

צדק במשפחה והעיקרון של שוויון המינים:

על רקע הצעת-חוק-יסוד: זכויות האדם

ד"ר כרמל שלו*

הצעה חדשה לחקיקה של חוק-יסוד: זכויות-היסוד של האדם מונחת מזה מספר חודשים על סדר יומה של ועדת-החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, לצורך הכנתה לשם הגשה לקריאה ראשונה במליאת-הכנסת. הצעה זו היא האחרונה בשורה של הצעות לחוקק מגילה מקיפה של זכויות-הפרט בישראל, במסגרת המלאכה של כינון חוקה, פרקים פרקים, בחוק-יסוד נפרדים, בהתאם להחלטת הררי משנת 1951¹. לקראת סוף תקופת כהונתה של הכנסת הקודמת נחקק במסגרת זאת חוק-יסוד: כבוד-האדם וחירותו, שאין להמעיט מחשיבותו החוקתית². יחד עם זאת, חוק-יסוד זה אינו מפרט את מלוא הרשימה של זכויות-היסוד שזכו להכרה בפסיקת בית-המשפט העליון, ושנכללו מעת לעת בהצעות השונות למגילת זכויות האדם. בפרט, אין בחוק-יסוד: כבוד-האדם וחירותו סעיף המבטיח במפורש את עקרון-השוויון. סעיף מעין זה כלול אומנם בטיטוה שנדונה בוועדת-החוקה, חוק ומשפט, אלא שבצידו מוצע לחוקק חריג, שעל-פיו חוק-היסוד "לא יפגע בדיני איסור והיתר לנישואין ולגירושין". חריג זה עורר התנגדות עזה מצד ארגוני הנשים בישראל, ובעקבותיה דיון פמיניסטי נוקב בשאלה, האם יש משום כך להתנגד להצעת-חוק-היסוד בכללותה. המטרה של רשימה זו היא להציג את הפרמטרים של דיון זה.

1. סעיף 5 לחוק שיווי זכויות האשה

הנוסחה, "אין בחוק-יסוד זה כדי לפגוע בדיני איסור והיתר לנישואין וגירושין", לקוחה מסעיף 5 לחוק שיווי זכויות האשה, התשי"א – 1951. בדברי ההסבר להצעת-החוק נאמר:

- * מורה מן החוץ, בית-הספר למשפטים, המכללה למינהל.
- 1 "הכנסת הראשונה מטילה על ועדת-חוקה, חוק ומשפט להכין הצעת חוקה למדינה. החוקה תהיה בנויה פרקים-פרקים באופן שכל אחד מהם יהווה חוק-יסוד בפני עצמו. הפרקים יובאו בפני הכנסת, במידה שהוועדה תסיים את עבודתה, וכל הפרקים יחד יתאגרו לחוקת המדינה". ד"כ 5 (תש"י) 1743. לסקירה של הצעות קודמות לחקיקה של מגילת זכויות-אדם, ראו א' מעוז "משפט חוקתי" ספר השנה של המשפט בישראל (תשנ"א) 68, בע' 69, ה"ש 18.
- 2 ראו, למשל, א' ברק "המהפכה החוקתית: זכויות-יסוד מוגנות" משפט וממשל א (תשנ"ב) 9.

"אין החוק המוצע בא לפגוע בדיני איסור והיתר לנישואין ולגירושין, כגון שגרורה אסורה על כהן, שהאיש הוא המקדש והאשה – המתקדשת, שהאיש הוא הנותן גט והאשה – מקבלת"³.

בהביאו את הצעת החוק לקריאה ראשונה במליאת הכנסת, ציין שר המשפטים, פנחס רוזן, כי ההצעה היא בהתאם למה שנקבע בקוי היסוד של הממשלה הנבחרת הראשונה של מדינת ישראל, כי "יקום שוויון גמור ומלא של האשה, שוויון בזכויות וחובות בחיי המדינה, החברה והמשק, ובכל מערכת החוקים"⁴. יחד עם זאת, החריג לתחולת החוק גם הוא נכלל בהסכם הרכבת הממשלה. "אל נשכח", הוסיף שר המשפטים, "שאנו חיים בתקופה סוערת של חיסול גלריות וקיבוצן במדינתנו; יוסי' עולים ובאים לארץ המוני יהודים מתרבויות וממסורות שונות, וקליטתם הרוחנית והמוסרית היא אחת מבעיות היסוד הקשות. אל נשכח כמרכן שאנו פועלים במדינה הכוללת בתוכה גם זרמים לאומיים ודתיים שונים בעלי מסורת שונה וחוקים שונים. לכן החוק המוצע על-ידי הממשלה אינו בא לעקור הרים ממקומם, לבטל או לפסול מנהגים ונוהגים מקודשים"⁵. בנימה דומה אמר ראש הממשלה, דוד בן-גוריון, "השוויון מגיע לאשה לא כפרס על השתתפותה בבנין הארץ ובהגנתה – אלא זהו צורך כבוד האדם, ובמקרה זה כבוד האדם כמובנו העליון, והוא צורך האשה והגבר גם יחד". ואף-על-פי-כן, "ממשלה זו איננה מוכנה להכניס חוק על גיטין ונישואין לא דתיים, משום שגיטין אורתניים לא רתיים עלולים ליצור בשעה זו פרץ גדול בבית ישראל"⁶.

ההצעה, שנתפסה כבעלת אופי חוקתי⁷, עוררה ויכוח גדול במליאת הכנסת, בקווים הדומים לדין הפמיניסטי העכשווי. המתנגדים להצעה התקוממו על ההפליה שבדין הדתי של הגירושין, בשתי סוגיות מרכזיות של דיני הייבום והחליצה, ודיני העיגון, שעמדו על הפרק בגלל האלמנות של חללי מלחמת השחרור, ונעדריה. בנוסף, החכרה ההפליה שבעילה לקבלת היתר מאה רבנים לנישואים שניים של איש בגלל אי-שפיות האשה, כאשר אשה אינה יכולה להשתחרר באופן דומה מקשר נישואין עם איש הסובל ממחלת רוח. חברת הכנסת רחל כהן ציינה עוד, כי "בית-דין שהאשה אינה יכולה להיות מלכתחילה חברה בו, הוא סמל לחוסר שוויון האשה ופסול מעיקרו"⁸, והגישה הצעת-חוק פרטית שכללה פרק להקמת בית-דין למשפחה⁹.

חברת הכנסת בבה אירלטון אמרה, "קודם גומרים את ההלל על האשה, ואחר כך באים בהסב הסותר את שיר-ההלל". לדעתה חייבה העובדה של קליטת המוני העולים

3 ה"ח חשי"א 191.

4 ד"כ 9 (חשי"א) 2004.

5 שם, בעמ' 2007.

6 שם, בעמ' 2131.

7 כדברי חברת הכנסת יצחק בן-צבי: "חוק זה הוא חוק יסודי, בין אם יש לנו קונסטיטוציה ובין אם אין לנו עדיין". שם, בעמ' 2125. ראו גם ברק, לעיל הערה 2, בעמ' 19.

8 ד"כ 9 (חשי"א) 2089.

9 הצעת-חוק המשפחה ושוויון האשה, חשי"א – 1951. לנוסח ההצעה ראו ד"כ 8 (חשי"א) 1529.

עוד יותר קבלתו של חוק שוויוני בענייני נישואין וגירושין. "על המדינה מוטל להגיד דברים ברורים ולקבוע סופית איך ינהג הישוב והעולים הבאים הנה ימצאו מציאות שתעניק גם להם זכויות, ותדריך אותם לחיות אחרת משחיו בעבר; ההווי החדש יסדיר את חייהם כמשפחה, ביחסים שבינו לכינה"¹⁰. חברת-הכנסת פייגה אילנית כינתה את ההצעה כ-"חוק כלאיים" ו-"לעג לרש". "החוק המוצע", היא אמרה, "אינו בא אפוא לשנות את סמכותם של בתי-הדין הדתיים בעניינים שהם חשובים ביותר בשביל רוב הנשים בארץ, אלא להיפך, הוא מגן עליהם בכוח המדינה, בכוח הממשלה, בכוח מנגנון המשטרה העומד לרשותה"¹¹.

מציעי החוק לא התכחשו להפליה שבדין הדתי. לדברי שר-המשפטים, "הצעת-החוק נמנעת מלנגוע בדיני ישראל... מתוך התחשבות ברגישותו של חלק גדול של הציבור לגבי עניינים אלה. אך ייטיבו לעשות גדולי התורה אם יקדימו לחפש ולמצוא תקנה ותרופה לשתי הבעיות שהזכרו לעיל — היתר עגונות וחליצה — כדי לסלק מצב דברים הנראה לרוב הציבור כגזירה שאין הוא יכול לעמוד בה"¹². לדברים אלה התייחסה חברת-הכנסת שושנה פרסיץ: "האם אני צריכה לעוץ לרבנים עצות, איך להתאים החוקים למציאות... גדולתה וחיוניותה [של מסורת ישראל] היתה בזה שתמיד ידעה להתאים את החוקים למציאות, להתאים אותם לחיים. התאימו גם אתם עכשיו את החוקים לפי דרישת האוכלוסיה הישראלית כולה, הדתית ושאינה דתית; התאימו ואל תבואו להאשים את הכנסת שהיא באה להביא לפנינו חוקים כאילו על מנת להתנכר לחוקים התורניים"¹³.

לאחר כל זאת, נותרה השאלה אם לא מוטב לחוקק חוק אשר יתקן, ולו גם באופן חלקי, את ההפליה שהיתה קיימת במשפט שירשה המדינה מן השלטון המנדטורי והעותומני, ואשר יקדם את עקרון-השוויון בחברה הישראלית החדשה. כך התבטא ראש הממשלה: "... אני שולל הטענה כי בלי שינויים יסודיים בקידושין וגירושין אין ערך לביטול ההפלות החוקיות נגד האשה"¹⁴. וכך אמרה חברת-הכנסת עדה מימון: "... אף-על-פי שהצעת הממשלה אינה ממצה את השאלה של שיווי זכויות לנשים בהיקפה המלא, אני מקדמת בברכה צעדים ראשונים אלה..."¹⁵. יחד עם זאת, חברת-הכנסת רחל נמנעה באופן מוצהר מן ההצבעה בקריאה השלישית לחוק, באומרה: "אני חושבת לזכות גדולה לכנסת ולזכות גדולה לי, שהגענו להתחלת חקיקת חוקים לשוויון האשה. ומכיוון שאין ברצוני לקחת חלק בדבר העלול להטעות את הציבור, שכן עלולים לחשוב שחוק זה נותן שיווי זכויות לאשה — נמנעתי מלהצביע בעד חוק זה"¹⁶.

10	ד"כ 9 (תשי"א) 2120.
11	שם, בע' 2122.
12	שם, בע' 2007.
13	שם, בע' 2117.
14	שם, בע' 2186.
15	שם, בע' 2092.
16	שם, בע' 2191.

2. פועלו של חוק שיווי זכויות האשה

חוק שיווי זכויות האשה אכן היה בבחינת צעד ראשון וחלקי בלבד לתיקון ההפליות של נשים בחוקי המדינה. החוק קבע כעיקרון את שוויון הזכויות של האשה לענין כשרות משפטית¹⁷, לרבות כשרותה המלאה של האשה הנשואה לקניין¹⁸, את שוויון ההורים לעניין האפטרופסות על ילדיהם¹⁹, וכן תיקן הפליה ביחס לזכויות הירושה של נשים²⁰. כמורכן ביטל החוק את חסינותם של מוסלמים בפני אישום בעבירת ריבוי הנישואין, והוסיף עבירה של גידושין בעל כורחה של האשה²¹. החוק לא עסק כלל בעניינים הנוגעים למצבן הכלכלי של הנשים ולהפלייתן בשוק העבודה, עניינים אשר הוסדרו בחקיקה מאוחרת יותר²².

מה היה, אם כן, פועלו של חוק שיווי זכויות האשה? ביחס לנשים יהודיות, התוצאה העיקרית של החוק היתה ביטולן של שתי מגבלות על זכויות הקניין של האשה הנשואה לפי הדין הדתי: חוסר יכולתה למכור באופן אפקטיבי את נכסיה, וקניין האיש בפירות נכסי המלוג שלה²³. בנוסף, נקבע בפסיקת בית-המשפט העליון כי כל היחסים הרכושיים של בני-זוג נשואים יידונו על-פי הדין האזרחי, ובכך נדחקה התחולה של הדין הדתי על עניינים אלה, גם בבתי-הדין הרבניים²⁴. העניינים האחרים שבחוק הוסדרו לאחר מכן בהסדרים המקיפים והמפורטים של חוק הכשרות המשפטית והאפטרופסות, התשכ"ב — 1962, וחוק הירושה, התשכ"ה — 1965.

ההשפעה של החוק על מעמדן של נשים מוסלמיות היתה יותר משמעותית. אכן, השפעה זאת נצפתה על-ידי חברה-הכנסת אמין ג'רג'ורה, אשר תיאר את החוק בעת הדין בו בקריאה ראשונה כ"התערבות יסודית בענייני האישות הנוהגים אצל הערבים המוסלמים בישראל"²⁵. ביטול החסינות נגד עבירת הביגמיה כוון במפורש כלפי מוסלמים, ואכן הביא למספר אישומים והרשעות בגין עבירה זו²⁶. איסור הגירושין של

17 סעיף 1 לחוק.

18 סעיף 2.

19 סעיף 3.

20 סעיף 4, אשר בוטל בסעיף 156 לחוק הירושה, התשכ"ה — 1965.

21 סעיף 8, אשר תיקן את פקודת החוק הפלילי, 1936. ראו, היום, את סעיפים 175 עד 183 לחוק העונשין, התשל"ז — 1977.

22 ראו, בעיקר, את חוק עבודת נשים, התשי"ד — 1954, וחוק שכר שווה לעובדת ולעובד, התשכ"ד — 1964. לביקורת על האפקטיביות של חוקים אלה, ולרקע לחקיקת חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, התשמ"ח — 1988, ראו את פ' רדאי "נשים במשפט הישראלי" נשים במלכוד — על מצב הנשים בישראל (תשמ"ב) 172.

23 בג"צ 202/57 סידים ג' בית-הדין הרבני הגדול, פ"ד יב 1528; ראו א' רוזן-צבי יחסי ממן בין בני-זוג (תשמ"ב) 134.

24 בג"צ 185/72 גור נ' בית-הדין הרבני האזורי ירושלים, פ"ד כו 765(2); ראו רוזן-צבי, שם, בע' ת"פ 9 (ת"א) 775/79 מדינת-ישראל נ' עיסאורי, פ"מ תש"ס ב 381.

25 ד"כ 9 (תשי"א) 2089.

26 ראו, למשל, ע"פ 596/73 מחאמיד נ' מדינת-ישראל, פ"ד כח (1) 773; ע"פ 203/76 מדינת-ישראל נ' נאשף, פ"ד לא (1) 189; ע"פ 185/82 גודה נ' מדינת ישראל, פ"ד לו (1) 85; ת"פ 9 (ת"א) 775/79 מדינת-ישראל נ' עיסאורי, פ"מ תש"ס ב 381.

אשה בעל כורחה גם כוון בעיקר כלפי הדין הדתי המוסלמי²⁷, שכן חרם דרבנו גרשום הטיל איסור זה בדין היהודי עוד בתחילת המאה ה-11, כשם שאסר ריבוי נשים²⁸. גם דיני הירושה והאפוטרופסות המוסלמיים מפלים בין גברים לנשים²⁹. למשל, האפוטרופסות הטבעית על ילדים היא של האב, ואם כי לאם יש זכות למשמורת ילדיה לאחר גירושין, היא מאבדת זכות זאת אם היא נישאת מחדש. יצוין, לעניין זה, כי הפועל של חוק שיווי זכויות האשה היה חלקי בלבד. בענייני ירושה עדיין קיימת הסמכות של בית-הדין השרעי לדון לפי הדין הדתי בהסכמת הצדדים³⁰, והסכמת האשה עשויה להינתן בלחץ התרבות הפטריארכלית של החברה שבה היא חיה. יתירה מזו, אף-על-פי שבית-המשפט הגבוה לצדק קבע שהשוויון באפוטרופסות מחייב כעיקרון גם את בית-הדין השרעיים, הרי שבמקרה פרטני הוא דחה עתירה אשר תקפה פסק-דין של בית-הדין, שלפיו נמסרה המשמורת של ילד לקרובת משפחה של האב המנוח לאחר שהאם נישאה בשנית³¹.

יוצא מן האמור, כי למרות שחוק שיווי זכויות האשה תואר כ"חוק אידיאולוגי, מהפכני, משנה-סדריי-חברה"³², פועלו האמיתי היה מועט. לתוצאה זו חברה פרשנות מצמצמת של בית-המשפט העליון להוראת הסיפה של סעיף 1, לפיה "כל הוראת חוק המפלה לרעה את האשה, באשר היא אשה, לכל פעולה משפטית — אין נוהגים לפיה". במשך שנים רבות שררה ההלכה הפסוקה, כי אין בהוראה זו כדי להקנות לחוק מעמד עדיף על חוקים אחרים, ובהיותו בעל מעמד רגיל ככל חוק אחר, ניתן הוא לשינוי בדרך חקיקה רגילה מאוחרת יותר³³.

אפילו לאחרונה, חזר בית-המשפט וקבע, בעתירה נגד פסילת אשה מלכהן כחברה במועצה דתית, בעניין שקדיאל, כי על-אף שהבטחת השוויון בין גברים לנשים ואיסור ההפליה הינם מעקרונות היסוד של שיטתנו החוקתית, "... בהעדר חוקה נוקשה רשאית הכנסת לשנות ולבטל — בין במפורש ובין מכללא בין ביטול מלא ובין ביטול חלקי — את הוראות חוק שיווי זכויות האשה, ורשאית היא לחוקק הוראה מפלה"³⁴. יתירה מזו, בדונו בעתירה נגד פסילת נשים מלכהן בגוף הבוחר לרב הראשי של העיר תל-אביב,

- 27 ראו, למשל, ע"א 245/81 סולטאן נ' סולטאן, פ"ד לח (3) 169, בע' 176.
- 28 החרם חל על עדות האשכנזים. לגבי תחולתו על עדות המזרח, אשר חיו במקומות תחת השפעה מוסלמית, ראו ב' שרשבסקי דיני משפחה (מהדורה שניה, תשל"ז) 71–76.
- 29 ראו, באופן כללי, א' ליש "מעמד האשה המוסלמית בבית-הדין השרעי בישראל" מתוך נשים שוויון ומשפחה — אסופת מאמרים (שם זמני) (שוקן, מועד פרסום צפוי — 1993).
- 30 סעיף 155 (א) לחוק הירושה, התשכ"ה — 1965.
- 31 בג"צ 187/54 ברייה נ' בית-הדין השרעי המוסלמי בעכו, פ"ד ט 1193. בית-המשפט נימק את החלטתו בכך שהסכסוך המשפטי נתגלע בין שתי הנשים, ולכן לא היה מדובר בהפליה האם לעומת האב. ואולם ברור כי מעמדה של האשה שזכתה במשמורת נגזר מקרבתה המשפחתית לאב, וכי זכותו לאפוטרופסות טבעית מתממשת בדרך כלל באמצעות שירותי הטיפול בילד שמספקות הנשים בנות ביתו.
- 32 כלשון הש' זילברג בעניין סידיס, שם, 1537.
- 33 ע"א 337/61 לובינסקי נ' פקיד השומה תל-אביב, פ"ד טז 403, בע' 408–409.
- 34 דברי הש' ברק בבג"צ 153/87 שקדיאל נ' השר לענייני דתות, פ"ד מב (2) 221, בע' 275.

בעניין פורז, קבע בית-המשפט בנשימה אחת כי יש לייחס משקל "חזק" לעיקרון החוקתי של השוויון ומשקל "חלש" לשיקול שעמד ביסוד הפסילה — מינוי אסיפה בוחרת שחולל למלא כראוי את תפקידה, נוכח החשש כי רב שייבחר על-ידי גוף הכולל נשים לא יזכה לשיתוף פעולה מצד הרבנות הראשית — ויחד עם זאת, "אין לנו עניין בהתנגשות שבה ידו של אחד העקרונות על העליונה³⁵. בשתי העתירות האלה פסק בית-המשפט לבסוף, כי ההפליה אכן היתה פסולה, לאחר שהפליג והעמיק בהלכות הרבנים ולא מצא כל איסור הלכתי על מינוי נשים לתפקידים הציבוריים האמורים. אך משתמע מבין השיטין, שאילו היתה ההפליה מבוססת על נורמה דתית-הלכתית חד-משמעית, לא היה בית-המשפט מבטל את ההחלטות המינהליות המפלגות, למרות שלא היה בינן לבין החריג לחוק שיווי זכויות האשה — לעניין דיני איסור והיתר לנישואין ולגירושין — ולא כלום³⁶.

יחד עם זאת, נקודת מפנה בגישה האמורה של בית-המשפט העליון ניכרת בפסק-דין שניתן לאחרונה, בעניין נבו, שבו הובעה הרעה, כי אכן ניתן מעמד מיוחד לחוק שיווי זכויות האשה, המצדיק חריג להלכה הכללית בדבר ביטול מכללא של חוק מוקדם על-ידי סתירה בחוק מאוחר: "דברים אלה נכונים הם כל עת שנשקול שני חוקים אשר תיתכן סתירה ביניהם. אך במקרה דנן יש ליתן אף יתר משקל לכף המאזניים הנושאת את חוק שיווי זכויות האשה. חוק זה משקף ערך חשוב ומרכזי, עיקרון המעצב את החיים במדינתנו כמדינה מתוקנת. חוק שיווי זכויות האשה מצהיר על ערך אשר מן הדין שיקיף את כל מערכת המשפט שלנו. על-כן, מקום שלא נקבע מפורשות דבר הסותר חוק זה, הרי יש להעדיף פירוש לחוק, התואם את עקרון-השוויון בין המינים" [הדגשה במקור]³⁷.

3. עקרון-השוויון בטיוטת חוק-יסוד: זכויות-היסוד של האדם

הפועל המצומצם של חוק שיווי זכויות האשה היה תוצאה של שני גורמים: האחד, ההגדרה הצרה של העניינים אשר נכללו בחוק; השני, המעמד הרגיל אשר יוחס לחוק. הטיוטה להצעת-חוק-יסוד: זכויות-היסוד של האדם כוללת הסדר מקיף של זכויות שונות, לרבות סעיף שוויון כללי, שהוא בעל משמעות חשובה ביותר מבחינת תרבות השיח בשיטת המשפט שלנו, מעל ומעבר לסוגייה של שוויון המינים בחברה. כמו-כן, מדובר ללא כל ספק בחקיקה אשר תזכה למעמד נורמטיבי עליון, כחלק מן החוקה³⁸. אך

35 בג"צ 1/88, 953/87 פורז נ' שלמה להט ראש עיריית תל-אביב — יפו, פ"ד מב (2) 309, בע' 336.

36 F. Raday *Gender Equality in Israel in Chartering Human Rights*. הרצאה שניתנה במסגרת כינוס ישראלי-קנדי, לקראת חקיקה של מגילת זכויות אדם, ירושלים, דצמבר 1992.

37 מפי הש' בך בבג"צ 104/87 נבו נ' בית-הדין הארצי לעבודה, פ"ד מד (4) 749, בע' 764.

38 טיוטת חוק-היסוד נוסחה, בין היתר, בהשראה של מגילת הזכויות הקנדית, משנת 1982. על ההשפעה של מגילה זו על תרבות השיח החוקתי שם בכלל, ועל פסקי-הדין של בית-המשפט

ההצעה לכלול בה חריג זהה בנוסחו לסעיף 5 לחוק שיווי זכויות האשה, מעוררת שוב אותן שאלות שעלו בהקשר של חקיקת חוק שיווי זכויות האשה ועוד ביתר חריפות, משום שהחריג יעוגן בחקיקה שתהיה בעלת מעמד חוקתי מיוחד.

אם כי הפרמטרים של הדין העכשווי דומים להפליא לאלה שמוכאים בדברי הכנסת לקראת חקיקתו של חוק שיווי זכויות האשה, נדמה שבמשך ארבעים השנים שעברו מאז, נתעמעמה המהות של הפגיעה בשוויון המוכנית אל תוך הדינים הדתיים לנישואין וגירושין. יחד עם זאת, הקריאה לרבנים להתאים את הדין הדתי לצרכי השעה לא נענתה, ואפיונו של דין זה בתור "גזירה שאין הציבור יכול לעמוד בה" הולך ומתחדד נוכח השינויים שחלו בתפישות הרווחות בדבר מעמדן של הנשים בחברה, והניכור הגובר בקרב החברה החילונית, ובעיקר הדור הצעיר, כלפי המוסדות הממונים על הנישואין הדתיים. ונדמה כי בעיות המעמד האישי של אלפי האנשים – גברים, נשים וילדים – שעלו בגל העליה האחרון מארצות ברית-המועצות לשעבר, אף הן יצריכו התמודדות מחודשת עם הסוגיה.

4. ההפליה שבדין הדתי לנישואין וגירושין

כפי שכבר הוזכר, ההגמוניה של הדין הדתי על ענייני נישואין וגירושין איננה יצירתה של מדינת-ישראל ככזו. היא לא נבעה מהחלטה חיובית של מוסדותיה הנבחרים של החברה היהודית המתחדשת בעצמאותה המדינית, אלא היא נותרה בתור אחד מן השרידים האחרונים של השלטון העותומני בארץ-ישראל. שיטת המשפט של האימפריה העותומנית אופיינה על-ידי מדיניות של אי-התערבות במנהגים ובמסורות דתיים-שבטיים, ומתן אוטונומיה בענייני אישות לעדות הדתיות השונות. מדיניות זו הונצחה על-ידי השלטון של המנדט הבריטי על ארץ-ישראל-פלשתינה, כשם שנעשה גם במושבות בריטיות אחרות³⁹, ועוגנה בסימנים 47 עד 65 לדבר המלך במועצה, 1922. ברור שכאשר מובנים אל תוך המשפחה המסורתית דפוסים של אי-שוויון, מביאה מדיניות של אי-התערבות לתוצאה של מתן גושפנקא משפטית לתשתית חברתית בלתי-שוויונית. אף-על-פי שהמחוקק הישראלי לא נרתע מלהתערב בנורמות מסורתיות של המיעוט המוסלמי, הוא נתן אישור מלא לתחולת הדין היהודי על ענייני הנישואין והגירושין כשנתיים לאחר חקיקת חוק שיווי זכויות האשה, בחוק שיפוט בתי-דין רבניים (נישואין וגירושין), התשי"ב – 1952.

הדת היהודית המסורתית, כמו כל המנהגים והמסורות הדתיים האחרים, מושתתת על השקפת עולם בלתי-שוויונית בדבר חלוקת התפקידים בין גברים ונשים, לכאורה על-פי טבעם הביולוגי. מרחב הקיום של האיש הוא בתחום הציבורי (המדיני והכלכלי) בעוד

העליון בעניינים של שוויון המינים בפרט, ראו Mahoney "The Constitutional Law of Equality in Canada" 24 *International Law and Politics* (1992) 759

39 לדוגמא, קניה, טנזניה, זימבאבווה, וג'מייקה. ראו M. Freeman "Measuring Equality: A Comparative Perspective on Women's Legal Capacity and Constitutional Rights in Five Commonwealth Countries" 1990 *Commonwealth Law Bulletin* 1418.

מקום האשה הוא בתחום הפרטי המוגן של בית המשפחה. כך, "אין מעמידין אשה במלכות"⁴⁰, וכן "דרכה של אשה להיות יושבת בתוך ביתה ודרכו של איש להיות יוצא לשוק"⁴¹. אלא שגם בתוך התחום הפרטי כפופה האשה למרות האיש. בעל הוא לשון אדנות, והאשה חייבת לו חובת ציות⁴². "ויהי עליה מורא ממנו ותעשה כל מעשיה על-פיו ויהיה בעיניה כמו שר או מלך מהלכת בתאוות לבו ומרחקת כל מה שישנא"⁴³. מקורו של הדין הדתי בתרבות המקרא, שסימניה ניכרים עדיין בדיני הייבום והחליצה, החלים במקרה שאיש נפטר מבלי להוליד ילדים. לפי דין-תורה, היבם, הוא אחי הבעל, חייב לקחת לאשה את אלמנת אחיו, היא היבמה. אם אינו חפץ לעשות כן, אסורה האלמנה בנישואין לאחר כל עוד לא חילץ אותה היבם. המקור לדין זה הוא בחברה פטריארכלית ופוליגאמית שבה יש חשיבות עליונה להנצחה של הנצר המשפחתי של האיש שהלך לעולמו, ואין מניעה שהיבם יקח לאשה את האלמנה, אפילו נשוי הוא לאחרת. תקנת הרבנות בישראל, לפי חרם דירושלים משנת תש"י, היא שהייבום אסור לגמרי וחייבים בחילוך. בטכס חליצה, חולצת היבמה נעל מרגלו של היבם וזרקת אותה לארץ, כשהיא יורקת על הארץ כנגד פני היבם, באמירה של כוז, "ככה יעשה לאיש אשר לא יבנה את בית אחיו"⁴⁴.

המוסר הכפול הנובע מן המקורות הפטריארכליים של דין תורה מוצא ביטוי בדין הדתי החל על ענייני נישואין וגירושין במשפט הישראלי ביחס לשלושה עניינים נוספים עיקריים: (1) הכשרות לכהן כדיין בבית-דין רבני; (2) הפעולה המשפטית של התרת קשר הנישואין; ו-(3) איסור אשת-איש, ותוצאתו — הממזרות⁴⁵. נפרט את הדברים אחד לאחד.

מכוח הדין הדתי פסולה האשה מלכהן כדיין בבית-הדין הרבני⁴⁶. משמע; אשה, באשר היא אשה, אינה יכולה להיות מוסמכת לשבת בדין על ענייני גירושין של יהודים במדינת-ישראל⁴⁷, כשם שהיא חסרה הכשרות המשפטית להשיא בני-זוג⁴⁸. אין בדין

40 רמב"ם, מלכים א, ה.

41 בראשית רבה, פרשה יח, א.

42 א' רוזן-צבי דיני המשפחה בישראל — בין קודש לחול (תש"ן) 226–228.

43 רמב"ם, אישות טו, יח.

44 ראו שרשבסקי, שם, 226, 232; וכן *R. Biale Women and Jewish Law* 113–120 (1984).
לתיאור אישי של תחומי ההשפלה של אשה שעברה טכס חליצה, ראו ש' אלוני נשים כבני אדם (תשל"ו) 56–58.

45 ניתן להוסיף לכך עניין רביעי של נורמה כפולה ביחס לעילות הגירושין. ראו שרשבסקי, שם, 285–316; וכן ד' פלך תביעת גירושין מצד האשה בדיני ישראל (תשל"ג). ואולם אין להפליה זו משמעות מעשית רבה שכן בפועל רוב משפטי הגירושין כרוכים במשא-ומתן לגיבוש הסכמה, ומכל מקום, גם כאשר קיימת עילה שבדין לגירושין, עדיין נדרשת כללל ההסכמה (קרי, הרצון החופשי) של האיש למתן הגט, ושל האשה לקבלתו.

46 סעיף 3 לחוק הדיינים, התשט"ו — 1955; תקנות 1 ו-2 לתקנות הדיינים (תנאי הסמכה וסדריה), התשט"ו — 1955 מתנות את הכשירות להתמנות כדיין בהסכמה לרבנות.

47 אם כי היא עשויה לשבת בדין כשופטת בית-המשפט המחוזי על ההתרה של נישואי תערובת, לפי חוק שיפוט בענייני התרת נישואין (מקרים מיוחדים), התשכ"ט — 1969.

הישראלי שום הגבלה דומה לגבי זכות ההשתתפות והייצוג של נשים במוסד או בתפקיד ממלכתי אחר.

כשרותה המשפטית המוגבלת של האשה ניכרת גם בכך שהן הנישואין והן הגירושין הם במהותם פעולה משפטית של האיש. האשה ממלאת תפקיד סביל ושותק הן בטכס הנישואין והן בטכס הגירושין⁴⁸. מעבר למשמעות הסמלית של טכסים אלה, החשיבות הנורמטיבית היא שאקט הגירושין איננו מעשה שיפוטי של בית-הדין, כפי שהוא בשיטות מערביות אחרות, כי אם פעולה משפטית של בני-הזוג עצמם. בית-הדין יכול, לכל היותר, לצוות על מתן הגט וקבלתו, או לחייב או לכפות זאת, אך בסופו של דבר דרושה עדיין הפעולה הרצונית של כל אחד מבני-הזוג בנתינת הגט ובקבלתו. יחד עם זאת, כוחו של האיש לסרב לתת את הגט ולעגן את האשה בנישואין גדול מזה של האשה, בגלל הדין המהותי ביחס לחומרה של איסור אשת-איש, כפי שנראה בהמשך. החשש לגט "מעושה" ביחס לאיש מוליד הבחנה בדין לגבי העילות לחיוב וכפייה של גט על האיש לעומת האשה. התוצאה המעשית היא, שמאחר שהגירושין אינם אפשריים בפועל ללא הסכמת הצדדים, ומאחר שהמשקל המשפטי של רצון האיש כבד מזה של האשה, הרי שהוא נהנה מעמדת מיקוח חזקה יותר במשא-ומתן לגיבוש ההסכמה לגירושין, דבר החושף אותה — יותר ממנו — לסחטנות, וכן לסרכנותו הריריותית מלתת את הגט⁴⁹.

האיסור החמור של אשת-איש הוא ביטוי למוסר הכפול של דין התורה, אשר התיר באותה עת ריבוי נשים לאיש. ריבוי הנשים נאסר, כפי שכבר הוזכר, בתקנה מאוחרת של חרם דרבנו גרשום, אך החומרה היתירה של האיסור מדאורייתא ביחס לאיסור מדרבנן מביאה לכך שהאיש יכול לקבל היתר לנישואין שניים ("היתר מאה רבנים") אם האשה נעלמה ואין אפשרות לאתרה, או שהיא לקתה במחלת נפש השוללת ממנה את האפשרות לגבש רצון לקבלת הגט, ואילו האשה אינה יכולה לקבל היתר לנישואין שניים באותן עילות⁵⁰.

יתירה מזו, האיסור של אשת-איש נתמך בשתי נורמות משפטיות שהן בבחינת

48 סעיף 2 לפקודת הנישואין והגירושין (רישום), 1919 קובע שהרשות הרושמת היא "הרב, בנישואין לפי דיני ישראל". סעיף 2 (6) לחוק הרבנות הראשית לישראל, התש"ם — 1981 קובע כי אחד מתפקידי מועצת הרבנות הראשית הוא "מתן כשירות לרב לכהן כרב רושם נישואין".

49 במעמד הנישואין חותם האיש על הכתובה — המגלמת את מערכת החובות והזכויות של יחסי הנישואין, כמעין הסכם אחיד — בנוכחות שני עדים. האשה אינה חותמת על הכתובה, ואפילו אינה נוכחת בהכרח במעמד החתימה. בעריכת הקידושין על-ידי רב תחת החופה, שם החתן טבעת על אצבע הכלה ומקדש אותה באמירה "הרי את מקודשת לי כדת משה וישראל", ואילו הכלה אינה אומרת דבר. שרשבסקי, לעיל הערה 28, בע' 35-36, 7. בדומה, הגירושין מבוצעים על-ידי כתיבת הגט בידי סופר לפי הוראות האיש. הוא נותן את הגט לאשה באמירה "הרי את מגורשת ממני בגט זה ומותרת לכל אדם", ואילו על האשה לקבל את הגט באופן פסיבי מבלי לקחת אותו, כשהיא שוב אינה אומרת דבר. שם, 329; שו"ע אבן העזר, קכ"ד-קל"ט, קנ"ד.

50 ראו שיפמן, שם, 295-296; רון-צבי, לעיל הערה 42, בע' 138-140.

51 רון-צבי, שם, 141.

סנקציות על הפרתו. ראשית, אשת-איש אשר "זינתה תחת בעלה", כלומר קיימה יחסי אישות עם איש שאינו בן-זוגה מנישואין ועברה בכך על איסור הניאוף, הינה אסורה הן על בעלה והן על בועלה. מצד אחד, אסור לבעלה להמשיך לחיות איתה חיי אישות, הוא חייב לגרש אותה, ואם היא מסרבת לקבל את הגט כופים זאת עליה בכך שבית-הדין יתן לו היתר להינשא מחדש⁵². מצד שני, היא איננה מותרת להינשא למאהב שלה⁵³.

הנורמה הכפולה של איסור הניאוף ניכרת גם בדין הממזרות. דין זה אינו חל על ילד שנולד מיחסים של איש נשוי עם מי שאינה אשתו מנישואין. אך אם נתעברה אשה נשואה מאיש שאיננו בן-זוגה מנישואין, הרי שהילד שיוולד יהיה ממזר. המשמעות של הדבר היא הגבלה על כושר הנישואין של הילד. הממזר אסור מן התורה לבוא בקהל, כלומר הוא אסור בנישואין לישראל, ומותר רק לממזר כמותו או לגר. יתירה מזו, הפגיעה במעמד האישי שבפסול הממזרות רבק גם בילדי הממזרים, ובילדיהם אחריהם⁵⁴.

זהו מעין נידוי חברתי של הילד בשל המעשה האסור של אמו ואביו מולידיו. תוצאות קשות אלה של איסור אשת-איש מחריפות את התלות של האשה בקבלת גט על מנת שתוכל לשקם את חייה האישיים במקרה של נישואין כושלים. העגינות לובשת צורות שונות. לפעמים מדובר באיש שנשטש את אשתו ונעלם, או באיש שנפטר אך אין הוכחה לכך. לפעמים מדובר באיש שלקה במחלת נפש שאיננו בעל הכשרות המשפטית לתת גט, או ביכס קטין שאיננו בעל הכשרות המשפטית לתת חליצה לגיסתו. אך ברוב המקרים במדינת-ישראל היום מדובר באיש שמסרב לתת גט באופן שרירותי, ומנצל לרעה את כוחו המשפטי לעשות כן⁵⁵. למרות שוודאי קיימים גם מקרים של נשים המסרבות באופן שרירותי לקבל גט, האיש שהוא מעוכב או מסורב גט איננו מנוע באותה מידה לשקם את חייו. לדידו קיים הפיתרון המעשי של חיים עם אשה מחוץ לנישואין, ללא הגבלה על כושרם להינשא זה לזו לכשתסכים אשתו מנישואין לקבל את הגט, וללא הסיכון של הממזרות לילדיהם. זאת ועוד, קיים הבדל ביולוגי בין נשים לגברים בגילאי הפוריות הקוצב את התקופה שבה הן תוכלנה ללדת ילדים מיחסים חדשים, והמחירף את מצוקתה של מעוכבת הגט.

52 במקרה זה ניתן ההיתר על-ידי בית-הדין, ואין צורך בהיתר מאה רבנים משום שזה דרוש רק כאשר אשתו הראשונה מותרת לו. שרשבסקי, לעיל הערה 28, בע' 312–313. נראה שבית-הדין הרבניים מקילים יותר במתן היתר נישואין שניים לאיש במקרים מעין אלה, מאשר במתן צו כפייה נגד האיש למתן גט. רחן-צבי, שם, שם. צו לכפיית גט נאכף באמצעות מאסר אזרחי לפי סעיף 6 לחוק שיפוט בת-דין רבניים.

53 בשני מקרים הורה בית-המשפט העליון למחוק מתעודת גירושין פסקה מגבילה אשר אסרה את האשה על בועלה, בגלל פגיעה בכושר הנישואין של הצדדים ובזכותם לפרטיות. ראו בג"צ 212/74 פלוגית נ' בית-הדין הרבני האזורי באר-שבע, פ"ד כט (2) 433; בג"צ 295/72 בכר נ' בית-הדין הרבני האזורי רחובות, פ"ד כז (1) 568.

54 שרשבסקי, לעיל הערה 28, בע' 59, 346.

55 השו"ב, לעיל הערה 44, בע' 102.

5. צדק במשפחה והזכות לשוויון בנישואין וגירושין

הזכות לשוויון בכל הנוגע ליצירת קשר נישואין, ליחסים המשפטיים במשך הנישואין, ולהפקעת הנישואין, הוכרה כאחת מזכויות היסוד של האדם כאמנות הבינלאומיות. כך קובע סעיף 16 (1) להכרזה האוניברסאלית בדבר זכויות האדם, משנת 1948:

“Men and women of full age, without any limitation due to race, nationality or religion, have the right to marry and to found family. They are entitled to equal rights as to marriage, during marriage and at its dissolution”.

סעיף 23 (4) לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות, משנת 1966, קבע ברוח דומה חובה על כל מדינה החתומה על האמנה לנקוט אמצעים מתאימים להבטחת השוויון האמור.

בפרט, קובעת האמנה בדבר ביעור כל צורות ההפליה נגד נשים, משנת 1979, בסעיף 16 (1), כי חלה על כל מדינה החתומה על האמנה החובה לבער הפליה נגד נשים בכל הקשור לנישואין וגירושין, ולהבטיח על בסיס השוויון של גברים ונשים, בין היתר, את הזכויות האלה:

- “(a) The same right to enter into marriage;
- (b) The same right freely to choose a spouse and to enter into marriage only with their free and full consent;
- (c) The same rights and responsibilities during marriage and at its dissolution”.

מדינת ישראל אישרה אמנה זו בשנת 1991, תוך הסתייגות מסעיף זה. מדינות רבות אחרות הסתייגו אף הן מסעיף זה (לרבות תימן, כנגלדש ומדינות מוסלמיות אחרות שבהן חל הדין השרעי).

אין ספק שקיים מתח בין הרצון לעקר מן השורש תופעות הנוגדות את תקנת הציבור המודרנית לבין הרצון לכבד את מנהגי הדת והמסורת. במדינות המערב נמצא פתרון חלקי למתח זה באפשרות לבחור בין הדין הדתי לבין המשפט החילוני בענייני נישואין וגירושין. בישראל בשנות ה-50 וה-60 נחקקה שורה של חוקים אשר השוו את מעמדם של בני-זוג “ידועים בציבור”, למעמדם של בני-זוג נשואים⁵⁶. חוקים אלה מאפשרים חיים מחוץ לנישואין כבני-זוג כמעט לכל דבר ועניין, ומספקים פיתרון חלקי למניעות חיתון כתוצאה מהגבלות דתיות על כושר הנישואין שאינן בהכרח קשורות קשר ישיר לעניין השוויון של המינים⁵⁷. מן המקרים שנדונו בפסיקה באותן שנים מתקבל הרושם,

56 ראו, ד' פרידמן, “הידועה בציבור בדין הישראלי” עיוני משפט ג (תשל”ג) 459; נ' שאטהף “הידועה בציבור כאשתו – הגדרתה, מעמדה וחכיותיה”, עיוני משפט ג (תשל”ג) 484; ח' שלח “בן-זוג הידוע בציבור” משפטים ו (תשל”ו) 119.

57 קיימות במשפט הישראלי הגבלות מיוחדות על חופש הנישואין מכוח הדין הדתי (כגון איסור

שחוקים אלה נתנו מענה, בין היתר, למניעות חיתון של זוגות אשר הגיעו לישראל כשורדי השואה⁵⁸. יחד עם זאת, אין כל אפשרות במסגרת המשפט הישראלי להינשא ולהתגרש בתוך מערכת דינים שוויונית, והדין הציבורי בהנהגה של מערכת אזרחית של נישואין וגירושין במקביל למערכת הדתית ירד מסדר היום בעשרים השנים האחרונות. אך מסתבר כי השינויים הדרושים בדין הדתי הם כה שורשיים, עד כי קצרה ידו של הממסד הרבני לחולל אותם. מעניין לציין שבאמצעות אחרות שבהן קיימת אפשרות הבחירה בין שיפוט אזרחי לדתי בעניינים אלה, נמצאו פתרונות לבעיית העגינות במסגרת פסיקת בתי-המשפט האזרחיים, עד שנחלץ המחוקק לחוקק חוקים מיוחדים המוחלים על-ידי בתי-המשפט האזרחיים, דווקא בלחץ הממסדים היהודיים הדתיים⁵⁹. ההכרה הבינלאומית בזכות לשוויון בענייני נישואין וגירושין מושתתת על ההכרה במשפחה בתור תא היסוד הטבעי של החברה ובזכותה להגנה של החברה והמדינה⁶⁰. משום שהמשפחה נתפשה כמסגרת "טבעית" היא לא זכתה להתייחסות מעמיקה במסגרת תאוריות של צדק. יחד עם זאת, המשפחה היא אומנם יחידת היסוד של החברה, והיא מעצבת באופן ראשוני את מי שעתיד להיות האזרח במדינה. בתוך המשפחה לומדים הילדים את שיעורי היסוד של יחסיהם החברתיים. אם חווית הלימוד הראשונה שלהם היא על-פי דגם של יחסים בלתי-שוויוניים, סביר להניח שחוש הצדק שינחה אותם בבגרותם יהיה פגום ולקוי מיסודו. הפגיעות של האשה, באשר היא אשה, בהליכי הגירושין על-פי הדין הדתי, תלויה בשררת רצונו של האיש, וחשיפתה לסחטנות בדרך לחופש מן הכבלים של נישואין כושלים, אינם רק צרתה של האשה. הן מזיקות למרקם הכולל של יחסי המשפחה, וסימניהן ניכרים גם בילדים. לא ניתן לדבר על צדק בחברה מבלי לתת את הדעת לצדק בתוך המשפחה⁶¹.

- נישואי תערובת בין-דתיים, ואיסור הנישואין של כהן עם גרושה או חלוצה) מעבר להגבלות האוניברסליות של גיל הנישואין, איסור הביגמיה ואיסור העריות. ראו א' רובינשטיין "הזכות לנישואין" עיוני משפט ג (תשל"ג) 433.
- 58 ראו, למשל, ע"א 191/51 סקורניק נ' סקורניק, פ"ד ח 141; בג"צ 143/62 פונק שלוינגר נ' שר הפנים, פ"ד יז 225; בג"צ 73/66 זמולון נ' שר הפנים, פ"ד כ (4) 645.
- 59 במדינת ניו-יורק נחקק בשנת 1990 תיקון ל-Domestic Relations Act, אשר הסמיך את בית-המשפט האזרחי להימנע מלתת פסק-דין לגירושין כל עוד לא הסיר המבקש את המניעה הדתית לנישואין מחדש של בת-זוגו, על-ידי מתן הגט. בקנדה נחקק בשנת 1985 תיקון דומה ל-Divorce Act הפרדלי. ראו J. Syrtash *Religion and Culture in Canadian Family Law* (1992) 111 ff.
- 60 ראו סעיף 16 (3) להכרזה האוניברסלית בדבר זכויות האדם, וכן סעיף 23 (1) לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות.
- 61 ראו S. Moller Okin *Gender, Justice and Society* (1989); וכן F. Raday, לעיל הערה 36.