

דיני משפחה אזרחיים שיצאו מן הארון: על תרומתו של הנשיא ברק לדיני המשפחה

מאת

פנחס שיפמן*

א. פתח דבר. ב. ערכי המשפחה בתפיסתו של ברק: ליברליות או שמרנות? ג. פוליטיקה של השפיטה. 1. התרחקות מפרשנות של הדין הדתי; 2. נישואין אזרחיים: פסיחה על שתי הסעיפים; 3. נישואין אזרחיים: סוף-סוף הכרעה על סף פרישה.

א. פתח דבר

עם פרישתו של הנשיא ברק מבית המשפט העליון צצו ופרחו שתי אופנות מנוגדות: האחת דורשת אותו לשבח והאחרת דורשת אותו לגנאי; האחת מבקשת להלל ולקלס את מפעלו והאחרת – לחלל אותו ולהתקלס בו; האחת כולה בבחינת "עלינו לשבח" והאחרת כולה אומרת "שפוך חמתך". כבר חכמינו ציוו שיש לומר רק מקצת שבחו של אדם בפניו,¹ ואין צריך לומר שאנו כאנשי אקדמיה מצווים על מידת הריסון והאיפוק הן בהבעת הערכה והן במתיחת ביקורת. האהבה הגדולה שאנו אוהבים את אהרן ברק כתלמידיו בעבר הרחוק, כחברים-שותפים באוניברסיטה העברית בעבר הפחות רחוק, כצרכני משפט של מי שעמד בראש המערכת השיפוטית ובכל זאת לא גבה לבו ולא רמו עיניו, היא מן הדברים שאין להם שיעור. אף על פי כן אסור, כמובן, שתהיה זו אהבה המקלקלת את שורת הביקורת המדעית, ואל לה להביא אותנו לשנות מן האובייקטיביות המקצועית שאנו מחויבים לה.

אקדים ואומר כי תרומתו של הנשיא ברק לפיתוח דיני המשפחה בישראל היא תרומה דרמטית, שדומה כי אינה נופלת בערכה ובחשיבותה משינויים מפליגים אחרים שחולל, למשל, במשפט החוקתי. עיקר התרומה הוא בהנפת הזכות לחיי משפחה על נס, וביסוסה כעיקרון משפטי-חוקתי ראשון במעלה הניזון מזכותו של אדם לכבוד. היא באה על

* פרופסור-מנהל המניין (בדימוס), הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים; ראש המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, רמת-גן. תודתי לחברי מערכת כתב-העת משפטים על הערותיהם המועילות.

1 בבלי, עירובין יח, ע"ב.

ביטוייה הנמרץ והחותך כשמבקשים לפגוע בעצם הזכות לחיי משפחה משותפים.² לא פחות מכך, פסיקתו של הנשיא ברק מעמידה על רגליה את הזכות לחיי משפחה כחלק מן הזכות לנישואין, זכות הזוקפת את קומתה אל מול הדין הדתי ותובעת מעמד והכרה. זכות זו מופיעה כרקע הרעיוני של הפסיקה – אך התוצאה הרצויה מושגת, בחכמה רבה ללא התמודדות חזיתית עם הדין הדתי, וזאת בעזרת שיקולים הלקוחים מכללי ברירת הדין ומהמשפט המנהלי. פסקים אלה שעניינם מעמדם של נישואין אזרחיים בישראל מעמיקים את התופעה שהחלה להסתמן קודם לכן, והיא חדירת המשפט האזרחי לדיני המשפחה.³ חדירה זו מעמידה לדין הדתי יריב ומתחרה שווה-כוח שידו לעתים על העליונה, אך ללא התרסה מופגנת כלפי הדין הדתי. רעיונות של תום לב, שוויון, סבירות וצדק מאיימים לכבוש את הזירה, אך גם הם מתלכדים בתוך המסגרת המושגית והדוגמטית שפיתח השופט ברק. הדבר המרתק הוא אפוא השילוב בין המושגים המשפטיים שבהם השתמש הנשיא ברק לבין המטרות הערכיות שאלהן הוא חותר.

לאור זאת, ברצוני לבחון את תרומתו של הנשיא ברק לדיני המשפחה בישראל משתי פרספקטיבות שונות: האחת מבקשת לתהות על ערכים של השפיטה המיוצגים בגלוי או במובלע בפסיקתו, והאחרת מתמקדת בפוליטיקה של השפיטה, כלומר: באמצעים המשפטיים שבחר כדי להשיג את התוצאה הראויה בעיניו ושהיא חלק מתפיסתו החברתית. מעניין וחשוב לראות מה בפסיקת השופט הוא ערך קבוע ומה הוא אמצעי חולף, מה הוא נימוק שהשופט עשוי לזנוח אותו בפסיקה מאוחרת ומה הוא שיקול היורד לשורשו של עניין והוא עומד מאחוריו בכל מקרה. מובן, שהשאלה מה בפסיקתו של ברק הוא בגדר אסטרטגיה ומה בגדר טקטיקה היא עניין של פרשנות, ופרשנות זו עלולה להיות שנויה במחלוקת: מה שלאדם אחד נתפס כשיקול חולף וטקטי עשוי להיראות בעיני האחר כעניין מהותי. בכל זאת, קשה להשתחרר מההרגשה שבשעה שהשופט חותר להשיג מטרה הנראית בעיניו צודקת, הוא מנסה לברור את הנימוקים הטובים ביותר העשויים להצדיק אותה. נימוקים אלה אמורים להתקבל על דעת הבריות, ובראש ובראשונה על דעת חבריו השופטים – ומצד שני אמורים הם שלא להשמיע מסר בעייתי מבחינתם של מקרים עתידיים.⁴ לפיכך נראה לי ראוי לנסות ולבודד – ולא רק מטעמים מתודיים – את הערכים שהנחו את הנשיא ברק מהאמצעים המשפטיים שבהם השתמש. נפתח בפרספקטיבה הראשונה.

- 2 כגון כשמונעים מבן זוג ישראלי לחיות חיי משפחה עם בן זוג זר; ראו בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, תק-על 2006(2) 1754 (2006).
- 3 פנחס שיפמן "חדירת המשפט האזרחי לדיני המשפחה" ספר מנשה שאוה – מחקרים במשפט לזכרו 247-235 (אהרן ברק ודניאל פרידמן עורכים, 1986).
- 4 ראו מאמרי: פנחס שיפמן "אמצעים מטרות ומסרים" משפטים כב 19 (1993).

ב. ערכי המשפחה בתפיסתו של ברק: ליברליות או שמרנות?

באופן כללי ניתן להבחין כי ברק מחזיק בתפיסה אזרחית של דיני המשפחה. בכך אין כל ייחוד: זוהי תוצאה בלתי־נמנעת של מסירת שיפוט – ולו גם מוגבל – בענייני משפחה לידי שופטים אזרחיים. כפי שכבר ציינו, ועל כך נרחיב להלן, גם במסגרת התפיסה האזרחית פרץ הנשיא ברק פריצת דרך מרחיקת־לכת בהעמידו את הזכות לנישואין כעיקרון מוביל בהרחבה גורפת של ההכרה בנישואין שנערכו מחוץ לישראל. מבחינה זו יצאו לאור נטיות סמויות בפסיקה, שקודם לכן ביקשו להתעטף לכאורה רק בשיקולים טכניים, ומקורן הערכי נחשף בפומבי. בהקשר זה, יש מקום לציין כי ההסתערות האזרחית על הדין הדתי איננה מעידה כשלעצמה על טיב הערכים שבשמם היא באה.

השאלה המרתקת היא אפוא איזו תפיסה אזרחית של המשפחה מצטיירת בפסיקתו של השופט ברק. עצם ההשתחררות מערכיו של דין דתי זה או אחר אינה אומרת כשלעצמה דבר על גישתו הערכית של השופט לגופו של עניין, אם שמרנית היא או ליברלית; אם עצמאותו של בן הזוג היחיד היא החשובה בעיניו, או שמא עדיף השוויון ביניהם; אם הוא מעלה את טובת הילד וזכויותיו על ראש שיקוליו, או שמא ממזג אותם עם שיקולים אחרים. במבט ראשון, תפיסתו של השופט ברק היא תפיסה ליברלית ביותר, המוכנה למשל להרחיב את ההכרה בידועים בציבור בלי להתפעל מן ההתקרבות – עד כדי טשטוש תחומים – בינם לבין בני זוג נשואים על פי דין.⁵ לא זו בלבד: השופט ברק הכיר למעשה בטיפוסי משפחות חדשות כגון משפחה חד־מינית, והוא מוכן להקנות להם, למשל, זכויות בדיני עבודה⁶ – אם כי הוא נזהר בתחילה⁷ מלהגדיר קשר זה כקשר משפחתי, להבדיל מ"תא חברתי"; כמו כן, הוא לא נמנע להרשות אימוץ בקשר כזה, אף שהשעין אותו על המתחייב מטובת הילד ולא מההכרה בצדדים כבני זוג.⁸ אין ספק כי

5 בג"ץ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים, פ"ד מז(1) 749 (1993). בעניין זה הפך השופט ברק את ההלכות הקודמות, בהתירו לידועה בציבור לשאת את שם בן־זוגה הנשוי. ראו גם שחר ליפשיץ הידועים־בציבור בראי התיאוריה האזרחית של דיני המשפחה 30 (2005).

6 בג"ץ 721/94 אל־על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ, פ"ד מח(5) 749 (1994). לניתוח הנמקתו של השופט ברק בפרשה זו ראו פנחס שיפמן דיני המשפחה בישראל כרך ראשון 275-273 (מהדורה שנייה, 1995).

7 כך בפרשת דנילוביץ, אך בפרשת רישומם במרשם האוכלוסין של זוגות חד־מיניים שנישאו בחו"ל לא היה הנשיא ברק מוכן לקבל את הטענה שזוגיות של בני־זוג מאותו מין חורגת מהקטגוריה של 'נישואין'; ראו להלן ה"ש 50.

8 ע"א 10280/01 ירוס־חקק נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נט(5) 64 (2005). בעניין זה אושר אימוצו של ילד על ידי חברתה לחיים של אמו, כשיש באימוץ משום מתן תוקף למציאות החברתית והפסיכולוגית שבה היה הילד שרוי ממילא – ולכן אין בהחלטה זו כשלעצמה משום הכרה בזכותם השווה של זוגות מאותו המין להתמודד על המאגר המצומצם של ילדים הנמסרים לאימוץ.

משתקפת בכך תפיסה רעיונית רחבה, ליברלית, המבקשת לחולל שינוי במעמדה של זוגיות חד-מינית, אף שהיא הולכת בשלבים, צעד אחר צעד, ולא כמהפכה המשיגה את יעדה בבת אחת. בדומה לכך, השופט ברק לא היה מוכן לשחרר מאחריות משפטית אדם נשוי שהבטיח נישואין לאישה אחרת, ולא שעה לטענה שבהבטחה זו יש פגיעה במוסד הנישואין.⁹

חוששני, שמבעד לשכבה הליברלית הגלויה לעין מסתתרת לא פעם בעומק הדברים תפיסה שמרנית למדי. תפיסה שמרנית איננה ראויה תמיד לביקורת או לגינוי; אך השמרנות שאליה אני מתייחס עניינה המשך ההיצמדות לערכים חברתיים שלא פעם המציאות כבר כרסמה בהם, והיה מקום לדון אם ראוי להוסיף ולתמוך בהם. אכן, בפסיקתו של הנשיא ברק משתקף לעתים קרובות הרצון להגן על הצד החלש במשפחה, אך שכרו של הרצון להגן על החלש יוצא לא פעם בהפסד המקבע את אותו אדם בחולשתו. כך יצא, כמדומה, בלא מעט סוגיות הקשורות למעמד האישה.

נפתח בסוגיית ההפרה של הבטחת נישואין. פסיקתו של השופט ברק, המטילה בתביעה כזו חיוב בפיצויים על גבר שנישואיו כלל לא היו מעוררים, מבקשת להיבנות מהתמורות החברתיות כלפי מוסד הנישואין. אכן, ניתן לומר שאינטרס ההגנה על מחויבותו של אדם כלפי בן זוגו אינו צריך לשחררו מהתחייבויותיו כלפי אישה אחרת, הגם שזו ידעה יפה שקשריו עם אשתו הנוכחית לא איבדו את חיוניותם. המגמות של גירושין ללא אשמה, הכובשות יותר ויותר את הלכבות במדינות מערביות, מחזקות את המתירנות הפושה בעולם המערבי, ובתי המשפט אינם רשאים להתעלם ממנה. אלא שדווקא אותן מגמות מביאות לכלל מסקנה שאין לייחס ערך משפטי – על כל פנים, לא ערך גבוה – להבטחת נישואין. אין תמה שברוב המדינות שהכירו בעבר בתביעה זו בוטלה התביעה בגין הפרת הבטחת נישואין כשם שבוטלו תביעות אחרות שנועדו להעניק "צורי ללב",¹⁰ ואילו אצלנו לא שעה השופט ברק להצעה לסייג את התביעה לנזקים הממשיים שנגרמו לנפגע (אלא אם כן נהג המבטיח בחוסר-ישר). אולם, בכך שהשופט ברק מעניק לאישה פיצוי על הפגיעה ברגשותיה עקב כך שאהובה פנה לה עורף, תוך בדיקת הצידוק להתנהגותו, הוא נותן תוקף מחודש לשיקולי אשמה כבר בשלבי החיזור בין הצדדים – בעוד שבמדינות מערביות המגמה הרווחת היא להפקיע את הרלוונטיות משיקולים אלה אפילו כשמדובר בבני זוג נשואים. אכן, יודע אני שיש המגנים על המשך פריסת ההגנה על אהבה נכזבת בטענה שבית המשפט אינו יכול להתעלם, רק בשם הדעות המתקדמות שהוא מחזיק בהן, ממצבן בפועל של נשים בחוגים רבים בחברה ומהיותה של האישה הצד החלש למעשה, אבל חוששני שההסתמכות על נתונים חברתיים כאלה אינה אלא מנגנון תיווך שבאמצעותו השופט

9 ע"א 5258/98 פלונית נ' פלוני, פ"ד נח(6) 209 (2004).

10 לדיון מקיף ראו שיפמן, לעיל ה"ש 6, בעמ' 194-223.

מאמץ התייחסות זו לאישה כצד חלש הזקוק להגנה מיוחדת, מבלי לבטא זאת בפה מלא.¹¹

לאמתו של דבר, ההכרה בתביעה בגין הפרה של הבטחת נישואין אינה אלא דרך אלגנטית להרחבת המשמעות המשפטית הניתנת לידועים בציבור, ולנקיטת סנקציות משפטיות כלפי מי שיצא מקשרי אישות עם חברו גם אם הזוג אינו בגדר ידועים בציבור משום שלא חיו יחד חיי משפחה במשק בית משותף (אלא, למשל, קיימו יחסי מין במשך תקופה מסוימת מבלי שעברו לגור יחד). הרחבת ההכרה בידועים בציבור חשופה לקושי שבהטלת מגבלותיו של קשר משפטי מחייב על אנשים שמלכתחילה בחרו בקשר חופשי. אכן, לגבי ידועים בציבור היה השופט ברק מוכן להטיל על הצדדים דיני מזונות¹² ודיני יחסי ממון בין בני זוג,¹³ עד שניתן לומר שהזוג הלא-נשוי נלפת בדיני גירושין שנוצרו למענו כביכול, בעוד שיתכן שמראש לא הייתה כוונת הצדדים אלא לקשר בלתי-מחייב.¹⁴ אכן, אין לחדד שלא כל הכוונות שוות: זוג-זוג וציפיותיו, וייתכן – דבר שנוטים לעתים לשכוח – שלאישה היו כוונות וציפיות משלה ולאיש היו כוונות וציפיות משלו. אלא שהרושם המתקבל הוא שהדימוי של האישה כיצור חלש הזקוק להגנה מיוחדת, והתפיסה המגדרית של חלוקת תפקידים במשפחה, ממשיכים להכתיב את שעתוק הדינים החלים על זוגות נשואים – אמנם בשינויים חשובים – גם על זוגות שבחרו לחיות יחד חיים חופשיים. לעומת זאת, אם התפיסה הייתה ששני הצדדים – גם האיש וגם האישה – הם בני אדם אוטונומיים הזכאים להחליט בעצמם על גורלם, לא היה השופט ברק ממחר להכריז על הרחבתה של זכות המזונות והחלטה גם על ידועה בציבור, אלא היה מצמצם זכות זו לנסיבות מוגדרות שבהן התקיימה תלות סוציאלית בפועל בין האיש לבין האישה.

מבחינה אחרת אני חושש שדווקא הוחמצה ההזדמנות לחיזוק הזוגיות באותה פסיקה המחילה את דיני השיתוף על ידועים בציבור. השופט ברק, בפרשה אחרת,¹⁵ התקדם מתוך שתי הנחות שאפשר אולי לקבלן כשלעצמן – הווה אומר שהנחת השיתוף אינה נשללת כשבני הזוג אינם נשואים, והיא אף עשויה לחול בנסיבות מסוימות על נכסי העבר שלהם – אבל צירוף שתי הנחות אלו הביא אותו למסקנה שלישית המתחייבת כביכול

11 ראו עוד בנושא זה: עופר גרוסקופף "הפרה של הבטחת נישואין – מדגם 'הפיתוי הגברי' לדגם 'שברון הלב' משפטים על אהבה 156-107 (2005); נילי כהן "ירידתה ועלייתה של הבטחת נישואין" המשפט יא 26 (2007).

12 ע"א 805/82 ורסנו נ' כהן, פ"ד לז(1) 529 (1983); רע"א 8256/99 פלונית נ' פלוני, פ"ד נח(2) 213 (2003).

13 ע"א 52/80 שחר נ' פרידמן, פ"ד לח(1) 443 (1984).

14 על הפן הלא-ליברלי של ההכרה בידועים בציבור ראו: שחר ליפשיץ "נשואים בעל-כרחם? ניתוח ליברלי של מוסד הידועים-בציבור" עיוני משפט כה 741 (2002); וכן, ליפשיץ, לעיל ה"ש 5, בעמ' 89 ואילך.

15 עניין שחר נ' פרידמן, לעיל ה"ש 13.

מכוח ההיגיון שאם אחד מבני הזוג נפטר יוכלו יורשיו לתבוע את חלקו. התוצאה בפרשת שחר נ' פרידמן הייתה שדירתו של הגבר שהתאלמן – דירה שהייתה שלו לפני שהחל לחיות עם האישה – הוכפפה להנחה שהאיש התכוון במרוצת הזמן לתת לאישה מחצית מבעלותו בה, ולכן עם מותה יוכלו ילדיה לדרוש ממנו מימוש של חלקה-חלקם בדירה עד כדי הוצאתו מדירת המגורים. לדעתי, כאמור, הוחמצה בכך הזדמנות לחיזוק הזוגיות. מהשופט ברק הייתי מצפה לפיתוח הלכתי של דיני השיתוף, שעל פיו לא הרי שעת הגירושין המחייבת איזון ראוי בין שני בני הזוג כהרי שעת המוות המחייבת הגנה על בן הזוג הנותר בחיים, ולכן יש להניח שהצדדים התכוונו שעם מותו של אחד מבני הזוג יעבור הרכוש המשותף בשלמותו לבן-הזוג הנותר בחיים.¹⁶

השופט ברק לא הסתיר את נאמנותו לערכי המשפחה המסורתיים בענייני הורים וילדים, והוא לא נסחף אחר הגישה המבקשת לבטל – בשם טובת הילד כביכול – את זכויות ההורים הטבעיים. אדרבה, לדידו זכויות ההורים הטבעיים עומדות על רגליהן העצמאיות, ואין הן רק פועל יוצא ממושג "טובת הילד". כתוצאה מכך לא היה השופט ברק מוכן לקבל גישות הטוענות כי בענייני אימוץ, כמו גם בעניינים אחרים, יש להתרכז בטובת הילד בטווח הקצר ויש להתעלם מהשערות לגבי טובתו בטווח הארוך.¹⁷ עם זאת, חוששני שלא תמיד היה הנשיא ברק נאמן לצורך להבטיח את טובתו של הילד לעומת שיקולים ציבוריים כלליים. כך, למשל, בפרשת קוט,¹⁸ שדנה בהסדרי גירושין בין הורים על מזונות ילדיהם, היה השופט ברק מוכן לאשר הסדר שתוצאתו פגיעה בילד: ניתן תוקף לסעיף ערבות שמטרתו להבטיח שהאב לא יפגע כתוצאה מכך שילדו יתבע ממנו מזונות מעבר למוסכם, אף שלעיתים הסכום המוסכם רחוק מלספק את צורכי הילד. על אף שהיה ער לכך שכתוצאה מכך עלולה האישה להימנע מלתבוע מזונות מן האב בשם הילד – כי בדרך כלל הערב שאליו יבקש האב לפנות אם יחויב כאמור הוא קרוב או ידיד של האישה – בכל זאת גבר, לדידו של השופט ברק, השיקול של כיבוד ההסכם. בעיני פסיקה זו לוקה בכשל ערכי שלא ניתן להצדיקו בטיעון שמתן סופיות להסדרי גירושין מקל על משאים ומתנים לגירושין, ובזה משרת את טובתם של ילדים בדרך כלל.

16 מובן כי הקושי בפיתוח הלכתי זה נעוץ בכך שהוא היה יוצר דיסהרמוניה בין הוראות חוק יחסי ממון בין בני זוג, התשל"ג-1973, המחלקות עם פטירת אחד מבני הזוג את הנכסים בשווה, לבין העמדה שהייתה ננקטת כלפי זוגות שהסדר איזון המשאבים לא חל עליהם, שלפי הצעתי יפלו לרשות הנותר בחיים. נראה לי שגישת המחוקק – המשווה בין שעת הגירושין לשעת המוות – היא גישה הלוקה בחשיבה משפטית מכנית ומתעלמת מכך שבעוד שבעת הגירושין ראוי כי השופט יחתור למציאת איזון צודק בין שני בני הזוג, הרי לאחר מות אחד מהם עיקר הדאגה צריכה להיות מוקדשת לנותר בחיים, ואין סיבה שעם התאלמותו הוא יתרושש ממחצית נכסיו לטובת יורשי חברו. זוהי סוגיה מורכבת והיא דורשת דיון נרחב.

17 ע"א 577/83 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, פ"ד לח (1) 461 (1984).

18 ד"נ 4/82 קוט נ' קוט, פ"ד לח (3) 197 (1984); ראו בהרחבה שיפמן, לעיל ה"ש 6, כך שני בעמ' 272-254.

ג. פוליטיקה של השפיטה

1. התרחקות מפרשנות של הדין הדתי

עתה אני מבקש לעבור לפוליטיקה של השפיטה כפי שהיא משתקפת בפסיקתו של הנשיא ברק בענייני משפחה, ומובן שלא אוכל לעמוד אלא על מקצת הדברים. באופן כללי אפשר להבחין שהנשיא ברק עסק במעטפת האזרחית המתעבה והולכת של דיני המשפחה, ולא התיימר לחדור לפרשנות הדין הדתי עצמו – בין אם הדין היהודי ובין אם דינים דתיים אחרים. לעתים רחוקות יצא מגדרו ומתח ביקורת על הפעלת הדין הדתי בבית הדין הרבני. כך, למשל, בפרשת בנקובסקי¹⁹ הכעיסה את השופט ברק הפסילה החפוזה של גיור עקב אי-שמירת מצוות על ידי המתגיירת, ועל כך מתח – ובצדק גמור – ביקורת על בית הדין במילים חריפות²⁰; אך כרגיל דרכו של השופט ברק הייתה לאגוף את הדין הדתי על ידי פיתוח מרחיב של הדין האזרחי. כך, למשל, בפרשת בבלי²¹ הטיל השופט ברק את דיני השיתוף האזרחיים על בתי הדין הרבניים, תוך שהשתמש לשם כך במשפט האזרחי – קרי: דיני החוזים והקניין – ככלי להרחבת עיקרון אזרחי, בגיבויו מעין-חוקתי²², והוא שוויון האיש. גישתו הייתה שהקוהרנטיות הנורמטיבית של השיטה הישראלית מחייבת שבעניינים שהדין האזרחי חל לא יוכל בית הדין הרבני לעשות שבת לעצמו ולהתעלם מדין המדינה. לפי גישה זו, הדפוס האזרחי של שיתוף נכסים הוא גיגית הכפויה על ראשיהם של הרבנים: משפט המדינה חל עליהם בעניינים אזרחיים, דוגמת דיני הקניין, כשם שהוא חל על כל אדם. רבים ביקשו להצביע על חוסר הטעם והתועלת בפסיקה זו, המבקשת לכפות על בית הדין הרבני לפסוק על פי הלכה חילונית, שחזקה על בית הדין כי לא יכוף ראשו בפניה

19 בג"ץ 113/84 בנקובסקי נ' בית הדין הרבני האזורי בחיפה, פ"ד לט(3) 365, 380 (1985); ראו גם בג"ץ 3023/90 פלונית, קטינה נ' בית-הדין הרבני האזורי, רחובות, פ"ד מה(3) 816, 808 (1991).

20 פרשת בנקובסקי, שם, בפס' 8 לפסק דינו של השופט ברק: "איני יכול שלא להביע את הזדעזעתי העמוקה מגישתו של בית הדין הרבני האזורי, אשר על יסוד מספר קטן של תשובות לשאלות, שאותן יום בעצמו... היה מוכן לפסוק... ש'גיורה בטל ומבוטל', ו'כל הנישואין שנערכו בינה לבין בעלה בטלים ומבוטלים', ומכאן 'שאינן לה שום זכות' ברכוש בעלה. האם כך ניתן לקבוע ממצא עובדתי, והאם כך ניתן להכריע בגורלו של אדם? הרי עניין לנו בדיני נפשות ממש. האם כך דרכו של בית הדין הרבני האזורי בחיפה?".

21 בג"ץ 1000/92 בבלי נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד מח(2) 221 (1994).

22 לדוגמאות נוספות להכפפת בית הדין הרבני לעקרונות חוקתיים או מעין-חוקתיים ראו פסקי הדין של הנשיא ברק בבג"ץ 3914/92 לב נ' בית הדין הרבני האזורי בתל-אביב-יפו, פ"ד מו(2) 491 (1994) (הוצאת צו לעיכוב יציאתו של אדם מן הארץ על ידי בית הדין הרבני צריכה להיעשות במסגרת החוקתית המניחה כנקודת-מוצא את זכותו העקרונית של כל אדם לצאת מן הארץ); בג"ץ 6650/04 פלוני נ' בית הדין הרבני האזורי בנתניה (לא פורסם, 14.5.2006) (על תחולת חוק הפרטיות בבית הדין הרבני).

אלא יחפש כל תחבולה להשתמט ממנה. אינני שותף לביקורת זו.²³ לכשנדייק יפה ניווכח לדעת שהלכת בבלי לא הייתה אלא מהלך מחוכם שנועד – בסופו של תהליך – לשלול את סמכותו של בית הדין הרבני ולא דווקא להתעקש על טיב פסיקתו. התהליך הוא רב-שלבי. תחילה נקבעה הלכה אזורית שנועדה לקדם את שוויון האישה. בכך החלו שופטים אחרים הרבה לפני השופט ברק;²⁴ השופט ברק חזר וקבע את מקומה הגאומטרי של הלכה זו במגרש האזרחי, וזאת כדי לאפשר לאגוף את הדין הדתי המבוסס על תפיסה אחרת. משנוכח השופט ברק לדעת כי יכולע להלכה זו אם תוכר סמכותו של בית הדין הרבני לדון בנושא זה – הטיל על בית הדין הרבני חובה לפעול לפי ההלכה האזרחית, בידיעה ברורה שבית הדין אינו מסוגל לעמוד בחובה זו, ושדבר זה יפקיע את הסמכות הדתית ויעביר את העניין כולו לשיפוט אזרחי.²⁵

אולם רפיונה של הלכת בבלי נעוץ דווקא בבית המשפט עצמו, שרוב שופטיו פירשו את חוק יחסי ממון כאילו הוא ממאן לדור תחת קורת גג אחת עם הלכת השיתוף, ובזה לכאורה הושיבו במקום הלכת השיתוף את הסדר איזון המשאבים²⁶ – הסדר נטול אפקטיביות שהותנה בביצוע גירושין תחילה, עד אשר תוקן החוק לפני זמן קצר בהתירו הקדמת המועד לאיזון המשאבים.²⁷ אמנם לאחר העיון מתברר שהתמונה המשפטית בנושא הייתה לכתחילה מאוד מורכבת ולא פשוטה,²⁸ ובכל זאת אין תמה שבתי הדין הרבניים נתלים בחוק ההוא כדי להסיר מעל עצמם את עול הלכת השיתוף. היה זה דווקא הנשיא ברק שלא נעצר בהלכת יעקובי וקנובלר כדי לשחק את הלכת השיתוף, והיה מוכן לבדוק את זכויות הצדדים לפי הלכת השיתוף אף שדובר בבני זוג שחוק יחסי ממון

23 פנחס שיפמן "בתי הדין הרבניים – לאן?" משפט וממשל ב 523 (1995).

24 ע"א 300/64 ברגר נ' מנהל מס עיזבון, פ"ד יט(2) 240 (1965); ע"א 253/65 בריקר נ' בריקר, פ"ד כ(1) 589 (1966); ע"א 135/68 בראלי נ' מנהל מס עיזבון, פ"ד כג(1) 393 (1968); ע"א 595/69 אפטה נ' אפטה, פ"ד כה(1) 561 (1971), ופסקי-דין רבים אחרים זולתם.

25 לניתוח התופעה בכללותה כמציינת מגמה שהדין נהפך לפונקציה של הדין ראו שיפמן, לעיל ה"ש 3, בעמ' 240-237. לאימון פרשנות זו על ידי הנשיא ברק ראו פסק דינו בבג"ץ 2232/03, שיידון להלן (ה"ש 50).

26 ע"א 1915/91 יעקובי נ' יעקובי, פ"ד מט(3) 529 (1995).

27 חוק יחסי ממון בין בני זוג (תיקון מס' 4), התשס"ט-2008, ס"ח 18 (התקבל בכנסת ביום ז' בחשוון התשס"ט, 5 בנובמבר 2008) מתיר הקדמת המועד לאיזון משאבים בהתקיים אחד מתנאים שונים, וביניהם: "חלפה שנה מיום שנפתח...הליך להתרת נישואין", וכן: "קיים קרע בין בני הזוג או שבני הזוג חיים בנפרד אף אם תחת קורת גג אחת במשך תקופה מצטברת של תשעה חודשים לפחות מתוך תקופה רצופה של שנה". לתחולה חלקית, בריזמנית, של דיני השיתוף, בצד הסדר איזון המשאבים, עוד לפני התיקון האחרון, חרף הלכות יעקובי וקנובלר, ראו: פנחס שיפמן "ואף על פי כן שיתוף נכסים" משפטים כו 399 (1996).

28 ראו שם.

חל עליהם. עם זאת, הוא לא אזור אומץ להסתייג במפורש מהגרסה השוללת את הסימולטניות של דיני השיתוף והסדר האיוון.²⁹ בכל זאת, מבחינת הפוליטיקה של השפיטה דומני שהייתה זו טעות בפרשת בבלי, כמו גם במקרים אחרים, לחדד את העימות בין הדין האזרחי לבין ההלכה הדתית. מוטב היה תחת זאת לבצר את ההלכה האזרחית, גם תוך שימוש בשפה דתית-הלכתית שמכירה בתוקפו של המנהג הרווח בין הבריות כמו גם בהסכמת הצדדים.³⁰ מוטב היה להעמיד את ההלכה האזרחית גם על יסודות אלה, ובכך לרכך במקצת את עצמת הפגיעה הסמלית בדין היהודי, להבדיל מדרך הפעלתו על ידי בית הדין הרבני. אני תוהה לשם מה היה צורך לומר שהמשפט העברי "מפלה הלכה למעשה את האישה", באשר "אינו מוכן להתחשב בחיי השיתוף כמקור לכוונת השיתוף". דומה שהביקורת הייתה צריכה להיות מופנית כלפי בתי הדין הרבניים על שאינם משתמשים בהלכות שהמשפט העברי מעמיד לרשותם.³¹ אפשר לשים לב שסערת הרוחות שהתעוררה בעקבות הפסיקה בפרשת בבלי נבעה לא רק מהתוצאה הכופה על הרבנים הלכה שיצאה מבית מדרשו של השופט ברק, כי אם גם בשל הניכור התרבותי למקורות היהודיים שהיו יכולים לסייע לפסיקת השופט. אך כבר אמרנו שהשופט ברק נרתע מלחדור לתחום שהוא זר לו, והוא פרשנותו של הדין היהודי עצמו. זרות זו מביאה אותו לכך שקבע כי אינו מוכן לכך שבתי הדין הרבניים יפעילו את הדין האזרחי הכללי באמצעות אחת מהדוקטרינות הפנימיות שלהם כגון מנהג, "דינא דמלכותא" או תקנת הקהל, שכן במקרה זה "הדין האזרחי... אינו מחייב מכוח עצמו אלא מכוח הסכמתו של הדין הדתי", ו"מצב זה אינו תקין כלל ועיקר". ונא לדייק: לא באתי לתבוע מן השופט מס שפתיים, כלומר: שבאמירות אלה או אחרות ימתיק את הגלולה האזרחית המרה בפיו של הדיין הדתי; באתי לתבוע חדירה אמיתית למעמקי של הדין הדתי כדי לשאוב ממנו סיוע לרעיונות מתקדמים. וזאת יש לדעת: הצגת העניין כעימות בין הזרוע הדתית לזרוע האזרחית נוחה לבית הדין, המעדיף להתעלם מהבעייתיות האמתית, הפנים-הלכתית, המסתתרת מאחורי העימות: השאלה המכרעת איננה אם בית הדין רשאי למצוא הכשר הלכתי לפסיקה האזרחית; השאלה

29 בג"ץ 3995/00 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול לערעורים, פ"ד נו(6) 883 (2002). בפסק דין זה אמר הנשיא ברק: "אכן, שאלה לא פשוטה היא אם חזקת השיתוף ממשיכה לחול לצד חוק יחסי ממון... כך בייחוד במצבים בהם קשר הנישואין בין בני הזוג לא נותק לגמרי... כך בייחוד לגבי דירת המגורים... אולם אין אני נצרך להביע עמדה בשאלות אלו בנסיבות המקרה שבפנינו... שכן גם אם חזקת השיתוף חלה באופן עקרוני על בני הזוג..."

30 ראו, למשל, תשובתו של הרב יהודה ליב גרויבארט מטורונטו בספרו שו"ת חבלים בנעימים, אבן העזר, סימן ל"ד: "נראה במדינה זו שעל פי דין הממשלה יש לאישה חלק שווה ברכוש הבעל וכל מי שחותם שטר נישואין יודע זאת ועל זה הוא חותם ברצונו, הרי זה שותפות גמורה... שכן המנהג והכל נוהגים כן וכוחה ככוחו".

31 ראו שיפמן, לעיל ה"ש 23.

המכרעת היא אם בית הדין רשאי, בפסיקת הלכה, להתעלם מהמציאות החברתית והתרבותית של חיי שיתוף וכוונת שיתוף הנוהגים גם בקרב שומרי המצוות.

2. נישואין אזרחיים: פסיחה על שתי הסעיפים

בעוד שהלכת בבלי מייצגת נחרצות ועמידה בלתי-מתפשרת מאחורי העיקרון האזרחי, בפרשיות אחרות, חלקן מאוחרות ממנה, השתקפה תחילה פסיחה על שני הסעיפים. בראש ובראשונה נמנע בשעתו השופט ברק מלפסוק לגבי תוקפם של נישואין אזרחיים שנערכו מחוץ לישראל על ידי אזרחי הארץ ותושביה. לגבי הזכות למזונות נחלץ השופט מן המבוכה המשפטית על ידי שימוש בתאוריה של הסכם מכללא שיש להסיק מעצם עריכת הטקס, מבלי לפסוק אם הצמיח טקס זה נישואין תקפים אם לאו.³² אפשר להסכים שאין זה ראוי שאדם יוכל להיפטר מחובתו לשלם מזונות לאשתו בנצלו את בטלותם של נישואיו לפי הדין הדתי: העובדה שבני הזוג נכשלו מליצור סטטוס אינה אומרת בהכרח כי לא הצליחו ליצור הסכם. אך מה טעם להשתמש במכשיר משפטי זה לגבי נישואין שתוקפם מוטל בספק, כשהספק נובע מאי-רצונו של בית המשפט להכריע בשאלה המשפטית? תקנת הציבור דורשת שבית המשפט יחליט חד-משמעית לגבי תוקף הנישואין.³³ כבר בעבר השתמש השופט ברק בספק משפטי לגבי תוקפם של נישואין קונסולריים כדי להחיל עליהם חובת רישום במרשם האוכלוסין;³⁴ אך אם ניתן היה להגן על כך באותה פרשה בטיעון שאין זה מתפקידו של פקיד הרישום להכריע בדבר תוקפן המשפטי של פעולות שפרטיהן טעונים רישום, הרי שהפעם הייתה השאלה מונחת לפתחו של בית המשפט. פיתוח כללים המיועדים לחול על ספק-נישואים³⁵ מזכיר את יראת ההוראה של בית הדין הרבני; אך מניין נובעת יראת ההוראה של השופט ברק? אכן, הנשיא ברק ציין כגורם מכביד את ה"הבחנות הדקות והדיקאות" החותכות את הסוגיה שלפנינו: "אם ניתן מלהימנע מלהיכנס ליער סבוך זה רצוי הוא הדבר, שכן אין לדעת כיצד נצא מסבך זה".³⁶ אלא שקשה להאמין שמלומד כמוהו נבהל מכך. בהמשך הדברים נראה שבפסיקה מאוחרת אמנם נכנס הנשיא ברק לאותה סוגיה – לאו דווקא סבוכה – והכריע בה, נכנס בשלום ויצא בשלום. בפסק הדין שלפנינו הוא ביקש לחזק את ההימנעות מהכרעה גם בכך ש"הסוגיה המשפטית בדבר תוקף הנישואין מעוררת בעיות קשות של 'דת ומדינה' בישראל. היא שנויה במחלוקת חריפה. אין לגביה קונסנסוס

32 רע"א 8256/99 פלונית, לעיל ה"ש 12.

33 כדברי השופט ויתקון בע"א 191/51 סקורניק נ' סקורניק, פ"ד ח 141, 181 (1954): "תקנת הציבור מחייבת אותנו להשיב תשובה ברורה על שאלת תוקף הנישואין וחלילה לנו להשאיר את בעלי הדין במצב של ספק אם נשואים הם זה לזו אם לאו".

34 בג"ץ 2888/92 גולדשטיין נ' שר הפנים, פ"ד נ(5) 89 (1994).

35 פנחס שיפמן ספק קידושין במשפט הישראלי 23 ואילך (1975).

36 שם, בעמ' 230.

חברתי. אם ניתן להימנע מהכרעה שיפוטית בשאלות אלה יש לנקוט דרך זו.³⁷ בעוד שניתן להבין את חפצו של בית המשפט להימנע מסערת רוחות פוליטיות בתגובה על אמירות שיפוטיות שלא היו צריכות לגוף העניין, ספק אם ראוי היה שהשופט ברק יכבוש את דעתו כשהשאלה המשפטית מחייבת הכרעה.

לא פחות מטרידה היא הדיסהרמוניה המשפטית שנוצרה לגבי תוכנה של זכות המזונות בנישואין אזרחיים שהשופט ברק השאירם בחזקת ספק. צאו וראו: על זכות למזונות, פרי המשתמע מהסכמת הצדדים, יחול דין אזרחי, אמורפי, הנשלט על ידי עקרון תום הלב. בלשונו של השופט ברק: "משטר מזונות זה לא נגזר מסטטוס של נישואין... משטר המזונות נגזר מההסכם שבין הצדדים; הוא 'פונקציה' של הנסיבות; הוא נשלט על-ידי דרישות היושר, שיקולי ההגינות ותחושת הצדק של החברה הישראלית המבטאת את עקרון תום-הלב החל בין הצדדים".³⁸ הווה אומר, בקיצור ובפשטות: בית המשפט יקבע את הזכות למזונות, את תקופתה ואת תנאיה על פי שיקול דעתו. על נישואין דתיים שנערכו כדת משה וישראל יחולו ללא ספק דיני המזונות הדתיים, אך דינים אלה יחולו גם על נישואין אזרחיים שבית המשפט אינו מטיל בהם ספק, כגון נישואין שנערכו על ידי הצדדים מחוץ לישראל בהיותם אזרחים זרים קודם עלייתם ארצה. במקרה כגון זה כבר הורה השופט ברק, בפסק דין קודם (פרשת שמואל³⁹), כי יחולו דיני המזונות הדתיים החלה פיקטיבית, שהיא תוצאה של הרכבתו של הדין הדתי על הנישואין האזרחיים שבית המשפט מכיר בהם מכוח הדין הזר ועל יסוד כללי המשפט הבינלאומי הפרטי. לכאורה אפשר היה לשאול מה לי נישואין אזרחיים של ישראלים, מה לי נישואין אזרחיים של זרים שהתאזרחו לאחר מכן? אכן, כאשר בני הזוג, אזרחי המדינה ותושביה, נישאו בנישואין אזרחיים מחוץ לישראל, הם ביקשו לרוב להשתחרר מהדין האישי.⁴⁰ לעומת זאת, אין זה ברור שזו אמנם הייתה כוונתם של בני זוג שנישאו לפי החוק שחל עליהם במולדתם. אלא שההסבר המושגי היחיד שניתן למצוא בפסק דין זה להבדל בין שני המקרים הוא שאת זכותם של הראשונים, בדומה לידועים בציבור, לא ניתן לגזור מסטטוס הנישואין שכן "תוקף נישואיהם לא הוכרע".⁴¹ הקונסטרוקציה החוזית אינה ישימה אם בני הזוג נשואים, שכן

37 שם.

38 שם, בעמ' 236.

39 ע"א 566/81 שמואל נ' שמואל, פ"ד לט(4) 399 (1985). ברע"א 8256/99 פלונית נ' פלוני, לעיל ה"ש 12, אמר הנשיא ברק בפירוש כי "פסק-דין זה מתייחס לנישואין אזרחיים שנערכו מחוץ לישראל של יהודים, תושבי הארץ ואזרחיה. אין הוא חל במקום שיהודים ערכו ביניהם טקס נישואין אזרחי בהיותם תושבי מדינה זרה או אזרחי מדינה זרה ולאחר מכן עלו לישראל. על מצב דברים זה חלה הילכת שמואל, שלפיה דיני המזונות נקבעים על-פי המשפט העברי".

40 שם, בעמ' 238.

41 שם, בעמ' 236.

על חובת המזונות חל הדין הדתי⁴² ולא ניתן להרכיב עליו, כמתחרה שוות-כוח, תאוריה של הסכם מכללא המכרסמת בו – להבדיל ממקרים שבהם קונסטרוקציה זו מעניקה זכות מזונות שלא ניתן היה לבנותה על נישואין מוכרים.⁴³

יוצא מכאן שבאותם מקרים שבהם הגיע השופט ברק למסקנה שהוא אינו מתיירא מהמשמעות הפוליטית של הכרה בנישואין אזרחיים תתכנס זכות המזונות לתבנית הידועה של הדין הדתי, בעוד שבמקרים אחרים תצוץ זכות המזונות על פני שיקול דעתו החופשי של בית המשפט, שיעצבנה כרצונו. כאן מותר לתהות: הרי ייתכן שבעתיד יחליט בית המשפט לחתוך את שאלת תוקף הנישואין ולהכיר בהם⁴⁴ – וכיצד יקרין הדבר על מה שהיה עד לכאן בבחינת הסכם ולא יותר? היוותר בית המשפט על דיני המזונות ההסכמיים וימירם בדיני מזונות על פי דין רק מתוך כך שהנישואין הוכרו לבסוף? ויתור כזה מסכן את בית המשפט בפרדוקס שדווקא הכרה בתוקפם האזרחי של הנישואין מסגירה את הצדדים לידי הדין הדתי בסוגיית המזונות, בעוד שהשארית הנישואין במצב של ספק-בטלים-ספק-תקפים מניחה להם ליהנות מדיני מזונות גמישים יותר. אפשר כמובן לטעון שגם לגבי נישואין אזרחיים תקפים רצוי לשנות את ההלכה, ויש לייחס לכל הנישאים אזרחית הסכם להחיל דין מזונות אזרחי. אם כך, מדוע יש לעצור בנישואין אזרחיים, ומדוע לא ניתן להשליט את התפיסה האזרחית המיוחסת להסכמת הצדדים גם לנישואין שנערכו כדת משה וישראל? מכך בוודאי היה הנשיא ברק מבקש להימנע, מפני שהרחבה מעין זו תתנגש עם הדין הדתי – והוא הרי ביקש להימנע מעימות פוליטי העלול להיווצר מהכרעה משפטית חדה מדי. מובן כי השאלה אינה רק משפטית-פוליטית אלא גם משפטית-מהותית: לפי מצוות החוק, בקביעת הזכות למזונות בבני זוג נשואים יחול הדין האישי.⁴⁵

קיצורו של דבר: אילו הייתה פסיקתו של השופט ברק חוסכת דשדוש בביצה העכורה של סכסוכי שיפוט והתנגשויות דינים, והייתה מכווצת את נפח הבעיות הדיוניות המוקדמות, ניתן היה לברך עליה; אבל חוששני שהשופט ברק הוסיף עוד רעיון יפה ומעניין למשבצת אחת בלוח השחמט של דיני המשפחה, והמשפטן – בין שהוא פרקליט המבקש לייצג ללקוחו ובין שהוא שופט הנקרא להחיל את הדין – ימשיך להתייגע

42 סעיף 2 לחוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות), התשי"ט-1959, ס"ח 72.

43 אחרת לא ניתן להבין את המשך ההצמדות להלכת שמואל, המחילה את הדין הדתי על זכותה למזונות של אישה שנישאה בנישואין אזרחיים בשעה שהצדדים היו אזרחים זרים. אכן, בפרשת פלונית, לעיל ה"ש 12, פזורים רמזים לכאן ולכאן בשאלת הסימולטניות האפשרית של תאוריית ההסכם ותאוריית הסטטוס. כך, למשל, ציין הנשיא ברק כשיקול לבחירתו בדרך החוזה כי "אם יתברר במסגרת הדיון בשאלת הסטטוס כי בני-הזוג הינם נשואים בנישואין אזרחיים, גם במצב דברים זה ניתן לטעון ולהוכיח כי הסכם בין הצדדים שונה מדיני המזונות" (שם, בעמ' 230); עם זאת, הוא חזר וציין שיסוד לתאוריית החוזה הוא שתוקף הנישואין לא הוכרע (שם, בעמ' 235 ו-236).

44 כפי שבאמת אירע; ראו להלן ה"ש 50.

45 סעיף 2 לחוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות).

במהלכים שעליו לעשות. לשבחו של השופט ברק יש לומר כי הוא לא הצטרף לאותו פזמון חוזר שהשמיעו שופטים שונים בפסיקה, המבטא את אולת-ידם להתמודד עם התוצאה הנובעת מהדין הדתי, הגם שהיא נראית בעיניהם בלתי-רצויה כגון שלילת זכות המזונות מגרושה שנישאה לכהן.⁴⁶ המכשיר המשפטי לעשיית צדק נמצא ונעשה בו שימוש, אך כאמור היה מקום לתהות על הצורך להיזקק לו לגבי נישואין שבית המשפט אמור היה להכריע בדבר תוקפם.

כיוצא בזה מוצאים אנו שהשופט ברק התפתל בסוגיית סמכותו של בית הדין הרבני לפרק נישואין אזרחיים.⁴⁷ לאחר שציין את השיקולים הסותרים בסוגיה זו ביקש השופט ברק להרגיע אותנו כי בעניין זה לא מתעוררת השאלה אם רשאי בית הדין להתיר נישואין אזרחיים בעילה היחידה שהם לא נערכו כדת משה וישראל. וכל כך למה? מפני שבית הדין הוסיף את המלים שהפסק ניתן גם על יסוד "יתר החומר שבתיק", וערכאת הערעור אף טרחה להוסיף את עובדת הפירוד בין הצדדים. נמצאה הנוסחה הגואלת: במעט קוסמטיקה הנמרכת על הפסק הדתי כוסה המום שבה. ואתה תוהה לכאורה: האם אמנם ביקש השופט ברק להזמין את בתי הדין לייצר פסקים שאין תוכם כברם? האם תמים הוא להניח שפסילת הנישואין האזרחיים איננה הסיבה המכרעת לחיוב הצדדים להתגרש? אחת משתים: או שסבר כי קצרה ידו מלהתערב בהחלטה, או – וזו האפשרות העדיפה בעיני – שסבר כי בעצם אין דופי בתוצאה שאלה הגיע בית הדין הרבני, דווקא לאור הגישות הליברליות המצדדות בגירושין ללא אשמה.⁴⁸ בכל מקרה הייתי מצפה שהדברים ייאמרו במפורש ושלא יוסוו במעטה למדני, המסתיר בסופו של דבר את שיקוליו האמיתיים של השופט. אף שההנמקות רחבות הן ומפורטות, צעיף של מסתורין ממשיך להיות פרוס על רבות מהן, כי אינך יודע מה בסופו של דבר היה השיקול המכריע בעיני השופט.

במקרים אחרים נראה לי כי מבעד לרטוריקה שממנה עשויה להשתמע לעתים נחרצות להתערב בפסיקת בתי הדין הרבניים, בהרבה מקרים מסתתרים למעשה זהירות יתר וריסון עצמי – לעתים מופרז – מלהתערב בפסיקתם. כך, לאחר פרשת בבלי – שהעלתה קומה שלמה את דרגת ההתערבות, בהרחיבה תאורטית את היקף הפיקוח של בג"ץ – חלה נסיגה והמדיניות בה נקטו רוב השופטים הייתה, כמדומה, הקטנת הפרופיל של הסכסוך בין הזרוע האזרחית לזרוע הדתית בענייני משפחה.⁴⁹

46 ראו, למשל, ע"א 571/69 כהנא נ' כהנא, פ"ד כד(2) 549 (1970); ע"א 592/83 פורר נ' פורר, פ"ד לח(3) 561 (1984); ע"א 798/82 נוני נ' נוני, פ"ד מ(3) 744 (1986).

47 בג"ץ שמואל, לעיל ה"ש 39.

48 ראו בהרחבה, תוך ניתוח הלכת שמואל, פנחס שיפמן "על הזכות להתגייר, על הזכות להתגרש ועל חובת ההכרעה" משפטים טז 212 (1986).

49 ראו, למשל, בג"ץ 5969/94 אקנין נ' בית הדין הרבני האזורי בחיפה, פ"ד נ(1) 370 (1996), שם אובחנה בדעת הרוב הלכת בבלי.

3. נישואין אזרחיים: סוף-סוף הכרעה על סף פרישה

אך בעוד שבמשך כהונתנו התאפיינה פסיקתו של הנשיא ברק בפסיחה על שתי הסעיפים בנושא זה, הרי לאחר פרישתו, במסגרת שלושת החודשים שבהם היה רשאי להשלים מתן פסקי דין, נתן השופט ברק שלושה פסקי דין היוצרים תפנית רבת-חשיבות בפסיקתו ומקבלים ביקורת שמתחתי על פסיקה קודמת. פסיקה חדשה זו משנה את המגמה מהססנות-מדומה להכרעה גלויה, ומעמידה את עריכתם של נישואין אזרחיים מחוץ לישראל כחלופה לגיטימית, מוכרת ובת-תוקף ברור לפי המשפט האזרחי. דיני המשפחה האזרחיים יצאו סוף-סוף מן הארון לאחר שהנימוק הערכי לקידומם היה חבוי ומוצנע. ראוי לתת את הדעת על התפתחות מכרעת זו בפסיקתו של הנשיא ברק: היא מחזקת את ההבחנה בפסיקתו בין ערכים לאמצעים באשר היא מלמדת שהתפיסה האזרחית של משפחה שאליה חתר ברק קיבלה הנמקות שונות – מצמצמות בתחילה ומרחיבות בהמשך – בעוד שעיקר המטרה בעינו עומד והוא אף צפוי מראש.

כאמור, לאחר פרישתו של הנשיא ברק מכס השיפוט הוא נתן פסקי דין נוספים, שלושה במספר, שבהם מסתמנת תפנית רבת-חשיבות בגישתו כלפי נישואין אזרחיים.⁵⁰ אפשר לסכם תפנית זו כך: לראשונה קבע ברק חד-משמעית שנישואין אזרחיים הנערכים מחוץ לישראל על ידי יהודים, אזרחי המדינה ותושביה, הם בעלי תוקף מלא. הוא הכיר בסמכותו של בית הדין הרבני לפרק נישואין אלו, אך הכרה בסמכות זו משמשת מנוף לפיתוח דיני משפחה אזרחיים לגבי זכויותיהם וחובותיהם ההדדיות של בני הזוג; הוא הכיר למעשה גם בנישואין אזרחיים הנערכים מחוץ לישראל בין יהודי ללא-יהודי אם כי להלכה הוא לא החליט סופית בשאלה זו; ולבסוף, הוא הסיר למעשה את המחסומים לשלילת ההכרה בנישואין חד-מיניים שנערכו בחו"ל, אף שהדגיש כי אין הוא מחליט אלא בשאלת הרישום וכל פסיקתו נשענת רק על שיקולים מנהליים המונעים מפקיד הרישום להכריע בדבר תוקפם של נישואין שתעודה לגבי עריכתם הובאה לפניו.⁵¹

נפתח בפרשה הראשונה,⁵² שבה כאמור נחתכו שאלות משפטיות שעד כה השאירן הנשיא ברק פתוחות. לראשונה הוא קבע בפה מלא שנישואין אזרחיים שנערכו מחוץ לישראל בין שני יהודים, אזרחי המדינה ותושביה, הם בעלי תוקף בישראל על יסוד כללי המשפט הבינלאומי הפרטי שמקורם במשפט המקובל האנגלי. כללים אלה מחילים את דיני המדינה שבה נערכו הנישואין לצורך השאלה אם הנישואין היו תקפים מבחינת כשרותם הצורנית. כאשר תקיפת הנישואין מטעמו של הדין הדתי איננה מצטמצמת לכך

50 בג"ץ 2232/03 פלונית נ' בית הדין הרבני האזורי ת"א-יפו (לא פורסם, 21.11.2006); בג"ץ 3045/05 בן-ארי נ' מנהל מינהל האוכלוסין במשרד הפנים (לא פורסם, 21.11.2006); בע"מ 9607/03 פלוני נ' פלונית, תק-על 2765 (4) 2006 (2006).

51 הלכת פונק שלזינגר: בג"ץ 143/62 שלזינגר נ' שר הפנים, פ"ד יז 225 (1963).

52 בג"ץ 2232/03 פלונית, לעיל ה"ש 50.

שהם לא נערכו בצורה הראויה, אלא אף חודרת לשאלות של מהות – קרי: לכך שלצדדים לא היה כושר להינשא זה לזה – אפשר היה לטעון אמנם, על פי כללי המשפט המקובל, שראוי שיחול על כך דין מקום מושבם של הצדדים, דהיינו: הדין האישי, הדתי; אך בפרשה הנדונה לא היה מקום לדון בטענה זו כי הנישואין נערכו בין שני יהודים הכשרים להינשא זה לזו, ולכן לא נזקק הנשיא ברק לבחון את הגרסה המרחיבה הטוענת שיש להחיל את דין-מדינת-הטקס לא רק בשאלות של צורה כי אם גם בשאלות של כושר.

לכאורה, אפשר לתמוה על כך שהנשיא ברק לא היסס לקבוע חד-משמעית שנישואין אזרחיים שנערכו בחו"ל בין שני יהודים ישראליים הם בני-תוקף. הרי בפרשת פלונית שהוזכרה לעיל⁵³ הוא ביקש לשכנע אותנו שההכרעה בשאלת תוקף הנישואין מושפעת מהעובדה ש"הבחנות דקות ודקיקות" חותכות את הסוגיה שלפניו. חוששני שמונח זה לא היה אלא תחפושת שמאחוריה הסתתרו שיקולים אחרים. אולי היה זה חוסר-רצונו של השופט להכריע בשאלה זו מטעמים פוליטיים הנעוצים בתחום הרגיש של יחסי דת ומדינה, כפי שציין בעצמו, ואולי היה זה מפני ששבה את לבו רעיון המזונות החוזיים הקורם עור וגידים בידיו היוצרות של השופט – אך זאת רק בהיעדרו של סטטוס מוכר. כפי שנראה בהמשך, הנשיא ברק חזר והשתמש באותו מונח עצמו בהצגה השיפוטית של שאלת הנישואין החד-מיניים. מכל מקום, בפרשת פלונית, הוא חזר ואמר שההכרעה בשאלה אם הדין האישי יחול על כשרותם של נישואין שנערכו מחוץ לישראל היא שאלה קשה – וקבע ש"אין מנוס מנקיטת עמדה" בה. אכן, בית הדין הרבני עצמו ראה את הצדדים כנשואים על פי החוק האזרחי, ולכן ברור ששוב לא היה טעם לשחק משחקים בספקות מדומים או להעמיד פנים שהשאלה נותרה ללא הכרעה. אמנם היה הבדל אחד חשוב בין הפרשה הקודמת לבין הפרשה החדשה: בראשונה היו אלה "נישואי פאראגוויי" שבהם נערכו הנישואין על ידי שליח, ואילו בפרשה החדשה הם נערכו בהופעה אישית של הצדדים במדינת החוץ. ואכן, בפסק הדין האחרון הגביל הנשיא את ההלכה המכירה בנישואין האזרחיים למקרה שהנישואין נערכו בנוכחות אישית, בצינו שאין הוא מביע דעה לגבי נישואין שנערכו באמצעות שליח. עם זאת, מדבריו ברור שהוא רואה עצמו כמי שמכריע בשאלה שקודם לכן השאירה בצריך עיון.

לדינמיקה שיפוטית זו הייתה משמעות מפתיעה בהתפתחות ההלכה היוצרת את דיני המזונות האזרחיים. בפעם הראשונה הונחו הנישואין האזרחיים בחזקת ספק, כדי שניתן יהיה לבנות על יסודו של ספק זה את הקונסטרוקציה החוזית של הנישואין. אילו קבע אז הנשיא ברק שהנישואין תקפים ללא ספק היה מתקשה לבסס את דיני המזונות החוזיים נוכח ההלכה שהוא עצמו קבע קודם לכן – שעל נישואין אזרחיים בני-תוקף על פי כללי המשפט הבינלאומי הפרטי יורכבו דיני המזונות הדתיים בהחלתם הפיקטיבית. עתה, משבאו לעולם דיני המזונות החוזיים בשעה טובה ומוצלחת, הם כבר יכולים לפרוש כנפיים ולהכיל גם נישואין אזרחיים תקפים. ואכן, לאחר שהכיר הנשיא ברק בסמכותו

53 רע"א 8256/99 פלונית נ' פלוני, לעיל ה"ש 12.

של בית הדין לפרק נישואין אזרחיים – ובכך נעסוק מיד – הוא התפנה לומר שהזכויות ההדדיות של הצדדים יידונו בבית המשפט האזרחי על פי דינים אזרחיים, ובראשם המכשיר החוזי המספק לבן הזוג החלש מזונות המסייעים בידי להשתקם לאחר הגירושין. הנשיא ברק טרח להזכירנו שהכלי כבר הומצא, והוא הונח לרשות השופט האזרחי בפרשת פלונית.

אין אני יכול לקבוע אם חילופי ספק-נישואין בוודאי-נישואין, בין שתי הפרשיות, לא היו אלא דרך אלגנטית שיוזם הנשיא ברק כדי להסתיר את העובדה שהוא החליט לשנות את דעתו הקודמת בפרשת שמואל, שעל פיה יחול הדין הדתי בסוגיית המזונות – תוך המרתה בהלכה החדשה שלפיה הדין האזרחי, החוזי, הוא שיחול. זו התוצאה המתקבלת במבט לאחור. אכן, החלת דיני המזונות הדתיים בנישואין אזרחיים יוצרת סיבוכים וקשיים לא-מעטים, ועל כך מצאתי מקום להעיר בשעתו, תוך הצבעה על האפשרות להשתמש בקונסטרוקציות חוזיות כשבית הדין הרבני מבטל את תוקפם של נישואין אזרחיים.⁵⁴

אולם, בפרשה שלפנינו חידש בית הדין הרבני שאין הוא בא לבטל את תוקפם של נישואין אזרחיים מעיקרם. גישתו מורכבת: מצד אחד, אם בחרו בני הזוג מדעת בנישואין אזרחיים, אין רואים אותם כנשואים כדת משה וישראל ואין לחייבם אפילו בגט חומרא, בניגוד למה שהיה נהוג בעבר; מצד שני, חל עליהם "דין בני נוח" שעל פיו הם זקוקים לגירושין – בדרך של פסק, ולא בדרך של גט – כדי להינשא לאחרים, ופסק גירושין שכזה בית הדין הרבני מוכן לתת בחפץ לב, אם הוברר לפניו שבני הזוג כבר נפרדו בפועל ואין סיכוי לחידוש חיי הנישואין. לא כאן המקום לעמוד על הבעיות ההלכתיות-פנימיות שיוצרת גישתו של בית הדין הרבני: האם אין הוא מעניק בכך לגיטימיות לנישואין אזרחיים שעד כה ביקש להסתייג מהם נחרצות? עד היכן יהיה מוכן להרחיק לכת ולתת תוקף למנהג זר מכוח דין בני נוח? ומדוע אותו דין של בני נוח אינו בר-תוקף כדי לקבוע גם חיובים הדדיים בין בני הזוג? נראה בעליל כי בית הדין הרבני עשה מאמץ ניכר לסגל את הרטוריקה שלו לציפיות האזרחיות – הכול כדי שלא לשמוט מידי את סמכות השיפוט בנושא זה. לכאורה עלה הדבר יפה בידו; אך בכך נפל בית הדין הרבני שלא מדעת למלכודת דבש, שכן התוצאה של פסיקה זו הייתה שכל העניינים הנלווים לאותם גירושין נשרו ממסגרת השיפוט הרבנית.

יש לציין כי היו בפסיקה חילוקי דעות אם בית הדין הרבני רשאי להתיר נישואין אזרחיים אם לאו.⁵⁵ הנשיא ברק אימץ לעצמו את הדעה שהובעה בביקורת על פסקי דין קודמים, כי דווקא מנקודת מבט ליברלית המצדדת ב"גירושין ללא אשמה" יש להכיר בסמכות הרבנית וכי "התפקיד המשלים, היינו: הגנה על האינטרסים הכלכליים, צריך

54 ראו שיפמן, לעיל ה"ש 48.

55 ראו בסוגיה זו שיפמן, לעיל ה"ש 6, בעמ' 356-382.

לבוא מבית המשפט האזרחי עצמו.⁵⁶ ואכן, בפסק דין זה הכריז הנשיא ברק שהחלל שהותיר בית הדין הרבני לגבי זכויות הצדדים ימולא⁵⁷ על ידי דיני משפחה אזרחיים תוצרת בית המשפט. הוא אימץ את הדעה⁵⁸ כי מי שיתיימר להקנות שיפוט לבית הדין הרבני כדי שזה יתנכר לזכויות שהמשפט האזרחי מכיר בהן – וזאת באמצעות כריכתה כביכול של ההתדיינות הממונית בהליך הגירושין – ינחל כישלון, שכן פנייתו תהיה נגועה בחוסר תום לב. מכאן שהתדיינות בשאלות של מזונות, יחסי ממון ואף החזקת ילדים, תתקיים במסגרת השיפוט האזרחי. הווה אומר: נישואין אזרחיים לא ייוותרו בגדר נישואין חלולים מתוכן, אלא יתמלאו בתוכן אזרחי. מעקב אחר התפתחות הפסיקה מלמד אותנו שהלכות אזרחיות שנוצרו כדי לשמש דין שיורי, סופן שלא נותרו בצדי הדרכים והן עולות על דרך המלך ומשתלטות על הדין הראשי.

על התפתחות הדרגתית מגרסה מתונה לגרסה מרחיבה ניתן ללמוד גם מפסק הדין החדש השני, שעניינו נישואין אזרחיים.⁵⁹ הפעם נדונה לא רק שאלת כשרותם הצורנית של הנישואין אלא גם שאלת כושרם של הצדדים להינשא, שכן הנישואין נערכו בין יהודי-ישראלי לבין אישה לא-יהודיה, רומניה. הנשיא ברק נטה לדעה שגם הפעם אין להחיל על הנישואין את דינו האישי, הדתי, של הגבר, הפוסל את הנישואין, אלא את דיני המדינה שבה נערכו הנישואין. בכך הורחבה יריעתו של דין מדינת העריכה משאלות של צורה בלבד לשאלות של כושר. עם זאת, ברק נמנע מלקבוע את הדברים באורח כללי והגביל אותם להקשר הספציפי שלפניו – זכותה של האלמנה בירושה. אלמנה זו זכאית הייתה לחלקה בירושה לפי חוק הירושה בין אם הייתה עם המנוח "חיי-משפחה במשק" בית משותף⁶⁰ ובין אם הייתה "בן-זוג" של המנוח,⁶¹ ומונח אחרון זה כולל מי שנישא לאדם בנישואין התקפים במדינת עריכתם, יהיה אשר יהיה תוקפם על פי הדין האישי. בכך המשיך פסק דין זה – שניזון לכאורה רק מכוח שיקולים ספציפיים של דיני הירושה – את המגמה הקבועה במשפטנו להכשיר את תוקפם של נישואי תערובת "רק" לעניין זה ו"רק" לעניין אחר, עד שהכרה זו משתרעת כמעט לכול דבר.⁶² החידוש שבו הוא שמעתה מוכרזת בגלוי הנטייה לדחות כליל את הדין הדתי כשנערכו הנישואין בטקס אזרחי בחו"ל והם תקפים על פי דיני מדינת עריכתם.

על רקע זה נחשפת הרטוריקה המלווה את פסק הדין השלישי שנתן לאחרונה הנשיא ברק, בהיותו כבר בדימוס, הוא פסק הדין המורה על רישומם במרשם האוכלוסין של

56 שם, בעמ' 382.

57 פסקה 31 לפסק הדין.

58 ראו שיפמן, לעיל ה"ש 48.

59 בע"מ 9607/03 פלוני, לעיל ה"ש 50.

60 כאמור בסעיף 55 לחוק הירושה, התשכ"ה-1965, ס"ח 63.

61 כאמור בסעיף 11 לחוק הירושה.

62 ראו שיפמן, לעיל ה"ש 6, בעמ' 282-286.

נישואין חד-מיניים שנערכו בקנדה.⁶³ הנשיא ברק קבע, וחזר והדגיש וקבע, שאין בפסק הדין משום הכרה בנישואין חד-מיניים הללו כי אם "רק" הוראה בדבר רישומם במרשם האוכלוסין. בכך ביקש להמשיך ולהעמיס על כתפיה הצרות של הלכת פונק שלזינגר⁶⁴ המפורסמת החלטה לגבי רישום – נקייה, כביכול, ממטענים אידאולוגיים שנויים במחלוקת. הוא לא קיבל את הטענה שרישום בני זוג מאותו מין כנשואים הוא רישום הלוקה מבחינה משפטית באי-נכונות גלויה לעין. "השאלה אינה אם נישואין הומוסקסואליים מוכרים בישראל. השאלה הינה אם המשפט הישראלי יכיר בנישואין הומוסקסואליים התופסים במקום עריכתם", ועל כך המשיך ואמר הנשיא ברק: "תשובה לשאלה זו אינה פשוטה כלל ועיקר. היא מחייבת עריכתן של הבחנות דקות ודקיקות". במונח זה כבר פגשנו קודם, אך מה פשרו כאן? בהמשך הדברים אמר הנשיא ברק כי בית המשפט איננו נוקט בפסק דין זה כל "עמדה באשר להכרה בישראל של נישואין בין בני אותו מין הנערכים מחוץ לישראל", שהתשובה עליה "קשה היא וסבוכה". הקושי הוא כמובן קושי פוליטי והסבך הוא סבך פוליטי; מבחינה משפטית לא מדובר כאן בהבחנות דקות או דקיקות. פסק הדין שולל את הטענה שנישואין של בני-אותו-מין חורגים מן הקטגוריה של נישואין, בהזכירו את ההטבות הניכרות שזוג כזה מקבל לפי הפסיקה. יצוין כי תיוג היחסים כ"תא חברתי", להבדיל מ"תא משפחתי" – סיווג שעטף את פסק דינו של השופט ברק בפרשת דנילוביץ', פרשה שהיא ראש וראשון למתן ההטבות – נשכח בינתיים.

חובה להדגיש כי אחרי שהתקשרות חד-מינית זכתה לעלות בדרגה ולהיכנס לתפיסה הישראלית של מושג הנישואין, השאלה שנותרה היא כבר לא שאלה מוקדמת של מעין-קלסיפיקציה אלא של ברירת דין רגילה. השוני בין המשפט הישראלי למשפט הקנדי לא נעוץ במסגרת המושגית של מהות הנישואין כי אם רק בקביעת הכשרים והפסולים לבוא בברית הנישואין. זה איננו שוני במין אלא בדין. שם הם פנוי-חיתון ואילו אצלנו הם פסולי-חיתון, ואין ולא כלום בין פסול-חיתון זה לבין, למשל, פסלותם של נישואי תערובת לפי הדין הישראלי הפנימי. כבר למדנו בפסק הדין הקודם שהנשיא ברק גורס שיש להחיל את דיני המדינה שבה נערכו הנישואין גם בשאלות של כושר הצדדים להינשא. אמור מעתה: היסודות שהניח הנשיא ברק בפסק דין זה כדי לסגל את הלכת פונק שלזינגר לנישואין חד-מיניים, כמו גם העמדות שנקט בפסקי דין קודמים לגבי ההכרה בנישואין אזרחיים בכלל, שומטות אחת לאחת את המכשולים האחרונים להכרה מלאה בישראל של נישואין חד-מיניים על פי כללי המשפט הבינלאומי הפרטי. מכאן שהרטוריקה המכריזה על אי-נקיטת עמדה מצדו, בשל קיומן של "הבחנות דקות ודקיקות" כביכול, היא חלק מהמאמץ של הנשיא ברק להמעיט את הביקורת הפוליטית על הכרעתו בתחום רגיש זה.

63 עניין בן-ארי, לעיל ה"ש 50.

64 הלכת פונק שלזינגר, לעיל ה"ש 51.

מכל מקום, יש להניח שעל נישואין חד-מיניים אלה יחולו דיני המשפחה האזרחיים שאותם החל הנשיא ברק לגבש בפסקי הדין הקודמים, אלא שהפעם יהיה מקום לעצב גם דיני גירושין ממש, שהרי רק ענייני נישואין וגירושין לפי התפיסה הרבנית הם חלק משיפוטו של בית הדין הרבני,⁶⁵ ואילו עניינם של זוגות חד-מיניים, שאפילו איננו בגדר דין בני נוח, ייפול בחיקם האוהד יותר של בתי המשפט לענייני משפחה. בכך ימשיכו – אולי – שופטים אחרים את מה שהחל הנשיא ברק.

ועוד הערה אחת לפן האישי: באמצעו של ספר תהילים, בסיום אחד הפרקים, מופיע הפסוק "כלו תפלות דוד בן-ישי".⁶⁶ לאחר אותו פרק נוספו עוד פרקי תהילים רבים, שעל אחדים מהם אף נאמר במפורש כי דוד אמרם. והנה, זוכר אני כי בשעה שפרש פרופ' אהרן ברק מעולם האקדמיה לעולם העשייה, אמר מורו ורבו פרופ' גד טדסקי, במסיבה שנערכה לכבודו של ברק, כי הוא מקבל פרישה זו ברגשות מעורבים, על ההפסד הצפוי לעולם האקדמי ועל הרווח הצפוי לעולם העשייה. עתה יכולים אנו לומר כי לאחר שפרש השופט ברק מכהונתו כנשיא בית המשפט העליון, עתיר הישגים מרשימים ומאחוריו מפעל שיפוטי מזהיר, והוא חוזר לעולם האקדמי שממנו בא, הרי שרגשותינו וברכותינו הן חד-משמעיות, שימשיך להגדיל תורה אקדמית ולהאדיר.

65 יש לשים לב שהכשרת סמכותו של בית הדין הרבני לפרק נישואין אזרחיים באה רק לאחר שבית הדין העניק הכרה מסוימת לאותם נישואין, ובלעדיה יש להניח שסמכותו הייתה נשללת: שוב הדיין נהפך להיות פונקציה של הדין.

66 תהילים עב 20.

