

ריבוי נשים למוסלמים וחוקתיות איסורו

מאת

ד"ר יעקב מירון

ההיתרים לנישואין הם צדה השני של מטבע הקרירה בלע"ו פוליגמיה, ובעברית "ריבוי נשים". המגמה לרסן תופעה זו בארץ-ישראל מסתמנת מיד עם ראשית החקיקה החיי-לונית בדיני משפחה בארץ.

§1. חלוץ החקיקה החילונית בדינים אלו הוא חוק המשפחה העות'מאני משנת 1917¹ אשר גועד מלכתחילה לחול לא רק על המוסלמים כי אם גם על הנוצרים ועל היהודים.² סעיף 38 לחוק זה מחדש, מבחינת המשפט המוסלמי, בקבעו כי יש תוקף לתנאי בנישואין האוסר על הבעל לשאת אשה נוספת על אשתו. החידוש שבדבר מתברר בהשוואה עם עמדת הורם החנפי במשפט המוסלמי, שעל פיו נהגה האימפריה העות'מאנית ואשר על-פיו חייבים לנהוג בארץ הווי ככל נושא שהמשפט המוסלמי חל בו.³ לפי הדין החנפי אין שום תוקף לתנאי בנישואין המגביל את חופש הבעל לשאת נשים נוספות.⁴ מקובל לחשוב⁵ כי גם הורמים המאלכי והשאפעי דוגלים באותה

1 שתי הוראות מחוק מקיף זה נתפרסמו עוד קודם לכן, כבר בשנת 1916, וזאת בצורת צו קיסרי ("אראדה") מאת הסולטאן התורכי. ר' דפתור, ספר החוקים העות'מאני, סדרה שניה, הוצאת אסתאנובול 1928, כרך 8, ע"ע 7-853. בספרות המזרחנית ואף המשפטנית (ר' למשל, Y. Linant de Bellefonds, *Traité de Droit Musulman Comparé*, vol. II: Le Mariage, Paris 1965, p. 452) רווחת טעות ביחס לתאריך הוצאת הצו הקיסרי הזה. אין ספק שהתאריך הנקוב בספרות זו, דהיינו 1915, הוא מוטעה, שכן הדפתור, בהיותו הפירסום הרשמי, הוא המכריע.

2 רק פקודה מנדטורית משנת 1919, בדבר ישום חוק המשפחה האותומאני 1917 (ר' דרייסון, 1933, עמ' 1014) צמצמה את תחולת החוק למוסלמים בלבד.

3 עקרון זה הוכר מחדש, ובמפורש לגבי חוק המשפחה העות'מאני, בע"פ 353/62 מחמד אלי-פקיר ופרהוד אבו אלי-קיעאן נ. היועץ המשפטי לממשלה, י"ח פד"י, עמ' 200 ואילך, בעמ' 221, §7 בדברי השופט הלוי.

4 Chafik Chehata, "L'Evolution Moderne du Droit de la Famille en Pays d'Islam," *Revue des Etudes Islamiques* 1969/1, pp. 103-114, en p. 111, in fine להלן: שחאתה, התפתחות. על תקדימים במשפטים עתיקים, במצרים ובאזורים אחרות, בדבר ההוראה האוסרת לקחת אשה נוספת, ר' ר. ירון, המשפט של מדינת ישראל, ירושלים, תשכ"ח עמ' 77, 79, 154, 175, ובעמ' 162 הוא אומר: "יתכן כי בהשפעת הפרקטיקה המזרחית נחלשה המונוגמיה היוונית".

5 N. J. Coulson, *Conflicts and Tensions in Islamic Jurisprudence*, Chicago 1969, p. 30. ספר זה יכולה להלן "קולסון, קונפליקטים". ביחס למאלכים, ר' דה בלפונד, כנ"ל, עמ' 456, אך גם עמ' 138.

עמדה⁴. רק אחד מארבעת הזרמים של המשפט המוסלמי האורתודוקסי, הזרם החנבלי, השליט כיום בערב הסעודית, מכיר בחוקו של תנאי זה, ואף זאת מבלי להעניק לו נפקות עד כדי "ביצוע בעיני". אין ביכולתה של אשת איש למנוע מבעלה לשאת אשה אחרת. לכל היותר יכולה היא להתגרש מבעלה, אם הוא נושא לו אחרת⁵. הסעיף האמור בחוק המשפחה העות'מאני אימץ לו בנקודה זו את עמדת הזרם החנבלי, למרות שבדרך כלל הולך הוא בעקבות הזרם החנפי⁶. האשה שבעלה נשא לו אשה נוספת על פניה, תוך הפרת תנאי בחוזה הנישואין הראשון האוסר זאת עליה, רשאית לגרש את עצמה ממנו על-ידי ביטוי נוסחת הגירושין הידועה הנאמרת ברגיל על-ידי הגבר המגרש⁷.

§2. פקודת החוק הפלילי משנת 1936 לא הביאה שום שינוי מהותי בהסדר הזה, במה שנוגע למוסלמים⁸. ברם, ניסוח סעיף 181(ג) שבה נטע זרע פורענות שנבט הצמיח ברבות הימים אי-ההבנה בפסיקה הישראלית. סעיף 181 קבע בין השאר כי:

... תהא זו הגנה טובה כלפי אישום על-פי סעיף זה אם יוכח:

(א)

(ב)

(ג) כי חוק הנישואין החל על הבעל, הן בשעת עריכת הנישואין הקודמים, והן בשעת עריכת הנישואין שלאחריהם, היה חוק שאינו דיני ישראל, והוא התיר לו לקחת יותר מאשה אחת.

בדברים אלה מוזכרת במפורש אפשרות שחוק הנישואין, דהיינו החוק הדתי, יתיר לקחת יותר מאשה אחת. מכללא מכתמעת גם אפשרות שניה והיא שהחוק הדתי יאסור ריבוי נשים. לצרכי פקודת החוק הפלילי לא היה טעם בהעלאת אפשרות שלישית, והיא: שריבוי נשים יהא חובה. אולם, עם ביטול "ההגנה הטובה" שבפסיקה (ג) הנ"ל, על-ידי

6 אם כי בצפון-אפריקה, שם שליט הזרם המאלכי, התפרסם תנאי הידוע בשם "התנאי של העיר קירואן", לפיו אסור לבעל לקחת אשה אחרת על פני אשתו, ר' G.H. Bousquet, "Islamic Law and Customary Law," in: *Journal of Comparative Legislation and International Law*, (1950) 3rd series, Vol. 32, p. 60. פרופ' ז. פאלק עורך הטבלה בין התקבלות תנאי זה בקרב המוסלמים, לבין מגמה דומה אצל היהודים באותו איזור ובאותה תקופה. ר' זאב פאלק, *נישואין וגירושין*, תיקונים בדיני המשפחה ביהדות אשכנז וצרפת, ירושלים, תשכ"ב – 1961, עמ' 138. ר' עוד: Hady Roger Idris, "Le Mariage en Occident : Musulman d'après un choix de fatawās médiévales" 1970 (XXXII), *Studia Islamica*, 157–165, p. 163.

7 דה בלפונד, כנ"ל, עמ' 468, סעיף 1115.

8 ר' הערה 3 לעיל. על מקרה החנבלי של הוראה זו עומד גם פרופ' אנדרסון, בין השאר, במאמרו האחרון: J. N. D. Anderson, "Reforms in the Law of Divorce in the Muslim World," *Studia Islamica*, (1971) XXXI, pp. 41–53, at p. 43.

9 זוהי דעתו של פרופ' שחאחה, התפתחות, עמ' 112; ר' גם עמ' 105, סוף הפסקה 144 בספרו Chafik Chehata, *Droit Musulman, Applications au Proche-Orient*, Dalloz, Paris, 1970. לעומת זאת חוק המשפחה הירדני משנת 1951 קובע כי, במקרה כזה, בית-המשפט הוא שיפרק את נישואיה של האשה, על-פי בקשתה.

1 באשר לחקיקה הפלילית נגד ביגמיה אצל יהודים, גילגוליה נסקרו על-ידי השופט לגדוי בע"פ 112/50 יחיפוף נ. היועץ המשפטי, ה' פד"י, 481, בעמ' 484–486, ולאחרונה על-ידי הנשיא אגרנט בד"נ 10/69 רחל בורנובסקי נ. הרבנים הראשיים, כ"ה פד"י (1), 52–10, בעמ' 45 סיפא.

סעיף 8(א) לחוק לשיווי זכויות האשה, תשי"א-1951, ובפרט לנוכח סעיף 5 לחוק הזה הקובע כי "אין חוק זה בא לפגוע בדיני איסור והיתר לנישואין ולגירושין", התעוררה גם שאלה בדבר האפשרות השלישית, כלומר: האם ריבוי נשים הוא חובה על-פי הדין הדתי?

§3. עמדת המשפט המוסלמי בנושא זה, כבנושאים אחרים, מובעת בצורה ברורה וחד-משמעית על-ידי כאסאני, אחרון המשפטנים הקלאסיים והגדול שבהם, אשר הביא את החשיבה המשפטית באיסלאם למרום פיסגתה.¹ כאסאני, שחי בסוריה, בעיר חלב, עד למותו בשנת 1191, היה בן דורו של הרמב"ם אשר נפטר במצרים בשנת 1204. לגבי הרמב"ם נאמר "ממשה עד משה לא קם כמשה". על אותו משקל ניתן לאמר לגבי כאסאני: "ממוחמד (נביא האיסלאם) עד אבו בכר (אל-כאסאני) לא קם כאבו בכר", ולא עוד אלא שלא קם באיסלאם החנפי משפטן ככאסאני מאז ימיו ועד ימינו.

בכל זאת ב"מדרסות", הרי אומר ב"ישיבות" המוסלמיות, וכן בבתי-הדין המוסלמיים, לא ייחסו, ועדיין אין מייחסים, לכאסאני את מלוא החשיבות שלה הוא ראוי. ספר ההלכות השימושי ביותר שלפיו פוסקים באיסורנו שבמזרח התיכון הוא רד אל-מוחתאר (תשובת הנבוכד), פרי עטו של מוחמד אמין אבן עאבדין, אשר כיהן כמופתי בדמשק בסוף המאה השמונה-עשרה, וראשית המאה התשע-עשרה, ואשר נפטר בעיר זו בשנת 1836. אבן עאבדין הוא אחרון המשפטנים הבתר-קלאסיים,² ומשקף את שלב ההתפתחות האחרון של המשפט המוסלמי החנפי, לפני שניכרו בו עיוותי ההתמערבות. נזדקק, איפוא, לשני משפטנים אלה, כאסאני ואבן עאבדין, כדי לבחון מכתביהם מהי עמדת ההלכה המוסלמית בנושא דיוגנו. בטרם נעשה זאת נקדים ונציין מספר מושגים הלכתיים הנחוצים להבנת הדברים. בניגוד ליהדות בה רווחת האבחנה בין מצוות "עשה" לבין מצוות "לא תעשה", הגה באיסלאם מקובלת אבחנה מחומשת.³ מוכרות בו לא רק הקטיגוריות של "חובה" (פרד, ואג'ב) ו"איסור" (חראם), המקבילות לקטיגוריות "עשה" ו"לא תעשה" ביהדות, אלא גם דרגות ביניים של "מומלץ" (מוסתהב, מנדוב) ו"מגונה" (מכרוה) וכן "סתם" (מוכאה). למעשה, כפי שנראה להלן, קיימת אפילו קטיגוריה ששית, הממוקמת מעל ל"מומלץ" אך מתחת ל"חובה", אליה משתייכות מצוות שאמנם לא נקבעו כחובה, אך בכל זאת נביא האיסלאם נהג לפיהן או אישר אותן. מצווה מקטיגוריה זו קרויה פוניה.

§4. לענין חובת הגבר להינשא, מבחינה ההלכה המוסלמית בין מי שיצר תוקף

1 Y. Meron, "The Development of Legal Thought in the Hanafi Texts," in: *Studia Islamica*, XXX, February 1970, pp. 73-118, at pp. 82-83, 87-88, 91.

2 כנ"ל עמ' 96, 97, 117.

3 (א) עלא אל-דין אבו בכר בן מסעוד, מהאב כראיע אל-ענאיע, מצר, 1906/1328, יצוטט להלן בשם "כראיע".

(ב) מוחמד אמין אבן עאבדין, רד אל-מוחתאר, מטבעת אל-חלבי, מצר, 1966/1382, יצוטט להלן בשם "רד".

4 J. Schacht, *The Origins of Muhammadan Jurisprudence*, Oxford 1959, p. 133; J. Schacht, *An Introduction to Islamic Law*, Oxford 1964, pp. 20, 120 ff.; Majid Khadduri, "Nature and Sources of Islamic Law," in: "A Symposium on Muslim Law," in: *The George Washington Law Review*, Vol. 22, October 1953, pp. 1-39, at pp. 8-9. ר' גם קולטון, קונפליקטים, עמ' 82-83.

עליו לבין מי שיצרו אינו תוקף עליו. תמימות דעים מוחלטת שוררת ביחס לחובתו של הראשון להינשא. חובה זו בעינה עומדת לא רק ביחס לנישואין עם אשה אחת אלא אף ביחס לנישואין עם שתיים, שלוש וארבע נשים, ובלבד שהנישואין עם הראשונה השניה והשלישית לא השקיטו את יצרו. דברים אלה נעלמו עד כה מעיני בתי המשפט ואף מעיני המחוקק בישראל. הבה נראה, איפוא את דברי הפוסקים המוסלמיים כלשונם:

לא خلاف ان النكاح فرض عند التوقان حتى ان من تائق نفسه الى النساء بحيث لا يمكنه الصبر عنهن وهو قادر على المهر والنفقة ولم يتزوج - يأنم	אין מחלוקת שהנישואין הם חובה במצב של תשוקה, כך שמי שנפשו משתוקקת לנשים באופן שאינו יכול למנוע עצמו מהן, וזאת כשיש ביכולתו לעמוד בתשלום המזון והמזונות, ואין הוא נישא — הריהו חוטא.
(بدائع الصنائع 2/228)	(כדאית אל-צנאית 111/228)

מחלה מחזיק אחריו, ואף מוסיף עליו, אבן עבדין, בפירושו לדברי אל-חצכפי, שהם עצמם פירוש לדברי אל-תמרתאשי:

التمرتاشي: ويكون واجبا عند التوقان الحصكفي: وان يقن الزنا إلا به — فرض وهذا ان ملك المهر والنفقة ولا فلا إثم بتركه	אל-תמרתאשי: [הנישואין] הם חובה ב[מצב של] תשוקה אל-חצכפי: אם הונות היא ודאית בלעדיהם [= בלעדי הנישואין] — [הריהם] חובה. ¹ מהאיה וזאת אם יש בידו לשלם את המזון וה- מזונות אחרת אין הוא חוטא אם הוא נמנע [מנישואין] ² כדאית
بن عابدين: ... لو كان لا يمكنه منع نفسه عن النظر المحرم أو عن الاستمناء بالكف — فيجب التزوج وإن لم يخف الوقوع في الزنا	אבן-עאבדין: ... אם הוא לא יכול היה למנוע עצמו מהסתכלות אסורה או מהוצאת זרע בכף היד — חובה עליו להינשא ואפילו אם אינו חושש מלפול לזנות.
(رد المحتار 2/6)	(רד אל-מוהתאר 111/6)

1 הנדאיה היא ללא ספק פירוש על הנדאיה של מרע'נאני (מת בשנת 1197 בעיר סמרקנד אשר באסיה המרכזית), ואולם עליפי הציטטה הזו לבדה אין לדעת אם הכוונה לנראיה שחברה עלידי חסאם אל-דין בן עלי אל-סיע'נאקי, איש המאה ה-14 (ראה: (N. P. Aghnides, *Mohamadan Theories of Finance*, Reprint Lahore 1961, p. 179 (a), או לנראיה שחברה עלידי באברתי (מת 1384 במצרים, ראה כנ"ל עמ' 179) או אף לנראיה שחברה ע"י מוחמד בן אחמד אל-עיני (מת 1451. ראה: C. Brockelmann, *Geschichte der Arabischen Literatur*, Leiden 1937-1943, S. II, 645.
2 הכוונה לכדאית אל-צנאית — חיבורו של כאסאני הנזכר לעיל.

חובתו הדתית של הגבר המוסלמי לשאת אשה נוספת ממותנת על-ידי שלושה סייגים: האחד ביולוגי, השני כלכלי והשלישי משפטי. הסייג הביולוגי הוא שהגבר פטור מלשאת אשה נוספת אם אשתו או נשותיו הנוכחיות מספקות את יצרו, כך שיצרו טוב אינו תוקף עליו. הסייג הכלכלי בא לידי ביטוי כאשר אין יד הגבר משגת לשלם את המוהר והמוזנות המגיעים לאשה הנוספת. הסייג המשפטי מוסק מדברי הקוראן עצמו (סורה IV, פסוק 3), בהם מתיר מוחמד למאמינים לשאת "שתים, שלוש וארבע" נשים. פירושים שונים ניתנו למלים אלה¹, אך הדעה שנתקבלה בורם החנפי היא כי ארבע הוא המספר המרבי. מי שנשוי לארבע נשים שוב אינו רשאי להוסיף עליהן חמישית, ואף אם יצרו תוקף עליו. במקרה אחרון זה נותרת לו רק אפשרות חוקית אחת, והיא לרכוש לו, בנוסף לארבע נשותיו, גם שפחות, אשר מספרן אינו מוגבל בהלכה המוסלמית.

§5. מחלוקת נטושה בין חכמי האיסלאם ביחס לחובתו של הגבר להינשא שעה שיצרו אינו תוקף עליו. לשם השוואה, כאסאני מזכיר שתי השקפות לא-חנפיות: האחת, היא של חסידיו הפשט (אל-מזאהר) הסבורים כי הנישואין הם בגדר חובה המוטלת על כל פרט בעדה המוסלמית (פרד אלי-עין), ממש כמו חובת הצום, התפלה ודומיהן. השניה היא של שאפעי – משפטן שמת בשנת 820 במצרים, אבי הזרם המשפטי הקרוי על שמו. לפי שאפעי הנישואין אינם מצווה יותר גדולה מאשר מקח וממכר. לדעתו, גם הנישואין וגם המכר נכנסים לקטגוריה של "סתם" (מוכאח). רוצה אדם – עושה, אינו רוצה – אינו עושה. השקפות אלו לא הייבו את כאסאני כשם שאין הן מחייבות אותנו במדינת ישראל, שכן, כאמור, עלינו להתחשב במשפט המוסלמי רק לפי הזרם החנפי שבו. עם זאת ראוי לשים לב לנימוקים עליהם מסתמכות ההשקפות הללו, כי נימוקים אלה חוזרים ונשנים אצל החנפים כאשר הם מנמקים את עמדותיהם. חסידיו הפשט, לבד מהסתמכויותיהם על פסוקים מן הקוראן, מעלים גם את הנימוק שהנישואין הם סייג בפני זנות: "מאחר וההמנעות מן הזנות היא חובה (ואנ'ב), ואין להשיג את ההמנעות הזו אלא על-ידי נישואין [הרי שהאמצעי] אשר בעזרתו מושג מילוי החובה (אל-ואנ'ב) הוא חובה (ואנ'ב)"². במלים אחרות, מאחר והמטרה היא חובה אף האמצעי הוא חובה.

שאפעי, המסתמך גם הוא על פסוקים, מוסיף עליהם את ההנמקה הבאה: הנישואין באים לספק תאוות, וסיפוק תאוות אינו "חובה", כי אם רק בגדר "סתם". ראייה לכך: אדם יכול לקנות לו שפחה ולקחתה לו לפלגש. בכך הוא מביא תועלת לעצמו, דבר שהוא בגדר "סתם", בדיוק כמו אכילה ושתייה, ומה שהוא "סתם" (מוכאח) אינו יכול להיות "חובה" (ואנ'ב). שאפעי מצטט עוד מכתבי הקודש דברי שבח לאדם מסויים שנמנע מלבוא אל נשים. "אם הדבר חובה (ואנ'ב) מדוע הוא זכה לשבח על שזנח אותה?"³. מכאן מוכיח שאפעי כי הנישואין אינם חובה.

§6. בתוך הזרם החנפי רווחות שלוש אסכולות ביחס לחובה להינשא המוטלת על גבר שיצרו אינו תוקף עליו. ההבדלים ביניהן הם דקים.

3 עיין דהיבלמונד, כנ"ל עמ' 5-134.

1 כראיע, 227/ו.

2 כנ"ל.

לכאורה כל התנפים מכירים בכך שהנישואין אינם חובה (ואג"ב) על גבר שכוה. ראייה לכך היא האימרה המיוחסת למוחמד לפיה מי שאינו יכול להינשא ראוי לו לצום. "הצום [הזה] אינו חובה (ואג"ב), והרי זה מוכיח כי [אף] הנישואין אינם חובה (ואג"ב), שהרי מה שאינו חובה (עיר ואג"ב) אינו יכול לבוא במקום חובה (ואג"ב)".¹ נימוק נוסף לביסוס אותה מסקנה הוא שבין חברי מוחמד היה רווק, ואף על פי כן מוחמד לא גינה את התנהגותו. על סמך שתי הוכחות אלה מגיע כרחי (מישפטן שמת בשנת 945 בערך) למסקנה שהנישואין נופלים לקטגוריה של מומלץ ("מונדרוב" או "מוסתחב").

אחרים מקבלים אמנם את ההוכחות האמורות לפיהן נישואיו של הגבר שיצרו אינו תוקף עליו אינם חובה, אך מאידך מתחשבים גם באותם פסוקים בקוראן עליהם מצביעים חסידי הפשט ואשר לפיהם הנישואין הם חובה. מסקנתם היא כי הנישואין הם "חובה" ("ואג"ב" או "פרד"), אבל לגבי כל פרט ופרט הם בגדר "מומלץ" בלבד. החובה מוטלת על הכלל, כך שדי אם רק חלק מהציבור ממלא אותה. בעיני בני אסכולה זו הנישואין, כמו היציאה למלחמת הקודש (גיאהד), כמו התפלה בעת לוויה, הם חובה המוטלת על הכלל ("פרד אל-כפאיה").

עם זאת ישנם כאלה המטילים את הנישואין כחובה על כל יחיד ויחיד ("פרד עין-אין"), וזאת כאמור אף אם יצרו אינו תוקף עליו. לדעת כאסאני "על העקרון הזה בנו הבריו" החנפים את עמדתם.² לביסוס עמדתו זו מביא כאסאני הוכחה הלקוהה, לדבריו הוא, מדבריהם של חסידי הפשט:³ הנישואין עדיפים על התמסרות למצוות רשות ו"החובה כיצד היא לא תהא עדיפה על התעסקות במצוות רשות ו". בהקשר זה כאסאני אינו מפרש מדוע הנישואין הם עדיפים על מצוות רשות, אך להלן, אגב ויכוח עם שאפעי, הוא מביע מפורשות את הנימוק שצויין לעיל כנימוקם של חסידי הפשט: הנישואין "הם שמירת האדם מן הזנות וכיוצא בזה, כפי שהבהרנו".⁴

כאסאני מוסיף עוד וטוען כי האסכולה הרואה את הנישואין כ"מומלצים" בלבד, ולא כחובה, אף היא מעדיפה את הנישואין על פני מצוות רשות (נואפל אל-עבאדאת). בעוד שמוחמד לא התריע אל אי-קיום מצוות רשות (נואפל אל-עבאדאת), הוא התריע גם התריע על סטיה מאורח החיים שהוא היטווה (סונה), ולפי אימרה המיוחסת לו הנישואין הם חלק מ"סונה" זו (אל-ניבאח סונתי).

אם כן, כפי שכאסאני מציג את הדברים, הנישואין הם הרבה מעבר ל"מעשה אבות סימן לבנים" ומגיעים לדרגת חיוב העולה על "מומלץ". אשר לו עצמו סבור כאסאני כי הורם החנפי מעלה את הנישואין לדרגת חובה פשוטו כמשמעו, וזאת, כאמור, לגבי גבר שיצרו אינו תוקף עליו.

57. להלן מזכיר כאסאני שני נימוקים שנדונו בבית המשפט העליון בישראל אגב בעית הפוליגמיה שנתעוררה במדינתנו. השופט זילברג ציין⁵ כי "קיימת סברה... —

1 בדאיע, 227/111.

2 עלא הדיא אל-אצל בנא אצהאבנא (בדאיע, 228/111).

3 והו קול אצהאב אל-מיארה (בדאיע, 228/111).

4 ... אנה ציאנה ללנפס מן אל-ונא ונחו רילב עלא נא בינא (בדאיע, 228/111).

1 בבג"צ 49/54 מלחם נאף מלחם נ. השופט השרעי, עכו והמחוק, ח' פד"י (2), 910, בעמ' 914 מול אות השוליים ב'.

והיא הובעה בספרו של אמיר עלי, חוקי מחמד, אשר היועץ המשפטי המלומד היפנה את תשומת לבנו אליו – כי:

"התנאים בהם הותרה (הפוליגמיה למוסלמים) הם כה קשים למילוי עד שלמעשה אפשר לראותה כאסורה, וכי מכיוון שהמסיבות אשר גרמו להתרתה בימים קדומים, או שעברו ובטלו, או שאינן קיימות עוד בתקופה המודרנית, הרי מנהג הפוליגמיה מהווה עבירה על החוק", רוצה לאמר: החוק הדתי (שם, מהדורה חמישית, עמ' 159).

סברא זו שהובאה על-ידי השופט זילברג מפרי עטו של המשפטן המודרניסט המוסלמי ההודי אמיר עלי, הועלתה גם על-ידי חדשנים אחרים באיסלאם.² כולם נאחזים בהמשך הפסוק 3 בסורה IV בקוראן, אותו כבר הזכרנו לעיל. בפסוק זה, לאחר שהתיר למוסלמים לקחת "שתיים, שלוש וארבע" נשים, הוסיף מוחמד עצה טובה לגבר שלא לקחת יותר מאשה אחת אם הוא חושש שמא לא ינהג בשוויון בין נשותיו. רעיון זה חוזר בפסוק 129. הפרשנות המודרניסטית, המתימרת להתבסס על עצתו הטובה של מוחמד, נדחית על-ידי השמרנים. הם מתייחסים ל"שוויון" הנדרש באותו פסוק כפי שהתייחסו אליו המשפטנים בכל הדורות, דהיינו כאל שוויון במוהר ובמוזנות ותו לא.³ העצה הטובה לגבר החושש שמא לא יצליח לנהוג בשוויון היא, בעיני המשפטנים, המלצה מוסרית גרידא ללא כל תוצאות משפטיות. לאור הפירוש המשפטי שניתן לפסוק, ברור הוא כי ה"תנאים" בהם הותרה הפוליגמיה למוסלמים בשום פנים אינם "כה קשים עד שלמעשה ניתן לראותה כאסורה", ובוודאי שאין הם קשים לבעלי אמצעים.

במחלוקת הזו בין פרשנים מודרניסטיים לבין השמרנים, איזו דרך יבור לו בית המשפט בישראל? ליתר דיוק: מהו המשקל שיכול ורשאי בית משפט בישראל ליחס לסברא מודרניסטית, כגון זו של אמיר עלי, המתימרת לפרש נאמנה את עמדתה של שיטת משפט עתיקת יומין? דומה כי שאלה עקרונית זו יכולה להתעורר בישראל לא רק ביחס למשפט המוסלמי, אך במה שנוגע אליו התשובה כבר ניתנה.

בית המשפט העליון הזדקק לחיבור אנגלו-מוחמדי של אמיר עלי כדי ללמד מתוכו "סברא" לגבי המשפט המוסלמי הנוהג במדינת ישראל. המשפט המוסלמי בהודו סטה ממסלול ההתפתחות המקובל של משפט זה עד כי כיום הוא מכונה "משפט אנגלו-מוחמדי", כדי להבחינו מן המשפט המוסלמי.⁴ בגלל סטייתו אין זה מן הנכון לחפש

2 עין ש. ד. גויטין – א. בן שמש, המשפט המוסלמי במדינת ישראל, ירושלים תשי"ח, עמ' 133.

3 דה-בלפונד, כנ"ל, 135/11.

4 לדוגמא, בשאלת הפוליגמיה מכיר אמנם המשפט האנגלו-מוחמדי בזכותו של הבעל לשאת אשה נוספת על אשתו, אך יחד עם זאת מעניק הוא לאשה זכויות על-פי דיני היושר האנגליים, לפיהם לא יצווה בית המשפט עליה לשוב לבית בעלה, אם היא עזבה אותו בגלל גישואיו עם תאחרת. ראה: *Itwari v. Asghari*, in: Asaf A. Fyzee, *Cases in Muhammadan Law of India and Pakistan*, Oxford 1965, pp. 188–198, at pp. 191–192, secs. 5, 6, 7, pp. 193–4, sec. 11. כמו כן מעיר פרופ' אנדרסון כי הנאים בחוזה הגישואין נגד פוליגמיה הוכרו כתקפים בהודו: "לא על בסיס חקיקה ספציפית אלא על-ידי משפט-יצירה-השופט". ראה מאמרו המצוטט לעיל ב"7, הערה 7. "חוק פירוק גישואין מוסלמיים, 1939", שנחקק בהודו קלט במידה מסויימת את פרשנותו של אמיר עלי לפסוק האמור בקוראן, כך שכיום יכולה אשה מוסלמית בהודו להסתמך על "חוסר השוויון" מצד בעלה כלפי נשותיו, ביתר קלות מאשר בארצות מוסלמיות אחרות. ראה דה בלפונד, כנ"ל, עמ' 477.

בחיבורים אנגלו-מוחמדניים תשובות לשאלות המתעוררות במדינת ישראל בתחום המשפט המוסלמי. אף על פי כן, משום שהפניה למשפט האנגלו-מוחמדני כבר געשתה הבה נראה כיצד התייחסו בתי המשפט בהודו לחדושי הלכה "מוסלמיים" של אמיר עלי. בתביעת אלמנה נגד עובד בעלה, בסוף המאה הי"ט, דרשה אשה בנוסף לחלקה בעובד גם תשלום מזונות, וזאת בהסתמך על פירושו של אמיר עלי לפסוק מסויים בקוראן.⁵ השופטים לא הסתפקו באסמכתא זו וביקשו לברר את הדין על-ידי עיון בספר ההלכה המקובל בהודו, ההדאיה – חיבורו של מרעינאני (מת 1197), שהוא בן דורו של כאסאני. בהדאיה, וכן בחיבור הלכתי אחר, נמצא כתוב כי מזונות אינם מגיעים לאשה לאחר מות בעלה. אי לזאת אמרו השופטים הנכבדים:

Their Lordships on these authorities must hold that a Mohomedan widow is not entitled to maintenance out of her husband's estate in addition to what she is entitled to by inheritance or under his will. They do not care to speculate on the mode in which the text quoted from the Koran, which is to be found in Sura II vv. 241–2, is to be reconciled with the law as laid down in the *Hedaya*... But it would be wrong for the Court on a point of this kind to attempt to put their own construction on the Koran, in opposition to the express ruling of commentators of such great antiquity and high authority.⁶

במלים אחרות, לא כל אחד רשאי לפרש את הקוראן כראות עיניו, ואפילו לא אמיר עלי. חיבורי ההלכה המוסלמית המוסמכים – רק הם מנחים את בית המשפט. שופטי ישראל, לא פחות מן השופטים האנגלים בהודו, אינם חפשים ללקט כל סברא המוצגת בפניהם כמשפט מוסלמי, ובפרט כשגישתם למשפט המוסלמי איננה שונה מגישת השופטים העליונים בהודו.⁷ בבקשם להכיר את עמדת המשפט המוסלמי בשאלה מסוימת, כומה עליהם לפנות לטקסטים המשפטיים המחייבים של אותה שיטת משפט. והנה, בנושא דיוננו לא רק שכאסאני נמנע מלדבר על תנאים "קשים" המגבילים את חופש הבעל להרבות לו נשים, אלא אדרבא, מעלה הוא על נס את הדוגמא האישית שנתן הנביא מוחמד בכבודו ובעצמו, אשר התמיד בנישואין, לא זנת אותם,

5 פסק הדין מתייחס לפסוק 241 בסורה II. בהוצאות מצריות של הקוראן פסוק זה ממוספר כ-240. המילה המכרעת עליה נסב פירושו של אמיר עלי היא "מתאע". אמיר עלי מבינה במשמעות של "מזונות", בעוד שהמונח המקובל במשפט המוסלמי למזונות איננו "מתאע" כי אם "נפקה" (הוצאות). ר' : Y. Meron. *L'obligation alimentaire entre époux en droit musulman hanéfite*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1971, p. 321.

6 *Aga Mahomed v. Koolson Bee Bee* (1897) 24 I.A. 196, in: Asaf A.A. Fyzee, 6 *Cases in the Muhammadan Law of India and Pakistan*, Oxford 1965, pp. 1–3.

7 "אין אני רוצה, ואף אינני מוסמך, להכניס את ראשי בין שני ההרים הגדולים הללו של שופטי בית הדין השרעי לערעורים". דברי השופט זילברג בבג"צ 111/63 נ'מיל אבו חורש נ. ביה"ד השרעי לאיוור עכו ואח', י"ח פד"י (1), 589, בעמ' 593 מול אות השוליים ב'. בנידון זה ראה: י. אנגלרד, "מעמדו של הדין הדתי במשפט הישראלי" (חלק ב'), *משפטים*, כרך ב', תשל"א – 1970, עמ' 510–552.

"ואף הוסיף עליהם עד כי נשא לו מספר נשים שהותרו לו".⁸ לא רק שאין כאסאני מייחס לנביא האיסלאם מגמה מונוגמית אלא מדגיש הוא, ובצדק, כי נביא האיסלאם צידד בפוליגמיה, ואין זו דעתו של כאסאני לבדו.⁹

§8. עמדתו של אבן עאבדין אינה שונה בהרבה מזו של כאסאני. גם הוא מוכיח במה שנוגע לגבר שיצרו אינו תוקף עליו, כי חובת הנישואין קודמת לקיום מצוות רשות. האסמכתא לכך היא, שוב, הדוגמא הניתנת על-ידי התנהגותו של נביא האיסלאם. כאמור, אורח חייו קרוי פונה. אי לזאת מצווה הנלמדת מתוך אורח חייו נקראת פונה. אמנם מצווה זו איננה מגיעה לדרגת חובה (ואגב), אך דאי שמידת החובה שבה עולה על זו של מצוות רשות ומצוות מן הקטיגוריה של "מומלץ". כך, התמסרות ללימודים ולהוראה הם בגדר "מומלץ", והנישואין עדיפים עליהם. ההבדל בין אבן עאבדין לבין כאסאני הוא בזה שאבן עאבדין מבחין בין פונה לבין "חובה", בעוד שכאסאני, כפי שראינו, אינו מבחין בין השניים. אבן עאבדין יוצא במפורש נגד קביעתו של כאסאני, בפרק על הפקדון, לפיה אין הבדל בין פונה לבין "חובה" אלא במינוח בלבד. עם זאת ההבדל בין כאסאני לבין אבן עאבדין אינו רב. אמנם אבן עאבדין מפחית במקצת מחומרת החובה להינשא המוטלת על גבר שיצרו אינו תוקף עליו, ואולם הוא מרחיב את חוג הגברים עליהם מוטלת החובה המוטלת להינשא, שכן כפי שראינו¹, לפי אבן עאבדין גבר שיצרו תוקף עליו אינו רק זה החושש ליפול לזנות.

אבן עאבדין מרחיב את הדיבור על השלכות שונות של הסייג הכלכלי הנזכר לעיל. גבר שידו אינה משגת לשלם את המוהר ואת המזונות, ואין הוא מעלה על הדעת שיוכל לפרוע הלוואה אם ילווה, האם מותר לו ללוות כדי להינשא? המסקנה הסופית תולה את הכל ביצרו של הגבר. אם אין יצרו תוקף עליו מוטב שלא ילווה שכן זכותו של האדם (לקבל חזרה את ההלוואה שהלווה) עדיפה על "זכותו" של אללה (שהגבר ינשא). מאידך אם יש לגבר חשש שיפול לזנות, מותר לו ללוות כדי להתחתן, ואף אם אינו רואה אפשרות להחזיר את ההלוואה ביום מן הימים.² חובת המוסלמי הזה להינשא משחררת אותו, איפוא, מאיסור גניבה. עד כדי כך מגעת חובה זו להינשא!

אם הגבר שיצרו אינו תוקף עליו אינו עומד בהתחייבויותיו, במוהר ובמזונות, כלפי אשתו, מאבדים נישואיו את יתרונותיהם מבחינת עשיית הטוב כלפי האשה, ואדרבא גובר בהם יסוד שלילי: העושק. בתנאים אלה מתדרדרים הנישואין לרמת "מגונה" (מכרוד)³.

לבסוף אבן עאבדין מעורר את השאלה הדתית: האם יש שכר לגבר שיצרו אינו תוקף עליו, אך הנושא אשה לסיפוק תאוותו בלבד, מבלי להתכוון לקיים את המצווה

8 כל יורד עליה התא תוה' קרדיאן משה אבית לה מן אלינסאא, בראי, 228/111. את המלים "שהותרו לו" יש להבין לאור העובדה ההיסטורית שמוחמד נשא לו הרבה יותר מארבע נשים.

9 "Le texte coranique a beau se prêter, aux yeux des réformateurs modernes, à des interprétations restrictives, il reste que l'unanimité des docteurs s'est faite, depuis les temps les plus reculés, pour permettre la polygamie à l'homme (Chehata, 'L'Evolution etc.', *ibid*, p. 111).

1 לעיל §4, בסוף הציטטה בערבית.

2 רד, עמ' 6-7.

3 שם, עמ' 7.

של הליכה בדרך שהוטוה על ידי נביא האיסלאם? בעוד אבן אל-המאם (מצרי, מת בשנת 1457) מצביע על כך שנישואין ללא כוונה ("ניה") מיועדים רק לסיפוק התאוה, ומגיע, איפוא, לתשובה שלילית, אבן עאבדין טוען כי סיפוק התאוה במסגרת הנישואין משמעותו העדפת המסגרת הזאת, למרות קשייה, על פני סיפוק היצר בדרך בלתי חוקית. על כן סבור אבן עאבדין כי יש שכר לגבר כזה.⁴

§ 9. כאסאני מעלה עוד נימוק לראית הנישואין של הגבר שיצרו אינו תוקף עליו כחובה: באמצעות הנישואין מוסגת משרה (מקצוד) שהיא עדיפה על קיום מצוות רשות (גיאפל). מטרה זו היא משולשת: הגבר שומר על עצמו מפני זנות, הוא שומר על האשה מאבדון, לו היא היתה צפויה אילולא המזונות והבגדים שהוא נותן לה, שהרי האשה חלשה מכדי שתתפרנס בכוחות עצמה, וכן מביאים הנישואין לידי העמדת ולד המיוחד את אללה.⁵

לנימוק זה מתייחסים דבריו של השופט זילברג שאמר: "ריבוי נשים אינו מצווה של הדת המוסלמית אלא רשות... יתכן מאוד כי במקרים מסויימים עשויה רשות זו לאפשר קיום מצווה דתית אחרת. אבל כך הוא הדבר לגבי הרבה מעשים מותרים, שהמחוקק משום-מה ראה צורך לאסור אותם על האזרח, ואיש לא יבוא עמו בטרדיניא על כך".⁶ אם אכן ריבוי נשים הוא בגדר "רשות" ה"עשויה" לאפשר קיום מצווה דתית אחרת, כיצד זה קיבל בית המשפט העליון את דברי אמיר עלי לפיהם "הפוליגמיה מהווה עבירה" על "החוק הדתי"?⁷ מכאן שגם ללא הודקקות לטקסטים ההלכתיים המצוטטים לעיל, אין פסקי-הדין הגדון יכול לעמוד.

יתירה מזו, מדברי חכמי ההלכה המוסלמית המוסמכים ברור כי ריבוי נשים עשוי בהחלט להיות מצווה מחייבת ולא רק רשות. גם אם נעדיף את עמדתו של אבן עאבדין על פני זו של כאסאני, ובכך נפחית מחומרת חובת הנישואין המוטלת על גבר שיצרו אינו תוקף עליו, עדיין נותרת העובדה כי כל המחלוקת שראינו מתייחסת רק לגבר שיצרו אינו תוקף עליו. תמימות דעים מחלסת שזורת בקרב חכמי ההלכה המוסלמית ההנפית לגבי חובת הנישואין המוטלת על גבר שיצרו תוקף עליו. המבחן הקבוע בהלכה המוסלמית הוא סובייקטיבי מובהק, ומיהו השופט המתיימר לבחון כליות ולב במידה כזו שיוכל לקבוע כי יצרו של נאשם, שהוציא סכום נכבד לתשלום המוהר לאשה נוספת, אינו תוקף עליו?

§ 10. שופט המתנסה שוב ושוב בהענשת פוליגמיסטים מוסלמיים גוסה דווקא להתיאש מן היכולת לבער "נגע" זה. באחד משורה של חמש-עשרה תיקים פליליים שנדונו בפניו ביולי 1969 אומר השופט ש. אלקיים, נשיא בית המשפט המחוזי בבאר-שבע: "התופעה האחרונה המתגלה מהמשפטים הגדונים מפריכה את ההנחה של בתי המשפט השונים שבדרך הדרגתית יוכלו להחדיר לתודעתם של העבריינים את חומרתה של העבירה, כי למעשה, ניתן לאמר, שיש כאן התנכרות של ממש לחוק הגדון ואולי שהסיכון הוא כדאי ואינו מרתיע. לאדם המשלם כמה אלפי לירות

4 שם, עמ' 7-8.

1 בדאיע, עמ' 228.

2 בבג"צ 49/54 מלחם נאיה מלחם נ. קארי עכו, ח' פד"י, 910, בעמ' 913, מול אות השוליים ו'.

3 ר' לעיל § 7 בציטטה מפסק הדין.

תמורת אשה נוספת אין חשיבות לכמה מאות, או יותר, לירות של קנס, ולכל היותר קנס זה מיקר קצת את המחיר"¹.

תנא דמסייע מצא לו השופט אלקיים בדברי בית המשפט העליון בע"פ 368/66:² "אם זה הוא המצב, מוטב היה שהכנסת תגיע למסקנה שיש לבטלו (= לבטל את החוק). הכנסת בוודאי לא חשבה על-ידי חקיקת חוק כזה לגבות מס מאדם הנושא אשה נוספת ולהשאיר את העברייך במצב שהוא מתנכר לחוק..."

"עד היום בתי המשפט לא החמירו בדינם של עבריינים כאלה, ולא ירחק היום בו יהפך חוק זה לאות מתה של ספר החוקים..."

כדי להביא לשינוי במצב החמיר השופט אלקיים בעונשם של הנאשמים ופסק להם מאסר. בערעור על פסקי-הדין הללו אישר בית המשפט העליון את ההחמרה במדיניות ההענשה על ריבוי נשים "כדי שלא תעשה מטרת המחוקק... פלסטר", אם כי מיתן במידת מה את העונשים. ב-5.1.1970 שוב גזר נשיא בית המשפט המחוזי בבאר-שבע עונשי מאסר וקנסות נגד ששה נאשמים נוספים, אך העיר: "אני גותן לכם עונשים קשים מפני שאני מחבב ומבין אתכם. העונשים הקשים ידרבנו אותכם ללכת לחברי הכנסת ולדרוש מהם לשנות את חוק הביגמיה שאינו מתאים לכם". לא מן הנמנע שפסק-דינו של השופט נימר אל הוארי, בבית המשפט המחוזי בנצרת,³ ביחס לאזרח ישראלי שנשא לו אשה שניה בג'נין, מונע אף הוא, בין השאר, גם על-ידי מניעים כאלה. הערעור הנשמע מפני שופטים בישראל בדבר אי התאמת החוק לצרכי המוסלמים איננו נובע דווקא מהתחשבות בהלכה המוסלמית, אך המוסלמים עצמם התבססו גם על הנימוק הזה:

"אנשי דת מוסלמים רואים באיסור [הפוליגמיה] משום פגיעה בעיקרי החוק השרעי, או לפחות ברוחו, פגיעה בערכיה המקודשים של החברה המוסלמית וכיוצא בהם"⁴.

- 1 ת.פ. 178/69 מדינת ישראל נ. מחמד בן מנסור אלגרינאוי, לא פורסם.
 - 2 לא פורסם, ר' הערת שוליים בכ"ג פד"י, עמ' 824.
 - 3 ע"פ 434/69-424/69 מנסא בן עלי אלשייד נ. מדינת ישראל, כ"ג פד"י, 825-823.
 - 4 פסק דינו של השופט אל-הוארי ניתן ב-5/2/70 ופורסם (בערבית) בידעון המוסלמי (מגזית אל-אח'באר אל-אסלאמיה, היר"ל על-ידי המחלקה המוסלמית במשרד הדתות), שנה י"ב, חוברת א'-ב', אייר תש"ל, מאי 1970, בע"פ 119-121. בע"פ 135/70 מדינת ישראל נ. ולד עבדל אלחמיד קואיזה, כ"ד פד"י (1), עמ' 417-420, החזיר בית המשפט העליון את הענין לבית המשפט המחוזי, לאחר שקבע כי יש לבית המשפט המחוזי סמכות לדון בעבירת ביגמיה שנעברה מחוץ לגבולות המדינה. השופט אל-הוארי היה עורך דינו של העותר בבג"צ 49/54 מלחם נאף מלחם נ. קאדי עכו, ח' פד"י, 910.
 - 5 אהרן ליש, "השיפוט הדתי של המוסלמים בישראל", המרחב הדתי, רבעון החברה המורחית הישראלית, כרך י"ג, תשכ"ג - 1963, עמ' 19-37 בעמ' 25; ראה גם שורת המאמרים שהופיעה בעתונות הערבית בעת האחרונה, הנזכרת להלן בסוף המאמר.
- "רוב הקאדים מתנגדים לתיקונים בעלי אופי סובסטינטיבי בענייני מעמד אישי גם כאשר המדובר הוא בתחיקה של מדינה ערבית. בהתייחסם להצעת חוק מצרית מ-1966 הם התנגדו... להפיכת הפוליגמיה עילה לגירושין על יסוד טענת נזק לאשה... ושוב היה זה בעיקר שיח' חסני אל-זעבי שקבע עמדה חיובית כלפי ההצעה בכללותה. אמנם התיקונים סותרים את ההלכה השרעית, אמר, אך אף-על-פי-כן יש להתייחס אליהם באהדה משום שהם תורמים ל"התאמת דיני אישות לצרכי הזמן".
- אהרן ליש, "הקאדים והשריעה בישראל", ב"ג בר (עורך), העולמא ובעיות דת בעולם

"האוכלוסיה המוסלמית לכל הוגיה ושכבותיה, לרבות המשכילים, אינה רואה בעין יפה התערבות המחוקק הישראלי בענייני אישות, והיא נוטה לפרש זאת כרצון לדחוק רגליה של השריעה, כפגיעה בסדרי החברה המוסלמית המסורתית ובערכים שונים שנתקדשו בה..."

המחלמי, ירושלים, תשל"א, ע"ע 293–315, בעמ' 312. כשמדובר בתחיקה של מדינת ישראל, כלפיה מרגישים הקאדים הובה להביע רגשי נאמנות, משלמים הם מס שפתיים לאיסור הפוליגמיה, אך בכל זאת במסקנותיהם המעשיות חותרים הם להתרתה, לפחות במידה מסוימת.

"שיח' חסני אל-זעבי מקדם בברכה את איסור ריבוי נשים ואיסור גירוש האשה האי-סורים האלה ביטלו שתי סנקציות חמורות שבעבר איימו על האשה המורדת, וכתוצאה מכך גדל מספר הנשים המסרבות להישמע לפסק-ציות של בית-הדין; שלילת מונוגמיה מן האשה המורדת אין בה כדי להתרעה ולהגיע לשוב לבית בעלה... שיח' חסני אל-זעבי טוען שהאשה מנצלת לרעה את התיקונים במעמדה המשפטי; היא יודעת שגם אם תמשיך במרדותה לא יוכל בעלה... לשאת אשה שנייה על פניה מבלי להסתבך בעבירה פלילית. כתרופה לבעיה זו הוא מציע לתקן בחוק שהכרזה אשה כמורדת על-ידי בית-הדין תשמש 'הגנה טובה' בפני אשמת פוליגמיה. להצעה זו שוחף גם עו"ד מחמוד אל-מאדי" (ליש, "הקאדים", כנ"ל, עמ' 305).

"שיח' תופיק מחמוד עסליה, קאדי בית-הדין ביפו, מתנגד לריבוי נשים, מסיבות חב-רניות. כדי להגיע לתוצאה הרצויה (מונוגמיה) הוא מפרש את פסוקי הקוראן בסורת הנשים ברוח המודרניסטים המצרים, אם גם הדבר לא נאמר במפורש" (ליש, "הקאדים", כנ"ל, עמ' 301).

"שיח' תופיק מחמוד עסליה... טורח... לציין בשעה שהוא משבח את איסור הפר-ליגמיה... שהדבר נעשה 'תוך כדי שמירה על תוקפו של החוק הדתי'" (שם, עמ' 306). "אין זה מן הנמנע שהקאדים אינם מודעים תמיד למשמעות של פתרונותיהם הפרגמטיים מנקודת ראות הלכתית" (ליש, שם, עמ' 314). "יהודים של הקאדים בישראל הוא אולי בכך שבגישתם הפרגמטית הם מגיעים להשגים מרשימים אף כי ואולי דווקא משום שהם פועלים מחוץ לתחומי של המשפט המסורתי" (ליש, שם, עמ' 315).

אכן, אם נתקלים אנו בנימות אצל הקאדים הסותרות את הדין הדתי שעל פיו הם חייבים לפסוק, יש לייחס זאת ל"דלדול שורותיהם של אנשי הדת והמשפט בישראל עקב המלחמה ב-1948" (ליש, כנ"ל, עמ' 313), התרבותם של "ממלאי התפקידים במערכת השפיטה השרעית שהם צורכי-דין בעלי השכלה משפטית חילונית" והתמעטותם הגוברת של "אלה שהביאו עמם לתפקיד השיפוטי השכלה משפטית-הלכתית מסורתית בעיקר מאל-אזהר" (ליש, שם, עמ' 315). "שיח' חסן אמין אל-חבש גורס במפורש, אם כי לא בלב קל, שבמקרה של סתירה בין ההלכה השרעית לבין החוק החילוני, חייב הקאדי לפעול לפי החוק החילוני" (ליש, שם, עמ' 366), אולם "קיים פער בין העמדות המוצהרות של כמה קאדים לבין הפרקטיקה היומיומית שלהם" (ליש, שם, עמ' 307).

"שיח' טאהר חמאד... מתנגד בכל תוקף לדחיקת החוק המוסלמי על-ידי החוק החילוני. כוונתו להוראות בחוק שיווי זכויות האשה... כן אין דעתו נוחה לחלוטין מאיסור ריבוי נשים על-ידי הכנסת. אמנם לגופו של ענין, הוא טוען, יש לו עמדה ליברלית מנקודת ראות מעמד האשה, אלא שהטלת איסור על המוסלמים לעשות מה שהדת מתירה (ולא רק מצווה) יש בה לדעתו משום פגיעה בחופש הדת" (ליש, שם, עמ' 305). "לדעת שיח' טאהר חמאד היה על בית-המשפט להעריך את חופש הדת במונחים של ההלכה המוסלמית, לפיה חופש הדת אינו רק החופש לעשות מה שהדת מצווה אלא גם החופש למלא את אשר הדת מתירה" (ליש, שם, עמ' 312).

דברים אלה נכתבו בחליפת מכתבים בין השיח' לבין גשיא בית-המשפט העליון. חליפת מכתבים זו פורסמה באח'באר אסלאמיה, שבהוצאת משרד הדתות, כרך ז' (1959), מס' 4, ע"ע 1–7. לכאורה יש לתמוה על השיח' טאהר חמאד מדוע מסתבך גם הוא בהבחנה

... ידועים מקרים לא מעטים של עקיפת חוקי הכנסת בענייני אישות. תדירותם של מקרים אלה שונה לפי העניין ולפי הסכבה החברתית. מעניין לציין כי כאשר שואלים לדעתם של מוסלמים על התיקונים מרחיקי הלכת שכמה ממדינות ערב הנהיגו בסמכויותיהן של בתי-הדין השרעיים עד כדי ביטולם לחלוטין (במצרים בשנת 1956), הם משיבים כי מדינה מוסלמית רשאית לעשות בתחום השריעה ככל שיעלה על רוחה".⁶

ברם, בעלת משמעות היא העובדה שמדינות ערב לא אסרו את הפוליגמיה באופן מוחלט. מצרים, שהיא ללא ספק הארץ המפותחת ביותר בין הארצות דוברות ערבית, מעולם לא נתנה תוקף חוקי לאיזו שהיא יזמה חקיקתית נגד הפוליגמיה.⁷ ארצות ערביות אחרות שטיפלו בנושא זה בחקיקתן נמנעו מלקבוע איסור ישיר. חוק המשפחה הירדני משנת 1951 מסתפק בהגבלה המתונה לפוליגמיה המצויה אצלנו בחוק המשפחה העות'מאני משנת 1917. חוק המשפחה הסורי משנת 1953 מרחיב את הסייג הכלכלי המצוי בהלכה המוסלמית:⁸ המבקש לערוך נישואין פוליגמיים זקוק להיתר מן השופט, וזה האחרון לא יעניק את ההיתר אם נראה לו שאין ביכולתו של המבקש לזון את שתי נשותיו, זו הנשואה לו וזו המיועדת לנישואין עמו. ברור שסייג זה אינו מכביד על בעלי אמצעים. גם חוק המשפחה העיראקי משנת 1959 אף הוא קובע את הצורך בקבלת היתר מהשופט לפני עריכת הנישואין הפוליגמיים. השופט העיראקי יעניק היתר כזה אם יש בידי המבקש כדי להתגבר על הסייג הכלכלי האמור בחוק הסורי, וכן מדבר

הבלתי רלבנטית, שמקורה בפקודת החוק הפלילי, בין מה שהדת מתירה לבין מה שהדת מצווה. הרי היו לו גימוקים חוקים פי כמה, לו רק היה מסתמך על מקורות ההלכה המוסלמית, כפי שעשינו לעיל. יתכן שהשיח' טאהר חמאד לא העלה בפני נשיא בית-המשפט העליון את הנימוקים ההלכתיים שהצבענו עליהם עקב התנגדותו העקרונית של השיח' "לכך ששופטים אורחיים יפסקו בענייני מעמד אישי של מוסלמים תוך הסתמכות ישירה על מקורות ההלכה האיסלאמית... ושימוש חופשי בפרשנות איסלאמית. במקרים כאלה על בית המשפט להסתייע במומחי הלכה מוסלמיים הבקיאים בספרות הפרשנות" (ליש, שם, עמ' 312). וכדומה ראה בדברי השופט קיסטר בבג"צ 130-132/66 שגב ורייכרט נ. בית הדין הרבני והרבנות הראשית לצפת, כ"א פד"י (2), 505, בעמ' 558-559: "עד כמה שידוע לי, המיעוטים הלאומיים בישראל, הערבים והדרוזים, אינם מעוניינים בנישואים אורחיים כלל ועיקר כאשר נישואים דתיים ושיפוט בתי-דין מבטיחים להם אוטונומיה בתחום ענייני אישות".

6 ליש, "השיפוט הדתי של המוסלמים", כנ"ל, עמ' 24-25. וכן: "מדעתו של שיח' טאהר חמאד על ביטול בתי-הדין השרעיים (והדתיים בכלל) במצרים ניתן ללמוד על עמדתו בשאלת עצמאותו של השיפוט השרעי בישראל. ברפורמה המצרית הוא רואה 'אסון דתי' כבד ופורענות לאיסלאם' משום שעל-ידי כך נהרסו הכסורות האיסלאמיות בימי הנביא. יתר על כן 'דת' האיסלאם אינה מתירה הפקדת שיפוטם של מוסלמים בידי זולתם תוא דתו ואסכולתו אשר תתא" (אהרן ליש, "הקאדים והשריעה בישראל", בג. בר (עורך), העולמא ובעיות דת בעולם המוסלמי, ירושלים, תשל"א, ע"ע 293-315, בעמ' 312).

7 עיי' שחאחה, התפתחות, עמ' 112, וכן דה-בלפונד, שם, עמ' 137, 725. Prof. Mohammad Abu Zahra, in a work entitled, *The Marriage Contract and its Effects* (in Arabic, Cairo 1958)...while considering monogamy to be the ideal, refuses to abolish polygamy by law until it has disappeared in practice." See: Prof. Sarwat Anis al-Assiuty, "Present Trends in the Islamic Fiqh etc." in: *Review of Contemporary Law*, 1969, No. 1, pp. 29-55, at pp. 44-45. אגב, שנים מתוך שלושת הנשיאים שקמו לה למצרים מאז הפיכת 1952, דהיינו נגיב וסאדאת, הם ביגמיסטים.

8 ראה לעיל §4 פסקה אחרונה.

החוק העראקי על הצורך ב"שוויון" בין הנשים.⁹ על כל פנים, באף אחת מארצות ערב הסובבות אותנו אין שום ביטול מוחלט של תוקף הנישואין השניים בגלל עבירה על דרישות החוק המגבילות את הפוליגמיה.¹⁰ כאמור לעיל¹¹ בהודו ובפקיסטאן, שרוב מוסלמיהן הוא הנפי, הפוליגמיה היא חוקית.¹²

המצב בארצות המגרב אינו ניתן להשוואה בקלות למצב המוסלמים בישראל. נקודת המוצא של המחוקק המרוקאי איננה המשפט החנפי השורר באזורנו, כי אם המשפט המאלכי.¹³ כן שרר שם משפט מנהגי ("עמלי") שאינו מוכר אצלנו. אם מוצאים אנו, איפוא, כי גם במרוקו יש תוקף לתנאי בניהואין האוסר על הבעל לשאת אשה נוספת על אשתו, אין הכרח לראות בזה שינוי בהשוואה למצב הקודם שם, או השפעה של חוק המשפחה העות'מאנית משנת 1917. יש תקדים היסטורי לענין זה במשפט המנהגי בצפון אפריקה.¹⁴ חוק המשפחה המרוקאי משנת 1957 בסעיף 30 שלו איננו קובע צורך בהיתר מן השופט לפני עריכת נישואין פוליגמיים, אלא מסתפק בחובת הודעה לאשה הראשונה על כוונת הבעל. זו יכולה להתגרש מבעלה על סמך התנאי האמור בחוזה הנישואין שביניהם, אך גם אם אין תנאי כזה בחוזה הנישואין, פרשני החוק המרוקאי סבורים כי יש לה עילה לבקשת גירושין. שוב, החידוש המרוקאי איננו גורע ביותר כיון שהדין המאלכי, בניגוד לדין החנפי החל אצלנו, מעניק לאשה עילה לפרוק נישואיה בכל מקרה שבמשך חיי הנישואין גורם לה פגיעה. על כל פנים, אפילו במרוקו לא העז המחוקק החילוני לקבוע את בטלות הנישואין הפוליגמיים.

המדינה המוסלמית היחידה שהרחיקה לכת, מבלי לדחות את ההלכה המוסלמית מכל וכל, מצויה אף היא במגרב. חוק המעמד הארצי התוניסאי משנת 1956 בסעיף 18 שלו אסר עקרונית את הפוליגמיה וקבע עונשים לעבריינים, אך אף הוא נמנע מלהכריז מפורשות על בטלות הנישואין הפוליגמיים. רק חוק מ-20 בפברואר 1964 עשה גם את הצעד הזה וביטל את תוקפם של הנישואין הפוליגמיים.¹⁵ דוגמא בודדת זו של תוניסיה אינה יכולה להזדקק אותנו בישראל, לא רק בגלל השוני האמור בין הרקע המשפטי של המגרב לבין הרקע המשפטי של מדינת ישראל, כי אם עקב מדיניותה

9 קשת, איפוא, לקבל את הערכתו של פרופ' אנדרסון (במאמרו הנ"ל, §1, הערה 7) כאילו הפוליגמיה בעיראק "הוגבלה בצורה חמורה". הרבה יותר קרובה למציאות היא הערכתו של פרופ' דה בלפונד, במאמרו: "Le Code du Statut Personnel : Y. Linant de Bellefonds, Irakien," (1961), XIII, *Studia Islamica*, pp. 77-135, at p. 87.

10 תורכיה, שרוב מוסלמיה היא אכן חנפי, איננה מתיימרת להתחשב בהלכה המוסלמית בחקיקתה. בלבנון נהוג, לגבי המוסלמים, חוק המשפחה העות'מאני משנת 1917, תהל גם בישראל.

11 ראה לעיל §7, הערה 4.

12 במאמר שראה אור ב-26.3.1970 ביומון אינדיאן אקספרס, המופיע בבומביי, דורשת המשפטנית כאמילה תיאבגי תיקונים בחוק המוסלמי הנהוג בהודו, כדי שלא יוכל אף אחד לשאת אשה שניה אלא אם קיבל היתר מבית המשפט או מטריבונל מיוחד כפי שקובע החוק בפאקיסטאן ובאיראן. על ההגבלות נגד הפוליגמיה בפאקיסטאן והסערה שהן עוררו, ר' : David Pearl, "Within the Limits Prescribed by Allah," *South Asian Review*, Vol. 3, 1970, pp. 313-322, at p. 317.

13 דה בלפונד, שם, 461-462, ועמ' 463 הערה 21.

14 ראה לעיל §1, הערה 6.

15 דה בלפונד, שם, עמ' 138, הערה 9.

החקיקתית יוצאת הדופן של תוניסיה¹. הנשיא בורגיבה יכול להטיל בריש גלי גזר שמירת צום הרמאדן. מסיבות מובנות, מדינת ישראל אינה יכולה להרשות לעצמה ללכת בדרכים אלו, גם אילו רצתה בהם.

חוסר ההחלטיות במלחמה שמנהלים, במידה שמנהלים, מחוקקים בארצות-ערב גזר הפוליגמיה נובע, בחלקו לפחות, משאיפה להמנע מפגיעה בדיני איסור והיתר של ההלכה המוסלמית. אף אנו במדינת ישראל משתדלים להתחשב בדרישות ההלכה המוסלמית הרצויות לאוכלוסיה המוסלמית שלנו. ממילא איננו יכולים להתעלם מקביעתה של ההלכה המוסלמית כי גבר שיצר חוקף עליו ואינו גיסא הריהו חוטא². לגבי גבר כזה גישותיו, ובמקרה הצורך אפילו עם מספר נשים, אינם רשות כי אם הוכח, איסור הפוליגמיה, בכך שמביא מוסלמים לידי חטא על-פי דתם, פוגע בחופש הדת שלהם.

§11. אמת נכון הדבר כי מאז אותה פסיקה של בית המשפט העליון, בשנת 1954, אימצו לו המחוקק הישראלי, בסעיף 6 לחוק לתיקון דיני עונשין (ריבוי גישותיו), תשי"ט—1959, את ההנחה שאיסור הפוליגמיה חל גם על המוסלמים.

למרות הגושפנא שהוענקה באופן זה על-ידי המחוקק יש מקום לערער על חוקיות הפגיעה בחופש הדת של המוסלמים במדינת ישראל. בבג"צ 98/69 אהרן א' ברגמן נ. שר האוצר ובבקר המדינה³, טען היועץ המשפטי לממשלה לגבי עקרון יסוד אחר במשטר החוקתי שלנו, עקרון שוויון האזרחים בפני החוק, כי "עקרון זה לא התגלם אצלנו בחוקה כתובה או אף בהוראת חוק-יסוד ששינויה דורש רוב מיוחס, ועל כן אין מניעה לכך שהמחוקק יסטה ממנו אף בחוק שנתקבל ברוב רגיל...".⁴ אכן גם עקרון חופש הדת לא התגלם אצלנו בחוקה כתובה או אף בהוראת חוק-יסוד ששינויה דורש רוב מיוחס⁵, ועל כן דומה כי התשובה שנתן בית המשפט העליון ביחס לעקרון השוויון כוחה יפה גם ביחס לעקרון חופש הדת:

... בכל רחשי הכבוד, עלינו לדחות את הטענות הנה...

...אצלנו אין סעיף מפורש כזה [= סעיף בחוקה כתובה, הקובע במפורש את העקרון של שוויון הכל בפני החוק], לא בחוקה כתובה ואף לא בסעיף משורייני של חוק יסוד, ואף על פי כן רעיון זה, שאינו כתוב על ספר, הוא מנשמת אפו

"Professor Ali al-Khafif, who is a learned and renowned theologian, famous 16 in the Arab world as personification of the movement towards modernization of the Islamic Fiqh...considers that the Tunisian law on personal status...is devoid of all foundation in any of the various Muslim doctrines." See. Professor Sarwat Anis al-Assiuty, *ibid*, at pp. 43 and 46. ביקורת ברוך דומה, ר' אצל דה-בלפונד, כנ"ל, עמ' 480 סיפא.

17 ראה לעיל §4.

1 כ"ג פד"י (1), עמ. 693—700.

2 שם, עמ' 697 מול אות השוליים ז'.

3 אם כי עקרון זה מובע בבירור בשורה של חוקים: חוק שווי זכויות האשה, תשי"א—1951, סעיף 5; חוק שרות התעסוקה, תשי"ט—1959, סעיף 42(א), וכן ההכרזה המפורסמת במגילת העצמאות, על "תחופש של אדם לדבוק בדתו ובאמונתו ולקיים את מצוותיה ופולחנה ללא הפרעה", ראה אמנון רובינשטיין, *הממשל הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל*, תל-אביב תשכ"ט, עמ' 85 ואילך. פרופ' רובינשטיין רואה את סימן 83 לדבר המלך במועצתו 1922 כמבטית את החופש לקיים דת ומצוותיה.

של המשטר החוקתי שלנו כולו. על כן מן הדין הוא שבמקרי גבול דווקא, כאשר הוראה של החוק החרות ניתנת לשני פירושים, נעדיף אותו פירוש המקיים את שוויון הכל בפני החוק ואינו שם אותו לאל⁴.

בגדון דגן גם כן קיימת הוראה של החוק החרות הנתנת לשני פירושים. סעיף 8(א) לחוק שיווי זכויות האשה, תשי"א-1951, ובעקבותיו סעיף 6 לחוק לתיקון דיני עונשין (ריבוי נישואין), תשי"ט-1959, ניתנים לפירוש, מחד, בכפוף לעקרון היסוד של חופש הדת, הבא לידי ביטוי, בין השאר, בסעיף 5 לחוק שיווי זכויות האשה, ומאידך בכפוף לעקרון המונוגמיה, הבא לידי ביטוי בסעיף 2 לחוק לתיקון דיני עונשין (ריבוי נישואין), תשי"ט-1959. יש להעדיף את הפירוש המקיים את חופש הדת ואינו שם אותו לאל.

נגד עקרון חופש הדת במקרה דגן עומד עקרון השוויון, המעניק לאשה המוסלמית את הזכות להנות מן המונוגמיה לא פחות מאשר לגבר המוסלמי. ברם המחוקק הישראלי כבר נתן דעתו לשאלה זו עוד בחוק שיווי זכויות האשה, תשי"א-1951, כאשר קבע בסעיף 5 לאותו חוק כי עקרון חופש הדת, וליתר דיוק דיני איסור והיתר לנישואין, גוברים על העקרון של שיווי זכויות האשה, אשר למענו נחקק החוק הזה. אף כאשר דיני האיסלם פוגעים פגיעה חמורה בשוויון האשה, באפשרם לבעל לגרש את אשתו בעל כורחה, לא שלל המחוקק הישראלי את תוקפם⁵. על אחת כמה וכמה שאין לייחס לחוק שיווי זכויות האשה כוונה לפגוע בדיני איסור והיתר של האיסלם כאשר פגיעתם בשוויון האשה איננה כה חד-משמעית. לגמרי לא ברור אם הפוליגמיה היא פתרון גרוע בהשוואה למצב הנוכחי כאשר, בעטיו של החוק האוסר פוליגמיה, ממשיכים להם מוסלמים, בעת זקנתם, לשאת נשים צעירות, אך תוך גירוש האשה הראשונה, והחזקתה בבית מגרשה ללא זכויות משפטיות.

נגד השימוש בעקרון יסוד לביטול הוראת חוק אפשר לטעון כי בית המשפט העליון פסל את חוק מימון הבחירות בבריגמן נ. שר האוצר לא רק בגלל פגיעתו בעקרון יסוד של שוויון האזרחים בפני החוק, אלא גם בגלל פגם נהלי בקבלת החוק בכנסת: 61 חברי כנסת לא הצביעו בעדו. אכן יש להודות כי פגם נהלי כזה לא קיים בחוק לתיקון דיני עונשין (ריבוי נישואין), תשי"ט-1959, ואולם מצוי בו ליקוי מהותי הרבה יותר. החוק בדבר ריבוי נשים נתקבל על דעת הכנסת רק בעטיו של מידע מוטעה שהוגש בפניה, ורק מתוך אמונה מוטעה שהחוק מיטיב עם המוסלמים.

בדברי ההסבר להצעת החוק נאמר ביחס להוראת סעיף 181(ג) לפקודת החוק הפלילי כי הכנסת ביטלה הוראה זו בחוק שיווי זכויות האשה, תשי"א-1951, סעיף 8(א). עם

4 כ"ג פד"י (1), עמ' 698, מול אותיות השוליים א' ו'ד'. בכך הופרכה אחת ולתמיד התחזית שבתי המשפט "לא יעבירו תחת ביקורת שיפוטית חקיקה כלשהי של הכנסת ולא יכריזו עליה כבטלה ומבוטלת או בלתי ניתנת לישום", ראה: E. Likhovski, "The Courts and the Legislative Supremacy of the Knesset," in: (1968) 3 *Israel Law Review*, pp. 345-367, at p. 351.

א4 סעיף 8(ב) לחוק שיווי זכויות האשה, תשי"א-1951, ובעקבותיו סעיף 7 לחוק לתיקון דיני עונשין (ריבוי נישואין), תשי"ט-1959, רק מטילים עונש מאסר, עד חמש שנים, למי שמגרש אשתו בעל כורחה. ר' גם דברי מ"מ הנשיא זילברג בגדון זה, בבג"צ 301/33 שפירא נ. הרב הראשי, י"ח פד"י, 604, בעמ' 622.

ביטולה של הוראה זו חלה העבירה הפלילית של ביגמיה גם על בני העדה המוסלמית.⁵ במשפט אחרון זה חוזרים דברי ההסבר על ההלכה שנפסקה בבג"צ 49/54 מלחם נאיה מלחם נ. קאדי עכו. גם שר המשפטים, בהגישו את הצעת החוק, פירש את החוק לפי הלכה זו.⁶ השר⁷ וכן כל חברי הכנסת שהתייחסו לנושא⁸, ראו בסעיף 6 להצעת החוק הקלה למוסלמים. בית המשפט העליון, בצטטו את דברי שר המשפטים בגידון⁹, אף הוא הכיר בכך שסעיף 6 בא להקל עם המוסלמים.

לאמיתו של דבר הקביעה שהמוסלמים זכאים להיתר נישואין רק בשני המקרים המצויינים בסעיף 6 לחוק לתיקון דיני עונשין (ריבוי נישואין), תשי"ט-1959, לא רק שלא הקלה אלא הוסיפה הכבדה על המוסלמים, שכן הלכת מלחם נאיה מלחם נ. קאדי עכו בטעות יסודה¹⁰, וממילא גם סעיף 6 מוטעה מיסודה. המחוקק ששאף ללא כל צל של ספק להקל על המוסלמים נכשל עד כדי פגיעה בחופש הדת שלהם.

ניתן לטעון ולאמר כי הפגם המהותי שבסעיף 6 איננו שקול כנגד הפגם הנוהלי

5 "דברי הסבר" להצעת חוק לתיקון דיני עונשין (ריבוי נישואין), תשי"ז-1957, ס"ח, תשי"ז, עמ' 312.

6 דברי הכנסת, כרך 23, עמ' 264.

7 "ההצעה שלפניכם באה להוסיף הקלה בשביל המוסלמים והנוצרים... זאת מציעים המוסלמים והם רואים את הדבר כתביעת מינימום" (דברי הכנסת, כרך 23, עמ' 268 סיפא) "חידוש ממש מביע הסעיף השישי – והוא גם הסעיף שיש בו דחיפות מסויימת, ואשר בגללו בעיקר הצענו את החוק עכשיו. זה הסעיף אשר מביא הקלות למוסלמים בעיקר", (שם, עמ' 311 רישא). "אמרתי שהסעיף הזה, שהוא דחוף לכל הדעות מבחינה מסויימת, בא כדי להקל על המוסלמים" (שם, עמ' 312 סיפא).

8 ח"כ אמה תלמי: "השר אמר: המוסלמים רואים בזה תביעת מינימום והחוק הודק לקראתם. בסדר" (דברי הכנסת, כרך 23, עמ' 273 ב'). ח"כ שרה כפרי: "השר נימק אתמול את הצורך שבקבלת התיקון לחוק זה עקב המצב השורר בקרב המוסלמים" (שם, עמ' 276). ח"כ זרח ורהפטיג: "הצעת החוק הזאת יש לה בעצם תפקיד עיקרי אחד והוא – להיטיב את העניינים בעדה המוסלמית והנוצרית... ומשום כך נדמה לי שהצעת החוק היא נכונה – אם כי היא יכולה להיות יותר טובה. היא הולכת בכיוון רצוי, אני מצטרף לאלה שביקשו להעביר אותה לוועדה" (שם, עמ' 282). ח"כ בבה אידלסון: "טוב לפחות שהיתה אוזן קשבת לתביעה המיוחדת של העדה המוסלמית". "בתיקון המוצע אני רואה הקשבה והיענות לתביעתה של העדה המוסלמית ורצון ללכת לקראת התביעה של עדה זו" (שם, עמ' 299).

9 ראה ציטוט דברי השר עלידי מ"מ הנשיא (זילברג) בבג"צ 235/68 ר"ב נ. הרב הראשי לישראל הראשון לציון, הרב נסים, הרב הראשי לישראל גראשי אונטרמן ור"ב אהרן כ"ג פד"י (1), 464-476, בעמ' 466-467, ועלידי הנשיא אגרנט (ובהסכמת של שלושה שופטים עמו) בד"נ 10/69 רחל בורנבאקי נ. הרבנים הראשיים, כ"ה פד"י (1), 10-52, בעמ' 45 סיפא.

10 לאור עמדתה של ההלכה המוסלמית, עליה הצבענו לעיל, קרוב לוודאי שמ"מ הנשיא, השופט זילברג, היה חוזר בו מההלכה שקבע בפסק-דין מלחם נאיה מלחם נ. קאדי עכו, שהרי הוא קובע בע"א 313/59 בלבן נ. בלבן, דברים ברורים לאמור: "המחוקק החילוני אינו יכול לבטל גורמה של החוק הדתי, כי לא הוא מקור החקיקה הדתית" (כרזש סעיף 3 בפסק-הדין). זאת ועוד, הפטור ממנו נהנו המוסלמים – לכל הדעות – עד לחקיקת חוק שיווי זכויות האשה, תשי"א-1951, לא בוטל, שכן, כדברי הנשיא אגרנט בבג"צ 222/68 חוגים לאימים נ. שר המשטרה, כ"ד פד"י (2), 141-228, בעמ' 218 מול האות א', "לפי כללי הפרשנות, אין חוק מאוחר יותר מבטל את החוק שקדם לו, מקום שהשניים יכולים לדור בכפיפה אחת, והוראותיהם אינן כה מנוגדות עד שאין לקיימם בשום פנים זה בצד זה (ע"פ 117/70 חדר נ. היועץ המשפטי, ה' פד"י, 1417, 1420; ע"פ 69/57 היועץ המשפטי נ. ויינל, י"ז פד"י (1), 712, 717, Maxwell, מהדורה 12, עמ' 191)".

שהיה בחוק מימון הבחירות, שכן הפגם המהותי אינו פוגע בשום חוק יסודי. בתשובה לטענה זו ראוי להדגיש כי בפרשת ברנמן ג. ישר האוצר לא הסתמך בית המשפט על פירוש חד משמעי על עקרון מפורש בחוק יסוד אלא על אחד מ"שני פירושים" של "הוראה של החוק החרות". שנית, גם אם יש בהסתמכות זו של בית המשפט משום התבססות על חוק יסודי, טוב לזכור את דברי השופט זוסמן ביחס ל"שאלה חוקתית" אחרת "בעלת חשיבות שאין למעלה ממנה"¹¹. השופט זוסמן לוקח דוגמא מגרמניה הפדרלית שהיא ארץ בעלת חוקה כתובה ומקיש ממנה בדרך קל וחומר לגבי ארצנו, שאין לה חוקה כתובה, את הדברים הבאים: "ישנם כללים חוקתיים שהם כה יסודיים והם ביטוי של דין-על-חוקתי עד כדי לקשור את מחוקק החוקה בכבודו ובעצמו"¹². חופש הדת הוא דאי דין-על-חוקתי כזה, ובפרט במדינת היהודים ששבעו רדיפות דתיות ואשר רבים מביניהם סובלים מכפיה חילונית בעצם הימים הללו.¹³

§ 12. שיבה לפירוש הנכון של חוק שיווי זכויות האשה, תשי"א-1951, לא בשמים היא. לבד מדבריו המאלפים של השופט זוסמן וכן פסק הדין האמור בענין חוק מימון הבחירות, אשר נתקבל על-ידי משפטנים לאו דווקא ברותחין,¹⁴ כבר לימדנו בית

11 ע"ב 1/65 יעקב ירדור ג. ידיר ועדת הבחירות לנכנסת השיטות, י"ט פד"י (3), 365-390, בעמ' 389-390.

12 אין למצא ממשקלם העצום של דברים אלה בטענה כי אינם מהווים את הרציו דצ'ינדי של אותו פסק-דין, שכן במקום אחר מחוק השופט זוסמן את עמדתו זו בקובעו: "ההתאפקות השיפוטית לה הטיפו שופטי בית-המשפט העליון האמריקני, פן ייקבעו דפוסי המדינה על-ידי מי שאינם נבחרים העם, והקונגרס יהא חסר אונים, התאפקות זו אינה הכרח בישראל, שהמחוקק בה הוא כל-יכול". (ד"ר יואל זוסמן, "בתי המשפט והרשות המחוקקת", משפטים, תשל"א, ג', 2, ע"ע 213-216). "שלטון בו השופטים אומרים אמן אחרי כל מה שנאמר להם 'מגבוה' אינו שלטון חפשי, ואין צריך להביא דוגמאות לכך" (שם, בעמ' 213). "למעשה חייבים אנו השופטים, במקרה כזה, לעשות בעצמנו את מלאכת המחוקק, ולמצוא את הפתרון המשתלב עם מגמת החיקוק" (שם, עמ' 220).

13 השופט ויתקון נתן ביטוי לגישה דומה, באמרו כי "יש להזהר מכל פגיעה בחופש הדת ומכל התערבות יתירה מטעם המדינה... דווקא אנו, העם היהודי החי ברובו בתפוצות הגולה, רגישים לכל התערבות כזו", המ' 525/63 זימאל ג. היועץ המשפטי, י"ח פד"י (3), 452.

1 יש בפסקי-הדין (בג"צ 98/69 ברנמן ג. ישר האוצר, כ"ג פד"י (1), 693) כדי לרמוז... על נכונותו [של בית המשפט העליון] לקיים ביקורת שיפוטית על חוקתיותם של חוקים רגילים. ואם כך הדבר, שפר חלקה של מערכת המשפט הישראלי ממערכות המשפט של מספר ארצות שבהן קיימות חוקות פורמליות, אולם אין בהן אמצעי לביקורת שיפוטית; ק. קליין, "הסמכות המכוננת במדינת ישראל", משפטים, תשל"ל, כרך ב', חוברת 1, עמ' 51-56, בעמ' 56 סיפא. מאידך ראה ביקורתו של מר פטר אלמן, המציין עם זאת כי: "one can visualize circumstances in which it could be urged that any law touching such fundamental matters as equality is binding on the Knesset, and more particularly that the court has an inherent power to examine any statutory provision in the light of such fundamentals, whether subject to entrenchment or not." Peter Elman, "Judicial Review of Statute" in: *Israel Law Review*, Vol. 4, number 4, October 1969, pp. 565-569, at p. 567. לאחרונה, בעקבות בג"צ 222/68 חוגים לאומיים ואה' ג. שר המשפטה, כ"ד פד"י, 141, נערכה השוואה בין עמדתו המסוייגת של הנשיא זמורה ז"ל בשאלת ביקורת ביהמ"ש על חוקתיותם של חוקים לבין עמדתו הנוכחית של ביהמ"ש העליון. והי' מסקנה היא: "Certainly, in this matter, we are now only at the beginning of an

המשפט העליון, מפיו של השופט ברנזון, כי "המחוקק גם הוא אינו אלא צירוף של בשר ודם והוא עלול לטעות".² יתירה מזו, "כאשר טעות בחוק בולטת לעין, יש לחדור מבעד לגופי המילים אל הרוח המפעמת בהם ולהעדיף את הרוח על הגוף".³ "המלים כפופות לכוונה ולא הכוונה למלים, ובדרך כלל יחול הכלל שיש להעדיף את כוונתו המוצהרת של המחוקק על פני המובן המילולי של המלים".⁴ "כדי לתת תוקף לרייזתו או רצונו האמיתיים של המחוקק, מותר לתקן ולשנות את לשון החוק, ותהא ברורה כאשר תהא".⁵ במקרה הנדון יש למסקנות אלה משנה תוקף שהרי המדובר בחוק פלילי, אותו יש לפרש, במקרה של ספק, לטובתו של הנאשם *In dubio pro reo*, פירוש לטובתו של הנאשם מסייע לפסילת ההוראה המצמצמת שבסעיף 6 לחוק לתיקון דיני עונשין (ריבוי נישואין), תשי"ט—1959.⁶

לכאורה חלק השופט זילברג על המסקנות האמורות, שהרי דבריו מכילים נימוקים כבדי משקל בעד דבקות מוחלטת בדברי המחוקק,⁷ לא זו אף זו, גם בדברי השופט ברנזון עצמו ניתן למצוא סימוכין לדעה המצדדת בדבקות מוחלטת בדברי המחוקק.⁸

interesting evolution, which may lead to a more active attitude by the Supreme Court." Claude Klein, "The Temple Mount Case," in: (1971) *Israel Law Review*, Vol. 6, No. 2, pp. 256-257, at p. 261.

2 בג"צ 188/63 תופיק סעיר בצול ושייך מחמד עבד אל-מנער אלאוהרי נ. שר הפנים ו-2 אה, י"ט פד"י (1), 337, בעמ' 350.

3 שם, עמ' 350, מול אות השוליים ד'.

4 שם, עמ' 350, מול אות השוליים ו'.

5 שם, עמ' 352, מול אות השוליים ב'.

6 "טעם חזק לביטול מכלל של הוראה מוקדמת יותר קיים בחוקים פליליים, כשהחוק המאוחר קובע... עונש אחר." "זהו הסייג בדיני עונשין, כי אלה עלולים להשפיע על חרותו של האזרח ועל שמו הטוב." בג"צ 171/69 פילצר נ. שר האוצר, כ"ד פד"י (1), 113-126, בעמ' 120 בין אותיות השוליים י"ד, ובעמ' 121 מול אות השוליים ד' מפי השופט לגדוי.

7 "במקרה שלפנינו אין אף שמץ של ספק בנוגע לפירוש מילותיו של החוק... כי הזמנים 'עבר' ו'עתיד' אינם מתחלפים זה בזה... ומעולם לא שמענו אדם המדבר על בריאת העולם ומתכוון לימות המשיח" (בג"צ 188/63 תופיק סעיר בצול ואח' נ. שר הפנים, שם, עמ' 34 מול אותיות השוליים ג'ד). "השאלה היא: אם מותר לנו, בגלל 'פיקוח נפש' של החוק, לייחס לו מובן העומד, ללא שמץ של ספק בניגוד גמור ומוחלט ללשונו המפורש של החוק. השופט זילברג מביא את דברי המלומד קראיס המצטט פסק-דין אנגלי: *Abby v. Dale* (1857) 8 E & b 605, cited in *Craieson Statute Law*, Sixth Ed. London, Sweet and Max-well, 1963, p. 86. לפיו "נוטלים אנו לעצמנו תפקידי מחוקק אם אנו נוטשים את המובן המדויק של המלים, אך ורק מפני שאנו רואים או מדמים בנפשנו לראות, אבסורדיות או עוזל בלכתנו אחרי פירושו המילולי" (שם, עמ' 345, מול אותיות השוליים ב', ג', ד). "חוקה עליו (= על השופט) חובה... שלא לחרוג מתחומי סמכותו ושלא להתעטף בטלית של מחוקק. שהרי ביחסו לחוק, כדי לאפשר את קיומו, כוונה שהמחוקק גופו מעולם לא העלה על ליבו, נמצא שהשופט הוא שיצר את החוק ולא המחוקק הריבוני, וכן לא ייעשה במקומנו—ארצות שילוש הרשויות" (שם, עמ' 346, מול אות השוליים ד').

8 "השאלה המתעוררת אינה שאלת פרשנות, כי אם שאלת עליונותה של הכנסת וסופיות קביעותיה בחוק שנעשה כדין" (שם, עמ' 349, מול אות השוליים א'). השופט ברנזון מביא את דבריו של השופט ויילס אשר בפסק-דין משנת 1871: *Junction Ry. Co.* (1871) L.R.G. C.P 576, 582; 24 L.T. 827; 19 W.R. 954 קבע כי "אם חוק הפרלמנט הושג שלא כראוי, עניינו של המחוקק הוא לתקן על-ידי ביטולו, ואולם

ברם, בסיכומו של דבר שוללים שני השופטים גם יחד את דברי המחוקק על אודות המפות ש"הונחו" (בלשון עבר) במשרדי הממונה על המחוז, ונותנים להם משמעות מנוגדת לפשט הכתוב, כאילו דיבר המחוקק על מפות ש"הונחו" בלשון עתיד.⁹ סיכום זה מבוסס על העקרון שאין להרהר אחר קביעות המחוקק. בשמו של אותו עקרון מביע השופט ברנזון "ספק גדול" אם בכלל רצאי בית המשפט להציץ מאחורי הפרגוד של חוק הכנסת כדי לבחון את אמיתותו ונכונותו, אם הוא משקף דברים כהווייתם אם לאו.¹⁰ אך הבעת "ספק גדול" זה אינה מונעת את השופט ברנזון עצמו מלאמר בהמשך: "אם יש צורך בהבהרה נוספת בגדון, הרי היא מצויה בדברי יושב־ראש ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, כאשר הביא את הצעת החוק לקריאה ראשונה בכנסת".¹¹ בהודמנות אחרת הרחיק לכת השופט זילברג עוד יותר, והכשיר לגמרי את תבשילי המטבח המפלגתי. לדבריו, משום ש"המפלגות השונות בכנסת" מצאו להן "פורמולה פשרנית" מסוימת, חייב בית המשפט לפרש את החוק לתיקון דיני העונשין (ריבוי גישואין), תשי"ט—1959, בצורה שאיננה מתחייבת מלשון החוק עצמו, והנוגדת, על כל פנים, את הכלל הפרשני האומר כי חוק מאוחר גובר על חוק מוקדם.¹² הכשר זה זכה גם להסכמתם של יתר השופטים באותו הרכב, השופט מגי והשופט חיים כהן. מבלי להרחיק לכת עד כדי הכרה בפורמולה פשרנית מתוצרת מפלגתית כהלכה מחייבת, הסתפקנו לעיל בקבלת הבהרה מדברי חברי הכנסת. בגילוי לב ראוי לשבח פירש השופט זילברג מהי הלגיטימציה לגקטת העבדות השונות עליידי השופטים: "אחרי ככלות הכל תלוי הדבר, ובמידה רבה מאוד, באופיו וסגולותיו הרגשיות והאינטלקטואליות של השופט הדין בענין... ומכאן חילוקי הדעות המתגלעים לעתים קרובות בין השופטים השונים, בבואם להחיל על המקרה הקונקרטי אחד מכללי פרשנות החוקים".¹³

כל זמן שהוא קיים כחוק, על בתי המשפט לציית לו. תהליכים כאן הם שיפוטיים ולא אוטורי קרטיים והם עשויים להיות כאלה אילו נטלנו לעצמנו את הכוח לעשות חוקים במקום לבצע אותם" (שם, עמ' 349 מול אותיות השוליים ה'י').

9 השופט ברנזון: "לפיכך אם החוק, כפי שנתקבל בכנסת, אומר שהונחה מפה התוחמת את תחומי הישובים שבהם לא יחול האיסור על גידול חויר, לא היינו צריכים להרשות הבאת עדות הכנוונה להוכיח את ההיפך מזה" (שם, עמ' 350 מול אות השוליים א'). "אין ליחס כל חשיבות לשימוש בלשון עבר לגבי תתימת המפה והנחתם" (שם, עמ' 354, מול אות השוליים ו'). השופט זילברג: "גדר הספקות, בצורה כללית ומופשטת הוא, אם מבחינה חוקית אפשר להוכיח את אי נכונותה של עובדה שהעיד עליה המחוקק בכבודו ובעצמו? נראה הדבר כי נפלה מחלוקת בנקודה זו בין הפוסקים האמריקניים מחד, והפוסקים האנגליים כאידך. בספרות ובפסיקה האמריקנית מצאתי אסמכתאות לכך, כי עובדות שהחוק קובע, להבדיל מהוראות שהוא נותן, אפשר להכחיש ולהזים אותן, כלומר מותר להוכיח את אי נכונותן... ברם הפסיקה האנגלית, כנראה, תופסת עמדה אחרת, כפי שיוצא מתוך המקורות שחברי המלומד, השופט ברנזון, הפנה את תשומת לבי אליהם... זה היה נימוקו הראשון של חברי המלומד, וככל הכבוד הנני כצטרף אליו בנקודה זו, ולא רק בגלל שאנו קרובים יותר אל הפסיקה האנגלית, אלא גם — ובעיקר — מפני שדעה זו מבטיחה יותר מחברתה האמריקנית את החילוק החד בין שלוש הרשויות" (שם, עמ' 347 ו'—348 א', ב', ג').

10 שם, עמ' 349, מול אות השוליים א'.

11 שם, עמ' 453, מול אות השוליים א'.

12 בג"צ 129/63 משלח נ. ביה"ד הרבני האזורי, י"ז פד"י, 1640 ואילך, בעמ' 1649, מול אות השוליים ד'.

13 בג"צ 188/63 תיפיק סקיד בצול ואח' נ. שר הפנים, שם, עמ' 346, מול אות השוליים ה'.

בפסק-דין מאוחר יותר¹⁴ קבע בית המשפט העליון כי "כנסת ישראל" הוא מוסד שבטל ועבר מן העולם, אף על פי שהמחוקק מתייחס אל "כנסת ישראל" כאל מציאות משפטית קיימת¹⁵. בזמן האחרון הגדיל בית המשפט העליון לעשות בנטלו לעצמו סמכות אשר המחוקק שלל ממנו במפורש, בסעיף 1 לחוק שיפוט בתי-דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג-1953. למרות שסעיף זה אומר כי "ענייני נישואין וגירושין של יהודים בישראל אורחי המדינה או תושביה יהיו בשיפוטם היתודי של בתי-הדין הרבניים" פסק בית המשפט העליון כי כהן וגרושה שהתיימרו לערוך נישואין פרטיים הצליחו להשיג את מבוקשם, לפחות במידה המחייבת את שר הפנים לרשום את נישואיהם¹⁶.

14 ע"פ 427/64 יאיר נ. מדינת ישראל, י"ט פד"י (3), 402.

15 ראה דברי פרופ' רובינשטיין, בספרו הנ"ל עמ' 59 ו-70, ושם הערה 70. לאחרונה הוסיף השופט ויתקון ואמר: "אין אני מיהס חשיבות לאיזכור דבר המלך במספר חוקים ישראליים – איזכור שאינו אלא לשם הגדרה... יתכן שמה שנעשה בחוקים אלה נעשה בהיסח הדעת... דבר-המלך עבר מן העולם...". (בג"צ 222/68 הוגים לאומיים נ. שר המעשרה, כ"ד פד"י (2), 141–228, בעמ' 162 מול אות השוליים ג'). באותו פסק-דין, מ"מ הנשיא, השופט זילברג, אינו דן בשאלה זו, אך השופטים ברנזון (שם, בעמ' 173, בראש העמוד, ובעיקר בעמ' 175 בסוף, ובעמ' 177 מול אות השוליים ד') וקיסטר (שם, בסוף עמ' 187, וראה גם ההמשך בראש עמ' 188) סבורים כי איזכור דבר-המלך בחוקי הכנסת מוכיח כי דבר-המלך הוא "שריר וקיים". לעומתם אוכר הנשיא (אגנרס): "המחוקק העליון במדינה ראה את דבר-המלך משנת 1924 כדבר חקיקה שריר ומחייב. שיטה זו של איזכור דבר-המלך בחוק הכנסת אין בה משום חקיקתו מחדש, אך היא טומנת בחובה הבעת דעה – קרי: פרשנות שדבר-המלך הוא עדיין בתוקף. אפילו אם אין ראיה בפרשנות זו כוח של דין המחייב את הכרעת בית המשפט, אף על פי כן מן הראוי שיתחשב בה ויתן לה משקל" (שם, עמ' 211 מול אות השוליים ב'). משמע, שהמשקל המירבי של איזכור דבר-המלך בחקיקת הכנסת הוא כמשקל פרשנות בלתי מחייבת.

16 אם למדוד לפי שלושת הקריטריונים שנקבעו על-ידי נשיא בית המשפט העליון, השופט אגרנט, בע"א 54/65 מקיטן נ. מייטן, י"ט פד"י (2), 654 ואילך, בעמ' 661–663, הרי שהצו לשר הפנים לרשום כהן וגרושה כנשואים יש בו משום הכרה במעמד (סטטוס) חדש. בעזרת הרישום הזה זוכים יחסי הכהן והגרושה ל"גושפנקא" והגנה מטעם המדינה (קרי: טריון ראשון), שהרי על-פי הרישום זכו בני הזוג להנחות ממסים וכיו"ב. רישום הנישואין הוא בגדר "קביעה המחייבת כולי עלמא" (קריטריון שני). מוסדות המדינה ועל כן גם אנשים פרטיים יכירו ברישום הזה. ולבסוף, הרישום מונע מן הצדדים לשים קץ למעמד הנצור על-ידי הסכמתם או התנהגותם בלבד" (קריטריון שלישי). הכהן והגרושה הרשומים כנשואים, אף אם יסכימו ביניהם להתגרש, אין בכוחם לבטל את הרישום הזה או לשנותו, בכוח עצמם בלבד.

אמנם השופט חיים כהן דוחה התערבות זו בעניינים הנתונים לסמכות בתי-הדין הדתיים. בע"א 384/61 מדינת ישראל נ. פפלי, ט"ז פד"י (1), 102, הוא אומר: "אין להעלות על הדעת כלל ועיקר שלענין קביעתו של מעמד האשה, אם היא נשואה אם לאו, התכונן המחוקק להסמיק רשויות מרשויות שונות... אילו הייתי מקבל טענתו של ד"ר אלון... כי אז הייתי פורץ פירצה חמורה בשטח תחולתו של הדין האישי, ודין תורה בראשו, בענייני נישואין; ואין לי ספק ספיקא שהמחוקק לא התכוון לפרוץ פירצה שכזאת" (שם, עמ' 108, מול אותיות השוליים ג', ד' ויה'). אף השופט לנדוי עצמו, אשר הוציא עתה את הצו לרישום הכהן והגרושה כנשואים, הכיר בעבר כי "הכנסת השליטה את דין התורה על ענייני נישואין וגירושין של יהודים בישראל" והסיק מכך מסקנות נחרצות ביחס לסמכותו של בית-הדין

בפסק-דין זה, בג"צ 51/69 רודניצקי נ. ביה"ד הרבני הגדול, כ"ד פד"י (1), 704 בעמ' 712, עמד השופט לנדוי במיוחד על המונח "דין תורה" המופיע בסעיף 2 לאותו חוק, וחילק את תוכנו לשניים: מהד, כללי התנהגות בין אדם לחברו, ומאידך כללי התנהגות בין אדם למקום. אין להחיל את אלה האחרונים על מי שאינו מאמין שכן "החוק משנת תשי"ג על סעיף 2 שבו... לא בא לפגוע בחופש המצפון המובטח לכל אזרח במדינתנו. שומה עלינו לנקוט בפירוש של החוק מתשי"ג שיש בו כדי למנוע סתירה כזאת לעקרו-נות יסוד של חוק המדינה". השופט לנדוי מתעלם, איפוא, במכוון ממה שנראה לו ככללי התנהגות בין אדם למקום, למרות שהוא מודה כי כללים אלה כלולים במונח "דין תורה", שבו בחר המחוקק להשתמש בסעיף 2 לחוק מתשי"ג. במקום אחר מבהיר השופט לנדוי כי "קביעת הגורמות לתחילת התחום בין חופש להגבלתו שייכת לסמכות החקיקה, ואם ביהמ"ש עוסק בזה, הרי הוא עוסק בחקיקה, על פי שקילות ערכים חברתיים המתחרים זה עם זה. כל עוד עושה ביהמ"ש כן בתוך מסגרתו של חוק נתון וממלא את "הסדקים" במערכת החקיקה, הוא עוסק לכל הדעות בתפקיד המיוחד לו".¹⁷ ולהלן הוא מוסיף על "החלטות עקרוניות" של ביהמ"ש "שעיצבו את פני משטרגו לא פחות מאשר עוצבו על-ידי חקיקת הכנסת".¹⁸ עם השופט לנדוי הסכימו, באותו פסק-דין, השופטים זוסמן, ברגזון וויתקון. לנוכח עמדה חד-משמעית זו של הרוב המוחלט בבית המשפט העליון מותר לשאול: מדוע יעניק בית המשפט העליון תוקף לסעיף 6 לחוק לתיקון דיגי עוגשין (ריבוי גישואין), תשי"ט—1959, יותר מאשר לסעיף 2 לחוק לשיפוט בתי-דין רבניים (גישואין וגירושין), תשי"ג—1953? הפגיעה בחופש

הרתי הידועי לתת פסק-דין הצהרתיים להדרכת מרשם ותושבים. ראה בג"צ 73/66 זבולון נ. שר הפנים, כ"י פד"י, 648, בעמ' 667 מול אותיות השוליים ב', ד'.
דברי השופט לנדוי בבג"צ 51/59 רודניצקי נ. ביה"ד הרבני הגדול, כ"ד פד"י (1), 704, בעמ' 712 עולים בקנה אחד עם הקו שהשופט לנדוי נקט בבג"צ 98/69 אהרן א' ברגזון נ. שר האוצר ומבקר המדינה (ראה §11 לעיל), ובפרט עם הקו הנקוט מקדמת דנא על-ידי השופט זוסמן, הן בערעור הבחירות (ראה §11 לעיל), והן "בשטח המסוכסך של ענייני האישות" (כדבריו בע"א 54/65 טקיסט נ. מקיסט, י"ס פד"י (2), 654, בעמ' 668 מול אות השוליים ו'). בבג"צ 130-132/66, 158 ע"ב ורייכרט נ. ביה"ד הרבני והרבנות הראשית לצפת, כ"א פד"י (2), בעמ' 551 אמר השופט זוסמן כי באותו מקרה נמנע הוא מלדון בשאלה אם הכרות העצמאות מבטלת את סעיף 2 לחוק שיפוט בתי-דין רבניים (גישואין וגירושין). תשי"ג—1953, רק משה שטענה זו לא נטענה בפני בית המשפט. דברים אלה של השופט זוסמן מבשרים את ביטולו החלקי של סעיף 2 לחוק שיפוט בתי-דין רבניים (גישואין וגירושין), תשי"ג—1953, בבג"צ 51/69 רודניצקי נ. ביה"ד הרבני הגדול, כמצוטט לעיל בגוף המאמר.

17 משה לנדוי, "חוקה כחוק עליון למדינת ישראל", הפרקליט, כ"ז אדר תשל"א—מרס 1971, עמ' 41—30, בעמ' 38 (ההדגשות שלי).

18 שם, בעמ' 40. אמנם השופט לנדוי מבקש באותו מאמר שלא להעמיס על ביהמ"ש את הסמכות לפסול חוקים של הכנסת בהסתמך על "מושגים כלליים ומעורפלים בחוקה" (שם, בעמ' 38), אך אין זה משנה הרבה כיון שבין כה וכה, גם ללא הכללת "מושגים כלליים ומעורפלים" בחוקה, ביהמ"ש העליון משתמש בהם לשם פסילת הוראות חוק. דוגמא בולטת לשימוש כזה היא הכפפת המונח "דין תורה" למושג הכללי והמעורפל של "חופש המצפון", כמוסבר לעיל. אף אדם לא יוכל להסביר מדוע "חופש המצפון" הוא מושג פחות כללי ופחות מעורפל מאשר המושג "סמכות משטרתית"—עליו מצביע השופט לנדוי כדוגמא למושג כללי, ומעורפל.

הדת הנובעת מסעיף 6 לחוק ריבוי נישואין איננה פחותה מן הפגיעה בחופש הפרט הנובעת מסעיף 2 לחוק נישואין וגירושין. אדרבה, ההיפך הוא הנכון. איסורי הנישואין הנובעים מסעיף 2 פוגעים, אם פוגעים, במיעוט קטן מן הציבור היהודי, בעוד שאיסורי הנישואין שבסעיף 6 פוגעים בחוגים רחבים של הציבור המוסלמי.¹⁹

אם פרשנות נועזת כזו מותרת כדי להעניק זכויות במשפט האזרחי ודאי שהיא מותרת, ואף מחוייבת, ביחס לאשמה על-פי החוק הפלילי, כהרי את החוק הפלילי יש לפרש תמיד בצורה דווקנית. התרת היחסים בין בעל מוסלמי לבין אשתו השנייה, השלישית או הרביעית שייכת לתחום "בין אדם למקום" לא פחות מאשר איסור היחסים בין כהן וגרושה. אם בית המשפט העליון סבור כי בהטלת האיסור הזה יש משום "כפיה דתית" ודאי שמניעת מוסלמים מריבוי נשים היא "כפיה חילונית".

§ 13. מאליו מתעוררת השאלה: מה ראה בית-הדין הגבוה לצדק בישראל להחליץ להגנת "חופש המצפון" באיחור כה רב? הרי אותה השאלה גופה, נישואיהם הפרטיים של כהן וגרושה, התעוררה בפני בית-המשפט העליון מיד עם חקיקת החוק בשנת תשי"ג,²⁰ ומדוע זה התמהמה מוסד עליון ונכבד זה משך שש-עשרה שנים? יתרה מזו, מדוע נכנס אז בית-המשפט העליון לדיון ארוך בשאלה הסבוכה אם אותו חוק מהווה שינוי פרוצדורלי או מטריאלי, בה בשעה שקיים נימוק קצר חד וחלק הפוטר אותנו מכל התלבטות יתירה: "חופש המצפון"? התמיהה רק גוברת בהבחינו כי אותו מעשה עצמו (נישואים פרטיים של כהן וגרושה) מוגדר כיום כענין נעלה של "חופש המצפון", בעוד שלפני שש-עשרה שנים הוגדר אותו מעשה עצמו על-ידי כל שלושת השופטים פה אחד כ"מעשה הפקרות".²¹ מה גרם לשינוי ערכין כה קיצוני בבית-המשפט העליון?

התשובה ניתנה בעת האחרונה על-ידי כבוד השופט זוסמן, המכהן כיום כממלא מקום הקבוע לנשיא בית-המשפט העליון, ואשר ישב בדין בשני המשפטים, זה משנת 1953 וזה האחרון משנת 1969: בית-המשפט העליון מתחשב במה שנראה לו כ"דעת הציבור", לרבות השינויים שחלו ב"דעת ציבור" זו ביחס לחוקים שנתקבלו בעבר. "אנו נוטלים

19 הדברים המהפכניים של השופט כרנון בפסק-הדין החדש ע"א 450/70 רתנוניסקי ואח' נ. מדינת ישראל, כ"ו פד"י (1), 129, בעמ' 134, 135, א, ו-136 ד עד 137 רישא, רק מגבירים את קשייתנו זו.

יודגש כי במקרה זה סירב בית המשפט העליון לקבל את ההסתמכות על "נורמות על חוקתיות" משום שגורמות אלה חסרות בספר החוקים של מדינת ישראל, ובמידת שהן נזכרות הרי זה רק בהכרזת העצמאות ובדבר המלך במועצה שאין להם תוקף של חוקה. ברם, לנורמה העל-חוקתית של חופש הדת, עליה נסמכת סוגייתנו זו, יש ויש ביטוי גם בספר החוקים: סעיף 5 לחוק שיווי זכויות האשה, תשי"א-1951. יוצא, איפוא, כי מול ההוראה-לכאורה של המחוקק בדבר איסור ריבוי נשים, עומדת הוראה ברורה וחד-משמעית של אותו מחוקק, בדבר חופש הדת. זו האחרונה מלווה גם על-ידי הנורמה העל-חוקתית המצדדת אף היא בחופש הדת.

1 ר' ע"א 238/53 כהן ובוטליק נ. היהודים לממשלה, ה' פד"י, 10-57.

2 "שני חברי המלומדים כבר הביעו את מורת רוחם ממעשה ההפקרות של קידושי סתר. שותף אני לרגשות אלה" (מפי השופט זוסמן, שם, עמ' 37, סעיף 5). על ביטוי זה חזר השופט חשין ז"ל (שם, עמ' 56, פסקה אחרונה) ואף הוסיף עליו כהנה וכהנה. ר' למשל, עמ' 53, מול אות השוליים ו'.

לעצמנו רשות לומר שאם השתנו הזמנים, החוק סובל פירוש גמיש די הצורך כדי להתאים אותו לשינויים".³

תשובה זו היא רבת משמעות גם לענין הפוליגמיה של המוסלמים, כי עדים אנו לשינויים ביחס כלפי הפוליגמיה הן במדינת ישראל והן מחוצה לה. עצם החוק לתיקון דיני עונשין (ריבוי נישואין), תשי"ט—1959, וכן הדיון שקדם לו בכנסת, משקפים את הסתייגותם של נציגיו המוסלמים של הציבור בישראל מפני איסור טוטלי של הפוליגמיה,⁴ עליה יש להוסיף את דעת המומחים.⁵ גם הדירת המושג "ידועה בציבור" בקרב האוכלוסיה המוסלמית, ובפרט בקרב הבדואים בנגב, מעידה לאן נושבת הרוח. מחוץ לישראל גוברת הסובלנות כלפי הפוליגמיה אף בארץ כאנגליה שנקטה עד כה בעמדה קיצונית נגד הפוליגמיה.⁶ הוועדה לתיקון החוק באנגליה הקדישה לנושא מחקר מיוחד.⁷ אמנם היא מתגוננת בפני הטענה כי היא מטפחת את הפוליגמיה באנגליה,⁸ ואף מקבלת את תיאורו השטחי של פרופ' אנדרסון לפיו הנטייה בארצות המוסלמיות היא להגביל את הפוליגמיה.⁹ היא מדגישה שאין היא עוסקת בנושא מבחינה פלילית,¹⁰ אך זה אינו מונע אותה מלציין כי נישואין פוליגמיים אינם נחשבים כ"נישואין ראשונים" לצורך הרשעת אדם בגין ביגמיה,¹¹ ומלצטט את פרופ' הרטלי הסבור כי נישואין פוליגמיים "ממלאים אותו תפקיד חברתי בארצות בהן הם מותרים, כמו הנישואין המונוגמיים באנגליה".¹² כן מצביעה הוועדה על ההתפתחות באוסטרליה שם הכיר המחוקק בזכות למונחות הקיימת במסגרת נישואין פוליגמיים.¹³ כל זאת במגמה להרחיב את ההכרה בנישואין פוליגמיים אף מעבר לזו שזכו לה בשורה של פסקי-דין משנות הששים,¹⁴ וכדי להעניק "סעד בגין נישואין" (matrimonial relief) אף למי שנשוי בנישואין פוליגמיים.

3 ד"ר יואל זוסמן, "בתי המשפט והרשות המחוקקת", משפטים, תשל"א, ג', 2, ע"ע 213—222, בעמ' 215.

4 ר' לעיל §11, הערות 7, 8.

5 ר' לעיל §10, ובפרט הערות 1 ו-6.

6 לגבי גירושין מנישואין פוליגמיים נאמר באנגליה: Crains J. in March of this year... thought it right, noting the change in the attitude of the courts in recent times so that they now "leaned in favour of" enabling a petitioner who was domiciled in England to obtain "a declaration of his status without having to go abroad," to grant a declaration that the contract of divorce was valid... (ההדגשה שלנו). Shahnaz v. Rizwan [1964] 1 Q.B. 390, 400.

7 Law Com. No. 42, Family Law Report on Polygamous Marriages, London, Her Majesty's Stationary Office, 1971.

8 ר' סעיף 37 בעמ' 14, סעיף 61 בעמ' 21 בדו"ח הוועדה וכן בסעיף 1(2) לדברי ההסבר להצעת החוק.

9 ר' הערה 91 בעמ' 14 בדו"ח הוועדה ותגובתנו לעיל ב-§10, הערה 9.

10 עמ' 1 בדו"ח הוועדה.

11 הערה 99 בעמ' 37 בדו"ח הוועדה.

12 הערה 88 בעמ' 13 בדו"ח הוועדה. ההפניה שם היא אל: T. C. Hartley, "Polygamy and Social Policy" (1969), 32 M.L.R. 155, 161-2.

13 עמ' 12 בדו"ח הוועדה.

14 פסקי-דין אלה כנויים בהערות שבעמ' 5 בדו"ח הוועדה. החשוב שבהם הוא עלי ג. עלי משנת

ריבוי נשים למוסלמים וחוקתיות איסורו

ישנם גם שיקולים, שאינם משפטיים טהורים, המורים בכיוון להתרת הפוליגמיה למוסלמים. לא הפחות שבהם הוא זה: המדינה, המתבונה כיום בעיני אזרחיה המוסלמיים בגינו של חוק שאין היא מצליחה לאכוף¹⁵, תשמור על כבודה. זהו שיקול של מדיניות משפטית¹⁶.

הנימוקים האמורים נוטים כולם למסקנה כי ההוראה המצמצמת שבסעיף 6 לחוק לתיקון דיני עונשין (ריבוי נישואין), תשי"ט-1959 – אחת דינה להפסל, מה גם שהעונש נגד גברים מוסלמים המרבים להם נשים, אם להשתמש בדבריו הנוקבים של השופט ויתקון, "לא ירתיע אותם מללכת בדרך שבה הלכו, כל עוד הדין והשקפת עולמם מכשירים להם את הדרך מבחינה משפטית ומוסרית"¹⁷.

1968, בו נקבע כי נישואין פוליגמיים בכוח הופכים להיות נישואין מונוגמיים עם רכישת הדומיטיל באנגליה עלי ידי בני הוגג.

15 ראה: דבריו של נשיא בית המשפט המחוזי בבאר-שבע מר ש. אלקיים, בשנת 1969 (לעיל §10, הערה 1). דבריו של מר א. ליש, מי שהיה אז סגן יועץ ראש הממשלה לעניינים ערביים, בשנת 1963 (לעיל §10, הערה 6), וכן הודאתו של שר המשפטים עצמו בדבריו בפני הכנסת בשנת 1957: "אגב עיון בקובלנות מצד תושבים ואזרחים מוסלמיים בעיקר, אשר, כידוע לכם, לא כולם הסלימו עם ביטול הפוליגמיה, עמדנו על עוד כמה ליקויים בחוק הקיים, הנובעים בעיקר מהיות פסקי-דין של בתי המשפט שלגו" (דברי הכנסת, כרך 23, עמ' 265 סיפא. ההדגשה שלנו).

16 קיים גם נימוק מדיני: איסור הפוליגמיה בישראל הוא אחת הטענות המועלות על ידי ערביי מזרח ירושלים כהצדקה להתנגדותם לאיחוד העיר. טענה זו תעלה עם ביטול האיסור. עד כמה מסעיר נושא זה את המוסלמים ניתן ללמוד מן המקום הרב שהוקדש לו לאחרונה ביומון הערבי הירושלמי "אל-קודס". לעומת מאמר אחד נגד הפוליגמיה (שהופיע ב-24.11.70) לא פחות מתריסר מאמרים דיברו בעדה. הללו הופיעו בימים 16, 17, 18 בנובמבר; 3, 4, 6, 7, 9, 11, 14 ו-15 בדצמבר 1970. גם עתון "הארץ" יוצא חוצץ בענין זה: "בענין ביגמיה מחמיר החוק הישראלי עם המוסלמים יותר מאשר עם יהודים, וזאת על אף העובדה כי הדין המוסלמי מתיר ריבוי נשים, וכי רק לאחר קום המדינה נאסר מוסר זה על המוסלמים בישראל. זוהי אפליה שאין הדעת סיבלתה" (מאמר ראשי, "הארץ", מיום כ"א אדר תשל"א – 18.3.71).

17 בג"צ 80/63 גורפינקל והקלאי נ. שר הפנים, י"ו פד"י, 2053–2072, בעמ' 2059, מול אות השוליים ד'.