

חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו בבית הדין הרבני – איזון בין ערכים יהודיים מתנגשים וזכויות אדם מתנגשות

מאת

יחיאל ש' קפלן*

א. מבוא

1. איזון במשפט הישראלי והעברי – מהותו וחשיבותו
2. תוצאה דומה של איזון בין ערכים מתנגשים לאור המשפט העברי וזכויות אדם מתנגשות
- ב. תחולת עקרונות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, בבית הדין הרבני
 1. מידת ההתאמה בין עקרונות דיני החוקה בישראל ועקרונות היהדות
 2. חשיבות כבוד האדם במשפט העברי
 3. תחולתם של עקרונות חוק היסוד בבית הדין הרבני
- ג. הפעלת אמצעי כפייה כנגד סרבני גט
 1. איזון ראוי בין ערכים מתנגשים לאור עקרונות המשפט העברי
 2. האיזון במשפט החוקתי בישראל בין זכויות אדם מתנגשות בתחום זה
 - (א) ההסדר במשפט הישראלי
 - (ב) בחינת חוק חדש לאור מבחני פסקת ההגבלה
 - (1) "בחוק"
 - (2) "ההולם את ערכיה של מדינת ישראל"
 - (3) "לתכלית ראויה"
 - (4) "במידה שאינה עולה על הנדרש"
 - (4.1) מבחן ההתאמה או מבחן הקשר הרציונלי
 - (4.2) מבחן הצורך או מבחן הסולם
 - (4.3) חלופות אפשריות לסנקציות בחוק בתי דין רבניים
 - (4.4) מבחן המידתיות במובן הצר או מבחן האמצעי המידתי
- (5) האיזון הרצוי

- (6) תחולת מבחני פסקת ההגבלה לגבי סעיף בחוק שנחקק קודם למועד החקיקה של חוקי היסוד החדשים
3. משפט רצוי
- ד. פגיעה בזכות לפרטיות
1. הזכות לפרטיות – הגדרה ומאפיינים
2. הזכות לפרטיות בישראל
- (א) חקיקה
- (ב) הזכות לפרטיות בפסיקת בתי המשפט האזרחיים
3. הזכות לפרטיות בבית הדין הרבני
- (א) הפרטיות במשפט העברי
- (1) הימנעות מגרימת צער, בושה והלבנת פנים לזולת
- (2) היזק ראייה
- (3) גילוי סוד
- (ב) האיזון הראוי – ראיות נסיבתיות ולא עדות שהיא פגיעה ממשית בפרטיות
- ה. סיכום

א. מבוא

1. איזון במשפט הישראלי והעברי – מהותו וחשיבותו

השופט או הדיין צריכים לשפוט בצדק וביושר ולפעול בכל שלבי ההליך השיפוטי בלא משוא פנים. כאשר עומדים בפני בית המשפט או בית הדין טענות עובדתיות ומשפטיות וגרסאות סותרות, השופט או הדיין צריכים לקבוע מהן העובדות והטענות שלפיהן יכריעו בסכסוך בין בעלי הדין. לעתים עליהם לדחות את טענות צד אחד מפני טענות הצד האחר או לייחס לטענותיו של אחד מבעלי הדין יתר חשיבות, ולעתים ההכרעה בדין היא תולדה של פשרה והעדפת שיפוט גמיש, שהוא לפנים משורת הדין, על פני הנתיב הנוקשה והדווקני של הדין.

הוא הדין בנוגע לשקלול הולם של ערכים שונים, שלעתים סותרים זה את זה. השופט או הדיין צריכים לנהל את הדיון המשפטי בדרך הוגנת ולשקול ולבחון בכל שלב משלבי ההתדיינות בפניהם, לאור מכלול הערכים שלהם ושל שיטת המשפט שהיא נר לרגליהם, מה טוב, נכון וצודק. כאשר ההכרעה השיפוטית של השופט או הדיין מחייבת שקלול של ערכים מתנגשים, לעתים אחד מהם עדיף, ואף כשאלו פני

הדברים והשופט מייחס יתר חשיבות לערך דומיננטי, הדגיש השופט ברק בספרו שקיים הליך נורמטיבי של איזון: "הפתרון אינו בדרך של 'הכל או לא כלום'. הערך שהפסיד אינו מוצא מתוך המשפט".¹ לדיו, במצב של התנגשות בין ערכים נוגדים לפעמים "ההכרעה נעשית בדרך של מתן משקל לערכים המתנגשים והעדפתו של אותו ערך שידו על העליונה". עם זאת, "הערכים השונים שומרים על מקומם בשיטת המשפט". השופט ברק פיתח בכתביו ובפסקיו את תורת האיזון, שהיא עבורו כלי מרכזי בשפיטה. לדיו, מהות האיזון היא העמדתם של הערכים והעקרונות "המתנגשים זה לעומת זה, ליתן לכל אחד מהם משקל, ולאזן ביניהם על-פי משקלם בנקודת החיכוך".² אין להתעלם מערך מסוים בשל התנגשות בינו ובין ערך אחר. בגין התנגשות זו דרושה נוסחת איזון, אשר תוך כדי ליבון נקודת החיכוך בין הערכים המתנגשים מביאה כל אחד מהם לידי ביטוי במלוא העוצמה האפשרית כשהוא מתנגש עם ערך אחר.³

עיון ודיון בפסיקה בישראל מלמד, כי רבות הן נוסחאות האיזון.⁴ מלאכת האיזון נעשית ברגישות רבה. יש להתאים את נוסחת האיזון לנסיבות המיוחדות של כל מקרה. באיזון הפנימי הייחודי בין ערכים שונים נדרשים השופט או הדיין לתת משקל לכל אחד מהם ולאזן באופן הוגן בין מכלול הערכים שיש ליישם בדיון. אין נוסחה אחת אחידה בנוגע למאזן הראוי שבין ערכים ועקרונות שונים. אין משקל עצמי מוחלט לעיקרון או ערך זה או אחר, שהוא ואין בלתו. משקלם ומעמדם של העקרונות והערכים השונים הוא "לעולם יחסי... [ו]נקבע תמיד ביחס לערכים אחרים, עמם עשוי הוא להתנגש. לא הרי משקלו של חופש הביטוי ביחס לחופש התנועה, כהרי משקלו ביחס לטוהר השיפוט, ולא הרי שני אלה, כהרי משקלו של חופש הביטוי ביחס לשם הטוב או לפרטיות, ולא הרי כל אלה כהרי משקלו של חופש הביטוי ביחס לאינטרס הציבורי בבטחון ושלוש".⁵ כיוון שאין נוסחת איזון אחידה שתהיה נר לרגלי השופט או הדיין בכל עת ובכל שעה, "מספרן של נוסחאות האיזון כמספרם של הערכים

* מרצה בכיר, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה.

1 אהרון ברק שופט בחברה דמוקרטית 262 (2004).

2 אהרון ברק פרשנות במשפט כרך שלישי – פרשנות חוקתית 216 (1994).

3 עיינו בע"א 294/91 "חברת קדישא גחש"א" קהילת ירושלים נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464, פסקה 8 (1992) (להלן: פרשת קסטנבאום).

4 להבחנה בין סוגים שונים של איזון ראו ברק, לעיל ה"ש 2, בעמ' 270–274; וכן איזון עקרוני ואד-הוק: ע"פ 6696/96 כהנא נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(1) 535, פסקה 7 (1998); איזון אופקי ואנכי: בג"ץ 2481/93 דיין נ' ניצב יהודה וילק, פ"ד מח(2) 456, פסקה 21 (1994); וכן ע"א 105/92 ראם מהנדסים קבלנים בע"מ נ' עיריית נצרת-עילית, פ"ד מז(5) 189, פסקה 15 (1993); איזון חקיקתי והלכתי: שם, בפס' 22 לפסק דינו של השופט ברק (להלן: פרשת ראם מהנדסים).

5 פרשת ראם מהנדסים, בפס' 16 לפסק דינו של השופט ברק.

המתנגשים".⁶ כל מתדיין וכל דיון משפטי הם יחידים ומיוחדים, הם ואין בלתם. ההתחשבות הפרטנית בכל ערך ועיקרון, המתווים את דרכם של השופט או הדיין, צריכה להיות נר לרגליהם.

בכתבתו הבהיר השופט ברק בין השאר, שיש לייחס חשיבות מיוחדת לאיזון בשיח החוקתי בישראל.⁷ השופט או הדיין העוסקים בעניינים שחוק יסוד חדש של מדינת ישראל – חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, או חוק יסוד: חופש העיסוק – משפיע בהם על שיקול הדעת, נדרשים לדון ולעסוק בצורה נרחבת בערכים ובעקרונות העומדים בבסיסו של המשפט החוקתי בישראל. מעצם טיבו וטבעו מחייב עיסוק זה התבוננות מעמיקה בנכחי עקרונות ובערכי יסוד של החברה בישראל המתנגשים לעתים אלו באלו. שימוש באיזון מאפשר פתרון ראוי של "הסכך... של... העקרונות המתחרים".⁸ לעתים קיים שוויון או כמעט שוויון בערכם ובחשיבותם של הערכים המתנגשים ואין הכרעה חד-משמעית בין הערכים הללו, מפני שכל אחד מהם חשוב וראוי בפני עצמו. במציאות זו האיזון הוא פועל יוצא של רצון לשמר במידת האפשר כל אחד מן הערכים הללו. כל אחד מהם נשמר ואינו נדחה מפני רעהו וכיוון שבערכים מתנגשים עסקינן, כל אחד מן הערכים הללו בא לידי ביטוי במידת האפשר, אך כיוון שהוא דר בכפיפה אחת עם ערך מתנגש, אינו חל במלוא תוקפו.

במאמר זה יבוא לידי ביטוי הטיעון, כי בעקבות תחולת עקרונות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו בבית הדין הרבני בסוגיות שבהן עקרונות אלה חלים, בית הדין הרבני צריך להיות מודע לצורך באיזון בסוגיות הללו בין זכויות אדם מתנגשות וערכים מתנגשים, כאשר נקודת מבט זו, של איזון בין ערכים מתנגשים, אינה נטע זר במשפט העברי. טענתי היא, כי אף מנקודת המבט של המשפט העברי, במקרים רבים נדרש בית הדין הרבני לשקול מה ערכו וחשיבותו של כל עיקרון מן העקרונות המתנגשים שהדיין המכריע בדין צריך לאזן ביניהם. על כן בנסיבות שבהן ההכרעה השיפוטית צריכה להיות מושתתת על איזון מעין זה אפשר, ואף רצוי, שבית הדין הרבני יחתור ליישום נוסחת איזון ההולמת את נסיבות העניין, שהיא פועל יוצא של עקרונות הדין הדתי היהודי המיושם בבית הדין הרבני. אמנם, הרטוריקה שבה משתמש בית הדין הרבני, הפועל לאור עקרונות המשפט העברי, שונה מרטוריקת האיזון הקיימת בשיח הזכויות במשפט הישראלי, אך המהות דומה. אם בית הדין הרבני יחשוף את כל הערכים והעקרונות המשמשים תשתית לשיפוט במשפט העברי בסוגיות שונות וייחס לכל אחד מהם את המשקל הראוי, הוא ייווכח כי במקרים רבים תולדת האיזון בין זכויות

⁶ ברק, לעיל ה"ש 2, בעמ' 217.

⁷ ברק, לעיל ה"ש 2, בעמ' 70–71. בנוגע לשימוש בדרכי איזון שונות במסגרת פרשנות חקיקה רגילה ראו אהרון ברק **פרשנות במשפט** חלק שני – פרשנות החקיקה 679–704 (1993).

⁸ ברק, לעיל ה"ש 2, בעמ' 70–71.

אדם מתנגשות, שהוא פועל יוצא של תחולת עקרונות חוקי היסוד החדשים בבית הדין הרבני, אינה שונה במידה רבה מתולדת האיזון בסוגיות הללו בין ערכים מתנגשים במשפט העברי. במקרים הללו נוסחת האיזון, שהיא פועל יוצא של תחולת עקרונות החוקה בישראל בבית הדין הרבני, אינה בהכרח נטע זר בבית הדין הרבני.

2. תוצאה דומה של איזון בין ערכים מתנגשים לאור המשפט העברי וזכויות אדם מתנגשות

להלן נדון בפסיקה של בית המשפט העליון, המפקח על פעילות בתי הדין הרבניים, שבה נקבע כי עקרונות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, חלים בבתי הדין הרבניים.⁹ בתי דין אלה, החפצים להתעלם מקביעה זו ולפעול רק לאור עקרונות המשפט העברי, בלא "הפרעה" של עקרונות "זרים" כגון חוקי היסוד החדשים, עלולים להיקלע לעימות עם בית המשפט העליון. גדול השלום ויש למנוע עימות זה כאשר אינו נחוץ. אמנם, מנקודת המבט של דיינים בבתי הדין הרבניים לעתים אין מנוס ממאבק זה, שבו עלול בית הדין הרבני לשלם בסופו של דבר מחיר כבד בגין עימות עם בית המשפט העליון. אולם לא פעם ולא פעמים עימות זה מיותר. בית המשפט העליון החיל את עקרונות חוקי היסוד החדשים על בית הדין הרבני. ערכי מדינה יהודית ודמוקרטית, הנזכרים בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, מחייבים שבית הדין הרבני ייחס חשיבות רבה לכבוד האדם של כל מתדיין ומתדיינת, והפגיעה בכבוד האדם בתחומים שונים בפעילות השיפוטית של בית הדין הרבני – כגון הפעלת סנקציות חריפות כנגד סרבן גט ובין השאר מאסר או שלילת זכויות אסיר, או שימוש בראיות שהשגתם התאפשרה באמצעות חדירה לפרטיות – תהיה לתכלית ראויה ולא במידה העולה על הנדרש. מנקודת מבט של הדיינים, הבוחנים את הסוגיה לאור עקרונות שהיו קיימים במשפט העברי במרוצת הדורות, אלו נורמות זרות, של דין זר. אולם טענתי היא, כי כיוון שגם ההכרעה במשפט העברי בסוגיות שבהן באים לידי ביטוי עקרונות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, היא תולדת איזון – במקרים רבים הרטוריקה שונה, אך המהות דומה. מבחינה מהותית תולדת האיזון, שהוא פועל יוצא של תחולת עקרונות חוק יסוד זה, בבית הדין הרבני בדרך כלל היא תוצאה משפטית סבירה והגיונית גם מנקודת המבט של שוחרי המשפט העברי. ההפנמה של איזון זה ויישומו בפועל יבואו לידי ביטוי רב יותר בפסיקת בתי הדין הרבניים אם תפיסת הדיינים תהיה, שאף לאור עקרונות היהדות, הכרעה שיפוטית מחייבת במקרים רבים איזון בין ערכים יהודיים מתנגשים. האיזון בסוגיות רבות שבהן דן בית הדין הרבני צריך להיות מושתת בראש ובראשונה על ההנחה, שכבוד האדם הוא מעקרונות היסוד במשפט העברי. אף המשפט העברי, הפועל בדרכי נועם, מייחס חשיבות יתירה למצוקות בני אדם ולכבודם. על כן במקרים

⁹ ראו להלן, סמוך לה"ש 59 ואילך.

רבים האיזון הראוי שבין ערכים מתנגשים, לאור השקפת עולם יהודית, אינו מוביל בהכרח לתוצאה משפטית שונה באופן מהותי מזו שהיא תולדת האיזון בין זכויות אדם מתנגשות, במתכונת הנזכרת בשיח החוקתי בישראל בעניין עקרונות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

קצרה היריעה במאמר זה ולא היתה אפשרות לבחון בו את כל התחומים שבהם פועל בית הדין הרבני ולהוכיח, שברבים מהם איזון לאור שיח זכויות האדם ואיזון בין ערכים יהודיים מתנגשים יכול להוביל לתוצאה דומה. הדיון במאמר יתמקד בשני תחומים מרכזיים שבהם פועל בית הדין הרבני, ופעילותו בהם עלולה לעמוד בסתירה להוראות המחוקק בחוקי היסוד החדשים: הראשון, הסנקציות המופעלות כנגד סרבני גט, הפוגעות בזכויות אדם בתחומים כגון קניין, תנועה, עיסוק, חירות וכבוד; השני, איסוף ראיות במתכונת הפוגעת בפרטיות ובכבוד האדם לצורך המצאת הוכחה בבית דין רבני כי קיימת תשתית עובדתית לעילת גירושין של בעל הדין החפץ בגירושין. בחינה מדוקדקת של האיזון הראוי בין ערכים מתנגשים במשפט העברי ובין זכויות אדם מתנגשות בתחומים אלו תוביל אותנו לכלל מסקנה, כי תולדת האיזון בהם בין ערכים מתנגשים לאור עקרונות המשפט העברי, החלים בדיון בבית הדין הרבני, דומה מאד לתולדת האיזון שבין זכויות אדם מתנגשות בסוגיות הללו, לאור עקרונות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. על כן פעמים רבות אפשר לגשר על הפערים בין השקפת העולם היהודית-דתית של הדיינים ובין שיח זכויות האדם בישראל כאשר עושים כל מאמץ לחתור אל מכנה משותף. בנסיבות המתאימות האיזון בין ערכים מתנגשים במשפט העברי והאיזון בין זכויות אדם מתנגשות יכול להוביל למסקנות דומות.

הניתוח להלן של שתי הסוגיות הנזכרות לעיל – סנקציות בגין סרבנות גט ופגיעה בצנעת הפרט ובכבודו לצורך המצאת ראיות לבית דין רבני – מושתת על ההנחה, שלמשפט העברי מטרות חשובות וערכים חשובים בסוגיות הללו, שאינם עולים תמיד בקנה אחד עם עקרונות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, אך השגת מטרות אלה אינה מקדשת את האמצעים.¹⁰ תפיסה זו קרובה לתפיסת עולמו של המחוקק הישראלי כפי שבאה לידי ביטוי בפסקת ההגבלה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו,¹¹ שלפיה אפשר לפגוע בזכויות אדם המעוגנות בחוק יסוד זה "לתכלית ראויה" – דהיינו: למען קידום אינטרס חשוב המקדם ערכים חברתיים¹² – אולם פגיעה זו לא תהיה "במידה העולה על הנדרש". על כן פגיעה קשה מדי בזכויות אדם אינה מקובלת על המחוקק אף

¹⁰ בנוגע לשאלה, אם המטרה מקדשת את האמצעים לפי השקפת עולם יהודית ראו נחום רקובר **מטרה המקדשת את האמצעים** 15–30 (התש"ס).

¹¹ ראו ס' 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח התשנ"ב 150 (להלן: חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו).

¹² ראו להלן, סמוך לה"ש 144–147.

כאשר מטרתה היא קידום ערכי החברה, ונדרש איזון בשיח זכויות האדם בישראל. הוא הדין בנוגע לערכי היהדות החלים בתחומים הללו. היהדות רוצה לשחרר את מסורב/מסורבת הגט מכבלי סרבנות הגט וגם חפצה שתהיה אפשרות להמציא לבית דין רבני ראיות הדרושות לצורך הוכחה שקיימת עילת גירושין. עם זאת, יעדים וערכים אלה אינם חזות הכול. קיים צורך אינהרנטי לקיים איזון בין ערכי המשפט העברי. בדיון בסוגיות אלה הדיין צריך ליחס חשיבות רבה לכבוד האדם ולחירותו, שהם ערכים חשובים לדעת חכמי המשפט העברי.¹³

כבוד האדם וחירותו הם ערכי יסוד יהודיים, שהועלו על נס במקורות המשפט העברי במשך דורות רבים. חכמי ההלכה הרגישו, שהאדם הוא בן חורין ואינו משועבד לאדם אחר מאחר ששעבודו וכפיפותו הם כלפי בורא עולם.¹⁴ הפסוק בתורה "כי לי בני ישראל עבדים",¹⁵ היה הבסיס לדרשת חז"ל שבה מובעת מורת רוח מפעולת אדם המוכר עצמו לעבד: "כי לי בני ישראל עבדים – ולא עבדים לעבדים".¹⁶ לאור השקפת עולם זו, סברו חכמי ההלכה בימי הביניים שאסור לשעבד אדם "בגופו" – דהיינו: לכופו לעבד – כדי לפרוע את חובו.¹⁷ השקפת העולם בדבר חשיבותם של חירות

¹³ ראו בראשית א, כז; ויקרא כה, נג-נה; משנה אבות ד, א, יב; מנחם אלון חירות הפרט בדרכי גביית חוב במשפט העברי 1-2, 16-37, 255-264 (1964); מנחם אלון כבוד האדם וחירותו בדרכי ההוצאה לפועל – ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית 1-2, 16-37, 255-64 (התש"ס); שילם ורהפטיג דיני עבודה במשפט העברי 2-3 (התשכ"ט); חיים פוברסקי יסודות שעבוד הגוף ושעבוד נכסים בחשיבה ההלכתית: היבטים של החיוב במשפט העברי מבחינה אנליטית 23-47 (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור למשפטים, אוניברסיטת תל אביב – הפקולטה למשפטים, התשנ"ה); בג"ץ 5304/92 פר"ח 1992 סיוע לנפגעי חוקים ותקנות למען ישראל אחרת – עמותת נ' שר המשפטים, פ"ד מז(4) 715, 737-737, 741-743 (1993) (להלן: פרשת פר"ח); מנחם אלון "כבוד האדם וחירותו במורשת ישראל" מחניים יב 18, 19-29 (התשנ"ו); מנחם אלון "חוקי היסוד – עיגון ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית" מחקרי משפט יג 27, 47-48 (התשנ"ו).

¹⁴ תוספתא (מהדורת מ"ש צוקרמאנדל), בבא קמא ז, ה, 358. ראו גם בבלי קידושין כב, ע"ב; אפרים א' אורבך חז"ל – פרקי אמונות ודעות 365-366 (התשנ"ו); אפרים א' אורבך "הלכות עבדים כמקור להיסטוריה החברתית בימי הבית השני ובתקופת המשנה והתלמוד" מעולמם של חכמים 179, 184-185 (התשמ"ח).

¹⁵ ויקרא כה, נה.

¹⁶ ראו ירושלמי בבא מציעא ו, ב; בבלי קידושין כב, ע"ב; בבא קמא קטז, ע"ב; בבא מציעא י, ע"א; בבא בתרא י, ע"א. עם זאת, חכמי ההלכה בימי הביניים סברו שמותר לאדם להשכיר את עצמו לעבודה, כיוון ששכיר, בניגוד לעבד עברי, אין גופו קנוי במידה מסוימת; ואילו עבד זה משועבד, כיוון שאינו יכול לחזור בו ואינו משתחרר לפני תום הזמן שנקבע לעבודתו כאשר אדונו לא כתב לו שטר שחרור. ראו תוספות בבא מציעא י, ע"א, ד"ה כי לי בני ישראל עבדים; שו"ת מהריא"ז עניזיל סימן טו, ד"ה אמנם מה שהקשה; ורהפטיג, לעיל ה"ש 13, בעמ' 88.

¹⁷ ראו שו"ת הרא"ש כלל עה, ב; ורהפטיג, שם, בעמ' 89; אלון חירות הפרט לעיל ה"ש 13, בעמ' 151

האדם וכבודו ביהדות צריכה להנחות את בית הדין הרבני כאשר הוא עושה שימוש באמצעים חריפים כנגד סרבן/סרבנית גט. מאסר, בכלל,¹⁸ ושעבוד גופם של חייבים – בין השאר באמצעות מאסר – בפרט,¹⁹ אינו רצוי. אולם לעתים, בדלית ברירה, עקב צורכי החברה, נעשה שימוש במאסר.²⁰

האיזון בין ערכים מתנגשים ניכר גם במקורות המשפט העברי בנוגע להגנה על הפרטיות. אסורה פתיחת פתח או חלון בביתו של אדם כנגד פתחו או חלונו של חברו. איסור זה נועד למנוע "היזק ראייה", כאשר אדם צופה בדברים הנעשים ברשות היחיד של רעהו.²¹ עם זאת, איסור זה אינו מוחלט, ומאזנים בין ערך ההגנה על הפרטיות ובין ערכים מתנגשים. הרמב"ם פסק: "אחד מן השותפין שביקש לפתוח לו חלון בתוך ביתו לחצר – חברו מעכב עליו, מפני שמסתכל בו ממנו. ואם פתח-יסתום. וכן לא יפתחו השותפין בחצרן פתח בית כנגד פתח בית, או חלון כנגד חלון; אבל פותח אדם לרשות הרבים פתח כנגד פתח וחלון כנגד חלון, מפני שהוא אומר לו: 'הריני כאחד מבני רשות הרבים שרואין אותך'. אף על פי כן לא יפתח אדם חנות כנגד פתח חצר חברו, שזה היזק קבוע תמיד; שהרי בני רשות הרבים עוברים ושבים; וזה יושב בחנותו כל היום ומביט בפתח חברו."²² לדעת הרמב"ם, עדיפה זכות הרבים לעשות שימוש ברשות הרבים הסמוכה לרשות היחיד. במקרה זה יש לייחס חשיבות יתירה לזכות או לאינטרס של הרבים לעבור ברשות הרבים ליד חלון במקום המגורים של היחיד אף על פי שקיימת אפשרות שהם יגרמו ליחיד הדר שם "היזק ראייה". עם זאת, כל מקרה נבחן לגופו, לאור משקלו וחשיבותו של כל ערך מן הערכים המתנגשים זה עם זה, נקבעת תולדת האיזון ביניהם. הזכות או האינטרס של האחר, החפץ לפעול כאוות רצונו אף כאשר פעילותו עלולה לגרום נזק של פגיעה בפרטיות רעהו, מחד גיסא, וההגנה על הפרטיות, מאידך גיסא, אינם ערכים מוחלטים. הרמב"ם פסק, שפגיעה זמנית וחולפת של הרבים בפרטיות מותרת, אולם כאשר יחיד חפץ לפתוח חנות כנגד חצר חבירו, הוא רוצה לגרום לפגיעה קבועה ומתמשכת בפרטיותו, ובנסיבות אלה עדיפה זכות היחיד

140–147.

¹⁸ ראו אלון, שם, בעמ' 16–19, 265–269; מנחם אלון "דרך חוק בחוקה: ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית לאור חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" **עיוני משפט** יז 659, 679–681 (התשנ"ג); מנחם אלון "חוקי היסוד – עיגון ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית" **מחקרי משפט** יג 27, 35 (התשנ"ו).

¹⁹ ראו אורבך "הלכות עבדים", לעיל ה"ש 14, בעמ' 180–181; Boaz Cohen, *Civil Bondage in Jewish and Roman Law*, in LOUIS GINZBERG – JUBILEE Volume, 113 (1945); מנחם אלון **המשפט העברי – תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו** 535–536 (התשמ"ח).

²⁰ ראו אלון, שם, בעמ' 10–11, 26, 535 ה"ש 35, 575–576, 664–665, 828 ה"ש 87, 1370–1375.

²¹ על "היזק ראייה" ראו להלן ה"ש 314.

²² **משנה תורה** שכנים, ה, ז-ח.

להגן על עצמו מפני "היזק ראייה" כיוון "שזה היזק קבוע תמיד".²³ מותר לרבים לעבור ליד חלון בביתו של היחיד מפני שאף ערכים חשובים מאוד, כגון כבוד האדם וחירותו, אינם חזות הכול ביהדות וצריך לאזן בינם ובין ערכים חשובים אחרים. מחד גיסא, חייבים להטיל מגבלות על זכות האדם לכבודו וחירותו ומאידך גיסא, יש להטיל מגבלות על פעולות הפוגעות בכבוד האדם ובחירותו. אם כל בני האדם היו חופשים לנהוג כאוות רצונם, היתה נגרמת אנדרלמוסיה, כגון זו הנוצרת כשהכלל המשפטי הנוהג הוא כל דאלים גבר, וצרכים בסיסיים של אנשים לא היו מוגשמים. מכיוון שפעולות כל בני האדם אינן עולות בקנה אחד, יש להתחשב, תוך איזון ראוי, בכבוד האדם ובחירותו ובמטרות אחרות, כגון צדק, ביטחון, שוויון ועוד. בנסיבות המתאימות ישנה הצדקה להגבלת כבוד האדם וחירותו וערכים אחרים מתנגשים.²⁴

האיזון בין ערכים יהודיים מתנגשים צריך לבוא לידי ביטוי באופן בהיר ומחודד בפסקי הדין של בתי הדין הרבניים בישראל. נקודת האיזון הראויה בסוגיות מרכזיות, הנידונות בבית הדין הרבני מנקודת המבט של המשפט העברי, אינה רחוקה מנקודת האיזון של המשפט הישראלי, המאזן בין זכויות אדם שונות ומתנגשות בסוגיות הללו לפי עקרונות המשפט החוקתי בישראל, וחוקי היסוד החדשים בכלל זה. במשפט העברי האיזון הוא בין עקרונות וערכים יהודיים, ובמשפט הישראלי האיזון הוא בין זכויות אדם, אך בדוגמאות הנידונות במאמר זה המדיניות, שהיא פועל יוצא של כל אחד מן האיזונים הללו, דומה. התולדה של איזון בין ערכים יהודיים מתנגשים דומה במקרים רבים לתולדת האיזון הקיים במשפט בישראל לעת הזאת בין זכויות אדם מתנגשות.

ב. תחולת עקרונות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, בבית הדין הרבני

1. מידת ההתאמה בין עקרונות דיני החוקה בישראל ועקרונות היהדות

בשיח החוקתי בישראל ניכר דיון של מלומדים ושופטים בנוגע לצורך לאזן בין ערכים מתנגשים. האם עקרונות שקבעה הפסיקה בישראל בנוגע לאיזון בשיח זה חלים גם

²³ על נוסחת האיזון במקרה זה ראו אליהו ליפשיץ "הזכות לפרטיות במשפט העברי ובמשפט המדינה-היזק ראייה וצנעת הפרט" **סקירות פרשת שנוע-משרד המשפטים** פרשת בלק, גליון 33 (התשס"א) www.daat.ac.il/mishpat-ivri/skirot/33-2.htm

²⁴ אמנם, כל כפייה המסכלת מאוים אנושיים היא רעה כשלעצמה, אולם אפשר שמן ההכרח לעשות בה שימוש כדי למנוע רעות אחרות. אי-התערבות כשלעצמה היא טובה, אך לא הדבר היחיד שהוא טוב. ראו ישעיה ברלין **ארבע מסות על חירות** 52–54 (התשל"א).

בבית הדין הרבני בישראל? דייני בתי הדין הרבניים בישראל חפצים שרק המשפט העברי יהיה הדין הנוהג בבית דינם. עם זאת, בתי הדין הללו פועלים במציאות מורכבת. בנסיבות המתאימות עקרונות החקיקה של הכנסת ופסיקת בית המשפט העליון חלים גם בבתי הדין הרבניים בישראל.²⁵ האם גם עקרונות בסיסיים בחוקה בישראל – כגון עקרונות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – חלים בבתי הדין הרבניים בישראל? המענה לשאלות אלה הוא פועל יוצא של בחינה דו-שלבית. תחילה יש לבחון מהי מידת ההתאמה, אם בכלל, בין עקרונות החוקה בישראל ועקרונות היהדות. לאחר מכן יש לבחון, לאור הוראות החוק הרלוונטיות ופרשנות הפסיקה בישראל, מהי מידת תחולתם, אם בכלל, של חוקי היסוד החדשים בבתי הדין הרבניים.

בעבר היו דיינים שסברו, כי עקרונות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו הם נטע זר מנקודת מבט יהודית ולכן לא ראוי מבחינה עקרונית-דתית שיחולו בבית הדין הרבני. ראש וראשון לאלו שביטאו השקפת עולם זו היה הרב אברהם שרמן, דיין בית הדין הרבני הגדול. לדידו, חוק יסוד זה מושתת על ההנחה שקיימות זכויות המוקנות לכל אדם. בהידרשו להצעת חוק יסוד: זכויות היסוד של האדם, שקדמה לחקיקת חוק יסוד זה, קבע כי תפיסת העולם העומדת ביסוד הצעת החוק אינה עולה בקנה אחד עם ערכי המשפט העברי מפני ש"היא פרי השקפת עולם הרואה את הזכויות כביטוי לשאיפת האדם".²⁶ לדידו, קיים שוני בסיסי בין ההשקפה בנוגע לכבוד האדם ביהדות ובמשפט המודרני, בין השאר בישראל, מאחר שהמשפט המודרני עוסק רק בזכויות המוקנות לאדם מכוח תחולתו של עקרון "כבוד האדם", ומשפט התורה עוסק בחובות המוטלות על האדם מכוח עיקרון זה. על פי השקפת הרב שרמן, במשפט העברי הזכויות של כל אדם הן פועל יוצא של חובותיו, שהן העיקר: "תורת ישראל תובעת שהזכות הגדולה ביותר לאדם היא הגשמת חובות, מצוות וייעוד".²⁷ לדעתו, עיקרון זה, הקיים בנוגע לכל חובה ביהדות שממנה נובעת זכות, קיים ביתר תוקף בכל הנוגע לכבוד האדם. גישה זו תואמת במידת מה גישת מלומדים שונים, אשר אף הם הדגישו את אלמנט החובה ביהדות. כך, לדוגמא, סבר המלומד Cover, שמילת המפתח ביהדות היא "מצווה" ולא זכויות:

The Principal word in Jewish Law, which occupies a place equivalent in evocative force to the American legal system's

²⁵ ראו פנחס שיפמן **דיני המשפחה בישראל** א, 19–20, 32, 42–43 ובה"ש 15 (התשנ"ה); אריאל רוזן-צבי **דיני המשפחה בישראל – בין קודש לחול** 300–312 (התש"ן).

²⁶ אברהם שרמן "עקרונות חוק זכויות היסוד של האדם-לאור עקרונות תורת ישראל ומשפטיה" **זכויות האדם ביהדות** 305 (גידי פרישטיק עורך, התשנ"ב).

²⁷ שרמן, **שם**, בעמ' 297–298.

"Rights", is the word "Mitzvah", which literally means commandment but has a general meaning closer to "incumbent obligation".²⁸

השופט משה זילברג הדגיש, בנוגע לחיוב החייב לפרוע חוב למלווה מנקודת המבט של המשפט העברי, שבעיקר אין מדובר על זכות של המלווה, אלא בראש ובראשונה על חובה דתית של יהודי, המצווה ועושה: "לא חובו של בעל החוב (הנושה) מעניין, איפוא, את בית הדין, אלא חובתו של החייב, החובה הדתית-מוסרית, קיום המצוה שלו, ורק בעקיפין כאילו, כתוצאה משנית, מקבל הנושה את כספו".²⁹

לדעתנו, היחס בין חובות וזכויות ביהדות, הבא לידי ביטוי בכתבי הרב שרמן והמלומד Cover, צריך עיון. המלומד Stone מתחה בקורת מוצדקת על הפרשנות של המלומד Cover לעקרונות היהדות.³⁰ לדעתה, קיימות ביהדות חובות ולצדן קיימות אף זכויות, שלהן חשיבות לכשעצמן ואינן רק נספח ותוצר לוואי של חובות. על כן יש לייחס חשיבות מנקודת מבט של המשפט העברי לזכויות, בכלל, ולזכויות האדם, בפרט. ודוק: אמנם, אין זהות בין הזכויות ביהדות ובין זכויות האדם בחוקות בנות זמננו, אך היהדות אינה שוללת אפשרות של הענקת זכויות אדם מעין אלה.

Robert M. Cover, *Obligation: A Jewish Jurisprudence of the Social Order*, 5 J. OF 28
Martha Minow, Michael Ryan, & Austin Sarat eds., .L. & RELIGION 65 (1988)
Narrative, Violence, and the Law, 239–248 (1995)

29 משה זילברג כך דרכו של תלמוד 72 (התשכ"ב); משה זילברג כתבי משה זילברג 509 (התשנ"ח).
ראו גם Moshe Silberg, *Law and Morals in Jewish Jurisprudence*, 75 HARVARD L. REV. 306, 312 (1961)

30 ראו ביקורתה של המלומדת Stone על עמדתו של המלומד Cover בנוגע למאפייני החובות והזכויות במשפט העברי ב- Suzanne Z. Stone, *In Pursuit of the Counter – Text: The Turn to the Jewish Legal Model in Contemporary American Legal Theory*, 106 HARV. L. REV. 813, 865–887 (1993). ראו גם תמיכת המלומד בלידשטיין בעמדת המלומדת Stone במאמרו, להלן ה"ש 37, בה"ש 18. תפיסת עולמה נגזרת מן השיח הכללי בנוגע לזכויות. ראו בנוגע לשיח זה הדיון של המלומד Joseph Raz: *Hart on Moral Rights and Legal Duties*, 4 OXFORD J. OF LEGAL STUD., 123–131 (1984); Joseph Raz, *On the Nature of Rights*, Mind, New-Series, 93, No. 370, 194–214 (1984). ראו גם על הזכות להורות, סוגים שונים של זכויות וההכרה באוטונומיית הרצון של הפרט בדנ"א 95/2401 נחמני נ' נחמני, פ"ד (4) 661, 683–680; 703–701; 821–718; 724–723; 727–726; 736–735; 746–745; 760–748 (1995). שם, בעמ' 723, ראו דיון על הזיקה ההדוקה בין זכות החירות, וכנגזרת ממנה האוטונומייה של הרצון, ובין כבוד האדם.

2. חשיבות כבוד האדם במשפט העברי

ביהדות קיימות זכויות שהן פועל יוצא של ערך כבוד האדם. כשם שמצווה על כל יהודי לכבד את בורא עולם, כך מצווה עליו גם לכבד כל אדם, שנברא בצלם בוראו. כבוד האדם, שנברא בצלם בוראו, דומה במידה מסוימת לכבודו של בורא עולם ומושווה אליו: "ותחסרהו מעט מא-לוהים, וכבוד והדר תעטרנהו".³¹ חשיבות כבוד האדם במקורות היהודיים נובעת מבריאת האדם בצלם א-להים.³² רבי עקיבא הסיק מן הכתוב בתורה: "בצלם א-להים עשה את האדם".³³ "חביב אדם שנברא בצלם; חבה יתרה נודעת לו שנברא בצלם".³⁴ על האדם מוטלת חובה לכבד את עצמו וכך הוא מכבד את בוראו.³⁵ העיקרון שלכל אדם, אשר נברא בצלם בוראו, יש ערך, הוא יסוד להומניזם דתי ביהדות.³⁶

בספרות היהודית מצוי פעמים רבות הביטוי "כבוד הבריות" במקום הביטוי השגור בימינו "כבוד האדם".³⁷ ישנם הסבורים, ש"כבוד הבריות" הוא מושג אוניברסלי החל על כל באי עולם ולא רק על בני אברהם, יצחק ויעקב. לדידם, מושג זה קיים גם

31 **תהילים** ח, ו. בנוגע למשמעות הרעיון של בריאת האדם בצלם בוראו בפרק ח בתהילים ראו משה ויינפלד "הא-ל הבורא בבראשית א ובנבואת ישעיה השני" **תריץ** לז 105, 132 (התשכ"ח).

32 לפי תפיסת עולמו של הלל הזקן, יש לשמור על כבודו של כל אדם בגין בריאת האדם בצלם בוראו. ראו **ויקרא רבה** לד, ג: "הלל הזקן בשעה שהיה נפטר מתלמידיו והיה הולך עמהם, אמרו לו תלמידיו: 'רבי, להיכן אתה הולך?' אמר להם: 'לעשות מצוה'. אמרו לו: 'וכי מה מצוה זו?' אמר להם: 'לרחוץ בבית המרחץ'... אמרו לו: 'וכי זו מצוה היא?' אמר להם: 'אני שנבראתי בצלם, שנאמר: 'כי בצלם א-להים עשה את האדם'...".

33 **בראשית** ט, ו.

34 **משנה** אבות ג, יד. על משמעות הביטוי "חביב אדם שנברא בצלם" ראו אהרון ליכטנשטיין "כבוד הבריות" **מחניים** 5, 8, 12 (התשנ"ג); אליהו בקשי דורון "כבוד לאדם כי נברא בצלם אלוקים" **כבוד האדם או השפלותו?** 14 (התש"ס); חנה כשר "חביב אדם שנברא בצלם" – הומניזם מותנה (על-פי הרמב"ם) לעומת הומניזם שלא מדעת (על-פי ליבוביץ) " **דעת** 41 19 (התשנ"ח). בנוגע לחשיבות שייחסו חז"ל לערכו של כל אדם, אשר נברא בצלמו של בורא עולם, ראו גם יאיר לורברבוים "אדם, דם, דמות – על מיתת ההרג בספרות התנאים" **מחקרי משפט** טו 429, 454 (התשנ"ט).

35 הרב יוסף דב סולובייצ'יק דן בעיקרון זה: "הכבוד כשלעצמו הוא בבחינת מידה א-לוהית כאשר האדם מחשיב עצמו וחולק כבוד לעצמו, ומביא בכך לידי ביטוי את דבר שליחותו הגדולה המתבססת כולה על צלם אלוקים שבו... אולם אם האדם מחלל את כבוד עצמו ואת עצמו-הריהו מחלל בזה את צלם אלוקותו ואת שליחותו" (יוסף דב סולובייצ'יק **מי זכרון** 9, 20 (התשנ"ו)).

36 ראו נעם זוהר **חירות ושוויון במסורת היהודית** 12–13, 17–23 (התשנ"א).

37 על משמעות המושג "כבוד הבריות" והיחס בינו ובין המושג "כבוד האדם" ראו יעקב בלידשטיין "כבוד הבריות' וכבוד האדם" **שאלה של כבוד – כבוד האדם כערך מוסרי עליון בחברה המודרנית** 97–102 (יוסף דוד עורך, התשס"ו). ראו גם מנחם אלון "כבוד האדם וחירותו במורשת ישראל" **מחניים** 12, 18, 22 (התשנ"ו).

בתרבויות אחרות ולא רק ביהדות.³⁸ בין השאר, בדורות האחרונים הדגיש הרב אברהם יצחק הכהן קוק, רבה הראשי של ארץ ישראל, את ההיבט האוניברסלי כשדן על אהבת הבריות. לדידו, אהבה זו לכל מי שנברא בצלם הבורא היא "אהבת כל אדם בייחוד ואהבת כל העמים כולם, חפץ עילויים ותקומתם הרוחנית והחומרית... נקודת חיים, אור וקודש, תמיד לא זזה מהצלם הא-להי שנחנן בו האדם בכללו... [אהבת הבריות] צריכה להתפשט על כל אדם כולו, למרות כל שינויי דעות, דתות ואמונות, ולמרות כל החילוקים של הגזעים".³⁹

היו שסברו כי קיים פער של ממש בין המושג "כבוד הבריות", הנזכר תדיר בספרות ההלכה, ובין המושג "כבוד האדם", הנזכר בהגות הליברלית-הומניסטית,⁴⁰ וחלקם הבחינו בין המונח "בריות" המושתת על הכרה בנבראות האדם וקיומו של בורא העולם והאדם שכל יהודי חייב לקיים את מצוותיו, ובין הדמות האוטונומית שבאה לידי ביטוי במילה "אדם".⁴¹ עם זאת, פרשנים אחרים של היהדות סבורים, שישנם קרבה ומכנה משותף של ממש בין "כבוד האדם" של המסורת ההומניסטית בת זמננו ובין "כבוד האדם" של היהדות.⁴² בסוגיה זו מקובלת עלי עמדת המלומד בלידשטיין:

"אמנם היהדות – כמו כל מערכת שנולדה לפני המודרנה – מדברת בשפת החובה, ואילו המערב הליברלי-מודרני מדבר בשפת הזכויות... כל מערכת של חובות יוצרת זכויות, כשם שכל מערכת של זכויות יוצרת חובות... ערכה של מערכת נורמטיבית ייקבע אפוא לפי טיב החובות והזכויות הגלומות בה, ולא דוקא לפי מבנה העומק שלה. לפיכך אין להניח מראש פער בין המערכת ההלכתית למערכת המערבית רק בשל ההבדל המבני האמור... לענייננו השאלה העיקרית אחרת כמובן. עלינו לשאול: באיזו מידה צריך לזהות את התוכן של "כבוד הבריות" עם תכנים של 'כבוד האדם' המצטיירים במסורת הליברלית בת-זמננו? כאן התכנים קובעים ולא המונחים".⁴³

חשיבות "כבוד הבריות" או "כבוד הרבים" בהלכה ניכרת לאור משקלו של עיקרון זה בהשוואה למשקלם של עקרונות אחרים, הבא לידי ביטוי בכלל בתלמוד הבבלי: "גדול

38 ראו ליכטנשטיין, לעיל ה"ש 34, בעמ' 8–9.

39 ראי"ה קוק **מוסר אבין** מדות הראיה, א, י.

40 ראו בלידשטיין, לעיל ה"ש 37.

41 ראו ליכטנשטיין, לעיל ה"ש 34, בעמ' 37–42. ראו גם: Izhak England, "Human Dignity : From Antiquity to Modern Israel's Constitutional Framework" 21 CARDOZO L. REV. 1903, 1906–1910 (2000).

42 ראו בלידשטיין, לעיל ה"ש 37, בעמ' 99–100 ובה"ש 14.

43 בלידשטיין, שם, בעמ' 101–102.

כבוד הבריות שדוחה את לא תעשה שבתורה⁴⁴, ובכלל בתלמוד הירושלמי הקובע ש"כבוד הרבים" דוחה מצווה מן התורה שעה אחת.⁴⁵ בימי הביניים חכמי ההלכה אף הרחיבו ופיתחו תחום זה וכך נוספו תחומים חדשים מעבר לאלו הנזכרים בתקדימים שבתלמוד שבהם נדחה איסור מדרבנן, אשר אינו איסור על פי דין תורה, כדי שלא ייפגע "כבוד הבריות".⁴⁶ כך, למשל, אף במקרים שבהם אין סנקציה משפטית כנגד בושות או בושות דברים בדין התלמודי, החמירו בעונשו של המבייש בימי הביניים כדי שלא ייפגע כבוד הבריות.⁴⁷

אפשר להצביע על שתי מגמות סותרות בנוגע לאיזון הראוי בין כבוד הבריות וערכים נוספים. מחד גיסא, קיימת מגמה של הרחבת תחולת השימוש ההלכתי בכלל המייחס חשיבות ל"כבוד הבריות", בהשוואה למשקלם של עקרונות הלכתיים אחרים. בתחומים נוספים, כגון מניעת פגיעה במעמדו החברתי או במשפחתו של אדם, במיוחד כשהוא משתייך למשפחה מכובדת ומיוחסת, או מניעת פגיעה בשלום בית וערעור התא המשפחתי – נעשה שימוש על ידי חכמי ההלכה במרוצת הדורות בשיקול של הימנעות מפגיעה ב"כבוד הבריות".⁴⁸ בשל הרחבה זו ישנם המדגישים, שהשתתית להגנה על הפרטיות בזמננו לאור עקרונות משפט העברי מצויה בהלכות בנוגע ל"כבוד הבריות".⁴⁹ מאידך גיסא, אף שבכמה תחומים הורחב היישום של העיקרון בנוגע לכבוד הבריות מעבר לתחומים שבהם הוחל עיקרון זה במפורש בתלמוד, בדרך כלל חכמי ההלכה לא הרחיבו במידה רבה את היקף התחומים הללו, הנזכרים במקורות הקדומים

44 **בבלי** ברכות יט, ע"ב. בסוגיה תלמודית זו מבואר, שכבוד הבריות דוחה את לא תעשה שבתורה, היינו: איסור לא תעשה של "לא תסור", ואלו איסורים שהם מדרבנן ולא מדאורייתא. ראו המקורות הבסיסיים בהלכה ובאגדה, שבהם מופיע הביטוי "גדול כבוד הבריות שדוחה לא תעשה שבתורה". ראו יעקב בלידשטיין "גדול כבוד הבריות" – עיונים בגלגוליה של הלכה "שנתון המשפט העברי ט-י 127, 131-138 (התשמ"ב-התשמ"ג). שם, בעמ' 140-141, נזכרים מקרים שונים שבהם נדחות נורמות מדרבנן שאינן איסורי תורה מפני כבוד הבריות.

45 על הסוגיה בתלמוד הירושלמי ראו בלידשטיין, שם, בעמ' 138-140.
46 ראו בלידשטיין, שם, בעמ' 143-149. על החשיבות היתירה שייחסו חסידי אשכנז ל"כבוד הבריות" ראו אברהם גרוסמן "גמילות חסדים וכבוד הבריות במשנתם של חסידי אשכנז" **ספר זכרון לאבי שטיין** 111, 128 (התשנ"ז).

47 ראו בלידשטיין, לעיל ה"ש 37, בעמ' 104-107.
48 ראו בלידשטיין, שם, בעמ' 123-124; בלידשטיין, לעיל ה"ש 44, בעמ' 171-175. בנוגע למשמעות החדשה של "כבוד הבריות" ביחסים בתוך המשפחה ראו גם שמואל הרץ "חייב אדם לכבד את חמיו" **טללי אורות** ח 71 (התשנ"ח-התשנ"ט).

49 ראו פרשנות השופט מנחם אלון בנוגע ליסוד הכלל שקבע רבי עקיבא, שלפיו אין לחפש בכליו של אדם ועל גופו. לדעתו, העיקרון הוא מניעת ביזוי כבוד האדם. ראו בש"פ 2145/92 **מדינת ישראל נ' גואטה**, פ"ד מו(5) 704 (1992).

שבהם כתוב כי "כבוד הבריות" עדיף על פני נורמות הלכתיות אחרות, הנדחות מפניו.⁵⁰ אחד מן התחומים הנוספים שבהם נעשה שימוש בעיקרון הנוגע לכבוד הבריות בימי הביניים הוא אזכור מפורש של החובה מוטלת על הדיינים בבית הדין הרבני, הקובעים מה יהיה עונשו של עבריין, לשוות לנגד עיניהם את כבוד המתדיינים בפניהם. על כן אין להפריז בעונש, אף כשבהתאם לנסיבות ישנה הצדקה להטלתו, כדי לא לפגוע בכבוד המתדיינים. הנחיית הרמב"ם לדיין היא "ובכל יהיו מעשיו (=של הדיין) לשם שמים ואל יהיה כבוד הבריות קל בעיניו, שהרי הוא דוחה את לא תעשה (=איסור לא תעשה) של דבריהם (=שהוא מדרבנן ולא מדאורייתא). וכל שכן כבוד בני אברהם יצחק ויעקב, המחזיקים בתורת האמת, שיהיה זהיר שלא יהרס כבודם אלא להוסיף בכבוד המקום בלבד".⁵¹

3. תחולתם של עקרונות חוק היסוד בבית הדין הרבני

הפסיקה בפרשת בבלי תיחמה את קו הגבול בין "ענייני איסור והיתר לנישואין וגירושין", שבהם בית הדין הרבני אוטונומי, ובין "סוגיות אזרחיות נלוות" לתחום זה, שבהן בית הדין הרבני צריך לפעול מתוך מגמה של השגת הרמוניה ואחדות בין האיזונים והנורמות הנוהגים בו ובין אלו הנוהגים בערכאה האזרחית.⁵² המגמה שבאה לידי ביטוי תחילה בפסק הדין בפרשת בבלי באה לידי ביטוי שוב פסק הדין של בית המשפט העליון בפרשת לב.⁵³ פסק הדין בפרשת לב הוא מקרה פרטי, שבו מיושם עיקרון כללי: בתי הדין הרבניים בישראל הפועלים בתחום "סוגיות אזרחיות נלוות" צריכים לייחס חשיבות בפסיקתם לערכי היסוד של שיטת המשפט בישראל, שבאו לידי ביטוי בין השאר בחקיקה של הכנסת המקדמת את כבוד האדם וחירותו.⁵⁴ בפסק הדין בפרשת לב הכריע בית המשפט העליון במחלוקת, שבאה לידי ביטוי קודם לכן בכתבי מלומדים ובפסיקה בישראל בנוגע לתחולתם של עקרונות חוק יסוד:

⁵⁰ ראו בלידשטיין, לעיל ה"ש 44, בעמ' 179. בנוגע למגמה הזזהירה והשקולה לגבי דחיית מצוות "לא תעשה" כשהדבר נחוץ עבור "כבוד הבריות" ראו גם זאב ריינס "כבוד הבריות בהלכה" סיני כז, עמ' קנז, קסא (התש"י). הרב אהרן ליכטנשטיין הסביר, שהטעם לחשש של חכמי ההלכה מפני שימוש נרחב מדי בעיקרון זה בנוגע לכבוד הבריות נעוץ במודעות שלהם לעובדה "שמדובר ב'מתיר' רחב היקף, וממילא-טמונה בחובו גם סכנה, שכל מיני 'מחפשי היתר בסיטונות' יבקשו להיתלות בו כדי להתיר את אשר נפשם חפצה". ליכטנשטיין, לעיל ה"ש 34, בעמ' 14-15.

⁵¹ **משנה תורה** סנהדרין, כד, י. השוו לנוסח ההלכה בכתבי הרמב"ם, בנוגע לכוונה הראויה המכוונת את מלך ישראל בכל פעולותיו השלטוניות: **משנה תורה** מלכים, ד, י.

⁵² ראו בג"ץ 1000/92 **בבלי נ' בית הדין הרבני הגדול**, פ"ד מח(2) 221, 246 (1994).

⁵³ ראו בג"ץ 3914/92 **לב נ' בית הדין הרבני האזורי בתל אביב-יפו**, פ"ד מח(2) 491 (1994) (להלן: פרשת לב).

⁵⁴ ראו ברק, לעיל ה"ש 2, בעמ' 458.

כבוד האדם וחירותו, בבית הדין הרבני. לכתחילה לא היתה תמימות דעים בסוגיה זו והיו פרשנויות שונות ללשון המחוקק. היו שסברו כי לשון זו מאפשרת פרשנות, שלפיה עקרונות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, אינם חלים בבתי הדין הדתיים בישראל. המשפטנים והדיינים שהכריעו בסוגיה זו התחשבו בעובדה, שהמחוקק הישראלי קבע כי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, חל על כל "רשות מרשויות השלטון".⁵⁵ ניטש ויכוח, אם אף בית דין דתי הפועל מכוח סמכות שיפוט שהעניק לו המחוקק בישראל, כגון בית הדין הרבני, הוא רשות כזו; והיו דיינים שכתבו כי הוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, אינן חלות בבית הדין הרבני כיוון שלדעתם, אינו "רשות מרשויות השלטון".⁵⁶ תחילה אף היו שופטים בבית המשפט העליון שלא היו בטוחים, כי הוראות חוק יסוד זה חלות בבית הדין הרבני.⁵⁷

השופט ברק כתב, שהוראות חוק זה חלות בבית הדין הרבני. בספרו סבר, שכאשר המחוקק כתב כי חוק זה חל על "רשות מרשויות השלטון", התכוון לומר שהחוק יחול בין השאר על הרשות השופטת בכללותה, והיא כוללת את בתי המשפט האזרחיים ובתי דין אחרים הפועלים מטעם מדינת ישראל ומתוקצבים על ידה, כגון בתי הדין הדתיים המוסמכים לדון מכוח חוקי המדינה ובית הדין לעבודה.⁵⁸ בשלב מאוחר יותר עמדה זו הפכה להלכה של בית המשפט העליון בפסק דינו של השופט ברק בפרשת לב.⁵⁹ בפסק הדין נקבע, שגם בית הדין הרבני, באורח דומה לבית משפט אזרחי, צריך לנהוג בריון ובאיפוק בנוגע להגבלת חופש תנועה של אדם, כאשר מעוכבת יציאתו מן הארץ, מפני שגם בית הדין הרבני כפוף להוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ובין השאר – להוראת סעיף 6 בחוק זה, בעניין חופש התנועה.⁵⁹

בפסק דינו בפרשת סבג בית המשפט העליון חזר על עמדתו בנוגע לתחולת עקרונות חוק יסוד כבוד האדם וחירותו בדיון בבית דין רבני בעניין עיכוב יציאה מן הארץ. במקרה זה נעשה שימוש בעיכוב יציאה מן הארץ כנגד הבעל על ידי בית הדין הרבני, כאמצעי שמטרתו הפעלת לחץ על הבעל לתת גט לאשתו. דעת הרוב בפסק דין

⁵⁵ ס' 11 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, קובע: "כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק זה".

⁵⁶ זו עמדת הרב שלמה דיכובסקי. ראו ערעור (גדול), פד"ר יד 321–322 (התש"נ); שלמה דיכובסקי "האזנות סתר" תחומין יא, 299, 312 (התש"ן); שלמה דיכובסקי "האזנות סתר" תורה **שבעל פה** לו, סט-עב (התשנ"ה).

⁵⁷ ראו דעת השופט מנחם אלון בבג"ץ 609/92 בעהם נ' בית הדין הרבני הגדול לערעורים, פ"ד מז(3) 288 (1993).

⁵⁸ ראו ברק, לעיל ה"ש 2, בעמ' 458–459.

⁵⁹ ראו פרשת לב, לעיל ה"ש 53, בעמ' 502–505. השוו לפסיקה בבג"ץ 732/84 צבן נ' השר לענייני דתות, פ"ד נ(4) 141, 152 (1986) (להלן: פרשת צבן). ראו גם בג"ץ 4358/93 צוק נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים, פ"ד מח(4) 563, 570–572 (1994).

זה היתה, כי על אף שבעיית סרבנות הגט היא קשה וכאובה, הדרך לפתרונה אינה באמצעות כפיית סמכות בית הדין הרבני בישראל על אדם חסר זיקה לישראל, במיוחד כאשר עיכוב יציאתו מן הארץ הוא פגיעה קשה בזכותו החוקתית לחופש התנועה: "הפתרון הראוי אינו יכול לעמוד בסתירה לעקרונות יסוד של תקינות הליכי משפט אשר אינם מתיישבים עם פתרון מחלוקות בדרכי כפייה ואמצעי לחץ שאין להם עיגון בדין גם כאשר המחלוקות קשות וכאובות ככל שתהיינה".⁶⁰

השופט רובינשטיין, בדעת המיעוט בפסק דין זה, סבר שמוצדקת הפעלת סמכות השיפוט של בית הדין הרבני במקרה הנידון בפסק הדין. עם זאת, ניכרת בפסק דינו התחשבות בעקרון המידתיות, שהוא מהעקרונות המנחים בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. הוא הסביר כיצד יש לפעול במקרה זה לאור חוקי היסוד החדשים: "אכן חופש התנועה, לרבות היציאה מישראל, זכות יסוד הוא (חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, סעיף 6(א)). העותר מבקש את חירותו, את כבוד האדם וחירותו לנוע כחפצו. הוא שולל מן המשיבה את חירותה המשמעותית לא פחות, ואולי יותר, החירות לחיות את חייה כשאינה כבולה אליו. האין זו חירות מול חירות? האם כבלי העיגון אינם מנוגדים לכבוד האדם וחירותו, חירותו במשמעות זו? אין לדעתי כל פגם בכך שמימוש זכות היסוד של העותר [לצאת מישראל לארץ ממנה בא] יהא כרוך בערבות לתשלום המזונות".⁶¹ לדידו, מחד גיסא, יש לאפשר את יציאת הבעל מן הארץ, ומאידך גיסא, יש לפעול למען האישה, החפצה שיינתן לה גט, באמצעות חיוב הבעל לתת ערבות שיפרע חיוב לשלם מזונות לאשתו שישית עליו בית הדין הרבני בישראל עד למועד מתן הגט.

הלכת בית המשפט העליון בפרשת לב היתה נר לרגלי בית המשפט העליון, המוסמך לפקח על פעילות בתי הדין הדתיים, כשדן במדיניות בתי הדין הרבניים, הנוהגים לעשות שימוש בראיות שהושגו באמצעות פגיעה בצנעת הפרט, ומכללא נוקטים מדיניות המקנה חופש פעולה רחב היקף לחוקרים הפוגעים בכבודו של אדם וחודרים באופן פולשני לצנעת הפרט. בפרשת **וזגיא** נידון פסק בית הדין הרבני, שקבע ממצא בתביעת גירושין והסתמך בין השאר על תמצית שיחה בין אישה לגבר שנחשד כי עבר עבירה פלילית. חוקים שנחקקו לפני שנחקק חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ונשמרו בסעיף שמירת הדינים – חוק האזנת סתר, התשל"ט–1979; וחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א–1981 – נתפרשו במקרה זה ברוח עקרונות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ובמיוחד העיקרון שלפיו הפגיעה בזכויות אדם המעוגנות בחוק יסוד

⁶⁰ בג"ץ 6751/04 סבג נ' בית הדין הרבני הגדול לערעורים, פ"ד נט (2) 817, 835 (2004) (להלן: פרשת סבג).

⁶¹ שם, בעמ' 865.

זה לא תהיה במידה העולה על הנדרש.⁶² בין השאר פסק הדין בפרשת לב שימש עיקרון מנחה בנוגע למדיניות בית המשפט העליון בעניין זה. בית המשפט העליון קבע, שאמנם נתונה בידי בית הדין הרבני סמכות טבועה לקבוע את סדרי הדין הנוהגים בו, אולם יש להפעיל אותה בהגנות, בתום לב ובסבירות, תוך כיבוד זכויות האדם, וביניהן הזכות לפרטיות.⁶³ ואכן, בפסק דינה מביעה השופטת שטרסברג-כהן את דעתה, שדין פסק הדין של בית הדין הרבני להתבטל במקרה זה. עם זאת, מחמת כבוד בית דין זה היא לא כתבה במפורש, שהחלטת בית הדין בטלה והעדיפה לפעול בדרך עקיפה, של הנחיה מרומזת, שראוי כי בית הדין הרבני יכריע בסוגיה זו תחילה.

במקרה אחר, בפרשת גלעם, ניכרת מדיניות מרסנת ומגבילה של בית המשפט העליון בנוגע לפגיעה בפרטיות ובכבוד האדם במידה העולה על הנדרש, בנסיבות שבהן חוקרים פרטיים מנסים להמציא לשולחיהם ראיות הדרושות להם בתביעת גירושין בבית הדין הרבני ופוגעים באופן ניכר בצנעת הפרט ובכבודו. בית משפט זה דן בתוצאות פעילותו של צוות חוקרים פרטיים, אשר חדר לחדר שבו שהתה אישה ותיעד אותה בצילום, המשיך במעשה חרף מחאותיה וסערת רוחה וגרם לה חבלות גופניות. בהקשר זה הובהר בפסק הדין, כי עיגון הזכות לפרטיות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, מעיד ש"המשפט הישראלי מכיר, כמובן, בחשיבותה הרבה של הזכות לפרטיות".⁶⁴ בית המשפט העליון גם עמד על הזיקה ההדוקה בין הזכות לפרטיות והזכות לכבוד: "הזכות לפרטיות היא, בין היתר, אחת הנגזרות של הזכות לכבוד. הכרה בפרטיות היא ההכרה באדם כפרט אוטונומי הזכאי לייחוד אל מול האחרים. ייחוד זה הוא המאפשר לאדם להתבצר באישיותו כבעלת משמעות הראויה לכיבוד. פרטיותו של אדם היא כבודו וגם קניינו".

שוב נידונה מדיניות בית הדין הרבני בנוגע להגנה על הפרטיות בנסיבות מעין אלה בפסק דין פלונית נ' בית הדין הרבני האיזורי בנתניה.⁶⁵ בפסק דין זה נידונה תחולתם של עקרונות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, בבית הדין הרבני. בין השאר דן השופט ברק בהקשר זה בכלל הפסילה בחקיקה בעניין האזנת סתר והגנת הפרטיות בישראל,

⁶² על פרשנות דין ישן, שנשמר בסעיף שמירת הדינים, בהתאם לעקרונות חוקי היסוד החדשים. ראו בש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 415, 355 (1995) (להלן: בש"פ גנימאת); דנג"צ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 643, 589 (1995) (להלן: דנג"פ גנימאת); דנג"צ 2161/96 שריף נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד נ(4) 490, 485 (1996).

⁶³ ראו בג"ץ 1135/02 זוגיאל נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים, פ"ד נו(6) 14 (2002) (להלן: פרשת זוגיאל).

⁶⁴ ע"פ 2963/98 גלעם נ' מדינת ישראל, תק-על 99(2) 1149, פסקה 9 (1999) (להלן: פרשת גלעם).

⁶⁵ ראו בג"ץ 6650/04 פלונית נ' בית הדין הרבני האיזורי בנתניה, תק-על 2006(2) 1736 (2004) (להלן: פרשת פלונית).

המקנה לערכאה השיפוטית שיקול דעת באשר למקרים שבהם ייפסל תוקף ראיות שהושגו בדרך שאינה ראויה, תוך פגיעה בפרטיות. לידו, בהליך אזרחי, כאשר הפוגע הוא צד להליך, יש לשקול שני שיקולים עיקריים: ראשית, חומרת ההפרה. ככל שעוצמת ההפרה של הפרטיות גדולה יותר, כן גדל משקלו של השיקול המבקש להגן על זכות זו בהשוואה לשיקולים הנוגדים. שנית, ערכו הראייתי של החומר שהושג תוך פגיעה בפרטיות. ככל שהראייה חיונית יותר להוכחת האמת, כן יגבר משקלה לעומת משקלה של הפגיעה בפרטיות.

השופט ברק דן במעמד החוקתי של הזכות לפרטיות, שהוא פועל יוצא של חקיקת חוק יסוד זה, והדגיש: "הזכות לפרטיות היא מהחשובות שבזכויות האדם בישראל... ב-1992 הוכרה הפרטיות כזכות חוקתית בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (סעיף 7)... היקפה של הזכות החוקתית לפרטיות ייקבע על פי פירושה של הוראת סעיף 7 בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו... ניתן לעמוד על מספר טיעונים, לפיהם 'כלל הפסילה' יחול גם בבתי הדין הרבניים, בלא קשר לחוק הגנת הפרטיות... על פי אחת הקונסטרוקציות המשפטיות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע כי 'כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק יסוד זה'. בתי המשפט ובתי הדין הם 'רשויות השלטון' על פי הוראה זו. על רקע זה נקבע כי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו חל גם בבתי הדין הרבניים... על בסיס גישה זו נפסק בפרשת לב כי בית הדין הרבני, המוציא צו עיכוב יציאה מהארץ, צריך לעשות כן במסגרת הזכות החוקתית של כל אדם לצאת מישראל (סעיף 6(א) לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו). מכוח תחולה זו של חוק היסוד בבתי הדין הרבניים, עשויה להתבקש המסקנה, כי על ראיה שנתקבלה תוך כדי פגיעה בזכות חוקתית המוגנת בחוק היסוד חל 'כלל הפסילה', בדומה לזוה הקבוע בסעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות. זהו הדין על פי חוקתן של מספר מדינות... זהו גם הדין אשר יתכן ויחול בבתי הדין הרבניים".⁶⁶ בסופו של דבר הדיון בתחולה ישירה של "כלל הפסילה" כפועל יוצא של תחולת עקרונות חוק יסוד זה בבית הדין הרבני היה אמרת אגב בפסק הדין מפני שהשופט ברק קבע: "אין לנו צורך לבחון טיעון זה, שכן הננו סבורים שחוק הגנת הפרטיות חל בבתי הדין הרבניים".⁶⁷ עם זאת, עקרונות חוק יסוד

⁶⁶ שם, בפס' 8-12 לפסק דינו של השופט ברק. שם, בפס' 9, הוא דן בשינוי המהותי במעמדה של הזכות לפרטיות בעקבות חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

⁶⁷ שם, בפס' 12 לפסק דינו של השופט ברק. בפרשת **וזגאל**, לעיל ה"ש 63, בעמ' 22, כתבה השופטת שטרסברג-כהן: "נוכח חשיבותה של הזכות לפרטיות והמעמד החוקתי שניתן לה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ונוכח תכליתו של חוק האזנת סתר להגן על הזכות לפרטיות, נראה כי הכלל בדבר אי-קבילותן של ראיות שהושגו בהאזנת סתר, למעט סייגים מצומצמים שהמחוקק הורה עליהם מפורשות, ראוי שיחולו גם בהליכים בבתי-הדין הדתיים באופן שיוביל לאחידות נורמטיבית בעניין זה בערכאות המדינה". בפרשת **פלונית**, לעיל ה"ש 65, בפס' 14, החיל השופט ברק רציונל זה – לעניין תחולתן של הוראות חוק האזנת סתר, התשל"ט-1979, 163

זה חלים בעקיפין כשחלות הוראות חוק הגנת הפרטיות, מפני שהם משום מקור השראה פרשני כשדנים בפרשנות הוראות חוק זה, הנשמר בסעיף שמירת הדינים בחוק יסוד זה.⁶⁸

אמנם, לכתחילה לא ששו בתי הדין הרבניים לקבל על עצמם את עולו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ולעתים דיינים, טענו, כי הוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, אינן חלות עליהם.⁶⁹ עם זאת, לאחר שקבע בית המשפט העליון כי אף בית הדין הרבני כפוף להוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, אף הדיין הרב ש' דיכובסקי, שתחילה הביע דעתו כי חוק יסוד זה אינו חל על בתי הדין הרבניים במקרה שבו החלתו מצרה את מרחב הפעולה שלהם, היה שותף להחלטות בית הדין הרבני הגדול בעניינים אחרים, שבהן נזכרים מכללא חוק יסוד זה.⁷⁰ בהחלטות אלה חפץ הרב דיכובסקי להפעיל אמצעים חריפים כנגד סרבני גט, ובהקשר זה הזכיר מכללא את הוראות חוק יסוד זה, שמכוחם יש לפעול למען מסורבות גט, שסרבנות הגט גורמת לפגיעה בכבודן ובחירותן. בתחום זה נעשה שימוש בתחולתם של עקרונות חוק יסוד זה בבית הדין הרבני, כשניסו להצדיק מדיניות אקטיביסטית של בית הדין כנגד סרבני גט. במיוחד בפסקי הדין של דיין זה קיימת נכונות לקבל את ההנחה, שחוק זה חל בבית הדין הרבני כאשר יש בו צידוק להרחבת חופש הפעולה וסמכות השיפוט של בתי הדין הרבניים. מגמה זו באה לידי ביטוי בולט בהקשר אחר, בפסק דין של בית הדין הרבני הגדול, שבו כתבו הדיינים מרדכי אליהו, שלמה דיכובסקי ויוסף נדב: "חקיקת חוקי היסוד, ובפרט חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, הביאו (=הביאה) למהפכה משפטית. המהפכה מתבטאת לא רק בעצם החוק אלא בהשפעתו על חוקים אחרים... כבוד השופט ברק כותב בספרו פרשנות במשפט (תשנ"ד), 289: 'הפרשנות של זכויות האדם בחוקי היסוד צריכה להיות "נדיבה". אל לה להיות 'ליגליסטית'... אמור מעתה, כי פרשנות מקובלת עד עתה, שיש בה כדי לפגוע בכבוד האדם וחירותו, דינה להמרה ב'פרשנות נדיבה' שתגן על האדם, ובפרט אם הוא אזרח ותושב ישראל. על כן אם עד עתה הושפעה הפסיקה מדבריו הנודעים של השופט ברנזון (בג"ץ 3/73 כהנוף, פ"ד

ס"ח 118 (להלן: חוק האזנת סתר), בבתי הדין הרבניים – גם לעניין תחולתן של הוראות חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א–1981, ס"ח 128 (להלן: חוק הגנת הפרטיות) בהם.

⁶⁸ ראו לעיל ה"ש 62.

⁶⁹ ראו לעיל ה"ש 56.

⁷⁰ רבים מפסקי הדין שבהם נעשה שימוש, במפורש או מכללא, בעקרונות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, לא פורסמו. ראו ציטוטים של קטעים מפסקי הדין הללו במאמרי: יחיאל ש' קפלן "מגמה חדשה בנוגע לקיום פסקי-דין של גירושין: שיקולי מדיניות לאור עקרונות המשפט העברי וחוקי היסוד" **מחקרי משפט** כא 609, 657 בה"ש 153 (התשס"ה). בפסקי הדין הללו אחד הדיינים בהרכב היה הרב דיכובסקי, שפסקתו במועד מוקדם יותר, הנזכרת לעיל בהערה הקודמת, קבעה, כי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, אינו חל בבית הדין הרבני.

כט(1) 449, כי טובת הציבור דורשת צמצום סמכותו של בית הדין הרבני, הרי לפחות במקום שישנה פגיעה קשה ב'כבוד האדם וחירותו' יש להעדיף את הפירוש המרחיב והנדיב.⁷¹

ג. הפעלת אמצעי כפייה כנגד סרבני גט

1. איזון ראוי בין ערכים מתנגשים לאור עקרונות המשפט העברי

הסוגיה המרכזית העומדת בבסיס הדיון ההלכתי לגבי הפעלת אמצעי כפייה כנגד סרבני גט בבית הדין הרבני נוגעת לבעיית "הגט המעושה". ככלל, על פי המשפט העברי בזמננו, הגט צריך להינתן ולהתקבל מרצון חופשי, וגירושין אינם יכולים להיעשות בעל כורחם של האיש או האישה. תחילה לא היתה דרושה הסכמת האישה לגירושין שלה. ממקורות קדומים של המשפט העברי עולה, שתחילה היתה האשה מתגרשת גם שלא לרצונה, ונדרש היה רק רצונו של הבעל לשם קיומם של גירושין.⁷² לאחר מכן חל שינוי בנוגע לרצון האשה בגירושין, כאשר בימי הביניים בחלק מתפוצות ישראל התקבלה תקנה המכונה "חרם דרבנו גרשום", האוסרת על הבעל לגרש את אשתו בעל כורחה.⁷³ בזמננו האיסור לגרש אישה בעל כורחה חל בישראל על

⁷¹ תיק (גדול) 1-64-00621530-4.3.1998. (לא פורסם, 4.3.1998).

⁷² בתקופת המקרא היה הבעל מגרש את אשתו בעל כורחה. ראו אליקים אלינסון "הגבלות חז"ל בגירושין – תוקפן וטיבן" דיני ישראל ה' 37 ש" 1 (התשל"ו); פרוש הרשב"ם בבא בתרא מח, ע"א, ד"ה וכן אתה אומר בגטי נשים; משנה תורה גירושין, א, ב. כמו כן בספרות ההלכה הקדומה, במשנה ובתלמוד, נזכר העיקרון שהבעל נותן גט לאשתו רק מרצונו, ואילו האשה מקבלת גט "לרצונה ושלא לרצונה": משנה יבמות יד, א; תוספתא כתובות יב, ג; בבלי יבמות ק"ג, ע"ב; גיטין פח, ע"ב. ראו גם MORDECHAI A. FRIEDMAN, JEWISH MARRIAGE IN PALESTINE 312-313 (1980). עיקרון דומה נזכר גם בדרשה בספרי, דברים פסקה רסט, 290 (מהדורת פינקלשטיין, התשכ"ט). ראו גם בבלי גיטין עז, ע"א; בבא מציעא י, ע"ב; שם נו, ע"ב.

⁷³ התקנה התפשטה תחילה בקרב יהדות אשכנז וצרפת. ראו אלימלך וסטרייך "ריבוי נשים וכפיית האשה להתגרש בפסיקה חכמי אשכנז במאה האחת עשרה ובמאה השתים עשרה" מחקרי משפט ו 118-164 (התשמ"ח); אלימלך וסטרייך "הגנת מעמד הנישואים של האשה היהודייה בישראל: מפגש בין מסורות משפטיות של עדות שונות" פלילים ז 284-2846 (התשנ"ט). היא מיוחסת לרבנו גרשום מאור הגולה. בנוגע לנכונות ייחוסה של התקנה לחכם זה ראו זאב פלק נישואין וגירושין – תיקונים בדיני המשפחה ביהדות אשכנז וצרפת 28-31 (התשכ"ב); אברהם גרוסמן חכמי אשכנז הראשונים 147-148 (התשמ"ט). לאחר מכן התפשטה התקנה גם בקרב יהודים בתפוצות ישראל נוספות. ראו מרדכי עקיבא פרידמן ריבוי נשים בישראל 1-11 (התשמ"ו); שלמה זלמן הבלין "תקנות רבנו גרשום מאור הגולה בענייני אישות בתחומי ספרד ופרובאנס (לאור תשובות הרשב"א ור' יצחק די מוילנא מכתבי יד)" שנתון המשפט העברי ב, 165

כל היהודים שמוצאם מתפוצות ישראל השונות.⁷⁴ עם זאת, השימוש באמצעי כפייה כדי להניע סרבן/נית לתת/לקבל גט אינו זר למשפט העברי, ובנסיבות מיוחדות, שבהן מתקיימת עילת גירושין המאפשרת זאת, מותרים הגירושין אף בעל כורחו/ה של הבעל/האישה.⁷⁵ שימוש כזה באמצעי הכפייה חייב לעלות בקנה אחד עם עקרונות היסוד של המשפט העברי בנוגע לשימוש באמצעים הללו. שימוש שאינו הולם באמצעי הכפייה עלול להביא לידי מתן גט או לקבלתו שלא מרצון חופשי, אשר בגינו הגט הוא "מעושה" – כפוי, שלא כדין. השימוש באמצעי כפייה במשפט העברי לצורך קיום פסקי דין של גירושין מושתת על התאמה בין האמצעי הננקט כנגד סרבן או סרבנית הגט ובין כל אחת מן הדרגות שונות בנוגע לכפיית הגט – כפייה, חיוב, מצווה, המלצה. בדרגות מסוימות של כפייה, שימוש באמצעי כפייה חריף בנסיבות המתאימות הוא "כדין" ולכן אינו פוגע ברצון

200, 210–205 (התשל"ה); אברהם בארי **חיוב הבעל במזונות אשתו ביני ישראל: המורדת ומזונותיה** 32 (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור לפילוסופיה, אוניברסיטת בר-אילן – הפקולטה למשפטים, תשמ"ב); שלמה זלמן הבלין "בירורים חדשים בענייני תקנות רגמ"ה, ייחוס, תחולתן והתפשטותן" **שנתון המשפט העברי** יא-יב, 317, 326–328 (התשמ"ד-התשמ"ו); **שו"ת הר"ן** מח; רוזן-צבי, לעיל ה"ש 25, בעמ' 258–260. בנוגע לתחולת התקנה בעבר בעדות השונות ראו **שו"ת הרשב"א** ד, קפו.

74 בתי הדין הרבניים בישראל גורסים שבזמנו, במדינת ישראל – מכוח חרם דרבנו גרשום, תנאי בכתובה, המנהג או חרם ירושלים – האיסור לגרש אישה בעל כורחה חל על כל היהודים שעלו למדינת ישראל מכל התפוצות. לעניין זה ראו בנציון שרשבסקי **דיני משפחה** 63–67, 279 (התשנ"ג). ראו גם וסטרין "הגנת", לעיל ה"ש 73, בעמ' 273, 308–326. בנוגע לתחולתו של איסור זה על יהודים יוצאי תימן ראו רצון ערוסי "הגורם העדתי בפסיקת ההלכה" **דיני ישראל** י-יא, קכה, קלא-קמח (התשמ"א-התשמ"ג).

75 בנוגע לכפיית גט על הבעל ראו **משנה** כתובות ז, ט. מן האמור שם עולה, שהאיש מגרש אף שלא לרצונו בנסיבות מסוימות, כגון מחלת שחין, או כשהוא עוסק במלאכות שהעוסקים בהן משתמשים בחומרים מאוסים או כאלה המדיפים ריח רע. ראו גם **משנה** גיטין ט, ה; נדרים יא, יב; יבמות ג, ה; ו, ו; כתובות ז, א; עדויות ד, ט. בתלמוד נזכרות עילות נוספות שבגינן "כופין" בעל לגרש את אשתו בעל כורחו. ראו **בבלי** כתובות ע, ע"א; עז, ע"א; סה, ע"א; יבמות כד, ע"ב; קו, ע"א; קידושין נ, ע"א; גיטין פו, ע"ב. בנוגע לכפיית האישה להתגרש בעל כורחה ראו **הגהת הרמ"א** אבן העזר, סימן קיד, סעיף ו; שרשבסקי, שם, בעמ' 332. במקרים מסוימים, מוגדרים מראש, קיימות עילות לקבלת היתר לנישואין שניים לבעל. ראו וסטרין "דיבוי נשים", לעיל ה"ש 73, בעמ' 118–119; אלימלך וסטרין "עילות להתרת חרם דרבנו גרשום בימי הביניים המאוחרים" **דיני ישראל** טז, לט (התשנ"א-התשנ"ב). בנוגע למתן היתר נישואין במשפט בישראל ראו ס' 79 לחוק העונשין, התשל"ז–1977, ס"ח 226 (להלן: חוק העונשין); בג"ץ 301/63 **שטרייט נ' הרב הראשי לישראל**, פ"ד כה (1) 7 (1971) (להלן: פרושת **בורנובסקי**); **נ' הרבנים הראשיים לישראל**, פ"ד כה (1) 7 (1971) (להלן: פרושת **בורנובסקי**); שיפמן לעיל ה"ש 25, בעמ' 241–244; רוזן-צבי, לעיל ה"ש 25, בעמ' 72, 79, 308.

החופשי של המגרש, והגט שניתן לאחר השימוש באמצעי זה שריר וקיים; ובדרגות אחרות, גט שניתן או התקבל בעקבות שימוש באמצעי כפייה חריף הוא "מעושה", שלא כדין. על כן מנקודת מבטו של המשפט העברי יש צורך בריסון ובהחזרתו בהטלת הסנקציה על בן/בת הזוג שלדעת חכמי בית הדין, צריך/ה לקבל/לתת גט מרצון חופשי. ריסון זה נחוץ מפני שכאשר ניתן גט שאינו תקף לפי עקרונות המשפט העברי משום שהוא מעושה שלא כדין, קיים חשש שמא האישה, הסבורה שהיא מגורשת כדין, תינשא שוב, חיי האישות שלה בזיווג השני יהיו עבירה חמורה, וצאצאיה מנישואיה האחרונים ייחשבו ממזרים.

חכמי ההלכה, ובעקבותיהם גם דיינים בבית הדין הרבני, נרתעים ממדיניות שלדידם היא אקטיביסטית יתר על המדה ומשימוש באמצעי כפייה חריפים כנגד סרבני גט, מחשש שמא עקב השימוש בהם יהיה הגט מעושה שלא כדין. המדיניות הזוהירה והשמרנית באה לידי ביטוי בין השאר בעובדה, שרבים מחכמי ההלכה בימי הביניים סברו כי רשימת המקרים ש"כופין" בגינם לגרש בספרות התנאים והאמוראים היא רשימה סגורה באופן בסיסי.⁷⁶ אמנם, במקרים שונים במרוצת הדורות הרחיבו חכמי ההלכה רשימה זו של עילות גירושין ש"כופין" בגינן לגרש – אם בדרך של קל וחומר, תוך החלה של הכלל ש"כופין" לגרש גם במקרים חמורים מאלה אשר בגינם קיימת עילת גירושין ברשימה סגורה זו,⁷⁷ ואם בדרך של הוספת מקרים חדשים לרשימה זו, שבהם קיים רצינול הלכתי זהה או דומה לזה הקיים במקרה מן המקרים שברשימה.⁷⁸ אולם חכמי ההלכה לא נהגו כך כדבר שבשגרה. במקרים רבים הם נמנעו

⁷⁶ העיקרון הוא "אין לכוף שום אדם ולגרש ולעשות מעשה עד שנמצא ראייה [=לכפייה במקורות הקדומים]" (תוספות כתובות ע, ע"א, ד"ה יוציא). ראו גם שו"ת הרשב"א א, אלף קצב; תקעג; שם, ה, צה; תשובות בעלי התוספות עה; שו"ת הרא"ש יז, ו; מג, א; טור אבן העזר, סימן קנד; תשובות חכמי פרוניציא מח; עב-עה; עח; שו"ת מהרי"ק החדשות כד, כט; עוזיאל כהן "שאלת זלמן כ"ץ (מהרז"ך) ורבנו יעקב וויל בעניין גט מעושה" מוריה ו, יא (התשל"ה); עוזיאל כהן "תשובת רבנו נתן איגרא" מוריה ו, יב (התשל"ה); תשב"ץ ב, כב.

⁷⁷ ראו פסקי הרא"ש כתובות, פרק ד, סימן ג; פרק ה, סימן לד; שו"ת הרא"ש מג, ו; טור אבן העזר, סימן ט; בית יוסף שם, ד"ה ומ"ש שם; שו"ת הריב"ש רמא; שו"ת מהרי"ק החדשות ב, 12; כט; תשב"ץ ב, ה; שו"ת מהר"ם אלאשקר עג. ראו גם זרה ורהפטיג "כפיית גט להלכה ולמעשה" שנתון המשפט העברי ג-ד, 112, 153, 178-183 (התשל"ו-התשל"ז); אליאב שוחטמן "מעמד האישה בדיני נישואין וגירושין" מעמד האישה בחברה ובמשפט 380, 417-420 (1995); אליאב שוחטמן "מחלת האידס כעילה לגירושין" משפטים כה, 19, 25-28 (התשנ"ה).

⁷⁸ ראו תשב"ץ ב, ה; שו"ת מהרי"ק החדשות ב, 12; שו"ת הרא"ש מג, יג; טור אבן העזר, קנד; שו"ת הרשב"ש שפג (הראשונה). ראו גם שוחטמן "מעמד האישה", שם, בעמ' 417-420; ורהפטיג, שם, בעמ' 179-194, מנה רשימה של עילות גירושין שנלמדו בהיקש מעילות הגירושין שבתלמוד. ראו שם, מקורות נוספים. ראו גם המקורות בספרו של פנחס שיפמן ספק קידושין במשפט הישראלי 59-98 (התשל"ה).

מלפסוק, ש"כופין" לגרש משום שחששו לפסוק בניגוד לדעת הסוברים כי אין להרחיב את הרשימה של עילות הגירושין ש"כופין" בגינן לגרש.⁷⁹ אף במקרים שבהם נחלקו הדעות נמנעו רבים מלסמוך על דעת פוסקי הלכה שסברו כי "כופין" לגרש.⁸⁰ בדורות האחרונים גם דיני בתי הדין הרבניים בישראל ייחסו חשיבות רבה לשיטות המחמירות ונמנעו מלפסוק, ש"כופין" לגרש כאשר עילת הגירושין שנויה במחלוקת.⁸¹ אמנם, נחלקו הדעות בנוגע לשאלה מיהו הצד החלש, שכּוּשֵׁר המיקוח שלו פחות טוב, כשהוא או היא צריכים להתמודד עם בעיית סרבנות הגט. המצדדים בדעה שהגברים הם הצד החלש ממקדים את מבטם בעיקר אל דיני המזונות. החיובים הנובעים מן הנישואין במשפט העברי, אשר מתכונתם הבסיסית נקבעה לפני דורות רבים, מושגתים על ההנחה שגבר מפרנס את האישה. הגבר זן את האישה ואין האישה זנה את הגבר.⁸² רק בנסיבות מיוחדות בהן הבעל הוא נזקק והאשה היא אמידה, חייבת האשה לזון את הגבר מכח דיני הצדקה ולא מכח חיוב הנובע מן הנישואין.⁸³ אישה המסרבת לקבל גט יכולה ליהנות מתשלומי מזונות שהם לעתים נדיבים, הניתנים לה מדי חודש בחודשו. התמשכות התשלומים היא אמצעי לחץ על הגבר, המסכים בסופו של דבר לתת גט לאשתו. מנגד, גבר יהודי נשוי זכאי למזונות רק כאשר הוא נזקק ואשתו אמידה ודיני הצדקה מחייבים אותה לתת לו צדקה. אין חיוב הנובע מן הנישואין המחייב אישה יהודיה לתת מזונות לבעלה. לכן הוא אינו יכול להפעיל את

⁷⁹ ראו שו"ת הריב"ש רמא.

⁸⁰ ראו שו"ת הרא"ש מב, א; טור אבן העזר, קנד; שו"ת מהרי"ק החדשות כד; שו"ת מהרי"ט א, ריג; שו"ת חת"ם סופר א, אבן העזר, קטז. העיקרון הוא "ספיקא הוי – ומספיקא אין כופין" – שו"ת הריב"ש רמב. ראו גם שולחן ערוך אבן העזר, יא, ח; ובפירוש בית שמואל שם, ס"ק יח. בנוגע לעיקרון אם כופין כשקיים ספק ראו גם חידושי הרשב"א כתובות עב, ע"ב, ד"ה ואסקינא.

⁸¹ "ספקות הלכתיים" המונעים הפעלת צווי הגבלה לאחר שנפסק כי קיים חיוב לגרש נזכרים בפסק דין של בית הדין הרבני הגדול מיום כ"ח באלול תשנ"ט (9.9.99), בתיק 1-022106561, שתמצית נזכרת בהדין והדיין 1, 7 (התשס"ג). בנוגע למגמה של הימנעות בתי הדין הרבניים בישראל מלפסוק ש"כופין" לתת או לקבל גט ראו זאב פלק תביעת גירושין מצד האישה בדיני ישראל 49–61 (תשל"ג); ורפהטיג, לעיל ה"ש 77, בעמ' 151–153, 199; אברהם בארי "הרחקות דרבנו תם" שנתון המשפט העברי יח-יט, 93–95 (התשנ"ב-התשנ"ד); רוזן-צבי, לעיל ה"ש 25, בעמ' 138–141, 169 ה"ש 11א; אריאל רוזן-צבי "ההלכה והמציאות החילונית" דת, ליברליזם, משפט וחברה 89, 104, ה"ש 4 (התשס"א). אמנם, היו שמתחו ביקורת על מגמה מחמירה זו הרווחת בפסקי הדין הרבניים. ראו דעת הרב הרצוג בשו"ת היכל יצחק אבן העזר, א, א; חזון איש אבן העזר, סט, ס"ק כג; ערעור (גדול) שך/184, פד"ר ד 164, 166 (תשכ"ב); ורפהטיג, לעיל ה"ש 77, בעמ' 158.

⁸² ראו בבלי כתובות מז, ע"ב; סא, ע"א; משנה תורה אישות, כא, יד; טור אבן העזר, סט-ע; שולחן ערוך אבן העזר, סט, א-ג; ע, א.

⁸³ ראו שרשבסקי, לעיל ה"ש 74, בעמ' 106–118.

אמצעי הלחץ של תשלום מזונות כנגד האישה במקרים רבים שבהם הוא יכול לפרנס את עצמו ואינו מוגדר כנזקק. עם זאת, תשלום מזונות הוא חלק מן המכלול בסכסוך הגירושין במשפט העברי. בסכסוך זה אף שתשלום מזונות במשך פרק זמן ארוך עשוי לסייע לאישה החפצה שיינתן לה הגט המיוחל, שקלול מכלול השיקולים הרלוונטיים מוביל למסקנה שהאישה היא הצד החלש יותר, שכושר המימון שלו פחות טוב. בדרך כלל כאשר אישה היא זו הצריכה לפתור את בעיית סרבנות הגט, הקושי והסבל בגין סרבנות גדולים יותר. גבר שאשתו מסרבת לקבל גט יכול לפתור את בעייתו באמצעות היתר נישואין, בעוד אישה אינה יכולה לפתור את בעייתה בדרך זו. על כן הזהירות הרבה של חכמי ההלכה, המונעת במקרים רבים שימוש באמצעים חריפים, כגון מאסר לצורך קיום פסקי דין של גירושין מחשש שמא הגט אשר יינתן או יתקבל יהיה מעושה (=כפוי) שלא כדין, פוגעת יותר בנשים שאינן יכולות להשתחרר מכבלי קשר נישואין שאינם רצוי. במיוחד מנקודת המבט של מסורבת הגט, אם חפצים לנקוט מדיניות מאוזנת במערכת היחסים שבין הגבר והאישה המתדיינים בבית הדין הרבני, נוסף על שיקולים הלכתיים המחזקים את מעמד סרבן הגט – אלו הנובעים מעקרונות המשפט העברי בעניין גט מעושה שלא כדין – צריך להביא בחשבון שיקולים נוספים הפועלים בכיוון ההפוך ומסייעים לנשים החפצות להיחלץ מכבלי סרבנות הגט.

אף בתחום זה מאזן המשפט העברי במשך דורות רבים בין שיקולים מתנגשים. למרבה הצער, איזון זה אינו בא לידי ביטוי ברור ומלא בספרות ההלכה בדורות האחרונים ובפסקי בתי הדין הרבניים בישראל. נתמקד בשני שיקולים עיקריים בעניין זה, המאזנים את המדיניות המחמירה עם מסורב או מסורבת הגט מחשש שהגט יהיה מעושה שלא כדין, עקב הפעלת אמצעי כפייה ואילוץ במידה העולה על הנדרש, והם עגינות האישה וטענת "מאיס עלי".

שיקול הלכתי ראשון, אשר מן הראוי שפוסקי הלכה הדנים במסורב או במסורבת גט ישוו לנגד עיניהם בכל דיון בנוגע לגורלם של אלה, הוא שיקול העגינות. חכמי ההלכה הקלו הקלות רבות, לעתים מרחיקות לכת, כגון הסתמכות על ראיות שבדרך כלל אינן מתקבלות, כדי להתיר מכבלי עגינות נשים עגונות שבעליהן נעלמו ולא נודע מה עלה בגורלם.⁸⁴ נשים שבעליהם אינם נותנים להן גט הן מסורבות גט, אולם בספרות ההלכה פעמים רבות אף הן קרויות "עגונות"⁸⁵ ומחילים לגביהן את המדיניות

84 ראו יצחק ז' כהנא לתקנת עגונות (התש"ז); יצחק ז' כהנא ספר העגונות (התשי"ד); שו"ת חוט המשולש, ח (עמ' יז, טור א).

85 ראו בבלי גיטין ג, ע"א; פירוש רש"י שם, ד"ה משום עיגונה אקילו בה; ספר הישר לרבינו תם ד; שו"ת מהר"ם, קרימונה צד; שו"ת מהר"ם, פראג תקמו, תקצג; מרדכי כתובות, קפו; שם, גיטין, תמו; הגהות מימוניות אישות יד, יג, ל; שו"ת מהרי"ל החדשות רו; שו"ת מהרי"ק כו, כט, סג, עא, עד, קמא, קנז; שו"ת מהר"י מינץ יא; שו"ת הרשב"א א, תתס, תתסא; שם ו, ג; שו"ת

המושגות על חיפוש דרכים להקל, שנוקטים כלפי עגונות, ובאמצעותה מנסים לאפשר להן להשתחרר מכבלי קשר הנישואין. כך, למשל, בספרד, בשלהי המאה הי"ג, דן הרשב"א בעניין "מי שהוציא קול (=הפיץ שמועה) על אישה שהיא מקודשת".⁸⁶ לדעתו, בנסיבות אלו רשאי בית דין להחרים חרם סתם, שכל היודע דבר בעניין זה "שיבוא ויגיד", ומידע זה יסייע לאלה החפצים להתיר את האישה מכבלי נישואין בלתי-רצויים. הנימוק הוא, "משום תקנת עגונה ומשום תקנת הממזרים... וכמה תקנות התקינו משום עגונות".

בפסיקת ההלכה בדורות האחרונים כמה מן הפוסקים הדנים במצוקתה של מסורבת הגט מתייחסים אליה כאל עגונה. כך, למשל, כתב הרב עובדיה הדאיה בשתיים מתשובותיו: "ודאי שאין מקום להצדיקו, לתת חרב בידו, למרוד על אשתו ולעגנה באמתלאות שונות אחרי שילדה לו שבעה ילדים. בנות ישראל אינם כשבויות חרב, לעשות בהן ככל הבא בידו.."⁸⁷ "והרי נפיק מינא חורבה (=יצא מזה חורבן), שע"י (=שעל ידי) שתראה שבית הדין לא מצאו לה תקנה, והיא לא תסכים לשוב להתענות, אז תצא לתרבות רעה ח"ו (=חס וחלילה), ומי זה יערב בלבו להיות גרמא בנזיקין ח"ו (=חס וחלילה)... ובכגון זה לא מעגנים אותה, שלא לחייב הבעל לגט".⁸⁸

שיקול הלכתי שני, המאזן את החשש שמא יהיה הגט מעושה שלא כדין, הוא יחסם של חכמי ההלכה לטיעון של אישה שבעלה מאוס עליה (טענת "מאוס עלי"). ראוי שנדון בהתפתחות ההלכה בנוגע לנפקות טיעון זה,⁸⁹ כיוון שחל שינוי ביחסם של חכמי ההלכה לטיעון זה במרוצת הדורות, והנפקות ההלכתית של טיעון זה אינה זהה בעבר ובזמננו.

לדעת גאוני בבל, מהדיון בתלמוד הבבלי משמע, שאין "כופין" לגרש אישה מורדת, הנמנעת מלחיות חיי אישות עם בעלה, כאשר היא טוענת שבעלה מאוס עליה.⁹⁰ עם

הרא"ש כלל מג, ח; כלל מג, יג; שם כלל מה, כה; שו"ת הריב"ש נז; טור אבן העזר, קכו, קנד; תשב"ץ א, א, קלב; שו"ת הרשב"ש מו, תצה, תקל; שולחן ערוך אבן העזר, סימן קנד, סעיף ח; שו"ת היכל יצחק אבן העזר, א, א; שו"ת יביע אומר ג, אבן העזר, י; ערעור (גדול) שכא/13, פד"ר ד 245 (התשכ"ב); בארי, לעיל ה"ש 69, בעמ' 278–279. יעקב וינרוט דין המורדת 431–432 (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור לפילוסופיה, אוניברסיטת תל אביב – הפקולטה למשפטים, התשמ"א); ורפהטיג, לעיל ה"ש 77.

⁸⁶ שו"ת הרשב"א, ו, ג; ראו גם תשב"ץ, א, קלב.

⁸⁷ שו"ת ישכיל עבדי ו, אבן העזר, כו.

⁸⁸ שם בעמ' קו.

⁸⁹ בנוגע לדיון מפורט בסוגיה זו ראו אלימלך וסטרייך "עלייתה ושחיקתה של עילת המורדת" שנתון המשפט העברי כא, 123 (התשנ"ח-התש"ס).

⁹⁰ ראו משה שפירא "גירושו בגין מאיסה" דיני ישראל ב, 117–123 (התשל"א); וינרוט, לעיל ה"ש 85, בעמ' 26–27; בארי, לעיל ה"ש 73, בעמ' 6–31; FRIEDMAN, לעיל ה"ש 72, בעמ' 323–324.

זאת, לאחר תקופת המשנה והתלמוד, בתקופת הגאונים, הותקנה עקב צורכי הזמן תקנה הקובעת, שאפשר לכפות גירושין בגין טענה סובייקטיבית של אישה מורדת כנגד בעלה: "מאיס עלי". תקנה זו מאפשרת לבית הדין להעניק לבנות ישראל סעד, ש"כופין" לגרש בנסיבות אלה. כיוון שבית דין יהודי כופה בשל עילת גירושין שנוספה בתקנה זו והופעל שיקול דעת הלכתי, אין חשש שבמקרה זה הפעלת אמצעי כפייה ואילוזן חריפים, שבעקבותיה הבעל הסכים לגרש, פוגמת בתוקף הגט.⁹¹

לאחר תקנת הגאונים פסק הרמב"ם, כי "כופין" לגרש אישה הטוענת "מאיס עלי" בשל הרציונל המצוי בדין התלמודי, כי אישה אינה יכולה לחיות חיי אישות עם בעלה אלא מרצונה; וכשהיא אומרת שמאסה בבעלה, הרי אינה חפצה עוד בחיי אישות עמו ויש לכבד את רגשותיה. הפתרון ההולם לאישה זו הוא פסק של בית הדין הרבני, הכופה את בעלה לגרש.⁹²

תקנת הגאונים ופרשנות הרמב"ם לדין התלמודי יוצרים למעשה עילת גירושין חדשה, סובייקטיבית, זמינה. די בכך, שאישה תביע תחושת דחייה ומיאוס בבעלה, "מאיס עלי", ובכך תוכל להשיג את מבוקשה – הפעלת סנקציות חריפות נגד הבעל, המופעלות כאשר "כופין" לגרש. למעשה עילת גירושין סובייקטיבית, רחבת טווח זו, פורצת את גדרות הרשימה הסגורה של עילות הגירושין שבגינן "כופין" לגרש, המותנות בקיומן של נסיבות מיוחדות ומוגדרות.⁹³

אולם על תקנת הגאונים ופסיקת הרמב"ם בעניין עילת "מאיס עלי" קמו עוררים בקרב חכמי ההלכה בימי הביניים. ניכרת במיוחד השפעת ההתנגדות של הרב יעקב בן מאיר – רבנו תם, מחכמי צפון-צרפת במאה הי"ב – לעילה זו כעילת גירושין שבגינה "כופין" לגרש.⁹⁴ בנוגע לתקנת הגאונים רווחת בכתביו ההשקפה, שהיא נתקנה

⁹¹ ראו **תשובות הגאונים, שערי צדק**, ד, שער ד, טו; **תשובות הגאונים, חמדה גנוזה** פט; קמ; **אוצר הגאונים, כתובות** 191, תעח; חיים טיקוצ'ינסקי **תקנות הגאונים** 11–29 (התש"ך); שפירא "גירושין", לעיל ה"ש 90, בעמ' 124–130; בארי, לעיל ה"ש 73, בעמ' 31–34, 224–228; FRIEDMAN, לעיל ה"ש 72, בעמ' 324–326; וינרוט, לעיל ה"ש 85, בעמ' 32–33; אלון, לעיל ה"ש 19, בעמ' 541–546; רוזן-צבי, לעיל ה"ש 25, בעמ' 257–260.

⁹² ראו **משנה תורה** אישות, יד, ח: "האישה שמנעה בעלה מתשמיש המיטה היא הנקראת מורדת ושואלין אותה מפני מה מרדה. אם אמרה: 'מאיסתי, וואיני יכולה להבעל מדעת' – כופין אותו לשעתו לגרשה, לפי שאינה כשבויה שתבעל לשנוא לה".

⁹³ בפוטנציאל הגלום בקביעה ש"כופין" לגרש כשהאישה אומרת "מאיס עלי" לשם פתרון מצוקת מסורבות הגט בזמננו, דן בין השאר פרופ' רוזן-צבי. ראו רוזן-צבי, לעיל ה"ש 25, בעמ' 257–268.

⁹⁴ ראו נימוקי הרשב"א בתשובותיו: **שו"ת הרשב"א**, א, תקעג, אלף קצב; **שו"ת הרשב"א**, א, אלף רלה, ובמקבילה: **שו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן** קלד.

הרא"ש התחשב בעובדה שיייתכן שימוש מניפולטיבי לא ראוי בטענת "מאיס עלי": "כי בעוונותינו בנות ישראל הן פרוצות בזמן הזה, ואיכא למיחש (=ויש לחשוש) שמא נתנה עינה

לשעתה עקב המציאות ששררה בתקופת זו, כשבנות ישראל היו חצופות והלכו לנוכרים וביקשו שיסייעו להם להתגרש מבעליהם; ואינה חלה במציאות החדשה בזמנו, שבה תופעה זו אינה קיימת.⁹⁵ פסיקתו של הרמב"ם בנוגע לפסק דין של גירושין בדרגת "כופין" לגרש, המאפשר הפעלת אמצעי כפייה חריפים – כגון מלקות בשוטים כנגד סרבן הגט כאשר האישה מורדת וטוענת "מאיס עליי" אף שאין עילת גירושין נוספת שבגינה "כופין" לגרש – אף היא לא נתקבלה על דעתם של חכמי הלכה חשובים בדורות הבאים.⁹⁶ חששו של רבנו תם⁹⁷ מפני כפיית גט בנסיבות שבהן לא נאמר בדין המשנה והתלמוד במפורש ש"כופין" לגרש, נחשב כחשש שיש להתחשב בו לדעת פוסקי הלכה רבים החל מזמנו בתפוצות ישראל בימי הביניים ובדורות שלאחר מכן.

על אף התנגדות זו לעילת "מאיס עליי" במתכונתה המקורית, בימי הביניים, החל בזמנו של רבינו תם ואילך, לדעת רבים מחכמי ההלכה לאחר זמנו של רבינו תם, הרציונל ההלכתי שהיה הבסיס לתקנת הגאונים ו/או פסיקת הרמב"ם, לא בטל ולא עבר מן העולם.⁹⁸ בימי הביניים כתב הראב"ה, כי כיוון שקיימת מחלוקת בקרב חכמי

באחר – **שו"ת הרא"ש** כלל מג, ו; "בנות ישראל בדור הזה שחצניות הן" – שם כלל מג, ח. ראו גם **שו"ת הרא"ש** שם, יג, ובמקבילה כלל יז, ומה שכתב רבי יעקב בן אשר בשם אביו, הרא"ש, בטור אבן העזר, קנד.

⁹⁵ ראו **שו"ת הרא"ש** כלל מג, ח; **תשובות חכמי פרויניציא** עג-עד, עט; **שו"ת הרשב"א** א, תקעג, אלף קצב; שם ה, צה. ראו גם בארי, לעיל ה"ש 73, בעמ' 241–243; שרשבסקי, לעיל ה"ש 74, בעמ' 201–202, וה"ש 72 שם; אלון, לעיל ה"ש 19, בעמ' 544–545; רוזן-צבי, לעיל ה"ש 25, בעמ' 257; חגי איזירר "חייב גט ומזונות למורדת ד'מאיס עליי" **שורת הדין** ב, סד, עח (התשנ"ד).

⁹⁶ ראו **שו"ת הרא"ש** כלל מג, ו, ח; **שו"ת הרשב"א** א, תקעג, אלף קצב; שם ז, תיד; **שו"ת מהרי"ק** סג; **בית יוסף** אבן העזר עז. עם זאת, בנוגע לספרד בראשית המאה הי"ד, העיד הרא"ש בתשובתו, שם: "אני רואה שבאלו הארצות רוב הגיונם בספרי רי"ף ז"ל... נהגו כך". כמו כן כתב, סמוך לזמנו, החכם הספרדי, הרשב"א (**שו"ת הרשב"א** ב, רעו), שסבר כי אם נהגו במקום מסוים כדעת הרמב"ם, ש"כופין" לגרש כאשר האישה מורדת מסוג "מאיס עליי": "אין בנו כוח לחלוק עליהם ולבטל דבריהם", מפני שגם הגאונים תיקנו כי "כופין" לגרש בנסיבות אלה. בנוגע לגירושין בגין עילת "מאיס עליי" ראו גם **שו"ת הרדב"ז** ב, תש; **שו"ת שבט הלוי** כז; יצחק אייזיק הרצוג "בענין חשש לגט מעושה" **הדרום** א 3, 4 (התשי"ז); **שו"ת היכל יצחק** אבן העזר, ח לק א, ג.

⁹⁷ ראו **ספר הישר, חידושים** ד; **ספר הישר, שו"ת** כד; **תוספות** כתובות, סג, ע"ב, ד"ה אבל; **פסקי הרא"ש** כתובות, פרק ה, לד. ראו גם אלון, לעיל ה"ש 19, בעמ' 543–544.

⁹⁸ בספרות הגאונים בעניין תקנת הגאונים בנוגע ל"מאיס עליי" נזכר לעתים הנימוק של רב נטרואי גאון לתקנה, "כדי שלא יצאו בנות ישראל לתרבות רעה". ראו **שו"ת הגאונים, חמדה גנוזה** פט. ראו גם **שו"ת מהר"ח אור זרוע** סט; טיקוצ'ינסקי, לעיל ה"ש 91, בעמ' 11; זאב פלק "המורדת על בעלה" סיני מט, קפב (התשכ"א); שפירא "גירושין", לעיל ה"ש 90, בעמ' 126, 130; ורהפטיג "כפיית גט", לעיל ה"ש 77, בעמ' 186; בארי, לעיל ה"ש 73, בעמ' 227, 283.

הלכה גדולים בנוגע למורדת, "יתנו לב, לפי העניין, להעמיד דבר על אופניו, שלא תצאנה בנות ישראל לתרבות רעה"⁹⁹. נראה, כי חשש זה עמד אף לנגד עיניהם של פוסקי הדורות האחרונים. הם סברו, כי בחברתנו המתירנית החשש שמא תחיה האישה שמאסה בבעלה, אך אינה יכולה להתיר את קשר הנישואין עמו, חיי אישות שלא במסגרת הנישואין, שריר וקיים. הרב עובדיה יוסף ייחס חשיבות לשיקול זה באחת מתשובותיו, שבה כתב: "ובאמת שאפילו לדעת הפוסקים דס"ל (=דסבירא ליה =שסוברים) שאין כופים אותו להוציא (=לגרש) בטענת מאים עלי, י"א (=יש אומרים) שמצווה מוטלת על הבעל לגרשה, ומכ"ש (=ומכל שכן) כשיש חשש שע"י (=שעל ידי) השהייתו תצא לתרבות רעה... שבזה"ז (=שבזמן הזה)... בארצות החופש והדרור ואיש הישר בעיניו יעשה, ורבתה החוצפה בעולם, והניסיון הורה שכאשר עוזבות את בעליהן בטענת מאים עלי, ואשתהווי אשתהו (=שוהות) מבלי לפטרם בגט, הולכות ויושבות עם גברים אחרים, וגם בוש לא יבושו, וגם הכלם לא ידעו, ומרבין ממזרים בעולם... ראוי להתחשב מאוד בתקנת הגאונים ומכ"ש (=מכל שכן) כשהיא צעירה, ויש חשש ממשי שתצא לתרבות רעה, ואין סיכויים כ"כ (=כל כך) שתחזור לבעלה, שנראה שהרוצה לעשות מעשה לכופו (=כופין") להוציא (=לגרש) יש לו ע"מ (=על מה) שיסמוך, שהרי חזרה חששת הגאונים "פן תצא לתרבות רעה" למקומה, והכל לפי העת והזמן"¹⁰⁰.

אף הרב אליעזר יהודה ולדנברג כתב בנוגע למצבים מסוימים שבהם האשה היא מורדת: "ברור הדבר שהאשה לא תוכל להשלים עם נפשה להישאר במצב עלוב זה כל ימי חייה, ותצא חלילה באין ברירה לתרבות רעה". מסקנתו הכללית היא, כי "יש כר נרחב (=בסיס איתן) לדון בדבר כפיה לגרש (=לשקול אפשרות ש"כופין" לגרש) במקום שישנו בטענת ה'מאים עלי' אמתלא מבוררת (=כשמוכתח "אמתלא מבוררת" =סיבה למרידה, התומכת בטיעון שהאמירה "מאים עלי" היא כנה), ובית הדין רואה צורך השעה לכופף את הבעל לגרש כדי שלא תצא האשה לתרבות רעה"¹⁰¹.

באורח דומה למה שכתבו הרב עובדיה יוסף והרב אליעזר יהודה ולדנברג גם חוקרים בני זמננו הדגישו שרבנו תם – אשר עמדתו היתה, כי כאשר האישה היא מורדת מסוג "מאים עלי", אסור לגרום לגירושין שלה באמצעות שימוש באמצעי הכפייה החרפים המופעלים כש"כופין" לגרש, כגון כפייה בשוטים, או "בגזירות

⁹⁹ מרדכי כתובות, קפו. ראו גם שו"ת ציץ אליעזר ח, חלק ד, כא.

¹⁰⁰ שו"ת יביע אומר ג, אבן העזר, יח. ראו גם רוזן-צבי, לעיל ה"ש 25, בעמ' 256, 263.

¹⁰¹ שו"ת ציץ אליעזר ד, כא. ראו גם השיקול שמא תצא האישה לתרבות רעה כבסיס להפעלת סנקציה כנגד הבעל כדי שיגרש את אשתו, בתשובת הרב עובדיה הדאיה – שו"ת ישכיל עבדי ו, אבן העזר, כד.

וחרמות¹⁰² – סבר, כי בנסיבות שבהן האישה מואסת בבעלה, מעין אלה הנזכרות בתשובתו, מותר השימוש בסנקציות מתונות ועקיפות יותר נגד סרבן הגט, הקרויות "הרחקות רבינו תם", כיוון "שגם ליבו של ר"ת (=רבינו תם) היה עם הטוענת מאיס עלי, ואף הוא חיפש תקנה שלא תתענגה בנות ישראל... יגע ומצא פתרון לבעיית המאיסה... אילו סבור היה רבינו תם שהבעל נוהג כשורה, ושלאישה אין כל מעמד בטענת המאיסה, לא היה טורח להמציא את האמצעי המתוחכם של ההרחקה".¹⁰³ כמו כן היו חוקרים בזמננו שהדגישו, כי אף לאחר שחלה נסיגה מן התפיסה ש"כופין" לגרש כאשר האישה טוענת "מאיס עלי", בין השאר בהשפעת פסיקת רבינו תם, הנזכרת לעיל, היו פוסקי הלכה שכתבו ש"כופין" לגרש אישה הטוענת "מאיס עלי" בנסיבות המתאימות – כשיש בכך "תקנה לאישה וצורך השעה". "תקנת האישה" חלה כשקיים חשש לעיגון מתמשך, ובמיוחד כשחוששים כי עקב כך תצא לתרבות רעה ותידרדר לשמד ולזנות.¹⁰⁴

לאור האמור לעיל נראה, שלאור מכלול הערכים במשפט העברי, בכל מקרה שבו נקבעת מדיניות בנוגע לקיום פסק דין של גירושין ישנם שני שיקולים מנוגדים אשר הדין צריך לשוות כנגד עיניו ולאזן ביניהם. מצד אחד, רצויה מדיניות זהירה שראוי לנקוט כשמופעלות סנקציות כנגד סרבן/נית גט, שמא הגט יהיה מעושה שלא כדין, ומאידך גיסא, יש לעשות כל מאמץ שיאפשר פתרון הולם למצוקת מסורבת/ת הגט, אשר דינם הושווה לדין עגונות והם טוענים או טוענות טענת "מאיס עלי". לשיקול הראשון משקל מכריע בהחלטות הרכבים רבים בבית הדין הרבני בישראל כיום, אך לשיקול השני והמאזן – מדיניות חכמי ההלכה בעניין התרת עגונות מכבלי העגינות והנפקות ההלכתית של טענת "מאיס עלי" בנסיבות המתאימות – לעניות דעתי, לא ניתן משקל מאזן ראוי בפסיקת רוב ההרכבים בבתי הדין הרבניים בישראל. לו נקטו הרכבים רבים בבתי הדין הרבניים בישראל מדיניות של איזון ראוי בין עקרונות ההלכה בהקשר זה, וייחסו יותר חשיבות לכבודם וחירותם של מסורבי הגט הכבולים בכבלי נישואין לא רצוים וטוענים טענת "עגינות" או "מאיס עלי", הרתיעה שלהם מפני תחולתם של עקרונות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, והאיזון שבין זכויות אדם מתנגשות, שהוא פועל יוצא ממנו, היתה פוחתת.

¹⁰² ספר הישר, שו"ת כד.

¹⁰³ וינרוט, לעיל ה"ש 85, בעמ' 431–432. שם, בעמ' 439, הסביר ד"ר וינרוט שלדעתו, הרחקות רבינו תם הן גישור קונספטואלי בין דעת הרמב"ם, הסבור ש"כופין" גט במורדת בטענת מאיס עלי, ובין דעת רבינו תם. גם רבינו תם מכיר בצורך למנוע מהאישה נישואין כפויים, שהתגלה בהם פגם חוסר ההתאמה. כל המחלוקת בינו ובין הרמב"ם היא מה האמצעי שמותר וראוי לנקוט כדי להתיר את קשר הנישואין.

¹⁰⁴ ראו בארי, לעיל ה"ש 73, בעמ' 288.

2. האיזון במשפט החוקתי בישראל בין זכויות אדם מתנגשות בתחום זה

(א) ההסדר במשפט הישראלי

ההסדר שנהג בחוק עד שנת תשנ"ה בנוגע לקיום פסקי דין של גירושין, נקבע בסעיף 6 לחוק שיפוט בתי-דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג-1953¹⁰⁵ (להלן: חוק שיפוט בתי-דין רבניים). נוסחו של סעיף זה, כאשר התקבל החוק בכנסת, היה: "ציווה בית דין רבני בפסק דין סופי לכפות איש לתת גט פיטורין לאשתו או לכפות אישה לקבל גט פיטורין מאישה, רשאי בית המשפט המחוזי, כתום שישה חודשים מיום מתן הצו, לפי בקשת היועץ המשפטי לממשלה, לכפות במאסר לציית לצו".

חכמי המשפט העברי בדורות האחרונים דנו בבסיס ההלכתי של ההסדר שהוצע, ונקבע בסופו של דבר בחוק בישראל. בעניין זה נתגלעו חילוקי דעות בין הפוסקים. היו שהביעו חשש שמא סנקציית המאסר חריפה מדי, שוות-ערך בחומרתה למלקות בשוטים, ולכן אין הצדקה להפעלתה, במיוחד כאשר אין ודאות ש"כופין" לגרש.¹⁰⁶ בין השאר עמדה לפני הפוסקים פסיקתו של הרב דוד בן זמרא, בדונו בבעל "הרגיל להכות את אשתו ולכזותה תמיד". הוא פסק שאין לעשות שימוש באמצעי כפייה חריפים לצורך קיום פסקי דין של גירושין: "כפייה בדברים או ע"י פרעון כתובה, או קנס – ניחא, אבל כפייה בשוטים... לא היתה כזאת". עם זאת סבר הרדב"ז, כי שימוש עקיף באמצעים חריפים, ובכללם מאסר, אפשרי: "וחובשין אותו [בבית האסורין], מפני שהכה אותה, ואין מזכירין לו שיוציא את אשתו כלל. ואם עמד הוא, מעצמו, מחמת עונשו [=מאסרו] וגירש – אין זה אונס, שהרי הוא מביא על עצמו האונס מדעתו – לא יכנה ולא יגרשנה".¹⁰⁷ כמו כן כאשר אוסרים אדם, מפרישים אותו מאשתו. בהפרשה זו יש לנהוג זהירות, והיא מותרת רק בנסיבות מיוחדות המצדיקות הפעלת אמצעי חריף

¹⁰⁵ ס"ח 165.

¹⁰⁶ ראו דעת הרב משולם ראטה, בשו"ת קול מבשר א, פג. לדידו, אין להסיק מן התקדימים הנזכרים בספרות ההלכה בעבר בנוגע לשימוש במאסר כי מאסר קבוע של סרבן גט מותר. כמו כן כתב הרב ראטה, שבנוגע לגירושין אין לסמוך על "צדדי ההיתר וצירוף הספקות" של הגאון מקוונא, הרב יצחק אלחנן ספקטור, בתשובתו – שו"ת עין יצחק, חלק ב, לד, ענף ה – כי שם היה מדובר על מצב של דיעבד, שכבר היתה כפייה וניתן גט, בעוד חקיקת חוק היא פעולה לכתחילית: "בעשיית חוק קבוע אנו גורמים לעשיית ספק ספיקא בידיים [=באופן פעיל, מלכתחילה; אנו מכניסים עצמנו למצב שההיתר ההלכתי שלו מבוסס על ספיק ספיקא]. אסור לגרום ספק דרבנן... לא יצאנו מידי חששותו של גט מעושה". ראו גם ורהפטיג, לעיל ה"ש 73, בעמ' 175.

¹⁰⁷ שו"ת הרדב"ז ד, קנז (אלף רכה). ראו לעניין זה גם תשובה נוספת של הרדב"ז, שם ד, קח (אלף קפ).

זה.¹⁰⁸

עם זאת רבים מן הפוסקים בדורות האחרונים סברו, שכאשר המאסר הנזכר בחוק שיפוט בתי דין רבניים מופעל בנסיבות המתאימות, אין חשש שהגט יהיה מעושה שלא כדין. הרב הרצוג סבר, שאפשר לכפות סרבן/נית גט באמצעות מאסר כאשר בית הדין רבני פסק ש"כופין" לגרש.¹⁰⁹ נראה שהמבחן הקובע, לדעת הרב הרצוג, הוא מידת הלחץ המופעל על סרבן/נית הגט עקב הפעלת אמצעי כפייה מסוים. נראה, שאם תנאי המאסר הם כאלה שאינם גורמים ללחץ חמור מדי לגרש, יש מקום להתיר הפעלת מאסר בנסיבות שבהן חוק שיפוט בתי דין רבניים הסמיך בתי דין רבניים לאסור סרבן/נית: פסק דין של גירושין בדרגת "כופין" לגרש.¹¹⁰ רבנים ודיינים בישראל

¹⁰⁸ הרב אריה ליב האפט כתב בין השאר בשו"ת דברי טעם קכח, "דאין מפרישין אותו מאשתו... לדעתי הפרשה זו לא התיר גם ר"ת [=רבנו תם], דזה כפי' [ה] ממש, דאנו וגוזלים ממנו את אשתו. גם אין סברה לכופו בזה, להפרישו מאשתו ולגזול ממנו העונה ולכופו שלא לקיים מצוות עונש אשר מחויב בזה מדאורייתא לרוב הפוסקים". בדיעבד אם הבעל נתון במאסר, בתי הדין אינם נוטים לעתים לראות בעובדה שאינו חי חיי אישות עילת גירושין, שבגינה "כופין" או מחייבים בעל לתת גט לאשתו. באחד מפסקי הדין של בתי הדין הרבניים בישראל, ערעור (גדול) תשכ"ח/28, פד"ר ה' 329, 331 (התשכ"ח), ביקשה האישה להתגרש מבעלה, בין השאר מפני שלטענתה אין הבעל מקיים את חיוביו לחיות עמה חיי אישות ולשלם לה מזונות, עקב היותו נתון במאסר. שני הטיעונים נדחו על ידי בית הדין: נפסק, שבנוגע למאסר הימנעות הבעל מקיום חיי אישות נחשבת "אונס". מדובר ב"חולי הראוי לרפואה", והאישה צריכה להמתין עד "שיתרפא", דהיינו: עד שישתחרר ממאסרו. כמו כן הבעל קיבל מדי פעם חופשות ממאסרו וסביר להניח, שלפחות פעם בשישה חודשים יוכל לקיים את חיובו לחיות עמה חיי אישות. עם זאת, במקרה זה היתה תקופת המאסר קצרה יחסית. בפסיקת חכמי ההלכה ובתי הדין הרבניים בישראל רווחת לעתים מגמה הפוכה – כפיית גט בנסיבות אלה, מכיוון שהבעל מונע מאשתו את עונתה. ראו ורהפטיג, לעיל ה"ש 73, בעמ' 280.

¹⁰⁹ לדעת הרב הרצוג, כדי למנוע חשש שמא יאסרו אדם אשר אינו נמנה עם אלה ש"כופין" אותם לגרש, חשוב שתהיה אפשרות לערער על פסק הדין של בית הדין האזורי לבית הדין הרבני הגדול. כמו כן סבר, כי חשוב שבית הדין יכתוב בפסקו במפורש: "לכפות את הבעל על"י מאסר". לדעתו, אם כתוב באופן סתמי "לכפות", קיימת אפשרות שבית הדין התכוון כי הכפייה תהיה באמצעות הטלת מזונות. ראו מכתב יום ה' מו"מ (מטות-מסעי), התשי"ג, במאמרו של ורהפטיג, שם, בעמ' 174–175.

¹¹⁰ ראו שו"ת היכל יצחק אבן העזר, א, א. ראו גם שם, בנוגע למזונות: "אין כל הטלת סכום אונס גמור... כיוון שתשלום הממון אינו נוגע בפרנסתו פגיעה קשה זה מראה שאין נפשו קשורה בנפשה במידה שהוא טוען והגט כשר, ואין גט מעושה אלא כשמטילים עליו דבר שאין בכוחו לסבול, כגון ייסורי הגוף, או סכום עצום שמהרס אותו". נראה, שהמדיניות הכללית בנוגע להטלת "דבר שאין בכוחו לסבול", הנקוטה, לדעתו, בנוגע למזונות עונשיים, תהיה נקוטה גם בנוגע לשימוש במאסר. אמנם, צריך להתאמץ להתחשב בהבדל אפשרי בין מזונות, שהשפעתם שונה מאדם לאדם – לעתים, אם האדם אמיד, לא נגרם לחץ חמור מדי לגרשו – ובין מאסר הפוגע באופן ניכר בכל אדם בן חורין שנעשה אסיר. אולם אין ספק, שקיים בכל זאת עיקרון

התחשבו בין השאר בעובדה, שתנאי המאסר בבתי הכלא בדורות האחרונים קשים פחות משהיו לפני שנים רבות ולכן אמצעי המאסר פוגע כיום פחות ברצון החופשי של המגורש.¹¹¹ כפועל יוצא של השקפת עולם זו הורו לעתים בתי דין רבניים בישראל לאסור בעל סרבן גט מכוח סמכותו של בית הדין בהוראת החוק הישראלית. לאור התקדימים בספרות ההלכה, כתב הרב שאר-ישוב הכהן: "סוג הכפייה העומד לרשותנו במדינת ישראל הינו ע"י מאסר. גם המתנגדים לכפייה בשוטים יסכימו לכפות מאסר. רש"י פירש, שהשימוש בבתי אסורים של ישראל הוא כדי 'לכופו להוציא אישה פסולה'.¹¹² כבר העיר הר"ר [=הרב] עובדיה יוסף שליט"א: 'אין כל דמיון בין בתי הסוהר של זמננו לבתי הסוהר שבזמנים הקודמים'. באגרתו לרבני ישראל ודייניה מיום ה' מנ"א [=מנחם אב] תשי"ג קיבל מרן הרא"ה הרצוג ז"ל את ההצעה לכפייה ע"י מאסר."¹¹³

בהסדר החוקי שנקבע בסעיף 6 לחוק שיפוט בתי דין רבניים היו כמה ליקויים, אשר בגינם הגיע המחוקק לכלל מסקנה, שיש צורך בחקיקה נוספת: (1) הסעד שניתן לא היה מהיר דיו, עקב הצורך ב"פסק דין סופי לכפות",¹¹⁴ ומעורבותם של היועץ המשפטי לממשלה ובית המשפט המחוזי בהליך ביצוע המאסר בפועל.¹¹⁵ כמו כן בגין מנגנון

דומה בנוגע לסנקציית המזונות ולסנקציית המאסר. מידת הלחץ משפיעה על הרצון החופשי של המגורש/ת – ככל שמידת הלחץ גדלה, כן הרצון החופשי פוחת. כמו כן כאשר "כופין" לגרש, מותרת הפעלת לחץ ניכר על הסרבן/נית.

¹¹¹ הרב עובדיה יוסף כתב: "ומכ"ש [=ומכל שכן] בכפייה שבזמן הזה, שאינה כפייה בשוטים, אלא בישיבה בבית הסוהר. ואין כל דמיון בין בית סוהר של זמנינו לבית סוהר שבזמנים הקודמים" – שו"ת יביע אומר, ג, אבן העזר כ. ראו גם שם, בעמ' יח-יט, תחילת הדיון בנושא זה. באורח דומה לכך כתב הרב שאול ישראלי, שהמאסר בזמננו חמור פחות מן המאסר של סרבן/נית גט הנזכר בספרות ההלכה הקדומה. ראו שאול ישראלי **משפטי שאול** רלו (התשנ"ז).

¹¹² **פירוש רש"י** פסחים צא, ע"א, ד"ה בית האסורין של ישראל.

¹¹³ שאר-ישוב כהן "כפיית הגט בזמן הזה" **תחומין** יא, 95, 201 (תש"ן). ראו גם פסק דין של הרב שאר-ישוב כהן: תיק (אזורי חי') מב/1530, פד"ר טו 145, 162–163 (התש"ן). בנוגע לתוקף ההלכתי של גט שניתן לאחר מאסרו של סרבן הגט ראו משה זילברג **המעמד האישי בישראל** 125–126 (התשכ"ה); אליקים ג' אלינסון "סירוב לתת גט" **סיני** סט, קלה, קלו (התשל"א).

¹¹⁴ ראו ס' 8 לחוק שיפוט בתי-דין רבניים (נישואין וגירושין), התשי"ג–1953, ס"ח 165 (להלן: חוק שיפוט בתי דין רבניים). כאשר גם לאחר מתן פסק דין "לכפות" היה צורך להמתין עד לאחר תום המועד לערעור או כאשר הערעור נדחה בבית הדין הרבני הגדול. ראו שלמה דיכובסקי "בתי דין רבניים ממלכתיים: בעיותיהם והישיגיהם" **דיני ישראל** יג-יד, ז, יב (התשמ"ו-התשמ"ח).

¹¹⁵ ראו בג"ץ 84/54 **זאדה נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד ח(2) 738 (1954) (להלן: פרשת זאדה); בג"ץ 54/55 **רוזנצוויג נ' יו"ר ההוצל"פ, ירושלים**, פ"ד ט 1542, 1550 (1955) (להלן: פרשת רוזנצוויג); זילברג, לעיל ה"ש 113, בעמ' 388–389; ע"א 164/67 **היועץ המשפטי לממשלה נ' אברהם**, פ"ד כב(1) 29, 49–50 (1968) (להלן: פרשת אברהם). ראו גם שיפמן, לעיל ה"ש 25, בעמ' 37, ה"ש 11, 201.

השהייה של שישה חודשים מיום מתן צו המאסר בגין סרבנות גט על פי החוק,¹¹⁶ חלף פרק זמן נוסף עד להטלתו בפועל של המאסר; (2) סעד המאסר היה מותנה בפסק דין ש"כופין" לגרש, והדיינים נטו לייחס חשיבות רבה לשיטות מחמירות שונות ולכן רק לעתים נדירות קבעו הדיינים, שדרגת הכפייה בפסק הדין של גירושין היא הגבוהה ביותר האפשרית – "כופין" – הנדרשת לצורך הפעלת מאסר בגין סרבנות גט,¹¹⁷ מחשש שמא יהיה הגט מעושה שלא כדין;¹¹⁸ (3) לעתים סעד המאסר אינו יעיל במקרים בעייתיים מסוימים, כגון כשבעל סירב לתת גט גם לאחר מאסר ממושך¹¹⁹ או כאשר בית המשפט השית על סרבן גט תקופת מאסר ממושכת בגין עבירה פלילית¹²⁰

116 ראו הסיפא של ס' 6 לחוק שיפוט בתי דין רבניים. אף תקופה זו היתה עלולה להימשך מעבר לשישה חודשים "מיום מן הצו", הנזכרים בס' 6. ראו זילברג, לעיל ה"ש 113, בעמ' 390–391.

117 בס' 6 לחוק שיפוט בתי דין רבניים, קבע המחוקק, כי הטלת מאסר אפשרית רק לאחר שבית הדין ציווה "לכפות" את האישה, ולא לאחר חיוב, ציווי או המלצה בפסק דין של בית דין רבני, הנופל בחומרתו מ"כפייה". ראו בג"ץ 822/88 רונצוויג (בורוכוף) נ' היועמ"ש לממשלה, פ"ד מב(4) 759, 760–761 (1989), שבו בית המשפט דחה למצער תביעתה של אישה להתערבות היועץ המשפטי לממשלה, כאשר בית הדין קבע בפסיקתו, שהבעל "חייב" לתת גט לאשתו, אך לא ציווה "לכפות" אותה לעשות כן.

118 ראו ורהפטיג, לעיל ה"ש 73, בעמ' 210: "ההיסוסים של בתי הדין הם רבים והרתיעה משימוש בכפייה היא עדיין רבה ביותר, ולפעמים המסקנה אינה הולמת את הנימוקים, כאילו בית הדין נמנע ברגע האחרון מלהשתמש בכוח שניתן לו". וראו עוד שם. דוגמה למסקנה שאינה הולמת את הנימוקים היא פסק בדין בתיק (אזורי י-ם) תשי"ג/ג 194, פד"ר א 77 (התשי"ג). בית הדין הסביר, כי הוא נמנע מלפסוק במקרה זה ש"כופין לגרש" "משום חששא דגט מעושה". ראו גם ביקורת המלומדים רוזן-צבי ופרישטיק בנוגע להימנעותם של בתי דין רבניים ממתן פסקי דין ה"כופין" לגרש במקרים קשים של אלימות נגד נשים בתקופה שקדמה לחוק משנת תשנ"ה: רוזן-צבי, לעיל ה"ש 25, בעמ' 427–428; מרדכי פרישטיק "אלימות פיזית של בעלים כעילה לקבלת גט בהלכה היהודית ובשיפוט הרבני" דיני ישראל יז, צג, צט-קטו (התשנ"ג-התשנ"ד). ראו גם איתן מגן "חירות הפרט וחייבים בהוצאה לפועל" הפרקליט מ, 384, 390–393 (תשנ"ג); ליפא י' קמינר "עונש המאסר בישראל" תחומין ט, 134, 144–146 (התשמ"ח); שיפמן, לעיל ה"ש 25, בעמ' 297–298. ברוח ההסדר הישן שנהג עד שנת התשנ"ה בנוגע לקיום פסקי דין של גירושין כתבו: "כמעט שאין כופין היום גט במדינת ישראל, למרות הסמכות החוקית שבידי בתי הדין הרבניים..." שוחטמן "מעמד האישה", לעיל ה"ש 77, בעמ' 421.

119 ראו פרשת אברהם, לעיל ה"ש 115; פרשת סבג, לעיל ה"ש 60. עם זאת, מקרה זה אינו אופייני. רק לעתים רחוקות יעדיף סרבן לשהות בכלא ולא לשחרר את רעייתו מכבלי הנישואין. ראו בני דון-יהיא משפחה במשפט: מדריך לחיי אישות 207 (התשמ"ג).

120 הגם שלפי ס' 47 לחוק העונשין, נדחה ריצווי עונש המאסר הפלילי עד לאחר תום השלמתה של תקופת המאסר האזרחי, כגון מאסר בגין סרבנות גט. ראו תיק (אזורי חי') שכט/459, פד"ר ח 124, 128 (התשל"ל). ראו גם ורהפטיג, לעיל ה"ש 73, בעמ' 214. כמו כן הביעו הדיינים דעה, שהשמת אסיר בצניוק עשויה להועיל במקרים מסוימים, אך כתבו בעבר, שאין סמכות בחוק לנהוג בדרך זו. ראו תיק (אזורי ת"א) מב/674 חבילה לח/8397, פד"ר יב 254, 257 (התשמ"ב).

או כאשר האישה סירבה לקבל גט, במציאות שבה נמנעו משימוש בסנקציית המאסר כלפי נשים כאמצעי כפייה לקבלת גט, עקב מדיניות בתי הדין הרבניים¹²¹ והיועץ המשפטי לממשלה;¹²² (4) המאסר היה האמצעי היחיד, ואולי אף הבלעדי הנזכר בחוק. זאת לאור פסיקת בית המשפט העליון בעניין מזונות עונשיים, שלפיה ייתכן שבית הדין הרבני מנוע מלהפעיל אמצעי כפייה ואילוץ נוספים שאינם מפורטים בסעיף 6 לחוק,¹²³ כגון החזקת אסיר בבידוד.¹²⁴ בין השאר היה ספק בנוגע לסמכות בית הדין להשתמש באמצעי כפייה מסוימים הנזכרים במשך דורות רבים במקורות המשפט העברי, כגון הרחקות רבינו תם.¹²⁵ במקרים שבהם סעד המאסר לא היה יעיל נותרו

ראו גם שילה רפאל "פסקי דין בענייני חיוב גט" קובץ מאמרים לזכרו של הרב שמעון כץ 65 (התשמ"ז).

¹²¹ ככלל, בתי הדין נמנעו מלפסוק ש"כופין" אישה לקבל גט וכן נמנעו מפסיקת סנקציה חריפה כלפיה – מאסר. ראו ערעור (גדול) תש"ך/89, פד"ר ג 369 (התש"ך), שם נאמר, כי מחויבת לקבל גט ולא פסקו שיש לכפות, מפני שעלולה להיאסר, "ועבור אישה זה לא פחות מכפי" [ה] ע"י שוטים"; ערעור (גדול) תשט"ז/8 תשט"ז/9, פד"ר ב 129, 141–142 (התשי"ז); ורהפטיג, לעיל ה"ש 73, בעמ' 199–201; שרשבסקי, לעיל ה"ש 74, בעמ' 294. בתי הדין העדיפו לנצל את כפיית האשה כדי לתת לבעל היתר נישואין ולפוטרו מחיוביו הנובעים מן הנישואין כלפי אשתו. השיקול המנחה הוא שכאשר "כופין" גבר לתת גט, קיים חשש רב שכאשר "כופין" שלא כדין יהיה הגט מעושה שלא כדין, והאישה שתינשא לאחר על סמך ההנחה שהיא גרושה תעבור על איסור אשת איש וילדיה יהיו ממזרים; בעוד גבר שיינשא לאישה שנייה בלא היתר נישואין יעבור על איסור חרם דרבנו גרשום ולא על איסור חמור מן התורה, ואף בנוגע לצאצאיו מן הזיווג החדש אין חשש של ממזרות. בבג"ץ 235/68 ב' [ורונובסקי] נ' הרבנים הראשיים לישראל, פ"ד כג(1) 462, 475 (1969), קיבל בית המשפט העליון את עמדת בתי הדין הרבניים שכאשר אישה מסרבת לקבל גט, הדרך הנאותה לאלצה לקבלו היא מתן היתר נישואין לבעלה. פסק דין זה אושר בפרשת בורונובסקי, לעיל ה"ש 75, בעמ' 47, שם התחשב הנשיא אגרנט בעמדת בתי הדין הרבניים, כי מאסר הוא סנקציה כפייתית קשה וחריפה מדי לאישה. לעניין הפטור מחיובי הכתובה ראו שו"ת הרא"ש מב, א; שולחן ערוך אבן העזר, סימן קיז, סעיף יא; שו"ת מהר"ם לובלין א. בעקבות הפסיקה בדורות הקודמים נפסק בפסקי דין רבניים, שאם אישה מסרבת לקבל גט כאשר קיימת כנגדה עילת גירושין אשר בגינה אפשר לכוף בעל לתת גט, הבעל פטור מתשלום מזונותיה. ראו ערעור (גדול) תשכ"ב/147, פד"ר ה 129, 132 (התשכ"ד); תיק (אזורי ת"א) כט/281, פד"ר ח 17, 21 (התשכ"ט).

ראו פרשת זאדה, לעיל ה"ש 115; ורהפטיג, שם, בעמ' 200–201.

¹²² ראו פרשת רוזנצוויג, לעיל ה"ש 115, בעמ' 1559; ע"א 664/82 סלומון נ' סלומון, פ"ד לח(4) 365 (1984) (להלן: פרשת סלומון); ע"א 798/82 נוני נ' נוני, פ"ד מ(3) 744, 747 (1982); אברהם בארי "מזונות לאשה שבעלה חויב לגרשה (מעוכבת)" מחקרי משפט ז 79, 144–145 (התשמ"ט); יחיאל קפלן "פתרון מצוקת מסורבות גט באמצעות מזונות עונשיים" המשפט י 391, 393–398 (התשס"ה).

¹²³ ראו פרשת רוזנצוויג, שם, בעמ' 1559.

¹²⁴ בפועל עשו בתי דין רבניים בעבר, שימוש לעתים באמצעים הנזכרים בספרות ההלכה, אך

מסורבי/ות הגט לעתים בלא פתרון יעיל למצוקתם.

בגין הליקויים הנזכרים לעיל, בחוק שיפוט בתי דין רבניים, במיוחד כאשר דרגת פסק הדין היתה פחותה מ"כופין", נחקק חוק בתי דין רבניים (קיום פסקי דין של גירושין), התשנ"ה–1995.¹²⁶ חוק זה הרחיב את האפשרות להפעיל אמצעי כפייה ואילוץ נגד סרבן/נית גט.¹²⁷ הצעת החוק שקדמה לחוק בתי דין רבניים ציינה במפורש, שמטרת החוק היא רתימת מכשיר הלכתי – הרחקות רבינו תם – לצורך פתרון מצוקתם של מסורבי/ות גט.¹²⁸ חוק בתי דין רבניים הסמיך את בתי הדין הרבניים לתת מגוון של צווי הגבלה כנגד סרבן/נית הגט: כאשר בית דין רבני קבע בפסק דין שאיש יתן גט לאשתו או שאישה תקבל גט מבעלה, וסרבן/נית הגט לא קיים/מה את פסק הדין, בית הדין רשאי לתת צווי הגבלה לתקופה ובתנאים שיקבע. בצו הגבלה הוא רשאי לפגוע בין השאר בזכויות אדם – כגון זכות תנועה או זכויות אחרות – כולם או מקצתן, בתחומים שונים.

סעיף 2(א) לחוק קבע: "מבלי לגרוע מסמכותו של בית הדין הרבני לפי סעיף 7א לחוק בתי דין דתיים (כפיית ציות), תשט"ז–1956, רשאי בית הדין הרבני, בצו הגבלה, לפגוע בזכויות המפורטות להלן, כולן או מקצתן, לתקופה ובתנאים שיקבע: (1) לצאת מן הארץ; (2) לקבל דרכון ישראלי או תעודת מעבר לפי חוק הדרכונים, תשי"ב–1952, להחזיק בהם או להאריך את תוקפם, ובלבד שיהיו תקפים לצורך שיבה לישראל; (3) לקבל, להחזיק או לחדש רשיון נהיגה; (4) להתמנות, להיבחר או לשמש במשרה על פי דין או במשרה בגוף מבוקר כמשמעו בחוק מבקר המדינה, תשי"ח–1958 [נוסח

הסמכות להפעלתם בבתי הדין לא נזכרה במפורש בחוק הישראלי. האמצעים הללו כללו פסיקת חיוב מיוחד במזונות או הפעלת הרחקות רבינו תם או הכנסת אסיר לצינוק. ראו בארי, לעיל ה"ש 73, בעמ' 290–307, 350–357, 359–369; בארי, לעיל ה"ש 81, בעמ' 65, 93–95; פרשת סלומון, לעיל ה"ש 123, בעמ' 370.

¹²⁶ חוק בתי דין רבניים (קיום פסקי דין של גירושין), התשנ"ה–1995, ס"ח 139 (להלן: חוק בתי דין רבניים). תחילה היה החוק הוראת שעה, ובמועד מאוחר יותר הוא נהפך להוראת קבע, והמילים "הוראת שעה" הושמטו משם החוק. כמו כן לאחר שנחקק החוק הראשי נחקקה גם חקיקת משנה: תקנות בתי דין רבניים (קיום פסקי דין של גירושין), התשנ"ט–1999, ק"ת 376.

¹²⁷ החוק נחקק בין השאר לאחר פניות של רבנים, שופטים ומלומדים אל רבני ישראל ואל הכנסת למצוא הסדר חקיקתי נוסף על חוק שיפוט בתי דין רבניים, שיהלום את עקרונות המשפט העברי ויפתור את מצוקת המסורבי/ות. ראו שילה רפאל "בעיות הכפייה במתן גט" **תורה שבעל פה** יח, סג (התשמ"א); עזרא בצרי "גט מעושה" **שנתון המשפט העברי** טז–יז, 535, 552–553 (התש"ן–התשנ"א); תיק (אזורי חי') שכט/459, פד"ר ח, 124, 128 (התשל"ל); פרשת **אברהם**, לעיל ה"ש 115; פרשת **סבג**, לעיל ה"ש 60, בפסק הדין של השופט רובינשטיין; ורהפטיג, לעיל ה"ש 73, בעמ' 216; שיפמן, לעיל ה"ש 25, בעמ' 297–298; רוזן-צבי, לעיל ה"ש 25, בעמ' 184–186.

¹²⁸ ראו ה"ח 195, דברי ההסבר.

משולב]; (5) לעסוק במקצוע שהעיסוק בו מוסדר על פי דין או להפעיל עסק הטעון רישוי או היתר על פי דין; (6) לפתוח או להחזיק חשבון בנק או למשוך שיקים מחשבון בנק בדרך של קביעה כי הוא לקוח מוגבל מיוחד, כמשמעותו בחוק שיקים ללא כיסוי, התשמ"א-1981; (7) היה האדם שנגדו ניתן צו ההגבלה אסיר או עצור – (א) לקבל חופשה מיוחדת לפי סעיף 36 לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], התשל"ב-1971 (להלן – הפקודה); (ב) לקבל ולשלוח מכתבים, למעט כתבי ביי-דין או מכתבים לעורך דינו או מעורך דינו, לטוען רבני או מטוען רבני וכן למבקר המדינה או ממבקר המדינה; (ג) לקבל מבקרים, פרט לאלה: עורך דין, איש דת, טוען רבני, מבקר רשמי, וכן ילדיו הקטינים של האסיר או העצור שבית משפט או בית דין מוסמך קבע הוראות בדבר ביקוריהם; אין בצו הגבלה שניתן לפי פסקה זו למנוע ממנהל בית סוהר או בית מעצר להתיר ביקור של אדם אצל אסיר או עצור אם שוכנע כי יש בביקור כדי להביא לקיום פסק הדין; (ד) להחזיק חפצים אישיים בבית הסוהר או בבית המעצר, למעט חפצים הדרושים לשם שמירה על בריאותו ומסמכים הקשורים לחקירתו או למשפטו; (ה) לעבוד בעבודה אשר משולם בעבודה שכן; (ו) לקנות מצרכים בבית הסוהר או בבית המעצר למעט מצרכים הדרושים לו לשם שמירה על בריאותו; (ז) להשתחרר שחרור על-תנאי מנשיאת יתרת תקופת המאסר לפי סעיפים 2 או 3 לחוק שחרור על-תנאי ממאסר, התשס"א-2001, למעט שחרור כאמור בשל חולניות מתמדת; (ח) להשתחרר שחרור מינהלי לפי סימן ט'1 בפרק ב' לפקודה".

החוק תוקן בשנת תשס"ז¹²⁹ והורחבה עוד יותר סמכותו של בית הדין לתת צווי הגבלה לצורך קיום פסק דין של גירושין. סעיף 2א לחוק קובע: "א) נתן בית הדין צו הגבלה כמשמעותו בסעיף 2, והאדם שנגדו ניתן הצו לא קיים את פסק הדין בתוך 30 ימים מיום מתן הצו, רשאי בית הדין, בצו הגבלה, להורות על עיכוב או על שלילה של גמלה או קצבה, המשתלמת לו על פי חיקוק, לתקופה שלא תעלה של שישה חודשים, ורשאי בית הדין הרבני להאריכה לתקופות נוספות כאמור."

סעיף 3 לחוק קובע: "א) ציווה בית דין רבני בצו הגבלה לכוף אדם במאסר לציית לפסק הדין (להלן – מאסר כפיה), יחולו הוראות סעיף 6(3) עד (5) לפקודת בזיון בית המשפט, אלא שבמקום "בית משפט שהטיל את המאסר" יראו לצורך חוק זה כאילו נאמר "בית הדין הרבני שנתן את הצו" ויחולו השינויים הנובעים מכך; (ב) תקופת מאסר הכפיה לא תעלה על חמש שנים; אולם רשאי בית הדין, אם ראה שהדבר דרוש לקיום פסק הדין, להאריכה מפעם לפעם ובלבד שתקופת מאסר הכפיה הכוללת לא תעלה על עשר שנים".

סעיף 3א לחוק קובע: "א) נתן בית הדין צו הגבלה לפי סעיף 2(7) נגד אסיר או

¹²⁹ חוק בתי דין רבניים (קיום פסקי דין של גירושין) (תיקון), התשס"ז-2007, ס"ח 2109.

עצור, והאדם שנגדו ניתן הצו לא קיים את פסק הדין בתוך 30 ימים מיום מתן הצו, רשאי בית הדין להורות בצו הגבלה שהוא יוחזק בכיבוד לתקופה שלא תעלה על ארבעה עשר ימים וכל עוד לא קיים את פסק הדין".

סעיף 11 לחוק בתי דין רבניים תיקן באופן ישיר את אחד הליקויים של ההסדר בחוק בתי דין רבניים שהזכרנו לעיל.¹³⁰ הסעיף קיצר את פרק הזמן המינימלי שנקבע תחילה בסעיף 6 לחוק שיפוט בתי דין רבניים בין מועד מתן פסק הדין הסופי של בית הדין הרבני, המורה "לכפות" באמצעות מאסר, ובין מועד ריצוי המאסר בפועל. תחילה פרק זמן זה נמשך שישה חודשים, ובסעיף 11 נקבע שיהיה מכאן ואילך שישים ימים בלבד.

בנוסף המקורי של החוק, ביום שבו קיבלה הכנסת לראשונה חוק זה, האפשרות שיופעלו צווי הגבלה הנזכרים בחוק בתי דין רבניים לא חלה על אישה המסרבת לקבל גט. לאחר מכן תוקן החוק, והנוסח הנוכחי של החוק מאפשר הטלת צווי הגבלה גם על אישה המסרבת לקבל גט. בית דין רשאי לפגוע באישה באמצעות הפעלת צו הגבלה כאשר ניתן אישור לכך על ידי נשיא בית הדין הרבני הגדול. לאחר שהוצא צו הגבלה נגד האישה לא תידון בקשת הבעל לתת לו היתר נישואין עד תום שלוש שנים מיום הוצאת הצו.¹³¹ העיקרון הנזכר לעיל, המפלה לרעה את הגבר – שמופעלים כנגדו צווי הגבלה, שהם פועל יוצא של פסק בית הדין האזורי בלבד, בלא אישורו של נשיא בית הדין הרבני הגדול – הוא הבחנה מותרת שאינה אפליה אסורה.¹³² בניה של מסורבת

¹³⁰ ראו לעיל ה"ש 116 וסמוך אליה.

¹³¹ ראו ס' 1(ג), 1(ו) לחוק בתי דין רבניים. בית הדין הרבני הגדול פסק, שכאשר האישה רוצה לערער לבית הדין הרבני הגדול על פסק דין של בית הדין הרבני האזורי שבו הופעלו כנגדה צווי הגבלה, יידון תחילה ערעורה זה. נשיא בית הדין הרבני הגדול לא ישב בהרכב בית הדין הרבני הגדול שדן בערעור, ולאחר הפסק של בית דין זה, שהכריע בערעורה, יתקיים שימוע שבו ידון נשיא בית הדין הרבני הגדול בטענות צדדים.

¹³² בנוגע ליחס בין הבחנה מותרת ובין הפליה אסורה ראו בין השאר ע"פ 5/51 שטיינברג נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ה 1061 (1951); פרשת בורונובסקי, לעיל ה"ש 75, בעמ' 32–35; בג"ץ 131/81 דובר נ' המועצה להשכלה גבוהה, פ"ד לה (4) 263, 267 (1981); בג"ץ 4298/93 ג'בארין נ' שר החינוך, פ"ד מח (5) 199 (1994); בג"ץ 721/94 אל על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ, פ"ד מח (5) 749, 760–761, 782–783 (1994); בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט (4) 94 (1995).

אמנם, מסקר מדעי שנעשה, ותוצאותיו פורסמו על ידי הנהלת בתי הדין הרבניים בישראל ב י' בתמוז התשס"ז (26 ביוני 2007), עולה, כי ביום הקובע לצורך תוצאות סקר זה היו בישראל כ- 180 נשים מסורבות גט וכ-190 גברים מסורבי גט. ראו www.rbc.gov.il/statistics/2007/ .1.doc

עם זאת, במאמר דעה של רבקה לוביץ לרגל יום האישה הבין-לאומי, שהתקיים בא' באדר ב' תשס"ח (8 במארס 2008) מטעם המכון הישראלי לדמוקרטיה, שכותרתו: "נשים בבית הדין

גט שאביהם אינו בעלה הם ממזרים, ובניו של מסורב הגט שאמם אינה אשתו אינם ממזרים. התקופה שבה האישה יכולה ללדת ילדים מוגבלת, ומגבלה זו פחות חמורה בנוגע לגבר החפץ להיות אב. אמנם, בעיקר אישה יכולה לעשות שימוש באפשרות של הגשת תביעה שבעלה יזון אותה. החיוב הנובע מן הנישואין במשפט העברי הוא חיובו של הגבר לזון את אשתו, והוא קיים כדבר שבשגרה. מנגד, תביעת בעל "נזקק" שאשתו תזון אותו מכוח דיני הצדקה אינה שכיחה. אולם שיקול אחרון זה אינו מכריע את הכף. העדפה מסוימת של האישה מוצדקת במיוחד כאשר מתחשבים בעובדה שרק הגבר יכול לעשות שימוש בהיתר נישואין. אמנם, הבעל לא יוכל לקבל היתר זה בכל עת. עם זאת, מאחר שבעל יכול לקבל היתר נישואין בנסיבות המצדיקות מתן היתר זה, אך אפשרות זו אינה נתונה בידי אישה נשואה, קבע המחוקק כי נחוצה הפעלת שיקול דעת נוסף של נשיא בית הדין הרבני הגדול, אשר יבחן בין השאר אם היתר הנישואין אפשרי ורצוי כפתרון טוב יותר למצוקתו של מסורב הגט. כמו כן, הפעלת צו הגבלה חוסמת במידה מסוימת את האפשרות לבקש היתר נישואין, ולגבר מסור שיקול דעת. הוא יכול לבחור בדרך של הגשת תביעה, שתגרום להפעלת צו הגבלה נגד האישה או לבחור בדרך של בקשה להיתר נישואין. שימוש של הגבר נגד האישה בצווי ההגבלה הנזכרים בחוק בתי דין רבניים מקפיא את זכותו לקבל היתר נישואין בשלוש השנים שלאחר מכן. האיזון בין זכויות האדם של הגבר והאישה בהקשר זה נראה ראוי וצודק במועד שבו אימצה הכנסת הסדר זה לראשונה.

הרבני: המאבק לפתרון בעייתן של מסורבות הגט – הצלחות ונסיגות" – www.idi.org.il/BreakingNews/Pages/opinions_h.aspx, דנה הכותבת בעובדה החשובה, לדעתי, בהקשר זה, והיא, שהמדד הנכון למערכת היחסים בין הבעל והאישה בהקשר זה נקבע לפי איכות מצוקתן של מסורבות הגט ולא לפי מספרן של המסורבות. היא הדגישה: "כל עוד קלף המיקוח של גברים חזק משל נשים ימצאו הנשים המתגרשות במקום נחות ויאלצו לווייתורים רבים למען הגט הנכסף". אין ספק, שהפערים בין הגבר לאישה בסוגיות שונות – כגון מעמד ילד שנולד להם שלא מבן זוגם: צאצא האישה הוא ממזר, וצאצא הגבר מאישה שאינה נשואה אינו ממזר; או נפקות חיי אישות בלא נישואין של הבעל או האישה: לגבי אישה נואפת, שעשתה "מעשה טומאה" – התוצאות המשפטיות חמורות יותר, והיא "אסורה לבעל ולבועל". ראו להלן סמוך לה"ש 332. כל אלה מובילים לכלל מסקנה, שכושר המיקוח של הגבר היהודי בנוגע לגירושו טוב יותר. קיימים גם תחומים שבהם מעמד האישה החפצה להתגרש טוב יותר, בין השאר באמצעות תביעת מזונות, שהיא אמצעי לחץ כנגד סרבן הגט, מסור רק בידי האישה. ראו לעיל, סמוך לה"ש 82–83 ולהלן, סמוך לה"ש 180. אך בראייה כוללת נראה, שכושר המיקוח של הגבר היהודי בנוגע לגירושו טוב יותר, במיוחד בתחום הרלוונטי כאן, והוא קבלת היתר נישואין שיאפשר לו לשאת אישה שנייה כשאשתו הראשונה מסרבת לקבל גט, שכן רק גבר יכול לקבל היתר נישואין ולא אישה. אמנם, גבר צריך להוכיח שישנה עילה המצדיקה מתן היתר נישואין, אולם אין ספק שהוכחת עילה זו אפשרית בנסיבות המתאימות, והמחוקק צריך להתחשב ביתרונו של הגבר בהקשר זה.

עם זאת, הכללים שקבע המחוקק בנוגע להטלת צו הגבלה על אישה, ובמיוחד הצורך באישור הפעלתו של צו הגבלה זה על ידי נשיא בית הדין הרבני הגדול, יצרו מציאות שאינה שוויונית. בפועל צו ההגבלה הוא אמצעי שאינו מופעל כמעט נגד אישה. בעבר, במקרים המועטים שבהם הטיל בית הדין הרבני האזורי צו הגבלה על אישה בסופו של דבר לא ניתן בדרך כלל האישור הדרוש מטעם נשיא בית הדין הרבני הגדול.¹³³ רק במקרים נדירים אישר נשיא בית הדין הרבני הגדול, לאחר שהורה להפעיל נגד אישה צווי הגבלה חריפים פחות, בלא הועיל, שיש להפעיל נגד סרבנית הגט צו הגבלה – מאסר.¹³⁴ ייתכן שהאיזון בין מעמד הגבר והאישה בתחום זה, שנקבע ככללים בחוק, אשר במבט ראשון הם מוצדקים ורצויים, טעון בחינה מחודשת במבט שני בשל אופן יישום הוראותיו של המחוקק בחיי המעשה.

אף ההסדר העיקרי שנקבע בחוק בתי דין רבניים, המאפשר הטלת צווי הגבלה על סרבן/נית הגט, אינו חף מליקויים. אמנם, הוא הרחיב באופן ניכר את האפשרויות העומדות לרשותו של בית דין רבני, אשר חפץ להפעיל אמצעי כפייה כנגד סרבני גט. עם זאת, שני הליקויים העיקריים המצויים בו הם:¹³⁵ (1) היעדר מנגנון פיקוח יעיל, למצער מנגנון פיקוח פנימי, של בית הדין הרבני הגדול, קודם הפעלת צווי הגבלה חריפים בחוק בתי דין רבניים. מנגנון פיקוח זה ייבחן בין השאר אם בשל נסיבות העניין האיזון בין ערכים מתנגשים במשפט העברי וזכויות אדם מתנגשות הבחירה להפעיל צו הגבלה מסוים או צווי הגבלה מסוימים היא טובה וראויה. כמו כן, ראוי

¹³³ מסקנה זו היא תוצאה של עיון בפסקי הדין של בתי הדין הרבניים בישראל שניתנו עד לא' בניסן תשס"א (23.3.2001), ובהסתמך על שיחה שקיימתי עם הרב א' בן-דהאן, מנהל בתי הדין הרבניים בישראל. ראו, לדוגמה, תיק (אזורי חי') 060318862-21-1 (לא פורסם, 7.1.1999); תיק (אזורי י-ם) 050131796-21-1 (לא פורסם, 20.6.1999); תיק (אזורי י-ם) 052639887-21-1 (לא פורסם, 13.3.1996); תיק (אזורי חי') 059028886-21-1 (לא פורסם, 1.8.2000). למיטב ידיעתי, נשיא בית הדין הרבני הגדול לא אישר להפעיל נגד האישה את צווי ההגבלה הנזכרים בפסקי דין אלו.

¹³⁴ כך, לדוגמה, בהחלטה מכ"ג בניסן התשנ"ח (19.4.1998) אישר נשיא בית הדין הרבני הגדול, הרב ישראל מאיר לאו, הפעלת צווי הגבלה שהטיל בית הדין האזורי בחיפה. הוא ציין, כי לצדדים התקיים שימוע, ובעקבותיו פסק: "עם כל הצער שבדבר, הנני מחליט כי יש לאמץ את החלטת בית הדין בעניין נקיטת סנקציות נגד האישה". בפסק דין מיום ה' בתמוז התשנ"ח (29.6.1988), לאחר שהתיק הוחזר להמשך דיון בבית הדין האזורי בחיפה, בתיק 047973953-64-1, כתבו הדיינים מנחם חשאי (אב"ד), דוד ברדוגו ודוד כהן, כי הם נענו לבקשת הבעל להטיל על סרבנית הגט את הסנקציות הקבועות בחוק בתי דין רבניים, פרט למאסר. הדיינים כתבו בפסק דינם, כי פנו לנשיא בית הדין הרבני הגדול וקיבלו את אישורו להטלת הסנקציות. החלטה דומה קיבל נשיא בית הדין הרבני הגדול, הרב ישראל מאיר לאו, לגבי הטלת צווי הגבלה על אישה בתיק (אזורי חי') 052865557-21-1 (לא פורסם, 17.5.1998).

¹³⁵ להרחבה בעניין הליקויים בחוק זה ראו קפלן, לעיל ה"ש 70, בעמ' 642–656.

שמנגנון זה יופעל בין השאר לפני תחילת הפעלתם של צווי הגבלה חריפים כגון מאסר. מנגנון זה ייבחן אם הפעלת צו ההגבלה לצורך קיום פסק דין של גירושין נעשתה כראוי בדרך המבטאת התחשבות בנסיבות העניין, הנמקה כנדרש ובמידה שאינה עולה על הנדרש, לאור המתחייב מעקרונות המשפט העברי והישראלי. (2) היעדר מדרג המוסדר בחוק בנוגע להפעלת צווי הגבלה, הנובע מעקרונות רלוונטיים של המשפט העברי והמשפט הישראלי. מדרג זה יהיה בנסיבות המתאימות פועל יוצא של איזון בין ערכים מתנגשים במשפט העברי וזכויות אדם מתנגשות. כשמופעלות סנקציות בבית דין רבני בישראל כנגד סרבן/נית גט כדי לאלצם להסכים לתת או לקבל גט בית דין זה, כאמור לעיל, צריך לפעול גם לפי עקרונות המחוקק הישראלי, שנקבעו בחוקי היסוד החדשים בעניין זכויות אדם – חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (להלן: חוק היסוד), וחוק יסוד: חופש העיסוק (להלן: חוקי היסוד).¹³⁶ בפעילותו במתווה זה בית הדין הרבני צריך ליישם נוסחת איזון בין זכויות אדם מתנגשות. תחילה נעסוק בכמה מעקרונות חוקי היסוד הללו החלים בסוגיה זו. לאחר מכן נדון בנוסחת האיזון בין זכויות אדם מתנגשות בנוגע להפעלת סנקציות כנגד סרבן/נית גט בבית דין רבני בישראל.

(ב) בחינת חוק חדש לאור מבחני פסקת ההגבלה

פסקת ההגבלה בחוקי היסוד החדשים קובעת: "אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו".¹³⁷ בחוק בתי דין רבניים הוענקה לבית הדין הרבני סמכות להטיל צווי הגבלה כנגד איש/ה שלא מקיים/ת את פסיקת בית הדין למתן/קבלת גט. הקביעה בחוק, שבית דין רבני בישראל מוסמך להורות שיושת עליו או עליה צו הגבלה הנזכר בחוק זה, יש בה משום מתן היתר לפגיעה בזכויות אדם – כגון הזכות לקניין, לתנועה, לחירות או לכבוד – של האדם אשר כנגדו הוצא הצו בנסיבות המתאימות. על כן הוראות חוק זה, שנחקק לאחר חקיקת חוקי היסוד החדשים ופוגע בזכויות אדם הללו, צריכות לעמוד בדרישות המחוקק לגבי תקפותו של חוק שנחקק במועד זה ופוגע בזכויות אדם המעוגנות בחוקי היסוד החדשים. דרישות אלה נזכרות בפסקת ההגבלה שבחוקי היסוד אלה.

¹³⁶ ראו אשר מעוז "משפט חוקתי" ספר השנה של המשפט בישראל התשנ"ב-התשנ"ג, 143, 145 – 146 (התשנ"ד); אשר מעוז "מהפכה חוקתית או מהפכה שיפוטית" ספר השנה של המשפט בישראל 216, 256 (התשנ"ו).

¹³⁷ ס' 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו; ס' 4 לחוק יסוד: חופש העיסוק, ס"ח התשנ"ד 90 (להלן: חוק יסוד: חופש העיסוק).

ההסדר שנקבע בחוק בתי דין רבניים עומד בדרישות הנזכרות בפסקת ההגבלה ולפיכך החוק עצמו לא ייפסל. עם זאת, הפעלה לא נאותה של צווי ההגבלה עלולה לשמש כעילה להתערבותו של בית המשפט העליון, המפקח על פעילות בתי הדין הדתיים. כל פעולה של בית הדין הרבני הפועל בתחום זה שאינה עולה בקנה אחד עם עקרון המידתיות – כגון התעלמות בית דין זה מהוראת חוק מפורשת המכוונת אליו, בסעיף 4 לחוק זה – שמטרתה הפעלה שקולה, מאוזנת ומידתית של צווי ההגבלה, או כל שימוש אחר בצווי הגבלה, שהוא לא מאוזן או "במידה העולה על הנדרש" בהתחשב בנסיבות העניין – יכולה לשמש כעילה להתערבות זו.

לגבי פעילות בית דין רבני המטיל צווי הגבלה על סרבן/נית גט מכוח סמכותו בחוק בתי דין רבניים נבחן להלן את מאפייני כל רכיבי פסקת ההגבלה ואופן הפעלת שיקול הדעת בסוגיות מרכזיות, כגון הרכיב המשמעותי ביותר בהקשר זה: עקרון המידתיות, או איזון בין ערכים מתנגשים במשפט העברי וזכויות אדם מתנגשות.

(1) "בחוק"

במקרה זה הפגיעה בזכויות אדם וכל הסנקציות הקשורות בה מעוגנות בחוק מפורש של הכנסת, שבו נזכרים צווי ההגבלה. לכן ההסדר שקבע המחוקק בחוק זה עולה בקנה אחד עם הדרישה הבסיסית בפסקת ההגבלה, שהפגיעה בזכויות אדם תהיה "בחוק או מכוח הסמכה מפורשת בו".

לדעת השופט ברק, המבחן אינו רק פורמלי-טכני, כלומר: האם קיים חוק של הכנסת שבו מותרת הפגיעה. קיימת דרישה נוספת: החוק צריך לעמוד במבחן שלטון החוק במובן המהותי. הוא צריך להיות כללי, פומבי ובעל תחולה פרוספקטיבית, ולא רטרואקטיבית או רטרוספקטיבית.¹³⁸ ההסדר בחוק בתי דין רבניים עונה על דרישה מהותית זו.

הדרישה שהפגיעה תהיה "מכוח הסמכה מפורשת" בחוק נתפרשה בפסיקה כפגיעה מכוח הסמכה מפורטת, הכוללת קריטריונים להפעלת אמצעים מכוח סמכות המאפשרת פגיעה.¹³⁹ חוק בתי דין רבניים אכן מכיל הוראות ברורות בנוגע לחלופות שונות. סעיפים 2–3 לחוק קובעים חלופות ברורות, ובית הדין יודע אילו צווי הגבלה הוא מוסמך להטיל. אמנם, אין בחוק זה הוראת חוק מפורשת הקובעת מדרג ראוי בנוגע להפעלת צווי ההגבלה לאור קריטריונים חד-משמעיים והתחשבות בנסיבות המצדיקות הפעלת צו הגבלה פלוני או אלמוני. עם זאת, היעדר קריטריונים אלה לא יביא לקביעה בדבר פסלות החוק. הקריטריונים בדבר המדרג הראוי בהקשר זה ייקבעו

¹³⁸ ראו ברק, לעיל ה"ש 2, בעמ' 323–354, 484–490, 614–615.

¹³⁹ ראו בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב(5) 481, 521–524 (1998).

לאור שיקול דעת הלכתי המושתת על מדיניות של החמרה הולכת וגוברת של עוצמת הסנקציה המוטלת על סרבן הגט בהתאם למשך תקופת הסרבנות של הגט, או שייקבע יחס הולם בין עילת הגירושין ודרגת פסק הדין של גירושין לסנקציה. כשעילת הגירושין חמורה יותר או דרגת פסק הדין של גירושין היא "כופין" או חיוב לגרש, הסנקציה כנגד הסרבן או הסרבנית תהיה חמורה יותר. יש להתחשב גם במצוקתה של מסורבת הגט. כאשר מצוקה זו תהיה גדולה יותר, וטענת "מאיס עלי" שלה היא חריפה יותר ומוצדקת לאור נסיבות העניין, יש לנקוט צעדים חריפים יותר שיסייעו לה לקבל את הגט המיוחל. קיים גם מדרג נוסף בנוגע להפעלת הסנקציות הללו, שהוא פועל יוצא של עקרונות המשפט הישראלי בנוגע למדרג זכויות אדם. האיזון בין ערכים מתנגשים במשפט העברי וזכויות אדם מתנגשות יהיה גם פועל יוצא של מדרג זה.

(2) "ההולם את ערכיה של מדינת ישראל"

רווחת הדעה בקרב חכמי המשפט, שהביטוי "ערכיה של מדינת ישראל" בפסקת ההגבלה בחוקי היסוד החדשים, צריך להתפרש לאור הביטוי המפורט יותר, "מדינה יהודית ודמוקרטית", בסעיף המכונה סעיף ה"מטרה" בחוקים הללו;¹⁴⁰ וכן לאור סעיף "עקרונות היסוד" שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, המייחס חשיבות רבה ל"ערך האדם, קדושת חייו והיותו בן-חורין".¹⁴¹ ישנם הסבורים, כי מן ההצהרה בסעיף ה"מטרה" יש להסיק, שאין זכויות היסוד בחוקים הללו ראויות שנגן עליהן לכשעצמן, אלא יש להגן עליהן כדי לעגן בחוקי היסוד הללו את הערכים של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.¹⁴² לדידם, ההגנה על כבוד האדם וחירותו היא אמצעי

¹⁴⁰ סעיפי המטרה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, וחוק יסוד: חופש העיסוק, קובעים, כי מטרת חוקי היסוד הללו היא לעגן בחוק יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. ראו חיים ה' כהן "ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית, עיונים בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" **הפרקליט – ספר היוכל** 9 (התשנ"ד). ראו גם אריאל בנדור "פגמים בחקיקת חוקי היסוד" **משפט וממשל** ב 433, 451 (התשנ"ד); ברק, לעיל ה"ש 2, בעמ' 517, 615–616; ראו ע"א 506/88 **שפר נ' מדינת ישראל**, פ"ד מח(1) 87 (1993) (להלן: פרשת שפר).

¹⁴¹ ס' 1 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, וס' 1 לחוק יסוד: חופש העיסוק.
¹⁴² כך סבר השופט אלון. לדעתו, סעיף המטרה בא לקבוע שאף תוקפן של זכויות היסוד ומהותן, ולא רק היקף ההגנה עליהן, יתפרשו על יסוד ערכי המדינה האמורים. ראו אלון "דרך חוק בחוקה" לעיל ה"ש 18, בעמ' 659, 663, 666. השוו לדעת גב' יהודית קרפ, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, במאמרה "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – ביוגרפיה של מאבקי כוח" **משפט וממשל** א 323, 347 (1993); ודעת שופט בית המשפט העליון בדימוס, ח' כהן לעיל ה"ש 140. כמו כן בעוד הנשיא ברק סבור, שיש לבחור תפיסה לגבי היותה של המדינה מדינה יהודית שתהיה בעלת רמת הפשטה גבוהה אשר תעלה בקנה אחד עם ערכיה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית – אהרן ברק "המהפיכה החוקתית: זכויות אדם מוגנות" **משפט וממשל** א 9, 30 187

להשגת תכלית רחבה יותר, של עיגון ערכי המדינה בחוק, ואינה מטרה סופית העומדת בפני עצמה. מנגד, השופט ברק סבר, כי ההגנה על כבוד האדם וחירותו היא מטרה מרכזית וסופית העומדת בפני עצמה, ואילו העיגון של ערכי המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית הוא מניע, תוצר לוואי. סעיפי המטרה אינם קובעים שתי מטרות שוות מעמד, אלא מטרה אחת (להגן על כבוד האדם וחירותו, או על חופש העיסוק) ומניע אחד (לעגן בחוק יסוד את ערכיה של מדינת ישראל).¹⁴³

בענייננו אין צורך לאמץ דעה זו או אחרת מאלה הנזכרות לעיל או לקבוע בדרך אחרת את היחס המדויק בין "יהודית" ל"דמוקרטית" מפני שתולדת האיזון מנקודת מבט יהודית – בין ערך התרתן של מסורבות גט, הנחשבות כ"עגונות" ובגין סרבנות ממושכת טוענות "מאיס עלי" כדי להשתחרר מכבלי סרבנות הגט, ובין החשש מפני אכיפת יתר ההופכת את הגט לגט מעושה שלא כדין – דומה לתולדת האיזון בין זכויות האדם המתנגשות והאינטרסים של הסרבן/נית והמסורב/ת, הנובע מעקרונותיה של מדינה דמוקרטית. ההפעלה המידתית של סנקציות כנגד סרבן הגט – בהתחשב בנסיבות העניין, לפי עקרונות סעיף 4 לחוק בתי דין רבניים ועקרון המידתיות בחוקי היסוד החדשים – דומה להפעלה ההדרגתית של סנקציות כנגד סרבן גט, בהתחשב במגבלות הנובעות מעקרונות המשפט העברי, בבתי הדין הרבניים. מנקודת המבט של המשפט הישראלי ובאספקלריה של המשפט העברי מדובר על הפעלה של סנקציות כנגד סרבן גט, המושתתת על איזון בין מתן מענה הולם לצורכי מסורב או מסורבת הגט, החפצים להשתחרר מכבלי סרבנות הגט, מחד גיסא, ובין הצורך לפעול באופן מרוסן ומסויג בהתחשב בנסיבות, ולהימנע מהפעלת יתר של צווי הגבלה, מחשש שמא הגט יהיה מעושה שלא כדין או תהיה פגיעה בזכויות האדם של סרבן/נית הגט במידה העולה על הנדרש, מאידך גיסא.

(התשנ"ג) – המשנה לנשיא לשעבר אלון סובר אחרת. ראו אלון "דרך חוק בחוקה", לעיל ה"ש 18, בעמ' 684; פרשת **קסטנבאום**, לעיל ה"ש 3, בעמ' 511–513; בש"פ 2169/92 **סויסה נ' מדינת ישראל**, פ"ד מו(3) 338, 343 (1992). בפסיקה מפורשים לרוב ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית מתוך השלמה והרמוניה. ראו ע"ב 1/88 **ניימן נ' יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השתים עשרה**, פ"ד מב(4) 177, 189 (1988); פרשת **שפר**, לעיל ה"ש 140. ראו גם ברק, לעיל ה"ש 2, בעמ' 338–340.

¹⁴³ ראו ברק, שם, בעמ' 323–324. ראו גם דעת אשר מעוז "ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית" **עיוני משפט** יט 547, 549 (התשנ"ה).

(3) "לתכלית ראויה"

בפסק הדין בפרשת **בנק המזרחי**,¹⁴⁴ שבו נקבעו לראשונה בהרחבה עקרונות יסוד מנחים ל"תכלית ראויה" בחוקי היסוד, הגדרת "תכלית ראויה" מצויה בעיקר בפסקי הדין של השופטים ברק ושמגר. לדעת השופט ברק, תכלית ראויה היא תכלית שנועדה להגשים זכויות אדם או מטרות חברתיות חשובות לקיומה של המסגרת החברתית המבקשת לקיים את הזכות.¹⁴⁵ השופט שמגר סבר, שתכלית ראויה היא מטרה חיובית מבחינת זכויות האדם וערכי החברה. לעתים קיימת התנגשות בין זכויות אדם של שני צדדים. בנסיבות אלה התכלית הראויה נקבעת לאור איזון סביר והוגן בין זכויות של בני אדם שונים, בעלי אינטרסים העומדים בניגוד זה לזה.¹⁴⁶ תכלית ראויה צריכה לשרת מטרות חיוניות לקיום המדינה והחברה. כמו כן נדרש, שהמטרה המבוקשת בחוק הפוגע תהיה חשובה וחיונית דיה כדי להצדיק את הפגיעה בזכות המוגנת.¹⁴⁷ האם לאור המבחנים הללו תכלית ההסדר החקיקתי בחוק בתי דין רבניים היא תכלית ראויה? בהצעת החוק שקדמה לחוק מבואר, שתכלית החוק היא לרתום מכשיר

¹⁴⁴ ע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט(4) 221 (1994) (להלן: פרשת **בנק המזרחי**).

¹⁴⁵ שם, בעמ' 434.

¹⁴⁶ ראו בג"ץ 153/87 **שקדיאל נ' השר לענייני דתות**, פ"ד מב (2) 221, 242 (1988). השופט אלון כתב: "כל זכות יסוד אינה אבסולוטית אלא יחסית, וקיומה ושמירתה הם על-ידי מציאת האיזון המתאים בין האינטרסים הלגיטימיים השונים של שני יחידים או של היחיד והציבור, אינטרסים שכולם מעוגנים ומוגנים בדין"; ברק, לעיל ה"ש 2, בעמ' 519: "... חקיקה זו היא לתכלית ראויה, כאשר ההגנה על זכות האדם והפגיעה בה עולות בקנה אחד עם 'האיזון הפנימי' בין זכויות האדם, כפי שהוא מתבקש ממהותן של זכויות האדם עצמן".

בקנדה, בנוגע לקביעת תכלית חקיקה בהתאם לאיזון בין זכויות אדם מתנגשות כתב השופט J. R. MacDonald Inc. V. Canada (A.G.) [1993] R. Lebel J. Q. 375, 102 D. L. R. (4th) 289 C. A. 319: "The jurisprudence suggests rather that one should determine whether, in its defence of the limitation of a constitutional guaranteed right, particularly in matters of social-economic policy and the balancing of opposed social interests, the state law offered evidence which indicates the existence of a reasonable foundation for the measure chosen. What must be demonstrated is that the choice adopted by the legislation falls within the realm of possibilities".

בנוגע לניתוח הטעוניה המשפטיים בפסק דין זה ראו Rob Cunningham, *Case Comment: R. J. R. MacDonald Inc. V. Canada (A. G.): Reflections From the Perspective of Health*, 40 MCGILL L. J. 229' 241-243 (1995) (להלן: עניין *Cunningham*).

¹⁴⁷ פרשת **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 144, בעמ' 221.

הלכתי – "הרחקות דרבנו תם" – לפתרון מצוקת מסורבות גט.¹⁴⁸ מכאן עולה, שמטרת המחוקק בחוק בתי דין רבניים היתה שימוש באמצעי מוכר ומקובל במשפט העברי לצורך קידום זכויות האדם של מסורבי/מסורבות גט, אשר בן/בת זוג/ה מסרב לתת/לקבל גט. ההסדר שקדם לחוק בתי דין רבניים לקה בחסר ולא ענה על כל הצרכים. אין ספק, שהניסיון של המחוקק לעשות שימוש באמצעי הלכתי נוסף, אשר יאפשר פתרון מצוקתם של מסורב או מסורבת הגט, נעשה לתכלית טובה וראויה. לכן מתקיים לגבי ההסדר שאומץ בחוק בתי דין רבניים המבחן הכללי בנוגע לתכלית הראויה. מבחן זה נזכר בכתבי השופטים שמגר וברק ומצדיק פגיעה בזכות אדם. המטרה של שחרור מסורבי/ות הגט מכבלי סרבנות הגט היא מטרה חשובה וחיונית, המצדיקה פגיעה בזכות אדם.¹⁴⁹

אף אם ההסדר בחוק בתי דין רבניים עומד במבחן בנוגע ל"תכלית ראויה", נוסף על בחינה כללית זו יש להבחין בין חוקתיות החוק ובין אופן הפעלתו במקרים ספציפיים. "תכלית ראויה" נבחנת גם באופן ספציפי בכל מקרה, לאור נסיבות העניין. לעתים, בשל נסיבות אלו אין הצדקה להפעלת צו או צווי הגבלה. מפסיקת בית המשפט העליון אפשר להסיק, כי אף את שיקול הדעת לגבי אופן הפעלתו של דבר חקיקה יש להפעיל בהתאם למבחני פסקת ההגבלה ובין השאר לפי מבחן "תכלית ראויה".¹⁵⁰ אין ספק, כי בכל מקרה שבו מצוקת מסורבת הגט היא אמיתית וכנה, הפעלת צווי הגבלה כדי לסייע לה היא ל"תכלית ראויה". עם זאת צריך לוודא, שהפעלה זו תהיה הולמת גם לפי מבחנים אחרים ובראש ובראשונה המידתיות והאיזון הראוי בין זכויות אדם מתנגשות.

¹⁴⁸ בהצעת החוק מבואר, שמטרתה פתרון מצוקתן של נשים מעוכבות גט בנסיבות שאין בהן עילה למתן פסק "כופין" לגרש. בנסיבות אלה, כאשר אין הצדקה לשימוש בסנקציה החריפה יותר: "כפיית גט" בתקופה שקדמה לחקיקת חוק זה, לא היתה אפשרות אחיפה יעילה במקרים רבים.

¹⁴⁹ השופט ברק סבר, שמותרת חקיקה הפוגעת בזכויות אדם, אך המכוונת לקידומן של מטרות חברתיות. לדבריו, "ניתן להגביל בחוק זכויות אדם, ובלבד שהגבלה זו דרושה לשם השמירה והפיתוח של המבנה החברתי, אשר מצדו מגן על זכויות האדם". ראו ברק, לעיל ה"ש 2, בעמ' 521–522, 525. קיימת זיקה בין מידת הפגיעה בזכויות אדם ובין חשיבות היעד החברתי, ולדעת השופט ברק, שם, בעמ' 526: "...ככל שהפגיעה של דבר החקיקה בזכויות האדם היא מקיפה יותר וחריפה יותר, כן נדרשים יעדים חברתיים חשובים יותר וחיוניים יותר לשם הצדקתה".

אף בקנדה למידת החשיבות של התכלית קשר ישיר לרכיב השלישי של עקרון המידתיות, הנזכר להלן. רכיב זה מחייב קבלת החלטה שיפוטית המושתתת על איזון הולם לפי היחס בין חשיבות התכלית ובין תוצאות הגבלתה של זכות אדם המוגנת בחוקה בקנדה. כאשר נחקק חוק הפוגע בזכויות אדם המעוגנות בצ'רטר הקנדי לזכויות אדם, ככל שהתכלית יותר חשובה קיים סיכוי רב יותר שהחוק יעמוד במבחן המידתיות. ראו פרשת *Cunningham*, לעיל ה"ש 146, בעמ' 240.

¹⁵⁰ כך ישן להסיק ממה שכתבה השופטת דורנר בכג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט (4) (1995) 143, 138, 94.

(4) "במידה שאינה עולה על הנדרש"

על פי גישתו של הנשיא ברק, קיימים שלושה מבחני משנה למבחן המידתיות, שעל חוק הפוגע בזכויות אדם המעוגנות בחוקי היסוד החדשים לעמוד בהם:¹⁵¹

(4.1) מבחן ההתאמה או מבחן הקשר הרציונלי

נדרש קשר של התאמה בין המטרה ובין האמצעי. האמצעי צריך להוביל באופן רציונלי להגשמת המטרה. בענייננו, האמצעי שננקט, צו ההגבלה, צריך להתאים למטרה – השגת גט תקף. לפיכך אם צו ההגבלה אינו יעיל – כלומר: לא ישיג את מטרתו, והגט המיוחל לא יינתן – או, לחלופין, הגט יינתן, אך הוא לא יהיה תקף כיוון שייחשב כגט מעושה שלא כדין. הרי האמצעי שננקט אינו מתאים למטרה ובתור שכזה אינו עומד בדרישת ה"התאמה". חוק בתי דין רבניים אינו מכיל הוראה מסייגת מפורשת בנוגע להפעלת צווי ההגבלה רק במצבים שבהם הצו מתאים למטרתו, היינו: קיים סיכוי סביר שהצו ישיג את מטרתו ואין חשש ממשי שהגט יהיה מעושה שלא כדין. לדעתנו, היעדר הוראה כזו אינו מצדיק פסילת החוק. החוק מיושם על ידי דיינים בבתי הדין הרבניים ויש להניח, שהכוונה היא שהם יפעילו את סמכותם בתבונה ויפעילו צווי הגבלה רק כאשר קיים סיכוי סביר שישפיעו על סרבן/נית הגט לתת/לקבל גט, ואין חשש שהגט יהיה כזה שייחשב כמעושה שלא כדין.

(4.2) מבחן הצורך או מבחן הסולם

נדרש, כי האמצעי שנבחר לצורך השגת התכלית הראויה יהיה זה הפוגע במידה הפחותה ביותר ככל האפשר. אם קיים אמצעי המשיג את המטרה ופגיעתו בזכויות חוקתיות קטנה יותר מזו של האמצעי שנעשה בו שימוש, החוק לא עמד במבחן משנה זה. לאחר שנקבעה התכלית הראויה יש לבדוק חלופות, דהיינו: האם אפשר להשיג את המטרה של החקיקה על ידי אמצעי אחר, שפגיעתו בזכות אדם קטנה יותר. מבין החלופות על המחוקק להתחיל במדרגה הפוגעת פחות ולטפס אט אט עד שיגיע לאותה מדרגה אשר במסגרתה תושג התכלית הראויה בלא לפגוע מעבר לדרוש בזכויות חוקתיות. במיוחד יש לבחון את חוקתיות הסנקציות שיכול להפעיל בית הדין

¹⁵¹ ראו ברק, לעיל ה"ש 2, בעמ' 536, 620–624. חלוקה זו מקובלת על רבים בישראל ומצויה גם בכתבי מלומדים נוספים, כגון דליה דורנר "מידתיות" ספר ברנזון כרך ב, 281, 289 (אהרון ברק וחיים ברנזון עורכים, התש"ס); או בפסקי דין של בית המשפט העליון, כגון בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי השקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד 41, 367, 384–385 (1997) (להלן: פרשת מנהלי השקעות).

הרבני, הנזכרות בחוק בתי דין רבניים, כאשר מופעלת סנקציה שהיא מן החריפות ביותר שאפשר להפעיל בגין סרכנות גט, שבגלל הפעלתה קיים חשש של ממש שהגט יהיה מעושה שלא כדין ותהיה פגיעה רבה ובמידה העולה על הנדרש בזכויות אדם, כגון המאסר. דוגמא לשימוש בסעד המאסר כנגד מתדיין/ת בבית דין רבני במידה העולה על הנדרש מצויה בפסקי דין של בית המשפט העליון, הדנים במאסרם של מתדיינים בבתי הדין הרבניים. פסקי הדין אינם עוסקים בצו הגבלה מאסר, הנזכר בחוק בתי דין רבניים, אלא במאסר שמפעיל בית הדין הרבני מכוח סמכותו בחוק אחר, שעניינו מניעת הפרעה לדיונים בבית הדין הרבני. עם זאת נראה לכאורה ממבט ראשון, כי אפשר להסיק מסקנות מפסקי הדין הללו בנוגע למדיניות הראויה לגבי הפעלת צו הגבלה מאסר; שכן מהם עולה, כי עקרון המידתיות מחייב קביעת מדרג בנוגע לשימוש בסנקציות, ובמיוחד סנקציות חריפות, שבית דין רבני מפעיל נגד מתדיינים.

בפרשת **אוריאל** שלח בית הדין למאסר של שלושה חודשים גבר שהפריע פעמיים לבית הדין במהלך הדיון, הגם שהוזהר על ידו לבל יעשה כן.¹⁵² הנשיא ברק פסק בנידון, שבית הדין הרבני האזורי באשדוד לא חרג מסמכותו. עם זאת, לאור הכללים הנוגעים לעקרון המידתיות, שנקבעו בין השאר בפסק הדין בפרשת **בן עטייה**,¹⁵³ פסק השופט ברק, כי יש לשחרר את המבקש שהיה נתון במעצר זה שלושה עשר יום, ולהביאו בפניו ביום הדיון. נימוקו היה: "הסנקציה שהוטלה היא מעבר למידה הדרושה. גם בעניין זה, על בית הדין לפעול על פי עיקרון המידתיות. יש לבחור בסנקציות מתונות, ולהעלות במדרגות, עד לאותה סנקציה המבטיחה את מטרת הענישה והפוגעת במפריע במידה הפחותה. נראה לי כי הטלת סנקציה של שלושה חודשי מאסר, שיש בה מיצוי מירב הסנקציה החמורה ביותר, היא מעבר למידה הדרושה". אפשר לראות אפוא, שבנימוקו עשה השופט ברק שימוש במבחן הצורך או הסולם והגיע לכלל מסקנה, שהחלטת בית הדין הרבני להטיל על מר אוריאל את העונש המקסימלי הקבוע בחוק אינה עולה בקנה אחד עם מבחן זה.

מבחן המידתיות נזכר מכללא גם בפסק דינו של השופט חשין בפרשת **רידר**¹⁵⁴ בנוגע להחלטת בית הדין הרבני בפתח תקווה לאסור את הגברת רידר למשך שבועיים ימים בעוון "הפרעה ואי-ציות לבית-הדין", מכוח הסמכות המוקנית לו בסעיף 2 לחוק בתי-דין דתיים (מניעת הפרעה), התשכ"ה-1965¹⁵⁵ (להלן: חוק בתי דין דתיים) סבר

¹⁵² ראו בש"פ 6057/95 אריה אוריאל נ' בית הדין הרבני האזורי אשדוד, תקדין עליון 95(3) 1172 (1995).

¹⁵³ ראו בג"ץ 3477/95 בן עטייה נ' שר החינוך, התרבות והספורט, פ"ד מט (5) 1, 12-13 (1995).

¹⁵⁴ ראו גם בש"פ 2022/98 רידר נ' הרב דוד אוחיון, פ"ד נב(2) 86, 92 (1998).

¹⁵⁵ ס"ח 452.

השופט חשין, כי בפרוטוקול הדיון אין לכאורה בסיס עובדתי ל"אי-ציות" זה. עם זאת, כתוב: "בי"ד מזהיר את האישה שלא תתחצף לביה"ד. האישה לא מפסיקה ובי"ד שוב מזהיר אותה. בי"ד מורה לשוטר לעצור את האישה".

השופט חשין כתב, כי סעיף 2 משרת מטרה חשובה – מניעת הפרעה. עם זאת לדעתו, כיוון שהחוק פוגע בזכויות המתדיין, דרושה זהירות כפולה ומכופלת בהפעלתו. במקרה זה פסק השופט חשין, שזכויותיה של גברת רידר לא נשמרו בדרך הראויה. בין השאר דן בית המשפט בעובדה, שהיעדר הנמקה ראויה לפסק הדין מונע בחינה באיזו מידה מוצדקת עצם הפעלת הסנקציה והאם נשקלו בדרך הראויה השיקולים בנוגע למידתיות.

במקרה נוסף התבטאה אישה כלפי דיינים בהרכב בבית הדין הרבני באומרה: "התביישו לכם". בגין התפרצות זו ציוו הדיינים על מאסרה של האישה, גברת זגורי, ל-48 שעות. כשנודע לנשיא ברק על מאסרה של האישה, הוא קבע דיון מיידי בעניין ופסק: "מאסרו של אדם הנו עונש כבד, גם אם הוא לתקופה קצרה. אינני סבור שהלשון בה נקטה גברת זגורי מצדיקה מאסר ל-48 שעות. התוצאה היא כי אני מורה על שחרורה".¹⁵⁶

כמו כן במקרה אחר, שבו בעל, מר מוזס, עזב את אולם בית הדין הרבני, התרה בו בית הדין שאם לא יחזור לאולם – ייאסר. הבעל הגיב באומרו: "זה מושב לצים... הרב יהיה בגיהנום", ובשל כך נאסר למשך שבעה ימים. לאחר מכן הסתפקו הדיינים במאסרו של הבעל למשך 26 שעות עד לקיום הדיון בפני הנשיא ברק. הנשיא כתב בהחלטה לשחררו: "הנני סבור שעונש המאסר שהוטל על המערער בגין דבריו הוא כבד מדי".¹⁵⁷

נראה, שבין השיטין של ההחלטות בעניין גברת זגורי ומר מוזס מסתתר עיקרון דומה, שלפיו אין להפעיל את סנקציית המאסר כנגד מתדיין בבית הדין הרבני בגין הפרעה לדיונים במידה העולה על הנדרש.

במבט ראשון נראה, שאפשר להקיש מסוגיית המידתיות בהפעלת סנקצית המאסר בחוק בתי דין דתיים (מניעת הפרעה), התשכ"ה–1965 לסוגיית המידתיות בהפעלת הסנקציות כנגד סרבן או סרבנית גט בחוק בתי דין רבניים. בפסקי הדין בפרשות **אוריאל**, **רידר**, **זגורי ומוזס**, הדגיש בית המשפט העליון, במפורש או מכללא, שהפעלת הסנקציה בחוק הראשון היא פועל יוצא של מדרג ואיזון ראוי בין זכויות מתנגשות. האם יש להסיק מפסקי הדין הללו, שקיים גם מדרג בהפעלת הסנקציות ואיזון הולם מעין זה כאשר מופעלים צווי הגבלה, ובמיוחד כאשר הם חריפים או מופעלים כמה

¹⁵⁶ בש"פ 4738/00 זגורי נ' זגורי, תק-על 2000(2) 2041 (2000).

¹⁵⁷ בש"פ 4775/00 מוזס נ' בית הדין הרבני האזורי ירושלים, תק-על 2000(2) 2043 (2000).

צווי הגבלה יחדיו, בחוק האחרון? בסופו של דבר, למרות הדמיון לכאורה, נראה, שאין להסיק בהכרח מסקנות מן האמור בפסקי הדין הללו בנוגע לקיום פסקי דין של גירושין, מפני שמטרת הסנקציה היא שונה. בפסקי הדין הנ"ל דנו במאסר לצורך מניעת הפרעה לדיוני בית הדין ולא על אכיפת קיומו של פסק דין של בית הדין. כמו כן לא קיים צד שכנגד אשר זכותו נפגעת עקב הקפדה על כך שהפעלת האמצעי הננקט על ידי בית הדין תהיה במידה שאינה עולה על הנדרש. מנגד, בנוגע לקיום פסקי דין של גירושין מטרת האמצעי שננקט היא קיום פסק דין שנתן בית הדין, והקפדה שהפגיעה בצד אחד תהיה במידה שאינה עולה על הנדרש עלולה לקפח את זכותו של הצד האחר להשתחרר מכבלי סרבנות הגט. יש ליישם את עקרון המידתיות בהקשר זה בהתאם לנוסחת איזון המתאימה למצב מיוחד זה. אם יפעלו בדרך זו, יעמוד החוק במבחן המשנה של מבחן המידתיות, הנידון כאן.

(4.3) חלופות אפשרויות לסנקציות בחוק בתי הדין רבניים

חוק שיפוט בתי דין רבניים וחוק בתי דין רבניים מאפשרים הפעלת מגוון אמצעי כפייה וצווי הגבלה כנגד סרבן או סרבנית גט, אשר בין השאר חלקם חריפים, כגון מאסרם של סרבן או סרבנית גט. סנקציה זו שוללת חירות ופוגעת בזכויות אדם נוספות כגון כבוד האדם. כחלק מהדיון במבחן המידתיות הנוהג בהקשר זה לאור תחולת עקרונות חוקי היסוד בבית הדין הרבני, עלינו לבחון אם קיימים אמצעים נוספים, יעילים ומקובלים, כנגד סרבן/נית הגט, שפגיעתם בזכויות האדם של סרבן/נית הגט קטנה יותר מן הפגיעה בגין שימוש באמצעים החריפים הנזכרים בחוק בתי דין רבניים, כגון מאסר, ובאמצעותם אפשר להשיג אותה מטרה – פתרון יעיל באותה מידה של מצוקת מסורבי/מסורבות גט. השימוש האפשרי באמצעים מתונים חלופיים צריך להבחן, ראשית, לאור העקרונות הרלוונטיים של המשפט העברי. מבין האמצעים האפשריים מנקודת המבט של ההלכה יש לבחור את האמצעי המתון ביותר, שהשימוש בו מאפשר השגת תוצאה רצויה. אמצעי זה צריך להלום את העקרונות הנזכרים לעיל בעניין "במידה שאינה עולה על הנדרש". יש למנוע ככל האפשר שימוש באמצעים חריפים מדי בנסיבות שבהן הפעלתם אינה מוצדקת, שמא הגט יהיה מעושה שלא כדין.

אמנם, הוצעו הצעות רבות בנוגע למצוקת מסורבי/ות גט. חלקן מבוססות על התחייבויות שונות של בני הזוג בטקס הנישואין עצמו, כגון הכללת תנאי בקידושין,¹⁵⁸

¹⁵⁸ הצעות שונות להכללת תנאי כזה בקידושין – התחייבות בטקס הנישואין – עלו בתפוצות ישראל במשך השנים, אך בסופו של דבר לא התקבלו בשל התנגדויות של גדולי הדור באותם ימים. בנוגע להצעות אלו וההתנגדות להן ראו אברהם ח' פריימן סדר קידושין ונישואין שפו, שפצ, שצ-שצא (התשכ"ה). לאחר הקמת מדינת ישראל הוצע פתרון זה שוב על ידי כמה

הבטחה בשבועה או בחרם, לתת או לקבל גט¹⁵⁹ בנסיבות מסוימות, הסמכת בית דין במועד הקודם להתדיינות לפעול כנגד בן/בת זוג שאינו מציינת להוראותיו, התחייבות בכתובה,¹⁶⁰ או הסכם ממון – בשעת הנישואין, שבו מתחייב הבעל בתשלום מסוים אם יסרב לתת גט לאחר שחכמי בית הדין הורו לו לתתו.¹⁶¹ כמו כן הוצע, שתהיה אפשרות

מלומדים. ראו זאב פלק "עוד על טיב הקידושין" **דעות** כו, 227–232 (התשכ"ד); אליעזר ברקוביץ **תנאי בנישואין ובגט – בירורי הלכה** (התשכ"ז); ובהקדמת הרב יחיאל יעקב וינברג, שם. השופט זילברג, בעניין **אברהם**, לעיל ה"ש 115, בעמ' 38; פלק, לעיל ה"ש 81, בעמ' 109–113; זאב פלק **דיני נישואין** 158–163 (התשנ"ג). הצעות אלה לא הועילו למסורבות הגט, מפני שלא נתקבלו על דעת הארי של חכמי ההלכה האורתודוקסיים והדיינים בבתי הדין הרבניים בישראל. ראו **אין תנאי בנישואין** (אהרון א' וואראנאווסקי עורך, התר"ץ); ניסן זק"ש "קידושין על תנאי" **נעם** א, נב (התש"ח); **שו"ת שערי שמים** אבן העזר, א, ו; מנחם מ' כשר "בעניין תנאי בנישואין" **נעם** יב, שלח (התשכ"ט); איתמר ורהפטיג "תנאי בקידושין ונישואין" **משפטים** א 203, 210 (התשכ"ט); יוסף גליקסברג "קידושין על תנאי (בסוגיית מתנה על מה שכתוב בתורה)" **תורה שבעל פה** יב, קלד (התש"ל); שמואל ויינגרטן "אין תנאי בנישואין" **טורי ישורון** יז, 16 (התשל"א); Moshe Meiselman, *Jewish Women in Jewish Law* 103–108 (1978); אלינסון, לעיל ה"ש 113, בעמ' קלז-קלט; **שו"ת שבט יהודה** ב, אבן העזר לט, שכג (התשנ"ג); שרשבסקי, לעיל ה"ש 74, בעמ' 342–343.

לעתים, כאשר קיים פגם בהתחייבות במשפט העברי, מחזקים באמצעות שבועה את תוקף ההתחייבות באמצעות התחייבות זהה. התחייבות זו תקפה מכוח חובה דתית המוטלת על המתחייב לקיים את שבועתו. הוא הדין בנוגע להתחייבות באמצעות חרם. בדרך זו אפשר להתחייב לגרש או להתגרש. ראו פלק, לעיל ה"ש 81, בעמ' 111–112; אליאב שוחטמן "לתקנתם של הסכמי גירושין" **שנתון המשפט העברי** יח-יט, 455, 548–577 (התשנ"ב-התשנ"ד). קיימות בעיות שונות המתעוררות בנוגע ליישום עקרון ההתחייבות באמצעות שבועה או חרם, בכלל, ובדיני הגירושין, בפרט. בין השאר מתעוררת השאלה הבאה: האם גט שניתן מכוח השבועה או החרם נחשב כגט מעושה שלא כדין, אשר ניתן שלא מרצון חופשי? אף שקיים ספק אם יאותו בתי הדין הרבניים לאכוף קיומה של שבועה לגרש כאמצעי לאכיפת הגט, מחשש לגט מעושה, היו שסברו, כי ישנה משמעות מסוימת בפועל להתחייבות בשבועה הן משום שישנם המתייחסים בחומרה רבה לעיון של עובר על שבועה הן משום שברגע שהשבועה חלה נוצר חיוב לגרש, ואין צורך לשכנע את בית הדין בקיומה של עילה המחייבת את בן/בת הזוג לגרש. ראו שוחטמן "הסכמי גירושין", שם, בעמ' 455, 472. ראו גם **שו"ת מהרלב"ח** קכד; יצחק גליקמן "בדין אונסא דנפשיה בגיטין" **נעם** ג, קסז, קפו-קצז (התש"ך); אלינסון "סירוב לתת גט", שם, בעמ' קלט-קמא; והמקורות המובאים **בבית יוסף**, אבן העזר קנד.

הוצע, שבכתובה תתוסף הצהרה של בני הזוג בשעת הנישואין, שהם מקבלים על עצמם סמכות בית דין מסוים ומסמיכים בית דין זה לעשות שימוש בסנקציה כספית שתיראה לו כנגד בן/בת זוג המסרבים לפעול בהתאם להחלטותיו.

היו שהציעו לקבוע הסכם ממון בשעת הנישואין, או מיד לאחר טקס הנישואין, שבו מתחייב הבעל בתשלום מסוים אם יסרב לגרש, כשיחויב בכך. ראו יהודה דוד בלייך "הצעה לפתרון בעיית בעל המסרב לגרש" **תורה שבעל פה** לא, קכד-קלט (התש"ן); יהודה דוד בלייך "הסכם ממון למניעת סירוב לגרש" **אור המזרח** מא 272 (התשנ"ג). ראו גם בנימין רבינוביץ-תאומים, "אונס

במקרים מסוימים לבטל תוקף קידושין מכוח זיכוי גט עבור הבעל,¹⁶² נוסחת קידושין,¹⁶³ נסיבות שבהן פסקו בעבר כי אפשרית הפקעת קידושין,¹⁶⁴ או נסיבות שבגינן ישנם הסבורים שאפשר לפסוק שהנישואין בטלים, כגון כאשר הנישואין היו מלכתחילה אזרחיים, קונסולריים, או בפני רב רפורמי.¹⁶⁵ בין היתר, הוצעו תחבולות המאפשרות הפקעת קידושין, כגון גירושין על ידי שליח/ה שהמשלח ביטל את שליחותו/ה.¹⁶⁶ אולם, דרכים אלו לפתרון מצוקת מעוכבת גט אינן מקובלות על חלק ניכר מפוסקי ההלכה האורתודוקסיים ועל בתי הדין הרבניים בישראל,¹⁶⁷ אף שגם הם עושים מאמץ למצוא פתרון למצוקת מסורבת ומסורבת הגט, במיוחד במקרים חמורים מאוד, כאשר אי-אפשר בשום פנים ואופן לגרום בדרך אחרת שסרבן גט יתן

עצמו בגירושין" **נעם** א רפז (התשי"ח); אלינסון, לעיל ה"ש 113, בעמ' קמא-קמח; בנוגע לבעיית קנס שקיבל על עצמו הבעל אם לא יגרש ראו המקורות המנויים **בבית יוסף**, אבן העזר, קלד; גליקמן "בדין אונסא", לעיל ה"ש 158, בעמ' קסז, קפט-קצא.

¹⁶² קיימות שתי אפשרויות של זיכוי בגט, במקום כפיית גט, המאפשרות לבית הדין לכתוב בעצמו גט פיטורין שיספיק להתיר את האישה (א) אם יתברר כי כתיבת הגט היא זכות לבעל, אפשר יהיה לזכות לו שלא בפניו, ואולי אפילו בעל כורחו; (ב) אם יוכל הבעל להסמיך בזמן הקידושין את בית הדין שיכתוב גט בשמו בצורה כזאת שההסמכה אינה ניתנת לביטול, כי אז יוכל בית הדין לכתוב את הגט על פי הסמכה זאת, ואפילו אם הבעל ניסה לחזור בו ביתניים. ראו פלק, לעיל ה"ש 81, בעמ' 98-99.

¹⁶³ התקנת נוסחת קידושין שתגביל את תחולתם עד התרחשותו של אחד משני המקרים: מות בן הזוג או פסק דין גירושין של בית דין מוסמך. ראו פלק, שם, בעמ' 84-97.

¹⁶⁴ היו שהציעו לפתור את בעיית מעוכבות הגט באמצעות הפקעת הקידושין. ראו פריימן, לעיל ה"ש 158, בעמ' שפה-שפה; אלון, לעיל ה"ש 19, בעמ' 686-712; MEISELMAN, לעיל ה"ש 158, בעמ' 109-119; פלק, לעיל ה"ש 158, בעמ' 142; זאב פלק "קול צעקה לתקנת בנות ישראל" **שיח מישרים** 24, 67-70 (התשנ"ג); פנחס שיפמן **מי מפרד מנישואין אזרחיים** 73 (התשנ"ה). בקרב פוסקי ההלכה ובתי הדין הרבניים בזמננו רווחת הדעה, שתקנות המאפשרות הפקעת קידושין אינן יכולות לשמש בסיס להפקעת קידושין שנעשו כדת משה וישראל ואשר לצורך הפקעתם יש צורך בגט כשר. חכמים מוסמכים לקבוע, כי קידושין שיעשו שלא על פי תקנתם יהיו חסרי תוקף ולא יתפסו כלל, אולם אין בסמכותם להפקיע קידושין לאחר שאלו חלו. ראו אליאב שוחטמן "הפקעת קידושין – דרך אפשרית לפתרון בעיית מעוכבות הגט?" **שנתון המשפט העברי** כ, 349 (התשנ"ה-התשנ"ז); ערעור (גדול) תשלג/217 תשלד/61, פד"ר ט 352, 355 (התשל"ד).

¹⁶⁵ ראו אליקים ג' אלינסון **נישואין שלא כדת משה וישראל** 175-196 (התשל"ו); משה זילברג "נישואין אזרחיים יאפשרו לפתור הלכות בעיית המזורות" **באין כאחד** 239-248 (התשמ"ב); שרשבסקי, לעיל ה"ש 74, בעמ' 82-83, 85.

¹⁶⁶ שרשבסקי, שם, בעמ' 338, 342.

¹⁶⁷ ראו וואראנאווסקי, לעיל ה"ש 158; אלינסון, לעיל ה"ש 165, בעמ' 91-92; MEISELMAN, לעיל ה"ש 158, בעמ' 103-115; שרשבסקי, לעיל ה"ש 74, בעמ' 275-276, 328-331; שוחטמן, לעיל ה"ש 164, בעמ' 349-397.

גט או סרבנית גט תקבל גט.¹⁶⁸ על כן, מנקודת המבט של חכמי המשפט העברי בבתי הדין הרבניים בישראל, המחמירים ונשמרים מכל משמר מפני אפשרות שהגט יהיה מעושה שלא כדין פתרונות אלו אינם חלופה הולמת לצווי ההגבלה שנקבעו בחוק, ולכן גם מנקודת המבט של עקרון ההתאמה, שהוא רכיב מרכיבי עקרון המידתיות, פתרונות אלו אינם חלופה הולמת, שפותרת באופן יעיל והולם את המצוקה הנזכרת לעיל.

קיימים כמה פתרונות הלכתיים נוספים, המתמקדים בהפעלת סנקציות יותר אפקטיביות כנגד סרבני גט בדרגות של פסק דין של גירושין שמאפשרות הפעלת אמצעי כפייה ואילוץ חריפים יותר – חיוב ו"כופין" לגרש. יש לבחון באיזו מידה, אם בכלל, השימוש בסנקציות הללו יכול היה לשמש חלופה הולמת לחקיקת חוק בתי דין רבניים המאפשר הטלת סנקציות על סרבן/נית גט, שחלקן חריפות, כגון מאסר או שלילת זכויות אסיר.

היו שרצו לפעול בדרך של הרחבת הרשימה של עילות הגירושין אשר בגינן "כופין" לגרש. בעבר כמה מחכמי ההלכה הרחיבו את רשימת העילות שבגינן "כופין" לגרש. פוסקי ההלכה היטו אוזן קשבת למצוקת נשים מסורבות גט¹⁶⁹ גם באמצעות התקנת תקנות¹⁷⁰ או פרשנות הדין התלמודי בנוגע למורדת הטוענת "מאיס עלי".¹⁷¹ עם זאת, במרוצת הדורות חל שינוי בעמדת רוב פוסקי ההלכה. לדעתם, טענת "מאיס עלי" לכשעצמה אינה עילה מספקת לפסיקה ש"כופין" גט.¹⁷² בתי הדין הרבניים בישראל חששו לפסוק ש"כופין" לגרש בגין עילת "מאיס עלי" לכשעצמה, מחשש שמא אין בסיס הלכתי מוצק במידה מספקת לפסוק ש"כופין" בנסיבות אלה. בתי הדין הרבניים, שפסקו כי "כופין" לגרש על סמך טענת "מאיס עלי", נקטו דרך זו רק בהסתמך על כמה עילות גירושין מצטברות הקיימות יחדיו בנסיבות העניין, אשר לפחות אחת מהן, מלבד "מאיס עלי", מצדיקה – לדעת פוסקים מסוימים – פסיקה ש"כופין" לגרש.¹⁷³ הפתרון הקודם התמקד במקרים, שאינם רבים, אשר בהם בתי הדין הרבניים

¹⁶⁸ ראו שרשבסקי, לעיל ה"ש 74, בעמ' 85; הרצוג "בענין חשש", לעיל ה"ש 96, בעמ' 3–28; שו"ת היכל יצחק אבן העזר, א, ג.

¹⁶⁹ ראו שפירא "גירושין", לעיל ה"ש 90, בעמ' 117, 124; שו"ת שבט הלוי כז; שו"ת יביע אומר ג, אבן העזר, יח-כ.

¹⁷⁰ ראו תשובות הגאונים, שערי צדק נו ע"א, טו; בנימין מנשה לויין אוצר הגאונים, כתובות תשובות, 191–192 (התרפ"ח); טיקוצ'ינסקי, לעיל ה"ש 91, בעמ' 11–29; הלכות הרי"ף, כתובות סג, ע"ב; שפירא "גירושין", לעיל ה"ש 90, בעמ' 117, 129–130.

¹⁷¹ ראו משנה תורה אישות, יד, ח-יא.

¹⁷² ראו שפירא, לעיל ה"ש 90, בעמ' 117, 146–153.

¹⁷³ ראו שו"ת יביע אומר ג, אבן העזר, יח-כ; אריאל רוזן-צבי פתרונות לבעיות אישות (התשמ"ו); רוזן-צבי, לעיל ה"ש 25, בעמ' 257, 267–268.

בישראל פוסקים ש"כופין" לגרש. בד בבד קיימות סנקציות מסוימות שבהן יש להשתמש כנגד סרבן/נית גט כאשר אי-אפשר לפסוק ש"כופין" לגרש, אולם בנסיבות העניין לדעת בית הדין, קיימת עילת גירושין שבגינה קיים "חיוב" לגרש.

במצב זה, של חיוב לגרש כאשר אין "כופין" לגרש, הוצעו כמה פתרונות שיאפשרו התרת נשים מסורבות גט מכבלי נישואין שאינם רצויים. בימי קדם, בתקופה שבה רבו שומרי המצוות, היה קיים סעד יעיל: כאשר בעל לא נשמע להוראת בית דין לגרש בדרגה נמוכה מ"כופין", מותר היה לקרוא לו "עברייך". נוסף על נפקויות משפטיות (כגון פסילתו לעדות של "עברייך"), הקלון שבסנקציה זו והשלכותיה בקהילה הדתית פעלו את פעולתם על רוב הציבור. בזמננו, כשרוב הציבור אינו שומר מצוות, במקרים רבים אין די בסנקציה זו.

כיום, כאשר הבעל מסרב לתת גט לאחר שנפסק שהוא "חייב" לתת גט לאשתו, אפשר להטיל עליו חיוב לשלם לאשתו מזונות ואפשר לפטור את אשתו מן החיוב שכנגד, המוטל עליה בדרך כלל, לתת לבעלה את מעשה ידיה. בכל עת, כפועל יוצא של הנישואין, בעל יהודי חייב בתשלום מזונות לאשתו.¹⁷⁴ היקף חיוב זה נקבע לפי כללים מסוימים, ובמיוחד "עולה עימו ואינה יורדת עימו".¹⁷⁵ היקף זה נועד לספק את צורכי האישה בתחומים שונים, כגון מזון, ביגוד ומדור.¹⁷⁶ לעתים, בנסיבות המתאימות, חל שינוי במעמד המזונות הרגילים הללו, והבעל חייב לתת לאשתו מזונות "מעוכבת מחמתו להינשא". לפי הדעה המקובלת בפסיקת בתי המשפט האזרחיים, הבעל המסרב לתת גט לאשתו משלם מזונות אלה כאשר בית דין רבני הורה שהוא צריך לגרש את אשתו, ודרגת פסק הדין של גירושין היא חיוב לגרש או "כופין" לגרש. שיעור חיובו של בעל הנותן לאשתו מזונות אלה גדול מזה של בעל הנותן לאשתו מזונות רגילים מפני שכאשר האישה "מעוכבת מחמתו להינשא", אין מנכים מן המזונות שהוא נותן לה את "מעשה ידיה" של האישה.¹⁷⁷

עם זאת, החיוב המוטל על הבעל לשלם לאשתו "מזונות מעוכבת מחמתו להינשא" לא תמיד פותר את מצוקת מסורבת הגט. כאשר בית הדין הרבני קנה סמכות שיפוט

¹⁷⁴ ראו בבלי כתובות מז, ע"ב; משנה תורה אישות, יב, א; טור אבן העזר, סט; שולחן ערוך אבן העזר, סט, א-ג; שרשבסקי, לעיל ה"ש 74, בעמ' 106-118.

¹⁷⁵ ראו תוספתא כתובות, ה, ט; ירושלמי כתובות, פרק ה, הלכה ו; בבלי כתובות מח, ע"א; כתובות, סא ע"א; משנה תורה אישות, כא, יד; טור אבן העזר, ע; שולחן ערוך אבן העזר, ע, א; שרשבסקי, לעיל ה"ש 74, בעמ' 107-108, ה"ש 5.

¹⁷⁶ היקף חיוב המזונות במשפט העברי רחב וכולל לא רק מזון, אלא גם צרכים חומריים נוספים, כגון הוצאות עבור ביגוד ומדור. ראו שרשבסקי, שם, בעמ' 107-108.

¹⁷⁷ ראו פרשת רוזנצוויג, לעיל ה"ש 115, בעמ' 1555; פרשת סלומון, לעיל ה"ש 123, בעמ' 372; תמ"ש (ת"א) 17820/96 פלונית נ' אלמוני, תק-מש 96 (2) 6 (1996).

בנוגע למזונות האישה חשובה העובדה, שבפסיקת בתי הדין הרבניים ישנם חילוקי דעות באשר לשיעור החיוב במזונות "מעוכבת מחמתו להינשא". ייתכן שמעמד מזונות אלה כמעמד מזונות רגילים.¹⁷⁸ יתר על כן: פוסקי ההלכה במרוצת הדורות, ולא רק הרכבים מסוימים של בתי הדין הרבניים בישראל, נחלקו ביניהם בנוגע לשיעור החיוב במזונותיה של מעוכבת מחמתו להינשא; וישנם פוסקי הלכה רבים הסבורים שאף ממזונות אלה מקזזים את מעשה ידיה של האישה,¹⁷⁹ ולכן מלומד שבחן סוגיה זו סבר שלפי הדעה הרווחת במקורות המשפט העברי, גם ממזונות אלה מנכים את מעשי ידיה של האישה.¹⁸⁰ כמו כן השימוש בחיוב תשלום מזונות אפשרי כשרוצים לשכנע סרבן גט לתת גט לאשתו, אך בדרך כלל לא כאשר האישה מסרבת לקבל גט, כיוון שחיוב המזונות במשפט העברי, הנובע מן הנישואין, הוא של הבעל כלפי האישה. רק לעתים נדירות חייבת אישה יהודיה במזונות כלפי בעלה. חיוב זה אינו נובע מן הנישואין ומקורו בידי צדקה, וקיים רק כאשר האשה היא אמידה והבעל הוא נזקק. נוסף על כך, במיוחד כאשר שיעור חיוב המזונות אינו גבוה ולרשות סרבן או סרבנית הגט עומדים אמצעים פיננסיים המאפשרים להם לשלם תשלומי מזונות במשך פרק זמן ארוך יחסית, חיוב הבעל או האישה, שהם סרבני גט, לשלם מזונות לבת זוגם או לבן זוגם, אינו אמצעי יעיל העשוי לפתור תוך פרק זמן קצר את מצוקת מסורב או מסורבת הגט. פתרון נוסף האפשרי במצב של "חיוב" לתת או לקבל גט הוא הפעלת סנקציות כנגד סרבן או סרבנית הגט, הקרויות "הרחקות דרבנו תם". זהו אמצעי חשוב, ולעתים אף העיקרי, שבו היה אפשר לעשות שימוש בתקופה שקדמה לחקיקת חוק בתי דין רבניים לצורך פתרון מצוקת מסורב/ות גט בדרגת "חיוב" לגרש. עם זאת, מיעוט להשתמש בו. אף שהיו רבנים שכיחנו כדיינים בבית הדין הרבני הגדול אשר הציעו בעבר לעשות שימוש רב יותר בהרחקות רבנו תם לצורך פתרון מצוקת מסורבות גט.¹⁸¹ בתקופה שקדמה לחקיקת חוק בתי דין רבניים, בשנת תשנ"ה, לא נעשה שימוש רב בהרחקות רבנו תם בבתי הדין הרבניים בישראל לצורך פתרון מצוקה זו וניכרת רתיעה של פוסקי ההלכה לדורותיהם משימוש מעשי בסנקציה זו לצורך פתרון מצוקתן של מסורבות הגט.¹⁸²

על כן גם האמצעים החלופיים הנזכרים לעיל הם פתרון חלקי בלבד למצוקת

¹⁷⁸ תחילה, בערעור (גדול) תשל ג/205, פד"ר י 294, 305 (התשל"ז) נפסק, שאין מקזזים ממזונות "מעוכבת מחמתו להינשא" את "מעשה ידיה". לאחר מכן, הדיינים בהרכב אחר גרסו כי מן המזונות הללו מקזזים את "מעשי ידיה". ראו ערעור (גדול) נא/765, פד"ר טו 13, 17 (התשנ"ב).

¹⁷⁹ ראו בארי, לעיל ה"ש 123, בעמ' 134–138.

¹⁸⁰ ראו שם.

¹⁸¹ ראו שאול ישראלי "על כפייה ורצון בגט" **תורה שבעל פה** יב, לב, בעמ' לח (התש"ל).

¹⁸² ראו בארי, לעיל ה"ש 81, בעמ' 93–95.

מסורב/ת הגט. במציאות ששררה בישראל בתקופה שבה נחקק חוק בתי דין רבניים לא היתה חלופה טובה, שוות ערך, לצווי ההגבלה הנזכרים בחוק זה.. מסקנה זו חשובה כאשר נשאלת השאלה, האם קיימות חלופות טובות ואפקטיביות אפשריות לאמצעים החדשים שקבע המחוקק בחוק בתי דין רבניים, אשר בשל קיומן פעולת המחוקק, שהסמיך את בתי הדין הרבניים להטיל את הסנקציות החדשות הנזכרות בחוק בתי דין רבניים, היא "במידה... העולה על הנדרש".

(4.4) מבחן המידתיות במוכן הצר או מבחן האמצעי המידתי

יש צורך בקיום יחס סביר בין המטרה ובין האמצעי. מבחן זה דורש, כי תישקל התועלת שתצמח לציבור לעומת הנזק לפרט מהפעלת האמצעי. כלומר: נדרש שהפגיעה בפרט תהיה ביחס ראוי לתועלת המושגת בדרך זו. כדי שהפגיעה בזכויות אדם בחוק בתי דין רבניים לא תהיה "במידה העולה על הנדרש", נקבעו בחוק זה סייגים שמטרתם צמצום ההיתר לפגוע בזכויות הללו באמצעות צווי הגבלה. סעיף 4(ב) לחוק קובע, כי בית הדין ישים לב לנסיבות העניין ויתחשב במצב בריאותו של מי שכנגדו מבקשים ליתן צו הגבלה. מהוראת המחוקק בסעיף 4 לחוק עולה, שסנקציות חמורות המעוגנות בחוק – כגון מאסר או בידוד של אסיר – תופעלנה רק כשנסיבות המקרה חמורות. יושב ראש ועדת חוקה – חוק ומשפט, הסביר בעת חקיקת חוק בתי דין רבניים, כי הסעיף מחייב את בתי הדין הרבניים בישראל המפעילים צווי הגבלה לנהוג על פי עקרון השקילות¹⁸³ – על פי חומרת המעשה של הסרבן/נית תיקבע חומרת האמצעי שיינקט.

חובת ההנמקה, הקיימת בסעיף 4 לחוק בתי דין רבניים, קיימת גם בתקנות הדיון של בתי הדין הרבניים בישראל.¹⁸⁴ היא אמצעי נוסף המדרבן את בית הדין הרבני לפעול ברוח מבחן האמצעי המידתי. חובת ההנמקה של פסקי דין בכלל, לרבות פסקי דין של בתי הדין הרבניים בישראל בענייני גירושין, חשובה ביותר ומשרתת כמה מטרות: הבטחה שמתדיין יוכל להתעמת בעתיד, בדרכים שונות, החלטת ערכאת השיפוט שדנה בעניינו; מתן אפשרות לערכאת הערעור להעביר תחת שבט ביקורתה את פסק הדין של הערכאה הראשונה; חשיפת הרשות השופטת לביקורת ציבורית, כגון זו של כלי התקשורת; תרומה לאיכות ההכרעה – מניעת החלטות אינטואיטיביות פזיזות והקטנת הסיכון לשגות; קידום ערכים של אחדות, עקביות, המשכיות ושוויון בפעולות הערכאה המכריעה; עשיית משפט לעין כול ושימורו של אמון הציבור

¹⁸³ ראו ד"כ 7233, 6774 (התשנ"ה).

¹⁸⁴ ראו גם תקנות קיד, קטו לתקנות הדיון בבתי הדין הרבניים בישראל – התשנ"ג, י"פ 2298.

במערכת המשפט.¹⁸⁵ ערכאת שיפוט המפקחת על בתי הדין הדתיים בישראל ובוחנת בין השאר באיזו מידה, אם בכלל, הקפידו לפעול לפי עקרון המידתיות, יכולה להיעזר בהנמקת בתי הדין הדתיים לפסקי הדין שלהם ועל סמך הנמקה זו לקבוע אם אכן כך הוה.

רצוי שכל פסק דין המפעיל צווי הגבלה יהיה מפורט ויבואו בו לידי ביטוי באופן מעמיק כל השיקולים ההלכתיים הרלוונטיים. בהנמקת פסקי הדין צריכה לבוא לידי ביטוי בין השאר העובדה, שאף מנקודת המבט של פוסקי הלכה, החוששים שמא גט יהיה מעושה שלא כדין, השימוש בצו הגבלה הפוגע באורח ניכר בזכויות אדם – כגון מאסר, בידוד – או בכמה צווי הגבלה הפוגעים פחות בזכויות אדם יחדיו, צריך שיהיה האמצעי הננקט לצורך קיום פסקי דין של גירושין אחרי שהופעלו תחילה אמצעים פחות חריפים ופוגעניים בלא הועיל.

קיימת גם זיקה בין המדרג בהפעלת הסנקציות כנגד סרבן או סרבנית גט לבין חובת ההנמקה של פסקי הדין. בגין מגבלות הלכתיות שבגינן קיים מדרג הלכתי בנוגע להפעלת הסנקציות בחוק בתי דין רבניים בין השאר קיים צורך רב בהנמקת פסקי הדין המטילים צווי הגבלה. אף מנקודת מבטם של הרבנים והדיינים, הצורך בהרחבת היריעה הן בנוגע לעובדות הרלוונטיות הן לגבי הנימוקים ההלכתיים בפסקי דין בעניין קיום פסקי דין של גירושין הוא צו השעה. המתדיין והדיין בערכאת הערעור צריכים לדעת אם בנסיבות העניין קיימת עילת גירושין זו או אחרת, והאם דרגת פסק הדין היא "כופין" או חיוב לגרש. אף לפי עקרונות המשפט העברי, חשובה הנמקה זו כאשר נדרשת נתינתו של פסק דין אשר בו נאמר במפורש, שדרגת הכפייה היא "כופין" או חיוב ולא מצווה או המלצה.

הנמקה זו נחוצה לא רק כדי שהפסיקה הרבנית בפסקי דין הללו תעמוד במבחן הפנימי של בתי הדין הרבניים – מבחן דרישות ההלכה בנוגע לפסקי דין של גירושין, אלא גם כדי שהבחירה של בית הדין הרבני להפעיל במקרה מסוים צו הגבלה או צווי הגבלה מסוימים תעמוד במבחן הספציפי בנוגע להפעלת צווי הגבלה נגד סרבן/נית גט שקבע המחוקק הישראלי בסעיף 4 לחוק בתי דין רבניים – התחשבות בנסיבות העניין, יכולת הסרבן או הסרבנית לקיים את התלויים בהם וחובת ההנמקה. כמו כן לאור פסק הדין בפרשת לב, כאמור לעיל, אף בית הדין הרבני צריך לפעול לאור הוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ובין השאר בהתאם לעקרון המידתיות. התעלמות בית הדין הרבני מהוראות חוק המופנות אליו עלולה להביא את בית המשפט העליון – המפקח

¹⁸⁵ ראו ע"פ 446/01 רודמן נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(5) 25, 30 (2002). ראו גם רות גביזון "בית המשפט וחובת ההנמקה" משפטים ב, 89, 92–93 (התש"ל); יואב דותן "חובת ההנמקה של רשויות מנהל וגופים נבחרים" מחקרי משפט יט, 5, 7–9 (התשס"ב). בנוגע לחשיבות שימורו של אמון הציבור בדיינים הדנים בבתי הדין דתיים ראו פרשת צבן, לעיל ה"ש 59, בעמ' 152.

על בתי הדין הדתיים לפי הוראת המחוקק בסעיף 15 לחוק יסוד: השפיטה – לכלל מסקנה שעליו להורות, כי החלטת בית הדין הרבני להפעיל צווי הגבלה מסוימים בטלה כיוון שאינה עולה בקנה אחד עם העקרונות הנזכרים לעיל.¹⁸⁶

כשבוחנים אם צווי ההגבלה בחוק בתי דין רבניים עומדים במבחן המידתיות במובן הצר, יש לראות את תוכן הצווים הללו בין השאר לאור ההיסטוריה של החקיקה. אין להתעלם מן העובדה, שהיתה אפשרות לקבוע בחוק סנקציות חמורות הרבה יותר. החוק קובע, שבית דין רבני יכול לעשות שימוש בצו או בצווי הגבלה המנויים ברשימה סגורה. החוק אינו מסמיך את בתי הדין הרבניים לשלול כל סוג של גמלה, קצבה או הטבה של המדינה או של הרשויות המקומיות לאזרח. בעבר הוצע להפעיל את הרחקות רבנו תם בלבוש מודרני, כאשר החברה מתרחקת מסרבן/נית הגט באמצעות מניעת מתן כל הפריבילגיות שהיא מעניקה לאזרח.¹⁸⁷ לדעת ד"ר יעקב וינרוט, אפשר לפגוע בזכויות אדם לצורך יישום דיני הגירושים העבריים: "אם המחוקק החילוני מצא לנכון למסור מערכת מסוימת לשלטון הנורמות הדתיות, הוא חייב למסור לשלטון המוחלט את אותה המערכת".¹⁸⁸ החוק שנתקבל בסופו של דבר, חוק בתי דין רבניים, אינו מושתת על שלטון "מוחלט" זה. הוא מתון בנוגע לפגיעה בזכויות אדם של סרבן או סרבנית הגט בהשוואה להצעה המקורית של ד"ר וינרוט. בסופו של דבר, המחוקק בחר לקבוע בחוק רק צווי הגבלה מסוימים, מוגדרים, ברשימה סגורה המפורטת בחוק. הגבלת האפשרות של בתי הדין הרבניים בישראל להטיל סנקציות הפוגעות לעתים באופן ניכר בכבוד האדם ובחירותו ובזכויות אדם אחרות של הסרבן/נית היא חשובה. הפגיעה האפשרית בכבוד האדם ובחירותו עקב הפעלת צווי הגבלה המצויים ברשימה הסגורה בחוק זה קטנה בהשוואה לפגיעה האפשרית בזכויות האדם אם היה מתקבל חוק המושתת על עקרון השלטון ה"מוחלט" של בתי הדין הרבניים בישראל, המצוי בחיבורו של ד"ר וינרוט.

¹⁸⁶ ראו בג"ץ 8497/00 פלמן נ' פלמן, פ"ד נ"ז(2) 118, 139 (2003), שם ביטא בית המשפט העליון בהקשר אחר את עמדתו בדבר חשיבות הנמקתם של פסקי דין הניתנים על ידי בתי הדין הרבניים, בקובעו, כי החלטה לא מנומקת של בית הדין הרבני בנוגע לסמכות השיפוט שלו, בלא שהתקיים דיון מקדים בשאלת התקיימותם של התנאים המקנים סמכות שיפוט לבית הדין, עלולה להביא לידי הכרעה של בית המשפט לענייני משפחה כי אין לבית הדין הרבני סמכות שיפוט בעניין שבו סבר בית הדין הרבני כי אכן בידו סמכות שכזו. עם זאת, ראו את דעת המיעוט החולקת של השופט דורנר, שם, בעמ' 142–143. ראו גם פרשת רידר, לעיל ה"ש 154, וסמוך לה, שם. דעתו של השופט חשין לא היתה נוחה מהיעדר הנמקה ראויה בפסק הדין של בית הדין הרבני, בין השאר מפני שהיעדר הנמקה זה מונע בחינה ראויה של השיקולים ששקל בית הדין בנוגע למידתיותה של הסנקציה.

¹⁸⁷ ראו ס' 1 לחוק שיפוט בתי דין רבניים.

¹⁸⁸ ראו וינרוט, לעיל ה"ש 85, בעמ' 444; ראו גם רוזן-צבי, לעיל ה"ש 25, בעמ' 279.

לאור האמור לעיל, ההסדר שנקבע בחוק בתי דין רבניים בנוגע להפעלת צווי הגבלה כנגד סרבן או סרבנית גט עומד ככל מבחני פסקת ההגבלה ובין השאר במבחן המידתיות ולא ייפסל. עם זאת, במקרה קונקרטי זה או אחר היישום של עקרון המידתיות עלול להיות בעייתי, שכן לעתים לפי נסיבות העניין הפגיעה בזכויות האדם של סרבן או סרבנית הגט נעשית במידה העולה על הנדרש.

(5) האיזון הרצוי

הפעלת מבחן המידתיות צריכה להיות מותאמת לנסיבות הייחודיות של סוגיית סרבנות הגט. פגיעה במידה פחותה בזכותו/ה של הסרבן/נית עלולה לגרום לפגיעה במידה העולה על הנדרש בזכותו/ה של המסורב/ת. כאן, בניגוד למקרים אחרים שנדונו בפסיקה,¹⁸⁹ אין עסקינן באיזון בין זכות אדם לבין "עניין ציבורי" כלשהו – כגון שמירת הסדר הציבורי, שלום הציבור או בטחון המדינה – אלא על איזון בין שתי זכויות אדם של שני צדדים העומדים משני עברי המתרס, המסורב/ת, מזה, והסרבן/נית, מזה. מצד אחד, קיימת זכות של מסורב/ת הגט להשתחרר מכבלי סרבן/נית הגט, ומצד אחר, קיימת זכות של הסרבן/נית שלא יפגעו בזכויות האדם שלו/ה באמצעות הפעלת סנקציות כלפיו/כלפיה, ובמיוחד סנקציות הריפות כגון מאסר. אם פוגעים בזכות של צד אחד במידה מינימלית, הרי שלמעשה פוגעים בזכות של הצד שכנגד בצורה מקסימלית. לכן כאן נתקל בבעיה כל המבקש ליישם את עקרון הפגיעה המינימלית בפסקת ההגבלה במתכונת הקיימת בפסקי הדין בדרך כלל: של איזון בין זכות אדם ובין "עניין ציבורי". רכיב הפגיעה המינימלית, שהוא אחד משלושת הרכיבים של המידתיות במתכונת זו, לא יוכל להתקיים במצב של שתי זכויות אדם מתנגשות, כי אם צד אחד נפגע בצורה מינימלית והצד שכנגד – בצורה מקסימלית.

שאלה זו של דיון במידתיותה של פגיעה בזכות אדם בנסיבות מעין אלה, כאשר מנגד עומדת זכות אדם אחרת, טרם זכתה לליבון ממצה ולאבחון בין נסיבות שונות הקיימות בכל מקרה בפסיקה ובספרות המשפטית בישראל. אמנם, ניכרת הידרשות מסוימת לבעיה זו בין השאר בכתביו של נשיא בית המשפט העליון (בדימוס) ברק¹⁹⁰ ובדעת מיעוט של השופטת דורנר בפרשת גור-אריה.¹⁹¹ אחת האפשרויות של פתרון סוגיית יישומו של עקרון המידתיות במצב של זכויות אדם מתנגשות, שוות בחשיבותן

¹⁸⁹ כגון פרשת מנהלי השקעות, לעיל ה"ש 151; בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר האוצר, פ"ד נג(5) 241 (1999).

¹⁹⁰ ראו אהרון ברק "המהפכה החוקתית: זכויות יסוד מוגנות" משפט וממשל א, 9, 25 (התשנ"ב). וכן ראו ברק, לעיל ה"ש 2, בעמ' 215–223.

¹⁹¹ בג"ץ 1514/01 גור אריה נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, פ"ד נה(4) 267 (2001).

היחסית, היא פעולה בדרך הקרויה "איזון אופקי" בין הזכויות. איזון אופקי מעמת שני ערכים שווי משקל – שתי זכויות שוות בחשיבותן היחסית. כאשר מתנגשות שתי זכויות שוות ערך, ייעשה ניסיון להגביל כל זכות באמצעות הטלת מגבלות של זמן, מקום וצורה, שיאפשרו למצות את עיקריה,¹⁹² כדי להכשיר מציאות דו-קיום בצוותא של שתי הזכויות הללו.¹⁹³ כך, למשל, בעניין הפעלת צו הגבלה מאסר לצורך פתרון בעיית סרבנות הגט אפשר לקיים איזון אופקי בין זכותה של מסורבת הגט להתרתה מעגינותה, מחד גיסא, וזכותו של הגבר מאידך גיסא, להיות בן חורין – חופשי ממאסר, מאידך גיסא.

מקור השראה חשוב בסוגיית איזון הזכויות המתנגשות במתכונת הנזכרת כאן, כאשר מופעלים צווי הגבלה כנגד סרבן גט, הוא השיח התיאורטי במשפט המשווה, ובמיוחד במשפט הקנדי, משום שקיים דמיון בין עקרון המידתיות ופסקת ההגבלה בחוקת מדינה זו ובין עיקרון זה ופסקה זו בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ובחוק יסוד: חופש העיסוק.¹⁹⁴ דמיון מעין זה קיים גם בנוגע לעקרונות החוקה בישראל ובגרמניה. ייתכן שיש להסיק מסקנות מהפתרון שאומץ בפסיקה או שהוצע על ידי מלומדים במשפט בקנדה ובגרמניה וליישם עקרונות הנזכרים בשיח המשפטי שם בין השאר בנוגע להפעלת צווי הגבלה, ובמיוחד צווי הגבלה חריפים כגון מאסר, כנגד סרבן/נית גט.

במשפט הקנדי נקבע מבחן בנוגע לחוקיות אמצעי שננקט על ידי השלטון ופוגע בזכויות אדם המעוגנות בצ'רטר הקנדי לזכויות אדם¹⁹⁵ (להלן: צ'רטר). מבחן זה קובע,

¹⁹² שם, בפס' 8 לפסק דינו של השופט ברק.

¹⁹³ פרשת דיין, לעיל ה"ש 4, בעמ' 475.

¹⁹⁴ ראו דורנר, לעיל ה"ש 151, בעמ' 281–293.

¹⁹⁵ ראו *R. V. Oakes* [1986] 1. S. C. R. 103, 138–139. שם, בעמ' 136, כתב השופט העליון Dickson, שיש לפרש את ס' 1 לצ'רטר (פסקת ההגבלה בקנדה) לפי ערכי חברה חופשית ודמוקרטית. הוא כתב: "The court must be guided by the values and principles essential to a free and democratic society which I believe embody, to name a few, respect for inherent dignity and human person, commitment to social justice and equality, accommodation of wide variety of beliefs, respect for cultural and group identity, and faith in social and political institutions which enhance the participation of individuals and groups in society. The underlying values and principles of a free and democratic society are the genesis of the rights and freedoms guaranteed by the Charter and the ultimate standard against which a limit on a right or freedom must be shown, despite its effect, to be reasonable and demonstrably justified". עוד על המבחן שנקבע בפסק הדין ראו Joseph M. Pelliccioti, *The Constitutional Guarantee of Equal Protection in Canada and the United States: a Comparative Analysis of the Standard for Determining the Validity of Governmental Action*, 5 TULSA J. COMP.

כי נדרש שהאמצעי הננקט על ידי המדינה מטרתו הגנה על ערכי חברה חופשית ודמוקרטית (המבחן דומה למבחן "תכלית ראויה" בישראל). המטרה צריכה להיות חשובה ומהותית. כמו כן נדרשת פרופורציונליות בין מטרת המדינה ובין האמצעי שמשמשים בו לצורך השגת המטרה (המבחן דומה למבחן "ובמידה שאינה עולה על הנדרש" בישראל).

כמו כן, קיים בקנדה מבחן נוסף המבוסס על איזון. במבחן זה נעשה שימוש במצבים שבהם צריך להתמודד עם מציאות שבה ישנם ערכים חברתיים מתחרים או זכויות אדם מתחרות.¹⁹⁶ לעתים, בנסיבות שבהן קיימת התנגשות בין ערכים חברתיים מתחרים או זכויות אדם מתחרות, האיזון הרלוונטי למקרה זה מושתת על ההנחה שיש להעדיף בכירור ערך אחד על פני ערך אחר או זכות אדם אחת על פני האחרת. כך נהגו שופטי הרוב בפסק דין בפרשת *R. V. Keegstra*. במקרה זה נידון עניינו של מורה שהפיץ בדבריו לתלמידיו שנאה כנגד יהודים והואשם בעבירה של הפצת תעמולת שנאה, בניגוד להוראת החוק הפלילי בקנדה. המורה טען, שהסעיף הרלוונטי בחוק הפלילי פוגע בחופש הביטוי שלו, המעוגן בסעיף 2 לצ'רטר, ולכן יש לבטל את הסעיף הנ"ל. כשבחנו שופטי הרוב אם הגבלה זו של חופש הביטוי מוצדקת לפי הוראות סעיף 1 לצ'רטר (המקבילות להוראות פסקת ההגבלה בישראל), סברו שופטי הרוב שלא כל הביטויים של בני אדם ראויים להגנה באותה מידה לפי הוראת החוק בסעיף 2 לצ'רטר, המגנה על חופש הביטוי. לדעתם, תעמולת שנאה לא תורמת לערכים שבהם מאמינים הקנדים ולכן קל יותר להגביל ביטוי מן הסוג שעליו מדובר במקרה זה. באיזון שעשו שופטי הרוב הם העדיפו למעשה זכויות אדם אחרות, מתנגשות, המעוגנות בסעיפים אחרים של הצ'רטר, כגון עקרון השוויון ועקרון הרב-תרבותיות, על פני הזכות לחופש הביטוי, בנסיבות מקרה זה.¹⁹⁷

INT. L. 1, 68–73 (1997). שם, בעמ' 66–67, דן הכותב בסוגיית נטל ההוכחה כאשר בוחנים פגיעה בזכות אדם, המעוגנת בצ'רטר הקנדי, לפי ס' 1 לצ'רטר (פסקת ההגבלה בקנדה), כיוון כשמדובר במצב שבו שלטון פוגע בזכות אדם כזו, נטל ההוכחה מוטל על השלטון. עליו לשכנע את בית המשפט כי פגיעה זו מוצדקת לפי המבחנים של ס' 1 לצ'רטר. ס' 1 קובע, שקיימות מגבלות סבירות בנוגע להיקף הזכויות והחירויות המוקנות בצ'רטר, והן המגבלות שאפשר להצדיקן בחברה חופשית ודמוקרטית. השלטון צריך לשכנע, שמדיניותו עולה בקנה אחד עם מגבלות אלה. עקרונות אלה הולמים התמודדות עם מצב שבו קיימת פגיעה בזכויות אדם על ידי השלטון. עם זאת, כאשר מתנגשות שתי זכויות אדם, אין צד אחד פוגע, שרק עליו מוטל הנטל להוכיח כי הפגיעה בזכות הצד הנפגע מוצדקת.

ראו David Fewer, *Constitutionalizing Copyright: Freedom of Expression and Limits on Copyright in Canada*, 55 U. T. FAC. L. REV. 175, 226–227 (1997).

ראו *R. V. Keegstra* [1990] 3 S.C.R. 697. בדעת המיעוט, שם, באה לידי ביטוי דעה אחרת. חופש הביטוי של הנאשם לא צריך להיות מוצא מטווה ההגנה המוקנה לחופש הביטוי בס' 2 205

בפסק דין אחר, *Columbia*,¹⁹⁸ סברו שופטי הרוב, כי אין מדובר במקרה זה בהתנגשות בין זכויות אדם שונות. שופט המיעוט, McIntyre, סבר שהיקף זכות אחת, חופש הביטוי, צריך להתפרש בצמצום כדי לאפשר מימוש זכות אחרת, והיא זכות הגישה לבתי המשפט, אך, ככלל, הטכניקה של פירוש מצומצם של כל אחת מן הזכויות המתנגשות לא אומצה בפסק הדין.¹⁹⁹

מלומדים קנדים, שבחנו את העקרונות בפסקי דין העוסקים בסוגיה זו, הצביעו על העובדה כי במקרים שונים שבהם שופטים נדרשו להכריע בין זכויות אדם מתנגשות של הצדדים הנוגעים בדבר, הם פעלו בדרך של איזון. הם ניסו לאתר את האינטרסים והזכויות של הצדדים הללו, ייחסו חשיבות יחסית לכל אחד מהם לפי סולם הערכים שלהם, ולאור ייחוס חשיבות זה שקלו את האינטרסים והזכויות אלו לעומת אלו וניסו להציע איזון קונסטיטוציוני ראוי בנסיבות העניין. נוסחת האיזון היא גמישה, לא מוגדרת באופן נוקשה ויישומה משתנה בהתאם לתפיסות העולם הסובייקטיביות של כל שופט. השימוש במילה "איזון" בהקשר זה הוא אמצעי נוח לרשות השופטת, המאפשר לה להכריע לאור תפיסות העולם האישיות של השופטים/ות, אשר לכל אחד ואחת מהם נטיות לכאן או לכאן הנובעות מהשקפת עולם ערכית, דתית ופוליטית.²⁰⁰ הם מסווים את תפיסת עולמם באמצעות הטיעון שהם מיישמים איזון קונסטיטוציוני המושתת על צדק חברתי.²⁰¹

לצ'רטר, מכיוון שישנן זכויות אדם אחרות המעוגנות בסעיפים אחרים בצ'רטר, כגון הסעיפים בעניין השוויון והרב-תרבותיות. לדעת המיעוט, צמצום כזה של טווח ההגנה של חופש הביטוי, המוציא מכלל הגנה של חופש ביטוי ביטויים שתוכנם מתנגש עם תוכן סעיפים אחרים בצ'רטר, כגון הס' בעניין עקרון השוויון, פוגע בעיקרון שלפיו חופש ביטוי לא יישלל עקב התוכן שלו. על כן דעת המיעוט היא, שהסעיף הרלוונטי בחוק הפלילי הקנדי ייפסל מכיוון שהוא עומד בניגוד להוראת החוק בס' 2 לצ'רטר.

¹⁹⁸ ראו *R. V. Keegstra* [1990] 3 S.C.R. 697; *British Columbia Government Employees' Union V. British Columbia* [1988] 2 S.C.R. 214 (להלן: עניין *British Columbia*).

¹⁹⁹ ראו PETER W. HOGG, *CONSTITUTIONAL LAW OF CANADA* 819 (1992).

²⁰⁰ ראו הדעות השונות של השופטים בפרשת *Keegstra*, לעיל ה"ש 197; ובפרשת *British Columbia*, לעיל ה"ש 198. כמו כן תחילה פסל בית המשפט לערעורים של מחוז Alberta את סעיף החוק הפלילי הרלוונטי מכיוון שקיבל את הטיעון שהסעיף עומד בסתירה לעקרון חופש הביטוי בצ'רטר. ראו *R. V. Keegstra* (1988) 43 C.C.C. (3d) 150. במקרה אחר, שבו דנו בהפצת תעמולת שנאה, קבע בית המשפט לערעורים של מחוז Ontario כי הצ'רטר אינו מגן על מפיץ תעמולה זו. לדעת שופטי הרוב, תעמולה זו מנוגדת לחלוטין לתפיסת החירות הקנדית. ראו *R. V. Andrews* (1988) 43 C.C.C. (3d) 150.

²⁰¹ ראו Andrew Petter and Allan C. Hutchinson, *Rights In Conflict : The Dilemma Of Charter Legitimacy*, 23 U. B. C. L. REV. 531, 543-544 (1989).

אף בגרמניה, שבה קיים הסדר בתחום דיני החוקה הדומה במידה מסוימת למצב הקיים בקנדה ובישראל, התמודדו בתי המשפט עם בעיית ההתנגשות בין ערכים ועקרונות שונים בחוקה וקבעו, שיש לאזן בין הערכים המתנגשים בהתחשב בנסיבות הספציפיות של כל מקרה.²⁰² כשעמדה שם על הפרק סוגיית האיזון הראוי בין זכויות אדם המוגנות בחוקה הגרמנית של שני צדדים לעימות משפטי, העיקרון שנקבע היה, שאף אחת מזכויות האדם הללו איננה יכולה לפגוע ב"מהות העיקרית" או ב"ערך הבסיסי" של זכויות אדם אחרות המעוגנות בחוקה הגרמנית.²⁰³

המלומד Joseph M. Pellicioti, במאמרו, Pellicioti, *The Constitutional*, לעיל ה"ש 195, בעמ' 72–73, הסביר מהי נוסחת האיזון שנקבעה בכמה פסקי דין קנדיים מנחים: "The proportionality assessment involves a judicial search for a rational connection to the objective of the legislation effects and the identified objective. This search is not an easy task. It is by no means easy to determine with precision where the balance is to be struck. However, the balancing task is not to be applied in a rigid, mechanistic fashion. The Canadian Supreme Court has stated that while the rights guaranteed by the charter must be given priority in the equation, the underlying values must be sensitively weighed in a particular context against the values of a free and democratic society sought to be promoted by the legislation". מבחן איזון זה מיושם על ידי השופטים לפי נסיבות העניין. הוא מאפשר לכל שופט ושופטת לפעול באופן גמיש יחסית לפי השקפת עולמו/ה.

²⁰² ראו B Verf Ge 198, 210–211, Judgment of January 15, 1958, 7 B Verf Ge 198, 210–211 ("Luth" Case, Judgment of January 15, 1958, 7 B Verf Ge 198, 210–211). הוא המשפט לענייני חוקה בגרמניה). ראו גם THE CONSTITUTIONAL JURISPRUDENCE OF THE FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY 309, 314–317 (Donald P. Kommers ed., 1989); David E. Weiss, *Striking a Difficult Balance: Combatting a Threat of Neo-Nazism in Germany While Preserving Individual Liberties*, 27 VANDERBILT J. OF TRANS. L. 899, 920–921 (1994); Rosemarie Will, *Special Issue: Woman's rights in Germany Since Unification: Article: German Unification and the Reform of Abortion Law*, 3 CARDOZO WOMAN'S L. J. 399, 409–410, 421–422 (1996).

²⁰³ כך, למשל, כשנידונה סוגיית הרעש המפריע לשכנים, הבוקע מפעמונים במקום פולחן דתי, קבע בית המשפט בגרמניה, אשר לא רצה לפגוע ב"מהות העיקרית" של חופש הדת של המתפללים במקום, כי מותרת השמעת קול פעמונים לצורך פולחן דתי בכל עת. עם זאת, בית המשפט סבר שאפשר להגביל, באמצעות חקיקה מתאימה, את הזכות לעשות שימוש בפעמונים לצרכים שאינם דתיים, כגון הודעה באמצעות צלצול פעמונים מה היא השעה. ראו Bverw GE 86, 62; Inke Muehlhoff, *Freedom of religion in public schools* (Bverf, 28, 243, (261 in Germany and the United States, 28 THE GEORGIA J. OF INTER.AND COMP. L. 405, 445 (2000). ראו הנוסח המדויק של נוסחת האיזון בגרמניה בנוגע לזכויות אדם מתנגשות, שם, ה"ש 270.

לאור האמור לעיל, קיימות כמה אפשרויות להתמודדות עם מבחן הפגיעה המינימלית בנוגע לקיום פסקי דין של גירושין. אפשרות אחת היא קביעה ערכית שזכות אדם של צד אחד – כגון זו של מסורב או מסורבת הגט, שמצוקתם קשה – עדיפה ככלל על פני זכות אדם של צד אחר. אולם קביעה זו בעייתית כקביעה גורפת מאחר שהיא מתעלמת מנסיבות העניין. כך, למשל, קביעה שתמיד עדיפה זכותה של מסורבת הגט, בלא קשר למשך תקופת הסרבנות, לנסיבות המקרה, האפשרות לפתור את בעיית הסרבנות באמצעות אמצעי הפוגע פחות בזכות האדם של הבעל ועוד היא גורפת מדי. אמנם, בנסיבות המתאימות, ובמיוחד כאשר דרגת פסק הדין של גירושין היא "כופין" לגרש, ישנה הצדקה להעדפת זכות אדם אחת על זכות אדם אחרת. בנוסף, יש להבחין בין מאסר או שימוש בצו הגבלה חריף אחר נגד סרבן גט ובין שימוש באמצעי פחות חריף, כגון צו עיכוב יציאה מן הארץ, במיוחד עקב החשש שמא יהיה הגט מעושה שלא כדין והחשש מפני פגיעה של ממש בזכויות אדם. כמו כן, יש להתחשב בנסיבות רלוונטיות נוספות, כגון רצון מסורבת גט שלא ילדה ללדת כשהיא נשואה לפני שתחלוף התקופה שבה היא מסוגלת להביא ילדים לעולם. עם זאת, ככלל, יש להיזהר שלא לקבוע עדיפות תמידית של זכות אחת על פני זכות אחרת.

אפשרות שנייה היא אימוץ הגישה של תחולה מצומצמת של כל אחת מן הזכויות המתנגשות. אמנם, ככלל, גישה זו לא אומצה בקנדה, אולם טכניקה זו מיושמת בקנדה בתחומים מסוימים²⁰⁴ ואין לשלול יישום אפשרות זו בנסיבות המתאימות. אין לצמצם בכל מקרה את כל אחת מן הזכויות המתנגשות במידה שווה. יש לפרש ביתר צמצום את הזכות שהפגיעה בה מוצדקת יותר לאור האיזון הספציפי בין הזכויות המתנגשות השונות שנעשה בהתחשב בנסיבות המיוחדות של כל מקרה. רק כאשר קיים בבירור ערך אחד שמשקלו גדול משל הערך האחר יש להעדיפו ולהימנע ממתן פירוש מצמצם לכל אחת מן הזכויות המתנגשות. יש לנקוט דרך זו רק במקרים מיוחדים, לאחר הנמקה מפורטת, כאשר קיימת הצדקה עניינית להעדפה ברורה של אחד מבין הערכים המתנגשים.

הנשיא ברק נדרש גם הוא לנושא של "ויתור הדדי"²⁰⁵ לדעתו, כאשר השופט נדרש לאזן בין שני ערכים מתנגשים שווי מעמד, עליו לקבוע בעזרת נוסחת האיזון האופקית את מידת הויתור ההדדי אשר כל אחד מהערכים יוותר לרעהו. כלומר: שני הערכים יתקיימו במקביל, אך בהיקף צר, שיאפשר גם לערך האחר, המתנגש, להתקיים.²⁰⁶

²⁰⁴ ראו HOGG, לעיל ה"ש 199.

²⁰⁵ ברק, לעיל ה"ש 2, בעמ' 220.

²⁰⁶ רעיון דומה הביעה המלומדת רות גביוון בהקשר אחר. היא קבעה, שאפשר ליישב את הערכים "יהודית" ו"דמוקרטית" זה עם זה כערכי המדינה אם יינתן לכל אחת מהם פירוש צר אשר

השופטים/ות והדיינים הם היוצקים תוכן בנוסחת האיזון בין הזכויות המתנגשות בכל מקרה ומקרה לאור נסיבות העניין. להשקפותיהם השפעה רבה על התוצאה המשפטית, והשקפות שונות של שופטים/ות עשויות להוביל לתוצאות שונות עקב איזון בין זכויות אדם שונות.²⁰⁷ כדי למנוע פערים גדולים מדי בין שופטים ודיינים שונים, המפעילים נוסחת איזון המתאימה לנסיבות מסוימות, רצוי במידת האפשר, שנוסחת האיזון לא תהא כזו המעדיפה באופן גורף זכות אדם אחת על פני זכות אדם אחרת, כאשר הנסיבות אינן מחייבות בבירור העדפה שכזו.²⁰⁸ לכן במידת האפשר, כאשר נסיבות העניין מאפשרות זאת וכאשר מדובר על איזון אפקי, רצוי שהעיקרון הכללי יהיה זה: השופטים או הדיינים ינסו לפשר בדרך המתאימה לנסיבות העניין בין זכויות אדם מתנגשות, בין השאר באמצעות מתן פירוש מצומצם יותר לכל אחת מן הזכויות המתנגשות. ההליכה ב"שביל הזהב" וב"דרך האמצע" שהרמב"ם חרט על דגלו משמעותה בהקשר זה, חתירה ל"שביל הזהב" שבין בזכויות המתנגשות.²⁰⁹ בית

יאפשר היעדר סתירה ביניהם. ראו רות גביון "מדינה יהודית ודמוקרטית: זהות פוליטית, אידיאולוגיה ומשפט" **עיוני משפט** יט, 631, 644–656 (התשנ"ה).

²⁰⁷ ראו הדעות השונות של השופטים בפרשת *R. V. Keegstra*, לעיל ה"ש 198; ובפרשת *British Columbia*, לעיל ה"ש 198. כמו כן בית המשפט לערעורים של מחוז Alberta פסל תחילה את סעיף החוק הפלילי הרלוונטי, כיוון שקיבל את הטיעון שהסעיף עומד בסתירה לעקרון חופש הביטוי בצ'רטר. ראו *R. V. Keegstra* [1988] 43 C.C.C. (3d) 150. במקרה אחר שבו דנו בהפצת תעמולת שנאה קבע בית המשפט לערעורים של מחוז Ontario, שהצ'רטר אינו מגן על מפיץ תעמולה זו. לדעת שופטי הרוב, תעמולה זו מנוגדת לחלוטין לתפיסה הקנדית בנוגע לחירות. ראו *R. V. Andrews* [1988] 43 C.C.C. (3d) 193.

²⁰⁸ כך, למשל, בפסק דין קנדי *A. G. Quebec V. La Chaussure Brown's Inc* [1989] 54 D.L.R. (S.C.C) 577, בעלי חנויות טענו, כי אין תוקף קונסטיטוציוני לחוק של מחוז Quebec אשר חייב שכל השלטים המסחריים במחוז יהיו בכיתוב בצרפתית בלבד. המחוז טען, שהחוק נחוץ כדי לשמר זכויות לשוניות ותרבותיות של דוברי צרפתית, שהם מיעוט בצפון-אמריקה הדוברת אנגלית. לעומתו טענו בעלי החנויות, שהחוק פוגע בחירות הפרט שלהם. בית המשפט העליון בקנדה ניסה לפשר בין שתי הזכויות המתנגשות. הוא הורה, שהחוק במתכונתו הנוכחית ייפסל. עם זאת, הורה שהמחוקק במחוז יכול לחוקק חוק שלא ייפסל, אשר יקבע כי צרפתית תהיה השפה הדומיננטית, אך לא האקסלוסיבית, בכל הנוגע לשילוט.

²⁰⁹ ראו **שמונה פרקים לרמב"ם** שפז (יוסף קאפח מתרגם, התשכ"ה): "ואם היה האדם שוקל מעשיו תמיד ומתכוון למצוה הרי יהיה במעלה הרמה ביותר ממעלות האדם... וזו היא דרך העבודה השלימה ביותר". כמו כן כתב רמב"ם בתחילת הפרק הרביעי בשמונה פרקים: "המעשים הטובים הם המעשים השווים הממוצעים בין שתי הקצוות ששתיהן רע: אחת מהן תוספת והשנייה חסרון". עם זאת, לעתים נסיבות מיוחדות מצדיקות, לדעתו, סטייה מדרך האמצע. כך, למשל, הוא מבחין בין מידת הדין, הנוקטת את קו האמצע, למידת החסידות, הנוטה לפנים משורת הדין. הוא ממליץ על הנטייה לאחד מן הקצוות, לקצה של לפנים משורת הדין כסייג מפני סכנת ההידרדרות אל הקצה ההפוך. הוא הדין בענייננו, כאשר קיימות נסיבות מיוחדות המצדיקות נטייה ברורה וחד-משמעית בכיוון מסוים, כגון כיוונה של מסורב/ת הגט, יש להעדיף בבירור את

המשפט צריך ליישם בכל מקרה את נוסחת האיזון ההולמת לפי הנסיבות, העובדות, הטיעונים והערכים הרלוונטיים. מתן משקל יתר לטיעון של אחד הצדדים הנוגעים בדבר – כגון טיעונו של החפץ בהטלת צו הגבלה מאסר שמפתחות הכלא מצויים בידי הסרבן/נית – אינו מקדם הפעלה מאוזנת והוגנת של צווי הגבלה, הנובעת מייחוס חשיבות ראויה לזכויות האדם ולאינטרסים של כל הצדדים הנוגעים בדבר. אחד מן השיקולים שיש להתחשב בהם כאשר בוחנים אם נעשה שימוש נכון בסנקציה כנגד סרבן/נית גט הוא מידת הפגיעה בזכויות האדם ובאינטרסים של שני הצדדים הנוגעים בדבר.

הדעת נותנת, כי מן הראוי ליצור בחוק או בתקדים מנחה של בית המשפט העליון, רצוי בשיתוף פעולה עם דיני הרבני, נוסחה ברורה בדבר האיזון הראוי בין זכויות אדם והאינטרסים המנוגדים של סרבן/נית ומסורב/ת הגט. כפועל יוצא של נוסחת איזון זו ייקבע בין השאר מדרג כלשהו בנוגע לאופן השימוש בסוגים השונים של הסנקציות האפשריות בחוק בתי דין רבניים או שילוב כמה מהן יחדיו, ואיזון ראוי בין זכויות מתנגשות בהתאם לנסיבות הספציפיות של כל מקרה שבו נשקלת אפשרות של הפעלת הסנקציות הללו לצורך קיום פסקי דין של גירושין.

עד כה נמנעו בית הדין הרבני הגדול ובית המשפט העליון מלקבוע באופן חד-משמעי וברור מדיניות הנוגעת לאיזון הראוי בין האינטרסים של מסורב/ת הגט כאשר מופעלות סנקציות בחוק בתי דין רבניים. בשני פסקי דין דן בית המשפט העליון בקצרה במעמד המשפטי של סנקציה המופעלת לאור הוראת המחוקק בחוק בתי דין רבניים.²¹⁰ אין דיון ראוי, המתבקש בנסיבות אלה, לגבי היבטים חוקתיים הקשורים לקיום פסקי דין של גירושין בבתי הדין הרבניים בישראל, כגון המדרג הנזכר לעיל, תחולת עקרון המידתיות והאיזון הראוי. ייתכן שבית המשפט העליון חושש, שמא אין מקום להתערבותו בסוגיה הרגישה של הפעלת סנקציות לצורך קיום פסקי דין של גירושין, הקשורה בקשר בל-יינתק לסוגיית "גט מעושה" שלא כדין ולכן כלולה בתחום "דיני איסור והיתר לנישואין וגירושין", שבו ניתנה אוטונומיה לבתי הדין הרבניים בישראל בהלכת בבלי.²¹¹ עם זאת, נקודת המבט הרלוונטית בהקשר זה אינה זו של המשפט העברי. בנקודת מבט חיצונית של דיני החוקה, החלים בבית הדין הרבני

זכויות האדם של הסרבנית על פני אלה של סרבן הגט. עם זאת, הימנעות זו מאיזון מקובל והענקת משקל דומיננטי, או אף מכריע, לזכויות ולאינטרסים של מסורב/ת הגט היא יוצא מן הכלל וייעשה בה שימוש רק כשהנסיבות המיוחדות, המפורטות בהחלטה מנומקת, מצדיקות הליכה בדרך זו.

²¹⁰ ראו בג"ץ 631/96, 1803/96 אבן צור נ' בית הדין הרבני הגדול, תק-על (2)96 (696) (1996); בש"פ 2007/96 גולדשמיט נ' גולדשמיט, תק-על (1)96 (162) (1996).

²¹¹ פרשת בבלי, לעיל ה"ש 52.

לפי פסיקת בית המשפט העליון, עסקינן. מגבלות דיני החוקה בנוגע להפעלת סמכות בית הדין הרבני בתחום זה אינן כלולות בהכרח בתחום "דיני איסור והיתר לנישואין וגירושין". בית המשפט העליון סבר, שהוא אינו מנוע מלחוות דעה בנוגע למדיניות בית הדין הרבני בהלכות לב²¹² וסבג,²¹³ בעניין צו עיכוב יציאה מן הארץ אשר ניתן בהליך משפטי שעניינו סכסוך גירושין, בגין העובדה שהסוגיה הרלוונטית במקרה זה היתה הפגיעה בעקרונות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. הוא הדין בנוגע לקיום פסקי דין של גירושין. בית המשפט העליון יכול לקבוע מהי המדיניות שהיא פועל יוצא של תחולת עקרונותיו של חוק יסוד זה בבית הדין הרבני. בית הדין המפעיל צווי הגבלה יונחה לפעול באופן מתון ושקול, במידת האפשר באמצעות נוסחת איזון מקובלת ומוסכמת, שרצוי כי תעוצב בעצה אחת עם דיינים בבית הדין הרבני הגדול. ברכה רבה תצמח ממדיניות זו, המתחמת את קו הגבול בין שימוש לגיטימי בצווי הגבלה ובין שימוש בצוים הללו במקרים שבהם קיימת, לדעת שופטי בית המשפט העליון, פגיעה קשה בזכויות האדם, אשר בשל נסיבות העניין היא "במידה... העולה על הנדרש".

כשנקבעת נוסחת האיזון המתאימה לכל מקרה, אין להתעלם מן הפגיעה הקשה לעתים בזכויות אדם כשמופעלים צווי הגבלה שבחוק בתי דין רבניים. החוק מאפשר הפעלת כמה צווי הגבלה בעת ובעונה אחת, שחלקם פוגעים בצורה קשה בזכויות אדם. לפיכך בשל הוראות המחוקק, יש מקום לבחון בכל מקרה האם קיימת התאמה בין צווי ההגבלה שהופעלו ובין נסיבות העניין. אמנם, גורם הממתן במידה מסוימת את החשש מפני פגיעה בזכויות אדם בהקשר זה הוא העובדה הנזכרת לעיל, שמדובר במקרה זה על התנגשות בין זכויות אדם של שני צדדים. הקלה עם סרבניות/גט משמעותה היא החמרה עם מסורב/ת הגט. הפעלת סנקציות בנסיבות המתאימות ובין היתר הפעלת סנקציות חריפות כנגד סרבן/נית גט, ואף סנקצית מאסר, מוצדקת לעתים כאשר סבל רב נגרם למסורב/ת הגט. המאסר הוא אמצעי המופעל בדרך כלל לאחר תקופת סרבנות ארוכה ואחרי שכלו כל הקצין, ובית הדין האוסר סרבן גט מתחשב בין השאר בעובדה שמפתחות הכלא מסורים בידיו. בכל עת יוכל לתת גט ולהשתחרר מן המאסר. לעובדה זו חשיבות כשנקבע איזון בהקשר זה בשל הנסיבות הרלוונטיות. עם זאת, בכל עת הפעלת צווי הגבלה צריכה להיעשות בתבונה ובמתנות, באופן שקול ומבוקר, לאור עקרון המידתיות ובהתחשב באיזון הראוי לאור נסיבות העניין.

כשקובעים מהו האיזון בתחום זה, יש לייחס חשיבות רבה לזכויות האדם של מסורבי הגט. מצוקת מסורב/ת הגט קשה והיעדר פתרון למצוקה זו הוא בעיה חריפה

²¹² פרשת לב, לעיל ה"ש 53.

²¹³ פרשת סבג, לעיל ה"ש 60.

מנקודת המבט של זכויות אדם. הרצון לשחרר אישה או בעל מכבלי נישואין לא רצויים, ולעתים לסייע לאישה לממש את זכות ההורות שלה, מצדיק הפעלת צווי הגבלה במינון המתאים בנסיבות המתאימות. עם זאת, יכולה להיפסל הפעלה חמורה מדי של הסנקציות כנגד סרבן/נית גט שלא בהתאם למדרג הראוי. אם בתי הדין הרבניים ימעטו להוציא צווי הגבלה חריפים, יקפידו להפעיל צווים אלו רק בנסיבות המצדיקות זאת ותוך התחשבות במגבלות החלות בנוגע להוצאתן לאור של הנחיות המחוקק בסעיף 4 לחוק בתי דין רבניים ויוציאו צווי הגבלה רק כשנראה שאין פתרון המאפשר השגת הסכמת בני הזוג להתגרש ויקפידו על מדרג בהפעלת הסנקציות הנזכרות בחוק, הרי שפעולתם המאוזנת והשקולה תעמוד במבחני פסקת ההגבלה.

(6) תחולת מבחני פסקת ההגבלה לגבי סעיף בחוק שנחקק קודם למועד החקיקה של חוקי היסוד החדשים

נוסף על אמצעי כפייה ואילוץ המופעלים על פי דין בבית הדין הרבני בישראל מכוח הוראת המחוקק בחוק בתי דין רבניים, שנחקק בשנת תשנ"ה, לאחר חקיקת חוקי היסוד החדשים, אפשר להפעיל אמצעי כפייה ואילוץ גם מכוח הוראת המחוקק בסעיף 6 לחוק שיפוט בתי הדין הרבניים, שנחקק בשנת תשי"ג, לפני שנחקקו חוקי היסוד החדשים, וההסדר בו שריר וקיים גם לאחר חקיקת החוקים הללו מכוח הוראת המחוקק שיישמר הדין ה"ישן" אשר נהג לפני שנחקקו חוקי היסוד הללו. סעיף 10 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, קובע: "אין בחוק-יסוד זה כדי לפגוע בתקפו של דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק-היסוד". על כן דין "ישן", הקיים ערב תחילתו של חוק היסוד, ובכלל זה חוק שיפוט בתי הדין הרבניים, נשמר. סעיף 11 לחוק בתי דין רבניים, שקיצר את תקופת ההמתנה בעניין מאסר סרבן גט, כאשר בית הדין החליט שייאסר, משישה חודשים לשישים יום, הוא סעיף בחוק חדש, שנחקק לאחר מועד חקיקת חוקי היסוד הללו, המתקן את נוסח סעיף בחוק שנחקק לפני חוק היסוד הללו – סעיף 6 לחוק שיפוט בתי דין רבניים. העקרון המנחה בפסק הדין בפרשת **בנק המזרחי** הוא, כי תיקון חוק "ישן" יוצר דין "חדש", שבדומה לדין בחוק "חדש", שהורתו ולידתו אחרי חקיקת חוקי היסוד החדשים, צריך להיבחן לפי מבחני המחוקק בפסקת ההגבלה בחוקי היסוד החדשים.²¹⁴ על כן נראה, כי סעיף 6 לחוק שיפוט בתי הדין הרבניים דינו כדין חוק "חדש" וצריך לבחון את הפעלת המאסר, הנזכר בסעיף 6 לחוק זה, כסנקציה נגד סרבן גט, לפי מבחני פסקת ההגבלה. כל המבחנים הנזכרים לעיל, בפסקות ההגבלה בחוקי היסוד החדשים, ובראש ובראשונה מבחן המידתיות, לווונטיים לא רק בנוגע לצווי ההגבלה הנזכרים בחוק בתי דין רבניים – ובין השאר צו

²¹⁴ ראו פרשת **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 144, בעמ' 221. ראו גם ברק, לעיל ה"ש 2, בעמ' 563.

הגבלה מאסר, הנזכר בסעיף 3 לחוק זה – אלא גם בנוגע למאסר הנזכר בסעיף 6 לחוק שיפוט בתי הדין הרבניים.

סעיף 6 הוא חוק "חדש", כאמור, אולם האם הוא מיטיב – כלומר: מצמצם את הפגיעה בזכויות וחירויות הפרט בהשוואה למצב החוקי שקדם לחקיקת חוק זה? בפרשת **צמח** קבעה דעת הרוב, שגם חוק מיטיב כזה ייבחן לפי עקרונות חוקי היסוד החדשים. עם זאת, בית המשפט יתחשב בבדיקתו בעובדה שמדובר בחוק מיטיב.²¹⁵ במצב של סרבנות גט התשובה לשאלה האם החוק, או התיקון לחוק, בעניין סנקציות כנגד סרבן או סרבנית גט, הוא מיטיב, היא בעייתית, משום שהיא תלויה בנקודת המבט של המסורב/ת או לחלופין של המסרב/ת. מכיוון שמדובר בהקשר זה על איוון בין זכויות אדם מתנגשות, נראה כי אין נפקות בהקשר זה להבחנה זו בין חוק מיטיב לחוק שאינו מיטיב.

יתר על כן: אף לו נחשבה הוראת המחוקק בסעיף 6 לחוק שיפוט בתי הדין הרבניים כחוק "ישן", לאור ההכרעה השיפוטית בפסקי דין של בית המשפט העליון, מחויב בית המשפט לפרש חוק "ישן" ברוח חוקי היסוד החדשים ולנסות להתאים את ההסדרים שנקבעו בחוק "ישן" לזכויות האדם במדינה.²¹⁶ בית משפט ינסה לפרש את החוק ה"ישן", כך שיעלה בקנה אחד במידת האפשר עם זכויות האדם בחוקי היסוד החדשים. כך היה עושה בנוגע להוראת המחוקק בסעיף 6 לחוק שיפוט בתי הדין הרבניים אף

²¹⁵ פרשת **צמח**, לעיל ה"ש 189, בעמ' 258–261. דעת המיעוט באותו עניין גרסה שככלל אין למהר ולהתערב בחוקים "חדשים" כי יש להניח שהמחוקק עצמו כבר בדק את חוקתיותם, ושחוק מיטיב הוא למעשה תיקון של חוק "ישן" שבעבר לא היה תואם את חוק היסוד, בהדרגה, ופסילתו תביא להפסקת התיקון ההדרגתי ולהקפאת החוק הישן כמות שהוא. ראו שם, בעמ' 288–289.

²¹⁶ ראו פרשת **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 144, בעמ' 429; בש"פ **גנימאת**, לעיל ה"ש 62, בעמ' 415. עם זאת בפסק הדין האחרון, הביע השופט חשין דעה חולקת. הוא כתב בעמוד 389: "כל דברים שאומר חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, כל זכויות שהוא מקנה, וסייגים שהוא קובע, לא נועדו אלא לעתיד לבוא, ולחוקים שיחוקקו בעתיד... שמירת תוקפו של דין פירושה הוא לכאורה המשך קיומו כמות שהוא... יש ליתן להוראת שמירת הדינים תוקף של ממש, שאחרת יהפוך ביהמ"ש (=בית המשפט) מחוקק לכל הדין שלעבר". אולם, בדיון נוסף בעניין זה, דנ"פ **גנימאת**, לעיל ה"ש 62, 643, קבע השופט חשין כי יש להותיר את הדין ה"ישן" בתוקפו, ולפרשו "בהשראת" חוקי היסוד החדשים, שהם כ"גן ורדים המפיץ בושם". ראו גם: דנג"צ 2161/96 **שריף נ' אלוף פיקוד העורף**, פ"ד (4) 485, 490 (1996); בג"ץ 1479/96, 7357/95 **ברקי פטה המפרים (ישראל) בע"מ נ' מדינת ישראל**, פ"ד (2) 769, 789 (1996); דנג"צ 4466/94 **נוסייבה נ' שר האוצר**, פ"ד מט(4) 68, 86 (1995); ע"פ 3426/94 **רוט נ' מדינת ישראל**, פ"ד מט(4) 837–841 (1995); בש"א 4454/94 **סלמונייב נ' שרעבני**, פ"ד מט(3) 479, 482 (1994); פרשת **פרי"ח**, לעיל ה"ש 13, בעמ' 761; פרשת **צמח**, לעיל ה"ש 189, בעמ' 258–261; מנחם אלון "חוקי היסוד: דרכי חקיקתם ופרשנותם – מאין ולאן?" **מחקרי משפט** יב 253, 254–255 (התשנ"ו).

אילו סבר שחוק "ישן" מתוקן נחשב כחוק "ישן", לאור המדיניות שקבע השופט ברק: "יש לעשות כל מאמץ פרשני כדי שמוכנו של חוק יתיישב עם החוקה"²¹⁷. לאור מדיניות בית המשפט העליון הנזכרת לעיל, אף בית הדין הרבני המפעיל כנגד סרבן/נית גט מאסר הנזכר בסעיף 6 לחוק שיפוט בתי הדין הרבניים וכפוף כיום להוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו,²¹⁸ צריך להתחשב בין השאר במדיניות המחוקק בנוגע לזכויות אדם הנזכרות בחוק יסוד זה.

3. משפט רצוי

זכויות האדם של מסורב/ת הגט חשובות. זכותם להשתחרר מכבלי נישואין לא רצויים, ובנסיבות מסוימות גם זכות ההורות שלהם, הם בגדר זכויות אדם חשובות, שכל דיין המפעיל צווי הגבלה צריך לייחס להן חשיבות רבה. עם זאת, הפעלת אמצעי כפייה כנגד הסרבן/נית במטרה להניעם לתת/לקבל גט, ובמיוחד כאשר אלו אמצעי כפייה חריפים – כגון מאסר, בידוד או שלילת זכויות אסיר – פוגעת בזכויות האדם שלהם. בית דין רבני המטיל סנקציות כנגד סרבן/נית גט צריך לפעול בדרך מאוזנת, המושתתת על התאמה ראויה לפי נסיבות העניין, בין מידת הפגיעה בזכויות האדם של סרבן/נית הגט ובין מידת הפגיעה בזכויות האדם של מסורב/ת הגט. ככל שאמצעי הכפייה ו/או האילוף, המופעל כלפי סרבן/נית הגט כדי להניעם לתת/לקבל גט, חריף יותר, יש מקום לשקול ביתר כובד ראש האם השימוש בו מוצדק בשל האיזון הראוי בין הפגיעה בזכויות האדם של הסרבן/נית ובין הפגיעה בזכויות האדם של המסורב/ת. עקרונות המשפט העברי בנוגע ל"גט מעושה" ועקרונות חוקי היסוד הישראליים מחייבים מדיניות זהירה ומתונה של בתי הדין הרבניים בישראל, במיוחד כאשר מופעלות סנקציות חריפות לצורך קיום פסקי דין של גירושין. כדי לבצע כראוי איזון בין המטרה (כפיית גט) ובין זכויות אדם וערכי יסוד של המשפט העברי בתחום זה (כבוד אדם) יש לאמץ שיטה של מדרג. תחילה יש לפגוע בסרבן/נית גט פגיעה קלת ערך יחסית ורק לאחר שמתברר כי פגיעה זו אינה מניעה אותו/אותה לתת או לקבל גט, ישנה הצדקה לנקיטת אמצעים חריפים יותר. מאסר סרבן הגט או הכנסתו לבידוד הם אמצעי כפיה חריפים, הפוגעים במידה רבה בזכויות האדם שלו. האסיר אינו יכול להלך חופשי, לממש מאוויים רבים שלו, לתפקד ולהתפתח בדרך תקינה. כמו כן נקיטת אמצעים חריפים עלולה להגביר את החשש שמא הגט יהיה "מעושה" שלא כדין. השימוש בצווי הגבלה חריפים, כגון מאסרו או בידודו של אסיר, צריך להיות המוצא האחרון, אמצעי הכפייה האחרון, החריף ביותר, שנעשה בו שימוש רק לאחר

²¹⁷ ראו בש"פ גנימאת, לעיל ה"ש 62, בעמ' 412. ראו גם ברק, לעיל ה"ש 2, בעמ' 562.

²¹⁸ ראו פרשת לב, לעיל ה"ש 53, בעמ' 503.

שהשימוש באמצעים אחרים, הנחשבים פחות חריפים במדרג אמצעי הכפייה, לא פתר את מצוקת מסורב/ת הגט. אף שלילת זכויות אסיר היא סנקציה חריפה ויש להפעילה רק לאחר שנעשה תחילה שימוש באמצעים אחרים, פחות חריפים במדרג אמצעי הכפייה.

עם זאת, כיוון שמול הפגיעה בזכויות אדם של סרבן/נית גט עומדת פגיעה בזכויות אדם של מסורב/ת גט, ראוי שתהיה בחינה מדוקדקת בכל מקרה מהו האיזון הראוי שיאפשר במידה זו או אחרת את מימוש הרצונות והזכויות של כל הצדדים הנוגעים בדבר, לפחות באופן חלקי. מצוקת מסורב/ות הגט היא קשה, ובמיוחד קשה מצוקת הנשים מסורבות הגט. בעוד גבר מסורב גט יכול לפתור את בעייתו באמצעות היתר נישואין, אישה מסורבת גט אינה יכולה לפתור את בעייתה בדרך זו. לפיכך נראה, כי רצוי שבתי הדין הרבניים ישקלו בכובד ראש, בנסיבות המתאימות, הפעלה רבה יותר של צווי הגבלה פחות חריפים הפוגעים ברצון החופשי לגרש ובזכויות האדם במידה פחותה יותר מן הפגיעה הנגרמת עקב הפעלת אמצעי כפייה חריפים, כגון מאסר, לצורך קיום פסקי דין של גירושין. איזון זה הוא פועל יוצא של הצורך לאזן בין זכויות אדם מתנגשות בתחום זה ובין שיקולים וערכים יהודיים מתנגשים. מנקודת מבט יהודית, מחד גיסא, חשובה התרת האישה – הטוענת טענת "מאיס עלי" וככולה בכבלי סרבנות הגט, ומעמדה הווה למעמד עגונה הכבולה בכבלי נישואין לבעל שלא ידוע אם הוא חי או מת – מכבלי קשר נישואין לא רצוי. מאידך גיסא, חשובה גם הימנעות מפעולה שבגינה קיים חשש שמא יהיה הגט מעושה שלא כדין ומהפעלת אמצעי כפייה ואילוץ שתגרום לפגיעה בכבודו/ה של סרבן/נית הגט במידה העולה על הנדרש.

ד. פגיעה בזכות לפרטיות

1. הזכות לפרטיות – הגדרה ומאפיינים

עקרון כבוד האדם הוא התשתית לכל המסורת ההומניסטית ולכל תפיסת עולם החורת על דגלה את ערך זכויות אדם. לעיקרון זה שני מובנים עיקריים: האחד הוא התפישה הבסיסית כי כל אדם ראוי לכבוד, שממנה נגזרות זכויות אדם בסיסיות, כגון חופש הביטוי, חירות, שוויון וזכויות נוספות. במובן זה כבוד האדם אינו עוד אחת מזכויות האדם, אלא התשתית של הזכויות הללו. המובן השני של עקרון זה הוא כבוד האדם כזכות ספציפית. הפגיעה בזכות לפרטיות היא מקרה מובהק של פגיעה ספציפית בכבוד. פגיעה זו בכבוד מובהקת ומסוימת ומצדיקה גיוס המערכת

המשפטית כולה כדי להגן על כל אדם מפני פגיעה בפרטיותו.²¹⁹ ההגנה על הזכות לפרטיות משמשת מכשיר המקדם ערכים חשובים אחרים שהחברה מייחסת להם חשיבות.²²⁰ מכלול שיקולים מניעים את החברה להעניק הגנה של ממש לזכות לפרטיות. היא מאפשרת מימוש וקידום של ערכים, כגון הזכות לכבוד, האוטונומיה של הפרט, חירות האדם, יחסים בין-אישיים תקינים, ספונטניות, יכולת למידה, שלווה נפש, דמוקרטיה וכדו'. הזכות לפרטיות מתחמת את קו הגבול בין הפרט ובין הכלל, בין "האני" ובין החברה. היא משרטטת מתחם שבו מניחים את הפרט לנפשו ומאפשרים פיתוח "האני" שלו בלא מעורבות של הזולת.²²¹ עקב מכלול שיקולים אלה בית המשפט העליון בישראל²²² ייחס חשיבות רבה לזכות לפרטיות ופעל בתחום ההגנה על הפרטיות בין השאר מכוח השראה ממאמרם של המלומדים Warren ו-Brandies, שכתבו כי הזכות לפרטיות היא זכות שכל חברה אנושית המחשיבה תרבות מייחסת לה ערך רב.²²³ שניים מן הערכים הבסיסיים שהזכות לפרטיות מקדמת אותם, על פי Warren ו-Brandies, הם אוטונומיית הרצון הפרטי של כל אדם בחברה והגנה על רווחת הפרט ושלווה נפשו.²²⁴ הענקת הזכות לפרטיות משרתת צורך פסיכולוגי, ושלייתה פוגעת בשלוות נפשו של האדם. היא חיונית לצורך שימורה של תחושת הביטחון והשלווה

²¹⁹ ראו רות גביון "הזכות לפרטיות ולכבוד" **זכויות האדם בישראל – אוסף מאמרים לזכרו של חמן שלח** 61 (רות גביון עורכת, 1989). ראו גם דיון מפורט יותר של רות גביון על מהות הזכות לפרטיות בחיבורה Ruth Gavison, *Privacy and its Legal Protection* (1975). על ההצדקות השונות להכרה משפטית בזכות לפרטיות ראו מיכאל בירנהק "הבסיס העיוני של הזכות לפרטיות" **משפט וממשל** יא, 9, 57–68 (התשס"ח)

²²⁰ ראו Stanley A. Cohen, *Invasion of Privacy* 49–68 (1983); William Prosser, *Privacy*, 48 CAL. L. REV. 338, 392 (1960).

²²¹ השופט ברק בפרשת דיין, לעיל ה"ש 4, בעמ' 470–471. שם, בעמ' 470, הובהר כי הזכות לפרטיות היא אחת החירויות המעצבות את אופיו של המשטר בישראל כמשטר דמוקרטי והיא אחת מזכויות-העל המבססות את הכבוד והחירות שהאדם זכאי להן כאדם, כערך בפני עצמו. ראו גם דב לוין "צנעת הפרט וסקרנות הציבור" **ספר תמיד** 163 (יוסף תמיר ואורה הירש עורכים, 1999): "עקרון ראשון במעלה בכל שיטת משפט נאורה הוא שיש לכבד את האדם בפרטיותו. הרי בן אנוש הוא, הנושא עמו הגיגים ורגשות, תחושות ותוכניות, הזכאי לנהל את חייו כלבבו, במחיצת בני ביתו, ללא התערבות גורם זר. ראוי הוא כאזרח בן-חורין שתכובד צנעת פרטיותו, שלא יפגעו בה".

²²² ראו ע"פ 302/92 **מדינת ישראל נ' נחמיאס**, פ"ד מט(3) 309, 353 (1995).
²²³ ראו Samuel Warren & Louis D. Brandies, *The Right to Privacy*, 4 HARV. L. REV. 193 (1890).

²²⁴ ערכים אלו מקבלים את ביטויים בהגדרת הזכות לפרטיות כזכות להיעזב במנוחה – "The right to be let alone", ראו Warren & Brandies, שם.

של כל אדם בטריטוריה שלו והפחתת מתחים וחרדות. תחושה זו היא צורך נפשי חשוב של כל יצור אנוש.²²⁵ המלומדת גביזון אף תיארה את הגבלת הגישה של אחרים אל האדם כערך העומד בבסיסה של הזכות לפרטיות, ולשיטתה ההגנה עליה מתמקדת בכמה תחומים עיקריים, כגון חדירה פיסית לגופו של אדם או למקום שבו הוא מצוי, או חשיפה של מידע לגבי אדם והסרת הלוט של אנונימיות לגבי אדם.²²⁶ ככל שהחדירה לפרטיות חריפה ובוטה יותר, ראויה ההגנה על הפרטיות להגנה גבוהה יותר. מקרה מובהק של חדירה של ממש לפרטיות הוא חדירה פיסית, או שאינה פיסית, לפעילות האינטימית של אדם בחדרי חדרים.²²⁷

מאפיין נוסף של הזכות לפרטיות נוגע לשליטת האדם בעצמו, ובעיקר בזרימת המידע על אודותיו.²²⁸ מבחינה זו, כדי שהעברת מידע כזו לא תוגדר כפגיעה בפרטיות, יש צורך בקיומה של הסכמה מדעת של האדם באשר לאיסוף המידע על אודותיו, וכמובן גם לגבי השימוש במידע זה.²²⁹ בלא קבלת הסכמה שכזו ניטלת או מופקעת שליטת האדם בעצמו, וכך נפגעת פרטיותו. יתר על כן: גם לאחר קבלת הסכמה מדעת לאיסוף מידע או לשימוש בו, נדרש כי השימוש אשר ייעשה במידע שנמסר יהיה אך ורק לצורך אותה מטרה שלגביה נתקבלה ההסכמה.²³⁰ כך הזכות לפרטיות מאפשרת לאדם בין היתר להשתחרר מלחצים נפשיים ונועדה לאפשר לכל

²²⁵ ראו JORDAN J. EDNEY, *Human*; ALAN WESTIN, *PRIVACY AND FREEDOM* 32 (1967) ו-Territoriality, ENVIRONMENTAL PSYCHOLOGY 189, 195 (1976).

²²⁶ ראו Ruth Gavison, *Privacy and the Limits of Law*, 89 YALE L. J. 421, 428–433 (1980); וכן גביזון, לעיל ה"ש 219.

²²⁷ עיקרון זה נקבע בבירור בפסיקה בישראל בפרשת פלונית: "הפגיעה בפרטיותה של העותרת במקרה שלפנינו היא חריפה וקיצונית. המשיב פגע בגרעין הקשה של הזכות לפרטיות... פגיעה זו היא מעבר לכל מידה ראויה. כפי שנראה בהמשך, עמדו לרשות המשיב אמצעי הוכחה שונים, שאינם פוגעים כלל בפרטיותה של העותרת או שפגיעתם בפרטיות היא מידתית. לא כך נהג המשיב. הוא פגע... בצורה 'בוטה', חריפה ומבישה בזכות לפרטיות'. ההנחה העולה מהתנהגותו הינה כי הוא פעל שלא בתום לב". – פרשת פלונית, לעיל ה"ש 65, פס' 25.

²²⁸ ראו הגדרתו של המלומד Westin לזכות לפרטיות כתביעה של אנשים, קבוצות או ארגונים, שהם יקבעו עבור עצמם כיצד ובאיזו מידה מידע בנוגע אליהם יימסר לאחרים (WESTIN), לעיל ה"ש 225, בעמ' 7); Alan F. Westin, *Social and Political Dimensions of Privacy*, 59 J. OF SOCIAL ISSUE 431 (2003); בירנהק "הבסיס העיוני", לעיל ה"ש 219, בעמ' 41–44.

²²⁹ ראו ס' 1 לחוק הגנת הפרטיות: "לא יפגע אדם בפרטיות של זולתו ללא הסכמתו" (ההדגשה שלי – י"ק); וכן ס' 3 לחוק זה: "הסכמה" – הסכמה מדעת, במפורש או מכללא"; בירנהק, לעיל ה"ש 219, בעמ' 49–54.

²³⁰ ראו ס' 9(2) לחוק הגנת הפרטיות: "שימוש בידיעה על ענייניו הפרטיים של אדם או מסירתה לאחר, שלא למטרה שלשמה נמסרה". כך גם בס' 8(ב) לחוק זה, האוסר על בעלי מאגר מידע להשתמש במידע שלא למטרה שלשמה הוקם המאגר. ראו בירנהק, לעיל ה"ש 219, בעמ' 54–57.

אדם להחליט בעצמו, בלא מעורבותו של הזולת, מתי, כיצד ובאיזה היקף יועבר מידע לגביו לאחרים.²³¹

2. הזכות לפרטיות בישראל

(א) חקיקה

שכלול אמצעי הבילוש והמעקב בעשורים האחרונים, מאפשר לכל החפץ בכך לחדור בנקל לרשות היחיד של כל אדם, להאזין לשיחותיו, לחדור למחשב שלו, ולעקוב אחר כל תנועותיו בעזרת אמצעי מעקב מתוחכמים. הוא יכול לעשות שימוש לרעה במידע על אחר שהגיע אליו בדרך זו ותומלל, צולם או תועד. לאור מציאות חדשה זו גבר החשש מפני רמיסת פרטיותו של אדם אחר. בשל חשש זה נקבעו באמנות בינלאומיות כללים שמטרתם הגנה על הפרטיות. האמנה האירופית בדבר זכויות האדם, משנת 1950, קבעה שלכל אדם זכות שתכובד פרטיותו ויכובדו חיי המשפחה שלו, פרטיותו בביתו ובהתכתבויותיו.²³² האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות קבעה שלא יהיה אדם נתון להתערבות שרירותית או בלתי-חוקית בצנעת הפרט שלו, במשפחתו, בביתו או בתכתובתו, או לפגיעות בלתי חוקיות בכבודו או בשמו הטוב. כמו כן קבעה שלכל אדם מוקנית הזכות להגנת החוק נגד התערבויות או פגיעות כאלה.²³³

אף החקיקה בישראל קבעה כללים והסדרים שמטרתם הגנה על הפרטיות. חוקים מסוימים נועדו להסדיר היבטים שונים של סוגיה זו. בחוקים אלה ביקש המחוקק לאזן באופן ראוי בין שני שיקולים מנוגדים: מחד גיסא, האיום ההולך וגובר על הזכות לפרטיות במציאות החדשה בזמננו.²³⁴ מאידך גיסא, מניעת ניצול לרעה של רשות

²³¹ WESTIN, לעיל ה"ש 225; Westin, לעיל ה"ש 228.

²³² ראו ס' 8 לאמנה האירופית לזכויות אדם – The European Convention on Human Rights, Nov. 4, 1950, 213 U.N.T.S 221.

²³³ ראו ס' 17 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, כ"א 31, 269 (נפתחה לחתימה ב-1966).

²³⁴ ראו דברי ההסבר להצעת חוק הגנת הפרטיות התש"ם-1980, ה"ח 1453, 206: "התרחבות אמצעי התקשורת ההמוניים, ההתפתחות וגידול התפוצה של מכשירים טכנולוגיים המאפשרים האזנה, התחקות ובילוש ממרחק, התרחבות האיסוף והריכוז של מידע בידי גורמים ציבוריים ופרטיים... כל אלה מביאים להתעצמות הפגיעה בפרטיות. הפרט מוצא עצמו חשוף לעין כל בנושאים שהצנעה יפה להם והוא חש שענייניו האישיים האינטימיים ייפכו – ללא הצדקה – לנחלת הציבור. מצב חדש זה יצר את הצורך לשריין את ההגנה על זכותו של האדם לפרטיות, ולמלא חלל משפטי בנושא שחשיבותו גדלה והולכת". על הסכנה המוגברת של פגיעה בפרטיות ב"עידן המחשב" בגין שימוש שלא כדין במאגרי מידע כתבה השופטת ביניש בע"מ 6843/01

היחיד של אדם, העלולה לשמש עבורו מקום מסתור, שבו הוא מסכל את השלטת שלטון החוק והמשפט במדינה.²³⁵

ההסדר הראשון בחוק הממוקד בענייננו הוא חוק האזנת סתר, התשל"ט–1979. האזנת סתר מוגדרת כהאזנה לשיחת הזולת, בלא הסכמה של אף אחד מבעלי השיחה, הנעשית באמצעות מכשיר,²³⁶ והאיסור לבצעה נועד להגן על פרטיותו של אדם מפני התערבות בצנעתו.²³⁷ עוד נקבעו בחוק זה איסורים על שימוש בידועין ובלא סמכות כדין בידיעה או בתוכנה של שיחה שהושגו על ידי האזנות סתר, בין שנעשתה כדין בין שנעשתה שלא כדין; גילוי ידיעה או תוכן שיחה, כאמור, בידועין לאדם שאינו מוסמך לקבלה; הצבת מכשיר או התקנתו למטרת האזנת סתר שלא כדין.²³⁸ איסורים אלו הם עבירות פליליות. עם זאת, כאמור, המחוקק הכיר בכך שישנם צרכים המצדיקים פגיעה בפרטיותו של אדם על ידי האזנת סתר – הגנה על בטחון המדינה ומניעת עבירות וגילוי עבריינים – והתיר, במקרים המפורטים בחוק, לבצע האזנת סתר בכפיפות לקבלת היתר כדין.²³⁹ כלל הפסילה הקבוע בחוק מורה, שדברים אשר נקלטו בדרך של

בן דוד נ' נציב שירות המדינה, פ"ד נו(2) 918, 923 (2002): "ההישגים הטכנולוגיים של העידן המודרני הביאו עמם כתוצאה לוואי אפשרויות נרחבות לפגיעה בפרטיות. מאגרי המידע המצויים בידי הרשויות... נותנים בידי עובדי הציבור הנגשים אליהם, יכולת ועוצמה לאסוף מידע רב על כל אדם מהציבור בישראל בכל היבט מתחומי חייו. חזונו האפוקליפטי של ג'ורג' אורוול בדבר "האח הגדול" עלול על נקלה להפוך למציאות חיים אם לא יושמו הגבולות לנגישות למאגרים ולשימוש בהם מעבר למטרה המוגבלת שלשמה ניתנה הסמכות למופקדים על מאגרי המידע". על הסכנה המוגברת של פגיעה בפרטיות באמצעות חשיפת מידע שנאגר במחשב ראו גם ע"פ (מחוזי י-ם) 9121/05 **כהן נ' מדינת ישראל**, תק-מח 2005(2) 6410 (2005).
 ראו ס' 19 לחוק הגנת הפרטיות; ס' 4–7 לחוק האזנת סתר; אלכס שטיין "האזנת-סתר ומעקבים אלקטרוניים נסתרים כאמצעים לקידומה של חקירה פלילית ובטחונות" **משפטים** יד 527, 528 (תשמ"ה). כמו כן ראו דברי ההסבר להצעת חוק דיני העונשין (האזנת סתר), התשל"ח–1978, ה"ח 1361, 301 (להלן: הצעת חוק דיני העונשין (האזנת סתר)): "מטרתו של חוק זה הינה מתן בסיס משפטי איתן להגנת הפרט מפני התערבות בצנעתו על ידי הוראה המענישה האזנה אסורה, ומן הצד השני להסדיר את ההליכים לאזנה כשזו מחויבת מטעמים של מניעת עבירות וגילוי עבריינים".

ראה הגדרות של "האזנה" ו"האזנת סתר" בס' 1 לחוק האזנת סתר. לעתים אף אסורה האזנה בהסכמת אחד מבעלי השיחה: "אם נעשו למטרת ביצוע עבירה או מעשה נזק, או למטרת גילוי דברים שבינו לבינה והם מצנעת האישות ושלא לצורך הליך משפטי בין בני זוג". ראו ס' 3 לחוק האזנת סתר.

ראו דברי ההסבר להצעת חוק דיני העונשין (האזנת סתר), לעיל ה"ש 235.

ס' 2 לחוק האזנת סתר.

ראו ס' 4–7 לחוק האזנת סתר. יש לציין, שהחוק אף כולל כמה חריגים שבהם מותרת ההאזנה מלכתחילה בלא צורך בקבלת ביתר, אך חריגים אלו מבטאים את הצרכים המוצדקים – הגנה על בטחון המדינה ומניעת עבריינות; וכן כמה מקרים ספציפיים, שאופיים מחייב התרתה של האזנת

האזנת סתר לא יהיו קבילים כראיה בבית משפט, פרט לחריגים המנויים בחוק.²⁴⁰ עם זאת, ההגנה שמספק חוק זה לפרטיות היא צרה. החוק חל רק על מעקבים נסתרים אחרי תקשורת בינאישית, שבמסגרתה מועבר מסר מאדם לחבירו, ואינו חל על מעקבים אלקטרוניים נסתרים אחרי תנועות אנשים או חפציהם או על אופנים אחרים של פגיעה בפרטיות.²⁴¹

ההגנה על הפרטיות רחבה יותר בהסדר מקיף בנוגע להגנה על הפרטיות בישראל שנקבע בחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א–1981, שמטרתו מניעת פגיעה בפרטיותו של הזולת בלא הסכמתו.²⁴² הפגיעה בפרטיות, הנזכרת בחוק זה, היא בין השאר "בילוש או התחקות אחרי אדם, העלולים להטרידו, או הטרדה אחרת; האזנה האסורה על פי חוק; צילום אדם כשהוא ברשות היחיד; פרסום תצלומו של אדם ברבים בנסיבות שבהן עלול הפרסום להשפילו או לבזותו; העתקת תוכן של מכתב או כתב אחר שלא נועד לפרסום, או שימוש בתכנו, בלי רשות מאת הנמען או הכותב, והכל אם אין הכתב בעל ערך היסטורי".²⁴³ עם זאת, במשפט הפלילי והאזרחי קיימים הגנות לעובר על איסור זה אם נתקיימה אחת מכמה אפשרויות, כגון האפשרות שהנתבע או הנאשם עשה את הפגיעה בפרטיות בתום לב ונוסף על כך הפגיעה נעשתה בנסיבות שבהן היתה מוטלת על הפוגע חובה חוקית, מוסרית, חברתית או מקצועית לעשותה; הפגיעה נעשתה לשם הגנה על עניין אישי כשר של הפוגע; הפגיעה נעשתה תוך ביצוע עיסוקו של הפוגע כדין ובמהלך עבודתו הרגיל, ובלבד שלא נעשתה באמצעות פרסום ברבים.²⁴⁴ נטל ההוכחה שבנסיבות המקרה אשר בו היתה פגיעה בפרטיות היתה גם אחת מן ההגנות הללו מוטל על הנאשם או הנתבע. ראיות שהושגו תוך פגיעה אסורה בפרטיות אינן יכולות לשמש ראיה בבית משפט בלא הסכמת הנפגע, זולת אם בית המשפט התיר מטעמים שיירשמו להשתמש בחומר, או אם היו לפוגע, שהיה צד להליך, הגנה או פטור לפי חוק זה.²⁴⁵

הסתר (לדוגמה: האזנה של עובד משרד התקשורת לצורך מתן שירות או לצורך בדיקת תקינות הקו). ראו ס' 8 לחוק האזנת סתר.

²⁴⁰ ראו ס' 13 לחוק האזנת סתר.

²⁴¹ ראו שטיין, לעיל ה"ש 235.

²⁴² ס' 1 לחוק הגנת הפרטיות.

²⁴³ שם, ס' 2.

²⁴⁴ שם, ס' 18.

²⁴⁵ ראו ס' 32 לחוק הגנת הפרטיות. לעניין היחס בין כלל הפסילה שנקבע בס' 13 לחוק האזנת סתר לכלל הפסילה שנקבע בס' 32 לחוק הגנת הפרטיות ראו יוחנן גבאי "ראיות שהושגו בהאזנת סתר בין בני זוג" הפרקליט לט, 552, 553–555 (התש"ן); אורי רוזן "על האזנת סתר ועל פגיעה בפרטיות בהאזנת סתר" משפטים יז, 146, 155–156 (התשמ"ז).

במועד מאוחר יותר העניק המחוקק בישראל מעמד במישור החוקתי להגנה על הזכות לפרטיות ועל האינטרסים המוגנים במסגרת הזכות לפרטיות. חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, מגן מפני חדירה לפרטיות הפוגעת בכבוד. הוא קובע: "כל אדם זכאי לפרטיות ולצנעת חייו"; "אין נכנסים לרשות היחיד של אדם ללא הסכמתו"; "אין עורכים חיפוש ברשות היחיד של אדם, על גופו, בגופו או בכליו"; "אין פוגעים בסוד שיחו של אדם, בכתביו או ברשומותיו".²⁴⁶ משמעות ההגנה החוקתית על הזכות לפרטיות בחוק יסוד זה היא, שהמחוקק הישראלי חפץ להדגיש כי יש לייחס חשיבות מיוחדת להגנה על הפרטיות: "ואולי רצה גם שתישמע מתוך הדגשה זו דאגתו בגלל נפיצות הפרתה, וגינוי הפגיעות בה".²⁴⁷

(ב) הזכות לפרטיות בפסיקת בתי המשפט האזרחיים

בענייני גירושין של יהודים בישראל, אזרחי המדינה או תושביה, מסורה סמכות השיפוט הייחודית בידי בתי הדין הרבניים.²⁴⁸ עם זאת, בעניינים אחרים של המעמד האישי, כגון מזונות, סמכות השיפוט מקבילה. סעיף 2 לחוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות), התשי"ט–1959,²⁴⁹ קובע, שבית המשפט האזרחי יחיל בסוגיה זו את הוראות הדין האישי וכאשר על בני זוג יהודים אלו חלים עקרונות המשפט העברי. לאור עקרונות אלה, בנסיבות מסוימות, אף שהדיון מתקיים בבית משפט אזרחי, כשהוכח כי קיימת עילת גירושין שבגינה קיים פטור ממתן מזונות לאשה יהודיה, כגון כשהוכח ניאוף, כנדרש, פטור בעל יהודי מחיובו הנובע מן הנישואין לזון את אשתו. על כן גם בבית המשפט האזרחי מתעוררת לעתים סוגיית התוקף והמעמד של ראיות בנוגע לפעולות אינטימיות, המתרחשות במקום פרטי, שהושגו בדרך הפוגעת בצנעת הפרט. המניע לאיסוף הראיות בנסיבות אלה אינו זך וטהור בכל עת, מאחר שלעתים נעשה "תוך ניצול ציני של הלכות, המבקשות להגן על ערכים דתיים, זוכה הבעל ביתרון בלתי הוגן, שלא בטובתה של ההלכה, למטרות חילוניות ובהקשרים חילוניים".²⁵⁰ בית המשפט האזרחי הפועל בסכסוך הגירושין בתחומים בהם קיימת סמכות שיפוט מקבילה פועל לפי הוראות חוק הגנת הפרטיות ואינו מקבל ראיות שהושגו באמצעות פגיעה בפרטיות שלא כדין. דבקתו בכלל הפסילה, הפוסל ראיות שהושגו בדרך

²⁴⁶ ס' 7 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. ראו בש"פ 4481/00 יחזקאלי נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(5) 245 (2000).

²⁴⁷ חיים ה' כהן "ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית, עיונים בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" הפרקליט – ספר היובל 9, 44 (התשנ"ד).

²⁴⁸ ס' 1 לחוק שיפוט בתי דין רבניים.

²⁴⁹ חוק לתיקון דיני משפחה (מזונות), התשי"ט–1959, ס"ח 72.

²⁵⁰ רוזן-צבי, לעיל ה"ש 25, בעמ' 140.

שאינה ראויה בלא היתר, היא תרומה למאמץ של החברה למנוע פגיעה בצנעת הפרט. עם זאת, ההגנה על הזכות לפרטיות אינה חזות הכול. לעתים קרובות הדיון בנוגע למעמד זכות זו נעשה במצב שבו קיימות זכויות אדם מתנגשות. בנסיבות אלה קבע בית המשפט העליון שיש לאזן בין הזכויות הללו. השופט שלמה לוין קבע בפרשת **גילת**: "אין ספק בדבר שבכואנו לפרש הוראות דין נביא בחשבון שהזכות לפרטיות היא זכות חשובה, אך לא נהיה פטורים מלבחון את מכלול הגורמים והערכים הנוגעים לעניין, שרק שקלולם, במסגרת הוראות הדין, עשוי להביא אותנו לתוצאה המתחייבת לפי הדין".²⁵¹ השופט גולדברג קבע בפרשת **סקולר**: "אין, על כן, לומר כי לזכות לפרטיות מעמד של ככורה בכל מקרה, ויישומו של חוק הגנת הפרטיות כרוך באיזון בין שני האינטרסים המנוגדים".²⁵² לעתים הזכות לפרטיות נסוגה מפני זכויות ואינטרסים כבדי משקל, שמעמדם חשוב יותר באיזון בין זכויות ואינטרסים מתנגשים.²⁵³ בדיון בנוגע למעמד הזכות לפרטיות, כשנאספות ראיות לצורך הוכחת טיעון משפטי של צד לסכסוך גירושין, יש לאזן בין זכויות אדם מתנגשות. כנגד הפגיעה בפרטיות עומדת זכותו של צד לסכסוך זה להוכיח את טענותיו המשפטיות. מהו האיזון הראוי בין זכויות אדם מתנגשות במקרה זה? בעבר היו מגמות שונות וסותרות בפסיקה האזרחית בנוגע לאיזון זה. לעתים קיבלו שופטים או שופטות בערכאה האזרחית ראיות שהושגו בדרך הפוגעת בפרטיות והסבירו, כי האיזון שלהם בין

²⁵¹ בג"ץ 3815/90 **גילת נ' מילוא – שר המשטרה**, פ"ד מה (3) 414, 423–424 (1991) (להלן: פרשת **גילת**).

²⁵² רע"א 1917/92 **סקולר נ' גירבי**, פ"ד מז(5) 764, 774 (1993) (להלן: פרשת **סקולר**).

²⁵³ ראו בע"מ 3542/04 **פלוני נ' פלונית**, תק-על (2)05 3382 (2005). במקרה זה דנה השופט פרוקצ'יה, בפס' 2 לפסק דינה, ב"שאלת האיזון בין ערך ההגנה על הפרטיות לבין אינטרס הפרט והכלל לקיים משפט-אמת תוך חשיפת מלוא הנתונים הרלבנטיים ההכרחיים למתן הכרעה שיפוטית מושכלת, הנשענת על תשתית עובדתית מלאה". בפס' 10 לפסק דינה הסתמכה על פרשת **סקולר**, לעיל ה"ש 252; ברק, לעיל ה"ש 2, בעמ' 361; ע"א 1211/96 **כהן נ' נשינול קונסולטנטס (נטקונסולט) בע"מ**, פ"ד נב(1) 481 (1998); פרשת **גילת**, לעיל ה"ש 251, בעמ' 423. לפי מקורות אלה קבעה, כי ההגנה על הפרטיות, חרף היותה זכות חוקתית מוכרת, אינה ערך מוחלט. לדידה, אחד המצבים שבו נדרש איזון בין ההגנה על הפרטיות ולבין ערך אחר, הוא מקום שעשיית משפט צדק מחייבת נתונים ועובדות החוסים תחת הגנת הפרטיות, שבלעדיהם אי-אפשר להגיע לחקר האמת. היא הסתמכה בהקשר זה על פרשת **סקולר**, לעיל ה"ש 252, בעמ' 272–273; ב"ש 298/86 **ציטרין נ' בית הדין המשמעתי של לשכת עורכי הדין**, פ"ד מא(2) 337, 358 (1987). לדעתה, בהתמודדות בין האינטרס החברתי בעשיית צדק בהליך השיפוטי ובין חשיבות ההגנה על הפרטיות עשוי להינתן, בנסיבות מסוימות, משקל גובר לערך הראשון. בנוגע לאיזון מעין זה בין הזכות לפרטיות וערכים ואינטרסים מתנגשים ראו ורדה וירט-ליבנה "הזכות לפרטיות אל מול האחוריות הניהולית במיון מועמדים לעבודה – ההיבט המשפטי" **ספר שמגר – מאמרים ג**, 775, 781 (יובל שני עורך, התשס"ג).

הזכויות המתנגשות בהקשר זה מושתת על ההנחה ששיפור מעמדו המשפטי של צד להליך גירושין הוא "עניין אישי לגיטימי המצדיק פגיעה בפרטיות"²⁵⁴. מגמה זו בנוגע לאיזון בין הגנת הפרטיות לזכויות אחרות לא היתה נחלתם של רוב השופטים והשופטות בערכאה האזרחית. המגמה הרווחת בדרך כלל בבתי המשפט היתה שלא לקבל ראיות אשר הושגו באמצעות חדירה לפרטיות, במיוחד כשהפגיעה היתה רבת היקף. שופטי בית המשפט קבעו בפסקי דין שונים, כי האינטרס הלגיטימי של צד לסכסוך גירושין, החפץ לאסוף מידע שיועיל לו בדיון המשפטי, אינו מצדיק פגיעה קשה ורבת היקף בפרטיות.²⁵⁵ בסופו של דבר מגמה זו היתה העיקרון המנחה בכמה פסקי דין של בית המשפט העליון. שופטי בית משפט זה שללו את זכות הפוגע בפרטיותו של האחר להסתמך על הגנות הנזכרת בחוק הגנת הפרטיות כאשר לידם, פגיעה זו היתה במידה העולה על הנדרש.²⁵⁶

²⁵⁴ ת"א (מחוזי ת"א) 285/90 פלונית נ' אלמוני, תק-מח (1)92, 617, 619 (1992) (להלן: פרשת ת"א פלונית). במקרה זה נידונה חדירתו של חוקר פרטי לחדר במלון וצילום הנוכחים בו, שמטרתם היתה המצאת ראיות דרושות בדיון בבית דין רבני. השופטת ייחסה יותר חשיבות לצורך להשיג ראיות בנוגע לניאוף ופחות חשיבות לגינוי הפגיעה הקשה בפרטיות. לכן נקטה מדיניות מקלה יחסית לגבי קבלת ראיות שהושגו באמצעות פגיעה בפרטיות. בנוגע למגמה הכללית שרווחה בעבר לגבי פסלות ראיות אשר הושגו באמצעות פגיעה בפרטיות ראו Nina Zaltzman, *The Israeli Approach to Evidence Obtained in Violation of the Right to Privacy*, 18 ISR. L. REV. 215 (1983).

²⁵⁵ השופט חשין בע"ש (מחוזי י-ם) 42/93 ליברמן נ' ועדת הרישוי לפי חוק חוקרים פרטיים ושרותי שמירה, התשל"ב-1972, פ"מ התשנ"ה(1) 285, 298 (1994): "כמעט שאין יכול להתקיים אינטרס לגיטימי של מאן שהוא להפרי את חוק הגנת הפרטיות על ידי צילום זוג המתנה אהבים מרצון ברשות היחיד". כן ראו את דברי השופט אבן ארי, בת"פ 1431/92 (שלום ת"א) מדינת ישראל נ' מור וליברמן (לא פורסם, 30.4.1997) (להלן: פרשת מור וליברמן): "נראה לי כי לאור סעיף[ע]ף 7 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, גוברת הזכות לפרטיות על פני 'הזכות' העומדת לכן זוג המבקש להוכיח בפני ביי"ד רבני את חוסר נאמנותו של בן זוג... לא נראה לי כי ניתן למצוא הצדקה לחדירתו של המערער לדירתו של המתלונן בחצי הלילה במטרה לבצע צילומים של אקט מיני. אין בכל ההגנות המעוגנות בס' 18(2)(ב)(ג)(ד) כדי להוות הגנה למערער... שום איזון לא יצליח להצדיק פגיעה כזו בצנעת הפרט". בנוגע לחשיבות שייחסה הפסיקה בישראל להגנה על צנעת הפרט ראו ר"ע 628/96 מדינת ישראל נ' פריש, פ"ד (נו) (3) 485, 509-510 (1996).

²⁵⁶ ראו פרשת גלעם, לעיל ה"ש 64, בפס' 11-12 לפסק דינו של השופט חנוך אריאל: " ... אין לטעון ... כי יש להעדיף את הצורך בהשגת ראיות על דרישת תום הלב... חדירה לביתו של אדם, מקום בו הוא מצפה לממש את האני האוטונומי שלו, בד' אמותיו, בהן הוא רשאי לעשות כרצונו ללא הפרעה ובמקום המבטא במידה רבה את עצמיותו; עד שהוא הופך, כמעט, לבלתי נפרד ממנו... לא מדובר בחדירה לבית סתם, אלא פגיעה בפרטיות בעניינים שבינו לבינה". ראו גם הסתמכות על הפסיקה בפרשת גלעם וקביעה, שהגנת תום הלב אינה חלה כאשר החוקר התקין ציוד שבעזרתו פגע באופן בוטה בפרטיות המתלוננת, אשר צולמה ללא הסכמתה בחדר

בין השיטין של פסקי הדין של בתי המשפט האזרחיים, שבהם צמצמו במידה רבה את אפשרות הפגיעה בפרטיות לצורך השגת ראיות בנוגע לעילת גירושין בבית הדין הרבני, ניכר החשש שמא ייעשה שימוש ציני בעקרונות המשפט העברי על ידי בעלי דין החפצים לשלול זכויות ממון מצד להליך הגירושין – ובדרך כלל מן האישה – שהיא הזכאית למזונות, והתוצאות המשפטיות של הבגידה שלה חמורות מאלה של הבעל.²⁵⁷ בשל הפגיעה בפרטיות עלול הצד שפלוש לצנעת הפרט שלו לצאת מן הנישואין כשידו על התחתונה, ולעתים בלא ביטחון כלכלי בעתיד.²⁵⁸ נוסף על כך קיים חשש, כי מתן הכשר לראיות שהשגתן כרוכה בפגיעה של ממש בצנעת הפרט יעודד בעלי הדין לעשות שימוש ציני ואכזרי באמצעי בילוש פולשניים המתעדים פעולות אינטימיות אשר נעשו בחדרי חדרים.²⁵⁹ פסילת ראיות שהושגו שלא כדין היא האמצעי היעיל ביותר היכול למנוע פעילות של חוקרים פרטיים ואחרים, אשר עלולים לפגוע בצורה קשה ובמידה העולה על הנדרש בצנעת הפרט ובכבודו שלא כדין.

היו כמה שלבים עיקריים בהתפתחות הפסיקה של בית המשפט העליון בסוגיה זו. תחילה נקבעו מכללא כללים מנחים בנוגע לתחולת עקרון ההגנה על הפרטיות בבית הדין הרבני בפסק דין בית המשפט האזרחי בפרשת **אברמוב**,²⁶⁰ שבו פתח בית המשפט העליון פתח להתערבותו בהחלטות של בית הדין הרבני בעניין הגנת הפרטיות,

השינה, בת"פ (שלום כ"ס) 3108/98 **מדינת ישראל נ' אברהם**, תק-של (2)02 (1023 (2002) (להלן: פרשת **אברהם** [שלום]).

²⁵⁷ ראו לעיל ה"ש 132 ולהלן סמוך להערות לה"ש 331–332. ראו גם פרשת ת"א פלונית, לעיל ה"ש 254, בעמ' 619: "רואים אנו אפוא, כמה זהיר המשפט העברי בבואו לדון בשאלת מעמדה האישי וזכויותיה של האשה. על ידי קביעת אמות מדה קפדניות בדרכי ההוכחה, שלעיתים רחוקות ניתן למלא אחריהן, הכבידה את עול ההוכחה של מי שרצה לגרש את אשתו בלא כתובה".

²⁵⁸ לעתים בפסקי הדין של בתי המשפט האזרחיים ציינו, שאף במשפט העברי קיים חשש שמא ייעשה שימוש ציני בעקרונות המשפטיים כדי לשלול זכויות ממון מבעל דין. ראו הציטוט מפרשת ת"א פלונית, שם. ראו גם הדיון בבית המשפט העליון בע"א 1294/92 **חג'ג' נ' חג'ג'**, תק-על (1)93 (1)93 (1993). בנוגע לשימוש בראיות שהושגו באמצעות תיעוד מעשים שנעשו בחדרי חדרים בעיקר כדי לפגוע בזכויותיה המשפטיות של האישה, במיוחד בענייני ממון, ראו רות זפרן "סקס שקרים ווידאוטייפ" על הגנת הפרטיות בהליכים המתנהלים בבתי הדין הרבניים "משפט וממשל" ז 813, 820–821 (תשס"ה). לעתים קרובות שאלת קבילות ראיות שהושגו באמצעות פגיעה בצנעת הפרט אינה מוכרעת בבית המשפט מפני שהצד הנסחט, אשר אינו חפץ שמידע אינטימי לגביו יתפרסם ברבים, מסכים לתנאי ההסכם שהוצע לו. המידע האינטימי משמש במקרים אלה אמצעי סחיטה לצורך השגת יתרון משפטי מחוץ לכותלי בית המשפט. ראו גבאי, לעיל ה"ש 245, בעמ' 552–553.

²⁵⁹ ראו זפרן, לעיל ה"ש 258, בעמ' 843.

²⁶⁰ בג"ץ 768/88 **אברמוב נ' בית הדין הרבני האזורי בנתניה**, פ"ד מד(4) 330, פסקה 7 (1990) (להלן: פרשת **אברמוב**).

וקבילותן של ראיות בהם נעשה שימוש בערכאת שיפוט זו אשר הושגו באמצעות פעולות הפוגעות בצנעת הפרט ובכבודו. אמנם, במקרה הנידון בפסק זה לא נקבעה הלכה פסוקה של בית המשפט העליון כיוון שבית משפט זה לא הכריע "בגופה של השאלה העקרונית בדבר תחולת הוראות סעיף 13 לחוק האזנות סתר וסעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות על סדר[י] הדיון ודיני הראיות בבית הדין הרבני".²⁶¹ עם זאת, באמרת אגב הוא התווה מדיניות ראויה בסוגיה זו וציין, כי אפשרי דיון של בית המשפט העליון בסוגיה זו בעתיד והוא יכול לדון ולפסוק בה אם תעלה לפניו בדרך המקובלת – לאחר דיון בבית הדין הרבני האזורי וערעור בבית הדין הרבני הגדול: "על העותרת לטעון את טענותיה, מבחינה עובדתית ומשפטית, בעניין קבילותן של ראיות מסוימות, שפגומות הן מחמת שבאו לעולם בניגוד להוראות החוקים בדבר האזנות סתר והגנת הפרטיות, בערכאה שלפניה מתקיים הדיון ושבה יוגשו הראיות, היינו לפני בית הדין הרבני, לרבות הגשת ערעור, באופן המפורט לעיל. וכבר אמרנו לעיל כי לאחר החלטת בית-דין רבני בגופה של הבקשה לקבלת ראיה, כאמור, תידון עתירה שתוגש, אם תוגש, בעניינה של החלטה זו לבית-משפט זה, לפי הכללים והנוהלים המקובלים בבית-משפט זה".²⁶²

מגמה זו, הנוגעת להחלתם של כללי פסילת הראיות שבחוק הגנת סתר וחוק הגנת הפרטיות בערכאה האזרחית וגם בדיון בבית דין רבני, שניצניה ניכרים בבירור בפרשת **אברמוב**, באה לידי ביטוי ביתר תוקף ובאופן מחודד יותר בפסק הדין בפרשת **וזגיא**. בפסק דין זה באה לידי ביטוי תפיסת העולם, שלפיה בגלל המעמד החוקתי של איסור הפגיעה בפרטיות ותחולת עקרונות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, בבית הדין הרבני, כלל הפסילה, הנזכר בסעיף 13 לחוק האזנות סתר, ומכללא גם זה המצוי בסעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות, "ראוי שיחולו גם בהליכים בבתי הדין הדתיים, באופן שיוביל לאחידות נורמטיבית בעניין זה בערכאות המדינה".²⁶³ בית המשפט הבהיר, כי אף אם לא נחיל באופן ישיר את כללי הפסילה הללו על בתי הדין הרבניים, עליהם לפעול ממילא לפי העיקרון המשפטי הקיים בכללי הפסילה הללו, משום ש"נתונה בידם סמכות טבועה לקבוע את סדרי הדין, אותה יש להפעיל בהגינות, בתום לב ובסבירות, תוך כיבוד זכויות אדם ובהן הזכות לפרטיות".²⁶⁴ מכללא באה לידי ביטוי בפסק דין זה

²⁶¹ שם, בפס' 7.

²⁶² שם, בפס' 12. ראו גם זפרן, לעיל ה"ש 258, בעמ' 844–845.

²⁶³ פרשת **וזגיא**, לעיל ה"ש 63, בפס' 12. על מדיניות בית המשפט העליון בנוגע לקבילות ראיות שהשגתן התאפשרה באמצעות פגיעה בפרטיות ראו ע"פ 115/82 **מועדי נ' מדינת ישראל**, פ"ד לח(1) 197, 265–266 (1984); ע"פ 5121/98 **יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי**, תק-על 06(2) 1093, פסקה 39 (2006).

²⁶⁴ שם, בפס' 13.

השקפת עולם, שלפיה רצויה האחדות הנורמטיבית בשיטת המשפט שלנו, שהיא גם אחדות בתפיסות העולם בדבר הגנת הפרטיות בבית הדין הרבני ובכית המשפט האזרחי, ולכן גם בית הדין הרבני צריך לעצב את סדרי הדין שלו בין השאר בהשראת הפרשנות הרווחת בערכאה האזרחית בתקופה שלאחר חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו בנוגע למאפייני עקרון ההגנה על הפרטיות.

בסופו של דבר קבע בית המשפט העליון בפסק דין מנחה בפרשת **פלונית**,²⁶⁵ מהו האיזון הראוי בדיון בבית דין רבני בין הפגיעה בזכות לפרטיות ובין זכויות ואינטרסים המתנגשים בזכות זו. במקרה הנידון בפסק דין זה עזב הבעל את דירת המגורים המשותפת לאחר שנוצר קרע של ממש בינו ובין אשתו. לאחר זמן נכנסו הבעל ושניים מחבריו אל הדירה בשעת לילה מאוחרת וצילמו את האישה עם גבר אחר במרתף הבית. בשל ממצאים שונים וצילומים אלו בין השאר הורה בית הדין האזורי, שהאישה צריכה לקבל גט מבעלה. לדעת השופט ברק בפסק דינו בפרשת **פלונית**, הערך המרכזי העומד אל מול הזכות לפרטיות בנסיבות מעין אלה הוא "הגינות ההליך השיפוטי, אשר מתבסס על חיפוש האמת ועל טוהר השיפוט".²⁶⁶ לדידו, בבואו להכריע בשאלת קבילות הראיות במקרה זה, על השופט להתחשב בשני שיקולים עיקריים מתנגשים: חומרת ההפרה של הזכות לפרטיות וערכו הראיתי של החומר שהושג. בנוגע לשיקול הראשון מוקד הכובד, הקובע באיזו מידה, אם בכלל, מותרת פגיעה בפרטיות, הוא מידת הפגיעה בזכות לפרטיות. ככל שהפגיעה חמורה יותר או מכוונת יותר, מידת ההגנה על זכות זו תגבר ו"יגדל משקלם של הערכים המצדדים בפסילת הראיה"; ומנגד, מוקד הדיון בנוגע לשיקול השני הוא הערך והתרומה של ראיה מסוימת להוכחת האמת במקרה מסוים. בהקשר זה יש לבחון את מידת חיוניותו של המידע שהושג תוך פגיעה בפרטיות כשחפצים להוכיח טיעון משפטי: "ככל שהראיה חיונית יותר להוכחת האמת כן יגבר משקלה לעומת משקלה של הפגיעה בפרטיות".

האיזון שקבע בית המשפט העליון במקרה זה מושתת על העמדת הערכים המתנגשים הנזכרים לעיל, זה לעומת זה – הזכות לפרטיות, מחד גיסא, וחקר האמת, מאידך גיסא. בחינה מדוקדקת של האיזון שהוצג בפסק דין **פלונית** מלמדת, כי באיזון זה בית המשפט העליון ייחס חשיבות יתירה לזכות לפרטיות, המעוגנת בסעיף 7 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. עקרון האחדות הנורמטיבית בין בית הדין הרבני והערכאה

²⁶⁵ פרשת **פלונית**, לעיל ה"ש 65.

²⁶⁶ שם, בפס' 30. לעתים, כשהפגיעה בפרטיות אינה ניכרת, בית המשפט סבר כי הדרך המגשימה את האיזון הראוי בין הזכות לפרטיות ובין האינטרס הציבורי לגילוי עבריינות ולמניעת הפשיעה היא לאפשר לרשויות החקירה גישה להודעות דוא"ל של חשוד באמצעות צווי האזנת סתר. ראו פסק דין בית המשפט המחוזי תל אביב-יפו בת"פ (מחוזי ת"א) 40206/05 **מדינת ישראל נ' פילוסוף**, תק-מח (1)07 (1)4872 (2007).

האזרחית בנוגע להגנה על הפרטיות, הקיים מכללא בפרשת **וזגיא**, קיים מכללא גם בפרשת **פלונית**. הזכות לפרטיות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, והפרשנות בערכאה האזרחית בנוגע למאפייני זכות זו חלים גם בבית הדין הרבני. בפסק דינו בעניין זה עמד בית המשפט העליון על חשיבות זכות זו: "הזכות לפרטיות-כמו הזכות לכבוד האדם אליה היא קשורה בקשר הדוק-מבוססת על האוטונומיה של הפרט... בכל הנוגע לביתו של אדם, הפרטיות מבטיחה את 'זכותו של אדם לנהל אורח חיים שבו הוא חפץ בדלת אמות ביתו, בלא הפרעה מבחוץ. ביתו של אדם הוא מבצרו, ובגדריו הוא זכאי לכך כי יניחו אותו לעצמו, לפיתוח האוטונומיה של הרצון הפרטי שלו... בכך מהווה הזכות לפרטיות את תחילתה של החירות... הזכות לפרטיות... משרתת מיתחם אשר בו מניחים את הפרט לנפשו".²⁶⁷ נוסחת האיזון שקבע השופט ברק נובעת מהנחה סמויה כי מנקודת מבט חוקתית, המצדדת בעליונותה של זכות יסוד חוקתית חשובה זו, הזכות לפרטיות זוכה בכורה באיזון של בית המשפט. אין בפסק דין **פלונית** שימוש מפורש ברטוריקה החוקתית בנוגע לפרשנות המלים "במידה שאינה עולה על הנדרש". עם זאת, עקרון המידתיות, הבא לידי ביטוי ברור בחוקי היסוד החדשים, נזכר בפסק דין זה מכללא במקומות שונים. נקודת מבט זו ניכרת בעליל בסייג בפסק הדין לגבי חשיבותו של השיקול בדבר ערכו של החומר הראייתי. אמנם, יש לשקול מהי מידת חיוניותו של החומר הראייתי לצורך בירור האמת, אולם המבחן שאומץ הוא מבחן הפגיעה המינימלית. עדיפה חלופה המונעת פגיעה בפרטיות במידה העולה על הנדרש: "יש להתחשב באפשרות הקיימת להוכיח את האמת במקרה הקונקרטי באמצעות חומר שהושג כדן, או באמצעות חומר שהושג תוך פגיעה בפרטיות, אך שפגיעתו בפרטיות היא קלה יותר". עינינו הרואות, שהרטוריקה בפסק הדין מושתתת על ההנחה כי הפגיעה בפרטיות צריכה להיות מידתית, ובמקרה זה מייחסים חשיבות רבה לאיזון לאור עקרון המידתיות כאשר דנים בהגנה על הפרטיות. עקרון המידתיות מיושם בראש ובראשונה באשר לפגיעה בזכות אדם זו. אך באותו מקרה אין הקפדה יתירה, שאף הפגיעה בערך המתנגש בערך זה, חקר האמת, שמעמדו הנורמטיבי נחות

²⁶⁷ שם, בפס' 10. בנוגע לאוטונומיה של הפרט ראו ע"א 2781/93 **דעקה נ' בית החולים "כרמל" חיפה**, פ"ד נג(4) 570, 526 (1998). קיים קשר הדוק בין ההגנה על הפרטיות ובין הזכות לכבוד, שביסודה עומדת ההכרה כי כל אדם זכאי להיות את חייו כיצור חופשי. בהיבט זה של הזכות לכבוד דן הנשיא אהרן ברק לפי פסקי דין קודמים רבים, כגון בג"ץ 6427/02 **התנועה לאיכות השלטון בישראל ואח' נ' הכנסת**, 1559 (2)06, פסקה 35 (2006): "הזכות לכבוד מהווה אגד של זכויות ששמירתן נדרשת כדי לקיים את הכבוד. ביסוד הזכות לכבוד האדם עומדת ההכרה כי האדם הוא יצור חפשי, המפתח את גופו ורוחו על פי רצונו בחברה בה הוא חי; במרכזו של כבוד האדם מונחת קדושת חייו וחירותו. ביסוד כבוד האדם עומדים האוטונומיה של הרצון הפרטי, חופש הבחירה וחופש הפעולה של האדם כיצור חופשי. כבוד האדם נשען על ההכרה בשלמותו הפיזית והרוחנית של האדם, באנושיותו, בערכו כאדם".

ממעמד ההגנה על הפרטיות מפני שאינו זכות אדם המעוגנת במפורש בחוק יסוד, תהיה באותו אופן ובאותו היקף.

בפסק דינו של השופט ברק בפרשת **פלונית** קיים גם איזון רצוי, שצריך להיות נר לרגלי השופט או הדיין הן בפגיעה בפרטיות, שאינו פועל יוצא של המעמד החוקתי של הזכות לפרטיות, אלא נובע ממדיניות המחוקק בחקיקה רגילה שאין לה מעמד של חוק יסוד. לדידו, האיזון הראוי בין הערכים המתנגשים בסוגיה זו ניכר בפרטים ובדקדוקים של הוראות החוק בעניין הגנת הפרטיות. כשקבע המחוקק בחקיקה זו מהי הגדרת הפגיעה בפרטיות, מה הן ההגנות ומה הם הפטורים שהחוק מאפשר ומה הן הנסיבות שבהן הסיר המחוקק את ההגנה ממי שנפגע בשל חדירה פולשנית לפרטיותו, ניכר מעין איזון בין ערכים מתנגשים. מעשים מסוימים הוצאו מחוץ לגדרי ההגנה מפני הפגיעה בפרטיות. ניתנו פטור או הגנה לסוג מסוים של אנשים שביצעו פגיעה כזו, או במצבים מסוימים שבהם היתה הפגיעה. בפסק הדין באה לידי ביטוי השקפת העולם שכשנקט המחוקק במדיניות זו, הוא הכריע הכרעה עקרונית-ראשונית לגבי המשקל היחסי שיש לתת לכל אחד מן הערכים המתנגשים זה בזה כאשר נפגעת הזכות לפרטיות בנסיבות מעין אלה הנידונות בפסק דין **פלונית**. השופט ברק הניח שמדיניות המחוקק ניכרת גם מתוך עיון בנוסח כלל הפסילה של ראיות שהושגו בדרך הפוגעת בפרטיות, הנזכר בסעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות וחל, לדעתו, גם בבית הדין הרבני. הכלל עצמו אינו גורף, אלא יחסי, ופותח פתח לבית המשפט ולבית הדין לסטות ממנו בנסיבות המתאימות לפי השקפת העולם של המחוקק. לדידו של המחוקק, יחסיות זו מבטאת את האיזון שבין שני הערכים מתנגשים. הגנת הפרטיות היא הערך שידו על העליונה. המחוקק הקנה את זכות הבכורה להגנת הפרטיות כשקבע כלל הפוסל ראיות אשר הושגו בדרך הפוגעת בערך זה. הכלל הסמוי, המייחס חשיבות יתירה למניעת פגיעה בצנעת הפרט ובכבודו, בא לידי ביטוי בחוק זה ובחוקים אחרים כגון חוק האזנת סתר, שעניינם הגנה על הפרטיות. אין בישראל דוקטרינה כללית של פסילת ראיות שהושגו שלא כדין. עם זאת, בחקיקה בנוגע להגנת הפרטיות קיימת דוקטרינה כזו. מנגד, ניכר שהגנת הפרטיות אינה חזות הכול. המחוקק רצה לאפשר במידה מסוימת את חקר האמת בנסיבות מיוחדות. במקרים מסוימים, שבהם אין פגיעה קשה מדי בפרטיות, ניתן מענה בחוק לצורכי הדיינים בבית הדין הרבני שתומצאנה להם הראיות הדרושות לצורך הוכחתה של עילת הגירושין. לעתים, במצבים מאוד מוגדרים ומוגבלים, מאפשר המחוקק לבית הדין הרבני לסטות מהכלל המייחס חשיבות רבה להגנה על הפרטיות. ראיות שהושגו תוך פגיעה שאינה ניכרת בפרטיות, בנסיבות המתאימות, הן ראיות קבילות. אולם כיון שבאיזון במקרה זה ידה של ההגנה על הפרטיות על העליונה, יש מקום מוגבל למדי לחקר האמת. המחוקק מוכן לעתים לשלם מחיר מסוים בתחום ההגנה על הפרטיות, אך בהתנגשות

בין ערכים מתנגשים ההגנה על הפרטיות חשובה יותר ולכן הוראות החוק קובעות, שהפגיעה בערך החשוב יותר אינו צריך להיות במידה העולה על הנדרש. ניכר המסר של המחוקק שכאשר בהגנה על הפרטיות עסקינן, המטרה אינה מקדשת את האמצעים.

3. הזכות לפרטיות בבית הדין הרבני

בתי הדין הרבניים בישראל מייחסים חשיבות יתירה לחשיפת האמת כדי למנוע עבירות, ובמיוחד עבירות הלכתיות חמורות, כגון ניאוף. לדידם, אפשר להקריב את ערך הגנת הפרטיות על מזבח ערך חשוב יותר – ערך חשיפת העבירות הללו. על כן לעתים החוקרים הפרטיים, הפועלים למען אחד מבעלי הדין בבית הדין הרבני ומתעדים פעולות אינטימיות הנעשות בחדרי חדרים, במיוחד באמצעות צילום, פוגעים באופן קשה, העולה על הנדרש לצורך הוכחת המעשה, בפרטיות ובכבוד האדם. אמנם, מדיניות זו מאפשרת מיצוי חקר האמת, אך נוסף על פגיעה קשה בצנעת הפרט ובכבודו, היא גם פותחת פתח לשימוש בפעולות אכזריות מבזות ובתחבולות מכוערות. בתי הדין הרבניים אינם נוטים לחשוף בפסיקתם את דרכי העבודה של החוקרים הפרטיים הממציאים להם ראיות וקיימת מידה רבה של עמימות בפסקי הדין של בתי הדין בכל הנוגע לאופן השגת הראיות. המשטרה אינה פועלת בתחום שבו פועלים החוקרים הפרטיים הללו, והדיינים בבתי הדין הרבניים חשים שהם צריכים להיעזר בממציאים ולפסוק בין השאר לפיהם. חשיפת דפוס הפעולה של החוקרים עלולה לפגוע בצנעת הפרט ובכבודו, ועיסוק מפורט בפסקי הדין הרבניים בפרטי פעילותם ובדקדוקיה עלול לעמוד בסתירה לדיני הצניעות של ההלכה היהודית. על כן ייתכן שקיימת עמימות מכוונת בפסיקת בתי הדין הרבניים בסוגיה זו, הנובעת מעקרונות המשפט העברי. עם זאת, היעדר מידע בנוגע לדפוס הפעולה של החוקרים בפסיקת בתי הדין הרבניים עלול להיות גם פועל יוצא של "כיבוס" המידע הבלתי-נעים בנוגע לאופן השגת הראיות בדו"חות של החוקרים הפרטיים. ייתכן שהם אינם מציגים בבית הדין את כל הראיות שיש להם, אשר חלקם הושגו לעתים שלא כדין, אלא רק מידע "כשר", שהחוקים בעניין האזנת סתר והגנה על הפרטיות וחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו מאפשרים להם להציגו בלא חשש שבשל פסיקת בתי הדין הרבניים בסוגיה זו תוגש נגדם תביעה פלילית בגין פעילות אסורה. ייתכן שהדיינים, המודעים לצורך להיעזר לעתים בממציאי החוקרים הפרטיים, נרתעים מחשיפת דפוס הפעולה של החוקרים הללו. לעמימות זו מחיר, שהוא לעתים עצימת עינים המאפשרת פגיעה רבה ובמידה העולה על הנדרש בצנעת הפרט ובכבודו.

להסרת מעט ממעטה העמימות אפשר להיעזר בפסיקת בתי המשפט האזרחיים בעניין פעילות החוקרים הפרטיים, שמטרתה איסוף ראיות עבור בני זוג המתדיינים

בבית הדין הרבני. מפסיקת בתי המשפט עולה, שאיסוף הראיות הללו כרוך לעתים בפעולות שיש בהן משום פגיעה קשה בצנעת הפרט ובכבודו. צילום גבר ואישה בנסיבות אינטימיות, הכרוך מעצם טיבו וטבעו בפגיעה קשה בצנעת הפרט, נזכר בדרך כלל בפסקי הדין הללו כחלק מהפעילות להמצאת ראיות לבעלי דין בבתי הדין הרבניים בישראל.²⁶⁸ במקרה אחד, שנידון בפסיקה של בתי המשפט האזרחיים, מתוארת מסכת קשה של ביזוי והשפלה, שהיא מעבר לנדרש לצורך השגת הראיות הדרושות. פסק הדין מתאר אירוע, שתחילתו בחדירתם של ארבעה או שישה אנשים לחדר שינה תוך צילום שני השוהים בו בנסיבות אינטימיות, לצורך "ביסוס מעמדו" של הבעל בבית הדין הרבני.²⁶⁹ לאחר מכן, בעקבות נסיון האישה "להלץ עצמה מן הביזוי וההשפלה להם זכתה", ו"למצ[ו]א לעצמה מסתור מפני אלה שפלשו לתוך תוכה של פרטיותה", באמצעות הימלטותה לתוך חדר הארונות הסמוך לחדר השינה, נכנס אחד החודרים לחדרה בעקבותיה לחדר הארונות והנחה אדם אחר "שימשיך ויצלמה גם שם, חרף מחאותיה וסערת רוחה". היתה מחלוקת בנוגע למה שקרה לאחר מכן: גירסת המתלוננים היתה, שאלו שחדרו לחדר וחבריהם תקפו אותם, התנפלו עליהם "והיכום עד זוב דם"; ולגבר שהיה בחדר "נגרמו כתוצאה מתקיפה זו בידי הנאשמים שני שברים באפו וחתך בגבתו השמאלית, עד שנזקק לניתוח". לאישה, ששהתה בחדר ונמלטה כשאינה לבושה לחדר הארונות, נגרמו, לטענת התביעה, "חבלות ברגליה ובגופה" מן הדלת של חדר הארון אשר נפרצה, לטענתה, בבעיטה. בנוסף, המתלוננים טענו, שרצפת חדר השינה המיטה ומציעה היו מגואלים בדם עקב פעילות צוות החוקרים, סנגוריהם של החודרים לחדר טענו כי לא הגבר ולא האישה הוכו אלא אחד מן החוקרים, אשר הוכה מעל שפתו עד זוב דם על ידי הגבר ששהה במקום. התשתית העובדתית שקיבל בית המשפט העליון בנוגע לאירוע זה היתה חדירה של צוות חוקרים לחדר שבו שהתה אישה עם גבר שאינו בעלה, תיעוד בני הזוג בצילום בנסיבות אינטימיות, המשך הצילום חרף מחאותיה וסערת רוחה של האישה, וגרימת חבלה גופנית לאותה אישה.²⁷⁰

²⁶⁸ ראו פרשת אברמוב, לעיל ה"ש 260; פרשת וזגיא, לעיל ה"ש 63; פרשת פלונית, לעיל ה"ש 65. דפוס פעולה דומה מתואר בע"פ 2090/93 (מחוזי ת"א) גלעם נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 8.7.1996), שנידון בערעור בבית המשפט העליון בפרשת גלעם, לעיל ה"ש 64. ראו גם פרשת אברהם[שולם], לעיל ה"ש 256. בנוגע לפעילות אסורה של חוקרים שאינה פגיעה כה בוטה בפרטיות ראו גם המ' (מחוזי ת"א) 677/88 אזמנוב נ' וייס, פ"מ התשמ"ט(1) 502 (1988).

²⁶⁹ ת"פ 4593/93 (שולם ת"א) מדינת ישראל נ' פלוני (לא פורסם). ראו גם את הידרשותו של בית המשפט העליון לנסיבות אלה בפרשת גלעם, לעיל ה"ש 64.

²⁷⁰ ראו פרשת גלעם, שם, בפס' 6 לפסק דינו של השופט אריאל: "סמוך לחצות, נכנס צוות חוקרים בהם המערערים והבעל לבית המתלוננת. המערערים חדרו לחדר השינה של המתלוננת כשהם מצוידים במצלמות ותיעודו, בצילום, את המתלוננת והמתלונן כשהם עירומים במיטתה. בכך לא

לעתים השגת הראיות לצורך דיון בבית הדין הרבני היא פועל יוצא של "פיתיון". באחד מפסקי הדין נזכר מקרה שבו שלחו החוקרים אישה שתפתה גבר נשוי לקיים עמה יחסי אישות אסורים ותיעדו בצילומים את המעשה. השופט כספי ביקר בחריפות את דפוס הפעולה של החוקרים במקרה זה, ש"ביימו" את המעשה, אגב שימוש באשת פיתוי, אשר הדיחה אדם לעבור עבירה. לשיטתו זו פעולה אסורה, "על מנת לצלם את הגבר המפותה באופן המכווער הזה, וכדי שיוכלו להשתמש בפרי ההדחה והביום לתועלת לקוחתם כנגד הגבר".²⁷¹ הוועדה לבחינת יישום דיני המשפחה, בראשות השופט אלישע שינבויס, שהיתה מודעת לדפוס פעולה בעייתית זה, הציעה לקבוע כללי אתיקה בסכסוכים שבינו לבינה כדלהלן: "לא ייעץ עורך-דין ללקוחו שימוש באמצעי פיתוי שמטרתם להביא את הצד שכנגד לקיים יחסי אישות עם מי שאינו בן זוגו החוקי. כמו כן, אנו ממליצים לקבוע כי כל השולח או יוזם פיתיון כזה לבגידה של בן-זוג כדי להשתמש בכך כהוכחה במשפט, או כל המשמש כפיתיון לבן-זוג לבגוד בבן-זוגו כדי שניתן יהיה להשתמש בכך כהוכחה במשפט, או כל המשתמש בכך בבית-המשפט, עובר עבירה פלילית. כלל דומה יש לקבוע גם בתקנות הנוגעות לחוקרים פרטיים. כן אנו ממליצים שהרשות המפקדת על כך תתקין תקנות אתיקה, בדומה למוצע כאן ביחס לעורכי-דין, גם לגבי טוענים רבניים".²⁷²

בשלב הראשון, כאשר נחקקו החוקים האוסרים שימוש בראיות שהושגו באמצעות האזנת סתר או פגיעה אחרת בפרטיות שלא כדין, לפני שנחקק חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, בתי הדין הרבניים בישראל לא סברו שהם כפופים לכללי פסילת ראיות אשר הושגו שלא כדין בסעיף 13 לחוק האזנת סתר וסעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות. לטענתם, האיזון בין הגנת הפרטיות וחשיפת האמת,²⁷³ שבא לידי ביטוי בחוקי הכנסת העוסקים בסוגיה זו, לא הולם את צורכי הדיון בעניינים שבינו לבינה בבית הדין הרבני, וההכרעה הערכית והמוסרית שמשקף האיזון הבא לידי ביטוי בכללי הפסילה הללו אינה מקובלת על בתי הדין הרבניים. הם טענו, שאף המחוקק הישראלי – שהיה מודע לצרכים המיוחדים של בית הדין הרבני, הקובע ממצאים משפטיים לאור בירור עניינים אינטימיים שבין בעל ואשתו – התכוון מלכתחילה, שהאיזון בין ערכים

נסתיים האירוע. המתלוננת נמלטה לחדר הארונות הצמוד לחדר השינה והתעטפה בשמיכה. חתוכה החיש פעמיו בעקבותיה וחרף מחאותיה וסערת רוחה המשיך לצלמה. עוד נקבע בבית משפט השלום כי המערערים היכו את המתלונן במהלך העימות שהתרחש בינם לבינו ואף גרמו למתלוננת עצמה חבלות גופניות כשרדפו אחריה לחדר הארונות".

ראו פרשת **מור וליברמן**, לעיל ה"ש 255.

משרד המשפטים **דין וחשבון הוועדה לבחינת יישום דיני המשפחה** 32 (1986).

בנוגע לחובה המוטלת על בית הדין הרבני לדון "דין אמת" ראו אליאב שוחטמן **סדר הדין: לאור מקורות המשפט העברי, תקנות הדיון ופסיקת בתי-הדין הרבניים בישראל** 320–321 (1988).

מתנגשים הבא לידי ביטוי בחוקים שעניינם הגנת הפרטיות יחול רק בבית משפט אזרחי, כיוון שאיזון זה מעצם טיבו וטבעו אינו עולה בקנה אחד עם צורכי הדיון בבית דין דתי, החייב לברר טענות של המתדיינים בו בנוגע לעניינים הנעשים בצנעה. דיינים בבית הדין הרבני האזורי בנתניה כתבו: "בית המשפט נתן צו האוסר על המשיבים וכל אדם מטעמם לעשות שימוש בקלטות ובצילומים בכל צורה שהיא. הצו ניתן על פי חוק הגנת הפרטיות וחוק האזנת סתר. לדעת בית דין החוקים הנזכרים אינם חלים על סדרי הדיון והראיות שבבית (=שבבתי) הדין [הרבניים בישראל] הדנים על פי דין תורה. גם המחוקק לא התכוון בחוקים הנזכרים לשנות דיני הראיות וסדרי הדיון בבית הדין ולפיכך לא התייחס התייחסות ישירה לבתי הדין כמו שהתייחס בחוקים אחרים שהפנה אותם גם לבתי הדין... לדעת בית הדין לא בכדי אין התייחסות ופניה בחוקים הנזכרים לעניינים הנדונים בבית הדין, שהרי באם היה מפנה המחוקק דבריו לבית הדין כי אז היה נסתם הגולל על בירור הרבה עניינים שבתחום שיפוטי הייחודי של בית-הדין – ענייני נישואין וגירושין, שמטבע הדברים הנדונים בהם רב ההסתר על הגלוי, וכאשר עומדות לפני המחוקק שאלות ערכיות של ערך 'צנעת הפרט' לעומת ערך 'צדקת הפרט', העדיף המחוקק שלא להתייחס בחקיקתו לבית הדין".²⁷⁴

בשלב השני, לאחר שנתקבל בכנסת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, שינה לכאורה בית הדין הרבני את עמדתו, ובפסק הדין של בית הדין הרבני הגדול, הנזכר בפסק הדין של בית המשפט העליון בפרשת פלונית, הצהיר בית הדין, כי חוק הגנת הפרטיות, ובכללו כלל הפסילה, חל גם בבית הדין הרבני. הגם שהחוק נוקט לשון "בית משפט" בלבד, הסכים בית הדין ש"המונח 'בית משפט' מתייחס גם לבית דין רבני".²⁷⁵ פרשנות זו מקובלת כמובן גם על בית המשפט העליון, שציין כי "משמעותו של הדיבור 'בית משפט' בחוק הגנת הפרטיות היא כל גוף המוסמך, מכוח דין, להכריע בסכסוך... הוא חל ממילא גם על בתי הדין הדתיים, ובהם בית הדין הרבני". נוסף על כך הבהיר בית המשפט העליון, כי מסקנתו בעניין תחולת חוק הגנת הפרטיות, ובפרט כלל הפסילה

²⁷⁴ תיק (אזורי נתניה) 1880/מ"ז, פד"ר יד 300, 303 (התשמ"ט). ראו גם תיק (אזורי ת"א) 2408/ש"נ, פד"ר יד 289, 291 (התשנ"א). שם, בהמשך פסק הדין בעמ' 299, כתב הדיין אברהם שרמן: "קביעת החוק האזרחי שראיות שנתקבלו ע"י פגיעה בצנעת הפרט אינם קבילות בבית משפט, אינה מחייבת את בית הדין מכח ההלכה דינא דמלכותא דינא... ובדאי חוק שמבקש לכבול ידי בית הדין מלמלא את חובתו לדון דין אמת ולשלוט מבית הדין את ש[י]קול דעתו מתי להשתמש בראיה שנתקבלה בדרך של עבירה, אינו תואם לדעת התורה וסותר דין התורה. על כן אין לו תוקף של דינא דמלכותא. חוקי המדינה אינם יכולים להיות מעל לחוקי ומשפטי התורה שבית הדין פועל מכוחם ומופקד ליישומם. ואין לו לבית הדין אלא לפעול מכח ההלכה והדין שהוא מצוה בה".

²⁷⁵ פסק הדין של בית הדין הרבני הגדול, תיק (גדול) 1-21-7661 פלונית נ' אלמוני (טרם פורסם, 29.6.2004), מצוטט בפרשת פלונית, לעיל ה"ש 65, בפס' 19.

המצוי בו, בבתי הדין הרבניים, היא פועל יוצא של תפיסתו בנוגע לסמכותו של בית הדין לקבוע לעצמו את סדרי הדיון שלו. עמדת בית המשפט העליון היא, כי סמכותו של בית הדין הרבני לקבוע את סדרי הדיון בו היא סמכות טבועה ה"נגזרת ממהותו של הגוף כערכאה שיפוטית".²⁷⁶ סמכות טבעית זו שמה את בית הדין כ"אדון לעצמו"²⁷⁷ ומעניקה לו "שקול דעת רחב בקביעתם של כללים",²⁷⁸ אולם הכללים בנוגע לסדרי דין בבית הדין הרבני "חייבים לתאום לעקרונות היסוד של המשפט הישראלי". מסיבה זו, "כלל הפסילה הקבוע בחוק הגנת הפרטיות הוא כלל של דיני הראיות; הוא משקף את מעמדה החוקתי של הזכות לפרטיות; הוא ביטוי לתקנת הציבור הישראלית"; ומכאן גם המסקנה, ש"בית דין רבני חייב לפעול על-פיו" ולקבוע את מדיניותו בנוגע לקביעת סדרי הדיון, בהתחשב בערכי היסוד של שיטת המשפט בישראל, אף בלא הוראה מפורשת בחוק. בתי הדין הרבניים בישראל צריכים להשתמש בסמכותם הטבועה בדרך השומרת על זכויות האדם.²⁷⁹

בית הדין הרבני הגדול ובית המשפט העליון הגיעו כביכול לעמק השווה ופעלו לכאורה מכוח ההנחה, שהוראות חוק הגנת הפרטיות חלות גם בדיון משפטי המתקיים בבתי הדין הרבניים. עם זאת, בפועל המרחק ביניהם גדול מאוד בנוגע לאיזון הראוי בנסיבות מעין אלה הנדונות בפסק דין פלוני. כאמור לעיל, לדעת השופט ברק, הוראות החוק בישראל שעניינן ההגנה על הפרטיות מבטאות איזון שקבעה הכנסת בין שני ערכים מתנגשים – ההגנה על צנעת הפרט והצורך בהשגת ראיות בעניינים שבינו לבינה. מנגד, איזון זה אינו ניכר כלל וכלל כאשר בית הדין הרבני קובע מדיניות לגבי כללי הפסילה. המחוקק פסל בנסיבות המתאימות ראיות שהושגו שלא כדין, אך הן מתקבלות הלכה למעשה בדיון בית הדין הרבני. למעשה מדיניות בית הדין הרבני בנוגע ליישום כללי הפסילה הללו מרוקנת מתוכן במידה רבה את ההגנה על הפרטיות בבית הדין הרבני במקרים בהם צריכים לחול כללי הפסילה. נוסחת האיזון שבית הדין הרבני בתחום ההגנה על הפרטיות, בין חקר האמת ובין הערכים המתנגשים עם ערך זה, שונה מזו שקבעה הכנסת בחקיקה. מנקודת המבט של בית הדין הרבני, בעניינים אינטימיים שבינו לבינה חקר האמת עדיף אף כאשר הפגיעה בפרטיות ממשית ביותר. הדיינים טענו, שהמאפיינים המיוחדים של הסכסוך בענייני משפחה, הנידון בבית הדין הרבני, מונעים את החלת העקרונות הרגילים בדבר הגנת הפרטיות בדיון משפטי לגבי סכסוך שבינו לבינה. לפי נקודת המבט של דיינים בישראל, המשפחה היא יחידה אחת,

²⁷⁶ פרשת לב, לעיל ה"ש 53, בעמ' 499.

²⁷⁷ בג"ץ 150/59 ועד עדת הספרדים בירושלים נ' בית הדין הרבני האזורי בירושלים, פ"ד טו(1) 106, 114 (1961).

²⁷⁸ פרשת פלונית, לעיל ה"ש 65, בפס' 17.

²⁷⁹ שם.

שבה בני זוג אינם יכולים לטעון כי מוקנית להם זכות לפרטיות אלו כלפי אלו.²⁸⁰ בפסק דינו, הנזכר בפסק הדין של בית המשפט העליון בפרשת פלונית, הוסיף בית הדין הרבני שני טיעונים אשר נועדו להרחיקו במידה רבה מאיזון המייחס חשיבות רבה להגנה על הפרטיות במקרים מעין אלה הנידונים בפסק הדין. סעיף 2 לחוק הגנת הפרטיות קובע, שאחת ההגדרות של פגיעה בפרטיות היא "צילום אדם כשהוא ברשות היחיד". בית הדין סבר, כי משום שהצילום נעשה בבית המוגדר מבחינה משפטית כבית המגורים המשותף של בני הזוג וכיוון שבמקרה הנידון בפסק הדין נעשה במרתף ולא בחדר השינה של בני הזוג, אזי לשיטתו של בית הדין לא מדובר בחדירה פולשנית לצנעת הפרט שהיא "רשות היחיד". על כן, לדידו, במקרה זה כלל לא חלים גדרי ההגנה על הפרטיות הנזכרים בחוק ולכן פטור בית הדין מן הצורך לבצע את האיזון הדרוש בין ערך ההגנה על הפרטיות וערכים מתנגשים. נוסף על כך טען בית הדין, שגם אם הצילום בנסיבות אלו כלול בגדרי הגדרת הפגיעה בפרטיות הנזכרים בחוק, לפוגע בפרטיות עומדת הגנה טובה הנזכרת בסעיף 18 לחוק, משום שעשה את המעשה בתום לב "בנסיבות שבהן היתה מוטלת על הפוגע חובה חוקית, מוסרית, חברתית או מקצועית לעשותה", או לחלופין, "הפגיעה נעשתה לשם הגנה על עניין אישי כשר של הפוגע".²⁸¹ לדעת הדיינים בבית הדין הרבני האזורי, "על פי החוק, ענייני גירושין בין יהודים בישראל יידונו על פי דין תורה. על פי דין זה קיימת חובה לגרש אשה נואפת. חובה זו מוטלת על הבעל, והוא מחוייב על פי דין לבוא בפני בית הדין, להוכיח את תביעתו, כדי שניתן יהיה לתת פסק דין בהתאם. אם 'חובה חוקית' אין כאן, בוודאי 'חובה מוסרית' יש כאן".²⁸² החרו החזיקו אחריהם דייני בית הדין הרבני הגדול שדנו בעניין זה. לדידם, "אדם הנשוי לאשה ומגיעות אליו שמועות כי אשתו אינה נאמנה לו, וכתוצאה מכך אסורה עליו, האם אינו זכאי לברר את האמת? האם אין זו זכותו וחובתו של כל אדם לדעת את מצבו האישי שלו ושל בן הזוג הקשור עמו? המושג 'תום לב' משמעותו כי הדבר לא נעשה באופן שרירותי בכדי להציק או להכאיב לזולת, אלא נעשה בכדי לאמת או לשלול שאלה קיומית הנוגעת לאדם... על כן אני מתקשה לקבל את עמדת בא כוח המערערת שאין לראות כאן תום לב ושאינן כאן הגנה על עניין אישי כשר".²⁸³ לאור הגדרה זו של "תום לב" בהקשר זה כיוון שלדעת בית הדין הוכחת ניאוף חשובה, בנסיבות אלה חקר האמת עדיף אף כאשר קיימת פגיעה של ממש בפרטיות, ואף אם היתה פגיעה בפרטיות, התקימו ההגנות הנזכרות בחוק. בדרך זו ניסה בית הדין להימנע מביצוע איזון הנדרש מנקודת המבט של בית המשפט העליון,

280 שם, בפס' 20.

281 ס' 18(2)(ב)-(ג) לחוק הגנת הפרטיות.

282 מצוטט בפרשת פלונית, לעיל ה"ש 65, בפס' 23.

283 שם.

המושגת על ההנחה שאף בנסיבות מעין אלה חקר האמת אינו ערך דומיננטי המאפשר פגיעה של ממש בפרטיות ובכבוד האדם. נראה, כי בית הדין, הטוען לכאורה כי הוראות החוק בנוגע להגנה על הפרטיות חלות עליו, מנסה בפועל לצמצם ככל האפשר את תחולת עקרון ההגנה על הפרטיות כאשר הדיון הוא בנוגע לעבירת הניאוף. מחד גיסא, הוא מצהיר הצהרה, כי הוא מקבל את הגישה שעקרונות חוק הגנת הפרטיות חלים גם עליו. מאידך גיסא, הוא נמנע משימוש בפועל בעקרונות שבחוקי הכנסת בעניין ההגנה על הפרטיות וכבוד האדם בנסיבות אלה באמצעות פרשנות שלו לסעיפי החוק, המאפשרת לו, לשיטתו, לקבל ראיות אשר הושגו בדרך שיש בה פגיעה רבה בפרטיות ובכבוד האדם.

בדונו בעתירה כנגד החלטות בתי הדין הרבניים, האזורי והגדול, בעניין זה, התמודד בית המשפט העליון עם טיעוני בתי הדין הללו, שמטרתם הקטנת ערך ההגנה על הפרטיות וכבוד האדם באיזון החל במקרה זה. בית המשפט העליון חתר לאיזון אחר.²⁸⁴ בעניין התאמת הוראות המחוקק על ההגנה על הפרטיות ליחסים שבין בני זוג סבר בית המשפט העליון, כי נקודת המוצא של בית הדין הרבני לגבי היעדר פרטיות נפרדת ביחסים שבין בני זוג היא מוטעית מאחר שכל אחד מבני הזוג זכאי לפרטיות כלפי בן זוגו.²⁸⁵ בעניין ההגנות שבית הדין טען שמכותן רשאי הבעל במקרה זה לחדור באופן פולשני לצנעת הפרט של אשתו, סבר בית המשפט שאין לבחון את קיומן, משום שהבעל כלל לא עבר את דרישת הסף המאפשרת תחולה של ההגנות – דרישת תום הלב הסובייקטיבי. כשבחן סוגיה זו, השתמש בית המשפט בדרישת המידתיות הספציפית בחוק הגנת הפרטיות, הנזכרת בסעיף 20(ב) לחוק: "חזקה על הנאשם או הנתבע שעשה את הפגיעה בפרטיות שלא בתום לב אם הוא פגע בידועין במידה גדולה משהיתה נחוצה באופן סביר לצורך העניינים שניתנה להם הגנה בסעיף 18(2)". בית המשפט ציין, כי הבעל "חדר – כשהוא מצויד במצלמה מלווה בשני חבריו שצפו בכל המתרחש – למיטתה של העותרת. אין לך פגיעה קשה מזו בפרטיות". בשל התנהגות

²⁸⁴ ראו לעיל, סמוך לה"ש 255–256.

²⁸⁵ ראו פרשת פלונית, לעיל ה"ש 65, בפס' 20: "הנישואין אינם שוללים מבני הזוג את זכותם לפרטיות זו כלפי זה. הזכות לפרטיות עומדת לכל אחד מבני הזוג כלפי העולם כולו, לרבות כלפי בן זוגו. אכן, כשם שכל אחד מבני הזוג זכאי לכבודו, ולחירות גופו כלפי בן זוגו... וכשם שכל אחד מבני הזוג שומר על קניינו כלפי בן זוגו, כך זכאי כל אחד מבני הזוג לפרטיותו כלפי בן זוגו. האוטונומיה של הפרט היא גם אוטונומיה כלפי בן הזוג. הפרטיות של הפרט, היא גם פרטיותו כלפי בן זוגו". ראו גם שם, בפס' 21 לפסק הדין, שבה דחה בית המשפט את טענת בית הדין כי הצילום לא נעשה ברשות היחיד בכך שעל המונח "רשות היחיד" להתפרש לפי הקשרו, ו"בהקשר שלנו, שעניינו צילום של אדם שלא בהסכמתו, הדיבור 'רשות היחיד' אינו מצביע על 'יחידה קניינית'. הוא מצביע על 'יחידה אוטונומית'... משעזב המשיב את בית המגורים בשל סכסוך עם העותרת, הפך הבית לרשות היחיד של העותרת לעניין צילומה על ידי המשיב".

הבעל במקרה זה קבע השופט ברק, שהבעל לא הצליח לסתור את החזקה האמורה ועל כן לא עומדות לו אף אחת מהגנות החוק.

האיזון שקבע בית הדין הרבני בין ההגנה על הפרטיות וכבוד האדם ובין ערכים מתנגשים במקרה הנידון בפסק דין פלונית ובמקרים דומים צריך עיון. בית הדין הרבני כפוף לעקרונות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ובין השאר לעקרון המידתיות. כפיפות זו מחייבת שהוא יתחשב בין השאר "בכבודו של האדם ובחירותו... כן יש להתחשב בזכותו של אדם לפרטיות ולצנעת חייו".²⁸⁶ תחולת הוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, בבית הדין הרבני מחייבת כי בית הדין זה יפעל בדרך שקולה ומידתית כשהוא קובע איזון בין זכויות אדם מתנגשות. אמנם, בית הדין חותר לביורור האמת העובדתית, אולם בית הדין צריך להישמר, להיזהר ולוודא כמיטב יכולתו, שתהליך איסוף הראיות לא ישמש פתח לניצול לרעה של ההליך המשפטי על ידי בעלי דין ושלוחיהם החפצים לבזות, להשפיל ולהכפיש. הוא צריך לקבוע איזון הולם במקרה זה, שימנע מתן גושפנקה לתהליך איסוף הראיות הפוגע בצנעת הפרט ובכבודו במידה העולה על הנדרש. במיוחד כשהפגיעה בצנעת הפרט ובכבודו גורמת נזק רב, וחלופה פחות פוגענית יכלה לאפשר השגת ראיות דרושות בהליך השיפוטי, החשש מפני ביזוי והלבנת פנים שלא לצורך או שימוש ציני בראיות לצורך הפחדה או סחטנות של בן הזוג או בת הזוג כדי שיצאו מן הנישואין וידם על התחתונה, צריך לעמוד לנגד עיני בית הדין כשהוא קובע את האיזון הראוי. הסכמה של בן זוג שנסחט או בת זוג שנסחטה לתנאים מקפחים מאוד בהסכם גירושין בתחומים כגון חלוקת הרכוש, החזקת הילדים או מזונותיהם, אינה רצויה אף מנקודת המבט של בית הדין הרבני. זהירות יתירה של בית דין רבני בנוגע לקבילות ראיות שהושגו באמצעים הפוגעים בצנעת הפרט חשובה ורצויה במיוחד בתחומים שבהם קיים חשש כי דפוס פעולה ציני ומבזה לצורך השגת ראיות מעצם טיבו וטבעו עלול להיות כרוך בפגיעה בכבודם ובפרטיותם של המתדיינים.

כך, למשל, במקום החלופה המשפילה והמבזה של חדירת צלמים לצנעת הפרט כדי להשיג ראיות בנוגע לניאוף אפשר לתת מענה הולם לצורכי בעל נבגד או אישה נבגדת באמצעות הוכחת ראיות נסיבתיות לניאוף, כגון כניסת אדם שאינו בן הזוג לבית מגורים שבו מצויה בת הזוג בנסיבות אשר מהן אפשר להסיק, כי קיים חשד סביר שהיה במקום מעשה הקרוי במקורות המשפט העברי "מעשה כיעור". מדיניות זו היא פועל יוצא של פסיקת השופט ברק בפרשת פלונית: "היה על בית הדין הרבני לבחון, אם אין מצויות ראיות אחרות שיש בהן כדי לאפשר את מיצוי הליך הגירושין שלפניו, בלא להיזקק לצילומים או למראי העיניים של המשיב. כידוע המשפט העברי מבחין,

²⁸⁶ פרשת לב, לעיל ה"ש 53, בפס' 2.

לעניין כוחו של הבעל לגרש את אשתו, בין שתי עילות לגירושין. האחת היא מעשה כיעור של האשה והאחרת היא 'אשה שזינתה תחת בעלה'²⁸⁷ ... ייתכן וקיימת בפרשה שלפנינו האפשרות להכריע בדין בלא להיזקק לחומר שיש בו פגיעה חמורה וקשה בפרטיות העותרת. אפשרות זו לא מוצתה בפרשה שלפנינו.²⁸⁸ הנשיא ברק לא רצה לפסוק הלכה בתחום שבו בקי בית הדין הרבני. עם זאת ניכר, שסבר כי יש רגלים לסברה שהוכחת מעשה כיעור היתה אפשרית בעניין שדן בו, וסברה זו הובילה אותו בין השאר למסקנה האופרטיבית שאימץ בפרשת **פלונית** בנוגע לקבילותם בבית הדין הרבני של צילומי אישה במרתף ביתה. לדידו, כאשר אפשר להשיג ראיות בדרכים אחרות, לגיטימיות, הפוגעות פחות בפרטיות, אשר מובילות אף הן לתוצאה שחפץ בה הבעל, והיא פסק של בית הדין הרבני שעקב התנהגות האישה עליה לקבל גט, יש להעדיף דפוס פעולה זה. על כן כאשר אפשר להוכיח על פי ראיות נסיבתיות "מעשה כיעור", יש ללכת בדרך זו ולא להיזקק להוכחות הפוגעות במידה רבה בצנעת הפרט, שהן בגדר פלישה בוטה לתחום האינטימי שבינו לבינה, ומאפשרות הוכחה כי במקרה מסוים היה "מעשה טומאה".²⁸⁹ הימנעות מאימוץ מדיניות המאפשרת הוכחת המעשה האסור בדרך הפוגעת פחות בצנעת הפרט ובכבודו מאפשרת פגיעה שאיננה מידתית בפרטיות. דפוס פעולה זה עומד בסתירה למדיניות המחוקק והפסיקה בישראל וראוי שבית הדין הרבני יאמץ מדיניות חדשה, המושתתת על ההנחה כי ראיות שהומצאו בבית הדין והושגו בדרך של פגיעה של ממש בפרטיות אינן קבילות.²⁹⁰ מדיניות זו תמנע בין השאר חשש שמא בדיון בבית דין רבני תהיה זילות של הוראות חוק האזנת סתר, חוק הגנת הפרטיות וחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, האוסרות פגיעה בפרטיותו של אחר שלא כדין ופוסלות את השימוש בראיות שהושגו בדרך העומדת בסתירה להוראות החוקים הללו.²⁹¹

²⁸⁷ מקור אבחנה זו בפסק הדין הוא שרשבסקי, לעיל ה"ש 74, בעמ' 317–325.

²⁸⁸ פרשת **פלונית**, לעיל ה"ש 65, בפס' 35.

²⁸⁹ בנוגע להבחנה בין "מעשה טומאה" ו"מעשה כיעור" ראו להלן סמוך לה"ש 318–320. בנוגע לנפקות "מעשה כיעור" כתשתית לגירושין ולפטור את הבעל ממזונות האישה ראו שרשבסקי, לעיל ה"ש 74, בעמ' 319.

²⁹⁰ פרשת **פלונית**, לעיל ה"ש 65, בפס' 35. אמנם, גם לצורך הוכחת "מעשה כיעור" ייתכן שעל הבעל יהיה להציג ראיות, שהשגתן תצריך שכירת שירותי חוקרים פרטיים, כגון צילום של גבר או אישה הנכנסים לבית מגורים בערב ויוצאים ממנו למחרת בבוקר. עם זאת, פעילות זו של החוקרים היא פגיעה פחות חמורה בצנעת הפרט. ראו בעניין זה גם זפרן, לעיל ה"ש 258, בעמ' 821.

²⁹¹ ראו גבאי, לעיל ה"ש 245, בעמ' 579. הכותב הדגיש שם, שכאשר דיין מאזין להאזנת סתר אשר נעשתה בדרך האסורה על פי חוקי המדינה, עובר עבירה פלילית. לדידו, במיוחד כיון שבתי הדין הרבניים הוקמו מכוח חוקי המדינה עליהם לציית לחוקיה.

יתר על כן. מדיניות אחידה של בתי המשפט האזרחיים ובתי הדין הדתיים בתחום זה תמנע עימות אפשרי בין בתי הדין הדתיים ובית המשפט העליון, המפקח על בתי הדין הדתיים. אלו ואלו צריכים לפעול לפי כללים נורמטיביים דומים, בין השאר בשל העובדה כי בית הדין הרבני כפוף לעקרונות שקבעה הכנסת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ובחוקים שעניינם ההגנה על הפרטיות.²⁹² לכן עדיף שמדיניות בית הדין הרבני בתחום זה תעלה בקנה אחד עם המדיניות שהתווה בית המשפט העליון לפי עקרונות החקיקה בישראל בנוגע לקבילות ראיות בבית הדין הרבני שהושגו באמצעות פגיעה בפרטיות. איזון חדש בעניין זה בבית הדין הרבני יאפשר לבית הדין הרבני בישראל, שאף הוא כפוף לעקרונות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, לפעול ברוח הנחיית המחוקק, שהפגיעה בזכויות אדם, בין השאר בתחום זה, כאשר היא מותרת, לא תהיה במידה "העולה על הנדרש".

כמו כן, תולדה בלתי-רצויה אחרת של מדיניות שונה של בית הדין הרבני בתחום זה עלולה להיות האצת מירוץ הסמכויות, הפוגעת לא פעם ולא פעמים בבני הזוג ובילדיהם. כלל שונה המופעל בבית הדין הרבני בתחום זה עלול לעודד הגשת תביעות גירושין חפוזות לבית הדין הרבני, ולמנוע לעיתים מיצוי שעת הרצון של גישור, פישור והשכנת שלום בית בין בני הזוג. כאשר הבעל יודע, שקניית סמכות שיפוט בבית הדין הרבני בעניינים הנכרכים בתביעת הגירושין, כגון מזונות האישה, תאפשר לו להשתמש בראיה שהושגה בדרך העומדת בסתירה להוראות החוקים בנוגע להגנה על הפרטיות כדי להוכיח באמצעותה כי קיימת בעניינו עילת גירושין אשר בגינה הוא ייחנה ממעמד משפטי עדיף בעניין מן העניינים הנכרכים בתביעת הגירושין, כגון פטור מחובתו הנובעת מן הנישואין לזון את אשתו, הוא עלול להתפתות להגיש תביעת גירושין, חפוזה ומיותרת, לבית הדין הרבני.

(א) הפרטיות במשפט העברי

המדיניות ההלכתית שנוקט בית הדין בדיונים משפטיים שבהם ממציאים בעלי דין ראיות אשר הושגו בדרך שהיא בגדר פלישה בוטה לצנעת הפרט צריכה עיון אף מנקודת מבט פנימית, יהודית, שהיא נר לרגליו של בית הדין הרבני. אף בתחום הפגיעה בפרטיות לצורך הוכחת טיעונים בדיון בבית הדין הרבני צריך בית הדין לאזן בין ערכים מתנגשים, הקיימים בתחום המשפט העברי. איזון זה הוא עקרון המנחה את בית הדין הרבני בכל פעולותיו.

המשפט העברי ייחס חשיבות רבה להגנה על הפרטיות של כל אדם.²⁹³ חכמי

²⁹² ראו לעיל סמוך לה"ש 52–71.

²⁹³ ראו בנוגע לחשיבות ההגנה על הפרטיות, אף כאשר קיימת התנגשות בין ערך זה ובין ערכים

ההלכה לדורותיהם עשו כל מאמץ למצוא איזון הגון וראוי בין עיקרון חשוב שמשקלו רב, הגנת הפרטיות, ובין ערכים מתנגשים אחרים, כגון הערך של השלטת עקרונותיה של מערכת המשפט והצדק היהודית בכל אתר, אשר לעתים מתנגש עם עיקרון זה.²⁹⁴ האיזון הנזכר לעיל צריך לבוא לידי ביטוי בכל דיון בבית דין רבני שבו נידונה סוגיית ההגנה על הפרטיות. אמנם, הראיות המוצגות בדיון בבית דין רבני בענייני גירושין מאפשרות בדרך כלל לבעל דין לקדם אינטרס משפטי לגיטימי שלו, והוא הוכחת קיומן של עילות גירושין כגון ניאוף, מומים גופניים או נפשיים, או "אמתלא מבוררת" של מורדת החפצה להתגרש בטענת "מאיס עלי". במקרים רבים, לצורך הוכחת קיומן של עילות מעין אלה, מתקיים תהליך איסוף ראיות המושתת על פעולות בילוש הפוגעות לעתים במידה רבה בפרטיות. עם זאת, המטרה אינה מקדשת את האמצעים. החדירה של החוקרים לצנעת הפרט עלולה להיות במידה העולה על הנדרש. להלן אנסה לבסס טיעון זה: כיוון שמנקודת המבט הפנימית של המשפט העברי עצמו, ולא רק מנקודת המבט החיצונית של בית המשפט העליון או של עקרונות המשפט הישראלי החלים לעתים גם בבית הדין הרבני, הגנת הפרטיות היא ערך חשוב מאוד, הקביעה של נקודת האיזון בבתי הדין הרבניים בישראל לעת הזאת בין ערך זה ובין הערך המתנגש, המושתת על ייחוס חשיבות לעקרון חקר האמת העובדתית, גם כאשר השגת הראיות נעשית בדרך הפוגעת באופן ממשי בצנעת הפרט – צריכה עיון.

(1) הימנעות מגרימת צער, בושה והלבנת פנים לזולת

במקורות המשפט העברי מייחסים חשיבות יתירה לשמירה על שמו הטוב של אדם. כך בספר משלי נמתחת ביקורת על החושף סודו של האחר: "הולך רכיל מגלה סוד ונאמן

אחרים בכתבי כמה רבנים בארצות הברית: Norman Lamm, *The Fourth Amendment and Emanuel ;it's equivalent in the Halachah*, 16 Judaism, number 3,300-312 (1967) Alfred S. Cohen, ;Rackman, *Privacy in Judaism*, 28 MIDSTREAM, 31-34 (1982) *Privacy: A Jewish Perspective*, 1(1) J. OF HALACHAH AND CONTEMPORARY SOCIETY (1981) 53-102; עמנואל רקמן "זכות הפרטיות וכפיה דתית ביהדות" **זכויות האדם ביהדות** 261-255 (התשנ"ב)..

294 ראו נחום רקובר **גדול כבוד הבריות: כבוד האדם כערך-על** (התשנ"ח) (להלן: **רקובר גדול כבוד הבריות**); נחום רקובר **ההגנה על צנעת הפרט** 269-297 (התשס"ו). ראו גם עמדת השופט אלון בד"נ 9/83 **בית הדין הצבאי לערעורים נ' ועקנין**, פ"ד מב(3) 837, 859-863 (1988); ובספרו מנחם אלון **כבוד האדם וחירותו בדרכי הוצאה לפועל** (התש"ס), שם דן מנחם אלון במשקל הממשי של כבוד האדם וחירותו בהתנגשות בין ערכים מתנגשים בסוגיות כגון כפיית החייב לעשות מלאכה לשם תשלום החוב או מאסר על חוב. על כבוד החייב בהליכי הוצאה לפועל ראו רקובר **גדול כבוד הבריות**, שם, בעמ' 139-141.

רוח מכסה דבר";²⁹⁵ ובמשנה נקבע, כי "כתר שם טוב" חשוב יותר מ"כתר תורה", מ"כתר כהונה" ומ"כתר מלכות".²⁹⁶ בספרות חז"ל בא לידי ביטוי גם בדרכים נוספות העיקרון שלפיו אין לחשוף את קלונו של האחר: "יהי כבוד חברך חביב עליך כשלך";²⁹⁷ "דעלך סני – לחברך לא תעביד (=ששנוא עליך אל תעשה לחברך);"²⁹⁸ "המתכבד בקלון חברו אין לו חלק לעולם הבא".²⁹⁹ במשנה נקבע, כי "המלבין פני חברו ברבים אין לו חלק לעולם הבא".³⁰⁰ חז"ל אף הרחיקו לכת וכתבו: "נוח לו לאדם שיפיל עצמו לתוך כבשן האש ואל ילבין פני חברו ברבים".³⁰¹ על כן ישנם שפסקו, כי אף כאשר

²⁹⁵ משלי יא, יג. ראו גם בן סירא ה, יד: "כבוד וקלון ביד הלשון". אף אמירת דברי גנאי שהם אמת אסורה וזה הוא איסור לשון הרע. אמנם, רכילות או לשון הרע "לתועלת" מותרים, אך היתר זה מוגבל מאוד וסויג בסייגים רבים. על המדיניות ההלכתית בתחום זה ראו נחום רקובר "על לשון הרע ועל ענישה עליה במשפט העברי" סיני נא, קצו (התשכ"ב); עזריאל אריאל "לשון הרע במערכת ציבורית דמוקרטית (ב) "צהר ו, 41 (תשס"א); משה דוד מכבי לוונטהל "בדין רכילות לתועלת" מלילות ב, 423 (שמואל לרמן עורך, תשס"א). ראו גם Lamm, *The Fourth Amendment* לעיל ה"ש, 305, 295, *Thou Shalt not Go About As A Jew: Jewish Law And The Private Facts Tort*, 24 *Jewish Law And The Private Facts Tort*, 24 *CARDOZO ARTS & ENT. L.J.* 811, 820–837 (2006).

²⁹⁶ ראו משנה אבות ד, יג. אבות ב, יב. בדרך ארץ זוטא ב, ט, נוסח הכלל הוא כדלהלן: "יהי כבוד חברך חביב עליך כשלך; והוי מיקר את כל האדם".

²⁹⁷ משנה אבות ב, יב. בדרך ארץ זוטא ב, ט, נוסח הכלל הוא כדלהלן: "יהי כבוד חברך חביב עליך כשלך; והוי מיקר את כל האדם".

²⁹⁸ בבלי שבת לא, ע"א. בסוגיה שם מבואר, שזו היתה מדיניותו של הלל, אשר בניגוד לגישה המחמירה והמרחיקה של שמאי הסכים לגייר גר שביקש ללמוד את כל התורה כולה על רגל אחת. הוא לימד אותו את הכלל, שלפיו מה ששנוא עליך אל תעשה לחברך ואמר לו שזה נדבך בסיסי בתורה ובהמשך עליו ללמוד עוד את יסודות התורה ולהכיר נדבכים נוספים בה. בסוגיה תלמודית אחרת מבואר, שבדרך כלל נפסקה הלכה כבית הלל ולא כבית שמאי, מפני שמדיניותם ההלכתית מבטאת גישה נוחה יותר כלפי הבריות. ראו בבלי עירובין יג, ע"ב: "מפני מה זכו בית הלל לקבוע הלכה כמותן? מפני שנוחין ועלובין היו". בפירוש רש"י, שם, מבואר ש"עלובין" הם "סבלנין".

²⁹⁹ ירושלמי חגיגה ב, א.

³⁰⁰ ראו משנה אבות ג, יא; בבלי, סנהדרין צט, ע"א. ראו גם בבלי, בבא מציעא נט, ע"א; סנהדרין קז, ע"א; משנה תורה דעות, ו, ח; שם, תשובה, ג, יד; שולחן ערוך חושן משפט, תכ, לט. בגלל הבושה – "ראזיל סומקא ואתי חיורא (=הלך הסומק ובה החיורון)" – בבלי, בבא מציעא נח, ע"ב.

³⁰¹ בבלי, ברכות מג, ע"ב; כתובות סז, ע"ב; סוטה י, ע"ב; בבא מציעא נט, ע"א. ראו בלידשטיין "כבוד הבריות", לעיל ה"ש 37, בעמ' 106, שלפי הסוגיות הללו והסוגיה בתלמוד בבלי כתובות טז, ע"ב – יז, ע"א, השקפת עולם זו בנוגע לחומרת המעשה של הלכנת פנים מקשרת לעיקרון שמתפללים את תפילת העמידה בלחש "כדי שלא לבייש עוברי עבירה", ולגישתם של בית הלל – אשר בניגוד לבית שמאי שנקטו גישה המחמירה, שיש לרקד ולשיר בפני הכלה ולומר שהיא "כמות שהיא" – סברו, כי המרקדים בפניה חפצים לשמחה ולא לביישה בפומבי ביום חתונתה

אדם יכול להציל את עצמו ממיתה על ידי פעולה הגורמת לבושה לאחרים בפני רבים, חייב למות ולא לבייש אחרים.³⁰² מנגד, הנזהר בכבוד חברו זוכה לחיי העולם הבא.³⁰³ העיקרון שיש להימנע ככל האפשר מביזוי ומגרימת בושת לאחרים נזכר גם במקורות נוספים. התלמוד הירושלמי אוסר על אדם לנהוג בדרך שתגרום לביזוי אחרים: "דלא יבזה חורנין (=שלא יבזה אחרים)".³⁰⁴ מטילים עונש מלקות על הקורא לחברו בכינויי גנאי.³⁰⁵ חומרת המעשה נבחנת "לפי המבייש והמתבייש" או "לפי כבודו" של המתבייש.³⁰⁶ ככל שהמתבייש הוא אדם נכבד יותר והמבייש אדם פחות נכבד, יש להחמיר יותר בענישה. כמו כן "אין אדם רוצה שתתבזה אשתו בבית דין".³⁰⁷ אדם חייב בתשלומי בושת כשהתכוון לבייש, אך לא כשעשה מעשה שהיה צריך לעשותו לגופו של עניין לפי הנסיבות, כגון קבילה נגד חברו שהלשין עליו או גנב ממנו, והתולדה של מעשה זה היא גרימת בושת.³⁰⁸

בחלק מן המקרים ההנמקה ההלכתית בנוגע למניעת צער, בושה או הלבנת פנים לזולת היא הצורך בהימנעות מפגיעה ב"כבוד הבריות". כך, למשל, בגין חשיבות "כבוד הבריות" מנע הרב משה איסרליש ניסיון להקצות מקום נפרד בבית הכנסת למי שבגלל מחלתו "תמיד מטפסף ממנו מי רגלים"; והמלומד בלידשטיין ציין בהקשר זה, כי "לא דרוש דמיון רב להבין את מצבו החברתי העדין של הסובל מ'חולי האבן' ואת ההשפעה הנפשית של בידודו בבית הכנסת לעין כל".³⁰⁹ בדורות האחרונים הרב

ולכן צריכים לשיר בפני כל כלה וכלה "כלה נאה וחסודה". לדעתו, גישת בית הלל נובעת משיקולי כבוד האדם.

³⁰² ראו שו"ת בנין ציון קעב. השו"ת דעת כהן, פד.

³⁰³ ראו בבלי ברכות כח, ע"ב.

³⁰⁴ ירושלמי ברכות ב, ט. הרב אישון טען, כי לפי פרשנות רבינו יונה בשערי תשובה, הלבנת פנים כמוה כרציחה לכל דבר ועניין, וכשם שברציחה קיים דין "ייהרג ואל יעבור", כך גם בהלבנת פנים קיים דין זה. ראו שלמה אישון "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, לאור ההלכה" תחומין טז, 313, 330–331 (התשנ"ו).

³⁰⁵ ראו בבלי קידושין כח, ע"א.

³⁰⁶ ראו משנה כתובות ג, ז: "איזהו בושת? הכל לפי המבייש והמתבייש". ראו גם פרוש חנוך אלבק למשנה כתובות ג, ז, ד"ה הכל לפי המבייש (התשי"ט): "שאדם קל המבייש בושתו מרובה מן הבושת שאדם חשוב מבייש"; ופירושו, שם, ד"ה והמתבייש: "שאדם חשוב המתבייש בושתו מרובה". במשנה בבא קמא ח, ו, נזכר העיקרון "הכל לפי כבודו", דהיינו: סכום התשלום עבור גרימת בושת גבוה יותר כשביישו אדם חשוב ומכובד, ונמוך יותר כשביישו אדם פחות מכובד. בטור חושן משפט, תכ, מבואר: "בושת-הכל לפי המבייש והמתבייש, שיותר הוא בושת המבוש מהמזולזל ממי שמבוש מן המכובד, וגם המתבייש, לפי מה שכבודו גדול בושתו מרובה".

³⁰⁷ בבלי כתובות צז, ע"ב.

³⁰⁸ ראו הגהת הרמ"א חושן משפט תכא, א; זלמן נחמיה גולדברג "הוצאת דיבה שיש בעצם התביעה בבית-דין" תחומין כ 31 (התש"ס).

³⁰⁹ בלידשטיין, לעיל ה"ש 37, בעמ' 123. ראו גם המקורות שם, בה"ש 92.

אליעזר יהודה ולדנברג התיר שימוש במכשיר שמיעה חשמלי בשבת והנמקתו היתה, כי "אין לך כבוד הבריות גדול מזה כמניעת בושח ובזיון מהחרש מאי-שמעו לקול המדברים אליו... ולא יכול להשיב למה ששואלים אותו".³¹⁰ לעתים "כבוד הבריות" הוא שיקול מנחה בפעולת בית דין, שצריך להימנע ככל האפשר מצער ומבושת למתדיינים בו שלא לצורך. כך עולה מהנמקת הרמב"ם הנזכרת לעיל.³¹¹ כך משמע בעקיפין גם מתשובת הרב ישראל איסרליין, ששלל מכול וכול שימוש בנשק הנידוי על ידי תלמיד חכם או דיין שלא לשם שמים, כגון שחפץ לקבל שכר בגין התרת הנדר או משתמש בנדר כאמצעי של נקמה כנגד שונא שלו.³¹² לאור פסק הרמב"ם קבע הרב יצחק בן ששת, מחכמי ספרד וצפון-אפריקה במאה הי"ד: "אמנם ראוי לדיין שיהיו כל מעשיו לשם שמים, ובמתון, בעצת גדולי הקהל, ושלא יהיה כבוד הבריות קל בעיניו ושלא יבא לכלל כעס. ומה במקום שאפשר שיצא מחלוקת מתוך דינו בתוך הקהל, אם רבים מחזיקין ידי הנדון. כי לעולם ראוי שתהיה שמאל דוחה וימין מקרבת, לא לדחות בשתי ידיים האבן אחר הנופל".³¹³ על כן פסל ענישה שאינה תקינה, החורגת מגבולות הסביר. לדעתו, די היה בהטלת קנס בשיעור סביר של "עשרים או של[ו]שים פרחים, לא בסך הגדול והנורא ההוא, אשר כל שומעו תצילנה אזניו, כי התורה חסה על ממונם של ישראל".

(2) היזק ראייה

לאור דפוסי הפעולה המקובלים של חוקרים פרטיים או של גורמי חקירה אחרים האוספים ראיות עבור דיון בבית הדין הרבני לעתים קיימים חשש שמא הראיות שנעשה בהן שימוש בדיון בבית הדין הושגו בדרך מזיקה, הגורמת "היזק ראייה" לנחקרים. המשפט העברי מגן על פרטיותו של אדם באמצעות קביעת כללים המקנים לו זכות משפטית שלא תיפגע פרטיותו על ידי אחרים המשקיפים עליו ממקום המצוי מחוץ לרשותו. כללים אלו מושתתים על העיקרון של מניעת "היזק ראייה", האסור גם כאשר המזיק לאחר צופה ומביט מה הן פעולותיו מרשות היחיד שלו. התרופות האפשרויות לאדם הניזוק מפעולה זו של היזק ראייה הן תביעה למתן צו מניעה האוסר על רעהו לעמוד ברשותו ולצפות בו, ואף דרישה להשבת המצב לקדמותו, כגון סגירת חלון

³¹⁰ שו"ת ציץ אליעזר ו, סימן ו, אות ג. ראו גם על תקנות שמטרתן היא למנוע בושח של מי שאין לו רקובר גדול כבוד הבריות לעיל ה"ש 294, בעמ' 145–150. על מניעת בזיון אדם ראו שם, בעמ' 78–80.

³¹¹ ראו לעיל סמוך לה"ש 51.

³¹² ראו שו"ת תרומת הרשן סימן רעד.

³¹³ שו"ת הריב"ש קעא.

שפתח שכנו המאפשר תצפית לביתו שתמנע פגיעה נוספת בגין "היזק ראייה".³¹⁴

(3) גילוי סוד

בתלמוד הבבלי נאסר גילוי סודו של אדם אחר. כאשר נאמר דבר לאדם, וטיב הדברים ששמע או הנסיבות מלמדים שהדובר עמו אינו מעוניין כי הדברים שאמר יתגלו ברבים, אסור לו לספר מה ששמע כאשר לא התיר לו הדובר עמו לספר לאחרים את הדברים ששמע.³¹⁵

קיימים חריגים לכלל האוסר גילוי סודו של אדם בנסיבות הנזכרות לעיל. חלקם נזכרים במקורות כגון התלמוד הבבלי, וחלקם מבטאים דעת חכמי הלכה מסוימים, אך אינם בהכרח תקדים ממשי ומחייב מפני שאינם נזכרים בקודיפיקציות המקובלות של המשפט העברי. אחד מן החריגים הידועים לכלל בנוגע לגילוי סודו של הזולת נזכר בתלמוד הבבלי וקובע, שמותרת האזנה לשיחה בסתר בלא ידיעת האדם שמאזינים לשיחתו, כאשר זו שיחת המסית בני אדם לעבוד עבודה זרה, אשר ההלכה חפצה לפעול נגדו בכל האמצעים האפשריים כיוון שהתנהגותו חמורה במיוחד.³¹⁶ עם זאת, רק במקרה חמור מעין זה התירו לנהוג כך, ועבירה זו אינה קיימת בישראל ואינה נידונה בבית דין רבני בה.

(ב) האיזון הראוי – ראיות נסיבתיות ולא עדות שהיא פגיעה ממשית בפרטיות

כאמור לעיל, על בית הדין הרבני חלים עקרונות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ובכללם עקרון המידתיות, כשעליהם נוסף המשפט העברי, המייחס חשיבות יתירה להגנה על הפרטיות. על כן נראה, לדעתנו, כי ראוי ורצוי שבית הדין הרבני ימנע ככל האפשר מקיום דיונים המושגתים על ראיות החושפות פעילות אינטימית של בני אדם בחדרי חדרים. רצוננו להציע, שיחול בבית הדין הרבני איזון אחר מזה הנוהג כעת בין עקרון ההגנה על הפרטיות לחקר האמת, כשנידון האיסור החמור של יחסי אישות

³¹⁴ ראו גדעון קלוגמן "על 'היזק הראיה' עיוני משפט ה' 425, 432–433 (התשל"ו). בנוגע למאפני "היזק ראייה" במשפט העברי ראו גם בבלי בבא בתרא ב, ע"ב; יועזר אריאל **תורת המשפט** 161 – 170 (התשנ"ז); גדעון פרל "חובת הרשויות למנוע היזק ראייה" **תחומין** יט, 55 (התשנ"ט); יעקב ישראל קנייבסקי "היזק ראייה" **צהר** טו, שעח, שעט-שפ (התשס"ה). לגבי עקרונות המשפט העברי בנוגע להגנה על הפרטיות, בין השאר בנוגע להיזק ראייה, ראו ד"ר 9/83 **בית הדין הצבאי לערעורים נ' ועקנין**, פ"ד מב(3) 837, 860–863 (1988).

³¹⁵ ראו בבלי יומא ד, ע"ב. מכוח עיקרון זה במשפט העברי אסור למעביד לבצע "פעולות ריגול" כדי לחשוף מידע פרטי בנוגע לעובדיו. ראו 7 *Elliot N. Dorff, Judaism, Business And Privacy*, BUSINESS ETHICS QUARTERLY, Issue 2, 31–44 (1997).

³¹⁶ ראו בבלי סנהדרין סז, ע"א.

אסורים. כרקע להצעה זו בנוגע לאיזון אחר בבית הדין הרבני יש להקדים ולבחון את הנפקויות ההלכתיות של ממצאים על מעשים אינטימיים של בעלי דין, המוגשים כראיות בבית הדין.

אנו מציעים, כי ייעשה שימוש בראיות שהנפקות המשפטית שלהם פחות "טובה" מנקודת המבט של בעל הדין העושה בהן שימוש, אך יש בהן מענה מספיק לצורכי בן זוג נבגד. כל זאת כדי למנוע את הנזק הנגרם מדפוס הפעולה של החוקרים במציאות בה בפועל בית הדין הרבני מתיר להם השגת ראיות "טובות" יותר, שמעצם טיבן וטבען יש בהן פגיעה קשה בצנעת הפרט.

המשפט העברי מבחין בין פעולה אסורה של יחסי אישות של האישה עם גבר שאינו בעלה ובין פעולה אסורה של יחסי אישות של הגבר עם אישה שאינו נשוי לה. הוא נוקט מדיניות מחמירה יותר לגבי פעולה אסורה זו של האישה מפני שהיא אחד מאיסורי עריות האסורים בתורה.³¹⁷ ברוב המקרים הנידונים בפסיקה נידונים יחסי אישות אסורים של האישה, והגבר הוא בעל הדין הממציא ראיות אשר באמצעותן יוכל לשלול ממנה זכויות משפטיות, כגון זכותה לקבל מזונות. התמריץ לגבר להשתמש בראיות בנוגע לפעילות אסורה של בת זוגו גדול מן התמריץ של האישה הנבגדת, כיוון שהאישה נפגעת יותר כשהוכח כי קיימה יחסי אישות עם גבר שאינו בעלה. על כן מוקד הדיון צריך להיות המדיניות של בתי הדין הרבניים בנוגע להוכחת יחסי אישות אסורים של האישה.

בנוגע ליחסי אישות אסורים של האישה יש להבחין בין שתי דרגות של חומרה, שבכל אחת מהן הראיות למעשה האיסור שונות. המשפט העברי מבחין בהקשר זה בין שני סוגים שונים של ראיות: סוג אחד הוא, כששני עדים כשרים העידו כי ראו שאישה נשואה "זנתה", דהיינו: היה לה קשר אינטימי אסור עם גבר שאינו בעלה. המעשה הוא מעשה "טומאה", ואלו עדי "טומאה". עדות זו עניינה מעשה המתבצע במקרים רבים בחדרי חדרים, וההוכחה שנעשה מעשה זה כרוכה מעצם טיבה וטבעה בחדירה בוטה לצנעת הפרט של אחרים. נוסף על הפגיעה הקשה בפרטיות לעדות זו ישנן השלכות קשות אחרות, כגון הדין שהאישה אסורה לאחר הוכחת מעשה זה לא רק "לבעול", אלא גם "לבעול".³¹⁸ פירוק קשר הנישואין לאחר הוכחת מעשה "טומאה" משמעותו טלטלה וזעזוע בחיי בני הזוג וילדיהם, שהיקפם רחב יותר מן הטלטלה והזעזוע שהם פועל יוצא של פירוק קשר הנישואין לאחר הוכחת מעשה "כיעור", אשר מאפייניו יידונו להלן.³¹⁹

³¹⁷ ראו רות הלפרין "בגידת הבעל כעילה לכפיית גט" מחקרי משפט ז 297 (התשמ"ט).

³¹⁸ ראו משנה תורה סוטה, ב, יב.

³¹⁹ השוו התוצאות המשפטיות לאחר הוכחת מעשה "טומאה" לתוצאות המשפטיות לאחר הוכחת מעשה "כיעור" המפורטות בספרו של שרשבסקי, לעיל ה"ש 74, בעמ' 317–325.

סוג שני של ראיות בנוגע לניאוף של אישה הוא ראיות בנוגע למעשה "כיעור". הוכחת מעשה "כיעור" כרוכה מעצם טיבה וטבעה בחדירה פחות ממשית לצנעת הפרט. אף כאשר העדים לא ראו באופן ישיר שהאישה עשתה מעשה אסור עם בועלה, הנעשה בדרך כלל בחדרי חדרים, אפשר להוכיח בעקיפין שהיא עשתה מעשה "כיעור", דהיינו: מעשה שלדעת בית הדין הוא מכוער. העדות של עדי "כיעור" היא בנוגע לנסיבות שמהן עולה בברור, כי האישה עשתה מעשה חמור ביותר מנקודת המבט של חכמי ההלכה: קיום יחסי אישות אסורים בינה לגבר שאינו בעלה. במקורות ההלכתיים השונים שבהם מתואר מעשה "כיעור" נזכרות ראיות נסיבתיות אשר מהן עולה, כי קיימת סבירות גבוהה שנעשה מעשה ניאוף אסור.³²⁰ ראיות נסיבתיות שמהן עולה בוודאות רבה כי נעשה מעשה של יחסי אישות אסורים בין אישה נשואה וגבר שאינו בעלה הן התשתית לקביעת בית הדין שנעשה מעשה "כיעור".

כאשר הבעל בוגד, האישה יכולה להוכיח כי יש לה עילת גירושין כנגדו.³²¹ אולם אין תועלת לאישה אם הוכח כי המעשה שעשה בעלה היה מה שקרוי בנוגע ליחסי אישות אסורים של אישה "מעשה טומאה" ולא "מעשה כיעור". יתר על כן: בעבר נמנעו בתי הדין הרבניים בישראל מלפסוק ש"כופין" לגרש כשהבעל בגד.³²² נוסף על כך, בנוגע לכגידת הבעל דרשו התנהגות מתמשכת שהבעל אינו מוכן לחדול ממנה.³²³ אולם כאשר אין מדובר במעידה חד-פעמית של הבעל, אלא במצב מתמשך של בעל החי עם נשים אחרות או עם אישה אחרת דרך קבע, יש להשתמש בכלים ובמקורות הלכתיים המאפשרים כפיית גט על בעל שזו התנהגותו, אף שדרגת פסק הדין של גירושין אינה "כופין" לגרש.³²⁴ כמו כן רות הלפרין-קדרי הצביעה על קווי דמיון מסוימים בין עילת הגירושין כנגד בעל בגין יחסי אישות שלו עם אישה שאינו נשוי לה לבין עילת הגירושין של גבר העובר על דת יהודית, בין היתר בנוגע לדרישת ההתראה,³²⁵ והאישה יכולה להיעזר בהקשר זה בפסיקת כמה מפוסקי ההלכה בדורות האחרונים, שסברו כי אפשר להוכיח שאישה עוברת על דת יהודית באמצעות תוכן מכתבים שכתבה המעידים על פרשית אהבים עם אחר,³²⁶ או פרסום תמונה לא צנועה שלה בעיתון.³²⁷ יש רגליים לסברה שלדעת חלק מפוסקי ההלכה החשובים, ראיות

³²⁰ ראו בבלי יבמות כד, ע"ב; ירושלמי כתובות ז, ו; שולחן ערוך אבן העזר, יא, א.

³²¹ בנוגע למאפייני עילה זו ראו הלפרין "בגידת הבעל", לעיל ה"ש 317, בעמ' 300–313.

³²² ראו שוחטמן "מחלת האיידס כעילה לגירושין", לעיל ה"ש 77, בעמ' 42; אליאב שוחטמן "בגידה וחיים עם ידועה בציבור – עילה לכפיית גט?" **משפחה במשפט** א 259, 262 (התשס"ט).

³²³ ראו שוחטמן "בגידה", שם, בעמ' 283.

³²⁴ ראו שוחטמן "בגידה", שם, בעמ' 262.

³²⁵ ראו הלפרין, לעיל ה"ש 319, בעמ' 322 ה"ש 160.

³²⁶ ראו שו"ת **משפטי עוזיאל** ב, אבן העזר, סימן סה.

³²⁷ ראו שו"ת **שרידי אש** ג, לב.

נסיבתיות חד-משמעיות המעידות בבירור שהתקיימו יחסי אישות אסורים בין גבר נשוי ואישה שאינו נשוי לה יכולות להיות בסיס לקביעתו של בית הדין כי הבעל בוגד באשתו.³²⁸ מנקודת מבט זו אף לגבי הגבר שנחשד כי סרח אין צורך בפעולות של תיעוד וצילום הנעשות בחדרי הדרים לצורך הוכחת העילה.

הצד לסכסוך גירושין העלול להיפגע יותר מהוכחת מעשה ניאוף באמצעות ראיות שהושגו בדרך של פגיעה בוטה בצנעת הפרט הוא האישה, שבעלה חפץ ליהנות מן היתרונות של הוכחת "מעשה טומאה". ישנם המדגישים היבט מגדרי זה ומציינים, שפגיעתה הרעה של פעילות פולשנית של בלשים פרטיים מכוונת בראש ובראשונה כנגד נשים.³²⁹ התוצאות המשפטיות של "מעשה טומאה" שלהן קשות וחמורות ובראש ובראשונה הן אלו שעלולות להיות קורבן לסחיטה ולהסכים לתנאים מקפחים בהסכם הגירושין. קיים תמריץ בדין הקיים לפגוע בראש ובראשונה בכבודה של האישה, בצנעת הפרט ש/לה ובטובת צאצאיה, העלולים להיחשב בעל כורחם ושלא בטובתם כממזרים.³³⁰

לדעתנו, יש להחיל את העיקרון שאסורה פגיעה בוטה במידה העולה על הנדרש בפרטיותו ובכבודו של האדם בנוגע לניאוף האישה ולבגידת הגבר. רצוי שבית הדין הרבני בישראל, הקובע איזון ראוי בתחום זה, יחתור לאיזון ראוי, שימנע פגיעה בפרטיות ובכבוד במידה העולה על הנדרש. מגמה זו תקדם גם יישום ערכים חשובים במשפט העברי בדיון בבית הדין הרבני. ראוי שבית הדין הרבני יתווה מדיניות ברורה המתירה את הוכחת ניאוף האישה או בגידת הבעל באמצעות ראיות נסיבתיות בלבד וכל ראייה ישירה, כגון צילום בני הזוג בחדרי הדרים וכדומה, הפוגעת בצנעת הפרט במידה העולה על הנדרש בצנעת הפרט, תיפסל בבית הדין. משמעות מדיניות זו בנוגע לאישה היא, שמותרת לגביה הוכחת "מעשה כיעור", ואילו הוכחת "מעשה טומאה" אסורה.

אמנם ייתכן, שלמדיניות משפטית זו מחיר מסוים. כך, למשל, רוב הדיינים בפסק דין של בית הדין הרבני הגדול הדגישו, שהאישה "אסורה לבעל ולבעל" רק כשהיו עדי "טומאה" ולא כשהיו ראיות ל"מעשה כיעור" בלבד, אף כאשר קיים "קלא דלא פסיק" (=קול שאינו פוסק) שהיא בגדה בבעלה, כי אשה נאסרת ל"בעל" רק כאשר היו עדי טומאה או היו "קיני וסתירה".³³¹ כמו כן ישנם הסבורים, שכאשר אישה מתגרשת לאחר שנתקבלה עדות עדי "טומאה" או לאחר שנתקבלה עדות עדי "כיעור", היא

³²⁸ ראו גם הלפרין, לעיל ה"ש 317, בעמ' 322–324.

³²⁹ ראו זפרן, לעיל ה"ש 258, בעמ' 820–821.

³³⁰ ספר האגודה יבמות סה, ע"ב, סעיף עז. ראו גם הלפרין, לעיל ה"ש 317, בעמ' 323–324.

³³¹ ראו פסק דין הרב יוסף שלום אלישיב, שהוא דעת הרוב בערעור (גדול) תשל"א/149, פד"ר ח 354 (התשל"ב).

מאבדת את הכסף המובטח לה בכתובתה שמועד פירעונו הוא לאחר פירוק קשר הנישואין.³³² מנגד, קיימת במקרה זה גם דעה חולקת של הסבורים, כי האישה אינה זכאית לקבל את סכום הכסף שהובטח לה בכתובתה כאשר התשתית לפסק בית הדין היא עדות עדי "טומאה"; אולם כאשר הראיות הן רק בנוגע למעשה "כיעור", אין היא מאבדת את הכסף שהובטח לה בכתובתה.³³³ עם זאת, אף אם קיים מחיר מסוים למדיניות המוצעת כאן, יתרונותיה מנקודת המבט של המשפט העברי עולים במידה רבה על חסרונותיה. מנקודת מבט יהודית היא מתיישבת היטב עם העקרונות ההלכתיים בנוגע להגנה על הפרטיות ו"כבוד הבריות".

קיימת גם תועלת הנובעת ממדיניות זו לפי הכלל במשפט העברי "לפני עיוור לא תיתן מכשול". היא מבטלת את התמריץ הנוצר כיום, עקב מדיניות המאפשרת קבלת עדי "טומאה", לשכור חוקרים פרטיים כדי שיפגעו בעקרונות דיני הצניעות בהלכה. בית הדין הרבני צריך להישמר ולהיזהר מפני קביעת איזון בתחום זה שהוא בבחינת "לפני עיוור לא תיתן מכשול".³³⁴ היו שטענו, כי ההסכמה של בתי הדין הרבניים בישראל לקבוע ממצא ראייתי לפי ראיות שהושגו שלא כדין, אשר השגתן כרוכה לעתים בפגיעה ניכרת בצנעת הפרט, היא תמריץ לבעלי הדין בבית דין זה להשתמש באמצעי בילוש פולשניים אסורים, המתעדים פעולות אינטימיות של יחידים שנעשות בחדרי חדרים.³³⁵ הם אף הדגישו, שיש רגליים לסברה, שבפועל נעשה שימוש בראיות אלה כאמצעי סחטנות נגד בעלי דין, כאמור לעיל, ובעקיפין המדיניות הנוכחית של בית הדין הרבני עלולה לשמש תמריץ המעודד סחטנות זו.³³⁶ עמדת בית הדין הרבני,

³³² ראו **משנה תורה** אישות, כד, טו, ובכסף משנה, שם.

³³³ ראו **שו"ת הרשב"א** א, אלף קפז. **בשולחן ערוך**, אבן העזר, יא, ג: "כל מקום שאמרו תצא, תצא בלא כתובה". אך שם, סעיף א, בדיון על מעשה "כיעור" לא כתובה המילה "תצא", ונוסח הפסק הוא: "אם הוציאה בעלה בדבר מכוער". כשאישה הודתה כי עשתה מעשים שלפי ההגדרה בפסק הדין הם מעשי "כיעור", אך טענה כי הכיעור היה כזה שלא הגיע לדרגה של מעשה זנות, פסק בית הדין הרבני שהיא אינה מפסידה את כתובתה. ראו ערעור (גדול) תשל"א/149, פד"ר ח 354, 362 (התשל"ב). עם זאת, אם זו ההתנהגות שלה, אין זה מעשה "כיעור", אלא האישה "עוברת על דת יהודית".

³³⁴ **ויקרא** יט, יד.

³³⁵ ראו זפרן, לעיל ה"ש 258, בעמ' 843. ראו גם שם, בעמ' 818. התמריץ להשתמש באמצעי בילוש פולשניים אלה הוא גם כלכלי. בין השאר הבעל פטור מן החובה לשלם לאישה את מזונותיה בשל הניאוף. ראו שרשבסקי, לעיל ה"ש 74, 319–324. ראו בעניין זה זפרן, לעיל ה"ש 258, בעמ' 820.

³³⁶ שם, בעמ' 816. ראו גם גבאי, לעיל ה"ש 245, בעמ' 579. ראו גם שם, בעמ' 552, בנוגע לשימוש באמצעים פסולים שבאמצעותם אפשר להביא ראיות כנגד בן זוג או בת זוג בסכסוך גירושין. אמנם, בן הזוג או בת זוג החפץ/צה להגן על עצמו/ה מפני פעילות מבזה של בלשים, שבתוצאותיה יעשה שימוש לצורכי סחטנות, יכול להשתמש בהוראות החוק למניעת הטרדה

המייחסת משקל נמוך להגנת הפרטיות באיזון שבינה ובין חקר האמת העובדתית, עלולה לשמש תמריץ לחוקרים פרטיים או בעלי דין – העלולים להפיק תועלת בבית דין רבני מפעולות שהחוק ופסיקת בתי המשפט האזרחיים קובעים שהן אסורות – לנהוג בדרך משפילה ומבזה במכוון, כפי שהיה במקרה המתואר בפסק דין **גלעם**.³³⁷ כמו כן קיים חשש, לפי נסיון העבר, שתהיה חדירה לרשות הפרט או יפלושו לסוד שיחו של אדם, כשחוקרים ינסו להשיג ראיות על מעשים הנעשים בחדרי חדרים.³³⁸ מנקודת המבט של המשפט העברי, נוסף על פריצה וגניבה, קיים חשש שמא כשחוקרים נהגו כך הם עברו גם על איסורים נוספים, כגון היזק ראייה, גילוי סוד ולשון הרע. לא תמיד צומחת תועלת מפעילות זו כי לעתים החשד הוא חשד שוא. כמו כן המדיניות החדשה תבטל את הצורך של הדיינים לבחון ראיות אינטימיות שיש בעיה לצפות בהן לפי דיני הצניעות.

ה. סיכום

במאמר זה דנו בתחולת עקרונות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, בבית הדין הרבני. לאור תחולה זו הדגשנו, שבית הדין הרבני צריך לאזן באופן הולם בין ערכים שונים ומתנגשים במשפט העברי ובין זכויות אדם מתנגשות. התמקדנו באיזון הראוי בדיון בבית הדין הרבני בנוגע ליחסים בין בני הזוג בענייני גירושין תוך שימת דגש על שני תחומים: המדיניות הרצויה בנוגע להפעלת אמצעי כפייה ואילוץ נגד סרבן גט, והמצאת ראיות לבית הדין הרבני כשקיים חשש כי השגתן היתה כרוכה בפגיעה בצנעת הפרט ובכבודו. הדגשנו, שאיזון זה נחוץ הן מכוח תחולת עקרונות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, בבית הדין הרבני, הן מנקודת המבט של המשפט העברי,

מאיימת, התשס"ב–2001, ס"ח 1809. ס' 2(ב)1 לחוק זה אוסר, בין השאר "בילוש, מארב, או התחקות אחר תנועותיו או מעשיו" של אדם. ס' 4 לחוק זה מאפשר למי שסובל מהטרדה מאיימת זו לבקש שתימנע פעילות זו באמצעות "צו מניעת הטרדה מאיימת". ס' 5(א)3 לחוק קובע, כי המוטריד מפעילות בלשים יכול לבקש מבית המשפט שיינתן צו האוסר עליהם "לבלוש אחר הנפגע, לארוב לו, להתחקות אחר תנועותיו או מעשיו, או לפגוע בפרטיותו בכל דרך אחרת". בנסיבות מסוימות ס' 3(1) לחוק מאפשר פנייה גם לבית הדין הרבני כדי שהוא ימנע פעילות מטרידה של בילוש או מעקב. עם זאת, הוראות חוק זה מאפשרות לבעל או לאישה למנוע את ההטרדה לכתחילה. אם הושגו ראיות שלא כדין, אין תועלת בשימוש בהוראות חוק זה כדי למנוע איסוף ראיות שיעשה בו שימוש לצורכי סחטנות. אפשר לסחוט את בן הזוג או בת הזוג באמצעות הראיות הקיימות, שהן פועל יוצא של בילוש או עיקוב בעבר.

³³⁷ על שימוש בראיות שהושגו שלא כדין למטרות סחיטה ראו לעיל ה"ש 257.

³³⁸ ראו זפרן, לעיל ה"ש 258, בעמ' 826–827, 862–865.

שעקרונותיו חלים בדיון בבית הדין הרבני, שאף הוא דוגל בשמירה על איזון ראוי בין ערכים מתנגשים.

מאבקו של בית הדין, במפורש או מכללא, בניסיון של בית המשפט העליון להחיל בו את עקרונות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ובפרט בניסיון של בית המשפט העליון ליישם בנוגע לדיונים בבית דין זה את האיזונים בין זכויות אדם מתנגשות הנובעים מתחולת חוק יסוד זה, אינו נחוץ אף מנקודת מבט יהודית ואף אינו משרת את צרכי של בית הדין. הגנת הפרטיות וכבוד הבריות אינם נטע זר במשפט העברי. יש לייחס להם חשיבות רבה בכל דיון ובכל איזון בין ערכים מתנגשים במשפט העברי בבית הדין הרבני. אין כל מניעה להשתמש בעקרונות אלו, במינון הראוי, כערכים הנשקלים באיזון הלכתי בינם ובין כללי הלכה אחרים.

יתר על כן: בית המשפט העליון הדגיש בפסיקתו, כי עקרונות חוקי היסוד החדשים חלים גם בדיון בבית הדין הרבני. על כן מוטלת על בית הדין הרבני, הפועל במערכת המשפט בישראל, המשימה לחתור לאחדות משפטית במידת האפשר ולנסות לפעול, ככפיפות למגבלות ההלכה, בדרך העולה בקנה אחד עם עקרונות חוקי היסוד הללו. חתירה לאיזון בין ערכים מתנגשים בהלכה בסוגיות שונות הנידונות בבית הדין הרבני, העולה בקנה אחד עם האיזון בין זכויות אדם מתנגשות לפי עקרון המידתיות, מקדמת מדיניות רצויה זו.

בעניין הפעלת סנקציות בגין סרבנות גט ובעניין קבילות ראיות שהושגו בדרך הפוגעת בצנעת הפרט ובכבודו עסקנו באיזונים שהם פועל יוצא של תחולת עקרונות המשפט הישראלי והעברי בבית הדין הרבני. העלינו, שבסוגיות הללו דומה האיזון הרצוי לאור עקרונות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ולאור עקרונות המשפט העברי, שאף בו קיים איזון בין ערכים מתנגשים בהקשר זה. כך, למשל, מנקודת המבט של המשפט העברי, כאשר בית הדין שוקל כפיית גט על סרבן גט, הוא צריך לפעול לאור איזון בין הכלל ההלכתי שיש להימנע ממתן גט שהוא "מעושה" שלא כדין או מקבלתו, מחד גיסא, ובין העיקרון שאישה החפצה להתגרש וטוענת "מאיס עליי", מאידך גיסא, יש לסייע לה במידת האפשר ודינה כדין "עגונה", שהקלו הקלות רבות לגביה כדי להתירה מכבלי עגינותה. על בית הדין הרבני בישראל מוטלת החובה המוסרית, ואף הדתית, למצוא את פתרון הביניים. יש להעניק לבעל או לאישה גט כשר, שאינו "מעושה" שלא כדין, אולם יש למצות כל אפשרות הלכתית שתאפשר התרת בעל או אישה מכבלי סרבנות הגט.

בתחום הגנת הפרטיות בית הדין נוקט לעת הזאת מדיניות המאפשרת פגיעה בוטה בפרטיות האדם, בכבודו ובאוטונומיה האישית שלו בגין קבלת ראיות שהושגו תוך פגיעה ניכרת בפרטיות. בתחום זה מדיניות בית הדין צריכה עיון, שכן מוטלת עליו החובה החוקית, המוסרית והדתית לאזן בין הרצון לאפשר כל פעולה החושפת את

האמת ובין שמירה על כבודם ופרטיותם של המתדיינים. לכן עדיף שבית הדין הרבני בישראל ינקוט דרך חדשה, שהיא פועל יוצא של איזון הולם יותר בין ערכים מתנגשים במשפט העברי. דרך חדשה זו תמנע עימות אפשרי בין בית הדין הרבני ובין בית המשפט העליון, שקבע את האיזון הראוי בתחום זה בפסק דינו של השופט ברק בפרשת פלונית. האיזון הראוי בבית הדין הרבני בין ערכים מתנגשים במשפט העברי יאפשר יתר אחידות נורמטיבית בערכאות השיפוט השונות במדינת ישראל, האזרחית והדתית כאחד, לאחר חקיקת חוקי היסוד החדשים.

איזון זה גם עולה בקנה אחד עם עקרונות העל של ההלכה, שבהם דן הרב עמנואל רקמן בסוגיית הגנת הפרטיות לאור ההלכה: "הדאגה לפרטיות בתחום יחסי האישות נבעה לא רק מהיחס לכבוד האדם, אלא נמצא בה אף מימד דתי. דווקא בתחום זה נדרשים בני הזוג לגלות אמון מתוך תחושת חובה כלפי הבורא וכלפי צווייו. אם בתחום זה לא ישרור אמון תאלצנה הרשויות להרים ידיים, שכן פיקוח תמידי הינו בלתי אפשרי... היהדות... דורשת מהיהודים לקיים את המצוות ללא כפייה וללא סייגים, מכיוון שמטרת המצוות היא שלמות אנושית: האדם המושלם פועל מתוך אמונה פנימית ולא בשל איומים מבחוץ... יש להצטער על שאין יורדים לעומקה של הכפייה הדתית ביהדות... אין העונש מיושם מעשית על העתידים לפעול רק כתוצאה מהכפייה ואפילו אז בניגוד להסכמתם... כפיית אנשים ללכת בדרך הישר הורסת את מטרת ההלכה-השגת שלמות מרצון".³³⁹

³³⁹ ראו רקמן, "זכות הפרטיות", לעיל ה"ש 293, בעמ' 257–262.