

רבנו גרשום במדינת ישראל: כפיית גט מול היתר נישואין ושורשי "מנהג בתי הדין"

עמיחי רדזינר*

לאלימלך, שהוא מרא דשמעתא בסוגיין

א. מבוא

קשה להפריז במשמעותן של שתי התקנות המיוחסות לרבנו גרשום מאור הגולה (ונקראות על שמו "חרם רגמ"ה", או "חדר"ג"): ¹ זו שאסרה על הגבר היהודי לקחת אישה שנייה וזו שאסרה עליו לגרש את אשתו בעל כורחה. ² "חרם זה הוא, ככל הנראה, החרם המפורסם ביותר שהוטל במרכז יהודי כלשהו בימי הביניים". ³ אלימלך וסטרייך סיכם את הדברים בצורה קולעת: ⁴

הופעת תקנות רגמ"ה בדיני משפחה על בימת המשפט העברי באמצע המאה השתים עשרה באשכנז היא תחילתו של עידן חדש בהגנת מעמד הנישואין של האישה [...] ההגנה המשפטית שהעניקו התקנות לאישה

* אלא אם נאמר אחרת, ההדגשות אינן במקור ופסקי הדין לקוחים מאתר 'נבו'. במקומות שונים נפתחו ראשי תיבות שהופיעו במקור. תודתי לרב עו"ד שמעון יעקבי ולדיין הרב שלמה שטסמן על שיחות מועילות, ול-HBI (Hadassah-Brandeis Institute) על תמיכה במחקר.

- 1 על רבנו גרשום (גרמניה, מפנה המאות ה-10-11) ופועלו ראו אברהם גרוסמן חכמי אשכנז הראשונים 106-174 (מהדורה שנייה, התשמ"ט). בעמ' 111 הוא עומד על מקור כינויו "מאור הגולה". למקורות הספרותיים של תקנות אלה, למטרותיהן ולשאלת ייחוסן של התקנות לר"ג ולוויכוח עם החולקים על כך ראו למשל שם, בעמ' 132-149. וראו עוד אלימלך וסטרייך תמורות במעמד האשה במשפט העברי – מסע בין מסורות, 62-96 (התשס"ב); אברהם גרוסמן חסידות ומורדות, 122-132 (מהדורה שנייה, התשס"ג).
- 2 ראו למשל: "רבינו גרשום החרים על הנושא על אשתו" (שולחן ערוך אבן העזר א, י'); "רבינו גרשום החרים שלא לגרש אשה שלא מדעתה" (רמ"א, שם, קיט, 1).
- 3 חסידות ומורדות, לעיל ה"ש 1, בעמ' 122.
- 4 וסטרייך, לעיל ה"ש 1, בעמ' 97.

בתקופה זו ובמקום זה הגיעה לפסגה שלא הייתה דוגמתה בעבר והתקרבה מאוד לשוויון לאיש,⁶ ובשום שלב מאוחר יותר לא זכתה האישה ביתרונות גדולים יותר.

האם אחת התקנות חמורה יותר מרעותה? לשאלה זו יש כמובן משמעות מעשית גם בימינו אנו במדינת ישראל,⁶ ולה יוקדש מאמר זה: במקרה שאישה חויבה להתגרש בשל עילה כלשהי (הנוהג בבתי הדין הוא שלא יינתן היתר נישואין אם לא ניתן קודם לכן פסק דין המחייב את האישה בגט בצורה מפורשת)⁷ והיא מסרבת לקבל את גיטה⁸ – האם נעדיף

5 השוו לדבריו הידועים של הרא"ש, ש"ת הרא"ש, כלל מב סימן א: "שרבינו גרשום עשה גדר לדבר [...] כי ראה הדור פרוץ ומזולזלין בכנות ישראל בזריקת גט ותקן להשוות כח האשה לכח האיש כמו שהאיש אינו מוציא אלא לרצונו כך האשה אינה מתגרשת אלא לרצונה".

6 השאלה אינה רלוונטית כיום למדינות אחרות שבהן חיים יהודים, הן משום שלבתי הדין הפועלים בהן אין סמכויות אכיפה, והן משום שממילא במשטר הגירושין האזרחי לא נדרש בכל מקרה רצונם של בני הזוג להתגרש. למדיניות מתן היתר הנישואין לבעל במקרה שהאישה התגרשה אזרחית ומסרבת לקבל גט ראו למשל הרב משה פיינשטיין, ש"ת אגרות משה, אבן העזר ב, סימן ב; David J. Bleich, *A Suggested Antenuptial Agreement: A Proposal in Wake of Avitzur*, 7 J. HALACHA & CONTEMP. SOC'Y 25, 27 (1984). הברל זה הוא גם הגורם לכך שהסכמי קדם הנישואין למניעת עגינות המופצים בחו"ל מתייחסים לגבר הסרבן בלבד, ואילו בישראל הם מתייחסים גם לאישה. ראו עמיחי רדזינר "גיטין – מצוות התלויות בארץ? – הסכם קדם נישואין למניעת סרבנות גט: בין אמריקה לישראל" **משפטים** מז 5, 8-9 (התשע"ח).

7 ראו למשל בתיק (אזורי ב"ש) 77890/10 (21.7.2015): "ומכיון שיש הסבורים שכל עוד לא ניתן חיוב בגט לאשה אין להוציא היתר נישואין, וכן הנוהל המקובל בבתי הדין". אכן, גישה זו מופיעה כבר בפס"ד של ביה"ד בת"א משנת 1955, השמור בארכיון המדינה, תיק פ" 4256/5: "כל זמן שאין על האשה חיוב לקבל גט, אין מקום להתיר את החדר"ג ואדרבה החיוב על הבעל להשלים עם אשתו וזהו עיקר תקנת ר"ג, שלא יבוא כל אחד להשאיר את אשתו ולקחת אשה אחרת". וראו בדברי הרב גורן בערעור (גדול) תשל"ד/67 פד"ר י 168, 172 ובהם דיון עקרוני בשאלה אם ההיתר נועד לשם ענישה או הפעלת לחץ על האישה המסרבת לקבל את גיטה לאחר חיובה בו או שמא מדובר ב"הלכה מיוחדת המקנה לבעל זכות במקרים מסוימים לשאת אשה אחרת, משום שמופקע השיעבוד שלו לאשה מכח חרם דרבינו גרשום". בפועל, ברור למדי שבתי הדין מעוניינים שמתן ההיתר ידרבן את האישה לקבל את גיטה, ובכך יימנעו נישואין ביגמיים של בעלה. זו הסיבה שבמקרים שונים בתי הדין מאיימים מיוזמתם על סרבנית גט במתן היתר לבעלה. ראו למשל תיק (אזורי נת) 259535/2 (13.11.2011).

8 ניתן לחלק את המקרים שבהם ניתנים היתרי נישואין למקרים שבהם האישה יכולה מבחינה טכנית לקבל את הגט והיא מסרבת לכך ולמקרים שבהם היא במצב נפשי או קוגניטיבי שאינו מאפשר קבלת גט. ישנו מקרה שלישי, נדיר מאוד, שבו קיבל הבעל היתר נישואין בהסכמת אשתו הראשונה בשל עקרותה ומתוך רצונה להמשיך לחיות עימו. לתיעוד מקרים נדירים אלה ראו: Amihai Radzyner, *Halakha, Law, and Worldview: Chief*

לכפותה לקבל את הגט באמצעות הפעלת כוח (בימינו, הכוונה למאסר),⁹ או שמא נתיך

Rabbis Goren and Yosef, and the Permission to Marry a Second Wife in Israeli Law, DINE ISR. 32, 261, 278-281, 304 (2018). וראו דברי הרב שמעון יעקבי, היועץ המשפטי של הנהלת בתי הדין הרבניים, בוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת: "במהלך החמש השנים האחרונות מ־2012 עד סוף 2016 ניתנו 53 פס"ד סופיים – היתרי נישואין של ביה"ד הגדול", פרוטוקול ישיבה מס' 348 של ועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת ה-20, 13 (28.2.2017) (להלן: ישיבת ועדת חוקה). כאמור, המאמר ידון רק במקרה הראשון. במקרה של אישה שאינה בת גירושין ('שוטה' שאינה יודעת לשמור גיטה) ממילא לא ניתן לגרשה (להרחיבה ראו הרב משה מרדכי פרבשטיין, משפטי הדעת, קמז-קסב (התשנ"ה)), ועל כן ממילא יכול בית הדין להורות רק על היתר נישואין לאישה שנייה. ראו, למשל: אנציקלופדיה תלמודית, כרך יז, תלה-תלו. רבים מהיתרי הנישואין הניתנים בבתי הדין ניתנים במקרים כאלה (רמנציה, חוסר הכרה וכדומה), ובהם דואג בית הדין לזכויותיה של האישה הראשונה ולחיוכו הבעל בהמשך מימון הטיפול בה. ראו, למשל, תיק (אזורי ב"ש) 1122051/6 (29.5.2018). למקורות פסיקה זו ראו אנציקלופדיה תלמודית, שם, בעמ' תמא-תמג.

על הסעיפים המאפשרים מאסר בגין סרבנות, ראו להלן ליד ה"ש 138. כידוע, חוק בתי דין רבניים (קיום פסקי דין של גירושין) התשנ"ה-1995 מאפשר הטלת סנקציות אחרות, פחותות ממאסר, אולם בהן לא אדון במאמר זה משום שכל מטרתן היא מתן כלי אכיפה לבית הדין שהינם פחותים מכפייה, והינם בגדר של 'הרחקות דרבינו תם'. מטרה זו נאמרה במפורש בהצעת החוק. ראו הצעת חוק בתי דין רבניים (קיום פסקי דין של גירושין), התשנ"ד-1994, ה"ח 494, 2281 (התשנ"ד). וראו עוד בנציון שרשבסקי ומיכאל קורינאלדי דיני משפחה כרך ב 718-708 (2016). בפועל, מספר צווי הגבלה המוטלים על נשים הוא קטן למדי, ומספר הנשים שכנגדן מוצאים צווי הגבלה הוא בערך רבע ממספר הגברים שכנגדם הם מוצאים. ראו רות הלפרין-קדרי, אריאלה גורנשטיין-פניג וקרן הורוביץ נשים ומשפחה בישראל: דו-שנתון סטטיסטי 90 (2018). אף לא אדון כאן, אלא בצורה אגבית, בפטור הגבר ממזונות אשתו (ומהחובות האחרות כלפיה) על מנת שתתרצה לקחת את הגט שהשליש עבורה. אפשרות זו מבוססת על פסיקתו של ר' אליהו מזרחי (הרא"ם) והיא נידונה בכמה פסקי דין רבניים. לדיון בשיטה זו ולמקורות רבים הדנים בה, לרבות בבתי הדין, ראו הרב מאיר בטיסט "אשה שחוייבה לקבל גט – האם איבדה את מזונותיה?" תחומין כג 125 (התשס"ג).

האפשרות של גירושי אישה בעל כורחה באמצעות זריקת הגט לחצרה או לבגדיה היא אפשרות שכמעט ואינה קיימת לאור פסיקתם של ראשונים ואחרונים שקבעו שמלכתחילה אין לעשות זאת, והדבר אף יכול להביא לספקות בכשרות הגירושין. ראו, למשל, שולחן ערוך אבן העזר, קלט, יד. למקורות נוספים ראו: אנציקלופדיה תלמודית, כרך ו, שפב-שפג; הרב אברהם רייסנר "גירושי אשה בעל כרחה [חרם דרבנו גרשום]" ישרון לו תשע, תשעא והערה 13 (התשע"ו). ראו עוד למשל תיק (אזורי ת"א) 5202/כ"ו פד"ר ח 65, 72: "בנידוננו דלמעשה אף שאין בו חדר"ג, מ"מ שום ב"ד לא יזדקק לו לכתוב לו גט כדי לגרשה בעל כרחה, נמצא דלמעשה אין לו אפשרות לזרוק לה גט בע"כ". למקרה נדיר ביותר בו בית הדין הרבני אפשר הנחת גט על בגדיה של אישה סרבנית ראו הרב אוריאל לביא עטרת דבורה: פסקי דין שהתבררו בבית הדין בתוספת בירורי הלכה בענייני אבן

לבעל לשאת אישה שנייה?¹⁰

מובן שהשאלה דנן אינה מוגבלת כיום רק למי שלכאורה חדר"ג חל עליו, כלומר לגבר אשכנזי.¹¹ בחוק העונשין קיים איסור פלילי על ביגמיה¹² וכן על גירושי אישה בעל כורחה,¹³ אך בשני המקרים יכול בית הדין להתיר את האיסור, בכפוף לאישורו של נשיא בית הדין הגדול.¹⁴ לכן על בית הדין להחליט באיזה מסלול יצעד.

העזר וחשן משפט (חלק ב) 344-376 (התשס"ט) (להלן: עטרת דבורה). בדינו הארוך שם עומד הרב לביא על כך שמדובר בהליך ש"אינו מצוי לחלוטין בבתי הדין, ונעשה כמקרה חד פעמי מתוך אילוץ". באותו מקרה הבעל כבר קיבל היתר נישואין, אך האישה סירבה לקבל את הגט שהופקד עבורה אף שהחלה בחיים עם גבר אחר. הרב לביא מעלה ספקות שונים בכשרות הגט שניתן לאישה ובסופו של דבר סודר גט נוסף. זאת ועוד, לדעת הנודע ביהודה (מהדורה תנינא, אבן העזר סי' קד), גם במקרים שבהם מתירים גירושין בעל כורחה, תקנתו של רגמ"ה שוללת גירושין בזריקת גט, כפי שהיה נהוג לפניו, והכפייה היא כמו על הגבר: "כופין אותה לקבל הגט דהיינו שכופין אותה שתאמר רוצה אני לקבל הגט". וראו עוד, למשל, ערעור (גדול) 8-9/תשט"ז פד"ר ב 129, 141; תיק (אזורי ת"א) 373701/13 (17.11.2011); תיק 77890/10, לעיל ה"ש 7, "שמכיון שלא נוהגים כך ולא זורקים היום לאשה גט בחצרה והגט מתבצע רק בין כתלי בית הדין, גם הם לא מכריחים אותה לקבל בעל כורחה אלא מזמנים אותה לקבלת גט, אם תרצה תקבל ואם תסרב – הרי שמתירים לו לשאת עליה מבלי להכנס לעימות עמה". וראו דיון להלן, ליד ה"ש 113.

10 על הסעיף המאפשר זאת במשפט הישראלי ראו להלן ה"ש 14. ברור שבמקרה זה הוא נפטר מכל חיוביו כלפי אשתו הראשונה ואף נדרש להשאיר לה גט. ראו למשל אנציקלופדיה תלמודית, כרך יז, תמג. וכך מחייבים בבתי הדין היום. ראו למשל הרב יצחק יוסף "היתר אישה שנייה ותנאיו" **כנס הדיינים התשע"ה** 147, 153-154 (הרב שמעון יעקבי והרב יחיאל חיים פריימן עורכים, התשע"ו).

11 שאלת תחולתו של חדר"ג בימינו היא שאלה שתידון בהמשך, כמו גם מקורות האיסור כיום לגרש אישה בעל כורחה ולשאת אישה שנייה. יצוין כי גברים רבים שאינם אשכנזים מתחייבים לנשותיהם בכתובתן (ויש אף המוסיפים על כך שבועה) שלא יישאו אישה שנייה, ובמקרה זה ייתכן שיש צורך להתיר את שבועתם במקרה של היתר אישה שנייה. על מקורו של עניין זה ראו אלימלך וסטרייך "הגנת מעמד הנישואין של האישה היהודייה בישראל – מפגש בין מסורות משפטיות של עדות שונות" **פלילים** ז 273, 280-282 (1999) (להלן: וסטרייך "הגנת מעמד הנישואין").

12 ס' 176 לחוק העונשין התשל"ז-1977.

13 ס' 181 לחוק העונשין.

14 מתן היתר נישואין לפי ס' 179 לחוק העונשין, ומתן היתר לגירושין בעל כורחה לפי ס' 181 לחוק זה. אומנם, ס' 181 אינו דורש היתר של נשיא בית הדין הגדול, אולם כפיית הגט על האישה תיעשה אך ורק באמצעות כפייתה עד שתאמר 'רוצה אני' והכלי לכך הוא מאסר (ראו לעיל ה"ש 9), אשר הטלתו – כמו גם הטלת סנקציות פחותות ממנו – זקוקה לאישור נשיא בית הדין הגדול לאור האמור בחוק בתי דין רבניים (קיום פסקי דין של גירושין), ס' 1(ג). אציין כי בעוד ההלכה היהודית, בפרט האשכנזית, היוותה גורם משמעותי במהלכים שהביאו ליצירת הסעיף האוסר ביגמיה בארץ ישראל (ראו עמיחי

בהרצאה שנשא הרב הראשי ונשיא בית הדין הגדול לשעבר, הרב יצחק יוסף, בכנס הדיינים בשנת תשע"ה (2015),¹⁵ הוא דן במקרה שבו חויבה אישה בגט וסירבה לקבלו. לדבריו, שני החרמות של ר"ג אינם רלוונטיים לבעל הספרדי, ולכן מבחינה הלכתית טהורה יכול היה לגרש את אשתו בעל כורחה, וגם מבחינת החוק לא הייתה בכך בעיה כאמור:¹⁶

ואמנם בזמננו לפי חוק לא ניתן לגרש אישה בע"כ, ואולם אם בית הדין רואה לנכון לפסוק שיגרשו בע"כ, יכולים לפסוק כן, שהחוק שאוסר לגרש בע"כ הוא דווקא כשהדבר נעשה בלי רשות בית הדין, אבל עם רשות בית הדין אפשר.

בכל זאת העדיף בית הדין לפנות למסלול של היתר נישואין. וכך מסתיימת ההרצאה:¹⁷

הלכה למעשה, ניתן לאיש היתר נישואין, למרות שאפשר לתת גט בע"כ, כי לא נהגו כן. וישליש גט ועיקר הכתובה, ובעניין התוספת בית הדין ידון כאשר האישה תסכים בסופו של דבר לבוא ולקחת הגט.

כוונתו של הרב יוסף במילים "לא נהגו כן" היא לבתי הדין במדינת ישראל. הדברים מפורשים בדבריו הקודמים:¹⁸

הכל יודעים שבפועל בתי הדין לא עושים דבר זה לגרש אישה בע"כ באמצעות מאסר, כי יש אפשרויות אחרות לאלץ את האישה להסכים לקבל את הגט [...] בדרך כלל בית הדין מעדיף מתן היתר נישואין על פני כפיית גט על האישה.

על עמדה זו חוזר הרב יוסף גם בנאום לציון סוף כהונתו כנשיא בית הדין הגדול:¹⁹

רדזינר "מלחמות היהודים: עיצובו של איסור הביגמיה ליהודים בא"י המנדטורית" חוק אחד ומשפט אחד לאיש ולאשה: נשים ומשפט בתקופת המנדט 151 (מרגלית שילה, רות הלפרין-קדרי ואייל כתבן עורכים, התשע"א), בדיונים על איסור הגירושין הכפויים היא אינה תופסת כמעט מקום, אף על פי שלאחר שהוצעה (כס' 8 לחוק שיווי זכויות האשה, התשי"א-1951) זכתה לתמיכה נלהבת של הרבנים הראשיים (ראו להלן ה"ש 53). עם זאת, ראו דבריו של חיים צדוק שכיהן באותה עת כמשנה ליועץ המשפטי לממשלה וייצג את משרד המשפטים בוועדת החוקה בעת הדיון על חוק שיווי זכויות האשה: חיים צדוק "בשולי התחיקה" הפרקליט ח 63, 76 (התשי"ב).

- 15 הרב יצחק יוסף, לעיל ה"ש 10.
- 16 שם, בעמ' 149.
- 17 שם, בעמ' 160.
- 18 שם, בעמ' 149. כוונתו ב"אפשרויות אחרות" היא לסנקציות שאינן כפייה (ראו לעיל ה"ש 9 ולהלן ה"ש 20), והדברים מפורשים בדבריו המובאים להלן, ליד ה"ש 108.
- 19 הרב יצחק יוסף "דברי סיום לשנות הכהונה בנשיאות בית הדין הגדול; חובת הפסיקה של בתי הדין לכל אדם כמנהגי ערתו" כנס הדיינים התשע"ח 432, 435 (הרב שמעון יעקבי

פרסמו בתקשורת שבתקופה שלי היתרי הנישואין לאישה שנייה התרכו פי כמה [...] צריך לדעת שכמו שיש נשים עגונות יש גם אנשים עגונים: לפעמים הבעל מעוגן כי האישה רוצה זכויות שלא מגיעות לה לפי ההלכה ולפי החוק, למשל רוצה חלק נוסף מהפנסיה או מדירות נוספות תמורת הסכמתה לקבל את הגט, והבעל נשאר עגון. במקרה של אישה סרבנית גט דרך הסנקציות של מאסר, כידוע, אינה מעשית.

מכיוון שעל פי החוק ניתן לשלוח סרבנית גט למאסר, ועל רקע דבריו שהובאו לעיל, ברור למדי שבמילים "אינה מעשית" מתכוון הרב יוסף לכך שמבחינת בתי הדין, ומבחינתו כנשיא בית הדין הגדול, מדובר בדבר שאין לאפשר אותו הלכה למעשה. אכן, במקרה חריג בו הוציא לאחרונה בית הדין האזורי בת"א צו מאסר כנגד סרבנית גט, סירב הרב יצחק יוסף לאשרו ובכך מנע את הפעלתו.²⁰

הטענה כי "מנהג בתי הדין" בישראל הוא שלא לכופף אישה לקבל גט בעל כורחה עלתה גם בפסיקות בתי הדין לאורך השנים,²¹ והיו אף דיינים שקבעו שמנהג זה הוא

והרב יחיאל חיים פריימן, עורכים, התשע"ט). גם במקומות אחרים חזר הרב יוסף על עמדתו שלפיה הוא מקל באישור היתר נישואין לאחר שבית הדין פסק לתתו. ראו, למשל, בהרצאתו, "היתר אישה שנייה ותנאיו", לעיל ה"ש 10, בעמ' 153: "הנטייה היא בדרך כלל אם אין מקרה חריג לאשר, אחר שבית הדין האיזורי חקר כבר וברק ומילא את המוטל עליו". עם זאת, קשה לדעת אם הייתה עלייה במתן היתרי הנישואין בתקופתו. הנתונים שמפרסמים בתי הדין הרבניים מכילים רק מספרי בקשות למתן היתר ולא מספרי היתרים שניתנו בפועל, ראו בתי הדין הרבניים: יותר סרבניות גט מסרבני גט (2017), <https://is.gd/IBUCm>. לפי הנהלת בתי הדין בשנים 2012–2016 ניתנו 53 היתרי נישואין. ראו דברי הרב שמעון יעקבי בישיבת ועדת חוקה, לעיל ה"ש 8. כן ראו מסמך מן הדוכרות של בתי הדין הרבניים: "בתי הדין הרבניים: יותר סרבניות גט מסרבני גט", (<https://is.gd/>); (N0AYGP): "מנהל בתי הדין הרבניים הרב שמעון יעקבי אמר: 'הנתונים מלמדים כי מספר ההיתרים לשאת אישה שנייה קטן מאוד. מדובר בקצת יותר מ-10 מקרים בשנה"'. עוד נאמר שם: "לא הוטל עונש מאסר על שום אישה".

20 תיק (אזורי ת"א) 1006595/8 (20.3.2017). עמדתו של הרב יוסף נמסרה לי בשיחה עם הרב שמעון יעקבי, היועץ המשפטי של בתי הדין הרבניים, בתאריך 26.5.2019. לדבריו, הסנקציות הקלות יותר שהוטלו שם על האישה כן אושרו על ידי הרב יוסף.

21 ראו למשל: תיק (אזורי קרית ארבע) 3198 פד"ר כ 32, 60 (תש"ן): "מנהג בתי דינין דעדיף לישא ב' נשים"; תיק (אזורי אשדוד) 14893/3 (13.1.2010): "בבתי הדין השתרש המנהג שלא לגרש אשה בעל כרחא אפילו בקרב בני עדות המזרח"; תיק (אזורי נת) 289554/10 (2.5.2016): "המנהג במדינת ישראל שאין מגרשים אשה בעל-כורחה". ראו גם דברי הדיין עזרא בצרי בספרו דיני אישות, חלק ב, ה, הערה 8 (התשע"ג): "המנהג היום בארץ במקרים מסוימים מתירים שתי נשים, אבל מעולם לא עשו גט בעל כרחא" (אך ראו להלן ה"ש 23).

הבסיס ההלכתי לאיסור גירושין כפויים גם על בני עדות שמסורתן לא אסרה זאת.²² ניתן להוכיח כי זה אכן הנוהג בכתי הדין גם מן העובדה שמספר המקרים שבית הדין הורה על שליחת אישה למאסר הוא זעום ביותר (ומספר פסקי הדין שאושרו על ידי נשיא בית הדין הגדול קטן עוד יותר).²³

אולם נקל להבין שבמקרים שונים יעדיף הבעל המסורב את כפיית אשתו לקבל גט על פני קבלת היתר נישואין, בפרט אם הוא מניח שהמאסר אכן יביא את אשתו לקבלת הגט.²⁴ גם בתי הדין וגם בתי המשפט (במקרים שבהם תבע גבר את אשתו בניזיקין בגין

22 ראו למשל: תיק (אזורי ת"א) 062935432-21-1 פד"ר יט 87, 97; ערעור (גדול) 1-1-1782-21-1 (18.2.2009); תיק 289554/10, לעיל ה"ש 21; עטרת דבורה, לעיל ה"ש 9, בעמ' 336 ר-346.

23 בישראל, לעיל ה"ש 9, בעמ' 89). ראו לאחרונה: אביעד הכהן "מאסר נשים" פרשת השבוע 1, 487 (התשע"ט) (<https://is.gd/UoqHmn>), וראו דברי בית הדין המובאים שם בהערה 4. יש להוסיף על דבריו כי היו מקרים נוספים שבהם הטיל בית הדין מאסר על סרבנית גט. ראו זרח ורהפטיג "כפיית גט להלכה ולמעשה" שנתון המשפט העברי ג-ד 153, 210 (התשל"ו-התשל"ז) בהערה 395, המעיד על מקרה שבו נשלחה אישה למאסר ובעקבות כך הסכימה לקבלת הגט. סביר שמדובר במקרה שההתכתבות לגביו, מדצמבר 1960, שמורה בארכיון המדינה, תיק גל-7/46527. באותו מקרה הועברה ליועץ המשפטי לממשלה בקשה לאשר צו כפייה שניתן בבית הדין בפתח תקווה כלפי אישה שחויבה בגט בעילות חמורות, אך הציבה תנאים כספיים ואחרים לקבלת הגט; בית הדין הגדול בפסק דין מיום 2.10.2005 ("עכוב הליכי ערעור עד לסידור הגט" שורת הדין טו, תמו (התשס"ט)) קבע כי ניתן להטיל מאסר בפועל על סרבנית גט. לא ברור אם בסופו של דבר היה צורך בכך ואם נשיא בית הדין הגדול אישר זאת; בתיק (אזורי י-ם) 271499/17 (18.7.2011) נשלחה אישה למאסר, כמה שנים לאחר שבעלה קיבל היתר נישואין, אך לא הצליח להינשא. באותו מקרה אכן נשלחה האישה למעצר, אך ככל הנראה בשל אי התייצבותה לדין, ולא ברור אם נשיא בית הדין הגדול אישר את צו המאסר בגין סרבנות. ראו תומר זרחין "בצעד נדיר ביותר, סרבנית גט נשלחה למעצר" הארץ 5.5.12, <https://is.gd/87H9aT>; בערעור (גדול) 1-68-8594 (13.3.2008) נדחתה תביעת בעל לכופף את אשתו לגט במאסר, אולם בית הדין אינו טוען שהדבר אינו אפשרי ברמה העקרונית, אלא רק מצביע על כך שעובדות המקרה הספציפי מאפשרות הטלת סנקציות בלבד (ראו לעיל ה"ש 9) אך לא כפייה במאסר; מפסק דין של הרב אוריאל לביא (עטרת דבורה, לעיל ה"ש 9, בעמ' 339-342) עולה כי ניתן לכפות סרבנית במאסר, אך פסק הדין אינו כולל הוראה אופרטיבית ולא ברור מה קרה בסופו של דבר באותו מקרה. בהחלט ייתכן שבית הדין הגדול שינה את פסק הדין. אכן, במקרים בודדים קבע בית הדין האזורי כי ניתן לכפות אישה לגט במאסר, ובית הדין הגדול שינה זאת. ראו למשל להלן ליד ה"ש 118.

24 הגתונים שיש בידונו על פסקי דין לכפיית גברים למתן גט, פסקי דין שמשמעותם היא מאסר (ואשר יש לומר כי מספרם הממוצע לשנה הוא סביב העשרה), מלמדים כי ברובם המכריע הביאה הפסיקה לסידור גט. ראו רות הלפרין-קדרר, אריאלה גורנשטיין-פניג וקרן הורוביץ נשים ומשפחה בישראל: דו-שנתון סטטיסטי 78 (2016).

סרבנות גט) הכירו בכך שבשל העובדה שקבלת היתר הנישואין אינה מבטלת את נישואין הגבר לאשתו הראשונה, מן הסתם יקשה עליו הדבר למצוא בת זוג לנישואין מקבילים וכן עלולה להיגרם לו אי-נעימות רבה במקרים שונים שבהם יסתבר כי הוא רשום כנשוי לשתי נשים.²⁵ זאת ועוד, גם מבחינה ציבורית נראה לכאורה שעדיף לכפות גט על אישה המסרבת לקיים פסק דין לגירושין מאשר לאפשר לבעלה להיות נשוי באופן חוקי לשתי נשים.²⁶

מדוע אם כך קובע "מנהג בתי הדין" שיש להעדיף כמעט לעולם את היתר הנישואין על פני כפיית האישה לגט? לשאלה זו יוקדש מאמרנו. בפרק הבא אנסה להצביע על מועד היווצרותו של ה'מנהג', ובפרקים שאחריו יוצגו גורמים אפשריים ליצירת 'מנהג' זה, חלקם עלו במפורש בפסיקת בתי הדין. את הגורמים ניתן לחלק לגורמים הלכתיים (בהם יעסוק פרק ג) ולגורמים נוספים (בהם יעסוק פרק ד): משפטיים, ערכיים ופרקטיים. בהחלט ייתכן שבעיני דיינים שונים ישנו יותר מגורם אחד להימנעות מכפיית גט על האישה. זאת ועוד, מטבע הדברים ישנם גורמים המתאימים לבעל דין מסוים ולא לחברו

25 אכן, במקרים שונים שבהם התקבלה תביעת בעל לחייב את אשתו בגט, עלה עניין היתר נישואין ביוזמת בית הדין, ללא שהבעל ביקש במפורש היתר זה. ראו למשל: תיק 77890/10, לעיל ה"ש 6, ושם הפניות לפסקי דין נוספים בעניין זה. הטיעון המופיע למעלה עולה כמובן במקרים המעטים שבית הדין קבע בהם כי ניתן לשלוח את האישה למאסר. ראו הרב דיכובסקי בערעור (גדול) (לא פורסם, 24.3.2003), t.ly/yYVqp: "בדרך כלל, במקרים כאלו ניתן לבעל 'היתר נישואין', שמשמעותו אפשרות לשאת אשה שניה, אלא שלא כל אחד מוכן לסידור כזה של שתי נשים המוטלות על כתיפיו, ולא כל הנשים מוכנות להנשא לגבר הקשור עד יום מותו באשה נוספת"; תיק 271499/17, לעיל ה"ש 23: "עתה מבקש הבעל לחייב את האשה לקבל את הגט, משום שלמרות היתר הנישואין שניתן לו עדיין רשומה האשה כאשתו במשרד הפנים וכן בכל המוסדות הרשמיים, כמס הכנסה, קופת חולים ובנקים, והדבר מפריע לו מאד"; עטרת דבורה, לעיל ה"ש 9, בעמ' 339: "כידוע, גם לאחר היתר נישואין, כל עוד הבעל נשאר נשוי, יקשה עליו להנשא מחדש בהיותו קשור בקשרי נישואין לאשתו הנוכחית". כאמור, עניין זה עולה גם בשורה של פסקי דין אזרחיים שבהם התקבלה תביעת גבר לפיצויים בגין סרבנות אשתו, אף על פי שקיבל היתר נישואין. ראו למשל עמ"ש (מחוזי ת"א) 11-12-17873 (4.1.2015); תמ"ש (ת"א) 13-07-749 (29.6.2014); תמ"ש (י-ם) 07/21162 (21.1.2010). מעניין לציין כי שיקול זה שימש את אחד האחרונים כהסבר לכך שיש להעדיף היתר אישה שנייה על פני גירושין כפויים. ראו דברי הרב אליעזר דויטש, שו"ת פרי השרדה (חלק א, סימן פז): "שוודאי לגרש בע"כ דזהו קל לו מאוד לעבור על זה האיסור הוצרכו להחמיר מאוד על זאת התקנה, משא"כ לישא אחרת אין קל כ"כ לעבור ע"ז דכמו דלא ניחא ליה להאי אשתו ראשונה להיות צרתה בצדה, כמו כן לא ימצא בקל מי שיתרצה להיות צרתה בצדה, וכיון שלא נקל כ"כ לעבור על התקנה, לא הוצרכו להחמיר כל כך" (באוצר הפוסקים, כרך א 32 (התש"ז) ובאנציקלופדיה תלמודית, כרך יז, בעמ' שצד הפנו בטעות לסימן זה (שאינו קיים) בשו"ת פאת השדה (במקום פרי השרדה), ומשם העתיקו מחברים נוספים שיבוש זה).

(למשל, ההבחנה בין תחולת חדר"ג על גברים אשכנזיים ושאנים אשכנזיים), וישנם כאלה השנויים במחלוקת (למשל, השאלה אם גם בקהילות הספרדיות התקבל האיסור לגרש אישה בעל כורחה).

ב. ראשית ההסתייגות מכפיית אישה לגט בבתי הדין הרבניים

נראה כי בטרם נבוא לבחינת הגורמים ליצירת ה'מנהג' נכון יהיה לשאול מתי הופיעה בבתי הדין הרשמיים בארץ ישראל הגישה המסתייגת מכפיית אישה לגט ומבכרת על פניה מתן היתר נישואין לגבר, ובמילים אחרות: מי הם הדיינים שקבעו לראשונה עדיפות עקרונית זו ומה היו שיקוליהם? ודוק, בבואנו לברר שאלה זו עלינו לזכור כי עד לחקיקת חוק שיפוט בתי דין רבניים בשנת 1953 לא הייתה לבית הדין הרבני סמכות לשלוח סרבנים וסרבניות לכלא, וממילא לא היה לו כלפיהם כוח כפייה של ממש.²⁷ אפשרויות האכיפה שלו הסתכמו בלחץ מוסרי ולחץ כספי של תשלום מזונות (חיוב הגבר, גם אם האישה רשאית שלא לחיות עימו) או ביטול החובה בהם (כאשר האישה מסרבת).²⁸ ועדיין, יש עניין בכירור הסוגיה העקרונית.

עמדתו של הרב הראשי הראשון, הרב אברהם יצחק הכהן קוק, אינה ידועה לנו מתקופתו כרב ראשי, אולם בתשובה משנת תרע"ג (1912) הוא מצדד בעמדה כי החרם שלא לגרש בעל כורחה קל יותר מן החרם שלא לשאת שתי נשים.²⁹ על כן נראה שתרומה מרכזית לשלילת האפשרות לכפיית האישה הורמה על ידי הרבנים הראשיים שכיחנו לאחריו, הרבנים בן ציון מאיר חי עוזיאל ויצחק אייזיק הלוי הרצוג, ובפרט זה הראשון. אומנם, הם אחראים בצוותא להפיכת איסור הביגמיה לאיסור פלילי המתעלם מן העדה שהגבר משתייך אליה וכן להקשחת האפשרות לקבלת היתר נישואין,³⁰ אולם הם סברו שיש מקרים שיש לתת היתר כזה כאשר האישה מסרבת לקבל את הגט, ואפשרות זו עדיפה

27 ורפהטיג, לעיל ה"ש 23, בעמ' 173-175. כפי שוורפהטיג מראה שם, לרב הרצוג היו חששות מס' 6 לחוק שיפוט בתי דין רבניים התשי"ג-1953 שהתיר לבתי הדין לשלוח סרבנים וסרבניות למאסר. וראו עוד: הרב יצחק אייזיק הלוי הרצוג פסקים וכתבים, חלק ח, תתקס-תתקסג (התשנ"ו); הרב שאול ישראלי, עמוד הימיני, רכה-רכו (התשכ"ו).

28 ורפהטיג, שם, בעמ' 161-172.

29 הרב אברהם יצחק הכהן קוק, שו"ת עזרת כהן, סימן ב. על עמודותיו של עמיתו הספרדי, הרב יעקב מאיר, כמעט ואיננו יודעים דבר, משום שהוא לא הותיר כתיבה הלכתית משמעותית. ראו עמיחי רדזינר "הרב יעקב מאיר, השופט גד פרומקין ומקרי קידושין בעייתיים" (בשיפוט).

30 ההסדר הקיים כיום בחוק הישראלי הוא במידה רבה פרי יצירתם של שני הרבנים הללו. ראו רדזינר, לעיל ה"ש 14.

על פני כפייתתה לקבל הגט. קביעה עקרונית זו עולה במאמר שפרסם הרב עוזיאל בשנת תשי"ג (1953), השנה האחרונה לחייו, ובה הוא כבר מציג את הדברים כ'מנהג בתי הדין':

בתי דין שבישראל לא נהגו כלל לסדר גירושין בעל כורחה של האשה, ורבנו גרשום מאור הגולה אסר גירושין בעל כרחה של האשה [...] אשה שאינה רוצה לקבל גט מבעלה גם כשהדבר מוכרח לכך מפני הסיבות שהזכרתי לעיל, כיון שאין מגרשין אותה בעל כרחה, נמצא שהאישה יהיה מעוגן כל ימיו בעטיה של האשה האומרת גם לי גם לך לא יהיה, ומעגנת את נפשה כדי לעגן את בעלה, לכן התיר רגמ"ה לישא אשה אחרת על אשתו הראשונה בתנאים מסויימים ובהיתר מאה רבנים, כידוע.³¹

אכן, כך פסק הרב עוזיאל הלכה למעשה, ואין הוא מבחין בין יהודים אשכנזים ושאנים אשכנזים. בשנת תשי"ה (1945) הוא כותב תשובה לעיר בומביי שבהודו בנוגע למקרה שהאישה הסתירה מבעלה את העובדה שעברה טרם הנישואין ניתוח שאינו מאפשר לה ללדת, וכעת מבקש הבעל לגרשה.³² הרב עוזיאל קובע שאין ספק כי לבעל ישנה עילת גירושין חזקה, אך אין שום אפשרות לגרשה בעל כורחה. על כן:

[יש] לפייס את האשה שתקבל גיטה מרצונה הטוב והגמור, אולם אם אחרי פיוס תמאן האשה לקבל גיטה אין שורת הדין נותנת לעגן את האיש כל ימיו ולהבטל ממצות פריה ורבייה אלא משליש גיטה וכתובתה ככל אשר יפסקו לו בי"ד שבמחנה קדשו, ומתירים לו לישא אשה אחרת עליה. והיתר זה אינו נעשה אלא ע"י בי"ד גדול בישראל.³³

עמדה דומה הביע עמיתו הרב הרצוג בשנת תשי"א (1951). בתשובה הנוגעת לזוג יהודים יוצאי עדן שבעניינם פסק בית הדין האזורי כי האישה חייבת להתגרש.³⁴ הרב הרצוג

31 הרב בן ציון מאיר חי עוזיאל "מעמד האשה לפי השקפת התורה" מצפה: שנתון הצופה לשנת תשי"ג קמב, קמח (התשי"ג) (פורסם שנית בספרו מכמני עזיאל, חלק ד, רכח-רכט (התשס"ז)). אומנם, להלן נראה שלא כל בתי הדין בארץ חשבו שיש מנהג כזה והרב עוזיאל נאלץ לחלוק עליהם. דברים דומים נכתבו על ידו בתשובה משנת התש"י: "את זאת כתבתי לבידור וליבונה של הלכה, ולמעשה מקובל הוא הדבר בבתי הדין שבכל קהלות ישראל, שאין מתירין גירושין בעל כרחה בשום אופן, אלא במקרים כאלה שבי"ד יראו הכרח להציל את האיש מעיגון, מפני שאין לו מי שישימשנו, או במקום ביטול מצות פרו ורבו ולהצילו מהרהורי עבירה, מחייבים את הבעל לפצות את אשתו לפי מדת יכלתו, והיה אם לא תסכים אשתו לקבל גיטה, מתירין לו לישא אשה אחרת עליה אחרי השלשת גיטה ודמי כתובתה ופצוייה ביד בית דין בכסף ממש, או בשטרות בטוחים, לפי ראות עיני בית דין" (משפטי עוזיאל, חלק ז, שצח (התשס"ה)).

32 משפטי עוזיאל, שם, בעמ' שעח.

33 שם, בעמ' שפא.

34 פסקים וכתבים, לעיל ה"ש 27, בחלק ז, עמ' תקצג-תקצט.

מסתפק מה יש לעשות במקרה זה, אם כל ניסיונות הפשרה שהוא מציע ייכשלו, והאישה תסרב לקבל את גיטה. לדבריו:³⁵

אמת שהבי"ד לא פסקו להכריח אותה בכח הזרוע ממש, ומעולם, באיזו מסיבות שתהיינה, לא שמענו בי"ד כשר בא"י שפסק כך, אלא מכיון שלא תלו את הגט בדעתה, הרי מובן הדבר הוא שבמקרה שתסרב יתירו לו לישא אחרת, ואין צריך לומר שעליו לא תהיה ולא תקום שום חובה של מזונות, וזהו גירוש בעל כרחה...

על כן, גם במקרה זה יש להחזיר את התיק לבית הדין האזורי כדי שיבחן שוב אם אכן מדובר בנסיבות המצדיקות את כפיית האישה, ו"במקרה של סירובה לכך, [נפעל] ע"י שלילה ממנה של זכות תביעת מזונות וע"י היתר נישואין לבעל".³⁶

ככל הידוע לי, בתוככי בית הדין הגדול מביעים הרבנים עוזיאל והרצוג את עמדתם לראשונה בשנת תש"ג (1943).³⁷ בית הדין בתל אביב דן במקרה של זוג ספרדי, כאשר הבעל דרש לגרש את אשתו בגין עקרותה ובגין בעיה רפואית המקשה על קיום יחסים. פסק הדין קמא היה שניתן לגרש את האישה בעל כורחה באמצעות הפסקת כלל החיובים של הבעל כלפיה (על פי שיטת הרא"ם³⁸) וזאת משום שחדר"ג אינו נוהג אצל בני ספרד.³⁹ בערעור קבעו שלושת הדיינים, שניים מתוכם היו הרבנים הראשיים, כי לא ניתן לגרש את האישה בעל כורחה. לדבריהם, על הבעל העשיר להציע פיצוי נדיב לאישה שיאפשר לה להמשיך לחיות ברמת החיים הגבוהה שהורגלה אליה, ורק אם תמשיך לסרב לקבל את הגט יוכלו להתיר לו לשאת אישה שנייה.⁴⁰

- 35 שם, בעמ' תקצז. כאמור, באותה עת ממילא לבית הדין לא הייתה אפשרות להפעיל מאסר או סנקציה משמעותית אחרת כנגד סרבני גט.
- 36 שם, בעמ' תקצח.
- 37 תיק 14/703, שמור בארכיון המדינה כתיק ב'23522/72. בתיק שמורים פסקי הדין, הפרוטוקולים של הדיונים וחוות הדעת של הדיינים.
- 38 ראו לעיל ה"ש 9.
- 39 בית הדין מצייין כי השבועה שהבעל נשבע כלפי אשתו הייתה שלא יישא אחרת, אך לא שלא יגרשנה בעל כורחה, כלומר האיסור לשאת אישה שנייה חמור יותר במקרה זה. על ההתחייבות של בני ספרד שלא לשאת אחרת ראו וסטרריך "הגנת מעמד הנישואין", לעיל ה"ש 11, בעמ' 280-281.
- 40 למעשה מבוסס פסק הדין על חוות דעתו של הרב הרצוג המצויה בתיק ואשר פורסמה גם בפסקים וכתבים, לעיל ה"ש 27, בעמ' תתשכג-תתשלד. כפי שניתן לראות שם (בעמ' תתשלג) עמדתו המקורית של הרב עוזיאל בחוות דעתו (השמורה גם היא בתיק הארכיוני הנ"ל) הייתה מחמירה יותר וסברה שאין מקום אף להתיר אישה שנייה. אין זה המקום היחיד שבו הרב עוזיאל מביע עמדה קיצונית מזו של הרב הרצוג בנוגע לסוגיית הביגמיה ללא אשכנזים. ראו רדזינר, לעיל ה"ש 14, בעמ' 181-182.

הם חוזרים על עמדה זו בפסק דין משותף משנת תשי"א (1951).⁴¹ גם במקרה זה נידון מקרה של תביעת גירושין בגין עקרות האישה. בית הדין קובע כי "למעשה נהגו שלא לגרש בעל כורחה"⁴² ועל כן "לעולם יש לחשוש ולדקדק היטיב בכל פעולת בי"ד המונע ממנה את הזכויות המגיעות לה עפ"י דין עד שתסכים להתגרש שלא יהיה בזה משום כפייה לגירושין".⁴³ על כן, הפתרון הוא להציע לאישה פיצויים ניכרים כדי שתסכים להתגרש, ורק "במקרה שהאשה המערערת הנ"ל תסרב לקבל גיטה אחרי שבעלה המשיב הנ"ל יקיים מה שהוטל עליו ידונו בי"ד הראשון אם להתיר לו נשואין עם אשה אחרת אחרי השלשת הגט וכל החובות שעליו לקיים".⁴⁴

מה עומד מאחורי עמדתם זו של הרבנים עוזיאל והרצוג? נראה כי ההסבר לכך נעוץ בתפיסתם, וליתר דיוק בתפיסתו של הרב עוזיאל שהרב הרצוג קיבל בהסתייגות מה,⁴⁵ לפיה החרם האוסר לגרש בעל כורחה חמור יותר משום שהוא התקבל גם בקרב הקהילות שלא קיבלו את האיסור לשאת שתי נשים. בעמדה זו, המבוססת בעיקרה על דברי הר"ן, אעסוק להלן. הדברים מפורשים בפסק דין שעליו חתומים שניהם (אך נכתב על ידי הרב עוזיאל לבדו) ואשר ניתן בשנת תש"ה:⁴⁶

אמנם מה שלא פירשו חברי בית הדין [האזורי] בדבריהם מובן מעצמו: שהם סמכו על השקפה מוטעית זאת, כאילו רבני הספרדים לא דאגו חלילה לתקנת בנות ישראל והפקירו אותן לשרירות הבעל לגרשן בעל כרחן. וכבר כתבנו במקרים אחרים דומים לזה, שדבר זה הוא טעות גדולה, שיש בה משום לעז על רבותינו הקדמונים ז"ל. ובאמת לא נהגו

- 41 תיק 711/17/1, אוסף פסקי דין של הרבנות הראשית לארץ ישראל ב 72 (זרח ורהפטיג עורך, התשמ"ה). חוות דעתו של הרב הרצוג בתיק זה פורסמה במלואה בפסקים וכתבים, לעיל ה"ש 27, חלק ז, תשח-תש"ד.
- 42 תיק 711/17/1, שם, בעמ' 75.
- 43 שם.
- 44 שם, עמ' 74.
- 45 ראו פסקים וכתבים, לעיל ה"ש 27, בעמ' תקצח-תקצט. והשוו לעיל ה"ש 40. יש להוסיף כי לאחר פטירתו של הרב עוזיאל, היה הרב הרצוג שותף לפסק דין שהכיר ברמה העקרונית באפשרות לגרש אישה בעל כורחה, גם אם באמצעים כלכליים, ולא הזכיר כלל את האפשרות להעדיף מתן היתר נישואין. ראו ערעור (גדול) 8-9/תשט"ז, לעיל ה"ש 9. לדיון בפסק דין זה ראו להלן ליד ה"ש 110. וראו גם מכתבו של הרב הרצוג מיום ל' בתשרי תשט"ו (ארכיון המדינה, תיק פ-4256/6), שממנו עולה הבחנה בין אשכנזים וספרדים לגבי היכולת לכפות אישה (באמצעים כלכליים) לגט בגין עקרותה.
- 46 תיק תש"ה/48, אוסף פסקי דין של הרבנות הראשית לארץ ישראל א קה, קט (זרח ורהפטיג עורך, התש"י). עיון בתיק הארכיוני של פסק דין זה, ארכיון המדינה, תיק ב-23530/47, מלמד כי פסק הדין נכתב ע"י הרב עוזיאל, והרב הרצוג רק חתם עליו. דברים דומים הוא כתב בחוות דעתו בתיק הנזכר לעיל בה"ש 37.

בכל קהלות הספרדים להתיר גירושין בעל כרחה של האשה. וכפי שכתב הר"ן ז"ל: אנו מוחזקים שיש חרם הקהלות או חרם דרבנו גרשום מ"ה לגרש בעל כרחה, ודבר זה הוא מקובל בכל ישראל ולא ראינו ולא שמענו אשה מתגרשת בעל כרחה.

עם זאת, יש מקום להרהר אם באמת מדובר במהלך פורמליסטי גרידא המבוסס כולו על דברי הר"ן. קשה מאוד לקבל את הקביעה העובדתית שלפיה "לא נהגו בכל קהלות הספרדים להתיר גירושין בעל כרחה של האשה". לא רק שר' יוסף קארו בשולחן ערוך לא קיבל זאת,⁴⁷ אלא שברור למדי כי לדעת פוסקים ספרדיים רבים כלל לא הייתה מניעה כזאת.⁴⁸ כך, למשל, במרוקו לא הייתה מניעה של ממש לגרש אישה בעל כורחה, בוודאי כאשר הנסיבות מצדיקות זאת ובית הדין השתכנע בכך,⁴⁹ וכך גם במקומות שונים באימפריה העות'מאנית.⁵⁰ לאור זאת ניתן להציע כי דווקא הידיעה שגירושין כפויים אכן התקיימו בקרב קהילות לא אשכנזיות רבות היא זו שמנחה את הרבנים הראשיים.

כבר עמד אלימלך וסטרייך בהרחבה על מאבקם העיקש של הרבנים עוזיאל והרצוג במסורות עדתיות המאפשרות לגבר לגרש את אשתו בעל כורחה.⁵¹ עמדתם זו עולה גם ביחסם לחוק שיווי זכויות האישה טרם חקיקתו. למרות התנגדותם החרפה למרבית סעיפי החוק,⁵² באחד מסעיפיו הם תמכו בחום. מדובר בסעיף 8 שקבע לראשונה איסור פלילי על גירושי אישה בעל כורחה ללא רשות בית הדין (כיום סעיף 181 לחוק

47 שולחן ערוך אבן העזר ק"ט ו. שם המחבר מסתפק בארבע מילים בלבד: "יכול לגרשה בלא דעתה".

48 ראו להלן ה"ש 79 ו-81. אומנם, היו קהילות שבהן התחייב הבעל שלא לגרש את אשתו בעל כורחה, בדומה להתחייבות שלא לשאת אישה שנייה (לעיל ה"ש 11. התחייבות זו הייתה נפוצה הרבה יותר מן הראשונה, וראו לעיל ה"ש 39). ראו על כך איילת סג"ל הסכמי קדם נישואין במשפט העברי והסדרים להגנת האשה בתקופת הנישואין ואחריה 132-179 (עבודה לשם קבלת תואר דוקטור, אוניברסיטת בר-אילן, התש"ע), אולם בהיעדר התחייבות זו לא הייתה לכאורה מניעה לגירושין כפויים.

49 מדובר אף על המאה העשרים, ראו אליעזר בשן יהדות מרוקו, עברה ותרבותה 227-228 (2000). גם תקנת חכמי מרוקו מתש"ז אסרה רק גירושין בעל כורחה שלא ברשות בית הדין, אך התירה במפורש לדיינים לאפשר זאת, ראו: משה עמאר המשפט העברי בקהילות מרוקו 221 (התשמ"ו).

50 לאה בורנשטיין-מקובצקי "גירושין ונישואין-מחדש בחברה היהודית שבאימפריה העות'מאנית במאות הי"ח והי"ט" ממזרח וממערב ז 117, 143 (התשס"ד).

51 אלימלך וסטרייך "עשיית משפט בידי הרבנים הראשיים בתקופת המנדט" מאה שנות ציונות דתית ב 83, 99-103, 109-111 (אבי שגיאו ורב שוורץ עורכים, התשס"ג). כפי שווסטרייך מציע שם, ייתכן שהמוטיבציה של הרב עוזיאל בסוגיה זו קשורה למגמתו לצמצם את ההבדלים העדתיים בישראל, בפרט ביני משפחה.

52 ראו למשל זרח והרפטיג חוקה לישראל – דת ומדינה 131-132 (התשמ"ח).

העונשין).⁵³ ייתכן שבמסגרת מגמתם לעקור את האפשרות שבעל יגרש את אשתו בעל כורחה, וכדי להרגיש כי כל הקהילות קיבלו כביכול איסור זה, הם קבעו שגירושין כאלה אינם אפשריים בשום מקרה: לא רק כאשר מדובר ביוזמה עצמאית של הגבר, אלא גם על פי פסק בית דין. אין זה המקרה היחיד שהרב עוזיאל מציג בו בסוגיה דנן עמדה גורפת שאינה מדויקת. באותו פסק דין ממש כותב הרב עוזיאל כך:⁵⁴

יש לשים לב לעובדה שבזמננו אנו נהגו כל בתי-דין בישראל שלא כדעת הרא"ם, אם לא במקום שמן הדין חייב לגרשה, כגון עוברת על דת משה ויהודית או שרשאי לגרשה כגון נשתטית וכדומה לה. וככה שורת הדין מחייבת בזמננו זה, שאם לא כן לא הנחת בת לאברהם אבינו, שכל איש ימצא איזו תואנה ואמתלה שהיא, או יתן עיניו באחרת, והוא ישליש כתובת אשתו בבית – דין ויפטר ממזונותיה, ועל ידי כך יכריח אותה לקבל גיטה. מנמוקים אלה נראה לבית הדין הגדול ברור ומחזור שאין לקבל השלשת כתובה מהמשיב הזה, כל זמן שאשתו צווחת ואומרת איני רוצה להתגרש, וממילא אין לפוטרו ממזונותיה לפי כבודו ומצבו הכלכלי.

ודוק, כאן מפורשת מגמתו של הרב עוזיאל להגן על מעמד האישה הנשואה ב"זמננו זה",⁵⁵ והוא תומך אותה בטענה כי כך "בזמננו אנו נהגו כל בתי-דין בישראל". אולם, כבר הראה אלימלך וסטרין שהרב עוזיאל ידע מניסיון אישי שלא כך הם פני הדברים בעולם הספרדי, וגישתו קרובה היא לתפיסה האשכנזית דווקא.⁵⁶ קשה גם לומר שכך אכן נהגו כל בתי הדין הרשמיים בארץ ישראל, וכבר עמד פלטיאל דיקשטיין, שהכיר מקרוב

53 ראו הרב יצחק אייזיק הלוי הרצוג **תחוקה לישראל על פי התורה** חלק ג 62–63 (איתמר ורהפטיג עורך, התשמ"ט), שאף הציע להרחיב את תחולת הסעיף ולקבוע ענישה גם במקרה שהגירושין לא צלחו ואף על מי ששיתף פעולה עם הגבר; הערותיו של הרב עוזיאל לחוק מיום כ"ט בסיוון תש"י, ארכיון המדינה, תיק גל-11651/2, המדבר על כך ש"מסורת היא בדינו מקדמונינו שלא להתיר גירושין בעל כרחו של אשה" ולכן אנו מסכימים לסעיף פלילי זה.

54 לעיל ה"ש 46, עמ' קי. על מאבקו של הרב עוזיאל בהלכת הרא"ם (לעיל הערה 9) ראו אלימלך וסטרין "ניצנים מוקדמים של שיטת הרב עוזיאל בדיני המשפחה" **מאזני משפט** ד 793 (התשמ"ה). הוא כבר עומד על המוטיבציות הריאליות שהנחו את הרב עוזיאל: הגנת מעמד האישה מתוך הבנה של העידן המודרני וכן זו הנזכרת לעיל בה"ש 51.

55 השוו לנאמר בתיק 704/51/1, **אוסף פסקי דין**, לעיל ה"ש 46, נא בעמ' נד: "אין אנחנו עושים כהרא"ם ז"ל וחלילה לנו לעשות כן, ואם כך נפסוק נחריב ח"ו את חיי המשפחה בישראל, ומנהגנו עושה תקנת ב"ד והקהלות ואין לזוז ממנו". הדברים נכתבו בידי הרב הרצוג בהסכמת הרב עוזיאל (ראו פסקים וכתבים, לעיל ה"ש 27, חלק ז, תרסב).

56 וסטריין, לעיל ה"ש 54, בעמ' 797, 804–808. וראו עשרות שיטות המאפשרות הסתמכות על רא"ם גם בדורות האחרונים אצל אשר חלקיהו המראה כי היו אף פוסקים אשכנזים שאפשרו שימוש בשיטת רא"ם. אשר חלקיהו **במעגלי צדק**, חלק ב, 2–19 (התשס"ד).

את פסיקת בתי הדין בארץ ישראל, על כך שמאבקם של הרבנים הראשיים היה בנוהג המקובל בבתי הדין של הרבנות לפסוק כרא"ם, והם אלה שעמלו קשות כדי לשנות אותו.⁵⁷ לאור זאת, ניתן כאמור להציע כי העדפתם של הרבנים הראשיים למתן ההיתר נבעה בעיקר ממגמתם לעקור את מציאות הגירושין הכפויים, שבשונה מריבוי הנישואין (נושא שגם בהגבלתו עסקו הרבנים הראשיים בצורה אינטנסיבית), לא נחשבו עד 1951 כעבירה פלילית.⁵⁸ במסגרת זו, גם בית הדין מבטא את הגישה כי עדיף לתת היתר נישואין על פני פסק דין לגירושין בעל כורחה, מה גם שמתן ההיתר דורש את הסכמתם של הרבנים הראשיים עצמם,⁵⁹ וממילא הוא נתון לפיקוחם שלא כמו הגירושין הכפויים. להלן עוד אחזור ליחס שבין הנימוקים הפורמליים ובין הנימוקים הריאליים בפסיקת בתי הדין.⁶⁰

ג. הנימוקים ההלכתיים להעדפת היתר הנישואין על פני גירושין כפויים

11. מבוא

בעולם האשכנזי, בו התקבלו החרמות של רגמ"ה, ההעדפה בימי הביניים – במקרה שבו האישה יכולה הייתה לקבל את גיטה – הייתה ברורה, ושונה מזו של בתי הדין כיום:

57 פלטיאל דייקן (דיקשטיין) דיני נישואין וגירושין: לאור חוקי מדינת ישראל תש"י-תשט"ו ולאור פסקי הדין של בתי הדין הרבניים והאזרחיים 124-126 (התשט"ז). יש לומר כי גם לאחר פסיקתם של הרבנים הראשיים לא פג השימוש בשיטת רא"ם. ראו למשל תיק (אזורי י-ם) 98/תשי"ג, פר"ד א 193, שם קובע בית הדין כי ניתן לעשות שימוש בשיטת רא"ם במקום שלאישה יש פרנסה. וראו דיונו הארוך של הרב עמאר בשבתו כדיין בפתח-תקווה, בשו"ת שמע שלמה, חלק ב סימן כ, המסכם: "במקום שב"ד רואים שהאשה ממררת את חיי בעלה ולא רוצה לחיות עמו בשלום וגם להתגרש אינה מסכימה מאיזה סיבה שתהיה כל כה"ג בודאי דאפשר לפוטרו ממוזנותיה אם ישליש גט וכתובה אע"ג דאין מקום לחייבה בגט מחמת חוסר הוכחות וכדומה, ובפרט לבני זוג ספרדים וכו"ל".

58 על עבירת ריבוי הנישואין ופעולתם של הרבנים הרצוג ועוזיאל לתיקון הגדרת העבירה כך שתהיה אפקטיבית גם לגבי גברים יהודים, ראו רדזינר, לעיל ה"ש 14. אומנם, התיקון שיזמו נכנס לתוקף רק בשנת 1947, אולם כפי שאני מראה שם, המגע עם השלטונות לקבלתו החלו כבר בסוף שנות השלושים והיה לרבנים הראשיים בסיס להניח כי הוא יתקבל בשלב מוקדם הרבה יותר.

59 כאמור בהערה הקודמת, גם דרישה זו נכנסה לחוק רק בשנת 1947, אולם כבר בשנת תש"ג נקבע בתקנות הדיון כי ההיתר דורש את הסכמת הרבנים הראשיים. ראו עמיחי רדזינר "ראשיתן של תקנות הדיון בבתי הדין הרבניים: תקנות תש"ג" דיני ישראל כה 185, 259 הערה 219 (התשס"ח).

60 לדיון עקרוני בפסיקות בתי דין שבהן ההנמקות ההלכתיות יוצרות קושי להניח כי הן הבסיס היחיד לפסיקה, ראו עמיחי רדזינר "הלכה, מאבק סמכויות וזוויות הסטייה: פנייה לבית המשפט כעילת גירושין בבית הדין הרבני" דיני ישראל לב 223 (התשע"ח). וראו גם להלן בה"ש 106.

"כאשר ניתנת האפשרות להתיר אחת משתי תקנות רגמ"ה, זו האוסרת ריבוי נשים וזו האוסרת גירושין כפויים, נבחרה האפשרות השנייה ולא הראשונה".⁶¹ עמדה ברורה זו החלה להתערער בקרב הפוסקים האשכנזיים שחיו באיטליה בראשית המאה השש-עשרה.⁶² בעוד מדברי מהר"ם פדואה עולה שיש להעדיף גירושין כפויים על פני היתר אישה שנייה,⁶³ ר' עזריאל (דאינה) העדיף להתיר לשאת אישה שנייה על גירושין כפויים.⁶⁴ מאז ועד לתחילת המאה העשרים ניטשה בעולם האשכנזי מחלוקת בשאלה זו,⁶⁵ ואין אנו מוצאים בה הכרעה חד-משמעית. חיבורים שונים אספו את השיטות השונות בסוגיה זו, והראו שהמחלוקת שקולה למדי והלכה למעשה ניתן לפעול לפי הדרך היעילה יותר בעיני הדיינים במקרה הנתון.⁶⁶ כך, למשל, אחד ממחברי זמננו, הרב אשר חלקיהו, אסף 23 אחרונים הקובעים כי עדיף לגרש בעל כורחה, 22 אחרונים הקובעים כי עדיף לתת היתר ושישה שקבעו שאין עדיפות לאחת התקנות, והוא מסכם:⁶⁷

- 61 וסטרייך, לעיל ה"ש 1, בעמ' 159. על הסיבות לכך ראו שם, בעמ' 141-142 ובעמ' 145-146. בקצרה אומר שווסטרייך מראה כי באשכנז התפתחה גישה שלפיה יש למנוע ככל האפשר נישואין ביגמיים.
- 62 לדיון נרחב בפסיקה האיטלקית בתקופה זו ראו שם, בעמ' 199-230.
- 63 שו"ת מהר"ם פדואה, סימנים יג-יד. אחרונים שונים דנו בדבריו והסיקו מהם עדיפות ברורה לגירושין כפויים. ראו דיון בדבריהם אצל הרב יעקב מאיר פרבשטיין, אהלי תורה על התורה, חלק ה, תפד-תפח (התשע"ד).
- 64 וסטרייך, לעיל ה"ש 1, בעמ' 224. מדובר בשו"ת ר' עזריאל דאינה, חלק א, סימן קכב.
- 65 אלימלך וסטרייך עסק בפרק האחרון של ספרו, לעיל ה"ש 1, בעולם האשכנזי של המאות השש-עשרה עד השמונה-עשרה, והוא עומד על התפנית שחלה מן המסורת האשכנזית של ימה"ב ועל הסיבות לה, תוך שהוא עומד (שם, בעמ' 326-327) על מקומו המרכזי בתפנית זו של הנודע ביהודה, בו אעסוק להלן.
- 66 ראו, למשל: הרב צבי יחזקאל מיכלזאהן, שו"ת תירוש ויצהר, פב (עמ' 202) תרצ"ז: "לדעתי אין מקום לדרון בזה כלל [...] ומה חפץ מעתה לדרון איזו משניהם חמור יותר להתיר לו הקל, הלא בין בזו בין בזו אין עושה דבר האסור ומה שיבחור לו לעשות הרי יעשה דבר שלא חל בו חרגמ"ה"; באנציקלופדיה תלמודית, כרך יז, שצג-שצה, מובאים עשרות מקורות לכל גישה והמסיים במילים: "ויש שכתבו שאין חרם אחד חמור יותר מחברו, ושתי התקנות שוות ולמדים זו מזו, והכל לפי הענין ולפי ראות עיני הדיינים"; אוצר הפוסקים כרך א 32-33 (התש"ז); הרב גדליה פלדר, נחלת צבי חלק ב 261 (התשל"ב): "על הבי"ד לדרון ולהורות הנעשה ויבררו בקיל קיל יותר"; הרב משה קליין, משנת האישות: דיני האישות קיז-קכ (התשע"ח), וכן עוד רבים.
- 67 **במעגלי צדק**, לעיל ה"ש 56, חלק א, 301-306. הציטוט מעמ' 306. לאור זאת ולאור הדברים שהובאו קודם לכן לא ברור על מה מבוססת קביעתו של השופט משה זילברג (בכג"ץ 235/68 ר' ב' נ' הרבנים הראשיים, פ"ד כ 462, 471 (1969)) שלפיה "מאז ומעולם רואים הפוסקים את החרם השני [על הכפיה] כהרבה יותר חמור מהחרם הראשון, ולכן מעדיפים הם היתר נישואין".

מתוך ריכוז דברי הפוסקים שהובאו למעלה, לא מצאנו ריבוי דעות להקל בהתר של אפשרות אחת על פני חברתה [...] ומצאנו גם דעות כפוסקים, האומרים שאין עדיפות לדרך אחת על פני השניה. ממילא, אין נראה שיש להעדיף אפשרות אחת על פני האפשרות השניה, ומה שנשאר להביא כשיקול דעת, את התנאים במצב הקיים. כלומר שאם יש קושי טכני, או חוקי, ביחס לאחת האפשרויות, אנו נעדיף את האפשרות היותר קלה להתיר לבעל.

אכן, להלן אטען שיש משקל רב לקשיים 'טכניים' או חוקיים ביצירת 'מנהג בתי הדין'. כבר כעת ניתן לראות שההכרעה להעדיף את ההיתר על פני הכפייה אינה עולה בפשטות מסקירת שיטות האחרונים, והיא ודאי אינה תואמת לדעת הראשונים האשכנזים. מכל מקום, כעת אעבור לנימוקים ההלכתיים שהושמעו בבתי הדין.⁶⁸

2.2. האיסור לגרש בעל כורחה פשט בכל ישראל

"אף שהחרם של שתי נשים לא פשט בכל ישראל, אבל חרם שלא לגרש בעל כרחה חמיר טפי ופשט בכל ישראל"⁶⁹ – ציטוט זה, הלקוח מדברי הנודע ביהודה, מציג את הנימוק ההלכתי המרכזי, כנראה, להעדפת מתן היתר אישה שנייה. נימוק זה של הנודע ביהודה זכה להסכמתם של החת"ם סופר ושל אחרונים אחרים,⁷⁰ והוא נזכר פעמים שונות בפסיקת בתי הדין הרבניים.⁷¹ דבריו של הנודע ביהודה מבוססים על תשובתו המפורסמת של הר"ן (ר' נסים גירונדי, מגדולי הפוסקים בספרד של המאה ה-14), בה הוא אסר על גבר לגרש אישה בעל כורחה למרות הנימוקים הטובים שהיו לו, בין היתר משום "שאנו מוחזקים שיש חרם הקהלות בדבר או תקנת רבינו גרשום ז"ל, ודבר זה פשט איסורו בכל ישראל, שלא שמענו ולא ראינו אשה מתגרשת בעל כרחה".⁷²

- 68 ישנם נימוקים הלכתיים נוספים, אליהם לא אתיחס משום שלא מצאתי אותם בפסיקת בתי הדין. ראו במקורות הנזכרים לעיל בהערות 66-67.
- 69 שו"ת נודע ביהודה מהדורא קמא, אבן העזר סימן עז.
- 70 שו"ת חתם סופר, חלק ו – ליקוטים, סימן ע: "ולא יגרש בע"כ כי חרם דבע"כ חמיר טפי ונתפשט בכל מקום ובכל זמן משא"כ לישא אשה על אשתו דקיל יותר", וראו עוד אנציקלופדיה תלמודית, כרך יז, בעמ' שצד; אוצר הפוסקים כרך א 32.
- 71 ראו למשל הרב גורן, לעיל ה"ש 7, בעמ' 172; הרב דוד מלכא "התחייבות של אשה לפני הנישואין לקבל גט" שורת הדין ח שס, שעו (התשס"ג); הרב גאופטמן בתיק 1122051/6, לעיל ה"ש 8. להלן בסמוך יוזכרו דיינים נוספים שתמכו בטיעון זה.
- 72 שו"ת הר"ן, סימן לח. לדיון בתשובה זו ראו וסטרייך, לעיל ה"ש 1, בעמ' 165-170. וסטרייך מראה כי יחסו לנשיאת אישה שנייה היה קל בהרבה וגם עומד על כך שעמדתו חריגה בקרב הראשונים הספרדים.

חשיבותו של טיעון זה במדינת ישראל נעוצה בעובדה שהוא זכה לתמיכתם של דיינים מרכזיים שפעלו בבתי הדין ואשר כוננו מסורות שונות בו, ובראשם הרבנים הרצוג ועוזיאל. כאמור, הם סברו שגם עדות המזרח קיבלו את האיסור לגרש בעל כורחה, ולכן הוא חמור יותר.⁷³ טיעון זה עולה גם בפסק דין של הרב אלישיב משנת תשי"ז (1957), ועל פיו הוא קובע שלא ניתן בישראל לגרש אישה בעל כורחה:⁷⁴

ויש להניח לפי זה שבישראל נוהג מנהג כללי משנות דור ודור לאסור גירושין בע"כ, היינו לכפות על אשה לקבל גט ע"י מאסר וכיוצ"ב עד שתאמר "רוצה אני".

הוא גם מהווה בסיס לפסק דינו של הרב אליעזר ולדנברג, שניתן ככל הנראה בבית הדין האזורי בירושלים,⁷⁵ ובו הוא דן בשיטת הר"ן ובאחרונים שהביאו אותו ומסכם "שנתברר לנו דעת גדולי הפוסקים האמורים שהחרם שלא לגרש בע"כ נתפשט ונתקבל בכל תפוצות ישראל".⁷⁶

הבעיה בטיעון זה כפולה. ראשית, גם אחרונים שהכירו וקיבלו את דברי הר"ן, לא בהכרח גזרו מהם שעדיף לתת היתר אישה שנייה. כך, למשל, ערוך השולחן שקובע כי "רכינו גרשום מאור הגולה והגדולים שהיו בימיו חזרימו לבלי לגרש אשה בע"כ ותקנה זו נתפשטה בכל העולם גם במקום שלא נתפשט חדר"ג לבלי לישא שתי נשים",⁷⁷ ובכל זאת סובר בסעיף הבא כי מבחינת השיקול ההלכתי (עדיפות מעבר חד-פעמי על איסור על פני עבירה נמשכת) עדיף לאפשר גירושין כפויים: "במקום שצריך לברור אחד משתי אלה, או לגרש בע"כ או לישא אשה על אשתו, נראה דעדיף טפי [=יותר] לגרש בע"כ, דזה האיסור הוא לשעה, ושתי נשים עומד זמן רב באיסור, ואם כי בשניהם אין איסור במקום שנאמר דבכהאי גוונא [=שבכגון זה] לא תיקן רגמ"ה".⁷⁸

הבעיה הגדולה יותר היא העובדה שבניגוד לעולה מעמדת הרב עוזיאל, הרוב הגדול של האחרונים הספרדים לא קיבלו את דברי הר"ן.⁷⁹ לעמדתו גם אין זכר בשולחן

- 73 ראו לעיל ה"ש 45-46.
- 74 ערעור (גדול) תשט"ז/64, משפט איש: פסקי דין ממרן רבנו הגרי"ש אלישיב זצוק"ל, כרך שנת תשט"ז קעז, קפג (חיים יצחק מאיר הגר עורך, התשע"ח).
- 75 ראו להלן ה"ש 81.
- 76 שו"ת ציץ אליעזר, חלק י סימן מו.
- 77 ערוך השולחן אבן העזר, קיט יד.
- 78 שם, סעיף טו. בהמשך הסעיף הוא מתמודד עם הטיעון של הנודע ביהודה ורוחה אותו. ההסבר המובא בציטוט למעלה – מעשה חד-פעמי עדיף על מעשה נמשך – כמו גם המשך דברי ערוך השולחן, מופיעים באופן דומה בדברי הרב קוק, לעיל ה"ש 29. לפוסקים נוספים שהעלו טיעון זה ראו למשל: הרב שלמה יוסף זוין, לאור ההלכה, תמא (התשס"ד).
- 79 ראו למשל אנציקלופדיה תלמודית, כרך יז, שפז ו-שצ; במעגלי צדק, לעיל ה"ש 56, 189-194. וראו הרב יצחק יוסף "הסיבות המצדיקות כדי ליתן גט והמסתעף" קול סיני 99

ערוך שמאפשר גירושין כפויים כמעט ללא הגבלה.⁸⁰ אשר על כן דיינים שונים, ובראשם הרב עובדיה יוסף, דחו טיעון זה,⁸¹ והיה אף דיון שכתב כי לכאורה לשיטת פוסקי ספרד גירושין כפויים קלים מהיתר נישואין.⁸²

3.3. תפוגת האיסור על נישואין לאשה שנייה

"יותר חמור גירושין בע"כ מלישא אחרת, והראיה דחרם שלא לישא אחרת קבע הגאון בה זמן עד סוף אלף החמישי, וחרם שלא לגרש בע"כ לא מצינו בשום מקום שקבע בו זמן" – גם ציטוט זה לקוח מדברי הנודע ביהודה.⁸³ כידוע, קיימת מסורת של הרשב"א, שהובאה בידי מהרי"ק, שלפיה החרם שאסר אישה שנייה פג בתום האלף החמישי, כלומר בשנת 1240.⁸⁴ אומנם, רבים מקרב פוסקי אשכנז חלקו על טיעון

רח, רי-ריא (התשע"ז), שהראה כי פוסקים ספרדים חשובים קבעו שיש להעדיף גירושין כפויים על פני היתר אישה שנייה. לגבי המצב העובדתי בספרד של ימי הביניים בסוגיה זו ראו: ש"ז הבלין "בירורים חדשים בענייני תקנות רגמ"ה, ייחוסן, תחולתן והתפשטותן" שנתון המשפט העברי יא-יב 317, 332 והערה 62 (התשמ"ד-התשמ"ו) וגם לעיל בה"ש 48-50. לעיל ה"ש 47.

80 הרב עובדיה יוסף, יביע אומר, חלק ה, אבן העזר סימן א. לדיון נרחב בשיטת הרב יוסף בתשובותיו השונות בנושא, ראו: אמיר זוארץ מדיניותו ההלכתית ודרכי פסיקתו של הרב עובדיה יוסף (וצ"ל) בסוגיות בדיני משפחה 112-172 (עבודה לתואר דוקטור, אוניברסיטת ברא"ל, התשע"ו). וכבר שיער הרב אריאל אדרי (בתיק 1122051/6, לעיל ה"ש 8) שבית הדין האזורי שהרב עובדיה יוסף חולק עליו הוא בית דינו של הרב ולדנברג, לעיל ה"ש 76. וראה סיכומו של הרב אדרי שם: "לדינא, נראה שאין לחלק בין המקרים ומנהג קהילות הספרדים להקל בשניהם [=בשני החרמות]". וראו עוד, למשל: תיק (אזורי ת"א) 4490/תשי"ז, פד"ר 20, 33 (שם היה מדובר בשלושה דיינים אשכנזים); הרב שלום משאש (רבה הראשי של מרוקו וראב"ד ירושלים): הרב שלום משאש "לגרש אשה בעל כרחה, ותקנת רגמ"ה בזה" אור תורה, לג תקט (התשס"א): "...שכתבתי לו שתי פעמים תשובות ניצחות וברורות שדעת כל הפוסקים שאין נוהג בינינו הספרדים חרם דרבנו גרשום שלא לגרש אשה בעל כרחה"; עשרת דבורה, לעיל ה"ש 9, בעמ' 336: "יתכן שבתקופת הר"ן התקבלה תקנה זו בכל מקום. אך בדורות יותר מאוחרים, חדלו מלנהוג כן... מסקנת הדברים – נראה שיש לנהוג כמסקנת הגר"ע יוסף שליט"א כפי שהובאה בתשובתו בספרו יביע אומר". וראו עוד שם, בעמ' 345-346 ובעמ' 562.

82 הרב מרדכי טולידאנו מעשה בית דין חלק א, ריג (התשע"א). הרב טולידאנו הוא חתנו של הרב עובדיה יוסף.

83 שו"ת נודע ביהודה, מהדורא קמא, אבן העזר סימן א. ראה גם שם, סימן פד; שם, מהדורא תניינא, אבן העזר סימן קב.

84 תשובת הרשב"א מכתב יד פורסמה על ידי ש"ז הבלין "תקנות רבנו גרשום מאור הגולה בענייני אישות בתחומי ספרד ופרובאנס (לאור תשובות הרשב"א ור' יצחק די מולינא מכתבי יד)" שנתון המשפט העברי ב 200, 226-231 (התשל"ה). היא הובאה בשו"ת מהרי"ק סוף

זה,⁸⁵ אולם אין ספק שהמסורת הזו מוכרת ומבוססת הרבה יותר מאשר מסורת דומה שלפיה פג גם החרם על גירושי אישה בעל כורחה,⁸⁶ ולכן כתב הנודע ביהודה כי זהו שיקול להעדיף להתיר אישה שנייה, ובעקבותיו הלכו אחרונים שונים.⁸⁷

טיעון זה מופיע בפסקי דין שונים.⁸⁸ עם זאת, כמובן גם כאן ניתן להעיר כי אחרונים אשכנזיים רבים לא חששו לטיעון זה וסברו שעדיף לגרש אישה בעל כורחה מאשר להתיר לבעל לשאת אישה שנייה, וכי לטיעון זה אין כמובן כל משקל במסורת הספרדית שלפיה שני החרמות לא התקבלו על דעת פוסקי ספרד. זאת ועוד, הרב עובדיה יוסף עומד על כך שלדעת פוסקים ספרדיים שונים ובראשם ר' יוסף קארו, שני החרמות של רגמ"ה פגו בסוף האלף החמישי, ולכן אין כיום איסור לגרש בעל כורחה גם במקומות שבהם התקבל החרם שאסר זאת.⁸⁹ עמדה זו התקבלה גם על דעתם של דיינים אחרים. כך, למשל, הרב משה בצרי מבצע בירור מעמיק בתשובת הרשב"א שהיא המקור למסורת על תפוגת חדר"ג ומראה כי כוונתו הייתה לשני החרמות, וכי פוסקים ספרדים רבים הבינו כך ואילו "מהרש"ל, הנו"ב החת"ס וכל אותם שנמשכו אחריהם, שכתבו דבריהם בהשערה מכורח קושיות ולא מתוך ידיעה ממסורת ברורה", ולכן זו אינה יכולה להוות סיבה להעדפת מתן ההיתר.⁹⁰

4. אופיו החמור יותר של האיסור לגרש אישה בעל כורחה

לשיטתו של החת"ס סופר ההולך בעקבות בעל הנודע ביהודה, הסיבה שהחרם על גירושין כפויים אינו מוגבל בזמן ואינו מכיל מנגנון היתר של מאה רבנים, בניגוד לחרם על הביגמיה, נעוץ בעובדת היותו חמור יותר מלכתחילה:⁹¹

- סימן קא וממנו הגיעה לבית יוסף ולשולחן ערוך (אבן העזר, א, י). על השפעתה בפועל ראו וסטרייך, לעיל ה"ש 1, בעמ' 265-277.
- 85 ראו אנציקלופדיה תלמודית, כרך יז, שפה-שפו. הבולט שבמתנגדים למסורת זו היה המהרש"ל. לדיון בשיטתו ראו וסטרייך, לעיל ה"ש 1, בעמ' 306-309.
- 86 למסורת זו ראו אנציקלופדיה תלמודית, כרך יז, שפו.
- 87 דברי הנודע ביהודה הובאו בפתחי תשובה סימן א ס"ק טז, וכן באחרונים חשובים אחרים. ראו אנציקלופדיה תלמודית, שם, הערה 83.
- 88 ראו, למשל תיק (אזורי ת"א) 980/תשכ"ז, פד"ר ז 353, 362; פד"ר כ, לעיל ה"ש 21, בעמ' 56-61 (דומני שבפסק דין זה מצוי הדיון הארוך ביותר בתוככי בית הדין בסיבות ההלכתיות להעדפת היתר הנישואין); ערעור (גדול) 806737/5 (29.6.2016).
- 89 יביע אומר, לעיל ה"ש 81, סעיף ב; שם, חלק ז, אבן העזר סימן ב, סעיף ט; שם, חלק ט, אבן העזר סימן כד, סעיף ה. מובן שבנו הולך בעקבותיו: יצחק יוסף, לעיל ה"ש 79, בעמ' ריא.
- 90 תיק 77890/10, לעיל ה"ש 6. עוד ראו דברי הדיין הרב אברהם הרוש בתיק (אזורי ב"ש) 1086123/1 (20.12.2018).
- 91 שו"ת חתם סופר חלק ג (=אבן העזר חלק א) סימן ג. וראו עוד: לעיל ה"ש 70; שו"ת חתם סופר חלק ד (=אבן העזר חלק ב) סימן קסז. כפי שראינו, הראשונים האשכנזים לא סברו כך.

וממוצא הדברים למדתי כי הנה רגמ"ה תיקן ב' תקנות: אחת שלא לגרש בע"כ, והיא סיג לתורה כיון שרבו פרוצים שזלזלו בכנות ישראל ההגונות, בערב היא באה ובבוקר היא שבה,⁹² על כן החמיר בחרם זה, לא קבע לו זמן ולא מקום ונתפשט בכל ישראל, ולא התנה להתירו ע"י מאה רבנים [...] תקנה שניה אינה סיג לתורה, רק מפני הרגל קטטה החרים שלא ישא אשה על אשתו, והיא קלה,⁹³ ולא נתפשטה בכל מקום, וקבע זמן עד סוף אלף החמישי [...]

כוונתו של החת"ם סופר מתבארת בדבריו של ר' יצחק אלחנן ספקטור:⁹⁴

נראה דהחמירו בה יותר, לפי שתקנה שלא לישא ב' נשים הוא משום קטטה תיקן ולא משום דררא דאיסורא [...] מה שאין כן תקנה שלא לגרש בע"כ הא הוי ביה דררא דאיסורא, דהוי סייג לתורה, דהא אינו רשאי לגרש אשתו בלא מצא בה ערות דבר, כמבואר בסי' קי"ט⁹⁵ [...] והתקנה דהוי סייג לתורה חמור יותר מן תקנה שאינה סייג לתורה, כמבואר ברמב"ם פ"ב הלכות ממרים ה"ג, ע"ש⁹⁶ [...] על כן בחדר"ג לגרש בע"כ דהוי סייג לתורה, יכולים לגזור עד עולם. מה שאין כן ב' נשים דלא הוי סייג לתורה כנ"ל, יש בו חשש בל תוסיף, על כן לא גזרו רק על זמן, ואז אין בו משום בל תוסיף. וקצרתי.

במילים אחרות, התקנה שלא לגרש אישה בעל כורחה נתקנה כדי להגן על איסור מהתורה, ואילו התקנה השנייה אינה כזאת ולכן מקומה נמוך יותר במדרג הנורמטיבי של ההלכה. אנו מוצאים נימוק זה בתוככי בית הדין הרבני כנימוק נוסף להימנעות מכפיית נשים

- 92 ככל הנראה נימוק זה מבוסס על דברי הרא"ש, לעיל ה"ש 5. קביעה דומה מופיעה בתשובת הרשב"א (הבלין, לעיל ה"ש 84, בעמ' 230-231), אבל מגוף השאלה והתשובה ברור שלדעתו זהו גם הנימוק לתקנה למניעת ביגמיה, ושתייהן אינן מחייבות לדעתו.
- 93 הכוונה לחשש קטטה בין שתי הנשים. מקורו של טיעון זה ככל הנראה בהגהות מרדכי, כתובות, פרק ראשון רמז רצא: "שלא גזר הגאון אלא משום קטטה ולא משום דררא דאורייתא כלל". הדיון שם עוסק ביחס בין החרם על הביגמיה לבין מצוות ייבום, ראו וסטרייך, לעיל ה"ש 1, בעמ' 101-102. וראו גם שו"ת הר"ן, סימן מח.
- 94 הרב יצחק אלחנן ספקטור, שו"ת עין יצחק, חלק א, אבן העזר סימן ד, סעיף כ. וראו שם שם, סימן ג. מהתשובות עולה גישה מקילה למדי בהיתר אישה שנייה, ובסימן ג הוא מציע שבמורדת אף אין צורך בהיתר מאה רבנים.
- 95 שולחן ערוך, אבן העזר, קיט ג: "לא יגרש אדם אשתו ראשונה, אלא אם כן מצא בה ערות דבר". הראשונים ניסו להסיק דין זה מן התלמוד בגיטין צ ע"ב. וכבר העירו שאם כך, נכון הטעיון דנן רק במקרה של גירושי אשתו הראשונה.
- 96 לפי דברי הרמב"ם שם ניתן לבטל תקנה שפשטה בישראל רק בתנאי שאינה סייג לתורה.

לגט. כך, למשל, מאריך בדיון בו הרב חיים יהודה רבינוביץ,⁹⁷ ומציע שהוא, לצד הטיעון של תפוגת החרם על הביגמיה בסוף האלף החמישי, מהווה הבסיס ל'מנהג בתי הדין':⁹⁸

חרם דרכינו גרשום דלא לגרש בע"כ חמור יותר מחרם דלא לישא ב' נשים, והיוצא לנו מדברים אלו דאפילו לפי הדעות דשני החרמות לא כלו בזמנינו או דכלו בזמנינו, יש לומר דעדיף לישא ב' נשים, כיון דלגרש בע"כ הוי איסור חמור יותר, ומה שאין כן לגבי לישא ב' נשים ליכא [=אין] דררא דאיסורא [=חשש איסור].

אך כמו בנימוקים קודמים, גם כאן הבחירה בנימוק זה כבסיס להעדפת היתר הנישואין אינה פשוטה. ראשית, גם טיעון זה לא התקבל על דעתם של רבים מפוסקי אשכנז, מה גם שהיו שטענו שמהתלמוד ניתן להעלות טענה הפוכה:⁹⁹

דגזירה זה דלא ישא ב' נשים הוא סרך דינא דגמרא, דר' אמי סבירא ליה הכי [=סובר כך],¹⁰⁰ ומה גם דמביא הר"י מינין בתשובה סי' י' כמה פוסקים ובכללם התרומה דפוסק באמת הלכה כר' אמי ולא כרבא.¹⁰¹ מה שאין כן בזה דלא יגרש בע"כ לא מצינו חשש זה לדינא דגמרא כלל.

כלומר, דווקא האיסור לשאת שתי נשים חמור יותר משום שיש לו בסיס בתלמוד, מה שאין כן האיסור לגרש בעל כורחה. שנית, גם טיעון זה אינו רלוונטי למסורת הפסיקה הספרדית המיוצגת בידי הרב עובדיה יוסף, ולפיה גם החרם שלא לגרש אישה בעל כורחה לא התקבל בקרבה. הרב יוסף שולל במפורש את שיטת החת"ם סופר, ועמדו על זה דיינים שונים.¹⁰²

- 97 בתיק 3198, לעיל ה"ש 21, בעמ' 57-61. וראו עוד, למשל, בדברי הרב גאופטמן, לעיל ה"ש 71.
- 98 בתיק 3198, לעיל ה"ש 21, בעמ' 61.
- 99 הרב אריה יהודה ליב תאומים, שו"ת גור אריה יהודה, חלק ב, אבן העזר סימן כב. וראו גם הרב חיים הכהן רפאפורט, שו"ת מים חיים, חלק ב אבן העזר סימן א הטוען טענה זהה, וכן הרב יוסף שאול נתנזון, שו"ת שואל ומשיב, מהדורה קמא, חלק א סימן קיג, הקובע שהחרם על נישאת שתי נשים אף חמור יותר משום שהוא בא להגן על דינו של רבא (יבמות סה ע"א) שהלכה כמותו, ולפיה אדם לא יישא כמה נשים אם לא יוכל למיקם בסיפוקיהו. עם זאת, עמדתו זו של בעל השואל ומשיב נסתרת מתשובות אחרות שלו. ראו במעגלי צדק, לעיל ה"ש 56, חלק א, 304-305 ובהערה שם. למקורות נוספים ראו אנציקלופדיה תלמודית, כרך יז, בעמ' שצג הערה 164.
- 100 הכוונה לשיטת רבי אמי במחלוקתו עם רבא ביבמות סה ע"א הקובע שהנושא אישה שנייה חייב לגרש את הראשונה ולתת לה כתובתה. אומנם, הלכה אינה כמותו, אולם היו שחששו לה והמחבר מציין זאת. לדיון בשיטתו ראו וסטרייך, לעיל ה"ש 1, בעמ' 21-23.
- 101 לדיון בתשובה זו ראו וסטרייך, לעיל ה"ש 1, בעמ' 202-208.
- 102 ראו למשל תיק (אזורי חיפה) 1083672/1 (25.1.2018); הרב הרוש, לעיל ה"ש 90. גם הרב גאופטמן, לעיל ה"ש 71, מזכיר כאמור טיעון זה, אך מוסיף מייד לאחריו: "בנדוננו בו

5.1 סיכום

צדק הרב צימבליסט בכתבו: "וכפי שידוע שהרבה אחרונים כתבו שעדיף להתיר לבעל את החרם לשאת אשה על אשתו, מאשר לגרש את האשה בעל כרחה, וכן המנהג".¹⁰³ אולם האם חייבים להניח כי זה "המנהג" בבתי הדין משום שכך כתבו "הרבה אחרונים"? דומני שלא מדובר בקשר הכרחי. כפי שראינו, ודאי קשה להניח כי דעות האחרונים הללו מהוות גורם משמעותי בפסיקה הספרדית, בפרט זו המושפעת מעמדתו של הרב עובדיה יוסף (שהשפעתו על התנהלות בתי הדין, ודאי בעשורים האחרונים, גדולה לאין שיעור מזו של הרב עוזיאל¹⁰⁴). וכאמור, גם בנו הרב יצחק יוסף, שכיהן כנשיא בית הדין הגדול, הצביע על כך שמבחינה הלכתית פשוטה אין בעיה לדעתו לגרש אישה בעל כורחה, אולם "בפועל בתי הדין לא עושים דבר זה".¹⁰⁵ אולם גם כאשר מדובר בדיינים המושפעים מן המסורת האשכנזית ניתן לשאול מדוע זה העדיפו דווקא את העמדה המעדיפה היתר אישה שנייה? הרי "הרבה אחרונים" אחרים כתבו כי עדיף דווקא להתיר גירושין כפויים, ולבית הדין יש כוח משפטי לכפות את האישה! זאת ועוד, כפי שראינו יש כמה נימוקים לאותם אחרונים ואין בבתי הדין עמדה אחידה בסוגיית הנימוק. העובדה שאין נימוק אחד המקובל על הכול תורמת גם היא להעלאת האפשרות כי אין לפנינו בהכרח פסיקה פורמליסטית ששורשה בניתוח המקורות בלבד, ושמה, לפחות בחלק מהמקרים, העדיף בית הדין לצדד בעמדה ההלכתית השנויה במחלוקת משום שהיא תומכת בשיקולים 'חיצוניים' להלכה והם אלו שהנחו את הדיינים לבקש הצדקה להעדרת מתן ההיתר על פני כפיית הגט.¹⁰⁶ כזכור, הצעה דומה הצעתי לגבי דרכם של הרבנים עוזיאל והרצוג. דומני שיש שני שיקולים כאלה, שלעיתים אף עולים מפורשות בפסיקת בתי הדין, ואליהם אעבור כעת.

הבעל נוהג מנהגי הספרדים, יש מקום להקל אף יותר, וכמבואר בשו"ת יביע אומר (חלק ה' אבן העזר סימן א) כי לא פשטה תקנת ר"ג בין הספרדים".

103 הרב חיים גדליה צימבליסט "בני זוג המורדים זה על זה" ישורון לא תצט, תקא (התשע"ד).
 104 די לבחון את מספר המקרים שבהם מסתמכים הדיינים על דבריו בהשוואה להסתמכות על שיטת הרב עוזיאל. אפילו בסוגיה דנן ראינו כי בתי הדין מזכירים את עמדת הרב יוסף שלפיה האיסור לגרש אישה בעל כורחה לא התקבל בקרב בני ספרד, בניגוד לעמדתו של הרב עוזיאל.

105 לעיל ליד ה"ש 18.

106 לדיון נרחב בטיעון הריאליסטי בדבר חשיבת פוסקים בראש ובראשונה על התוצאות החברתיות או האחרות של פסיקתם, ורק לאחר מכן פנייתם לדיון במקורות בדרך שתשרת מטרה זו, ראו עדיאל שרמר מעשה רב: שיקול הדעת ההלכתי ועיצוב הזהות היהודית (התשע"ט), בפרט בפרק השני. בהקשר של פסיקת בתי הדין ראו לדוגמה רדזינר, לעיל ה"ש 6; ורדזינר, לעיל ה"ש 60 ובמאמרים הנזכרים במאמר זה בערה 2. לשיקולים מוסריים וחברתיים שהשפיעו על הרצון של רבנים ראשיים לצמצם את תופעת הביגמיה, ראו רדזינר, לעיל ה"ש 14, ובפרט בעמ' 179; Radzyner; לעיל ה"ש 8, בעמ' 291-295.

ד. שיקולי מדיניות להעדפת היתר הנישואין על פני גירושין כפויים

11. רתיעה ערכית מפני כפיית נשים באמצעות מאסר

עד לשנת 1995 לא היו בידי בית הדין כלים להפעלת לחץ על האישה סרבנית הגט, למעט שלילת מזונותיה ומאסר (שכזכור נוסף לארסנל הכלים של בית הדין רק בשנת 1953).¹⁰⁷ ההבחנה בין מאסר ובין הסנקציות שנתן החוק עולה באופן ברור בדברי הרב יצחק יוסף:¹⁰⁸

ואמנם הכל יודעים שבפועל בתי הדין לא עושים דבר זה לגרש אשה בע"כ, כי יש אפשרויות אחרות לאלץ את האשה להסכים לקבל את הגט. וכגון שמטילים על האשה סנקציות [...] עד שתאיות לקבל גיטה.

לאחרונה עמד אביעד הכהן על רתיעתם הכללית של פוסקי ההלכה מפני שליחת אישה למאסר.¹⁰⁹ אני סבור שלרתיעה זו יש משקל בסוגיה דנן, ויש לה תרומה ליצירת "מנהג בתי הדין" בשנים שבהן היה זה הכלי האפקטיבי היחיד שעמד לרשותו. בשנת 1956 דן בית הדין הגדול בראשותו של הרב הרצוג בתביעה כנגד אישה חולת אפילפסיה אשר סירבה להתגרש, וקבע כי:¹¹⁰

נראה ברור דנרון דידן הוא בדין הנאמר בשו"ת הרא"ש שם, ומובא להלכה בשו"ע אה"ע סי' קי"ז שם, דכופין אותה לקבל גט, אלא שנשאר לנו לדון בהתאם להלכה ולפי המסיבות, מהי הדרך לחיוב שנחייב אותה לקבל גט.

אכן, הבסיס לכפיית אישה במקרה זה הוא הרא"ש שכתב כי כפי שכופים גבר חולה באפילפסיה להתגרש כך כופים אישה:¹¹¹ "במה שהאיש כופין אותו להוציא אף האשה כופין אותה לקבל גט. ואם תמאן לקבל ימנע ממנה שאר כסות ועונה". בית הדין מקדיש דיון ארוך למשפט זה, ומנסה להעלות ממנו כי הדרך היחידה לכפיית אישה היא באמצעות שלילת שאר, כסות ועונה.¹¹² (הוא אינו מזכיר כלל את עניין המאסר, אך ברור שכוונתו היא למנוע את האפשרות להשתמש בו ככלי כפייה, וראו בדיון להלן). אולם, בית הדין מודע לכך שהדבר אינו פשוט, בראש ובראשונה משום שהשאלה שנשאל הרא"ש הייתה

- 107 לעיל ה"ש 27.
 108 הרב יצחק יוסף, לעיל ה"ש 75, בעמ' רי. אומנם ראו לעיל ה"ש 9 שגם סנקציות על נשים הן נדירות למדי.
 109 לעיל ה"ש 23. לדעת פוסקים שונים מאסרה של האישה בבית הסוהר של ימינו דומה לשבי הנשים בדין התלמודי. ראו מקורות אצל: הרב אליהו בר שלום, משפט הכתובה, חלק ח, רלו (התשע"א); הרב משה קליין, משנת הכתובה, שעט-שפ (התשע"ג) וההערות שם.
 110 ערעור (גדול) 8-9/תשט"ז, לעיל ה"ש 9, בעמ' 140.
 111 לעיל ה"ש 5.
 112 שם, בעמ' 140-142.

דווקא על האפשרות לשלול מהאישה הסרבנית שאר, כסות ועונה. הוא מאשר אפשרות זאת, אך נראה שבאופן כללי אין מצידו מניעה לכפותה גם בשוטים, כפי שכופים את האישה. כך הבינו אחרונים שונים, וחלקם ציינו כי הרא"ש אסר רק על זריקת גט בעל כורחה.¹¹³ בכל זאת, מתאמץ בית הדין לקבוע כי אין אפשרות להשתמש כלפי אישה בלחץ גופני שנקבע כדי לכוף אותה בגט. לצורך כך הוא מבצע דיוק לשוני בתשובת מהר"ם מלובלין, אך עיון בדבריו מלמד כי הוא דווקא סובר כי אין מניעה לכוף את האישה בשוטים.¹¹⁴ עוד תומך בית הדין יתדותיו בדברי הראב"ד:

הרי הראב"ד אף במורדת ממלאכה חולק על דברי הרמב"ם בפרק כ"א מהלכות אישות ה"ו [צ"ל: ה"י, ע"ר] דכופין אותה ועושה אפילו בשוטים, והוא משיג: "מעולם לא שמעתי יסור בשוטים לנשים, אלא שממעט לה צרכיה ומזונותיה עד שתכנע". ומדברי הראב"ד "מעולם לא שמעתי" כו', נראה שבכל דיני כפייה לנשים כן הוא, ומוכן שבמקום שהכפייה היא לגט דרך הכפייה היא לפוטרו לגמרי משאר כסות ועונה.

אך מלבד העובדה שהרמב"ם כמוכן חולק על כך, נאלץ בית הדין להוציא את דברי ראב"ד מהקשרם (העוסק באישה המסרבת לעשות מלאכה). לעשות להם הרחבה ניכרת, ואף לסתור את עצמו, שהרי בשורה הבאה הוא עצמו מודה שהרא"ש סבר שניתן לכפות במקרים רבים, וכאמור לעיל, הוא גם מודע בהחלט לשיטות אחרונים שמעולם לא חששו לכפיית אישה לגט בשוטים.¹¹⁵ דומה שקשיים אלה מלמדים על המוטיבציה

113 השוו לעיל ה"ש 5. בית הדין עצמו (שם, בעמ' 140-141) מציין את דברי הבית שמואל ודברי הנודע ביהודה. לדעות נוספות הטוענות זאת ראו תיק (אזורי ת"א) 5366/כ"ט, פד"ר ח 344, 353; תיק (אזורי רחובות) 561/תשל"ו, פד"ר י 254-255; תיק (אזורי ת"א) 2559/ל"ה, פד"ר יא 4, 11-14. לאור זאת, לא זכיתי להבין את דברי ורהפטיג לעיל ה"ש 23, בעמ' 200 הערה 343, הקובע כי "דברי האדמו"ר הרב חיים מצאנז בשו"ת דברי חיים, ח"א, אה"ע, סי' נ: 'כופין גם את האישה בשוטים' דברי יחיד הם שאין להם כל הד בספרי המשיבים והפוסקים".

114 שו"ת מהר"ם מלובלין, סימן א (מהדורת ווארשא, עמ' 4): "ואף על גב שסיים הרא"ש בסוף דבריו שם ואם תמאן לקבל ימנע ממנה שאר כסות ועונה וכו' משמע מדבריו שאין כפייה אחרת לאשה אלא זו מכל מה שהוכחנו הדבר מוכרח שלא כתב כן אלא משום דהשאלה שנשאלה לפניו היתה שהבעל הוציאה מביתו והיא היתה תובעת ממנו שאר כסות ועונה והבעל מנע ממנה כדי להכריחה ע"י שתקבל הגט לכך השיב בלשון זה [...] העולה מכל דברינו אלה שמצד הדין נראה שיכולין לכפותה אף בשאר כפיות לא לבד במניעת שאר כסות ועונה". ואכן, כבר תמהו דיינים על דבריו אלה של בית הדין. ראו למשל הרב עזרא בר שלום, הוראת שעה, קבו (התשע"ד); עטרת דבורה, לעיל ה"ש 9, בעמ' 342.

115 ראו הרב בר שלום, שם. הוא גם עומד על כך שאף לדעת הרא"ש, שעל דיוק בדבריו מסתמך כאמור בית הדין דנן, אין מניעה לכפות מורדת ממלאכה בשוטים. ורהפטיג, לעיל ה"ש 23,

הרבה של בית הדין להגיע לפסיקה שתאפשר כפייה ממונית בלבד ותמנע כל כפייה גופנית, ובכללה מאסר.

קו חשיבה זה ממשיך בפסק דין שניתן בהרכב אחר בבית הדין הגדול בשנת 1960.¹¹⁶ באותו מקרה נידון ערעור על פסיקת בית הדין האזורי שהעלה את שתי האפשרויות לכופ את האישה לגט או לתת לבעל היתר נישואין ולא הכריע ביניהן. בא כוחה של האישה הבהיר לבית הדין הגדול שהאישה לא תסכים בשום פנים ואופן לקבל את הגט, גם אם "תצטרך לשבת בבית-הסוהר שנים רבות", ולכן היה נכון לפסוק שעל הבעל לפצות את האישה ולתת לו היתר נישואין, "וזה יותר קל לפי חדר"ג מאשר כפי", ולמה היו צריכים ללכת בדרך הקשה בזמן שיש להם דרך קלה".¹¹⁷ בית הדין קובע שמצד הדין ניתן לכפות את האישה לגט בנסיבות המקרה, אולם בפועל הוא לא יעשה זאת בשל העובדה שכפייה משמעה מאסר, ומאסר לנשים הוא ככפייה בשוטים שלא נבצע לאור דברי הראב"ד שנידונו בפסק הדין הקודם:¹¹⁸

אולם אף שבררנו די שמה שבית הדין קבע שיש לכפות על המערערת לקבל גט פיטורין [...] בכל זאת כיון שקביעה סתמית בפסק הדין שיש לכפותה על כך, עלול להכניסה לבית הסוהר באם תסרב לשמוע לקיים פסק הדין במשך זמן מסויים ובהתאם לחוק, ועבור אשה זה לא פחות מכפייה ע"י שוטים, וישנן דעות שונות בדרך הרצויה לכפייה לנשים, הראב"ד בפרק כ"א מהלכות אישות [...] ולפיכך לא משתנה עיקר הדין דיש לכפותה לקבל גט ומהני טעמי דלעיל, בכל זאת אין אנו מוצאים שיש במקרה דידן מן הצורך ללכת בדרכי כפייה של שוטים ובית הסוהר [...] לאור כל האמור לעיל ובהתאם להחלטות שבפסק הדין המעורער אנו פוסקים: [...] ד. באם אחר שלושים יום מתאריך פסק דין זה לא תקבל הגט, על כבוד בית הדין האזורי הדין בדבר להזדקק לבקשת המשיב כשתוגש לפניו, לתת לו היתר נישואין.

גם כאן ניתן לראות את רתיעתו של בית הדין מפני מאסר האישה, ומעבר להסתמכות הבעייתית כאמור על הראב"ד, יש אף לעמוד על ההרחבה הגורפת שעושה בית הדין כאן ולפיה כלא "עבור אשה זה לא פחות מכפי' ע"י שוטים". דומני שאמירה זו מבטאת את סלידתו של בית הדין מפני האפשרות שהאישה תשב ככלא. לעומת זאת, כאשר מדובר במאסרם של גברים סרבני גט בתי הדין מרבים לצטט את דבריו של הרב עובדיה יוסף

בעמ' 200, מציין גם לדברי הראב"ד בהשגות על הרי"ף, כתובות כו, ע"א: "וא"ת בשוטים? אשה לאו אורח ארעא", אולם גם שם מדובר במורדת ממלאכתה.

116 ערעור (גדול) 89/תש"ך, פד"ר ג 369.

117 שם, בעמ' 372.

118 שם, בעמ' 379.

לפיהם "כפייה שבזמן הזה שאינה כפייה בשוטים, אלא בישיבה בבית הסוהר, ואין כל דמיון בין בית הסוהר של זמנינו לבית הסוהר שבזמנים הקודמים"¹¹⁹. לגישה זו שותפים עוד דיינים מרכזיים.¹²⁰

הרתיעה מפני שליחת נשים לכלא באה לידי ביטוי בעמדתו של הדיין בדעת המיעוט באחד המקרים הבודדים שבהם קבע בית הדין בדעת רוב כי יש לשלוח סרבנית גט למאסר.¹²¹ הדיין נקט בכיטוי הקשה הבא המעיד על הסיכון המיני שכרוך לדעתו בקבלת דעת הרוב: "על המבקש להציע סנקציות אחרות שלא יהיו מכשול 'בור ברשות הרבים' – אשת איש בבית הסוהר"¹²². סביר למדי שרתיעה אחרת ממאסר אישה עולה כאשר מדובר באישה המטופלת בילדים הנמצאים בחזקתה. אומנם לא מצאתי את הדברים הללו נאמרים במפורש, אולם נראה שלפחות ברוב המקרים הספורים שבהם סבר בית הדין שניתן לשלוח אישה לכלא, מדובר היה בנשים שאין להן ילדים קטנים.¹²³ מסתבר שגם בית המשפט העליון סבר שאין זה ראוי לשלוח נשים לכלא, ולכן קבע כי בית הדין נוהג כיאות בהימנעותו מכך. בשנים 1968–1971 דן בית המשפט העליון פעמיים בעתירתה של רחל בורונובסקי כנגד היתר הנישואין שהוענק לבעלה בגין סרבנותה לקבל גט.¹²⁴ אחת מטענותיו של בא כוח האישה הייתה כי על בית הדין היה להימנע ממתן היתר נישואין, והיה עליו להשתמש בסעיף 6 לחוק שיפוט בתי דין רבניים ולכוף את האישה במאסר.¹²⁵ השופט זילברג סבר שאין פסול במנהג בתי הדין שלא להשתמש בסעיף 6 ולהעדיף היתר נישואין, וקובע כי "הדרך האלטרנטיבית האחרת:

- 119 שו"ת יביע אומר, לעיל ה"ש 81, חלק ג, אבן העזר סימן כ סעיף לך.
 120 ראו דיון רחב בנידון המגובה במקורות רבים מדברי הרבנים הרצוג, ישראלי, דיכובסקי ועוד: תיק (אזורי חיפה) 846913/2 (12.6.2017). וראו עוד לדוגמה הרב דוד מלכא "התערבות בתי דין פרטיים בהליכים משפטיים בבתי הדין הרבניים" כנס הדיינים התשס"ט 115, 161–162 (הרב אברהם צבי שינפולד והרב שמעון יעקבי עורכים, התש"ע).
 121 תיק 271499/17, לעיל ה"ש 23.
 122 השו"ו, למשל, לשו"ת יביע אומר, לעיל ה"ש 81, חלק יא, אבן העזר סימן מ סעיף ו, שם התיר הרב עובדיה יוסף ל'מינתק חברי' להינשא בין היתר משום "שהיא מתנהגת בהפקרות [...] והרי היא בור ברשות הרבים, בפרט בדור פרוץ כזה".
 123 בתיק זאדה שיידון להלן ליד ה"ש 146, מדובר היה באישה ללא ילדים; מערער 89/תש"ך, לעיל ה"ש 116, עולה שילדיהם של בני הזוג היו כבר מבוגרים; בתיק 271499/17, לעיל ה"ש 23, היה מדובר באישה בת 60 (תומר זרחין "בצעד נדיר ביותר, סרבנית גט נשלחה למעצר" הארץ 5.5.2012, <https://is.gd/87H9aT>).
 124 בג"ץ 235/68, לעיל ה"ש 67; ר"נ 10/69 בורונובסקי נ' הרב הראשי לישראל הרב ניסים, פ"ד כה(1), 14 (1971).
 125 בג"ץ 235/68, לעיל ה"ש 67, בעמ' 470. לשאלת השופטים שם ענה שהוא אינו רוצה באמת במאסר "אבל משתמש בכך שמכיון שאפשר לעשות כפיה, לכן אי-אפשר להשתמש בהיתר החרד"ג".

לכוף את האשה לקבל גט בעל כרחה, היא הדרך היותר קשה, ולא הדרך היותר קלה", תוך שהוא מצטט את פסיקת בית הדין שלפיה יש להימנע מכפיית אישה במאסר.¹²⁶ את דבריו מחזק השופט בנימין הלוי, החוזר על דברי זילברג ומוסיף לגבי בחירתו של בית הדין בהיתר נישואין:¹²⁷ "שיטה זאת היא יותר הומנית מאשר הפעלת הסעיף 6 לחוק שיפוט בתי-דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג-1953". על גישה זו חוזר גם הנשיא אגרנט בדיון הנוסף. לדעתו בהחלט לגיטימי כי בית הדין יעדיף מתן היתר נישואין על פני מתן צו מאסר מן השיקול "שמתן הצו עלול להביא למאסרה וכי האמצעי האחרון מהווה, באשר לאשה, סנקציה כפייתית, שהיא קשה וחריפה מדי".¹²⁸ לא זו אף זו, אגרנט אף מברך את בית הדין על כך שהוא נמנע ממאסר נשים:¹²⁹

כשאני לעצמי סבורני שיש לברך על ההתפתחות הזאת, הואיל והאמצעי של מאסר הינהו מטבעו אמצעי כפייתי, שהוא חריף למדי; קל וחומר, אם מפעילים אותו כלפי האשה. לעומת זאת, השיטה של היתר נישואין היא לפחות – כלשונו של השופט הלוי – "יותר הומנית" (ע' 475, 2), לפסק-הדין, נשוא הדיון הנוסף), וזאת גם אם מתחשבים בכך, שיש בשיטה זו המגרעת שהיא מאפשרת לבעל להיות נשוי בעת ובעונה אחת לשתי נשים, כל עוד שהראשונה אינה מסכימה לקבל את הגט.

ואף השופט חיים כהן, שהיה בדעת מיעוט וסבר שיש לקבל את עתירתה של האישה, מסביר את הלך החשיבה של בית הדין באופן דומה: "נפשם של הרבנים סולדת מכפיית אשה, והמה בוחרים ללכת בדרכי הראב"ד אשר מעולם לא שמע 'יסור שוטים לנשים'".¹³⁰

- 126 שם, בעמ' 470-471. הוא מצטט את פר"ר ג, לעיל ה"ש 118.
- 127 שם, בעמ' 475. ההדגשה במקור.
- 128 ד"נ 10/69, לעיל ה"ש 124, בעמ' 47. וראו להלן ה"ש 146.
- 129 ד"נ 10/69, שם. "ההתפתחות" היא ביחס להחלטת ביה"ד שבה דן בג"ץ בפרשת זאדה, להלן ה"ש 146. וראו להלן ליד ה"ש 144.
- 130 ד"נ 10/69, בעמ' 20. לדעתו של כהן, שם, שיקול זה אינו אמור לשנות את העובדה כי על פי החוק יש להעדיף כפייה: "לדעתי אין הדברים נתונים לשיקול-דעת הרבנים ולהכרעתם על-פי דין התורה, מה עדיף על מה. החוק אוסר ריבוי נישואין, והחוק מתיר כפיית אשה לקבל גט – ואין נפקא מינה אם אמנם דין התורה מעדיף את הדבר האסור על-פי חוק על-פני הדבר המותר על-פי חוק: האסור נשאר אסור, והמותר נשאר מותר [...] בתי-דין רבניים הרוצים להחמיר עם עצמם ולא להשתמש בסמכותם לכפות אשה במאסר לקבל גטה – הרשות בידיהם: זהו ענין המסור לשיקול-דעתם השיפוטי. אבל אין הם רשאים לשים עצמם מחוקקים וליצור להם סנקציות חלופיות משלהם, או משל דין התורה, השמות לאל את איסור ריבוי הנישואין והעושות את כפיית האשה על-פי החוק למיותרת". לא מיותר לציין כי כהן עצמו היה היועץ המשפטי לממשלה שמנע את קיומו של פסק בית הדין למאסר אישה שנידון בבג"ץ בפרשת זאדה, ראו להלן ה"ש 146. וראו גם דבריו המובאים בגוף הערה זו.

ניתן לסכם ולומר כי יש מקום לסברה שלפיה בתי הדין סבורים שמאסר הוא סנקציה שאינה מתאימה לנשים, והדבר השפיע על שיקוליהם בהעדפת מתן היתרי נישואין על פני כפיית האישה.

2. השפעת החוק הישראלי

במקומות שונים עומדים בתי הדין על כך שגם בני עדות המזרח אינם יכולים כיום לגרש אישה בעל כורחה וזאת בשל החוק האוסר זאת, אשר יצר מנהג שלפיו הבעל מנוע מלגרש את אשתו גם אם תנאי זה לא נאמר או נכתב במפורש.¹³¹ כך למשל כותב הרב מרדכי רלב"ג:¹³²

נראה שבימינו אין לחלק בין האשכנזים לבני עדות המזרח בענין האיסור לגרש את האשה בעל-כרחיה. בבתי הדין השתרש המנהג שלא לגרש אשה בעל כרחיה אפילו בקרב בני עדות המזרח, ויסוד מנהג זה הוא על פי החוק. ויש לומר שכל הנושא אשה על דעת כן נושאה וכאילו התנו זאת בנישואין, וכעין השבועה שנהגו לקבל עצמם בני עדות המזרח בכתובה שלא לישא אשה על אשתו.

נקל להבין שהכוונה לסעיף 181 בחוק העונשין האוסר על הגבר לגרש את אשתו באופן עצמאי, אולם קובע שאין מניעה לבית הדין לאפשר גירושין כפויים, ואכן כך כתב במפורש הרב יצחק יוסף.¹³³ ברור גם שלדעתו – על פי דעת אביו הרב עובדיה יוסף, אותה ראינו קודם לכן – אין זה נכון שקיים כיום איסור הלכתי על בני עדות המזרח לגרש נשים בעל כורחה גם באופן עצמאי, והחוק לא יצר לשיטתם מניעה הלכתית.¹³⁴ מדוע אם כן קובע הרב יצחק יוסף כי "הלכה למעשה, ניתן לאיש היתר נישואין, למרות שאפשר לתת גט בע"כ, כי לא נהגו כן"? ומה היא המניעה שהביאה למנהג זה, המשתקפת גם בדברי אביו: "בודאי שבנ"ד יכולים להתיר לו לגרשה בע"כ, או לשאת אשה אחרת עליה. ומכיון שבזמן הזה א"א לעשות מעשה לגרש בעל כרחיה ממש, יש להתיר לו לישא אשה אחרת עליה?"¹³⁵

131 השוו לעיל ה"ש 11.

132 תיק 14893/3, לעיל ה"ש 21. לטענה זו ראו עוד למשל הרב דוד רב לבנון "נאמנות האשה והבעל לומר שזינתה ואפשרות להחזירה לאחר גירושין" שורת הדין יב קנט, קפ-קפא (התשס"ז); תיק 062935432-21-1, לעיל ה"ש 22; ערעור 1782, לעיל ה"ש 22, הן בדברי הרב אלגרבלוי והן בדברי הרב איזירר.

133 לעיל ה"ש 16.

134 ראו לעיל ליד ה"ש 105.

135 יביע אומר, לעיל ה"ש 81.

אני סבור שלמרות דבריו המפורשים של סעיף 181, אכן לחוק הישראלי יש תרומה ליצירת 'מנהג בתי הדין', וייתכן מאוד שלכך התכוון הרב עזרא בצרי בדבריו (שעל פניהם אינם נכונים):¹³⁶

והיום החוק בישראל מאפשר לבתי הדין כשנראה לדעתם להלכה להתיר שתי נשים ולא לגרש בעל כורחה, ולכן המנהג היום בארץ במקרים מסוימים מתירים שתי נשים, אבל מעולם לא עשו גט בעל כורחה.

כדי להבין זאת עלינו לפנות לחוקים המאפשרים לבית הדין להפעיל כוח כפייה כנגד סרבנים וסרבניות. מאז 1995 עומד לרשות בית הדין חוק המכיל מגוון רחב של אפשרויות אכיפה, החל משלילת רישיון נהיגה וכלה במאסר ואף בהעברת האסיר לבידוד.¹³⁷ אולם בין השנים 1953–1995 נתן החוק לבית הדין אפשרות אחת בלבד והיא מאסר:¹³⁸

ציווה בית דין רבני בפסק דין סופי לכפות איש לתת גט פיטורין לאשתו או לכפות אשה לקבל גט פיטורין מאישה, רשאי בית משפט מחוזי, כתום ששה חודשים¹³⁹ מיום מתן הצו, לפי בקשת היועץ המשפטי לממשלה, לכפות במאסר לציית לצו.

כבר עמדתי בסעיף הקודם על רתיעתו של בית הדין מפני מאסר לנשים,¹⁴⁰ אולם יש לתת את הדעת לבעיה נוספת שמעלה סעיף זה והיא כמובן כפיפותה של החלטת בית הדין לשני גורמים חיצוניים: היועץ המשפטי לממשלה ובית המשפט המחוזי. דרישה זו נבעה מן החשש שעלה בכנסת למתן סמכות מאסר ישירה לבית הדין, וכפי שכתב השופט זילברג:¹⁴¹

בסעיף 6 של החוק גילה המחוקק הישראלי את רצונו הברור, שלא להניח את דבר כפיית הגט בידי בתי הדין הרבניים בלבד. הוקם מנגנון מיוחד, הייתי אומר: "רשות פיקוח" כפולה (של היועץ המשפטי ושל בית המשפט המחוזי), אשר תחליט על דעתה היא, אם לסייע באופן אפקטיבי לביצוע הכפייה, ואם אין. כל מי שקרוב אצל המציאות הישראלית, ויודע את

136 לעיל ה"ש 21.

137 חוק בתי דין רבניים (קיום פסקי דין של גירושין).

138 ס' 6 לחוק שיפוט בתי דין רבניים. בית המשפט העליון אכן מנע מבית הדין להשתמש בסנקציות אחרות. ראו יחיאל ש' קפלן "פתרון מצוקת מסורבות הגט באמצעות מוזנות עונשיים" המשפט י 381, 395–399 (התשס"ה), והמקורות שם.

139 כך בנוסחו המקורי של הסעיף. בחוק בתי דין רבניים (קיום פסקי דין של גירושין), בס' 11 קוצר המועד לשישים יום, אולם ממילא אין לכך השפעה. ראו להלן ליד ה"ש 161.

140 וראו במיוחד דברי הרב יצחק יוסף, לעיל ה"ש 108.

141 בג"ץ 54/55 רוזנצוויג נ' יו"ר ההוצל"פ, פ"ד ט 1455, 1550. ראו גם דברי השופט ויתקון, שם, בעמ' 1559. וראו עוד: ורהפטיג, לעיל ה"ש 23, בעמ' 167 ובעמ' 174–175.

המאבק הקשה שהתנהל מסביב לחוק ההוא, יכיר על נקלה את המניעים שגרמו להטלת "פיקוח" זה.

לעומת זאת, פסק דין להיתר נישואין לבעל נדרש אך ורק לאישור 'פנימי' של שני הרבנים הראשיים (ומ-1980 לאישורו של נשיא בית הדין הגדול).¹⁴² נקל להבין לאור זאת מדוע יעדיפו דיינים מתן היתר נישואין, וכבר קבע זאת השופט חיים כהן בד"נ בורונובסקי כאחת הסיבות לכך שבית הדין מעדיף לתת היתר על פני מאסר האשה:¹⁴³

ולא זו בלבד, אלא פעולה היא [=מתן היתר הנישואין] הנתונה כל כולה בידיהם של בית הדין הרבני והרבנים הראשיים, ואין עליהם לא מנגנון פיקוח ולא בקורת ולא סייג ולא חשש התערבות חילונית־משפטית.

זאת ועוד. באותו דיון עומד הנשיא אגרנט על כך שבעבר אכן מנע היועץ המשפטי מבית הדין לשלוח סרבנית גט למאסר, ויש לברך על כך שבית הדין הפנים את המשמעות של התנגדותו:¹⁴⁴

שנית, ענין בג"צ 85/54 הנ"ל, עליו הצביע מר בן־זאב,¹⁴⁵ הוא ראיה לסתור את טענתו: לא רק שזהו המקרה היחיד, שהצליח לגלותו (כפי שהודה) ואשר בו לא נרתע בית־הדין הרבני מלתת צו כפיה נגד האשה שהיה עלול לגרום למאסרה, אלא באותו ענין סירב היועץ המשפטי לממשלה להשתמש בסמכותו לבקש מאת בית־המשפט להפעיל כלפיה את אמצעי המאסר כדי לכפותה לקבל את הגט; ובית־משפט זה החליט שאין למצוא דופי בעמדתו. יתר־על־כן, המקרה ההוא נדון כשש־עשרה שנה לפני שבית־הדין הרבני הגדול בא להביע את דעתו השלילית על השימוש באמצעי המאסר כדי לסייע לכפיית קבלת הגט על־ידי האשה. כשאני לעצמי סבורני, שיש לברך על ההתפתחות הזאת...

ברצוני להעלות את הסברה לפיה אכן הייתה השפעה לפסיקת בית המשפט העליון על שיקוליו של בית הדין הרבני בסוגיה דנן. פסק הדין שמזכיר אגרנט הוא בן שתיים

142 יסוד הדרישה הוא כבר בסעיף 181 לפקודת החוק הפלילי (תיקון), 1947, ראו לעיל ה"ש 59. לאחר מכן נוסחה דרישה זו מחדש בסעיף 5 לחוק לתיקון דיני העונשין (ריבוי נישואין), תשי"ט-1959. סעיף זה הפך בשנת 1977 לסעיף 179 בחוק העונשין, אשר תוקן ב-1980. לנסיבות תיקון זה ראו Radzyner, לעיל ה"ש 8.

143 ד"נ 10/69, לעיל ה"ש 124, בעמ' 20. וראו שם בעמ' 46-48 את דברי הנשיא אגרנט העומד על כך שמתן היתר נישואין אינו מחייב פסק דין מפורש לכפיית האישה, והוא אפשרי בכל לשון גירושין, בעוד תנאי מקדמי למאסר לפי סעיף 6 הוא כי פסק הדין יצווה "לכפות אשה לקבל גט פיטורין". והשוו לעיל ה"ש 7.

144 ד"נ 10/69, לעיל ה"ש 124, בעמ' 47, וראו המשך דבריו, לעיל ה"ש 129.

145 עוה"ד משה בן־זאב, שכיחן כיועץ המשפטי לממשלה בין השנים 1963-1968, היה בא כוחה של האישה. פסק הדין נועד לתמוך בטענתו, לעיל ה"ש 125.

וחצי שורות ובו דוחה בג"ץ את עתירתו של רחמים זאדה כנגד היועץ המשפטי שסירב לפנות בבקשה לבית המשפט המחוזי כדי שזה יאשר את ביצוע צו הכפייה במאסר שניתן בית הדין הרבני. השופטים קובעים כי "ענין הגשת בקשה לבית המשפט המחוזי נתון לשיקול דעתו של היועץ המשפטי. איננו יכולים למצוא דופי בעמדתו של היועץ המשפטי. הבקשה נדחת".¹⁴⁶ עובדות המקרה מופיעות כרקע להחלטת בית המשפט (אך לא בפסק הדין גופו), ובצורה מפורטת יותר בעיתונות התקופה,¹⁴⁷ וגם בכתב העתירה ובפסקי הדין הרבניים הנוגעים לבג"ץ זה.¹⁴⁸

מדובר היה בבני זוג שנישאו בעיראק, כלומר במקום שבו מעולם לא נתקבלו חרמיו של רגמ"ה, ועלו לאחר מכן לארץ. לאחר כמה שנים שבהן לא הצליחה האישה ללדת, ולאחר שהיא גם עזבה את הבית המשותף (פעולה שבית הדין מגדיר 'מרידה'), הגיש נגדה בעלה תביעת גירושין לבית הדין ברחובות, כשטענתו העיקרית היא שאין הוא "יכול לקיים מצות פרו ורבו והולך ערירי". בית הדין שלח את האישה לבדיקה רפואית שהוכיחה כי היא אכן עקרה.¹⁴⁹ לאור זאת הציע בית הדין לאישה לקבל גט ופיצוי כספי

- 146 בג"ץ 85/54 רחמים זאדה נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל ואח' פ"ד ח 738. היועץ המשפטי באותו זמן היה חיים כהן ועל כן לא ברור לי מדוע כתב בספרו (חיים כהן המשפט 428 (משה ברש עורך, התשנ"ב)) כי למיטב ידיעתו, מעולם לא הוצא צו כפייה כלפי סרבנית. יש עניין בכך שבראש הרכב זה ישב הנשיא אולשן שישב גם בדיון דומה, בו נידון ערעור על סירובו של בית המשפט המחוזי לאשר צו כפייה במאסר שניתן לגבר (ע"א 606/61 היועץ המשפטי לממשלה נ' שלמה פיליבא פ"ד טז 673). באותו מקרה סברו שלושת השופטים (אולשן, ברנזון וחיים כהן) ששיקול דעתו של בית המשפט היה שגוי והם מאשרים את צו המאסר. מדברי ורהפטיג, לעיל ה"ש 23, בעמ' 212 עולה שעד לשנת התשל"ד, בשום מקרה לא נמנעה הפעלת צו מאסר כנגד גבר. האם ייתכן שיש משקל להבחנה בין מאסר של גבר למאסר אישה כפי שראינו לעיל גם בדברי השופטים?
- 147 "היועץ המשפטי איננו חייב לכפות גט מטעם הרבנות" על המשמר 22.6.1954 עמ' 2; "הגשת בקשה לבה"ד המחוזי בעניין גט כפייה – בסמכות היועץ המשפטי" הצפה 23.6.1954 עמ' 4. למיטב ידיעתי היה זה פסק הדין הראשון שעשה שימוש בסעיף 6 לחוק שיפוט בתי דין רבניים, ואם כך מעניין שהיה זה שימוש כנגד אישה. פסק הדין הראשון שבו נעשה שימוש במאסר כנגד גבר סרבן גט – ומעניין שגם כאן עילת הכפייה הייתה עקרות – ניתן בבית הדין בת"א (תיק אזורי ת"א) 3899/תשי"ג, פד"ר א (5) ב' 13.1.1954. ואושר בבית המשפט המחוזי בת"א בנובמבר 1954. ראו "בעל המסרב לתת גט לאשתו – למאסר" הבקר 16.11.1954 עמ' 2.
- 148 המסמכים הללו מצויים בתיק המקורי של בג"ץ 85/54 (להלן: תיק בג"ץ 85/54) השמור בארכיון בית המשפט העליון. אני מודה לבית המשפט העליון ולכבוד הרשמת שרית עבדיאן על שאישרו לי לעיין בחלק מן המסמכים השמורים בתיק זה.
- 149 עובדות אלה מדווחות בכתב העתירה של עו"ד אריה רפואה, ב"כ של הבעל, מיום 9.12.1954, תיק בג"ץ 85/54, שם.

של 300 ל"י, והוסיף:¹⁵⁰

והיה אם במשך שלושים יום מתאריך דלמטה לא תקיים האשה את פסה"ד, יש להמליץ לפני הרבנות הראשית בירושלים לתת לבעל היתר נישואין אחרי שישליש גט ושלוש מאות ל"י...

הבעל אכן הפקיד את המבוקש, אולם במקביל ביקש מבית הדין לכופף את אשתו לקבל גט.¹⁵¹ בית הדין קיבל את בקשתו והמיר את ההיתר בכפייה:¹⁵²

בהתאם לפסקי דינים הקודמים, שיש על האשה לקבל גט מבעלה, ואחרי שהזמנו אותה כמה פעמים ולא הופיעה, פסקנו שיש לכפות את האשה שתקבל גט מבעלה. [...]

נמוקים לפסה"ד: שו"ע אה"ע סימן ע"ב [צ"ל: ע"ז] ברמ"א שיש דעה שגם בתוך י"ב חודש כופים במורדת ומתירים לו לישא אחרת.¹⁵³ ועל כל פנים מוסיף החלקת מחוקק שמתירים לו לגרשה בע"כ לכל הדעות.¹⁵⁴ אבל לאחר י"ב חדש אין חולקים וצריכה לקבל ממנו גט בע"כ או מתירים לו לשאת אחרת על אשתו, ואין כח ביד האשה לעגנו לעולם. והואיל והתקנה לישא אחרת אי אפשר כעת להגשים למעשה, נשאר איפא רק הדרך

150 פס"ד 340/ג של ביה"ד האזורי ברחובות (בהרכב הדיינים: צבי יהודה מלצר, זבולון גרז, יואל קלופט) מיום י"ב בתמוז התשי"ג (25.6.1953), תיק בג"ץ, שם. בארכיון המדינה, תיק גל-1/7384, מצוי מכתב מיום י"ט בסיוון התשי"ג החתום על ידי שלושת הדיינים הנ"ל ואשר נשלח לרבנות הראשית. לפי העובדות המתוארות בו מדובר במקרה דנן, והדיינים פונים בו בשתי שאלות: הראשונה, אם ניתן לסמוך על הבדיקה הרפואית כדי לקבוע בוודאות שהאישה לא תוכל ללדת. השנייה, אם ניתן להתיר במקרה זה לבעל לשאת אישה שנייה אם תמשיך האישה לסרב לקבלת הגט. לא מצאתי את מכתב התשובה של הרבנות, אולם כפי הנראה התשובה לשתי השאלות הייתה חיובית.

151 כתב העתירה, לעיל ה"ש 149.

152 פס"ד 50/יד של ביה"ד האזורי ברחובות (בהרכב הדיינים: צבי יהודה מלצר, זבולון גרז, יואל קלופט) מיום כ' בחשוון התשי"ד (29.10.1953), תיק בג"ץ, לעיל ה"ש 148.

153 רמ"א אבן העזר עז ב: "וי"א דבזמן הזה שאין נושאים שתי נשים, לא משהינן לה י"ב חדש אם רוצה לגרשה, ואם אינה רוצה, מתירין לו לישא אחרת (מרדכי סוף אף על פי בשם ראב"ן). ויש חולקין שאין להתיר לו לישא אחרת (שם בהגהה ותשובת הרשב"א סימן תת"ס ומהרי"ק שורש ס"ג), וכן עיקר". מעניין שביה"ד מעדיף את הדעה הראשונה דווקא.

154 חלקת מחוקק, שם, ס"ק טז: "ויש חולקין שאין להתיר לו – נראה דעל זה חולקין לישא אחרת [...] אבל להשהות אותו בע"כ י"ב חודש בלא פ"ו על זה לא נמצא חולק ומכ"ש אם רוצה ליתן לה כתובה מחוייבת לקבל הגט אפילו לדעת הרא"ש דאיך תמנע ממנו עונה בע"כ ואיך כחה יפה מכחו והוא אין בידו למנוע עונה רק שבת א' ואם חלה רק ו' חדשים כמבואר לעיל סי' ע"ו ואיך תצער אותו י"ב חודש".

השניה של כפיה לקבלת גט. הנמוק הזה מספיק במורדת סתם ועל אחת כמה וכמה באיש הזה שלא קיים עדיין מצות פרו ורבו והולך עירי [...].

לא מובן מן המסמכים מדוע הייתה כאן בעיה במתן ההיתר, אך ברי הוא שבית הדין סבר שיש מקרים שבהם יש להעדיף כפיית גט על האישה הלכה למעשה, והנחה זו עולה גם מהפנייתו לדברי ה'חלקת מחוקק' שסבר כי יש מצבים שבהם קל יותר לכפות גט מאשר להתיר אישה שנייה.

לאחר שישה חודשים פנה הבעל ליועץ המשפטי לממשלה, וביקש ממנו לפנות לבית המשפט המחוזי כדי שיוציא צו מאסר למימוש פסק הדין לכפיית האישה.¹⁵⁵ אולם היועץ המשפטי, חיים כהן, סירב לעשות זאת,¹⁵⁶ כנראה בשל העובדה שלפי דעתו עקרות האישה אינה מצדיקה גירושין.¹⁵⁷ כנגד החלטתו זו עתר הבעל לבג"ץ וטען בין היתר כי הנמוק שלו "הנו על יסוד שקול דעת מופרך וחסר כל אחיזה בחוק העברי".¹⁵⁸ כאמור, עתירתו זו נדחתה על הסף בידי בית המשפט העליון.

סביר בעיניי שהיה זה שיעור חשוב עבור בית הדין, שהבין מאותה עת שגם מבחינה משפטית עדיף לו לעמוד ברשות עצמו ולבכר את היתרי הנישואין. אם במקרה בו עומדת לבעל (המזרחי!) עילת גירושין חזקה ביותר (עקרות האישה¹⁵⁹), מסרב היועץ המשפטי לאשר את כפיית האישה הסרבנית במאסר, הרי שאין לצפות ממנו לאשר כפייה גם במקרים אחרים ועדיף לבית הדין לפנות למסלול של היתר אישה שנייה, שלמימוש אין הוא תלוי בגורם כלשהו מחוץ לבית הדין. כאמור, על שיקול זה עמד כבר חיים כהן בשבתו כשופט בד"נ בורונובסקי.

מדיניות זו המשיכה גם לאחר שנת 1995, אז נחקק חוק בתי דין רבניים (קיום פסקי דין של גירושין) המאפשר בסעיף 3 לבית הדין לשלוח סרבנים וסרבניות למאסר

155 לפי הוראת החוק, לעיל ליד ה"ש 138.

156 תשובתו השלילית מיום 19.5.1954 נזכרת בכתב העתירה, לעיל ה"ש 149.

157 כך עולה מן העיתונות, לעיל ה"ש 147.

158 סעיף 11(ה) לכתב העתירה, לעיל ה"ש 149.

159 עקרות היא אחת מעילות הגירושין החזקות ביותר, והדבר בא לידי ביטוי בכך שכבר מדין התלמוד ניתן לכפות את הגבר העקר לגרש את אשתו, וממילא לאחר חדר"ג נקבע שגם את האישה העקרה יכפו בגט (ראו ורהפטיג, לעיל ה"ש 23, בעמ' 178 ו-198; שרשבסקי וקורניאלדי, לעיל ה"ש 9, בעמ' 593-597 ו-615-617). על היחס של מרבית דייני בית הדין בישראל לעקרות האישה כעילת גירושין משמעותית ביותר ראו נוסף על הנ"ל גם אצל אלימלך וסטרייך "תביעת האיש בשל ליקויי פריון בפסיקת בתי הדין הרבניים" משפטים כה 241 (התשנ"ה). ושם, בעמ' 271, דברים הנוגעים למקרה זאדה: "ניתן לסכם, כי במקרה של עקרות מוחלטת מוכחת, רובם המכריע של דייני בד"ר [...] יענו לתביעת האיש לשינוי סטאטוס הנישואין, ולא ידרשו להמתין עשר שנים".

ללא צורך באישור של גורם חיצוני,¹⁶⁰ והפך למעשה את סעיף 6 לחוק שיפוט בתי דין רבניים 'לאות מתה'.¹⁶¹ אך מעבר לכך שהימנעות ממאסר סרבניות כבר השתרשה בכתבי הדין, הוסיף חוק חדש זה מגבלה שלא הייתה קיימת קודם לכן בסעיף 1(ו): "הוצא צו הגבלה כנגד אשה מכוח הוראות סעיף קטן (ג), לא תידון בקשת הבעל ליתן לו היתר נישואין עד תום שלוש שנים מיום הוצאת צו ההגבלה". כלומר, גם אם ירצה בית הדין לכפות אישה לגט (ואף אם ירצה להטיל עליה צווי הגבלה קלים ממאסר) הוא עשוי להימנע מכך משום שהדבר לא יאפשר לו לדון במתן היתר נישואין לבעל במשך שלוש שנים.¹⁶² מטרתם של יוזמי המגבלה הזו הייתה דווקא לצמצם את מתן היתרי הנישואין במקרה של סרבנות אישה לגט, ולהמירם בסנקציות על האישה.¹⁶³ אולם כבר בעת הדיון בכנסת הגיב ח"כ אברהם רביץ כך:¹⁶⁴

לפי לשון ההסתייגות נאמר: "לא תידון בקשת הבעל ליתן לו היתר נישואין עד תום שלוש שנים מיום הוצאת צו ההגבלה". יוצא שאין נפקא מינה בכלל בעניין הזה אם נגיד פסק בית־הדין את ההגבלה כפי שמותר לו לעשות על־פי החוק העיקרי. יוצא, ששלוש שנים הוא לא יוכל לתת היתר נישואין. מה תהיה התוצאה? אמרו: "בראבו", אז באמת הוא לא ייתן היתר נישואין. גם בית־הדין יודע לקרוא את לשון החוק. לכן, תהיה תוצאה בדיוק הפוכה. אותו כלי שאנחנו נותנים היום לבית־הדין

160 ס' 1(ב) לחוק אף קובע שאין צורך בפסק דין לכפייה דווקא, כפי שנדרש בס' 6 לחוק שיפוט בתי דין רבניים. אם מדובר באישה, סעיף 1(ג) לחוק דורש את אישורו של נשיא בית הדין הגדול למתן צו הגבלה מכל סוג. דרישה זו מזכירה כמובן את דרישתו של ס' 179 לגבי מתן היתר נישואין, לעיל ה"ש 14. בעקבות הדרישה בס' 1(ה) כי נשיא בית הדין הגדול אף יקיים שימוש במקרה זה, החלה דרישה להליך שימוע גם למתן היתר נישואין. ראו שרשבסקי וקורינאלדי, לעיל ה"ש 9, בעמ' 719 הערה 59, וראו, למשל: תיק (אזורי ת"א) 6649-12-1 (6.7.2009).

161 שרשבסקי וקורינאלדי, לעיל ה"ש 9, בעמ' 721.

162 זו ככל הנראה הסיבה למיעוט צווי ההגבלה כנגד נשים, ראו לעיל ה"ש 9, וראו עוד: יחיאל ש' קפלן "מגמה חדשה בנוגע לקיום פסקי־דין של גירושין: שיקולי מדיניות לאור עקרונות המשפט העברי וחוקי היסוד" **מחקרי משפט** כא 609, 640-642 (התשס"ה). והשוו שרשבסקי וקורינאלדי, לעיל ה"ש 9, בעמ' 718 הערה 60.

163 ראו דבריהם של חברי הכנסת דדי צוקר ויעל דיין בדיון על החוק במליאת הכנסת, פרוטוקול ישיבה מס' 333 של הכנסת ה־13 (4.4.1995) <https://bit.ly/2XSGWK9>. וראו גם הדיונים עליו בוועדת חוק, חוקה ומשפט פרוטוקול ישיבה מס' 319 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה־13 (21.3.1995) (<https://bit.ly/30qzzHf>) ופרוטוקול מס' 327 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה־13 (29.3.95) (<https://bit.ly/2YJoX5T>). בדיון הראשון אף נזכרת הצעה של פרופ' אריאל רוון־צבי שלפיה תבוטל לחלוטין האפשרות למתן היתר נישואין אם יוכל בית הדין להפעיל צווי הגבלה כלפי האישה.

164 הדיון במליאת הכנסת מיום 4.4.1995, שם.

ואומרים לו: אל תיתן היתר נישואין, תנסה בתחילה להפעיל את צו ההגבלה לפני שאתה חושב על האלטרנטיבה הכל-כך קשה והחמורה של היתר נישואין. בית-הדין יאמר: רק רגע, אם אני אתן היום צו הגבלה זה בעצם מונע בעדי, מבית-הדין, מלתת היתר נישואין באותם מקרים בודדים. אנחנו כולנו יודעים שמדובר במקרים ממש בודדים, ארבעה מקרים בשנה האחרונה.

צדק רביץ בהערכתו. אכן אחת הסיבות שיעדיף בית הדין היתר נישואין היא סעיף זה, ודברים מפורשים אמר נשיא בית הדין הגדול לשעבר, הרב יצחק יוסף:¹⁶⁵

בדרך כלל בית הדין מעדיף מתן היתר נישואין על פני כפיית גט על האישה, אלא שלפי החוק האזרחי, בעל שמבקש לכפות על האישה לקבל את הגט באמצעות צווי הגבלה, אינו יכול לבקש היתר נישואין בתוך שלוש שנים.¹⁶⁶

גם רבים מן הבעלים מסורבי הגט יעדיפו בשל החוק לבקש היתר נישואין, וכפי שכתב הרב דיכובסקי בפסק דינו:¹⁶⁷

בעל אינו יכול לפעול בשני המסלולים בעת ובעונה אחת. הוא אינו יכול לדרוש הפעלת צוי אכיפה כנגד אשתו סרבנית הגט, ולחילופין היתר נישואין. עליו לבחור באפשרות אחת בלבד, ובחירה זו תקפה לשלוש שנים, מבלי אפשרות לחזרה. בדרך כלל, נאלצים רוב הבעלים להעדיף את האפשרות ה"קלה" יותר של בקשת "היתר נישואין", על פני האפשרות הכבדה יותר של הפעלת צווי אכיפה.

מגבלת שלוש השנים בהחלט מרתיעה, ונראה כי אילו הייתה קצרה יותר היו חלק ממסורבי הגט מעדיפים לבקש את כפיית האישה.¹⁶⁸ אחרי הכול, ההיתר לפחות מאפשר להם

165 הרב יצחק יוסף, לעיל ה"ש 10, בעמ' 147.

166 המשפט מובן על רקע הדברים שאמר קודם לכן, ולפיהם יש בחוק אפשרויות לסנקציות פחותות ממאסר, ראו לעיל הערות 18, בעמ' 108. משמעות דבריו היא שלצערו הוא אינו יכול להפעילן בשל מגבלת שלוש השנים. בדבריו בכנס הדיינים של תשע"ח, לעיל ה"ש 19, הוא מציין כי פנה לחברי כנסת כדי שיקצרו או יבטלו את מגבלת שלוש השנים, משום שהדבר "גורם צער ועוול לבעלי דין".

167 לעיל ה"ש 25. בהמשך דבריו מבקר הרב דיכובסקי את החוק על כך שהוא מפלה גברים לעומת נשים במכוון, כפי שלמד מן הדיונים על אודותיו שבהם השתתף בכנסת. לדבריו, הדבר אינו מוצדק ואינו יעיל.

168 ראו לעיל ה"ש 24-25 ובטקסט לידן. וראו עוד הצעת חוק בתי דין רבניים (קיום פסקי דין של גירושין) (תיקון – דיון בבקשת בעל להיתר נישואין לאחר מתן צו הגבלה לאישה), התשע"ז – 2017, <https://t.ly/3XeBO>, שמציעה לבטל את סעיף 1(1) לחוק, כלומר את מגבלת שלוש השנים.

להינשא, גם אם בקושי, בעוד בכפיית האישה יש סיכון מסוים שלאור החוק אינו כדאי. כבר עמד על כך השופט הלוי בבג"ץ בורונובסקי כשציין למקרה של יחיא אברהם,¹⁶⁹ בו הסתבר כי הכלא לא שבר את סרבנותו של הגבר ולכן ביקש היועץ המשפטי לשחררו. לדבריו, סביר כי בית המשפט יפעיל מידת 'קל וחומר' וישתכנע כי מכיוון שמדובר באישה, המועד הנדרש כדי להשתכנע "שאינן כל תועלת בהמשך מאסרה ושעקשנותה או 'נקמנותה בבעל' חזקה מכל יסורי הכלא" יהיה קצר יותר. לעומת זאת, היתר הנישואין אינו דורש את רצונה ויהיה בו "אפילו תעמוד במריה – לשחרר את הבעל מכבלי המונוגמיות (היינו חרם דרבנו גרשום) של קשר הנישואין עמה", ובכך להביא לו מזור בצורה מהירה ויעילה יותר.

וכאן אסגור מעגל ואומר כי לטיעון מעשי זה ייתכן ויש גם משמעות הלכתית. הרב שלמה יוסף זוין קובע כי קל יותר להתיר נישואין לאישה שנייה מאשר לכפות את הראשונה לגט, בעיקר בשל טעם זה:¹⁷⁰

ונראה דהנה כל מאי דמתירין לו [=את אחד מחרמיו של רגמ"ה] הרי תכלית הכוונה הוא שתהיה לו אשה... באופן שאין הגירושין בעל כרחה מצד עצמו תכלית כוונת ההיתר, אלא שכשלא יגרשה יהיה מעוכב מלישא אחרת [...] ותכלית ההיתר הוא שעל ידי זה יוכל לישא אחרת. ולפי זה מובן שעדיף יותר להתיר ב' נשים דנשלמה לפניו תכלית ההיתר תיכף, משנתיר לו גט בעל כרחה דעדיין אין אנו יודעים אם ישא אחר-כך אחרת [...] ולפיכך עדיף יותר להתיר לישא אחרת מלהתיר לגרש בעל כרחה, והוא טעמא דמסתבר טובא.

ה. דברי סיום וסיכום

מאמר זה ניסה להסביר את שורשי הקביעה שלפיה: "ולדינא, מנהג בתי דיני דעדיף להתיר לישא אשה על אשתו מאשר לגרש בע"כ".¹⁷¹ אין ספק שמדובר בקביעה עובדתית נכונה, ולמעט חריגים נדירים, בתי הדין לא כפו נשים לקבל את גיטן והעדיפו במקום זאת לתת לבעליהן היתר לשאת אישה שנייה. דיינים שראו צורך לנמק העדפה זאת הצביעו במרבית המקרים על שיקולים הלכתיים שלפיהם החרם של ר"ג על הביגמיה קל מן החרם על גירושין כפויים. כפי שראינו, קביעה הלכתית זו אינה פשוטה כלל וכלל, הן בעולם הפסיקה האשכנזי, ויותר מכך בעולם הפסיקה הלא אשכנזי, ובפרט בפסיקתו של הרב עובדיה יוסף וההולכים בדרכיו. לאור זאת, הציע המאמר שלא מדובר

169 בג"ץ 235/68, לעיל ה"ש 67, בעמ' 475.

170 לעיל ה"ש 78, בעמ' תמב.

171 תיק 3198, לעיל ה"ש 21.

בפסיקה פורמליסטית בלבד, כזו השמה על כפות המאזניים את השיטות השונות לגבי סדרי העדיפויות בבחירה בין שתי האופציות, אלא שמדובר בשיקולים רחבים יותר. הרב עוזיאל, ואליו הצטרף עמיתו הרב הרצוג, הוביל מהלך שתכליתו הייתה עקירת המסורת ההלכתית המאפשרת גירושי אישה בעל כורחה, ובמסגרת מהלך זה הוא ניסה להשליט בבתי הדין את העמדה שלא ניתן לעשות זאת, אפילו אם הכפייה שתופעל כנגדה היא ממונית בלבד. מסתבר שלא כל הדיינים תמכו במגמה זו (ואולי אף הרב הרצוג סבר שהיא קיצונית מדי¹⁷²), אולם כאשר נקבע ב-1953 שכפיית אישה תיעשה באמצעות מאסר, הצטרף נימוק חדש הנוגע לכך שאין זו דרך ראויה לכפיית נשים. כפי שראינו, גם לנימוק זה הובא מקור הלכתי מדויק בדברי הראב"ד, אולם נימוק בעייתי זה מצביע לכאורה על כך שהוא מובא לשם ביסוס המבוקש: כלומר לשם מניעת הפעלת כלי המאסר כנגד נשים. הרתיעה מלחץ כזה באה לידי ביטוי בדברי הרב אלישיב, כשלוש שנים בלבד לאחר שהמאסר הוכנס לארסנל הכלים של בית הדין, המציג את ההימנעות ממנו ומשכמותו, כ"מנהג כללי משנות דור ודור"¹⁷³.

ועדיין, היו דיינים שסברו שיש מקום במקרים חריגים גם למאסר אישה סרבנית. בסמוך לאחר חקיקת חוק שיפוט בתי דין רבניים הוציא בית הדין ברחובות צו מאסר כנגד סרבנית, ובית הדין הגדול לא מנע זאת ממנו.¹⁷⁴ או אז למדו הדיינים שיש סיבה נוספת להימנע משימוש בכפייה, והיא הדרישה של החוק לאישורם של שני גורמים חיצוניים לבית הדין, כאלה שאינם רואים איתו עין בעין. לדעתי, באותו שלב נוסף גורם חדש שתרום ל'מנהג בתי הדין': החוק הישראלי למעשה מעורר דיינים להעדיף את הכלי של היתר הנישואין שאינו דורש אישור של גורם מחוץ למערכת הרבנית. אומנם בשנת 1995 השתנה המצב המשפטי, ונראה שלכן הורה בשנת 2002 הרב הראשי דאז, הרב ישראל מאיר לאו, לבתי הדין להעדיף את הפעלת "ההגבלות כולל מאסר גם נגד אשה שחוייבה על ידי בית הדין לקבל גט והיא מסרבת לקבלו" על פני מתן היתר נישואין לבעל, ולהותיר את ההיתרים רק למקרים בהם האישה אינה יכולה לקבל גט, כדוגמת מקרים של מחלת נפש.¹⁷⁵ למעשה, השפעת השינוי המשפטי מופיעה במפורש בדבריו:¹⁷⁶

172 ראו לעיל ה"ש 45.

173 לעיל ה"ש 74.

174 אילו היה ערעור לבית הדין הגדול, אין ספק שהוא היה נשמר בתיק בג"ץ 85/54, לעיל ה"ש 148.

175 עתי"ם, "הרב הראשי לישראל, הרב לאו: ניתן לשלוח נשים סרבניות גט למאסר", גלובס 12.3.2002, <https://is.gd/znkKVx> (הציטוט המובא למעלה לקוח ממכתבו של הרב לאו לדיינים הנזכר שם).

176 ברוך קרא, "הרב לאו קבע כי יש לנקוט באמצעי כפייה נגד סרבניות גט", הארץ 13.3.2002, <https://is.gd/my4C2O>. כזכור, כבר מ-1953 יכול היה בית הדין להטיל עונש מאסר על סרבנית גט, אלא שהיה זה בכפוף לאישור חיצוני, ולכן כנראה מדבר הרב לאו על החוק החדש דווקא.

מלשכת הרב לאו נמסר כי "החוק אמנם העניק סמכויות אכיפה לבתי הדין ומאשר זה כמה שנים להטיל עונש מאסר על סרבנית גט, ממש כפי שהדבר נהוג בקרב גברים סרבני גט, אלא שעד היום לא ננקט צעד חריף זה נגד אף אשה.

למרות דברים אלה, לא חל שינוי בהתנהלותם של בתי הדין, ודומה כי גם בנו של הרב לאו, נשיאו הנוכחי של בית הדין הגדול: הרב דוד לאו, סבור כי יש להעדיף מתן היתר נישואין על פני הטלת סנקציות על האישה הסרבנית.¹⁷⁷ במילים אחרות, גם כאשר בוטל הצורך בקבלת אישור חיצוני להפעלת המאסר לא שינו בתי הדין ממנהגם. בשלב זה 'מנהג בתי הדין' כבר קיבל חיים משל עצמו והתנתק מאחד הרציונאלים ליצירתו. זאת ועוד, נראה כי גם דרישתו של החוק החל כיום, לפיה לא יידון היתר נישואין בתוך שלוש שנים מיום הטלת הסנקציות, היא בעלת משקל רב בשיקולי הדיינים.

גורמים 'חיצוניים' כביכול אלה: תפיסת העולם של הדיינים, המציאות החברתית והמשפט הישראלי משפיעים על מגוון סוגיות בפסיקתם של בתי הדין הרבניים, ולעתים פסיקות אלה מוצגות כ'מנהג בתי הדין'. כך, למשל, בסוגיה של פירוד ממושך (או 'מות הנישואין'), מוצגת העמדה שלפיה החיוב בגט בעילה זאת הוא 'מנהג בתי הדין', כשברור למדי שמדובר בעמדה חדשה יחסית בתוככי בית הדין ושעלייתה כרוכה במציאות החברתית המשתנה של הדור האחרון.¹⁷⁸ וכך השפיעו החוק והמציאות על 'מנהג בתי הדין' במתן ירושה לבנות,¹⁷⁹ או בראיית הרישום בטאבו כקניין מחייב לעניין הבעלות ברכוש המשותף.¹⁸⁰

האם ה'מנהג' דגן יישאר על כנו בעתיד בבתי הדין של מדינת ישראל? ימים יגידו. כבר כתב אלימלך וסטרייך, בקשר לסוגיה אחרת את הדברים הבאים:¹⁸¹

- 177 ראו ערעור (גדול) 992236/1 (17.5.2015). חשוב לציין כי באותו מקרה היה מדובר בזוג ספרדי ובפסק הדין מובעת העמדה כי ניתן במקרה זה לגרש את האישה בעל כורחה.
- 178 ראו בהרחבה שי זילברברג ועמיחי רדזינר "תחייתה של עילת 'מות הנישואין': שיטת רבינו ירוחם בבית הדין הרבני" משפטים מט 113 (התשע"ט). ושם, בעמ' 117 הערה 12 הפניות לפסקי הדין המכנים את השימוש בשיטת רבינו ירוחם כ'מנהג בתי הדין'.
- 179 ראו, למשל ערעור (גדול) 9768-53-1 (16.6.1998). עותק שמור בידי המחבר.
- 180 ראו למשל תיק (אזורי חיפה) 1097040/10 (6.11.2017).
- 181 וסטרייך, לעיל ה"ש 11, בעמ' 318-319. אכן בסוגיה עליה הוא כותב דברים אלה: הקביעה כי חליצה קודמת לייבום בבתי הדין, הוא מראה כי עמדתו של הרב עובדיה יוסף שינתה את 'מנהג בתי הדין'. וראו גם דברי בנו המעוררים ייבום: הרב יצחק יוסף "דברי ברכה" כנס הדיינים התשע"ד 199, 204-205 (הרב אברהם צבי שינפלד והרב שמעון יעקבי עורכים, התשע"ה). עם זאת, דומה שבמקרה דגן הסיכויים שכך יקרה נמוכים למדי, וכפי שראינו לפני כמה שורות בניסיונו הכושל של הרב לאו. לדיון רחב נוסף של אלימלך וסטרייך במונח 'מנהג בתי הדין', בספרות ההלכה בכלל ובבית הדין הרבני בארץ ישראל בפרט, ראו: וסטרייך, לעיל ה"ש 51, בעמ' 108-127.

הדיינים הללו מדברים על מנהג בתי־הדין כבסיס המשפטי להעדפת חליצה על הייבום [...] אומנם, בקהיליית חכמים הומוגנית ומגובשת, שחבריה נמנים עם זרם מוגדר בעל ותק של שנים רבות, מסורת בית־הדין יכולה לתפקד כגורם של ממש שניתן לבסס עליו החלטות בעלות משקל. אבל בית־הדין הרבני הוא מוסד חדש יחסית, ומכהנים בו דיינים בעלי תפיסות עולם שונות, הנמנים עם זרמים שונים ומגוונים. במארג רופף מעין זה, אם יופיע בזירה דיין שלא יסכים למנהג הנטען, ויאזור אומץ לא ללכת בתלם, תתפורר הטענה של מנהג בתי־הדין.