש מנוף להתאמת הדין למציאות החילונית מתוך שיקולים דתיים, נדחו בצורה נחרצת על-ידי בית הדין הרבני הגדול. זה היה גורלה של הצעת הגר"ח פלאג'י<sup>172</sup>, כפית גט במקרה של חוסר סיכוי לשלום בין בני זוג, שהיתה עשויה להביא שינוי מהותי בדיני הגירושין ולקרב את הגירושין בין יהודים לשיטת הגירושין על בסיס כשלון הנישואין. בית הדין תקף הצעה זו בקן טעמים ופסל אותה כלי<sup>173</sup>.

יתר-על-כן, אין סימטריה בעילות הגירושין של כל אחד מבני הזוג. מה שהספיק לחייב אשה לקבל גט לא היה די בו בתביעת האשה לחייב את בעלה בגט<sup>174</sup>. נשוי המוליד ילד מפנויה חי, מבחינה דתית, כחטא, אך לא פגם ביוחסין של הצאצא. נשואה היולדת ילד למי שאינו בעלה עושה את הצאצא ממזר. גם בחברה חילונית, שרובה אינו רואה בנורמות הדתיות ערך מחייב, מקנות התוצאות המשפטיות הקשות, העלולות לנבוע ממעשה כזה, יתרון לגבר.

האשה, בניגוד לבעל, גם אינה יכולה לקבל היתר נישואין. אשה, אשר ניטשה על-ידי הבעל ואין אפשרות לאתרו, או שבעלה לקה במחלת נפש השוללת ממנו את האפשרות להבין או לפתח רצון עצמאי, תשאר עגונה. בעל במצב מקביל עשוי לזכות בהיתר נישואין<sup>175</sup>. יתר על כן, בתי הדין הרבניים נוטים להקל בכפיה על האשה על-ידי מתן היתר נישואין לבעל לעומת העילות בהן כופים על הבעל את הגט<sup>176</sup>. הדבר ניתן להסבר משפטי פשוט על רקע החומרה של גט מעושה לעומת הקולה היחסית של עקיפת החרם. אולם גישה זו נוגדת את העקרון שבבסיס החדר"ג, שהוא השוואת כוח האשה לכוח האיש. בחברה הישראלית, בה שולט עקרון דווקני של אשמה, לפחות כלפי יכולת האשה להתיר את נישואיה, מעמיקה גישה כזו – למרות שהיא עולה בקנה אחד עם המדיניות הרווחת במדינות המערביות בענין גירושין – את ההבדל בין המינים. המסר העולה מפסיקה כזו מגדיל עוד יותר את כח המיקוח של הגבר ומקטין את כח המיקוח של האשה.

גם מאבק הסמכויות בין ערכאות השיפוט הדתיות והאזרחיות יוצר מצב דומה ולכן גם גורר אחריו תוצאות דומות. על אחת כמה וכמה אמורים הדברים ביחס להענות בית

על יחס שונה כלפי תביעה הפוכה, דומה אם כי לא זהה, מצד בעל שאשתו אינה מסוגלת להרות אף לפני שעברו עשר שנות נישואין וחייב האשה לקבל גט, ראה ער / תשל"ט / 150, פד"ר יב 123. ביטוי לפער הלכה למעשה ראה גם ז' פלק, לעיל הערה 81, בע' 48-40, במיוחד בע' 45, 46.

172. שר"ת חיים ושלום, אבן העזר, סימן קיב.

173. ראה ער / תשל"ב / 122, פד"ר ט 200; ער / תשל"ד / 67, פד"ר י 168. לעומת זאת בתביעה הפוכה, דומה אם כי לא זהה, מצד בעל בטענה של חוסר סיכוי לשלום בית, חויבה האשה לקבל גט ובית הדין היה אף נכון לתת לבעל היתר נישואין: "אין מנוס ומפלט מהפרדת בני הזוג בגט. אין כל צידוק לדעת בית הדין להשאיר את הבעל בעיגונא דגברא והרהורי עבירה כל ימיו לאחר שכל המאמצים להשכיח שלום בינו לבין אשתו עלו בתוהו". ראה תיק תשל"ב / 404, פד"ר ט 149. פסק הדין אושר בבית הדין הרבני הגדול, ראה ער / תשל"ג / 12, פד"ר ט 152.

174. ראה לעיל הערות 171 ו-173. על הבחנה בעילות חיוב וכפיה בין בגידתו של הבעל לזו של האשה, ראה עוד תיק 1315 / תשי"ג, פד"ר א 139 וכן י' לוינגר, בין שגרה לחידוש (תשל"ג) 101-102.

175. ראה ב"צ שרשבסקי, לעיל הערה 6, בע' 71, 85-86, 420, 425.

176. ראה מחקרו של ז' ורפהטיג, לעיל הערה 169, בע' 199.



הדין לטענות (כגון: טענת גול), שיש בהן כדי לבטל את ההישגים של בן הזוג בבית המשפט האזרחי הנובעות מאופן יישום הדין הדתי במציאות הישראלית. הואיל ובדרך כלל בוחרת האשה את בית המשפט האזרחי כמקום הדיון, מתוך אמונה כי בחירה כזו מטיבה עמה, פוגעת עמדת בית דין, הנכון לקבל טענות כאלה, בעיקר בה.

– הקושי להנשא

במשפט הישראלי קיים, לעיתים, קושי, מטעמים דתיים, להנשא לבן הזוג הנבחר. הכוונה לפסולי חיתון או לאיסורי חיתון או לקידושין אסורים<sup>177</sup>. כתוצאה מכך נמצאה דרך העקיפין של הבה נתחכמה לו, בצורת הקידושין הפרטיים. נמצאו גם דרכים אחרות, העוקפות את הקושי להנשא במקרים מסוימים, באמצעות נישואין מחוץ לישראל וחיים ללא נישואין.

– הקושי להתיר את הנישואין ותוצאותיו

עיקר הקושי נעוץ באפשרות התרת הנישואין בהעדר הסכמה בין בני הזוג. גם כתוצאה מכך, מתרבות תופעות של נישואין מחוץ לישראל ושל חיים מחוץ לנישואין, מן העבר הוזה, ושל לחצים ואף "סחטנות" לשם השגת ההסכמה המיוחלת להתרת הקשר ומתן הגט או קבלתו, מן העבר השני<sup>178</sup>.

הקושי להשיג גירושין שלא בדרך של הסכמה הופך את הליך הגירושין למבחן של כוח עמידה בלחצים ולמאבק כוחות בין בני הזוג. תופעות של סכבת בערכאות השיפוט העוסקות בעניני גירושין פוגעות בצד החלש יותר, הפגיע יותר, הבלתי עמיד יותר, דהיינו באשה. גם תופעות של המנעות מהכרעה והחזרת הצדדים להתחככות ולהתנגשות ביניהם פוגעות, בדרך כלל, באשה. תופעות כאלה מאריכות את הליך, משאירות את הצד החלש חשוף יותר ללחצים ולסחטנות, מעניקות יתרון כלכלי ופסיכולוגי לצד החזק ופוגעות עוד יותר בצד שכת המיקוח שלו נחות יותר עוד בעמדת הפתיחה. משום כך הליכים פגומים, למרות פגיעתם הרעה לכל המתדיינים, פוגעים יותר באשה<sup>179</sup>.

בשיטת הגירושין החלה על יהודים בישראל מוטל על בן הזוג המבקש להשיג את חירותו, בין כדי להפטר מקשר מעיק ובין כדי להנשא מחדש ולתקן את כשלון הבחירה הקודמת, לקנות אותה בויתורים רכושיים וכספיים. שיטה כזו מולידה תופעה של סחטנות. המטר העולה מן השיטה הוא של כל דאלים גבר, שהרי כוח הכפיה של הערכאה המשפטית הוא שולי יחסית וכוחה של המרות הדתית אינו שוקל עוד אצל חלק הארי של הנזקקים לערכאות הדתיות. במחקרו של פרופ' ז' פלק, על תביעות גירושין שהוגשו על ידי נשים, הוא מוכיח, הלכה למעשה, כי האשה תשופה יותר לסחיטה מאשר הגבר<sup>180</sup>. המחקר רק מאמת אמפירית את המתחייב ממאזן הכוחות בין המינים בחברה הישראלית לנוכח המצב המשפטי המחייב. יתר על כן, אין לבדוק את היקף

177. ראה ב"צ שרשבסקי, לעיל הערה 6, בע' 66'61.

178. ראה פ' שיפמן, לעיל הערה 100, מע' 295 ואילך; א' רוזנצבי, פתרונות לבעיות אישות (1986): ז' פלק, לעיל הערה 81. ראה גם ע"א 164/67, לעיל הערה 162, שם.

179. על עידוד תופעת הסחטנות ראה עוד Z. W. Falk, "Religious Law and the Modern Family in Israel" in *Family Law in Asia and Africa* 235, 248-249.

180. ראה בספרו, לעיל הערה 81, במיוחד ראה הסיכום בע' 61: "בית הדין אינו מסוגל לעזור לאשה התובעת גט מבעלה, אפילו הצדק אתה, אלא הוא מכוון אותה לקנות את זכותה על ידי ויתורים או תשלומים.... ההלכה (נותנת לבעל) יותר אפשרויות לעזור לו בפני סחיטת אשתו מאשר לה במקרה הפוך".

התופעה רק בתיקי ההתדיינות, שהרי המסר של השיטה ואמצעי ההגנה המוענקים לכל צד, כמו גם מידת הפגיעות שלו, משפיעים מראש על עמדות הפתיחה של הצדדים, על כוח המיקוח שלהם וממילא על הנכונות להסכים לתנאים ולשלם מחיר תמורת הגט. כאשר נוצר חוסר שיוויון מן הסוג המתואר נפגע הצדק יחד עם הצד החלש.

## II. סגירת פערים

### – בעולם

שיטות משפטיות בעולם סגרו פערים בין הדין למציאות על-ידי שימוש באמצעי משפטי מסוים למטרה שונה מזו שיועדה לו במקור. כך, למשל, הוליד הפער בין המציאות למשפט ובין האידיאולוגיה ואורח החיים למשפט, בתחום דיני הגירושין, עד סוף שנות השישים, את בתי המשפט במדינות השונות לשימוש באמצעי עקיפין, בכלים משפטיים שונים ובטכניקות משפטיות שונות, לשם צמצום הפער בין דין הספר לדין החיים<sup>181</sup>.

גם על הסדרי המוונות הועמסו בעבר, מלבד סיפוק צרכי המחיה של האשה, צרכים אחרים נוספים. הם שמשו, בחלק ניכר מן השיטות המשפטיות בעולם, כאמצעי של חלוקת רכוש וגם כדרך לענישת בן הזוג ה"אשם" ותגמול הצד ה"חף". כך, למשל, בשיטות של הפרדת נכסים נוקשה בין בני הזוג הסו הסדר מסוים של חלוקת רכוש הלכה למעשה על-ידי תשלום מוונות, בין בדרך של תשלומים עיתיים גבוהים ובין בדרך של תשלום חד-פעמי<sup>182</sup>.

### – בישראל

על רקע כל אלה לא יפלא כי בית המשפט העליון בישראל מפלס דרכים במערכת הקיימת והוא פועל במטרה לצמצם את הפערים בהקשרים מסוימים ולהקל באופן משפטי על המצוקות<sup>183</sup>.

למטרות אלה עשוי מקור משפטי פורמלי לשמש כלי של סמכות בידי בית המשפט שתכליתו להסדיר שאלות משפטיות מעבר לתחום המצומצם שממנו נובע אותו מקור. במקומות אחרים ניסיתי להראות כיצד שיתפה הפסיקה פעולה ביצירת מערכת אורחית מקבילה של דיני משפחה<sup>184</sup>. למטרה זו השתמשה הפסיקה באמצעים שונים.

המחקר חשוף, אמנם, לביקורת על שלא הושה את מידת ההצלחה של תביעות גירושין שהוגשו על-ידי גברים, ראה פ' שיפמן, לעיל הערה 100, בע' 298-299. אין בביקורת זו כדי לפגוע, לדעתי, בממצאי המחקר הואיל והוא מאמת את המצב הנורמטיבי הקיים בהקשרים שונים שעמדנו עליהם.

181. M. Rheinstein, *Marriage Stability, Divorce and the Law* (Chicago, 1972) 29, 46-49, 56 et seq., 247 et seq.; W. Friedmann, *supra* note 153, at p. 25, 251-252.

182. I.F.G. Baxter, *Marital Property* (Cumulative Supplement, 1986) 150; M. A. Glendon, *The New Family and the New Property* (Toronto, 1981) 68.

183. על עקיפה רחבה ומשמעותית של הדין הדתי בעניני נישואין וגירושין על-ידי הפסיקה, ובמידה מסוימת גם על-ידי החקיקה, ראה מ' אלון, חקיקה דתית (תשכ"ח) 76-98, 119-154; י' אנגלרד, "היחס בין ההלכה למדינה" מולד (תשכ"ה) 702, 707 ואילך; י' אנגלרד, לעיל הערה 89, מע' 24 ואילך; י' אנגלרד, "מעמדו של הדין הדתי במשפט הישראלי" משפטים ד (תשל"ב-תשל"ג) 31, 43 ואילך; פ' שיפמן, "חוק ללא נחת" דעות מא (תשל"ב) 23; פ' שיפמן, לעיל הערה 100, מע' 173 ואילך, 249-265; א' רוזן-צבי, לעיל הערה 2, בע' 485-486.

184. א' רוזן-צבי, לעיל הערה 2; כן ראה: A. Rosen-Zvi, "Freedom of Religion: The Israeli Experience" 46 *Zeitschrift für ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht*

בסוגית הקידושין הפרטיים נעשה שימוש במספר אמצעים משפטיים כדי להגיע לתוצאה הרצויה ובין היתר, באמצעים הבאים: ראשית, הפעלת הסמכות היתה מותנית בדין דתי מהותי העומד "לרשות" בית המשפט. משום כך, שימש תוקף הנישואין בדין הדתי אמצעי לעקיפת דין זה<sup>185</sup>. שנית, בצד ההסתמכות על דין דתי ננקט צעד הפוך, דהיינו, הוראת החוק הישראלי פורשה באופן מצמצם לקליטה סלקטיבית בלבד של הוראות הדין הדתי<sup>186</sup>. שלישית, בית המשפט אימץ את תקנת הציבור החילוני ודחה את תקנת הציבור מבית מדרשו של בית הדין הרבני. ולבסוף, בית המשפט הביא גם ממרחק לחמו. הוא עשה שימוש בכללי הסמכות במשפט המנהלי כדי להגיע למטרה הרצויה<sup>187,188</sup>.

בסוגיה זו של הקידושין הפרטיים הצהיר בית המשפט מפורשות:

"אינני רואה מקום לתרעומת על התנהגות המבקשים בגלל התחבולה בה השתמשו, בערכם את הקידושין 'הפרטיים' ההם. מדינתנו מביטחה לכל אורחיה את חופש המצפון. המבקשים אינם שומרים את מצוות הדת, ולפי חוק המדינה הם חופשיים לנהוג כן. ברצונם לחיות חיי משפחה ולהעמיד וולדות, שלא יידבק בהם הפסול החברתי של 'מחוץ לנישואין' הם מוצאים עצמם נוכח איסור שכולו דתי-פולחני... הטלת איסור כזה על אדם שאינו מאמין, קשה ליישבה עם חופש המצפון וחופש הפעולה הכרוך בו. והנה, פותח הדין הדתי עצמו למבקשים מוצא מן המיצר בו הם נתונים. מדוע ראויים הם לגנאי, כשהם נחלצים מן המיצר בדרך זאת?"<sup>189</sup>.

ובמקום אחר, באותה סוגיה, נאמר:

"הרשות החילונית באה לעזרתו של אדם אשר מטעמים מצפוניים לא שעה אל איסור ההלכה"<sup>190</sup>.

בית המשפט מודה כי הפתרון אשר נמצא לא היה אידיאלי, כי היה דחוק, "אבל ההכרח לא יגונה – וההכרח היה לדחוק את מתן התרופה לבני הזוג במצוקתם האישית

(ZaoRV) (Max-Planck-Institut für ausländisches Öffentliches Recht und  
Volkerrecht, 1986)213, 238 et seq.

185. ראה להלן הערה 187.

186. הוראת סעיף 2 לחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג-1953, צומצמה ופורשה כך שאיננה מתכוונת לקלוט למשפט הישראלי איסור דתי, ראה הלכת גורפינקל, לעיל הערה 162, בע' 2068; הלכת רודניצקי, לעיל הערה 162, בע' 712.

187. ראה הלכת גורפינקל, לעיל הערה 162, בע' 2068; הלכת רודניצקי, לעיל הערה 162, בע' 715-716, 718; הלכת קירר, לעיל הערה 163.

188. על סוגית הקידושין הפרטיים ראה, בין היתר, י' אנגלרד, לעיל הערה 183, בע' 58-61. י' אנגלרד קובע כי הפסיקה נועדה "לרכך את חומרת הדין", שם, בע' 60; י' אנגלרד, לעיל הערה 89, בע' 25-26. פ' שיפמן, לעיל הערה 100, בע' 226-242; ש' אטינגר, "בית הדין הגבוה לצדק – תל-פיות לאסורים בנישואין" משפטים ד (תשל"ב-תשל"ג) 428; מ' אלון, לעיל הערה 183, מע' 89 ואילך; ז' פלק, דיני נישואין (תשמ"ג) 27 ואילך; א' מעוז, מדיניות ההתערבות של בתי המשפט האזרחיים בשיפוט הרבני והשפעתה על דיני המשפחה בישראל (חיבור לשם קבלת התואר "דוקטור לפילוסופיה", הוגש לסנאט של אוניברסיטת תל-אביב, 1985) 423 ואילך; א' רוזן-צבי, לעיל הערה 2.

189. השופט מ' לנדוי בהלכת גורפינקל, לעיל הערה 162, בע' 2069.

190. השופט י' זוסמן בבג"צ 66/132-130 שגב נ' בית הדין הרבני והרבנות הראשית צפת, פ"ד כא 555, 505 (2).

אל תוך מסגרת החוק הקיים<sup>191</sup>. אותו ביטוי, "הכרת לא יגונה", היה שגור עוד קודם לכן על פיו של השופט ח' כהן, בהקשר לאמצעי נוסף של סגירת פערים בו נקטה הפסיקה: הרכבת דיני ראיות וכללי הפרוצדורה האזרחית על הדין הדתי המהותי<sup>192</sup>. גם בסוגיה אחרת, זו של ההכרה בנישואין אזרחיים שנערכו מחוץ לישראל, הביא בית המשפט ממרחק לחמו. הדין המהותי הרלבנטי נבע מתחום משפטי אחר, זה של המשפט הבינלאומי הפרטי. בית המשפט עשה שימוש במכשיר משפטי זה כדי להכיר בסטטוס אזרחי במקרים של נישואין אזרחיים. הכרה בסטטוס האזרחי מקנה אותן זכויות המוסדרות על-ידי הדין האזרחי וכן זכויות מסוימות שמקורן בדין הדתי המוקנות באופן מיוחד בטכניקה של קליטה מוגבלת מן הדין הדתי, דהיינו, הרכבה של דין דתי על תחום משפטי הלקוח מן המשפט האזרחי<sup>193</sup>.

לא נכנס כאן לדיון מפורט בסוגיות אלה. די לנו בדוגמאות אלה כדי להצביע על הענות הפסיקה לצרכים המיוחדים של המשפט הישראלי תוך שימוש באמצעים שונים והפעלת טכניקות שונות.

צו ההרחקה הוא כלי גוח ורצוי להשגת המטרות הבאות: הקלת סבלם של בעלי הדין, השוואת כוח המיקוח של הצד החלש, הקהיית עקצם של אמצעי סחטנות, הקלה על הסדר היחסים במשפחה, כולל אפשרות התרת הנישואין במקרים המתאימים על-פי שיקול דעתו של בית המשפט, וכיוצא באלה.

אם ניישם את הגישה העקרונית של סגירת פערים, הבאה לכיטוי בפסיקה, ואת הדרך המשפטית שננקטה לשם כך, נגיע למסקנה כי קיימת דרך מלך משפטית להשגת המטרות האמורות. מקור הסמכות הפורמלי ימצא בסוגית המדור. גם הוצאת הצו מעוגנת בדין הדתי המהותי. היקף שיקול הדעת מסור להכרעתו של בית המשפט ושימוש בצו כאמצעי להשגת פתרון מקיף וכולל יותר מעוגנת הן בדין הדתי והן במדיניות המשפטית של בית המשפט העליון. שימוש באמצעי זה למטרות האמורות נופל בעצמתו מן האמצעים שהופעלו בהלכות הנוגעות לקידושין פרטיים ולהכרה בנישואין אזרחיים שנערכו מחוץ לישראל.

191. השופט מ' לנדוי בפרשת שגב, שם, בע' 556-557.

192. ראה ע"א 99/63 פלג וארוז נ' היועמ"ש, פ"ד יז 1122, 1128. א' לבונטין כופר באפשרות סגירת הפער באמצעי כזה, ראה א' לבונטין, לעיל הערה 22, בע' 71-72: "חשודה ה'הרכבה' שכעתיים כשהיא נעשית על מנת להכריע את הגזע (הדתי)". על ההלכה האמורה בכללותה ראה לעיל הערה 89 והטכסט הסמוך לה.

193. ראה ע"א 191/51 פקורניק נ' פקורניק, פ"ד ח 141; ע"א 173/69 בכר נ' בכר, פ"ד כג (1) 655; ע"א 592/83 פורר נ' פורר, פ"ד לח (3) 561; ע"א 566/81 שמואל נ' שמואל, פ"ד לט (4) 399; ע"א 778/77 פרקש נ' פרקש, פ"ד לג (2) 469; תיק מ"א (ת"א) 1701/77 שרייבר נ' שרייבר (לא פורסם); תיק מ"א (י"ם) 495/75 פרקש נ' פרקש (לא פורסם); א' לבונטין, לעיל הערה 22; י' אנגלרד, לעיל הערה 183; י' אנגלרד, לעיל הערה 89, מע' 24 ואילך; פ' שיפמן, לעיל הערה 100, מע' 173 ואילך, 249-265; מ' שאוה, לעיל הערה 89, מע' 144 ואילך; מ' שאוה, "על 'נישואי מקסיקו' בישראל" הפרקליט לב (תשל"ט) 329; א' מעוז, "נישואין וגירושין בין יהודים שנערכו מחוץ לישראל" עיוני משפט ה (תשל"ו) 186; א' רוזנצבי, לעיל הערה 2, בע' 486-485.

**ה. סיכום: בין הכסאות**

קיבוץ כל הדרכים המשפטיות מלמד כי אין למערכת השיפוטית, בשני חלקיה, תשובה מרתיעה, יעילה ואפקטיבית להסדר בעית המתיחות במשפחה, בכלל, ואף לא לבעית האלימות בתוך המשפחה, בפרט.

בשיטה מורכבת ובלתי מקובלת כמו זו הישראלית, ההתמודדות השיפוטית חייבת להיות יצירתית. על בית המשפט להתאים עצמו לשיטה, כפי שאכן נהג פעמים הרבה, ולפלט נתיבות המקלות על הקשיים של המערכת הקיימת.

בית-משפט המפעיל כלי משפטי בדרך נוקשה ודוקנית אינו תורם לשלמות המשפחה או לרווחתה או ליכולת השיקום של יחידיה; להיפך, גישה שאינה מתחשבת במכלול ומתעלמת במתכוון מן התמונה בשלמותה עלולה לגרום נזק למשפחה. בהסדר כזה הפרוץ מרובה על העומד.

המערכת הקיימת אינה מתמודדת כהלכה עם הבעיה. הפתרונות בדין הדתי אינם מוצאים ביטוי מלא ויעיל במציאות החדשה. הדין הדתי לא השכיל להתאים את עצמו למסגרת הישראלית ולא פתח שער. המשפט האזרחי ממעט עצמו והפסיקה בסוגיה זו רעתה בשדה הפורמליות תחת אשר יכולה היתה להתאים עצמה לצרכים המיוחדים של השיטה, כפי שידעה לעשות בסוגיות אחרות בעבר. הסוגיה נופלת בין אי ההתאמה של הכסא הדתי למידת הצמצום של הכסא האזרחי. בעוד אשר טיפול נכון בבעית האלימות במשפחה יכול היה להיות מנוף להסדר כולל של היחסים בתוך המשפחה סחפה עמה מידת הצמצום לא רק את ההסדר הכולל אלא אפילו את התחום הצנוע יותר של האלימות. תקיפה משפטית ישירה, אמיצה וראויה, של בעית האלימות במשפחה עשויה היתה להביא לתקיפה עקיפה של הסדר מערכת היחסים הכוללת במשפחה. בית המשפט שמת מידי אמצעי חשוב להקלת סבלם של בני-זוג ולסגירה חיונית של פער בין הדין למציאות. דרושה פרספקטיבה אחרת מצד הפסיקה.

יתכן כי הכדור צריך לעבור למחוקק. נדרש חוק ישראלי עצמאי אשר יעניק לבית המשפט סמכות רחבה והיקף רחב של שיקול דעת, על בסיס נטל ראיות סביר ומציאותי, לשם טיפול יעיל בבעית דירת המגורים, בעית המתיחות במשפחה והאלימות בה. הסדר כולל של מערכת היחסים בתוך המשפחה ובחינת תמונת הקשרים המשפחתיים בכללותה חייב לעמוד במרכז שיקול הדעת של בית המשפט.