

# מבט מחדש על תמרון בין פורומים משפטיים: תביעות לדמי מזונות בירושלים כמקרה בוחן<sup>1</sup>

## עידו שחר

### תקציר

תמרון בין פורומים משפטיים (forum shopping) מתאפשר כאשר גורמים המעורבים בהליך משפטי יכולים לבחור מבין כמה פורומים משפטיים העומדים לרשותם. המאמר מציג גישה סוציו-משפטית לניתוח התופעה. בניגוד לתפיסה המשפטנית הרווחת של התופעה במונחים של "בחירה רציונאלית" (rational choice) מתבקשת ופשוטה יחסית, המאמר מבקש להראות כי פרקטיקה זו, המתקיימת במציאות של פלורליזם משפטי, היא למעשה פרקטיקה מורכבת המשוקעת במעגלי משמעות רב-ממדיים. בהתאם לכך, פעולת התמרון בין הפורומים שמבצעים בעלי דין אינה רק החלטה אינסטרומנטלית שתכליתה לשפר את מצבו של המתמרן בהליך המשפטי, אלא גם החלטה ערכית שעשויה להיות בעלת השלכות מרחיקות לכת. באמצעות הצגה וניתוח של מקרה בוחן מירושלים של ימינו – פרקטיקות של תמרון בין פורומים משפטיים שמבצעות נשים מוסלמיות בעיר בבואן להגיש תביעות מזונות נגד בעליהן – מבקש המאמר להמחיש לא רק את מורכבותה של הפרקטיקה הזאת, אלא אף את חיוניותו של ניתוח סוציו-משפטי לשם הבנתה.

### מבוא

תמרון בין פורומים משפטיים (forum shopping)<sup>2</sup> הוא תופעה רווחת מאוד בנסיבות של פלורליזם משפטי, כלומר במצב שבו במרחב חברתי אחד פועלת יותר ממערכת נורמטיבית-משפטית אחת. בנסיבות אלו הגורמים המעורבים

<sup>1</sup> מאמר זה הוא גרסה מתורגמת, מורחבת ומעודכנת של פרק שפורסם בספר ערוך:

Ido shahar, "Forum Shopping between Civil and Sharī'a Courts: Maintenance Suits in Contemporary Jerusalem," in Keebet von Benda-Beckmann, Franz von Benda-Beckmann, Bertram Turner and Martin Ramstadt (eds.), *Religion in disputes: Pervasiveness of Religious Normativity in Disputing Processes*, London 2013, pp. 147–163  
אני מודה להוצאת הספרים Palgrave Macmillan שהתירה לעשות שימוש בחלקים נרחבים מהפרק שפורסם. אני מודה גם לקוראים האנונימיים של כתב העת על הערותיהם החשובות על מאמר זה.

<sup>2</sup> להגדרה פשוטה ומקובלת, ראו: Bryan A. Garner (ed. in chief), *Black's Law Dictionary*, 2nd pocket edition, Rochester 2001, p. 590

בהליך המשפטי יכולים לפעמים לבחור מבין כמה פורומים משפטיים העומדים לרשותם, והם נוטים לבחור בפורום שנתפס בעיניהם כמשרת טוב מכל האחרים את האינטרסים שלהם.

למרות שכיחותה של התופעה, רק מעטים מבין האנתרופולוגים המשפטיים העוסקים בחקר פלורליזם משפטי חקרו את הנושא של תמרון בין פורומים משפטיים, ועל פי רוב הוא מופיע כנספח להיבטים אחרים של פלורליזם משפטי.<sup>3</sup> למעשה, לבד ממאמרה פורץ הדרך של קיבט פון בנדה-בקמן (von Benda-Beckmann) מתחילת שנות השמונים,<sup>4</sup> מעטים המחקרים האנתרופולוגיים המתמודדים עם סוגיות כגון הדרך שבה הצדדים לסכסוך בוחרים את הפורום המשפטי שאליו הם פונים; הנורמות החברתיות ומבני הכוח המנחים את הבחירה ומגבילים אותה; השפעת הפורום הנבחר על ניהול הסכסוך ותוצאתו; וההשפעה המצטברת של התמרונים המשפטיים שהצדדים נוקטים בהם על הפורומים המעורבים. מדוע אפוא אנתרופולוגים החוקרים פלורליזם משפטי אינם מפנים את הזרקור המחקרי לתופעת התמרון בין פורומים משפטיים? מתן מענה מקיף לתהייה זו חורג ממסגרת הדיון של מאמר זה.<sup>5</sup>

---

<sup>3</sup> לדוגמאות של מחקרים העוסקים בפלורליזם משפטי והמאזכרים את תופעת התמרון בין פורומים כבדרך אגב, ראו: David M. Engel, "Legal Pluralism in an American Community: Perspectives on a Civil Trial Court," *Law and Social Enquiry* 5/3 (1980), pp. 425–454; Athaliah Molokomme, *Children of the Fence: The Alimony of Extra-Marital Children under Law and Practice in Botswana*, Leiden 1991; Anne Griffith, "Legal Pluralism in Africa: The Role of Gender and Women's Access to Law," *Political and Legal Anthropological Review* 19/2 (1996), pp. 93–107; Bertram Turner, "Competing Global Players in Rural Morocco: Upgrading Legal Arenas," *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law* 38/53–54 (2006), pp. 101–139; Srimati Basu, "Playing off Courts: The Negotiation of Divorce and Violence in Plural Legal Setting in Kolkata," *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law* 38/52 (2006), pp. 41–75

<sup>4</sup> Keebet von Benda-Beckmann, "Forum Shopping and Shopping Forums - Dispute Settlement in a Minangkabau Village in West Sumatra," *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law* 13/19 (1981), pp. 117–159

<sup>5</sup> כהשערה מקדמית ניתן להעלות שלוש סיבות להזנחת הנושא בספרות האנתרופולוגית על פלורליזם משפטי: ראשית, מחקרים רבים העוסקים בפלורליזם משפטי נוטים להתמקד ברמת המאקרו של הניתוח ובקשרי הגומלין בין הסדר הנורמטיבי למערכת המשפטית. דגש זה מביא להזנחת רמת המיקרו של הבחירה האישית ושל הפעולות והפרשנויות של הגורמים המעורבים בסכסוך. ראו: Sally E. Merry, "Legal Pluralism," *Law and Society Review* 22/5 (1988), p. 891

שנית, מחקרים אנתרופולוגיים שעסקו בפלורליזם משפטי ובפתרון סכסוכים העדיפו בדרך כלל להתמקד בתהליכים המתרחשים "ליד החוק" או "בצל החוק" (in the shadow of the law), בלשונו של מארק גלאנטר, במקום בתהליך המשפטי עצמו. הדגש על ניתוח המסגרת החברתית והפוליטית הרחבה של תהליך פתרון הסכסוכים בא, על פי רוב, על השבון הפניית תשומת לב ממוקדת לפורומים המשפטיים הפורמאליים המעורבים בניסיונות לפתור את הסכסוך. כפועל יוצא מכך התמרון והבחירה בין פורומים זכו גם הם לתשומת לב מעטה יחסית. ראו: Marc Galanter, "Justice in Many Rooms: Courts, Private Ordering and Indigenous Law," *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law* 13/19 (1981), pp. 1–47

ואולם, בעוד אנתרופולוגים וחוקרים אחרים במדעי החברה הזניחו את התופעה של בחירת פורום, משפטנים **דווקא** מרבים לעסוק בה. סקירת הספרות המשפטית שדנה בבחירת פורום מגלה שמשפטנים מתעניינים בתופעה לאו דווקא כביטוי של פלורליזם משפטי, אלא כסימפטום של הדבר המכונה בעגה המשפטית "בררת דין" ("choice of laws"). בחירת פורום זוכה לתשומת לב רבה במיוחד בהקשר האמריקאי. נראה כי המבנה המורכב של מערכת המשפט האמריקאית – בה פועלות כחמישים היררכיות משפטיות מדינתיות, לצד ערכאות שיפוטיות פדראליות שסמכויות השיפוט שלהן כלליות או ספציפיות – מספק תמריצים רבים לבחירת פורום. התופעה כה נפוצה עד כי היא תוארה בארצות הברית כ"תחביב משפטי לאומי".<sup>6</sup>

משפטנים החוקרים תמרון בין פורומים ברמות המשפטיות השונות – הפנים-מדינתית, המדינתית-פדראלית והבינלאומית – נוטים לבקר את התופעה. הם רואים בה נוהג מזיק שמשחית את המערכת המשפטית,<sup>7</sup> פוגע בהחלה היעילה של שלטון חוק אחיד ושווה לכל נפש<sup>8</sup> ומחבל קשות בעיקרון השוויון בפני החוק.<sup>9</sup> בהתאם לתפיסה זו, סטודנטים למשפטים באוניברסיטאות בארצות הברית לומדים, על פי רוב, כי בחירת פורום או תמרון אינסטרומנטלי בין פורומים הם נוהג נפסד ובלתי ראוי, וכי רק עורכי דין מניפולטיביים ותככנים במיוחד עושים בו שימוש.<sup>10</sup> עם זאת, נראה כי בשנים האחרונות חל מפנה בדרך החשיבה הזו, ולא מעט משפטנים מתחילים לגלות את הצד החיובי של

---

שלישית, ייתכן שהמונח "בחירת פורום" – עם הקונטציות של שוק חופשי, של בחירה חופשית ושל "צרכנות רציונאלית" של פורומים משפטיים – הרחיקה חוקרים ממדעי החברה, המודעים היטב לנוכחות הבלתי נמנעת של כוח והיררכיה ביחסי הגומלין בין סדרים נורמטיביים. לביקורת מסוג זה, ראו למשל: Suzan F. Hirsch and Mindie Lazarus Black, "Performance and Paradox: Exploring Law's Role in Hegemony and Resistance," in Mindie Lazarus-Black and Susan F. Hirsch (eds.), *Contested States: Law Hegemony and Resistance*, New York and Abingdon 1994, p. 12

<sup>6</sup> ראו: Mary G. Alegro, "In Defense of Forum Shopping: A Realistic View at Selecting a Venue," *Nebraska Law Review* 78 (1999), pp. 79–112, at 82

<sup>7</sup> ראו למשל: Lynn M. LoPucki, *Courting Failure: How Competition for the Big Cases is Corrupting the Bankruptcy Courts*, Ann Arbor 2006; Carolyn M. Warner, *The Best System Money can Buy: Corruption in the European Union*, Ithaca 2007

<sup>8</sup> ראו למשל: Kimberly J. Norwood, "Shopping for a Venue: The Need for More Limits on Choice," *University of Miami Law Review* 50 (1996), pp. 267–334

<sup>9</sup> ראו למשל: Russel J. Weintraub, "Choice of Law for Product Viability: Demagnetizing the United States Forum," *Arkansas Law Review* 52 (1999), pp. 157–199

<sup>10</sup> ראו: Alegro, "In Defence", p. 80

התופעה. כמה משפטנים בולטים יצאו בשנים האחרונות בקריאה לחשיבה מחדש, תוך הדגשה שרמה מסוימת של תמרון בין פורומים היא בלתי נמנעת, וכי "המערכת צריכה ללמוד לחיות עם זה". יתר על כן, לטענתם המערכת המשפטית יכולה לנצל את התופעה כדי לשפר את הנגישות לצדק.<sup>11</sup>

המאמץ הניכר מצידם של משפטנים לפתח פרספקטיבה חדשה, פחות חד-ממדית ופחות ביקורתית, כלפי התופעה של תמרון בין פורומים משפטיים, הוא בוודאי חיובי. עם זאת, דומה כי הן המשפטנים המבקרים את התופעה הן אלו הרואים את יתרונותיה, חולקים הנחות יסוד בעייתיות. שני המחנות מניחים שבחירת פורום היא בחירה רציונאלית שמתרחשת ב"שוק חופשי" של פורומים משפטיים. עוד הם מניחים שלמתדיינים (ולעורכי הדין שלהם) יש מטרות, אינטרסים וסדרי עדיפויות ברורים, שהם מכירים היטב את הפורומים המשפטיים העומדים לרשותם, וכי הם מבינים היטב את ההשלכות הצפויות מפנייה לכל אחד מהפורומים הללו. הנחה מובלעת נוספת היא שבעלי הדין הללו חופשיים לבחור מבין הפורומים העומדים לרשותם, כלומר אינם כפופים לאילוצים ולשיקולים חוץ-משפטיים.<sup>12</sup> גם כשהחוקרים מכירים במורכבות השיקולים של המתדיינים, הם מתארים את הבחירה בפורום כתוצאה פשוטה של חישובי "בעד ונגד".<sup>13</sup> כיוון שהבחירה הזאת נתפסת כברורה מאליה – תוצאה מתבקשת מחישוב רציונאלי ומיודע שביצע "צרכן" מושכל – נראה שהמשפטנים סבורים כי אין טעם לחקור את תהליך קבלת ההחלטות אשר הביא צד בסכסוך לבחור פורום זה או אחר. במקום זאת, הם מקדישים את מרב מאמציהם לניתוח הפרצות (loopholes) הפרוצדוראליות

---

<sup>11</sup> ראו לדוגמה: Alegro, "In Defence", p. 79; Rebecca S. French, "Legal Retail Therapy: Is Forum Shopping a

Necessary Evil?" Paper presented at the Australian Legal Convention, 11–14 October 2001, Canberra, <http://www.austlii.edu.au/au/journals/FedJSchol/2001/8.html> (accessed: J 11, 2018); Todd J. Zywicki, "Is Forum-Shopping Corrupting America's Bankruptcy Courts? Review of Lynn M. LoPucki, 'Courting Failure: How Competition for the Big Cases is Corrupting the Bankruptcy Courts'," *George Mason University School of Law Working Paper* 32 (2005), <http://law.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1031&context=gmulwps> (תאריך כניסה אחרון: 11 בינואר 2018)

<sup>12</sup> ראו למשל: Larry Kramer, "Rethinking Choice of Law," *Columbia Law Review* 90/2 (1990), pp. 277–345; Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law*, New York 1998; Erin A. O'Hara and Larry E. Ribstein, "From Politics to Efficiency in Choice of Law," *University of Chicago Law Review* 67 (2000), pp. 1151–1232; Andrew T. Guzman, "Choice of Law: New Foundations," *The Georgetown Law Journal* 90 (2002), pp. 883–940

<sup>13</sup> ראו למשל: אריאל רוזן צבי, *דיני המשפחה בישראל: בין קודש לחול*, תל אביב 1990, עמ' 26; Gerhard Hafner, "Pros and Cons Ensuing from Fragmentation of International Law," *Miami Journal of International Law* 25 (2003), pp. 849–863

והמהותיות שמאפשרות למתדיינים לבחור פורום ולתמרן בין פורומים שונים, ולהערכה של השפעת נוהג זה על המערכת המשפטית ועל טחנות הצדק.<sup>14</sup>

מבלי לערער על חשיבות הבחינה המשפטית והנורמטיבית של תופעת התמרון בין פורומים, אני מבקש לטעון שהתופעה נפוצה ורבת חשיבות מכדי שניתן יהיה להשאירה לעיונם של משפטנים בלבד. מטרת מאמר זה אפוא היא לבחון את התופעה מזווית סוציו-משפטית. נקודת מבט זו עשויה לשפוך אור על הפרקטיקה של בחירת פורום, המתקיימת בהקשרים חברתיים, תרבותיים ופוליטיים קונקרטיים. במקום הנחות היסוד הפשטניות בדבר בחירה רציונאלית (rational choice) פשוטה ומובנת מאליה של פורומים משפטיים, אני מבקש לעשות שימוש בהמשגה חלופית של "רציונאליות מוגבלת" (bounded rationality)<sup>15</sup> – רציונאליות המעוגנת במבני הכוח והמשמעות שבתוכם פועלים השחקנים. מבנים אלו מאפשרים לשחקנים לתמרן בין פורומים, אבל בה בעת גם מגבילים את יכולת הבחירה שלהם.

כדי להדגים את תרומתה של נקודת המבט המוצעת לחקר התופעה של תמרון בין פורומים משפטיים, מציג מאמר זה ניתוח מפורט של נוהגי בחירת פורום בירושלים של ימינו, תוך התמקדות בנשים מוסלמיות המתגוררות בירושלים ומבקשות צו מזונות בר-אכיפה. נשים אלו יכולות להגיש תביעה בשני פורומים משפטיים: בבית המשפט לענייני משפחה או בבית הדין השרעי.<sup>16</sup> שני הפורומים הללו פועלים במסגרת מערכת המשפט של מדינת ישראל, ומכיוון שכך סמכויותיהם מוגדרות מכוח חקיקת הכנסת, נוהלי העבודה שלהם מפוקחים על ידי משרד המשפטים ושניהם כפופים לביקורתו השיפוטית של בג"צ. עם זאת, הפורומים הללו שונים זה מזה תכלית השוני: הם מיישמים כללי פרוצדורה ודיני ראיות שונים; הם דוברים שפות שונות – ערבית בבית הדין השרעי ועברית בבית המשפט לענייני משפחה; ואולי חשוב מכול, הם שונים זה מזה בערכיהם ובאג'נדה השיפוטית שלהם: בית המשפט לענייני משפחה דוגל בערכים

---

<sup>14</sup> ראו: Posner, *Economic*

<sup>15</sup> על רציונאליות מוגבלת ראו: Daniel Kahneman, "A perspective on Judgment and Choice: Mapping Bounded Rationality," *American Psychologist* 58 (2003), pp. 697–720

<sup>16</sup> למעשה הן יכולות לבחור להגיש תביעת מזונות בשני פורומים משפטיים נוספים הפועלים בעיר: בבית הדין השרעי הירדני ובבית דין שרעי של הרשות הפלסטינית. עם זאת, הרשויות בישראל אינן מכירות בפסיקותיהם של שני בתי הדין הללו, ולכן צו מזונות, למשל, שיונפק על ידי מי מהם לא יהיה מועיל במיוחד. לסקירה מפורטת על הפלורליזם המשפטי הייחודי לירושלים המתקיים כיום בשטח המשפט המוסלמי, ראו: Ido Shahr, *Legal Pluralism in the Holy City: Competing Courts, Forum Shopping and Institutional Dynamics in Jerusalem*, Farnham and Burlington 2015

אזרחיים ובשוויון מגדרי, כפי שאלו מוגדרים בידי האליטה המשפטית הליברלית-אזרחית בישראל, ואילו בית הדין השרעי מושתת על ערכים אסלאמיים, על תפיסות פטריארכליות ואף על שיח לאומי פלסטיני (ראו להלן). לפיכך הבחירה בין שני הפורומים הללו היא בחירה מורכבת וטעונת משמעויות. מורכבות זו היא שהופכת את מקרה הבוחן הזה למתאים במיוחד למטרנו, כלומר לכזה המדגים היטב את עיגונה של פרקטיקת התמרון בין פורומים משפטיים במבני כוח חברתיים ופוליטיים ובמסגרות של משמעות תרבותיות.

המאמר פותח בסקירה קצרה של ההיסטוריה והמעמד המשפטי של בתי הדין השרעיים ובתי המשפט לענייני משפחה בישראל. בסקירה מתוארת התפתחותו של הפלורליזם המשפטי הפנים-מדינתי,<sup>17</sup> המאפשר למוסלמים תושבי ישראל לפנות בחלק מענייני המעמד האישי לכל אחת משתי הערכאות הללו. הסקירה מציגה גם את המצב הפוליטי והמשפטי המיוחד לירושלים, התורם למצב הטעון והסבוך בלאו הכי של פלורליזם משפטי ובחירת פורום. לאחר מכן המאמר מנתח את תהליכי הבחירה שעושות ירושלמיות מוסלמיות המעוניינות בפסק דין לתשלום מזונות. התיאור מתבסס על חמש שנים של עבודת שדה אתנוגרפית שערכתי בבית הדין השרעי במערב ירושלים, על שיחות שניהלתי עם המתדיינים, עם עורכי דין, עם טוענים ועם קאדים שרעים וכן על עיון בתיקי בית הדין. על בסיס תצפיות וראיונות אלו המאמר מציג את השיקולים שמנחים את הנשים בתהליך בחירת הפורום ודן בתוצאות האפשרויות של התהליך. פרק הסיכום החותם את המאמר מציג את משמעויות הממצאים הללו למחקר הסוציו-משפטי הרחב.

**בתי דין שרעיים ובתי משפט לענייני משפחה בישראל והמאפיינים המייחדים את הפלורליזם המשפטי בירושלים**

*בתי הדין השרעיים בישראל*

במערכת בתי הדין השרעיים בישראל שמונה בתי דין אזוריים מערכאה ראשונה, הפזורים בערים שונות ברחבי ישראל, ובית דין שרעי לערעורים. בראש כל בית דין שרעי מכהן קאדי, המחזיק בסמכויות שיפוט נרחבות בענייני המעמד האישי של המוסלמים בישראל. הקאדים נבחרים בידי ועדה ציבורית ומתמנים על ידי נשיא המדינה.<sup>18</sup> בתי הדין, מלבד בית הדין בערכאה הראשונה בירושלים, משרתים קהילות של אזרחים פלסטינים-ישראלים בערים

<sup>17</sup> ראו: Gordon R. Woodman, "Ideological Combat and Social Observation: Recent Debates about Legal Pluralism," *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law* 30/42 (1998), pp. 21–66; idem, "The Idea of Legal Pluralism," in Baudouin Dupret, Maurits Berger and Laila al-Zwaini (eds.), *Legal Pluralism in The Arab World*, Leiden 1999, pp. 3–19

<sup>18</sup> חוק הקאדים, התשכ"א–1961, ס"ה 139.

מעורבות או בערים פלסטיניות. בית הדין השרעי במערב ירושלים ייחודי בהיותו משרת ציבור מוסלמי של לא-אזרחים – תושביה המוסלמים של מזרח ירושלים.<sup>19</sup>

בתי הדין השרעיים הם חלק בלתי נפרד ממערכת המשפט הישראלית, אך יחסיהם עם המערכת מורכבים. ההסדרים הנוהגים בתחום דיני המשפחה בישראל יוחסו על פי רוב ל"שיטת המילתים" העות'מאנית.<sup>20</sup> שיטה זו שימשה מעין "משטר מעמד אישי", משום שהיא העניקה למיעוטים דתיים לא מוסלמיים (ליהודים ולכמה קהילות נוצריות) מידה מסוימת של אוטונומיה דתית ותרבותית. הקהילות הדתיות הללו הורשו להקים בתי דין אוטונומיים ליישום הלכתן הדתית ולפסיקה בנושאי מעמד אישי הנוגעים לחברי קהילותיהם.<sup>21</sup> בשנים האחרונות נרטיב האימוץ וההמשכיות הזה מתערער, והטענה כיום היא שהמחוקק המנדטורי יצר שיטה חדשה, תוך שהוא מייחס אותה למשטר העות'מאני שקדם לו.<sup>22</sup> ואומנם, אין ספק כי במעבר בין תקופת שלטונה של האימפריה העות'מאנית לתקופת המנדט הבריטי הוכנסו כמה חידושים משמעותיים ביותר: בתי הדין השרעיים המוסלמיים שתחת השלטון העות'מאני נחשבו לבתי משפט מדינתיים בעלי סמכות על כלל נתניי האימפריה, שולבו למעשה במערכת דמוית-המילת וסמכויותיהם הוגבלו לבני העדה המוסלמית בלבד. בה בעת, סמכויותיהם של בתי הדין הדתיים הלא-מוסלמים הורחבו ופסיקותיהם נאכפו על ידי הרשויות המנדטוריות.<sup>23</sup>

מדינת ישראל בחרה, מסיבות שונות, להמשיך ולקיים את ההסדר הזה.<sup>24</sup> המחוקק הישראלי לא ביטל את בתי הדין הדתיים וגם לא חוקק קודקס דיני משפחה כללי שיהיה תקף לכלל אזרחי המדינה בני כל העדות. במקום זאת, מערכת המשפט הישראלית אימצה לתוכה את מערכות השיפוט הדתיות ואפשרה לשתי מערכות השיפוט – הדתיות והאזרחיות

---

<sup>19</sup> תושביה הפלסטינים של ירושלים המזרחית לא קיבלו אזרחות ישראלית לאחר כיבוש העיר במלחמת ששת הימים וסיפוחה על ידי ישראל. על מעמד התושבות של תושבי מזרח ירושלים ועל השיקולים שהביאו את מדינת ישראל להעניק להם מעמד זה, ראו: אמנון רמון, **מחששות כבדים לסיפוח גלהב ונרחב - מהלכי השלטון הישראלי ל'איחוד ירושלים'**, ירושלים 2015.

<sup>20</sup> ראו: Daniel Friedmann, "The Effect of Foreign Law on the Law of Israel: Remnants of the Ottoman Period," *Israel Law Review* 10/2 (1975), pp. 192–206

<sup>21</sup> ראו: Benjamin Braude, "Foundations Myths of the Millet System," in Benjamin Braude and Bernard Lewis (eds.), *Christians and Jews of the Ottoman Empire: The Functioning of a Plural Society* vol. 1, New York 1982, pp. 69–88

<sup>22</sup> ראו: איריס אגמון, "בשולי בג"צ 3856/11: על החוק הקרוי (בטעות) 'חוק זכויות המשפחה העות'מאני'", **משפחה במשפט** (עיתיד להתפרסם).

<sup>23</sup> ראו: גל אמיר, "על מה אנחנו מדברים כשאנחנו מדברים על המילת", **מחקרי משפט ל (תשע"ו)**, עמ' 677–706.

<sup>24</sup> ראו: עמיחי רדזינר, "יסודותיה הנשכחים של פקודת סדרי שלטון ומשפט והמאבק הנסתר על הסדרי דת ומדינה", **קתדרה 136 (תש"ע)**,

– לפעול זו לצד זו. כיום בתי הדין הדתיים מיישמים את החוק הדתי הרלוונטי להם ונהנים מסמכויות שיפוט נרחבות. החוק העיקרי המיושם בבתי הדין השרעיים הוא חוק המשפחה העות'מאני מ-1917 (OLFR) – קוד שרעי של דיני משפחה שהאימפריה העות'מאנית החילה בשלהי תקופת שלטונה בארץ.<sup>25</sup>

עד ראשית שנות האלפיים נהנו בתי הדין השרעיים בישראל מסמכויות נרחבות יותר מאשר בתי הדין של העדות הדתיות האחרות: בתי הדין של כלל העדות הדתיות נהנו אך ורק מסמכות מקבילה לעסוק ברוב ענייני המעמד האישי (פרט לנישואין וגירושין), ואילו בתי הדין השרעיים נהנו מסמכות ייחודית בכל ענייני המעמד האישי (פרט לענייני ירושה).<sup>26</sup> משום כך נמנעה מבעלי דין מוסלמים האפשרות לתמרן בין בתי הדין השרעיים ובתי המשפט למשפחה. היות שלאילו האחרונים לא היו סמכויות בעניינן, לנשים המוסלמיות לא הייתה כל יכולת בחירה בין פורומים בבואן להגיש תביעות מזונות נגד בעליהן (שלא כמו נשים יהודיות ונוצריות שיכלו לפנות לשני הפורומים). ארגונים לזכויות נשים ראו במצב עניינים זה אפליה כלפי נשים מוסלמיות ומתחו עליו ביקורת קשה. הארגונים טענו שבתי הדין השרעיים, הנוהגים על פי קוד דתי פטריארכלי, מקפחים באופן שיטתי את הנשים. עיקר ביקורתם הופנתה כלפי שיעור דמי המזונות הזעומים שבתי הדין השרעיים נטו לפסוק, אשר היו, לטענתם, נמוכים באופן משמעותי מדמי המזונות שנפסקו לנשים לא מוסלמיות בבתי המשפט למשפחה. לאחר מאבק ציבורי ממושך<sup>27</sup> התקבל בכנסת בחודש נובמבר 2001 תיקון מס' 5 לחוק בתי המשפט לענייני משפחה, אשר העניק לבתי המשפט סמכות מקבילה ברוב ענייני המעמד האישי של המוסלמים, להוציא נישואים וגירושים.<sup>28</sup> משמעות התיקון הייתה כי סמכותם של בתי הדין השרעיים בנושאים אלו

---

<sup>25</sup> על חוק המשפחה העות'מאני, ה-OLFR, ראו: מוסא אבו רמדאן, "מעמדו של חוק המשפחה העות'מאני", בתוך ליאת קוזמא (עורכת), *לנוכח בית הדין השרעי: תהליכי שינוי במעמדן של נשים מוסלמיות בישראל ובמזרח התיכון*, ירושלים 2011, עמ' 49–66; Judith E. Tucker, "Revisiting Reform: Women and the Ottoman Law of Family Rights, 1917," *The Arab Studies Journal* 4/2 (1996), pp. 4–17

<sup>26</sup> ראו: Aharon Layish, "Muslim Religious Jurisdiction in Israel," *Asian and African Studies* 1 (1965), pp. 49–79

<sup>27</sup> לתיאור מפורט של נסיבות המאבק, ראו: עידו שחר, "דיאלוגים מצטלבים: דמי מזונות, אילוצים ודרגות החופש של הקאדים בבתי הדין השרעיים בישראל", בתוך חנה הרצוג וענת לפידות פירילה (עורכות), *פרדוקס ספינת תזאוס: מגדר, דת ומדינה*, ירושלים 2014, עמ' 283–312.

<sup>28</sup> שם.



צומצמה מייחודית למקבילה והתפתח מצב של פלורליזם תוך-מדינתי.<sup>29</sup> במצב זה נפתחה הדלת לאפשרות של תמרון בין פורומים משפטיים – בחירה בין בתי הדין השרעיים לבתי המשפט האזרחיים לענייני משפחה.

בתי המשפט לענייני משפחה בישראל

בתי משפט אזרחיים לענייני משפחה הוקמו בישראל רק בשנת 1995. הקמתם נועדה לרכז תחת קורת גג אחת את סמכויות השיפוט של בתי המשפט האזרחיים השונים שהתמודדו עם סכסוכים משפחתיים. חוק בתי המשפט לענייני משפחה היה אפוא חוק ממרכז שנועד לפתור את בעיית "הדיונים המפוצלים" בסוגיות הנוגעות לאותו סכסוך בין בני זוג.<sup>30</sup>

הקמתם של בתי משפט אינטגרטיביים וייעודיים לטיפול בענייני משפחה חוללה רפורמה חשובה ומועילה בתחום דיני המשפחה בישראל. היא השפיעה לא רק על המבנה המוסדי של מערכת המשפט, אלא גם על ההליכים המשפטיים ועל הפסיקה המהותית.<sup>31</sup> ואולם, כפי שמצוין במפורש בסעיף 25 של חוק בתי המשפט לענייני משפחה, כוונת הרפורמה לא הייתה לצמצם את סמכויות השיפוט של בתי הדין הדתיים,<sup>32</sup> כלומר החלת חוק בתי המשפט לענייני משפחה (התשנ"ה-1995) לא נועדה לשנות את ההסדר דמוי-המילת שהתקיים בישראל בענייני המעמד האישי.

השופטים בבתי המשפט לענייני משפחה הם שופטים אזרחיים, ורובם המוחלט יהודים.<sup>33</sup> השפה המדוברת בבתי המשפט היא עברית, אך חלה חובה לספק שירותי תרגום לערבית למתדיינים שאינם שולטים בעברית. סדרי הדין וכללי

---

<sup>29</sup> Ido Shahar, "Legal Pluralism and the Study of Shari'a Courts," *Islamic Law and Society* 15/1 (2008), pp. 112–141, ראו: at 130

<sup>30</sup> דן ארבל ויהושע גייפמן "חוק בית המשפט לענייני משפחה, התשנ"ה-1995", *הפרקליט מ"ג/3* (1997), עמ' 431–452. לפי ארבל וגייפמן (עמ' 432), ההסדרים הישנים הרחיבו מאוד "את מידת התמרון, שיכולים היו בעלי הדין לנקוט. שיטה כזו אף מזמינה ריבוי תביעות ובקשות לבית המשפט, שכל מטרתן לטרפד את ההליך המשפטי ולהביאו למבוי סתום או לפחות כצעד טקטי להפעלת לחץ על מנת להגיע להסדר טוב יותר". יש מקום לטעון, לפיכך, שלפחות אחת ממטרות החוק הייתה לצמצם את יכולת התמרון בין פורומים שונים בתחום דיני המשפחה. לביקורת תמציתית על ריבוי הפורומים המשפטיים שעסקו בעבר בתחום דיני המשפחה בישראל ראו: רוזן, *דיני המשפחה*, עמ' 203.

<sup>31</sup> ארבל וגייפמן, "חוק בית המשפט", עמ' 432; ראו גם יהושע גייפמן, *דיני המשפחה בישראל בעידן בית המשפט למשפחה*, תל אביב 1998, עמ' III.

<sup>32</sup> חוק בית המשפט לענייני משפחה, התשנ"ה-1995, ס"ח, 1537, 393.

<sup>33</sup> לפי נתוני אתר האינטרנט של הרשות השופטת, נכון לשנת 2017, בבתי המשפט לענייני משפחה מכהנים שישים וחמישה שופטים, מהם רק שלושה שופטים לא יהודים. ראו: [http://elyon1.court.gov.il/heb/cv/fe\\_html\\_out/menus/mnu\\_judges/mnu\\_all.htm](http://elyon1.court.gov.il/heb/cv/fe_html_out/menus/mnu_judges/mnu_all.htm) (תאריך כניסה

אחרון: 11 בינואר 2018).

הראיות החלים בבתי המשפט הם הכללים האזרחיים ובתי המשפט מחויבים לחקיקה האזרחית הישראלית המכוונת להשגת שוויון בין המינים. בנושאים שבהם החקיקה האזרחית אינה מטפלת, אמורים בתי המשפט לענייני משפחה ליישם את הקוד הדתי של בעלי הדין (למשל את ההלכה היהודית למתדיינים יהודים ואת השריעה למתדיינים מוסלמים). עם זאת, בגלל השוני בסדרי הדין ובדיני הראיות ומכיוון ששופטים אזרחיים חסרים בדרך כלל השכלה בהלכות הדתיות (ובדינים השרעיים בפרט), הם נוטים לפסוק באופן שונה מאוד מהאופן שבו פוסקים בתי הדין הדתיים. כפי שציין בעבר השופט העליון זילברג בענייני המעמד האישי, "הדין מהווה כאן, כביכול 'פונקציה' של הדיין".<sup>34</sup>

#### פלורליזם משפטי בירושלים

ירושלים מושווית לחבית של אבק שריפה המאיימת להתפוצץ בכל רגע נתון.<sup>35</sup> העיר רוויה מתחים פוליטיים, דתיים ומשפטיים, שכן לא רק שהיא קדושה לשלוש הדתות המונותאיסטיות, היא גם מצויה בלב-ליבו של הסכסוך הישראלי-פלסטיני. בין השנים 1948 ל-1967 הייתה ירושלים עיר מחולקת, שבמרכזה חומה ואזור חייך: ישראל שלטה בחלקה המערבי של העיר, וממלכת ירדן ההאשמית שלטה בחלקה המזרחי. מערב ירושלים הייתה רובה ככולה יהודית, ורק כמה אלפי פלסטינים התגוררו בשכונות עירונית מסוימות (כמו בית צפאפה) ובכפרים עירוניים-למחצה (כמו אבו גוש).<sup>36</sup> מצב זה השתנה באחת עם כיבושה של העיר המזרחית ביוני 1967. גורלה של מזרח ירושלים היה שונה מזה של שטחי יהודה ושומרון ורצועת עזה שעליהם הוטל משטר צבאי "זמני". ההנהגה הישראלית מיהרה להכריז כי "העיר שאוחדה לה יהדיו" שוב לא תחולק לנצח. חקיקה חפוזת בכנסת אפשרה את סיפוחה של מזרח ירושלים. שלושה שבועות בלבד מתום המלחמה, ב-28 ביוני 1967, הוציא שר הפנים דאז חיים-משה שפירא צו המרחיב את תחום

<sup>34</sup> ראו: משה זילברג, **המעמד האישי בישראל**, ירושלים תשי"ח, עמ' 6.

<sup>35</sup> Roger Friedland and Richard Hecht, *To Rule Jerusalem*, Berkley and L.A. 1996, p. 3

<sup>36</sup> לדברי מקורות פלסטינים, 37 מ-41 הכפרים שהקיפו את מערב ירושלים נהרסו ו-80,000 פלסטינים גורשו או ברחו מאזור מערב ירושלים אחרי המלחמה. ראו: "Population Transfer Including Settler Implementation in Jerusalem," A Policy Brief of the Civic Coalition for Palestinian Rights in Jerusalem (CCPRJ) [http://www.civicoalition-jerusalem.org/uploads/9/3/6/8/93682182/population\\_transfer\\_policy\\_final.pdf](http://www.civicoalition-jerusalem.org/uploads/9/3/6/8/93682182/population_transfer_policy_final.pdf) (תאריך כניסה אחרון: 11 בינואר 2018).

השיפוט של מערב ירושלים לעיר הירדנית לשעבר ולכמה כפרים בשולי העיר.<sup>37</sup> החוק הישראלי הוחל על השטח המסופח, ותושביו הפלסטינים של האזור – אוכלוסייה שמנתה כ-70,000 נפש<sup>38</sup>, מהם כ-56,000 מוסלמים – קיבלו מעמד חוקי של תושבי קבע בישראל.<sup>39</sup>

בענייני המעמד האישי, 56,000 הפלסטינים המוסלמים תושבי מזרח ירושלים הוכפפו לסמכות השיפוטית של בית הדין השרעי ביפו. ואולם, מכיוון שישראל לא הפסיקה את פעולתו של בית הדין השרעי הישראלי היושב במזרח ירושלים, נוצר בעיר מצב חריג של פלורליזם משפטי בין-מדינתי: ירושלמים מוסלמים יכלו לבחור בין פורומים שהשתייכו לשתי מערכות משפטיות של שתי מדינות. בחלוף הזמן התחוויר לרשויות הישראליות שהמשך פעולתו של בית דין ירדני עצמאי בעיר מערער את הריבונות הישראלית בירושלים, ועל כן הושקע מאמץ ניכר בניסיון להכפיף את בית הדין הירדני למערכת המשפט הישראלית. מאמצים אלו נתקלו בסירוב עיקש מצידם של אנשי הווקף הירדני שהפעילו את בית הדין השרעי וראו בכל שיתוף פעולה עם ישראל מתן גושפנקה לכיבושה ולסיפוחה של מזרח ירושלים. לאור זאת החליטו הרשויות הישראליות בראשית שנות השמונים להקים בית דין שרעי ישראלי במערב ירושלים ולא להכיר יותר בפסיקות ובצווים של בית הדין השרעי הירדני. באמצעות מדיניות זו ניסו הרשויות לאלץ את הפלסטינים המוסלמים תושבי העיר לפנות לבית הדין השרעי הישראלי בכל ענייני המעמד האישי.<sup>40</sup>

בית הדין הוקם, בסופו של דבר, בשנת 1988 ומוקם ברחוב יפו. בתחילה האוכלוסייה המוסלמית בירושלים התייחסה לבית הדין החדש בחשדנות רבה וראתה במוסד חלק מניסיון רחב יותר לצמצום הנוכחות המוסלמית בעיר

---

<sup>37</sup> Michael Brecher, "Jerusalem: Israel Political Decisions, 1947-1977," *Middle East Journal* 32/1 (1978), pp. 13–25

<sup>38</sup> ראו: Uzi O. Schmeltz, "Notes on the Demography of Jews, Muslims and Christians in Jerusalem," *Middle East Review* 13/3-4 (1981), pp. 62–68

<sup>39</sup> תושב קבע הוא אדם שכתובתו הקבועה בישראל והוא רשום במרשם האוכלוסין. תושב קבע זכאי לכל הזכויות שהמדינה מעניקה (למשל ביטוח לאומי וביטוח בריאות), למעט שתי זכויות: זכות ההצבעה לכנסת והזכות לקבל דרכון ישראלי. כמו כן, בניגוד למעמד של אזרח, שאותו קשה למדי להפקיע, מעמדו של תושב קבע במדינה פג אם העביר את מרכז חייו מחוץ לגבולות ישראל לתקופה העולה על שבע שנים. ראו: בצלם – המרכז המידע הישראלי לזכויות האדם בשטחים, "שלילת מעמד התושבות במזרח ירושלים",

[http://www.btselem.org/hebrew/jerusalem/revocation\\_of\\_residency](http://www.btselem.org/hebrew/jerusalem/revocation_of_residency) (תאריך כניסה אחרון: 11 בינואר 2018).

<sup>40</sup> לתיאור מפורט של אפיזודה זו ראו: Ido Shahar, "A Tale of Two Courts: How Organizational Ethnography Can Shed New Light on Legal Pluralism," *Political and Legal Anthropology Review* 36/1 (2013), pp. 118–137

הקודש.<sup>41</sup> רק כעבור כמה שנים, באמצע שנות התשעים, החלו המוסלמים בירושלים להכיר ביתרונות שהם עשויים להפיק מבית הדין הישראלי. ראשית, כפי שכבר נזכר, הרשויות הישראליות אינן מכירות בפסיקותיו של בית הדין השרעי הירדני, ואילו פסיקותיו של בית הדין השרעי הישראלי נאכפות במלואן על ידי רשויות האכיפה הישראליות. שנית, תושבי ירושלים המוסלמים שהגיעו להתדיין בבית הדין הישראלי, גילו עד מהרה כי בית הדין אינו מציית בהכרח לאג'נדה הישראלית של "ייהוד ירושלים", שמאפיינת בדרך כלל את המדיניות של הרשויות העירוניות והמדינתיות האחרות.<sup>42</sup> לאור זאת, מספר הפונים אל בית הדין השרעי הישראלי במערב ירושלים הלך ועלה בשנים האחרונות. כיום בית הדין משרת ציבור של למעלה מ-300,000 מוסלמים במחוז ירושלים,<sup>43</sup> והוא בית הדין העסוק ביותר מבין כלל בתי הדין השרעיים בישראל.<sup>44</sup>

היחסים בין בית הדין השרעי הישראלי לבית הדין השרעי הירדני – שממשיך לפעול עד היום במזרח ירושלים – הם מורכבים ורבי-ממדים, אבל לא הם נושא מאמר זה. אעבור כעת לבחינה מדוקדקת של השיקולים המנחים מתדיינות מוסלמיות פוטנציאליות שמבקשות פסק דין בר-אכיפה לדמי מזונות. בפני הנשים פתוחות שתי אופציות בלבד: בית הדין השרעי הישראלי ובית המשפט לענייני משפחה. כפי שיפורט להלן, הבחירה בין שני המוסדות עשויה להיות בעלת משמעות מרחיקת לכת עבור הנשים.

#### שאלת 64,000 הדולר: היכן להגיש תביעת מזונות?<sup>45</sup>

אפתח בקטע קצר שרשמתי ביומן השדה שלי, בעת תצפית בבית הדין השרעי הישראלי במערב ירושלים. התאריך הוא יום שלישי, 7 באפריל 2004:

הגעתי לבית הדין בבוקר [...] הדיונים התחילו ב-9.00, אבל ב-11:00 עזב הקאדי זיבדי את האולם ויצא לפגישה של כל הקאדים, שנערכה בבית הדין השרעי

<sup>41</sup> ראו: Lynn Welchman, "Family Law under Occupation: Islamic Law and the Sharī'a Courts in the West Bank," in Chibli Mallat and Jane Connors (eds.), *Islamic Family Law*, London, Dordrecht and Boston 1990, pp. 93–115

<sup>42</sup> ראו: Shahar, "A Tale"

<sup>43</sup> לפי נתוני מכון ירושלים לחקר ישראל, ב-2012 היו בגבולות ירושלים (לפי ההגדרה של ישראל) 288,200 מוסלמים (שהם כ-35% מתושבי ירושלים). ראו: [http://jiis.org.il/upload/yearbook2014/shnaton\\_C0914.pdf](http://jiis.org.il/upload/yearbook2014/shnaton_C0914.pdf) (תאריך כניסה אחרון: 11 בינואר 2018).

<sup>44</sup> ראו: נתוני הנהלת בתי הדין השרעיים, <http://index.justice.gov.il/Units/BatiDinHashreim/Pages/Report.aspx> (תאריך כניסה אחרון: 11 בינואר 2018).

<sup>45</sup> כל השמות המוזכרים בדו"ח.

לערעורים. לא היה לי מה לעשות, לכן ישבתי על הספה הירוקה בחדר ההמתנה בבית המשפט ופטפתי עם אכרם אל-מאליכי (טוען שרעי שהייתי מיודד עימו) [...]. גבר בגיל העמידה שישב לא רחוק ניצל רגע של שתיקה, ניגש אלי ושאל מי אני. הסברתי שאני אנתרופולוג ושאני עורך מחקר על בית הדין [...] התנצלתי [בפני ידיו] וניגשתי לשוחח איתו. שאלתי אותו מה הוא עושה כאן, והוא השיב שהוא מלווה את בתו, שנקבע לה דיון בתביעת מזונות שהיא הגישה כנגד בעלה. הוא אמר שבתו עזבה את הבית המשותף עם שני ילדיה הקטנים (בני שנתיים וארבע) לפני כחודש, אחרי שחמותה "תקפה אותה בפראות". שאלתי למה זה קרה, והוא ענה:

"אני לא יודע. ככה זה אצלה. הן [כלומר, בתו וחמותה] רבות כל הזמן. לא מוצא חן בעיניה [של החמות] איך היא [בתו] מטפלת בילדים, לא מוצא חן בעיניה הבישול שלה, לא מוצא חן בעיניה איך היא מתלבשת. בוקר אחד היא התנפלה עליה וקרעה לה את השמלה."

### ומה עשה בעלה?

"בעלה לא מגן עליה. הוא מפחד מאמא שלו [...] לכן היא ברחה משם אלי. [...]" שאלתי אותו למה הם החליטו להגיש תביעת מזונות בבית הדין הזה, והוא ענה: "אני לא יודע. הדוד שלי מכיר את עורך הדין אבו שעבאן (אל-מחאמי אבו שעבאן) והוא המליץ עליו. הלכנו להיפגש איתו במשרד שלו, והוא אמר שנגיש תביעה כאן. הוא העורך דין שלנו."

בן שיחי אומנם תיאר את אבו שעבאן כעורך דין, אבל תיאור זה אינו מדויק. האיש ככל הנראה לא ידע שאבו שעבאן אינו עורך דין (מחאמי), אלא טוען שרעי (מראפע שרעי) – נציג משפטי שרשאי לייצג לקוחות אך ורק בבית דין שרעי ולא בשום בית דין אחר.<sup>46</sup> במלים אחרות, עצם הפנייה של בן שיחי ובתו אל אבו שעבאן, משמעה, בפועל, בחירה גם בפורום המשפטי שבו תתנהל התביעה, ובמקרה זה – בית הדין השרעי.

הדוגמה שלעיל מעלה אפוא נקודה חשובה, הראויה לציון בפתח דיון זה: בפועל, רבים מהמתדיינים שנתקלתי בהם בבית הדין השרעי לא ניצלו את האפשרות לבחור פורום. האנשים הללו לא התמצאו בנבכי מערכת המשפט הכפולה בתחום דיני המשפחה, וחלקם אפילו לא ידעו שבידם האפשרות לבחור מבין פורומים משפטיים שונים. כלומר בפועל לא הייתה להם כל אפשרות מעשית וגם לא תמריץ לבחור פורום. הלכה למעשה, הם תועלו לפורום מסוים באקראי, עקב צירוף נסיבות או בשל רשתות וקשרים חברתיים.

חשוב לציין, עם זאת, כי לא כל הנציגים המשפטיים המייצגים לקוחות בבית הדין השרעי הם טוענים שרעיים. חלק לא מבוטל מהנציגים המשפטיים הם עורכי דין, וככאלה הם מכירים היטב את בית הדין השרעי ואת בית המשפט

<sup>46</sup> על ההבדלים בין עורכי דין לטוענים שרעיים ועל היחסים המתוחים ביניהם תכופות, ראו: Shahar, *Legal Pluralism*, pp.67–71

למשפחה, והם אף מורשים לייצג בעלי דין בשניהם. לפחות חלק מעורכי הדין הללו נוהגים לייצג את לקוחותיהם בדבר אפשרות הבחירה העומדת בפניהם. אחד מעורכי הדין שמרבה לייצג לקוחות בשני בתי הדין אמר לי כך:

אני ממליץ ללקוחותיי לפנות לבתי המשפט למשפחה, כי דיני הראיות פחות מגבילים שם. [בבתי המשפט למשפחה] מספיק שיש תצהיר [שבו נאמר שבעל הכה את אשתו] ודוח רפואי עם חתימת רופא, המעיד על הפגיעה שנגרמה לאישה, כדי להשיג פסיקה של דמי מזונות וצו הגנה. בבית הדין השרעי צריך להציג ראיות, להביא עדים... זה הרבה יותר מסובך (שיחה עם עו"ד מדחי אל-רישק, 26 במאי 2002).

כפי שממחיש [המקרה](#) הבא, שיתואר להלן,<sup>47</sup> לפעמים אישה שפונה לבית הדין השרעי אינה מצליחה לבסס את תביעתה לדמי מזונות בגלל היעדר ראיות מספיקות. במקרה הנדון תבעה אישה צעירה את בעלה המבוגר ממנה בשנים רבות בשל תקיפה ופציעה חמורה, שבגינה נזקקה לכמה טיפולים רפואיים. על פי כתב התביעה, מאז האירוע (שהתרחש שלושה חודשים וחצי לפני הגשת כתב התביעה) לא חזרה האישה לבית המשפחה, אלא נשארה בבית אביה ב"מצב של כעס" (תְּרָדָאָה). למרות הזמן הרב שחלף, בעלה, כך טענה, לא שלח משלחת של נכבדים (ג'אהא) כדי לנסות וליישב את הסכסוך, כלומר לא הביע כל רצון להשיבה לבית המשפחה. משום כך היא ביקשה מבית הדין לקבוע שהיא זכאית לדמי מזונות ולקצוב לה סכום מזונות לפי ראות עיניו.

ביום הדיון (29 באפריל 2002)<sup>48</sup> נכחו הבעל והאישה בבית המשפט, מיוצגים שניהם על ידי עורכי דין. האישה הצעירה הייתה מכוסה מכף רגל עד ראש בעבאיה, פניה היו מכוסים בקאב וידיה היו עטופות בכפפות שחורות. בעלה, גבר כבן שישים, היה לבוש בפשטות ועל ראשו הקירח הונחה כיפה לבנה גדולה. הבעל והאישה לוו בקרובי משפחה (הבעל בשלושה מילדיו הבוגרים, והאישה באימה ובאחיה). שני הצדדים ביטאו איבה הדדית והרכו להתגרות זה בזה במהלך הדיון ולהפריע האחד לאחר. בפני האישה ניצב קושי ממשי להוכיח את טענותיה, שכן ההכאה לכאורה התרחשה בבית המשפחה ולאירוע לא היו כל עדים. משום כך היא ניסתה לבסס את טענותיה באמצעות ראיות כתובות:

<sup>47</sup> תיק 509/02, בית הדין השרעי בירושלים.

<sup>48</sup> למעשה היה זה הדיון השני בתיק. לא הייתי נוכח בדיון הראשון, שהתקיים ב-11 באפריל 2002, שבועיים וחצי לפני כן. בעת הדיון הראשון – על פי פרוטוקול בית המשפט – הציגה התובעת את כתב התביעה שלה, והנתבע השיב עליו והכחיש מכל וכול שאי פעם הכה את אשתו. הוא גם טען שאין כל הצדקה שרעיית לצעד שנקטה האישה בעזובה את בית המשפחה ללא רשותו, ולפיכך ביקש מבית הדין לקבוע שהיא אינה זכאית לדמי מזונות. בית הדין הורה לאישה לספק ראיות שיתמכו בתביעתה בדיון נוסף, שנערך, כאמור, ב-29 באפריל 2002.

אישור חתום שהיא נלקחה באמבולנס – בזמן מסוים וממקום מסוים – לבית חולים; דוחות רפואיים שתיארו את פציעתה ואת הטיפול שהוענק לה; ועותק של תלונה שהגישה במשטרה נגד בעלה על אלימות במשפחה. עורך הדין של הבעל לא התרשם מהראיות וטען שאין בהן כדי להוכיח שהבעל הוא שהכה את האישה. הוא הוסיף ואמר שיייתכן שהיא פגעה בעצמה ולאחר מכן הזעיקה אמבולנס והגישה תלונה כוזבת במשטרה. בתגובה לטענות האלה התעוררה מהומה באולם, והצדדים החלו לצעוק ולגדף אלה את אלה. רק לאחר כמה דקות של מהומה הצליח הקאדי – בעזרתם של עורכי הדין – להשיב את הסדר על כנו. הקאדי נזף בעורך הדין של הבעל על דבריו, אבל קיבל את עמדתו כי הראיות שהתובעת הציגה אינן מוכיחות את טענותיה. לאור כישלונה של התובעת בביסוס שרעי של טענותיה, פסק הקאדי כי הנתבע יוכל להישבע שבועת חפות ולהוכיח כך את צדקתו.<sup>49</sup> הבעל נשבע והקאדי פסק שתביעת האישה למזונות נדחית.

הדוגמה הזאת מלמדת שדיני ראיות נוקשים המקובלים בבתי הדין השרעיים, מערימים קשיים על נשים המבקשות להוכיח את זכאותן לדמי מזונות, כפי שטען עורך הדין שציטטתי לעיל. חיסרון נוסף של בתי הדין השרעיים, מנקודת מבטן של הנשים המתדיינות, נוגע לשיעור דמי המזונות שהפורומים המשפטיים נוטים לפסוק לטובתן. הדעה הרווחת בקרב עורכי הדין שעימם שוחחתי היא שלרוב בבתי המשפט לענייני משפחה נפסקים דמי מזונות גבוהים יותר מאשר בבית דין שרעי, הגם שבעשור האחרון חלה עלייה ניכרת בסכום דמי המזונות הממוצע שקוצבים בתי הדין השרעיים.<sup>50</sup> אחד ההסברים להבדל טמון כפי הנראה בפער הסוציו-אקונומי בין הנשים הפונות לבית הדין השרעי לאלו הפונות לבית המשפט האזרחי. האוכלוסייה שפונה לבית הדין השרעי (דהיינו האוכלוסייה הערבית-מוסלמית של ירושלים) משתייכת לשכבה סוציו-אקונומית נמוכה יותר מאשר האוכלוסייה הפונה לבית המשפט האזרחי לענייני משפחה (בעיקר אוכלוסייה יהודית חילונית). בהתאם לכך, דמי המזונות – המבוקשים והנפסקים – גבוהים יותר בבית המשפט לענייני משפחה. הסבר אחר הוא שבתי המשפט לענייני משפחה, בניגוד לבתי הדין השרעיים, קובעים סכום מזונות מינימאלי

---

<sup>49</sup> שבועה (תלף ימין) היא הליך משפטי נפוץ בדין השרעי, שניתן ליישם אותו בנסיבות מגוונות. מימרה מפורסמת קובעת ש"נטל ההוכחה [באמצעות ראיות] מוטל על הצד התובע, ואילו השבועה שייכת לזה שמכחיש" (אל-בַּיְינָה, עֵלָא אַל-מַדְעִי וְאַל-יִמִּין עֵלָא מִן אַנְכָר). לדיון כללי בפרוצדורת השבועה בדין השרעי, ראו: Robert Brunschvig, "Bayyina," *Encyclopaedia of Islam* (2nd ed.), I, Leiden 1960, p. 1150b.

<sup>50</sup> ניתן לייחס את העלייה הזאת בעיקר ללחצים שמפעילים ארגוני זכויות נשים על בתי הדין השרעיים ולניסיונותיהם של בתי הדין למנוע "זליגת" נשים לבתי המשפט למשפחה. ראו: Shahar, *Legal Pluralism*, p. 116.

שמוענק לנשים הזכאיות, ללא קשר למצבו הכלכלי של הבעל וליכולתו לשלם את הסכומים הללו.<sup>51</sup> בתי הדין השרעיים, לעומת זאת, ש"אינם חפצים להביא לפירוק משפחות" (כפי שאמר לי אחד מעורכי הדין), "מוצאים דרכים להקטין את דמי המזונות הנפסקים לנשים ולקטינים". ההנחה המובלעת כאן היא שאם סכומי המזונות יהיו גבוהים יותר, הבעלים יהיו מעוניינים להתגרש וכך יחמקו מהצורך לשלם לנשותיהם (שכן על פי ההלכה המוסלמית, בעוד הבעל חייב במזונותיה של אשתו הנשואה לו, הוא אינו חייב במזונותיה של גרושתו מעבר לשלושת חודשי ההמתנה).<sup>52</sup> למרות החסרונות שהוצגו לעיל, לבית הדין השרעי יש גם כמה יתרונות בולטים על פני בית הדין האזרחי. בבתי הדין האזרחיים הדיונים מתנהלים בעברית, אמצעי האבטחה קפדניים וההליך המשפטי ודיני הראיות זרים לנומרות המוסלמיות. על כן, בתי המשפט לענייני משפחה נתפסים בעיני הציבור הפלסטיני-מוסלמי בירושלים – נשים וגברים כאחד – כמוסדות שאינם מסבירי פנים ואפילו עוינים. בתי הדין השרעיים, לעומת זאת, נתפסים ונחווים כנגישים הרבה יותר: ההתדיינות בהם מתנהלת בערבית, אמצעי האבטחה קפדניים פחות וההליך המשפטי והדין המהותי מבוססים על ערכים שרעיים מוכרים ומקובלים. יתרון נוסף וקונקרטי יותר של בתי הדין השרעיים בהקשר של הגשת תביעה לקבלת דמי מזונות, נוגע ללוח הזמנים הקצר הנוהג בהם בתביעות הללו. כך סיפר לי אחד מעורכי הדין שעיימם שוחחתי:

אם יש לי לקוחה לחוצה [מבחינה כלכלית], אני ממליץ לה לפנות לבית הדין השרעי. כאן היא יכולה לקבל צו מזונות זמני (נפקה מווקתה) בתוך יום, ואילו בבית המשפט למשפחה זה עלול לקחת חודש שלם (שיחה עם מדחי אל-רישק, 26 במאי 2002).

כששאלתי לסיבות להבדל הזה בין שני בתי הדין, הסביר לי עורך הדין כי בהוצאת צו מזונות זמני בבית הדין השרעי אין צורך ליידע את הבעל הנתבע על התביעה שהוגשה נגדו, ועל כן התהליך מהיר בהשוואה לבית הדין

<sup>51</sup> לנוחותם של בתי המשפט למשפחה, סכומי המינימום שהם פוסקים הם בדיוק בגובה רף הקצבאות של המוסד הביטוח לאומי. על פי תקנות הביטוח הלאומי, דמי מזונות משולמים לנשים הזכאיות לדמי מזונות על פי פסיקת בית משפט. הביטוח הלאומי משלם לנשים זכאיות את הסכום שנקבע בתקנותיו. אם בית המשפט פסק לאישה דמי מזונות בסכום גבוה יותר, ואם ההוצאה לפועל מצליחה לגבות מהבעל את מלוא הסכום שפסק בית המשפט, האישה תקבל את ההפרש שבין שני הסכומים. ראו באתר הביטוח הלאומי:

<http://www.btl.gov.il/benefits/Alimony/Pages/default.aspx> (תאריך כניסה אחרון: 11 בינואר 2018).

<sup>52</sup> סעיף 139 בחוק זכויות המשפחה העות'מאני קובע שאישה גרושה זכאית למזונות רק "בתקופת ההמתנה" (תקופת העֵדָה), שבמהלכה הבעל עוד יכול לבטל את הגירושין במעשה ובדיבור, וחל בה איסור על האישה להינשא לבעל אחר. תקופת ההמתנה משתנה בהתאם לסוג הנישואין ועם סיומה האישה הגרושה אינה זכאית עוד לדמי מזונות. על תקופת העֵדָה, ראו: Aharon Layish, *Women and Islamic Law in a Non-Muslim State*, Jerusalem and New York 1975, pp. 177–178



האזרחי. כל עוד יש ערב (פפיל) שמוכן להתחייב להחזיר את דמי המזונות הנפסקים לאישה (במקרה שיוחלט בהמשך שהיא אינה זכאית לתשלומים הללו), בית הדין יוציא צו מזונות זמני על סמך תצהיר האישה. הליך כזה שכיח מאוד, ולמיטב ידיעתי רק לעתים נדירות נדרשים הערבים להחזיר את סכום דמי המזונות.

מנקודת מבטן של נשים המבקשות לקבל דמי מזונות, אם כן, עשויים להיות יתרונות וחסרונות לכל אחד מהפורומים המשפטיים. יתרה מכך, ההבדלים בין שני המוסדות הללו עשויים לייצר יתרונות או חסרונות עבור בעלות הדין בהתאם לסיטואציה, לצרכים ולכוונות האישיות של הנשים. כפי שתואר לעיל, לבחירה של פורום משפטי מסוים עשויה להיות השפעה מרחיקת לכת על הסכסוך המשפחתי ועל עתיד הנישואים. בחירה זו יכולה להיות מיוחדת ומכוונת, אך לעיתים מזומנות, כפי שראינו, היא אינה כזו. במקרים כאלו, התוצאה של 'הבחירה' בפורום עשויה להיות רצויה לחלק מהנשים ובלתי רצויה לאחרות.

לדבריהם של רבים מעורכי הדין עימם שוחחתי, ההשפעה הדרמטית ביותר של הפורום בו מתנהל התיק – בית הדין השרעי או בית המשפט לענייני משפחה – היא על הסיכויים להשיג שלום בית. מניסיונם של עורכי הדין המייצגים לקוחות בשני הפורומים, הסיכויים שתביעת מזונות הנדונה בבית המשפט לענייני משפחה תביא, בסופו של דבר, לגירושים ולפירוק התא המשפחתי, הם גבוהים בהרבה מהסיכוי שתביעת מזונות המתנהלת בבית הדין השרעי תביא לתוצאה שכזו.<sup>53</sup> כך אמר לי, לדוגמה, אחד מעורכי הדין:

אני שואל את הלקוחה שלי, מה את רוצה להשיג, פיוס עם בעלך או גירושים? אם היא אומרת שהיא רוצה גירושים, אני מגיש תביעה בבית משפט למשפחה, אם היא אומרת שהיא מעוניינת בפיוס, אני מגיש תביעה כאן [בבית הדין השרעי] (שיחה עם עלי ע'זלאן, 22 במרץ 2004).

ואילו עורך דין אחר אמר את הדבר הבא:

כל אישה בירושלים שבעלה "ליטף" אותה הולכת עכשיו להתלונן במשטרה ולהגיש תביעה בבית משפט למשפחה. היא מקבלת דמי מזונות וצו הגנה, והבעל [מקבל] תיק פלילי ויושב בכלא [...] הלכתי ללופה [קצינה במשטרת מחוז ירושלים שמופקדת על מקרי אלימות במשפחה. ע.ש.] ואמרתי לה, "בגללך חצי ירושלים מתגרשת." היא אמרה, "למה?" אמרתי לה, "כי את מאשימה מהר מדי בעלים בהכאת הנשים שלהם. את הורסת ככה את המשפחה המוסלמית" (שיחה עם נוואף אל-סלאימי, 8 ביוני 2004).

<sup>53</sup> מן הראוי לציין כי טענה זו אינה מבוססת על מחקר אמפירי אלא על "תחושות הבטן" של עורכי הדין ועל ניסיונם המצטבר. יש לקוות כי בעתיד ייערך מחקר משווה שיטתי שיוכל לאשש או להפריך את הרושם הזה.

דברים אלו ממחישים שהשיקולים שמנחים מתדיינות בבואן לבחור פורום עשויים להיות מורכבים מאוד. כיוון שנשים מוסלמיות שעוזבות את בית הנישואין מוצאות לרוב מקלט בבתי משפחותיהן האגנטיות (כלומר בבתייהם של אבותיהן, דודיהן או אחיהן) ומקבלות שם את צורכיהן הבסיסיים, נראה שתביעה לדמי מזונות משמשת לפעמים לא רק כזעקה לעזרה כלכלית, אלא גם כאמצעי יעיל ללחוץ על בעל סרבן. ואכן, ניתן להניח כי אם אישה נותרת ב"מצב של כעס" בבית משפחה האגנטית תקופה ממושכת (למשל כמה חודשים) והבעל אינו ממהר לסיים את הסכסוך (להתגרש מרעייתו או לקרוא לה לשוב לביתם המשותף), האישה אכן תזדקק ל"מנוף" כלשהו כדי לדחוף את הבעל לפעולה. האמצעי היעיל ביותר להפעלת לחץ על הבעל הוא הגשת תביעת מזונות, מכיוון שקשה מאוד לחמוק מתשלומים שפסק בית המשפט.<sup>54</sup> צו מזונות עשוי לפיכך לאלץ את הבעל לסיים את הסכסוך. משיחות שקיימתי עם מאות בעלי ובעלות דין בבית הדין השרעי בירושלים, עולה כי אכן תביעות מזונות רבות הן בבחינת מנוף או אמצעי לחץ, יותר מאשר זעקה לעזרה. דומה כי מסקנה זו תקפה אף יותר אצל נשים מוסלמיות המגישות תביעת מזונות בבית המשפט לענייני משפחה.

אבל מדוע הסבירות לפירוק הנישואין גבוהה יותר כאשר תביעת המזונות מתנהלת בבית המשפט לענייני משפחה? לכך אוכל להציע שלושה הסברים אפשריים: בית הדין השרעי במערב ירושלים – אולי בתי דין שרעים אחרים במקומות ובזמנים אחרים – מגלה העדפה ניכרת לתיווך ולפשרה על פני פסיקה. כפי שצינו משקיפים רבים שנכחו בדיונים בבתי דין שרעיים,<sup>55</sup> קאדים עושים לעיתים מאמצים מרחיקי לכת כדי להביא לפיוס ולהסדרי פשרה בין בני זוג.<sup>56</sup> בהתאם לאג'נדה הזאת, הקאדים בבתי הדין השרעיים בישראל עושים שימוש נרחב בסעיף 210 בקודקס של

---

<sup>54</sup> כאמור, ההוצאה לפועל מופקדת על גביית תשלומי המזונות מבעלים שעומדת כנגדם פסיקת בית משפט לתשלום מזונות. כפי שלא מעט חייבים למדו על בשרם, ההתחמקות ממנגנוני הגבייה של ההוצאה לפועל אינה קלה כלל וכלל.

<sup>55</sup> ראו לדוגמה: Layish, *Women*, pp. 48, 106, 181; Ziba Mir-Hosseini, *Marriage on Trial: A Study of Islamic Family Law, Iran and Morocco*, London 1993, pp. 61–62; Lawrence Rosen, *The Anthropology of Justice: Law as Culture in Islamic Society*, Princeton 1989, pp. 49–51

<sup>56</sup> ישנם חוקרים הסבורים כי הנטייה של הקאדים להעדיף פיוס והסכם הדדי על פני פסיקה נובעת ממסורת ממוסדת של הימנעות מיישום השריעה בשל אי הרצון לשגות ולעוות אותה באמצעות טעויות אנושיות. ראו למשל: שמואל ד' גויטיין ואהרון בן שמש, **המשפט המוסלמי במדינת ישראל**, ירושלים 1957, עמ' 39–40. תהא הסיבה אשר תהא, ברור שהנטייה החזקה להעדפת הפשרה וההסכמה על פני הפסיקה המשפטית היא מעין גרסה ייחודית של התופעה שלורה נידר כינתה "אידיאולוגיית ההרמוניה" (harmony ideology). ראו: Laura Nader, *Harmony Ideology: Justice and Control in a Zapotec Mountain Village*, Stanford 1991

קאדרי באשה,<sup>57</sup> המאפשר להם להפנות את הצדדים המסוכסכים לתיווך מוסדי-למחצה. על פי סעיף זה, בכל סכסוך, מכל סוג, הקאדי רשאי להציע לצדדים לעכב את ההתדיינות המשפטית ו"לתת לפיוס הזדמנות".<sup>58</sup> אף על פי שבשנים האחרונות הנטייה להשגת פשרה ולחלופת דין בולטת גם בבתי המשפט למשפחה,<sup>59</sup> נראה שההליכים הגמישים והלא פורמאליים יחסית בבתי הדין השרעיים מצליחים להשיג פשרה יותר מאשר ההליכים הפורמאליים יחסית בבית המשפט לענייני משפחה.

הסבר נוסף שהשתקף בבירור בדבריהם של עורכי הדין שצוטטו לעיל, קשור להנחות תרבותיות ואידיאולוגיות על מעמד ותפקידם של הגברים והנשים במסגרת הנישואים. בעוד שבעיני ירושלמים מוסלמים רבים הכאה "מדי פעם" של אישה (כל עוד זאת לא 'הכאה אכזרית' – *ṭṭḥān ʿakẓirīn*) נתפסת כהתנהגות לגיטימית גם אם לא רצויה,<sup>60</sup> בעיני שופטי בית המשפט לענייני משפחה היא נחשבת להתנהגות מגונה, ואפילו פלילית. גם אם השופטים המכהנים בשני בתי המשפט – בית הדין השרעי ובית המשפט לענייני משפחה – שותפים לאותן דעות מתקדמות על יחסים מגדריים בתוך המשפחה, העובדה שהם משרתים אוכלוסיות שונות, המיישמות מערכות שונות של נורמות וערכים, עשויה במקרים כאלה להניב מדיניות שיפוטית שונה בתכלית. ניתן לצפות לפיכך כי סכסוכים משפחתיים הכרוכים באלימות כלפי

---

<sup>57</sup> קאדרי באשה היה מחוקק מצרי שקיבץ קוד פרטי למחצה של חוקי מעמד אישי בשם **קְתַאב אַל-אַחְכַּאם אַל-שרעִיָּה פִּי אַל-אַחְוַאֵל אַל-שֶׁה' צִיָּה עַל אֵל אֵל-אַמַּאם אַבִּי הַנִּיפָה אַל-נַעְמַאן** (פורסם בשנת 1875). קובץ החוקים של קאדרי באשה משמש את הקאדים במקרים שבהם חוק המשפחה העות'מאני אינו מספק פתרון. השימוש בקובץ החוקים הזה הוא עניין לשיקול דעת אישי של כל קאדי. ראו: Layish, *Women*, p. 3; שלמה (סלים) שעשוע, **בתי דין מוסלמיים במדינת ישראל**, חולון 1981, עמ' 16–19. על הקודקס של קאדרי באשה, ראו: Kenneth M. Cuno, *Modernizing Marriage: Family, Ideology, and law in Nineteenth and Early Twentieth Century Egypt*, Syracuse 2015, pp. 158–183.

<sup>58</sup> אם הצדדים מסכימים, הקאדי ממנה שני מתווכים ומבקש מהם להתחיל בהליך של תיווך בין הצדדים. אם ההליך מוביל לפיוס, התיק נמחק מסדר היום של בית הדין ומבוטל; אם התיווך נכשל, הצדדים שבים להתדיינות משפטית וממשיכים בנקודה שבה הפסיקו. דוגמאות לתיקים בבית הדין השרעי בישראל בירושלים המערבית שנקטו הליך כזה, ראו: 104/2000, 162/2000, 110/2002, 2883/2003, 532/2004.

<sup>59</sup> ראו: ארבל וגייפמן, "חוק בית המשפט", עמ' 438–441.

<sup>60</sup> הקביעה הזאת מתבססת על רשמי מעשרות שיחות עם מתדיינים ועם אנשי משפט המעורים במתרחש בבית הדין השרעי. לדוגמה, כמה מבני שיחי הגברים חזרו בלשונם על פסוק קוראני ידוע (צורת אל-נסאא, פסוק 34), אשר מנחה בעלים כיצד לנהוג באישה "המורדת":

אם לבעל יש בעיות עם אשתו, מה הוא צריך לעשות? בהתחלה הוא צריך לגשת אליה ולהסביר לה בסבלנות ובשקט מה לא בסדר. אם זה לא מספיק, הוא צריך לעבור למיטה אחרת לכמה ימים ולא לישון עם אשתו. אם האישה אינה מתרצה, הוא צריך בשלב זה לבקש עזרה ממתווכים (אהל אל ח'יר), שיתערבו בסכסוך וינסו לפשר ביניהם ולהשיג פיוס. אם גם התערבות המתווכים לא עוזרת, והאישה עדיין מורדת ומסרבת לציית לו, הבעל רשאי לעבור לשיטה המשכנעת ביותר – הכאה חינוכית (דארב מאדיכי) [שיחה עם נ"מ, 3 באפריל 2004]. העובדה שרוב המתדיינים (גברים ונשים גם יחד) – להתרשמותי שלי לפחות – מחזיקים בתפיסות שכאלה, אינה שוללת את קיומם של חוגים ליברלים ופמיניסטים בקרב ירושלמים מוסלמים, המתנגדים בתוקף לדעות הללו.

האישה,<sup>61</sup> יטופלו באופן שונה בבית הדין השרעי ובבית המשפט למשפחה וכי הסבירות שסכסוכים שכאלו יסתיימו בפשרה ובשלום בית, גבוהה הרבה יותר כאשר הם מנוהלים בבית הדין השרעי.

הסבר שלישי קשור במשמעות הדתית, התרבותית והפוליטית הנקשרת לעצם הגשת תביעה שכזו בקרב הציבור המוסלמי בירושלים. כפי שטוענים חוקרים רבים בתחום המשפט וחברה, "הפנייה לחוק",<sup>62</sup> כלומר הגשת תביעה בבית משפט, מביאה לעתים להסלמה חריפה בסכסוך, כיוון שהיא מחצינה את הבעיות בחיי הנישואים של בני הזוג ומוציאה אותן מתחום הפרט אל תחום הכלל. בשל החשש מחשיפה בני הזוג נוטים על פי רוב לדחות ככל האפשר את דרך הפעולה הזאת ומקווים שבעיותיהם יפתרו באופן אחר.<sup>63</sup>

הנקודה היא, מכל מקום, שקיימות רמות שונות של החצנת בעיות אישיות, ופניות אל פורומים שונים עשויות להיתפס כמבטאות רמות שונות של "יציאה לרשות הרבים" או רמות שונות של התרסה. דומה כי פנייה של אישה מוסלמית בירושלים לבית משפט לענייני משפחה, עלולה להיתפס בעיני הציבור המוסלמי כמתגרה ודווקאית יותר מאשר פנייה לבית הדין השרעי. מנקודת מבט דתית, העדפת בית משפט חילוני על פני בית דין דתי היא בעייתית מאוד. אף על פי שבקרב מגזרים מסוימים של האוכלוסייה הפלסטינית-מוסלמית במזרח ירושלים גם הלגיטימיות של בית הדין השרעי במערב ירושלים עשויה להיות מוטלת בספק,<sup>64</sup> בית הדין השרעי הישראלי עודנו נתפס כבית דין מוסלמי (גם אם "פגום"). בהשוואה אליו בית המשפט למשפחה נעדר כמובן לחלוטין כל לגיטימציה דתית שהיא. יתרה מכך, אף על פי ששני בתי המשפט משתייכים למערכת המשפטית של מדינת ישראל, בית הדין השרעי זכה לאורך השנים לא רק ללגיטימיות דתית אלא אף ללגיטימיות לאומית-פוליטית. כפי שכבר נרמז, בית הדין השרעי מנוהל בידי מוסלמים פלסטינים אזרחי ישראל, ובמובנים רבים הוא מגלה אהדה לפלסטינים תושבי השטחים ותושבי ירושלים, לזהותם

---

<sup>61</sup> מעיון שיטתי בתיקי בית הדין השרעי בירושלים מהשנים 2002–2004 עולה כי התנהגויות אלימות מסוימות כגון סטירות או דחיפות רווחות מאוד בהקשר של סכסוכים משפחתיים בקרב הציבור הערבי-מוסלמי בירושלים. להערכתי, תלונות על התנהגויות כאלה וכן על "אלימות מילולית" מופיעות ב-90% לערך מכתבי התביעה.

<sup>62</sup> ראו: Engel, "Legal Pluralism," p. 430.

<sup>63</sup> ראו, למשל: Engel, "Legal Pluralism," pp. 429–431; Sally E. Merry, *Getting Justice and Getting Even: Legal Consciousness among Working-Class Americans*, Chicago 1991, p. 3.

<sup>64</sup> למעשה, מתדיינים רבים, וכן חלק נכבד מעורכי הדין והטוענים השרעים שעזימם שוחחתי, רואים בבית הדין הזה בית דין שרעי "פגום", שמשלב את השריעה עם חוקים אזרחיים לא-מוסלמיים. דיון מפורט בנקודה זו, ראו: Shahar, *Legal Pluralism*, pp. 46–47.

הלאומית ולאינטרסים שלהם.<sup>65</sup> העדפת בית משפט "ציוני" על פני בית הדין הפלסטיני (השרעי) עלולה אפוא להיתפס לא רק כעלבון והתרסה על רקע דתי, אלא גם על רקע לאומי. פנייה לבית הדין השרעי, לעומת זאת, תיתפס לרוב כפחות רדיקלית ופחות פוגענית, ולכן כמשאירה את "הדלת לפשרה" (פֶּאֶב אל-מְצַאֲלָה) פתוחה יחסית.

## סיכום

מאמר זה ביקש להמחיש כי הפרקטיקה של בחירת פורום משפטי אינה פשוטה ומובנת כלל וכלל. גורמי רקע והקשרים חברתיים, כלכליים ותרבותיים עשויים לשלול מלכתחילה, ולעיתים שלא בודעין, את האפשרות של בעלי הדין לבחור פורום. יתרה מכך, יכולת בחירת הפורום תלויה במשאבים העומדים לרשות בעלי הדין. כפי שתואר במאמר, הגורמים הללו הם חלק ממערך השיקולים המנחים את המתדיינים ואת יועציהם המשפטיים בבחירת הפורום, והם גם מעצבים לא אחת את תוצאות הבחירה.

ואכן, המאמר הראה שבחירת פורום עשויה להשפיע מאוד על תוצאות ההליך המשפטי. במקרה של נשים מוסלמיות תושבות ירושלים המבקשות להשיג דמי מזונות, הבחירה בפורום עשויה לקבוע לא רק את שיעור דמי המזונות או את משך ההליך עד לקבלתם, היא אף יכולה לקבוע אם הנשים תהיינה זכאיות למזונות אם לאו. יתירה מזאת, הבחירה עשויה להשפיע אף על השתלשלות הסכסוך המשפטי: האם הוא יסתיים בפיוס או שמא בפירוק מסגרת הנישואים של המתדיינים? לפיכך המסקנה הראשונה שאני מבקש להסיק ממחקר זה היא שבחירת פורום היא אכן תופעה סוציו-משפטית סבוכה ובעלת השלכות מרחיקות לכת, הראויה לתשומת ליבם של חוקרים בתחום הסוציו-משפטי.

מסקנה שנייה נוגעת למגבלותיו של מודל הבחירה הרציונאלית (rational choice model), שעליו מתבסס חלק נכבד מהשיח המשפטי על בחירת פורום. מחקר זה שופך אור על טיבם "הכבול והכובל" של השיקולים הרציונאליים בבחירת הפורום. מתברר שבחירה זו אינה בחירה חופשית שמתרחשת בתנאים של התמצאות מלאה, סדר עדיפויות ברור ומשאבים בלתי מוגבלים, אלא שהיא מוגבלת בגלל מחסור במשאבים, מידע חלקי ולעיתים גם בשל סדר עדיפויות לא מבורר. נוסף על כך, לא רק רציונאליות צרה וטכנית-אינסטרומנטלית מנחה את בחירת הפורום, אלא גם רציונאליות רחבה יותר הנובעת משיקולים נורמטיביים ואידאולוגיים. במילים אחרות, ואם להזדקק למונחיו של וובר

---

<sup>65</sup> ראוי: "A Tale", Shahar.

(Weber), לא רק רציונאליות אינסטרומנטלית (zweckrational) מנחה את בחירת הפורום, אלא גם שיקולים רציונליים-ערכיים (wertrational).<sup>66</sup>

במקרה של תביעות לדמי מזונות של ירושלמיות מוסלמיות, בחירת פורום יכולה להתבסס על שיקולים צרים ואינסטרומנטליים כמו גובה דמי המזונות שעשויים להיפסק בכל אחד מבתי הדין או באיזה בית דין יופעל לחץ רב יותר על בעל סרבן (כלומר zweckrational). ואולם, הבחירה יכולה להיות מבוססת גם על שיקולים מוסריים ואידיאולוגיים רחבים יותר, למשל העדפה לניהול הסכסוך במסגרת הפרמטרים של הסדר הפלסטיני-המוסלמי הנורמטיבי ולא במסגרת ישראלית-חילונית (כלומר wertrational). יש לציין, עם זאת, שלעיתים אי אפשר להבחין, הלכה למעשה, בין wertrational ל-zweckrational. ייתכן למשל שבהקשר של סכסוך מטרימוניאלי, כשההאשמות וההאשמות שכנגד הנוגעות להתנהגות לא נורמטיבית מופרחות לאוויר, המתדיינים נזהרים שבעתים שלא לספק תחמושת לצד האחר. בנסיבות שכאלו, אישה עשויה להימנע מפנייה לבית המשפט האזרחי לענייני משפחה לא רק בגלל העדפותיה האידיאולוגיות והמוסריות, אלא גם בגלל השיקול האינסטרומנטלי הצר שמא היא תזכה לגינוי מוסרי על עצם הפנייה והדבר עלול לעלות לה "באובדן נקודות" במאבק.

מסקנה שלישית, ולא בלתי קשורה לשתי המסקנות הראשונות, היא שבמצבים מסוימים של בחירת פורום, העדפת בית משפט מסוים היא מהלך רווי משמעויות תרבותיות ופוליטיות – משמעויות אשר עשויות כשלעצמן להשפיע על תוצאת ההליך המשפטי. מהמחקר עולה כי הסיכוי לפירוק הנישואין גבוה יותר כאשר התביעה לדמי מזונות מוגשת לבית המשפט לענייני משפחה. תוצאה זו נובעת לא רק ממאפייניהם השונים של שני הפורומים – כללי הפרוצדורה ודיני הראיות השונים החלים בהם והתרבויות הארגוניות המאפיינות אותם – אלא גם בשל המשמעויות שהגורמים המעורבים מייחסים לעצם הגשת תביעה בכל אחד מהם. במילים אחרות, כיוון שפנייה לבית המשפט האזרחי נתפסת כפעולה מתגרה ומתריסה יותר מאשר פנייה לבית הדין השרעי, תוצאות המהלך מבחינת התנהלות הסכסוך **הן אכן** חמורות יותר. ניתן לומר אם כן כי הן הרציונאל המנחה את בחירת הפורום המשפטי הן התוצאות של הבחירה משוקעים עמוקות ב"רשתות המשמעות" – אם להשתמש במונח שטווה קליפורד גירץ (Geertz) – שבתוכן פועלים

---

<sup>66</sup> Max Weber, *Economy and Society*, Vol. I, edited and translated by Guenther Roth and Claus Wittich, Berkley and L.A. 1978, pp. 24-26.

הגורמים המעורבים. אי אפשר להבין מהלך של בחירת פורום משפטי מבלי להתייחס לרשתות המשמעות הללו, ועובדה זו הופכת את ההנחה של המשפטנים בדבר "בחירה רציונאלית" ומובנת מאליה, ללוקה בחסר.

המסקנה הרביעית והאחרונה שעולה ממחקר זה נוגעת לפולמוס המפורסם המתקיים בתחום המחקר הסוציו-משפטי באשר להשפעה שיש לבתי המשפט על פתרון סכסוכים בכלל וסכסוכים במסגרת נישואים בפרט. האם התערבותו של בית המשפט מעצבת את הסכסוך ואת תוצאתו, או שמא יש לה רק השפעה שולית עליו? אם נשים מחליטות מראש, טרם פנייתן לפורום המשפטי, אם ברצונן להתגרש או לא – ובהתאם לכך הן בוחרות את הפורום שישירת את מטרתן בצורה הטובה ביותר (כפי שעלה מדבריו של עורך הדין עלי ע'זלאן שהובאו לעיל) – הרי שהבחירה הטקטית לאיזה מן הפורומים לפנות אינה בעלת חשיבות רבה. לכל היותר, בחירה שכזו עשויה אולי לקבוע את אופי הסדרי הפרידה או הפיוס, אבל לא את גורלו של קשר הנישואים. מסקנה שכזו עולה בקנה אחד עם עמדתם של כמה חוקרים, הסבורים שהשפעתו של החוק הפורמאלי על סכסוכים בין בני זוג היא זניחה.<sup>67</sup>

ואולם, על סמך תצפיותיי הרבות והשיחות שניהלתי עם מתדיינים (גברים ונשים כאחד), אני מעריך שרבים מבעלי הדין שלהתדיינות בעניינם הייתי עד, לא ידעו מראש אם הם מעוניינים בפירוק הנישואים או בפיוס. להתרשמותי, הפנייה לפורום המשפטי אינה נתפסת, על פי רוב, רק במונחים תועלתניים. בעלי הדין רוצים צדק: הם רוצים הכרה בהתנהגות הנורמטיבית שלהם, וייתכן שהם רוצים הכרה פומבית בסבל ובעוול שנגרם להם, לתפיסתם, מידיהם של בן או בת הזוג. אי לכך, הם נוטים לבטא ולהחצין כעס על בני זוגם – הם עשויים להיות נקמניים או לרצות ללמד את בן או בת הזוג לקח – אבל אין משמעות הדבר שהם גמרו אומר לפרק את קשר הנישואין. יתירה מזאת, ההליך המשפטי (ואין זה משנה באיזה פורום הוא מתקיים) הוא הליך מורכב ומבלבל, ופעמים רבות הוא מנוהל "מעל לראשיהם" של בעלי הדין. משום כך, מתדיינים רבים הם חסרי אוריינטציה וחסרי שליטה במתרחש. תחושה זו, בתורה, מביאה אותם לפתח תלות רבה בעורכי דינם והופכת אותם לנוחים להשפעה ולשכנוע.<sup>68</sup>

---

<sup>67</sup> ראו למשל: Howard S. Erlanger, Elizabeth Chambliss and Marygold S. Melli, "Participation and Flexibility in Informal Processes: Cautions from the Divorce Context," *Law and Society Review* 21/4 (1987), pp. 585–604; Herbert Jacob, "The Elusive Shadow of the Law," *Law and Society Review* 26/3 (1992), pp. 565–590

<sup>68</sup> מחקרים רבים הראו שעורכי דין בתביעות גירושין משפיעים השפעה עצומה על החלטות לקוחותיהם בעניין הסכמי גירושין. ראו למשל: Austin Sarat and William L. F. Felstiner, *Divorce Lawyers and their Clients: Power and Meaning in the Legal Process*, Oxford 1995, pp. 17–20; Tamara Relis, "Civil Litigation for Litigants' Perspectives: What We Know and

מסקנותיי מההתבוננות בהתנהגותם של המתדיינים בבית הדין השרעי במערב ירושלים מתיישבות עם הדעה שבתמי משפט ממלאים תפקיד מכריע בקביעת תוצאות הסכסוכים, ושליעיתים קרובות התפתחות הסכסוכים אינה נקבעת מראש, לפני תחילת ההליך המשפטי. במילותיו של מארק גלנטר (Galanter), "בתי משפט לא רק פותרים סכסוכים, הם גם מונעים אותם, מניעים אותם, מעבירים אותם ומשנים אותם".<sup>69</sup> תובנה זו מדגישה, פעם נוספת, את הצורך לחקור את התופעה של בחירת פורומים מנקודת מבט סוציו-משפטית. רק נקודת מבט זו מביאה בחשבון את הטווח הרחב של המשמעויות החברתיות, התרבותיות והפוליטיות שבהן מעוגנת הפרקטיקה המרתקת הזאת.

---

What We Don't Know about the Litigation Experience of Individual Litigants," *Studies in Law, Politics and Society* 25 (2002), pp. 151–212

<sup>69</sup>Marc Galanter, "Reading the Landscape of Disputes: What We Know and Don't Know (and Think We Know) about our Allegedly Contentious and Litigious Society," *UCLA Law Review* 31/4 (1983), pp. 4–71