

ארבעים שנה לדיני המשפחה – מאבק בין דין דתי לבין חוק חילוני

מאת

פנחס שיפמן*

א. מבוא. ב. עקיפת הדין הדתי על-ידי בית-המשפט האזרחי. ג. בתי-
הדין הרבניים – מאבק-שכנגד, תוך חולשה פנימית. ד. נסיגה בפתרונות
אזרחיים למסורבי-גט. ה. עיצוב הסדרים חילוניים בהשראה סמויה של
הדין הדתי. ו. סיכום.

א. מבוא

כשביקשו חכמים למשול משל לשני כוחות נוגדים זה לזה המושכים לכיוונים הפוכים, ושיש למצוא פשרה או איזון ביניהם – נזקקו לדימוי הציורי של "חמר-גמל"¹. החמר רץ מאחורי החמור ומזרזו במקל שבידו, ואילו מי שנוהג את הגמל עליו ללכת לפניו ולמשוך אותו לאטו באפסר. מי שהוטל עליו להנהיג חמור וגמל בבת-אחת, חייב אפוא ללכת בין שניהם ולהסתגל לדרך הליכה בינונית שתתאים, פחות או יותר, לשתי הבהמות גם יחד².

משל זה עלה בדעתי כשהתבקשתי לסקור את המגמות העיקריות בדיני המשפחה בישראל. לפנינו מערכת הסובלת משניות משפטיות, ובקרבה מתרוצצות שתי שיטות שונות ושתי מערכות-שיפוט שונות, המושכות לכיוונים מנוגדים; דין דתי (או דינים דתיים) וחוק חילוני, ומציאת הפשרה או האיזון שביניהם היא עיקר המשימה המוטלת על המחוקק, ואף על השופט – משימה אשר לא תמיד מצליחים להסתגל אליה ולעמוד יפה בביצועה.

ללא ספק, התכונה הראשונית, המקורית, שאפיינה בעבר את דיני המשפחה במשפט המקומי, עוד בעת השלטון העות'מני, היתה היעדרו המוחלט של דין אזרחי, טריטוריאלי, החל על כל בני-הארץ בשווה: משפט המדינה הרכין את ראשו בפני הדין האיש, בוותרו על תחולתו של החוק האזרחי בתחום זה. המחוקק נמנע ממתן תשובה

* פרופסור חבר, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים.

1 משנה, עירובין ג, ד.

2 ראה רש"י עירובין, לה, א, ד"ה "הרי זה חמר גמל". בביטוי זה השתמש השופט זילברג כבג"צ 80/63 חקלאי נ' שר הפנים, י"ז פד"י 2048, 2060, כדונו בתופעה של נישואין פרטיים הנערכים כדי לעקוף את הדין הדתי ולתיאור "נישואין נוגדי-דת עטופים באיצטלא של טכס דתי".

משל עצמו וראה את עצמו יוצא ידי חובה בהמצאת הכתובת שאליה יש לפנות לשם קבלת תשובה, וכידוע, הכתובת היתה לגבי אזרחי הארץ, דינם הדתי.³ היה מן המלומדים שדימה את משפט המדינה, בנחרות דיני האישות, לאותו ראי מלוטש אשר משלו אין בו ולא כלום ולא נותר לו אלא לשמש כבואה נאמנה לדין הדתי.⁴ התמונה המשתקפת כיום שונה במקצת. אנו עדים בינתיים לתהליך שבו המחוקק החילוני מוציא, בדרך התקיקה, והשופט האזרחי – בדרך הפרשנות, עניינים רבים ממסגרת הדין האישי ומסדרם הסדר חילוני, טריטוריאלי.⁵ במבט שטחי נוצר הרושם שהפשרה שהתקבלה בין מקלסי הדין הדתי לבין המתקלסים בו היא "פשרה טריטוריאלי" – כלומר: חלוקת דיני המשפחה בין הפלח של דיני נישואין וגירושין שהדין הדתי ממשיך למשול עליו בכיפה, לבין רוב התחומים האחרים בדיני המשפחה, שנכבשו בינתיים על ידי חוק חילוני, מהותי, אשר תפס את מקומו של הדין הדתי. רשימת התחומים האחרים הללו היא נכבדה למדי: מזונות (אמנם בדרגות שונות של תחולה לפי הזכאי למזונות),⁶ יחסי-ממון בין בני-זוג,⁷ אבהות,⁸ אימוץ ילדים,⁹ אפטרופסות,¹⁰ לרבות דיני הורים וילדיהם הקטינים¹¹ וזכויות ירושה.¹²

כתחום דיני הנישואין והגירושין עצמם נמנע המחוקק מהתערבות ישירה, והסתפק בהטלת סנקציה פלילית על נישואין וגירושין שהיו בלתי-רצויים בעיניו, למשל: האיסורים על נישואי-בוסר,¹³ ביגמיה¹⁴ וגירושין בעל-כורחה של האשה.¹⁵ כשנדרשה התערבות לגוף העניין, כגון לגבי הוכחת מוות של אדם שאשתו נותרה עגונה, הפגין המחוקק את אוזלת-ידו, בקובעו שהצהרות-מוות לא תשמש ראייה בדיני נישואין וגירושין.¹⁶

- 3 כדברי לבונטין, על נישואין וגירושין הנערכים מחוץ למדינה (ירושלים, 1957) 17.
- 4 לבונטין, שם.
- 5 שיפמן, דיני המשפחה בישראל (ירושלים, 1984) 19 ואילך.
- 6 החוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות), תשי"ט-1959.
- 7 חוק יחסי ממון בין בני-זוג, תשל"ג-1973, אשר בא בעקבות הפסיקה שיצרה את חוקת השיתוף בין בני-זוג ואשר מצדה נבנתה, בין היתר, על זוק שיווי זכויות האשה, תשי"א-1951, סעיף 2 שבו, כפי שפורש על-ידי בית-המשפט העליון, ביטל את זכויות הבעל בנכסי אשתו לפי הדין היהודי. ראה כללית רוזן-צבי, יחסי ממון בין בני זוג (ירושלים, תשמ"ב).
- 8 לפי הפסיקה, קביעת אבהות איננה מענייני המעמד האישי: כג"ץ 283/72 בוארון נ' בית הדין הרבני האזורי, ת"א-יפו, ואח', פ"ד כו(2) 727.
- 9 חוק אימוץ ילדים, תשמ"א-1981, אשר החליף את חוק אימוץ ילדים, תש"ך-1960.
- 10 חוק הכשרות המשפטית והאפטרופסות, תשכ"ב-1962.
- 11 ראה הפרק השני של החוק הנ"ל.
- 12 חוק הירושה, תשכ"ה-1965.
- 13 חוק גיל הנישואין, תשי"ו-1950.
- 14 חוק העונשין, תשל"ז-1977, סעיפים 176-180, אשר החליף את החוק לתיקון דיני העונשין (ריבוי נישואין), תשי"ט-1959.
- 15 חוק העונשין, תשל"ז-1977, סעיף 181. עבירה זו נקבעה לראשונה כחוק שיווי זכויות האשה, תשי"א-1951, סעיף 8(ב).
- 16 חוק הצהרות מוות, תשל"ח-1978, סעיף 6(א). חוק זה בא במקום חוק הצהרות מוות, תשי"ב-1952.

ב. עקיפת הדין הדתי על-ידי בית-המשפט האזרחי

לכאורה, צבע המחוקק בצבעים ברורים וחדים את אותם דינים דתיים הראויים לדעתו — לחול — ננית, בצבע ירוק — לעומת אותם דינים שאינם ראויים לחול — ננית, בצבע שחור — וכבודו של כל דין ודין במקומו מונח.

אולם טעות היא להניח שהמאבק הציבורי הרווי מתח אידיאולוגי חריף הסתיים בתהליכי החקיקה. המאבק בין ההולכים לאטם בעקבות הדין הדתי לבין המבקשים לקדם מטרות חילוניות נמשך ביתר-שאת בכתיבת המשפט, שם מקבל החוק את דפוסי הסופיים. נראה שבתי-המשפט לא גילו בהכרעותיהם השיפוטיות נאמנות להסדר הפשרה שהושג בין הזרוע החילונית ובין הזרוע הדתית. גם בתוך התחום שנמסר לדין הדתי גופו, בעיקר ענייני נישואין וגירושין עצמם, ברצעה "פשרה פונקציונלית": ככל שידו של השופט האזרחי מגעת, הצטמצם תפקידו של הדין הדתי לספק של חומר-גלם נורמטיבי שנפחו מכוון, רוחו הדתית ניטלה, ועיצובו הקובע, ושיקולי תקנת-הציבור הקובעים את גורלו ומשמעותו הופקדו בידי אינטרפרטציות וערכים חילוניים.¹⁷ בדרכים שונות ומשונות זינב השופט החילוני בתחולתם של דיני הנישואין הדתיים, ודרכי-עקיפת רבות נפתחו לנסיגה למי שהדין הדתי הוטל עליו למורת-רוחו.¹⁸ בראש-ובראשונה הוכרה האפשרות לחמוק מן הדין הדתי על-ידי עריכת נישואין וגירושין מחוץ לישראל, אף מבלי לצאת את גבולות המדינה. הכרת בתי-המשפט האזרחיים בנישואין שנערכו מחוץ לישראל לא הצטמצמה למקרים שבהם החוק האישי של בני-הזוג היה חוק זר, ורק לאחר שנישאו על-פיו, עלו בני-הזוג ארצה. במקרה זה היה ניתן להבין, שמתוך הרצון לכבד זכויות שנקנו בחסותו של חוק אחר אין להחיל על בני-הזוג, בבית-המשפט האזרחי, את הדין הדתי למפרע.¹⁹ אך גם כשבני-הזוג הם אזרחי המדינה ותושביה והחוק האישי שלהם, בעת עריכת הנישואין, הוא הדין היהודי — ענה בית-המשפט אמן אחר נישואין שנועדו לעקוף את הדין הדתי ולעתים הפליגה הכרתו של בית-המשפט עד הכשר נישואין לפי חוק מקום עריכתם, אפילו כאשר לבני-הזוג או אחד מהם לא היה כושר להינשא לפי הדין הדתי, כגון בנישואי-תערובת.²⁰ אמנם, לעניין זה תורצה ההכרה השיפוטית בכך שהיא "רק" לעניין הרישום במרשם-האוכלוסין, אך חוששני שפיו ולבו של בית-המשפט לא היו שווים²¹: כמו הכרעת בית-המשפט בפרשת

17. England, *Religious Law in the Israel Legal System* (Jerusalem, 1975) 139 ff.

18. Shifman, "State Recognition of Religious Marriage — Symbols and Content" 21 *Israel Law Review* 501, 505–506.

19. הלכת סקורניק המפורסמת, ע"א 191/51, פ"ד ח 141.

20. בג"צ 143/62 שלזינגר נ' שר הפנים, פ"ד יז 225.

21. אין להתפלא אפוא, שהשופט ויתקון, שהיה אחד מן השופטים שישבו בדין בפרשת שלזינגר הנ"ל (לעיל, הערה 20), מצא לנכון להעיר בהזדמנות מאוחרת יותר (ע"א 373/72 טפר ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד כח(2) 9), כי "השאלה איננה אם בתי המשפט בישראל מכורים בתקפם של נישואי תערובת בין יהודי ולא-יהודי", בהוסיפו — תוך הסתמכות על הלכת שלזינגר הנ"ל — כי "למעשה זומן הכירוס בתקפם, לכשנערכו בדין בחוץ לארץ". היה זה השופט י' כהן אשר הוכיח לשופט ויתקון את דבריר-שלו בפרשת שלזינגר, שעל-פיהם שאלת תוקף הנישואין מושארת בצריך עיון וההכרעה נעשית רק על-פי שיקולי המשפט המנהלי הנעוצים בתפקידו המוגבל של פקיד-הרישום (שם, בעמ' 17–18).

שליט²², בשאלת "מיהו יהודי", המעטת וחשיבותו של הרישום נועדה להפחית בעיני הציבור את משמעותה החברתית והפוליטית של הכרעה משפטית בסכסוך אידיאולוגי השנוי במחלוקת.

ואולם הכרת הפסיקה בעקיפת הדין הווי על-ידי נישואין הנערכים מחוץ לישראל פיתחה דינמיקה משלה, בטפחה דרכים אלטרנטיביות לנישואין דתיים אף בישראל גופה. כך, למשל, מצאו פסולי-חיתון רבים את דרך-העקיפה על-ידי עריכת נישואין פרטיים הנערכים מחוץ למשדר-הרבנות. בית-המשפט גרס, שזוגות כאלה המנועים מלהינשא ברבנות ראויים לסעד שיפוטי, וזך הסתייגות חד-משמעית מאותם איסורים דתיים הפוגעים — לדעת בית-המשפט — בחופש-המצפון²³. בבקשו לשכנע בנתיבות ההכרה בנישואין הנערכים בישראל בדו"ח פרטית שכזאת, הזכיר בית-המשפט את האפשרות שכני-הזוג יינשאו מחוץ לישראל, ושאלתו היתה שאם כך הדבר: "איזה פתרון זה למחוקק הישראלי ולבתי המשפט בישראל לשלוח את תושבי המדינה אל מחוץ לגבולותיה, כדי שיבואו שם על תיקונם?"²⁴ אפשר רק להעיר שפתרון-לא-פתרון זה פותח על-ידי בתי-המשפט עצמם ואיננו מסקנה הכרחית של כללי המשפט הבינלאומי הפרטי²⁵.

במקביל לכך הורחבה ההכרה ביחסיו דמויי-נישואין, כלומר: בהתקשרויות לחיי אישות מחוץ לנישואין — הרחבה שנומקה לא פעם בחומרותיו של הדין הדתי, על-אף שלאמתו של דבר ניזונה הכרה זו משיקולים חברתיים בעלי תוקף כללי יותר, שלא כאן המקום להתעמק בפרטיהם²⁶. ושוב: ההכרה בחוקיותם של התקשרויות שכאלה, אפילו יש בהן ניגוד משווע לדין הדתי, כגון אשת-איש החיה דרך קבע עם גבר זר, נומקה בצורך להגיע להרמוניה עם החקיקה הועטת ב"ידועים בציבור כנשואים"²⁷; אך חקיקה זו, כשהיא לעצמה, לא היה בה כדי לתמוך במסקנה הפוגעת כה קשות בדין הדתי, אלמלא הוענקה קודם-לכן לאותה חקיקה פרשנות שיפוטית המרחיבה אותה גם לאותם "ידועים בציבור" הנשואים עדיין לאחרים²⁸. התקדים השיפוטי היוצר דרכי-

22 בג"צ 58/68, פ"ד כג(2) 477.

23 בג"צ 80/68 חקלאי נ' שר הפנים, פ"ד יז 2048, 2089, מפי השופט לנרדי:

אינני רואה מקום לתירעומת על התנהגות המבקשים בגלל התחבולה בה השתמשו, בערכם את הקידושין "הפרטיים" ההם, מדינתנו מבטיחה לכל אזרחיה את חופש המצפון. המבקשים אינם שומרים את מצוות הדת, ולפי חוק המדינה הם חופשיים לנהוג כן. ברצונם להיות חיי משפחה ולהעמיד ולדות, שלא יידבק בהם הפסול החברתי של "מחוץ לנישואין", הם מוצאים עצמם נוכח איסור שכולו דתי-פולחני, בהיותו מבוסס על מושגים עתיק-יומין על מעמד הבכורה של הכהן בעבודת הקודש. הטלת איסור כזה על אדם שאינו מאמין, קשה ליישבה עם חופש המצפון וחופש הפעולה הכרוך בו.

24 בג"צ 51/69 רודניצקי נ' בית הדין הרבני הגדול לערעורים ואח', פ"ד כד(1) 704, 713.

25 בעניין זה לא נס ליחה ביקורתו של פרופ' לבונטין בספרו הנ"ל (לעיל, הערה 3), 13 ואילך.

26 ראה דיני המשפחה בישראל (לעיל, הערה 5), 103 ואילך.

27 ע"א 563/65 יגר נ' פלביץ, פ"ד כ(3) 244, 249: "המחוקק ראה לטוב לפניו לזכות את הידועה בציבור — גם בהיותה אשת איש אחר — בהנאות מהנאות שונות. האם בני חורין אנו לנשא את עצמנו מעל למחוקק ולפטוק כי היסוד להענקת הזכויות הללו — ההסכם לחיות כבעל ואשה — רעוע ומערער? כלום יש שני סוגי מוסר וטובת הציבור, אחד בתקיקה ואחד בפסיקה?" (ההרגשה איננה במקור). כן גם ע"א 805/82 וויטני נ' מהן, פ"ד לז(1) 529, 532.

28 ע"א 389/61 מדינת ישראל נ' פסלר, פ"ד טז 102, שבו נקבעה ההלכה המרחיבה את מושג ה"ידועים בציבור" גם לבני-זוג הנשואים עדיין לאחרים, מתוך הישענות על "מושגי ישר והגיונות

עקיפה לדין הדתי מעמיד פנים שהוא פועל-יוצא הכרחי של חוק או דין נייטרלי כביכול, ובדיקה קלה מגלה שהוא הרחבה של תקדים קודם של אותם שופטים עצמם – תקדים שבו נושבת רוח עוקפת בעוצמה לא-פחותה.

אפשר לסכם ולומר, כי הפשרה שהושגה בבית-המשפט האזרחי היא ביטוי למאמץ לשמור לכאורה על הערך הסמלי של בלעדיות הנישואין הדתיים, תוך פיתוח דרכי-עקיפה שונות המכרסמות בו, אך אינן ממוטטות אותו מעיקרו. מן השפה ולחוץ, משפט המדינה ממשיך להעניק גושפנקא לדין הדתי, אך במקביל יצר "שסתומים" להקלת הלחץ הנובע מן האיסורים הדתיים.

מאידך גיסא, יש להעיר שההזדהות האוטומטית של משפט המדינה עם הדין הדתי עלולה להיות לעתים דווקא בעוכריו של אדם דתי, המנוע, מחמת השקפותיו הדתיות, מלעקוף את הסדרי-המדינה. כך, למשל – אם להביא רק דוגמא אחת – אלמנה המקבלת גמלה כל עוד לא נישאת מחדש, יכולה לחיות ללא נישואין ולשמור את הגמלה, בעוד שאלמנה הרואה עצמה מנועה מלחיות חיי-אישות ללא נישואין איננה יכולה להימנע מכך שמשפט-המדינה יראה בה כנשואה אם תערוך טקס דתי שנועד להכשיר, מבחינה דתית, את חיי-האישות שלה.²⁹

ג. בתי-הדין הרבניים – מאבק-שפנגד, תוך חולשה פנימית

עד עתה התעלמנו מגורם חשוב ביותר במערכת, והוא בתי-הדין הרבניים, שלהם ניתנה סמכות בלעדית בענייני נישואין וגירושין, אף שפעילותם הוכפפה לביקורתו של בית-המשפט הגבוה לצדק. הם מצדם מתגייסים למאבקים שנועדו למנוע את מה שנראה בעיניהם פגיעה בתחולת הדין הדתי. מאבק מעין זה לא הוכתר בהצלחה, כשבית-הדין ניסה למנוע רישומם של נישואין פרטיים של פסולי-חיתון. במיוחד הפכה לרועץ לבית-הדין חוסר-יכולתו להכריז על נישואין שכאלה כבטלים ומבוטלים לפי הדין הדתי עצמו. נוצר כאן מפגש פורה ומעניין בין הרצון החילוני להעניק הכרה לנישואין בני-הזוג לבין השיקול הדתי, שמתוך חומרת איסור אשת-איש אין לפטור בני-זוג בלא גט כשיש לפחות ספק לגבי תוקף נישואיהם.³⁰ דוגמא דומה למאבק מצדו של בית-הדין אפשר לגלות במאמציו בעת האחרונה למנוע הזרעות מלאכותיות מתורם זר, המתבצעות בנשים נשואות. בעוד שההשקפה החילונית רואה כעיקר את הרצון לעזור לבני-הזוג חשוכי-הילדים להיכנות, בית-הדין יוצא מגדרו כדי להרתיע בני-זוג מללכת בדרך זו, למשל: על-ידי הכרות האשה כמעין-נואפת.³¹ מבחינתו של הדין היהודי, דומה

אלמנטריים" ומתוך הנחה שפרשנות זו יאה לכל מדינה ומדינה ואין בה כדי לפגוע בתחולת הדין האישי.

29 על כך הרחבתי במאמרי הנ"ל (לעיל, הערה 18).

30 דיני המשפחה בישראל (לעיל, הערה 5), 226 ואילך.

31 ראה, למשל, פסק-דין של בית-הדין הרבני בירושלים המובא במאמרי "קביעת אבהות בילד שנולד מהזרעה מלאכותית" משפטים י' 63, 66, הערה 16. בית-הדין קובע שם, כי "האשה בהסכמתה שיזדקק לה זרע אחר, מעלה מעל בה' ובבעלה גם יחד, ולכן חייבת היא גט פיטורין מבעלה...". וכן ראה פסק-דין של בית-הדין הרבני הגדול, בערעור תשמ"ה/49 מיום ד' טבת תשמ"ו (לא פורסם), שם נקבע על-ידי הרב עובדיה יוסף (בדעת-רוב), כי גם כאשר הבעל עורר את האשה לקבל הזרעה מלאכותית מתורם זר, הוא פטור ממוזנות הילדה: "ואף על פי שבדאי עשה שלא כהוגן, מכל מקום

שמקובלת למדי ההשקפה שאין גיאוף אלא בפיוזה אסורה³², אלא שבית-הדין מעדיף לנקוט גישות-מיעוט מחמירות, כדי לנסות ולהטיל מורא מפני ביצוע הזרעות מלאכותיות שכאלה.

בכך יש, כמדומה, רמז על עמדתם הצפויה של הרבנים, אם יוחלט אי-פעם על מתן אפשרות בחירה בישראל בין נישואין אזרחיים לבין נישואין דתיים. מבחינה הלכתית, יש מקום בהחלט לפסוק שאין חוש רציני של ממזרות אם בני-זוג שהעדיפו עריכת נישואין אזרחיים, יתגרשו אזרחית ויביאו צאצאים מנישואין שניים. אבל מותר לשער שפגיעה במונופולין ההלכתי על עריכת נישואין בישראל תתקבל כפגיעה כה קשה במסד הדתי, והרצון להרתיע בני-זוג מללכת בדרך זו יהיה כה עז ולא יהיה מקום להתפלא שתושמע מצדו הדרישה להתנזר מקשרי-אישות עם אותו סקטור באוכלוסייה שיבחר, או שהוריו בחרו, בדרך האזרחית. דרישה כזאת תבקש להישען על שיקולים הלכתיים שביסוסם הפורמלי רחוק מלהיות איתן³³.

אך הזירה המרכזית שבה בית-הדין הירבני ממלא תפקיד פעיל מבחינת כלל האוכלוסייה הוא הליך הגירושין. כאן מאוזה אולי נקודת-התורפה העיקרית של דיני המשפחה בישראל. למעשה, ברוב המקרים, שבהם מתברר כי נישואי בני-הזוג לא עלו יפה, בית-הדין מפנה את הצדדים למשא-ומתן כדי להגיע לגירושין בהסכמה³⁴. חוסר-יכולתו של בית-הדין לפרק בעצמו את קשרי-הנישואין — נוסף על רתיעתו מלצוות על כפיית גירושין, אפילו במקרים שהוא עצמו גורם זאת להלכה — מעניק עמדת-מיקוח חזקה יותר לגבי תנאי הגירושין, לבן-הזוג הסרבן, ובמיוחד לבעל הסרבן; שכן לגבי אשה סרבנית בית-הדין יכול לאיים במתן היתר לגבר לשאת אשה שנייה, וכן בשים לב לכך שהעילות למתן ההיתר והפעלתן הלכה למעשה, הן ליברליות יותר בהשוואה לכפיית גירושין על הבעל. מכל-מקום, השיטה הדורשת הסכמת שני בני-הזוג כתנאי לגירושין מסגירה את בן-הזוג המעוניין בגט לסחטנותו של בן-הזוג הסרבן.

ד. נסיגה בפתח-מנחת אזרחיים למסורבי-גט

בנושא זה קשה לימר, שהמערכת האזרחית נזחלה הצלחה מרשימה במאמציה לתקן את קלקולי הגירושין בבית-הדין הרבני. אדרבא: בתחומים אחדים אנו עדים דווקא לנסיגה.

גם היא נתנה אצבע בין שיניה והיתה צריכה להתנגד להצעתו שלו לקבל הפריה מאיש זר שעל ידי כך נבלה נעשתה בישראל³². ואין לראות את האשה כסובלת מנוק כלשהו אם תישלל חובת הבעל במזונות הילדה, שהרי רק עקב רחמנותה של האשה על הילדה היא זנה אותה, בעוד שאין האשה חייבת לפרנס את הילדה ו"כולה להשליכה למסדות סעד". עד כדי כך:

32 ראה מאמרי הנ"ל (לעיל, הערה 31), 81.

33 ראה בנושא זה לרינגר, "האמנם נישואין אזרחיים יפלו את העם?" אבנים (תשכ"ו) 65 (מובא מתוך בספרו בין שיגרה לחידוש [ירושלים, תשל"ג] 103): וראה הערותי על הניתוח ההלכתי של הכותב בספרו ספק קידושין במשפט הישראלי (ירושלים, תשל"ח) 97, הערה 20. עקרונית, ניתן לקבוע שעל-פי דעת רוב הפוסקים, אין ספק רציני של ממזרות כתוצאה מנישואין וגירושין אזרחיים, אפילו אם לכתחילה זוקקים את האשה לגט לחומרא בשל איסור אשת-איש (וראה, למשל, אגרות משה אה"ע, ח"ב יט).

34 ראה פלק, תביעת גירושין מצד האשה בדיני ישראל (המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי, תשל"א).

כך, למשל, פסיקתו של בית-המשפט פיתחה מערכת-דינים המייחסת לבני-זוג כוונה לנהוג שיתוף בנכסיהם, תוך הענקת אפשרות לממש זכויות אלו, במנותק מהליך הגירושין. בכך נוצרה דינמיקה לפיתוח גירושין דה-פקטו המצמידה לפירוד העובדתי בין בני-הזוג תוצאות ממוניות. אולם דינמיקה זו נעצרה עקב חקיקתו של חוק יחסי ממון בין בני זוג, תשל"ג-1973, הבולם את תביעתו של בן-זוג לאיזון משאבים עד לשעת הפקעת הנישואין, ומכאן שבן-הזוג הסרבן מצליח במורסבנותו לסכל את חובתו העתידה לאיזון המשאבים. קלף חשוב, שקודם היה נתון בעיקר בידי האשה במערכה על פירוק הקשר, נשמט מידה. אמנם שערי הפרשנות לא ננעלו ובית-המשפט טרם פסק במחלוקת המשפטנים³⁵ בשאלה, אם דיני השיתוף ראשיתו יכולים לדור בכפיפה אחת ובהרמוניה מלאה עם הסדר איזון-המשאבים דהאידינא.

גם דינמיקה אחרת, אשר החלה להתפתח למעין הפרדה אזורית בין בני-זוג, הוחנקה באבה, והפעם על-ידי בית-המשפט עצמו. הכוונה לצו להרחקת בן-הזוג מדירת-המגורים. בעוד שבתחילה גילו בתי-המשפט נכונות להגן על זכותה של האשה למרור שליו באמצעות צו-הרחקה שכזה, בשלב מאוחר יותר של התפתחות הפסיקה הם הגבילו את הוצאתו למקרים נדירים וקיצוניים בלבד.³⁶

לדעתי, בית-המשפט לא גילה נחרצות מספקת גם בפיתוח אמצעי-לחץ נוסף הנתון בידי אשה הנאבקת לקבלת גט. הכוונה לתביעת מזונות אשר במציאות המשפטית ממלאה תפקיד עיקרי של תמריץ הגבר למתן גט לאשתו; שהרי כשם שהגט פוטר את האשה מעגינותה, כן פוטר הוא את הגבר מחובת המזונות כלפיה.

אמנם בית-המשפט הצליח להתפתל ולעקוף במקרים רבים החלטות רבניות שאשה איננה זכאית למזונות בהיותה מורדת, אך לא תמיד עמד לו כושר התמרון המשפטי להגן על זכויות האשה. כך, למשל, אשה המשתכרת מחוץ לביתה, האיש יכול לזקוף הכנסה זו על-חשבון המזונות המגיעים ממנו, כך שתמריץ זה ניטל למעשה מאשה עובדת, שהכנסותיה מספיקות למזונותיה. מה דינה של אשה שאיננה רוצה להפסיק את עבודתה ולשבת בחיבוך-ידיים, ושבעלה, מתוך שרירות-לב וסירוב עקשני, עומד במריו וממאן לתת לה גט? לפי הדין היהודי, אם מעוכבת האשה מחמתו להינשא, כלומר: שהיא זכאית לגט, לא יוכל האיש להסתמך על הכנסותיה כדי להקטין את חובתו במזונות. אך עד עתה נמנע בית-המשפט להחליט בעצמו אם האשה זכאית לגט, בהעדר החלטה רבנית מוסמכת בנושא זה, בהתעלמו מכך שלצורך המטרה המוגבלת של פסיקת המזונות יפה כוחו של בית-המשפט להכריע בשאלת החיוב בגט. העמדה הפסיכית של בית-המשפט חולקת כבוד לא-ראוי ליראת ההוראה של בית-הדין, והתוצאה במקרים רבים היא נטרול ושיתוק אמצעי-לחץ נוסף של האשה לקבלת גט.³⁷

נסיגה מצערת חלה גם לגבי מזונות הילדים שנכללו בהסדר-גירושין. בעוד שפסיקה קודמת של בית-המשפט חתרה לביטול חוקם של הסדרים המקפחים, במישרין או

35 שיפמן, "יחסי ממון בין בני זוג" קובץ הרצאות בימי עיון לשופטים (תשל"ה) 126; פרוקציה, דיני פשיטת רגל והחקיקה האזורית בישראל (ירושלים, תשמ"ד) 57-61; רוזן צבי, יחסי ממון בין בני זוג (ירושלים, תשמ"ב) 286-294; Tedeschi, "Balancing of Resources and Co-ownership Between Spouses", 15 *Israel Law Review*, 436, 439-442.

36 ראה לסיכום ההלכה המאוחרת יותר בנושא זה ע"א 192/82 סדן נ' סדן, פ"ד (4) 169.

37 ראה שיפמן, "המשפט העברי בפסיקה בתי המשפט" שנתון המשפט העברי יג (תשמ"ז) 371, 372-373.

בעקיפין, את זכות הילד למזונות, פסיקה מאוחרת יותר ביקשה להגן על כוחם של הצדדים להגיע להסדר בנושא זה, תוך הכרה עקרונית בסעיפי שיפוי המשוריינים על-ידי ערבותו של צד שלישי³⁸. ייתכן שאין דופי בפסיקה זו מבחינה אנליטית, אך מבחינת המדיניות המשפטית היא ראויה לביקורת: עניינו של הילד נפגע, כיוון שהאם עלולה לחשוש לתבוע בשמו מזונות אפילו אם הוא זקוק להם. האם יודעת היטב שעול התמיכה יפול, בסופו של דבר, על הערב, שהוא מן הסתם יידה או קרוב-משפחה, אפילו אם משפטית יכולתו של הערב לחזור עליה נדחת לפי שעה. זאת ועוד אחרת: פסיקה זו מתעלמת מן התופעה שהסדר-הגירושין מקפחים לעתים קיפוח חמור את האשה הנאלצת לוותר ויתורים מפליגים כדי לקבל את הגט המיוחל. עד עתה לא נוצלו במידה מספקת ססתומי-ביטחון של ביטול חוזה נזמית כפייה, עושה או שלילת התמורה ממון הגט, באותן נסיבות שבהן ויתורי האשה הם פועל-יוצא של פעולות בלתי-חוקיות או בלתי-מוסריות מצד הגבר. אף המכשיר של "תקנת-הציבור", שבית-המשפט עשה בו שימוש בעבר, קשה עוקצו בלחצה של הפסיקה המגיעה אולי לאיזון ראוי של מושגים, אך לא לאיזון ראוי של אינטרסים.

ה. עיצוב הסדרים החילוניים בהשראה סמויה של הדין הדתי

עד עתה התמקדנו בעיקר במאבק בין הדין הדתי ובין החוק החילוני, תוך הפניית הזרקורים לכך שהמשפט החילוני מכרסם בעקיפין ובין השיטין, וכדוגמת שונות של הצלחה, בהסדרים שנותנו לכאורה לנחלתו של הדין הדתי. אך התהליך אינו חד-סטרי. הצד השני של המטבע הוא, שבאותם נושאים של דיני המשפחה שהוסדרו הסדר חילוני על-ידי המחוקק לא נותק המגע לחלוטין עם הדין הדתי. אפשר לומר, כי במובן מסוים מתגלה כאן לפנינו היפוכה של התופעה הקודמת. במבט ראשון המחוקק פנה עורף לדין הדתי והמיר אותו ברעהו הטוב ממנו בעיניו, והוא המשפט החילוני. אבל רעיונותיו של הדין הדתי זורמות לעתים כורס סמוי מתחת לפני הקרקע של החוק, חודרות לחוק החילוני או לפסיקה החילונית ומשפיעות על עיצוב הדפוס הסופי של ההסדר שנקבע בו. ניתן לומר שבתחומים הרבה, הדין הדתי לקבירה הובל, אך לעתים השקפותיו ממשיכות למשול בנו מקברן.

ניטול תחילה דוגמא מן הפסיקה. זו קבעה וחזרה וקבעה, שאבהות איננה מענייני המעמד האיש³⁹, ומכל-מקום הוכחות האבהות היא עניין לדיני הראיות האזרחיים⁴⁰. אמצעי-ההוכחה עצמם שוכללו עם ההכרה בבדיקת-רקמות ובנכונות לראות בסירובו של אדם להיבדק, אף אם לא ניתן לכפותו לכך, ראיה הנוקפת לחובתו. פסיקה זו עצמה נרתעה — אם כי היו על כך חילוקי-דעות בין השופטים — מלהורות על עריכת בדיקת-רקמות בילד שנולד מאשה נשואה⁴¹. השיקול שייגרם עוול לאדם אם נייחס לו ילד

38 ד"נ 4/82 קוט נ' קוט, פ"ד לח (3) 197.

39 בג"צ 283/72 בוארון נ' בית הדין הירבני האזרחי, ת"א-יפו ואח', פ"ד כו (2) 727; ע"א 620/74 מור נ' פלוגית, פ"ד ל (1) 218, 220; ע"א 718/75 נ' סקורניק, פ"ד לא (1) 29, 34; ע"א 201/82 פרץ נ' אסולין, פ"ד לז (2) 838.

40 הלכה זו נפסקה עוד בע"א 26/51 קוטיק נ' וולפטון, פ"ד ה 1341, והשתרשה מאז בפסיקת בתי-המשפט בפסקי-דין רבים.

41 ע"א 548/78 שרון נ' לוי, פ"ד לח (1) 736.

שאולי איננו כנו, לא נקלט תמיד, והיו מבין השופטים שהיו מוכנים לעצום עיניהם מלראות את האמת העובדתית כמות שהיא, כדי שלא לגרום לפסילתו של הילד כממזר. חשש הממזרות נותר עמוק אף בתודעה האזרחית וצף ועלה בבית-המשפט, אף שספק אם השופט האזרחי, להבדיל מן הדיין הדתי, צריך להיות מוטרד ממנו, בדונו, למשל, כתביעת-מזונות המוגשת נגד הבעל⁴².

דוגמא אחרת ניתן למצוא בנושא של אימוץ ילדים, שהוסדר הסדר חילוני מלא עוד בחוק משנת 1960. אימוץ ילד מעוגן ברעיון שילד שהוריו אינם מסוגלים לגדלו, זכאי ל"סיכוי שני" אצל משפחה מאמצת, ובמשפחה מחליפה זו הילד הופך מעתה להיות כבנה לכל דבר. עם זאת, לא השתחרר המחוקק מהשקפתו של הדין היהודי, שקשרי-דם אינם ניתנים לניתוק. המחוקק נרתע מלקבוע בפה מלא שהמאומץ הוא ילד לכל דבר של המשפחה המאמצת, וכך, למשל, נקבע בחוק הירושה שהוא ממשיך לרשת בירושה על-פי דין את משפחתו הטבעית, כשם שאין הוא יורש את בית-משפחתו החדשה, זולת המאמצים עצמם. להעדר הניתוק מן המשפחה הטבעית נקשרה תוצאה נוספת — שאמנם בחוק החדש מ-1981 סויגה במקצת — והיא זכות המאומץ המתבגר לקבל מידע על משפחתו הטבעית. כאן אנו נתקלים בתופעה מעניינת והיא, שהסדר החוק שיצא מתוך נקודת-המוצא של הדין היהודי שעל-פיה קשרי-דם אינם ניתנים לניתוק, נפגש עם מגמות מודרניות המעניקות עדיפות לצרכיו הפסיכולוגיים של המאומץ להתחקות אחר שורשיו. מגמות אלו אומצו כשיטות-משפט אחרות רק בשנים האחרונות, ובין היתר מתחזקת בהן הנטייה להרשות לעתים "אימוץ פתוח", שאיננו מנתק את המאומץ מן המשפחה הטבעית⁴³.

אכן, יש לשים לב לכך שדיני המשפחה המוסדרים על-ידי החקיקה החילונית אינם רוויים בדרך-כלל אותו מתח אידיאולוגי חריף המאפיין את הדיון על דיני נישואין וגירושין. אדרבא: לעתים עקרונות הלקוחים מן הדין הדתי נתפשים דווקא בעיני המחוקק החילוני כביטוי להשקפות ליברליות. כך, למשל, העיקרון שאין להפלות לרעה ילד שנולד מחוץ לנישואין טרם התקבל באורח מלא על-ידי שיטות-משפט מערביות המצויות עדיין בתהליך של השתחררות מן הקטיגוריה של ילדים בלתי-לגיטימיים. לעומת זאת, המחוקק החילוני הלך בעקבותיו של הדין היהודי, שעל-פיו אין נפקא מינה לעניין זכויות הילד אם היו הוריו נשואים זה לזה ואם לאו.

דוגמא דומה ניתן למצוא בחוק שיפוט בענייני התרת נישואין (מקרים מיוחדים), תשכ"ט-1969, המסדיר פירוק אזרחי של קשר-נישואין בין זוגות מעורבים או זוגות שלא חל עליהם דין דתי מוכר. המחוקק העניק לזוגות אלה, המנועים אמנם להינשא בישראל בנישואין אזרחיים מוכרים, דרך להתגרש בה בגירושין אזרחיים. החוק אף קבע מצדו עילת-גירושין מהותית, אחת ויחידה, ועל-פיה "הסכמת בני הזוג תשמש לעולם עילה לגירושין"⁴⁴. יש מקום למחשבה, שהמחוקק הושפע מעמדתו הליברלית של הדין היהודי הרואה בהסכמת בני-זוג יסוד לגירושין, והיה מוכן לקבל השקפה זו בשמחה ולהחילה אף על אנשים שאינם כפופים לדין היהודי, לרבות אלה שהמסורת התרבותית שלהם אינם מכירה כלל בגירושין. אך המחוקק נרתע מהוספת עילות-גירושין אחרות,

42 על כל הסוגיא, ראה שיפמן, דיני המשפחה בישראל ב (ירושלים, 1989), סעיף 13 ואילך.

43 ראה הספר הנ"ל (לעיל, הערה 42), סעיף 14 ואילך.

44 סעיף 5(ג) של החוק.

כגון פירוד ממושך, שהדין היהודי איננו מכיר בהם. נראה שבמודע או שלא במודע החשש היה מסתך שהרחבת עילות הגירושין עלולה להביא בעקבותיה ותביעה להחלת הדין שנקבע ל"מקרים מיוחדים" על "מקרים רגילים".

אפשר גם להוסיף ולומר כי בחוקים הסוטים טטייה חדה מכללי הדין הדתי, כגון חוק הירושה, המחוקק מגלה התלהבות בלתי-מוסתרת באימוץ הסדרים טכניים הלקוחים מן הדין הדתי, כגון דין "שניים שמתו כאחד"⁴⁵ או דין "יורש אחר יורש"⁴⁶, וזאת כדי להפיס את דעתם של חוגים המאשימים אותו בכך שהחקיקה החילונית מגלה נטייה ל"אנטי-משפט עברי" כביכול. השאלה, אם שכר השאיבה בששון מן הדין הדתי איננו יוצא לעתים בהפסד אי-התאמת הפתרון לצרכים המעשיים של החוק, היא כבר שאלה אחרת.⁴⁷

הרצון להתפאר בנאמנות כביכול לדין הדתי, גם כשהנושא מוסדר הסדר חילוני, מוביל לא פעם לריטוריקה שאיננה הולמת את המציאות המשפטית. דוגמא בולטת לכך היא ההישענות המפוקפקת על המשפט העברי לשם ביסוסה הערכי של ההשקפה הדורשת הענקת עדיפות מוחלטת לטובת הילד, תוך התעלמות מכל שיקול אחר. השקפה זו איננה מתחייבת לפי הבנתי — מן המשפט העברי, כשם שאיננה משקפת את גישתם של בתי-המשפט, הלכה למעשה, בענייני ילדים⁴⁸, והמקרה האחרון של הילדה הברזילנית יוכיח!

5. סיכום

במתכוון לא הרחבתי את הדיבור על התופעה העגומה של ריבוי סכסוכי-דין והתנגשויות-שיפוט בתחום דיני המשפחה, אשר כתוצאה ממנה החשיבה המשפטית מחדשת בביצה עכורה של שאלות טכניות ופרוצדורליות. ספק אם עקב כך מושחו ומתחדד הכושר המשפטי בשאלות של ברירת הדין, אך ודאי שאין מגיעים לפיתוח מספיק של החשיבה לגבי הדין המהותי. המשפטן עומד בפרוודור ואיננו נכנס לטרקלין. סיכום דברי רחוק מלהיות מעודד: ככל שמתגברת הביקורת הציבורית על תומרותיו של הדין הדתי ועל העדר תיפקודם התקין של בתי-הדין הרבניים, המערכת החילונית נוטה לפתח יותר ויותר דרכי-עקיפין שבאמצעותן ניתן להשתחרר מן ההיצמדות לסמלים הדתיים כמכשיר משפטי וחברתי. כך, למשל, הנכונות שלא לפסול חוקיותם של יחסים-אישות מחוץ לנישואין של אדם גשוי, מתחזקת על-רקע קשיי הגירושין בבית-הדין הרבני. הנכונות לטפח זכויותיהם של "ידועים בציבור כנשואים" מתחזקת על-רקע איסורי-נישואין שדעת-הקהל דוחה אותם. מובן שממגמות אלו נהנים אותם חוגים באוכלוסייה שהסמלים הדתיים של נישואין וגירושין איבדו עבורם את כוחם העצמאי כמעצבי התנהגות. אחת התוצאות הנובעות מכך היא, שבמציאות החברתית של נישואין וגירושין חשופה התנהגותו של אדם דתי להכוננה רבה יותר מזו של אדם לא-דתי הרואה

45 סעיף 9 של חוק הירושה, תשכ"ה-1965.

46 סעיף 42 של החוק.

47 לחקלה שנגרמה כתוצאה מסעיף 42(ב) של החוק — שעל-פיו "הראשון רשאי לעשות במה שקיבל כבתוך שלו, והשני לא יזכה אלא במה שישיר הראשון" — ראה ע"א 598/75 רוזניק נ' רוזניק, פ"ד ל(1) 749; וכן טדסקי, "צוואה וטעות משפטית" מטות במשפט (ירושלים, תשל"ח) 307.

48 ראה על כך בהרחבה הספר הנ"ל (לעיל, הערה 42), סעיף 72 ואילך.

עצמו כן-חורין לחיות חיי-אישות ללא נישואין או לנתק בפועל את הקשר עם בן-זוגו ללא גירושין.⁴⁹ לרשותו של זה עומדות אותן דרכי-עקיפה שהזכרנו לעיל. אך פיתוח אותן דרכים יש בו כדי לכרסם גם באינטרסים חילוניים שמוסד הנישואין נועד לשרת אותם, כגון הגנה על שלימות המשפחה ויציבותה, כשם שהמסר הסמוי שנומרה מחייבת רק לכאורה, כאן שעקיפתה הנוחה בצדה הוא מסר חינוכי מזיק בתחום זה, כמו בתחומים אחרים.

עוד לפני עשרות שנים, היו שאמרו, כי לא לאורך ימים יוכל הציבור לעמוד בגזירתן של שתי מערכות משפט ושיפוט המפיקות דינים נוגדים והחלטות סותרות.⁵⁰ חוששני שנגזר עלינו לחיות עוד זמן רב במסכת מורכבת זו שבה דין דתי וחוק חילוני משמשים בערבוביה. אפילו יונהגו אי-פעם בעתיד בישראל נישואין אזרחיים כאפשרות בחירה לכל אדם ואדם נוסף על נישואין דתיים, יהיה בכך אמנם שינוי סמלי אדיר, אך עצם השניות המשפטית, על סיבוכיה וקשייה, לא תיעלם ואף תיצור בעיות חדשות. בסופו של ניתוח, נישואין וגירושין אינם תוצר של המדינה כי אם הם מוסדות חברתיים שהמדינה מבקשת לצרכיה לפרוס עליהם את חסותה. כל עוד המציאות החברתית שלנו היא כה מסובכת ומסוכסכת, קונפליקטים משפטיים הנובעים ממנה יהיו מנת-חלקנו גם להבא.

49 Shifman, "State Recognition of Religious Marriage — Symbols and Content" (לעיל, הערה 18).

50 לבונטין (לעיל, הערה 3), 50; והשווה זילברג, המעמד האישי בישראל (ירושלים, 1957), 211.

