

דת, ליברליזם, משפחה וחברה

אסופת מאמרים מאת אריאל רוזן-צבי

עורך: אריאל פורת

משנה לעורך: יעל סימון

מכון צגלה למשפט משווה ולמשפט בינלאומי פרטי
הפקולטה למשפטים על-שם בוכמן, אוניברסיטת תל-אביב

הוצאת רמות - אוניברסיטת תל-אביב

Religion, Liberalism, Family and Society

A Collection of Articles by Ariel Rosen-Zvi

Ariel Porat, Editor

Yael Simon, Associate Editor

הפקה: איה דראל
סדר מחשב: רחל שמיר
עיצוב עטיפה: נוטלסטודיו

מסת"ב 965-274-323-2 ISBN

תודתנו נתונה לכתבי-העת ולהוצאות הספרים שמאמרים אלה פורסמו בהם לראשונה,
על הסכמתם להתיר פרסומם מחדש.
כל הזכויות שמורות להם.

אין להדפיס ללא אישור בכתב מהמוציאים כל חלק מספר זה, אין לייצרו מחדש או
להשתמש בו בכל צורה שהיא, אלקטרונית או מכנית, או באמצעים אחרים הידועים היום
או שיומצאו בעתיד, כולל צילום או הקלטה או בכל סוג של מאגרי מידע.

יצא לאור בשנת תשס"א - 2001



ש"ס
ש"ס

אריאל רוז-צבי ז"ל, 1944-1996

תוכן העניינים

I	פתח־דבר
1	שער ראשון: תורת המשפט
3	”כי המשפט לאלהים הוא”: על כוח המשפט ועוצמתו מול מגבלותיו וגבולותיו
17	תרבות של משפט (על מעורבות שיפוטית, אכיפת חוק והטמעת ערכים)
49	על משפט ומציאות - עת לעשות הפרו תורתך
87	שער שני: דת ומדינה
89	ההלכה והמציאות החילונית
143	בתי־הדין הרבניים, ההלכה והציבור: גשר צר מאוד
	”מדינה יהודית ודמוקרטית”: אבהות רוחנית, ניכור וסימביוזה -
191	האפשר לרבע את המעגל?
233	שער שלישי: דיני משפחה
235	מעמדה של האשה במשפחה בדין העברי
281	דיני משפחה וירושה
319	דיני משפחה
349	דיני משפחה: סוף עידן ההבלגה
363	חוקי־היסוד והשפעתם על דיני המשפחה בישראל

פתח־דבר

חלפו יותר מארבע שנים מאז נפטר אריאל רוזן־צבי ז"ל. חסרונו בחברה הישראלית בכלל ובמשפט הישראלי בפרט מורגש מאוד. כל שנותר לנו הוא זכרו וכתיבתו. עיון במאמריו ובספריו מלמד שהאקטואליות שלהם נותרה בעינה, ולעיתים אף גברה. חשבנו שיש טעם לקבץ כמה מאמרים שכתב בעשור האחרון לחייו בספר אחד. רוב המאמרים פורסמו בכתבי־עת ובספרים שונים, אך הבאתם במקובץ, כך חשבנו, תוסיף להם נופך מיוחד, ותאפשר לקוראים להפיק מהם ערך מוסף הנובע מהסתכלות על התמונה כולה, ברצף אחד. שניים מבין המאמרים המתפרסמים בקובץ זה אינם גמורים: מותו של אריאל קטע את כתיבתם. בשני המאמרים ניכרת אופטימיות רבה באשר לעתידם של דיני המשפחה בישראל. אריאל היה אדם אופטימי מאוד, וצל המוות לא שינה אותו כלל. הקוראים יוכלו להעריך עתה אם אופטימיות זו היתה מוצדקת, או שמא מוקדמת מדי.

לכתיבתו של אריאל יש מאפיינים אחדים הניכרים בכל מאמריו וספריו, והמבדילים אותה מזו של אנשי אקדמיה רבים. ראשית, כתיבתו אקטואלית תמיד. היא נוגעת בעניינים בוערים הדורשים פתרונות. שנית, כתיבתו פרגמטית מאוד. היא מציעה פתרונות מציאותיים ויצירתיים לבעיות אמיתיות וכואבות, תוך מודעות עמוקה למציאות הישראלית ולבעיות החברתיות שאנו מתחבטים בהן זה יותר מיובל שנים. שלישית, כתיבתו אכפתית מאוד. ניכר בה שאריאל כואב באופן אמיתי את הבעיות החברתיות והמצוקות האנושיות שהוא דן בהן. רביעית, כתיבתו אחראית מאוד. היה חשוב מאוד לאריאל להשפיע על המשפט ועל החברה הישראלית. הוא הבין שכתיבתו מטביעה את חותמה על החקיקה ועל הפסיקה כאחת, וקוראים אותה עורכי־דין, שופטים, דיינים, רבנים ואנשי אקדמיה. מכך נבעה האחריות בכתיבה.

הקובץ מחולק לשלושה שערים: תורת המשפט, דת ומדינה ודיני משפחה. השער הראשון מציג את תורת המשפט שאריאל דגל בה. בבסיסה – התחשבות במציאות החברתית והפעלת המשפט ובתי־המשפט תוך רגישות מרבית למציאות זו. השער השני עיקרו חיפוש דרך שבה יוכלו חילונים ודתיים לחיות יחדיו לאורך ימים. יש בו ביקורת נוקבת על דיינים ופוסקי־הלכה על שנכשלו במציאת הדרך. הקשר בין שני השערים חד וברור: אריאל מיישם את תורת המשפט שלו בענייני דת ומדינה. השער השלישי עוסק בדיני משפחה. הוא מכיל אך מעט מכתבתו של אריאל בתחום, שהרי עיקר כתיבתו על דיני המשפחה מצוי בספרו דיני המשפחה בישראל – בין קודש לחול. אולם דיני המשפחה שזורים למעשה אף בשני השערים הראשונים בקובץ: דוגמות רבות הממחישות את רעיונותיו של אריאל לקוחות לא־במקרה מתחום זה, שעמד במרכז עיסוקו המחקרי.

פותח את השער הראשון המאמר "כי המשפט לאלהים הוא": על כוח המשפט ועוצמתו מול מגבלותיו וגבולותיו". על־פי אחת הגרסות, הפסוק "כי המשפט לאלהים הוא" (דברים, א, יז) פירושו שהמשפט הוא המשכה של עבודת הבריאה. "הקדוש־ברוך־הוא ברא את העולם והשליט עליו את האדם כדי שישלים את מעשה הבריאה באמצעות תיקון־העולם במשפט, בשוויון וביושר" (ע' 6). על־פי פרשנות אחרת, הפסוק "כי המשפט

לאֱלֹהִים הוּא" מִבְּטֵא אֶת "תְּחוּשֵׁת חוֹסֵר הָאוּנוּיִם שֶׁל הָאָדָם כִּלְפֵי הַיְכוּלַת לְהִקִּים מְעֵרַכַת מִשְׁפֵּט שְׁבַסִּיסָה שְׁוִיוֹנוּיּוֹת שֶׁל אִמַּת וּשְׁבִיכוּלְתָהּ לְהַבְטִיחַ הַשְּׁלֵטַת צֶדֶק וּמְנִיעַת עוֹוֹל" (ע' 7). אַרְיָאֵל סָבוּר כִּי הַפְּרָשְׁנוֹת הַשּׁוֹנוֹת שֶׁל הַפְּסוּק מְשַׁלְּמוֹת זֶה אֶת זֶה. הוּא נֹזֵהר מִלְנַקוּט עֵמְדָה מְפּוֹרֶשֶׁת בְּשֵׁאלָה אִם הַפְּרָשְׁנוֹת הָאֵחָת עֲדִיפָה עַל הָאֲחֵרָת, אַךְ נִקְל לְרֹאוֹת כִּי לִיבּוֹ נוֹטָה לְפָרְשְׁנוֹת הַשְּׁנִיָּה.

הַפְּרָשְׁנוֹת הַשְּׁנִיָּה מְדַגִּישָׁה אֶת קוֹצֵר־יָדוֹ שֶׁל הַמִּשְׁפֵּט. הַפְּעֵלַת הַמִּשְׁפֵּט כְּרוּכָה בְּטַעֲוִיּוֹת שֶׁלְעִיתִים קְרוּבוֹת אֵינָן נִיתְּנוֹת לְתִיקוֹן. אַכִּיפַת הַמִּשְׁפֵּט הִינָה בְּרִירָנִית עֵקֶב הַמִּשְׁאֲבִים הַמוֹגְבָּלִים הַמוֹקְצִים לְהַפְעֵלָתָהּ. הַפְּרָט נֶאֱלָץ לְעִיתִים לִשְׁאֵת עַל גְּבוֹ אֶת מִשְׂא הָאִינְטֵרֶס הַחֲבֵרְתִי, וְלִשְׁלֵם עַל כֶּךָ מִחִיר כְּבֵד. הַמִּשְׁפֵּט מְנִיב לֹא־אֲחַת תּוֹצְאוֹת מְקִרְוֹת שְׁחוּשׁ הַצֶּדֶק עֲשׂוּי לְהַתְקוּמָם נִגְדָן. לְפִיכֶךָ, עֵקֶב מְגַבְלוֹתָיו שֶׁל הַמִּשְׁפֵּט, אֵינָן לְרֹאוֹת בּוֹ אֶת חֲזוֹת־הַכֹּל. הוּא אֲמַצְעִי אֶחָד מִנֵּי רַבִּים לְהַשְׁגַּת תְּכֵלִית חֲבֵרְתִית. קִיִּימִים תְּחוּמִים רַבִּים שְׁטוּב שֶׁלֹּא יִהְיוּ מוֹסְדֵרִים מִשְׁפֵּטִית. אִף בְּתַחוּמִים הַמוֹסְדֵרִים מִשְׁפֵּטִית, אֵל לֹ שׁוֹפֵט לְנִהוּג כִּי־מִידַת סְדוּם: אֵל לֹ לְרֹאוֹת בְּמִשְׁפֵּט אֶת חֲזוֹת־הַכֹּל וְאֵל לֹ לְהִיאַחֵז בְּאוֹפֵן דּוּקְנִי "בְּדַקְדוּקֵי הַדִּין הָעוֹלָמִים כְּדֵי עִוּוֹת דִּין" (ע' 9). "הָעוֹלָם אֵינּוּ מִתְקִיִּים עַל מִידַת הַדִּין לְבִדָּה, אֲלֵא גַם עַל מִידַת הַחֶסֶד" (ע' 11). יֵשׁ לְהֹזֵהר מְעוֹצְמַת הַמִּשְׁפֵּט, כִּי זֶה סִכְנָתוֹ הָעִיקְרִית.

אַרְיָאֵל דּוֹחָה מְכֹל וְכֹל אֶת הַדְּעָה כִּי "הַמִּשְׁפֵּט בְּכֹל" וְ"הַכֹּל שְׁפִיט", מְכִיוּוֹן שֶׁהִמְרַחֵק בֵּין "הַכֹּל שְׁפִיט" וְ"חֲזוֹת הַכֹּל בְּמִשְׁפֵּט" אֵינּוּ רַב. הַפְּרָשְׁנוֹת הַשְּׁנִיָּה קוֹרֵאת לְעֲנוּוֹה בְּשְׁפִיטָה וּבְעִיסוּק בְּמִשְׁפֵּט, הִיא קוֹרֵאת לְהַבְנַת מְגַבְלוֹתֶיהָ שֶׁל הַיְכוּלַת הָאֲנוּשִׁית. כְּתִיבְתוֹ שֶׁל אַרְיָאֵל, בְּמֵאֲמָרָיו הָאֲחֵרִים הַמְצוּיִים בְּקוֹבֵץ זֶה, מְבַסֵּס פְּרָשְׁנוֹת זֶה וּמְחַזְקָת אֹתוֹ. הַמֵּאֲמָר הַשְּׁנִי נִקְרָא "תְּרַבוֹת שֶׁל מִשְׁפֵּט (עַל מְעוֹרְבוֹת שִׁיפּוּטִית, אַכִּיפַת חוֹק וְהַטְמַעַת עֲרִכִּים)", וְהוּא מְתַמְקֵד בְּמְעוֹרְבוֹת הַשִּׁיפּוּטִית וּבְמְגַבְלוֹתֶיהָ. בְּעוֹד הַמֵּאֲמָר הָרֵאשׁוֹן מְדַגִּישׁ אֶת מוֹגְבָּלוֹת הַמִּשְׁפֵּט, מֵאֲמָר זֶה מְדַגִּישׁ אֶת מוֹגְבָּלוֹתוֹ שֶׁל בֵּית־הַמִּשְׁפֵּט. בְּעוֹד הַמֵּאֲמָר הָרֵאשׁוֹן מְתַרְעֵץ מְפִנֵּי מְעוֹרְבוֹת־יֵתֵר מִשְׁפֵּטִית, מֵאֲמָר זֶה מְזַהֵר מְפִנֵּי מְעוֹרְבוֹת־יֵתֵר שִׁיפּוּטִית. עִם זֹאת, הַמֵּאֲמָר מְזַהֵר אִף מְפִנֵּי מְעוֹרְבוֹת־חֶסֶד שִׁיפּוּטִית. לְעִיתִים אֵינָן בְּתִי־הַמִּשְׁפֵּט מְתַעַרְבִים דֵּיִם, וְלְעִיתִים הֵם מְתַעַרְבִים יֵתֵר עַל הַמִּידָה. בְּחִינַתָּה שֶׁל הַמְעוֹרְבוֹת הַשִּׁיפּוּטִית עַל־יְדֵי אַרְיָאֵל הִינָה פְּרָגְמַטִּית וְרִגִּישָׁה לְנִיּוֹאֲנִסִּים הַשּׁוֹנִים שֶׁל הַתְּחוּמִים הַמִּשְׁפֵּטִיִּים שֶׁהַמְּלֹאכָה הַשִּׁיפּוּטִית נְעִשִׂית בְּמִסְגֵּרָתָם.

לְגִישְׁתּוֹ שֶׁל אַרְיָאֵל, הַתְּעַרְבוֹתוֹ שֶׁל בֵּית־הַמִּשְׁפֵּט הָעֲלִיּוֹן מוֹפְרֹזַת שְׁעָה שֶׁהוּא מְנַסֵּה לְהַשְׁלִיט אֶת הַדִּין בְּאֲמַצְעוֹת בֵּית־הַמִּשְׁפֵּט בְּעֲנִינִים פּוֹלִיטִיִּים שְׂאִינָם נּוֹגְעִים בְּזִכוּיּוֹת הַפְּרָט. לָכֵן הוּא מְבַקֵּר אֶת עֵמְדַת בֵּית־הַמִּשְׁפֵּט שֶׁעַל־פִּיהָ הַסֵּכֶם פּוֹלִיטִי הֵינּוּ שְׁפִיט. אַרְיָאֵל אִף מְבַקֵּר אֶת הַפְּרָשְׁנוֹת הַמְרַחֵבָה שֶׁנִּתְּן בֵּית־הַמִּשְׁפֵּט הָעֲלִיּוֹן לְעִילַת אֵי־הַסְּבִירוֹת לְשֵׁם בְּחִינַת שִׁיקוּל־הַדְּעָה הַמִּינְהֲלִי בְּעֲנִינִים פּוֹלִיטִיִּים אֱלֹהִים. בִּיקוּרְתוֹ מוֹשְׁתַּתַּת עַל טַעְמִים אֲחֵדִים. מְעִשִׂית, קֶשֶׁה מְאוֹד לְכַפּוֹף פּוֹלִיטִיקָאִים בְּאוֹפֵן אֲפַקְטִיבִי לְנוֹרְמוֹת שְׁבִית־הַמִּשְׁפֵּט מְעוֹנִיִן לְהַשְׁלִיט. בְּתַחוּם זֶה סִיכוּיּוֹ שֶׁל בֵּית־הַמִּשְׁפֵּט לְהַטְמִיעַ עֲרִכִּים אֵינָם רַבִּים. הַחֲלָטוֹת בֵּית־הַמִּשְׁפֵּט אִף אֵינָן רְאוּיּוֹת לְהוֹוֹת תְּחִלְיָף לְהַכְרַעוֹת פּוֹלִיטִיּוֹת אוֹ מְדִינִיּוֹת: אֵינָן לֹ פְּנְאִי, אֲמַצְעִים וְכִישּׁוּרִים לְעִשׂוֹת כֵּן. בִּיקוּרְתוֹ שֶׁל בֵּית־הַמִּשְׁפֵּט הָעֲלִיּוֹן עַל הַרְשוֹת הַצִּיבוּרִית מְפַתָּה אֹתָהּ לְעִיתִים לְסַמּוֹךְ עַל כֶּךָ שֶׁשְׂגִיאוֹתֶיהָ יִתְקַנּוּ עַל־יְדֵיוֹ, וּמְעוֹדְדָת אֹתָהּ לְפָרוֹק מְעַלִּיהָ אֶת עוֹל הָאֲחֵרִיּוֹת. בִּיקוּרְתוֹ שֶׁל בֵּית־הַמִּשְׁפֵּט אִף עֲלוּלָה לְהַבִּיא לִידֵי צְמֻצוֹם הַפִּיקוּהָ הַפּוֹלִיטִי הַחֲלוּפִי עַל הַרְשוֹת, כֶּךָ שֶׁשְׁכַּרָה עֲלוּל לְצַאֵת בְּהַפְסָדָה.

אריאל מצביע על פן מעניין במיוחד בהקשר זה של פיקוח בית המשפט העליון על הרשות הציבורית: לדבריו, קיים פער גדול בין הרטוריקה של בית המשפט לבין המעשה. הרטוריקה משדרת עוצמה ומעורבות, אך יכולת הפעולה של בית המשפט מוגבלת מאוד, והיא נעשית בדרך כלל באמצעים פורמליים. מכאן "שמה שנחזה להיות מפגן עוצמה של כוח ערכי נהפך למעשה, בחלק גדול מן המקרים, למתן הכשר להחלטות הרשות, שהמטען הערכי שהן מבטאות עשוי להיות למצער בעייתי ולעיתים אף שלילי" (ע' 29). מכאן למד אריאל כי הפרדוקס הוא שגישת "הכל שפיט" אינה מרחיבה את הכוח השיפוטי, אלא מצמצמת אותו. היא מעמידה בסכנה את המגמה המהותית הערכית בפסיקתו של בית המשפט העליון ומחזקת את הגישה הפורמלית.

בתחום דיני המשפחה אריאל קורא לבתי המשפט להגביר את מעורבותם. כאן המחוקק לוקה לעיתים בשיתוק, ומצוקות הפרט בתוך המשפחה אינן באות על תיקונן. אריאל סבור שבית המשפט מתאים יותר מן המחוקק לפתור בעיות אלה, מכיוון שאין הוא חייב לנקוט עמדה במחלוקות האידיאולוגיות החוצות את החברה הישראלית. בכוחו להשתית את התערבותו על פתרון מצוקות פרטניות. יתר על-כן, אף אם עליו להכריע במחלוקות אידיאולוגיות לשם פתרון סכסוך, אין הוא מונע על-ידי שיקולים פוליטיים, ואף בכך יש לו יתרון יחסי על המחוקק.

בהמשך המאמר אריאל עומד על בעיית יחסי הגומלין שבין המשפט לבין המציאות, אך נושא זה זוכה בפיתוח מקיף יותר במאמר השלישי בקובץ, הנקרא "על משפט ומציאות – עת לעשות הפרו תורתך". מאמר זה מדגיש כי המשפט והמציאות כרוכים זה בזה. קיימת השפעה הדדית ביניהם. הכלל שעל-פיו "פיקוח נפש דוחה שבת" מהווה דוגמה מאלפת להשפעתה של מציאות החיים על המשפט. שלושה עקרונות תורמים להבנת יחסי הגומלין בין המציאות לבין המשפט. נקל לראות את החוט המקשר עקרונות אלה לטענותיו של אריאל ביחס למוגבלות המשפט במאמר הראשון בקובץ ולמוגבלותם של בתי המשפט במאמר השני. ראשית, אסור לו למשפט להיות חזות-הכל ולהשליט את מרותו על המציאות כולה ובשלמותה. לעיתים יש להניח למציאות החיים לזרום דרך-חירות. שנית, אסור לו לדין לעמוד לבדו מול המציאות, ללא השלמתו באמצעות מידות הצדקה, החסד והרחמים. שלישית, לשם עשיית משפט צדק אין להביא בחשבון את כל מרכיביה של המציאות. כך, מצוקת הדל, שיקולים אישיים ורגשי חברות אינם רלוונטיים בדרך-כלל להכרעה צודקת של סכסוך משפטי, והתחשבות בהם מהווה "הכרת פנים בדין".

בהמשך אריאל עומד על הסכנות הנובעות מפערים גדולים מדי בין המשפט לבין המציאות. לעיתים על המשפט להתערב בעוצמה רבה על-מנת לצמצם פערים אלה (כפי שעשה, למשל, בפרשת האונס בשמרת). לעיתים התערבות זו עלולה להעמיק את הפערים. כשאלה הם פני הדברים, על המשפט להתאים את עצמו למציאות, ולא להיפך.

המצבים הקשים ביותר לפתרון הם אלה שקיימת בהם מציאות הסותרת את הדין באופן ברור וחיותי. אז עולה במלוא חריפותה השאלה מי יכוף ראשו בפני מי: המציאות בפני הדין או להיפך? אריאל מדגים דילמה זו באמצעות פרשת תורג'מן, שבה הועמדה אשה לדין בגין הפעלת מכון עיסוי. בבואם לגזור את דינה של הנאשמת, סירבו שופטי הרוב בבית המשפט העליון להיוקק לשיקול כי רשויות האכיפה אינן אוכפות את הדין האוסר הפעלת מכונים כאלה אלא אם מדובר במטרד. שופט המיעוט סבר, לעומת זאת, כי

מדיניות האכיפה המקילה של המשטרה חייבת להישקל לזכות הנאשמת ולהוביל להקלה בעונשה. ליבו של אריאל עם דעת המיעוט. התחשבות במדיניות האכיפה במקרה זה אינה נותנת גושפנקא למציאות הנלווה; אין היא משום קריאת-תיגר נגד החוק. "בהתחשבו במציאות שהשליטו אוכפי החוק מסגל בית המשפט את הדין לאוכפיו ולא לרודפיו" (ע' 65).

לעומת זאת, במקרים רבים אחרים אל לו למשפט לכפוף עצמו בפני המציאות. בנהגים שליליים שיצרו תת-נורמות פתולוגיות או השחיתו את המערכת חייב המשפט להילחם בלא פשרות. הענקת מתנות לעובדי-ציבור, סלחנות כלפי אי-פרעון חובות או העתקת תוכנות מחשב – כל אלה הינם נהגים פסולים שהמשפט חייב להילחם בהם בנחישות רבה. אריאל מבחין בין מקרים אלה לבין מקרים אחרים שבהם קצרה ידו של המשפט מלהושיע מכיוון שהטיל "גזרה שאין הציבור יכול לעמוד בה". במקרים כאלה זעקת הציבור מעידה על אי-צדקתה של הנורמה המשפטית. בהמשך המאמר אריאל מציג דרכי תגובה של רשויות האכיפה למקרים שונים שקיים בהם פער בין הדין לבין המציאות ואשר לא מוצדק בהם לאכוף את הדין במלוא העוצמה: החל באכיפה מתונה של הדין, המשך בפרשנות מקילה המגשרת על הפער בינו לבין המציאות, וכלה בכיטולו למעשה, אם גם לא להלכה, בדרך של אי-אכיפתו המוחלטת.

חותם את המאמר פרק שאריאל מציג בו כיצד על בית-המשפט לנהוג באותם מקרים מיוחדים שבהם חלקים מסוימים בחברה אינה מעוניינים בנורמות מסוימות, ואילו אחרים מעוניינים בהן. פרק זה מעבירנו לשער השני של הקובץ: *דת ומדינה*. כתיבתו של אריאל בתחום זה ביקורתית מאוד כלפי הממסד הדתי. הוא נוקט עמדה ברורה וחד-משמעית בעד פשרה. גישתו פרגמטית ואכפתית מאוד. יש בה הבנה עמוקה לעמדותיהם של שני הצדדים, דתיים וחילונים. אכן, אריאל היה שייך במובן מסוים לשני המחנות בעת ובעונה אחת: הוא הרגיש מחויב לערכי הדת, אך גם לערכים הליברליים הנדחקים לא-אחת על-ידי דיינים ורבנים לקרן-זווית. אריאל נמנע מלטעון נגד החלתו (או כפייתו) של דין דתי על הציבור החילוני. הוא מציג לבתי-הדין ולפוסקים דרכים להתאמת פסיקתם ולשינויה, כך שהציבור החילוני יוכל "לחיות עימה".

המאמר הראשון בשער השני, "ההלכה והמציאות החילונית", מקיים קרבה רעיונית למאמר הקודם העוסק בקשרים שבין משפט למציאות. "המשפט" במאמר זה הוא הדין הדתי, המהווה, מכוחו של החוק, חלק ממשפט המדינה, ואילו "המציאות" היא הציבור החילוני שאינו מרגיש מחויב לדין הדתי ואף אינו רואה בדיינים המיישמים אותו בעלי סמכות מוסרית. בדומה לטענתו כי המשפט חייב לא-אחת להתאים את עצמו למציאות, כך הוא טוען שדיינים ופוסקים צריכים להתאים את הדין הדתי שהם מחילים על הציבור החילוני למציאות הישראלית בת-זמננו.

אריאל מודע היטב לדילמה שהדיינים והפוסקים ניצבים לפניה: הם נקרעים בין מחויבותם לדין הדתי ולעקרונות העומדים בבסיסו לבין המציאות הבלתי-אפשרית מבחינתם, שעל-פיה הכפופים לדין הינם כופרים מחללי שבת. שתי אסכולות מובחנות בפסיקה ההלכתית: האחת שמרנית, המכונה במאמר "הייחודית והמסתגרת", שאינה מניחה למציאות לקלקל את השורה, והאחרת ליברלית, מציאותית יותר, המכונה במאמר "הכלל ישראלית" או "ההיסטורית", המוצאת פתרונות יצירתיים שיש בכוחם לגשר על

הפער שבין הנורמות הדתיות לבין הציבור החילוני שהן נכפות עליו. אריאל מחזק כמובן את ידיה של האסכולה השנייה, ומציע פתרונות משלו שיתאימו למציאות הבלתי-אפשרית שהחברה הישראלית נתונה בה. כר-הדין של אריאל הוא תחום הנישואין והגירושין, תחום מעמד האשה ותחום דיני הכשרות ומתן ההכשרים.

המאמר השני בשער הוא "בתי הדין הרבניים, ההלכה והציבור: גשר צר מאד". בעוד המאמר הראשון בשער מתמקד באי-התאמת הדין הדתי, כפי שהוא מופעל על-ידי דיינים ופוסקים, למציאות הישראלית בת-זמננו, המאמר השני מתמקד בדיינים ובבתי-הדין הרבניים, ומצביע על הקשיים האישיים והמוסדיים המונעים אותם מלמלא את תפקידם כראוי. אריאל מצביע על כך שבתי-הדין הרבניים מסרבים להכיר במצוקות קיימות בציבור החילוני, ולעיתים, גם אם הם מכירים בקיומה של מצוקה, אין הם מכירים בלגיטימיות שלה ואף אינם מגלים כל הבנה או אהדה לאלה הסובלים ממנה. הם מתחמקים מפתרון הבעיות, נמנעים לעיתים מלפסוק, ואינם חשים את האחריות המוטלת על כתפיהם. סיבות רבות לכך. הדיינים באים לעיתים קרובות היישר מן הישיבה, ללא כל נסיון חיים מן הסוג הדרוש למי שעוסק במלאכת השיפוט. הם אינם מכירים את חוקי המדינה, ובכללם את החוקים שמהם הם שואבים את סמכותם. הם אינם מכירים כלל את ההווה הישראלית ואף עוצמים עיניהם מלראותה. הם אינם מנסים לגשר על הפער הקיים בינם לבין הציבור החילוני שסמכותם פרושה עליו. הם אינם משכילים להתאים את ההלכה לציבור זה, וכך מושגת לא-אחת תוצאה הנוגדת את רוח ההלכה.

כל אלה מעצבים את יחסו של הציבור החילוני לבתי-הדין הרבניים. "כפיית שיפוט רבני ודין דתי על ציבור שהתנהגותו, מערכת ערכיו ותפיסת עולמו, ברובם הגדול, אינם נחשבים לגיטימיים מצד הדין המחייב את אותו הציבור, כפי שהוא מיושם על ידי הדין, היא פרדוקס שקשה לציבור להשלים עמו" (ע' 157). כך נוצרים ריחוק ותסכול אצל הציבור החילוני. "במצב זה של חוסר אמון נדחף רוב הציבור לשוליים שבהם מקננים ציניות, ייאוש ותפיסה מסולפת הן של הדת היהודית והן של המשפט הישראלי" (שם).

לאחר המחשת הבעיות המתוארות לעיל בפסיקת בתי-הדין הרבניים בשלל סוגיות (כגון מעוכבי גט, גיור קטינים, עולים נוכרים, מצוקתה הכלכלית של האשה וילדיה בעת פירוד או גירושין), אריאל עובר, כדרכו הפרגמטית, להצעת פתרונות מעשיים. הפתרונות שהוא מציע מתמקדים בדיני נישואין וגירושין. הפתרון הראשון, הנראה מועדף בעיניו, הוא פתרון במסגרת ההלכה. על-פי פתרון זה יותאם הדין ויותאמו הדיינים למציאות הישראלית. פתרון זה מחייב אומץ רב מצד דיינים, רבנים ופוסקי-הלכה ואף יצירתיות רבה. הפתרון השני הוא שהמשפט הישראלי, החילוני, יצמצם את הפערים שבין ההלכה ובתי-הדין לבין הציבור החילוני. על-פי פתרון זה, יושאר המצב הקיים על כנו תוך מתן גושפנקא להסדרים חלופיים בענייני נישואין וגירושין שפותחו ברבות השנים (כגון הכרה בנישואין אזרחיים שנערכו בחוץ-לארץ והכרה בתחליפי גירושין). הפתרון השלישי הוא הנהגת נישואין אזרחיים בישראל לצד הנישואין הדתיים. אריאל רואה בהנהגת נישואין אזרחיים פתרון פרגמטי עדיף על המציאות הקיימת. אף-על-פי שהוא מעדיף את הפתרון הראשון על הנהגת נישואין אזרחיים, הוא מסביר את היתרונות שיש בהנהגת נישואין כאלה, ומראה כיצד טענות רבות המועלות נגדם מצד חוגים דתיים אינן משכנעות כלל ועיקר.

שני המאמרים הראשונים בשער השני מוענו בעיקר לרבנים, לפוסקי־הלכה ולדיינים. עיקרם הצעות לפוסקי־הלכה כיצד לצמצם את הפער הקיים בין ההלכה ויוצריה לבין הציבור החילוני הכפוף למרותם בעל כורחו. מאמרים אלה מציגים את אריאל כמי שחרד לציבור החילוני ולתגובותיו על כפיית הדין הדתי עליו הר כגיגית. המאמר הבא, "מדינה יהודית ודמוקרטיה": אבהות רוחנית, ניכור וסימביוזה – האפשר לרבע את המעגל?", ממוען בעיקר לשופט החילוני, הנדרש על־ידי חוקי־היסוד, ובעיקר על־ידי חוקי־סוד: כבוד האדם וחירותו, לשפוט ואף לבקר את חוקי הכנסת בהתאם לערכיה של מדינת־ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. כיצד יעשה את מלאכתו שעה שאין זה סוד שערכים של דמוקרטיה ויהדות עלולים לעיתים לא לדור בכפיפה אחת?

אריאל פותח דווקא בהצבעה על יחסי קרבה הקיימים בין ערכי יהדות לבין ערכי דמוקרטיה, אולם גם אינו מתעלם מקיומם של ניגודים לא־מעטים. "בין יהדות לדמוקרטיה מתקיימים בעת ובעונה אחת גם יחסים של אבהות רוחנית ורעות, גם יחסים של ניכור ועוינות וגם יחסים סימביוטיים" (ע' 210). הצעתו לשופט הנדרש להכריע לכאורה בין יהדות לדמוקרטיה הינה כפולה: ראשית, לצמצם את תחום המחלוקת האפשרית בין יהדות לדמוקרטיה: להיפגש במישור התוצאה ולהימנע מהכרעות אידיאולוגיות. שנית, למנוע השתלטות מוחלטת של יסוד אחד על האחר, וכך למנוע תחושת ניכור של קבוצות מסוימות כלפי המדינה. כדרכו, אין אריאל מסתפק בהצעות מופשטות, אלא פורט אותן לפרטים. הוא מציע הנחיות קונקרטיות לבית־המשפט, ומרבה בדוגמות הממחישות כיצד ניתן להוציאן מן הכוח אל הפועל. אכן, תורת המשפט של אריאל, המדגישה את הסכנה הנשקפת ממעורבות־יתר של בית־המשפט, זוכה ביישום מיוחד במאמר זה: מעורבות מוגבלת היא הפתרון לקרע הקיים בחברה הישראלית בין יהדות לדמוקרטיה. "על הציבור החילוני להיאבק על הבנת היהדות ועל שורשיו היהודיים. על הציבור הדתי להטמיע את ערכי הדמוקרטיה ולשאוף לסגל אותם לעצמו מתוך אהבה, ולא רק מתוך נוחיות או באופן אינסטרומנטלי. לבית המשפט תפקיד חשוב במשימה האמורה" (ע' 231).

השער השלישי עוסק בדיני משפחה. המאמר הראשון שבו עוסק ב"מעמדה של האשה במשפחה בדין העברי". התמונה שאריאל מצייר נחזית כעגומה למדי. אמת, מעמדה של האשה כיום בדין העברי אינו כמעמדה לפני מאות בשנים; אולם חזיון מעמדה נעשה מנקודת־מבט של אי־שוויון מוחלט, וההלכות הבאות להיטיב עם האשה, לפחות מנקודת־מבטו של קורא חילוני ככותב שורות אלה, מדגישות את ההגמוניה של הגבר ומנציחות אותה יותר מאשר מתקנות אותה. לעיתים אף מתקבל הרושם, לפחות אצל הקורא החשדן, כי בעניינים מסוימים, חזיון מעמדה של האשה הונע על־ידי מניעים שבינם לבין קידום טובתה של האשה אין ולא־כלום: כך, למשל, על־פי ההלכה בת־זמננו מותר לאשה לצאת לעבודה מחוץ לבית, והבעל אף חייב לפרוע את חובותיה של אשתו. האומנם הונע פיתוח ההלכה על־ידי דאגה לטובתה של האשה, או שמא על־ידי דאגה לבעלה ולנושיה של האשה?

כאמור, השינויים ההלכתיים המצמצמים לכאורה את אי־שוויון – בעיני, על כל פנים – מדגישים אותו דווקא. מסתבר כי ברבות השנים הוכר כוחה של אשה להיות אפטרופסה, האיסור ללמד נשים תורה עבר שינוי מהותי, ואשה כשרה לעדות במקרים מסוימים. אף ביקורה של אשה נשואה בחברת גבר זר בבית־קפה, כך נפסק, אינו עוד

"כיעור", אלא חוסר טקט גרידא. זכויות כלכליות של אשה נשואה הורחבו, ואם לפני מאות שנים היתה יוצאת בלא־כלום במקרה של גירושין, הרי כיום אין הדבר כך. זכויות הירושה של האשה עברו אף הם שינוי מהותי, אם כי נראה שלכדי שוויון מלא עם אלה של האיש לא הגיעו. אי־שוויון בגירושין בין בעל לבין אשה אינו אותו אי־שוויון שהיה קיים פעם, אך הוא רחוק מלעבור מן העולם.

אריאל מתאר את השינויים שעבר הדין העברי בעניין מעמד האשה כדי להצביע על כוחה של ההלכה להתאים את עצמה למציאות. נקל לראות את הקשר בין מאמר זה לבין מאמרים קודמים בקובץ שבבסיסם מונחת אמונתו החזקה של אריאל כי בכוחו של הדין העברי ובכוחם של הדיינים והפוסקים לעשות גדולות ונצורות, אם רק ירצו, לקירוב הדין והדיין אל הציבור החילוני. ניכר כי אריאל מצפה שיעשה עוד רבות לפיתוח ההלכה בעניין מעמד האשה. הוא מבקש להראות את הכיוון לדיינים ולפוסקים בני־זמננו בכך שיראו ויעריכו את שעשו קודמיהם.

שלושת המאמרים הבאים לקוחים מתוך שלושת ספרי־השנה של המשפט בישראל, שאף נערכו על־ידי אריאל. הם מתארים את ההתפתחויות הפסיקטיות והחקיקתיות בדיני המשפחה של ישראל בין השנים 1990–1996. כתיבת המאמר השלישי נקטעה באיבה עם פטירתו של אריאל.

התחום האחד שבעיקר בו ניכרה התפתחות חקיקתית הוא תחום האלימות והשימוש בכוח בתוך המשפחה. בין היתר הוספו לספר החוקים עברות מין נוספות בתוך המשפחה, הוחמרו עונשים על עברות קיימות ושוכללו האמצעים המשפטיים למניעת אלימות במשפחה. אריאל עומד על תפקידים המכריע של המשטרה ובתי־המשפט באכיפת חוקים אלה ובהכשרת הקרקע לשינוי חברתי בתחום זה. עניינים אחרים הנידונים בספרי־השנה הם אימוץ, יחסי־הגמולין בין בתי־המשפט ובתי־הדין, שיתוף נכסים, איוון משאבים ומתנות בין בני־זוג, ירושה, גיור, ידועים־בציבור ומוזנות בין בני־זוג.

המאמר השלישי בספרי־השנה, שבכתיבתו היה אריאל שקוע בימיו האחרונים, הינו מאמר אופטימי. דיני המשפחה עוברים ממצב של קיפאון שבו היו שרויים שנים רבות למצב של תנועה. חוקי־היסוד החדשים העמיקו את התעוזה השיפוטית ויצרו דינמיקה שלא פסחה על דיני המשפחה. דינמיקה זו נוצרה אף על רקע תהליכים העוברים על החברה בכללה ועל המשפחה בפרט, והואצה מסיבות שונות: העלייה הגדולה מארצות חברה־העמים; העמקת המצוקות בסוגיות שונות (כגון מעמד האשה, חופש הנישואין, הפריה מלאכותית, פונדקאות, אימוץ בינלאומי); אי־שביעות־הרצון מן המערכת המבנית האנכרוניסטית בתחום ההתדיינות בדיני המשפחה; התלוותות ההולכות וגוברות על הפער שבין הדין למציאות; קוצר־ידן של הערכאות הדתיות במציאת פתרונות מתאימים; והקיפאון שהסטטוס־קוו הפוליטי משרה על המחוקק.

תופעה אחת שאריאל מאתר הינה הגושפנקא השיפוטית והחקיקתית הניתנת להסדרים חוזיים בנוגע לענייני הורות ומשפחה, שבעבר ניכר היסוס אם הם מתאימים להסדרה חזוית. בכך אריאל רואה מעין הפרטה של תחומים מסוימים של דיני המשפחה שהמדינה אינה יכולה לעשות בהם הרבה בכוחה היא. מן הצד האחר ניכרת אף תופעה של התערבות המשפט הציבורי בתחומים אחרים של דיני המשפחה, כגון אלימות במשפחה, רווחה וסעד. המאמר האחרון בקובץ נקרא "חוקי היסוד והשפעתם על דיני המשפחה בישראל".

למעשה, אין זה מאמר, אלא טיוטה בלתי־שלמה של מאמר, והיא נמסרה לי על־ידי עו"ד יוסי מנדלסון. תודתי נתונה לו על כך. כפי שאריאל מבחין במאמרו האחרון בספר־השנה, חוקי־היסוד החלו יוצרים דינמיקה של מעורבות שיפוטית בפיתוח דיני המשפחה. בטיוטת המאמר הסוגרת קובץ זה, אריאל מפתח תיאוריה משלו באשר לדרך השפעתם של חוקי־היסוד על דיני המשפחה.

השאלה שבמרכזה של טיוטת המאמר היא: עד כמה הדין הדתי מוגן מפני חוקי־היסוד, והאם בתי־המשפט החילוניים עשויים לבטל דינים דתיים הפוגעים בחירויות שחוקי־היסוד מגינים עליהן? אריאל מבחין במעגלים שונים בדיני המשפחה, בהתאם ליחס שמתקיים בהם בין ההסדר הדתי להסדר האזרחי. לטענתו, ככל שמתרחקים מלב ההסדר הדתי, כן איוון האינטרסים הנעשה מכוחם של חוקי־היסוד נוטה לטובת חירויות־היסוד ולהחלשת תוקפו של הטיעון הדתי. בדומה לכך, ככל שמדובר במעגלים הקרובים ללב ההסדר הדתי, כן האיוון בין החירויות שחוקי־היסוד מגינים עליהן לבין הטיעון הדתי צריך לנטות לכיוון אי־ביטולו של ההסדר הדתי. דוגמות רבות המובאות בטיוטת המאמר ממחישות את תיאוריית האיוון וממלאות אותה בתוכן.

מאמריו של אריאל רוזן־צבי מציגים תפיסת־עולם מורכבת, שיטתית ומתוחכמת. מלכתחילה בא אריאל מתחום דיני המשפחה. אלה מעוררים שאלות נוקבות של דת, חברה ומדינה. לפתרון נחוצה תורת־משפט שלמה. תורת־המשפט של אריאל היא החוט המקשר בין מאמריו וספריו, והיא שעושה אותם מקשה אחת. נהייתי הנאה מרובה לקרוא את כתביו פעם נוספת לצורך עריכתו של קובץ זה, המציג אך חלק מן הדברים שכתב אריאל. הוא כתב שני ספרים ועשרות רבות של מאמרים, שקצרה היריעה הנוכחית מהכילם. אלמלא נפטר בדמי ימיו היה מרבה עוד בוודאי להעשירנו בחוכמתו. הוא חסר מאוד למשפט הישראלי ולחברה הישראלית; הוא חסר מאוד למשפחתו; ואם יורשה לי לומר, הוא חסר מאוד גם לי.

אריאל פורת

שער ראשון:
תורת המשפט

"כי המשפט לאלהים הוא": על כוח המשפט ועוצמתו מול מגבלותיו וגבולותיו*

פתיחה

זו לכם הפגישה הראשונה עם לימודי המשפט. במשך השנים קראתם בעיתונים דיווחים על משפטים שהתנהלו. עקבתם אחר פרסומים סנסציוניים ופרטים עסיסיים, צפיתם בטלוויזיה בסרטי משפט ובסדרות על עניינים משפטיים. קיבלתם רושם של דרמה והירוואיזם, הצגה ושנינות, זוהר חיצוני ותת־נורמות עברייניות. הדימויים כוזבים והמציאות מורכבת. אך גם במהלך הלימודים ואף אחריהם לא תהיה התמונה שתקבלו מהוספת הידע המשפטי שלמה, ועל המכאוב שבהוספת הידע ייוספו התסכול של הניסיון להבין את מורכבות המשפט והצער שבהכרת מגבלותיו וגבולותיו והשלמה עימם.

הדברים שבחרתי לפתוח בהם את יומכם הראשון על ספסל־הלימודים נועדו להסביר את הבעייתיות של התחום, שאת הצעד הראשון המהוסס לקראתו צעדתם היום. כדי שתוכלו לרדת לשורש הסתירות והפערים הפנימיים; כדי שתעריכו נכון את עוצמת הכוח של המשפט ואת חריפות מגבלותיו; כדי שתקבלו את הממדים הנכונים של התחום שאליו אתם באים להסתפח ואת ההסתכלות הנכונה במה שנראה מרחוק כה ברור וחד־משמעי, כלשון העם: "המשפט הוא יבש".

פתיחת הדברים מבוססת על מקורות יהודיים. מן הדין שנברר את האופן שבו נבחנו דברים בעלי משמעות אוניוורסלית, כללית, במסורת היהודית שלנו. בפרשת השבוע, פרשת נח, נקבעות שבע מצוות בני נח. אותן שבע מצוות אוניוורסליות, שהן המינימום הנדרש לקיום חברה מתוקנת ועולם של תרבות. בין אלה בולטת מצוות ה"דינים", דהיינו, החובה לקיים מערכת משפט, הכוללת אכיפה ויישום: שוטרים ושופטים. פתיחת הדברים היא דרשה יהודית הבאה ללמד על עצמה ועל הקשר שבין המקורות למציאות. בהמשך משמשת הדרשה גם כמשל, כמודל אוניוורסלי.

א. "כי המשפט לאלהים הוא": ריבוי הפנים הפרשני

בספר דברים, א, יז, נאמר:

"לא תכירו פנים במשפט כקטן כגדל תשמעון. לא תגורו מפני איש, כי המשפט לאלהים הוא, והדבר אשר יקשה מכם תקרבון אלי ושמעתי".

* פורסם לראשונה בכתב־העת עיוני משפט יז (תשנ"ב) 5. דברים לתלמידי השנה הראשונה בפקולטה למשפטים, עם פתיחת שנת הלימודים התשנ"ב.

הפסוק "כי המשפט לאלהים הוא" נמצא בתוֹך, בין שני החלקים של הקטע. למעשה, הוא החוליה המקשרת בין שני חלקי הקטע. החלק הראשון עניינו התפקיד האנושי הקשור במלאכת המשפט, חובת המשפט, אחריות השופט, התפקיד השיפוטי ודרך הנהגתו. החלק השני עניינו גבולות המשפט, קוצר־ידו של המשפט האנושי: "והדבר אשר יקשה מכם תקרבון אלי". ביחס שבין החובה האנושית לקוצר־ידה משתבצת ההכרה שהמשפט לאלהים הוא.

אם נבחן את הקטע בהקשר הרחב שלו, נמצא בו רבדים רבים היוצרים את הדימוי הנכון של המשפט ואת הפרופורציות הנכונות שבהן יש לבחון אותו. אנסה להציע כמה פרשנויות לפסוק "כי המשפט לאלהים הוא", שרק כולן יחד הן המשמעות השלמה שלו. פרשנות ראשונה עוסקת בכוחו של המשפט ובחובות הנובעות מכך: עצם חובת הקיום של המשפט ודרך הנהגת המשפט. פרשנות שנייה מרכזה בקוצר־ידו של המשפט, במגבלותיו ובגבולותיו.

ב. פרשנות ראשונה: כוח המשפט

1. חובת האדם כלפי האלהים, שהמשפט שלו

הפסוק כולו עוסק בחובת המשפט, באחריות השופט ובדרך הנהגת המשפט. הדגש אינו מושם בכוח הגלום במערכת הנורמטיבית של המשפט, אלא בחובה המוטלת לקיימו ולנהלו.

ברוח זו ניתן להבין את פירוש רבנו אברבנאל על פסוק אחר בספר ויקרא, "לא תעשו עוול במשפט":

"ולא שתחשוב כיוון שהמשפט לאלהים הוא, בבית דין של מעלה, לא ישתדלו בית דין של מטה בעניין המשפט – אין הדבר כן. וזהו 'לא תעשו עוול במשפט'."¹

לדעת אברבנאל, העוול במשפט מכוון לא רק למעשה הדין במקרה המסוים או לאזהרה מפני עיוות־דין במקרה זה או אחר, אלא למהות היסודית. העוול הוא עצם ההימנעות מעשיית המשפט, אפילו זו מונעת מיראת ההוראה, מן החשש להתערב בתפקידו של אלהים.

מה פירושו של הפסוק "כי המשפט לאלהים הוא" במובן זה? חובת האדם לעשות משפט היא חובה כלפי האלהים, שהמשפט הוא שלו. הואיל והמשפט לאלהים הוא, מוטלת חובה בסיסית ומרכזית על האדם לקיים משפט. על רקע זה נקבעת מצוות הדינים כאחת משבע מצוות אוניוורסליות בסיסיות (שבע מצוות בני נח) המוטלות על כל חברה באשר היא, יהודית ונוכרית.

1 פירוש אברבנאל לויקרא, יט, יד-טו.

פרשנות זו עומדת כנגד היאוש מן המשפט. היא מוצגת נגד תחושת קוצר-היד. היא מתייצבת נגד הדעה כאילו רק בוחן כליות ולב, היודע יצר כל היצורים, יכול להבחין בין טוב לרע ולקבוע מה אמת ומה שקר. נכון "כי האדם יראה לעינים וה' יראה ללבב" (שמואל א, טז, ז); האדם-השופט נאחו בתמונה החיצונית, "אין לו לדיין אלא מה שעניו רואות",² בעוד שבידי האל היכולת להתבונן בתמונה הפנימית, האמיתית והמלאה. אולם אין האדם רשאי להיאחו במגבלה זו ולהשתחרר מן החובה. עליו לקיים אותה גם במסגרת האנושית הפגומה.

לא ייפלא שבמשך דורות ניסו לקיים את החובה הזו תוך ניסיון לחזור ולקרוא לאלהים להתערב או לפחות תוך חיפוש אחר דרכים שמהן ניתן ללמוד על רצון האל. כך הוא איש-הביניים, שנבחר להילחם בשם הצבא, כך מבחני האש והמים וכך הדו-קרב. כל אלה הם אמצעים להכרעות משפטיות המזמנות את האלהים אל המשפט.³ המשפט המודרני מתנהל בין אנשים וההכרעה היא אנושית. המשפט הוא החובה האנושית על מגבלותיה, כי המשפט "לא בשמים הוא" (דברים, ל, יב).⁴

בפרשנות זו, אלהים שבפסוק הוא שם מקביל, שם נרדף, למשפט: "עד האלהים יבא דבר שניהם" (שמות, כב, ח). הזיקה הלשונית הזו מציינת את חשיבות התפקיד של המשפט בחברה ובעולם. האדם ממלא כביכול את מקומו של האל בקיימו את החובה למשפט, בנוטלו חלק במאבק למשפט, לסדר חברתי ולתיקון-עולם. כלפי פרשנות זו מכוונים הדברים:

"המשפט אינו אלא ביטול הרע... אם יש לפני האדם עסק עבודת ה' ויש לפניו עסק המשפט ניחא לקב"ה שישתדל בעשיית המשפט מלעסוק בעבודתו, לפי שאם לא יעשה המשפט יתגבר הרע ויתבטלו העמודים שבשבילם נברא העולם וממילא העולם חרב."⁵

מקומו של המשפט בחברה הוא כה בסיסי ויסודי, עד שהקדוש-ברוך-הוא מעדיף שיעסקו בתיקון-העולם באמצעות המשפט ויניחו באותה עת אפילו את עבודת ה'. המשפט הוא ביטול הרע בתחום המוסרי, הוא יסוד הסדר החברתי והוא תיקון-עולם באמצעות פתרון סכסוכים במישור הבין-אישי.

אין מקום ליאוש בנוגע למקומו ולתפקידו של המשפט האנושי בחברה, אלא שמיקומו זה נקבע מראש בתוך מסגרת המגבלות הקשות, שהמשפט לאלהים הוא, יודע טוב ורע. במסגרת זו גם מתפרש הפסוק "כי המשפט לאלהים הוא" בדרך דווקנית של מחויבות לדין: "יקוב הדין את ההר."⁶

2 סנהדרין, ו, ב.

3 'הוויזוגה האדם המשחק - על מקור התרבות במשחק (תשכ"ו) 107-110.

4 כבא מציעא, נט, ב (המדרש הידוע בשם "תנורו של עכנאי").

5 "פרישה" לטור, חו"מ, הלכות דיינים, א.

6 סנהדרין, ו, ב.

2. אחריות השופט, דרך הנהגת המשפט

הפסוק "כי המשפט לאלהים הוא" נועד לשמש אזהרה למערכת בדבר האחריות לגבי אופן ההפעלה, לגבי דרך ההנהגה. על פסוק זה אומר המדרש:
 "תניא אמר רב חמא ברבי חנינא אמר הקב"ה לא דיין לרשעים שנוטלין מזה ממון ונותנים לזה שלא כדין אלא שמטריחים אותי להחזיר הממון לבעליו."⁷

רוצה לומר, עוול ועיוות-דין אינם גורמים נזק למטרת-נקודה בלבד; הם לא רק פגיעה בפרט זה או אחר, שנפגע בפועל. זו פגיעה ביסוד, במערכת כולה, בתשתית ההסדר בין האדם לאל. בנוסף אחר היינו אומרים, כי הפגיעה היא במערכת המוסדית הבסיסית, ביחס שבין האדם לחברה. המשפט הוא השבת הסדר שנפגע על כנו. הוא בבחינת תיקון מעוות. ביעור הרע הוא חלק מן התיקון הכללי ולא רק עניינם של הפרטים המעורבים. וכך מפרש הרמב"ן את הפסוק "כי המשפט לאלהים הוא":

"וטעם 'כי המשפט לאלהים הוא' כטעם 'כי לא לאדם תשפטו כי לה'... בדבר המשפט לומר כי לאלהים לעשות משפט בין יצוריו כי על כן בראם להיות ביניהם יושר וצדק ולהציל גזול מן עושקו. ונתן אתכם במקומו ואם תגורו ותעשו חמס הנה חטאתם לה' כי מעלתם בשליחותו."⁸

בהקשר זה משמש הפסוק "כי המשפט לאלהים הוא" כניגודו הגמור של פסוק אחר, שלפיו "מקום המשפט שמה הרשע" (קהלת, ג, טז).

לא בכדי אומר המדרש, כי "כל דיין שדן דין אמת לאמיתו אפילו שעה אחת מעלה עליו הכתוב כאילו נעשה שותף לקב"ה במעשה בראשית."⁹ שלטון החוק הוא, כביכול, המשך הבריאה. הבריאה היא השלטת משטר של סדר ויושר בעולם והנהגת משפט צדק ואמת. היא השלטת סדר חברתי המשלים את הבריאה. הקדוש-ברוך-הוא ברא את העולם והשליט עליו את האדם כדי שישלים את מעשה הבריאה באמצעות תיקון-העולם במשפט, בשוויון וביושר. בדין אמת יש שותפות של האדם עם הבורא,¹⁰ שכן העוול פוגע בתכלית הבריאה, בסדר העולמי, בסדר החברתי. מדרש זה מתקשר עם מה שלמדנו מבעל ה"פרישה" קודם לכן, ש"יתבטלו העמודים שבשבילם נברא העולם." נמצאנו למדים, שהנהגת הדין כדין מחזקת את העמודים שעליהם נברא העולם והופכת את שומרי שלטון החוק לחישובים החברתיים.

באמצעות חקיקה ובאמצעות הפעלת שיקול-דעת שיפוטי, למשפט הכוח לקבוע עקרונות כלליים של פעולה ורמות של התנהגות במקרים אינדיווידואליים. בית-המשפט מיישם עקרונות וכללים במערכת העובדות המוכחת לפניו. אך לבית-המשפט, ולא רק

7 סנהדרין, ח, א.

8 פירוש הרמב"ן לדברים, א, יז.

9 שבת, י, א.

10 "חותמו של הקב"ה אמת" - ראה שבת, נה, א.

"כי המשפט לאלהים הוא": על כוח המשפט ועוצמתו מול מגבלותיו וגבולותיו

למחוקק לבדו, תפקידים מרכזיים בקידום ערכים חברתיים או מוסריים. לבית-המשפט הכוח לפרש הוראות חקוקות, להתאים נורמות קיימות למציאות משתנה ולפתח את המשפט הן בדרך של קביעת עקרונות-יסוד וערכי-יסוד והן בדרך של גזירת כללים מעקרונות ומערכי-יסוד אלה.

בהקשר זה של אחריות הדיין וחובתו למשפט ולדרך הנהגתו מובן גם מדוע הוא חייב לראות עצמו לעולם: "כאילו חרב מונחת לו בין ירכותיו וגיהנם פתוחה לו מתחתיו."¹¹

ג. פרשנות שנייה: קוצר-ידו של המשפט, מגבלותיו וגבולותיו

1. היכולת לעשות משפט

הפסוק "כי המשפט לאלהים הוא" מבטא את תחושת חוסר-האונים של האדם כלפי היכולת להקים מערכת משפט שבסיסה שוויוניות של אמת ושביכולתה להבטיח השלטת צדק ומניעת עוול.

אלהים הוא היודע להבחין בין טוב לרע. הוא המבחין את האמת מן השקר. הוא היודע למוד את מידת הענישה המתאימה והנכונה ולסגלה לתנאי הזמן והמקום, להרכיבה על מערכת הנסיבות הנתונה ולתת את המינון המדויק לאדם לפי הראוי לו מבחינת הלקח האישי מזה והתועלת החברתית מזה בכל אתר ובכל זמן.

לא בכדי מובא קוצר-היד האנושי בתחום המשפט כאחד הנימוקים לפרשנות הפסוק "עין תחת עין" (שמות, כא, כד) כמתייחס לענישה ממונית ולא גופנית.¹² ענישה לא-נכונה היא עוול. היכולת למנוע גלישה לענישה רחבה יותר מן הדרוש היא מידה אלוהית. בני-אדם אינם מסוגלים לעמוד במשימה בלתי-אפשרית זו. בהיותם בני-אנוש, חזקה עליהם שיטעו. כאשר מדובר בממון, טעות לעולם חוזר. בענישה גופנית, לעומת זאת, קשה ולעיתים אי-אפשר, להשיב את המצב לקדמותו.

2. סלקטיביות ויחסיות

קוצר-ידו של המשפט טבוע בעצם מהותו. בראש ובראשונה בסלקטיביות וביחסיות המלווים את המשפט. הסלקטיביות נובעת ממגבלות המשאבים האנושיים והתקציביים. הסלקטיביות היא מגבלת האדם בעולם. מתוך אין-ספור חוקים נאכוף רק מעטים, וגם אכיפה זו נעשה לסירוגין ובמשאבים דלים. מבין העבריינים נתפוס רק את הבודדים, וגם מאלה נעמיד למשפט רק את מתי-המעט, כדי לא להציף את המערכת ולמנוע את שיבושה.

11 סנהדרין, ז, א.

12 כתובות, לה, א.

היחסיות מקורה ביכולת למוד לפי מידות האנוש. אנו מודדים ראיות לפי הבחנים של "ניכרין דברי אמת"¹³, אך לאמת לא נגיע. לדיין אין אלא מה שעניו רואות, ועניו אינן יכולות לראות אלא את החיצוני, את קצה הקרחון של האמת, הגלוי לעין. אנו בוחנים סבירות והסתברות, אך אל הצדק המוחלט לא נוכל להגיע. הן בחוקינו והן באכיפת משפט אנו רואים לעיניים והאל רואה ללבב.

3. היחיד כסמל

האינטרס החברתי נישא על כתפי יחידים. הם הנושאים את עוון החברה. על גבם חרשו חורשים האריכו מעניתם. המערכת מוסרת מסרים. היא משדרת שדרים. והואיל ואין היא יכולה להיות אלא סלקטיבית, נושאים הנשפטים על גבם את המיתוס החברתי-המשפטי. הם משקפים את אותם מאות-אלפים או עשרות-אלפים עבריינים שאין נפרעים מהם אלא באמצעות היחיד שנדון.

משום כך היה גזר-דינו של בית-המשפט לתעבורה בפתח-תקוה, בעניינו של דורס זוג הפעוטים, למשל ולשנינה. עונשו של הנדון יכול והיה די בו על-פי נסיבותיו האישיות אילו נדונו הכל על עבירות-תנועה ואילולי היתה זו מכת-מדינה; אולם בנסיבות הזמן והמקום, שאליהן חבר המיתוס של המשפט, נחשב עונשו קל. לכן הוחמר על-ידי בית-המשפט לערעורים. מיתוסים הם, במקרים רבים, המלט המחבר את אבני הבניין המשפטי והחברתי.

4. המקריות שבתוצאה

אותה פעולה פעמים היא נראית לנו באור חמור יותר ופעמים אנו מקלים בה ראש; הכל לפי התוצאה המקרית שגרם המעשה, למרות שהוא עצמו לא השתנה. אבן שנזרקה ברשלנות ולא פגעה באיש, דינה אחד. אותה אבן שפגעה ברכוש, דינה אחר. ואם במקרה עבר אדם במסלול מעופה ונפגע, יהיה הדין חמור יותר.

מה שנחשב כעניין שולי או לגיטימי במהלך עשייתו או במשך שנים רבות עשוי ליהפך באספקלריה אחרת ובתקופה אחרת לאות-קלון. ופרשת המניות הבנקאיות והעמדת הבנקאים לדין תוכיח.

5. הסכנה בראיית המשפט כחזות-הכל

אולם בצד השלמה עם המגבלה המתבטאת בפסוק "כי המשפט לאלהים הוא", מבטא הפסוק גם אזהרה מפני ראיית המשפט כחזות-הכל. המשפט הוא אך פן אחד של ההיבט

החברתי; הוא רק אחד האמצעים להשגת מטרות שונות; הוא רק אחד האמצעים לקראת התכלית החברתית.

המשפט אינו עוסק בחלק גדול מן העניינים האמיתיים של החיים. בעניינים אלה קצרה ידו מהושע. יופי, אהבה, רגשות, סולידריות חברתית וכל מה שעושה את החיים כדאיים הם מחוץ לטווח המשפט. כללי המשחק של המשפט מאפשרים לכל היותר לחיים לזרום בנתיב האמיתי שלהם. יתר על-כן, עוד תיווכחו לדעת, כי הניסיון להפוך את הכל לשפיט ואת המעורבות השיפוטית לחודרת לכל תא של החיים¹⁴ אינו רק יומרנות-שוא, אלא גם תהליך שנוקו מרובה מתועלתו. המשפט אינו תחליף להכרעות של מדיניות. אין הוא יכול להחליף לא את הכנסת ולא את הממשלה, לא את המגע החברתי הישיר ולא את המוסר. בוויכוח בין תומכי ”המשפט בכל” לבין אנרכיסטים או מצדדי מינימום של משפט עלינו למצוא את נקודת האיוון. נקודת האיוון הראויה היא זו המשלבת את שני האופנים של הפרשנות לפסוק ”כי המשפט לאלהים הוא“: חובת המשפט, מחד גיסא, והכרה בקוצר-ידו ובמגבלותיו של המשפט, מאידך גיסא.

הסכנה בהשקפה שהכל שפיט היא בכך, שניתן לפרשה או לגלוש ממנה באין רואה לתפיסה הרואה את חזות-הכל במשפט. תפיסה אחרונה זו משקפת גישה חד-ממדית ואף בלתי-אנושית; היא מסכנת את המרקם החברתי העדין; היא פוגעת בחיברות האנושית; היא עלולה ליצור בקרב הציבור את ה”נבל ברשות התורה.”¹⁵ והרי כלפי נבל זה מכוונים דברי הפסוק ”כי המשפט לאלהים הוא.”

לא בכדי אנו מדברים על ”מידת-סדום”. זו מידה הקושרת התנהגות אנושית ורגשות אנושיים לנורמות משפטיות בלבד. המסורת היהודית אינה תולה את עוון אנשי סדום בביטול המשפט, אלא באופי הכללים המשפטיים, בראיית המשפט כחזות-הכל ובהיאחזות דווקנית בדקדוקי הדין העולים כדי עיוות-דין.

”שלי שלי ושלך שלך” זו מידה בינונית ויש אומרים מידת-סדום,¹⁶ למרות שהיא מקיימת סימטריה אנושית, וככלל משפטי אין בה לכאורה שום פגם. הפגם הוא מוסרי. ההיאחזות בכלל המשפטי כחזות-הכל דווקא היא העומדת כאן למכשול לפני הקהילה. ”קרוב הדבר לבוא לידי מידת סדום, שמתוך שהוא רגיל בכך אפילו בדבר שחבירו נהנה והוא אינו חסר לא ירצה ליהנות את חבירו.”¹⁷

הגמרא מרבה לספר על הכללים המשפטיים של אנשי סדום כביטוי להשחתת אנושית במסגרת דקדוקי-דין ודווקנות משפטית.¹⁸ במסגרת זו אנו צופים אל מיטת-סדום, שבצד

14 על המחלוקת בסוגיה זו בבית-המשפט העליון, ראה בג”צ 910/86 רסלר נ’ שר הבטחון, פ”ד מב(2) 441; בג”צ 1635/90 ז’רד’בסקי נ’ ראש הממשלה, פ”ד מה(1) 749.

15 ראה פירוש הרמב”ן לויקרא, יט, ב: ”קדושים תהיו כי קדוש אני ה’ אלהיכם.”

16 משנה, אבות, ה, י.

17 פירוש רבנו עובדיה מברטנורא למשנה, אבות, ה, י.

18 סנהדרין, קט, א-ב.

אכזריותה, נותנת ביטוי לעוול המתגלם בסטנדרטיזציה של הכלל המשפטי. אנו מתוודעים גם לשימוש ציני ואכזרי בטיעון משפטי ההופך אותו לעיוות נורא: חבלה גופנית באדם, הגורמת לשפך דם, נעשית מקור לתביעה משפטית מצד החובל דווקא, שעילתה שכר הקות דמו של הנחבל.¹⁹

טענות-סדום כאלה אינן נחלת העבר. שום שיטה משפטית אינה חסינה מהן. כאשר המדינה טוענת, כפי שפורסם לאחרונה, כי בעל הרוויה ממות אשתו, שנפגעה על-ידי אנשי-רשות, ולכן אין הוא זכאי לפיצויי נזיקין, הרי זה בבחינת "עושר" של טיעון משפטי השמור לבעליו לרעתו. זוהי מניפולציה בלתי-ראויה של העיקרון המשפטי הרובץ לפתחה של סוגיית הפיצויים הנזיקיים, שלפיו יש להשיב את מצב הנפגע לקדמותו. במיוחד אמורים הדברים כלפי המדינה, החייבת לברור היטב את טיעוניה ולסמוך טענותיה המשפטיות לעשיית הישר והטוב. הטיעון המשפטי המנותק מחיברות אנושית, מן המחלצות האנושיות החייבות לעטוף אותו, מחזיר את המשפטן אל מידת-סדום.

על אנשי דור-המבול אומרת התורה, "כי מלאה הארץ חמס מפניהם" (בראשית, ו, יג). המדרש אינו מעמיד את הפגם החמור על הפגיעה במשפט (דהיינו על הגול האסור), אלא דווקא על דקדוקי הדין, דהיינו על החמס שבמסגרת הדין. אנשי דור-המבול היו נוטלין תורמוסין מבעליהן בערך שהוא פחות משווה-פרוטה. על נטילה כזו אין מעמידים לדין ואין נענשים.²⁰ הפעולה היתה, כביכול, במסגרת הנורמה, אולם הכוונה וההתייחסות נועדו לפגוע באדם. על כן בא מבול לעולם. דקדוקי-דין עשויים להגיע או כדי טרחנות או כדי חמסנות.

המשפט אינו חזות-הכל. כך, למשל, רשאי אדם לחזור בו מדיבורו אם לא השתכללה פעולה משפטית בת-תוקף. אדם זה מקיים את הדין בפועלו במסגרתו, אך תוך פגיעה בערכים חברתיים, ברקמה המוסרית ובחיברות האנושית. על אנשים אלה אומר המדרש: "מי שפרע מאנשי דור המבול ומאנשי דור הפלגה ומאנשי סדום ועמורה... הוא עתיד ליפרע ממי שאינו עומד בדיבורו. והנושא ונותן בדברים לא קנה והחזור בו אין רוח חכמים נוחה הימנו."²¹

"בשעה שמכניסין אדם לדין אומרים לו נשאת ונתת באמונה."²² בדין שמים, שאליו מכניסים את האדם בשעה שהוא נפטר מן העולם, תובעים ממנו בראשונה דווקא את התביעה שהיא מעבר לשורת-הדין.

התשובה הראויה במשפט העברי לדקדוקי-הדין היא "כופין על מידת-סדום."²³ איננו משלימים עם סוג זה של התנהגות, המתבצעת, כביכול, בצילו של הדין ולמעשה בחשכת

19 שם, שם.

20 ירושלמי, בבא מציעא, פרק ד, הלכה ב: "היו מתכוונין ונטלין פחות משווה פרוטה דבר שאינו יוצא בדיינין."

21 בבא מציעא, מה, א.

22 שבת, לא, א.

23 בבא בתרא, יב, ב.

הדין. אנו כופין לא מדין תורה; גם כאשר הדין שותק; גם כאשר ההתנהגות אינה נתפסת ברשת הנורמות המשפטיות. כך, למשל, כאשר זה נהנה וזה אינו חסר. לא בכדי אפוא נעשה תיקון-העולם מעבר לדווקנות הדין ומחוצה לו, תוך איזכור דור-המבול ואנשי סדום.

המשפט אסור לו להיות חזות-הכל. העולם אינו מתקיים על מידת הדין לבדה, אלא גם על מידת החסד. המשפט חייב להיות מלווה בצדקה. בדברי כאן על צדקה המלווה את המשפט או המשלימה אותו, אני מכוון לשלושה סוגי עניינים:

הראשון, צדקה במובן החוץ-משפטי, הכוללת חינוך לערכים, אימוץ נורמות מוסריות, גישה של אמפטיה אנושית ליישום הכללים ונתינה מעצמך ומממונך לזולת.

השני, צדקה במובן הפנים-משפטי, הכוללת הטמעה של ערכי מוסר בנורמות משפטיות והפנמתם במעשה שיקול-הדעת המשפטי. על אלה ניתן למנות במשפט הישראלי את חוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט-1979;²⁴ מתן הסעד למען הצדק בבג"צ (סעיף 15ג) לחוק יסוד: השפיטה²⁵; חובת תום-הלב בניהול משא-ומתן לקראת כריתת חוזה ובביצוע חוזה (סעיפים 12 ו-39 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973²⁶; סירוב למתן פסק-דין לפינוי דייר מוגן מטעמי צדק (סעיף 132א) לחוק הגנת הדייר [נוסח משולב], תשל"ב-1972²⁷; האפשרות להימנע מאכיפת חוזה כאשר היא בלתי-צודקת בנסיבות העניין (סעיף 4) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970²⁸.

השלישי, צדקה נורמטיבית, דהיינו, אקט של נתינה ההופך להיות חלק ממערכת המשפט והמופנה הן כלפי היחיד והן כלפי המדינה. כך, למשל, חובת המזונות לבני משפחה והחובה להציל נפש במקרים מסוימים מוטלות על היחיד. קצבות למיניהן וסיוע משפטי מוטלים על המדינה.

הדין חייב להיות צמוד אל "ועשית הישר והטוב" (דברים, ו, יח), אל הפשרה ואל לפנים משורת הדין.

"ולרבותינו בזה [בפרשנות הפסוק "ועשית הישר והטוב" - א' ר' צ' מדרש יפה. אמרו זו פשרה ולפנים משורת הדין. והכוונה בזה, כי מתחילה אמר שתשמור חוקותיו ועדותיו, אשר ציווך. ועתה יאמר, גם כאשר לא ציווך תן דעתך לעשות הטוב והישר בעיניו, כי הוא אוהב הטוב והישר. וזה עניין גדול. לפי שאי אפשר להזכיר בתורה כל הנהגות האדם עם שכניו ורעיו וכל משאו ומתנו ותקוני היישוב והמדינות כולם. אבל אחרי שהזכיר מהם הרבה, כגון: לא תלך רכיל, לא תיקום ולא תיטור, ולא תעמוד על דם רעך, לא תקלל חרש, מפני שיבה תקום וכיוצא

24 ס"ח 42.

25 ס"ח תשמ"ד 78.

26 ס"ח 118.

27 ס"ח 176.

28 ס"ח 16.

בהן, חזר לומר בדרך כלל, שיעשה הטוב והישר בכל דבר עד שייכנס בזה הפשרה ולפנים משורת הדין, וכגון מה שהזכיר בדינא דבר מצרא.²⁹

באמצעות ערך-היסוד של "ועשית הישר והטוב" ניתן, במסגרת המשפט העברי, למלא לקונות במשפט, ניתן לפרש את הכתובים על-ידי השלטת ערך-היסוד האמור עליהם וניתן להטיל חובות אינדיווידואליות החורגות משורת הדין, אך הופכות עם הזמן חלק בלתי-נפרד ממנו.

באותו מקום בגמרא שבו מתפרש הפסוק "כי המשפט לאלהים הוא" כ"יקוב הדין את ההר" גם נקראות הפשרה והצדקה להשלים את הדין:

"ר' יהושע בן קרחה אומר, מצוה לבצוע שנאמר: 'אמת ומשפט שלום שפטו בשעריכם', והלא במקום שיש משפט אין שלום ובמקום שיש שלום אין משפט, אלא איזהו משפט שיש בו שלום? הוי אומר זה ביצוע [פשרה - א' ר' צ']. וכן בדוד הוא אומר: 'ויהי דוד עושה משפט וצדקה', והלא כל מקום שיש משפט אין צדקה, וצדקה אין משפט, אלא איזהו משפט שיש בו צדקה? הוי אומר זה ביצוע. אתאן לת"ק: דן את הדין, זיכה את הזכאי וחייב את החייב וראה שנתחייב עני ממון ושילם לו מתוך ביתו זה משפט וצדקה. משפט לזה וצדקה לזה. משפט לזה, שהחזיר לו ממון. צדקה לזה, ששילם לו מתוך ביתו."³⁰

מי שמעמיד את ההכרעה האנושית על הדין בלבד אינו יכול לקיים חברה. "לא חרבה ירושלים אלא על שדנו בה דין תורה... ולא עבדו לפנים משורת הדין."³¹ חברה אינה מתקיימת אם החישוק המשפטי הוא היחיד המחזיק אותה. גישה כזו משחררת את האדם מאחריות לעשיית הטוב והישר. היא אינה מתגמלת את הפשרה. מי שמתעלם מחלקיותו של המשפט ורואה בו תזות-הכל, מי שמתעלם מיחסיות הצדק האנושי, יוצר רושם מטעה כאילו המשפט הוא כלי-יכול. אולי כלפי זה מכוונים דברי קהלת "אל תהי צדיק הרבה" (קהלת, ז, טז). אל יתבע האדם צדק אלוהי, צדק מוחלט, ניתן להסתפק בצדק האנושי. התובע את הבלתי-אפשרי סופו להגיע ליאוש ולהתחמק מן ההכרחי והנחוץ.

6. הסכנה בעוצמת המשפט

סכנת המשפט כחזות-הכל מוליכה אל הסכנה שבעוצמת המשפט כשהוא עומד לבדו מול ריבוי הפנים האנושי, מול קולות האנוש החמים, מול התחכום והעדינות, שכלי המשפט הגסים מעט אינם יכולים להם. "כי המשפט לאלהים הוא" בא להעמיד דברים על מכונם, כנגד היומרות האנושית של "כוחי ועוצם ידי". כנגד השימוש במשפט להשלטת

29 פירוש הרמב"ן לדברים, ו, יח.

30 סנהדרין, ו, ב.

31 בבא מציעא, ל, ב.

עריצות־רוב, תוך פגיעה במיעוט, בפרט, בחלש. כמשפטים, עלינו לשנן לעצמנו כי המשפט לאלהים הוא. לא יראה האדם עצמו כאלהים יודע טוב ורע. המשפט ממלא שליחות חברתית. המשפטן חייב להיות קשוב לערכי החברה, הוא חייב למנוע השלטת הפרוצדורה על המהות. הוא חייב למנוע את שרירות־הלב. הוא חייב למנוע את השימוש במשפט כאמצעי דיכוי.

יוסף ק', גיבור "הטירה" ו"המשפט" של פרנץ קפקא, חש את תחושת חוסר־האונים כנגד עוצמת המשפט, כנגד האנונימיות שהוא עלול לשוות, כנגד דריסת הפרט בגלגלי הביורוקרטיה ומול תביעת הרוב. יוסף ק' עומד לפני המצוקה שעוצמה בלתי־סבירה של המשפט יכולה לגרום לה: בין שהוא ממתין עד בוש לאות מאדוני הטירה, בין שהוא נעצר פתע פתאום מבלי דעת על מה ולמה ובין שהוא שרוי בערפל מבחינת מה שהוא מתבקש לעשות ועל מה הוא נדרש להשיב.

יוסף ק' הוא אומנם ביטוי לפתולוגיה של מערכות מוסדיות, לעיוות־הדין, אולם הוא גם תחושת העוול המתמדת, שהיא חלק בלתי־נפרד מן המשפט. יוסף ק' הוא חוסר־נחת המלווה כל אחד מאיתנו, כמשפטים, כמורי־משפט, כבני־אדם, החיים עם תחושת צדק ועוול.

לכן, יוסף ק' חי בכל אחד מאיתנו והוא חלק מגילוייה של כל מערכת משפטית. הוא יושב בכל פקולטה למשפטים, הוא נמצא בכל משרד של עורך־דין ובכל אולם של בית־המשפט. עלינו לשוות אותו תמיד לנגד עינינו, כדי לנסות להמעיט ככל האפשר מסאת ייסוריו, כדי לאפשר לו גאולה יחסית.

7. חובת ההשלמה עם חלקיות המערכת המשפטית ועם יחסיותה

מצד אחד נאמר איפוא הפסוק "כי המשפט לאלהים הוא" כדי לבטא את קוצר־היד של האפשרות להגיע אל מיצוי האמת ואל השלטת הצדק. בכך הוא מבטא את התסכול. אולם מצד שני אמור פסוק זה כנגד דברי קהלת "מקום המשפט שמה הרשע". בכך הוא נאבק בעוצמתו המוגזמת של המשפט. הוא מבטא את העוצמה האנושית של הכרה במגבלות כוחו של המשפט. הכרה של מגבלות האנוש נועדה לצמצם את הרשע שבמקום המשפט. ההכרה "כי המשפט לאלהים הוא" גורמת לתודעת הכוח של המערכת המשפטית להצניע לכת. היא מחייבת את המערכת לבחון עצמה שוב ושוב, למנוע פגיעה בזכויות מיעוט ולהימנע מלהדר פני גדול ובעל השפעה.

זה מקור חולשתה של המערכת, אך זה גם מקור כוחה. היותה אנושית מחייב אותה להתחשב במגבלות הכוח ובגבולות היכולת.

ההתייחסות לפסוק "כי המשפט לאלהים הוא" בבחינת קוצר־ידו של המשפט אינה צריכה לרפות את הידיים. להיפך, היא תורמת למימד האנושי של המשפט, להכרה של גבולות הכוח, למניעת עריצות של הרוב והטירניות של המשפט ולמניעת שלטון הסטנדרטיזציה והכוח, שהם בבחינת מידת־סדרם.

בסופו של דבר, ההשלמה עם יחסיות המערכת, הן באשר לחיפוש אחר הצדק והן באשר לגילוי האמת, נובעת מן ההכרה "כי המשפט לאלהים הוא".

הניסיון לחפש צדק מוחלט ולהגיע לאמת הבלתי-מעוררת היא התעלמות ממגבלות כוחו של האדם בעשיית משפט. היא ניסיון לחרוג מן הצדק האנושי ולהיות תחת אלהים יודעי טוב ורע. חיפוש אחר הצדק המוחלט הוא מעשה של טירוף. היינריך פון קלייסט מספר בנובלה "מיכאל קולהאס" כיצד מחפש גיבורו את סוסו שנגזל. במהלך הדרך הוא חש שהמערכת המשפטית לא מיצתה את הדין עם הגזלנים ולא עשתה צדק עם הנגזל. הוא תובע את סוסו גם מידי המערכת המשפטית. מתוך תחושה עמוקה של אכזבה הוא תובע את עלבונה באמצעות עשיית דין עצמית. אין פשרות. קולהאס הולך עד הסוף: "בחיפושו אחר הצדק הוא הטביע את הארץ כולה בנחלי דם". ציפיותיו של קולהאס מן המשפט היו מופרזות. הוא ראה בו חזות-הכל. כגדול הציפייה כך גדול המשבר. דווקא הלוחם הגדול לשלטון החוק סופו שהוא משבר אותו לרסיסים. קולהאס לא הכיר במגבלות המשפט ובצורך באיזון אינטרסים, בין מחיר הצדק מבחינת הנזק לאחרים ולציבור לבין התועלת שהוא יביא לפרט. הוא נמנע מהכרה ביחסיות המערכת ובכך הביא כליה על עצמו ועל המערכת החברתית שבתוכה חי. הצדק הוא יחסי. הוא מחייב איזון של אינטרסים המשוקללים באופן שונה בתנאי זמן ומקום ועל-פי הצרכים החברתיים.

פרופ' ג'ורג' שטיינר אמר בראיון עיתונאי, כי -

"אין כל קשר בין החתירה לאמת ולהיותך אנושי, מענטש... יש אי אחריות באמת מוחלטת... בלתי אפשרי ללכת עם האמת עד הסוף ולהיות אדם."³²

אדם המבקש אמת מוחלטת מאבד את קניי-המידה האנושיים, באשר אינו מכיר במגבלות הכוח האנושי לעשות משפט. כך, למשל, האמת אינה עדיפה תמיד על סבלו הגדול של הפרט. בתי-המשפט בארץ מעדיפים לא להשתמש כראיה קבילה בבדיקת רקמות בתביעת אבהות או בדחיית אבהות על ילד אם כתוצאה מגילוי-אמת זה יאומללו חייו של ילד, שיוגדר כמזור.³³ החוק הישראלי קבע, כי ראיות שהושגו באמצעות פגיעה חמורה בצנעת הפרט, תוך האזנת-סתר או באמצעות חדירה לרשות הפרט, לא יהיו קבילות כראיות בבית-המשפט.³⁴ הודאה שהוצאה באיומים אינה קבילה. הרדיפה אחר האמת אינה מוחלטת,³⁵ שכן אחרת היא חסרת אחריות. החיפוש אחר האמת מחייב התערבות בחי הפרט והוא מאפשר לשלטון נקיטת אמצעי אלימות או חדירת-יתר לרשות היחיד ופגיעה בפרט ובצנעת חייו. במקרים רבים החתירה לאמת היא עריצות כלפי היחיד; היא משכללת אמצעים פסולים ופגומים; היא גוררת אחריה דיכוי הפרט ותורמת לעריצות השלטון.

32 'הדריימג' "ישראל כלאה את היהדות בבית-סוהר" ידיעות אחרונות, 17.2.89.

33 ע"א 447/58 פלוגי נ' אלמוני, פ"ד יג 903, 908, 915; ע"א 548/78 שרון נ' לוי, פ"ד לה (1) 736, 748.

34 סעיף 13 לחוק האזנת סתר, תשל"ט-1979, ס"ח 118; סעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות, תשמ"א-1981, ס"ח 128.

35 ראה השופט מ' אלון בבג"צ 152/82 אלון נ' ממשלת ישראל, פ"ד לו (4) 449, 465; א' ברק שיקול דעת שיפוטי (תשמ"ז) 502.

ד. השלמות שבסתירה

כל הפרשנויות שהצעתי לפניכם הערב יוצרות יחד את המערכת שבצילה אתם מבקשים לחסות. בין כל הגישות הסותרות והמשלימות, הנהדרות והמתסכלות, מתנועעת שורת הצדק האנושי המתבטאת בפסוק "כי המשפט לאלהים הוא". ריבוי הגוונים הוא האחדות: החובה לעשות משפט במסגרת האנושית ובגבולות האנושיים; קוצר-ידו של המשפט בהשגת צדק ובמיצוי התחושה של "ובערת הרע מקרבך"; האזהרה נגד ניצול הכוח האנושי ועוצמתו המופגנת בעשייה השיפוטית; החשש מן המשפט כחזות-הכל; הסכנה שבעוצמת המשפט. כל אלה גלומים בפסוק "כי המשפט לאלהים הוא". ואלה הדברים שביקשתי כי תשוו לנגד עיניכם ביום הראשון ללימודים, כדי שתוכלו כבר עתה להכין עצמכם להיות שותפים במעשה בראשית.

דברי סיום: לחיות את השאלות

וברוח דברים אלה, שעניינם פער הציפיות, המרחק בין הרצוי למצוי ובין הנראה לקיים, אני מבקש לסיים דברי פתיחה אלה לשנת-לימודכם הראשונה בפקולטה למשפטים בשני מקורות, כצידה לדרך. המקור האחד הוא של משורר גרמני בן המאה והמקור האחר של חכם יהודי בסוף המאה השלישית לספירה.

ריינר מריה רילקה כותב באוסף ה"מכתבים למשורר צעיר":

"אתה כל כך צעיר, כל כך לפני ההתחלה, ויש עם לבי, עד כמה שאני מסוגל לזה, לבקשך, להתאזר באורך רוח כלפי כל הבלתי-נפתר שבלבך ולנסות ולאהוב את השאלות כשלעצמן כאהוב מעונות סגורים וכאהוב ספרים הכתובים בשפה זרה מאד. אל תחקור עכשו אחרי תשובות, שאין לתתן לך, כי על כן לא היית יכול לחיות אותן. והלא הכוונה היא לחיות הכל. חיה עכשיו את השאלות. ושמא תגיע לאט לאט, בלי לחוש זאת, ביום מן הימים הרחוקים, לחיות את התשובה. שמא אתה נושא בקרבך את אפשרות היצירה ומתן הצורה כתכונת חיים מאושרת וצרופה במיוחד.³⁶ [ההדגשות שלי - א' ר' צ']"

חיו את השאלות. מתוך השאלות תסגלו את עצמכם לאותה התעמקות, לאותה התמודדות בלתי-פוסקת להבנה, לאותו מאבק עם הטקסט. מתוך השאלות תעלו את כוח היצירה העצמי.

המסורת הלמדנית היהודית מחלקת את הפרשנים והפוסקים לראשונים ולאחרונים. השאלות שאתם מתמודדים עימן הן הראשונים. השאלות הן ראשוניות והן חוזרות על עצמן, בדרך-כלל, בכל דור. השאלות מבררות את עמדות-היסוד ובוחנות את עקרונות-הבסיס. הן סוללות את אופן ההתמודדות. התשובות הן האחרונים. הן המאבק המתמיד

36 ר"מ רילקה מכתבים לאשה צעירה, מכתבים למשורר צעיר (תשכ"ד) 16.

לפתרונות המשתנים חדשות לבקרים על רקע השאלות שהופנמו ועל בסיס הנתונים של המציאות המשתנה. ברוח זו אומר לכם, כי המורים והספרים הם הראשונים. אתם האחרונים. אחריות כבדה רובצת על כתפיהם.

אם תחיו עם השאלות, תפתחו את כוח היצירה שלכם, אשר ינסה לספק גם את התשובות ביום יבוא. מי שיבקש ממוריו את התשובה כתובה וערוכה, מוכתבת למחברת לקראת יום הבחינה, לא יגע אל השאלות, לא יבין את התשובות, לא יוכל לקבל אותן וסופו נמצא חסר כל.

מי שלא יחיה את השאלות יחמיץ את הכל. את התהליך הכואב של הלמידה ואת ההנאה העצומה שבהתמודדות ובהכשרת הכלים למתן התשובות. יש תשובות אין-ספור. אל תסתפקו בתשובה הניתנת לכם. תנו את התשובה בעצמכם. לשם כך עליכם לחיות את השאלות, לכאוב את התהליך, להתמודד עם הבלתי-פתור.

רבי חייא בר אבא אומר:

"אפילו האב ובנו הרב ותלמידו שעוסקין בתורה בשער אחד נעשים אויבים זה את זה ואינם זוים משם עד שנעשים אוהבים זה את זה, שנאמר את והב בסופה. אל תקרא בסופה אלא בסופה."³⁷

את דברי רבי חייא מפרש רש"י כך: "נעשים אויבים": שמתוך שמקשים זה לזה ואין זה מקבל דברי זה... הכי דריש לה ספר מלחמות, מלחמה שעל ידי ספר אהבה יש בסופה". הלימוד הוא מאבק, ההוראה היא "מלחמה". המפגש בין מורה לתלמיד חייב ליצור מתח אינטלקטואלי. אין הוא סתם מפגש-רעים בקפטריה. אסור לו שיהפוך למפגש-חברים נחמד. אולם המורה והתלמיד גם יחד שותפים בסופו של דבר לאותו מאבק מתמיד ובלתי-פוסק להבנה מעמיקה יותר וטובה יותר, להעמקת הידע ולחיפוש אחר פתרונות טובים יותר, אנושיים יותר ומספקים יותר. אותה שותפות של מחפשים הופכת את המורה והתלמיד לאוהבים, אוהבי התורה ואוהבי משפט צדק.

ברוכים הבאים בשערי הפקולטה. יהי רצון שגם את החלק של "נעשים אויבים" נעבור מתוך אהבה, אהבת התורה ואהבת הרע. כך נהפוך בתוך זמן קצר מ"אויבים" לאוהבים.

37 קידושין, ל, ב.

תרבות של משפט* (על מעורבות שיפוטית, אכיפת חוק והטמעת ערכים)

- א. ראשית-דבר
- ב. על תרבות ומשפט
- ג. חינוך ומשפט
- ד. הנורמה המשפטית והטמעת ערכים
 1. כללי
 2. מעורבות-יתר
 3. מעורבות-חסר
- ה. דין הספר ודין החיים
 - ו. המשבר הכפול באכיפת החוק בישראל
 - ז. סיכום
 - ח. אחרית-דבר

א. ראשית-דבר

התודעה התרבותית חייבת ללוות תדיר את העשייה המשפטית של המערכות המשליטות נורמות, מיישמות אותן או אוכפות אותן. תודעה זו היא בעינינו אחד השיקולים המרכזיים בעשיית משפט. המחוקק, כמו גם בתי-המשפט, חייבים לבחון את מידת יחסי-הגומלין בין המשפט לבין התרבות בכלל, כמו גם את ההשפעה של המשפט על התרבות בפרט, ולהסיק את המסקנות המתחייבות מכך.

הנושא הינו רחב מיני ארץ. ברשימה זו לא אוכל לעסוק בכל ההיבטים הרבים והשונים של תרבות של משפט, ולכן לא אוכל לגעת אלא בשוליו של הנושא. בדברים הבאים יש רק משום פתיחת דיון והצגת מקצת רעיונות ראשונים, הזקוקים לבדיקה רבה כמו גם להרחבה ולהעמקה. מטרת הדברים הינה להחדיר שוב לתוך מסגרת הדיון המשפטי, בקהילה המשפטית הישראלית ובמסגרת החברתית הרחבה יותר, את השפעת ההיבט התרבותי על המשפט ועל אופן התפתחותו.

רשימה זו עיקר מעיינה הוא ביחס שבין מעורבות משפטית, ובעיקר שיפוטית, לבין הטמעת ערכים בחברה. היחס בין הנורמה המשפטית לבין המערכת החינוכית והמערכת

* פורסם לראשונה בכתב-העת עיוני משפט יז (תשנ"ג) 689.

הרשימה מבוססת על הרצאה שנישאה במעמד קבלת פרס צלטנר לשנת תשנ"ב. תודה לחברי פרופסור חיים גנז ופרופסור פנינה להב, שחלקו לי מחוכמתם והואילו להאיר ולהעיר.

המתייחסת להטמעת הערכים בחברה היא השאלה המרכזית בהקשר זה. שאלה זו נוגעת ביחסו של המשפט אל עצמו ואל מעמדו בחברה. המשפט מועמד ביחסו לעקרונות פעולה תרבותיים אחרים וביחסם אליו.

אתמודד עם סוגיות מספר בלבד. הרשימה תתרכז בהיבטים שונים של מעורבות שיפוטית (מעורבות יתר ומעורבות חסר), במעלותיה ובחלק מבעיותיה וביחסי הגומלין שבין המעורבות השיפוטית מזה לבין אכיפת הדין, הלכה למעשה, מזה. בהיבטים אלה אבקש לבחון גם את היחס בין משפט למערכת החינוכית וההברתית של הטמעת הערכים בחברה.

אצביע על כך, שמעורבות שיפוטית אינה תמיד ערובה לחינוך לערכים או להטמעתם. במקרים מסוימים, מעורבות שיפוטית עשויה להיות בעייתית דווקא באחד ההישגים המרכזיים שאליהן היא חותרת: הטמעת נורמות בחברה וברשויות השלטון. אין לדבר על קו ישר ועל זיקה מוכרחת בין מעורבות שיפוטית להיבט החינוכי, התרבותי, הרחב. שלטון החוק מתבטא הן במעורבות השיפוטית והן באכיפת החוק בכללותה. פער בין שני מרכיבים אלה אומר דרשני, והוא מחייב התמודדות במישורים של התאמה, של הערכה ושל היערכות בתחומים רחבים יותר.

עוד אדגיש, כי גם למעורבות שיפוטית יש מחיר. נטיית ליבנו היא להטיל תמיד על בית המשפט את התפקיד לתקן את המעוות ולאורך חזית רחבה. אולם, בצד היתרונות הרבים של צמדה זו, יש להיות מודעים גם לכך, שאין "ארוחות חינם". במקרים שונים ובעניינים מסוימים, צילתה של המעורבות השיפוטית מרובה מחמתה. לשם העמדת הדברים בהקשר רחב יותר, אפתח בהקדמה קצרה ובהכרח חלקית מאוד ובעלת אופי מבואי בלבד בשאלת היחס בין תרבות ומשפט.

ב. על תרבות ומשפט

אחד מחשובי האנתרופולוגים מגדיר את התרבות כ"שלמות מורכבת, הכוללת את הידע, האמונות, האמונות, המוסר, המנהגים ושאר הכישורים וההרגלים, שאדם רוכש בחזקת חבר בחברה."¹ בין כל אלה כלולות נורמות ההתנהגות בחברה בכלל והמשפט בפרט. המשפט הוא אחד המרכיבים של מכלול התרבות; אולם הוא ניתן לבחינה לא רק כאחד ממרכיבי התרבות. למשפט משמעות רחבה ומקיפה מאוד.² המשפט הוא ביטוי של תרבות והמשפט גם משפיע על התרבות. במסגרת מעמדו זה, מתקיימים יחסי גומלין בין התרבות הכללית לבין המשפט.

כל משפט תלוי ומותנה בתרבות המיוחדת שמתוכה צמח. המשפט הוא פרי התרבות הלאומית. המכנה המשותף למשפטי כל העמים בכל התקופות הוא יחסי הגומלין שבינם

1 ראה הגדרתו של E.B. Taylor, המשמשת בסיס לכל הגדרות התרבות במאה העשרים, האנציקלופדיה העברית (י' פראוור עורך, תשמ"א, כרך לב) 1056.

2 ח' ה' כהן המשפט (תשנ"ב) 72.

לבין התרבויות שבתוכן צמחו; כל תרבות וצרכיה ודרישותיה המשפטיות, והמשפט יוצא ידי תפקידו אך במידה שהוא ממלא צרכים ודרישות אלה.³ לכאן ניתן גם להסמיק את ה"אקסיומה" המפורסמת של השופט ש' אגרנט, בבג"צ 73/53 חברת "קול העם" נ' שר הפנים:

"את המשפט של עם יש ללמוד באספקלריה של מערכת החיים הלאומיים שלו."⁴

כל קבוצה תרבותית ממשת את עצמה על-פי ייחודה החד-פעמי. באמצעות אותה קבוצה נתונה, זוכים ערכים מסוימים המאפיינים אותה לביטוי של יתר עוצמה ובולטות משהם זוכים בקבוצות אחרות.

למושג "תרבות" משמעויות רבות. שתיים מהן כאילו נוצקו בתבנית המשפט, באשר הן הולמות דרכי העברת נורמות והנחלתן, בין אם אלה נורמות משפטיות ובין אם אלה נורמות מוסריות. הראשונה נוגעת באחד מאופני התרבות, דהיינו: התרבות כמנגנון הסתגלות של אדם לסביבתו וכדפוסי התנהגות המקובלים בקבוצה אנושית. השנייה מתייחסת לאופן הנחלתה של המסורת התרבותית, דהיינו: התרבות נלמדת ואינה מתקיימת מתוך תורשה ביולוגית. היא נרכשת באמצעות סמלים. כושרו של האדם ליצור סמלים ולהנחיל את משמעויותיהם לצעירים הוא שמאפשר את התרבות. אין ספק, כי בשתי משמעויות אלה, המשפט הוא מערכת תרבותית והתפתחותו היא התפתחות תרבותית.

ניתן לדבר על תרבות של משפט במובן הפרטני. למובן זה שתי משמעויות עיקריות: (1) האחת, המשמעות הפנימית.⁵ משמעות זו עניינה בבחינת המוסדות המשפטיים ובבדיקת מכלול דפוסי התנהגות במסגרת המשפט ואופניה. בין היתר, ניתן למנות עם אלה את היחס להיסטוריה המשפטית, למסורת הלאומית המשפטית, את אופן ההתפתחות של המערכת המשפטית, את היחסים המוסדיים והמשתנים שבמסגרתה וכיוצא באלה.

(2) האחרת, המשמעות ההקשרית. משמעות זו עניינה בבחינת שיטת המשפט כחלק מתרבות של שיטות משפט אחרות: "משפחת משפט, מסורת משפטית ותרבות משפטית."⁶ במסגרת זאת נבחנים, בין היתר, הזיקה שבין המסורת המשפטית הלאומית לבין התפתחות השיטה הקיימת, מחד גיסא, וקווי הייחוד וקווי הדמיון שבין שיטת המשפט הישראלית לבין שיטות משפטיות אחרות, מאידך גיסא.

3 וראה תורתו של יוסף קוהלר, המלומד היהודי הגרמני בן ראשית המאה הזו. שם, בע' 56-55.

4 פ"ד ז (2) 871, 884.

5 על המשמעות הפנימית של תרבות של משפט "כאשכול הנורמות, הריטואלים, ההנחות, המסורות, הזריגון והתנהגויות דמויות הגילדה של הקהילה המשפטית", ראה: J.W. Johnson *American Legal Culture* (Westport, 1981) 6.

6 על שיטת משפט במסגרת תרבות של משפט במובן זה, ראה א' ברק "שיטת המשפט בישראל - מסורתה ותרבותה" הפרקליט מ (תשנ"ב) 197.

ניתן לדבר על תרבות של משפט במובן הכללי. גם למובן זה שתי משמעויות עיקריות:
 (1) האחת, השפעת המשפט על התרבות הכללית.
 (2) האחרת, השפעת התרבות על המשפט.
 לכל אחת ממשמעויות אלה, מצד עצמה, ניתן להתייחס בשני אופנים: במובן של
 החדרת תכנים וערכים באמצעות המשפט או אליו ובמובן של השלטת דרכי חשיבה ואופני
 התפתחות. כדברי השופט א' ויתקון:

”יש כאן יחסי גומלין. החברה יוצרת את המשפט, אך המשפט יוצר גם את החברה.
 מבחינה אחת משרת הוא את החברה, שבחירה בו, בהגשמת מטרותיה (שאינן
 כשלעצמן בתחום המשפט); ומהבחינה השנייה מופיע הוא כגורם בעל אישיות משלו
 ותורם את תרומתו לעיצוב דמות החברה.”⁷

לעולם, המובן הפרטני והכללי שלובים זה בזה; שכן, המובן הפרטני משליך על המובן
 הכללי ולהיפך. כך, למשל, משליכים היחסים המוסדיים, כמו גם ההיסטוריה המשפטית,
 על התרבות הכללית בכלל ועל התרבות הפוליטית בפרט. בכך משפיע המובן הפרטני על
 זה הכללי. מצד אחר, מקיימת התרבות המשפטית יחס ישיר אל ערכי החברה ואל מאפייני
 תרבותה. כך אוצל המובן הכללי על המובן הפרטני. מבחינה זו, ערכי החברה המערבית
 משפיעים על ההסדרים המשפטיים, מחד גיסא, ונתמכים בהם, מאידך גיסא.⁸

ג. חינוך ומשפט

בהכללה ובפשטנות רבה ניתן לומר, כי היחס בין חינוך למשפט הוא בעל היבט כפול:
 חינוכי למערכת המשפטית ופנימי לה.

בהיבט הפנימי, המשפט הוא בעיקרו מערכת נורמטיבית, אולם ניתן לראות אותו
 כבעל תפקיד חינוכי עיקרי, כמו גם כגורם מרכזי של תרבות. בהיבט הפנימי מדובר,
 בדרך-כלל, על החינוך שבמשפט, במובן (שהוא חלקי בלבד) של היסוד החינוכי הטבוע
 במערכת המשפטית. הכוונה היא ליסוד ההרתעה. החינוך שבמשפט נעשה באמצעות
 הרתעה מוקדמת, הנקלטת על-ידי מסרים מאוחרים של הענשה או אכיפה. אולם להיבט
 הפנימי יש גם מובן רחב ומקיף יותר. את המשפט עצמו ניתן לראות גם כאחד מגורמי
 החינוך, כגורם שבכוחו לעורר, לשכנע ולהצדיק עצמו באופן עצמאי ובלתי-תלוי באכיפה.
 בהיבט החינוכי, מחייב המשפט השלמה חינוכית והטמעה חברתית. הנחה זו היא אחד
 מעיקרי היחס בין תרבות למשפט. כל הסדר משפטי שלא הוכשרה הקרקע לקיומו מחייב
 מאמץ מיוחד. תרבות של משפט מכירה את מקומו של המשפט, את גבולותיו ואת
 מגבלותיו.

7 א' ויתקון "המשפט בארץ מתפתחת" משפט ושיפוט (תשמ"ח) 39.

8 על מרכזיותו של המשפט בתרבות המערבית, ראה א' ברק, לעיל הערה 6, בע' 200-201.

ניתן לחשוב על המשפט במושגים של תרבות טוטלית. אולם לשם כך, המערכת החברתית שבתוכה פועל המשפט והמסגרת הנורמטיבית המחייבת הן בעלות אופי שונה בתכלית. כזה הוא המשפט העברי וכזה היא המסורת של החברה הדתית היהודית ביחס להלכה.

ההלכה היא תיקון האדם בעולם. "רב אמר לא ניתנו המצוות אלא לצרף בהן את הבריות."⁹ ההלכה היא תיקון עולם במלכות שדי. "לא ניתנה התורה אלא על-מנת לקדש שמו הגדול."¹⁰

התפיסה היהודית היא, שהמשפט נובע מאמונה פנימית עמוקה של תיקון עולם במלכות שדי. לא הסדר נורמטיבי גרידא, אלא הסדר חברתי, חינוכי, ארגוני ותכליתי. כדבר המדרש: "כך היה הקב"ה מביט בתורה ובורא את העולם,"¹¹ "נתייעץ בתורה וברא את העולם."¹² רוצה לומר, התורה היא בסיס העולם. הסדר הנורמטיבי קודם לבריאה. תיקון העולם הוא יסוד בריאתו. העולם, ואם תמצי לומר, התרבות, עומד על ההלכה.

הטוטליות של העשייה המשפטית היא הבסיס לחינוך, למרות ולהוויית החיים היומיומית. ההטמעות של מוסר ומשפט, חינוך ודרך התנהגות והעירוב בין עבודת ה' לבין משפט אזרחי מייחדים את המשפט העברי לעומת משפטים מודרניים. וכן שנינו במכילתא: "ואלה המשפטים אשר תשים לפניהם" (שמות, כא א) תניא מניין שחייב הרב לערוך משנתו לתלמידיו כשולחן ערוך, כעניין שנאמר: 'אתה הראת לדעת' ת"ל: 'ואלה המשפטים אשר תשים לפניהם'.¹³

מדובר איפוא במערכת תרבותית שלמה, הכוללת את כל סדרי החיים ומקיפה את כל ענייני החיים, פשוטה, ערוכה, מסודרת ומתוקנת. למשפט העברי מקדם חינוכי גבוה. למרות שהמשפט העברי הוא ריאלי, ולא אוטופי, הוא מבנה נורמטיבי אידיאליסטי. מטרת המשפט היא לחנך, לטהר, לקדש, לתקן את האדם והעולם. הוא מבקש להשיג אחריות אנושית, סולידריות חברתית, שלמות אישית לפרט והרמוניה קהילתית לעדת המאמינים. הוא חותר לשלמות בין האדם, הקהילה והעולם, באמצעות עבודת ה', המתבטאת בקיום תורה ומצוות. ייחוד ה' ועבודתו כבסיס לכל המערכת הנורמטיבית. הקדושה כיסוד מרכזי בהוויית המשפט ועשייתו. במשפט העברי, חיי התרבות והרוח, הכלכלה והמסחר, כמו גם אורחות החיים, מרושתים ברשת צפופה של נורמות: בין אדם למקום, בין אדם לחברו, ענייני מצפון, זוטות של יומיום וכיוצא באלה. המשפט ידו פרושה על הכל: גם מוסר, גם מצפון, גם צדק חברתי של הגנת החלש והתחשבות בבריות. אולם בעת ובעונה אחת, באותו דיבור עצמו,

9 בראשית רבה, פרשה מד, א.

10 תנא דבי אליהו, סדר אליהו רבה, פרק כח.

11 בראשית רבה, פרשה א, ב.

12 מדרש תנחומא, פרשת בראשית, א.

13 מכילתא, משפטים, פרשה א, י(א).

המטרה היא, שהכל יוטמע במסגרת החיים מתוך קבלת עול מלכות שמים: "יתגבר כארי... לעבודת בוראו."¹⁴

משום כך, אין פלא שהמשפט כולל בתוכו גם את הצדקה, המוסר, הפשרה והחינוך. גדול כוח הפשרה מכוח הדין, ועדיף לפנינו משורת הדין מן הדין,¹⁵ וכופין על הצדקה, וכופין על מידת סדום,¹⁶ ודין "ועשית הישר והטוב"¹⁷ משתרע על הכל, ואסור לו לאדם שיהיה נבל ברשות התורה.

כל אלה מעידים על מינון מסוים, פנימי, בתוך המערכת המשפטית עצמה, של היחס בין מעורבות נורמות משפטיות לבין החופש מהן. המינון נובע מתוך תפיסה עקרונית של תפקיד המשפט, כמו גם של ייחודו של הקב"ה בעולם, של ייעודו של העם ושל תפקידם המיוחד של העדה-הקהילה ושל היחיד.

לפנינו מה שנוהגים לכנות משפטיזציה, דהיינו, הסדר מערכות יחסים ותחומי פעולה בדרך משפטית. אולם המתכונת שונה בתכלית מן המקובל בחברות המודרניות. אין זו משפטיזציה במובן השלילי, דהיינו, במובן של הסדר-מסגרת משפטי, המשמש תחליף להסדרים חברתיים ומוסריים. אין זה הסדר משפטי הממצה את ההסדרים החברתיים והמוסריים. זו משפטיזציה של ערכים. תפקידה הוא להשליט ערכים בכל תחומי החיים, ואין היא מסתפקת בהסדר פורמלי בלבד של המציאות הנוהגת, בכל חלקיה.

יחס אחר בין נורמה משפטית לבין הטמעת ערכים, הבולט בחוסר המשפטיזציה שבו, המתהדר בהסדר חברתי או מוסרי המסורים לצו מצפוננו של היחיד או להכרעתה של החברה, נמצא בתרבות האתונאית. בהספד לזכר הללי אתונה, בשנת 431 לפני הספירה, עומד פריקלס האתונאי על כוחה של תרבותו מול תרבותה של ספרטה, בין היתר בשני היבטים. מצד אחד, הוא מטעים את חשיבות החוקים:

"אין אנו חיים על-פי חוקה מתחרה בחוקי זולתינו. ויותר משאנו מחקים אחרים אנו משמשים להם דוגמה."¹⁸

מצד אחר, הוא מטעים את היתרון הנובע מניהול חברה שלא בדרך של גזירות וחוקים, מהטמעת ערכים באמצעות מסורת תרבותית:

"ובאמת אם אנו מוכנים לחרף נפשנו מתוך חיי נחת ולא מתוך התכשרות לסבל ועל פי רוח הגבורה הטבועה בהרגלי חיינו ולא על פי גזירת החוקים, הרי יתרים אנו עליהם."¹⁹

14 שו"ע, או"ח, א, א.

15 פירוש הרמב"ן לדברים, ו, יח, בבא מציעא, ל, ב; סנהדרין, ו, ב.

16 בבא בתרא, יב, ב.

17 פירוש הרמב"ן לדברים, ו, יח.

18 ראה בנספח הראשון לספרו של א' פוקס אתונה בימי גדולתה (מהדורה חמישית, תשל"ה) 242-243. ההספד לקוח מתוך תוקידידס תולדות מלחמת פילופוניס, ספר שני, ל"ה-מ"ו [תרגום א' א' הלוי].

19 שם, שם.

ד. הנורמה המשפטית והטמעת ערכים

1. כללי

על בסיס פרקימבוא אלה, אבקש לעסוק עתה בסוגיות השונות. לשם כך, אבחן את ההיבטים השונים, שהעמדתי, בראשית הדברים, במרכז הדיון.

קודם לכן, איבחנו את הסוגיה המרכזית של תרבות המשפט ברשימה זו בבדיקת היחס בין תפקידה של הנורמה המשפטית לבין חלקה של המערכת החינוכית והחברתית בהטמעת ערכים. היבט זה של תרבות המשפט בחברה הישראלית ובמשפט הישראלי הינו בעייתי במובנים מספר.

מצד ראשון, יש חשש של מעורבות יתר, במיוחד בתחומים פוליטיים, המחייבים התמודדות בעלת אופי אחר מן ההתמודדות המשפטית הצרה גרידא.

מצד שני, יש מעורבות חסר בתחומים מסוימים, המשוועים לפתרון מצוקות הפרט. מצד שלישי, קיים ליקוי חמור בהשלטת החוק במוסדות השלטון ובמערכת הפוליטית ובאכיפתו על הציבור הישראלי.

שני המאפיינים הראשונים מעמידים באור הזרקורים בעיקר את בית המשפט. הוא הנושא על כתפיו את תרבות המשפט, שעליה אני מבקש לדבר, למול ההסדר החברתי הפוליטי. המאפיין השלישי מאיר מערכת מוסדית רחבה יותר, כולל את המחוקק ורשויות המינהל בכללן ובפרט את אלה מתוכן האוכפות חוק. אעסוק בכל אחד מן המאפיינים האמורים בקצרה ותוך הדגמה מייצגת.

במסגרת "הולדתה של הטרגדיה מתוך רוחה של המוסיקה", מבחין פ' ניטשה בין התרבות האפולינית לתרבות הדיוניסית.²⁰ התרבות האפולינית היא אמנות הפיסול, היא יסוד המידה, הסדר, הארגון, ההרמוניה, המחשבה והשכל. התרבות הדיוניסית היא אמנות המוסיקה, היא התלכדות הטבע עם האדם, הקסם המחדש ברית בין אדם לאדם, יסוד הדינמיקה, תאוות החיים, השאיפה לכוח, היצר, השמחה, הדינמיות, הססגוניות וכיוצא באלה.

לעולם צריך המשפט לשלב את שתי התרבויות; ולעולם המזיגה המיוחדת שבין שני אלה מעצבת את תרבותו. יש שפיטה דיוניסית ויש שפיטה אפולינית. האמן הטוב עשוי ליטות לתרבות אחת ולהעדיפה על פני האחרת. במיוחד עשויה הנטייה לפעול לטובת התרבות הדיוניסית. השופט הטוב הוא זה הממזג שתי תרבויות אלה.

2. מעורבות יתר

על רקע הערה זו, אפתח בחשש למעורבות יתר, שמתאפיין במידה מופרזת על שפיטה דיוניסית. איני חסיד של פסיביות משפטית בתחום המשפט הציבורי. ההיפך הוא הנכון.

20 פ' ניטשה הולדתה של הטרגדיה, המדע העליון (תשכ"ט).

מעורבות שיפוטית כלפי הפעילות של רשויות המינהל, בתקופה של הרחבת סמכויות של הרשות, חיונית היא. תרומתו של בג"צ להגנת זכויות הפרט ולהשלטת שלטון-החוק באמצעות האקטיביזם השיפוטי שהוא נוקט בשנים האחרונות הינה חיונית ומרכזית.

במעורבות יתרה כוונתי, למשל, לסוגיה הנוגעת בהשלטת הדין באמצעות בית-המשפט בעניינים "פוליטיים"; ולסוגיה זו אייחד את דברי. לטעמי, הפיכת הסכם פוליטי לשפיט, כמו גם פרשנות מרחיבה של מבחן הסבירות לשם בחינת שיקול-דעת מינהלי, בתחומים שאינם נוגעים בהגנת חירויות הפרט, היא השלטת נורמות משפטיות שנוקה מרובה על תועלתה. בוודאי כאלה הם פני הדברים אם יתקבל הטיעון, שנדחה בינתיים על דעת רוב שופטי בית-המשפט העליון, כי "הכל שפיט".

השאלה אינה אם ניתן למצוא טכניקה משפטית פורמלית, שלפיה "המשפט הוא בכל".²¹ פורמלית, ניתן לאמץ אמות-מידה (חוקיות, סבירות) שבאמצעותן ניתן לשפוט ולהעריך כל תחום אנושי. השופט א' ברק מצליח לשכנע, כי התשובה הפורמלית לשאלה זו היא חיובית.

"אין שאלה, אשר לא ניתן להלבישה בלבוש של שאלה משפטית כדי להעלותה בערכאות."²²

ויחד עם זאת, יש למנוע גרירתן לערכאות של שאלות שהן ויכוח בנושאי תרבות, חינוך, טעם טוב וכיוצא באלה. אל לו, לבית-המשפט, לדברי השופט (כתוארו אז) מ' שמגר, ליטול על עצמו משימה שאינה יכול וגם אינו צריך לעמוד בה, כגון, באותו מקרה, הפיקוח על תוכנם של שידורי טלוויזיה, "כי לא לכך נועד".²³

כל סכסוך (כלכלי, אישי, חברתי, פוליטי, מוסרי וכיוצא באלה) יכול, באופן עיוני-פורמלי, להיות מושא להתדיינות לפני פרום מעין-שיפוטי ולהיות מוכרע על-פי אמות-מידה שיפוטיות. אולם השאלה אינה פורמלית; היא מהותית. השאלה היא: האם יש לשיטה המשפטית ולתרבות החברתית עניין בשפיטותו של כל תחום אנושי או של כל עניין פוליטי? האם ברצוננו להסדיר מערכות שונות על-ידי שיקולים משפטיים? האם ברצוננו להשליט את הנורמות המשפטיות (בתכנים כלשהם או בערכים משפטיים כלשהם) על תחום מסוים?

הנימוק התומך במעורבות שיפוטית מן הטעם שבאין דיין אין דין²⁴ נכון בדרך-כלל. יש ממש בחשש מפני אוולת ידה של המערכת המשפטית לאכוף את הדין, ובכך לאפשר לרשות להפרו ללא תגובה. אם החוק אינו מפגין את שלטונו על הכפופים לו, במיוחד ברשויות השלטון, נהפך שלטון-החוק לרטוריקה חסרת ממש, וממילא הוא נעשה פלסטר.

21 כדברי השופט א' ברק בבג"צ 1635/90 ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה, פ"ד מה(1) 749, 855.

22 דברי השופט מ' שמגר בבג"צ 1/81 שירן נ' רשות השידור, פ"ד לה(3) 365, 380 המצטט את: C.A. De Tocqueville *Democracy in America* (New York, 1945, Vol. 1) 290.

23 שם, שם.

24 דברי השופט א' ברק בבג"צ 910/86 רסלר נ' שר הבטחון, פ"ד מב(2) 441, 494 (להלן: עניין רסלר).

אולם החדרת המשפט אל התחום הפוליטי מותנית בשפיטותה של השאלה. בתחומים אלה, השפיטות קודמת לדין. השאלה היא איפוא: האם רצוי לקבוע נורמות משפטיות לשם הסדרת תחום פוליטי מסוים באמצעות קביעת שפיטותה של הסוגיה העומדת לדין? ממילא, קביעת שפיטות השאלה תוך הסתמכות על החשש בדבר הפרת נורמות בתחום הפוליטי היא בגדר הנחת המבוקש, שכן, השאלה היא: האם לקבוע את הנורמות השפיטות בעניינים אלה קודמת איפוא לדין ואין היא נובעת ממנו. קביעת הנורמות מותנית בשפיטותה של השאלה. בדברים אלה אין הכוונה שהפוליטיקה עומדת מעל החוק או בצידו. ההיפך הוא הנכון. הציות לחוק מחייב את הפוליטיקה, כמו גם את הפוליטיקאים. השאלה היא: האם עניינים פוליטיים מסוימים או תחומים המוגדרים כפוליטיים, שלהם כללי משחק פוליטיים והנתונים למשפט הציבור, מן הראוי ומן הנכון לאוסרם בכבלי הסדרים נורמטיביים?

השאלה במסגרת זאת היא בת שלושה רכיבים:

האם ראוי, מבחינה עקרונית, ליצור נורמות משפטיות להכרעת הסוגיה?

גם אם התשובה לשאלה הראשונה היא חיובית במישור העקרוני, נשאלת עדיין השאלה: האם יש טעם ביצירת הנורמה? דהיינו, האם קיימת אפשרות ממשית לאכוף את הנורמה על המערכת הפוליטית באמצעות מעורבות שיפוטית?

ובעיקר, מי הגוף הראוי לאכוף נורמות או כללי התנהגות מסוימים? האם בית המשפט הוא הגוף המתאים, או שמא הפיקוח הפרלמנטרי או ביקורת המדינה או דעת הקהל הם הזירה הנאותה לאכיפה, מבחינת סדר העדיפויות החברתי?

התשובה היא קודם-כל מהותית. היא מותנית, בין היתר, במידת הנזק העלול להיגרם לתרבות של המשפט לעומת התועלת שניתן להפיק ממעורבות שיפוטית. מהו הסיכון, אם בכלל, שאותו אנו נוטלים בשליטה משפטית על תחום "פוליטי" מסוים? באיזה מחיר נקנית העמדת בית המשפט כשופט הכל-יכול, כביכול? מהי המשמעות העמוקה, התרבותית והאידיאולוגית, כמו גם היישומית-המעשית, של שליטה או השלטה כזו?²⁵

25 גם את הטענה בדבר הפרדת הרשויות יש לבחון בהיבט המהותי שלה, דהיינו, בשאלת יחסי-הגומלין הראויים בין הרשויות. על בסיס זה יש לתת את הדעת למחיר המעורבות השיפוטית בעניינים פוליטיים בהקשר הכולל ולתוצאות-הלוואי הנובעות ממנה. משום כך, איני מתייחס לטענה הפורמלית בדבר הפגיעה בעקרון הפרדת הרשויות עקב מעורבות שיפוטית (לעניין זכות העמידה, ראה, למשל, דברי השופט מ' אלון בבג"צ 852/86 אלוני נ' שר המשפטים, פ"ד מא(2) 1, 66-69). במקביל, איני עוסק בהיבט הפורמלי של דחיית הטענה האמורה על בסיס פורמלי של המותר והאסור לבית-המשפט לעשותו (השופט א' ברק בעניין רסלר, לעיל הערה 24, בע' 462-465).

לעניין זה צודק השופט ש' לוין בטענתו, כי הביקורת הנוגעת בעקרון הפרדת הרשויות היא טאוטולוגית, שכן, היא עצמה נגזרת מהתייחסות מוקדמת לתפקיד השיפוטי (ש' לוין "האם יש זכות עמידה לזכות העמידה" הפרקליט לט (תשנ"א) 453, 459). על רקע תפקיד שיפוטי רחב, הרחבת זכות העמידה, כמו גם השפיטות, משרתים את עקרון הפרדת הרשויות בכך שהם שומרים שכל רשות תפעל כדין בתחומה (השופט א' ברק בעניין רסלר, שם, בע' 462-465).

אנו מתעלמים, בדרך־כלל, מן העובדה, שמעורבות שיפוטית, בצד הנורמות שהיא משליטה במערכת החברתית ובצד יתרונותיה הבלתי־מבוטלים, גובה, במקרים מסוימים, גם מחיר. ברוב המכריע של המקרים המחיר כדאי. אולם לא כך הדבר בכל מקרה. לא היינו רוצים שיחסים חבריים יהיו נחלתו של החוק. אנו מעדיפים שיחסי אהבה יהיו לבר־משפטיים.

המשפט משליט תרבות. כל אימת שהמשפט סופח אליו תחום מסוים או משליט מרות משפטית, במיוחד באמצעות מעורבות שיפוטית, יש לכך מחיר חברתי, מוסרי, תרבותי ומעשי.

כך, למשל, בחברה שהינה חברה אפולוגטית או מתדיינת, חינוך והטמעת ערכים נדחקים הצידה. המשפט תופס חלק מן המקום הראוי למסגרת החינוכית. קיימת סכנה בהעמדת המשפט כחזות הכל ובראייתו כמרכז החיברות האנושית. המשפט הוא רק פן אחד של ההיבט החברתי. מי שמעמיד את ההכרעה האנושית על הדין בלבד אינו יכול לקיים חברה. חברה אינה מתקיימת אם החישוב המשפטי הוא החישוב היחיד, או אף המרכזי, המחזיק אותה.²⁶

בחברה שבה "המשפט הוא בכל", עשוי להתקיים פער בין מעמד הנורמה, כשהיא לעצמה, לבין יחסה של החברה אל הנורמה ואל הערך שהיא מפגימה. פער כזה מתקיים כאשר האתוס החברתי פועל נגד הנורמה או כאשר הערך החברתי לא הוטמע בחברה באמצעות החינוך.

השלטת מרות משפטית על תחום שאינו הולם מעורבות כזו, הן מבחינת אופי הפעולה הנדונה והן מבחינת יכולת האכיפה, עשויה להרחיב את הפער בין הנורמה למציאות. הנתק בין מערכת הנורמות לבין המציאות שעליה משליטים מערכת נורמטיבית כזו עשוי להתרחב.

מעורבותו של בית־המשפט בעניין פוליטי או בשאלות חברתיות מובהקות תועלתה מועטת. אין היא מצליחה להשליט את הנורמות. מערכת פוליטית מתנהגת עליפי כללים שמכתיבים לה מסורת פוליטית, מציאות חברתית ואילוטי מציאות משתנים, ובעיקר יצר ההישרדות הפוליטי, החזק מכל. פוליטיקאים, כמו כל אורח אחר, כפופים לדין. האם יש מקום ליצור, בתחום הפעילות הפוליטית, נורמות מיוחדות, פרי החקיקה השיפוטית, ולכפוף להן את הפוליטיקאים? כעיקרון ובדרך־כלל, די במשפט המינהלי ובמשפט הפלילי הנוהג. את היתר יעשו משחק־הכוחות הפוליטי ודעת־הקהל. את המאמצים יש להשקיע בחינוך הציבור וביצירת דעת־קהל מעורבת, מגיבה, המתגמלת את הרצוי לה ומענישה

הדין המהותי חייב איפוא להתרכז בהיבט המהותי של התפקיד השיפוטי, ולא בהיבט הפורמלי של עקרון הפרדת הרשויות. התבוננות מהותית נכונה של סוגיה זו, המתעטפת באיצטלה של הפרדת רשויות, ראה, לעניין השפיטות, בדברי הנשיא מ' שמגר בעניין רסלר, שם, בע' 518-519.

26 על התופעה ועל הסכנה בשפיטות־יתר ובראיית המשפט כחזות הכל, ראה א' רוון־צבי "כי המשפט לאלוהים הוא": על כוח המשפט ועוצמתו מול מגבלותיו וגבולותיו" עיוני משפט יז (תשנ"ב) 5, 10-14.

את בעלי ההתנהגות הפסולה. ישנן, כמובן, תופעות המחייבות תגובה שיפוטית; אך חקיקה שיפוטית כזו חייבת להיות החריג, ולא הכלל.

בית המשפט אינו תחליף להכרעות פוליטיות או מדיניות. אין הוא יכול להחליף לא את הכנסת ולא את הממשלה. אין הוא יכול לנהל מערכות מינהליות במקום הרשות. אין לו זמן, אמצעים וכישורים לעשות כן.

מחיר חברתי בהיבט אחר נוגע בתוצאה המושגת מול זו המקווה. המוטיווציה של הרשות המבוקרת להשקעה עצמית נופלת. יתר על-כן, רשות החשה כי בג"צ הוא מעין "רשות-על" להחלטות מינהליות עשויה ליטול על עצמה סיכונים רבים יותר לאי-הלגיטימיות המשפטית של החלטתה ולהימנע מלקבל החלטות מבוקרות ובדוקות. הרשות תטעה לחשוב, כי בכל מקרה, היא רשאית לסמוך על בג"צ, שיתקן את שגיאותיה. הטיעון "הולכים לבג"צ", המשמש כיום תמריץ לאכיפת הדין על-ידי הרשות, עשוי ליהפך דווקא למאיץ להתעוררותה של הרשות מאחריות לנכונות המשפטית של החלטתה.

אין להתעלם גם מן הסיכון למעמד בית המשפט בטשטוש התחומים שבין המשפט לבין הפוליטיקה. סיכון זה כדאי לנוטלו אם הוא מועט יחסית או אם התועלת העקרונית והמעשית מרובה. כאשר הסיכון גדול והתועלת מועטה, אין הצד שווה בנוק המלך. בתחום העניינים הפוליטיים, מחיר המעורבות השיפוטית גבוה מדי לעומת הסכנות הצפויות והתוצאה הדלה יחסית.

יש מקרים שבהם גוברת חשיבות קביעת הנורמה על כל השיקולים האחרים. במקרים כאלה, גם "גזירה שאין הציבור יכול לעמוד בה" וגם "הלכה ואין מורין כן" חייבים להיקבע עלי ספר כסמן חינוכי ומוסרי. אולם לא אלה הם פני הדברים בתחום ההסדרים הפוליטיים.

משום כך, קשה לומר כי התערבות בית המשפט באה נוסף למשפט הציבור ואינה פוגעת בחוסן הרשות.²⁷ מעורבותו של בית המשפט בסכסוך בין הפרט למדינה, בשל פגיעה בזכותו של הראשון או בשל פגיעה בחירויות-היסוד של האדם, גם אם היא פוגעת בחוסנה של הרשות, היא עונה ליחיד במצוקתו, מוסיפה לחוסנה של החברה ומשליטה את שלטון-החוק. לא כאלה הם פני הדברים ברוב הגדול של העניינים הפוליטיים או של מקרי השלטת שלטון-החוק ברשות ללא סכסוך משפטי של ממש.

הלכה למעשה, הטיעון העקרוני כי "הכל שפיט" מוליד בסופו של דבר, ברוב הגדול של העניינים הפוליטיים או של מקרי השלטת שלטון-החוק ברשות ללא סכסוך משפטי של ממש, כוח שיפוטי מדומה. תוצאות השפיטות היא הטלת מבחנים משפטיים (חוקיות וסבירות), שהם גם פורמליים באופיים ובמהותם וגם אינם רלוונטיים להכרעת הסוגיות הפוליטיות הנדונות וממילא אינם מאפשרים התמודדות ההולמת את העניינים הנדונים, אלא אם בית המשפט מוכן להמיר את שיקול-הדעת הענייני של הרשות בשיקול-דעתו.²⁸ יישומה של עילת חוסר הסבירות - שבג"צ מאזכר כמעט בכל אחת מן העתירות

27 כדברי השופט א' ברק בבג"צ 1635/90 ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה, לעיל הערה 21, בע' 854-855.

28 הנשיא מ' שמגר בעניין רסלר, לעיל הערה 24, בע' 522-523.

הנדונות לפניו – הלכה למעשה על-ידי בג"צ, עושה אותה לפורמלית בלבד. עילה זו נעשתה שגורה בפי כל עותר. אף-על-פי-כן, רק בשתי עתירות, אולי, הכריעה עילה זו את כף המעורבות השיפוטית לקבלת העתירה.²⁹ לפחות אחד משני מקרים אלה שנוי במחלוקת.³⁰ בחלק-הארי מן המקרים, הוסיפה עילה זו רק נופך רטורי לעתירה. אף כאשר התקבלה העתירה ושמה של עילה זו נישא על שפתי הפסיקה, היה זה רק בבחינת לוויית-חן לעילות התערבות אחרות, שעמדו במרכז ההנמקה המשפטית או שהיה ניתן לעשות בהן שימוש.³¹ במקרים רבים, שבהם עמדה לדיון שאלה ערכית של ממש, לא עמדה עילת הסבירות בפרץ. ניתן לומר, כי בשני מקרים לפחות (ואין בכוונתי למצות את הדברים כלל ועיקר), אילו היה יישום מהותי של עילת הסבירות, היתה מתחייבת היענות לעתירה.³² מכאן אני למד, כי באותם מקרים שבהם היתה הענקת משמעות מהותית לעילה מחייבת את קבלת העתירה, לא התערב בג"צ בהחלטת הרשות.

הניסיון עד כה מלמד, כי הסבירות, כקנה-מידה לשפיטות ולבחינת שיקול-הדעת בעניינים "פוליטיים", אינה מסוגלת להתמודד עם מורכבות הסוגיות העומדות להכרעה. היא עלולה להכניס סוגיה המחייבת מישור רחב, מקיף ומגוון של התמודדות לתוך מסגרת של אספקלריה משפטית שהיא מטבעה צרה יותר יחסית וחלקית בלבד. את השיקולים הרבים ואת מגוון ההיבטים המתחייבים לשם הכרעת הסוגיה אין בית-המשפט רשאי ואינו יכול לשקול. הכרעה חלקית כזו עלולה לסכל את יכולת ההתמודדות של הרשויות המתאימות עם הסוגיה.

עובדה היא, שהבחינה הרטרואספקטיבית, על-ידי השופט א' ברק בעניין רסלר,³³ של כל העתירות שנדחו בעבר בפסיקה מטעמי אי-שפיטות, באמת-המידה המהותית, כביכול, של הסבירות, לא היתה משנה את התוצאה העניינית. השינוי היחיד היה הענקת "הכשר" למעשי הרשות. עילת חוסר הסבירות לא פרצה איפוא את המחסום הרטורי, היא לא עשתה גדולות ונצורות.³⁴

המעורבות המשפטית בעניינים פוליטיים ובעניינים מדיניים שלא על ריב משיגה איפוא את התוצאות המקוות רק בשוליים, אולם גוררת אחריה את התוצאות השליליות

29 בג"צ 581/87 צוקר נ' שר הפנים, פ"ד מב(4) 529; בג"צ 935/89 גנור נ' הי"מ, פ"ד מד(2) 485.

30 בג"צ 935/89 גנור נ' הי"מ, שם, שם.

31 בין היתר: בג"צ 127/80 אודם נ' ראש עיריית תל-אביב, פ"ד לה(2) 118; בג"צ 281/82 שילה-אשכנזי נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד לז(1) 95.

32 בג"צ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד לה(1) 421, ועניין רסלר, לעיל הערה 24.

33 עניין רסלר, שם, בע' 479-480, 485, 486-487.

34 לביקורת גישת הסבירות, ראה מ' שקד "הערות על ביקורת הסבירות במשפט המנהלי" משפטים יב (תשמ"ד) 102; מ' לנדוי "על שפיטות וסבירות בדין המנהלי" עיוני משפט יד (תשמ"ט) 5.

לטעמי, עילת הסבירות חשובה ומרכזית. אלא שעילה זו לא התגבשה דיה. לא קיבלה את הליטוש העיוני הנדרש ויישומה בפסיקה הוא בעייתי. נושא זה ראוי לדיון מפורט ונפרד.

לטווח ארוך. במחיר העיקרון הפורמלי, והוא לברו, נרכשים כלים משפטיים בלתי-מתאימים. כתוצאה מכך, לא זו בלבד שאין מרחיבים הלכה למעשה את הפיקוח השיפוטי היעיל על מעשי המינהל, אלא למעשה מצמצמים את הפיקוח ה"פוליטי" החלופי, העשוי להיות מועיל.

"מכאן... לידתו של מבחן השפיטות המוסדית, שהרי המבחן הנורמטיבי היה חובק הכל בלי לפתור מאומה, ואין צריך לומר, שהיה גורר את בית המשפט להכרעות פוליטיות מובהקות. חוש המומחיות של המשפטן צריך להגן על בית המשפט – ועל יתר רשויות השלטון – מפני תוצאה מעין זו."³⁵

וכבר עמד השופט א' ויתקון על הסכנה שבהטלת תפקיד על המשפט שאין הוא מסוגל לבצעו.³⁶

אי-אפשר לומר כי די במסר שידם של הדין ובית-המשפט שלוחו ארוכה היא ותשיג כל מפר חוק במהלך השלטת שלטון-החוק. בתפר שבין הרטוריקה השיפוטית, המבטאת עוצמה של כוח ומעורבות, לבין יכולת הפעולה של בית-המשפט בפועל מתגבשת למעשה תרבות של פורמליזם. במקרים אלה, אין בית-המשפט משליט ערכים, אלא דפוס בחינה והכרעה פורמליים גרידא. מה שנחזה להיות מפגן עוצמה של כוח ערכי נהפך למעשה, בחלק גדול מן המקרים, למתן הכשר להחלטות הרשות, שהמטען הערכי שהן מבטאות עשוי להיות למצער בעייתי ולעיתים אף שלילי.

הפרדוקס בגישה ש"הכל שפיט" הוא איפוא, שהמבחן האמור להיות מהותי הוא בעצם פורמלי. תחת המטרייה המהותית של הרחבת הכוח השיפוטי, נמצאנו דווקא מחלישים אותו. הביסוס להרחבת הסמכות הוא פורמלי וגם אופן הבחינה המשפטי של סוגיות מדיניות ופוליטיות מטבעו אינו אלא פורמלי. נמצאנו למדים, כי דווקא מעורבות-יתר עלולה להעמיד בסכנה את המגמה של גישה יותר מהותית-ערכית ופחות פורמלית בפסיקת בית-המשפט העליון.³⁷

שכרה של הרחבת סמכות בית-המשפט ייצא איפוא בהפסדו. מצד ראשון, ירכזו המבחינים המוצעים (בעיקר הסבירות) עודף של סמכות בבית-המשפט וימשכו אש כלפיו מיתר המוסדות השלטוניים. מצד שני, עושר זה של סמכות יהיה שמור לבעליו (בית-המשפט) לרעתו, שהרי אין בית-המשפט מסוגל לספק את התרופה הנאותה לסוגיות הנדונות לפניו. מצד שלישי, למרות התועלת המוגבלת שבמעורבות בסוגיות "פוליטיות" (במיוחד אלה הנוגעות בהליך הפוליטי), עלול בית-המשפט לשלם מחיר כבד על מעורבותו, הן בהשפעות פוליטיות על מינוי השופטים³⁸ והן בהגבלה אפשרית של תחומי

35 הנשיא מ' שמגר, לעיל הערה 24, בע' 521.

36 ראה א' ויתקון, לעיל הערה 7.

37 על היחס בין פורמליסטיקה לאנטי-פורמליסטיקה בשפיטה, על השימוש בפורמליסטיקה לקידום ערכים ליברליים ועל זהות אפשרית בין התאפקות שיפוטית לבין הגישה האנטי-פורמליסטית, ראה פ' להב "קיום להשקפת העולם המשפטית של השופט אגרנט" גברות לשמעון אגרנט (תשמ"ז) 9, 28-33.

38 ר' גביוון "ארבעים שנה למשפט החוקתי" משפטים יט (תש"ן) 617, 624.

סמכותו. מצד רביעי, תהדיר המעורבות האמורה דווקא יסודות של פורמליסטיקה משפטית למערכת ההתדיינות והפרשנות הערכית שאותה מבסס בית המשפט בעשור האחרון. מצד המישי, תוטל שאלה חברתית ותרבותית רחבה למיטת-סדום של היבטים משפטיים צרים וחלקיים בלבד.

ועל כגון דא ניתן לקרוא את דברי המשנה לנשיא בית המשפט העליון, השופט מ' אלון:

”שפטת מרובה לא שפטת.”³⁹

בזמנו, דיבר מורי פרופסור ברוך קורצווייל על הספרות הישראלית כעל ליטרריזציה של החיים.⁴⁰ האם ניתן כיום לדבר על משפטיוזציה של החיים? ליטרריזציה של החיים היא התייחסות לחיים כספרות,⁴¹ במקום לספרות כחיים. המשפטיוזציה, בהקשר זה, היא התייחסות למשפט כחיים. הסדר מערכות יחסים ותחומי פעולה בדרך משפטית כתחליף להסדרים חברתיים ומוסריים⁴² מכניס מימד של פורמליסטיקה לחיים וגורר אחריו התמודדות עם שאלות ערכיות בכלים פורמליים.

כאשר אני מטיל ספק בתועלתה של מעורבות-יתר, אני מוציא מכלל זה את המעורבות השיפוטית הנוגעת באחד מאלה: הכרעה בסכסוך בין הפרט למדינה, הפרת זכותו של העותר וכן הגנה על זכויות הפרט וחירויותיו⁴² בהקשרים אלה, זכור בית המשפט הגבוה לצדק לטוב. החל בקום המדינה, הוא פיתח את ערכי-היסוד של השיטה המשפטית ואת דרכי ההגנה עליהם. הוא יצר, כמעט יש מאין, הגנה חוקתית על חירויות-היסוד של הפרט בהיעדר חוקה כתובה.⁴³ בכך הניח בית המשפט נדבך מרכזי בתרבות הישראלית והשפיע

39 בג"צ 1635/90 ז'רד'בסקי נ' ראש הממשלה, לעיל הערה 21, בע' 773.

40 ב' קורצווייל "מעבר לכל הערכים" חיפוש הספרות הישראלית – מאמרים וביקורת (תשמ"ב) 82. וכן ב' קורצווייל "הסיפור הישראלי בשנים האחרונות", שם, בע' 22, 35-34.

41 בין היתר, הכוונה היא לחוסר היכולת להתמודד עם המציאות באמות-מידה הולמות והנטייה לראות בספרות תחליף להסדרים בתחום המעשה. יש כאן בריחה מן המציאות ומציאת תחליפים ספרותיים להתמודדות עם בעיות.

42 על סוגיה זו ראה א' רוזן-צבי, לעיל הערה 26.

44 J.H. Ely *Democracy and Distrust, A Theory of* של: אשר מבקשת להעמיד את הפיקוח השיפוטי על רעיון העמקת הייצוג הדמוקרטי ולהימנע ממעורבות בהיבטים המהותיים של החלופות הפוליטיות העומדות במרכז הדיון. ברוח זו ממליץ המחבר על מעורבות להגנת מיעוטים וזכויותיהם, על מעורבות כל אימת שהרשות פוגעת ביכולת להשיג שינוי פוליטי (political change) ועל מעורבות בכל מקרה של פגיעה בהליך תקין (process oriented administration of justice). לסיכומים בהרף-עין של עמדתו, ראה במיוחד בע' 75-73, 136-135, 181-183.

43 ראה, בין היתר, פסקי-הדין החלוציים בתחום זה: בג"צ 1/49 בז'רנו נ' שר המשטרה, פ"ד ב 80; בג"צ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, לעיל הערה 4.

באופן מכריע על תהליכי עיצוב של ערכים חוקתיים.⁴⁴ בשנים האחרונות, פיתח בג"צ את ערכי-היסוד ואת חירויות-היסוד בדרך מרשימה במיוחד.⁴⁵ במובן זה, השפעתו על התרבות היא עמוקה עד עצם היום זה.

בתחום ההגנה על זכויות הפרט, עסק בית-המשפט בטבעי לו, הפעיל אמות-מידה ערכיות והשיג את מטרתו. בסוגיות הנוגעות בהשלטת שלטון-חוק בעניינים שלא-על-ריב, מאמץ בית-המשפט אמצעי בחינה ואמות-מידה פורמליים. במקרים כאלה, נדחק בית-המשפט, בכוננת מכון, לנתק בין המעורבות השיפוטית לבסיס התרבותי הרחב ולהיבט החינוכי המהותי. לעיתים הוא גם אינו מודע דיו לצורך בהכרה במגבלות הכוח של המשפט. בתחומים אלה, יכול בית-המשפט לסלק את התוצאה במקרה הספציפי, אך אין בכוחו להטמיע את הערכים.

"השפעת בג"צ על מבנה הממשל והשלטון היא מינימלית. בג"צ מבטל צו זה או אחר של הרשות המבצעת או אפילו חוקים הפוגעים בחוקי היסוד של הכנסת. אך מסגרות הפעולה, המוסדות והקונוונציות החברתיות, שהולידו את הסטייה, שבוטלה על-ידי בג"צ, אינם עוברים מן העולם, אלא היפוכו של דבר – מתחכמים ומשתכללים ולומדים לעקוף את בג"צ."⁴⁶

המעורבות ההולכת ומעמיקה של בית-המשפט בתחומים של השלטת שלטון-החוק, שאינם מגיעים כדי הכרעה בסכסוך או שאינם מתייחסים להגנה על זכויות הפרט, השפעתה מועטה. ואנו תוהים לנוכח התופעה. מעורבות עמוקה כל כך מצד בית-המשפט היתה מחייבת אווירה של שמירת החוק. ואין הדבר כן. התוצאה אינה משביעה-רצון, אלא להיפך. קיים פער בין מעורבות-היתר לבין אכיפת החסר של החוק. דבר זה כשלעצמו אינו צריך לרפות את ידיו של בית-המשפט. עמידתו על משמר שלטון-החוק היא חיונית. אולם, כאשר נוצרת דיספרופורציה בין רמה גבוהה של מעורבות שיפוטית לבין מידת ההטמעה של הערכים בחברה ובמוסדות השלטון, בין התחומים השונים של המעורבות, בין הרטוריקה השיפוטית למעשה השיפוטי ובין המערכת הערכית ליכולת ביטוייה בכלים משפטיים, יש מקום לבחון את השלכותיה. במקרה זה, יש לבחון את התאמת האמצעים המשפטיים למטרה. יש להתבונן על המעורבות השיפוטית גם מנקודת-תצפית אחרת. במקרים שבהם אין

44 על התפתחות זו ומשמעותה, ראה א' ברק "קול העם" – קולו של העם" גבורות לשמעון אגרנט (תשמ"ז) 129.

45 חופש הביטוי: בג"צ 14/86 לאור נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מא(1) 421; בג"צ 399/85 כהנא נ' הועד המנהל של רשות השידור, פ"ד מא(3) 255; בג"צ 680/88 שניצר נ' הצנזור הראשי, פ"ד מב(4) 617.

חופש העיסוק ואיסור מונופולין: בג"צ 344/89 ח.ס.ה – סחר בנ"ל בע"מ נ' שר התעשייה והמסחר, פ"ד מד(1) 456. שוויון זכויות האשה: בג"צ 153/87 שקדיאל נ' השר לעניני דתות, פ"ד מב(2) 221; בג"צ 953/87 פורז נ' ראש-עיריית ת"א, פ"ד מב(2) 309. א' פלדמן "בורא דשא וציפורים ומגרש אישה וילדים" הארץ 8.9.91.

בית־המשפט מסוגל, מטבע הדברים, להתמודד עם התופעה, המסר שעובר לחברה הוא התוצאה האופרטיבית של ההחלטה הספציפית בלבד, ולא הערכים העומדים מאחוריה או האחריות המוטלת על הגוף. כך הדבר, למשל, בתחום ההסכמים הפוליטיים. אל נשכח, כי בתחומים הנוגעים בפיקוח על רשויות השלטון, התוצאה האופרטיבית חשובה, אך המסר חשוב ממנה. אומנם, כאשר מצוקת הפרט עומדת במרכז הדיון, התוצאה האופרטיבית הינה מרכזית. אולם גם במקרים כאלה, ובוודאי בכל יתר המקרים, המסר האפקטיבי חשוב מן התוצאה המיידית. בכל הכרעה שיפוטית בדפוס־מקרים אלה, חייבת התרבות המשפטית לבחון בראש ובראשונה את הכוונת הרשות להחלטות הנכונות ואת המסר החברתי:

”המטרה צריכה להיות אופטימליות של איכות ההחלטות הראשוניות של המערכת לאכיפת החוק, תוך צמצום מירבי של ההיזקקות המתמדת למנגנוני פיקוח. יעילותו של הפיקוח חייבת להיות בכך, שקיומו מכוון את התנהגות הרשויות להחלטות הנכונות, לא בכך שהוא עצמו קובע מה הן ההחלטות הנכונות.”⁴⁷

לנוכח הציפיות הגבוהות שיוצר בית־המשפט ברמת המעורבות הגבוהה שהוא מקיים בתחומים של השלטת שלטון־החוק במישור העקרוני, גם בהיעדר סכסוך של ממש וגם בתחומים הנחשבים ”פוליטיים”, נשמעים קולות של אכזבה במקרים של מעורבות־חסר. ציפיות אלה הן, לדעתנו, מעבר לתפקיד שבית־המשפט יכול ומסוגל למלא. לא ייפלא איפוא, כי לנוכח רמת הציפיות הגבוהה שמטפח בג”צ, נשמעת בקרב חלק מבני הקהילה המשפטית, כמו גם בקרב הציבור, נימה של אכזבה מסבילות־יתר שמגלה בג”צ דווקא בתחום ההגנה על חירויות־היסוד של האדם בשטחים המוחזקים, הנשלטים על־ידי הממשל הצבאי הישראלי.⁴⁸ עלול להיווצר רושם של דיספרופורציה במעורבות השיפוטית בתחומים מסוימים בתוך המסגרת הכוללת. רושם כזה עלול לפגוע, ברבות הימים, במעמדו הבלתי־מעורער של בית־המשפט בחברה הישראלית.

המחוקק, כמו גם בית־המשפט, חייבים לתת את הדעת על תרבות של משפט הנוצרת על־ידי החקיקה או מהדליה ועל־ידי המעורבות השיפוטית, כמו גם ההימנעות ממנה. כך בדיני המשפחה, כך בדיני חוזים, כך במשפט המינהלי. כמו־כן, הם חייבים ליתן את הדעת על המשמעות של תוצאות הפסיקה, הן מבחינת ההשפעה על ההסדר התרבותי הרחב של התחום, הן מבחינת כיבוד החוק על־ידי הרשות והן מבחינת המסר לרשות מזה ולאזרח מזה (כגון: זכות עמידה ושפיטות).

47 ר' גביוון "שימוע, שוויון לפני החוק והיועץ המשפטי לממשלה" עיוני משפט טו (תש"ן) 457, 476.

48 ד' קרצמר "ארבעים שנה למשפט הציבורי" משפטים יט (תש"ן) 551, 560-561; ר' גביוון, לעיל הערה 38, בע' 626-629; פ' להב "יד הרוקם: יריעת חירויות הפרט על־פי השופט אגרנט" עיוני משפט טז (תשנ"ב) 475, 514; א' פלדמן, לעיל הערה 46.

3. מעורבות-חסר

כאן מקומו של המאפיין השני של תרבות המשפט, הנוגע במעורבות-חסר. נדרש לשנות במידת-מה את סדר העדיפויות של העמקת המעורבות השיפוטית; שמא ראוי להפגין מעורבות שיפוטית בתחומים שבהם ההתערבות נדרשת לפתרון מצוקות היחיד והמשפחה, כשהיא מתרכזת בהכרעה בסכסוך, ולא בהיבט כללי של אכיפת שלטון-חוק שהצלחתה, מעצם טבעם של דברים, מוטלת בספק רב.

אחד המאפיינים הראויים לציון של סוגיות מסוימות המצויות בעניינים שלא-על-דיב הנוגעים באכיפת שלטון-החוק הוא הימנעות מודעת מצד המחוקק מהסדר משפטי של אותן סוגיות. לעומת זאת, לגבי הסוגיות המצויות בתחום מצוקת היחיד במשפחה, הימנעותו של המחוקק היא רק במסגרת השלמתם או תיקונם של הסדרים קיימים ומטעם של שיתוק יכולת הפעולה בשל סיבות שונות.

כך, למשל, הגישה שעל בית-המשפט האזרחי להגביל את מעורבותו בענייני נישואין וגירושין גוררת אחריה שובל של בעיות. מעורבות מוגבלת או הימנעות ממעורבות של בית-המשפט האזרחי בדיני המשפחה משדרת מסרים שליליים לצדדים ויוצרת תרבות מסוימת של התנהגות במשפחה או לעת גירושין. דווקא בתחום זה יכול בית-המשפט לסייע. מעורבות שיפוטית עשויה להיות בעלת השפעה רבה יותר על המהלך החיובי של הדברים ואף על הסדרים הנוגעים בערכי תרבות שונים. כך, למשל, עשויה המעורבות השיפוטית בתחומים של דיני המשפחה לסייע בהשלטת תרבות של התדיינות והכרעה בסכסוך, ביצירת תרבות ראויה של התנהגות בין בני-זוג במצבי משבר ובתיקון כוח המיקוח של הצדדים. מעורבות כזו גם תשפיע על דפוסי יחסים בתוך משפחה במשבר, על סוציאליזציה של הילדים במשפחה ועל ערכים בסיסיים, כגון כבוד הדדי וסובלנות. קפיצת-יד שיפוטית על רקע המבוי הסתום שאליו נקלעו חלק מדיני המשפחה במשפט הישראלי ולנוכח השיתוק שאוחז במחוקק כל אימת שמתבקשת חקיקה בדיני משפחה אינה במקומה. בתחום זה, מוטל על בית-המשפט תפקיד חיוני ביצירת אותה תרבות של משפט שעליה דיברתי.⁴⁹

את ההתערבות ניתן להשתית על פתרון מצוקות פרטניות, ולא על הכרעות במחלוקת אידיאולוגית החוצה את החברה הישראלית. מתכונת זו נעשתה בעבר בהבחנה בין מתן סעד להכרה בקידושין פרטיים לגבי פסולי-חיתון, ולא לפנויי-חיתון.⁵⁰ מה גם, שהכרעות אידיאולוגיות, שאינן פוליטיות, והן מתחייבות לצורך הכרעה בסכסוך של ממש, הן לגיטימיות ואף רצויות. המשפט אינו יכול להיות מנוער מאידיאולוגיה. המשפט כולל אידיאולוגיה, הוא נובע מאידיאולוגיה והוא משליט אידיאולוגיה. העובדה שהמערכת המשפטית אינה ניטרלית מערכים או מעקרונות

49 על עמדה זו, יתרונותיה, בעיותיה והמסקנות בעקבות בחינה רחבה ומפורטת, ראה א' רוזן-צבי דיני המשפחה בישראל בין קודש לחול (תש"ן).

50 ראה, בין היתר, בג"צ 80/63 גורפינקל נ' שר הפנים, פ"ד יז 2048, מול בג"צ 130/66 שגב נ' בית הדין הרבני האזורי צפת, פ"ד כא(2) 505, א' רוזן-צבי, שם, בע' 78-79.

אידיאולוגיים היא בנפש המשפט. האידיאולוגיה מצויה בכל גורמה משפטית שעל בית- המשפט לפרש וצמודה לכל גורמה משפטית שבית-המשפט יוצר. בית-המשפט ניטרלי בכך, שאין לו העדפות כלפי המתדיינים לפניו. הוא נקי מפניות אישיות. האידיאולוגיות שעליהן הוא מגן, כשאין הן מוצאות ביטוי בחקיקה או בהיסטוריה של הפסיקה, גם כשהן עוסקות במחלוקות אקטואליות, מושרשות בתרבות של העם ובמסורת של המדינה. מעורבות שיפוטית של בית-המשפט האזרחי ביני משפחה עלולה להרחיב את "המסר הכפול", בין גישה פורטיטנית (שמקורה דתי) לבין גישה ליברלית (שמקורה אזרחי). תופעה זו אינה רצויה אומנם, אך ההכרח לא יגונה. השילוב בין מסרים סותרים, כביכול, בתחום דיני המשפחה הוא חלק בלתי-נפרד מתרבות של שיטה הפועלת במסגרת לחצים פוליטיים ולגובה תרבות פוליטית המשתקת את המחוקק בעניינים של משפחה. השיטה פועלת יפה. בית-המשפט מסוגל לסגור פערים שהמחוקק אינו מסוגל להם. בית-המשפט, הנהנה מאמון הציבור, זוכה גם, הלכה למעשה, בברכתו השקטה של המחוקק. ואכן, בעבר, היה בית- המשפט נכון יותר להיות מעורב בסוגיות אלה והפליא לעשות.

כאן המקום לציין באותו עניין, אם כי בהקשר קצת אחר, בתחומים אלה של המשפט הציבורי ודיני המשפחה גם יחד, ראוי בית-המשפט בישראל לשבח מיוחד על התרבות המשפטית שהוא משליט. בבית-המשפט העליון בארצות-הברית, ההכרעה המשפטית היא פעמים רבות הכרעה פוליטית. שינוי הממשל, ועימו, באופן הדרגתי, שינוי מבנה בית- המשפט, עשוי להכתיב גם את שינוי התוצאות המשפטיות ואף את ערכי המשפט, ומטעמים פוליטיים.

בישראל, ההכרעה המשפטית היא, לעיתים, אידיאולוגית, אך כמעט לעולם אינה פוליטית.⁵¹ למרות התרבות הפוליטית החודרת לכל תא של חיינו, הצליח בית-המשפט להימלט מכך. דוגמה יפה לכך היא סוגיית הפסקת ההריון. בארצות-הברית, זו שאלה פוליטית, המפלגת את האומה. חלקיו השונים של הציבור נערכים להכרעה מחלוקת פוליטית זו באמצעות בית-המשפט. בית-המשפט הוא אחד הגורמים החשובים במאבק, למעשה, הוא חלק ממנו.

מה שאין כן בישראל. בישראל, מתקיים שיתוף-פעולה בין המחוקק, רשויות המינהל ובית-המשפט. בחברה ישראלית בעלת מסרים מעורבים: פורטיטנית וליברלית, מתקיים הסדר מתקדם לא-פחות מן ההסדר האמריקני, בלי שבית-המשפט יהיה מעורב פוליטית. מצד ראשון, קובע סעיף 313 לחוק העונשין, תשל"ז-1977,⁵¹ את העיקרון האוסר הפסקת הריון. בכך באה לידי ביטוי האידיאולוגיה הפורטיטנית, המאפשרת לאותו חלק של הציבור המתנגד להפסקת הריון לבוא על סיפוקו במישור העקרוני. מצד שני, קבע

51 באידיאולוגיה הכוונה היא למכלול רעיונות והשקפות המאפיינות חברה או פרט בתחומים שונים: חברתיים, כלכליים, מדיניים, לאומיים פילוסופיים, מוסריים וכיוצא באלה. בפוליטיקה הכוונה היא לאמצעי השליטה והמאבק על עמדות-כוח בתחום השלטוני ונקיטת אמצעי משחק הנועדים להשגת שליטה וכוח כאלה. אידיאולוגיה נוגעת בתרבות, במסורת ובהשקפה. פוליטיקה נוגעת בסכסוכים פוליטיים אקטואליים.

51 א ס"ח 226 (להלן: חוק העונשין).

המחוקק, בסעיף 316 לחוק, שורה של עילות המצדיקות הענקת היתר להפסקת הריון. מצד שלישי, הוא מסר את הענקת ההיתר להפסקת הריון לידי המינהל, באמצעות ועדות מקצועיות, הכוללות אנשי רפואה ורווחה בלבד.⁵²

וכאן נכנס לתמונה בית-המשפט. בית-המשפט הגן על זכותה של האשה על גופה, ללא מעורבות מצד הבעל וללא מעורבות מצד ההסדר הדתי במסגרת דיני המשפחה. בע"א 413/80 פלונית נ' פלוני,⁵³ קבע הנשיא מ' שמגר, כי הוראות חוק העונשין ממצות את הסדר הסוגיה של הפסקת הריון. הוא פירש את חוק העונשין כקובע הסדר אזרחי כולל, שלם וממזה, המוציא את דיני המשפחה, ממילא את הבעל ואת בית-הדין הדתי, מן התמונה. לא היה כל קושי להגיע למסקנה הפוכה. היה ניתן לטעון, כי אין קשר בין דיני העונשין לדיני המשפחה. בצד קביעה זו, היה אפשר להכיר בקיומו במקביל של הסדר מופצל. בצד המנגנון להשגת ההיתר, הקבוע בחוק העונשין, היה מוגבל כוחה של האשה להפסיק את הריונה במסגרת דיני הנישואין שבדין הדתי. אך כאמור לא זו היתה הכרעתו של בית-המשפט.

בית-המשפט הגיע למסקנתו בלי להכריע בגלוי ובצורה חותכת במאבק האידיאולוגי, אלא תוך עקיפתה של המחלוקת האידיאולוגית, אף-על-פי שהכרעתו הייתה את-כף-המאזניים לכיוון האידיאולוגיה האזרחית, להבדיל מן הדתית. שיתוף-פעולה זה יצר הסדר שאינו נופל בהיתריו מן ההסדר האמריקני. אף-על-פי-כן, לא גררה המעורבות השיפוטית את בית-המשפט לוויכוח הפוליטי, מצד אחד, ולא גררה אחריה שובל של התפרצויות פוריטניות, מצד אחר. זו דוגמה לתרבות של עשיית משפט.

אין כוונתי לומר כי הסדרים מופתיים כאלה אינם נחלתו של בית-המשפט העליון האמריקני בתחומים רבים. פסיקה אמריקנית רבה משמשת נר לרגלנו ומלמדת אותנו כיצד נוצרת תרבות חברתית ומדינית באמצעות בית-המשפט. אולם, להסדר האמריקני גם חולשות לא-מעטות, וטוב שנדע להיזהר מהן.

גם אם ההסדר שהצגתי אינו נובע מתכנון שיטתי, המותווה מראש והמתואם על-ידי כל הרשויות המעורבות, אין ספק שלא מדובר בקוניונקטורה. הקווים המאפיינים את הסוגיה שהצגתי הם: התבוננות זהירה במערכת הנורמטיבית, הבנה עמוקה של התהליכים החברתיים, הכרה ביכולתו של בית-המשפט, כמו גם במגבלותיו, חתירה להשגת פשרה נורמטיבית בין דין הספר לדין החיים בלי לשבור את הכלים ופתרון במישור התוצאה, ולא במישור הסמלי או הרטורי (תוך התחמקות ממישור ההכרעה האידיאולוגית האקטואלית).

אופן כזה של עשייה שיפוטית, המשפיעה על התרבות הישראלית, נעשה במקרים רבים גם בסוגיות של דת ומדינה, מאחורי הקלעים ובלי מעורבות פוליטית אידיאולוגית בולטת, הצליח בית-המשפט, באמצעי עקיפין, לסגור חלק מן הפערים בין הגישה הדוגלת במעורבות בין הדת למדינה לבין רצונו של רוב הציבור בחופש מצפון.⁵⁴

52 סעיפים 314-315 לחוק העונשין, שם.

53 פ"ד לה(3) 57.

54 A. Rosen-Zvi "Freedom of Religion: The Israeli Experience" 46 *Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht* (1986) 213

גם במקרים אלה הופגן שיתוף-פעולה בין הרשויות המינהליות לבין בית-המשפט. כך, למשל, העלימו הרשויות המקומיות עין מפגיעה בחוקי-העזר העירוניים האוסרים פתיחת בתי-קולנוע בשבת. הרשויות נמנעו ממיצוי הדין ולא אכפו את חוקי-העזר. בית-המשפט הגבוה לצדק, בעומדו על משמר זכות העמידה, לא הכיר באינטרסים רגשיים של אנשים דתיים כיוצרים אינטרס ממשי וישיר, ונמנע מהענקת זכות עמידה. הוא גם לא הכיר באינטרס של אכיפת חוקי-העזר במקרה כזה כמצדיק מעורבות שיפוטית.⁵⁵ בעיני, אלה דוגמאות של מעורבות שיפוטית ראויה, ובמידה נכונה, המשפיעה על התרבות ואף משליטה אותה, בלי לשבור את כללי המשחק, בלי להטיל את בית-המשפט למרכז הזירה הפוליטית, תוך הכרעה בסכסוך ומתוך היענות למצוקות היחיד והציבור. במדינה מתפתחת, קיים פער בין האידיאולוגיה השלטת (החייאת תרבות לאומית ושיבה אל המקורות) לבין התמורות המתחוללות בתרבות ומשוות אותה לזו שנוצרה בחברות שעברו את התיעוש. פער זה קיים גם בישראל בתחומים שונים. קיומו של פער כזה מצדיק את התופעה של מעורבות שיפוטית לסגירת פערים. פער זה גם מסביר את המרחק הקיים בין היקף המעורבות המשפטית לבין החסר באכיפת החוק.

ה. דין הספר ודין החיים

המעורבות השיפוטית הנדרשת לסגירת פערים מצדיקה התייחסות לסוגיית הפער בין דין הספר לדין החיים. אחד מהיבטיו של פער זה הוא היחס בין הנורמות המשפטיות ומעמדן לבין הריאליזם החברתי; הוא תרבות של משפט במובן המצומצם הפנימי; אך הוא גם מושפע מרוח התקופה ומשפיע על התרבות. בכך הוא מתייחס לתרבות של משפט במובן הרחב.

ליחסי-הגומלין בין דין הספר לדין החיים מספר הקשרים.

ההקשר הראשון הוא הפרשני, המבוסס על תפיסה ערכית. דין הספר בהקשר זה מתייחס לעניין כשלעצמו ולתפיסת הנורמה ברגע התהוותה. מבחינה זו, דין הספר מסדיר פעולה או סטנדרט של התנהגות בהתייחס למציאות הנתונה או זו הצפויה, שיש להביאה בחשבון במועד החקיקה. יש צורך בהתאמה בין הנורמה הכתובה עלי ספר לבין הגשמתה במציאות. דין הספר מסדיר, בדרך-כלל, את המינימום הנדרש או את המכנה-המשותף הרחב. אולם החיים עשירים יותר מן הנורמות הכתובות, מצד אחד, וצופנים את הבלתי-צפוי ואת הבלתי-ניתן לחיזוי ולהסדר מראש, מצד אחר. יתר-על-כן, דין הספר, המסדיר תחום מסוים של החיים, כולא את רציפות החיים האנושית בנורמות של התנהגות ושולף קטע של חיים מן המציאות האנושית המורכבת והרב-גונית.

לעולם איפוא אין הפיפה בין דין הספר לדין החיים. היעדר החפיפה מחייב תמיד מידה מסוימת של התאמה. דין הספר מחייב הפעלה באמצעות שיקול-דעת מתקן, הנובע

55 בג"צ 161/70 זק"ש נ' ראש העיר פתח-תקה, פ"ד כד(1) 698.

ממציאות החיים. בני-אדם בחברה נתונה אינם פועלים עם ספר החוקים והתקנות ביד. עובד ומעביד אינם יכולים לדקדק בדקדוקים משפטיים בכל שלבי העבודה, שכן, לְשָׁפֵן אינו עורך-דין. לא ייפלא איפוא, כי עבודה לפי הספר נחשבת לסוג של שביתה. התנהגות לפי הספר נחשבת לסוג של מחאה. פעולה לפי הספר עלולה להיות חסרת כל רגישות ובלתי-אנושית ולהשליט מידת-סדום. במקרים אלה, הפער בין דין הספר לדין החיים אינו רק מחויב המציאות; הוא גם רצוי. הספר הוא מסגרת לפעולה. הספר מחייב השלמה לפי עקרונות, ערכים ואמצעי פרשנות וכן יישום בדרך הגיונית וסבירה, המתייחסת למטרה, ולא לגילוי המילולי, החיצוני. תרבות של ספר היא תרבות חיונית. תרבות של דין הספר לבדו היא תרבות חיצונית, הגורמת נזק, ולא תועלת.

הקשר זה מתייחס לאופן יישומו של הדין בנסיבות מקרה נתון, ספציפי. בכל מקרה אינדיווידואלי נתון, יש ליישם את הדין מתוך זיקה למציאות הנוהגת, ובמידת האפשר, גם מתוך התחשבות בנפשות הפועלות. כך, למשל, סולם העונשים המשתקף מן הספר הוא רק מחציתה של האמת. המחצית האחרת היא העברייני ונסיבותיו, כמו גם הערכים החברתיים שנדרש להשיגם בזמן מתן גזר-הדין ובמקום הינתנו.

מקרה אחר המבטא הקשר זה הוא יישום סכימטי של דין בדרך של דימוי מילתא למילתא. לעיתים, מוצאים אנו תיאור עובדות, ולאחר-מכן יישומן על בסיס דין הספר, בין חוק ובין תקדים. התוצאה העשויה להתקבל מאופן כזה של יישום היא, במקרים מסוימים, בלתי-מתקבלת על הדעת. היא מגותקת כליל מדין החיים.

באחד מפסקי-הדין הרבניים (לא פורסם), מובא סיפורה המזועזע של אשה, אשר עזבה בעל המתואר כאיש מטורף, מסוכן לה ולבנם המשותף. מייד בסמוך נקבע, כי אף-על-פי-כן, יש לאשה אפשרות לחיות עימו, ואין לחייבו או לכפותו בגט. בנמקו קביעתו זו, נסמך בית-הדין הרבני הגדול על שו"ת הרא"ש. בית-הדין גמנע מלהתבונן במציאות, באשה ובבעל אשר עמדו לפניו, כאשר פסק את פסיקתו. הוא העדיף את ההסתכלות בשו"ת הרא"ש בלבד. חובתו של בית-הדין היתה, בראש ובראשונה, לבחון את המתדיינים המופיעים לפניו, ולא את אלה שעמדו לפני הרא"ש. לפני הרא"ש לא עמדו שני אלה. וגם אם עמד מקרה דומה לפני הרא"ש לפני מאות שנים, וגם אם לא השתנתה ההלכה, הרי המציאות השתנתה. לא הרי עמידתו של זוג לפני בית-הדין היום כעמידתם לפני הרא"ש אז. הרא"ש ראה את האנשים שלפניו, בסביבתו ובחברתו, מה שאין כן בית-הדין. מבעד לאנשים השקופים, שניצבו לפניו, לא ראה בית-הדין את מציאות החיים, אלא את דין הספר. בית-הדין מצווה ועומד להביא את הספר אל פתחם של אלה שניצבו לפניו. כך, ללא ספק, נהג הרא"ש עצמו.

נכון, שפעמים ברצוננו להציב גדר וסייג ולמנוע סטייה מן הספר גם במחיר של פער מסוים לחיים. אולם במקרים כאלה, הנסיבות הן מיוחדות וראויות לציון, הן משרתות תכלית חברתית מרכזית, הנקנית במחיר של אי-נוחיות או אף נזק לפרט זה או אחר.

ההקשר השני פרשני גם הוא. הכוונה היא למידת ההתאמה הכללית והעקרונית של ההסדר הנורמטיבי למציאות בכלל ולמציאות החדשה, שהתהוותה לאחר התקנת הנורמה או יצירתה, בפרט. באיזו מידה, למשל, הגזירות הנלמדות מדין הספר הן כאלה שהציבור יכול לעמוד בהן, בין מלכתחילה (בעת יצירת הנורמה) ובין בדיעבד (במשך הזמן שעבר לאחר יצירת הנורמה).

"בקביעת ההתנהגות הראויה אין להציב אידיאלים שאינם בני השגה. סופם של אלה אינו אלא אכזבה. אין להטיל מגבלות ואיסורים לשמם בלבד."⁵⁶

ולא בכדי "לוחות ושברי לוחות מונחות בארון."⁵⁷ הלוחות השלמים הם הנורמות. שברי הלוחות הם המציאות העגומה שדין הוא שהלוחות יתחשבו בה. ההקשר השלישי הוא הסוגיה של סגירת הפערים. במסגרת יישומו של הדין במציאות מסוימת או בסיבות אינדיווידואליות שונות, עשוי להיפתח פער עקרוני, ולעיתים אף מרחיק-לכת, בין דין הספר לדין החיים. פער כזה מחייב, לעיתים, את סגירת הפער באמצעות בית-המשפט.

במרכזם של שני ההקשרים הראשונים עומדת התאמה, בדרגות שונות, של ההתנהגות בין דין הספר למציאות החיים. ההקשר הראשון מחדיר את הספר אל המציאות ומיישם את דין הספר בנסיבות מקרה אינדיווידואלי. בלעדיו, הספר הוא אות מתה. ההקשר השני מקרב את הספר אל מציאות שונה בזמן ובמקום. ההקשר השלישי שונה מכל אלה בשלושה. ראשית, עניינו במסגרת המערכתית, ולא האינדיווידואלית. שנית, בהבדל משני ההקשרים הקודמים, מחייב ההקשר השלישי שימוש אקטיבי מצד המערכת המשפטית ובעיקר מצד בית-המשפט. שלישית, בהקשר זה אין מדובר בנקיטת אמצעי פרשנות או יישום מקובלים, אלא כפי שניסיתי להראות, חובת הפרשן היא לסגור את הפער באמצעים משפטיים שונים, כדי לבנות את הגשר על המרחק שנוצר בין הנורמה לבין החיים. סגירת הפער מחייבת, לעיתים, את בית-המשפט לקיים את הנורמה תוך סתירתה. לעיתים, יעשה בית-המשפט שימוש במוסדות משפטיים לתכלית אחרת מזו שנועדה להם מלכתחילה. יש שיראו באמצעים הננקטים לסגירת הפערים מניפולציה מצד המערכת השיפוטית. מקרים כאלה, לפי ראות עיני בית-המשפט, הם בגדר "עת לעשות לה' הפרו תורתך."⁵⁸

ו. המשבר הכפול באכיפת החוק בישראל

ההערות הנוגעות בפערים ובאופן סגירתם מביאות אותי אל המאפיין השלישי של התרבות המשפטית בישראל, שעליו הצבעתי בחלק הראשון של הרשימה.⁵⁸ הדברים מכוונים אל המשבר הכפול באכיפת החוק; אי-שמירת החוק על-ידי הציבור והקושי בהשלטת שלטון-החוק במוסדות השלטון. שניים שהם אחד. מאפיין זה קושר את החברה ואת האתוס החברתי עם כל המוסדות המשפטיים והמינהליים, משליטי חוק או אוכפי חוק.

56 בג"צ 202/90 י.ב.מ. ישראל בע"מ נ' משרד המשפטים, פ"ד מה(2) 265, 273.

57 ברכות ה, ב.

58 א' ויתקון "גבולות הכוח המשפטי" משפט ושיפוט (תשמ"ח) 217, 218: "במקרים לא מעטים דעתנו נוחה דווקא מאי-הפעלת החוק." הדוגמאות המובאות על-ידו הן הימנעות מהגשת תביעות על משכב-זכר, כאשר הדבר היה עדיין בגדר עבירה על חוק העונשין, או במקרים של הפסקת הריון.

א58 לעיל פרק ד.1.

קיימת בישראל תודעה של משפט ותודעה של בתי-משפט והתדייניות. לעומת זאת, לא קיימת תרבות של משפט במובנים מספר: חסרה ההכרה בחשיבות המשפט ליצירת חברה; נעדרת ההכרה בחשיבותו של החוק; אין הטמעת ערכים, שהחוק מנציח, בדרך של חינוך; ותודעת החובה לציית לחוק ולאוכפו לא הושרשה.

במשפט העברי, גם נורמות אידיאליות-עיוניות הן נוכחות חיה, תורת חיים: כך, למשל, דיני קדשים וזבחים ודיני מלך, כמו גם עניינים אחרים, הם בבחינת דרוש וקבל שכר בלבד או הלכה ואין מורין כן. בישראל, לעומת זאת, גם חלק מן הדינים החיים הם בבחינת תיאוריה. במשפט העברי, הרטוריקה המשפטית עדיפה, לעיתים, על המעשה המשפטי. בית-המדורש הוא המקום שבו משתקפים החיים האמיתיים. תרבות הלימוד והדיון היא התרבות של המשפט והתרבות המוטמעת בחיים. בישראל, המעשה המשפטי הוא, לעיתים, רטוריקה חסרת רוח-חיים.

לפני למעלה משלושים שנה, דן השופט א' ויתקון ביחס האמור אל המשפט. הוא עמד על כך, שהמשפט, בתור שכזה, אינו תופס מקום במערכת האידיאלים שחברתנו מרימה על נס. הוא גם ניסה למנות את הגורמים לכך:⁵⁹

- (1) בעבר, נהגה בקרב הציבור היהודי בגלויות השונות וביישוב העברי בארץ-ישראל מסורת רעיונית של גישה פורמלית בלבד למשפט, בהיותו משפט זר או מגדטורי.
 - (2) הקמת המדינה חיבה את היישוב להפגין כישורים מסוג אחר: מאבק בטחוני, התיישבותי, שחיב ערכים אחרים וסדר קדימויות אחר.
 - (3) הציבור הפגין גישה פרגמטית של עקיפת המשפט או הפרתו. בתהליך של הקמת מדינה, בתנאים המחייבים אלתור, פרטיזניות ומאבק נגד נורמות עוינות, המשפט מפריע, כביכול, למאמץ להתגבר על בעיות השעה.
 - (4) מדינה המקבצת גלויות רבות ושונות אינה מצליחה להטיל נורמות אחידות, שלא ייתקלו בהתנגדות מצד חלק מן האוכלוסייה ושיזכו בהבנה ובהשלמה מצד תרבויות מסוימות, שאינן מוכנות לקבל על עצמן את הערך המוטמע בנורמה. תרבות ומנהגים ישנים עדיין ממלאים תפקיד מרכזי.
 - (5) חלק מן הציבור לא הגיע עדיין לרמה התרבותית שהמשפט מגלם. המשפט משליט, במקרים מסוימים, ערכים וכללי התנהגות המחייבים חינוך, ידע, סתגלות אישית וחברתית ומסורת תרבותית, שאינם רווחים בקרב חלק מן האוכלוסייה.
- כך אנו נתקלים בתחומי חיים שונים שבהם מנסה המשפט הישראלי להשליט נורמות התנהגות אחידות ולשרש נהגים רווחים. נורמות אלה נתקלות בהתנגדות מצד קבוצות שונות באוכלוסייה. בית-המשפט, המיישם את הנורמות ואמור לאוכפן, מציין את התופעה במטרה להתמודד עימה. פעמים, רמת הענישה משקפת את הצורך לשרש תופעה רווחת, שקנתה לה שביטה בציבור או בקהילה מסוימת. ניתן להדגים תופעה זו בשתי קבוצות של הסדרים משפטיים. הסוג הראשון נוגע באורחות-חיים קהילתיים ועדתיים, כגון גיל

59 א' ויתקון, לעיל הערה 7, בע' 43-45.

נישואין,⁶⁰ ביגמיה,⁶¹ חילול כבוד המשפחה⁶² וכיוצא באלה, הסוג השני נוגע בהשתרשות נהגים תת-נורמטיביים, שמקורם בצורך להסתדר ולהתקיים בתנאי מצוקה או במציאות עוינת. לסוג זה ניתן לשייך את דיני התכנון והבנייה⁶³ ואת דיני הפיקוח על מט"ח, על מחירים וכיוצא באלה.

כתוצאה מכל אלה, נוצר, לדעתו של השופט א' ויתקון, "הלך רוח עוין לעניין המשפט, שקשה לשרשו בזמנים שקטים."⁶⁴ עברו שלושים שנה. חלק מן הטעמים נעלמו, ואף-על-פי-כן, אין תרבות של משפט ואכיפתו. מדוע?

הדבר נובע קודם-כל מן העובדה, שחלק מן התופעות שעליהן עמד השופט א' ויתקון ממשיות להיות רלוונטיות עד היום הזה, למרות ארבעים וחמש שנות עצמאות. על עניין זה נוספו תופעות ישראליות "מקוריות".

(1) בחברה הישראלית רווחת עדיין מסורת של אי-לגליזם, שניתן לייחסה לתופעות הגלות מזה והמאבק של היישוב בשלטון עוין מזה. במערכת הפוליטית ובשלטון בראשית קום המדינה ובמשך השנים שלאחר-מכן, כמו גם לאחר חילופי השלטון, ניתן לגלות זלוול בקני-מידה לגליסטיים.⁶⁵

(2) תחושה של נרדפות קיומית ממשיכה להיות נחלתו של הציבור הישראלי ויוצרת תחושה של סדר-עדיפויות, שבו אין המשפט תופס מקום מרכזי.

(3) התרבות השלילית של המשפט כגורם מפריע לפעולות השלטון נפוצה בחוגי השלטון ונותנת את אותותיה בשנים האחרונות (הן בטענות ביטחון, הן בטענות התיישבות והן בטענות אחרות), תוך גילוי תופעות קשות. את אלה ניתן להדגים, למשל, בפרשת השב"כ, אשר העלתה פעולות עברייניות חמורות, שעליהן נוספו טשטוש ראיות, בידוי ראיות ושיבוש הליכי חקירה.⁶⁶

60 חוק גיל הנישואין, תשי"ג-1950, ס"ח 286. ע"פ 353/62 אל-פקיד נ' הי"מ, פ"ד יח(4) 200, 217; ע"א 501/81 הי"מ נ' פלונית, פ"ד לה(4) 430.

61 סעיפים 175-180 לחוק העונשין, ע"פ 112/50 יוסיפוף נ' הי"מ, פ"ד ה 481; ע"פ 596/73 מחאמיד נ' מ"י, פ"ד כח(1) 773; ע"פ 203/76 מ"י נ' נאשף, פ"ד לא(1) 189; ע"פ 392/80 מ"י נ' הלוי, פ"ד לה(2) 698; ע"פ 185/82 גודה נ' מ"י, פ"ד לז(1) 85.

62 ע"פ 308/65 סעדי נ' הי"מ, פ"ד יט(4) 175; ע"פ 563/79 האדי נ' מ"י, פ"ד לד(2) 608, 610.

63 בג"צ 111/89 אברהם רובינשטיין ושות' חברה קבלנית בע"מ נ' הועדה המחוזית לתכנון ולבנייה, מחוז ת"א, פ"ד מה(2) 133, 141: "אף שניתן להבין את מצוקתה של העותרת ואף אם נכנסה היא למיצר בעקבות נוהג בעבר או עמדה מקובלת של מי שהתיימר ליעץ בכגון דא מטעם המשיבות (הגדלת אחווי בנייה באמצעות שיטת חישוב מסוימת, הנוגדת לחוק - אר"צ) קצרה ידו של בית-המשפט מלהגיש לה את הסעד המבוקש שיהא נוגד את החוק".

64 א' ויתקון, לעיל הערה 7, בע' 45.

65 א' שפרינצק איש הישר בעיניו (אי-לגליזם בחברה הישראלית) (תשמ"ח) 17, 28-32, 50, 55, 58, 60, 77, 83, 112-114, 148.

66 ראה ועדת החקירה לעניין שיטות החקירה של שירות הבטחון הכללי בנושא פעילות

- (4) עדיין מקננת בקרב ציבורים שונים, מפעם לפעם, בסוגיות משתנות ובהקשרים שונים, התחושה שהם חיים במשטר זר, שיש צורך להילחם בנורמות המוטלות עליהם בדרכי תחבולה, במקרה הטוב, או באלימות, במקרה הרע.⁶⁷ בהקשר זה בולטת במיוחד אלימות ופשעה על רקע אידיאולוגי (כך, למשל, פרשת המחחרת היהודית)⁶⁸ או סטייה מן החוק בשל טעמים והצדקות אידיאולוגיים.⁶⁹
- (5) הבעיה מחמירה כאשר גורמי שלטון נותנים לגיטימציה, ברטוריקה ואף במעשה, להפרת החוק או לאי־אכיפתו בעבירות הנחשבות לאידיאולוגיות⁷⁰ או הנחשבות למשרות את טובת הציבור או המדינה, כפי שהיא נתפסת בעיניה של קבוצה מסוימת.
- כאשר חוגי שלטון או מערכות ממסדיות מגלים הבנה למעשים תת־נורמטיביים, ובמקרים מסוימים אף מעודדים אותם או מסייעים בעקיפין למעשים או מברכים עליהם בדיעבד, נהפכת העבריינות ל"נורמטיבית".
- (6) גם החברמניות הישראלית נותרה בעינה. הרומנטיקה שבה נעלמה ואף האתוס החברי אינו נלווה אליה, אולם קריצת־העין כלפי החוק נמשכת. התת־נורמטיביות נשארה בעינה, התחושה ש"לסדר" זה בסדר ממשיכה להיות תרבות המובילה חלקים מן החברה הישראלית.
- (7) מתחת לציפוי החברמני, כביכול, ניתן לגלות שכבה של חברה אלימה. תופעות האלימות מתגלות בתופעות שציינו לעיל, וכן, למשל, במערכות הבחירות בעשור האחרון.⁷¹
- (8) במסגרת התרבות הרווחת, קיימת תופעה של מסרים כפולים קיומיים, הפועלים נגד יכולת האכיפה של שלטון־החוק.
- (א) הפער בין הנורמות הדתיות לבין האידיאולוגיה הרווחת. הפער בין המסגרת המשפטית, המטילה חובות דתיות, לבין השקפות־העולם התלוני יוצרת מרווח של אי־אמינות במרקם התרבותי של המשפט.

חבלנית עוינת – דין וחשבון (תשמ"ח); י' זמיר "היועץ המשפטי לממשלה בשעת משבר: פרשת שירות הבטחון הכללי (השב"כ)" ספר אורי ידין (תש"ן, כרך ב) 47; מ' נגבי מעל החוק, משבר שלטון החוק בישראל (תשמ"ז) 9–24.

67 כך, למשל, ראה על מאבקו של "גוש אמונים" בממשלת ישראל, תוך הפרת החוק והשתלחות קשה בפרקליטות המדינה, עקב נסיונה לאכוף את החוק. א' שפרינצק, לעיל הערה 65, בע' 124–135.

68 א' שפרינצק, שם, בע' 135–142.

69 על העבריינות הפוליטית או האידיאולוגית ומשמעותה, ראה י' זמיר "שלטון החוק במדינת ישראל" הפרקליט לז' (גליון מיוחד לכבוד 25 שנים ללשכת עורכי־הדין, תשמ"ז) 61, 72–73.

70 א' ויתקון, לעיל הערה 7, בע' 52; א' שפרינצק, לעיל הערה 65, בע' 121, 142, 144; י' זמיר, שם, בע' 72.

71 א' שפרינצק, שם, בע' 144–145, 154–157.

(ב) הפער בין המשפט המתקדם והליברלי בתחומי הקו הירוק לבין המשפט האחר, החל על שטח כבוש, לא זמנית, לתקופת-מעבר, אלא במשך חצי יובל שנים, גם הוא מסר שקשה לחיות עימו. יתר על-כן, ישראל מקיימת בעת ובעונה אחת שתי מערכות שיפוט ומשפט בשטחים המוחזקים. המערכת האחת מיועדת למי שאינם אזרחי ישראל. האחרת מיועדת לאזרחי ישראל, גם כאשר מקום מושבם הוא בשטחים המוחזקים. הכנסת חוקה חקיקה פרטנית וכללית המחילה את משפטה ושיפוטה של מדינת-ישראל על אזרחי ישראל החיים בשטחים אלה. מטבע הדברים, יוצרות תופעות אלה, אצל ציבור ניכר של ישראלים, איזו קריצת-עין לגבי כל מוסד המשפט.⁷²

מסקנה מדאיגה מתופעות אלה אינה נובעת מהשקפה פוליטית זו או אחרת. היא חייבת להטריד את כל מי שחרד לשלטון-החוק במובנו המהותי. החשש מן המסר הכפול, היוצר את קריצת-העין המסוכנת, חייב להיות נחלתם של תומכי ארץ-ישראל השלמה בדיוק כמו של תומכי הפשרה הטריטוריאלית.

(ג) הפער בין עקרונות-היסוד לבין החריגים הסטטוטוריים גורר תחושה של שימוש מניפולטיבי בעקרונות-יסוד כל אימת שהצרכים הפוליטיים יוצרים הכרח של סטייה מעקרונות-היסוד ומכתיבים את הסטייה. כזו היא, למשל, הסטייה מעקרון השוויון בנוגע למעמדה של האשה במשפחה ולמעמדם של בני-הישיבה לצורך גיוס לצה"ל. סטייה זו בשני עניינים מרכזיים בחיי הציבור הישראלי, הנוגעים באוכלוסייה רחבה, יוצרת גם היא מרחב של אי-אמינות במרקם התרבותי של המשפט.

(ד) הפער בין חובת הציות לחוק היוצא מלפני המחוקק לבין תת-הנורמות היוצאות מבניין הכנסת ומוסדות השלטון בכלל, ולעת הרכבת השלטון בישראל בפרט. פער זה יוצר תחושה של הפרת כל הנדרים והתרת כל האיסורים; הכל מותר. כאשר השלטת שלטון-החוק במחוקק מחייבת מעורבות של בית-המשפט, כאשר חברי-כנסת נזקקים לבית-המשפט כדי להביא תקנה לחוק או לנוהל התקין, מתקבל החוק היוצא מלפני המחוקק בקריצת-עין של ציניות.

(9) גידולי-הפרא הצומחים בערוגת הפוליטיקה הישראלית, במהלך הרכבת קואליציה כמו גם בתקופה שבין בחירות לבחירות, יוצרים אווירה של תת-נורמות וגוררים אחריהם גישה מזולזלת בחוק.

72 על מערכת השיפוט והמשפט השונה החלה על תושבים שונים של השטחים המוחזקים ועל ממשעות התופעה מבחינה משפטית וערכית, ראה א' רובינשטיין "מעמדם המשתנה של ה'שטחים': מפקדון מוחזק ליצור כלאיים משפטי" עיוני משפט יא (תשמ"ז) 439, 448-450, 455-456; "כך הולך ונוצר בשטחים משפט מיוחד - משפט המובלעות היהודיות - השם לאל את רעיון התחולה הטריטוריאלית של דיני החוקה הלוחמתית" (שם, בע' 450). א' רובינשטיין "ישראל והשטחים: סמכויות השיפוט" עיוני משפט יד (תשמ"ט) 415, וראה הסיכום בע' 456-457, שם.

הרוב צריך להגן על עצמו מפני כוחו המופרז והמלאכותי של המיעוט, המהווה לשון-מאזניים. המפלגות סותרות באידיאולוגיה באין מפריע על חשבוננו של הציבור. קבוצה פוליטית מסוימת סוחטת קבוצה אחרת ברשות החוק. אין גבול לאתנן. כל חוק ניתן לכיפוף בדרכים נורמטיביות (באופן פורמלי, כמובן). הסכם שנחתם אינו מכובד ואינו ראוי לכיבוד. קשה להחליט מי גוזל ומי נגזל, מי המפר ומי הנפגע, ושני הצדדים הם בעצם פורעי-חוק; גם המפר וגם הנפגע. וכל אלה ב"נכסיו" של הציבור ועל חשבון חובת הנאמנות שנבחר הציבור חבים לו.

עם אלה ניתן למנות במיוחד את תופעת המינויים הפוליטיים, שהתרחבה ביותר בשנים האחרונות.⁷³ תופעה זו מעמיקה את מסגרת אי-הגלגלים, המובל על-ידי רשויות השלטון ובכירי המערכת השלטונית.

(10) מערכת יחסיהגומלין בין הרשויות השונות משובשת. אין סדר ברור של תפקידים בין מערכות מוסדיות. הכנסת אינה ממלאת את אחד מתפקידיה העיקריים: הפיקוח על הממשלה. היא נשלטת על-ידי הממשלה. הממשלה היא מעין כנסת-זוטא וקיבוץ של בעלי אינטרסים שונים, כשעקרון האחריות המשותפת נותר על ספר החוקים בלבד. במציאות כזו, נהפך בית-המשפט, במקרים רבים, למחוקק. הפרשן נוטל את מקומו של המחוקק.

"משחק הכסאות המוסיקליים" במערכות המוסדיות של השלטון זורע מבוכה בציבור ומוסיף מימד של אי-אמינות לתרבות הגורמטיבית.

(11) אי-גלגלים פוליטי ושלטוני, כמו גם סיוע עקיף לתופעות עבריינות, מוצא את דרכו לאי-גלגלים אזרחי. הוא משפיע על האווירה הכללית כלפי תרבות של שלטון-חוק. הוא מעניק לגיטימציה להתנהגות דומה של הציבור ולסוג מסוים של תופעות עברייניות.⁷⁴ אין לצפות שהציבור ינהג אחרת מן המנהיגות האמורה לשמש לו דוגמה.

"שלטון שאינו רואה חובה לעצמו לקיים את החוק, שומט את הבסיס המוסרי של החוק ומערער את הנכונות של האזרח לציית לחוק. בכך הוא יוצר סיכון חמור לסדר הציבורי."⁷⁵

73 על התופעה והתרחבותה בשנים האחרונות, כמו גם על משמעותה, ראה א' שפרינצק, לעיל הערה 65, בע' 112-114; י' זמיר "אתיקה בפוליטיקה" משפטים 10 (תשמ"ח) 250, 277-280; י' זמיר "מינויים פוליטיים" משפטים כ (תש"ן) 19; י' זמיר "מינויים פוליטיים בביקורת שיפוטית" משפטים כא (תשנ"א) 145.

על החומרה שבתופעה, ראה בג"צ 4566/90 דקל נ' שר האוצר, פ"ד מה(1) 28.

74 על יחסיהגומלין בין אי-גלגלים פוליטי ושלטוני להתנהגות האוכלוסייה, ראה, בין היתר, א' שפרינצק, לעיל הערה 65, בע' 118, 145; י' זמיר "היועץ המשפטי לממשלה והמאבק על חוקיות השלטון" עיוני משפט יא (תשמ"ז) 411, 413; י' זמיר "אתיקה בפוליטיקה", שם, בע' 263.

75 י' זמיר "היועץ המשפטי לממשלה והמאבק על חוקיות השלטון", שם, בע' 413-414.

(12) וזה מביא אותי אל הגורם העיקרי: היעדר המסגרת החוקתית הכתובה, שאפיין את תרבות המשפט במדינה במשך עשרות השנים. מחדל זה נותן את אותותיו עד היום הזה. החמצת השעה במהלך המהפכני של הקמת המדינה,⁷⁶ כאשר האינטרסים הכיתתיים נסוגו לרגע, משאירה את חותמה השלילי על התרבות הפוליטית, כמו גם על תרבות המשפט של האוכלוסייה, עד היום זה.

בשלהי הכנסת השתיים-עשרה, אירעה התרחשות חשובה בעניין זה,⁷⁷ אולם התהליך לא הושלם עדיין. ההסדר החוקתי עדיין חסר. השלמת כינונה של חוקה היתה משפרת את תרבות המשפט בארץ, עקב המסגרת המשפטית המיוחדת שהחוקה יוצרת, האווירה המאזנת שהיא משליטה והמגבלות שהיא קובעת לכוחן של רשויות השלטון. במציאות הנוכחית, האינטרס הכיתתי משליט עצמו. המינויים הפוליטיים חוגגים. כיתתיות זו יוצרת תת-תרבות משפטית, ובעת ובעונה אחת אינה מאפשרת להתרומם מעליה ולאפשר כינון חוקה.

השלמת כינונה של חוקה היתה משפרת גם את התרבות הפוליטית בארץ ומונעת, אולי, חלק מגידולי-הפרא, ששורשיהם מדכאים את יכולת השלטת החוק ואכיפתו. ניתן לומר, כי בישראל, התרבות הפוליטית יוצרת או משרישה גם תרבות של משפט. השחתת המידות הפוליטיות מקלקלת את שורת תרבות המשפט. שום בית-משפט וכל מידה של מעורבות שיפוטית לא יצליחו להקים תרבות של משפט שאין לה שורשים בהנהגה השלטת ואין מלווה בדוגמה אישית של בעלי השררה או של המוסדות האמורים להשליט את שלטון-החוק.

במציאות כזו ומן הטעמים שפירטתי, אין שלטון-החוק מצליח להשליט עצמו.⁷⁸

76 על הוויכוח על החוקה, ראה: R. Gavison "The Controversy Over Israel's Bill of

Rights" 15 *Israel Y.B. on Human Rights* (1985) 113

77 בשלהי הכנסת השתיים-עשרה, נחקקו שני חוקי-יסוד: חופש העיסוק, ס"ח תשנ"ב 114, וחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח תשנ"ב 150, הבנויים במתכונת חוקתית. החוקים מסדירים זכויות אדם באופן חוקתי. הם מגבילים את כוח החקיקה של הכנסת. חוק מאוחר חייב לדבוק בעקרונות הקבועים בדברי חקיקה אלה ולעמוד בתנאים הקבועים בהם. חוקי-יסוד: חופש העיסוק כולל גם סעיף המחייב את הכנסת להשיג רוב מיוחד לשם שינוי הוראה הכלולה בו. לא בכדי כונתה חקיקה שני חוקים אלה על-ידי השופט אהרון ברק כ"מהפכה חוקתית". ראה א' ברק "המהפכה החוקתית: זכויות אדם מוגנות" משפט וממשל א (תשנ"ב) 9.

עתידם של חוקים אלה עוד לפניהם. חוקה על בית-המשפט העליון שימשיך את מסורת ההגנה על זכויות הפרט. הפעם העניק המחוקק, לו ולבתי-המשפט האחרים, כלי רבי-עוצמה, המאפשר לא רק לבסס את הפסיקה רבת-השנים ולאמץ את חירויות הפרט בדרך פרשנית, אלא גם להעביר את חקיקת הכנסת במבחנן של הוראות החוק. לא זו בלבד שחוקי-יסוד: חופש העיסוק כולל הוראות משוריינות, הוא אף מחייב, שנתיים לאחר חקיקתו, את העברת הדין הקיים באספקלריה של הוראותיו.

78 ודוגמא נוספת בהקשר אחר: בחברה שומרת-חוק, יכולה השיטה המשפטית להרשות

התרבות המשפטית אינה נוכחות חיה אצל חלק ניכר מן הציבור. לגבי עניינים שונים, אין היא מצליחה לחלחל אל הרבדים השונים של החברה הישראלית. מה שגרם בראשית שנות המדינה לרוח עוינת למשפט ממשיך לגרום זאת עד היום. אל אלה מיתוסים הגורמים האחרים, וביניהם הזלזול בחוק הנושב ממעשיהן של רשויות השלטון. התרבות הרווחת במדינה מתפתחת, המציאות הפוליטית והיעדר חוקה מכתיבים, בין היתר, מציאות עגומה זו.

וכבר הורה לנו השופט א' ויתקון:

"המשפט כשלעצמו יכול לשמש גורם חיובי בעיצוב דמות החברה, אך לא ימלא תפקיד זה אלא אם כן קיימים נתונים הדרושים לכך. הוא יכול לפעול רק כשהאקלים נוח לפעולתו, וכשהלוח־הרוח בחברה, ובעיקר אצל מנהיגיה, נוטה לראות במשפט כוח חיובי וחיוני."⁷⁹

תת־תרבות זו משפיעה על התרבות המצומצמת והרחבה של המשפט במובנים רבים. היא עשויה לגרור אחריה מעורבות־יתר מצד בית־המשפט ואכיפה אגרסיבית מצד הרשויות. אולם היא יכולה גם לגרום הימנעות ממעורבות ומידה קטנה של אכיפה.

ז. סיכום

לנוכח הפער הגדול בין העשייה השיפוטית לבין הטמעת הנורמות ושמירתן, מה רצוי כי ייעשה על־ידי בית־המשפט? האם ייכנע למציאות ויוריד את מתח מעורבותו או שמא ימשיך במעורבות ויקווה לשינוי המיוחל? האם מעורבות רבה היא רצויה והאם היא מקדמת את שלטון החוק?

התשובה שניסיתי לתת לשאלות אלה ברשימה זו הינה מורכבת. בישראל, יש הצדקה למעורבות שיפוטית רבה במקרים של הכרעה בסכסוך בין הפרט למדינה, בהפרת זכותו

לעצמה לקבוע, כי בכוח מנהג מסוים לבטל הלכה בהתקיים תנאים מיוחדים. בחברה שאינה אוכפת את החוק, אין לתת תוקף למנהגים בניגוד לחוק, שהרי אז יהיה ניתן להנציח תופעות תת־נורמטיביות. ואכן, פעמיים נתקלנו בכך שבי־המשפט אינו מוכן להכיר בהיווצרותו של נוהג שמוציא מן ההסדר החוקי. במיוחד אמורים הדברים בחוברת הרשות לנהוג בהגיונות כלפי האזרח. ראה, למשל, בג"צ 766/87 צוקר נ' ראש עיריית תל־אביב, פ"ד (מב) 610. "עצם העובדה שנתקבל אצל המשיבים נוהג, לפיו הם פועלים, אינה יכולה להצדיק להמשיך בו, כשאין הדבר מעוגן בנורמות חוקיות שהעירייה קבלה על עצמה ושרק על פיהן היא חייבת לפעול." בית־המשפט נהג כך גם לגבי הרשות המחוקקת. נוהג שהשתרש אצל המחוקק לגבי מועד הדיון בהצעת אי־אמון או לגבי החלפת חברי ועדות כנסת, לא התקבל על דעת בית־המשפט. אין תימה בדבר, שבשיטתנו המשפטית לא השתרש הכלל שמנהג מבטל הלכה.

79 א' ויתקון, לעיל הערה 7, בע' 42.

של העותר ובהגנה על זכויות הפרט וחירויותיו. באלה, התרומה להסדר מערכת היחסים בין הפרט למדינה, לרווחת חייו של הפרט, להגנה עליו ולפתרון מצוקותיו מכריעה את הכף. במקרים אחרים, ובמיוחד בעניינים פוליטיים או בעניינים מדיניים שלא-על-ריב, מעורבות שיפוטית, בדרך-כלל, נזקה עולה על תועלתה.

לא תמיד ההבחנות קלות ולא תמיד הן אפשריות. מקרי-הגבול אינם פחותים במספרם מן המקרים הפשוטים והקלים. בסופו של דבר, יכריעו את הכף חוש המידה וחוש המומחיות של המשפטן, על בסיס אמות-המידה המוצעות ומערכת הערכים הבסיסית, שהועמדה כמצע להפעלת שיקול-הדעת באשר להיקף המעורבות השיפוטית.

רשימה זו נועדה להציג את ראשית המחשבה בדבר האיזון הראוי בין מעורבות רצויה לבין הימנעות ממעורבות-יתר. במסגרת זו הדגמתי, לשיטתי, תחומים שבהם מפעיל המשפט הישראלי מעורבות-יתר ועמדתי על תחומים שבהם המערכת מתאפיינת במעורבות-חסר.

באקלים של חברה, המתאפיינת, בגורות שונות של החיים, בתת-גורמטיביות, תורמת המעורבות השיפוטית לשלטון-החוק. היא עשויה להשיג, בין היתר, שלוש תוצאות רצויות: ראשית, בית-המשפט מקים לאזרח עורף בטוח, העומד לו בריבו עם הרשות. שנית, כל רשות מודעת לכך שהיא חשופה להתערבות. היא עשויה איפוא לכלכל את צעדיה על-פי המצופה ממנה על-ידי בית-המשפט, כדי למנוע מראש את הביקורת השיפוטית. שלישית, היא עשויה לחסן את המערכת השלטונית, גם לעתיד לבוא, מפני תופעות שליליות.

אולם הטענה כאילו כל מעורבות שיפוטית היא לברכה וכל פסיקה מקדמת את שלטון-החוק מתעלמת מן העובדה, כי בצד התוצאות החיוביות המושגות, משתלם מחיר גם בעבור מעורבות רבה. לא אחזור על הדיון המפורט שערכתי בעניין זה ברשימה זו. אסכם כאן, באופן סלקטיבי, רק כמה נקודות מאפיינות.

מחד גיסא, בסוג זה של עניינים - עניינים פוליטיים או בעניינים מדיניים שלא-על-ריב, שאינם נוגעים בהגנה על חירויות הפרט, אלא בהגנה על אינטרס קולקטיבי של שלטון-החוק - הכלי המשפטי אינו, בדרך-כלל, אמצעי התמודדות אופטימלי. הראיתי, כי במקרים רבים הוא מקדם פורמליזם, תחת מהות. יתר על-כן, התוצאות המקוות אינן מושגות, בדרך-כלל, שכן, המעורבות השיפוטית אינה יעילה לסוג זה של עניינים. בעניינים אלה אין מעורבות שיפוטית חיונית לפרט, לרווחת חייו, לזכויותיו ולחירויותיו. חשיבותה של ההגנה כלפי הפרט בעניינים אלה אינה כה רלוונטית, באשר אין אלה עניינים הנוגעים ישירות בפגיעה בזכות הפרט. במרכז העשייה עומדת הגנה על הקולקטיב, במסגרת השמירה על שלטון-החוק.

מאידך גיסא, מעורבות שיפוטית רבה בעניינים אלה יוצרת חברה אפולוגטית, מהווה תחליף להטמעת ערכים באמצעים חברתיים, חינוכיים ופוליטיים, מרחיבה את הפער בין הנורמות לבין המעשה ומורידה את רמת האחריות העצמית של הרשות. תוצאת המעורבות המשפטית במקרים אלה עשויה לא לגרור עימה הרחבת תרבות של משפט במובן הכללי.

ניתן אף לומר, אולי, כי לנוכח המציאות שתוארה לעיל, נעשית מעורבות שיפוטית נרחבת בסוג זה של עניינים דיספרופורציונלית. התערבות כזו יוצרת מרחק בלתי-ניתן לגישור בין השלטון לבין הדין ובין הציבור לבין הדין. זו גזירה שלא ניתן לעמוד בה. למעט התוצאה האופרטיבית בעתירה המסוימת, לא עבר לרשות שום מסר, לא הוטמע שום

ערך ולא נרכשה תרבות שלטונית או תרבות של משפט. במקרים כאלה, קיימת סכנה מוחשית שהרשות תנסה להתחכם עם בית־המשפט ותפרוק את האחריות מכתפיה, כשהיא "מעבירה" אותה לבית־המשפט. אולם בית־המשפט אינו בא במקום המינהל. ההחלטות והפעולות של המינהל הן רבות והעתירות לבג"צ מועטות. לא התוצאה האופרטיבית נושאת את המסר, אלא הקול היוצא מעשיית הצו־על־תנאי למוחלט.

ח. אחרית־דבר

על דעת הכל, מחובת הקהילה המשפטית להירתם ליצירת אותו אקלים המאפשר למשפט לעצב את דמות החברה ולהשליט ערכים. עלינו להחדיר את התודעה שהמשפט צועד עם הערכים השונים, ולא נגדם. עלינו להילחם בתחושה המזיקה, שהמשפט הוא רצף של מכשלות וסייגים מיותרים והוא מחסום לפני השור בדישו. הפעם היחידה שבה מופיעה המלה תרבות בתנ"ך היא בהקשר שלילי. על דור המדבר נאמר: "תרבות אנשים חטאים" (במדבר, לב, יד). דור־המדבר של משפטני ישראלי יצר וממשיך ליצור תרבות משפט. עתה עלינו המלאכה לגמור. החובה היא להשליט תרבות זו של המשפט על החברה ועל רשויות השלטון ולמנוע יציאתם לתרבות־רעה.

על משפט ומציאות* עת לעשות הפרו תורתך

1. דברי פתיחה: על היחס בין המציאות למשפט

היחס שבין המשפט למציאות מוצא את ביטויו המופלא במדרש על בריאת העולם: "התורה אומרת: אני הייתי כלי אומנותו של העולם. בנוהג שבעולם מלך בשר ודם בונה פלטרין אינו בונה אותה מדעת עצמו אלא מדעת אומן... כן היה הקב"ה מביט בתורה ובונה את העולם. והתורה אמרה בראשית ברא אלוקים, ואין בראשית אלא תורה."¹

או בנוסח אחר במדרש תנחומא:
"נתייעץ בתורה וברא את העולם."²

המדרש מעלה את שאלת היחס בין המציאות למשפט באמצעות העמדה עיונית של סדר קדימות: האם המציאות קודמת למשפט והוא מאוחר לה או שמא המשפט קודם למציאות וזו נשפטת על פיו. המדרש מעניק לתורה את דין הקדימה. העולם נברא כשתכנית הבניין הן הנורמות המשפטיות. אין קיום לעולם ללא נורמות משפטיות. אולם, מהם יחסי הגומלין שבין המציאות למשפט?

כ"יצור חברתי" המשפט ניוון מן המציאות ומוזן אותה. בהיותו אמצעי להסדרת החיים בין בני אדם בחברה נתונה נטועות רגליו בקרקע המציאות. המשפט הוא גם ביטוי של תרבות והוא גם משפיע על התרבות. במסגרת מעמדו זה מתקיימים יחסי גומלין בין מציאות החיים לבין המשפט, כמו גם בין התרבות הכללית לבין המשפט.³ כל משפט תלוי ומותנה במארג החברתי, במציאות החיים ובתרבות המיוחדת מתוכה הוא צמח. המשפט יוצא ידי חובת תפקידו אך במידה שהוא משלב עצמו בכל אלה. המשפט מטיל נורמות של התנהגות ומבקש להשליט על המציאות ערכים באמצעות

* פורסם לראשונה בכתבי־העת הפרקליט (ספר היובל) (תשנ"ד) 77.

על בסיס דברים לבוגרי הפקולטה למדעי הרוח באוניברסיטת תל־אביב, בטכס חלוקת תעודות למוסמכים בשנת תשנ"ג. תודתי לגב' נורית לזר, עוזרת הוראה בפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל־אביב, על הערותיה ועל העזרה שהושיטה לי במהלך עיבוד הרצאת הדברים לרשימה זו.

1 בראשית רבא, פרשה א, ב.

2 תנחומא, פרשת בראשית א.

3 על המשפט והתרבות ראה מאמרי "תרבות של משפט (על מעורבות שיפוטית, אכיפת חוק והטמעת ערכים)" עיוני משפט יז (תשנ"ג) 689.

כללי התנהגות, אמצעי הרתעה, שיפוט, ענישה ודרכי אכיפה. ברצותה לתקן עולם במשפט ולהעמיד אורחות חיים מתוקנות משליטה החברה את המשפט על הוויות החיים ואין המשפט כופף עצמו בפניהם. באלה, הדין הוא המציאות ואין בלתו. אולם מציאות החיים היא רבת פנים, היא המקמה ומתעתעת, היא מחייבת הבהנות דקות ועידונים רבים. היא דינמית ומשתנה תדיר. והמשפט, לעומתה, הוא, במקרים רבים, אמצעי מגושם ולעיתים גם כבד ומסורבל. הוא חמור סבר ולעיתים גם נוקשה. ביחסו למציאות עשוי הדין להידמות, לעיתים, לאביר לבוש שריון כבד בכל גופו המנסה לשווא לצוד לו פרפר המרחף בשדה. במקרים אלה על המשפט לסגל עצמו לריבוי הפנים, לנסיבות המשתנות או המיוחדות, לסלול לו נתיבות בתוך דרכי המציאות, תוך איזון בין הדין למציאות.

"We live in a world of change. If a body of law were in existence adequate for civilization of today it could not meet the demands of the civilization of tomorrow. Society is inconstant... there can be no constancy in law. The kinetic forces are too strong for us. We may think the law is the same if we refuse to change the formulas. The identity is verbal only... The acts and situations to be regarded have a motion of their own. There is change whether we will it or not."⁴

כך, למשל, אין מציאות של סיכונים בטחוניים מבטלת את הדין, כשם שריבוי פשיעה אינו מבטל את הצורך בהענקת זכויות יסוד לנחקר ולנאשם. הדין איננו מושתק על-ידי הבטחון. גם הבטחון חייב לסגל עצמו לדין.⁵ אולם, יחד עם זאת, מציאות בטחונית מסוימת מחייבת את הדין להתאים עצמו במסגרת האיזון הראוי שבין המשפט לחיים.⁶

4 B.N. Cardozo *The Paradoxes of Legal Science* (New-York, 1928) 10-11. מובא גם אצל הנשיא מ' שמגר ברע"א 287/92 בוסקילה נ' צמח, פ"ד מו(5) 159, 171, בהקשר לשיקוליו של בית-המשפט העליון לסטייה מתקדים, במסגרת סעיף 20(ב) לחוק יסוד: השפיטה.

ראה גם א' ברק "ההלכה השיפוטית והמציאות החברתית - הזיקה אל עקרונות היסוד" ספר זוסמן (תשמ"ד) 71; א' ויתקון משפט וחברה (תשט"ז) 7, 18, 31.

5 ראה, למשל, בג"צ 428/86 ברזילי נ' ממשלת ישראל, פ"ד מ(3) 505, 555 (הנשיא מ' שמגר): "גם הביטחון הלאומי נשען על שלטון החוק", ובע' 622 (השופט א' ברק): "אין ביטחון ללא חוק. שלטון החוק הוא מרכיב בבטחון הלאומי"; בג"צ 168/91 מורכוס נ' שר הבטחון, פ"ד מה(1) 467, 470-471: "כאשר התותחים יורים, המוותות שותקות. אך גם כאשר התותחים יורים, חייב המפקד הצבאי לשמור על החוק."

6 ראה, למשל, בג"צ 358/88 האגודה לזכויות אזרח בישראל נ' אלוף פיקוד המרכז, פ"ד מג(2) 529, 540-541; בג"צ 4112/90 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' אלוף פיקוד הדרום, פ"ד מד(4) 626, 639; בג"צ 680/88 שניצר נ' הצנזור הצבאי הראשי, פ"ד מב(4) 617, 630-634; פרשת ברזילי, לעיל הערה 5, בע' 579-580.

בהיות היחס בין הדין למציאות חלק בלתי נפרד מתורת המשפט ומן ההסטוריה של המשפט, ראוי לבחון, בהקשר זה של איזון, דברים במקורותינו. על-פי ההלכה, פיקוח נפש, ואף ספק פיקוח נפש (ספק נפשות), דוחה את המצוות כולן: "אין לך דבר שעומד בפני פיקוח נפש אלא עבודת כוכבים וגילוי עריות ושפיכות דמים."⁷

בין היתר נדחות גם מצוות הקשורות לשבת.⁸ "כי קודש היא לכם" (שמות לא) נאמר על השבת, והגמרא אומרת: "היא מסורה בידכם ולא אתם מסורים בידה."⁹ בעניין התפתחותו של דין זה אל נוכח פני המציאות (במקרה זה מציאות המלחמה וההגנה על הנפש) ידועה הגמרא במסכת עירובין,¹⁰ המתארת את התאמת ההלכה למציאות הבטחונית הקשה: "בתחילה הניחו הנשק סמוך לחומה בשבת ונכנסו אויבים... התקינו שיהיו חוזרים בכלי זינן למקומם. עכו"ם שבאו על עסקי נפשות יוצאים עליהן בכל זיין ומחללין עליהן את השבת..."

במלחמת השמונאי זינבו היוונים בלוחמים היהודיים, ששמרו את השבת והקפידו על דקדוקי הדין, על-פי יוסף בן מתתיהו: "ניצל פומפיוס את יום השבת, שבו נמנעים היהודים מטעמי דת מכל מלאכת ידיים, ואז היה מוסיף להקים את הסוללות... כי ביום השבת אין היהודים נלחמים אלא רק מגינים על עצמם."¹¹

עד שבאו חכמים וקבעו כי פיקוח נפש דוחה את השבת: "לא ניתנו מצוות אלא להיות בהם, שנאמר: 'ושמרתם את חוקתי ואת משפטי אשר יעשה אותם האדם וחי בהם' (ויקרא יח ה) ולא שימות בהם ואין לך שעומד בפני פיקוח נפש אלא שלושה דברים..."¹²

ודוגמא מאלפת נוספת, בסוגייה זו של היחס אל השבת, לאיזון שבין הקפדה על הדין לבין ההיענות למציאות החיים, אנו מוצאים שוב במסכת שבת:

-
- 7 כתובות יט א; סנהדרין עד א.
 - 8 שבת, קלב א; משנה, יומא, ח ו; יומא, פג א, פד ב, פה א-ב.
 - 9 יומא, פה ב.
 - 10 מה א.
 - 11 יוסף בן מתתיהו מלחמת היהודים ספר א, פרק ז(3) במהדורה שלישית מתוקנת, בתרגומו של שמואל חגי, בהוצאת ראובן מס (תשל"ט) 26-27.
 - 12 תוספתא, שבת, טז טז. ראה גם יומא פה ב: "וחי בהם ולא שימות בהם".

"תינוק בן יומו חי – מחללין עליו את השבת, דוד מלך ישראל מת – אין מחללין עליו את השבת."¹³

קולה החי של המציאות גובר על כוח הדין ומשנה אותו. כבודו של מלך ישראל אינו שקול כנגד הצו של מלך מלכי המלכים. חייו של תינוק בן יומו שקולים כנגד הכל. כבוד השבת גדול מכבודו של מלך, אולם ערך החיים גדול משניהם גם יחד. בשנות העשרים והשלושים של מאה זו הוצגה מורכבות היחסים בין הדין למציאות בכתבי הזרם הריאליסטי בארצות הברית. מלומדי המשפט שיצרו את הריאליסם המשפטי כפרו בתיאוריות המדעיות, כביכול, של המשפט, בנייטרליות שלו, באובייקטיביות שלו, באפוליטיות שגלומה בו. הם תבעו מודעות רבה יותר למציאות בה פועל המשפט וייחסו חשיבות מרכזית לבחינת יחסי הגומלין שבין הדין למציאות ושכין המשפט למדעי החברה וההתנהגות.¹⁴

היו מהם שהעמידו את בית המשפט במרכז הזירה המשפטית בגרסם כי אין המשפט אלא הכרעותיו של בית המשפט.¹⁵ חלק מאנשי הזרם כפר במרכזיותו ובבלעדיותו של בית המשפט, החשיב את השפעתם של רשויות אחרות על גיבוש הדין ועיצובו וביקש גם להעניק לגיטימציה לרפורמות חברתיות או למציאות החברתית הנוהגת.¹⁶ קביעת יחסי הגומלין הראויים בין הדין למציאות היא מורשת של הריאליסטים החיה עמנו עד היום הזה, גם כאשר חלקים אחרים ממנה התבלו והתיישנו במשך השנים.

2. הדין והמציאות – הפרספקטיבה הנכונה

האיזון בין הדין למציאות מחייב התייחסות אל כל אחד מהם בפרספקטיבה הנכונה והעמדתו בפרופורציה המתאימה בשלושה מובנים בסיסיים:¹⁷

-
- 13 שבת קנא ב.
- 14 על הזרם הריאליסטי ראה: K. Llewellyn "A Realistic Jurisprudence – The Next Step" 30 *Colu. L. R.* (1930) 431; R. Pound "The Call for a Realist Jurisprudence" 44 *Har. L. R.* (1930–1931) 697; K. Llewellyn "Some Realism about Realism: Responding to Dean Pound" 44 *Har. L. R.* (1930–1931) 1222; J. Frank *Law and the Modern Mind* (1930); W. Twining *K. Llewellyn and the Realist Movement* (1973).
- 15 J. Frank, *ibid.*, at pp. 127–128; K. Llewellyn *The Bramble Bush* (1930) 3; H. Kantorowicz "Some Rationalism about Realism" 43 *Tale L. J.* (1934) 1240, 1243.
- 16 M. Horowitz *The Transformation of American Law 1870–1960* (Oxford, 1992) 169 et seq.
- 17 על עניינים אלה בהרחבה ראה מאמרי "כי המשפט לאלוהים הוא": על כוח המשפט ועוצמתו מול מגבלותיו וגבולותיו" עיוני משפט יז (תשנ"ב) 5.

האחד, אסור למשפט להיות חזות הכל ולהשליט מרותו על המציאות כולה ובשלמותה. יש להכיר במגבלות המשפט ובקוצר ידו ואף בסכנות האורבות ליחיד ולחברה על-ידי שימוש בעוצמת המשפט. ישנם עניינים, שמוטב לו לדין להדיר רגליו מהם ולהניח למציאות החיים לזרום דרך חירות. לא תמיד יש לשיטה המשפטית ולתרבות החברתית עניין בפשיטותו של כל תחום אנושי או של כל עניין פוליטי. אין ברצוננו להסדיר את כל מערכות המציאות השונות על-ידי שיקולים משפטיים.

בחברה שבה "מלוא כל הארץ משפט"¹⁸ עשוי להתקיים פער בין מעמד הנורמה כשהיא לעצמה לבין יחסה של החברה אל הנורמה ואל הערך שהיא מפנימה. פער כזה מתקיים כאשר האתוס החברתי פועל נגד הנורמה או כאשר הערך החברתי לא הוטמע בחברה באמצעות החינוך.¹⁹

היחס בין מעורבות משפטית והתערבות שיפוטית להמנעות מהסדר משפטי עומד במרכזו של סדר היום החברתי והמשפטי במדינת ישראל. לפנינו שאלת היחס בין משפט המשפט למשפט המציאות. יחס זה משקף שתי דרכי התבוננות. הראשונה, בה הדין גדול ממציאות החיים. השנייה בה מציאות החיים גדולה מן הדין.

השני, אסור לו לדין לעמוד לבדו מול המציאות, ללא השלמתו באמצעות מידות הצדקה, החסד והרחמים.

אכן, שלטון המשפט ללא עידונו באמצעות אמפטיה אנושית וללא קשר לחיברות אנושית, רגשות, גבורה וכיוצא באלה, הוא מתכון לעריצות ועלול להחשב כתברת סדום.²⁰

השלישי, המציאות על כל מרכיביה ורבגוניותה, אל לה להלקח תמיד בחשבון על-ידי הדין. לצורך הכרעות נורמטיביות מסוימות יש עניינים במציאות שעל הדין להתעלם מהם כדי שניתן יהיה לעשות משפט צדק. אכן, אלת הצדק היא כסויית עיניים כדי שלא תלך שבי אחר המציאות הגלויה והערומה. על הצדק להתעלם ממציאות המבקשת לכפות עצמה על שיקולי הדין ולעוות אותם. כאשר רואים את הכל, קשה, לעיתים, להגיע לשיקול הנכון, האובייקטיבי, הצודק. אלת הצדק חייבת להתעלם, לעיתים, ממצוקות הדל, מרגשי החברות ומשיקולים אישיים דוחקים. התחשבות בסוג זה של שיקולים אנושיים גוררת אחריה משוא פנים ועיוות דין.

שלושת המובנים האמורים הם בבחינת אותות הזהרה ובכל אחד מהם טמונות סכנות, מסוג אחר, של תלישות: בראשון, התהוות פער רחב בין הדין לבין המציאות. בשני, יצירת נתק מסוכן בין המשפט לבין חיברות אנושית. בשלישי, הכרת פנים במשפט כתוצאה מזיקה קרובה מדי בין המציאות על מיגוון צבעיה לבין הדין והכרעתו. השפעה על ההכרעה באמצעות חלקים בלתי רלבנטיים של גילויי המציאות היא בגדר הכרת פנים.

18 א' ברק "על השקפת עולם בדבר משפט ושיפוט ואקטיביזם שיפוטי" עיוני משפט יז (תשנ"ג) 475, 477.

19 א' רוזן-צבי, לעיל הערה 3, בע' 697.

20 M. Radin *Law as Logic and Experience* (New Haven, 1940) 163-164. כן ראה רוזן-צבי, לעיל הערה 17, בע' 10-13.

3. פער בין הדין למציאות ופשרו

המערכת החברתית ובעקבותיה גם המערכת המשפטית אינם קופאים על השמרים. הדינמיקה של החיים והשינויים התכופים בכל תחומי החיים, מדעיים, טכנולוגיים, חברתיים, אידיאולוגיים וכיו"ב, מחייבים שינוי ותמורה.²¹ אך טבעי הוא כי ריחוק בין הדין למציאות, פער בין המשפט לחיים, הוא אות המחייב ערנות והתייחסות. יש לבחון את טיבו של הפער שנוצר ואת הגורמים לו.

הפער עשוי להצביע על משבר. הוא עשוי לגלות חברה שבה הרחוב ורוחו מכתיבים את הנורמות ללא קשב לקני המידה הנורמטיביים. פער כזה מאיים על המבנה החברתי. במקרה זה על הדין לעמוד נגד כל מבקשי נפשו והקמים עליו להפרו ולקצץ בנטיעותיו. אסור לה למציאות להיות חופשייה מדי מן המצוות. אורח חיים על בסיס נסיון החיים לבדו או הנהגה על פי מבחנים של חברות וחיברות יביאו הן לידי הפקרות, שבה כל דאלים גבר, והן לידי שחיתות, בקביעת הסדרים ללא נורמות של שוויון, מתוך משוא פנים וניגוד אינטרסים. מצבים כאלה הם מתכון לאובדן דרך חברתי ומוסרי.

במקרים אלה הפער בין הדין למציאות מחייב העמדת דרכי הטמעה ונקיטת אמצעי אכיפה נמרצים להעמדת הדין על מכונו ולכיוון המציאות על-פיו. המשבר הנוצר עקב הריחוק בין הדין למציאות מחייב עמידה בלתי מתפשרת על משמר הדין. יש לקרב את המציאות לדין ולהעמידה על הדין. פתרון המשבר באמצעות קירוב הדין למציאות הוא השחתת מידות. הפער בין הדין למציאות במקרים אלה הוא בנפשה של החברה ואת סגירתו יש להטיל לפתחה.

בימים אלה המחיש לנו בית-המשפט העליון את עליונות המשפט על קלקלת המציאות בקבלו את ערעור המדינה על החלטת בית-המשפט המחוזי בפרשה הידועה בלשון העם בכינוי "אונס שמרת".²²

אולם הפער עשוי להצביע על משבר מסוג שונה בתכלית. מערכת יחסי הגומלין בין הדין למציאות חייבת להתחשב גם ביחס בין הוראות הדין לבין יכולת ההטמעה החינוכית, יכולת הסיגול האנושי וההשלמה החברתית.

21 על תהליכי שינוי והשתנות בחברה המערבית והשלכותיהם על הדין ועל היחס בין שינוי חברתי לשינויים בדין, ראה, בין היתר: W. Friedmann *Law in a Changing Society* (2nd ed., 1972); L.M. Friedman *The Legal System* (New-York, 1977) 269–309; L.M. Friedman *The Republic of Choice* (Cambridge, 1990); L.M. Friedma & S. Macaulay *Law and the Behavioral Sciences* (1969) 525 et seq.

22 קבוצה של נערים לפני גיוס, אשר קיימו במשך מספר ימים יחסי מין עם נערה בת ארבע עשרה וחצי, אחד אחרי השני, במקומות שונים ומתוך להיטות הסרת כל מעצורים. בית-המשפט העליון קיבל את ערעור המדינה על הכרעת דינו של בית-המשפט המחוזי בחיפה, דחה את טענתם כי הם יכולים היו להסיק מדרך התנהגות הקטינה הסכמה למעשיהם הנלוזים והרשיע אותם באונס. ראה ע"פ 5612/92 מ"י נ' בארי, פ"ד מח(1)

השלטת מרות משפטית על תחום שאינו הולם מעורבות כזו, הן מבחינת אופי הפעולה הנדונה והן מבחינת יכולת האכיפה, עשויה להרחיב את הפער בין הנורמה למציאות. הנתק בין מערכת הנורמות לבין המציאות, עליה משליטים מערכת נורמטיבית כזו, עשוי להתרחב.

הריחוק בין הדין למציאות עשוי, איפוא, להעיד על משבר הפוך, דהיינו, על אי-תאימות בין הספר לבין החיים, בין הדין לבין המציאות, שניתן לבחננו בשני מצבי יסוד: א) במצב בסיסי של קיום אי-התאמה בין הנורמה השלטת לבין האידיאולוגיה הרווחת בקרב רוב הציבור או דרך התנהגותו בפועל. אי-ההתאמה היא מודעת ומצויה כבר בשלב הראשוני של יצירת הנורמה. ניתן לחשוב על שתי סיטואציות עיקריות בהן מתקיים מצב בסיסי זה. בראשונה, מנסה הדין, מטעמים שונים, להסדיר נורמות כחלק מהסדר פשרה בין ציבורים שונים או בין אינטרסים שונים. בשנייה, מבקש יוצר הנורמה להוביל את הציבור, שעדיין לא הגיע לרמה נורמטיבית שהדין מצפה לה, בדרך הנראית לו ראויה. בסיטואציה זו ינהלו מערכות האכיפה מאבק קשה, ולעיתים בלתי מתפשר, לנצחון הנורמה על המציאות.

ב) במצב משתנה המביא לאנכרוניזם של הדין ולהתאבנותה של הנורמה. רמות שונות של פערים מסוג זה בדרגות שונות של ריחוק הן מחויבות המציאות. מלכתחילה הייתה התאמה בין הדין למציאות המוסדרת. ברבות הימים נוצרו הפערים. במצב משתנה זה מעידים הפערים על קולה התוסס והדינמי של המציאות.

בשני מצבי יסוד אלה²³ מחייבת המציאות את הדין להיענות לצרכיה המשתנים של החברה, להשתנות או להתגמש או למצוא לו דרכי עקיפה. ההתאמה למציאות יכולה להעשות על-ידי כל אחת מן הרשויות. כל רשות מביאה את כישוריה ובמיוחד את מעמדה בהיררכיה של הרשויות. ההתאמה במסגרת הרשות המינהלית, ובמיוחד באמצעות גורמי האכיפה המינהליים, נעשית בעיקר בדרכים הבאות: פרשנות הצועדת בעקבי הזמן, אכיפה חלקית בלבד או, במקרים קיצוניים, המנעות מאכיפה, כפי שנראה להלן.

מספר קבין לא מבוטל מנטל האיזון שבין הדין למציאות נופל על כתפי המערכת השיפוטית. למערכת השיפוטית אמצעים מגוונים להתאמת הדין למציאות. היא עשויה לפעול, בראש ובראשונה, בדרכים של פתרון פרגמטי המהווה פשרה בין העקרון לתוצאה. אמצעים אחרים שיינקטו על-ידי בית-המשפט יהיו, בין היתר: הכרה בעילות חדשות,²⁴

23 למעט בסיטואציה השנייה של המצב הבסיסי, הראשון.

24 כך, למשל, בסוגיית הזכות למידע (חובת גילוי הסכמים קואליציוניים) ראה בג"צ 1601/90 שליט נ' פרס, פ"ד מד(3) 353. על הנושא בכללותו, ראה ז' סגל "זכות האזרח לקבל מידע בעניינים ציבוריים" עיוני משפט י (תשמ"ד) 625.

פרשנות מחודשת,²⁵ סטייה מתקדים,²⁶ פיתוח משפט,²⁷ ולעיתים אף בדרך של עקיפת הדין.

במקרים בהם הפער אינו נסגר באופן משיע רצון או שהסוגייה אינה מתאימה להסדר פסוק והמערכת הפוליטית והמקצועית בשלה לסגירת הפער בדרך נורמטיבית, גלויה וכוללת, נעשית ההתאמה בדרך של שינוי חקיקתי.

לא בכל מצב ניתן בשלב המסוים לבחור בדרך התאמה זו או אחרת. ההתמודדות היא מגוונת ויצירתית תוך קיום זיקה לתחום הרלבנטי, לאופי הפער, לערכיה הבסיסיים והמשתנים של החברה וליחסי הגומלין שבין הרשויות השונות. האיזון הנכון בין לשון המשפט לבין הלחץ של מציאות החיים הוא הקובע את אופייה של החברה ואת תרבותה. השאלה היא כיצד ניתן להגיע לאיזון כזה. מכאן ואילך ננסה לעמוד על קווי מתאר אחדים במערכת יחסי הגומלין שבין הדין למציאות. יחסי גומלין אלה של איזון או של העדפה פועלים בכמה רמות של התמודדות: יישום, השלמה, התאמה, סיגול, אכיפה או עקיפה.

4. יישום

הדין מתייחס לתפיסת הנורמה ברגע התהוותה. מבחינה זו מסדיר הדין פעולה או סטנדרד של התנהגות בהתייחס למציאות הנתונה או זו הצפויה, שיש לקחתה בחשבון במועד החקיקה. הדין, המסדיר תחום מסוים של החיים, כולא את רציפות החיים האנושית בנורמות של התנהגות ושולף קטע של חיים מן המציאות האנושית, המורכבת והרב־גונית. לעולם אין חפיפה בין דין הספר לדין החיים. יש צורך, בראש ובראשונה, ביישום, דהיינו, התאמה בין הנורמה הכתובה עלי ספר לבין הגשמתה במציאות.

היישום כולל, בראש ובראשונה, את תרגום העובדות לשפת המשפט ושיבוץ המערכת העובדתית המורכבת בתוך המשבצת המשפטית המתאימה. אין זו פעולה טכנית או מכנית של דימוי מילתא למילתא. הפעולה מחייבת הערכה, שיפוט של עובדות, פרשנות של דין, שיקול דעת בדבר אופן השיבוץ של מערכת אחת בשנייה והתאמתם. ואכן, לעיתים מוצאים אנו תיאור עובדות ולאחר מכן יישומם על בסיס דין הספר, בין חוק ובין תקדים, בדרך הגוררת אחריה תוצאה בלתי מתקבלת על הדעת. היא מנותקת כליל מדין החיים.

יתר על כן, היישום כולל גם הבט ערכי. ההבט הערכי בא לידי ביטוי בשתי מסגרות: החיצונית והפנימית.

המסגרת החיצונית היא בהעמדת הדין בפרספקטיבה נכונה במסגרת המציאות

25 ראה א' ברק פרשנות במשפט, כרך א (תורת הפרשנות הכללית) (תשנ"ב) 172-178; B.N. Cardozo, *supra* note 4, at p. 12-15, בנוגע לנוהגי מסחר ועסקאות, ובע' 18-19 - שינויים בדיני המשפחה עקב שינוי בדפוסי המוסר והערכים.

26 ע"פ 2251/90 חג' יחיא נ' מ"י, פ"ד מה(5) 221; הלכת בוסקילה, לעיל הערה 4; א' ברק שיקול דעת שיפוטי (תשמ"ז) 286-287, 402-404, 406, 407; W.V. Schaefer "Precedent and Policy" 34 *U. Chi. L. R.* (1966-1967) 3, 12

27 ראה ברק, לעיל הערה 25, מע' 425 ואילך.

הנוהגת והרווחת. הדין מסדיר מציאות גשמית או רעיונית, באופן מוחשי או פיקטיבי, באמצעות הלשון. יש להעמידו תמיד בפרופורציה הנכונה במסגרת מציאות אנושית, יחסים חברתיים והסדרים לאומיים.

כך, למשל, בני אדם בחברה נתונה אינם פועלים עם ספר החוקים והתקנות ביד. עובד ומעביד אינם יכולים לדקדק בכל שלבי העבודה בדקדוקים משפטיים, שכן לשכן אינו עורך־דין. לא ייפלא, איפוא, כי עבודה לפי הספר נחשבת לסוג של שביתה. התנהגות לפי הספר נחשבת לסוג של מחאה. פעולה לפי הספר עלולה להיות חסרת כל רגישות ובלתי אנושית ולהשליט מידת סדום. במקרים אלה יישום הדין מתוך חיברות אנושית מותנה בהעמדתו בפרספקטיבה הנכונה ובפרופורציה הראויה. במובן זה הפער בין דין הספר לדין החיים הוא לא רק מחויב המציאות; הוא גם רצוי.

המסגרת הפנימית של ההבט הערכי היא בשיקול הדעת הנדרש במהלך יישומו של הדין למציאות. קיים מתח קבוע בין הדין לבין אופן יישומו הן במישור העקרוני והכללי, התאמה עקרונית למערכת עובדתית בכלל, והן במישור האינדיבידואלי, בנסיבותיו של מקרה נתון, ספציפי, בפרט. דין הספר מחייב הפעלה באמצעות שיקול דעת מתקן הנובע ממציאות החיים.

את המישור העקרוני והכללי ניתן להדגים במשפט הפלילי. תחום זה טעון מתח קבוע בין כללי ההתנהגות לבין אופן הגשמתם ויכולת אכיפתם, בין כללי ההתנהגות לבין כללי ההחלטה, בין הצורך בהרתעה לבין ההזקקות לאמפטיות אנושיות, בין העידון של ההסדר החברתי של האלימות לבין האלימות המגולמת בענישה הפלילית.²⁸ כתוצאה ממתחים אלה שאלת יישום הדין והתאמתו למציאות עוברת תהליך של עיבוד באמצעות שיקול דעת כפול, של מערכת האכיפה המנהלית (משטרה) והמנהלית־משפטית (התביעה הכללית) ושל המערכת השיפוטית.

במישור האינדיבידואלי יש ליישם את הדין מתוך זיקה למציאות הנוהגת בנסיבותיו של המקרה המיוחד ובמידת האפשר גם מתוך התחשבות בנפשות הפועלות, תוך הפעלת שיקול דעת מהותי.

לא ניתן להסתפק בשימוש בכלים הפורמליים. כך, למשל, סולם העונשים המשתקף מן הספר הוא רק מחציתה של האמת. המחצית האחרת היא העברייני ונסיבותיו כמו גם הקרבן ונסיבותיו והערכים החברתיים שנדרש להשיגם בזמן מתן גזר הדין ובמקום הינתנו.

החיבור הבסיסי שבין הדין למציאות נעשה באמצעות הפרשנות.²⁹ בהבט זה הפרשנות היא הגורם המתווך המרכזי שבין הדין למציאות:

28 על המתחים המובנים ועל אסטרטגיות ליישוב המתחים השונים ולאיוון בין הערכים המתחרים במשפט הפלילי, תוך יצירת "acoustic separation" ובאמצעות "selective transmission" של כללים משפטיים (כגון: ערפול מושגי, מושגים עמומים או כללים פתוחים, וכן יישום משתנה), ראה M. Dan-Cohen "Decision Rules and Conduct Rules: On Acoustic Separation in Criminal Law" 97 *Harv. L. R.* (1984) 625

29 R. Dworkin "Law as Interpretation" 60 *Tex. L. Rev.* (1982) 527; R. Dworkin *A Matter of Principle* (Mass., 1985) 158–162; R. Dworkin *Law's Empire*

"יצירה שיפוטית לגיטימית היא זו הנעשית במסגרתם של כללי הפרשנות המקובלים."³⁰

"...מצב דברים זה שבו קיים 'מרווח של משמעויות לשוניות' יוצר מטבע הדברים חוסר בטחון וחוסר ודאות. המשמעות הלשונית מאפשרת שליפתן של מספר משמעויות משפטיות. לעומת זאת, ריבוי זה של אפשרויות יוצר גמישות שהיא כה חיונית למשפט. באמצעותה מגושר הפער בין החיים לבין המשפט..."³¹

"תמיד תצטרך להתמודד עם נסיבות חדשות. החיים עשירים מכל דמיון והמציאות פוריה מכל לשון."³²

קיימים גם מצבים בהם ההתנהגות למעשה, במציאות, משפיעה על הפרשנות ואף קובעת אותה.

"התנהגות עובדתית על יסוד פירוש אפשרי עשויה להפוך אותו בדיעבד לפירוש הראוי, גם אם מראש יתכן שהיה מקום לבחור בפירוש אפשרי אחר."³³

5. השלמה

יישום הדין למציאות והתאמתו הם שלב ראשוני וחיוני בהוצאת כל נורמה מן הכוח אל הפועל. העדר חפיפה בין הדין למציאות הנוהגת, בעיקר עקב השתנותה חדשות לבקרים, מחייב בחלק גדול מן המקרים גם התאמה והשלמה. הדין מסדיר, בדרך כלל, את המינימום הנדרש או את המכנה המשותף הרחב. אולם החיים עשירים יותר מן הנורמות הכתובות, מצד אחד, וצופנים את הבלתי צפוי ואת הבלתי ניתן לחיזוי ולהסדר מראש, מצד שני. מעבר ליישום נדרשת, איפוא, השלמה שמשמעותה היא מילוי החסר המתגלה בין הדין למציאות. הספר הוא מסגרת לפעולה. הספר מחייב השלמה לפי עקרונות, ערכים ואמצעי פרשנות בדרך הגיונית וסבירה המתייחסת למטרה ולא לגילוי המילולי, החיצוני. לא רק הפרשנות, אלא גם השלמת חסר ופיתוח המשפט, בדרך של חקיקה שיפוטית על הבטיה השונים,³⁴ משמשים אמצעי להתאמת המשפט למציאות. במקרה זה לא נוצרת חזית של מאבק בין הדין למציאות. המציאות אינה מתנגשת עם דין קיים כלשהו, אין היא סותרת אותו אלא מצפה להשלמתו.

(London, 1986) 313; A Marmor *Interpretation and Legal Theory* (Oxford, 1992)

155-184.

30 ברק, לעיל הערה 25, בע' 106.

31 שם, בע' 123.

32 שם, בע' 223.

33 בג"צ 547/84 "עוף העמק" אגודה חקלאית נ' המועצה המקומית רמת ישי, פ"ד (1)

113, 146.

34 ברק, לעיל הערה 25, מע' 425 ואילך.

באחד הצמתים החשובים של חיינו הכלכליים, ההתמודדות עם האינפלציה, לא נענה המחוקק למציאות במהירות ובגמישות הנדרשים. תוצאות המחדל עלולות היו להיות קשות. לא די בכך שהמחדל עלול היה להביא לגרימת הפסדים ניכרים ולפגוע בחלש ובחף, אלא הוא גם עלול היה למסור מסרים שליליים בדבר החובה לכבד הסכמים. בית-המשפט נרתם למלאכה וחילץ את המשק הישראלי ואת המציאות הכלכלית והעסקית מן המצוקה. דיני השערוך שיצר בית-המשפט, בתחומי עשייה שונים ובסוגיות משפטיות רבות,³⁵ הם דוגמא למופת להתאמת המשפט למציאות בדרך של השלמה נורמטיבית. במקום ש"אין מחוקק", בית-המשפט ממלא את התפקיד של ההתאמה למציאות בדרך של יצירתיות משפטית.

6. התאמה

פער עשוי להיווצר גם בעקבות התיישנות הנורמה או חוסר סיגולה למציאות המשתנה. הפער מחייב התאמה, לעיתים כללית ועקרונית ולעיתים אינדיבידואלית, של ההסדר הנורמטיבי למציאות, בכלל, ולמציאות החדשה, שהתהוותה לאחר התקנת הנורמה או יצירתה, בפרט. כאלה נדרשת תורת היישום, העושה שימוש מרכזי בדרך הפרשנות, כמו גם דרכי שינוי משפטיות אחרות.

שני מכנים משותפים עקרוניים קיימים בין המקרים הטעונים התאמה למקרים הטעונים יישום או השלמה: הראשון, הפער המתגלה, עניינו היחס בין המציאות לדין עצמו ולא בין הדין לאופן אכיפתו. השני, סגירת הפער היא טבעית ומתבקשת. הפער אינו יוצר חזית של ניגוד או של התנגשות בין הדין לבין המציאות הנוהגת, דהיינו: דרך הנהגת הציבור במציאות אינה למורת רוחו של דין הספר.

סוגייה זו קשורה לכל ענפי המשפט. דיון עיוני מלווה בדוגמאות רבות הנוגעות לסוגייה זו נכלל בספרות העוסקת ביחס בין שינוי חברתי לשינוי נורמטיבי.³⁶ נסתפק בדוגמה אוניברסלית, שתולדותיה כתולדות המשפט המסחרי: התאמה בין הדין למציאות, היוצרת

35 על דיני השערוך ועל המעבר מן הגישה הנומינליסטית לגישה הוולוריסטית בהתאמה למציאות הכלכלית, ראה ג' שלו דיני חוזים (תש"ן) 541-545; א' פרוקצ'יה "הצמדה, שערוך וריבית: עבר הוה ועתיד" משפטים י (תש"ם) 262; י' גרוס "הלם האינפלציה: הצמדת מערכת החיובים בישראל" הפרקליט לג (תש"ם) 53, 54-55; מ' הורק "שערוך המחיר בחווה" עיוני משפט ה (תשמ"א) 88.

לפסיקה בנושא שערוך בנויקין, ראה, בין היתר, ע"א 606/73 ירדניה נ' אחים עופר בע"מ, פ"ד (1) 29. כן ראה ע"א 417/76 רשות הנמלים נ' מדינת ישראל, פ"ד לב(3) 102; ע"א 575/76 דוביצקי נ' דוביצקי, פ"ד לא(3) 197. פסיקה בנושא השערוך בחוזים, ראה, בין היתר, ע"א 206/79 ריטברג נ' נסים, פ"ד לד(3) 314; ע"א 260/80 נובין נ' ליבוביץ, פ"ד לו(1) 537.

36 ראה לעיל הערה 21.

יחס מורכב וסבוך בין הדין המחמיר והאוסר לבין ההכרח להתחשב בדרישות החיים היום-יומיים, ניתן למצוא בדיני ריבית במקורות המשפט העברי ובמשפט הישראלי.³⁷ במקרה זה נעשתה התאמה כנדרש. לעומת זאת, בתחומים אחרים מתקיים פער בין המציאות, המתקדמת קדימה בצעדי ענק, והמשפט המדדה לו מאחור. כך בתחומי הטכנולוגיה בכלל והטכנולוגיה הרפואית בפרט, למשל, בתחום הגנטיקה ושימושיה,³⁸ בתחום הרחבת מושג ההורות³⁹ וכיוצא באלה.

בתחום ההתפתחויות הטכנולוגיות, ספק אם נעשתה מלוא ההתאמה הנדרשת למציאות המשתנה תדיר. פקודת הגנת זכות יוצרים, 1924, תוקנה, אמנם, כדי להרחיב את הגדרת המונח "זכות יוצרים" ואת היקף ההגנה המוענקת (למשל, כלפי תוכנה של מחשב). אולם המסגרת הבסיסית של התפיסה המשפטית, היקף ההגדרות, אופי ההגנה והיקפה, אינם עולים בקנה אחד עם התקדמות הטכנולוגיה המודרנית. התפיסה, כי המידע, כמו גם אמצעים טכנולוגיים בלתי מוחשיים אחרים, הם נכס בעל ערך כלכלי ניכר וכי על מושגי המשפט האזרחי והפלילי להתאים את עצמם למהפכה הטכנולוגית לא חלחלה מספיק לתודעת המשפט הישראלי.⁴⁰ משום כך לא ננקטו הצעדים החקיקתיים והאחרים הדרושים לתכלית זו.

במסגרת הדיון בהתאמת הדין למציאות מן הראוי להזכיר את שאלת היחס בין מידת היציבות של מערכת המשפט, המקנה בטחון וקביעות, לבין יכולת ההסתגלות שלה לשינויים ולהתפתחויות המתרחשות במציאות, המקנה שליטה בומן, דינמיות, יצירתיות וגמישות.

בבחנו את היחס בין הליכה בעקבות תקדים לבין סטייה ממנו דן השופט א' ברק ביחס בין המשפט למציאות:

"יש לציין כי כל מערכת נורמטיבית כדי להתקיים צריכה להתפתח ולהתאים עצמה לצרכים המשתנים. ההיסטוריה של המשפט היא ההיסטוריה של התאמת המשפט לצרכי החברה המשתנים. אין להבטיח יציבות, ודאות, עקביות והמשכיות, בלא להבטיח שינוי. עמידה על הקיים אינה מבטיחה יציבות. עמד על כך פרופ' לבונטין בדבריו היפים: 'בטחון במשפט, בטחון בכלל, באותה מידה אבסולוטית המבוקשת על-ידי כלל התקדים המחייב, היא מקסם שווא. סוד היציבות טמון

37 ע"א 248/53 רוזנבאום נ' זגר, פ"ד ט 533. על המשפט העברי, ראה שם, בדברי השופט זילברג, במיוחד בע' 548. כן ראה ב"צ אליאש יסודות בדיני ריבית במשפט העברי (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור למשפטים, תשל"ז).

38 L. Skene "Mapping the Human Geenome: Some Thoughts for Those who Say "There Should be a Law on It" 5 *Bioethics* (1991) 233

39 פ' שיפמן דיני המשפחה בישראל, כרך ב (תשמ"ט) 101-135; מ' שמגר "סוגיות בנושאי הפריה ולידה" הפרקליט לט (תש"ן) 21; א' וילצ'יק "האם התחליפית (חווה תחלופה)" משפטים יז (תשמ"ז-תשמ"ח) 534; C. Shalev *Birth Power* (New-Haven, 1989)

40 על עניין זה, ראה: א' לדרמן "גניבת מידע בעל ערך כלכלי" גבורות לשמעון אגרנט (תשמ"ז) 303.

בהיפוכה לכאורה, בגמישות, שכן החיים אינם קופאים, ולכן המשפט שהוא אחד הכלים החברתיים להכוונת סדרי החיים, יתכחש לייעודו אם לא יסגל לעצמו ממידת הניידות והגמישות המצויה בחומר אותו עליו להסדיר, כלומר, בחיים... ' (א' לבונטין "הרהורים על התקדים" חוק ומשפט 1, גליון 17, עמ' 1). אכן הפער בין החיים לבין המשפט גורר אחריו חוסר יציבות שלא ייפסק כל עוד המשפט לא ישנה עצמו... המשפט יהא יציב, רק כאשר ינוע... נכוונתו של השופט להודות בטעותו ונכוונתה של השיטה להתאים עצמה למציאות המשתנה תוך שינוי הלכות הנראות מוטעות סופן להגביר את ההערכה לשופט ולמערכת השפיטה.⁴¹

7. סיגול

א. ייקוב הדין את המציאות או כורח המציאות את כוח הדין – העמדת השאלה

הגענו עתה ליחסי גומלין בין הדין למציאות, שונים מאלה שהיו מנת חלקנו בשלושת הפרקים הקודמים. בפרק זה נעקוב אחר תופעה של יצירת חזית של ניגוד או של סתירה או של התנגשות, ברמות שונות ובאופנים שונים, בין הדין עלי ספר לבין ההתנהגות הרווחת במציאות חיי יום-יום. השאלות המרכזיות המתעוררות בהקשר זה הן: באילו תחומים על המשפט לצעוד בעקבות המציאות ובאילו תחומים עליו להקדים אותה ולהוביל אותה? בהתנגשות בין הדין למציאות, ידו של מי ראוי שתהיה על העליונה ובאילו נסיבות?

במקרים רבים, וכך צריך להיות סדר הדברים הרגיל והמתוקן, חותר הדין לקביעת נורמה שלא תתפשר עם המציאות. יש הסדרים כאלה המבקשים להעלות את דרך ההנהגה במציאות שלבים אחדים גבוה יותר.⁴² יש הסדרים נורמטיביים המצלמים את המציאות ומשקפים אותה. יש גם הסדרים אחרים שיסודם היא פשרה עם המציאות ועם נוהגי הבריות, שכן זו הדרך היחידה לקיומם של הסדרים רלבנטיים.

בין התביעה של פרט להצדקת התנהגותו בשם "כך עושים כולם" לבין התביעה להטלת סנקציה על הפרט בשם "רק בודדים נוהגים כך", היחס הוא מורכב. מובן, כי אין לדבר על העדפה עקרונית ומראש של נוהגים שהשתרשו כשם שאין לקבל גינוי התנהגותו של היחיד מול הרבים הנוהגים אחרת. פעמים שדווקא חירות היחיד עומדת מול הרוב כשם שפעמים התנהגות הרוב הרומס איסורים ראוייה לגינוי, להסתייגות ולענישה. נוהג המשריש נורמות שליליות (כגון: של ניצול, של פגיעה, של תרמית, של השחתת מידות) ראוי לשרשו גם אם חלק מן הציבור מוכן להתייחס אליו בסלחנות. לעומת זאת, הסדר

41 הלכת בוסקילה, לעיל הערה 4, בע' 173-174.

42 דיון בשאלת כוחו של הדין להשפיע על התנהגות חברתית, ראה במקורות המפורטים לעיל בהערה 21.

חברתי-כלכלי, גם כשהוא מגובה בעבירה פלילית, שאינו מכה שורש בקרב הציבור, יש לבחנה בזהירות.

ב. איפיון הפער וסיווגו: מצוקת הדין או מצוקת המציאות?

ההזקקות לשאלות המרכזיות שהועלו בראשית פרק זה, שהן נגזרת מהיריעה הרחבה של שאלת אופן ההתמודדות עם הצרכים המשתנים, מגיעה, למעשה, רק בשלב מאוחר יותר. לפני עומדת שאלה מקדימה קשה עוד יותר. קושייה של השאלה המקדימה נעוץ באיפיונה: היא שאלה ערכית. השאלה היא, מה אופיו של הפער בין הדין למציאות. כיצד נזהה איוו סיטואציה מונחת לפנינו: האם במקרה נתון הפער נובע ממצוקת המציאות או ממצוקת הדין? האם ניתן להטיל את האחריות לסגירת הפער על החברה הסורת או על הדין הקפוא? האם ראוי לנקוט באמצעי אכיפה החלטיים ונוקשים או, להיפך, להגיה למציאות לעשות את שלה ולסגור את הפער בין הדין למציאות, באמצעות אי-אכיפה או אף באמצעות נקיטת אמצעי עקיפה אקטיביים?

השאלה המקדימה מציבה לפנינו את הדילמה העקרונית: האם הפער הקיים בין הדין למציאות הורס את המבנה החברתי או שהוא סימן לעוצמתו? אימתי הפער הוא סימן לחולשת הדין ואימתי קיום הפער הוא דווקא סימן להתחדשותו של הדין, בבחינת התאמתו למציאות בדרך של מחדל הגורר אחריו את שמירת הפער בין הדין למציאות?⁴³

התשובות, הן באשר לדרך הלגיטימית לסגירת פערים והן באשר לשאלת עצם הענקת לגיטימציה לקיומו של פער, משתנות מתקופה לתקופה ותלויות בערכיו של המשיב. מתן לגיטימציה לפער, כמינימום של התאמת הדין למציאות, בעיניו של האחד, עשויה להיחשב כמסכנת את הערכים החברתיים או אף את המבנה החברתי מבחינת ערכיו של האחר.

את המחלוקת במיון הסיטואציה, כמו גם את מורכבותם ורבי-מימדיותם של יחסי הגומלין בין הדין למציאות, ניתן להדגים בסיפורו של מכון עיסוי, שהוא, כידוע במקומותינו, שם נרדף למקצוע העתיק ביותר בעולם. המכון נוהל על-ידי הנאשמת, הלנה תורג'מן, שהועמדה לדין פלילי על עבירה של סרסרות למעשי זנות. הרשעה בעבירה זו מחייבת הטלת מאסר חובה.⁴⁴ בבית-המשפט המחוזי לא הוכח, בנסיבות אותו מקרה, כל סממן של כיעור מוסרי ושל ניצול לרעה המתלווה בדרך כלל לעבירות של סרסרות. היחסים בין הנאשמת לעוסקות האחרות התנהלו מתוך הבנה הדדית ובהסכמה הדדית.

לבית-המשפט קמא הוכח, כי למטרה ידועה היטב הכתובות של מקומות העיסוק. אלה מתפרסמות בריש גלי בערי ישראל ובחוצותיהם. העיתונים מלאים את בתי העיסוק האלה המונים את שבחיהם במודעות הפרסומת. כעניין של מדיניות אין המשטרה עוסקת

43 עוד נראה בהמשך, כי הנצחת הפער בין הדין למציאות רצויה בשעה שהדין אינו הולם עוד את המציאות ואין אפשרות, מטעמים פוליטיים או אידיאולוגיים מסוימים, להתאימו למציאות הרווחת. אכיפת הדין תגדיל את הפער מכיוון המציאות. המנעות מאכיפת הדין תנציה את הפער מכיוון הדין, אולם תסגור אותו מכיוון המציאות.

44 סעיפים 199, 207 לחוק העונשין, תשל"ז-1977, ס"ח 864.

באכיפת החוק מיוזמתה. האכיפה היא סלקטיבית. אין המשטרה מבצעת פשיטות ואין היא דואגת לסגירת המקומות האמורים. היא פועלת רק בעקבות תלונה של שכנים. בבית־משפט קמא הורשעה הנאשמת בעיסוק האמור ונדונה לשנתיים מאסר, מהם שישה חודשי מאסר בפועל. בערעור לבית־המשפט העליון⁴⁵ עלתה, בעיקר, שאלת היקף העונש וטיבו. במרכז נימוקי בית־המשפט הועמדה סוגיית היחס בין הדין למציאות. דעת הרוב, מפי המשנה לנשיא, השופט מ' אלון, סיווגה את הפער, שהתגלה במקרה זה בין הדין למציאות, בתחום הפתולוגי של אכיפה לקויה וביטאה את הדעה המקובלת, לפיה אל לו לדין להתפשר עם מציאות פגומה ולהעניק לה לגיטימציה:

”אין באוזלת ידה של המשטרה – שכאמור אנוסה היא לנהוג כך בגלל המחסור בכוח אדם⁴⁶ – כדי להקל על עבריינים המובאים לדין כתוצאה מהגשת תלונה נגדם על־ידי השכנים. אין כאן משוא פנים מצד המשטרה, שאין ביכולתה לעקוב אחר כל העבריינים... ובודאי שאין העברייני שנגדו הוגשה תלונה והוא נמצא אשם רשאי להקל בדינו משום שעדיין לא תמו חטאים מן הארץ... אין במציאות פגומה זו [אוזלת ידה של הרשות המבצעת לעשות למען אכיפה מלאה וראויה של דבר המחוקק] כדי להצדיק הוספת פגם על פגם על־ידי הקלה בעונשו של עברייני כשמידת הדין והצדק, תקנת היחיד והציבור, מחייבים להשית עליו את העונש שהוא ראוי לו.”

ריווח והצלה להלנה יכולה היה לעמוד מידי שופט המיעוט, השופט מ' חשין. השופט חשין הכניס, עבור הלנה, את הסוס הטרויאני של המציאות אל פסק־הדין. הוא סיווג את הפער בין הדין למציאות (הפער בין החוק לבין אכיפתו), במקרה זה, לא במישור הפתולוגי, אלא במישור סיגולו של הדין למציאות המשתנה. מילות המפתח בפסק־דינו הן: מדיניות־יוצרת־דין ודין־למעשה.

בהקילה ראש במלאכת האכיפה מוציאה המשטרה לרחובה של עיר ואל האזרחים שומרי החוק את המסרים שלה בנוגע לחומרת העבירה, בעיניה, וביחס לטיב הערכים המוטמעים, לדעתה, בהוראות החוק הנאכף רק לשליש ולרביע. מציאות זו של אכיפה מוגבלת וסלקטיבית מטמיעה ערכים שונים מאלה שהעבירה משמיעה לנו ממקומה על ספר החוקים. הלנה פעלה ברחוב, בתוך המציאות שנוצרה, בין היתר על־ידי שומרי החותם של החוק ואוכפיו.

את מסקנותיו של שופט המיעוט יש לחלק לשלושה חלקים:

- (1) במישור הערכי הוא מוצא, כי המציאות שינתה את סדר העדיפויות הערכי. אופן האכיפה מדגיש, מכאן ואילך, את ההבט המטרדי (ביעור מטרדים) על חשבון הערכים

45 ע"פ 3520/91 תורגימן נ' מ"י, פ"ד מז(1) 441 (להלן: הלכת תורגימן).

46 זו, כמובן, פרשנות המחדל מנקודת מבטו של השופט אלון, המבקר את עמדת המשטרה ורואה בה מדיניות לא לגיטימית, שאינה עונה על צרכי החברה ועל ערכיה בהתרחקה מעקרונות המוסר הראויים המגולמים בעבירה הפלילית.

- האחרים, המוסריים (השחתת מידות, שמירת המוסר הציבורי), המונחים בבסיס העבירה ובאלה הורתן ולידתן.
- (2) במישור המשפטי העקרוני הוא קובע, כי התעלמות ממדיניות המשטרה, מאותו דין-למעשה שיצרה, ודבקות בדין הספר לעניין קציבת העונש יוצרת הפלייה בלתי מוצדקת בין אזרחים באכיפת החוק, פוגעת בעקרון החוקיות, חותרת תחת עקרון הפומביות ומתנכלת לשלטון החוק.
- (3) במישור המשפטי-יישומי (לעניין קציבת העונש) הוא מייחס ערך נורמטיבי למציאות שהתהוותה על-ידי מדיניות אכיפת החוק על-ידי משטרת ישראל:
- "מדיניות המשטרה והמציאות ברחוב ובחברה הם נתוני תשתית שאסור לנו להתעלם מהם כמו לא היו... פעילותה ומחדליה של המשטרה יצרו מציאות, יצרו - במישורין ובעקיפין - נורמות התנהגות, ובמציאות זו פעלה המערערת, כמוה כאחרים - כמותה ושלא-כמותה... מדיניות זו... יוצרת מעצמה אורחות חיים ומינהגות לבריות. וגם אם אמרנו כי מעשי המשטרה שיבוש הם - וזו דעת חברי - שבשאת כיוון דעל על... מדיניות המשטרה הפכה חלק מן הדין; הדין ברחוב - תרתי משמע - הוא כפי שהמשטרה הציבה אותו לפני המערערת ולפני הבריות כולם. מדיניות המשטרה [באשר למכוני העיסוי למיניהם] יצרה דין-למעשה בחיי היומיום - ולדעתי אסור לנו להתעלם מאותו דין ולדון לכף חובה אורחות-חיים שבנו עצמם על אותו דין שהכל ידעוהו והנהיגו חייהם לפיו... דין-למעשה זה [לפיו יש לראות בעלים ומנהלים של מכוני עיסוי כמו עוברים הם עבירה שעיקרה מיטרד] הינו גורם ראשון במעלה, לדעתי, בשיקולי גזירת העונש... התעלמות ממדיניותה של המשטרה - ואין זו מדיניות על דרך הסתם אלא מדיניות-יוצרת-דין - יהיה בה... כדי לחתור תחת עקרון החוקיות, למיצער במיגור של גזירת העונש... מדיניותה של המשטרה היא שהציגה לפני [לפני העותרת] את דיני העונשין הלכה למעשה."⁴⁷

לכן ניתן להרשיע את הנאשמת, שכן מעשיה עבירה הם, ואין המשטרה מבטלת דין עונשין. אולם עונשה יותאם למציאות החדשה הנובעת ממדיניות המשטרה.⁴⁸ ייחודה של פרשת תורג'מן אינו בבירור היחס בין הדין למציאות בהקשר הנורמטיבי, אלא דווקא בבעייתיות שהיא מעוררת במישור העקרוני, הערכי: כיצד יש לפרש את המציאות וכיצד יש להתמודד עמה. שופטי הרוב מובילים את הפתרון באמצעות השלטה קפדנית של מרות הדין על המציאות. שופט המיעוט מציע לדין לסגל עצמו לכורח המציאות. שני מרכיבים של מקרה זה מאפשרים יתר היענות למציאות "על חשבון" הדין: ראשית, העניין נסוב על קציבת העונש ולא על הכרעת הדין, כבר הראנו לעיל, כי קציבת העונש היא דרך נאותה למתן ביטוי למיגוון רחב של שיקולים הנוגעים ליחס שבין

47 ראה דברי השופט חשין בפרשת תורג'מן, לעיל הערה 45.

48 ראה נושא קרוב בסוגיית מנהג מבטל הלכה. על עניין זה ראה גם ש' שטרית "המנהג במשפט הציבורי" ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי (תשנ"ג) 375.

הדין לבין שיקולים אישיים מזה ובין לבין שיקולים מערכתיים מזה, כולל התאמת הדין למציאות.

שנית, גישתו של השופט חשין אינה קריאת תגר נגד החוק הנוהג תוך העדפת מציאות הרחוב. בהצמידו את לחנה של המציאות אל ההסדר החוקי אין השופט מניח לרוח הפרצים (הפריצות) של הרחוב לחדור אל תוך הבית. אין הדין נכנע לאדוני הרחוב. בהתחשבו במציאות שהשליטו אוכפי החוק מסגל בית המשפט את הדין לאוכפיו ולא לרודפיו. הוא מבקש להתאים את החוק אל דרכי יישומו ולא למפריו. אילו נהגה המשטרה לאכוף את החוק ולהגיש כתבי אישום נגד בעלי מכוני עיסוי, ודעת בית המשפט לא הייתה נוחה מכך מטעמים ערכיים או אחרים, הייתה הבעייה של התאמת דין למציאות קשה יותר.

מאפיין נוסף של פרשת תורג'מן הוא, כי הסדר האיזון בין הדין למציאות נעה במערכת השיפוטית. במקרים אחרים הגישור בין הדין למציאות אינו עובר דרך המערכת השיפוטית, אלא נערך עוד קודם לכן במסגרת הרשות המבצעת כחלק משיקולי אכיפת החוק, בין כהנחיות עקרוניות ובין כשיקולים פרגמטיים. על נושא זה עוד ידובר בהמשך.

ג. ייקוב הדין את המציאות

ההבחנה בין מציאות שעל המשפט להתחשב בה, בבחינת "המציאות הנוהגת היא נתון שכל תיאוריה חייבת להתחשב בו",⁴⁹ לבין מציאות שעל המשפט להאבק בה ולהכניעה על-ידי הדין אינה תמיד קלה. פעמים ברצוננו להציב מראש גדר וסייג ולמנוע סטייה מן הספר גם במחיר של פער מסוים לחיים. במקרים כאלה מגינות הנורמות על זכויות היחיד בבקשן למנוע נזקים כלכליים והן משרתות תכליות חברתיות מרכזיות הנקנות גם במחיר של אי-נוחיות או אף נזק לפרט זה או אחר.

המקרים בהם לא ראוי להניח למציאות להכתיב את תנאיה ולכפות אותם על הדין הם רבים ופעמים רבות אף ברורים. איסורים פליליים, המגלמים ערכים חברתיים של הגינות, יושר, מניעת ניצול לרעה, הגנה על זכויות וכיו"ב, כמו גם חובות עשה ולא תעשה לנקיטת אמצעי זהירות, שהתעלמות מהם או סלחנות כלפיהם עלולים לפגוע ביחיד או בחברה, הם ודאי הדוגמא הקלאסית לכך. כאשר הפער נפתח עקב הנהגתן בחברה של תת-נורמות מסוגים אלה על המשפט להאבק בהן ללא פשרה.

כאשר תופעת האזנות סתר, בניגוד לחוק האזנות סתר, תשל"ט-1979, עדיין נפוצה בציבור, אין להשלים עמה. המערכת האוכפת, הן המינהלית והן השיפוטית, חייבות לעשות את הנדרש כדי לשרש את התופעה ולעוקרה מן השורש. המערכת המינהלית חייבת להקצות כוח אדם ומשאבים טכניים כדי להגיע לעבריינים. על המערכת השיפוטית לנקוט בצעדים מנהליים, כגון: זירוז מועד שמיעת התיקים, ובצעדים שיפוטיים של העמקת גורם ההרתעה, כגון: באמצעות ענישה מרתיעה.

במקרים רבים חשיבות קביעת הנורמות גוברת על כל השיקולים האחרים. במקרים כאלה גם "גזירה שאין הציבור יכול לעמוד בה" וגם "הלכה ואין מורין כן" חייבים להקבע

49 ברק, לעיל הערה 25, בע' 304.

עלי ספר ולהאכף ללא פשרות כסמן מוסרי וחינוכי. הצרכים החברתיים, ולעיתים האתוס החברתי, מחייבים קביעת נורמה כעמוד אש ההולך לפני המחנה, יש מקרים בהם חשיבות נורמות מסוימות היא בעצם קביעתן. עמוד האש מאיר את הדרך גם כאשר חלק מן הציבור מתרחק ממנו ונשאר מאחור. בהמשך ננסה לקבוע אמות מידה ברורות יותר להבחנה בין מצבים שונים של יחסי דין ומציאות בהקשרים אלה.

נוהגים שליליים, שקנו להם שביתה בחברה, ויש בהם כדי ליצור תת-נורמות פתולוגיות או להשחית את המערכת, יש להאבק בהם ולשרשם אפילו נהגו לגבי רבים ובמשך זמן רב. טובות הנאה ומתנות לעובדי ציבור הפכו להיות נוהג נפרץ בחלקים שונים של השירות הציבורי. המחוקק הגיב בחקיקת חוק מיוחד, חוק שירות הציבור (מתנות), תש"ם-1979. בית-המשפט הגיב בצורה נמרצת ותקיפה, תוך פרשנות מרחיבה של עבירת השוחד בסעיף 290 לחוק העונשין, תשל"ז-1977, במטרה לשרש ולעקור את הנגע. טענות הגנה, שהתבססו על נוהג ונוהל, נדחו בנחרצות על ידי בתי-המשפט:

"נוהל מקובל אינו הופך למעשה מותר מבחינה משפטית... העובדה שפשטו ונתקבלו בציבור נורמות אסורות אין בה כדי להתירן... תדמיתו של השירות הציבורי בעיני הציבור, האמון שרוחש הציבור לתקינות פעולותיו וטוהר המידות של עובדיו הם תנאים הכרחיים לקיומו של שלטון תקין, ועל-כן הינם אינטרסים חברתיים, הראויים להגנת המשפט הפלילי... קיומם של 'נוהג מקובל' ומסורת של שנים' אין בהם כדי להועיל, אם וכאשר נוהג זה ומסורת זו יסודם בשיבוש ערכים ונורמות תקינות."⁵⁰

בית-המשפט מתייחס למתנות הניתנות לעובדי ציבור, כולל מתנות חג הנשלחות להם, כתופעה משחיתה, העשויה להחשב, אם התמלאו התנאים האחרים הנדרשים, בגדרה של עבירת השוחד. דווקא בשל נפוצותה של התופעה "שאינה נמצאת בקו הירידה בשנים האחרונות אלא להיפך", מצד אחד, וסכנת השחתת המידות הנילוות אליה, מצד שני, מדקדק בית המשפט עם עובדי הציבור כחוט השערה:

"בתי המשפט ינקטו יד חזקה וללא רחמים, כדי לטהר את השירות הציבורי ועבירת השחיתות שפשתה בו."⁵¹

50 ע"פ 121/88 מ"י נ' דרוויש, פ"ד מה(2) 663, 689, 692, 701, 703; באותו עניין ראה גם, בין היתר, ע"פ 647/75 קליין נ' מ"י, פ"ד ל(3) 275, 278-279; ע"פ 126/76 מ"י נ' שפר, פ"ד ל(3) 466; ע"פ 141/79 בריהלל נ' מ"י, פ"ד לד(1) 37, 42; ע"פ 71/83 פלאטו-שרון נ' מ"י, פ"ד לח(2) 757, 776; ע"פ 150/88 לוישי נ' מ"י, פ"ד מב(2) 650, 655. ראה גם י' זמיר "אתיקה בפוליטיקה" משפטים יז (תשמ"ח) 250, 253-254; מ' קרמניצר "האם חסרי עבירות אנתוז? על הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 13), תשמ"מ-1980" משפטים יג (תשמ"ג) 159, במיוחד בע' 161-162, בהם דן המחבר בערך החברתי המוגן על-ידי עבירות השוחד לעובד ציבור.

51 הלכת בריהלל, לעיל הערה 50, בע' 42. הלכת קליין, לעיל הערה 50, בע' 279: "קבלן, השואף, לזכות בעבודות... אינו שולח מנות לעובדים אלא אלא בכוונה ברורה שיטו לו

ההלכה הפסוקה היא כי נהגים פסולים, שהשתרשו בתחומי חיים שונים – כגון: בתחום הרפואה, במערכת הבחירות, בתחום התכנון והבנייה, בהגדלת תנאי פנסיה ובהקצבות כספים – אינם משמשים הגנה ואינם מכשירים את הפעולה הפסולה.⁵² נהגים כאלה פוגעים בערכים חברתיים חשובים.

במקרים רבים, כגון בתחום הרפואה שהובא לעיל, חותרים נהגים כאלה גם תחת יכולת ההסדר הראוי של תחום מקצועי מסוים.

הם גוררים אחריהם נזקים לא מבוטלים, הן לטווח קצר והן לטווח ארוך. כבר בטווח הקצר גוררים אחריהם הסדרים "מתחת לשולחן" סיכונים של השחתת מידות, ייקור מחיר המוצר או השירות ומגבלת הנגישות אליו מצד שכבות אוכלוסיה שונות. לטווח הארוך עלולים להיווצר, בין היתר: קשיים בארגון התחום המקצועי, פגיעה ביכולת התפקוד של הנמנים עליו, פגיעה בדימוי המקצוע ובעיקר השרשת תחושה של נחיתות הנורמות לעומת הכוח. תחושה כזו יוצרת תגובת שרשרת מצד האוכלוסיה של אי-אכיפת החוק באשר היא יוצרת רושם של כל דאלים או כל דעשיר גבר.

אותה גישה יש לאמץ בתחומי התנהגות נורמטיביים במשפט האזרחי. כך, למשל, גם אם חלק מן הציבור יהיה נכון לגלות סלחנות לגבי אי-תשלום חובות מסוימים או לגבי איחור במועדי התשלום, אין מקום להעניק תעודת הכשר נורמטיבית למציאות פסולה זו. העתקת תוכנות מחשב היא מעשה נפוץ במקומותינו. התקדמות הטכנולוגיה משאירה את המשפט מאחור והוא נאלץ, לעיתים, לפעול בתגובות ספונטניות ומיידיות ולדחות בעקבות המציאות. במקרים אלה מפטיר עדיין הציבור כדאשתקד, באשר הנורמה החדשה⁵³ לא הוטמעה בו עדיין; המשפט לא הצליח ליצור את תחושת חוסר הלגיטימיות כלפי ההתנהגות המקובלת. התופעה גורמת נזקים כלכליים רבים וכמוה כגזול.

חסד תוך כדי מילוי תפקידיהם... עובד ציבור המקבל מתנה כזאת, ולו גם מתנה צנועה יחסית, כשהוא יודע או צריך היה לדעת את מטרתה השקופה כאמור, מקבל שוחד הוא – ואין הוא יכול להסתתר מאחורי מנהג ישראל לשלוח מנות איש לרעהו ומתנות לאביונים, אם אמורים הדברים לגבי סלי משקאות בלתי מבוקשים..." וראה גם הלכת שפר, לעיל הערה 50, בע' 470; הלכת פלאטו-שרון, לעיל הערה 50, בע' 776.

52 תחום הרפואה: עש"מ 4/87 דרד נ' מדינת ישראל, פ"ד מב(1) 598, 604, רופא הנותן שירות פרטי בשכר לחולה שהיה בטיפולו בבית החולים, בניגוד לתקשיר, אין לבחון מעשיו בהשוואה ל"מה שמקובל" במערכת הרפואה הציבורית ולליקויים המתגלים במערכת זו; מערכת הבחירות: הלכת פלאטו-שרון, לעיל הערה 50; תחום התכנון והבניה: בג"צ 111/89 אברהם רובינשטיין ושות' חברה קבלנית בע"מ נ' הועדה המחוזית לתכנון ולבנייה, מחוז תל-אביב, פ"ד מה(2) 133, 141א, אין להשלים עם הגדלת אחוזי בנייה בדרך חישוב שהייתה נהוגה, אך המנוגדת לחוק; הגדלת תנאי הפנסיה: בג"צ 766/87 צוקר נ' ראש עיריית תל-אביב, פ"ד מב(2) 610, 616; הקצבות כספים: בג"צ 609/85 צוקר נ' ראש עיריית תל-אביב, פ"ד מ(1) 775, 781.

53 ראה סעיף 2א (כתיקונו בשנת תשמ"ח) לפקודת זכות יוצרים, 1924, בעניין הגנה על תוכנה של מחשב.

האם נפיצותה של התופעה היא סיבה ליחס סלחני כלפיה? ההיפך הוא הנכון. הפרת זכות יוצרים מעניקה סעד אזרחי⁵⁴ וכן מהווה עבירה פלילית.⁵⁵ נפיצותה מחייבת נקיטת אמצעי אכיפה חמורים יותר, הקצאת משאבי כוח אדם מטעם רשויות החוק למטרה זו וכן הרחבת מעגל הסנקציות, האזרחיות והפליליות, שהמשפט מסוגל להעמיד לרשות הנפגעים. ובהקשר אחר, יקבעו דיני הרשלנות את הנורמה הראויה, גם אם הציבור אינו מתאים עצמו אליה.⁵⁶ את האדם הסביר ואת מבחני הסבירות יבור לו הדין מתוך סולם הערכים הראוי ולא ייתן למציאות להכתיב לו רק את המינימום הבלתי מספק.⁵⁷ בכל אחד מן התחומים האמורים הפער הקיים בין הדין למציאות אינו מעיד על משבר, שעניינו אי-תאימות הנורמה למציאות, אלא על משבר בהטמעת הנורמה ובסיגול דרכי ההתנהגות של הציבור להסדרים הנורמטיביים.

ד. בין הרטוריקה המשפטית לבין המעשה: כורח המציאות וכוח הדין

לכאורה ידו של הדין הייתה אמורה להיות תמיד על העליונה. שלטון החוק הוא עקרון יסוד בשיטתנו המשפטית, בעוד שהכלל לפיו "מנהג מבטל הלכה" (desuetude) אינו נוהג בישראל.⁵⁸

בעקרון, אסור להתעלם מן היחס הנכון בין הרטוריקה המשפטית לבין המעשה. מידת השימוש הנכון במיתוסים המשפטיים קובעת את מעמדם בחברה. רטוריקה משפטית המשרתת ערכים או הנובעת מן העקרונות של צדק, יושר והגינות מחזקת את היסודות

54 ראה חוק זכות יוצרים, 1911; פקודת זכות יוצרים, 1924.

55 ראה סעיף 13(1) לפקודת זכות יוצרים, 1924.

56 ראה, בין היתר, ע"א 106/54 ויינשטיין נ' קדימה אגודה שיתופית להספקת מים בע"מ, פ"ד ח 1317; ע"פ 186/80 יערי נ' מ"י, פ"ד לה(1) 769; ע"א 145/80 ועקנין נ' המועצה המקומית בית שמש, פ"ד לו(1) 113; ע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גורדון, פ"ד לט(1) 113; ע"א 429/82 מ"י נ' סוהן, פ"ד מב(3) 733; ע"א 324/82 עיריית בני ברק נ' רוטברג, פ"ד מה(4) 102, 116 ואילך; נ' כהן "נוקי שביתה, הרשלנות הזדונית, הנזק הכלכלי וגם הפרת חוזה" עיוני משפט יד (תשמ"ט-תש"ן) 173; י' גלעד "על יסודותיה של עוולת הרשלנות במשפט הנזיקין הישראלי" עיוני משפט יד (תשמ"ט-תש"ן) 319.

57 על הסבירות בהקשר זה ראה, כדוגמא, ע"ע 252/86 גולדפרב נ' כלל, פ"ד מה(4) 45, 52; פעולת שקילה ואיזון של גורמיה השונים של ההחלטה - של הפרט (באשר לנורמות ההתנהגות המחייבות אותו) ושל הרשות - הנעשית על-ידי המחוקק או, לעיתים, על-ידי בית המשפט, המעצב את אמת המידה הראויה להתנהגות הביין-חברתית, תוך התחשבות ברמות התנהגות דומות המוכרות בשיטתנו.

58 ראה: ע"א 398/63 ליבוביץ נ' כץ, פ"ד יח(1) 384, 391; ד' אבן דסואטורו (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור למשפטים, הוגט לסינט האוניברסיטה העברית בירושלים, תשל"ז); ברק, לעיל הערה 25, בע' 554.

החברתיים ומונעת השרשת שחיתות מידות המתעטפת באיצטלה של נהגים חברתיים. עמידה על משמר הדין מול המציאות מחסנת במקרים אלה את המערכת המוסדית, מגבשת מסגרות וקובעת את כללי המשחק. אכיפת משפט היא סלקטיבית מטבעה והמשפט עומד על משמר הנורמות גם כאשר הציבור בחלקו מתעלם מהן (ולעיתים דווקא במקרים כאלה) וגם כאשר המסרים החברתיים אינם משדרים לכיוון הנורמות.

אולם פער בין הדין למציאות עשוי להיווצר מטעמים שונים המחייבים התייחסות אחרת מאשר הקפדה בלתי מתפשרת על אכיפת הדין והטלת כוח הדין על כורח המציאות.

כאשר המציאות מלמדת כי הרטוריקה ריקה מתוכן של ממש, מחד גיסא, אך היא נקנית במחיר של הפלייה ופגיעה בעקרונות משפטיים בסיסיים, של ודאות הדין ותום לב בביצועו, מאידך גיסא, אין הצר שווה בנזק המלך. עניין זה מודגם יפה בפסק דינו של שופט המיעוט בפרשת תורג'מן.⁵⁹

כבר ראינו לעיל, כי, לעיתים, רשויות המינהל הן שיעמדו בחזית המאבק של המציאות בדין; לעיתים תצטרף המערכת השיפוטית לחזית; בסוף תהליך השינוי עשוי המחוקק להשלים בחקיקה את המהלך שפתחו הרשויות האחרות. המחוקק עשוי גם לפתוח את המהלך ולסיימו כאשר הציבור אינו מוכן להשלים עם הנורמה והרשויות האחרות אינן נרתמות למאבק. כאשר מתערב המחוקק ומשנה את הדין, נעשים שוב הדין והמציאות אגודה אחת.

כיצד על השיטה המשפטית להגיב במקרים בהם הפער בין הדין למציאות נובע מבעיה יסודית של תובענות יתר, של יומרנות אוטופיסטית, שאינה הולמת את יכולת ההטמעה של הנורמה בציבור ואת סיגולה לציבור? סוג זה של עניינים מעלה את סוגיית הגזירות שאין הציבור יכול לעמוד בהן, בין מלכתחילה (בעת יצירת הנורמה) ובין בדיעבד (במשך הזמן שעבר לאחר יצירת הנורמה), או שאין הוא מוצא טעם לעמוד בהן, או שהוא מסרב לעמוד בהן ומבקש לסכלן או לעוקפן. במקרים אלה עשויה המציאות לכופף את ידו של המשפט.

כך מקרים של הנהגת הסדר כלכלי מחמיר או הטלת פיקוח במערכת יחסים בין פרט לפרט, שאינם מעוגנים באינטרס מרכזי של הגנת החלש או באינטרס כלכלי או חברתי מוצדק או בתקנת ציבור כלשהי, הניתנים להבנה על-ידי הציבור, הם בבחינת גזירה שאין הציבור יכול לעמוד בה.⁶⁰ דחיית הגזירה על-ידי הציבור במקרים כאלה, בדרך של התנהגות הלכה למעשה, משמשת אמת המידה הן לחוסר ההצדקה החברתי שבהסדר המשפטי והן לחוסר התועלת שבו. במקרים אלה אין הרשויות מסוגלות לאכוף את גזירתן. קול המון, במקרה זה, כקול שדי. התנהגות הציבור משמשת אמת מידה של ממש למידת התקפות הנורמטיבית, למעשה, של הנורמה שנכפתה עליו ללא הצדקה כלכלית, חברתית או מוסרית.

כך, למשל, ניצחה המציאות את הדין והכתיבה את תיקון המצב המשפטי במקרה בו הן

59 לעיל הערה 45.

60 על גזירות שאין הציבור יכול ורוצה לעמוד בהן ראה ר' גביוון שיקול דעת באכיפת חוק (תשנ"א) 60-61 והדוגמאות שם.

רשויות אכיפת החוק והן המערכת השיפוטית לא הובילו את המהלך לשינוי. בעבר נחשבה הוצאת שיק שתאריך ההוצאה הרשום בו מאוחר מיום הוצאתו בפועל (שיק דחוי) כעבירה פלילית, אם לא היה לו כיסוי ביום הוצאתו. גם אם ביום ההוצאה הנקוב בו, הוא היום המיועד לתשלום, היה כיסוי מלא לסכום השיק, לא נחשב הדבר כהגנה נגד העבירה.⁶¹ המציאות דחתה את האיטור. שיק דחוי היה אמצעי נוח, יעיל וזול לקבלת אשראי. החברה לא ראתה שום פגם מוסרי או חוסר יושר בהוצאה מוסכמת של שיק דחוי להשגת תכליות חברתיות וכלכליות לגיטימיות. למרות זאת, עד שלב מסוים אטמו אוכפי הדין את אוזניהם משמוע לקולה של המציאות. הוגשו כתבי אישום ובית המשפט או סבור היה שקצרה ידו מהושיע.⁶² הציבור דחה את הגזירה והמשיך לנהוג לפי ההגיון הכלכלי והקוד המוסרי וניצת. החוק שונה.⁶³

מקרים גבוליים, בעייתיים יותר, הם אלה בהם הנורמות נעשו להגנת אינטרסים חברתיים שונים, אך אין בהן משום הגנה על טוהר המידות, על פגיעה בגוף או בחירות או בבטחון או על אינטרסים חברתיים בעלי חשיבות מרכזית. על אלה ניתן למנות, דרך משל, העסקת מהגרים בניגוד לחוק או המנעות מתשלומי ביטוח לאומי במקרים של העסקת עובדים במשק הבית לצרכים מוגבלים (שמרטף או עזרה במשק בית), לשעות מעטות ולעיתים אף מזדמנות בלבד. נורמות אלה נועדו מלכתחילה למנוע סיוע ממהגרים בלתי חוקיים, להגן על רמה מסוימת של כוח עבודה, לאפשר פיקוח פורמלי של הרשויות על שוק העבודה ובהקשרים מסוימים גם למנוע ניצול לרעה של עובדים.

חלק גדול מן הציבור, בישראל ובמדינות שונות בעולם, אינו נוטה לשמור על נורמות אלה. הטעמים לכך הם שונים: הרציונאל העומד ביסוד הנורמות אינו נהיר תמיד לציבור או אינו מקובל עליו וכמו כן הוא מתייחס להעסקה מעין זו בתוך המשפחה כחלק ממשק הבית, כחלק מן המשפחה, או כהסדר פרטי לא פורמלי, שאינו מצדיק נקיטת צעדים פורמליים.

בהבדל מהאזנות סתר או העתקת תוכנות של מחשב, הפרת נורמות אלה אינה פוגעת, בדרך כלל, בזכויות של צדדים שלישיים והפגם החברתי אינו מסוג הפגמים שיש בהם גרימת נזק, פגיעה בבטחון לאומי או אישי או השחתת מידות. אף-על-פי-כן ישנם טעמים חברתיים המצדיקים את ההקפדה על הנורמות. חברה אינה יכולה להשלים עם מחדל בשמירת נורמות שהטעמים החברתיים העומדים בבסיסן הם כאלה.

יחד עם זאת, השאלה היא, מה התגובה הראויה על הפרתן של הנורמות. האם התביעה הכללית תעמיד עבריינים לדין? האם בית המשפט ימצה עמם את הדין והאם אי-ציות לנורמה מעין זו מן הדין שתפסול את האדם לכהונה ציבורית? בארצות-הברית עמדו שאלות אלה במרכז דיון ציבורי לאחר שנדחו מספר מינויים למשרות בכירות, בהם מינויים לתפקידים במערכת המשפטית, עקב הפרת נורמות אלה.

61 סעיף 14 לחוק לתיקון דיני העונשין (עבירות מרמה, סחיטה ועושק), תשכ"ג-1963.

62 ראה על כך אצל ה' בן-עתו "החוק, הפסיקה ומציאות החיים" ספר זוסמן (תשמ"ז) 55, 64-66.

63 חוק העונשין (תיקון מס' 10), תשמ"מ-1980.

במקרים מעין אלה יש לנקוט עמדת-ביניים לפי נסיבות העניין. תגובה סלחנית מדי מעבירה מסר שיגרור בעקבותיו ביטול למעשה של הנורמה וחילחול של תת-נורמות לתוך המבנה הנורמטיבי. תגובה חריפה מדי אינה לוקחת בחשבון את האילוצים החברתיים ואת הפרופורציונליות המהווה חלק מדרכי ההטמעה היעילות של נורמות בחברה. יש גם לאזן בין התגובות המוסדיות לבין התגובות הציבוריות. אין מתכון חד-משמעי: העיתוי של התגובה, כמו גם אופי ההפרה והרשות המגיבה, יש להם משקל בתגובה הנאותה.

השאלה המרכזית היא באיזו חברה או מעוניינים לחיות ואיזו דמות או מבקשים לשוות לחברה בה או חיים. יש מחמירים יותר ויש מקלים. בהקשר זה יש להבחין בין עניינים שונים ולשקול, בין היתר, את השיקולים הבאים: המסר החברתי, שבמרכזו הבטחת אמון הציבור במערכת השלטון, דהיינו, בין היתר, מידת הסבירות של יחס סלחני לעומת תגובה חריפה והאופן בו תפורש כל תגובה על-ידי המערכת החברתית והפוליטית: סוגי העבירות או הנהגים הפסולים בהם מדובר, איפיונם וחומרתם (למשל מידת ה"פגם המוסרי" שבמעשה ומידת הקלון שבו); סוגי התפקידים הנשקלים, מהותם, איפיונם ותכונותיהם; בין בחירה למינוי; נסיבות העניין בהן נעשה המעשה ה"נגוע" ומשקלן בנסיבות; השפעת המעשה ה"נגוע" על יכולת התפקוד.⁶³

לא בכדי "לוחות ושברי לוחות מונחות בארון".⁶⁴ הלוחות השלמים הן הנורמות. שברי הלוחות הן המציאות העגומה, שדין הוא שהלוחות יתחשבו בה.

"בקביעת ההתנהגות הראויה אין להציב אידיאלים שאינם בני השגה. סופם של אלה אינו אלא אכזבה. אין להטיל מגבלות ואיסורים לשמם בלבד... אכן, עלינו להיות מציאותיים. אך אין לזהות דרישה זו עם הורדת רמת הציפיות. להיות מציאותי אין פירושו לרדת לרמה הנמוכה ביותר. להיות מציאותי אין משמעותו ללכת לאחור נוהגי השוק. אכן ההלכה השיפוטית צריכה להדריך את ההתנהגות החברתית על-פי הרמה הראויה הניתנת להשגה."⁶⁵

ציטוט זה מפסקדינו של השופט א' ברק בפרשת י.ב.מ. ישראל בע"מ, עניינו הנורמות הראויות בסוגיית ניגוד אינטרסים. במסגרת זו דן השופט בראוי ובניתן להשגה. אכן החמרת יתר תגרור לא רק פער בלתי ניתן לגישור בין הדין למציאות, שתוצאתו עלולה להביא צביעות חברתית לגרום לשרירות מינהלית, אלא גם פגיעה בציבור שייאלץ לוותר על כישורים ועל מצוינות.

⁶³ א על מבחן הסבירות באשר לאופן השימוש בשיקול הדעת המינהלי, בהקשר למינויים לתפקידים ציבוריים או להפסקת כהונה במקרים בהם דבק במועמד פגם כלשהו, מעבר להוראות החקוקות המפורשות ומעבר לשאלת הכשירות לכהן בתפקיד, ראה את פרשת גינוסר, בג"צ 6163/92 איזנברג נ' שר הבינוי והשיכון פ"ד מז(2) 229. כן ראה בג"צ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל פ"ד מז(5) 404; בג"צ 4267/93 אמיית - אזרחים למען מינהל תקין וטוהר מידות נ' ראש ממשלת ישראל פ"ד מז(5) 441.

⁶⁴ ברכות ח ב.

⁶⁵ בג"צ 202/90 י.ב.מ. ישראל בע"מ נ' משרד המשפטים, פ"ד מה(2) 265, 273.

8. הדין ואכיפתו

התמודדות זו בין הדין למציאות מביאה אותנו אל היחס בין הדין לבין אופן אכיפתו והיקפה בנסיבות שונות. פער בין דין הספר לבין מידת הגשמתו במציאות הוא תופעה מורכבת. פער זה מייצג יחס מיוחד בין הדין למציאות. התופעה היא רבת פנים והיא מצדיקה דיון יסודי ושיטתי.

אפשרות אחת, עליה רמזנו במהלך הדיון, יסודה בהצבתו מלכתחילה של הרף המוסרי, המשתקף בנורמה, גבוה מדי כדי לשרת תכלית חינוכית, אך מבלי להתכוון להטיל עונש על מפריה. במקרה זה אכיפת הדין אינה עיקרה של הנורמה. בדין העברי בן סורר ומורה "לא היה ולא עתיד להיות, ולמה נכתב דרוש וקבל שכר".⁶⁶ דין זה חל גם על עיר הנדחת.⁶⁷ בעניין אחר נאמר הלכתא למשיחא⁶⁸ (ההלכה תחול רק לעתיד לבוא). רוצה לומר, דינים אלה מהווים מקדם חינוכי גבוה, אידיאל חינוכי. רף ההתנהגות הנתבעת מוצב גבוה בשני מובנים. ראשית, רמת ההתנהגות המגולמת בנורמה היא גבוהה מכדי שניתן לקיימה. שנית, התנאים המוצבים להפרת הנורמה, הן מבחינה מהותית והן מבחינה ראייתית,⁶⁹ ולהענשת פורקי העול, הם קשים ומחמירים. למעשה הם נועדו למנוע הן את אפשרות הוכחתה של הפרת הנורמה והן את יכולת אכיפתה של הנורמה. המשפט משדר שדרים שונים, אך במסרים השונים אין מוסר כפול או מסרים כפולים. המטרה היא אחת. השגתה עוברת דרך פתלתלה במקצת.

אפשרות אחרת, מרכזית יותר, הינה, כי דרכים שונות של התמודדות הדין עם המציאות, במישור יחסי הגומלין שבינו לבין אכיפתו, עשויות להביא ליצירת דין-למעשה. דין-למעשה זה עשוי אף להגיע כדי ביטול הדין בדרך של חקיקה שיפוטית או בדרך של שיתוף פעולה מערכתי, בין רשויות שונות, הקובע מציאות של "הלכה ואין מורין כן".⁷⁰ כאמור, מוצאת לה המציאות מסילות שונות אל הדין והדין מפלס לה למציאות את דרכה. נעסוק במספר מקרים מעין אלה, מן הקל אל הכבד:

ראשית, במקרים לא מעטים, הפער עשוי להיווצר כאשר הטלת הדין על המציאות הנוהגת אינה עולה יפה. הנסיון של הדין האמריקני לשרש עישון סמים קלים, מריחואנה, ולהפכו להתנהגות תת-נורמטיבית, לא צלח, כנראה, בידו. לעומת זאת, המאבק נגד נהיגה תוך שכרות הניב בארצות-הברית תוצאות טובות יותר. בכל אחד משני המקרים

66 סנהדרין עא א.

67 סנהדרין, שם, שם.

68 סנהדרין נא ב.

69 על התנאים הקשים והבלתי מציאותיים, הנדרשים כדי שפלוגי ייחשב כבן סורר ומורה וכדי שעיר פלוגית תחשב כעיר הנדחת, וכן על דיני הראיות המחמירים, ראה סנהדרין, שם, שם.

70 על סוגייה זו באופן כללי, ראה אבן, לעיל הערה 58, בע' 49-72; שטרית, לעיל הערה 48, בע' 404-407.

ההתנהגות הייתה נפוצה. לעומת זאת, נתנה אכיפת הדין על המציאות תוצאות שונות בכל אחד משני המקרים.⁷¹

הכרה כי תופעה המשתקפת במעשה האסור עלי ספר אינה יכולה להעלם באמצעות ההסדר המשפטי מגבילה את מידת האכיפה ואת עוצמתה. כך, למשל, הנסיון לאסור על הזנות או על סוג מסוים של תופעות כאלה נכשל.⁷² כל עוד יתקיים ביקוש, וכנראה שלכך אין גבול, התופעה תתקיים. בהקשרים רבים משלימה החברה עם התופעה בהיותה משרתת תכליות מסוימות. האיסורים באים לקבוע את ההסתייגות מן המעשה ואת הגישה השלילית שהחברה מייחסת לתופעה זו. אולם במקום מאבק מאסף סיוזיפי היה נכון להשקיע מאמץ בחינוך, בשיקום חברתי, בצמצום מימדי התופעה עד כמה שניתן ובמציאת פתרונות חוקיים לתופעות הלוואי המגונות או המסוכנות בשולי התופעה. אולם כאן ידה של הרטוריקה על העליונה, המיתוס השמרני נקנה במחיר של הגדלת מצוקות ואולי אף בחיי אדם. במקרה זה נצחון הדין על המציאות הוא נצחון פירוס.

שנית, כבר אמרנו, כי הקפדה על נורמות, כולל נהלים, שהן בגדרים שונים של הגנה על ערכים ואינטרסים של היחיד והחברה, מתחייבת גם כאשר הציבור מתייחס בסלחנות אל מפריהן. לעומת זאת, ניתן להעניק יחס שונה לנוהגים ולנהלים עלי ספר, שתכליתם הסדר תחום מסוים באורח שוויוני, קביעת כללי משחק הגיוניים ואחידים, ואין היא בגדר של מאבק בפסול או במושחת. אם נהלים אלה אינם נאכפים ותחתם בא נוהל-למעשה אחר, שהשתרש בחברה, אין לעמוד על משמר הנוהל הכתוב. כך, למשל, נוהג שהתקיים בפועל באוניברסיטה במשך שנים ארוכות מחייב את רשויותיה למרות שאין הוא עולה בקנה אחד עם ההסדרים הפורמליים.⁷³ במקרה זה דווקא ההמנעות מאכיפת הנוהל-למעשה עלולה לגרום עיוות דין, באשר היא פוגעת בציפיות סבירות, בעקרון השוויון ובוודאות ההסדר.

שלישית, לעיתים דרכי הנהגה בפועל יוצרים פער גלוי ורחב מימדים בין דין למציאות. התגובה לפער זה עשויה להיות המנעות בפועל מן השימוש בחוק.⁷⁴ המנעות זו אינה מוצהרת וגלויה, אלא נעשית בדרך של פרשנות. במה דברים אמורים, באותם נהגים חברתיים וכלכליים, שמלכתחילה אינם עולים בקנה אחד עם הוראות הנורמה הכתובה, ורשויות האכיפה או הפסיקה נוהגות עמן בסלחנות ואינן אוכפות את עולן של הנורמות על הציבור.

כך, למשל, נהגו בתי-המשפט בעבר בפרשנות מקלה (צרה ומצומצמת) של האיסור

F.E. Zimering "Legal Perspectives on Family Violence" 75 Cal. L. R. (1987) 521, 71
538; J. Kaplan *The New Prohibition* (1972) 47; Jacobs & Strossen "Mass
Investigations Without Individualized Suspicion: A Constitutional and Policy
Critique of Drunk Driving Roadblocks" 18 U. C. Davis L. R. (1985) 595

ראה בן-עתו, לעיל הערה 62.

ע"א 667/89 אוניברסיטת תל-אביב נ' שני, פ"ד מו(3) 316, 321. הדרכים המשפטיות של
מניעות וסמכות נחזית מחזקות את עקרון ההסתמכות על נוהג המגבש נוהל.

אבן, לעיל הערה 58, מע' 49 ואילך.

לקבלת דמי מפתח בסעיף 7 לפקודת הגבלת שכר דירה (דירות), 1940.⁷⁵ הציבור נהג תוך התעלמות גמורה מן האיסור, באשר המציאות הכלכלית והחברתית לא הכירה בו, למעשה. תגובת בית המשפט הלמה את כוחות השוק, דהיינו הלכה בעקבות מציאות החיים, ולא תאמה את דין הספר. בית המשפט נמנע מניהול מאבק להשלטת הנורמה בקרב הציבור. הוא נקט מדיניות הפוכה וצעד בדרך פרשנית, שהלמה את הנוהג הלא-נורמטיבי שהשתרש בחברה.⁷⁶ בסופו של דבר, ניצחה המציאות הכלכלית והחברתית את הדין והוא שונה על-ידי המחוקק תוך הכרה במציאות. בית המשפט הוא שפילס את הדרך למחוקק.

רביעית, תגובה דומה של המנועות בפועל מן השימוש בחוק עשויה להתקיים גם בדפוס אחר של מקרים, בהם נוצר הסדר פיקטיבי⁷⁷ (להלכה או למעשה) או הסדר של העלמת עין מכוונת לשם השגת תכליות מסוימות. מטרתם של הסדרים אלה היא לשמור על מסגרות מסוימות או למנוע היווצרות תקדימים מסוימים, מחד גיסא, ויחד עם זאת, להשיג תוצאה מסוימת של שינוי המצב, מאידך גיסא.

הסדרים מקובלים מסוג זה רווחים, למשל, בתחום יחסי העבודה. תוספות שכר ניתנות ותנאי עבודה נקבעים תחת שמות שונים, בדויים בדרך כלל, כדי לעקוף מכשולים שונים. חברה שבה מקבל עובד את שכרו באמצעות כינויים פיקטיביים שונים, כגון "הוצאות רכב" או "קרן השתלמות", גורמת להשלטת אוירת "כאילו", בלשון מערכונם של הגשמים "ישראל-בלוף". עובד, שהתוספות השונות לשכרו נחשבות בעיני מעבידיו ובעיני הציבור הרחב כחלק בלתי נפרד משכרו, טבעי הוא שיבקש לנצל תוספות אלה ולהוציאן מן הכוח אל הפועל. לשם כך עליו להשתמש באמצעים המכונים בפי העם "שקר מוסכם" ולהגיש דו"חות "כאילו" או בקשות "כאילו". אלא ש"שקר מוסכם" זה הוא, לעיתים, בשפה משפטית של ספר החוקים: מרמה, השגת דבר בטענות שווא, זיוף או מעילה באמון. אוירת "כאילו" יוצרת טשטוש מסוכן בין גבול המותר לזה האסור ולא רק בתחום הצר של הסדרי העבודה. אולם מה יעשה העובד ולא יחטא? על כגון דא ניתן לומר: "לא עכברא גנב חורא גנב":

"אלה המייצרים חדשות לבקרים שמות ותארים לתוספות שכר, שאין ביניהם לבין מה שהם מייצגים במציאות ולא כלום, תורמים ללא ספק להיווצרותן של סברות מעוותות."⁷⁸

האם אפשר במקרים אלה להפטיר ברטוריקה של ייקוב הדין את ההר? האם ניתן להעמיד את העובד לדין על עבירות אלה ומה יעשה בית המשפט משיוגש לפניו כתב אישום מעין זה? אפשר וראוי לגנות את התופעה ולנקוט באמצעים כדי לעקור אותה

75 ע"ר תוספת א, (ע) 230.

76 בעניין זה ראה שטרית, לעיל הערה 48, בע' 385.

77 על הפיקציה במשפט ותפקידה, ראה (Stanford, 1967) *L.L. Fuller Legal Fictions*. על הפיקציה כמגשרת בין אמצעים למטרות במשפט, ראה פ' שיפמן "אמצעים, מטרות ומסרים" משפטים כב (תשנ"ג) 19, 23.

78 בג"צ 665/79 וינוגרד נ' י"מ, פ"ד לד(2) 634, 640 (להלן: בג"צ וינוגרד).

משורש, אך האם ראוי להעמיד לדין את החוליה החלשה דווקא, את מי שנדחף, בדלית ברירה כדי להיטיב את שכרו ב"דרך המקובלת", לשתף פעולה עם כללי המשחק שמקום העבודה העמיד לפניו בפועל?

בהקשר זה יש לערוך מספר הבחנות:

(1) ראשית, יש הבדל בין הרשות המינהלית האוכפת לבין בית-המשפט. הרשות האוכפת רשאית לקחת בחשבון את המציאות "המוסכמת" ולהתחשב בה. היועץ המשפטי לממשלה רשאי להפעיל את שיקול דעתו ולהימנע מהעמדה לדין. בית-המשפט, לעומת זאת, תפקידו הוא להסדיר התנהגות באמצעים השיפוטיים שהוענקו לו למטרה זו. אין הוא יכול לגלות הבנה או סלחנות לתופעה מגונה. הוא יכול להביע את מורת רוחו מן ההסדר הקיבוצי על-ידי ענישה מתחשבת ולתלות את האחריות הכוללת בראשם של הממונים ולא בראש העובד, העברייני-בעל-כורחו. אולם בית-המשפט לעניין זה אינו אח לצרה, שתפקידו להבין. הוא מטיל סנקציות ומשליט נורמות. במקום שרשות מינהלית אוכפת חוק יכולה לעצום עין או לגלות סלחנות, ואף מצפים ממנה לנהוג כך, אין בית-המשפט יכול לגלות אותה מידה של סלחנות.

בפרשה אחת, שהתגלגלה לבית-המשפט הגבוה לצדק,⁷⁹ נמנע היועץ המשפטי מלהעמיד לדין עובדים על מילוי דו"חות נסיעה כוזבים לשם קבלת דמי נסיעה ברכב במסגרת הטבות שכר. פסק-דינו של בג"צ מגלה יחס אמביוולנטי של כל שלושת השופטים, בניואנסים שונים. בצד גינוי חריף של התופעה והעמדת המעשה באורו המשפטי החמור סומך, למעשה, בית-המשפט את ידו על ההחלטה שלא להעמיד את העובדים לדין. בית-המשפט משתמש אמנם בהלכה, שרווחה באותם ימים, בדבר ההתערבות המוגבלת בשיקול דעתו של היועץ המשפטי ואף נסמך על הטיעונים הראייתיים-פורמליסטיים, בהם נומקה החלטת היועץ המשפטי. אולם בהערות אגב אורחא מפי השופטים ניתן לשמוע גם קולות נוספים. בין השיטין של פסק-הדין עולה, מדברי בית-המשפט, הפרדה בין גינוי עקרוני לתופעה לבין המנעות מהטלת סנקציה על היחיד שסרח בתוך גבולות התופעה המקובלת. למעשה, הכל מעדיפים שהיועץ המשפטי יוציא, במקרה זה, למערכת המשפטית את הערמונים מן האש:

"עם כל סלידתי מהמעשה האמור, לא הייתי יכול לומר שיועץ משפטי נוהג שלא בתום לב, כשהוא מתחשב במציאות מסוימת הקיימת בתחום מסוים... כאשר ציבור מסוים (ובפרט ציבור של בני אדם הנחשבים בדרך כלל כבני אדם מסורים וחיוביים) סוטה בהתנהגותו מהדפוסים הקבועים בחוק או בכללי המוסר, מתעוררות לפנינו שאלות קשות, אך... זוהי הפררוגטיבה של היועץ המשפטי... המדיניות שהוא קובע לעצמו וההנחיות המנחות אותו, עניין הן שאין בית-המשפט מתערב בקביעתן..."⁸⁰

"על-פי מה ששמענו בדיון הנוכחי ובמציאות כפי שנתגלתה, נראה לי כי ההיגינה הציבורית מחייבת בחינה מחודשת של העניין כולו, משום שאין מתקינין תקנות

79 בג"צ וינוגרד, שם.

80 בג"צ וינוגרד, שם, בע' 639, מפי השופט ויתקון.

שאין הציבור יכול לעמוד בהן. נוכחנו לראות כאן כי גם בארזים נפלה השלֵהבת, ומה יהא על אזובי הקיר.⁸¹

המערכת יצרה דין-למעשה ולא יהיה זה מן הצדק להלחין למציאות זו את תוויו הנוקשים של הדין. העמדה לדין במקרה זה הייתה עשויה להיראות כהעמדת פנים של המערכת המשפטית. היא עצמה הייתה גורמת להכרת פנים במשפט. בעיני הציבור היה שכר הדין יוצא בהפסדו. המיתוס היה הופך לפאתוס מלאכותי. הדין היה נראה צבוע, שרירותי, מפלה ובלתי הוגן. הסלקטיביות הייתה עלולה לשמש פתח לניצול לרעה מתוך שרירות. על כגון אלה נאמר "אל תהי צדיק הרבה" ובמקרים קשים יותר גם "טול קורה מבין עיניך".

בהנמקות מעין אלה השתמש השופט מ' חשין בדעת המיעוט שלו בפרשת תורג'מן.⁸² בנמקו את הענישה המקלה הסתמך השופט על המציאות-יוצרת-דין ועל הדין-למעשה, שיצרה המשטרה באופן אכיפתה את החוק האוסר סרסרות לזנות על מכוני עיסוי.

(2) שנית, גם היועץ המשפטי, כמו מוסדות אכיפה מינהליים אחרים, אחראי על השלטת שלטון החוק. העמדת העובדים לדין בנסיבות אלה תגרום עיוות דין, אולם שימוש גלוי בטעם של "נורמה חברתית מקובלת" יטהר את השרץ ויפתח פתח מסוכן למניפולציות בדין הפלילי. כך נוצרת פיקציה נוספת, נסותרת מעין הציבור. באותם סקרים בודדים בהם תוגש תלונה נגד עובד תושג התוצאה של אי-ההעמדה לדין בדרך עקיפין, באמצעות הזקקות לטענות של כמות ראיות בלתי מספקת וכיוצא באלה. אכן כך נומקה החלטת היועץ המשפטי, שלא להעמיד לדין את העובדים, בבג"צ וינוגרד. באופן זה, לא מקבלת התופעה לגיטימציה מצד היועץ המשפטי, מצד אחד, ומושגת התוצאה של אי העמדת העובד לדין, מצד שני. פיקציה אחת מולידה פיקציה נוספת וכך נשמר האיוון בין הדין לבין המציאות.

(3) שלישית, גם בכגון אלה יש להקפיד על שמירת הגבול. יש "מקובל" ויש ניצול לרעה. יש מי שנוהג בדרך הכל ויש מי שמפליא לעשות, מהדר בשימוש הפיקטיבי ומרחיק לכת ביציאה מגבולות הדין. עושי אלה אל יהנו מהעלמת העין למעשה. על אלה יוחל כוח הדין. אלה לא זו בלבד שהם חוצים את הגבול, סופם שהם פוגעים בציבור כולו.

מתורה למעשה. הואיל ולא ניתן ביטוי נורמטיבי פורמלי לכך קיים כוח להוציא לפועל את הוראות הדין, אולם בחיי יום-יום אין נוהגים על פיהן. הדבר נעשה, למשל, כאשר קיים פער בין הוראות החוק הפלילי לבין השקפת העולם של חלק ניכר מבני הציבור לגבי העדר פגם מוסרי-חברתי שבהתנהגות נשוא העבירה.

דוגמא מאלפת לכך משתקפת בהסדר שנהג בעבר בעבירות מוסר בין בגירים בהסכמה.⁸³ החוק הפלילי עד לפני מספר שנים קבע, כי קיום יחסי מין בין בני אותו מין

81 בג"צ וינוגרד, שם, בע' 644, מפי השופט בייסקי.

82 לעיל הערה 45.

83 על עניין זה, כמו גם על הקשרו הרחב יותר במסגרת יחסי הגומלין שבין הדין המהותי לאכיפתו, במיוחד כאשר עצם ההצדקה לקיום העבירה שנויה במחלוקת ציבורית, ראה

גביוון, לעיל הערה 60, בע' 60-62, 115, 120-122, 156-158.

כמו גם קיום יחסי סדום בין גבר לאשה מהווים עבירה פלילית.⁸⁴ במסגרת שיקול הדעת המוקנה לו בהעמדת עבריינים לדין הינחה היועץ המשפטי לממשלה את המשטרה שלא לחקור ואת התביעה הכללית שלא להגיש כתבי אישום על הפרת הוראות חוק אלה, כאשר היחסים הן בין בגירים מסכימים במקום פרטי.⁸⁵ העבירות נמחקו, למעשה, מספר החוקים. עמדה זו הייתה פשרה באמצעותה באו הכל על סיפוקם. היסוד השמרני הסתפק ברטוריקה הנורמטיבית, באידיאולוגיה עלי ספר. היסוד הליברלי השלים עם המציאות המשפטית הנוהגת הלכה למעשה. פשרה זו החזיקה מעמד כחצי יובל שנים. המעניין הוא, כי במהלך השנים נכשלו הנסיונות לתקן את החוק ולהתאימו למציאות הנוהגת ולמציאות המשפטית בפועל.⁸⁶ רק בשנת 1988 תוקן החוק ועבירות אלה בוטלו ונמחקו גם מן הספר.⁸⁷

כאן נעשה הליך הסיגול וההתאמה של הדין למציאות על-ידי רשויות אכיפת החוק המינהליות. הן אלה שהיתוו, בסופו של דבר, את הדרך למחוקק. במקרים אלה רואה עצמו המשפט הישראלי במצב של "עת לעשות... הפרו תורתך".⁸⁸ בחלק הארי מן ההסדרים, שהובאו לעיל, אנו נוכחים לדעת, כי נצחונה של המציאות הוא חלק מתופעה בריאה של דיאלוג מחויב המציאות בין החברה ומוסדותיה לבין הנורמות העומדות בבסיסה או המשמשות אותה בהסדרים שונים. גישור פערים נעשה יום-יום ושעה שעה בדרכים שונות. רביעית, יתכנו מקרים בהם אכיפת הדין קשה משום שאוכלוסיית היעד המיוחדת אינה

- 84 סעיף 351 לחוק העונשין, תשל"ז-1977, כנוסחו לפני השינוי.
- 85 הנחיה 50.407 מיום 1.5.71 וכן הנחיה 50.049 מיום 1.1.72. ההנחיה בעניין יחסי מין בין בני אותו מין שיקפה את עמדתו הרשמית של היועץ המשפטי מאז שנת 1956 (ראה גביוון, לעיל הערה 60, בע' 156). הנחיות דומות ניתנו לגבי עבירות של נסיון התאבדות, הפלות מלאכותיות ובעילה אסורה של קטינה, כאשר זו נעשתה בהסכמה במסגרת יחסי רעות ללא ניצול והפרש הגילים בין החשוד לבין הקטינה לא עלה על שנתיים. ראה א' רובינשטיין המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (מהדורה רביעית מורחבת, תשנ"א) 264.
- על המחלוקת בעניין הלגיטימיות של השימוש באמצעי זה לסגירת הפער בין דין הספר למציאות החיים, ראה גביוון, לעיל הערה 60, בע' 156-157; רובינשטיין, שם, בע' 263-264; א' רובינשטיין אכיפת מוסר בחברה מתירנית (תשל"ה) 18-21; R. Yaron "Laws Disregarded" 6 *Isr. L. R.* (1971) 188.
- 86 ראה על כך, גביוון, לעיל הערה 60, בע' 157-158.
- 87 חוק העונשין (תיקון מס' 22), התשמ"ח-1988.
- 88 על הפסוק "עת לעשות לה' הפרו תורתך" ראה ברכות סג א; יומא סט א; תמורה יד ב; גיטין ס א; תמיד כז ב. על משמעותו בהקשר החילוני, ראה א' ויתקון "גבולות הכוח המשפטי" משפט ושיפוט (תשמ"ח) 217, 218: "במקרים לא מעטים דעתנו נוחה דווקא מאי-הפעלת החוק". הדוגמאות המובאות על-ידו הן הימנעות מהגשת תביעות על משכב זכר, כאשר הדבר היה עדיין בגדר עבירה על חוק העונשין, או במקרים של הפסקת הריון.

מוכנה לאמץ את הדין או רואה בו התערבות באורחות חייה ללא הצדקה. במקרה זה על החברה להכריע בשאלה אם בכוונתה להניח למציאות לשלוט או לכוף את ידה של המציאות ולהשליט עליה את הנורמות בעל כורחה.

לעיתים, חלק מן הציבור לא הגיע עדיין לרמה התרבותית שהמשפט מגלם. המשפט משליט במקרים מסוימים ערכים וכללי התנהגות המחייבים חינוך, ידע, סתגלות אישית וחברתית ומסורת תרבותית, שאינם רווחים בקרב חלק מן האוכלוסייה.

כך אנו נתקלים בתחומי חיים שונים, בהם מנסה המשפט הישראלי להשליט נורמות התנהגות אחידות ולשרש נוהגים רווחים. נורמות אלה נתקלות בהתנגדות מצד קבוצות שונות באוכלוסייה. בית המשפט, המיישם את הנורמות ואמור לאוכפן, מציין את התופעה במטרה להתמודד עמה. פעמים רמת הענישה משקפת את הצורך לשרש תופעה רווחת שקנתה לה שבייתה בציבור או בקהילה מסוימת.

ניתן להדגים תופעה זו בשתי קבוצות של הסדרים משפטיים. הסוג הראשון נוגע לאורחות חיים קהילתיים ועדתיים, כגון: גיל נישואין,⁸⁹ ביגמיה,⁹⁰ חילול כבוד המשפחה⁹¹ וכיוצא באלה. הסוג השני נוגע להשתרשות נוהגים תרבותיים, שמקורם בצורך להסתדר ולהתקיים בתנאי מצוקה או במציאות עוינת. לסוג זה ניתן לשייך את דיני התכנון והבנייה⁹² ואת דיני הפיקוח על מטבע-חוץ, על מחירים וכיוצא באלה.

9. דין ומציאות – מצבים פתולוגיים

לא אוכל לסיים פרק זה בלי להתייחס לשלושה מצבים פתולוגיים בהם מכופפת המציאות את ידו של הדין שלא בטובת האינטרסים שמן הראוי להגן עליהם. במקרה זה כופה עצמו כורח המציאות על הדין שלא בטובת החברה.

במקרה הראשון, עשוי הפער בין דין למציאות אכיפתו לנבוע ממגבלה פרגמטית, שאין מקורה בהתנגשות עקרונית או אידיאולוגית ואין היא נובעת מפער ענייני בין הדין למציאות. אכיפה עשויה שלא להיות אפשרית עקב העדר משאבים ומתוך הכרה כי השקעת

89 חוק גיל נישואין, תש"י-1950; ע"פ 353/62 אלפגיר נ' י"מ, פ"ד יח(4) 200, 217; ע"א 501/81 י"מ נ' פלוגית, פ"ד לה(4) 430.

90 סעיפים 175-180 לחוק העונשין, תשל"ז-1977; ע"פ 112/50 יוסיפוף נ' י"מ, פ"ד ה 481; ע"פ 596/73 מחמיד נ' מ"י, פ"ד כח(1) 773; ע"פ 203/76 מ"י נ' נאשף, פ"ד לא(1) 189; ע"פ 392/80 מ"י נ' הלוי, פ"ד לה(2) 698; ע"פ 185/82 גודה נ' מ"י, פ"ד לז(1) 85.

91 ע"פ 308/65 סעדי נ' י"מ, פ"ד יט(4) 175; ע"פ 563/79 האדי נ' מ"י, פ"ד לד(2) 618.

92 הלכת רובינשטיין, לעיל הערה 52, בע' 141א: אף שניתן להבין את מצוקתה של העותרת ואף אם נכנסה היא למיצר בעקבות נוהג בעבר או עמדה מקובלת של מי שהתיימר לייצג בכגון דא מטעם המשיבות (הגדלת אחוזי בנייה באמצעות שיטת חישוב מסוימת המנוגדת לחוק - אר"צ) קצרה ידו של בית המשפט מלהגיש לה את הסעד המבוקש שיהא נוגד את החוק.

המשאבים באכיפת הדין אינה עומדת בשום יחס לסיכויי האכיפה ולחומרתה של התופעה. כאן כניעת הדין לפני המציאות נובעת ממגבלות המציאות. כך, למשל, הוחלט בשלב מסוים, על רקע מימדי התופעה וחוסר יכולת אכיפה, שלא להעמיד לדין מי שמשך שיקים ללא כיסוי באופן מזדמן.⁹³

דוגמא בעלת אופי אחר מתייחסת לחוקים שמן הראוי היה לאוכפם בכל חומרתם. לאלה ניתן לשייך את חוקי התנועה, כמו גם את דיני איכות הסביבה. אולם סדרי העדיפויות התקציביים משאירים את אמצעי האכיפה להודנב מאחורי דברי חקיקה אלה ולהניחם במקרים רבים להסדם של ארגונים וולונטריים או של מתנדבים פרטיים. ללא אמצעי אכיפה בעלי משמעות הופך חלק מחוקים אלה לאות מתה.

במקרה השני, תלוי הכשלון באכיפת החוק בקולרה של החברה המתקשה ליישם את הנורמות על המציאות הנתונה. זו אחת התופעות הקשות של החברה הישראלית. הפער בין הדין למציאות נובע מתת-נורמות שהשתרשו בחברה הישראלית והפכו להיות מקובלות על חלק מן הציבור. בין שהדבר נובע מתוך אטימות, בין מתוך שחיתות ובין מתוך אידיאולוגיה "שבטית" של מרכזי-כוח (קליקות) הרואות עצמן חופשיות מן הדין ומבקשות לכפות על המציאות את הערכים שלהן או להשלים עם הפרת הדין בשל האידיאולוגיה האמורה. על הטעמים לתופעה קשה זו עמדתי במקום אחר.⁹⁴ הצבעתי שם על גורמים רבים לתופעה זו. החל מקו מדומה שנמתח על בסיס מורשת המדינה שבדרך ועד למסרים הכפולים, שמוסרת החברה ובמקרים מסוימים גם הנהגת המדינה, המחבלים ביכולת ההטמעה וממילא ביכולת האכיפה של נורמות. תופעות אלה ואחרות כמותן יוצרות אצל ציבור ניכר של ישראלים, איוו "קריצת עין" לגבי כל מוסד המשפט ביחסו אל המציאות.⁹⁵

במקרה השלישי, תכפה המציאות את עצמה על הדין, בעל כורחו, כאשר גורם הזמן הוא קריטי, מחד גיסא, והשמירה על הסטטוס קוו, ההמשכיות, היא אחד האינטרסים המוגנים המרכזיים, מאידך גיסא. במקרים רבים מדובר בדיני נפשות. אדגים בסוגייה נקודתית, אך מאפיינת. ילד הוצא מהוריו הטבעיים לאימוץ בהסכמתם. כעבור יומיים הם החליטו להנשא ושינו את דעתם. כל המוסדות בשיטה, בין אלה המקצועיים ובין אלה השיפוטיים, פעלו באיטיות והניחו לזמן להכתיב את התוצאה. הילד נשאר אצל המאמצים

93 ראה גביוון, לעיל הערה 60, בע' 163.

94 ראה לעיל הערה 3, בע' 709-715.

95 על מערכות השיפוט והמשפט השונות החלות על תושבים שונים של השטחים המוחזקים ועל משמעות התופעה מבחינה משפטית וערכית ומבחינת השפעתה על שלטון החוק ויכולת אכיפתו, ראה א' רובינשטיין "מעמד המשנה של השטחים": מפקדון מוחזק ליצור כלאיים משפטי" עיוני משפט יא (תשמ"ז) 439, ראה במיוחד ע' 448-450, 455-456 "כך הולך ונוצר בשטחים משפט מיוחד - משפט המובלעות היהודיות - השם לאל את רעיון התחולה הטריטוריאלית של דיני החוקה הלוחמתית", שם, בע' 450; א' רובינשטיין "ישראל והשטחים: סמכויות השיפוט" עיוני משפט יד (תשמ"ט) 415, ראה המסקנה בע' 456-457.

למרות שבית המשפט קבע במפורש, תוך הטחת ביקורת נוקבת, שאילו הכל היה מתנהל בטווח זמן ראוי ונכון היה הילד מותר להוריו הטבעיים, שהם בעלי מסוגלות הורית ראויה.⁹⁶

כאן הכתיבה המציאות את התוצאה. הדין פעל לפי תכתיב המציאות כדי להקטין את הנזק, אולם גישור הפער שנפתח בין הדין למציאות לא מנע עיוות דין. הרשויות שנתנו למצב זה להתפתח חייבים להטמיע את האתוס שהזמן הוא חלק מן הדין, שהדין מחייב אותם לפעול במהירות ולמנוע את המציאות להכתיב את התוצאה.

10. דין ועקיפתו

הפער בין הדין לאכיפתו, דהיינו, בין הדין למציאות, עשוי לבוע מטעם אחר, עקרוני ואידיאולוגי. ישנם מצבים בהם אין החברה מעוניינת באכיפת החוק (חוקים הקרויים חוקים דתיים, למשל, או חוקים האוכפים מוסר), בין משום שהם משקפים אידיאולוגיה או ערכים שהחברה אינה חפצה ביקרם ובין משום שהם משקפים תפיסה אחרת על מידת אכיפת מוסר באמצעות נורמות משפטיות.

גם עניין זה מעורר את סוגיית סגירת הפערים. במסגרת יישומו של הדין במציאות מסוימת או בנסיבות אינדיבידואליות שונות עושי להיפתח פער עקרוני, ולעיתים אף מרחיק לכת, בין דין הספר לדין החיים.

הרבה טעמים לכך שהסדר משפטי נשאר עלי ספר ואינו מיושם במציאות. על חלק מהם עמדנו לעיל. יתכן גם תהליך הדרגתי של כרסום בנורמות, שלא חדר עדיין לתודעה הממסדית, או תהליך אחר שאין הנורמה מצליחה להדביק את המציאות.

אולם יתכן בהחלט גם הסבר אחר. לעיתים, הכרעות אידיאולוגיות מרכזיות אינן בשלות להכרעה והתשובות המשפטיות הן פרגמטיות וספורדיות והן פרי הפשרה בין העקרון לתוצאה. במקרים אלה עוקפת המערכת המשפטית את ההכרעה האידיאולוגית. היא נותנת תשובה פרגמטית עמה ניתן לחיות בלי להזקק להכרעה במאבק התרבותי שלא תמיד המשפט מסוגל להכריעו ולא תמיד הוא המוסד המתאים לעשותו.

לעיתים, אין בכוחם של המוסדות הסמכותיים בחברה להשלים את ההליך הפורמלי, המחייב שינוי אידיאולוגי או הכרה סימבולית. הפתרון הוא פשרה בין דין הספר לבין המציאות. ההסדר המשפטי ממשיך להיות מונצה עלי ספר. בכך הוא מספק במידת מה את הגורם השמרני בחברה, אולם במציאות ההסדר עלי ספר הוא הלכה ואין מורין כן. בכך הוא מספק במידת מה את הגורם הדינמי בחברה. הפשרה בין הדין לבין המציאות היא פשרה שבין העקרון לבין יישומו בפועל, פשרה שבין ההשלמה עם המציאות לבין הענקת לגיטימציה לשינוי, פשרה בין האידיאולוגיה לבין התוצאות הלכה למעשה.

בסוגיית עבירות המוסר בין בגירים מסכימים ראינו כיצד פער בין היסוד השמרני

96 ע"א 546/89 פלוניס נ' י"מ, פ"ד מה(1) 185.

בחברה לבין היסוד הליברלי הכתיב סגירת פערים באמצעות פשרה בין שימור הדין עלי ספר לבין המנועות מאכיפתו.⁹⁷

דוגמה זו של פשרה בין הדין לחיים בעבירות מוסר לא על עצמה בלבד ללמד היא יצאה. היא מלמדת על תופעה רחבה יותר של חתירה להשלמה בין ההשקפה האידיאולוגית וההתנהגות הרווחת בציבור לבין הדין הנוהג. במהלך הדרך נוצרים תהליכים הדרגתיים של סגירת פערים ברמות שונות ובכיוונים שונים. נוצר תהליך הדרגתי של סגירת פערים באמצעי חקיקה ישירים או עקיפים ובאמצעי פסיקה עקיפה.⁹⁸

כך ניתן לאפיין את המצב המשפטי בתחומים שונים של דיני המשפחה בישראל. יכולת השינוי הישירה בדרך החקיקה מוגבלת עקב אילוצים שונים, בין השאר גם פוליטיים. המסגרות החברתיות והפוליטיות אינן אוצרות די כח כדי להביא תמורה ישירה במצב המשפטי. במקביל, הפער בין הנורמות לבין ההצדקה החברתית שלהן וההתנהגות בפועל של רוב הציבור ממשיך להתקיים ואף הולך ומתרחב.

במצב כזה הולך ומתפתח בשיטה המשפטית, בעיקר באולמות בית המשפט, הסדר משפטי הרחק מן המסדרונות הפוליטיים, מעבר להישג ידם של ההסדרים הקואליציוניים ומחוץ לטווח האור של זרקורי הכנסת. ההסדר חותר להשגת פשרה בין הנורמות הקיימות, הדין הכתוב, לבין המציאות הרווחת הזוכה גם ללגיטימציה חברתית.⁹⁹

פשרה זו מקרבת את האידיאולוגיה והמציאות היום-יומית לדין הנוהג. אולם בד בבד עם סגירת הפערים האמורה וכחלק בלתי נפרד מן התהליך האמור נוצר מחדש מרחק בעל אופי שונה בין דין הספר לדין החיים.¹⁰⁰ דין הספר אינו משתנה. הוא נשאר במתכונתו הראשונית. בכך יוצאת הגישה השמרנית ידי חובתה הפורמלית. הדין הנוהג משתנה באופן חלקי ובאופן הדרגתי. בכך מקבלת הגישה החדשה את סיפוקה החלקי. שתי הגישות יוצאות וחצי תאוותן בידן. אולם ההכרח בל יגונה.

"פשרה המבוססת על דואליות משפטית (דין הספר ודין החיים) נמשכת וחיבת להמשך כל עוד בידי העמדה השמרנית מתרכז כוח המאפשר לה למנוע מן העמדה הליברלית למצוא ביטוי מפורש בחוק."¹⁰¹

כבר ראינו כי פער בין הדין לאכיפתו עשוי לסמן משבר חברתי שעניינו מצוקת הדין או חולשתו. מאידך גיסא, עשוי גם פער בין הדין לאכיפתו לשקף מדיניות מכוונת ורצויה של התאמת המציאות לדין בדרך של סגירת פערים ביניהם. האפשרות השנייה מתקיימת בשעה שהדין אינו הולם את המציאות ואין אפשרות להתאימה אליו. במקרה זה פסיקה, כמו גם הוראות מינהל, "סוגרים את הפער" דווקא באמצעות הנצחתו בדרך של המנועות

97 ראה לעיל בטכסט סמוך להערות 83-87.

98 בסוגייה זו ראה, א' רוזן-צבי דיני המשפחה בישראל בין קודש לחול (תש"ן) 210-215.

99 M. Rheinstein *Marriage Stability, Divorce and the Law* (Chicago, 1972) 31, 46-49, 56, 247, 251-262, 311-313, 406; W. Friedmann *Law in a Changing Society* (2nd ed., London, 1972) 25-32.

100 Rheinstein, *ibid*, at pp. 29-30, 51 et seq.

101 Rheinstein, *ibid*, at p. 258.

מאכיפתו של הדין במציאות הנוהגת בדרך של פרשנות או בנקיטת דרכי עקיפין שונות. במקרים אלה, סגירת הפער בין הדין למציאות אינה גוררת אחריה התאמת הדין למציאות, אלא היא נעשית באמצעות הרחקת המציאות מן הדין.

דיני המשפחה בשיטות משפטיות רבות בעולם נאלצו לנקוט בעבר אמצעים שונים לשם השגת המטרה של סגירת הפערים בין הדין למציאות.¹⁰² בין היתר נעשה שימוש באמצעים משפטיים מסוימים למטרות שונות מאלה שיועדו להם במקור. כך עשו שימוש בדרכי עקיפין כדי להשיג התרת נישואין בשיטות שלא הכירו בגירושין בהסכמת הצדדים.¹⁰³ תשלומי מזונות שימשו אמצעי לחלוקת רכוש ולהשוואת מה של זכויות האשה לעומת הבעל במסגרת שיטות שדגלו בהפרדה רכושית בין בני זוג שיש בה קיפוח של האשה.¹⁰⁴

בחברה דמוקרטית, כמו במדינת ישראל, בלתי אפשרי הוא להטיל הסדר משפטי על חברה עוינת או מסתייגת. המתח בין הנורמה המשפטית לנורמה החברתית אינו יכול להיות גדול מדי.¹⁰⁵ דרך סגירת הפערים בחברה כזו במציאות הישראלית הנתונה היא בלתי נמנעת. ואכן, מאז קום המדינה נוקט המשפט הישראלי ביוזעין טכניקה זו של סגירת פערים בסוגיות שונות מתחום דיני המשפחה, ובין היתר: הרכבת דיני ראיות וכללי הפרוצדורה האזרחית על הדין הדתי המהותי בהידונו בבתי המשפט האזרחיים, הרחבת ההכרה בזכויות הידועים בציבור, תחום הקידושין הפרטיים, הכרה בנישואין אזרחיים שנערכו בחיקו של משפט זר, יצירת חוקת שיתוף הנכסים בין בני זוג ועוד.

ניתן להביא שתי דוגמאות בולטות של הימנעות מרחיקת לכת מאכיפת הדין הדתי, באמצעות "קפיצת דרך" משפטית, שטעמיה המשפטיים מוסברים רק על רקע המגמה של סגירת פערים וקירוב הדין למציאות.

הדוגמא הראשונה היא יצירת חוקת השיתוף בעקבות ביטול דין נכסי מלוג במשפט הישראלי הנוהג לאור פרשנות חוק שיווי זכויות האשה, תשי"א-1951. בית המשפט לא הסתפק בביטול ההלכה של הדין הדתי, אלא הגיע למסקנה, תוך קפיצת דרך משפטית, כי

102 ראה שיפמן, לעיל הערה 77.

Rheinstein, *supra* note 99, at pp. 29, 46-49, 56 et seq., 247 et seq.; Friedmann, *supra* note 99, at pp. 251-252; R. König *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. 4, Persons and Family. Ch. 1, Sociological Introduction (Tubingen) 66; J.T. Oldham "Is the Concept of Marital Property Outdated?" 22 *J. of Fam. L.* (1983-4) 263, 270

I.F.G. Baxter *Marital Property* (Commulative Supplement, 1988) 139; 104 M.A. Glendon *The New Family and the New Property* (Toronto, 1981) 68; L.J. Weizman, *The Divorce Revolution* (New-York, 1985) 146 וגיורושין הנערכים מתוך למדינה (תשי"ז) 91-92, מכנה שיטות עקיפין כאלה בשם "כזב הקדוש". הוא נותן דוגמא של חבר מושבעים אנגלי שבכדי להציל נאשמת מעונש מיתה על גניבת 40 שילינג מבית מגורים נשבעו כי שטר של 10 שטרלינג שווה רק 39 שילינג.

Friedmann, *supra* note 99, at p. 25 105

דיני החוזים והקניין הרגילים יוחלו גם על בני זוג. בעקבות זאת נוצרה חוקת השיתוף.¹⁰⁵ הדוגמא השנייה היא במסגרת התפתחות דין הקידושין הפרטיים. בית-המשפט העליון התעלם במפורש מפקדינו של בית-הדין הרבני, שלו הסמכות בענייני נישואין, במספר מקרים: כך כאשר פסל בית-הדין עדים מחללי שבת. כך כאשר הורה בית-הדין להמנע מרישום הנישואין במרשם האוכלוסין למרות הקביעה כי לכל אחד מן הצדדים אסור להנשא מחדש ללא גט. וכך גם כאשר בית-הדין נמנע מהכרעה עקב ספקות עובדתיים שקיננו בו על בסיס הראיות שהובאו לפניו. בעשותו כן, תוך "קפיצת דרך" משפטית, חתר בית-המשפט לסגור את הפער בין הדין הדתי המחייב לבין המציאות הנוהגת והאידיאולוגיה הרווחת בחברה, שאינם מוכנים להשלים עם איסורים דתיים מטעמים פולחניים.¹⁰⁶

יש להניח, כי תהליך זה של סגירת הפערים מונע משבר חריף בין הציבור למערכת הדתית, מרכז התנגשויות חזיתיות בתחום ענייני הנישואין והגירושין ובולם את התביעות הרדיקליות יותר לשינוי כללי של השיטה ולהנהגת נישואין אזרחיים בישראל.

הדרך של סגירת פערים היא פתוחה ורחבה. הפעלתה על-ידי המחוקק נוגעת למידת הכוח הפוליטי שהוא מסוגל לרכז. יישומה על-ידי בית-המשפט מותנה במגבלות החוק, במדיניות המשפטיות, במידת המצוקה ובהיקפה, דהיינו: באילוצים המיוחדים שזימנה השיטה בסוגייה הספציפית נשוא הדיון, ובמידת חופש התמרון שבית-המשפט מוכן ליטול על עצמו בתחום זה של ענייני הנישואין והגירושין.¹⁰⁶

הסדרים דומים של עקיפת הדין באמצעות אכיפה סלקטיבית ובאמצעות נקיטת דרכים שונות כדי להתחמק מהוצאה לפועל של דינים התפתחו על-ידי רשויות האכיפה המינהליות ובתי-המשפט בהיבטים שונים של תחום יחסי הדת והמדינה בישראל. במקרים אלה גם הופגן שיתוף פעולה בין הרשויות המינהליות לבין בית-המשפט.

כך, למשל, העלימו הרשויות המקומיות עין מפגיעה בחוקי העזר העירוניים, האוסרים פתיחת בתי קולנוע בשבת באיזורים מסוימים. הרשויות נמנעו ממיצוי הדין ולא אכפו את חוקי העזר. בית-המשפט הגבוה לצדק, בהקפידו עם העותרים על זכות עמידה דווקנית, לא הכיר באינטרס רגשי של אנשים דתיים כיוצר אינטרס ממשי וישיר ונמנע מהענקת זכות עמידה. הוא גם לא הכיר באינטרס של אכיפת חוק העזר במקרה כזה כמצדיק מעורבות שיפוטית.¹⁰⁷

אולם באיזורים אחרים פעלו רשויות האכיפה בחריצות ואכפו את חוק העזר. אכיפה סלקטיבית מכוונת זו של הוראות חוקי העזר השיגה פשרה בין הציבור הדתי לציבור שאינו דתי על בסיס איזון בין הדין לבין המציאות. בהעדר אפשרות בידי כל אחת מן הקבוצות החברתיות-הפוליטיות לכפות אידיאולוגיה שלמה מסתפק כל צד בהישגים

105 על סוגייה זו ואסמכתאותיה, ראה א' רוזנצבי יחסי ממון בין בני זוג (תשמ"ב) 220-223.

106 על סוגייה זו ואסמכתאותיה, ראה פ' שיפמן דיני המשפחה בישראל, כרך א (תשמ"ד) 228-235; רוזנצבי, לעיל הערה 98, בע' 183, 196-197, 296, 312, 341-343.

107 על בעיותיה של סגירת פערים, על אמות המידה הנקוטות בידי בית-המשפט, כמו גם המחוקק, ועל גבולותיה, ראה רוזנצבי, לעיל הערה 98, בע' 313-334.

107 בג"צ 161/70 זק"ש נ' ראש העיר פתח-תקוה, פ"ד כד(2) 698.

חלקיים. הישגו של הציבור הדתי הוא סימבולי בחלקו הגדול ומעשי בחלקו הקטן יותר. הוא מסתפק בהסדר הנורמטיבי שבחוק ובאכיפתו החלקית. הישגו של הציבור שאינו דתי הוא בהמנעות משמעותית מאכיפת החוק וביכולתו לממש את האידיאולוגיה שלו בפועל במידה רבה של חירות.

אולם האיזון בין הדין למציאות נקנה בפועל על חשבון הפלייה נגד בעלי בתי קולנוע מסוימים ועל חשבון הסדר המוסר מסר כפול בדבר שלטון החוק.¹⁰⁸

בתחום המגע שבין הדת למדינה נקטו בתי המשפט בטכניקה של סגירת פערים בין הדין למציאות גם באמצעות פירוש משתנה, צר או רחב, של הוראות החוק, הכל בהתאם למטרה של צמצום ההגבלות המוטלות על תושבי המדינה מטעמים דתיים. הם פרשו באופן צר סעיפים בחוקים המסמיכים הטלת הגבלות מטעמי דת ובאופן מרחיב סעיפים בחוק הקובעים סייגים המאפשרים סטייה מן ההגבלות הדתיות.

כך, למשל, צומצם סוג הפעילות והקף העסקים לגביהם הוסמכה רשות מקומית להגביל את הפעילות בימי המנוחה באופן שהוציא תחנות דלק מן ההגבלה האמורה.¹⁰⁹

לאחרונה המשיך בית המשפט בקו זה ופרש בצמצום את חוק העזר העירוני בנתניה, הוזה בלשונו לרוב חוקי העזר העירוניים, האוסר פתיחת "בית עינוג" ביום מנוחה.¹¹⁰ בית המשפט נמנע, למעשה, מלדון במשמעותו של התיקון לפקודת העיריות (מס' 40), התשנ"א-1990 (חוק ההסמכה), אשר התיר לעיריה לסגור בתי קולנוע בימי מנוחה "בהתחשב בטעמים שבמסורת דתית". בית המשפט נקט בדרך הפרשנית. הוא קבע, כי, "פעולות תרבות וחינוך" בחוק העזר, המאפשרות פתיחת בתי עינוג בימי המנוחה, משתרעות גם על בית קולנוע, הנכלל בהגדרת בית עינוג. הקרנת סרטי קולנוע נכללת בין ענייני התרבות והחינוך ומשום כך אין האיסור בחוק העזר משתרע עליהם. דרך של פרשנות צרה ומצומצמת לחוקי עזר האוסרים פתיחת חנויות או בתי עינוג בשבת, שהנחתה את בית המשפט, לצמצום ההגבלות מטעמי דת לפני כ-25 שנים, מנחה אותו גם בהכרעה החדשה בימים אלה.

מאידך גיסא, פורשה בהרחבה ניכרת סמכותה של הרשות המוסמכת להעניק היתרי עבודה בשבת.¹¹¹

לשם השגת תכלית של סגירת פערים במטרה לצמצם את ההגבלות מטעמי דת השתמש בית המשפט דווקא בטעמים פורמליים שונים. הוא נמנע מלבדוק את חוקיותו של הסדר להענקת היתרי עבודה בשבת מן הטעם שקיום ההסדר במשך שנים לנוחיות חלק מן הציבור אינה מצדיקה, מטעמי צדק, את בחינתו לאחר זמן כה רב.¹¹² הוא גם הגביל את

A. Rosen-Zvi "Freedom of Religion: The Israeli Experience" 46 *Zeitschrift fur* 108
Auslandisches Offentliches Recht und Volkerrecht (Max-Planck-Institute fur
.Auslandisches Offentliches Recht und Volkerrecht. Heidelberg, 1986) 213, 215

ע"א 217/68 יזראמקס נ' מ"י, פ"ד כב(2) 343.

110 בג"צ 5073/91 תיאטראות ישראל בע"מ נ' עיריית נתניה, פ"ד מז(3) 192.

111 בג"צ 171/78 אשכר נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד לו(3) 141.

112 בג"צ 80/70 אליצור נ' רשות השידור, פ"ד כד(2) 649, 656.

זכות העמידה של עותרים, שבססו את זכותם על השקפה אידיאולוגית או על אורח חיים דתי.¹¹³

המעניין הוא, כי בתחומים אלה של התאמת הדין למציאות נוטה בית-המשפט, עד היום הזה, לנקוט באמצעים פורמליים. נקיטת אמצעים אלה מאפשרת לו להמנע מהכרעה ערכית ולהציג, במקרים לא מעטים, את ההחלטה כנייטרלית מבחינה ערכית, כהכרעה מקצועית גרידא. בתחום זה אין בית-המשפט בשל להכרעה ערכית והוא מעדיף להמנע מהכרעות אידיאולוגיות. ההיבט הערכי מוצא את ביטויו בקביעת עקרון הפרשנות המצמצמת לנכוח עקרונות היסוד של חופש המצפון. אך ההאחזות בפרשנות, תוך המנעות מהתמודדות חזיתית במאבק בין חופש המצפון מול האינטרס של הציבור הדתי, נובעת מרתימת הפורמליזם בשירות הערכים בלי להכריע במפורש במחלוקת האידיאולוגית, תוך נסיון להסתתר מאחורי נימוקים נייטרליים ומקצועיים כביכול.

ישנו, כמובן, גם דוגמאות אחרות של הכרעה ישירה ומהותית, בעיקר בתחומים שנוגעים לשוויון האשה ולדיני משפחה, אולם האמצעים הפורמליים הם בולטים וניכרים בתחום זה.

בית-המשפט מסוגל לסגור פערים, שהמחוקק אינו מסוגל להם. בית-המשפט, הנהנה מאיזון הציבור, זוכה גם, הלכה למעשה, לברכתו השקטה של המחוקק. "מאחורי הקלעים" ובלי מעורבות פוליטית אידיאולוגית בולטת הצליח בית-המשפט, באמצעי עקיפין, לסגור חלק מן הפערים בין הגישה הדוגלת במעורבות בין הדת למדינה לבין רצונו של רוב הציבור בחופש מצפון.¹¹⁴

דוגמא יפה אחרת לסגירת פערים בין דין למציאות על בסיס פשרה בין אידיאולוגיה להתנהגות משמשת סוגיית הפסקת ההריון.¹¹⁵ ההסדר מתקיים תוך שיתוף פעולה בין שלוש הרשויות: המחוקק, המינהל ובית-המשפט. סעיף 313 לחוק העונשין, תשל"ז-1977, קובע את העקרון האוסר הפסקת הריון. האידיאולוגיה הפוריטנית, מנת חלקו של הציבור המתנגד להפסקת הריון, באה בכך על סיפוקה במישור העקרוני. סעיף 316 לחוק מחדיר בעקיפין אידיאולוגיה ליברלית באמצעות הסדר פרגמטי. הוא קובע שורה של עילות המצדיקות הענקת היתר להפסקת הריון. הענקת היתר מופקדת בידי המינהל באמצעות ועדות, הכוללות אנשי מקצוע בלבד.¹¹⁶ הצלע השלישית של ההסדר הוא בית-המשפט, אשר בפסיקתו הגן על זכותה של האשה על גופה ללא מעורבות מצד הבעל וללא מעורבות מצד ההסדר הדתי במסגרת דיני המשפחה. בית-המשפט קבע, כי הוראות חוק העונשין ממצות את הסדר הסוגייה של הפסקת הריון.¹¹⁷

113 ראה, בין היתר, הלכת זק"ש, לעיל הערה 107; בג"צ 287/69 מירון נ' רשות השידור, פ"ד כד(1) 337; בג"צ 332/70 זלצבורג נ' ראש עיריית אשקלון, פ"ד כד(2) 537; בג"צ 348/70 כפיר נ' המועצה הדתית אשקלון, פ"ד כה(1) 685.

114 A. Rosen-Zvi, *supra* note 108.

115 על סוגייה זו, ראה רוזן-צבי, לעיל הערה 3, בע' 705.

116 סעיפים 314-315 לחוק העונשין, תשל"ז-1977.

117 ע"א 413/80 פלונית נ' פלוני, פ"ד לה(3) 57.

גם במקרה זה העדיף בית־המשפט הכרעה בסכסוך מתוך הענות למצוקות היחיד והציבור בלי להתערב במאבק האידיאולוגי. הוא עקף את המחלוקת, למרות שתוצאת הכרעתו הטתה את כף המאזניים לכיוון האידיאולוגיה האזרחית, להבדיל מן הדתית.

11. סוף דבר

הצבעתי על מערכת היחסים המסועפת והמורכבת בין הדין למציאות, על יחסי הגומלין ועל האיזון. פעמים רבות אנו חשים, כי יש לנו יותר מדי משפט באמתחתנו ופעמים אחרות כי המשפט שותק כאשר מתבקשת תבונתו והנחייתו. גם הפער בין הדין לחיים אינו משקף רק פתולוגיה של תת־נורמות שהשתרשו בחברה וידם גברה על המשפט מזה או של חוסר הסתגלות המשפט למציאות מזה. לעיתים מתקיים מרחק מבורך בין דין למציאות בין באותם תחומים שמן הראוי שהמשפט ימשוך את ידו מהם ובין במקרים בהם משמש היחס בין דין הספר לדין החיים ביטוי לסגירת פערים נדרשת.

שער שני:
דת ומדינה

ההלכה והמציאות החילונית*

- (1) מבוא: ההלכה מול עולם חילוני
- (2) הבעיות: היחס לציבור חילוני ולערכים כלליים
- (3) אמצעים הלכתיים ומדיניות הלכתית
 - א. מבוא
 - ב. העמדה ה"כלל ישראלית" או ה"היסטורית"
 - ג. העמדה ה"ייחודית" או ה"מסתגרת"
- (4) התמודדות ההלכה עם המציאות, הלכה למעשה
 - א. כפיית נורמות דתיות בחברה חילונית והיחס ליהודי ה"חילוני"
 - ב. נישואין וגירושין
 - ג. מעמד האשה
 - ד. כשרות ומתן הכשרים
- (5) סיכום: תמונת מצב

1. מבוא: ההלכה מול עולם חילוני

חברה חילונית יהודית, המהווה רוב מניינו של עם ישראל והקמתה של מדינת ישראל הריבונית, העמידו את ההלכה בפני מציאות חדשה. בעייתה של ההלכה יכולה הייתה להיות עניינה של קהילת שומרי התורה ותופשיה. אולם כפייתן של נורמות דתיות בתחומים שונים,¹ במיוחד בתחום הנישואין והגירושין,² באמצעות דברי חקיקה של הכנסת, על הציבור הישראלי היהודי בכללותו, הפכה את התמודדות ההלכה עם המציאות החילונית לבעיה חברתית ומשפטית כללית. ההתמודדות עם בעיות אלו הנה רב אנפית. היא מעוררת, בין היתר, את השאלות

* פורסם לראשונה בחירות המצפון והדת - אסופת מאמרים לזכרו של חמן פ' שלח (ספרית הפועלים והאגודה לזכויות האזרח, 1990) 153.

1 ראה, בין היתר, פקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948, סעיף 18א; חוק שעות עבודה ומנוחה, תשי"א-1951; חוק הרשויות המקומיות (הסמכה מיוחדת), תשי"ז-1956; חוק איסור גידול חזיר, תשכ"ב-1962; חוק הרבנות הראשית לישראל, תש"ם-1980; חוק חג המצות (איסורי חמץ), התשמ"ו-1986.

ישנה חקיקה שהוחקה בלחצו של הציבור הדתי, שמניעיו היו דתיים, אולם אין היא בגדר "נורמה דתית". חקיקה כזו עשויה לנבוע ולהיות מוצדקת גם מטעמים מוסריים או אידיאולוגיים, שאינם דתיים במהותם. כך, למשל, חוק האנטומיה והפתולוגיה, תשי"ג-1953, או התיקון בסעיף 316 בחוק העונשין, תשל"ז-1977, המתייחס להיקפן של העילות המצדיקות מתן אישור להפסקת הריון ולאופייין.

2 בעיקר חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג-1953.

הבאות: היחס שבין ההלכה לחוק האוכף אותה וממילא למדינה;³ שילוב הדין הדתי במשפט הישראלי על הבעייתיות המיוחדת שבו;⁴ היקף חופש הדת במסגרת נורמטיבית כזו⁵ ובמיוחד שאלת הלגיטימיות של התערבות מוסדות נורמטיביים חילוניים, במוסדות הדתיים ובנורמות הדתיות;⁶ היחס בין חופש הדת לחופש מדת ואופן

3 על הקשיים העקרוניים והמעשיים בשילוב הדין העברי במשפט הישראלי, טענה עקרונית בדבר חילונה של ההלכה על ידי חקיקתה בכנסת וטענות כיו"ב, ראה בין היתר, י' אנגלרד "שילוב הדין היהודי במערכת המשפט הישראלי" הגות והלכה, ספר הכינוס השנתי למחשבת היהדות (ירושלים, תשכ"ח) קס [נדפס מחדש בהמשפט העברי ומדינת ישראל (י' בזק, עורך, ירושלים, תשכ"ט) 110].

כמו כן ראה: I. England "The Problem of Jewish Law in a Jewish State" 3 *Israel L. R.* 254; I. England "The Relationship between Religion and State in Israel" 16 *Scripta Hierosolymitana* (1968); כן ראה י' אנגלרד "היחס בין ההלכה והמדינה" מולד (תשכ"ה) 702; י' ליבוביץ "דין תורה כמשפט למדינת ישראל" סורא 3 495 [פורסם מחדש בספרו יהדות, עם יהודי ומדינת ישראל (ירושלים, תשל"ה) 192]. לעומת זאת ראה מ' אלון, המשפט העברי, תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו (מהדורה שלישית, ירושלים, תשמ"ח) 1598-1605.

4 ראה, בין היתר, מ' פרידמן "רבנות ראשית - דילמה ללא פתרון" מדינה וממשל א, 118; י' אנגלרד "מעמדו של הדין הדתי במשפט הישראלי" משפטים ב (1971) 268, משפטים ב (1972) 510, משפטים ד (1973) 31, משפטים ו (1975) 5; רוזן-צבי "על ספרו של פנחס שיפמן: דיני המשפחה בישראל, דיני המשפחה בישראל כמערכת כפולה מקבילה" משפטים טו (1968) 476.

5 ראה, למשל, ש' מירון "חופש הדת לעומת החופש מדת" עיוני משפט ג (1973) 414; כן ראה P. Shifman "State Recognition of Religios Marriage: Symbols and Content" 21 *Israel L. R.* (1986) 501.

6 ראה, בין היתר, י' אנגלרד, מולד, לעיל הערה 3, מעמ' 707 ואילך ובמיוחד המסקנה בעמ' 711; י' אנגלרד "מעמדה של מועצת הרבנות הראשית וסמכות הפיקוח של בית המשפט הגבוה לצדק" הפרקליט כב (1965-66) 68; ראה גם א' רובינשטיין המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (מהדורה שלישית, תשמ"א) 123 ואילך.

כן ראה, בין היתר, את ההלכות הבאות: בג"צ 568/76 הרב חרל"פ נ' ועדת השרים לפי סעיף 5 לחוק שירותי הדת היהודיים, פ"ד לא(1) 678 (מינוי חברי המועצה הדתית); בג"צ 359/66 גתיה נ' הרבנות הראשית והמועצה הדתית, ירושלים, פ"ד כב(1) 290 (התערבות בדבר הלכה שיצאה מטעם הרבנות הראשית); בג"צ 195/64 התכרה הדרומית בע"מ ו"מרבק" בע"מ נ' מועצת הרבנות הראשית, פ"ד יח(2) 324 (הענקת הכשר); בג"צ 44/86 ענף האיטלזיום של מחוז ירושלים נ' מועצת הרבנות הראשית לירושלים, פ"ד מ(4) 1 (הענקת הכשר); בג"צ 971/67 פוגל נ' הרב לוינגר, פ"ד כב(1) 344 (כשירות שוחט); בג"צ 732/84 צבן נ' שר הדתות, פ"ד מ(4) 141 (חובות דיון), וראה, לאחרונה, מעורבות שיפוטית-חילונית בעניין בחירת מוסדות דתיים-ממלכתיים, זכות בחירה והיבחרות

איזונים⁷ וכיו"ב. חלק משאלות אלו כבר נדון וחלק אחר ניתן להשאיר לעת מצוא. ברשימה זו בכוונתי לעסוק באספקט אחר: ההתייחסות של ההלכה למציאות הכפולה – חילונית יהודית וריבונית יהודית – ואופן ההתמודדות שלה עם מציאות זו. אין בכוונתי לעסוק בשאלה במלוא היקפה, שכן יקצר המצע מהשתרע. הדיון מבקש להתרכז בהקשרים הנורמטיביים, הרלבנטיים לציבור הישראלי. עם זאת, דיון בשאלות הרלבנטיות לישראל אינו פטור מהתייחסות לשאלות העקרוניות המנסרות בעולמה של הלכה.

התמודדותם של מורי ההוראה עם ממד הזמן והמקום, שהולידה ניסיונות בלתי פוסקים לסגור את הפער שבין הדין למציאות,⁸ נעשתה במישור של חברה יהודית מסורתית. חברה כזו רווחה, בשינויים המתחייבים מנסיבות המקום והתקופה, מימי המשנה והתלמוד ועד למחצית המאה ה־18 או תחילת המאה ה־19.⁹ חברה זו מקבלת את המשפט התלמודי כ: "קובע את הדמות הנורמטיבית של החברה היהודית בכל תחומי החיים הניתנים להסדר חוקי."¹⁰

בחברה המקבלת עליה את מרות התורה, פועלים מורי ההוראה במגע מתמיד עם המציאות. הם עושים כן תוך הזדהות עם השקפת עולם הרווחת בחברה ואדהה לצרכיו ולבעיותיו של ציבור היעד, שהם רואים את עצמם חלק בלתי נפרד ממנו.¹¹ בנסיבות כאלו רואה עצמו איש ההלכה אחראי לקהילה, לשלמותה, לאחדותה ולפתרון בעיות חבריה. הוא מרגיש מחויבות אישית, מוסדית ודתית לציבור ולפתרון בעיות יחידיו. לפתרון של מקרים חריגים ואף לעריכתם של הסדרים מרחיקי לכת מתייחס איש ההלכה כמחזקים את הדת ואת שלטון התורה.¹² במסגרת כזו, גם שינויים מרחיקי לכת באורחות חיים דתיים

-
- לנשים, בג"צ 153/87 שקדיאל נ' השר לענייני דתות, פ"ד מב(2) 221; בג"צ 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל-אביב, פ"ד מב(2) 309.
- 7 ש' מירון, לעיל הערה 5; ש' שטרית "חופש המצפון והדת" משפטים ג (1972) 467; S. Shetreet "Freedom of Religion and Freedom from Religion and Freedom from Religion: A Dialogue. Some Reflections on Freedom of Conscience and Religion in Israel" 4 *Israel Yearbook on Human Rights* (1974) 194; A. Rosen-Zvi "Freedom of Religion: The Israeli Experience" 46 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (1986) 213
- 8 ראה באופן כללי אצל א' ברקוביץ הלכה כוחה ותפקידה (ירושלים, תשמ"א). כן ראה בספרו של מ' אלון, לעיל הערה 3, מעמ' 214 ואילך.
- 9 ' כץ מסורת ומשבר (ירושלים, תשל"ח) 11; כן ראה ' כץ היציאה מן הגטו (תל-אביב, 1985) 140-157.
- 10 ' כץ מסורת ומשבר, שם, בעמ' 95.
- 11 ' כץ "האם חידוש הסנהדרין הוא בגדר פתרון?" בקובץ לאומיות יהודית, מסות ומחקרים (ירושלים, תשמ"ג) 189.
- 12 ראה דבריו של הרב מ' צ' נריה, במסגרת יום עיון של חברי כנסת באוניברסיטת בר-אילן, השפעת המציאות על הבחנות הלכתיות (הוצאת אוניברסיטת בר-אילן), בעמ'

ובנורמות דתיות אינם פוגעים בשמירת הרציפות. בחברה סמכותית המכוונת לשמירת מצוות, נשמרת

”עקביות תודעת הרציפות למרות מתמדיו של השינוי... כל זמן שהסמכות של מקורות ראשוניים לא נעקרה, יכלו המקורות המאוחרים להפנים שינויים בלי לשבור את תודעת הרציפות.”¹³

זאת ועוד, בחברה היררכית, הנסמכת אל אוטוריטה דתית והמקבלת על עצמה עול מלכות שמים, היה באמצעים שנקטו הפוסקים משום סגירה משמעותית של הפער, בין הדין לחיים. את מה שלא עשתה הנורמה, אם קצרה ידם של פוסקי ההלכה, עשו המרות הדתית והאיוון החברתי. אפילו ההשלמה של הצד החלש עם מציאות מסוימת, קיבלה חיוקים חברתיים ודתיים גם יחד. הסכנה של פריצת המסגרת הייתה שולית. התרבות החילונית יצרה חזית של התמודדות מעולם אחר. לא עוד שינוי של אורחות חיים או תפישה חברתית, המחייבת כוח הסתגלות ויכולת התאמה.

הערעור של התרבות החילונית הוא על עצם עקרון הציות לסמכות. התרבות החילונית מתנגשת עם עקרון המרות הדתית. האיום מופנה כלפי כלל מערכת הערכים הדתית. התביעה החילונית מופנית נגד ההלכה ודבריה. חזית ההתמודדות היא רחבה ולא צרה. אין היא מתמקדת בביטוי כזה או אחר של המרות. אין היא מתמצית בגילוי בלתי נאות כלשהו של השלטת נורמה. אין היא באה על סיפוקה בביקורת על יישום בלתי נאות או בלתי מספק של ההלכה, בתקופה כזו או אחרת או על ידי מורה הוראה מסוים.

אין החילוני מכיר במרותו של כוח עליון כלשהו ובמרותה של מערכת נורמות דתיות. מערכת הנורמות החילוניות נובעת מרצון הציבור, מתייחסת אל צרכיו, מבטאת ערכים אנושיים-חברתיים וניתנת לשינוי על ידי הרוב שחקק אותן. המרות היא אנושית ורצונית. היא נובעת מן האדם ומכוונת אליו. משום כך, למשל, הענקת הכשר לסיפוק הדחפים האנושיים, אינה נחשבת בעולמו של היהודי החילוני, כסותרת את ערכי היסוד.

ההשתתפות בפעילות התרבותית היצריתית דורשת התמסרות מלאה המסיטה את הדגש, בעיקר את האידיאל, מלמדנות תורנית להשכלה חילונית, תרבותית ומקצועית. ההשתלבות בחברה ובתרבות נקנית לא רק בהשלת הקליפה החיצונית היהודית, אלא גם במחיר של ביקוע הגרעין הפנימי של החיים היהודיים המסורתיים, כולל התפרקות מקיום מצוות, תוך התמסרות אידיאולוגית, מדעת ומרצון ולא מכוון של תועלתיות ונוחיות של חיים בלבד. היצירה התרבותית, ההישגים המדעיים והטכנולוגיים עשויים, אפוא, להיות תחליף לאמונה ולאורח החיים הדתי. הישגים אלה גם מפעילים כוח פיתוי על כלל הציבור

49. על הפוסקים בעבר כמנהיגי ציבור וכרואים עצמם אחרים לגורל הציבור בכללותו, לעומת הסתכלות מצומצמת יותר של הפוסק בדורנו, ראה א' גולדמן "ההלכה והמדינה" (הוצאת הקיבוץ הדתי) בעמ' 18; נדפס בקובץ המקורות דת ומדינה בישראל (מ' סמט, עורך, ירושלים, תשל"ח) בעמ' 44.

13 א' שבייד היהדות והתרבות החילונית (ירושלים, תשמ"א) 21.

ומסכנים את השלמות של העולם היהודי ואת הסמכות של תופשי התורה, המסמלים את העולם ה"ישן".¹⁴

במסגרת משטר דמוקרטי וחברה בעלת גישה שוויונית, אידיאולוגיה חילונית והתנהגות מתירנית, מקבלים הפתרונות המתבקשים בעולמה של תורה ממד אחר והבעיות התובעות התייחסות רדיקלית מצד ההלכה מותרות יותר. על אחת כמה וכמה אמורים הדברים בישראל בה ההלכה, בתחומים שונים, אינה נובעת מכוחה היא או מרצון אמיתי של ציבור שומרי מצוות, המקבלים עליהם עול מלכות שמים, אלא היא מסתייעת במרות חילונית חיצונית להלכה, והיא נכפית על ציבור שאינו מאמין בה.

נוצר נתק בין ציבור היעד, שעליו נאכפת ההלכה, שהוא חילוני ברובו, לבין ציבור ההתייחסות שהוא הציבור הדתי, הקטן יותר. במסגרת הציבור הדתי מקבל הפוסק את חינוכו, את עולם המושגים שלו ובעיקר את הלגיטימציה לפסיקותיו. לעתים, במיוחד לצורך הלגיטימציה, ציבור ההתייחסות מצומצם עוד יותר והוא הפלג החרדי. הרבנים והדיינים אינם צומחים מתוך החברה שהם עתידים לשרתה.

"הם פרי קבוצות המשנה, השרויות באווירת התת-תרבות המסויגת כלפי החברה הישראלית בכללה... אם אין הם מובלעים בעולם זה לפחות הופך הוא להם לקבוצת התייחסות בייחוד אם השירות הדתי הופך להיות מקצועם והם ממלאים תפקיד של רבנים, דיינים וכדומה..."¹⁵

הנתק הסוציולוגי בין רוב תופשי התורה לחלק הארי של הציבור מתבטא במישורים שונים: בחינוך, במנטליות, במערכת המושגים, בקביעת סדרי עדיפויות, בתפיסת

14 ראה א' שבייד, שם, בעמ' 17-23. על חדירת תופעת החילוניות, משמעותה והמאבק של החוגים הדתיים ואנשי ההלכה, ראה גם א' לוז מקבילים נפגשים, דת ולאומיות בתנועה הציונית במזרח אירופה בראשיתה (1882-1904) (תל-אביב, תשמ"ה); י' כץ היציאה מן הגטו, לעיל הערה 9, מעמ' 34 ואילך, 123-157 ואילך; י' כץ "הדת ככוח מאחד ומפריד" בקובץ לאומיות יהודית, מסות ומחקרים (ירושלים, תשמ"ג) 134-135; י' כץ "יהדות ונצרות על רקע החילוניות המודרנית", שם, בעמ' 111.

15 ראה י' כץ "אופיה היהודי של מדינת ישראל" בקובץ לאומיות יהודית, מסות ומחקרים (ירושלים, תשמ"ג) 93. י' כץ מוסיף שם עוד: "סובלנותה של החברה הישראלית החילונית, כביכול, כלפי שרידי החברה המסורתית, מתגלית כמרחיקת לכת יותר משהיתה נראית במבט ראשון... היא נכונה לקבל מידיהם את סיפוק צורכיהם הדתיים מבלי לעמוד על הדרישה לסגל את אופן סיפוק הצרכים לתפישתם של בעלי הצרכים". הגישה לה נותן י' כץ ביטוי עשויה להשתנות באופן הדרגתי. רמזים לכך נמצא בפסיקתו של בית המשפט העליון באשר למינוי נשים במועצות הדתיות ובגוף הבוחר רבנים (ראה בג"צ 87/953 פורז נ' ראש עיריית תל-אביב, לעיל הערה 6; בג"צ 87/153 שקדיאל נ' השר לענייני דתות, לעיל הערה 6). בהקשר מרחיק לכת עוד יותר, הובעה נכונות עקרונית להתערב בשאלות הנוגעות לכשרות (ראה לעיל הערה 6). אף כי בהבדל מהעניין הראשון בו הייתה התערבות בפועל, לא יצאה הנכונות העקרונית בענייני כשרות מן הכוח אל הפועל.

המציאות, בהערכת המצב ההיסטורי, בתפישת המדינה, בהבנת הסיטואציה של היהודי במסגרת המדינה והעולם של ימינו וכיו"ב. כתוצאה מכך מתקבל חוסר "מגע מספיק של בעל (ההלכה) עם אלה אשר נשענים או מבקשים להישען על הוראתו"¹⁶ ונוצר פער שכמעט בלתי אפשרי לגשר עליו.¹⁷

ניתוק כזה הופך לניכור כאשר מקבילה לו, אצל חלק הארי של ציבור היעד, שניות בין החוקי - נורמות דתיות, לבין הלגיטימי - נורמות חברתיות מתירניות יחסית.¹⁸ בעולמה של הלכה, הנכונות להגיע לפתרונות, מותנית במשמעות הערכית והתורנית של כל צעד והיא נובעת מן המחויבות למטרה העליונה של קיום תורה ומצוות. "לא ניתנה תורה על מנת כן אלא לקדש שמו הגדול".¹⁹ הכלל הרדיקלי של "עת לעשות לה' הפרו תורתך"²⁰ מותנה בצורך לעשות מעשה "לשם שמים", "לשם קדושת ה'".²¹ וכדברי החת"ם סופר:

"והנה צריך לזה תנאי שעל כל פנים מה שמקילין הבית דין כדי להקים התורה צריך שיהיה פחות ממה שמקיימין על ידי זה דאם לא כן מאי אולמא דהאי מהאי".²²

- 16 " כן "הדת ככוח מאחד או מפריד", לעיל הערה 14, בעמ' 134-135.
- 17 על נתק זה, לא רק בין תופשי התורה לציבור החילוני, אלא אפילו בין לומדי התורה לחלק ניכר של הציבור הדתי ומשמעותו, ראה א' גולדמן, לעיל הערה 12, בעמ' 27-28, בקובץ המקורות בעמ' 48-49. המתבר סבור כי אצל רוב אנשי ההלכה של הדור, המציאות נתפשת בכלים שהתאימו לתחום המושב הרוסי לפני 70 שנה.
- 18 ראה ג' טדסקי "משבר המשפחה וחסיד המסורת" מחקרי משפט לזכר אברהם רוזנטל (ירושלים, תשכ"ד) 282, 314: "המשפט מניח שהחברה אוהדת את הערכים שהוא מציב לפניו ובוטח בכוחן של הסנקציות שלו"; על משמעות הפיצול בין החוקי ללגיטימי, ראה M. Rheinstein *Marriage Stability, Divorce and the Law* (Chicago, 1972) 247. על הפער בין היקף תחולת ההלכה לעומת הציות לה בפועל בציבור, ראה י' אנגלרד, מולד, לעיל הערה 3, בעמ' 711.
- 19 סדר אליהו רבה, תנא דבי אליהו, פרשה כו.
- 20 תהילים קיט קכב.
- 21 ראה תמורת יד ב ורש"י שם: "כשעושין הדבר לשם קדושת ה' ראוי להפר תורתך"; גיטין ס א ורש"י שם: "ואם באה עת לעשות תקנה לשם שמים הפרו דברי תורה לשעה הצריכה"; ברכות סג א ורש"י שם; יבמות עט א: "מוטב שתעקר אות אחת מן התורה ואל יתחלל שם שמים בפרהסיא".
- 22 דרשות החת"ם סופר, חלק א, דף ססד ע"א. וראה על כך א' כץ החת"ם סופר (ירושלים, תשכ"ג) 84-85. כן ראה הרב א' ליכטנשטיין "בעיות יסוד בחינוכה של האשה" האשה וחינוכה (ספר אמנה, תשמ"מ) 158: "השאלה היא באיזו מידה רוצים להנציח את המצב ההתחלתי הקיים בהלכה או לשנות אותו בדרכים הלכתיות לגיטימיות, בהתחשב בהתפתחויות ההיסטוריות. זו שאלה השקפתית שאינה מיוחדת לשאלה שלנו... כדי לדון בבעיה זו צריך לראות לא רק את השאלה הספציפית העומדת על הפרק אלא גם את העומק הערכי של הבעיה". ראה גם הרב ח"י גולדוויכט "ההלכה כמכוונת המציאות בתמורותיה - סימפוזיון" הגות והלכה - ספר הכינוס השנתי למחשבת היהדות

לא תמיד, אפוא, מוכן הדין הדתי להתמודד באופן פתוח עם מציאות, במיוחד כאשר זו מאתגרת את הוראותיו. שיקולים אידיאולוגיים, כמו גם חששות לשלמותו של העולם הדתי, מחזקים את שיקולי ההסתגרות והשמרנות ומונעים את האפשרות להתמודד עם מציאות, כאשר יש כאלה הרואים במודל המשתקף בפועל, בכללי ההלכה, את המודל היחיד האפשרי.

במסגרת חברתית בת זמננו, עשויה להיות הערכה שונה של המתחייב בהקשר זה, מבחינת ההלכה. לשאלת אופן ההתחשבות בנתונים חדשים של זמן ומקום, נוספת בעיה אחרת. מה משקלה של מציאות, שלא הייתה דוגמתה בעבר, של כפיית נורמות דתיות מבחוץ, של רשות מדינית יהודית, על חברה שרובה אינו שומר מצוות ומה הביטוי ההלכתי הנאות של מציאות כזו?

2. הבעיות: היחס לציבור חילוני ולערכים כלליים

המציאות המיוחדת של רוב חילוניי ושל כפיית נורמות דתיות על ציבור חילוני, ש"אינו עובד את ה' בשמחה", מעוררת הן שאלות דתיות מובהקות והן שאלות עקרוניות במישור יחסי הדת והמדינה.

מנקודת המבט של איש ההלכה, סובבות כל השאלות האלו סביב ציר מרכזי אחד: כיצד יש להתייחס למציאות החילונית בעולמה של הלכה? אפשרות קיצונית אחת היא לראות בה ביטוי לכל השלילה. בהקשר זה, תהווה המציאות החילונית בעיני הפוסק הדתי ואף בעיני איש החינוך הדתי, רק "כרית אגרוף" חינוכית ונורמטיבית, שאין להתחשב בה. אפשרות אחרת היא להתחשב במציאות החילונית כמרכיב רלבנטי בפסיקת הלכה.²³ לשיטה זו לא ניתן להתעלם מן המציאות החילונית, בלי להסתכן בחוסר רלבנטיות ובניתוק מן המציאות. הפוסק בוחר באפשרות השנייה חייב להתמודד עם המשמעות הדתית של ההתחשבות במציאות החילונית. בשיטה זו אין דרך אחת ויחידה בלבד. מרווח האופציות רחב ומגוון. מן העמדה העקרונית, מתחייבת התמודדות עם שאלות כמו אופי ההתחשבות במציאות החילונית, היקפה ואופניה. תשובות רבות, שונות ומגוונות, עשויות להינתן לשאלות אלו והן עשויות לקבוע את המסגרת השונה של ההתייחסויות למציאות החילונית.

ההתחשבות במציאות החילונית ניתנת גם לבחינה במספר היבטים ובין היתר בהיבטים הבאים:

א. היחס לערכים המרכזיים של ציבור היעד, כגון: דמוקרטיה, פלורליזם ושוויון.

(י' איזנר, עורך, ירושלים, תשכ"ח) כא, רט-רי; הרב א"י וולדנברג "משפט המלוכה" ספר הלכות מדינה (ירושלים, תשי"ב) 24: "הנימוקים לדרישות יתהלכו ממקור קודש על יסוד נימוקים פנימיים בכוונות רצויות להדר ולפאר את בית חיינו ביקרת כתר מלכות תורתנו הקדושה".

23 את הרב א"י הכהן קוק העסיקו שאלות אלו באופן מיוחד, ראה צ' ירון משנתו של הרב קוק (ירושלים, תשל"ד) 223 ואילך.

יחס זה עשוי לנוע בין הפנמה והטמעה של הערכים במסגרת הלגיטימית של פסיקת הלכה, דרך שוויון נפש או השלמה חסרת התלהבות ועד לביקורתיות או אף דחייה מוחלטת ומאבק כולל. לא נוכל לעסוק בשאלות אלו באופן שיטתי וממצה. הן מחייבות התייחסות נפרדת. מכל מקום, ניווכה עוד בהמשך, כי אפילו יתבטא היחס הרווח בעיני אנשי הלכה בקיצונית שבאפשרויות, אין פירוש הדבר שהפוסק רשאי ויכול להעלים עין כליל, מן המציאות הרעיונית והחברתית של ציבור היעד. כך, למשל, למרות התייחסותו השלילית של הרב ע' יוסף לדמוקרטיה, אין הוא מעלים עין מן המציאות הנתונה. אין הוא נמנע מהסקת מסקנות, הלוקחות בחשבון מציאות של דמוקרטיה בעת פסיקת הדין, הלכה למעשה.²⁴

ב. המשמעות הדתית של יהודים חילונים הנמנים עם הרוב ואינם עוד חלק ממיצוע מבוטל. כשרוב ישראל פורצי גדר, מה המשמעות שיש לייחס, לצורך פסיקת הלכה (כשרות לעדות, צירוף למניין וכיו"ב), לאבחנות המקובלות, הן באשר לעוברי עברה לעומת שומרי מצוות והן באשר לסוג העברות, אלו הנעשות בצנעא לעומת אלו הנעשות בפרהסיא וכיו"ב. כך, למשל, דחה אחד הפוסקים את האבחנה בין עברה בצנעא לעברה בפרהסיא לעניין צירוף יהודי, "עבריין" בפרהסיא, למניין. הטעם: "דבומננו לא מקרי מחלל שבת בפרהסיא, כיוון שרובן עושין כן... כיוון שבעו"ה רובם פורצי גדר, תקנתם קלקלתם... ופרהסיא שלו כבצנעא."²⁵

חריפה ביותר היא השאלה העקרונית: האם למצב העובדתי של אי שמירה כללית של המצוות כולן או של מצווה מסוימת בפרט והאם לדרך של הנהגה כללית מסוימת, בחברה נתונה, בתקופה מסוימת, יש משמעות תיאולוגית ונפקות דתית ומהם?²⁶

ג. בעיות התפקוד של דין דתי במציאות חילונית. הפער בין עולם המושגים הלקוח מתוך הדין העברי ותורת המשפט שלו לבין עולם המושגים החילוני ותורת המשפט הכללית עלול, לעתים קרובות, לגרור אי הבנה בסיסית. כאשר מבקשים להקיש משיטה אחת על אחרת, שרויים במלכוד, שכמעט אינו ניתן להתרה. זהו אחד משורשי הקונפליקט בהתיקלותה של ההלכה במציאות החילונית. כאשר המערכת האזרחית מעניקה את הכוח

24 להלן הטקסט סמוך להערה 187.

25 ראה דעת הרב ד"צ הופמן מלמד להועיל, חלק א, סימן כט. הרב מ' פיינשטיין השיב על אותו עניין בהיסוס רב ופסק, שרק בשעת הדחק יש לצרף יהודי כזה למניין, ראה אגרות משה, או"ח, סימן כג.

על כשרות לעדות ראה להלן הערות 43-44 והטקסט הסמוך להן. על כשרותו לעדות של אדם המגלה זקנו בתער, ראה שו"ת ר' עקיבא איגר, סימן צו: "דנתפשט בעו"ה אצל הרבה לא חשב שזהו איסור כל כך דלא משמע להו לאינשי דאסור".

26 צ' ירון, לעיל הערה 23, בעמ' 326, מסיק מפסיקתו של ר' עקיבא איגר, שם, כי "אם הרבה יהודים אינם שומרים מצווה דתית מסוימת הדבר משפיע על ההערכה ההלכתית-הדתית של אי שמירתה". אי שמירת מצוות דה פקטו, המקבלת משמעות מסוימת גם דה יורה, ראה גם י" כץ גוי של שבת (ירושלים, תשמ"ד) 21-32, 138. ראה גם להלן הערות 134-140 והטקסט הסמוך להן.

הנורמטיבי הכפוי לדין הדתי, נוצר קצר קשה מאוד לגישור, שלא לדבר על התאמה. לא מדובר רק על דימוי בעייתי אלא על אפשרות תפקוד הדין הדתי במציאות החילונית. הבעיות במישור זה הן עקרוניות. הן נוגעות, בין היתר, לשני עניינים. האחד, התנגשות בין הדין הדתי והחלטותיהן של ערכאות דתיות לעקרונות יסוד של השיטה המשפטית הישראלית; השני, מידת המעורבות הלגיטימית של המחוקק ושל בית המשפט בדינים דתיים ובהחלטות של ערכאות דתיות מוסמכות.

לעתים קיים פער בין המטרה המשותפת (לפוסק הדתי ולציבור החילוני) לבין האמצעים אותם נוקט הדין הדתי להשגת המטרה. המטרה רצויה, אך האמצעים אינם זוכים להכרה מצד הציבור החילוני. במקרים מסוימים הבעיה היא סמלית או "אסתטית" בלבד. אולם לעתים האמצעי, שנבחר כדי להשיג מטרה מבוקשת בהקשר אחד, עלול להוות חרב פיפיות בהקשרים אחרים ולצאת בהפסדו של הציבור החילוני לטווח רחוק. יתר על כן, הפער בין נקודות הראות השונות, הדתית מול החילונית, עלול להיות רחב יותר. לעתים, מה שנראה בעיני השיטה הדתית כהסדר רצוי וכמוצא חיוני, המעיד על ערבות ההלכה, נתפש בעיניו של המשפט הכללי כהסדר בלתי רצוי ואף בלתי חוקי. במקרים כאלה עשוי ניסיונו של הדין הדתי לסגור את הפערים בינו לבין המציאות החילונית, להיתקל בחוסר שביעות רצון ואף באיבה. תגובה כזו מרפה ידיים ומסכלת ניסיונות עתידיים מצד הפוסקים. נוצר, אפוא, מעגל שוטף שקשה למצוא ממנו מוצא.

נסתפק כאן בהדגמת תופעות אלו.

פסילת עדי קידושין מחללי שבת, עשויה להיות "טכניקה" הלכתית ראויה, המעוגנת היטב בהלכה, לביטול קידושין מעיקרא. באמצעי זה ניתן לפתור, במקרים מתאימים לפי ראות עיני הפוסקים, בעיות של עגינות קשה או של ממזרות. על ידי כך תושג מטרה הרצויה גם לרוב הציבור החילוני. אולם שימוש באמצעי כזה מקומם את הציבור החילוני וזהו הפן הסמלי. שימוש באמצעי כזה הוא גם פתח לפסילה סייטונית של רוב הציבור הישראלי כעדים, הן בבתי הדין הרבניים והן בטקס נישואין כדמו"י וזהו הפן המעשי.

דוגמה אחרת היא, הרשות המוענקת בהלכה לדיין או לבית הדין להסתלק מהכרעה שיפוטית. רשות זו כלולה בדין הקרוי בשם "דין מרומה"²⁷. שניים מסממניו של "דין מרומה" הם, החשש, כי התובע שבפני הדיין הוא רמאי וכן חוסר האמון של הדיין בעדויות המובאות לפניו מטעם התובע.²⁸ בשיטה משפטית אורחית, שיקול הדעת לגבי אמינות הראיות, משקלן וההסתמכות עליהן מסור כולו לשופט היושב בדין. לעומת זאת, בשיטה משפטית, כמו זו של המשפט העברי, מידת שיקול הדעת השיפוטי של הדיין לגבי הערכת עדויות מוגבל. הדיין חי מפי העדים. אם העדים לא הוזמו או לא הכחישו דבריהם, הוא חייב לפסוק על פי עדותם. בשיטה כזו מעניק "דין מרומה", באמצעות הטכניקה של הסתלקות מן הדיון, את שיקול הדעת החסר לדיין. אולם בעיני המשפט האורחי, הסתלקות מדיון לא יכירנה מקומה בשיטה משפטית המכבדת את עצמה. "למד לשונך לומר איני

27 ראה אנציקלופדיה תלמודית, כרך ז, ערך דין מרומה, רצ-רצה.

28 ראה שם, בעמ' רצא; ראה גם פ' שיפמן "הספק בהלכה ובמשפט" שנתון המשפט העברי א (תשל"ד) 328, 343-345.

29 ע"א 238/53 בוסליק נ' היועץ המשפטי, פ"ד ח 4, 21.

יודע'... אינה הוראה המכוונת אל השופט".²⁹ בעיני הדין הדתי ההסתלקות מן הדין היא דרך לגיטימית. יתר על כן, באמצעות דרך זו מושגת תוצאה, שהיא כשלעצמה עשויה להיות רצויה גם בעיניו של המשפט האזרחי. אולם, מאידך גיסא, הימנעות מדיון במקום בו מוקנית סמכות שיפוט לבית הדין, היא עילת התערבות מרכזית של בג"צ בהחלטות בית הדין הרבני.³⁰ מה יעשה הדיין כדי לצאת מן הסבך?

3. אמצעים הלכתיים ומדיניות הלכתית

א. מבוא

כבר ראינו כיצד נרקמות גישות שונות על רקע ההתמודדות בין הדין למציאות החילונית. בפרק זה בכוונתנו לחדד את האבחנה בין האפשרויות השונות של ההתייחסות למציאות החילונית, להעמיד שתי עמדות בסיסיות ולבחון את שיקולי המדיניות ההלכתית התומכים בהן. בפרק שלאחריו ננסה להתחקות אחר ההתמודדות ההלכתית בפועל בסוגיות שונות, ולהדגים את אופן יישומן של התיאוריות במציאות המורכבת. שתי העמדות הבסיסיות שבכוונתנו לעסוק בהן כאן הן: האחת, העמדה ה"כלל ישראלית" או העמדה ה"היסטורית". השנייה, העמדה ה"ייחודית" או העמדה ה"מסתגרת". בין זו לזו קיימות עמדות ביניים בגוונים שונים שלא נפרטן. כפי שנוכל עוד להיווכח, שום פוסק אינו נמנה, באופן בלעדי, עם בעלי עמדה אחת. הפסיקה ניתנת למיון כמתייחסת לעמדות שונות לצרכים שונים. עם זאת, יש פוסקים שלהם נטייה מובהקת לעמדה זו או אחרת.

ב. העמדה ה"כלל ישראלית" או ה"היסטורית"

הגישה ה"כלל ישראלית" טוענת, להכרח הדתי שבהתמודדות ההלכה עם המציאות הקיימת. טיעוניה ממוקדים סביב האחריות הכלל ישראלית והמתחייב ממנה בקשר לסגירת הפערים בין הדין לחיים כחובה דתית, דהיינו כעשייה למען הדת. במרכזה של גישה זו, הממד ההיסטורי של פסיקה דתית בנסיבות הזמן והמקום, שממנו מתחייבים: הבנה נכונה של המציאות, הערכה ריאלית של המצב ההיסטורי ואחריות כלפי כלל הציבור כמות שהוא.³¹ לבעלי גישה זו משמשת חילוניותה של החברה הישראלית חיווק לדרישה הדתית

30 חוק יסוד: השפיטה, סעיף 15(ד)(4).

31 על בעיותיה של הכרעה המכוונת כלפי חלק מן הציבור בלבד ואי ראיית הממד ההיסטורי של הפסיקה ראה מ' אלון "מבעיות ההלכה והמשפט במדינת ישראל" מפרסומי החוג לידיעת עם ישראל בתפוצות בבית נשיא המדינה (תשל"ג), 13, 28-29; גרפס מחדש בקובץ המקורות דת ומדינה בישראל (מ' סמט עורך, ירושלים, תשל"ח) 1, 3, 11; על התנהגות, גישה, ועמדות הנובעות ומכוונות מתלישות מן התהליך ההיסטורי, היעדר

לפסוק תוך התחשבות במצב הנתון. דרישה זו משקפת אחריות דתית של הגשמת תורה ומצוות במציאות כמו שהיא,³² לשם מניעת החרפה של מצב הדת ושליטת חלופה קיצונית של הפול או לא כלום, אחריות לציבור היעד ולמציאות הקיימת. דרישה זו משרתת, אפוא, מטרת דתיות מובהקות ושיקולים של "תועלת" דתית.

נאשש ונחזק עמדה זו בשיקולים נוספים של מדיניות. ראשית, האמונה כי הקנאות, השמרנות והדווקנות הן תריס נגד המתירנות ונגד האידיאולוגיה בת הזמן וגוררות אחריות, במיוחד בחברה חילונית, דפוסי התנהגות רצויים בעיני הפוסקים, הוכחה כבר כבלתי מוצדקת, בחברה אחרת אך בנתוני זמננו.³³ שנית, הצורך במאמץ הלכתי מיוחד למציאת פתרונות רלבנטיים למצוקת בני הדור³⁴ בהקשרים שונים.

בחברה היהודית בישראל, בהרכבה החברתי-אידיאולוגי, "אי פתרון, אי עשייה או רתיעה מהעזה שבפסיקה" גוררים אחריהם תוצאות שליליות מבחינה דתית³⁵ בבחינת "מחמירים בראש הבאים לידי הקלה בסוף" כביטוי של הרב מ' בר-אילן ז"ל.³⁶ ליראת ההוראה אין כל הצדקה דתית בנסיבות כאלו.³⁷

לדעת בעלי הגישה ה"כלל ישראלית", מדיניות של סגירת פערים, בין המציאות כמות שהיא לבין ההלכה, נחוצה כדי לאפשר חיים תקינים וניהול משפטי תקין.³⁸ קיים גם צורך

תחושה היסטורית, חוסר כושר אבחנה היסטורי, חוסר הערכה למצב ההיסטורי, אי הבנת המציאות והיעדר כשרון ורגישות לניתוח מציאות חברתית פוליטית, מצד חלק ניכר מפוסקי הדור, ראה א' גולדמן, לעיל הערה 12, בעמ' 15, 18, 21, 22, 44, 45, בקובץ המקורות בעמ' 42, 44, 45, 46, 57; בעניין זה ראה גם א' לוז, לעיל הערה 14, בעמ' 16 ואילך, 30 ואילך. על ההתמודדות בין ה"שמרנות" למציאות המתחדשת באספקלריה היסטורית, ראה י' כץ היציאה מן הגטו, לעיל הערה 9, מעמ' 140-157. על גישה אי-היסטורית לפי עצם מהותה המנותקת, לפי השקפתה, מכל עת וזמן, שאינה מאפשרת פתרון לרוב הבעיות המשפטיות והחברתיות של ימינו (במיוחד כלפי האמנציפציה של האשה), ראה א' ח' פריימן "דיני ישראל בארץ ישראל" נדפס מחדש בהמשפט העברי ומדינת ישראל (י' בוק, עורך, ירושלים, תשכ"ט) 36, 45.

32 ראה ש' פרידמן "הסדר היחסים בין דתיים וחילוניים" הציונות הדתית והמדינה (ירושלים, תשל"ח) 285, 290.

33 ראה M. Rheinstein, *supra* note 18.

34 ראה ז' ורהפטיג "כפיית גט להלכה ולמעשה" שנתון המשפט העברי ג-ד, 153, 216.

35 ראה ז' ורהפטיג, שם, שם.

36 "חוק ומשפט במדינתנו" נדפס מחדש בהמשפט העברי ומדינת ישראל (י' בוק, עורך, ירושלים, תשכ"ט) 20, 23.

37 ראה ז' ורהפטיג, לעיל הערה 34, שם; כן ראה א' ח' פריימן, לעיל הערה 31; על יראת הוראה ראה גם פ' שיפמן, לעיל הערה 28, בעמ' 336-339. על החיוניות להלכה, מבחינה דתית, שתעמוד בהתמודדות גלויה ומתמדת עם החיים ועם הבעיות המתעוררות מתוכם ראה מ' אלון "בעיות ומגמות ביחס הלכה ומדינה, חלק ב" עמודים 341 (תשל"ד) 256, 264.

38 ראה מ' אלון, לעיל הערה 31, בעמ' 25.

בהכנת כלים הלכתיים מתאימים למציאות של חיי רוב במדינה עצמאית לעומת חיי מיעוט בגולה.³⁹

שלישית, מציאות של חוסר שלמות חברתית, בד בבד עם החלתן של הלכות, שהורתן ולידתן בעולם של שלמות חברתית יהודית, על חברה בעלת השקפת עולם שונה ואף סותרת, יוצרות תקלות הלכתיות שאין הפוסקים יכולים או רשאים להעלים מהן עין. העברת מושגים ומוסדות הלכתיים ממציאות אחת והשתלתם, במשמעותם הראשונית, על מציאות אחרת, עלולה להוות חרב פיפיות וזאת במספר מובנים.

בחברה משתנית, מאבד חלק מן המוסדות הדתיים את המשמעות המסורתית. חלק מן הנורמות הדתיות כשהן מוחללות, במתכונתן המקורית וללא כל התאמה, על מסגרת חברתית שונה, עלול לגרור אחריו סטייה מן המטרות אשר עמדו בבסיס הנורמות. שימוש באמצעים מסורתיים, שאינם מכוונים לשעתם, עלול להביא לתוצאה הפוכה, דווקא מזו אליה חותרת ההלכה למעשה.

כך, למשל, הכרזה על רוב הציבור הישראלי, ציבור היעד, כפסול עדות, כפי שהשתמע מפסיקה רבנית,⁴⁰ יוצרת מציאות בלתי אפשרית. היא מקשה, הלכה למעשה, על כפיית נורמות דתיות על הציבור ופוגעת בניהול המשפטי התקין. לא בכדי זכתה עמדה זו לתגובה קשה של הציבור, שמצאה ביטוי גם בבית המשפט הגבוה לצדק. בשני מקרים, שנדונו בפני בג"צ, בית המשפט לא הסתפק בכך שלא טרח להסתיר את מורת רוחו אלא אף הסיק מסקנות משפטיות מרחיקות לכת, שיש בהן כדי לצמצם את שלטונו של הדין הדתי גם באותם עניינים המסורים לסמכותו הייחודית.⁴¹ בשני מקרים אלה התבקש בית הדין הרבני לאשר את תוקפם של קידושים פרטיים, או לחלופין, לקבוע את מעמד הצדדים. בית הדין סירב לבקשה כשהוא ממקד את סירובו על ספקות לגבי כשרות העדים

39 ראה הר"ח הירשנזון מלכי בקודש, חלק שני, בעמ' 7-8. לדעת הר"ח הירשנזון מתחייב מן האפשרות שחזה (היא המציאות בימינו) שינוי של מסגרת הגדרים והסייגים והתאמת הגזרות והכללים למען "לא יעמדו למפריע להתפתחות החיים החדשים והלאומיות בארץ אשר אנחנו נהיה בה אדוני ארץ וה' אלקינו עלינו".

ראה גם י' ליבוביץ, לעיל הערה 3, ראה במיוחד בעמ' 192-208.

40 ראה ערעור 42/תשכ"ח, פד"ר 175.

41 ראה דברי השופט מ' לנדוי בבג"צ 51/69 רודניצקי נ' בית הדין הגדול לערעורים, פ"ד כד(1) 704, 718. ביקורת על עמדת השופט לנדוי, ראה בעמ' 727-728 של פסק הדין, בחוות דעת המיעוט של השופט קיסטר; כן ראה בג"צ 29/71 קידר נ' בית הדין הרבני האזורי, תל-אביב-יפו, פ"ד כו(1) 608, 611, 612, 613.

על הלכות אלו וניתוח התערבות בג"צ בסוגיה זו, תוך ביקורת משפטית על עמדתו, ראה מ' אלון, לעיל הערה 3, בעמ' 1493, 1495-1496; י' אנגלרד "מעמדו של הדין הדתי במשפט הישראלי" משפטים 1 (תשל"ה-תשל"ו) 5, 13; ש' אטינגר "בית הדין הגבוה לצדק - תלפיות לאיסורים בנישואין?" משפטים 3 (תשל"ב-תשל"ג) 428; פ' שיפמן דיני המשפחה בישראל (ירושלים, תשמ"ד) 231.

וממילא לגבי המעשה ותוקפו.⁴² בג"צ דחה את גישתו של בית הדין, התערב, למעשה, בפסיקת ההלכה על ידי בית הדין הרבני והפך את הצו על תנאי נגד בית הדין לצו החלטי. במיוחד קשה הביקורת על רקעה של החלופה האפשרית. בפסיקה רבנית קודמת, בנושא זה, לקח בית הדין בחשבון את חילוניותה של החברה, שיבץ נתון זה במסגרת הלכתית לגיטימית, התאים את הדין למציאות המיוחדת ונמנע מפסילה סיטונית של הציבור החילוני כעדים:⁴³

”יש להתחשב עם עובדה שבזמן ובמקום שרבתה ופשטה, בעוונותינו, החופשיות לרגלי סיבות וגורמים כלליים ועולמיים, אין עברות מסוג זה עלולות להתור תחת נאמנותם של העדים. במצב של הסתר פנים גדול כל כך כמעט שהם בבחינת שוגגים.”⁴⁴

הגישה הכלל ישראלית לוקחת גם בחשבון, במסגרת השיקולים הדתיים, תוצאות שליליות נוספות, מנקודת ראות דתית, העלולות לנבוע מדחיית עמדתם ומנקיטת הגישה ה”ייחודית” או ה”מסתגרת”.

הדוגמא האחרת קשה עוד יותר מן הבחינה הדתית. בחברה חילונית, נוקשות בהתרת קשר הנישואין משיגה תוצאות חמורות מבחינה דתית דווקא. הדין הדתי מבקש לשמור על קדושת הנישואין, אצל מי שאינו מכיר כלל במושג הקדושה. לשם השגת תוצאה מדומה, משלם הדין הדתי במטבע קשה של ניאוף וריבוי של ממזרים.⁴⁵ תוצאה קשה זו, מבחינה דתית, נובעת מן הקצר האידיאולוגי הנוצר בנתונים כאלה.

אם נחפש תשובה לבעיה, בתחום האמצעים ההלכתיים, נמצא, כי המושגים ”נעשה חומר קולו” ו”שעת הדחק”, עליהם נעמוד במפורט בפרק הבא, במסגרת הדיון שיוקדש לניתוח סוגיות שונות,⁴⁶ הם כלי התמודדות עם ה”קצר” הנוצר. החלה דווקנית של הלכות, המעוגנות במציאות אחת על מציאות אחרת (היא ”חומר” בלשון הפוסק), מולידה חשש ממשי שהתוצאה תהיה הפוכה בתכלית מזו שלמענה ניתקנו כללי הדין (היא ”קולו” בלשון הפוסק). אולם הפניה לאמצעים אלה תלויה בשתיים. האחת, בנכונות הפוסק להכיר בתוצאה המתקבלת כתוצאה מהחלה דווקנית של ההלכה, כתקלה דתית הטעונה פתרון. השנייה, בנכונות הפוסק להעז ולעשות שימוש באמצעים ההלכתיים, תוך הרחבתם והתאמתם למציאות החדשה.

42 אם כי ראוי לציון כי טענות אלו שימשו, קרוב לוודאי, אמתלא לבית הדין שלא להעניק את הסעד המבוקש, תוך הימנעות מכניסה לדיון לגופו של עניין.

43 תיק 1/60/706, אוסף ורהפטיג, קלב, קלו.

44 שם, בעמ' קלו.

45 ראה י' ליבוביץ', לעיל הערה 3, בעמ' 161, 190-191; מעניין לציון כי הרב כ' פ' טכורש ”זכויות הנשים לאור התורה” התורה והמדינה ד, צ, צט, מסמך את סכנת הזימה לקשייה של האשה להשיג גט, אך מרחיק את עדותו לעמים אחרים: ”אצל עמים אחרים קשה לאשה להשיג גט מבעלה, מה שגורם לעתים קרובות לידי זימה”.

46 ראה הטקסט להלן סמוך להערות 156-159, 182-184.

האפשרות להגן באופן יעיל וממשי על האינטרסים והערכים שההלכה מבקשת להגן עליהם תיתכן, בתנאים ובנתונים שונים של זמן ומקום, רק באמצעות הלכות שונות מפעם לפעם. גם הלכות סותרות בתקופות שונות, עשויות לנבוע מאותם עקרונות יסוד.

השיקולים והנימוקים ההלכתיים, עליהם נצביע במהלך דיוננו בסוגיות ספציפיות, בקשר להיקף אכיפת כללי ההלכה במציאות נתונה, עשויים לקרב נורמות הלכתיות למציאות משתנה. דווקא נוקשות ודווקנות בהחלת ההלכה, בעת פריצת גדר, עלולות להביא תוצאות קשות. הדינים כשהם מוחלים, במתכונתם המקורית וללא כל התאמה, על חברה חילונית עלולים להביא להרחבת הפרצה ולא דווקא להצרתה. המכשלות אותן מבקש הסדר ההלכתי המקורי למנוע, במסגרת חברה שומרת מצוות, עלולות להתעצם, דווקא, בהעברה בלתי מתואמת של מוסדות דתיים והשתלתם במציאות שונה, על חברה שאינה שומרת ברובה את המצוות.

רביעית, גם ההשתקפות של הדין הדתי בעיני האוכלוסייה, כמעודד חסנטות, כפוגע בצד החלש וממילא כגורם עוול ושולל צדק, היא מטבע קשה של ניכור מוחלט, בין הציבור לדין הדתי, בו משלם הדין הדתי על יישום דווקני של כללי ההלכה בחברה הישראלית בתקופתנו. שיקול זה חייב, לדעתנו, להילקח בחשבון בעת פסיקת הלכה לחברה נתונה בזמננו. אין הפוסק רשאי להתעלם לא מן המציאות החברתית בתוכה הוא פועל ואליה הוא מכוון את פסיקתו ולא מן ההשפעה של הכרעתו ההלכתית על החברה. הפוסק חייב גם לקחת בחשבון את ההשלכה של פסיקתו על דימויה של הדת ככלל, ושל ההלכה בפרט.

ניטול, כהמחשה, את סוגיית עיגון האשה. ציבור חילוני מתייחס לעיגון אשה לא רק כפגם חברתי, שאין לו, בעיניו, תמורה ערכית או תגמול חברתי מספקים, אלא גם כפגם מוסרי חמור. ההלכה מועמדת כיריבה למוסר. הציבור החילוני תולה באיסורים הדתיים מנה גדושה של סבל, הנגרם לו באותם תחומים בהם ההלכה היא דין נוהג בישראל.⁴⁷ בראש ובראשונה, הכוונה לחוסר הסימטריה בעילות החיוב והכפייה למתן גט בין בעל לאשה, הפועל לרעת האשה. במקרים רבים, מה שמספיק לחייב אשה לקבל גט, לא די בו בתביעת אשה לחייב את בעלה בגט.

נדגים טענה זו במספר החלטות שיצאו מלפני בתי הדין הרבניים. תביעת אשה לגירושין, על בסיס טענת חוסר כוח גברא של הבעל והיותו מאוס עליה. התביעות הוגשו לאחר חמש שנות נישואין ומתנהלות כבר במשך חמש שנים. הצדדים חיים בנפרד. בית הדין, בדחתו את תביעת האשה, אומר מפיו של הרב עובדיה יוסף:

"שלא תמהר לסתור בנינה כי רחמי שמים מרובים ויש לדבר על לב האשה אולי יש תקווה על ידי רפואות תעלה. וכיוצא בזה כתב בשו"ת מהרשד"ם, שאפילו

47 ראה א' גולדמן "דתיים וחילונים בחברה הישראלית" ספר הציונות הדתית (ירושלים, תשל"ח) 305, 314-315; ראה מנקודת מבט חילונית לוחמת ש' אלוני נשים כבני אדם (ירושלים, 1976); ביטוי לכך ניתן למצוא גם בדברי נשיא בית המשפט העליון לשעבר, י' כהן "שיפוט רבני ושיפוט חילוני" ז' דיני ישראל (תשל"ו) רה, רי, המעיד על תגובת הציבור החילוני לסבל הנוצר כתוצאה מאיסורים דתיים. בדבריו הוא גם נותן ביטוי לתחושה בקרב הציבור שלא נעשה די כדי לפתור בעיות במסגרת ההלכה.

כנים דבריה וברור לנו שאין לו כוח גברא, אין למהר ולהפריד בינה לבין אלוף נעוריה וטוב לה להמתין 2-3 שנים אולי תזכה להבנות מבעלה ורחמי שמים מרובים.⁴⁸

לעומת זאת, גילה בית הדין יחס שונה כלפי תביעה הפוכה, דומה, אם כי לא זהה, שהוגשה על ידי בעל. במקרה זה נטען, כי האשה אינה מסוגלת להרות. עם הגשת התביעה לא עברו עשר שנות נישואין. בית הדין חייב את האשה לקבל גט.⁴⁹ במקרה אחר דחה בית הדין תביעת אשה לכפיית גט על בעלה, בטענה של חוסר סיכוי לשלום בין בני זוג. קבלת התביעה, על בסיס הצעתו של הגר"ח פלאג'י,⁵⁰ עשויה הייתה להביא שינוי מהותי בדיני הגירושין, ולקרר את הגירושין בין יהודים לשיטת הגירושין על בסיס כישלון הנישואין. בית הדין תקף הצעה זו בקן טעמים ופסל אותה כליל.⁵¹

לעומת זאת, בתביעה הפוכה, דומה, אם כי לא זהה, מצד בעל, בטענה של חוסר סיכוי לשלום, חויבה האשה לקבל גט ובית הדין היה נכון אף לתת לבעל היתר נישואין: "אין מנוס ומפלט מהפרדת בני הזוג בגט. אין כל צידוק לדעת בית הדין להשאיר את הבעל בעיגונא דגברא והרהורי עברה כל ימיו לאחר שכול המאמצים להשכין שלום בינו לבין אשתו עלו בתוהו."⁵²

כמו כן קיימת אבחנה בעילות חוב וכפייה של גט על הבעל לעומת האשה, במקרים של "בגידה" של הבעל באשה לעומת "בגידה" מצד האשה בבעלה - המהווה ניאוף מצד האשה, במשמעות ההלכתית.⁵³

האשה, בניגוד לבעל, אינה יכולה גם 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, תישאר עגונה. בעל, במצב מקביל, עשוי לזכות בהיתר נישואין.⁵⁴ יתר על כן, בתי הדין הרבניים נוטים להקל בכפייה על האשה, על ידי מתן היתר נישואין לבעל, לעומת העילות בהן כופים על הבעל את הגט.⁵⁵

48 ראה תיק ער/תשמ"ב/10, פד"ר יב 103, 122 (מפי הרב ע' יוסף).

49 ראה ער/תשל"ט/150, פד"ר יב 123.

50 ראה להלן הערה 155 והטקסט הסמוך לה.

51 ראה ער/תשל"ב/122, פד"ר ט 200; ער/תשל"ד/67, פד"ר י 168.

52 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.

53 ראה תיק 1315/תשי"ג, פד"ר א 139, וכן י' לוינגר בין שגרה לחידוש (ירושלים, תשל"ג) 101-102.

ביטוי לפער הלכה למעשה ראה גם ז' פלק תביעת גירושין מצד האישה בדיני ישראל (ירושלים, תשל"ג) 40-48, במיוחד בעמ' 45, 46.

54 ראה ב"צ שרשבסקי דיני משפחה (מהדורה שלישית, ירושלים, תשמ"ד) 71, 85-86, 420, 425.

55 ראה מחקרו של ז' ורהפטיג, לעיל הערה 34, בעמ' 199. כן ראה תיק תשל"ב/404, לעיל הערה 52.

אפליה, בין בעל לאשה לצורך כפיית גט, מטעמים דתיים מובהקים, "מובנת וצודקת בחברה דתית... אולם... אינה נסבלת... בחברה ובמדינה חילונית. שהרי גם מבחינה דתית אין שום יסוד להעניק לאדם המחלל שבת והעובר על כל העברות שבתורה כוח לתת גט לאשתו בעל כורחה, רק בגלל האיסור הדתי הרובץ עליו להמשיך ביחסי אישות עם אשתו."⁵⁶

תוך ניצול ציני של הלכות, המבקשות להגן על ערכים דתיים, זוכה הבעל ביתרון בלתי הוגן, שלא בטובה של הלכה, למטרות חילוניות ובהקשרים חילוניים. החשש מפני גט מעושה מרתיע את בתי הדין הרבניים מכפיית גט על הבעל, אפילו במקרים בהם, לכאורה, יש הצדקה הלכתית, על בסיס העילות הקיימות, להפעיל מכשיר הלכתי זה. "בכמה מפסקי דין (רבניים) הנימוקים לפסיקה על כפיית גט הם כה ברורים, שרק ראת ההוראה למתן גט מעושה הכריעה..."⁵⁷

בית הדין נוקט מדיניות דווקנית ומחמירה ונמנע מאכיפת ההלכה. בביטוי, "אנו מחמירים על עצמנו מלכופו בשוטים משום חשש דגט מעושה", השתמש בית הדין בדחתו תביעה מצד האשה לכפות גט על הבעל, במקרה עליו העיד בית הדין עצמו כי "הבעל... הפך בהתנהגותו המוזרת את חיי האשה לגיהנום".⁵⁸ אם לא די בסיבות האחרות, שרק חלקן נדון על ידינו, מוסיפה מגמה זו של בתי הדין הרבניים לתוצאה של נחיתות האשה, הלכה למעשה ולפגיעה בכוח המיקוח שלה לעומת הבעל. יתר על כן, בית הדין נוקט, מתוך עולם המושגים האמון עליו, שגרת לשון דתית, השאובה מעולם האמונה, שכוחה יפה בחברה שומרת תורה ומצוות ומנסה באמצעותה לסגור את הפער. דבריו של הרב עובדיה יוסף, בפסק הדין הרבני שצוטט לעיל, מבוססים על אמונה דתית עמוקה.⁵⁹ אלא שאמונה זו מוטלת על שאינם מאמינים. ניסיון כזה נועד,

56 ראה י' לוינגר, לעיל הערה 53, בעמ' 101-102.

57 ז' ורהפטיג, לעיל הערה 34, בעמ' 209-210, 212. על מיעוט הוצאת פסקי דין כפייה ראה גם בספרו של מי שהיה מנהל בתי הדין הרבניים, הרב ד' כץ פסיקת בתי הדין הרבניים והחוקים (ירושלים, תשל"ו) 94-95; דוגמאות נוספות לפסיקה מהוססת ראה ז' פלק, לעיל הערה 53, בעמ' 45 ואילך. על מיעוט כפיות גטין, ראה שו"ת ציץ אליעזר, חלק ה, פתיחה לפרק ז, בעמ' 23-25 וכן בעמ' 100, שם. ראה גם ד' י' מישלוב "האשה היהודית בהלכה" דיני ישראל יג-יד (תשמ"ו-תשמ"ח) רסג, שד-שה. המחבר מצביע על כך שתפקיד בית הדין הרבני בהליך נתינת הגט הוא שולי וכי נסיבות חיצוניות שונות הן המכריעות בסופו של דבר את הכף בעניין מתן הגט.

58 תיק תשי"ג/194, פד"ר א 77, 78, 80. באותו מקרה התנהג הבעל באלימות ובהתאכזרות כלפי האשה, נעדר תכופות מן הבית ונמנע גם מלספק לה את צרכיה. בממצאיו כתב בית הדין, בין היתר: "הגדיש הבעל את הסאה כלפי אשתו, וסבלותיה ממנו הן למעלה מנשוא" (שם, בעמ' 78).

59 תיק ער/תשמ"ב/10. הדברים מצוטטים לעיל בטקסט להערה 48.

כמובן, מראש לכישלון. הוא מרחיב ומעמיק את הפער תחת לצמצמו. הניגוד שבין המציאות המשמשת רקע לפסיקתו של המהרשד"ם, המובאת כאסמכתא באותו פסק דין רבני, לבין ימינו, כה עמוק שהסתמכות עליו לצורך זה יוצרת פער ומעמיקה את התהום בין הציבור בימינו והמציאות שהוא חי בה לבין הדין. סיגול עולם מושגים דתי, המושתת על אמונה דתית (מעבר לתוצאות המשפטיות), במסגרת נורמות המכוונות לציבור חילוני, חותר תחת המטרה לה שואף איש ההלכה בסומכו על המערכת הדתית.

ואכן, ביטויים נוקבים לתחושה קשה של נתק מצד אחד, של חוסר אונים מצד שני ושל ציפייה לתווה מצד שלישי רווחים בציבור הישראלי הרחב. קולות ביקורת נשמעים גם מפי בית המשפט העליון. בין היתר, נטען על אופן יישום הדין הדתי המביא, למעשה, להסגרת אשה לשרירות לבו של הבעל. לעתים מלווה הביקורת גם בקריאה לתיקון בתוך ההלכה ובמסגרתה כדי למנוע תופעות שליליות כאלו.

בתגובה על פסק הדין הרבני, שהבאנו לעיל בעניינו של הבעל האכזר, לא חוסך בית המשפט את שבתו מן ההחלטה של בית הדין ומן התוצאה אליה הוא הגיע. בית המשפט משתמש במלות ביקורת קשות וחריפות:

"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."⁶⁰

גם בעניין אחר, דווקא מן המקרים הבודדים בהם נכפה גט על בעל סרבן, מעלה בית המשפט ביקורת על המצב הקיים:

"אינני יכול להשלים עם המחשבה כי במדינתנו ייתכן 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 בעניינו..."⁶¹

אפשר למצוא התבטאויות נוספות מפי שופטי בית המשפט העליון, המבקשים לרשום את מורת רוחם מן הדין המהותי באמצעים שיפוטיים, אפילו אין הן מוצאות את ביטויין בחלק הנורמטיבי של ההחלטה השיפוטית.⁶² אולם אין ספק שמורת רוח זו מתגלגלת

60 בג"צ 54/55 רוזנצווייג נ' יו"ר ההוצאה לפועל, פ"ד ט 1542, 1559-1560 (מפי השופט ויתקון). ראה גם פ' שיפמן "חוק בלא נחת" דעות מא (תשל"ב) 23, 24.

61 ראה ע"א 164/67, 220 היוע"מ נ' אברהם, פ"ד כב(1) 29, 52. כן ראה דברי השופטים מ' זילברג, שם, בעמ' 47, ואגרנט, שם, בעמ' 52.

62 בג"צ 80/63 גורפינקל וחקלאי נ' שר הפנים, פ"ד יז 2048, 2069; בג"צ 301/63 שטרייט נ' הרב הראשי לישראל, פ"ד יח(1) 598, 629, 631; בג"צ 51/69 רודניצקי נ' בית הדין הרבני, לעיל הערה 41, בעמ' 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".

לעתים גם לפסיקה אופרטיבית.⁶³ ביטויים של מורת רוח בקשר לדרך ניהול הדין בבית הדין הרבני ובאופן יישומו של הדין, במיוחד בקשר להוראות חוק טריטוריאליזם החלות גם על בית הדין,⁶⁴ מוצאים להם אפיק נורמטיבי באמצעות התערבות בג"צ בפסיקה הרבנית.⁶⁵

חמישית, התעלמות ממציאות נתונה, על ידי מתן גושפנקא לציבור לשימוש בטענות דתיות בחברה הילונית ובמדינה דמוקרטית, כמפטירין כדאשתקד, יש בה השגת תוצאות הפוכות מן הבחינה הדתית העניינית. מצב כזה, שיש בו משום מתן הכשר להתחמקות מאחריות, הוא בבחינת פרצה הקוראת לאחד מבני הזוג להשיג יתרונות שאינם מגיעים לו, תוך שימוש ציני בכללי הלכה ותוך ניצול הדת לרעה, שלא מטעמה ושלא למטרותיה ויש בו משום מתן פרס לחוטא. החטאת של עשיית שימוש לרעה בכללי הדין לפתח רובץ.

כך, למשל, השימוש במוסדות הלכתיים, כגון: גזל ושלום בית וכיו"ב, הופכים את הציבור החילוני, העושה שימוש לגיטימי, כביכול, בכלים שההלכה מעמידה לרשותו, אך במסגרת שונה לגמרי מזו שההלכה התכוונה אליה, לנבל ברשות התורה.⁶⁶ עניינים שבקדושה הופכים להיות כלי שרת בידיו של צד לתועלתו. יישום ההלכה פוגע בערכיה היא ומאפשר את ניצולה לרעה שלא בטובה. הפרדוקס מוטמע בסיטואציה המיוחדת.

הדגמה ופירוט של הדברים ימחישו את המלכוד שבמציאות החברתית והמשפטית. בתואנת שלום בית, עשוי בן זוג אחד לבקש את ביטולה, עיכובה או דחייתה של תביעה לפירוק שיתוף במקרקעין שהוגשה על ידי האחר. בית הדין הרבני נוהג לאחרונה לתת צווי עיקול על נכס, בעיקר על דירת מגורים, כדי למנוע הגשתה של תביעה לפירוק שיתוף במקרקעין, או כדי למנוע את המשכו של הליך פירוק בתביעה שהוגשה עוד לפני מתן הצו.⁶⁷ מידת חוקיותו של צו כזה לא נדונה עדיין במפורש בבית המשפט העליון ולא

63 ראה לעיל הערה 41 והטקסט סמוך לה, וכן להלן הטקסט סמוך להערות 80-86.
 64 כך, למשל, בג"צ 7/83 ביארס נ' בית הדין הרבני האזורי, פ"ד לח(1) 673; בד"מ 1/81 נגר נ' נגר, פ"ד לח(1) 365; בג"צ 113/84 בנקובסקי נ' בית הדין הרבני האזורי, פ"ד לט(3) 380, 365; "אינני יכול שלא להביע את הודעויותי העמוקה מגישתו של בית הדין הרבני האזורי בחיפה"; ע"א 680/84 שני נ' שני, פ"ד לט(2) 444; בג"צ 473/85 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.

65 ראה סעיפים 15(ג) ו-15(ד) לחוק יסוד: השפיטה.

66 ראה הרמב"ן, ספר ויקרא (פרשת קדושים), יט ב.

67 ראה, בין היתר, תיק 9328/מו (בית הדין הרבני האזורי בתל-אביב-יפו, בהרכב אב"ד הרב ש' דיכובסקי), פסק דין מיום 11/11/87; החלטות דומות שיצאו מלפני אותו הרכב ראה תיקים 6348, 9724/מה, פסק דין מיום 21/2/86; תיקים 1514, 1515, 2272/מו, פסק דין מיום 16/4/86; תיק/5667/מו, פסקי דין מיום 4/6/86 ו-19/6/86. ראה הרב, ש' דיכובסקי "בתי דין רבניים-ממלכתיים: בעיותיהם והישיגיהם" דיני ישראל יג-יד (תשמ"ו-תשמ"ח) ז, יד-טו.

הועמדה אף להכרעתו המפורשת של בית המשפט המחוזי. שופטים שונים של בית משפט השלום התעלמו מצו, כאמור, בטענה שהוא בטל מעיקרא בשל חוסר סמכות.⁶⁸ כוחה של טענת שלום בית, הנטענת בפני בית הדין הרבני, עשוי לעמוד כנגד חובת הביצוע של הסדרים ממוניים ורכושיים, הכלולים בהסכם גירושין חתום ומאושר כדן.⁶⁹ בתי המשפט, לעומת זאת, פסקו בעבר, כי הסדרים כאלה, אם לא הוטנו בביצוע הגירושין, עומדים בפני עצמם ומחייבים את הצדדים להסכם למרות אי קיום ההתחייבות לגירושין.⁷⁰

68 ת"א 35161/85 מילדנברג נ' מילדנברג (בית משפט השלום בתל-אביב-יפו, השופט י' גלין), פסק דין מיום 28/9/86, הדוחה נפקותו של צו עיקול על דירה, שיצא מלפני בית הדין הרבני בעיילת שלום בית (בתיק 5667/מו, לעיל הערה 67), כלפי תביעת פירוק הנדונה בבית משפט השלום. כן ראה החלטתו של אותו בית המשפט בת"א 3738/87 שנדור נ' שנדור, מיום 4/2/88. מכל מקום, אם החלטת בית הדין ניתנת לאחר הדיון בבית משפט השלום והיא סותרת את החלטת בית משפט השלום, אין לקיימה בשל פגיעתה בעקרון הכיבוד ההדדי שבין הערכאות. לעניין אחרון זה ראה בג"צ 706/80 סופר נ' בית הדין הרבני, פ"ד (לה) 13. בית המשפט המחוזי בחיפה קבע, כי אין לעכב תביעת פירוק שיתוף בדירה של בני זוג בעקבות פסק דין לשלום בית שיצא מלפני בית דין רבני עוד לפני הגשת התביעה. ראה ע"א (חי) 222/84 אילון נ' אילון, פסקים תשמ"ה ג 406, 411-412. במקרה זה לא צוין אם בית הדין הרבני הוציא צו עיקול על הדירה, מושא תביעת פירוק השיתוף, למימוש פסק הדין בעניין שלום בית; השאלה, אם סיכוי לשלום בית בין בני זוג מהווה שיקול לגיטימי במסגרת תביעה לפירוק שיתוף של דירת בני הזוג, הושארה בצ"ע על ידי השופט טירקל בע"א 753/82 פלונית נ' פלוני, פ"ד (לו) 629, 626.

69 התחייבויות הנובעות ישירות מביצוע הגירושין, אין להן תוקף במקרה של חזרה מן ההסכמה לגירושין וכל עוד לא בוצעו הגירושין, ראה ערעור תשל"ה/26, פד"ר י 115, 139-141; כן ראה תיק 13627/לו, פד"ר יא 89, 93, הפוסק, כי הסכם גירושין ותנאיו לא יעמדו בפני טענת שלום בית. בתיק 447/מב (בית הדין הרבני האזורי באשדוד) פסק דין מיום 23/6/82 (לא פורסם), הובהרו התנאים לביטול תוקף ההסכם. נקבע שם, כי אם צד חוזר בו מהסכם הגירושין, בהיותו מעוניין בשלום בית, הרי לגבי אותם תנאים כספיים שטרם בוצעו ואם אין הגירושין באים מתוך כפייה או חיוב, בטל תוקפו של ההסכם ואין לבצעו.

ראה גם המקורות להלן בהערה 71. מהיעדר החיוב בגירושין ומחוסר האפשרות להתחייב לגירושין עצמם, נובע גם שבמקרה של חרטה, אין לחייב את קיום התנאים הממוניים. 70 ע"א 575/70 אורבוך נ' אורבוך, פ"ד (כה) 104; ע"א 451/62 כהן נ' כהן, פ"ד יז 1605, 1609; ע"א 208/64 בלגור נ' אריאלי, פ"ד (יח) 189; כן ראה ע"א 231/66 הכרי נ' הכרי, פ"ד (כ) 685; ע"א 115/73 וייס נ' וייס, פ"ד (כט) 48; על ההבדל היסודי בין בית הדין לבית המשפט בשאלת תקפותו של הסכם לגירושין במקרה של טענת שלום בית, ראה תיק 9328/מו (בית הדין הרבני האזורי בתל-אביב-יפו, בהרכב אב"ד הרב ש' דיכובסקי), פסק דין מיום 11/11/87. על תחולת דיני החוזים על הסכם גירושין הנדון בבית המשפט האזרחי, ראה ע"א 757/70 הנ"ל (דין בטלות או בטילות לפי דיני החוזים); ע"א 699/76

טענת שלום בית בשלב כזה היא, ברובם המכריע של המקרים, אם לא בכלום, אמצעי להימלט מן ההתחייבויות שנטל על עצמו הטוען ולהשיג הסכם גירושין טוב יותר. טענת שלום בית, הנטענת בבית הדין, עשויה להיות מקלטו של ה"נבל". בן הזוג המסרב לעמוד בהתחייבותו יוצא ממילא נשכר מכך שלא ניתן לאכוף עליו את ביצוע הגירושין.⁷¹ עתה הוא מקבל פרס נוסף מידי בית הדין באמצעות פטור מחובת קיום ההסדרים הממוניים והרכושיים.

בעת האחרונה נוצרה פרקטיקה של שימוש במוסד שלום הבית לשם השגת צו המיצר את חירות היחיד. הכוונה לצווים המוצאים על ידי בתי הדין הרבניים האוסרים על הבעל או האשה להיפגש עם צדדים שלישיים, מאהב או מאהבת. הצווים מוצאים בעילת שלום בית.⁷² צווים כאלה, כמו רוב פסקי הדין לשלום בית המוצאים בישראל של ימינו, הם אנכרוניסטיים ומזיקים. מצד אחד, בהיעדר מרות דתית ולגיטימציה חברתית, אין בכוח צו שיפוטי להחזיר את השלום האבוד למשפחה ולהשרות בכפייה את השכינה בתוך משפחה, שהשכינה לא הייתה אורחת מוכרת ורצויה בה מלכתחילה. מצד שני, השימוש במוסד זה פוגע בבן הזוג הנתבע, בלי ששיג את התוצאה המקווה שלשמה נעשה בו השימוש ותורם להגברת תחושת הסחטנות וליצירת מתח מיותר. הפנייה לערכאות היא סממן של השבר בבנישואין. תביעות שלום בית, רובן ככולן, משמשות כסות עיניים לצעדים טקטיים של בן הזוג התובע. המטרה האמיתית של השימוש במוסד זה אצל רוב המתדיינים בזמננו, השגת תנאי גירושין נוחים יותר, היא, כמובן, היפוכה של המטרה המקורית.⁷³

אבימור נ' אבימור, פ"ד לב(3) 281 (תחולת דיני החוזים על הפרת הסכם); ד"ג 4/82 קוט נ' קוט, פ"ד לח(3) 197, 204 (הסדר מוסכם במסגרת הסכם גירושין ימין כעניין של חוזים); ע"א 164/71 צפניה נ' צפניה, פ"ד כו(1) 515 (פרשנות הסכם גירושין עניין של פרשנות חוזים).

71 הבית שמואל לשו"ע, אבה"ע, קלד, ד, אות ז, קובע, כי אין קניין על גירושין חל מעיקרו וכל צד יכול לחזור בו. ראה גם תרומת הדשן (פסקים וכתבים מהרא"י) סימן קעג, כן ראה תיק 1064/תשי"ד, פד"ר א 257, 262; משפטי שמואל (לרב שמואל ורנר), סימן כו, עמ' קסט-קעא.

72 עתירות התוקפות את סמכותו של בית הדין להוצאת צווים כאמור ומערערות על מידת תוקפם של צווים כאלה לא הגיעו לכלל הכרעה בבג"צ. ראה, למשל, העתירות לבג"צ בתיקים הבאים 293/83; 120/86; 296/86; 20/87. ברוב העתירות הוצא צו על תנאי, אך הן לא הגיעו לכלל בירור.

במקרה אחד נפסק כי צו שהוציא בית דין רבני, לבקשת בעל, האוסר על אשתו להכניס גבר, שאינו בעלה, לדירה הרשומה על שמה ושם בעלה, לא הוצא בסמכות. ראה בג"צ 428/81 גולן נ' בית הדין הרבני האזורי, תל-אביב-יפו (לא פורסם). הצו במקרה זה לא היה מבוסס על עילת שלום בית אלא על סמכות בית הדין מכוח סעיף 3 לחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג-1953.

73 ראה א' רוזן-צבי יחסי ממון בין בני זוג (תל-אביב, תשמ"ב) 50; ע"א (חי') 222/84 אילון נ' אילון, לעיל הערה 68.

דוגמא טובה אחרת היא מושג הגזל, הזוכה, לעתים, לאוזן קשבת אצל הדיינים כאשר הוא נטען על ידי צד בבית הדין הרבני לשם שלילת הישגים משפטיים (מזונות או חלוקת רכוש) שהצד שכנגד זכה להם – כדין על פי המשפט הישראלי – בבית המשפט האזרחי. בית הדין עשוי לכפות על בן זוג לוותר על הישגיו כתנאי להמשך הדיון בתביעת הגירושין הנמצאת בסמכותו הייחודית. אוזן קשבת של בית הדין לטענת גזל, הנשמעת מפי מתדיין המכיר בלגיטימציה של התדיינות בערכאות אזרחיות, היא ניצול ציני של טענה דתית לתועלתו של הטוען ועשיית שימוש לרעה בהלכה בניגוד למטרה שהיא חותרת אליה. קבלת טענה כזו גוררת אחריה תוצאות קשות. זכויותיו של המתדיין האחר נפגעות שלא כדין. הליכים ארוכים ומייגעים היו כלא היו. אנרגיה של זמן ומשאבים אנושיים וכספיים מתבזבזים לשווא והפתרון המיוחל של הסדר בין בני הזוג מתרחק. נכונות בית הדין לקבל טענה כזו משרדת מסר שלילי לגבי כוחה של השיטה להביא להסכמה בין בני הזוג. מסר כזה מעורר סחטנות והוא פועל להחלשת כוח המיקוח של הצד החלש יותר. הואיל ובדרך כלל בוחרת האשה את בית המשפט האזרחי כמקום הדיון, מתוך אמונה, כי בחירה כזו מיטיבה עמה, פוגעת עמדת בית דין, הנכון לקבל טענה כזו, בעיקר בה.

עוד נראה כיצד מסוגלת ההלכה להתמודד, במקרים רבים, עם סוג כזה של ניצול לרעה ואילו צעדים ננקטו כדי למנוע הפיכת עניינים שבקדושה כלי שרת בידיו של צד לתועלתו.⁷⁴

הענקת משמעות מדומה לשמות שנתרוקנו מתוכנם, יוצרת פער עמוק בין הנחה לקיים. כתוצאה מכך, נתפשת הדת כמעודדת צביעות, ניהיליזם וציניזם ואף כמתגמלת אותם.

פסיקה הבאה מתוך מציאות ותפישת מציאות שונה, נראית אבסורדית באספקלריה אחרת, מעוררת לא רק תרעומת אלא גוררת אחריה, בעיני הציבור הרחב, גם תגובות של גיחוך ולעתים אף של נלעגות.⁷⁵ זאת ועוד, דרישה נעלה, הממשיכה למשול למרות שאין שומרים על קיומה הלכה למעשה נהפכת לפיקציה הגוררת אחריה ציניות.⁷⁶

שישית, התחשבות ההלכה במציאות החילונית עומדת בפני ביקורת קשה שעניינה הענקה, כביכול, של לגיטימציה לאורח חיים, החותר תחת יסודות ההלכה. על בסיס טענה זו, נראית ההתחשבות במציאות החילונית כעומדת בניגוד להלכה. כבר ראינו, כי בעלי הגישה הכלל ישראלית, מנמקים את עמדתם בשיקולים הלכתיים ובהגנה על אינטרסים דתיים. התעלמות ממציאות אינה מעבירה אותה מן העולם. מאידך גיסא, התעלמות כזו גורמת תקלות חמורות, הן במישור ההלכתי והן במישור המדיניות, הנוגעת לאינטרסים הדתיים במובנם הרחב.

התחשבות במציאות אינה הכרה בלגיטימיות שבה ואינה אישור לאורה ההתנהגות,

74 ראה להלן הטקסט סמוך להערות 122, 147 – 151.

75 ראה א' גולדמן, לעיל הערה 12, בעמ' 28, בחוברת המקורות בעמ' 49.

76 צ' אדמנית "מעמד האישה בהלכה ובחברתנו" דעות מג (תשל"ג) 197, 202.

המהווה בסיס לפסיקת ההלכה. היא כורח, וההלכה, כתוצרת חיים וכמסגרת נורמטיבית הנושאת עמה אחריות לכלל ישראל, אינה יכולה להרשות לעצמה לטמון את ראשה בחול. מניעת תקלות הלכתיות, מניעת קרע מוחלט עם ציבור יהודי גדול ודימויה של דת ישראל בעיני העם הם אינטרסים הנטועים עמוק בלב השיקולים ההלכתיים. מחירו של מיתוס הלגיטימציה יקר מדי, במונחים שהם רלבנטיים לתפישה הדתית, מכדי שניתן יהיה להיאחז בו ולהתעלם ממכלול השיקולים. אפשר לדחות כליל התנהגות מסוימת ולהימנע מלגיטימציה לאורח חיים ואף על-פי-כן להיפגש במישור התוצאה ההלכתית. שותפות במישור התוצאה הנורמטיבית, המאחדת בעלי אינטרסים שונים, עשויה להתייחס לכוונות שונות ולנבוע ממניעים שונים. הפסיקה המגוונת, אשר תובא בפרק הבא ומתייחסת לתחומים שונים של החיים, לא באה לסייע למה שנחשב כקלוקל בעיני הפוסק או לתת ביטוי לכוונותיו של החילוני, אלא להקטין את הנזק ולהיענות לצרכים במישור הדתי הנובעים מהשקפת עולם דתית. כך, למשל, לא תיקנו הגאונים את ה"דינא דמתיבתא", כדי לסייע לבנות ישראל הפרוצות למרות שהתחשבו במציאות הקלוקלת. וגם אם במישור התוצאה נפגשו אנשי ההלכה עם בנות ישראל, לא איחדו אותם מניעים דומים וכוונותיהם היו שונות. גישה כלל ישראלית פועלת בהקשר הדתי ולטובת אינטרסים דתיים ואינה נכנעת למציאות. יתר על כן, גישה כזו מפחיתה את המתח בין המחנות השונים, ממתנת את החיכוך בין הוראות הדין החילוני להלכה, סוגרת פערים באמצעים פנימיים, מייטרת מעורבות חילונית-חיצונית ומצמצמת את הקונפליקט שבין חופש הדת לחופש מדת. שביעית, הנכונות להטיל נורמות דתיות כפויות על ציבור לא מאמין, יש לה מחיר שההלכה נושאת בו, אם חפצה היא בסיוע הנורמטיבי של מוסדות המדינה החילוניים. הדין הדתי חייב לנקוט אמצעים, החורגים ממה שהיה מקובל בתוך שגרה של חיים, במסגרת דתית מקובלת.

הימנעות מהכרה בחילוניותה של המדינה ומאופיה האמיתי מרחיקה, אפוא, את הציבור מן ההלכה ומנכרת אותו ממנה כליל.⁷⁷ מבחינה דתית, אין להתעלם מכך שמראית העין וחילול ה' הם ערכים דתיים, בעלי משקל רב בעולמה של תורה.⁷⁸ כבר ראינו בהקשרים רבים, כיצד מציאות, גם פגומה, היוותה בסיס לשיקולים הלכתיים. חלק ניכר מן העניינים שהובאו לעיל, יש בו כדי להוכיח את מה שנאמר מפי הרב מ' בר-אילן ושימש בסיס

77 על הצורך בהכרה באופיה האמיתי של המדינה והכרה במציאות החילונית ראה א' גולדמן, לעיל הערה 12, בעמ' 46-47, בקובץ המקורות בעמ' 58, וכן י' אנגלרד, לעיל הערה 3, המשפט העברי ומדינת ישראל, בעמ' 122-123, 132-133;

על הדרישה להתחשב באינטרסים של המדינה לאור גמישות ההלכה, ראה גם מ' זילברג "הסדר עם ההלכה" באין כאחד (ירושלים, תשמ"ב) 268, במיוחד בעמ' 273-275, 279; וכן על הצורך להתחשב עם המציאות שנוצרה על ידי החוק החילוני; ראה מ' זילברג "יש לחייב כהן לזון אשתו 'הגרושה'", שם, בעמ' 231, בעמ' 234.

78 ראה לעיל הטקסט סמוך להערות 19-21. כן ראה הערך "חילול ה'" אנציקלופדיה תלמודית, כרך טו, בעמ' ש.מ.

לפסיקת הלכה בהקשרים שונים ואצל פוסקים שונים בדורנו, בדבר החמרה מראש המביאה לידי הקלה (במובן של פגיעה קשה בהלכה) בסוף.⁷⁹

הפגיעה בשלמות החברתית ואבדן ההרמוניה הקהילתית הדתית משפיעים על תפישתם של פוסקי ההלכה ואוצלים בהכרח גם על פסיקת הלכה. כך בכל הנוגע למושג הכפייה, כך בענייני נישואין וגירושין וכך גם בעניינים הנוגעים להנהגה יומיומית, כגון ענייני הכשרים לציבור הרחב, כפי שנראה בפרק הבא.

שמינית, שיקולי ה"תועלת" הדתית. עמדה המתעלמת מן המציאות גוררת אחריה תביעה נמרצת לסגירת פערים על ידי המערכת החילונית.⁸⁰ לעתים, כמו בעניין פסילת העדים שהובא לעיל, התביעה נענית. במקרה זה הפער נסגר חלקית על ידי בית המשפט העליון תוך קביעה, כי:

"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 לעניין זה להתגלגל הלאה ללא מעצור וללא תכלית מעשית."⁸¹

הציבור מעלה תביעות לסגירת פערים חדשות לבקרים. במקרים מסוימים נתבעה סגירת פערים בדין הדתי כתנאי להרחבת סמכות בתי הדין הרבניים. כך היה בזמן המנדט והתביעה נענתה בחלקה, אם כי בעיקר במישור הפרוצדורלי.⁸² תביעה מהותית בנוגע למעמדה של האשה ולהשוואת זכויותיה, הועלתה סמוך לאחר קום המדינה. התביעה לא נענתה והסמכויות לא הורחבו.⁸³

פערים בין הדין הדתי למציאות, שאינם נסגרים בדין הדתי פנימה, גוררים אחריהם תהליך הדרגתי של סגירת פערים באמצעות הרשויות החילוניות, כגון בית המשפט העליון.

79 הרב מ' בראילן, ראה לעיל הערה 36; הרב ש' משאש, ראה להלן הערות 156-157 והטקסט הסמוך להן; כן ראה להלן הערות 158, 180-184, 187 והטקסט הסמוך להן.

80 הערות ביקורת של בית המשפט העליון על הדין הדתי ועל אופן יישומו בבתי הדין הרבניים בישראל, ראה לעיל הערות 60-65 והטקסט הסמוך להן.

על הכרה בכך שהפער לא ייסגר בתוך המסגרת הדתית ותביעה משפטית למעורבות חקיקתית לסגירת הפער, ראה ג' טדסקי "על בעיית הנישואין במדינת ישראל" מחקרים במשפטנו הפרטי (ירושלים, תשי"ט) 206-209.

81 ראה הלכת קידר, לעיל הערה 41, בעמ' 613-614.

82 ראה א' מורגנשטרן הרבנות הראשית לארץ ישראל, ייסודה וארגונה (ירושלים, תשל"ג) 75-76; כן ראה מ' פרידמן, לעיל הערה 4, בעמ' 120-121.

83 ראה י' אושלמן דין ודברים (ירושלים, 1978) 212-213, המעיד על שיחה משולשת בין ד' בן גוריון, הרב הראשי לישראל, הרב י' הרצוג, ובינו ובה הועלתה הדרישה בנוגע למעמד האשה בהלכה, כתנאי להרחבת סמכויות בתי הדין. למרות הצהרתו של הרב הראשי, כי ניתן להתקין תקנות, לא נעשה דבר. כן ראה מ' פרידמן חברה ודת (ירושלים, תשל"ח) 113-114.

הנושא מחייב דיון נפרד וממצה שאין באפשרותנו לערוך כאן. נדגים בסוגיית הנישואין והגירושין.

במהלך השנים השתרשה והלכה עקיפת ההסדרים הדתיים והוראות הדין הדתי בתחום דיני הנישואין והגירושין, כמו גם בתחומים אחרים. כך ניתנה הכרה אורחית בסטטוס שנוצר מחוץ לחיקו של הדין הדתי, בין השאר של נישואין אורחיים שנערכו מחוץ לישראל. הגושפנקא הניתנת כאן היא חילונית והסטטוס מוכר, למורת רוחו של הדין הדתי. הכרה בסטטוס האורחי מקנה אותן זכויות המוסדרות על ידי הדין האורחי וכן זכויות מסוימות שמקורן בדין הדתי, המוקנות באופן מיוחד בטכניקה של קליטה מוגבלת מן הדין הדתי.⁸⁴ התופעה של נישואי קפריסין, המחייבת את נוכחותם של בני הזוג במקום ונישואי מקסיקו או פראגוואי, שאינה מחייבת את נוכחותם של בני הזוג בטריטוריה הזרה, נפוצה יותר משניתן לשער. אין סטטיסטיקה רשמית בעניין זה. על-פי נתונים חלקיים וכמובן לא סטטיסטיים ולא מדעיים, המדובר הוא, מאז שנות החמישים, באלפי זוגות החיים בישראל, אשר נישאו, בהיותם אורחי ישראל או תושביה, בנישואין אורחיים.⁸⁵ גם סוגיית ההכרה בקידושין פריטיים לפסולי חיתון, שנישואיהם תופשים בדין הדתי, היא דוגמא לעקיפת האיסורים בדין הדתי הנוהג וסגירת פערים מצד בית המשפט העליון.⁸⁶ תוצאה כזו של סגירת פערים,⁸⁷ מחויבת המציאות במדינה, המושתתת על יסודות

84 ראה ע"א 191/51 סקורניק נ' סקורניק, 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 ת"א (ת"א) 1701/77 שרייבר נ' שרייבר (לא פורסם); תיק מ"א (י"ם) 495/75 פרקש נ' פרקש (לא פורסם); תמ"א (י"ם) 2/85 קליידמן נ' קליידמן, פסקים תשמ"ז ב 377; א' לבונטין על נישואין וגירושין הנערכים מחוץ למדינה (ירושלים, תשי"ז); י' אנגלרד "מעמדו של הדין הדתי במשפט הישראלי" משפטים ד (תשל"ד) 31; משפטים ו (תשל"ו) 5, 24 ואילך; פ' שיפמן, לעיל הערה 41, בעמ' 249-265; מ' שאוה הדין האישי בישראל (מהדורה שנייה, תל-אביב, תשמ"ד) 144 ואילך; מ' שאוה "על 'נישואי מקסיקו' בישראל" הפרקליט לב (תשל"ט) 329; מ' שאוה "תוקפם של נישואין אורחיים שנערכו בחוץ-לארץ בין יהודים אורחי המדינה" עיוני משפט יג (תשמ"ח) 275; א' מעוז "נישואין וגירושין בין יהודים שנערכו מחוץ לישראל" עיוני משפט ה (תשל"ו) 186; א' רוזן-צבי, לעיל הערה 4, בעמ' 485-486.

85 הנתונים נמסרו לי על ידי עו"ד י' בן-מנשה, הפעיל בהשאת זוגות בנישואין אורחיים, במיוחד בנישואי מקסיקו ופראגוואי.

86 ראה, בין היתר, הפסיקה והמאמרים המפורטים לעיל בהערה 41.

87 על עקיפת רחבה ומשמעותית של הדין הדתי בענייני נישואין וגירושין על ידי הפסיקה ובמידה מסוימת גם על ידי החקיקה, ראה מ' אלון חקיקה דתית בחוקי מדינת ישראל ובשפיטה של בתי משפט ובתי דין רבניים (תל-אביב, תשכ"ח) מעמ' 76-98, 115-119; מ' אלון, לעיל הערה 3, מעמ' 1485 ואילך; אנגלרד, מולד, לעיל הערה 3, בעמ' 707 ואילך; י' אנגלרד, משפטים ו, מעמ' 24 ואילך; וכן משפטים ד, מעמ' 43 ואילך; פ' שיפמן, לעיל הערה 41, בעמ' 249-265; פ' שיפמן, לעיל הערה 60.

הדמוקרטיה המערבית והיא חילונית מבחינת הרכב הרוב הגדול של האוכלוסייה. טכניקה אשר כזו רווחה בשיטות משפטיות רבות. הפער, שהתקיים במדינות רבות עד סוף שנות השישים, בין המציאות למשפט ובין אידיאולוגיה ואורח חיים למשפט, בתחום דיני הגירושין, הוליד אמצעי עקיפין לסגירת הפער. בתי המשפט השתמשו בכלים משפטיים שונים ובטכניקות שונות, תוך נקיטת אמצעי עקיפין, לצמצום הפער בין דין הספר לדין החיים.⁸⁸

זאת ועוד, לתומכים בסטטוס קוו בין הדת למדינה בישראל, צריך להיות ברור כי עמדה מתחשבת ומקלה יש בה כדי למנוע יצירת לחץ להפרדת הדת מן המדינה.⁸⁹ התאמת ההלכה למציאות של שלטון חילוני במדינה מקלה על הסדר הפשרה, שעל פיו משלים חלק מן הציבור החילוני עם הדין הדתי הכפוי עליו ומאפשרת לו להמשיך ולקיים פשרה זו.⁹⁰ גישה כלל ישראלית אינה נסמכת על הפיקציה והאשליה, שהן נחלתם של בעלי העמדה האחרת. הפיקציה, כאילו היהדות הדתית היא רוב מניין ורוב בניין בארץ והכופרים או המשכילים הם מיעוט מבוטל. פיקציה זו מביאה לידי כך שהפסיקה הרבנית מתייחסת, במידה רבה, למציאות אנכרוניסטית. והאשליה כאילו מנהיגות דתית תוכל לצאת ידי חובתה, ללא דאגה אקטיבית לבעיות הציבור הכללי והמדינה, כאילו כל הנתונים הם סטטיים ומה שמתרחש במסגרת המדינה לא ישפיע על כלל הציבור.⁹¹

ג. העמדה ה"יחודית" או ה"מסתגרת"

עד כאן הצגנו עמדה הגורסת התחשבות במציאות החילונית, בדרגות שונות של אינטנסיביות וכפוף לנסיבות השונות. בעיני פוסקים אחרים, לעומת זאת, עלולה היענות מורי ההלכה למציאות בת הדור להיחשב ככניעה לא לגיטימית לחילוניות וכפריצת כל גדר, דווקא לאור התחושה של התערעות המסגרת הדתית והתפוררות המשפחה.⁹² בעיני אלה קיים חשש שפתרונות המכוונים לשעה זו מהווים הכרה או השלמה עם מצב הנחשב בעיני הדין הדתי כנוגד הן את עקרונותיו והן את מטרותיו הבסיסיות. תחושה זו של כניעה או נטישה של עקרונות יסוד אינה מניחה לכלל של "עת לעשות לה" הפרו תורתך"⁹³ לשלוט בכיפה. הליכה לקראת הציבור החילוני נחשבת לפעולה נגד הדת ולא כתקנתה. השמרנות נתפשת כקו ההגנה האחרון.

88 W. Friedmann *Law in a Changing Society* (1964) 25, 251–252;

M. Rheinstein, *supra* note 18, at pp. 29, 46–49, 56 et seq., 247 et seq.

89 "ליבמן, א' דון-יחיא "הפרדה בין דת ומדינה: סיסמה ותוכן" מולד (תשל"ג) 71, 80.

90 ראה י' כהן, לעיל הערה 47, בעמ' ריב; על החשש, כי החקיקה הדתית לא תוכל להחזיק מעמד במדינה, אם הדינמיות של ההלכה לא תבוא לידי ביטוי, כדי שהדין יוחל על כלל ישראל, ראה מ' אלון, לעיל הערה 37, בעמ' 264.

91 ראה א' גולדמן, לעיל הערה 12, בעמ' 46–47, בחוברת מקורות בעמ' 58.

92 לביאורה של עמדה זו ראה הרב מ' צ' נריה, לעיל הערה 12.

93 ראה לעיל הערות 19–21.

”שהמתירים ניכר ממעשיהם, שחפצם לנשל מכל מצווה, מעט מעט וכונתם לעקור את הכול... לזאת אנו מחויבין לעמוד בפרץ, בפרט בדור הזה; אם נניח להקל באיסורים... ירימו יד...”⁹⁴

לא זו אף זו, כשם שתגובת הפוסקים למתירנות הייתה נטייה לקיצוניות ולשמרנות,⁹⁵ כך לחצו של הציבור החילוני לתיקונים בהלכה ולהתאמתה למציאות הוביל גם הוא לתגובה הפוכה. הלחץ לא זו בלבד שנתקל, בדרך כלל, בקיר אטום, אלא אף גרר אחריו תביעות ופעולות שמטרתן לצמצם עד למינימום ואף למנוע מן החילונים ומן המוסדות החילוניים כל השפעה על המוסדות הדתיים, בחירתם והרכבם.⁹⁶ תגובות אלו, במקביל להעמדת תביעות דתיות כלפי הציבור בכללותו, יצרו תחושה של תסכול והעמקת הפער אצל הציבור החילוני.

טעמים נוספים מקשים בעיניהם של בעלי עמדה זו, על סגירת הפער בהלכה: הניגוד העקרוני הקיים בין הדת למדינה;⁹⁷ הקושי לסגל כללי הלכה ספציפיים למערכת החילונית, הן מבחינת עקירת הכלל הדתי ממערכת הדינים הסובבת אותו וממקורות חיותו והן מבחינת שתילתו ברשת הנורמות החילונית;⁹⁸ הבסיס האידיאולוגי השונה והשקפות העולם הרחוקות זו מזו. ההנחה המלווה אותם פוסקים היא, כי שום צעד אשר ייעשה, להוציא ביטול מוחלט של דרישות ההלכה, לא יספק את הציבור החילוני. לשיטה זו, אין טעם לעשות צעדים, שיש בהם, לדעתם, לסכן את המערכת ללא תועלת.⁹⁹ אנשי הלכה מעדיפים, אפוא, לגלגל את הבעיה למגרש היריב. רוצה לומר, מנקודת הראות של ההלכה, אין הם מכירים בלגיטימציה של הבעיה. בעיניהם פוגמת המציאות הנוהגת בשלמות אליה חותרת ההלכה. לדעתם, אפוא, יש למצוא את הפתרון בשינוי המציאות והתאמתה להלכה ולא להפך. האחריות מוסרת מעל כתפיהם של תופשי התורה ומוטלת כולה על כתפי החברה החילונית.

94 ראה תשובת “אבני נזר” (האדמו”ר ר’ אברהם מסוכאצ’וב), אורת חיים, ח”ב, סימן תקלו. מובא אצל א’ א’ אורבך על ציונות ויהדות, עיונים ומסות (ירושלים, תשמ”ה) 316–317.

95 ראה מ’ אלון, לעיל הערה 31, בעמ’ 29, בקובץ המקורות בעמ’ 11.

96 ראה מ’ פרידמן, לעיל הערה 4, בעמ’ 121 ואילך.

97 על התביעות העקרוניות המתנגשות בין הדת למדינה, ראה י’ אנגלרד, מולד, לעיל הערה 3, בעמ’ 705.

98 על ההתנגשות בין ההלכה המוחלטת לבין המדינה ראה גם במאמרו של י’ אנגלרד ב-“Scripta Hierosolimitana, supra note 3, at pp. 254, 265 et seq.” ראה גם י’ אנגלרד הגות והלכה, לעיל הערה 3.

99 ביטוי קיצוני של עמדה זו נתן הרב ח’ פרדס, אב”ד בבית הדין הרבני האזורי בתל-אביב, בריאיון לכותרת ראשית מיום 23.10.85, בו הוא מתייחס לציבור היעד שהוא דן אותו, “אין כל מכנה משותף בינך לביני. הגשרים שרופים. אני ואת עומדים על שתי פלנטות אחרות ואין צורך לטייח”. יחס כזה אינו מניח שום אפשרות של התייחסות למציאות או התחשבות במי שאינו נאמן לתורה.

”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.”¹⁰⁰

התבטאות אופיינית מפי דובר של אגודת ישראל משקפת תוצאותיה של עמדה זו: “צריך להתאים את החיים לתורה ולא את התורה לחיים.”¹⁰¹

כפי שראינו, מתעלמת תפישה זו מדעת מחילוניותו של רוב ציבור היעד ומאופיה האמיתי של המדינה.

התייחסות, אף בדיעבד, לחילוניותו של רוב הציבור או לחילוניותה של המדינה, נתפשת כמתן לגיטימציה למציאות פגומה. הנכונות לצעוד לקראת הקלקלות הרווחות עשויה להעניק, לדעתם, לגיטימציה לחילוניות. במסגרת זו נאסר שיתוף פעולה כלשהו עם הציונות החילונית ונקבעה חובת התבדלות משאינם שומרי מצוות כחובה דתית.¹⁰² הושמעו ביטויים חריפים על הכופרים, מחללי שבת בפרהסיא, עד כדי מסקנה שדינם כנכרי אף מבחינה הלכתית.¹⁰³ כל השלמה עם החילוניות כמוה כהודאה אסורה באפשרות קיום של חיים יהודיים ללא תורה.¹⁰⁴ מטבע הדברים, יוצאים מורי ההלכה מהנחה, המשמשת להם עיקרון של פסיקה, כי היהדות הדתית, הנאמנה לתורה, היא לא רק ציבור

100 הרב י' ישראלי “על כפייה ורצון בגט” תורה שבעל פה יב (הוצאת מוסד הרב קוק, ירושלים) לב, לה. על תופעה זו, ראה ז' פלק, לעיל הערה 53, בעמ' 80.

101 ח"כ הרב לוי, 6 ד"כ בעמ' 44.

102 ראה י' ברייער “שני מקלות הרועים” נדפס מחדש בציוני דרך (תל-אביב, תשט"ז) 87, 103-106; וכן “נאום על ארץ ישראל”, שם, בעמ' 107, 115-116. ברייער הוא ממקימי אגודת ישראל בגרמניה וממנהיגי הרוחניים בשלבי הקמתה ועד יום מותו כשנתיים לפני הקמת המדינה. ראה גם א' לוז, לעיל הערה 14, בעמ' 334.

המאבק בשאלה: האם ייתכן שיתוף פעולה עם החילונים או עם “פורצי גדר”? חצה קהילות רבות בישראל עם התגברות תופעת החילון בעם ישראל, ראה י' כץ היציאה מן הגטו, לעיל הערה 9, החל מעמ' 123.

מחלוקת זו, בעיקר, היא גם שחצתה את ההתייחסות, בקרב הציבור הדתי, בשאלת שיתוף פעולה עם חילונים במסגרת התנועה הציונית ולאחר מכן במדינת ישראל, החל מראשית ימי “חיבת ציון” וראשית הציונות, ראה א' לוז, שם, במיוחד בעמ' 79-95; כן ראה מ' פרידמן, לעיל הערה 83, מעמ' 129 ואילך, וכן מאמרו, לעיל הערה 4.

103 ראה ישעיהו א"ז מרגליות קומי אורי (ירושלים, תרפ"ה) כד ואילך; שמחה י"ב האלברשטאם מכתבים א יב. כתבים אלה וניתוחם ראה אצל מ' פרידמן, לעיל הערה 83, בעמ' 135-137.

כן ראה עמדת הרבי מסאטמר, רבי יואל טייטלבוים. לדעתו, אין שלום עם מינים ופורקים, ויואל משה (ירושלים, תשכ"ב) יא, וכן המאור (ברוקלין, תמוז, תשל"א) 6.

104 י' ברייער, לעיל הערה 102, “נאום על ארץ ישראל”, שם, שם.

ההתייחסות, אלא, כביכול, ציבור היעד הבלעדי הלגיטימי, אליו צריכה להיות מכוונת הפסיקה התורנית. זו, למשל, העמדה המובעת באחת מתשובותיו של הרב משה פיינשטיין.¹⁰⁵

בתשובה אחרת מתייחס הרב מ' פיינשטיין לשלטונות הישראליים כהנהגה, "שהיא בעו"ה אצל כופרים ומומרים ואין מתחשבים עם דעותינו כלום."¹⁰⁶

משום כך, לדעתו, הטענה כאילו התייחסות הלכתית מסוימת תביא ציבור חילוני לידי מכשול הלכתי אינה תופשת כלל, "ואין אנו אחראין עליהם."¹⁰⁷

אין עמדה זו נובעת מגישה הלכתית המחמירה בכול. להפך, בצד דעה מחמירה זו, מתייחס הרב פיינשטיין, באותה תשובה, בדרך מקלה דווקא לאפשרות מינויה של אשה שומרת תורה ומצוות למשגיחה על כשרות. האבחנה בין החמרה לקולא בתשובה זו היא, אפוא, בין שומרי מצוות לכופרים.

עם זאת ראוי לציין, כי הרב פיינשטיין מגיע לתשובה נוחה יותר, כאשר ניתן לעשות שימוש בכללי הלכה, בלי לפגוע בעמדה הבסיסית המחמירה של היחס לכופרים. כך, למשל, הוא מפעיל את חומרת דיני הראיות, למתן תשובה נוחה יותר על השאלה, אם ניתן לקבור מחלל שבת לצד שומר שבת.

"ודין זה (שאין קוברין רשע אצל צדיק) הוא מדאורייתא... (וחל) גם בזמננו. אבל כל זמן שאינו מפורסם למחלל שבת אף שידועים כמה יחידים מזה כיוון שלא הייתה העדאה בפניו ובפני בית דין לא נידון לנו זה כמחלל שבת שהרי אין לנו עדים על זה וממילא הוא כסתם ישראל שמותר לקברו סמוך לסתם אנשים שהם בחזקת שומרי תורה."¹⁰⁸

105 ראה שו"ת איגרות משה, אבה"ע, חלק ראשון, סימן עה, בעמ' קעז: "אם לא תקבל האשה עליה לשמור הלכות נידה אין לנו להזדקק לה שנמצא כמסייעין אנו לעבור על איסור נידה. וגם כל דבר שמתירין בשביל תקנת עגונות מסתבר שהוא בשומרי תורה דאם לא כן למה יקילו שהרי הוא לעבור על איסורין וצריך עיון לדינא" (ההדגשה שלי - א.ר.צ.). ראה התייחסות לתשובה זו באספקט שונה, אם כי לא מנותק לחלוטין מעניין זה, להלן הערה 165.

106 ראה איגרות משה, יו"ד, חלק שני, סימן מה.

107 שם, שם.

יש לבחון כיצד גישה מחמירה אפשרית במדינת ישראל, בה נכפית ההלכה על ציבור שחלק הארי שלו הוא חילוני. ראה עוד 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, תשמ"ה) 93-104, וכן האסמכתאות המובאות המצוינות שם; כן ראה ז' פלק, לעיל הערה 53, בעמ' 80.

108 ראה איגרות משה, יו"ד, חלק שני, סימן קנב.

הפעלת טכניקה זו מקובלת במסגרת פסיקת הלכה. הרב פיינשטיין מפעיל אותה גם בנסיבות של "דור פרוץ" בזמננו.

התחושה של בעלי האסכולה ה"ייחודית" או ה"מסתגרת" הנה שבתקופה של חילוניות, על הפוסקים לעמוד כשומרי החומות. הם, לבדם, ניצבים על סף התהום שרק כפשע בינם לבין ההפקרות המוחלטת. גישה בדלנית, מסתגרת זו רואה עצמה כמשמשת תריס נגד השפעת תנועות ההשכלה המיניהן ותופעות החילוניות וזאת למן ימיו של ה"חתם סופר". שימור הקיים ולא הסתגלות או שינוי, נראה בעיניו של ה"חתם סופר" כתגובה ראויה נגד כוחות החילון.

"והאמנם בעו"ה הדור פרוץ כבקעה וראוי לגדור גדר ולעשות סייג לתורה להחמיר ולא להוסיף קולא."¹⁰⁹

תגובה זו ממשיכה להנחות חוגים חרדיים עד היום, למרות מרחק הזמן (קרוב למאתיים שנה) והשינוי המשמעותי בנסיבות (כולל העובדה שהמיעוט פרוץ הגדר היה לרוב) וקיימת אף מגמה של החמרה וקיצוניות.¹¹⁰

יתר על כן, הטענה, כי דור פרוץ מצדיק ריבוי חומרות, במיוחד כלפי חברה חילונית, עשוי להיחשב, בעיני הפוסקים, לא כהתעלמות מן המציאות, אלא כסיגולה דווקא של ההלכה למציאות החילונית. כך הדבר לגבי נעילת דלת בפני הרמאים, אשר יבקשו לנצל את הדין המקורי לטובתם, למרות שאין הם מתכוונים אליו. כך גם בקביעת גדרים וסייגים מחמירים שמטרתם להרחיק ציבור שאינו שומר מצוות מן העברה. מדיניות כזו, בין השאר מן הטעמים שצוינו, משתקפת גם בפסקי דין היוצאים מלפני הרכבים שונים בבית הדין הרבני.¹¹¹ נקודת מבט דתית זו עשויה להיות חד-ממדית. למרות שהיא מבטאת עמדה המתייחסת, כאילו, למציאות ולציבור החילוני, הרי למעשה אין היא מתחשבת בהם כלל

109 חתם סופר, א"ח, נז. וראה עמדתו העקרונית של ה"חתם סופר" להחמיר מטעמי "דור פרוץ": "כך, לעיל הערה 26, בעמ' 142-152 (הכותב מתייחס גם לבנו של ה"חתם סופר", ה"כתב סופר" ומצביע על הגישה הנמשכת, הדוגלת בהחמרה מטעם זה); כן ראה א' כץ, לעיל הערה 22; "כך היציאה מן הגטו, לעיל הערה 9, בעמ' 154-157; "כך "קווים לביוגרפיה של החתם סופר" מחקרים בקבלה ובתולדות הדתות מוגשים לגרשם שלום (ירושלים, תשכ"ח) קטו, קמב-קמג; "בן-דוד "התחלופה של חברה יהודית מודרנית בהונגריה בראשית המאה הי"ט" ציון יז (תשי"ב) 122-128. כן ראה א' לוז, לעיל הערה 14, בעמ' 29-40, 376.

110 "כך "הדת היהודית ככוח מאחד ומפריד", לעיל הערה 14, בעמ' 147-149.

111 ראה תיק 791/תשל"ו, פד"ר 209, 214, כשהדור פרוץ יש לאסור לדור בחצר אחת, בכל האופנים, ואף על פנויות, משום שאינן טובלות והחשש הוא לאיסור תורה ולא רק לאיסור מדרבנן. על בסיס זה אין להקל על בני זוג גרושים ויש לאסור עליהם לנהל חנות משותפת לאחר גירושיהם. כן ראה תיק 5488/לב, פד"ר ט 110, 113; ישנן דעות כי בדור פרוץ אין להתיר לישא אשה שנייה, גם במורדת, כדי לא לתת מקום לרמאים להיאחו בו.

מנקודת המבט שלהם. עמדה זו מגדילה את הפער בין הדין למציאות ומנכרת עוד יותר את הציבור מן ההלכה. עמדה כזו יש בה מן ההתחפרות ולא מן ההתאמה היצירתית. היא נותנת משנה תוקף לגישה, שציבור ההתייחסות והיעד היחידי הוא הציבור שומר המצוות, אף כי, לכאורה, היא מתייחסת לא לציבור כזה או אחר אלא לשמירת המסגרת הנורמטיבית.

אסור להתעלם גם מן העובדה שהתקפה חזיתית על סמכות ההלכה, כמו גם התעלמות ממנה, פועלים בכיוון הפוך. במקום להמריץ את תופשי התורה למצות עד תום את האפשרויות הגלומות בהלכה

"היא כובלת) את ידי העושים בה ומשתקת) את כוח הסתגלותה."¹¹²

פריצת גדר מטעמים של חולשת דעת או התפקרות של יחידים, עשויה להיראות כמצדיקה התמודדות בכלים הלכתיים. לעומת זאת, אידיאולוגיה חילונית מציבה את הפוסק בפני מאבק ערכי עקרוני שבפניו אסור לו, לדעתו, להתבטא או להיכנע. התחשבות במציאות חילונית, המיוסדת על אידיאולוגיה כללית ולא על חולשה או על התנהגות של יחידים, נראית בעיניהם של בעלי העמדה הייחודית כוויתור על ערכים.

ההסתגרות וחוסר הנכונות להיענות הלכתית למציאות החדשה משמשת גם כ:

"אינסטינקט של התגוננות."¹¹³

מדובר על אמצעי מגן כפול.

ראשית, מתן לגיטימציה כלשהי ולו חלקית בלבד, עלולה להקשות את המאבק נגד חדירה לתוככי הבית פנימה. היא עלולה להגדיל את הסיכונים שהמציאות החדשה מעמידה בפני עולם שמרני.¹¹⁴ שנית,

"הם אינם רגילים לכללי משחק הכוחות בחברה המדינית החופשית... משום כך הם מעדיפים שלא להיכנס ל'משחק'... ההסתגרות היא תוצאה של התגוננות מפני חברה המתכוונת באמת לרעתם."¹¹⁵

112 זו הייתה גם התגובה על הרפורמה, ראה י' כץ "ייבום וחליצה בתקופה הברית-למודית" הלכה וקבלה (ירושלים, תשמ"ו) 127, 174; ראה א' א' אורבך, לעיל הערה 94, בעמ' 316. וראה עמדתו של החת"ם סופר במסגרת המאבק נגד הרפורמה, א' כץ, לעיל הערה 22.

113 ראה א' שביד דמוקרטיה והלכה (ירושלים, תשל"ח) 97.

114 על תהליכי ההסתגרות, הקנאות, ריבוי החומרות והדינים ומדיניות של שב ואל תעשה כ"חומת המגן מפני הכוחות המאיימים מבחוץ", ראה א' לוו, לעיל הערה 14, בעמ' 29 ואילך, ובמיוחד בעמ' 31. על ביצור החברה מבפנים על ידי אטימות מוחלטת כלפי החוץ, ראה שם, בעמ' 297; ראה א' א' אורבך, שם, בעמ' 316-317. ראה גם מ' פרידמן, לעיל הערה 83, בעמ' 135-137.

115 ראה א' שביד, לעיל הערה 113, בעמ' 97.

לנוכח עמדה כזו לא ייפלא, כי על שולחן הדיונים צפים ועולים גם ביטויים של ייהרג ואל יעבור:

"...עם סיני, הנמצא היום בסכנה יותר חמורה מאשר בימי נבוכדנצאר וטיטוס... כאן אין מקום לפשרות... האומה הישראלית נלחמת את מלחמתה האחרונה שתכריע את גורלה. אוי לה, שדווקא אדמת הקודש היא הזירה הראשית שלה..."¹¹⁶

המדיניות הנקוטה על ידי חוגים דתיים אלה, היא זו של שב ואל תעשה, וזאת מכמה טעמים.

ראשית, החתירה להסדר שיהיה מקובל על כל חלקי העם היהודי, מחייבת התיישרות עם הקו ה"שמרני" הקיצוני ביותר. בהיעדר אפשרות להגיע להסכמה, אפילו על תיקונים קלים, ננקטת מדיניות של שב ואל תעשה. שנית, ההנחה כי המציאות הקיימת היא תקופת מעבר בלבד, היא עמדת המתנה לקראת הבאות, לקראת יום ההכרעה.

בתקופה כזו, גם אם היא מתמשכת מעבר לצפוי, מדיניות ראויה מחייבת שב ואל תעשה.¹¹⁷

שלישית, ההסתגרות פנימה משחררת מן הצורך לעמוד פנים אל פנים מול השינוי, פוטרת מן החובה להתמודד עם העולם החיצוני. אידיאולוגיה של שב ואל תעשה, של קיפאון ושמירת הסטטוס קוו ממלטת מן הבעיה הקשה של ההכרעה. אך היא מחייבת אטימות כלפי התהליכים ההיסטוריים, התעלמות מן המציאות ושלילת לגיטימציה של העולם שמוחוץ לדי' האמות של הקיים.¹¹⁸ רביעית, הפוסקים עומדים בלחצים צולבים. הציבור החרדי, הדוגל בכלל "חדש אסור

116 ראה י' ברייער, לעיל הערה 102, בעמ' 103-104.

117 על הדורות האחרונים, כתקופת מעבר והמתחייב ממנה מבחינה הלכתית, ראה ניתוח עמדתו של הראי"ה קוק אצל א' שבייד, לעיל הערה 113, בעמ' 169, ואצל צ' ירון, לעיל הערה 23, בעמ' 34-37, 367. על ראיית המציאות של תחילת המאה בעיני החוגים הדתיים "כתקופת מעבר שלאחריה יבוא התיקון הגדול, של החזרת לב בנים אל אבות" ראה גם י' שלמון "דת ומדינה בלאומיות היהודית המודרנית ובמדינה שבדרך" בספר כהונה ומלוכה, יחסי דת ומדינה בישראל ובעמים (ירושלים, תשמ"ז) 277, 282-283. ומכיוון אחר, אם כי באותו עניין, ראה אלמוג "יחסי דת ומדינה בראי הלאומיות היהודית" בספר הנ"ל, בעמ' 285, 287, על ההנחה הפוכה של כל אחד מבעלי האידיאולוגיות השונות, הדתית לעומת הלאומית-חילונית, לפיה "כל אחד משני הצדדים העריך שיעלה בידו ברבות הימים להעביר את זולתו על דעתו". על תקופת המעבר בעיני החרדים והחילונים, כל אחד מנקודת המבט שלו, בקשר לתנועת "חיבת ציון" ולציונות, ראה א' לוז, לעיל הערה 14, מעמ' 83 ואילך. בעניין אחרון זה ראה גם י' כץ "הציונות והזהות היהודית" לאומיות יהודית, מסות ומחקרים (ירושלים, תשמ"ג) 75-76, 82.

118 י' כץ היציאה מן הגטו, לעיל הערה 9, בעמ' 154-157; א' גולדמן, לעיל הערה 12; א' לוז, לעיל הערה 14, בעמ' 16 ואילך ובעמ' 30 ואילך.

מִן הַתּוֹרָה", תּוֹבֵעַ בּמִפְגִּיעַ לְהִימָנֵעַ מִתִּיקוּנִים. הַצִּיבּוֹר הַחִילוּנִי, הַדּוּגֵל בַּכֶּךְ שֶׁעַל הַיִּשָּׁן לִסְגַת מִפְנֵי הַחֲדָשׁ,¹¹⁹ דּוֹרֵשׁ שִׁינּוּיִם רִדִּיקָלִיִּים. לַחֲץ כּפּוֹל זֶה מְנַטְרֵל כּל אִפְשָׁרוֹת שֶׁל נְקִיטַת יִזְמָה, שֶׁכֵּן, נּוֹכַח הַקּוֹשֵׁי הָאִמּוֹר, בְּנִקְטַת עֲמֵדָה שֶׁל שָׁב וְאֵל תַּעֲשֶׂה. חֲמִישִׁית, לַחֲץ עַל בְּעָלֵי הַהֲלָכָה מִצֵּד מִי שֶׁמֵתְעַלֵּם מִסְמָכוֹת הַהֲלָכָה אוֹ הַכּוֹפֵר בָּהּ, יוֹצֵר תְּגוּבָה הַפּוֹכָה שֶׁל שִׁמְרָנוֹת, הַסְתַּגְרוֹת וְדוּוֹקָנוֹת יִתְרֵ. הַחֲשֵׁשׁ שֶׁכּוֹל הַתְּאֵמָה אוֹ הַסְתַּגְלוֹת יִיחָשְׁבוּ כַּהִיעָנוֹת לִמְגַמּוֹת שֶׁל כִּפִּירָה אוֹ חִילוּנוֹת, מִשְׁתַּק אֶת כּוֹחַ הַיִּצִּירָה הַהֲלָכָתִי, בֵּין בְּמִכוּוֹן וּבֵין כְּתוּבַת נֶגֶד אִינְסְטִינְקְטִיבִית.¹²⁰

4. הַתְּמוּדוֹת הַהֲלָכָה עִם הַמְּצִיאוֹת, הַלָּכָה לְמַעֲשֶׂה

מּוֹרֵי הַהוֹרָאָה, בְּתַקּוּפוֹת שׁוֹנוֹת, הִגִּיבוּ בְּמִידַת הַרְגִּישׁוֹת הַנִּדְרָשׁת לְהַעֲמִידָה הַלָּכָה בְּגּוֹבְלוֹת הַחֲדָשִׁים, הַמִּתְבַּקְּשִׁים מִשִּׁינּוּיֵי הַזְּמַן וְהַמְּקוֹם. נִדְגִים אֶת הַתְּמוּדוֹת הַפְּסִיקָה הַהֲלָכָתִית עִם מְצִיאוֹת חֲדָשָׁה בְּסוּגִיּוֹת שׁוֹנוֹת, אֶת הַנִּימוּקִים הַהֲלָכָתִיִּים שֶׁתִּמְכוּ בְּפְסִיקָה וְאֵת הַטְּכְנִיקָה הַהֲלָכָתִית שֶׁנַּעֲשֶׂה בָּהּ שִׁמּוּשׁ לְשֵׁם הַתְּאֵמָה הַהֲלָכָה לְמְצִיאוֹת. נִבְחַן כִּיֵּצֵד, אִם בְּכֻלּוֹ, מִשְׁתַּקְּפוֹת בְּכֻל אַחַת מִן הַסּוּגִיּוֹת הַנִּדּוּנוֹת עֲמֵדוֹת עֲקוּרָנוֹת וְעִרְכֵי יִסוּד שֶׁל הַפּוֹסֵק, בְּדַבָּר הַיִּחָס לְמְצִיאוֹת הַחִילוּנִית וּמִידַת הַהֲתַחֲשָׁבוֹת הַרְצוּיָה בְּמְצִיאוֹת זֶה.

א. כְּפִיֵּית נּוֹרְמוֹת דְּתִיּוֹת בַּחֲבֵרָה חִילוּנִית וְהִיחַס לִיהוּדֵי הַ"חִילוּנִי"

הַסּוּגִיָּה הָרֵאשׁוֹנָה אֵלֶיהָ נִתְיַחַס הִיא עֲצֵם קִיּוּמָה שֶׁל חוֹבַת כְּפִיֵּיהָ שֶׁל נּוֹרְמוֹת דְּתִיּוֹת בַּחֲבֵרָה חִילוּנִית. עַל סוּגִיָּה זֶה מִן הָרְאוּי לְהַתְעַכֵּב, שֶׁכֵּן, לֹא רִק עַל עֲצֵמָה לְלַמֵּד יֵצֵא, אֲלֵא עַל כֻּל הַעֲנִיִין כּוֹלוֹ. בְּמִסְגֵּרַת בַּחֲנִינָה הַסּוּגִיָּה, נִעֲרוֹךְ גַּם אֶת הַהֲתַמּוּדוֹת הַחֲזִיתִית עִם הַבְּעִיָּה הַמְּרַכְזִית שֶׁל רִשְׁמִתְנּוֹ. הַדִּיּוֹן בְּסוּגִיָּה זֶה יִנְיָה תְּשִׁיתִית רַחְבָּה לְעֲנִיִין בְּכֻלּוֹתוֹ. מְבַדִּיקַת מְקוּרוֹת הַהֲלָכָה נִיתֵן לְהַסִּיק, כִּי מוֹשֵׁג הַכְּפִיֵּיהָ מְכוּוֹן לַחֲבֵרָה, בָּהּ פְּרִיצַת גֵּדֵר מַהוּוֶה אִיּוֹם מִשְׁמַעוֹתֵי עַל הַדֵּת, עַל שְׁלֵמוֹתָה הַדְּתִית שֶׁל הַחֲבֵרָה וְהַקְּהִילָה וְעַל חִינּוּךְ הָאָדָם וּבְמִיּוּחַד הַדּוֹר הַצֵּעִיר. בְּכְפִיֵּיהָ יֵשׁ אֲלֵמֶנֶט הַרְתַּעֲתִי, חִינּוּכִי. כְּפִיֵּיהָ, בְּהַקְּשֵׁר זֶה, אִפְשָׁרִית בַּחֲבֵרָה הַמּוֹרְכַבַת מְרׁוֹב דְּתִי וּבְמְצִיאוֹת שֶׁלְטוֹנוֹת־חֲבֵרָתִית שֶׁל קְבֻלַּת מְרוֹת תּוֹפְשֵׁי הַתּוֹרָה. בַּחֲבֵרָה הַמּוֹרְכַבַת מְרׁוֹב חִילוּנִי וּבְמִסְגֵּרַת מִשְׁטֵר דְּמוֹקְרָטִי וְהַשְׁקַפַּת עוֹלָם דְּמוֹקְרָטִית, הַמִּתְפַּשֵּׁט גַּם עַל עוֹלָם הַהֲלָכָה, אֵינן תְּכֻלִּית בְּכְפִיֵּית נּוֹרְמוֹת דְּתִיּוֹת עַל צִיבּוֹר חִילוּנִי הַמַּהוּוֶה רׁוֹב, וּמְמִילָא אִקְט כּוֹז נִעֲדֵר גַּם מִשְׁמַעוֹת דְּתִי. בְּמִסְגֵּרַת חֲבֵרָתִית בְּעֵלֶת אִפְיוּנִים אֵלֶּה וּבְמִיּוּחַד לְאוֹר הַעוֹבְדָה שֶׁהִימְנַעוֹת מְקַבֵּלֶת עוֹל מְצוּוֹת הִיא תּוֹפְעָה כְּלִלִית וְאִינָה הַפְּרָה מִצֵּד יַחֲדִידִים, הַמוֹשֵׁג "פְּרִיצַת גֵּדֵר" אִיבֵד אֶת מִשְׁמַעוֹתוֹ הַמְּקוּרִית. אֵינן עוֹד כֻּל יִסוּד לֹא לְהִיבֵט הַהֲרַתַּעֲתִי וְלֹא לְהִיבֵט הַחִינּוּכִי וּמוֹשֵׁג הַכְּפִיֵּיהָ אֵינן לֹא כֻל מִשְׁמַעוֹת. הַיִּפּוּכּוֹ שֶׁל דְּבַר. הַנִּיּוּסִיּוֹן לִיִּשָּׁם מְצוּוֹת דְּתִיּוֹת עַל צִיבּוֹר שְׁאִינּוֹ רוֹאֵה עֲצֵמוֹ כְּפּוֹף

119 רֵאָה מ' פְּרִידְמָן, לְעִיל הַעֵרָה 4, בְּעַמ' 126.

120 רֵאָה לְעִיל הַעֵרָה 112.

לעולן, גורר אחריו תוצאות קשות, בין היתר בשני מישורים: 1) תפישה מסולפת של הדת בעיני הציבור. 2) קצר בין המוסדות הדתיים, שעניינם אכיפת חוקים "דתיים", כגון חוקים הנוגעים לנישואין ולגירושין, לבין הציבור החילוני. תוצאותיו של קצר כזה פוגעות לא רק בעולם הערכים המקובל על הציבור החילוני, אלא גם בתפקודם של מוסדות דתיים, כגון בית הדין הרבני והדיינים המכהנים בו. כדי להימלט מן הקונפליקט, נוקטים בתי הדין צעדים הנראים כהתחמקות מהכרעות, העלמת עין וכדומה.¹²¹ קצר כזה, מקורו ביישום מערכות דתיות, בנתונים שונים בתכלית מאלה שעליהם הן מושתתות. ממילא מוחרף הניכור בין הציבור להלכה ותחושת העוול של הציבור כלפי ההלכה גוברת. כאן גם שורשן של תופעות, לפיהן יישום הלכה פוגע בערכיה היא ומאפשר את ניצולה לרעה שלא בטובה.¹²²

כיצד מתמודדת המחשבה ההלכתית עם הערך הדתי של מעשים, הנכפים על אדם בניגוד לרצונו, בחיים המודרניים במדינה דמוקרטית?
סימביוזה של פילוסופיה ליברלית עם תפישה דתית שוללת את הכפייה במעשה הדתי.¹²³

גם בדיקת המקורות ההלכתיים מעמידה בספק את אפשרות תרגום הקונצפט הדתי של הכפייה לדורנו. כבר בימים ראשונים הועלה ספק באפשרות קיום מצוות תוכחה, המשמשת מבחינות מסוימות בסיס לכפייה.¹²⁴ יש בסיס מוצק לגישה הגורסת, כי כפייה מותרת רק

121 ראה אצל י' לוינגר, לעיל הערה 53, בעמ' 100-102.

122 ראה גם לעיל הטקסט סמוך להערות 40-46, 66-74, וכן להלן הטקסט סמוך להערות 151-165, 169, 180-187.

123 "אין במעשה הדתי משום דתיות אלא אם נעשה מרצון חופשי ומתוך כוונה רצויה... על (הדת) להסתפק בלימוד, באזהרה, בהוכחה ובתוכחה בלבד... אין (בדת) הפרש בין המעשה ובין המחשבה, הואיל ועל המעשה היא מצווה רק מהיותו סימן למחשבת הלב... אין הדת מעוררת את האדם שבט ברזל, אלא מושכת אותו בעבותות אהבה. אין (היא) באה בכפייה על רוח האדם. כלי נשקה הם טעמים והוכחות; עוצם ידה הוא כוחה האלוהי של האמת..." מ' מנדלסון וירושלים (רמת גן, 1977) 75-76.

124 ערכין טז ב: "אמר ר' טרפון: תמיהני אם יש בדור הזה מי שמקבל תוכחה... אמר ר' אליעזר בן עזריה: אם יש בדור הזה שיודע להוכיח". השפעת גישה זו על חובת הכפייה ומשמעותה, ראה י' לוינגר, לעיל הערה 53, בעמ' 91 ואילך, וכן הרב י' עמיטל "על מעמדו של היהודי החילוני בימינו וההתייחסות אליו" עמודים לה (תשמ"ז) 382, 384-385.

ראה עוד יבמות סה ב: "כשם שמצווה לאמור דבר הנשמע כך מצווה שלא לאמור דבר שלא נשמע".

כן ראה ביצה ל א: "הנהג להם לישראל מוטב שיהיו שוגגין ואל יהיו מזידין". על עניין זה ראה הרב י' ה' הנקין "מוטב שיהיו שוגגין ואל יהיו מזידין" בזמן הזה" תחומין ב, 272. מסקנתו להלכה לימינו הנה (שם, בעמ' 276), כי עדיף לא להוכיח את החוטא גם על מצוות מפורשות בתורה: "כשאין כוח להכריח עוברי עבירה שיפסיקו... לאיזו תועלת נמחה... מוטב שיהיו שוגגין בכל המצוות".

כשיש בה תועלת במישור הדתי והיא תוביל לקיום מרצון, דהיינו, משיכפו את האדם יקיים,

”מלב שלם ומדעת המוחלטת ברצון חופשי.”¹²⁵

מבדיקת מקורות שעניינם כפייה על המצוות¹²⁶ ניתן להסיק, כי הכפייה מותרת: “רק כאשר יש ודאות לבית הדין שבכפייה הוא נענה לרצון הבחירה של הנאנס בידי יצרו...”¹²⁷ אין משמעות לכפייה אלא לגבי מי שרוצה לקיים את המצוות בבחירתו. ומי שמתכוון בבחירתו שלא לקיים את המצוות הרי לגביו מעשה המצוות כשלעצמו – כאשר הוא נעשה מכוחה של כפייה – אין לו כל משמעות דתית.¹²⁸

גם בדיקת המקורות שעניינם כפייה, בדרך של ענישת עבריינים כופרים,¹²⁹ מלמדת, כי:

”גישה זו נובעת מהצורך להגנתה של הקהילה הדתית.”¹³⁰

לשינוי המהותי באופיו של הציבור היהודי ובתפישותיו, חייב להיות משקל מכריע בהתייחסות ההלכתית לנושא הכפייה.

”אין לנו עניין עם ציבור עוברי עברה, המכיר עקרונית בסמכותה של ההלכה אלא שב'הפקרא קא ניחא ליה'. מדובר בציבור, שאינו מכיר עקרונית בסמכות זו.”¹³¹

125 הרב מאיר שמחה כהן מדווינסק, אור שמח, גירושין, ב כ, וכן משך חכמה, שמות, ג יט.

126 בבא בתרא מז ב-מח א; קידושין נא א; כתובות עז ב; רמב"ם, גירושין, ב כ.

127 הרב מ' צ' נהוראי "האם אפשר לכפות על מעשה דתי?" דעת 14 (תשמ"ה) 21, 26.

128 שם, בעמ' 31. וראה עוד דבריו של הרב ע' יוסף שו"ת יביע אומר, חלק ד, י"ד, סימן ז, בעמ' רמא, מובאת בטקסט להלן סמוך להערה 187, ממנה ניתן ללמוד על התייחסות לכפייה.

129 כתובות פו א; רמב"ם, הלכות רוצח, ה י; רמב"ם, הלכות עכו"ם, י א.

130 הרב מ' צ' נהוראי, לעיל הערה 127, בעמ' 33. ראה גם חכמת שלמה, שו"ע, חו"מ, קז א. על בעיית הכפייה לאור המקורות ההלכתיים, תוך זיקה למציאות המיוחדת של חברה חילונית בהכרה ובמוצהר, בחינת השאלה ההשקפתית והתייחסות לשיקולי התועלת והנוק מבחינת התפישה הדתית, ראה עוד במיוחד י' לוינגר, לעיל הערה 53, מעמ' 91 ואילך, בפרק העוסק ב"שאלת הכפייה הדתית".

131 ראה א' א' אורבך, לעיל הערה 94, בעמ' 240-241; ראה עוד הרב ש' ישראלי "בגדרי החובה להתדרת התורה בישראל" התורה והמדינה ט-י, קס; על משמעותו של ציבור חילוני (בלתי מאמינים) לצורך משמעות המונח ה"ציבור" בהקשריו ההלכתיים ראה גם אצל א' ח' פריימן, לעיל הערה 31, בעמ' 46. כן ראה י' אנגלרד, מולד, לעיל הערה 3, בעמ' 703, 711-712; א' רוזן-צבי "החקיקה הדתית: ההתחזות הכפולה" פוליטיקה 7 (אפריל 1986) 19.

הלכה למעשה, מתחייבת מן השינוי בתנאים החברתיים השפעה, הן ביחס לעקרון הערבות ההדדית, העומד כבסיס אידיאולוגי לכפייה, והן ביחס לשאלת משמעות הכפייה, לאור אפיון רוב הציבור היהודי ואופיה של הכפירה.

"...אם אין בידם למחות פטורים מהערבות (של כל ישראל ערבים זה בזה) והנה אם כל העדה כולה שומרי תורה ומצוות ואיש אחד יפר תורה, אפשר שביכולתם למחות בביוזיונות וגידופים, אבל כשאנשים רבים ייפרדו וייבדלו מהכלל ואף כי מדינות שלמות, היש בידינו למחות בידם? הלא רק נוסף אש ונגדיל את המדורה."¹³²

הרב א"ה קוק דן ארוכות בשאלות הנוגעות למשמעות הכפירה בימינו, לאפשרות התוכחה ולמשמעות נקיטת אמצעי ענישה ומסכם:
"וכל ההלכות הנוטות לרוגז ושנאת אחים נעשות הן כפרשת בן סורר ומורה, עיר הנידחת ובית המנוגע... ונכתבו משום דרוש וקבל שכו".¹³³

את תפישתו העקרונית של הרב קוק ניתן לאפיין במונחים מודרניים כסובלנית. לשיטתו, הכופרים והאפיקורסים בדור הזה הם "אנוסים גמורים". הם קושרים את הכפירה עם שאיפתם לתיקון החברה ו"אי אפשר לדמות אותם לרשעים". הרב סבור, כי מציאות חברתית של ריבוי המתנגדים לדת יש לה משמעות תיאולוגית, שיש ליישמה, למשל, על שאלת הסובלנות הדתית (הסובלנות אינה כניעה אלא תואמת את "חפץ ה'") ועל חוסר היכולת לכפות את הדת על אלה.¹³⁴

132 ר' שמואל מוהליבר ספר שמואל (בעריכת הרב י"ל פישמן, ירושלים, תרפ"ג) קלח; ראה גם א' לוז, לעיל הערה 14, בעמ' 87-88. דיון בשאלת דין הערבות בימינו, ראה הרב א' שרמן "חובת החקיקה הדתית ויישומה על פי ההלכה" תחומין ה, 366.

133 כתבי הרב א"ה הכהן קוק איגרות הראי"ה, כרך א (הוצאת מוסד הרב קוק, תשכ"ב) שד-שה, איגרת רסו.

על סוגיות אלו בכללותן בכתבי הרב קוק ראה שם, בעמ' כ-כא, ק-קא, קע-קעא, שד-שה. בנושא זה ראה בפרוטרוט, צ' ירון, לעיל הערה 23, מעמ' 323 ואילך.
ראה גם הרב י' עמיטל, לעיל הערה 124, בעמ' 386-387. ראה עוד י' ליבוביץ "שתי תפישות של סובלנות ביהדות" אמונה היסטוריה וערכים (ירושלים, תשמ"ב) 184-185.

134 הרב א"ה הכהן קוק, לעיל הערה 133, בע' ק-קא, קע-קעא. על גישתו של הרב, ראה צ' ירון, לעיל הערה 23, בעמ' 365-368. ראה גם הרב י' עמיטל, לעיל הערה 124, בעמ' 386-387. ראה עוד תשובתו של ר' עקיבא איגר, לעיל הערה 25, שם. כן ראה לעיל הערה 26.

לעומת זאת ראה העמדה האידיאולוגית של אגודת ישראל בתחילת דרכה ועמדת הרבי מסאטמר, לעיל הערות 102-104 והסקסט הסמוך להן. כן ראה דעות מיעוט בציונות הדתית, ד' שטיין "על יחסם של דתיים אל חילוניים" מורשה ט (תשל"ה) 87.

הטכניקה בה נעשה שימוש, הלכה למעשה, היא כפולה: ראשית, פירוש הכלל ההלכתי באורח מצמצם. בכך מוצאת מציאות ההווה מן המסגרת הלגיטימית, הנתפשת ברשתה של ההלכה. בד בבד, הרחבת גבולות ההגנה האפשרית עד קצה גבול היכולת. בידו האחת, מצמצם הרב קוק את המושג הלגיטימי של הכפירה, ובידו האחרת, הוא מתייחס לבני הדור במציאות הקיימת כשרויים במצב של אונס, כ"תינוקות שנשבו", כמובנו בהלכה, שכתוצאה ממנה ניתן לדונם לכף זכות.¹³⁵

הרב קוק אף מרחיק לכת. לציבור הציוני, מבין החילונים היושבים בארץ ישראל, הוא מייחס משמעות מיוחדת מבחינה דתית:

"הנפש של פושעי ישראל שבעקבתא דמשיחא, אותם שהם מתחברים באהבה אל ענייני כלל ישראל, לארץ ישראל ולתחיית האומה, היא יותר מתוקנת מהנפש של שלומי אמוני ישראל, שאין להם זה היתרון של ההרגשה העצמית לטובת הכלל ובניין האומה והארץ."¹³⁶

אפיון עולמה של החילוניות, הגדרת מניעיה והתחקות אחר כוונותיה, במושגים דתיים ולצרכים הלכתיים, גוררים אחריהם, אצל פוסקים רבים, גם כאלה שאינם שותפים לגישתו העקרונית של הרב קוק, הנחה בסיסית לפיה אין לתרגם את ההלכות, שבמרכזן מושגי הכפירה והאפיקורסות, באופן פשטני ודווקני כמתייחסות ליהודי החילוני בן דורנו.

אפיון החילונים על ידי הפוסקים, על דרך הסלחנות, לובש מטבעות לשון שונות, כגון: "תינוקות שנשבו" או "אנוסים" או "שוגגים", שמשמעותם קרובה וממילא הן מובילות למסקנות דומות. מסקנה הלכתית, המבוססת בין היתר על אפיון כזה של ציבור היעד, תמצא בפסיקת פוסקים שונים לא רק בהלכת הכפייה אלא גם בענייני כשרות לעדות,¹³⁷ הכשרי מזון,¹³⁸ מצוות דתיות ואיסורים דתיים ופולחניים¹³⁹ וכיו"ב.

135 הרב א"י הכהן קוק, לעיל הערה 133, על צמצום מושג הכפירה: כ-כא; על מעמדם של בני הדור: ק-קא, קע-קעא. על מעמדם של בני הדור בהמשך לגישת הרב קוק, ראה עוד הרב א' בר-שאל מוצוה ולב, ח"א, פ"ז; הרב א' שרמן "יחס ההלכה כלפי אחינו שפרשו מדרך התורה והמצוות" תחומין א, 311, 318, הציבור שאינו שומר מצוות כ"תינוק שנשבה" לעניין מצוות אהבת הרע ומצוות "לא תשנא"; הרב י' הס "למצוות אהבת ישראל בימינו" מורשה א (תשל"א) 43, 52-53; הרב י' פילבר "בניין האומה באהבת חינוס" מורשה ט (תשל"ה) 98. ברם ראה ד' שטיין, לעיל הערה 134, וכן ראה לעיל הערות 102-107 והטקסט הסמוך להן.

136 הרב א"י הכהן קוק ערפילי טוהר (ירושלים, התשמ"ג) יא. ראה גם הרב י' עמיטל, לעיל הערה 124, בעמ' 388.

137 "שוגגים": לעניין כשרות לעדות, ראה לעיל הטקסט סמוך להערה 44.

138 "תינוקות שנשבו": לעניין כשרות והענקת הכשרים, ראה אחד מנימוקיו של הרב ע' יוסף, להלן הערה 186 והטקסט הסמוך לה.

139 שימוש בביטוי "תינוק שנשבה" לעניינים אלה, ראה שו"ת בנין ציון החדשות (ר' יעקב יואל אטלינגר), יו"ד, סימן כג, לעניין שתיית יין שנגע בו יהודי המחלל שבת

בספרות התורנית בת הדורות האחרונים, רווח גם השימוש במושג "זמן ההיעלם" – או בנוסח אחר "הסתר פנים" – לאפיון התקופה כדי להצדיק בהקשרים שונים התייחסות הלכתית כלפי יהודי חילוני, השונה מזו שהייתה מקובלת בעבר.

"נראה דאין דין (דין 'מורידין ואין מעלין', שעניינו הענשה קשה של אפיקורסים מישראל – א.ר.צ.) אלא בזמן שהשגחתו יתברך גלויה... ואז היה ביעור רשעים גדרו של עולם... אבל בזמן ההיעלם שנכרתה האמונה... אין במעשה הורת גדר הפרצה אלא הוספת הפרצה, שיהיה בעיניהם כמעשה השחתה ואלומות ח"ו... וכיוון שפול עצמנו לתקן אין הדין נוהג בשעה שאין בו תיקון ועלינו להחזירם בעבותות אהבה ולהעמידם בקרן אורה במה שידנו מגעת."¹⁴⁰

מדברים אלה ניתן להסיק שתי מסקנות נוספות.

ראשית, בחינת התוצאה אשר עשויה לנבוע מיישום הדין במציאות ימינו מהווה שיקול הלכתי תקף. כאשר הנוק מאכיפת ההלכה עולה על התועלת הגלומה בהחלתה, עדיפה הימנעות מהחלתו של הדין המקורי. יחסה של ההלכה לשאינם שומרי מצוות מונחה על ידי רעיון התיקון. ההנחה היא, כי יישום הדין יגרור אחריו תיקון המצב מבחינה דתית. אם התוצאה עלולה להיות הפוכה, הדין המקורי לא יוחל.

שנית, הפסיקה בהיותה ריאליסטית מכירה גם את מוגבלות אכיפותה. כשאין ידה תקיפה בכלל, ובמציאות החדשה בפרט, היא מסיקה מכך גם את המסקנות בדבר יישום הלכות על ציבור חילוני. כאשר מגיעים פוסקי ההלכה להכרה, פרי ההתבוננות המפוכחת במציאות, כי "אין בנו כוח להעמיד משפטי הדת על תלם", נופקות מכך מסקנות הלכתיות משמעותיות במישורים שונים של התייחסות.¹⁴¹ הנסיגה ה"טקטית" של ההלכה נראית בעיני הפוסק כבאה לתקנתה של ההלכה ולא ככניעה "אסטרטגית".

בפרהסיא, בתקופה בה חילול שבת נפוץ: "דלא נחשבו כמומרים... מפני שמעשה אבותיהן בידיהם והם כתינוק שנשבה". ראה עוד לעיל הערות 134 – 135. כן ראה הרב א' שרמן "יחס ההלכה כלפי אחינו שפרשו מדרך התורה והמצוות, חלק שני: איסור אונאת דברים" תחומין ב, 267, 270 – 271; הרב א' שרמן "פיקוח נפש בשבת כלפי הפורשים מדרך התורה" תחומין ג, 24, 27.

140 החזון איש, יו"ד, סימן ב אות טז (סימן יג אות טז; חזו"א, משנה תורה, הלכות רוצח ושמירת נפש, פ"ה ה"י). על הדין המקורי ראה רמב"ם, עבודת כוכבים, י א; טור, יו"ד, קנח; שו"ע, יו"ד, קנח ב.
כן ראה שימוש בביטוי דומה ("הסתר פנים") לעניין כשרות לעדות, לעיל הטקסט סמוך להערה 44.

141 ראה רמב"ם, הלכות סנהדרין, כא ה. תפישה ריאליסטית מצויה גם בעמדה לפיה "הגנה להם לישראל מוטב שיהיו שוגגין", ראה לעיל הערה 124; כן ראה בעניין זה רמב"ם, שביתת עשור, א ז: "אין ממחין בידם שלא יבואו לעשות בודון שהרי אי אפשר שיהיה שוטר בבית כל אחד ואחד... והגנה להן שיהיו שוגגין ואל יהו מזידין".
ראה גם להלן הערה 187.

האפיון המשולש: של התקופה, של תופעת הכפירה ושל רוב הציבור היהודי, יחד עם הערכת תוצאות יישום הדין במציאות וההכרה המפוכחת בכוח ההלכה ובמגבלות יכולת אכיפתה, מוליכים חלק מן הפוסקים לתוצאה של עידון חומר הדין והימנעות, במקרים מסוימים, מאכיפה קפדנית ודווקנית של ההלכה על ציבור חילוני. ראינו גם עמדה אחרת, לפיה משמש האפיון האמור טעם וסיבה להתכנסות פנימה, כדי להגן על הדין הדתי מפני הרוחות הרעות המנשבות, ולקביעת חומרות אשר מתיימרות לשמור על המסגרת המקורית מפני ערעור חיצוני-חילוני. לא ייפלא, אפוא, כי האפיון האמור, על מסקנה כזו או אחרת שבצדו, חוצה חלק גדול מן הסוגיות בהן נדון יישום הדין על מציאות אחרת ובהן נדרשת התאמת הלכות למסגרת חדשה.

ב. נישואין וגירושין

כפיית נורמות דתיות בתחום הנישואין והגירושין על כלל הציבור הישראלי, מכוח חקיקת הכנסת [חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג-1953], יוצרת עימות מיוחד בין הדין הדתי למציאות החילונית, מן הסוג שאינו קיים בסוגיות האחרות. בתי הדין הרבניים-ממלכתיים, עליהם הוטל נטל הפסיקה, אינם יכולים להתעלם מן המציאות, באשר זו מגיעה לפתחם על ידי ציבור המתדיינים שרובו חילוני. המפגש בין הדין הדתי למציאות החילונית אינו נעשה במסגרת הדתית "האינטימית" בלבד, אלא במסגרת הנורמטיבית של המשפט הישראלי הכללי ("החילוני"). מישור התמודדות מיוחד זה, הנוסף על הבעייתיות המקובלת בעימות בין ההלכה למציאות, חייב, אפוא, להילקח בחשבון בעת ניתוח הסוגיה של נישואין וגירושין.

א) עוד בתקופה קדומה בוטלה, הלכה למעשה, מצוות הייבום והייתה לחריג ואילו החריג, החליצה, היה לעיקר. ביסודו של ה"מהפך" ההלכתי, הדרסטי, מונחים שינויים באורחות חיים ומעבר מתפישה חברתית אחת לאחרת. בעקבות שינויים אלה או בעקבות תופעות אחרות, היווה דווקא המשך אכיפתה של הלכת הייבום סטייה מן המטרה העיקרית של ההלכה:

"מצוות ייבום קודמת למצוות חליצה בראשונה שהיו מתכוונין לשם מצווה: ועכשיו שאין מתכוונין לשם מצווה, אמרו: מצוות חליצה קודמת למצוות ייבום."¹⁴²

142 במשנה, בכורות א ז; ראה גם כתובות סד א, יבמות לט ב; כן ראה תקנות קבועות לגדרי אישות בישראל, משנת תשי"י, שנתקבלו בכינוס רבנים ארצי בירושלים, אשר גזרו לאסור בישראל מצוות ייבום, ראה התקנות אצל ב"צ שרשבסקי, לעיל הערה 54, בעמ' 570. ברם ראה תשובתו של הרב עובדיה יוסף יביע אומר, חלק ו, אבה"ע, סימן יד, הפוסק, כי לגבי הספרדים ועדות המזרח, מצוות ייבום קודמת למצוות חליצה גם בזמן הזה. על בית הדין לעודד את הצדדים לכך ועל אחת כמה וכמה שעליו לשעות לבקשתם. על התקנות לעיל הוא אומר: "אין כל תוקף להסכמת נשיאי וחברי הרבנות הראשית לישראל שגמרו אומר לבטל לגמרי מצוות ייבום, גם מהספרדים ועדות המזרח ואין להם כל סמכות לכך" (שם, בעמ' שכח). על התמורות היסודיות בחברה הבת-רמקראית

ב) מושגי הצניעות, על רקע הכלל של "כבודה בת מלך פנימה"¹⁴³, עברו, בדורות האחרונים, שלב נוסף בתהליך של התאמה למציאות הנוהגת. תוכנה של עילת עוברת על דת¹⁴⁴ (שעניינה נוהגי הצניעות המחייבים את האשה ומהפרתם נובעות תוצאות קשות כלפיה) פשט צורה ולבש אחרת. חומרתן של התביעות ההלכתיות הומתקה. באחד המקרים, שהגיעו לבית הדין הרבני, ביקש הבעל להסיק מסקנות חמורות נגד אשתו, אשר, לטענתו, ביקרה עם ידידים בבתי קפה ואף הלכה שלובת זרוע עם גבר זר. את התנהגותה זו הוא ביקש לראות בגדרה של עילת "עוברת על דת". בפסק דינו לא קיבל בית הדין עמדה זו:

"דברים כאלה אינם לפי מנהגי החברה הנוכחית בארץ ולפי ההשקפה השוררת בזמננו מעשים של פריצות יתרה אם גם הם מראים לפעמים על חוסר טקט ואינם רצויים כשלעצמם. כל התנהגות כזו מראה רק על יחסי ידידות אבל לא על כיעור."¹⁴⁵

בית הדין הרבני יישם גישה זו הן לצורך עילת גירושין והן לעניין ההשפעה על פטור הבעל מחיוב המזונות.¹⁴⁶ עילה זו של "עוברת על דת", לבשה משמעות אחרת בנסיבות הזמן, באמצעות טכניקה הלכתית נוספת. בפסיקה רבנית מאוחרת יותר שיבץ בית הדין טענת בעל, אשר התבססה על עילה זו, במסגרת עיקרון של הדדיות ביחסי בני הזוג:

ובתפישתה את הייבום, ראה מ"ע פרידמן ריבוי נשים בישראל (תל-אביב, תשמ"ו) בעמ' 129; כן ראה י' כץ "ייבום וחליצה בתקופה הבת-ריתלמודית" הלכה וקבלה (ירושלים, תשמ"ו) 127, המנתח את מורכבות המקורות ואת הפלוגתאות בנושא זה. ניתוחו מלמד, כי למרות המשתמע מן המשנה בבכורות, המשיכו להתקיים גישות שונות בעניין הקדימה של ייבום או חליצה גם בתקופה הבת-ריתלמודית. יחד עם זאת, מוסכם גם עליו, כי בעוד אשר בתקופת המקרא היה הייבום מעוגן בסדרי החברה, בתקופה הבת-ריתלמודית הוא היה, כנראה, נטול תפקיד נראה לעין בקיום המשפחה (שם, בעמ' 128).

על עניין הייבום בתקופה המקראית, ראה אנציקלופדיה מקראית, כרך ג, 446-444; L.M. Epstein *Marriage Laws in the Bible and the Talmud* (Cambridge, 1942).

- 143 תהילים מה יד; יבמות עז א.
 144 עוברת על דת יהודית, ראה כתובות עב א-ב; רמב"ם, אישות, כד יב וכן יד; כן ראה ב"צ שרשבסקי, לעיל הערה 54, בעמ' 399-403.
 145 תיק 1/64/705 אוסף פסקי דין של הרבנות הראשית לארץ ישראל (בעריכת ז' ורהפטיג) עמ' קכב, קכו; ראה גם איגרות משה, אבה"ע, סימן סט, בעמ' קסט: "...אבל כשדרך כל הנשים בעירה כן אין שייך להחשיב זה לפריצות..."
 146 לעניין גירושין, ראה תיק 1/64/705, שם, בעמ' קכו; לעניין מזונות, ראה ערעור תשי"ט/83, פד"ר ג 257, ובעקבותיו ע"א 277/81 גרינהאוז נ' גרינהאוז, פ"ד לו(3) 197.

"הלכה זו... היא דווקא כשהבעל איננו יכול לסבול התנהגותה הנלווה של אשתו... אבל... המשיב... יש להניח שאיננו נמנה על סוג האנשים אשר אינם עוברים על דת... ואם איהו לא קפיד אנו קפדינן ליה?..."¹⁴⁷

ובאותו עניין:

"רק אם האיש מוחזק בכשרות ולבו לשמים וטוען טענת עוברת על דת מבלי כסוכים ומריבות אחרות או יש לפסוק כמו שפסקו רבותינו ז"ל..."¹⁴⁸

ג) עקרון ההדדיות הופעל, במלואו או בחלקו, ישירות או בעקיפין, גם בהקשרים אחרים וגרר אחריו התאמה בין הדין למציאות. ההתאמה התבטאה הן ביצירת שוויון בין המינים והן במילוי תוכן מחדש בקנקן הלכתי "ישן".

כך, למשל, בוטלו המים המאררים, לבדיקת אשה סוטה, עוד בתקופת המשנה, כאשר רבו המנאפים.¹⁴⁹ כאשר התנהגות הבעל לא עלתה בקנה אחד עם תביעות של שלמות החברה היהודית המסורתית, ששימשו בסיס להלכה המקורית, לא היה עוד טעם לחשוף את האשה לבדה לדין המקורי,¹⁵⁰ כללי ההלכה הם כלים שלובים ומתחייבת בהם הדדיות. כמו מדוגמת הייבום, שהובאה לעיל, כך גם מעניין אחרון זה אנו למדים, כי האיש יכול לעשות שימוש בכללי ההלכה, כאשר הוא עומד בקני המידה המחמירים המתחייבים מהם. ההלכה לא תעשה את עצמה כלי שרת בידי המבקש לנצל את חסותה לרעה. כך מבוטא רעיון אחרון זה אצל אחד מפוסקי דורנו, הרב עובדיה יוסף:

"אין לתת יד לפושעים... בזמן הזה כאשר פשטה המספחת של המודרניות בעולם וישתמשו בדיני תורתנו הקדושה, אשר נתנו להם עורף ולא פנים, אך ורק לתועלתם הפרטית בכדי... לבגוד באשת נעוריהם בתואנות וטענות תחת מסווה של דת."¹⁵¹

147 ערעור תשי"ט/83, שם, בעמ' 268.

148 הרב עובדיה יוסף יביע אומר, חלק ג, אבה"ע, סימן כא ס"ק ד. עקרון ההדדיות כאן הנו סובייקטיבי (לגבי בני זוג פלוגנים) ויישומו הוא אובייקטיבי. בכך הוא מהווה התאמה גמישה למציאות אף יותר מהשעיה כללית של נורמה, כמו להלן בהערה 149.

149 ראה משנה, סוטה ט ט: "משרבו המנאפים פסקו המים המרים". ראשית משנה זו מספרת על כלל דומה בקשר להלכת עגלה ערופה דין זה בטל "משרבו הרצחנים". בסוטה מז ב מבואר: "לפי שאינה באה אלא על הספק, משרבו הרוצחנין בגלוי בטלה עגלה ערופה".

150 סוטה מז ב: "ת"ר: 'ונקה האיש מעוון' בזמן שהאיש מנוקה מעוון המים בודקין את אשתו אין האיש מנוקה מעוון אין המים בודקין את אשתו... אמר ר' אליעזר, אמר להם נביא לישראל אם אתם מקפידין על עצמכם מים בודקין נשותיכם ואם לאו אין המים בודקין נשותיכם". ראה גם ירושלמי, סוטה פ"ט ה"ט: "אימתי האשה נושאת את עוונה בזמן שהאיש נקי מעוון".

151 ראה שו"ת יביע אומר, לעיל הערה 148, שם.

עקרון ההדדיות, כמו גם השאיפה להימנע מהענקת אמצעים לניצולה של ההלכה לרעה, משמשים אפוא, במקרים מסוימים, אמצעים הלכתיים להתאמת הלכות בעלות אופי מסוים, למציאות שונה או אחרת. באמצעותם, בין היתר, הוכשרה הקרקע להתאמת מושגים וניתן ביטוי נאותה, גם בזמננו, למציאות החדשה במסגרת ההלכה.

ד) בחיקו של עניין זה, מונחת מסקנה חשובה נוספת, הנוגעת ישירות לנושא המצוי במרכז עיוננו. ישנן הלכות רבות המתייחסות לחברה של שלומי אמוני ישראל, שקיומן מחייב חברה יהודית שלמה במצוות, הרואה בתורה את מצע חייה. הפעלתן בקרקע מציאות אחרת עלולה, בעיני ההלכה עצמה, להביא יותר נזק מאשר תועלת. בחברה חופשית יותר, בה אין כבלי המוסר האידיאלי נשמרים עוד בדווקנות הנתבצעת על ידי נורמות קשיחות, מתחייבת בדיקה מחודשת של פרטי הדינים, גם כדי למנוע פגיעה במרקם החיים הדתיים ובמטרות העומדות בבסיס הנורמות הדתיות, וגם כדי למנוע עוול הנובע מהנחות יסוד שאיבדו את אחיזתן בקרקע המציאות.

בצד עקרון ההדדיות, שבו נומק ביטול דין בדיקת אשה סוטה על ידי המים המאררים, הועלה גם הנימוק של היעדר שלמות חברתית. על ביטול המים המאררים אומר התלמוד הירושלמי:

”וכתיב 'והיתה האשה לאלה בקרב עמה', בזמן שעמה שלום ולא בזמן שעמה פרוצים.”¹⁵²

ומבאר בעל “תורה תמימה”:

”דבזמן שהדור כשר וצדיק או אשה פרוצה לאלה בקרב עמה, שהכול אלין בה, אבל כשרובה פרוצים הרי גם היא כאחד מהם ואי אפשר שיתקיים 'והייתה לאלה בקרב עמה' ולכן נתבטלו בכלל גם מהכשרים.”¹⁵³

ה) בביטול דין המים המררים משתקפים, אפוא, שני ההיבטים של העניין, ההיבט החיובי והשלילי גם יחד. הקשר בין עקרון ההדדיות לעקרון השלמות החברתית, כנדבך בבניין הדין, מחד גיסא, וזיקת הגומלין שבין שני אלה, כאבן נגף בשמירה דווקנית של דין שאין תוכו כבדו, מאידך גיסא.

ו) בקשר לכך, ראוי גם להתייחס לתקנת הגאונים, הידועה כ”דינא דמתיבתא”. תקנה זו, אשר הרחיבה את עילות כפיית הגט על הבעל, נומקה, בין היתר, בקלקלת הזמן: “ואחרי רבנן סבוראי בראותם שבנות ישראל הולכות ונתלות בגויים ליטול להן

152 ירושלמי, סוטה פ”ט ה”ט. התלמוד הירושלמי מביא את שתי הדרשות, הן זו הנוגעת לעקרון השלמות החברתית והן זו הנוגעת לעקרון ההדדיות, ראה לעיל הערה 150.

153 “תורה תמימה”, במדבר ה כז, ליד האות קמה. על הלכות סוטה ועגלה ערופה, כדוגמא למצוות המבוססות על הנחות מציאותיות מסוימות שבמציאות אחרת נעשות “חסרות משמעות והן בטלות ומבוטלות”, ראה י’ ליבוביץ, לעיל הערה 3, בעמ’ 135; וראה שם על כוחה של המציאות המדינית והחברתית כהנחה להכרעה הלכתית. ראה גם להלן הערה 170 והקסטס הסמוך לה.

גיטין באונס מבעליהן ויש כותבין גיטין באונס ומסתפק לגט מעושה שלא כדין וקא נפיק מינה חורבא תקנו...¹⁵⁴

ז) גם תשובה שכתב הגר"ח פאלאג'י, מאות שנים מאוחר יותר, נימוקה דומה והיא יונקת מאותה מגמת יסוד. במרכזה, הרחבת עילות כפיית גט על הבעל. לשיטתו, ניתן לכפות גט על הבעל, אם הוכח חוסר סיכוי לשלום בין בני הזוג. פירוד של 18 חודשים ומעלה מהווה הוכחה מספקת לביסוסה של עילה זו. התשובה מיוסדת על שיקולים דתיים הלוקחים בחשבון את החשיפה למציאות החדשה, על קלקוליה ואת השלכותיה של מציאות זו על עולמה של תורה:

"ואם בכל זאת שעבר זמן ולא היה תקנה ישתדלו בית דין בדבר לתת גט ולהפרידם זה מזה דאיכא תרתי לריעותא. האיש דאסור לעמוד בלא אשה... אפילו יהיה כשר וירא שמים אינו ניצול מכמה עבירות והרהורים רעים, וכל שכן אם הוא פרוץ בעריות כי בוודאי כי אינו יוצא מידי עברה בכל יום ויום. וגם האשה, שהיא אשת איש, אפילו תהיה כשרה על כל פנים בהיותה אשת איש בלתי בעלה עמה ח"ו יארע לה איזה מקרה רע או לפחות מאיזה פריצות כי לא יינקה כל הנוגע בה, ולפעמים תהיה יוצאת מדעתה להמיר דתה ח"ו או לאבד עצמה לדעת... כל שנראה לבית דין שהיה זמן הרבה נפרדים ואין להם תקנה אדרבא צריך השתדלות הרבה להפרידם זה מזה ולתת גט כדי שלא יהיו חוטאים חטאים רבים אחד האיש ואחת האשה... והנני נותן קצבה וזמן לדבר הזה דאם יארע איזה מחלוקת בין איש לאשתו וכבר נלאו לתווך השלום ואין להם תקנה ימתינו עד זמן ח"י חודשים ואם בינם לשמים נראה לבית הדין שלא יש תקווה לשום שלום ביניהם יפרידו הזיווג ולכופם לתת גט... כל זה כתבתי לכבוד השם יתברך ותורתו הקדושה."¹⁵⁵

ח) באותו כיוון של הסתכלות דתית מפוכחת, תוך הסתמכות בין שאר נימוקים, גם על הטעם ש"נעשה חומרו קולו", הכשיר הרב ש' משאש הסכם ממון שנעשה במרוקו בין בני זוג שנישאו כדמו"י. ההסכם קבע, כי אם יתגרש הבעל מן האשה בגירושין אזרחיים ולא ייתן גט, יחויב בתשלום סכום כסף למוזנות האשה עד למתן הגט, למרות שזו תהיה פטורה מכל חובותיה כלפיו. בדחותו את החשש לעישוי הגט עקב ההסכם, פוסק הרב משאש:

"כידוע מבנות הזמן שפרקו עול הדת, וילכו לעשות כרצונם ויתלו הקולר בצוואר הרבנים שלא חשו למצוא להם מפלט, ומה תעשה הבת שלא תחטא, ובאופן זה ממילא נעשה חומרו קולו, שע"י החומרא שאנו רוצים לפסוק כדעת המחמירים אנו

154 על סוגיה זו ונוסח התקנה ראה אצל ב' מ' לויין אוצר הגאונים, כתובות, חלק התשובות, 191-192; ח' טיקוצינסקי תקנות הגאונים (תל-אביב, תש"ך) 11-29; כן ראה J.H. Haut *Divorce in Jewish Law and Life* (N.Y., 1983) 51-53 ומאותו המחבר ראה גם: "A Problem in Jewish Divorce: An Analysis and Some Suggestions" 16 *Tradition* (1977) 29

155 שו"ת חיים ושלום, אבה"ע, חלק ב, סימן קיב.

מעגנים את האשה ונותנים יד לפושעים להיכשל באיסור אשת איש הברור... ולכן... העמיד בזה ההלכה על תלה על עיקר הדין בלי לעשות חומרות, ככה נוכל להציל אשת איש מטמיעה ומעיגון, וק"ל דשעת החדק כדעבד דמי, ואין לך שעת הדחק גדולה מזו, וכך חובתנו וכך יפה לנו, ודרכיה דרכי נועם כתיב.¹⁵⁶

במועד מאוחר יותר הוא מחזק טעמים אלה:

"ולכן אמרתי דאף שיישאר איזה צד חומרא או פקפוק, מחמת דעת הרשב"א המחמיר, עכ"ז בנידון דידן דיש עיגונא דאיתתא וגם חשש או ודאי ממזרות, ראוי להעמיד הדבר על עיקר הדין בלא חומרות ולחשוב זה כדעבד... בנדון כזה שנמצא חומרו קולו להתיר ממזרים לשוק וגם מקום עיגון, בזה ראוי להעמיד הדין על תלו ולא ללכת בחומרות."¹⁵⁷

הטעם ש"נעשה חומרו קולו", מעוגן היטב בעולמה של הלכה והוא הנמקה רלבנטית להתאמת הלכה למציאות רווחת. בטעם זה, נעשה שימוש על ידי הפוסקים הפוטרים נישואין אזרחיים, שנערכו מרצון ומתוך בחירה, מן הצורך בגט.¹⁵⁸ כן היתוסף טעם זה

156 ראה הרב ש' משאש, שו"ת תבואות שמ"ש, אבהע"ז, סימן סו, בעמ' קכו-קכת.

157 ראה תשובה מיום כח בניסן תשמ"ד (טרם נתפרסמה).

158 ראה, בין היתר: הרב חיים עוזר גרודונסקי, קובץ איגרות, סימן ל (הנסמך על המהר"ם שיק, אבה"ע, סימן כא); הרב מ"ח בן-ציון עוזיאל משפטי עוזיאל, אבה"ע, חלק א, סימן נט, חלק ב, סימנים נד-נו (התשובות נדפסו מחדש בפסקי עוזיאל, סימנים עה-עה, עמ' תלב-תנה); הרב י"א הרצוג שו"ת היכל יצחק, אבה"ע, חלק ב, סימן לא; הרב א"י ולדינברג שו"ת ציץ אליעזר, חלק א, סימן כז, חלק ב, סימן יט, חלק ט, סימן לו בסופו: "מלבד מה שהדבר מגיע להציל אשה מעיגונא שהרבה שקדו חכמים על כך ונכנסו גלל כן לא פעם אפילו לפרצות דחוקות, ישנו בדבר כפי שאני מבין גם משום בכדי להציל את האשה מקלקולים חמורים שונים וד"ל וכעין שכותב בשו"ת עין יצחק בסי' סד שם, דמכיוון דאם נדון לחומרא יצא חורבא וקלקול רב אין לנו להחמיר מצד חומרא בעלמא רק מה שהדין נותן מצד הדין וכיוון שמצד הדין נתבאר דאין לחוש להקידושין ע"כ ממילא אין אנו רשאים להחמיר בזה מצד חומרא אלא מוקמינן על הדין דאין לחוש להקידושין עיי"ש ודון מינה גם בנידוננו"; הרב מ' ראטה שו"ת קול מבשר, חלק א, סימן ז, חלק ב, סימן יח אות ב, רק לרווחא דמילתא הצריכו גט לחומרא וכשיש חשש עיגון יש להקל בפשיטות; הרב ע' הדאיה שו"ת ישכיל עבדי, חלק ד, אבה"ע, סימן ב, חלק ו, אבה"ע, סימן קא; הרב ע' יוסף שו"ת יביע אומר, חלק ו, אבה"ע, סימן א (בעמ' רסו-ער, וראה רשימת המקורות עליהם הוא נסמך, שם, בעמ' רסח). הרב יוסף משתמש גם כאן בנימוק שבתנאים מסוימים, משום חומרא באים לידי קולא "שיש לחוש שמא תקבל קידושין מאחר טרם שיגרשנה זה" (שם, בעמ' רסח). הרב מ' פיינשטיין שו"ת איגרות משה, אבן העזר, חלק ראשון, סימנים עג, עד, עה, הנוטה לפסוק גט לחומרא, אולם אם לא ניתן לשכנע את הבעל לגרש או במקום עיגון ניתן להתיר ללא גט.

להקלות בדיני שחיטה ובמתן הכשרים.¹⁵⁹ טעם זה מצטרף אל מערכת הנמקות רחבה יותר, המסייעת בקירובו של הדין למציאות כפי שהראנו לעיל ועוד נפרט להלן. ט) אכן, נשמעו קולות בעלי משמעות בעולמה של הלכה, בדבר השיקולים הדתיים המחייבים "לחפש תקנה לדור", במציאות של פרצות בשמירת הדת, כולל חשש של זינוי וממזרות ועל:

"צורך דחוף לעיין באפשרות ובצורך החיוני של תקנות להסיר מכשולים נוראים מחוגים רחבים ואף כי מחוגי שלומי אמוני ישראל."¹⁶⁰

הרבנים הראשיים לישראל, הרב י' א' הלוי הרצוג והרב ב"צ מ' ח' עוזיאל, כמו גם אחרים, סבורים היו, כי מניעת תקלה דתית, "מבחינת הסכנה של פריצות בימינו", היא שיקול רלבנטי בפסיקת הדין הלכה למעשה והיא מתירה ומאפשרת התחשבות במציאות פגומה ופרוצה. במיוחד אמורים הדברים בתגובתם של פוסקים כלפי פורצי גדר, במישור של התרת קשר הגירושין.

כך כותב הרב ב"צ מ' ח' עוזיאל:

"...מכאן למדנו שחשו חכמים לתקנתן של פרוצות למנען מעברה ואפקעינהו רבנן לקידושין מיניה... במקום שאפשר למנוע את איש או אשה מישראל מעוון ובייחוד מעוון עריות מצווה עלינו למנעם מעברה עד כדי אפקעינהו רבנן לקידושין מיניה ומכל שכן שמצווה עלינו להתיר כבלי העיגון למען לא יחטא בעלה ולא יחטאו אחרים עמו. וזהו יסוד לכל היתר עגונה שהקלו חכמים." (ההדגשות שלי - א.ר.צ.)¹⁶¹

גישה מחמירה, הנושאת עמה מגמה של הרתעה מפני עריכת נישואין אזרחיים, שכרה עלול לצאת בהפסדה מבחינה הלכתית, באשר עלולה היא לגרום תוצאות הלכתיות חמורות. המחמיר בתחילתו מקל בסופו ופוגע ביסודות הקדושה בישראל, ראה הרב א' ולדינברג, שם. י' ליבוביץ', לעיל הערה 3, בעמ' 161, 171, 187, 190-191, מציג את הענקת הבררה בין נישואין דתיים לאזרחיים, כמיועד למנוע תקלות הלכתיות כבדות, במצב בו נכפות נורמות דתיות בענייני נישואין וגירושין על שאינם מאמינים, שאיסורים דתיים אינם מקובלים עליהם.

159 ראה להלן הערות 180-187 והטקסט הסמוך להן.

160 ראה דברי ההקדמה של הרב י' ו' וינברג לספרו של הרב א' ברקוביץ' תנאי בנישואין ובגט (ירושלים, תשכ"ז). על הצורך בפתרונות הלכתיים למצוקות היהודי בן דורנו בענייני נישואין וגירושין, ראה עוד מ' אלון, לעיל הערה 3, בעמ' 518-527, 686-712; ו' פלק, לעיל הערה 53; ו' ורהפטיג, לעיל הערה 34, במיוחד בעמ' 215-216; הרב ע' רקמן "בעיות האישה היהודית בומננו והדרכים לפתרונן" חדשות אוניברסיטת בר-אילן 28-29 (ספטמבר 1978) 3, 4, 31; י' צ' גילת השפעת המציאות על הבחנות הלכתיות (הוצאת אוניברסיטת בר-אילן) 38 ואילך; א' רוזן-צבי פתרונות לבעיות אישות (תל-אביב, בהוצאת נעמ"ת, 1986).

161 ראה הרב ב"צ מ' ח' עוזיאל, בנספח ההערות לאוצר הפוסקים, חלק ב, בעמ' טו.

והרב י' א' הרצוג מעלה גם הוא טעמים דתיים מובהקים, המאפשרים התחשבות במציאות פגומה ופרוצה, בקשר לשאלה בדבר כפיית גט על בעל שזינתה אשתו ונאסרה עליו והוא רוצה לייסרה ולעגנה:

"...ועוד שזהו משום מניעת תקלה, אין הדבר מוזר (לכפות הבעל למרות שמבחינה דתית הוא 'נקי' לגמרי והיא החוטאת - א.ר.צ.), וגם מובן בסברה שאין לו הרשות לעגנה לעולם, ואע"פ שחטאה, שישנה בתשובה... והרי הוא מעכבה מלהינשא ועושה שתהא אגידה ביה, מפני שהוא רוצה לייסרה על פשעה הנורא, אבל באופן שיביאנה לידי עבירות ויגרום להחטיא אחרים."¹⁶²

באותו רוח התנבא, עוד לפני קום המדינה, הר"ח הירשנזון:

"...כמו שמוטל על חכמי ישראל... לעשות גדרים וסייגים במקום שתנאי החיים מועילים למטרת הגדרים, כן יהיה גם מוטל עליהם בעת אשר תנאי החיים ידרשו לאותה מטרה עצמה לשמור משמרת ה', להשתמש בכוח דהיתרא אשר עדיף הוא במקום אשר החומרות הם לא הועילו לתקן הדת והחיים... כי יותר טוב להתיר דברים אשר אפשר להתירם מלהניח להעם לפרוץ גדר... כי כל דבר אשר קיבוץ המדיני לא יהיה אפשר להעמיד בו אם נניח אותו להיבטל מעצמו יבולע מזה לכל חיי עמנו הרוחניים, והפרוץ יהיה מרובה על העומד וחומת דתנו תתרוע ח"ו ולא תוכל קום ואין עצה לזה רק כי החכמים בעצמם אשר עיניהם לפנים ולא לאחור, כאשר יתבוננו מה שהשעה צריכה, יתקדמו המה למצוא דרך ופתח להתיירא, לבל יצטרך העם לפרוץ את הגבול אשר גבלו הראשונים ולהשיג גבול עולם..."¹⁶³

(י) בקשר לכך, ניתן גם להביא את הדיון ההלכתי בשאלה: האם "בשביל שלא ירבו ממזרים בישראל... שייך להתיר איסורא זוטא" ולסדר קידושין לפסולי חיתון (בין אשה לבועלה), אם האשה מתנה את קבלת הגט בסידור כזה של קידושין? הרב משה פיינשטיין, בדונו בעניין זה, נוטה להתיר, אף כי השאלה נשארת על ידו בצריך עיון.¹⁶⁴ במסגרת השקלא וטריא נטען על ידו, כי לסילוק איסור תמור כאיסור אשת איש ומפני סכנת ריבוי ממזרים, יש לדון באפשרות של התרת איסור תמור פחות "כיוון שהוא לתיקון העולם". במסגרת דיון זה מדגים הרב נקיטת אמצעים הלכתיים מיוחדים ואף יוצאי דופן, למניעת עבירות חמורות, למרות שהעלולים להיכשל בעברה חמורה מוגדרים מבחינה הלכתית כ"פושעים" וכלשונו: "מצווה דרבים מחמת שרבים נכשלו בה אף שכל הרבים שנכשלו הם פושעים."¹⁶⁵

162 הרב י' א' הלוי הרצוג, שם, בעמ' ת.

163 מלכי בקודש, חלק שני, בעמ' 7-8. על ספרו של הרח"ה הירשנזון וניתוח עמדותיו ראה א' שבייד, לעיל הערה 113, מעמ' 45 ואילך, במיוחד בעמ' 53-58; על מעמד האשה ראה א' שבייד, שם, מעמ' 77 ואילך.

164 שו"ת איגרות משה, אבה"ע, חלק שלישי, סימן נ, עמ' תצו, בעמ' תצח.

165 שם, בעמ' תצח.

ג. מעמד האשה

לעניין מעמד האשה הרחבנו במקום אחר.¹⁶⁶ במסגרת רשימה זו נתייחס רק להיבטים הקשורים לדורות האחרונים ממש והנעוצים במציאות החילונית. האיסור ללמד נשים תורה¹⁶⁷ עבר

“שינוי מהותי... בעולמה של הלכה ובחיי המעשה בסוגיה הלכתית-חברתית זו בדורות האחרונים עם השינויים החברתיים-אידיאולוגיים מעמיקי התמורה.”¹⁶⁸

ה"חפץ חיים" מנמק שינוי זה במציאות החדשה ומבחין בין הזמנים של עיצוב ההלכה המקורית לבין "כעת", שגשים מעורבות כמעט בכל תחומי החיים. שינוי הכלל ההלכתי נועד לחזק את הדת ולא להחליש.¹⁶⁹ מעורבותן של הנשים בתחומים האינטלקטואליים והשוני בדרכי הלמידה ובאופן רכישת ההשכלה מביאים אותו למסקנתו. המשך הגישה המסורתית, במניעת השכלה תורנית רחבה יותר מן האשה, תחשוף אותה לעולם האינטלקטואלי החילוני בלבד ותסכן את שלמות עולמה הדתי.

“לא כימים הראשונים הימים האחרונים: בימים הראשונים התנהגו בתי ישראל עליפי השולחן ערוך ואפשר היה ללמוד בהם את כל התורה מן הניסיון... אבל עתה... לא רק שמתור ללמד תורה ויראת שמים לבנות בדורנו זה אלא חיוב גמור יש בזה...”¹⁷⁰

במקום אחר, איגרות משה, אבה"ע, חלק ראשון, סימן עה, בעמ' קעו, קובע הרב מ' פיינשטיין כי "כל דבר שמתירין בשביל תקנת עגונות מסתבר שהוא בשומרי תורה שאם לא כן למה יקילו שהרי הוא לעבור על איסורין (יאם לא תקבל האישה עליה לשמור הלכות גידה אין לנו להודקק לה שנמצא כמסייעין אנו לעבור על איסור גידה) וצ"ע לדינא". לדעתי, דברים אלה הם הצד השני של אותה המטבע ואין בהם כדי לסתור את האמור לעיל אלא לחזק דווקא. כאשר כתוצאה מן הפסיקה עלולים להביא ולו בעקיפין, לידי עברה, אסור, לפי דעה זו, לפוסק לתת יד ולסייע בכך. לכך מכוונת התשובה בחלק השלישי של האיגרות משה, שהובאה לעיל. התערבות פסיקתית כדי למנוע הכשלת היחיד או הרבים, באיסור, אפילו כלפי "פושעים", מותרת. לכך מכוונת התשובה בחלק הראשון של האיגרות משה, שהבאנו כאן.

166 א' רוזן-צבי "מעמדה של האשה במשפחה בדין העברי" בתוך הספר זכויות אדם בישראל, קובץ מאמרים לזכרו של ד"ר חמץ שלח ז"ל (תל-אביב, 1988) 109.

167 משנה, סוטה ג ד; סוטה כא ב; רמב"ם, תלמוד תורה, א יג.

168 מדברי השופט מ' אלון ב"ד"מ 1/81 נגר נ' נגר, פ"ד (לח) 365, 403-407. כן ראה בג"צ 153/87 שקדיאל נ' השר לענייני דתות, לעיל הערה 6, בעמ' 265-268.

169 ליקוטי הלכות, סוטה כא.

170 הרב זלצמן סורוצקין מאזניים למשפט (תשט"ו) סימן מב. בעניין זה ראה גם פוסקים בני דורנו, הרב מ' פיינשטיין איגרות משה, יו"ד, חלק ב, סימן קט; הרב ח' ד' הלוי עשה לך רב, חלק ב, עמ' קצג; הרב מ' מלכה שו"ת מקווה המים, חלק ג' יו"ד, סימן כא, המעמיד

עניין זה לא רק על עצמו ללמד יצא. הוא מהווה חיוק נוסף לכך, שדווקא הלכתית ביישום כללים, שמקורם במציאות אחת על אחרת, גורר אחריו יותר נזק מאשר תועלת באולמה של תורה דווקא.

זכות הבחירה לנשים שימשה מוקד מחלוקת קשה ביישוב העברי המתחדש. רוב רבני ארץ ישראל, ובתוכם הרב קוק, התנגד להכללת סעיף המעניק זכות בחירה לנשים, במסגרת הבחירות למוסדות היישוב. הנימוקים שפורסמו היו עקרוניים עד כדי הטענה, כי הדבר הוא "נגד דת משה ויהודית"¹⁷¹ שהפרתה מאפשרת, כידוע, לבעל לגרש את אשתו ללא כתובה.¹⁷² הענקת זכות בחירה לנשים שיבשה, בעיני החברה החרדית, את חלוקת התפקידים החברתית המסורתית בין המינים והייתה מעבר לתחום הפעילות המותר של האשה בעיני רוב רבני ארץ ישראל באותו הדור.¹⁷³ רוב משתתפי הוועידה השנייה של "המזרחי", לעומת זאת, תמך בזכות הבחירה ואחד מרבניה של תנועה זו כתב, כי האשה העבריינית לוקחת חלק בכל מאורעות העם והיא זכאית ליהנות מזכות בחירה אקטיבית ופסיבית גם יחד.¹⁷⁴ לא חלף אלא יובל שנים בלבד וכבר השתתפו הקולות המתנגדים.

את דין התלמוד על מציאות החיים של אשה יושבת בית: "לא כן בימינו אלה, שהנשים לוקחות חלק באורחות החיים... בוודאי יודה גם רבי אליעזר שאין שום איסור ללמדה גם תורה שבע"פ..." כן ראה י' כהן "האשה במשפחה ובחברה - עבר והווה" האשה בתמורות הזמן 22, 56 ואילך; א' שפירא "מעמד האשה בחברה המעורבת בת זמננו - תמורות על פי ההלכה" האשה בתמורות הזמן 8 ואילך; מקורות נוספים ראה אצל א' ג' אלינסון האישה והמצוות, ספר ראשון (ירושלים, תשל"ז) 158-165. על תנודות וגישות שונות בדין זה בתקופה הפורמטיבית של ההלכה, המושפעת מן ההתייחסות אל המציאות, ראה S. Berman "The Status of Woman in Halakhic Judaism" in *The Jewish Woman* (E. Koltun, ed., N.Y., 1978) 119-120.

171 ראה דואר היום מיום כח בניסן תר"פ. על המאבק בעניין זכות הבחירה לנשים ראה מ' פרידמן, לעיל הערה 83, בעמ' 146-169. צילום הכרוז המביא את החלטת רבני ארץ ישראל, עליו חתום הרב קוק, ראה שם, בעמ' 167. הכרוז עליו חתומים רבני היישוב הישן ראה שם, בעמ' 157: "ואיסור גמור הוא זה, והוא נגד תורת הקודש ונגד רוח ישראל". על עניין זה ראה בג"צ 153/87 שקדיאל נ' השר לענייני דתות, לעיל הערה 6, בעמ' 246-262.

172 עוברת על דת משה, ראה כתובות עב א; רמב"ם, אישות, כד יא; כן ראה ב"צ שרשבסקי, לעיל הערה 54, בעמ' 398-399.

עוברת על דת יהודית, ראה כתובות עב א-ב; רמב"ם, אישות, כד יב וכן יד; ראה ב"צ שרשבסקי, לעיל הערה 54, בעמ' 399-403.

173 ראה מ' פרידמן, לעיל הערה 83, בעמ' 147.

174 הרב י' ניסנבוים כתבים נבחרים: "העם העברי... אי אפשר לו לוותר בשעה זו על מחצית כוחותיו, על נשיו ובנותיו... מדוע לא ישוו החיים בתקופת תחיה זו אשה לאיש... לכל הזכויות ולכל חיי העם בעבודת הגאולה?" המאמר, הנושא את הכותרת "על דבר זכויות הנשים", נדפס מחדש בהגות, מאסף למחשבה יהודית (ירושלים, תשמ"ג) 77; כן ראה

היום עמדת המיעוט דאו היא הרווחת והמקובלת אף בחוגי היהדות החרדית. בתשובה שפרסם מי שהיה לימים הרב הראשי לישראל, הרב ב"צ מ' ח' עוזיאל, בעניין זה, לאחר שקבע שאין איסור בהענקת זכות בחירה לנשים, הוא מעלה גם את תחושת האשה ביחס למעמדה בחברה כנימוק לפסיקה וכך הוא מסכם:

"...המניעה מלשתפן תהיה להן לעלבון והונאה, בוודאי שכגון זה צריכים אנו לתת להן זכותן.¹⁷⁵"

סוג דומה של טיעונים, חברתיים ופסיכולוגיים, כשהם גוררים אחריהם תוצאה הפוכה, דווקא להלכה למעשה, מביא הרב ב"צ מ' ח' עוזיאל בעניין אפשרות מינוי אשה כדיינת.¹⁷⁶ הרב מסיק את המסקנות הבאות: להלכה אין איסור מן התורה להתדיין לפני אשה כשרה לרדן אם הציבור קיבל אותה על עצמו. ניתן למנות אשה כדיינת על הציבור בדרך של תקנת קהל. אף-על-פי-כן הוא פוסק, כי אין להתקין תקנה כאמור, מטעמים חברתיים ופסיכולוגיים:

"לא נכון לעשות תקנה כזאת שהיא פוגעת בהנהלת משק הבית הישראלי וחינוך הבנים וטיפולם התמידי שאינו יכול להיעשות אלא על ידי אם רחמניה שהיא צופייה הליכות ביתה... (וכן מן הטעמים של) רגשי רחמים מרובים, שהאשה חוננה בהם, וגם מסיבת עדינות רגשותיה שהונאתה מרובה ודמעתה מצויה... ואחד מתנאי הדיין הוא אנשי חיל, גדולים בחכמה ואמיצים ברוחם שמקיימים לא תגורו מפני איש.¹⁷⁷"

נושא זה, של מעמד האשה בהלכה, קשור קשר בל יינתק לתפישות אידיאולוגיות, למבנה החברתי-משפחתי, לדפוסי יחסים חברתיים-קהילתיים, ליחסי הכוחות בתוך החברה ובתוך המשפחה, כולל חלוקת התפקידים בין המינים, לבעיות של מוסר וצניעות וכיו"ב. נושא זה

"שלוש וכרוך הוא... קשר בל יינתק, בעולמה הערכי-אידיאולוגי של אורחות חי תורה ומצוות.¹⁷⁸"

דברי הרב מימון בדואר היום מיום ה בשבט תר"פ. וראה א' שפירא חברה מעורבת (הוצאת בני עקיבא, תשמ"א) 54.

175 פסקי עוזיאל (הוצאת מוסד הרב קוק, תשל"ז) סימן מד. התשובה נותנת ביסוס הלכתי לאפשרות זכות בחירה לנשים. התשובה נכתבה סמוך לוויכוח הציבורי, אך פורסמה רק כ-20 שנה מאוחר יותר (משפטי עוזיאל, סימן ו), כדברי הרב: "אחרי ששאלה זו נפתרה מאליה". גם הרב פותח תשובתו באפיון השאלה כ"סלע המחלוקת בארץ ישראל ומפניה הודעוזה ארץ ישראל כולה... ודעת כולם היתה נשענת על אותה ההגדה 'חדש אסור מן התורה'."

176 ראה פסקי עוזיאל (הוצאת מוסד הרב קוק, תשל"ז) סימן מג. כן ראה גם בסימן מד.

177 שם, שם.

178 השופט מ' אלון בבג"צ 153/87 שקדיאל נ' השר לענייני דתות, לעיל הערה 6, בעמ' 269.

ידם של מנהגים, דעות ואורחות חיים מאפילה על הכרעות הלכתיות. פערים בהקשרים אלה, הן בתוך הציבור דתי והן בין ציבור דתי לציבור חילוני ולא רק גישה הלכתית צרה יותר, עומדים בין הפוסקים למציאות בסוגיה זו.

שאלת מעמדה של האשה היא בעיה מרכזית במערכת היחסים שבין הדת למציאות. המערכת היא כפולה. היא מתנהלת בעת ובעונה אחת בתוך הבית הדתי פנימה ומן הבית הדתי חוצה, כלפי העולם החילוני. המציאות החברתית השונה ומעמדה של האשה בקהילה ובחברה, מחייב שידוד מערכות בקהילה הדתית עצמה. אכיפת נורמות דתיות בענייני נישואין וגירושין וקביעת מוסדות דתיים, כחלק מהמערכת השלטונית הממלכתית, המחייבת התמודדות מן הפנים החוצה.

"נושא מעמד האשה בעולמה של הלכה יכול וישמש דוגמה מובהקת להתפתחותו של אחד הנושאים המרכזיים בעולמה של הלכה, כשהוא אחוז ושוור בחיי המציאות ותמורותיה, כשהוא מדריך מציאות זו ומודרך על ידה, כשמצד אחד – הדאגה המתמדת להמשך פיתוחו והצירה בו, ומצד שני – האחריות הגדולה של שמירה על רוחו, מגמתו ורציפותו ועל הערכים המרכזיים והיסודיים שבו."¹⁷⁹

ד. כשרות ומתן הכשרים

הרב עובדיה יוסף פסק, כי בענייני כשרות ניתן להקל, במקום שהקפדה יתרה תגרור אחריה מכשול הלכתי גדול יותר. כך הוא, לדעתו, לעניין היתרים בדיני שחיטה¹⁸⁰ וכך גם לעניין מתן תעודת כשרות למסעדה או בית מלון שמאכליהם, שהם נשוא ההכשר, כשרים, אף כי יש פגם בהתנהגותם של הבעלים ואורחיו ובענייני כשרות. באותו מקרה היה הפגם הגשת מוצרי חלב לאחר ארוחה בשרית.¹⁸¹

גם בסוגיה זו ההתחשבות במציאות הפגומה, המולידה את ההיתר ההלכתי, מבוססת על טעמים שבדת. בין השאר עולים הטעמים הבאים:

האחד, החשש "שחומרא זו מביאה לידי קולא ולמכשול".¹⁸²

השני, נימוק זה קרוב גם אצל נימוק אחר, זה של שעת הדחק. גם טעם זה לוקח בחשבון את המציאות הקלוקלת והמכשלות הצפונות בה. הרב יוסף משתמש בתשובתו במפורש בטעם של שעת הדחק, כאסמכתא נוספת לאישוש פסיקתו.¹⁸³ המציאות החילונית היא "שעת הדחק" לצורך פסיקתו בעניין מתן ההכשר.

המושגים "נעשה חומרו קולו" ו"שעת הדחק", הם מוסדות הלכתיים המהווים מושגי מסגרת הלכתיים בעלי רקמה פתוחה. השימוש בהם בקשר לעניין מסוים הוא שאלה של מדיניות משפטית והוא מסור להכרעת הפוסק, על־פי העדפותיו הערכיות והשקפת עולמו.

179 השופט מ' אלון בבג"צ 153/87 שקדיאל נ' השר לענייני דתות, לעיל הערה 6, בעמ' 270.

180 ראה שו"ת יביע אומר, חלק ו, יו"ד, סימן ג, בעמ' קנח-קס.

181 ראה שו"ת יביע אומר, חלק ד, יו"ד, סימן ז, בעמ' רלט-רמא.

182 שו"ת יביע אומר, שם, חלק ו, בעמ' קנח.

183 שם, בעמ' קנט.

ואכן, ראינו לעיל, הסתמכות על מציאות חילונית, כמתייחסת למצב של "שעת הדחק", לצורך חיזוק הכרעתו של פוסק גם בקשר לסוגיה הנוגעת לנישואין.¹⁸⁴ השלישי, במקרים מסוימים עדיף אפילו להתיר איסור קל, כדי למנוע פגיעה חמורה בהלכה ואף להציל את מה שניתן להציל.¹⁸⁵ הרביעי, למנוע את הכשלת הרבים.

החמישי, חלק מן הציבור החילוני אינו יודע חומר האיסור והוא כתינוק שנשבה.¹⁸⁶ כל אחד מן הטעמים האלה זכור לנו מן הסוגיות האחרות בהן עסקנו ברשימה זו. ההנמקות העומדות בחזית ההתמודדות שבין הדין למציאות חוצות את כל הסוגיות. לנוכח מרחב השיקולים האמור, עורך הפוסק, הרב עובדיה יוסף, איזון אינטרסים מבחינת המטרה ההלכתית ומבחינת התועלת הדתית, לנוכח המציאות הקיימת ואינו מהסס מפסיקה הלכתית נועזת יותר.

"ובפרט בזמנים אלו דורות החופש והדרור (דמוקרטיא) שאיש הישר בעיניו יעשה, צריכים להתאזר ולהתנהג בתבונה, ולא בסופה ובשערה, לבל לדחות אבן אחר הנופל... בזמן הזה שאין בידנו להעמיד משפטי התורה על תלם, אין להפגיע בו מידת הדין, כי בחזקה לא יפעלו מאומה אם לא במענה רך... וכבר הזהיר על כיו"ב הרדב"ז בחדשות (ד' קפז) שראוי למנהיגי הדור להיות מתונים בכיו"ב."¹⁸⁷

ואכן, לעומת העמדה המקלה, אותה נוקט הרב ע' יוסף בעניין הכשרות שהובא כאן, מעמיד הרב א"י ולדינברג גישה מחמירה. על-פי גישה זו, נאסרת כל התחשבות במציאות הפגומה והקלוקלת, בענייני כשרות ומתן הכשרים. נימוקי האיסור של הרב ולדינברג הם כמעט נגטיב של נימוקי ההיתר של הרב יוסף. בין היתר, אנו מוצאים את הנימוקים הבאים: "מתן יד לפושעים", "אין ההצלה שווה בנזק", סכנת "התרת הרצועה" (סכנה כפולה של הענקת לגיטימציה ושל תקדים), חשש לאפשרות הפיקוח על הכשרות וכיו"ב.¹⁸⁸

184 ראה תשובות הרב משאש, לעיל הערות 156-157.

185 שו"ת יביע אומר, חלק ו, בעמ' קנח-קס; שם, שם, חלק ד, בעמ' רלט-רמא. על הגישה, כי "בכדי להסיר המכשלה מן העם צריך החכם לעלות מן החמורה אל הקלה" ולהעדיף איסור קל על תוצאה חמורה, ראה גם תשובת הרב ע' יוסף לעניין לבישת מכנסיים לבנות, שו"ת יביע אומר, חלק ו, יו"ד, סימן יד, בעמ' קפט-קצד (אע"פ שאין להתיר מלכתחילה לבישת מכנסיים לבנות, הרי כאשר אין הן שומעות יש להעדיף מכנסיים על פני חצאיות קצרות).

186 שו"ת יביע אומר, שם, שם. על משמעותו העקרונית של טעם זה, החוצה סוגיות הלכתיות שונות ומוליך את הפוסק לתוצאה של עידון חומר הדין והימנעות מאכיפה קפדנית ודווקנית של ההלכה על ציבור חילוני, ראה לעיל הטקסט סמוך להערות 136-141.

187 שו"ת יביע אומר, שם, חלק ד, בעמ' רמא.

188 שו"ת ציץ אליעזר, חלק יא, סימן נה, בעמ' קלח-קמא.

תפישתו ההלכתית של הרב ע' יוסף נראית לי מובנת מאליה. סייגים וגדרים בעולם ההלכה, שמקורם באמון אישי, המיוסד על חזקת כשרות והם נטועים במסגרת של שלמות חברתית, חברה שומרת מצוות, איבדו משמעות בעולם שבו אין אמון, אלא בהשגחה ובפיקוח קפדניים. הפיקוח, המהווה תנאי בל יעבור, אינו מותיר משמעות לכללים המבוססים על אמון באדם עצמו. ממילא נופקת מכאן מסקנה, על הדרישות ההלכתיות הנובעות מכך. התשובות שניתנו בעבר על שאלות בדבר הצורך בהקפדה על שמירת מצוות וחובת ההקפדה על הלכות, מעבר להשגחה על כשרות המזון, עלולות להיות לא רלבנטיות למציאות החדשה. גם כאן העברה ממישור למישור אינה עונה לא על האינטרסים ההלכתיים ולא על האינטרסים החברתיים.

5. סיכום: תמונת מצב

אנו עדים להתמודדות הלכתית, המבוססת על שיקולים דתיים ומעוגנת בעולמה של הלכה.

עקבותיהם של שיקולים דתיים, נימוקי פסיקה ואמצעים הלכתיים, שעמדו לצד הפוסקים בהתאמת הדין למציאות חדשה, בחברה המורכבת ברובה מציבור חילוני, נמצאים בכל הסוגיות שנדונו ברשימה זו¹⁸⁹ והם עוברים בהן כחוט השני.

בין היתר נוכל למצוא את עקבותיהם של הנימוקים הבאים:

התחשבות במציאות הפגומה לשם מניעת תקלות בהקשר ההלכתי;

מניעת השימוש בהלכה לרעה;

"נעשה חומר קולו" ו"שעת הדחק";

עקרון ההדדיות, המבטא תביעות לשלמות אישית, מצד המבקש לאכוף את כללי

ההלכה לטובתו ולחובת בן זוגו;

שלמות חברתית-קהילתית;

אפיונים הלכתיים מיוחדים של הציבור והתקופה. הכוונה היא לנקיטת עמדה שונה

כלפי הציבור החילוני מזו הננקטת בהלכה כלפי "פורצי גדר" ו"כופרים", וממילא אמת

מידה אחרת לשיפוטם וליישום ההלכה בגינם.

השאלה להיכן תיטה כף הפסיקה בעניין מסוים ואם לעשות שימוש בהנמקות אלו

בקשר אליו, היא שאלה של מדיניות הפוסק, בהתאם להכרעתו הדתית ולהערכתו,

המעוגנת גם בהשקפת עולם כללית ובתפישה אידיאולוגית, אם פסיקתו תהיה לתקנת

הדת או לקלוקלה.

189 ראה גם בסוגיית כשרות לעדות, לעיל הערות 43-44 והטקסט הסמוך להן.

190 מ' אלון, לעיל הערה 31, בעמ' 28-29; ב"צ אליאש "החקיקה הרבנית בפסיקה הרבנית - התעלמות ושבירה" דיני ישראל י-יא (תשמ"א-תשמ"ג) קעז, ריא-רטו, על "התגברות הזרם ה'שמרני' בפסיקה הרבנית הנרתע מחידושים... ש...הפך לדומיננטי עם כינון בתי הדין הרבניים בישראל"; ראה שם, בעמ' ריא; ראה א' מעוז, לעיל הערה 107, במיוחד החל מעמ' 98 ואילך; ראה ז' פלק, לעיל הערה 53, מעמ' 80.

ראינו, כי קיימים כלים הלכתיים מספיקים כדי להתמודד עם המציאות החילונית. שאלת המדיניות ההלכתית היא המפתח לאופן ההתמודדות של הפוסקים עם המציאות החילונית ולתוצאותיה.

בפסיקה הרבנית בישראל ובהתייחסות הפוסקים והדיינים, מועדפת, בדרך כלל, האסכולה השנייה, ה"ייחודית".¹⁹⁰ יחד עם זאת ניתן לומר, כי אין נקודת אחיזה בלעדית לאסכולה זו. קשה לגלות עקביות או שיטתיות מלאה בפסיקתם של בעלי הלכה בזמננו. את עקבות שתי האסכולות ניתן לגלות בפסיקה הרבנית. פעמים שיימצא דגש חזק יותר לאסכולה כלשהי אצל פוסק פלוני, או לגבי עניין מסוים אצל פוסקים רבים. במהלך הדברים הראנו כיצד, לצורך עניינים שונים, באה כל אחת מן הגישות לידי ביטוי בפסיקה, הלכה למעשה. לעתים, כפי שנוכחנו לדעת, נעשה שימוש בשתי האסכולות, על ידי אותו פוסק עצמו בעניינים שונים. הטעמים לכך, בין היתר, הם:

(א) הגישה הקוואליסיטית, הננקטת לעתים כמסורת פסיקתית ולעתים ככוונה תחילה, כדי להימלט מן הצורך להכריע הכרעות ערכיות קשות. במסגרת גישה זו, האסכולה טפלה לתוצאה.

(ב) עקרון העל המנחה את הפסיקה, דהיינו, שלמות העולם הדתי וקידוש ה', עשוי להתיישם על ידי אימוץ אסכולה שונה בנסיבות שונות ועל-פי ההקשר הרלבנטי.

(ג) הרצון לשמור על איזון פסיקתי ולהימנע מדימוי קיצוני לכיוון זה או אחר. הפוסק מבקש להגן על עצמו כנגד טענות של "התבטלות" בפני העולם החילוני, או מתן לגיטימציה לחילוניות, מחד גיסא, ובד בבד כנגד טענות של "עצימת עיניים", ניכור ואדישות למצוקות ציבור היעד, מאידך גיסא.

(ד) מבוכתו של איש ההלכה בהתמודדות עם מציאות חדשה, שאין המסגרת ההלכתית המסורתית יכולה להחילה, גוררת אחריה התלבטויות המוצאות את ביטויין בפסיקה עצמה.

במדינת ישראל המצב המשפטי הוא בעייתי מעיקרו. נוצר יחס של שניות, לפיו, הנורמות הדתיות נכפות על ציבור שאינו מכיר לא בתוקפן של הנורמות ולא באוטוריטה של המיישמים אותן על ידי מוסדות שאינם מכירים בלגיטימציה של השקפתו הבסיסית של ציבור זה, שאליו מכוונות הנורמות.

תמונת המצב באורח סכמטי היא של קצר אידיאולוגי או של מלכוד בלתי ניתן להתרה.¹⁹¹ דיינים ופוסקים חסרי תודעה היסטורית, נאמנים לציבור התייחסות קטן יחסית בהיקפו, כופרים בלגיטימיות של הבעיות הרלבנטיות לגבי ציבור היעד שלהם, הנוצרות על ידי אורחות חיים חדשות ומתוך אידיאולוגיה בת-הזמן. הדיינים המשמשים בבתי-הדין הרבניים בישראל הם בעלי סמכות מכוח המשפט החילוני, בו אין הם מכירים. לעומת זאת הסמכות הדתית, שרק היא נחשבת בעיני הדיינים, אינה מוכרת כלל בעיני ציבור היעד החילוני שלהם. מרותו של הדיין בעיני רוב הציבור נובעת אך ורק מחוקיה של הכנסת. חלק גדול מעולם המושגים ומן המוסדות המיושמים על ידי הדיינים והפוסקים, אינו מכון

191 ראה תמונת מצב דומה באשר למעמדה ותפקידיה של הרבנות הראשית לישראל אצל מ' פרידמן, לעיל הערה 4.

לציבור בעל השקפת עולם ודרך התנהגות, המקובלות בקרב ציבור היעד. הכפייה החברתית, במתכונת המסורתית, היא ארכאית ולא יעילה. בציבור לא רווחת עוד אותה נכונות להשלמה, נחלת העבר, שנבעה הן מקבלת עול והשלמה עם המרות, הן מסדרי העדפה, שבראשם ההרמוניה הקהילתית והאיזון החברתי, והן מן התגמול החברתי והדתי שבא בעקבות ההשלמה וקבלת המרות. האושר האישי, אשר הוקרב למען השלמות החברתית ונחשב שני או שלישי במעלה, עומד כיום בראש סולם העדיפויות.¹⁹²

חלק הארי של הציבור הישראלי מוקף 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 אחר, אין הוא נהנה מן ההטבות שהיא מעניקה למאמיניה. היהודי המאמין, המקבל את הסמכות הדתית ומוכן להיעתר להוראותיה, גם אם אין הן עולות בקנה אחד עם שאיפותיו האישיות, זוכה לתגמולים חברתיים ודתיים.

חברתיים, אהדת החברה בה הוא חי וסיוע חברתי ממשי בסעד נפשי ואף חומרי. דתיים, סיפוק דתי הבא 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; ממילא אין היא מסוגלת לתגמל חברתית את מי שנקלע למצב כזה או לתמוך בו אידיאולוגית. משפטית, עקב מגבלות השיטה, אין אדם יכול ליהנות מכך שהדין יגן על צרכיו לבחירה חופשית, לתיקון הבחירה, לשוויוניות וכיו"ב.

חלק הארי של הציבור יוצא, אפוא, קרח מכאן ומכאן. השכינה אינה שורה על נישואיו, מצד אחד, ואין הדין מגן על ערכיו, מצד אחר. החברה החילונית נשארת ללא פתרונות משיביעי רצון.¹⁹³ גם הדין הדתי אינו יוצא נשכר. הכסות החיצונית של הדין, כפיית

192 W. Friedmann, *supra* note 88, at p. 174; M. Rheinstein, *supra* note 18, at p. 467; M.A. Glendon "Power and Authority in the Family: New Legal Patterns as Reflections of Changing Ideologies" 23 *Am. J. of Com. L.* (1975) 1, 24

193 תמונת מצב כזו מאפיינת אכיפת נורמות דתיות בחברה חילונית, במיוחד בתחום דיני המשפחה. באשר למעמדה של האשה במשפחה, יש לתת את הדעת לנדבך נוסף, הנובע ממעמדה הבעייתי של האשה הנשואה בחברה. בחברה הישראלית, נמסרים לאשה מסדרים חברתיים כפולים: על שוויונה ותפקודה העצמאי, מצד אחד, ועל תלותה בבעל ועדיפות חובותיה למשפחה, מצד אחר.

החברה המסורתית אופיינה על ידי אחידות וחוסר גמישות, אך, לעומת זאת, הוקנו בה דאואות ותגמולים חברתיים של סיוע. במצב החברתי החדש שולט הגיוון, אך הוא נקנה

תוצאות משפטיות בלבד, היא קומץ שאין בו כדי להשביע את הדין הדתי. ובעוד אין "תועלת" דתית, נגרמות, בד בבד, תקלות דתיות חמורות וגם נפגע דימויה של הדת. הגישה הכלל ישראלית יפה להתמודדות עם המציאות החילונית בכל אתר, אולם בישראל היא בעלת משנה חשיבות. תיקון חלקי של ה"קצר" הישראלי המתואר בפרק זה, אפשרי, לפחות כפתרון ביניים.¹⁹⁴ הגישה הייחודית אינה תשובה, לפחות למציאות הישראלית. מכל מקום, עצימת העיניים המאפיינת אותה, אינה יכולה להוביל לדרך המלך. גישה זו היא בבחינת הנצחה של הבלתי אפשרי.

194 במחיר של קונפליקט, חוסר ודאות ובדידות וכיו"ב. ראה ר' שריפט "נישואים - אופציות או מלכוד" נשים במלכוד על מצב האשה בישראל (תל-אביב, תשמ"ב) 108. פתרונות אפשריים נוספים למציאות הישראלית (להוציא את הגישה הייחודית): האחת, הימנעות מכפיית נורמות דתיות על ציבור שאינו מכיר בהשקפת העולם הדתית, העומדת מאחורי הכללים, כגון הנהגת נישואין אזרחיים; האחרת, מציאת פתרונות חלקיים במסגרת המצב הקיים. חלקיותם של הפתרונות נעוצה הן בעובדה שיש בכוחם לפתור את הבעיות באופן חלקי ובלתי משביע רצון בלבד והן בדואליות של הפתרון, תקיפת הבעיה בשתי המערכות גם יחד, דהיינו, הפעלת אמצעים דתיים ואמצעים חילוניים בעת ובעונה אחת. הכוונה היא לסגירת פערים בדין הדתי בגבולות יכולתו והפעלת אמצעים עקיפים לסגירת פערים על ידי הדין החילוני, בגבולות האפשריים. פתרונות אלה מחייבים דיון נפרד ומפורט.

בתי־הדין הרבניים, ההלכה והציבור: גשר צר מאוד*

- א. נישואין, גירושין וערכאות השיפוט – נתונים למחשבה
- ב. בין הדין הדתי למציאות הישראלית
- ג. בין בית־הדין לחברה
- ד. בית־הדין בין ציבור היעד לציבור ההתייחסות
- ה. תפיסת התפקיד ותודעת האחראיות של בית־הדין
- ו. סיכום ביניים – קצר אידיאולוגי חברתי
- ז. בעיות מוסדיות ארגוניות
- ח. סוגיות שונות כהשתקפות של בעיות ההסדר הקיים
 1. פתח דבר
 2. מעוכבי גט
 3. גיור קטינים
 4. עולים נוכרים
 5. מצוקתם הכלכלית של האישה וילדיה בעת פירוד או גירושין
 6. משטר של הפרדת רכוש בין בני זוג ודין החזרת מתנות בבית־הדין
- ט. פתרונות הלכתיים להקלת המצוקות במהלך הדורות
- י. דרכי פתרון אפשריות
 1. מבוא, סיכום ביניים וכמה דרכי פתרון
 2. פתרונות מתוך ההלכה
 3. סגירת פערים על־ידי המשפט הישראלי
 4. נישואין אזרחיים לצד נישואין דתיים

א. נישואין, גירושין וערכאות השיפוט – נתונים למחשבה

בראשית שנות החמישים הציג סגן שר הדתות דאז, ד"ר זרח ורהפטיג, מעל בימת הכנסת את חוק שיפוט בתי־דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג-1953. כאשר נדרש לסעיף 4 לחוק, המעניק לאישה זכות ברירה לתבוע מזונות בבית־הדין או בבית־המשפט הוא הצדיק הסדר זה כך:

"יש אצלנו ויכוח נוקב, מה רוצה הציבור בעניינים אלה, האם הוא רוצה את השיפוט בבתי־הדין או בבתי־המשפט, עתה תינתן האפשרות לתובעת להחליט מה היא רוצה. כעבור שנים אחדות נראה כיצד מתפתחים העניינים והיכן יימצאו רוב

* פורסם לראשונה במשפט וממשל ג (תשנ"ה) 173.

גרסה ראשונה, חלקית ומצומצמת של רשימה זו ראתה אור בגיליון מימד 2 (תשנ"ה) 7, בשם "באין פוסק".

ענייני המזונות - בבתי־הדין או בבתי־המשפט. תהיה התחרות חפשית בין בתי־הדין לבין בתי־המשפט ונגיע לכך, שבשניהם יהיה מירון לשיפוט מהיר וצודק.¹

חזונו של הציבור הדתי, שבוטא באופנים שונים במשך השנים שחלפו, היה כי בתי־הדין עתידים עם הזמן להתחבב על הציבור כל כך, עד שהוא יצבא על פתחיהם ויעדיפם על בתי־המשפט האזרחיים.

החזון הזה, שיסודו בהיכרות העמוקה עם האתוס הנפלא של ההלכה היהודית ועם האופן שבו מכריעים סכסוכים בחברה היהודית, רחוק מאוד היום מן המציאות. בשנים שחלפו התרחש תהליך שונה: בתחרות החופשית בין בתי־הדין לבתי־המשפט אכן הציביע הציבור ברגליו, אבל בכיוון ההפוך.

כל אימת שניתנת ברירה בין בית־הדין לבית־המשפט, מעדיף הציבור בשנים האחרונות, בהדרגה אך בהתמדה, את בתי־המשפט. מספר תיקי המזונות, שהוגשו בשנת 1992 לבתי־המשפט, היה גדול יותר מאלה שהוגשו באותה שנה לבתי־הדין הרבניים.² נתון זה הוא בעל משמעות רבה. כדי להבין את ממדי השינוי, שחל במגמת הציבור ובהעדפותיו, אציין את הנתונים הבאים:

ראשית, בשנת 1960 עדיין הוגשו לבתי־הדין הרבניים תביעות מזונות במספר הגדול פי 8 ויותר מאלה שהוגשו לבתי־המשפט המחוזיים.³ שנית, בעוד שמספר תיקי המזונות בבתי־הדין הרבניים גדל במשך השנים שחלפו מאז שנת 1960 פי 2.3 בלבד, גדל מספר תיקים אלה בבתי־המשפט המחוזיים כמעט פי 20.⁴ שלישית, בעשור האחרון קיימת ירידה הדרגתית במספרם של תיקים אלה בבתי־הדין הרבניים,⁵ לעומת העלייה ההדרגתית של

1 ראו ד"כ 14, תשי"ג, 1411.

2 בשנת 1992 הוגשו לבתי־הדין הרבניים 5,435 תיקי מזונות בעוד שלבתי־המשפט המחוזיים הוגשו באותה שנה 5,703 תיקי מזונות. ראו סטטיסטיקה משפטית 1992 (סדרת פרסומים מיוחדים מספר 958, הוצאת הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, ירושלים, תשנ"ד) לוח 13, עמ' 52, ולוח 19, עמ' 61.

3 293 תיקי מזונות (בשנת 1961) בבתי־המשפט המחוזיים לעומת 2,343 תיקים כאלה (בשנת 1960) בבתי־הדין הרבניים. ראו סטטיסטיקה משפטית 1960-1961 (סדרת פרסומים מיוחדים מספר 146, הוצאת הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, ירושלים, תשכ"ג) לוח 19, עמ' 33, ולוח 30, עמ' 54.

4 5,703 תיקים לעומת 293 תיקים בבתי־המשפט המחוזיים, בעוד שהמצב בבתי־הדין הרבניים הוא 5,435 תיקים לעומת 2,343, כמפורט בסטטיסטיקה המובאת בהערות 2-3 לעיל.

5 בשנת 1985 עוד הוגשו לבתי־הדין הרבניים 8,063 תיקי מזונות, לעומת 5,435 בשנת 1992 (ירידה של שליש). ראו בהשוואה לנתונים המובאים לעיל בהערה 2, את סטטיסטיקה משפטית 1985 (סדרת פרסומים מיוחדים מספר 792, הוצאת הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, ירושלים, תשמ"ז) לוח 12, עמ' 22.

מספר התיקים מאותו סוג בבתי־המשפט המחוזיים, בתקופה זו.⁶ רביעית, חלק לא מבוטל מתיקי המזונות הכלולים בסטטיסטיקה הרשמית מוגשים לבתי־הדין כעניין הכרוך לתביעת גירושין, שהוגשה על־ידי הבעל.⁷ הדיון בתביעה כזאת נכפה על האישה ואינו פרי בחירתה. לפיכך, היחס בין התביעות המוגשות לבתי־המשפט על־פי בחירת האישה לעומת אלה המוגשות לבתי־הדין במסגרת מכלול סמכויותיו, גדול יותר מהנתונים המפורטים לעיל. עקב כל אלה נקל להבין מה עמוק הוא המהפך שחל במהלך 32 השנים שחלפו.⁸

מאז שנת 1971 גדלה האוכלוסייה היהודית בישראל בשיעור של כמעט 63% אחוז,⁹ בעוד שמספר הזוגות היהודיים הנישאים בטקס דתי נשאר יציב – כ־25 אלף בשנה.¹⁰ מספר הגירושין, לעומת זאת, גדל באופן ניכר – כמעט פי שלושה באותה תקופה, והוא הולך ומטפס מעלה מדי שנה בשנה. 6,387 זוגות יהודיים התגרשו בשנת 1993, לעומת 2,335 בשנת 1971.¹¹ אנו הולכים ומגיעים למצב, שבו מתגרשים כרבע מכלל הזוגות היהודיים הנישאים בארץ.

נתונים אלה – ירידה ניכרת במספר הזוגות הנישאים בקרב הציבור היהודי בישראל, יחסית לגידול ניכר במספרם של היהודים באוכלוסייה, לעומת עלייה רבתי במספר הזוגות היהודיים המתגרשים – מלמדים על העדפת דפוס של חיים יחד ללא נישואין, כמו גם על ציפיות אחרות ממוסד הנישואין, המובילות לריבוי גירושין. תופעה זו אינה נחלתה של החברה היהודית בישראל. היא מאפיינת את העולם המערבי בדור האחרון. מספרם של הנישואין יורד ומספר הגירושין נוסק כלפי מעלה.¹²

6 בשנת 1985 הוגשו לבתי־המשפט המחוזיים 3,609 תיקי מזונות, לעומת 5,703 בשנת 1992 (עלייה של קרוב ל־60%). ראו, בהשוואה לנתונים המובאים לעיל בהערה 2, את סטטיסטיקה משפטית 1985 (סדרת פרסומים מיוחדים מספר 792, הוצאת הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, ירושלים, תשמ"ז) לוח 19, עמ' 32.

7 בהתאם לסעיף 3 לחוק שיפוט בתי־דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג-1953.

השנה	תיקי מזונות בבתי־דין הרבניים	תיקי מזונות בבתי־המשפט המחוזיים
1960	2,343	293
1985	8,063	3,609
1992	5,435	5,703

9 4,335,200 נפש בשנת 1993 לעומת 2,662,000 בשנת 1971, ראו שנתון סטטיסטי לישראל 1994, מס' 45 (הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, ירושלים, תשנ"ה) לוח 2.1, עמ' 43.

10 ראו שנתון סטטיסטי לישראל 1994, מס' 45, שם, לוח 3.1, עמ' 114-115. אחת משנות השיא במספר הנישאים היתה שנת 1974, שבה נישאו יותר מ־28,000 זוגות יהודיים. ראו שם, שם. מאז אותה שנה היתה ירידה במספר הזוגות הנישאים. לאחרונה ניכרת עלייה מסוימת, אולם השיא של לפני 20 שנה עדיין לא נשבר.

11 שנתון סטטיסטי לישראל 1994, מס' 45, שם, שם.

12 על התופעות האמורות במדינות השונות ראו, באנגליה, J. Eekelaar *Regulating*

בתהליך מקביל, מספר מעוכבי הגט בישראל – ובמיוחד עגונות ומסורבות גט – הולך וגדל. אין סטטיסטיקה מדויקת על כך. לפיכך גם אין הסכמה על כך. ההערכות אינן אחידות והן נעות בטווחים גדולים מאוד. הממעיט נוקב במספר 13500 ואילו המרבה נוקב במספר 14.15,000¹⁴. הנתונים משתנים הן לפי ההגדרה הניתנת למסורבי גט והן לפי ההערכות השונות והדרך שבה מסיקים מסקנות מנתונים שונים.

הערכתו של מנהל בתי־הדין הרבניים על מספר מעוכבי הגט היא הקטנה ביותר – 500 מסורבי גט. הערכה מזערית זו נובעת משימוש בקריטריון, שלפיו רק תיק גירושין הפתוח יותר מ־3 שנים ועדיין לא נסתיים (ובתנאי שהתקיימו בו דיונים רציפים) מעיד על סרבנות גט.¹⁵

הערכה זו של מנהל בתי־הדין הרבניים מתייחסת לתיקים פעילים בלבד בתקופה של שלוש שנים רצופות. אין היא מביאה בחשבון נתונים בעלי משמעות להגדרת מסורבי גט במציאות הישראלית. כך, למשל, אין הגדרה זו כוללת מספר גדול של תיקים שבהם הדיון אינו רציף, או אינו מתחדש מחוסר תכלית ומהעדר פתרון, כמו גם תיקים שנסגרו לאחר שנתיים או שנתיים ומחצה של הליך חסר סיכוי, שהתמשכותו גוררת אחריה הוצאות רבות לתובע ללא תועלת.

גם מקרים שבהם תביעת הגירושין נדחתה על־ידי בית־הדין והתיק נסגר, אך בני הזוג פרודים שנים מספר ללא תוחלת, אינם נכללים בנתונים של מנהל בתי־הדין הרבניים הואיל ואינם עונים על ההגדרה האמורה.

אחת הטענות הקשות של מתדיינים כלפי בתי־הדין הרבניים היא הימנעותם של אלה מהכרעה בתיקי גירושין. קביעת קריטריון המתבסס על דיון רציף ומתמשך מוציאה דווקא את כל התיקים הבעייתיים מחוץ לתחום ההגדרה של מסורבי גט. הנתונים שהוצגו, על־פי ההגדרה שבחר מנהל בתי־הדין הרבניים, אינם משקפים איפוא את חומרת המצב. נתון רב משמעות לקביעת מספר מסורבי הגט הוא מספר תיקי הגירושין הנפתחים מדי

M. Parkman, *Divorce* (Clarendon Press, Oxford, 1991) 53–56.

No-Fault Divorce what Went Wrong (Westview Press, 1992) 71–73, 94–96A.

M.A. Glendon *The Transformation of Family Law: State, Law, and Family in the United States and Western Europe* (The University of Chicago Press, 1989).

ראו במיוחד על הגידול העצום במספר הגירושין מעמ' 191 ואילך, ועל עליית התופעה של סוגיות ללא נישואין בעמ' 252–290.

13 הנתון הומצא על־ידי מנהל בתי־הדין הרבניים, הרב אליהו בן דהאן, ליו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת במכתב מיום 3.11.1994.

14 זהו המספר שנוקבות מדי פעם שדולת הנשים בישראל ועמותה שהוקמה להקל על מסורבות גט.

15 כלשון המכתב (לעיל הערה 13): "אני מוכן לקרוא לכל תיק גירושין שנפתח לפני 3 שנים ומעלה ועדיין לא הסתיים (בתנאי שהתקיימו בו דיונים רציפים) כתיק של סרבן גט או מסורבת גט. לפי קריטריון זה יש להערכתי היום בכל בתי־הדין בארץ כ־400 עד 500 תיקים העונים להגדרה זו... ברצוני לציין שכל הנתונים דלעיל אינם מושלמים."

שנה, שהוא יותר מכפול, ממספר הגיטין הניתנים.¹⁶ גם אם נביא בחשבון, כי חלק מתיקי הגירושין נסגרים בשנה פלונית ונפתחים מחדש בשנה אחרת, וכי חלק מתיקי הגירושין מסתיימים בשלום בית או מוגשים במטרה אחרת וללא כוונה של ממש למצות את ההליך, עדיין הפער השנתי הוא גדול ואינו תומך בהערכה המינימליסטית שמציע מנהל בתי־הדין הרבניים. בכל שנה נוספים למעגל מספר גדול של תיקי גירושין בבתי־הדין הרבניים, שהדיון בהם לא הסתיים. לפיכך נוכל להעריך כי האמת מונחת, כנראה, אי שם באמצע וכוללת אלפים רבים של מסורבי גט.

ב. בין הדין הדתי למציאות הישראלית

אין ספק שמצוקת מעוכבי הגט, ובעיקר מצוקתן של הנשים מעוכבות הגט, היא מצוקה אמיתית, המאפיינת את החברה הישראלית יותר מאשר כל חברה אחרת בת זמננו. זוהי גם תופעה בעלת ייחוד בתולדות העם היהודי: החברה היהודית נחשבה תמיד לקשובה יותר למצוקת החלש, לפתוחה ולריאליסטית יותר.

תופעות של עגינות אינן חדשות. הן באו לידי ביטוי בספרות הרבנית מתקופת התלמוד ועד לימינו. כפי שנראה בהמשך עשו חכמים ככל יכולתם כדי להקל מצוקות אלו. אולם מציאות זמננו ומקומותינו הפכה את סוגיית העגינות לתופעה של מסורבות גט יותר מאשר לבעיה של היעלמות הבעל והוכחת מותו. תהליך זה אינו עומד בפני עצמו. תופעות עמוקות יותר הן המנביעות אותו.

לפני דורות אחדים, נוצרה מציאות חדשה ורבת פנים, שיצרה בעיות עקרוניות, המולידות קשיים ומצוקות עד ימינו אלה. המדובר, בראש ובראשונה, בתופעת החילון, שחדרה ב־200 השנים האחרונות עמוק לתוך הרקמה החברתית של עם ישראל. בדורות האחרונים חלק ניכר של הציבור היהודי אינו שומר תורה ומצוות במונח האורתודוקסי. על תופעה זו מורכבת המציאות הנורמטיבית במדינת ישראל. בפעם הראשונה בתולדות ישראל יש לעם היהודי מדינה עצמאית בעלת כוח כפייה ואכיפה, המגדירה עצמה כמדינה יהודית בעלת אופי חילוני. עם זאת, מטילה המדינה נורמות דתיות בדיני נישואין וגירושין על חברה יהודית שרובה אינו שומר מצוות, ושאינה מכירה בהשקפה הדתית העומדת מאחרי מערכת דינים זו.

עוד בעבר התמודדה ההלכה עם פורקי עול וחריגים בתוך הקהילה. אולם, התמודדות זו היתה, בדרך כלל, במסגרת קהילתית וולונטרית, כפייתן של נורמות דתיות בתחום הנישואין והגירושין על הציבור הישראלי היהודי בכללותו הפכה את ההתמודדות עם המציאות החילונית לבעיה חברתית ומשפטית כללית, והעמידה אותה על בסיס חדש.¹⁷

16 ראו, לאחרונה, הנתונים בסטטיסטיקה משפטית 1992, לעיל הערה 2, בעמ' 52, לוח 13.
17 על בעיה זו באופן כללי, ראו, בין השאר, י' ליבוביץ "דין-תורה כמשפט למדינת ישראל?" סורא 3 (תשי"ז-תשי"ח) 495 (פורסם מחדש בספרו יהדות, עם יהודי ומדינת ישראל (1975) 192); י' אנגלרד "היחס בין ההלכה והמדינה" מולד (תשכ"ה) 702;

היא הוציאה אותה מן התחום הצר של קהילת שומרי התורה ותופסיה. נורמות דתיות המוטלות מכוח דין המדינה על כלל הציבור, חילוני ברובו, מחייבות את ההלכה ודבריה להתמודדות חדשה החורגת מעבר להתמודדות פנימית במסגרת קהילת מאמינים, שרובה מקבל עליו מרצונו עול תורה ומצוות.

במצב זה נוצרת התנגשות היוצרת פערים בין הדין למציאות; בין הנורמות הדתיות הנוהגות לבין השקפת העולם העומדת מאחריהן; בין התפיסה 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 אותו.

בין הדין הדתי לבין חלק מן הציבור החילוני מפרידות תפיסות יסוד באשר לאופי מערכות יחסים של שיתוף וזוגיות בין המינים, להסדרן ולהכרה בהן, לחופש הנישואין והזכות להינשא, לעקרון השוויון בין המינים במסגרת המשפחה, לחלוקת התפקידים במשפחה, למעמד הנישואין, לאופיים של הנישואין ולמטרתם, לדפוסי היחסים בתוך משפחה ולהסדרם כמו גם להיקף ההתערבות הרצוי והמותר על-ידי המדינה ומוסדותיה, וממילא גם שאלות הנוגעות להתרת הנישואין, לעילותיה (על בסיס אשמה אם לאו?) ולאופניה.¹⁸

התפיסה הדתית מעמידה במרכז הווייתה את מושג הקדושה – קדושת הנישואין,¹⁹ ואת

א' רוזן-צבי "ההלכה והמציאות החילונית" חירות המצפון והדת, אסופת מאמרים לזכרו של חמץ פ' שלח (עורכת – רות גביוון, 1990) 153; I. England "The Problem of Jewish Law in a Jewish State" 3 *Israel L. R.* (1968) 254; I. England "The Relationship between Religion and State in Israel" 16 *Scripta Hierosolymitana* (1968) 254.

18 על ההבדל בין תפיסות היסוד של מערכת דינים מסורתית לבין מערכות דינים של החברה המערבית בשני העשורים האחרונים בסוגיות האמורות, ראו, בין השאר: M. Rheinstein & R. Konig "Persons and Family" *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. 4; J.M. Eekelaar *Family Law and Social Policy* (London, 1978); M. Rheinstein *Marriage Stability, Divorce and the Law* (Chicago, 1972); M.A. Glendon *State Law and the Family* (Amsterdam, 1977); M.A. Glendon, *supra* note 12; W.O. Weyrauch & S.N. Katz *American Law in Transition* (Washington, 1982); B.M. Hoggett & D.S. Pearl *The Family, Law and Society* (London, 1983); J.M. Eekelaar & S.N. Katz (eds.) *Marriage and Cohabitation in Contemporary Societies* (Toronto, 1980); L.J. Weizman *The Divorce Revolution* (New York, 1985); L.C. Halem *Divorce Reform* (New York, 1980).

19 על תפיסה זו, ראו, בין השאר, את המקורות הבאים: תלמוד בבלי, סוטה, יז, א: "איש ואשה זכו שכינה ביניהם לא זכו אש אוכלתן". תלמוד בבלי, סנהדרין, כב, א; תלמוד בבלי, גיטין, צ, ב: "כל המגרש אשתו ראשונה אפילו מזבה מוריד עליו דמעוה". תלמוד בבלי, חולין, קמא, א; תלמוד בבלי, שבת, קטז, א; תלמוד בבלי, סוכה, נג, ב; תלמוד

החובה הקהילתית – המשפחה – כבסיס לעם. בין השאר היא גורסת, שאין מנתקים קשר נישואין ללא אשמה כלשהי.

גישה זו אינה תקפה עוד בחברה המערבית. בעיות ומצוקות הציבור החילוני עולות מתוך מערכת ערכים שונה בתכלית מזו המקובלת על הדיינים. הן פרי אורחות חיים מודרניות ואידיאלוגיות בנות-הזמן. במרכזי חיי השיתוף המודרניים עומדת תפיסת חברות זוגית, שעיקרה הגשמה עצמית, שההרמוניה הקהילתית תופסת בה תפקיד קטן יחסית, שתפיסת המשפחה כתא הבסיסי של העם כמעט ולא קיימת בה. לפי השקפה זו מן הראוי להתיר קשר נישואין גם ללא אשם מצד אחד מבני הזוג. די בכך שהנישואין לא עלו יפה. די באי-התאמה מנטלית או מינית כדי לפרק את הקשר.²⁰

בתוך חברה בעלת אידיאלוגיה חברתית המוצהרת כפלורליסטית, חופשית ופתוחה, משתמר תחום המעמד האישי, בעיני רוב הציבור, כהסדר שמרני המטיל על החברה נורמות דתיות, המפנימות ערכים דתיים והמושתתות על תמונת עולם אחרת מזו המקובלת על רוב הציבור. הדין הדתי, הנוהג מכוח חוק המדינה, אכן גורר אחריו תוצאות משפטיות, אך אין בכוחו להטמיע את הערכים שעליהם הוא מבוסס. התוצאה המשפטית אינה משקפת עוד נוכחות חיה של ערכים דתיים, אלא כסות "חיצונית" בלבד.

המתח שבין הדין למציאות, בין הנורמטיבי (מבחינת המצב המשפטי) ללגיטימי (מבחינה חברתית), מלווה בפער בין הציבור לערכאה השיפוטית העוסקת בהכרעת ענייני האישות והמשפחה, בין ציבור היעד של בתי-הדין לציבור ההתייחסות של הדיינים, בין רצון הציבור וציפיותיו לתודעת האחריות ומידת הנכונות של הדיין להיעתר למצוקות המתגלות לפניו.

בפרקים הבאים אעמוד על היבטים שונים של המתחים המתעוררים ושל הפערים המתגלים במציאות הישראלית בתחום דיני המשפחה.

ג. בין בתי-הדין לחברה

מערך בתי-הדין הרבניים במדינת ישראל, האמור לטפל בבעיות המשפחה, ובין השאר בבעיות עגינות ומעוכבי גט, שונה לחלוטין מזה שהיה מקובל בקהילות ישראל בגלות. חברה דתית הומוגנית, שבה שלטת סמכות דתית בעלת היררכיה רבנית ברורה, המקבלת על עצמה עול מלכות שמים, מתייחסת למשפט התלמודי, כ"קובע את הדמות הנורמטיבית של החברה היהודית בכל תחומי החיים הניתנים להסדר חוקי".²¹

בבלי, נדרים, סו, ב; תלמוד בבלי, מכות, יא, א: תלמוד ירושלמי, סוטה, פ"א, ה"ד; במדבר רבה, פרשה ט, כ: "גדול שלום שבין איש לאשתו".

20 ראו, בין השאר, W.J. Goode "World Changes in Divorce Patterns" *Economic Consequences of Divorce* (L.J. Weitzman & M. Maclean eds., Oxford, 1992) 11; M.A. Glendon, *supra* notes 12 & 18.

21 "כין מסורת ומשבר (1958) 95.

בחברה המטמיעה את האתוס הדתי בכל רבדיה ומקובל בה כי "מצוה לשמוע דברי חכמים"²² – תופעות של סרבנות גט מצד הבעל או של ניצול לרעה של הכוח שבידו היו מעטות. בחברה זו שימשו האמונה הדתית, המרות הדתית והאתוס הדתי המשותף מצע חברתי רחב. כאשר קצרה ידה של הנורמה נסגר הפער בין הדין לחיים בעיקר באמצעות האיוון החברתי.

איוון זה כולל חוזקים חברתיים ודתיים גם יחד, המקילים את המצוקות בתוך המשפחה. חוזקים דתיים – הסיפוק הדתי של המציית לדיין כמו גם נכונותו של ה"קורבן" להשלים עם מצבו. כל אחד מאלה גורם לריכוך המצוקה האישית. חוזקים חברתיים – המאמין, המפגין את נאמנותו גם כאשר אין הדבר עולה בקנה אחד עם שאיפותיו האישיות, זוכה לאהדת החברה שבה הוא חי ולסיוע חברתי ממשי בסעד חומרי ואף נפשי. הסכנה של פריצת המסגרת היתה שולית.

יתר על כן, הסמכות הרבנית נרתמה לעיצוב פתרונות חברתיים לא תמיד פורמליים. במקרים רבים הושלטה המרות בקהילה לא רק בדרך של סנקציות משפטיות אלא גם באמצעות סנקציות חברתיות.

בימינו הסמכות הרבנית אינה מקובלת על חלק גדול של החברה. ממילא העוצמה שהיתה בידה בעבר, מכוח קבלתה על-ידי הציבור, נחלשה. ההלכה נאכפת על הציבור מכוחה החיצוני של המדינה ולא מכוחה הפנימי של ההכרה הדתית והקבלה החברתית השלמה. דרכי שכנוע מכוח מרות אישית ותקפות דתית, תגמולים דתיים ועידוד חברתי, כמו גם אמצעי כפייה ונידוי חברתי, שהיו יעילים מאוד בחברה דתית מסורתית, הפכו להיות ברובם חסרי משמעות בדורנו אצל חלק ניכר של הציבור. "תחליפי סנקציות", שנוצרו, בין השאר, בקהילות קטנות, סגורות, לא ניידות, שהיתה בהן תפיסה ברורה אחת של מרות בית-הדין, אינם משמשים תמריץ חיובי ואף לא הרתעה מזרות לאכיפה, גם כאשר מטרתה היא השגת תוצאה העולה בקנה אחד עם השקפת העולם של רוב הציבור.

בחברה מסורתית, הנרתעת משימוש באמצעי כפייה "חודרניים", נעשה שימוש באמצעים דתיים חברתיים "רכים" יותר מבחינה נורמטיבית, אך תקיפים במשמעותם החברתית ובעלי השפעה במסגרת חיי הקהילה. כך, למשל, במקרים מסוימים, שבהם נמנע בית-הדין מכפיית גט על הבעל הוא פוסק כתחליף "למקרי ליה עבריינא" (לקרוא לבעל, סרבן הגט, עבריין).²³

בחברה ישראלית מודרנית, פתוחה, המשלימה עם הנורמות הדתיות רק מבחינת תוצאותיהן ואינה מכירה בהשקפת העולם המולידה אותן כחלק מן ההכרה החברתית והחוויה התרבותית, איזו השפעה יכולה להיות על אדם חילוני, שבית-הדין הרבני קורא לו עבריין, נוזף בו, מטיף לו מוסר או גוזר על נידויו?

22 תלמוד בבלי, יבמות, כ, א; חולין, קו, א.

23 על סמכות בית-הדין לקרוא עבריין לסרבן גט, ראו שו"ע, אבה"ע, סימן קנד, סעיף כא. על הדין הכללי ראו, בין השאר, תלמוד בבלי, שבת, מ, א; שו"ע, חו"מ, סימן פז, סעיף ט.

ד. בית־הדין בין ציבור היעד לציבור ההתייחסות

יהיו אשר יהיו השינויים המתגלים, ההסברים לתהליכים המתרחשים והטעמים לתופעות החדשות, לא ניתן להימלט מן הדיון בהשלכותיה של המציאות החדשה. לענייננו עלינו להידרש, בראש ובראשונה, לעיקר שעליו עומדת כל מערכת שפיטה. כדי לאפשר את פעילותה חייבת כל מערכת שפיטה להתבסס על אמונו של הציבור, שאותו היא דנה ושופטת. גם העיצומים שבכוחה להפעיל מיוסדים על אותו אמון רחב ופנימי זה. מרכזיותו של אמון הציבור במערכת השיפוטית וחשיבותו אינן מתייחדות רק למשפט הישראלי.²⁴ אמון הציבור בשפיטה נטוע גם בלב ההסדר הדתי ומהווה חלק בלתי נפרד מן הדין הדתי.²⁵

בין שאר הכישורים הנדרשים מדיין, שמונה הרמב"ם, נזכרים לא רק מעורבות בדעת עם הבריות, אלא גם היותו מקובל על הציבור.²⁶ בתחום ההכשרה הנדרשת מדיין הוא מציין גם היכרות עם חוכמות חיצוניות ו"הבלי עולם הזה וכיוצא באלו כדי שיהיו יודעים לדון אותם".²⁷ כלומר, כדי שדיין יוכל למלא את חובתו כהלכה עליו להיות חלק מן הציבור, לצמות מתוכו, ולהכיר עולם מושגים רחב ככל האפשר.

בישראל רבים מהדיינים מגיעים מהעולם החרדי – סביבה חברתית, הרחוקה מעולמם התרבותי והרוחני של רוב הנזקקים להם. נוצר נתק סוציולוגי כפול: האחד, בין רוב תופסי התורה לחלק הארי של הציבור. השני, בין ציבור היעד, שעליו נאכפת ההלכה, שהוא חילוני ברובו, לציבור ההתייחסות הקטן יותר, שהוא הציבור הדתי (ולעתים רק הפלג החרדי שבו), שממנו מקבל הפוסק את האמון וממנו הוא שואב את הלגיטימציה לפסיקותיו.

בית־הדין זר לעולמו החברתי והתרבותי של רוב ציבור היעד שלו. במישורים רבים, כגון: חינוך, התנהגות, השקפת עולם, מערכת המושגים, סדרי העדיפויות, תפיסת המציאות, הערכת המצב ההיסטורי, הבנת מצבו של היהודי במסגרת המדינה והעולם של ימינו והעולם החווייתי, שונים בעיקרם הדיינים המכהנים בבית־הדין מן הציבור הרחב הכפוף לשיפוטם.

דיינים רבים לא עברו את כור ההיתוך החברתי המרכזי של החברה הישראלית. עולם המושגים האינטלקטואלי, לעתים הבסיסי ביותר, המשותף לחלק הארי של הציבור, זר

24 א' ברק שיקול דעת שיפוטי (1987) 291–292. בג"צ 732/84 צבן נ' השר לענייני דתות, פ"ד מ(4) 141, 2152.

25 ראו, בין השאר, רמב"ם, הלכות סנהדרין, פרק ב, הלכה ז: "בית דין של שלושה... צריך שיהא בכל אחד מהן שבעה דברים... ואהבת הבריות להן... אלו שרוח הבריות נוחה מהם"; וכן שם, פרק כה, הלכה ב: "אסור לו לנהוג בהן קלות ראש אף על פי שהן עמי הארץ... אזוהרה לדיין שיסבול את הציבור". כן, ראו, הרב ת' ד' הלוי "מעמד הדיין־השופט בחברה" הצופה מיום 28.1.1995.

26 רמב"ם, שם, שם.

27 רמב"ם, הלכות סנהדרין, פרק ב, הלכה א.

להם. רובם לא שירתו כלל בצבא. רק למיעוטם השכלה כללית, שלא לדבר על תעודת בגרות. ממילא, אפילו אוצר המלים, השפה התרבותית-רוחנית ועולם הדימויים של הדיינים שונים מאלה של רוב הציבור הנוקק להם והמתדיין בפניהם.

חלק לא מבוטל מהם חסר אפילו ניסיון מגוון במערכת המוסדית הדתית, העשוי ליצור יחסי גומלין בינם לבין המציאות או להפגיש אותם עם ציבור רחב. רובם מגיעים לבתי-הדין היישר מעולם הישיבה, בלי שכיחנו קודם כרבני עיר או שכונה, בלי שהתנסו פעם בפסיקה על כשרותה של תרגולת או בהשכנת שלום בין שכנים ניצים.

חסרה ההתערות של הדיין בקהל וההיזון החוזר בין הדיין לקהילה הנתונה למרותו והמסורה לשיפוטו.²⁸ הרבנים והדיינים אינם צומחים מתוך הציבור הנוקק להם ואינם יוצאים אל החברה שהם עתידים לשרתה:

"הם פרי קבוצות המשנה, השרויות באוירת התתרבות המסויגת כלפי החברה הישראלית בכללה... אם אין הם מובלעים בעולם זה לפחות הופך הוא להם לקבוצת התייחסות בייחוד אם השרות הדתי הופך להיות מקצועם והם ממלאים תפקיד של רבנים, דיינים וכדומה..."²⁹

"[עקב כך נוצר חוסר] מגע מספיק של בעל (ההלכה) עם אלה אשר נשענים או מבקשים להשען על הוראתו."³⁰

ונוצר פער שכמעט בלתי אפשרי לגשר עליו.³¹

הדיינים גם אינם נדרשים להכיר את המשפט הישראלי ואת המבנה השלטוני והמוסדי של הדמוקרטיה הישראלית. חשיבה חוקתית זרה לרובם מכול וכול. לעתים אין הם מכירים אפילו את דברי החקיקה הבסיסיים המהווים להם מסגרת של סמכות. הפסיקה של בתי-המשפט בכלל ושל בית-המשפט הגבוה לצדק בפרט, המפקח על סמכות השיפוט שלהם ופסקי-הדין היוצאים לפניהם, הם כספר החתום לפניהם. אצל רבים אי-ההתמצאות בתחומים אלה היא אידיאולוגיה. אצל אחרים נובע הדבר מהעדר תחושה שהנושאים והעניינים האמורים הם חשובים.

המעבר מעולם אחד, סגור, אל כס הדיינות יוצר קושי רב בהבנת המציאות ובהכרה במצוקות החברה. הפער העצום הזה של אי-הבנה הדדית ומרחק חברתי ואידיאולוגי יוצר מתח של אי-אמון, הגורר בעקבותיו ניכור, לפעמים אפילו בוז הדדי.

28 על פרופיל חברתי, תרבותי והשכלתי של הדיינים בישראל, ראו ז' פלק תביעת גירושין מצד האשה בדיני ישראל (1973) 77-83.

29 י' כץ "אופיה היהודי של החברה הישראלית" לאומיות יהודית, מסות ומחקרים (1983) 93.

30 י' כץ "הדת ככח מאחד או מפריד", שם, בעמ' 134-135.

31 על נתק זה אפילו בין לומדי התורה לחלק ניכר של הציבור ומשמעותו, ראו א' גולדמן "ההלכה והמדינה" (1970) 18, 27-28 דת ומדינה בישראל (עורך מ' סמט, 1978) 44. לדעתו, אצל רוב אנשי ההלכה של הדור נתפסת המציאות בכלים שהתאימו לתחום המושב הרוסי לפני עשרות רבות של שנים.

אפילו במישור הנורמטיבי, הבסיסי ביותר, נוצר פער בין הדיין לציבור. הפער הוא כפול: בין המרות של ציבור הדיינים כלפי הדין מצד אחד, וכלפי הציבור, מצד אחר. הדיין רואה את מרותו כמתחייבת מדין תורה בלבד, למרות שכוח הכפייה שלו נובע מהמשפט החילוני, שאין הוא מכיר בו. לעומת זאת, בעיני ציבור היעד החילוני, המרות הדתית, שרק היא נחשבת אצל הדיינים, אינה מוכרת כלל. מרותו של הדיין נובעת בעיני רוב הציבור מחוקיה של הכנסת.

ה. תפיסת התפקיד ותודעת האחריות של בית־הדין

מן העבר השני ניצב ציבור המתדיינים, שרובו רחוק מהשקפותיו של הדיין. גישתו החילונית והמתירנית של ציבור זה, ריחוקו המפליג מעולם התורה, שעל ברכיו התחנך הדיין מיומו הראשון והוא מרכז עולמו, ותחושת העוינות המופגנת מצד חלק מן הציבור כלפי הדין והדיין, מקשים על בית־הדין לבצע את פעולותיו. מטבע הדברים נותנות תופעות אלה את אותותיהן בעמדת מורי ההוראה והפוסקים כמו גם בגישת הדיינים בבתי־הדין.

במציאות הקיימת, תפיסת התפקיד של הדיין בעיני עצמו וסביבתו שונה בתכלית מן התפיסה של כלל הציבור. אי אפשר לקבוע שהדיינים אינם מעוניינים לפתור מצוקות. רבים מהם רוצים בכך בכל מאודם, אלא שאופייה של תחושת האחריות של הדיין לציבור היעד השתנה. בכך נעוץ עוד אחד משורשי המשבר.

בחברה המקבלת עליה את מרות התורה, מורי ההוראה פועלים במגע מתמיד עם המציאות. הם עושים כן תוך הזדהות עם השקפת העולם הרווחת בחברה ואהדה לצרכיו ולבעיותיו של ציבור היעד, שהם רואים את עצמם חלק בלתי נפרד ממנו.³² איש ההלכה, המשמש גם כמנהיג ציבור, חש צורך עמוק לשמור על המסגרת החברתית, הקהילתית, ורואה את עצמו אחראי לגורל הקהילה בכללותה, לשלמותה, לאחדותה ולפתרון בעיות חבריה.³³

בנסיבות כאלה הפוסק הוא בעל מחויבות אישית, מוסדית ודתית, להגן על ערכיו של הקהל, מחד גיסא, ולפתרון בעיות של יחידיו, מאידך גיסא. במסגרת כזו גם שינויים מרחיקי לכת באורחות חיים דתיים ובנורמות דתיות אינם פוגעים בשמירת הרציפות. מנקודת מבט זו עשוי איש ההלכה להתייחס לפתרון של מקרים חריגים ואף לעריכתם של הסדרים מרחיקי לכת, כמחזקים את הדת ואת שלטון התורה.³⁴ בחברה סמכותית המכוונת לשמירת מצוות, נשמרת:

32 ' כן "האם הידוש הסנהדרין הוא בגדר פתרון?" לאומיות יהודית, מסות ומחקרים (1983) 189.

33 לעומת זאת, לפוסק בדורנו הסתכלות מצומצמת יותר. ראו א' גולדמן, לעיל הערה 31.

34 ראו דבריו של הרב מ"צ נריה ביום עיון של חברי כנסת באוניברסיטת בריאילן, השפעת המציאות על הבחנות הלכתיות 49.

עקביות תודעת הרציפות למרות מימדיו של השינוי... כל זמן שהסמכות של מקורות ראשוניים לא נעקרה, יכלו המקורות המאוחרים להפנים שינויים בלי לשבור את תודעת הרציפות.³⁵

יש להבין, כי ההלכה מבוססת על הרבה מאוד הלכות יסוד וכללי פסיקה, אבל בראש ובראשונה על הלגיטימיות שלה כמכנה משותף לתופסי התורה ולציבור. במציאות דתית הומוגנית, המיוסדת על לגיטימציה, האפשרות לקרב בין ההלכה לבין המציאות קלה יותר. אבל כאשר החוט המשולש הזה (דיין [הלכה], ציבור [מציאות], לגיטימיות) ניתק, נוצר מצב, שבו כל "שינוי" נתפס בעיני הרבנים כפריצת גדר, כעלייה בחומה, כסכנה להלכה. כל "שינוי" נתפס במציאות כזו כאילו הוא מעניק לגיטימציה לתופעות שליליות.³⁶

כאן, בין השאר, נעוץ השינוי בתחושת האחריות של הדיין לציבור היעד בזמננו ובמקומותינו. תחושה זו פינתה את מקומה לסוג של פטרנליזם דתי, המונע על-ידי אחריות עקרונית ערכית לכלל ישראל במשמעות הדתית, אך אינו קשור עוד להודעות עם צרכיו הממשיים של חלק ניכר מן הציבור להכרה בהם.³⁷

בית-הדין מתייחס אל המציאות מתוך עולמו שלו. הוא שופט את קהל היעד על-פי מערכת הערכים הדתית. דבריו של הדין הדתי לוחמים בערכים המודרניים העומדים בבסיס תפיסת הזוגיות הלא-דתית. הציבור הדתי, בעיקר הממסדי, רוחש בוז להשקפת העולם הפתוחה והפלורליסטית, לממד הרוחני, למערכת הערכים של ציבור היעד החילוני ולחלק ניכר מאורחות חייו החופשיים והמתירנים.³⁸

במצב כזה אין רוב ההרכבים בבית-הדין רואים עצמם אחראים מבחינה מוסדית וחברתית למצוקות הציבור. במקום פתרונות נורמטיביים, מוצעת לעתים, כדיבור או בשתיקה, רטוריקה מוסרנית. הם פוטרם עצמם מן האשמה לפער שנוצר בין הדין למציאות ומתנערים מן האחריות לפתרון השיפוטי ומן החובה להקל את המצוקות והבעיות המתעוררות. הכדור מועבר למגרשו של הציבור החילוני:

לא אשמת ההלכה היא ואין הקולר תלוי אלא בציבוריות שלנו שבמקום לראות את

35 א' שבייד היהדות והתרבות החילונית (1981) 21.

36 על סוגיית הלגיטימציה, ראו א' רוזן-צבי, לעיל הערה 17.

37 עמדות שונות הנוגעות ליחס ליהודי החילוני ולאחריות לגביו, ראו א' רוזן-צבי, שם, בעמ' 158-178.

38 ביטוי קיצוני של עמדה זו נתן הרב ח' פרדס, אב בית-דין לשעבר בבית-הדין הרבני האזורי בתל-אביב, במסגרת ריאיון לביטאון כותרת ראשית מיום 23.10.1985, בעמ' 12. הרב פרדס מתייחס לציבור היעד שהוא דן אותו כך: "אין כל מכנה משותף בינך לביני. הגשרים שרופים. אני ואת עומדים על שתי פלנטות אחרות, ואין צורך לטייה". יחס כזה אינו מניח שום אפשרות של התייחסות למציאות או התחשבות כלשהי במי שאיננו נאמן לתורה.

מקום התורפה במקומו הנכון מצביעה על ההלכה שכאילו היא הגורמת לעיוותים הנובעים מחיי החברה שסטו מדרך התורה.³⁹

"אני קובע נחרצות, ללא כל ספק, כי מצוקות חיי המשפחה של מאות־אלפי משפחות בארץ נובעות מהחינוך הקלוקל למתירנות, מגן הילדים דרך בתי הספר ועד לרדיו ולטלוויזיה. במקום לתקן את החינוך ולהעניק ערכים מינימליים לאנשים החיים, נטפלים, כמו בכל הדורות, ל"יהודים", האשמים בכל."⁴⁰

את חובתם העקרונית במסגרת התפקיד השיפוטי המוטל עליהם מגבילים חלק מבתי־הדין לעולמה של תורה במובן הצר ולציבור שלומי אמוני ישראל. סטייה מאופי זה של שפיטה ומסוג זה של אחריות, תוך היענות למציאות לפי פרשנות רחבה של ההלכה, עשויה להיחשב בעיני בית־הדין כפגיעה בשלמותה של ההלכה ובטוהר הפתרונות הדתיים, ככניעה לקלוקל ולפסול, כהעדפת השקפת עולם חילונית וזרה על פני תורת חיים, וממילא כהתגרות בעולמה של הלכה וכמתן לגיטימציה לחילוניות.⁴¹

חלק ממורי ההלכה יוצאים מתוך הנחה, המשמשת להם עיקרון של פסיקה, כי היהדות הדתית, הנאמנה לתורה, היא לא רק ציבור ההתייחסות שלהם, אלא, כביכול, ציבור היעד הבלעדי הלגיטימי שאליו צריכה להיות מכוונת הפסיקה התורנית. זו, למשל, העמדה המובעת באחת מתשובותיו של הרב משה פיינשטיין.⁴² בתשובה אחרת מתייחס הרב לשלטונות הישראליים כהנהגה,

"שהיא בע"ו [בעוונותינו הרבים] אצל כופרים ומומרים ואין מתחשבים עם דעותינו כלום... ואין אנו אחראין עליהם..."⁴³

משום כך, לדעתו, אין שום משקל הלכתי לטענה כאילו התייחסות הלכתית מסוימת תביא ציבור חילוני לידי מכשול הלכתי ואין היא חלק מן האינטרסים שעל הפוסק להביא בחשבון בפסיקתו.⁴⁴

39 הרב י' ישראלי "על כפיה ורצון בגט", תורה שבעל־פה יב (הרצאות בכינוס הארצי השנים עשר לתורה שבעל־פה, תשל"א) לב, לח. על תופעה זו ראו גם בספרו של ז' פלק, לעיל הערה 28, בעמ' 80.

40 הרב ג' אקסלרוד "אשמת המתירנות" מימד 3 (תשנ"ה) 18 (הביטאון יוצא לאור על־ידי תנועת "מימד"). הרב אקסלרוד הוא חבר בית־הדין הרבני האזורי בחיפה. זו תגובה על רשימתי "באין פוסק" מימד 3 (תשנ"ה) 7.

41 על סוגיית הלגיטימציה, ראו א' רוזן־צבי, לעיל הערה 17.

42 ראו שו"ת אגרות משה, אבה"ע, חלק ראשון, סימן עה, קעז: "וגם כל דבר שמתירין בשביל תקנת עגונות מסתבר שהוא בשומרי תורה."

43 ראו שו"ת אגרות משה, יו"ד, חלק שני, סימן מה.

44 שם, שם. ראוי לציין, כי אין קשר מוכרח בין עמדה זו לחומרות הלכתיות במישורים אחרים. אין עמדה זו נובעת מגישה הלכתית המחמירה בכול. אדרבא, באותה תשובה עצמה מתייחס הרב פיינשטיין בדרך מקילה דווקא לאפשרות מינויה של אישה שומרת

גישה עקרונית כזו היא לגיטימית במקום שבו בית־הדין פועל מכוח קבלת הציבור והסכמת המתדיינים. היא הופכת להיות בעייתית כאשר כוחו של בית־הדין וסמכויות האכיפה שלו מעוגנים בחוק ומחייבים את כלל הציבור היהודי.

1. סיכום ביניים – קצר אידיאולוגי חברתי

התייחסותו של בית־הדין לבעיה הנובעת ממסגרת החיים החברתית והאידיאולוגית של ציבור היעד, וזה אופיין של רוב הבעיות המובאות לפניו, עשויה להיות בעלת שלושה שלבים. ראשית, הימנעות מהכרה בקיומה של בעיה או של מצוקה הטעונים התייחסות במישור העקרוני. שנית, במקרים שבהם יש הודאה בקיומה של בעיה רלוונטית בקרב ציבור היעד, אי גילוי הבנה ואהדה במישור העקרוני וכפירה במחויבות לפתרון במישור הפרטני. שלישית, כפירה בעצם הלגיטימיות של הבעיה.

אחת התופעות הנפוצות בבתי־הדין היא "יראת הוראה", המשקפת רצון להתחמק מהכרעה עקרונית, ולפעמים גם מהכרעה ספציפית. "יראת הוראה" זו, הגוררת אחריה מצב של שב ואל תעשה, יוצרת מצבי מצוקה קשים, שבעיית מעוככות הגט היא רק אחד מהם. על הפער הנפער עקב כך, והמתרחב משנה לשנה, קשה מאוד לגשר.

עולם הישיבה, שהיישר ממנו בא חלק מן הדיינים לשיפוט, הוא עולם של עיון ודיון. בית־המדרש הוא עולם של דעות שונות, שאין חייבים להכריע ביניהם. בבית־הדין המציאות אחרת. כשדיין ניצב בפני הצורך להכריע עליו לגלות אחריות. "יראת ההוראה" היא לא יתרון אלא חיסרון. כשאין כוח הכרעה ברור, נוצר מצב של "תפוס ככל יכולתך", והמתדיין החוזק שורד.

במצב הקיים נוצר מבוי סתום במערכת היחסים הנורמטיבית הקיימת בין הדיין לקהל היעד. התוצאה היא מעגל קסמים. מחד גיסא, אין הדיין יכול להטיל לא את מרותו הדתית, לא את כוח השפעתו ואף לא את האמצעים הדתיים החברתיים על ציבור המתדיינים. מאידך גיסא, למרות השינוי הקיצוני במציאות החיים, נמנע בית־הדין מנקיטת אמצעים הלכתיים קיימים, שבמהלך הדורות נמנעו מלהשתמש בהם. אולם בעוד ההימנעות בעבר תאמה את אופי המציאות או ונבעה גם מקיום אמצעים דתיים חברתיים חלופיים, נובעת ההימנעות היום מתפיסה שמרנית, המנציחה את אמצעי העבר וחוששת מכל שינוי או תזוזה למרות המהפכה בתנאי החיים ובתפיסת העולם. בית־הדין נותר מבוצר בתוך עמדה השומרת על מסגרות, שלגבי חלק גדול מן הציבור איבדו, מבחינה אישית וחברתית, את הנורמטיביות שלהן.

יישום כללים הלכתיים, המבוססים על מציאות כלכלית וחברתית מסוימת כמו גם על נתונים והנחות יסוד מוגדרים, על מציאות שונה בתכלית, מביא בעקבותיו לעתים תופעה

תורה ומצוות למשגיחה על כשרות. מרכז הכובד של ההבחנה בין חומרה לקולה בהקשרים אלה הוא איפוא במידת המחויבות והאחריות של הפוסק כלפי שומרי התורה לעומת הכופרים.

של היפוך היוצרות. כללים, שכל תכליתם היא להגן על צד מסוים, מאבדים את תוקפם תוך יישומם על מציאות אחרת.⁴⁵ בהמשך נראה כיצד יישום של נורמות, שנועדו במקורם ובמועדם להגנת קבוצות מקופחות, על מציאות אחרת, מקפח את האישה במציאות הרווחת. יישום דווקני של דין ממציאיות אחת על אחרת גורר אחריו תופעות של ניצול לרעה, של פגיעה בתכלית הדין הדתי, של העדר פתרונות או של פתרונות לא רלוונטיים וחסרי תכלית.⁴⁶

בפער שנוצר בין יישום הדין לבין המציאות חודרת תרבות של סחטנות תמורת השגת הגט וניצול לרעה של הדין הדתי על-ידי מי שעושים אותו קרדום לחפור בו יתרונות לא תמיד הוגנים, שלא בטובתו ושלא מתוך הכרה בתוקפו הדתי. במקרים רבים יוצא דווקא החוטא נשכר. ההליכים גורמים לעתים להרחבת הקרע בין הצדדים, ומכל מקום למניעת שלום-בית. אילוץ המציאות ואופן יישום הדינים גורמים לכך, שלעתים באות תקלות דווקא על-ידי אותם דינים שנועדו להגן על קדושת הנישואין ועל ערכים דתיים.

מציאות זו משאירה את ציבור היעד קרח מכאן ומכאן. אין הוא נהנה מהיתרונות הדתיים והקהילתיים, מהד גיסא, ואין הוא זוכה לפתרונות מעשיים, מאידך גיסא. כפיית שיפוט רבני ודין דתי על ציבור שהתנהגותו, מערכת ערכיו ותפיסת עולמו, ברובם הגדול, אינם נחשבים לגיטימיים מצד הדין המחייב את אותו הציבור, כפי שהוא מיושם על-ידי הדיין, היא פרדוקס שקשה לציבור להשלים עמו.

הציבור חש כי בתי-הדין מבקשים לאחוז את החבל בשני קצותיו. רווחת בקרבו הכרה, שבית-הדין מרוחק מעולמו ומבעיותיו ותחושה כי לא נעשה די כדי לפתור בעיות אנושיות ראשוניות באופיין ובסוגן וראשונות במעלה בחשיבותן, הטורדות את מחשבתו, מוציאות אותו משלוות רוחו ופוגעות ברווחתו ובאיכות חייו.⁴⁷ במצב זה של חוסר אמון נדחף רוב הציבור לשוליים שבהם מקננים ציניות, ייאוש ותפיסה מסולפת הן של הדת היהודית והן של המשפט הישראלי. תוצאה זו אינה מוכרחת, אין היא בעיה של תכתיב הלכתי נוקשה, אלא של קשב למציאות.

אילו היתה עמדת בית-הדין אפקטיבית או אילו חלחלה בהדרגה אל תודעת הדור ואל יחידי החברה היה ניתן לפחות להבינה. אך שמירת החומות הפורמלית מצד המערכות הדתיות אינה יוצרת את השינוי המיוחל בתוך החומות שבהן שרוי הציבור הישראלי. רטוריקה מוסרנית כלפי ציבור המתדיינים וכלפי חלק ניכר מן החברה הישראלית, שאינה מלווה בהתאמה ובסיגול של המערכת בתוכה או, לחלופין, בהעברת הכוח לקבוע נורמות

45 על הלכות שקיבלו תפנית בעקבות שינויים חברתיים ניתן למנות, בין השאר, את הלכות סוטה (משנה, סוטה, ט, ט; תלמוד בבלי, סוטה, מז, ב; תלמוד ירושלמי, סוטה, פ"ט, ה"ט), דיני ייבום וחליצה (משנה, בכורות, א, ז; תלמוד בבלי, כתובות, סד, א; תלמוד בבלי, יבמות, לט, א), איסור הביגמיה וגירושי אישה בעל כורחה (שו"ת מהר"ם מרוטנברג, קנג; שו"ת מהר"ם מינץ, קב; הגהת הרמ"א, שו"ע, אבה"ע, סימן קיט, סעיף ו; תשובות הרא"ש, כלל מב, סימן א).

46 א' רוזן-צבי דיני המשפחה בישראל בין קודש לחול (1990) 179-188.

47 י' כהן "שיפוט רבני ושיפוט חילוני" דיני ישראל ז (תשל"ו) רה, רי.

למערכת האזרחית-חילונית, אינה יעילה ואינה תורמת לא לאינטרס של הדין הדתי ולא לצרכיו של הציבור הרחב.

ז. בעיות מוסדיות ארגוניות

הבעיות העקרוניות של היחס בין בית-הדין למציאות הישראלית ובין הדיין לציבור המתדיינים מכתובות את כיווני הפסיקה ואת מידת נכונותו של בית-הדין לצעוד בדרכים הלכתיות מסוימות. תוכן הדין והפסיקה ההלכתית תלויים, בראש ובראשונה, בתפיסות היסוד של הדין, בתפיסת האחריות של הדיין לחברה, לאידיאולוגיה הרווחת בה ולציבור המתדיינים, ובגישתו העקרונית לתפקידו במסגרת הנתונה בחברה הישראלית. הפער בין הדין למציאות ובין הדין לציבור מורכב מפער של אמון ומחשדנות הדדית שבין הדיין למתדיין, מחד גיסא, ומקשיי תקשורת שבין המתדיין למערכת השיפוטית כמוסד, מאידך גיסא.

אולם עוד לפני שבעיות עקרוניות עולות על פני השטח – צף הקושי המוסדי ארגוני הנוגע לבתי-הדין ולדייניהם. המפגש בין בית-הדין לציבור הוא מורכב ומסובך. על אחת כמה וכמה בעייתי מפגש זה – ולעתים, לדברי מתדיינים רבים אף טראומטי – כאשר גם שיטות העבודה של המערכת וגם היחס של הדיין אל התפקיד בכלל ובמציאות הישראלית בפרט לוקים בחסר.

הטענות הנטענות מאז קום המדינה ועד היום הן על אופן תפקודם של בתי-הדין נוגעות לשאלות מרכזיות של שירות בסיסי למתדיינים המצויים באחת משעות המשבר הקשות בחייהם. הליקויים בפעולת בתי-הדין, כפי שהם עולים חדשות לבקרים מפי מתדיינים ובאי-כוחם, מתייחסים למלוא היקף תחום פעילותו של בית-הדין. הם נוגעים לתפיסה רחבה של אחריות הדיין.

מבין העניינים הטעונים תיקון ניתן לציין, בין השאר, את המשמעת הבסיסית של הדיינים, את מוסר העבודה, את דרכי ההנהגה השיפוטיות, את ההקפדה על האתיקה השיפוטית, את ההקפדה על זמן הדיון ועל כבודו של בית-הדין, את הניהול הראוי של הדיון, את ההקפדה על סדרי דין ונוהלי דיון לשם מניעת כאוס הגורם ל"כל דאלים גבר", את דרכי השיפוט הראויים של רישום פרוטוקולים, את הצורך בהנמקת החלטות, את ההכרעה בזמן סביר, את ההימנעות מסחבת בשמיעת תיקים ובמתן החלטות, ובעיקר את הצורך בהכרעתו של בית-הדין במחלוקות המובאות לפניו ואת ההימנעות מהפניית הצדדים להסדר ביניהם כתחליף של קבע להכרעה השיפוטית בתחומים רגישים שהם בבחינת דיני נפשות.⁴⁸

48 ראוי לציין, כי את ההימנעות מהכרעה והחזרת הסכסוך לצדדים כדי שיעבדו ביניהם הסדר מוסכם יש לזקוף לא רק לחובת פגמים במוסר העבודה, אלא גם לבעיות העקרוניות, שעניינן הפער בין המתדיין לדין הדתי והמרחק שבינו לבין בית-הדין,

בנסיבות רבות גם כללי הדין עלולים לשמש מקור לקיפוח. כך, למשל, כל דחייה של דיון וכל הימנעות מהכרעה פועלים לטובת החזק, העמיד ובעל אורך הרוח הכלכלי והחברתי. הם פוגעים בחלש מבחינה כלכלית וגורעים מכוח המיקוח שלו.

בציבור הדתי, גם בגלל היותו מיעוט, קיימת איוו התכנסות נוחה תחת המכנה המשותף של קבוצה המבקשת להפנים את ערכיה. עקב כך נחשבת כל ביקורת כפגיעה בקודש הקודשים וכחילול ה'. יתר על כן, ההתכנסות הפנימית יוצרת תחושה של נרדפות המקשה על היכולת להטיל מרות כלפי הדיינים. לאלה יש לצרף את הנתק בין ציבור היעד לציבור ההתייחסות הגורר אחריו אובדן אמון במערכת, את הפער בין החוקי ללגיטימי, את תחושת התסכול של שני הצדדים, את תפיסת האחריות המוגבלת של רוב הדיינים כלפי ציבור המתדיינים וכיוצא באלה. תופעות אלה – המאפיינות את המערכת מאז קום המדינה ועוד לפנייה – גוררות אחריהן העדר קשב, קצר בהיוון החוזר בין הציבור לבין בתי-הדין וחוסר היענות לטענות. הן מקשות על פתיחת ערוצים אפשריים של התחדשות, אף במישור המינהלי והמוסדי.

תופעות אלה, בין השאר, גוררות אחריהן גם את הקושי של המוסדות האחראיים – משרד הדתות, האחראי על בתי-הדין ועל הרבנות; מועצת הרבנות הראשית; הרבנים הראשיים (שאחד מהם מכהן גם כנשיא בית-הדין הגדול) – להטיל מרות כלשהי על הדיינים, אפילו מרות משמעתית. "מרות" במערכת כזו הוא אבן-היסוד לקיומה.

שם המשחק הוא אחריות ומרות. אחריות מתמרצת על-ידי שאיפה לקידום ועל-ידי חשש מאי-קידום, על-ידי זימונים ל"שיחה נמרצת" כמו גם על-ידי נקיטת אמצעי המשמעת הקבועים בחוק, שמעולם לא הופעלו.⁴⁹

מנהל בתי-הדין הרבניים, הרב אליהו בן-דהאן, מציג נתונים רבים על כמה וכמה שיפורים מוסדיים.⁵⁰ בעבודה קשה ובתחבולות מצליח המנהל הנוכחי של בתי-הדין להגיע להשגים שקודמיו לא השכילו להגיע אליהם. בתקופת כהונתו אכן ניכרים שיפורים בענייני מינהל ובינוי. אך הפתרונות שבידי הנהלת בתי-הדין להציע, ככל שהם חשובים לרווחת הציבור ולשירות הניתן לו, אינם מתקרבים אל לב הבעיה. הנהלת בתי-הדין אינה מסוגלת לשפר את תפקוד הדיינים, את פסיקות בתי-הדין ואת אופן הפסיקה.

במשך כל השנים היו הבעיות המוסדיות ארגוניות של המערכת צפות ועולות, חדשות לבקרים. כל אחד מן הדיונים בכנסת בהצעות חוק, שנגע לסמכויות בתי-הדין הרבניים או למעמד הדיינים, נקרא היום כאילו לא חלפו 45 שנים. כל דיון גרר אחריו בראש ובראשונה פנייה לבית-הדין לסגור את הפער בין הדין למציאות ולתת ביטוי למצוקות

המוכנות במצב הקיים ומעוגנות בו, הדוחפות את הדיינים לבחור במדיניות של "ש" ואל תעשה".

49 על תפקוד מערכת בתי-הדין, ראו ז' פלק, לעיל הערה 28; א' רוזן-צבי, לעיל הערה 46, בעמ' 176-178; א' רוזן-צבי פתרונות לבעיות אישות (1986).

50 הרב א' בן דהאן "עלינו לשבח" מימד 3 (תשנ"ה) 18-20 (הביטאון יוצא לאור על-ידי תנועת "מימד").

הרווחות בחברה הישראלית.⁵¹ אולם בכל אחד מן הדיונים עלו גם דרישות תקיפות לבדק בית ארגוני מוסדי ופרוצדורלי.⁵²

ת. סוגיות שונות כהשתקפות של בעיות ההסדר הקיים

1. פתח דבר

השאלות העקרוניות שנדונו עד כה, מתבטאות ומתגלמות, הלכה למעשה, בקבוצה גדולה של סוגיות. כל אחת מהן תופסת מקום מרכזי בחיי היום-יום של הציבור, הנוגעת לאופי חייו של האדם, לאיכות חייו האינטימיים ולאורח חיי המשפחה שלו. בהמשך נעלה כמה סוגיות כאלה ונצביע על אופיין, על הבעיות המתעוררות בעקבות השאלות העקרוניות שנדונו בפרקים הקודמים, ועל השלכותיהן. בחירת הסוגיות היא סלקטיבית. מטבע הדברים הדיון בכל אחת מהן הוא חלקי, ממוקד לאופי הנושא שבו אנו עוסקים ואינו ממצה.

2. מעוכבי גט

על הקשיים להשגת הגט ועל בעיית מעוכבי הגט עמדתי כבר לעיל. מן המפורסמות הוא, שניתן למנות על כף יד אחת את מספר פסקי כפיות הגט בישראל וגם מספר

51 שתי דוגמות בולטות הן התייחסותם של שני ראשי הממשלה בישראל בעת חקיקת החוקים הרלוונטיים. ראש הממשלה הראשון, מר דוד בן-גוריון, תבע כי הפערים ייסגרו על-ידי בתי-הדין, שאם לא כן ההסדר כולו יעמוד לבחינה מחודשת: ד"כ תשי"א 2133; ד"כ תשט"ז 834; ד"כ תשכ"ב 361. ראש הממשלה השני, מר משה שרת, בעת הדיון בהצעת חוק שיפוט בתי-דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג-1953, תבע כי בתמורה לויתור לדתיים יעשו ויתורים גם מצד הרשויות הדתיות: ד"כ תשי"ג 2558-2559.

52 במהלך הדיונים בכנסת נשמעו תלונות רבות על תפקוד בתי-הדין ועל סגולות הדיינים, הכשרתם, השכלתם ואופי מעורבותם בחברה הישראלית. ראו, למשל, הצעה לסדר יום על "הסדרים בבתי-הדין הרבניים", ד"כ תשי" 1389, ושאלות על מסקנות ועדת החקירה לבדיקת הסדרים בבתי-הדין רבניים, שמונתה על-ידי שר הדתות, ד"כ תשי" 2023, 2175. כן ראו, במיוחד, הדיונים בהצעת חוק שיפוט בתי-דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג-1953, ד"כ תשי"ג, ובהצעת חוק הדיינים (תשט"ו-1955), ד"כ תשי"ד 2181-2187, 2189-2194, 2197-2221. בשנים האחרונות ראו, בין השאר, בדיון במסגרת סקירת השר לענייני דתות על פעולות משרדו, ד"כ התשמ"ו 2090-2114, ובמסגרת הדיון בקריאה ראשונה על הצעת חוק הדיינים (תיקון מס' 11), התשמ"ח-1988, ד"כ התשמ"ח 4171-4175.

פסקי־הדין לחיוב גט אינו רב, לעומת 13,000–15,000 תיקי גירושין הנדונים מדי שנה בבתי־הדין. הצד המעוניין בגט קונה את חירותו בויתור על זכויות ולאחר מאבק קשה מבחינה חברתית ונפשית ונטל כלכלי לא מבוטל. בעיקר קשה מצוקת האישה המעוניינת בגט. מסלול המכשולים שלה בשיטתנו המשפטית ובמערכותיה החברתיות ארוך יותר וקשה יותר. כוח המיקוח שלה בשיטה הישראלית נחות מזה של בעלה, הן בשל טעמים משפטיים טהורים ובמיוחד בשל אילוצים חברתיים כלכליים, שמערכת הדינים אינה מטמיעה אותם דייה ואינה מתחשבת בהם במידה הראויה.⁵³

3. גיור קטינים

דוגמה אחרת, עקרונית, המשקפת את הבעייתיות של המצב, היא גיור ילדים. תינוקות המובאים לארץ מחו"ל לצורך אימוץ כבר אינם תופעה שולית: מדובר באלפי ילדים. "גיור קטן" בעולמה של הלכה היה מאז ומעולם בעיה הלכתית מורכבת.⁵⁴ אולם רוב הבעיות ההלכתיות הקשורות בסוגיה זו נפתרו בשל האופי הדתי של החברה שלתוכה נכנס הילד ובתוכה גדל. גיורו של קטן הנמסר לאימוצה של משפחה שאינה שומרת תורה ומצוות מעורר קושי מיוחד. בעיה זו עומדת במרכז עולמם של אלפי משפחות חילוניות או מסורתיות חשוכות ילדים, שאימוץ ילדים נוכרים בחו"ל הוא החלופה הפתוחה לפניהן. במשך השנים עסקו בגיור קטינים מספר קטן של רבנים, שהוסמכו לכך במיוחד על־ידי הרבנים הראשיים. רבנים אלה פעלו מחוץ לזרקורי התקשורת, בחוכמה ובתבונה, והשכילו לגייר במשך השנים מאות ילדים. הם פעלו לפי מיטב מצפונם ההלכתי, נאמנים לאחריותם המיוחדת לכלל ישראל, תוך היוזקות לחזקת הכשרות ולכלל שאין לדיין אלא מה שעיניו רואות ותוך הסתמכות על זרם מסוים בפסיקה המייחס למושג "קיום מצוות" או "קבלת עול מצוות" משמעות רחבה.⁵⁵ בעקבות גישה פרגמטית זו לא עלו המצוקות על פני השטח.

53 על בעיות אלה וסימוכיהן במקורות, כמו גם בנתונים, ראו א' רוזנצבי, לעיל הערה 46, בעמ' 136 ואילך.

54 תלמוד בבלי, כתובות, יא, א; רמב"ם, הלכות איסורי ביאה, פרק יג, הלכה ז. על גיור קטן ראו גם הרב א"י אונטרמן "הלכות גירות ודרך ביצוען" תורה שבעל פה יג (הרצאות בכינוס הארצי השלושה־עשר לתורה שבעל־פה, תשל"א) יג, יט–כ; הרב א' בקשי "הליכי גרות בקטנים" תורה שבעל פה, שם, בעמ' קלג; מ' פינקלשטיין הגיור הלכה ומעשה (תשנ"ד) 148–156; צ' זוהר וא' שגיא גיור וזהות יהודית (1995) 74–76, 94, 110, 119–121, 134–135.

55 על גיור קטן בימינו, ראו הרב א"י אונטרמן, שם; הרב א' בקשי, שם; מ' פינקלשטיין, שם, בעמ' 157–162. על משמעות קבלת מצוות לשם גיור ראו הרב א"י אונטרמן, שם; הרב ע' יוסף "בעיות הגיור בזמננו" תורה שבעל־פה יג (הרצאות בכינוס הארצי השלושה־עשר לתורה שבעל־פה, תשל"א) כא; הרב ש' גורן "הגרות באספקלריה של ההלכה" מחניים צב (תשכ"ד) 8; הרב ש' רפאל "גיור ללא תורה ומצוות" תורה שבעל־פה, שם, בעמ' קכו; מ' פינקלשטיין, שם, בעמ' 93–162; צ' זוהר וא' שגיא, שם, בעמ' 171–210.

העדר הכרעה הלכתית עקרונית, יחד עם התעצמות התפיסה המצמצמת את אחריות הפסיקה לחברה שומרת מצוות יצרו לחץ כבד בנושא מצד הציבור החרדי. הלחץ של החוגים הקיצוניים נתן את אותותיו בממסד הדתי ובמיוחד על הרבנות הראשית. מערך הגיור בישראל נכנס למיתון⁵⁶ וגיור קטנים הושבת כמעט כליל. עקב כך, נסתמו רוב הערוצים. אולם הבעיה חוזרת ועולה על סדר היום הציבורי. נחשף כאן הפער בין רוב הציבור הישראלי ותפיסתו את מצוקת ההורות, לבין ההלכה, המוצגת כ"נחושה" לכאורה, אך כחסרת אונים למעשה, וכמי שאין ביכולתה לענות על מצוקות אמת. בעיני חלק ניכר מן הציבור היהודי נתפסת ההלכה, כפי שהיא מיושמת על-ידי נושאים, כאטומה לצרכים הבסיסיים של האדם ולרגשותיו, כמתכחשת להגדרתו העצמית, כמחבלת בהמשכיות משפחתו וכמתערבת בעיצוב צביון חייו.

4. עולים נוכרים

הבעייתיות הקיימת בפער בין הדין לבין הציבור והמציאות באה לידי ביטוי מובהק עוד יותר בתופעת העולים הנוכרים. מאות אלפי עולים לא-יהודים מארצות חבר העמים לשעבר חיים היום בישראל. מתוקף סעיף 4 לחוק השבות, תש"י-1950, עלו לארץ בני הזוג הנוכריים של יהודים וילדיהם וכן משפחות שמקצת יחידיהן, ולעתים כל יחידיהן, הם נוכרים, כשהאב או האם הם ילדים לאב יהודי או נכדים לסב יהודי.

בישראל הולכת ונוצרת קהילה המגדירה את עצמה, מבחינה חברתית, כיהודית לכל דבר, אף שמבחינה הלכתית אין היא כזו. המשפחות הנוכריות חיות בתוך החברה היהודית; ילדיהם לומדים בבתי-ספר רגילים, הם חווים את החוויות היהודיות כמו כל משפחה יהודית בישראל, הם ישרתו בצה"ל, יתבגרו כיהודים לכל דבר וייקלטו בחברה כיהודים. מקצתם, אגב, אינם יודעים אפילו שאינם יהודים, ביניהם בנים ובנות הלומדים כיום בישיבות ובאולפנות. מבחינת זיקתם האתנית והודותם החברתית אין כל ריחוק בין משפחות אלה לבין האוכלוסייה היהודית.

תופעה זו אינה בעייתם של יחידים יוצאי דופן. היא בעיה המונית המעוררת, בין

56 שאלת תוקפו של הגיור, כמו יתר הסוגיות של ההשתייכות הדתית, אינה עניין של מעמד אישי, ראו בג"צ 359/66 גיתיה נ' הרבנות הראשית לישראל, פ"ד כב(1) 290, 300; ע"א 720/68, המ' 202/68 חדאד נ' ז'זיל, פ"ד כג(1) 729, 731; פ' שיפמן דיני המשפחה בישראל (כרך א, 1984) 36-37, 49. המרת עדה מתבצעת בישראל לפי פקודת העדה הדתית (המרה), 1927. אולם בישראל המרת דת, כולל גיור, כאקט דתי, יכולה להתבצע מחוץ לפקודת העדה הדתית (המרה). המרת דת זו תישא עמה תוצאות ככל שהדין הדתי הנודע בדבר מכיר בה לצרכיו. ראו בג"צ 148/84 שמואל נ' בית-הדין הרבני האזורי בתל-אביב, פ"ד לט(4) 393; ע"א 566/81 ט' שמואל נ' ק' שמואל, פ"ד לט(4) 399. כתבת תחקיר על השבתת מערך הגיור, כולל סגירת אולפני ההכנה בקיבוצים דתיים ופירוק בתי-הדין המיוחדים לגיור, ראו "גוים בעל כורחם" עמדה 27 (תש"ן) 11-6.

השאר, הן את בעיית המשפחות החד־הוריות, שהגיעו לארץ והשאירו את בן הזוג (יהודי או נוכרי) באחת ממדינות חבר העמים לשעבר, הן בעיית הנישואין האזרחיים הקיימים והן בעיית נישואי התערובת הצפויים בישראל.

אין ספק כי במציאות כזו אנו צפויים בתוך זמן קצר ליצירת לחץ כבד לגיור או לנישואי תערובת בהיקף עצום. הבעיות מתדפקות כבר על דלתותינו ואין הן יכולות להישאר ללא מענה.

בעבר, עוד לפני גל העלייה הגדול, נשמעו קולות בעלי משקל בעולם הרבנות, שקראו להתחשבות מיוחדת בעולים נוכרים ובמיוחד אלה הנשואים בנישואי תערובת.⁵⁷ אולם לפי התפיסה המחמירה השלטת היום בלחץ החוגים החרדיים – אין כמעט סיכוי לפתרון עקרוני ורחב בנושא.

מהו הפתרון המוצע לאוכלוסייה גדולה זו? כיום מתבצעים מעט מאוד גיורים בישראל.⁵⁸ ודאי הוא, כי מספרם של הגיורים אפסי בהשוואה להיקף התופעה האמורה, מחד גיסא, ואילו נישואין אזרחיים אינם נערכים בישראל, מאידך גיסא. הבעיה רק תלך איפוא ותחריף.

בהעדר פתרון מוסדי המושתת על חשיבה שיטתית ומאורגנת, חודרים אל החלל הריק המתהווה פתרונות עקיפים אחרים היוצרים מציאות חברתית ומשפטית. לאחרונה הולכת ומתפשטת התופעה, שלפיה משיאים קונסולים של מדינות זרות בישראל, בעיקר הקונסולים של רוסיה וברזיל, זוגות מעורבים, שלפחות אחד מהם הוא גם אזרח של מדינת הקונסול. השאלה, אם ראשי קונסול זר להשיא זוג מעורב כשרק אחד מהם הוא אזרח מדינת הקונסול, נשארה עדיין ב"צריך עיון". אולם פקיד המרשם במשרד הפנים חייב לרשום את בני הזוג במרשם האוכלוסין כנשואים על סמך תעודת הנישואין שהקונסול מגפיק.⁵⁹ עלייה ניכרת נרשמת גם במספר הנישואין האזרחיים של ישראלים הנערכים בקפריסין ובמספר נישואי פרגוואי.

57 ראו הרב א"י אונטרמן, לעיל הערה 54, בעמ' טז–יט: "אין להחמיר עליהם בשאלות קשות... אין... מקום לחששנות יתרה, שתגרום, ח"ו, לרחק אותם ועל־ידי־כך לרחק את המשפחה כולה. ואף כשהדחיפה לגירות באה בשל תועלת שמצאו בה, אין זה מבטל חלילה את עצם הקבלה... ומצוה לגיירם מיד ולא להשהותם." עמדה מקילה יחסית בגיור בישראל, ראו גם הרב ע' יוסף, לעיל הערה 55; הרב ש' גורן, לעיל הערה 55.

58 מספר הגיורים שנעשו בשנה האחרונה בבתי־הדין הרבניים בישראל מסתכם בכ־650 לשנה. למספר זה יש להוסיף את הגיורים שערכו בבתי־דין מיוחדים שהוסמכו למטרה זו על־ידי הרבנות הראשית.

59 ראו בג"צ 2888/92 גולדשטיין נ' שר הפנים, פ"ד נ(5) 89. בפסק־דין זה מובאות כל העמדות השונות של המלומדים בסוגיה זו, שלא הוכרעה עדיין. סמכות הקונסולים הזרים לערוך נישואין בישראל מוסדרת על־פי תקנות המעמד האישי (סמכויות קונסולריות), 1922 (שהותקנו מכוח סעיף 67 לדבר המלך במועצה על ארץ ישראל, 1922–1947, שבוטל בינתיים על־ידי החוק לביטול דינים שנושנו, התשמ"ד–1984, אך בלי לפגוע במעשי החקיקה שנעשו לפני הביטול) והחוק לתיקון תקנות המעמד האישי (סמכויות קונסולריות), תשי"ז–1956.

5. מצוקתם הכלכלית של האישה וילדיה בעת פירוד או גירושין

ביטוי נוסף לפער בין הדין לציבור היא תופעת עוני חדשה, שנוצרה אצל נשים פרודות או גרושות. על-פי המציאות החברתית, העושר בחברה מתרכז עדיין בעיקר אצל הגברים. פגיעותה הכלכלית של האישה במקרה של גירושין גדולה יותר מזו של הגבר.⁶⁰ כאשר בני זוג נפרדים, חלוקת הרכוש ביניהם וסכומי המזונות שייפסקו לאישה ישפיעו בצורה מכרעת על הדרך שבה היא וילדיה יצליחו לשקם את חייהם.

התופעה, שלפיה נשים לאחר גירושיהן (ובמיוחד אלה המטופלות בילדים) מוצאות עצמן במצוקה יחסית לעומת גברים לאחר גירושיהן, נפוצה לאחרונה בחברות מודרניות.⁶¹ תופעה זו מיוחסת לאי התאמה מספקת של ההסדר הרכושי (מזונות וחלוקת רכוש) לשיטת הגירושין ללא-אשם.

ניתן היה לצפות כי בישראל יישמר לפחות היתרון היחסי, המלווה לעת הזאת את שיטת גירוש-האשם, שהיינו הגנה כלכלית מסוימת לאישה, הן במהלך נישואיה והן לעת פירוד או גירושין. אולם ספק אם אפילו הנחה זו מתקיימת. בשיטתנו המשפטית אנו לוקים פעמיים: השגת גירושין ללא הסכמה קשה כקריעת ים-סוף, ובנוסף לכך מתערער מעמדה הכלכלי של האישה הפרודה או הגרושה.

נתונים מוסמכים של מחלקת המחקר של המוסד לביטוח לאומי, המתאשרים גם על-פי הערכה של עורכי-דין העוסקים בדיני המשפחה, מגלים פער גדול בין סכומי המזונות הנפסקים לאישה וילדיה בדיונים בבתי-דין רבניים, לבין הסכומים הנפסקים בבתי-המשפט האזרחיים.

60 ראו א' רוזן-צבי, לעיל הערה 46, בעמ' 145-147, ובין השאר, ראו שם את הנתונים הסטטיסטיים המובאים על היחס בין שיעור הנשים בכוח העבודה לעומת זה של הגברים ועל הפער בין שיעור ההשתכרות של גברים ונשים בישראל. הנתונים האחרונים מאששים מגמות אלה. ראו שנתון סטטיסטי לישראל 1994, מס' 45 (לעיל הערה 9), לוחות 12.5-12.6, עמ' 370-371.

61 ראו א' רוזן-צבי, שם, הערה 46 בעמ' 148-149. המחבר מסתמך, בין השאר, על מחקרים שנעשו בשלוש מדינות בארצות-הברית: קליפורניה, ורמונט וקונטיקט. מחקרים משתי מדינות נוספות בארצות-הברית (אלסקה): B. Baker *Family Equity at Issue: A Study of the Economic of Divorce on Women and Children Consequences* (Alaska Women's B.R. Rowe & A.M. Morrow; Commission, Anchorage, Alaska, 1987) "The Economic Consequences of Divorce in Oregon after 10 or More Years of Marriage" 24 *Williamette L. R.* (1988) 463 אושוו לחלוטין את הממצאים, המגלים פער גדול בין ירידה ברמת חיה של האישה הגרושה לאחר הגירושין לבין עלייה ברמת חיו של הגבר לאחר הגירושין. על חקר הממצאים בספרות, לאחרונה, ראו עוד, בין השאר: A.M. Parkman, *supra* note 12, at pp. 79-93; L.J. Weitzman "Marital Property: Its Transformation and Division in Parkman, United States" *Economic Consequences of Divorce* (L.J. Weitzman & M. Maclean eds., Oxford, 1992) 85, 91-93, 99-105.

"השוואת גובה דמי המזונות שנפסקו על־ידי בתי־הדין השונים בארץ מראה, שבתי־
הדין הרבניים נוטים לפסוק דמי מזונות נמוכים מאשר בתי־הדין האחרים."62

בתי־הדין הרבניים פוסקים סכומי מזונות נמוכים יותר בשיעור ממוצע של 30.63%
הסקר הרשמי של המוסד לביטוח לאומי עוסק באוכלוסייה בעלת נתונים דומים ומשום כך
נוצר בסיס הולם להשוואה.

נתונים אלה זועקים במיוחד משני טעמים: ראשית, אין קושי הלכתי מיוחד או בעיה
דתית כלשהי, המחייבים להגיע לתוצאה כזאת או המצדיקים אותה. שנית, מדובר בנשים
משכבות סוציו־אקונומיות נמוכות, שחלקן פונות לבית־הדין הרבני מכיוון שאינן יכולות
להרשות לעצמן לפנות לעורך־דין אזרחי. נשים אלו סוברות בתמימותן כי בית־הדין
הרבני, דיין האלמנות והיתומים, יוכל ביתר קלות להיענות למצוקותיהן, בלי להזיק
לגורם מתווך, המייקר את הפנייה והעלול גם לגרור החרפה בסכסוך המשפחתי.
רבים מן ההרכבים של בתי־הדין גם אינם נוהגים לפסוק "מזונות זמניים" לאישה. מן
המפורסמות הוא, כי קיים פער ניכר של זמן בין מועד הגשת התביעה לבין מועד הדיון
וההכרעה בה.

בדרך כלל לבעל יש כוח כלכלי עדיף על זה של אישתו וגם אורך־הרוח ההלכתי
והחברתי עומד לצדו. ברוב המקרים אין הוא מטופל בילדים. יש לו עבודה יציבה ונכסים
בני קיימא. אם אין הוא מגביל עצמו מטעמים דתיים או מוסריים הוא יכול גם לבחור בחיי
חטא. ה"תשלום" לגביו בתוצאות ההלכתיות יהיה קטן הרבה יותר משל אישתו אילו
עשתה בחירה דומה. היא עלולה לשלם במטבע קשה של אובדן זכויות והטלת איסורים.

היתרון הצומח לבעל עקב ההימנעות לפסוק מזונות זמניים לאישה הוא משמעותי
ביותר. בשל גישה שיפוטית זו גדל כוח המיקוח של הבעל. יתר על כן, כל דחייה
משתלמת לו כאשר בתקופה זו אין המזונות משתלמים לאישה. דחיות כאלה הן עניין
שבשגרה וגם אי הופעה לדיון אינה עניין נדיר, במיוחד משום שצעד כזה אינו מלווה,
בדרך כלל, בפסיקת סכומי הוצאות לטובת האישה. ההימנעות מפסיקת מזונות זמניים
פוגעת איפוא קשה באישה, מקפחת את זכויותיה ומשפרת את מצבו של הבעל לעת משבר
ולקראת הגירושין.⁶⁴

62 נשים המקבלות דמי מזונות באמצעות המוסד לביטוח לאומי 1993 (סקר מס' 115,

בהוצאת המוסד לביטוח לאומי, מינהל המחקר והתכנון, ירושלים, 1/1994) עמ' 2.

63 סיכום המזונות הממוצע בשנת 1993 (לאוכלוסייה הנוקקת לשירות המוסד לביטוח
לאומי) בבתי־הדין הרבניים היה 594 שקלים, לעומת 798.5 שקלים בבתי־המשפט
המחוזיים. מתברר, כי הסכומים הנפסקים בבתי־הדין נמוכים אף מאלה הנפסקים
בבתי־הדין של כל הדתות והעדות האחרות בארץ. ראו ממצאי הסקר (לעיל הערה 62), לוח
11, עמ' 19. חלק מן הפער מקורו בשיטת ההצמדה המקובלת על כל אחת מן הערכאות.
בתי־המשפט מצמידים את המזונות למדד יוקר המחיה בעוד בתי־הדין נוהגים, בדרך
כלל, להצמידם לתוספת היוקר. ראו ממצאי הסקר הנזכר, לוח 8, עמ' 16.

64 א' רוזן־צבי "מעמדה של האשה במשפחה בדין העברי" בלי הבדל... זכויות האדם
בישראל, אוסף מאמרים לזכרו של חמן שלח ז"ל (1988) 109.

כיצד מתרחשות תופעות כאלה? הרי מקובל עלינו, כי חלק ניכר מכללי ההלכה נועדו להגן על הצד החלש, ובהקשר זה על האישה והילדים. "כיוון ששמעו בנות צלפחד שהארץ מתחלקת לשבטים ולא לנקבות נתקבצו כולן זו על זו ליטול עצה. אמרו: לא כרחמי בשר ודם רחמי המקום. בשר ודם רחמיו על הזכרים יותר מעל הנקבות, אבל מי שאמר והיה העולם אינו כן, אלא על הזכרים ועל הנקבות, רחמיו על הכל, שנאמר "טוב ה' לכל ורחמיו על כל מעשיו".⁶⁵

האתוס השוויוני המגולם במדרש זה רק מחזק עמדה, שלפיה, בהקשרים שונים הנוגעים למעמדה של האישה, לא מדובר בעיה קונסטיטוציונלית הלכתית אלא במציאות חברתית.⁶⁶

מכל מקום, היה צריך לצפות, שדווקא שכבה כלכלית זו של נשים וילדים נזקקים תיהנה מאהדתו של בית־הדין ומהגנתו על־פי ההלכה. אולם הנתונים מלמדים כי תוחלתן של נשים אלו נכזבה וסברתן מתבררת כמוטעית. נתונים אלה שופכים אור נוסף על כך, שנשים נמנעות מפנייה לבתי־הדין ומעדיפות את בתי־המשפט. בית־הדין נתפס בעיני חלק ניכר מן החברה הישראלית כמקפח את האישה. יש הטוענים כי מעמדה של האישה בציבור החרדי, שממנו באים רוב הדיינים, משפיע שלא במודע על תפיסתם את צורכי האישה ורמת החיים שלה היא נזקקת.

6. משטר של הפרדת רכוש בין בני זוג ודין החזרת מתנות בבית־הדין

הגישה הרווחת היום בבתי־הדין בסוגיית חלוקת הרכוש לעת גירושין היא השיטה הרכושית של הפרדת רכוש.⁶⁷ לכאורה, שיטה שביסודה שוויון בין המינים: הבעלים הרשום או המחזיק ידו על העליונה. אלא ששוויון מחייב לא רק נקודת מוצא משותפת או קרובה, אלא גם תנאים שווים. במציאות הקיימת בחברה המערבית רוב העושר עדיין מתרכז בידי הגברים הבעלים. חלוקת התפקידים הרווחת עדיין במשפחה הישראלית מזה, ומעמדו הכלכלי העדיף של הגבר בחברה הישראלית מזה, אינם מאפשרים להפרדת הרכוש לעמוד במדרגת השוויון אליה מביאה שיטת שיתוף הנכסים בין בני זוג.⁶⁸ בדרך של חקיקה שיפוטית⁶⁹ יצר המשפט הישראלי את חוקת השיתוף.⁷⁰ בכך התאים

65 ספרי, פרשת פנחס, כו, א.

66 ראו א' רוזן־צבי, לעיל הערה 64.

67 ב"צ שרשבסקי דיני משפחה (מהדורה רביעית, 1993) 157; ראו ציטוט הפסיקה הרבנית הרוחה את עקרון השיתוף בבג"צ 1000/92 בבלי נ' בית־הדין הרבני הגדול – ירושלים, פ"ד מח(2) 221.

68 ניתוח נרחב של סוגיה זו והשלכותיה, ראו א' רוזן־צבי, לעיל הערה 46, בעמ' 136–165.

69 ע"א 630/79 צ' ליברמן נ' ע' ליברמן, פ"ד לה(4) 359, 368; הלכת בבלי, לעיל הערה 67, פסקה 4.

70 על חוקת השיתוף והתפתחותה, ראו, בין השאר, א' רוזן־צבי יחסי ממון בין בני זוג

עצמו למציאות הישראלית, השיג שוויון זכויות בין המינים ברוח חוק שיווי זכויות האישה, תשי"א-1951,⁷¹ וענה על ציפיות הרווחות של בני זוג בחברתנו. דין זה מונע את הרחבת הפער הכלכלי בין המינים ומונע הגדלה נוספת של כוח המיקוח העדיף של הבעל בשיטתנו.

התעלמות בית־הדין מהסדר זה, התואם הן את המציאות והן את אורח החיים של רוב הציבור, פוגעת בזכויות מוקנות שנרכשו בחיק המשפט הישראלי, מפלה חלק מן הנשים הנשואות, על בסיס לא ענייני של הזדרזות בפתיחת הליך בערכאה מסוימת,⁷² ויוצרת פיצול ברכוש, דהיינו תחולת שתי מערכות דינים על אותו רכוש. תוצאת ההתעלמות מחוקת השיתוף גוררת אחריה, במציאות הקיימת, קיפוח קשה של האישה והפלייתה.⁷³ הימנעות מאכיפת חוקת השיתוף בבית־הדין יש בה לא רק עצימת עיניים נוכח המציאות הישראלית אלא גם הענקת פרס לבעל, המנצל את הדין הדתי – כפי שהוא מיושם בבית־הדין, ושאינו הולם את אורח חייו ואת כוונותיו במהלך חיי הנישואין ואינו תואם את השקפת עולמו – להשגת יתרונות בלתי הוגנים.

לא ייפלא כי לאחרונה התערב בית־המשפט הגבוה לצדק ומנע את הרחבת הפער בין הדין למציאות ואת העמקת אי־הצדק על־ידי חיובם של כל בתי־הדין הדתיים להחיל את חוקת השיתוף כדין טריטוריאלי אחד, המחייב את כל ערכאות השיפוט כלפי כל צד המתדיין בפניהם.⁷⁴

האם צריך היה בית־הדין להביא על עצמו התפתחות זו, שפגעה לא רק ביוקרתו, אלא גם במעמדו העצמאי יחסית כערכאה שיפוטית מיוחדת בשיטתנו המשפטית? חוקת השיתוף עוסקת בתנאי שבממון ואינה נוגעת בלב ההסדר הדתי בענייני נישואין וגירושין. לא רק הציבור הרחב, אלא גם רוב הציבור הדתי מזדהה – באידיאולוגיה שלו, באורח חייו ובהתנהגותו – עם עקרון שיתוף הנכסים בין בני הזוג, הנובע מקשר השיתוף העמוק בין בני זוג ומשלים אותו. בית־המשפט עשה צדק לא רק עם הציבור הישראלי, ובמיוחד עם ציבור הנשים הנשואות, אלא גם עם בית־הדין.

בבקשה ליצור איזון בין בני הזוג לפי מציאות החיים הכלכליים והחברתיים, שמשלה בכיפה באותה עת, יצרה ההלכה הדתית דינים של צדק המגינים על החלש. במציאות הקיימת השתנו הנסיבות ועקב כך הופר האיזון. חלוקה על דרך של הפרדת רכוש אינה משיגה את התוצאות שההלכה חותרת אליהן. היא מקפחת את הצד החלש ומעניקה יתרון בלתי הוגן לנבל ברשות בית־הדין.

(1983) 212-298. על ההתפתחויות מאז, ראו א' רוזן-צבי, לעיל הערה 46, בעמ' 152-158;

א' רוזן-צבי "דיני משפחה וירושה" ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"א (1992) 183, 205-210; א' רוזן-צבי "דיני משפחה" ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"ב-

תשנ"ג (1994) 267, 290-294.

71 הלכת בבלי, לעיל הערה 67, פסקות 16-22.

72 במסגרת מירוץ הסמכויות, הנובע מהלכת הכריכה, הקבועה בסעיף 3 לחוק שיפוט בתי־דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג-1953.

73 הלכת בבלי, לעיל הערה 67, פסקות 9, 21-22.

74 הלכת בבלי, שם.

בצדק מציין פרופ' פ' שיפמן כי:

"השאלה המכרעת איננה אם בית־הדין רשאי למצוא הכשר הלכתי לפסיקה האזרחית. השאלה המכרעת היא אם רשאי בית־הדין, בפסיקת הלכה, להתעלם מן המציאות החברתית והתרבותית הרווחת בישראל, לרבות בין יהודים שומרי מצוות, שלפיה נוהגים בני זוג לראות את הנכסים שנצברו על־ידם כשייכים להם במשותף. אני מעז לטעון שעצימת עיניים זו מול המציאות, תוך נכונות לשמש כמכשיר בידיו של אדם המבקש לנשל את אשתו מחלקה ברכוש, היא בגדר חילול שם שמים: היא משחירה את פניה של דת ישראל המייצגת כביכול תפיסה של עוול כלפי האישה, ומרחיקה את הציבור מן המסורת הדתית הנתפסת בעיניו כביטוי לעולם זר ומנוכר. וכידוע, במקום שיש חילול ה', אין חולקים כבוד לרב."⁷⁵

בית־הדין לא רק נמנע מהכרה בהלכת השיתוף, אלא גם אוכף לעת גירושין את דיני החזרת מתנות, שניתנו לבן הזוג על־ידי רעהו לקראת הנישואין ובמהלכם – כולל רישום מחצית הדירה על שמה.⁷⁶ בדרך זו מרחיב בית־הדין את שליטת הדין בהחזירו למרכז הזירה המשפטית את ההתחשבות ביסוד האשמה לצורך הסדר רכושי בין בני הזוג,⁷⁷ לאחר שהמשפט האזרחי התנער ממנו.⁷⁸

גם הפעם ניווקה בעיקר האישה. אכיפת הלכת החזרת המתנות היא לכאורה שוויונית ופועלת על שני בני הזוג כאחד. אולם יישומה של הלכה זו במציאות זמננו ועל־פי הניסיון בפועל פוגע בעיקר באישה, מפקיע ממנה את קנייניה שנרכשו כדין בחיקוק של המשפט הישראלי האזרחי ומקפח אותה. הטעם לכך הוא כפול: ראשית, טעם משפטי הנעוץ במהותה של הלכת החזרת מתנות. הסנקציות המופעלות כלפי האישה בעקבות התנהגות בניגוד להלכה חמורות יותר מאלה המופעלות כלפי הבעל. שנית, טעם חברתי כלכלי. מעמדה הכלכלי של האישה נחות יותר לעומת זה של הבעל. המתנות שאישה מקבלת מבעלה במהלך הנישואין (בדרך כלל מחצית דירת המגורים), הן, ברוב המקרים, רק ביטוי ליישום השיתוף בחיי בני הזוג ומהוות, למעשה, "תמורה" לשותפותה של האישה בהשגת הנכסים בשל אופן חלוקת התפקידים במשפחה הישראלית הממוצעת.

דיני החזרת מתנות בישראל דהאידנא הופכים איפוא להיות אמצעי לעקיפת הלכת השיתוף ולשליטת הזכויות המוקנות לאישה כדין. זכויותיה של האישה מתקפחות דווקא בעת שמעמדה הכלכלי נחלש ממילא ואפשרויות שיקומה בעתיד מעורפלים וגרועים מאלה של בעלה, כפי שראינו לעיל.

דיני החזרת מתנות אינם מתיישבים עם החקיקה האזרחית בישראל (דיני החוזים, כולל

75 פ' שיפמן "בתי־הדין הרבניים – לאן?" משפט וממשל ב (תשנ"ה) 523, 532.
 76 על דינים אלה בדין הדתי, ראו א' רוזן־צבי יחסי ממון בין בני זוג, לעיל הערה 70, בעמ' 146–148.
 77 על ההתחשבות באשמה בהסדר רכושי בדין העברי, ראו א' רוזן־צבי, שם, בעמ' 123–124, 146–148, 356.
 78 על יסוד האשמה במשפט האזרחי, ראו א' רוזן־צבי, שם, בעמ' 30–32, 34, 286, 297, 356–357.

חוק המתנה, תשכ"ה-1965) ואינם נוהגים על בני זוג המתדיינים בבתי־המשפט האזרחיים.⁷⁹ בעבר הכשיר בית־המשפט את תחולת הדין הדתי בסוגיה זו בבית־הדין הרבני, על־פי שיקול דעתו, בדונו בעניינים רכשיים שנכרכו לתביעת גירושין.⁸⁰ הלכת בבלי הפכה את הקערה על פיה גם בסוגיה זו. היא מטילה על בית־הדין את המשפט האזרחי בסוגיות נלוות, שאינן מענייני המעמד האישי, ומונעת ממנו יישום דינים שתוצאותיהם, הלכה למעשה, מפלות את האישה ומקפחות אותה. אם תאומן עמדת ממלא־מקום הנשיא, השופט א' ברק, הלכת החזרת מתנות אינה מהווה עוד חלק מן המשפט הישראלי בכל ערכאה שיפוטית בישראל.⁸¹

ט. פתרונות הלכתיים להקלת המצוקות במהלך הדורות

בכל הדורות נמצאו הפתרונות במסגרת ההלכה. הדיינים, הרבנים ותופסי התורה לא רצו לתת לגיטימציה למציאות הקלוקלת; הם ביקשו להיפגש עם המציאות במישור התוצאה כדי לצמצם פערים, כדי שיהיה ניתן להמשיך לחיות בתוך המכנה המשותף היהודי, בהנחה שהזמן והחינוך יעשו את שלהם.

חכמים הקלו בדין לשם מניעת תופעות של עגינות.⁸² פוסקים בכל הדורות יצאו מגדרם כדי לפתור בעיות עגינות. חז"ל שינו את כל מערך דיני הראיות והעדויות כדי למנוע עיגון: כך, למשל, מסתפקים בעד אחד, מקבלים עדים הפסולים בדרך כלל (אישה ועבד) ומקבלים עדות הפסולה בדרך כלל (עדות שמיעה).⁸³ פרשני התלמוד הצביעו על כוחם של חכמים לעקור דבר מן התורה למטרה זו,⁸⁴ כשם שטרחו, בעת ובעונה אחת, להצדיק את השינוי האמור בדיני הראיות והעדויות ולהוכיח כי מה שנחזה כעקירת דבר מן התורה אינו כזה:⁸⁵

79 ע"א 384/88 א' זיסרמן נ' ד' זיסרמן, פ"ד מג(3) 205.

80 בג"צ 609/92 בעהם נ' בית־הדין הרבני הגדול לערעורים, פ"ד מז(3) 288.

81 הלכת בבלי, לעיל הערה 67, בעמ' 26, 32-36.

82 "משום עיגונא אקילו בה רבנן". ראו תלמוד בבלי, יבמות, פח, א; צד, א; תלמוד בבלי, גיטין, ג, א.

83 רמב"ם, הלכות גירושין, פרק יב, הלכה טו ואילך; רמב"ם, הלכות יבום וחליצה, פרק ג, הלכה ה; שו"ע, אבה"ע, סימן יז, סעיף ג ואילך. ראו גם תלמוד בבלי, יבמות, קכב, ב: "אין בודקין עדי נשים בחקירה ובדרישה". וכך פוסק הרמב"ם, הלכות גירושין, פרק יג, הלכה כח: "ואין בודקין עידי אשה בדרישה וחקירה, שלא אמרו חכמים בדבר להחמיר אלא להקל משום התרת עגונה", וראו שם גם הלכה כט: "לפיכך הקלו חכמים בדבר זה... כדי שלא ישארו בנות ישראל עגונות."

84 תוספות ליבמות, פח, א, ד"ה "מתוך חומר"; תוספות ליבמות, פט, ב, ד"ה "כיון דלא ירתי לה". כן ראו חידושי הלכות ואגדות המרש"א ליבמות, קכא, ב: "ובדרך הזה יתפרש המקרא 'ישא ה' פניו אליך' גם לעקור דבר מן התורה, לפי שישים ה' לך שלום."

85 מהרש"א, שם, שם. בפרשו את הטעם לסיומה של מסכת יבמות באגדה, שלפיה "תלמידי

"ורוצה לומר דאין זו עקירה מן התורה, אבל דברים אלו נוגעים במידת השלום... ואמר "שלום רב לאוהבי תורתך", דאין זה עקירה אלא ממידת השלום שלא תעגן האישה, וכתוב "דרכיה דרכי נועם וכל נתיבותיה שלום" ואין כאן שלום אם תתעגן... ועוד אמר "למען בית ה' אלקינו אבקשה טוב לך", כי אם יתרבו העגונות, [במידה] שלא יהיה עד אחד או האישה עצמה נאמנים, יאריך בנין בית אלוקינו, כמו שכתוב "אין בן דוד בא עד שיכלו הנשמות שבגוף". על כן "אבקשה טוב לך", לאישה... אם תתעגן תהיה היא בלא טובה. ומסיים [את המסכת] "ה' עוז לעמו יתן ה' יברך את עמו בשלום", שאין זה עקירת דבר מן התורה, כי הקב"ה נתן עוז וכוח לעמו, שהם תלמידי חכמים בדבר הזה, להיות מקילין בדבר, שהרי "ה' יברך את עמו בשלום", כמו שנאמר "וכל נתיבותיה שלום" ואין כאן שלום אם תתעגן".⁸⁶

כלים ותקדימים הלכתיים לפתרון בעיות בנושאי עגינות והגנת החלש קיימים למכביר, וקצרה היריעה מלמנותם כאן. נזכיר כמה מן האמצעים שנקטו חכמים במהלך הדורות כדי להקל את מצוקת העגינות ומעוכבי גט: עוד בתקופה קדומה הביאו לפני הלל הזקן בעיות קשות שרווחו באותה עת באלכסנדריה, נשים נחטפו ונישאו בשעה שהיו מקודשות לאחרים עוד קודם לכן. עמדו חכמים וביקשו לנהוג כמתחייב מן ההלכה ולהכריז על בניהם מבעליהם כממזרים. בדרך פרשנית נועזת ומקורית הרחיק הלל הזקן את חשש הממזרות ופתר את המצוקה הקשה. הוא העדיף את כוונת ההדיוטות, שלא בהתאם לתקנת חכמים, וקבע כי לשון הכתובה מצביעה על כוונת הצדדים שהחופה היא תנאי לתקפות הקידושין שנערכו קודם לכן. והואיל והנשים נישאו לאחרים טרם כניסתן לחופה על-ידי המקדשים, הקידושין לא תפסו. "דרש הלל הזקן לשון הדיוט: כשהיו בני אלכסנדריא מקדשין נשים אחד בא וחוטפה מן השוק. ובא מעשה לפני חכמים בקשו לעשות בניהן ממזרין. אמר להם הלל הזקן, הוציאו לי כתובת אימותיכן; הוציאו לו וכתוב בה "משתכנסי לביתי תיהוי לי לאנתו כדת משה וישראל".⁸⁷

חכמים מרבים שלום בעולם", הוא מבאר "לפי שיש במסכת זו דברים תמוהים, לכאורה, כאילו עוקרים דבר מן התורה". את ייחודם של דיני המסכת הוא מפרש על-פי כל פסוקי האגדה, כמפורט בדברים שצוטטו מן הכתוב. על עניין זה ראו גם המקורות המצוינים לעיל בהערה הקודמת. כן ראו הסברו ההלכתי של הרמב"ם, לסטייה מדיני הראיות הקבועים מן התורה, הלכות גירושין, פרק יג, הלכה כט: "שלא הקפידה תורה על העדת שני עדים ושאר משפטי העדות אלא בדבר שאין אתה יכול לעמוד על בריו אלא מפי העדים... אבל דבר שאפשר לעמוד על בריו שלא מפי העד הזה... לא הקפידה תורה עליו".

86 תלמוד בבלי, גיטין, נט, ב: "כל הורה כולה נמי מפני דרכי שלום, דכתיב: 'דרכיה דרכי נועם וכל נתיבותיה שלום'; רמב"ם, הלכות מגילה וחנוכה, פרק ד, הלכה יד: "גדול השלום שכל התורה ניתנה לעשות שלום בעולם, שנאמר: 'דרכיה דרכי נועם וכל נתיבותיה שלום'."

87 תוספתא, כתובות, פרק ד, ט.

בתקופת התלמוד (ואף בתקופת הגאונים והראשונים, אך רק בדרך של תקנות) נקטו אמצעי חריף ונועז והפקיעו קידושין למפרע, בכמה וכמה מקרים,⁸⁸ על בסיס הטענה שהבעל עשה שלא כהוגן, לפיכך עשו עמו שלא כהוגן. כך בשעה שהיו אלה קידושי חטיפה⁸⁹ או קידושי אונס לכתחילה אף שנתרצתה בדיעבד.⁹⁰ כן הופקעו קידושין למפרע על בסיס הכלל, שכל המקדש אדעתא דרבנן מקדש. כך בשעה שבעל ביטל את השליחות בגט בניגוד לדעת חכמים,⁹¹ בשעה שבעל שעמד מחוליו ביטל גט שניתן בעת שהיה שכיב מרע⁹² וכן כנגד טענת אונס בגט זמן.⁹³

למרות שהכלל ההלכתי הבסיסי הוא, שהאיש אינו מגרש אלא לרצונו⁹⁴ חידשו חכמים וקבעו עילות לכפיית גט במטרה להגן על האישה.⁹⁵ בעילות אלה ניסו חכמים "לרדת לסוף דעתן של נשים, מה שאינן יכולות לסבול".⁹⁶ התלמוד הירושלמי הרחיב עוד יותר

88 על הפקעת קידושין, ראו, בין השאר, אנציקלופדיה תלמודית, כרך ב, ערך "אפקעינהו", ע' קלז; א"ח פריימן סדר קידושין ונישואין אחרי חתימת התלמוד (1964) יא-יד, כא, לז-לח, סז-פ, פז-צב, צה-צז, ק, קג-גה, קו-קי, קיג-קכו, קלז-קלה, קס-קסג; הרב א' ברקוביץ תנאי בנישואין ובגט (1966) קיט ואילך; הרב א' ברקוביץ ההלכה, כוחה ותפקידה (1981) 151; הרב ע' יוסף "כל המקדש אדעתא דרבנן מקדש ואפקעינהו רבנן לקידושין מניה" תורה שבעל-פה (הרצאות בכינוס הארצי השלישי לתורה שבעל-פה, תשכ"א) ג, צו; מ' אלון המשפט העברי, תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו (מהדורה שלישית, 1988) 518-527, 686-712; מ' אלון "ייחודה של הלכה וחברה ביהדות צפון אפריקה מלאחר גרוש ספרד ועד ימינו" הלכה ופתיחות, חכמי מרוקן כפוסקים לדורנו, במה ליהדות אקטואלית (1985) 15; י"צ גילת "השפעת המציאות על הבחנות הלכתיות" פתחים (תשל"ב) 38, 40; הרב ע' רקמן "בעיות האשה היהודית בזמננו והדרכים לפתרוןן" חדשות אוניברסיטת בר-אילן (תשל"ח) 3-5, 31; הרב ש"י הכהן "כפיית הגט בזמן הזה" תחומין יא (תש"ן) 195, 198-200.

89 תלמוד בבלי, יבמות, קי, א.

90 תלמוד בבלי, בבא בתרא, מה, ב.

91 תלמוד בבלי, גיטין, לג, א; תלמוד בבלי, יבמות, צ, ב.

92 תלמוד בבלי, גיטין, עג, א.

93 תלמוד בבלי, כתובות, ג, א.

94 משנה, יבמות, יד, א; תוספתא, כתובות, פרק יב, ד; תלמוד בבלי, גיטין, מט, ב; רמב"ם, הלכות גירושין, פרק א, הלכות א-ב.

95 משנה, כתובות, ז, ט-י. ז' ורהפטיג "כפיית גט להלכה ולמעשה" שנתון המשפט העברי ג-ד (תשל"ו-תשל"ז) 153, 175 ואילך; הרב ש' רפאל "בעיות הכפייה במתן גט" תורה שבעל-פה (הרצאות בכינוס הארצי העשרים ושניים לתורה שבעל-פה, תשמ"א) כב, נח; הרב ש"י הכהן, לעיל הערה 88; הרב ח"ש שאגן "אופנים לכפיית הגט" תחומין יא (תש"ן) 203.

96 תשובות הרדב"ז, חלק ד, קנז. הרדב"ז מעמיד את עילות הכפייה כנובעות מכוחם של חכמים להפקיע את הקידושין.

את עילות הכפייה: "אם מפני ריח רע כופין לא כל שכן מפני חיי נפש".⁹⁷ על בסיס הקל וחומר הורחבו שם עילות הכפייה על טענת בעל: "איני זן ואיני מפרנס". על הרוב הגדול של הפוסקים מקובל הכלל, שלפיו לאחר דין התלמוד אין להוסיף עילות כפייה על אלה שנמנו. יתר על כן, אף במקרה שעילה מסוימת שנויה במחלוקת בין הפוסקים נוהגים להחמיר ולהימנע מכפייה.⁹⁸ אולם ניתן למצוא תמיכה גם לגישת הירושלמי ולהחלת דין זה לאחר חתימת התלמוד. כך, למשל, בדברי התשב"ץ בעניין כפיית בעל המתקוטט עם אישתו תדיר ומצער אותה.⁹⁹

דעתן של נשים בדבר מה שאינן יכולות לסבול השתנתה במהלך הדורות. "ריח הפה", למשל, שהיווה בעבר עילה לכפיית גט, אינו מהווה כמעט בעיה בימינו. לעומת זאת טענות שונות של "מאיסות" כגון: חוסר התאמה רגשית, נפשית או מינית הן העומדות במרכז המשברים בחיי הנישואין.

ואכן גם בדורות מאוחרים יותר ננקטו אמצעים הלכתיים חריפים במענה למצוקות החדשות. כפייה עקרונית ורחבה, המעניקה למעשה לאישה כוח לגרום להתרת הקשר, נקבעה בתקנת הגאונים. התקנה ידועה כ"דינא דמתיבתא", והיא מאפשרת כפיית בעל שאישו מורדת בטענת "מאיס עלי". תקנה זו נומקה בקלקלת הזמן:

"ואחרי רבנן סבוראי בראותם שבנות ישראל הולכות ונתלות בגויים ליטול להן גיטין באונס מבעליהן ויש כותבין גיטין באונס ומסתפק לגט מעושה שלא כדין וקא נפיק מינה חורבא תקנו..."¹⁰⁰

ידועה הלכת הרמב"ם בדבר כפייה בטענת "מאיס עלי", שטוענת אישה כלפי בעלה.¹⁰¹ רוב הפוסקים, ובעקבותיהם גם בתי הדין הרבניים במדינת ישראל, דוחים את פסיקתו של

97 תלמוד ירושלמי, גיטין, פ"ט, ה"י.

98 תשובות הרא"ש, כלל מג, סימן ג. ראו גם טור, אבה"ע, סימן קנד; הגהת הרמ"א, שו"ע, אבה"ע, סימן קנד, סעיף כא. על גישות שונות בעניין זה, ראו גם ז' ורהפטיג, לעיל הערה 95, בעמ' 158-159, 178-179. כן ראו תיק 252/תשי"ד, פד"ר א 65, 67, 74.

99 תשובות התשב"ץ, חלק ב, סימן ה; שו"ת הרדב"ז, חלק ג, סימן תמו. בעניין זה ראו גם הגהת הרמ"א, שו"ע, אבה"ע, קנד ג, על "כפיית איש שרגיל לכעוס ולהוציא אשתו מביתו תמיד", הנסמך על תשובות הרשב"א, חלק א, סימן תרצג, ברם ראו הפתחי תשובה, שם, ס"ק ה, המחמיר בעניינים אלה וקובע כי אין להורות כן ואין לכפות במקרים אלה.

100 על סוגיה זו ונוסח התקנה ראו אצל ב"מ לוין אוצר הגאונים (כתובות, חלק התשובות) (תרצ"ט) 191-192; ח' טיקוצינסקי תקנות הגאונים (1970) 11-29; ראו עוד: I.H. Haut *Divorce in Jewish Law and Life* (N.Y., 1983) 51-53; I. Haut "A Problem in Jewish Divorce: An Analysis and Some Suggestions" 16 *Tradition* 29 (1977).

101 רמב"ם, אישות, יד ה; ראו הרב ר' ערוסי "הגורם העדתי בפסיקת ההלכה (כפיית גט במורדת 'מאיס-עלי' אצל יהודי תימן)" דיני ישראל י-יא (תשמ"א-תשמ"ג) ככה.

הרמב"ם.¹⁰² יש הסוברים, כי דווקא הטעם שניתן בעבר לדחיית הלכת הרמב"ם, דהיינו החשש לפריצות, לניאופים ולריבוי ממזרים, מחייב היום שיקול מחודש בדבר אפשרות אימוצה של ההלכה בדרך זו או אחרת, במישרין או בעקיפין. בדור של חיי מתירנות וכפיית נורמות הלכתיות על מי שאינם שומרי מצוות יש בדחיית הלכת הרמב"ם יצירת מצב של עיגון האישה. מצב כזה על רקע מציאות דורנו יוצר כר נרחב לניאופים ועלול להרבות ממזרים.¹⁰³

על סמך טעמים ונימוקים אלה (המוזכרים גם את טעמי תקנת הגאונים), ועל בסיס אותה מגמת יסוד, ניתנה, מאות שנים מאוחר יותר, פסיקה הלכתית מפוקחת בתשובת הגר"ח פלג'י. מטרת הפסיקה למנוע קלקלות הלכתיות הן מן הבעל (השרוי למעשה ללא אישה) והן מן האישה (המשוועת לגט ושרויה בחוסר אונים) במציאות שבה נחלשה מרות ההלכה.

האמצעי הננקט למטרה זו הוא הרחבה מרחיקת לכת של עילות כפיית גט על הבעל גם למקרה של חוסר סיכוי לשלום בין בני זוג המוכח לאחר 18 חודשי פירוד.

"כל שנראה לבית־דין שהיה זמן הרבה נפרדים ואין להם תקנה אדרבא צריך השתדלות הרבה להפרידם זה מזה ולתת גט כדי שלא יהיו חוטאים חטאים רבים אחד האיש ואחת האישה... והנני נותן קצבה וזמן לדבר הזה דאם יארע איוה מחלוקת בין איש לאשתו וכבר נלאו לתווך השלום ואין להם תקנה ימתינו עד זמן ח"י חודשים ואם בינם לשמים נראה לבית־הדין שלא יש תקוה לשום שלום ביניהם

102 על הלכת הרמב"ם והתומכים בפסיקתו ומנגד דעת רוב הפוסקים ובתי־הדין הרבניים בארץ, שאינם הולכים בעקבות פסיקתו, ראו א' רוזן־צבי, לעיל הערה 49. מעניינת במיוחד גישתו של ר' ישעיה דיטרני, בעל התוספות ר"ד, תלמוד בבלי, כתובות, סד, א: "אמרה מאיס עלי... לא כייפינן לה ע"י הפסד כתובתה, אלא מניחין אותה במרדה, דכיון דבעלה מאיס בעיניה אנוסה היא בדבר ולא מדעתה עושה כן. ואפילו אשה כשרה אי אפשר להבעל לשנאו לה. ואע"פ שאין שום מום ניכר בו, הרבה פעמים אשה מואסת בבעל ואע"פ שאין שום מום ניכר בו. וזה דומה לאדם שאין יכול לאכול מאכל השנאו לו ונתעב עליו... ואדרבא אם היינו יודעים בוודאי שטעמה אמת שהוא מאוס בעיניה ולא נתנה עיניה באחר היינו כופין הבעל להוציא... ואין אשה יכולה לסבול שתבעל לו. אלא משום דהכא אנו מסופקים בטענתה, שכיון שאין אנו רואים בבעלה באותן המומים, י"ל שמא עיניה נתנה באחר... ומשום זה היא אומרת כך, לפיכך אין כופין הבעל להוציא, אבל מ"מ גם היא אין כופין להפסיד כתובתה דשמא טענתה אמת".

103 על פוסקים אלה, ראו אצל הרב ר' ערוסי, לעיל הערה 101, בעמ' קסט-קע. ראו גם הרב ש"י הכהן, לעיל הערה 88, בעמ' 196, הגורס שאף כי איננו יכולים להחזיר תקנת הגאונים ליושנה, אלא בכינוס מיוחד של גדולי הדור, הרי המציאות של פריצות ומתירנות בימינו מחייבת להגדיר אותם מקרים שלדעת הכול יש לכוף בגט. כן ראו מ' קורנילדי "סעד ההפרדה הזמנית בין הבעל והאשה והתפתחותו בפסיקת בתי הדין הרבניים בישראל" שנתון המשפט העברי א (תשל"ד) 184, 208-210.

יפרידו הזיווג ולכופם לתת גט... כל זה כתבתי לכבוד השם יתברך ותורתו הקדושה".¹⁰⁴

פסיקת הגר"ח פלג"י לא נתקבלה על דעת בתי־הדין הרבניים במדינת ישראל.¹⁰⁵ במקרים שבהם נזהרו בכפיית גט נקטו בתי־הדין במהלך מאות שנים אמצעים של מניעת פריבילגיות ושליטת טובות הנאה שונות מן הבעלים הסרבנים על בסיס הלכת ה"הרחקה דרבינו תם".¹⁰⁶ באופן זה היה ניתן להפעיל אמצעים חברתיים תקיפים ונחושים ללא חששות של גט מעושה.

לאחרונה חוקקה הכנסת את חוק בתי־דין רבניים (קיום פסקי־דין של גירושין) (הוראת שעה), התשנ"ה-1995. בחוק זה אומץ דין ה"הרחקה דרבינו תם" תוך מתן כוח לבית־הדין לשלול זכויות שונות המוענקות לאזרח או לתושב. בעשותה כן הרחיקה הכנסת לכת והתירה לבית־הדין לשלול זכויות יסוד לשם מניעת עגינות ולשם הגנה על כבוד האישה וחירותה. יש לקוות כי בתי־הדין בישראל יעשו שימוש נרחב באמצעי זה שהועמד לרשותם.

גם תשלומי מזונות שימשו כלי עקיף לתמרוץ הבעל הסרבן וליצירת לחץ כדין למתן הגט. אישה הטוענת "מאיס עלי" וטענתה נמצאה מבוררת תהיה זכאית למזונות למרות שהיא רשאית להמשיך ולחיות בנפרד מבעלה. זו הלכת ה"כפיה בדרך של ברירה".¹⁰⁷ במקרה זה ניתן גם לחייב את הבעל לשלם את עיקר הכתובה למרות סירובו לתת את הגט.

אמצעי הגנה אחרים הם נקיטת אמצעים משפטיים מראש. עם אלה נמנים קידושין על תנאי ותנאי בקידושין.¹⁰⁸ בתי־הדין הרבניים במדינת ישראל נמנעים כליל מעשיית שימוש באמצעים אלה. בכך הם הולכים בעקבות דורות רבים של פוסקים, שנרתעו מאמצעים אלה ונמנעו מהפעלתם.

104 שו"ת חיים ושלום, אבה"ע, חלק ב, סימן קיב.
 105 ראו ער/תשל"ב/122, פד"ר ט 200; ער/תשל"ד/67, פד"ר י 168.
 106 על הלכה זו ראו א' רוזן-צבי, לעיל הערה 46, בעמ' 278-279.
 107 על הלכה זו ראו א' רוזן-צבי, שם, הערה 46 בעמ' 280.
 108 ראו על כך הרב נ' זק"ש "קידושין על תנאי" נועם א (תשי"ח) נב; הרב י"מ טולידנו "קידושין על תנאי" נועם א (תשי"ח) סט; הרב י"א הענקין "קידושין על תנאי" נועם א (תשי"ח) ע; הרב י"מ אהרנברג "קידושין על תנאי" נועם א (תשי"ח) עה; וראו א"ח פריימן, לעיל הערה 8, בעמ' שפט; הרב א' ברקוביץ, לעיל הערה 88; כן ראו הקונטרס אין תנאי בנישואין (וילנא, תר"ץ, נדפס מחדש בירושלים, תשל"ז).

י. דרכי פתרון אפשריות

1. מבוא, סיכום ביניים וכמה דרכי פתרון

כפי שראינו לעיל,¹⁰⁹ במאתיים השנים האחרונות קנתה לה שביתה אצל חלק לא מבוטל מן הרבנים והדיינים התפיסה, שכל היענות לפריצת גדר מהווה פריצת גדר נוספת, חמורה ממנה, שכמוה כמתן היתר ל"פושעים" וכהענקת לגיטימציה לאויבי הדת וללוחמים נגדה. מטבע הדברים, תפיסה זו משתקת את רצון הפעולה ואת כוח היצירה של תופסי התורה, הפועלים כלפי הציבור הרחב – החילוני ברובו. התוצאה הבלתי נמנעת היא שבואלת-עשה, שמירת הסטטוס-קוו, והימנעות מכל פתרון שריח של חידוש גודף ממנו.¹¹⁰

אין להימלט מעריכת מאזן ביניים. גישה זו של ייחודיות או של "שמירת החומות", כמו גם הטלת נורמות דתיות על חברה חילונית, לא עצרו את החילון המתפתח, לא קירבו איש אל עולם התורה, לא חיבבו את ההלכה על הציבור ואף לא השכילו להראות לו את המאור שבתורה ולדלות עבורו את חוכמתה העמוקה. כפי שכבר ראינו לעיל, השפעתו של הדין הדתי על מוסד הנישואין ועל בני הזוג היא חיצונית בלבד. הערכים הבונים את הכללים לא הוטמעו בחברה. אולם, מאידך גיסא, מנעה גישה זו לעתים מזומנות אפשרות של פתיחות, הסתגלות והתאמה.

המציאות המתהווה כל יום מלמדת, כי הניסיון לשמר את הסטטוס-קוו, כביכול, ולהאמין כי אם נאסור את המציאות בכבלי דין השונה מהשקפת עולמו של רוב הציבור נכפה עליו הר כגיגית – היא אשליה בלבד. בחברה מערבית, פלורליסטית, מודרנית, לא ייתכן מצב של וקום במערכת. מצוקות חייבות לבוא לידי פתרון. תהיה הזעקה של הציבור הדתי כאשר תהיה ותעלנה מחאות שלומי אמוני ישראל לרום שמים – ה"קיסור", הרוחת על מצע המציאות המודרנית וצורכי הציבור הישראלי, מוכרח להשתחרר. אם בתידין אינם מספקים את הפתרון הנאות, ימלא בית-המשפט את החלל הריק ככל שיוכל. וה"קיסור" אכן משתחרר. במהלך ארבעים וחמש השנים האחרונות נעשה הדבר בדרכים שונות, שעליהן אצביע בהמשך.

במציאות הנתונה אני מבקש להצביע בין שלל הפתרונות וההסדרים האפשריים שניתן להציע באופן עיוני, על שלושה דפוסים שונים של פתרונות אפשריים. ניתן, כמובן, גם לשלב בין הפתרונות ולאמץ חלקים שונים מכל אחד מהם.

הפתרון הראשון צופה התרחשויות בתוך עולם ההלכה. הוא מציע לסגור את הפער בין הדין למציאות במסגרת החברה הדתית על-ידי פסיקה דתית מתחשבת ונענית. הפתרון השני מצביע על המשך המגמה הרווחת במשפט הישראלי מאז מחצית שנות החמישים. במחזוריות שונה, ובאינטנסיביות משתנה לפי הצרכים, האילוצים, ההזדמנויות

109 לעיל פרקים 5 ו-6.

110 ראו א' רוזן-צבי, לעיל הערה 46, בעמ' 282–292, כן ראו המקורות המצוינים לעיל בהערה

הנקרות למערכת ועומק המצוקות ואופיין, תוך שיתוף פעולה בין שלוש הרשויות: המחוקקת, השופטת והמבצעת, מתבצע תהליך הדרגתי של סגירת פערים, למורת רוחם של חוגים דתיים במסד ובציבור ולרווחת לבה של רוב האוכלוסייה הישראלית. הפתרון השלישי הוא המרחיק לכת מבין השלושה בהיותו מעוגן מחוץ למערכת הקיימת. פתרון זה יביא להפרדה חלקית בין תחום הנישואין והגירושין לבין ההסדרים הדתיים ובמרכזו הסדר חלופי של נישואין וגירושין אזרחיים.

2. פתרונות מתוך ההלכה

הפתרון הראשון, הרצוי ביותר בעיני, מסור בידי תופסי התורה והדיינים. עליהם לרדת לשורש האחריות המוטלת עליהם ולא להחמיץ את השעה. הפתרון הזה מתחלק לשני מישורים: עקרוני הלכתי ומוסדי ארגוני.

במישור העקרוני ההלכתי: הנחות יסוד, שהתייחסו בעבר למציאות קיימת, ובין השאר נגעו למעמדה החברתי של האישה, לגישתה לנישואין וליחסים בין המינים, השתנו כליל.¹¹¹ אולם האתוס המוטמע בקרב מקצת הדיינים והפוסקים על בסיס הנחות אלה לא השתנה.

על אחת כמה וכמה אמורים הדברים כלפי הימנעות מפתרונות עקרוניים הנובעים מהתאמת הדין למציאות. הסדר עקרוני הוא שינוי קו של פסיקה והחדרת יסוד אידיאולוגי, המכוון את הפוסק להכרה במציאות החדשה. לא ייפלא איפוא כי פתרונות עקרוניים וכוללים הם כמעט בבל ייראה ובבל יימצא.

לעומת זאת, ניתן לעתים להגיע להסדרים במישור הפרטני. מאחורי הקלעים, בלא פרסום, בלא "לשבש את כל המערכת" ובלי לפגוע בהרמוניה של הפסיקה ההלכתית הרצופה, נעשים הסדרים ליחידים וניתנים פתרונות פרטניים. פתרון פרטני הוא הסדר פרגמטי, שניתן להצדיקו בייחודיותו של המקרה ובנסיבותיו. אין צורך לגרור את האידיאולוגיה ואת הלגיטימציה למסגרת הפתרון המוצע.

ככל שקיים פיתוי להיאחז בסוג כזה של הסדרים, אין בהם כדי להציע פתרון לרבים בנסיבות הזמן והמקום. במהלך הדיון בסוגיות שנבחנו בפרק הקודם נחשף המחיר המשתלם על הנתק בין בתי-הדין ועולמם החברתי לבין הציבור. התופעות מלמדות על מגבלותיה של שיטת הפתרון הקזואיסטי ועל גבולות הניסיון לפתור את המצוקות האינדיבידואליות בצנעה ובאופן יחידני.

המציאות החדשה מעלה שאלות עקרוניות בעלות משמעות ערכית, חברתית ואידיאולוגית ראשונה במעלה. היא מחייבת התייחסות להשקפות עולם, התמודדות עם הטמעת דרכי פסיקה מסוימות ונטילת אחריות בתנאים ייחודיים שההלכה עמדה בהם רק פעמים ספורות בתולדותיה. אי אפשר להתעלם מן הצורך להיערך במישור העקרוני ומן המחויבות להציע פתרון ברמה מופשטת וכללית.

העדפת הפתרון הקזואיסטי, המשופע בהתחמקויות הן מן השאלות הפרטניות והן

111 ראו א' רוזן-צבי, לעיל הערה 46, בעמ' 235 ואילך.

מההשלכות העקרוניות, היא בחירה מודעת בסוג מסוים של פתרון שאינו הולם עוד את צרכיו המיוחדים והרחבים של הדור. יתר על כן, גישה פרטנית כשיטה יחידה או עיקרית להסדר סכסוכים ופתרון מצוקות הולמת חברה לא דמוקרטית, שבה קבוצה נבחרת בלבד מכירה את הרזים, תוך פרשנות מילולית של הביטוי "סוד ה' ליראיו". אופי כזה של הסדרים בחברה פתוחה בעלת אורחות חיים דמוקרטיים, שבה ערוצי המידע פתוחים לכול, עלול לגרום להלכה להיתפס או כמעוז השמרנות או כמעשה להטים.

בדורות האחרונים נמצא העם היהודי באחת משעות הדחק הקשות שידע. במונח "שעת הדחק", בהקשר זה, איני מתכוון לביטוי ספרותי או למטפורה, אלא למושג ההלכתי. מושג הלכתי זה מאפשר לפסוק לפי צורך השעה באופן שונה מן המקובל בנסיבות רגילות. המציאות החילונית עשויה להיחשב כשעת הדחק לשם פתרון מצוקות שהמציאות החדשה יוצרת ובמיוחד לנוכח תופעת החילון, מחד גיסא, והטלת נורמות דתיות על הציבור היהודי בישראל, מאידך גיסא.¹¹²

הרב ע' יוסף התבסס על נימוק זה לצורך פסיקה מקילה כדיני שחיטה¹¹³ ובמתן תעודת כשרות.¹¹⁴ הרב ש' משאש עשה שימוש במושג זה נוכח המציאות החילונית בסוגיה הנוגעת לנישואין.¹¹⁵ היענות הפוסקים אינה ויתור לחברה החילונית. מה שעומד מאחוריה הוא המניע הדתי, המשמש יסוד מוסד לכל פסיקת הלכה: "לא ניתנה תורה אלא לקדש שמו הגדול".¹¹⁶

לפיכך, הליכה בדרך של חומרות עלולה לפגוע ולהזיק מבחינה דתית יותר מאשר להועיל. המושג "נעשה חומרו קולו" גם הוא אחד מכלי הביטוי ההלכתיים הלגיטימיים להתאמת הלכות, המועברות ממציאיות אחת, המאופיינת בשלמות חברתית, למציאות רווחת שונה בתכלית.¹¹⁷ החמרה גוררת אחריה, ש"נהיה מן המחמירים בראש המביאים לידי הקלה בסוף".¹¹⁸ אימוץ עקרוני ורחב של מושגים אלה ויישומם הלכה למעשה לשם פתרון מצוקות יחולל שינוי בתפיסה וממילא ייצור אופי אחר של פסיקה.

פתרון במסגרת ההלכה חייב לכלול את הכרת המצוקה, הבנתה והכרה בה; וכתולדה מכך התמודדות חזיתית עם הבעיה. אופי ההתמודדות מכתוב גם את התוצאה. בהלכה יש

112 על נקיטת אמצעים הלכתיים התואמים את מציאות ימינו, ראו א' רוזן-צבי, לעיל הערה 46, בעמ' 261-266, 266-273.

113 שו"ת יביע אומר, חלק ו, יו"ד, סימן ג, בעמ' קנח-קס.

114 שו"ת יביע אומר, חלק ד, יו"ד, סימן ז, בעמ' רלט-רמא; ראו גם שו"ת אגרות משה, יו"ד, חלק א, סימן נב.

115 שו"ת תבואות שמש, אבה"ע, סימן סו, בעמ' קכו-קכה.

116 סדר אליהו רבה, תנא דבי אליהו, פרשה כו.

117 ראו על כך א' רוזן-צבי, לעיל הערה 46, בעמ' 263-266. בטעם זה נעשה שימוש על-ידי הפוסקים הפוסקים נישואין אזרחיים, שנערכו מרצון ומתוך בחירה, מן הצורך בגט, ראו להלן הערה 140.

118 הרב מ' בראילן "חוק ומשפט במדינתנו" המשפט העברי ומדינת ישראל (עורך - י' בזק, 1969), 20, 23.

מידה רבה של ריאליזם ואצור בה סוג של פלורליזם דתי המאפשר לדעות ולגישות שונות לדור במחיצה אחת.¹¹⁹

"וכל התורה כולה נקראת שירה. ותפארת השיר היא כשהקולות משונים זה מזה. וזהו עיקר הנעימות. ומי שמשוטט בים התלמוד יראה נעימות משונות בכל הקולות המשונות זה מזה."¹²⁰

דבר זה מאפשר במישור המוסדי, למשל, להקים הרכבים מיוחדים, שיכללו דינים המוכנים לקבל על עצמם אחריות ולפסוק כדעת הרמב"ם או כדעות מקילות אחרות בענייני נישואין וגירושין; ומקובלנו, שמאז שבטלה הסנהדרין – יכריע כל בית דין בעירו.¹²¹

מפתח נוסף לגישה הלכתית מתחשבת היא ההכרה בעובדת חילוניותה של המדינה לצורך פסיקת ההלכה.¹²² מהכרה זו תתחייב הבנת המציאות, אחריות הפסיקה לצורכי הדור כמות שהוא ויישום הדינים למציאות בלי להתעלם מהשינוי הדרמטי שהיא מזמנת לפוסקי ההלכה. הנחת היסוד של ההכרה הנורמטיבית בעובדה החילונית היא, כי ניתן להכיר במציאות בלי להעניק לה לגיטימציה וכי ההתעלמות מזיקה יותר מאשר מועילה

119 ראו תלמוד בבלי, חגיגה, ג, ב: "מה נטיעה זו פרה ורבה אף דברי תורה פרין ורבינ... 'בעלי אסופות' אלו תלמידי חכמים שיושבין אסופות אסופות ועוסקין בתורה. הללו מטמאין והללו מטהרין, הללו אוסרין והללו מתירין, הללו פוסלין והללו מכשירין"; תלמוד בבלי, בבא מציעא, פד, ב. שו"ת מהר"ם מינץ, צט; שו"ת שרידי אש, חלק ג, ט: "הלא כך היא דרכה של תורה, לפלפל ולחדש גם נגד גדולי האחרונים... כי כל איש מישראל, שנשמתו היתה במעמד הר סיני, קבל חלקו בתורה ובחידושי התורה ואין לערער נגד זה". כן ראו, ערוך השולחן, חושן משפט, הקדמה: "וכל מחלוקת התנאים והאמוראים והגאונים והפוסקים באמת למבין דבר לאשורו דברי אלקים חיים המה, ולכולם יש פנים בהלכה, ואדרבא, זאת היא תפארת תורתנו הקדושה והטהורה."

120 ערוך השולחן, שם, שם. על פסיקה פלורליסטית בהתאם לדיני העדות השונות בדיני גירושין, ראו הרב ר' ערוסי, לעיל הערה 101.

121 ראו הקדמת הרמב"ם ליד החזקה (משנה תורה). כן ראו אנציקלופדיה תלמודית, כרך ג, ערך "בית דין", מעמ' קנ; הרב ר' ערוסי, שם, בעמ' קלד ואילך.

122 ראו, בין השאר, י' ליבוביץ יהדות, עם יהודי ומדינת ישראל, לעיל הערה 17 בעמ' 192-208; א' גולדמן, לעיל הערה 31, בעמ' 46-47; י' אנגלרד "שילוב הדין היהודי במערכת המשפט הישראלית" הגות והלכה (תשכ"ח) קסא [נדפס מחדש בקובץ המשפט העברי ומדינת ישראל (עורך - י' בוק, תשכ"ט) 110, 122-123, 132-133]; י' אנגלרד "היחס בין ההלכה למדינה", לעיל הערה 17, בעמ' 712. על הצורך בהיוקקות למציאות כדי למנוע תקלות דתיות בזמננו, ראו גם ש"י הכהן, לעיל הערה 88, בעמ' 198. כמו כן ראו א' רוזן-צבי, לעיל הערה 46, בעמ' 266-273 והאסמכתות שם, כולל התייחסות הרבנים הראשיים דאז הרב י"א הלוי הרצוג והרב ב"צ מ"ח עוזיאל; א' רוזן-צבי "ההלכה והמציאות החילונית", לעיל הערה 17. על עניין זה ראו גם פ' שיפמן מי מפחד מנישואין אזרחיים (1995) 59-60.

וגוררת אחריה תקלות הלכתיות. בהקשרים הלכתיים רבים עלינו להכיר בעובדה, שאין בכוחנו "להעמיד משפטי הדת על תילם"¹²³ ולהסיק ממנה מסקנות לדינא. כל המסרב לוותר על הכוח והסמכות חייב להסכין, כי ללא אחריות – אין כוח ואין סמכות. אכן, אין מעשה להטים בהלכה ואין קפיצות דרך. אולם גם התפתחויות בצעדים מדודים עשויות להיות בעלות משמעות. די, למשל, שיתברר כי יותר ויותר הרכבים של בתי־הדין בארץ מוכנים לכפות גט על בעלים סרבניים, כדי שהמסר יעבור בין עורכי הדין ובין הבעלים הללו ויביא לשינוי בכל המערכת.

יסוד הסיכוי לשינוי הוא מידת אי־הנחת מן המצב הקיימת בתוך הציבור הדתי. הזעקה בנושא הזה היא חובה דתית. אם ייווצר לחץ פנימי – לפחות חלק מהבעיה עשוי להיפתר. כאשר גופים חילוניים בלבד מנהלים את המאבק בבתי־הדין, ובמיוחד כאשר נרתמים לכך מוסדות רפורמיים, נוצרת תגובת נגד שלילית. לעומת זאת, אין המערכת, מטבע הווייתה, יכולה להישאר אדישה ללחץ הבא מן הציבור הדתי. החשיבות האידיאולוגית של לחץ מסוג זה היא, כי היענות והתחשבות מצד בית־הדין בנסיבות כאלה לא יחשב כ"כניעה" למציאות קלוקלת.

עד כה לא זו בלבד שלא היתה התגייסות כללית ומוחלטת של הציבור הדתי להתמודדות חזיתית עם הבעיה, אלא, כפי שראינו, גם לא היתה כל נכונות לקבל ביקורת. הביקורת כלפי המערכות הדתיות, ובמיוחד כלפי בית־הדין הרבני, נתפסת משום מה כאנטי־דתית כביכול, וכבאה לערער את המערכת כולה ואת יסודותיה. מדובר בתהליך ארוך. הכוחות הפוליטיים והמבנה השלטוני במדינת ישראל מקשים על כוחות השינוי. אולם ככל שהזמן עובר והפתרונות מבוששים לבוא מתרחב תהליך דחיקת רגליהם של בתי־הדין. דחיקה זו עלולה גם להביא במשך הזמן לפריצת המסגרת ולגרום להחדרת נישואין אורחיים.

במישור המוסדי ארגוני מתחייב ארגון מחדש של בתי־הדין הדתיים. אין מדובר בתיקונים קלים בלבד, אלא במינוי דיינים בעלי השכלה רחבה, תורנית וכללית, הכשרה מתאימה ותפיסת עולם ההולמת (במסגרת ההלכה) את צורכי המציאות ואת הציבור הישראלי, בקביעת נוהלי עבודה תקינים ומודרניים, ביצירת משמעת פנימית, בתפיסה נכונה של התפקיד ובהבנת אופי האחריות של הדיינים בנסיבות הנתונות. בתי־הדין הרבניים הם חלון הראווה של עולם ההלכה לציבור בישראל. חלק הולך וגדל של הציבור נזקק לשירותיהם בנושאים בסיסיים, בעלי משמעות קיומית לפרט המתדיין ולעמיד העם. שינוי היחס, האחריות והמשמעת בבתי־הדין, הם חיוניים.

3. סגירת פערים על־ידי המשפט הישראלי

הפתרון השני הוא השארת המצב הנוכחי על כנו, תוך הרחבת יישומו של ההסדר האורחי על תחום הנישואין והגירושין. כבר היום קיימים פתרונות עקיפים למעוניינים בכך. שיטתנו מכירה ב"תחליפי נישואין", ובין השאר ביחסים דמויי נישואין, ומכירה

123 כלשון הרמב"ם, הלכות סנהדרין, פרק כא, הלכה ה.

בסטטוס "זר", כולל נישואין אזרחיים ונישואי תערובת. "תחליפי גירושין" הולכים ומתרחבים גם הם.¹²⁴

אף שלהסדרים הדתיים יש הגמוניה בענייני נישואין וגירושין נוצרה בפועל, בהדרגה, מערכת מקבילה של דיני משפחה אזרחיים, ההולכת ומתרחבת.¹²⁵ חלקה עוקפת את הבעיות, חלקה יוצרת תחליפים וחלקה קובעת מציאות חדשה, שונה מן "המציאות של הספר". נוצר מרחק מכוון בין דין הספר לדין החיים. זאת, מלבד העובדה שבית-הדין הדתי מאבד באופן הדרגתי מכוחו. בפועל חדל בית-הדין הדתי להיות בית-דין למשפחה, והופך להיות בעיקר בית-דין לגירושין.

באחרונה צעד בית-המשפט כברת דרך משמעותית נוספת. נורמות קונסטיטוציוניות, כגון חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, הוטלו על עניינים שונים שנדונו בבתי-הדין הרבניים.¹²⁶ בד בבד נאכפה על בתי-הדין גם חובה לאמץ נורמות מן המשפט האזרחי בעניינים נלווים, שאינם ענייני נישואין וגירושין גרידא, כגון אופן חלוקת הרכוש בין בני זוג.¹²⁷

הזכרנו לעיל, כי בחברה מודרנית, פתוחה ופלורליסטית, לא ניתן לשמר סטטוס קוו בלי למצוא דרכים לשחרורו של ה"קייטור" החברתי. לא ייפלא איפוא כי החברה הישראלית אימצה למעשה ומחוסר ברירה, את הפתרון האמור. אולם הפתרון הוא חלקי בלבד ומותיר בעינן מקצת המצוקות האנושיות שהזכרו כאן.

4. נישואין אזרחיים לצד נישואין דתיים

קולות אחרים מציעים פתרון קיצוני יותר, הגורס הנהגת נישואין אזרחיים לצד נישואין דתיים. הצעה זו היא בבחינת התמודדות במישור אחר עם המציאות בת הדורות האחרונים.

בבסיס החלופה זו שהיא לכאורה הקיצונית ביותר, עומד רעיון ההפרדה: מערכת הנישואין הדתית תהיה מסלול אפשרי אחד, ובצדו יתקיים מסלול שני מקביל של נישואין אזרחיים. לכל אחד תעמוד זכות הבחירה. מי שבחר להינשא בנישואין דתיים יהיה קשור למסלול בתי-הדין (במקרה של גירושין, למשל), במתכונת המקובלת בחקיקה הקיימת. לעומת זאת, מי שבחר במסלול האחר – ייכפף לבתי-המשפט.

לחלופה זו יתרונות אחדים: היא מעניקה לכל אחד מן הציבור את זכות הבחירה. היא

124 על הסדר זה הרחבתי את הדיבור בספרי דיני המשפחה בישראל בין קודש לחול. ראו לעיל הערה 46, במיוחד ראו בעמ' 66-99, 215-210, 300-312, 313-346. ראו גם פ' שיפמן, לעיל הערה 12, בעמ' 33-47.

125 ראו לעיל, האסמכתות בהערה 124. כן ראו פ' שיפמן "ארבעים שנה לדיני המשפחה – מאבק בין דין דתי לבין חוק חילוני" משפטים יט (תש"ן) 847.

126 בג"צ 3914/92 לב נ' בית-הדין הרבני האזורי בת"א-יפו, פ"ד מח(2) 491.

127 הלכת בבלי, לעיל הערה 67. על סוגיה זו, ראו א' רוזן-צבי ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"ב-תשנ"ג, לעיל הערה 70, בעמ' 269-271; פ' שיפמן, לעיל הערה 75.

מונעת כפייה נורמטיבית שמקורה דתי על לא־מאמינים. היא סוגרת פער בלתי ניתן לגישור בין הנורמה הנוהגת לבין אורח החיים והאידיאולוגיה של חלק מן הציבור הישראלי. מצוקות הציבור ייפתרו על־ידי מערכת הקרובה אליו, שתאמץ פתרונות התואמים את אלה המקובלים ברוב שיטות המשפט בעולם.

חסרונה של החלופה הוא, שהיא פתרון קשה מבחינה דתית. כך כתב עם קום המדינה, הרב הראשי לישראל, הרב יצחק א"ה הרצוג:

"דבר יסודי הוא שנישואין וגירושין במדינה היהודית יהיו אך ורק דתיים... אם תינתן הברירה בידי המתחתנים או המתגרשים, לסדר את נישואיהם או גירושיהם במסגרת חוק אזרחי, הרי זו תהיה פירצה נוראה בחומת הדת ובחיים המשפחתיים בישראל: נישואי תערובת, נישואין אסורים וכו' והולדת ממזרים בישראל – וסוף הדבר להביא לידי פירוד גזעי בין היהודים הדתיים ויהודים אחרים, עד כדי מניעת חיתון ביניהם, ואיזה אסון לאומי יהא זה! פילוג ישראל בארץ־קדשו לשני עמים, ח"ת"¹²⁸

לדעת חלק מן הפוסקים, תוליך הנהגת נישואין אזרחיים לתוצאות קשות של פגיעה באחדות העם היהודי. העם יתפלג לשתי כיתות שלא תוכלנה להתערב זו בזו. בכך נובל אל דרך ללא מוצא וללא אפשרות של חזרה.

אולם עיקר הקושי האצור בהסדר זה ומרבית החששות הטמונים בו אינם בהקשר הנורמטיבי ההלכתי גרידא, אלא במישור הסמלי, הלאומי והחברתי.

"גיטין אזרחיים לא דתיים עלולים ליצור בשעה זו פרץ גדול בבית ישראל... נניח את הסכסוך הזה לזמן אחר... היינו נוקטים את העמדה הזאת גם אילו היתה החזית הדתית באופוזיציה, כי איננו חושבים שעכשו השעה לפתור שאלות אלה הנוקבות עד תהום הנפש היהודית."¹²⁹

ההסדר הקיים נתפס כביטוי המובהק ליהדותה של המדינה, לא רק בקרב הציבור הדתי.¹³⁰ המרתו בהסדר אחר תתפרש כוויתור על הסממן המרכזי ביהדותה של המדינה.

128 הרב יצחק א"ה הרצוג "התחיקה והמשפט במדינה היהודית" יבנה ג (תש"ט) [נרפס מחדש תחוקה לישראל על־פי התורה (כרך א, 1989) 205, 207]. על העמדות השונות לנישואין אזרחיים במסגרת הוויכוח האידיאולוגי, על הבעיה החברתית ועל תגובת המערכת הדתית, ראו פ' שיפמן, לעיל הערה 122, בעמ' 5-32, 67-75.

129 ראו ד' בן־גוריון, ד"כ תש"ט 136-137. כן ראו הדיון בכנסת בעת הצגת חוק שיפוט בתי־דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג-1953, ד"כ תשי"ג. ראו במיוחד דברי סגן שר הדתות, ד"ר ז' ורהפטיג, בעמ' 1409-1411, 1478, ודברי ממלא־מקום ראש הממשלה, מר מ' שרת, בעמ' 2558-2559. כן ראו אצל מ' אונא בדרכים נפרדות (1984) 176. השתקפות העמדה המקובלת על הציבור המאורגן הדתי לאומי בעניין זה ראו בחוברת דת ומדינה (1964), במיוחד במאמריהם של ז' ורהפטיג "מדינת ישראל כמדינה יהודית", שם, בעמ' 72, ושל הרב ש' גורן "לבעיות דת ומדינה", שם, בעמ' 77, 78.

130 ראו, בנוסף על האמור בהערה לעיל, גם, למשל, א' ברק פרשנות במשפט, כרך

ההסדר החדש יגרום לעידוד נישואי תערובת ויהווה איתות שלילי ליהודי התפוצות השרויים בתהליך התבוללות קשה. הנהגת נישואין אזרחיים תגרור פגיעה בתחושת השותפות, שיוצר ההסדר הקיים, ותכרסם ביכולת ההזדהות של כל חלקי העם היהודי, בישראל ומחוצה לה, עם מדינת ישראל.¹³¹

לא כל הדוגלים בהנהגת אפשרות בחירה בנישואין אזרחיים מניעיהם דומים. לא כל המתנבאים בסגנון דומה חותרים לאותה תוצאה.

קבוצות מסוימות של מציעים יוצאת מהשקפה מקובלת של הדמוקרטיה המערבית, שלפיה אין מדינה רשאית לכפות באמצעות חוקיה נורמות דתיות ובמיוחד על הלא-מאמינים.

כשההצעה נשמעת מפי חוגים דתיים היא נובעת מטעמים אחרים, ובדרך כלל מעוגנת בטעמים הלכתיים או בטעמים של מדיניות הלכתית הנועדת להגן על אינטרסים דתיים. יש מהם הדוגלים בהתחשבותה של ההלכה במציאות החילונית ככורח דתי, ואף על פי כן מעדיפים הפרדת כוחות מטעמים של אינטרסים דתיים המתיישבים יפה גם עם השקפת עולם דמוקרטית. אלה מגייסים גם טיעונים של התייעלות בשירות בתי-הדין הדתיים והתמודדות נועזה יותר של המערכת הדתית עם המציאות עקב הצורך "להתחרות" עם המערכת האזרחית המקבילה כדי להרחיב את מעגל הנישואין כדת משה וישראל.

יש אחרים המבקשים, באמצעות הפרדת כוחות כזו, לשחרר את הדין הדתי מן הכורח להתחשב במציאות החילונית ואת ההלכה מן הלחץ החיצוני הדוחף אותה להתחשבות כזו. לטענתם של אלה, בבסיסו של לחץ כזה נמצא עולם ערכים שונה בתכלית והבנה אחרת של יסוד הסמכות ושל החובה האישית והחברתית המוטלת על האדם. ממילא ביסודו עומדות תביעות שאין ציבור תופסי התורה יכול לעמוד בהן. באופן כאילו פרדוקסלי, יאפשר השחרור מן הלחץ "החילוני" לתופסי התורה:

"למצות את האפשרויות הנתונות בידיהם למען אלה הסרים למשמעתם ומוכנים לקבל לא רק את היתרם, אלא, כשאין ברירה, גם את איסורם".¹³²

המתנגדים להפרדה זו ולהנהגת נישואין אזרחיים טוענים כנגדם, כי הפרדה כזו "תשחרר" את בתי-הדין מאחריות לפתרון מצוקות הדור. ובכך היא תקשה דווקא על הציבור הבוחר במסלול הדתי.

לטיעונים אלה ניתן להוסיף את ההכרה, שבה דוגלים לא מעטים בציבור הדתי, שאין תכלית בכפיית נורמות דתיות על ציבור חילוני. לפי דעה זו, כפייה כזאת אינה חובה

שלישי: פרשנות חוקתית (1994) 332: "מדינה יהודית" היא מדינה... שהמשפט העברי ממלא בה תפקיד חשוב, ושענייני נישואין וגירושין של יהודים מוכרעים על-פי דין תורה."

131 ריכוז הטעמים, ראו במיוחד אצל ז' ורהפטיג חוקה לישראל - דת ומדינה (1988) 183 ואילך.

132 א"א אורבך על ציונות ויהדות עיונים ומסות (1985) 241.

דתית, אין בה תועלת דתית ואין היא ערך דתי במציאות חילונית שבה הכפייה אינה מביאה לידי קיום מדעת של המצווה.¹³³

הטענה העיקרית של מצדדי הבחירה מעוגנת במדיניות הלכתית, שלפיה כפיית נישואין דתיים על חילוניים מביאה תקלות הלכתיות וגורמת לעבירות רבות יותר מאשר נישואין אזרחיים. גישה מחמירה, הנושאת עמה מגמה של הרתעה מפני עריכת נישואין אזרחיים, שכרה עלול לצאת בהפסדה מבחינה הלכתית באשר היא עלולה לגרום תוצאות הלכתיות חמורות.¹³⁴ המחמיר בתחילתו מקל בסופו ועלול לפגוע שלא ברצונו ביסודות הקדושה בישראל. עדיף איפוא למנוע את התקלות ההלכתיות ולהשיג בד בבד את ביטול תחושת הקיפוח של ציבור לא־מאמין כמו גם את האיבה כלפי הדת ופוסקי ההלכה. פתרון זה עדיף לגבי מקצתם על פני דחיקת ההלכה לפתרונות רדיקליים.

הצעות להנהגת נישואין אזרחיים, בדגמים שונים,¹³⁵ הציעו לאחרונה גם רבנים בעלי מעמד מרכזי במסד הדתי בישראל.

הרב הראשי של תל־אביב-יפו, הרב ח"ד הלוי, מעלה באופן עקבי הצעה לאפשר נישואין אזרחיים, בתנאי שהרישום לנישואין אלה יעשה במשרדי הרבנות. לרבנות יהיה פיקוח על כשרות הנישואין כדי למנוע פגמי יחסין בעתיד.¹³⁶ הצעה זו אינה מהווה פתרון לפסולי חיתון. היא נענית דווקא לתביעות האידיאולוגיות, אך משאירה את המצוקות מחוץ להישג ידו של ההסדר המוצע. רבה הראשי של חיפה, הרב שאר ישוב הכהן, מציע להתיר נישואין אזרחיים לחפצים בכך בתנאי שהפיקוח על הגירושין יישאר בידי בית־הדין הרבני.¹³⁷ מבחינת ההלכה מתעוררות במצב כזה שתי שאלות מרכזיות:¹³⁸ האחת, מהו

133 על סוגיה זו, ראו א' רוזן-צבי, לעיל הערה 17, בעמ' 175-178.

134 ראו על כך א' רוזן-צבי, לעיל הערה 46, בעמ' 179-186. מטעם זה מציע גם י' ליבוביץ יהדות, עם ישראל ומדינת ישראל, לעיל הערה 17, בעמ' 161, 171, 187, 190-191, בחינת אפשרות הנהגת נישואין אזרחיים לחפצים בהם. על גישה ברוח זו ראו גם א"א אורבך, לעיל הערה 132, בעמ' 240-241, 345; י' לוינגר בין שגרה לחידוש (1973) 103 ואילך, בפרק שעניינו "קדושת העם ואחדותו, לשאלת חוקי האישות בישראל"; פ' שיפמן "חוק ללא נחת" דעות מא (תשל"ב) 23, 27-28; מ' זילברג "נישואין אזרחיים יאפשרו לפתור הלכית בעיית הממזרות" באין כאחד (1982) 239; מ' זילברג "הצעת נישואין אזרחיים אינה בניגוד להלכה" מעריב מיום 7.7.1972.

135 על דגמים שונים לנישואין אזרחיים, ראו פ' שיפמן, לעיל הערה 122, בעמ' 49-65.

136 ראו הארץ מיום 9.4.1987, עמ' 1, וכן הארץ מיום 10.4.1987, עמ' 1. על דבריו נמתחה ביקורת חריפה בחוגי הרבנות הראשית ובחוגי המפד"ל. ראו הארץ, שם. לאחרונה הועלו ההצעות מחדש. ראו הארץ מיום 15.2.1993; ידיעות אחרונות מיום 23.8.1994, עמ' 10; וכן ידיעות אחרונות (24 שעות) מיום 24.8.1994, עמ' 16-17.

137 ראו הארץ מיום 8.11.1992 וכן הארץ מיום 9.11.1992.

138 על השאלות ההלכתיות הכרוכות בהנהגת נישואין אזרחיים, ראו במיוחד א"ג אלינסון נישואין שלא כדת משה וישראל (1975) במיוחד מעמ' 170 ואילך, והאסמכתות הרבות המובאות שם; פ' שיפמן, לעיל הערה 122, בעמ' 67-75; א' שוחטמן "לשאלת הנהגתם של נישואין אזרחיים במדינת ישראל" ספר לנדוי (1995).

מעמדם ההלכתי של נישואין אזרחיים? השנייה, נוגעת לפסולי חיתון (כוחן וגרושה, ממזרים, נוכרים): אם אלה יוכלו להינשא בנישואין אזרחיים ייווצרו בישראל למעשה שתי כיתות שהאחת אינה יכולת להתחתן באחרת.

ראשית, באשר למעמדם של הנישואין האזרחיים. הגישות ההלכתיות השונות משתרעות החל בגישה המחמירה, החוששת לקידושין ותובעת גט, דרך גישה הנוקטת עמדה של בדיקת כל מקרה לגופו מבחינת כוונת הצדדים, כולל אלה מן הפוסקים התובעים גט חומרא אך פוטרים מן הצורך במתן גט במקום עיגון, ועד לרוב הפוסקים הדוגלים בפטור מוחלט מן הצורך בגט.¹³⁹

הרוב המכריע של הפוסקים בני דורנו סוברים, כי נישואין אזרחיים הנערכים מתוך בחירה חופשית של הצדדים אינם נחשבים כנישואין כדת-משה-וישראל ואינם מזקינים גט. כאשר אין ההלכה עומדת על דרישת גט במקרה של נישואין אזרחיים, אין האישה המגורשת בגירושין אזרחיים בחזקת אשת איש ואין בילדיה הנולדים מאחר פסול של יוחסין.¹⁴⁰

לדעת הזרם המרכזי של הפסיקה הרבנית בדורות האחרונים, אין איפוא ממש בסכנה

139 ראו סיכום העמדות אצל א"ג אלינסון, שם, בעמ' 195.

140 גישה זו נתמכת, בין השאר, על-ידי הפוסקים: הרב חיים עוזר גרודונסקי קובץ אגרות, סימן ל' (הנסמך על המהר"ם שיק, אבה"ע, סימן כא); הרב מ"ח בן-ציון עוזיאל משפטי עוזיאל, אבה"ע, חלק א, סימן נט, חלק ב, סימנים נד-נו (התשובות נדפסו מחדש בפסקי עוזיאל, סימנים עה-עה, עמ' תלב-תנה); הרב י"א הרצוג שו"ת היכל יצחק, אבה"ע, חלק ב, סימן לא; הרב א"י ולדינברג שו"ת ציץ אליעזר, חלק א, סימן כז, חלק ב, סימן יט, חלק ט, סימן לו בסופו:

מלבד מה שהדבר מגיע להציל אשה מעיגונא שהרבה שקדו חכמים על כך ונכנסו גלל כן לא פעם אפילו לפירצות דחוקות, ישנו בדבר כפי שאני מבין גם משום בכדי להציל את האשה מקלקולים חמורים שונים וד"ל, וכעין שכותב בשו"ת עין יצחק בסי' סד שם, דמכיון דאם נדון לחומרא יצא חורבא וקלקול רב אין לנו להחמיר מצד חומרא בעלמא רק מה שהדין נותן מצד הדין וכיון שמצד הדין נתבאר דאין לחוש להקידושין ע"כ ממילא אין אנו רשאים להחמיר בזה מצד חומרא אלא מוקמינן על הדין דאין לחוש להקידושין עיי"ש ודון מינה גם בנידוננו.

הרב מ' ראטה שו"ת קול מבשר, חלק א, סימן ז, חלק ב, סימן יח, אות ב, רק לרווחא דמילתא הצריכו גט לחומרא, וכשיש חשש עיגון יש להקל בפשיטות; הרב ע' הדאיה שו"ת ישכיל עבדי, חלק ד, אבה"ע, סימן ב, חלק ו, אבה"ע, סימן קא; הרב ע' יוסף שו"ת יביע אומר, חלק ו, אבה"ע, סימן א (בעמ' רסו-ער, וראו רשימת המקורות עליהם הוא נסמך, שם, בעמ' רסח). הרב יוסף משתמש גם כאן בנימוק שבתנאים מסוימים משום חומרא באים לידי קולא "שיש לחוש שמא תקבל קידושין מאחר טרם שיגרשנה זה" (שם, בעמ' רסח). הרב מ' פיינשטיין שו"ת אגרות משה, אבן העזר, חלק ראשון, סימנים עג, עד, עה, הנוטה לפסוק גט לחומרא, אולם אם לא ניתן לשכנע את הבעל לגרש או במקום עיגון ניתן להתיר ללא גט.

הנטענת של ריבוי ממזרים. במיוחד אמורים הדברים כאשר לפני כל אחד מן הציבור עומדת האפשרות של נישואין דתיים, כצורה מחייבת של נישואין, לצדם של הנישואין האזרחיים, ובמקרים של בחירה מודעת ומכוונת בנישואין אזרחיים.¹⁴¹ המיעוט הסבור אחרת אינו מבוטל,¹⁴² אולם אין זרם הפסיקה המרכזי בסוגיה זו נוהג כדעת המיעוט.¹⁴³ אמנם, פרופ' פ' שיפמן עשוי להיות צודק בהערכתו, כי מדיניות הלכתית השוללת נישואין אזרחיים עשויה להוביל את שיקולי הפוסקים לכיוון של הקשחת העמדה דווקא ולא להסתמכות על הזרם המרכזי המתון יותר.¹⁴⁴ אולם ניתן להניח, כי יש להבחין בין "איום" לכתחילה, שנועד להרתיע בפני החדרת נישואין אזרחיים, לבין פסיקה בדיעבד. מבחינה הלכתית סומכים איפוא המצדדים בהנהגת נישואין אזרחיים בישראל או המשלימים עמה על דעת רוב הפוסקים, שבכוחה להתגבר על החששות ההלכתיים. שנית, אשר לסוגיית הפגמים האפשריים ביוחסין וממילא עשיית עם ישראל כיתות

141 ראו הרב ש"ת הלוי רובינשטיין "נישואין אזרחיים בהלכה" תורה שבעל-פה ג (הרצאות בכינוס הארצי השלישי לתורה שבעל-פה, 1961) מט; ראו עוד הרב ש' רפאל "נישואין אזרחיים" תורה שבעל-פה ב (הרצאות בכינוס הארצי השנים-עשר לתורה שבעל-פה, ירושלים, תש"ל) קח.

142 פוסקים החוששים לקידושין ועומדים על גט, ראו, בין השאר, הגאון ה"ראגוצ'ובי", רבי יוסף רוזין מדווינסק שו"ת צפנת פענח, סימן א-ד; הרב י"ל צירלסון שו"ת מערכי לב, סימן פז; הרב א' הנקין פירושי איברא, חלק א, סימן ד. דיון ראו אצל א"ג אלינסון, לעיל הערה 138, בעמ' 179.

לדעת א' שוחטמן, לעיל הערה 138. חלק מן הפוסקים המקילים יותר (כגון הרב מ' פיינשטיין) מעגנים את פסיקתם בהיות הנישואין האזרחיים בחו"ל. לדעתו, עשויה להינקט עמדה שונה כאשר נישואין אלה נערכים בישראל.

143 בבתי־הדין הרבניים בישראל אין גישה אחידה לבעיה זו, אם כי הנטייה היא להקל, במיוחד במקום עיגון, גם אם לכתחילה, במקרים מסוימים, עשוי להידרש גט לחומרא. ראו פד"ר ב' 58, ובעיקר ערעור 78/תשכ"ז, פד"ר ז' 35. לעומת אלה ראו עמדות מחמירות יותר בתיק 226/תשי"ד, פד"ר א' 146; ערעור 89/תש"ך, פד"ר ג' 369; תיק 107/כו, פד"ר ו' 365, 372. ראו א"ג אלינסון, לעיל הערה 138, בעמ' 183. לאחרונה רווחת הגישה כי כל עניין אשר יובא לפני בית־הדין ייבדק על-פי נסיבותיו, "לגופו של ענין ומצב בני הזוג המקום והזמן, ואין פסק דין אחד על מקרה מסוים יכול להשפיע על מקרה אחר אפילו בדומה לו, כי הכל לפי ראות עיני הדיין בנידון". ראו ערעור תשל"ג/217, תשל"ד/61, פד"ר ט' 352, 355. ייתכנו מקרים, כמו הערעור הנזכר לעיל, שבהם לא יוקיפו את בני הזוג אשר נישאו בנישואין אזרחיים בגט חומרא, לפחות בדיעבד אם לא מלכתחילה. על הגישה ההלכתית הגורסת התייחסות נפרדת לכל מקרה, ראו אצל א"ג אלינסון, שם, בעמ' 180-181; הרב ש' דיכובסקי "נישואים אזרחיים" תחומין ב (תשמ"א) 252, 261-266; הרב ש"י הכהן "בעניין נשואים אזרחיים" תחומין ג (תשמ"ב) 154, 167.

144 פ' שיפמן, לעיל הערה 122, בעמ' 50; פ' שיפמן ספק קידושין במשפט הישראלי (1975) 97; פ' שיפמן, לעיל הערה 125, בעמ' 852.

כיתות. הטענה השכיחה היא, כי נישואין אזרחיים יפגו את העם בשל הקשיים ההלכתיים. לעומתה ניתן לומר, כי אין יסוד לטענה זו, לא מבחינה עובדתית ולא מבחינה הלכתית. מבחינה עובדתית ניתן להשיב, כי בתפוצות ישראל מתקיימים נישואין אזרחיים ולא נשמע כי העם התפלג עקב כך וכי נוצרו בעיות יחסין חסרות תקדים. מבחינה הלכתית הסוגיה סבוכה יותר. ההלכה אינה מחייבת לחטט ביוחסין. להיפך, הגישה השלטת היא, כי חזקת הכשרות היא עיקר.¹⁴⁵ במשטר של נישואין אזרחיים עשויה חזקת הכשרות להיות נסתרת משני טעמים. טעם הלכתי, שלפיו הבחירה בנישואין אזרחיים יוצרת חשש סביר מפני פסולי חיתון ומוציאה מחזקת הכשרות. טעם של מדיניות הלכתית, שבמרכזו המגמה להחמיר על מי שבחר באפשרות האזרחית על-ידי אילוץ להוכיח את כשרותו ואת כשרות צאצאיו. מדיניות של הרתעה מפני בחירה בנישואין אזרחיים עלולה לגרור אחריה גם החמרה בקביעת ייחוסם של הנוחריים במסלול האזרחי ושל צאצאיהם.¹⁴⁶ אולם השאלה תלויה במדיניות ההלכתית של הפוסקים. כבר רמזנו, כי לא הרי הרטוריקה הדתית מלכתחילה כהרי הפסיקה ההלכתית, הלכה למעשה, בדיעבד.

הטענה היא, כי משטר משפטי של בחירה חופשית עלול להחמיר את המצב הקיים בדרך של יצירת רשימות יחסין קבועות, הכוללות מאות אלפי שמות. מנגד ניתן לטעון כי המצב הקיים עשוי להשתפר ולא להחמיר במקרה של בחירה חופשית.

ראשית, האיום ביצירתה של רשימת יחסין עתידית במקרה של יצירת מסלול של נישואין אזרחיים אינו יכול לשמש כאמצעי הרתעה. איום על הצפוי בעתיד משיג אפקט הפוך כאשר מושאו מצוי כבר בפועל ומונח לפנינו. מן המפורסמות הוא כי רשימת מעוכבי חיתון, הכוללת אלפי שמות, נערכת כדין במשרד הדתות¹⁴⁷ והיא חוסה בצלם של נישואין כדת משה וישראל. רושם הנישואין בודק כבר היום בציציותיו של מבקש הנישואין ואינו מסתפק בהצהרותיו. אמנם היקף הרשימה וגודלה עשויים לשנות את פני הדברים מן הקצה אל הקצה, אולם מן הבחינה העקרונית רשימת יחסין כבר קיימת ובדיקה קפדנית ומדוקדקת נעשית כבר עתה.

שנית, מבחינה מהותית החששות ההלכתיים הם, כאמור, רחוקים. מבחינת דרכי

145 ראו תלמוד בבלי, קידושין, עא, א: "צדקה עשה הקב"ה עם ישראל, שמשפחה שנטמעה נטמעה", וכן שם, עב, ב. הלכה למעשה ראו שו"ע, אבה"ע, סימן ב, סעיף ה, והגהת הרמ"א, שם: "משפחה שנתערב בה פסול ואינו ידוע לרבים כיון שנטמעה נטמעה והיודע פסולה אינו רשאי לגלותה אלא יניחנה בחזקת כשרות..." כן ראו בית שמואל, שם, ס"ק יט: "אפילו אם ידוע לשנים שנטמעה באיזה משפחה פסול אין זה ראוי לגלות, כמה שמצינו בש"ס שלא היו מגלים אע"ג דהיה ידוע לחכמים". ראו גם אוצר הפוסקים, כרך א, עמ' מט. ראו גם י' ליבוביץ יהדות, עם יהודי ומדינת ישראל, לעיל הערה 17, בעמ' 171.

146 ראו א' שוחטמן, לעיל הערה 138; פ' שיפמן, לעיל הערה 125, בעמ' 852.

147 ראו חוות דעת היועץ המשפטי לממשלה והנחיותיו (הנחיה מס' 21.632 "רשימות מעוכבי נישואין", מיום 1.8.1976), פורסמה בקובץ הנחיות היועץ-המשפטי לממשלה, כרך ג. כן ראו מבקר המדינה, דו"ח שנתי 40 (לשנת 1989) 290-293 "רשימת מעוכבי נישואין וטעוני ברור לנישואין".

ההוכחה ומניעת תקלות צפויות, רישום רשמי של כל הנישואין האזרחיים לדורותיהם יעמיד מערכת נתונים רשמית ומדויקת. רשימה זו עשויה לשקף טוב יותר את המציאות ולשרת את האינטרסים הדתיים.¹⁴⁸ במציאות הקיימת נעשים ניסיונות להוליך שולל את המוסדות הרבניים כדי לחמוק מתוצאות קשות. מי שאינו מאמין בתוקף הדתי של הנורמה, מי שאינו מוכן להשלים עם הקשיים המוערמים ועם התוצאות הקשות הנלוות לפרקים ליישום הנורמות הדתיות, אינו מהסס לעקוף את הקשיים תוך פגיעה באינטרסים הדתיים. תמריצים שליליים כאלה יעלמו במשטר של בחירה חופשית ויקנו אמינות למרשם הדתי והאזרחי גם יחד.

אשר לנישואין בין כל חלקי העם. מה שהיה הוא שיהיה. הבעיה היא חברתית דתית ולא פורמלית. החלוקה בין יהודים שומרי תורה ומצוות לשאינם כאלה, שהם הרוב, היא היוצרת את הקושי והמחריפה את הבעיה. כבר היום רבים הם שאינם באים בברית הנישואין עד שלא בררו היטב ייחוסה של משפחה. משטר משפטי שונה לא יחריף מצב כזה. להיפך, הרישומים המדויקים עשויים להקל על המקפידים והמחמירים.

בעוד שהתקלות ההלכתיות של ממש (להבדיל מטיעונים ערכיים, חברתיים ולאומיים, המבוססים על סמליות דתית ויוצרים מדיניות הלכתית), הצפונות בהנהגת נישואין אזרחיים לפי בחירה אינן קשות, החששות ההלכתיים במצב הקיים, שבו נכפה דין דתי על שאינם מאמינים, כבדים וממשיים יותר. כבר הצבענו על כך, שהמבקש לשמור על קדושת הנישואין אצל מי שאינו מכיר כלל במושג הקדושה עלול להשיג את ההיפך, ולהביא בעקבותיו ניאוף וריבוי ממזרים. הראינו את האופן שבו ההלכה מנוצלת לרעה ונעשית כלי שרת להשגת יתרונות בלתי הוגנים שלא בטובתה.

על רקע כל אלה יש הטוענים, כי הסכנות ההלכתיות הצפויות במשטר משפטי, שיאפשר חופש בחירה בין נישואין דתיים לאזרחיים, אינן שקולות כנגד הפגמים במציאות הקיימת.

יתר על כן, החשש הלכאורי של השרשת נישואין אזרחיים בישראל וסכנת ההכרה בהם הפכו במשך השנים, לפחות במישור העקרוני, למציאות קיימת. לא ניתן אמנם לערוך טקס ברתוקף של נישואין אזרחיים בישראל בין יהודים. אולם, כפי שכבר ראינו, הלכו והשתרשו במהלך השנים דרכים רבות ושונות, שקיבלו את ברכת בתי-המשפט (ולעתים אף ניוזמו עליהם), לעקיפת ההסדרים הדתיים והוראות הדין הדתי בדיני המשפחה בכלל ובתחום דיני הנישואין והגירושין בפרט.

כך נתנו בתי-המשפט בישראל הכרה אזרחית בסטטוס שנוצר מחוץ לחיקו של הדין הדתי, בין השאר באמצעות נישואין אזרחיים שנערכו מחוץ לישראל. בית-המשפט לא ראה פסיקה זו כסותרת את ההסדר הדתי הנוהג בתחום הנישואין והגירושין בין יהודים בישראל. הוא לא נתע מהכרה רחבה בסטטוס, כאשר הנישואין נערכו מחוץ לישראל; ולדעות מסוימות אף כאשר שני הצדדים הם אזרחי ישראל ותושביה בעת עריכת הטקס.

148 הדבר יחייב הקפדה על רישום הלאום של הנרשמים בנישואין אזרחיים כמו גם על ציון נתונים אחרים, החיוניים לקביעת יוחסין בעתיד במידה והנישא או צאצאיו יבקשו בשלב כלשהו להינשא בנישואין דתיים.

הגושפנקה הניתנת על-ידי בית-המשפט היא חילונית והסטטוס האזרחי מוכר למורת רוח של הדין הדתי.¹⁴⁹

התופעות של נישואי קפריסין, המחייבת את נוכחותם של בני הזוג במקום, ונישואי מקסיקו או פרגוויי, שאינה מחייבת את נוכחותם של בני הזוג בטריטוריה הזרה, נפוצות יותר משניתן לשער.¹⁵⁰ גם בהקשר זה החשש מפני התפתחות עתידית הוא בגדר נוכחות קיימת ומצב נתון כבר עתה. החזות הקשה המוצגת לנו, אם נישואין אזרחיים יאוזרחו בישראל, היא, במידה רבה, המציאות הקיימת.

זה הטעם לקביעה, שלפיה:

"הנהגת נישואין אזרחיים במדינה לא תחולל למעשה שינוי כה גדול כפי שנראה

היה במבט ראשון".¹⁵¹

עם זאת, אין להתעלם מן ההבדל בין התפתחות הדרגתית של מערכת תת-נורמטיבית, הממציאה פתרונות חלקיים למצוקות מתוך לזרם המרכזי המונופוליסטי של עריכת נישואין דתיים, לבין יצירת הסדר רשמי ולגיטימי של עריכת נישואין אזרחיים בישראל. לגיטימציה כזו תקל את עריכת הנישואין האזרחיים וגם תדחוף חלק מן הציבור הישראלי, הנוקק כיום לנישואין הדתיים, לנישואין אלה.

149 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. ראו ע"א 191/51 ל' סקורניק נ' מ' סקורניק, פ"ד ח 141; ע"א 173/69 י' בכר נ' מ' בכר-אלדנברג, פ"ד כג(1) 665; ע"א 592/83 ת' פורר נ' מ' פורר, פ"ד לח(3) 561; ע"א 566/81 ט' שמואל נ' ד' שמואל, לעיל הערה 56; ע"א 778/77 ט' פרקש נ' מ' 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 על נישואין וגירושין הנערכים מחוץ למדינה (1957); י' אנגלרד "מעמדו של הדין הדתי במשפט הישראלי" (חלק שלישי) משפטים ד (תשל"ב) 31; י' אנגלרד "מעמדו של הדין הדתי במשפט הישראלי" (חלק רביעי) משפטים ו (תשל"ה) 5, 24 ואילך; פ' שיפמן, לעיל הערה 56, בעמ' 173 ואילך, 249-265; מ' שאוה הדין האישי בישראל (מהדורה שלישית, תל-אביב, 1991) 144-154, 539-681; 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' רוזן-צבי "על ספרו של פנחס שיפמן 'דיני המשפחה בישראל': דיני המשפחה בישראל כמערכת כפולה מקבילה" משפטים טו (תשמ"ו) 476, 485-486; א' רוזן-צבי, לעיל הערה 46, בעמ' 71-72.

150 אין סטטיסטיקה רשמית בעניין זה. על-פי נתונים חלקיים, וכמובן לא סטטיסטיים ולא מדעיים, שמסר לי עו"ד י' בן-מנשה, הפעיל בהשאת זוגות בנישואין אזרחיים, ובמיוחד בנישואי מקסיקו ופרגוויי, המדובר הוא, מאז שנות החמישים, באלפי זוגות החיים בישראל אשר נישאו, בהיותם אזרחי ישראל או תושביה, בנישואין אזרחיים.

151 פ' שיפמן, לעיל הערה 134, בעמ' 27.

אולם במהלך השנים נדדה דעת הקהל מהתנגדות רחבה לנישואין אזרחיים לתמיכה חלקית בהם. לאחרונה נוצר שוויון בין התומכים, באופן מלא או חלקי, בהנהגת נישואין אזרחיים לבין המתנגדים להנהגתם.¹⁵² אם כי ראויה לציון מיוחד העובדה, שתמיכה זו בחופש הבחירה אינה מתייחסת בהכרח לצורת הנישואין שבה יבחרו התומכים עצמם אם השאלה תעמוד על הפרק. רק 36% מבין 39% שתמכו בהנהגת נישואין אזרחיים בדרגה גבוהה ("בהחלט כן" ו"כן") טענו כי גם יבחרו להינשא בדרך זו.¹⁵³

לחץ הולך וגובר מצד הציבור, יחד עם כורת המציאות - שתואר לעיל - שנוצר בגין נוכחותו של ציבור גדול (בעיקר מעולי מדינות חבר העמים לשעבר) של נוכרים מבחינת הלאום, שהם בעלי זהות חברתית יהודית, דוחף לכיוון של הנהגת נישואין אזרחיים לצד הנישואין הדתיים. ההנחה היא, כי בטווח הארוך לא יהיה ניתן למנוע הנהגתם של נישואין אזרחיים בישראל. כאשר לשיקולים אידיאולוגיים של חופש הפרט, למצוקות הנובעות מן ההסדר הקיים ולפער בינו לבין אורח חייו של הציבור מצטרף הצורך בפתרון בעייתם של הנוכרים - כשגירור המוני אינו ניצב בפתח ואינו נראה סביר במציאות הנתונה - קשה לעצור את התהליך שיוביל להנהגת נישואין אזרחיים.

במצב זה, חוגים שונים, ובהם גם דתיים ואף רבנים, סוברים כי עדיף להציע פתרונות שהם הרע במיעוטו במקום להיקלע למציאות שלא תהיה עליה כל שליטה. המחיר על המיתוסים הצפונים במונופולין הקיים, שפורטו לעיל (ושאין לזלזל בחשיבותם כשלעצמם), עלול להתברר בעתיד כיקר מדי. יש הטוענים, כבר היום, כי לשם השגת מטרה מדומה משלם הדין הדתי במטבע קשה.

מכל מקום שיטת משפט שאינה מעמידה פתרון נאות לציבור גדול באוכלוסייה תעמוד בפני מצב שבו המציאות תהיה חזקה מכל אידיאולוגיה. מציאות זו תתבע הסדר. רק אם לדין הדתי יעמדו הכוח ועוז הרוח לספק את הפתרון הנאות במהירות הדרושה - יימנע הלחץ להסדר מחוץ לכתליו.

152 ש' לוי, ח' לוינסון, א' כ"ץ אמונות, שמירת מצוות ויחסים חברתיים בקרב היהודים בישראל (1993) 89-91. המחקר נערך ביוזמת קרן אבי חי.

153 שם, שם.

"מדינה יהודית ודמוקרטית": אבהות רוחנית, ניכור וסימביוזה – האפשר לרבע את המעגל?*

- א. פתיחה: ארץ מסוכנת
- ב. "יהודית ודמוקרטית": שניות מכוח החוק
 1. היסטוריה של אפיון נורמטיבי
 2. יהודית–ציונית (לאומית)–דמוקרטית: מתחים פרשניים פנימיים
 3. יהודית–ציונית (לאומית)–דמוקרטית: מתחים פרשניים חיצוניים
 - (א) מתח בין צמדי מושגים
 - (ב) יהודית–דמוקרטית
 - (ג) ציונית–יהודית
 - (ד) ציונית–דמוקרטית
- ג. יחסים סימביוטיים: תלותן של החברות היהודיות אלה באלה
 1. זיקת היהודי החילוני ליהדות
 2. זיקת היהודי הדתי לדמוקרטיה
 3. סיכום
- ד. "מדינה יהודית ודמוקרטית": דרכי ההתמודדות עם השניות
 1. פתיחה
 2. מכנה משותף וסינתיזה
 3. התנגשות, סתירה ודרכי העדפה
 4. קני-מידה לפתרון מצבים קונפליקטואליים
 5. הימנעות מהתדיינות המחייבת הכרעה אידיאולוגית חזיתית
 6. פתרון מצוקה או סכסוך ולא הכרעות אידיאולוגיות
 7. הימנעות מפתחת חזיתות אידיאולוגיות
 8. הימנעות מהעדפה אפריורית
 9. דרכים חלופיות והערך העודף
 10. סוגי עניינים וחלוקת תפקידים
 11. פגישה במישור התוצאה
- ה. סיכום

* פורסם לראשונה בכתב-העת עיוני משפט יט (התשנ"ה) 479.

א. פתיחה: ארץ מסוכנת*

”אַרְץ מְסֻכָּנָת. אֶרֶץ מְלֵאָת חֲפָצִים חֲשׂוּדִים
 וּבְנֵי־אָדָם מְמַלְכָּדִים. וְהַכֹּל עָלוּל לְהִיּוֹת
 הַתְּחִלָּה שֶׁל דָּת חֲדָשָׁה: כָּל לְדָה, כָּל מוֹת,
 כָּל שְׂרֵפֶת קוֹצִים בְּשָׂדֵה, כָּל עֶשֶׂן.
 אֶפְלוּ הָאוֹהֲבִים חֲכִים לְהִזְהַר בְּמַעֲשֵׂיהֶם וּבְדַבְרֵם,
 יָדִים מוֹשְׁטוֹת לְחַבּוּק, לְחֹשׁ בְּחֻצוֹת,
 בְּכִי בְּמִסְתָּרִים, מִבֶּט לְמַרְחָקִים, יְרִידָה
 בְּמַדְרָגוֹת בְּשִׁמְלָה לְבָנָה. כָּל אֵלֶּה הַתְּחִלָּה שֶׁל דָּת חֲדָשָׁה.

אֶפְלוּ צַפְרֵי הַנְּדוּד יוֹדְעוֹת זֹאת,
 כְּשֶׁהֵן בָּאוֹת בְּאֵיב וּבִסְתָּו וְלֹא נִשְׁאָרוֹת
 כְּמוֹ אֱלֹהֵי הָאָרֶץ שְׂאֵף הֵם לֹא נִשְׁאָרִים.
 וּמִי שְׂאוּמֵר כָּאֵן הִיָּה, הוּא נְבִיא נְחֻמָּה
 וּמִי שְׂאוּמֵר כָּאֵן יִהְיֶה, הוּא נְבִיא זַעֵם...

וּמַצְבּוֹת זְכָרוֹן מְנַחֵת בְּכֹל, כְּמוֹ מִשְׁקָלוֹת
 כְּדֵי שְׁתוֹלְדוֹת הָאָרֶץ לֹא יַעֲפּוּ בְרוּחַ, כְּנִירוֹת.**

השיר "ארץ מסוכנת" מתאר את הבעייתיות של המציאות שהציבור במדינת-ישראל שרוי בה, והוא הולם את הלבטים שהחברה הישראלית נתונה בהם. הוא מדבר על האינטנסיביות של כל פעולה, על העוצמה של כל ויכוח ועל הריכוז של כל מהלך וכל מעשה בארץ-ישראל ובמדינת-ישראל.

ריכוז ועוצמה אלה אינם מניחים לשום עניין להיוותר במסגרת טריוויאליזציה של החיים. אין שום דבר פשוט ותמים. "הכל עלול להיות התחלה של דת חדשה": כל עניין נידון בהקשר סימבולי; כל דבר תופח מייד לממדים היסטוריים; הדברים מועצמים וזוכים בממדים עקרוניים החורגים מעל ומעבר לאותו מעשה או לאותה הכרעה שבין ראובן ושמעון.

אין פלא איפוא שהארץ היא "מלאת חפצים חשודים ובני אדם ממולכדים". כל ויכוח עולה מייד לטונים עקרוניים; כל סוגיה, שתעבור במקום אחר ללא תשומת-לב מיוחדת, עלולה להצית תבערה; אפילו ויכוח היסטורי עשוי, לעיתים קרובות, להתסיס, כאילו היה נוכחות חיה וקרובה.

מהו הבסיס המאחד את האוכלוסייה בישראל? מהו המכנה המשותף המאגד את יושבי "הארץ המסוכנת"? בעיני המשורר, תודעת הזיכרון ומצבות זיכרון הן המחזיקות את

* © כל הזכויות שמורות.

** " עמיחי "ארץ מסוכנת", מתוך הקובץ מאדם אתה ואל אדם תשוב (תשמ"ה).

תולדות הארץ כדי ש"לא יעופו ברוח, כנירות." ההיסטוריה הקרובה והרחוקה היא המשקולת הכבדה: היא המחזיקה את הדברים יחד, ובעת ובעונה אחת גם מכבידה עליהם בכובד משאה. וזאת השניות שאנו נתונים בתוכה.

ב. "יהודית ודמוקרטית": שניות מכוח חוק

1. היסטוריה של אפיון נורמטיבי

השניות המתבטאת בצמד יהדות ודמוקרטיה מאפיינת את המדינה כשני תאומי-סיאם המחברים זה לזה בכמה מקומות מרכזיים (כלב - מבחינת התחושה הרגשית, ובמוח - מבחינת התפיסה האינטלקטואלית). צמד המושגים הצועד יחד בחברה היהודית ובתנועה הציונית עוד לפני היות מדינה, ובחברה הישראלית - ובעקבותיה במשפט הישראלי - למן קיומה של המדינה, הוא בעל בסיס תרבותי רחב. זו אינה רק שניות משפטית, אלא שניות חברתית, רוחנית ואפילו קיומית, החותכת את התפיסות הדתיות, ההיסטוריות, הפילוסופיות והתרבותיות. בשניות זו יש משהו משתק ומנטרל, אך בעת ובעונה אחת גם חלק מרתק ומפנה.

השניות שעניינה ערכיה היהודיים והדמוקרטיים של מדינת-ישראל אינה מתחילה אצלנו בחוק-יסוד זה או אחר או בנוסחה של מדינה יהודית ודמוקרטית, החודרת אל התחום המשפטי. היא מוצאת את ביטוייה בראש ובראשונה בהכרות העצמאות, המאפיינת את מדינת-ישראל הן כמדינה יהודית והן כמדינה דמוקרטית.

במישור המשפטי מתבטאת השניות האמורה בסעיף 7א בחוק-יסוד: הכנסת. פסילתה של רשימת מועמדים בבחירות לכנסת אפשרית אם יש במטרותיה או במעשיה "שלילת אופיה הדמוקרטי של המדינה" או אם יש בהם "שלילת קיומה... כמדינתו של העם היהודי".¹ נוסח צר זה ממקד את משמעות המונח להיבט הלאומי. הפשרה הפוליטית, שאיפשרה חקיקת הסדר חוקתי שיש בו פסילת רשימות, הצמידה את היהדות לדמוקרטיה. "המדינה היהודית" שבהכרות העצמאות, שפשטה צורה ולבשה את הנוסח הצר יותר של "מדינתו של העם היהודי" בחוק-יסוד: הכנסת, שבה אל צורתה המקורית, הרחבה יותר, בחוקי-היסוד החדשים. גם בחוקי-היסוד היתה זו הפשרה הפוליטית שהולידה את צמד המושגים האמור.²

השניות חדרה עתה איפוא לסעיף-המטרה של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ושל חוק-יסוד: חופש העיסוק, והיא מכוונת גם את סעיף ההגבלה של הזכויות בכל אחד מן

1 ס"ח תשי"ח 69. לדיון בהוראה זו, ראו ע"ב 2/88 בן שלום נ' ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השתיים-עשרה, פ"ד מג(4) 221.

2 חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח תשנ"ב 150; חוק-יסוד: חופש העיסוק, ס"ח תשנ"ד 90. ' קרפ "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו - ביוגרפיה של מאבקי כוח" משפט וממשל א (תשנ"ג) 323, 337-344.

החוקים האמורים. שניות זו קובעת את משמעותם המלאה של כבוד האדם וחירותו, של חופש העיסוק ושל הזכויות הנובעות מאלה. היא משפיעה נורמטיבית הן על תוכנו של הזכויות כאמצעי פרשני, הן על היקף פריסתן כחלק מבחינת האיזון הפנימי והן על קביעת היקף החריגים המתירים פגיעה בזכויות במסגרת האיזון החיצוני.

2. יהודית – ציונית (לאומית) – דמוקרטית: מתחים פרשניים פנימיים

בשניות היהודית-הדמוקרטית מסתתר למעשה משולש: יהודית, ציונית (לאומית), דמוקרטית. כבר רמזנו שפרשנות המושגים "יהודית" ו"דמוקרטית" והאיזון ביניהם, הגם שהם נתונים ביד המשפט, שואבים את מקורותיהם ואת בסיסם בתחום המטא-משפטי. מתח פנימי עמוק מצוי בקרבו של כל אחד מן המושגים. כל אחד מהם הוא מושג טעון וגם מעורר מחלוקת. לקבוצות שונות מן החוקרים, ההוגים והאורחים תכנים אחרים לכל אחד מן המושגים.

המושג "מדינה יהודית" נע על הציר שבין תפיסה הלכתית מוחלטת (שברובד העליון מתנסחת בביטוי "מדינת התורה") לבין תפיסה תרבותית רחבה, שהיא כשלעצמה בעלת תכנים משתנים, על סולם ששלביו ממוקמים בין היסודות התרבותיים המייחדים, ובין היתר אלה המאפיינים את היהדות המסורתית וסממניה הדתיים, לבין התכנים הכלליים והאוניוורסליים שביהדות.

במסגרת המושג "יהודית" כולל גם המרכיב הציוני. השופט פרופסור א' ברק אכן מבחין בין המשמעות הציונית של המושג "יהודית" לבין המשמעות ההלכתית שלו.³ מרכיב זה נע בין ציונות מדינית לציונות רוחנית. הוא כולל את השאיפה להיות עם חופשי, "נורמלי", חבר במועדון הבינלאומי של מדינות העולם. במרכיב הציוני גלום מתח שבין תפיסתה של המדינה היהודית כמדינת לאום לבין הסתפקות בפחות מכך, דהיינו, במדינה שרוב אזרחיה נמנים עם בני הדת היהודית.⁴

חלק גדול מן המשמעויות המיוחדות כיום בספרות למונח יהודית, כגון שפה, עלייה ושבות, אזרחות, התיישבות, קיבוץ גלויות, ביטחון וצבא, אינן בעלות משמעות יהודית מסורתית מובהקת, אלא בעלות אופי ציוני,⁵ שגם אם חלקן יסודו באדנים יהודיים במונח החילוני, המבנה הוא לאומי ומדינתי. אפשר כמובן לקשור כל אחד מן המאפיינים האמורים להיבט היהודי הדתי. כך ההתיישבות עשויה להיחשב במסגרת מצוות יישוב ארץ-ישראל ואף להיות חלק מתהליך הגאולה המשיחית. העלייה עשויה להתפס כחלק משיבת-ציון לקראת הקמת הבית השלישי.⁶ השפה העברית נחשבת בהקשר זה לשפת הקודש.

3 א' ברק פרשנות במשפט: כרך שלישי – פרשנות חוקתית (תשנ"ד) 330–332.

4 ראו ר' גביוון "מדינה יהודית ודמוקרטית: זהות פוליטית, אידיאולוגיה ומשפט" עיוני משפט יט (תשנ"ה) 631.

5 ראו, למשל, א' ברק פרשנות במשפט: כרך שני – פרשנות החקיקה (תשנ"ג) 451–452; ברק, לעיל הערה 3, בע' 330–332.

6 ראו על כך, למשל, אצל א' רביצקי הקץ המגולה ומדינת היהודים (תשנ"ג) 111–200, והפניותיו לכתבים השונים.

יש לזכור שהמושג "יהודית" אינו כולל רק היבט ציוני מול היבט הלכתי. בתווך מצויות משמעויות רבות נוספות, הכלולות, בין היתר, בדברי נבואה, במדרש ובאגדה, בספרות ובמחשבה ובהגות יהודית, המקיימים ביניהם דו־שיח, מסוגים שונים וברמות שונות, עם עולמה של ההלכה ועם הנורמות הפרטניות שבה.

המושג "מדינה דמוקרטית" יכול אף הוא להיתרגם לתכנים שונים, הנעים גם הם על ציר משתנה. הגרעין, המהווה את הרובד המינימליסטי של המושג דמוקרטיה, מורכב מכללים לקבלת הכרעות (שלטון הרוב) על בסיס של שוויון, עם הגנה על זכויות יסוד של האדם ותנאים בסיסיים נוספים, שבלעדיהם אין שלטון הרוב יכול להתקיים.

ברבדים אחרים על הציר כלולים במושג דמוקרטיה מאפיינים נוספים, העשויים להיות בסיסיים יותר – כגון הדרכים השונות הפתוחות להחלפת השלטון, הפרדת רשויות וזכות השתתפות מקיפה בבחירות – או רחבים יחסית – כגון זכויות יסוד רחבות, קיום חוקה כתובה, זכויות חברתיות (מדינת רווחה אקטיבית), הסדרים חברתיים המבטיחים שוויון מהותי וכיוצא באלה.

מאפיינים אחרונים אלה, לדעת פרופסור רות גביוון, אינם חייבים להיות חלק מהגדרת הדמוקרטיה גם אם הם חשובים לתיאור המשטר ולהערכתו. אולם גם השאלה בדבר מידת החינניות של חלק ממאפיינים אלה לעצם ההגדרה הבסיסית של דמוקרטיה יכולה להיות שנויה במחלוקת.⁷

ההכרעה בשאלות אלה היא הכרעה ערכית, והיא כורכת בחובה שאלה נוספת, במישור שונה: באיזו זירה ראוי להגיע להכרעות האמורות: דעת־הקהל על כל היבטיה (כולל תקשורת וחינוך), הכנסת או בתי־המשפט.

ההכרה שכל אחד ממרכיבי המשולש, יהודית-ציונית-דמוקרטית, אינו מונוליתי ואינו חד־ממדי, וכי כל אחד מהם כולל בתוכו מגוון רחב של תכנים שונים, גוררת אחריה את מסקנתו של השופט ברק בדבר הצורך במכנה המשותף המאחד, שיימצא בדרך־כלל ברמת הפשטה גבוהה, כפי שנראה בהמשך.

"בכל אחד מרכיביה הערכיים של מדינת־ישראל מצויות מגמות מרובות ולעיתים אף סותרות... על הפרשן... השואף לשלמות ולהרמוניה – ליטול מכל אחד מהמקורות הציוניים, ההלכתיים והדמוקרטיים את אותם ערכים, תפיסות ועקרונות המצויים בו והמתיישבים עם הערכים והעקרונות המצויים במקומות האחרים. עליו להימנע מנטילתם של ערכים היוצרים סתירה או ניגוד..."⁸

3. יהודית – ציונית (לאומית) – דמוקרטית: מתחים פרשניים חינוניים

(א) מתח בין צמדי מושגים

בתכניו הרב־ממדיים של כל אחד מן המרכיבים השונים קיים איפוא מתח פנימי. בצד

7 ראו גביוון, לעיל הערה 4, בע' 636.

8 ברק, לעיל הערה 3, בע' 340.

מתח פנימי זה מתקיים מתח חיצוני בין המרכיבים השונים. המתח החיצוני בין משולש המונחים נותן ביטוי לשלוש מערכות של צמדים הגלומים בתוכו: יהודית-דמוקרטית, ציונית-דמוקרטית ויהודית-ציונית. יש כמובן מכנים משותפים רבים בין שלושת הצמדים האמורים, והמשמעויות השונות מצטלבות זו בזו. יחד עם זאת, יש גם היבטים מיוחדים לכל אחד משלושת הצמדים.

(ב) יהודית-דמוקרטית

הצמד יהודית (במובן המסורתי)-דמוקרטית מעורר בעיקר את המחלוקת המפלגת את הציבור היהודי עצמו. המתח קיים, בין היתר, בשלושה מישורים: המישור הראשון הוא היחס בין המדינה לדת והשאיפה להרחיב את ההשפעה הדתית על חיי המדינה ועל אורח חייהם של אזרחיה.

המישור השני, נוגע בהעדפת אינטרסים מיוחדים, שמקורם במסורת היהודית ואשר נתפסים כבעלי ערך מיוחד בציבור שומרי תורה ומצוות, לעומת המחויבויות של הדמוקרטיה. כאלה הן למשל הגבלות מסוימות על סוגי ביטוי שונים או הגבלת חירויות פרט מסוימות בשל היותן מתנגשות עם חובות המוטלות על היחיד או על הקהילה.

המישור השלישי הוא במערכת היחסים הפנימית בתוך העולם הדתי, והוא מתייחס למתח הקיים במציאות חיו של יהודי שומר תורה ומצוות במדינה מודרנית או בעולם המערבי. המתח בין התפיסה הדתית לחשיבה הדמוקרטית⁹ חי בקרבם של כל שומר תורה ומצוות המעורה בחיי המדינה ודר באוהלה של השכלה כללית. היה זה המתח האמור, בין היתר, שהוליד את הזרמים השונים בתוך היהדות ואשר הצמיח תנועות רעיוניות שונות.

קונפליקט מסוג זה התגלה בראשית הקיץ של שנת 1995, בפסק ההלכה שהוציא גוף המכונה בתקשורת רבני הציונות הדתית. פסק רבני זה קורא לחיילי צה"ל לא למלא פקודה לפינוי התנחלויות, מתנחלים ובסיסים צבאיים ביהודה ובשומרון, בהיותה נוגדת את דין התורה. כאן מתנגש הערך הדמוקרטי עם הערך היהודי של חובת הציות לפסקי-דינו של הרב המקובל על הסרבן.

השניות בין אורח חיים דתי למציאות חיים דמוקרטית היא חלק מאתוס החיים היומיומי של ציבור יהודי דתי גדול. ציבור זה מתפקד בתוך הוויה של שניות ככורה של חיים, בין כאילוץ בחיי היומיום, בין כצורך במישור הפוליטי ובין מתוך הכרה ואמונה. גילוייה של שניות זו בתחום הרעיוני הוא, בין היתר, במתח שבין רטוריקה השוללת את הדמוקרטיה לבין הכרה פנימית עמוקה המחייבת אותה, וביחסיה הגומלין של תפיסת הדמוקרטיה כאמצעי והעמדת התורה - המתחרה בה - כתכלית.

המחשבה היהודית האורתודוקסית ממעטת להתמודד עם סוגיות אלה הן במישור העקרוני-הפילוסופי של היחס בין יהדות לדמוקרטיה והן במישור היישומי של תכניה ומשמעותה של מדינה יהודית ודמוקרטית.¹⁰ בשנים האחרונות מרבים נציגי הממסד הדתי ולא מעט חוגים רבניים מכל גוני הקשת הדתית בעשיית שימוש ברטוריקה השוללת את

9 על מתח זה, ראו ג' ויילר תיאוקרטיה יהודית (תשל"ז).

10 א' שבייד דימוקראטיה והלכה, פרקי עיון במשנתו של הרב חיים הירשנזון (תשל"ח).

הדמוקרטיה המערבית, הן כאשר היא נחזית כמתנגשת עם הציוניים הדתיים והן כאשר אין היא עולה בקנה אחד עם השאיפות הדתיות במישור הלאומי.

היעדר החשיבה השיטתית בתחומים אלה בחלקים גדולים של הציבור הדתי מחריף את השניות. הדבר נובע, בין היתר, מן הטעמים הבאים:

1. סדר עדיפויות שהסוגיות האמורות נדחקות בו לשוליים. הן נתפסות כעיסוק במציאות הנחשבת להבלי העולם הזה לעומת תורה לשמה.

2. החשש מפני תוצאות של התמודדות חזיתית על מגרש תרבותי זה, שהנעלמים בו רבים מדי והיתרון הוא לצד האחר.

3. חוסר רצון להעניק לגיטימציה גלויה למה שנחשב למציאות מתחרה בעולם התורה או להסדרים קלוקלים שיש בהם משום חיקוי של תרבויות זרות.

בצד השניות הרעיונית קיימת שניות קיומית. חלק מן הציבור הדתי – שעזמו נמנה גם חלק מבעלי הרטוריקה האמורה לעיל – חי חיים דתיים שלמים במציאות דמוקרטית, וזאת לא בדיעבד ומתוך השלמה עם מציאות שנכפתה עליו ושאינו בכוח משפטי הדת להעמידה על תילה, אלא מתוך תחושה עמוקה שהשילוב הינו הכרחי ותוך חיפוש דרך לאחדות של ניגודים.¹¹

היישוב בין הערכים היהודיים לערכים הדמוקרטיים, הן במטרות המדינה, הן בהיררכיה המוסדית ובאופן בחירתה, וממילא באופיה של חובת הציות, והן בתכנים השונים של ההסדרים, אינו פשוט. דרך היישוב האינדיווידואלית או הקיבוצית של כל יחיד או של זרמים וקהילות שונים אין בה כדי להשיב על הבעיה שאנו ניצבים לפניה, שעניינה הסדר נורמטיבי של יחסיה הגומלין בין הערכים השונים.

(ג) ציונית-יהודית

הצמד ציונית-יהודית (במשמעות המסורתית), הכלול במתח הפנימי של המושג "יהודית", מקיים בצידו גם מתח חיצוני. במקרים רבים יצעדו הציונית והדמוקרטיה יחדיו מול היהדות במשמעות היותר הלכתית שלה. כך, למשל, קבע בית-המשפט עוד בשנות השישים כי פרשנות המונח "יהודי" בחוק השבות תיעשה על-פי המשמעות הלאומית-החילונית, ולא על-פי המשמעות הדתית.¹² פרשנות זו הורחבה כעבור זמן גם למונח "גיור". ההסדר הנורמטיבי של עלייה ושבות יונק, על-פי תפיסה זו, ממורשת הציונות המתחדשת, ולא מהמסורת ההלכתית. הבחנה זו, בניואנסים שונים, התרחבה גם לחקיקה אחרת בעלת סממנים דתיים, כגון בחירת מוסדות דתיים והרכבתם (מועצות דתיות, הגוף הבוחר את הרבנות הראשית ואת הרבנים הראשיים וכדומה). אולם לעיתים אנו עשויים למצוא את הציונות והיהדות משלבות ידיים אל מול המשמעות הדמוקרטית. וייתכנו גם מקרים שהיהדות המסורתית והדמוקרטיה עשויות למצוא עצמן בהם במפגש משותף מול

11 א' שבייד היהדות והתרבות החילונית. פרקי עיון בהגות היהודית של המאה העשרים (תשמ"א).

12 בג"צ 72/62 רופאייזן נ' שר הפנים, פ"ד טז 2428 (להלן: עניין רופאייזן).

הציונות. המרכיב הלאומי עשוי להיקלע למאבק מול תפיסות דמוקרטיות, ואליהן תתחבר גם היהדות במשמעות המסורתית או ההלכתית.

כך ניתן לקבוע, למשל, כי בשם הערך הקולקטיביסטי, שדגלו בו התנועות הציוניות והאתוס הציוני הנלווה להן, המתבטא בעקרון האחידות, נדרש סטנדרט אחיד של כיתוב על מצבתו של חייל שנפל. ערך זה עומד בסתירה לכבוד האדם, דהיינו, לגבי האופן שיכבד בו אדם את זכר יקירו, ייתן ביטוי אישי לאבלו ויביא לידי מימוש את האוטונומיה של רצונו.¹³ תנא דמסייע לפרשנות זו של כבוד האדם ניתן להביא מן הערך היהודי של כבוד האדם בחייו ובמותו.¹⁴

המתח שבין ציונות ליהדות תלוי כמובן בהגדרה של כל אחד ממרכיבי הצמד. יש הרואים את הצמד יהודית-ציונית כהשלמה מתוך שילוב עמוק או אחדות אחת של אידיאולוגיה ומהות. אולם יש גם כאלה בחברה היהודית, למשל החברה החרדית, הרואים את המתח בין יהודית וציונית כשני ניגודים שההשלמה או הפשרה ביניהם קשה, ולדעת חוגים קיצוניים – אף בלתי־אפשרית כלל.

מכל מקום, צמד מושגים זה הוא אחד ממוקדי המתח היהודי הפנימי זה דורות אחדים, ואצל חוגים רחבים הוא אף ניצב במרכז החשיבה האידיאולוגית.¹⁵ אי־אפשר לא להדגיש את המתח הקיים בתוך המושג יהודית בהקשר זה, כאשר הוא כולל בחובו הן את ההיבט הציוני והן את ההיבט היהודי בהקשר הדתי האורתודוקסי. המתח שבין משרי הציונות הדתיים לבין אנשי ההשכלה היהודיים שדגלו ביישוב הארץ עוד בימי טרום הציונות ולפני הקמת ההסתדרות הציונית סבב הן על המקורות האידיאולוגיים לתנועת השיבה לציון והן על פרשנות המציאות. באותם ימים היתה עוד מידה רבה של מוכנות לתת מעמד מועדף למניע הדתי ולבטל את התפיסה החילונית מפני הרעיון הדתי של שיבת־ציון.¹⁶

אולם מייד בראשית ימיה של התנועה הציונית השתנה מערך הכוחות. הרעיונות הלאומיים־החילוניים של תנועת השיבה הלאומית תפסו את מקומה של הרומנטיקה הדתית. מקומה המועדף של האידיאולוגיה הדתית בראשית ימיהם של חובבי־ציון נתפס על־ידי החזון החילוני. הפלג הדתי התפלג בחלקו מן התנועה הציונית ובחלקו הגיע להסדר של דו־קיום, שהתגבש לאותו סטטוס קוו פוליטי.¹⁷ הסטטוס קוו, כהסדר פוליטי פרגמטי, מיוסד באופן רעיוני על הצורך (הרעיוני והממשי) בחיים המשותפים על בסיס מכנה משותף מינימליסטי, מחד גיסא, ועל דחיית ההכרעה של השאלה האידיאולוגית

13 בג"צ 3299/93 ויכסלבאום נ' שר הבטחון, פ"ד מט(2) 195.
 14 ראו פסק־דינו של השופט מ' אלון בע"א 1482/92 הגר נ' הגר, פ"ד מז(2) 793.
 15 ראו, למשל, רביצקי, לעיל הערה 6, בעיקר מע' 201 ואילך; א' שביד בין חורבן לישועה (תשנ"ד); י' שלמון דת וציונות עימותים ראשונים (תש"ן).
 16 ראו על כך, למשל, שלמון, שם, בע' 11–27, 112–149; א' לוז מקבילים נפגשים: דת ולאומיות בתנועה הציונית במיזרח־אירופה בראשיתה (1882–1904) (תשמ"ה).
 17 על המחלוקת בדבר אופיה היהודי של החברה היהודית בארץ־ישראל בתקופה המנדטורית, כגורם מעצב ומגבש של הסדר הסטטוס קוו, המאוחר יותר, ראו מ' פרידמן חברה ודת (תשל"ה).

המרכזית לעתיד, מאידך גיסא. תמורת דחיית ההכרעה האידיאולוגית, מבוסס ההסדר הפרגמטי על ויתור הדדי ועל דו־קיום של חיים בפועל.¹⁸

(ד) ציונית-דמוקרטית

הצמד ציונית-דמוקרטית מושך את הדיון למתחים הלאומיים יותר מאשר למתחים הדתיים. במרכזו של המתח ציונית-דמוקרטית עומדות שאלת המיעוטים הלאומיים בישראל¹⁹ ובעיות הביטחון מול הדמוקרטיה.²⁰

בהקשרה של התנועה הציונית, שהולידה את מדינת-ישראל, התקשרו כל המאפיינים האמורים, של עלייה, התיישבות, קיבוץ גלויות, שבות, שפה ותרבות, לתנועה הלאומית של הקמת מדינה יהודית בארץ-ישראל, ולא לחזון הדתי של גאולה ושיבת-ציון.²¹ אף היסוד הסימבולי של המשמעות היהודית, כגון הימנון, דגל וסמל, מתקשר יותר לפן הציוני-הלאומי מאשר לפן היהודי-הדתי. נכון שהסימבוליקה הלאומית מעוגנת ביסודות דתיים עמוקים, כשם שהזיקה לארץ-ישראל מקורה בהיסטוריה יהודית ובחזון שמקורו דתי ומניעו הבסיסיים דתיים; אולם גם המאפיינים האמורים וגם המרכיבים הסימבוליים עברו טרנספורמציה לאומית בתהליך הדרגתי של חילון.²²

במציאות הישראלית, האיוון שאנו עשויים להידרש אליו בהקשר של המאפיינים האלה של מתן משמעות למונח יהודית הוא אפוא בעיקר ביחס שבין ציונית לדמוקרטית ולאוו דווקא בין יהודית לדמוקרטית במובן הדתי או המסורתי של המושג יהודי. תכנון של המושג "יהודית" מקושרים במובנים רבים לפן הציוני הרבה יותר מאשר להקשר ההלכתי הצר או למובן הדתי הרחב יותר.

המניע לפעולה מסוימת משנה אומנם את ההיבט האידיאולוגי, אך פעמים רבות הוא מתכוון לאותה תכלית ממש ואינו משנה את התוצאה המשפטית. כך, למשל, רעיון השבות הוא אחד בין שהוא נתפס כחלק משיבת-ציון (יהודי במובן הדתי) ובין שהוא חלק ממיימוש ההגדרה העצמית של העם היהודי במדינתו (יהודי במובן הציוני).

18 ראו על כך, למשל, מ' פרידמן "ואלה תולדות הסטטוס קוו: דת ומדינה בישראל" המעבר מיישוב למדינה 1947-1949: רציפות ותמורות (ו' פילובסקי עורכת, תשמ"ח) 47. על המאבקים הפוליטיים מנקודת-הראות של המפלגות הדתיות, ראו, למשל, מ' אונא בדרכים נפרדות (תשמ"ד) במיוחד בע' 129-137; ז' ורהפטיג חוקה לישראל דת ומדינה (תשמ"ח). שלמון, לעיל הערה 15, בע' 11-43.

19 ברק, לעיל הערה 5, בע' 451-452, מעלה את המתח העיקרי בין יהדותה של המדינה, במובן של שבות ולשון, למשל, לבין עקרון השוויון לגבי המיעוטים החיים במדינה.

20 'זמיר "זכויות האדם ובטחון המדינה" משפטים יט (תשמ"ט) 17; מ' הופנונג ישראל - בטחון המדינה מול שלטון החוק: 1948-1991 (תשנ"א).

21 ראו על כך, למשל, א' בלפר מלכות שמים ומדינת ישראל, הממד הפוליטי בהגות היהודית (תשנ"א); שלמון, לעיל הערה 15.

22 בלפר, שם.

לעומת זאת, הצדקה לאומית או בטחונית תוליד לפעמים תוצאה משפטית מסוימת, ואילו הצדקה דתית כשלעצמה לא תועיל למטרה זו. כך, למשל, הפקעת קרקע לצורך הקמת יישוב יהודי כצורך בטחוני או כחלק מן התהליך הלאומי של יישוב היהודים במדינתם העצמאית (היבט יהודי במובן הציוני-הלאומי) עשוי להיות לה דין שונה מהפקעה הנסמכת על ההצדקה הדתית בלבד של מצוות יישוב ארץ-ישראל (היבט יהודי במובן הדתי-הלאומי). במשמעות זו, המתח הוא כפול, אלא שנדרשת הכרעה איזהו התוכן הראוי של המונח יהודית למטרה זו: יהודית במובן ציונית-דמוקרטית או יהודית במובן דתית-דמוקרטית.

גם חוק השבות, למשל, עומד בצומת כפול: הוא חלק מן המתח ציונית-דמוקרטית כאשר השאלה של מעמד המיעוטים לעניין התאזרחות עומדת במרכז הדיון, וההגדרה של המונח יהודית אינה דתית בהכרח וגם אינה בעיבורה של המחלוקת. אך הוא גם חלק מן המאבק יהודית-דמוקרטית כאשר המחלוקת מתמקדת בהגדרה של המונח יהודי בחוק השבות. במשמעות זו המתח הוא משולש: יהודית-ציונית-דמוקרטית.

אך בעוד שברעיון השבות, כמו גם בהקשרים אחרים, נוצר מפגש רצונות בין המרכיבים השונים של רוב הציבור היהודי כחזית אחידה כלפי מיעוטים אחרים (מתח לכאורי בין יהודית לדמוקרטית), כשהמפגש הוא על מישור התוצאה, הרי באלמנטים אחרים נוצר מתח פנימי כפול: בין הרוב היהודי למיעוטים האתניים, מחד גיסא, ובתוך הציבור היהודי, מאידך גיסא.

אפילו ההימנון, "התקוה", המהווה סלע-מחלוקת בין הרוב היהודי למיעוטים האתניים, אינו מקובל על חלק מן הציבור היהודי החרדי, הרואה בו ביטוי לחילוניותה של המדינה ומקשה עליו להזדהות איתו. בציבור זה לא "התקוה בת שנות אלפיים להיות עם חפשי בארצנו", אלא הפסוק מספר תהילים, "בשוב ה' את שיבת ציון היינו כחלמים", הוא המשקף את התודעה היהודית המסורתית.

ג. יחסים סימביוטיים: תלותן של החברות היהודיות אלה באלה

החברה בישראל חיה בתוך סבך של פרדוקסים. השניות שבחינו היא המעלה כמה פרדוקסים מרכזיים. כל אחד מבעלי האידיאולוגיה המרכזיים בחברה הישראלית נזקק, בדרך זו או אחרת, לאידיאולוגיה של האחר לשם קידום אינטרס קיומי מרכזי בהווייתו הרעיונית ובקיומו כתנועה.

1. זיקת היהודי החילוני ליהדות

היהודי-הדמוקרטי-החילוני עובר דרך היהדות המסורתית בזיקתו לארץ-ישראל. בתוך מסגרת המחלוקות בין ציונות חילונית ליהדות הדתית, הציונית החילונית נוקקת לתפיסה הדתית של זכות העם היהודי על ארץ-ישראל כבסיס (כמעט אקסיומטי) לעצם התביעה על ארץ-ישראל כעל המולדת ההיסטורית של העם היהודי. מקום מרכזי בצידוק

להגדרה העצמית של העם היהודי בארץ־ישראל מייחדת מגילת העצמאות לעמדה הדתית.²³

אין ספק שהתפיסה היהודית במשמעותה הדתית (הן מבחינת המחשבה והן בהיבט ההלכתי), שלא לדבר על משמעותה התרבותית הרחבה, מעניקה את המימד המייחד של העם היהודי, או למצער, תורמת באופן משמעותי לאפיון ההגדרה העצמית שלו. היא מהווה בסיס מוצק לקליטת ערכים קהילתיים ולמסיכתם, תוך כדי איזון, בתוך אידיאולוגיה של חירות היחיד וזכויות הפרט.²⁴ היא גם מעניקה ערך מוסף לרעיון הציוני כל אימת שהוא מתעמת עם המרכיב הדמוקרטי. במקרה זה, המשקל הנוסף של המרכיב היהודי חובר למרכיב הציוני כדי להתגבר על התביעה שמעמיד המרכיב הדמוקרטי.

2. זיקת היהודי הדתי לדמוקרטיה

לעומת זאת, היהודי־המסורתי־הדתי זקוק למערכת הדמוקרטית לכמה מטרות עיקריות:

ראשית, כדי ליצור ואף לשמר עמדות כוח פוליטיות, שהינן חיוניות להגנה על האינטרסים של קיומו כקבוצת מיעוט יהודית מזה וכבעל שאיפה להשפעה על הפרסה הישראלית מזה. ההתחרות על משאבים של כוח והשפעה עוברת דרך המרכיב הדמוקרטי.²⁵

שנית, חירויות־היסוד כמו גם ערכי־היסוד, ובמיוחד אלה המתייחסים להפרדת רשויות ולהבטחת האמצעים להחלפת שלטון, מגינים בעיקר על קבוצות מיעוט שונות באוכלוסייה. תרומה זו של הערך הדמוקרטי נתפסת כמתייחסת למישור האינסטרומנטלי יותר מאשר למישור הרעיוני. זו גישה מוטעית, לפחות באשר למטרה השנייה. הדמוקרטיה כצורה שלטונית אינה מסתפקת בכללי המשחק הפורמליים. הכללים הבסיסיים המעמידים אותה מושתתים על הכרה בערך האדם ועל האמונה שהשלטון אינו נובע מחסד־עליון, אלא נועד לשרת את הכלל בעיקר כדי להבטיח את כבודו של היחיד ואת חירותו.

שלישית, אין להתעלם מן התרומה הערכית של הדמוקרטיה למרכיב היהודי, אף במובנו הדתי־האורתודוקסי. אכן, במאתיים השנים האחרונות הופנה חלק מן המאמץ האורתודוקסי לביטולה של כל לגיטימציה ל"חדש", להתכנסות ולהסתגרות מפני כל השפעה חיצונית.²⁶ לאורה של מסורת זו לא ייפלא שהשפעה רעיונית של הדמוקרטיה על הדת, מלכתחילה, מקוממת חלק מן הציבור הדתי, בעוד חלק אחר אינו מוכן להודות בתרומה החיובית הגלומה בה.

23 ח' גנו "זכויות הסטוריות" משפטים כא (תשנ"א) 193.

24 ראו א' שביד "חוק האנוכיות המקודשת" מימד (גליון ד, אפריל-מאי 1995) 12-15.

25 ראו על כך, למשל, שלמון, לעיל הערה 15, בע' 18.

26 ראו י' כץ היציאה מן הגטו: הרקע החברתי לאמנציפציה של היהודים, 1770-1870 (תשמ"ו) במיוחד בע' 140-157; לוז, לעיל הערה 16, בע' 29-51. וראו גם א' רוזן־צבי דיני המשפחה בישראל בין קודש לחול (תש"ן) 285-292.

אולם הערכים הדמוקרטיים עשויים לפעול כורזו של התפתחויות בתחום המחשבה הדתית ואף בתחום ההלכתי. הדברים אמורים במיוחד בהקשר העניינים שפסיקת ההלכה מושתתת בהם על תפיסת-עולמו של הפוסק או מבוססת על אידיאולוגיה המשפיעה הן על תפיסת המציאות והן על נקודת-המוצא של הפוסק. הדברים כבר מצאו את ביטויים, למשל, בנוגע למעמדה של האשה, להסדרן של ערכאות השיפוט, לאמצעים מדינתיים העומדים לרשות ההלכה ולשוויון בין הורמים השונים.

ההתדיינות הפנימית בחברה היהודית הדתית ובהלכה על מעמדה של האשה מעלה כמה דפוסים אפשריים של התייחסות. הערכים הדמוקרטיים מעניקים תמיכה לזרם החותר ליתר שוויוניות ומאיצים את תהליכי השוויון במסגרת פסיקת ההלכה. נזכיר בראש ובראשונה את הפולמוס על זכות הבחירה לנשים למוסדות היישוב. הזרם ההלכתי שפסק כי זכות בחירה לנשים מהווה איסור הלכתי כבד-משקל הוכרע על-ידי ההחלטה הדמוקרטית של שוויון זכות הבחירה. בתוך זמן קצר, נהפכה זכות הבחירה לנשים בכל מגזרי הציבור הדתי והחרדי לתופעה מקובלת ומותרת. דווקא עמדת הזרם הרבני המתיר, שהיה מיעוט מבוסס בקרב הציבור הדתי התקיימה.²⁷

גם פסק-דינו של בית-המשפט העליון (מפי המשנה לנשיא השופט מ' אלון) בדבר זכותן של נשים לכהן במועצות הדתיות האיץ את ההתפתחות ההדרגתית של השתלבות נשים במוסדות הנתפסים בציבור (גם הדתי) כבעלי אופי דתי.²⁸ למרות התנגדותם של הרבנים הראשיים ושל מועצת הרבנות הראשית להשתתפותן של נשים במועצות דתיות, החליט בית-המשפט העליון שעקרון השוויון ידו על העליונה. ההכרעה נסמכה על עקרון השוויון, אך המחלוקת ההלכתית נבחנה היטב על-ידי השופט אלון, תוך התייחסות לעמדות ההלכתיות השונות האפשריות ולהתפתחות המחשבה הדתית באשר למעמדה של האשה.

אף-על-פי שעבר זמן קצר בלבד מאז נכפה ערך השוויון הר כגיגית על המועצות הדתיות, ולמרות האיזמים שקדמו לפסיקה על התמוטטות הצפויה למוסדות אלה, התקבלו ערכים דמוקרטיים אלה על דעת חלק ניכר מן הציבור הדתי. באחרונה בחרו מפלגות דתיות חברות למועצות דתיות שונות. מה שהוצג כאיסור הלכתי נהפך לגורמה מקובלת גם בעיני הפוסקים. הערך הדמוקרטי האיץ תהליכים מסוימים בתוך החברה הדתית והשפיע גם על הפסיקה ההלכתית.

האילוץ שנכפה על-ידי שלטונות המנדט, על בסיס עקרונות דמוקרטיים, להקים ערכאה דתית לערעורים כתנאי להרחבת סמכותם של בתי-הדין הרבניים נתקל בהתנגדות קשה של הפוסקים. אך בסופו של דבר, קיבלה על עצמה המערכת הדתית את הדין לתועלת המתדיינים.²⁹

באחרונה חוקקה הכנסת את חוק בתי דין רבניים (קיום פסקי דין של גירושין) (הוראת

27 ראו פרידמן, לעיל הערה 17, בע' 146-169; רוזן-צבי, שם, בע' 242-243.

28 בג"צ 153/87 שקדיאל נ' השר לענייני דתות, פ"ד (מב) 221 (להלן: עניין שקדיאל).

29 פרידמן, לעיל הערה 17, בע' 120-121; א' מורגנשטרן הרבנות הראשית לארץ ישראל, ייסודה וארגונה (תשל"ג) 75-76; רוזן-צבי, לעיל הערה 26, בע' 275-276.

שעה), תשנ"ה-1995. בחוק זה העניקה הדמוקרטיה הישראלית שיניים לדין ה"הרחקה דרבינו תם",³⁰ תוך מתן כוח לבית־הדין לשלול זכויות שונות המוענקות לאזרח או לתושב. בעשותה כן, הרחיקה הכנסת לכת והתירה לבית־הדין לשלול זכויות־יסוד לשם מניעת עגינות ולשם הגנה על כבוד האשה וחירותה. אכן, ההגנה על כבוד האשה יונקת מערכי היהדות ומכלליה, אך האכיפה הממשית ליישום הגנה זו מסורה בידי המדינה. יחסה של היהדות הדתית האורתודוקסית לזרמים אחרים של היהדות אינו רק מאבק רעיוני קשה, אלא הוא מלווה גם במלחמה על השפעה ועמדות כוח, שבמרכזה החתירה לשמירה על המונופול האורתודוקסי בכל העמדות הממלכתיות ובמוסדות הדתיים. בניגוד לעמדת חלקים רחבים מן הממסד הדתי, הפוסלת מועמדים מזרמים לא־אורתודוקסיים לכהונה במועצות דתיות, דחה בג"צ (גם הפעם מפי המשנה לנשיא השופט מ' אלון) את כל הטענות בדבר אי־התאמתם של הנמנים עם זרמים אחרים, מעצם השתייכותם אליהם, לכהן כנציגים במועצה דתית:

"פסילת מועמדותם של מועמדים אלה מטעמים שבהשקפת עולם אישית יש בה משום הפליה, והיא סותרת את עקרון השוויון, ודינה להתבטל."³¹
"... עם כל ההבנה לאפשרות קיומו של החשש שמתוך כך תופרע עבודתה התקינה של המועצה הדתית, אין בכך בלבד כדי להצדיק פסילתם של נציגי גופים פוליטיים־ציבוריים על שום שבהשקפת עולמם האישית נמנים הם עם התנועה ליהדות מתקדמת ועם התנועה ליהדות מסורתית."³²

פסק־הדין אינו צועד את כל כברת הדרך. השופט אלון אינו מעניק לזרמים הלא־אורתודוקסיים זכות ייצוג במועצות הדתיות מכוח עצמם. הוא מסתפק בביטול פסילתם של אנשים הנמנים עם זרמים לא־אורתודוקסיים כאשר אלה נבחרו לשמש כנציגי גופים פוליטיים הזכאים לייצוג במועצה הדתית. עצם הימנותם של נציגים אלה עם זרמים לא־אורתודוקסיים אינו משמש נימוק פסילה תקף.

למרות חלקיותה, פסיקה זו הינה בעלת הסיבות רבה, ואין להמעט בהשפעתה על הציבור הדתי ועל עמדת הפסיקה ההלכתית. גם היא מקדמת את הטמעתם של ערכי השוויון, הסובלנות והסבלנות במסגרת החברה הדתית.³³ עצם הכורח המוטל על נציגי כל הזרמים לקיים הידברות משותפת סביב שולחן אחד, המאגד אינטרסים שונים, לצורך הספקת שירותי דת יתרום לקידום ערכים אלה. בכך עושה הדמוקרטיה שירות חשוב לחברה הדתית. יש להדגיש שההכרעה המשפטית לא גררה אחריה שבירת כלים אצל הציבור הדתי ופוסקיו.

30 ס"ח 138. על הלכה זו ראו רוזן־צבי, שם, בע' 278-279.

31 בג"צ 699/89 הופמן נ' מועצת עיריית ירושלים, פ"ד מח(1) 678, 693.

32 שם, בע' 696. בשל היעדרה של תשתית עובדתית, דחה בית־המשפט את החשש שאישור כהונתם ישתק את תפקודה של המועצה הדתית.

33 על ערכים אלה במסגרת הדת היהודית, ראו א' שגיא (שויצר) "הדת היהודית: סובלנות ואפשרות הפלורליזם" עיון מד (תשנ"ה) 175.

הואיל והמועצה הדתית אינה זירה הלכתית ואינה מוסד המוסמך לפסוק הלכות, נוח ביותר לערוך בה את "ניסוי הכלים" של הערכים הדמוקרטיים כלפי החברה הדתית.³⁴ לערכים המחלחלים באמצעות זירה זו יש לא רק ערך עצמאי במסגרת פרטנית זו; הם משמשים חיל-חלוץ לשבירת מיני "טאבו" בחברה הדתית. קודם-כל נוכחים לדעת שהדיבורים הנחרצים על הריסה בחומה ושבירת כל הכלים מסתיימים בקול ענות חלושה. שנית, בהדרגה נחשפים היתרונות של אכיפת הערכים הדמוקרטיים על מוסדות כאלה. שלישית, טיבם וטבעם של ערכים אלה הוא, שהטמעתם בזירה אחת פורצת גם לתחומים אחרים ומשפיעה עליהם.

3. סיכום

כל אחד ממרכיבי המשוואה זקוק איפוא למרכיב האחר כדי לבסס את מעמדו. השניות המלווה את המתח שבין הצמדים השונים היא תופעה אימננטית ביצירתה של המדינה היהודית בארץ-ישראל ובקיומה. לא נטעה אם נאמר כי הצמד "יהודית" ו"דמוקרטית" בחוקי-היסוד החדשים נותן ביטוי נורמטיבי מפורש לשניות הקיימת עוד מתקופת חובבי-ציון ולפחות מראשית ימיה של הציונות. היא מהווה חלק בלתי-נפרד מן הפרדוקסים שבהוויה הישראלית, בלשונו של המשורר: "ארץ מסוכנת. ארץ מלאה חפצים חשודים / ובני אדם ממולכדים..."

ד. "מדינה יהודית ודמוקרטית": דרכי ההתמודדות עם השניות

1. פתיחה

כיצד מתמודדים עם השניות הזו מן ההיבט הנורמטיבי?

לאורך שנות קיומה של המדינה, מתקיים העימות בחקיקה, בפסיקה, במינהל, בחברה ובציבור. הסטטוס קוו פושט צורה ולובש צורה. סוגיות רבות נהפכות לסלע-מחלוקת יהודי-דמוקרטי גם כאשר אין לכך שום הצדקה מבחינה אובייקטיבית וכאשר המעורבות

34 בג"צ 516/75 הופרט נ' שר הדתות, פ"ד (2) 490, 494, 503; עניין שקדיאל, לעיל הערה 28, בע' 236-237; עניין הופמן, לעיל הערה 31, בע' 691-692.

במקרה שהמוסד הדתי עוסק בהכרעות הלכתיות ועשוי להשפיע במישרין או בעקיפין על הפסיקה הדתית או להיות מושפע ממנה, נמנע בג"צ, מטעמים שונים (שניתנו על-ידי השופטים השונים), מלכוף את עקרון השוויון, ראו בג"צ 47/82 קרן התנועה ליהדות מתקדמת בישראל נ' שר הדתות, פ"ד (2) 661 (להלן: עניין קרן התנועה ליהדות מתקדמת בישראל). בהלכה זו קויימה החלטת שר הדתות לא להסמיך רב רפורמי לשמש כרב רושם נישואין.

הדתית אינה טבעית לסוגיה ואף אינה נדרשת לשם הגנה אמיתית על אינטרסים דתיים (לתובעים אפיונים דתיים לפרהסיה הישראלית) או על צרכים של קהילות דתיות ויחידה.

2. מכנה משותף וסינתזה

העיקרון הראשון שלגביו יש תמימות דעים רחבה על דעת כל העוסקים בסוגיה הוא, שחוקי היסוד החדשים מעמידים לפנינו אתגר להשיג מכנה משותף בין מערכת הערכים היהודית לזו הדמוקרטית או להגיע לסינתזה ביניהן.

"תפיסה חוקתית ראויה מחייבת ניסיון להשגת השלמה והרמוניה בין ערכים אלה. תפיסה פרשנית תכליתית, המתבססת על אחדות חוקתית ועל הרמוניה נורמטיבית, שואפת למצוא את המאחד והמשתף, תוך מניעתם של ניגודים וצמצום נקודות החיכוך. על כן ציינתי כי 'הדיבור' היהודית ודמוקרטיה' אינו כולל בחובו שני ניגודים, אלא השלמה והרמוניה... אכן עלינו לחפש את המשותף והמאחד, ולא את המפריד והמבדיל. יש לשאוף למציאת 'מכנה משותף' ו'סינתזה' בין הערכים של מדינה יהודית לבין הערכים של מדינה דמוקרטית... המידע המתקבל ממקורות אלה צריך לעבור 'עיבוד' ו'סינתזה' באופן שיגבשו ערכים התואמים את היבטיה השונים של מדינת ישראל."³⁵

והואיל ותחת כנפיו של כל אחד ממושגים אלה חוסים דעות שונות וגוונים שונים של משמעות, על הפרשן החותר למציאת המכנה המשותף ליטול מכל אחד מן המקורות את אותם ערכים, תפיסות ועקרונות המתיישבים עם אלה המצויים במקורות האחרים.³⁶ "תכלית דו-ערכית זו... חד היא, ובא זה ולימד על זה, ובא זה ומשלים את זה, והיו לאחדים בדינן"³⁷... והמגמה צריך שתהא מציאת הסינתזה והמכנה המשותף לתכלית שלובת ערכים זו."³⁸

זו גם עמדתם של מלומדים אחרים העוסקים בסוגיה.³⁹

35 ברק, לעיל הערה 3, בע' 338-339; א' ברק "המהפכה החוקתית: זכויות יסוד מוגנות" משפט וממשל א (תשנ"ב) 9, 30.

36 ברק פרשנות במשפט, שם, בע' 340.

37 מ' אלון "דרך חוק בחוקה: ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית לאור חוק היסוד: כבוד האדם וחירותו" עיוני משפט יז (תשנ"ג) 659, 663.

38 שם, בע' 670. וראו גם ע"א 506/88 שפר נ' מ"י, פ"ד מח(1) 87, 104, מול האות א, 105, מול האות ז, 167-168 (להלן: עניין שפר).

39 ח' כהן "ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית - עיונים בחוק היסוד: כבוד האדם וחירותו" הפרקליט, ספר היובל (תשנ"ד) 9, 18; א' מעוז "ערכיה של מדינה יהודית

3. התנגשות, סתירה ודרכי העדפה

אלא שמאחורי הסכמה רחבה זו מקיר לקיר מסתתרים חילוקי־דעות, לעיתים יסודיים. עד כמה עלינו לעשות מאמץ להשיג את המכנה המשותף או להגיע לידי סינתזיה? מה הם שלבי ההכרעה הבאים כאשר לא ניתן להשיג מכנה משותף? האם יש להעדיף ערך אחד על משנהו? האם העדפה זו קבועה ואפריורית או משתנית, ואם כך, בהתאם למה? הדבר תלוי בתכנים של כל אחד מן המושגים האמורים וגם בדרגת ההפשטה שנוביל אליה כל אחד מהם כדי להשיג את המכנה המשותף.

השופט פרופסור ברק מעלה את דרגת ההפשטה של "מדינה יהודית" לרמה כה גבוהה -

"עד שהיא תעלה בקנה אחד עם אופיה הדמוקרטי של המדינה. אכן, המדינה היא יהודית לא במובן ההלכתי־דתי, אלא במובן זה שליהודים זכות לעלות אליה, והוותים הלאומית היא הוותיה של המדינה (הדבר מתבטא, בין השאר, בלשון ובמועדי המנוחה). ערכי היסוד של היהדות הם ערכי היסוד של המדינה... הפנייה לערכים אלה היא ברמת ההפשטה האוניברסלית שלהם, התואמת את אופיה הדמוקרטי של המדינה, על כן אין לזהות את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית עם המשפט העברי. אין לשכוח כי בישראל מצוי מיעוט לא יהודי ניכר. אכן, ערכיה של מדינת ישראל כמדינה היהודית הם אותם ערכים אוניברסליים המשותפים לבני החברה הדמוקרטית, ואשר צמחו מתוך המסורת וההיסטוריה היהודית."⁴⁰

מדברים אלה משתמע זיהוי כפול של התוכן החיובי של המונח וזיהוי של התוכן השלילי שבו. פרשנות המונח "יהודית" נוטה, לדעתו, הן להיבט הלאומי (ציוני) והן להיבט הכללי־האוניוורסלי, תואם "דמוקרטיה". מדברים אלה גם נובע שההיבט ההלכתי של המונח "יהודית", או אפילו המתכונת המעובדת של המשפט העברי, אין להם נקודת־אחיזה.

להלן מרחיב השופט ברק את תוכן המונח. הוא כולל בו לא רק את ההיבט הציוני והאוניוורסלי, אלא גם את ההיבט ההלכתי. גם תורת ישראל, ההלכה לדורותיה, המשפט העברי וגם חוק שיפוט בתי־דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג-1953, למשל, משתתפים בעיצוב ערכיה של מדינת־ישראל כמדינה יהודית.⁴¹

D. Kretzmer "The New Basic Laws on Human Rights: A Mini Revolution in Israeli Constitutional Law?" 26 *Isr. L. Rev.* (1992) 238, 243.

40 ברק "המהפכה החוקתית: זכויות יסוד מוגנות", לעיל הערה 35, בע' 30-31. על דברים אלה הוא חוזר בספרו, לעיל הערה 5, בע' 428-429. על התפיסה שערכי־היסוד של היהדות הגלומים במונח "מדינה יהודית" הם רק הערכים הכלליים, ראו שם, בע' 452.

41 ס"ח 165 (להלן: חוק שיפוט בתי־דין רבניים). ברק, לעיל הערה 3, בע' 331-332.

לא ברור אם הרחבה זו של היסוד היהודי לתחומים נוספים היא שינוי רטורי, הפועל ברמה של הכרה סימבולית בלבד, כדי להדוף את גלי ההתקפה שעוררה עמדתו הראשונית,⁴² או שהיא עשויה להשפיע גם ברמת התוצאה. המשך הדבקות של השופט ברק גם בשלב זה ברמות ההפשטה הגבוהות ביותר, תוך היזקקות לרמה האוניוורסלית של הערכים,⁴³ מלמד שהלכה למעשה, נשארה עמדתו כשהיתה, אם כי אין לבטל גם את משמעותה של הכרה סימבולית.

הניסיון להדוף את המתקפה על-ידי יצירת סימטריה בין שני המונחים, תוך שימוש ברמת הפשטה גבוהה לגבי שניהם, מתעלמת מן ההבדל היסודי בשימוש בכל אחד מהם במשך השנים ובדרך התפתחותם במשפט הישראלי. יהדותה של המדינה באה לידי ביטוי בעיקר בדברי חקיקה מוגדרים בתחומים "דתיים" קלאסיים ובהסדרים מפורשים הנלווים להם, בין במישור הסימבולי, היהודי-המסורתי והלאומי-הציוני, ובין במישור הנורמטיבי.⁴⁴ לעומת זאת, יסודה הדמוקרטי של המדינה משמש מקור שוטף ונמשך עד היום הזה לעקרונות-היסוד ולערכי-היסוד של שיטת המשפט.⁴⁵ בתי-המשפט נזקקים במשך כל השנים ליסוד הדמוקרטי כמעין המנביע זכויות-יסוד בדרך שיפוטית וכיוצר זכויות וכללים פרטניים.⁴⁶ שורשיו העמוקים של היסוד הדמוקרטי בשיטתנו הצמיחו ענפים של עקרונות וערכים ופרחים ופירות של כללים רבים ומסועפים.

התפתחות היסוד הדמוקרטי בפסיקה הישראלית במשך עשרות השנים האחרונות מביאה לידי כך שרמת ההפשטה של היסוד הדמוקרטי היא רק בבחינת נדבך נוסף למערכת מסועפת של עקרונות וכללים הממשיכים להטביע את חותמם היומיומי בשיטתנו. היסוד הדמוקרטי הוא בעל מקדם פרטני גבוה בהרבה ומושרש יותר מאשר זה של היסוד היהודי.

הסימטריה של רמות הפשטה גבוהות מתעלמת איפוא מנקודות-המוצא השונות כל-כך של כל אחד מן המונחים. מרכזיותו של היסוד הדמוקרטי היא חלק בלתי-נפרד מן המורשת

42 ראו, למשל, אלון, לעיל הערה 37, בע' 684-688. הערותיו של השופט ברק גררו ביקורת קשה ונוקבת מצד חוגים דתיים, לאו דווקא במישור הפוליטי, אלא בציבור הדתי בכלל והרבני בפרט.

43 ברק, לעיל הערה 3, בע' 342-343. בקטע זה הוא גם חוזר ומצטט בהסכמה את הערותיו הראשונות בסוגיה זו שפורסמו במשפט וממשל, לעיל הערה 35.

44 כך, למשל, חוק השבות, תשי"ז-1950, ס"ח 159; חוק שירותי הדת היהודיים [נוסח משולב], תשל"א-1971, ס"ח 130; חוק הרבנות הראשית, תשמ"ו-1980, ס"ח 90; סעיף 18 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948, ע"ר תוס' א 1; חוק שעות עבודה ומנוחה, תשי"א-1951, ס"ח 204; חוק שיפוט בתי-דין רבניים.

45 בג"צ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז 871, 884; בג"צ 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מב(2) 309, 330. ראו על כך ברק, לעיל הערה 5, בע' 427-428, 450-451, והאסמכתאות שם; ברק, לעיל הערה 3, בע' 334-337.

46 בג"צ 243/62 אולפני הסרטה בישראל בע"מ נ' גרי, פ"ד טז 2407, 2415. ראו על כך ברק פרשנות החקיקה, שם, בע' 453 ואילך; ברק פרשנות חוקתית, שם, בע' 335-337.

המשפטית של המדינה ויורדת אל שורשי תורת המשפט שלה. אמור מעתה שאין צורך להיוקק לרמת הפשטה גבוהה כדי לעמוד על עדיפותו היחסית, בדרך-כלל, של היסוד הדמוקרטי על היסוד היהודי. לאור זאת, השימוש ברמת הפשטה גבוהה כלפי היסוד היהודי, לצורך השגת מכנה משותף עם היסוד הדמוקרטי, כמודל שיטתי וקבוע לבחינת ערכיה של המדינה כמדינה יהודית, ישאיר אותו כמעט תמיד מדדה מאחור בחוסר משמעות של ממש.

פרופסור רות גביוון, החותרת גם היא למכנה משותף, מעניקה ליסוד היהודי סיכוי רב יותר של השפעה. בהצעתה לפרש את צמדי המושגים פירוש רזה, הכולל רק את התכנים ההכרחיים והמינימליים בכל אחד מהם, היא תגיע למכנה המשותף בדרך שונה. לבית-המשפט היא מבקשת תפקיד צנוע יותר. את יישוב הסתירות יש להניח לשיח חברתי ופוליטי נמשך עם מינימום של מעורבות שיפוטית.⁴⁷

כאשר הפרשנות רזה, נקודת החיכוך קטנות יותר ונדירות יותר, והסיכוי למצוא מכנה משותף גדול יותר. לכאורה, גם במודל זה אנו נוקקים לרמת הפשטה גבוהה, שכן, כל פתרון החותר למכנה משותף חייב להיוקק לרמת הפשטה כזו או אחרת. אולם למעשה, ליסוד היהודי במשמעות המסורתית סיכוי טוב יותר למצוא ביטוי הולם, לפי משנתה של פרופסור גביוון, מאשר למודל שמציע השופט ברק.

רמת ההפשטה שמציע השופט ברק, יחד עם הגדרה רחבה של המונח "דמוקרטי", שאחריה שובל ארוך של עקרונות ולצידה תיק מלא של כללים, משאיר משקל קטן לערך היהודי. לעומת זאת, הגדרה צרה של המונח "דמוקרטי", גם כאשר נלווית אליה הגדרה צרה של הערך היהודי, מעניקה הודמנות רבה יותר לערך זה, שכן, חלק מן התכנים הכלולים, בדרך-כלל, ביסוד הדמוקרטי יושמט ממנו לצורך מציאת המכנה המשותף. למרות עליונותו הראשונית של היסוד הדמוקרטי, שעמדתו עליה לעיל, הוא עשוי לשלם במקרים מסוימים את מחיר הפרשנות הרזה. במקרים אלה יגדל המרווח של סעיף ההגבלה, וחופש התמרון של המחוקק ביחס שבין הזכויות להריגיהן יגבר.

השופט פרופסור ברק מונה בספרו את מגוון התכנים הכלול ב"מדינה יהודית", שהכל בו,⁴⁸ מביצי כינים עד קרני ראמים. הפרדוקס הוא שגם רוחב יריעה זה אינו מיטיב עם היסוד היהודי, בבחינת תפסת מרובה לא תפסת:

"היהדות והדמוקרטיה הם עולם ומלואו, ואין לך ערך טוב שאינו נכלל בהם. כיוון שכך, אין זה ברור מה הם, לצרכים משפטיים, ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטיה."⁴⁹

אולם מאחר שהיסוד הדמוקרטי מצא את הסדריו הן ברמת העקרונות והן ברמת הכללים, רוחב היריעה משרת אותו, מה שאין כן לגבי היסוד היהודי. לא ייפלא, שהשופט פרופסור אלון נוטה להסדר מגובש יותר, בעיקר הלכה ומשפט עברי, שגם אם הוא צר

47 ראו גביוון, לעיל הערה 4, בע' 661.

48 ברק, לעיל הערה 3, בע' 332.

49 "זמיר" הביקורת השיפוטית על חוקיות חוקים" משפט וממשל א (תשנ"ג) 395, 405.

יותר לכאורה, הוא גורר אחריו למעשה תוצאה משמעותית יותר. מתברר שרטוריקה רחבת-ידיים עלולה להתברר כחסרת נפקות של ממש, ודי בשימוש צר יותר להניב תוצאות של ממש.

כאשר מכנה משותף אינו בנמצא ולפנינו סתירה שאינה ניתנת ליישוב בין שני היסודות האלה, נדרש הליך של העדפה וברירה. לשיטתו של פרופסור אביגדור לבונטין, תהום בלתי-ניתנת לגישור פעורה בין הדת היהודית לבין המדינה הדמוקרטית:

"וקשה לראות חברה או מדינה ככפופה, בו־זמנית, לשתיהן."⁵⁰

"לרקע עברנו, כולל תולדות הציונות, ובהתחשב בקשיים שהיהדות מציבה בדרכה של דמוקרטיה מבית... מתבקש לראות את התואר 'יהודית' כפונה ליהודיות, ובמיוחד ליהודיות הישראלית, שהיא עברית וציונית."⁵¹

לשיטתו, ה"יהודית" היא רק בבואה ל"דמוקרטית". לדידו, שניים אלה לא ילכו יחדיו, גם אם לכך נועדו על-ידי המחוקק.

פרופסור לבונטין אינו בודד בעמדה זו. להעדפת הרכיב הדמוקרטי על הרכיב היהודי במקרה של התנגשות בלתי-פתירה ביניהם יש שותפים נוספים.⁵²

השופט ברק משאיר, כאילו, את שאלת ההעדפה ללא פתרון אפריורי מפורש. הוא מניח את הברירה לפתחו של בית-המשפט, ומשאיר אותה לשיקול-דעתו של השופט בכל מקרה נתון.⁵³ אולם למעשה, שיטתו מעדיפה את הערך הדמוקרטי. עדיפות זו נובעת לא רק מן השלב הראשון החותר לרמת הפשטה אוניוורסלית אלא גם משני השלבים הנוספים שהוא מציע לתהליך הברירה. הואיל והתכלית של "מדינה יהודית ודמוקרטית" נועדה לשרת את קידום ערכי-היסוד של הגנת כבוד האדם וחירותו, יש לבחור בשלב השני "את אותם ערכים אשר מקדמים יותר מהאחרים את מטרתם של חוקי-היסוד", באשר התכלית טפלה לקידום של ערכי-היסוד.⁵⁴ בשלב השלישי של הפעלת שיקול-הדעת השיפוטי הוא מטיל על השופט להכריע על-פי אמות-המידה של הציבור הנאור.⁵⁵ כל אחד משלושת השלבים ושלושתם יחד חותרים להעדפת הערך הדמוקרטי.

גם השופט אלון, כמו השופט ברק, משאיר שיקול-דעת רחב לביית-המשפט, אולם הכיוון שונה בתכלית. שיקול-הדעת שהוא מציע מעניק מרחב תמרון רב יותר לערך

50 ראו א' לבונטין "יהודית ודמוקרטית" - הרהורים אישיים" עיוני משפט יט (תשנ"ה) 521, 546. לעומת זאת, הוא מתעלם כמעט כליל מן העימות שבין המרכיב הציוני למרכיב הדמוקרטי.

51 ראו לבונטין, שם. ראו תשובה מרשימה לטענותיו של לבונטין במאמרו של מעוז, לעיל הערה 39.

52 כהן, לעיל הערה 39, בע' 24; Kretzmer, *supra* note 39, at p. 244.

53 ברק, לעיל הערה 5, בע' 429; ברק, לעיל הערה 3, בע' 344-345, 349.

54 שם, פרשנות חוקתית, בע' 324-325, 344-345.

55 שם, בע' 347. על הציבור הנאור, ראו ר' שמיר "הפוליטיקה של הסבירות: שיקול דעת ככוח שיפוטי" תיאוריה וביקורת 5 (תשנ"ד) 7, 13-18; מ' אלון בעניין שפר, לעיל הערה 38, בע' 103-104.

היהודי. לעיתים, כאשר היסוד היהודי נחוש, חד־משמעי ונחרץ, והעדפת פתרון אחר עשויה להיחשב לפגיעה במהותה של מדינת־ישראל כמדינה יהודית, יש להעדיף את הערך היהודי ולפרש על־פיו את המושג מדינה דמוקרטית.⁵⁶ אין הוא קובע בפסקנות ובאופן ממצה את קני־המידה להעדפת ערך זה על הערכים האחרים, ורק גותן בהם את הסימנים שהבאנו, אולם קריאת הכיוון ברורה.

ד"ר מעוז מציע לפנות אל כל אחד מן המקורות במלוא היקף פרישתו, ולדלות מהם את המיטב ואת המירב. עצם החיוב החוקתי לפנות גם למקורות של ערכי היהדות חולל שינוי עקרוני במעמדם ובכוחם הנורמטיבי במשפט הישראלי. יש לבצע את תהליך הברירה וההתאמה ביניהם בכל מקרה לפי נסיבותיו. הברירה אינה רק בין שני המושגים, אלא גם בין חלופות שונות בתוך כל אחד מהם.⁵⁷

4. קני־מידה לפתרון מצבים קונפליקטואליים

את אוהלי שלי אני נוטה סמוך לאוהלו של מעוז ובטווח עין מזה של השופט אלון. אני משרטט מודל, שכן אני סבור שבכוחם של מודלים להתמודד עם מורכבות הבעיה התרבותית, האידיאולוגית, העומדת בשורש השניות הקיומית שאנו דנים בה. בכל אחד מצמד המושגים האלה, יהדות ודמוקרטיה, מתרוצצים כיוונים ומגמות שונים בחברות שונות או בגלויות שונות ובתקופות שונות. כפי שראינו, בין יהדות לדמוקרטיה מתקיימים בעת ובעונה אחת גם יחסים של אבהות רוחנית ורעות, גם יחסים של ניכור ועוינות וגם יחסים סימביוטיים.

אנסה להעלות קווי מתאר אחדים לאפיון דרכי ההתמודדות עם השניות וכיווני הפרשנות הנראים בעיני. בהיעדר מודל לפתרון המערכת של יחסי־הגומלין בין ערכיה של מדינת־ישראל כמדינה יהודית לבין ערכיה כמדינה דמוקרטית, וכאשר קיימת התנגשות בין היסוד היהודי ליסוד הדמוקרטי, אני מציע שינחו אותנו כמה קני־מידה. קני־מידה אלה נועדו להשיג שתי מטרות עיקריות. ראשית, לצמצם את תחום המחלוקת האפשרית בין יהדות לדמוקרטיה. לשם השגת מטרה זו, ניתן להשתמש בדרכי עקיפין, להיפגש במישור התוצאה בלבד ולהימנע מהכרעות אידיאולוגיות. שנית, למנוע השתלטות מוחלטת של יסוד אחד על אחר, העלולה לפגוע במסורת תרבותית ומשפטית ולתרום להרחבה של תחושת הניכור של קבוצות מסוימות כלפי המדינה.⁵⁸

(א) אני מסכים לדעה הכללית הרווחת, כי המאמץ העליון צריך להיות מכוון להשגת מכנה משותף או סינתזה בין הערכים, תוך התייחסות לערכי־היסוד ולעקרונות־היסוד הקבועים בחוקי־היסוד. על עניין זה עמדתי כבר בפרוטרוט.

56 אלון, לעיל הערה 37, בע' 687; בש"פ 2169/92 סוויסה נ' מ"י, פ"ד (מו) 338 (להלן: עניין סוויסה); עניין שפר, שם, בע' 168.
57 מעוז, לעיל הערה 39, בפרק האחרון של מאמרו.
58 שמיר, לעיל הערה 55, בע' 15-16; ש' מירון "חופש הדת לעומת החופש מדת" עיוני משפט ג (תשל"ג) 414.

(ב) בראש ובראשונה יש לפתור את המצוקה העומדת לפני בית־המשפט, ועניינה הוא הגנת החלש ועשיית צדק. על בית־המשפט להיזקק לשאלות המעוררות בעיות ומציגות מצוקות ולהימנע עד כמה שאפשר מהיגררות אחר התדיינות בסוגיות עקרוניות ואידיאולוגיות.

(ג) במסגרת הכרעת הסכסוך על דרך פתרון המצוקה, עדיף, ככל שהדבר ניתן, שבית־המשפט יעמיד פתרון בלי להיזקק לשם כך להכרעתו האידיאולוגית של הסכסוך. בית־המשפט אינו צריך לשמש מוסד מרכזי בהכרעת מאבקים אידיאולוגיים בשאלות המצויות, תדיר או מפעם לפעם, במרכז הדיון הציבורי והמפלגות את הציבור.

(ד) על בית־המשפט להימנע ככל האפשר מפתחת חזיתות אידיאולוגיות מיותרות.

(ה) רצוי להימנע מהכרעה עקרונית, אפריורית וקבועה, בדבר העדפת יסוד אחד על אחר.

(ו) כאשר אחד היסודות, הדמוקרטי או היהודי, מסוגל להכיל כמה חלופות אפשריות, יש לתת משקל עודף ליסוד האחר, היהודי או הדמוקרטי, אם זה נוטה בכיוון לאחת החלופות.

(ז) לצורך הכרעה בין שני היסודות במצבים של התנגשות או סתירה, יש להבחין בין סוגי העניינים השונים ולבחון חלוקת תפקידים בין כל אחד מן היסודות האלה לצורך הקביעה בדבר העדפתו של אחד מהם בניסבות שונות. על ההכרעה להיות מבוססת לא רק על איזון נקודתי, אלא גם על איזון כללי בין זכויות הפרט לבין אינטרס הציבור וטובת הכלל.

(ח) בפתרון המצוקה או בהכרעת הסכסוך, גם כאשר קיימות מחלוקת עקרונית או הנמקות שונות, יש לבחון אם ניתן להיפגש במישור התוצאה. גם כאשר אין אפשרות להגיע למכנה משותף במישור העקרוני, ניתן לעיתים למצוא את הסינתזה בתוצאה אחידה.

בחלק זה של הרשימה ארחיב על כל אחד מקניי־המידה המוצעים ועל כל אחת מן הנקודות המועלות כאן.

5. הימנעות מהתדיינות המחייבת הכרעה אידיאולוגית חזיתית

אדון בנקודות השנייה והשלישית כאחד, אף כי האחת עניינה בעצם ההיזקקות לסוגיה מסוימת והאחרת נוגעת באופן הכרעת סכסוך שבית־המשפט דן בו לעיצומו. אולם הואיל ואין כוונתי לאי־שפיטותן של הסוגיות, אלא לאופן הניהול של הליך שיפוטי ולדרך ההכרעה בו, והטיעונים דומים, אכרוך את הדיון בשתי הנקודות כאחד.

בית־המשפט דן בסכסוך בין צדדים ופותר מצוקה אמיתית שעניינה כספי, כלכלי, אישי ואף חוקתי. בכל אלה עולה לפני בית־המשפט מצוקה כלשהי ומחייבת את התערבותו. מחלוקת אידיאולוגית שיש לה היבט משפטי הינה שפיתה,⁵⁹ בית־המשפט אינו

59 בג"צ 910/86 רסלר נ' שר הבטחון, פ"ד מב(2) 441, 493 (להלן: עניין רסלר).

צריך למשוך את ידו מן ההתדיינות גם כאשר ברקע (ולא בחזית) נמצא פער אידיאולוגי וגם כאשר הסוגיה מערבת, בין היתר, מחלוקת אידיאולוגית. בתוך המסגרת האמורה, שיקולים אידיאולוגיים אינם פסולים בעיני בית־המשפט ואינם מהווים מחסום אוטומטי בפני מעורבות שיפוטית. כל בעיה משפטית קשורה בדרך זו או אחרת לאידיאולוגיה או להשקפת־עולם. לית אתר פנוי מניה.⁶⁰

אולם על בית־המשפט להימנע בדרך־כלל מעיסוק בשאלות אידיאולוגיות העולות לפניו כאשר אין מסתרת מאחריהן מצוקה. כאשר אין מנוס אלא מהתמודדות חזיתית וישירה בסוגיות האידיאולוגיות, ובית־המשפט נדרש להכריע בהן חזיתית, דהיינו, כאשר השאלה האידיאולוגית היא מושא ההכרעה או כאשר הסוגיה צבועה בעיקרה בצבע אידיאולוגי עז, עדיף שבית־המשפט לא יירד לזירה וימשוך את ידו מן ההכרעה. במיוחד אמורים הדברים באידיאולוגיה הקרובה להשקפה מפלגתית או בסכסוך אידיאולוגי ממושך או קיומי המפלג את הציבור. על אחת כמה וכמה כך הוא כאשר קיים פתרון חלופי או כאשר למצוקה של העותר יש פתרון שאינו מחייב את עירובו של בית־המשפט בהכרעה האידיאולוגית.

נקודת ההבחנה האפשרית בהקשר זה היא ההבדל בין מעורבות המכריעה ישירות ובאמצעות הפסיקה מאבק אידיאולוגי, שעדיף להימנע ממנה, לבין מעורבות המכריעה סכסוך שברקעו מניע אידיאולוגי או השקפת־עולם, שניתן להצדיקה במקרים מסוימים. לא ניתן למצוא קו הבחנה חד וברור, ואולי גם אין צורך בכך. זו דרכו של משפט. כך, בנושא של הנהגת נישואים אזרחיים בישראל, משך בית־המשפט את ידו ונמנע מכל התערבות ישירה או עקיפה. בית־המשפט קבע במפורש כי אינו זירת המאבק ואינו הפרום המתאים לניהולו.

"עניין זה הוא סלע מחלוקת חריף בציבור הישראלי... מה לנו בתור שופטים, המצווים להתרחק מכל פולמוס וריב פוליטי, לבוא במקום המחוקק ולהכריע בשאלה שמפלגת את הציבור?"⁶¹

"יש הסבורים, כי פתרון הבעיה הוא בהנהגת נישואין אזרחיים... אחרים סבורים, כי הפתרון ימצא בתחומי המשפט העברי עצמו... כך או כך, בית המשפט עצמו אינו יכול ואינו צריך לפתור את הבעיה בבסיסה. אין לצפות מבית המשפט כי יורה על קיומם של נישואין אזרחיים, ובית המשפט סירב לכך בעקביות."⁶²

ככל שהמעורבות מחייבת יותר הכרעה אידיאולוגית ותוצאתה היא יותר במישור

60 א' רוזן־צבי "תרבות של משפט (על מעורבות שיפוטית, אכיפת חוק והטמעת ערכים)" עיוני משפט יז (תשנ"ג) 689, 704.

61 ע"א 373/72 טפר נ' מ"י, פ"ד כח(2) 7, 15. כן ראו השופטים אגרנט ולנדוי בבג"צ 130/66 שגב נ' בית הדין הרבני האיזורי, צפת, פ"ד כא(2) 505, 541, 557-558 (להלן: עניין שגב).

62 בג"צ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים, פ"ד מז(1) 749, 789 (להלן: עניין אפרת).

העקרוני, כן צריך שהנטייה של בית־המשפט תהיה לצד הריסון וההתאפקות השיפוטית. לעומת זאת, ככל שניתן לצמצם את המעורבות השיפוטית לתוצאות המשפטיות ולהפריד בין ההכרעה הפסוקה לבין התערבות ישירה במחלוקת האידיאולוגית בתחומים העקרוניים והעיקריים, כן יהיה על בית־המשפט להתערב גם אם הכרעתו מונעת מהשקפת־העולם שהוא דוגל בה.

יתר על־כן, בית־המשפט מקפיד בדרך־כלל לשמור על המסגרת הפורמלית או על העטיפה הסמלית, אך הוא מוצא את הדרך לתקוף את הבעיה במישור המעשי ולפתור את המצוקה בנושא הפרטני.⁶³ ייתכנו בהחלט היבטים שונים של אותו עניין, שעל חלקם תהיה המעורבות השיפוטית מוצדקת ועל חלקם האחר היא תיחשב למעורבות בלתי־מוצדקת.⁶⁴ הציבור החילוני זוכה בתוצאה מעשית, הציבור הדתי – בסיפוק אידיאולוגי־סמלי.⁶⁵

ברשימה קודמת השתמשתי בסוגיה של הפסקת היריון כדוגמה מאלפת לדרך שהמשפט הישראלי, בניגוד לזה האמריקני, השכיל (בשיתוף־פעולה בין המחוקק לבית־המשפט) למצוא בה פתרון העולה בקנה אחד עם צורכי החברה והשקפתה, ועם זאת אינו מערב את בית־המשפט במאבק האידיאולוגי ואינו עושה אותו צד לתסיסה הפוליטית או לגורם בה. הסדר הפשרה שהתמסד מקובל למעשה על דעת כל בני החברה.⁶⁶

על בית־המשפט לשמור לעצמו את חופש התמרון על־ידי שימוש בטכניקות שיאפשרו לו סגירת פערים כאשר הצרכים החברתיים מחייבים זאת, בלי לפגוע, כביכול, בשלד המרכזי של הדין הדתי שנקבע על־ידי המחוקק כהסדר מחייב. באותה עוצמה שעל בית־המשפט לסגור בה פערים, הוא חייב להימנע מהתנגשות עם הדין הדתי במקום שאין צורך ממשי בכך. כך תישמר בידו אופציה של התערבות בלי לפתוח חזית כוללת עם הדין הדתי, שתסכן את מעמדו של בית־המשפט. כך נוצרת נקודת־איוון בין הגנת הסטטוס קוו לבין האידיאולוגיה החברתית והמציאות ההתנהגותית. בית־המשפט שומר על כללי המשחק.

63 גם במקרים אחרים נקבע שפגיעה בזכות של ממש (רכושו של אדם, למשל) מצדיקה התערבות שיפוטית, אף־על־פי שהנושא הוא בעל אופי פוליטי, ראו בג"צ 606/78 אויב נ' שר הבטחון, פ"ד לג(2) 113, 124.

64 שם, בע' 128–129.

65 ניתן להביא גם דוגמות הפוכות שהציבור החילוני עשוי לזכות בהן בסיפוק סמלי, ואילו הציבור האורתודוקסי יזכה בהישג הממשי. כך, למשל, זכה הציבור החילוני בהישג סמלי בעניין רישום גרים רפורמיים כיהודים במרשם האוכלוסין, ראו בג"צ 264/87 התאחדות הספרדים שומרי תורה – תנועת ש"ס נ' מנהל מינהל האוכלוסין במשרד הפנים, פ"ד מג(2) 723, ואילו הציבור האורתודוקסי זכה בהישג המעשי בכך שנדחתה עתירתם של רבנים רפורמיים לשמש כרושמי נישואין, ראו עניין קרן התנועה ליהדות מתקדמת בישראל, לעיל הערה 34. על משמעות ההיבט הסמלי בתחום דיני הנישואין ועל מחירו, ראו: P. Shifman "State Recognition of Religious Marriage: Symbols and Content" 21 *Isr. L. Rev.* (1986) 501.

66 רוזן־צבי, לעיל הערה 60, בע' 705.

בשימוש באמת-מידה זו ניתן, בין היתר, להסביר את דחיית העתירה בשאלת ההשתייכות הדתית של אדם המצהיר על עצמו כחסר אמונה דתית.⁶⁷ בהיעדר איסור בדין הדתי או כל מניעה אחרת שבעטיים נשללה מן העותרים האפשרות לעריכת נישואין דתיים כדת משה וישראל, לא תר בית-המשפט אחר פתרון שיענה על המצוקה המצפונית של העותרים. לא שהמצוקה המצפונית והפגיעה בחופש מדת של העותר הינם חסרי משמעות או אינם שוקלים דיים. אולם, כאשר לפני בית-המשפט עומד הסדר חקוק מסוים והוא נדרש לפרשנותו, הוא עורך את מאזן האינטרסים. מצד אחד עומדת המטרה החקיקתית הנחושה המיסדת על היסוד היהודי. מצד אחר עומדת זכותו של הפרט לחופש המצפון. כדי שבית-המשפט ייצא מגדרו ויסגור את הפער בין הדין הדתי לבין המציאות, תוך העדפה – מפורשת או נרמזת – של היסוד הדמוקרטי, נדרשה מצוקה אישית בפועל. מצוקה מצפונית, למרות חשיבותה העקרונית ומשמעותה לגבי הדמוקרטיה, לא הספיקה לשם כך. תופעות-הלוואי שהליך כזה גורר אחריו מהוות אינטרס ציבורי המונע את המעורבות השיפוטית בנסיבות אלה.⁶⁸ אין בכוחה של המצוקה העקרונית לעמוד מול האינטרסים של הצורך בוודאות הסטטוס ושל הנחיצות בהצבת מבחן אובייקטיבי לקביעת ההשתייכות הדתית במציאות המשפטית הנוהגת.

אמת-המידה המוצעת נותנת הסבר לסתירה במגמה השיפוטית בעניין זכויות הידועים-בציבור. מצד אחד, הרחיבה הפסיקה את היקף הזכאים ואת היקף הזכויות הניתנות לידועים-בציבור.⁶⁹ מצד אחר, אף כאשר צעד בית-המשפט כברת דרך נוספת והעניק לידועה-בציבור הישג בעל אופי סימבולי, בהתירו לה לצרף את שם משפחתו של הידוע-בציבור לשם משפחת נעוריה, הוא השקיף על תופעת הידועים-בציבור ב"רגשות מעורבים". הוא גילה הבנה לסיכונים הטמונים בה לסטטוס הנישואין ונמנע מטשטוש מוחלט בין מעמד האשה הנשואה למעמד הידועה-בציבור:

"אותה תקנת ציבור [המכירה במוסד הידועים בציבור ומצדיקה בעניינים שונים את הרחבת זכויותיהם – א' ר"צ] עומדת על משמר סטטוס הנישואים ועל קיומם של נישואין כדת וכדין ומסרבת לראות בידועים בציבור כנשואים לכל דבר ועניין."⁷⁰

המסקנה היא, שאף בהרחיקו לכת במישור הקניית הזכויות, שומר בית-המשפט על סטטוס הנישואין במישור העקרוני וההצהרתי ונמנע מזיהוי מוסד הידועים-בציבור עם סטטוס זה.

אכן, השופט ברק כרך בנשימה אחת את הימנעותו של בית-המשפט מדיון בהנהגת נישואים אזרחיים עם רתיעתו מפתרון חד-משמעי של בעיית הידועים-בציבור:

"פתרון חד-משמעי לבעיית הידועים בציבור אינו בידי בית-המשפט. אין בעניין זה

67 ע"א 450/70 רוגוזינסקי נ' מ"י, פ"ד כו(1) 129.

68 שם, בע' 139-140.

69 רוזן-צבי, לעיל הערה 26, בע' 303-306.

70 עניין אפרת, לעיל הערה 62, בע' 788, מול האותיות ו-ז, וכן בע' 787, מול האות ג.

קונסנסוס בחברה הישראלית, ואין לצפות מבית המשפט כי יכריע באופן מובהק לכיוון זה או אחר... הכרעות חד-משמעיות בסוגיה רגישה זו יכולות לבוא אך מגורמים לבר-שיפוטיים... בית המשפט עצמו אינו יכול ואינו צריך לפתור את הבעיה בבסיסה. אין לצפות מבית המשפט כי יורה על קיומם של נישואין אורחיים.⁷¹

כאן נעוץ גם מרכז-הכובד של ההבחנה בין עותרים פסולי-חיתון לעותרים פנויי-חיתון בסוגיית הקידושים הפרטיים. פסולי-חיתון זכו בסעד⁷² בשל היותם נתונים במצוקה ממשית. זכות הנישואין שלהם לא ניתנה למימוש. לעומת זאת, נדחתה עתירתם של פנויי-חיתון, שבמרכזה עמד מאבק עקרוני ואידיאולוגי ללא מצוקה ממשית בפועל. לפניהם של אלה פתוחה דרך-המלך של יצירת הסטטוס. לפיכך, אין האינטרס הציבורי מחייב את בית-המשפט לסטות מן ההסדר הדתי המקובל.⁷³ אדרבא: במקרה זה ידו של האינטרס, שעיקרו הסדר הציבורי התקין ומניעת תקלות חמורות על-ידי טקס פרטי, גוברת על האינטרס הדורש הכרעה במעמדם של אנשים.

אותה נחישות-דעת שאפיינה את בית-המשפט האזרחי ביצירת מסלול מקביל של פסולי-חיתון אפיינה אותו בחסימת כל ברירה של יצירת מסלול כזה לגבי פנויי-חיתון. על רקע זה ניתן גם לשבח את ההלכה הדוחה תביעת מזונות של אשה בקידושים פרטיים של פנויי-חיתון.⁷⁴ הלכה זו ממשיכה את הקו שהחליט עליו בג"צ כמדיניות שיפוטית במסגרת סוגיית הקידושים הפרטיים.

גם בסוגיה של נישואי-התערובת פעל בית-המשפט על רקע המחלוקת האידיאולוגית, אך נמנע מהכרעה עקרונית. כדי להימנע מהכרעה חוזית בנושא רגיש ומרכזי, נוצר מצב שאין בו עדיין כל הכרעה בשאלה אם הנישואים תקפים אם לאו.⁷⁵ ההכרעה עצמה נעקפת.

71 שם, בע' 789, מול האותיות ב-ג.

72 לגבי רישומם במרשם האוכלוסין, ראו בג"צ 80/63 גורפינקל וחקלאי נ' שר הפנים, פ"ד יז 2048; בג"צ 51/69 רודניצקי נ' בית-הדין הרבני הגדול לערעורים, פ"ד כד (1) 704; בג"צ 275/71 כהן נ' בית-הדין הרבני האזורי, תל-אביב-יפו, פ"ד כו (1) 227; בג"צ 29/71 קידר נ' בית-הדין הרבני האזורי, תל-אביב-יפו, פ"ד כו (1) 608 (להלן: עניין קידר). לגבי החלת חוק יחסי ממון בין בני זוג, תשל"ג-1973, ס"ח 267, על הסכמי ממון הנערכים על-ידם, ראו ע"א 640/82 כהן נ' הי"מ, פ"ד לט (1) 673.

73 הן לגבי מניעת הסעד לצורך מרשם האוכלוסין, ראו עניין שגב, לעיל הערה 61; והן לגבי שלילת הזכות למזונות הנובעת מקידושין אלה, ראו ע"א 32/81 צונן נ' שטל, פ"ד לז (2) 761 (להלן: עניין שטל).

74 עניין שטל, שם.

75 אולם אם נערכו הנישואים בחיקה של שיטת משפט זרה בעת היות בני-הזוג כפופים לדין הזר, תחול ההלכה בע"א 191/51 סקורניק נ' סקורניק, פ"ד ח 141, המכירה בתוקפם של הנישואים גם על נישואי-תערובת, ראו ע"א 566/81 שמואל נ' שמואל, פ"ד לט (4) 399, 403, מול האותיות ג-ד (להלן: עניין שמואל).

אולם בעת ובעונה אחת נעשים במקביל צעדים שיפוטיים להגיע להסדר מעשי בעניינים ממשיים שונים בדרך עקיפה.⁷⁶

יחד עם זאת, בהקשר אחד נעשתה הכרעה עקרונית. כמו בסוגיות הנוגעות בידועים-בציבור ובקידושים הפרטיים, הכריע בית-המשפט גם בסוגיה של נישואי-התערובת את השאלה העקרונית בעניין תקנת-הציבור. בית-המשפט העדיף את תקנת-הציבור החילונית על זו הדתית כל עוד אין זו האחרונה גוררת אחריה תוצאות משפטיות אופרטיביות. ההגדרה האזרחית של תקנת-הציבור היא המושלת בכיפה בבית-המשפט האזרחי. על בסיס זה קבע בית-המשפט שעריכת נישואי-תערובת מחוץ לישראל אינה נוגדת את תקנת-הציבור הישראלי.⁷⁷

בעקיפין, משריש אפוא בית-המשפט את האידיאולוגיה החילונית בלי להכריע במישור העקרוני והסימבולי.

לסיכום אמת-מידה זו יפים גם דבריו של נשיא בית-המשפט העליון השופט מאיר שמגר, בעת שדן בעתירתן של נשים שביקשו להתפלל ב"מניין" תוך התעטפות בטלית וקריאה בספר תורה בכותל המערבי. הוא דחה את העתירה באותו שלב, בהציעו לממשלה לשקול מינוי ועדה לבדיקת הנושא לעומקו, כדי להגיע לפתרון שיקיים את חופש הגישה לכותל ויצמצם פגיעה ברגשות המתפללים:

"בהקשר זה טוב לזכור כי ההתמקדות הבלעדית בפרישת הקושיות והבעיות לפני בית המשפט, אותה 'תרופת פלא' של דורנו, אינה בהכרח פתרון ראוי ותרופה רצויה לכל תחלואינו. טמון בה לא אחת הרצון, כי ייקבע פתרון של כפייה, הנשען על הציווי השיפוטי, מקום בו הניסיון להגיע להבנה ולהידברות בין בעלי הגישות השונות נראה לכאורה קשה יותר. דא עקא, שפתרון של הסכמה והבנה, מעלתו עולה מתוכן, והרוח שהביאה להסכמה גם שורה על תוצאותיה...

עליכן דעתי היא, כי אין להכריע בסוגיה שלפנינו, בשלב הנוכחי, בדרך שבה נחתך סכסוך משפטי מן השורה."⁷⁸

6. פתרון מצוקה או סכסוך ולא הכרעות אידיאולוגיות

עד כאן התרכזנו בצורך בהימנעותו של בית-המשפט מהתדיינות בסוגיות שבמרכזן הכרעה אידיאולוגית. עתה נבחן את מעמדו של בית-המשפט בהכרעה כזו. במקרים

76 ראו, למשל, בג"צ 143/62 פונק שלזינגר נ' שרי-הפנים, פ"ד יז 225 (להלן: עניין פונק שלזינגר); כמו-כן ראו פ' שיפמן דיני המשפחה בישראל (תשמ"ד) 191-198.

77 עניין פונק שלזינגר, שם, בע' 257.

78 בג"צ 257/89 הופמן נ' הממונה על הכותל המערבי, פ"ד מח(2) 265, 354 מול האות ז, 355 מול האות א, 355 מול האות ז, 356 מול האות א. דברים ברוח זו על מגבלות העשייה השיפוטית ראו גם בפסק-דינו בבג"צ 1/81 שירן נ' רשות השידור, פ"ד לה(3) 365, 380, ובעניין רסלר, לעיל הערה 59, בע' 518 ואילך.

שההכרעה בסכסוך משולבת בהם בחזית אידיאולוגית, עדיף לבית-המשפט להתרכז בפתרון המצוקה העומדת לפתחו ולהיפגש במידת האפשר במישור התוצאה. הדו־שיח הנורמטיבי בין יסודות קיומה הנוגדים והמשלימים כאחד של מדינת-ישראל מתקיים מעבר לגבולות של מודל זה או אחר, ועיקרו מתנהל מחוץ לכותלי בית-המשפט. איני סבור שבית-המשפט צריך או יכול להכריע, במפורש ובאופן חזיתי, במחלוקות אידיאולוגיות גם כאשר פסיקתו יונקת מטבע הדברים מאידיאולוגיה זו או אחרת או מתכונת אליה. בית-המשפט יכול וצריך לקבוע נורמות. בכוח הנורמות לזרז תהליכים העשויים להשפיע על מחלוקות אידיאולוגיות. תרבות של משפט נוצרת על רקע התרבות הכללית ותורמת לה נדבכים משלה.

בית-המשפט דובר בשפת הכוח שהעניקה לו המדינה. מעבר לשפה זו, הוא חייב לארוג לו ציפוי עבה של אמון הציבור. כמסגרת שלטונית המשלבת מומחיות וניטרליות יחסית, נוטה בית-המשפט – במיוחד במדינת-ישראל, וביתר שאת בשני העשורים האחרונים – לפתח, במקביל לשיח המקצועי, גם הנהגה מוסרית ולעצב מתכונת נורמטיבית של הולכה חברתית.⁷⁹ אולם הקשר חייב לעבור דרך המארג הנורמטיבי ולהישאר צמוד לסכסוך מוחשי ולעיתים אף מופשט.

יחד עם זאת, מחלוקת תרבותית או רוחנית, בין בת מאה או מאתיים שנה ובין בת שנות דור או שניים, אינה נפתרת בהבל-פיו של המשפט או בפסקי-דינו של בית-המשפט. אל לנו להשלות את עצמנו שכוחם של המשפט או של בית-המשפט עומד להם כלפי שאלות קיומיות. התהליכים הינם מורכבים והדרגתיים. הם משלבים חברה, חינוך, דת, מוסר ותרבות.

כך, למשל, נהג בית-המשפט כאשר פירש את פקודת הנישואין והגירושין (רישום) תוך זיקה ישירה לדין הדתי המהותי בענייני נישואין וגירושין, המיושם על-פי חוק שיפוט בתי-דין רבניים. בית-המשפט פירש כך את הפקודה כדי למנוע תקלות בדין המהותי ובהתדיינות בבית-הדין הרבני.⁸⁰ הפרשנות האמורה שללה אפשרות של רישום הנישואין בישראל על-ידי רבנים מן הזרמים השונים ביהדות שאינם אורתודוקסיים. גם בסוגיה זו נסב עיקרה של העתירה על המאבק העקרוני. הכרה במעמדם של רבנים מזרמים שאינם אורתודוקסיים היתה עלולה לפגוע בליבו של הסדר הנישואים והגירושין בישראל ואף לקלוט בדרך עקיפה סוג מסוים של נישואים אורחיים. תוצאות אלה הן מחוץ לתחום המעורבות השיפוטית.

המקרים שהובאו בתת-פרק הקודם יפים גם לכאן ומדגימים היטב את כוונתי.

79 לניתוח התופעה ראו, בין היתר, מ' מאוטנר ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי (תשנ"ג); שמיר, לעיל הערה 58; מ' מאוטנר "הסבירות של הפוליטיקה" תיאוריה וביקורת 5 (תשנ"ד) 25; רוון-צבי, לעיל הערה 60. ראו גם א' ברק "על השקפת עולם בדבר משפט ושיפוט ואקטיביזם שיפוטי" עיוני משפט יז (תשנ"ג) 475.

80 עניין קרן התנועה ליהדות מתקדמת בישראל, לעיל הערה 34.

7. הימנעות מפתחת חזיתות אידיאולוגיות

ראוי גם שבית-המשפט יימנע, עד כמה שהדבר ניתן, מפתחת חזיתות אידיאולוגיות מיותרות. פעמים רבות ניתן להשיג תוצאה רצויה גם בלי לקרוא לילד בשמו ובלי לעורר את חמתו של זרם כזה או אחר. כאשר האידיאולוגיה עומדת ברקעה של ההתדיינות השיפוטית, עשויה התוצאה המשפטית האופרטיבית, בין באותו מקרה ובין כתקדים למקרים נוספים, גם אם היא חשובה פחות מאשר ההכרעה האידיאולוגית, להיות מקובלת ומוסכמת יותר ממנה. קבוצות רבות באוכלוסייה מוכנות להשלים עם תוצאה אם לא נפגעה זהותם הרוחנית ואם הסיכוי או החלום לנחול ניצחון במערכה האידיאולוגית בימים יבואו אינו נגזל מהם על-ידי הכרעה שיפוטית.

דוגמה יפה לכך היא שינוי ההלכה בסוגיה של הוספת שם משפחתו של הידוע-בציבור לשם משפחת נעוריה של הידועה-בציבור שלו. בית-המשפט הפך הלכות קודמות וקידם את מעמד הידועים-בציבור לרמה גבוהה יותר, בהעניקו להם את אחד מסמלי הסטטוס של בני-זוג נשואים.⁸¹

עם זאת, כפי שהראנו לעיל, במישור ההצהרתי, תוך עשיית שימוש מושכל ברטוריקה השיפוטית, הבחין בית-המשפט היטב בין הידועים-בציבור לבין הנשואים. במישור העקרוני הקפיד אפוא בית-המשפט לשמור במפורש על ההבחנה האמורה. בעשותו כן, עקף השופט ברק, מפיו ניתן פסק-הדין המרכזי, את המכשול האידיאולוגי אף-על-פי שפסיקתו קידמה באופן ממשי ואף סמלי את מעמדו של מוסד הידועים-בציבור.

מול מקרה זה בחרתי להציב מקרה אחר, שגם בו ניתן פסק-הדין המרכזי מפני השופט ברק. בבג"צ 1000/92 בבלי נ' בית הדין הרבני הגדול,⁸² הטיל בית-המשפט על בתי-הדין הרבניים להחיל את המשפט האזרחי בתחומים שאינם מענייני המעמד האישי, ובין היתר את חוקת השיתוף שפיתח בית-המשפט העליון. בעשותו כן, צעד בית-המשפט מספר רב מדי של צעדים, וכתוצאה מכך נפתחה חזית אידיאולוגית מיותרת עם בית-הדין הרבני.

אין ספק בצדקת התוצאה שהגיע אליה בית-המשפט ובחיוניותה. אין גם ספק בתרומה המרכזית של בית-המשפט במקרה זה לעקרון השוויון בין המינים, לקידום זכויות האשה בבית-הדין הדתי ולהרחבתה של היקף פרישתם של עקרונות-היסוד בכל ערכאות השיפוט בישראל. אולם קביעה בדבר חוסר סמכותו של בית-הדין או ביטול החלטה שלו על סמך פגיעה בעקרונות השוויון או בעקרונות-יסוד אחרים, אף-על-פי שהיא מעוררת בדרך הטבע את ביקורתו של בית-הדין, היא עניין אחד; ואילו הטלת הדין האזרחי (כולל הפסיקה) בתחומים נרחבים על מערכת שיפוט עצמאית יחסית, הפועלת לפי הדין הדתי, מהווה פגיעה בעלת אופי עמוק יותר וברמה אחרת ומקוממת את הציבור הדתי ללא צורך. עם התוצאה האופרטיבית היה בית-הדין הדתי משלים, תוך חירוק שיניים, כפי שהשלים במשך השנים עם קיצוץ הדרגתי של סמכויותיו; אולם מערכת דתית אינה יכולה,

81 עניין אפרת, לעיל הערה 62.

82 פ"ד מח(2) 221 (להלן: עניין בבלי).

מבחינת הכרתה העצמית ומעצם הווייתה הדתית, לעכל "פלישה" חילונית רחבת-ממדים לדין הדתי.

פעולתו של בית-המשפט הגבוה לצדק בתחומים שונים של דיני המשפחה והמעמד האישי ועמידתו מול בית-הדין הרבני נחשבת במציאות הישראלית לרע במיעוטו ולהכרח בל-יגונה.⁸³ זו גם היתה ההתייחסות לכך במשך השנים; אולם כדי להשיג את התוצאה בעניין בבלי, הן במישור המידי והן במישור התקדימי, היו ועדיין קיימים כמה אמצעים משפטיים פחות רדיקליים בהרבה.⁸⁴ בהיותה חורגת מן ההכרח מבחינה רלוונטית – הגנת הצד המקופח, פתרון מצוקות והשגת הצדק – היא עוררה עליה ביקורת קשה ונועזת. נוסף לפתיחת חזית אידיאולוגית, העלולה לפגוע בבית-המשפט על-ידי ביקורת מגזרית קשה ונוקבת, נחלשת גם הזדהותה של קבוצה רחבה עם בית-המשפט,⁸⁵ מה עוד שההישגים בפועל מסופקים ביותר. אפילו היתה לבית-הדין נכונות לקבל על עצמו את עול הדין האזרחי, אין לצפות שיהיה מסוגל להתמודד עימו. הן מבחינת הכשרתו, הן מבחינת האתוס המשפטי והן מבחינת המחויבות הדתית, אין בית-הדין יכול לקבל על עצמו את העול של פסיקת בג"צ במקרה זה.

התוצאה היא שהחזית האידיאולוגית שנפתחה לא תיצור את השינוי המיוחל ולא תפתור את מצוקתם של הצדדים שלמענה הפעיל בית-המשפט את כוח הפיקוח השיפוטי שלו. להיפך, סחבת אפשרית, בתוספת תחבולות של סדר-דין ודיני ראיות, שיינקטו כדי

83 ראו, למשל, בג"צ 73/66 זמולון נ' שר הפנים, פ"ד (4) 645, 660, 668; עניין שגב, לעיל הערה 61, בע' 555, 556-557, 558; ע"א 99/63 פלג וארז נ' הי"מ, פ"ד יז 1122,

1128; עניין שמואל, לעיל הערה 75, בע' 404; עניין קידר, לעיל הערה 72, בע' 613-614.

84 בית-המשפט היה יכול להסתפק בדרך הסלולה של חוק שיווי זכויות האשה, תשי"א-1951, ס"ח 248: "יכולתי לסיים בכך את פסק-דיני זה. עם זאת פתרון זה הוא חלקי בלבד סומך הוא על חוק שיווי זכויות האשה" (עניין בבלי, לעיל הערה 82, בע' 243). לדרכים נוספות ראו, למשל, א' רוזן-צבי "דיני משפחה וירושה" ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"א (תשנ"ב) 184, 203-204; ר' הלפרין-קדרי "פלורליות משפטית בישראל: בג"צ ובתי-הדין הרבניים – בעקבות בבלי ולב" עיוני משפט כ (1997) 683, חלק שני של המאמר.

אין ספק שפתרון עדיף, מבחינת התוצאה ארוכת-הטווח ומבחינת יעילות השגתה, מעוגן בתחום הסמכות. על-פי גישה זו, אין בית-הדין מוסמך לדון בעניינים רכזיים הנכרכים על-ידי התובע בתביעת גירושין, בשל היעדר עילת תביעה וממילא גם בשל היעדר כנות מצד התובע. פתרון זה, המכוון עצמו כלפי התובע, הוא פחות רדיקלי מבחינת מהות התוצאה ואינו פותח שום חזית אידיאולוגית.

גם בעיני הסובייקטיביות של בית-הדין נראה לי שפתרון של סמכות הוא אמצעי קל יותר מאשר הטלת דין חילוני רחב-היקף. קיצוץ סמכות מיצר אומנם את גבולות האוטונומיה של בית-הדין, אך משאיר עדיין את חלקת אלוהים הקטנה, הגם שהיא קטנה יותר. לעומת זאת, הטלת דין חילוני רחב-היקף על בית-הדין, הגם שאינו מזיז את קו הגבול, הריהו, לדעת חוגים דתיים נרחבים, מפורר את האוטונומיה.

85 שמיר, לעיל הערה 55, בע' 15-16.

למנוע את רוע הגזירה, עלולים להוסיף התדייננות, להגדיל את ההוצאות ולהרבות את מצוקת הצדדים. פתרונות חלופיים רדיקליים פחות היו יכולים לעורר פחות ביקורת, מצד אחד, ולהשיג תוצאות טובות יותר ויעילות יותר, מצד אחר.⁸⁶

8. הימנעות מהעדפה אפריורית

איני סבור שקביעה אפריורית של העדפת ערך אחד על אחר כהסדר שיטתי וקבוע הינה נכונה וראויה. היא גם אינה עולה בקנה אחד עם תכלית החקיקה שבבסיסה עומדת הפשרה והחתירה לקונסנזוס. בשל כך מוצדק לומר שתכלית החקיקה אכן חותרת למציאת מכנה משותף וסינתזה בין הערכים.

חוקי־היסוד השתחררו מחבל־הטבור של הכנסת, אך תכלית חקיקתם שרויה עימנו. החקיקה, אשר איגדה את שני הערכים האלה יחד, תכליתה היא להשיג הסדר של פשרה. פשרה מונעת קרע ושומרת מפני פריצת חזית אידיאולוגית. זהו ללא ספק היסוד המוסד של חקיקת־היסוד.⁸⁷ תכלית זו מחייבת אותנו.

אכזבתו של חלק מן הציבור מן הדחיקה הפרשנית, שכבר הספיקה להיות מנת־חלקו של הרכיב היהודי, גוררת אחריה אובדן אמון ותחושת אי־אונים בקרב אותו ציבור. התרגום הפוליטי של אכזבה זו בא לביטוי, בין היתר, בעצירת המשך ההליך של החקיקה התחוקתית. ההתחשבות בפשרה נושאת עימה בראש ובראשונה חובה פרשנית במסגרת ההיוקקות לתכלית החקיקה. אולם היא גם משלבת תבונה חוקתית, שיש בה גם אסטרטגיה וגם טקטיקה, כפי שנראה מיד.

גם אם בית־המשפט עשוי לנצל את ההסדר החוקתי הקיים כמנוף כללי ולהשלים חלק מן החללים הריקים בדרך של פרשנות חוקתית רחבה,⁸⁸ כתחליף להמשך התנופה החקיקתית של חוקי־היסוד מצד המחוקק, אין זה תחליף הולם. לא ניתן להנחיל ערכים חוקתיים ללא קונסנזוס. בצד הסכנה של יצירת עוינות מצד חלקים מן הציבור כלפי

86 הסתייגות נוספת מאופן ההכרעה בעניין בבלי נוגעת בדרך ההתערבות. במקרים רבים, כאשר בג"צ מגיע למסקנה שיש להתערב בפסק־דינו של בית־הדין, עדיף שההחלטה תצא ממנו. כאשר מוטל על בית־הדין דין חילוני, החזרת התיק אליו אינה מרככת את הפגיעה שהוא סופג מבג"צ, אלא אף מעצימה אותה ומעמידה את בית־הדין במצב בלתי־אפשרי. נוח לו לבית־הדין שידו שלו לא תהיה בדבר, וכי לא יוטל עליו תפקיד שאין הוא מסוגל לעמוד בו. ואכן כך פעל בג"צ בפרשת הקידושים הפרטיים. הוא נטל את התפקיד על עצמו ושחרר את בית־הדין ממשימה בלתי־אפשרית לפי אמונתו ולפי עולם המושגים שלו (עניין קידר, לעיל הערה 72, בע' 613-614).

87 על תולדות הפשרה הפוליטית שהולידה את הנוסחה הגואלת של "מדינה יהודית ודמוקרטית", ראו בפרוטרוט אצל קרפ, לעיל הערה 2, בע' 333-344; על הפשרה ומשמעותה ראו אלון, לעיל הערה 37, בע' 662, 666, וההפניות שם.

88 ברק, לעיל הערה 3, בע' 416 ואילך.

חקיקת היסוד האמורה, הפוגעת בהנחלת ערכי החוקה, אין להתעלם גם מן החשש מפני שינוי חוקי היסוד.

אם קביעה הצהרתית בדבר עדיפות נורמטיבית אפרוירית נובעת מחשש מפני המעטת דמותה הדמוקרטית של המדינה, אין לו שום בסיס. כבר הצבענו בחלקה הראשון של רשימה זו על עוצמתו ועליונותו של הרכיב הדמוקרטי במשך כל שנות קיומה של המדינה. עדיפותו של הרכיב הדמוקרטי ועליונותו קיימת בפועל במציאות שלנו בכל אחד מן המישורים המרכזיים של דמות המדינה: בעיצוב דמותה השלטונית, בארגון הלכה למעשה של השלטון והמוסדות, ברוב החקיקה הקיימת ובאתוס המרכזי המהווה את המכנה המשותף של כל אזרחיה.

יתר על-כן, עיקר העדיפות הנורמטיבית נובעת ממשקלו של הרכיב הדמוקרטי בחיי המדינה ומהשפעתו הממשית על המשפט במשך השנים ועד היום הזה. ממרכיב זה נגזרו במשך השנים כללים פרטניים וזכויות יסוד לרוב. משום כך אין היסוד הדמוקרטי מאוים, ואין צורך לגמד עוד יותר את הרכיב היהודי על-ידי העמדתו האפרוירית והשיטתית בנחיתות מוחלטת ומתמדת.

בכל הסדר יש להביא בחשבון את אפשרה הפוליטית והחברתית שנעשתה בחיבור שני רכיבים אלה לחוקי היסוד. הטיה אפרוירית של צמד המושגים "יהודית-דמוקרטית" לכיוון הדמוקרטי, מעבר למה שקיים כבר למעשה בשיטתנו המשפטית, מתעלמת מן התכלית החקיקתית, שיצרה הסדר מורכב ומאוזן של שילוב ושל אחדות של ניגודים.

יהיה זה משגה תרבותי טרגי אם גורל "ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית" יהיה כגורלם של "עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל" שבחוק יסודות המשפט, תש"ם-1980, שהושארו על-ידי הפסיקה כקול קורא במדבר.⁸⁹

"זה פתרון המחמיץ הזדמנות חשובה ליצירת מחויבות תרבותית משותפת ליחוד תרבותי-לאומי גם בנושא זה."⁹⁰

משום כך לא רצוי גם להשתמש בנוסחות כמו דרגת הפשטה אוניוורסלית, ההופכת את הרכיב היהודי למיותר ומונעת ממנו כל השפעה של ממש. איני סבור גם שיש להגביל את התכנים של יהודיות ודמוקרטיה לעקרונות ולערכים בלבד ולא לפרטי הדינים, למופשט בלבד, ולא לקונקרטי.⁹¹

כמדינה דמוקרטית, שאינה מקבלת את ההלכה כמצע לגיבוש מוסדותיה, עקרונותיה

89 ס"ח 163. ראו על כך אצל אלון, לעיל הערה 37, בע' 670-672; א' קירשנבאום "חוק יסודות המשפט - מציאות וציפיות" עיוני משפט יא (תשמ"ה) 117; ל' שלף "בין משפט פלילי לבין משפט עברי - לקראת יסודות משפטיים למורשת ישראל" פלילים ג (תשנ"ג) 102; שמיר, לעיל הערה 55, בע' 15.

90 גביוון, לעיל הערה 4, בע' 677. על תפקידו התרבותי של המשפט העברי בשיח המשפטי הכללי בסוגיות שונות ודרך יישומו בדיני עשיית עושר, ראו ח' דגן "הזכות לפירות ההפרה: אנטומיה של חקיקה שיפוטית" עיוני משפט כ (1997) 601.

91 ברק, לעיל הערה 3, בע' 330, 342-344.

ועיקרי הנורמות החלות בה,⁹² אין לראות את ההפניה אל הערך של מדינת-ישראל כמדינה יהודית כהפניה אל ההלכה. אכן, כעיקרון, תכלית החקיקה היא לקלוט ערכים יהודיים, ולא דווקא, ובוודאי לא כדרך של שגרה, הלכות יהודיות קונקרטיים. המכנה המשותף ימצא במקרים רבים ברמת ההפשטה של העיקרון או של הערך. משקלם של המרכיבים השונים יתבסס על העקרונות.

עם זאת, אין לחזור מאתיים שנה לאחור ולצמצם את היהדות למוסר הנביאים או למדרשי האגדה האוניורסליים בלבד,⁹³ תוך גניזת העולם התרבותי העשיר, החכם והמופלא של המשנה, התלמוד, הפוסקים וים השו"ת.

חוק-היסוד מפנה אל ערכיה של מדינת-ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, ואינו מגביל את האופן שניתן למלא בו בתוכן את היהדות והדמוקרטיה לעקרונות, לערכים ולמופשט בלבד. הדברים אמורים במיוחד לנוכח העובדה, שכבר עמדנו עליה ברשימה זו, כי במהלך שנות קיומה של המדינה נגזרו מן הערך הדמוקרטי לא רק ערכים ועקרונות, אלא גם זכויות וכללים קונקרטיים.

ייתכנו מקרים לא-מעטים שדווקא ההפניה לפרטי הדינים עשויה להוות בהם הנחיה הולמת. משום כך אין לפסול אפשרות לפנות אל ההלכה או אל מקורותיה או אל היסודות המעמידים הלכה מסוימת לצורך הכרעה בסוגיה ספציפית שניתן למצוא בה פתרון הלכתי ברמת הפשטה כזו או אחרת, העונה על הצרכים של קהילה או חברה בת-זמננו.

איי-אפשר להתעלם מן האפיון המיוחד שיהדות ההלכה צועדת לפיו, לעיתים קרובות, בדרך אינדוקטיבית. רק מן ההלכות הקונקרטיים ניתן לדלות את התוצאה. הפתרון הקונקרטי הוא עצמו הערך העיקרי.

במקרים אחרים ניתן לדלות מן הדינים הקונקרטיים את העיקרון המעמיד אותן או ניצב במרכזן. התפיסה של עולם התורה היא שהערך גלום פעמים רבות במצווה הקונקרטי. משום כך, הקונקרטי מוביל למופשט. כך, למשל, רצף משתנה של גילויים קונקרטיים במהלך הדורות עשוי לנבוע ממחויבות לערכים ולעקרונות בסיסיים זהים, המתווים את ההלכות הפרטניות עם שינויי העיתים. חשיפת העקרונות תלויה בבירור ההסדרים הקונקרטיים. בעניין זה יפה היא עמדתו של ד"ר מעוז ויפות ההדגמות שהוא מביא.⁹⁴

9. דרכים חלופיות והערך העודף

פעמים לא-מעטות ימצא, כי מבחינת הרכיב הדמוקרטי, מצויות כמה דרכים חלופיות, שכל אחת מהן עונה על ערכי הדמוקרטיה בדרך זו או אחרת. הדברים אמורים במיוחד אם

92 עניין רופאיזון, לעיל הערה 12, בע' 2439; בג"צ 400/87 כהנא נ' יו"ר הכנסת, פ"ד מא(2)

729, 736-737; בג"צ 3872/93 מיטראל בע"מ נ' ראש הממשלה, פ"ד מז(5) 485, 506 (להלן: עניין מיטראל).

93 ראו כן, לעיל הערה 26, בע' 123-139.

94 מעוז, לעיל הערה 39.

תהיה פרשנות ההסדר הדמוקרטי צרה יותר, כהמלצתה של פרופסור גביוון. מכל מקום במקרים כאלה, הרכיב היהודי עשוי להוות גורם המכריע בין החלופות השונות. עמדה זו מבטא השופט ברק לצורך בחינת הסוגיה של המתת-חسد, שהיסוד היהודי עשוי להכריע בה בין החלופות האפשריות במדינה דמוקרטית.⁹⁵ גם לדידו של השופט ח' כהן, הגורס שבכל מקרה של סתירה, גובר ידו של הערך הדמוקרטי, וכי רק יהדות הכשרה על-פי ערכי הדמוקרטיה ראויה לבוא בקהל חוקי-היסוד, ייתכנו מצבים שערכים יהודיים יוסיפו בהם נופך או גוון משלהם על הערכים הדמוקרטיים המקבילים. במקרה זה ניתן לאמץ את הגוון המיוחד האמור, שכן, בדרך של ברירה ניתן לגלות אותם ערכים יהודיים שהינם ראויים ורצויים למדינה דמוקרטית.⁹⁶ עמדה זו הוא מדגים בעונש המוות. אפילו יש דמוקרטיה חוקתית המכירות בעונש כזה, הריהו נוגד את עקרון כבוד האדם, שכן הוא מתנגש בערך היהודי הבסיסי של איסור שפיכות-דמים.⁹⁷ כפי שראינו בחלק הראשון של הרשימה, השופט אלון מרחיק לכת. לדידו, היות הערך היהודי נחוש ובעל משמעות עליונה וערך מרכזי דיו במקרים מסוימים על הערך הדמוקרטי. הוא ביטא את עמדתו, בין היתר, הן לעניין העילות למעצר לפני הרשעה⁹⁸ והן לגבי סוגיית המתת-חסד.⁹⁹ ניתן אפוא למצוא תמיכה לא-מבוטלת בערך העודף (אולי השיורי) של היסוד היהודי להכריע חלופות אפשריות הגלומות בערך הדמוקרטי.¹⁰⁰

בהקשר זה נבחן בראשי-פרקים ובמשיכות מכחול רחבות גם את סוגיית הפונדקאות. האינטרסים של כבוד האדם מוליכים לכיוונים סותרים: זכות ההורות מזה והזכות למנוע ניצול לרעה אפשרי של גוף אשה במצוקה מזה. הערך הדמוקרטי אינו מכריע אם להתיר פונדקאות או לאסור אותה. מדינות דמוקרטיות שונות בחרו בפתרונות שונים. במצב כזה עשוי הערך היהודי, אם יש בו תשובה נחושה, בין שהיא ספציפית ובין שהיא ברמה עקרונית, להכריע את הכף.

כל הסוגיות שהוזכרו לעיל נוגעות בשאלות כלליות, שאינן יוצרות התנגשות קשה בין ערכי הדמוקרטיה לבין ערכים יהודיים, לאומיים או דתיים. סוגיות אלה נפתרו כבר בעבר על בסיס תפיסות עקרוניות רחבות, אך עצם ההיזקקות לערכים היהודיים משמשת בסיס להתייחסות עקרונית יותר בדבר תפקידו של הערך היהודי.

תכניה של הדמוקרטיה הליברלית המערבית אינם התכנים היחידים האפשריים. ביקורת נמתחת על הערכים הדמוקרטיים הליברליים המתעלמים מן הקהילה או מפחיתים בערכה, המייחסים משקל מועט מדי לזהות הקהילתית, האתנית,¹⁰¹ ולזכויותיה של הקבוצה, והאדישים לתפקיד שממלאת הקהילה בחייו של היחיד ובתרומתה לחברה.

95 ברק, לעיל הערה 3, בע' 340-341.

96 כהן, לעיל הערה 39, בע' 21-23.

97 ראו כהן, שם, בע' 26-28.

98 ראו למשל עניין סוויסה, לעיל הערה 56.

99 עניין שפר, לעיל הערה 38.

100 ראו כהן, לעיל הערה 39, בע' 28.

101 ראו, בין היתר: W. Kymlicka *Liberalism, Community and Culture* (Oxford, 1991).

האוטונומיה של קהילות בתוך חברה, תוך איזון עם זכותו של היחיד מזה ואינטרס הציבור בכללותו מזה, היא סוגיה המעסיקה הוגי-דעות רבים.¹⁰² הערך היהודי מעניק משקל מיוחד לקהל, לעדה ולקהילה. היזקקות לערך זה עשויה להעמיד איזון מחדש (בין פנימי ובין חיצוני) בין היחיד, הקהילה וכלל הציבור, על בסיס מתן משקל יחסי אחר לכל אחד מן המרכיבים בהקשרים שונים של זכויות.

הערך היהודי שם דגש מיוחד במחויבות הדדית לאמצעי קיום מינימליים, לשיקום חברתי, למניעת ניצול לרעה של זכויות, להגנה על החוליות החלשות בחברה ולתמיכה בהם, לצדק חברתי, לצדקה שהיא חלק מן הדין וכיוצא באלה.¹⁰³ במסגרת האיזון, הערך היהודי עשוי להגדיל את משקלן של זכויות מסוימות שיש בהן כדי לתרום לערכים אלה. הערך היהודי עשוי להשפיע על פרשנות המונח כבוד האדם וחירותו לעניין היקף הזכויות החברתיות העשויות להיות גלומות בו.

בכל אחד מן העניינים שהצבענו עליהם, הערך המוסף של המרכיב היהודי עשוי לשמש גם כערך עודף המעניק משקל רב יותר לכלל מסוים.

10. סוגי עניינים וחלוקת תפקידים

בהכרעה על מקומו של כל אחד מן הערכים הבסיסיים בקביעת מעמדן של זכויות-היסוד, יש לשקול סוגי עניינים שונים וחלוקת תפקידים בהתאם. דינם של עניינים שונים עשוי להיחתך אחרת בהתאם לאפיון העניין ולשיקולים ההולמים אותו. כך, למשל, ניתן להבחין בין שלושה סוגי עניינים, שמכל אחד מהם מסתעפות סוגיות משנה נוספות:

- (א) סוגיה העוסקת בנושאים כלליים ומוסריים, כגון מעצרים, המתת-חסד, עונש מוות, פונדקאות וכיוצא באלה.
 - (ב) סוגיות לאומיות, בין במישור הסימבולי, כגון דגל, סמל, הימנון, ובין במישור היישומי-מעשי, כגון אזרחות, הפקעות, גירושים וכיוצא באלה.
 - (ג) סוגיות הקשורות לענייני הדת והמדינה, כגון כשרות, גישואין וגירושין, שבת וכיוצא באלה.
- לא הרי סוגיות כלליות, כמו פונדקאות, המתת-חסד ועונש מוות, כהרי בעיות

102 ראו, בין היתר: M.J. Sandel *Liberalism and the Limits of Justice* (Cambridge, 1992).

103 על ערכי היהדות והפתרונות ההלכתיים לקידום הסדרי יושר, ראו דגן, לעיל הערה 90. ביקורת חוקי-היסוד בשל החסר בחובות חברתיות והתרומה האפשרית של ערכי היהדות להשלמת החסר, ראו שבייד, לעיל הערה 24. ביקורת על אינדיווידואליזם המתעלם מצורכי החברה, ראו, בין היתר: R.M. Unger *The Critical Legal Studies Movement* (Cambridge, 1986); D. Kennedy "The Structure of Blackstone's Commentaries" *28 Buff. L. Rev.* (1979) 205.

לאומיות (הפקעות, חוק השבות, שפה¹⁰⁴); ואין דינם של אלה כדין של בעיות דתיות, כגון, שבת, נישואין וגירושין. בחלוקת התפקידים ניתן להניח שהיסוד היהודי, הן במובן הציוני והן במובן המסורתי, משפיע יותר על ההיבטים הסימבוליים, המשקפים גם את הזהות הלאומית. היסוד הדמוקרטי יוצא ידי חובתו באיזון על בסיס סימטריה.

הדברים אמורים במיוחד לנוכח יצירת מציאות חדשה, העשויה לעשות צדק על בסיס סימטריה של הגדרות עצמיות לאומיות. בנסיבות כאלה, האיזון בתחום הלאומי בין המרכיב היהודי במובן הציוני לבין הדמוקרטיה נעשה נוח יותר. המתח הנוגע ביסודות הסימבוליים, שהם גם בסיס לזהות עצמית לאומית, כגון דגל, סמל, הימנון, קביעת ימי המנוחה הרשמיים, מתרופף על רקע קיומה של ישות נוספת, פלשתינית. הרגישות לקיפוח מיעוטים בסוגיות הנוגעות ביסודות הלאומיים, כגון שבות, שפה, אזרחות, המעוגנת במתח בין היסוד היהודי ליסוד הדמוקרטי, נעשית קלה יותר ליישוב בנסיבות המתוארות. חלק מן המתחים-בכוח מנוטרל בסיטואציה כזו. אין ספק שסימטריה לאומית מעניקה הצדקה מוסרית במישור הפילוסופי-העקרוני,¹⁰⁵ ויוצרת איזון כללי המפרק מתחים מסוימים.

בחלוקת תפקידים זו, מרכזו אחריותו של היסוד הדמוקרטי הוא לעקרון השוויון¹⁰⁶ ולזכויות הפרט של האזרח, באיזונם ההדדי, הפנימי והחיצוני. במסגרת זאת, חייב כל אחד מאלה הנמנים עם המיעוטים, על בסיס אתני או לאומי או דתי או על בסיס מין, וכל אזרח אחר כלשהו, ליהנות משוויון זכויות גמור ולקבל סעד בכל מקרה של הפליה או פגיעה אחרת בזכותם האינדיווידואלית. בחלוקת תפקידים זו עשוי היסוד היהודי, המעניק משקל רב יותר לשיקולים הקומוניטריים, להקטין, לתרום למתן אוטונומיה רבה יותר לקהילות, והאיזון עם זכויות היחיד עשוי למצוא את ביטויו, בין היתר, במסגרות קהילתיות מקבילות או במישורים אחרים. במקרים מסוימים עשויה להתבקש העדפת אינטרס יסודי של חיי קהילה על זכותו של יחיד, תוך איזון ביניהם.

המתחים הקשים ביותר וההתנגשויות העזות ביותר שהמדינה ניצבת לפניהם, שהיא ניצבה לפניהם גם בעבר ותתייצב לפניהם כנראה אף בעתיד, הם המתחים הפנים-יהודיים, הנוגעים בשסע שבין הדת למדינה ובין דתיים לחילוניים. טועה מי שסבור, שהערך היהודי, הכלול בסעיף-המטרה, מכשיר באופן גורף כל חקיקה דתית ומתיר אכיפת נורמות

104 ע"א 105/92 ר"מ נ' עיריית נצרת עילית, פ"ד מז(5) 189; ע"א

294/91 חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464.

105 ח' גזו "חוק השבות והפליה מתקנת" עיוני משפט יט (תשנ"ה) 683.

106 השאלה אם עקרון השוויון מעוגן בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו שנויה במחלוקת. השופטים ברק, אור, מצא, וח' כהן וגב' י' קרפ משיבים בחיוב. א' ברק "זכויות אדם מוגנות: ההיקף וההגבלות" משפט וממשל א (תשנ"ג) 253, 261; ברק, לעיל הערה 3, בע' 423-426; השופט אור בבג"צ 5394/92 הופרט נ' י"ד וש"ם, רשות הזיכרון לשואה ולגבורה, פ"ד מח(3) 353; כהן, לעיל הערה 39, בע' 32; השופט מצא בבג"צ 453/94 שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מח(5) 501, בפסקות 22, 24 (להלן: עניין שדולת הנשים בישראל); קרפ, לעיל הערה 2, בע' 347 ואילך. לעומת זאת, השופט זמיר בעניין שדולת הנשים בישראל, שם, רואה במסקנה האמורה "דברים מרחיקי לכת" ומשאיר את השאלה לא-פתורה.

דתיות בתחומי חיים שונים. העיקרון שנקבע משכבר הימים, שהסדרם של עניינים דתיים הפוגעים בזכויות יסוד מרחיב הסדר מפורש בחקיקה ראשית,¹⁰⁷ קיבל עתה משנה תוקף לנוכח מעמדם החוקתי של חופש הדת והמצפון (כולל החופש מדת) לפי חוקי היסוד.¹⁰⁸ עם זאת, השילוב בין היסוד היהודי ליסוד הדמוקרטי, דהיינו, בין החופש מדת מזה לבין אופן המימוש של חופש הדת וקביעת צביונה של מדינת ישראל מזה, מצדיק איזון אינטרסים תוך התחשבות בזכויות כל הצדדים, ויתור הדדי על ההכרעות האידיאולוגיות, קביעת הסדרים פרגמטיים על דרך הפשרה ומציאת הפתרון הפוגע פחות.

כך, למשל, כמו בעבר, סגירת רחובות בשבת תביא בחשבון אינטרס ממשי של ציבור שומרי תורה ומצוות לניהול תפילה ולמניעת הפרעה ליום המנוחה של הציבור ולצביונה, בלי לכפות אורח חיים דומה על ציבור שאינו מאמין ואינו שומר תורה ומצוות.¹⁰⁹ פגיעה ברגשות כשלעצמה, עקב חילול השבת, תיאסר רק כאשר היא תיעשה על דרך ההתגרות, או כאשר הפגיעה ברורה ומוכחת וניתן למנוע אותה באמצעות חלופה פשוטה, זולה, נעדרת נזק משמעותי לציבור החילוני, ולהביא בכך לידי פשרה בין הצדדים הניצים על דרך של איזון, בלי לפגוע ברגשותיו של ציבור מחללי השבת.¹¹⁰

משום כך, סירוב להעניק רשיון לחנות למכירת בשר חזיר או לפתיחת בית-קולנוע בשבת בלב שכונה המאוכלסת רובה ככולה באנשים דתיים, כאשר קיימת חלופה סבירה, מאזן נכון בין אינטרסים שונים של יחידים וכן של אלה מול קהילה מסוימת.¹¹¹ כאן, היסוד הדמוקרטי עצמו די בו להצדיק את התוצאה, על אחת כמה וכמה כאשר מצרפים גם את היסוד היהודי.

דוגמות אלה מבוססות על פסיקה קודמת. פסיקה זו לא היתה משתנה לאור חוקי יסוד: כבוד האדם וחירותו, אולם יסוד האיזון על דרך הפשרה צריך שיתחזק בעקבות השילוב בין הערכים היהודיים והדמוקרטיים. באיזון שיערך, יש להעמיד מול החופש מדת את

107 בג"צ 122/54 אקסל נ' ראש העיר, חברי המועצה ובני העיר של אזור נתניה, פ"ד ח 1524, 1531-1532; בג"צ 72/55 פריידי נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד י 734, 751-752; בג"צ 98/54 לזרוביץ נ' המפקח על המזונות, ירושלים, פ"ד י 40, 47; עניין מיטראל, לעיל הערה 92, בע' 497-498.

108 השופט ברק סבור שחופש הדת והחופש מדת כלולים בכבוד האדם וחירותו, ראו ברק, לעיל הערה 3, בע' 225-226, 430. בג"צ 3261/93 מנינג נ' שר המשפטים, פ"ד מז(3) 282. כך סבור גם השופט ח' כהן, לעיל הערה 39, בע' 21, 39. לדידו, כל כפייה דתית היא פגיעה בכבוד האדם, באוטונומיה של רצונו.

109 על סיטואציה דומה, שאושרה בה סגירת רחוב מרכזי, העובר בלב שכונה המאוכלסת ברובה באנשים דתיים, לתנועת כלי-רכב בשבת, ועל איזון האינטרסים בהקשר זה, ראו בג"צ 531/77 ברוך נ' המפקח על התעבורה במחוזות תל-אביב, פ"ד לב(2) 160; בג"צ 174/62 הליגה למניעת כפייה דתית נ' מועצת עיריית ירושלים, פ"ד טז 2665.

110 על גבולות ההתחשבות בפגיעה ברגשות דתיים, ראו עניין מיטראל, לעיל הערה 92. דיון בסוגיה זו, ראו א' כשר "פגיעה ברגשות וטובת הכלל" משפט וממשל ב (תשנ"ד) 289.

111 עניין מיטראל, שם, בע' 508.

חופש הדת של היהודי הדתי. במובן זה, האיזון הוא בין אינטרסים שונים בתוך המסגרת הדמוקרטית, ואין הערך היהודי נכנס לתמונה.

אולם במקרים שמול הפגיעה בחופש מדת עומדים במרכז הזירה הפגיעה ברגשות או בחינת צביונה של המדינה, רק ייחוס משקל גדול יותר לערך היהודי באיזונו עם הערך הדמוקרטי יכול להצדיק את הפגיעה בחופש מדת. כך, למשל, מעניין לציין שלמרות התפקיד המינורי שמייחס ברק לערך היהודי באיזון האינטרסים ("דרגת הפשטה אוניברסלית"), הוא מעניק לערך זה, במובנו ההלכתי, משקל רב במסגרת הסדר ענייני הנישואין והגירושין על-פי דין תורה. לדידו –

"חוק שיפוט בתי-דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג-1953... משתתף אף הוא בעיצוב ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית, ויש לו השפעה על זכויות האדם. הוא ביטוי לאופיה היהודי-הלכתי של המדינה."¹¹²

לנוכח הפרשנות המינורית שהשופט ברק מייחס לערך היהודי, יש בדברים האלה מסקנה מרחיקת-לכת. אם דינים אלה הם ביטוי ליהודיותה של המדינה, עקב משקלם המיוחד בגיבוש צביונה היהודי של המדינה, במשמעות המיוחסת לה על-ידי ההלכה, ניתן להסיק שאפילו ללא סעיף שמירת הדינים, יעבור הסדר זה את מבחנו של סעיף ההגבלה, דהיינו, את האיזון החיצוני.¹¹³ בהקשר של סוגיה זו טוענת פרופסור גביוון, כי השופט ברק צעד כברת דרך ארוכה יותר משנדרש ממנו. צר מדי בכיוון אחד ורחב מדי בכיוון אחר.

אני כשלעצמי הייתי מעניק לערך היהודי משקל רב יותר בקביעת האיזון במצבים שהזכות לחופש מדת היא בעלת משקל עקרוני בהם, אך הפגיעה בה קטנה (דהיינו, משקלו של הערך הדמוקרטי ברמה בינונית), ולעומת זאת, משקל הערך היהודי, במובן של צביון ופגיעה ברגשות, הינו גדול יותר.

כך, למשל, אני סבור שהיה ניתן לקיים את החלטת הממשלה בעניין מישראל.¹¹⁴ כאן חזרה בה הממשלה מן ההחלטה להפריט את שוק הבשר הקפוא המיובא. שיקוליה המרכזיים היו הפגיעה ברגשות הדתיים, מצד אחד, והשיקול הקואליציוני של היענות לדרישת המפלגות הדתיות, מצד אחר. במקרה זה לא היתה הפליה בחלוקת רשיונות יבוא עקב שיקולים דתיים, כפי שהתגלה במקרה קודם. לא היה מדובר גם בפגיעה באורח החיים של האזרח. החלטת הממשלה לא אסרה אכילת בשר שאינו כשר ולא מנעה את אפשרות השגתו. בנסיבות אלה היתה לממשלה זכות להמשיך לשמור על הסטטוס קוו של קיום מונופול ממשלתי על יבוא הבשר, תוך הקפדה על יבוא בשר כשר בלבד.

112 ברק, לעיל הערה 3, בע' 331, 332.

113 לעומת זאת, ייתכן שהשופט ברק יוצא מנקודת-מוצא פוזיטיביסטית של קיום החוק. לפיכך, כוונת דבריו היא לשרטט את ההיקף של תוכני הערך יהודי בלי לקבוע עדיין את אופן האיזון בינו לבין הערך הדמוקרטי, שהיה נדרש רק אילו היה סעיף שמירת הדינים נשמט מחוק-היסוד.

114 עניין מישראל, לעיל הערה 92.

העובדה שהחלטה קודמת של הממשלה קבעה שאין הצדקה למנוע את ההפרטה אינה מעניקה לפרט זכות קנויה לייבא בשר, ואין בביטול ההחלטה החדשה, הנוגדת, משום הגנה על החופש שלו מדת. גם שיקולים של פגיעה ברגשות דתיים וגם שיקולים קואליציוניים יכולים להניע את הממשלה לשנות את המדיניות על הפרטת הבשר כאשר אין עומדת מולה זכות חוקה של הפרט. זו משמעותה של פשרה פוליטית ושל שמירה על צביון יהודי בעיני קבוצות מסוימות. חופש הדת של העותר לא נפגע עקב כך. אשר לחופש העיסוק שלו, היעדר זכות קנויה הוא תשובה מספקת לטענה זו. בנסיבות אלה היה מקום להעניק לגימוקי הדחייה משקל עודף בשל הערך היהודי, שהיה מספיק לצורך דחיית העתירה.

ביקורת דומה היא מנת-חלקו של בג"צ 5009/94 מיטראל בע"מ נ' מועצת הרבנות הראשית לישראל,¹¹⁵ שהתקבלה בו עתירת העותרת נגד הרבנות הראשית, שסירבה להעניק לה תעודת הכשר לשם יבוא בשר כשר בשל היותה יבואנית גדולה של חלקי בשר טריפה, שלא ניתן לסמוך על מהימנותה בשל כך, וגם בשל המאבק העקרוני שהיא מנהלת על זכותה לייבא בשר לא-כשר.

אף-על-פי שהמשיבים רשאים לבסס את נימוקיהם על טעמי כשרות בלבד, היה די, לדעתי, בחוסר המהימנות של העותרת מבחינת שמירת דיני הכשרות לדחות את העתירה. בהעניקה תעודת הכשר, יוצרת הרבנות הראשית מצג של מהימנות כלפי הציבור הנזקק להכשר. אם תאבד לה מהימנותה, לא יסמוך הציבור על הכשריה. התחשבות בשיקול זה הינה רלוונטית במסגרת סמכותה של הרבנות להעניק תעודות הכשר.

נכון אומנם שבניגוד למקרה הקודם, נפגע כאן חופש העיסוק של העותרת, ובנסיבות המקרה נטען שהיה ניתן להבטיח את ההשגחה על הכשרות. אולם הספק בדבר מהימנותה של העותרת מזה והצורך בשמירת מהימנותו של הגוף המעניק את הרשיון מזה הצדיקו את ההימנעות מהתערבות בהחלטת המשיבה. גם בדוגמה זו היה צריך להביא בחשבון את התפקיד שממלא כאן היסוד היהודי, בקביעת משמעותה של תעודת ההכשר מבחינה הלכתית ומבחינת מעמדו של הגוף המעניק את ההכשרים, ולהעניק לו משקל גדול יותר באיזון האינטרסים.

השופט ח' כהן סבור שבכל אחד מן המקרים צריך להתקיים האיזון הכפול. איזון זה הוא נקודתי ופרטני לכל מקרה ומקרה לעצמו.¹¹⁶ דעתי היא שאכן כך הדבר בחלק-הארי של המקרים, אך אין זה כלל בל יעבור. לעיתים אין להסתפק באיזון נקודתי של המערכת הפרטנית הנמצאת לפני בית-המשפט במקרה הנתון, אלא לבחון גם את התמונה הכוללת של המשפט הישראלי, כחלק בלתי-נפרד מן האיזון בין זכויות הפרט לבין צורכי הכלל.

בדיון בסוגיות השונות יש לבחון מצבים שונים ולשקול העדפת רכיב זה או אחר לפי איזון המבוסס, במקרים מתאימים, גם על חלוקת תפקידים מסוימת. איזון יכול שיתקיים תוך ויתור הדדי בנקודות מסוימות, כאשר התמונה כולה היא שתיצור את השיתוף בין שני הערכים: היהודי והדמוקרטי. השאלה מה יכריע הסדר נקודתי זה או אחר תלויה

115 פ"ד מח(5) 617.

116 כהן, לעיל הערה 39, בע' 18, 21, 24.

במשקלם היחסי של כל אחד מן הרכיבים האמורים ובנחישותם בהסדר הספציפי מזה ובאופיו של העניין ובאפיונו במסגרת התרבות הכוללת של המשפט בישראל והתפקיד שהוא ממלא באותו הקשר מזה.

היחס בין היסוד היהודי לבין היסוד הדמוקרטי הוא חלק מן התרבות העמוקה של המדינה, והוא קובע את דמותה ואת אופיה. מבחינה זו הוא חלק מן האינטרס הציבורי. החתירה לפשרה היא תכלית החקיקה של סעיף־המטרה, המונה את שני היסודות וכוללם יחד. והרי מקובלנו שערכיה של מדינת־ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית אינם רק בסיס לבחינת האיוון הפנימי, אלא גם אמת־מידה במסגרת האיוון החיצוני.¹¹⁷

במובן זה, האיוון צריך להיות לא רק פרטני, אלא גם גלובלי וכללי; הקשרי, ולא נקודתי; איוון של פשרה, ולא של גזר. הדוגמה של איוון על בסיס של סימטריה במתח שבין היסוד היהודי במובן הלאומי לבין היסוד הדמוקרטי מדגימה כיצד פועל האיוון הגלובלי, ההקשרי. אין להפריז באיוון מסוג זה ולהקריב את הפרט על מזבח איוון כולל; אולם לעיתים, איוון כזה הוא חלק מן האיוון החיצוני שמוצדק בו שאינטרס הציבור יעמוד מול אינטרס הפרט.

11. פגישה במישור התוצאה

פגישה במישור התוצאה היא עקיפה של הבעיה האידיאולוגית והשגת תוצאה שיהודי ודמוקרט יכולים להשלים עימה. לעיתים, התוצאה נקנית במחיר הנמקה או טכניקה משפטית שרוב הציבור אינו מוכן להשלים עימה. כך, למשל, השגת תוצאה המקילה התרת קשר נישואין רצויה לרוב הציבור. אולם אם תוצאה זו מושגת על־ידי בית־הדין הרבני באמצעות פסילת עדים בשל היותם מחללי שבת, למשל, אין דעת הציבור נוחה מכך. פסילת רוב הציבור מלשמש כעדים אינה מתקבלת על הדעת במדינה דמוקרטית.

פגישה במישור התוצאה מטרתה ליצור אצל כל אחד מן הצדדים תחושה של לגיטימציה, ולהימנע מתחושה של ניצחון או הפסד במישור האידיאולוגי או העקרוני. משום כך קל יותר להגיע אליה. הפרגמטיות היא זירה נוחה יותר להיפגש בה מאשר האידיאולוגיה. וכבר הבאנו בפרקים הקודמים שורה של דוגמות שהינן יפות גם לפרק זה. אני מעלה עניין זה במיוחד משום שהוא מלמד כי נקודת הפגישה בין יהודית לדמוקרטית אינה חייבת להיות דווקא ברמת הפשטה גבוהה. לעיתים ניתן למצוא נקודת מפגש דווקא במישור הפרגמטי של התוצאה, ולא של העיקרון. היתרון של מפגש ברמה כזו ברור. אנו חותרים לכך ששני המרכיבים יוליכו לאותה תוצאה גם כאשר המחלוקת העקרונית ברמות הפשטה נמוכות נשארת בעינה.

117 ברק, לעיל הערה 3, בע' 384.

ה. סיכום

מקובל בדרך-כלל שהכנסת, כגוף פוליטי המייצג את הציבור על כל שכבותיו, עדותיו ופלגיו, וכגוף מחוקק, המאגד אינטרסים שונים וכפוף ללחצים מכל עבר, פועל בדרך של פשרה. לעומת זאת, בית-המשפט, כגוף מקצועי, ניטרלי, המייצג את שלטון-החוק ואת הדין, תפקידו להכריע בסכסוך על דרך של החלטה לכאן או לכאן.

בתחומים החברתיים הרגישים ביותר בישראל אין חלוקת תפקידים זו מתקיימת באופן הקלסי, שמדעי המדינה אוהבים להציג לנו. עקב לחצים פוליטיים, הנובעים מן המבנה השלטוני בישראל, מן ההרכב המפלגתי וממעמדן של המפלגות הדתיות כלשון-מאזניים בכנסת, נמנעת הכנסת זה כשלושה עשורים מחקיקה בנושאים דתיים. הסטטוס קוו מונע ממנה הסדר שיטתי של תחום הנישואין והגירושין, שינוי תחומי הסמכות של בתי-המשפט ובתי-הדין והתאמת החקיקה בענייני דת לצרכים המשתנים והמתחדשים.

חללים ריקים נוטים להתמלא. את מקומה של הכנסת כיסוד המפשר נטל בתחומים שפירטנו בית-המשפט. הוא ממלא תפקיד של סגירת פערים בין האידיאולוגיה הרווחת וההתנהגות הזוכה בלגיטימציה חברתית מזה לבין הנורמות המשפטיות מזה. במסגרת זאת פעל בית-המשפט באופן שהניב תוצאות שאיזונו במשך השנים את המתח שבין היסוד היהודי לבין המרכיב הדמוקרטי על-פי תפיסת חלק ניכר מבני החברה.

כאשר הכנסת מחוקקת חקיקה בעלת אופי דתי הפוגעת בתפיסה הדמוקרטית הרווחת אצל חלק ניכר מן הציבור, בית-המשפט מוצא לעיתים דרכי מילוט עקיפות הממתיקות את התוצאות בלי לפגוע בלב ההסדרים שנקבעו, ובמקרים רבים גם בלי להכריע במחלוקת האידיאולוגית. אכן, בתחילה לא נעשו הדברים מתוך כוונת מכוון ובאופן שיטתי, אולם ברבות הימים נוצרה מערכת שלמה של הלכות, הן בתחום דיני המשפחה והמעמד האישי והן בתחומים של חקיקה דתית אחרת, שיצרה איזון מסוים בין מה שנוהגים לכנות החקיקה היהודית לבין החברה הדבקה בדמוקרטיה הליברלית.¹¹⁸

פסקי-דין אלה נתקלו לא פעם בביקורת נוקבת מצד הציבור הדתי וגבו מחיר באופן מעורבותו של בית-המשפט, בחוסר שיטתיות, בחוסר ודאות ולעיתים בריבוי התדיינויות וכיוצא באלה. יחד עם זאת, תפקידו של בית-המשפט העליון בישראל כגורם מפשר (בין הדין לבין הציבור ובין דין הספר לבין דין החיים) במערכת הרגישה היא תופעה מיוחדת במינה, שהיתה בבחינת הכרח בל יגונה. המחוקק סמך את ידו על פעילותו של בית-המשפט ונהנה מכך שהוא הוציא לו פעמים רבות את הערמונים מן האש. פעמים התקיים שיתוף-פעולה בין הרשויות השונות כדי להשיג תוצאה רצויה באמצעות עקיפת ההסדרים הנורמטיביים הקבועים בספר. הרשות המינהלית שיתפה-פעולה עם הציבור. כך, למשל, לגבי אי-אכיפת איסורים הנוגעים במכירת בשר חזיר. במקרים מסוימים נמנע בית-המשפט

118 על תהליך זה בסוגיות בדיני משפחה, ראו רוזן-צבי, לעיל הערה 26. על תהליך זה בסוגיות שונות של דת ומדינה, ראו: A. Rosen-Zvi "Freedom of Religion: The Israeli Experience" 46 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (Max-Planck-Institut, 1986) 213

מלהתערב, ובכך נתן גושפנקא, אם לא לגיטימציה, לכרסום בסטטוס קוו. כך, למשל, לגבי פתיחת בתי־שעשועים בשבת.

השניות המתבטאת בצמד הכרוך יחד: "מדינה יהודית ודמוקרטית" מעמידה את החברה הישראלית לפני אתגר מיוחד במינו. על הציבור החילוני להיאבק על הבנת היהדות ועל שורשיו היהודיים. על הציבור הדתי להטמיע את ערכי הדמוקרטיה ולשאוף לסגל אותם לעצמו מתוך אהבה, ולא רק מתוך נוחיות או באופן אינסטרומנטלי.

לבית־המשפט תפקיד חשוב במשימה האמורה. הניסיון מלמד שהוא ייקרא להכריע בסכסוכים חדשות לבקרים, גם בעניינים שאינם הולמים בדרך־כלל הכרעה שיפוטית. בתבונתו ובחוכמתו, עליו להמשיך לשמש הגורם המתווך בין המושגים בעת שהכרעה משפטית מוטלת לפניו. אם ימשיך, בזהירות רבה, את התפקיד של סגירת פערים, אך יחד עם זאת יניח לחברה לפרק את המתחים בדרך הדרגתית, מתוך שיח עקשני, ובלי לפתוח חזיתות אידיאולוגיות, הוא ימלא תפקיד חיוני בתהליך התבגרותה של החברה הישראלית.

שער שלישי:

דיני משפחה

מעמדה של האשה במשפחה בדין העברי*

"ותקרבנה בנות צלופחד: כיוון ששמעו בנות צלופחד שהארץ מתחלקת לשבטים ולא לנקבות, נתקבצו כולן ליטול עצה, אמרו, לא כרחמי בשר ודם רחמי הקב"ה, בשר ודם רחמיו על הזכרים יותר מעל הנקבות, אבל הקב"ה רחמיו על הכל שנאמר (תהילים קמ"ה) 'ורחמיו על כל מעשיו'".

ספרי, פרשת פנחס כז א

הפסוק המפורסם של קללת האל לאשה "אל האשה אמר... ואל אישך תשוקתך והוא ימשל בך"¹ עשוי לשמש נקודת מוצא לקביעת מעמדה של האשה במשפחה. ניתן היה לבסס על מקור מקראי זה עמדה עקרונית, תיאולוגית ומטפיזית, על מעמדה הנחות של האשה במעגל החברתי, בכלל, ומעמדה המשפחתי, בפרט. הפסוק מורה, לכאורה, על היררכיה ברורה וחד-משמעית במערכת היחסים שבין המינים, הבנויה על מרותו של האיש, הבעל, כלפי האשה.

על פני הדברים נראה פירוש לכאורה כזה כפשוטו של מקרא. אולם כשנבחנת פרשנותו של מקרא זה בתלמוד מתגלה תופעה מאלפת. המדרש "דוחק" את פרשנותו של המקרא האמור מן המישור הערכי הכולל, מן הרמה הרעיונית העקרונית, אל הרובד הספציפי, הפרטי. בשני מקומות בתלמוד נדונים שני חלקיו של המקרא ובשניהם ההתייחסות היא אל דרכי ההנהגה האינטימית שבין בני הזוג.^{2, 3} הפרשנות מעניקה, אמנם, למקרא זה מעמד נורמטיבי, דהיינו מימד משפטי, על-ידי שיבוצו במכלול של איסורים והיתרים ביחסים שבין הבעל והאשה,⁴ אולם את הקללה שבמקרא הופכת הפרשנות למוקד של התחשבות באשה, דווקא.⁵ לא ייפלא, איפוא, כי מפרש מדרשים מאוחר, בעל תורה

* פורסם לראשונה: "בלי הבדל... זכויות האדם בישראל" אסופת מאמרים לזכרו של חמן פ' שלח (הוצאת עידנים/ידיעות אחרונות, תשמ"ח) 109.

1 בראשית ג טז.

2 יבמות סב ב: "ואל אישך תשוקתך", מלמד שהאשה משתוקקת על בעלה בשעה שהוא יוצא לדרך, מכאן אמרו, חייב אדם לפקוד את אשתו בשעה שהוא יוצא לדרך.

3 עירובין ק ב: "והוא ימשול בך", מלמד שהאשה תובעת בלב והאיש תובע בפה, וזו היא מידה טובה בנשים". ובעל התורה תמימה מפרש ומבהיר (בראשית ג טז): "אף על פי שהיא מידה טובה, מידת צניעות, בכל זאת קללה היא, שאינה יכולה להביע חפצה אף לבעלה."

4 ראה תורה תמימה בראשית ג טז.

5 יבמות סב ב.

תמימה, תובע את עלבון פשוטו של מקרא, את עלבון דחיקתו של העיקרון הכללי למעין "שוליים פרשניים".⁶

גם אני לא בכדי בחרתי לפתוח במקרא זה. ביקשתי להצביע על כך, שאפילו בגוב האריות של מקור עקרוני, הנחזה להיות קשה כל-כך לשוקדים על מעמדה של האשה, הופעלו במקורותינו אמצעי פרשנות מרככים. המסקנה האפשרית היא כי לא גורמים מטפיזיים, עקרוניים, בונים את כללי הדין בכל הקשור למעמדה של האשה, בכלל, ולמעמדו במשפחה, בפרט. הגורמים החברתיים, התרבותיים, או בלשון אחרת הגורמים הסביבתיים, תורמים תרומה מכרעת לעיצובם של כללי המשפט העברי בתחום זה. הניסיון להגיע למודיפיקציות משפטיות בעת העברת מושגים או תוצאות משפטיות ממציאות חברתית אחת לאחרת, חייב להתקל בחומה הבצורה של אמת מטפיזית, נצחית ובלתי ניתנת לערעור. לביסוסן של הנחות אלה בקשר למעמדה של האשה במשפחה על בסיס המשפט העברי אקדיש את רשימתי.

בשלב זה אעדיף להמשיך ולבדוק מקורות הממשיכים את קו הפתיחה ומתמקדים במעמדה העקרוני של האשה לעומת האיש, בעולם ובחברה. מעמדה של האשה במשפחה הוא במידה רבה פונקציה של מעמדה בקהילה. המקורות שנבחרו מתייחסים כולם לאותה מסגרת, דהיינו סדרי העדיפויות בין המינים. ניווכח לדעת כי ההלכה נוקטת אותה תבנית של פתרונות, הן בהקשר החברתי הכוללת והן בהקשר המשפחתי, בין משפחת המקור ובין משפחת הגרעין.

לעניין סדרי עדיפויות בהקשר החברתי הכולל שנינו במשנה:⁷ "האיש קודם לאשה ולהחיות ולהשיב אבידה והאשה קודמת לאיש לכסות ולהוציאה מבית השבי. בזמן ששניהם עומדים לקלקלה האיש קודם לאשה". משנה זו עוסקת בשאלות של סדרי עדיפויות בעניינים שונים במקרה של "תחרות" בין המינים.⁸ עיון במשנה מלמד כי ההעדפה בין איש

6 "ויש להעיר שאינו מפרש הלשון 'והוא ימשול בך' בפשיטות מלשון אדנות... נראה דודאי אין מקרא יוצא מידי פשוטו..."

הוא אינו מסתפק בביאור המקומות התלמודיים אלא מוסיף ואומר: "ובודאי 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 תורה תמימה אינו המקור היחיד המסמיך את הפסוק האמור לחובת הציות של האשה לבעלה ולכפיפותה אליו. גם בעל מנורת המאור, הנר השלישי, כלל ו, ד, ב קובע: "אף על פי שהאשה היא בת זוגו של אדם, אל תחשוב לבעלה בעיניו כחבר אלא כאדון... האשה תאהב את בעלה והוא ימשול בה שנאמר 'ואל אישך תשוקתך והוא ימשול בך'".

7 הוריות ג ז.

8 השולחן הערוך הנפרש במקורותינו אינו פוסח על פרטי ההנהגה האינטימית כמו גם על שאלות ערכיות ומוסריות. ההלכה אינה נמלטת מעיסוק לא בוטות היום יום, מן העבר הזה, ולא בשאלות שהן כבשונו של עולם, מן העבר האחר. הדין העברי אינו מתחמק מדיון הלכתי בדילמות מוסריות קשות. הוא אינו עוסק רק בפתולוגיה של ההתנהגות

לאשה אינה אחידה, היא משתנית בהתאם לסוגי העניינים השונים. מכאן רק כפסע מן המסקנה שהתוצאות המשפטיות בקביעת סדרי העדיפויות המונצחים במשנה נגזרות מהנחות יסוד כלשהן ומבוססות על ייחוס מטרות שונות לכל אחד מן המינים.⁹ כאשר הברירה היא בהצלת חיים ואין אפשרות להציל אלא נפש אחת, איש או אשה, מעדיפה המשנה את הצלת האיש על-פני הצלתה של האשה. הרמב"ם תולה העדפה זו בחובות הדתיות של האיש לעומת האשה,¹⁰ דהיינו במשמעות התפקיד שממלא בעולם האיש, לעומת האשה, במסגרת תפישת העולם של ההלכה.

לכאורה, דברי הרמב"ם עומדים בסתירה למאמץ הפרשני של חכמים המכוון לפסוק מספר בראשית, עליו הצבעתי בראשית הרשימה. אולם לי נראה כי שני המקורות מחזקים האחד את רעהו. המשנה מציגה סדר עדיפויות יחסי ולא סדר עדיפויות מוחלט. התוצאות משתנות בהתאם לצרכים, לתכליות לקראתן חותרת ההלכה ולנסיבות של סוגי עניינים שונים. ההערכה היחסית של כל אחת מן התכליות, השקלול של התפקידים השונים המוטלים על בני כל אחד מן המינים, ועצם החלוקה של התפקידים, הם עניינים משתנים. השאלות מי יגשים את עצמו טוב יותר ופעולותיו של מי תשרתנה את המטרות החברתיות, כפי שנקבעו בעולמה של הלכה, הן שאלות פתוחות והן חשופות לשינוי הזמן ולתהפוכות המקום. מאבק בין ערכים וסדרי העדפה חברתיים לעולם בני שינוי הם. השינוי הוא, לעיתים קרובות, איטי והדרגתי, אולם מרגע שיצאנו מתחום המוחלט והקבוע אין נחיתותה של האשה עקרונית אלא, כלשונו, סביבתית.

הנחות יסוד דתיות אלה, בדבר חלוקת תפקידים אפרורית כזו בין המינים, אינן מקובלות היום על רוב הציבור בישראל. יתר על כן, רוב הציבור אינו מוכן להסכים כי ההבחנה המינית כשלעצמה או כי המימד הערכי, המוצע בפירוש הרמב"ם, הם שיקולים רלבנטיים בקביעת סדרי ההעדפה בהצלת נפש. אולם העיקרון לפיו ערכים חברתיים ויעילות הגשמתם אוצלים ישירות על ההסדרים המשפטיים, היא מיסודותיה של כל תורת משפט.¹¹

האנושית, דיני העונשין או הנזיקין, אלא בהכרעות ברורות ומחייבות מלכתחילה של שאלות המסורות ברוב השיטות המשפטיות לטיפולו של המוסר. הכרעה בעדיפויות כאלה נשארת במשפט מודרני לקול מצפוננו ולשיקול דעתו של האדם. לא כן ההלכה. בדרך כלל היא מציעה פתרונות מראש לדבקים בה. גישה זו מושתתת על אמונה כפולה. האחת, תשובה נחרצת מראש מקילה על לבטי האדם ומניעה אותו לפעול, במקום שרצוי קום ועשה ואין להסתפק בשב ואל תעשה. השנייה, ההכרעה חייבת להיות מונחית מראש, על בסיס הנחות היסוד והעקרונות המנחים את השיטה, ולא להיות מסורה לשיקול דעתו של כל פרט ופרט.

9 ראה א' ג' אלינסון האשה והמצוות (ספר ראשון, ירושלים, תשל"ז) 11 ואילך.

10 פירוש המשניות לרמב"ם, הוריות ג ז: לפי שהאיש מקודש יותר מהאשה, שהאיש חייב בכל המצוות והאשה אינה חייבת במצוות עשה שהזמן גרמן.

11 ראה אצל א' ברק "ההלכה השיפוטית והמציאות החברתית: הויקה אל עקרונות היסוד" ספר זוסמן (ירושלים, תשמ"ד) 71 וכן האסמכתות המובאות שם.

המקור ההלכתי האחר שבחזרתי לעסוק בו בפתח הדברים הוא כפול: סדרי ההעדפה בין האישה לאשה בהקשר של חובת האשה לכבד את הוריה, ושל חובת ילדים לכבד את הוריהם. דין תורה קובע חיוב עקרוני זה לבן ולבת בכיבוד הוריהם: "כל מצוות האב המוטלות על הבן לעשות לאביו אחד אנשים ואחד נשים חייבין".¹² אולם להלכה חייב רק האישה ולא האשה. הטעם לכך ניתן בהמשך הגמרא, "אישה סיפק בידו לעשות אשה אין סיפק בידה לעשות מפני שרשות אחרים עליה".¹³ זמנה של האשה אינו ברשותה וקביעת הזמן מסורה בידי אחר, בידי הבעל. ומשום כך "נתגרשה שניהם שוים".¹⁴

הכלל המשלים הלכה זו מקורו במשנה. דין תורה קובע חיוב עקרוני זה לכיבודם של שני ההורים: "מלמד ששניהם שקולים".¹⁵ אולם להלכה האב קודם לאם לעניין כיבוד: "אבל אמרו חכמים האב קודם לאם בכל מקום מפני שהוא ואמו חייבים בכבוד אביו".¹⁶ ההיררכיה בין ההורים מכתובה גם את סדרי ההעדפה בכיבודים. ומשום כך מגביל השו"ע את תחולת ההלכה המשנאית בקביעתו "ואם היא מגורשת מאביו שניהם שוים".^{17, 18}

בשני המקרים שהובאו כאן, שכאמור גם עניינם בקביעת סדרי העדפה שונים, שונה דין תורה בעקבות התערבותם של חכמים. בשני המקרים מבוסס השינוי על אותם עקרונות. הלכות אלה תומכות ברעיון היסודי אותו מבקש אני לשזור מראשית הרשימה. הדינים בהקשר למעמדה של האשה מושפעים מהנחות יסוד, שהן מבחינתן מעוגנות בזמן ובמקום. דווקא צמצום זכויות האשה, שנעשה בדרך של שינוי דין, מעיד על הלגיטימציה של השינוי על בסיס דפוסי התנהגות חברתית ותרבותית שונים.¹⁹ כוח השינוי אינו חד־צדדי.

-
- 12 קידושין ל ב.
 13 שם, שם. ראה להלכה שו"ע יו"ד, הלכות כיבוד אב ואם, רמ יז: "אלא שהאשה אין בידה לעשות שהיא משועבדת לבעלה."
 14 קידושין ל ב.
 15 כריתות ו ט.
 16 שם, שם; ראה גם קידושין לא א; וראה ההלכה בשו"ע יו"ד, הלכות כיבוד אב ואם, רמ יב.
 17 שו"ע, שם.
 18 גם במקרים אלה, כמו באחרים שהובאו ברשימה זו (ראה לעיל הערה 8), אין ההלכה מניחה לשיקול דעתו של היחיד את קביעת סדר ההעדפה. היא מבקשת לפתור את היחיד מלבטים ומחובות בחירה קשה וכמעט בלתי אפשרית. עומד האדם בלחץ של חובות מתגנשות, מנוגדות או סותרות, מכריעה עבורו ההלכה ולא שיקולים אישיים או אמוצינוליים. גם הזכאי הפוטנציאלי, המודע לסדר העדיפות הקבוע מראש, אינו צריך להיפגע מן הבחירה. לא ניתן להסיק ממנו על היחס האישי אותו רוחש החייב, מצד זכאי זה, המקבל עליו את הדין, אין מקום להפעלת לחצים על החייב מה שמקל גם הוא על הבחירה הכפויה מן הדין.
 19 ראה הרב ח' ד' הלוי דת ומדינה (תל־אביב, תשכ"ט) 49-50: "לא שההלכה נשתנתה ח"ו, צורות החיים נשתנו ועל פי אותם עקרונות עצמם [שבהלכה - א.ר.צ.]. חלו שינויים אלה..." כללי, ראה גם הרב א' ברקוביץ ההלכה, כוחה ותפקידה (ירושלים, תשמ"א);

על רקעם של דברי פתיחה אלה ננתח את מעמד האשה בתוך המשפחה בדין העברי. בלי להיכנס לפרטי יתר או להתייחס לתכנים בהרחבה, ננסה להבין כיצד נבנתה המערכת ההלכתית הנוגעת למעמדם של הצדדים בתוך המשפחה; נצביע על מבנה רב-שלבי בעיצוב ההלכה ובפיתוחה.

על מעמדה של האשה נמצא התבטאויות שונות במקורות השונים. מדרשים אחדים, ואין בכוונתי לסוקרם כאן, מדברים בשבחה של האשה ותכונותיה, כמו למשל, הבינה היתרה שניתנה בה.²⁰ מאידך גיסא, נמצא במקורות התבטאויות סותרות רבות, שעניינן חולשת אופי הטבועה באשה,²¹ מגבלות האינטלקט שלה²² ופגמים מוסריים הדבקים בה.²³ גם אם דעות אלה הובעו במפורש על-ידי יחידים בלבד²⁴ הן פרי ההסתכלות החברתית, ואין להתכחש לכך שהן השפיעו על הדין הנוהג הלכה למעשה בתחומי חיים שונים ומגוונים בעולמה של הלכה.²⁵ גם העדויות במקורות על בורותן של הנשים, במציאות

י' צ' גילת "השפעת המציאות על הבחנות הלכתיות" (הוצאת אוניברסיטת בר-אילן) 38; וכן בתחום הספציפי יותר: הרב א' ברקוביץ "מעמד האשה ביהדות - היבט הלכתי-חברתי" הגות, מאסף למחשבה יהודית (משרד החינוך והתרבות, תשמ"ג) 27; כן ראה, לאחרונה, הלכה ופתיחות, חכמי מרוקו כפוסקים לדורנו (במה ליהדות אקטואלית, המרכז לתרבות ולחינוך של ההסתדרות, תשמ"ו).

20 גדה מה ב: "ויבן" אמר רב חסדא, מאי דכתיב ויבן ה' אלהים את הצלע (בראשית ב כב) מלמד שנתן הקב"ה בינה יתירה באשה יותר מבאיש.

21 למשל, "נשים עצלניות הן", ראה ירושלמי פסחים פ"א ה"א (וראה גם תוס' פסחים ד ב ד"ה הימנוהו) ומשום כך אינן נאמנות בביעור חמין; "נשים דעתן קלה", ראה קידושין פ ב, לעניין איסור ייחוד עם שתי נשים (רש"י); "נוחות להתפתות" לעומת היתר ייחוד של שני גברים עם אשה אחת. כן ראה שבת לג ב.

22 ראה, למשל, המקורות הבאים, ירושלמי, סוטה פ"ג ה"ד (וכן תוספתא סוטה ז; יומא סו ב); "אין חוכמתה של האשה אלא בפילכה"; רמב"ם, הלכות עבודת כוכבים, יא טז; "ואינו אלא מן הסכלים ומחוסרי הדעת ובכלל הנשים והקטנים שאין דעתם שלמה"; ראה גם אצל המאירי, בית הבחירה, סוטה כ א: "ואין שכלה מספיק להבנה הראויה והיא סבורה שהשיגה ומקשקשת כפעמון להראות את חכמתה."

23 ראה, למשל, רש"י בסוטה כא ב על דברי ר' אליעזר, הנוגעים לאיסור לימוד תורה לאשה, "שמתוכה היא מבינה ערמומיות ועושה דבריה בהצנע"; בהקשר זה ראה גם רמב"ם, הלכות תלמוד תורה, א יג: "שרוב הנשים אין דעתן מכוונת להתלמד אלא הן מוציאות דברי תורה לדברי הבאי לפי עניות דעתן"; בעלי נפש לראב"ד שער הקדושה: "על כן התירו שתהא שמאל דוחה וימין מקרבת [יצר, תינוק ואשה תהא שמאל דוחה וימין מקרבת, סנהדרין קז ב] פן תסיתנו לעבור על המידה ותמשכהו אחריה להבלי העולם."

24 ראה הרב ע' רקמן "בעיות האשה היהודית בזמננו והדרכים לפתרונן" חדשות אוניברסיטת בר-אילן 28-29 (ספטמבר 1978) 3, 4.

25 ראה במיוחד לעיל הערה 21. אם כי ראה בפסקי עזריאל רכה-רלד (הוצאת מוסד הרב

שהיתה רווחת באותה עת, משפיעות על מעמדה היחסי של האשה וממילא על כללי ההלכה.²⁶

השפעה מיוחדת לבניין ההלכה נודעת להנחות שונות, הנותנות ביטוי לריאליה בת-הזמן ומבוססות על הסתכלות במציאות אנושית, פסיכולוגית וחברתית. ההנחה העיקרית, שאינה ניתנת לסתירה במקרים אינדיבידואליים בשל היותה נדבך בבניין של הלכות קבועות, המעידה על נחיתות חברתית של האשה, היא "טב למיטב טן דו מלמיטב ארמלו", דהיינו: אשה מעדיפה את מעמד הנישואין על-פני כל אלטרנטיבה אחרת וכמעט בכל מחיר, מה שאין כן הגבר. ההנחה אינה ביטוי גרידא בעל השלכות חברתיות. תוצאות משפטיות בעלות משמעות רבה נגזרות ממנה. ראשית, היא מסמנת אסימטריה בהסקת מסקנות משפטיות שונות בין האיש לאשה;²⁷ שנית, היא עשויה לחרוץ את גורל תקפות הקידושין בשל השפעתה של ההנחה על גמירת הדעת של האשה וכל כוונותיה ורצונותיה. מן ההנחה נובעת המסקנה כי הנישואין הם, ברוב המקרים, בגדר של זכות לאשה בעוד הגירושין הם, בדרך כלל, בגדר חובה;²⁸ שלישית, ולאור האמור לעיל, עשויה ההנחה להשפיע, במקרים מסוימים, גם על תקפותו של גט.²⁹

להנחה הקיבוצית על ההעדפה האישית של כל אחד מבני הזוג ביחס למעמד הנישואין

קוק, תשל"ז) המצמצם את המשמעות ההלכתית הנודעת לאמרות אלה, מנסה לתת להן משמעות מצמצמת או אחרת ומעמידן בהקשרים חריגים. על המציאות החברתית כמקורם של הביטויים השליליים של האשה ראה הרב א' ברקוביץ, לעיל הערה 19, הגות, בעמ' 31-32; והרב ע' קלכהיים "על מעמד האשה" האשה וחינוכה (ספר אמנה, תשמ"מ) 77; רשימה מרוכזת של ביטויים חיוביים ושליליים על האשה ראה א' גליקסברג האשה ביהדות שווה יותר (תל-אביב, תשמ"ג) 76-78.

26 תוס' ברכות מה א ד"ה שאני "בור שמבין בלשון הקודש ויודע קצת [ויוצא בזימון של אחרים] אבל נשים שאינן מבינות כלל..." והמשנה ברורה. סימן תפט א, הלכות פסח, קובע כי על נשים להימנע מספירת העומר "...וכמדומה דבמדינותינו לא נהגו נשי כלל לספור וכתב בספר שולחן שלמה דעל כל פנים לא יברכו דהא בודאי יטעו ביום אחד וגם על פי רוב אינם יודעי פירוש המילות".

27 כך, למשל, לאיש אסור לקדש על-ידי שליח, שכן נאסר עליו לקדש את האשה עד שיראנה מחשש שמא תתגנה עליו. על האשה לא מוטל איסור כזה ומותר לה להתקדש באמצעות שליח. החשש המביא לאיסור אינו רלבנטי לגביה, שהרי על-פי ההנחה האמורה מעדיפה האשה נישואין למרות מגרעות הבעל. ראה קידושין מא א; הבדל בין המינים, בעטיה של הנחה זו, קיים גם בקידושין על תנאי, כשהתנאי הוא היעדר נדרים או מומים. לא התקיים התנאי - קידושי האיש לא תופשים ואילו קידושי האשה תופשים, שהרי, על-פי ההנחה האמורה, האשה בכלשהו ניחא לה ומשום כך אין היא מקפדת על מומים במידה שהאיש מקפיד. ראה כתובות עה א.

28 ראה קידושין ז א; בבא קמא קיא א; כתובות עה א. בכל אחד משלושת המקרים המפורטים במקורות אלה ספק בעניין גמירת הדעת של האשה באשר לקידושין, בין בקשר לקניין הקידושין ובין בקשר לאיש המיועד להיות בעל, פועל לטובת תקפות הקשר ולא ביטולו. ראה יבמות קיח ב, בו נקבע כי הגט אינו זכות לאשה אפילו במקום קטטה בינה לבין

השלכה גם על היקף אכיפת הזכויות הממוניות של האשה. אשה גובה את כתובתה מן החלק הנחות של נכסי הבעל, מן הזיבורית, "שיותר שהאיש רוצה לישא אשה רוצה להנשא"³⁰. מאותו הטעם מועדף כל בעל חוב אחר של הבעל על-פני האשה הנדחית מפניו.³¹ הנחות אלה, כמו גם אחרות שלא נעסוק בהן כאן, משפיעות במישרין על קביעת נורמות משפטיות בתחומים רבים ושונים שעניינן זכויות והתחייבויות בין בני הזוג ובינם לבין צדדים שלישיים.³² ההנחות פועלות לעיתים לטובת האשה ולהגנתה, ובמקרים אחרים הן פוגעות באשה.

הנחות אלה אינן קבועות ועומדות מששת ימי בראשית ואין הן מבטאות עולם ערכים אוטופי הקבוע לעולמים. שינוי בסדרי החברה, שינוי המבנה הדמוגרפי, שינוי בסולם הערכים החברתי, שינוי בדפוסי העבודה של המינים, בעושר בחברה, בחלוקת העושר, באידיאל הנישואין וכיו"ב – מטלטל הנחות אלה ואף עוקר אותן כליל. חלק מן ההנחות לא זו בלבד שאינו מכוון לשעתנו, הוא גם נחשב מעליב ופוגע אצל חלק ניכר מציבור הנשים (ואף הגברים) ומנכר את יחסם של חלקים נרחבים מן הציבור להלכה. גם אם בעבר שירתו הנחות אלה מטרות צודקות ולא באו אלא להגן על האשה, העברתן לסביבה חברתית שונה בתכלית חותרת תחת המטרות העקרוניות שהעמידה ההלכה בבסיסן. על עניינים אלה נעמוד עוד בהרחבה בהמשך הרשימה.

חלק ניכר ממערכת הכללים בין המינים, שההלכה נותנת להם ביטוי, נובע מעקרונות הצניעות. החרדות מפני פיתוי היצר גוררות אחריהן כללי הפרדה והתרחקות חמורים בין המינים,³³ איסור ייחוד³⁴ ואיסור להשתמש באשה.³⁵

בעלה, ומשום כך כל עוד לא הגיע הגט לידה אינה מגורשת אפילו מינה לה הבעל שליח לקבלת הגט.

- 30 תוספתא, כתובות, פרק יב פסקא ד; גיטין מט ב.
- 31 "שהרי בעל חוב הפסיד והוציא מעותיו והאשה לא חסרה דבר שיותר משהאיש רוצה לישא אשה רוצה להנשא", רמב"ם, הלכות אישות, יז ד.
- 32 ראה ז' פלק "על מעמד האשה בהלכה" דעות מא (תשל"ב) 29, 31; כן ראה אנציקלופדיה תלמודית, כרך ב, ערך "אשה", בעמ' רנב-רנז. בין יתר ההנחות המשפיעות על יצירת הדינים או מתרצות אותם, ראה: בושטה של האשה מרובה משל איש ולכן האשה קודמת לאיש בכמה דינים (כתובות סז א-ב; יבמות ק א); אין אשה מעזה פניה בפני בעלה ומשום כך נאמנת במקרים מסוימים (כתובות כב ב; יבמות קטז א); טלטולי הגבר קשים מטלטולי האשה לכן היא נדחית מפניו לעניין זכויות מדור לאחר הגירושין (כתובות כח א), דרכו של איש לחזור על אשה ואין דרכה של אשה לחזור על איש (קידושין ב ב; נידה לא ב); צערו של האיש במניעת תשמיש מרובה מצערה של האשה לכן קנסו את המורדת יותר מן המורד (כתובות סד ב). ראה גם להלן הערה 37.
- 33 המקורות ראה אצל א' ג' אלינסון האשה והמצוות (ספר שני, ירושלים, תשמ"א) 15 ואילך.
- 34 סנהדרין כא א-ב; עבודה זרה לו ב; מקורות נוספים ראה א' ג' אלינסון, שם, החל מעמ' 196.
- 35 קידושין ע א, רש"י: "שלא ילמדנה להיות רגילה בין האנשים".

כללי ההפרדה וההרחקה גוררים אחריהם, הלכה למעשה, את הרחקתה של האשה ממרכו העשייה החברתית ואף הכלכלית. על כללי ההפרדה נוסף המיקום של כל אחד מן המינים בסולם החברתי, הגורר אחריו חלוקת תפקידים מוגדרת בין גבר לאשה. מיקום זה, המשתלב, כאמור, בעקרון הצניעות ומשלים אותו, מתבטא בכלל "כבודה בת מלך פנימה".³⁶ לא בהמלצה גרידא מדובר בהקשר זה, אלא בכלל משפטי ממנו נופקות הלכות שונות המתבססות על תפקודה הכללי של האשה בחברה ועל מיקומה בסולם החברתי.³⁷ חלוקת התפקידים בחברה, שלפיה "דרכה של אשה להיות יושבת בתוך ביתה ודרכו של איש להיות יוצא לשוק",³⁸ מסמנת את גבולות המערכת החברתית ביחסים בין המינים. חלוקת התפקידים האפיוורית בתוך המשפחה: "אין יופי לאשה אלא לישוב בוויית ביתה

36 יבמות עז א.

37 כך האיסור על עמוני ומואבי לבוא בקהל ישראל (כי תצא כג ד) נתפרש כאינו כולל נשים: "מי דרכו לשכור... ליעץ... האיש ולא האשה", ירושלמי, יבמות פ"ח ה"ג; וכן יבמות עז ב, עז א: "דרכו של איש לקדם ולא דרכה של אשה"; קידושין לה א, יבמות ס ב: "איש דרכו לכבש ואין אשה דרכה לכבש" (על ההלכה הנלמדת מפסוק זה ראה להלן הערה 38); קידושין ב ב: "דרכו של איש לעשות מלחמה ואין דרכה של אשה לעשות מלחמה";

ריכוז הדינים השונים שבוססו על כלל זה, מהם כאלה המעניקים יתרון לאשה (כגון, העדפת הנשים במוזנות מעזבון אביהן בעוד אחיהן, הגברים, מחזרים על הפתחים - ב"ב קלט ב - וזכותה של אלמנה למכור מנכסי עזבון בעלה לגביית כתובתה שלא בבית-דין כדי למנוע התבזותה - שו"ע, אבן העזר, קג א), ראה תורה תמימה לבראשית יח ט, הערה ל. ראה גם לעיל הערה 32.

38 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 פרייה ורבייה ולא האשה. ראה יבמות סה ב. להלכה זו, המעמידה, לכאורה, את האחריות להמשך בניין העולם על הגבר ולא על האשה, ראה: רמב"ם, הלכות אישות, טו ב, וכן שו"ע, אבן העזר, א א ו"ג. יש לציין, לעומת זאת, כי יש שקבעו כי האשה מצווה על פרייה ורבייה מן העיקרון הכללי של בניין העולם דווקא: "לא נברא העולם אלא לפריה ורביה 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 המצווה. ראה דיון בסוגיה זו בתורה תמימה, בראשית א כח, ליד האות סה. עמדתו של בעל התורה תמימה לקביעת עליונות עקרונית של הגבר היא עקבית (ראה לעיל הערה 6). את המדרש לפיו "משפחת אב קרויה משפחה, משפחת אם אינה קרויה משפחה" (בבא בתרא קט ב) הוא מבאר ש"הגברים הם בוני העולם... אשר על כן נקראו הזכרים בשם בנים על שם הבניין... 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."

שכך כתוב כבודה בת מלך פנימה³⁹ – מיוסדת, איפוא, בראש ובראשונה על מעמדה של האשה בחברה. האשה יושבת בית וצופייה הליכות ביתה. הבעל יוצא חוצה והוא אחראי לשלום המשפחה, מעמדה החברתי וביסוסה הכלכלי.³⁹ האשה פטורה, כמעט כליל, מרוב הנטל הכלכלי וחובות המזונות לבעל ולילדי הזוג. האשה זוכה בבטחון כלכלי תמורת השירותים שהיא מעניקה.⁴⁰

הבעל שולט גם על מקורות הרכוש והממון של המשפחה. הוא מנהל לא רק את נכסיו שלו אלא גם את רוב נכסי האשה והוא שולט בנכסים ואוכל את פירותיהם.⁴¹ בסוגיות אלה צועדת ההלכה בדרך שהיתה מקובלת על רוב השיטות המשפטיות עד סמוך לזמננו.⁴² כדיוננו בראשית רשימה זו ראינו כי ההלכה מקפידה על קביעת סדרי עדיפויות ואינה מותירה עניין זה להכרעתם האינדיבידואלית של הצדדים או לשיקול דעתם. כמו בתחומי החיים האחרים לגביהן נקבעו סדרי העדפה בין המינים הוסדרה, גם במסגרת המשפחה, בהמשך לחלוקת התפקידים ואולי אף תוך הסתמכות עליה, מערכת יחסים היררכית. המשפט המודרני אינו מחלק תפקידים מראש ואינו מטיל היררכיה כפויה על המשפחה. הוא מניח לצדדים להסדיר את חלוקת הסמכויות ביניהם. הטעמים לכך הם רבים ומגוונים, כגון: היותו מחויב לעקרון השוויון,⁴³ ההכרה בלגיטימציה של מיגוון מערכות יחסים מדפוסים שונים,⁴⁴ החופש של הצדדים להסדיר בעצמם ולעצמם את מערכת היחסים בתוך

39 רמב"ם, הלכות אישות, יג א.

39א "דרש ר' עקיבא... לעולם יאכל אדם וישתה פחות ממה שיש לו וילבש ויתכסה במה שיש לו ויכבד אשתו ובניו יותר ממה שיש לו שהן תלויים בו והוא תלוי במי שאמר והיה העולם", חולין פד ב.

40 ראה S.W. Baron *A Social and Religious History of the Jews*, Vol. II, 237. ראה גם א' רוזן-צבי יחסי ממון בין בני זוג (תל-אביב, תשמ"ב) 121 ואילך; וראה גם להלן הערות 55-56, 98.

41 א' רוזן-צבי, שם, בעמ' 128 ואילך. "מה שקנתה אשה קנה בעלה", ראה גיטין עז א, ורש"י, שם: "לפידות להשתמש בה", סנהדרין עא א, נזיר כד ב; "יד אשה כיד בעלה", ראה נדרים פח ב; "אין קנין לאשה בלא בעלה", ראה קידושין כג ב; "זכתה האשה זכה בעלה", ראה ירושלמי, כתובות פ"ו ה"א; ואשתו כגופו, ראה פירוש המשניות לרמב"ם, נגעים פרק יד משנה יב.

42 א' רוזן-צבי, שם, מעמ' 13 ואילך ו-132 ואילך; ראה: *Blackstone Commentaries*: 1,442; P.M. Bromley *Family Law* (6th ed., London, 1981) 109 et seq.; L.J. Weitzman *The Marriage Contract* (N.Y., 1981) 5 et seq.; M.A. Glendon *State, Law and the Family* (Amsterdam, 1977) 113-128. כפי שניתן להיווכח, עליונות הבעל במדינות רבות, כולל אנגליה ומדינות שונות בארה"ב, באה לידי ביטוי גם בתביעות נזיקין שאפשרו לו לזכות בפיצויים נגד צד שלישי בגין פגיעה בזכויותיו לשירותי האשה ולהנאות החיים המשותפים.

43 א' רוזן-צבי, שם, שם.

44 M.A. Glendon "Power and Authority in the Family: New Legal Patterns as

המשפחה,⁴⁵ חוסר התכליתיות והיעילות של תכתיבים חקיקתיים ושל הסדרים כפויים במשפחה מודרנית⁴⁶ ועוד. מתן ביטוי לתחומי פעילות נפרדים בין בני זוג בדרך של חלוקת תפקידים קבועה ומגודרת מראש, אליו מתלווים היררכיה וסמכותיות, מתחייבים בחברה שבטית או אחרת המקיימת בתוכה, גם לצרכים אחרים, היררכיה חברתית ברורה. גם בחברה בה מתפקדת המשפחה כחברה עצמאית, היינו כיחידה כלכלית או חברתית נפרדת המספקת בעצמה את צרכיה הבסיסיים, נוצרת חלוקה ברורה של תפקידים והגדרה של סמכויות. סמכויות הבעל מובנת על רקע של הענקת יתרונות חברתיים, כלכליים וחינוכיים על ידיו. בחברה שוויונית, בה אין המשפחה מהווה יחידה כלכלית נפרדת וחלק הארי מן היתרונות שהוענקו בעבר על-ידי הבעל (בטחון חברתי, הגנה כלכלית וכיו"ב) מובטחים על-ידי המדינה, כפיית סמכויות אינה מועילה ורק מחריפה את המצב. בדין העברי בשעה הפורמטיבית שלו, האיש משליט מרותו במשפחה, הן על הילדים והן על האשה. מרותו של האיש על אשתו מבוססת על חלוקת תפקידים אפרורית בתוך המשפחה, המיוסדת, כאמור, על מעמדה של האשה בחברה. מרות זו מתבטאת במשפט העברי בכמה אופנים:

בעל הוא לשון אדנות.⁴⁷ האשה רשות בעלה עליה.⁴⁸ הוא, מצידו, יכול לחייב אותה בנדרים, בתנאים מסוימים,⁴⁹ והוא גם מוסמך להתיר חלק מנדריה.⁵⁰ זמנה של האשה אינו

-
- Reflections of Changing Ideologies" 23 *Am. J. of Com. L.* (1975) 1; M.A. Glendon "Matrimonial Property: A Comparative Study of Law and Social Change" 49 *Tul. L. R.* (1974-5) 21, 78; M. Rheinstein "The Family and the Law" *Int. Ency. of Com.* (M. Rheinstein) 11; M. Rheinstein *Marriage Stability, Divorce L.* (Vol. IV) 11; *and the Law* (Chicago, 1972) 274 7. בעמ' 7.
- M. Rheinstein "The Transformation of Marriage and the Law" 68 *Nw. U.L.R.* 45 (1973) 463, 467; *Eisenstadt v. Baird* 405 U.S. 438, 453 (1972); B.A. Kulzer "Law and the Housewife: Property, Divorce and Death" 28 *Uni. of Flo. L.R.* (1975) 1, 51; M.A. Glendon, *supra* note 44 (Tul.), at p. 78; L.J. Weitzman, *supra* note 42, at p. 225 et seq.; 335 et seq.; M.A. Glendon, *supra* note 42, at p. 169.
- M.A. Glendon, *supra* note 42, at p. 2 et seq., 171 et seq., 321 46
- ראה אנציקלופדיה תלמודית, כרך ד, ערך "בעל". 47
- ראה לעיל הערה 13 והטקסט הסמוך לה; כן ראה כלבו סימן עג בשם בעל המלמד את הטעם לפטור האשה ממצוות עשה שהזמן גרמן "כי משועבדות הן לבעל"; טעם דומה ניתן על-ידי הרשב"ם, פסחים קח א ד"ה "אשה", להלכה שאשה אצל בעלה אינה צריכה הסבה בליל הסדר: "מפני שאימת בעלה עליה וכפופה לו". 48
- ראה, בין היתר, רמב"ם, הלכות אישות, יב כג-כד; יג ח-יג; יד ה-ו; כא ג. 49
- הבעל מפר נדרי אשתו, ראה: כתובות מו ב; נדרים סז א; גזיר סב ב; רמב"ם, נדרים, יא ח; טור, שו"ע, יורה דעה, רלד ב; ההפדה מוגבלת לנדרים שיש בהם עינוי נפש או לדברים שבינו לבינה (דברים שהוא נפסד ומצטער עליהם), ראה ספרי לפרשת מטות, פסקה קנה: נדרים עט א-ב; רמב"ם, נדרים, יב א; טור, שו"ע, יורה דעה, רלד; ראה גם

ברשותה, הוא ברשות הבעל,⁵¹ "הנשים אין הזמן מסור בידן וברשותן כי משועבדות לבעל".⁵² במסגרת זו לבעל הסמכות העקרונית לקבוע את מקום המגורים, את סדרי הבית ואת חינוך הילדים. האשה לא רק שהיא חייבת בכבודו של אישה,⁵³ אלא חלה עליה גם חובת ציות לבעלה.^{54, 55}

הכיבוד שמחויבת בו האשה אינו בעל אופי טכסי בלבד. הוא נושא חותם פרגמטי ומטיל נורמות ספציפיות על האשה. כידוע, מעשה ידיה של אשה לבעלה.⁵⁶ במסגרת הלכה

אנציקלופדיה תלמודית, כרך י, ערך "הפרה" וכרך ז, ערך "דברים שבינו לבינה"; הטעם הניתן לגזירת הכתוב הוא שכל אשה נודרת על דעת בעלה, ראה ר"ן לנדריים עג ב; שו"ת הרא"ש, כלל י סימן ג; טעם נוסף הוא שלא תתנגד על בעלה, ראה רשב"א ליבמות צ ב.

51 ראה לעיל הערות 13-14 והטקסט הסמוך להן, וכן לעיל הערה 48.

52 ראה בכלבו, לעיל הערה 48.

53 ראה רמב"ם, הלכות אישות, טו כ: "וכן ציוו חכמים על האשה שתהא מכבדת את בעלה ביותר מדאי".

54 ראה רמב"ם, שם, בהמשך: "...ויהיה עליה מורא ממנו ותעשה כל מעשה על פיו ויהיה בעיניה כמו שר או מלך מהלכת בתאות לבו ומרחקת כל מי שישנא. וזה דרך בנות ישראל ובני ישראל הקדושים והטהורים בויוגן 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 בנשים אלא אשה שהיא עושה רצון בעלה"; מקורות נוספים לחובת הציות (בעל תורה תמימה ובעל מנורת המאור), ראה גם לעיל הערות 6 ו-38; בהמשך נפרט האם להוראות אלה תוקף משפטי הניתן לאכיפה ישירה או עקיפה, ראה להלן הערות 83-85 והטקסט הסמוך להן.

55 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-1360A(2), בנוסחם הקודם, ל-B.G.B.; סעיפים אלה תוקנו בחיקוק משנת 1977 אשר הטיל חבויות 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, *supra* note 42, at p. 116 et seq.

56 המשנה כתובות פרק ה משנה ה; משנה כתובות מו ב; רמב"ם, הלכות אישות, כא א; טור, שו"ע, אבן העזר, פ א.

חבויות האשה, במסגרת מעשה ידיה, כוללות כמה סוגים של מטלות:

א) לנהל משק בית ולדאוג לילדים;

ב) לעסוק בעבודות משלימות הנהוגות על-ידי נשים והנעשות בבית;

ג) לעשות לבעל מלאכות של חיבה.

ראה גם ב"צ שרשבסקי דיני משפחה (מהדורה שלישית, ירושלים, תשמ"ד) 225; אסמכתאות נוספות ראה אנציקלופדיה תלמודית, כרך ד, ערך "בעל", בעמ' פד-פח.

זו מוטלות על האשה חובות של חיבה,⁵⁷ שהיא לא היתה רשאית להאציל לאחרים.⁵⁸ חובות אלה היו ביטוי למרותו של הבעל על האשה וכפיפותה לו והפרתן עלולה לגרור סנקציות קשות כלפיה.⁵⁹

למותר לציין כי הבעל הוא המקדש את האשה והוא גם המשלחה מביתו על-ידי גט פיטורין. במשנה הקדומה נאמר: "האשה יוצאה לרצונה ושלא לרצונה והאיש אינו מוציא אלא לרצונו".⁶⁰ מדין תורה הבעל זכאי לגרש את אשתו בעל-כורחה ומכל טעם שהוא,⁶¹ ולעומת זאת חייבת האשה להשיג את הסכמת הבעל כתנאי מוקדם לקבלת הגט.⁶² זה, אולי, הביטוי המשפטי המשמעותי ביותר למעמדה הנחות של האשה ביחס לבעל בהקשר

57 המלאכות של חיבה הן מלאכות שכל אשה עושה לבעלה מפני שהן דרך קירוב ואהבה (ראה אנציקלופדיה תלמודית, כרך ד, ערך "בעל", עמ' פח והאסמכתאות שם, ה"ש 306), כגון, רחיצת ידיים ופנים, מזיגת הכוס, הצעת המיטה וכן עומדת ומשמשת בפניו. ראה גם רמב"ם, שם, כא ג.

58 כתובות סא א; רמב"ם, שם, כא ד; אולם יש ראשונים החולקים וגורסים כי אין זו אלא עצה טובה שהשיאו חכמים להנהיג בישראל, ראה רש"י לכתובות, שם, ד"ה "אבל", וראה דיון על דברי רש"י במשנה למלך על הרמב"ם, שם, כא ג; זו גם דעת הטור, אבן העזר, פ והפרישה, שם, ליד האות יח; כן ראה דעת הבית שמואל לשו"ע, אבן העזר, פ, טו, הנסמך על הטור בסוברו כי מלאכות אלה הן בגדר חובה מוסרית המומלצת על ידי רבנן; וראה גם אנציקלופדיה תלמודית, שם, ה"ש 316-317.

59 לדעת הרמב"ם, שם, כא י: "כופין אותה ועושה אפילו בשוט", אולם הראב"ד השיג שם והציע סנקציה אחרת: "מעולם לא שמעתי יסור שוטים לנשים אלא שממעט לה צרכיה ומוזנותיה עד שתכנע". וראה גם הכסף משנה, והמגיד משנה, שם; ראה גם הטור, אבן העזר, פ, המסתמך על הרא"ש, הסבור שאין כופים; בהסבר דברי הטור ראה את הדרושה שם, והפרישה, שם, המפרשים שהטור הסכים לדעת הראב"ד ולא פטר כליל מכפייה כלשהי.

בדין הרווח היום פטור הבעל ממוזנותיה של המורדת ממלאכה אם סירבה לעשות את כל המלאכות. אם סירבה לעשות רק את חלקן מקוים מן המוזנות המגיעים לה את ההוצאות הנגרמות לבעל עקב סירובה. ראה ערעור תשי"ח/167, פד"ר 208, וכן ב"צ שרשבסקי, לעיל הערה 56, בעמ' 228, 231; כן ראה להלן הערות 84-85.

60 משנה, יבמות יד א; תוספתא כתובות יג ג; גיטין מט ב; רמב"ם, הלכות גירושין, א א-ב.

61 משנה, גיטין פרק ט משנה י; גיטין צ א.

62 על מעמד אקטיבי של האשה בגירושין ועל יוזמות גירושין אפשריות מצידה ראה, M.A. Fridman *Jewish Marriage in Palestine* (Tel-Aviv, 1980) 312; M.A. Fridman "Termination of the Marriage upon the Wife's Request: A Palestinian Ketubba Stipulation" *PAAJR* XXXVII (1969) 29; S.W. Baron, *supra* note 40, Vol. 1, at pp. 113-114, 347-348; ז' פלק תביעת גירושין מצד האשה בדיני ישראל (ירושלים, תשל"ג) 16 ואילך.

של מוסד הנישואין, דהיינו: בשלב היצירה ולעת סיום. לכאורה נתונה האשה בידיו של הבעל לטוב ולרע. אולם לא כך הם פני הדברים. ההלכה לא העניקה לבעל כוח וסמכות בלתי מוגבלים. היא חותרת ליצירת מערכת מאזנת במסגרת עקרונות היסוד המנחים אותה. את היסודות המאזנים אליהם חותרת ההלכה ניתן למקם בכמה מישורים.

ראשית, הוטלו מיגבלות, מלכתחילה, על כוחו של הבעל. מיגבלות אלה כוללות:

1. איזון עם אינטרסים אחרים שהגנתם קודמת לביסוס מרותו של הבעל, כגון שלום הבית, שם טוב וכיו"ב;
 2. מטרת מוגבלות שלשמן ניתן לו הכוח או הוענקה לו הסמכות.
 3. הצבת עקרונות הלכתיים מפורטים בתחומים שונים בהן שולט הבעל, הכובלים מראש את הבעל ומצרים את חופש הפעולה שלו; שנית, מוטלת על הבעל החובה להתחשב באשה.
- שלישית, גם באותם מקרים בהם זכויותיו של הבעל אינן מוגבלות מלכתחילה, חלה עליו החובה להימנע מניצולן לרעה.

רביעית, הבעל חייב בכיבודה של האשה כחובה דומה, אם כי לא זהה, לחובת האשה. חמישית, מערכת שלמה של זכויות מוענקת לאשה כלפי הבעל.

הקורא בעיון את המוטו לרשימתנו זו, הלקוח מן המדרש בעניינן של בנות צלופחד, יבחין מיד כי הוא מלווה בתחושה של "אי נוחות" בעטיה של ההעדפה המשפטית של הגבר. גם אם אי נוחות זו אינה מתרגמת ישירות למישור המשפטי היתה לה השפעה בעיצוב כללי ההלכה.⁶²

ומן הכלל אל הפרט. הטלת המרות על-ידי הבעל והפעלת סמכויותיו הוגבלו וצומצמו הלכה למעשה. העקרונות נותרו, לכאורה, בלתי פגיעים, אולם לצד זכותו של הבעל הועמדה חובתו להוציא את האשה בגט ולתת כתובה כל אימת שהפעלת הכוח מצידו יש בה משום התערבות יתר בחיי האשה, אך היא נחשבת בעיני הדין כעשיית שימוש בלתי סביר בזכותו. תוצאתה של טכניקה משפטית זו, השומרת על הכלל העקרוני אך פועלת בעקיפין להצרתו ולהגבלתו, היתה צמצום משמעותי ביכולת הטלת מרות או באפשרות מעשית של הפעלת סמכות מצד הבעל, לשם מניעת דברים הנחשבים כבעלי חשיבות עבור האשה במסגרת נתונים חברתיים מוגדרים. מרכז הכובד בהקשר זה היא נקודת המבט של האשה ולא עמדת הבעל, ולכן אין כוונותיו ותום-לבו רלבנטיים בדרך כלל. כך, למשל, אין הוא רשאי להטיל על האשה דברי המביאים לידי זלזול או הגורמים לה צער.⁶³ הבעל מוגבל בהדרתה של האשה מקיום יחסי-מין עמו.⁶⁴ הוא מוגבל ביכולתו להתערב התערבות מפליגה בחופש הבחירה של חיי היומיום של האשה,⁶⁵ או בפרטי ניהול משק-הבית המקובל

62 א מדרש דומה, נועז, המעיד על תחושה קשה לנוכח המצב ההלכתי הקיים, ראה בעניין ממזרים, ויקרא רבה, פרשה לב ז; על עניין זה ראה פ' שיפמן "חוק בלא נחת" דעות מא (תשל"ב) 23.

63 כתובות עב א.

64 רמב"ם, הלכות אישות, יד ו.

65 כך, למשל, לגבי איסור השתתפות בשמחות או באבל (רמב"ם, שם, פרק יג הלכה יג),

בשכנותה.⁶⁶ אם עשה אחד מאלה או מסוגם או עשה שימוש מופרז בכוח ההדרה, הוא מחויב להוציאה בגט וליתן כתובה.⁶⁷ הגבלות אלה נוטלות, איפוא, חלק מן העוקץ שבהענקת סמכויות לבעל ושהטלת מרותו על האשה. לא רק דרך הפעלת הכוח והמרות בתוך המשפחה הוגבלו, אלא גם היקפה ומטרותיה. סוג אחר של הגבלות מעלה אינטרסים אחרים לראש סולם העדיפויות ועל-ידי כך יוצר מידה מסוימת של שוויון בין בני הזוג. כך, למשל, חשיבותו של שלום הבית בעיצוב כללי ההלכה⁶⁸ ועדיפותו על ההיררכיה של הבעל גוררים אחריהם זכות וטו מצד האשה, בעניינים שונים הנוגעים למקום המגורים, הפוגעת, מצידה, בחירות הבעל.⁶⁹ על בסיס הגנת האינטרס האמור גם פטרו את האשה מאחריות במקרים מסוימים⁷⁰ והוגבל כוח הבעל במקרים אחרים.⁷¹

הגבלות על האיש הוטלו לא רק במישור האישי של חיי המשפחה אלא גם במישור הכלכלי והרכושי. גם במישור הרכושי לא היה הבעל בן-חורין. כך, למשל, הוגבל הבעל

לגבי איסור פגישה עם בני משפחה (רמב"ם, שם, הלכה יב) או לגבי עניינים שבנקיון 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 (תשל"ד) 7, 23-28.

66 רמב"ם, שם, פרק יג הלכה י.

67 ראה לעיל המקורות המפורטים לעיל בהערות 63-66.

68 "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 מזבח מוריד עליו דמעות"; כן ראה, סוטה יז א: "איש ואשה זכו שכינה שורה ביניהם לא זכו אש אוכלתן"; ראה ב"צ שרשבסקי, לעיל הערה 56, בעמ' 111-112; ז' ורהפטיג "שיתוף נכסים בין בעל ואשתו" דברי הקונגרס העולמי הרביעי למדעי היהדות (ירושלים, תשכ"ז) 189.

69 ראה שו"ע, אבן העזר, עד י; רמב"ם, הלכות אישות, יג יד; רש"י אשה למנוע מבעל, למרות היותו בעל זכות הקניין 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 לעניין זה הרב ש' אליעזרי "זכויות הבעל והאשה בדיר" סיני ספר היובל (תשי"ח) שלח.

70 משום שלום בית תקנו שאשה ששברה כלים (קניין הבעל) בתוך הבית פטורה. רמב"ם, הלכות אישות, כא ט.

71 משום שלום בית אמרו שאין בעל יכול לנקוט צעדים משפטיים לבדוק אם האשה נטלה משלו. ירושלמי, כתובות פ"ט ה"ד.

בעשיית שימוש בזכויות שהופקדו לידיו, כמו ניהול רכוש האשה ואכילת פירות, למטרת רווח הבית בלבד.⁷²

הגבלת הכוח המסור בידי הבעל נובעת, לעיתים, מטכניקה של הנחת רשת צפופה של כללים מוגדרים ומתוחמים המניחים לו חופש פעולה צר ביותר. כך, הכוח המסור ביד הבעל לקבוע מקום מגורים הוא יותר ערטילאי מאשר ממש. ⁷³ פעמים שזכות האשה בקביעת המקום עדיפה על זו של הבעל.⁷⁴

הבעל חייב להתחשב באשה ובצרכיה. כתוצאה מכך מוענקות לה זכויות נגדיות כלפיו במישור השליטה על החיים במעגל המשפחתי. מעיקרון זה נובעת זכותה של האשה להתערב במקצועו⁷⁵ ולעכבו במקום מגוריהם כדי לחייבו למלא את חובותיו העיקריות כלפיה.⁷⁶

מניעת ניצולם לרעה של הזכויות, הכוחות והסמכויות המוקנות לבעל היא מושכל ראשון במערכת היחסים שבין הצדדים. המדרש למד מן הפסוק "כי היא חוה" היתה אם כל חי" (בראשית ג' כ') כי האשה "לחיים ניתנה ולא לצער".⁷⁷ מדרש זה נלמד להלכה כי האשה עם בעלה עולה ואינה יורדת.⁷⁸

כאן ניתן ביטוי להגנה על האשה בכך שהזכויות העודפות, אשר ניתנו לאיש, הן בבחינת שטר ושוברו בצידו ולא פריבילגיה הנעדרת פיקוח קפדני. הזכויות נועדו להבטיח שלום בית ולהגן על יידי כך על האשה כמו גם על ההרמוניה המשפחתית, והשימוש בהן אסור שינוצל לרעה. בהקשר זה יש גם משקל לכוונותיו, לרמת אחריותו (רשלנות) או למידת תום-לבו של הבעל.

כך, למשל, למרות שאשה עושה רצון בעלה אין הוא רשאי לכפות עליה קיום יחסי-מין

- 72 ראה א' רוזן-צבי, לעיל הערה 40, בעמ' 130 והאסמכתאות שם.
- 73 כללי ההלכה בסוגיה זו הם מפורטים למדי, מושתתים על סדרי עדיפויות בהעברה ממקום מגורים אחד למשנהו ונקבעים על-פי תנאי המגורים, ארץ המגורים ומיקומם הספציפי. ראה פירוט הכללים רמב"ם, הלכות אישות, יג טו ואילך.
- 74 כאשר מעורב שמה הטוב של האשה והיא מבקשת להעתיק את מקום המגורים לאיזור אחר ניתנת העדפה לרצונה, בשל ההגנה על האינטרס של שמה הטוב, אפילו הבעל עצמו, בעל המרות והשליטה, אינו מקפיד על כך. ראה רמב"ם, הלכות אישות, יג טו.
- 75 כתובות סב ב.
- 76 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.
- 77 כתובות סא א.
- 78 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 בבראשית 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..." ראה גם להלן הערה 186.

בעל-כורחה.⁷⁹ 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".⁸⁰ ההלכה עומדת כאן על משמר האשה ומבקשת למנוע מן הגבר את ניצולם לרעה של יתרונותיו ביכולת לגרש ואת חופש הברירה העדיף המסור לו תוך פגיעה באשה. יתר על כן, 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 לאשתו⁸¹ אינן בבחינת נימוסין גרידא. בעולמה של הלכה יש להן משמעות בהיבטים שונים. הבעל מחויב לנהוג סובלנות כלפי אשתו, מוזהר חמורות שלא להפעיל את מרותו על דרך של הקפדה יתירה, וכן מצווה להימנע מנקיטת צעדים שיש בהם כדי לפגוע באשה.⁸² אין הבעל רשאי, לגבי היחסים שבינו לבין האשה, לאכוף את מרותו ולהשליטה עליה באמצעות ענישה גופנית.⁸³

79 רמב"ם, הלכות איסורי ביאה, כא יב, וכן הלכות אישות, טו יז; שו"ע, אבן העזר, כה ב, וכן אורח חיים, רמ ג, י; על הסוגיה בכללותה והתמודדות עם מקורות סותרים ראה א' ג' אלינסון איש ואשתו (ספר שלישי, ירושלים, תשמ"א) 149 ואילך; ג' רקובר "יחסי אישות בכפיה" סדרת מחקרים וסקירות במשפט העברי (חוברת נה) (ירושלים, תשמ"מ); 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 התירה אינוס כוה, ראה י' שחר "אנוסה על פי דין" עיוני משפט ח 649, 650.

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

81 "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 'וידעת כי שלום אהלך'", יבמות סב ב.

82 וראה רמב"ם, הלכות אישות, טו יט; כן ראה גיטין ו כ: "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." עד כמה חמורה אזהרה זו ניתן להיווכח מן המשמעות המיוחסת להפרתה, שעניינה העבירות הקשות ביותר, שרובן בגדר ייהרג ואל יעבור. 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 ומזנה תחתיו". כן ראה תוספתא, סוטה, פרק ה הלכה ה; ירושלמי, סוטה, פ"א ה"ז; במדבר רבה, פרשה ט יב.

83 ב"י, אבן העזר, סימן קנד בשם תשובות רבנו שמחה; הגהת הרמ"א לשו"ע, אבן העזר, קנד ג; שו"ת מהר"ם מרוטנברג, רצא, מובא גם בהגהות המרדכי לכתובות סג א: "...וקיימא לן... בעליתו של בעל... לחיים ניתנה ולא לצער כל שכן שלא להכות... אשתו שהוא מצווה עליה לכבדה יותר מגופו... מספר כתובתה נלמוד דחייב בכבודה... לכבוד

ספק אם חובת הציות של האשה ניתנת לאכיפה.⁸⁴ יש המרחיק לכת ומטיל ספק אם חובה זו היא בעלת תוקף משפטי.⁸⁵ גם בהקשרים אלה מצטמצם, איפוא, חופש התמרון של הבעל וממילא האפקטיביות של מרותו. ההלכה, בניגוד לשיטות משפטיות עד לזמננו כמעט, מכירה בכשרותה המשפטית של האשה הנשואה,⁸⁶ אם כי היא משעבדת כושר זה לזכות הבעל בנכסי האשה על כל המשתמע מכפיפות זו לגבי חופש פעולתה. מבחינה זו ההגבלות על זכויותיה ברכושה הן כה שיטתיות ומקיפות, שאשה, ולו העשירה ביותר, נשארת חסרת אמצעים רכושיים במהלך נישואיה וחירותה הקניינית מוגבלת.⁸⁷ ההנחות הבונות חלק מן הדינים⁸⁸ לא תמיד עומדות במבחן המציאות אף בשעת יצירתן או סמוך לה. לפעמים אין ההנחות ניתנות לסתירה במקרים אינדיבידואליים. כדי למנוע עוול אפשרי במקרים כאלה יצרה ההלכה כללים מתקנים שבהם נעסוק בהמשך.⁸⁹ אולם בהקשרים מסוימים לא צעדה ההלכה בעקבות ההנחה הבסיסית, ויצרה כללים

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 מחרמים עליו; שו"ת הרדב"ז, חלק ג, סימן תמוז: "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 תקנת רבינו פרץ, המטילה חרם על בעל המכה את אשתו. מובא אצל מ' אלון המשפט העברי, תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו (ירושלים, תשל"ח) 637-638. אם כי יצוין כי חלק ממרותו של הבעל היא אחריותו כראש המשפחה לדרך ההנהגה של האשה, ורשאי, לדעת פוסקים אחדים ובתוכם הרדב"ז, לייסדה כדי להחזירה למוטב; להבדיל, כאמור, מאכיפת מרות ביחסים שבינו לבינה. למטרה אחרונה זו הדבר נאסר עליו בתכלית. לעניין מרידה ממלאכה ראה לעיל הערה 56.

ראה לעיל הסיפא להערה 83. 84

על השאלה האם חובת הציות של האשה לבעלה הנה בעלת תוקף הלכתי והאם הפרתה מזכה אותו בגירושין, ראה א' ג' אלינסון, לעיל הערה 79, בעמ' 121; ראה גם ר' יאראק, לעיל הערה 65, בעמ' 28. 85

"השווה הכתוב אשה לאיש לכל דינים שבתורה", ראה קידושין לה א ובבא קמא טו א. ראה גם בבא בתרא נא א (על יכולת הקניית רכוש לאשה מבעלה ומאחרים ללא הכפפתן לזכות הבעל); כן ראה א' גולאק יסודי המשפט העברי ג 41 ואילך; ב"צ שרשבסקי, לעיל הערה 56, מעמ' 280 ואילך. בהקשר דומה נאמר בקידושין, שם, בבבא קמא, שם, ובפסחים מג א: "השווה הכתוב איש לאשה לכל עונשין שבתורה". 86

ראה א' רוזן-צבי, לעיל הערה 40, מעמ' 131 ואילך. כן ראה במשנה בבא קמא ח ד על פטורה של האשה, במהלך הנישואין, מתשלום בגין נזקים שגרמה ודחיית התשלום לאחר הגירושין. "העבד והאשה פגיעתן רעה. החובל בהן חייב והם שחבלו באחרים פטורין אבל משלמים לאחר זמן. נתגרשה האשה נשתחרר העבד חייבין לשלם", בבא קמא פז א. 87

ראה לעיל הערות 27-29 והטכסט הסמוך להן. 88

ראה להלן הערות 105-108 והטכסט הסמוך להן. 89

ספציפיים בניגוד לאותה הנחה שלא תאמה באותו הקשר את המציאות. כך, למשל, למרות ההנחה שאשה בכלשהו נוח לה, ולמרות זכותו של אב לקדש את בתו הקטינה והכוח המשפטי להביא על-ידי כך שינוי במעמדה האישי,⁹⁰ הוטל איסור על אדם לקדש את בתו כשהיא קטנה.⁹¹ לדעת חלק מן הפוסקים אין כאן איסור ממש אלא רק מצווה על האב להימנע מהפעלת הכוח.⁹²

מעניין זה נמצאנו למדים שני דברים: ראשית, הבנת המציאות וחתירה להשיג את המטרה העומדת בבסיס ההנחה שאשה בכלשהו נוח לה – הגנת האשה בתנאי אותם זמנים – גררו אחריהם יצירת כלל הסוטה, לכאורה, מן ההנחה; אך, למעשה, דווקא הסטייה היא זו המשרתת את האינטרסים המוגנים בעיני ההלכה. ומה יכול להעיד על כך טוב יותר מן הגלגול הנוסף של עניין זה, כאשר מאות שנים לאחר מכן התירו בעלי התוספות את האיסור האמור, תוך עירנות למציאות החדשה שהתהוותה בזמנם.⁹³ שנית, בולטת כאן הטכניקה ההלכתית של שינוי וחידוש, התאמה והסתגלות, תוך שמירתו הפורמלית של הכלל הבסיסי. עוד ניווכח לדעת כי שמירת הכלל המקורי או המסגרת החיצונית של ההלכה והתערבות, בדרכים שונות, באפקטיביות של הכלל או בתוכנו, מהווה אמצעי מקובל של היענות לצרכים שונים ומתחדשים. טכניקה זוהי ממש היא גם מנת חלקן של האיסור לקדש אשה על-ידי שליח עד שיראנה.⁹⁴

יצוין כי לפטור של האשה מרוב מצוות העשה שהוזמן גרמן,⁹⁵ שהיא אמנם גזירת הכתוב, ניתנו על-ידי מפרשים שונים טעמים המביאים לתודעה את הצורך בהגנת האשה. אין המפרשים סומכים על כלל זה, באספקלריה של המסגרת השלמה של הכללים ועל-פי תפיסתם, דווקא בנחיתותה של האשה לעומת הגבר. הדבר נועד, על-פי גישתם, דווקא להקל על האשה על-ידי סילוק מכשול בפני שלום הבית ומניעת הפרתו. הואיל וזמנה של האשה מסור לרשות הבעל ונמצא בחסותו, התחרות בין החובה הדתית לתביעת הבעל

-
- 90 רמב"ם, הלכות אישות, ג יא; טור, אבן העזר, לז; שו"ע, אבן העזר, לו א.
- 91 ראה קידושין מא א; הר"ן מנמק את הסטייה מן ההנחה האמורה בכך שלגבי בגירה פועלת ההנחה על בסיס סברה וקבלה, אבל קטנה שלא מדעתה יש לחוש שמא משתגדל לא תתרצה; ראה נימוק דומה, המתמודד גם הוא עם ההנחה, אצל התוספות במקום. את דברי הר"ן מצטט גם הבית יוסף על הטור, אבן העזר, לו.
- 92 ראה רמב"ם, הלכות אישות, ג יט: "ואף על פי שיש רשות לאב... אין רשות לעשות כן אלא למצוות חכמים שלא יקדש..."; טור, שם: "ומכל מקום מצווה שלא יקדשנה..."; שו"ע, אבן העזר, לו ח; ליישוב בין דברי הגמרא, הנוקטת לשון איסור, לבין הפוסקים, הנוקטים לשון מצווה, ראה החלקת מחוקק, שם. הבית שמואל, שם, מכריע באי ההתאמה כי אין זה איסור אלא רק בחזקת מצווה, "דהא מצינו כמה פעמים בש"ס שהיו מקדשין בקטנות".
- 93 ראה להלן הערות 158-160 והטכסט הסמוך להן.
- 94 ראה לעיל הערה 80 והטכסט הסמוך לה. על הזיקה בין שני כללים אלה ראה רמב"ם, הלכות אישות, ג יט.
- 95 משנה קידושין כט א; רמב"ם, הלכות עבודת כוכבים, יב ג; טור שו"ע, אורח חיים, יז ב.

היתה מעמידה אותה בלחץ אישי בלתי נסבל ומסכנת את האיזון העדין במערכת היחסים בין בני הזוג.⁹⁶

בשיטה בה ההרמוניה הקהילתית, הניזונה משלמות התא המשפחתי, היא עיקר, וזכויות הפרט משועבדות לאינטרסים אלה של הקהילה והמשפחה, חותרים הכללים הספציפיים להשגת תכליות חברתיות אלה.⁹⁶ שמירת עליונות הגבר נתפסת כאמצעי לחיזוק קשרי המשפחה והדין משרת מטרה זו גם בזיקה שבין האשה למצוות. באספקלריה בת זמננו, הכללים עצמם, המוליכים את הטעמים לפטור זה או מהווים חלק מהם, מעידים על נחיתותה של האשה ועל אפלייתה לרעה לעומת הבעל.

ההלכה אינה מכירה, אמנם, בערך השוויון שבין בני הזוג, אך היא חותרת, על-פי דרכה להשגת איזון, הנועד גם הוא לשרת את התכלית של אחדות המשפחה וההרמוניה הקהילתית. אחריותו של הבעל לכלכלת האשה, להוצאותיה ולכלכלת המשפחה מעמידים את האשה תחת חסותו הכלכלית המלאה של הבעל. אחריות הבעל בנויה על עשר זכויות, שזוכה האשה מבעלה,⁹⁷ וכנגדן, עומדות ארבע זכויות לבעל כלפי האשה, כמתחייב מעקרון האיזון, המבטיח את השיתוף בחיי המשפחה ומגן על שלום הבית בתוכה.⁹⁸

עירנות ההלכה לחולשת מעמדה הכלכלי והחברתי של האשה וליתרונות המשפטיים שהוענקו לבעל בקשר ליצירתו ולסיומו של מוסד הנישואין, גוררת אחריה עיצובם של כללים מתקנים, כגון עיקר הכתובה. התחייבות הבעל לתשלום עיקר הכתובה לאשה עם סיום קשר הנישואין, עקב גירושין או מחמת מיתה, מבטיחה לאשה, בתנאי זמן ומקום של עדיפות לנישואין עבורה, את יציבותו של מוסד הנישואין (מוענק תמריץ כספי לבעל אם ימנע מלגרש) וכן, בתנאי נחיתות כלכלית, את עתידה הכלכלי לאחר הגירושין.⁹⁹

96 ראה האסמכתאות לעיל הערות 13, 14, 48 והטכסט הסמוך להן, וכן הטכסט סמוך להערות 51-52; כן ראה אבודרהם, סדר תפילות של חול, שער ג, ברכת המצוות.

96א ראה S.W. Baron, *supra* note 40, at p. 146; S. Berman "The Status of Women in Halakhic Judaism" *The Jewish Woman* (E. Koltun ed., N.Y., 1978) 114, 121-122.

97 ראה רמב"ם, הלכות אישות, יב א-ב.

98 רמב"ם, שם, שם, ג-ד; ארבע הזכויות הן: מעשה ידיה, פירות נכסיה, מציאתה וירושתה. את הזכות למעשה ידי האשה תיקנו לבעל כנגד חובתו למזונותיה (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, לעיל הערה 56, בעמ' 238-224.

99 א' רוזן-צבי, לעיל הערה 40, החל מעמ' 320;

כן ראה S.W. Baron, *supra* note 40, at p. 236 המציין כי סכום עיקר הכתובה, שעמד

הכתובה משרתת מטרה כפולה ומבטיחה הן את קשר הנישואין¹⁰⁰ והן את אפשרות שיקומה של האשה לאחר יציאתה מן ה"חממה" הכלכלית של הנישואין. הויקה בין הדין למציאות והמטרה של הגנת האשה כצד חלש בנישואין בולטות בגלגולים השונים שעובר מוסד הכתובה במשך הדורות עד לעיצובו בימיו של שמעון בן שטח.¹⁰¹

מבחינה כלכלית חוסה האשה תחת כנפי הכתובה, תוך ניתוק התלות הנמשכת בבעל לשעבר, תלות הקיימת בשיטות משפטיות הדוגלות בפתרון כלכלי של תשלום מזונות לאחר הגירושין.¹⁰² תשלום חד-פעמי מאפשר לכן רמת שיקום גבוהה ומוסיף נופך של עצמאות לאשה. מבחינה אישית תשלום כתובה יוצר ניתוק בין בני הזוג לשעבר ואינו כופה עליהם קשר שלילי נמשך. קשר נמשך של מערכת יחסים, שהוכחה כבלתי רצויה לצדדים, גורר אחריו קושי בשיקומו של כל אחד מבני הזוג, יוצר מתיחויות הצוברות תאוצה ככל שהזמן חולף תוך תלות נמשכת, ופוגע, בסופו של דבר, בשיתוף הפעולה הנדרש בין שני ההורים ביחס לילדים המשותפים.¹⁰³ הכתובה היא מוסד בעל סממנים מודרניים, המשלב היבטים חברתיים וכלכליים – של הצורך בהגנת מוסד הנישואין ובהגנת האשה ושיקומה – בהיבטים פסיכולוגיים של בני הזוג, תוך שמירה על איכות החיים של כל אחד מהם. אלא ששינויים בדין הדתי ובדין האזרחי גם יחד הפכו חלק מיתרונות אלה לבלתי רלבנטיים,¹⁰⁴ ואילו עם הצרכים החדשים לא יכול מוסד הכתובה להתמודד והם מחייבים מערכת אחרת, כפי שנראה עוד בהמשך.

אך בהקשר של פקיעת קשר הנישואין חלו תנודות בתקופה הפורמטיבית של ההלכה המסורה לנו ועוצבו כללים מתקנים. בעוד שבמשנה הקדומה, כפי שראינו, אין הבעל

על 200 זוז לבתולה, הספיק לרכישת בית משפחה, והיווה משום כך אמצעי הגנה משמעותי. מגמתה המקורית של הכתובה להגן על האשה מפני גירושין חפוזים ושרירותיים, פעלה עדיין במוצאי ימי הביניים. ראה י' כץ מסורת ומשבר (ירושלים, תשל"ח) 173.

100 טעמו של עיקר הכתובה כגורם מרתיע לבעל, "שלא תהא קלה בעיניו להוציאה" (כתובות לט ב; יא א; פב ב), גורר אחריו את העדר יכולת ההתנאה למרות שלכאורה עניין שבמזון הוא (שו"ע, אבן העזר, סט ו).

101 משנה, כתובות ח; ה; הברייתא בסוף פרק שמיני כתובות פב ב; תוספתא, כתובות יב א; ירושלמי, כתובות פכ"ג ה"ב-ג.

102 ראה א' רוזן-צבי, לעיל הערה 40, בעמ' 22-26, 336.

103 שיקולים כאלה הביאו, למשל, את הדין האנגלי לפתח את הדוקטרינה של ה-clean break, שלפיה יש לחתור להשארת שולחן נקי במערכת היחסים של המתגרשים. ראה, *Hanlon v. Hanlon* [1978] 2 All E.R. 122; *Dunford v. Dunford* [1980] 1 All E.R. 889, 895; *Minton v. Minton* [1979] 1 All E.R. 79, 87-88. הדין הצרפתי ביטל את חובת תשלום המזונות העיתיים לאחר הגירושין והנהיג תחתיה את התשלום החד-פעמי המפצה. ראה M.A. Glendon, *supra* note 42, at p. 249, שהרעיון העומד מאחוריו דומה, בחלקו, לכתובה.

104 ראה א' רוזן-צבי, לעיל הערה 40, בעמ' 322-323, 324.

מגרש אלא לרצונו,¹⁰⁵ משנה מאוחרת קובעת עילות המזכות את האשה בכפיית הגירושין על הבעל.¹⁰⁶ עילות אלה נועדו גם הן להבטיח את הגנת האשה.¹⁰⁷ אמנם ההנחה היא כי הנישואין זכות היא לאשה והגירושין בבחינת חובה,¹⁰⁸ אך כבר ראינו כי הנחות אלה לא תמיד עומדות במבחן המציאות. הואיל ובדרך כלל אין ההנחות, ברובן, ניתנות לסתירה במקרים אינדיבידואליים, שכן הגיון משוקע כבר בחלק מן הדינים המוגמרים, נמצאה דרך אחרת של תיקון, כגון זו של עילות הכפייה, למקרים החריגים.

מטבע גדול של צדק טבעו חכמים: "משום עיגונא הקלו בה רבנן".¹⁰⁹ במטרה להתגבר על חולשת האשה בגירושין ובנישואין מחדש הקלו במקום עיגון בדיני ראיות, הן בקבילות עדים וראיות¹¹⁰ והן בדרכי בדיקת העדים,¹¹¹ בדרכים הנראות כעקירת דבר מן התורה, בדיני איסור והיתר, בדרך של קום ועשה.¹¹² מחשש עיגון הפעילו גם את הכלל של הפקעת הקידושין.¹¹³ הפוסקים אינם חוסכים ביטויים קשים מן המחמירים.¹¹⁴ המהרש"א נתן ביטוי לעקרונות הצדק והשלום שבהלכה בהסברו לכללים המיוחדים שנקבעו בעניין העיגון:

- 105 ראה לעיל הערות 60–61 והטכסט הסמוך להן.
- 106 משנה, כתובות ז ט-י. ראה ז' ורהפטיג "כפיית גט להלכה ולמעשה" שנתון המשפט העברי ג-ד 153, 176 ואילך.
- 107 ראה תשובות הרדב"ז, חלק ד, רכת: "ירדו חכמים לסוף דעת הנשים שאינן יכולות לסבול...". הרדב"ז מעמיד הכפייה כנובעות מכוח חכמים להפקיע את הקידושין.
- 108 ראה לעיל הערות 27–29 והטכסט הסמוך להן.
- 109 יבמות פח א; גיטין ג א, יט ב; וראה א' ברקוביץ, לעיל הערה 19, בעמ' 150.
- 110 משנה עדויות פרק א משנה יב, וכן משנה יבמות פרק טז משנה ז, מקבלים עד מפי עד וכן עדות אשה ועבד ומסתפקים בעד אחד בלבד; כן ראה יבמות פז ב; תוספתא, יבמות יד; רמב"ם, הלכות עדות, ה א-ג; רמב"ם, הלכות גירושין, יג.
- 111 רמב"ם, הלכות גירושין, יג כת: "אין בודקין עדי אשה בדרישה וחקירה שלא אמרו חכמים בדבר להחמיר אלא להקל משום התרת עגונה".
- 112 ראה תוספות לנזיר מג ב ד"ה "והאי מת מצווה הוא": "ואף כי אין כוח ביד חכמים לעקור דבר מן התורה בקום ועשה, במקום שיש פנים וטעם בדבר ודאי לכולי עלמא יש כוח לעקור"; ראה עוד תוספות ליבמות פט ב ד"ה "כיון דלא"; ראה גם את יישובו של הרמב"ם, הלכות גירושין, יג כט. אולם גם הרמב"ם מסיים שם: "...הקילו חכמים בדבר...שלא תשארנה בנות ישראל עגונות."
- 113 כתובות ב, ב, ג א. מקרה של גט על תנאי הנכנס לתוקפו אם הבעל לא ישוב למועד מסוים. הבעל נאנס ולא חזר במועד. מחשש עיגון ראו חכמים את האשה כגרושה. הכלל לפיו טענת אונס בגיטין לא קבילה, בניגוד לדין תורה, התאפשר על-ידי הפעלת האמצעי של "ואפקיענהו רבנן לקידושי מיניה".
- 114 ראה תשובות המהרי"ט קנט; רבינו תם, ספר הישר (הוצאת מק"נ), בעמ' 43, 46, מובא אצל א' א' אורבך בעלי התוספות, תולדותיהם, חיבוריהם ושיטתם (ירושלים, תשי"ד)

...ואמר "שלוש רב לאוהבי תורתך" דאין זה עקירה מן התורה אלא ממידת שלום שלא תעגן האשה; וכתוב 'דרכיה דרכי נועם' לפי שהאמינו עד אחד גם האשה עצמה נאמנת לומר מת בעלי... מפני השלום שלא תתעגן; ...אם יתרבו העגונות... יאריך בניין בית אלקיננו...; 'ה' עוז לעמו יתן' שאין זה עקירת דבר מן התורה, כי הקב"ה נתן עוז וכוח לעמו, שהם תלמידי חכמים... להיות מקלים בדבר, שהרי 'ה' יברך את עמו בשלום... ואין כאן שלום אם תתעגן..."¹¹⁵

היענות הדין העברי לצרכים המתחדשים לא הוגבלה לדרכים שנקטו בעלי הלכה בשעות הפורמטיביות של עיצוב הכללים, כפי שהובאו ברשימה זו. במהלך הדורות התאים עצמו הדין ביתר עוצמה ותעוזה למציאות המשתנה והמתחדשת. הגיעו הדברים לידי כך שאיסורים הותרו והיתרים נאסרו. במקרים רבים הועמד, במפורש, שינוי המציאות כטעם לפסיקתה של הלכה.

אם נבין את היסודות לסגירת פערים פנימית במסגרת הדין הדתי, נוכל גם לבחון את משמעותם של השינויים ואת גבולותיהם. ביטוי מאלף לשאלת הלגיטימציה של שינוי הדין בתחום הנוגע למעמדה של האשה נתן הרב א' ליכטנשטיין:

"השאלה היא באיזו מידה רוצים להנציח את המצב ההתחלתי הקיים בהלכה או לשנות אותו בדרכים הלכתיות לגיטימיות, בהתחשב בהתפתחויות ההיסטוריות. זו שאלה השקפתית שאינה מיוחדת לשאלה שלנו... כדי לדון בבעיה זו צריך לראות לא רק את השאלה הספציפית העומדת על הפרק אלא גם את העומק הערכי של הבעיה."¹¹⁶

העמדה כזו של השאלה מלמדת כי השאלה הלגיטימית בעולמה של ההלכה היא כפולה: (א) האם הקביעה ההלכתית של אבותינו בעניין מסוים מתייחסת גם למציאות החברתית שלנו;¹¹⁷

(ב) האם יש הצדקה, מבחינת הערכים שההלכה מגינה עליהם ומבוססת עליהם, "לעקוף את ההלכה בכלים כשרים."¹¹⁸

השאלה במתכונת עיונית-עקרונית כמפורט לעיל לא נשאלה, אך במשך הזמן ניתנו תשובות פרגמטיות בתחומים רבים ושונים של סוגיה זו, המצטרפות יחד לתשובה שרק השבויים בקונצפציה של "מה שהיה הוא שיהיה" יתעלמו ממנה. כללים חדשים, בהקשרים משפטיים שונים הנוגעים למעמד האשה ובטכניקות שונות, עוצבו באופן הדרגתי. נפתח בהתייחסות כללית למעמד האשה ונגיע בהמשך אל תוכני המשפחה.

115 חידושי מהרש"א, מסכת יבמות קכב ב (סוף המסכת); על סוגיית העגונות נכתבה ספרות עניפה. תמצות הבעיה ראה 'ז' כהנא "בעיית עגונות" תורה שבעל פה ג (הוצאת מוסד הרב קוק, תשכ"א) קד.

116 "בעיות יסוד בחינוכה של האשה" האשה וחינוכה (ספר אמנה, תשמ"מ) 157, 158.

117 'ליבוניץ' "מעמדה של האשה - הלכה ומטא-הלכה" אמונה היסטוריה וערכים (ירושלים, תשמ"ב) 71, 73.

118 הרב א' ליכטנשטיין, לעיל הערה 116, שם.

ההגבלות על כוחה של האשה להתמנות כאפוטרופסה¹¹⁹ הוקלו במשך הדורות,¹²⁰ ובימינו נקבע להלכה על-ידי הראשל"צ הרב ב"צ עוזיאל כי "בזמן הזה כל סתם אשה היא מוחזקת למשכלת ונבונה להטפל בנכסי יתומים".¹²¹ ההלכה המקורית, המעוגנת במעמדה של האשה כמי שאינה מעורבת בין הבריות וכיושבת ב"זוית ביתה", לא עמדה בפני השינויים במציאות הנוהגת.¹²²

הטכניקה ההלכתית בהקשר זה היא רב-שלבית ורב-דורית ומבוססת על מקור ראשוני אוטוריטיבי. תחילתה ביצירת חריג לכלל,¹²³ חריג שהתפתח והשתכלל במשך הדורות,¹²⁴ והמשכה, כפי שמעיד ניסוחו של הרב"צ עוזיאל, בהפיכת חריג, הנוגע לאשה שדרכה לצאת ולבוא, לכלל.¹²⁵ כך נשמרה להלכה המסגרת ההלכתית המקורית, אך למעשה נתהפכה הקערה על פיה. משום כך רשאים אנו להסיק כי גישת ההלכה בנושא זה, הן לגופה והן בטכניקה שנקטה, לא על עצמה בלבד ללמד יצאה, אלא על ההתמודדות הראויה של ההלכה בתמורות הזמן באשר למעמדה של האשה.¹²⁶ האיסור ללמד נשים תורה¹²⁷ עבר "שינוי מהותי... בעולמה של הלכה ובחיי המעשה בסוגיה הלכתית-חברתית זו בדורות האחרונים עם השינויים החברתיים-אידיאולוגיים מעמיקי התמורה".¹²⁸ החפץ חיים מנמק שינוי זה במציאות החדשה ומבחיין בין הזמנים של עיצוב ההלכה המקורית לבין "כעת", שנשים מעורבות כמעט בכל תחומי החיים.¹²⁹

119 תוספתא, תרומות א יא, "אין בית דין עושין אפוטרופסין נשים ועבדים לכתחילה"; גיטין נב א, והטעם בגיטין, שם: "נשים אין דעתן לצאת ולבוא ולטרוח"; כן ראה ב"ב ח יז.

120 ראה ניתוח מקורות ודיון אצל הרב ש' אסף "מינוי נשים לאפוטרופסות" המשפט העברי (קובץ שני, תרפ"ז) 79; י' ק' רייניץ "מינוי אשה לאופטרופא" מחקרי משפט ד (תשמ"ו) 167.

121 שערי עוזיאל (ירושלים, תש"ד) חלק א, עמ' קי.

122 ראה י' ק' רייניץ, לעיל הערה 120, בעמ' 201.

123 חידוש הרשב"א, גיטין נב א, ד"ה "הא דתניא". על חידוש זה ראה הרב ש' אסף, לעיל הערה 120; י' ק' רייניץ, שם.

124 הרב ש' אסף, שם; י' ק' רייניץ, שם.

125 על טכניקה זו, כדרך מקובלת לפתרון בעיות של התאמת הלכה למציאות מתחדשת, ראה להלן הערות המחבר והטכסט הסמוך להן. כן ראה י' ק' רייניץ, שם, בעמ' 202.

126 ראה הרב ש' אסף, לעיל הערה 120; י' ק' רייניץ, שם, בעמ' 199.

127 משנה, סוטה פרק ג משנה ד; סוטה כא ב; רמב"ם, הלכות תלמוד תורה, א יג.

128 מדברי השופט מ' אלון בביד"מ 1/81 נגר נ' נגר, פ"ד לח(1) 365, 403-407.

129 ליקוטי הלכות, סוטה כא. ראה גם פוסקים בני דורנו, הרב מ' פיינשטיין אגרות משה, יורה דעה, חלק ב סימן קט; הרב ח' ד' הלוי, עשה לך רב, חלק ב, עמ' קצג; הרב מ' מלכה, שו"ת מקוה המים, חלק ג, יורה דעה, סימן כא, המעמיד את דין התלמוד על מציאות החיים של אשה יושבת בית: "לא כן בימינו אלה, שהנשים לוקחות חלק באורחות החיים... בודאי יודה גם רבי אליעזר שאין שום איסור ללמדה גם תורה

זכות הבחירה לנשים שימשה מוקד מחלוקת קשה ביישוב העברי המתחדש. רוב רבני ארץ ישראל, ובתוכם הרב קוק, התנגדו להכללת סעיף המעניק זכות בחירה לנשים במסגרת הבחירות למוסדות היישוב. הנימוקים שפורסמו היו עקרוניים עד כדי הטענה כי הדבר הוא "נגד דת משה ויהודית",¹³⁰ שהפרתה מאפשרת, כידוע, לבעל לגרש את אשתו ללא כתובה.^{131, 132} הענקת זכות בחירה לנשים שיבשה, בעיני החברה החרדית, את חלוקת התפקידים החברתית המסורתית בין המינים, והיתה מעבר לתחום הפעילות המותר של האשה בעיני רוב רבני ארץ ישראל באותו הדור.¹³³ רוב משתתפי הוועידה השנייה של המזרחי, לעומת זאת, תמכו בזכות הבחירה, ואחד מרבניה של תנועה זו כתב כי האשה העבריייה לוקחת חלק בכל מאורעות העם והיא זכאית ליהנות מזכות בחירה אקטיבית ופסיבית גם יחד.¹³⁴ לא חלף אלא יובל שנים בלבד וכבר השתתקו הקולות המתנגדים. היום עמדת המיעוט דאו היא הרווחת והמקובלת אף בחוגי היהדות החרדית. בתשובה שפירסם מי שהיה לימים הרב הראשי לישראל, הרב ב"צ עוזיאל, בעניין זה, לאחר שקבע שאין איסור בהענקת זכות בחירה לנשים, הוא מעלה גם את תחושת האשה ביחס למעמדה בחברה כנימוק לפסיקה, וכך הוא מסכם: "...המניעה מלשתפן תהיה להן לעלבון והונאה, בודאי שכגון זה צריכים אנו לתת להן זכותן".¹³⁵

שבע"פ... כן ראה י' כהן "האשה במשפחה ובחברה - עבר והווה" האשה בתמורות הזמן 22, 56 ואילך; א' שפירא "מעמד האשה בחברה המעורבת בת זמננו - תמורות על פי ההלכה" האשה בתמורות הזמן 8 ואילך; מקורות נוספים ראה אצל א' ג' אלינסון, לעיל הערה 9, בעמ' 158-165. על תנודות וגישות שונות בדין זה בתקופה הפורמטיבית של ההלכה, המושפעת מן ההתייחסות אל המציאות, ראה S. Berman, *supra* note 96, at pp. 119-120.

130 ראה דואר היום מיום כח בניסן תר"פ. על המאבק בעניין זכות הבחירה לנשים ראה מ' פרידמן חברה ודת (ירושלים, תשל"ח) 146-169. צילום הכרוז המביא את החלטת רבני ארץ ישראל, עליו תחום הרב קוק, ראה שם, בעמ' 167. הכרוז עליו חתומים רבני היישוב הישן, ראה שם, בעמ' 157: "ואיסור גמור הוא זה, והוא נגד תורת הקודש ונגד רוח ישראל."

131 עוברת על דת משה, ראה כתובות עב א; רמב"ם, הלכות אישות, כד יא; כן ראה ב"צ שרשבסקי, לעיל הערה 56, בעמ' 398-399.

132 עוברת על דת יהודית, כתובות עב א-ב; רמב"ם, הלכות אישות, כד יב וכן יד; כן ראה ב"צ שרשבסקי, שם, בעמ' 399-403.

133 ראה מ' פרידמן, לעיל הערה 130, בעמ' 147.

134 הרב י' ניסנבוים כתיבים נבחרים: "העם העברי... אי אפשר לו לוותר בשעה זו על מחצית כוחותיו, על נשיו ובנותיו... מדוע לא ישוו החיים בתקופת תחיה זו אשה לאיש... לכל הזכויות ולכל חיי העם בעבודת הגאולה?" המאמר, הנושא את הכותרת "על דבר זכות הנשים", נדפס מחדש בהגות, מאסף למחשבה יהודית (ירושלים, תשמ"ג) 77; כן ראה דברי הרב מימון בדואר היום מיום ה' בשבט תר"פ. וראה א' שפירא חברה מעורבת (הוצאת בני עקיבא, תשמ"א) 54.

135 פסקי עוזיאל (הוצאת מוסד הרב קוק, תשל"ז) סימן מד. התשובה נותנת ביסוס הלכתי

ניתן להצביע על מקורות נוספים בהם התחשבות ברגשותיה ובתחושותיה של האשה מהווה שיקול רלבנטי לקביעת נורמות הלכתיות מסוימות. כך במערכת היחסים בין איש לאשתו¹³⁵ וכך בהקשר למצוות בין אדם למקום.¹³⁵ למרות הפסול המוחלט, לכאורה, של עדות אשה מוצאים כבר בתלמוד מקרים בהם עדות האשה קבילה ואילו בספרות ההלכתית המאוחרת בולטים הדברים ביתר שאת.¹³⁶ ולא ניכנס כאן לפרטי החריגים.¹³⁷ הטעמים השונים שניתנו לפסול זה, שגזירת הכתוב הוא,¹³⁸ מעוגנים במעמדה המוגבל של האשה בחברה, בחלוקת התפקידים שבין המינים, בחובותיה החברתיות והמשפחתיות של האשה¹³⁹ ובחוסר התמצאותה בהוויות העולם. כל אלה גוררים אחריהם פטור מאחריות לניהול התקין של החברה.¹⁴⁰ גם ההנחות המוקדמות לגבי תכונותיה, כפי שנתפשו בעיני חכמי הדור, מוצגות כנימוק לפסול העדות.¹⁴¹

לאפשרות זכות בחירה לנשים. התשובה נכתבה סמוך לוויכוח הציבורי, אך פורסמה רק כ-20 שנה מאוחר יותר (משפטי עזריאל, סימן ו), כדברי הרב: "אחרי ששאלה זאת נפתרה מאליה." גם הרב פותח תשובתו באפיון השאלה כ"סלע המחלוקת בארץ ישראל ומפניה הודעוה ארץ ישראל כולה... ודעת כולם היתה נשענת על אותה ההגדה 'חדש אסור מן התורה'".

135 אראה בבא מציעא נט א: "לעולם יהא אדם זהיר באונאת אשתו [רש"י: באונאת דברים לצערה] שמתוך שדמעמה מצויה אונאתה קרובה."

136 למרות שקורבן אשה אינו טעון סמיכה היו מביאים קורבנות נשים לעזרה והיו סומכות עליהם "כדי לעשות נחת רוח לנשים", ראה חגיגה טז ב.

136 ראה ג' הולצר "עדות אשה במשפט העברי" סיני סז (תשל"ד), צח, קט, קיב.

137 הרב ש' ת' הלוי רובינשטיין "קבלת עדות נשים, קרובים ושאר פסולים בהלכה" תורה שבעל פה (כרך י, מוסד הרב קוק, תשכ"ח) צט; ג' הולצר, שם.

138 ספרי, פרשת שופטים, פסקה קצ; שבועות ל א; ראה רמב"ם, הלכות עדות, ט ב, הדורש את הפסוק המקראי אחרת; וראה על כך הכסף משנה, שם.

139 M. Meiselman *Jewish Woman in Jewish Law* (N.Y., 1978) 77 et seq. המדגיש כי לא חוסר נאמנות בסיסי באשה בשל היותה אשה עמד ביסוד הפסול (תוספות לזבחים קג א' ד"ה "אין"), שהרי יש שקיבלו עדות אשה במקרים בהם הנאמנות קובעת; ג' הולצר, לעיל הערה 136, בעמ' צז.

140 הרב ש' מן-ההר "הפליית האשה בדין תורה וקיפוחה" האשה וחינוכה (ספר אמנה, תש"ם) 67, 69. ראה גם לעניין פטור האשה ממצוות פרייה ורבייה, לעיל הערה 38. M. Meiselman, *ibid* סבור כי עדות היא חובה חברתית, ואינה בגדר פריבילגיה, ומשום כך פטרו את האשה מנטל חברתי הכרוך בצורך לסתות מדרך הנהגתה בבית ובחברה, והעולל לפגוע בתפקיד ה"פנימי" הנועד לה במסגרת חלוקת התפקידים בין המינים; ראה גם הטעמים לפטור האשה ממצוות עשה שהזמן גרמן, לעיל הערות 95-96 והטכסט הסמוך להן.

141 כך, למשל, אין נשים נאמנות על ביעור חמץ מן הבית בשל הנחת מורי ההוראה בדבר עצלותן (ירושלמי, פסחים, פרק א הלכה א), ואין לסמוך על עדותה בדברים של ספק

אשה אסור היה ללמדה תורה ומשום כך לא היתה מלומדת; כבודה פנימה ומשום כך לא היתה מעורבת בהוויות החברה; היא לא היתה עצמאית אלא כפופה לאחרים, אב או בעל, ונתונה למרותם ולשליטתם ומשום כך קשה היה לסמוך על כושר עמידתה. ממילא תפישת המציאות של אשה כזו היתה פגומה, או לפחות בלתי שלמה, וגם תלותה באחרים עלולה היתה לפגוע באובייקטיביות של עדותה. והרי נמצאנו למדים כי כל מי שאינו עוסק "בישובו של עולם"¹⁴² ומי "שאינו מן הישוב"¹⁴³ פסולים לעדות. האם ייפלא, איפוא, כי עדותה, בדרך כלל, לא היתה קבילה? בתחום זה ניכרת, כאמור, התפתחות הדרגתית ונכונות עקרונית למצוא דרכים מעשיות להתמודד עם הבעיה.¹⁴⁴

מבנה חברתי וכלכלי חדש, המעבר מן החברה היהודית המזרחית אל החברה האירופית,¹⁴⁵ ושילוב בעל היקף רחב ובמישורי פעילות שונים של הנשים בעולם הכלכלה היהודי של ימי הביניים, הדיב הערכות הלכתיות שונה ומקיפה לגבי היחסים המשפטיים בין בני הווג לבין צדדים שלישיים.¹⁴⁶

איסור עקב ההנחה ש"דעתה קלה להקל" (הגהת הרמ"א, שו"ע, יורה דעה, כזו ג); וראה ג' הולצר, לעיל הערה 136, בעמ' צח; ז' פלק, לעיל הערה 32, בעמ' 30; הרב י' עמיטל "בעיות יסוד בחינוך האשה", האשה והינוכה (ספר אמנה, תש"ם) 165, 166, המייחס את פסול העדות לרגישותה ולרגשנותה של האשה: "באשה הרגש פועל יותר מאשר אצל הגבר. לא תמיד היא יכולה לראות את הצד העובדתי הקר".

142 משחק בקוביא והוא שאין לו אומנות פסול לעדות הואיל ואינו עוסק ביישובו של עולם. ראה רמב"ם, הלכות עדות, י ד.

143 קידושין מ ב. האם אין זה מסביר גם את הטעם לפסולם של החרש, השוטה, הקטן והעבד לעדות (שבועות מב א; בבא קמא קו ב; בבא בתרא קנה ב). M. Meiselman, *supra*, note 139, at p. 79, מתנגד לעריכת היקש כזה, וטוען כי דמיון התוצאות אינו מלמד על דמיון בטעמים. דומני, כי הדמיון הוא בעקרונות היסוד של דיני עדות ובתפישה החברתית המתייחסת לעדים הפוטנציאליים לאור עקרונות אלה.

144 ראה א' ליכטנשטיין, לעיל הערה 116, בעמ' 157; הרב י' א' הלוי הרצוג, הרב הראשי לישראל, מעיד על עצמו כי היה נכון "לתור ולחתור אחרי תחבולות עצות ודרכים" לפתרון הקושי של קבלת עדות נשים. ראה מאמרו "על משפט התורה בישראל", פורסם מחדש בהמשפט העברי ומדינת ישראל (ירושלים, תשכ"ט) 15, 18. על נכונות כזו ראה גם הרב מ' בר-אילן "חוק ומשפט במדינתנו" המשפט העברי ומדינת ישראל (ירושלים, תשכ"ט) 20, 23.

145 ז' פלק נישואין וגירושין; תיקונים בדיני המשפחה ביהדות אשכנז וצרפת (ירושלים, תשכ"ב) 3.

146 הרב ש' אסף, לעיל הערה 120; י' ק' רייניץ, לעיל הערה 120, מעמ' 198 ואילך; ז' פלק "מעמד האשה בקהילות אשכנז וצרפת בימי הביניים" סיני מח (תשכ"א) שסא; א' אורבך, לעיל הערה 114, בעמ' 151; י' כץ קרית ספר לא (תשט"ז) 14; א' ורהפטיג "אחריות בעל לחובות אשתו במשפט העברי" המשפט העברי 258; ראה גם א' רוזן-צבי, לעיל הערה 40, בעמ' 204; כן ראה I. Epstein "The Jewish Woman in the Responsa

הפעילות הכלכלית הענפה של האשה הביאה לשינוי משמעותי במעמדה החברתי, וכתוצאה מכך גם המשפטי, הן לגבי היקף התפקידים שמילאו הנשים והן לגבי סמכויותיהן כלפי הבעל וכלפי צד שלישי. במסגרת זו קובע הראב"ן כי מחייבים אשה בשבועה וכן מחייבים בעל לפרוע חובות עסקיים שעשתה אשתו,¹⁴⁷ זאת שלא בהתאם לדין התלמוד¹⁴⁸ ואף בניגוד לדעת הגאונים.¹⁴⁹ בפסיקתו נסמך הראב"ן על המציאות בת הדור,¹⁵⁰ שכן פסיקה על-פי הדין הקודם היה בה כדי לשתק את המסחר:

"וכל שכן בזמן הזה שהנשים אפיטרופסיות וחנווניות ונושאות ונותנות ולוות ומלוות ופורעות ונפרעות ונפקדות ומפקדות ואי אמרינן אין נשבעין על משאן ומתנן לא שבקת חי לכל בריה ואתי לאימנועי מלישא וליתן עמהן ויש משום תקנת השוק לעשות תקנה שלא ימנעו... הלכך אפילו היה בדין שלא להשביעה, משום תקנת השוק הווה להשביעה. ואשה בזמן הזה בת משא ומתן וחייבת למיעבד דינא אפילו אשת איש דהא נושאת ונותנת ובעיה למיעבד דינא בין פרעון ובין שבועה".¹⁵¹

(900 C.E. – 1500 C.E.)" 18 *Response* (1973) 23; A. Rosen-Zvi "Agency Relations Between Jewish Spouses in Israel" 5 *Tel-Aviv U. Studies in Law* 190

147 ראה הראב"ן, אבן העזר, סימן קט; וכן בפירושו הראב"ן למסכת בבא קמא פז א; וראה גם המרדכי על בבא קמא פז א; על חיוב אשת איש בשבועה ראה שו"ע, חו"מ, הלכות טוען ונטען, צו ו, ושפתי כהן, שם; טור, חו"מ, הלכות שבועה בבית דין, צו, וכן ראה בבית יוסף, שם, בב"ת, שם, ובדרכי משה, שם.

148 לעניין פטור הבעל מחובת התשלום לחובות אשתו בדין התלמוד, ראה א' ורהפטיג, לעיל הערה 146, בעמ' 264-265; I. Epstein, *supra* note 46, at p. 26; וראה לעיל המקורות בהערה 87. לעניין לימוד הפטור משבועה מדין התלמוד מן הטעם שאין אדם רוצה שתבזה אשתו בבית דין, ראה כתובות עד ב, עה א' צו ב; גיטין מז א, וראה המרדכי על בבא קמא פז א, המביא דברי הראב"ן, המאבחן את דין התלמוד, ומעמידו על נדר בלבד, אך גם קובע: "...תבזה תבזה ולא תגזול"; כן ראה במסגרת הכלל שאין דרכה של אשה לחזור על בתי דינים, גיטין מא א; יבמות מב ב, ק א; שבועות ל א; כן ראה ורהפטיג, שם, בעמ' 263.

149 לדעת הגאונים אין להשביע אשת איש, ראה אור זרוע, בבא קמא, שג; דברי הגאונים מובאים אצל המרדכי, בבא קמא פז א, וכן בסוף מסכת שבועות וכן אצל הטור, לעיל הערה 147, וראה גם בבית יוסף, שם, ובב"ת, שם; וראה א' ורהפטיג, שם, בעמ' 264-265.

150 על שינוי המציאות כגורם המכריע בפסיקת הלכת הראב"ן ראה א' א' אורבך, לעיל הערה 114, בעמ' 151, וכן ז' פלק, לעיל הערה 146. בעמ' שסו; וגם י' כץ, לעיל הערה 146, החולק על היקף החידוש בתשובתו של הראב"ן, מסכים כי המציאות תבעה הכרעה חדשה, אך לדעתו היו לראב"ן מקורות קודמים לסמוך עליהם; וראה בעניין זה א' ורהפטיג, שם, בעמ' 264-265.

151 ראה לעיל הערה 147.

הראב"ן קורא את המושג התלמודי של "האשה הנושאת ונותנת בבית" ¹⁵² על כלל הנשים ויוצר חזקה לפיה רואים את האשה כשליחת הבעל: ¹⁵³ "כאילו מינום בעליהם שלוחים". ¹⁵⁴ הוא יוצר, איפוא, הן חזקה עובדתית והן חזקה משפטית. כאמצעי הלכתי נוסף לחידוש, ליצירת החזקה המשפטית, סומך הראב"ן גם על תקנת השוק. ¹⁵⁵ הוא מיישם מוסד הלכתי מקובל על מערכת נסיבות חדשה ומרחיב את גבולות המוסד כדי להגיע לתוצאה הנראית חיונית. על-ידי כך יוצר הראב"ן מקור חדש לאחריות הבעל לחובות אשתו. ¹⁵⁶

במסגרת התמודדות עם שינויי המציאות הכלכלית הנדונה, עשו בעלי התוספות שימוש בטכניקה, שכבר עמדנו עליה, ¹⁵⁷ של הפיכת חריג לכלל. האיסור להשתמש באשה, הנובע מטעמי צניעות, ¹⁵⁸ אינו חל כאשר "הכל לשם שמיים". ¹⁵⁹ על כך שמכו בעלי התוספות בהכירם בשילובן הכלכלי של הנשים, ¹⁶⁰ תוך סטייה מן החלוקה המקובלת של התפקידים שהיתה נוהגת ומכללי הצניעות המקובלים המעוגנים בביטוי "כבודה בת מלך פנימה". ¹⁶¹ הפעלת טכניקה דומה תוך שימוש בחריג קיים בהלכה והפיכתו, הלכה למעשה, לכלל, נעשתה גם לגבי דין אחר הנוגע לשינוי מעמדן של הנשים במשפחה. בדין התלמוד אין אשה נשואה מסבה בליל הסדר בפני בעלה. ¹⁶² הלכה וסייג בצידה: אשה חשובה יוצאת מן הכלל והיא מסבה גם בפני בעלה. ¹⁶³ סייג זה הוחל על כלל הנשים, "דכולהו נשים דיין

152 בבא בתרא נב ב.

153 א' ורהפטיג, לעיל הערה 146, בעמ' 263 ואילך; I. Epstein, *supra* note 146, at p. 26.

154 כך לשון המרדכי על חידושו של הראב"ן. ראה מרדכי, בבא קמא פז א.

155 ראה לעיל המקורות בהערה 147; ראה א' ורהפטיג, לעיל הערה 146, בעמ' 266.

156 התפשטות דינו של הראב"ן, בין לקליטתו, להרחבתו, לסיוגו או להצרתו מעידה על יישום הכלל במציאות הזמן והמקום. ראה, למשל, דרכי משה על הטור, חו"מ, הלכות שבועה בבית דין, צו, ובאופן מפורט אצל א' ורהפטיג, שם, בעמ' 270 ואילך, ומסקנתו שם, בעמ' 280-281.

157 ראה לעיל הערות 123-126 והטכסט הסמוך להן ולהלן בהמשך.

158 קידושין ע א-ב. ראה לעיל הערה 35.

159 קידושין פ"ב א.

160 "ועל זו אנו סומכין השתא שאנו משתמשים בנשים", תוספות, קידושין פב א, ד"ה "הכל לשם שמיים". ראה על כך גם י' כהן, לעיל הערה 129, בעמ' 50.

161 בעניין הצניעות נאמר בתקופה זו כי אין הם נמנעים עוד ללכת מאחורי האשה למרות אוהרת התלמוד מלעשות כן (ברכות סא א; עירובין יח ב), ראה לקט יושר, ב לז; על עניין זה ראה גם I. Epstein, *supra* note 46, at p. 25. כן ראה בדברי הטור, חו"מ, הלכות שבועה בבית דין, סוף סעיף צו: "ויש מנהג כשמזמינין אשת איש בודקין בשכניה. אם היא רגילה לשאת ולתת מזמינים אותה אלא שמצניעים אותה לפי כבודה שלא תתגנה; ואם אינה רגילה בכך אלא צנועה ויושבת בביתה... שוקלין הדברים...".

162 פסחים קח א; ורשב"ם, שם, ד"ה "אשה" מאבאר: "מפני אימת בעלה וכפופה לו". ראה גם לעיל הערה 48.

163 שם, שם.

חשובות נינהו וצריכות הסיבה",¹⁶⁴ ובכך הוא שימש מנוף להפיכת החריג לכלל תוך שמירה פורמלית על הכלל הראשוני.

האיסור על אב לקדש את בתו הקטינה (או המצווה שלא לעשות כן),¹⁶⁵ שהוא כשלעצמו נועד להגן על האשה בניגוד להנחה שאשה בכלשהו נוח לה,¹⁶⁶ הותר בתקופתם של בעלי התוספות של מציאות החיים הקשה ששררה אז וכדי לחזור ולהשיג את מטרת ההלכה המקורית:

"ועכשיו שאנו נוהגים לקדש את בנותינו אפילו קטנות היינו משום שבכל יום ויום הגלות מתגבר עלינו ואם יש סיפק ביד אדם עכשו לתת לבתו נדוניא שמא לאחר זמן לא יהיה סיפק בידו ותשב בתו עגונה לעולם".¹⁶⁷

גלגולו של הדין מעיד על המימד הריאליסטי בקביעת ההלכה. דוגמא זו מהווה גם היא הוכחה לכך שהאפשרות להגן באופן יעיל וממשי על האינטרסים והערכים שההלכה מבקשת להגן עליהם, תיתכן, בתנאים ובנתונים שונים של זמן ומקום, רק באמצעות הלכות שונות מפעם לפעם. גם הלכות סותרות בתקופות שונות עשויות, איפוא, לנבוע מאותם עקרונות יסוד. החזרה אל הדין המקורי מלמדת כי שימוש באמצעים מסורתיים, שאינם מכוונים לשעתם, עלול להביא תוצאה הפוכה מזו שאליה חותרת ההלכה למעשה. בחלק אחר של רשימה זו ראינו עד כמה משפיעים דיני הצניעות על מעמדה של האשה בחברה ובמשפחה.¹⁶⁸ גם בהקשר זה מוצאים אנו גישות שונות פרי הזמן והמקום. שילובן של הנשים בימי הביניים, כפי שהראינו לעיל,¹⁶⁹ לא עלה בקנה אחד עם כללים נוקשים של צניעות ועם צמצום האשה לזווית ביתה. ממילא נשתנו מושגי הצניעות וכתוצאה מהם כללי ההתנהגות.

"אין לדיין אלא מה שענינו רואות לפי העת והמקום. הרי אפילו באיסורים חמורים ענין הצניעות, ענין עדות וכדו' דנו בזה כפי העת והזמן".¹⁷⁰

164 כל הנשים בזמננו חשובות הן, כך המרדכי בשם התוספות, פסחים קח א. ראה מקורות נוספים בהקשר זה אצל הרב מ' מ' כשר הגדה שלמה (הוצאת מכון "תורה שלמה", ירושלים, תשכ"ז) 70 ואילך. יצוין כי הרמ"א על שו"ע, אורח חיים, תעב ד, גורס שלמרות הכל נהגו להקל על האשה, על-פי דברי הראב"ה שכתב שבזמן הזה אין היא חייבת להסב.

165 ראה לעיל הערות 90-92 והטכסט הסמוך להן.

166 שהשימוש בה עצמה נועד גם הוא לשם הגנת האשה, ראה לעיל הערות 90-93 והטכסט הסמוך להן.

167 ראה תוספות לקידושין מא א; על ההלכה בתקופה מאוחרת יותר, הנוהגת בעקבות דברי התוספות, ראה הגהת הרמ"א לשו"ע, אבן העזר, לו ח; על גלגולו של הדין ראה I. Abrahams *Jewish Life in the* וכן I. Epstein, *supra* note 146, at pp. 26-27 *Middle Ages* 169

168 ראה לעיל הטכסט הסמוך להערות 33-39.

169 ראה לעיל הערות 157-161 והטכסט הסמוך להן.

170 שו"ת ישיביל עבדי, חלק ה, אורח חיים, נה אות ג. ראה גם א' ליכטנשטיין, לעיל הערה 116, בעמ' 161, הגורס כי בתחום הצניעות יש לדון לאור פרטי המקרה והנסיבות.

גדרי כבודה בת מלך פנימה נשתנו, איפוא, בהקשרים רבים, ומה שנחשב בעבר כפריצת גדר עשוי להימצא בהווה בגדר הנורמטיבי והמותר.¹⁷¹ נסיוננו מלמד כי הרגלי העבודה של נשים השתנו כליל ומקומן במעגל העבודה הולך וגדל.¹⁷² גם נשים דתיות, ואף חרדיות, נוהגות לצאת לעבודה, וחלק לא מועט עוסק בעבודות המחייבות יציאה מחוץ לבית. מה שנחשב כגנאי לרמב"ם, בימיו ובמקומו, יציאת האשה חוץ לביתה יותר מפעם או פעמיים לחודש,¹⁷³ הוא הנורמה בזמננו. גם הגבלות הלכתיות מסוימות שהוטלו על עבודת נשים המחייבת אותן ליצור קשר עם גברים, או על עבודת גברים המחייבת אותם ליצור קשר עם נשים, הוסרו בדורות האחרונים על ידי הפוסקים.¹⁷⁴ והאם מרותו של

171 על שינוי גדרי כבודה בת מלך פנימה ועל תלות המושג במנהגי המקומות, ראה הרב ש' ישראלי התורה והמדינה ד, ראו בהערה: "גבולות ה'כל כבודה בת מלך פנימה' תלויים במנהגי המקומות ורק במקום שדרכן של נשים שלא לצאת לגמרי מביתהן יש בזה משום פריצת גדר, ואף בדורותינו עובדות בנות ישראל כשרות במשרדים שונים, בבתי חולים, בגני ילדים ובתי ספר - ואין פוצה פה ומצפצף"; הרב א' בינובסקי (בינה) "משפט המלחמה ושיתוף האשה במלחמה" התורה והמדינה ה-10 סב, ע: "שכבר העיר הרב העורך (הרב ש' ישראלי) שדין כבודה תלוי במנהגי המקור"; והרב ב"צ עזיאל, לעיל הערה 153, סימן מד, בעמ' רלב, קובע במפורש כי: "בכל כנסיה (כינוס) רצינית ושיחה מועילה אין בה (בנוכחות מעורבת של גברים ונשים) משום פריצות, וכל יום ויום האנשים נפגשים עם הנשים במשא ומתן מסחרי, ונושאים ונותנים, ובכל זאת אין שום פרץ ושום צווחה"; ראה גם הרב כ' פ' טכורש "מלחמת רשות מצוה או חובה" התורה והמדינה ב, בעמ' צה; כן ראה שו"ת כתוב ישר דברי אמת (הרב ז' י' ברכר), חלק ג אות יב; על משמעות של תדירות ומורגלות בחברה מעורבת, ראה הלבוש, סוף אורח חיים: "ואין נוהרים עכשו בזה (ישיבה נפרדת של נשים וגברים) משום שעכשיו מורגלות הנשים הרבה בין אנשים, ואין כאן הרהור עבירה כל כך..."; וראה גם הרב י' ה' הנקין "ישיבת אנשים ונשים יחד בחתונות" שנה בשנה (הוצאת היכל שלמה) 205.

172 בשנת 1985 היו במעגל העבודה 43.1% מכלל הנשים הנשואות בישראל, לעומת 21.7% בלבד בשנת 1955. ראה שנתון סטטיסטי לישראל 1986, לוח יב/6, בעמ' 291. בסך הכל עלה חלקן של הנשים העובדות בכוח העבודה בישראל מ-26.5% מכלל הנשים בשנת 1955 ל-41.7% מכלל הנשים בשנת 1985, שם, לוח יב/3, בעמ' 288. במקביל חלה ירידה אצל הגברים מ-80.1% בשנת 1955 ל-61.8% בשנת 1985, שם, לוח יב/3.

173 הלכות אישות, יג יא.

174 ראה אפי זוטרי לשו"ע, אבן העזר, כב כ אות לב; ציץ אליעזר חלק ו, עמ' רמו, על ההיתר לרווקים ולנשים ללמד קטנים וקטנות "במצב המציאותי של ימינו"; וראה א' שפירא, לעיל הערה 129, בעמ' 17-18. הלכה זו יש לבחון על רקע האיסור על רווק ועל אשה ללמד תינוקות. ראה משנה קידושין פרק ד משנה יג: "לא ילמד אדם רווק סופרים ולא תלמד אשה סופרים"; כן ראה קידושין פב א; רמב"ם, הלכות איסורי ביאה, כב יג, הלכות תלמוד תורה ב ד; שו"ע, יו"ד, רמה כ-כא; שו"ע, אבן העזר, כב כ; כן ראה בהקשר למשמעות עילת עוברת על דת, להלן הטכסט הסמוך להערות 176-180.

הבעל האב נשמרת אפילו בחברה החרדית דהיום באותה מידה או אפילו במידה קרובה לזו המשתמעת מן המקורות?

בחברה משתנית מאבדים חלק מן המוסדות הדתיים את המשמעות המסורתית. חלק מן הנורמות הדתיות כשהן מוחלות, במתכונתן המקורית וללא כל התאמה, על מסגרת חברתית שונה, עלולות לגרור אחריהן תוצאות הפוכות מאלה שאליהן חותרת ההלכה, ולסטות מן המטרות שעמדו בבסיס הנורמות.

למורי ההוראה, בתקופות שונות, עמדה הרגישות הנדרשת להעמיד הלכה בגבולות החדשים המתבקשים משינויי הזמן והמקום. כך, למשל, משום הסטייה מן המטרה העיקרית של ההלכה, בוטלה, עוד בתקופה קדומה, מצוות הייבום, הלכה למעשה, והפכה להיות חריג; ואילו החריג, החליצה, הפך עיקר.¹⁷⁵

ניתן להצביע על מקרים נוספים בהם הוכשרה הקרקע להתאמת מושגים וניתן ביטוי נאות, גם בזמננו, למציאות החדשה במסגרת ההלכה. מושגי הצניעות, על רקע הכלל של "כבודה בת מלך פנימה", עברו בדורות האחרונים שלב נוסף בתהליך של התאמה למציאות הנוהגת. תוכנה של עילת עוברת על דת,¹⁷⁶ שענייניה נוהגי צניעות, פשט צורה ולבש אחרת:

"דברים כאלה [הליכה שלובת-זרוע עם גברים וביקורים בבית-קפה] אינם לפי מנהגי החברה הנוכחית בארץ ולפי ההשקפה השוררת בזמננו מעשים של פריצות יתרה אם גם הם מראים לפעמים על חוסר טקט ואינם רצויים כשלעצמם. כל התנהגות כזו מראה רק על יחסי ידידות אבל לא על כיעור."¹⁷⁷

בית-הדין הרבני יישם גישה זו הן לצורך עילת גירושין והן לעניין ההשפעה על פטור הבעל מחיוב המזונות.¹⁷⁸ העילה לבשה גם משמעות אחרת בנסיבות הזמן על-ידי שיבוצה במסגרת עיקרון של הדדיות ביחסי בני הזוג.¹⁷⁹

175 משנה בכורות פרק א משנה ז: "מצוות יבום קודמת למצוות חליצה בראשונה שהיו מתכוונין לשם מצווה; ועכשו שאין מתכוונין לשם מצווה, אמרו: מצוות חליצה קודמת למצוות יבום"; ראה גם כתובת סד א, יבמות לט ב; כן ראה תקנות קבועות לגדרי אישות בישראל, משנת תש"י, שנתקבלו בכינוס רבנים ארצי בירושלים, אשר גזרו לאסור בישראל מצוות ייבום, ראה התקנות אצל ב"צ שרשבסקי, לעיל הערה 56, בעמ' 570.

176 ראה המקורות, לעיל הערה 132.

177 תיק 1/64/705 אוסף פסקי דין של הרבנות הראשית לארץ ישראל (בעריכת ז' ורהפטיג) עמ' קכב; ראה גם אגרות משה, אבן העזר, סימן סט, בעמ' קסט: "...אבל כשדרך כל הנשים בעירה כן אין שייך להחשיב זה לפריצות..."

178 לעניין גירושין, ראה תיק 1/64/705, שם, בעמ' קכו; לעניין מזונות, ראה ערעור תשי"ט/83, פד"ר ג 257, ובעקבותיו ע"א 277/81 גרינהאוז נ' גרינהאוז, פ"ד לו(3) 197.

179 ערעור תשי"ט/83, שם, בעמ' 268: "אכן כל זה בבעל שאיננו יכול לסבול את התנהגות אשתו בדרכיה הנלוות אבל בעל כזה שלא אכפת ליה מאומה אם אשתו עוברת על דת..."

עקרון ההדדיות, היוצר שוויון בין בני זוג, הופעל, במלואו או בחלקו, ישירות או בעקיפין, גם בהקשרים אחרים, וגרר אחריו התאמה בין הדין למציאות. כך, למשל, בוטלו המים המאררים, לבדיקת אשה סוטה, עוד בתקופת המשנה, כאשר רבו המנאפים.¹⁸⁰ כאשר התנהגות הבעל לא עלתה בקנה אחד עם תביעות של שלמות החברה היהודית המסורתית, ששימשו בסיס להלכה המקורית, לא היה עוד טעם לחשוף את האשה לבדה לדין המקורי.¹⁸¹ כללי ההלכה הם כלים שלובים ומתחייבת בהם הדדיות.

כמו מדוגמת הייבום, שהובאה לעיל, כך גם מעניין אחרון זה אנו למדים כי אין האיש יכול לעשות שימוש בכללי ההלכה כאשר אין הוא עומד בקניי-המידה המחמירים המתחייבים מהם. ההלכה לא תעשה את עצמה כלי שרת בידי המבקש לנצל את הסוטה לרעה. כך מבוטא רעיון אחרון זה אצל אחד מפוסקי דורנו, הרב עובדיה יוסף:

"אין לתת יד לפושעים... בזמן הזה כאשר פשטה המספחת של המודרניות בעולם, שישתמשו בדיני תורתנו הקדושה, אשר נתנו להם עורף ולא פנים, אך ורק לתועלתם הפרטית כדי לבגוד באשת נעורים בתואנות וטענות תחת מסוה של דת".¹⁸²

בחיקו של עניין זה מובחת מסקנה חשובה נוספת. ישנן הלכות רבות המתייחסות לחברה של שלומי אמוני ישראל, שקיומן מחייב חברה יהודית שלמה במצוות הרואה בתורה את מצע חייה. הפעלתן בקרקע מציאות אחרת עשויה, בעיני ההלכה עצמה, להביא יותר נזק מאשר תועלת.¹⁸³ בחברה חופשית יותר, בה אין כבלי המוסר האידיאלי נשמרים

ואם איהו לא קפיד אגן קפיד ביה?...". כן ראה הרב ע' יוסף, שו"ת יביע אומר, אבן העזר, חלק ג, סימן כא: "רק אם האיש מוחזק בכשרות לבו לשמים וטוען טענת עוברת על דת בלי כסוכים ומריבות אחרות אז יש לפסוק כמו שפסוק רבותינו ז"ל".

180 ראה משנה סוטה פרק ט משנה ט: "משרבו המנאפים פסקו המים המרים". ראשית משנה זו מספרת על כלל דומה בהקשר להלכת עגלה ערופה. דין זה בטל "משרבו הרצחנים". הגמרא בסוטה מז ב מבארת: "לפי שאינה באה אלא על הספק, משרבו הרוצחנין בגלוי בטלה עגלה ערופה."

181 סוטה מז ב: "ת"ר 'ונקה האיש מעוון' בזמן שהאיש מנוקה מעוון המים בודקין את אשתו אין האיש מנוקה מעוון אין המים בודקין את אשתו... אמר ר' אליעזר, אמר להם נביא לישראל אם אתם מקפידין על עצמכם מים בודקין את נשותיכם ואם לאו אין המים בודקים נשותיכם."

182 ראה שו"ת יביע אומר, לעיל הערה 179, שם.

183 ראה תשובתו של החזון איש, יורה דעה, סימן יג, על תחולתו של דין מורדין ולא מעלין (הדין שעניינו העגשה קשה של אפיקורסים מישראל) בזמננו: "נראה דאין דין [זה] אלא בזמן שהשגחתו יתברך גלויה... ואז היה ביעור רשעים גדרו של עולם... אבל בזמן ההעלם שנכרתה האמונה... אין במעשה הורדה גדר הפירצה אלא תוספת הפירצה, שתהיה כמעשה השחתה ואלמות ח"ו, בשעה שאין בו תיקון, ועלינו להתוורם בעבותות אהבה ולהעמידם בקרן אורה במה שידינו מגעת". על הדין המקורי ראה רמב"ם, הלכות עבודת כוכבים, י א; טור, יורה דעה, קנב; שו"ע, יורה דעה, קנב ב.

עוד בדבקות הנתבעת על-ידי נורמות קשיחות, מתחייבת בדיקה מחודשת של פרטי הדינים כדי למנוע עוול הנובע מהנחות-יסוד שאיבדו את אחיזתן בקרקע המציאות. עקרון ההדדיות משמש, במקרים מסוימים, אחד האמצעים ההלכתיים להתאמת הלכות בעלות אופי מסוים למציאות שונה או אחרת.

היקף חובותיה השונות של האשה כלפי הבעל¹⁸⁴ לא נשאר סטאטי. מנהגי המקום ורוח הזמן עשו את שלהם. אופי שונה של החברה, השפעת הסביבה, מעמד האשה במסגרת חברתית או משפחתית בתונה, וחלוקת תפקידים במשפחה השפיעו על היקף החובות. מלכתחילה נקבע הסדר גמיש, שבסיסו מנהג המקום¹⁸⁵ ועליו מורכב כלל נוסף, הנועד להגן על האשה, לפיו היא עולה עם בעלה, ונהנית מן היתרונות שמעמדו הכלכלי מבטיח לה, אך אינה יורדת עמו, במידה ומעמדה הכלכלי בבית אביה היה טוב יותר.¹⁸⁶ באמצעות שני כללים אלה צומצמו בהדרגה חובות האשה.¹⁸⁷ האשה נהנתה מן הרווחה הכללית בחברה. כך אנו מוצאים כבר בימי הביניים הוראה כללית להלכה, לפיה חלק מן העבודות שהוטלו בעבר כחובה על האשה, אינן נוהגות עוד בזמנים אלה מחמת שאין דרכן של נשים לעשותן.¹⁸⁸

בעקבות מגמה זו הלכה הפסיקה הרבנית בישראל, בקובעה כי עבודות הנשים השונות, הנעשות מחוץ לבית, הגם שהן מקובלות בזמננו, אינן נכללות בגדר מעשה ידי האשה לבעלה.¹⁸⁹ פסיקה זו מיטיבה עם האשה בשניים. ראשית, אין הבעל יכול לחייב את אשתו

ראה הרב קוק אגרות תר"ע: "כל הלכות הנוטות לרוגז ושנאת אחים נעשות הן כפרשת בן סורר ומורה, עיר הנידחת ובית המנוגע ונכתבו משום דרוש וקבל שכר."

- 184 ראה לעיל הערה 56.
- 185 "הכל כמנהג המדינה", ראה טור, אבן העזר, פ: שו"ע, אבן העזר, פ א.
- 186 ראה המקורות, לעיל הערה 78; על השפעת מעמד שני בני הזוג 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.
- 187 וכך מצינו בטור, לעיל הערה 185, כי בצד כל סוג מלאכות המוטל על האשה ישנה הסתייגות הנוגעת למנהג הכללי, למה שדרכן של נשים לעשותן ולמלאכות שלא נוהג לעשותן במשפחת האשה או האיש, הכל לטובת האשה. ראה הפרישה לטור, שם, אות ל; ראה גם ערעור תשי"ח/167, שם, בעמ' 216, 217; תיק תש"ל/10740, פד"ר ח 303, 307; ב"צ שרשבסקי, לעיל הערה 56, מעמ' 224 ואילך, ובמיוחד בעמ' 230-231.
- 188 ראה המרדכי לכתובות מט: "הלכך פסק רבינו ברוך דהאידינא נשים שלנו דלאו אורחא לטחון ולכבס דאין כופין אותם." ראה גם הב"ח לטור, אבן העזר, פ, המפנה להגהות מיימוניות בשם ר"ת, וכן דרכי משה, שם, ליד האות (א).
- 189 ראה תיק תשי"ג/4553, פד"ר א 81, 90-94; תיק שי"ז/283, פד"ר ב 220; ערעור תשי"ח/167, לעיל הערה 186, בעמ' 216, 217; ערעור תש"ל/172, פד"ר ח 275, 278; תיק תש"ל/10740, לעיל הערה 187, בעמ' 307; ד"נ 23/69 יוסף נ' יוסף, פ"ד כד(1) 792; וראה ב"צ שרשבסקי, לעיל הערה 56, בעמ' 233-237.

לצאת ולהשתכר;¹⁹⁰ שנית, השתכרותה מעבודות כאלה נחשבת כ"מלאכה על-ידי הדחק" או "העדפה", והמבקש להוציא מתברו ידו על התחטונה.¹⁹¹

ההלכה לפיה אשה נדחית מפני הבעל לצורך קביעת הדיור בוססה, כידוע, על ההנחה שהטלטול קשה לגבר מלאשה.¹⁹² הנחה זו אינה משקפת את המציאות הנתונה. במידה והעניין מסור לבית-הדין ואינו מוסדר על-ידי הדין האזרחי, ניתן למצוא רמז לפיו בית-הדין לא יקפיד עם האשה על בסיס הנחה זו אלא ישפוט כמתחייב מכל נסיבות העניין.¹⁹³

זכויות ירושה וחלוקתה הוסדרו במשך מאות השנים האחרונות באמצעות תקנות שונות המשוות, באופן חלקי או מלא, את זכות הבנות לבנים ואת זכות האשה ליטול חלק בירושת הבעל.¹⁹⁴ אולם עד היום לא נפתרה במלואה בעיית זכות הירושה של האשה בהלכה.¹⁹⁵

נקודת התורפה של מעמד האשה בהלכה, הליך הגירושין, שימשה יעד לתיקונים רבים במשך הדורות. העדפת הבעל בנושא הגירושין, הן בהקפדה על רצונו והן באפשרות לשאת אשה על אשתו, הולידה מצוקות בכל דור ודור. בכל תקופה נמצאה דרך להתמודד

-
- 190 ראה במיוחד תיק תשי"ג/4553, שם; תיק תש"ל/10740, שם.
- 191 ראה לעיל המקורות הובאים בהערה 189. על סוגיית ההעדפה ראה הן מקורות והן דיון בהשלכות הרלבנטיות לענייננו אצל ב"צ שרשבסקי, לעיל הערה 56, בעמ' 233-237.
- 192 ראה לעיל הערה 32.
- 193 תיק 1/32/707, אוסף פסקי-דין של הרבנות הראשית לארץ ישראל (בעריכת ז' ורהפטיג) קנח, קסג; ראה גם ב"צ שרשבסקי, לעיל הערה 56, בעמ' 441; ראה תקנת רבני מרוקו בדורות האחרונים לפיה איש נדחה מפני האשה. התקנה מובאת בספר המשפט העברי בקהילות מרוקו (הרב מ' עמאר עורך, ירושלים, תש"מ) 372.
- 194 ראה התקנות השונות והיקפן אצל מ' אלון, לעיל הערה 83, בעמ' 373, 653, 679-686 (תקנות טוליטולא בעניין זכות ירושה לאם וזכות ירושה לבת יחד עם הבן). על התקנות ועל הנוהג לכתוב שטר חצי זכר, על ידי אבי הבת, המזכה את הבת בחצי חלק הבן בעזבונו, ראה א' גולאק, לעיל הערה 86, מעמ' 91-101. כן ראה את תקנות הדיון בבתי-הדין בארץ ישראל, תש"ג, פרק ה, ירושות, סעיפים קעד, קפב-קפג, הקובעות כי על-פי בקשת אחד היורשים יחלקו את העיזבון על-פי פקודת הירושה, שהעניקה זכות ירושה שווה לאשה. סעיפים אלה לא הוכנסו מחדש לתקנות הדיון בבתי-הדין הרבניים בישראל, תש"ך. בנושא זה של ירושת הבת ראה עוד הרב ב"צ מ' ח' עזיאל "משפט ירושת הבת" תלפיות ו (תשי"ג) 51, תלפיות ט (תשכ"ה) 27.
- 195 ראה הצעת הרב י' א' הרצוג "הצעת תקנות בירושות" תלפיות ו (תשי"ג) 36, תלפיות ט (תשכ"ה) 11, להשוות מעמד האשה בזכות הירושה. ההצעה נדחתה על-ידי מועצת הרבנות הראשית. על הצעה דומה שהועמדה לפני מועצת הרבנים של קהילות מרוקו בשנת 1952, ראה מ' אלון "ייחודה של הלכה וחברה ביהדות צפון אפריקה מלאחר גרוש ספרד ועד ימינו" הלכה ופתיחות, לעיל הערה 19, בעמ' 29-31; וכן הרב מ' עמאר "התמודדות חכמי מרוקו בדור האחרון בבעיות השעה", שם, בעמ' 52-53.

עם תופעה זו באמצעים הלכתיים שונים, לעיתים בדרכי עקיפין ולעיתים בתקיפה חזיתית, פעמים בדרך מתונה ופעמים באמצעי רדיקלי. עמדנו כבר על אמצעים שונים, אישיים (כפייה) וכלכליים (כתובה) שנועדו למטרה זו. נעמוד, בתמציתיות, על דרכי ההתמודדות. בהלכה הראשונית חובותיו הדתיות של הגבר, לפרייה ורבייה, היו גוררות אחריהן כפייה מצד בית הדין לגרש אשה שלא ילדה, או מונעים ממנו לישא את בחירת לבו אם לא תוכל ללדת.¹⁹⁶ ברבות הימים לא הקפידו על דין זה. ברמ"א אנו מוצאים כי "לא נהגו מכמה דורות לדקדק בעניין היווגים"¹⁹⁷ ובמקום אחר הוא אומר ש"בזמן הזה אין נוהגין לכוף כלל".¹⁹⁸

לא נוכל לדון בכל אותם אמצעים שנקטו חכמי ההלכה לשחרור האשה מכבלי נישואים כושלים, החל מהרחבת עילות כפיית הגט על הבעל, בשלל עילות בדורות שונים, בין מדין התלמוד ובין בדרך של תקנות,¹⁹⁹ דרך אמצעי הגנה משפטיים

196 ראה שו"ע, אבן העזר, א ג, וכן קנד י.

197 הגהה לשו"ע, אבן העזר, א ג.

198 הגהה לשו"ע, אבן העזר, קנד י.

199 ראה הרב ש' רפאל "בעיות הכפייה במתן גט" תורה שבעל פה כב (הוצאת מוסד הרב קוק, תשמ"א) נח; ז' ורהפטיג, לעיל הערה 106, מעמ' 178 ואילך; מ' זילברג המעמד האישי בישראל (ירושלים, תשכ"ה) 117-122. על הרחבת עילות הכפייה מדרך קל ותומר, ראה ירושלמי, גיטין פ"ט ה"ט. עילת כפייה עקרונית ורחבה, המעניקה, למעשה, לאשה כוח לגרום להתרת הקשר, נקבעה בתקנת הגאונים, הידועה כ"דינא דמתיבתא", המאפשרת כפיית בעל שאשתו מורדת בטענת "מאיס עלי". תקנה זו נומקה בקלקלת הזמן: "ואחרי רבנן סבוראי בראותם שבנות ישראל הולכות ונתלות בגויים ליטול להן גיטין באונס מבעליהן ויש כותבין גיטין באונס ומסתפק לגט מעושה שלא כדין וקא נפיק מינה חורבא תקנו..."

[על סוגיה זו ונוסח התקנה ראה אצל ב' מ' לוי אוצר הגאונים (כתובות, חלק התשובות 191-192: ח' טיקוצינסקי תקנות הגאונים (תל-אביב, תש"ך) 11-29; כן ראה I.H. Haut *Divorce in Jewish Law and Life* (N.Y., 1983) 51-53 ומאותו מחבר ראה גם "A Problem in Jewish Divorce: An Analysis and some Suggestions" 16 *Tradition* (1977) 29] וכן הלכת הכפייה במאיס עלי של הרמב"ם [הלכות אישות, יד ח, וראה ר' ערוסי "הגורם העדתי בפסיקת ההלכה (כפיית גט במורדות 'מאיס עלי' אצל יהודי תימן)" דיני ישראל י-יא (תשמ"ג) קכה]; ראה גם תשובת התשב"ץ על כפיית בעל המצער את אשתו [שו"ת התשב"ץ חלק ב סימן ת] (בעניין זה ראה גם הגהת הרמ"א על שו"ע, אבן העזר, קנד 1 על "כפיית איש שרגיל לכעוס ולהוציא אשתו מביתו תמיד", הנסמך על תשובות הרשב"א, סימן תרצג, ברם ראה הפתחי תשובה שם, המחמיר בעניינים אלה וקובע כי אין להודות וכן אין לכפות במקרים אלה], ותשובת הגר"ח פאלאג'י על כפיית גט במקרה של פירוד של למעלה מ-18 חודש בין בני הזוג וחוסר סיכוי לשלום [שו"ת חיים ושלום, אבל העזר, סימן קיב]. וראה הרב י' הרצוג, שו"ת היכל יצחק, אבן העזר, סימן א, בעמ' יא טור ב; 'ובמקום שמצאו חכמי הדור משום תקנת בת ישראל לתקן ולכוף יש בכוחם לתקן ולכוף... כשם שמצוה לשמוע דברי תורה

מראש²⁰⁰ ועד לאמצעי הדרסטי של הפקעת הקידושין.²⁰¹ נושא זה מחייב דיון נפרד. מאמץ הלכתי רב-היקף הושקע לאורך הדורות בהגנת האשה בנקודת התורפה הזו. אמצעים אלו כוונו לשעתם ופתרו מצוקות בחברה מסורתית כאשר עדיין, על בסיס המציאות הרווחת, ההנחה השלטת היתה שהגירושין הם בגדר חובה לאשה.

גם בסוגיית הגירושין עשה עקרון ההדדיות²⁰² את שלו באמצעות טכניקה שונה. כאשר מניעה הלכתית עומדת למכשול בפני נקיטת צעד פוויטיבי של השוואת מעמד האשה לבעל, ניתן להשוות את הזכויות על-ידי שלילת היתרון של הגבר. בדרך זו הלך רבינו גרשום בקביעת חרם המונע בעל מלגרש את אשתו בעל-כורחה, המשלים הוראה אחרת המונעת מן הבעל נישואי ביגמיה ללא היתר מיוחד.²⁰³ בחברה האורבנית ועם צמיחת

כן מצוה לשמוע דברי חכמים. וחכמי ישראל מתפקידם לשקוד על תקנת בנות ישראל ולתקן תקנות למען בנות ישראל והוא הדין והוא הטעם לענין תקנת הגאונים".

200 קידושין על תנאי ותנאי בקידושין. ראה על כך הרב נ' זק"ש "קידושין על תנאי" נועם א (תשי"ח) נב; הרב י' מ' טולידאנו "קידושין על תנאי" נועם א (תשי"ח) סט; הרב י' א' הנקין "קידושין על תנאי" נועם א (תשי"ח) ע; הרב י' מ' אהרנברג "קידושין על תנאי" נועם א (תשי"ח) עה; וראה א' ח' פריימן סדר קידושין ונישואין אחרי חתימת התלמוד (ירושלים, תש"ה) שפט; הרב א' ברקוביץ תנאי בנישואין ובגט (ירושלים, תשכ"ז); וכן ראה הקונטרס אין תנאי בנישואין (וילנא, תר"צ, נדפס מחדש בירושלים, תשל"ז).

201 הרב ע' יוסף "כל המקדש אדעתא דרבנן מקדש ואפקעינהו רבנן לקידושין מניה" תורה שבעל פה ג (הוצאת מוסד הרב קוק, תשכ"א) צו; ראה א' ח' פריימן, שם, בעמ' יא-יג, כא, לה, סז-פ, פז-צב, צה-צו, ק, קג-קד, קו-קי, קיג-קכד, קלו, קס; מ' אלון, לעיל הערה 83, בעמ' 518-527, 686-712; מ' אלון "ייחודה של הלכה וחברה ביהדות צפון אפריקה מלאחר גרוש ספרד ועד ימינו" הלכה ופתיחות, לעיל הערה 19, בעמ' 33; הרב א' ברקוביץ, שם, מעמ' קיט ואילך; הרב א' ברקוביץ, לעיל הערה 19, בעמ' 151; י' צ' גילת השפעת המציאות על הבחנות הלכתיות (הוצאת אוניברסיטת בר-אילן) 38, 40; הרב ע' רקמן, לעיל הערה 24; וראה אנציקלופדיה תלמודית, כרך ב, ערך "אפקעינהו", עמ' קלו. וראה על פתרונות אפשריים באופן כללי, ז' פלק, לעיל הערה 62, מעמ' 84 ואילך; א' רוזנצבי פתרונות בדיני אישות (חוברת מחקר, תשמ"ו).

202 ראה הטכסט סמוך להערות 180-183.

203 נוסח החרם ראה שו"ת מהר"ם מרוטנבורג קנג; שו"ת מהר"ם מינץ קב; ראה גם הגהת הרמ"א בשו"ע, אבן העזר, קיט 1, להלכה לפיה יכול לגרש אשה שלא מדעתה: "אין לגרשה בזמן הזה שלא מדעתה"; על נוסח התקנות ועל משמעותן ראה L. Finkelstein *"Jewish Self-Government" in the Middle Ages* (2nd ed., 1964). כן ראה נוסחים שונים של התקנות וכן רשימת המקורות בהם מופיעות התקנות, ודיון עליהן אצל ש' ז' הבלין "תקנות רבינו גרשום מאור הגולה בענייני אישות בתחומי ספרד ופרובאנס" שנתון המשפט העברי ב (תשל"ה) 200; ראה עוד ז' פלק, לעיל הערה 145, בעמ' 4-31, 120-96; מ' אלון, לעיל הערה 83, בעמ' 632 ואילך; מ' זילברג, לעיל הערה 199, בעמ'

הפרולטריון לא היו עוד אמצעי ההגנה הקודמים, שהעניקה ההלכה לאשה, תריס מספק נגד שרירות לבו של הבעל תוך ניצול ההלכה המקורית.²⁰⁴ מגמת השוויון של החרם מובלטת בתשובות הרא"ש " [רבינו גרשם] תיקן להשוות כח האשה לכח האיש כמו שהאיש אינו מוציא אלא לרצונו כך האשה אינה מתגרשת אלא לרצונה".²⁰⁵

כברת דרך ארוכה עברה ההלכה מן המשנה הקדומה ועד לקביעת החרם. במשנה הקדומה האיש אינו מגרש אלא לרצונו. מאוחר יותר הוגבלה חירות הבעל בשני אופנים. ראשית, עוד בתקופת המשנה נקבעו עילות שבעטיין כופים את האיש לגרש. שנית, ומכיוון אחר, הוגבל כוח הגירושין של הבעל. אמצעים אלה נוספו על האמצעי העקיף של עיקר הכתובה, שהעניק לבעל תמריץ להימנע מגירושין חפוזים ושרירותיים. מבנה משפטי מורכב זה הגן על הצד הפגיע, האשה, הן מפני גירושין שרירותיים, מצד אחד, והן ממילכוד של נישואים קשים ובלתי אפשריים, מצד שני. הגנה זו, שלבשה צורה והתפתחה במשך הדורות, עמדה יפה במבחן הזמן עד למאה האחרונה. תהפוכות העת החדשה מחייבות התמודדות מהודשת.

בדורות האחרונים השתרש מנהג שעל-פיו, במקרים מסוימים, תזכה האשה עם גירושה בפיצויים בנוסף על סכום הכתובה המגיעה לה. מנהג זה נועד, בין היתר, לשפוט את האשה על הצמיחה הכלכלית של המשפחה בכלל, ועל השקעתה במשפחה וברווחתה, כגון הטיפול במשק הבית ובגידול הילדים, ותרומתה להשבת הנכסים ולגידולם בפרט.²⁰⁶ מנהג זה מתגבש בתקופה בה הוענקה, בשיטות משפטיות רבות בעולם, חשיבות לעבודתה של האשה במשק הבית, וניתנה הכרה רחבה למשקל הכלכלי של תרומתה זו.²⁰⁷ מנהג זה נועד להיטיב את מעמדה של האשה ולהתאים את הדין למציאות המתחדשת. ההלכות השונות כמו גם המדרשים השונים והאמרות הסותרות, לעיתים, על אופיה, תכונותיה, התנהגותה ומעמדה של האשה מעידים, לדעתי, על מאבק פנימי בעיצוב כללי ההלכה.

השינויים לאורך ההיסטוריה מלמדים כי המערכת היא יחסית ותלוית זמן, וכי הערכים הבסיסיים עשויים להיות מוגנים באופן אפקטיבי בדרכים שונות מזמן לזמן תוך שימת-לב

158 - 170, 429 - 432; ב"צ שרשבסקי, לעיל הערה 56, בעמ' 73 - 89, 353 - 354 (על היסור

לגרש אשה בעל כורחה), 395 - 397, 404, 407, 420 - 427. כן ראה I. Epstein, *supra* note 146, at p. 28.

S.W. Baron, *supra* note 40, Vol. I, at p. 112 and Vol. II, at p. 238 204

כלל מב סימן א. 205

ראה א' רוזן-צבי, לעיל הערה 40, עמ' 329 - 337 והאסכמתאות שם. 206

A. Colomer "The Modern Law" *Comparative Law of Matrimonial Property* 207

(Kiralffy ed., Leiden, 1972) 80, 86; Studies on Family Property Law, Law Reform Commission of Canada (1975) 16; O. Kahn Freund "Recent Legislation on Matrimonial Property" 33 *M.L.R.* (1970) 601, 604-605; B.A. Kulzer "Law and the Housewife: Property, Divorce and Death" 28 *Uni. of Flo. L.R.* (1975) 1, 20

ראה א' רוזן-צבי, שם, בעמ' 333, וכן בעמ' 13 - 19.

לצורכי המציאות. היקף השינויים הוא עניין כמותי ולא עקרוני ותלוי בנסיבות הכלכלה והזמן.²⁰⁸

השינויים גם מלמדים כי הדרגתיות אינה עניין של חוק בל יעבור אלא של תהליכי הסתגלות איטיים יותר של אנשי ההלכה ושל עיכול הדרגתי יותר של תהליכים. לאלה יש להוסיף כי נסיון ההתמודדות עם התופעות החדשות מתחולל במישור המעשי והיומיומי ונעשה באורח ספורדי ופרגמטי במישור העקרוני.

הדבר נעשה מכמה טעמים. ראשית, ההתאמה בין הדין למציאות נעשית תוך שמירה על עקרון הרציפות והמסורת. ההקפדה, ולו הפורמלית בלבד, על המסגרת העקרונית מעניקה לגיטימציה לתהליך הנורמטיבי המתרחש מעל ומתחת לפני השטח. שנית, יש לזכור כי הכלים ההלכתיים בנויים אחד על כתפי רעהו. בדרך כלל אין קפיצות דרך אלא צריך לעבור דרך המקורות ולמצוא את ה"תפר" או את הפירצה הנכונה, באמצעות הטכניקה ההלכתית המתאימה, יחד עם ההכרה במחויבות הדתית של הצורך בשינוי. שלישית, מורי ההוראה מקפידים למנוע פגיעה במירקם הערכי עליו מגינה המערכת. גם שינוי קיצוני חייב להיות צמוד למטרה העליונה והיא קידוש השם בעולם.²⁰⁹ רביעית, תזוזה מהירה במערכת שמרנית וסגורה עלולה לחשוף ציבור מסוים של שלומי אמוני ישראל, שכלפיו בראש ובראשונה מכוון הפוסק את פסיקתו, לתהליך של טמיעה מהירה ושל אובדן קנה-מידה. המישית, בסוג זה של פתרונות נוח יותר להתגבר על הבעיות המיידיות בלי למשוך אש חזקה מדי, ובלי להיות חשוף למיתקפה העקרונית מצד חוגים שמרניים על כניעה למציאות, מחד גיסא, ובלי לסכן את השלמות ההלכתית, מאידך גיסא. שישית, התגובה של אנשי ההלכה לצורכי המציאות המתחדשת היא איטית ולעיתים קרובות הססנית. תגובה כזו מוצאת ביטוי הולם בהתאמה פרגמטית וספורדית. התערבות עקרונית עשויה לשנות מצב משפטי מעיקרו, והפוסקים עלולים לאבד את התמיכה של חוגים שמרנים יותר וממילא את הלגיטימציה לשינוי במסגרת הנורמטיבית הקיימת. תגובות איטיות והדרגתיות משרתות את התפיסה הפרגמטית של הפסיקה.

מן הדברים שהובאו ברשימה זו מתחייבת גם מסקנה, כי אין ההלכה מטיפה בהכרח לאידיאל רצוי ומוחלט דווקא, אלא משקפת מציאות. אין דבקות בתפקיד מוגדר ומסוים של האשה כעניין עקרוני, מטפיסי, אלא התאמת הכללים למסגרת המסורתית שהיתה רווחת. במשך הדורות לא היו חלופות אחרות בעלות משמעות, וממילא היו הכללים מכוונים לחלופה הקיימת, תוך היענות לשינויים המתבקשים.²¹⁰ במקרים בולטים של

208 ראה י' כהן, לעיל הערה 129, בעמ' 65-66.

209 "לא ניתנה תורה על מנת כן אלא לקדש שמו הגדול" (סדר אליהו רבה, תנא דרי אליהו, פרשה כו). גם הכלל הרדיקלי של "עת לעשות לה' הפרו תורתך" (תהילים קיט קכב) מותנה בצורך לעשות מעשה "לשם שמים", "לשם קדושת ה'" ראה תמורה יד ב ורש"י במקום "כשעושין הדבר לשם קדושת ה' ראוי להפר תורתך", גיטין ס א ורש"י במקום "ואם בא עת לעשות תקנה לשם שמים הפרו דברי תורה לשעה הצריכה"; ברכות סג א ורש"י במקום; יבמות עט א: "מוטב שתעקר אות אחת מן התורה ואל יתחלל שם שמים בפרהסיא".

210 ראה י' ליבוביץ, לעיל הערה 117, בעמ' 73; S. Berman, *supra* note 96, at pp. 121.

חלופות חברתיות אחרות, הגם שהיו מוגבלות, נתנה עובדה זו אותותיה בכללים מיוחדים. כך הדבר לגבי הקהילה היהודית הצבאית במצרים²¹¹ וכך גם, אם כי בפחות קיצוניות, בקהילות אשכנז בימי הביניים.²¹² ההלכה מבקשת, כמובן, לגדור את המציאות, לעטות עליה סייגים ומיגבלות ולתחמה במימד של קדושה, אולם, ביסודו של דבר, הכללים הקיימים אינם בבחינת האופציה היחידה הקיימת ואין בלתה.

מערכת הדינים בכללותה מעידה על החיוניות שבהלכה. מצד אחד, ההנחות שבהן מתחשבת ההלכה מצביעות דווקא על העידנות ההלכתית לתופעות חברתיות, על המימד הריאליסטי שבהלכה, על ביסוס כללים משפטיים ברוח הזמן תוך היענות לתביעות המציאות הרוחנית, החברתית והאידיאולוגית. מצד שני, נוצר איזון מסוים של זכויות וחובות, כשאף זכויותיו היתרות של הבעל צופנות בחובן מיגבלות רבות שמהן צומחות זכויות ויתרונות לאשה. מצד שלישי, ההסדרים נותנים עדיפות לשלום הבית ולאיינטרסים מוגנים אחרים על-פני זכויות הבעל ושליטתו אפילו נפגעת מרותו על-ידי כך. עקרון השלום ממלא תפקיד נכבד בעיצוב כללי ההלכה וגורר אחריו הכרעות הלכתיות מרחיקות לכת, כגון ההקלה העצומה במקום עיגון. מצד רביעי, מבטאת ההלכה את עקרון הצדק, את הגנת הצד החלש, בנסיבות המקום והזמן, דהיינו הגנת האשה. עדות לכך תמצא הן בהגנת הנישואין, באמצעות הענקת בטוחות לאשה נגד פעולות שרירותיות מצד הבעל ובהכרה רחבה יותר בתוקף הנישואין, כאשר הספק הוא בגמירת דעתה של האשה, לעומת אי הכרה בתקפותם במקרים דומים בהקשר לבעל,²¹³ והן במגמה של חוסר ההכרה בתקפות גט עד כמה שניתן;²¹⁴ ההגנות האמורות נעשות באמצעות כללים משפטיים הנובעים בין השאר מהנחת ייסוד, הנותנת ביטוי לצרכיה של האשה בחסותם של הנישואין ובקשיי הבדידות של האשה במציאות חברתית, כלכלית ותרבותית של חברה גברית.²¹⁵

125. על המאמרים הסותרים וההנחות בדברי חז"ל בביטוי למציאות מורכבת ומשתנה ולנסיבות של זמן ומקום, "אמת מסוימת בגדרים ובתנאים ידועים", ראה אצל הרב ע' קלכהיים, לעיל הערה 25, בעמ' 80, 81-82. כן ראה הרב ע' רקמן, לעיל הערה 24; הרב א' ברקוביץ, לעיל הערה 19 (הגות), בעמ' 32; "הדעות האלה וההלכות המבוססות עליהן אינן דעותיה של התורה על האשה ועל אופיה אלא הן דעות שהומן גרמן. כשחלף הזמן - עבר גם טעמן ובטלה אמיתותן"; הרב א' ברקוביץ, לעיל הערה 19 (ההלכה), כוחה ותפקידה), בעמ' 48-49, על תקפות ההלכה שיסודה בהנחות שאינן עומדות במבחן המציאות של תקופה אחרת; פרופ' ז' פלק, לעיל הערה 32; ראה גם הרב א' ליכטנשטיין, לעיל הערה 116, בעמ' 158: "יש לטעון שמה שהיה פעם התאים למצב של אז והיום יש מקום להתייחס למציאות היום בחלל ריק. אי אפשר לחזור למצב של פעם, זה לא ריאלי".

211 ראה לעיל הערה 62.

212 ראה לעיל בטכסט סמוך להערות 145-161.

213 ראה לעיל הערות 27-28 והטכסט הסמוך להן.

214 ראה לעיל הערה 29.

215 דוגמה מעניינת היא שינוי הדין בעניין "אשה קטלנית". בימי הביניים נקבע, תוך סטייה מן הנאמר ביבמות סד ב, כי אשה כזו רשאית להינשא פעם נוספת. ראה תשובות הרמב"ם

ההלכה הכירה בצורך להגן על האשה על-פי תפישתה, והיתה נכונה למצוא את אמצעי ההגנה המתאימים, את הטכניקות שבאמצעותן ניתן להתאים דין למציאות תוך שמירה על ערכי היסוד, ואף הפעילה אותם הלכה למעשה. במסגרת ההלכה ועל בסיס הנחות בנות הדורות השונים נותר איזון שהריאליזם ועקרון הצדק מנחים אותו.

ההנחות השונות²¹⁶ העומדות היום לרועץ לאשה והן מסמנות את הניכור, כביכול, של ההלכה כלפי האשה המודרנית, נועדו במקורן לשרת את המטרה ההפוכה. הן מצביעות על כוחה של ההלכה ולא על חולשותיה. כבר הראינו כיצד הלכות שונות הפקיעו עצמן מגדרה של הנחה זו או אחרת כאשר הדבר התחייב מנסיבות התקופה והמקום. החולשה בת הזמן מקורה בהעברת נורמות שהיו מכוונות לשעתן, וביסודן עמדו הנחות שלקחו בחשבון את מימד הזמן, לתקופה בה אין להנחות תשתית עובדתית ומשפטית לסמוך עליה בלי להסיק את המסקנות המתבקשות.

על-פי נתוני הזמן פעלה ההלכה מתוך גישה פטרנליסטית. התמודדות עם חולשתה של האשה בחברה הגברית וההכרה בויקיותה להגנה אינם יוצאים בהכרח מנקודת מוצא המבוססת על עיקרון שוויוני ובמקרים רבים אף אינם חותרים להשגת מטרה כזו. בחברה בה עדיפותו של הגבר, הבעל, היא נתון שאין מהרהרים אחריו ואין מערערים עליו, הכללים המתקנים משרתים רעיונות של הגנת האשה בצד עליונות הגבר. כך נתפש עקרון הצדק בנסיבות אלה. בתנאים חברתיים אלה אפילו מיגבלותיה של האשה והיעדר כשרותה המשפטית נתפסים כמשרתים את הגנת האשה, הן בשל הנחות מוקדמות על חולשותיה ומוגבלויותיה בתחומים רבים ובהקשרים שונים ועל מצבה החברתי הנחות, והן בשל נתוני הפתיחה המשפטיים הקיימים.²¹⁷ בחברה כזו הגישה הפטרנליסטית מכתובה לאשה מערכת כללי הגנה ואינה מעניקה לה לא שוויון יחסי ואף לא את חופש הברירה.

גם בתקופתנו יש הסבורים כי האשה הנשואה זוכה להגנה רבה יחסית בתוך המשפחה תמורת ויתור ממשי על עצמאות ושוויון.²¹⁸ מחקרים מצביעים על כך שהבחנות על רקע של מין, גם אם מטרתן הגנת האשה ותוצאתן במקרים מסוימים העדפת האשה, משמרות את ההגמוניה הגברית ומנציחות את הסטטוס קוו שביסודו, בסופו של דבר, מבנה היררכי בתוך המשפחה ונקיטת אמצעים עקיפים של שליטה במסוה של הגנה.²¹⁹ גם בתחומים

קמג; תרומת הדשן ריא; כן ראה I. Epstein, *supra* note 146, at p. 29. המטרה היתה

כפולה: להציל את האשה מחיי בדירות ולמנוע ממנה חים בחטא.

216 ראה ע' רקמן, לעיל הערה 24; ראה י' ליבוביץ, לעיל הערה 117, בעמ' 73; צ' אדמנית "מעמד האשה בהלכה ובחברתנו" דעות מג (תשל"ג) 197.

217 Blackstone, *supra* note 42, at p. 433; במשפט העברי ראה לעיל, בין היתר, הטעמים בדבר פסול אשה לעדות וכן הפטור ממצוות שהזמן גרמן וכיו"ב.

218 M.D.A. Freeman, C. Lyon *Cohabitation Without Marriage* (1983) 177; K. O'Donovan "Protection and Paternalism" *The State, The Law, And the Family* (M.D.A. Freeman ed., London, 1984) 79.

219 B.A. Babcock, A.E. Freedman, E.H. Norton, S.C. Ross *Sex Discrimination and the Law* (Boston, 1975) 247; K. O'Donovan, *ibid*, at pp. 85–86. על דחייתה של גישה פטרנליסטית המבקשת לקבוע אפריורי מה טוב וראוי לאשה ולפעול על בסיס

אחרים, כגון דיני עבודה, מבקשת חקיקה פטרנליסטית להשיג הגנת יתר, אלא שבסופו של דבר היא משיגה את התוצאה ההפוכה.²²⁰

בתחום המשפחה מגמת החקיקה והפסיקה היא להשיג שוויוניות מהותית, הלוקחת בחשבון את השוני במקום שהוא מחויב המציאות, אך איננה מעניקה עדיפות אפריורית לבעל.²²¹ יתר על כן, הגנה החותרת להשגת שוויון, כאשר התערבות הדין נועדת לתקן חוסר שוויוניות קיים, משאירה לאשה את חופש הברירה בלי לכוף עליה הגנת יתר העלולים לעמוד בעוכריה ולגרור אחריה תוצאה הפוכה מזו שהתבקשה. בפני המשפחה עומדת שורה של אפשרויות ומיגוון של שיקולים, כולל ברירה של צורת חיים, חלוקת תפקידים רצויה וכיו"ב.²²²

בחברה הישראלית שוויון הזכויות בין המינים הוא אבן פינה של מערכת הערכים החברתית הבסיסית, ובשל כך הוא נחשב חלק מתקנת הציבור המקומית.²²³ שליטת הדין הדתי על ענייני הגירושין מנציחה את האפליה לרעה של האשה בתחום מרכזי זה. העיקרון המרכזי המנחה את תפיסת הגירושין הרווח במדינות מערביות רבות הוא כשלון הנישואין²²⁴ תוך התעלמות מגורם האשמה מטעמים אידיאולוגיים ופרגמטיים גם יחד.²²⁵ בדין העברי 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 מכפיית גט על הבעל אפילו במקרים בהם, לכאורה, יש הצדקה הלכתית, על בסיס העילות הקיימות, להפעיל מכשיר הלכתי זה.²²⁶

קביעה זו ראה (1973) 411 US 677, 684 *Frontiero v. Richardson*; לעומת זאת ראה פסק-דין אנגלי בו נקבע כי הבחנה בקבלת אשה לעבודה במגמה להגן עליה בשל סיכון מקצועי העלול לפגוע בעובר מוצדקת, *E.A. White v. British Sugar Corporation Ltd.*, (1977) IRLR 121.

220 לעניין חוקים הנוגעים לפרישה מוקדמת מן העבודה וכן חוקים האוסרים על העסקת אשה בשעות הלילה וכדומה, ראה פ' רדאי "נשים במשפט הישראלי" נשים במילכוד, על מצב האשה בישראל (תל-אביב, תשמ"ב) 172, 186-187; וראה גם R. Ben-Israel "Equal Employment Opportunities for Women" 4 *Tel-Aviv Studies in Law* (1978-1979) 142, 157 et seq.

221 על שוויוניות פורמלית ומהותית ראה א' רוזן-צבי, לעיל הערה 40, בעמ' 18. מגמת השוויון בתחום ניהול הרכוש והשליטה עליו ראה שם, בעמ' 19 והמקורות הנזכרים בו.

222 ראה K. O'Donovan, *supra* note 42, at pp. 168-189; L.J. Weitzman, *supra* note 42, at pp. 218, 86-87.

223 ראה ע"א 209/54 שטיינר נ' היועץ המשפטי, פ"ד ט 241.

224 ראה פ' שיפמן דיני המשפחה בישראל (ירושלים, תשמ"ד) 299-301.

225 ראה פ' שיפמן, שם; א' רוזן-צבי, לעיל הערה 40, מעמ' 27.

226 ז' ורהפטיג, לעיל הערה 106, בעמ' 209-210, 212: "ככמה מפסקי דין [רבניים] הנימוקים

בית־הדין נוקט מדיניות דווקנות של "מחמירים אנחנו עם עצמנו" ונמנע מאכיפת ההלכה.²²⁷ במקרים מסוימים נוקט בית־הדין, מתוך עולם המושגים שהוא אמוץ עליו, שיגרת לשון דתית שאובה 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.²²⁸

פתרונות הלכתיים שהוצעו בדורות שונים, ועשויים היו לשמש מנוף להתאמת הדין למציאות החילונית מתוך שיקולים דתיים, נדחו בצורה נחרצת על־ידי בית־הדין הרבני

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 מעורעים עקב מריבות ויפעלו להתרת האשה מכבלי העגינות החיה, תוך ניצול אמצעי הכפייה; על מיעוט הוצאת פסק־דין כפייה ראה גם בספרו של מי שהיה מנהל בתי־הדין הרבניים, הרב ד' כץ פסיקת בתי הדין הרבניים והחוקים (ירושלים, תשל"ו) 94–95; דוגמאות נוספות לפסיקה מהוססת ראה ז' פלק, לעיל הערה 62, בעמ' 45 ואילך.

227 תיק תשי"ג/194, פד"ר א 77, 80; וראה פ' שיפמן, לעיל הערה 62א, בעמ' 24; ביקורת על החלטה זו של בית־הדין ראה בהערתי של השופט ויתקון בפסק־דינו, במסגרת העתירה בעניין זה, בג"צ 54/55 רוזנצוייג נ' יו"ר ההוצאה לפועל, פ"ד ט 1542, 1560–1559: "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 ידנו מהושיע."

228 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, בעמ' 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 נעוריה וטוב לה להמתין 2–3 שנים אולי תזכה להבנות מבעלה ורחמי שמים מרובים." הניגוד שבין המציאות של האסמכתא המובאת לבין ימינו הוא כה עמוק, שהסתמכות עליה לצורך זה יוצרת פער ומעמיקה את התהום בין הציבור בימינו והמציאות שהוא חי בה לבין הדין. זאת ועוד, סיגול עולם מושגים דתיים, המושתת על אמונה דת (מעבר לתוצאות משפטיות), במסגרת גורמות המכוונות לציבור חילוני, מרחיב גם הוא את הפער וחותר תחת המטרה לה שואף איש ההלכה בסומכו על המערכת הדתית. על יחס שונה כלפי תביעה הפוכה, דומה אם כי לא זהה, מצד בעל שאשתו אינה מסוגלת להרות אף לפני שעברו עשר שנות נישואין וחיוב האשה לקבל גט, ראה ער/תשל"ט/150, פד"ר יב 123.

הגדול. זה היה גורלה של הצעת הגר"ח פלאג'י,²²⁹ כפיית גט במקרה של חוסר סיכוי לשלום בין בני הזוג, שהיתה עשויה להביא שינוי מהותי בדיני הגירושין ולקרב את הגירושין בין יהודים לשיטת הגירושין על בסיס כשלון הנישואין. בית־הדין תקף הצעה זו בק"ן טעמים ופסל אותה כליל.²³⁰ 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.²³¹ נשוי המוליד ילד מפנויה, חי, מבחינה דתית, בחטא, אך הוא 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, תישאר עגונה. בעל במצב מקביל עשוי לזכות בהיתר נישואין.²³² יתר על כן, בתי־הדין נוטים להקל בכפייה על האשה על־ידי מתן היתר נישואין לבעל, לעומת העילות בהן כופים על הבעל את הגט.²³³ הדבר ניתן להסבר משפטי פשוט על רקע החומרה של גט מעושה לעומת הקולה היחסית של עקיפת החרם. אולם גישה זו נוגדת את העיקרון שבבסיס החדר"ג, שהוא השוואת כוח האשה לכוח האיש. בחברה הישראלית, בה שולט עיקרון דווקני של אשמה, לפחות כלפי יכולת האשה להתיר את נישואיה, מעמיקה גישה כזו – למרות שהיא עולה בקנה אחד עם המדיניות הרווחת במדינות המערביות בעניין גירושין – את ההבדל בין המינים.

פגיעותה הכלכלית של האשה במקרה של גירושין גדולה יותר מזו של הגבר. למרות העלייה המרשימה במספרן של הנשים העובדות, עדיין גדול יותר מספרם של הגברים בכוח העבודה. זאת ועוד, חלק ניכר מעבודת הנשים היא חלקית, לעומת חלק יחסי קטן של עבודה חלקית אצל הגברים.²³⁴ הואיל והבעל מרכז, בדרך כלל, חלק ניכר ממשאבי המשפחה ברשותו, הוא יכול להטיל על האשה משימה לא קלה של איתור נכסי המשפחה

229 ראה לעיל הערה 199.

230 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, 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 בעיגונה דגברא והרהורי עבירה כל ימיו לאחר שכל המאמצים להשכין 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.

231 ראה לעיל הערות 228 ו־230.

232 ראה ב"צ שרשבסקי, לעיל הערה 56, בעמ' 71, 85-86, 420, 425.

233 ראה מחקרו של ז' ורהפטיג, לעיל הערה 106, בעמ' 199.

234 41% מן הנשים עובדות בעבודת חלקית לעומת 15.3% בלבד מן הגברים. ראה השנתון הממשלתי לסטטיסטיקה 1986, לוח יב/1, בעמ' 284-285.

והוכחת היקף הנכסים וגובהם. התלות הכלכלית בבעל מפחיתה עוד יותר את כוח המיקוח של האשה. על אחת כמה וכמה מורע מצבה של אשה שאינה עובדת. פגיעותה של אשה כזו הולכת וגדלה עם השנים, ככל שהסיכוי להשתקמותה הולך וקטן ואפשרות כניסתה למעגל העבודה נעשית קשה. אשה שאינה עובדת חוששת לגורלה, בעוד עתידו של הבעל העובד מובטח, בדרך כלל, על-ידי קרנות פנסיה, כספי פיצויים, ביטוח או תגמולים. המצב המתואר הופך את האשה, מבחינה ממשית ומבחינה פסיכולוגית, מטרה נוחה יותר לסחיטה במקרה של גירושין, לעומת הבעל.

בישראל הקושי להשיג גירושין שלא בדרך של הסכמה הופך את הליך הגירושין למבחן של כוח עמידה בלחצים ולמאבק-כוחות בין בני הזוג. תופעות של סחבת בערכאות השיפוט העוסקות בענייני גירושין פוגעות בצד החלש יותר, הפגיע יותר, הבלתי עמיד יותר, דהיינו באשה. גם תופעת של הימנעות מהכרעה והחזרת הצדדים להתחככות ולהתנגשות ביניהם, פוגעות, בדרך כלל, באשה. תופעות כאלה מאריכות את ההליך, משאירות את הצד החלש חשוף יותר ללחצים ולסחטנות, מעניקות יתרון כלכלי ופסיכולוגי לצד החזק, ופוגעות עוד יותר בצד שכוח המיקוח שלו נחות יותר, כבר בעמדת הפתיחה. משום כך הליכים פגומים, למרות פגיעתם הרעה לכל המתדיינים, פוגעים יותר באשה.²³⁵

בשיטת הגירושין החלה על יהודים בישראל מוטל על בן הזוג המבקש להשיג את חירותו – בין כדי להיפטר מקשר מעיק ובין כדי להינשא מחדש ולתקן את כשלון הבחירה הקודמת – לקנות אותה בויתורים רכושיים וכספיים. בתוך השיטה מובנית תופעה של עידוד סחטנות. המסר העולה מן השיטה הוא של כל דאלים גבר, שהרי כוח הכפייה של הערכאה המשפטית הוא שולי יחסית, וכוחה של המרות הדתית אינו שוקל עוד אצל חלק הארי של הנוקמים לערכאות הדתיות. במחקרו של פרופ' ז' פלק על תביעות גירושין שהוגשו על-ידי נשים, הוא מוכיח, הלכה למעשה, כי האשה חשופה יותר לסחיטה מאשר הגבר.²³⁶ המחקר רק מאמת אמפירית את המתחייב ממאזן הכוחות בין המינים בחברה הישראלית לנוכח המצב המשפטי המחייב. יתר על כן, אין לבדוק את היקף 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

235 על עידוד תופעות הסחטנות ראה עוד Z.W. Falk "Religious Law and the Modern

Family in Israel" *Family Law in Asia and Africa* 235, 248–249

236 ראה בספרו, לעיל הערה 62; במיוחד ראה הסיכום בעמ' 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 ההפוך."

המחקר חשוף אמנם לביקורת על שלא השווה את מידת ההצלחה של תביעות גירושין שהוגשו על-ידי גברים. ראה פ' שיפמן, לעיל הערה 224, בעמ' 298–299. אין בביקורת זו כדי לפגוע, לדעתי, בממצאי המחקר, הואיל והוא מאמת את המצב הנורמטיבי הקיים בהקשרים שונים שעמדנו עליהם.

שלהם, וממילא על הנכונות להסכים לתנאים ולשלם מחיר תמורת הגט. כאשר נותר חוסר שוויון מן הסוג המתואר, נפגע הצדק יחד עם הצד החלש. נוכח מצב משפטי זה היה על פוסקי הדור ללכת בדרכים שסללו ראשונים, ולמצוא תרופה למכות הדור. אך זהו נושא לרשימה אחרת.

דיני משפחה וירושה*

1. פתיחה

בשנים האחרונות דרכו דיני המשפחה במקום. ההתפתחויות הרבות, המאפיינות את המשפט האזרחי ואת המשפט הציבורי בעשור האחרון, פסחו ברובן על תחום דיני המשפחה. תחום זה לא זכה להתפתחות מקבילה.¹ בשנתיים האחרונות לא השתנה הרבה בתחום דיני הנישואין והגירושין. בתחום אחד, הגנת בני המשפחה מפני אלימות פנימית, ובמיוחד הגנת נשים מוכות והגנת ילדים מפני אלימות או חטיפה, הייתה תזווה ממשית בעקבות התערבות חקיקתית. חוקים מספר נחקקו או תוקנו בתחום זה בשנים תש"ן ותשנ"א. הפסיקה בתחום דיני המשפחה שקטה על שמריה, בדרך כלל. אם כי בשני תחומים היה שינוי מסוים. התחום הראשון היה תחום הסמכות הייחודית של בית הדין הרבני בעניינים כרוכים. התחום השני הוא תחום יחסי הממון בין בני זוג.

2. אלימות ושימוש בכוח בתוך המשפחה

בשנים האחרונות התגלו מקרים קשים של אלימות בתוך המשפחה. האלימות מתייחסת הן לאלימות בין בני זוג, במיוחד להכאת נשים, והן לניצול מיני של בני משפחה קטינים, התעללות ופגיעה בהם.² בעקבות זו הוקמה ועדה ציבורית, שהמליצה, בין היתר, על שינויים חקיקתיים.³ ההתמודדות עם תופעת האלימות הניבה שלושה חוקים: חוק העונשין (תיקון מס' 26), תש"ן-1989⁴ (להלן: התיקון הראשון), חוק העונשין (תיקון מס' 30), תש"ן-1990⁵ (להלן: התיקון השני) והחוק למניעת אלימות במשפחה, תשנ"א-1991.⁶

* פורסם לראשונה בספר השנה של המשפט בישראל, תשנ"א (א' רוזן-צבי עורך, תשנ"ב) 183.

1 ראה על כך א' רוזן-צבי דיני המשפחה בישראל בין קודש לחול (תש"ן) 19, 345-346.

2 ראה נתונים במסגרת מחקר, שפורסם בחוברת "אלימות במשפחה" (מרכז נעמ"ת למניעת אלימות במשפחה, בעריכת רונית לביארי, 1986).

3 דין וחשבון הוועדה בנושא מדיניות חקירה, תביעות ומשפט בעבירות אלימות במשפחה אלימות בין בני זוג (משרד המשפטים, תש"ן). בראש הוועדה עמדה המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, הגב' יהודית קרפ.

4 ס"ח 10.

5 ס"ח 196.

6 ס"ח 138 (להלן: החוק למניעת אלימות במשפחה).

נוסף למקרי האלימות נמשכת המגמה של שימוש בכוח בתוך המשפחה באמצעות הטיפת ילדים. הטיפת ילדים אל ישראל ומחוץ לישראל גרמה לחקיקת חוק אמנת האג (החזרת ילדים הטופים), תשנ"א-1991,⁷ המאמץ למשפט הישראלי את אמנת האג ונותן למרבית סעיפיה תוקף חוקי.

השינויים החקיקתיים מתמודדים עם הנושא במספר מישורי התייחסות.

א. אחריות מורחבת על בני משפחה למניעת אלימות

במישור הראשון נקבעת אחריות מורחבת על בני המשפחה למניעת אלימות פנים משפחתית. התיקון הראשון תיקן את הסעיפים 232 ו-337 לחוק העונשין, תשל"ו-1977,⁸ הדנים בחובתו של הורה או של אחראי לקטין. לחובה הקיימת לסיפוק צורכי מחייתו של הקטין ודאגה לבריאותו הוספה חובה למניעת התעללות בקטין או למניעת חבלה בגופו. הפרת חובה זו, בתנאים מסוימים, דינה מאסר עד שלוש שנים.

ב. קביעת עבירות מין בתוך המשפחה והגדלת עונשים לעברייני מין ואלימות בתוך המשפחה

במישור השני מוגדלים העונשים הצפויים לעברייני מין ואלימות בתוך המשפחה לעומת עבריינים אחרים מחוץ למשפחה. מסגרת המשפחה מהווה "חממה" לניצול מסוכן של החסות על הקטין ושל התלות של הקטין באחראי עליו. יצירת מנגנון של הרתעה משמעותית עשויה להוות אחד מן האמצעים המשפטיים להתמודדות עם התופעה. זאת נוסף לכלים החינוכיים, למערכת המוסדית ולמנגנונים חברתיים החייבים להיות מופקדים על פתרון המצוקה.

במסגרת הוראות סעיפים 368א-368ג, הכלולים בסימן 11, שהוסף לחוק העונשין, על ידי התיקון הראשון, הוגדל בשנתיים עונשו של אחראי על קטין או על חסר ישע, שגרם לו חבלה של ממש או חבלה חמורה (בין גופנית בין נפשית) או עשה בו מעשה התעללות גופנית, נפשית או מינית, לעומת עברייני אחר. התיקון השני תיקן את הוראות הסעיפים 346-351 לחוק העונשין בהגדילו את עונשיהם של עבריינים בעבירות מין, שנעשו בתוך ניצול יחסי תלות, מרות, חינוך, השגחה, עבודה או שירות.

כמו כן הוסיף התיקון השני לחוק העונשין סעיף מיוחד, סעיף 351, הדין בעבירות מין במשפחה. במסגרת סעיף זה נקבעו עונשי מאסר חמורים במיוחד. על עבירת אינוס או על מעשה סדום בקטין, שהוא בן משפחה, עשרים שנות מאסר לעומת שש-עשרה שנות מאסר לעבירה זהה על קרוב שאינו בן משפחה. על מעשה מגונה בקטין, שהוא בן משפחה, עשר שנות מאסר או, בנסיבות מחמירות, חמש-עשרה שנות מאסר לעומת שבע ועשר שנות מאסר לעבירה זהה על קרוב שאינו בן משפחה.

7 ס"ח 148 (להלן: חוק אמנת האג).

8 ס"ח 226 (להלן: חוק העונשין).

ההבדל המשמעותי ביותר בין עבירות מין על קטין בן משפחה לעומת עבירות על קרבן אחר מתייחס, בסעיף 351, לבעילת בת משפחה או למעשה סדום בבן משפחה בין הגילים 14-21. כאן נוסף להגדלת הענישה נקבעת עבירה מיוחדת, המתייחסת לבעילת בת משפחה או מעשה סדום בבן משפחה, שאינה קיימת לגבי יחסי מין בין אנשים מחוץ למסגרת המשפחה. חוק העונשין קובע חמש שנות מאסר על בעילת קטינה בהסכמה במתח הגילים שבין 14-16 ופטר מעונש בעילה בהסכמה של קטינה מעל גיל שש-עשרה, שאינה נעשית בתוך ניצול יחסי תלות או מרות. בעילה של קטינה לאחר גיל שמונה-עשרה תיחשב כמעשה בר עונשין, רק כאשר נעשתה בתוך ניצול מרות ביחסי עבודה או בשירות או בתוך הבטחת שווא לנישואין. לעומת זאת, קובעות הוראות סעיף 351, כי בעילת בת משפחה או עשיית מעשה סדום בבן משפחה במתח הגילים שבין 14-21 הוא, בכל מקרה, עבירה שעונשה מאסר שש-עשרה שנה.

ג. צווי הגנה מכוח החוק למניעת אלימות במשפחה

במישור השלישי, המישור האזרחי, נעשו צעדים הן בנוגע למניעת אלימות במשפחה והן בנוגע להחזרת ילדים חטופים למדינה שממנה נחטפו.

בחוק למניעת אלימות במשפחה, שנכנס לתוקפו ביום 28/6/91, הוענקו לבית המשפט (השלום או המחוזי) סמכויות רחבות לנקיטת צעדים מרחיקי לכת. צעדים אלה כוללים הרחקת בן משפחה אלים מן הבית והוצאת צווי הגנה נוספים על בני משפחה נגד פגיעה מצד בן משפחה כלשהו. ניתן להוציא צווי הגנה גם לשם הגנה על קטינים וחסרי ישע כלפי מי שאחראי לצורכי מחייתם, לבריאותם, לחינוכם או לשלומם. החוק הסמיך את בית המשפט להוציא צווי הגנה מסוגים שונים. בין היתר, ניתן להוציא צו איסור הטרדה, צו הגבלה על נשיאת נשק או על החזקתו, צו הגבלה על שימוש בנכס, צו הרחקה מדירה, צו למניעת כניסה לדירה או צו לאיסור הימצאות בתחום מרחק מסוים מדירת בן המשפחה המוגן. צו זה, המפורט בסעיף 2 לחוק, יינתן גם כאשר מי שנגדו הוצא הצו הוא בעל זכויות בדירה או בנכס ואפילו הוא בעל הזכות הייחודית והמלאה בהם. בית המשפט רשאי בצו הגנה לקבוע ערובה לקיום הצו או להתנהגות טובה וכן כל הוראה אחרת הדרושה להבטחת שלומו וביטחונו של בן משפחה.

הנסיבות המצדיקות הוצאת צו כאמור מפורטות בסעיף 3 לחוק, והן כוללות: התנהגות אלימה בבן משפחה או ביצוע עבירת מין או התנהגות הנותנת בסיס סביר להניח, כי האדם שנגדו מבוקש הצו מהווה סכנה גופנית ממשית לבן משפחתו או עלול לבצע בו עבירת מין.

צו הגנה יכול שיינתן במעמד צד אחד? תוקפו של הצו לא יעלה על שלושה חודשים. הצו ניתן להארכה, ובלבד שהתקופה הכוללת לא תעלה על שישה חודשים.¹⁰

9 סעיף 4 לחוק למניעת אלימות במשפחה.

10 סעיף 5 לחוק למניעת אלימות במשפחה.

נסיבותיה של המציאות המיוחדת שבמסגרתה פועל החוק מחייבות את המחוקק להסדרים מיוחדים. מסגרת המשפחה יוצרת מציאות של התחככות יום-יומית, השפעות גומלין הדדיות, חרדה מהשלכות אישיות (צעדי נקמנות או צעדים אחרים) וכלכליות כלפי בן המשפחה, אשר ינקוט צעדים משפטיים, וחשש מפני עירוב העולם החיצון באוטונומיה של התא המשפחתי ובאינטימיות של הקשר המשפחתי.

מסגרת המשפחה יוצרת קשיי הוכחה, מצד אחד, קשיים בעירוב מוסדות חיצוניים, מצד שני, וחשש מפני ניצול לרעה על ידי מבקש הצו – בדרך של יצירת התגררות מכוונת, למשל – של הסמכויות הנרחבות המוענקות לבית המשפט לשם השגת יתרון בסכסוכי המשפחה הקיימים בין בני הזוג, מצד שלישי.

לשם כך קבע המחוקק מנגנוני הגנה מספר המאזנים בין האינטרסים השונים והמנסים להתגבר על הקשיים הטבעיים במערכת. ראשית, לא רק בן המשפחה העלול להיפגע רשאי לפתוח בהליך. גם היועץ המשפטי או נציגו וכן פקיד סעד רשאים לנקוט את ההליכים הקבועים בחוק.¹¹ שנית, החוק הוא קוגנטי, ואין הצדדים רשאים להתנות עליו.¹² שלישית, אין להסיק מהתנהגותו של בן משפחה, כולל מאי-עמידה על הפעלת הוראות החוק או על קיום צו שהוצא מכוחו, כל מסקנה בדבר ויתור על זכותו לפי החוק או ויתור על הפרת צו שיפוטי מכוח החוק.¹³ רביעית, הפרת צו הגנה אינה מעניקה סנקציה אזרחית בלבד. לשם הרתעת בן המשפחה האלים חיוק החוק את כוחו של צו הגנה באמצעות מנגנון פלילי. די בהגשת תלונה על הפרת צו הגנה כדי לעצור את המפר, זאת נוסף על הליכים לפי פקודת ביזיון בית המשפט.¹⁴ כן רשאי בית המשפט לנקוט צעדים נוספים לפי שיקול דעתו ככל הנדרש להבטחת שלומו וביטחונו של בן משפחה.¹⁵ חמישית, בהליך על-פי החוק לא יחול הסייג הקבוע בסעיפים 3 ו-4 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971,¹⁶ בדבר חוסר כשרותם של בני זוג מזה ושל הורה וילד מזה להעיד האחד לחובתו של האחר.¹⁷ שישית, בקשה, שנדחתה לאחר שנקבע כי היא קנטרנית, מאפשרת לבית המשפט להטיל הוצאות גבוהות על המבקש וכן פיצוי גאות למי שנפגע מן הבקשה.¹⁸ על ידי כך מבקש החוק להרתיע מפני שימוש לרעה באמצעים שהוא מעמיד.

החוק בא להוסיף על הוראות כל דין.¹⁹ מכאן, כי צווי הגנה אינם באים במקומם של צווי ההרחקה הנובעים מדיני המזונות. צווי ההרחקה כאלה ממשיכים להיות בתוקף, והם

-
- | | |
|----|---|
| 11 | סעיף 3 לחוק למניעת אלימות במשפחה. |
| 12 | סעיף 10 לחוק למניעת אלימות במשפחה. |
| 13 | סעיף 7(ג) לחוק למניעת אלימות במשפחה. |
| 14 | סעיף 7(א) ו-7(ב) לחוק למניעת אלימות במשפחה. |
| 15 | סעיף 2(ב) לחוק למניעת אלימות במשפחה. |
| 16 | ב"ח 421. |
| 17 | סעיף 8 לחוק למניעת אלימות במשפחה. |
| 18 | סעיף 11 לחוק למניעת אלימות במשפחה. |
| 19 | סעיף 12 לחוק למניעת אלימות במשפחה. |

יוצאו על ידי בית המשפט, כל אימת שזכות המדור של האישה ושל הילדים תהא מופרעת כתוצאה מהתנהגות הבעל, החייב במזונות וממילא גם במדור.²⁰

יתרונן של צו הגנה על פני צו הרחקה הוא בשישה עניינים: (1) אין הוא מחייב עילה נוספת (זכות מזונות), אלא יוצר עילה מכוחו הוא. (2) הוא מרחיב את חוג הרשאים לפתוח בהליך לכל אחד מבני המשפחה (כולל הבעל) וגם לאחרים, היועץ המשפטי לממשלה ופקיד סעד. צו הרחקה שעילתו בדיני מזונות מאפשר רק לזכאי למזונות לפתוח בהליך. (3) החוק הוא טריטוריאלי ואינו מוגבל רק למי שחל עליו דין אישי שמכוחו ניתן להוציא צו הרחקה (הדין העברי). (4) צו הגנה מאפשר, כפי שראינו לעיל, מגוון רחב מאוד של סעדים. צו הרחקה מוגבל להרחקה מדירת המגורים בלבד. (5) צווי הרחקה ינתנו במעמד צד אחד רק במקרים נדירים ויוצאי דופן.²¹ לעומת זאת, מסדיר החוק במפורש ובמפורט את הדרך להוצאת צווי הגנה במעמד צד אחד כהסדר מקובל.²² (6) אמצעי האכיפה של צו הגנה והסעדים בגין הפרתו, אם יבוצעו כהלכה, עשויים להיות מהירים ויעילים יותר מאשר במקרים של צווי הרחקה.

מאידך גיסא, צו הרחקה יתרונן הוא בשני עניינים: (1) אין הוא מוגבל לתקופה שאינה עולה על שישה חודשים בלבד. אמנם בית המשפט קבע, כי יש להגביל צווי הרחקה בזמן.²³ אולם ניתן להאריכם מפעם לפעם ללא הגבלה. (2) בעיקרון, ניתן לעשות שימוש בצווי הרחקה לשם השגת מטרות רחבות יותר של דיני המשפחה.²⁴ אולם ראוי לציין, כי בעקבות פסיקת בית המשפט העליון נמנעים בתי המשפט מלעשות שימוש מסוג זה בצווי אלה.²⁵

ד. החזרת ילדים חטופים

חוק אמנת האג מחדיר לדין הישראלי הפנימי את רוב סעיפי האמנה בדבר ההיבטים האזרחיים של חטיפה בין-לאומית של ילדים, שנחתמה בהאג באוקטובר 1980 (להלן: האמנה). החוק, בסעיף 2 שבו, מעניק לרוב סעיפי האמנה, המנויים בתוספת לו, תוקף של חוק. התוספת כוללת, למעשה, את כל הסעיפים המהותיים של האמנה. סעיפי התוספת לחוק זהים לסעיפיה של האמנה.²⁶

- 20 על צווי הרחקה והדינים הנוגעים להם, ראה רוזן-צבי, לעיל הערה 1, בע' 426 ואילך.
- 21 ראה, בין היתר, ע"א 410/80 ברזני נ' ברזני, פ"ד לה(2) 317, 323; ע"א 192/82 סדן נ' סדן, פ"ד לו(4) 169, 175.
- 22 סעיף 4 לחוק. כן ראה תקנה 2(ב) וטופס 3 לתקנות למניעת אלימות במשפחה (סדרי דין), תשנ"א-1991, ק"ת 971.
- 23 ראה, בין היתר, ע"א 410/80 ברזני נ' ברזני, לעיל הערה 21, בע' 321; ע"א 192/82 סדן נ' סדן, לעיל הערה 21, בע' 177.
- 24 ראה רוזן-צבי, לעיל הערה 1, בע' 426 ואילך.
- 25 ראה, בין היתר, ע"א 192/82 סדן נ' סדן, לעיל הערה 21, בע' 174-175, 181; ע"א 680/82 נחום נ' נחום, פ"ד לו(4) 667, 671.
- 26 גם הספרור של סעיפי התוספת לחוק זהים לספרורם של סעיפי האמנה שפורסמה בכתבי אמנה 1026, כרך 31, ע' 43.

למרות סמכות השיפוט המפוצלת בסוגיית החזקת הילדים בין בית המשפט המחוזי לבין בתי הדין הדתיים ולמרות תחולתו של הדין הדתי בבית הדין הדתי הסכימה ישראל כמעט לכל סעיפי האמנה, ולא הגישה הסתייגויות משמעותיות. ההסתייגות היחידה של מדינת ישראל בעת חתימת האמנה נוגעת לסעיף 26 שבה, שעניינו תשלום הוצאות. מדינת ישראל לא תכסה את העלויות ואת ההוצאות הכרוכות בהליכים או בכל הוצאות אחרות הנוגעות לטיפול בהחזרת הילדים אלא אם כן ניתן לכסות הוצאות אלה באמצעות הסיוע המשפטי. החוק יחול בכפוף להסתייגות זו.²⁷

הוראות האמנה, אשר קיבלו תוקף של חוק, נהנות מעדיפות נורמטיבית על פני הוראות כל דין אחר, והם יחולו על אף האמור בכל דין.²⁸ משום כך עדיפות הוראות הסמכות הקבועות בחוק על פני כל הוראה המקנה סמכות לבית דין דתי. הוראות סעיפי האמנה, המובאות בתוספת לחוק, עדיפות על כל הוראה של המשפט הבין-לאומי הפרטי הישראלי, בין שעוגנה בחוק ובין שנקלטה למשפט הישראלי בדרך אחרת, כמו גם על הוראות בדיני הראיות ובסדר הדין האזרחי, שאינן מתיישבות עם סעיפי התוספת.

מטרת האמנה להעניק לצדדים מכשיר יעיל להחזרת ילדים חטופים למדינה שממנה נחטפו ולהסדיר את הליכי ההתדיינות ואת הדין כדי להשיג מטרה זו. היא מספקת אמצעים מנהליים ומשפטיים כדי לשלול את פרי החטיפה, להחזיר את הסטטוס קוו ולהרתיע חוטפים פוטנציאליים. האמנה פועלת בשני הכיוונים: לטובת מי שילדו נחטף לישראל ולטובת מי שילדו נחטף מישראל. הרחקה או אי החזרה של ילד (להלן: חטיפה), שהחוק חל עליה, היא הפרת זכויות משמורת או ביקור – הקבועות מכוח דין, החלטה שיפוטית או מנהלית או הסכם בעל תוקף – על-פי דין המדינה, שבה היה מקום מגוריו הרגיל של הילד סמוך לפני חטיפתו, ובתנאי שהזכויות הופעלו בפועל או שהיו מופעלות כך אילמלא החטיפה או ההפרה של הזכויות.

החוק חל רק כלפי כל המדינות החתומות על האמנה, דהיינו, למעשה, הוא מתייחס למקרים שבהם מקום מגוריו הרגיל של הקטין שהשבתו מתבקשת הוא במדינה החתומה על האמנה. החוק חל על ילדים עד גיל 16 בלבד.²⁹

חוק אמנת האג מטיל חובה ישירה על רשויות המדינה הקבועות בחוק ומצדם כלפי המבקשים את החזרת הילד או את הבטחת זכויות המשמורת והביקור. חובה זו נוגעת לשלושה מישורי פעולה או התייחסות המעוגנים באמנה: המישור הארגוני-מוסדי, המישור הדיני ומישור הדין המהותי.

במישור הארגוני-מוסדי מוטלת על הרשות המרכזית חובה לפעול בדחיפות וביעילות להגשמת מטרת האמנה. הרשות המרכזית בישראל מכוח חוק אמנת האג הוא היועץ המשפטי לממשלה הרשאי להסמיך פקידי סעד.³⁰ הרשות השיפוטית המוסמכת לעניין החוק

27 סעיף 2 לחוק אמנת האג.

28 סעיף 2 לחוק אמנת האג.

29 סעיף 4 לתוספת לסעיף 2 לחוק אמנת האג.

30 סעיף 4 לחוק אמנת האג.

בישראל הוא בית המשפט המחוזי. לבית משפט זה יהיו נתונות גם כל הסמכויות של בית משפט לגבי קטין או לגבי קטין נזקק לפי חוק הנוער (טיפול והשגחה), תש"ך-1960.³¹ כאשר הבקשה היא להחזיר ילד שנחטף לישראל מוטלת על הרשות המרכזית בישראל, חובה מכוה חוק אמנת האג לפעול לגילוי מקום הימצאו של הילד, לנסות להחזירו מרצון, להחליף מידע עם המדינה שממנה הוא נחטף, ליוזם הליכים בבית המשפט המחוזי, לספק סיוע משפטי על פי החוק המקומי ולדאוג להבטחת החזרתו של הילד.³² אם הבקשה המוגשת לרשות המרכזית בישראל מתייחסת לילד שנחטף מישראל, עליה לפנות בדחיפות לרשות המרכזית של כל מדינה אחרת לשם נקיטת הליכים להחזרת הילד.³³ נוסף לפנייה לרשות המרכזית במדינתו רשאי כל נפגע לפנות לשני מוסדות נוספים. הוא רשאי לפנות ישירות לרשות המרכזית של המדינה שבה נמצא הילד החטוף וכן רשאי הוא לפנות ישירות אל הרשות השיפוטית (או המנהלית, הכול לפי העניין) המוסמכת של אותה מדינה. רשות זו תדון בעניין על פי הוראות הדין הדיוני והמהותי המפורטים באמנה. לפיכך רשאי נפגע לפנות לבית המשפט המחוזי בישראל ולתבוע החזרת ילד שנחטף אל מדינת ישראל. בית המשפט ידון בעניין על-פי הוראות חוק אמנת האג. במישור הדיוני נקבע, כי "הרשויות השיפוטיות... של המדינות המתקשרות יפעלו בהליכיהן בדחיפות להחזרתם של הילדים".³⁴ בסעיף 7 לחוק אמנת האג נקבע, כי שר המשפטים מוסמך להתקין תקנות להבטחת דיון מזורז בבתי המשפט (סדרי דין וראיות) בהליכים על פי האמנה. טרם הותקנו תקנות כאמור, אולם, במצוות החוק, מחויב בית המשפט לזרוז את מועדי הדיון בהליכים כאלה ולתת להם קדימות. אם תקנות סדר הדין האזרחי מקשות על מילוי חובה זו, עדיפה מצוותו של חוק אמנת האג על פניהן. הדיונים על פי חוק אמנת האג יצריכו, בין היתר, קביעה מצד בית המשפט בנוגע למקום המגורים הרגיל של הילד ובנוגע לזכויות המשמורת שנהגו במקום זה ולהפרתן שלא כדין. חוק אמנת האג מקל על הליכים אלה ומפשט אותם באורח משמעותי. ראשית, הוא קובע, כי הליכי הוכחת הדין הזר והליכי הכרה בפסקים או בהחלטות זרות הנוהגים במשפט הבין-לאומי הפרטי הישראלי לא יחולו. בית המשפט הדן בהליכים על פי האמנה רשאי לפנות ישירות אל הדין הזר הרלבנטי ואל החלטות בית המשפט הזר הרלבנטיות בלי להיות מוגבל בכללי המשפט הבין-לאומי הפרטי הנוהגים בדרך כלל בישראל.³⁵ נוסף לכך קובע חוק אמנת האג פטור מערבות להשבת הוצאות המשפט ופטור מחובת אימות פורמלי של מסמכים.³⁶

יתר על כן, בית המשפט בישראל רשאי לדרוש שהמבקש ישיג מרשויות המדינה, שבה נמצא מקום מגוריו של הילד הנחטף, החלטה או קביעה, שחטיפתו נעשתה שלא כדין

31 ס"ח 52. סעיף 6 לחוק אמנת האג.

32 סעיף 7 לתוספת לסעיף 2 לחוק אמנת האג.

33 סעיף 9 לתוספת לסעיף 2 לחוק אמנת האג.

34 סעיף 11 לתוספת לסעיף 2 לחוק אמנת האג.

35 סעיף 14 לתוספת לסעיף 2 לחוק אמנת האג.

36 סעיף 22 לתוספת לסעיף 2 לחוק אמנת האג.

במשמעות האמנה, אם ניתן להשיג החלטה כזו על פי דינייה של אותה מדינה. החלטה כזו תספיק לשם מתן החלטה להחזרת הילד.³⁷ מאידך גיסא, כוחו זה של בית המשפט עשוי לעמוד למבקש לרועץ. הוא עשוי לחייב אותו להיזקק להליך נוסף במדינה שממנה נחטף הילד. אולם גם בצעד זה על המדינה המתקשרת לסייע למבקש.

במישור הדין המהותי. חוק אמנת האג מסדיר את הבטחת החזרת ילד חטוף וכן את הבטחת מימושם ואכיפתם של זכויות משמורת וביקור שנקבעו במדינה שבה היה מקום מגוריו הרגיל של הילד. החוק אינו מסתפק בסיוע הארגוני-מוסדי ובהקלות הדינויות, הוא מסדיר גם דין מהותי אחד המחייב את המדינות המתקשרות ובכלל זה עתה את בית המשפט הישראלי.

ראשית, על בית המשפט להימנע מלדון לגופה של שאלת המשמורת בין הצדדים. עליו להורות על השבת הילד לאלתר, אם נמצא שנחטף שלא כדין ממשמורת.³⁸ בכפוף לחריגים מעטים, שיפורטו להלן, חובת ההשבה היא מוחלטת, כל עוד לא חלפה שנה מתאריך חטיפת הילד לתאריך פתיחת ההליכים על פי החוק. אין חוק אמנת האג מאוכזר את מועד מתן ההחלטה. לעומת זאת, אם חלפה יותר משנה מיום החטיפה ליום פתיחת ההליכים קיים חריג להשבה, אם הוכח, שהילד השתלב כבר בסביבתו. מוחלטותה של חובת ההשבה נועדה להדגיש את החומרה המיוחדת למקרים של חטיפת ילד.

שנית, אין צורך בצו זר כדי להורות על השבת הילד. די בזכויות מכוח הדין הזר.³⁹ שלישית, החריגים לחובת השבת הילד הם מעטים ומתייחסים למקרים קיצוניים ביותר. אין החריג כולל את ההתחשבות הסתמית בטובת הילד. מושג זה של טובת הילד אינו מוכר כלל בחוק אמנת האג. ללמדך, שאין מאזן ההסתברות של טובת הילד מצדיק הימנעות מהשבת הילד. כדי להצדיק הימנעות מהשבה חייב להתקיים אחד מן החריגים הבאים:

- 1) אי-הפעלת זכויות המשמורת או הביקור על ידי המבקש לפני החטיפה או הסכמה או השלמה עם המצב שנוצר לפני החטיפה שלפיו לא הופעלו זכויות המשמורת והביקור.⁴⁰
- 2) קיים חשש חמור, כי החזרת הילד תחשוף אותו לנזק פסי או פסיכולוגי או תעמיד את הילד בדרך אחרת במצב בלתי נסבל.⁴¹ הואיל ודרגת החשש הנדרשת היא היותו חמור, הרי מידת הציפיות להתממשותו של החשש חייבת להגיע לדרגה גבוהה של ודאות. יתר על כן יש להוכיח מידת ודאות גבוהה לגרימת נזק לילד או להעמדתו במצב בלתי נסבל.

37 סעיף 15 לתוספת לסעיף 2 לחוק אמנת האג.

38 סעיף 12 לתוספת לסעיף 2 לחוק אמנת האג. החלטה על פי האמנה בנוגע להחזרת ילד לא תיחשב כהכרעה לגופה של מחלוקת בעניין משמורת, ראה סעיף 19 לתוספת לסעיף 2 לחוק אמנת האג.

39 סעיף 3 לתוספת לסעיף 2 לחוק אמנת האג.

40 סעיף 13(א) לתוספת לסעיף 2 לחוק אמנת האג.

41 סעיף 13(ב) לתוספת לסעיף 2 לחוק אמנת האג.

3) אם הילד הגיע לגיל ולרמת בגרות שבהם מן הראוי להביא בחשבון את השקפותיו, והוא מתנגד להשבתו.⁴²

4) ניתן לסרב להשבת הילד, אם ההשבה אינה מותרת על פי עקרונות היסוד באשר להגנה על זכויות האדם ועל חירויות יסוד.⁴³ הסירוב עשוי להיות מוצדק אם המדינה שאליה יש להשיב את הילד פוגעת בזכויות אדם ובחירויות היסוד של הפרט, בדרך כלל, גם בלי הוכחת זיקה לפגיעה אפשרית בילד החטוף או בהורה החוטף.

אין באמור בחוק אמנת האג למצות את זכותו של נפגע להחזיר את זכויות המשמורת והביקור בילד שנחטף. כך, למשל, רשאי הורה לפנות לבג"צ בעתירה לפי סעיף 15(ד1) לחוק יסוד: השפיטה, תשמ"ד-1984⁴⁴ (עתירת הביאס קורפוס), להשבת הילד שנחטף.⁴⁵ כן רשאי הנפגע לפנות לבית המשפט המחוזי או לבית הדין הדתי, בהתאם לסמכותה של כל אחת מן הערכאות, למימוש זכויות המשמורת או לקביעתן. ודאי הוא שזכותן של הערכאות האמורות נשמר ככל שמדובר כלפי מדינות שאינן התומות על האמנה או לגבי עניין שחורג מתחולתה של האמנה. אולם הזכות עומדת גם במקרה של עניין הנכנס לדלי"ת האמות של האמנה. אלא שזכות זו מוגבלת. משנתקבלה הודעה על חטיפת ילד אין בית המשפט בישראל רשאי להחליט לגוף שאלת המשמורת אלא בשני מקרים: אם לא הוגשה בקשה על פי אמנה זו בזמן סביר לאחר קבלת ההודעה או עד אשר ייקבע, כי אין להחזיר את הילד על פי האמנה.⁴⁶

לנפגע צומחים יתרונות רבים בהליכים על פי האמנה לעומת נקיטת אמצעים משפטיים מקובלים. היתרונות הם בכל אחד משלושת המישורים שעליהם עמדנו. מבחינה מוסדית-ארגונית מוצעת למבקש מערכת מדינתית מאורגנת וקשר מוסדי מאורגן עם המדינה שאליה נחטף הילד. כמו כן, ניתנים למבקש אמצעים יעילים ומהירים כדי לממש את זכותו. מבחינה דיונית עמדנו כבר לעיל על היתרונות המשמעותיים המוצעים באמנה הן מבחינת זירו וההליכים והן מבחינת ההקלות הדיוניות והראייתיות. גם מבחינת הדין המהותי זוכה המבקש ליתרונות.

על פי חוק אמנת האג, אין צורך בצו שיפוטי או בהסכם כדי להקים עילה על פיו. די בכך שהוראת הדין מעניקה זכות משמורת או זכות ביקור כדי להקים עילת תביעה. לעומת זאת, ההלכה הרווחת היום בבג"צ אינה מגדירה היטב את התנאים המוקדמים המאפשרים את התערבותו של בג"צ להשבת ילד שנחטף. אין ספק, שרשאי בג"צ להתערב, כאשר אין מחלוקת בדבר זכויות המשמורת בין הצדדים. כך, למשל, כאשר קיים

42 סעיף 13(ב) סיפא לתוספת לסעיף 2 לחוק אמנת האג.

43 סעיף 20 לתוספת לסעיף 2 לחוק אמנת האג.

44 ס"ח 78.

45 על סמכותו זו של בג"צ, ראה, למשל, בג"צ 125/49 אמאדו נ' מנהל מחנה העולים, פרדס חנה, פ"ד ד 5; בג"צ 268/80 ינסון-זהר נ' זהר, פ"ד ל (1) 1, 11; בג"צ 405/83 קבלי נ' קבלי, פ"ד לו (4) 705, 711 (להלן: עניין קבלי).

46 סעיף 16 לתוספת לסעיף 2 לחוק אמנת האג.

צו שיפוטי, שניתן במדינה הזרה, או כאשר קיים הסכם בין ההורים.⁴⁷ אולם במקרים אחרים תולה בג"צ את התערבותו בכך שאין מחלוקת של ממש בין הצדדים על זכות המשמורת. מקרים אלה אינם נהירים די צורכם.⁴⁸ בג"צ מייחס חשיבות רבה לצו זר, הן לגופו של עניין. לא ניתן צו זר בעל משמעות ייטה בג"צ ביתר קלות להתחשב בטובת הילד ויימנע מהשבתו.⁴⁹

אמנם בג"צ אינו נכנס לגוף שאלת המשמורת,⁵⁰ וגם השימוש ב"טובת הילד" לשם מניעת השבתו מוגבל.⁵¹ לפי המצב הנחזה קיימת, לכאורה, קרבה מהותית בין ההליכים השונים. אולם למעשה, לא כך הם פני הדברים. עד חוק אמנת האג לא הייתה מוכרת חובה מוחלטת של השבה. שיקול הדעת של בית המשפט על פי חוק אמנת האג מוגבל אך ורק למקרים הנכנסים למסגרת המצומצמת של החריגים המעטים. לעומת זאת, שיקול הדעת של בג"צ להימנע מצו השבה הוא רחב,⁵² והשימוש בטובת הילד אינו מוגדר בחריגים מצומצמים במתכונתו של חוק אמנת האג.⁵³ חוק אמנת האג מעמיד אפוא למבקש דין מהותי חד משמעי הרבה יותר מזה שהיה קיים ערב חקיקתו.

המונח "זכות משמורת", הקבוע בחוק אמנת האג, אינו ברור. תוכן של זכויות המשמורת והיקפן אינן זהות במדינות השונות. כך, למשל, קובע סעיף 5 לתוספת, כי זכות משמורת מתייחסת גם לזכות לקבוע את מקום מגוריו של הילד. זכות כזו נכללת בישראל במסגרת זכות האפוסטרופסות המוענקת לשני ההורים ואינה משתייכת לזכות המשמורת המוענקת להורה מסוים. לאור ההוראה המפורשת בסעיף 5 מהווה כל פגיעה בזכותו של הורה לקבוע את מקום מגורי הילד, הגם שאינו ההורה המשמורן, פגיעה בזכות

-
- 47 ראה, בין היתר, בג"צ 268/80 ינסן-זהר נ' זהר, לעיל הערה 45; בג"צ 444/81 פלוני נ' פלונית, פ"ד לה(4) 658; עניין קבלי, לעיל הערה 45, בע' 711.
- 48 ראה, למשל, בג"צ 76/71 לנדרר נ' לנדרר, פ"ד כה(2) 258; בג"צ 36/77 בולשטיין נ' בולשטיין, פ"ד לא(2) 536; בג"צ 110/81 סובל נ' שטרן, פ"ד לה(3) 241, 244; עניין קבלי, שם, בע' 711.
- 49 ראה, בין היתר, אמירות בהקשר זה בבג"צ 836/86 בכר נ' גיל, פ"ד מא(3) 701; בג"צ 18/86 מורגנשטרן נ' מורגנשטרן, פ"ד מד(2) 452.
- 50 ראה, בין היתר, עניין קבלי, לעיל הערה 45, בע' 712-713; בג"צ 243/88 קונסלוס נ' תורג'מן, פ"ד מה(2) 626, 638 (להלן: עניין קונסלוס).
- 51 המונח שהתגבש בפסיקה האחרונה הוא: "מניעת נזק ממשי מן הקטין". ראה עניין קבלי, שם, בע' 714-718; עניין קונסלוס, לעיל הערה 50, בע' 643-644.
- 52 ראה, בין היתר, בג"צ 76/71 לנדרר נ' לנדרר, לעיל הערה 48, בע' 269; בג"צ 250/72 שטיינברג נ' שטיינברג, פ"ד כו(2) 436; עניין קבלי, לעיל הערה 45, בע' 711-712; בג"צ 18/86 מורגנשטרן נ' מורגנשטרן, שם.
- 53 המונח "מניעת נזק ממשי מן הקטין", אשר שימש בסיס להתחשבות בטובת הילד, כולל היקף רחב של מצבים. כך, למשל, אם אין לעותר תנאים הדרושים לטפל בילד או אם הילד היכה שורשים בבית החוטף ועקירתו תגרום נזק לילד נחשבו הדברים כנוק ממשי. ראה עניין קבלי, שם, בע' 717-718; עניין קונסלוס, לעיל הערה 50, בע' 643-644.

המשמורת. להטבת פגיעה כזו ניתן לדרוש את נקיטת כל האמצעים הקבועים באמנה, ובמיוחד את חובת ההשבה, למקרה של פגיעה בזכות המשמורת.

ההבדל החד הקיים באמנה בין פגיעה בזכות המשמורת לבין פגיעה בזכויות ביקור מיטשטש אפוא בישראל. בסעיף 21 לתוספת, המיועד להגן על זכויות הביקור, אין חובת השבה מוחלטת. ההוראה היא כללית וקובעת, כי ייעשו סידורים כדי להבטיח את הפעלתן היעילה של זכויות הביקור ואת קידומן בתוך נקיטת הצעדים, ככל שניתן, להסרת כל מכשול להפעלת זכויות אלה. לרשויות המרכזיות ולבית המשפט שיקול דעת רחב לנקיטת הצעדים.

לכאורה ניתן היה לומר, כי להגנתן של זכויות ביקור עשויה עתירת הביאס קורפוס לבג"צ להיות יעילה יותר מאשר בקשה על פי חוק אמנת האג. שכן על פי פסיקתו של בג"צ, דין חטיפה הפוגעת בזכות הביקור של המבקש כדין פגיעה בזכות המשמורת שלו. משום כך עשוי בג"צ להיעתר לעתירה להשבת הילד למדינה שבה הוענקו למבקש זכויות הביקור.⁵⁴ אולם לאור תוכנה של הגדרת זכות המשמורת בהוראות האמנה, מחד גיסא, והוראות הדין הישראלי באשר לזכות ההורים האפוטרופסים, מאידך גיסא, עשויה כל פגיעה בזכות הביקור, על ידי הוצאת הילד ממדינה אחת למשניה ללא הסכמה, להיחשב מניה וביה כפגיעה בזכות המשמורת המזכה בהשבה מוחלטת כפוף לחריגים המצומצמים. עמדה זו באשר לפרשנות חוק אמנת האג בישראל מתחזקת לאור פסיקתו האמורה של בג"צ.

כמו החוק למניעת אלימות במשפחה כך גם חוק אמנת האג מבחנו האמיתי אינו רק בהוראותיו אלא בעיקר בדרכי ביצועו המנהלי והשיפוטי. ביצוע נכון של החוק מחייב התארגנות מיוחדת של המערכת המופקדת על ביצוע האמנה במשרד המשפטים, קביעת הליכים מזורזים וכן הבנה מצד בתי המשפט. יישום הוראות החוק על ידי בתי המשפט מחייב הפעלת שיקול הדעת להגשמת מטרות האמנה. אל לו לבית המשפט להיגרר בעקיפין לדיונים בגוף שאלת המשמורת ועליו לזנוח את הגישה המסורתית המעסיקה את מושג "טובת הילד" כדי למנוע השבת ילד חטוף.

ה. התאמת דינים להתמודדות עם קשיים בפתרון בעיית האלימות והשימוש בכוח במשפחה

במישור הרביעי מותאמים דינים שונים להתמודדות עם הקשיים המיוחדים של אלימות בתוך המשפחה, דהיינו, העדר מידע על מקרי אלימות וניצול מיני, הקושי הראייתי וקשיי אכיפה. החקיקה החדשה יוצרת חובה למסירת מידע בתוך יצירת חריגים לדיני החסיון. כן מתאפשרת הקלה בדיני הראיות לשם הוכחת מעשי אלימות וניצול מיני בתוך התאמתם למציאות הפתולוגית בתוך המשפחה. התיקון הראשון של חוק העונשין, אשר הגדיל את הענישה על תקיפת קטין ובמיוחד

54 בג"צ 836/86 בכר נ' גייל, לעיל הערה 49; בג"צ 18/86 מורגנשטרן נ' מורגנשטרן, לעיל הערה 49.

על ידי בן משפחה או אחראי על קטין, הטיל חובת דיווח ומסירת מידע על מעשי עבירה אלה. ראשית, הוא הטיל חובת דיווח כללית לפקיד סעד או למשטרה מצד כל אדם, שהיה לו יסוד סביר לחשוב כי נעברה עבירה בקטין או בחסר ישע בידי האחראי עליו. חובה זו, שהימנעות ממנה דינה מאסר שלושה חודשים, קבועה היום בסעיף 68ד(א) לחוק העונשין. שנית, בסעיף 368ד(ב) – (ח) לחוק העונשין הוא הטיל חובת דיווח ומסירת מידע מצד שורה של אנשי מקצוע וממלאי תפקידים. רופא, אחות, עובד חינוך, עובד סוציאלי, שוטר, פסיכולוג, מנהל או איש צוות במוסד, אחראי על קטין וכיו"ב מחויבים לדווח על עבירה כאמור בקטין. הימנעות מחובתו של איש המקצוע דינה מאסר שישה חודשים. טענות של הסיון לא יעמדו להגנתם של אנשים אלה.

המידע אינו מטיל חובת חקירה ונקיטת פעולה אוטומטית. רגישות הנושא ואופיו המיוחד מחייבים מעורבות מסוג אחר. משום כך, קובע סעיף 368ד(ו) לחוק העונשין, כי המשטרה לא תפעל במקרים אלה לפני שתיוועץ בפקיד סעד, אלא אם כן נדרשת פעולה מידית שאינה סובלת דיחוי. סעיף 368ד(ז) לחוק העונשין משלים את ההסדר המערכתי בקבוע, כי פקיד סעד שאליו הגיע מידע חייב להעבירו למשטרה עם המלצה לפעול או להימנע מלפעול. אולם הוא יכול לקבל אישור שלא להעביר את הדיווח על ידי אחת מן הוועדות שהוקמו למטרה זו על ידי שר המשפטים.

מקרי אלימות במשפחה או מקרים של עבירות מין במשפחה וכן מקרים של הזנחת ילד או נטישתו מאפשרים לבן זוג להעיד נגד רעהו ולילד להעיד נגד הורוהו בתוך יצירת חריג לסעיפים 3–4 לחוק הראיות.⁵⁵ להקלת גביית עדות מילד, אשר נעברה כלפיו עבירת מין על ידי הורוהו, תוקן החוק לתיקון דיני הראיות (הגנת ילדים), תשט"ו–1955.⁵⁶ התיקון קבע, כי במקרים אלה רשאי בית המשפט, אם סבור שהדבר דרוש כדי למנוע נזק נפשי לקטין, להורות, שעדותו תישמע שלא בנוכחות ההורה הנאשם אלא בנוכחות סניגורו בלבד.⁵⁷

ו. יעילות ההגנה המשפטית

יעילות ההגנה המוענקת על ידי דברי החקיקה השונים, הבאים להגן על מקרי אלימות וניצול מיני בתוך המשפחה, תלויה בראש ובראשונה ברשויות השונות המופקדות על אכיפת החוק. מידת הנחישות של המשטרה, של פקידי הסעד ושל התביעה לחקור את המעשים בשום שכל ולהעמיד את העבריינים לדין תקבע את אופי ההרתעה ואת היקפה ואת העמדה החברתית הבסיסית. שיתוף פעולה חברתי ומערכתי הוא חיוני כדי לצמצם, במידת האפשר, את התופעות

55 ראה סעיף 5 לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א–1971, לעיל הערה 16, כפי שתוקן בחוק לתיקון פקודת הראיות (מס' 9), תשנ"א–1991, ס"ח 54. כן ראה סעיף 8 לחוק למניעת אלימות במשפחה (ראה גם במקום אחר בספר זה תחת השער "דיני הראיות").

56 ס"ח 96.

57 התיקון נעשה במסגרת חוק העונשין (תיקון מס' 26), לעיל הערה 4.

המגונות. נקיטת אמצעי חינוך ותמיכה במשפחות נפגעות הם צעדים משלימים הכרחיים בצד פתיחה בהליכים פליליים ונקיטת אמצעים אזרחיים. ורימת המידע וחשיפת התופעות הם האמצעי היעיל ביותר להרתעת עבריינים פוטנציאליים הנהנים מחשכת הפחדים ומהדבקות באינטימיות המשפחתית, שאותה הם מנצלים לרעה. הדרך היעילה ביותר היא ורימת המידע מתוך המשפחה. אולם כדי להגיע לשלב זה על המידע לזרום, קודם כול, באמצעות ערנותם וכושר דיבובם של עובדים סוציאליים ופקידי סעד כמו גם מצד שכנים וידידים.

הפיכת ההימנעות מדיווח על אלימות במשפחה ועל ניצול מיני במסגרתה לעבירה פלילית עשויה לשדר לחברה את המסר, שהעלמת מידע היא עידוד לעברייני בתוך המשפחה. העמקת ההשקפה החברתית בדבר הצורך בהקעת עבריינים מתוך המשפחה ועידודה של תופעת הדיווח והגשת תלונות אמת בכל מקרה של ניצול מיני והתעללות מצד בן משפחה עשויים לתרום ליציאת הקרבנות מן האפלה אל האור. על ידי כך יקטן הנזק העלול להיגרם להם, ומידת ההרתעה של העברייני הפוטנציאלי תגדל.

הגורם הנוסף העשוי להשפיע על מידת היעילות של אכיפת החוקים הם בתי המשפט. הדברים אמורים הן באשר להליכים הפליליים והן באשר להליכים האזרחיים במסגרת החוק למניעת אלימות במשפחה. אם רמת הענישה על עבירות אלימות ומין במשפחה תהיה מרתיעה דיה, היא תשקף את העמדה החברתית המוקיעה את התופעות. ממילא היא עשויה גם לגרום אחריה עלייה ברמת הדיווח מצד בני המשפחה הנפגעים ומצד סביבתם וליצור הרתעה מקדימה לעברייני הפוטנציאלי.

גם השימוש באמצעי האזרחי של צווי הגנה מותנה באופן יישומו על ידי בית המשפט. קפיצת יד מצד בית המשפט בהוצאת צווי הגנה, בתוך הקפדה על נטל שכנוע מחמיר והפעלת שיקול דעת מצומצם המלווה בפרשנות מחמירה של התנאים הנדרשים לשם הוצאת הצווים, עשויה להפוך את החוק למניעת אלימות במשפחה לאות מתה או לחיזיון נדיר בלבד. על בית המשפט להפעיל את הצווים באופן סביר ובתוך היענות למצוקות השעה. על ידי כך יהפכו גם האמצעים האזרחיים לגורם מרתיע העשוי לצמצם את היקף האלימות בתוך המשפחה.

רק עמדה מתואמת ושיטתית בין כל הגורמים השונים, המופקדים על אכיפת החוק ויישומו, היוצרת עמדה המוקיעה את העבריינות בתוך המשפחה ומציגה אותה כתופעה תת־נורמטיבית פתולוגית עשויה להוביל בכיוון הנכון. חקיקת החוקים היא השלב הראשוני, הבסיסי בלבד. רק השלמת החקיקה ומילויה בתוכן באופן המפורט לעיל תקבע את גורלם של האמצעים החקיקתיים.

3. הורים וילדים

אימוץ

ענייני אימוץ רבים נדונים בבית המשפט העליון. הפסיקה בשנה החולפת העמידה שתי

סוגיות בראש סולם ההתדיינות. שתי הסוגיות מתעוררות בעיקר בקשר לחוסר מסוגלות הורית, שאינה נובעת מ"אשמת" ההורים אלא ממצב אובייקטיבי, במיוחד עקב מצבם הבריאותי, הפיסי או הנפשי. השאלה הראשונה מעוררת את סוגיית החלופות לאימוץ. השאלה השנייה מעוררת את סוגיית גבולותיה של עילת האימוץ העיקרית, הנוגעת לחוסר מסוגלות הורית והמפורטת בסעיף 13(7) לחוק האימוץ, התשמ"א-1981.⁵⁸ עילה זו עומדת על שלושה תנאים: (1) חוסר מסוגלות הורית בשל התנהגותו של ההורה או בשל מצבו. (2) העדר סיכוי לשינוי המצב הנתון בעתיד הנראה לעין. (3) העדר סיכוי לשינוי האמור למרות עזרה כלכלית וטיפולית סבירה כמקובל ברשויות הסעד לשיקומו של ההורה.

שאלת החלופות האפשריות לשיקומו של קטין מתעוררת במסגרת הכרעה בטובת הילד, לאחר שהוכחה עילת אימוץ וניתן להכריז על הקטין כבר-אימוץ. במקרים כאלה עשויים קרובי הקטינים להיות מוצעים כחלופה לאימוץ. באחד המקרים, שבו זוג ההורים היו חולי נפש המאושפזים תדיר, נדחה טיפול בבית הסבתא כחלופה לאימוץ, בשל גילה המבוגר של הסבתא ובשל מצב בריאותה. בית המשפט העדיף לא לטלטל את הילד פעם נוספת מן המשפחה שבה הוא הושם מכוח סעיף 12(ג) לחוק האימוץ.⁵⁹

שאלה אחרת של סדרי עדיפויות, במסגרת השאלה טובת הילד מהי, התעוררה בין הורים מאמצים למשפחה אומנת. בע"א 451/88 פלוניס נ' מ"י,⁶⁰ הועלתה דעה, המקובלת על מומחים, שלפיה יש להעדיף, בדרך כלל, אימוץ על פני אומנה. האימוץ מבטיח קביעות ומחויבות לטווח ארוך ומעניק לילד תחושת ביטחון ושייכות מלאים. משפחה אומנת, לעומתו, אינה מעניקה לילד תחושה של מחויבות מוחלטת. היא מעמידה את הילד בפני אפשרות של דילמה בין שני זוגות הורים ונאמנות כפולה. יתרונה, שהוא גם חסרונה, הוא האפשרות לשמור על קשר עם ההורים הטבעיים. במקרה זה הכריע המשקל המצטבר לטובת האימוץ. על-אף שהיה צורך לנתק את הילדים מן המשפחה האומנת, הועדפו הורים מאמצים. המשפחה האומנת לא התאימה להמשך גידול הילדים, הן מבחינה התפתחותית והן מבחינת ההתמודדות עם הצרכים המתעוררים.⁶¹ במקרה אחר נדחה אימוץ על ידי אב אומן, והועדפה משפחה מאמצת אחרת על פניו.⁶²

ענייני אימוץ, שלא בהסכמת ההורים, מוכרעים ברובם על בסיס עילת האימוץ של חוסר מסוגלות הורית הנובעת ממצב דברים אובייקטיבי. עילה זו נתחדשה בסעיף 13(7)

58 ס"ח 293 (להלן: חוק האימוץ).

59 ע"א 682/84 פלוניס נ' י"מ, פ"ד מד(1) 309.

60 פ"ד מד(1) 330.

61 במקרה זה העיר בית המשפט לרשויות המוסמכות, כי מן הראוי שדבר בחירת המשפחה האומנת ייקבע מתוך בדיקה קפדנית ומתוך ראייה מספיקה לעתיד ולא לטווח קצר עכשווי בלבד. שם, בע' 340.

62 ע"א 418/88 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד(3) 1 (להלן: עניין פלוני). האב האומן היה בן 58, סבל מנכות וחי על קצבת נכות. בית המשפט קיבל את עמדת אנשי המקצוע שלפיה אין לקטינה סיכוי להתפתחות נורמלית בבית האומן.

לחוק האימוץ, והיא מעין "עילת סל" רחבה. רוב החלופות האחרות, היוצרות עילות אימוץ, מחייבות מידה של "אשמה" מצד ההורה או העדר הצדק סביר מצדו לאי-מילוי חובותיו כלפי הקטין. מה שאין כן לגבי עילה זו. סעיף 13(7) לחוק האימוץ משלב מערכת עובדות עם הערכה ועם מסקנה הנובעים ממנה. מבחינת הפסיקה העוסקת בעילה זו לא מתגלה תמונה של הכרעות שיטתיות. נראה, כי משקלה של ההתרשמות האינדיבידואלית בנסיבות כל מקרה היא המכריעה את הכף במקרים קשים אלה.

סעיף זה, והעילה הגלומה בו, נדון לראשונה באופן שיטתי ויסודי בעניין פלוני,⁶³ שבה מציין בית המשפט, כי לשון החוק היא סתמית, עמומה וחסרת הנחיה של ממש.

ההלכה הפסוקה, שלפיה אין טובת הילד נכנסת לתמונה, אלא לאחר שהוכחה עילת אימוץ עצמאית הקבועה בחוק, וטובת הילד כשלעצמה אינה מהווה עילת אימוץ,⁶⁴ מתווה את גבולות פרשנות עילת חוסר המסוגלות ההורית. בעקבות הלכה זו ולאורה קובע בית המשפט, כי חוסר המסוגלות ההורית אינה מתייחסת לאיכותו של ההורה. על חוסר המסוגלות להתמקד בצרכים הבסיסיים והחיוניים ביותר, חומריים ורגשיים. בית המשפט קובע, כי כל עוד לא הוכח, שאין בידי ההורים היכולת להעניק לילדיהם את הצרכים המינימליים הדרושים להם לצורך התפתחותם הפיסית והנפשית התקינה, אף אם תינתן להם עזרה כלכלית וטיפולית סבירה, לא קיימת עילה, ואין הצדקה, להביא לניתוקם הגמור של הילדים מהוריהם.

את הקווים המנחים ואת שיקולי העזר, שלא ניתן למצוא בהוראות החוק, מאמץ בית המשפט - כנקודת מוצא פרשנית - מדו"ח הוועדה לבדיקת חוק אימוץ ילדים. על פי מקור זה ישקול בית המשפט, בין היתר, התנהגות אכזרית או פוגעת כלפי הילד, הזנחה פיסית או נפשית של הילד, הרשעה בדין וכליאה לתקופה ארוכה, שימוש בסמים או שכרות, מחלת נפש או ליקוי שכלי המסכל אפשרות של דאגה פיסית ונפשית לילד, אי-קיום קשר סביר עם הילד וכיו"ב.

הערכת המסוגלות ההורית צופה פני עתיד ובמידה רבה היא ספקולטיבית. כל מסקנה בדבר העתיד חייבת לסמוך על ראיות שבעבר. בעניין פלוני קובע בית המשפט, כי אין להסתפק בראיות על מוגבלויותיו הנפשיות, השכליות או הרגשיות של ההורה, ובהערכת השפעתן על מסוגלות הורית. צריכה להימצא הוכחה על השפעה בפועל של חוסר מסוגלות זו על הילד, ועל כך שהילד סבל ממנה וניזוק על ידיה. לשם הרמת נטל זה ההערכה האמורה חייבת להיות מלווה בהוכחה עובדתית, כי בפועל נמנע ההורה בעבר מלדאוג לילדו. עילת האימוץ היא חוסר העמידה בפועל במשימת ההורות (אי סיפוק הצרכים המינימליים ההכרחיים לצורך התפתחותו התקינה של הילד), והסברו וסיבתו של

63 לעיל הערה 62.

64 ראה, בין היתר, ע"א 9/78 פלונית נ' י"מ, פ"ד לב(3) 655, 663; ע"א 232/85 פלוני נ' י"מ, פ"ד (1) 1, 12; ע"א 451/88 פלוני נ' מדינת ישראל, לעיל הערה 60, בע' 337; ע"א 437/85 פלוני נ' י"מ, פ"ד מד(3) 18, 21 (להלן: עניין פלוני). זה הדין בכל מקרה של שלילת אפוטרופסות מן ההורים הטבעיים, ראה עניין קונסלוס, לעיל הערה 50, בע' 640.

חוסר עמידה זה הוא בחוסר המסוגלות. לכלל זה ייתכן יוצא מן הכלל. כאשר המוגבלות וחוסר המסוגלות הם קשים, חמורים ומסוכנים, ייתכן שדי באפשרות של גרימת סבל ונזק לילד.⁶⁵

בית המשפט סבור, כי בעניין פלוני הוכח התנאי העיקרי, והוכחו גם שני התנאים האחרים הנדרשים לקימומה של עילת האימוץ הקבועה בסעיף 13(7) לחוק האימוץ. הניסיונות לתמוך במשפחה נכשלו, ואין סיכוי להצלחה שיקומית. האם סובלת מנזק אורגני, מפיגור שכלי ומבעיות נפשיות. האב בעל אישיות מוגבלת וילדותית וברמת תפקוד אינטלקטואלית גבולית. בידי שניהם לא עלה בעבר לטפל בילדים. אלה הועברו למשפחה אומנת. אין גם כל סיכוי בעתיד הנראה לעין, שהאב-המערער, שהתגרש מאשתו, יוכל לטפל בילדים.

הדרישות ההוכחתיות שמציב בית המשפט לפני הרשויות המטפלות באימוץ אינן תיאורטיות. בעניין פלוני,⁶⁶ נתקבל ערעור על החלטת בית משפט קמא להכריז קטין כבר-אימוץ לפי סעיף 13(7) לחוק האימוץ. בהנמקת בית המשפט חברו יחד הכללים בדבר הצורך בהוכחת עילת אימוץ לפני הדיון בטובת הילד ובדבר הצורך בהרמת נטל הראיות לגבי חוסר תפקוד ההורה בעבר והשלכתו על חוסר המסוגלות ההורית.

העובדות היו קשות. האם בפיגור בינוני. גם האב סובל מפיגור, אם-כי קל יותר. הקטין ואחותו הוכרו כקטינים נזקקים לאחר הזנחה, טיפול לקוי ותת תזונה בבית ההורים. הקטין נמסר לאומנה. אולם למרות המציאות הקשה קבע בית המשפט העליון, כי לא הוכחה העילה שבסעיף 13(7) לחוק האימוץ.

מבחינת טובת הילדים – התנאים האופטימליים לצורך גידולם והתפתחותם – אין ההורים-המערערים, מבחינת אישיותם, "ההורים האידאליים". אולם טובת הילד כשלעצמו אינה מהווה עילת אימוץ. טובת הילד מחייבת קביעה מוקדמת בדבר קיומה של עילת אימוץ. בעניין פלוני לא היו, לדעת בית המשפט, די ראיות על ההשפעה בפועל של אישיות ההורים על יכולתם לתפקד כהורים. הכרחי היה לבהון אולי השכילו המערערים בינתיים לעמוד במשימת ההורות, למרות המגבלות הקבועות באישיותם ועד גבול יכולתם.

אמנם חוות דעת מקצועיות מטילות ספק ביכולת ההורים להתמודד בצורה אוטונומית עם קשיי החיים בגלל מגבלות רציניות בתחום האינטלקטואלי, הנפשי והרגשי. אולם המערערים מגדלים את ילדתם ומטפלים בה כראוי, ולא ניתן הסבר מספק על שום מה לא יוכלו לגדל גם את בנם. גם חוות הדעת אינן חד-משמעיות ואינן מעודכנות. במצב דברים זה לא היו לפני בית המשפט ראיות מספיקות לקבוע, כי הוכח, שכיום אין באפשרות ההורים לטפל כראוי גם בבנם. בשאלה, אם יוכלו ההורים להמשיך ולטפל בבתם וגם יצליחו לטפל בבן, לא יצא בית המשפט מכלל ספק. הספק פעל לטובת ההורים ונגד האימוץ, פקידי הסעד הם בבחינת "המוציא מחברו" ועליהם הראיה. מאידך גיסא לא

65 עניין פלוני, לעיל הערה 64.

66 שם.

שוכנע בית המשפט כי אמנם יש באפשרות המערערים לגדל את בנם. מטעם זה הוא לא ביטל את החלטת בית המשפט לנוער בדבר הכרות הקטין כקטין גזקק. בית המשפט קבע, כי גם שני התנאים האחרים לא הוכחו. כך, לא הוכח, שעזרה כלכלית וטיפולית סבירה אין בה כדי להביא לשינוי המצב. להפך, לכאורה, הוכח כי עזרה שכזאת, סיועה של סומכת, יש בה כדי להועיל ולשפר את תפקוד ההורים. גם השינוי שחל בתפקוד ההורים לא הובא בחשבון. בית המשפט סבור, כי ייתכן שהנסיבות שהובילו לתפקוד הלקוי בשנתיים שלאחר לידת קטין, ושבעקבותיהן הוא הוצא למשפחה אומנת, חלפו. ההורים מגדלים את הבת האחרת בהצלחה. העדויות שהובאו לבית המשפט בדבר הנזק שסבל הקטין לאחר לידתו, לא היו מעודכנות למצב החדש. במקרה זה מביא בית המשפט את הכלל בדבר עדיפות בית ההורים על חלופת האימוץ לקיצוניות. בית המשפט מתח את המסוגלות ההורית עד קצה גבול יכולתה. הוא נתן לספק לפעול לטובת ההורים. אולם ספק הוא אם הספק בדבר מסוגלות ההורים בנסיבות שהוכחו פועל לטובת הילד.

לספקות שהועלו בדבר משך הזמן בו ניתן לתמוך במשפחה תשובת בית המשפט היא חד-משמעית: כאשר ניתן להביא שינוי במצבו של ההורה או בהתנהגותו באמצעות עזרה כלכלית וטיפולית סבירה, לא קמה עילת אימוץ כלשהי. החוק מדבר על "עזרה... סבירה כמקובל ברשויות הסעד".⁶⁷ השאלה היא מה היחס בין השקעת המשאבים בין רמת המסוגלות ההורית, בכמה מקרים ניתן להשקיע באופן דומה, בהשקעה נמשכת ארוכת טווח, כדי להשיג את התוצאה המינימלית אשר תאפשר העדפת בית ההורים.

עניין פלוניס הוא טיפוסי מבחינת טענת שינוי נסיבות כהצדקה להימנעות מהכרוז על הקטין כבר-אימוץ. שינוי כזה נדון במסגרת התנאי בסעיף 13(7) לחוק האימוץ, שלפיו נדרשת הוכחה בדבר העדר סיכוי, שהתנהגות ההורה או מצבו ישתנו בעתיד הנראה לעין.⁶⁸ הכלל הוא כי לא די בסיכוי ערטילאי ובאפשרות דחוקה ורחוקה. דרוש קיומו של סיכוי אובייקטיבי סביר, שמכאן ואילך ישתנה יחס ההורה לילדו. אין די גם בהרטה של ההורים על מעשיהם כלפי הילד. דיני אימוץ אין עניינם דיני עונשין, ואין הם באים להעניש את ההורה על מה שעולל לילדו.⁶⁹

בע"א 178/86 פלוניס נ' י"מ⁷⁰ לא הוכחה טענת השינוי במסוגלות ההורית. בית המשפט הביע חשש, כי השינוי שהוכח בתפקוד המשפחה נובע דווקא מהוצאת הקטינה לאומנה. בשינוי יש אפוא דווקא לחוק את ההכרעה בדבר נקיטת דרך האימוץ.

67 סעיף 13(7) לחוק האימוץ.

68 עקב רגישותם של ענייני אימוץ, קובע בית המשפט, כי ניתן להתחשב בשינוי המצב אפילו לאחר מתן פסק הדין נשוא הערעור בבית המשפט המחוזי. ראה עניין פלוני, לעיל הערה 62.

69 ע"א 178/86 פלוניס נ' י"מ, פ"ד מד(1) 749. ההורים התנהגו באלימות כלפי הקטינה. האב בעל עבר פלילי. לאם אישיות רדודה ובעייתית, ואין היא מתעניינת בקטינה. הקטינה הועברה לאומנה ומצא שם את מקומה. לא הוכח סיכוי לשינוי בעתיד. על כלל זה, ראה גם עניין פלוניס, לעיל הערה 64.

70 לעיל הערה 69.

ככלל עלינו להקפיד על ייחוס משקל מתאים לכל אחד מן הגורמים ולשקול את משמעות השינוי לאור הסיכון שבדחיית ההכרעה. לא תמיד תהיה התוצאה המשפטית ברורה ועקבית. בעניין פלוני, הספק הרב במשקלו של השינוי לגבי ההערכה בדבר המסוגלות ההורית בעתיד לא הצדיק את נטילת הסיכון שבדחיית ההכרעה. לאור הספק, לאור גילה המתקדם של הקטינה ולאור הניסיונות הקודמים שכבר נעשו בעבר ונכשלו דחה בית המשפט את בקשת ההורה המערער להשהות את ההכרעה בדבר האימוץ, שמשמעותה היא עשיית ניסיון נוסף, שלא ניתן כלל לדעת מה יהיו תוצאותיו. לעומת זאת, בעניין פלוני, נוכחנו כיצד פעל הספק בדבר טיבו ומשמעותו של השינוי, לטובת ההורים הטבעיים.

4. בתי המשפט ובתי הדין

א. הסכמה לסמכות

סוגיות סמכות מספר נדונו בפסיקה בשנה זו. חלק מפסקי הדין עוסקים בעניינים חשובים, שהוכרעו כלאחר יד. דווקא אמרות אגב רחבות בפסק דין אחד מבטיחות פריצת דרך בסוגיית הכריכה של יחסים רכושיים.

במספר פסקי דין צומצמה והוגבלה יכולת ההתנאה על הסמכות ועל ההסכמה לסמכות. במקרה הראשון,⁷¹ חזר בית המשפט על ההלכה, שלפיה שום כמות של הסכמה לסמכות אינה יכולה להעניק סמכות עניינית לערכאה הנעדרת סמכות כזו, לפיכך הורשתה, גם בשלב ערעור, טענה כלפי חוסר הסמכות של בית המשפט המחוזי לדון בתביעת אבהות בין מוסלמים, על-אף שניתן היה להסיק, כי המערער הסכים לסמכותו של בית משפט זה. במקרה השני⁷² נקבע, כי תנאי שנקבע במסגרת הסכמה לשיפוט אינו מחייב. העותר, אזרח אנגליה ותושבה, טען, כי הסכמתו לסמכות בית הדין הרבני בתביעת גירושין שהוגשה נגדו על ידי אשתו הייתה מותנית בבואה של האישה עם ילדתם המשותפת לישראל. משלא מילאה האישה אחר התנאי, בטלה, לטענתו, ההסכמה. בית המשפט מצא, כי התנאי הנטען לא הוכח. אולם בצד קביעה עובדתית זו קבע בית המשפט, אגב אורחא, כי הסכמה לשיפוט אינה יכולה להיות על תנאי, לפי רצונו, נוחותו ושרירותו האישיים של בעל דין. החלת דיני החוזים על קביעת סמכות צריך שתיעשה ככל שהדבר מתאים לעניין ובשינויים המחוייבים.

במקרה השלישי⁷³ נקבע, כי הלכת הכריכה אינה ניתנת להתנאה, לפיכך הסכם מראש השולל כריכה אינו ברתוקף. בית המשפט קבע, כי לא תיתכן התנאה על סמכות

71 ע"א 119/87 מרהג' נ' רמדאן, פ"ד מד (4) 377.

72 בג"צ 485/89 עוזיהו נ' בית הדין הרבני האזורי בתל-אביב-יפו, פ"ד מד (3) 764.

73 ע"א 1981/90 אהרון נ' אהרון, פ"ד מד (4) 877.

ייחודית. הואיל ועניין שנכרך הופך להיות בסמכותו הייחודית של בית הדין הרבני ואינו מסור עוד לסמכותו של בית המשפט המחוזי, התנאה מראש עליו איננה מחייבת. במקרה זה נערך הסכם כולל בין בני הזוג. בהסכם נקבע, כי כל הסכסוכים הנובעים ממנו יידונו בבית המשפט המחוזי. משכרחה האישה תביעת מזונות בתביעת גירושין שהגישה לבית הדין קבע בית המשפט, כי בית הדין מוסמך לדון בעניין למרות הסכמתה של האישה מראש לשיפוטו של בית המשפט המחוזי. האם הושפעה ההלכה במקרה זה מן העובדה שבמקרה זה ביקשה האישה את הכריכה? ברוב המקרים, כידוע, הכריכה היא פרי יזמתו של הבעל.

ב. סמכות בנוגע לחזקת שיתוף

סמכותם של בתי הדין הדתיים לדון בסוגיות הקשורות לחזקת השיתוף נדונה בע"א 65/89 מוסטפא נ' מטוע.⁷⁴ בני הזוג הם מוסלמים. המערער גירש את האישה בעל כורחה. גירושין אלה נרשמו בשנת 1986. האישה הגישה מאוחר יותר תביעה לבית המשפט המחוזי בעילה של שיתוף נכסים. המערער, הבעל לשעבר, טען, כי הסמכות הייחודית לדון בענייני רכוש בין בני זוג מוסלמים מסורה לבית הדין השרעי. טענתו נדחתה. בית המשפט חזר על ההלכה, שלפיה תביעה המתבססת על חזקת השיתוף, פרי החקיקה השיפוטית של בית המשפט העליון, אינה בסמכותם של בתי הדין הדתיים. אין היא "עניין של נישואין או גירושין" וגם אין היא עניין של "מעמד אישי" בגדרו של סימן 51 לדבר המלך במועצתו.

גם הטענה בדבר סמכותו הייחודית של בית הדין השרעי לדון בעניין הרכוש כעניין נספח נדחתה. על סוגיה זו נרחיב בפרק הבא, שעניינו הסמכות הכרוכה. בפרק הבא נעסוק גם בסוגיות אחרות של חזקת שיתוף הקשורות לסוגיית הסמכות הכרוכה. במסגרת דיון זה נבחן, באיזו מידה ניתן לכרוך תביעות הנובעות מחזקת השיתוף בתביעת גירושין, והאם הכרעה בתביעה כרוכה כזו בבית הדין הדתי מהווה מעשה בית דין המחייב את בית המשפט האזרחי.

ג. סמכות כרוכה ומעשה בית דין

הסמכות הכרוכה ממשיכה להיות הסוגיה המרכזית המעסיקה את בתי המשפט. גם במהלך שנה זו היו עניינים שונים שנדונו במסגרת סוגיה זו. כבר הזכרנו לעיל את ההלכה שנקבעה, שלפיה סמכות כרוכה לא ניתנת להתנאה מראש.⁷⁵

74 פ"ד מד(4) 197.

75 ע"א 1981/90 אהרון נ' אהרון, לעיל הערה 73. ראה הטכסט להערה זו.

בע"א 65/89 מוסטפא נ' מטוע,⁷⁶ ניסה המערער את מזלו גם בטענה אחרת. לטענתו לבתי הדין (הדרוזי והשרעי) סמכות לדון בענייני הרכוש הכרוכים בהסדר הגירושין לפי הכלל, שהולך הטפל אחר העיקר. בית המשפט אישר את ההלכה שנפסק בעניין עוד בעבר⁷⁷ והבהיר אותה. אין מדובר בהענקת סמכות גורפת וייחודית לבית הדין לדון בענייני הרכוש בין בני הזוג, אלא בסמכות לדון בענייני רכוש הכרוכים בהסדר הגירושין, כאשר סבור בית הדין שבלעדיהם הסדר הגירושין אינו שלם. במקרה זה כבר גירש המערער את אשתו בעל כורחה, וגירושין נכנסו לתוקף ונרשמו זה מכבר. משום כך אין הדיון בתביעת האישה לשיתוף נכסים מתלווה לתביעת הגירושין, ואין ההכרעה בה יכולה להיחשב כחלק מעניין הגירושין.

צמצום הלכת הכריכה בכל הקשור לענייני רכוש, ובמיוחד אלה הנובעים מחזקת השיתוף מצא ביטוי מיוחד בע"א 488/89 נופרבר נ' נופרבר.⁷⁸ סוגיה זו היא מרכזית באשר היא בעלת חשיבות אקטואלית ומרכזת סביבה את מרב ההתדיינות בסוגיית הכריכה. כאן גם נעוץ אחד ההבדלים העיקריים בין הדין הדתי למשפט האזרחי.

סלע המחלוקת בעניין נופרבר נסב על נכסים עסקיים שלטענת האישה היא זכאית למחציתם במסגרת חזקת השיתוף. תביעתה הוגשה לבית המשפט המחוזי. המשיב הודרו, ולפני הגשת התביעה על ידיה כרך את הדיון בענייני הרכוש בין בני הזוג בתביעת הגירושין שהגיש לבית הדין הרבני. לטענתו, שנתקבלה על דעת בית המשפט קמא, לאור הכריכה לא היה בית המשפט המחוזי מוסמך לדון בתביעת האישה. בית המשפט העליון פתר את השאלה האופרטיבית במקרה זה על בסיס עובדתי פרגמטי. על בסיס השוואת כתבי הטענות ואופן ניסוחם (במסגרת התביעה בבית הדין נתבקשה הכרעה ברכוש על דרך האזכור של הסכם הממון והסכם הגירושין) הוא קבע, שהנכסים, נשוא התביעה בבית המשפט המחוזי, לא נכרכו בתביעת הגירושין בבית הדין הרבני.

בית המשפט העליון לא נכנס לגוף השאלה בדבר היקפם של העניינים בני-הכריכה, דהיינו, בדבר עצם אפשרות הכריכה של נכסים עסקיים בתביעת גירושין בבית הדין הדתי. הנשיא מאיר שמגר הציג את השאלה כדבר המחייב הכרעה, שמן הראוי לדון בו, והשאיר אותה בצריך עיון. עם זאת, הוא לא הניח הרבה מקום לדמיון. בפסק דין זה נמצאים רמזים עבים על כיוון הפתרון הנראה לבית המשפט בסוגיה מרכזית זו.

במסגרת השיקולים הראויים מאזכר בית המשפט את ההלכה, שלפיה לא כל סכסוך בענייני רכוש ניתן לכריכה. מבחן הכריכה אינו טכני אלא מהותי וענייני.⁷⁹ בית המשפט גם מציג את נקודת ההשקפה המשפטית השונה בתכלית בין בית המשפט לבית הדין בסוגיית השיתוף בנכסים, במיוחד בכל הנוגע לנכסים עסקיים.⁸⁰

76 לעיל הערה 74.

77 בג"צ 642/82 ספדי נ' בית-הדין הדתי הדרוזי לערעורים, פ"ד (3) 381; בג"צ 207/88 פח'ראלדין נ' בית-הדין הדתי הדרוזי לערעורים, פ"ד (מג) 260.

78 פ"ד (מד) 293 (להלן: עניין נופרבר).

79 בעניין זה ראה בג"צ 207/88 פח'ראלדין נ' בית-הדין הדתי הדרוזי לערעורים, לעיל הערה 77; ראה גם א' רוזן-צבי יחסי ממון בין בני זוג (תשמ"ב) 101-107.

80 עניין נופרבר, לעיל הערה 78, בע' 301-303.

רמזים אלה, אם יתורגמו להלכה מחייבת, עשויים לשנות באופן משמעותי את מערכת ההתדיינות בין בני הזוג. מהערות אלה ניתן להסיק, כי תביעה הנסמכת על הלכת השיתוף בנכסים עסקיים, שאינה מוכרת כלל בבית הדין הדתי, אינה עניין הניתן לכריכה בתביעת גירושין. לדעתנו, על בסיס מבחן כריכה ענייני אין שום הצדקה לאפשר כריכת רכוש רק כדי לשלול זכות אשר צמחה לבן זוג בחיקו של המשפט האזרחי. כריכה אשר כזו גם אינה מתיישבת עם עיקרון של צדק, ואכן מסקנה כזו כבר הוסקה באורח חלקי על ידי בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו בת"א (ת"א) 688/89 טיזאבי נ' טיזאבי.⁸¹

בשל ההבדל המשמעותי בין הדין הדתי למשפט האזרחי בענייני רכוש אנו סבורים, כי אין כל מקום להבחין לעניין הכריכה בין רכוש עסקי לרכוש אחר. העניין הקובע הוא היחס הבסיסי השונה בין שתי מערכות הדינים בענייני רכוש. קיימת הבחנה עקרונית בין ההכרה של המשפט האזרחי בחזקת שיתוף כמקור ליצירת זכות לבני זוג וכעילת תביעה עצמאית המבוססת על דיני החוזים ודיני הקניין לבין אי-ההכרה בה בדין הדתי. רכוש הכפוף להלכת השיתוף, יהא סוגו אשר יהא, לא ניתן אפוא לכריכה.

לאור ההבדל המשמעותי האמור ניתן לומר, כי כריכת רכוש הכפוף להלכת השיתוף על ידי הבעל בתביעת הגירושין, שהוגשה על ידיו לבית הדין הרבני, נועדה לתכלית אחת ויחידה, לשלול מן האישה את הזכויות המוקנות לה בדין, ולא לחיסול יעיל של העניינים המשותפים לעת גירושין. בשל כך אין כריכת הרכוש כנה, ובית הדין הרבני אינו קונה סמכות.

יתר על כן, זכותו של בן זוג בנכסים מכוחה של הלכת השיתוף מוקנית לו מכוחו של המשפט האזרחי הישראלי. הזכות היא עצמאית ובלתי תלויה במימושה. הזכות קיימת ועומדת גם בלי שיתופו של פורום שיפוטי. תביעה למימוש הזכות אינה חלק מיסודות הזכות וגם אינה חלק מעילת התביעה. הזכות מוקנית לבן הזוג עובר להגשת התביעה המשפטית ובאורח בלתי תלוי בתביעה ובפורום שבו היא נדונה.⁸² לא יעלה על הדעת להפקיע זכות הצומחת בחיקו של המשפט האזרחי על ידי בחירה מכוונת של פורום מצד המשיב.

פרשנות סעיף 3 לחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג-1953,⁸³ חייבת לעלות בקנה אחד, במידת האפשר, עם עקרונות היסוד של המשפט הישראלי, כולל זכויות הפרט המוכרות במשפט הישראלי.⁸⁴ "זכות הקניין היא מזכויות היסוד של האדם בישראל, ועל-כן אין לפגוע בה ללא

81 פ"מ תשנ"א (3) 491. בית המשפט קובע, כי עניינים עסקיים עשויים להיות בני כריכה. אולם לא תמיד הם יהיו בני כריכה, כגון כאשר ההכרעה לא תהא דרושה לחיסול יעיל של ענייני בני הזוג.

82 סיוע לעמדה זו ראה בע"א 177/87 וינפלד נ' מנהל מס שבח מקרקעין נתניה, פ"ד מד(4) 607.

83 ס"ח 165.

84 בג"צ 80/63 גורפינקל וחקלאי נ' שר הפנים, פ"ד יז 2048, 2068-2069; בג"צ 51/69 רודניצקי נ' בית הדין הרבני הגדול לערעורים, פ"ד כד(1) 704, 712.

הוראה מפורשת בדין. משנפגע הקניין בדרך של הוראה מפורשת, המעניקה את כוח ההפקעה, קמה ועולה זכות יסוד נוספת, והיא הזכות לפיצוי הוגן.⁸⁵

הפקעת זכותו של הפרט ללא תמורה פוגעת בעקרונות היסוד של שיטתנו המשפטית. פרשנות סעיף 3 לחוק האמור בדרך הגורמת להפקעת זכותו של בן זוג ללא תמורה יש בה משום פגיעה שכזו. למניעת תוצאה כזו ולהשגת התכלית של הגנת זכות הפרט לקניין יש לפרש את סעיף 3 לחוק באופן שתביעה המבוססת על הלכת השיתוף אינה ניתנת לכריכה.

דברים אלה מביאים אותנו למסקנה נוספת אף בהנחה שהעניין ניתן לכריכה. לדעתנו, הכרעת בית הדין בסוגיה רכושית, שהייתה כרוכה בתביעת גירושין, אינה מהווה מעשה בית דין כלפי תביעה המושתתת על עילת שיתוף נכסים. אם בית הדין אינו מכיר כלל בהלכת השיתוף ובזכות הנובעת ממנה, אין הוא דן בעילה זו. דחיית תביעה המבוססת על עילה זו אינה נובעת מדיון לגופו של עניין אלא מהתכחשות לקיום הזכות. התביעה בבית הדין מבוססת על עילה דתית, ואילו התביעה בבית המשפט האזרחי מבוססת על עילה אזרחית. אלה הן שתי עילות שונות. אין פסק דינו של בית הדין הרבני משתיק את העילה המתבררת בבית המשפט המחוזי. שורת ההיגיון מחייבת, כי מה שאינו מוכר כלל אינו יכול להיות מושקף.

בעמדתנו זו אנו צועדים על קרקע מוצקה. כבר בעבר הכיר בית המשפט העליון בכך שתביעה בבית הדין, הנסמכת למעשה על אותה מערכת עובדתית, אך מבוססת על עילה מן הדין הדתי, אינה משתיקה תביעה המושתתת על עילה אזרחית ומתבררת בבית המשפט. לפיכך דחיית תביעת מזונות של אישה שנישאה לבעלה בנישואין אזרחיים לא שימשה מעשה בית דין בתביעה שהוגשה לבית המשפט על בסיס ההכרה בנישואין אזרחיים.⁸⁶

ד. משפט אזרחי בבית הדין הדתי

מה דינו של הוראות בדבר קבילותן של ראיות שהושגו בתוך עבירה על חוק האונת סתר, תשל"ט-1979,⁸⁷ ועל חוק הגנת הפרטיות, תשמ"א-1981,⁸⁸ בבתי הדין הדתיים? השאלה התעוררה בבג"צ 768/88 אברמוב נ' בית הדין הרבני האזורי בנתניה.⁸⁹ במקרה

85 ע"א 377/79 פייצר נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה רמת-גן, פ"ד לה(3) 645, 656. באותו עניין ראה, בין היתר, ע"א 474/83 הוועדה המקומית נ' חממי, פ"ד מא(3) 370, 378-379; בג"צ 174/88 אמיתי נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה המרכז, פ"ד מב(4) 93, 89.

86 ע"א 173/69 בכר נ' בכר-גולדנברג, פ"ד כג(1) 665.

87 ס"ח 118.

88 ס"ח 128.

89 פ"ד מד(4) 330.

זה פעל הבעל, המשיב, בתוך הפרת חוקים אלה, והשיג צילומים והקלטות של האישה שאותם ביקש להציג כראיות במסגרת דיון בבית הדין הרבני. השאלה לא הוכרעה בפרשה זו עקב היותה מוקדמת. בג"צ הפנה את הצדדים, הטוענים לאי קבילותה של ראייה, קודם כול אל הערכאה העומדת לדון בראיות, דהיינו, אל בית הדין הרבני הדין בעניין.

אולם בג"צ טורח ומעלה את הצדדים השונים לדיון. מצד אחד, מפאת אופיין ומהותן של הנורמות הנקבעות בחוק האזנת סתר וחוק הגנת הפרטיות, ייתכן, שההוראות בדבר אי קבילותן של ראיות, שהושגו בניגוד לאמור בחוקים אלה, חלות גם בבתי הדין הרבניים. מצד אחר, ייתכן, שההוראות בדבר אי קבילותן של ראיות כאמור, שלא הופנו במפורש לבית הדין הדתי, אינן חלות בבתי הדין הרבניים. במיוחד אמורים הדברים לאור החשש, שבהחלתן של הוראות אלה תהא משום הכבדה יתרה בבירור דיונים בין בני זוג. ביחסים בין בני זוג רב הנסתר על הנגלה, ובירור השאלות העובדתיות הוא קשה. יתר על כן, בשל הצורך בהוכחת עילת גירושין בהעדר הסכמה בין בני הזוג עלולה החלתן של הוראות הקבילות המחמירות בחוקים האמורים להכביד עוד יותר על אפשרות השגת הגירושין.

את דעתנו, התומכת בהחלת הוראות חוקים אלה על כלל הערכאות השיפוטיות, ובמיוחד על בתי הדין הדתיים, הבענו במקום אחר.⁹⁰

5. שיתוף נכסים ואיזון משאבים

א. תנאים לקימום הלכת השיתוף ולסתירתה

נמשכת המגמה של חיזוק הלכת השיתוף על ידי הקלה בהוכחת התנאים הנדרשים לקימומה, מחד גיסא, ועל ידי החמרת התנאים הנדרשים לסתירתה, מאידך גיסא. באחד המקרים שנדונו⁹¹ הייתה תקופת הנישואין של בני הזוג ארוכה, אולם חלק גדול מן התקופה הייתה האישה מאושפזת בבית חולים לחולי נפש לתקופות ארוכות, ותפקודה היה חלקי ולקוי. בית המשפט לא קיבל את הטענה שהלכת השיתוף לא הוכחה בשל העדר מאמץ משותף מספק. בית המשפט הסתפק בשותפות האנושית, ולא משך את המאמץ המשותף לכיוונום הבלעדי של מאמצים אישיים או כלכליים:

"מאמץ משותף מבוסס על מסכת חיים אנושית, שבה שני בני הזוג תורמים את חלקם, כל אחד נותן כיכולתו ומקבל לצרכיו על-פי יכולתה של המשפחה... כאשר שני בני הזוג בריאים, תורמים שניהם למאמץ המשותף. כאשר האחד חולה חלק ממשך חיי הנישואין, תרומתו פוחתת, ואילו בן הזוג האחר מגביר את חלקו שלו. כל אלה הם ביטוי אנושי למאמץ המשותף, ולא פגיעה בו. שותפות לחיים היא שותפות לאושר ולסבל, ולשמחה ולצער. בכל אלה פעלו בני הזוג כאחד."⁹²

90 רוזן-צבי, לעיל הערה 1, בע' 85.

91 ע"א 370/87 עזבון מדג'ר נ' עזבון מדג'ר, פ"ד מד(1) 99 (להלן: עניין עזבון מדג'ר).

92 שם, בע' 101, מפיו של השופט א' ברק.

חוקת השיתוף עשויה להיסתר על ידי ראיות בדבר העדר כוונה ליצור מערכת משפחתית כלכלית משותפת או על ידי סתירת ההנחה שבני הזוג התכוונו לשיתוף בנכס פלוני. לא די בכך שהוכח ריב או משבר או שאחד מבני הזוג איננו תורם כספית ממש אלא נותן את חלקו רק בעבודתו למען המשפחה כולה. אולם כאשר ניתן להוכיח, כי בני הזוג קיימו רק קשר משפחתי פורמלי וחיו למעשה ברוח עוינת זה לזה, אין להסיק על היווצרותו של שיתוף, אלא על העדר מכוון של שיתוף. מקרה כזה נדון בע"א 26/89 ארגוב נ' ארגוב.⁹³ שם הבעל היה עוזב וחוזר חדשות לבקרים. היהסים היו תמיד מתוחים, רצופים גידופים וקללות ואף אלימות. יתר על כן, במקרה זה היו חיץ והפרדה ברורים בכוונה שלא לשתף את האישה בבעלות על הדירה. מן העובדות עולה, כי האישה סברה וקיבלה מציאות זו במשך שנים. בית המשפט מצביע גם על אפשרות סתירת חוקת השיתוף לגבי נכס מסוים בלבד. למטרה זו על הראיות ללמד שלמרות יחסים תקינים הייתה כוונה ברורה שנכס מסוים יהיה בבעלות בן זוג אחד בלבד.

פסק דין נוסף, שניתן השנה, מחזיק את הזכות הנובעת מהלכת השיתוף ומשריין אותה. בעבר נחשבה הימנעות מתביעת השיתוף עד שלב מסוים כוויתור על השיתוף. בע"א 388/76 כבשני נ' מנהל מס שבח מקרקעין⁹⁴ נקבע, כי הימנעות מתביעת שיתוף בשלב שלפני הוצאת צו ירושה רואים אותה כוויתור על הזכות. הלכה זו נועדה להיטיב עם שלטונות המס. בן זוג, שעם פטירת בן זוגו הוציא צו ירושה בלי להתחשב בזכות הנובעת מהלכת השיתוף, עשוי להתחייב בתשלום מס גבוה יותר בעת מכירת הזכות לצדדים שלישיים. במקרה זה לא יראו כמועד הרכישה לצורך מס את יום הרכישה המקורי, אלא את יום פטירת בן הזוג המוריש.

הפסיקה החדשה⁹⁵ מקלה על הטוען לשיתוף. הנשיא מ' שמגר בוחן את ההלכה שנקבעה בעניין כבשני ומסתייג ממנה. אליו מצטרפים עוד שלושה מחמשת שופטי ההרכב. לפי ההלכה שנקבעה בעניין וינפלד, יש לאפשר לבן זוג לטעון ולהוכיח שיתוף, אף אם הוא עושה כן שנים רבות לאחר שנוצר השיתוף. אין לדבר על ויתור על זכות מכוח חוקת השיתוף על-אף שלא נטען לה בהודמנויות קודמות. יכול אדם לא להתעניין בזכויותיו הפורמליות, במיוחד כשמדובר ביחסים בתוך המשפחה, שכן הדבר אינו נראה לו חשוב בשגרת היום-יום ואינו מעיק עליו. כשמשתנות הנסיבות וקביעת מערך הזכויות הופכת להיות רלבנטית, לא מוצדק הוא לשלול את התאמת המצב למציאות, לשלול את זכות השיתוף שנוצרה ולהשתיק את בן הזוג מחמת ויתור. המסקנה בדבר הוויתור אינה צודקת ואין היא מחויבת המציאות מבחינה משפטית.

אין לראות תביעת שיתוף, המוגשת זמן רב לאחר היווצרות השיתוף ורק בשלבים מאוחרים (למשל לאחר רישום בפנקס המקרקעין בעקבות צו ירושה), כיצירת "בעלות לצורכי מסים". נהפוך הוא, המדובר על מקרים ונסיבות שבהן זוהי הבעלות האמיתית,

93 פ"ד מד(1) 793.

94 פ"ד לא(3) 253 (להלן: עניין כבשני).

95 ע"א 177/87 וינפלד נ' מנהל מס שבח מקרקעין נתניה, פ"ד מד(4) 607 (להלן: עניין וינפלד).

ללא עוררין. הבעלות נוצרה מכוח הלכת השיתוף. אין כל הצדקה ליטול את הזכות מבעליה דווקא בהודמנות הראשונה שיש בידו ליהנות ולהיבנות ממנה. הטענה כי ויתר על זכותו, כביכול, בהימנעותו מלטעון לה כל אותן שנים שלא נצרך לה אין לה מקום. רשויות המס אינן צריכות להיבנות מכך שבעל נכס בוחר לממש בפועל את זכויותיו המשפטיות שבכוח רק בשלב מאוחר ולפני תשלום המס.

הדבר תלוי, כמובן, בנסיבות. ניתן להוכיח, כי הייתה הודמנות קודמת שבה נזקק בן הזוג לטענת השיתוף, ואף על פי כן לא טען לה, ואין לו הסבר סביר לכך. במקרה זה ניתן יהיה לראות את הימנעותו מתביעה כוותר.

חיווק הזכות הנובעת מהלכת השיתוף בעניין וינפלד הוא בשני מישורים. במישור הראשון, מתחזק מעמדה העצמאי של הזכות. במישור השני, מצטמצם מרחב התמרון העובדתי במסגרתו ניתן לדבר על סתירת חזקת השיתוף או ויתור עליה.

ב. צדדים שלישיים

בית המשפט השאיר בלתי פתורה את שאלת סיווג הזכות הנובעת מהלכת השיתוף וזאת בע"א 29/86 אית.ס. נהיגה עצמית בע"מ נ' קרול.⁹⁶ לגבי צד שלישי אושרה ההלכה שלפיה הבעלות הרשומה היא הקובעת. הוא יוכל להיכנס לעסקה עם בן הזוג הרשום ללא חשש לזכויות שנרכשו בחזקת שיתוף ולמהות היחסים בין שני בני הזוג בכלל ולגבי העסקה בפרט. הוא לא ייחשב חסר תום לב, אם סמך על הרישום, הגם שידע על קרע בין בני הזוג, אלא אם כן הוכחה קנוניה. זכויות בני הזוג יישמרו ביחסים הפנימיים ביניהם, כולל זכות העקיבה אחר התמורה של המכירה. בפרשה זו הוכחה קנוניה בשלב הראשון. הבעל העביר את הרכוש, כולל מחצית הזכות מכוח הלכת השיתוף המגיעה לאשתו, לצד שלישי, שהם קרוביו. אלה התחייבו בהסכם להעבירם לצד רביעי. זכותו של הצד הרביעי לא נרשמה עדיין בפנקס המקרקעין. זכותה של האישה, הצד השני, מכוח הלכת השיתוף, התחרתה עם זכותם של הזכאים מכוח החוזה, הצד הרביעי.

בבית המשפט נחלקו ההנמקות, אולם התוצאה שאליה הגיעו הרוב והמיעוט היא וזהה. בית המשפט, על דעת כל שופטיו, העדיף, בנסיבות המיוחדות של מקרה זה, את זכות האישה על פני זכות הקונה. כדי להתגבר על זכות הבעלות האמיתית של האישה היה על הקונה, במקרה זה, לרשום את הזכות. משלא עשה כן, אין בכוחו להתגבר על זכות האישה מכוח הלכת השיתוף העדיפה עליו.

לדעת המיעוט, השופט י' מלך, זכות הצד השלישי, שלא נרשמה בפנקס המקרקעין, וזה לזכותו של מי שלטובתו התחייבות לעשות עסקה במקרקעין בלבד. במקרה כזה קיים עימות בין זכויות אובליגטוריות נוגדות: זכות האישה וזכותו של הצד השלישי. לפי סעיף 9 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969,⁹⁷ תינתן במקרה זה עדיפות לזכות הקודמת בזמן, דהיינו לזכות האישה, למעט במקרה שבו הספיק הצד השלישי לרשום את זכותו.

96 פ"ד מד(1) 864, 869, 876, 879.

97 ס"ח 259 (להלן: חוק המקרקעין).

דעת הרוב לא הסכימה עם ההנמקה. לדידם, סעיף 9 לחוק המקרקעין אינו המכשיר להכריע בין זכויות נוגדות: מחד גיסא, זכותו של צד שלישי, שרכש מן הזוג הרשום, ומנגד זכותו של בן הזוג הזכאי לשיתוף בזכות. לדעת הרוב, במקרים כאלה ידו של הצד השלישי, הרוכש מן הבעל הרשום, על העליונה אפילו בטרם נרשם הנכס על שמו (של הצד השלישי).

כיצד אפוא נומקה התוצאה במקרה זה על ידי שופטי הרוב? לדעתם, כלפי הצד הרביעי, שרכש מצדדים שלישיים ולא מן הבעל בעת היותו הבעלים הרשום, לא חל הכלל, החל בין בני זוג, שהבעלות הרשומה היא הקובעת. צד זה מתחרה כרוכש בתום לב עם בעלת זכות הבעלות כדין ורק רישום הזכות על שמו עשוי היה להעניק לו יתרון על פניה. על פי ההלכה הרווחת, שאומצה עקרונית על ידי בית המשפט, התוצאה תמוהה, וגם הנמקת הרוב היא בעייתית. מן הדין היה להעדיף את הקונה, הצד הרביעי. אילו התחרתה האישה, בנסיבות המקרה, עם קרוביו של הבעל – הם הצד השלישי – אכן הייתה עדיפה על פניהם. מחמת הקנוניה הם נחשבים כצד שלישי בלתי מוגן, וידה עדיפה מידם. אולם דינו של הקונה (הצד הרביעי) לא מן הראוי שיהיה שונה מדינו של כל צד שלישי, שאינו מעורב בקנוניה, המועדף על פני בן הזוג. ידם של הצדדים השלישיים, המוכרים, אינה טובה מידו של הבעל-המעביר – בשל הקנוניה – אך גם אינה רעה ממנו. לכל היותר חוזר המצב לקדמותו. במצב זה רשאי הצד השלישי (ובמקרה זה הצד הרביעי) לסמוך על הרישום כמחייב גם את בן הזוג הזכאי מכוח חוקת השיתוף, אך אינו רשום כבעל זכות. הכלל, שצד שלישי גובר על חוקת השיתוף אם סמך על הרישום, נובע משיקולים עקרוניים של מדיניות. הלכה פסוקה היא כי זכותו של צד שלישי זר הרוכש מן הבעלים הרשום עדיפה על פני זכות בלתי רשומה של בן זוג הנובעת מחוקת השיתוף. דין זה אינו צריך להשתנות, אם הצד השלישי הוא השלב הרביעי בגלגול.

בעניין וינפלד נקבע, כזכור, כי כאשר הצד השלישי הוא שלטונות המס, עליהם להתחשב בזכות מכוח הלכת השיתוף, אף בהעדר רישום פורמלי. לעומת זאת כלפי צד שלישי סתם, אשר סמך על רישום ועשה מעשים (הלוואה, רכישה) הרישום הפורמלי קובע. במקרה זה תימנע החלטה בעלת פועל למפרע, ובן הזוג הזכאי מכוח הלכת השיתוף יראה כמי שוויתר על זכותו זו ככל שמדובר בעסקה שנעשתה עם אותו צד שלישי.⁹⁸

ג. נכסים הכלולים בשיתוף או באיזון משאבים

גם בתחום זה של היקף הנכסים הכלולים בשיתוף או באיזון המשאבים ניכרת מגמה של הרחבת השיתוף והעמקתו. חוק יחסי ממון בין בני זוג, תשל"ג-1973,⁹⁹ תוקן בשנת 1990, באמצעות חוק יחסי ממון (תיקון), תש"ן-1990.¹⁰⁰ תיקון זה מרחיב את היקף הנכסים הכלולים באיזון המשאבים. נוסחו המקורי של סעיף 5 לחוק, הקובע את מסגרת

98 עניין וינפלד, לעיל הערה 95, בע' 612.

99 ס"ח 267.

100 ס"ח 118.

הנכסים הכלולים באיזון, הוציא מכלל האיזון זכויות שעל פי דין אינן ניתנות להעברה. כתוצאה מהגבלה זו הוצאו ממסגרת האיזון כספי גימלה, תגמולים, נזיקין, ביטוחי מנהלים וכיו"ב. גם מניות או זכויות באגודות שיתופיות, כגון מניה באג"ד, ספק אם נכללו באיזון. המחוקק הבין, כי כתוצאה מהגבלה זו הופכים הנכסים המרכזיים במשפחות רבות לנכסים נפרדים. דבר זה אינו מתיישב עם המדיניות המנחה את עקרונות החוק וכלליו.

החוק המתוקן מבטל כליל את המגבלה האמורה. הוא גם אינו מבחין, באיזה שלב נמצאת הזכות, לאחר הבשלתה או גמילתה או לפני כן. המחוקק בחר להוציא מן האיזון רק גימלאות המשתלמות על-ידי המוסד לביטוח לאומי וכן גימלה או פיצוי המגיעים על פי חיקוק לאחד מבני הזוג בשל נזק גוף או מוות. כל יתר הזכויות נכללות כיום באיזון.

שנה מאוחר יותר יקבע בית המשפט,¹⁰¹ כי זכויות פנסיה, אפילו לא הבשילו עדיין, מהוות גם הן חלק מן הנכסים הכלולים במסגרת הלכת השיתוף.

עם זאת, כדי למנוע מצב שבו ייווצרו קשיים אצל בן הזוג החייב בשל בעיות פרנסה, נזילות או מימון, קבע התיקון לחוק יחסי ממון בין בני זוג,¹⁰² במסגרת סעיף 6 לחוק, קני מידה מנחים לאופן שבו זכאי בית המשפט להתחשב במצבו הכלכלי של כל אחד מבני הזוג לשם הוצאתו לפועל של האיזון.

בפסיקה המתייחסת להלכת השיתוף הוכרעה סופית שאלת הנכסים העסקיים. הם מהווים חלק בלתי נפרד משיתוף הנכסים במסגרת חוקת השיתוף.¹⁰³ עם עקרון התחלוף החפצי בנכסי השיתוף נקבע פעם נוספת.¹⁰⁴ לבן הזוג עומדת זכות העקיבה אחר נכסי השיתוף גם במקרה של מכירה לצדדים שלישיים.¹⁰⁵ בית המשפט רשאי להצהיר על שותפותם של בני הזוג בנכס מסוים או בכלל הנכסים.¹⁰⁶

ד. הסכם ממון

בצד התייחסות מהותית של בית המשפט לחלק מסוגיות הסמכות כמו גם להסדרים הנוגעים להלכת השיתוף ניתן ביטוי להמשך הגישה הפורמלית בנוגע להסכם ממון. בע"א 394/88 מאיר נ' מאיר¹⁰⁷ נדון הסכם ממון שקיבל תוקף של פסק דין בבית המשפט המחוזי ושונה על דעת הצדדים במסגרת דיון בתביעת גירושין בבית הדין הרבני. בית המשפט לא הכיר בשינוי האמור. הוא קבע, כי הסכם ממון, שאושר בערכאה אורזחית, טעון שינוי באותה ערכאה עצמה.

101 על זכויות פנסיה ראה ע"א 841/87 רון נ' רון, פ"ד מה(3) 793. על זכויות פנסיה שלא הבשילו עדיין, ראה ע"א 809/90 לידאי נ' לידאי, פ"ד מו(1) 602.

102 לעיל הערה 100.

103 עניין עזבון מדג'ר, לעיל הערה 91; עניין נופרבר, לעיל הערה 78.

104 עניין עזבון מדג'ר, שם.

105 ע"א 29/86 אית.ס. נהיגה עצמית בע"מ נ' קרול, לעיל הערה 96, בע' 880.

106 עניין עזבון מדג'ר, לעיל הערה 91; ע"א 26/89 ארגוב נ' ארגוב, לעיל הערה 93.

107 פ"ד מד(2) 471.

6. מתנות בין בני זוג

סוגיית המתנות בתוך המשפחה מעסיקה את הפסיקה בתכיפות גוברת. פעמים רבות נמצא, כי בן זוג ניחם על מתנה שנתן לבן זוגו מכספו או מכספם של הוריו. תופעה זו היא נפוצה כאשר הנישואין עלו על שרטון, ונותן המתנה מאשים את בן זוגו במשבר ובקרע. במקרים כאלה מרגיש נותן המתנה, כי הוא רומה או נוצל לרעה על ידי בן זוגו מקבל המתנה.

בית המשפט חזר על הלכה, שנקבעה עוד בעבר,¹⁰⁸ כי במהלך רגיל של עניינים לא ניתן להסיק ממהלך חיי נישואין תקינים, שמתנה אשר ניתנה על ידי בן זוג אחד לרעהו מלווה בהסכם שלפיו תחזור המתנה לנותנה, אם וכאשר חיי הנישואין יעלו על שרטון.¹⁰⁹ אין בהתרחשותו של משבר בחיי הנישואין כדי לגלגל אחורה כל שנעשה וניתן וכדי להפוך את המתנות שהוחלפו ביניהם במשך חיי הנישואין לבטלות. הסקתו של תנאי מפסיק מכללא בכל מקרה של מתנה בין בני זוג הייתה הופכת כמעט כל מתנה ביניהם להדירה וזאת בניגוד מוחלט לאמור בחוק המתנה, תשכ"ח-1968.¹¹⁰ ההנחה היא שמתנה משהוקנתה היא סופית. העובדה שתקוות לעתיד מתברות אינה כשלעצמה עילה לראיית המתנה כבטלה. לאשם היחסי בפירוק הנישואין אין ולו כלום עם הזכויות ברכוש המשותף. מי שמבקש להתנות מתנה בתנאי מתלה או מפסיק או מי שמבקש להצמיד חיוב למתנה צריך לעשות זאת בצורה ברורה הניתנת לזיהוי. תנאי או חיוב במתנה יש לגלות בתוך בחינה של אומד דעת הצדדים או בתוך שמיעת ראיות על דברים שהוחלפו ביניהם בעל-פה או בכתב.

בפרשה אשר נדונה בע"א 343/87 פרי נ' פרי¹¹¹ נרכשה דירה על ידי הבעל לפני הנישואין ונרשמה כולה על שם האישה לאחר הולדת הבן. האישה חתמה על יפוי כוח כללי לטובת הבעל. הבעל נעשה נכה ב-100%, והאישה נטשה אותו וביקשה להתגרש. בית המשפט הגיע למסקנה הרצויה של החזרת הדירה לבעל, בלי לשנות את העקרונות שנקבעו באשר לדיני המתנה בין בני זוג.

הרוב בבית המשפט העליון לא מצא, גם בנסיבות מקרה זה, תנאי כלשהו או חיוב הצמודים למתנה. המתנה ניתנה ללא תוספת כלשהי במסמך, בחוזה או בדרך אחרת, שבהם ניתן להביע כוונה להתנות או ליצור חיוב. המתנה נרשמה במרשם המקרקעין וההקניה נסתיימה בכך. אולם הודות לייפוי הכוח שנתנה האישה לבעל מצא זה את תרופתו. יפוי הכוח מבטא הסדר חוזי נפרד ובאמצעות הפעלתו יוכל הבעל להחזיר לעצמו את הבעלות בדירה. אלמלא יפוי הכוח לא היה הרוב בבית המשפט מוצא אפשרות משפטית לביטול הסדר המתנה.

שופט המיעוט, השופט ד' לזין, מצא כי בנסיבות המקרה כפי שהוכחו ניתן לקבוע

108 ע"א 384/88 זיסרמן נ' זיסרמן, פ"ד מג(3) 205.

109 ע"א 343/87 פרי נ' פרי, פ"ד מד(2) 154.

110 ס"ח 102.

111 לעיל הערה 109.

שהמתנה ניתנה בכפוף לתנאי מפסיק. לדעתו, אין מסקנת ההלכה לגבי מתנה בין בני זוג החלטית. כל מקרה ראוי שייבחן על פי נסיבותיו המיוחדות המוכחות. ייתכנו מקרים שבהם ההתניה שבמתנה מבצבצת ועולה מבינות להתפתחויות שקדמו למתן המתנה ולמערכת העובדות שבאו בעקבותיה. לדעתו, המקרה דנן מדגים בעליל התניה משתמעת כזו.

מן הראוי לציין, כי למרות ההלכה החד־משמעית מצא בית המשפט דרך לבטל מתנה כאשר שורת הצדק חייבה זאת. בפרשה זו נמצאה הדרך בעקבות הכשרת השימוש של הבעל־הנותן בייפוי הכוח להשבת המתנה. בפרשה קודמת, ניתנה על ידי חמות מתנה לבתה ולחתנה, בתוך הבטחה מצדם שתוכל להתגורר בדירה כל ימי חייה. הבת נפטרה, והחתן, מקבל המתנה, גרם במעשיו לסילוק החמות מן הדירה. בית המשפט מצא, כי הפרת ההבטחה שניתנה לחמות הנה תנאי מפסיק, ואפשר את ביטול המתנה.¹¹²

7. ירושה

פסקי דין חשובים ומרכזיים בסוגיית כללי המשפט הבין־לאומי הפרטי ובסוגיית מיסוי בהקשר לחלוקת עיזבון הם החידוש המרכזי בתחום דיני הירושה בשנת פסיקה זו. נוסף לכך חוזקה בשנה זו המגמה של התייחסות מהותית, בתוך דחיקת הפורמליזם למינימום הנדרש, בתחום דיני הצוואות במטרה לתת ביטוי עליון לרצון המצווה ולחופש הצוואה.

א. כללי המשפט הבין־לאומי הפרטי

כללי המשפט הבין־לאומי הפרטי בכל הנוגע לירושה נדונו בהרחבה בתוך אימוץ פרשנות המעדיפה את הדין המקומי על פני הדין הזר. בע"א 598/85 כהנא נ' כהנא¹¹³ קבע בית המשפט, במפורש, כי יש לתת פרשנות רחבה לתחולת חוק המושב בסעיף 137 לחוק הירושה, תשכ"ה-1965,¹¹⁴ ופרשנות מצמצמת לתחולת דין מקום המצא הנכס בסעיף 138 לחוק זה.

המנוח, אורח ותושב ישראל, הניח רכוש בישראל ובצרפת. המנוח הניח צוואה, והמחלוקת הנה על אודות תוקפה של הצוואה לגבי נכסי העיזבון אשר בצרפת. בצוואתו ציווה את כל רכושו לאשתו השביעית, המערערת, שעמה חי 30 שנה. המשיבים, שניים מתוך 27 ילדיו של המנוח, שנולדו לו מאחת מנשותיו הקודמות, מתנגדים לקיום הצוואה כלשוונה. הדין הצרפתי משריין חלק (3/4) מרכושו של אדם עבור צאצאיו, ואינו מתיר סטייה משריין זה באמצעות צוואה.

מקום מושבו של המנוח היה בישראל. משום כך, על פי סעיף 137 לחוק הירושה, חל

112 ע"א 495/80 ברקוביץ נ' קלימר, פ"ד לו(4) 57.

113 פ"ד מד(3) 473.

114 ס"ח 63 (להלן: חוק הירושה).

על הירושה הדין הישראלי. השאלה היא מה דינו של הרכוש הנמצא בצרפת והנוגע לחלק המשוריין לפי הדין הצרפתי. האם יחול הדין הישראלי, שהוא דין מושבו של המנוח בשעת מותו, או הדין הצרפתי, שהוא דין מקום הימצאם של הנכסים? האם ניתן לומר, כי בשל השריון ועל פי הוראות סעיף 138 לחוק, חל על הרכוש הנמצא בצרפת הדין הצרפתי בלבד וכי משום כך לא יחולק רכוש זה לפי הוראות הצוואה של המנוח?

ההחלטה תלויה בפרשנותו של סעיף 138 לחוק הירושה הקובע, כי "נכסים העוברים בירושה לפי דין מקום המצאם בלבד" יחול דין זה על ירושתם. כיצד יש לפרש את סעיף

138?

דרך פרשנית אחת, שבה בחר בית המשפט המחוזי, הנה ההתייחסות לדין הצרפתי הפנימי, דהיינו, לחלוקה בין ירושה על פי דין לירושה על פי צוואה ובין חלק משוריין לחלק בלתי משוריין. כאשר הדין הפנימי הזר אינו מאפשר צווי על חלק מסוים של הרכוש עקב שריון יחול הדין הזר על ירושתו של אותו חלק. במקרה זה החלק של הרכוש הנמצא בתחום המדינה הזרה עובר בירושה לפי דין מקום המצאו בלבד ואין אפשרות של הורשה אחרת. לפיכך פסק, כי אין לקיים את הצוואה על 3/4 מן החלק הנמצא בצרפת, שכן על החלק המשוריין יחול הדין הצרפתי בלבד.

דרך פרשנית אחרת היא זו שנבחרה על ידי בית המשפט העליון, שקיבל את ערעור האלמנה, המערערת. בית המשפט החיל את דין מקום המושב הישראלי וקיים את הצוואה במלואה גם על הנכסים הנמצאים בצרפת. לפי פרשנות זו המילה "בלבד" בסוף סעיף 138 לחוק הירושה משמעה התייחסות למשפט הבינלאומי הפרטי במקום המצא הנכס. סעיף 138 יחול על הנכסים רק כאשר דין מקום המצאם קובע כי דינו שלו (ה-*lex situs*) בלבד יחול על ירושתם תוך שלילת אפשרות תחולתן של שיטות משפט אחרות וזאת גם אם מעורבים בסוגיה "אלמנטים בינלאומיים". מדובר על שיטת משפט, אשר כלל ברירת הדין שלה (ולא כללי הירושה הפנימיים - אר"צ) לגבי ירושת אותם נכסים מפנה אל הדין הפנימי של אותה שיטת משפט ואליו בלבד.

בית המשפט העליון פסק, כי בקובעו את כללי ברירת הדין התכוון המחוקק להעניק מעמד בכורה ל"עקרון המושב". ההגבלה הצרפתית על חופש הדיספוזיציה של המצווה מביאה לאחד משני המצבים בהם מגיעים שני הדינים המועמדים לתחולה - דין מקום המושב ודין מקום המצא הנכסים - לתוצאות שונות בכל הנוגע לחלוקת הירושה בין היורשים. על התנגשות דינים זו יחול הכלל שבסעיף 137 (דין מקום המושב) ולא תחריג שבסעיף 138. העדפה של דין מקום המצא הנכסים, במקרים מעין אלה, תהפוך את היוצרות ותעניק לדין ה-*situs* עדיפות על דין המושב, בניגוד לכוונת המחוקק.

בית המשפט העליון לא התחשב בשיקולי אפקטיביות של הפסק הניתן בישראל על רכוש הנמצא בצרפת. מצד אחד, במישור הפרגמטי, נראה לבית המשפט, כי לפסק הדין הישראלי יינתן תוקף בצרפת. מכל מקום המשיבים לא הוכיחו, כי פסק הדין לא ייאכף בצרפת. מצד שני, במישור העקרוני, קובע בית המשפט, כי עקרון האפקטיביות אינו הזות הכל. הוא רק עקרון פרשנות הדר עם שיקולי פרשנות אחרים ונסוג מפני חוק המחיל דין ישראלי גם כאשר זה עלול להתגלות כבלתי אפקטיבי. סעיפים 137 ו-138 לחוק הירושה מניחים קיומן של בעיות אפשריות של אפקטיביות. מצב זה אינו שולל את תוקפם של סעיפים אלה ואת מחויבותו של בית המשפט לפסוק על פי העקרונות שהם מתווים.

ב. מיסוי בחלוקת עזבון

שאלת מיסוי במהלך חלוקת ירושה היא שאלה בעלת חשיבות מעשית ליורשים ולמנהלי עזבון. "הורשה" פטורה ממס לפי סעיף 4 לחוק מס שבח מקרקעין, תשכ"ג-1963.¹¹⁵ קו הגבול בין פעולות המהוות חלק מביצוע הליך הירושה, והן בגדר הורשה, לבין פעולות הנחשבות כמכירה חייבת במס, שהיא שלב שלאחר ההורשה, הוא בלתי ברור. בעבר נקבע, שחלוקת נכסי עזבון בין יורשים על פי צו בית המשפט אגב קביעת תשלומי איוון ביניהם אינו בגדר מכירה. חלוקת העזבון אינה אלא חלק אינטגרלי של ההליך המשפטי המעביר את רכוש הנפטר אל יורשיו.¹¹⁶

בפסק דין חדיש מנסה בית המשפט להתמודד עם קו הגבול האמור והגדרתו בשלב נוסף, מאוחר יותר, של חלוקת העזבון. בע"א 499/85 עזבון שפייר נ' מנהל מס שבח מקרקעין¹¹⁷ נמכרה דירה, שהייתה כלולה בעזבון, לשם חלוקת התמורה בין הזוכים על פי צוואת המנוח. האם בנסיבות אלה חייבת מכירת הדירה במס שבח מקרקעין? לטענת המערערת מכירת דירת עזבון כדי לחלק את התמורה לזוכים על פי הצוואה אינה בגדר מכירה חייבת במס, אלא בגדר הורשה פטורה ממס.

ככלל, כל אימת שחלקו של יורש טרם התגבש לכדי כמות ידועה או ודאית ביום הפטירה (במיוחד כאשר נקבעות מנות קבועות מזה וזוכה ביתרת העזבון מזה) כל הפעולות הנעשות בעזבון עובר להעברת המנות הנקובות בצוואה אינו בגדר חלוקת עזבון עדיין אלא הוא חלק אינטגרלי מהליך ההורשה.

המבחן הנקבע על ידי בית המשפט הוא: האם המכירה היתה שלב הכרחי בתהליך ההורשה, בטרם ניתן היה לחלק את העזבון. מבחן זה אינו מביא בכנפיו תוצאות אחידות. הוא מותנה בנסיבות ומחייב התחשבות בעובדותיו של כל מקרה. בעניין עזבון שפייר זיכתה הצוואה את הנהנים ממנה רק בתמורה כספית. מכירת הדירה נעשתה לצורך גיבוש המנות הכספיות, שהן חלקם של הזוכים בעזבון. המכירה לצד שלישי, במקרה זה, הייתה מחויבת המציאות לשם קיום הצוואה. היא הייתה חיונית כדי לאפשר את ההורשה ואת הקניית המנות המתאימות לזכאים מהעזבון. היא הייתה חלק טבעי והכרחי בתהליך ההורשה. משום כך המכירה פטורה במקרה זה ממס. אילו נעשתה המכירה אגב חלוקת העזבון ולצורך מימוש חלקם של יורשים, שהתגבש עוד קודם, היא הייתה חייבת במס.

לעניין זה יש להבחין בין שני סוגי מקרים. במקרה הראשון, זוכה היורש בחלק מסוים בנכס מקרקעין. במקרה זה תם הליך ההורשה עם קבלת אותו חלק. המכירה היא בבחינת חלוקה שנייה של העזבון. הנכס כבר נפל לידי היורשים והוא נמכר לאחר מכן. זה הדין גם במקרה בו נרשם נכס עזבון על שם יורשים ולאחר מכן עשו היורשים הסכם חליפין. כאן, סיום תהליך ההורשה והשלמתו נעשה ברישום הראשוני של העזבון על שם היורשים. הסדר החליפין אליו הם הגיעו שנים רבות לאחר מכן הוא שלב חדש, שאינו מהווה חלק מהליך

115 ס"ח 156.

116 ראה ע"א 799/77 מנהל מס שבח מקרקעין נ' פחייק, פ"ד לב(3) 156.

117 פ"ד מד(3) 256.

ההורשה ואינו פותח אותו מחדש.¹¹⁸ במקרה השני, זוכה יורש במנה כספית או ביתרה ממכירת נכס מסוים. במקרה זה שלב ההורשה מסתיים רק עם הגיעה של המנה הכספית לתעודתה. זה הדין, כפי שראינו לעיל, גם במקרה של חלוקה בעין בין יורשים במשותף ללא תשלומי איזון או בצד תשלומי איזון. חלוקה כזו היא חלק מהליך ההורשה והיא פטורה ממש.¹¹⁹

צוואות

1. מהי צוואה?

רוב העניינים הקשורים לדיני צוואות נוגעים לשאלת תקפותן ופסלותן. אולם פעמים, ששאלה מרכזית, האם מסמך מסוים הוא צוואה, קודמת לכל אלה. דיון מעניין בסוגיה זו נערך בע"א 122/86 שפיר נ' קליבנסקי.¹²⁰ במרכז פסק דין זה הקביעה, כי מסמך שמסתכם בהוראה שלילית בלבד אינו צוואה.

במקרה זה הורתה הצוואה על הענקת רוב רכושו של המנוח לאח מסוים. הוראת ההענקה לוותה בהוראת הדרה מן הירושה של המערער (אח אחר של המנוח). בינתיים נפטר האח־הזוכה לפני פטירת המוריש. הוראת הצוואה, שנותרה על כנה, היתה מורכבת מהוראת הדרה של המערער מן העובון בלבד וכן ציווי מנה זעירה למשיב (בן אחותו של המנוח). יורשיו היחידים על־פי־דין של המנוח הם האח, המערער, ובן־האחות, המשיב, המתדיינים לפני בית המשפט.

המשיב טען, כי לנוכח הוראת ההדרה הוא זכאי לירושת המנוח על פי דין. בית המשפט המחוזי מצא, כי המנה שהונחלה למשיב בצוואה באה נוסף על חלקו כיוורש על פי דין. בשל העדר נוחלים בצוואה רוב רכושו של המנוח לא יחולק לפי הוראות הצוואה. רוב הרכוש ייוותר ליורש מן הדין. היורש היחיד מן הדין שנותר למנוח, לאור ההדרה המפורשת של המערער מן הירושה, הוא המשיב. בית המשפט הצהיר, אפוא, על המשיב כיוורש יחיד מן הדין של כל עובון המנוח.

בית המשפט העליון קבע, כי המנה שנקבעה למשיב בצוואה באה במקום החלק המגיע לו על פי דין ולמטרת הדרה מן החלק המגיע לו כיוורש. המנוח לא רצה להוריש לשני היורשים המתדיינים ביניהם את העובון. כל שנותר, אפוא, מן הצוואה הן הוראות הדרה בלבד. אם תקימים הצוואה והמתדיינים יודרו מן העובון, למעט תשלום המנה הזעירה למשיב, לא ייוותרו יורשים מן הדין. במקרה כזה יעבור העובון למדינה.

השאלה שהתעוררה בערעור הייתה, האם הוראת ההדרה, באין הוראה חיובית מנחילה, בגדר של צוואה תיחשב! המונח צוואה אינו מוגדר בחוק. בתשובתו לשאלה נסמך בית

118 ע"א 165/79 מנהל מס שבח מקרקעין נ' כהן, פ"ד לד (3) 284.

119 ראה ע"א 799/77 מנהל מס שבח מקרקעין נ' פחייק, לעיל הערה 116.

120 פ"ד מד (1) 738.

המשפט על התפיסה הכללית שביסוד חוק הירושה כפי שהיא עולה מלשון החוק ומההיסטוריה החקיקתית שלו. מכוח הוראות סעיפים 40, 54(ג) לחוק והפרשנות שניתנה להם וכן מכוח לשון החוק בהוראות שונות המתמקדות על ה"זכייה" עולה, כי הוראה שלילית, העוקרת זכויות מן הדין, אינה מהווה צוואה. הצוואה חייבת להצביע על כוונה לתת או להעניק זכויות בעזבון. גם מן ההיסטוריה החקיקתית עולה מסקנה דומה. מן החוק, שהתקבל בכנסת, הושמט סעיף שהיה כלול בהצעת החוק והתיר עריכת צוואה שוללת. בדברי ההנמקה הסביר יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט, את ההשמטה בכך שאין זו צורה של צוואה.

במקרה דנן הואיל ונותרו בצוואה רק הוראות שליליות, אין היא צוואה. לכן למעט המנה שהונחלה למשיב נשארה יתרת העזבון לא מחולקת, והיא תחלק על פי דין לשני הצדדים המתדיינים, שהם היורשים על פי דין.

תוצאתו של פסק דין זה הנה, כי בירושה התחלקו שני יורשים שהמנוח בפירוש עמד על כך שלא יזכו בירושתו. לגבי אחד מהם נכללה ההדרה במפורש בצוואה. לגבי האחר נכללה הוראת ההדרה בדרך של המרת הירושה מן הדין במנה ועירה. בדרך פרשנית הנסמכת על לשון החוק ועל ההיסטוריה החקיקתית שלו הגיע בית המשפט למסקנה העומדת בסתירה לעיקרון הבסיסי, המרכזי והיסודי, של דיני הירושה בישראל, שהוא קיום רצונו של המת. כל פרשנות חייבת לתת קודם כול ביטוי למטרה הראשונית של החוק ולעקרונות היסוד שהיא מגבש. במקרה זה נעשו אמצעי הפרשנות כלי לסטייה מעקרון יסוד זה. תוצאה כזו אינה מניחה את הדעת.

לשם קידומו של עקרון היסוד שלפיו יש לקיים דברי המת יש לקבוע, כי גם מסמך הכולל הוראת הדרה בלבד הוא בבחינת צוואה. השאלה, אם דין זה עולה בקנה אחד עם הפסיקה האמריקנית או האנגלית, אינה רלבנטית. לדידנו, אין גם כל חשיבות לשאלה, אם בעקבות ההדרה מוגדל חלקו של יורש אחר אם לאו. מה עוד שבעקבות ההדרה מן הירושה בפרשה זו הייתה המדינה זוכה בירושה. תוצאה זו לא הייתה אמורה להרתיע את בית המשפט. בסופו של דבר, מבחינת רצונו של המצווה, ניתנה חשיבות מרכזית לשאלה מי לא יזכה בירושה. השאלה, מי יזכה בירושה, הייתה משנית בעיניו, אם לא חסרת חשיבות. כך עולה מנסיבות המקרה.

מצווה המדבר בקול צלול וברור בדרך משפטית תקפה בטורח לקבוע את מי אין הוא רוצה לזכות בירושתו זכאי לקיום רצונו כמו מצווה המבקש לקבוע מי יזכה בירושתו. חובתנו היא לקיים את רצונו של המת, לחיוב ולשלילה. מן העובדה שבמקרה זה לא טרח המנוח לשנות את צוואתו לאחר פטירת הזוכה העיקרי בצוואה עולה, כי השאלה, מי יזכה בירושתו, הייתה פחות חשובה לו מן הקביעה, מי לא יזכה בה. זו הייתה גמירות דעתו של המצווה, וזה היה רצונו. את אלה היה על בית המשפט לכבד.

2. קיום צוואות ופסילתן: פגמים צורניים ומהותיים

דיני צוואות כורכים בחובם מנה גדושה של צורנות. הצורנות מחייבת ממילא גם מידה מסוימת של גישה פורמלית. מחד גיסא, הקפדה מסוימת על פורמליות היא מחויבת המציאות כדי לשקף את גמירות דעתו של מי שאינו יכול להעיד על כך דווקא בשעה

שהוא נדרש לכך ביותר. מאידך גיסא, עודף פורמליזם פועל במקרים רבים נגד רצון המצווה. קיימת אפוא סכנה, כי הפורמליזם, שנועד להגן על רצונו האמיתי של המת, ייהפך למכשלה השוללת את רצון המת, שלא ניתן לו ביטוי צורני מדוקדק. השיטה המשפטית נבחנת באיזון שנוצר בין הגישה הפורמלית לבין הגישה המהותית. על רקע זה נחקק סעיף 25 לחוק הירושה.

המגמה בפסיקתו של בית המשפט העליון בשנים האחרונות היא לדון בדרישות הצורניות, הקבועות בדיני הצוואות שבחוק הירושה, בהיבט המהותי בתוך דחיקת הגישה הפורמלית לשמירה על המהות. במיוחד בולטים הדברים בהעדר הקפדה מדוקדקת על הדרישות הצורניות לשם קיום צוואה ובפרשנות מהותית של הוראות בדבר פסלות צוואות.

על ההקלות המשמעותיות בקיום צוואות בעל פה ובקיום צוואה בעדים נעמוד בתת-הפרק הבא. בתת-פרק זה נעמוד על גישה המכפיפה את הפורמליזם לדין המהותי בפרשנות מצרה של פגמים הפוסלים צוואות.

כך, למשל, ניתנה למונח "השתתפות בעריכת צוואה" בסעיף 35 לחוק הירושה פרשנות מהותית בתוך בחינת אופי העניין וטיבן של הנסיבות. בע"א 210/89 קולנוע עצמון בע"מ נ' פרייליך¹²¹ התנגדה המערערת לקיום צוואת המנוח שבה הנחיל את מניותיו בחברה המערערת למשיבה. על פי תקנות החברה המערערת, זכאים בעלי המניות האחרים לזכות קדימה ברכישת מניות, ורשאים המנהלים לסרב רישומם של קונים. לעומת זאת, לאחר פטירה חייבים המנהלים לרשום את הזכאים בירושת המנוח. המנוח ניסה להעביר את מניותיו בחברה המערערת למשיבה בחייו. משהתנגדה המערערת להעברה זו, הנחיל את מניותיו למשיבה בצוואתו.

התנגדות המערערת לקיום הוראת הצוואה מנומקת בהשתתפות המשיבה בעריכת הצוואה. לטענת המערערת, הצוואה נערכה על ידי עורך-הדין לבקשתה ולהנחייתה של המשיבה. כן מנומקת ההתנגדות בהיותה עקיפה של סירוב המערערת לרשום את העברת המניות בחיי המנוח.

בית המשפט קיים את הוראות הצוואה. הוא פסק, כי המנוח נקט שתי פעולות שונות. משלא הצליח לממש את המטרה בחייו, עשה זאת על דרך של הורשה. בית המשפט קבע, כי המכר וההורשה הן שתי פעולות משפטיות נפרדות ושונות, כאשר אין האחרונה נבלעת בקודמתה. בית המשפט קובע, כי אפילו הייתה מוכחת טענת ההשתתפות בעריכת הצוואה, ספק אם היה בכך כדי להצדיק פסילתה. הצוואה מתייחסת רק למניות המנוח בחברה ומהווה נדבך במכלול הפעולות המשפטיות שעליהן הסכימו המנוח והמשיבה במטרה להעביר את הבעלות במניות אלה. במצב עניינים זה נקל לשער, כי גם אם המשיבה הנחתה את עורך-הדין בקשר לתוכנה המיועד של הצוואה, היא פעלה כשלוחתו של המנוח ועל-פי הוראותיו. בביצוע פעולת שליחות זו אין לבסס את עילת הבטלות הקבועה בסעיף 35 לחוק הירושה.

3. צוואה בעל פה

על פי סעיף 23 לחוק הירושה, העוסק בצוואה בעל פה, מוכרים שני סוגי מצווים: מצווה שהנו שכיב מרע ומצווה הרואה את עצמו בנסיבות המצדיקות זאת מול פני המוות. לגבי הרואה עצמו מול פני המוות נדרשים שני תנאים מצטברים, יסוד אובייקטיבי ויסוד סובייקטיבי.¹²² התנאי האובייקטיבי הוא שמערכת הנסיבות צריכה להיות כזו שבמסגרתה יוכל המנוח באורח סביר לאמץ את הדעה כי הוא עומד אל מול פני המוות.¹²³ שכיב מרע הוא מצב אובייקטיבי. האם נדרש גם יסוד סובייקטיבי של האדם לגבי מצבו כשכיב מרע, כשם שהדבר דרוש לגבי מי שרואה עצמו מול פני המוות. השאלה נשארה בצריך עיון. בכל מקרה אין צורך במלים מפורשות מצדו של השכיב מרע. די בכך, שכוונה סובייקטיבית כאמור משתמעת מדבריו או מהנסיבות הסובבות את אמירתו.¹²⁴ צוואת שכיב מרע שימשה גם נושא לדיון יסודי בע"א 631/88 יעקובוביץ נ' י"מ.¹²⁵ בפרשה זו נתנה המנוחה על ערש דווי הוראות בדבר ירושתה לפני שני עדים (עורך-דין ורופאה מן המחלקה שבה הייתה מאושפזת). היא דיברה על: "רצוני האחרון". לאחר סיום הדברים ביקשה להכין צוואה לפי מה שנאמר על ידיה. והוסיפה "ואם אהיה עוד בחיים אחתום עליה". המנוחה נפטרה לפני שהספיקה לחתום על מסמך כלשהו. בשלב הראשון עומד בית המשפט על שבע הדרישות הפורמליות לצוואת שכיב מרע,

המפורטות בסעיף 23 לחוק הירושה:

(1 המצווה "שכיב מרע". (2 ציווי בפני שני עדים. אין צורך שהעדים יוזמנו למטרה זו דווקא. די בכך ששמעו את דברי המנוח אף אם הזדמנו למקום. (3 השומעים את לשון המצווה. (4 דברי העדים יירשמו בזיכרון דברים. הדברים אינם חייבים להירשם בלשון שבה דובר המצווה. די בכך שהעדים עצמם שומעים את לשונו ושולטים בה. אם המנוח דיבר בשפה שאותה שומעים העדים (במקרה זה רומנית), והם רושמים את זיכרון הדברים בשפה אחרת (במקרה זה עברית), התנאי הנדרש התמלא. שאלת המתאם בין הכתוב בזיכרון הדברים לבין הדברים שנאמרו על ידי המנוחה עניין הוא למשקלה של הראיה. (5 זיכרון הדברים יחתם בידי שני העדים. (6 זיכרון הדברים יופקד בבית המשפט המחוזי. (7 הרישום, החתימה וההפקדה ייעשו מוקדם ככל האפשר. במקרה זה אין מחלוקת שכל התנאים התמלאו. אולם בקיומן של הדרישות הצורניות, התנאים הפורמליים שקבע המחוקק אין די. וכאן מגיע בית המשפט לשלב השני. לשם קיום צוואה יש להוכיח את גמירות הדעת של המצווה. השמירה על קיום הדרישות המינימליות היא אמצעי לקביעת אמיתותה של הצוואה וגמירות דעתו של המצווה. בית המשפט קמא מצא, כי נוסח הסיום של דברי המנוחה מלמד

122 ע"א 120/84 גולדברג נ' אסיאו, פ"ד לט(4) 716; ע"א 580/84 י"מ נ' פיק, פ"ד מב(2) 703.

123 ע"א 631/88 קהא נ' לוי, פ"ד(3) 324 (להלן: עניין קהא)

124 עניין קהא, שם.

125 פ"ד מד(2) 69.

על העדר גמירות דעת, אם דבריה לא הושלמו בחתימה על מסמך בכתב. בדרך כלל צירוף של הוראה להכין מסמך כתוב לאמירה בעל פה עשוי לעורר ספק בגמירות הדעת של המצווה לעשות את הצוואה. האמירה בעל פה עשויה להיחשב רק כהנחיה להכין מסמך כתוב בלי שמתלוות כוונה להעמיד את האמירה בזכות עצמה. אולם בית המשפט העליון סבור, כי יש להבחין בין שני מצבים: מצב אחד, שכיב מרע המצווה בעל פה ומוסיף הוראה בדבר עריכת הצוואה. מצב שני, שכיב מרע המפרט מה ייעשה ברכושו, על מנת שהדברים יועלו על מסמך צוואה, אשר תחייב אותו רק לאחר שיחתום עליה כדין. במצב השני, לא היה ציווי בעל פה אלא רק הבעת רצון לצוות בכתב.

בית המשפט העליון קיבל את הערעור וקיים את הצוואה בעל פה. על החלטיות הציווי בעל פה למד בית המשפט משורה של עניינים: בחינת מצבה הקשה של המנוחה בעת הציווי, מודעותה למצבה ולסכנת המוות שבה הייתה נתונה, האופן שבו היא מצווה (כגון: פירוט הרכוש), אופן ההתנסחות, נוסח הדברים עצמם, החלטיות אמירתם ("רצוני האחרון") ונסיבות אמירתם. כל אלה מלמדים על גמירות הדעת של הציווי בעל פה. דבריה של המצווה ונוסחם נראים כהוראה החלטית, עומדת בפני עצמה, שאינה תלויה בכל אקט נוסף. בקשת המנוחה להכין צוואה בכתב אינה מתנה את תוקף מימושם של הדברים הנאמרים על ידיה בעל פה.

גמירות הדעת עומדת במרכז הבחינה לצורך קיום צוואה. אם הוכחה גמירות הדעת, המגמה היא להקל בדרישות הפורמליות של צוואה בעל פה. עוד בע"א 580/84 י"מ נ' פיק¹²⁶ צומצמו הדרישות הפורמליות הנדרשות לקיום צוואה בעל פה. המטרה היא התחקות אחר רצונו האמיתי של המת כדי לקיים את דבריו. קיום דברי המת הוא "קו היסוד" של המחוקק בדיני צוואות. לפיכך, לא מעמד העדים עיקר ולא הצורה, אלא התוכן. לצורך השגת התכלית העיקרית קוימה, בפרשת פיק, צוואה בעל פה אפילו לא נאמרו דברי המת לשני העדים בהיותם יחד, אלא לכל אחד מהם לחוד, במעמד אחר.

המגמה המהותית, הבלתי-פורמלית בדיני צוואות נמשכה גם בשנת פסיקה זו. בעניין קהא¹²⁷ הלך בית המשפט כברת דרך נוספת. בית המשפט קיים צוואה בעל פה, על-אף שדברי המת נרשמו על ידי העדים רק חודשיים לאחר אמירתם אף שבכך לא התקיימו תנאי סעיף 23(ב) לחוק הירושה. פגם כזה יכול להתרפא, אם התקיימו התנאים המפורטים בסעיף 25 לחוק.

מגמה זו של הקלה בדרישות הצורניות יפה גם לגבי צוואות אחרות, כגון צוואה בעדים. בע"א 70/88 פז נ' אלון¹²⁸ נקבע, כי העדר חתימת שני עדים בצוואה בעדים הוא פגם קונסטטיטוטיבי שאינו ניתן לתיקון. אולם חתימה המצווה שלא בפני שני העדים כמו גם העדר תאריך ניתנים לתיקון. מששוכנע בית המשפט באמיתותה של הצוואה, היא לא תיפסל בשל פגם בעל חשיבות שולית. בנסיבות המקרה ועל פי נוסחה של הצוואה להעדר התאריך אין חשיבות עניינית ומשום כך לא תיפסל הצוואה. כאשר לתאריך יש חשיבות

126 לעיל הערה 122, בע' 713, 716-717.

127 לעיל הערה 123, ראה במיוחד בע' 326א, 327ב, 329ה-1.

128 פ"ד מד(3) 32.

עניינית, כך, למשל, במקרה שבו בשל העדרו לא ניתן לקבוע איזו צוואה מאוחרת, עשויה התוצאה להשתנות.
גם הדרך שאותה נקטו המנוחים לבטא את רצונם, על ידי הצהרה, אינה שוללת את תוקפה. על פי סעיף 54(ג) לחוק הירושה צוואה יכול שתהיה "בלשון... הודעה או בכל לשון אחרת".

4. יורש אחר יורש

צוואה המסדירה ירושה על דרך של יורש אחר יורש נדונה לא מעט פעמים בבית המשפט. לאחרונה פסק בית המשפט,¹²⁹ כי מכוח סעיף 42 לחוק הירושה יש לקרוא כל צוואה של הנהנה הראשון כאילו היא כפופה לתנאי, המפורט בסעיף 42 סיפא. תוכנו של תנאי משתמע זה הוא כי אין הנהנה יכול לגרוע מזכות היורש השני, המאוחר, על ידי צוואה. לפיכך רשאי הנהנה השני לפנות לבית המשפט לקבל סעד בדבר בעלותו על פריטי רכוש, שנשתיירו מכוח הצוואה המקורית, גם אם בית משפט כבר נתן תוקף לצוואה של הנהנה הראשון, שססתה מהוראות הסיפא של סעיף 42. בקשה זו אינה נחשבת כתיקון של צו קיום הצוואה.

בעיה אחרת של יורש אחר יורש עוסקת ביחס בין סעיף 42 לחוק, המסדיר סוגיה זו, לבין הוראת סעיף 45 לחוק, המסדירה את חיובי היורש בחלק שקיבל מן העזבון. בע"א 545/87 גרינברגר נ' שטיין¹³⁰ הנחיל המנוח בצוואתו את מחצית רכושו למערערת ומחציתו האחרת למשיבה. כמחצית רכושו הגיעה לו מחברתו לחיים המנוחה, שנפטרה לפניו. בצוואתה הורתה לו לצוות את מה שינחל ממנה למערערת. האם הוראה זו של המנוחה היא הוראת יורש אחר יורש או הוראה ליורש מה ייעשה ברכוש שירש?

קיים הבדל בין הסעיפים. על פי סעיף 42, מתבצע רצון המוריש הראשון ישירות מכוח צוואתו. היורש השני זוכה בחלקו מכוח צוואת המוריש, וצוואת היורש הראשון אינה מעלה ואינה מורידה באשר לזכותו. על פי סעיף 45, היורש הראשון מצווה על ידי המוריש לבצע פעולות שונות. רק באמצעות פעולות היורש הראשון עשוי היורש השני לזכות.

לפיכך אם ההוראה בצוואת המנוחה היא הוראת יורש אחר יורש, כי אז זכתה המערערת מכוח צוואת המנוחה במחצית רכוש המנוח. למחצית נוספת מן המחצית הנתרת היא זוכה מכוח צוואתו של המנוח. לעומת זאת, אם הוראת המנוחה היא הטלת חיוב על המנוח, כי אז בצוותו מחצית מרכושו למערערת הוא התכוון למלא את מה שהורתה לו המנוחה בצוואתה. במקרה זה לא תזכה המערערת ביותר מן המחצית, שציווה לה המנוח בצוואתו.

בית המשפט קבע, כי הוראה המחייבת יורש להנחיל הירושה שקיבל לפלוני, כמו במקרה זה, נכנסת לגדר סעיף 45 לחוק.

129 ע"א 46/89 רוזן נ' בהט, פ"ד מד(2) 765.

130 פ"ד מד(2) 733.

5. הקדש

הכבדה על זוכים מכוח ירושה נקבעה בע"ע 477/88 י"מ נ' אוניברסיטת תל-אביב.¹³¹ במקרה זה נדונה צוואה, אשר יצרה קרן, שנכסיה יוקדשו לחלוקת מלגות לסטודנטים. בצוואה נקבע במפורש, כי הנחלת נכסים לאוניברסיטה למטרת מלגות לא תהיה בבחינת הקדש כמשמעותו בחוק הנאמנות, תשל"ט-1979.¹³² בית המשפט קבע, כי אם התקיימו התנאים הקבועים בחוק הנאמנות ליצירת הקדש (כוונה ליצור הקדש, קביעת מטרות ההקדש, קביעת נכסי ההקדש, וקביעת תנאי ההקדש) הרי הוראות פרק ג' לחוק, הקובעות הסדרים מיוחדים להקדש ציבורי, אינן ניתנות להתנאה. כל סעיפי חוק הנאמנות, שאינם מאזכרים בסעיף 11 לחוק (שלפיו הוראה מסוימת תחול בכפוף לתנאי הנאמנות), הם סעיפים קוגנטיים.

הקדש ציבורי הוא בעצם טיבו וטבעו נושא בעל אופי ציבורי. אינטרס הציבור הוא כי על נאמנויות מסוג זה, המיועדות לתועלת הציבור, יקוימו פיקוח וביקורת. לפיכך על הקרן להירשם כהקדש ציבורי על פי הוראותיו של סעיף 26(א) לחוק הנאמנות. הוראה נוגדת בצוואה היא בלתי חוקית ומשום כך בוטלה.

131 פ"ד מד(2) 476.

132 ס"ח 128 (להלן: חוק הנאמנות).

דיני משפחה*

תחום דיני המשפחה מתחיל להראות בשנים תשנ"ב ותשנ"ג, לאחר שנים של קיפאון, ניצנים של התפתחות, שעיקרה בפעולות בית-המשפט העליון, והיא מהווה בסיס לשינוי רחב יותר, המאפיין את השנה הנוכחית.

אחת מנקודות החיכוך המרכזיות של דיני המשפחה בישראל היא יחסי-הגומלין בין הדין הדתי לדין האזרחי. סקירה זו תעסוק בהיבט המהותי של יחסי-הגומלין שבין הערכאות השונות (כולל סוגיית הסמכות) ובנסיון המערכת להתמודד עם ריבוי הליכים וריבוי ערכאות, אך עיקר הדיון יעסוק בדין המהותי. בצד דיון בעניינים המשיקים לדיני המשפחה, אם כי אינם ענייני המעמד האישי, כמו הסמכות לדון בגיור שנעשה מחוץ לישראל והמשך הרחבת הזכויות של מוסד הידועים-בציבור, ייערך דיון בכמה החלטות מרכזיות בסוגיית הורים וילדים, שעיקרן הוא היחס בין זיקת הילד למשפחה, לחברה או למדינה לבין טובתו, כמושג יחסי מורכב, רב-פנים ומושפע מתנאי זמן, מקום והשקפת-עולם.

הסקירה אף תעסוק בהמשך המגמה המופעלת בשנים האחרונות בקשר עם הרחבה של חזקת השיתוף, הן בסוג הנכסים שהחזקה מוחלת עליהם, הן בהיקף הנכסים והן בתנאים הנדרשים להוכחת השיתוף.

הפסיקה בשנה זו לא פסחה אף על נושא מזונות בן-זוג והיחס בין הדין הדתי לדין האזרחי. מערכת יחסים זו הוכרעה חלקית בפסיקה, אולם נותר עדיין כר נרחב להתפתחות הסוגיה בעתיד, כמוצע ברשימה להלן.

1. פתח-דבר; לקראת שינוי "כללי המשחק"
2. סמכות ופגמים בהליך
 - א. סמכות ומהות
 - ב. גיור
 - ג. בית-הדין: מעמדו כרשות שיפוטית וכמוסד דתי
 - ד. פגמים בהליך
3. הידועים-בציבור כהסדר דמוי-נישואין
4. הורים וילדים
 - א. טובת הילד
 - ב. אימוץ
5. שיתוף נכסים
6. מזונות בין בני-זוג: בין הדין הדתי להסדר האזרחי

* פורסם לראשונה בספר השנה של המשפט בישראל תשנ"ב-תשנ"ג (אריאל רוזן-צבי עורך, תשנ"ד) 267.

1. פתח־דבר: לקראת שינוי "כללי המשחק"

1.9 תחום דיני המשפחה מתחיל להראות בשנים תשנ"ב-תשנ"ג ניצנים של התפתחות, שעיקרה בפעילותו של בית־המשפט העליון. שנים אלה הן בבחינת ראשית ראייה להתפתחות רחבת היקף, יצירתית וחדשנית, המאפיינת את השנה הנוכחית, שנת תשנ"ד.

בסקירה ובניתוח של הפעילות המשפטית בשנים אלה אתייחס לסוגיות מספר, שחלקן מאופיינות בשאלת הגבולות בין ערכאות השיפוט וחלקן ביחסי־הגומלין בין הדין הדתי למשפט האזרחי. כמו־כן אעמוד על שתי סוגיות שהורתן ולידתן במשפט האזרחי והתפתחותן הינה הדרגתית ובאחרונה אף מואצת יותר (הידועים בציבור ושיתוף נכסים).

2.9 אף־על־פי שאין בכוונתי לדון בפסיקה החדשה, שניתנה במהלך שנה זו, ברצוני להעלות רק קור־מחשבה מקדים אחד לקראת ספר־השנה של שנת תשנ"ד, הצפוי לעסוק בהתפתחות פסיקתית זו, במיוחד לאור חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

באחרונה ניתנו כמה פסקי־דין עקרוניים ותקדימיים. גם פסקי־דין אלה נוגעים בסוגיות הספציפיות השונות, כגון הרחבת הזכויות של הידועים־בציבור,¹ החלה של חוקת שיתוף נכסים בבית־הדין הרבני² וביטול סעדים בגין שלום־בית שהוציא בית־הדין הרבני,³ אולם מעבר לחשיבות הגדולה של הסדר סוגיה זו או אחרת ופתרון מצוקות ספציפיות, נודעת חשיבות לכמה עקרונות בסיסיים.

3.9 ראשית, בית־המשפט אינו נרתע עוד מהתייחסות בעלת אופי אידיאולוגי או מהסדר תחום מתחומי המשפחה במישור הסימבולי. זכותה של ידועה־בציבור ליטול את שם המשפחה של הידוע־בציבור שלה הוא התפתחות המתייחסת לא רק לעצם הרחבת ההיקף של זכויות הידועים־בציבור ולא רק להצבר הזכויות הממשיות, אלא נוגעת גם באופי הזכות, במשמעות החברתית והסמלית המיוחסת לה ובהשלכותיה על הגדרת הנישואין והמשפחה, על מוסד הנישואין ועל דרכי התקשרות חלופיות בין אנשים.

4.9 שנית, בתי־הדין אינם מצויים עוד בחממה מוגנת של תחולה מוגבלת של המשפט האזרחי. הכלל שלפיו רק חיקוק שהופנה ישירות לבית־הדין מחייב אותו אינו משקף את המצב הקיים. הדין האזרחי הוא חלק מן הדין המחייב את בית־הדין בדונו בעניינים החורגים מענייני המעמד האישי במובן הצר. למעשה, התהפך הכלל על פניו. הוצאת דין ישראלי אל מחוץ לתחומו של בית־הדין היא הטעונה הוכחה, ולא היפוכו של דבר.

הטלת חלקים גדולים מן הדין האזרחי על בית־הדין הרבני, בדונו בסוגיות רכושיות, בפרשת בבלי, אינו רק השוואת זכויות האשה, מניעת הפליה והענקת נכסים המגדילים את כוח המיקוח של האשה ומפחיתים את כוחו של איום הסחיטה במאבק הגירושין. התפתחות זו מביאה בעקבותיה גם את ביטול הקשר הגורדי של הכלל שלפיו הדין הולך תמיד אחר הדיין. בכך מעמיד המשפט הישראלי מכנה־משותף אחיד, רחב יותר משהיה עד כה, ורותם גם את בית־הדין להשגת הרמוניה משפטית.

1 בג"צ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין, פ"ד (ז) 749.

2 בג"צ 1000/92 בבלי נ' בית הדין הרבני הגדול – ירושלים, פ"ד (מח) 221.

3 בג"צ 3914/92 לב נ' בית הדין הרבני האזורי – תל־אביב-יפו, פ"ד (מח) 491.

5.9 שלישית, עקרונות-היסוד וכללי-היסוד של שיטת המשפט הישראלית חלים מכות עצמם גם בבית-הדין הדתי. יתר על-כן, סעיף 11 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע את חובת הכפיפות של כל רשות מרשויות השלטון לכיבוד הזכויות שלפי חוק-היסוד הזה. חוק-היסוד מופנה למערכת השיפוטית בכללה ולמערכת השפיטה הדתית כחלק ממנה.⁴

בתנועת מלקחיים חד-משמעית, הטיל בג"צ על בית-הדין הן את כללי המשפט האזרחי⁵ והן את עקרונות-היסוד הקונסטיטוציוניים, המעוגנים בחוק-היסוד או שאינם כתובים עלי ספר.⁶ בעשותו כן, שינה כליל את "כללי המשחק" שנהגו במערכת יחסי הכוחות בין הערכאות, הן בשאלת הדין הנוהג בבתי-הדין הדתיים ובשאלת היקף התחולה של הדין ה"חילוני", והן ממילא בשאלת ההיקף של התערבות בג"צ בפעולת בית-הדין ובהחלטותיו.

6.9 אופן ההתארגנות של המערכת הדתית והסתגלותה לפסיקת בג"צ יקבעו את דרך ההתפתחות העתידית של הדין. פסקי-הדין משאירים שאלות רבות פתוחות. כך, למשל, הגדרת ענייני נישואין וגירושין שעל הכרעתם לא יחול הדין האזרחי יכולה להיות צרה או רחבה. בית-המשפט יכול להיות מעורב בהגדרה או להניח את היקף ההגדרה לבתי-הדין הדתיים. הדרך שבה ינקטו בתי-המשפט תלויה, בין היתר, בגישתם של בתי-הדין ובאופן שבו יטמיעו את ה"מסר" של הפסיקה החדשה.

הדרך לפסיקה החדשה נסללה באמצעות חוק-היסוד המשוריין, שענייני כבוד האדם וחירותו. הפרשנות שלפיה גם בתי-הדין מחויבים לחוק וכפיפותה של החקיקה מכאן ואילך לאיזונים המתחייבים ממנו היוותה לא רק השראה לפסיקה, אלא שימשה לה, במידה רבה, גם בסיס משפטי.

7.9 היקף התחולה של עקרונות-היסוד, כמו גם היקף תחולתו של חוק-היסוד על בתי-הדין, על ענייני המעמד האישי בכלל ועל תחום הנישואין והגירושין בפרט, אינם ברורים עדיין. שאלת היקף התחולה של הוראות אלה נמצאת רק בתחילת בירורה. השאלות הן רבות, ובין היתר:

(1) מה כלול ב"דין הקיים" כמשמעותו בסעיף שמירת הדינים (סעיף 10)? יתר על-כן: "אף שהדין הישן... נשמר... הרי פרשנותו, איוונו הפנימיים, והפעלתו צריכים

4 א' ברק "המהפכה החוקתית וזכויות אדם מוגנות" משפט וממשל א (תשנ"ב) 9, 26. בג"צ 3914/92 לב נ' בית הדין הרבני האזורי - תל-אביב-יפו, שם, פסקה 15, וראו גם פסקה 14.

5 בג"צ 1000/92 בבלי נ' בית הדין הרבני הגדול - ירושלים, לעיל הערה 2.

6 שם, פסקות 28-31; בג"צ 3914/92 לב נ' בית הדין הרבני האזורי - תל-אביב-יפו, לעיל הערה 3. כבר בבג"צ 1689/90 עאסי נ' בית הדין השרעי איזור התיכון, פ"ד מה(5) 148, יש מחלוקת בין השופט ברק, הסבור כי פרשנות חוק החל על בית-דין דתי (במקרה זה שרעי) נעשית, בין היתר, על רקע עקרונות-היסוד של שיטתנו, לבין השופט אלון, החולק על פסיקה זו ואינו מקבל את עקרונות-היסוד כקנה-מידה להתערבות בפסיקת בית-דין דתי.

להיות מושפעים ממעמדן החוקתי של זכויות האדם (ראה בש"פ 6654/93 בינקין נ' מדינת ישראל (טרם פורסם)).⁷

- מי שקורא נכון את הרטוריקה השיפוטית יבין על גקלה, כי כל אימת שקיימת השלכה של הזכויות המעוגנות בחוק-היסוד על הדין הקיים, ייערך דיון מיוחד בדרך סיגולו והתאמתו ל"מעמדן החוקתי של זכויות האדם." ממילא עשויים גם חלקים מן הדין הקיים לעבור תהליך של התפתחות והתחדשות, עד לשינוי פניהם לבלי הכר כמעט. ואידך זיל גמור.
- (2) כיצד יש לערוך את נוסחת האיזון "הפנימית", שמשמעותה איזון בין זכויות מוגנות שונות?
- (3) כיצד יש לפרש את פסקת ההגבלה (סעיף 8) לגבי תחום ענייני המעמד האישי?⁸
- (4) מהי ההשפעה של סעיף המטרה (סעיף 1) על בחינת הפרשנות של חוק-היסוד ואיזונו עם הוראות של חוקים אחרים?
- (5) כיצד, אם בכלל, ניתן למיין הוראות חקיקה בדיני משפחה הפוגעות בזכויות הכלולות בחוק-היסוד? האם יש להבחין בין לב ההסדר הדתי לבין הסדרים רכושיים, כספיים או גלויים אחרים?
על כל השאלות האלה ועל אחרות אשתדל לעמוד בהרחבה בשנה הבאה.

2. סמכות ופגמים בהליך

א. סמכות ומהות

- 8.9 שאלת הסמכות בתחום דיני המשפחה היא בעלת אופי מיוחד בכמה מובנים. ראשית, הפורום השונה, פיצול הסמכויות הקיים בשיטה ולעיתים גם ההשפעה של הפורום על הדין מחייבים התייחסות שונה אל שאלת הסמכות. שנית, סכסוך בתוך המשפחה הינו בעל רגישות מיוחדת ועלול להשפיע על שלומם וטובתם המיידית של ילדים וכן על מעגלים רחוקים יותר של קרובי משפחה. שלישית, בסכסוכי סמכות חייב בית-המשפט לבחון את השאלות המהותיות. ניצול לרעה של סכסוך הסמכויות הוא פיתוי חוק, שיש להיאבק בו באמצעות התייחסות מהותית, ולא בגישה פורמלית. עם זאת אין להתעלם מן הצורך בוודאות וביציבות. היעדרן של תכונות אלה מזמין ריבוי התדיינויות, מזין את אש המחלוקת ומלבה את סכסוך הסמכויות.
- 9.9 באחד המקרים⁹ הביע בית-המשפט את דעתו כי אין לטפח את הנטייה של

7 בג"צ 3914/92 לב נ' בית הדין הרבני האזורי - תל-אביב-יפו, שם, פסקה 13 סיפא.

8 על האיזון ה"פנימי" וה"חיצוני" ועל דרך האיזון ופרשנות הוראות חוק-היסוד, ראו א' ברק "זכויות אדם מוגנות: ההיקף וההגבלות" משפט וממשל א (תשנ"ג) 253.

9 רע"א 2598/91 וולפסון נ' וולפסון, פ"ד מה(5) 816.

הפרקליטים, הבאה לידי ביטוי בולט בתחום של סכסוכי משפחה, לפתוח בהליכים מקבילים ולקיימם בכמה ערכאות משפטיות בעת ובעונה אחת. כדי להילחם בתופעה זו, ממליץ בית-המשפט לא להיענות לבקשות לעיכוב דיון בערכאה אחת עד להכרעה בערכאה אחרת. באותו מקרה נעתר בית-המשפט קמא לבקשה לעיכוב הדיון. בית-המשפט העליון סירב להתערב, אף-על-פי שלשיטתו היה עליו לעשות כן, רק מכיוון שביקש להימנע מסכסוך סמכות נוסף.

10.9 הגישה השיפוטית, שלפיה על המערכת לפעול בכל הדרכים העומדות לרשותה כדי לשרש ריבוי התדיינות ולמנוע מאבקים בתחום של סכסוך הסמכויות, נכונה הן מבחינת המערכת והן מבחינת טובתם של הצדדים המעורבים. אין לעודד את הצדדים להרבות בהליכים ולגרור את המשפחה לתוך פקעת סבוכה של צפעוני התדיינות בשולי הסכסוך. התופעה דוחפת את הצדדים לקרע גדול יותר ויוצרת לחצים נפשיים מיותרים על יחיד המשפחה, כולל הילדים, הנקלעים לתקופה ארוכה של אי-יציבות ואי-ודאות ומוטלים בעל כורחם לתוך מערבולת של הוזהויות עם הורה זה או אחר. יתר על-כן, ריבוי התדיינות והתארכותן גוררים ברוב המקרים ניצול מצוקתו של הצד החלש יותר והעמיד פחות מבחינה כלכלית ונפשית או של הצד הלהוט יותר להתיר את קשר הנישואין. האמצעים השיפוטיים שמעמידה השיטה לצד החפץ להתיש את בן-זוגו מסייעים להעלות את מחיר הגט ותורמים ל"תרבות הסחטנות" הרווחת בתחום זה.

11.9 המערכת החברתית והשיטה המשפטית בכללותן יוצאות נפסדות מריבוי התדיינות. אילוץ המערכת להשקיע אנרגיה וזמן שיפוטי מיותרים וגביית מחיר כלכלי מן המתדיינים והחברה אינם מקדמים תהליכים נכונים ואינם מטפחים ערכים הולמים של אופני הכרעה ראויים בסכסוכים בתוך המשפחה. המסר של ריבוי התדיינות בערכאות שונות מעכב את יכולת ההסדר בדרכי שלום או באמצעים של פשרה. ריבוי סכסוכים על גבולות הסמכות בין ערכאות שונות משליט אווירה של אפולוגטיקה ווכחנות בחברה ויוצר עודף של התדיינות-סף פורמליסטיות בשיטה המשפטית.

12.9 גם בהליך אחר שנדון על-ידי בית-המשפט העליון¹⁰ נבחר פתרון מהותי כדי למנוע פגיעה אפשרית באשה. בית-המשפט קבע, כי בית-משפט השלום אינו מוסמך לפעול מכוח הסמכות המסורה לו במסגרת דיני הקניין בעילות שיסודן בדיני המשפחה (מדור בלתי-מופרע). למרות חוסר הסמכות הענייני, עיכב בית-המשפט, למשך שלושה חודשים, את ביטול צו-המניעה הקבוע נגד הבעל שהוציא בית-משפט השלום ואשר אושר על-ידי בית-המשפט המחוזי. הוא עשה כן כדי לאפשר לאשה להגן על עצמה באמצעות פנייה לערכאה המתאימה בהליך הולם. בית-המשפט הפעיל את שיקול-הדעת המסור לו במסגרת סמכותו הכללית והרחבה למתן סעדים לשם הגנת האינטרס של האשה, לאור העובדה ששתי הערכאות הקודמות מצאו כי צפויה לה סכנה של פגיעה מצד בעלה.

ב. גיור

13.9 המרת דת אינה מענייני המעמד האישי. הכרזה על תוקפה של המרת דת

10 רע"א 3798/90 הורנפלד נ' הורנפלד, פ"ד מה(5) 393.

שנעשתה מחוץ לישראל אינה בסמכותו של בית־הדין הרבני, אלא בסמכותו של בית־המשפט המחוזי. מכאן שגם הסכמת הצדדים אינה מועילה להקניית סמכות לבית־הדין. חוסר הסמכות העניינית הופך את הדיון בבית־הדין לחוסר סמכות פונקציונלית.¹¹ במקרה שהובא לפני בג"צ¹² נידון עניינה של קטינה שגויירה בארצות־הברית ואומצה על־ידי זוג ישראלי. על בסיס ההלכה שנפסקה בעבר, נרשמה הקטינה כיהודייה במרשם האוכלוסין על סמך תעודת הגיור שהוצגה לפקיד הרישום.¹³ הורי הקטינה ופקיד משרד הפנים הוטעו לחשוב שהכרעת בית־הדין משמשת בסיס לפעולת השלטון, והגישו לבית־הדין בקשה להכרה בתוקף הגיור. בית־הדין הטיל ספק בכשרות הגיור עקב התנהגותם של ההורים המאמצים לאחר הליך הגיור. על בסיס היוזמה שנקט בית־הדין, הוא דחה את הבקשה לאישור הגירות והעמיד לפני הקטינה תנאים נוספים לשם הכרה בגיורה. אולם, כאמור, הרישום נעשה מכוח הלכה פסוקה קודמת.

14.9 בזאת תם הדיון לכאורה, אולם בג"צ לא הסתפק בכך. בהערת־אגב מנתח בית־המשפט את דרך פעולתו של בית־הדין ואת מסקנתו. הוא מבקר את הדרך שבית־הדין הגיע בה למסקנתו, אך מעבר לביקורת, הוא גם שולל את תקפות הממצא וממילא גם את ההכרעה המשפטית. השופט ברק מתייחס לנפקות פסק־הדין הרבני אך ורק לעניין המרשם. הוא סבור כי פרשנות המונח "מי שנתגייר" לצורך שבות ומרשם מחייבת את הגבלת הבדיקה של בית־הדין למועד שבו נערך הגיור. הגבלה זו עולה בקנה אחד עם השאלה שהעמיד הפונה להכרעת בית־הדין, שעניינה נפקותה הדתית של פעולה מסוימת שאירעה בזמן נתון. הקביעה בחוק כי "יהודי" הוא מי "שנתגייר", לצורך חוק השבות ובעקבותיו חוק מרשם אוכלוסין, מפנה לכאורה לפעולה משפטית מגובשת שעניינה פעולת הגיור. לאור זאת בוטל פסק־הדין של בית־הדין הרבני.

בהערה אגבית זו על האופן שעל בית־הדין להתמודד בו עם מתן תוקף לגיור שנערך בחו"ל מקבל המונח הדתי "גיור", המופיע בחוק, משמעות חילונית מובהקת. בית־הדין או הדין הדתי מתבקשים לענות רק תשובות חלקיות בלבד, ולא למצות את מלוא התשובות הדתיות, המשתרעות על פני התחום כולו. במקרה זה, לפי גישת השופט ברק, התבקש בית־הדין לבחון את פעולת הגיור במועד עריכתה, ולא את מעמדו ותוקפו של הגיור ביום הדיון.

15.9 בכך ממשיך בית־המשפט שיטה משפטית רווחת בתחום יחסי הדת והמדינה בישראל. בית־המשפט מנסה לגבש דרך שתיישב בין הדין הדתי והמוסדות הדתיים המשולבים בחקיקה הישראלית לבין המשפט הישראלי. דרך כזו של סיגול והתאמה מוציאה כל אחת מן המערכות וחצי תאוותה בידה. היא מנסה לגשר בין הפערים ולצמצם. דו־קיום זה הינו בעייתי מלכתחילה, הן במישור העקרוני והן במישור היישומי. גישתו של בית־המשפט היא בבחינת הכרח בל יגונה, אולם היא מעוררת כמה קשיים עקרוניים:

16.9 ראשית, פסיקת בית־המשפט יוצרת מצב שבו התוכן הדתי הנמזג למושג

11 בג"צ 3023/90 פלונית נ' בית הדין הרבני האזורי, פ"ד מה(3) 808.

12 ש.ס.

13 בג"צ 264/87 תנועת ש"ס נ' מנהל מינהל אוכלוסין במשרד הפנים, פ"ד מג(2) 727.

הדתי, השאוב מן הדין הדתי (כגון "גיור"), הכלול בחקיקה הישראלית, הוא חלקי ומוגבל מראש. ההסדר המתקבל בעקבות זאת אינו עולה בקנה אחד עם התשובה המלאה המדויקת שהיה הדין הדתי נותן אילו התאפשר לו הדבר. תופעה כזו ידועה בפסיקה עוד מימי הפיצול בין פרטי הזכות הנובעת מן הדין הדתי לבין קביעת הזכאי לה. בית המשפט קבע עוד בעבר, כי ניתן להעניק זכות על-פי הדין הדתי, המעוגנת בחקיקה, גם למי שלא יהיה זכאי לה בדין זה על בסיס הנחת-יסוד, פיקטיבית מבחינת הדין הדתי, שמעמיד המשפט האזרחי.¹⁴

שנית, כך נוצר חילון של מושגים דתיים לצורך פרשנות חקיקה אזרחית המיועדת לכלל אזרחי המדינה. משמעותם של המונחים הדתיים גיור, כשרות, יהודי ובן-זוג, נעשית, לתכליות ולצרכים מסוימים, שונה לגמרי מזו שהדין הדתי מייחס לה. שלישית, גישה כזו יוצרת פיצול משמעויות וממילא גם פיצול תוצאות ומוסרת מסרים כפולים. כך, למשל, יהיה תוכן אחד לגיור לצורך חוק השבות והמרשם ותוכן אחר לצורך גישואין וגירושין. גם פיצול כזה מוכר במקומותינו. התוצאה הנובעת מפיצול כזה היא, ש"נצחוננו" של העותר בשלב הראשון רק מרחיק את ההתמודדות עם הבעיה הקשה לשלב מאוחר יותר.

17.9 בית המשפט מנסה למנוע את התרחבות הפיצול על-ידי ניסיון להגיע להסדר טריטוריאלי, ופרשות בבלי ולב הן מאמץ בכיוון זה. בית הדין הדתי מבקר את התוצאה שלפיה האחדות הנורמטיבית נרכשת, כביכול, באמצעות הטלת נורמות אזרחיות על הדין הדתי בבית-הדין הדתי.

זה גורלו של מפגש בין הדין הדתי לחוק האזרחי ושל אכיפת נורמות דתיות בתוך מסגרת חילונית ולצרכים ממלכתיים כלליים הנקבעים בחוק. על כך כבר נאמר בשיטתנו פעמים לא-מעט, כי ההכרח בל יגונה.

ג. בית-הדין: מעמדו כרשות שיפוטית וכמוסד דתי

18.9 בהקשר זה של פעולת בית-הדין בפרשת הגיור של פלונית¹⁵ נידונה שאלת מעמדו של בית-הדין כמוסד שיפוטי במשפט הישראלי. היכול בית-הדין לשמש, מצד אחד, בורר השואב את כוחו מחוק הבוררות, תשכ"ח-1968, כנהוג הלכה למעשה מימים

14 זה הדין בתביעת מזונות של אשה יהודייה שנישאה בחו"ל ליהודי בנישואים אזרחיים. גם אם הנישואים אינם מוכרים על-ידי הדין הדתי, ומשום כך לא היתה האשה זוכה בתביעת המזונות, היא תהיה זכאית להם, הואיל ואת הנחת-היסוד בדבר ההכרה בסטטוס הנישואים מעמיד המשפט האזרחי לדין הדתי. ראו ע"א 191/51 סקורניק נ' סקורניק, פ"ד ח 141. הנחות-יסוד אזרחיות שעל בסיסן מוטל דין דתי מודגמות גם בסוגיה של תעודת הכשר, שהרבנות נדרשת לתיתה לפי חוק איסור הונאה בכשרות, התשמ"ג-1983, במקרים מסוימים העונים על דרישות החוק לגבי הכשרות. ראו בג"צ 465/89 רסקין נ' המועצה הדתית ירושלים, פ"ד מד(2) 673. החוק המעניק מוגנופול בהענקת תעודות הכשר "גובה" כנגד זה את ההגדרה האזרחית למושג הדתי של כשרות.

15 בג"צ 3023/90 פלונית נ' בית הדין הרבני האזרחי, לעיל הערה 11.

ימימה,¹⁶ ולהיות, מצד אחר, מוסד דתי-הלכתי, היונק את כוחו מן הדין הדתי ומאמונו של הציבור בלבד? במקרה הראשון פועל בית-הדין על-פי הסכם בוררות. במקרה השני פועל בית-הדין מכוח סמכותו הדתית. שתי השאלות נשאלו בצריך-עיון, הואיל ולא נמצאו ראיות שפניית הורי הקטינה התכוונה להיות במסגרת אחת החלופות האמורות.

19.9 בית-המשפט הגבוה לצדק מעלה שיקולים מספר המקשים על הכרה בכוח המוסד השיפוטי הדתי כחלק ממערכת זיקות אחרת: שימוש באמצעים ממלכתיים לפעילות בעלת אופי אחר מן התפקיד השיפוטי שנקבע להם, חשש לבלבול הציבור, כשרותו של גיור להוות נושא להסכם בוררות, ולגבי פסיקה הלכתית שאינה מבוססת על סמכות שבדין – גם מראית העין של הפסיקה כבעלת תוקף נורמטיבי מכוח חוקי המדינה.

ד. פגמים בהליך

20.9 לעומת זאת, נוקט בית-המשפט גישה דווקנית, נוקשה ומחמירה יותר בכל הנוגע בפגמים בהליך שהינם בעלי אופי מהותי, כמו הרכב חסר ופגיעה בכללי הצדק הטבעי. במיוחד אמורים הדברים במקרים שהסמכות נתונה בהם לערכאות מיוחדות ונפרדות מן המערכת הרגילה, ובג"צ מפקח על מערכת זאת מכוח סעיפים 15(ד)(3) או 15(ג) לחוק יסוד: השפיטה.

פגם של הרכב חסר,¹⁷ גם כאשר הוא מתייחס רק למהלך הדיונים ולא למתן פסק-הדין, נחשב לחוסר סמכות פונקציונלית, המאיין את ההליך. להליך כזה אין תקנה לא בהסכמת הצדדים ולא בשיהוי. הטענה כאילו הבטלות מותנית בגרימת עוול כתוצאה מן הפגם נדחתה על-ידי בית-המשפט העליון. במקרה זה אין כל אפשרות ליישם את מבחן העוול והתוצאה של הפגם, שהרי אי-אפשר לרדת לנבכי מחשבתם של הדיינים שלא השתתפו בהרכב במהלך הדיונים.

21.9 כבר בעבר שימשו כללי הצדק הטבעי עילת התערבות מרכזית. פגיעה בכללי הצדק הטבעי לצורך פיקוח בג"צ על בתי-דין דתיים נחשבת לחריגה מסמכות.¹⁸ בפרשת מ.ה.¹⁹ זימן בית-הדין רק את בעלה של העותרת, חולת-נפש, וניהל דיון בהיעדרה. ניהול דיון בנוכחות צד אחד בלבד מהווה הפרה חמורה של כללי הצדק הטבעי. גם בתקנות הדיון בבתי-הדין הרבניים ניכרת מודעות מירבית לצורך לשמור על אותו כלל-בסיס של הצדק הטבעי.

בית-המשפט משאיר בצריך-עיון את מידת התקינות של נוהג בית-הדין לשמוע את בעלי-הדין במהלך הדיון בנפרד וביחידות; אולם בכל מקרה אין לנהוג באופן כזה בלי ששני הצדדים הוזמנו לדיון. לצורך קביעה של תוצאת הפגם, מתייחס בית-המשפט להלכות המקנות לבית-המשפט שיקול-דעת לגבי תוצאות הפרה של כללי הצדק הטבעי.²⁰

16 ע"א 688/70 דאר נ' חממי, פ"ד כה(2) 396; ע"א 376/62 בכר נ' בכר, פ"ד יז 881.

17 בג"צ 1750/91 מסלתי נ' בית הדין הרבני האזורי, פ"ד מה(5) 360.

18 בג"צ 10/59 לוי נ' בית הדין הרבני האזורי, פ"ד יג 1182.

19 בג"צ 3396/90 מ.ה. נ' בית הדין הרבני האזורי, פ"ד מה(3) 311.

20 בג"צ 118/80 גרינשטיין נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פ"ד לה(1) 239; ע"פ 768/80

שפירא בע"מ נ' מ"י, פ"ד לו(1) 337.

בית־המשפט רשאי לשקול זו כנגד זו את חומרת ההפרה מול מידת העוול ועיוות הדין שנגרמו לעותרת. מצד אחד נראה לבית־המשפט, כי הטענה שלפיה לא נגרם למערערת עיוות דין אינה נטולת משקל וכי דיון מחודש טומן בחובו איבוד זמן וחסרונות נוספים אחרים; אולם בית־המשפט רואה בנהל שנקט בית־הדין פגם רציני, במיוחד לנוכח העובדה שבנסיבות העניין לא ניתן לרפא את הפגם בשלב מאוחר, ועל־כן הוא פוסק שאין להשאיר את ההליכים האמורים ואת תוצאותיהם על כנם. לאור פסיקה זו בוטל ההליך.

22.9 אנו נתקלים לעיתים בפער בין האופן שבו תופש בית־הדין את תפקידו השיפוטי לבין תפישת תפקידו השיפוטי על־ידי המערכת האזרחית. אי־אפשר לנתק את השקפת־העולם של דיני בית־הדין מאופן מילוי תפקידם. ככל שנדגיש את תפקידו הממלכתי, החוקי, של בית־הדין, לא נוכל להימלט מתודעת האחריות הדתית של הדיין ומן החובות שהוא רואה עצמו קשור אליהן מעצם קבלת המשרה ועשיית השימוש בסמכות.²¹ הדיינות קשורה לחובה דתית ראשונה במעלה. "כל דיין שדן דין אמת לאמיתו אפילו שעה אחת מעלה עליו הכתוב כאילו נעשה שותף לקב"ה במעשה בראשית."²² כך, למשל, רואה עצמו בית־הדין מחויב עד כמה שהדבר אפשרי להחזיר את שלום־הבית לתקנו. בית־הדין אינו מסתפק בהכרעה בסכסוך, אלא רואה עצמו מחויב לפשרה ולהשכנת שלום. לשם כך הוא מוכן לנקוט באמצעים בלתי־פורמליים, שבעיני השופט האזרחי הם נחשבים לנוגדים את אופן הניהול התקין של משפט. אולם אין להתעלם מכך שחוסר הפורמליזם מטה במקרים רבים את בית־הדין לסטות ממושכלות ראשונים, שתכליתם שמירה על זכויות הצדדים והקפדה על מינימום של ניהול תקין.

23.9 בית־המשפט חייב להביא בחשבון את האיכות המיוחדת הנלווית לתפישת השיפוטית המנחה את הדיין. ביישום נכון של גישה מרחיבה, ניתן למצוא מעין הפעלה של בית־משפט למשפחה: פחות נוקשות פורמלית, שימת דגש בגישה אינטגרטיבית וניסיון להגביל את תחום הסכסוך, במטרה להביא את הצדדים להבנה הדדית ולהסדר מוסכם. אולם סובלנות כלפי התפישה השיפוטית המיוחדת אינה יכולה לעלות כדי סלחנות כלפי תופעות החורגות מן המקובל והגוררות פגיעה בזכויות הצדדים המתדיינים, כמו גם באפיון המערכת ובחובותיה הבסיסיות. בית־הדין מחויב להבין את המציאות שהוא פועל בתוכה ולהכיר בה כבמסגרת מחייבת של פעילותו. עליו להתאים את אופי פעילותו למסגרת הסמכות ולנסיבות שהוא פועל בתוכן. על רקע האיוון בין מגמות אלה, מפקח בג"צ על פעולות בית־הדין.

3. הידועים־בציבור כהסדר דמוי־נישואין

24.9 כבר הראינו בעבר כיצד ממשיכים בתי־המשפט את המגמה של הרחבת הזכויות של הידועים־בציבור וקירוב הזכויות המגיעות להם לאלה של זוג נשוי.²³ את

21 א' רוזן־צבי דיני המשפחה בישראל בין קודש לחול (תש"ן) 171-173, 334-335.

22 גמרא: שבת י, א.

23 רוזן־צבי, לעיל הערה 21, בע' 304-306.

מקומה של הפעילות החקיקתית, ששבתה בשנים האחרונות, תופסת הפעילות השיפוטית. מגמה זו נמשכת ברציפות ובהתמדה. הוכחה לכך ניתנת בשורה של פסקי-דין שהרחיבו בדרך של פרשנות את זכויות הידועים-בציבור.

25.9 במקרה ראשון, בעניין שנצר נ' ריבלין,²⁴ השווה בית-המשפט את זכותם של ידועים-בציבור לזכותם של בני-זוג לצורך ירושת דירת-מגורים לפי סעיף 11(א)(2) לחוק הירושה, תשכ"ה-1965. הוראות סעיף זה מקנות לבן-הזוג הנותר את הזכות לרשת את דירת-המגורים כאשר הוא יורש עם בני משפחה שאינם ילדי המוריש או צאצאיהם או הורי המוריש, בהתמלא התנאים הבאים: "היה בן-הזוג נשוי לו שלוש שנים או יותר וגר עמו אותה שעה בדירה הכלולה, כולה או חלקה, בעזבונו".

בית-המשפט פירש סעיף זה בחוק בהתבססו על המטרה החקיקתית, הנעוצה בהוראות סעיף 55 לחוק הירושה, כמו גם על המדיניות הרצויה, שהיא, להשוות את הזכויות בירושה על-פי דין של ידועים-בציבור לאלה של בני-זוג. הוא קבע שגם ידועים-בציבור זכאים ליהנות מן הזכות לדירת-מגורים הקבועה בהוראות סעיף 11(א)(2).

26.9 בצדק דחה בית-המשפט את הטענה, שקשיי ההוכחה של שלוש שנות הקשר כידועים-בציבור, המקבילים לשלוש שנות נישואין, מחייבים מסקנה אחרת. ידועים-בציבור, כחסים דמויי-נישואין, שונים מיחסי נישואין, ראשית לכל, ביסוד הסטטי של הסטטוס. יסוד זה קובע, בדרך-כלל, אמת-מידה אובייקטיבית הנסמכת על אקט פורמלי, ומשום כך יש בו הד-משמעיות לגבי מועדי היצירה והסיום. משהכיר המשפט הישראלי ביצירת זכויות מקבילות לבני-זוג על בסיס התנהגות שאינה כרוכה ביצירה פורמלית של סטטוס, אין להצביע על קשיי ההוכחה האמורים לבדם כעל אמצעי להסקת כוונה הפוכה מצד המחוקק לעניין זה. לפיכך, אין ללמוד מהבחנה זו בין ידועים-בציבור לבני-זוג כוונה מצד המחוקק לשמר גם שוני בזכויות בני-זוג לעומת זכויות של ידועים-בציבור.²⁵

27.9 ההוכחה הנדרשת לעניין זכות הירושה של דירת-המגורים על-פי דין היא כפולה: האחת, כי בפועל התגוררו השניים בדירת-המגורים עובר לפטירה. האחרת, כי השניים מילאו אחר התנאים המחייבים של סעיף 55 לחוק הירושה לצורך היותם ידועים-בציבור במשך שלוש שנים לפחות עובר לפטירה.

בעניין שנצר נ' ריבלין הוכח כי השניים חיו יחד כארבע שנים וכי המשיב סעד את הנפטרת בחוליה במשך כשלוש שנים. כן נקבע על-פי מכלול הראיות כי השניים היו ידועים-בציבור עובר לפטירה. בנסיבות אלה ובהיעדר ראיות נוגדות, הסתפק בית-המשפט בקביעה שכל מקרה יידון על-פי נסיבותיו. בית-המשפט לא דרש הוכחות פוזיטיביות למועד המדויק שבו נוצר הקשר המשפטי של ידועים-בציבור בין המשיב לנפטרת. ניתן לומר כי בית-המשפט הניח, שבתוך מסגרת התקופה האמורה נכללות שלוש שנים המקיימות את דרישות החוק. כך הוא התגבר על הקושי המחייב אותו לקבוע

24 ע"א 714/88 שנצר נ' ריבלין, פ"ד מה(2) 89.

25 ראו לעניין זה, א' רוזן-צבי, א' מעוז "הירושה על-פי דין לאור התיקון בחוק הירושה" עיוני משפט יא (תשמ"ז) 457, 487-488; א' מעוז, א' רוזן-צבי "ירושת בן הזוג" הפרקליט לו (תשמ"ד) 15, 48-49.

במדויק את נקודת הזמן שממנה ואילך יש לראות יחסים בין גבר לאשה כממלאים אחר הדרישות המשפטיות של ידועים-בציבור.

28.9 פסיקה זו, המבוססת על ההנחה שצויינה, מקילה עם התובע, המוציא מן העיבון. על התובע מוטל נטל השכנוע להוכיח שלוש שנות ידועים-בציבור עובר לפטירה. ממילא, בענייננו, חלה על המשיב החובה להוכיח את המועד המדויק של תחילת הקשר בעל הנפקות המשפטית, שרק על בסיסו קמה עילת-התביעה. בפסק-הדין מסתרת איפוא לא רק פרשנות משפטית המרחיבה את זכויות הידועים-בציבור, אלא גם הקלה ראייתית משמעותית. הקלה זו מגדילה את סיכוייו של הידוע-בציבור שנותר בחיים לזכות בדירת-המגורים.

29.9 הרחבה נוספת של זכויות הידועים-בציבור נעשתה בדרך עקיפה, בשני מובנים: ראשית, אין היא ישירה, באשר היא עוברת דרך סוגיית הסמכות. שנית, הרחבת הזכות עוברת דרך פרשנות מצומצמת של סמכות בית-הדין הרבני וכרוכה בה. הפרשנות התמקדה בסמכותו של בית-הדין הרבני לתת צו-ירישה, הקבועה בסעיף 155(א) לחוק הירושה. הסמכות מותנית בהסכמת "כל הצדדים הנוגעים בדבר לפי חוק זה".

האם ידועים-בציבור הם צד נוגע בדבר? אם התשובה חיובית, האם ההסכמה לדיון צריכה להינתן גם לצורך הדיון בשאלה אם פלוני מקיים את התנאים הנדרשים להיותו ידוע-בציבור? האם קביעת ממצאים עובדתיים והכרעות משפטיות בסוגיה זו היא עצמה מחייבת הסכמה מצד מי שעשוי להתברר בסוף הדיון כמי שאינו צד נוגע בדבר? שאלות אלה נידונו בעניין משולם.²⁶

30.9 במקרה זה הסכימו כל היורשים מן הדין לסמכות בית-הדין. העותרת, הטוענת להיות הידועה-בציבור, לא נתנה את הסכמתה. בית-הדין דחה את טענת חוסר הסמכות על בסיס עובדתי, לאחר שמצא כי העותרת אינה עומדת בתנאים הקבועים בחוק להכרתה כידועה-בציבור. משנקבע כך על-ידי בית-הדין, הוברר למפרע שאין היא צד נוגע בדבר, וממילא אין הסכמתה נדרשת. רק אילו נקבע שהיא ידועה-בציבור היתה נפקות לשאלת הסכמתה לסמכות.

לפי שיטה פרשנית זו, חייב בית-הדין לדחות את ההכרה בידועים-בציבור כדי שיוכל לקיים את הסמכות גם ללא קבלת הסכמתם מראש. אם יקבל בית-הדין את הטענה ויכיר בידועים-בציבור, ייזקק גם להסכמתם להמשיך לדון. על פיתוי זה מצד הסמכות, הפועל לדחיית הטענה של הידועים-בציבור בבית-הדין, נוספת אי-ההכרה של הדין הדתי במערכת היחסים האמורה כיוצרת או כמקנה זכויות מכוחה היא. גם יחסו של בית-הדין למוסד הידועים-בציבור ידוע בציבור ואינו מעמיד סיכוי גדול לקבלת הטענה. לא יפלא כי פרשנותו של בית-הדין משאירה את הכדור במגרשו, ובד בבד מעמידה את הטוענים להיות ידועים-בציבור בנחיתות מסוימת. פרשנות זו מחזירה לבית-הדין, במידה מסוימת, שליטה שנטל ממנו המחוקק עם יצירת המוסד האמור והרחבת תחולתו גם לתחום הירושה.

31.9 אילו היתה הכרעתו של בית-הדין מתאשרת בבג"צ, היתה מתקבלת, מבחינת יחסי הכוחות שבין ההסדר הדתי להסדר האזרחי, תוצאה שלפיה גבולות המוסד האזרחי

26 בג"צ 673/89 משולם נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד מה(5) 594.

(ההילוני) של ידועים-בציבור, שנוצר, בין היתר, כדי לפתור מצוקות הנובעות מתחולת הדין הדתי על ענייני נישואין וגירושין, היו נקבעים לצורך ירושה על-ידי הגוף שאותו הוא נועד "לעקוף". הקושי בתוצאה כזו גדול עוד יותר לנוכח העובדה שהירושה מתחלקת על-פי החוק בהתאם להסדר האזרחי, ולא הדתי; ומבחינה מעשית, מבחינת זכותם של ידועים-בציבור לרשת, היה נוצר במקרה כזה מצב בלתי-אפשרי כמעט. לפי פרשנותו של בית-הדין הדתי, היו יורשים מן הדין יכולים לעשות יד אחת ולהקנות את הסמכות לבית-הדין על אפו ועל חמתו של הטוען להיות ידוע-בציבור. כך היו יכולים לסכל למעשה כמעט כליל את זכותו של הידוע-בציבור לרשת את המוריש בלי שהטוען לזכות בירושה נתן את הסכמתו להתדיין לפני בית-הדין שאינו אוהד טענת זכות מכות הידועים-בציבור. 32.9 השלכותיו של פסק-דין זה עשויות היו להיות מרחיקות-לכת. אילו התקבלה השקפת בית-הדין ופרשנותו של שופט המיעוט, השופט מ' אלון, היה ניתן לבטל באופן מעשי את זכות הירושה של ידועים-בציבור באמצעות הקניית סמכות לבית-הדין בלי שהיתה נדרשת הסכמתם של התובעים מכות היותם ידועים-בציבור. המציאות מלמדת כי בדרך-כלל, אין דעת היורשים מן הדין נוחה מזכות הירושה של ידועים-בציבור. סמכותו של בית-הדין היתה מספקת מפלט נוח מפני הכרה בזכות זו.

33.9 בג"צ לא היה יכול להתעלם משיקולים אלה כאשר הוא בא לפרש את סמכותו של בית-הדין לדון בזכויות ירושה על-פי דין. לאור כל האמור לעיל ברור איפוא, כי בג"צ לא היה יכול להרשות לעצמו לקבל את פרשנותו של בית-הדין, שמשמעותה הינה כרסומו של ההסדר החברתי החשוב ופגיעה באיזון העדין שיצר המחוקק בתחום זה. לא ייפלא איפוא כי דעת הרוב, מפי הנשיא שמגר, דחתה את מעגל-הקסמים שאליו ביקשה פרשנות בית-הדין להכניס את הידועים-בציבור. הטענה כי מי שהסכמתו נדרשת לצורך עצם קיום הדיון ייאלץ לקיים בעל כורחו דיון עובדתי ומשפטי מלא וממצה לגוף העניין, כדי לברר, על-ידי הערכאה שהוא סירב לתת לה הסכמה לדיון, אם הסכמתו נדרשת, לא התקבלה על דעת הרוב בבית-המשפט. הוא ראה בטענה זו תרתי דסתרי; במיוחד כאשר גורל ההכרה במעמדו כמתנגד נשלט על-ידי אמות-מידה הנוהגות על-פי דין שאינו מכיר מעיקרו במעמדו. הנשיא סבר כי הדיון בעניינה של העותרת הוכרע לגופו, ללא הסכמה בכתב, לפי אותה ערכאה משפטית אשר ממנה ביקש המחוקק לשלול את הסמכות לקיום הדיון בהיעדר הסכמה מראש ובכתב. דבר זה נוגד את הוראתו המפורשת של המחוקק. ההסכמה לסמכות קודמת לכל דיון. בהיעדרה של הסכמה כזו נשמרת הסמכות בידי הערכאה המקורית, היא בית-המשפט הרגיל.

34.9 בית-הדין הסתמך בפרשנותו על הכלל, כי טריבונל משפטי מוסמך בדרך-כלל לקבוע אם התקיימו התנאים המוקדמים להפעלת סמכותו השיפוטית, וממילא את הממצאים העובדתיים שעליהם נשענת הסמכות.²⁷ כדי להתגבר על קושי משפטי זה, הבחין הנשיא

27 ע"א 463/65 טירת הכרך בע"מ נ' ועדת השומה, פ"ד כג(2) 234, 246; ע"א 158/56 רשות הפיתוח נ' נעמי, פ"ד יא 829, 832; ע"א 449/64 אריה בע"מ נ' צימרמן, פ"ד יט(1) 256, 259. לגבי בית-הדין הרבני, ראו בג"צ 113/84 בנקובסקי נ' בית הדין הרבני האזורי, פ"ד לט(3) 365, 378; בג"צ 359/66 גיתיה נ' הרבנות הראשית, פ"ד כב(1) 299.

בין שני סוגי סמכות: בין בית־משפט רגיל, שהסמכות קנויה לו מלכתחילה ואשר לפניו מועלית טענה של חוסר סמכות, שאותה הוא רשאי לברר לגופה, לבין בית־משפט נעדר סמכות מעיקרו, העשוי לקנות סמכות רק בתנאי שזו ניתנה באופן פוזיטיבי, מראש ובכתב.

רק על המקרה הראשון חל הכלל בדבר כוחו של הפורום לברר את התקיימותם של תנאי סמכותו. דיון בשאלות של סמכות שלוב בגופו של עניין. ההכרעה בעניין הסמכות עשויה להינתן, במקרים רבים, רק בסוף הדיון, לאחר העיון בגוף העניין האוצל גם על שאלת הסמכות.

הדין שונה לגבי המקרה השני. המחסום בפני הסמכות הינו פורמלי וחד־משמעי: כל עוד אין הסכמה מראש ובכתב של בעל הדבר, נעדר בית־הדין כל סמכות. בהיעדר הקניית הסמכות, אין גם אפשרות לקיים בירור בקשר למעמדו של מי שמתנגד. ההסכמה הינה מוקדמת לכל בירור משפטי הנוגע במישרין או בעקיפין במי שלא נתן הסכמה כזו. הסמכות לדון בעניין נשמרת בידי בית־המשפט הרגיל, שהסמכות מוקנית לו בכל מקרה, ללא הסכמה מפורשת כלשהי.

35.9 הבחנה זו משרתת את המדיניות המשפטית ואת התוצאה המתבקשת. כל תוצאה אחרת תקנה לבית־הדין סמכות למעשה לדון בגופו של עניין בהיעדר הסכמה של צד נוגע בדבר במסווה של הכרעה מקדמית בעניין של סמכות.

שופט־המיעוט, החותר לתוצאה אחרת, אינו עושה הבחנה זו. לדידו משתרע כוחו של כל טריבונל על בירור התקיימותו של כל תנאי מוקדם לסמכות. לדעתו, בית־הדין הוא המוסמך לקבוע אם פלוני נוגע בדבר ואם הוא עומד בדרישות אלה הן מבחינת הממצאים העובדתיים והן מבחינת הקביעה המשפטית.

את הבעיה של הענקת כוח ההכרעה המהותית למעשה בשאלת הידועים־בציבור לערכאה "עוינת" למוסד ה"חילוני" מציע שופט־המיעוט לפתור באמצעות פיקוח בג"צ על בתי־הדין וכוח ההתערבות שלו בתנאים המוקדמים לקיום הסמכות. חולשתה של עמדה זו היא, כי לנוכח גישתו העקרונית של בית־הדין, עשוי פיקוח בג"צ להידרש מעשה יום ביומו. החוק מקנה סמכות לבית־הדין כעניין חריג ורק לרצונם של כל הצדדים ובהסכמתם. בנסיבות אלה אין היגיון בייחוס כוונה חקיקתית המטילה על הצדדים עומס כספי, צורכת זמן יקר והופכת את ההתדיינות בשתי מערכות שיפוטיות לדבר שבשגרה.

36.9 כאן מן הראוי להעלות עניין בעל חשיבות רבה, שלא רק על עצמו ללמד יצא, אלא על הסדר תחומים רבים. אי־ההכרה של בית־הדין בדין אזרחי מסוים או הבעת הסתייגות מדין אזרחי זה בטענה שאינו מתיישב עם מערכת הדינים והערכים שעל־פיהם דן בית־הדין עשויות לשמש אמצעי מרכזי בידי בית־המשפט העליון (בין במפורש ובין במשתמע) בפרשנות היקף הסמכות של בית־הדין. קושי ביישום הדין האזרחי בבית־הדין הרבני יש לו נפקות משפטית הבאה לביטוי הן בקביעת גבולות הסמכות של בית־הדין, הן בפרשנות חקיקה הנוגעת לדין המהותי החל בבית־הדין והן ביישום עקרונות משפטיים, כגון מעשה־בית־דין וכיוצא בזה. יחסו של בית־הדין הדתי לדין האזרחי ולעקרונות־יסוד של המשפט הישראלי גרר אחריו בעבר, וגורר אחריו ביתר שאת בהווה, מעורבות רבה של בג"צ. דבר זה מצא את ביטויו בשאלת הצמצום של היקף מעשה־בית־דין של פסיקה

רבנית בעניין זכות המזונות של אשה על בסיס גישוואים אזרחיים;²⁸ בנכונות לבחון את היקף פרשנותו של סעיף הכריכה (ולפרשו בצמצום) ביחס להתדיינות בהלכת השיתוף;²⁹ ועתה, בפרשת משולם, בפרשנות מצומצמת של סמכות בית-הדין לדון בירושה על-פי דין כאשר עולה שאלת זכותם של ידועים-בציבור לרשת. בימים אלה ניתן למגמה זו ביטוי מרחיק-לכת, תוך מעורבות חודרת של בג"צ, בפרשות בבלי ולב.

37.9 שופט-המיעוט, השופט אלון, מסתייג מדרך זו בגורסו, כי אי-ציות לדין, כמו גם אי-נוחת של שופט או דיין מדין מסוים, אינו שיקול בקביעת הלכה. אולם השופט אלון מתעלם במקרה זה מן הנסיבות המיוחדות המצדיקות את ההתחשבות ביישום הדין. ראשית, הדין החל בסוגיה זו הוא הדין האזרחי, ולא הדתי. שנית, הסמכות מוקנית לערכאות השיפוט הרגילות, ולבית-הדין סמכות מיוחדת בלבד. שלישית, יש צורך בהסכמה מראש של כל הצדדים העלולים להיות מושפעים מן ההחלטה. הסכמה זו נדרשת במיוחד לנוכח העובדה שההתדיינות בבית-הדין עשויה להשפיע על קביעת הדין ועל התוצאה. הכרעת דינו של צד למעשה עקב נטילת סמכות מיוחדת ללא הסכמה מראש אינה מוצדקת.

התפתחות מרחיקת-לכת יותר במעמדם של ידועים-בציבור אוזכרה בפתיחת הרשימה ומקורה בהלכת אפרת.³⁰

4. הורים וילדים

א. טובת הילד

38.9 כמה החלטות מרכזיות עוסקות בסוגיה של טובת הילד, על היבטיה השונים, ובהקשרים השונים שבהם היא מתעוררת. עקרון טובת הילד אינו יכול להיות מנותק מן האתוס החברתי ומן המסרים החברתיים שמשדרת החברה ושיילדים מתחנכים עליה. בפסיקה שניתנה בשנים תשנ"ב-תשנ"ג עולות שאלות נוקבות הן באשר לזכויות ההורים כלפי הילד והן באשר לזכויות הילד וטובתו. הבעיה העיקרית היא מהו מחוץ-החפץ החברתי של הכרעה בסכסוכים שילדים מעורבים בהם וכיצד הוא משפיע על העיקרון של טובת הילד. השאלות מתייחסות הן להכרעה במחלוקת בסוגיית המשמורת בין ההורים והן להתערבות במשפחה, ובמיוחד בהקשר אופן הבחירה בין החלופות השונות וההעדפות החברתיות וממילא גם המשפטיות.

בפסיקה בשנים הנסקרות עולות שאלות מרתקות, הדנות הלכה למעשה ביחס שבין זיקת הילד לחברה או למדינה מסוימת לבין טובתו; ביחס שבין האידיאולוגיה החברתית באשר למעמד הילד במשפחה ובחברה לבין טובתו; באינטרס ההגנה על ההורות ועל

28 ע"א 173/69 בכר נ' בכר-גולדברג, פ"ד כג(1) 665.

29 ע"א 488/89 נופרבר נ' נופרבר, פ"ד מד(4) 293.

30 בג"צ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין, לעיל הערה 1.

זכותם הבסיסית של הורים לגדל את ילדם גם כאשר המסוגלות ההורית נוטה יותר לכיוון ההורים הפסיכולוגיים, ולא הביולוגיים; בגורם הזמן, בחשיבותו ובהשפעתו על טובת הילד.

39.9 היחס שבין האידיאולוגיה החברתית לבין השאלה של טובת הילד התעוררה באחרונה בסכסוך משמורת בין הורים. בית-המשפט קבע,³¹ כי לצורך קביעת ההורה-המשמורן, לא יתחשב בית-המשפט בהערכת ההתנהגות של ההורים ככני-זוג וביחסיהם הפנימיים זה כלפי זה על-פי אמות-מידה מוסריות, שמקורן, למשל, בדין הדתי. היחס אל הילדים והמסוגלות ההורית הם חלק מטובת הילד. לעומת זאת, התנהגות ההורים זה כלפי זה (כגון קיומו של חבר של האם-האשה החיה בנפרד מן האב-הבעל) שאינה משפיעה על היחס אל הילדים אינה נכללת, בעיני בית-המשפט האזרחי, במושג טובת הילד. התחשבות בגורם כזה, אפילו שימש גורם לקרע בין ההורים במסגרת סכסוך משמורת ביניהם, לא זו בלבד שאינה רלוונטית, אלא היא עלולה לפגוע בילדים ללא צורך. בית-המשפט גם מזכיר את הצורך בהימנעות מהטלת מגבלות על ההורה-המשמורן (במקרה זה – האשה), שאינן דרושות לצורך קיום המשמורת, תוך הבטחת טובת הילדות, כמוקד ההחלטה.

הואיל ובית-הדין עשוי לצאת מנקודת מוצא אידיאולוגית אחרת, המעוגנת גם בדיני הנישואין שהוא מחיל, ניתן לאתר בסוגיה זו מקור נוסף לחילוקי-דעות בין בית-המשפט האזרחי לבין בית-הדין הדתי.³²

40.9 פרשה אחרת, פרשת קונסלוס,³³ שמה דגש לא-מבוטל באינטרסים שהינם "חיצוניים", כביכול, לטובת הילד ונועדו לשרת תכלית חברתית חשובה, כגון מניעת חטיפה וביטול תוצאתה. בפסק-דין זה מתחזקת ההכרה שלא ניתן לנתק את זכויות ההורים מטובת הילד. אל תוך המונח "טובת הילד" מוחדרות למעשה, בפרשה זו, מערכות שיקולים רחבות, שיש להן רק זיקה עקרונית, ורק במונח הרחב, לטובת הילד. בפרשה זו עולות איפוא בעיות נוקבות, שדומה כאילו הן מערערות מושכלות ראשוניים במסגרת המושג טובת הילד.

41.9 במקרה זה נחטפה קטינה מאימה, העותרת, בברזיל, בהיותה בת ארבעה חודשים. בבדיקת רקמות שנערכה במסגרת העתירה נקבע שהעותרת היא אכן האם הביולוגית של הקטינה. המשיבים, באמצעות עורך-דין ישראלי שטיפל באימוץ בברזיל, קיבלו לרשותם את הקטינה לאחר שהומצאו להם מסמכי אימוץ ברזיליים, שהתגלו, לאחר הגשת העתירה, כמוזיפים. הקטינה הגיעה לישראל, והיא גויירה וגודלה על-ידי המשיבים

31 ע"א 772/89 פת נ' פת, פ"ד מה(2) 297.

32 בעבר ביטל בית-המשפט העליון החלטות של בית-הדין הרבני בסכסוך משמורת בין הורים כאשר התברר לו שבית-הדין ייחס משקל רב מדי לשיקול אחד, הנובע מהשקפתו הדתית, והעדיפו על מכלול השיקולים המרכיב את טובת הילד. ראו, למשל, בג"צ 181/81 מור נ' בית הדין הרבני האיזורי, פ"ד לז(3) 94; בג"צ 7/83 ביארס נ' בית הדין הרבני, פ"ד לח(1) 673; ע"א 680/84 שני נ' שני, פ"ד לט(2) 444. על בעיה זו ראו רוזן-צבי, לעיל הערה 21, בע' 91-92 והאסמכתאות המפורטות שם.

33 בג"צ 243/88 קונסלוס נ' תורג'מן, פ"ד מה(2) 626.

במשך יותר משנה וחצי. העותרת גילתה את מקום הימצאה של הקטינה ותבעה להשיבה אליה. הקטינה היתה בת כשנתיים בשעת הדיון.

הדגש המושם במקרה זה בזכויות ההורים בולט עקב העובדה שהן השיקול של המסוגלות ההורית והן שיקול ההמשכיות - המבטאים את טובת הילד האינדיווידואלי "נטו" - פועלים נגד ההורים הביולוגיים, שעתירתם התקבלה. השיקול של מימד הזמן, כמו גם השיקול של השוואת המסוגלות היחסית של ההורים המאמצים, המהווים מרכיב חשוב של טובת הילד, לא עמדו בפני זכותם הבסיסית של ההורים הביולוגיים.³⁴ זכויות ההורים לא בטלו גם לאחר שהילדה הסתגלה במשך שנתיים להוריה המאמצים, שמסוגלותם ההורית היתה ללא דופי. טובת הילדה, במימד ההשוואתי היחסי, במובן של בחינת העדפה בין ההורים הביולוגיים להורים המאמצים, לא נשקלה במקרה זה.

42.9 פסק-הדין מבליט איפוא את חשיבותה של האוטונומיה של התא המשפחתי ואת המרכזיות המיוחסת לזכות הבסיסית של ההורים הביולוגיים. בית-המשפט איתר את הדין שלפיו דן את פרשת קונסלוס בדרך של הקש מן הסוגיה של עילות האימוץ, ונסמך על הכלל הבסיסי והראשוני שהורים ביולוגיים הם האופטרופסים הטבעיים של ילדיהם. בית-המשפט יישם על נסיבות מקרה זה - מעשה החטיפה והאימוץ שבא בעקבותיו - את הכלל, כי במקרים של התערבות במשפחה, עקרון טובת הילד אינו שיקול עצמאי, ולפיכך אינו נשקל אלא לאחר שנוצרה עילה לגיטימית להוצאת ילד מחיק הוריו.³⁵ או כאשר הפגיעה בקטין הנובעת מהשבתו לחיק הוריו הטבעיים עלולה להיות ממשית ובלתי-הפיכה.³⁶

43.9 בדרך דומה נקט המחוקק ההולנדי זמן קצר לאחר תקופת השואה כאשר קבע את עדיפות ההורים הטבעיים, שמסרו את ילדיהם כדי להצילם מהשמדה, על ההורים הפסיכולוגיים גם כאשר הילד שהה במשך שנים בבית ההורים הפסיכולוגיים.³⁷

34 ראו פ' שיפמן דיני המשפחה בישראל (תשמ"ט, כרך ב) 224. הוא עומד על העובדה שאיננו מעמידים את טובת הילד כקנה-מידה ראשון וכבסיס ל"חלוקת" ילדים. טובת הילד אינה משמשת עילה עצמאית ומוחלטת, היפה בכל עת. אחרת היה ניתן להחליט גם לבחור הורים לפי טובת הילד או לקבוע מראש סטנדרטים או מבחנים לגידול ילד או להורות ראויה, וממילא חלופות מוקדמות לעניין מקום השמתו של ילד. אין זו עמדתה של שיטתנו. סדרי ההעדפה לגידול ילד - לבחירת צרכים שונים (מגורים, שינוי מקום מגורים ותכיפותו, ארץ, שפה, בית-ספר), לסוג החינוך, לאופי החינוך, לאופי החברות, לאידיאולוגיה שעליה יחונך הילד, למידת תשומת-הלב הניתנת לילד על-ידי ההורים יחסית לצרכים אחרים שלהם, לשיטת החינוך ולאופיה (נוקשות, חופש), ליחס בין מידת החירות (או הכפייה) הניתנת לילד במסגרת המשפחה וכיוצא באלה - מסורים להורים.

35 ראו, בין היתר, ע"א 783/81 פלוני נ' פלמוני, פ"ד (לט) 1; ע"א 212/85 פלוני נ' פלונית, פ"ד (לט) (4) 309.

36 בג"צ 243/88 קונסלוס נ' תורג'מן, לעיל הערה 33, בע' 639-640.

37 J. Goldstein, A. Freud, A.J. Solnit *Beyond the Best Interest of the Child* (1979) 105-111.

בית המשפט קבע גם כי המוציא מחברו במקרה זה הם ההורים המאמצים, ולא ההורים הביולוגיים, שילדתם נחטפה. הנטל של הוכחת פגיעה בלתי־הפיכה בילד במקרה של שינוי הסטטוס־קוו מוטל על ההורים המאמצים, ולא על התובעים בפועל, המבקשים לשנות את הסטטוס־קוו. גם בכך ייחודו של פסק־הדין. בדרך־כלל מגן המשפט על הסטטוס־קוו ומטיל נטלים על המבקש לשנותו.

44.9 אין ספק, לפנינו סוגיה מיוחדת שפסק־הדין נותן לה ביטוי מיוחד וחריג. יחד עם זאת ראוי לציין, כי שיקולים חיצוניים מנחים את בית־המשפט גם בפרשה אחרת, שבמרכזה עומדת סוגיה של חזרה מהסכמה לאימוץ.³⁸ במקרה זה הגיע בית־המשפט לתוצאה הפוכה, הן מבחינת היחס אל הסטטוס־קוו שנוצר, הן מבחינת ההתחשבות במימד הזמן ובגורם ההמשכיות והן בבחינה השוואתית של מסוגלות הורית והיחס אל זכויות ההורים הביולוגיים. ההורים הביולוגיים לא זכו, בניסיונות מקרה זה, לקבל בחזרה את ילדם שנמסר לבני־זוג לאימוץ עם לידתו בעקבות חתימה על הסכמה לאימוץ. ההעדפה ניתנה להורים המאמצים.

סמוך לאחר הלידה ועם מסירת הילד לאימוץ, נישאו ההורים זה לזה ואין ספק במסוגלותם ההורית. ימים מספר לאחר מסירת הילד דווח לשירות למען הילד על הרצון לחזור מן ההסכמה, ועשרים יום לאחר החתימה על ההסכמה כבר הגישו לבית־המשפט בקשה לחזור מן ההסכמה. הטיפול בבקשה לא היה מזוורו דיו והחל רק כעבור חודשיים. עד למועד ההחלטה בבית־המשפט חלפו שלושה־עשר חודשים, ולמועד הערעור עברו כבר שנתיים. במרכז הדיון עמדה השאלה אם ראוי להחזיר את הילד להורים או להשאירו בבית המשפחה שאליה הועבר.

45.9 הסכמה לאימוץ היא עילת אימוץ, וחזרה ממנה אפשרית רק בהתקיים עילה מיוחדת (אמצעים פסולים להשגת ההסכמה או טעמים מיוחדים לחזרה) ובהתאם לשיקול־דעתו של בית־המשפט לאור טובת הילד. במקרים של חזרה מהסכמה לאימוץ עומד בית־המשפט לפני סיטואציה שבה עליו לאזן בין זכותם הטבעית של הורים ביולוגיים לבין אמינותו של מוסד האימוץ והאינטרס הציבורי של עידוד מוסד זה. אינטרס זה אינו עולה בקנה אחד עם מתן אפשרות קלה להורים לחזור בהם. הנמקת בית־המשפט, שלפיה הוכחו בניסיונות המקרה טעמים מיוחדים לחזרה מהסכמה לאימוץ, לעומת התוצאה בניסיונות המקרה, שהיא דחיית התביעה של ההורים הביולוגיים, היא פשרה כביכול בין קבלת העילה לחזרה מהסכמה לאימוץ לבין התחשבות בשיקולים של טובת הילד. הנמקת בית־המשפט מעניקה פיצוי רגשי להורים הביולוגיים, אך תוצאת פסק־הדין נותנת העדפה לאינטרס של האימוץ. בסופו של דבר מוכרע עתידו של הילד על־פי עקרון טובת הילד כשיקול מכריע, אולם, כאמור, אין גם להתעלם מן השיקולים ה"חיצוניים" המכוונים אותה.

46.9 החלוקה לשני שלבים – שלב העילה ושלב ההכרעה על בסיס טובת הילד – נוחה מבחינה אנליטית משפטית, אך אינה משקפת את המהלך הפנימי של הדברים. קיימת השפעת־גומלין, ובשני השלבים מעורבים שיקולים דומים. גורם הזמן, למשל, מהווה שיקול

38 ע"א 546/89 פלוניס נ' הי"מ, פ"ד מה(1) 185.

לגבי העילה ומהווה גורם בעל משקל במסגרת שיקולי טובת הילד. במקרה זה הוא שימש בשתי תכליות הפוכות. מחד גיסא, הוא שימש נדבך במסגרת הוכחת עילת החזרה מהסכמה לאימוץ (מהירות הפנייה של ההורים) ובכך פעל לטובת ההורים הביולוגיים; מאידך גיסא, הוא היווה את הטעם העיקרי לשמירת הסטטוס־קוו (התמשכות ההליכים והעדפת עקרון ההמשכות לגבי הילד והגזק העלול להיגרם לו על־ידי הניתוק), ובכך פעל נגד ההורים הביולוגיים. במקרה זה, השפעת גורם הזמן היא אובייקטיבית (פעולת שלטונות הרווחה והתמשכות ההליכים) ואינה מונחת לפתחם של ההורים, שפעלו במהירות וללא דיחוי.

47.9 ההשוואה בין שני המקרים האחרונים מצביעה על היחסיות של עקרון טובת הילד, על תלותו בהקשר ובגורמים ה"חיצוניים" הקובעים את האינטרסים המשפיעים על שיקולי טובת הילד. לפנינו הוכחה נוספת, כי למעשה, לא ניתן לדבר על טובת הילד "נטו". מרכיבי טובת הילד מעוגנים בנסיבות הסובבות ובאופי האינטרסים המוגנים.

כך, למשל, לא הכריע גורם הזמן את הכף ולא מנע את שינוי הסטטוס־קוו בפרשת קונסלוס, אף־על־פי שניתן לייחס לגורם הזמן משקל דומה, אם לא גדול יותר, גם במקרה פלונים, שעניינו החזרה מהסכמה לאימוץ. במקרה אחרון זה ניתנה זכות הבכורה לגורם הזמן, והוא שמנע את החזרת הילד להוריו הביולוגיים וזכה במשקל מכריע בשיקולי ההימנעות משינוי הסטטוס־קוו,³⁹ למרות העובדה כי האחריות להתמשכות ההליכים אינה נובעת כלל מהתנהגות ההורים הביולוגיים, הנושאים, בסופו של דבר, בתוצאות, אלא מוטלת כולה על כתפי המוסדות והשלטונות.⁴⁰

48.9 למשך הזמן מיוחס משקל מכריע בשיקולי השמת ילד גם כאשר קיים פגם חמור בכפיית מציאות מסוימת באמצעות גורם הזמן. אכן, בית־המשפט מבקר קשות יצירת עובדות מוגמרות בשטח על־ידי הרשויות המוסמכות, המחייבות את בית־המשפט, מטעמים של טובת הילד, להשלים עם מצב שהיה ניתן לשנותו אילולי כן.⁴¹ משך הזמן שימש גורם מכריע גם בפרשה אחרת, שנוצרה בה מציאות מסוימת של ניתוק מבני המשפחה הביולוגית במשך זמן ממושך. מציאות זו לא איפשרה עוד את הבחירה בחלופה של אומנה, שהיתה עשויה, לדעת בית־המשפט, להיות פתרון עדיף אילולי תכתיבה של המציאות שנוצרה בעקבות פעולתן של רשויות הרווחה.⁴² גם כאן מותה בית־המשפט ביקורת על פעולת הרשויות, שניצלו את גורם הזמן כדי לקבוע עובדות מוגמרות.⁴³

39 השופטים ת' אור (שם, מע' 196 ואילך) וג' בך (שם, בע' 207–208) קושרים אומנם לגורם הזמן את המצב הבריאותי של הילד כגורם הדומיננטי המכריע את הכף, אולם זו נראית בעיני רק הנמקה מרכזית.

40 ראו דברי השופט מ' בייסקי, שם, בע' 200.

41 ראו דברי השופט מ' בייסקי, שם, בע' 203.

42 ע"א 3236/90 פלונים נ' הי"מ, פ"ד מה(3) 460.

43 מכיוון אחר נמתחה ביקורת על משך השהות של קטינה במוסד במשך ארבע שנים לפני שהוגשה בקשה להכרזתה כבת־אימוץ, אף כי חוסר המסוגלות ההורית היה ברור. על־אף רצונם של ההורים להשאיר את הקטינה במוסד, היה צריך לזרז את הליכי האימוץ

49.9 גם זכותם הטבעית של ההורים הביולוגיים אינה זוכה במעמד אחיד בשני פסקי־הדין. משקלו היחסי של "קול הדם" בפרשת קונסלוס היה גדול ביותר ואף הכריע את הכף, אך לא כך בפרשת פלוניס. בפרשת קונסלוס ניתנה העדפה לזכות האפוסטרופוסות הטבעית של ההורים, מה שאין כן בפרשת פלוניס. גם בפרשה אחרונה זו מדגיש בית־המשפט את החזקה שטובת הילד היא לגדול אצל הוריו הטבעיים,⁴⁴ אולם אין הוא מייחס לה משקל מכריע בנסיבות המקרה ומעדיף עליה את גורם הזמן. אכן, הנסיבות שונות: במקרה הראשון, הניתוק בין הילדה להורים הוא פרי פשע שפל, בעוד שבמקרה השני הוא פרי הסכמה של ההורים; אולם בשני המקרים מולכים שני השיקולים – גורם הזמן וזכות ההורים הביולוגיים – לאותו כיוון. התוצאה ההפוכה היא פרי השיקולים המערכתיים ה"חיצוניים".

50.9 צמד פסקי־הדין העקרוניים, המגיעים לתוצאות הפוכות תוך היוקקות לשיקולים דומים, מתוך אינטרסים אחרים, המעוגנים באופי העניין, מלמד לקח משותף, שלפיו משקלם של הגורמים החיצוניים גדול מן הרטוריקה של טובת הילד שאנו משתמשים בה. יחד עם זאת, הדרך ליישוב האינטרסים החיצוניים כביכול עם ההקשר הפנימי של טובת הילד נעוצה בטענה שאינטרסים אלה, אף שהם חיצוניים לטובת הילד האינדיווידואלי, נותנים ביטוי לאינטרסים עקרוניים, המגינים, בסופו של דבר ומבחינת השיטה בכללותה ולאורך ימים, על טובת הילד במישור המושגי והעקרוני. מבחינה זו, אינטרסים אלה הם קו־ההגנה העקרוני של שיטת המשפט על המסגרת המושגית של טובת הילד.

ב. אימוץ

51.9 החלטה חשובה ומרכזית, שעניינה החזרה מהסכמה לאימוץ, נידונה בהרחבה בתת־פרק הקודם, שנסב על שיקולי טובת הילד. כמה החלטות חשובות נוספות עוסקות בסוגיית האימוץ, ובין היתר בשאלה החברתית והמשפטית בדבר סדרי העדיפויות בין האפשרויות השונות במקרים של התערבות במשפחה.

המשפט הישראלי מתייחס לאימוץ, בדרך־כלל, כאל הורות טבעית מבחינת התוצאות המשפטיות הכרוכות בה. באחד המקרים שנידונו בבית־המשפט העליון התעוררה שאלת החזרה מאימוץ, דהיינו, ביטולו.⁴⁵ סעיף 19 לחוק אימוץ ילדים, התשמ"א–1981, יוצא מנקודת־מוצא כי האימוץ הינו סופי במהותו ולא ניתן לסגת ממנו. אולם, שלא כבשיטות משפטיות אחרות (צרפת, למשל), שאינן מאפשרות כלל ביטול אימוץ, מאפשר החוק הישראלי את ביטולו על בסיס של הוכחת עילה (נסיבות שלא היו ידועות או קיימות בשעת מתן הצו) ושיקולי טובת המאומץ.

בנסיבות אלה, ראו ע"א 3199/90 פלוניס נ' הי"מ, פ"ד מה(3) 488. על סוגיה זו של התלבטות הרשויות באשר לחלופות המתאימות, ראו להלן.

44 ע"א 546/89 פלוניס נ' הי"מ, לעיל הערה 38, בע' 201.

45 ע"א 1104/90 פלוניס נ' הי"מ, פ"ד מה(3) 302.

בפרשה מיוחדת זו אימץ בית-המשפט העליון גישה מכבידה על אפשרות החזרה מאימוץ. המאומץ, כבן שמונה-עשרה, נפלט מכל מסגרת ואושפו בבית-חולים פסיכיאטרי. בית-המשפט לא שעה לדרישות המאמצים לביטול האימוץ (לאחר שבע שנות אימוץ ועשר שנות קשר בינו לבין המאמצים), למרות קיומו של קרע מוחלט בין המאמצים למאומץ, למרות יחסי שנאה קיצונית ותחושה של כישלון מוחלט מצידם. בית-המשפט העדיף את הקשר המשפטי, המעניק למאומץ זהות, רשמית ונפשית, ויוצר כלפיו אחריות מצד המאמצים, על התחושות והקשר הנפשי והממשי. בכך חיזק בדרך משפטית את הבחינה התודעתית של הקשר בין הורות טבעית להורות משפטית.

52.9 אף-על-פי שאין קשר עקרוני בין חזרה מהסכמה לאימוץ לבין ביטול האימוץ ואף שחלק מן האינטרסים המעורבים בכל אחד מן התחומים הינם שונים, מתברר כי הפסיקה מקשה על כל אחת מן הפעולות האמורות. בכך היא מחזקת את מוסד האימוץ ומקרב את מעמדו החברתי למעמדה של הורות ביולוגית.

קשר זה נידון גם בהקשר אחר, בשאלה של השפעת ההורים הביולוגיים על פתרון האימוץ המוצע. נפקותה של עמדת ההורים הביולוגיים באשר לסוג המשפחה המאמצת שהם מעדיפים, לאורח חייה, לאופיה ולאופן התנהגותה, נידונה באחד מפסקי-הדין.⁴⁶ ההורים הביולוגיים ביקשו למצוא הורים מאמצים קרובים להם ככל האפשר מבחינת מוצאם ואורח חייהם. בית-המשפט נטה, בזהירות מרובה (אין הדבר משמש תנאי לאימוץ), לתת נפקות לבקשה כזו, עד כמה שאפשר, לפחות כאחד השיקולים במסגרת הבחינה של טובת הילד. הנשיא שמגר, בדעת-מיעוט, מבקש למנוע העמסת משאלות על עתידו של הילד מצד מי שנשללו ממנו זכויות ההורות. המשך אפוטרופוסות מרוקנת מכל תוכן של ממש עלול להכביד על תהליך האימוץ ולפתוח פתח לריבוי התדיינויות ולעיכוב ההליכים.

53.9 בפסיקה הישראלית הולכת ומתגבשת עמדה שלפיה אין אומנה או סידור קבוע מחוץ לבית (מוסד או מעון) מהווים תחליף ראוי לאימוץ. אומנה או סידור חלופי אחר יכולים לשמש הסדר זמני בלבד, ולא ישמשו כהסדר קבע או כפתרון לטווח ארוך. במיוחד אמורים הדברים כאשר מדובר בילד רך בשנים. אומנה אינה מקנה יציבות, זהות, השתייכות, ביטחון וקשר רגשי ומשפטי מתמשך ועמוק. אימוץ, לעומת זאת, הינו קשר משפטי דומה להורות ומהווה בסיס לתא משפחתי לכל החיים.⁴⁷

יחד עם זאת, אין בית-המשפט שולל אפשרות של העדפת אומנה במקרים מסוימים.⁴⁸ הסדר של אומנה הינו הפיך, ואילו אימוץ הוא צעד בלתי-הפיך של ניתוק הקשר עם ההורים הביולוגיים. השיקול הוא לעולם אינדיווידואלי ויש להעמיד במרכז את טובת הילד. במקרים שבהם מאפשר איוון האינטרסים שמירה על טובת הילדים יחד עם שמירת הקשר המשפחתי במסגרת האומנה, יש מקום לשיקול חלופה זו. השיקולים שיש להביאם

46 ע"א 3063/90 פלונים נ' הי"מ, פ"ד מה(5) 837.

47 ע"א 3199/90 פלונים נ' הי"מ, לעיל הערה 43; ע"א 3236/90 פלונים נ' הי"מ, לעיל הערה

42.

48 ע"א 3236/90 פלונים נ' הי"מ, שם, בע' 469. במקרה זה גורס בית-המשפט, שאילולי גורם הזמן, המונע ביום הדיון את אפשרות ההסדר החלופי, היה מקום לשיקול את הסדר האומנה בבית ההורים האומנים, שבו נמצאת האחות הקטינה.

בחשבון הם, בין היתר: אופי ההורים האומנים, אופי הקשר האפשרי עם ההורים הביולוגיים ובני משפחה אחרים של המשפחה הביולוגית, יכולת השמירה על הקשר האמור וסוג הטעם המחייב את הוצאת הילדים.

54.9 כבר ראינו כיצד יצירת עובדות בשטח עלולה להעמיד את בית-המשפט לפני עובדה מוגמרת, בניגוד לפתרון האופטימלי שהיה ניתן לבחור בו אילולי נוצרו עובדות כאמור. אולם מעבר הזמן ללא פעולה נחושה מצד הרשויות עלול לסכל כל אפשרות לשיקום הילד ולהבטחת עתידו. בעניין זה ניצבות הרשויות המוסמכות לפני חלופות קשות. מצד אחד, עליהן לנהוג זהירות מרובה, כדי למנוע ניתוק מן המשפחה הביולוגית כל עוד יש סיכוי כלשהו לשקם את הקשר המשפחתי. מצד אחר, מעבר הזמן והתארכות ההליכים מכבידים על מציאת סידור אופטימלי לקטין שהוריו הביולוגיים חסרים מסוגלות הורית וטובתו מחייבת את ניתוק הקשר עם הוריו הביולוגיים לשם יצירת קשר משפחתי חדש, מתמשך ויציב, להבטחת התפתחותו ושלומו. ככל שהילד התגלגל במשך זמן ארוך יותר במוסדות שונים וככל שגילו יותר, כן פוחתים סיכויי אימוצו או יכולת שיקומו במשפחה חדשה.⁴⁹ דווקא עקב היות גורם הזמן כה מרכזי לצורך השמת ילד והבטחת שלומו נמצאות רשויות הרווחה פעמים הרבה בין הפטיש של שמירת הקשר המשפחתי לבין הסדן של הבטחת שלומו של הילד לעתיד.

55.9 בע"א 3236/90 מעמיד בית-המשפט תנאים מכבידים לצורך השימוש בסמכות הנתונה לפי סעיף 12(ג) לחוק אימוץ ילדים, המאפשר להעביר ילד למשפחה המבקשת לאמצו לפני הכרזתו לבר-אימוץ. שימוש בסמכות כזו מכתוב תוצאה של שמירת הסטטוס-קוו עקב המציאות שנוצרת על-ידי כך ובשל גורם הזמן המשמש שיקול מרכזי במסגרת שיקולי טובת הילד. מרכזי-הכובד עובר במקרים כאלה, לדעת בית-המשפט, לשיקולים של הטווח הקצר, במקום לשיקולים של הטווח הארוך, באשר בעקבותיו נשללת למעשה שקילת כל החלופות האפשריות. בית-המשפט יאשר נקיטת צעדים לפי הסעיף האמור רק כאשר זה האמצעי האחרון, ובלעדיו ייגרם לילד נזק רב ואפילו בלתי-הפיך.

השאלה היא: האם פרשנות כה מצומצמת בהיקפה מעניקה לשלטונות הרווחה כלים מספיקים לשם הגנה על ילדים במצוקה, והאם אין הכבדה זו עלולה לפגוע בהבטחת שלומם של ילדים? במציאות הישראלית, זירוז ההליכים המוצע כתרופה והאמצעים החלופיים האחרים אינם מעניקים אמצעים מספיקים במקרים רבים.

5. שיתוף נכסים

56.9 המגמה המופגנת בפסיקה בשנים האחרונות עומדת בסימן הכרה רחבה בשיתוף נכסים בין בני-זוג.⁵⁰ ההתפתחויות כסוגיה זו פועלות בשלושה צירים המוליכים לתוצאה של העמקת שיתוף הנכסים והרחבתו:

49 ע"א 3199/90 פלוני נ' הי"מ, לעיל הערה 43. על התופעה ראו מבקר המדינה - ד"ח שנתי 43 (ירושלים-תשנ"ג) 441, 458-460, 465.

50 א' רוזן-צבי "דיני משפחה וירושה" ספר השנה של המשפט בישראל, תשנ"א (תשנ"ב) 183, 205, 209.

- (1) התנאים הנדרשים להוכחת השיתוף הם לא רק מינימליים, אלא נעשים גמישים ומאפשרים הכרה בשיתוף בשלבים שונים של החיים המשותפים.
- (2) היקף הנכסים הכלולים בשיתוף מתרחב.
- (3) סוגי הנכסים הכלולים בשיתוף מתרבים.

57.9 בית-המשפט אינו מתייחס לחיים המשותפים כאל מקשה אחת. מצב נתון בעת רכישת נכס אינו קובע סופית את התוצאה המשפטית לגבי אותו נכס. כך, למשל, ייתכנו כוונות שונות לגבי נכסים שונים, התלויות בהתפתחויות במהלך חיי הנישואין. משום כך עשויה כוונת שיתוף להתגבש במהלך הנישואין גם לגבי נכס שהיה מלכתחילה בבעלותו המלאה והנפרדת של בן-זוג אחד. רכוש נפרד בתקופה מסוימת עשוי ליהפך במהלך השנים לרכוש משותף.⁵¹ כך נקבע במקרה אחד,⁵² כי זכויות משותפות, שהוקנו לאחד מבני-הזוג במהלך הנישואין, חוזרות ונעשות משותפות אם מהלך החיים המשותף מצדיק זאת. במקרה זה נעשתה, במסגרת הסדר מקרקעין, הקניה נפרדת לבעל של חלקות שנרכשו במקורן במאמץ משותף והוקמה עליהן דירת-מגורים. בני-הזוג המשיכו לחיות במשותף על אותן חלקות במשך שלושים וחמש שנה לאחר ההקניה הנפרדת. לאור זאת קבע בית-המשפט בסכסוך בין יורשי ההורים, כי השיתוף חזר והקיף חלקות אלה.

58.9 יחס גמיש זה, מתוך גישה מרחיבה של עקרון שיתוף הנכסים, מעמיד בסימן-שאלה את ההלכה שלפיה מצויים קווי-גבול חדים וברורים בין רכוש הנכלל בשיתוף, בדרך-כלל זה שנצבר במהלך הנישואין, לבין רכוש שאינו נכלל בשיתוף, למשל רכוש שהגיע לפני הנישואין. בעבר היתה הגישה להלכה זו נוקשה, ואף-על-פי שהלכת השיתוף ניוונה מכוונות הצדדים כפי שהן מתפרשות על-ידי בית-המשפט, ובית-המשפט הסיק מסקנות מהתנהגות הצדדים גם כלפי רכוש "נפרד", היתה נקוטה בעניין זה גישה יותר טכנית ופורמלית במידת-מה.

59.9 עם ההתפתחויות שחלו בהלכת השיתוף בסוגיות שונות, ובמיוחד חדירת התפישה המרחיבה והמהותית, חל שינוי גם בדפוסיה-החשיבה בתחומים אלה. תחילתה של מגמה זו מתייחסת לדירת-מגורים. בית-המשפט הסתפק בהוכחה מינימלית, כגון משך נישואין משמעותי, לשם הסקת שיתוף גם בדירה שרכש אחד מבני-הזוג לפני הנישואין.⁵³ בכך הולכת הלכת עובדיה בתלם חרוש. החידוש של פסק-דין עובדיה הוא, כי השיתוף הוכר מחדש לגבי נכס מסוים אף-על-פי שבשלב כלשהו היתה כוונה ספציפית להוצאתו מכלל השיתוף. אולם ההנמקה ה"נדיבה" יותר מבשרת את הרחבת הגישה. עוד בפרשת נתן⁵⁴ פירש בית-המשפט נסיבות של חיי נישואין מקובלים, כגון משך נישואין ארוך והיעדר הפרדה בנכסים, ככוונה לשיתוף גם בנכס עסקי שנרכש לפני הנישואין. באחרונה

51 ע"א 52/80 שחר נ' פרידמן, פ"ד לח(1) 443; ע"א 253/65 בריקר נ' בריקר, פ"ד כ(1) 589.

52 ע"א 92/89 עובדיה נ' סיבהי, פ"ד מה(5) 113.

53 ע"א 324/80 גדסי נ' גדסי, פ"ד לו(2) 654; ע"א 52/80 שחר נ' פרידמן, לעיל הערה 51.

54 ע"א 663/87 נתן נ' גרינר, פ"ד מה(1) 104. כאן עבדה האשה יחד עם הבעל בעסק נשוא הסכסוך.

התבססה במפורש הרחבה זו, שלפיה, גם רכוש עסקי שהגיע לאחד מבני-הזוג לפני הנישואין עשוי להיראות כמשותף בנסיבות מסוימות של מהלך החיים המשותפים:⁵⁵ "בכל אותם המקרים, בהם משתכנע בית-המשפט שחלה על בני הזוג חוקת השיתוף לגבי הנכסים שנרכשו במהלך נישואיהם, ומסתבר כי התכוונו השניים ליצור שיתוף מלא ברכושם, אזי יש להניח, כי כוונה זו ככלל אינה מוגבלת לרכוש שנצבר לאחר עריכת הנישואין. הרוב המכריע של זוגות נשואים אינם עורכים לדעתי חשבונות כאלה, ואינם מנהלים 'פנקסנות' בדבר הנכסים שכל אחד מהם רכש לפני החתונה."

60.9 במקרה זה הוחלה חוקת השיתוף על נכס עסקי שנרכש לפני הנישואין. המקרה נגע בחנות בשכירות מוגנת. דמי-השכירות שולמו מכספים הנחשבים לנכסים משותפים. האשה, התובעת, עבדה בחנות בלי לקבל שכר ואורח החיים של בני-הזוג העיד על קיום חוקת שיתוף כללית ביחס לרכושם. אף-על-פי שהנסיבות במקרה זה הן שהובילו למסקנה האמורה, התוצאה מרחיקת-לכת כהלכה עקרונית וכללית לגבי נכסים שנרכשו לפני הנישואין.

למעשה, התפתחות זו היא צעד הגיוני ומתחייב מדרך ההתפתחות של ההלכה. בית-המשפט לא אימץ את ההבחנה בין סוגי נכסים (פרטיים ועסקיים) לעניין התחולה של חוקת השיתוף,⁵⁵ וממילא אין שום הצדקה להחיותה מחדש לצורך הקביעה של היקף השיתוף. גם ההיגיון הכלכלי והחברתי של הלכת השיתוף – כחלק מן המאמץ המשותף במובנים הרחבים יותר, כמו גם הרחבתה של תודעת השיתוף של חיי המשפחה – הוביל לתוצאה מרחיבה. הרכוש של המשפחה הוא, בדרך-כלל, מקשה אחת, ונסיבות מיוחדות המפריכות זאת או תפישה אחרת של בני-זוג מסוימים טעונה הוכחה מיוחדת. בשנים האחרונות שולם לעקרון ההפרדה ולדרישה להוכחה מפורשת של שיתוף בנכסים שנרכשו לפני הנישואין מס-שפתיים בלבד, אך למעשה הסתפקו במקרים רבים בהוכחה מאותו סוג שמקים את הלכת השיתוף.²⁵⁵

61.9 אם חידוש עקרוני-אנליטי אין כאן, מגמה חדשה וכיוון חדש, הלכה למעשה, יש כאן. והואיל ומבחנו של תחום שיתוף הנכסים הינו, בשלב זה של התפתחות ההלכה, בעיקר בתוצאות המעשיות, יש למגמה זו משמעות לא-מבוטלת. משמעות זו מתייחסת הן ליתר שוויון בכוח המיקוח של בני-הזוג והן ליכולת ההשקמות של כל אחד מבני-הזוג לאחר הגירושין.

אין פירוש הדבר שסתירת החוקה אינה אפשרית. אפילו לגבי דירת-מגורים ניתנת סתירה כזו להוכחה: במקרה שהוכחו בו יחסים של הפרדה מוחלטת במשך שנים רבות

55 ע"א 2280/91 אבולוף נ' אבולוף, פ"ד מז(5) 596.

55א ראו ע"א 122/83 בסיליאן נ' בסיליאן, פ"ד מ(1) 287; ע"א 663/87 נתן נ' גרינר, לעיל הערה 54, בע' 109; ע"א 428/89 נופרבר נ' נופרבר, לעיל הערה 29; ע"א 2280/91 אבולוף נ' אבולוף, שם.

55ב ע"א 663/87 נתן נ' גרינר, שם.

נסתרת החזקה אפילו לגבי דירת-מגורים.⁵⁶ גם במקרה שהנתונים מצביעים בו על אופי מסוים של חיי נישואין, כמו גם על נסיבות המצביעות על הפרדה, תיסתר החזקה. כך, למשל, בנישואין שניים בגיל מבוגר, כשלבני-הזוג ילדים מנישואין קודמים, שבמהלכם (של הנישואין השניים) נערכו הסדרים מפורטים בכתב בין הבעל לבין האשה וילדיה להבטחת עתידה הכלכלי (הבטחה שלמען השגתה נערכו הנישואין), נקבע כי החזקה נסתרה.⁵⁷ ההסדרים הספציפיים בכתב, הן לפי לשונם (התחייבות לא לתבוע דבר מנכסי הבעל) והן בנסיבות עשייתם (העברת כספים לאשה להבטחת עתידה), נחשבו כממציים את ההסדר הרכושי בין בני-הזוג. למרות משך הנישואין הארוך (שלושים וארבע שנים), שימשו עובדות אלה, בתוספת הנסיבות הראשוניות לעיל והוכחת עובדות המצביעות על כוונת הפרדה בחיים וברכוש, כסתירה החזקה, או, לחלופין, כוויתור על הזכות. הימנעות מתביעת הזכות, כשההימנעות נובעת מהתחייבות מפורשת, מהווה ויתור. לעומת זאת, הימנעות מתביעת הזכות לאחר הפטירה בנסיבות רגילות אינה משמשת הוכחה לויתור.⁵⁸

62.9 כבר ראינו כי לא זו בלבד שנכסים עסקיים כלולים בהלכת השיתוף, אלא שדינם כדין דירת-המגורים לעניין תחולת ההלכה גם על נכסים שנרכשו לפני הנישואין. ההלכה שרווחה כביכול, שלפיה מחייבת תחולה של הלכת השיתוף על נכסים עסקיים הוכחה נפרדת של דבר-מה נוסף או ראייה של ממש, שבקה חיים. למעשה, היא לא היתה מעולם בעלת משמעות. בתי-המשפט הסתפקו גם בעבר במכלול הנסיבות של חיי בני-הזוג כדי לקבוע את תחולת ההלכה.⁵⁹

הרחבת סוגי הנכסים הכלולים בשיתוף באה בצד הרחבה של היקף הנכסים הכלולים בו. כבר בעבר נקבע כי פוליסות לביטוח-חיים הן נכס משותף.⁶⁰ מוניטין של עסק הוא נכס שיתוף.⁶¹ תשלומים סוציאליים שמשלם מעביד למען עובדו מהווים גם הם חלק מהרכוש המשותף.⁶² לפיכך, פיצויי פיטורין הם נכס של שיתוף⁶³ וגם תשלומי פנסיה, בין אלה שכבר גמלו⁶⁴ ובין אלה שטרם גמלו, דהיינו, אלה שמועד שכלולם, וממילא גם מועד תשלומם, הוא לעתיד לבוא,⁶⁵ יתחלקו בין בני-הזוג. פסיקה חדישה זו מבטלת פסיקה קודמת, שגישתה לגבי היקף הנכסים הכלולים בשיתוף היתה מצומצמת יותר ובלתי-

56 ע"א 1019/90 יעקובי נ' עיזבון יעקובי, פ"ד מה(2) 431.

57 ע"א 2742/90 אהרונוב נ' עיזבון אהרונוב, פ"ד מה(3) 159.

58 ע"א 663/87 נתן נ' גרינר, לעיל הערה 54.

59 שם; בע"א 2280/91 אבולוף נ' אבולוף, לעיל הערה 55, מצוין, כי ההבדל הוא בנטל ההוכחה הנדרש לסתירת החזקה לגבי כל אחד מסוגי הנכסים. הנטל לסתירת החזקה יהיה קל יותר לגבי נכס שנרכש לפני הנישואין, אם כי הכל יהיה תלוי בנסיבות של חיי הנישואין.

60 ע"א 724/83 בר נתן נ' בר נתן, פ"ד לט(3) 551.

61 שם.

62 ע"א 809/90 לידאי נ' לידאי, פ"ד מו(1) 602, 609-610.

63 ע"א 841/87 רון נ' רון, פ"ד מה(3) 793; ע"א 809/90 לידאי נ' לידאי, שם.

64 ע"א 841/87 רון נ' רון, שם.

65 ע"א 809/90 לידאי נ' לידאי, לעיל הערה 62.

מוצדקת.⁶⁶ ביטולה של פסיקה קודמת זו מכליל סכומי כסף שמקורם בהיוון גמלה, כמו גם פוליסות מנהלים, בנכסי השיתוף.⁶⁷

מועד המימוש של בן-הזוג השותף בזכויות פנסיה שלא גמלו עדיין יידחה למועד גמילתה של הזכות ויהיה במועד המימוש של בן-הזוג הזכאי לפנסיה או לתגמולים.⁶⁸ השיתוף בזכות הפנסיה יכול את הכספים שהצטברו בקופות מיום התחלת הצבירה (או ממועד הנישואין ואילך, אם התחלת הצבירה היתה לפני-כן) ועד למועד הפסקת השיתוף בנכסים.⁶⁹

63.9 לתחום זה של הרחבת השיתוף ניתן לשייך גם את ביסוס הכלל שלפיו חשבון משותף בין בני-זוג יוצר חזקה של זכות משותפת או של חובה משותפת, הכל לפי העניין, בחלקים שווים. עם הפקדת הכסף בחשבון המשותף, מביעה ההפקדה את כוונת השיתוף, ומקורו של הכסף המופקד אין לו נפקות.⁷⁰ עקרון המיזוג והעירוב של כספים בתוך קרן משותפת או עקרון ההתבוללות של רכוש⁷¹ משפיעים על ההלכה. לפי הלכה זו, חשבון שהוסכם עליו, במפורש או מכללא, שהוא משותף, אין עוד נפקות לשאלות מי הזרים כספים, כמה ומתי. הדברים כפופים כמובן לכוונת הצדדים במקרה מסוים, כפי שהיא מתפרשת על-פי דיני החוזים והקניין.

פעולה חד-צדדית של אחד השותפים, המעבירה רכוש משותף לחשבון מסוג אחר, חיסכון, למשל, או לחשבוננו הנפרד, אינה משנה את הזכות. זו ממשיכה להיות משותפת. המעביר ייחשב למי שמחזיק בשביל האחר מחצית מן הכספים הנמצאים עתה בחשבוננו הנפרד, כביכול. רק אם התנהגות הצדדים מלמדת על כוונה אחרת תינתן נפקות לכוונה זו. בהיעדר ראיות המטות את הכף לכיוון אחר, ייראו בני-זוג שלהם חשבון משותף כנוהגים על-פי הרפוס האמור.

64.9 חלוקת הרכוש, הן במשטר של שיתוף נכסים והן במשטר של איזון משאבים, מחייבת חלוקת המסה כולה. רק קיבוץ כל הנתונים על הנכסים הכלולים באיזון ועל שוויו של כלל הרכוש וחלוקה כוללת של כלל המשאבים⁷² מהווה יישום ההוראות של חוק יחסי ממון בין בני זוג, תשל"ג-1973. חלוקה פרטנית ונפרדת אינה עונה על דרישת האיזון העומדת בבסיס ההסדר. אם כי אין מביאים בחשבון נכסים שאבדו או שאינם נמצאים כבר בידי בעל-דין מטעמים שונים, למעט במקרים שהוברחו או הועלמו במטרה למנוע את חלוקתם.⁷³

66 ריון-צבי, לעיל הערה 21, בע' 487.

67 ע"א 841/87 רון נ' רון, לעיל הערה 63, בע' 798; ע"א 809/90 לידאי נ' לידאי, לעיל הערה 62, בע' 1609-610.

68 ע"א 809/90 לידאי נ' לידאי, לעיל הערה 62, בע' 611.

69 ע"א 841/87 רון נ' רון, לעיל הערה 63, בע' 798; ע"א 809/90 לידאי נ' לידאי, שם, בע' 611.

70 ע"א 655/89 מטלון (כץ) נ' כץ, פ"ד מה(3) 845.

71 ע"א 686/85 מערבי נ' מערבי, פ"ד מ(2) 631, 635.

72 ע"א 1229/90 חנוך נ' חנוך, פ"ד מה(5) 584.

73 ע"א 735/89 נתיב נ' נתיב, פ"ד מה(3) 3.

6. מזונות בין בני-זוג: בין הדין הדתי להסדר האזרחי

65.9 שאלת היחס בין הדין האישי, הדין הדתי, לבין החקיקה האזרחית בסוגיית המזונות נידונה בפרשת חקק.⁷⁴ בפרשה זו הוכרעה מחלוקת מלומדים והוסרה, במידה מסוימת, מבוכה פסיקית, שתחילתה סמוך לאחר קבלת החוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות) (תיקון), תשל"ו-1976, שהוסיף את סעיף 2א לחוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות), תשי"ט-1959.

בית-המשפט המחוזי קבע שאין להביא בחשבון, לצורך חיוב הבעל במזונות, את ההכנסות שתקבל האשה מרכושה. לפיכך חויב הבעל בדמי-המדור של האשה כחלק ממזונותיה. השאלה המרכזית בערעור נסבה על תוקפו והיקפו של סעיף 2א לחוק, הקובע: "על אף האמור בחוק שיווי זכויות האשה, תשי"א-1951, בקביעת מידת המזונות שאדם חייב לספק לבן-זוגו רשאי בית המשפט להתחשב בהכנסותיו של בן זוג מעבודה ומנכסים, ואם ראה לנכון - גם מכל מקור אחר."

הערעור התקבל. בית-המשפט העליון קבע שיש להביא בחשבון, לצורך המזונות, את הכנסת האשה מן הדירה, ולכן בטל החיוב בסכום שהיה מיועד לדמי-המדור. אולם מאחורי התוצאה האחידה מסתתרות הנמקות שונות, שיש להן נפקות לגבי הדין שיחול בניסבות שונות. לדעת הרוב, היקף תחולתו של סעיף 2א צר יותר. הוראות הסעיף יחולו תוך התאמה לדין האישי וכל עוד הוא מאפשר זאת. לעומת זאת, לדעת הנשיא מ' שמגר, בדעת-מיעוט, היקף תחולתו של סעיף 2א רחב.

66.9 השופט מ' אלון, שאליו מצטרפים שלושה שופטים נוספים מן ההרכב, מציג את דעת-הרוב, גישת הרוב היא בעלת שתי קומות:

בקומה הראשונה נותנת דעת-הרוב ביטוי למרכזיותו של הדין האישי בהסדר מזונות של אשה וילדים ולהוצאת התחולה של כל הוראות החוק במקרים שהדין האישי מסדיר בהם את סוגיית המזונות. במסגרת זאת שולל הרוב את ההבחנה בין הוראות פרוצדורליות לבין הוראות מהותיות שבחוק העיקרי.⁷⁵ הבחנה זו לא התקבלה גם בעבר על דעת בית-המשפט העליון ונותרה דעת-מיעוט.⁷⁶

לדעת הרוב, לא נועד חוק המזונות, מבחינת תכליתו, להסדיר את ענייני המזונות בין

74 ע"א 596/89 חקק נ' חקק, פ"ד מה(4) 749.

75 לעניין ההבחנה בין ההוראות המהותיות לפרוצדורליות, מסייג השופט ד' לויין את הצטרפותו לדעת הרוב ונוטה לחשוב כמו הנשיא, מ' שמגר, כי הוראות פורמליות שבחוק העיקרי תהיה להן נפקות גם כלפי צדדים שיש להם דין אישי כמפורט בסעיף 2(א) לחוק, ראו שם, בע' 782.

76 ראו ע"א 779/76 שוחט נ' שוחט, פ"ד לב(1) 580; ע"א 13/78 ספורטה נ' ספורטה, פ"ד לב(2) 709; ע"א 250/93 עומרי נ' זועבי, פ"ד לט(2) 113; ע"א 610/88 קופלוביץ נ' קופלוביץ, פ"ד מג(1) 834.

בני-הזוג כמו גם את חובת ההורים במזונות ילדיהם הקטינים כאשר הסדרם נעשה במסגרת הדין האישי, מאחר שעניינים אלה עשויים לבוא על סיפוקם בצודק בדרך זו. עיקר מגמתו וחיידושו של החוק הוא בהרחבת חוג בני המשפחה החייבים בסיפוק מזונות והזכאים לקבל מזונות.⁷⁷

בקומה השנייה מתייחס הרוב אל פרשנותו של סעיף 2א ואל היקף תחולתו לאור עמדתו הבסיסית, כי הוראות החוק אינן חלות על צדדים שענייני המזונות שלהם מוסדרים על-ידי הדין האישי. ההיסטוריה החקיקתית של סעיף 2א, יחד עם תכליתו, כפי שהיא עולה, בין היתר, מן השוני בין הצעת-החוק לבין הנוסח שהתקבל על-ידי הכנסת,⁷⁸ מביאות את הרוב למסקנה שסעיף זה חל על כל המתדיינים, מצד אחד, אך תחולתו היא במסגרת פרשנית מצומצמת, מצד אחר.

67.9 לדעת הרוב, השיג המחוקק שתי תכליות בתיקון שהוסיף את סעיף 2א: האחת, שמירה עקבית על העיקרון שנקבע עם חקיקת חוק המזונות, בסעיף 2 של החוק, והוא, כי בסוגיית החיוב במזונות בין בני-הזוג יחול דינם האישי בלבד. האחרת, תיקון השגגה שיצאה בעקבות חקיקת סעיף 2 לחוק שיווי זכויות האשה, על-פי הפרשנות של בית-המשפט העליון, על-ידי החזרת הדין האישי המקורי, שלפיו, בקביעת שיעור המזונות שהבעל חייב לספק לאשתו יש להתחשב בהכנסתה של האשה מנכסיה. למעשה ולהלכה, השגת המטרה השנייה מחזקת את העיקרון שבמטרה הראשונה.

מקור ה"תקלה", בעקבות הפסיקה, המפלה בין אשה עשירה למי שמשתכרת בעמל כפיה מצוי בחוק שיווי זכויות האשה. סעיף 2א לחוק בא לתקן - מבחינה עיונית, אף אם לא פורמלית, בעקיפין, אף אם לא במישרין - את חוק שיווי זכויות האשה.

מתוך שתוקן חוק שיווי זכויות האשה כאמור, ממילא "השתחרר" הדין העברי מעולה של "התקרת" שאירעה - באשר לחישוב דמי-מזונות האשה - מכוחו של חוק שיווי זכויות האשה, כפי שהתפרש על-ידי בית-המשפט העליון, וחזרה עטרת המשפט העברי ליושנה במתכונתה המקורית. אמור מעתה, בקביעת שיעור המזונות שהבעל חייב לספק לאשתו יש להביא בחשבון את הכנסות האשה מעבודתה ומנכסיה משום שכך הוא לפי הדין האישי, ולא משום שכך אמור בסעיף 2 לחוק המזונות.

באשר לאמור בסעיף 2א בעניין הכנסות מכל מקור אחר (שאינו הכנסה מעבודה או מרכוש), שאלה זו אינה עולה כאן. אם תתעורר, היא תידון לפי המשפט העברי, כמחויב על-פי החוק וכרצוי לשם פתרונה הצודק.

מסקנתו של הרוב היא, שכאשר מדובר בבני-זוג שחל עליהם דין אישי, כגון במקרה

77 ע"א 596/89 חקק נ' חקק, לעיל הערה 74, בע' 766.

78 בחוק שהתקבל בכנסת נשמטו ההוראות שהיו בהצעת-החוק ושמטרתן היתה לתקן את הסעיפים 2(א) ו-19 ולהוסיף אחרי המילים "והוראות חוק זה לא יחולו עליהן" או אחרי המילים "חוק זה", את המילים "למעט סעיף 2א". שינוי נוסף מהצעת-החוק לעומת החוק המתוקן הוא, שבראש סעיף 2א הוספו המילים: "על אף האמור בחוק שיווי זכויות האשה", שלא היו בהצעת-החוק.

שבו בני־הזוג הם יהודים וחלים עליהם דיני המשפט העברי, יש לדון בקביעת דמי־המדור שהאשה זכאית להם לפי המשפט העברי, כמות שהוא, ללא הגבלה מכוחו של סעיף 2 לחוק שיווי זכויות האשה. לפי דיני המשפט העברי יש להביא בחשבון את הכנסותיה של האשה מנכסיה, היינו, פירות נכסי מלוג, במסגרת חיוב דמי־מדור.

68.9 הנשיא מ' שמגר תוקף את הקומה הראשונה של דעת הרוב. לדידו, לא התכוון החוק העיקרי לייתר את תחולת רוב הוראותיו כל אימת שחל על הצדדים דין אישי. הסייג בסיפא לסעיפים (א) ו־3(א) לחוק, שלפיו צדדים שחל עליהם דין אישי אין הוראות החוק חלות עליהם, פניו רק להוראות הדנות בקביעת חובת המזונות. כל ההוראות האחרות בחוק, שאינן דנות בעצם ההטלה של חובת מזונות, חלות גם על צדדים שחל עליהם דין אישי. לדעתו, לא יעלה על הדעת שעל צדדים יהודיים המתדיינים בבית־המשפט האזרחי לא יחולו סעיפים שעניינם הסכם מזונות⁷⁹ (סעיף 12 לחוק), כללי משפט בינלאומי פרטי (סעיף 17), מזונות זמניים (סעיף 10), הוראות הסמכות (סעיף 18) וסעדים בעניין קיזוז, שעבוד ועיקול הוכות (סעיף 14).

הנשיא שמגר דוחה את הגישה הפרשנית של הרוב לתחולתו של סעיף 2 על צדדים שהדין האישי חל עליהם. הוא מבכר להשיג בדרך אחרת את התכלית החקיקתית האמורה, שלפיה יחול סעיף 2 על כל הזכאים למזונות על־אף האמור בסיפא לסעיף 2(א). לאור הקשרו החקיקתי ולאור מטרת חקיקתו, יש לראות את סעיף 2 כחלק אינטגרלי של סעיף 2(א), שמלותיו הופרדו מן ההוראה הבסיסית שבסעיף 2(א) אך ורק בשל טעם ניסוחי־טכני.

"המחוקק ביקש לשלב לתוך סעיף 2(א) הוראה הנשענת, לפחות בחלקה, על הוראות העולות מן הדין האישי... הכוונה הברורה והגלויה הייתה להחיל את האמור בסעיף 2 גם על ענייניהם של אלו אשר עליהם חל דין אישי, שהרי טעמי יושר וצדק היו מונחים ביסוד חקיקתה של ההוראה, שכוונה מעיקרה לנסיבות בהן מדובר על בעלי דין אישי... במילים אחרות, ההוראה הסובסטאנטיבית שבסעיף 2 משתלבת בהוראה הסובסטאנטיבית שבסעיף 2(א) רישא והופכת לחלק ממנה. כל פירוש אחר מרוקן את הרישא של סעיף 2 מכל תוכן, שכן אין זה סביר לשער, כי המחוקק טרח לחוקקו רק בשל אי־שיוויון העולה מדין אישי אוטורי בלתי מוכר, שרזיו ודאי אינם נהירים למחוקק... פרשנות זו אינה מייתרת את ההבחנה בין הוראות סובסטאנטיביות לבין פרוצדוראליות... הישימה לשאלת התחולה של הוראות החוק האחרות, לדוגמה סעיף 12.⁸⁰ (ההדגשה במקור - א' ר"צ).

69.9 המחלוקת בין הנשיא שמגר לבין דעת הרוב כפולה: ראשית, לדעתו, חלות כל

79 בפסיקה הוחל סעיף 12 באופן עקבי ורצוף על הסכמי מזונות של קטינים יהודיים, ראו ע"א 508/70 נתוביץ נ' נתוביץ, פ"ד כה(1) 603; ע"א 109/75 אברהם נ' אברהם, פ"ד כט(2) 690; ע"א 716/75 בראור נ' בראור, פ"ד ל(2) 253; ע"א 614/76 פלמונית נ' אלמוני, פ"ד לא(3) 85.

80 ע"א 596/89 חקק נ' חקק, לעיל הערה 74, בע' 761.

ההוראות ה"פרוצדורליות" של החוק על כל הצדדים המתדיינים לפני בית-המשפט האזרחי, ואין הם פטורים מעולן של הוראות אלה. שנית, הוראת סעיף 2א חלה באופן ישיר ומכוחה היא, ואין ההסדר הכלול בה נקלט למשפט הנוהג רק דרך הדין הדתי, כדעת הרוב. הנפקות של עמדה זו היא, כי גם במקרה שבו אין ההסדר בדין הדתי מאפשר להתחשב בהכנסות בן-הזוג לצורך מזונות, תגבר ההוראה החקוקה בסעיף 2א על ההסדר בדין הדתי. לדעת הרוב, לעומת זאת, היקף תחולתו של סעיף 2א הוא כגילוייו בדין הדתי, ולא יותר.

לכאורה, אין קשר בין שתי נקודות המחלוקת. גם מי שמאמץ את החלק הראשון בדברי הנשיא יכול לחלוק על החלק השני, ולהיפך.

70.9 אני סבור כי החלוקה בין סוגי הוראות שונים בחוק לשם קביעת היקף תחולתם אינה מבוססת.⁸¹ עם זאת, אין בכך כדי לסתום את הגולל על עמדת הנשיא. ניתן להגיע לתוצאה הצודקת שהנשיא חותר אליה בעניין תחולתן של חלק נכבד מן ההוראות של החוק בדרכים אחרות ומנימוקים אחרים. לדעתי, יש לבחון כל אחת מן ההוראות של החוק בחינה מהותית ועניינית (ולא בחינה גורפת על-פי מבחן של מיון פורמלי מוקדם), ולהכריע באופן אינדיווידואלי בשאלה אם מן הראוי שהיא תחול גם בהתדיינות בין צדדים שחובת המזונות נחתכת לגביהם על-ידי הדין האישי.⁸²

כך, למשל, תחול הוראת סעיף 12 לחוק על כל הסכמי המזונות לא מפני שזו הוראה פרוצדורלית, אלא דווקא משום שזו הוראה שיש לסווגה למסגרת דיני החוזים ואין להשקיף עליה כמשתייכת לדיני מזונות במובן הצר. כידוע, דיני חוזים בין בני-זוג נידונים על-פי הדין האזרחי, ולא הדתי.⁸³

גם סעיף 17, המחיל את כללי המשפט הבינלאומי הפרטי, יחול על כלל המתדיינים, הואיל ועל-פי כללים יוריספרודנטליים מקובלים וכללי פרשנות ראויים, שאלת התחולה של כללי המשפט הבינלאומי הפרטי מקדימה את שאלת התחולה של ההוראות הפנימיות וקודמת לה.⁸⁴

81 א' רוזן-צבי "החוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות) (תקון), תשל"ו-1976 - האמנם תיקון?" עיוני משפט ה (תשל"ו-תשל"ז) 113.

82 בכך אני קרוב, על דרך ההקש, לעמדתו של י' אנגלרד, שלפיה חייבת החלוקה בין דינים מהותיים ופרוצדורלים, לצורך שאלת התחולה של הדין הדתי מזה לעומת המשפט האזרחי מזה, להיעשות על-פי מבחנים מהותיים בכל מקרה ומקרה, ולא לסמוך על חלוקה אפריורית מקובלת. ראו י' אנגלרד "מעמדו של הדין הדתי במשפט הישראלי" משפטים ו (תשל"ה) 5, 10 ואילך.

83 ע"א 253/65 בריקר נ' בריקר, לעיל הערה 51, בע' 596; בג"צ 185/72 גור נ' בית הדין הרבני, פ"ד כו(2) 765; ע"א 384/88 זיסרמן נ' זיסרמן, פ"ד מג(3) 205. וראו לאחרונה בג"צ 1000/92 בבלי נ' בית הדין הרבני הגדול - ירושלים, לעיל הערה 2.

84 מ' שאוה "היקף התחולה של כללי משפט בינלאומי פרטי בחוק המזונות" עיוני משפט טו (תש"ן) 195. דווקא הנשיא שמגר היה סבור אחרת לגבי התחולה של כללי המשפט הבינלאומי הפרטי, כפי שהדבר בא לידי ביטוי בפסק-דינו בע"א 610/88 קופלוביץ נ'

סעיף 10, שעניינו מזונות זמניים, הוא סעיף המופנה לבית־המשפט ומקנה לו כוח להעניק סעד־ביניים. יש לסווגו, לצורך תכלית זו, כהסדר פרוצדורלי, שאינו כפוף להסדרו של הדין האישי גם כאשר דין זה חל על השאלה העיקרית השנויה במחלוקת.⁸⁵

71.9 גישה זו לא נדונה עדיין בבית־המשפט העליון. דעת־הרוב דחתה את החלוקה בין הוראות מהותיות לפרוצדורליות המבוססת על מיון מוקדם; ובדין עשתה כן. ההצעה שהועלתה כאן לעריכת בחינה אינדיווידואלית ועניינית של כל אחד מסעיפי החוק לא נידונה עדיין. הואיל וחלק־הארי של הסוגיות השונות שהובאו לעיל כבר הוסדרו בעבר בדרך מסוימת גם כאשר הדין הדתי חל על השאלה העיקרית (למשל, תחולת דיני חושים על בני־זוג, דיני הפרוצדורה החלים בהתדיינות בדיני משפחה וכיוצא באלה), איני רואה כל מניעה ליישום ההסדרים האמורים על דיני המזונות. סעיף 2(א) סיפא לא יעמוד למכשול בפני הסדרים אלה בדיוק כשם שתחולת הדין הדתי על סוגיה מסוימת לא עמדה למכשול בפני תחולת ההסדרים האזרחיים על כל אחת מן הסוגיות הספציפיות שנידונו במהלך הדיון לעיל.

מכל מקום, תהיה אשר תהיה העמדה הסופית, שתתקבל בסופו של דבר, התוצאה שבית־המשפט העליון הגיע אליה בהתמודדות מהותית עם הסוגיה, תוך אימוץ גישה פרשנית רחבה לסעיף 2 לחוק, נכונה ומוצדקת. מציאותם של הסדרים שונים, הנובעת מתחולה של שתי מערכות דינים במקביל, מחייבת התמודדות יצירתית החותרת להתאמה מהותית מקסימלית, להפחתת המצוקה ולהסדר צודק והולם.⁸⁶

קופלוביץ, לעיל הערה 76. אלא שהנשיא ראה עצמו אנוס להגיע לתוצאה כזו על בסיס דעת הרוב, השוללת את תחולתן של כל הוראות החוק על צדדים שהדין האישי הוא המסדיר לגביהם את סוגיית המזונות. אם נפתח פתח להגיע למסקנה אחרת בלי להתנגש בדעת הרוב, אין ספק שהנשיא יבחר דרך כזו.

85 ע"א 26/51 קוטיק נ' וולפסון, פ"ד ה' 1341, 1344; ע"א 238/53 כהן נ' הי"מ, פ"ד ח' 4, 19.

86 ראו בעניין זה רוזן־צבי, לעיל הערה 21, בע' 318.

דיני משפחה: סוף עידן ההבלגה*

המאמר בדיני משפחה הוא תחילתו של מאמר בלבד. כתיבת המאמר נקטעה באיבה לפני שפרופסור אריאל רוזן-צבי ז"ל הצליח להעלות עלי כתב את מכלול רעיונותיו, הערותיו והארותיו על משפט דיני המשפחה; תחום שלאחר שנים רבות של היעדר חקיקה והתרכזות בשמירה על הקיים, נשבר בו הקרח המשפטי, וסוגיות רבות קיבלו תאוצה רבה.

המאמר תוכנן לעסוק במגוון השינויים המואָץ: בהשפעות ההדדיות בין המשפט הציבורי, המשפט האזרחי ודיני המשפחה; בהרחבת המסלול המקביל והשינוי המבני, תוך בחינת ההשפעות של חקיקת החוקים החדשים; בהתפתחות בתפיסת המוסד והתא המשפחתי; בהשפעה של חקיקת חוקי-היסוד על תפיסות אלה וכיוצא בזה. לצערנו ולהפסדנו הרב הספיק פרופסור רוזן-צבי אך לשרטט את המסגרת לדיונים אלה. אף-על-פי-כן, ממסגרת זו עולות תובנות חשובות ומאירות עיניים. על-כן אנו מביאים את הדברים כלשונם הברורה והצלולה. (המערכת הוסיפה הערות-שוליים בלבד.)

תחילתו של מאמר זה, שנכתבה בימיו האחרונים על מיטת חוליו, תוך ייסורים, ולא פעם בחריקת שיניים, מבטאת, לדעתנו, יותר מכל את ערכו ואישיותו – איש המשפט, החוכמה והדעת, דבק בלימוד, בתורה ובחיים.

1. פתח-דבר" מקיפאון לתנועה
2. יחסי-הגומלין בין משפט ציבורי ומשפט פרטי בדיני המשפחה –
תנועה דו-כיוונית
 - א. כללי
 - ב. המשפט הפרטי ותפקידיו החדשים
 - ג. מעורבות המשפט הציבורי
3. המעורבות האזרחית והרחבת המסלול המקביל
 - א. החקיקה
 - ב. הפסיקה

1. פתח-דבר: מקיפאון לתנועה

1.9 השנים האחרונות היטיבו במידה מסוימת עם התחום המשפטי של דיני המשפחה. לאחר שנים רבות של היעדר חקיקה והתרכזות הפסיקה בשמירה על הקיים, תוך

* פורסם לראשונה בספר השנה של המשפט בישראל, תשנ"ו (אריאל רוזן-צבי עורך, תשנ"ז) 357.

התאמה קלה לנסיבות, נשבר הקרח המשפטי, וסוגיות שונות בתחום זה יצאו מן הקיפאון שדיני המשפחה היו שרויים בו. חוקי־היסוד,¹ שנחקקו בשלהי כהונתה של הכנסת הקודמת ותוקנו במהלך כהונתה של הכנסת הנוכחית, הרכיבו על המשפט הישראלי מעטפת חוקתית שאינה פוסחת על שום תחום משפטי. חוקים אלה, שהעניקו לבית־המשפט, על־פי הפרשנות המקובלת והרווחת בבית־המשפט העליון, סמכויות חוקתיות מרחיקות־לכת ומעמד מיוחד, העמידו את התעוזה השיפוטית ואת מידת נכונותה לעשות שינויים בתחומים שמעבר למשפט הציבורי הקלסי. כך נוצרה דינמיקה של בחינה מחודשת בנושאים שונים והערכה מחודשת של מערכות דינים בכל תחומי המשפט. לית אתר פנוי מניה.

2.9 אל המציאות החוקתית המיוחדת שנוצרה חברו שורה של טעמים קיימים, ישנים כחדשים, שהולידו את תחושת הצורך להרחיב את המעורבות האזרחית בדיני המשפחה. ניתן למנות עימם את הטעמים הבאים:

- הדינמיקה של החברה הישראלית, כמו גם התהליכים החברתיים המהירים העוברים על המשפחה, על דפוסי ההתנהגות שבה, על אופיה ועל אופן הניהול של מערכת היחסים בין יחידיה. תהליכים אלה, העוברים על חברות שונות בעולם, אינם פוסחים על החברה הישראלית. הנורמה הדתית המחייבת בתחום הנישואין והגירושין אין בכוחה לעצור את התהליכים בחברה החילונית, המהווה את רוב מניינה של החברה הישראלית.
- העלייה הגדולה מארצות חב־העמים לשעבר, שחידדה בעיות קיימות, כגון המרת דת, זהות יהודית, נישואים אזרחיים, נישואי־ערובת ומשפחות חד־הוריות, ויצרה בעיות חדשות של פער בין זהות חברתית (יהודית) לזהות דתית (נוכרית).
- העמקת המצוקות בסוגיות נתונות, כגון מעמד האשה וזכויותיה הרכושיות, חופש הנישואין והחירות להשתחרר מכבליהם ומעמדם של ילדים (בעיקר במשפט המוסלמי).
- התרחבות המצוקות בעניינים שהולידה המציאות החדשה, ואין הם נענים כנדרש לא על־ידי הדין הדתי ולא על־ידי המשפט האזרחי, כגון שינוי האופי של מוסד המשפחה, האמצעים שניתן לנקוט בהם לשם פתרון מצוקת ההורות, במיוחד בתחום ההפריה המלאכותית, הפונדקאות והאימוץ הבינלאומי, שינוי אופי הרכוש הנצבר במשפחה והיחס לפעולות משפטיות (כגון חוזים) בתוך המשפחה.
- המערכת המבנית האנכרוניסטית השלטת בתחום ההתדיינות בדיני המשפחה, כולל פיצול הדיון שנהג במערכת האזרחית עצמה, כמו גם אופי ההליך ואופן ניהולו, נוסף לתוצאות הקשות של פיצול הדין והדין.
- התלונות ההולכות ונמשכות על פער שבין הדין למציאות ועל הנתק שבין ציבור המתדיינים לערכאות השיפוט, המופנות במיוחד כלפי הערכאה הדתית.
- הימנעותה של הערכאה הדתית מהמצאת פתרון כלשהו למצוקות הנתונות

1 חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח 1387, תשנ"ב 114. חוק יסוד: חופש העיסוק, ס"ח

1391, תשנ"ב 150.

והחדשות, כמו גם היעדר יישום מספק של הדין הדתי במציאות המתהווה והמתחדשת.

● הקיפאון שמשרה הסטטוס־קוו הפוליטי על המחוקק.

3.9 התחושה שהן שעונם של בתי־הדין הדתיים והן שעונו של המחוקק עצרו מלכת הטילה כבר בעבר את עיקר הנטל של השינוי בתחום דיני המשפחה על בתי־המשפט. בשנים האחרונות נטל גם המחוקק יוזמה מסוימת. אולם המחוקק יצא מן השבלול של הסטטוס־קוו בצעדים מדודים מאוד, ורק לאחר שקיבל את ברכתן של הסיעות הדתיות או לאחר שהשיג את השלמתן עם הוראות החקיקה על־פי פשרה שנעשתה; או בהקשר לחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996,² לאחר שהומרץ למעשה החקיקה על־ידי בית־המשפט.³ גם בשנים אלה העמיס איפוא בית־המשפט על עצמו את חלק־הארי של השינויים. ברשימה זו נתרכזו במאפייני ההתפתחות של דיני המשפחה בשנים האחרונות בישראל. לא נוכל לעסוק בפרטים השונים של שינוי הדינים, אולם במהלך הדברים לא נקפזן ידנו, ונדגים בהרחבה.

2. יחסי־הגומלין בין משפט ציבורי ומשפט פרטי בדיני המשפחה – תנועה דו־כיוונית

א. כללי

4.9 ביחס שבין המדינה לבין המשפחה קיים מתח מתמיד בין סוגי אינטרסים שונים, מחייבים איוון יחסי־הגומלין בין חירות היחיד לבין אינטרסים חברתיים־קהילתיים ובין האוטונומיה של המשפחה לקבוע את ההסדרים הנראים לה לבין זכות המדינה לקבוע הסדרים מחייבים. יחסי הכוחות בתוך המשפחה, שמירה על כוח מיקוח מאוון והגנת צדדים חלשים מחייבים גם הם מעורבות מצד המדינה. האינטימיות של הקשר המשפחתי והמורכבות של מערכות היחסים מול מוגבלותו של המשפט אינם יכולים לפטור את המדינה מחובותיה כלפי אינטרסים מסוימים, ובמיוחד הגנת צדדים חלשים.

איוונים אלה יכולים להיות מושגים באמצעות התערבות המדינה במשפט הפרטי, כדרך שהיא נוהגת בהגנת הצרכן,⁴ במסגרת איוון בין האינטרסים השונים, או באמצעות הרחבת חלקו של המשפט הציבורי (כולל דיני הרווחה) בתחום דיני המשפחה.

הדין הדתי, אף שהוא מייחס לנישואין אופי של קדושה, רואה בהם הסדר בתחום המשפטי הפרטי. אולם אופיו של ההסדר ותכניו נתונים רק בחלקם לאוטונומיה של הצדדים ולהכרעותיהם הרצונית. כל ההסדרים הנוגעים בפורמליות של הקשר ובהתרתו, כמו גם התוצאות המשפטיות העקרוניות הנובעות ממנו או מהיעדרו, קבועים בדין. כל

2 ס"ח 176.

3 בג"צ 5087/94 זברו נ' שר הבריאות (טרם פורסם).

4 חוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981, ס"ח 1023, ע' 248.

ההסדרים שאינם בגדר הסדרים ממוניים, ואף אותם הסדרים ממוניים שמיוחסת להם תכלית ערכית של הגנת קשר הנישואין (עיקר הכתובה, למשל), נחשבים להסדרים כובלים, שאינם ניתנים להתנאה בין הצדדים.⁵ כמקובל בהסדרים ההלכתיים, הדין יוצר מערכת שלמה, מפורטת ומגובשת של כללים וחובות התנהגות, היורדת לכל פרט ופרט אף בתחומים האינטימיים ביותר של החיים המשותפים. זהו איפוא הסדר פרטי המתייחס לסטטוס ולתוצאותיו וקובע הסדרים מיוחדים מתחום המשפט הפרטי ובתחומו.

5.9 בעשורים האחרונים מתחו תנועות פמיניסטיות וגורמים אחרים ביקורת על ההבחנה הנוקשה בין המשפט הפרטי למשפט הציבורי, ולמעשה על מיעוט המעורבות של המשפט הציבורי בתחום דיני המשפחה ועל התוצאות הנובעות מכך, שעיקרן הן קיפוח האשה והגנה בלתי-מספקת על הצדדים החלשים.⁶

שינוי דפוסי המשפחה, אופי שונה של היחסים בין המינים בתוך המשפחה, התחזקות מעמדה של האשה והמודעות לצרכים של שכבות חלשות ולסכנה שבהקמת חומות אבן בלתי-יחידיות סביב המשפחה מחוללים בעקבותיהם תנועה סותרת, כביכול. מצד אחד, הרחבת האוטונומיה של הצדדים והגדלת חלקו של המשפט הפרטי. מצד אחר מגלה המשפט הציבורי – באמצעות המשפט החוקתי והמינהלי כמו גם באמצעות דיני הרווחה והמשפט הפלילי – מעורבות רבה יותר בתחומים אחרים של דיני המשפחה, לשם פתרון מצוקות ולהגנת אינטרסים של הצדדים החלשים. אין זו תנועה סותרת, אלא תנועה דו-כיוונית. יתר על-כן, בתחומים רבים, רק שימוש משולב במערכות דינים אלה משרת את הצרכים החדשים ויוצר את האיזון הנדרש, כפי שנראה בהמשך. מה עוד, שהגבולות בין תחומי המשפט השונים מיטשטשים.

יחד עם זאת אי-אפשר להתעלם גם מכך שתפיסה פלורליסטית והענקת לגיטימציה לדפוסים שונים של יחסי משפחה גוררות אחריהן מעין פרדוקס, ולעיתים גם סתירות. כזה הוא טשטוש הגבולות שבין הפורמלי לבלתי-פורמלי, המתבטא, למשל, באופן ההכרה בידועים-בציבור ובמערכת הזכויות והחבויות שלהם לעומת בני-זוג נשואים,⁷ וכזאת היא גם פורמליות-היתר הנדרשת מהסכם ממון בין בני-זוג לעומת חזקת השיתוף ולעומת ההסדר הרכושי בין ידועים-בציבור.⁸

ב. המשפט הפרטי ותפקידיו החדשים

6.9 המשפט הפרטי משנה כיוון בהסדריו בתחום דיני המשפחה וממלא תפקידים חדשים. הוא גמנע מקביעת הסדרים מפורטים בתחומים אינטימיים, ומשאירם לאוטונומיה

5 ע"א 1915/91 אסתר יעקובי נ' עזרא יעקובי, פ"ד מט(3) 529.

6 Ruth Gavison "Feminism and the Public/Private Distinction" 45 *Stanford Law Rev.* 1-45, n. 1

7 בג"צ 639/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין, פ"ד מז(1) 749.

8 ע"א 4946/94 אגברה נ' אגברה, פ"ד מט(2) 508; וע"א 1915/91 אסתר יעקובי, לעיל הערה 5.

של הצדדים. בתחומים אחרים הוא מסתפק בקביעת הסדרים כלליים ורחבים היוצרים את המסגרת המחייבת שהצדדים רשאים למלאה תוכן כרצונם. כך הדבר, למשל, בתחום היחסים הרכושיים בתוך המשפחה. הסדרים אחידים וחד-משמעיים בסוגיות שונות מפנים את מקומם להסדרים פלורליסטיים וגמישים יותר. תחומים שונים של דיני המשפחה עוברים מהסדרים כובלים להסדרים חוזיים. כך, למשל, נחקקו בשנה האחרונה שני חוקים המאפשרים, בהגבלות ניכרות ותוך פיקוח של מוסדות המדינה, לערוך הסכם לנשיאת עוברים (הסכם פונדקאות)⁹ ולאמץ ילד ממדינת-חוץ באמצעות עמותה מוכרת.¹⁰ פלישה זו של המשפט הפרטי נעשתה לאחר שהמדינה נוכחה לדעת שאין בכוחה להמציא פתרון מספק ויעיל למצוקת ההורות. הפרטה חלקית ומוגבלת זו של תחום ההורות המשפטית היא עדות לתפקיד החדש שהמשפט הפרטי ממלא בתחום דיני המשפחה.

7.9 ההכרה בתוקפם של הסכמים בין בני-זוג אף בנושאים הנוגעים בתוכן הנישואין ובהורות עתידית, ובעקבות זאת הרצון להימנע ממעורבותה של המדינה בהסדרים שבתוך המשפחה, מהווים את אחד הטעמים לפסק-דינו של הרוב בבית-המשפט העליון, בהגמקת השופטת טובה שטרסברג-כהן, בפרשת נחמני.¹¹

בפרשה זו ביקשה האשה לעשות שימוש בביצית שהוצאה מגופה והופרתה בזרע הבעל ברצונה ובהסכמתו. הביצית המופרית הוקפאה. בזמן שחלף בין תאריך ההפריה לבין מועד הבקשה של האשה נפרדו בני-הזוג. הבעל הביע התנגדות להמשך התהליך, והאשה פנתה לבית-המשפט בתביעה להתיר לה את השימוש בביצית המופרית לשם השתלתה ברחמה של אם-פונדקאית. בית-המשפט העליון קיבל את ערעורו של הבעל על החלטת בית-המשפט המחוזי, ודחה את בקשת האשה.

השופטת שטרסברג-כהן, בהסכמת שלושה שופטים נוספים מן ההרכב, מפתחת את הרעיון לפיו ראוי שהסכמים בתוך המשפחה, ובמיוחד בסוגיות הנוגעות ביחסי המשפחה ובתוכן הנישואין, ועל אחת כמה וכמה כאשר ביסודם תשתית רגשית אינטימית, יוסדרו תוך התאמה למערכת המיוחדת של דיני המשפחה, ולא יישלטו על-ידי דיני החוזים במתכונתם הרגילה. השופטת מסווגת סוג זה של הסכמים כחוזים "רופפים", שהמשטר המשפטי החל עליהם לא יהיה משטרם של דיני החוזים באופן דווקני וצר. כך, למשל, דיני ההפרה, האכיפה והסיכול מחייבים סיגול והתאמה לבסיס המיוחד של הסכמים כאלה בתוך

9 לעיל הערה 2.

10 חוק אימוץ ילדים (תיקון מס' 2), התשנ"ו-1996, ס"ח 354.

11 ע"א 5587/93 נחמני נ' נחמני, פ"ד מט(1) 485. על שורת השיקולים במסגרת עניין זה ועל היבטיו השונים ראו ח' גנו "העוברים המוקפאים של הזוג נחמני" עיוני משפט יח (תשנ"ד) 83; א' מרמור "העוברים המוקפאים של הזוג נחמני: תשובה לחיים גנו" עיוני משפט יט (תשנ"ה) 433; ח' גנו "העוברים המוקפאים של הזוג נחמני: תגובה לאנדרי מרמור" עיוני משפט יט (תשנ"ה) 453; ד' ברק-ארז "על סימטריה וניטרליות: בעקבות פרשת נחמני" עיוני משפט כ (תשנ"ו) 197; ס' דוידוב-מוטילה "פסק-דין פמיניסטי? היבט נוסף על פרשת נחמני" עיוני משפט כ (תשנ"ו) 221. בשעה שרשימה זו נכתבת נידון עניין נחמני בבית-המשפט העליון בדיון נוסף, בהרכב מורחב של אחד-עשר שופטים.

המשפחה.¹² רעיון זה נותן ביטוי להרחבת האוטונומיה של הצדדים בתחומים שונים של דיני המשפחה, מחד גיסא, ולצורך ביישומה הראוי של אוטונומיה זו במסגרת דיני המשפחה, על ייחודם ומורכבותם, ולא בהחלה אוטומטית של דיני החוזים, על קרבם וכרעיהם, מאידך גיסא. הביקורת על רעיון זה, היוצאת מאנליזה של דיני החוזים,¹³ מהטיאה, לדעתי, את העיקר, ואינה נותנת משקל מספיק למגמות האיזון בין האוטונומיה של הפרט לבין אינטרסים חברתיים כמו גם הגנת הצד החלש. ההכרה של המחוקק הישראלי בתוקפם של הסכמים לנשיאת עוברים מהווה, לדעתי, בסיס מוצק לתמיכה העקרונית בהנמקה החוזית בפרשת נחמני.

8.9 יחד עם זאת, רצונם של הצדדים וחופש ההתנאה שלהם לא יעמדו להם כאשר יעדיף בית-המשפט אינטרסים אחרים, בין בדרך של קביעה שיפוטית עצמאית ובין בדרך של פירוש חוק. כך משתמע מפקס-דינו של בית-המשפט העליון בפרשת בר-נהור.¹⁴ כאן הסדירו הצדדים בהסכם את חייהם המשותפים, וקבעו במפורש כי למעט ההסדרים המפורטים בהסכם, אין ברצונם ובכוונתם להיחשב לידועים-בציבור, על כל התוצאות המשפטיות הנובעות מכך במשפט הישראלי. השאלה שעמדה לפני בית-המשפט היתה: האם האשה זכאית, למרות הוראות הסעיף המגביל בחוזה, למזונות מן העיזבון בתוקף סעיף 57(ג) לחוק הירושה, תשכ"ה-1965?¹⁵

בית-המשפט קיבל את תביעת האשה בהשתיתו את נימוקיו על שניים. ראשית, על שלילת חופש ההתנאה על מזונות מן העיזבון בחיי המוריש לפי סעיף 65 לחוק. שנית, על הנימוק שהזכות על-פי חוק צומחת על בסיס עובדות מסוימות המפורטות בו, ומשאלה התקיימו, אין הנחה פיקטיבית קודמת של הצדדים בהסכם יכולה לשלול מציאות עובדתית זו.

בית-המשפט השאיר בצריך-עיון את שאלת תוקפו של הסכם מסוג זה הן לגבי סעיף 55 לחוק הירושה, תשכ"ה-1965,¹⁶ והן לגבי עניינים אחרים. אולם בהשתיתו את טעם הפסיקה על הנימוק השני, יש סברה חזקה לטענה כי המציאות המתהווה בפועל, כשהיא עולה בקנה אחד עם הוראות החוק המקנות זכות, חזקה מכל הסכם הנוטל מן המציאות את עוקצה המשפטי. יחד עם זאת, ניתן אולי לצמצם את התוצאות העשויות לנבוע ממסקנה כזו על-ידי הסדר השולל במפורש זכויות מסוימות. במקרה כזה, יש להניח שרצון הצדדים יכובד, למעט לגבי אותן זכויות שנקבעו במפורש על-ידי המחוקק ככאלה שאינן ניתנות להתנאה.

בהמשך ניווכח לדעת כי פסיקה זו משתלבת בקו של צמצום השפעתו של היסוד ההסכמי שביחסי ידועים-בציבור, תוך הענקת גוון חזק של סטטוס ליחסי הצדדים וקירובו של מוסד זה למוסד הנישואין.

12 הלכת נחמני, שם, בע' 507-517.

13 ביקורת על הגישה החוזית ועל יישומם של דיני החוזים בפרשת נחמני, ראו ברשימתה של ברק-ארוז, לעיל הערה 11, בע' 207-211.

14 ע"א 7021/93 בר-נהור נ' עזבון המנוח גבריאל אוסטרליץ בע"מ (טרם פורסם).

15 חוק הירושה, תשכ"ה-1965, ס"ח 446, ע' 63.

16 שם.

ג. מעורבות המשפט הציבורי

9.9 במקביל, המשפט הציבורי מעורב בהסדרים רחבים יותר בתחום דיני המשפחה. לעיתים הוא תופס את מקומם של הסדרים שהיו נתונים בעבר בשליטתם הבלעדית של הצדדים במסגרת המשפט הפרטי. נדגים מעורבות זו בקצרה. המשפט החוקתי מיובא להגנת צדדים חלשים בתוך המשפחה. במשפט הישראלי הוא מהווה גם גורם לשינוי דפוסים של מערכות יחסיהגומלין שבין הדין הדתי למשפט האזרחי.¹⁷

המשפט הפלילי מגויס לא רק למניעת אלימות במשפחה, אלא גם לסטייה מהוראות חוק אזרחי, כגון חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996.¹⁸ נקבעת חובת דיווח של הציבור על אלימות וניצול מיני בתוך המשפחה כלפי קטינים, שהפרתה גוררת גם היא סנקציות פליליות.¹⁹ סמכויותיהם של פקידי הסעד ורשויות מינהליות אחרות (כגון ועדות לאישור הפסקת הדיון לפי חוק העונשין וועדת האישורים לצורך חוק הסכמים לנשיאת עוברים) מתרחבות ומתחזקות. רשויות מינהליות אלה עוסקות בפיקוח ואף במעורבות ישירה בתוך המשפחה, בעיקר לשם הגנת קטינים, אך לעיתים גם לשם הגנת אינטרסים אחרים. דיני הרווחה, הן באמצעות המוסד לביטוח לאומי (חוק המזונות (הבטחת תשלום), התשל"ב-1972),²⁰ והן באמצעות מערכות תמיכה מגוונות (חוק משפחות חד-הוריות, התשנ"ב-1992),²¹ מסייעים באופן ישיר למשפחה וליחידיה. לעיתים, כמו בחוק משפחות חד-הוריות, הם אף תורמים, באופן עקיף, להענקת לגיטימציה לדפוסים שונים של משפחות.

חוק הסכמים לנשיאת עוברים מדגים את השילוב בין המשפט הפרטי למשפט הציבורי לשם יצירת איזון בין האוטונומיה של הפרט בפתרון מצוקותיו ובמילוי צרכיו לבין הגנה על החלש והנוקב בדרך של מעורבות חיצונית. מצד אחד, הפרטה חלקית ומוגבלת של סוגיית ההורות המשפטית והענקת כוח לצדדים להגיע להסכם ביניהם.²² מצד אחר, מעורבות המדינה בהסכם וביחסים בין הצדדים, הן באמצעות קביעת מסגרת נוקשה של ההסכם בחוק והטלת מגבלות חוקיות קפדניות, הן באמצעות הרחבת סמכויותיהם של

17 בג"צ 1000/92 כבלי נ' בית הדין הרבני הגדול - ירושלים, פ"ד מח(2) 221; בג"צ

3914/92 לב נ' בית הדין הרבני האיזורי בתל-אביב-יפו, פ"ד מח(2) 457.

18 ראו הוראות סעיף 19 לחוק, לעיל הערה 2.

19 סעיף 368 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, ס"ח 864, ע' 226.

20 ס"ח תשל"ה 87; תיקון תשנ"ה 80.

21 ס"ח תשנ"ב 147; תיקון תשנ"ד 92.

22 ראו סעיף 1 לחוק הסכמים לנשיאת עוברים, לעיל הערה 2, להגדרת "הסכם לנשיאת עוברים", וכן פרק ב לחוק האמור, שכותרתו "אישור הסכם לנשיאת עוברים".

פקידי סעד, הן באמצעות ועדת האישורים החדשה המוקמת על-פי החוק והן באמצעות הסמכויות הרחבות המוענקות לבית-המשפט במסגרת הוראות החוק.²³ ביתו של אדם הוא עדיין מבצרו, אך זהו מבצר חדיר יותר להתערבות המדינה. דיני המשפחה המודרניים הרסו את חומות האבן הכבדות שסגרו בעבר על מבצר המשפחה; אולם במקביל העניקו לבני-הזוג חופש רב יותר בתוך הבית פנימה.

3. המעורבות האזרחית והרחבת המסלול המקביל

א. החקיקה

10.9 ארבעה דברי חקיקה חדשים ומרכזיים חוקקו בשנים האחרונות בתחום דיני המשפחה. המחוקק נטל לידינו את היוזמה בתחומים שמעורבותו נדרשה בהם מטעמים שונים. שניים מהם נוגעים בפתרון מצוקת ההורות: חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996,²⁴ וחוק אימוץ ילדים (תיקון מס' 2), התשנ"ו-1996.²⁵ בחוק הראשון היה צריך להתגבר על התנגדויות במישור הדתי, הן על שינוי תפיסה בכל הנוגע ביחס שבין תפקיד המדינה לבין תפקוד אפשרי של רשויות במשפט הפרטי והן על מידת הלגיטימיות של הסדר פונדקאות מבחינה ערכית-מוסרית ומבחינת מעמד האשה. בחוק השני עלתה שוב השאלה בדבר המונופול של המדינה ב"הקצאת" ילדים לצורכי אימוץ-חוץ.

בשני החיקוקים האמורים נוצרו עובדות בשטח שהדביקו את המציאות המשפטית וחייבו מעורבות חקיקתית דחופה. גם נקודות המגע שבין ההסדרים האמורים לבין סוגיות דתיות אינן רבות ואינן קשות. בקלות יחסית הושגו הסדרי פשרה שהניחו את דעתו של המחנה הדתי. כדי להסיר התנגדויות של המחנה הדתי ולהקל על חקיקת חוק הסכמים לנשיאת עוברים, הוסכם, בין היתר, כי אשה נשואה לא תוכל להיות נושאת (למעט בנסיבות מיוחדות הקבועות בסעיף 2(3)), וכך גם קרובת משפחה; כי הזרע המשמש להפריה חוץ-גופית הוא של האב המיועד; כי האם הנושאת היא בת דתה של האם המיועדת; כי יהיה רישום בפנקס מיוחד של צווים לפי הוראות החוק; וכי אין במתן צו הורות לפי החוק כדי לפגוע בדיני איסור והיתר לעניין נישואין וגירושין.

11.9 כל אחד משני החיקוקים האחרים עוסק באחת מערכאות השיפוט העוסקות בענייני משפחה. חוק בתי דין רבניים (קיום פסקי דין של גירושין) (הוראת שעה), התשנ"ה-1996,²⁶ מאפשר לבתי-הדין הרבניים, באמצעות כלים עכשוויים ויעילים, להקל

23 ראו סעיף 3 לחוק הסכמים לנשיאת עוברים, לעיל הערה 2, להרכבה של ועדת האישורים, לסמכות ולסמכות בית-המשפט.

24 שם.

25 לעיל הערה 10.

26 ס"ח 139.

על מצוקת העגינות ולפתוח תקופה חדשה ביחס שבין בית-הדין לקהל-היעד שלו. החוק מעניק לבית-הדין מפתח חשוב להתאמת הדין למציאות בדרך של יישום מציאותי ללא שינוי בהלכה.

חוק בית המשפט לענייני משפחה, התשנ"ה-1995,²⁷ מעמיד לבית-המשפט האזרחי מערכת דיונית מאוחדת, מערכתית, אינטגרטיבית ובלתי-פורמלית, לצד שורה של אמצעים חדשים המאפשרים לו להסדיר את הסכסוך בדרך ראויה ובמועד סביר.

שני החיקוקים כאחד, למרות היותם הסדר חלקי ומוגבל בתחומים מוגדרים, עשויים להכניס את מערכת ההתדיינות בדיני המשפחה לתקופה חדשה, ולהקל באופן משמעותי על פתרון הסכסוך. הכל תלוי באופן בו יבינו בית-הדין הרבני מזה, ובית-המשפט לענייני משפחה מזה, את התפקיד המוטל עליהם, ינצלו את הכלים והאמצעים שהעמידו החוקים לרשותם ויישמו אותם תוך התאמה למציאות המשתנה.

חוק בתי דין רבניים (קיום פסקי דין של גירושין) (הוראת שעה), התשנ"ה-1995, נעשה בתיאום מלא עם בתי-הדין ונשיא בית-הדין הרבני הגדול. הוא ממציא לבית-הדין אמצעים לאכיפת פסקי-דין למתן גט באמצעות צווי הגבלה. למעשה, הלביש החוק את כלל ה"הרחקה דרבינו תם"²⁸ במחלצות ממלכתיות. הוא העניק לבית-הדין סמכות מרחיקה-לכת להגבלת הסרבן בתחומים שונים, כמו יציאה מן הארץ, קבלת דרכון, קבלת רשיון נהיגה או החזקתו, מינוי למשרות שונות או שימוש בהן, עיסוק במקצועות טעוני-רשיון, פתיחת חשבון בנק והחזקתו ומשיכת שיקים.²⁹ הסמכות והכוח להוצאת הצווים הוענקה לבית-הדין הרבני בלבד. כלפי אשה סרבנית נדרש גם אישור מאת נשיא בית-הדין הרבני הגדול, ובקשת הבעל להיתר נישואין לא תידון עד תום שלוש שנים מיום הוצאת צו ההגבלה. צווי ההגבלה מותנים הן בהוצאת פסקי-דין למתן גט והן בהפעלת שיקול-דעת של בית-הדין להוצאת צווי הגבלה לאחר-מכן. ההצעה להעניק לבית-המשפט האזרחי סמכויות דומות להוצאת צווי הגבלה נדחתה.

בחוק זה נתן המחוקק לבתי-הדין הרבניים כלי חריף ויעיל לאכיפת פסקי גירושין. צווי ההגבלה פוגעים בזכויות-יסוד של הנתבע. עלולים להיפגע במסגרתם, בין היתר, חופש העיסוק וחופש התנועה. לדעתי, הגבלות אלה הן לתכלית ראויה והן עומדות בפסקות ההגבלה הקבועות בחוק-יסוד: חופש העיסוק ובחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.³⁰ הזכות לחירות ולכבוד של מי שנמנעת ממנו האפשרות להינשא מחדש בשל סירוב למתן גט או לקבלתו שקולה כנגד הגבלת הזכויות של הסרבן. מה עוד שהסרבן יכול לפטור עצמו מן ההגבלות על-ידי ציות לפסקי-הדין ליתן גט, בעוד המסורב תלוי ברצונו הטוב של הסרבן. אולם כדי לעמוד בדרישות של חוקי-היסוד יהיה צורך לבחון גם כל אחד מן

27 ס"ח 393.

28 ראו א' רוזן-צבי דיני המשפחה בישראל - בין קודש לחול (פפירוס, תש"ן) 278-279; כמו-כן ראו פ' שיפמן דיני המשפחה בישראל (המכון למחקרי חקיקה, האוניברסיטה

העברית בירושלים, תשנ"ה, כרך א) 420-421.

29 סעיפים 2 ו-3 לחוק, לעיל הערה 27.

30 ס"ח תשנ"ב 150; ס"ח תשנ"ד 90.

המקרים לגופם, והיינו, לבדוק אם האמצעים שננקטו אינם עולים על הנדרש בנסיבות כל מקרה.

למרות הפגיעה בזכויות המוקנות לסרבן בחוקי-היסוד, בחר המחוקק להעמיד את האמצעים החריפים לבתי-הדין מתוך תקווה שהם ינצלו אותם ביעילות ובמידה מספקת לשם השגת התכלית למענה הם הוענקו להם. בעקבות הכוחות שהוענקו להם נקבעו כללי משחק חדשים, ועל בתי-הדין לסגל את עצמם למציאות המשפטית החדשה, העולה בקנה אחד עם ההלכה.

הנוהג הרווח בבתי-הדין לדחות את הדיון ולהניח לצדדים להגיע להסדר ביניהם היה נפסד כבר בעבר. עם חקיקת החוק והעמדת כלים מתאימים לבתי-הדין, יש לקוות שנהגים כאלה יעברו מן העולם. בבתי-הדין נמנעו עד היום משימוש נרחב באמצעי חיוב ואכיפה של גט בשל חשש, לעיתים מופרז ביותר, לגט מעושה.³¹ יראת ההוראה שיתקה במידה רבה את כוחו של בית-הדין, והכבלים העצמיים שהטיל על עצמו פגעו בצדדים המתדיינים. יתרה מזו, הם יצרו אווירה של לית דין ולית דיין. עיקר המסדר השיפוטי במקרים כאלה, שהוא ההרתעה כלפי הסרבנים, היה חסר. ידוע כי ה"הרחקה דרבינו תם" אינה עושה גט למעושה.³² אמצעי זה גועד דווקא לאותם מקרים שבתי-הדין חושש בהם מנקיטת אמצעים של חיוב או אכיפה של גט.

בעבר טענו הדיינים שיש לתלות את קולר הביקורת המוטחת כלפיהם בהיעדר אמצעים. לי נראה שהבעיה העיקרית אינה בקיומם של אמצעים מתאימים, אלא ביחסו של בית-הדין אל ציבור-היעד, בתפיסת התפקיד השיפוטי של בית-הדין כלפי חברה שרוב יחידיה אינם שומרי תורה ומצוות, בהבנת אופי האחריות המוטלת על הדיינים, בראייה מפוכחת של המציאות ובמילוי חובתם הדתית ליישום הולם של הדין בנתוני הזמן. האתגר הונח עתה לפתחם של בתי-הדין. משהוענקו להם כלים מתאימים, עליהם להוכיח שיש בכוחם לפתור חלק גדול מן המצבים הבעייתיים.

המחוקק קבע את תוקפו של החוק לארבע שנים מיום פרסומו, על-מנת להיווכח אם אומנם המונופול שבתי-הדין עמדו עליו להוצאת צווי הגבלה מצדיק את התקוות שתלו בו. 12.9 חוק בית המשפט לענייני משפחה, התשנ"ה-1995,³³ מיועד לפתור את הקושי שנוצר בשל ריבוי הערכאות בבתי-המשפט האזרחיים. החוק מעמיד לבית-המשפט ולמתדיינים כלי הולם לפתרון סכסוכים בתחום המשפחה. החוק אינו מביא מזור לכל תחלואי השיטה ואינו מסדיר את כל המצבים הקונפליקטואליים. הכפילות בסמכות השיפוט הדתית והאזרחית נשארה בעינה, על כל תוצאותיה הקשות.

יחד עם זאת, החוק אינו עוסק בשאלות מבניות ופרוצדורליות בלבד, כפי שהדבר נחזה על פניו. אין למוד אותו באמות-מידה טכניות ופורמלות בלבד. הוא מבטא השקפת-עולם באשר להסדר סכסוכים בענייני משפחה. מטרתו העמוקה הינה לגרום לעיצוב מחדש של תפקידי כל אחד מן המוסדות וכל אחד מן הצדדים השותפים להליך ההתדיינות בתוך

31 ראו רוזן-צבי, לעיל הערה 28, בע' 255-258, 407-409.

32 שם.

33 לעיל הערה 27.

המשפחה. במיוחד משתנים כוחו ומעמדו של בית-המשפט במסגרת הכרעה בסכסוך משפחה, והוא מועמד על בסיס שונה מזה שהיה נהוג עד כה.

אולם לא פחות חשוב הוא יחסם של הצדדים אל ההליך ואל תוצאותיו. עיצוב דפוסי התנהגות בתוך המשפחה בשעת משבר הוא הגורם המרכזי העשוי להשפיע על המהלך כולו. המציאות המשפטית הקיימת דוחקת את הצדדים להחרפת מערכת היחסים והופכת את הסכסוך המשפחתי למלחמה בלתי-פוסקת. שינוי יסודי של מבנה ההתדיינות, של מהלך הדיון ושל אופי ההליך עשוי ליצור דפוסי התנהגות שונים, שיקלו על הצדדים ועל כל המעגלים ההולכים ומתרחבים, בתוך המשפחה ומחוצה לה, המושפעים מסכסוך במשפחה.

החוק עומד על כמה יסודות:

ראשית, הוא מאחד את כל הסמכויות בתחום ההתדיינות בדיני משפחה, שהיו מפורזות על פני ערכאות שיפוט שונות, ומעניק אותם לבית-משפט שלום שהוסמך לשבת כבית-משפט לענייני משפחה. כל התיקים הנוגעים בהתדיינות של משפחה אחת ובענייניה יידונו במסגרת תיק אחד.³⁴ התמונה שתיפרש לפני בית-המשפט לא תהיה עוד חלקית ומעוותת, אלא מלאה ושלמה. בית-המשפט יבחן את יחסי המשפחה כולה. התוצאה תהיה לא רק חיסכון בזמן ובכסף, אלא החלטה כוללת, צודקת יותר, לצד מניעת מניפולציות של הצדדים לדיון פרי המצב הפתולוגי ששרר עובר לחקיקת החוק.³⁵

שנית, שופטי הערכאה המיוחדת מיועדים להתמחות בתחום זה.³⁶ הם יתמנו לתפקידם במינוי מיוחד של שר המשפטים, בהסכמת נשיא בית-המשפט העליון, כאשר הכשירות הנדרשת בחוק היא ידע וניסיון בתחום זה. יש להניח כי לשם השגת המומחיות, יתקיימו השתלמויות מיוחדות בתחומים משפטיים וחוקי-משפטיים.

שלישית, סדרי הדין ודיני הראיות יותאמו להליך המיוחד של סכסוך בדיני משפחה.³⁷ זה מכבר הוכר כי סכסוך בדיני משפחה אינו התדיינות אורחית רגילה, וכי השיטה האדוורסרית המקובלת אינה הולמת אותו. החוק החדש קובע כי "בכל עניין של ראיות

34 סמכותו של הטריבוטל מוגדרת בסעיף 3 לחוק ככוללת "ענייני משפחה לפי חוק זה", וכן עניינים הקרובים להם. מכלול התביעות הכלולות במונח "ענייני משפחה" מובא בסעיף 1. נוסף על כך - סעיף 3(ב) וסעיף 4(א) לחוק.

35 להרחבה ראו רוזן-צבי, לעיל הערה 28; דין וחשבון הוועדה לבחינת יישום דיני המשפחה (משרד המשפטים ירושלים, 1976).

36 בהתאם לסעיפים 2(ב) ו-1(ג) לחוק. נושא הכשירות עלה גם בדיוני הוועדה, שם, בע' 23. בהצעת חוק לתיקון דיני המשפחה (ריכוז סמכויות השיפוט), התשנ"ה-1994, ה"ח 153, הוצע לקבוע התמחות בלעדית של מקצת מהשופטים בענייני משפחה.

37 תיקון מס' 3 לתקנות סדר הדין האורחית הוסיף פרק מיוחד העוסק בתובענות בענייני המשפחה. פרק זה חלש הן על תובענות שנידונות בבית-המשפט לענייני משפחה והן על תובענות בענייני משפחה הנידונות בבית-משפט שלום שאינו בית-משפט לענייני משפחה (תקנה 258 ב(א)). תקנות סדר הדין האורחית (תיקון מס' 3), התשנ"ה-1965, ב"ת 1946.

וסדרי דין, שאין עליו הוראה אחרת, לפי חוק זה, ינהג בית המשפט בדרך הנראית לו הטובה ביותר לעשיית משפט צדק" (סעיף 8 לחוק). השופט רשאי להיות מעורב בדיון ואף לשמוע קטין ללא נוכחות איש.³⁸ בית המשפט רשאי, ובמקרים מסוימים אף מחויב, לעשות כן לשם עשיית משפט צדק, לנקוט גישה לא-פורמלית לשם השגת פתרון אופטימלי לסכסוך המשפחתי.

רביעית, נקודת-המבט של החוק הינה רחבה ומערכתית. בית המשפט אינו הגורם היחיד המעורב במערכת ההתדיינות בין הצדדים. החוק קבע שתוקם יחידת סיוע בבית המשפט לענייני משפחה, אשר "תתן בעצמה או באמצעות אחרים, שירותי אבחון, ייעוץ וטיפול בענייני משפחה, לרבות העמדת מומחים לרשות בית המשפט..." (סעיף 5 לחוק). זו התפתחות משמעותית בגישה השיפוטית. האופי האדוורסרי של הדיון משנה את פניו לתפיסה אינטגרטיבית, במסגרתה, בית המשפט הוא רק אחד הכוחות הפועלים בזירת הסכסוך המשפחתי. בית המשפט הוא אומנם הפוסק האחרון, אולם המחוקק מעניק לו כלים מקצועיים מתחומים חוץ-משפטיים לקידום פתרון לסכסוך במשפחה. בית המשפט רשאי, על-פי שיקול-דעתו, להפנות בעל-דין ליחידת הסיוע לאבחון, לייעוץ ולטיפול. היחידה עומדת לרשותו, והוא יכול להפעיל אותה לצרכיו בכל עת, ואף במהלכו של הדיון.

13.9 במדינות שונות ששיטה זו נהוגה בהן כבר³⁹ יש הצלחות לצד כשלונות. השיתוף בין משרד המשפטים והרווחה, שהקמת היחידה ופעולתה תלויות בו, חיוני להצלחת המהלך. הצלחתה של השיטה טמונה ברמתם של אנשי-המקצוע, בדרך שהם מופעלים בה על-ידי בית המשפט, במידת שיתוף-הפעולה עם הצדדים, במסגרת התקציבית שתועמד לרשות היחידה, ובעיקר במידת ההבנה של בית המשפט את חובותיו בהליכי התדיינות בענייני משפחה, את האופי המיוחד של המערכת המסייעת ואת המצופה ממנה.

חמישית, החשיבה המחודשת על התפקיד של כל אחד מן הצדדים במסגרת הכרעת סכסוך במשפחה, הסמכות הרחבה והבלתי-פורמלית המוענקת לבית המשפט לענייני משפחה והסיוע הרחב שהוא מקבל מאנשי-מקצוע שונים מיועדים, בין השאר, להקטין את הנוק הנגרם לחוליות החלשות בתוך המשפחה לעת משבר. הכוח המוענק לבית המשפט לשם נקיטת אמצעים שונים מאפשר לו לאזן את כוח המיקוח ולהגן על האינטרסים של קטינים.

הסיוע העומד לרשות בית המשפט בכל עת מעניק לו עורף מקצועי, מקנה לו ביטחון עצמי ומגדיל את מוטת השליטה שלו בהכרעה בסכסוך על כל היבטיו. הכוח השיפוטי המוגבל, מול ריבוי הפנים של המשפחה, על המשברים העוברים עליה, מקבל תנופה חדשה. לא עוד הכרעה משפטית חדה בסכסוך, אלא שילוב של הכרעה יחד עם פישור, תיווך, תמיכה, טיפול, שיקום וסיוע רחב כחלק בלתי-נפרד מן המערכת השיפוטית.

38 סעיף 8(ב) לחוק בתי משפט לענייני משפחה. ראה גם תקנות 258 יב-יד לסדר הדין האזרחי.

39 למשל בארצות-הברית, ראו מאמרו של א' מלמד "בית המשפט לענייני משפחה בישראל" הפרקליט לז (תשמ"ז) 62.

בסופו של דבר, הכל תלוי באופן בו ייושם החוק על-ידי בית-המשפט. האם יטמיעו השופטים את החובות הנתבעות מהם והאם ישכילו לעשות שימוש הולם במערכת החדשה ובכל האמצעים העומדים בה לרשותם? כמו החוק המיועד לבתי-הדין הרבניים, כך גם חוק זה מחייב שינוי של דפוסי החשיבה הרווחים.

ב. הפסיקה

14.9 במקביל למעורבות החקיקתית, עשתה גם הפסיקה כבדת דרך ארוכה באופי מעורבותה וביצירת המערכת האזרחית המקבילה. יתרה מזו, בית-המשפט עשה קפיצת-דרך והרחיב את המהלך. בתנועת מלקחיים, הוא הטיל על בית-הדין הן את עקרונות-היסוד החוקתיים והן את כללי המשפט האזרחי בעניינים שאינם חלק מענייני המעמד האישי במובנם הצר. בכך ביקש ליצור הרמוניזציה של כללים משפטיים ולהשיג מקסימום של אחידות בתוצאה בתחומים שונים. לפנינו צעד נוסף למה שהיה מקובל בעבר. מיצירתו של מסלול אזרחי מקביל ליצירת מערכת כללים אזרחית אחידה, המחייבת את כל המערכת. בתחומים לא-מעטים תהיה התנהגות הצדדים לאחר פסיקה זו מושפעת פחות ממקום ההתדיינות, וזכויותיהם לא ישתנו כל אימת שתשתנה המערכת השיפוטית הדנה בעניינם.⁴⁰

40 ראו תקנות 258 (בא) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984, ק"ת תשמ"ד 2220, 2388.

חוקי־היסוד והשפעתם על דיני המשפחה בישראל*

חוקי־יסוד: כבוד האדם וחירותו מעגן יסודות חוקתיים שרווחו ברובם כבר קודם לכן וחייבו את דיני המשפחה כאשר הם נידונו בבית־המשפט האזרחי, וכן השפיעו, לעיתים באופן מכריע, על פרשנות הוראות החוקים המקנים סמכות לבתי־הדין הדתיים ועל פרשנות הוראות החוקים הטריטוריאליים שהופנו ישירות לבתי־הדין הדתיים.

ברשימה זו אנו מבקשים להצביע על השפעת חוקי־היסוד על דיני המשפחה בישראל. בכוונתנו להצביע על כך שהמהפכה החוקתית איננה כה דרמטית בתחום זה כפי שהיה ניתן לחשוב, וכי גם בעבר היתה השלכה לזכויות־היסוד בתחום דיני המשפחה. לא תמיד היו הדברים חדים ולא תמיד הם בלטו על פני השטח, אך הם התקיימו בפועל, ובעיקר במסגרת המערכת המקבילה של דיני המשפחה שהתפתחה בבית־המשפט האזרחיים.

לדעת הכל, החלה תקופה חדשה במשפט הישראלי החוקתי עם חקיקת חוקי־היסוד. נורמות על־חוקתיות (משוריינות פורמלית או מהותית) משפיעות על כל חקיקה עתידית וגם על פרשנותה של חקיקה שבעבר. כיצד משפיעה "המהפכה החוקתית" על התחום הרגיש של דיני המשפחה? ניתן לחלק את הבעיה לפחות לשני חלקים. החלק הראשון הוא החלק האזרחי. דהיינו, אותן סוגיות שלא הושפעו בעבר מן הדין הדתי, בין במישרין ובין לאחר מעורבות שיפוטית. החלק השני הוא אותם תחומים המושפעים מן הדין הדתי ועל־ידיו. באיזו מידה חקיקת חוקי־היסוד אמורה להשפיע על תחומים אלה, הן בבית־המשפט האזרחי והן בבית־הדין הדתי?

הערה ראשונה, חשובה ומרכזית, תתייחס לגישה לפיה יש להשוות בין שתי ערכאות השיפוט לעניין השפעת תחולתם של חוקי־היסוד. בעבר שלטה בכיפה התפישה שלפיה הדין הולך אחר הדיין. משום כך נקבע כי הפורום הדתי פטור מעולן של חובות שהפורום האזרחי מחויב בהן (וילוזני,¹ בעהם² וכיו"ב). גישה זו ספגה לאחרונה מהלומה כפולה.

1. בפרשות בבלי³ ולב⁴ נקבע כי הדין הוא אחד גם בשינויי הדיין. הדין הולך אחר הדיין רק בתחומים מוגבלים ביותר, ובעיקר בכל מה שקשור לדיני ראיות ולסדרי הדין (וגם זאת כפוף למגבלות חוקתיות) וביחס לתחולת הדין הדתי בענייני המעמד האישי

* טיוטת רשימה בלתי־גמורה. תודתנו לעו"ד יוסי מנדלסון על שהואיל להעביר לנו עותק שלה. היא מובאת כמות שהיא, ללא עריכה כמעט.

1 בג"צ 323/81 וילוזני נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד לו(2) 733 (להלן: עניין וילוזני).

2 בג"צ 609/92 בעהם נ' בית הדין הרבני הגדול לערעורים, פ"ד מז(3) 288 (להלן: עניין בעהם).

3 בג"צ 1000/92 בבלי נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים, פ"ד מח(2) 221 (להלן: עניין בבלי).

4 בג"צ 3914/92 לב נ' בית הדין הרבני האזורי בתל־אביב-יפו, פ"ד מח(2) 491 (להלן: עניין לב).

בלבד. משום כך, הכריכה בסעיף 3 לחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין) תשי"ג-1953,⁵ ככל שהיא משנה את מקום ההתדיינות, אין היא משנה את הדין החל. זכויות שנקנו בחיקה של שיטת המשפט הישראלי לא יפקעו על-ידי תחולת הדין הדתי בבתי המשפט הדתיים בעניינים רכושיים.⁶

2. תחולת החוק על דין דתי ובתי-דין דתיים. פרשנות מקובלת של סעיף 11 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, הקובע לאמור: "כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק-יסוד זה", גורסת כי כל רשות, אף המערכת השיפוטית במשמע ואף מערכת השפיטה הדתית, אינה יוצאת מכלל החובה הבסיסית "פשיטא שחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו מופנה לרשות השופטת, ובאמצעותה לכל הפעולות המשפטיות (של המשפט הפרטי והציבורי)".⁷ יש לראות את הוראות החוק כמופנות ישירות גם לבית-הדין הדתי, וכפי שכותב פרופ' ברק: "חוק היסוד הוא נורמה משפטית, ואם הוא חל ביחסים שבין צדדים, הוא חל ביחסיהם בכל ערכאת שיפוט. חוק היסוד משתרע על מלוא היחסים בשיטת המשפט, ואין הוא נעצר על סף דלתם של בתי הדין הדתיים. אין כל ייחוד לבית הדין הדתי בעניין זה. כמובן: יתכן שבית דין דתי פועל על פי דין דתי הנוגד בתוכנו את חוק היסוד, ותוקפו של דין זה נשמר (סעיף 10 לחוק). במצב דברים זה יחול הדין הדתי חרף הוראות חוק היסוד. הדין הדתי יחול במצבים אלה לא בשל אי תחולתו של חוק היסוד אלא דווקא בשל תחולתו העקרונית, תוך תחולת הוראתו בדבר שמירת הדינים. על כן אם הכנסת תחוקק חוק חדש בענייני המעמד האישי לא יהא בכוחו של חוק זה לפגוע בזכויות שלפי חוק היסוד אלא על פי הוראות חוק היסוד. כל ערכאת שיפוט חייבת לכבד את חוק היסוד לרבות בית דין דתי."⁸

גישה זו מצאה את דרכה לבג"צ בעניין בבלי,⁹ ובמילים מפורשות עוד יותר לבג"צ בעניין לב,¹⁰ המחייב את בית-הדין לכבד את זכויות האדם כמו כל ערכאת שיפוט אחרת, ולתת לה ביטוי בכל הקשר (זכויות רכושיות, עניינים דיוניים, סעדים וכיו"ב). "כל רשות... לרבות כל ערכאות השיפוט... ובהן בתי-דין דתיים 'חייבת לכבד' זכות זו,¹¹ למעט: 'בעניינים המהותיים של המעמד האישי חל המשפט העברי, העשוי לעיתים לדחות הסדר משפטי כללי זה או אחר."¹²

השופט ברק מרחיק לכת וטוען כי גם פיתוח הלכתי חדש של המשפט הדתי צריך

5 ס"ח 134, התשי"ג (4.9.1953), ע' 165.

6 עניין בבלי, לעיל הערה 3, בע' 248.

7 א' ברק פרשנות במשפט (כרך ג, נבו הוצאה לאור בע"מ, תשנ"ד) 454-459 (להלן; פרשנות במשפט); א' ברק "המהפכה החוקתית: זכויות יסוד מוגנות" משפט וממשל א (תשנ"ב) 9, 26 (להלן: המהפכה החוקתית).

8 ברק פרשנות במשפט, שם, בע' 458-459.

9 עניין בבלי, לעיל הערה 3, בע' 249.

10 עניין לב, לעיל הערה 4, בע' 503-504.

11 שם, שם.

12 שם, בע' 505.

התחשבות בעקרונות חוקתיים יוסדרו על-ידי דיני ראיות מגבילים של הדין הדתי תוך פסילת עדים מחללי שבת בניגוד לכבוד האדם ולעקרון השוויון? ובהנחה שחוק האונת סתר, תשל"ט-1979, אינו חל על ענייני נישואין וגירושין (דבר שאינני מסכים עימו), האם גם בהקשרים האחרים ובסוגיות האחרות הנידונות בבית-הדין (מוזונות, רכוש, החזקת ילדים), שהסמכות המקורית היא בידי בית-המשפט המחוזי הכפוף לחוק זה, לא יחול החוק האמור? הרי שוני כזה אינו מתקבל על הדעת.

ההבחנות בין המעגלים מקבלות תמיכה מפרשת לב,²⁴ שממנה למדנו כי מן הדין המהותי הדתי אין נגזרת סמכות לקבוע סדרי-דין דתיים (פסקה 7 לפסקי-הדין). כמו-כן היחס אל הדין המהותי אינו זהה ליחס לסעדים. כך, למשל, בפרשת לב, ועוד לפנייה בפרשת נעים,²⁵ בית-המשפט מבחין בין הדין המהותי לבין דיני הסעדים שההתערבות בהם רחבה ומקיפה יותר.

לסיכום נקודה זו מן הראוי להביא את דברי בית-המשפט בפרשת לב: "בעניינים המהותיים של המעמד האישי חל המשפט העברי, העשוי, לעיתים, לדחות הסדר משפטי כללי זה או אחר. אך דחייה זו מוגבלת אך לענייני המעמד האישי 'לא פחות ולא יותר' [ההדגשה שלי - אר"צ]. דחייה זו אינה חלה על מה שאינו נופל לגדר ענייני המעמד האישי."²⁶ ולפי ההקשר, אף תרופות וסעדים ואמצעים אינם בגדר העניינים המהותיים בהם מדובר.

חקיקה חדשה כפופה לחוקי-היסוד על איוזוניו, ההגנות הקבועות בו וסעיף ההגבלה הכלול בו.

כל חקיקה חדשה תביא בחשבון את השיקולים הבאים:

א. אם יש פגיעה בזכויות-היסוד על-פי חוק זה.

ב. האיזון הפנימי ביחס שבין זכויות אדם אהדדי.

ג. ערכיה של מדינת-ישראל כמדינה יהודית דמוקרטית ברוח ההגבלה של ההגנה על פגיעה בזכויות המפורטת בסעיף 8 לחוק.

עד כמה סעיף המטרה, הכולל התייחסות לערכיה של מדינת-ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, מגן על הדין הדתי לא רק לעבר, אלא גם לעתיד?

השופט ברק, במאמרו "המהפכה החוקתית: זכויות יסוד מוגנות", מפרש את המונח "יהודית" בצמצום ניכר על בסיס רמת הפשטה גבוהה ביותר.²⁷ למעשה, הערכים היהודיים המוגנים הם ערכים אוניוורסליים בלבד, ולא ערכים ייחודיים. בספרו פרשנות במשפט הוא מרכך את גישתו. לא ניכנס לפירוט עמדתו ולוויכוח עם השופט אלון. לצרכינו די אם נאמר כי לשיטתו עתה: "חוק שיפוט בתי דין רבניים... משתתף בעיצוב ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ויש לו השפעה על זכויות האדם. הוא ביטוי לאופייה היהודי-

24 ש.ס.

25 בג"צ 254/81 נעים נ' בית הדין הרבני, פ"ד לו(2) 205 (להלן: עניין נעים).

26 עניין לב, לעיל הערה 4, בע' 505.

27 ברק המהפכה החוקתית, לעיל הערה 7, בע' 9, 30-31.

הלכתי של המדינה;”²⁸ “מדינה יהודית היא מדינה שהמשפט העברי ממלא בה תפקיד חשוב, ושענייני נישואין וגירושין של יהודים מוכרעים על-פי דין תורה.”²⁹ האם עמדתו זו של השופט ברק משקפת רק השלמה עם המצב הנתון והיזקקות לאפיון מתוך תיאור המצב הנתון, או שמא ניתן להרחיק לכת ולטעון כי לשיטתו גם חקיקה עתידית ברוח זו עשויה לעמוד במבחן ההגבלה בהיותה מתיישבת עם ערכיה היהודיים של המדינה?

(אני נוטה לעמדה מרחיבה יותר. אני מסכים כי אין סתירה בין שני חלקיו של הסעיף, וכי אין ניגוד בין “דמוקרטית” ל”יהודית”. אולם, מאידך גיסא, גם אין לומר שיש חפיפה בין השניים. כל אחד מהם נועד לכסות תחום אחר, המשלימים זה את זה. ייתכנו גם ערכים שאינם אוניוורסליים, אלא ייחודיים, ואף-על-פי-כן הם יהיו מכוסים באמצעות המטרה היהודית, כגון חיזוקה של המשפחה, ייחודיות התא המשפחתי, שלמות העם בהיבטים מסוימים וכיו”ב.)

ד. תכלית ראויה.

ה. במידה שאינה עולה על הנדרש: היחס בין תכלית לאמצעים, גם בכל הקשור ליחס בין הזכות לסעד וליחס בין המטרה שלמענה ניתן הסעד לבין התוצאה העשויה להיות מושגת במקרה של הענקת סעד כזה.

בשאלת איוון האינטרסים על בסיס תנאים אלה יהיה כמובן צורך להבחין היטב בין המעגלים השונים ולהבחין בין לב ההסדר לעניינים אחרים מבחינת הערכים של המדינה כמדינה יהודית. כמו-כן יהיה צריך להתחשב במציאות הנתונה ולערוך את האיוון על בסיסה. אתן דוגמה לכוונתי זו. קיים מתח בין ההתפתחות הפנימית בדין הדתי המבקש לסגור פערים באמצעים שונים המתנגשים לעיתים בזכויות-יסוד (סעדים בגירושין, אכיפת גט וכיו”ב). מתח זה שבין דרכי הפעולה בדין הדתי ואמצעים הננקטים על-ידו להשגת תוצאה רצויה (גם במושגים “חילוניים”) לבין הנכונות של הציבור להשלים עימם בשל היותם פגיעה בכבודו (פסילת עדים מחללי שבת) נובע מן הריתמוס השונה בסגירת פערים בדין הדתי לבין עולם המושגים הרווח במציאות הישראלית. עם זאת, לעיתים הדרך היחידה עוברת דרך הדין הדתי ובאמצעיו (דרכי אכיפת גט).

במקרים אלה צריך איוון האינטרסים להביא בחשבון את המציאות המשפטית ולאפשר לדין לנקוט אמצעים שיאפשרו להתגבר על מכשלות קשות הפוגעות בכבוד האדם ובחירותו (עגיונות). במסגרת התכלית הראויה הנבחנת והאיוון הנעשה יש להביא בחשבון את הרע במיעוטו, כמו גם את ערכיה של מדינת-ישראל כמדינה יהודית במצב הנתון. בהיעדר פתרון רדיקלי, כל שיפור, גם במחיר של פגיעה יחסית, עדיף על “שב ואל תעשה”. והואיל והזכויות הן יחסיות, יש לצרף לבחינת היחסיות ולעריכת האיוון גם את האילוצים של המציאות בתוכה חי הציבור הישראלי, על הפשרות הפוליטיות שהולידו את החקיקה ואת חוקי-היסוד.³⁰

28 ברק פרשנות במשפט, לעיל הערה 7, בע' 331.

29 שם, בע' 332.

30 על מניעת הרחבתה של הפשרה הפוליטית האמורה גם להמשך ההתפתחות של הפסיקה הרבנית, ראו ברק, שם, בע' 459.

משום כך, בפירוש ההגבלה: "במידה שאינה עולה על הנדרש", יש להתמודד עם הפער בין העיקרון לבין דרכי ההתמודדות איתו. תיתכן אפשרות של פער בין המטרה לבין האמצעים כאשר הפגישה תתקיים במישור התוצאה, ולא במישור העקרוני או במישור הרעיוני. כך, למשל, במקרה של פסילת קידושין רפורמיים. הדבר נועד למנוע יצירת פער רחב מדי בין בית-הדין לבין המערכת האזרחית, ויחד עם זאת לאפשר את ההיענות של בתי-הדין למצוקות ולמציאות הישראלית בלי לשבור את המסגרת ההלכתית ובלי להעניק לגיטימציה מרחיבה מדי. אפשר איפוא להיפגש על מישור התוצאה למרות הפער במישור ההנמקות השונות והמניעים השונים בין שתי המערכות. אולם הדבר תלוי גם בתגובתה של המערכת הדתית והסתגלותה למציאות החדשה ולכללי המשחק החדשים. יש לחתור להגיע לאיזון הדדי, ולא ל"הורדת ידיים". הפוסקים הדתיים יכולים להגיע לתוצאה בלי להעניק לה לגיטימציה.

התחשבות במציאות המשפטית הקיימת כעובדה של המציאות הקיימת. קיומו של הדין מעמיד עובדה משפטית לפני הדין הדתי. חזקת השיתוף, כמו גם מתנות שניתנו לאשה, הן בבחינת קניין מוחלט לפי השיטה הישראלית. על בית-הדין לכבד קניין שנרכש בפועל בחיקו של הדין הישראלי המקומי. זהו מצב עובדתי שבית-הדין אינו יכול ואינו רשאי להתעלם ממנו. שאם לא כן, אין לדבר סוף. חוזים יפתחו ויידונו מחדש, קניינים שהועברו ייבדקו מחדש, וכל מערכת ההסדרים של המשפט הישראלי תעבור בחינה מחודשת על-ידי בית-הדין במהלך גירושין. כזאת לא יעלה על הדעת. המשפט הישראלי הוא הקובע את דרך העברת הקניינים.

הואיל ועל-פי המשפט הנוהג ענייני רכוש וקניין בין בני-זוג הם עניינים של חוזים וקניין, ולא עניינים של נישואין או גירושין, סמכות בית-הדין היא אגבית בלבד, או לכל היותר, והדבר אינו נקי מספקות, ניתנת להסכמה. האם יעלה על הדעת שזכות שנרכשה והושלמה בחיקו של דין מסוים תופקע על-ידי ערכאה הדנה בשאלה באופן אגבי (כרוך) מבלי שהוסמכה לדון בעניין דיון מקורי או ראשוני?!

מאידך גיסא, יש לבחון באופן מעמיק יותר את סוגיית החזרת המתנות והשלכות עקרונות-היסוד על סוגיה זו. דומני כי גם הלכת בעהם³¹ וגם ביטולה, למעשה, בהלכת בבלי³² לא מיצו את הסוגיה על בעייתיותה ביחס שבין דין דתי, משפט אזרחי וזכויות-היסוד.

במסגרת כל האמור לעיל יש לבחון את ההסדרים מבחינת הגשמת ערכיה של מדינת-ישראל כמדינה יהודית לעומת עוצמת הפגיעה בזכויות. לעיתים, עוצמת הפגיעה תהיה רבה, אך עוצמת ההגשמה תהיה רבה עוד יותר (אולי לב ההסדר בענייני נישואין וגירושין). אך בדרך-כלל, היחס בין שני אלה יהיה יחס חילופין, ולא יחס ישיר. ברוח זו יש לשפוט את הצעת חוק בתי דין רבניים (קיום פסקי דין של גירושין), התשנ"ד - 1994.

כך, למשל, רק לצורך המחשת השיקולים האפשריים בהקשר זה אתיחס לחוק איסור

31 עניין בעהם, לעיל הערה 2.

32 עניין בבלי, לעיל הערה 3.

האזנת-סתר. אילו היה עניין קבילותן של ראיות המושגות תוך פגיעה בחוק איסור האזנת-סתר מתברר על רקע חוקי-היסוד, ובהנחה שהחוק האמור אינו חל על בתי-דין דתיים (ואני סבור שהוא אכן חל), היה ניתן אולי לבחון את הפגיעה בזכויות-יסוד מול האפשרות להקל על עגינות בתנאי מציאות של הצורך בהוכחת אשמה. האשמה מחייבת הענקת אמצעי הוכחה מסוימים, אחרת התובע נלכד בצדף הריק. מאידך גיסא, הפגיעה בזכות-יסוד היא כה חמורה והשלכתה על הפרצה החברתית היא כה רבה שספק אם יש הצדקה להתיר זאת רק מכיוון שהדבר מאפשר גוחיות הוכחתית ואין היא בגדר דין דתי מצווה הכלול במסגרת המהותית של דיני נישואין וגירושין. והרי למדנו כי גוחות מינהלית אינה מצדיקה פגיעה בזכות-יסוד חוקתית.³³ מכל מקום, מבחינת היחסיות והמידתיות, אפילו היינו מכירים בקבילות לצורך דיני נישואין (הנובעת מן ההגנה על הדין הדתי של ענייני נישואין וגירושין), לא היינו מכירים בה לצורך התדיינויות אחרות בבית-הדין, שלגביהן אין אינטרס מוגן מיוחד של מניעת עגינות.

א. הגנת הדין הקיים

סעיף 10 לחוק-היסוד קובע שמירת דינים: "אין בחוק יסוד זה כדי לפגוע בתקפו של דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק היסוד." "דין", לפי סעיף 3 לחוק הפרשנות, תשמ"א-1981,³⁴ כולל חיקוק וכן דינים דתיים - בין בעלי-פה ובין שבכתב - "כפי תקפם במדינה".

האם סעיף שמירת הדינים מגן על הדין מפני כל מעורבות על-פי חוק-היסוד? גם ענייני משפחה כפופים לחוק; לפי סימן 47 לדבר-המלך במועצתו, הדין האישי כפוף בבית-המשפט האזרחי לכל חקיקה שתחוקק מכאן ואילך.

בהקשר זה עלינו לשאול את עצמנו מספר שאלות:

א. מה כלול בדין הקיים המוגן מפני חוקי-היסוד ועד כמה הרחיק לכת ההסדר האזרחי המתערב בדין הדתי ובבתי-הדין הדתיים באופן המקרב את הדין הקיים להסדר החוקתי? ניווכח לדעת כי מה שניתן לסבור לכאורה כמערכת הגנה משוכללת היא הגנה דלילה מאוד, למעט בתחום הנישואין והגירושין במובן הצר.

ב. עד כמה הדין הקיים מוגן מן הבחינות הבאות: פרשנות, דרך איזון האינטרסים ויישום עתידי של הדין? דהיינו, כיצד חוקי-היסוד משפיעים על התפתחות הדין הקיים?

ג. מהו הדין הדתי הנכלל במסגרת הדין הקיים, והאם הוא כולל גם פיתוח דתי עתידי של בית-הדין בפסיקותיו, לאור הגדרת הדין "כפי תקפם במדינה"?

נפתח בשאלה הראשונה. מהו הדין המוגן?

טענה כאילו הדין הקיים מהווה חומת הגנה בצורה על הדין הדתי בטעות יסודה.

33 ראו בש"פ 6654/93 בינקין נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1) 290, 295 (להלן: עניין בינקין).

34 ס"ח 302.

מתברר כי כבר בדין הקיים טמונה הרחבה של מחויבות הדין הדתי ובית־הדין הדתי כלפי עקרונות־היסוד. דברים אלה אמורים עתה ביתר שאת, לאחר שורת פסקי־הדין בבלי ולב, המבססים את הכרעותיהם על הדין הקיים ומהווים עתה חלק ממנו.

בעיני, הלכות בבלי ולב הם רק שיאה של התפתחות הדרגתית שהחלה עוד בעבר ואשר כללה יצירת משפט אזרחי מקביל בדיני משפחה תוך כרסום בהיקף תחולתו והשפעתו של הדין הדתי (הורות, הזרעה והפריה מלאכותית, הפסקת היריון, הסכמים לחיים משותפים, יחסי ידועים־בציבור בעודם נשואים, תחומים רכושיים שונים), מערכת עוקפת את הדין הדתי, יצירת תחליפי נישואין וגירושין וכיו"ב. התפתחות זו תתחזק ותתרחב בעקבות חקיקת חוקי־היסוד והשפעתה על ההתפתחות הפסיקית העתידה.

אצביע על היבטים שצויינו על־ידי:

א. גם הדין הקיים מחייב התחשבות בערכי־יסוד כבסיס לפרשנות או כבסיס לתחולה במקרים בהם אין פגיעה בלב ההסדר הדתי.

א1) עוד בעבר נקבעה סטייה מכללי הצדק הטבעי כחריגה מסמכות. הלכה זו לא התחייבה מלשון סעיף 15(ד)4 לחוקי־יסוד: השפיטה. מיון סוגיה זו כחריגה מסמכות הונע מן הגישה שפגיעה בכללים אלה מהווה פגיעה בזכות־יסוד בסיסית שמוטלת על כל השיטה בהיעדר הוראה מפורשת לסתור. על בסיס זה קל להגיע למסקנה כי פגיעה בעקרונות־יסוד כמוה כחריגה מסמכות, בדומה להלכה שהתייחסה לפגיעה בכללי הצדק הטבעי.

א2) יתר על־כן, עקרונות־היסוד, גם אם לא היו מוטלים בעבר ישירות על הדין הדתי עצמו, מצאו דרך להסתגן אל מערכת דיני המשפחה באמצעות פרשנות חיקוק ישראלי המקנה סמכות או כוח לבתי־הדין. הדברים נאמרים במפורש על־ידי בית־המשפט העליון בבג"צ 80/63 גורפינקל וחקלאי נ' שר־הפנים³⁵ ובבג"צ 51/69 רודניצקי נ' בית הדין הרבני הגדול לערעורים באשר לפרשנות סעיף 1 לחוק שיפוט בתי־דין רבניים: "שומה עלינו לנקוט פירוש של החוק מתשי"ג שיש בו כדי למנוע סתירה כזאת לעקרונות יסוד של חוק המדינה."³⁶

עוד לפני הלכות בבלי³⁷ ולב³⁸ הובעה עמדה מפורשת יותר ומרחיקת־לכת יותר על־ידי השופט ברק. השופט אלון חלק עליו, והשופט בך נמנע מכניסה לדיון בעניין. בבג"צ 1689/90 עאסי נ' בית הדין השרעי איזור התיכון³⁹ בית־המשפט עוסק בפרשנות סעיף 62 לחוק הפרוצדורה האזרחית העות'מני, החל על בית־דין שרעי. סעיף זה קובע רשימת מצבים בהם ניתן לפסול שופט, אך אין היא רשימה סגורה. השופט ברק סבור כי יש לפרש כל חוק עות'מני – כולל סעיף 62 הנ"ל החל על בית־דין דתי שרעי – על־פי תפיסות פרשניות שלנו ועל רקע עקרונות־היסוד של שיטתנו. השופט אלון איננו רואה לנכון ולרצוי להחיל אמירה כה כוללת ועמומה, כעקרונות יסוד של משפטנו המודרני,

35 פ"ד יז(3) 2048 (להלן: עניין גורפינקל).

36 פ"ד כד(1) 712, 704 (להלן: עניין רודניצקי).

37 עניין בבלי, לעיל הערה 3.

38 עניין לב, לעיל הערה 4.

39 פ"ד מה(5) 148.

קבנה מידה להתערבות בפסיקתו של בית דין דתי. השופט כך: ניתן להשתית התערבות על הפרת כללי צדק טבעי. מוכן אני להסתפק בהנמקה זו.

3א) בעקבות הפסיקה ברודניצקי⁴⁰ נקבע גם כי המשפט הישראלי אינו קולט איסורים דתיים אלא רק תוצאות משפטיות מן הדין הדתי. הבחנה זו, שמקורה בפרשת רודניצקי בעקבות פרשנות על-פי עקרונות היסוד, היא פתח להגנה על זכויות יסוד רבות גם אם באופן חלקי, שהרי הדין הדתי רשאי להתחשב בתוצאות ההתעלמות מן האיסור או הפרתו. אולם גם בהקשר זה, כמו בהקשרים האחרים לעיל ולהלן, יש כר נרחב לפיתוח הדין הקיים באופן שיעלה בקנה אחד דווקא עם חוקי היסוד, ולא כהגנה נגד תחולתן.

וכך, כאשר מתפתחים על בסיס הוראות הדין הדתי סעדים מסוימים שיש בהם כדי להוות סעדים מגבילים ומרחיקי-לכת, או ננקטים אמצעים מרחיקי-לכת שאינם עולים בקנה אחד עם עקרונות היסוד, מתפתחת הבחנה בין הדין ותוצאותיו לבין האיסורים הדתיים עצמם המונעים מהשקפת העולם הדתית ומתוך תפיסה של קדושה. הלכה זו נובעת מפרשנות החקיקה של חוק השיפוט על רקע עקרונות היסוד, ראה פרשת הקידושין הפרטיים.

בהקשרים אחרים, ראה בעבר פרשת נעים⁴¹ באשר לסעדים שונים הקשורים לשלום בית, וראה עתה את סוגיית הסעדים לשלום בית בהתפתחותה בפרשת לב. לגישתי, עמדה זו תורחב עוד יותר בעתיד לאור עמדתי בספרי על סעדים אלה וגבולותיהם, כולל על אי-השפעתם על הליכים בבית המשפט, בין אם נפסקו אחרי הפסיקה האורחית (ובעניין זה כבר נפסקה הלכת ראש חודש) ובין אם נפסקו לפניו.

4א) הלכות בבלי ולב יצרו מצב חדש בשיטתנו בהרבה מאוד מובנים, ויצרו דין קיים שהרחיב את גבולות ההגנה על זכויות היסוד במסגרת הדין הדתי:
אא) עקרונות היסוד החוקתיים מחייבים את בית הדין אלא אם כן ההסדר הוא ענייני המעמד האישי ממש.

בב) הדין אינו הולך עוד אחר הדיין בעניינים אלה, כמו גם בעניינים רכושיים בין בני-זוג. תנועת מלקחיים אורחית וחוקתית הלוכדת את בית הדין.

גג) הכלל לפיו מחייבים את בית הדין רק דינים אורחיים שהוחלו עליו במפורש שבקה חיים לכל חי. בית הדין הוא חלק ממשפטה של מדינת ישראל, והוא מחויב להחיל את דינה, אלא באותה מידה שההסדר הדתי הוא בעניין של נישואין וגירושין ואינו מתיישב עם ההסדר החוקתי או האורחי. והדברים אמורים לא רק בעניינים רכושיים נלווים, אלא גם בענייני נישואין וגירושין, כפי שטענתי בספרי. משום כך, לדעתי, בית הדין כפוף לחוק הגנת הפרטיות ולחוק איסור האזנת-סתר גם בתחום הנישואין והגירושין. בעיני, מעגלי חקיקה קוגנטית מחייבים את בתי הדין מכוח התכלית החקיקתית והכוונה להסדר טריטוריאלי. (לצורך הנמקותי ממאמר על האזנת-סתר ובית הדין)

דד) יש להבחין היטב בין מעגלים שונים של הסדרים בתחום דיני המשפחה, כמו גם במעמדו של בית הדין בהקשרים שונים ובעניינים שונים.

40 עניין רודניצקי, לעיל הערה 36.

41 עניין נעים, לעיל הערה 25.

הה) בפרשת לב הרחיב בית-המשפט את גבולות ההתערבות בבתי-הדין הדתיים לעילת חוסר סבירות. אומנם, בחינת סבירות ההכרעה השיפוטית נעשתה לגבי קביעת סדרי-דין ואופן יישומם במידה הפוגעת בזכויות-יסוד באופן בלתי-סביר, אולם בכך נפרצה דרך להרחבת המונח חריגה מסמכות בסעיף 15(ד)4 לחוק-יסוד: השפיטה, כך שיכלול עילות פיקוח מינהליות רחבות על פסיקת בית-הדין, בוודאי כל אימת שזכויות-יסוד של אחד הצדדים נמצאות מקופחות, כמו בפרשת לב.

אין להניח שעילת הסבירות תיושם על בחינת ההלכה, אך לגבי אמצעים, תרופות, סעדים ואף יישום דינים יהיה ניתן ליישמה מכאן ולהבא כחלק מן הדין הקיים, והפתח רחב ומאפשר גזרת התערבות רחבה ביותר.

5א) חלק מעקרונות-היסוד כבר עוגנו בחקיקה המקומית ומצאו את מקומם גם לחיובו של הדין הדתי. כך, למשל, חוק שיווי זכויות האשה, תשי"א-1951, על פרשנותו הרחבה, כקובע את עקרון שוויון האשה באופן רחב (למעט דיני איסור והיתר בנישואין וגירושין, שזו הגבלה סטטוטורית), ולא במגבלות של פרשנות צרה והגנה קניינית צרה.⁴² כמו-כן נבחן השוויון על-פי האפקט המושג על-ידי החקיקה או הפסיקה, ולא על-פי המניע והמטרה. הגנת שוויון הזכויות הורחבה איפוא לתוצאות ההכרעה, ולא להסדר התיאורטי המופיע על-י ספר בלבד: בג"צ 104/87 נבר נ' בית הדין הארצי לעבודה.⁴³ כמו, למשל, ההגנה על זכות הקניין לפי הכלל של הימנעות מפגיעה ברכוש שנרכש בחיקה של שיטת המשפט הישראלית מכוח חוקת השיתוף או דיני המתנה.

חקיקה ישראלית בעלת אופי חוקתי מוחלת על בתי-הדין כפוף לכך שלא תיפגע תכלית נחושה של הוראות חוק השומרות על הדין הדתי ומחילות אותו.

6א) כבר בעבר נשמעו קולות לא-מעטים שלפיהם החקיקה האזרחית הקוגנטית מחייבת את בית-הדין. כך הביע השופט ש' לוין דעת מיעוט ברוח זו בפרשת וילוזני.⁴⁴ עמדתו התחזקה מאוד לאור הלכות בבלי⁴⁵ ולב,⁴⁶ וזאת לא רק בענייני נישואין וגירושין. עוד בעבר טענתי כך, והצעתי את התכלית הטריטוריאלית של החוק כמבחן תוך הבאה בחשבון של גבולות ההגנה הנדרשת על לב ההסדר הדתי.

משום כך סבור הייתי כי קבוצת חוקים גדולה מחייבת את בית-הדין, והעיקרון הגלום בגישתי צוטט בהסכמה על-ידי השופט ברק בפרשת בבלי⁴⁷ ובפרשת לב.⁴⁸

42 ראו הלכת בבלי, לעיל הערה 3, בע' 240-241, בעקבות הלכת בג"צ 153/87 שקדיאל נ' השר לענייני דתות, פ"ד מב(2) 221; והלכת בג"צ 953/87 פורז נ' להט, פ"ד מב(2) 309 (להלן: עניין פורז).

43 פ"ד מד(4) 749, 759.

44 עניין וילוזני, לעיל הערה 1.

45 עניין בבלי, לעיל הערה 3.

46 עניין לב, לעיל הערה 4.

47 עניין בבלי, לעיל הערה 3, בע' 246-247.

48 עניין לב, לעיל הערה 4, בע' 503-506.

אין ספק כי חוקי־היסוד ישפיעו מעתה על היקף הפרשנות הטריטוריאלית של החקיקה הישראלית, ויגבירו את תחולת החקיקה בעלת האופי המגן על זכויות בבת־הדין הדתיים. 7א) אין לשכוח את ההסדר האזרחי המקביל שנוצר בשיטתנו (הן בתחום ההכרה בסטטוס הנעשה מחוץ לחיק הדין הדתי, הן בהקשר לסוגיות של יחסים דמויי נישואין וכיו"ב, הפסקת היריון, הסכמים לחיים משותפים מחוץ לנישואין וכיו"ב). הסדר זה מוצא לעצמו עתה בקצה חדשה להתגדר בה.

ב. פרשנות הדין הקיים, איזון אינטרסים כאשר הוא נדרש ויישום הדין הקיים נעשים לאור חוקי־היסוד. הדברים נאמרו בדרך־כלל בבש"פ 6654/93 בינקין נ' מדינת ישראל,⁴⁹ ויישמו במפורש בהקשר של דיני המשפחה ושל בתי־הדין הדתיים בפרשת לב: "אף שהדין הישן – ובמסגרתו כללי הדיון – נשמר (סעיף 10 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו), הרי פרשנותו, איזונו הפנימיים והפעלתו צריכים להיות מושפעות ממעמדן החוקתי של זכויות האדם."⁵⁰

מתי המשמעות של אלה לגבי בתי־הדין הדתיים והדין הדתי? אני סבור למשל, כי הדין הנוגע להאזנת־סתר ולהגנת הפרטיות גם אם היה בעבר ספק במידת תחולתם על בית־הדין,⁵¹ עתה הוסר כל ספק כזה.

גם פרשנות המונחים נישואין וגירושין עשויה להיות מושפעת מחוקי־היסוד, כמו גם מיחסו של בית־הדין לסוגיות שונות ולמידת הציות שלו לפסקי בג"צ.

ניתן לפרש את המונחים האלה בצמצום ולכלול בהם רק את המעגל הראשון שהזכרתי, דהיינו: עריכת הנישואין, יוחסין ומתן הגט. אפשר, לעומת זאת, לכלול במונחים אלה גם שלום־בית על סעדי האישיים השונים. אין ספק עוד כי ענייני רכוש, כמו גם הסכמים שונים בין בני־זוג, ממוינים היום כעניינים של חוזים, ולא כענייני נישואין. היקף המונח תלוי מאוד בגישתו של בית־הדין, כפי שהיה תלוי כך גם בעבר.

המונח גירושין יכול שיכלול רק את אקט הגירושין. אך יכול שיכלול גם סעיפים מסוימים בהסכם הגירושין. גם עניין אקט הגירושין יכול שיכלול גם את פסיקת הגירושין כמקובל, אך יכול לכלול, בפרשנות מגבילה מאוד, רק את סידור הגט. השאלה היא אם מאמצים את הפרשנות מתוך הדין הדתי או מתוך ההסדר האזרחי תוך היוקקות לחוקי־היסוד והערכים המוטמעים בהם.

גם החוקים הקובעים את סמכות בית־הדין, כמו אלה הקובעים את התערבות הבג"צ, שנעשתה כבר בעבר על רקע עקרונות־היסוד, עשויים להיות מושפעים מחוקי־היסוד ולהעמיק את השפעת חוקי־היסוד על פרשנות חקיקה מעין זו.

ג. ההסדרים שאינם בתחום הדין הדתי בוודאי ניתנים עתה בקלות רבה יותר לאיזון על־פי חוקי־היסוד. מבחינה זו ההסדר האזרחי המקביל (שהזכרנו לעיל) עשוי לקבל תנופה. כך, למשל, בעקבות עקרון השוויון, מושג הזוגיות עשוי לכלול במסגרת המונח

49 עניין בינקין, לעיל הערה 33, בע' 292–293.

50 ראו עניין בבלי, לעיל הערה 3, בע' 503.

51 ולי לא היה ספק כזה, ראו א' רוזן־צבי דיני המשפחה בישראל בין קודש לחול (פפירוס, בתי ההוצאה באוניברסיטת תל־אביב, תש"ן) (להלן: דיני המשפחה בישראל).

"ידועים־בציבור" גם בני אותו מין. גם בעבר לא היה לתקנת הציבור הדתי משקל בתחומים שהדין הדתי לא הסדירם. עתה, עם חקיקת חוקי־היסוד, עלה משקלן של זכויות אלה, וירדו עוד יותר, בהקשרים אלה, המגבלות הנעוצות בדין הדתי. אומנם, ערכיה של המדינה כמדינה יהודית יישקלו, אך זאת רק לגבי חקיקה אזרחית חדשה ומגבילה. הפיתוח הפסיקטי בוודאי יביא בחשבון את העיקרון בדרך מרחיבה יותר.

ד. השאלה מה דינה של התפתחות פסיקתית־הלכתית בבית־הדין הרבני איננה פשוטה. גישתו של השופט ברק⁵² איננה מביאה בחשבון את ההבדל בין אופי ההתפתחות ההלכתית לאופי ההתפתחות של פסיקת בתי־המשפט. האופי של ההתפתחות והמקור היו־ריספרודנטלי שלה שונים לגמרי. הסימטריה שהוא מבקש ליצור היא בעייתית, ועלולה לפתוח חזית אידיאולוגית רחבה עם בית־הדין. אולם המבחן יהיה בתוצאות. ספק אם לאור הכלים שכבר מופקדים בידי בית־המשפט יש צורך בהצהרת כוונות מעין זו.

הדגמה:

סעדי שלום־בית

כפיית גט

החזרת מתנות

האזנת־סתר

הגנת הפרטיות

הפסקת היריון

זכות לפי דין אישי

זכות לפי דין אזרחי של הגדרת הזכות.

תחומי מגע אפשריים בין כבוד האדם וחירותו ודיני המשפחה, שאינם מתייחסים לדיני

איסור והיתר לנישואין וגירושין:

א. חזקת שיתוף בבית־הדין

ב. החזרת מתנות בבית־הדין

ג. שלום־בית וסעדיו, במיוחד הרחקה מצד שלישי או הגבלה על פעולות מסוימות

ד. נקיטת אמצעים נגד הבעל למניעת עיגון.

לגבי חזקת שיתוף, כמו גם סוגיית החזר מתנות, ניתן להעמיד את העניין על שלוש

שאלות:

1. האם חזקת השיתוף חלה על בית־הדין או מה דין החזר מתנות?

2. האם העניין ניתן לכריכה?

3. האם החלטת בית־הדין מהווה מעשה־בית־דין?

ב. סמכות בנוגע לחזקת שיתוף

סמכותם של בתי־הדין הדתיים לדון בסוגיות הקשורות לחזקת השיתוף נידונה בע"א

52 ברק פרשנות במשפט, לעיל הערה 7, בע' 459.

65/89 מוסטפה נ' מטוע.⁵³ בני־הזוג הם מוסלמים. המערער גירש את האשה בעל־כורחה. גירושין אלה נרשמו בשנת 1986. האשה הגישה מאוחר יותר תביעה לבית־המשפט המחוזי בעילה של שיתוף נכסים. המערער, הבעל לשעבר, טען כי הסמכות הייחודית לדון בענייני רכוש בין בני־זוג מוסלמים מסורה לבית־הדין השרעי. טענתו נדחתה. בית־המשפט חזר על ההלכה לפיה תביעה המתבססת על חוקת השיתוף, פרי החקיקה השיפוטית של בית־המשפט העליון, אינה בסמכותם של בתי־הדין הדתיים. אין היא "עניין של נישואין או גירושין", וגם אין היא עניין של "מעמד אישי" בגדרו של סימן 51 לדבר־המלך במועצתו.⁵⁴

גם הטענה בדבר סמכותו הייחודית של בית־הדין השרעי לדון בעניין הרכוש כעניין נספה נדחתה. נבחן באיזו מידה ניתן לכרוך תביעות הנובעות מחוקת השיתוף בתביעת גירושין, ואם הכרעה בתביעה כרוכה כזו בבית־הדין הדתי מהווה מעשה־בית־דין המחייב את בית־המשפט האזרחי.

ג. סמכות כרוכה ומעשה־בית־דין

הסמכות הכרוכה ממשיכה להיות הסוגיה המרכזית המעסיקה את בתי־המשפט. גם במהלך שנה זו היו עניינים שונים שנידונו במסגרת סוגיה זו. כבר הזכרנו לעיל את ההלכה שנקבעה לפיה סמכות כרוכה אינה ניתנת להתנאה מראש.⁵⁵ בע"א 65/89 מוסטפא נ' מטוע⁵⁶ ניסה המערער את מזלו גם בטענה אחרת. לטענתו, לבתי־הדין (הדרוזי והשרעי) סמכות לדון בענייני הרכוש הכרוכים בהסדר הגירושין לפי הכלל שהולך הטפל אחר העיקר. בית־המשפט אישר את ההלכה שנפסקה בעניין עוד בעבר,⁵⁷ והבהיר אותה. אין מדובר בהענקת סמכות גורפת וייחודית לבית־הדין לדון בענייני הרכוש בין בני־הזוג, אלא בסמכות לדון בענייני רכוש הכרוכים בהסדר הגירושין כאשר בית־הדין סבור שבלעדיהם הסדר הגירושין אינו שלם. במקרה זה כבר גירש המערער את אשתו בעל־כורחה, והגירושין נכנסו לתוקף ונרשמו זה מכבר. משום כך אין הדיון בתביעת האשה לשיתוף נכסים מתלווה לתביעת הגירושין, ואין ההכרעה בה יכולה להיחשב לחלק מעניין הגירושין.

53 פ"ד מד(4) 197 (להלן: עניין מטוע).

54 ע"א 84/88 זיסרמן נ' זיסרמן, פ"ד מג(3) 205, 208-209: "יחסי הממון בין בני זוג ותוקף מתנות בכלל זה, אינם נכללים במסגרת ענייני נישואין, כאמור בחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג-1953, ואין תחולתו של הדין האישי משתרעת עליהם" (להלן: עניין זיסרמן).

55 ע"א 1981/90 אהרון נ' אהרון, מד(4) 877.

56 עניין מטוע, לעיל הערה 53.

57 בג"צ 642/82 ספדי נ' בית־הדין הדרוזי לערעורים, פ"ד לו(3) 381; בג"צ 207/88 פח'אלדין נ' בית־הדין הדתי הדרוזי לערעורים, פ"ד מג(2) 760 (להלן: עניין פח'אלדין).

צמצום הלכת הכריכה בכל הקשור לענייני רכוש, ובמיוחד אלה הנובעים מחזקת השיתוף, מצא ביטוי מיוחד בע"א 488/89 נ' נופרבר.⁵⁸ סוגיה זו היא מרכזית, באשר היא בעלת חשיבות אקטואלית, ומרכזת סביבה את מירב ההתדיינויות בסוגיית הכריכה. כאן גם נעוץ אחד ההבדלים העיקריים בין הדין הדתי למשפט האזרחי. סלע-המחלוקת בעניין נופרבר נסב על נכסים עסקיים שלטענת האשה היא זכאית למחציתם במסגרת חזקת השיתוף. תביעתה הוגשה לבית-המשפט המחוזי. המשיב הזדרו, ולפני הגשת התביעה על-ידיה כרך את הדיון בענייני הרכוש בין בני-הזוג בתביעת הגירושין שהגיש לבית-הדין הרבני. לטענתו, שנתקבלה על דעת בית-המשפט קמא, לאור הכריכה לא היה בית-המשפט המחוזי מוסמך לדון בתביעת האשה. בית-המשפט פתר את השאלה האופרטיבית במקרה זה על בסיס עובדתי פרגמטי. על בסיס השוואת כתבי הטענות ואופן ניסוחם (במסגרת התביעה בבית-הדין נתבקשה הכרעה ברכוש על דרך האזכור של הסכם הממון והסכם הגירושין), הוא קבע שהנכסים נשוא התביעה בבית-המשפט המחוזי לא נכרכו בתביעת הגירושין בבית-הדין הרבני.

בית-המשפט העליון לא נכנס לגוף השאלה בדבר היקפם של העניינים בני-הכריכה, והיינו, בדבר עצם אפשרות הכריכה של נכסים עסקיים בתביעת גירושין בבית-הדין הדתי. הנשיא מאיר שמגר הציג את השאלה כדבר המחייב הכרעה, שמן הראוי לדון בו, והשאיר אותה בצריך-עיון. יחד עם זאת, הוא לא הניח הרבה מקום לדמיון. בפסק-דין זה נמצאים רמזים עבים על כיוון הפתרון הנראה לבית-המשפט בסוגיה מרכזית זו.

במסגרת השיקולים הראויים מאזכר בית-המשפט את ההלכה לפיה לא כל סכסוך בענייני רכוש ניתן לכריכה. מבחן הכריכה אינו טכני, אלא מהותי וענייני.⁵⁹ בית-המשפט גם מציג את נקודת ההשקפה המשפטית השונה בתכלית בין בית-המשפט לבית-הדין בסוגיית השיתוף בנכסים, במיוחד בכל הנוגע לנכסים עסקיים.⁶⁰

רמזים אלה, אם יתורגמו להלכה מחייבת, עשויים לשנות באופן משמעותי את מערכת ההתדיינויות בין בני-הזוג. מהערות אלה ניתן להסיק כי תביעה הנסמכת על הלכת השיתוף בנכסים עסקיים, שאינה מוכרת כלל בבית-הדין הדתי, אינה עניין הניתן לכריכה בתביעת גירושין. לדעתנו, על בסיס מבחן כריכה ענייני, אין שום הצדקה לאפשר כריכת רכוש רק כדי לשלול זכות אשר צמחה לבן-זוג בחיקו של המשפט האזרחי. כריכה אשר כזו גם אינה מתיישבת עם עיקרון של צדק. ואכן, מסקנה כזו כבר הוסקה באורח חלקי על-ידי בית-המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו בת"א (ת"א) 688/89 טיזאבי נ' טיזאבי. (בית-המשפט קובע כי עניינים עסקיים עשויים להיות בני-כריכה. אולם לא תמיד הם יהיו בני-כריכה, כגון כאשר ההכרעה לא תהא דרושה לחיסול יעיל של ענייני בני-הזוג).⁶¹

בשל ההבדל המשמעותי בין הדין הדתי למשפט האזרחי בענייני רכוש, אנו סבורים כי אין כל מקום להבחין לעניין הכריכה בין רכוש עסקי לרכוש אחר. העניין הקובע הוא היחס

58 פ"ד מד(4) 293 (להלן: עניין נופרבר).

59 בעניין זה ראו לעיל הערה 51; וכן עניין פח'ראלדין, לעיל הערה 57; ראו גם א' רוזן-צבי יחסי ממון בין בני זוג (הוצאת מיקרושור בע"מ, תשמ"ב) 101-107.

60 ראה עניין נופרבר, לעיל הערה 58, בע' 301-303.

61 פ"מ תשנ"א (3) 491.

הבסיסי השונה בין שתי מערכות הדינים בענייני רכוש. קיימת הבחנה עקרונית בין ההכרה של המשפט האזרחי בחזקת שיתוף כמקור ליצירת זכות לבני-זוג וכעילת תביעה עצמאית המבוססת על דיני החוזים ודיני הקניין לבין אי-ההכרה בה בדין הדתי. רכוש הכפוף להלכת השיתוף, יהא סוגו אשר יהא, לא ניתן איפוא לכריכה.

לאור ההבדל המשמעותי האמור ניתן לומר כי כריכת רכוש הכפוף להלכת השיתוף על-ידי הבעל בתביעת הגירושין שהוגשה על-ידו לבית-הדין הרבני נועדה לתכלית אחת ויחידה: לשלול מן האשה את הזכויות המוקנות לה בדין, ולא לחיסול יעיל של העניינים המשותפים לעת גירושין. בשל כך אין כריכת הרכוש כנה, ובית-הדין הרבני אינו קונה סמכות.

יתר על-כן, זכותו של בן-זוג בנכסים מכוחה של הלכת השיתוף מוקנית לו מכוחו של המשפט האזרחי הישראלי. הזכות היא עצמאית ובלתי-תלויה במימושה. הזכות קיימת ועומדת גם בלי שיתופו של פורום שיפוטי. תביעה למימוש הזכות אינה חלק מיסודות הזכות וגם אינה חלק מעילת התביעה. הזכות מוקנית לבן-זוג עובר להגשת התביעה המשפטית ובאורח בלתי-תלוי בתביעה ובפורום בו היא נידונה.⁶² לא יעלה על הדעת להפקיע זכות הצומחת בחיקו של המשפט האזרחי על-ידי בחירה מכוונת של פורום מצד המשיב. "זכות הקניין היא מזכויות היסוד של האדם בישראל, ועל-כן אין לפגוע בה ללא הוראה מפורשת בדין, משנפגע הקניין בדרך של הוראה מפורשת, המעניקה את כוח ההפקעה, קמה ועולה זכות יסוד נוספת, והיא הזכות לפיצוי הוגן."⁶³

פרשנות סעיף 3 לחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג-1953, חייבת לעלות בקנה אחד, במידת האפשר, עם עקרונות-היסוד של המשפט הישראלי, כולל זכויות הפרט המוכרות במשפט הישראלי.⁶⁴

הפקעת זכותו של הפרט ללא תמורה פוגעת בעקרונות-היסוד של שיטתנו המשפטית. פרשנות סעיף 3 לחוק האמור בדרך הגורמת להפקעת זכותו של בן-זוג ללא תמורה יש בה משום פגיעה שכוזו. למניעת תוצאה כזו ולהשגת התכלית של הגנת זכות הפרט לקניין יש לפרש את סעיף 3 לחוק באופן שתביעה המבוססת על הלכת השיתוף אינה ניתנת לכריכה.

דווקא, גישתנו זו אינה מטילה ישירות את חזקת השיתוף על בית-הדין, גם לא מכוח עקרון-היסוד האמור. היא גם אינה מטילה ישירות את חזקת השיתוף מכוח חוק שיווי זכויות האשה, אף-על-פי שניתן לטעון כי הדרך לעשות כן פתוחה בדרך הפרשנות שננקטה עוד בעבר.

62 סיוע לעמדה זו ראו בע"א 177/87 וינפלד נ' מנהל מס שבח מקרקעין נתניה, פ"ד מד(4) 607.

63 ע"א 377/79 פייצר נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה, רמת-גן, פ"ד לה(3) 645, 656. באותו עניין ראו, בין היתר, ע"א 474/83 הוועדה המקומית נ' חממי, פ"ד מא(3) 370, 378-379; בג"צ 174/88 אמיתי נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה, המרכז, פ"ד מב(4) 89, 93.

64 ראו עניין גורפינקל, לעיל הערה 35, בע' 2068-2069; ראו עניין רודניצקי, לעיל הערה 36, בע' 712.

מה נעשה על-ידינו בפרשנות סעיף 3 לחוק השיפוט? ניתן ביטוי לעקרון חופש הקניין בלי להטילו ישירות על בית-הדין, אלא תוך שמירת זכות שנרכשה והושלמה במערכת אחרת, התחשבות במציאות המשפטית שכמוה כעובדה שלא ניתן להתעלם ממנה, באשר כך מוצא אותה בית-הדין בעת התברר העניין לפניו. הפקעת רכוש שנוצר בחיקו של המשפט הישראלי, למפרע, על-ידי מערכת שיפוטית שאינה אחראית ישירות לפסיקה האמורה ואין היא מוסמכת לדון ישירות בתביעה מסוג זה, אינה עולה בקנה אחד עם שום היגיון. היא מהווה ניצול לרעה של זכות מצד הצד הכורך וחוסר תום-לב בשניים ולשתי מטרות, הן תום-לב ישיר לעניין הכריכה והן תום-לב לעניין השימוש בזכות הכריכה מכוח סעיף 39 לחוק החוזים יחד עם סעיף 61 שבו.

בפרשת ע"א 264/77 דרור נ' דרור אומר בית-המשפט: "אם כוונתו היא שבן זוג בלתי נאמן מקפח עקב כך, כשיקול בלעדי, את זכותו בנכסים הרי אין לטענה מעין זו על מה שתסמוך. נטישת הבית או בגידה עשויות ליצור קרע בין בני הזוג ובדרך זו לשים קץ לשותף, אך אין נענשים עליהם למפרע על-ידי נטילת הזכויות ברכוש המשותף."⁶⁵ על דברים אלה חזר השופט מלץ בהסכמה בפרשת זיסרמן, באומרו: "דברים אלה נכונים בין אם הרכוש הוא משותף מכוח חוקת השיתוף ובין אם בעקבות מתנה."⁶⁶

יתר על-כן, ניתן לטעון טענה נוספת המתמקדת בעקרון השוויון שבחוק שיווי זכויות האשה. חוק זה הוא חוק אידיאולוגי, מהפכני, המשנה סדרי חברה.⁶⁷ במקומות אחרים נאמר על עקרון השוויון בין המינים כי הוא מעקרונות-היסוד של מערכת משפטנו ושל המשטר והחברה, וכי חוק זה נותן שיניים לעקרון השוויון ומצא ביטויו גם בדבר חקיקה של המחוקק.⁶⁸ בע"א 45/81 סולטאן נ' סולטאן, נאמר על החוק האמור כי "ההוראה באה לא רק כדי לקדם את מעמד ציבור הנשים בכלל בחברה הישראלית, למנוע הפלייתן ולהשוותן למעמד כלל הגברים, אלא גם להבטיח את האינטרס הפרטי של כל אשה ואשה הגמנית עם כלל הנשים העשויות להיפגע מהאפליה הספציפית הזו שאותה ביקש המחוקק לעקור משורש."⁶⁹

ואף אם אין ההוראה מתייחדת כלפי האשה, יש לבחון את התוצאה, ולא דווקא את הכלל. דהיינו, יש לבחון לאן מוביל הכלל את ההסדר המשפטי. בעניין זה אמר בית-המשפט בבג"צ 104/87 נבו נ' ביה"ד הארצי לעבודה: "מוכן אני להניח כי לא היה בכוונת מעסיקה של העותרת להפלות אותה ואת יתר העובדות לרעה כאשר חתמו על חוקת העבודה. אך כוונתה של המשיבה אינה קונקלוסיבית לעניין השאלה שעלינו להכריע בה, שכן המבחן לבדיקת קיומה או אי קיומה של הפליה הוא אובייקטיבי ולא

65 פ"ד לב(1) 829, 832.

66 ראו עניין זיסרמן, לעיל הערה 54, בע' 209.

67 ראו על כך בג"צ 202/57 סידיס נ' הנשיא וחברי ביה"ד הרבני הגדול, פ"ד יב (2) 1528,

1537; וכן ע"א 337/61 לובינסקי נ' פקיד השומה, פ"ד טז 403, 408-409.

68 ראו עניין פורז, לעיל הערה 42, בע' 332-333; בג"צ 47/82 קרן התנועה ליהדות

מתקדמת נ' שר הדתות, פ"ד מג(2) 661, 692, 704.

69 פ"ד לח(3) 169, 176.

סובייקטיבי. המניע ליצירת שוני בין גברים לנשים אינו מכריע בנידון. ולצורך קביעת קיומה של הפליה יש לבחון את התוצאה הסופית, כפי שהיא מצטיירת במציאות החברתית.⁷⁰ ובבג"צ 953/87 פורז נ' להט: "מעמדן השווה של הנשים במסגרת עקרון השוויון אינו פורמלי גרידא והוא צריך וחייב להשתרע באופן מעשי וממשי על כל שטחי חיינו."⁷¹

גם מבחינת הדין הדתי ניתן לומר כי ניתן ליישב את הוראות חוקת השיתוף עם הדין הדתי, הן מבחינת העיקרון שתנאי שבממון תנאו קיים, והן מבחינת הכלל של סיטומתא ומנהג מדינה. בפרשת ביד"מ 1/81 נגר נ' נגר אומר הרב קפאח: "פשט הדברים כי רק בענייני ממון קבע המחוקק הוראה מחייבת מקום שלדעתו הדין מפלה לרעה את האשה. הנחיית המחוקק נעשתה, כנראה, מתוך הנחה שבענייני ממון אין פגיעה בדין הדתי, משום שהנחייתו כ'תנאי שבממון', שאין בו משום מתנה על מה שכתוב בתורה. ואם כך, יש להניח שכל שאינו תנאי שבממון לא עלה על דעת המחוקק לפגוע בו."⁷²

דברים אלה מביאים אותנו למסקנה נוספת אף בהנחה שהעניין ניתן לכריכה. לדעתנו, הכרעת בית הדין בסוגיה רכושית שהיתה כרוכה בתביעת גירושין אינה מהווה מעשה בית דין כלפי תביעה המושתתת על עילת שיתוף נכסים. אם בית הדין אינו מכיר כלל בהלכת השיתוף ובזכות הנובעת ממנה, אין הוא דן בעילה זו. דחיית תביעה המבוססת על עילה זו אינה נובעת מדיון לגופו של עניין, אלא מהתכחשות לקיום הזכות. התביעה בבית הדין מבוססת על עילה דתית, ואילו התביעה בבית המשפט האזרחי מבוססת על עילה אזרחית. אלה הן שתי עילות שונות. אך פסק דינו של בית הדין הרבני משתיק את העילה המתבררת בבית המשפט המחוזי. שורת ההיגיון מחייבת כי מה שאינו מוכר כלל אינו יכול להיות מושתק.

בעמדתנו זו אנו צועדים על קרקע מוצקה. כבר בעבר הכיר בית המשפט העליון בכך שתביעה בבית הדין הנסמכת למעשה על אותה מערכת עובדתית, אך מבוססת על עילה מן הדין הדתי, אינה משתיקה תביעה המושתתת על עילה אזרחית ומתבררת בבית המשפט. לפיכך, דחיית תביעת מזונות של אשה שנישאה לבעלה בנישואין אזרחיים לא שימשה מעשה בית דין בתביעה שהוגשה לבית המשפט על בסיס ההכרה בנישואין אזרחיים.⁷³

כשם שהעמדת נכסי אשה לשימוש הבעל נוגדת את חוק שיווי זכויות האשה ויכול להיות רק עניין שבדיני חוזים אם הוסכם בין הצדדים (פרשת גור⁷⁴), כך הוצאת נכסיה מחזקת השיתוף כמוהם כפגיעה ברכושה עקב נישואין, מחד גיסא, וכהפקעת רכוש לאחר מעשה, מאידך גיסא. פרשנות חוק שיווי זכויות האשה, כמו גם פרשנות סעיפי חוק שיפוט בתי דין רבניים, אינן מתיישבות עם תוצאה כזו, שהינה פגיעה בערכי יסוד.

70 פ"ד מד(4) 749, 759.

71 ראו עניין פורז, לעיל הערה 42, בע' 342.

72 פ"ד לח(1) 365, 412.

73 ע"א 173/69 בכר נ' בכר-גולדנברג, פ"ד כג(1) 665.

74 בג"צ 185/72 ליסה גור נ' ביה"ד הרבני האזורי ירושלים, פ"ד כו(2) 765.

ד. שלום־בית

שלום־בית, כחלק מ"ענייני נישואין", מן הראוי שיתייחס למערכת היחסים בין בני־הזוג ביחסים הפנימיים ביניהם. יתר על־כן, לא מן הדין הוא כי מונח הנגזר מן המונח "נישואין" והמצוי בתחומו יתיימר להיות רחב ממנו ויכלול גם עניינים (כגון רכוש, מזונות או החזקת ילדים) שאינם בגדרו של המונח "נישואין". ואכן, בית־המשפט לא אפשר הענקת סעדים תחורגים מהסדר סביר של שלום־הבית בתוך המשפחה ביחסים הפנימיים בין בני־הזוג. הוא מיין את הסעדים השונים שהעניק בית־הדין לסוגיהם, ואישר רק חלק מהם כמצויים בתחום הלגיטימי של שלום־בית. ראה בג"צ 254/81 נעים נ' ביה"ד הרבני.⁷⁵ בהיבט אחר, אין להניח כי המשפט הישראלי מאפשר לאכוף איסורים דתיים (כגון מניעת יחסים עם צדדים שלישיים) כשהם לעצמם בעילת שלום־בית. במיוחד כאשר אלה אינם מתיישבים עם חירויות־היסוד. לכל היותר זכאי בית־הדין, כמו גם בית־המשפט, להתחשב בתוצאות המשפטיות (למשל, לעניין גירושין או מזונות) הנובעות מהפרת האיסור. חלוקה זו בין איסור דתי לבין תוצאות משפטיות בהקשר של פרשנות שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג-1953, בהתאם, עד כמה שניתן, עם עקרונות־היסוד וחירויות הפרט, נעשתה בפרשת בג"צ 51/69 רודניצקי נ' בית הדין הרבני: "שומה עלינו לנקוט פירוש של החוק מתשי"ג, שיש בו כדי למנוע סתירה כזאת לעקרונות יסוד של חוק המדינה."⁷⁶ עקרונות־היסוד, כמו חוק־היסוד: כבוד האדם וחירותו, חלים על פרשנות חוק זה, וכתוצאה מכך גם על בתי־הדין הדתיים, ככל שאין בחוק מטרה פרטיקולרית נחושה, כגון פגיעה בלב ההסדר הדתי.

נסקור מספר סוגי מקרים בהם מתעוררת תביעת שלום־בית על סעדיה:

שלום־בית (ללא סעד רכושי נלווה): בג"צ 49/57 כהן נ' כהן;⁷⁷ ע"א 174/83 סוחר נ' סוחר;⁷⁸ בג"צ 254/81 נעים נ' ביה"ד הרבני.⁷⁹

סעד רכושי או מזונות או החזקה כסעדים ליישום שלום־הבית ואכיפתו.

צו המונע הכנסת צד ג לדירה בעילת שלום־בית. מצד אחד נקבע בע"א 185/66 כברה נ' כברה⁸⁰ שעניין זה מענייני נישואין.⁸¹

צו המונע פגישה עם צד ג בעילת שלום־בית. לדעתי, אינה מענייני נישואין.⁸²

75 ראו עניין נעים, לעיל הערה 25.

76 ראו עניין רודניצקי, לעיל הערה 36, בע' 712.

77 פ"ד יא(2) 1195, 1196.

78 פ"ד לח(2) 77, 81-82.

79 לעיל הערה 25.

80 פ"ד כ(4) 864.

81 מסקנה אחרת עולה מבג"צ 426/81 גולן נ' גולן (לא פורסם). לדעתי, העניין אינו מענייני נישואין, וכן רוזן־צבי דיני המשפחה בישראל, לעיל הערה 51, בע' 117.

82 רוזן־צבי, שם, בע' 117-119.

