

דיני מזונות אישה בין בית הדין השרעי לבית המשפט לענייני משפחה: מהפכה שמרנית במחלצות ליברליות

מאת

ויג'דאן חליחל, * קארין כרמית יפת** ועידו שחר***

בשלהי שנת 2001 נפל דבר במערכת המשפט בישראל. תיקון מס' 5 לחוק בתי המשפט לענייני משפחה סדק את המונופול השיפוטי של בתי הדין השרעיים והנוצריים והקנה לערכאה האזרחית סמכות שיפוט מקבילה בענייני המעמד האישי של מוסלמים ונוצרים בישראל, למעט בענייני נישואין וגירושין. הרפורמה החקיקתית הובילה לשינוי סמכות השיפוט אך לשימור הדין הדתי המהותי החל על ענייני המעמד האישי, ויצרה הכלאה נורמטיבית שמכוחה שופטים אזרחיים מחויבים להחיל לראשונה דין דתי שאינו הדין היהודי. תיקון מס' 5 נועד, בין היתר, להיטיב עם נשים מוסלמיות ולהקנות להן זכות בחירה סטטוטורית בין הטריבונול השיפוטי הדתי, שנתפס כפטריארכלי ושמרני, לבין הטריבונול האזרחי, שנתפס כפרו-נשי וכסוכן מודרני של שוויון מגדרי.

חרף חשיבותו ההיסטורית של תיקון מס' 5 ואף שמלאו עשרים שנה לחקיקתו, עד היום טרם נערך מחקר שיטתי הבוחן את מלאכת ה"אזרח" של המשפט המוסלמי בבתי המשפט לענייני משפחה או את השפעותיו על מעמדן וזכויותיהן של הנשים שעליהן הוא חל. מאמר זה מבקש להשלים את גוף הידע החסר באמצעות עיון אינטגרטיבי משווה בפסיקת שני הטריבונולים השיפויטיים בחקר דיני מזונות אישה.

מסקנת המחקר היא כי ההישג הסטטוטורי ההיסטורי לא נשא עמו בשורה לנשים מוסלמיות, בוודאי לא בתחום של תביעות מזונות אישה: לעומת בתי הדין השרעיים, המגלים נטיות רפורמיסטיות ונוטים לקדם פרשנויות חדשות, פרו-נשיות ובעלות רגישות-מגדרית, בתי המשפט לענייני משפחה נוטים לפסוק באופנים הפוגעים בנשים מוסלמיות. נטייה זו נובעת משילוב של פרשנות פטריארכלית ושמרנית המגלמת גישה סטטית, אוריינטליסטית ואנדרוצנטרית למשפט המוסלמי מצד אחד, וגישה ליברלית-שוויונית המתעלמת מתנאי החיים של נשים מוסלמיות בישראל מצד אחר. ההשוואה השיטתית המוצעת בין הערכאה הדתית לאזרחית מאפשרת לקעקע את ההבנות האירופוצנטריות הבינאריות המקובלות בספרות המחקרית ומספקת שיעור מאלף ומפכח כאשר למנגנונים הסמויים מן העין שמכוחם פועל המשפט לשעתוק ולחזיון הסדר הפטריארכלי, כמו גם להדרתן ולהפלייתן של נשים המשתייכות למיעוטים דתיים ואתנו-לאומיים.

* ויג'דאן חליחל היא דוקטורנטית בפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה ושופטת בבית משפט השלום בתל-אביב.

** ד"ר קארין כרמית יפת היא מרצה בכירה בפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה, חברת האקדמיה הצעירה העולמית והאקדמיה הצעירה הישראלית למדעים.

*** ד"ר עידו שחר הוא מרצה בכיר במחלקה ללימודי המזרח התיכון והאסלאם באוניברסיטת חיפה. מחקר זה (מס' 607/17) נתמך על ידי הקרן הלאומית למדע. כמו כן המחקר נתמך על ידי חממת חיפה לחקר הדתות.

מבוא. א. המקור ההלכתי לחיוב איש במזונות אשתו כדין המוסלמי. ב. מזונות האישה המוסלמית בפסיקת בתי הדין השרעיים. 1. תנאי החיוב: כינון הזכאות למזונות אישה. 2. היקף החיוב: קביעת סכום המזונות. ג. **מזונות האישה המוסלמית בפסיקת בתי המשפט לענייני משפחה.** 1. התנאים לכינון הזכאות למזונות: אימוץ פרשנות פטריארכלית ושמרנית לדין המוסלמי. 2. היקף חיוב המזונות: אימוץ פרשנות ליברלית-שוויונית למשפט המוסלמי. ד. **סוף דבר: הישג שהסיג נשים לאחור.**

מבוא

עד לשלהי שנת 2001, ערב כניסתו לתוקף של תיקון מס' 5 לחוק בתי המשפט לענייני משפחה,¹ נהנו בתי הדין השרעיים מסמכות שיפוט ייחודית לדון בכל ענייני המעמד האישי של בני זוג מוסלמים. נשים מוסלמיות שחפצו להגיש תביעת מזונות אישה הוגבלו ל־'אמותיו של בית הדין הדתי ולהרכב שיפוטי כול־גברי.² רק עם קבלת התיקון לחוק, באיחור של יובל שנים לעומת אחיותיהן היהודיות, ניתנה האפשרות לנשים מוסלמיות, לצד נשים נוצריות, לבחור את הפורום השיפוטי שיסדיר את ההליכים הנלווים לפירוק קשר הנישואין.³ מעשה חקיקה מהפכני זה, שהעניק זכות בחירה סטטוטורית בין בית הדין הדתי לבית המשפט האזרחי בסוגיות של מזונות אישה וילדים, משמורת ילדים ואבהות,⁴ חולל הכלאה נורמטיבית שמכוחה חויבו לראשונה בתי המשפט בישראל להחיל דין דתי מוסלמי.⁵ תיקון מס' 5 היה פרי מאבק של קואליציית ארגוני נשים וארגוני זכויות אדם, אשר התאגדו ב"ועד הפעולה לשוויון בענייני אישות".⁶ הוועד שם לו למטרה "לפעול לקידום

1 חוק בית המשפט לענייני משפחה (תיקון מס' 5), התשס"ב–2001, ס"ח 16 (להלן: תיקון מס' 5 או התיקון). עם חקיקתו של התיקון ביום 5.11.2001 הוסף סעיף 3(ב) לחוק בית המשפט לענייני משפחה, התשנ"ה–1995, הקובע סמכות מקבילה של בית המשפט לענייני משפחה בנושאים הכלולים במושג "ענייני משפחה" ואשר בעבר הייתה לבתי הדין המוסלמים והנוצרים סמכות ייחודית בעניינם, למעט ב"ענייני נישואין וגירושין".

2 רק בשנת 2017 מונתה לראשונה אישה לקאדית. ראו Sarah Jacobs, *Opposition to Israel's First Qadiya*, 47 BRIT. J. MIDDLE EAST. STUD. 206, 206 (2020); Tanya Zion-Waldoks, Ronit Irshai & Bana Shoughry, *The First Female Qadi in Israel's Shari'a (Muslim) Courts: Nomos and Narrative*, 38 SHOFAR 229 (2020).

3 יצוין כי גם נשים דרוזיות נהנות מזכות בחירה באשר לפורום השיפוטי שידון בענייני המעמד האישי שאינם נישואין וגירושין. על תיקון מס' 5 ראו Karin Carmit Yefet, *Israeli Family Law as a Civil-Religious Hybrid: A Cautionary Tale of Fatal Attraction*, 2016 U. ILL. L. REV. 1505, 1529.

4 ס' 3(ב) לחוק בית המשפט לענייני משפחה.

5 גם בית הדין השרעי וגם בית המשפט לענייני משפחה אמורים לפסוק, בענייני מעמד אישי הנוגעים לבעלי דין מוסלמים, לפי הדין הדתי המוסלמי, מכוח סימן 47 לדבר המלך במועצה על ארץ-ישראל, 1947–1922, חא"י ג 2738. כן ראו בג"ץ 9347/99 **חמוזה נ' בית-הדין השרעי לערעורים בירושלים**, פ"ד נה(2) 592 (2001). באשר לסוגיית המזונות, חיוב אדם במזונות בן זוגו נקבע לפי הוראות הדין האישי אשר חל עליו, מכוח הוראות סעיף 2(א) לחוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות), התשי"ט–1959, ס"ח 72 (להלן: החוק לתיקון דיני המשפחה).

6 הקואליציה כללה ארגונים כדוגמת "עמותת נשים נגד אלימות", "האגודה לזכויות האזרח בישראל", "מרכז אל-טפולה", "עמותת אל-סואר", "שדולת הנשים" ו"פְּאָאן – ארגון פמיניסטי". אימה של אחת

השוויון בין המינים בדיני משפחה וכן לקידום זכויותיהם של המתדיינים בפני בתי דין דתיים ובתי משפט לענייני משפחה בחברה הערבית, תוך שימוש בכלים משפטיים וחברתיים כאחד.⁷ ב-1995, זמן קצר לאחר שהכנסת אישרה את חוק בתי המשפט לענייני משפחה,⁸ יזם הוועד הצעה לתיקון החוק החדש, במטרה להקנות לנשים מוסלמיות ונוצריות את האפשרות לפנות לבתי המשפט האזרחיים בכל נושאי המעמד האישי לבד מנישואין וגירושין.⁹ הגם שעל פי ההצעה שתי הערכאות כאחת יחויבו ליישם את הדין הדתי ויהיו כפופות לאותו דין מהותי, ההיגיון הפנימי שהנחה את יוזמת החקיקה היה כי "שוויון מהותי ושלם בין גברים ונשים יכול להיות מושג רק בבתי משפט אזרחיים ולא בבתי

מכותבות המאמר, ע"ס גב' חכמיה חליחל ז"ל, הייתה אחת ממקימות הוועד ומיוזמות המאבק לתיקון החוק ולצמצום הסמכות הייחודית של בתי הדין השרעיים. חליחל עמדה על כך שהתיקון המוצע לא יפגע בדת האסלאם ובתחולת הדין הדתי המוסלמי כלשונו גם בבתי המשפט לענייני משפחה. כפי שהיא סברה, התיקון לחוק יפתח לפני הציבור הערבי, בעיקר הנשים, "דלת נוספת, בחירה, אלטרנטיבה לטיפול בנושאים חשובים שעד היום היו מונופול של בתי הדין הדתיים, ויישומו יקדם תהליכים דמוקרטיים בחברה הערבית. אפשר לקוות שגם אם בתי המשפט לענייני משפחה יצטרכו לדון בעניינים שונים לאור השריעה, במשך הזמן הם ייאלצו לגלות גישה מקצועית יותר, בעיקר בבואם לדון בעניינים הנוגעים להחזקת ילדים". ראו יוסף אלגזי "מעמד הקאדים מתערער אבל לאט" **הארץ** (15.9.2002) <https://bit.ly/3rVWjPN>. להרחבה ראו דבריה לפני ועדת הפנים בכנסת בפרוטוקול ישיבה מס' 52 של ועדת הפנים ואיכות הסביבה, הכנסת ה-14 (21.1.1997).

7 הציטוט לקוח מעמוד "אודות" **ועד הפעולה לשוויון בענייני אישות** <https://bit.ly/3hWwU7X>.

8 באשר לנסיבות הקמת בתי המשפט לענייני משפחה, ראו דן ארבל ויהושע גיפמן "חוק בית-המשפט לענייני משפחה, תשנ"ה-1995" **הפרקליט** מג 431 (1997).

9 יש לציין כי הפנייה לדרך של רפורמה חקיקתית נעשתה רק לאחר שניסיונות הרחבת סמכות השיפוט בדרך פסיקתית לא צלחו. למרות הוראותיו הברורות של החוק לתיקון דיני המשפחה, אשר מחריג מתחלתו מוסלמים (ובני עדות דתות מוכרות אחרות), נעשו ניסיונות להרחיב את תחולת החוק על בעלי דין מוסלמים, ופסיקת בית המשפט בעניין זה לא הייתה עקיבה. מחלוקת זו הוכרעה בפסק דין של בית המשפט העליון בע"א 250/83 **סחר נ' זועבי**, פ"ד לט(2) 113 (1985), ששלל את תזת הסמכות המקבילה. כן ראו בג"ץ 111/63 **אבו-חורש נ' בית הדין השרעי לאזור עכו**, פ"ד יח(1) 589 (1964); ע"א 167/63 **גיראח נ' גיראח**, פ"ד יז(1963) 2617; ת"מ (מחוזי ת"א) 4540/64 **אגבריה נ' אגבריה**, פסקים (מחוזיים) מח 224 (1965); בד"מ 1/62 **אבו-אנגילה נ' פקיד הרישום של לשכת מירשם התושבים ת"א-יפו**, פ"ד יז(1963) 2751; ע"א 77/77 **ראבי נ' ראבי**, פ"ד לג(1) 729 (1979). לפסיקה שקבעה כי לבית המשפט המחוזי סמכות ראו ע"א 57/78 **פאווי נ' פאווי** (נבו) 13.6.1978; ה"מ (מחוזי ת"א) 3568/81 **מסארוה נ' מסרי**, פ"מ התשמ"ד(1) 429 (1981). לפסיקה אשר קבעה כי ענייני מזונות יידונו אך ורק בבתי הדין השרעיים ראו ב"ש (מחוזי חי') 138/78 **נגים נ' נגים**, פ"מ התשל"ח(1) 395 (1978); ע"פ 203/76 **מדינת ישראל נ' נאשף**, פ"ד לא(1) 189, 191 (1976); ה"מ (מחוזי נצ') 10/81 **סגאס נ' סגאס**, פ"מ התשמ"ג(1) 58 (1982); ה"מ (מחוזי ת"א) 2852/83 **עאסי נ' עאסי**, פ"מ התשמ"ד(2) 42 (1983). ראו גם יעקב מירון "השיפוט והדין במזונות למוסלמים (התיישנות הזכות למזונות)" **הפרקליט** לו 190 (1985) (להלן: מירון "השיפוט"); יהושע גרוס "הערת לסמכות בית המשפט המחוזי בענייני מזונות של בני זוג מוסלמים ונוצרים" **הפרקליט** לד 258 (1982); מנשה שאוה "השיפוט בענייני מזונות של בני-זוג לא יהודיים (ע"א 57/78 יעקוב נ' יעקוב ותמ"א 2320/81 מסארוה נ' מסרי)" **עיוני משפט** ח 3 640 (1982); איאד וחאלקה **בתי הדין השרעיים – בין השיפוט לזהות** (2009) (להלן: וחאלקה **בתי הדין השרעיים**); מנשה שאוה **הדין האישי בישראל** 72-73 (מהדורה רביעית 2001) (להלן: שאוה **הדין האישי**).

הדין השרעיים הפטריארכליים",¹⁰ וכי "כאשר האישה הולכת לבית משפט אזרחי בענייני ממונות וידונו במקרה שלה על פי החוק הדתי היא תקבל סכום אחר, היא תקבל יחס אחר והתוצאה שתימצא בידה תהיה אחרת".¹¹

כצפוי, יוזמת החקיקה נתקלה בהתנגדות עזה מצידם של הקאדים המכהנים בדין. הקאדים, אשר סירבו לסדיקת המונופול השיפוטי של בתי הדין השרעיים בענייני המעמד האישי, הפעילו לחצים כבדים על יוזמות התיקון לחוק כדי למנוע את הנחתו על שולחן הכנסת. בחודשים שלאחר מכן התפתח פולמוס סוער מעל דפי העיתונות הערבית בישראל בין החוגים הפמיניסטיים והליברליים, שקראו להעניק סמכות שיפוט לבתי המשפט לענייני משפחה בענייני המעמד האישי של המוסלמים, ובין החוגים האסלאמיים, שעמדו על כך שבתי הדין השרעיים ישמרו על סמכותם הבלעדית.¹²

חרף מאמציהם הניכרים של הקאדים ושל מתנגדי היוזמה הונחה הצעת החוק על שולחן הכנסת ביולי 1997 וזכתה לתמיכה מרשימה של 54 חברי כנסת.¹³ מעניינת העובדה כי למרות מושאו הנשי ויעדי הפמיניסטיים של התיקון, ואף שכלל חברות הכנסת מכל סיעות הבית תמכו בו, הקול הנשי לא נשמע בדיונים הפרלמנטריים במליאת הכנסת, ובמקום זאת תווך באמצעות חברי כנסת גברים, יהודים וערבים. כך, למשל, על חשיבותו של התיקון המוצע לקידום שוויון וצדק עמד ח"כ נואף מסאלחה,¹⁴ שהסביר כי "החוק הזה צודק, החוק הזה מתקן עיוותים, ואני חושב שיש הרבה ילדים ערבים ונשים ערביות שסובלים מהמצב

10 מתוך טיוטה להצעת חוק שהגיש "ועד הפעולה לשוויון בדיני אישות". למידע נוסף ראו עידו שחר "דיאלוגים מצטלבים: דמי מזונות, אילוצים ודרגות החופש של הקאדים בבתי הדין השרעיים בישראל" **פרדוקס ספינת תואוס: מגדר, דת, מדינה** 283 (חנה הרציג וענת לפידות-פירילה עורכות 2014) (להלן: שחר "דיאלוגים מצטלבים").

11 דבריה של ח"כ יעל דיין בפרוטוקול ישיבה מס' 208 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-14, 12.6.1998.

12 כך לדוגמה בראשית מאי 1997 פרסם הביטאון הרשמי של התנועה האסלאמית, "צִפְתָּ אֶל-חֶק ואל-חֹרְיָה", פתווה בחתימתם של שני קאדים שכיהנו באותה עת בבית הדין השרעי לערעורים ושל שלושה מנהיגים בעלי חשיבות בתנועה האסלאמית. הפתווה קבעה בלשון שאינה משתמעת לשתי פנים, שהצעת החוק שיוזם ועד הפעולה לשוויון בדיני אישות היא בגדר יוזמה פסולה ושגויה: היא גורמת נזק לאסלאם בישראל ונוגדת את הקוראן הקדוש ואת השריעה המיטיבה בכך שהיא סוללת את הדרך להחלת חוקים ארציים בנושאים הנוגעים למעמד האישי של המוסלמים. חתמו על הפתווה הקאדי אחמד נאטור, קאדי דאוד זיני, השיח' ראאד צ'לאח, השיח' פאמל רִיאָן וח"כ תַּנְפִּיק חִטִּיב מהתנועה האסלאמית. ראו احمد ناطور, داود زيني, رائد صلاح, كامل ريان وتوفيق الخطيب **صوت الحق والحريّة** (1997). יצוין כי בעקבות התנגדות עזה זאת, שהובילה לכך שהצעת החוק נותרה מונחת על שולחן ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת במשך יותר מארבע שנים, החליט שר המשפטים למנות ביום 26.8.2001 את הוועדה הציבורית לבחינת השלכותיה של הצעת חוק בית המשפט לענייני משפחה (תיקון מס' 4) (השוואת סמכויות שיפוט), התשנ"ח–1998, כדי לקבל החלטה מושכלת ומיועדת בדבר ההשלכות של הרפורמה המוצעת. למרבה האבסורד, דוח הוועדה, שקרא לגנוז את התיקון, היה בבחינת ברכה לבטלה: הוא הוגש שבעה חודשים לאחר שתיקון מס' 5 כבר התקבל. לדיון מקיף במאבק זה ראו גם שחר "דיאלוגים מצטלבים", לעיל ה"ש 10.

13 הצעת חוק בית המשפט לענייני משפחה (תיקון מס' 5), התשס"ב–2001, ה"ח 570.

14 דבריו של ח"כ מוחמד ברכה מחד"ש, שתיאר את הצעת החוק באומרו שהיא נועדה "לעשות שוויון ולעשות צדק". ראו פרוטוקול מס' 242 של הכנסת ה-15, 57 (5.11.2001).

הקיים בבתי-הדין השרעיים [...] החוק בא לעזור לנשים בענייני מזונות".¹⁵ החרה החזיק אחריו ח"כ אופיר פינס-פז, יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט, שהצהיר כי "אין ספק שזה חוק שמחולל שינוי בחיי האשה הערבייה, כמו שהחוקים האלה חוללו בזמנם שינוי בחיי האשה היהודייה. אני חושב שצריך לכבד זאת. אני מצפה שהכנסת תעביר את החוק הזה ברוב גדול".¹⁶

עם זאת היו שקראו תיגר על תזה זאת וסברו כי התיקון לא יגשים את התקוות שתלו בו תומכיו ואף יפגע בבעלות דין מוסלמיות, שכן הוא יכפיף אותן לשופטים לא מיומנים הנדרשים להחיל את חוקי השריעה. עמד על כך ח"כ עבד אל-מאלכ דהאמשה מהרשימה הערבית המאוחדת, בציינו כי מציעי החוק סבורים לשווא כי השוויון יושג בבתי המשפט לענייני משפחה:

אני חושב שלא כל יום, בוודאי לא כל חודש ולא כל שבוע-שבועיים אנחנו דנים בבית הזה בחוקים שנוגעים כל כך בציפור נפשו של ציבור החי במדינה הזאת [...] התיקון המוצע בחוק שנמצא לפניכם בא כאילו לעשות חסד עם הנשים הערביות, אם מוסלמיות ואם נוצריות. הוא בא כאילו לעשות שוויון [...] מי אמר, שאשה מוסלמית, כדי לזכות במזונות וכדי לתבוע אבהות של ילד או כדי להתדיין בעניין אישי כלשהו, הערכאה הנכונה, הטובה ביותר והמתאימה ביותר לזה היא לא בית-הדין השרעי ולא השופט השרעי, שהשופטים והקאדים היושבים בו מיומנים, אלא ניקח אותה לבית-דין לענייני משפחה, בית-דין שאין לו מאומה עם חוקי השריעה, הוא לא מכיר אותם [...] הרי לפי החוקים האלה הם [שופטי בית המשפט לענייני משפחה] יצטרכו לפסוק. אז נפיל עליהם נשים, גברים ומשפחות, כאשר הם לא מיומנים, לא מסוגלים, לא מוכשרים, לא למדו והם לא ראויים לדון בחוקי המשפחה האלה? מה אנחנו עושים?¹⁷

גם טאלב אל-סאנע ממד"ע-רע"ם היה שותף לחששות אלה, וחשף את הנחות המוצא האוריינטליסטיות הקיימות לדבריו ביסוד התיקון המוצע:

אנחנו עושים עוול. אנחנו עושים עיוות. חברי אומרים, שאנחנו רוצים בטובת האשה [...] אבל הרי אנחנו לא משנים את המאטריה ולא משנים את הדין שעל-פיו דנים, כי אם זה בית-דין שרעי, השופט ידון על-פי הדין האישי, ואם זה בבית-המשפט למשפחה, הוא ידון על-פי הדין האישי. אז מה בעצם שינינו? אנחנו שינינו רק את השופט, כי הדין הוא אותו דין ורק השופט משתנה – שם יש שופט מוסלמי, וכאן יש שופט יהודי. בעצם, בחוק הזה אנחנו אומרים: אין לנו אמון בשופטים מוסלמים. יש לנו אמון בשופטים יהודים. וזאת מפני שאנחנו לא משנים את המאטריה. הוא, כאן

15 פרוטוקול ישיבה מס' 122 של הכנסת ה-14, 133 (16.7.1997).

16 פרוטוקול מס' 242 של הכנסת ה-15, 58 (5.11.2001).

17 שם, בעמ' 54.

ושם, ידון על-פי הדין האישי, ואולי רק המבנה ישתנה [...] אני מבין את המניעים, אני מבין שאתה רוצה להיטיב, אבל לפעמים אתה רוצה להיטיב ויוצא שאתה מזיק.¹⁸

הפולמוס הפרלמנטרי הטעון הוכרע בקבלת תיקון מס' 5 בשלהי שנת 2001. אולם חרף חשיבותו ההיסטורית ירד הנושא מסדר היום הציבורי עם קבלתו, וכל סוגיית החלתו ויישומו בפועל מתרחשת מאז מתחת לרדאר המחקרי. כך, אף שמלאו לתיקון 20 שנה, עד היום טרם נעשה ניסיון שיטתי לבחון כיצד פועל החוק הלכה למעשה ומה הן השפעותיו על מעמדן ועל זכויותיהן של הנשים שעליהן הוא חל.¹⁹ לאקונה זו לא רק מסגירה ומשקפת את השקיפות של נשים מוסלמיות במחקר המשפטי, אלא גם מאפשרת ומאשררת את התפיסות הפשטניות המייצרות את ההבחנה האונטולוגית בין מזרח למערב בדמיון הישראלי האירופוצנטרי.²⁰ מאמר זה שואף אפוא למלא את החסר החרוץ הקיים בנושא יישום הדין המוסלמי בבתי המשפט לענייני משפחה, לפענח את ההגיונות המנחים את השיח המשפטי בסוגיה של מזונות האישה המוסלמית, ולהציע ביקורת פמיניסטית על תכניו. ניתוח השוואתי של אופני יישומו ופרשנותו של הדין המוסלמי בטריבונלים האזרחי והדתי, המוצע כאן לראשונה, יאפשר לבחון בעין ביקורתית אם אכן התגשם חזונו המיטיב של המחקר, ואם התיקון אכן חולל את התמורות הפרוגרסיביות בדין השרעי שיוזמותיו ויוזמיו ייחלו להן. ברובד עמוק יותר, מיקוד הזרקור האנליטי בסוגיית מזונות אישה ישמש מקרה מבחן שדרכו תיבחן התמודדותו של המשפט הישראלי עם אתגרי הדין המוסלמי לאור השאיפה לאזן בין חופש דת, רב-תרבותיות וזכויות אדם. בכך מבקש המאמר לשפוך אור על שאלת יסוד בחקר המשפט המוסלמי במדינת ישראל ולספק כלים לאמוד באיזו מידה תרמה ה"ישראליות" של הדין השרעי לפיתוחו ולפמיניזציה הפוטנציאלית שלו.²¹

18 פרוטוקול ישיבה מס' 234 של הכנסת ה-14, 336 (28.7.1998).

19 אומנם פורסמו כמה מאמרים שביקשו לבחון את השפעת חקיקת החוק, אולם בחינה זו לא הייתה שיטתית ומקיפה, ובעיקר חסרה התייחסות לאופן יישום הדין המוסלמי בבתי המשפט לענייני משפחה ולממדיו המגדריים. לדוגמאות למאמרים שעסקו בהשפעת תיקון מס' 5 ראו מוסא אבר-רמזאן "מזונות לקטינים מוסלמים בבתי המשפט לענייני משפחה" **מעמד אישי ומגדר: נשים פלסטיניות בישראל** 225, 240–241 (היבא יזבק וליאת קוזמא עורכות 2017) (להלן: אבר-רמזאן "מזונות לקטינים"), המבקר את המגמה הקיימת בבתי המשפט לענייני משפחה בסוגיית מזונות ילדים שלפיה בית המשפט האזרחי אינו רואה עצמו כבול לפסיקת בית הדין השרעי ואף לא לחוק המשפחה העות'מאני המחייב בישראל ולפיכך יוצר עיוותים במשפט המוסלמי, מרחיב באופן חד-סטרי את חובות האב ושוקל שיקולי צדק אשר "צבועים בגוון מגדרי פטריארכלי ואינם ניטרליים ושוויוניים". עוד ראו עידו שחר "מבט מחדש על תמרון בין פורומים משפטיים: תביעות לדמי מזונות בירושלים כמקרה בוחן" **המזרח החדש** נז 127 (2018); איילת בלכר-פריגת, רונה איילת-שוזו ומוסא אבר-רמזאן "דבר העורכים: נשים מוסלמיות והדין האישי בישראל – המאבק על סמכות דתית וחברתית" **משפחה במשפט** ח 1 (2016–2017).

20 על האוריינטליזציה של המשפט המוסלמי ראו Pnina Motzafi-Haller, *Reading Arab Feminist Discourses: A Postcolonial Challenge to Israeli Feminism*, 1 INT'L SOC. SCI. REV. 63, 71–73 (2000).

21 לדיון בתהליכי הישראליות של הדין המוסלמי ראו מוסא אבר-רמזאן "התפתחויות אחרונות באחזקת ילדים בבתי הדין השרעיים" **משפחה במשפט** ב 69 (התשס"ט) (להלן: אבר-רמזאן "התפתחויות אחרונות").

כפי שנבקש להראות, דומה כי היו אלו דווקא מבקרי הצעת תיקון מס' 5 שהרחיקו ראות וחזו נכונה את תוצאותיו של מעשה החקיקה.²² התמונה הפרדוקסלית שעולה מהשוואת תוצרי הפסיקה של שני הטריבונלים השיפוטיים היא כי בתי הדין השרעיים מגלים נטיות רפורמיסטיות ומקדמים פרשנויות חדשות, פרו־נשיות ובעלות רגישות מגדרית, ואילו בתי המשפט האזרחיים דבקים בפרשנות פטריארכלית ושמרנית המגלמת גישה סטטית, אוריינטליסטית ואנדרוצנטרית למשפט המוסלמי. במילים אחרות, דווקא הטריבונל האזרחי, המתבחן ברוב נשי ומתיימר להיות נאור, מתקדם ושוויוני,²³ משעתק את פערי הכוח בין גברים לנשים מוסלמים ואולי אף מעמיק אותם.

נבקש לטעון כי בין מכוח אימוץ נקודת מבט פטריארכלית ושמרנית על ההלכה המוסלמית ובין מכוח החלת רטוריקת שוויון צרה וחלולה על מציאות לא שוויונית בעליל – התוצאה הסופית היא שפסיקת בתי המשפט לענייני משפחה מערערת את האיזונים המגדריים שהדין השרעי מתיימר לייצר ופועלת ברציפות לרעת נשים. כחלק מדפוס פרדוקסלי זה המאמר יטען כי מלאכת ה"אזרוח" של המשפט המוסלמי תורגמה, לפרקים, לכדי יצירת היקש והקבלה בין הדין השרעי לדין העברי. מהלך זה כשלעצמו מחליש את הטיעון הרב־תרבותי, המשמש פעמים רבות להצדקת מסגרת הפעולה הקיימת של מערכת הדין האישי בישראל.²⁴ חמור מכך, החלת כללי ההלכה היהודית על בעלי דין מוסלמים אף מביאה לפגיעה ממשית בזכויותיה של האישה המוסלמית ולשלילת מעט היתרונות העומדים לה בדין האישי שאליו היא כפופה. ההשוואה הבין־טריבונלית שמציע המאמר תורמת אפוא לקידומה של מערכת ידע פמיניסטית ביקורתית, המסייעת לקעקע את ההבנות הבינאריות המקובלות הממזרחות את בית הדין הדתי כמסורתי ושמרני והמבנות את בית המשפט האזרחי כפרו־נשי וכסוכן מודרני של שוויון מגדרי.

22 אכן, דומה כי תחזיתו המפוכחת והנוקבת של הקאדי אחמד נאטור, נשיא בית הדין השרעי לערעורים באותה עת, שהושמעה בעת הדיונים בוועדת החוקה, חוק ומשפט לפני חקיקתו של תיקון מס' 5, התגשמה במלואה. זאת הן באשר לתוצאותיו הבעייתיות של התיקון והן באשר לכושרו של בית הדין השרעי לחולל רפורמות פרו־נשיות, בין היתר בשל יתרונו בפיתוח ההלכה המוסלמית תוך שימוש בעקרונות האג'ת'האד הסלקטיבי (الاجتهاد الانتقائي), הפתוח רק בפני חכמי הדת. הקאדי נאטור עמד על כך כי: "בנושא מזונות מצבה של האישה [המוסלמית] יורע מאוד אם בבתי המשפט האזרחי ידונו על פי חוק דיני המשפחה (מזונות). בבית משפט זה, מזונותיה יקוּזו [...] השופט היהודי [בבית המשפט לענייני משפחה] גדל על המשפט העברי ועל היהדות והוא קצת מבין במשפט עברי. לעומת זאת, השופטים היהודים לא בקיאים במסורת הערבית [...] אנחנו נילחם על כך שהאשה תקבל שוויון, אבל הרפורמה צריכה לבוא מאיתנו. אנחנו נסייע לכל תהליך שיסייע לאישה". ראו פרוטוקול ישיבה מס' 208 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-14, 15 (23.6.1998).

23 על הממצא שלפיו רוב השופטים בבתי המשפט לענייני משפחה הם למעשה שופטות ראו רינה בוגוש, רות הלפרין־קדרי ואייל כתבן "הפסקים הסמויים מן העין": השפעתם של המאגרים הממוחשבים על יצירת גוף הידע המשפטי בדני המשפחה בישראל" **עיוני משפט** לד' 603, 619 (2011). כן ראו עדו אבגר **נחונים על הרקע הדמוגרפי והתעסוקתי של שופטים** 2 (הכנסת, מרכז מחקר ומידע 2020) <https://bit.ly/35MFwXw>, מחקר המראה שיותר מחצי מהשופטים היהודים הם נשים ואילו בקרב השופטים הערבים שיעור הנשים קטן יותר.

24 לביקורת על המסגרת הרב־תרבותית בהקשר הישראלי ראו MICHAEL KARAYANNI, A MULTICULTURAL ENTRAPMENT: RELIGION AND STATE AMONG THE PALESTINIAN-ARABS IN ISRAEL (2020).

לתיקופן ולעיונו של טענות אלה המאמר מתבסס על מתודולוגיית מחקר המשלבת ניתוח מקביל של פסקי דין של שתי ערכאות השיפוט. יש לציין כי בתי הדין השרעיים נוהגים לפרסם שיעור ניכר מפסקי הדין שניתנו למן שנת 1992 באתר ייעודי,²⁵ ולעומת זאת מלאכת איתור הפסיקה של בתי המשפט לענייני משפחה היא אתגר לא מבוטל. כידוע, לא קיים פרסום רשמי של פסיקה זו מטעם מערכת בתי המשפט,²⁶ ופסקי הדין במאגרי המידע הממוחשבים מתפרסמים חלקית ובמשורה, ובכפוף לשיקול דעתם המוחלט של השופטות והשופטים. פרקטיקה זו מונעת מהחוקרת גישה למדגם מייצג של פסיקה ומקשה על זיהוי טענות רחבות וביסוס מגמות כוללניות.²⁷ לפיכך יש לקרוא את הממצאים המובאים כאן בכפוף להערת אזהרה זו בדבר המגבלות האינהרנטיות של מחקר על פסיקה בתי המשפט לענייני משפחה ובשים לב שאין מדובר במחקר אמפירי-כמותני המבוסס על כלים סטטיסטיים.²⁸

הניתוח ההשוואתי המוצע מבוסס על קורפוס פסיקתי המונה מאות רבות של פסקי דין בעניין מזונות אישה שניתנו בבתי הדין השרעיים האזוריים ובבית הדין השרעי לערעורים, ושפורסמו באתר של הנהלת בתי הדין השרעיים. כמו כן עמד לרשותנו מספר רב של פסקי דין שלא פורסמו, שחלקו איתנו קאדים ועורכות ועורכי דין קהילתיים. באשר לפסקי דין של בתי המשפט לענייני משפחה עמד לרשותנו מאגר של כמה עשרות פסקי דין שניתנו בשנים 2002–2020 ופורסמו במאגרי המשפטיים הממוחשבים. נוסף על אלה עמדו לרשותנו גם פסקי דין שלא פורסמו, והגישה אליהם התאפשרה בתיווך עורכות ועורכי דין מרכזיים המתמחים בענייני המעמד האישי בדין המוסלמי.²⁹

25 הפסיקה מתפרסמת באתר הנהלת בתי הדין השרעיים. ראו "פסקי דין – בתי הדין השרעיים" **משרד המשפטים** (עודכן לאחרונה ביום 17.6.2021) <https://bit.ly/39v6a8Z>.

26 למעט פרסום חלקי וערוך של פסקי דין נבחרים מטעם דוברות בתי המשפט. ראו "פסקי דין והחלטות שהוצעו על ידי מערך הדוברות" **הרשות השופטת** (עודכן לאחרונה ביום 23.6.2021) <https://bit.ly/3vuyOzz>.

27 פסיקת בתי המשפט לענייני משפחה מתפרסמת חלקית ולאחר שהוסתרו פרטים מזהים, וההליכים בבתי משפט אלה מתנהלים ברובם בדלתיים סגורות. ראו התייחסות לבעייתיות זו אצל דפנה הקר "מה נשתנה השנה? דיני משפחות – בין הכאוטי להרמוני" **דין ודברים** ט 295 (2015); בוגוש, הלפרין-קדרי וכתבן, לעיל ה"ש 23, בעמ' 617. על הקושי לערוך מחקר אקדמי מקיף ומהימן ללא גישה למאגר רחב של פסקי דין, המאפשר יצירת מדגם מייצג של נתונים, ועל העתירה נגד המדיניות שלא לאפשר "היתר עיון כללי" בתיקים חסויים ראו בג"ץ 8001/19 **טריגר נ' מנהל בתי המשפט** (נבו 30.11.2020).

28 יש להדגיש כי בעטייה של מדיניות הפרסום הסלקטיבית, הגורמת להיעדר יכולת אמפירית לנתח מדגם מייצג של פסקי דין, לא ניתן לטעון טענות גורפות ומוחלטות באשר לפסיקה של בתי המשפט לענייני משפחה. טענתנו היא צנועה יותר ותקפה רק לפסיקה שפורסמה במאגרי הממוחשבים ולפסיקה שלא פורסמה ונמצאת ברשותנו.

29 אנו מודעים לקיומה של חשיבות מיוחדת לפסקי הדין שפורסמו, שכן הם "חלון הראווה" שדרכו בוחרים השופטות והשופטים להציג ולעצב את מצב הידע הנורמטיבי בסוגיה נתונה. למבט כללי ראו בוגוש, הלפרין-קדרי וכתבן, לעיל ה"ש 23. עם זאת מעניין כי לא נמצאו הבדלים ניכרים בין פסקי הדין שפורסמו לבין אלה שלא פורסמו בנושא של מזונות האישה המוסלמית, וכי ניתן להסיק, בהחלטות המתחייבת, כי הפסיקה המפורסמת היא שיקוף מהימן של קשת הדעות והמגמות העולות מפסקי הדין שלא פורסמו. ברצוננו להודות לעורכי ועורכות הדין רימא עסליה ג'בארין, שאדי ג'בארין, מוסטפא

המבנה המארגן של המאמר הוא כדלקמן: פרק א יתווה בתמצית את כללי הבסיס של המשפט המוסלמי המסדירים את חיוב האיש במזונות אשתו, ועל רקע זה יציג את הדין הנורמטיבי בסוגיה זו שעל פיו פועלים בתי הדין השרעיים בישראל, דהיינו חוק המשפחה העות'מאני מ-1917 וקובץ הדינים השרעיים בענייני המעמד האישי (אל-אחואל אל-שח'ציה) של קדרי פאשה.³⁰ פרק ב ינתח את מאפייני הפסיקה של בתי הדין השרעיים בסוגיית חיובו של איש במזונות אשתו, ואילו פרק ג ינתח את הקורפוס הפסיקטי שהתגבש בבתי המשפט לענייני משפחה למן קבלת תיקון מס' 5 בשנת 2001. מסקנת המאמר היא כי לא זו בלבד שפסיקת בתי המשפט האזרחיים לא קידמה ליברליזציה או פמיניזציה של הדין המוסלמי בסוגיית מזונות אישה, אלא שבאופן פרדוקסלי ההישג הסטטוטורי ההיסטורי רק הסיג נשים מוסלמיות לאחור.

א. המקור ההלכתי לחיוב איש במזונות אשתו בדין המוסלמי

ההלכה המוסלמית, השריעה ("הדרך הישרה" או "הדרך אל המים"), גובשה לאורך הדורות על בסיס ארבעת שורשי ההלכה (אצול אל-פקה): הקוראן, הוא התורה שבכתב; הסונה, היא התורה שבעל פה, הכוללת את ספרות החדית' המתארת את אורחות חייו של הנביא שראוי לחקותם; הסכמת הכלל (אג'מאע) – הלכות שהסכימו עליהן חכמי ההלכה; וההיקש האנלוגי (קיאס) – באין מענה בשלושת מקורות הליבה הקודמים שהוזכרו לשאלה הלכתית שמתעוררת, על חכמי ההלכה להשתמש במנגנון זה כדי להגיע להוראה השרעית הנכונה.³¹ הבסיס הנורמטיבי שעליו מושתתים דיני מזונות אישה הוא כמה פסוקי קוראן מרכזיים, אשר מבנים את קשר הנישואין המוסלמי לא כמערכת יחסים בין שווים אלא כחסי כפיפות הייררכיים, המשקפים את עליונות הגבר על האישה ומקבעים חלוקת עבודה ממוגדרת בין בני הזוג: על האישה מוטלת החובה לציית ל"בעלה"³² ולהתמסר למרותו כראש המשפחה,³³ ואילו האיש מחויב לתמוך כלכלית באשתו ולספק את צרכיה.³⁴ האיש מחויב גם לשלם

ראפע, מונא יזבק וראמה עואד על הסיוע הרב באיתור הפסיקה והספרות המקצועית הרלוונטיות לנושא המאמר.

30. *כתב الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان* (طبعة ثالثة 1890) (להלן: **קובץ הדינים השרעיים**).

31. לסקירה תמציתית ומאירת עיניים של מקורות ההלכה המוסלמית ראו נורית צפריר "ההלכה" **האסלאם: היסטוריה, דת, תרבות** 220 (מאיר מ' בר-אשר ומאיר חטינה עורכים 2017). ראו גם אהרן בן-שמש ושלמה דב גויטיין **המשפט המוסלמי במדינת ישראל** 60–75 (1957).

32. המאמר מכיר במטען הערכי הבעייתי הגלום בכינוי "בעל" המסמן הדים לתפיסה פטריארכלית שלפיה הרעיה היא קניינו של הגבר. למרות זאת המאמר נאלץ, תחת מחאה, להשתמש במונח טעון זה, שכן הוא מסמן זוגיות ממוסדת בקשר נישואין, שיש לה נפקות מבחינה משפטית.

33. פסוק 34 בסורת אלנשאא' (הנשים) קובע זאת מפורשות: "لِّلرِّجَالِ مِثْلَ الَّذِي عَلَيْهُنَّ الْحَقُّ فِي الرِّبَا وَالْحَقُّ فِي الرِّبَا وَالْحَقُّ فِي الرِّبَا...". ראו פרויקט בן-יהודה **אל-קראן (הקוראן)** (יוסף יואל ריבלין מתרגם 1987) <https://bit.ly/38Aillm> (להלן: **אל-קראן**).

34. *أسعد محمد سعيد الصاغرجي الفقه الحنفي وأدلتة: فقه المعاملات القسم الأول* 203 (1999); *عبد الله بن أحمد بن قدامة المغني وبلية الشرح الكبير الجزء الحادي عشر* 347-348 (الطبعة الثالثة 1997).

מוהר לאשתו וכן להתייחס אליה בכבוד ובחיבה.³⁵ כך, למשל, פסוק 6 מסורת אל-טלאק מורה כי "השפינו אותן (במעון) מן (הפית) אשר תשפנו לפי אשר תשיג ידכם ולא תציקו להן". ואילו פסוק 7 מורה: "והוציא (האב) אשר ירחב לו כפי אשר ירחב לו, ואשר תקצר ידו והוציא מאשר נתן לו אלהים".³⁶ וכן נאמר בסורת אל-בקה, פסוק 233: "והיולדות (הגרושות) תינקנה לדיהן שנתים תמימות, לאשר יחפץ למלאת ימי הניקה. ועל (האב) אשר לו גלד (לתת) שארן וקסותן פמשפט".³⁷ נוסף על פסוקי הקוראן הללו, גם הסונה מנחה כיצד על האיש המוסלמי לנהוג באשר למזונות רעייתו. חדית' נבווי (המיוחס לנביא עצמו) קובע, לדוגמה, כי האיש "יאכיל אותה ממה שהוא אוכל, וילביש אותה כמו שהוא לובש, ולא יפנה לה עורף בבית, ולא יכה, ולא יבזה אותה".³⁸ בחדית' נוסף שנמסר מפיה של עאישה, אשתו האהובה של הנביא, נכתב כי אישה ששמה הנד בת עותבה ניגשה לנביא והתלוננה לפניו שבעלה קמצן ונמנע מלתת לה את מזונותיה, ואין לה אלא מה שהיא נוטלת ממנו ללא ידיעתו. בתשובה השיב לה הנביא שתיקח מכספו את מה שמקובל במקום ובמידה שתספיק לה ולבניה.³⁹ לצד פסוקי הקוראן והחדית'ים המהימנים קיימת הסכמה מלאה (אגמאע) בקרב כל האסכולות המשפטיות, שהיא כשלעצמה מקור נורמטיבי מחייב בדין המוסלמי, כי הבעל חייב במזונות אשתו.⁴⁰ אכן, דיונים מורכבים שהתקיימו בין חכמי ההלכה המוסלמית לאורך הדורות לא עסקו בשאלת עצם החיוב במזונות, הנתפס כמובן מאליו, אלא בשאלת מיהות החיוב ואם המזונות הם בגדר מתנה או פיצוי בגין חובת הריתוק (אל-אקתפאס) של האישה לבעלה המגולמת באיסור יציאה מבית הנישואין ללא אישורו.⁴¹ הדין המוסלמי מבנה את חובת המזונות כחיוב מגדרי חד-סטרי ומוחלט המשתכלל בהתקיים התנאים האלה: חוזה נישואין תקף (עקד צחיה) אשר הופיעו בו ביטויים של הצעה וקיבול; קיום חובת הריתוק (אל-אקתפאס) שמשמעה מגורים בבית הבעל;⁴² ונכונות לקיים

35 פסוק 19 מסורת אלנסאא': "وإنهم يقرن טובות" (وَغَائِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ). ראו אל-קראן, לעיל ה"ש 33.

36 שם.

37 שם.

38 محمد أبو زهرة الأحوال الشخصية 231-232 (الطبعة الثالثة 1907) (להלן: الأحوال الشخصية); أبو داود سنن أبي داود (2009) حديث 2144.

39 עאישה הייתה אשתו השלישית של הנביא מוחמד וזכתה לכינוי "אם המאמינים". עאישה היא המקור לחלק ניכר מכתבי החדית' המספרים על קורותיו ועל הלכות חייו של הנביא מוחמד. ראו محمد بن اسماعيل البخاري صحيح البخاري 1365 (الطبعة الأولى 2002).

40 לפי אבו בכר אלכסאני, בקרב בני לווייתו של הנביא מוחמד (אלצחאבה), הייתה הסכמה כי המזונות הם חובתו של הבעל למעט כלפי אישה נאשו. ראו علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني كتاب بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع الجزء الرابع 22 (الطبعة الأولى 1910); وهبة الزحيلي الفقه الإسلامي وأدلتها: شامل للدلالة الشرعية والآراء المذهبية وأهم النظريات الفقهية وتحقيق الأحاديث النبوية وتخریجها ملحقاً به فهرسة الفبائية شاملة للموضوعات والمسائل الفقهية الجزء العاشر 7373 (1989).

41 לדיון על ויכוחים אלו ראו יעקב מירון הדין המוסלמי בראייה השוואתית 217-219 (2001) (להלן: מירון הדין המוסלמי).

42 الأحوال الشخصية, לעיל ה"ש 38, בעמ' 232; عبد الوهاب خلاف أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية: على وفق مذهب أبي حنيفة وما عليه العمل بالمحاكم 106-107 (الطبعة الثانية, دار القلم للنشر والتوزيع 1990); زياد توفيق عسليّة, شادي ابراهيم جبارين وريما زياد عسليّة – جبارين نفقة الزوجة في الأحوال الشخصية والدفع الموضوعية فيها 24 (2015).

את חובת הריתוק (אֶסְתֵּדָאד).⁴³ אם האישה נמנעה מלקיים חובה זו, שעל משמעותה נעמוד להלן, או יצאה מביתה ללא אישור הבעל ולא שבה, היא נחשבת ל"אישה מורדת" (נאשז), הנקנסת בשלילת מזונותיה.

חובה ממונית נוספת המוטלת על הבעל עם חתימת חוזה הנישואין היא תשלום המוהר. לפי האסכולה החנפית,⁴⁴ המוהר הוא חיוב ממוני לזכות האישה שקם בתמורה לריתוק האישה לטובת הבעל, והוא תנאי למימוש הנישואין.⁴⁵ במילים אחרות, כל עוד הבעל לא שילם את המוהר המוסכם, האישה אינה מחויבת לציית לו ואינה מחויבת בריתוק לביתו.⁴⁶ המוהר מחולק למוהר מידי (מְהָר מְעַג'ל), הניתן בעת עריכת חוזה הנישואין, ולמוהר דחי (מְהָר מְאָג'ל, או מְאָח'ר), הניתן במקרה של גירושין או מוות של בן הזוג.

עקרונות אלה של ההלכה המוסלמית הקלאסית זוקקו לתוך קודים שרעיים מודרניים המנחים את פסיקתם של בתי הדין השרעיים בישראל. המקור הנורמטיבי העיקרי המעגן את עיקרי הדין המוסלמי המהותי הוא חוק המשפחה העות'מאני, 1917.⁴⁷ יש לציין כי בניגוד למציאות המשפטית הנוהגת במדינות אחרות באזור – שאף הן אימצו בתחילה את חוק המשפחה מ-1917, אולם מאז חוללו סדרת רפורמות ששינו ועדכנו את החוק המיושן⁴⁸ – בישראל החוק העות'מאני לא שונה, והוא עדיין, ככתבו וכלשונו, הבסיס המהותי של הדין המוסלמי בישראל. מצב זה מכונן משטר משפטי ארכאי, המייצר בהכרח לאקונות רבות

43 *الأحوال الشخصية*, לעיל ה"ש 38, בעמ' 233.

44 באסלאם הסוני קיימות ארבע אסכולות משפטיות מקובלות: האסכולה החנפית, האסכולה השאפעית, האסכולה המאלכית והאסכולה החנבלית. אסכולות אלו קרויות על שם מייסדיהן המיתולוגיים, וכולן נחשבות אורתודוקסיות ולגיטימיות באותה המידה. עם זאת האסכולה החנפית הייתה האסכולה הרשמית באימפריה העות'מאנית, ולפיכך היא קיבלה מעמד מועדף בעת חקיקת החוקים המודרניים העות'מאניים (למשל חוק המשפחה העות'מאני מ-1917). על האסכולות המשפטיות הסוניות ועל המעמד המועדף של האסכולה החנפית ברפורמות המודרניסטיות שהנהיגה האימפריה העות'מאנית במאה התשע-עשרה ראו מירון *הדין המוסלמי*, לעיל ה"ש 41, בעמ' 39, 158.

45 *كتاب الميسوط لشمس الدين السرخسي الجزء الخامس* 62-63 (989) (להלן: *الميسوط*).

46 *קובץ הדינים השרעיים*, לעיל ה"ש 30, ס' 213-214.

47 חוק המשפחה העות'מאני הוא קודיפיקציה מודרנית של הדין השרעי, שהתבססה בעיקר על האסכולה החנפית. עם זאת שולבו בחוק גם הלכות הלקוחות מאסכולות הלכתיות אחרות כדי לייצר קודקס מחייב "שיהלום יותר את רוח הזמן". להרחבה בנושא חוק המשפחה העות'מאני, 1917, המכונה בספרות המחקר גם "חוק זכויות המשפחה העות'מאני" ראו מוסא אבו רמדאן "מעמדו של חוק המשפחה העות'מאני" *לנוכח בית-הדין השרעי: תהליכי שינוי במעמדן של נשים מוסלמיות בישראל ובמזרח התיכון* 49 (ליאת קוזמא עורכת 2011). לניתוח היסטורי משפטי של חוק המשפחה העות'מאני ראו איריס אנמון "יש שופטים בירושלים והיו מחוקקים באסתנבול: על ההיסטוריה של החוק הקרוי (בטעות) 'חוק המשפחה העות'מאני' משפחה במשפט ח 125 (2016-2017). לתרגום (חלקי) של חוק המשפחה העות'מאני לעברית ראו בן-שמשי וגויטיין, לעיל ה"ש 31.

48 במדינת ירדן, לדוגמה, נעשו כמה רפורמות בחוק המשפחה, אשר הוחלף לראשונה בחוק חדש שפורסם בשנת 1951, ובעקבותיו נעשו חידושים בחקיקה גם בשנת 1976 ובשנת 2010. ראו Dorthe Engelcke, *Law-Making in Jordan: Family Law Reform and the Supreme Justice Department*, 25 ISLAMIC L. & SOC. 274 (2018). הוא הדין במצרים, שהייתה המדינה הערבית הראשונה שאימצה חקיקה מודרנית וביטלה את בתי הדין השרעיים בשנת 1955. להרחבה ראו גיא בכור *בין הרצוי למצוי: המשפט בעולם הערבי* 264-270 (2002).

המאתגרות את מלאכתם השיפוטית של הקאדים המכהנים בבתי הדין השרעיים.⁴⁹ במקרים של שתיקה חקיקתית פונים הקאדים לספרות המשפטית החנפית, שנתפסת כ"ברירת המחדל" המחייבת לשם השלמת החסר, ובייחוד לקודיפיקציה הפרטית של דיני המשפחה החנפיים שנערכה בידי המשפטן המצרי קדרי פאשה (קובץ הדינים השרעיים).⁵⁰ נוסף על כך, הקאדים מורשים – ולמעשה מחויבים – להישען בפסיקותיהם גם על המקורות הקלאסיים של המשפט המוסלמי. חשוב לציין כי חרף המחויבות הפורמלית למסגרת הפרשנית של האסכולה החנפית, בתי הדין השרעיים נסמכים לפרקים גם על דוקטרינות או על פרקטיקות הלקוחות מהגותן של אסכולות אחרות, מן הטעם שהאסכולה החנפית מתאפיינת לעיתים מזומנות בגישה שמרנית ופטריארכלית יותר מאסכולות אחרות, ולכן סטייה ממנה מאפשרת לקאדים מרחב פרשני גמיש יותר ורגיש יותר למעמד האישה.⁵¹

הסדר המזונות שעוגן בחוק המשפחה העות'מאני ובקובץ הדינים השרעיים של קדרי פאשה משקף את תפיסות הבסיס הפטריארכליות של ההלכה המוסלמית, לפיהן התנאי הראשון לכינון חובת המזונות הוא קיומו של חוזה נישואין תקף (עקד צחיח) שמכוחו מוטלת על האישה חובת הריתוק (אחתבאס) לבית הנישואין. לפיכך האלמנט המשפטי הראשון הנבחן בתביעת מזונות אישה הוא התקיימות המרכיבים לחוקיותו של חוזה הנישואין; אם נפל בו פגם מהותי או אם בני הזוג התגרשו, פוקעת הזכאות למזונות אישה.⁵² עם זאת יצוין שלא כמו במשפט העברי, הדין המוסלמי מחייב עם פירוק הנישואין את האישה במזונות גרושתו המכונים "מזונות עדה", היא "תקופת ההמתנה", למשך פרק זמן בן שלושה חודשים. במהלך תקופה זו האישה מנועה מלהינשא לגבר אחר, כדי שיהיה אפשר לברר אם היא מעוברת. כמו כן במהלך תקופה זו קנויה לבעל הזכות להשיב את הנישואין על כנם במעשה (קיום יחסי אישות) או בדיבור (באמירה כי בני הזוג עודם נשואים).⁵³

התנאי השני להשתכללות החיוב במזונות הוא קיום חובת הריתוק (אחתבאס) של האישה לבית הנישואין. לפי תנאי זה, המעוגן בסעיף 71 לחוק המשפחה העות'מאני, האישה מחויבת לעבור לבית המגורים של בעלה לפי רצונו, אם הוא עומד בדרישות השרעיות, ובהיעדר מניעה לכך. חוק המשפחה העות'מאני אינו מזכיר במפורש את המונח

Ido Shahar, *A New Look at the Agency of Qadis: Israeli Shari'a Courts as a Case Study*, 59 49
 (להלן: *Shahar, Qadis*). *DIE WELT DES ISLAMIS 70*, 79 (2019).

50 **קובץ הדינים השרעיים**, לעיל ה"ש 30. קודקס זה, שפורסם בשנת 1875, היה אמור להיות מוחל במצרים, אולם בסופו של דבר לא אומץ בחקיקה. הוא נחשב אפוא לקוד פרטי ולא מחייב, אולם היות שהוא מקיף יותר ושיטתי יותר מחוק המשפחה העות'מאני, הוא משמש מקור נורמטיבי במקרים שבהם חוק המשפחה העות'מאני שותק בעניינם. לדיון מקיף בקובץ ראו Nathalie Bernard-Maugiron, *Personal Status Laws in Egypt: FAQ, in PROMOTION OF WOMEN'S RIGHTS (EGYPT)* 101, 104–106 (Ger. Fed. Ministry for Econ. Coop. & Dev., 2010), <https://bit.ly/3J2gq5m>.

51 ראו *استئناف (محكمة الاستئناف الشرعية) 174/2000* (1/2001) (אתר בתי הדין השרעיים). ראו גם זחאלקה, לעיל ה"ש 9, בעמ' 22; *Shahar, Qadis*; לעיל ה"ש 49, בעמ' 88–90.

52 ס' 52–58 לחוק המשפחה העות'מאני, המופיע בספרם של בן-שמש וגויטיין, לעיל ה"ש 31. ראו גם عبد الكريم زيدان *المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية الجزء السابع* 106–107 (الطبعة الثانية 1994).

53 סעיף 150 לחוק המשפחה העות'מאני קובע כי "הבעל חייב במזונות אשתו בתקופת-עדתה". ראו בן-שמש וגויטיין, לעיל ה"ש 31, בעמ' 231–232.

"ריתוק" אלא מטיל על האישה חובה כללית לציית לבעלה,⁵⁴ אולם קובץ הדינים השרעיים גוזר קשר ישיר בין קיומן של חובת הציות לבעל בכלל וחובת הריתוק בפרט, ובין זכאותה של האישה למזונות: חובת הריתוק מתקיימת מרגע הנישואין, אלא אם הבעל פטר אותה מכך.⁵⁵ דוגמה קלאסית להפרת חובת הריתוק, שהיא אקט של מרידה (נשוז) שתוצאתו איבוד הזכאות למזונות, היא אישה העובדת מחוץ לבית ללא הסכמתו הנמשכת של בעלה.⁵⁶ אם אישה הפרה את חובת הריתוק בלא "צידוק שרעי" ומסרבת לתקן את ההפרה, סירובה עולה כדי היעדר ציות (טאעה) המשנה את מעמדה לזה של "אישה מורדת" (נאשוז) המתערטלת מזכאותה למזונות.⁵⁷ עם זאת ההכרזה על אישה כאישה מורדת אינה הכרזה קבועה ובלתי הפיכה, וברגע שהאישה חוזרת ומקיימת את חובת הציות, היא זכאית שוב לדמי מזונות.⁵⁸

יש לציין כי אם המניעה לקיום חובת הריתוק היא בעטיו של הבעל, או אם קיים צידוק שרעי להפרתה, למשל כאשר הבעל אינו עומד בחובותיו השרעיות כלפי אשתו, אזי אף היא אינה מחויבת לציית לו ומתפרקת מקיום חובת הריתוק ללא פקיעת זכאותה למזונות.⁵⁹ כך למשל אי-עמידה בתשלום המוהר המידי שהבעל קיבל על עצמו בחוזה הנישואין פוטר את האישה מקיום חובת הריתוק מבלי שתיחשב למורדת ומבלי שתפקע זכאותה למזונות.⁶⁰ עילה נפוצה נוספת לאי-קיום חובת הריתוק היא ליקויים במדור שסיפק הבעל לאשתו. הבעל חייב לדאוג לאשתו למקום מגורים שרעי (מסכן שרעי), כפי שמפורט בסעיפים 184–188 לקובץ הדינים השרעיים: עליו לדאוג לבית פרטי אשר יש בו כדי לאפשר לאישה לנהל את חיי הנישואין ואת מצוות האסלאם ללא הפרעה ובלא חשש לביטחונה ולקניינה. לבעל אין זכות לשכן את בני משפחתו ואת קרוביו בבית הנישואין ללא הסכמת אשתו.⁶¹ יתרה מזאת, אפילו אם מצבו הכלכלי של הבעל אינו מאפשר מגורים בבית נפרד, עליו לדאוג למגורים שיאפשרו לאשתו פרטיות ועצמאות עם הבטחת כל תנאי המחיה.⁶²

- 54 סעיף 73 לחוק המשפחה העות'מאני, המופיע בספרם של בן-שמם וגויטיין, לעיל ה"ש 31.
- 55 **קובץ הדינים השרעיים**, לעיל ה"ש 30, ס' 17, 161–162.
- 56 שם, ס' 169 (הסעיף מתייחס ל"אישה שעובדת ביום וחוזרת בלילה לביתה"; אידא *زحالة المرشد في القضاء الشرعي* 119 (2008)), כן ראו ס' 101 לחוק המשפחה העות'מאני, בספרם של בן-שמם וגויטיין, לעיל ה"ש 31, שלפיו די בעזיבת האישה את בית בעלה כדי להקים את המרידה (וזה לשונו: "אשה שמרדה ועובה את בית בעלה, או שמנעה את בעלה מלהיכנס לביתה, לפני שדרשה להעבירה אל בית אחר, מפסידה את זכותה לדמי מזונות עבור תקופת מרדותה").
- 57 מירון הדין המוסלמי, לעיל ה"ש 41, בעמ' 80; מירון "השיפוט", לעיל ה"ש 9.
- 58 בן-שמם וגויטיין, לעיל ה"ש 31, בעמ' 224–225.
- 59 *وهبة الزحيلي موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة الجزء الثامن 746-747* (الطبعة الثالثة 2012). כן ראו *زحالة*, לעיל ה"ש 56, בעמ' 117–118.
- 60 **קובץ הדינים השרעיים**, לעיל ה"ש 30, ס' 213–214.
- 61 ס' 72 לחוק המשפחה העות'מאני, המופיע בספרם של בן-שמם וגויטיין, לעיל ה"ש 31.
- 62 **קובץ הדינים השרעיים**, לעיל ה"ש 30, ס' 184. כאשר לאופן שבו מיישמים בתי הדין השרעיים בישראל את עקרון "הבית החוקי" (מסכן שרעי) ראו Ido Shahar, *A Law One Hundred Years Young: The Interpretative Viability of the Ottoman Family Law in Palestine/Israel 1917–2017* (forthcoming) (להלן: *Shahar, One Hundred Years Young*).

בניגוד למהות החיוב ולתנאים המכוננים אותו, רכיבי החיוב והיקפו אינם מוגדרים הגדרה פוזיטיבית בחוק המשפחה העות'מאני. התייחסות לכך קיימת בקובץ הדינים השרעיים הכוללים בגדרם חיוב במאכל, חיוב בהלבשה וחיוב במדור. בעוד שבשאלת הזכאות למזונות אין כל התחשבות במצבם הכלכלי של הבעל והאישה, הרי שבקביעת סכום המזונות מצבם הכלכלי של בני הזוג הוא כן שיקול שיש להתחשב בו: אם הבעל עשיר, הרי שהוא מחויב במזונות שפע (נסאר). כמו-כן, על הבעל מוטל להמשיך ולקיים את רמת החיים שאליה הורגלה האישה.⁶³ אם מצבו הכלכלי של הבעל ירוד והוא אינו יכול לעמוד בתשלום המזונות שנקבע לו, הוא משלם מזונות דוחק (עסאר), וחובו נצבר עד למועד שהוא יוכל לשלמו.⁶⁴ דמי המזונות ניתנים להגדלה או להפחתה, אולם הבעל לעולם כפוף לחבות אבסולוטית לספק לאשתו "מזונות מינימום" (פפאיה) שיאפשרו לה למלא את צרכיה ההכרחיים.⁶⁵

ב. מזונות האישה המוסלמית בפסיקת בתי הדין השרעיים

תביעה למזונות אישה היא מן ההליכים המשפטיים השגורים ביותר המובאים לפתחיהם של בתי הדין השרעיים.⁶⁶ למרות זאת גוף הידע בנושא זה כמעט שאינו קיים וטרם נעשה מחקר שיטתי המנתח את המדיניות השיפוטית של בתי הדין השרעיים למן קבלת תיקון מס' 5 ועד היום.⁶⁷ פרק זה יספק אפוא חרך הצצה נדיר למלאכה השיפוטית של בתי הדין השרעיים

63 קובץ הדינים השרעיים, לעיל ה"ש 30, ס' 165, 173–176, 181–188.

64 שם, ס' 173.

65 ניתן לעתור לשינוי סכום המזונות שנפסק – ניתן לבקש את הפחתתם אם נקבעו מזונות שהם גבוהים ממזונות המינימום (כפאיה), ואת העלאתם, אם מצבו הכלכלי של הבעל השתפר. סעיף 92 לחוק המשפחה העות'מאני קובע כי "תשלום דמי מזונות נקבע בהסכמת בני הזוג או לפי החלטת הקאדי. הסכום ניתן להגדלה והפחתה עם שינוי במחירים, או במצבו הכלכלי של אחד מבני הזוג, או אם יוכח שהסכום פחות או יותר מהדרוש". כמו כן, ניתן לחייב את האיש לקחת הלוואה כדי לשלם את מזונות אשתו, ומכל מקום, דמי מזונות שלא שולמו נחשבים לחוב של הבעל כלפי אשתו (زيدان, לעיל ה"ש 52, בעמ' 217).

66 הנהלת בתי הדין השרעיים דו"ח פעילות בתי הדין השרעיים לשנת 2020 (29.4.2021) <https://bit.ly/3sZ6vrv>.

67 קיימים כמה פרסומים שעסקו בסוגיית המזונות בבתי הדין השרעיים. ראו AHARON LAYISH, WOMEN AND ISLAMIC LAW IN A NON-MUSLIM STATE: A STUDY BASED ON DECISIONS OF THE SHARI'A COURTS IN ISRAEL 91–124 (1975); Moussa Abou Ramadan, *Judicial Activism of the Shari'ah Appeals Court in Israel (1994–2001): Rise and Crisis*, 27 FORDHAM INT'L L.J. 254 (2003) (להלן: Abou Ramadan, *Judicial Activism*); Moussa Abou Ramadan, *Islamic Legal Reform: Shari'a Court of Appeals and Maintenance for Muslim Wives in Israel*, 4 HAWWA 29 (2006) (להלן: Abou Ramadan, *Islamic Legal Reform*). אולם מחקרים אלו אינם מתייחסים לשינויים שהתחוללו בפסיקת בתי הדין השרעיים מאז 2001 ועד ימינו. המחקר היחיד שהתייחס לסוגיית המזונות בתקופה הנחקרת פורסם בידי אחד ממחבריו של המחקר הנוכחי. ראו עידו שחר "מבט מחדש על תמרון בין פורומים משפטיים: תביעות לדמי מזונות בירושלים כמקרה בוחן" **המזרח החדש** נח 127 (2019) (להלן: שחר "מבט חדש"). אולם מחקר זה בחן את התופעה של פורום שופינג בתביעות מזונות

ולקורפוס ההלכתי שהתגבש בעשרים השנים האחרונות כאשר לתנאי החיוב במזונות והיקפם, כאשר לחובת הריתוק הנשית (אחתבאס) ובאשר לנפקויות מעמדה של אישה מורדת (נאשז). אך בטרם נפנה להשלים את החלל המחקרי שנפער בעניין פסיקת מזונות אישה בבתי הדין השרעיים, נבקש לעמוד בקצרה על אופיו ועל מיקומו המיוחד של בית הדין השרעי במערכת המשפט הישראלית ובחברה שבתוכה הוא פועל.

בהיעדר מחוקק אסלאמי בר-סמכא במערכת המשפט הישראלית, בתי הדין השרעיים ממלאים תפקיד מפתח בפיתוח המשפט המוסלמי תוצרת ישראל.⁶⁸ חידושי הפסיקה שמנהיגים בתי הדין השרעיים באמצעות פרשנות יצירתית של הדין הקלאסי הובילו לפיתוח הלכה אסלאמית מקומית ודינמית במיוחד.⁶⁹ על בסיס התפיסה כי הדינים השרעיים אמורים לגלם את טובת הציבור, הוביל בית הדין השרעי לערעורים רפורמות חשובות – אם באמצעות החלת עקרון התקדים המחייב⁷⁰ ואם באמצעות פרסום מנשרים משפטיים שנועדו להתאים את הדין לנסיבות חברתיות משתנות המתחוללות בחברה המוסלמית הישראלית.⁷¹ ההפתחות הדינמיות בדין המוסלמי המיושם בבתי הדין השרעיים בישראל נובעות, בין היתר, מהדיאלוג המורכב המתקיים בין ההלכה המוסלמית ובין החקיקה הישראלית. לעיתים השפעות החוק הישראלי הן ישירות ונכפות על בתי הדין השרעיים הר כגיגית,

מנקודת מבטן של בעלות הדין המוסלמיות, ומיעט להתייחס להבדלים דוקטרינריים בין פסיקת בתי הדין השרעיים לפסיקת בתי המשפט לענייני משפחה.

68 על כוחם העצום של הקאדים המכהנים בבתי הדין השרעיים בישראל ועל היעדרם של שחקנים חשובים אחרים מהשדה השרעי הישראלי ראו Moussa Abou Ramadan, *Notes on the Anomaly of the Shari'a Field in Israel*, 15 ISLAMIC L. & SOC. 84 (2008).

69 על דרגות החופש הפרשניות הנרחבות של הקאדים בישראל, המאפשרות להם להנהיג חידושים רפורמות בדין המוסלמי ראו Shahar, *Qadis*, לעיל ה"ש 49; IDO SHAHAR, LEGAL PLURALISM IN THE HOLY CITY: COMPETING COURTS, FORUM SHOPPING AND INSTITUTIONAL DYNAMICS (2015) 167–174 (להלן: SHAHAR, LEGAL PLURALISM); שחר "מבט חדש", לעיל ה"ש 67. ראו גם אהרן ליש "סיגולו של משפט הלכתי לזמן המודרני בסביבה זרה: השריעה בישראל" **דברי האקדמיה הלאומית הישראלית למדעים** ט(2) 13, 25–29 (2005) (להלן: ליש "סיגולו של משפט"); יצחק רייטר "קאדי באדרת של מופתי בישראל: הצלחות וכשלונות" **מוסלמים במדינת היהודים: דת, פוליטיקה, חברה** 145 (מאיר חטינה ומוחמד אל-עטאונה עורכים 2018).

70 עקרון התקדים המחייב איננו מוכר בשריעה האסלאמית, אך בית הדין השרעי לערעורים ביסס את השימוש בעיקרון זה לצורך הנהגת מדיניות משפטית שתוביל ליציבות משפטית. על פי עקרון התקדים המחייב, פסקי דין של בית הדין השרעי לערעורים מחייבים את הערכאות האזוריות. ראו זחאלקה, לעיל ה"ש 9, בעמ' 61–76; Aharon Layish, *Adaptation of a Jurists' Law to Modern Times in an Alien Environment: The Case of the Shari'a in Israel*, 46 DIE WELT DES ISLAMIS 168, 191 (2006); Abou Ramadan, *Judicial Activism*, לעיל ה"ש 67, בעמ' 273–274.

71 נשיא בית הדין השרעי לערעורים, הקאדי אחמד נאטור, יצר מנגנון של "מנשרים משפטיים" בסוגיות שטעונות חידוש, ובכך קבע דין חדש בבתי הדין השרעיים בסוגיות עכשוויות. מנשרים אלה הם בבחינת חדשנות (איג'תיהאד) והקאדים המכהנים קיבלו אותם והסכימו לפעול לפיהם (אג'מאע), אך בבג"ץ 3094/13 **עמותת "ניסאא ואאפאק" (נשים ואופקים) נ' הנהלת בתי הדין השרעיים** (נבו 9.3.2015) הובהר, על דעת בית הדין השרעי לערעורים ועל דעת המדינה, כי אין למנשרים אלה תוקף משפטי מחייב. על חשיבותם של המנשרים המשפטיים בקידום רפורמות בבתי הדין השרעיים ראו Abou Ramadan, *Judicial Activism*, לעיל ה"ש 67, בעמ' 283–288; שחר "דיאלוגים מצטלבים", לעיל ה"ש 10.

למשל בעניין גיל הנישואין או בעניין זכותו האומניפוטנטית של הגבר לגירושין חוץ-שיפוטיים (טלאק).⁷² לעומת זאת בהזדמנויות אחרות ההשפעות הן עקיפות יותר ובאות לידי ביטוי בתהליכי "ישראליות" של המשפט המוסלמי, או אם תרצו: "אסלאמיזציה של המשפט הישראלי".⁷³ עקרון טובת הילד בתיקי משמורת הוא דוגמה פרדיגמטית לתהליך כזה: אף על פי שעיקרון זה אינו נזכר כלל בחוק המשפחה העות'מאני או בקובץ הדינים השרעיים, בתי הדין השרעיים קראו אותו לתוך המקורות הקלאסיים ונתנו לעיקרון האזרחי תוקף אסלאמי.⁷⁴ המשפט המוסלמי תוצרת ישראל מבוסס אפוא על היברידיות דוקטרינרית המכוננת שעטנו נורמטיבי שרעי-אזרחי.⁷⁵

גם בסוגיית מזונות אישה פסיקת בתי הדין השרעיים לערעורים מבטאת היברידיות נורמטיבית כזאת. לכאורה, בתי הדין מיישמים בעניין מזונות אישה את הדין הדתי באופן בלעדי ואינם כפופים כלל להוראות חקיקה או פרוצדורה אזרחיות. ואומנם, אין לכחד כי העקרונות המנחים של ההלכה המוסלמית בסוגיית מזונות אישה מאורגנים סביב מבנה המשפחה הפטריארכלי ומשטר המגדר ההיררכי שבמרכזו. עם זאת, כפי שנראה להלן, מבט מקרוב על המדיניות השיפוטית שיושמה בבתי הדין השרעיים בעשורים האחרונים בסוגיית מזונות אישה – למן אמצע שנות התשעים, ובמיוחד מאז קבלת תיקון מס' 5 – מעלה כי בתי הדין נוטים לנקוט גישה פרונטלית מכילה ומקילה המיטיבה עם נשים. לטענתנו, גם אם היבטים מסוימים של הפסיקה הם פטרנליסטיים יותר משהם פמיניסטיים, בתי הדין השרעיים מגלים מרחב פרשני יצירתי בפיתוח הדין ומתאפיינים, על פי רוב, בפסיקה הרגישה למעמדה המוחלש של האישה בחברה המוסלמית, המבקשת להגן על זכויותיה ולקדם את רווחתה. אין כל ספק כי מדיניות זו מושפעת, בין היתר, מהשיח הפרוגרסיבי על זכויות נשים שמתקיים גם בחברה הערבית-פלסטינית בישראל.⁷⁶

1. הנאי החיוב: כינון הזכאות למזונות אישה

לפי הדין המוסלמי הקלאסי, בתי הדין השרעיים מתייחסים לחיוב האיש במזונות אשתו כחובה אבסולוטית שלא ניתן להתפרק ממנה על נקלה. סקירת מאות פסקי דין בסוגיית מזונות אישה שהתפרסמו בשני העשורים האחרונים מעלה כי בתי הדין השרעיים קבעו

72 ראו חוק גיל הנישואין, התש"י–1950, ס"ח 286; ס' 181 לחוק העונשין, התשל"ז–1977, ס"ח 226. כן ראו Andrew Treitel, *Conflicting Traditions: Muslim Shari'a Courts and Marriage Age Regulation in Israel*, 26 COLUM. HUM. RTS. L. REV. 403 (1995).

73 מוסא אבו רמאדאן ודניאל מונטרסקו "שיפוט אסלאמי במדינה יהודית ודמוקרטית": קואופטציה ואסלאמיזציה של שדה הדין השרעי "משפט וממשל" יא 433 (2008).

74 ראו אבו-רמאדאן "התפתחויות אחרונות", לעיל ה"ש 21; ליש "סיגולו של משפט", לעיל ה"ש 69.

75 ראו Moussa Abou Ramadan, *Islamic Legal Hybridity and Patriarchal Liberalism in the Shari'a Courts in Israel*, 4 J. LEVANTINE STUD. 39 (2014); עידו שחר "קווים לדמותו של בית הדין השרעי במערב ירושלים" מוסלמים במדינת היהודית: דת, פוליטיקה, חברה 125 (מאיר חטינה ומוחמד אל-עטואנה עורכים) (2018).

76 שחר "דיאלוגים מצטלבים", לעיל ה"ש 10.

חזקה פרשנית שביסודה ההנחה כי בנישואין תקפים האישה מקיימת את חובת הריתוק.⁷⁷ אי לכך, חובת ההוכחה לסתור את חזקת זכאות האישה למזונות מוטלת לפתחו של הבעל.⁷⁸ כדי להבטיח מינימום של פגיעה בזכאותה האבסולוטית של האישה למזונות, בתי הדין אף נקטו גישה פרשנית שניתן להגדירה גישה "מלקחיים": מצד אחד הם המשיגו בצמצום את חובת הריתוק, ומצד אחר, הם הרחיבו את מנעד העילות המקימות פטור מחובה זו. באשר למהלך הראשון, בפסקי דין רבים הקפיד בית הדין השרעי לערעורים ליצוק תוכן פרשני מצמצם במרכיביה של חובת הריתוק. לשיטתו של בית הדין, חובה זו קמה ועומדת על יסוד הכרחי אחד: מגורים בבית הנישואין ואי-עזיבתו בלא אישור. כך, לעומת תביעות גירושין ופירוק נישואין (טלאק, נזאע ושאקאק), למשל, שבהן הבעל יכול להישמע בטענות מטענות שונות בדבר התנהגותה של אשתו ואי-קיום חובותיה כרעיה, הרי שבתביעת מזונות האלמנט היחיד הרלוונטי לשאלת הזכאות הנשית מתמצה בחובת הריתוק ותו לא.⁷⁹ דוגמה מובהקת לפרשנות צרה ומיטיבה בהקשר זה, השונה בתכלית הן מהמדיניות השיפוטית שהונהגה בבתי הדין השרעיים לפני אמצע שנות התשעים,⁸⁰ והן מההגדרה הפרדיגמטית של "אישה מורדת" במשפט העברי, היא פסיקה שרעית המדגישה כי סירוב לקיים חיי אישות אינו בבחינת הפרה של חובת הריתוק.⁸¹ עמדה זו תקפה גם באשר לטענות המועלות תדיר בידי בעלים, כי האישה "מזלזלת בהם", "מזניחה את חובותיה בבית", או

77 ראו לדוגמה אסתנאף (מחכמה האסתנאף الشرعية) 63/1996 (6/6/1996) (אתר בתי הדין השרעיים); אסתנאף (מחכמה האסתנאף الشرعية) 112/2005 (9/7/2005) (אתר בתי הדין השרעיים); אסתנאף (מחכמה האסתנאף الشرعية) 88/2008 (24/4/2008); אסתנאף (מחכמה האסתנאף الشرعية) 283/2018 (2/10/2018) (אתר בתי הדין השרעיים); אסתנאף (מחכמה האסתנאף الشرعية) 101/2015 (9/5/2015).

78 אסתנאף (מחכמה האסתנאף الشرعية) 58/96 (6/6/1996) (אתר בתי הדין השרעיים); אסתנאף (מחכמה האסתנאף الشرعية) 77/2000 (24/3/2000); אסתנאף (מחכמה האסתנאף الشرعية) 119/2013 (17/6/2013) (אתר בתי הדין השרעיים); אסתנאף (מחכמה האסתנאף الشرعية) 102/2015 (29/3/2015); אסתנאף (מחכמה האסתנאף الشرعية) 253/2016 (28/11/2016) (אתר בתי הדין השרעיים).

79 אסתנאף (מחכמה האסתנאף الشرعية) 124/2006 (8/10/2006) (אתר בתי הדין השרעיים); אסתנאף (מחכמה האסתנאף الشرعية) 400/2017 (14/3/2018) (אתר בתי הדין השרעיים); אסתנאף (מחכמה האסתנאף الشرعية) 201/2018 (3/10/2018) (אתר בתי הדין השרעיים).

80 לפסיקה המוקדמת ראו את הדיון אצל AHRON LAYISH, WOMEN AND ISLAMIC LAW IN A NON-MUSLIM STATE (1975) (להלן: LAYISH, WOMEN), המביא דוגמאות רבות לפסיקה של בתי הדין השרעיים בישראל משנות החמישים, השישים והשבעים, הקובעת כי אישה שאינה מצייתת לבעלה במובן הרחב של המילה – כלומר "מתנהגת לא כראוי בבית", או מתרשלת בחובותיה – אינה זכאית למזונות. ליש מציין כי ברוב המקרים פסקי הדין אינם מכריזים על הנשים הללו כנשים "מורדות", אולם הם קובעים כי הן אינן זכאיות למזונות, שכן הן אינן מקיימות את חובת הריתוק והציות לבעל.

81 פרשנות זו מסתמכת על עמדתו של חכם ההלכה החנפי אל-סרח'סי. ראו *المبسوط*, לעיל ה"ש 45, בעמ' 184. ראו גם אסתנאף (מחכמה האסתנאף الشرعية) 10/96, *الكشاف عن قرارات الاستئناف لعام 1997 الجزء الأول* 78 (1997); אסתנאף (מחכמה האסתנאף الشرعية) 37/2006 (28/2/2006); אסתנאף (מחכמה האסתנאף الشرعية) 79, לעיל ה"ש 79; אסתנאף (מחכמה האסתנאף الشرعية) 358/2017 (15/3/2018) (אתר בתי הדין השרעיים).

"אינה מציינת להם".⁸² יתרה מזאת, בית הדין השרעי לערעורים פסק, לפי סעיף 161 לקובץ הדינים השרעיים, כי בעל חב במזונות אשתו גם אם היא גרה בבית הוריה או בבית אחר, אם הוא לא ביקש ממנה לעבור לביתו.⁸³ גם סירובו של הבעל לאפשר לבני המשפחה של אשתו לבקרה בבית הנישואין התפרש כוויתור על חובת הריתוק,⁸⁴ וכך אף פורשה הצהרתו של בעל במסגרת הליך משפטי אחר כי אינו מעוניין להחזיר את רעייתו לבית הנישואין.⁸⁵ העמדה המצמצמת של בתי הדין השרעיים בדבר חובת הריתוק מתגלה שוב ושוב, ובהקשרים שונים. באשר לסוגיה של עבודה מחוץ למשק הבית, למשל, בתי הדין ייחסו לדין המוסלמי הסכמה מכללא שמשמעה ויתור על חובת הריתוק במקרים שבהם האישה עבדה טרם הנישואין והבעל לא הביע התנגדות ברורה ומפורשת להמשך עבודתה,⁸⁶ והוא הדין ביציאת אישה ללימודים אקדמיים שהחלה בהם טרם הנישואין.⁸⁷ גם הגשת תביעת תחכים (יישוב סכסוך) הצופה פני גירושין בידי הבעל פורשה כוויתור על זכותו לריתוק אשתו,⁸⁸ ובשונה מזה, הגשת תביעת תחכים או תביעת מזונות בידי האישה אינה נחשבת הפרה של חובת הריתוק, ובתי הדין אף הכירו בחשיבותו של כלי משפטי זה כחלק מזכותה של האישה לקיום בכבוד.⁸⁹ אף סירובו של הבעל להחזרת אשתו לבית הנישואין, אם עזבה מרצונה, נחשב ויתור משתמע על חובתה כלפיו.⁹⁰ למעשה, די בהבעת נכונות מצידה לחזור לבית הנישואין כדי לבטל את אקט המרידה ולכונן מחדש את זכאותה למזונות, ואחת היא מה היו הטעמים המקוריים לעזיבת הבית.⁹¹

- 82 ראו לדוגמה אסטנאף (محكمة الاستئناف الشرعية) 310/2013 (27/11/2013) (אתר בתי הדין השרעיים); ראו אסטנאף 201/2018, לעיל ה"ש 79; (المحكمة الشرعية في القدس) 904/2016 (5/6/2016).
- 83 אסטנאף (محكمة الاستئناف الشرعية) 210/98 (22/9/1998); אסטנאף (محكمة الاستئناف الشرعية) 489/2012 (5/2/2013) (אתר בתי הדין השרעיים).
- 84 אסטנאף (محكمة الاستئناف الشرعية) 261/2007 (16/1/2008) (אתר בתי הדין השרעיים).
- 85 אסטנאף (محكمة الاستئناف الشرعية) 18/2013 (17/3/2013) (אתר בתי הדין השרעיים).
- 86 בית הדין הסתמך בהחלטתו על חוזה הנישואין שבו צוין כי שני בני הזוג בעלי השכלה גבוהה – תואר שלישי – ושניהם היו מרצים באוניברסיטה בזמן עריכת הנישואין. לפיכך הבעל הסכים בעת חתימת חוזה הנישואין ליציאתה לעבודה. בית הדין השרעי חזר על ההלכה שנקבעה בפסק דין 246/98 (לא פורסם) שלפיו "עבודת האישה טרם הנישואין מהווה הסכמה מכללא של הבעל על ויתור חלק מזכותו לריתוק אשתו". להרחבה ראו אסטנאף (محكمة الاستئناف الشرعية) 246/98; אסטנאף (محكمة الاستئناف الشرعية) 262/2003 (24/2/2004).
- 87 אסטנאף (محكمة الاستئناف الشرعية) 202/2011 (11/12/2011) (אתר בתי הדין השרעיים).
- 88 אסטנאף (محكمة الاستئناف الشرعية) 429/2013 (9/2/2014) (אתר בתי הדין השרעיים); אסטנאף (محكمة الاستئناف الشرعية) 4/1999 (24/1/1999).
- 89 אסטנאף (محكمة الاستئناف الشرعية) 209/2018 (2/9/2018) (אתר בתי הדין השרעיים). ראו גם *Abou Ramadan, Islamic Legal Reform*, לעיל ה"ש 67, בעמ' 65.
- 90 אסטנאף 262/2003, לעיל ה"ש 86.
- 91 זאת במצב שבו הבעל מסרב לחזרתה של האישה לבית הנישואין או מעכב אותה. אסטנאף (محكمة الاستئناف الشرعية) 64/2019 (21/12/2019) (אתר בתי הדין השרעיים); אסטנאף 102/2015, לעיל ה"ש 78. כן ראו אסטנאף (محكمة الاستئناف الشرعية) 407/2018 (31/1/2019) (אתר בתי הדין השרעיים): די בכך שהאישה נכונה לציית לבעל כתנאים מסוימים, ואין צורך שתציית בפועל כדי להקים זכאות למזונות אישה.

יתר על כן, בית הדין השרעי לערעורים השתמש בעקיבות בחופש הפרשני השמור לו כדי להרחיב את העילות השרעיות המוכרות לאי-קיום חובת הריתוק. במילים אחרות, אפילו הצליח בעל להוכיח כי אשתו הפרה חובה זו, די אם תראה האישה כי עזיבת הבית נעשתה מכוח "עילה שרעית מוצדקת" כדי שלא תיחשב לאישה מורדת, וזכאותה למזונות תיוותר על כנה.⁹² למשל, הבעל מחויב לספק לאשתו בית נישואין שהוא "בית חוקי" (מסכן שרעי) כתנאי לשכלול חובת הריתוק, כלומר בית העומד בקריטריונים שנקבעו בבית הדין השרעי.⁹³ בית הדין אימץ הגדרה תובענית ומחמירה לבית הנחשב "מסכן שרעי" וקיפל בתוכה דרישות למקום מגורים הולם, שמאפשר לאישה פרטיות וביטחון ושאינו מתגוררים בו אחרים;⁹⁴ מגורים בנפרד מאשתו השנייה של הבעל;⁹⁵ מדור שלו ושקט המאפשר חיים באווירה בריאה ורגועה ושממוקם בסביבה טובה וליד שכנים ראויים.⁹⁶ די בכך שהבעל לא יעמוד באחד מהתנאים הללו כדי להקים לאישה "צידוק שרעי" להפר את חובת הריתוק. בית הדין אף נתן חותמת הכשר שרעית להתניה חוזית המאפשרת לאישה לקבוע את מקום המגורים בו יתגוררו בני הזוג לאחר הנישואין.⁹⁷ במקרה אחד, שבו אישה עזבה את בית הנישואין שמוקם בטול-כרם כיוון שלטענתה הוסכם כי הצדדים יתגוררו בתוך גבולות ישראל, קבע בית הדין כי הבעל לא סיפק את הדרישה ל"בית חוקי", ולפיכך אין לראות באישה כמי שהפרה את חובת הריתוק. לא הועילו לאיש טענותיו כי נבצר ממנו לספק דרישה זאת בהיותו פלסטיני שאינו רשאי לשהות בשטח ישראל.⁹⁸ עוד נקבע כי שיהוי בהעלאת טענה של היעדר "מסכן שרעי" אינו פוגם בזכות האישה להעלות טענה זאת לאחר מכן.⁹⁹ בדומה לזה, גם טענה מאוחרת – לעיתים שנים רבות לאחר מעשה – בדבר

92 אסתנאף (מחכמה האסתנאף الشرعية) 297/2012 (אתר בתי הדין השרעיים). כן ראו אסתנאף (מחכמה האסתנאף الشرعية) 199/2014 (אתר בתי הדין השרעיים), המרחיב את העילות לאי-קיום חובת הריתוק.

93 ראו *Shahar, Qadis*, לעיל ה"ש 49; *Shahar, One Hundred Years Young*, לעיל ה"ש 62.
94 אסתנאף (מחכמה האסתנאף الشرعية) 173/2005 (אתר בתי הדין השרעיים); אסתנאף (מחכמה האסתנאף الشرعية) 106/2020 (אתר בתי הדין השרעיים); אסתנאף (מחכמה האסתנאף الشرعية) 453/2012 (אתר בתי הדין השרעיים); אסתנאף (מחכמה האסתנאף الشرعية) 190/2005 (אתר בתי הדין השרעיים); אסתנאף (מחכמה האסתנאף الشرعية) 312/2005 (28/12/2005).

95 אסתנאף (מחכמה האסתנאף الشرعية) 277/2008 (אתר בתי הדין השרעיים); אסתנאף (מחכמה האסתנאף الشرعية) 150/2005 (אתר בתי הדין השרעיים). כמו כן די בחוסר פרטיות של האישה בביתה כדי להצדיק את עזיבת הבית. ראו אסתנאף 106/2020, לעיל ה"ש 94.

96 אסתנאף (מחכמה האסתנאף الشرعية) 281/2004 (אתר בתי הדין השרעיים). כן ראו אסתנאף 165/1996 ואזכורו בתמ"ש (משפחה קר) 14737-10-09 ע"נ ע' נ' ע', פס' 6-7 (נבו 22.3.2010).

97 אסתנאף (מחכמה האסתנאף الشرعية) 316/2010 (אתר בתי הדין השרעיים).

98 אסתנאף (מחכמה האסתנאף الشرعية) 141/2000 (3/12/2000).

99 אסתנאף 173/2005, לעיל ה"ש 94, ראו הפניה בפסק דין זה ל אסתנאף 165/1996, לעיל ה"ש 96, שבו נקבע כי שתיקת האישה בעניין זכותה למסכן שרעי, אין בה כדי להשפיע על זכותה לדרוש זאת במועד מאוחר יותר.

אִי־תִשְׁלוּם מוֹהַר שֶׁהוּבַטַח בַּחוּזָה הַנִּישׁוּאִין, או בדבר שימוש לא מורשה ברכושה של האישה שניתן לה כמוהר, היא עילה מוצדקת לעזיבת בית הנישואין.¹⁰⁰

גם באשר לסוגיית האלימות במשפחה ניכר ניסיון שיפוטי להרחבת מנעד הצידוקים להפרת חובת הריתוק. ככלל, בתי הדין הכירו באלימות כעילה לגיטימית ומוצדקת לעזיבת בית הנישואין.¹⁰¹ עם זאת הפסיקה המוקדמת נהגה להבחין בין סוגים שונים של אלימות ולייחס משמעות נורמטיבית לרמות חומרה ותכיפות משתנות של מופעיה.¹⁰² למשל, אלימות קלה וחד־פעמית – בעיקר אם הבעל הביע חרטה עליה והבטיח כי לא תישנה – לא נתפסה כעילה שרעית מוצדקת לעזיבת בית הנישואין.¹⁰³ ואולם, בשנים האחרונות חלה תמורה מבורכת בגישתו של בית הדין השרעי לדין המהותי, המבטא חוסר סובלנות כלפי אלימות על כלל מופעיה. מגמה מסתמנת זו עוגנה בכמה פסקי דין של בית הדין השרעי לערעורים, שקבע כי הקריטריון המכריע שעל פיו תיחתך שאלת הזכאות למזונות אינו רמת האלימות של הבעל אלא רמת הביטחון של האישה בבית הנישואין. הסטת מרכז הכובד של הדיון השיפוטי מן הצד הגברי לצד הנשי מאפשרת אפוא לבית הדין לעקוף את המסורת ההלכתית המעניקה לגיטימיות ל"אלימות מתונה" או ל"אלימות חינוכית",¹⁰⁴ ולתת את הבכורה לתחושת הביטחון הסובייקטיבית של האישה.¹⁰⁵ מנקודת מבט כזו, גם אם חומרת

100 אסתנאפ (מחכמה האסתנאפ השרעית) 110/2003 (6/9/2003); אסתנאפ (מחכמה האסתנאפ השרעית) 47/92 (19/1/1993) (אתר בתי הדין השרעיים).

101 אסתנאפ (מחכמה האסתנאפ השרעית) 51/2009 (20/12/2009); אסתנאפ (מחכמה האסתנאפ השרעית) 24/96 (1/4/1996) (אתר בתי הדין השרעיים); אסתנאפ (מחכמה האסתנאפ השרעית) 39/96 (2/4/1996) (אתר בתי הדין השרעיים).

102 **קובץ הדינים השרעיים** (לעיל ה"ש 30) קובע כי "אם אישה התלוננה שבעלה אינו מקיים את חובותיו כלפיה, והוא מכה אותה קשות, ויש לה ראיות לכך, הוא ייענש" (שם, ס' 211). בהסתמך על סעיף זה, בית הדין השרעי לערעורים קבע שוב ושוב שאלימות הבעל כלפי אשתו היא עילה מוצדקת לעזיבת בית הנישואין. ראו למשל, אסתנאפ (מחכמה האסתנאפ השרעית) 25/2007 (9/5/2007) (אתר בתי הדין השרעיים). ראו גם (מחכמה בטר הסבע השרעית) 2106/2018 (5/3/2019) (אתר בתי הדין השרעיים).

103 גם ליש מציין בספרו את נטייתם של הקאדים להבחנה כזו בין אלימות קשה או פרועה (דרב פאחש/דרב מברח), המנוגדת לשריעה, ובין אלימות נורמטיבית, "כנהוג בקרב בעלים". ראו LAYISH, WOMEN, לעיל ה"ש 80, בעמ' 108. לדוגמה לפסיקה כזו ראו אסתנאפ (מחכמה האסתנאפ השרעית) 297/2003 (18/5/2004) (אתר בתי הדין השרעיים).

104 חלקו השני של פסוק 34 בסורת הנשים קובע: "אַף הַנְּשִׁים אֲשֶׁר תִּפְדּוּן פֶּן תִּמְרְיָנָה וְהִזְהַרְתֶּם אוֹתָן, וְהִתְקַתֶּם אוֹתָן (מַעֲלִיכֶם) בְּחִדְרֵי־הַמִּשְׁכָּב וְהִפִּיתֶם אוֹתָן, וְהָיָה כִּי תִשְׁמַעְנָה לְקוֹלְכֶם לֹא תִבְקְשׁוּ תוֹאֲנָה (לְעִנּוֹתָן), כִּי אֱלֹהִים עֲלִיוֹן וְגָדוֹל" (אל-קראן, לעיל ה"ש 33). פסוק קוראני זה היווה בסיס לדיונים נרחבים של חכמי ההלכה באשר לאופן שבו יש לנהוג באישה מורדת, כאשר אחת ההבחנות העיקריות שנעשו בידי חכמי ההלכה בהקשר זה היא בין "הכאה חינוכית" ל"הכאה אכזרית". ראו Azizah Y. al-Hirbi, *An Islamic Perspective on Domestic Violence*, 27 FORDHAM INT'L L.J. 195 (2003); Hadia Mubarak, *Breaking the Interpretative Monopoly: A Re-Examination of Verse 4:34*, 2 HAWWA 261 (2004).

105 מהלך זה גם מאפשר להסיט את הדגש מאירוע אלימות אחד קונקרטי, שהיו או לא היו לו עדים, ואשר הביא לכאורה לעזיבתה של האישה את הבית, לדפוס היחסים המתמשך בין בני הזוג. למשל, בית הדין השרעי לערעורים נזף בבית הדין האזורי בחיפה, שפסק כי אישה אינה זכאית למזונות לאחר שלא הצליחה להביא ראיות שהבעל אכן נהג באלימות קשה כלפיה וגירש אותה מבית הנישואין באירוע מסוים. בית הדין לערעורים העיר כי האישה הציגה שפע ראיות לאלימותו של הבעל כלפיה, לעובדה

האלימות ותכיפותה הן אולי זניחות מבחינה אובייקטיבית, ואפילו מדובר באיום באלימות בלבד, כל עוד יש בכך כדי לערער את ביטחונה של האישה בבית הנישואין, נפגם כושרו לשמש "בית חוקי" (מסכן שרעי) ונשמטת הקרקע מתחת לחובת הריתוק.¹⁰⁶ במילים אחרות, אם אישה אינה חשה ביטחון בביתה ותומכת את תחושתה בראיות,¹⁰⁷ אזי עומדת לה הזכות לעזוב את בית הנישואין.¹⁰⁸ מתוך מסגרת פרשנית רגישת-מגדר כזאת, בית הדין אף הגדיל לעשות וקבע כי די באלימות מילולית או באלימות כלכלית,¹⁰⁹ כדי להצדיק את עזיבת הבית.¹¹⁰

- השתלט על כספיה הפרטיים, ובאופן כללי, ליחסו הלא ראוי כלפיה, וביקר את בית הדין האזורי על שבחר להתמקד רק באירוע קונקרטי אחד. ראו *استئناف (محكمة الاستئناف الشرعية) ٤١٩/٢٠١٦* (אתר בתי הדין השרעיים).
- 106 *استئناف (محكمة الاستئناف الشرعية) ٢٨٥/٢٠١٩* (אתר בתי הדין השרעיים); *استئناف (محكمة الاستئناف الشرعية) ٨٠/٢٠٢٠* (אתר בתי הדין השרעיים).
- 107 ראוי לומר כאן כמה מילים בעניין דיני הראיות הנוהגים בבית הדין השרעי. בעיקרו של דבר, כלל ידוע הוא במשפט המוסלמי שהראיות מוטלות על התובע, והשבועה מוטלת על מי שמכחיש (אל-פִינה עלא מן אֶדְעָא, ואל-יִמִין עלא מן אֶנְפֶר). כלל זה בא לידי ביטוי בתביעות מזונות: אם הבעל טוען שהאישה אינה מקיימת את חובת הריתוק (אחתיבאס), כלומר האישה אינה שוהה בבית הנישואין, הקאדי מברר מה תגובתה לכך. אם היא מכחישה, כלומר טוענת שהיא מקיימת את חובת הריתוק, חובת ההוכחה כי אין אלה פני הדברים, מוטלת על הבעל. לעומת זאת אם האישה מודה כי היא אינה שוהה בבית הנישואין, אולם טוענת כי אולצה לעזוב את הבית בשל אלימותו של הבעל, או בשל העובדה שהבית אינו חוקי (מסכן עיר שרעי), או מכל סיבה אחרת – טענה זו היא בבחינת טיעון שכנגד (דפע), וחובת הוכחתו מוטלת עליה. כאמור, בתיקי מזונות רבים נשים אינן מצליחות לצלוח את רף הראיות השרעיות, המתבסס בעיקרו על עדותם של עדים, ובמצב דברים זה הבעל מקבל את הזכות להישבע (חֶלֶף יִמִין) כי הטענות שנטענו כלפיו אינן נכונות. אם הוא עושה זאת, התיק מוכרע לטובתו, והאישה אינה זוכה למזונות. לסקירה תמציתית של דיני הראיות השרעיים ראו *مقال ناطور المرعي في القانون الشرعي ٦٧-٥٨ (طبعة ثانية, ١٩٩٦)*.
- 108 *استئناف ٢٨٥/٢٠١٩*, לעיל ה"ש 106.
- 109 *استئناف (محكمة الاستئناف الشرعية) ٢٨١/٢٠٠٨* (אתר בתי הדין השרעיים); *استئناف (محكمة الاستئناف الشرعية) ٥٩/٢٠١٢* (אתר בתי הדין השרעיים). לדיון מקיף במופעים שונים של אלימות כלכלית בפסיקתם של בתי הדין השרעיים, ראו שאדן סלים *אלימות כלכלית בין בני זוג במגזר הערבי – המוסלמי במדינת ישראל כפי שהיא משתקפת בפסיקת בתי הדין השרעיים* (עבודת גמר לתואר "מוסמך במשפטים", אוניברסיטת חיפה – הפקולטה למשפטים 2019). עם זאת יודגש כי בית הדין אינו ממשיג את התנהגויות הבעל בפסיקתו כ"אלימות כלכלית", אולם מבחינה מהותית ברור כי ההתנהגויות שנמצאו מצדיקות את עזיבת הבית וכללות בהגדרה הסוציולוגית לאלימות כזו (ראו סלים, שם). חוסר ההכרה הקונספטואלי במושג זה אינו מפתיע על רקע מגמה דומה המאפיינת את פסיקתה של מערכת בתי המשפט האזרחיים. על כך ראו אריאן רנן-ברזילי ושירלי יוסרי "אלימות כלכלית במשפחה – בין דומיננטיות גברית לגבריות נכפית?" *עיוני משפט* לט 613, 626–630 (2016).
- 110 חשוב להדגיש כי השינוי בפרשנות המהותית בנוגע למקרי אלימות אינו מלווה, בשלב זה, ברפורמה מקבילה בדיני הראיות. דהיינו, בית הדין גיבש פרשנות חדשה לבחינת רף האלימות העולה כדי עילה שרעית מוצדקת לאי-קיום חובת הריתוק, אולם הוא לא קידם בד בבד תמורות חשובות בקביעת דרכי הוכחתה. לפיכך נשים התובעות מזונות מבעליהן מתקשות, פעמים רבות, בביסוס טענותיהן לקיומה של עילה שרעית מוצדקת לעזיבת בית הנישואין. למשל, בתיקים רבים סירב בית הדין לראות "ראיות בכתב" (פִינה חֶטְפָה) – כמו למשל מסמכים רפואיים מבתי חולים שניתנו לכאורה לאחר אירועי אלימות במשפחה או צווי הרחקה ומאסר שהוצאו לבעל לאחר שהאישה התלוננה נגדו – כראיות בעלות תוקף שרעי, ובמקום זאת הורה לנשים להוכיח את טענתן כי הן "אינן בטוחות בבית הנישואין" באמצעות

לבסוף, השכלולים שהנהיג בית הדין נוכחים ותקפים לא רק במישור הדין המהותי אלא גם במישור הדיוני של ניהול ההליכים. למשל, בתי הדין השרעיים הנהיגו פרוצדורה המאפשרת להם לפסוק "מזונות זמניים" (נפקה מאקתה) לנשים בזמן קצר במיוחד, ואפילו ללא יידוע הבעל בדבר תביעת המזונות שהוגשה נגדו. כך, אם האישה נמצאת במצוקה כלכלית וטוענת שהבעל נעדר או לא ניתן להשיגו, והוא אינו מספק לה את מזונותיה, היא יכולה לבקש מבית הדין פסיקת מזונות בהיעדרו.¹¹¹ לצורך מתן פסק דין כזה די בהצהרתה של האישה ובהסכמתו של ערב (פפיל) לערוב להשבתם אם יתברר כי נפסקו שלא כדין. לעיתים פסק דין כזה יכול להינתן בו ביום שהוגשה התביעה.¹¹²

2. היקף החיוב: קביעת סכום המזונות

סוגיית היקף המזונות וסכומם היא סוגיה טעונה, שזיכתה בעבר את בתי הדין השרעיים בביקורת רבה, והיא אף הייתה בבסיס היוזמה של ארגוני הנשים להרחיב את סמכות השיפוט המקבילה של בתי המשפט לענייני משפחה גם לטובת נשים מוסלמיות. כך, בנספח הבהרה לתיקון להצעת החוק הוצגו נתונים סטטיסטיים שאסף המוסד לביטוח לאומי, המלמדים כי סכומי המזונות שנפסקו לנשים ולילדים בבתי הדין השרעיים היו נמוכים במובהק מן הסכומים שקובעים בתי המשפט לענייני משפחה. ועד הפעולה לשוויון בענייני אישות הסיק מכך שכדי לשפר את מעמדם של נשים מוסלמיות, יש להקנות להן מרחב בחירה סטטוטורי לפנות אל הערכאה האזרחית.¹¹³

אין אפוא תמה כי בתי הדין השרעיים התייחסו לסוגיית היקף החיוב בכובד ראש וניסו לגבש מדיניות שיפוטית שתביא בחשבון את הצרכים החברתיים האמיתיים של בעלות הדין.¹¹⁴ מדיניות זו שילבה כמה היבטים: ראשית, במשך שנים השתרש מנהג שיפוטי שלפיו הדיון בתביעת מזונות אישה היה דרשני: בתחילה היה הקאדי קובע את הזכאות העקרונית למזונות, ובשלב השני הוא מינה "מודיעים" (מח'פריין) בני-סמך לקבוע את סכום המזונות. פרוצדורה זאת פעלה לטובת גברים, שכן "הם ידעו להביא את המומחים המתאימים".¹¹⁵ בשנת 1995 הנהיג נשיא בית הדין השרעי לערעורים, קאדי אחמד נאטור,

ראיות שרעיות תקפות, קרי באמצעות עדות תומכת של עדים אמנים. מטבע הדברים, היות שאירועי אלימות מתרחשים פעמים רבות בדר' אמותיו של בית הנישואין, נשים רבות נכשלות בהעמדת רף הראיות הזה, וזכאותן למזונות נשללת. ראו *استئناف (محكمة الاستئناف الشرعية) 277/2013* (2013/10/7) (אתר בתי הדין השרעיים); *استئناف (محكمة الاستئناف الشرعية) 123/2018* (2018/7/22) (אתר בתי הדין השרעיים); *استئناف (محكمة الاستئناف الشرعية) 347/2019* (2019/11/19) (אתר בתי הדין השרעיים).

111 פרוצדורה זו מבוססת על **קובץ הדינים השרעיים**, לעיל ה"ש 30, ס' 189–190.

112 SHAHAR, LEGAL PLURALISM, לעיל ה"ש 69, בעמ' 127–128. באשר להליכי הפסיקה המהירים בענייני מזונות בבתי הדין השרעיים ראו שאוה **הדין האישי**, לעיל ה"ש 9, בעמ' 368.

113 ראו שם, בעמ' 373; טיוטה להצעת חוק שהגיש "ועד הפעולה לשוויון בדיני אישות", לעיל ה"ש 10.

114 זחאלקה **בתי הדין השרעיים**, לעיל ה"ש 9, בעמ' 64–65.

115 שאוה **הדין האישי**, לעיל ה"ש 9, בעמ' 375. ראוי להבהיר כי מודיעים או "מומחים" אלו לא היו על פי רוב בעלי השכלה משפטית, אלא אנשים בעלי מעמד בקהילה שהיה להם לכאורה ידע על רמת החיים המקובלת בקהילתם. מטבע הדברים, בחברה פטריארכלית, שבה הסדר החברתי נקבע במידה רבה לפי השייך החמולתי, ושבה גברים הם שעומדים בראש החמולות, לבעלי דין גברים הייתה גישה טובה יותר

חידוש פרוצדורלי שעוגן בחוזר משפטי המעביר את הסמכות לקבוע את שיעור המזונות מה"מודיעים הממונים" לידי הקאדים עצמם. הקאדים אמורים להשתמש לשם כך לא בידע העממי שלהם על רמת החיים המקובלת של בני הזוג המסוכסכים (כפי שעשו המח'בירין) אלא על מסמכים אובייקטיביים כדוגמת תלושי שכר, נתוני מס הכנסה וכדומה.¹¹⁶ מהלך זה כשלעצמו אפשר לקאדים להגדיל את שיעור דמי המזונות במידה ניכרת.¹¹⁷ שנית, בסדרה של פסקי דין שניתנו מאמצע שנות התשעים פעל בית הדין השרעי לערעורים להגדיר הגדרה מרחיבה ומדויקת יותר את חבות המזונות של הבעל לאשתו. לשיטתו של בית הדין, על מנת לאפשר לאישה קיום בכבוד, המזונות המושגים על הבעל צריכים לכלול שלושה מרכיבים: מזונות אוכל (נַפְקַת טַעַאם), מזונות לבוש (נַפְקַת כְּפֻזָּה) ומזונות מדור (נַפְקַת סִפְנָא).¹¹⁸ לכאורה אין בקביעה זו משום חידוש גדול, שכן כל טקסט בסיסי בדין המוסלמי מתייחס לשלושת המרכיבים הללו של תשלום המזונות.¹¹⁹ אולם בפועל, קביעה זו חוללה מהפכה. טלו לדוגמה את החיוב במזונות מדור. פסקות אלו אפשרו לנשים שעזבו את בית הנישואין ומתגוררות בבית אביהן – כפי שקורה פעמים רבות – לתבוע מזונות מדור מהבעל.¹²⁰ יתרה מזו, אפילו נשים שהמשיכו לגור בבית הנישואין בעודן פרודות מהבעל, יכלו עתה לתבוע מזונות מדור שישמשו אותן למימון הוצאות הבית, ואילו קודם לכן רק אישה שעזבה את בית הנישואין ושכרה דירה הייתה זכאית לדרוש

ל"מומחים" אלו והם יכלו להשפיע על חוות הדעתם. ראו SHAHAR, LEGAL PLURALISM, לעיל ה"ש 69, בעמ' 102.

116 מرسوم قضائي رقم 2 "وظيفة المخبرين في قضايا النفقة" (1995/4). ראו גם استئناف (محكمة الاستئناف الشرعية) 96/95, الكشف عن قرارات الاستئناف لعام 1995 326 (1995); استئناف (محكمة الاستئناف الشرعية) 65/2005 28/3/2005 (אתר בתי הדין השרעיים).

117 הנשיא נאטור אף האיין בקאדים להעלות את סכום המזונות ולפסוק לאישה ולילדים מזונות ריאליים. ראו استئناف (محكمة الاستئناف الشرعية) 95/32, الكشف عن قرارات الاستئناف لعام 1995 174 (1995); استئناف (محكمة الاستئناف الشرعية) 118/95, الكشف عن قرارات الاستئناف لعام 1995 407 (1995). ראו גם שחר "דיאלוגים מצטלבים", לעיל ה"ש 10.

118 ראו למשל استئناف (محكمة الاستئناف الشرعية) 67/94, الكشف عن قرارات الاستئناف لعام 1994 92 (1994); استئناف (محكمة الاستئناف الشرعية) 44/2002 4/5/2003; استئناف 259/2018, לעיל ה"ש 89; استئناف 283/2018, לעיל ה"ש 77; استئناف (محكمة الاستئناف الشرعية) 24/200 (11/3/2020) (אתר בתי הדין השרעיים); ראו גם (محكمة يافا الشرعية) 82/2017 (13/8/2017) (אתר בתי הדין השרעיים); (محكمة سخنين الشرعية) 195/2018 (17/5/2018) (אתר בתי הדין השרעיים).

119 למעשה, קובץ הדינים השרעיים מגדיר בדיוק כך מזונות. ראו קובץ הדינים השרעיים, לעיל ה"ש 30, ס' 150.

120 ראו استئناف (محكمة الاستئناف الشرعية) 178/97, الكشف عن قرارات الاستئناف لعام 1997 الجزء الثاني 298 (1997). שם נקבע לדוגמה שאין חובה שחווה השכירות בין האישה ובין המשכיר (שיכול להיות אביה או קרוב משפחה אחר) יהיה בכתב. פסקי דין אחרים אף הרחיקו לכת וקבעו שגם אם אין חוזה שכירות כלל, על האישה מוטל להשתתף בהוצאות המגורים, ואת אלו צריך לכסות הבעל. ראו למשל استئناف (محكمة الاستئناف الشرعية) 212/2006 12/12/2006 (אתר בתי הדין השרעיים); استئناف (محكمة الاستئناف الشرعية) 135/2013 28/5/2013. ראו גם (المحكمة الشرعية في القدس) 2878/2003 28/10/2003; استئناف (محكمة الاستئناف الشرعية) 552/2004 (לא פורסם).

השתתפות בהוצאות השכירות.¹²¹ מובן שגם זכאותה של אישה לשכור דירה ולהתגורר בה לא נשללה, והיא יכולה להגיש תביעה נפרדת וייעודית לצורך זה.¹²² זאת ועוד, מדיניותו הנוכחית של בית הדין השרעי לערעורים היא כי כל עוד לא נקבע בהחלטת בית הדין במפורש כי סכום המזונות שנפסק כולל הוצאות מדור, אזי יש ללמוד מכך הסדר שלילי ולפתוח לפני האישה את הדרך להגיש תביעה נוספת לתשלום הוצאות מדור.¹²³ שילוב כל המהלכים השיפוטיים הללו יחד הביא לעלייה ניכרת בשיעור דמי המזונות הנפסקים לנשים בבתי הדין השרעיים. למעשה, נתוני הביטוח הלאומי מלמדים כי כיום שיעור דמי המזונות הממוצע שנפסק בבית הדין השרעי הוא 2,061 ש"ח בחודש, סכום הגדול במעט מממוצע דמי המזונות שנפסקים בבתי המשפט לענייני משפחה, וגדול במידה ניכרת מממוצע דמי המזונות שנפסקים לנשים בבתי דין דתיים אחרים.¹²⁴

יתר על כן, נראה כי הממוצע הגבוה יחסית של דמי המזונות שפוסק בית הדין השרעי נעוץ בין היתר בעובדה כי בית הדין אינו בוחן כלל את מצבה הכלכלי של האישה, את נכסיה או את הכנסותיה מעבודתה, לא לצורך קביעת הזכאות למזונות ואפילו לא לצורך קביעת שיעורם. בית הדין חוזר ומדגיש שוב ושוב כי החיוב במזונות משתכלל מעצם קיום חובת הריתוק של האישה, ואין נפקא מינה לכל משתנה כלכלי או עובדתי אחר.¹²⁵ כך, הטענה כי אין לפסוק מזונות לאישה בשל היותה עובדת או כי יש להתחשב בהכנסותיה לצורך קביעת סכום מזונותיה נדחתה פעם אחר פעם.¹²⁶ אומנם אפילו בהקשר של תביעת "מזונות שפע" (נפקת יסאר) בית הדין מטיל את נטל ההוכחה על האישה כי הורגלה ברמת חיים גבוהה, וכי מצבו הכלכלי של הבעל שפיר, אולם הוא שוב ומדגיש כי להכנסותיה העצמיות של האישה – בין מעבודה ובין מכל מקור אחר – אין כל נגיעה לקביעת היקף חיוב המזונות של הבעל.¹²⁷

לכסוף, מדיניות שיפוטית נוספת שאף היא פועלת לטובתן של נשים, נוגעת לשיעורן החיובים ולריבית הנצברת על תשלומי המזונות. אומנם בהלכה המוסלמית קיים איסור גורף לשימוש בריבית, אך בתי הדין השרעיים החריגו את חיוב המזונות מאיסור חמור זה בסווגם חיוב זה כחיוב עתידי ולא כחוב עבר. קונסטרוקציה פרשנית זו אפשרה להם לפסוק כי סכום המזונות יוצמד למדד עליית השכר ולא למדד יוקר המחיה מיום מתן פסק הדין ועד התשלום

121 ראו *אסתנאף (מחכמה האסתנאף الشرعية)* 56/2020 (14/5/2020) (אתר בתי הדין השרעיים).

122 *אסתנאף (מחכמה האסתנאף الشرعية)* 238/2018 (2/9/2018) (אתר בתי הדין השרעיים).

123 *אסתנאף (מחכמה האסתנאף الشرعية)* 55/2005 (13/7/2005) (לא פורסם).

124 נתונים אלה תקפים לשנת 2019. ראו נתנאלה ברקלי *נשים המקבלות דמי מזונות מהמוסד לביטוח לאומי*

2019: סקרים תקופתיים 20 315, לוח 15 (2020) <https://tinyurl.com/ypxepn2h>.

125 ראו *אסתנאף* 56/2020, לעיל ה"ש 121; *אסתנאף (מחכמה האסתנאף الشرعية)* 48/2020

(6/4/2020) (אתר בתי הדין השרעיים); *אסתנאף (מחכמה האסתנאף الشرعية)* 42/93 ש.מ.א.ר. **ضد**

م.ع.أ.ح. 27/9/1993 (אתר בתי הדין השרעיים); *אסתנאף (מחכמה האסתנאף الشرعية)* 293/2003

(8/3/2003) (אתר בתי הדין השרעיים); *אסתנאף* 262/2003, לעיל ה"ש 86.

126 *אסתנאף (מחכמה האסתנאף الشرعية)* 132/2018 (2/9/2018) (אתר בתי הדין השרעיים); *אסתנאף*

42/93, לעיל ה"ש 125; *אסתנאף (מחכמה האסתנאף الشرعية)* 489/2012 (5/2/2012) (אתר בתי

הדין השרעיים).

127 *אסתנאף (מחכמה האסתנאף الشرعية)* 14/2001 (12/3/2001) (לא פורסם).

בפועל.¹²⁸ ואכן, נתוני הביטוח הלאומי מראים כי שיעור פסקי הדין של בתי הדין השרעיים הקובעים הצמדה למדד עליית השכר הוא הגבוה ביותר מזה של כל יתר הטריבונלים בעלי הסמכות לפסוק בענייני מזונות.¹²⁹

הנה כי כן, גוף הפסיקה השרעי בסוגיית מזונות אישה מגלם מדיניות שיפוטית פרו-נשית ורגישת-מגדר, המתחשבת בשינויי הזמן והמקום ובצורכי אוכלוסיית בעלות הדין המוסלמיות. דומה כי מדיניות פסיקת המזונות של בתי הדין השרעיים מיטיבה עם נשים לכל אורך הדרך: החל במהירות הפסיקה, עובר בקריטריונים לקביעת הזכאות למזונות וכלה בקביעת שיעור המזונות והיקפם. לא ייפלא אפוא כי היו חוקרים של המשפט המוסלמי בישראל שהרחיקו לכת וראו בקורפוס הפסיקתי המצטבר משום פגיעה בעקרון השוויון בין המינים המפלה לרעה את הגבר, מעודד "עצלות" נשית ופוגע בסיכויי ההשתלבות של נשים מוסלמיות בחברה.¹³⁰

לסיום פרק זה יש להדגיש כי אין כוונתנו, כמובן, לעשות אידיאליזציה לבתי הדין השרעיים. אין ספק כי טריבונלים אלו הם מוסדות אנדרוצנטריים, המיישמים הלכה פטריארכלית באופן מובהק, המעמידה נשים בעמדת נחיתות מובנית אל מול גברים. עם זאת, כפי שהוצג לעיל, בסוגיית מזונות אישה בתי הדין השרעיים מגלים נכונות לרענן תפיסות ופרקטיקות שיפוטיות ומבטאים קשב רב לצורכיהן ולמצויאות חייהן המובחנות של נשים מוסלמיות. כפי שנראה להלן, בתי המשפט לענייני משפחה נכונים הרבה פחות להנהיג רפורמות רגישות-מגדר ו"מאזרחים" את המשפט המוסלמי באופן המרוקן מתוכן את הזכויות הקנויות לנשים מוסלמיות בדין אישי החל עליהן.

ג. מזונות האישה המוסלמית בפסיקת בתי המשפט לענייני משפחה

עם כניסתו לתוקף של תיקון מס' 5 בשלהי שנת 2001, נפל דבר בשיטת המשפט בישראל. לראשונה נדרשים שופטות ושופטים אזרחיים, ברובם המוחלט יהודים, להחיל ולפרש את הדין הדתי המוסלמי בדיני המשפחה. מטבע הדברים, שופטים אלה אינם מומחים במשפט מוסלמי, ורובם ככולם גם אינם קוראים ערבית, ואין להם גישה למקורות האסלאמיים שלא תורגמו לשפה הנגישה להם. בשל חוסר ההיכרות של השופטים עם המשפט המוסלמי ובשל אי-יכולתם להבין טקסטים משפטיים בערבית, אין להיפלא כי הדימוי של משפט זה, העולה מפסיקותיהם, הוא על פי רוב מוטה וחלקי. יתרה מזאת, מתוקף עולם הדימויים האירופוצנטרי המדריך את ההיגיון המשפטי בישראל, שופטות ושופטים רבים נותנים ביטוי לתפיסה אוריינטליסטית המרדדת את המשפט המוסלמי לכדי מערכת נורמטיבית פטריארכלית ואנדרוצנטרית המפלה נשים, שאת ציווייה הם "נאלצים" ליישם בעל כורחם. הדיון שלהלן יבסס טענה זאת באמצעות התחקות אחר אופני יישום הדין המוסלמי בבית המשפט האזרחי ומיפוי המאפיינים והמגמות השיפוטיות העולים מן הפסיקה בסוגיית

128 איאד זחאלקה **אסלאם ושריעה בישראל** 108–109 (2017).

129 ברקלי, לעיל ה"ש 124, בעמ' 15, לוח 8.

130 Abou Ramadan, *Islamic Legal Reform*, לעיל ה"ש 67, בעמ' 68–69.

מזונות אישה. כמו בדיון על פסיקתו של בית הדין השרעי, גם הדיון בפרק זה מאורגן סביב שתי תמות עיקריות: תנאי החיוב במזונות והיקפו של החיוב.

ייאמר מייד כי פסיקתם של בתי המשפט לענייני משפחה, כמו בסוגיות רבות אחרות, לא בהכרח מתאפיינת במשנה סדורה וקוהרנטית, וכי יש לנהוג זהירות יתרה בזיהוי מגמות ובגזירת הכללות גורפות, בייחוד בהתחשב בעובדה שמרבית הפסיקה אינה מתפרסמת.¹³¹ בשים לב להערת האזהרה בדבר מגבלות מחקר כזה, ניתן לאבחן דפוסי פסיקה מטרידים שהחוט המקשר ביניהם הוא תוצאתי: פגיעה בזכויות הנשים המוסלמיות. הדיון שלהלן יאיר, לראשונה, את מגמת ה"יהודיזציה" של המשפט המוסלמי, קרי נטייתם של בתי המשפט לענייני משפחה לגזור גזרה שווה בין הדין העברי לדין השרעי למרות הבדלים מובהקים ביניהם וליישם את עקרונות ההלכה היהודית בעניינם של בעלי דין מוסלמים.¹³² לעומת זאת פעמים אחרות בתי המשפט נעים בין שני קטבים סותרים: בין יישום דין מוסלמי שמרני במיוחד – כפי שנראה, שמרני בהרבה מזה שמיישמים בתי הדין השרעיים – ובין יישום עקרונות ליברליים של שוויון מגדרי. למרבה האירוניה, בין שהם מאמצים דין שמרני מוסלמי, ובין שהם מיישמים דין ליברלי שוויוני, נראה כי מדיניותם השיפוטית של בתי המשפט האזרחיים פוגעת בפועל בזכויותיהן של נשים מוסלמיות.

1. התנאים לכינון הזכאות למזונות: אימוץ פרשנות פטריארכלית ושמרנית לדין המוסלמי

ההבדלים העמוקים בין הגרסה הדתית לגרסה האזרחית של המשפט המוסלמי תוצרת ישראל מעוגנים בשני אדנים פרשניים: במעין המונח ראי למדיניותם השיפוטית של בתי הדין השרעיים, בתי המשפט לענייני משפחה אימצו פרשנות מרחיבה ותובענית לחובת

131 עמדה על כך הצעת החוק להקמת ערכאה לערעורי משפחה, שלפיה "המצב כיום מתאפיין במיעוט הלכות מנחות ובריבוי פסיקות סותרות". ראו דברי ההסבר להצעת חוק בית המשפט לענייני משפחה (תיקון מס' 6) (בית המשפט לערעורי משפחה), התשס"ה–2005, ה"ח 182. על הבעייתיות שבהסקת מסקנות בהסתמך על פסקי הדין (המעטים) שפורסמו במאגרים הממוחשבים לעומת התיקים הרבים שבארכיבי בתי המשפט ועל העיוות שנוצר מכך בגוף הידע המשפטי בדיני המשפחה ראו למבט כללי בוגוש, הלפרין-קדרי וכתבן, לעיל ה"ש 23. מה שמחריף את מגבלות המחקר בהקשר שלנו הוא הממצא בדבר התעלמותם של מאגרי המידע מפסקי דין של בתי משפט הממוקמים בפריפריה, ובכללם בתי המשפט לענייני משפחה בנצרת ובטבריה, שכידוע משרתים אוכלוסייה מוסלמית נרחבת (שם, בעמ' 625). עם זאת במחקרנו לא נמצאו הבדלים מהותיים בין פסיקה שפורסמה ובין פסיקה שלא פורסמה ושהגיעה לידינו מאינפורמנטים ועורכי דין. אדרבה, להערכתנו אם קיימת הטיה בפסיקה שהתפרסמה, הרי שזו הטיה ליברלית, משמע פסקי הדין שפורסמו הם דווקא ליברליים מאלו שלא פורסמו. במילים אחרות, אנו סבורים כי הגישה המוגבלת לפסיקה מיתנה את מסקנותינו ולא הקצינה אותן.

132 יצוין כי ב"יהודיזציה" אין כוונתנו למוכן הצר של פסיקה לפי עקרונות המשפט העברי, שהרי גם ההלכה היהודית אינה מיושמת בהכרח לפי הדין החקוק אלא כפי שבית המשפט בוחר להבין אותו, אלא כוונתנו להטענת הדין המוסלמי בערכים ובנורמות השאובים מהשיח המתקיים בבית המשפט על ההלכה היהודית. לממצא דומה, שלפיו בתי המשפט לענייני משפחה פוסקים לפי הדין הראוי בעיניהם ולא לפי הדין החקוק, באמצעות פרשנות-מחדש מרחיבה של החוק ובשימוש בעקרונות כלליים שמחוצה לו ראו Sharon Shakargy, *Whose Law is it Anyway? The Case of Matrimonial Property in Israel*, 23 THEOR. INQ. L. 165 (2022) (המראה ממצא זה בנוגע להחלת דין זר בתיקי יחסי ממון בין בני זוג).

הריתוק הנשית מחד גיסא, ופרשנות צרה ודווקנית לחריג "הצידוק השרעי", המאפשר לסטות ממנה מאידך גיסא. כך, לעומת בית הדין השרעי לערעורים, שקבע כי "ציות" משמעו חובת ריתוק לבית הנישואין בלבד, בתי המשפט משקללים אל תוך המשוואה המגדרית משתנים נוספים, כגון התנהגות האישה ומילוי חובותיה הזוגיות, ורואים בהם תנאי מספיק לשלילת זכאותה למזונות. בניסוח אחר, טווח המקרים שבהתקיימם יכיר בית המשפט האזרחי במעמדה של אישה כמורדת (נאשז) המפסידה את מזונותיה רחב בהרבה מההגדרה הצרה שיצק בית הדין הדתי למונח זה בהקשר של מזונות אישה. לדוגמה, פסיקתו של בית המשפט לענייני משפחה פרטה כמה וכמה קריטריונים חובקי-כול העולים כדי מרידה נשית: "אישה נחשבת לאישה 'נאשז', אם היא לא מקיימת את חובת הריתוק או אינה מקיימת חובה אחרת על פי הדין השרעי כלפי בעלה, אם היא יוצאת מביתה ללא כל עילה שרעית או נוסעת לחו"ל ללא הסכמתו או שאינה מקדישה את עצמה למענו".¹³³ במקרה אחר הקיש בית המשפט והשווה את מעמדה של אישה מורדת לפי ההלכה היהודית ל"נאשז" לפי השריעה המוסלמית וקבע, ללא כל בסיס חוקי בדין, כי בעל פטור מלזון אישה שאינה מקיימת את חובת ההתייחדות (אל-תִּמְכִּין), ש"משמעותה כי האישה מאפשרת לבעלה לקיים איתה יחסי אישות בהתאם למה שקבע האל והתיר".¹³⁴ מגמה זו של "ייהוד" הדין המוסלמי לחובת נשים מוסלמיות אף שוכללה והועמקה לאחרונה בפסק דין שטבע עוד שלוש עילות פטור – המנוסחות בז'רגון הלכתי מובהק – שבהתקיימן אישה מוסלמית תאבד את מזונותיה בבית המשפט האזרחי אך לא בבית הדין הדתי: הראשונה, "אישה העוברת על הדת, אישה שאינה מכבדת את בעלה ויוצאת עם גברים זרים, כאשר התנהגות זו אינה כוללת אקט מיני"; השנייה, "מעשה כיעור, אישה המבצעת אקט מיני עם גבר אחר"; השלישית, "מעשה זינוי".¹³⁵

מופע שיפוטי מובהק נוסף המכונן יחס דיפרנציאלי לחובת הריתוק הנשית מגולם בנסיבות של הבעת נכונות לחזור לבית הנישואין. בית המשפט סירב לראות בהבעת נכונות מצד אישה לשוב לביתה משום עמידה בחובת הריתוק ואף קבע, למשל, כי אישה הטוענת לאלימות כלפיה אינה נאמנת בטענתה כי היא נכונה לחזור לבית הנישואין.¹³⁶ גישה זו הפוכה בתכלית לגישתו של בית הדין השרעי לערעורים, הרואה בהבעת נכונות כזו משום עדות לרצונה של האישה בהמשך קיום הנישואין שדי בה כשלעצמה לספק את חובת הריתוק.¹³⁷ יתרה מזאת, כאשר אישה טוענת שהיא מוכנה לשוב לבית הנישואין, ואילו

133 בש"א (משפחה קר') 281/08 פלונית נ' פלוני (נבו 31.3.2008). כן ראו תמ"ש (משפחה קר') 7161/05 פלונית נ' אלמוני (נבו 1.11.2006) (להלן: עניין פלונית נ' אלמוני); תמ"ש (משפחה חד') 1320/01 ע"א נ' ע"י (נבו 18.10.2006).

134 תמ"ש (משפחה טב') 59344-02-15 ס"נ נ' ס"נ (נבו 23.3.2016). ראוי לציין כי פסיקה זו סותרת בחריפות את פסיקת בית הדין השרעי לערעורים, הקובעת כי "אישה שמונעת מבעלה ליהנות ממנה", כפי שמנסח זאת בית הדין, אינה נחשבת לאישה מורדת. ראו استئناف 2006/27, לעיל ה"ש 81; استئناف 2006/24, לעיל ה"ש 79.

135 עניין ס"נ, לעיל ה"ש 134, פס' 71-72.

136 תמ"ש (משפחה נצ') 14135-09-14 מ"מ נ' י"מ, 10 (נבו 26.4.2015).

137 ראו לעיל ה"ש 91 והפסיקות המוזכרות שם.

הבעל מסרב או מעכב זאת, היא זכאית למזונות בבית הדין השרעי גם אם העילה הראשונית לעזיבת הבית לא הייתה מוצדקת.¹³⁸

בדומה לזה, בתי הדין השרעיים מתייחסים לצווי הגנה והרחקה שניתנו בהסכמת הבעל כראיה להסכמתו לוותר על חובת הריתוק,¹³⁹ ואילו בתי המשפט לענייני משפחה מתייחסים לצווים אלו כראיה לכך שהאישה אינה מעוניינת להמשיך ולציית לבעלה, מסקנה הגוררת עימה את אובדן מזונותיה. טלו למשל את עניין ס"ג, המגולל את סיפורה של אישה "מרותקת לביתה" שהגישה תלונות על אלימות נגד בעלה במשטרה וקיבלה צווי הגנה כדי למנוע את אלימותו כלפיה. בית המשפט קבע, בניגוד גמור לפסיקה השרעית המסתפקת בהגדרה רזה ומינימליסטית של חובת הריתוק, כי משמעות החובה הנשית היא לא רק מילוי התנאי של שהייה בבית המגורים המשותף, אלא על הרעיה להביע "את רצונה הכנה לקיים את כל חובותיה וחיוביה כלפי הבעל, לרבות כיבוד, דאגה, חיים משותפים ובעיקר חיים משותפים בהרמוניה".¹⁴⁰ דהיינו, בית המשפט האזרחי מגדיל לעשות ומפרש את המשפט המוסלמי על פי "תכלית החקיקה", וכך נוסף על דרישה פורמלית של מגורים משותפים, שבית הדין השרעי מסתפק בה, הוא מעמיד גם דרישה מהותית המחייבת חיים משותפים בהרמוניה. על רקע זה עצם העובדה שהאישה הגישה "מספר רב של צווי הגנה ותלונות במשטרה" נזקפה לחובתה ושימשה, לשיטתו של בית המשפט, ראייה להיעדר רצון אמיתי לקיום חיי הנישואין העולה כדי שימוש לרעה בזכות. בלשונו של בית המשפט:

עתירה לתביעת התובעת, במקרה זה ובמקרים דומים, ככל שיגיעו לפתחו של בית המשפט, יש בה משום עידוד לנשים, ובכחינת חוטא יוצא נשכר, להגיש בקשות סרק לצווי הגנה [ו]תלונות במשטרה, כאשר הן נשארות בבית המגורים המשותף של הצדדים ובו בעת יעתרו לביהמ"ש לחייב את בעליהם במזונותיהן בטענה כי הן מקיימות את חובת האחתבאס-הריתוק ולכן מגיע להן מזונות. אל לבתי המשפט ליתן יד למקרים כאלה [...] פס"ד זה בא למנוע מקרים בהם יש ניצול ושימוש לרעה בחובה זו במטרה לזכות בכספים בחוסר תום לב ובהעדר ניקיון כפיים.¹⁴¹

נוסף על "פרשנות תכליתית" של הדין המוסלמי – שאין לה שום יסוד בספרות ההלכתית השרעית עצמה – רציונל אחר המונח ביסוד הקשחת תנאי הסף לחיוב במזונות הוא ההשוואה ליחסי הכוח שנוצרו בין בעלי דין יהודים, שבמסגרתם "האישה מנצלת את זכותה למזונות על מנת להנציח את הסכסוך ולקבל מזונות ולא ליתן את הסכמתה לא לשלום בית וגם לא לגירושין. במקרים מסוימים אף נעשה שימוש בעניין זה כקלף מיקוח בידי האישה

138 ראו אסטנאף 19/2019, לעיל ה"ש 91; אסטנאף 10/2010, לעיל ה"ש 78.

139 אסטנאף (מחכמה האסטנאף الشرعية) 30/2012 (28/5/2012) (אתר בתי הדין השרעיים); אסטנאף (מחכמה האסטנאף الشرعية) 213/2013 (4/9/2013) (אתר בתי הדין השרעיים); אסטנאף (מחכמה האסטנאף الشرعية) 104/2014 (10/6/2014) (אתר בתי הדין השרעיים); אסטנאף (מחכמה האסטנאף الشرعية) 372/2018 (1/16/2019) (אתר בתי הדין השרעיים).

140 עניין ס"ג, לעיל ה"ש 134, פס' 45, 47.

141 שם, פס' 73.

עת דנים בני הזוג בנושאים אחרים שקשורים למחלוקות שבין הצדדים.¹⁴² אולם רציונל זה מושתת על השוואה חסרת בסיס המחילה על בעלי דין מוסלמים מציאות נורמטיבית שאינה רלוונטית להם כלל. הגבר המוסלמי, שלא כגבר היהודי, אינו תלוי בהסכמתה של אשתו לפירוק קשר הנישואין, להפך – קשה למצוא זכות גירושין גברית רחבה יותר וכה אסימטרית מבחינה מגדרית בשום שיטה דתית אחרת הנוהגת בישראל. ממילא השיקול הרלוונטי בקונטקסט של הדין האישי-המוסלמי אינו חשש מפני שימוש לרעה בזכות למזונות אלא חשש מפני עגינות נשית ללא הזכות למזונות. חמור מזה, פסיקה מקוממת זו מטעמה כי אישה הסובלת מאלימות ואף פועלת להרחיק גבר מכה כדי להגן על עצמה, בהכרח אינה מעוניינת להמשיך לחיות עימו, ומטעם זה כשלעצמו איבדה את זכאותה למזונות אישה. יצוין כי הדים לרציונל בעייתי זה ניתן למצוא גם בפסקי דין שלא פורסמו במאגרים המשפטיים. דוגמה מייצגת היא תמ"ש 30980-02-13, שעסק בתביעת מזונות של אישה מוסלמית המטופלת בחמישה ילדים קטינים ושמעולם לא עזבה את בית הנישואין, ואילו האיש מתגורר במחסן הסמוך לבית מזה שנתיים.¹⁴³ גם בהתעלם מכך שפסק הדין מציין בטעות כי בעלי הדין המוסלמים נישאו זה לזה "כדת משה וישראל" וחוזר ומזכיר את הלכות הדין העברי, קשה להתעלם מכך שבית המשפט פוסק במודע בניגוד גמור לדין המוסלמי בהדגישו כי לא מצא "לחייב את הנתבע במזונות אשתו, על אף שעל פי הדין האישי קיימת חובה כזו",¹⁴⁴ מן הטעם שמדפוס זה של "חיים משותפים אך נפרדים" מתרשם בית המשפט כי "דרכם הגיעה לכדי סיום לאור הסכסוך המתמשך ביניהם כפי שהדבר מתבטא במסגרת הבקשות לצווי הגנה שמגיש אחד כלפי משנהו, לרבות מעורבות המשטרה ומעורבות מטעם שירות הרווחה".¹⁴⁵ מלבד המגמה של קניסת אישה המגישה בקשה לצו הגנה באובדן מזונותיה, דומה כי בית המשפט מוסיף ומעלה את הרף הנדרש לקיום חובת הריתוק. בית המשפט אינו מסתפק ב"הבעת רצון כנה" מצד הרעיה "לנהל חיי שותפות בהרמוניה"¹⁴⁶ אלא דורש קיום בפועל של כלל "חובותיה וחיוביה", לרבות חובות מיניות:

לטעמי ולעניות דעתי, חובת הריתוק, שהינה תנאי עיקרי והכרחי לזכאות למזונות אישה, אינה מתקיימת אך ורק בשהייתה של האישה בבית המגורים המשותף, אלא כאשר האישה מקיימת את כל חובותיה וחיוביה כלפי הבעל, לרבות כיבוד, דאגה, חיים משותפים ובעיקר חיים משותפים בהרמוניה וכן קיום יחסי אישות.¹⁴⁷

עם כל הכבוד, לא ברור מדוע ועל סמך איזה בסיס יש ל"טעמו" האישי של בית המשפט ו"לעניות דעתו" עדיפות נורמטיבית על פני הדין המוסלמי המציג עמדה חד-משמעית

142 שם, פס' 49.

143 תמ"ש (משפחה טב') 30980-02-13 פלונת נ' פלוני (נבו 7.6.2015).

144 שם, פס' 32.

145 שם.

146 עניין ס"נ, לעיל ה"ש 134, פס' 44, 47.

147 תמ"ש 30980-02-13, לעיל ה"ש 143, פס' 32.

בהקשר זה. פסיקה כזאת, הנובעת לא מכוח הדין אלא מכוח הדיין, מבנה ומקבעת את חובת הריתוק כמשוכה לא עבירה המאיינת את זכאותה של האישה המוסלמית למזונות ולמעשה קוראת אותה אל מחוץ לדין המוסלמי כמעט באופן גורף.

נוסף על מגמת הרחבתה של חובת הריתוק מלבד התוכן הצר והמצומצם של מגורים משותפים, בתי המשפט אף צמצמו במידה דרסטית, וללא ביסוס הלכתי הולם, את הגדרת "הצידוק השרעי" שמכוחו זכאית אישה לעזוב את בית הנישואין בלא שתאבד את מזונותיה. ניתן לאתר, למשל, פסיקה המגבילה ומרדדת את ספקטרום המקרים המצדיקים את עזיבת הבית לכדי נסיבה אחת בלבד: "רק כתוצאה מאלימות יכולה להיות עזיבת האשה את בית בעלה מוצדקת לצרכי פסיקת מזונות אשה"¹⁴⁸. גם חריג מצומצם זה פורש פירוש מגביל, צר ושמרני ההופך את הקערה על פיה ומקבע את מעמדה של חובת הריתוק הנשית, במקום את חובת המזונות הגברית, כחובה אבסולוטית. למשל, כמה פסקי דין של בתי המשפט לענייני משפחה קבעו כי "אלימות לא-מתמשכת" של הבעל כלפי אשתו אינה יכולה להיחשב סיבה המצדיקה את עזיבת בית הנישואין לתקופה ארוכה, וכי על האישה לשוב ולהיות מרותקת אל הבעל אם אינה רוצה להיחשב למורדת.¹⁴⁹ בתי המשפט אף קבעו כי "אלימות מתונה" – שלשיטתם הדין השרעי מתיר לבעל לתת לאישה "לטעום מעט [...] כדי לחנכה"¹⁵⁰ – וכן אלימות מילולית או כלכלית, אינן עילה שרעית מוצדקת לעזיבת בית הנישואין.¹⁵¹ גם פסק דין שהסכים עקרונית להכיר במקרה אלימות אחד כצידוק שרעי לעזיבת הבית, סייג הכרה זו בשני סייגים אזרחיים שלמעשה מציבים בפני האישה בחירה בין רווחתה הגופנית לרווחתה הכלכלית. נקבע כי זכאותה של אישה למזונות מותנית בכך "שתהיה סמיכות בין מועד קרות האלימות לבין מועד עזיבתה של האישה את הבית" ובשים לב לכך שככל שתקופת שהותה מחוץ לבית מתארכת, היא תוכפף לנטל ראייתי מוגבר להוכיח שהסיכון לשלומה עודו בתוקף.¹⁵² כך מקבע בית המשפט את הכלל שלפיו רק אלימות קשה ומתמשכת תיחשב לצידוק שרעי המכשיר את הפרת חובת הריתוק.

יחס מקל זה כלפי אלימות במשפחה, כפי שהוא מובנה דרך המבט ההגמוני המנרמל של בית המשפט, מכונן אפוא מעין הכשרה תרבותית של פרקטיקות אלימות כלפי נשים המשתייכות לקבוצת מיעוט דתית ואתנו-לאומית. בלשון אחר, במקום להפגין מדיניות

148 תמ"ש (משפחה נצ') 24824-04-12 נח"ח נ' ס"ח, פס' 24.11 (נבו 21.5.2013).

149 תמ"ש (משפחה טב') 2988-06-09 מ"ה נ' א"ה (נבו 18.8.2011); תמ"ש (משפחה ת"א) 12810/06 אעא"ר נ' עאא"ר (נבו 1.3.2009).

150 ש.ם.

151 ש.ם, פס' 2. יצוין כי היעדר הכרה באלימות כלכלית כבעלת נפקות משפטית מאפיין את פסיקת בתי המשפט למשפחה בפרט ובתי המשפט בישראל בכלל. לביקורת נוקבת ראו רנן-ברזילי ויוסרי, לעיל ה"ש 109. אכן, מתוך מודעות לבעייתיות בגישתו של בית המשפט, המגלה עיוורון למקרים של אלימות כלכלית, הוגשו שלוש הצעות חוק פרטיות בשנים 2019–2021 שנועדו להכיר באלימות כלכלית במשפחה, אך באף אחת מהן לא הושלם הליך החקיקה. ראו הצעת חוק למניעת אלימות כלכלית בין בני זוג ובני משפחה, התש"ף–2019, פ/139/22; הצעת חוק למניעת אלימות במשפחה (תיקון) – מניעת אלימות כלכלית, התש"ף–2020, פ/885/23; הצעת חוק למניעת אלימות במשפחה (תיקון) – מניעת אלימות כלכלית, התשפ"א–2021, פ/354/24. ראו תמ"ש (נצ') 54724-02-13 מ.א.ג. נ' ע.א.ג. (נבו 23.12.2013) (להלן: עניין מ.א.ג.).

152 עניין מ"ה, לעיל ה"ש 149, פס' 41.

שיפוטית המתאפיינת ברגישות מגדרית, מפגינים בתי המשפט לענייני משפחה "רגישות תרבותית" ומקילים ראש במופעים שונים של אלימות הגואים ומסלימים כלפי נשים בחברה המוסלמית-פלסטינית.¹⁵³ מובן מאליו שזוהי "רגישות תרבותית" לכאורה בלבד, שכן היא מתבססת על הנחות אוריינטליסטיות ועל דימויים שגויים הן של המשפט המוסלמי והן של החברה הערבית-פלסטינית בישראל. גוף הפסיקה שהתפתח בבתי המשפט לענייני משפחה בסוגיית מזונות האישה המוסלמית מכונן אפוא מכניזם אזרחי המשתמש בדין השרעי באופן ש"מתרבת" אלימות כלפי נשים, משקף סטראוטיפים הגמוניים באשר לאלימות הטבועה בתרבות המיעוט ומייצר טריוויאליזציה שלה.

יתר על כן, דפוס שיפוטי זה, המתאפיין באכיפה של פרשנות פטריארכלית ושמרנית לדין המוסלמי, מעלה סימני שאלה דווקא לנוכח פסיקה שרעית מיטיבה, שכזכור הקשיחה את היחס השיפוטי כלפי אלימות במשפחה וסיפקה לבית המשפט בסיס הלכתי מסוים לשלול את כלל סוגי האלימות במנותק מפרמטרים של רמת האלימות ותכיפותה.¹⁵⁴ כפי שנראה בחלק הבא, סימני השאלה מתחדדים בשל נכונותם של בתי המשפט לסטות מהוראות הדין השרעי בהקשרים אחרים, כאשר הסדריו סתרו לכאורה עקרונות אזרחיים.¹⁵⁵ למרבה האבסורד, דומה כי במקרים רבים בית המשפט בחר לדבוק בדין השרעי מקום שהסדריו היו פוגעניים כלפי נשים ובחר לדחות אותו דווקא מקום שבו הסדריו היטיבו עימן.

דוגמה מאלפת נוספת להבדל המפתיע בתוכן הפרשני שיצקו בתי המשפט ובתי הדין ל"צידוק השרעי" שבמשפט המוסלמי מתחוורת בתביעת מזונות שהגיעה לפתחן של שתי הערכאות. בפסק דין פלונית נ' פלוני דחה בית המשפט תביעה למזונות אישה בקובעו כי התובעת היא בגדר "אישה מורדת" (נאשז) משום שלא אפשרה לבעל להיכנס לבית הנישואין.¹⁵⁶ זאת חרף קביעתו של בית הדין השרעי כי עשתה כן משום שהוא התחתן בלא הסכמתה ואף ללא ידיעתה עם נשים נוספות ובזבו עליהן את כספי המשפחה בלא שטרח לזון אותה, וכי הגירושין נגרמו באשמתו של האיש שאף חויב בתשלום המוהר הדחוי. להשקפתו של הטריבונול האזרחי, "הדין השרעי הינו דין ארכאי ופטריארכלי ומכוחו יכול הבעל לשאת עד 4 נשים בעת ובעונה אחת. האם נשיאת נשים נוספות יכולה הייתה להצדיק איסור כניסת הבעל לדירה? דומני שהתשובה בשלילה".¹⁵⁷ כמה חודשים לאחר מתן פסק הדין האזרחי פסק בית הדין השרעי לאישה מזונות המתנה (עדה) – סוג מיוחד של מזונות

Madelaine Adelman, Edna Erez & Nadera Shalhoub-Kevorkian, *Policing Violence against Minority Women in Multicultural Societies: "Community" and the Politics of Exclusion*, 7 POLICE & SOC. 103 (2003)

154 ראו פרק ב לעיל. אומנם דיני הראיות הנוקשים של בתי הדין השרעיים מקשים לעיתים על נשים להפיק תועלת מההתפתחות בדין המהותי, אולם כידוע בתי המשפט האזרחיים כפופים אך ורק לדין המהותי המוסלמי ולא לדיני הראיות שלו. לכלל המשפטי הידוע שלפיו בתי המשפט לענייני משפחה כפופים לדיני הפרוצדורה והראיות האזרחיים ולא הדתיים ראו ע"א 26/51 קוטיק נ' וולפסון, פ"ד ה 1341 (1951).

155 ראו הדיון בתת-פרק ג.2. להלן (העוסק בהיקף חיוב המזונות).

156 תמ"ש 34133-09-13 פלונית נ' פלוני (נבו 15.5.2014).

157 שם, פס' 23.

קצרי טווח לתקופה של שלושה חודשים, הניתנים לאחר הגירושין. בית הדין השרעי דחה בפסק דינו את טענת הבעל כי קיימת קביעה של בית המשפט לענייני משפחה שלפיה האישה היא "נאשז", ואף יצא חוצץ נגד התיוג האוריינטליסטי של המשפט המוסלמי כ"שיטת משפט ארכאית ופטריוארכלית". בית הדין לא הסתפק רק בהבעת מחאה אלא אף טרח להפנות את מקבילו האזרחי לערוך היכרות עם המקורות הקלאסיים של השריעה, המבטאים גישה המיטיבה עם נשים. למעלה מזאת, בית הדין השרעי קבע כי החלטתו של בית המשפט שגויה מיסודה ופוגעת באישה שלא כדת ולא כדין: האישה בנסיבות אלה אינה בבחינת "נאשז" וסירובה להכניס את האיש לבית הנישואין הוא לגיטימי, מוצדק ומתבקש. ממילא, קובע בית הדין, לא היה מקום לפגוע כהוא זה בזכותה של התובעת למזונות אישה מכוח הדין האישי החל עליה.¹⁵⁸ פרשה זאת – המאפשרת חרך הצצה נדיר לאופן שבו בית המשפט ובית הדין פוסקים כל אחד אחרת באותה הפרשה המשפטית עצמה – מלמדת עד כמה הערכאה האזרחית שבויה בסד דימויים אוריינטליסטי, המגביל את מרחב התמרון הפרשני שלה ומרוקן את הדין השרעי מהפוטנציאל המיטיב שלו.

דוגמה נוספת לדפוס חשיבה דומה ניתן לראות בעניין מא"נ, שעסק אף הוא בסוגיה של מזונות האישה הגרושה.¹⁵⁹ בית המשפט דחה את בקשתה של האישה למזונות עדה בטענה כי בית הדין השרעי מצא אותה אשמה בהתפרקות קשר הנישואין ושלל ממנה את המוהר המאוחר:

בכל הנוגע למהות החיוב במזונות בתקופת העדה, מחוייב ביהמ"ש לנהוג על פי הוראות הדין האישי החלות על בני הזוג המוסלמים, ומקום שקיימת בפניו קביעה שיפוטית של בית הדין השרעי, כי הגירושין נגרמו בעטייה של האשה ו/או קביעה לעניין אי זכאותה למוהר, רשאי ביהמ"ש להקיש מכך על היעדר זכאות האשה למזונות בתקופת העדה [...] הבוררים שמונו בבית הדין השרעי קבעו, כי האשה בהתנהגותה ומעשייה איבדה זכותה לקבל המוהר. קביעה זו משליכה כאמור, גם על היעדר זכאות האשה לקבל מזונות אשה בתקופת העדה שכן הדבר מלמד על כך שלא מילאה אחר חובותיה במהלך הנישואין כלפי בעלה.

הפרשנות האזרחית של הדין המוסלמי, כפי שפותחה בפסיקת בית המשפט לענייני משפחה, סותרת בחריפות את הפרשנות הדתית של הדין המוסלמי בסוגיית מזונות עדה. לעומת בית המשפט, המבקש לשלול אוטומטית מזונות עדה מאישה שנמצאה אשמה בפירוק הקשר הזוגי, הפסיקה השרעית מנתקת שיקולי אשם בגירושין משאלת הזכאות למזונות וקובעת במפורש כי אין להסיק מייחוס אשם או משלילת המוהר את היותה של אישה מורדת.¹⁶⁰

158 (المحكمة الشرعية في الناصرة) 1682/2014 (15/11/2014)

159 עניין מא"נ, לעיל ה"ש 151. יצוין כי מפסקי הדין שברשותנו שני פסקי דין בלבד התייחסו לסוגיית מזונות עדה, ולכן קשה להסיק מממצאים אלה מגמה כללית.

160 استئناف (محكمة الاستئناف الشرعية) 194/97, الكشاف عن قرارات الاستئناف لعام 1997 الجزء الثاني 336 (1997). ראו גם סעיף 130 לחוק המשפחה העות'מאני, שהוא כאמור המקור הסטטוטורי המחייב של הדין המוסלמי בישראל, שגם ממנו עולה כי אין קשר בין הזכאות למזונות ולמוהר המאוחר.

ואם בכך לא די, דומה כי בית המשפט מייחס נפקות נורמטיבית למערכת היחסים הזוגית העכורה במהלך הנישואין במסגרת הדיון על מזונות עדה, בעומדו בהרחבה על כך ש"היחסים בין הצדדים בענייננו הינם עכורים, קשים, רעועים ולמעשה מדובר בנתק ולא בקרבה, בכעס ולא באהבה, במגורים בנפרד" וזאת "לכל הפחות מזה עשרה חודשים (מיום הגשת התביעה למתן צו מניעה קבוע)".¹⁶¹ אם עכירות היחסים היא שיקול רלוונטי, אזי משמעה המעשי של פסיקה כזו הוא ביטול מוחלט של מזונות האישה הגרושה (נפקת עדה), שכן מטבע הדברים בני זוג מתגרשים כשהיחסים ביניהם הופכים עכורים.

בית המשפט אף מוסיף ומחדש מיוזמתו כי טענת הגנה אפשרית של הבעל במזונות עדה היא שגרושתו מפירה את קוד ההתנהגות המיני הראוי ומבצעת "מעשים אסורים" עם גברים אחרים.¹⁶² אולם הגנה כזאת היא פיתוחו של בית המשפט האזרחי ואינה מעוגנת כלל בדין השרעי שעליו היא לכאורה נסמכת. אדרבה, לפי ההלכה המקובלת באסכולות השונות, אפילו אישה נואפת ממשיכה להיות זכאית למזונות העדה ממגרשה, משום שאין היא רשאית להתחתן בתקופת ההמתנה, ואין גבר אחר שמספק את מזונותיה.¹⁶³ לפיכך פסיקה שרעית עקיבה מדגישה כי בתביעת מזונות המתנה אין עומדת לבעל טענה בדבר התנהגותה המוסרית של האישה, ואין בה כדי לפטור אותו ממזונותיה.¹⁶⁴ מלאכת ה"אזרוח" של המשפט המוסלמי, הקוראת אל תוכו שיקולים מוסרניים הנוצצים בהתנהגות האישה, אף מייצרת בתורה הפליה חריפה בין נשים מוסלמיות לנשים יהודיות: בהקשר מזונותיה של האישה היהודייה בית המשפט פסק בניגוד להלכה היהודית כדי לשחרר נשים מכפיפות לגורמות מחמירות של התנהגות מינית ראויה,¹⁶⁵ ואילו בהקשר מזונותיה של האישה המוסלמית הוא פסק בניגוד להלכה השרעית באופן שהכפיף נשים לקוד מיני מחמיר שהן אינן נתבעות לציית לו כלל על פי הדין האישי החל עליהן. גישתו של בית המשפט למזונות עדה משקפת אפוא לא רק פטריארכליזציה של המשפט המוסלמי אלא גם יחס דיפרנציאלי כלפי נשים מוסלמיות ויהודיות שלא ניתן להצדיקו.

עניין אחרון זה מביא אותנו להאיר דינמיקה מגדרית אתנו-לאומית בעייתית העולה מהשוואת הפסיקה בעניין מזונות האישה המוסלמית לפסיקה בעניין מזונות האישה היהודייה. לטענתנו, בתי המשפט האזרחיים לא זו בלבד שבוחרים להחיל גרסה שמרנית

161 עניין מא"נ, לעיל ה"ש 151, פס' 23, 25.

162 שם, פס' 17.

163 מירון הדין המוסלמי, לעיל ה"ש 41, בעמ' 131.

164 ראו למשל استئناف (محكمة الاستئناف الشرعية) 20/97, الكشف عن قرارات الاستئناف لعام 1997 الجزء الاول 85 (1997).

165 רות הלפרין-קדרי מיטיבה להראות במאמרים מאירי עיניים את הדרכים שבהן בית המשפט העליון מפחית את המשמעות המיוחסת לסטיית האישה מקוד ההתנהגות המיני הראוי, למשל באמצעות הגברת המשקל הראייתי הנדרש להוכחת סטייה כזו, הפחתת המשמעות המיוחסת לסטייה כזו והחדרת אמת מידה של הדדיות. ראו רות הלפרין-קדרי "דיני משפחה אזרחיים נוסח ישראל – לקראת השלמה: על הכבוד, הצדק, השוויון והכוונה יושתתו מעתה דיני המשפחה" מחקרי משפט יז 105 (2001); רות הלפרין-קדרי "שיקולי מוסר בדיני משפחה וקריאה פמיניסטית של פסיקת המשפחה בישראל" עיונים במשפט, מגדר ופמיניזם 651 (דפנה ברק ארו ואח' עורכות 2007). כן ראו למשל ע"א 277/81 גרינהאוז נ' גרינהאוז, פ"ד לו(3) 197 (1982), באשר להחדרת ממד של איוון מגדרי ולהקהיית ההפליה נגד האישה שנגרמת מקיומו של סטנדרט כפול מצד הדין האישי בעיצוב חובת הנאמנות בין בני הזוג.

ומגבילה של הדין המוסלמי, אלא שהם נמנעים, במידה רבה, מלהפעיל את המנגנונים המיטיבים שפיתחו לטובת נשים יהודיות גם בקונטקסט של נשים מוסלמיות. דוגמה למגמה זו ניתן למצוא ביחס לדיני הראיות התקפים לגבי סוגיית מזונות האישה היהודייה. המשפט העברי מטיל על אישה שעזבה את ביתה להוכיח כתנאי למזונותיה כי עשתה כן מסיבה מוצדקת. כדי ששיקולים כלכליים לא ירתיעו נשים מלממש את זכות היציאה מהקשר הזוגי ויותרו אותן עקודות לנישואין בעייתיים, המיר בית המשפט את הכלל הפרוצדורלי הרגיל של מאזן ההסתברויות בכלל ראייתי חדש הייחודי לדיני מזונות אישה – "כלל ראייה במשקל נוצה". השינוי הראייתי למעשה חולל בדין שינוי מהותי: ההסתפקות בנטל הוכחה מינורי לכך שסיבת העזיבה מוצדקת שימשה לביצורה של הזכות למזונות ולשחרור נשים יהודיות מבית הנישואין.¹⁶⁶ לעומת זאת בבואם לדון בתביעת מזונות של נשים מוסלמיות, נמנעים בתי המשפט לענייני משפחה מלהפעיל הקלה ראייתית דומה ביישומו של המשפט המוסלמי. בעקבות זאת הולכת ומתפתחת בבתי המשפט לענייני משפחה מערכת דינים אזרחית – סדרי דין ודיני ראיות – שמפלה בין נשים מוסלמיות לנשים יהודיות ללא הצדקה. דוגמה להפליה כזאת היא במקרה שבו עזיבת הבית נגרמה מחמת אשמה הודית של הבעל והאישה, מה שמכונה בהלכה היהודית "מניעה ממנו וממנה". במצב כזה בתי המשפט פסקו – בניגוד להלכה ובניגוד למדיניות הפסיקה של בתי הדין הרבניים – כי האישה היהודייה זכאית למזונות אישה. לעומת זאת בסיטואציה דומה הם פסקו – בניגוד לפסיקתם של בתי הדין השרעיים¹⁶⁷ – כי האישה המוסלמית אינה זכאית למזונות. לשיטתם, רק במקרים שבהם המניעה למגורים המשותפים היא "ממנו", דהיינו רובצת לפתחו של הבעל בלבד ואינה משותפת לשני בני הזוג כאחד, האישה המוסלמית זכאית למזונות אישה.¹⁶⁸

לא זו אף זו, פסיקת בתי המשפט, בייחוד במקרים של עזיבת הבית על רקע אלימות במשפחה, חושפת מגמה בעייתית אף יותר של הקשחת הנטל הראייתי במקום הקלתו, תופעה המקודדת אל תוך המשפט ציפיה נורמטיבית מנשים מוסלמיות לשאת אלימות בנישואיהן יותר מנשים יהודיות.¹⁶⁹ בתי המשפט לא הסכימו לראות, לדוגמה, בצווי הגנה

166 ע"א 256/65 מילר נ' מילר, פ"ד יט 171, 178 (1965).

167 ראו לעיל ה"ש 159 ופסקי הדין המוזכרים בה.

168 ראו עניין פלונית נ' אלמוני, לעיל ה"ש 133; תמ"ש (משפחה נצ') 2881/03 פלונית נ' פלוני, פס' 12 (נבו 29.5.2006) (שם נאמר כי "חריג לכלל האמור מאפשר פסיקת מזונות לאישה המוסלמית שאינה גרה עם בעלה אם היא מוכיחה, כי המניעה לקיום חובתה היא בעטיו של הבעל ומטעמים מוצדקים"). כן ראו תמ"ש 30980-02-13, לעיל ה"ש 143, פס' 20 (ניתן לפסוק "מזונות לאישה המוסלמית שאינה גרה עם בעלה אם היא מוכיחה, כי המניעה לקיום חובתה היא בעטיו של הבעל ומטעמים מוצדקים"), אך ראו תמ"ש (משפחה נצ') 48375-12-11 א"ע נ' א"ד, פס' 34 (נבו 10.6.2012), שבו בית המשפט סבור שהקלה ראייתית דומה צריכה לעמוד גם לזכות האישה המוסלמית, אך בה בעת קובע כי עליו "להזהיר עצמו" בטרם ינקוט גישה מקילה, אזהרה עצמית שככלל אינה מקבלת ביטוי בתביעות מזונות של נשים יהודיות, וכי נטל השכנוע מוטל לפתחה של האישה ועליה לעמוד בו ברמה של מאזן ההסתברויות.

169 תוצאה זאת אף מתאפשרת מכוחם של פסקי דין ששללו מזונות אישה שהוכח כי סבלה מאלימות לא מטעמים ראייתיים אלא מטעמים פרוצדורליים. ראו למשל תמ"ש (מחוזי ת"א) 20276-12-18 א"ח נ' ש"ח (נבו 18.3.2019), שבו הפך בית המשפט המחוזי החלטה למתן מזונות זמניים לאישה מוסלמית מטעמים פרוצדורליים בעיקרם אף שעזבה את בית הנישואין מחמת אלימות שהוכחה לפני בית משפט

שקיבלו נשים בהסכמת הבעל – במקרה אחד דובר בתשעה במספר – משום ראייה לאלימות, וייחסו ערך ראייתי שלילי נכבד לכבישת התלונה במשטרה ולשיהוי בהגשתה, או לכך שלא הוגש כתב אישום שהסתיים בהרשעה.¹⁷⁰ לעומת זאת קיימים תקדימים של בית הדין השרעי לערעורים הרואים בעצם הסכמתו של בעל להוצאת צווי הרחקה או צווי הגנה משום ויתור על חובת הריתוק.¹⁷¹ במקרה אחר פסק בית המשפט כי יש לפקפק בטענת האלימות, שכן "האשה שהינה מתקדמת בהשכלתה ובהתנהלותה, לא הגישה בקשת צו הגנה ו/או תלונה במשטרה בגין אלימות ודי בכך כדי להראות שמדובר בטענות שקשה לקבלן".¹⁷² בפסק דין נוסף לא השתכנע בית המשפט שהאשה עזבה את הבית בשל אלימות מתמשכת כלפיה, בין היתר משום שהיא "חזרה בעדותה מספר פעמים על רצונה בשלום בית, עניין אשר אינו עולה בקנה אחד עם טענותיה לאלימות והתעללות אשר הופנתה כלפיה לכאורה מצד האיש. לא ברור כיצד מבקשת האשה שבית המשפט יאמין לה".¹⁷³ הנמקה מסוג דומה שימשה את בית המשפט גם במקרה שבו נדחתה תביעת מזונות של אישה שטענה לאלימות פיזית ומילולית של בעלה כלפיה במשך 14 שנה. בית המשפט פסק כי לא סביר שאישה תסכים לחיות כך במשך זמן כה ממושך: "ביהמ"ש תוהו ושואל הכיצד אישה מוכה מושפלת, [ש] הייתה קורבן לאונס חיה עם בעל אלים ומסוכן, כטענתה, מבליגה במשך 14 שנים?".¹⁷⁴ מגמה שיפוטית זאת, המתעלמת מתת-הדיווח החריף הקיים בקרב נשים ערביות-פלסטיניות הסובלות מאלימות במשפחה,¹⁷⁵ אינה משכילה להפנים ולעבד את החסמים התרבותיים, החברתיים והכלכליים המונעים מנשים מוסלמיות רבות לעזוב קשרים אלימים או להתלונן על האלימות כלפיהן בפני סוכני אכיפה ושיטור מדינתיים. בכך הופכים בתי המשפט האזרחיים לשותפים פעילים בדיכוי נשים בחברה הפלסטינית-המוסלמית.

יצוין כי למרות עליית המודעות המשפטית והציבורית לתופעת האלימות במשפחה, המשוכה הראייתית המחמירה נוכחת ותקפה גם בפסקי דין מהעת האחרונה ומסתיימת במקרים רבים בדחיית טענת האלימות. למשל, בפסק דין שניתן בשנת 2020 עזבה אישה את בית הנישואין מחמת אלימות פיזית ומילולית שהבעל הפעיל, לטענתה, כלפיה וכלפי בנה. בית המשפט סירב לקבל טענה זאת אף ש"הנתבע נעצר ומעצרו הוארך ולאחר מכן שוחרר למעצר בית",¹⁷⁶ שכן לשיטתו הגשת תלונה במשטרה וקבלת צו הגנה אינן ראייה מספקת "כלל וכלל" כל עוד "התלונה לא התגבשה להגשת כתב אישום והרשעתו של הנתבע

קמא, לא עבדה כלל במשך עשר שנות נישואיה ונסמכה לחלוטין על שולחנו של בעלה. משמעותה המעשית של פסיקה כזו היא פגיעה אנושה ביכולתה של האישה לעזוב את בית הנישואין.

170 ראו למשל עניין ס"נ, לעיל ה"ש 134; עניין אעא"ר, לעיל ה"ש 149 ופסקי הדין הנזכרים להלן. כן ראו תלה"מ (משפחה נצ') 33105-06-20 א' ד' נ' מ' ס' (נבו 18.4.2021).

171 استئناف 30/2012, לעיל ה"ש 139; استئناف 213/2013, לעיל ה"ש 139; استئناف 104/2010, לעיל ה"ש 139; استئناف 18/2018, לעיל ה"ש 139; استئناف 6/2020, לעיל ה"ש 121.

172 עניין נח"ח, לעיל ה"ש 148, פס' 37.

173 תמ"ש 14135-09-14, לעיל ה"ש 136, פס' 36.6.

174 עניין ס"נ, לעיל ה"ש 134, פס' 66.

175 סלים, לעיל ה"ש 109, בעמ' 25, 28.

176 תלה"מ (משפחה נצ') 46096-09-19 פלונית נ' פלוני, פס' 32 (נבו 29.8.2020).

בפילילים".¹⁷⁷ משנמנעה האישה "לחזור לבית המגורים המשותף, דבר שיכלה לעשות במסגרת צו ההגנה שהגישה כנגד הנתבע",¹⁷⁸ קבע בית המשפט, היא הפרה את חובת הריתוק ואת חובת ההתייחדות (אל-תמכין) ללא צידוק שרעי. חוסר הסובלנות השיפוטית למצוקה הנשית-המוסלמית מגולמת אפוא הן בהכפפתה של האישה לתנאי עודף (חיי אישות) שבו אינה נדרשת לעמוד לפי פסיקתו של בית הדין השרעי,¹⁷⁹ הן בציפייה מאישה הסובלת מאלימות לשוב ולהיות מרותקת לבעלה חרף קיומו של צו ההגנה נגדו, והן בהאמרת רמת ההוכחה של האלימות הדרושה לצורך דיני המזונות והשוואתה לנטל הראייתי המכביד של המשפט הפלילי (הצורך בהרשעה).

הנה כי כן, המכנה המשותף העובר כחוט השני במופעים פסיקטיים שונים הוא קיומן של הנחות מוצא אוריינטליסטיות מושרשות היטב בתפיסותיהם של השופטים, המביאות אותם פעם אחר פעם לאמץ פרשנות פטריארכלית ושמרנית לשריעה המוסלמית. ממצא זה מעמיד באור ביקורתי ובעייתי את ה"אזרוח" של המשפט המוסלמי, המתרחש במערכת בתי המשפט למשפחה בישראל, וחושף כי הפקדתו בידי סוכני אכיפה אזרחיים רחוקה מלהיות מקדמת ומיטיבה. בחלק הבא נדון במגמה הפוכה מבחינה רטורית, אך באופן פרדוקסלי, בעלת תוצאה זהה מבחינה פרקטית: אימוץ פרשנות ליברלית ושוויונית לדין המוסלמי המחוללת בתורה עוול מגדרי חריף לא פחות משמעותית הפרשנות הפטריארכלית והשמרנית.

2. היקף חיוב המזונות: אימוץ פרשנות ליברלית-שוויונית למשפט המוסלמי

כפי שהוצג לעיל, בתי הדין השרעיים בישראל פסקו בעקיבות כי הכנסותיה של האישה וכושר השתכרותה אינם רלוונטיים לסוגיית קביעת סכום המזונות, וכי החיוב חל על איש בין שהאישה עשירה ובין שהיא ענייה. כלל זה נובע מהמשגת חובת המזונות וחובת הריתוק כחייבים זוגיים הדדיים ומשולבים, או בניסוח אחר, כתשלום גברי בעבור הריתוק הנשי שאינו קשור לצורך כלכלי.¹⁸⁰ לפיכך השיקול הרלוונטי היחיד שעל פיו נקבע היקף החיוב הוא יכולת התשלום של הבעל ורמת החיים של המשפחה: אם הבעל אמיד ובעל אמצעים, הוא ישלם מזונות שפע (יסאר); אם הבעל עני, הוא ישלם מזונות דוחק (אעסאר) או מזונות מינימום (כפאיה) בגין צרכים הכרחיים.

יש להעיר כי גישה זו, המיטיבה עם נשים באופן תוצאתי, נגזרת מתשתית רעיונית פטריארכלית של מבנה המשפחה המסורתית, שבליבתו תפקידי מגדר נוקשים והפרדה בין הספרה הפרטית לציבורית. כיצד אפוא מיישם בית המשפט לענייני משפחה את המשפט המוסלמי בהקשר זה וכיצד הוא מעבד את הנחות המוצא הפטריארכליות שביסודו? כפי שנראה, פסיקותיהם של בית המשפט האזרחי ושל בית הדין הדתי בסוגיית שיעור המזונות הן, שוב, מעין תמונת ראי: בית הדין השרעי יוצא מנקודת מוצא שמרנית ופטריארכלית

177 שם, פס' 34.

178 שם, פס' 35.

179 ס' 101 לחוק דיני המשפחה העות'מאני, המופיע אצל בן-שמם וגויטיין, לעיל ה"ש 31, בעמ' 225.

180 קובץ הדינים השרעיים, לעיל ה"ש 30, ס' 160. ראו גם את פסקי הדין הנזכרים לעיל בה"ש 80.

שמביאה אותו להיטיב עם נשים; בית המשפט יוצא מנקודת מוצא ליברלית של שוויון פורמלי שמביאה אותו לפגוע בהן.

בשנים הראשונות לקיומה של סמכות שיפוט מקבילה דבקו בתי המשפט בפסיקתו של בית הדין השרעי וחייבו גברים מוסלמים בתשלום מזונות ללא קשר למצבה הכלכלי של האישה, להכנסותיה או לנכסיה.¹⁸¹ אולם בשנים האחרונות החלו בתי המשפט פוטרים גברים מתשלום מזונות לא רק במקרים שבהם האישה השתכרה למחייתה,¹⁸² אלא לפרקים גם במקרים שבהם לא עבדה מחוץ לביתה, אגב קיוזו כושר השתכרותה הפוטנציאלי ממזונותיה. למשל, בעניין פלונית נ' אלמוני קבע בית המשפט כי יש להתחשב בין היתר בעובדה כי מדובר באישה צעירה שאין לה מגבלות רפואיות או אחרות ולקזז את פוטנציאל השתכרותה ממזונותיה.¹⁸³ כך, במקום לבאר את המשפט המוסלמי לפי הפסיקה השרעית המושרשת, בתי המשפט מכפיפים את הדין המוסלמי לעקרונות נורמטיביים זרים לו לחלוטין. למעשה, הדין השרעי מוכפף במקרה זה לסד הפרשני של המשפט העברי ולטרמינולוגיה היהודית-ההלכתית. בית המשפט אף רואה יתרון מפורש במהלך פרשני המקדם החלת דין שוויוני על כלל בעלי הדין ומייצר דומות בין דתות שונות.¹⁸⁴ לגישתו, "המדיניות השואפת להחלת דין שוויוני לגבי בעלי דתות שונות, פרשנות לפיה מתחשבים גם בהכנסת האישה המוסלמית, בדומה לנהוג גם בדתות האחרות כמו בעניין מזונות אישה יהודייה (שם עולה שאלת 'מעשה ידיה תחת מזונותיה') תביא לאחידות בתוצאה של מתדיינים בעלי דתות שונות, הפונים לבית המשפט ומבקשים אותו סעד".¹⁸⁵

נוסף על מדיניות שוויון בין-דתית, פסיקה זו מכפיפה במוצהר את המשפט המוסלמי למערכת עקרונות ושיקולים אזרחית המעוגנת בערכים של שוויון פורמלי. כך, אותו מהלך לא ביקורתי של פמיניזם-ליברלי שבית המשפט נקט כלפי נשים יהודיות ושהיה בעל עוגן הלכתי לפחות חלקי, כפי שהראתה רות הלפרין-קדרי,¹⁸⁶ הוא החיל על נשים מוסלמיות וללא כל עוגן שרעי. במקרה פלונית נ' אלמוני הנזכר לעיל, למשל, בית המשפט ציין

181 תמ"ש 2881/03, לעיל ה"ש 168, פס' 29 (בית המשפט קבע, לפי עמדתו של בית הדין השרעי לערעורים, "כי אין בהכנסת התובעת ולא כלום לעניין חיוב הנחבע במזונותיה, שכן, על פי הדין המוסלמי, הבעל אינו זכאי להנות מכספי האישה, והיא יכולה לנהוג בהם כרצונה, ואין מתחשבים בהם לצורך חיובו במזונותיה"). כן ראו תמ"ש (משפחה נצ') 30459-03-16 פלונית נ' פלוני (2.4.2020); תמ"ש (משפחה נצ') 38928-08-15 י"א נ' ו"א (נבו) (21.6.2018) ("הוראת הדין השרעי קובעת כי בעל חב במזונות אשתו [...] גם אם היא עובדת ויש לה הכנסה, שכן החבות הינה אבסולוטית ללא שום קשר להכנסתה, עושרה והכספים שמחזיקה בהן"). לפסקי דין נוספים שפסקו ברוח זו ראו גם תמ"ש 13-02-30980, לעיל ה"ש 143; תמ"ש 17-09-7876 (16.10.2017).

182 ראו לדוגמה תמ"ש 13-02-30980, לעיל ה"ש 143; תמ"ש 16-03-30459, לעיל ה"ש 181; תמ"ש (משפחה נצ') 15-12-37345 ר"א נ' שח"ח (נבו) (25.9.2018). כן ראו עניין ס"נ, לעיל ה"ש 134; עניין פלונית נ' אלמוני, לעיל ה"ש 133.

183 שם.

184 עניין ר"א, לעיל ה"ש 182.

185 שם, פס' 51.

186 ראו תיק (אזורי חי') 8005/טו א' נ' ב', פד"ר יד 212 (1991). לדיון מאיר עיניים בסוגיה זו ראו רות הלפרין-קדרי "מזונות אשה: מתפישה של שונות לתפישה של אי-שוויון" משפט וממשל ז' 767, 785-786 (2004) (להלן: הלפרין-קדרי "מזונות").

במפורש כי קיזוז כושר ההשתכרות הפוטנציאלי נדרש "בכדי ליישם עקרונות של שוויון ותום לב בדיני מזונות".¹⁸⁷ אף שמדובר באישה שלא עבדה מעולם – לא לפני הנישואין ואף לא במהלכם – בית המשפט ראה בעצם בחירתה שלא לממש את כושר ההשתכרות שלה לעת גירושין משום חוסר תום-לב שדי בו כשלעצמו כדי לשלול את זכאותה למזונות. בפסק דין אחר, שבו היה מדובר באישה ללא ניסיון תעסוקתי, שבמשך 14 שנות נישואיה עבדה בתוך משק ביתה כעקרת בית והייתה מטופלת בשלושה ילדים, מצא בית המשפט לנכון להבהיר כי לשיטתו, מהותו של חיוב המזונות כחיוב אבסולוטי מקורה ומקומה –

בעבר הרחוק כאשר תנאי החיים היו שונים והנטל העיקרי של כלכלת ופרנסת המשפחה נפל על שכמו של הבעל, עליו הוטלה המשימה הקשה לצאת לעבוד על מנת לפרנס את אשתו וילדיו. מנגד, על האישה הוטל הנטל של דאגה לבית, כאשר הייתה מרותקת בביתה, עסוקה בביצוע עבודות הבית לרבות גידול הילדים המשותפים. כיום החיים השתנו, רוב הנשים השתלבו במעגל העבודה, משתכרות טוב למחייתן והשתכרותן מהווה חלק חשוב בלתי נפרד מחיי המשפחה הכלכליים, כאשר עליהן גם מוטלות חובות שאף קיבלו ביטוי ברור בפסיקת בתי המשפט.¹⁸⁸

פסק דין נוסף, שבו נשללו מזונותיה של אישה מחמת מעשה ידיה, נתן אף הוא ביטוי לתפיסה של דומות מדומיינת, המחילה רטוריקה של שוויון על מציאות של אי-שוויון:

חלוקת התפקידים המסורתית בין בני הזוג בתוך המשפחה בחלופי השנים, זו הלכה והשתנתה וכיום נמצא[ת] האישה, כמו האיש, עובדת ותורמת, גם כלכלית – לטובת המשפחה; דבר זה משליך במידה מסוימת גם על החובות מכוח הדין האישי; פרשנות אחרת, תהיה פרשנות בלתי סבירה, מכרסמת בתחושת השוויון ותום הלב, מתעלמת מהמציאות והתמורות החברתיות והכלכליות בחלוקת התפקידים שחלו במשפחה המודרנית.¹⁸⁹

187 עניין פלוגית נ' אלמוני, לעיל ה"ש 133, פס' 13.

188 עניין ס"נ, לעיל ה"ש 134, פס' 50 (ההדגשה הוספה). בפסק דין זה לא התייחס בית המשפט במפורש לקיזוז כושר ההשתכרות כעילה לשלילת המזונות. עם זאת עצם העובדה שהוא בחר דווקא בנסיבות העובדתיות הללו כדי לטעון שכיום רוב הנשים עובדות ומשתכרות היטב, ולפיכך אבד כלח על החיוב האבסולוטי במזונות, מטעימה את נכונותו לצעוד בכיוון זה. יושם אל לב גם לכך שתיאור זה מנגיד את המשימות המגדריות של הגבר והאישה בהתייחסו רק לתפקיד הגברי כאל "משימה קשה" ובכך, לפחות במשתמע, מרמז על הטבעיות – והשקיפות – של תפקיד עקרת הבית.

189 עניין ר"א, לעיל ה"ש 182, פס' 49 (ההדגשה הוספה). כן ראו תמ"ש 30459-03-16, לעיל ה"ש 181. מעניין שאותה שופטת נתנה פסק דין הפוך במקרה של אישה שגילה אינו ידוע, אולם נתון כי ילדיה בגירים למעט קטינה בת 15, וכי הפסיקה לעבוד סמוך לפני הגשת התביעה, בשל דלקת בשריר כף היד לטענתה. בית המשפט פסק בנחרצות כי לפי הדין המוסלמי שכר עבודתה של האישה "אינו יכול לפטור את הבעל מחובתו במזונות אשתו, יהא גובהו של השכר אשר יהיה". קשה ליישב את הסתירה בין שני פסקי הדין המציגים כל אחד אחרת את עמדת הדין המוסלמי אף שניתנו בסמיכות זמנים יחסית. כמו כן קשה להלום מדוע בית המשפט נמנע מכל התייחסות ל"אספקלריה רחבה של כללי הדין הכללי ובתוך זה

כך בשם ערכים של שוויון פורמלי מבית מדרשו של הפמיניזם הליברלי אימצו בתי המשפט הנחה כוזבת של דומות מגדרית והשוו באופן מלאכותי את הגבר והאישה המוסלמים מצד אחד לאישה היהודייה והאישה המוסלמית מצד אחר. במילים אחרות, גישה שיפוטית המניחה כי "רוב הנשים השתלבו במעגל העבודה" ו"משתכרות טוב למחייתן" עוצמת עיניים הן בפני הבדלים בין-מגדריים בין גברים לנשים בשוק העבודה והן בפני הבדלים פנים-מגדריים באופן המרדד "נשים" לכדי קטגוריה אוניברסלית והומוגנית החפה ממורכבויות זהותיות. לפי קריאה זאת, הפרשנות השוויונית שבית המשפט מעניק לדין המוסלמי מעוגנת בחוויית החיים של האישה היהודייה ממעמד הביניים כנקודת ייחוס נורמטיבית, ומחמיצה את השוליות המרובה של נשים מוסלמיות הן על בסיס מגדרי, הן על בסיס מעמדי והן על בסיס דתי ואתנו-לאומי. עיוורון זה להבדלים הניכרים בין קטגוריות שונות של נשים מביא בתורו את בית המשפט להתעלם מהעובדה כי נשים ערביות-מוסלמיות הן האוכלוסייה המופלגת ביותר בשוק העבודה הישראלי. לא זו בלבד ששיעור ההשתתפות שלהן בכוח העבודה (26.8%) הוא פחות מחצי משיעור ההשתתפות של גברים מוסלמים (59%), אלא שהן אף צועדות הרחק מאחורי אחיותיהן מהעדות הדתיות האחרות: נשים יהודיות (66.1%), נשים נוצריות (48.7%) ונשים דרוזיות (40.2%).¹⁹⁰ החסמים המצטלבים הנוכחים בחייהן של נשים מוסלמיות מתגלמים לא רק במידת האינטגרציה שלהן בשוק העבודה אלא גם בנתוני השכר: מלבד פערי השכר השגורים שמהם הן סובלות, ככל הנשים, מחמת מינון, הן סובלות גם מנחיתות מובנית בשל שיוכן האתנו-לאומי, המשתקפת בנתוני השכר העגומים שלהן – שכרן החודשי הממוצע נמוך ב-45% מזה של אחיותיהן היהודיות.¹⁹¹

הכרה בניסיון החיים המובחן של נשים מוסלמיות בישראל – שעם זאת מתחשבת בשונות הפנימית ביניהן ובמוקש המהותנות של הזהות¹⁹² – משמעה אפוא כי הנסיון ליישם נורמות ליברליות-שוויוניות במערכת היחסים של בני זוג המשתייכים לחברה פטריארכלית אינו מהלך של פמיניזם ליברלי אלא של "ליברליזם פטריארכלי".¹⁹³ גישתו של בית המשפט לוקה אפוא באותו פגם שאותו הוא מבקר – ב"התעלמות מהמציאות" המורכבת של נשים מוסלמיות הסובלות מנחיתות משפטית וכלכלית ומהמעגל השוטה הקושר בין תפקידי המגדר בספרה הפרטית למעמדן בספרה הציבורית. אימוץ הרציונל

190 חוק יסוד 'כבוד האדם וחירותו' וממילא מהיעדר מוחלט של דיון נורמטיבי בשאלה אם אכן ראוי במקרה זה לפסוק מזונות בהתחשב בנסיבותיו הקונקרטיות. ראו תלה"מ 36935-08-17 (30.10.2017).

191 נתונים לרגל חג הקורבן הודעה לתקשורת" (הודעה לתקשורת) (28.7.2020). <https://bit.ly/3LtXbCN>
191 שלי מזרחי סימון **תעסוקה בקרב נשים ערביות** (הכנסת, מרכז מידע ומחקר 2016) <https://bit.ly/3CtNed4>. הנתון נכון לשנת 2014.

192 אכן, אין בביקורתנו את פסיקת בתי המשפט ואת הדפוסים המאפיינים את החברה הפלסטינית-המוסלמית כדי להתכחש למגוון הפנימי שלה או להשטיח את הזהות של נשים מוסלמיות ולהתעלם מקווי שוני תוך-קהילתיים וממתחים פנימיים הסודקים את ההומוגניות של קטגוריה נשית זאת. על כך ראו קארין כרמית יפת "קול משלה: פמיניזם מזרחי במשפט הישראלי" **משפט וממשל** כג 311 (2022).

193 אבו-רמדאן "מזונות לקטינים", לעיל ה"ש 19.

הליברלי-שוויוני המביא לקיזוז פוטנציאל ההשתכרות מהמזונות חושף אפוא את הנשים המוסלמיות לעוול מגדרי ולעוני, מסכל את יכולתן המעשית לממש את זכות היציאה מהקשר הזוגי ומקפח ערכים של שוויון מהותי וצדק תוצאתי על מזבח הערכים החלולים של שוויון טכני ופורמלי.¹⁹⁴

פסק דין שלקח עמדה פרשנית זו אף רחוק יותר, הוא עניין ר"א, שבו בית המשפט דן במחלוקת שהתגלעה בין בעלי הדין בעניין עצם החיוב במזונות והיקפו.¹⁹⁵ בית המשפט קבע כי האישה עזבה את בית הנישואין מטעמים מוצדקים עקב אלימות שהופעלה עליה, אולם ראה בעובדת היותה עובדת משום נסיבה הפוטרת את הבעל מתשלום מזונות. פסיקה זו נתלתה לא רק בערכי השוויון האזרחי אלא אף במקורות המשפט המוסלמי עצמו, בשים לב לכאורה לרוחו ולתכליתו.¹⁹⁶ בית המשפט בחר להסתמך על אחד מספרי ההלכה המוסלמים, המגדיר את מערכת החיובים בין בני הזוג באורח פטריארכלי במיוחד, ואף ביקש להסיק ממנו כי האישה המוסלמית זכאית למזונות "תמורת הריתוק לבית והשעבוד לבעל", וכי במצב שבו האישה אינה מרותקת לביתה – גם אם מסיבה מוצדקת – ומקבלת

194 יצוין כי עיקר הביקורת שלנו מופנה כלפי מגמת הקיזוז בפועל של הכנסה פוטנציאלית שאינה קיימת, מהלך שקשה להצדיקו בהתחשב בתנאי החיים של נשים מוסלמיות רבות, בנחיתותן הכלכלית והמשפטית ובהפליה המגדרית האתנו-לאומית שאליה הן כפופות בחברה הישראלית. לעומת זאת במקרים רבים יהיה ניתן להצדיק את קיזוז שכר השתכרותה של האישה ממזונותיה, בשים לב לנסיבותיו האישיות של כל מקרה ולמכלול יחסי הכוח שבין בעלי הדין. בהקשר זה יש לציין כי לאחר הגשת המאמר לפרסום התקבל פסק דין של בית המשפט המחוזי המעמיד את ההלכה המוסלמית על מכונה בסוגיה זאת ומכיר בהיותה "ברורה וחד משמעית לאמור, בעל חייב במזונות אשתו, באופן מוחלט וללא כל קשר להכנסתה". ראו עמ"ש (מחוזי נצ') 51883-06-20 מ"א נ' מ"א (נבו 22.11.2020). כפי שמציין בית המשפט של הערכאה הראשונה (תמ"ש 30459-03-16, לעיל ה"ש 181), האישה, רופאה במקצועה, משתכרת אף יותר מן האיש, רואה חשבון שכיר. עוד עולה מפסק הדין שהאישה ירדה ל-75% משכרה רק לאחרונה, בסמיכות זמנים יחסית למועד הגשת התביעה למזונות אישה, אולם גם במצב דברים זה היא משתכרת לכל הפחות שכר הזהה למשכורתו של האיש (כ-14,000 ש"ח לחודש). עוד עולה כי האישה נמנעה מלצרף לתביעה את תלושי השכר שלה מחצי השנה האחרונה וזאת חרף החלטתו של בית המשפט, ואף עולה כי היא הפסיקה להשתתף בהחזר החובות המשותפים, שבהם נושא האיש לבדו. בשל כל אלה דחה בית המשפט לענייני משפחה את התביעה למזונות אישה וקבע כי לא ניתן לפסוק בנסיבות אלה מזונות לאישה "משכילה שמרווחה יותר מבעלה והרבה מעל השכר הממוצע במשק", אישה ש"כל עתידה לפנייה" ו"שהשתכרותה עולה בכמה מונים על צרכיה הנתבעים" (שם, פס' 44). בית המשפט המחוזי ביטל החלטה זו וקבע כי "בכל הכבוד לעקרונות כלליים, או לקידמה ולשוויון, הרי שלא די באלה, כדי לבטל את הוראות הדין האישי החל, שהוא הדין המוסלמי" (עניין מ"א, שם, פס' 31). דומה כי גם פסק דין זה מאמץ גישה בעייתית המנגידה בין יישום נוקשה ודווקני של הדין המוסלמי ה"קלאסי" ובין פרשנות "מודרנית" ו"שוויונית" לדין האישי. גישה כזו מבטיחה שנשים מוסלמיות יוסיפו להיטלטל בין פסיקות סותרות ומנוגדות המבטאות את תפיסתם של השופטות והשופטים כי לא ניתן ליישב את הדין המוסלמי הפטריארכלי עם ערכים מודרניים של שוויוניות מגדרית.

195 עניין ר"א, לעיל ה"ש 182.

196 לפי בית המשפט, הכלל שלפיו "אין להתחשב בהכנסות אישה ממעשי ידיה בקביעת המזונות" אינו חלק מהדין הדתי המהותי אלא חלק מכללי הפרשנות (שם, פס' 45). בית המשפט אף מציג את הסוגיה כשנויה במחלוקת פוסקים בדין המוסלמי ומפרש את חוק המשפחה העות'מאני, בספרם של בן-שמשי וגויטיין, לעיל ה"ש 31, כמי שמכריע לטובת התחשבות בהכנסותיה של האישה ממעשי ידיה (שם, פס' 46-47).

הכנסות מ"מעשי ידיה", אין היא זכאית למזונות.¹⁹⁷ במילים אחרות, פסיקה זו למעשה מענישה וקונסת נשים מוכות על שהן אינן מקיימות את חובת הריתוק באופן מעשי מבחינה עובדתית, אלא רק באופן קונסטרוקטיבי מבחינה משפטית. בניגוד חריף לעמדתו של בית הדין השרעי לערעורים, בית המשפט לענייני משפחה סבור כי אין להשלים עם מצב שבו אישה אינה חיה עם האיש ואינה משועבדת לו – גם אם באשמתו ומחמת אלימותו כלפיה – ובכל זאת זכאית לזכויות:

הזכות למזונות אישה נובעת ממוסד הנישואין. הנישואין מטילים חובות וזכויות הדדיות של בני הזוג אחד כלפי השני, כאשר התא המשפחתי מתנהל ברגיל תוך שותפות ותרומה הדדית של כל אחד מבני הזוג לטובת המשפחה המשותפת. במצב זה, וכאשר לימים מערכת היחסים מתערערת בין בני הזוג, אין זה צודק ואין זה הגיוני "לשחרר" את האישה מכל חובה כלפי בעלה מחד, אך כן להשאיר לה רק זכויות; פרשנות גורפת כי אין מתחשבים כלל בהכנסות האישה, מחטיאה את תכלית ומטרת חובת המזונות.¹⁹⁸

בית המשפט אף מוסיף ומעמיק את המסר הבעייתי המעניש נשים שעזבו את בית הנישואין, בהגדירו את עצם הגשת תביעת המזונות במקרה הנדון כאקט הנגוע בחוסר תום לב, שכן אישה "אינה יכולה לבקש להיות 'אישה נשואה' כשמדובר בקבלת זכויות מכוח מעמד זה, אך להמשיך ולחיות בפירוד".¹⁹⁹ המשמעות האופרטיבית של פסיקה זו היא כי אישה מוכה מחויבת מכוח הדין לשוב ולהשתעבד לבעלה כדי להגיש תביעה למזונות, בניגוד גמור להבנות בסיסיות של המשפט המוסלמי ולאופני יישומו בבית הדין השרעי.

פסיקה כזאת אף תורמת, באופן פרדוקסלי, לעיגונן של נשים מוסלמיות או למצער לפגיעה בפוטנציאל ההישגים הכלכליים שלהן בעת פירוק קשר הנישואין. היות שהמשפט המוסלמי, בדומה למשפט העברי, מטיל על הבעל חוב במזונות כל עוד קשר הנישואין לא הסתיים, האיום הגלום בתביעת מזונות למעשה מעודד בעל החפץ להיחלץ מחובת התשלום, להגיש תביעת גירושין. פסיקתו זו של בית המשפט, השוללת שלא כדין מזונות מאישה פרודה שאיננה גרושה, משנה מסדר הדברים ולמעשה מעודדת גברים לוותר על גירושין פורמליים ולהקשות על האישה את הליך פירוק הנישואין. נכון הדבר כי בניגוד להלכה היהודית, השריעה מאפשרת לאישה לזווג גירושין גם ללא הסכמתו של הגבר, אולם בתביעה שכזו קשה לה הרבה יותר לקבל את מלוא זכויותיה הממוניות.²⁰⁰ נמצאנו למדים כי כמו במקרה של זוגות יהודים, גם במקרה של זוגות מוסלמים החרב של חיוב המזונות עשויה לשמש כלי משפטי אפקטיבי להבטחת זכויות נוספות של נשים. פסיקה כזאת,

197 שם, פס' 45.

198 שם, פס' 48.

199 שם, פס' 56.

200 לדין עדכני בתביעות בורות הנדונות בבתי הדין השרעיים בישראל ראו Shahar, *One Hundred Years Young*, לעיל ה"ש 62. כן ראו Moussa Abou Ramadan, *Divorce Reform in the Shari'a Court of Appeals in Israel (1992–2003)*, 13 ISLAMIC L. & SOC. 242 (2006).

המנטרלת כלי משפטי זה, מערטלת אפוא את האישה ממעט הכוח שנתון לה בדין המוסלמי אליו היא כפופה ובחברה הפטריארכלית שבתוכה היא פועלת. סיכמו של דבר, מה שרות הלפרין-קדרי כינתה בהקשר אחר בשם "מלאכת ההתאמה"²⁰¹ בין העקרונות והכללים הדתיים לבין מערכת הערכים והנורמות האזרחיים, מתגלה בהקשר של הדין המוסלמי הנוהג בבתי המשפט לענייני משפחה כ"מלאכת חוסר-התאמה", שאינה מותאמת ואינה משקללת נכון את מציאות חייהן של נשים מוסלמיות בישראל. כך, במקום לתרום לשוויון מגדרי, ה"אזרוח" של הדין השרעי מעוות ומעמיק אף יותר את פערי הכוח בין גברים מוסלמים לנשים מוסלמיות בסכסוכי גירושין.

ד. סוף דבר: הישג שהסיג נשים לאחור

מאמר זה ביקש להשלים פרק משפטי החסר במחקר על דיני המשפחה בישראל, בהציעו לראשונה ניתוח אינטגרטיבי משווה של פסיקת הטריבונלים האזרחי והשרעי בסוגיית מזונות האישה המוסלמית. תוצאות הניתוח הביקורתי הן מפתיעות ומנוגדות להנחות היסוד השגורות במחקר המשפטי והפמיניסטי המקומי. כך, המשפט המוסלמי תוצרת ישראל, כפי שהוא פותח, פורש ויושם בבתי הדין השרעיים בסוגיית מזונות אישה, עוצב לרוב באופן פרו-נשי תוך התאמתו לתמורות המודרניות שהתחוללו בסדר החברתי מצד אחד ולפגיעותן המיוחדת של נשים בחברה פטריארכלית מצד אחר. לעומת זאת אופני החלתו של המשפט המוסלמי בטריבונל האזרחי פוגעים בזכויותיהן של הנשים המוסלמיות ויוצרים הלכות שבאופן פרדוקסלי אינן תואמות לא את המשפט המוסלמי ולא נורמות של צדק מגדרי. שני הדפוסים השיפוטיים הבולטים שמאמץ בית המשפט בהקשר זה – מתן פרשנות שמרנית ופטריארכלית לדין המוסלמי, או לחלופין יישום אידאולוגיה של פמיניזם ליברלי שאינה מתיישבת עם הוראות הדין הדתי – פוגעים בנשים מוסלמיות ומגבירים את אי-השוויון המהותי שממנו הן סובלות.

בניסוח אחר, ניתן לומר כי בית המשפט נוטה לבחור את הפתרון הרע בשני המצבים: הוא מחיל ערכים שמרניים ומסורתיים על סוגיות שיפה להן פרשנות ליברלית ורגישה-מגדרית ומחיל ערכים של ליברליזם-שוויוני על סוגיות שיפה להן הפריזמה של הפמיניזם הרב-תרבותי וההצטלבותי. ברוח זו פירוש ההלכה המוסלמית לפי כללי ההלכה היהודית ולפי מציאות סוציולוגית הרלוונטית בעיקר לחלקים מסוימים במגזר היהודי אך פחות למגזר הערבי-פלסטיני, תורם להשטחת ההבדלים בין קטגוריות זהות שונות של נשים, ולוקה בעיוורון לשוליות המרובה ולפגיעות ההצטלבותית של נשים מוסלמיות הממוקמות בתחתית ההיררכייה הריבודית בישראל.

דפוסים פרשניים אלה תורגמו לכדי הערמת תנאי סף מכבידים המגבילים את הזכאות הנשית למזונות או המביאים להקשחת הנטל הראייתי ואף לפסיקת דמי מזונות נמוכים יותר המקוזזים אל מול הכנסותיה, נכסיה וכושר השתכרותה הפוטנציאלי של האישה המוסלמית. השוואת הטיפול השיפוטי בסוגיית האלימות במשפחה לטיפול השיפוטי בסוגיית קיזוז

201 הלפרין-קדרי "מזונות", לעיל ה"ש 186, בעמ' 801.

כושר השתכרותה של האישה, מפליאה להדגים את הבעייתיות העמוקה המאפיינת את הפיתוח האזרחי של המשפט המוסלמי בבתי המשפט לענייני משפחה. בסוגיה הראשונה בית המשפט סירב לסטות מפרשנות פוגענית של המשפט המוסלמי למרות קיומו של בסיס שרעי מסוים לעשות כן; בסוגיה השנייה בית המשפט התעקש לסטות מפרשנות מיטיבה של המשפט המוסלמי חרף היעדרו המוחלט של בסיס שרעי לעשות כן. הסוגיה הראשונה משקפת נאמנות לערכים אוריינטליסטיים המבטאים תפיסה של המשפט המוסלמי כפטריארכלי ושמרני, ואילו הסוגיה השנייה משקפת נאמנות לערכים ליברליים, אך לא פחות בעייתיים, המקדמים תפיסה חלולה של שוויון מדומה בין גברים לנשים. המשותף לשתי המגמות הפרשניות הוא אחד – קידום מהלך הפועל באופן עקבי לרעתן של נשים מוסלמיות.

"המשפט המוסלמי האזרחי" שהולך ומתגבש לנגד עינינו בסוגיית מזונות אישה מהווה אפוא קורפוס משפטי שאינו רגיש למצוקותיהן של נשים מוסלמיות על רקע המבנה המשפחתי והחברתי הפטריארכלי שבתוכו משוקעים חייהן של רבות מהן ואף מחריף את נחיתותן המשפטית והכלכלית. הנה כי כן, תיקון מס' 5 לא רק שלא "תיקן" את מצבן של נשים מוסלמיות בהקשר של מזונות אישה, אלא חשף אותן לעוול מגדרי חריף אף יותר בהשוואה למצבן קודם ל"תיקון". תוצאותיה העגומות של הרפורמה החקיקתית בסוגיית מזונות אישה מספקות אפוא שיעור מאלף ומפכח הן באשר לפער בין כוונותיו של המחוקק ובין תוצאות פעולת החקיקה, והן באשר למנגנונים הסמויים מן העין שמכוחם פועל המשפט לשיעתוקן ולחזיוקן של הסדר הפטריארכלי, כמו גם להדרתן ולהפלייתן של נשים המשתייכות למיעוטים דתיים ואתנו-לאומיים.

אין לכתוד כי מנקודת מבטם של ארגוני הנשים שיזמו את תיקון מס' 5, אלה בוודאי תוצאות לא צפויות ומצערות. עם זאת יש להביא בחשבון כי לתיקון היו גם תוצאות לא מכוונות, וחייביות ביסודן: האפשרות שניתנה לנשים מוסלמיות לפנות בתביעת מזונות לבתי המשפט לענייני משפחה הניעה את בתי הדין השרעיים ליזום רפורמות פנימיות שנועדו להיטיב עם נשים ולקדם את רווחתן. אפשר שהקאדים חששו שמא הנשים המוסלמיות יעדיפו את בית המשפט האזרחי, ולכן פעלו לשיפור מעמדן של הנשים בבתי הדין השרעיים.²⁰² יוצא אפוא שהרפורמה השיגה חלק ממטרותיה אך בכיוון הפוך מהמצופה – היא הניעה את הטריבוניל הדתי, גם אם לא את זה האזרחי, להיות רגיש-מגדר ולהגן על זכויותיהן של נשים.

מלבד זאת, דומה כי טעותם המרכזית של ארגוני הנשים שיזמו את תיקון מס' 5, ושהביאו לחקיקתו, נעוצה בהחמצת הפער שבין המשפט עלי ספר לבין המשפט בפעולה. ארגוני הנשים הסתפקו בהישג הסטטוטורי ולא ביקשו ללוות באופן אקטיבי את תהליך

202 למעשה, מגמה שיפוטית זו החלה עוד בטרם קבלת התיקון לחוק. ראו בעניין זה Ido Shaha, *Legal Reform, Interpretive Communities and the Quest for Legitimacy: A Contextual Analysis of a Legal Circular*, in LAW, CUSTOM, AND STATUTE IN THE MUSLIM WORLD: STUDIES IN HONOR OF AHARON LAYISH 199, 202–200 (Ron Shaha ed., 2006), 103–102. עוד ראו YUKSEL SEZGIN, RIGHTS UNDER STATE-ENFORCED RELIGIOUS FAMILY LAWS IN ISRAEL, EGYPT AND INDIA 113–115 (2013).

יישום הרפורמה והוצאתה מן הכוח אל הפועל. אכן, אם ניתן ללמוד משהו מקורותיו של תיקון מס' 5 בין כותלי בית המשפט, הרי זה שהליך העברת תיקון חקיקה הוא רק שלב אחד – ולא דווקא החשוב והמכריע ביותר – בהנחלת רפורמה. שלב חשוב לא פחות הוא שלב הוצאתה של הרפורמה מן הכוח אל הפועל, ודומה כי במקרה זה שלב זה הוזנח. להערכתנו, אחת הסיבות העיקריות לכישלון ביישום הרפורמה נעוצה בהיכרות החלקית – ומכל מקום, הלא מספקת – של השופטים האזרחיים עם המשפט המוסלמי, בין היתר בשל העובדה שהתוכנית להעמקת הידע של השופטים במשפט המוסלמי, שהייתה אמורה ללוות את הרפורמה,²⁰³ מתקיימת באופן חלקי בלבד.²⁰⁴ גם האקדמיה המשפטית נושאת באחריות מסוימת למצב דברים זה: הלקונה המחקרית בכל הכרוך בתוצאותיו של התיקון או בפסיקת בתי הדין השרעיים הובילה בתורה להסתמכותם של בתי המשפט האזרחיים על מאמרים ישנים שאינם כוללים פסיקה עדכנית ואינם זורים אור על החידושים וההתפתחויות הפרשניות שמנהיגים בתי הדין השרעיים.²⁰⁵

מאמר זה מבקש אפוא לתרום את תרומתו הצנועה למילוי הוואקום האקדמי ולתיקון המצב המשפטי, אם באמצעות העלאת הנושא לסדר היום הציבורי-משפטי, אם באמצעות עידוד השתלמויות עומק של שופטי משפחה בדין המוסלמי, ואם באמצעות קידום קשרי גומלין בין בתי הדין השרעיים ובין בתי המשפט לענייני משפחה. אנו תקווה כי התיקון יתוקן באופן שיאפשר ליוזמת חקיקה חשובה זו להגשים את התקוות שתלו בה הוגיה.

203 פרוטוקול ישיבה מס' 305 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-14, 19, 23 (25.1.1999).

204 במכון להשתלמויות שופטים מתקיימות מעת לעת הרצאות מפיהם של קאדים שרעיים, אולם הרצאות אלו אינן יכולות להחליף השתלמות מקיפה וממוקדת בדין השרעי, ואלו כאמור לא נערכו עד היום.

205 לדוגמאות כאלו ראו למשל תמ"ש (משפחה נצ') 13-07-34258-07 נ"ב נ' ר"ח (נבו) 21.7.2014; תמ"ש 11-12-48375-12, לעיל ה"ש 168; עניין נח"ח, לעיל ה"ש 148; תמ"ש 09-06-2988, לעיל ה"ש 149.