

בתי-המשפט ובתי-הדין בצוותא חדא

(תגובה על דברי פרופ' פנחס שיפמן)

מאת

דב י' פרימרי*

קשה מאוד לחלוק על עיקר דבריו של פרופ' פנחס שיפמן¹. אין ספק שהניסיון המעניין של שני מלכים המשתמשים בכתר אחד לא הצליח. נישואי-התערובת בין שתי מערכות משפטיות שונות, עם תיאוריות משפטיות שונות, השקפות-עולם ומגמות חברתיות שונות – ולפעמים אפילו מנוגדות – הולידו ילד אשר לא האב ולא האם ששים שייקרא על שם. אף כאן, כמו בכל מקרה אחר של נישואין כושלים, כל צד מנסה להטיל את אחריות הכישלון על הצד שכנגד; המערכת החילונית מצביעה על המערכת הדתית, ואילו בתי-הדין מאשימים את בתי-המשפט. בהחלט צודק פרופ' שיפמן, שכתוצאה ממצב מסובך זה נוצרה אפילו מגמתיות מסוימת בין השופטים האזרחיים, מחד גיסא, ובין הדיינים הדתיים, מאידך גיסא, כשכל אחד קנאי להרחבת גבולותיו. מקום שאולי יש להסתייג מדברי פרופ' שיפמן הוא לא בכלל, כאמור לעיל, אלא דווקא בפרט; כלומר: בכמה מהדוגמאות הספציפיות אשר הביא פרופ' שיפמן כדי לבסס ולהדגים את מסקנותיו, הנכונות כשלעצמן. נתמקד רק בכמה מהנקודות הללו. נתחיל בביקורתו של פרופ' שיפמן על עמדת בתי-הדין הרבניים בנושא ההזרעה המלאכותית. פרופ' שיפמן אומר:

בעוד שההשקפה החילונית רואה כעיקר את הרצון לעזור לבני הזוג חשוכי-הילדים להיבנות, בית הדין יוצא מגדרו כדי להרתיע בני-זוג מללכת בדרך זו, למשל על ידי הכרזת האשה כמעין-נואפת. מבחינתו של הדין היהודי, דומה שמקובלת למדי ההשקפה שאין ניאוף

* עורך-דין (ישראל וניריווק); מורה מן התורן. הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים; לשעבר פרופסור חבר ויושב-ראש המכון למשפט העברי, פקולטה למשפטים, טורו קולג' (ניו-יורק).

1 פנחס שיפמן, "ארבעים שנה לדיני המשפחה – מאבק בין דין דתי לבין חוק חילוני" משפטים יט (תש"ן) 847-857.

אלא בביאה אסורה, אלא שבית הדין מעדיף לנקוט גישות-מיעוט מחמירות, כדי לנסות ולהטיל מורא מפני ביצוע הזרעה מלאכותית שכאלה.²

מן הראוי לציין, שחוק מפסק-דין אחד של הרב אליעזר יהודה וולדינברג³, בהיותו אב בית-דין בבית-הדין הרבני האזורי בירושלים, לא מצאתי אף לא פסק-דין אחד אשר בו הכריזו, הלכה למעשה, על אשה שעברה הזרעה מלאכותית כמעין נואפת. זאת ועוד: גם בפסק-דינו של הרב וולדינברג מדובר היה באשה שעברה את ההזרעה המלאכותית ללא ידיעתו וללא הסכמתו של בעלה⁴. על בסיס פסק-דין יחיד כזה נראה לי שאי-אפשר לבוא ולקבוע מגמה ברורה, כי "בית-הדין יוצא מגדרו כדי להרתיע בני זוג" מלבצע הזרעה מלאכותית.

אדרבא: בפסק-דין מאוחר יותר, שניתן בבית-הדין הרבני האזורי בחיפה, נקבע באופן חד-משמעי "כדעה השוללת את הסברא שקיים אפילו סרך מעשה זנות בפעולת ההזרעה המלאכותית שבכוחה להוות עילה לגירושין או אפילו להפסד מזונות" אם ההזרעה נעשתה ברצון הבעל ולדעתו⁵.

שני פסקי-דין הללו משקפים את חילוקי-הדעות הקיימים במשפט העברי בסוגיא זו של הזרעה מלאכותית. כפי שפרופ' שיפמן מציין, רוב הפוסקים סבורים שאין

2 לעיל, הערה 1, בעמ' 851-852.

3 פורסם בספרו שו"ת ציץ אליעזר, חלק יג, סימן צו. פסק-הדין ניתן ביום ב' כסלו תשל"ו (6.11.75). יחד עם הרב וולדינברג ישבו בדין הרבנים י' כהן ו' עטיה. בהנמקה לפסק-הדין מתבסס הרב וולדינברג על הבידור המקיף שערך בטוגיית ההזרעה המלאכותית, שפורסם בשו"ת ציץ אליעזר, חלק ט, סימן נא. מן הראוי לציין, שבשתי תשובות אלו הרב וולדינברג סוטה — לחומרא — מנטייתו המקורית שפורסמה בשו"ת ציץ אליעזר, חלק ג, סימן כז. ועיין עוד בשו"ת ציץ אליעזר, חלק יד, סימן צח, אות ב. אף בין אלו הפוסקים שאין בהזרעה מלאכותית משום מעשה גיאות, יש הסבורים שאם ההזרעה המלאכותית נעשתה ללא ידיעתו וללא הסכמתו של הבעל, דבר זה מהווה עילה לגירושין. ראה, למשל, תשובתו של הרב מרדכי יעקב ברייש (אב בית-דין ציריך, שווייץ), שו"ת חלקת יעקב, חלק א, סימן כד. וכן ראה הרב שמואל הלוי ואזנר (אב בית-דין זכרון-מאיר — בני-ברק), שו"ת שבט הלוי, חלק ג, סימן קעח. השווה: Joseph Jackson et. al., (ed.), *Rayden on Divorce* (London: 13th ed., 1974) I, 198, note 9.

"But such conduct by a wife without the husband's consent or approval may amount to the wife behaving in such a way that the husband cannot reasonably be expected to live with her".

5 פסק-הדין ניתן ביום ו' במנחת-אב תשל"ז (21.7.77), על-ידי הרבנים א' שאר-ישוב (אב"ד), ל' שיעני וא' אוריה, ומובא במאמרו של יוסף גרין, "הזרעה מלאכותית בפסיקה ובחקיקה במדינת ישראל" ספר אסיא, (תשמ"ו) ה' 125, 132-134. בית-הדין סמך את יחידותיו בעיקר בהוראותיו של הפוסק האמריקני החשוב, הרב משה פיינשטיין, בשו"ת אגרות משה, אבן העזר, חלק א, סימן י; חלק ב, סימן יא (נאמר בפסק-הדין סימן י, וטעות-טופרים היא; צריך לומר: סימן יא). כמ"כ ראה תשובותיו של הרב פיינשטיין בשו"ת אגרות משה, אבן העזר, חלק א, סימן עא; חלק ב, סימן יח; חלק ג, סימן יא; וחלק ד, סימן לב, אות ה; ובשו"ת חלקת יעקב (מאת הרב מרדכי יעקב ברייש), חלק ג, סימנים מח"ג. בערעור תשמ"ה/49 אלקרצר נ' אלקרצר, בפני בית-הדין הרבני הגדול מיום ד' טבת תשמ"ו (16.12.85) (טרם פורסם), פסקו הרבנים יוסף קאפח ואליעזר שפירא, שאם ההפריה המלאכותית נעשתה בהסכמת הבעל ובחמתו, אזי יש לחייבו במזונות הוולד. לעומתם סבר הרב עובדיה יוסף, שאין מקום לחייב את הבעל במזונותיו של ולד שאינו שלו, וזאת על-אף שההפריה המלאכותית נעשתה בהסכמתו. יש לציין, שלמרות עמדתו הנ"ל של הרב קאפח להלכה, אולם בגסיכות המיוחדות של התיק הנדון ("בגדון זה במקרה זה") הצטרף הרב קאפח למסקנתו של הרב יוסף. והשווה את דברי פרופ' שיפמן בעמ' 851-852, הערה 31.

ניאוף ללא ביאה. ברם, יש אסכולה חשוכה שאכן רואה בהזרעה מלאכותית מזרעו של גבר יהודי זר כמעשה ניאוף⁶. המחלוקת הזאת היא עקרונית ביותר, ומבחינה עיונית יורדת לשורשה של הגדרת הניאוף, כפי שמסביר ידידנו עו"ד משה דרורי באחד ממאמריו החשובים בנושא:

If the verse "and they shall be of one flesh"⁷ is regarded as the basis for the institution of marriage, then adultery can be committed only if sexual intercourse has taken place, i.e., if a third party attempts to be "of one flesh" with one of the spouses: AID will therefore be permitted, and so will the other new techniques. However, if the dominant factor is the consideration of the couple as a unit, from the point of view of shared emotional experiences and mutual trust, and sexual intercourse, with the resultant child, is a faithful expression of these deep feelings, then every case of conception of a child in partnership with a stranger, even though there have been no sexual relations, harms the institution of marriage, and should be viewed as adultery. There may possibly be a call for new definitions of, and different appellations for this phenomenon, when there has in fact been no sexual union, but the legal consequences must be fundamentally similar to those of adultery, because the social value that is being protected, i.e. the completeness of the partnership between husband and wife, has been affected to an almost similar extent⁸.

כאמור, המחלוקת היא עקרונית וכנה. לא ניתן לקבוע בצורה חד-משמעית מי צודק ומי לא צודק. אין אפוא לבוא בטרוניה על בית-הדין המסוים, אשר מתוך יושרו האינטלקטואלי החליט לאמץ דעת-מיעוט זו או אחרת, אף אם היא הדעה המחמירה.

דברים אחרונים אלו עומדים בשורשה של הבנת המיתודולוגיה ההלכתית. כיהודים דתיים אדוקים, הדיינים הרבניים רואים את עצמם כחלק אינטגרלי של התהליך ההלכתי, כשהם אחראים ליישומם של חוקי ה' יתברך למקרה התלוי ועומד בפניהם. עניין זה לא תמיד תפקיד קל הוא; אדרבא: יש זמנים שהוא אחריות כבדה ביותר הגורמת ל"יראת ההוראה". מנקודת-מבט דתית, אסור לאדם בכוונה תחילה לשלוח יד בצו האלוהי אך ורק מהטעם שתוצאה אחרת נראית, בהשקפה ראשונה,

6 ראה סיכום השיטות המובא על-ידי ד"ר אברהם שטינברג, "הזרעה מלאכותית לאור ההלכה" ספר אסיא, (תשל"ט) א, 128, 134-135. וכן ראה ניתוח סוגיית זו אצל Moshe Drori, "Artificial Insemination - Is it Adultery?" in: Nachum Rakover, (ed.), *Jewish Law and Current Legal Problems*, (Jerusalem, 1984) 203-216.

7 בראשית ב, כד.

8 Moshe Drori, "Reflections on the Effect of Modern Techniques of Fertility on Family Law" *1(1) Medicine and Law* (1982) 15, 21.

אטרקטיבית יותר, וכפי שההיסטוריון הדגול פרופ' חיים סולובייצ'יק כותב בצורה קולעת:

... nothing could be farther from the mind of any religious person
... than an attempt of set purpose to align a divine norm with
temporal needs⁹.

פרופ' יהודה דוד בלייך, מהפקולטה למשפטים ע"ש בנג'מין נ' קרדו (ניו-יורק), מתייחס אף הוא לנושא זה במאמרו על "המיתודולוגיה של ההלכה", וזה לשונו:

Torah study requires, first and foremost, intellectual honesty. *Bet Hillel* did not purposively adopt a policy of permissiveness and *Bet Shammai* a policy of stringency; *Bet Hillel* did not set out to be easygoing and *Bet Shammai* to be hard and unbudging. Each reported sincerely held convictions, conclusions reached in as detached and dispassionate a manner as is humanly possible. It is a travesty of the halakhic process to begin with a preconceived conclusion and then attempt to justify it by means of halakhic dialectic. Neither Hillel nor Shammai nor any of their spiritual heirs engaged in sophistry in order to justify previously held viewpoints. The dialectic of halakhic reasoning has always been conducted in the spirit of *Yikov ha-din et ha-har* – let the law bore through the mountain. The law must be determined on its own merit and let the chips fall where they may.¹⁰

לכן, כל המבקר את בית-הדין הרבני על כך שהוא מאמץ לעצמו אסכולה משפטית מסוימת, רק מהנימוק שאותה אסכולה שהעדיף בית-הדין היא המחמירה שבין שתי דעות מתחרות, פשוט מתעלם מנקודה קריטית זו.

דברים דומים ניתן לומר בקשר לביקורתו של פרופ' שיפמן כלפי התנגדותם של דיני ישראל לאפשר נישואין אזרחיים במדינת ישראל¹¹. חילוקי-הדעות בין הפוסקים בדבר מעמדם ההלכתי של נישואין אזרחיים אינם מבוססים על שיקולים פורמליים גרידא. אדרבא: גם הפעם השאלה היא עקרונית – הגדרת קשרי-הנישואין במשפט העברי. כלומר: האם ההלכה מכירה בכל קשרי-האישות הנוצרים בין בני-זוג לחיות חיי בעל ואשה – תהיה צורתם אשר תהיה; או שמא המשפט העברי מקפיד ומדייק שכוונת בני-הזוג היא ליצור דווקא קשרי-אישות יהודיים, היינו: נישואין כדת משה וישראל¹²?

9 Haym Soloveitchik, "Can Halakhic Texts Talk History?" 3 *A.J.S. Review* (1978) 153, 174.

10 J. David Bleich, *Contemporary Halachic Problems* (New York 1977) I, p. XV.

11 לעיל, הערה 1, עמ' 852.

12 ראה אליקים ג' אלינסון, נישואין שלא כדת משה וישראל (תל-אביב, תשל"ו) 132-153, 170-187;

Norman E. Frimer and Dov I. Frimer, "Reform Marriages in Contemporary Halakhic Response" 21 (3) *Tradition* (Fall 1984) 7, 9-10, 15, 16-17.

המעניין הוא, שדווקא הגישה האוניברסלית והליברלית מבחינת הכרתה בכל קשרי-אישות היא זו, שבסופו של דבר, הופכת להיות הגישה המחמירה, לפחות מבחינת הצורך בגט כדי להתיר את הנישואין ולגבי חשש ממזרות בהעדר גט כזה. לעומת זאת, הגישה המצמצמת והקפדנית מבחינת הגדרת הנישואין היא זו היכולה להקל בדרישה לגט וחשש הממזרות.

אין לי צל של ספק, שלו שאלנו את אחינו החילוניים איזו מההגדרות האפשריות – האוניברסלית או הקפדנית – יש להלכה לאמץ לפי עקרונותיהם והשקפותיהם החילוניים, בוודאי היו עונים שעל המשפט העברי לאמץ את ההגדרה המרחיבה, הדורשת הכרה בכל קשרי-אישות כבעל ואשה. והנה, כשבתי-הדין בארץ עושים דווקא זאת, ומאמצים – לפחות לכתחילה – את ההגדרה האוניברסלית ומכירים, כתוצאה מכך, בנישואין האזרחיים כנישואין הדורשים גט (מתומרא) להתרתם, מאשימים את הרבנים בפוליטיקה, בחוסר-כנות ובהעדר יושר אינטלקטואלי.

חוששני, שמתקפי הרבנים אינם ערים תמיד לחוסר-העקביות שבגישתם. אין לחפש פתרונות קלים ותוצאות נוחות לבעיות כה יסודיות ושורשיות, הנוגעות, הן באופן ישיר הן בעקיפין, לשלימות העם.

נעבור לנקודה נוספת. פרופ' שיפמן אף מותח ביקורת כבדת-משקל על כך שבתי-המשפט, בבואם לפסוק בענייני מזונות, נמנעים מלהחליט בעצמם – דהיינו: בלי החלטה רבנית מוסמכת – אם אשה זכאית לגט, ולכן הווי מעוכבת מחמתו מלהינשא, ואם לאו; הכרעה זו עלולה להשפיע באופן משמעותי על שיעור המזונות אשר כעל חייב לשלם לאשתו. לדברי פרופ' שיפמן, העמדה הפסיבית של בתי-המשפט מנטרלת אמצעי-לחץ נוסף חשוב של האשה לקבל את גטה¹³.

אולם, לפי עניות דעתנו, טוב עושים בתי-המשפט שבסוגיא זו של אמצעי-לחץ לקבלת גט הם נוקטים איפוק וזהירות רבה. כפי שכבר האירו פוסקי ההלכה, הטלת מזונות על בעל על-ידי שופט בית-משפט שלא בהתאם לדין-תורה עלולה לפגוע בכשרות הגט. אם מזונות אלו הם בעיני ההלכה לחץ שלא כדין והבעל אכן נותן את הגט כתוצאה מלחץ זה, אזי הגט עלול להיות פסול כגט מעושה¹⁴. לפי דעתנו, עמדתם הזהירה של בתי-המשפט מגלה אפוא רגישות ראויה לאינטראקציה דינמית הקיימת בפועל בין שתי המערכות – בתי-המשפט, מחד גיסא, ובתי-הדין, מאידך גיסא.

זהו סוג הרגישות שאנו מוצאים גם בפסיקת בתי-המשפט המאמצת מדיניות משפטית המסרבת לצוות על קיום בדיקת רקמות לקביעת אבהות, אם בדיקה כזו עלולה לפגוע בכשרותו של הילד¹⁵, כפי שכב' השופט (כתוארו אז) מנחם אלון מדגיש בפסק-דינו המנחה בסוגיא זו, שרון ואח' ג' לוי:

13 לעיל, הערה 1, בעמ' 853.

14 ראה הרב יצחק יעקב ווייס, שו"ת מנחת יצחק, חלק ח, סימן קלו. והשווה הרב משה פיינשטיין, שו"ת אגרות משה, אבן העזר, חלק ד, סוף סימן קו. ועיין עוד בדברי השופט משה זילברג בבג"צ 54/55 רחנצוויג ג' יו"ד ההוצל"פ, ירושלים ואח', פ"ד ט 1542, 1551-1557.

15 השווה לעיל, הערה 1, בעמ' 854-855.

כאשר עומדת בפנינו שאלה, אם להעדיף את הזכות והחובה להגיע לחקר האמת על-פי הבדיקה או למנוע חשש של קיפוח ופגיעה במעמדו של הילד בהיודע דבר פסול, מן הנכון ומן הראוי להעדיף את טובתו של הקטין ולנקוט כל דרך, שחשש של ממזרות ייטמע¹⁶.

והרי אנו חיים במדינה יהודית, ובהתאם לכך אסור לשופט במדינה יהודית לפנות עורף להשלכות היהודיות — הן מבחינה דתית הן מבחינה חברתית — העלולות לנבוע מפסק-דינו. כך היה נראה לנו אף אם היתה במדינת ישראל מערכת משפטית אחת המכונה "חילונית" ; כל שכן כשהחוק מקיים שתי מערכות זו לצד זו — דתית וחילונית — החייבות לדור לא רק בשלום אלא גם בצוותא חדא.

16 ע"א 548/78 שרון ואח' נ' לוי, פ"ד לה(1) 736, 749.