

בחזרה לעתיד: על עיצובם של הנישואין והגירושין האזרחיים בישראל

מאת

אבישלום וסטרניך*

המאמר עוסק בדמותם ובתבניתם של הנישואים האזרחיים בישראל. המאמר הוא נדבך בדיון הער בשאלת הנישואין והגירושין בישראל, בין השאר בהמשך לדיון קודם שערכנו פרופ' פנחס שיפמן ואנוכי בנושא זה. תרומתו של המאמר לשיח בתחום היא משולבת: ראשית, המאמר מנתח היבטים מרכזיים בדיני הנישואין והגירושין העכשוויים, מאפיין אותם וחושף את תהליכי ההתקרבות בין הדין הדתי לבין הדין האזרחי בתחומים אלו (בניגוד לטיעון רווח במחקרים אחרים); שנית, המאמר מרחיב ומעמיק את יסודותיו הנורמטיביים של הדין האזרחי העתידי בישראל, ומתוך כך פורס את עיקריו של הדין העתידי במגוון נושאים. שני ההיבטים קשורים זה לזה ונובעים זה מזה ומובילים בסופו של דבר לדין ראוי הן נורמטיבית והן משיקולי מדיניות.

המאמר מנתח נושא זה באמצעות כמה ממדי דיון – ניתוח עומק של היבטים הנוגעים לדיני הנישואין והגירושין בהווה והמשמעות הנורמטיבית-ערכית של ההסדרים השונים בעתיד. המאמר טוען כי שיטת המסגרת האזרחית המשותפת לנישואין ולגירושין שהוצעה בעבר נוהגת בהיבטים רבים בדיני המשפחה כבר בהווה, והיא השיטה העדיפה בעתיד. היא איננה מהפכנית אלא יוצרת דווקא המשכיות למצב המשפטי הקיים, ובכך יתרונה הפרגמטי; היא מאפשרת יצירת גשר בין ה"דתי" ל"דמוקרטי" במדינת ישראל, ובכך יתרונה החברתי-משפטי; לבסוף, היא מאפשרת לבנות מודל נורמטיבי ראוי של נישואין וגירושין אזרחיים בישראל.

* מרצה בכיר, המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, רמת גן; עמית מחקר, מרכז קוגוד לחקר המחשבה היהודית ולהגות עכשווית, מכון שלום הרטמן, ירושלים; חוקר אורח, Petrie-Flom Center for Health Law Policy, Biotechnology, and Bioethics, Harvard Law School (סתיו 2017), Helen Gartner Hammer Scholar-in-Residence, Brandeis University Hadassah-Brandeis Institute, Brandeis University (סתיו 2016); עמית מחקר, Agunah Research Unit, University of Manchester (2007–2008). ראשיתם של הדברים במחקר משותף שפרסמנו פנחס שיפמן ואנוכי במסגרת מרכז מציל"ה בעריכתה של רות גביון (ראו הפניות מתאימות להלן). אני מודה לפנחס שיפמן על השותפות בשלבים הקודמים של המחקר ועל הערותיו למאמר הנוכחי, ולמערכת דין ודברים ולקוראת/ת החיצונית/ת מטעמה על הערות נוקבות ויסודיות, שסייעו לשיפורו של המאמר. האחריות לאמור בפנים מוטלת כמובן אך ורק עליי.

המאמר בוחן את יתרונותיו של מודל זה בכמה תחומים, ובמרכזם טקסי הנישואין, עניינים ממוניים (חלוקת רכוש ומזונות) ומשטר הגירושין. בנושאים אלו, טוען המאמר, המשפט הישראלי נמצא כבר כעת ראשו ורובו בתוך מסגרת אזרחית משותפת. באשר לעתיד – דווקא לשיטת המסגרת האזרחית יש הפוטנציאל להוביל לפשרה ולאיוון בין הדין האזרחי לדין הדתי השרויים במתח מתמיד בהקשר הישראלי, ובד בבד להעניק אוטונומיה מרבית לבני הזוג תוך שמירה על עקרונות החירות והשוויון.

א. מבוא. ב. נישואין וגירושין אזרחיים בישראל: יסודות; 1. מעמדם של נישואין אזרחיים בישראל: רקע; 2. מודלים לנישואין ולגירושין אזרחיים. **ג. בין שיטת המסלולים למסגרת האזרחית;** 1. מוקדי מתח: נישואין, רכוש וגירושין; 2. טקס הנישואין; 3. ענייני רכוש; 4. משטר הגירושין האזרחי במשפט הישראלי; 5. גירושין ללא אשם: הדין הדתי; 6. משטר הגירושין: שיטת המסלולים ומסגרת אזרחית; 7. נישואין, רכוש וגירושין: מסקנות. **ד. אחרית דבר.**

א. מבוא

כיצד ייראו הנישואין האזרחיים בישראל? במאמר זה אצביע על עדיפותה העתידית ועל נוכחותה העכשווית של שיטת המסגרת האזרחית המשותפת, המבקשת לאמץ מסגרת אזרחית אחת למוסד הנישואין תוך הכרה בריבוי טקסים, על פני שיטת המסלולים, המציעה לייסד שני מסלולים זה לצד זה: מסלול דתי ולצדו מסלול אזרחי. אבסס את דבריי על כמה ממדי דיון – על ניתוח עומק של היבטים הנוגעים לדיני הנישואין והגירושין בעבר ובהווה ועל המשמעות הנורמטיבית-ערכית של ההסדרים השונים בעתיד. אראה כי שיטת המסגרת האזרחית איננה מהפכנית אלא יוצרת דווקא המשכיות למצב המשפטי הקיים, ובכך יתרונה הפרגמטי; מאפשרת יצירת גשר בין ה"דתי" ל"דמוקרטי" במדינת ישראל, ובכך יתרונה החברתי-משפטי; מאפשרת לבנות מודל נורמטיבי ראוי של נישואין וגירושין אזרחיים בישראל.

במאמר אטען כי שלא כעמדה הנפוצה (ולעתים אינטואיטיבית) במחקר, בשיח הציבורי ובמערכת הפוליטית, לשיטת המסגרת האזרחית יש יתרונות רבים, מהותיים ומעשיים. יתרונות אלו משתקפים בכמה תחומים, ובמרכזם טקסי הנישואין, עניינים ממוניים (חלוקת רכוש ומזונות) ומשטר הגירושין. בנושאים אלו, לטענתי, דווקא לשיטת המסגרת האזרחית יש הפוטנציאל להוביל לפשרה ולאיוון בין הדין האזרחי לדין הדתי, השרויים במתח מתמיד בהקשר הישראלי, ואולי אף לשיתוף פעולה. אציין כי מטבע הדברים טיעונים הצופים פני עתיד אינם ניתנים להוכחה. עם זאת במקרה הנוכחי, כפי שטוען המאמר, העתיד ממשיך בקו ישיר ורציף את המצב הקיים בהווה, ומדובר אפוא בהערכות מבוססות היטב. זאת ועוד, במאמר אראה כי עקרונותיה של שיטת המסגרת האזרחית מאפשרים להעניק אוטונומיה מרבית לבני הזוג בבחירת טקס הנישואין

ובאפשרות לעצב בהסכמה את משטר הגירושין שלהם כל עוד אין בכך פגיעה ניכרת בעקרונות החירות והשוויון. לעומת זאת את חברתה, שיטת המסלולים, אפייין במאמר כשיטה בינארית, שהבחירה בה קבועה מראש ומתאפיינת במידה רבה של נוקשות, ואשר עלולה להוביל לבידול ולפירוד עמוקים בין הדין הדתי לדין האזרחי.

המאמר טוען כי מרכיב חשוב בדיון על ההסדר העתידי הוא ניתוח התכנים הקיימים של דיני הגירושין האזרחיים והדתיים בישראל. בעניין זה אראה כיצד בניגוד לרושם שניתן לקבל לעתים מהשיח האקדמי והציבורי, המשפט הישראלי כבר נמצא ראשו ורובו בתוך מסגרת אזרחית משותפת הבאה לידי ביטוי במגוון רחב של תחומים, ולפיכך אימוצה העתידי הוא מתבקש. הדברים מתבטאים אם באשר להיבטים ממוניים (חלוקת הרכוש ובמידה מסוימת גם בדיני המזונות ובסוגיות משמורת הילדים), ואם באשר למשטר הגירושין. בהיבט זה אציע לראות במשטר הגירושין הנוהג כיום בדין האזרחי בישראל משטר מתון של גירושין ללא אשם, ואראה כיצד זרמים בבית הדין הרבני נוהגים לאורו כבר כיום.

המאמר הוא קומה נוספת בדיון הער בשאלת הנישואין והגירושין בישראל. הוא יוצא מדיון קודם שערכנו, פרופ' פנחס שיפמן ואנוכי, בשאלת עדיפותה של המסגרת האזרחית לנישואין וגירושין, ושיסודותיו הונחו בכתיבתו המוקדמת של פרופ' שיפמן. תרומתו של המאמר לשיח קודם זה היא משולבת: ראשית, המאמר מנתח היבטים מרכזיים בדיני הנישואין והגירושין העכשוויים, מאפייין אותם וחושף את תהליכי ההתקרבות בין הדין הדתי לבין הדין האזרחי בתחומים אלו (בניגוד לטיעון רווח במחקרים אחרים); שנית, המאמר מרחיב ומעמיק את יסודותיו הנורמטיביים של הדין האזרחי העתידי בישראל, ומתוך כך פורס את עיקריו של הדין העתידי במגוון היבטים (טקסי הנישואין, רכוש ודיני הגירושין). שני ההיבטים קשורים זה לזה ונובעים זה מזה: המאמר טוען כי תהליכי ההתקרבות בין שתי המערכות (הדתית והאזרחית) מובילים לדין ראוי הן נורמטיבית והן משיקולי מדיניות (איחוי הקרע בין המערכות המשפטיות-חברתיות בישראל). יש אפוא לראות בתהליכים אלו שלב מקדים להחלתה של המסגרת האזרחית המשותפת לנישואין וגירושין.

ב. נישואין וגירושין אזרחיים בישראל: יסודות¹

1. מעמדם של נישואין אזרחיים בישראל: רקע

נישואין אזרחיים של יהודים אזרחי ישראל ותושביה שנערכו מחוץ לישראל מוכרים כיום בעקבות פסק הדין המכונה "פסק דין בני נח"² כנישואין בני תוקף. ההיבטים הרכושיים

1 הדיון בפרק זה מתבסס על כתיבה קודמת של מגוון חוקרים שעסקו בסוגיה (ובכלל זה כתיבה קודמת שלי, א' ר'), כמפורט בהערות השוליים. מטרתו היא לשמש מצע לדיון בפרקים הבאים, שבהם נמצאת עיקר התרומה של המאמר. הדיון בפרק הנוכחי אפוא מתומצת ומצומצם ליסודות הנצרכים להמשך הדיון.

של נישואין אלו הוסדרו עוד לפני עניין בני נח כחלק מההכרה בזכויות ממוניות ובחובת מזונות לידועים בציבור, ובני זוג הנשואים בנישואין אזרחיים בכללם, מכוח הסכמה מכללא ומכוח עקרונות תום הלב.³ ההכרה בנישואין אזרחיים איננה מושלמת, שכן אין (עדיין) הכרה מלאה בנישואין של בני זוג שאין להם הכושר להינשא לפי הדין הדתי (כגון בני זוג מעורבים – יהודי ושאינה יהודייה ולהפך) ובנישואין של בני זוג חד-מיניים.⁴

מנקודת המבט הדתית היהודית, שאלת מעמדם של נישואין אזרחיים נתונה במחלוקת עמוקה. יש מחכמי המשפט העברי הטוענים כי נישואין אזרחיים יוצרים קשר נישואין התקף מבחינה הלכתית. מנגד, יש הסבורים כי כאשר בני הזוג בוחרים להינשא בנישואין אזרחיים, הם מצהירים במעשה זה כי אינם מעוניינים בקידושין כדת משה וישראל, ולפיכך אין לראות בנישואין אזרחיים קשר תקף לפי ההלכה.⁵ בבתי הדין הרבניים כיום מקובל לדרוש "גט לחומרא", או "גט לרווחא דמילתא" (=לרווח הדבר), בעת גירושין מנישואין אזרחיים,⁶ בשל הספק שמא ההלכה כגישות המחמירות, או בשל החומרה בענייני אישות גם אם ההכרעה ההלכתית העקרונית היא שאין צורך בגט.⁷

- 2 בג"ץ 2232/03 פלונית נ' בית הדין הרבני האזורי ת"א-יפו, פ"ד סא(3) 496 (2006) (להלן: בג"ץ בני נח).
- 3 ראו רע"א 8256/99 פלונית נ' פלוני, פ"ד נח(2) 213 (2003) (להלן: פלונית, מזונות אזרחיים).
- 4 נישואין אלו מוכרים לצורך היבטים מסוימים בלבד (זכות האלמנה בירושה וחובת רישום נישואין בני זוג בני אותו המין). ראו פנחס שיפמן "דיני משפחה אזרחיים שיצאו מן הארון: על תרומתו של הנשיא ברק לדיני המשפחה" ספר ברק – עיונים בעשייתו השיפוטית של אהרן ברק 575 (איל זמיר, ברק מדינה וסיליה פסברג עורכים, 2009); שחר ליפשיץ "דיני המשפחה בעידן האזרחי: מדיני הנישואים של מי שנישאו מחוץ לגבולות המדינה אל היום שאחרי כינונם של נישואים אזרחיים בישראל" משפט ועסקים י 447, 465–468 (תשס"ט).
- 5 ראו הרב שלמה דיכובסקי "נישואין אזרחיים" תחומין ב 252 (תשמ"א); הרב מאיר יששכר מזוז "נישואין אזרחיים ותוצאותיהם" שנתון המשפט העברי ג–ד 233 (תשל"ו–תשל"ז) ועוד.
- 6 ראו במאמרים הנזכרים לעיל, וכן ראו בד"ר (גדול) סג' ח' ש' נ' ח' י" (2003) (להלן: בד"ר בני נח).
- 7 כדברי החזון איש: "עדיין לא נסתיימה ההלכה", ראו במכתבו לרב שרגא שטיינברג מתאריך כ"ג בסיוון תש"א, אור ישראל 18 עמ' יב (תש"ס). יש המפרשים עמדה זו לכיוון מחמיר, שתוצאתו היא חיוב כמעט מוחלט בגט (למעט מקרים חריגים ביותר), ראו הרב אברהם ח' שרמן "חיוב גט לחומרא בנישואין אזרחיים – פסיקת גדולי הדורות ומנהג בתי הדין" למען דעת א עמ' יד (תשע"ד). העמדה השנייה (המצהירה כי נישואין אזרחיים אינם תקפים הלכתית, אך מצריכה במידת האפשר גט בשל החומרה העקרונית בענייני אישות) היא עמדתו של הרב פיינשטיין, אגרות משה אבן העזר א, עד, ופוסקים נוספים. להיבטים השונים בספק קידושין, ובכלל זה הנטייה להחמיר בענייני אישות גם כשהספק איננו ממש, ראו פנחס שיפמן ספק קידושין במשפט הישראלי 55–58, 143–150 (1975).

פסק הדין בעניין **בני נח**, שנתן בית הדין הרבני הגדול לפני כעשור, שינה על פני הדברים את התמונה גם מנקודת המבט ההלכתית. בפסק דין זה, שכתב הרב שלמה דיכובסקי, אימץ בית הדין הגדול עמדה הנותנת תוקף לנישואין אזרחיים. לפי פסק הדין, נישואין אזרחיים אינם כנישואין דתיים, אך הם אינם בטלים: על בני זוג הנשואים אזרחית להתגרש כמקובל בעולם ("נישואין לצורך גירושין כבני נח"). זאת, קובע בית הדין, יש לעשות באמצעות פסק דין להתרת הנישואין.⁸

פסק הדין הרבני אומץ בבג"ץ.⁹ אלא שמאז גברו התהיות שמא מדובר במהלך רטורי בלבד, שבית הדין הרבני נקט אותו כדי לשמר לעצמו את הסמכות גם בעניין נישואין אזרחיים. כמה מחקרים אימצו עמדה ביקורתית זו.¹⁰ במאמר אחר הצעתי פרשנות שונה, ולפיה העמדה שבפסק דין **בני נח** מחלחלת לאטה לפסקי בתי הדין הרבניים, ואלו מאמצים כמה מיסודותיה החשובים (ובעיקר – אימוץ משטר של גירושין ללא אשם במצבים של שבר בלתי ניתן לאיחוי בחיי הנישואין).¹¹ ראוי להדגיש כי אף לפי פרשנות זו מדובר בזרמים מסוימים בבתי הדין הרבניים, ואילו אחרים (עודם) מתנגדים לקונסטרוקציית שבפסק דין **בני נח**, והתנגדות זו היא לעתים מפורשת ונוקבת.¹²

ברי, לאור האמור, כי המשפט הישראלי צעד צעדים ניכרים קדימה, עד להכרה כמעט מלאה בנישואין ובגירושין אזרחיים בישראל המשקפת את הדין הנוהג היום. אלא שבית

8 כ"ר **בני נח**, לעיל ה"ש 6, שם.

9 בג"ץ **בני נח**, לעיל ה"ש 2.

10 ראו Zvi Triger, *Freedom from Religion in Israel: Civil Marriages and Cohabitation of Jews Enter the Rabbinical Courts*, 27 ISR. STUD. REV. 1 (2012); Amihai Radzyner, *Problematic Halakhic Creativity in Israeli Rabbinical Court Rulings*, 20 JEWISH LAW (2013) 154–175, ANNUAL 103; עמיחי רדזינר "מעגנת את עצמה": על התניית מתן הגט ועל חדשנות הלכתית "ספר הזיכרון לשופט מנחם אלון (טרם פורסם); רות זפרן "מרוץ הסמכויות 'חי ובוטע': מניצחון בנקודות של מערכת בתי הדין הרבניים "משפטים מג 571, 621–623 (2013).
11 הכוונה איננה להתרת הנישואין האזרחיים כשלעצמה – זו נעשתה גם בעבר, אך שיקפה אי-הכרה בתוקף כלשהו של הנישואין האזרחיים. כוונת הדברים היא להכרה בתוקפם המשפטי של הנישואין האזרחיים גם מנקודת המבט ההלכתית תוך החלת תפיסת הגירושין האזרחית עליהם. ראו אבישלום וסטרייך "רטוריקה ומהות ירדו כרוכין זה בזה? על נישואין אזרחיים בעקבות פרשת 'בני נח' "משפחה במשפט 1–543 (2013–2014).
12 ראו עמדתו של הדיין הרב הישריק: תיק (אזורי ת"א) 448866/3 **פלוני נ' פלונית**, בעמ' 3–13 לפסק הדין (פורסם בנבו, 11.7.2013), השולל את תוקפם של הנישואין האזרחיים כמו גם את יחסי הממון בין הצדדים, ולפיכך מכיר בכך שלבית הדין אין סמכות לדון בעניינים אלו (לפי עמדתו של הנשיא ברק בבג"ץ **בני נח**, לעיל ה"ש 2), וראו עוד שרמן, לעיל ה"ש 7. לשאלת הערכת משקלן של העמדות השונות ראו וסטרייך, לעיל ה"ש 11; עמיחי רדזינר "אכן, רטוריקה בלבד: תגובה למאמרו של אבישלום וסטרייך" **משפחה במשפט** 1–579 (2013–2014). לפסק דין מהתקופה האחרונה, התומך בקונסטרוקציית בני נח, תוך שמכיר ביחסי הממון שבין הצדדים (ומתוך כך קובע כי הסמכות לדון בענייני הרכוש נתונה לבית הדין) ומתמודד עם טיעונו של הרב הישריק בפסק הדין הנזכר לעיל, ראו תיק (אזורי חי') 544579/6 **פלוני נ' פלונית** (פורסם בנבו, 26.10.2016).

המשפט טרם סיים את מלאכת עיצוב התכנים המגבשים את דיני המשפחה האזרחיים הללו.¹³ למשל, בנוגע לכמה היבטים ממוניים הנלווים לגירושין: שיתוף הנכסים בין בני הזוג ככל הנראה מבוסס דיו גם במקרה של גירושין מנישואין אזרחיים (שהרי שיתוף זה קיים – אם כי בהבדלים אחדים – גם כשמדובר בידועים בציבור). אולם יש היבטים ממוניים שהוסדרו בחלקם אך לא הושלמו במלואם, ובראשם חובת המזונות: בית המשפט קבע כי קיימת זכות למזונות אזרחיים (הן לידועים בציבור והן לבני זוג הנשואים בנישואין אזרחיים),¹⁴ ורמז בכמה הזדמנויות שראוי להאריך חובה זו גם לתקופה מסוימת אחרי הפירוד בין בני הזוג.¹⁵ אולם רכיבים מרכזיים בחובת המזונות, כגון משכה, טיבה משקמים או פיצוי על אי-מיצוי יכולת ההכנסה של בן הזוג) וכדומה, טרם גובשו.¹⁶

13 הדין הישראלי מיעט לעסוק בתכנים האזרחיים של דיני המשפחה. לפיכך הוא התרכז בעיקר בשאלת הלגיטימציה של הנישואין האזרחיים, תוך הפניית משאבים למאבק עם בית הדין הרבני, ופחות בעיצוב התכנים של דינים אלו. כלשונו של שיפמן: "האופי המסוכסך של דיני המשפחה בישראל, הנובע מן השניות המשפטית של דין דתי וחוק אזרחי, מכביד על הדיון המשפטי בבעיות משפחתיות", פנחס שיפמן **שפה אחת ודברים אחדים – עיונים במשפט, הלכה וחברה** 237 (2012). ראו גם שחר ליפשיץ "דיני זוגיות חילוניים ביובל הבא – בין ליברטריאניזציה ובין בית המשפט המחשק" **מחקרי משפט** יז 159, 162–168 (2001); שחר ליפשיץ "ברצוני להתגרש ומייד! על ההסדרה האזרחית של הגירושין" **עיוני משפט** כח 671, 741–742 (2005).

14 ראו **פלונית, מזונות אזרחיים**, לעיל ה"ש 3.

15 בפסק דין **יגר נ' פלביץ** ניתן תוקף להסכם בין בני זוג ידועים בציבור, ובכלל זה להסכם מכללא. אולם פסק הדין לא הכיר בהסכם מכללא אחרי הפירוד בין בני הזוג (ראו ע"א 563/65 **יגר נ' פלביץ**, פ"ד (3) 244 (1966)). ברם ברק בע"א 805/82 **ורסנו נ' כהן**, פ"ד לז(1) 529, 531–532 (1983), באמרת אגב, הביע עמדה התומכת בחיוב במזונות גם לאחר הפירוד בין בני הזוג. עמדה זו לא התקבלה כהלכה מחייבת, אלא נאמרה באוביטר בלבד, אולם ניכר כי ברק תומך בכך עקרונית (ברק חזר על כך, שוב – כאמרת אגב, גם בע"א 2000/97 **ניקול לינדרון נ' קרנית**, פ"ד נה(1) 12 (1999)). בשל היעדרה של הכרעה חד-משמעית אין הלכה אחידה בעניין זה בפסקי הדין של בית המשפט למשפחה. יש שופטים שאינם מטילים חיוב במזונות לידועים בציבור אחרי הפירוד (ראו למשל תמ"ש (מחוזי ת"א) 2285/91 **גולדובסקי נ' גולדובסקי**, פ"מ תשנ"ג(1) 493 (1992)), אך יש שופטים שמחייבים במזונות, וזו כנראה המגמה הדומיננטית (ברוך דברי ברק). ראו למשל: השופט שוחט בתמ"ש (משפחה ת"א) 51940/98 **פלונית נ' פלוני** (פורסם בנבו, 4.8.2002), ובדומה לזה השופט שטרק, תמ"ש (משפחה ת"א) 47680/06 **פ.א. נ' ק.פ.**, (פורסם בנבו, 5.4.2009), וכדבריו: "בפסקי דין מאוחרים יותר, בהם נידונה שאלה זו, הסתמנה מגמה לפסוק מזונות לטובת 'ידועה בציבור' שכן זוגה ניתק את הקשר עמה באופן חד צדדי, לתקופה של אחרי הפירוד".

16 ראו ליפשיץ, לעיל ה"ש 4, בעמ' 465. יש לציין, למרות האמור אצל ליפשיץ, כי בעניינו של הזוג מושא הדיון בפסק דין **בני נח**, בית המשפט – אמנם לא בית המשפט העליון אלא בית המשפט למשפחה – דווקא "הרים את הכפפה" והרחיב את חובת המזונות האזרחיים גם לתקופה שאחרי הפירוד ביניהם. בדיון בעניין חובת המזונות של הצדדים קבעה השופטת פלאוט כי "לנוכח תוצאת פסה"ד בפרשת פלונית [פלונית, מזונות אזרחיים, לעיל ה"ש 3] –

ומה כאשר לעתיד? על אף תהליכי השינוי וההכרה (שאיננה שלמה) בנישואין אזרחיים ובהשלכותיהם המצב המשפטי במדינת ישראל איננו מתקבל על הדעת. מצב זה יוצר אנומליה חברתית ומשפטית חריפה. חשוב מכך, שיקולים מהותיים של חופש הדת והחופש מדת, הזכות לנישואין וערך השוויון, כמו גם שיקולים דתיים, תומכים בהסדרה אזרחית מלאה של הנישואין והגירושין. כותבים שונים עסקו בהיבטים אלו, ואין זה המקום להאריך.¹⁷ יש אפוא צורך במודל המעניק מענה אזרחי מלא ככל הניתן לנושא הנישואין והגירושין בישראל, אולם מהו המודל הרצוי? במהלך השנים הוצעו כמה מודלים לנישואין ולגירושין אזרחיים, ונפנה כעת לבחינת העיקריים שבהם.

2. מודלים לנישואין ולגירושין אזרחיים

כיצד ייראו הנישואין והגירושין האזרחיים? המודלים העיקריים שהוצעו לאורך השנים לנישואין ולגירושין אזרחיים בישראל נחלקים לשתי קבוצות: האחת, קבוצה המציעה לייסד שני מסלולים זה לצד זה: מסלול דתי ולצדו מסלול אזרחי; השנייה, קבוצה המבקשת לאמץ מסגרת אזרחית אחת משותפת למוסד הנישואין, תוך הכרה בריבוי טקסים.¹⁸ הקבוצה הראשונה, קבוצת המסלולים, מציעה לקבוע דין אזרחי כהסדר התקף לצד הדין הדתי, כאשר שני ההסדרים יפעלו בשווה זה לצד זה. בקבוצה זו כלולות כמה הצעות, שהחשובה שבהן היא הצעתו של פרופ' אריאל רוזן-צבי, המבקשת להנהיג שני מסלולים שווים זה לצד זה – נישואין אזרחיים לצד נישואין דתיים – על פי בחירת הצדדים.¹⁹ לפי הסדר זה, יוחלף המונופול הדתי הקיים כיום באפשרות בחירה שתיתן

כאמור, נפתח הפתח להחלת חיוב המזונות, במקרים המתאימים, גם לאחר פקיעת הנישואין, בגדר חיוב במזונות 'אזרחיים'. ראו תמ"ש (משפחה ת"א) 67910/00 ח' י' נ' ח' ש', פס' 20 לפסק הדין (פורסם בנבו, 10.4.2007).

17 על זכויות היסוד הנפגעות במבנה המשפטי הקיים ראו פנחס שיפמן **כדת או כדין: חלופות נישואין וגירושין בישראל – שינוי חיוני ואפשרי** (נעמה כרמי עורכת, 2001). על שיקולים דתיים התומכים בנישואין אזרחיים ראו הרב אליהו בקשי-דורון "חוק נישואין וגירושין – היצא שכרו בהפסדו?" **תחומין** כה 99 (תשס"ה). על מכלול השיקולים הללו ראו אבישלום וסטרייך ופנחס שיפמן **מסגרת אזרחית לנישואין וגירושין בישראל** (רות גביון עורכת, תשע"ג). להצעות נוספות מן השנים האחרונות ראו שחר ליפשיץ **ברית הזוגיות 10–14 בישראל** 217 (2007); רות גביון ויעקב מדין **מסד לאמנה חברתית חדשה בין שומרי מצוות וחופשיים בישראל** 217 (2003).

18 לדיון במגוון הצעות הכלולות בשני המודלים הללו ראו וסטרייך ושיפמן, לעיל ה"ש 17, בעמ' 53–62. הסעיף הנוכחי מתמצת את עיקרי הניתוח שבמחקר הזה, עם מעט השלמות מכתובה שראתה אור מאז.

19 ראו אריאל רוזן-צבי "בתי הדין הרבניים, ההלכה והציבור: גשר צר מאוד" **דת, ליברליזם, משפחה וחברה – אסופת מאמרים מאת אריאל רוזן-צבי** 143, 180–189 (אריאל פורת עורך, תשס"א).

לבני הזוג להחליט בעצמם באיזה מסלול, דתי או אזרחי, הם מבקשים לצעוד, ובחירה זו תמשיך ללוות אותם במהלך חיי הנישואין: מי שנישא בנישואין אזרחיים יוכל להתיר את נישואיו רק בדרך של גירושין אזרחיים, ומי שנישא בנישואין דתיים לא יהיה רשאי להתיר את נישואיו אלא בגירושין דתיים.

בעבר הועלתה הצעה מינימליסטית יותר, שאף היא מושתתת על ההבחנה בין מסלולי חיתון חלופיים התקפים זה לצד זה. הצעה זו ביקשה ליצור מסלול נישואין אזרחיים לפסולי חיתון בלבד,²⁰ אך דומה כי כיום הצעה זו ירדה מהפרק (אם כי "קרובתה" התקבלה; ראו בהמשך). כיוון נוסף, שאף אותו יש להציב ב"משפחת המסלולים", הוא הסדרי "ברית זוגיות" לגוניהם, המבקשים לייסד מסלול אזרחי למעוניינים בכך, אך מסלול זה לא ייקרא בשם נישואין, אלא ברית זוגיות, חיים משותפים וכדומה, וכך יישלל ממנו הממד הסימבולי של נישואין. הצעה הבולטת במשפחה זו היא הצעה שפיתח ש' ליפשיץ להסדר "ברית זוגיות".²¹ מדובר בהצעה מרחיבה, המאפשרת לכלל האזרחים בחירה מלאה בין שתי חלופות: נישואין דתיים וברית זוגיות. אלא שהחלופה האחת, האזרחית, חסרה את הממד הסימבולי של הנישואין, והדברים נובעים מאופייה של ההצעה, שהיא מטבעה הצעת פשרה.²² בפועל נחקק לפני שנים אחדות חוק ברית זוגיות מצומצם ביותר, החל על חסרי דת בלבד.²³ מאז הועלו הצעות שונות ברוח זו, המבקשות להרחיב את ההסדר האזרחי, כגון הצעת חוק "חיים משותפים" – 2013. הצעה זו קובעת הסדר זוגיות בהיקף רחב מזה שקובע חוק ברית הזוגיות הקיים, ברוח הצעת ברית הזוגיות הראשונית. תזכיר החוק חשוב בעיקר בהיותו מחיל את הסדר הזוגיות המוצע על כל הזוגות המעוניינים בכך ולא על חסרי דת בלבד.²⁴

בקבוצה השנייה של המודלים נכללות הצעות להנהגת מסגרת אזרחית אחת משותפת למוסד הנישואין, תוך הכרה בריבוי טקסים. את המודל הזה הציע פרופ' פנחס שיפמן לפני כעשרים שנה, ולאורך השנים הלכו בעקבותיו כמה הצעות, ובהן ההצעה שבאמנת גביזון-מדן והצעת המסגרת האזרחית של וסטרייך ושיפמן.²⁵ לפי עקרונותיה של

20 ראו אמנון רובינשטיין "הזכות לנישואין" **עיוני משפט** ג 433, 457–453 (1973).

21 ראו ליפשיץ, לעיל ה"ש 17, בעמ' 57–68.

22 ראו שם. מעניין כי נטרול הממד הסימבולי לא סייע בריכוך עמדתם של כמה מהמתנגדים לנישואין אזרחיים. ראו הרב מרדכי רלב"ג "הצעת חוק חיים משותפים" **תחומין** לה 334 (תשע"ה), המתייחס להצעת חוק חיים משותפים (המסתעפת מהצעת ברית הזוגיות; ראו להלן) כאל נישואין אזרחיים מבחינת הצורך בגט ובהיבטים סמליים ומהותיים אחרים, ולפיכך מתנגד לה נחרצות. ניתן כמובן לערער על עמדתו של הרב רלב"ג גם מתוככי השיח ההלכתי השמרני, אך הדברים חורגים מגבולות דיונונו.

23 ראו חוק ברית הזוגיות לחסרי דת, התש"ע–2010.

24 ראו תזכיר חוק חיים משותפים, התשע"ד–2013, http://www.tazkirim.gov.il/Tazkirim_Attachments/41761_x_AttachFile.doc.

25 ראו פנחס שיפמן **מי מפקד מנישואין אזרחיים?** 52–60 (1995); גביזון ומדן, לעיל ה"ש 17, בעמ' 173–222; וסטרייך ושיפמן, לעיל ה"ש 17, בעמ' 63–68.

המסגרת האזרחית המשותפת, הטקסים השונים (אזרחיים או דתיים, של דתות וזרמים שונים) הם שיביאו לידי ביטוי את אפשרות הבחירה האישית של הצדדים, אך כולם בסופו של דבר כפופים למטרייה אזרחית משותפת. ההצעות בקבוצה זו נבדלות זו מזו ביחסן למעמד ולמשקל של הוראות דין דתיות בתוך המסגרת האזרחית. למשל, הצעות אלו נחלקו בשאלת מעמדם של הגירושין הדתיים, ובעיקר בשאלה אם ניתן לקבל רישיון נישואין אזרחי לאחר גירושין אזרחיים גם ללא גירושין דתיים כשהנישואין נערכו באמצעות טקס דתי. גישה אחת רואה בגירושין אזרחיים גירושין מלאים לכל דבר ועניין, כולל רישיון נישואין עתידי.²⁶ גישה אחרת סבורה שהגירושין האזרחיים כוללים מגוון של היבטים – כלכליים והסדרת ענייני הילדים – אך ללא רישיון נישואין עתידי, שגם במציאות האזרחית עדיין יהיה כפוף לגירושין דתיים.²⁷ השיקול העיקרי המוביל את הגישה האחרונה לסייג את הגירושין האזרחיים הוא חשש הממזרות, ואילו חברתה מוסרת אתגר זה לפתחם של אנשי הלכה ודת. ועם זאת, תפיסתן היסודית של הגישות הללו דומה: מסגרת אזרחית משותפת, הכוללת נישואין ו(חלקים נכבדים מתוך דיני ה)גירושין לכלל האזרחים.²⁸

קבוצה זו – קבוצת המסגרת האזרחית המשותפת – מאפשרת חופש בחירה בנוגע לטקס הנישואין, אך לא בנוגע למערכת הדינים החלה עליהם. לפי הצעה זו, על בני זוג המעוניינים להינשא לעמוד בדרישות מוקדמות לקבלת רישיון אזרחי לנישואין, ואז יוכלו להינשא. הדין הנוהג, הן לעניין הנישואין והן לעניין הגירושין, יהיה הדין האזרחי, אולם בני הזוג יהיו חופשיים לבחור טקס כרצונם: טקס דתי (תוך אפשרות בחירה בין מגוון טקסים דתיים), טקס בעל היבטים תרבותיים שאינם דתיים (בכפוף לקיומם של יסודות משפטיים נדרשים) או טקס אזרחי לכל דבר ועניין.

על פי האמור, אף הגירושין, בדומה לנישואין, ייערכו לפי הדין האזרחי, כלומר בבית משפט אזרחי ותוך הסדרת ענייני הרכוש לפי הדין האזרחי. ייתכן, כפי שצוין לעיל, שכדי למנוע חשש ממזרות לא יהיו הגירושין האזרחיים מלאים. לפי זה, גירושין ינתקו את הזיקה המעשית בין בני הזוג ויסדירו את הזכויות והחובות האישיות והממוניות ביניהם, לרבות בינם לבין ילדיהם, באמצעות דין אחיד. בהיבטים אלו יהיו הגירושין האזרחיים גירושין לכל דבר ועניין, אולם הם לא יתירו להם להינשא בשנית כל עוד אינם פנויים על פי דינם האישי.

באשר למקומם של בתי הדין הדתיים במסגרת האזרחית המשותפת, סמכותם תהיה, ראשית, לערוך את הגירושין הדתיים לבני זוג שנישאו בטקס דתי, וראוי שתכלול גם

26 ראו שיפמן, לעיל ה"ש 25, בעמ' 56–58; וביתר חדות אצל שיפמן, לעיל ה"ש 13, בעמ' 218–222.

27 ראו גביוזן ומדן, לעיל ה"ש 17, בעמ' 195–198, 216–222.

28 ראו במקורות הנזכרים בשתי ההערות הקודמות, וכן ראו וסטרייך ושיפמן, לעיל ה"ש 17, בעמ' 66–68.

אמצעי אכיפה נגד סרבני גט.²⁹ כמו כן בני זוג שיחפצו בכך יוכלו לבחור להתדיין בענייני הגירושין בבתי הדין הדתיים, בכפוף למחויבות בתי הדין לעקרונות היסוד האזרחיים בדיני הרכוש ולשוויון בזכות הגירושין.³⁰

ג. בין שיטת המסלולים למסגרת האזרחית

1. מוקדי מתח: נישואין, רכוש וגירושין

ההכרעה בין שיטת המסלולים לשיטת המסגרת האזרחית איננה קלה. בשורות הבאות אבקש להציג את השיקולים העיקריים בנקודה זו ולאורם אצביע על עדיפותה של שיטת המסגרת האזרחית על פני שיטת המסלולים. אטען כי עדיפות זו היא הן מהותית והן פרקטית, וכן אראה כי בפועל – שלא כרושם שניתן לקבל לעתים מהשיח האקדמי והציבורי בסוגיה³¹ – המשפט הישראלי כבר צועד לקראת הכרעה שכזו.

נקודת המוצא האינטואיטיבית היא כי לשיטת המסלולים יתרון בהיותה משמרת את המסלול האורתודוקסי בלא לפגוע בו, באפשרה בחירה למעוניינים בכך גם במסלול אזרחי. ההצעה מנסה אפוא לרקוד על שתי החתונות – להותיר בידי המסלול הדתי את מבוקשו, ולאפשר גם את צמיחת המסלול האזרחי. כך, למשל, כותב שחר ליפשיץ בהקדמה להדפסה השנייה של הצעת ברית הזוגיות: "הסדר ברית הזוגיות יצמצם את האיבה בין דתיים לחילונים וישמר את הנישואים והגירושים כמוסד דתי אורתודוקסי".³²

29 השאלה אם הגירושין הדתיים הכרחיים לצורך היתר נישואין מחודש תלויה כאמור בגישות השונות. אם כן ואם לאו, בידי בתי הדין הדתיים יופקדו הגירושין הדתיים, ובכלל זה שימוש באמצעי אכיפה במצבים של סרבנות גט. ראו להלן, סמוך לה"ש 99 ובהערה הנזכרת.

30 ראו וסטרייך ושיפמן, לעיל ה"ש 17, בעמ' 63.

31 סימן לדבר: בסדרת כתבות ששודרה באוגוסט 2014 בערוץ 10 בנושא הנישואין והגירושין בישראל (ברוך קרא "נישואים לרבנות" ערוץ 10 (8.2014)) נערך דיון ער בגישות השונות ובפתרונות השונים, כדוגמת ברית הזוגיות ואחרים, אולם מקומה של הצעת המסגרת האזרחית נפקד לגמרי. דומני שהדבר איננו במקרה, אלא הוא משקף את היעדר הבולטות של הצעת המסגרת האזרחית בשיח הציבורי, שלא בצדק (אני מודה לגילי בר על ההפניה לסדרת הכתבות ועל הדיון המרתק שערכנו בעקבות הדברים). גם ההתמודדות הדתית עם הצעות לנישואין אזרחיים (לחיוב או לשלילה) נעשית בעניין שיטת המסלולים, כאשר האלטרנטיבה אינה נדונה (ולטעמי שלא בצדק, כפי שאראה בהמשך). ראו למשל בקשי-דורון, לעיל ה"ש 17, התומך בהסדר מעין שיטת המסלולים, ומנגד ראו רלב"ג, לעיל ה"ש 22, המתנגד נחרצות להצעת חוק חיים משותפים – שאף היא שייכת למשפחת המסלולים.

32 שחר ליפשיץ ברית הזוגיות 11 (הדפסה שנייה, 2014, זמין בכתובת: www.idi.org.il/media/3920534/The_Spousal_Registry.pdf). אציין כי ליפשיץ מתמודד בדבריו רק עם חלופות לברית הזוגיות מתוך מודל המסלולים, אולם היתרונות שעליהם הוא מצביע הם

אלא שכפי שאראה, יתרון זה הוא רק ברובד חיצוני (ולעתים פשטני) של השיח בסוגיית הנישואין והגירושין. הוא איננו מתייחס למציאות העכשווית, שבה ממילא מסגרת אזרחית משותפת קיימת בהקשרים רבים. הוא איננו מתמודד עם החסרונות האזרחיים של מסלול זה (ולמצער – מתפשר בנוגע אליהן). ולבסוף, הוא איננו מקיים דיון עומק הלכתי בסוגיות הרלוונטיות. דיון עומק שכזה, כפי שאעשה להלן, יראה כי גם מנקודת המבט ההלכתית אין לשיטת המסלולים יתרונות על פני חברתה, שיטת המסגרת האזרחית. אדרבה, שיטת המסגרת האזרחית תעצים מגמות פנימיות בתוך ההלכה, המשקפות את יכולתה להתמודד כראוי עם המציאות החברתית והערכית במדינת ישראל. נבחן אפוא את הדברים לגופם.

הפער בין משטר נישואין וגירושין דתי למשטר נישואין וגירושין אזרחי משליך על כמה היבטים, ובעיקר טקס הנישואין, ענייני הרכוש והליך הגירושין.³³ אשר לענייני הרכוש והליך הגירושין, כפי שאטען להלן, בהסדר הקיים היום קיימים כמובן פערים בנושאים אלו, אולם אצביע על תהליך עכשווי שבו באופן מרתק, פערים אלו הולכים ומצטמצמים. ובאשר להסדר העתידי, לטענתי, לפי שיטת המסגרת האזרחית הפערים יכולים להצטמצם עוד יותר, תוך יצירת איזון סביר בין העולם הדתי לעולם האזרחי, בניגוד לשיטת המסלולים.

טקס הנישואין מעט שונה משני התחומים האחרים: גירושין ורכוש, שכן מדובר בהיבט סמלי, והפערים בענייניו בין שתי החלופות להסדרה האזרחית של הנישואין והגירושין אינם ביסודם הלכתיים-משפטיים. אסביר בקצרה את הדברים.

למעשה, במידה כזו או אחרת, יתרונותיה (לכאורה) של שיטת המסלולים כולה על פני מודל המסגרת האזרחית. לא ברור מדוע בחר ליפשיץ בדברי המבוא להדפסה השנייה להתעלם מהצעת המסגרת האזרחית ולא לבחון את הצעת ברית הזוגיות גם לאורה. בשל בחירה זו דברי המבוא הללו כוללים דיון חלקי בלבד, ובמידה מסוימת מטעה. ומכל מקום, הדבר מבהיר את חשיבותו של הניתוח המוצע במאמר הנוכחי, המעמיק ומחדד את עדיפותה של שיטת המסגרת האזרחית על הצעת ברית הזוגיות, כמו גם על משפחת הצעות המסלולים כולה.

33 הפער בין שתי שיטות המשפט איננו מתמצה כמובן בנקודות אלו. יש למשל הבדלים מהותיים בדיני ירושה. אולם פער זה כיום איננו גורם מכריע, שכן הדין המחייב בעניין זה הוא הדין האזרחי, ובפועל גם בתי דין מאמצים אותו, כפי שכתב הרב דיכובסקי כבר בשנת 1998: "נער הייתי ועדיין לא זקנתי, ומתוך אלפי תיקי ירושה שבהם דנתי לא היה גם תיק אחד שחילקנו את העזבון בין הבנים בלבד תוך כדי נישול הבת והאשה". הרב שלמה דיכובסקי "הלכת השיתוף" – האם דינא דמלכותא? "תחומין יח 18, 30–31 (התשנ"ח). למחקר עדכני התומך בכך ומציע הסברים לתופעה זו ראו Daphna Hacker, *Religious Tribunals in Democratic States: Lessons from the Israeli Rabbinical Courts*, 27 J. L. & RELIG. 59 (2011–2012). קשה אפוא להניח בכל הסדר של נישואין אזרחיים, שהתמונה בהיבט זה תשתנה. אשר על כן לא אשלב רכיב זה בדיון הנוכחי.

2. טקס הנישואין

שיטת המסלולים יוצרת מודל דיכוטומי: היא מחייבת את הצדדים לבחור באחת משתי חלופות בינאריות, הן בנוגע לטקס הנישואין והן בנוגע להליך הגירושין. לעומת זאת המסגרת האזרחית מאפשרת גיוון וריבוי קולות גם בבחירת טקס הנישואין, ויש לה אפוא יתרון ניכר על פני שיטת המסלולים. היבט זה חשוב ביותר, ונגזרות ממנו שאלות יסודיות הנוגעות למימוש הזכות לנישואין בחברה הישראלית, רב-תרבותיות ועוד. חשיבותם של שיקולים אלו הוצגה בעבר בכמה הזדמנויות,³⁴ ולפיכך לא ארחיב את הדיון בכך כאן מעבר לקביעות הכלליות הנוכרות. עם זאת אבקש להדגיש את הנקודה הזאת: נטיית המערכת הדתית, גם זו המכירה בצורך בנישואין אזרחיים,³⁵ היא לשמור על בלעדיות המסלול האורתודוקסי גם בתוך הסדר אזרחי (היינו שיטת המסלולים, שבה המסלול הדתי הוא אורתודוקסי בלבד). גישת המסגרת האזרחית מאפשרת מעצם טיבה ריבוי טקסים, ומנקודת מבט אזרחית ודאי שיש בכך יתרון לגישה זו. מנקודת המבט הדתית, ריבוי הטקסים עלול לעורר התנגדות, אולם אינני סבור שמהותית קיימת בעייתיות מיוחדת בריבוי הטקסים גם מנקודת המבט הדתית (בהנחה כמובן שהאפשרות העקרונית לנישואין אזרחיים מתקבלת). אם המסגרת האזרחית המשותפת תאפשר מידה מסוימת של בקרה על הגירושין, טקסים דתיים יקבלו את המענה ההלכתי הדרוש. קונקרטי: אם תתקבל ההצעה המסייגת מעט את הגירושין האזרחיים ודורשת גט לצורך קבלת היתר לנישואין חדשים,³⁶ אזי לא תצטרך המערכת הדתית לחשוש מקיומם של טקסים נוספים, שכן בידה תהיה הקביעה אם אלו זוקקים גט או שאין הם שונים מטקס אזרחי לכל דבר ועניין.³⁷ הטיעון המרכזי מנקודת המבט הדתית בדבר עדיפותה של שיטת המסלולים המעניקה בלעדיות לטקס נישואין מסוים על פני המסגרת האזרחית מרובת הטקסים הוא אפוא טיעון סימבולי (הרצון שלא להכיר בחלופות דתיות לגישה הדתית האורתודוקסית) ולא טיעון הנובע מצורך הלכתי פנימי, וככזה – אין לדחות מפניו את הזכות הבסיסית לחופש דת.

מלבד עניין טקס הנישואין, קיימים כאמור פערים נוספים בין שיטת המסלולים לשיטת המסגרת האזרחית שיש להם השלכות על מכלול סוגיות הלכתיות ומשפטיות, ובהם אבקש להתמקד. בשורות הבאות אדון אפוא בשני מוקדי המתח הנוספים שבין

34 ראו שיפמן, לעיל ה"ש 25, בעמ' 50–51; וסטרייך ושיפמן, לעיל ה"ש 17, בעמ' 54–59 (וראו שם התייחסות להצעות שונות מ"משפחת המסלולים", ובכללן הצעת ברית הזוגיות).

35 למשל: גישתו של הרב בקשי-דורון, ראו בקשי-דורון, לעיל ה"ש 17.

36 ראו לעיל, בטקסט הסמוך לה"ש 26–27.

37 נטיית פוסקי ההלכה היא לשלול את התוקף הדתי מטקסים שונים מטקס הקידושין האורתודוקסי, כגון טקסי נישואין רפורמיים או (בצורה מסויגת יותר) קונסרבטיביים. מתווה הדרך בהיבט זה הוא כמדומני הרב משה פיינשטיין במספר תשובות. ראו למשל **אגרות משה**, אבן העזר א, עו; ג, כג ועוד, וראו הרב חיים ג'קטר "קידושין קונסרבטיביים" **תחומין** יח 84 (תשס"ח).

ההצעות: סוגיות ממוניות ודיני הגירושין. בניתוח המוקדים הללו אבקש לעמוד על שני מישורי דיון שמהם עולה יתרונה של המסגרת האזרחית המשותפת: האחד, בהצבעה על היתרון העתידי של שיטת המסגרת האזרחית מנקודת מבט נורמטיבית, כמו גם על פוטנציאל ההסכמה הקיים – שלא כצפוי – דווקא בגישה זו; השני, באפיון המציאות המשפטית הקיימת כבר כיום כמציאות של מסגרת אזרחית משותפת, ובכך יש ממילא כדי להעמיק את התימוכין להצעה המבקשת להישאר במסגרת זו גם בעתיד, תוך הפחתת המהפכנות הטמונה על פני הדברים בגישה זו.

3. ענייני רכוש

נפתח בסוגיות הממוניות. קיים פער יסודי בין עקרונות היסוד האזרחיים, שהם מטבעם שוויוניים (או שואפים להיות שוויוניים), לבין עקרונות היסוד ההלכתיים, המושתתים על מרכזיותו של הגבר – אב המשפחה במסגרת הכלכלית המשפחתית. השלכה אחת של הדברים נוגעת לחלוקת הרכוש בין הצדדים בשעת הפירוד: שיתוף או איזון משאבים בתפיסה האזרחית אל מול חלוקת רכוש לפי בעלות פורמלית עכשווית – המסורה פעמים רבות לבעל. אכן, בחברה פטריארכלית הדבר יוצר פער ניכר בין האיש לבין האישה (או ליתר דיוק, הסדר זה צועד יד ביד עם הפער החברתי הקיים בין האיש לבין האישה). אולם להלכה כלים להתאים את עצמה למציאות החברתית המשתנה, ובעיקר בענייני רכוש. כך נהגה ההלכה בעבר, וכך היא נוהגת גם בהווה.³⁸ ספר נחלת שבעה בן המאה השבע-עשרה, לדוגמה, המתעד את המנהגים השונים בענייני שטרות, ובכללם שטרי תנאים, כתובה ונישואין, בפולין ובאשכנז, מציין את תניית השיתוף שנהגה בשטרי התנאים: "רק ישלטו בנכסיהון (=בנכסיהם) שווה בשווה". טווח התניות רחב למדי נהג בקהילות ישראל השונות לאורך ההיסטוריה, ובתוכו קיימות גם מגמות מעין זו.³⁹ ההשלכות המשפטיות הפרטניות של הדברים אינם מעניינו של המאמר הנוכחי, אלא

38 אני סבור אפוא שאמירות כוללניות כדוגמת: "כידוע, הכפפת דיני המשפחות לדינים הדתיים הפטריארכליים מובילה להפליה מגדרית ולפגיעה בנשים" (דפנה הקר "מה נשתנה השנה? דיני משפחות: בין הכאוטי להרמוני" **דין ודברים** ט 295, 302 (2015)) אינן מדויקות. הדין הדתי היהודי משתנה ומתעצב ומתקן בתוך עצמו את מגמות אי-השוויון, במידה דומה לזו שבה הדין האזרחי משתנה ומתעצב ומסיר מעליו הטיות מגדריות. כך הדברים בענייני רכוש, הנדונים כאן, וכך הדברים בענייני הגירושין, שיידונו להלן. אין כוונתי לעשות רומנטיזציה לדין הדתי. אני מסכים כי עוד יש דרך נכבדה עד להשגת שוויון, אולם אמירה גורפת, כאילו אי-השוויון הוא אונטולוגי לדין הדתי, איננה נכונה. הדברים במאמר זה מבססים, כאמור, את טענתי (בה במידה שמכירים בקיומן של מגמות מנוגדות ובצורך להתמודד עמן).

39 לדיון רחב היקף בהסכמי קדם-נישואין בהיסטוריה של ההלכה ראו איילת סגל **הסכמי קדם נישואין במשפט העברי – הסדרים להגנת האשה בתקופת הנישואין ולאחריה** (חיבור לשם קבלת התואר "דוקטור לפילוסופיה", אוניברסיטת בראילן – הפקולטה למשפטים, תשס"ב).

דורשות עיון משפטי-היסטורי. לענייננו, די בהצבעה על ההתניה כדי להמחיש את מרחב הגמישות ההלכתי בענייני רכוש.⁴⁰

ואכן, כיום הפער בענייני הרכוש הלכה למעשה איננו כה גדול. במציאות הישראלית הנוכחית, אף שסמכות השיפוט בענייני נישואין וגירושין נתונה לבתי הדין הרבניים וסמכות השיפוט בענייני הרכוש מסורה להם בהסכמה או באמצעות הלכת הכריכה המפורסמת,⁴¹ הדין המהותי בנוגע ליחסי הממון בין בני הזוג – חלוקת הרכוש בין הצדדים – הוכפף לעקרונות המשפט האזרחי, ובמילים אחרות: ענייני הרכוש הוצבו בתוך מסגרת אזרחית אחידה. בפסיקה נקבע כידוע כי הדין האזרחי בעניינים אלו הוא דין טריטוריאלי, ובתי הדין מחויבים ליישם אותו, הן בהתייחס לחזקת השיתוף והן בהתייחס לחוק יחסי ממון בין בני זוג, התשל"ג-1973.⁴² כותבים שונים בעבר, ובמידה מסוימת גם כיום, אמנם התנגדו נחרצות להחלת הדין האזרחי בפסקי הדין של בתי הדין הרבניים.⁴³ אולם בסופו של דבר מעמדו של הדין האזרחי בענייני הרכוש הלך והתבסס, והוא נעשה מקובל בפסיקת בתי הדין הרבניים הן בפרקטיקה והן בתאוריה, בהתבסס על הצדקות הלכתיות שונות.⁴⁴ מעטים מאוד המקרים, עד כמה שידיעתי משגת, שבהם נדונים ענייני הרכוש בבתי הדין הממלכתיים שלא על פי עקרונות שיתוף נכסים או איזון משאבים.⁴⁵ אמנם לעתים יש כשלים והסתיוגויות מיישום הדברים, אולם ככלל דומה שענייני הרכוש אינם עוד מוקד חיכוך בין הערכאות.⁴⁶

40 מרחב הגמישות קיים גם בהיבטים המשיקים לענייני אישות. ראו לדוגמה יחזקאל מרגלית "חופש חוזים" בדיני המשפחה – בין תלמוד בבלי ובין תלמוד ירושלמי "מחקרי משפט כה 803 (2009).

41 ראו חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), התשי"ג-1953, סעיף 3.

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

43 על הפולמוס סביב החלת הדין האזרחי בענייני הממון ראו מאמריהם של הדיינים דיכובסקי ושרמן, תחומין יח 18; 32 (תשס"ח), ותחומין יט 205 (תשס"ט) וראו גם להלן, בהערה הבאה.

44 לסקירת עדכנית של עמדות שונות בין דייני בתי הדין ולניתוח הבסיס המצדיק את יישומו של חוק יחסי ממון מנקודת המבט ההלכתית ראו (באשר לחוק יחסי ממון) תיק (אזורי נת) 764411/1 פלוני נ' פלונית, בעמ' 36-39 לפסק הדין (פורסם בנבו, 3.10.2010). הדוקטרינות המסייעות להחלת הדין האזרחי בבית הדין הרבני מתוארות בתמצית בפסק דין של בית הדין האזורי בטבריה כך: "בירור ההלכה דלהלן מתייחס לנסיבות שבהן פסיקת איזון המשאבים עפ"י חוק יחסי ממון היא עפ"י ההלכה, לאחר שניתנה פסיקה מנומקת הקובעת זאת. כגון על יסוד הסכמה בסתמא למנהג המדינה ודינא דמלכותא [=דהיינו: עקרון 'דינא דמלכותא – דינא', הקובע שדין המדינה הוא דין תקף מנקודת המבט ההלכתית], הסכם ממון שבו התחייבות לאיזון משאבים עפ"י חוק, או קבלת קניין לחלוקת רכוש עפ"י החוק כפי המקובל בבית דיננו בנסיבות שבית הדין הוסמך לדון בתביעה לחלוקת הרכוש". ראו תיק (אזורי טב) 593163/2 פלונית נ' פלוני, בעמ' 3 לפסק הדין (פורסם בנבו, 5.1.2014).

45 בשנים האחרונות ראיתי מעט מאוד פסקי דין שבהם נדונו ענייני הרכוש לפי דין תורה, וזאת בהסכמת הצדדים. ראו למשל תיק (אזורי חי) 898084/4 פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו,

יותר מזה, הדברים אינם נוגעים רק ללב לבם של עקרונות השיתוף. בתי הדין חשופים לשינויים בחקיקה ובפסיקה ומשלבים אותה בפסיקתם תוך כאמור הטמעת עקרונות הדין האזרחי בכלים הלכתיים.⁴⁷ ושוב – אינני טוען שאין פערים פרשניים בין הערכאות או שההטמעה הנזכרת משותפת לכלל בתי הדין ואיננה שנויה במחלוקת. טענתי היא כי היא נוכחת בפסקי הדין הרבניים, וכי להלכה יש כלים לשלב את הדברים בעולמה, וכך ננקט גם למעשה.

משמעות הדבר היא כי ענייני הרכוש נתונים כבר היום במסגרת אזרחית משותפת – הן בבתי המשפט והן בבתי הדין. אם יוחל מודל זה, לא יהיה אפוא כל שינוי מהותי בהיבטים אלו. טבעי הוא כי המצב הנוכחי יימשך גם בעתיד, ולא נראה שענייני הרכוש יעמדו במרכזו של קונפליקט כלשהו.

מנגד, לפי שיטת המסלולים, התמונה לדעתי תהיה שונה. מכיוון שמודל המסלולים יוצר דיכוטומיה ברורה בין הדין הדתי לדין האזרחי, עלולים להיות גורמים שידרשו

6.1.2013), שבו נקבע כי הדירה שנרכשה לפני הנישואין ורשומה על שם הבעל שייכת לבעל בלבד. פסק דין זה ודומיו יצאו מן הכלל, ואין בהם אלא כדי ללמד את הפך הדבר על הכלל כולו, ולמעשה, אנו חוזים בתופעה דומה לזו שאותרה באשר לדיני ירושה (ראו לעיל ה"ש 33).

46 על הטמעת הדברים בפסיקת בתי הדין הרבניים ראו למשל דברי השופט רובינשטיין בבג"ץ 5416/09 פלונית נ' פלוני, פ"ד סג(3) 484 (2010), פס"י: "שופטי בית משפט זה יכולים להעיד כי בתי הדין מחילים את הוראות חוק יחסי ממון. במובן זה, וכאן אולי הלכנו כברת דרך מאז פרשת בבלי, בתי הדין אינם מתנגדים עקרונית להחלת חוק יחסי ממון..." לעניין השאלה אם סוגיה זו משמשת מוקד חיכוך בין הערכאה האזרחית לערכאה הדתית השווה זרן, לעיל ה"ש 10, בעמ' 590–592, וראו עוד וסטרייך, לעיל ה"ש 11, סמוך לה"ש 64.

47 ראו למשל לעניין שקילת כושר ההשתכרות העתידי באיזון המשאבים, בעקבות תיקון מס' 4 לחוק יחסי ממון בין בני זוג, התשל"ג–1973, דברי בית הדין הרבני הגדול: "בחקיקה זו צמצם המחוקק מחד והרחיב מאידך... היינו ממצב בו הייתה פרשנות משפטית (שעיקרה בבע"מ 4623/04) כי נכסי הקריירה נחשבים לעיתים חלק מאיזון המשאבים, שינה המחוקק ויצר מסגרת משפטית בו תוכל הערכאה המשפטית לקחת בחשבון את ההבדלים בכושר ההשתכרות, אלא שצמצם זאת למקרים מיוחדים בהתאם לשיקול דעתו של בית הדין. **דברים אלו מתיישבים הינם גם עם גישת ההלכה בנושא זה**, כך מחד ברור הוא כי אין נכסי הקריירה נחשבים בגדרו של ממון במובנו הפשוט, שכן לא מדובר בנכסים מהותיים בהם קניין אפשרי (עיין חו"מ סימן רי"א סעיף א') וגם לא ניתן לרכוש בעלות על גופו או כשרונותיו של אדם אחר (גמ' ב"מ דף י עמוד א ובשו"ע חו"מ שלג ג'). מנגד יש בהחלט מקום בהלכה לבחון את השקעתו של אדם באדם אחר בנסיבות מסוימות, וכך כתב המהרי"ק בשורש קפא לגבי שותפות בין ארבעה רופאים שרצה האחד לפרוש ודן שם המהרי"ק שאינו יכול", תיק (גדול) 996792/4 פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 4.3.2016; ההדגשה שלי, א"ו).

להשיב את הגלגל לאחור, כפי שזה נתפס בעיניהם: 48 לבטל את כפיפותם של בתי הדין הדתיים למשפט האזרחי בעניינים אלו ולהשיב ענייני הממון להלכה הדתית הראשונית. 49 אמנם ייתכן כי גם לפי מודל המסלולים יוסיף ההסדר המשפטי הקיים להתקיים דה יורה, שהרי כפי שראינו הוא מושרש דיו בפסיקת בתי הדין. במקרה זה גם לפי שיטת המסלולים עדיין תידונה הסוגיות הרכושיות לפי הכללים האזרחיים של שיתוף או איזון משאבים. עם זאת דה פקטו מידת הפיקוח של הדין האזרחי על המתרחש במסלול הדתי (ומידת העניין שלו בכלל במתרחש במסלול זה) עלולה להיחלש (אולי אף כמסר סמוי לבני זוג עתידיים, שמוטב להם לבחור במסלול האזרחי), ואכיפת ההסדר האזרחי בעניין הרכוש על המסלול הדתי תלך ותישחק. הסדר המסלולים אפוא עלול להוביל לפגיעה בעקרונות השוויון בענייני הרכוש, שנעשו נחלתו של המשפט הישראלי בעשורים האחרונים במידה גורפת, ודאי בבתי המשפט, אך גם בבתי הדין הדתיים. 50

תמונה דומה קיימת בסוגיות ממוניות אחרות הנלוות לנישואין, וכוונתי כאן למזונות אישה ולמזונות ילדים. לפי הדין הנוהג, סוגיות אלו נדונות לפי הדין האישי – הדין הדתי. אולם במעמדו של הדין הדתי חלה שחיקה לאורך השנים, ועקרונות אזרחיים החלו מחלחלים גם לתחומים אלו. 51 בעניין מזונות ילדים, לפני שנים אחדות פורסם דוח ועדת שיפמן לנושא מזונות הילדים בישראל, השואף לשנות את ההסדרים המשפטיים בעניין זה שינוי מהותי. עיקר השינוי הוא הטלת חובה משותפת על שני בני הזוג, המעוצבת לפי רמת ההשתכרות של כל אחד מבני הזוג ומהתרומה המעשית של כל אחד מהם להחזקת הילדים. 52 הצעות הוועדה טרם עוגנו בחקיקה, 53 אולם בפועל בתי משפט למשפחה

48 יש כאלו שעודם מתנגדים לתפיסה האזרחית או שמיישמים אותה מאונס (כאמור לעיל ה"ש 44). קולם של אלו עלול לגבור בניסיון לשנות את המצב המשפטי הנוהג עת יופרד המסלול האזרחי מהמסלול הדתי.

49 אציין שבענייני גם מנקודת מבט הלכתית יש להחיל הסדר רכושי שוויוני. הסמכות לכך היא כסמכותם של חכמים לאורך הדורות לתקן תקנות בענייני רכוש. אין להטמיע יסודות שוויוניים בענייני הרכוש ההלכתיים, כנאמר לעיל, רק מאילוף. הטמעה זו משקפת התפתחות רצויה, המעוגנת בדינמיקה ההלכתית הפנימית ובהיסטוריה של ההלכה. מכל מקום, בהסדר המסלולים חוששני שקולם של הקולות המנוגדים יתחזק.

50 להרחבה ולביסוס הדיון בטיעון שלפיו בשיטת המסלולים התערבות המדינה בדין הדתי תהיה מצומצמת ביותר ראו להלן, סמוך לה"ש 62–64.

51 ראו רות הלפרין קדרי "דיני משפחה אזרחיים נוסח ישראל – לקראת השלמה" מחקרי משפט יז 105 (2001).

52 ראו פנחס שיפמן ואח' דו"ח הוועדה לבחינת נושא מזונות הילדים בישראל (תשע"ג). בפסיקת בתי המשפט, מכל מקום, ניתן לראות כבר כעת סימנים להפנמת העקרונות שבהמלצות ועדת שיפמן, כאמור בפנים.

53 קשה לחזות אם ובאיזו מידה יעוגנו המלצות הוועדה בחקיקה עוד לפני ההסדרה האזרחית הכוללת של הנישואין והגירושיין. ייתכן שההסדר המוצע ייעשה הסדר טריטוריאלי מחייב כבר כעת, בדומה לאיזון המשאבים. יהיה בכך סימן נוסף לצעידתה של המערכת המשפטית הישראלית לקראת מסגרת אזרחית כללית משותפת, עוד לפני העיגון הסופי של המסגרת האזרחית בנוגע ללבם של הנישואין והגירושיין.

מפנימים את העמדות העקרוניות שבהמלצות הוועדה (אף כי לא בנוגע לנוסחה הפורמלית שהציעה הוועדה). על פי זה כמה וכמה פסקי דין מהתקופה האחרונה הרחיבו את חובת המזונות והחלו אותה גם על האם, לפי מצבה הכלכלי, לפי מצבו הכלכלי של האב ולפי המשמורת על הילדים – כאמור, ברוח המלצות ועדת שיפמן, בדומה לתהליך שאירע בעקבות המלצות ועדת שניט בעניין משמורת הילדים.⁵⁴ מעניין כי גם הדין הדתי צועד ברוח מגמות אלו. לפיכך בהחלטת מועצת הרבנות הראשית (י"ח בכסלו תשע"ו, 30.11.2015) נקבע כי בקביעת חובת מזונות הילדים יש לתת משקל גם ליכולתה הכלכלית של האם (קרי: קביעה המעניקה לגיטימציה למגמה השוויונית בחובת מזונות הילדים):

לאחר דיון החליטה המועצה שהן אם החיוב [=חיוב המזונות] מצד התקנה והן אם החיוב מצד צדקה, **היות שתנאי החיים השתנו והמציאות כיום היא שגם האם נושאת בעול פרנסת הבית**, על היושבים על מדין להוסיף לשיקול הדעת בפסיקת מזונות הילדים את היכולת הכלכלית של האם.⁵⁵

השיח ההלכתי מבסס שינויי מגמה אלו באמצעות דוקטרינות הלכתיות פנימיות (בדומה לתהליך שנדון לעיל בעניין חלוקת הרכוש), ובעיקר בעניין חיוב האם בהשתתפות במזונות הילדים, באמצעות דין "צדקה".⁵⁶ בהתבטאות ייחודית למדי (אם כי מצאנו כדוגמתה גם בשיח ההלכתי בעניין הלכת השיתוף) הכיר הרב שלמה שפירא, אב בית הדין בנתניה, בהשפעת הדין הישראלי על דיני המזונות (לעניין חובת המזונות עד גיל 18; אף כאן, אדגיש, מדובר בהשפעה המתאפשרת באמצעות דוקטרינות הלכתיות פנימיות). כדבריו:

- 54 להמלצות ועדת שניט ראו דן שניט ואח', **הוועדה לבחינת ההיבטים המשפטיים של האחריות ההורית בגירושין** (2011). להפנמת העקרונות הללו ראו למשל בפסק דינו של השופט זגורי (המתייחס הן לשוויון במזונות והן לשוויון במשמורת הילדים, כמו גם לזיקה בין שני התחומים), תמ"ש (משפחה נצ') 35921-05-13 **ש.ל.ג. נ' מ.ג.** (פורסם בנבו, 1.2.2015). ראו גם בפסק דינה של השופטת אלה מירז, תמ"ש (משפחה חי') 43781-01-14 **תובעת נ' נתבע** (פורסם בנבו, 29.2.2016). פסקי הדין כוללים גם דיון ביסודות המשפט העברי המשתלבים עם החלטה זו (להלן).
- 55 החלטת מועצת הרבנות הראשית מיום י"ח בכסלו תשע"ו, 30.11.2015 (www.daat.ac.il/he-il/mishpat_ivri/maamraim/hachlata.htm?printview=true), ההדגשה שלי, א' ו'). במסגרת הנוכחית אינני נכנס לדיון בשאלה אם יישום הדברים חותר לשוויון מלא, או שקיימים פערים, וכיצד ניתן לצמצמם (ראו על כך בפסק דינו של השופט זגורי, לעיל ה"ש קודמת). מבחינת הדיון הנוכחי די בהצבעה על המגמה. את הדיון הפוזיטיבי המהותי בחיוב המזונות ההדדי שאירא להזדמנות אחרת. ראו החלטת מועצת הרבנות הראשית, לעיל, ובפסקי הדין הנזכרים לעיל ה"ש 54.

הימנעות בית הדין מלפסוק מזונות עד גיל שמונה-עשרה במה שראוי לפי ההיגיון, המנהג ואף על פי דין תורה וכמו שקבעה מועצת הרבנות הראשית, תשלח את בעלי הדין לדון אך ורק בביהמ"ש דבר שיהיה חילול ה', שהרבנים לא דואגים לילדים ורק השופטים דואגים לתקנתם, ועל כן מנהג בית הדין בנתניה מאז ומעולם (ושמעתי שכן נוהגים בשאר בתי הדין), לפסוק מזונות עד גיל שמונה-עשרה, בהסתמכות על תקנת הרבנות הראשית משנת תשל"ו.⁵⁷

בדיני מזונות הילדים מסתמן אפוא תהליך של יצירת מסגרת אזרחית משותפת כבר בהסדר המשפטי הקיים, בדומה למגמה שראינו לעיל בעניין חלוקת הרכוש, ובדומה לדיני הגירושין, שבהם נעסוק להלן.

הסדרת הנישואין והגירושין במסגרת אזרחית משותפת תמשיך מגמה זו ותשתלב עמה, וכאמור – אין בינה לבין השיח ההלכתי פער אינהרנטי. רבים מיסודותיה המרכזיים יתקבלו אפוא גם על דעתם של חכמי הלכה ודיינים. התמונה תהיה שונה אם יאומץ הסדר מסלולים. הדין האזרחי יגבש את דיני המזונות כפי הרוח הנושבת כיום, בד בבד עם הסדרת הנישואין והגירושין האזרחיים, במסגרת פתיחתו של המסלול האזרחי לכלל האוכלוסייה. אולם שינויים אלו לא יחייבו את בתי הדין הדתיים, שיפעלו במסלול הדתי. מגמת הבידול תתקיים להערכתנו גם כאן, בדומה לענייני הרכוש, ושוב – הפער בין המסלול הדתי לבין המסלול האזרחי ילך ויעמיק.

להערכתנו, תהליכים דומים יתרחשו גם באשר למזונות אישה. פערים בין הדין הדתי לדין האזרחי בנוגע למזונות אישה יכולים להיות בשאלת מידת חובתה של האישה להשתתף בנטל הפרנסה,⁵⁸ בשאלה אם יש לקשור בין חובת המזונות לבין קריטריונים של אשם,⁵⁹ ובשאלת חיוב מזונות לאחר הפירוד בין בני הזוג, כדוגמת מתן מזונות משקמים לאישה לתקופה קצובה.⁶⁰ דומני כי פערים אלו ניתנים לגישור במסגרת השיח

57 ראו תיק (אזורי נת') 913242/1 **פלונת נ' פלוני**, בעמ' 28 לפסק הדין (פורסם בנבו, 12.1.2015). הרב שפירא אף קובע עקרונית כי יש לחייב את האם במזונות מדין צדקה, לפי הנסיבות הכלכליות.

58 בנקודה זו הדין הדתי דווקא מקל עם האישה, אך דומה שמעורבת כאן נקודת מבט פטריארכלית: נקודת מבט שאיננה רואה באישה שותפה שווה במאמץ הכלכלי של התא המשפחתי. ראוי לציין גם כאן שיש גישות המבקשות לצמצם פער זה מנקודת המבט ההלכתית בהטילן חובה על האישה להשתתף בנטל הפרנסה. ראו יוסי שרעבי ויובל סיני "חיוב אשה נשואה לצאת לעבוד" **המרכז ליישומי משפט עברי** (2009). ראו גם רות הלפרין קדרי "מזונות אישה: מתפיסה של שונות לתפיסה של (א)־שוויון" **משפט וממשל** ז 767 (2004).

59 כוונתי היא למקרים שבהם בשל אשמתה של האישה נשללה ממנה הזכות למזונות. העמדה האזרחית מצמצמת מגמה זו, ראו הלפרין קדרי, לעיל ה"ש 51, בעמ' 114–120.

60 על הפער בין הגישות בעניין זה ראו לדוגמה דברי הנשיא ברק בעניין **פלונת, מזונות אזרחיים**, לעיל ה"ש 3, פס' 26 לפסק הדין.

ההלכתי, אם יאומץ מודל של מסגרת אזרחית משותפת, מה שאין כן בשיטת המסלולים.⁶¹

חלוקת הרכוש ודיני המזונות ממחישים אפוא פערים אפשריים בין הדין הדתי לדין האזרחי, פערים שיתקיימו בשיטת המסלולים אך לא בשיטת המסגרת האזרחית. דוגמות אלו הן סימן לתהליך עמוק יותר, שעלול להתרחש בשיטת המסלולים: אם תתקבל הצעת המסלולים, ישקיע הצד האזרחי את מרצו בשינוי החוק האזרחי ושיפורו, ואילו המסלול הדתי יישאר כמעט ללא שינוי וללא התאמה למציאות החיים המשתנה. ייתכן אף שהשינויים האזרחיים יואצו, שכן בלם מרכזי – הדין הדתי – הדומיננטי במשחק המשפטי היום יצא מהתמונה (או יתרכז במגרשו שלו). אין צריך לומר שתהליך זה איננו רצוי, הן משום ההשלכות החברתיות שלו והן משום שתוצאה מרכזית שלו היא הסרת אחריותה של המדינה מקבוצה רחבה של זוגות שבחרו, או יבחרו, להישאר במסגרת המסלול הדתי.⁶² אינני מתכוון לומר שבמצב המתואר לא יתקיים פיקוח שיפוטי על המסלול הדתי. טענתי היא כי פיקוח זה יצטמצם מאוד, וייתן הכשר להסדרים משפטיים שביסודם אינם מקובלים על המערכת האזרחית. אבאר מדוע: שיטת המסלולים מעצם טיבה מעניקה לגיטימציה לחלופה דתית שונה ומנותקת מחברתה האזרחית. בכלל זה היא מאפשרת את קיומן של מערכות דינים המשקפות את עולמן ותרבותן של הקבוצות הבוחרות בהן, גם אם יש במערכות דינים אלו היבטים הנוגדים עקרונות יסוד ליברליים (כגון היבטים היוצרים פערים מגדריים), כל עוד היבטים אלו אינם פוגעניים במובהק. ניתן להצדיק זאת בדרכים שונות, ובעיקר בהתבסס על שיקולים של רב-תרבותיות. רב-תרבותיות איננה נטולת גבולות, אולם בסופו של דבר היא תאפשר למסלול הדתי לאמץ ערכים המשקפים את תרבותו גם אם יש בהם פגיעת מה בערכים ליברליים (כל עוד פגיעה זו איננה מרחיקת לכת).⁶³ ההתערבות האזרחית בדין הדתי תוגבל במצב זה למקרים חריגים ביותר, וודאי שלא כצורתה המוכרת לנו מהמסגרת המשפטית הנוכחית. היא לא תכלול ביקורת על מערכות הדינים החלופיות שייבחרו במסלול הדתי (כדוגמת ענייני הרכוש שנדונו לעיל, או אף, בהקשרים לא יהודיים, משפחות פוליגמיות, כפי

61 ראו למשל, בנוגע לחובת האישה לצאת לעבוד, לעיל ה"ש 58.

62 פנחס שיפמן עמד בכמה הזדמנויות על כך שלמערכת האזרחית נוח לעתים להעלים עין מהמתרחש במסגרת הדתית, והדברים יפים על דרך קל וחומר גם לענייננו. ראו שיפמן, לעיל ה"ש 13.

63 לדיון בהצדקה הליברלית לזכות לתרבות ראו Will Kymlica, LIBERALISM, COMMUNITY AND CULTURE 162–181 (1989) (“The Value of Cultural Membership”) לשאלת גבולותיה של התפיסה הרב-תרבותית ראו יעל תמיר “שני מושגים של רב תרבותיות” רב תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית – ספר הזיכרון לאריאל רוזן-צבי ז"ל 79 (מנחם מאוטנר, אבי שגיא ורוזן שמייר עורכים, תשנ"ח). על “הצד האפל” של הפלורליזם ראו גם רות הלפרין קדרי “עוד על פלורליזם משפטי בישראל” עיוני משפט כג 559, 571–568 (2000).

שאטען מיד). אלו יוצגו כצורך תרבותי, שאימוצו לקבוצה המסוימת הבוחרת בו מוצדק.⁶⁴

הדין איננו עוצר בנקודה זו, ויש לקדמו צעד נוסף. בכתיבה בישראל קיימת נטייה לערוך את הדין בענייני דת ומדינה (או דין דתי ודין אזרחי) בזיקה להקשר היהודי בלבד.⁶⁵ ברם לדברים תהיינה השלכות גם על עדות דתיות שאינן יהודיות. וכך, יצירתו של מסלול דתי עצמאי ההולך ומתנתק מהמסלול האזרחי וההולך ומתנכר לערכיו תעניק ממילא לגיטימציה לדרישות למסלולי נישואין דתיים אחרים שאינם מקובלים בחברה האזרחית. כוונתי כאן היא בעיקר לנישואין פוליגמיים. פוליגמיה אסורה כיום בישראל. ברם עם העמקת הפער בין המסלול הדתי למסלול האזרחי ועם הגבהת החץ ביניהם, יהיה בלתי אפשרי להעמיד חסם בפני דרישה של קבוצות דתיות להכיר בהיבטים נוספים הנוגעים למסלול נישואין דתי ושאינם מקובלים במסלול האזרחי, תוך שיעגנו את דרישתם בהכרה בזכות לתרבות (או הצדקות תאורטיות קרובות). החשש להעלאת הדברים בהקשר של נישואין פוליגמיים איננו השערה בעלמא ללא ביסוס, אלא תופעה קיימת במדינות אחרות, ואך סביר הוא שכך יהיה גם בשיטת המשפט הישראלית. בצפון אמריקה מתעורר אתגר שכזה באשר לדרישת זרמים פונדמנטליסטיים בקהילה המורמונית לדה-פליליזציה וללגיטימציה לנישואין פוליגמיים הנעשים במסגרת דתית ללא תוקף אזרחי.⁶⁶ בהקשר הישראלי דרישה שכזו עלולה להתעורר מצד גופים מוסלמיים שיבקשו להכיר בנישואין פוליגמיים במסגרת בחירתם במסלול הדתי העצמאי.⁶⁷ מגמות אלו הן תוצר לוואי של שיטת המסלולים (ולצער, בהתחשב במגמות

64 לחשש דומה בהקשר האמריקאי ראו Robin B. Kar, *Against Marriage Essentialism: A Legal Grounding for Obergefell and Same-Sex Marriage*, 2016 U. ILL. L. REV. 1581 (2016) (draft available at http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2737184, pp. 12–13 of the draft): “[U]nbundling legal and religious marriage could pose de facto threats to individual religious freedom in the United States. Unbundling would give religious authorities greater scope to determine the conditions of marriage without legal scrutiny”. חשש זה מועלה בהמשך לדיון שערכה רובין פ’ וילסון במגמה המבקשת לנתק לחלוטין את מוסד הנישואין ואת סמכותה של המדינה, ולהשאירו במסגרת דתית בלבד (בעקבות פסק הדין האמריקאי בעניין Obergefell v. Hodges, 576 U.S. ___, 2015), שחייב את כלל מדינות ארצות הברית להכיר בנישואין חד-מיניים). ראו Robin F. Wilson, “Getting the Government Out of Marriage” *Post Obergefell: The Ill-Considered Consequences of Transforming the State’s Relationship to Marriage*, 2016 U. ILL. L. REV. 1445 (2016) (draft available at http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2742272).

65 ראו מיכאל קרייני “ריקושטים יהודיים ודמוקרטיים” **משפט וממשל** ט 477 (2006).

66 על המאבק לשלילת האיסור הפלילי על נישואין פוליגמיים דתיים (ללא הכרה אזרחית) ראו Maura I. Strassberg, *Scrutinizing Polygamy: Utah’s Brown v. Buhman and British Columbia’s Reference Re: Section 293*, 64 EMORY L.J. 1815 (2015).

67 על ריבוי נישואין בהקשר הישראלי ראו פנחס שיפמן **דיני המשפחה בישראל** א 234–266 (מהדורה שנייה, תשנ”ה). על פוליגמיה בחברה המוסלמית בישראל ראו AHARON LAYISH,

דומות בעולם המערבי, גם צפוי). אין צריך לומר כי הן אינן רלוונטיות בשיטת המסגרת האזרחית.

ומה באשר למשטר הגירושין? נקודה זו משקפת כמדומה את הפער המרכזי בין הדין הדתי לבין הדין האזרחי, והיא אחד ממוקדי המתח העיקריים ביחסים שבין הערכאות הדתית והאזרחית. בשיח האקדמי והציבורי כיום חצי הביקורת נגד הדין הדתי ונגד כפיפותם האבסולוטית של אזרחי ישראל לדין זה מופנים בעיקר לנושא הגירושין, וליתר מיקוד: כלפי בעיית סרבנות הגט. משכך, יש לראות בנושא זה את אבן הבוחן בין שני המודלים: האחד, מודל המסלולים, ישאיר על כנו את ההסדר הדתי עבור בני זוג הבוחרים במסלול זה ויפתח לצדו את המסלול האזרחי; השני, מודל המסגרת האזרחית, יבנה מודל גירושין אזרחי שלו יהיו כפופים כלל האזרחים.

עד כמה גדול הפער בין משטר גירושין אזרחי למשטר גירושין דתי? האם משטר גירושין אזרחי משותף יכול להתיישב גם עם עקרונות הדין הדתי – כפי שמקווה אולי שיטת המסגרת האזרחית? או שמא הפערים בתחום זה הם פערים מוכּנים, בלתי ניתנים לגישור – כמסר הסמוי המסתתר מאחורי שיטת המסלולים? המענה לשאלות אלו נראה על פני הדברים חד-משמעי. כותבים וכותבות שונים מניחים – לעתים אינטואיטיבית – כי קיימים פערים ניכרים בין השתיים, ולכן אין צריך לומר שתהיה נפקות ביניהן, וסביר לטעון כי אי אפשר לגשר ביניהן. אלא שהתשובה, דומני, מורכבת יותר, ויש בה כדי להקרין גם על השאלות הנדונות במחקר הנוכחי. לפיכך אקדיש לכך דיון בסעיף נפרד.

4. משטר הגירושין האזרחי במשפט הישראלי

דיני המשפחה האזרחיים בישראל חסרים תכנים סדורים, והדבר נכון בעיקר למשטר הגירושין הראוי במקרה של נישואין אזרחיים. עם זאת אני סבור כי המשפט הישראלי מעניק תשתית תאורטית ופרקטית מספקת כדי לאפיין טוב למדי את משטר הגירושין האזרחי הנוהג כמו גם העתידי, תשתית שתסייע לנו להשוות בינו לבין הדין הדתי, אף כאן (בדומה לענייני הרכוש שנדונו לעיל) – בהווה ובעתיד. אבהיר את הדברים.

קיימים כמה מודלים אפשריים לגירושין: בקצה האחד של קשת האפשרויות ניתן למצוא את התפיסה המאפשרת גירושין אך ורק במקרים של אשם או כשקיימות עילות מוגדרות, ובכך למעשה היא מסייגת ומצמצמת את אפשרות הגירושין; בקצה האחר

WOMAN AND ISLAMIC LAW IN A NON-MUSLIM STATE 72-90 (2006). מובן כי המצע המשפטי הקונקרטי בישראל שונה מזה שבארצות הברית (שם מגמה זו מתחזקת בשל העמקת הלגיטימציה למגוון סוגים של קשרי זוגיות). ברם בסופו של דבר הכוחות התרבותיים המבקשים את השינוי דומים. התחזקותה של המגמה בארצות מערביות מלמדת אפוא על היתכנותה של אפשרות זו גם בהקשר הישראלי, ואף יותר מזה: יש בה כדי לחזק ולהעצים את הדרישה הדומה בהקשר הישראלי.

עומדת תפיסה המאפשרת גירושין לפי דרישה, היינו: גירושין מידיים ומוחלטים הניתנים לפי דרישת אחד מבני הזוג (גם אם, כמובן מאליו, מדובר בדרישה חד-צדדית וללא עילה); בתווך ניתן למצוא גישות שאינן דורשות עילה מסוימת כדי להצדיק את הגירושין, אך גם אינן מאפשרות גירושין חופשיים ללא כל הצדקה. גישות הביניים הללו מכירות באינטרס החברתי שיש בשימור מוסד הנישואין, ובשל כך מגבילות את אפשרות הגירושין. אלו הן גישות של "גירושין ללא אשם", התומכות בגירושין במקרה של שבר בלתי ניתן לאיחוי בקשר הנישואין. נציין כי הן גישות של גירושין לפי דרישה והן גישות של גירושין ללא אשם משקפות גיוון הקיים בין משטרי הגירושין גם בתוך מסגרת התפיסה הליברלית. הגישות של גירושין לפי דרישה מייצגות את הקצה הרדיקלי באשר לזכות לגירושין, שתפיסת עולמו מושתתת על ערכים אינדיווידואליסטיים מוחלטים, והאחרונות מייצגות תפיסה מתונה יותר, המביאה בחשבון מערך מורכב של שיקולים, כדוגמת האינטרס החברתי בשימור מוסד הנישואין וטובת הילדים.⁶⁸ מחוץ למעגל הליברלי נמצאת תפיסת הגירושין באשם או בעילה. בעולם המערבי הובילו תהליכים דתיים, תרבותיים והיסטוריים לשינוי משטר הגירושין מגירושין באשם, דרך עמדת הביניים של גירושין ללא אשם במצבים של "מות הנישואין" לקראת הקצה השני – גירושין לפי דרישה.⁶⁹ עם זאת יש המבקרים שינויים אלו וקוראים להחלת משטרי גירושין מתונים יותר, המחזקים את היציבות המשפחתית (על כל היבטיה).⁷⁰

מתברר, למרבה העניין, כי הדינמיקה בתפיסת משטר הגירושין רלוונטית גם במציאות המשפטית הישראלית – אף שהיא כפופה דה יורה לדין הדתי – ואיננה תאורתית גרידא. תהליכים ועמדות בנוגע למשטר הגירושין מאפיינים (בצורה מסויגת ומרוסנת) את המחוקק ואת בתי המשפט האזרחיים בישראל. הללו נעים לכיוון הצד הליברלי של מפת הגירושין, אם כי לא בהכרח בצורתה הקיצונית, אלא המתונה. קביעה זו חשובה ביותר לצורך דיוננו בשתי רמותיו של הדיון. ראשית, היא חושפת את

68 הבחנה זו הוצגה ונותחה בבהירות רבה בידי שחר ליפשיץ. ראו ליפשיץ "ברצוני להתגרש ומייד", לעיל ה"ש 13, בעמ' 680–700; ובתמצות ראו אצל ליפשיץ, לעיל ה"ש 4, בעמ' 475–477.

69 ראו שיפמן, לעיל ה"ש 67, בעמ' 421–424; ליפשיץ "ברצוני להתגרש ומייד", לעיל ה"ש 13, בעמ' 680–700 וראו בדבריו דיון נרחב על ההבדלים בין שיטות המשפט השונות – אלו המתונות ואלו הנמצאות, להלכה ולמעשה, בקצה קשת הגישות – כמו גם על התהליכים ההיסטוריים שהובילו להתפתחותן של גישות אלו. לניתוח מעניין של שורשי התפיסה האזרחית בארצות הברית ראו Judith Areen, *Uncovering the Reformation Roots of American Marriage and Divorce Law*, 26 YALE J.L. & FEMINISM 29 (2014). על התבססותן של תפיסות גירושין ללא אשם בסוף המאה העשרים ראו גם Lynn D. Wardle, *International Marriage and Divorce Regulation and Recognition: A Survey*, 29 FAM. L.Q. 497–517 (1996).

70 ראו לדוגמה עמדתה של סקוט: Elizabeth S. Scott, *Rational Decisionmaking About Marriage and Divorce*, 76 VA. L. REV. 9 (1990), וראו עוד אצל ליפשיץ "ברצוני להתגרש ומייד", לעיל ה"ש 13, בעמ' 680–700.

מאפייניהם של דיני הגירושין במשפט הישראלי כיום. שנית, היא מאפשרת לצפות את אופיו של הדין העתידי: לו היה על המחוקק ליצור דיני גירושין יש מאין (כפי שנדמה מהסתכלות ראשונית, כאמור במשפט הפתיחה של סעיף זה), היה קשה לשער מה יהיו פניהם של דינים אלו. ברם מאחר שהדין כבר מבוסס למדיי מנקודת מבט אזרחית, והסדר זה נכון הן נורמטיבית והן פרגמטית (כפי שאראה מיד), מסתבר שהמסגרת האזרחית העתידית תמשיך את הקיים (כפי שתנהג להערכתו בהיבטים האחרים, כדוגמת ענייני הרכוש בין הצדדים).

לפיכך המחוקק הישראלי הכיר בזכות לגירושין ביזמה חד-צדדית – לא באשר ללבה של זכות זו, שהרי גירושין מסורים לבית הדין הרבני מכוח חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), התשי"ג-1953, אלא באשר להסתעפויותיה הכלכליות. ולמעשה, אפשר לומר כי גם בתחום זה כבר כיום קיימת מידה רבה של "מסגרת אזרחית משותפת", שאמנם איננה נוגעת לעת עתה בלב לבם של הגירושין אלא במעטפת (גירושין כלכליים), אך מתוכה היא מקרינה על הגישה העקרונית לגירושין.

כמה דברים אמורים? המחוקק גילה בשנים האחרונות את עמדתו באשר לזכות לגירושין ובאשר לאופיו של משטר הגירושין הרצוי בעניין חלוקת הרכוש בין בני הזוג, בניגוד להתעלמות שאפיינה אותו בעבר.⁷¹ תיקון מס' 4 לחוק יחסי ממון בין בני זוג מאפשר איזון משאבים, או: "גירושין כלכליים", גם אם עדיין לא נערכו גירושין פורמליים בבית הדין הרבני, וזאת כשיש אינדיקציות טובות לקיומו של שבר בין הצדדים בחיי הנישואין שהוא בלתי ניתן לאיחוי. שבר זה בא לידי ביטוי בפירוד ממושך בין בני הזוג (תשעה חודשים מתוך שנה), בניהול ארוך של הליכי גירושין או באינדיקציות אחרות לשבר בין בני הזוג, המסורות בחלקן לשיקול דעתו של בית המשפט.⁷² חוק ברית הזוגיות לחסרי דת אף הוא קובע מסגרת זמנים לפירוד בין בני הזוג: בהיעדר הסכמה, בית המשפט יתיר את ברית הזוגיות לאחר שישה חודשים מהיום שבו הודיע אחד מבני הזוג על רצונו בהתרת ברית הזוגיות או בחלוף שנה מהגשת בקשה ליישוב סכסוך בהיעדרו של בן הזוג.⁷³ ברית הזוגיות קלה להתרה יותר מהגירושין הכלכליים שנקבעו

71 בעבר התעלם המחוקק ממשטר הגירושין האזרחי הראוי. למשל, חוק שיפוט בענייני התרת נישואין (מקרים מיוחדים וסמכות בין-לאומית), התשכ"ט-1969, מסתפק בקביעה מהותית אחת: "הסכמת בני הזוג תשמש לעולם עילה לגירושין" (סעיף 5ג) לחוק) ומתעלם מהיבטים אחרים חשובים הדרושים כדי לעצב תפיסת גירושין אזרחית. עבור אלו הסתפק המחוקק בחוק זה בהפניה לדין הזר; ראו שם, סעיף 5, וראו גם ליפשיץ "ברצוני להתגרש ומייד", לעיל ה"ש 13, בעמ' 741-742.

72 ראו חוק יחסי ממון בין בני זוג, התשל"ג-1973, סעיף 5א (תיקון מס' 4, התשס"ט-2008), וראו שחר ליפשיץ "יחסי משפחה וממון: אתגרים ומשימות בעקבות תיקון מס' 4 לחוק יחסי ממון" חוקים א 227 (2009).

73 ראו סעיפים 11(ב)-(2)-(3) לחוק ברית הזוגיות לחסרי דת, התש"ע-2010. בית המשפט רשאי לעכב את התרת הקשר "עד שיסתיימו ההליכים הקשורים ליחסי הממון בין בני הזוג או ההליכים הקשורים לאפטרופסות ולהחזקת הילדים" (שם, סעיף קטן (2)).

בתיקון מס' 4 לחוק יחסי ממון, שכן קשרים שאינם נישואין נתפסים כקשרים גמישים מקשרי נישואין.

עמדה ליברלית מתונה בנוגע לזכות לגירושין משתקפת גם מפסיקותיו של בית המשפט העליון. ושוב – הדברים אינם מופנים כלפי ליבת הגירושין במקרים רגילים של נישואין כדת משה וישראל, המסורים לסמכותו הייחודית של בית הדין הרבני (גם אם בית המשפט איננו מהסס להצהיר על זכות זו גם במקרים אלו⁷⁴). בית המשפט מיישם את עמדתו הנזכרת כלפי הסתעפויות של הזכות לגירושין, וביתר קונקרטיבות: באשר להתרת נישואין אזרחיים. בפרשת בני נח טענה האישה נגד בית הדין הרבני, שהלה התיר את נישואיה בלא בדיקה ובשרירות. בעקבות פניית בג"ץ אימץ בית הדין הרבני קריטריונים של שבר בלתי ניתן לאיחוי לצורך מתן פסק דין של גירושין, ועמדה זו אושרה בבג"ץ⁷⁵. אמנם יש המערערים על כנותו של בית הדין הרבני הגדול⁷⁶, אך ספקנות זו איננה משליכה בהכרח על כנותה של עמדת בג"ץ. מבחינת בג"ץ אכן ניתן לראות בפסק הדין הצהרה על המדיניות הראויה בענייני גירושין. המדיניות המחייבת במקרים של התרת נישואין אזרחיים היא מדיניות של גירושין ללא אשם, אך בהסתייגות: כאשר ברור כי לא ניתן לשקם את נישואיהם של בני הזוג.⁷⁷

לטעמי אפוא בג"ץ, בהציגו את העמדה המתונה, משמש גורם מרסן, בלם נגד מגמות אולטרה-ליברליות בדיני הגירושין. אף הוא, כפי שנאמר לעיל, מצוי בתוך קשת האפשרויות הליברלית – אולם בצדה המתון. מדיניותו זו משתלבת עם עמדתו של המחוקק האזרחי, כפי שאומצה בתיקון מס' 4 לחוק יחסי ממון, כנזכר לעיל. היא משתלבת עם מגמתו של בג"ץ בענייני משפחה נוספים, כפי שציין פ' שיפמן⁷⁸ והחרה

74 לדוגמה בעלמא, ראו למשל את הבעת מורת הרוח של הנשיא שמגר בע"א 798/82 **נוני נ' נוני**, פ"ד מ(3) 744, 751 (1986): "ככל שהדבר מצער, אין בידינו להושיע את המשיבה, כי הפתרון בעניין הגט הוא אך ורק בידי של בית הדין הרבני" (במקרה הנדון הבעל לא חויב בגט, ולפיכך בית המשפט העליון קיבל את עתירתו חרף התרעומת המצוטטת ופטר אותו ממזונות "מעוכבת מחמתו להנשא").

75 ראו בג"ץ **בני נח**, לעיל ה"ש 2.

76 ראו לעיל ה"ש 10, 12. דעתי בעניין זה, כאמור שם, ה"ש 11, שונה.

77 פנחס שיפמן (בעקבות פרשת **שמואל**: ע"א 566/81 **שמואל נ' שמואל**, פ"ד לט(4) 399) סבור כי המדיניות המסויגת שנוקט בית המשפט כ"פיקוח" על בית הדין הרבני היא כלפי חוץ בלבד, ועמדתו המהותית מאמצת ללא הסתייגות גירושין ללא אשם. בשל כך, לדבריו, בית המשפט איננו מוודא שאכן שבר בלתי ניתן לאיחוי לפנינו. ראו פנחס שיפמן "על הזכות להתגייר, על הזכות להתגרש ועל חובת ההכרעה" **משפטים** טז 212 (1986). שיפמן רמז לכך גם בדיון בפרשת **בני נח**, ראו שיפמן, לעיל ה"ש 4, בעמ' 587. לעומת זאת לטעמי בית המשפט משתלב כאן עם עמדת המחוקק ועם עמדתו שלו בעניינים אחרים ומייצג גישה מתונה יותר, כמובא בפנים.

78 על מגמות שמרניות בפסיקותיו של הנשיא (בדימוס) ברק בדיני משפחה ראו שיפמן, לעיל ה"ש 4, בעמ' 577–580. יש להעיר כי אשר לתפיסת הגירושין שיפמן רואה דווקא בבית המשפט את מי שמייצג גישות ליברליות רדיקליות יותר. ראו לעיל ה"ש 77.

החזיק אחריו ש' ליפשיץ: הדברים מממשים אף את תחזיתו של ליפשיץ על התפתחותן של מגמות שנכללו בהגדרתו תחת "בית המשפט המחשק".⁷⁹ מדיניות זו אף עולה בקנה אחד עם מגמות דומות בתחומים אחרים, שעליהן הצביע עוד קודם לכן מ' מאוטנר: בתחום הכלכלי (בניגוד לתחום יחסי האזרח והמדינה) הציב עצמו בית המשפט בעמדת הבלם והמרסן אל מול מגמות אינדוידואליסטיות מוחלטות המשתקפות ב"תרבות כלכלת השוק".⁸⁰

תפיסת הגירושין בערכאות הנמוכות אינה שונה דרך כלל מזו של המחוקק ושל בית המשפט העליון. בתי המשפט למשפחה מכירים בזכות לגירושין ורואים במניעת גירושין פגיעה בעקרונות חוקתיים של חירות האדם, של האוטונומיה של הפרט ועוד. הביטוי המובהק לכך הוא המגמה ההולכת ורווחת בשנים האחרונות – להטיל חובת פיצויי נזיקין על סרבני גט.⁸¹ בפסקי הדין ובספרות הועלתה האפשרות להתבסס ישירות על עוולה חוקתית בגין פגיעה בזכויות שמעניק חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. בפועל נוטים בתי המשפט שלא לבסס את התביעה ישירות על חוק היסוד, ובדרך כלל הקונסטרוקצייה המשפטית להטלת חובת הפיצויים היא עוולת הרשלנות. עם זאת תוכנה של עוולת הרשלנות מעוצב על פי עקרונות חוקתיים – וכך חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ועקרונות חוקתיים אחרים משמשים "מגדלור", המנחה בפרשנות החוקים הפרטיקולריים.⁸²

79 ליפשיץ איתר סימנים למגמה זו בכמה היבטים בדיני המשפחה בישראל, ראו ליפשיץ "דיני זוגיות חילוניים", לעיל ה"ש 13, בעמ' 225–260. הניתוח המוצע בפנים מראה כיצד המגמות הנזכרות אצל שיפמן וליפשיץ מתממשות גם בנוגע לגרעין הקשה של דיני המשפחה: תפיסת הגירושין.

80 ראו מנחם מאוטנר **ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי** 130–132 (1993).

81 ראו רונן פרי ויחיאל ש' קפלן "על אחריותם בנזיקין של סרבני גט" **עיני משפט** כח 773 (2005); יפעת ביטון "עניינים נשיים, ניתוח פמיניסטי והפער המסוכן שביניהם" **עיני משפט** כח 871 (2005); רונן פרי ויחיאל ש' קפלן "תפסת מרובה לא תפסת – על העצמה באמצעות דיני הנזיקין" **העצמה במשפט** 411 (תשס"ח); בנימין שמואלי "הדור הבא של תביעות נזיקין בגין סרבנות גט כדי להשיג את הגט ו'כלל האחריות' של קלברזי ומלמד" **משפטים** מא 153 (2011). העמדה המוצהרת של בית הדין הרבני יוצאת בחריפות נגד מגמה זו, ראו הרב אוריאל לביא "סידור גט לאחר חיוב הבעל בפיצוי כספי לאשתו" **תחומין** כו 160 (תשס"ו), והשוו הרב שלמה דיכובסקי "בתי הדין הרבניים ובתי המשפט האזרחיים: הרהורים על תחומי החיכוך שביניהם בענייני משפחה" **מאזני משפט** ד 261, 294–301 (2005). לניתוח השניות שבעמדת בית הדין הרבני ראו עמיחי רדזינר "לא המדרש עיקר אלא המעשה": על סידור גטין לאחר תביעות נזיקין ועל מדיניות הפרסום של הפסיקה הרבנית" **משפטים** מה 5 (2015). לפסקי דין המיישמים את הזכות לפיצויים ראו להלן, בהערות הבאות.

82 להתלבטות בעניין העוולה החוקתית ראו למשל פסק דינו של השופט מנחם הכהן בתמ"ש (משפחה י-ם) 19270/03 **כ"ש נ' כ"פ** (פורסם בנבו, 21.12.2004); פרי וקפלן, לעיל ה"ש 81, בעמ' 786–794.

פיצויי נזיקין למסורבות (ומסורבי⁸³) גט הם אפוא ביטוי מובהק לתפיסה האזרחית, המכירה בזכות להתגרש ורואה בה זכות יסוד של האדם. אמנם יש שסייגו את חובת הפיצויים למקרים שבהם חייב בית דין את הצדדים להתגרש, ובכך הכפיפו את הזכות לגירושין להכרעה בבית הדין הרבני, אך אחרים – וכמדומה כי זוהי המגמה הדומיננטית יותר בפסיקת בתי המשפט כיום – מחייבים בפיצויים גם במקרים שבהם בית הדין הרבני קבע שאין לחייב בגט.⁸⁴ תוקפה של הזכות הוא אפוא עצמאי ובלתי תלוי בעמדה הדתית המשתקפת מפסיקת בית הדין.

קהילת המשפט הישראלי – בתי המשפט והכתיבה האקדמית – מקדישה את משאביה למאבק על עצם קיומו של מסלול נישואין וגירושין אזרחי, ועוסקת פחות באופיו העיתי של משטר זה.⁸⁵ ברם כפי שניתן לראות מהאמור לעיל, התכנים האזרחיים של דיני המשפחה הולכים ומתעצבים, ואופיים (ולכל הפחות הנחות היסוד שבבסיסם) מגובשים למדי. כפי שציינתי קודם, הדבר יאפשר למחוקק בעתיד, כשיוסדרו ענייני הנישואין והגירושין האזרחיים בחקיקה, לבנות את דיני הנישואין והגירושין מתוך המשכיות של המצב הקיים בדין האזרחי שבהווה. בעניין הגירושין סביר אפוא כי המחוקק יאמץ מודל מתון יחסית של גירושין ללא אשם עת יבקש לעצב את הנישואין והגירושין האזרחיים בישראל. כבר באמירה זו יכולה להיות "צפירת הרגעה" כלפי גישות מסורתיות החוששות ממסגרת אזרחית משותפת לנישואין ולגירושין. ולטעמי אף יותר מכך: אינני סבור שקיים כלל פער הכרחי בין משטר הגירושין המתואר ההולך ומתגבש במערכת האזרחית לבין מודל הגירושין הדתי. נבחן נקודה זו כעת.

5. גירושין ללא אשם: הדין הדתי

האם המודל המתואר בסעיף הקודם נוגד את הדין הדתי? עיון במקורות ההלכתיים ובפסקי דין רבניים מגלה, במפתיע, כי לא בהכרח קיים ניגוד מהותי בין הגישות.⁸⁶ כפי

83 הזכות לפיצויים קיימת הן לאישה והן לבעל – ולפיכך חובת פיצויי נזיקין הוטלה גם על סרבניות גט (אם כי בסכום נמוך מהמוטל על סרבני גט בשל ההבדל באופי הנזק הנגרם למסורב). ראו למשל תמ"ש (משפחה י-ם) 21162/07 פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו, 21.1.2010).

84 בפסק דינו הראשון קבע השופט מנחם הכהן כי הטלת פיצויי נזיקין תלויה בכך שניתן פסק דין של חיוב בגט בבית הדין הרבני (ראו תמ"ש (משפחה י-ם) 19270/03, לעיל ה"ש 82). פסקי דין אחרים – וכאמור: דומני שזו המגמה הרווחת יותר כיום – מחייבים בפיצויי נזיקין גם במקרה שבו בד"ר שלל חיוב בגט; ראו למשל פסק דינה של השופטת טובה סיוון בתמ"ש (משפחה ת"א) 24782/98 נ"ש נ' נ"י (פורסם בנבו, 14.12.2008). למעשה, גם השופט מנחם הכהן חזר בו, ובפסק דין מאוחר יותר ניתק את התלות בין בית הדין הרבני לחיוב בפיצויי נזיקין; ראו תמ"ש (משפחה י-ם) 21162/07, לעיל ה"ש 83.

85 ראו לעיל ה"ש 13.

86 ראו פנחס שיפמן "שפה דתית ושפה אזרחית בדיני המשפחה" משפט ועסקים י 423 (2009); אבישלוס וסטרייך הזכות לגירושין 12–16 (תשע"ד).

שהראיתי בעבר, בדין הדתי מצאנו מקורות המאמצים מודלים של גירושין ללא אשם. במפורש נקט כך ר' חיים פלאג'י, מגדולי חכמי איזמיר במאה התשע-עשרה, המצוטט לא אחת בכתביה הרבנית בת זמננו.⁸⁷ ר' חיים פלאג'י קובע מסגרת זמן של שמונה-עשר חודשים שבהם יש לנסות להשכין שלום בין בני הזוג, ואם ניסיונות אלו כשלו, יש להפריד בין בני הזוג "ולכופם לתת גט עד שיאמרו רוצה אני בדבר האמור".⁸⁸ יש להדגיש כי ר' חיים פלאג'י איננו תומך בגירושין ללא עילה, שהרי לדבריו יש להשקיע מאמץ כדי להשכין שלום בין בני הזוג. עם זאת כאשר אפסה התקווה להשכנת שלום בין בני הזוג, קובע הכותב מסגרת של זמן, ולאחריה ניתן לכפות על שני בני הזוג את הגירושין. לשונו בעניין זה מפורשת: "יפרידו הזוג, ולכופם לתת גט עד שיאמרו רוצה אני בדבר האמור".

מקור חשוב נוסף התומך בגירושין ללא אשם במקרה של שבר בחיי הנישואין הוא רבנו ירוחם (פרובנס – ספרד, המאה הארבע-עשרה). לשיטתו, כששני בני הזוג מעוניינים בגירושין, אך הבעל מסרב לתת גט, יש להמתין שנה, ובסופה "כופין אותו לגרש" (אך האישה מפסידה את התוספת לכתובתה).⁸⁹ עמדה דומה, המכירה אף היא בשבר בחיי הנישואין כמצב המצדיק גירושין, מציגים גם פוסקים בני זמננו, כדוגמת ר' משה פיינשטיין ואחרים.⁹⁰

אין לכחד כי במשפט העברי יש גישות אחרות, שיש להן בולטות רבה למדי, המסייגות ומגבילות מאוד את אפשרות הגירושין. אולם – וזו הנקודה שברצוני להדגיש כאן – גישות אלו אינן בלעדיות, ואף לגישות התומכות בגירושין ללא אשם יש נוכחות ניכרת בכתביה ההלכתית ובפסיקה. לפני שנים אחדות הצבעתי על הפולמוס הנוקב המתקיים בעניין זה בתוככי בית הדין הרבני, עד כי שתי העמדות – זו המתאימה לקו ליברלי מתון וזו השוללת קו זה – הפכו לקו פרשת המים בין שני זרמים בין דיני בית הדין הרבני.⁹¹ ברם בשנים האחרונות נראה כי העמדות התומכות בגירושין במצב של שבר בלתי ניתן לאיחוי הולכות וגוברות. תמונה זו מנוגדת אולי לתדמית השכיחה של בתי הדין הרבניים ושל עמדתם כלפי גירושין, אך עיון מדוקדק בפסקי דין רבניים מגלה כי הגישה התומכת בגירושין ללא אשם (היינו גירושין במצב של שבר בלתי ניתן לאיחוי

87 ראו למשל הרב שאר ישוב כהן "כפיית גט בזמן הזה" **תחומין** יא 195, 200 (תש"ז), וראו הפניות נוספות, מהעת האחרונה, להלן.

88 ר' חיים פלאג'י, **חיים ושלום** ב, אבן העזר קיב, איזמיר תרל"ב, קמח ע"ב.

89 רבינו ירוחם, **מישרים**, נתיב כג חלק ח.

90 לדיון בעמדתו של הרב פיינשטיין ופוסקים נוספים, תוך הצבעה על הגיוון שבמשטרי הגירושין במשפט העברי, ראו Michael J. Broyde, MARRIAGE, DIVORCE AND THE ABANDONED WIFE IN JEWISH LAW 25–28 (2001). בעמ' 82–86.

91 לדיון במגמות השונות בפסיקת בתי הדין ובשושיהן האידאולוגיים (תפיסת מוסד הנישואין והגירושין) והמוסדיים (מאבקי הסמכויות בין בית הדין לבית המשפט), ראו Avishalom Westreich, *The Right to Divorce in Jewish Law: Between Politics and Ideology*, 1 INTL. J. JURISPRUDENCE FAM. 177 (2010).

בחיי הנישואין) איננה נדירה כלל וכלל, וכאמור – היא הולכת ומתחזקת. למשל, בית הדין הרבני האזורי באשדוד, אחרי שקבע בתיק מסוים כי "בכוונת הבעל להפוך את מתן הגט לאמצעי לחץ על האישה ולמכשיר להשגת הישגים כספיים ורכושיים שאינם מגיעים לו מן הדין, וכי מנסה הוא 'לרתום' לכך את ביה"ד", חייב את הבעל בגט בהסתמך בין השאר על שיטת רבנו ירוחם, הנזכרת לעיל, המאפשרת חיוב בגט במקרה של קרע בין בני הזוג ("מאיסה הדדית"). בית הדין עמד על כך שמדובר בעמדה שכיחה בבתי הדין הרבניים: "וכבר הסתמכו בתי הדין פעמים רבות על דברי רבינו ירוחם אלו לחייב את הבעל או את האישה בגירושין במקרה שבני הזוג אינם רוצים זה בזה, הם פרודים מזה זמן רב, ואחד מהם מעגן את הצד שכנגד ומסרב להתגרש".⁹² אמנם פסקי הדין הרבניים מתפרסמים לצערי אך בחלקם, ועל כן אי אפשר לקבוע מה משקלה היחסי של הגישה הזאת, אולם בחינה רחבה של פסקי דין שפורסמו מלמדת כי אכן מדובר בגישה ניכרת ומרכזית, שאין להתעלם מקיומה.⁹³

יש להעיר כי גם בין השיטות בתוך ההלכה התומכות בגירושין ללא אשם אין אחידות, ויש בתוכן גוונים שונים. אם נשוב למקורות הראשוניים המובאים לעיל, ר' חיים פלאגי מרחיק לכת בתמיכה בגירושין ללא אשם, שכן הוא מבסס את הכרעתו אך ורק על הסכסוך הקיים בין בני הזוג ואיננו דורש הצהרה דו-צדדית שהן הבעל והן האישה אינם מעוניינים זה בזה (בניגוד לרבינו ירוחם). לפיכך כמה וכמה פסקי דין מבחינים בין השניים, הם מקבלים את רבנו ירוחם, אך דוחים את עמדת ר' חיים פלאגי.⁹⁴ לענייננו, מכל מקום, מדובר בתת-זרמים בתוך עמדה עקרונית אחת, התומכת בגירושין ללא אשם במצב של שבר בלתי ניתן לאיחוי בין בני הזוג.

אציין עוד כי להערכת, מאחורי המחלוקת העקרונית בין תומכי גישת הגירושין ללא אשם למתנגדיה עומדים גורמים פנים-משפטיים (פורמליזם הלכתי, לצד עמדה אידאולוגית נוקשה באשר לקשר הנישואין), כמו גם שיקולים פוליטיים-מוסדיים, הנוגעים למאבק הסמכויות בין הערכאות. גורמים אלו משפיעים, במודע או שלא במודע,

92 ראו תיק (אזורי אשד'') 8293/5 **פלוני נ' פלונית**, עמ' 6 (פורסם בנבו, 2.2.2016).

93 מהתקופה האחרונה, ראו למשל תיק (אזורי חי') 887640/1 **פלונית נ' פלוני** (פורסם בנבו, 11.2.2015) בעניין חיוב הבעל בגט בהסתמך בין השאר על ר' חיים פלאגי ורבנו ירוחם; תיק (אזורי חי') 854970/1 **פלוני נ' פלונית** (פורסם בנבו, 27.5.2015) בעניין חיוב האישה בגט במצב שבו אין סיכוי לשלום בית. שני פסקי הדין ניתנו בידי אותו הרכב, וראו שם הפניות לפסקי דין נוספים. ראו גם תיק (גדול) 992236/1 **פלוני נ' פלונית** (פורסם בנבו, 17.5.2015); תיק (אזורי נת') 965579/2 **פלונית נ' פלוני** (פורסם בנבו, 23.7.2015), המחייב בגט בעל שברח בין השאר בהתבסס על הלכת רבנו ירוחם, ולדבריו העובדה ששני הצדדים בפירוד ממושך ואינם מעוניינים זה בזו וזו בזה היא "עילה מספקת לפסיקת חיוב הגירושין על בן הזוג המעכב את הגירושין, גם בלא להגדירו כמורד" (קל וחומר במקרה הנדון שם, שבו הבעל מוגדר כ"מורד"; ראו בעמ' 4 לפסק הדין).

94 ראו למשל תיק (אזורי נת') 833000/5 **פלונית נ' פלוני** (פורסם בנבו, 22.7.2013).

על המדיניות שנוקטים דייני בית הדין – אם לצד המתון יותר ואם לכיוון המבקש להקשיח את עמדותיו.⁹⁵

מכל מקום, לענייננו, עולה כי בתוך הדין הדתי גופו קיים מגוון דעות. חלקן משקפות עמדה שמרנית, שאיננה מכירה בזכות להתגרש, אולם אחרות מייצגות קו מחשבה דומה לקו המחשבה הליברלי המתון. קו מחשבה זה נוכח כאמור בשיח ההלכתי, ויש לראות בו מי שמייצג גישה תקפה ומקובלת (אף כי שנויה במחלוקת) בתוך דיני הגירושין שבמשפט העברי. ומעתה, הפער בין תפיסת הגירושין בדין הדתי לבין חברתה בדין האזרחי איננו הכרחי, ואם קיים – ניתן לגישור: אם אכן הדין האזרחי יאמץ גישה מתונה של גירושין ללא אשם, אזי יהיה ניתן למצוא לכך תומכים גם בתוך הדין הדתי. כיצד משליכים הדברים על שאלת המודל האזרחי העתידי של הנישואין והגירושין?

6. משטר הגירושין: שיטת המסלולים ומסגרת אזרחית

למסקנה שבסעיף הקודם חשיבות מרובה בבואנו לדון בחלופות השונות למבנה המשפט העתידי של הנישואין והגירושין בישראל, ולטענתי היא מחזקת את עדיפותה של שיטת המסגרת האזרחית על פני שיטת המסלולים. חשש אפשרי מפני שיטת המסגרת האזרחית הוא כי היא תעמיק את השסע הקיים בחברה, כמו גם תפגע פגיעה דרמטית במאפיינים תרבותיים (יהודיים ובני דתות אחרות) של דיני הנישואין והגירושין בכך שתבחר צד אחד – הצד האזרחי – ותכפה אותו על כלל האוכלוסייה. התמונה שציירתי בסעיף הקודם ממחישה כי הכיוון העתידי של שיטת המסגרת האזרחית הפוך בתכלית. המאפיינים העיקריים של דיני הגירושין האזרחיים כבר מיושמים כאמור הלכה למעשה, ומסתבר (משיקולים פרגמטיים ומהותיים כאחד) – הן מכוחה של ההמשכיות והן מכוח השיקולים הנורמטיביים התומכים בהסדר זה) שזו תהיה גם דמותם של דיני הגירושין האזרחיים העתידיים: משטר מתון של גירושין ללא אשם.⁹⁶ משטר זה, כפי שהראיתי בסעיף הקודם, מתקבל גם על דעתם של זרמים בולטים בפסיקת בתי הדין כיום, ולפיכך ניתן

95 ראו וסטרייך, לעיל ה"ש 86, בעמ' 87–89; שיפמן, לעיל ה"ש 13, בעמ' 115–142; פנחס שיפמן "ההלכה היהודית במציאות משתנה: מה מעכב את מעוכבות הגט" **עלי משפט** ו 33 (2007). על מאבק הסמכויות והשפעותי יש ספרות רבה, כולל מחקרים הנוגעים למגמות עדכניות מהשנים האחרונות. ראו למשל אריאל רוזן-צבי **דיני המשפחה בישראל – בין קודש לחול** שער ראשון (תשנ"ו); רוזן-צבי, לעיל ה"ש 19; דיכובסקי, לעיל ה"ש 81; זפרן, לעיל ה"ש 10. מעניינת בייחוד ההשפעה של מאבק הסמכויות על עיצובה של ההלכה. עסק בכך עמיחי רדזינר במספר מחקרים מרתקים. ראו עמיחי רדזינר "מלבוב לתל-אביב: פסיקות גט מוטעה" בשל הפרת הסכם הגירושין בבתי הדין הרבניים בעקבות תיק (אזורי ת"א) 9322-29-1 (19.3.06) ואחרים "משפטים" לט 155 (2009); עמיחי רדזינר "דבר המערכת" **הדין והדיין** 28 (תשע"ב); Radzyner, לעיל ה"ש 10.

96 על השיקולים הנורמטיביים התומכים בכך ועל אופיו של הדין הישראלי האזרחי בהווה ראו לעיל, סעיף 4, ולהלן.

לצפות להסכמה עם דין אזרחי ברוח זו, ואולי אף להרחבת ההפנמה של עקרונותיו, כפי שהתרחש בענייני הרכוש, שבהם עסקנו בסעיף הקודם.

מסגרת אזרחית משותפת מאפשרת אפוא ליצור הסדר אחד הנותן ביטוי רב ככל הניתן לגישות שונות הקיימות בחברה, ויש בכך יתרון ניכר לשיטה זו על פני שיטת המסלולים. ההסדר המתון של גירושין ללא אשם מאפשר מכנה משותף שכזה הן מנקודת המבט הליברלית (המתונה) והן מנקודת מבט הלכתית (השמרנית פחות). זהו לדעתי גם ההסדר הראוי. הסדר זה איננו מאפשר לאחד מן הצדדים לכבול את רעהו אך גם איננו מעודד גירושין חפוזים לפי דרישה. מהותו של ההסדר היא חיזוק המסגרת הזוגית לצד ההכרה בצורך בפירוד בין בני הזוג במקרה של שבר בלתי ניתן לאיחוי בחיי הנישואין, והוא עשוי להתקבל כאמור על דעתם של שני הקצוות הבולטים בשיח דיני המשפחה הישראלי (הליברלי וההלכתי).

שיטת המסגרת האזרחית תיצור אפוא מודל גירושין שיניח גם את דעתה של תפיסת העולם הדתית. זו תזדקק כמובן לגירושין דתיים כדי להכיר בגירושין, אך מאחר שהתנאים הנסיבתיים שבהם ייערכו גירושין, כמו גם הגישה העקרונית כלפי גירושין, יהיו משותפים, אני משער שיקל על נציגי המערכת הדתית במרבית המקרים להביא את הצדדים להתגרש גם לפי הגישה הדתית.

חשש נוסף הנזכר בהקשר של המסגרת האזרחית המשותפת הוא כי זוגות רבים יקיימו טקס דתי (שהרי הטקס נתון לבחירת בני הזוג), ולאחר מכן יתגרשו בגירושין אזרחיים בלבד, ולדברים יהיו תוצאות הלכתיות קשות (הכרזה על הילדים שייולדו מקשר חדש של האישה כמזורים). חשש זה מניע כזכור את חסידי המונופול הדתי, כמו גם את תומכי שיטת המסלולים, להתנגד למסגרת האזרחית. לאור הניתוח המוצע לעיל אני סבור שחשש דרמטי שכזה מפני התוצאות ההלכתיות של המהלך לא יתממש. מאחר שהתנאים לגירושין יהיו משותפים, במרבית המקרים שבהם נערכו נישואין דתיים יתקיימו גם גירושין דתיים, אם מרצונם החופשי של בני הזוג בשעת הגירושין (שהרי כל העניינים הנלווים לגירושין יוסדרו ביניהם) או מתוך הסכמה מראש שלהם,⁹⁷ אם כדי לאפשר להם לקבל רישיון נישואין מחדש,⁹⁸ ואם במצבים מוגדרים, באכיפה משפטית

97 הסכמה מרצון לגירושין דתיים היא כמובן הדרך המועדפת, שתשקף הרמוניה בִּבְחִירָה בין הדין הדתי לבין הדין האזרחי. שאלת תוקפה ההלכתי של ההסכמה מראש דורשת דיון נפרד. לעת עתה אציין כי הסכמה מראש לגירושין מועילה לכל הפחות בדיעבד. ראו הגהת הרמ"א לשלחן ערוך, אבן העזר קלד, ד.

98 כוונתי כאן היא למצבים שבהם נערך טקס נישואין דתי, ואחד הצדדים מבקש להינשא מחדש לאחר הגירושין ללא גירושין דתיים. בנקודה זו קיימים כזכור חילוקי דעות. יש הסוברים כי גירושין לפי שיטת המסגרת האזרחית צריכים להיות אבסולוטיים, דהיינו: גירושין מלאים שלאחריהם רשאים הצדדים להינשא לאחרים גם אם נחשבים לנשואים לפי ההלכה. מנגד, יש הסוברים כי האינטרס החברתי של מניעת ממזרות גובר, ועל כן במצבים שבהם טקס הנישואין הוא טקס דתי, תכיר שיטת המסגרת האזרחית המשותפת בגירושין

(באמצעות סמכויות שיינתנו לבתי הדין הדתיים או לבתי המשפט), כדי למנוע ממזרות או עגינות.⁹⁹ המפתח להצלחת הדברים הוא ההסכמה על הלגיטימציה לגירושין. מאחר שמסגרת זו תתבסס על משטר גירושין שיסודותיו מוסכמים, להערכתו שיתוף הפעולה בין העולמות אפשרי ומסתבר.

מנגד, שיטת המסלולים יוצרת דיכוטומיה. נקודת ההתחלה של דיכוטומיה זו היא בטקס הנישואין, אולם היא תוסיף ותשליך על יתר ההיבטים שבחיי הנישואין – עד לגירושין. להערכתו, כאמור לעיל, עם ההיפרדות בין המסלולים – הדתי והאזרחי – ילך כל אחד לדרכו, ולא יימצאו הכוחות המאזנים הקיימים כיום (גם אם האיזונים הם פרי מאבק, מר לעתים). משמעות הדבר היא כי שיטת המסלולים תוביל לא להשלמה אלא להקצנה דו-כיוונית בלא שיהיו מנגנונים מאזנים, והדברים ישתקפו בין השאר במשטר הגירושין. וכך, המסלול האזרחי יפנה לכיוון משטר של גירושין לפי דרישה, תוך ויתור על ניסיון לשמר את היציבות הפנימית של הנישואין. לעומתו יפנה המסלול הדתי לכיוון השמרן יותר של גירושין באשם, מסלול שאיננו מאפשר גירושין אלא לפי עלות מוגדרות וברורות. דומני שהאינטרס של החברה ושל המשפט בישראל הוא לצמצם שבר זה. במאמר מוסגר אציין כי במסגרת האזרחית המשותפת לנישואין ולגירושין ניתן לאפשר לצדדים להסכים מראש לקבל על עצמם את מרותו של משטר גירושין שמרני יותר.¹⁰⁰ מגמות דומות קיימות במספר מועט של מדינות בארצות הברית, המאפשרות

אזרחיים חלקיים. מובנם הוא גירושין כלכליים, פירוד בין בני הזוג והסדרת משמורת הילדים, כאשר היבט אחד בתוכם – היתר נישואין שניים – יהיה מותנה בגירושין דתיים. ראו לעיל, בטקסט הסמוך לה"ש 26–27.

99 גם במסגרת אזרחית משותפת המערכת האזרחית תוסיף להיות מעורבת בניסיון להשיג את הגירושין הדתיים. מקרים שכאלו יצדיקו אמצעי אכיפה או סנקציות מכוח הדין למניעת סרבנות גט, כפי שמקובל גם בשיטות משפט אזרחיות. ראו למשל "חוק הגט" הראשון והשני במדינת ניו יורק: N.Y. Domestic Relation Law §§ 236 B(5)(h), (6)(d); 253, וכן ראו דיונו לעיל בפיוצויי נזיקין (לעיל, טקסט לה"ש 81–84).

100 דיון כללי בשאלת ההסדרה החוזית של מכלול היבטים בדיני המשפחה ערך שחר ליפשיץ, ובכלל זה גם דיון ראשוני בשאלת הסדרת משטר הגירושין. כתיבתו של ליפשיץ חותרת למודל משולב, הנותן ביטוי לעקרונות ליברליים המעניקים חירות לצדדים בעיצוב היחסים הזוגיים שביניהם, אולם הוא מסייג חירות זו משיקולים שונים, קהילתניים ביסודם. ראו שחר ליפשיץ **הסדרה חוזית של יחסים זוגיים במשפט האזרחי** (חיבור לשם קבלת התואר "דוקטור לפילוסופיה", אוניברסיטת בר אילן – הפקולטה למשפטים, תשס"ב); ליפשיץ, דיני זוגיות חילוניים, לעיל ה"ש 13, ובהתייחס להסדרת דיני הגירושין ראו בקצרה ליפשיץ, ברצוני להתגרש ומייד, לעיל ה"ש 13, בעמ' 732–735. הדברים נכונים גם בהקשרים אחרים הקרובים לענינו. למשל, חוק יחסי ממון מעניק כוח לבני הזוג לעצב את יחסי הממון ביניהם לפי בחירתם, ראו חוק יחסי ממון בין בני זוג, התשל"ג–1973, סעיפים 1–2. בני הזוג רשאים גם להסכים שלא לאזן נכסים מסוימים, ראו שם, סעיף 5(א)(3), או לדון את ענינם לפי הדין הדתי, ראו שם, סעיף 13(ב). עם זאת יש לציין שחוק יחסי ממון מתאפיין

לצדדים להסכים למסלול של "נישואי ברית" שהיציאה מהם מוגבלת ולא מהירה,¹⁰¹ אם כי במקרה שלנו מדובר בהסכמה פרטית, ואין זה "מסלול" רשמי של נישואין וגירושין. אני סבור כי יש לאשר הסכמה שכזו רק במקרים שבהם היא מפורשת. אין לראות בהסכמה על טקס גירושין דתי כשלעצמה, על אף ההיבטים הלא שוויוניים הטמונים בטקס זה, הסכמה להחלת הדין הדתי המהותי על הצדדים.¹⁰² כמו כן יש לאשר את ההסכמה למשטר גירושין שמרני רק כאשר אין בו מידה של עושה או פגיעה ממשית באחד הצדדים, וכל עוד נקבעת מערכת יחסים שוויונית. כאשר ההסכמה המוקדמת בין הצדדים מעניקה כוח חד-צדדי לאחד מהם (בדרך כלל הבעל) לעגן את האחר או זכויות רכושיות עודפות ולא שוויוניות, אזי אין לקבלה. יש לראות בהסכמה לחוסר האיזון ביטוי של "הצד האפל של הפלורליזם", ולפיכך שיטת המשפט איננה יכולה לתמוך בזה.¹⁰³

לצורך זה יש לקבוע מסגרות זמן מוגדרות לגירושין, שמהן והלאה ייחשבו הדברים לפגיעה ממשית באחד מן הצדדים, גם אם היא מושתתת על הסכמה מוקדמת של בן הזוג המעוגן.¹⁰⁴ מסגרת של שמונה-עשר חודשים או של שנתיים יכולה לשמש בהקשר זה קו גבול, שחריגה ממנו תעניק לצד המעוכב – האישה לצורך העניין (כשבעלה מסרב לערוך

בתהליך שהופך אותו להסדר מעין קוגנטי, ראו שחר ליפשיץ "על נכסי עבר, על נכסי עתיד ועל הפילוסופיה של חזקת השיתוף" **משפטים** לד' 627, 695–697 (2004). גם בתחומים נוספים יכולים בני הזוג לקבל על עצמם את הדין הדתי, ראו למשל חוק הירושה, התשכ"ה–1965, סעיף 155.

101 Katherine Shaw Spaht, *Covenant Marriage Laws: A Model for Compromise, in* MARRIAGE AND DIVORCE IN A MULTICULTURAL CONTEXT 120 (Joel A. Nichols ed., 2012). נישואי ברית הושפעו בוודאי מהדין הדתי, אך גם מעקרונות אזרחיים, שכן במצבים מסוימים קיימת אפשרות להתגרש (לאחר תקופת המתנה וכיוצא בזה): ראו ליפשיץ, לעיל ה"ש 100, בעמ' 440–442.

102 ניתן להשוות לזה את אכיפת טקס הנישואין הדתי, שיש בו מרכיבים לא שוויוניים והיבטים של פגיעה בחופש מדת, אך אין הוא כשלעצמו חוצה את גבול הפגיעה הממשית בצד שאיננו מעוניין בכך. ראו בעניין זה: Gidi Sapir and Daniel Statman, *Religious Marriage in a Liberal State*, 30 CARDOZO L. REV. 2855, 2867–2868 (2009) (ההשוואה לענייננו כאן היא בנוגע למידת הפגיעה הקיימת בטקסט הדתי גופו ולא בנוגע לשאלה אם ההסדר הקיים במשפט הישראלי הוא הסדר מניח את הדעת – כפי שנראית דעתם של סטטמן וספיר).

103 על גבולות הפלורליזם ראו לעיל ה"ש 63.

104 פרק זמן זה יהיה ארוך מזה שבדין האזרחי, אך עדיין יאפשר את שחרורם של בני הזוג זו מזה וזה מזו במידה סבירה. לשם השוואה, גם נישואי ברית בכמה ממדינות ארצות הברית אינם מונעים לגמרי את אפשרות הגירושין בדרישה חד-צדדית, אלא מסייגים אותה למשך זמן ארוך מזה שבדין האזרחי המקובל; ראו לעיל ה"ש 101. גם סקוט, הדוגלת בהקשחת משטר הגירושין בהסכמה או בחקיקה, איננה מוכנה לאפשר שלילה מוחלטת של אפשרות הגירושין. ראו Scott, לעיל ה"ש 70, בעמ' 43 ה"ש 79, 93.

עמה את הגירושין הדתיים, שאליהם הם התחייבו לפי ההסכם הראשוני) – את האפשרות לשוב ולתבוע גירושין במסגרת אזרחית, על כל המשתמע ממסגרת זו.¹⁰⁵ אין צריך לומר כי במקרים אלו ההכפפה המחודשת לדין האזרחי לא תפטור את מערכת המשפט מהתמודדות עם המצוקה שנוצרה מכוח הדין הדתי (קרי סרבנות גט). לדין האזרחי כלים מגוונים, העשויים להוביל את הבעל להסכמה לתת גט, וראוי כי ייעשה בהם שימוש גם במשטר גירושין אזרחי.¹⁰⁶

7. נישואין, רכוש וגירושין: מסקנות

נסכם את דיוננו בפרק זה. בשלושת התחומים שנדונו כאן: טקס הנישואין, ענייני הרכוש ומשטר הגירושין, יש לשיטת המסגרת האזרחית יתרון על פני חברתה, שיטת המסלולים. אמנם לשיטת המסלולים יתרון מעשי – שיטה זו משמרת חלקים נרחבים מההסדר הקיים – ולפיכך זוכה לתמיכה רחבה באופן יחסי.¹⁰⁷ אולם מהותית שיטה זו לוקה בחסר: שיטת המסלולים היא דיכוטומית, ובכך איננה מאפשרת ריבוי דעות ואוטונומיה מלאה בבחירת טקסי הנישואין. בד בבד היא עלולה לעודד מגמות שיעמיקו את הנתק שבין המסלול הדתי לבין דין המדינה: טמון בה פוטנציאל לחידוד הפער שבין הדין הדתי לבין הדין האזרחי במגוון תחומים, ובכללם חלוקת הרכוש, מזונות ודיני הגירושין, והיא עלולה אף לשרת את תביעתן של קבוצות דתיות להכרה במודלים שונים של נישואין שיש בהם חוסר איזון מגדרי חריף (נישואין פוליגמיים). שיטת המסגרת האזרחית לעומתה עשויה דווקא להוביל להשלמה, להשפעה הדדית היוצרת מנגנוני בלמים ואיזונים בין הגישות השונות, כמו גם לשיתוף פעולה, כפי שקורה במידה רבה כבר בהווה. כתחליף להעמקת הפער בין הזרמים והגישות בתוך החברה הישראלית, שיטת

105 מסגרת הזמנים שקבע ר' חיים פלאג'י היא של שמונה-עשר חודשים, ראו לעיל, סמוך לה"ש 88. יש המציעים מסגרות זמן ארוכות יותר, למשל שנתיים. ראו Scott, לעיל ה"ש 70, בעמ' 91, ולפיכך רשמתי בפנים שתי אפשרויות אלו. בסופו של דבר, קביעת פרק הזמן המדויק היא שאלה של מדיניות. על קביעה זו להתחשב, בין השאר, ביחס שבין פרק זמן זה לבין פרק הזמן הסטנדרטי להליכי גירושין בערכאות האזרחיות וכן בהשלכות שיש לתקופת ההמתנה על בני הזוג. תקופות המתנה ארוכות מדי הן חסרות תוחלת מבחינת בני הזוג ופוגעות קשות ביכולתם לבנות חיים חדשים. בהקשר היהודי ההלכתי, תקופות המתנה ארוכות מונעות (הלכתית וחברתית) לידת ילדים מבני זוג חדשים בגלל חשש הממזרות, ולפיכך ראוי לתחמן.

106 במדינת ישראל מטילים בתי המשפט למשפחה אחריות נזיקית וחובת פיצויים על הבעל (ראו לעיל ה"ש 81). במדינות אחרות סרבנות גט יכולה להשפיע על ההידיינות בתביעת הגירושין האזרחית או על חלוקת הרכוש, ראו לעיל ה"ש 99.

107 ראו לעיל ה"ש 31. ככל ששיטת המסלולים מעניקה מעמד גבוה יותר למסלול הדתי, כן יתרוונה הפרגמטי גדול יותר, אך בה בעת מידת השינוי והמענה לצרכים ולערכים הנפגעים בהסדר הקיים נחלשים. ראו ליפשיץ, לעיל ה"ש 17, בעמ' 60–68.

המסגרת האזרחית מבקשת ליצור אחידות בין כלל אזרחי המדינה בתחום הנישואין והגירושיין – וכשמה: מסגרת אזרחית משותפת.

ד. אחרית דבר

מערכת המשפט הישראלית קיבלה עליה את האתגר לפתח דיני משפחה אזרחיים בישראל,¹⁰⁸ אולם עד כה לא נעשה די. דיני הנישואין והגירושיין במדינת ישראל דורשים שינוי חקיקתי, שיסדיר את הנישואין והגירושיין האזרחיים בישראל אף מעבר להיבטים שהוסדרו עד כה בפסיקה. בכתיבה ובשיח האקדמיים והציבוריים ניצבות זו מול זו שתי גישות בנוגע לטיבה של ההסדרה העתידית: שיטת המסלולים ובנותיה (בכללן הסדרי ברית זוגיות והצעת חוק חיים משותפים) אל מול שיטת המסגרת האזרחית המשותפת לנישואין וגירושיין. שיקולים פרגמטיים, כמו גם עמדה אינטואיטיבית באשר למקומם של הנישואין האזרחיים בישראל, מציגים לעתים את האחרונה – שיטת המסגרת האזרחית המשותפת – כצעד דרמטי מדי, ולא בכדי יש לה נוכחות פחותה בשיח הציבורי. במאמר זה ביקשתי לשנות את התודעה בעניין היחס בין הגישות השונות ולעמוד על עדיפותה של שיטת המסגרת האזרחית על פני שיטת המסלולים, מתוך פרספקטיבה משולבת של הווה ועתיד: הצבעה על התאמתה של דרך זו לדיני המשפחה בהווה, וחשיפת יתרונותיה, כמו גם פוטנציאל ההשלמה הטמון בה, בעתיד.

המאמר עסק בכמה היבטים מרכזיים שבהם יש לשיטת המסגרת האזרחית יתרון על פני חברתה, שיטת המסלולים: אם באשר לנקודות המפגש והמתח שבין הדין הדתי לדין האזרחי (טקס הנישואין, ענייני רכוש ומזונות ודיני הגירושיין) ואם באשר לעומק האוטונומיה הניתנת לצדדים לפי כל אחת מהגישות. מסקנת הדיון בכל אחד מההיבטים הללו היא כי בבואנו לשקול את אופיים של דיני הנישואין והגירושיין האזרחיים העתידיים במדינת ישראל יש להעדיף את שיטת המסגרת האזרחית על פני חברתה.

למסגרת האזרחית המשותפת יש אפוא יתרונות ניכרים בעיצוב העתידי של הנישואין והגירושיין. אך הדברים כאמור אינם רק חזון עתידי. מרתקת העובדה כי בתחומים רבים המסגרת האזרחית המשותפת כבר קיימת להלכה ולמעשה – ונגענו בעיקרי הדברים לאורך המאמר: כך בענייני ירושה. כך בענייני חלוקת רכוש. כך חלקית ולעתים בדעות חלוקות בעניין משטר הגירושיין, ולמשל: ב"גירושיין כלכליים" האפשריים גם כיום במצבים של שבר בלתי ניתן לאיחוי בחיי הנישואין. זו המגמה המסתמנת גם בעניינים אחרים, כמו משמורת ילדים ומזונות. בחשובות שבנקודות הללו (כדוגמת משטר הגירושיין) הראה המאמר כי העמדה האזרחית מקובלת כבר כעת על זרמים ניכרים בבתי

108 ראו עניין בני נח, לעיל ה"ש 2.

הדין הרבניים בישראל, ויש אפוא בשיטה זו פוטנציאל השלמה בין המערכת הדתית למערכת האזרחית, בניגוד לחברתה – שיטת המסלולים.

בסיכומם של דברים, המעבר למסגרת אזרחית משותפת כוללת הוא צעד מתבקש והכרחי, הן כהמשך לשיטת המשפט ההולכת ומתעצבת לנגד עינינו בהווה והן מנקודת מבט צופה פני עתיד. שיטה זו היא שתיתן את הביטוי הטוב ביותר לעקרונות היסוד האזרחיים בדיני המשפחה, היא שתעניק את האוטונומיה האופטימלית לבני הזוג, וחשוב לא פחות – היא שתפגיש, ואולי תשלב, בין העולמות התרבותיים השונים הנוכחים במציאות הישראלית.