

ביטול זכות הבעל לפירות נכסי-מלוג במשפט הנוהג — ותוצאותיו*

א. מכוא

מפאת היקפו הנרחב של החומר, ומשום שאנו עוסקים בהכנתה לדפוס של עבודת מחקר שלימה ומקיפה על הנושא, המטפלת באספקט ההיסטורי-תלמודי, אנו מסתפקים כאן בכירור כמה שאלות השייכות לענין במסגרת המשפט הפוזיטיבי הנוהג במדינת ישראל.

ברצוננו לרדן בשלש הנקודות הבאות:

- * מחלוקת שופטי ביהמ"ש העליון זילברג ואולשן בענין בלבן;
- * שאלת הפדיון (תוצאות ההלכה הפוזיטיבית);
- * עמדת בתי הדין הרבניים.

ברור כי החומר לא ימוצה בכך. עקב הניגוד הקיים בענין בין מערכות המשפט המקבילות בישראל (שבסודן, ככל הנראה, עומדות השקפות עולם שונות) עסקו

* הוגש לד"ר אבנר שאקי במסגרת סמינריון בדיני אישות, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב. עבודה זו נכתבה בשנת תשל"ג; בינתיים פרסם פרופ' אנגלרד את החלק הרביעי של ספרו הנזכר בפנים ('משפטים' ניסן תשל"ה) ודן בקיצור גם בשאלה הנידונה לפנינו, עיי"ש; כן דן לאחרונה בשאלה פרופ' פלק במאמרו האנגלי ב'דיני ישראל' כרך ה'; ועתה פרסמה ממשלת ישראל הצעת חוק חדשה, הבאה להסדיר את הקושי שהוער עליו בפרשת בלבן לראשונה (ה"ח 1168, כ"ט שבט תשל"ה, ע' 174; [השלמת המלכה"ד של ספר זה: על-פי הצעה זו תוקן בשנת תשל"ו—1976 'החוק לתיקון דיני המשפחה (מוזנות), תשי"ט—1959', ונוסף בו סעיף 2א, חו לשון החוק שהתקבל: "על אף האמור בחוק שיווי זכויות האשה, תשי"א—1951, בקביעת מידת המזונות שאדם חייב לספק לבן זוגו, רשאי ביה"מ להתחשב בהכנסותיו של בן הזוג מעבודה ומנכסים, ואם ראה לנכון — גם מכל מקור אחר", ודי דברי ההסבר שם, בה"ח). לדעתנו יש כאן פתרון אדי-הוק ועדיין חסר העיקר מן הספר, כמו שננסה להראות בפנים.

נדפס ראשונה ב'דיני ישראל', כרך ו, תשל"ה.

בנושא דידן כמה וכמה מחברים ותוקרים, ואף על פי כן דומה כי הניחו לנו עדיין מקום להתגדר בו — ומן הסתם יוותרו מקום כזה לאחרים גם לאחר דיונו.

ב. מחלוקת השופטים (כב' הנשיא ופרופ' זילברג) בענין בלבן

להבנת הענין עלינו להקדים מלים אחרות ולאזכר את ההלכה הידועה, שנפסקה לראשונה במשפט סידיס נ' יו"ר ההוצל"פ¹ ואח"כ במשפט סידיס נ' נשיא וחברי ביה"ד הגדול² (מפי כב' השופט זילברג, כתוארו אז) ובשורה ארוכה של פסקי דין עליונים³, כי "לאור ההוראה המצויה בסעיף 2 לחוק שווי זכויות האשה תשי"א—1951, אין עוד קיום למוסד של 'נכסי מלוג' במשפט הפורטיבי המקומי". השופט זילברג, בפסה"ד הנ"ל, טרח לבסס פסיקה זו ומתפלמס עם הבקורת שהושמעה כלפיה, במיוחד ע"י השופט שרשבסקי במהדורה הראשונה של ספרו 'דיני משפחה'. הויכוח העיקרי בין חכמים אלה נסב על שתי נקודות: הראשונה, אם הבטוי "כשרות מלאה" המופיע בחוק שם ("לאשה נשואה תהיה כשרות מלאה לקנין ולעשייה בקנינים כאילו היתה פנויה") מתכוון לכשרות משפטית (כנגד אי-כשרותו של קטין או של שוטה) שיש לה לאשה נשואה — וכשרות כזו יש לה בודאי אף לפי דיני ישראל⁴ — או שהחוק מתכוון ל'זכות' שיש לאשה לעשות בנכסיה כאילו היתה פנויה, בניגוד להלכה היהודית המגבילה זכותה זו (משום הזכות הריאלית, ה'חפצית', שיש לבעל בפירות, וכן עפ"י תקנת אושא המגבילה זכות האשה למכור מנכסי מלוג שלה)⁵; הנקודה השניה היא, אם הסיפא של אותו סעיף ("ואין קניניה שרכשה לפני הנישואין נפגעים ע"י קשר הנישואין") באה להוציא מקנין הבעל בפירות (גם אם נפרש הרישא במובן ה'כשרות המשפטית'), או שאין בה אלא מה שיש ברישא, כדעתו של דר'

1. בי"ד מיוחד 1/50, ח' פד"י ע' 1023.

2. כג"צ 202/57, י"ב פד"י 1528.

3. מן הנמנע למנות כולם, ואזכיר הכולטים בהם: 313/59 ע.א., 416/60 ע.א., 47/64 ע.א., 253/65 ע.א., 426/65 ע.א., ולאחרונה ממש כג"צ 185/72.

4. דיני משפחה, מאת דר' בן ציון שרשבסקי, ירושלים ניסן תשי"ח, ע' 205 ואילך; וראה עכשיו במהדורה השניה (הדפסה שלישית, ירושלים 1971), ע' 218 הערה 17.

5. שם, ע' 216.

6. השופט זילברג בפס"ד בענין סידיס הנ"ל, ובספרו 'המעמד האישי בישראל', מהדורה רביעית, ירושלים תשכ"ה, ע' 400 ואילך, וראה במיוחד בע' 402 שם.

שרשבסקי⁷, ופירושה הוא רק שכושרה המשפטי של האשה לא נפגע גם כאשר לנכסים שנרכשו ע"י לפני הנשואין.

אין אני ברהיכי להכניס ראשי בין ההרים הגדולים, אך לא אוכל להימנע מלהעיר, כי ההתפלגות מסביב לסעיף 2 והדיון בסיפא המיותרת שלו נראים לי שלא במקומם. אין שמץ של ספק בלבי, כי המחוקק שם לבו לשתי הגבלות עיקריות: המוטלות על האשה בהלכה העברית (ולאחוציא מהלכה זו, בעיקר, נתכונן המחוקק; סביר להניח, כי לא רצה לפגוע בהלכה במלים מפורשות, ועל כן בחר בנוסח הניתן להבנה 'כללית'): ראשית, חוסר יכולתה למכור את נכסיה על שום תקנת אושא; ושנית, זכוי הבעל בפירות נכסי מלוג⁸. כנגד שתי הגבלות אלה נוסח סעיף 2 דנן: הרישא — "לאשה כשרות מלאה" וכו' — הבאה להוציא מתקנת אושא שבפירוש פסלה את האשה מלמכור בנכסיה⁹; והסיפא — "ואין קניניה... נפגעים" וכו' — באה להוציא מתקנת הפירות הנתונים לבעל ולשליטתו הגמורה¹⁰ (בכך אנו מצטרפים לדעה שהובעה ע"י א' רוזן-צבי בעבודה שכתב על הנושא, ובביקורתו על דר' שרשבסקי¹¹).

מעתה נבוא אל פסה"ד בענין בלבן (בלבן נ' בלבן, ע.א. 313/59, פסקי דין י"ד ע' 285). באותו מקרה היה הבעל "עתיד נכסים" והכנסתו כ-1000 ל"י בחודש, בעוד

7. דיני משפחה ע' 219; וראה שם בהערה 20, שגם לדעת השופט זילברג הסיפא מיותרת — לפירושו הוא ברישא, ואין בו אלא מה שבזו.

8. הסדר מכונן: אע"פ שזכוי הבעל בפירות הוא, מבחינה ממונית טהורה, מקיף הרבה יותר מתקנת אושא, ובעצם הגורם לה, יחד עם ענין הירושה, והשפעתו קובעת בעצם את רוב יחוסי הממון שבין בני הזוג, בכל זאת גורמת תקנת אושא — ולא רק פסיכולוגית — להרגשה 'מתסכלת' יותר, לראיית האשה כמקופחת, הרבה יותר מדין הפירות וזכויים לבעל, שכן העירו כבר החוקרים כי לפי ההלכה לא נועדו פירות הנכסים הללו לשימוש הפרטי והבלעדי של הבעל, אלא לרווחת הבית כולו — השווה שרשבסקי ע' 164, הרב א' קרלין 'תורת אבן העזר' (הלכות כתובות), ירושלים תש"י ע' פד, ואף בע.א. 47/64 ששון נ' ששון, פ"ד י"ח ע' 40-239, מפי השופט ברנזון, ועל כן ראה המחוקק להקדים את שלילתה של תקנת אושא דווקא.

9. על אף ההגיון שבדברי שרשבסקי, אין פירושו כחוק נראה לי הולם את כוונת המחוקק; יתר על כן — לדעת חלק מן הראשונים, הרא"ש והטור, אין מיכרה של האשה קיים אפילו לשעה, והארכנו על כך את הדיבור בחלק ההלכתי; יש כאן איפוא, פסילה ממש, שלילת זכויות, ולפיכך נקט המחוקק בכטוי "כשרות מלאה" — בכל מקרה, ולא רק חלקית ובנכסים מיוחדים.

10. כפוף להגבלות שדברנו בהן, כגון שימוש לרווח ביתא' בלבד, חוסר היכולת למכרם מראש לשנים הרבה וכו'.

11. ראה בחוברת 'סוגיות נבחרות בידי אישים, משפחה וירושה', הוצ' ש"ס תשכ"ז, ע' 4-83.

האשה בעלת נכסים אף היא, והכנסתה — מפרדס — הגיעה לכ-300 ל"י לחודש, סכומים גדולים יחסית באותם ימים¹²; האשה תבעה מזונות מבעלה, והבעל התגונן בטענה, כי רשאי הוא לקזז מן המזונות את הכנסותיה של האשה מן הפרדס האמור, היות והכנסות אלה אינן אלא "פירות נכסי מלוג" המגיעים לו עפ"י ההלכה היהודית¹³, וכבר נקבע בהלכה כי במקרה שהאשה הוציאה פירות נכסי מלוג למזונותיה — אין היא רשאית עוד לתבעם מן הבעל, שיכול הוא לומר לה "צאי פירותיך במזונותיך"¹⁴. לעומת זאת טענה האשה, כי לאור ההלכה בסידיס אין פירות נכסיה שייכים עוד לבעל מכל וכל, ועל כן חייב הבעל במזונותיה במלואם וללא קיזוז, שהלא לפי הדין האישי חייב בעל במזונות אשתו אף אם יש לה משלה נכסים ופירות — שהרי נתקנו מזונות תחת מעשה ידיה ולא תחת פירות¹⁵. עד כאן העובדות וטענות הצדדים.

בדיון ישבו חמשה שופטים (הנשיא — אולשן, כתוארו אז, אגרנט, זילברג, גויטיין וברנוון); השופט זילברג — בכדידות מזוהרה — כתב פס"ד נפרד, והשופט אולשן ייצג את דעת הרוב. הויכות שבין השופטים הוא רב ענין, לא רק בהשלכתו המעשית-הישירה, אלא גם ברקעו הרעיוני ובכמה אמרות-אגב הנשמעות מתוכו.

אצטט בקצרה את עיקרי הדברים בכל אחד מפסקי הדין:
 השופט זילברג: "המחוקק החילוני אינו יכול לבטל¹⁶ נורמה של החוק הדתי; כי לא הוא הינו מקור החקיקה הדתית... היוצא מזה הוא: כי אם הבעל בא לתבוע את פירות נכסי המלוג שלה, תביעתו תידחה הן בבית המשפט האזרחי והן בבית הדין הדתי"¹⁷, בעטיו של חוק שווי זכויות האשה (ראה סעיף 7 של החוק); אבל אם האשה, שיש לה הכנסות נכסי מלוג למכביר, באה לתבוע ממנו מזונות, גם תביעתה תידחה הן בבית הדין הדתי והן בבית המשפט האזרחי,

12. שער הלירה היה אז 1.80 לדולר.

13. והלכה זו, שהיא הדין האישי החל על בני הווג במקרה זה, היא הקובעת בעניני מזונות, כנאמר במפורש בחוק לחיקון דיני המשפחה (מזונות) תשי"ט-1959 בסעיף 2(א): "אדם חייב במזונות בן זוגו לפי הוראות הדין האישי החל עליו".

14. ראה שם ע' 285 מול אות השוליים ז' (מפי השופט זילברג בסקירת העובדות); לעצם ההלכה בענין זה, ראה בפסק דינו של ביה"ד הרבני הגדול ער/תשט"ז/153 (פד"ר ב' ע' 97), ולהלן נעיין בו אי"ה ביתר פירוט.

15. ר' לענין זה בדברי הנשיא בפס"ד בלבן שם ע' 288 מול אות השוליים ז', ואצל שרשבסקי ע' 123-124.

16. כל ההדגשות — בגוף הטקסט.

17. הנסיון הראה, שהיתה בדברים אלה משום אשליה; ר' להלן בחלק ג' של עיונו.

כי הבעל יכול לומר: אמנם בוטלה זכות אכילת פירות שלי מכוח סעיף 2 של החוק, אך לא בוטל ה'רפלקס', לא בוטלה האצילה שהיא אוצלת בעקיפין על תביעת המזונות, הנדונה גם עתה לפי הנורמות של החוק הדתי¹⁸. הנשיא אולשן: "אין חולק עכשיו שתביעה אם תוגש על ידי הבעל נגד אשתו למימוש זכותו לפירות נכסי מלוג תירחה מפאת ההוראה הנ"ל שבסעיף 2... אולם אין אף רמז לכך בסעיף 2 הנ"ל, שההוראה חלה רק במקרה שהבעל תובע את הפירות, ואינה חלה כשהבעל תובע את הזכות הזאת בדרך של הגנה נגד כל תביעה שהיא המוגשת נגדו ע"י אשתו.

...איני מוצא כל אסמכתא לאמירה, שהמחוקק החילוני אינו יכול לבטל נורמה של החוק הדתי. בהעדר תחיקה, הרי המחוקק החילוני הינו הכל יכול. שנית, במקרה דידן לא ביטל המחוקק החילוני את הנורמה הדתית גבי אלה הרוצים דווקא לנהוג על פיה... הוא רק אסר את הכפיה לנהוג לפי נורמה דתית מסוימת". והנה מעניין לציין, כי נחלקו ביניהם חכמי המשפט בשאלה, אם הצדק עם זילברג או עם הנשיא; בעוד דר' שרשבסקי (דווקא הוא!) מסכים עם הנשיא (ודעת הרוב) באמר¹⁹: "אם תומכים בפסק הדין כבג"צ 202/57, נראה כי אין מנוס²⁰ ממסקנות הרוב בע"א 313/59", הרי מלומד בריסמכא כפרופ' י' אנגלרד, במסתו המקיפה על 'מעמד הדין הדתי במשפט הישראלי'²¹, חולק בתוקף ולאחר עיון מקיף על אחת ממסקנותיו המרכזיות של הנשיא (אם כי לא ברור מדברי פרופ' אנגלרד עד כמה משפיעה מסקנה זו על ההכרעה הסופית, וראה להלן)²² וזו לשונו: "מציין נשיא בית המשפט העליון דאז (השופט אולשן): 'איני מוצא כל אסמכתא לאמירה שהמחוקק החילוני אינו יכול לבטל נורמה של החוק הדתי. בהעדר תחוקה, הרי המחוקק החילוני הינו כל יכול'. קביעה זו אינה נכונה,

18. ראה לעיל הערה 13.

19. דיני משפחה ע' 124 הערה 30; כך גם עו"ד א' ריון צבי במאמרו הנ"ל (הערה 11) בע' 83: "אם פרשנות סימן 2 ע"י בית המשפט העליון נכונה היא, הרי אין לחלק את הדין לשיעורין. בסימן 2 אין כל הסתייגות לתתולתו, ואם בטלה זכות הפירות בעקבות הסימן הנ"ל, אין לעררה לתחיה אף לא בדרך עקיפה".

20. ההדגשה שלי.

21. המסה נתפרסמה בשלשה חלקים ב'משפטים', רבעון הפקולטה למשפטים של אוניברסיטת ירושלים, בסדר הבא: חלק א' בכרך ב' (1970) ע' 268-316; חלק ב' באותו הכרך, ע' 510-552, וחלק ג' בכרך ד' (1972) ע' 31-62. אע"פ שאין זה אלא 'מאמר', נראה לנו כי טוב היה עושה המחבר אילו היה מצרף מפתח מקורות ותוכן ענינים מפורט למסה חשובה ומקיפה זו.

22. ראה ע' 291 בחלק הראשון שם.

משום שהיא מתעלמת מיתסיותה של כל מערכת משפטית. המחוקק הוא אולי כל יכול במערכת שלו, אך שלטונו איננו יכול להשתרע מעבר לתחומיה. נכונה יותר היא גישתו של השופט זילברג, אשר השיב שם כי 'המחוקק החילוני אינו יכול לבטל נורמה של החוק הדתי' וכו' (ראה ציטוט לעיל). מסקנת השופט זילברג תואמת את רעיון היחסיות²³.

דומה כי נוכל להסכים בקלות לקביעותיו של אנגלרד. בוודאי שאין כח ביד המחוקק החילוני לבטל נורמה דתית-משפטית כלשהי, וספק בלבי אם סובר מישהו כי למחוקק החילוני סמכות אשר כזאת — כולל הנשיא אולשן עצמו. מה שכנראה נחכוון הנשיא לומר היה, כי במסגרת המשפט בישראל, המשפט הנוהג, רשאי המחוקק החילוני לבטל נורמה דתית. אף על קביעה זו חולק אנגלרד, ולדעתו אם הפנה המחוקק החילוני למערכת נורמטיבית אחרת, חייב הוא לקבל על עצמו את כולה, ראשה על קרבה ועל כרעיה, ואין הוא יכול לברוד הימנה כטוב בעיניו — אלא אם כן יחדל מלאמצה ולהפנות אליה, ותחת זאת ינסח בחוק משלו כל שייטב בעיניו. גישה זו טפוסית לאנגלרד, הרואה בעצם גישתו של המחוקק הישראלי, לאמץ לעצמו מדי פעם מעקרונותיו, לשונותיו והלכותיו של המשפט העברי ובאופן סלקטיבי, גישה בלתי רצויה ואף שלילית²⁴. לאור זאת נראה לכאורה, שיש מקום לחלק ולהבדיל בין פרשת בלבן לבין פרשת סידים: בעוד במקרה האחרון ביטל המחוקק (לפי פרשנותו של ביהמ"ש העליון) הלכה ספציפית, הנוגעת לזכות הבעל על פירות נכסי מלוג בלבד — ולכן יש בכוחו לעשות זאת, ואין כאן משום פגיעה במערכת הנורמטיבית כולה, הרי שבפרשת בלבן מכניס בית המשפט מעין טריו במערכת, ובעוד החוק מחייב הכרעה בעניני מזונות עפ"י הדין האישי (קרי — ההלכה העברית), רוצים שופטי הרוב לכפות על הכרעה חילונית בתוך תוכה של המערכת הנורמטיבית הדתית, דבר אשר לא יתכן לדעתו של פרופ' אנגלרד.

מן האמור נובע, כי קביעתו של אנגלרד, כי הנשיא טועה בפסק דינו, מביאה אותנו בהכרח לראות את הכרעתו הסופית כמוטעה אף היא, וכי השופט זילברג צדק בהעניקו את הסעד דווקא למשיב (הבעל) ובדחתו את הערעור. אלא שענין זה עצמו עדיין לוקה בחסר. ראשית, יש מקום לפקפק בעצם

23. יסולח לנו על כי תלשנו דברים מהקשרם; ע"מ להבין אל נכון דבריו של פרופ' אנגלרד יש צורך לעקוב אחר כל הבגין הפילוסופי-יוריספרודנטי שבנה מסביב ליחסיות של נורמות שונות במערכת משפטית אחת, ואכ"מ.

24. ראה מאמרו על 'שילוב הדין היהודי במערכת המשפט הישראלי' בקובץ הגות והלכה, ירושלים תשי"ח, ע' קסא-קצח.

החילוק דלמעלה. האמנם רשאי המחוקק החילוני לבטל את הנורמה של 'נכסי מלוג' – כפי שהדבר נעשה בפרשת סידים (ליתר דיוק: כפי שהדבר נתפרש שם)? – הרי אין חולק כי מערכת החיובים השלימה שבין איש לאשתו (היהודים) הנוצרת מכת הנישואין שייכת למכלול של 'עניני נישואין', הנתונים להכרעה דווקא עפ"י הדין האישי, כדבר המלך במועצתו, והדברים ידועים; ואם כן הוא, הרי שגם עצם עצמו של סעיף 2 יש בו משום 'חריגה מסמכות' ע"י המחוקק, ולפיכך לא היה מקום לפרש את סעיף 2 כפי שפורש.

יתר על כן: אינני יודע אם טרגדיה היא זאת או אירוניה של הגורל, אבל מי שחולל לנו את כל התסבוכת הזאת אינו אחר אלא כב' השופט זילברג בעצמו ובכבודו, והוא-הוא שפירש (על דעת חבריו, כמובן) את סעיף 2 בפרשת סידים כפי שנתפרשה; בפרשת בלבן לפתע חש, כי אותה פסיקה עשויה לגרום לעיוות, לאי צדק ולתוסר הגיון-משפטי²⁵, ועל כן ניסה לחזור בו, במידת מה, ולנסות לחלק בין הענינים²⁶.

על כרחנו שנצטרך לבחור באלטרנטיבה אחת מן השתיים: או שרשאי המחוקק לפגוע בנורמה דתית כלשהי ולבטלה, הואיל והיא שואבת את כוחה המשפטי מן הנורמה הבסיסית החילונית; או – לחילופין – שאין המחוקק רשאי לפגוע בנורמה כזאת כאשר היא מעוגנת במערכת נורמטיבית שלימה וסגורה (שאומצה בכללותה על ידיו), ואז פרשנותו של בית המשפט לסעיף 2 תלויה על בלי-מה, וכשם שלא נתבטלה הנורמה המדוברת בפרשת בלבן, כך אין עליה להתבטל בענין סידים, ועל כרחנו נצטרך להיזקק לפרשנותו של ד"ר שרשבסקי!

על מנת לצאת מן המיצר יש לדעתי דרך אחת, שלא נוצלה עד היום הזה בשום פורום משפטי: לראות בחוק הישראלי – במידת האפשר, כמובן²⁷ – "תקנת

25. ראה דבריו ב-202/57 ע' 286 מול אית השוליים ג-ד: "מבחינת ההגיון המעשי יהא משהו אבסורדי בתוצאה שאליה חותר בא כוח האשה", וראה גם רברי הנשיא, שעמר על המומנט של אפשרות-חוסר-צדק במקרה דידן ובשכמותו, כאשר הבעל עלול להידרש לשלם מעבר ליכולתו בעוד האשה עתירת נכסים (שם ע' 289, מול ג-א): "יתכן ויהא זה צודק שבקביעת סכום המזונות שעל הבעל לשלם יהיו בתי המשפט וגם בתי הדין זכאים להתחשב באמצעים העומדים לרשות האשה בכלל... אולם ענין זה הוא למחוקק".

26. ראה שם בע' 287 (ב-ד).

27. לדוגמא, כאשר אין החוק נוגע בעניני איסור והיתר אלא בעניני ממונות בלבד, או כאשר הוא נקבע בכפוף להסכמתם של הרבנים הראשיים ("אדם חשוב"); וראה לכל הסוגיא במאמרו המקיף של פרופ' מנחם אילון 'למהותן של תקנות הקהל במשפט העברי' בקובץ מחקרי משפט לזכר אברהם רוזנטל, ע' 1-55.

קהל", שאע"פ שהיא נקבעת ע"י הציבור או נציגיו — היא מבוססת על נורמה יסודית של המשפט העברי, ובתור שכזו מעוגנת היטב במערכת הנורמות של הדין הדתי. דוגמאות לתקנות כאלה (המבטלות נורמות קודמות בהלכה, כדין ירושת הבעל את אשתו) דווקא בתחום יחסי הממוץ ובנישואין מצויות לכל יודע ספר, ודי לנו אם נזכיר כאן את תקנות טוליטולה ומולינה ושו"ם²⁸.

אילו היינו משכילים להגיע לידי כך, היו כל המחלוקות מסתלקות, וההלכה חדר-משמעית ורצופה. בשאלה זו רצוני לגעת בהמשך העיון, ולאחר שנבדוק את עמדת בתי הדין הרבניים ונסה להתחקות על שרשיה, נביע את דעתנו אם וכיצד נוכל להגיע לגיבוש ההלכה הישראלית והמשפט היהודי — לפחות בתחום זה — לחטיבה אחת ומאוחדת.

ג. שאלת הפדיון (תוצאות ההלכה הפוזיטיבית)

כידוע, אחד מחיובי הבעל לאשתו (והוא תנאי בית-דין, החל גם אם לא נכתב בכתובה) הוא פדיונה אם נשבית²⁹. חכמינו ז"ל הסמיכו חיוב זה לזכותו של הבעל לאכול פירות, וקבעו 'זה תחת זה'³⁰, היינו, תמורת החובה לפדות זוכה הבעל בפירות נכסי המלוג, ותכליתם של כספים אלה להוות מעין ביטוח לאשה אם, חלילה, תישבא³¹.

נשאלת השאלה מה יהא דינה של אשה, שנשבית בישראל של היום הזה לאחר שהבעל תבע ממנה את פירות נכסי המלוג שלה, ותביעתו נדחתה בעקבות הלכת סידים. עכשיו יבוא בא-כוחה של האשה לתבוע את דמי השחרור מן הבעל, והלה יסרב באמר, כי כיוון שלא ניתנו לו דמי הפירות, אין ההסכם מתקיים והוא פטור מחובת הפדיון! (שתי הערות להבהרה: א. ההלכה איננה מצומצמת לשבי בידי אויב, אע"פ שגם מאורע נדיר זה עשוי להתרחש, ודמי הכופר ברוסיה הם דוגמא לכך; ההלכה מרחיבה את מושג השבי גם לכליאה בבית

28. ראה על תקנות אלה בפירוט בספרו של הרב קרלין (לעיל הערה 8) ע' רכו-רלז, המבוססים על המובא בשו"ע אבן העזר סימן קי"ה.

29. ראה בבלי כתובות מז ב', ובמשנת כתובות פ"ד מ"ח; ירושלמי שם פ"ד ה"ו. אצל שרשבסקי — ע' 2-151, ולהלן בע' 162.

30. שם; יש לציין כי אין הדבר כן לפי התלמוד הירושלמי, והארכנו בזה במקומו; וראה עוד להלן בפרק ד' מה שנבדק בדעת בתיה"ד הרבניים.

31. ראה דבריו היפים של הרב קרלין שם ע' ט, בסוף מבואו להלכות הפדיון.

סוהר³², ויתכן כי השאלה רלבנטית אף למקרה שביח משפט יגזור על אשה קנס או מאסר תמורתו! ב. הבאנו את ענין הפדיון לא בשל ענינו הספציפי בו — אלא משום שהוא משקף, לדעתנו, מצב כללי: אין הלכת סידרית מתחשבת בתוצאות העשויות או העלולות לצמות ממנה, דבר שכבר ראינו בפרשת בלבן; יתכן ויהא בידינו לתרום לכירור מצב זה אגב כירור שאלת הפדיון — דהיינו, האם נוכל לראות את ההלכה כמסויגת ומצומצמת לעצמה, ואין בה אלא מה שנתפרש בה דבר דבור על אפניו, או שמא נופקת ממנה הלכה כללית, המועזעת את אשיות מערכת היחסים הממוניים כולם?).

לפי מיטב ידיעתי לא הועלתה עדיין שאלה זו בבתי המשפט בישראל (ומי יתן ואף לא תתעורר...), ואף חוקר לא עסק בה, מלבד א' רוזן-צבי בפרק ו (האחרון) של עבודתו המוזכרת למעלה³³, ודבריו שם צריכים הרבה תוספת ועיון. לדעתו של רוזן-צבי לא בוטלה חובת הפדיון כתוצאה מביטול זכות הבעל לפירות נכסי מלוג. את דעתו זו הוא תומך בשתי פנים:

ראשית, לפי ההלכה היהודית חייב בעל בפדיון אשתו גם אם אין לה נכסי-מלוג (וממילא אין לו פירות), וכך חייב הוא בפדיון אם ויתר על זכותו זו בנכסים³⁴; לא זו בלבד, אלא שהאשה אינה רשאית למחול על זכותה לפדיון (ובתמורה לא להעניק לבעלה את הפירות), אע"פ שהתקנה נקבעה לטובתה; מכל אלה מתברר, כי "לפי הדין העברי עקירת פירות נכסי מלוג עדיין משאירה את חובת הפדיון של הבעל".

שנית, גם לפי התוק החילוני אין ההוראה בסימן 2 בחוק שווי זכויות האשה באה "לפגוע בכל הוראת חוק הבאה להגן על האשה כאשר היא אשה"³⁵, וכיון שחובת הפדיון היא מסוג זה של הוראות החוק, איננה בטילה עם קיומו של סעיף 2 לפי פרשנותו של בית המשפט.

דומני כי מסקנות אלה אינן מדויקות, אם לנקוט לשון המעטה. נבדוק לראשונה את הטיעון החילוני. עובדה היא, כי השופט זילברג לא נסתייע בסעיף 6 זה על מנת לקבל את ערעורה של המבקשת, ולא הזכיר כלל, ואף הרוב (אולשן) לא נזדקק לו כדי לתמוך את טיעונו, כי על הבעל לשלם את דמי המזונות במלואם ללא אפשרות הקיזוז; והרי אילו היה בסעיף זה

32. השווה בשו"ת מהר"ם מרוטנבורג ד' קרימונה ('הקצרות') סימן קסד, ואצל שרשבסקי ע' 152. וע"ע שו"ת מעיל צדקה סי' טו.

33. ראה לעיל הערה 11, בע' 87 שם.

34. ראה לענין זה (וגם בו יש להאריך, ואכ"מ) אצל שרשבסקי ע' 114 ולהלן בע' 170, ואצל הרב קרלין במבוא ע' 19-20 ולהלן ע' קכח-קלג.

35. סעיף 6 בחוק שווי זכויות האשה תשי"א-1951 הנ"ל.

כדי להגן על האשה לגבי דמי המזונות (שלא צריכים היו להיפגע ע"י הוראת החוק בסעיף 2) — היתה נמנעת המחלוקת בין השופטים לכתחילה! על כרחנו, שבכל הקשור ליחסי ממון בין בני הזוג, כאשר אותם יחסים הם הסכמיים (כפירוש או מכללא או מכוח תקנת בית דין), אין סעיף 6 בא לא לרבות ולא למעט; אין זכותה של האשה לממון באופן זה או אחר קשורה כלל ל'הגנה' עליה כאשר היא אשה, ולפיכך אף פדיונה מן השבי, שהוא בראש וראשונה ענין ממוני, אינו שייך כלל לתחומו של הסעיף הזה.

יתר על כן: אין השבי קשור כלל בהיותה 'אשה', נשואה או פנויה; תופעת השבי חלה במידה שוה על גברים ונשים, נשואים ופנויים, בוגרים או קטינים. ההלכה היהודית אבטחה את האשה מפני השבי ע"י הפקדת זכויותיה הממוניות ביד הבעל. ברגע שהמחוקק החילוני ביטל אבטחה זו, עומדת האשה ברשות עצמה מבחינה כלכלית, ואין כל 'הגנה' ספציפית נדרשת לגביה כאשר היא אשה. אמנם ההלכה היהודית נותנת לתובת הפדיון עדיפות בשל החשש "שמא חיטמע בין הגויים"³⁶, ובלשונו של המהר"ם מרוטנבורג "בין נשבית בריחוק מקום בין נשבית בקירוב מקום, בין לגויים בין לבית עצמה... שאינה רשאית לצאת ולבוא אפילו פסיעה אחת בלא רשותם, מה לי נחבשת ומה לי נשבית מה לי הורהנה — אידי ואידי חד טעמא הוא, שלא תטמע ושלא תטמא"³⁷. מכאן שיש גורם של 'האשה כאשר היא אשה' והצורך בהגנה עליה, כאשר צורך זה אינו מוטל על הבעל לבדו אלא בעצם על הציבור כולו. אולם יש להשיב על כך, שוב, משתי סיבות: ראשית, הסכנה לשבוי היא סכנה גם לגבר, ומצות פדיון שבויים בהלכה איננה מן המצוות הוטרות; שנית, ענין זה, "שלא תטמע", איננו הנימוק לעצם התקנה, והוא איננו מופיע כלל במקורות התלמודיים, אלא הוא נימוק לשיטתם של בעלי התוספות (החולקים על הרשב"ם³⁸), המסיקים ממנו, כי האשה אינה יכולה למחול על התקנה שנקבעה לטובתה, כדברינו למעלה; נמצא כי בדוננו בתקנה ובחלותה, איננו יכולים להתחשב בנימוק זה, מה עור ש עצם הנימוק במציאות העכשווית מוטל בספק ידוע...

36. השווה אצל שרשבסקי ע' 152 והערה 4 שם.

37. ראה הערה 32.

38. בסוגיות בבא-בבא דף מט ע"ב, תוספות ד"ה יכולה; דברי הרשב"ם שם צריכים עיון בפני עצמם, ולעניות דעתי נראה כי נפלה בהם טעות רפוס ובמקום שכתוב ברשב"ם (כדברי הבעל) "איני מקבל עלי תקנת פרקונה" צריך היה להיות "אני מקבל עלי תקנת פרקונה", וכך באמת הגירסה ברפ"ר, ונציה רפ"ב, וכבר הציע כך מדעתו הרב שלמה גנצפריד בספרו 'פני שלמה' על כ"ב שם, ויש עוד להאריך בזה ואכ"מ.

נראה לנו על כן, כי אם "אין עוד קיום למוסד של נכסי מלוג במשפט הפוזיטיבי המקומי", הרי "מוסד" זה כולל בתוכו ובתחומו את חובת הפדיון, ובהבטל הזכות הנכסית — בטילה גם החובה המקבילה לה.

לפני שניגע (על קצה המזלג) בעמדת המשפט העברי בשאלה זו, עלינו לבדוק אם עמדה זו רלבנטית בכלל לדיוננו. שהרי ממה נפשך: אם חובת הפדיון וכפיייתה מסורה ייחודית לבתי הדין הדתיים, מסתבר כי תוכרע שם לאו-דווקא עפ"י הלכת סידס, כמו שיוברר לקמן — ואם כן, אינה ענין לשאלה שהעמדנו בראש הדין; אם, מאידך, תובא השאלה בפני בית משפט חילוני-אזרחי (אולי בפני בג"צ כתביעת חריגה-מסמכות...), יכריע השיקול המובא למעלה. דומה, כי ענין הרלבנטיות תלוי במחלוקת זילברג-אולשן:

לדעתו של זילברג לא בטלה הנורמה ההלכתית של נכסי מלוג, ולפיכך הדין הפוזיטיבי ממשיך להכיל אותה יחד עם חובת הפדיון; לדעתו של זילברג יש להניח, כי בירור ההלכה היהודית צריך לענין. לעומת זאת לדעתו של הנשיא בטלה הנורמה מכל וכל, בין כחוק הספציפי ובין ככל חוק אחר במדינת-ישראל שהכיל אותה; לפיכך — כך אני משער — לדעתו של הנשיא יספיק השיקול דלמעלה כדי לבטל חובה זו, וכל המשך העיון אינו רלבנטי.

נשוב לעניננו ונבדוק עמדת ההלכה היהודית בשאלה אם בעל שהופקעו ממנו פירות נכסי מלוג חייב בפדיון.

טענותיו של רוזן-צבי שהבאנו לעיל ניתנות להפרכה אחת-אחת:

* הבעל חייב בפדיון גם אם אין לאשה נכסים — נכון; אבל כבר ציינו חז"ל, שתקנו פדיון תחת פירות משום ששניהם "אינם מצויים"³⁹, וכשם שאין הדבר תדיר כי אשה תלקח בשבי ותזדקק לפדיון, כך אין הדבר רגיל ונפוץ כי אשה תהא עתירת נכסים; וכוננת הרברים בודאי, כי אע"פ שבהחלט יתכן, כי אשה פלונית תהא עתירת נכסים ולא תיזקק לפרקון, ואחרת תהא עניה — ותישבה, מכל מקום חכמים בתקנתם הציבו זה תחת זה באופן מעין גלובלי, כאשר המאזן הסטטיסטי מתאזן איך-שהוא בין כל הנשים; אבל בנידון דנן, כאשר יש לאשה נכסים, ואנו ביודעין מפקיעים מבעלה את הפירות — מי יאמר כי עדיין יש מקום לחייב את הבעל בפדיון, לאחר שהופר המאזן?

* ויתור הבעל על זכותו בנכסים פירושו למעשה, כי הבעל מקבל על עצמו את מה שנתחייב בו, ומותר על התמורה; אי לכך ברור, כי במקרה כזה חייב הוא בפדיון, ואין מכאן כל הוכחה לנידון דידן — כאשר לא היה ויתור מרצון, אלא כפייה.

39. דברי אב"י (ולפי כ"י רומי ב' — רבא!) בכבלי כתובות מז ע"ב.

* האשה אכן אינה רשאית למחול על זכות לפדיון; אבל בהסכם שבין אירוסין לנישואין יתפוס כל הסכם ממוני בין בני הזוג, כולל ויתורה של האשה על זכות הפדיון⁴⁰; ואפילו נפסק כי אין האשה רשאית למחול על זכותה בשום פנים — הרי לא באשה מוחלת עסקינן, אלא בביטולה או קיומה של התקנה בשלימותה, וסמי מכאן רצון או סרוב של אשה או איש!

לדעתנו צריכה השאלה להידון מנקודת מוצא אחרת: האם מצאנו שההלכה מחייבת פדיון — במקרה כלשהו — כאשר הופקעה הזכות לאכילת פירות? כדי לקצר בדיון ארוך נסכם מיד ונאמר, כי יש בהלכה מקרה אחד ויחיד כזה (לעומת זאת יש כמה וכמה מקרים, בהם הבעל אינו חייב בפדיון ואעפ"כ אוכל פירות, אלא שאנו פטורים מדיון זה כאן); מקרה זה הוא כבעל 'מורד', שההלכה מפקיעה ממנו את כל זכויותיו הממוניות ביהוסי האישות⁴¹, נשאלת השאלה האם בעל שכזה חייב בפדיון (או — במקביל — במזונות, בקבורה וכדומה). על מדוכה זו ישבו דייני ביה"ד הרבני הגדול פעמיים⁴², ומסקנתם הנוגעת לענינו — בפסה"ד השני — ראויה לציטוט מלא⁴³:

"אם הפקעת הזכויות באה עקב אבדן הזכויות, וכגון במורד ונתן עיניו לגרשה, שלענין הזכויות מכח אישות רואים כאילו האישות אינה קיימת כבר, יהא זה משפט מעוקל אם אחרי הפקעת זכויות כגון זו ישארו עדיין מוטלים על הבעל החיובים מכח אישות, אשר תוקנו נגד הזכויות הללו ובסיבתן, כי אם האישות אינה קיימת לזכויות אינה קיימת גם לחיובים.

אולם במקום שאין הפקעה מהותית של הזכות או החיוב, וכגון ביורש או ביבם, שדין הפדיון קיים מעצם הדין, מאחר ונכסי הבעל שמת משועבדים לחיוב זה, וכמו שירוש חייב במזונותיה של האלמנה מנכסי העזבון, כך היה צריך להיות חייב גם בפדיון מנכסים אלו, אלא שקיימת מניעה לביצוע הפדיון

40. ראה הערה 34; עם זאת, יש הפוסקים כי אמנם אין התנאה כזאת תופסת. וראה אצל הרב קרלין ע' פ, ושוב דבר זה נצרך לבירור ארוך, ואכ"מ.

41. ר' בבית יעקב על שלחן ערוך אבן העזר סימן צ סעיף ה (וצוטט בפד"ר הרשומים לקמן), וע"ע אצל הרב קרלין ע' קה ובהערה יט שם, שהענין שגוי במחלוקת הפוסקים. וע"ע בספר 'נחלת שבעה' סימן כ נוסח "שטר סילוק לאיש מנכסי אשתו", ולכל הענין במאמרו של ד"ר נהום רקובר ב"תורה שבע"פ" כרך יב (תשל"ל), הוצ' מוסד הרב קוק ע' קטו ואילך, ע' קלא-קלג.

42. לראשונה, ב"ער/ט"ו/153, פד"ר כרך ב ע' 97, בפני הדיינים הרצוג (הרב הראשי זצ"ל), חדאיה (וצ"ל) ויבל"א הרב אלישיב, וראה עוד על פס"ד זה לקמן בפרק הבא; בשנית — ב"ער/תשכ"ה/34, פד"ר ה ע' 353, וזה פס"ד מופתי הראוי לעיון מעמיק!

43. שם, ראש ע' 356, בסעיפים 21, 31.

עקב אי היכולת לקיים תנאי שכר⁴⁴, אין מניעה זו גוררת אתריה, לדעת חלק מן הפוסקים, אבדן הזכות שכנגד, הואיל ואין הפירות והפדיון מהיום תמורה זה לזה⁴⁵.

למדנו מכאן, כי כאשר הופקעו זכויותיו של הבעל — יהא זה "משפט מעוקל", נוגד את הצדק הטבעי, לחייבו בפדיון; לעומת זאת, בכל מקרה שהנורמה על מקומה עומדת, ורק מניעה מקרית מפריעה לקיום חיובו של אחד הצדדים, יש מקום לפסוק כי החיוב הנגדי בתוקפו עומד.

מעתה, יתכן שבית משפט חילוני יפסוק בשאלה שלפנינו אחרת ממה שיפסוק בית הדין הדתי: בעוד לפי ההלכה הנוהגת במדינה (עפ"י 202/57) הופקעו זכויות הבעל, ועל כן דורש הצדק הטבעי (ומשפט התורה!) לבטל את חיובו של הבעל בפדיון, הרי בית דין רבני עלול לפסוק כי אין הלכת סידים אלא בגדר "מניעה", ועצם הנורמה של נכסי מלוג שרירה, ועל כן תלה תובת הפדיון גם בעת הזאת ובמקרה כזה.

ברצוננו לסיים פרק זה בהעלאת כמה שאלות דומות מבחינה עקרונית, שאף הן טעונות עדיין תשובה לאור הלכת סידים, ושאוּלֵי טוב יעשה המתקק אם יתיחס אליהן מראש, כמו שנחבקש לעשות ע"י הנשיא בפרשת בלבן⁴⁶.

- (א) עד עתה שימשו פירות נכסי מלוג ל"דורח ביתא"⁴⁷, ובהם התבטאה שותפות האשה בכלכלת בני הבית ובהעלאת דמת-החיים בו; האמנם מעתה חזילה שותפות זו להתקיים, ואשה רשאית לעשות 'שבת לעצמה' ו/או למועדפים על ידה? האמנם לכך נתכוון המחוקק? אתמהא.
- (ב) עד עתה היה הבעל מוסמך לנהל את נכסי אשתו ולעשות כהבנתו ע"מ

44. כגון — "אם תשתכאין, אפרקינך ואותכינך לי לאנתו" (משנת כתובות פ"ד מ"ח), וזה דבר שאין בכוח הירוש או היבם לעשותו ולקיימו, שהרי המת הוא שהתחייב על כך, ולא הם.

45. לדעת רבינו נסים בן ראובן (הר"ן), גם במקרה זה יש מקום לבטל חיובו של אחד אם נתבטל החיוב הנגדי, וראה על כך בארוכה בפנים הדין; מקור דברי הר"ן הוא בסוגיית גיטין יז (ברייף דפוס וילנא — דף ח ע"ב) ד"ה איכא. ור' לענין זה מקבילה מאלפת בדין ירושה תחת קבורה, לאור בטול זכות הירושה כתקנת שו"ם, באו"ח שכר"י ח"ג סי' חכב, וכן בנחלת שבעה סימן ט סעיף ד, ובשו"ת מהרש"ל פ', פ"ד.

46. שם בע' 289, מול אותיות השולים ב-ג. וראה לעיל הערה 25.

47. מקור ההלכה בבבלי כתובות פ ע"א, וראה אצל שרשבסקי ע' 164 ואילך. ומענין לציין, כי אף כבי השופט ברנזון, בששון נ' ששון (47/64 ע.א.) ע' 40-239, התייחס למשמעותם זו של פירות נכסי המלוג. וכן כבר אצל אגרנט, כסידים 1/50, מפי הלבוש בסימן פה, ור' דברים אצל רקובר הנ"ל.

להפיק מהם את מירב הפירות; לפי התלמוד הירושלמי כל עיקרה של הזכות לפירות נובעת מתוכתו של הבעל לפקח על ניהולם התקין של הנכסים⁴⁸, ולפי הבבלי עצם זכותו לפירות מניחה בידי את סמכויות הניהול⁴⁹; מסתבר כי מעכשיו, עפ"י הלכת סידים, אין סמכות זו (שהיא בדרך כלל חובה יותר מאשר זכות) ממשיכה להתקיים; מכאן כמה שאלות: 1. האם יש מקום להטיל על הבעל, במקרה הצורך, את האחריות לניהולם התקין של נכסי האשה (כגון כאשר האשה חולה, או בכל מקרה שבו אין האשה מסוגלת לנהל נכסיה בעצמה)?; 2. האם ניהול כזה מצד הבעל מוכה אותו כתמורה? 3. האם הבעל הוא מועמד 'טבעי' לניהול נכסי אשתו, או שמא עדיף עליו קרוב אחר של האשה (וכגון כאשר אין האשה יכולה לקבוע עדיפות זו בעצמה)?

(ג) לדעתו של השופט ח' כהן (יוסף נ' יוסף, ע"א 63/69, פד"י כג ע' 812 ואילך, וראה ביחוד בע' 813 שם) נופקת מסימן 2 לחוק שווי זכויות האשה הוראה נוספת: מעשי ידיה של האשה, מלבד מה שהיא מחויבת לבעלה תחת מזונותיה⁵⁰, להם, ודינם כדין פירות-נכסיה (שהלא גם ידיה וזמנה הם, מבחינתנו, בגדר 'נכסיה') — והלכה זו מוציאתנו ממחלוקת הפוסקים בענין, ומהכרעות הלכתיות-דתיות כפי שנפסקו בביה"ד הרבני⁵¹, ושוב נראה, כי אין לפנינו פגיעה בהלכה ספציפית, אלא פגיעה בנורמה שמתוך המערכת השלימה (דיני מעשי ידיה של האשה מחוברים ואחוזים בחוק הישראלי לדיני מזונות, הנידונים בכל מקום עפ"י דין תורה!) וראוי לדברים, על כן, שיישקלו מחדש.

48. 'תקנה חיקנו, שיהא מפקח על נכסי אשתו ואוכל' — ירושלמי כתובות פ"ק רביעי הלכה ו (דף כז ע"ד ברפ' ונציה).

49. ראה אצל שרשבסקי, ע' 162 ואילך, ובמקורות המצוינים שם.

50. שם ע' 171 ואילך, ובמיוחד בע' 177 (ענין 'העדפה') ואילך; מתברר כי ענין זה שנוי במחלוקת הפוסקים, וההלכה הנוהגת היא כי אם הבעל 'מוחזק' הוא יכול לטעון 'קים לי' כאותם פוסקים המזכים אותו, וראה בהערה הבאה.

51. ראה פר"ר א' ע' 118, שהכריע לטובת הבעל הן אם הוא מוחזק בכספים ממש, הן אם האשה תובעת ממנו מזונות, ואע"פ שבתיק אחר (שם ע' 4-90) פסקו עקרונית שהעדפה על מעשי ידיה היא לאשה!

יש להוסיף, כי דעת השופט כהן לא נתקבלה על דעת רוב ביהמ"ש, ואף לא בדיון חוזר בפני 5 שופטים (ד"נ 23/69, פד"י כד ע' 792 ואילך).

ד. עמדת בתי הדין הרבניים

בחוק שווי זכויות האשה תשי"א-1951 נאמר בסעיף 7: "כל בתי המשפט ינהגו לפי חוק זה; כן ינהג לפי חוק זה כל בית דין המוסמך לרונן בעניני המעמד האישי, אלא אם כל הצדדים הם בני שמונה-עשרה שנה ומעלה, והסכימו לפני בית הדין, מרצונם הטוב, להתדיין לפי דיני עדתם". סעיף זה דורש במפורש מבתי הדין הרבניים לנהוג לפי הוראת סעיף 2 באותו חוק, והוא משמש דוגמא למספר מקרים (קטן, יחסית), בהם התערב המתוקק באופן ישיר בדין הדתי⁵². לאור הוראה זו ראוי להישאל שאלתו התריפה של השופט ח' כהן⁵³: "בתי הדין הרבניים אמנם דנים לפי דין התורה... אך מתעלמים הם כליל מחוקי המדינה. לעתים נדירות ביותר אתה מוצא כפסקי הדין הרבניים איזכור של חוק הכנסת... חוק שיווי זכויות האשה, למשל, הוא בכל יראה ובכל ימצא"⁵⁴ — וכיצד זה ניתן לקבל פסיקתם של בתי דין רבניים כמנחה או כמחייבת כדיני זכויות האשה או חובותיה, כשמעשה החקיקה של הכנסת לענין זה הוא בלתי רלבנטי בעיניהם?

תשובה לשאלה זו נרמזה ע"י פרופ' אנגלרד⁵⁵, ונתפרשה בפירוט ובאורך ע"י א' רוזן צבי⁵⁶; עיקרה — שבית הדין הרבני אמנם כפוף לחוק, אך לא לפסיקת ביהמ"ש העליון, וכיון שקיימת פרשנות אחרת לחוק — כגון זו של שרשבסקי⁵⁷ — יכול בית הדין לאמצה לעצמו ולפרש את החוק כהבנתו.

מכל מקום למדנו מדבריו של השופט כהן, כי אע"פ שתיפש וברק — לא מצא בשום פסק דין רבני איזכור של ההלכה דנן, ומכאן כי בתי הדין הרבניים מתעלמים במפורש מן החקיקה המוזכרת, ואפילו אינם טורחים להתמודד עמה, להתוכח, או להציע לה פירוש משלהם. בהקשר זה נראית לנו השאלה בהמשך דבריו של השופט כחשובה וקשה יותר: "ואף גם זאת: מקום שיש לחתוך את הדין 'לפי מנהג המדינה' או לפי מנהג המקום, אין לבי"ד רבני שום יתרון... על פני בית המשפט החילוני" (הדברים מתיחסים לשאלה הספציפית שם, בענין העדפה, הנקבעת לפי

52. לכל הנושא, ראה מה שהאריך-העמיק פרופ' אנגלרד במסתו המוזכרת (לעיל הערה 21), חלק ג' ע' 44 ואילך, ובמיוחד שם 6-45.

53. טנקה סלאמה יוסף ג' יפת יוסף המוזכר למעלה בהערה 51; ראה שם בע' 809 מול אות השוליים ה-2, וראה מה שהעיר לדברים אלה פרופ' אנגלרד שם בע' 46 הערה 70.

54. ההדרגשה שלי.

55. שם, בסוף הערה 70 הנ"ל.

56. במאמרו המוזכר למעלה בהערה 11, ע' 5-84.

57. ראה לעיל ע' 76.

ההלכה עפ"י מנהג המקום; מכל מקום, יש להם חשיבות גם אצלנו, באופן שיתבאר).

לאור הדברים הללו ברצוני להעמיד את השאלה כך: נניח, לצורך הדיון ולמען שלום בית, כי הדיינים אינם מתעלמים מן החוק אלא מפרשים אותו בדרכו של דר' שרשבסקי; אף-על-פי-כן, ההלכה שקבע ביהמ"ש העליון בפרשת סידים — היא המהווה את החוק הנהוג במדינה, לפי הקריטריונים האזרחיים; האם אין חוק חילוני שכזה מהווה 'מנהג המדינה'⁵⁸, ובתור שכזה קובע הסכם מכללא בין בני הזוג — ומחייב גם את בתי הדין הדתיים?

הפנינו שאלה זו אל כמה דיינים ואבות-בתי דין (בכתב) ולא נענינו אלא על ידי אחד מהם; בהיות המשיב אחד מחשובי הדיינים בישראל, משערני כי נוכל לראות את תשובתו כמייצגת את דעת הכלל, והרי דבריו במילואם⁵⁹:

"ומה ששאלת על חוק המדינה. כבר עמדו אנשי משפט על האבסורד שבו, שלפיו פסקו שהבעל חייב לזון את אשתו, גם כשיש לה הכנסה גדולה מנכסיה, ואילו הוא עמל להביא לחמו ביגיע כפיו. וידוע שכוננת החוק הוא להביא בסופו של דבר גם לביטול החיוב לזון את אשתו, וכן להטיל חובת מזון הילדים על שניהם בנזה. באופן שבמקום להביא הקלה לאשה, החוק בחשבון סופי יתנקש בזכויותיה שהוקנו לה עפ"י חז"ל, מתוך הכרת התנאים הפיסיאולוגיים השונים והחובות הטבעיות של האשה, שפוטרים אותה מעול דאגת הפרנסה ומן הטיפול בניהול נכסיה, בעוד שהפירות הרי מיועדים ל'רווח ביתא', כלומר שבסופו של דבר כל המשפחה נהנית מזה.

58. השווה מה שכתב השופט כהן בע"א 63/69, פד"י כג ע' 812 בשם שר"ת המהרשד"ם סימן שכו (ומקורו בפד"ר כרך ה ע' 125, שם מצוטט יותר מן התשובה; ענינה באחד שנשא אשה בפורטוגל, שם 'גימוסי המלכות' קבעו מה שקבעו בענין יחסי-ממון בין בני זוג): "כל הנושא אשה סתם, נושא אותה ארעא לקיים מנהג מקומו", וכן ראה בשו"ת מהריב"ל ח"ב סימן כג. להלן כותב השופט (ע' 813): "כבר נודמן לו לאחד מבתי הדין הרבניים בישראל לפסוק כי יש לראות בחוק המדינה את מנהג המקום לענין תנאי ממון שבנישואין (פד"ר כרך ה ע' 127) (הערה: כוונת השופט לע' 125, ולתשובת המהרשד"ם המוזכרת; ואע"פ שמדובר שם בחוק חילוני לעילא — חוק הגויים — נקבע שיש להתחשב בו! אמנם, בית הדין הרבני ברחובות לא קיבל את דברי המהרשד"ם כמתואר ע"י כב' השופט — דהיינו, שמכאן ראייה גם לחוק הישראלי החילוני; אך מ"מ יש כאן שאלה ואף משאלה — ויותר מזה!) — ואמנם ברור הוא ופשוט שהחוק (החילוני) המחייב את כל אזרחי המדינה משקף נאמנה את מנהגי המדינה — עכ"פ כל עוד לא באה ראייה מכרעת לסתור".

59. כיון שהדברים נכתבו במכתב פרטי, ולא ביקשתי רשות לפרסמם, הריני מביאם בעלות שם הכותב.

אנו רואים את תקנת חז"ל שהבעל אוכל פירות כחיונית, לא רק מצד תקנת הפרקון (שגם זה אינו מופרך אפילו בימינו ע"י כופר התעודה שברוסיא, וכן בארצות ערב שהציאה לפעמים כרוכה בכסף רב) אלא פשוט לשם איזון תקציב הבית שלפי התנאים של היום, מעבודת הבעל לבד (וזה די מצוי, כשהאשה קשורה לבית בגלל הילדים, או חולשה וכד') קשה הקיום. העובדא שהאשה תצבור הון והבעל ישא היחירי בעול, דומה, שתהיה גורם מתמיד לחכוכים.

ברור שאילו היו שואלים לדעת חכמי התורה בדבר החוק לשווי זכויות האשה בשטח זה לא היו מסכימים. תקנה זו אינה אלא קלקלה, אין לה תוקף ואין ראוי להתחשב בה. אין זה אומר כלל שהמתחתן היום מוותר מרצונו ומדעתו על זכות אכילת הפירות. להיפך, הנסיון בביה"ד מראה, שהפסיקה החילונית בזה מתקבלת כתרוק שניים ע"י הבעל. בכל אופן, ביה"ד בודאי לא יתחשב עם תקיקה זו, שמטרתה לעקור דיני התורה, הקשורים קשר כל ניתק עם דמותה של המשפחה והתפקיד השונה של הבעל והאשה שיוחד להם במבנה המשפחה הישראלית. וכדרך שאמרו גזירא עבידא דבטלה, ודאי יתברר במשך הזמן גם למדמים שיצליחו להשליט מוסר וצדק יותר נעלים מאשר בתה"ק, שטעות בידם. ומשנה לא תזוז ממקומה".

עם שאנו מסכימים עם כב' הדיין ברוב דבריו — שחלקם פורטו במשך הדין — דומה כי יש לבעל דין מקום לחלוק על חלק מהם. ראשית, אין צידו ההגייתי של החוק רלבנטי לשאלתנו; כך הוחק, כך נפסק, ואין לו לדיין אלא התוק למראה עיניו⁶⁰. שנית, ספק אם נדרשים אנו כאן לדעת חכמי התורה. המנהג קיים, ואין כוחו בטל משום שחז"ל בזמנם ראו אחרת את פני הדברים; גם ההלכה המזכה את הבעל בירושת אשתו כולה היא הלכה, ויש אומרים מדאורייתא, ואף על פי כן קבע המהרשד"ם שלא להתחשב בה בשל המנהג הגויי והכללי, ואעפ"כ קבעו בטוליטולה ובשום מה שקבעו ותיקנו, לאור הצרכים והמקומות והזמנים. שלישית, אין להסכים כי כוונתה של החקיקה לעקור דיני התורה; כוונתה לפתור בעיה המטרידה משפחות רבות, והעלולה לגרום להרבה מריבות וחכוכים וחוסר-שלום-בית, ולא כל אשה בזמננו כישראל מסכימה עם דעת כבוד הרב באשר למהות תפקידה ומעמדה במסגרת המשפחתית — ואף נשים שומרות-מצווה בכלל.

דומה, כי שורש הבעיה נערץ בשני גורמים:

* הגורם התחרותי בין שתי מערכות השיפוט, כאשר כל מערכת בעלת אינטרס

60. ראה בדברי הנשיא (אולשן) לעיל הערה 25.

'אימפריאליסטי' ורוצה להרחיב את סמכויותיה ותחום שיפוטתה, וכבר עמד על כך פרופ' אנגלרד במסתו שהוזכרה, ואין רצוננו להאריך בכך;
 * השקפות העולם השונות; לצערנו, הקיטוב ההשקפתי הולך ומכביד אכפו על העם היושב בציון, ורכים האנשים, בתוכם חכמים ומלומדים, שאינם מוכנים לנסות ולמצוא, בשקט וכישיוב הדעת ומתוך התחשבות – מודוס ויונדי, דרך-חיים משותפת ומאוחדת, הפותרת בעיות במקום ליצור אותן.

ארשה לעצמי לסכם את דיוננו במשאלה. למעלה, בסוף הפרק הראשון של דיון זה, הצענו דרך לפתרון; כדי שתוכל לצאת מן הכוח אל הפועל על המוסד המחוקק להציע דרך של התיעצות עם גדולי התורה שבדור (כב' הרבנים הראשיים) מחד, ועל חכמי ההלכה שלנו להעז ולראות כי טובת המשפט התורני, ההלכה הכתובה והמסורה, דורשת, כי בעיות שהזמן גרמן תמצאנה את פתרונן במסגרת ההלכה; אם קשה הדבר בענייני נישואין של כהן וגרושה או ממזרים – הרי מבחינת ההלכה הדבר אפשרי ופשוט בענייני יחסי ממון, ונוכה להרבות שלום בישראל, להגדיל תורה ולהאדיר.