



## בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 3856/11

לפני : כבוד המשנה לנשיא מ' נאור  
כבוד השופטת ע' ארבל  
כבוד השופט נ' סולברג

העותרת : פלונית

נגד

המשיבים : 1. בית הדין השרעי העליון לערעורים  
2. בית הדין השרעי בטייבה  
3. פלוני

המבקשים להצטרף  
כידיד בית המשפט : 1. "כיאן" - ארגוןפמיניסטי  
2. מרכז קונקורד לחקר קליטת  
המשפט הבינלאומי בישראל

עתירה למתן צו על תנאי

תאריך הישיבה : י"ג בכסלו תשע"ג (27.11.12)

בשם העותרת : עו"ד ו' הרצברג, עו"ד ת' מדלג'

בשם המשיבים 1-2 : עו"ד א' אבזק

בשם המשיב 3 : עו"ד ע' נאטור

בשם המבקש 1 להצטרף  
כ"ידיד בית המשפט" : עו"ד ש' בטשון

בשם המבקש 2 להצטרף  
כ"ידיד בית משפט" : עו"ד פ' רדאי

בשם היועץ המשפטי  
לממשלה : עו"ד ד' בריקסמן

## פסק-דין

השופטת ע' ארבל:

כפנינו עתירה כנגד החלטתו של בית הדין השרעי לערעורים לפיה לא ניתן למנות בוררת-אישה במסגרת הליך גירושין המתנהל בפני בית הדין.

רקע וסקירת ההליכים

1. העותרת והמשיב 3 (להלן: המשיב) הינם מוסלמים אזרחי ישראל הנשואים זה לזה. בין השניים התגלע סכסוך שהוביל להתדיינויות בפני ערכאות אזרחיות בסוגיות שונות, ובהן בקשות לצווי הגנה, תביעת מזונות ועוד. במקביל, ביום 23.4.09 הגיש המשיב "תביעת בוררות" לבית הדין השרעי בטייבה. העותרת טענה בפני בית הדין כי התביעה הוגשה שלא בתום לב שכן כוונת המשיב הינה להתגרש. למרות זאת קיבל בית הדין את בקשתו של המשיב והורה ביום 1.11.10 כי כל צד ימנה בורר מטעמו בהתאם לסעיפים 130 ו-131 לחוק המשפחה העותמאני (להלן: חוק המשפחה). ביום 17.1.11 הגישה העותרת לבית הדין השרעי הודעה על מינוי החאג'ה רודינה עמשה מטייבה כבוררת מטעמה.

2. ביום 18.1.11 קבע בית הדין השרעי כי "בית דין זה רואה כי ציבור חכמי הדת התנו כי הבוררים צריכים להיות גברים, זה לפי דברי הזרם המאלכי החנבלי והשאפעי...". בהמשך חייב בית הדין את העותרת למנות בורר גבר. על החלטה זו הגישה העותרת ערעור לבית הדין השרעי לערעורים. ביום 5.4.11 דחה בית הדין את הערעור. נקבע כי סעיף 130 לחוק המשפחה, שהוא החוק המחייב בבתי הדין השרעיים בארץ, מבוסס על הפרשנות המאלכית. מאחר והמאלכים דרשו כי הבוררים יהיו גברים לא ניתן למנות נשים כבוררות. בעקבות פסק הדין שב והחליט בית הדין השרעי בטייבה כי על העותרת למנות בורר מטעמה תוך שבוע ימים. לאחר שלא מינתה העותרת בורר מטעמה מינה בית הדין ביום 11.5.11 שני בוררים גברים מטעמו. במקביל הוגשה עתירה זו שבפנינו. יצוין כי ביום 2.6.11 נתן בית משפט זה (כב' השופט מלצר) לבקשת העותרת צו ביניים האוסר על הבוררים שמינה בית הדין השרעי להוציא החלטות במכלול שנמסר לטיפולם עד להחלטה אחרת בעתירה.

3. בעקבות דיון שקיימנו ביום 13.7.11 החלטנו על הוצאת צו על תנאי ועל הגשת עמדה מטעם היועץ המשפטי לממשלה. לאחר קבלת עמדות הצדדים קיימנו דיון נוסף

ביום 7.5.12 בו החלטנו כי ראוי שבית הדין השרעי לערעורים יתן החלטה מנומקת ומפורטת אשר תתייחס לטענות הצדדים, ובפרט אל תחולתו של חוק שיווי זכויות האשה, התשי"א-1951 (להלן: חוק שיווי זכויות האישה או החוק). פסק דין כזה אכן ניתן והומצא לבית משפט זה ביום 9.8.12, ומיד נעמוד על עיקריו. ביום 27.11.12 קיימנו דיון אחרון בעתירה ושמענו את טענות הצדדים. לשם השלמת התמונה יצוין כי שני ארגונים הגישו בקשות להצטרף לעתירה כידידי בית המשפט, האחד הוא ארגון "כיאן" – ארגון פמיניסטי (להלן: ארגון "כיאן"), והשני מרכז קונקורד לחקר קליטת המשפט הבינלאומי בישראל (להלן: מרכז קונקורד). לאחר הליכים אלו בשלה העת ליתן את הכרעתנו בעתירה.

פסק דינו של בית הדין השרעי לערעורים

4. כאמור, בעקבות החלטתנו ניתן ביום 18.6.12 פסק דין מנומק של בית הדין השרעי בסוגיה. בית הדין ציין כי ראשית יש לדון בשאלה באיזו אסכולה בחר המחוקק העות'מאני כאשר חוקק את סעיף 130 לחוק המחייב את בתי הדין השרעיים בארץ. בית הדין מבהיר כי לשיטת האסכולה המאלכית הבוררים משמשים מעין קאדים ולא באי כוח של הצדדים. סמכותם היא לפייס בין בני הזוג או לגרש אותם זה מזה אף ללא הסכמתם של בני הזוג. לעומת זאת, על פי אסכולות החנפים, השאפעים והחנבלים סמכותם של הבוררים מתמצה בלהעביר דו"ח לקאדי אשר הוא זה שמגרש לפי דו"ח הבוררים, ואין לבוררים סמכות לגרש אלא אם כן הורשו לכך. בית הדין מוסיף וקובע שבסעיף 130 לחוק הסתמך המחוקק העות'מאני על דעת המאלכים שכן נוסחו מאפשר לבוררים לפרק את הנישואין וקובע כי פסק דינם של הבוררים יהיה סופי. בית הדין אף הסתמך על דברי ההסבר לחוק המשפחה המתייחסים במפורש לאסכולה המאלכית.

5. בית הדין מציין כי בתי הדין השרעיים אכן פועלים לפי עיקרון זה ביישום את סעיף 130 לחוק המשפחה, ונפסק כי פעולת מושב הבוררים הינה מעשה שיפוטי היוצר פסק בדומה לפעולתו של הקאדי. כל תפקידו של הקאדי הוא לאשר האם דו"ח הבוררים מתאים לדין, ואם לאו לבטל אותו. אמנם נפסק כי הקאדי רשאי להתערב בגובה המוהר הניתן לאישה אם מצא כי הבוררים הפחיתו אותו ללא הצדקה, אך מדובר בסוגייה זו בלבד שהיא סוגייה כספית ולבית הדין יש כלים להתערב בה בהעדר סיבה שרעית להפחתה. מטרת ההתערבות, נקבע, היא למנוע הארכת ההתדיינות בין הצדדים. מנגד, אין בית הדין יכול להתערב בסוגיות אחרות בדו"ח הבוררים שכן הבוררים הם ששמעו את טענות בני הזוג ועל בסיסן הגיעו למסקנותיהם. לסיכום קובע בית הדין השרעי

לערעורים כי "הבוררים על פי סעיף 130 לחוק הם קאדים ולא מיופי כוח, והפסיקה בפירוק נישואין היא בידיהם, וכי סמכות הקאדי היא לאשר את הפסק שלהם".

6. בית הדין מצייין כי החוק אינו מבהיר את התנאים והתכונות הנדרשות אצל הבורר, ולפיכך יש לפנות לדעה המקובלת באסכולה המאלכית להבהרת תנאים אלו. על פי אסכולה זו חייבים הבוררים להיות בוררים ממין זכר. בית הדין מבהיר כי חכמי ההלכה אשר ראו בבוררים מיופי כוח התירו לאישה להיות בוררת, בעוד שחכמי ההלכה שראו בבוררים קאדים לא התירו לאישה להיות בוררת. עוד מעיר בית הדין כי על פי האסכולה החנפית יכולה אישה להתמנות לקאדי.

7. באשר לחוק שיווי זכויות האישה קובע בית הדין כי חלים שני סייגיו של החוק: הסייג הנוגע לדיני איסור והיתר, והסייג הנוגע למינוי אדם לתפקיד דתי. בית הדין מדגיש כי לפסק הבוררים השלכות שרעיות הנובעות מפסק הפירוק שהוא מחייב וסופי, לפיכך אין מקום להחיל את חוק שיווי זכויות האישה בנוגע למינוי בוררים. בית הדין דוחה את הטענה כי חוק המשפחה הוא חוק אזרחי וקובע כי חוק זה הוא קודיפיקציה של דינים שרעיים, הכולל דינים בקשר לנישואין וגירושין שנלקחו מאסכולות שונות. כן מצייין בית הדין כי מדובר בחוק דתי מיוחד הגובר על הוראות המג'לה שהן כלליות. בית הדין מזהיר כי אימוץ אסכולה אחרת תגרום נזק לנשים, שכן על פי אסכולות אחרות לא יכול הבורר לגרש ללא הסכמת הבעל, בעוד שהאסכולה המאלכית היא היחידה המחילה עילת פירוק נישואין ללא הסכמת הבעל.

טענות העותרת

8. בא-כוח העותרת טוען כי סעיף 130 לחוק המשפחה לא אוסר על מינוי בוררת. לטענתו מדובר בחקיקה של גוף שלטוני אזרחי במסגרת תהליך קודיפיקציה ורפורמות שנערך באימפריה העותומאנית. חוק המשפחה בא להכניס סדר בהלכות הקיימות אך גם לחדש את פני החקיקה תוך אימוץ ושילוב דעות של אסכולות שונות ויצירת חקיקה אחת מחייבת. מכאן נטען כי יש לפרש את החוק כפי שנהוג לפרש חוקים אזרחיים אחרים, ולא על פי פרשנויות שהיו מקובלות אצל חכמי הדת בתקופה שקדמה לחקיקתו של החוק. עוד נטען כי המחוקק העותומאני לא אימץ את הפרשנות המאלכית לכל אורך הדרך והרשה לעצמו לקבוע נורמות שונות מאסכולה זו. כך למשל נטען כי הרעיון המעוגן בחוק לפיו הסמכות לפרק את הקשר נתונה לקאדי ולא לבוררים סוטה מההלכה המאלכית, וכך גם סמכותו של הקאדי למנות בורר שלישי מכריע. עוד מפנה בא-כוח העותרת למוסדות דתיים במדינות מוסלמיות, כמו ירדן, מצרים ומרוקו, ואף

ברשות הפלסטינית, שם מונו בשנים האחרונות נשים לכהן בתפקיד של קאדי. על פי הפרשנות האזרחית, טוען בא-כוח העותרת, יש לפרש את סעיף 130 לחוק כמאפשר למנות בורר או בוררת, וזאת גם על בסיס השוואה עם הוראות המג'לה העוסקות בבוררות ומעניקות לצדדים חירות לבחור את הבורר המקובל עליהם.

9. עוד טוען בא-כוח העותרת כי החלטות בתי הדין השרעיים דינן להתבטל בהיותן נוגדות את חוק שיווי זכויות האישה. לטענתו, זכות הטיעון של העותרת נפגעה לאחר שכלל לא נשמעו טענותיה בעניין מינוי הבוררת בטרם מתן החלטות בתי הדין השרעיים.

10. בהשלמת הטיעון מטעם העותרת, בעקבות מתן פסק דינו המשלים של בית הדין השרעי, שב בא כוחה וטוען כי פרשנותו של סעיף 130 לחוק צריכה להיות מנותקת מהאסכולה המאלכית ולהתייחס לחוק כדבר חקיקה עצמאי ומודרני. לטענתו, גם בתי הדין השרעיים לא דבקו בפרשנותו של החוק באסכולה המאלכית דווקא, וכי פעמים רבות נפסק שיש לבית הדין סמכות להתערב ולבטל את פסק הבוררים. עוד טוען הוא כי המג'לה מבוססת על האסכולה החנפית, וכי כך נהגו תושבי הארץ במשך שנים רבות, ולכן אין לכפות עליהם כעת את דיניה של האסכולה המאלכית. הוא מציין כי לא נדרשות תכונות מסוימות מהבוררים מלבד היותם מקובלים על הצדדים.

#### טענות המשיב

11. ראשית טוען בא-כוח המשיב כי לא נפגעה זכות הטיעון של העותרת שכן כל טענותיה נשמעו בכתב בפני בית הדין השרעי לערעורים שאינו מחוייב לקיים דיון בעל-פה. באשר לסעיף 130 לחוק המשפחה, הרי שמדובר לטענתו בחלק מהדין הדתי-מהותי-שיפוטי המתבסס על הקוראן. הוא מביא אסמכתאות שהבורר הוא סוג של שופט גם אם נחות במובן מסוים מהקאדי. סמכותם של הבוררים להקשיב לטענות והגנות הצדדים ואף לפסוק גירושין מצביעה, כך נטען, על תפקידם השיפוטי. סמכות הבוררים נוגעת להפקעת הקשר בין בני הזוג, ולפיכך פועלם נוגע לגרעין הקשה של דיני הגירושין. עוד מציין בא-כוח המשיב כי בית הדין חייב לקבל את פסקם של הבוררים אם לא נפל בו פגם. מסקנתו היא, אם כן, כי מדובר בתפקיד שיפוטי דתי ולפיכך נופל בסיגנון של חוק שיווי זכויות האישה. בא-כוח המשיב מסכים אמנם כי חוק המשפחה נחקק בעיקר בהסתמך על האסכולה החנפית, אך יש בו סעיפים, ובהם סעיף 130 אשר חוקקו בהסתמך על האסכולה המאלכית. יתרה מכך הוא טוען כי לבית הדין סמכות

למנות בוררים מטעמו מבלי ליתן לצדדים אפשרות לבחור בוררים מטעמם. לבסוף טוען עורך הדין כי אין מקום להתערבותו של בג"ץ.

12. בהתייחסותו לפסק הדין המשלים של בית הדין השרעי לערעורים חוזר בא-כוח המשיב על טענותיו ותומך בנאמר בפסק הדין המשלים. לטענתו, חוק המשפחה אינו חוק אזרחי, ובניגוד למג'לה הוא מבוסס ישירות על הקוראן שהוא דין דתי. זהו חוק מיוחד הגובר על הדין הכללי של המג'לה. כן נטען כי יש לאבחן בין בוררות על פי המג'לה לבין בוררות על פי חוק המשפחה. בוררות על פי המג'לה נעשית בהתאם לרצון הצדדים ולפי בחירתם, בעוד שבוררות לפי חוק המשפחה הינה חובה על פי דין והסמכות למינוי היא למעשה של הקאדי. עוד הוא מזכיר כי על פי האסכולה המאלכית חייבים הבוררים להיות זכרים.

עמדת היועץ המשפטי לממשלה

13. היועץ המשפטי לממשלה לבקשתנו הציג עמדתו לפיה חוק המשפחה הינו חוק אזרחי שנחקק על בסיס הדין השרעי. בתקופה העותומאנית הוא הוחל על כלל נתיני האימפריה ללא קשר לדתם, אך החל משנת 1919 חוק זה מחייב בבתי הדין השרעיים בלבד. חוק המשפחה נחקק ברובו על בסיס האסכולה החנפית, ואליו פונים בהתקיימותה של לקונה בחוק. עם זאת, ישנם סעיפים שחוקקו בהתבסס על אסכולות אחרות, ובהם סעיף 130 המבוסס על האסכולה המאלכית. לטענת היועץ המשפטי, אימוץ האסכולה המאלכית בהקשר זה נועד ככל הנראה להיטיב עם האישה, שכן אסכולה זו מאפשרת לאישה להיפרד מבעלה בעילות ובנסיבות רחבות יותר מן האסכולות הנוספות. לפי אסכולה זו על הבוררים לנסות ולפשר בין בני זוג מסוכסכים, אך אם ניסיונותיהם לא צולחים בסמכותם להפריד בין בני הזוג גם ללא הסכמתם. עוד מוסמכים הבוררים לקבוע את שיעור המוהר שעל הבעל לשלם לאישה על פי מידת האשם של כל אחד מבני הזוג. היועץ המשפטי מבהיר כי על פי האסכולה המאלכית הבוררים הם קאדים לכל דבר ועניין, ולפיכך הכרעתם היא סופית ומחייבת את הקאדי אשר אינו מוסמך להתערב בה. כמו כן הבורר חייב להיות גבר. עם זאת ישנן אסכולות אשר מתייחסות אל הבוררים כאל מיופי כוח ומאפשרות מינוי אישה לתפקיד זה.

14. היועץ המשפטי בוחן את שני סייגיו של חוק שיווי זכויות האישה. באשר לסייג שעניינו דיני איסור והיתר לנישואין וגירושין טוען היועץ כי מתעורר ספק האם חריג זה חל. אמנם על פי האסכולה המאלכית מוסמכים הבוררים לפרק את קשר הנישואין, אך מנגד אין מדובר בדיני הגירושין עצמם אלא בזהותם של המוסמכים לקבוע את

הגירושין. לדעת היועץ ספק אם החריג התכוון לחול גם על בעלי הסמכות ליישם את דיני הנישואין והגירושין. באשר לחריג שעניינו במינוי לתפקיד דתי בהתאם לדין דתי טוען היועץ המשפטי לממשלה שעל פי האסכולה המאלכית לבוררים יש תפקיד מעין שיפוטי הדורש השכלה בשריעה. עם זאת, מציין הוא כי בית משפט זה קבע בעבר כי החלטת הבוררים אינה סופית ונדרש אישור של בית הדין השרעי להחלטתם, אשר מוסמך אף להתערב בה. היועץ המשפטי מציין כי כך אכן נוהגים בתי הדין השרעיים הלכה למעשה, וזאת בדומה לאסכולה החנפית. נתונים אלו מצביעים לכאורה, לטענת היועץ, על כך שהחריג אינו חל על מינוי הבוררים. עם זאת, סבור היועץ המשפטי כי החריג חל גם על תפקידים דתיים שאינם שיפוטיים. מאחר שתפקיד הבורר הינו פרי יצירה של הדין הדתי המוסלמי נראה שחל החריג בחוק שיווי זכויות האישה. היועץ המשפטי מוסיף כי חוק המשפחה מעגן דינים דתיים גם אם נעשה על ידי המחוקק העותומאני שהחיל את החוק על כלל נתני האימפריה.

עמדת ארגון "כיאן"

15. ארגון "כיאן" מטעים כי החלטות בתי הדין השרעיים מהוות חריגה מסמכות, שכן הן מנוגדות לעיקרון השוויון ולחוק שיווי זכויות האישה. באשר לחריג שעניינו במינוי לתפקיד דתי בהתאם לדין דתי טוען הארגון כי יש לפרשו בצמצום כך שיחול רק על תפקידים שיפוטיים ודתיים מובהקים. עוד נטען כי תפקיד הבורר איננו תפקיד שיפוטי או דתי ועל כן הוא אינו חוסה תחת חריג זה. על פי הוראות חוק המשפחה וכן על פי הפרקטיקה הנהוגה בבתי הדין השרעיים, הבוררים הם במעמד של מיופי כוח של הצדדים והמלצתם מחייבת אישורו של בית הדין. מכאן שאין מדובר בתפקיד שיפוטי. לטענת הארגון טענות אלו התקבלו והוכרעו כבר בעבר על ידי בית משפט זה. עוד מוסיף הארגון כי על פי הדין השרעי והפרקטיקה הנוהגת הבורר יכול להיות כל אדם שאחד מהצדדים בוחר למנות ואין כל קריטריונים לבחירה זו. הבוררים אף יכולים להיות בני משפחותיהם של בני הזוג. עוד נטען כי מובן שכן משפחה אינו יכול לקבל עליו תפקיד שיפוטי בהעדר מרכיב של אובייקטיביות ועצמאות במילוי תפקידו. כמו כן הקאדי הוא בעל הסמכות לאשר את הנישואין או להכריז על פירוד בין הצדדים. מלומדים מצביעים על כך שבית הדין השרעי סטה מהאסכולה המאלכית בכל הקשור לתפקידו של הבורר, וקבע כי בית הדין יכול לדחות את פסק הבורר.

מוסיף ארגון "כיאן" ומבהיר כי לטעמו הבורר אינו תפקיד דתי. אין כל קריטריון למינוי הבורר, והוא יכול להיות גם בן משפחה, מה שמלמד על כך שאין מדובר בתפקיד דתי. מדובר, כך נטען, בתפקיד משפחתי-חברתי שמטרתו לפשר בין בני

הזוג. כן מציין כי חוק המשפחה הינו חוק אזרחי וטוען כי מכל מקום יש לבחור בפרשנות המצמצמת את הפגיעה בעיקרון השוויון.

16. באשר לחריג העוסק בדיני איסור והיתר לנישואין ולגירושין טוען ארגון "כיאן" כי מאחר שהבורר אינו ממלא תפקיד שיפוטי או דתי, ומאחר שבית הדין הוא המכריע בתביעת הגירושין שכן רשאי הוא לדחות את המלצת הבוררים, הרי שאין מדובר בפגיעה בדיני איסור או היתר לגירושין. לבורר יש שיקול דעת מצומצם המסתכם בבחינת אשמתו של כל אחד מהצדדים ובהמלצה בנושא המוהר.

17. באופן כללי מוסיף ארגון "כיאן" וטוען כי מניעת מינויה של אישה לתפקיד בוררת בבית הדין השרעי פוגעת אנושות בזכותן של נשים לכבוד. הוא מדגיש כי אין שונות רלוונטית בין גברים לנשים לעניין תפקיד זה, ולפיכך כל הבחנה ביניהם היא פסולה. יתרה מכך, לשיטתו קיים צורך במינוין של נשים לבוררות לצורך מימוש זכותן של הנשים המתדיינות לביטוי עצמי, וכדי שתהא להן בוררת מטעמן שתקשיב לרחשי ליבן בנושאים רגישים ואישיים כגון אלה, שתשמיע את קולה של האישה ותשמש לה לפה. בכך למעשה תימנע פגיעה כפולה, הן בנשים הבוררות והן בנשים המתדיינות. מניעת מינויה של אישה כבוררת פוגעת בנגישותן של הנשים המוסלמיות לבתי הדין השרעיים ותורמת להשתקת קולן.

עמדת מרכז קונקורד

18. מרכז קונקורד מתמקד בטיעונו בהשלכתו של המשפט הבינלאומי על הסוגיה. לטענתו, יש לפרש את חוק המשפחה וכן את חוק שיווי זכויות האישה לאור אמנות זכויות אדם אותם התחייבה מדינת ישראל לקיים. המרכז מזכיר את האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות המגנה על זכות המתדיינים לשוויון בהליכים משפטיים אזרחיים. לטענת מרכז קונקורד, פרשנותו של בית הדין השרעי פוגעת בזכות זו, שכן היא מונעת מאחד הצדדים להליך לממש את זכותו של המתדיין לבחירת האדם שעל פי שיקול דעתו ייצגו באופן היעיל ביותר בפני מועצת המשפחה, בעוד שהצד השני נהנה מאפשרות למנות אדם כאמור. הפרשנות האמורה פוגעת, לטענת המרכז, במיוחד בזכותן של נשים להליך הוגן ללא הפליה. פסילתן של נשים מלשמש כבוררות מקרינה לרעה על מעמדן של נשים כמתדיינות. פסילה זו מאותתת לאישה שהיא צד להליך שהיא מצויה במעמד נחות מזה של הגבר המצוי בצד שכנגד. לבסוף טוען מרכז קונקורד כי משמעות הכרעתו של בית הדין השרעי היא הדרתן של נשים מן הפן הייצוגי הציבורי. הדרה זו מנוגדת למחויבותה של ישראל בהתאם לסעיף 7(ב) לאמנה



בדבר ביטול ההפליה נגד נשים לצורותיה שלא להפלות השתתפות נשים במרחב הציבורי.

דיון והכרעה-התערבות בפסיקת בתי דין דתיים

19. בתי הדין הדתיים, ובכללם בית הדין השרעי, הינם רשויות שיפוטיות עצמאיות בעלות סמכות שיפוט בעניינים הנוגעים למעמד האישי. ככאלו, היקף הביקורת השיפוטית אותה מפעיל בית משפט זה על החלטות בתי הדין הדתיים הינו מצומצם ומוגבל, וזאת בהתאם לקבוע בסעיף 15 לחוק יסוד: השפיטה:

15. בית המשפט העליון

...

(ג) בית המשפט העליון ישב גם כבית משפט גבוה לצדק; בשבתו כאמור ידון בעניינים אשר הוא רואה צורך לתת בהם סעד למען הצדק ואשר אינם בסמכותו של בית משפט או של בית דין אחר.  
(ד) מבלי לפגוע בכלליות ההוראות שבסעיף קטן (ג), מוסמך בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק -

...

(4) לתת צווים לבתי דין דתיים לדון בענין פלוני לפי סמכותם או להימנע מלדון או מלהוסיף ולדון בענין פלוני שלא לפי סמכותם; ובלבד שלא ייזקק בית המשפט לבקשה לפי פסקה זו אם המבקש לא עורר את שאלת הסמכות בהזדמנות הראשונה שהיתה לו; ואם לא היתה לו הזדמנות סבירה לעורר שאלת הסמכות עד שניתנה החלטה על ידי בית הדין הדתי, רשאי בית המשפט לבטל דיון שנתקיים או החלטה שניתנה על ידי בית הדין הדתי ללא סמכות.

...

כבר נאמר שוב ושוב כי בית משפט זה אינו יושב כערכאת ערעור על החלטותיהם של בתי הדין הדתיים. משכך, ולאור הסמכויות שהוענקו לו בחוק, כאמור, נקבעו עילות מוגדרות להתערבותו של בית משפט זה בהחלטות של בתי הדין הדתיים (בג"ץ 2578/03 פחמאוי נ' פחמאוי, פסקה 17 (8.5.06)). בין עילות אלו מצויות עילת החריגה מסמכות; עילה של פגיעה בכללי הצדק הטבעי; והעילה המעוגנת בסעיף 15(ג) לחוק יסוד: השפיטה שעניינה במתן סעד למען הצדק (בג"ץ 11230/05 מואסי נ' בית הדין השרעי לערעורים בירושלים, פסקה 7 (7.3.07) (להלן: עניין מואסי)). עילות אלו, ובמיוחד השתיים האחרונות, עשויות להכיל עניינים שונים משני צדדיו של מטבע הצדק, מצידו האחד פגיעה בכללי הצדק הטבעי, ומצידו השני הסעד שינתן למען הצדק. באשר לעילה אחרונה זו נאמר:

"עילת התערבות זו האחרונה – "למען הצדק" – הינה עילת-מסגרת ותחת חופתה יסתופפו עניינים מעניינים שונים. עניינים אלה, בריח התיכון של כולם הוא הצורך להעניק סעד למען הצדק בנסיבותיו של מקרה פלוני, ואין בהכרח קשר לוגי-פנימי ביניהם" (בג"ץ 5227/97 דויד נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים, פ"ד נה(1) 453, 458-459 (1998)).

20. עילה נוספת המצדיקה את התערבותו של בית משפט זה בהחלטותיו של בית דין דתי הינה סטייה של בית הדין מהוראת חוק המכוונת אליו. בנוגע לעילה זו הועלתה בפסיקת בית המשפט התלבטות האם חוסה היא תחת כנפיה של עילת החריגה מסמכות הקבועה בסעיף 15(ד)(4) לחוק יסוד: השפיטה, או שמא תחת כנפיה של העילה המצדיקה התערבות לשם מתן סעד למען הצדק, הקבועה בסעיף 15(ג) לחוק יסוד: השפיטה. לסיווג השונה של העילות יש השלכות על קביעת היקף התערבותו של בית משפט זה:

"להבחנה זו בין עילות ההתערבות של בג"ץ על-פי חלופות שונות שבסעיף 15 לחוק-יסוד: השפיטה עשויה להיות השלכה על קביעת גדרה והיקפה של התערבות בג"ץ במעשה השיפוטי העומד לדיון. שהרי, אם מדובר בהחלטת בית-הדין החורגת מסמכות מאחר שלא יישמה לפרטיה את הילכת השיתוף האזרחית, דינה של החלטה כזו ייגזר בדרך-כלל לביטול. לעומת זאת אם יסווג העניין בגדר מקרה שיש לתת לגביו סעד למען הצדק, כי אז נתון שיקול-דעת רחב לבחון את מהות התוצאה שאליה הגיע בית-הדין ולהעמידה במבחן הצדק גם אם לא יושמו בדווקנות כל פרטי הדין האזרחי המתחייב בנתיב שנבחר להשגתה" (בג"ץ 2222/99 גבאי נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד נד(5) 401, 426-427 (2000)).

מכל מקום הסיווג הנכון טרם הוכרע על ידי הפסיקה, ודומה כי גם אנו לא נאלץ להידרש להכרעה בסוגיה.

הסוגיה בפנינו

21. העילה העולה מן העתירה שבפנינו להצדקת התערבותנו בהחלטותיו של בית הדין השרעי הינה העילה שעניינה בהתעלמות בית הדין הדתי מהוראת חוק המופנית אליו. הוראת החוק הרלוונטית לענייננו מצויה בסעיף 1א(א) לחוק שיווי זכויות האישה הקובע כי-

דין אחד יהיה לאשה ולאיש לכל פעולה משפטית; וכל הוראת חוק המפלה לרעה את האשה, באשר היא אשה, לכל פעולה משפטית - אין נוהגים לפיה.

הוראת חוק זו, המופנית גם לבית הדין השרעי, חובה על בית הדין ליישמה גם אם החלת החוק הדתי מביאה לתוצאות אחרות:

”כל בית-משפט, שינהג שלא על-פי החוק, פעולותיו תהיינה מחוסרות סמכות. כי חוק שיווי זכויות האשה הגביל וצמצם את סמכותם של בתי-הדין הדתיים לנהוג על-פי החוק הדתי, כפי שעשו זאת לפני חקיקת החוק” (בג”ץ 187/54 ברייה נ’ קאדי בית הדין השרעי המושלמי, עכו, פ”ד ט(2) 1193 (1955)).

דהיינו, בית הדין הדתי אינו רשאי לקבוע הלכות המבוססות על הפלית האישה לרעה, למצער ככל שלא חלים הסייגים לתחולתו של חוק שיווי זכויות האישה, או שקיים חוק אחר הגובר על הוראת חוק שיווי זכויות האישה (ראו בג”ץ 1000/92 בבלי נ’ בית הדין הרבני הגדול – ירושלים, פ”ד מח(2) 221, 241 (1994) (להלן: עניין בבלי)). מכאן, שאם החוק חל על המקרה הנידון, ובית הדין השרעי הגיע לתוצאה הסותרת הוראת חוק זו, ואם אין חוק אחר המבטל מכללא את הוראת חוק שיווי זכויות האישה, דין העתירה יהיה להתקבל והחלטתו של בית הדין השרעי דינה יהיה ביטול.

לפיכך, ראשית הילוכנו יהיה לבחון האם החוק חל על בית הדין השרעי במקרה שבפנינו, והאם אין חלים על המקרה החריגים הקבועים בחוק. לשם כך יהיה עלינו לפרש את הוראות החוק, תוך עמידה על העקרונות שבבסיסו, ובעיקר על עקרון השוויון בין המינים. כן יהיה צורך לעמוד על מהותה של הכרעת בית הדין השרעי בעניין שבפנינו. אם יוכרע כי החוק חל על העניין שבפנינו וכי לא קיימת הוראת חוק אחרת הגוברת עליו, יש לבחון האם הכרעתו של בית הדין השרעי בעניין דנן מנוגדת לו. אם התשובה לכך תהא חיובית נבחן את הסעד שיש להעניק לעותרת במקרה דנן.

עקרון השוויון בין המינים וחוק שיווי זכויות האישה

22. כאשר כתבו אדריכלי האומה את מגילת העצמאות, הם הבטיחו לקיים: “...שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין”. בכך, חתמו על שטר לטובת המדינה, החברה, והנשים שבקרבה. שטר הבטחה של זכויות יסוד, לחיים, לחירות, לשוויון. המדינה ביקשה לכבד את השטר, ועוד בראשית ימיה

חוקקה את חוק שיווי זכויות האישה. הבסיס לחקיקת חוק שיווי זכויות האישה הינו כמובן עקרון השוויון בין המינים. עקרון השוויון מהווה את אחד מיסודותיה המרכזיים של שיטת המשפט שלנו ושל המשטר הדמוקרטי באופן כללי. עקרון השוויון הוא נשמת אפה של הדמוקרטיה. "אם אין שוויון למיעוט, גם אין דמוקרטיה לרוב" (בג"ץ 6924/98 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נה(5) 15, 28 (2001) (להלן: עניין האגודה לזכויות האזרח)). בית משפט זה הדגיש את חשיבותו הרבה של עיקרון השוויון בהזדמנויות רבות, "בקובעו את מקומו במרכז המפה המשפטית ובשורשיהם של כללי המשפט כולם" (בג"ץ 6845/00 ניב נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נו(6) 683 (2002) (להלן: עניין ניב); בג"ץ 2671/98 שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נב(3) 630, 650-651 (1998) (להלן: עניין שדולת הנשים השני)). הפגיעה בעיקרון השוויון יוצרת פגיעה כפולה: הן בפרט והן בציבור. אפלייה משרתת לפרט או לציבור המופלה מסר של מעמד נחות, ובכך יוצרת השפלה עמוקה ופגיעה בכבודו של אותו פרט או ציבור (בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הבטחון, פ"ד מט(4) 94, 132 (1995) (להלן: עניין מילר); בג"ץ 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מב(2) 309, 332 (1988) (להלן: עניין פורז)). "האפליה היא נגע היוצר תחושת קיפוח ותיסכול. היא פוגמת בתחושת השייכות ובמוטיבציה החיובית להשתתף בחיי החברה ולתרום לה" (בג"ץ 104/87 נבו נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מד(4) 749, 760 (1990) (להלן: עניין נבו)). קיומו של שוויון הוא חיוני לחברה ולהסכמה החברתית עליה היא בנויה. פגיעה בעקרון השוויון משמעה לא רק פגיעה בפרט המופלה או בציבור החווה אפליה, כי אם "גריעה מעניינו של הציבור כולו, מדמותה של החברה, מרווחתם של כל המרכיבים אותה" (בג"ץ 5755/08 ארן נ' ממשלת ישראל, פסקה 4 לפסק דינו של השופט א' א' לוי (20.4.09) (להלן: עניין ארן)). יש להדגיש כי משמעותו של השוויון הינה התייחסות שונה לאנשים אשר אין בהם שוני רלוונטי לאותו עניין. קיומה של שונות רלוונטית אשר יש לה זיקה ישירה וקונקרטי להשגת המטרה הנידונה עשויה, עם זאת, להצדיק הבחנה אשר תהיה מותרת ולגיטימית (עניין מילר, בעמ' 109-110; עניין נבו, בעמ' 754). עוד יצוין כי בחינתה של הפליה הינה בחינה אובייקטיבית שאינה מושפעת מקיומה או העדרה של כוונה להפלות (עניין ניב, בעמ' 698; עניין שדולת הנשים השני, בעמ' 654).

23. עקרון השוויון מכיל בתוכו מובנים רבים ועקרונות משנה שונים. עם זאת, גרעינו של עקרון השוויון, או כפי שהוא מכונה עקרון השוויון במובן הצר, כולל רשימה של עילות מוגדרות המכוננות עילות השוויון הקלסיות או עילות השוויון הגנריות. במסגרת עילות אלו כלול השוויון בין המינים. הפרה של עקרון השוויון

במובן הצר נחשבת חמורה במיוחד, ובמדינות רבות נחשבת אף להפרת זכות חוקתית (עניין האגודה לזכויות האזרח, בעמ' 27). "הפליה מחמת דת, גזע, לאום או מין היא מן הקשות שבהפלות", וכן "כך היה איסור הפליה מחמת מין – איסור הפלייתן של נשים – לאחד מן החזקים בעקרונות המובילים במשפט בישראל" (עניין ניב, בעמ' 683; 689). הפליה מחמת מין הינה הפליה שרבות ממדינות העולם מתמודדות עימה, ואשר מצריכה מיגור של תפיסות ודעות קדומות שהיו רווחת בקרב החברה האנושית באשר לטיבם של ההבדלים בין המינים:

"ההתמודדות עם בעיית ההפליה בכלל, ועל רקע של שונות בין המינים בפרט, אינה מנת חלקנו אנו בלבד. היא מעסיקה כל חברה חופשית שעקרון השוויון הוא יסוד מוסד בה. ההפליה נובעת מתפיסה שקנתה מושבה בחברה האנושית, כחלק מההשקפה שראתה במשך דורות את מעמד האישה כמעמד נחות ונטול זכויות. ההתפתחות בהענקת זכויות לאישה צעדה עקב בצד אגודל. היא קיבלה תנופה ועוצמה במאה הנוכחית כחלק מן ההתעוררות הרעיונית והיישומית למיגור ההפליה בין בני אדם. המערכה למיגור הפליית נשים על רקע מינן מתנהלת מעל במות שונות ובכלים מגוונים. היא תופסת מקום כבוד בספרות, בספרי הגות, במאמרים, באמצעי התקשורת, במסגרות פוליטיות ומעל במות ציבוריות למיניהן" (עניין מילר, בעמ' 122; ראו גם סקירתה של השופטת דורנר שם, בעמ' 129).

24. במדינת ישראל הוכר עיקרון השוויון בכלל, ועיקרון השוויון בין המינים בפרט, כבר עם לידתה של מדינת ישראל. הכרזת העצמאות מבססת את מחויבותה של המדינה החדשה לקיים "שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין". זמן לא רב לאחר חקיקת חוקי היסוד הוכר עיקרון השוויון כעיקרון חוקתי הנכלל בכבוד האדם, ולו במודל הצר שלו, ולפיכך מוגן על ידי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. כך נשמעה העמדה לפיה השוויון המעוגן באופן חוקתי הוא זה המגיע לכדי השפלה. אפליה על רקע מין הוכרה כאפליה משפילה, ולפיכך כפוגעת בזכות בעלת מעמד חוקתי (עניין מילר, בעמ' 110, 132). יוער כי כיום התקבל בפסיקת בית משפט זה מודל הביניים לפיו "ניתן לכלול בגדרי כבוד האדם גם הפליה שאין עימה השפלה, ובלבד שתהא קשורה בקשר הדוק לכבוד האדם כמבטא אוטונומיה של הרצון הפרטי, חופש בחירה וחופש פעולה וכיוצא בהם היבטים של כבוד האדם כזכות חוקתית" (בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא (1) 619, פסקה 38 לפסק דינו של הנשיא ברק (2006); בג"ץ 4948/03 אלחנתי נ' שר האוצר, פ"ד סב (4) 406, פסקה 17 לפסק דינה של השופטת חיות (2008) (להלן: עניין אלחנתי)).

25. פסיקת בתי המשפט בישראל מתמודדת מזה שנים רבות עם אפליית נשים בתחומים שונים. בעקבות המסד שהוקם על ידי המחוקק הקים בית המשפט את הטפחות. עקב בצד אגודל עושה בית המשפט צעדים לעבר מיגור אפליית נשים, ולו ברובד ההצהרתי והנורמטיבי. בית המשפט מחיל את החובה שלא להפלות בראש ובראשונה על רשויות השלטון, "אך בהיותה נגזרת מעקרונות בסיסיים של הגינות ותום לב המעצבים כל הסכמה חברתית וכל תורת משפט הצומחת ממנה, לא נפקדים מופעיה של הזכות לשוויון גם בתחומי המשפט הפרטי" (עניין אלחנתי, פסקה 17 לפסק דינה של השופטת חיות). למערכת המשפט היה לאורך השנים תפקיד חשוב בקידום מעמדן של נשים בחברה ובמימוש השאיפה לחברה שוויונית שלכל אחד מהפרטים בה האפשרות לממש את עצמו, את יכולותיו, את מאווי ושאפותיו. בית המשפט לא נרתע מהתערבות וביטול החלטות ופעולות הנגועות באפלייה על רקע מין, וזאת בכל תחומי החיים, כשרשרת נושאים שונים ומגוונים: בתחום העבודה והשכר (עניין נבו; בג"ץ 1758/11 גורן נ' הום סנטר (עשה זאת בעצמך) בע"מ (17.5.12); עניין ניב); בסוגיית הייצוג ההולם לנשים (עניין ארן; בג"ץ 5660/10 עמותת איתך – משפטניות למען צדק נ' ראש ממשלת ישראל (22.8.10); בג"ץ 453/94 שדולת הנשים בישראל נ' שר התחבורה, פ"ד מח(5) 501 (1994) (להלן: עניין שדולת הנשים הראשון); עניין שדולת הנשים השני; דב"ע (עבודה ארצי) לג/25-3 ועד אנשי צוות דיילי אוויר - חזין, פד"ע ד 365 (1973)); בתחום הצבא והביטחון (עניין מילר); בתחום דיני המשפחה (פיתוח חזקת השיתוף – ראו למשל ע"א 1915/91 יעקובי נ' יעקובי, פ"ד מט(3) 529 (1995); בע"מ 4623/04 פלוני נ' פלונית, פ"ד סב(3) 66 (2007)); בתקופת ההיריון, הלידה וההורות (בג"ץ 11437/05 קו לעובד נ' משרד הפנים (13.4.11)); ועוד. "מעמדן השווה של הנשים במסגרת עקרון שוויון המינים אינו פורמאלי גרידא והוא צריך וחיוב להשתרע באופן מעשי וממשי על כל שטחי חיינו" (עניין פורז, בעמ' 342). כל אלה משמעם כי אנו שומעים את פעמי השוויון, אך עדיין לא חוזים בו באופן מלא. עדיין יש מה לעשות, לשפר ולקדם, ולבית המשפט תפקיד נכבד וחשוב בעניין זה.

אחד התחומים הרגישים בהם נאלץ בית המשפט להתמודד עם אפליית נשים הוא זה הנושק או הנוגע ישירות לענייני הלכה, דת ומדינה. אכן, גם בתחום זה עמד בית המשפט זה לא אחת על העיקרון האוסר להפלות נשים בשל מין, וביטל החלטות הנגועות באפליה מסוג זה. כך, התערב בית משפט זה בענייני הכשרתן ובחינתן של טוענות רבניות כאשר נראה כי המוסדות הרלוונטיים מנסים להקשות עליהן על מנת למנוע מילוי תפקידים אלו על ידי נשים (בג"ץ 6300/93 "המכון להכשרת טוענות בית

דין" נ' השר לענייני דתות, פ"ד מח(4) 441 (1994) (להלן: עניין טוענות בית דין)); כך התקבלה עתירה המורה על צירופה של העותרת להרכבה של המועצה הדתית בירוחם, לאחר שמועמדות זו נפסלה אך בשל היותה של העותרת אישה (בג"ץ 153/87 שקדיאל נ' השר לענייני דתות, פ"ד מב(2) 221 (1988) (להלן: עניין שקדיאל)); וכך נקבע כי אין רשאת הרשות המקומית להימנע מבחירת אישה כנציגה באסיפה הבוחרת רב עיר, אך בשל היותה אישה (עניין פורז).

26. עם זאת, מדובר בתחום בו עדיין נותרה אפליית נשים, גם ברובד ההצהרתי והעקרוני, חלקה מוגן על ידי החקיקה, ועל בית המשפט לתמרן את דרכו באופן המכבד את הכרעת המחוקק, אך תוך מחויבות מירבית לעיקרון הבסיסי ולזכות החוקתית לשוויון האישה. בפרט אמורים הדברים כאשר מדובר במוסדות ציבור ומדינה אשר כלל הציבור נזקק לשירותיהם, ואין ביכולתו להימנע מקבלת שירות ממוסדות אלו. נקודת המבט בנוגע לאפליית נשים תהיה שונה כאשר מדובר בבן קהילה הבוחר להשתייך אליה, ולקבל את כלליה והכרעות מוסדותיה, וזאת בהשוואה למוסד ציבורי אשר אין הציבור יכול לבחור האם להיזקק לשירותיו אם לאו (ראו רות הלפרין-קדרי "עוד על פלורליזם משפטי בישראל" עיוני משפט כג 559, 570 (תש"ס)). מובן כי ככל זכות גם הזכות לשוויון בין המינים אינה מוחלטת ודורשת לעיתים איזון עם זכויות ואינטרסים נוספים. עם זאת, על הפגיעה בשוויון בין המינים יהיה לעמוד בתנאיה של פסקת ההגבלה הקבועה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד סא(1) 1, פסקה 22 לפסק דינו של הנשיא ברק (2006); עניין מילר, בעמ' 138).

27. כאשר אנו ממקדים מבטנו אל בתי הדין הדתיים הקושי מתעצם, שכן במוסדות אלו ישנה אפליה המובנית בתוך המערכת. זאת, בעיקר מעצם מינוי תפקידים שיפוטיים מקרב המין הגברי בלבד, מינויים אשר לכאורה מוגנים על ידי החוק, כפי שנראה בהמשך. לצד זאת נשמעות לא אחת טענות כי הדין הדתי עצמו יוצר פעמים רבות אפליית נשים, וכי למצער מבחינה תוצאתית ישנה פעמים רבות הטיה כלשהי לרעת הנשים בגופים אלו (ראו למשל פרנסס רדאי "דת ושוויון: בראי הפסיקה" ספר ברנזון 341, 381, 386 (כרך ב, תש"ס); פרנסס רדאי "על השוויון" מעמד האשה בחברה ובמשפט 19 (בעריכת פרנסס רדאי, כרמל שלו ומיכל ליבן-קובי, 1995); שירין בטשון בתי הדין הכנסייתיים בישראל – מבט מגדרי (ארגון כיאן, 2012); אהרן ליש "מעמד האשה המוסלמית בבית-הדין השרעי בישראל" מעמד האשה בחברה ובמשפט 364 (בעריכת פרנסס רדאי, כרמל שלו ומיכל ליבן-קובי, 1995) (להלן: ליש); פנחס שיפמן

"בתי הדין הרבניים – לאן?" משפט וממשל ב 523 (תשנ"ה); יפעת ביטון "עניינים נשיים, ניתוח פמיניסטי והפער המסוכן שביניהם – מענה ליחיאל קפלן ורונון פרי" עיוני משפט כח 871, 875, 890 (תשס"ה)). יודגש כי דווקא בגופים אלו חשוב לשמור על תחושת השוויון ועל תוצאות שוויוניות באשר הם עוסקים בתחומים רגישים ביותר של דיני משפחה שממילא מבטאים פעמים רבות מאבק בין המינים. מכל מקום, עיקרון השוויון חל גם בבתי הדין הדתיים, בכפוף לסייגים שנקבעו בחוק (עניין שקדיאל, בעמ' 278). משכך, תפקידן של מערכות הממשל והמדינה, בתמיכת ובהתערבות בית משפט זה, הוא לנסות ולאזן את התמונה האמורה ככל הניתן, על מנת שנשים הנזקקות לשירותי גופים אלו תרגשנה כי הן שוות ומקבלות יחס זהה לזה הניתן לגברים. כך ניתן למשל לעודד מינוי מועמדים למשרות שיפוטיות, אשר מלבד כישוריהם המקצועיים יהיה מינויים נתמך על ידי ארגוני הנשים (ראו הערתי בבג"ץ 8756/07 עמותת "מבוי סתום" נ' הוועדה למינוי דיינים (3.6.08)); כן ניתן לקדם מינוי נשים לתפקידים ניהוליים ומנהליים בבתי הדין הדתיים עצמם (ראו בג"ץ 151/11 המרכז לקידום מעמד האישה ע"ש רות ועמנואל רקמן נ' שר המשפטים (27.12.11)); עוד ניתן לאפשר ולעודד נשים למילוי תפקידים שונים בבתי הדין הדתיים שאינם מטעמו של בית הדין עצמו, כמו שנעשה בנוגע לטוענות רבניות בבתי הדין הרבניים (עניין טוענות בית דין). זאת היא נקודת המוצא גם בבחינת מינוי בוררות בבתי הדין השרעיים. עם זאת, עלינו לבחון את הדברים לאור הוראותיו של חוק שיווי זכויות האישה.

חוק שיווי זכויות האישה, החריגים לו ופרשנותו

28. לצד מלאכתה של הפסיקה בקידום שוויון בין המינים, אף המחוקק לא טמן ידו בצלחת. במהלך השנים, החל מסמוך לאחר קום המדינה ועד ימינו, נחקקים חוקים שמטרתם הגנה על נשים מפני אפלייה מחמת מינן. ראש וראשון לסדרת חוקים אלה הוא חוק שיווי זכויות האישה שנחקק עוד בשנת 1951, ועליו נרחיב את הדברים בהמשך. עוד נחקק חוק הרשות לקידום מעמד האישה, התשנ"ח-1998 וחוק הרשויות המקומיות (יועצת לקידום מעמד האישה), התש"ס-2000 שמטרתם באופן כללי לדאוג לקידום השוויון בין גברים לנשים בישראל. בתחום העבודה נחקקו סעיף 42(א) לחוק שירות התעסוקה, התשי"ט-1959; חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988; חוק שכר שווה לעובדת ולעובד, תשכ"ד-1964, אשר הוחלף בחוק שכר שווה לעובדת ולעובד, התשנ"ו-1996; חוק לעידוד של שילוב וקידום של נשים בעבודה ושל התאמת מקומות עבודה לנשים, התשס"ח-2008. כן חוקק חוק עבודת נשים, התשי"ד-1954 שנועד להגן על האישה בעבודה. כן נחקקו סעיפים שמטרתם להשיג ייצוג הולם של נשים בגופים ובמוסדות שונים (ראו סעיף 18א לחוק החברות הממשלתיות, התשל"ה-



1975; סעיף 4(ב) לחוק האזרחים הותיקים, תש"ן-1989; סעיפים 8(ב)(3) ו-16(ג) לחוק הרשות הלאומית להסמכת מעבדות, התשנ"ז-1997; סעיף 63(א)(3) לחוק תאגידי מים וביוב, התשס"א-2001; סעיף 15 א לחוק שירות המדינה (מינויים), התשי"ט-1959; סעיף 11(ד) לחוק המאבק הלאומי בתאונות דרכים, התשנ"ז-1997; כן ראו עניין נ"ב, בעמ' 686; עניין שדולת הנשים השני, בעמ' 652-654). אחד החוקים הותיקים והכלליים בנושא זה הינו חוק שיווי זכויות האישה, אשר עומד בליבה של עתירה זו, ואשר בו נתמקד כעת.

29. חוק שיווי זכויות האישה נחקק, כאמור, עוד בשנת 1951 כאשר מטרתו היתה לקיים "שויון מלא וגמור של האשה – שוויון בזכויות ובחובות, בחיי המדינה, החברה והמשק ובכל מערכת החוקים" (ראו הצעת חוק שווי זכויות האשה, תשי"א-1951, בעמ' 191). החוק הוכר על ידי בית משפט זה כבעל מעמד מיוחד ונעלה על פני חוק רגיל. כך כונה על ידי הנשיא ברק חוק "מלכותי" (עניין בבלי, בעמ' 240), והשופט זילברג הדגיש כי "לא הרי חוק זה כהרי חוק רגיל אחר! לפנינו חוק אידיאולוגי, מהפכני, משנה סדרי-חברה" (בג"ץ 202/57 סידים נ' הנשיא וחברי בית הדין הרבני הגדול, ירושלים, פ"ד יב 1528, 1537 (1958)). החוק מכוון לכל רשויות השלטון ואף לכל ערכאות השיפוט, ובתי הדין הדתיים חויבו במפורש לנהוג על פיו (ראו סעיף 7 לחוק, וכן עניין בבלי, בעמ' 240). בשנת 2000 נוסף לחוק סעיף מטרה הקובע:

1. מטרת החוק  
 חוק זה מטרתו לקבוע עקרונות להבטחת שוויון מלא בין  
 האישה לבין האיש, ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת  
 מדינת ישראל.

יוצר כי במסגרת אותו תיקון של שנת 2000 אף הוסף הסייג הקבוע בסעיף 7(ג), עליו נעמוד להלן (ראו חוק שיווי זכויות האישה (תיקון מס' 2), התש"ס-2000). מרכז הכובד של החוק מצוי לטעמי בהוראה הכללית והרחבה המעוגנת בסעיף 1 א לחוק, לפיה "דין אחד יהיה לאשה ולאיש לכל פעולה משפטית". סעיף זה פורש בהרחבה כמעגן את זכותה של האישה לשוויון לא רק בכל פעולה משפטית, אלא מכל בחינה משפטית שהיא (ראו ע"א 337/61 לובינסקי נ' פקיד השומה, תל-אביב, פ"ד טז 403, 406 (1962); עניין שדולת הנשים הראשון, בעמ' 522; עניין פורז, בעמ' 335). עוד חשוב להדגיש כי מדובר בחוק המצהיר על דין קיים ולא יוצר אותו, שכן עיקרון השוויון בין המינים היה קיים עוד טרם חקיקתו של החוק (ראו עניין נ"ב, בעמ' 686). מכאן עולה שאלה מעניינת מה תהיה השלכתו של עיקרון השוויון על הסוגיה אם נקבע כי חוק שיווי זכויות האישה לא חל על המקרה הנידון (ראו עניין שקדיאל, בעמ' 277).

מכל מקום, כפי שנראה בהמשך, אין אנו נזקקים להכריע בסוגיה זו במקרה שבפנינו. עם זאת, אני רואה להוסיף מספר מילים בהמשך הדברים בנושא.

30. תחולתו של חוק שיווי זכויות האישה היא רחבה. סעיף 7(א) קובע כי כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק זה. סעיף 7(ב) מרחיב את התחולה אף לכל בתי המשפט ובתי הדין המוסמכים לדון בענייני המעמד האישי, אלא אם היתה הסכמה של כל הצדדים להתדיין לפי דיני עדתם. עם זאת קיימים בחוק שני סייגים מרכזיים לתחולתו, אשר שניהם נוגעים לבתי הדין הדתיים. סעיף 5 לחוק קובע כי "אין חוק זה בא לפגוע בדיני איסור והיתר לנישואין ולגירושין". סעיף 7(ג), אשר נוסף לחוק, כאמור, בתיקון חקיקה בשנת 2000, קובע:

הוראות חוק זה לא יחולו על מינוי לתפקיד דתי בהתאם  
לדין הדתי, ובכלל זה על מינוי רבנים ובעלי תפקידים  
שיפוטיים בבתי דין דתיים.

31. לאור תכליתו של החוק, מעמדו הייחודי, והעקרונות עליהם הוא נשען, יש לטעמי ליתן לחוק פרשנות מרחיבה, ובמקביל ליתן לחריגים הקבועים בחוק פרשנות מצמצמת. גישה זו מתיישבת עם פסיקתו של בית משפט זה לפיה יש לפרש תחיקה הפוגעת בזכויות יסוד של האדם באופן מצמצם, זאת מתוך הנחה כי תכליתן של הוראות החוק אינה לפגוע בעיקרון השוויון (עניין חילר, בעמ' 139; עניין נבו, בעמ' 763; עניין שקדיאל, בעמ' 273; עניין פורז, בעמ' 322). הדברים אף קיבלו משנה תוקף ככל שמדובר בעיקרון השוויון על פי חוק שיווי זכויות האישה:

"במקרה דנן יש ליתן אף יתר משקל לכף המאזניים  
הנושאת את חוק שיווי זכויות האישה. חוק זה משקף  
ערך חשוב ומרכזי, עיקרון המעצב את החיים במדינתנו  
כמדינה מתוקנת. חוק שיווי זכויות האישה מצהיר על  
ערך אשר מן הדין שיקיף את כל מערכת המשפט שלנו.  
על-כן, מקום שלא נקבע מפורשות דבר הסותר חוק זה,  
הרי יש להעדיף פירוש לחוק, התואם את עקרון השוויון  
בין המינים" (עניין נבו, בעמ' 764).

גישה זו וודאי מתיישבת עם מטרתו הכללית של החוק, הקבועה מפורשות בסעיף 1 לחוק, שעניינה הבטחת שוויון מלא בין אישה לאיש. היא ראויה במדינה דמוקרטית המכבדת את זכויות האדם בכלל ואת שוויון המינים בפרט, והיא מקבלת משנה תוקף כאשר מדובר בפרשנות הנוגעת למוסדות ציבור ומדינה המשרתים את כלל

הציבור. גישה זו אף עונה על הצורך לפרש את הוראות החוק ברוחו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו המגן על האישה מפני הפלייתה (ראו עניין מילר, בעמ' 138).

32. החריגים הרלוונטיים לענייננו מצויים, כאמור, בסעיף 5 ובסעיף 7(ג) לחוק שיווי זכויות האישה. בהתאם לסעיף 5 לחוק יהיה עלינו לבדוק האם מינוי בורות לפי סעיף 130 לחוק המשפחה יהווה פגיעה בדיני איסור והיתר לנישואין או לגירושין בדין המוסלמי. בהתאם לסעיף 7(ג) לחוק יהיה עלינו לבחון האם מינוי בוררים הוא מינוי לתפקיד דתי בהתאם לדין הדתי, או מינוי לתפקיד שיפוטי בבית דין דתי. על מנת לבחון האם המקרה שבפנינו נופל לגדר החריגים האמורים, אם לאו, עלינו לעמוד תחילה על המסגרת הנורמטיבית בדין השרעי שחלה על העניין דנן ולהבין את מהותו.

בוררים בדין השרעי וסעיף 130 לחוק המשפחה

33. לפני שנפנה להבנת הסוגיה שעלתה בפני בית הדין השרעי אציין באופן כללי כי סמכותם של בתי הדין השרעיים נובעת מסימן 52 לדבר המלך במועצה המעניק סמכות ייחודית לבתי הדין השרעיים לדון בענייני המעמד האישי של אזרחי ישראל המוסלמים. ענייני המעמד האישי כוללים גם ענייני נישואין וגירושין בהתאם לסעיף 7 לחוק הפרוצדורה של בתי הדין המוסלמיים הדתיים 1933 (ראו ש.ד. גויטיין וא. בן שמש המשפט המוסלמי במדינת ישראל 42, 276 (1957) (להלן: גויטיין ובן שמש)). יוער כי בשנת 2001 תוקן חוק בית המשפט לענייני משפחה, התשנ"ה-1995, כך שהעניק סמכות מקבילה לבתי המשפט לענייני משפחה לדון בענייני המעמד האישי של מוסלמים, מלבד ענייני נישואין וגירושין (ראו בג"ץ 2621/11 פלונית נ' בית הדין השרעי לערעורים בירושלים, פסקה 13 (27.12.11)). העניין שבפנינו, אם כן, העוסק בגירושין של בני זוג, עודנו בסמכות ייחודית של בית הדין השרעי.

34. החוק החל על ענייננו הוא חוק המשפחה העותומאני. חוק המשפחה נחקק על ידי השלטון העותומאני ותכליתו היתה להסדיר את דיני המשפחה שיחולו על כלל האזרחים ללא הבדל דת. בשנת 1919 אימץ המנדט הבריטי את החוק במסגרת פקודת חוק המשפחה המוסלמי, אך צמצם את תחולתו למוסלמים בלבד. סעיפי החוק עוסקים בענייני נישואין וגירושין, תוך שעורכי החוק אימצו דינים שונים מאסכולות מוסלמיות שונות - החנפית, השאפעית, המאלכית והחנבלית - וזאת תוך ניסיון לבחור הלכות המתאימות יותר לרוח המאה העשרים (גויטיין ובן שמש, בעמ' 213; ליש, בעמ' 371).

35. הצדדים בפנינו חלוקים בשאלה האם חוק המשפחה הינו חוק דתי או אזרחי. אכן, חוק המשפחה חוקק על ידי המחוקק העותומאני ואף התכוון לחול על כלל האזרחים מדתות שונות, דבר המצביע לכאורה על "אזרחיותו" של החוק. חוק המשפחה אינו מאמץ אחת לאחת את הלכות הקוראן. כך למשל ישנן צורות של הפסקת נישואין המופיעות בקוראן ואשר לא קיבלו ביטוי בחוק המשפחה (ראו גויטיין ובן שמש, בעמ' 139). המחוקק העותומאני אף הרשה לעצמו לברור הלכות שונות מאסכולות שונות בדין המוסלמי בהתאם לרוח התקופה, כפי שהוא ראה אותה. עם זאת, המחוקק העותומאני לא ברא בדרך כלל הלכות יש מאין אלא עיגן, גם אם באופן מעורב ועל פי שיקול דעתו האזרחי, הלכות מתוך האסכולות השונות המבוססות בסופו של יום על השריעה והקוראן (ראו איאד זחאלקה "זהות בתי הדין השרעיים בישראל" בתוך לנוכח בית הדין השרעי – תהליכי שינוי במעמדן של נשים מוסלמיות בישראל ובמזרח התיכון 75 (בעריכת ליאת קוזמא, 2011)). מכאן שמוכנה אני להניח כי חוק המשפחה הוא חוק דתי במהותו (עם זאת ראו מוסה אבו רמדאן "מעמדו של חוק המשפחה העות'מאני" בתוך לנוכח בית הדין השרעי – תהליכי שינוי במעמדן של נשים מוסלמיות בישראל ובמזרח התיכון 49 (בעריכת ליאת קוזמא, 2011) (להלן: אבו רמדאן)).

36. הסעיף אותו החיל בית הדין השרעי בעניין דנן הוא סעיף 130 לחוק המשפחה, וזו לשונו על פי התרגום של גויטיין ובן שמש:

אם פרצו בין בני הזוג מריבות וחילוקי דעות, ופנה אחד מהם אל השופט, ימנה השופט שני בוררים ממשפחות הזוג ואם לא נמצאו בוררים מבני המשפחות, או שאינם בעלי התכונות הנדרשות, ימנה השופט בוררים מתאימים שלא מבני המשפחות. מושב-משפחה בהרכב כזה יקשיב לתלונות הצדדים וטענותיהם וישתדל במיטב יכולתו להביאם לידי התפייסות. אם אין זה אפשרי בעטיו של הבעל יפסקו על התרת נישואיהם, ואם בעטיה של האשה יבטלו גם את זכותה על המוהר כולו או מקצתו. לא הסכימו הבוררים ביניהם, ימנה השופט בוררים מתאימים בהרכב אחר, או בורר שלישי שלא מבני המשפחות. החלטת אלה תהיה סופית ואינה ניתנת לערעור.

הסעיף מעגן דרך נוספת לפירוק הנישואין במקרה שמתגלעות מחלוקות בין בני הזוג. כל אחד מבני הזוג רשאי לדרוש הקמת "מושב" או "מועצת" משפחה שיורכו מנציג אחד ממשפחת הבעל ונציג אחד ממשפחה האישה. המועצה צריכה לנסות לפייס בין בני הזוג, אך אם הדבר אינו צולח בידם הם צריכים לפסוק את התרת הנישואין ואת גובה המוהר שישולם (עניין מואטי, פסקה 9). אם הבוררים הראשונים שמונו אינם

מסכימים ביניהם יש למנות בוררים נוספים או למנות בורר שלישי שיכריע ביניהם (בג"ץ 9347/99 חמזה נ' בית הדין השרעי לערעורים בירושלים, פ"ד נה(2) 592, 597 (2001) (להלן: עניין חמזה)).

37. האסכולות השונות בדין השרעי ראו באופן שונה את תפקידם של הבוררים. כפי שמציין בית הדין השרעי בהחלטתו במקרה דנן, האסכולה המאלכית מאפשרת לבוררים להתיר את הנישואין בעצמם ללא התערבות הקאדי, והם משמשים מעין קאדים בעצמם. על פי אסכולה זו על הבוררים להיות זכרים בגירים. האסכולה החנפית, לצד אסכולות נוספות, לעומת זאת, רואה בבוררים מיופי כוח של הצדדים, ולפיכך אין מניעה מהקאדי להתערב בהחלטתם. על פי אסכולות אלו ניתן למנות אישה לתפקיד בוררת (ראו גם: Moussa Abou Ramadan "Divorce Reform in the Shari'a Court of Appeals in Israel (1992-2003)" *Islamic Law and Society* 13, 2 / (2006) (להלן: *Abou Ramadan*); אבו רמזאן, בעמ' 61).

38. סוגיית פרשנותו של סעיף 130 לחוק המשפחה כבר עלתה בפני בית משפט זה בעניין חמזה. שם נידונה השאלה כיצד לפרש את מאמר הסיפא של הסעיף כי "החלטת אלה תהיה סופית ואינה ניתנת לערעור". בית משפט זה פירש את הסעיף כך שלאחר שהבוררים סיימו את תפקידם, העניין עובר להכרעתו של בית הדין השרעי אשר לו שיקול הדעת האם לאמץ את החלטת הבוררים אם לאו:

"דעתי היא שהפרשנות הנכונה של המשפט שבמחלוקת היא כי הסופיות הנזכרת בו משמעותה, שמהשלב האמור עובר העניין להחלטתו של בית-הדין השרעי אשר מינה את הבוררים. בשלב זה הבוררים סיימו את תפקידם, ועל בית-הדין השרעי לומר את דברו. המשפט משתמש במינוח – "החלטת אלה". "אלה" – הם הבוררים, וכוונת הכתוב בדבר הסופיות היא כי החלטתם היא סופית, במוכן זה שהחלטתם היא ההחלטה האחרונה הניתנת במסגרת העניין על-ידי בוררים קודם שבית-הדין השרעי יאמר את דברו. הליך הבוררות לפי סעיף 130 מוצה, ומשלב זה על בית-הדין השרעי להכריע בסכסוך כשהחלטת הבוררים בפניו. אין פירוש הדבר שבית-הדין השרעי אינו יכול להחזיר העניין לבוררים. אך נכון לשלב זה סיימו הבוררים את מלאכתם, החלטתם "סופית", והעניין מועבר להחלטת בית-הדין השרעי. פירוש זה מתיישב עם העובדה שעל-מנת שיהיה תוקף לפירוד בין בני-הזוג, יש צורך בפסק-דין של בית-דין שרעי. החלטת הבוררים כשלעצמה אינה מתירה את הנישואין. רק לאחר מתן פסק-דין על-ידי בית-הדין ניתן לרשום את הגירושין בהתאם לחוק (סעיף 131 לחוק).

אין זה סביר לפרש את המשפט שבמחלוקת באופן שאף-על-פי שבית-הדין נדרש לפסוק, אין מסור לו שיקול-דעת אם לקבל את החלטת הבוררים אם לאו. רק אמירה מפורשת, שעל-פיה בית-הדין השרעי קשור בהחלטת הבוררים ונשללת ממנו הסמכות לפסוק בעניין, הייתה יכולה להביא לתוצאה קיצונית שכזו. על-כן הפרשנות הנכונה היא כי החלטת הבוררים הינה סופית, במישור הבוררות, אך אין בה לגרוע מסמכות בית-הדין השרעי האזורי לשקול את החלטת הבוררים לגופה ולהכריע אם לאמצה אם לאו" (עניין חמזה, בעמ' 598).

בהתאם לפרשנות זו הסמכות הסופית לאשר פסק גירושין נתונה לבית הדין השרעי. החלטת הבוררים עצמה אינה מתירה את קשר הנישואין, ועל בית הדין השרעי להפעיל את שיקול דעתו ולהחליט האם לאמץ את הכרעת הבוררים, לדחותה או לקבלה בחלקה. הצדדים רשאים להעלות בפני בית הדין השרעי טענות כנגד החלטת הבוררים, ולבית הדין השרעי הסמכות לקבל טענות כאלו או אחרות, והוא המכריע סופית בסכסוך שבפניו. יוער כי בית המשפט הסתמך בהכרעתו גם על הפרקטיקה הנהוגת בבתי הדין השרעיים, לפיה נפסק באופן עקבי על ידי בתי הדין השרעיים כי בסמכותם להתערב בהחלטת הבוררים:

"ניתן לראות, כי בית-הדין השרעי מתערב במסקנת הבוררים כאשר הוא מוצא שהיא אינה תואמת את עובדות המקרה או שאינה מבוססת על ראיות מוצקות דיין. עוד ניתן לראות, כי בנסיבות מסוימות מחזיר בית-הדין את הדיון למישור הבוררות. הווה אומר, אף מהפרקטיקה הנהוגה עולה כי לבית-הדין סמכות להתערב בהחלטת הבוררים, וכי כך מתפרש המשפט שבמחלוקת" (עניין חמזה, בעמ' 600).

ואמנם הלכה זו יושמה גם לאחר מכן על ידי בית משפט זה (עניין מואטי).

תחולת החריגים בחוק שיווי זכויות האישה על מינוי בוררים

39. לאחר שעמדנו על חוק שיווי זכויות האישה, תכליתו ואופן פרשנותו, וכן על מהות הסוגיה שבפנינו הגיעה העת לבחון האם חלים החריגים שבחוק על מינוי בוררים לפי סעיף 130 לחוק המשפחה. החריג הראשון הוא זה הקבוע בסעיף 5 לחוק לפיו "אין חוק זה בא לפגוע בדיני איסור והיתר לנישואין ולגירושין". בעניין זה מסכימה אני עם עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה לפיה הסעיף התכוון לחול על תוכן הדין הדתי עצמו המסדיר את ענייני הגירושין ולא על הדינים החלים על בעלי הסמכות ליישם דינים אלו. הדברים עולים מפורשות מלשונו של הסעיף העוסק בדיני איסור והיתר.

מעבר לכך, כאמור, יש לטעמי ליתן פרשנות מצמצמת לחריגי החוק ומטעם זה יש להעדיף את הפרשנות, המשתמעת גם מלשון הסעיף עצמו, המתייחסת לתוכן הדין הדתי בלבד. קיומו של סעיף 7(ג) לחוק תומך אף הוא בפרשנות זו, שכן עניינו בבעלי התפקידים המיישמים את הדין הדתי. המסקנה המתבקשת היא שסעיף 5 אינו עוסק בבעלי תפקידים אלו. עם זאת, אותיר בצריך עיון מקרה בו מינוי מסוים כשלעצמו יגרור פגיעה בדיני איסור והיתר לנישואין ולגירושין. במקרה של מינוי בוררים הרי שמדובר במינוי לתפקיד המפעיל סמכויות הקשורות לגירושין ולא בדין עצמו המסדיר גירושין. כמו כן, כפי שראינו ישנן אסכולות בדין השרעי המאפשרות מינוי נשים כבוררות, כך שלא מתעוררת השאלה שהותרתי בצריך עיון. המסקנה היא, אם כן, כי אין הסייג שבסעיף 5 חל על ענייננו.

40. הסייג המרכזי, ובו התמקדו בעלי הדין שבפנינו, מצוי בסעיף 7(ג) לחוק שיווי זכויות האישה, ומפאת חשיבותו מצאתי לנכון לשוב ולהביאו גם כאן:

(ג) הוראות חוק זה לא יחולו על מינוי לתפקיד דתי בהתאם לדין הדתי, ובכלל זה על מינוי רבנים ובעלי תפקידים שיפוטיים בבתי דין דתיים.

הסעיף כולל למעשה שני סייגים שעלינו לבחון את תחולתם על המקרה דנן. הראשון עניינו ב"מינוי לתפקיד דתי בהתאם לדין הדתי", והשני עניינו ב"מינוי בעלי תפקידים שיפוטיים בבתי דין דתיים". לכאורה, על פי לשון הסעיף הסייג השני כלול במסגרת הסייג הראשון, אך אנו נבדוק את שני הסייגים בנפרד.

41. האם מינוי בוררים הוא מינוי לתפקיד דתי בהתאם לדין הדתי? כאמור, אני מוכנה להניח כי חוק המשפחה הוא דין דתי ולכן הסייג של הסייג חלה. הנחה זו אינה נקייה מקשיים, לאור העובדה שמדובר בחוק שנחקק על ידי מחוקק אזרחי ונקלט לתוך מערכת החוקים הכללית שלנו (ראו אבו רמדאן). עם זאת, נותר הנחה זו כעת על כנה, שכן ממילא איני סבורה כי ניתן לומר שמדובר על תפקיד דתי. המחוקק לא סייג כל מינוי לתפקיד בהתאם לדין הדתי, כי אם רק מינוי לתפקיד דתי על פי הדין הדתי. להבחנה זו של המחוקק יש ליתן משמעות. הבחנה זו אני מוצאת בה היגיון רב. יתכן מינוי של תפקיד מנהלי על פי הדין הדתי. מדוע שמינוי כזה יסוייג מהוראות החוק? לטעמי, פרשנותו של הביטוי "תפקיד דתי" צריכה להיות של תפקיד בו נדרשת מקצועיות ומיומנות ברמה כלשהי בדין הדתי והפעלתו של דין זה במסגרת התפקיד (ראו בעניין שקדיאל, בעמ' 274: "אכן, אין כל דבר בחוק שירותי הדת שיש בו כדי

להצביע, כי במועצה הדתית צריכים לכהן יודעי דת ודין, ועקרונית אף איש שאינו דתי כשיר לכהן במועצה"). ככל שהמקצועיות והמיומנות בדין הדתי הנדרשת בתפקיד גבוהה יותר, וככל שהפעלת הדין הדתי הלכה למעשה במסגרת התפקיד רבה יותר, כך ניטה לראות בתפקיד כתפקיד דתי, וכך להיפך.

מינוי בוררים על פי סעיף 130 לחוק המשפחה אינו עומד בהגדרה זו כלל. הבוררים, כפי שראינו, הינם נציגים מבני המשפחות של בני הזוג המסוכסכים. הם אינם נדרשים להכרה כלשהי של הדין הדתי, כישורים, הבנה או הסמכה בדין זה. אין להם כל מקצועיות או מיומנות בהפעלת הדין הדתי. גם על-פי האסכולה המאלכית מדובר על תכונות שאין להם קשר עם העניין הדתי (כך למשל נדרש כי הבוררים יהיו אנשים הוגנים, בוגרים ובגירים, שאינם עבדים, אינם מושחתים, אינם בזבזנים ואינם אתיאיסטים. עדיף שיהיו בני משפחה או שכנים ובכל מקרה שיהיו מודעים לבעיות שבין הצדדים. ראו Abou Ramadan, בעמ' 264-265). יתרה מכך, הבוררים אינם נדרשים להפעיל את הדין הדתי במסגרת תפקידם. כל שעליהם לעשות הוא לפעול בהתאם להוראות הסעיף - לנסות להביא את בני הזוג לכדי פיוס, ואם אין בידם לעשות זאת, עליהם לפסוק גירושין תוך קביעה באיזה צד האשם, ומה יהיה גובה המוהר בהתאם לכך. כאשר הם נתקלים בבעיה כלשהי עליהם לפנות לקבלת הוראות מבית הדין השרעי (ראו עניין מואטי, פסקה 13).

המסקנה, אם כן, כי מינוי הבוררים אינו מינוי דתי בהתאם לדין הדתי ולפיכך אינו נכלל בסייג זה.

42. האם מינוי בוררים הוא מינוי לתפקיד שיפוטי בבית הדין הדתי? דומני כי אף התשובה לשאלה זו היא בשלילה. לכאורה נראה כי יש לצמצם את פרשנות הסעיף לנושאי התפקידים השיפוטיים בבתי הדין הדתיים עצמם, ולהם בלבד, כגון לדיינים או לקאדים. עם זאת, גם אם נניח שיש לפרש את הסייג באופן רחב יותר הרי שמינוי בוררים על פי סעיף 130 לחוק המשפחה לא ייכלל בו. כאמור, בעניין חמזה נפסק כי החלטתם של הבוררים אינה סופית וכי היא נתונה לשיקול דעתו המוחלט של בית הדין השרעי. בתי הדין השרעיים אף נוהגים בפועל להתערב בקביעותיהם של בוררים (ראו אבו רמדאן, בעמ' 61). מכאן, כי התפקיד השיפוטי לפסיקת גירושין גם על פי סעיף 130 לחוק המשפחה נתון לקאדים בבתי הדין השרעיים, ולא לבוררים. הבוררים מהווים אמנם כלי עזר חשוב לקאדים בהכרעה בסכסוך בין בני הזוג, אך אין מדובר בהכרעה סופית הנתונה בידיהם, ואין להם כל סמכות לגרש את בני הזוג מבלי לקבל אישור



מהותי מבית הדין השרעי להחלטה זו. המסקנה היא כי לא ניתן לראות בבוררים כנושאי תפקיד שיפוטי כלשהו. עוד יצוין כי בניגוד לנושאי תפקידים שיפוטיים הבוררים אינם צד אובייקטיבי בסכסוך כי אם צד מעורב, הממונה בדרך כלל מתוך בני משפחותיהם ועל פי רצונם של הצדדים לסכסוך, ולפיכך לא ניתן לראות בתפקידם משום תפקיד שיפוטי.

סעיף 7(ג), אם כן, אינו חל על מינוי בוררים על פי סעיף 130 לחוק המשפחה.

43. מהניתוח דלעיל עולה כי לא חלים הסייגים הקבועים בחוק שיווי זכויות האישה על המקרה דנן. מכאן כי על בית הדין השרעי היה לפסוק במקרה בהתאם להוראת החוק לפיה דין אחד יהיה לאישה ולאיש. הצדדים בפנינו לא חלקו למעשה על כך שפסיקתו של בית הדין השרעי היתה מנוגדת להוראה זו. אף אחד מהצדדים אף לא העלה טענה כי ישנם אינטרסים מנוגדים או מתנגשים בסוגיה. לטעמי אף לא ניתן לומר כי סעיף 130 לחוק המשפחה התכוון שלא יוחלו עליו הוראות חוק שיווי זכויות האישה. ראשית, חוק שיווי זכויות האישה נחקק מאוחר לחוק המשפחה. שנית, אין בסעיף כל רמז המצביע על כוונתו של החוק שלא לאפשר מינוי בוררות נשים. יתרה מכך, תכליתו של הסעיף תומכת במינוי בוררות בהתאם לרצון הצדדים. הבוררים אמורים לייצג את הצדדים ולבוא מטעמם. הם אמורים לנסות ולהביא להתפייסות בין בני הזוג, ואם אין הדבר מצליח לקבוע את אשמם בפירוק הקשר הזוגי. משכך ראוי לאפשר לבני הזוג לבחור בורר שיהיה מקובל עליהם ונוח עבורם. ואכן, בית הדין השרעי, כפי שנעשה במקרה דנן, פונה אל בני הזוג ומאפשר להם לבחור בורר מטעמם שיאשר על ידי בית הדין. מאחר שמדובר בסכסוך זוגי ובמערכת שהיא בדרך כלל גברית, לא יפלא כי אישה (וכמובן שגם האיש יכול) תעדיף לעיתים למנות מטעמה בוררת ולא בורר. באמצעות מינוי המקובל על כל אחד מהצדדים ונוח עבורם, יגבר אולי הסיכוי להביא להתפייסות בין הצדדים. כך יגבר אולי הסיכוי גם להגיע להכרעה הנכונה באשר לאשמת הצדדים בפירוק הקשר ולגובה המוהר. מכאן, כי גם תכלית הסעיף מצביעה דווקא על הצורך לאפשר מינוי בוררות.

המסקנה העולה מכל האמור היא כי דינה של החלטתו של בית הדין השרעי להתבטל לאחר שהתעלם מהוראות חוק שיווי זכויות האישה. בטרם אפנה לבחון את הסעד ברצוני להעיר הערה אחת נוספת מעבר לדרוש לענייננו.

44. יתכן שהיינו מגיעים לאותה תוצאה גם אם היינו מניחים שחוק שיווי זכויות האישה לא חל על המקרה דנן. בתי הדין הדתיים, ככל הערכאות השיפוטיות ורשויות השלטון, כפופים לעקרונות היסוד של השיטה, ובהם לעיקרון השוויון, אשר זכה ליישום עקבי של בית משפט זה בפסיקתו. כפי שצינתי, עיקרון השוויון בין המינים לא נולד בחוק שיווי זכויות האישה, אלא רק זכה לעיגון הצהרתי ומעשי שלו. לפיכך, הפעלת הדין הדתי צריכה להיעשות אף היא תוך התחשבות בעקרונות היסוד של השיטה בכלל, ובעיקרון השוויון בפרט, ככל שניתן במגבלות הדין הדתי עצמו. כפי שציין הנשיא ברק "קיים שוויון אף בתחולתו של עקרון השוויון" (עניין שקדיאל, בעמ' 278; כן ראו עניין בבלי, בעמ' 248). כך קובע אף חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו כי "כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק-יסוד זה" (סעיף 11). ההשלכה של קביעה זו לטעמי היא כי אם קיימת אסכולה מקובלת בדין הדתי המתיישבת עם עיקרון השוויון על בית הדין הדתי להעדיפה על אסכולה אחרת בדין הדתי שאינה מתיישבת עם עיקרון זה.

45. כפי שפירטתי לעיל, בדין השרעי קיימות מספר אסכולות מקובלות, אשר בתי הדין הדתיים והמחוקק העותומאני עשו בהם שימוש מעורב ללא כל מחויבות מוחלטת לאסכולה כזו או אחרת (ראו גם גויטיין וכן שמש, בעמ' 24). אכן, חלק מחוק המשפחה מבוסס על האסכולה המאלכית המאפשרת מינוי של בוררים זכרים בלבד. עם זאת, קיימת האסכולה החנפית, המקובלת בעולם האיסלאם ועליה אף מבוססת המג'לה (גויטיין וכן שמש, בעמ' 4), ועליה מבוסס אף רובו של חוק המשפחה (איאד זחאלקה בתי הדין השרעיים – בין השיפוט לזהות 115 (2009)), המאפשרת מינוי של בוררות נשים (ויוער שגם מאפשרת מינוי קאדים ממין נקבה). לטעמי, היה על בית הדין, בהתחשב בעיקרון השוויון, להעדיף את האסכולה המתיישבת עם עיקרון זה על פני האסכולה השוללת אותו. במיוחד, כאשר בפועל והלכה למעשה נוהגים בתי הדין השרעיים באופן הדומה לאסכולה החנפית, שכן הם אינם מתייחסים להחלטתם של הבוררים כסופית אלא מפעילים את שיקול דעתם האם לאשרה אם לאו.

46. עוד יש להדגיש כי איני מקבלת את הטענה לפיה אם יוחלט על מינוי בוררות בדומה לאסכולה החנפית, יהיה על בית הדין השרעי לאמץ גם את עילות הגירושין של אסכולה זו, המחמירות יותר עם האישה (ראו גויטיין וכן שמש, בעמ' 141). ראשית, כאמור, החוק מערב הלכות מאסכולות שונות, ולפיכך אין מניעה שמינוי בוררים יעשה בהתאם לאסכולה החנפית, דהיינו יתאפשר מינוי בוררות, בעוד שעילות הגירושין יקבעו בהתאם לאסכולה המאלכית, הנוחה יותר לנשים, כפי שנעשה עד היום. לעילות

הגירושיין אין כל קשר לתכונותיהם של הבוררים. שנית, עילות הגירושיין כבר עוגנו על ידי חוק המשפחה, ולא ניתן לגרוע מאלו המעוגנות על פי חוק והנוהגות היום לפי פסיקותיו של בית הדין השרעי (ראו ע"פ 353/62 אל-פקיר נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יח(4) 200, 221 (1964)).

סיכום וסעד

47. כפי שראינו החריגים של חוק שיווי זכויות האישה, המפורטים בסעיפים 5 ו-7(ג) לחוק, אינם חלים על מינוי בוררים על פי חוק המשפחה. מכאן כי היה על בית הדין השרעי להתחשב בהוראותיו של החוק, והוא נמנע מעשות כן. התחשבות בהוראות חוק שיווי זכויות האישה היתה מובילה לתוצאה לפיה ניתן למנות בוררות נשים, ומשכך לאישור הבוררת שהוצעה מטעם העותרת. מכאן, המסקנה המתבקשת שדינה של החלטת בית הדין השרעי להתבטל. הדיון יוחזר לבית הדין השרעי להמשך הליך הבוררות, תוך מתן אפשרות לעותרת לבחור בוררת אישה מטעמה. בכך עשוי להיפתח צוהר, כך יש לקוות, לשוויון ומניעת אפליה בין בעלי התפקידים בתחום זה.

אם תישמע דעתי תתקבל העתירה. המשיב יחוייב בשכר טרחת עורך דין לטובת העותרת בסך של 15,000 ₪.

ש ו פ ט ת

השופטת מ' נאור:

1. אני מסכימה לפסק דינה המקיף של חברתי השופטת ארבבל.
2. ביסוד החלטתו המנומקת של בית הדין השרעי לערעורים עומדת התפיסה לפיה הבוררים הם קאדים. וכך סיכם בית הדין השרעי את תפיסתו בסעיף 12 לפסק הדין המנומק מיום 18.6.2012:

12". סיכומו של דבר הוא, שהבוררים על פי סעיף 130 לחוק הם קאדים ולא מיופי כוח, והפסיקה בפירוק נישואין היא בידיהם, וכי סמכות הקאדי היא לאשר את הפסק שלהם. באשר לזכויות כספיות, שהיא המוהר הנובע מהפירוק, לקאדי יש סמכות לשנות פסק מושב הבוררות ולפסוק לאישה את מלוא המוהר בהעדר סיבה

שרעית להפחתה, ותכליתו היחידה היא מניעת הארכת זמן ההתדיינות" (ההדגשה הוספה – מ"נ).

3. קבלת תפיסה זו לפיה הפסיקה בפירוק נישואין היא בידי הבוררים וסמכות הקאדים היא רק לאשר את שפסקו הבוררים, עשויה להביא, במקרים אחרים, לתוצאות קשות. במקרה בו יגיעו הקאדים למסקנה שאין הצדקה בעובדות המקרה לקביעת הבוררים כי יש לפרק את הנישואין, האומנם ידי הקאדים, שהוסמכו על פי דין המדינה לשפוט, כבולות הן, והפסיקה הסופית בעניין פירוק הנישואין היא בידי הבוררים? קשה לקבל זאת. זוהי תפיסה המוציאה את השפיטה מידי מי שמונו לשפוט, הקאדים. כפי שציינה חברתי, הדברים גם אינם עולים בקנה אחד עם פסיקתו של בית משפט זה ב- בג"ץ 9347/99 חמזה נ' בית-הדין השרעי לערעורים בירושלים, פ"ד נה(2) 592 (2001) וב- בג"ץ מואסי נ' בית הדין השרעי לערעורים בירושלים (7.3.2007).

המשנה לנשיא

השופט נ' סולברג:

אני מסכים.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת ע' ארבל.

ניתן היום, י"ט בתמוז תשע"ג (27.6.13).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

המשנה לנשיא