

ויתורה של הבת על ירושתה במגזר הערבי-הפלשתיני בישראל – תפקידם של בתי-המשפט האזרחיים

מאת

חיים זנדברג* ואדם חפרי-וינוגרדוב**

תקציר

בחברות מוסלמיות שונות במזרח התיכון ובאפריקה, וכן בחברה הערבית בישראל, מוכרת פרקטיקה חברתית שלפיה בנות מוותרות על חלקיהן בעזבון הוריהן לטובת אחיהן הגברים. במאמרנו נציג את העדויות לקיומו של המנהג, וננסה לברר מהו רקעו החברתי והתרבותי, כיצד מנסים להצדיקו, ועד כמה הוא מתיישב עם שיווי זכויות האישה. המאמר מצביע גם על האופן שבו מנהג זה והיחס אליו משתקפים הן ביחסם של גופים בין-לאומיים לתופעה והן בפסיקתם של בתי-המשפט האזרחיים בישראל.

קיימות שתי גישות עיקריות לתופעה. לפי הגישה האחת, ויתורה של הבת על ירושתה מגלם בחירה שלה – חופשית, ולא כפויה – במבנה החברתי המוכתב על-ידי הדת ועל-ידי סביבתה החברתית, הנוטה לשמר רכוש במסגרות פטריאליאליות. ויתורה של הבת נתפס, לפי גישה זו, כחלק מ"עסקת חבילה" שבמסגרתה הבת ממירה את זכויותיה בנכסי המקרקעין של משפחת-המקור שלה בטובות-הנאה אחרות, כספיות או חברתיות. מנקודת-מבט זו, תפיסת הוויתור כמבטא הפליה או כתוצאת כפייה אינה אלא ניסיון מערבי לכפות על "האחר" הלא-מערבי תפיסות שוויון שנוצרו בסביבה מערבית. גישה זו באה לידי ביטוי הן בשריעה האסלאמית, הן בספרות האקדמית הדנה בה והן בהתבטאויות של העוסקים ביישמו ובאכיפתו של עקרון שיווי זכויות האישה מטעם גופים בין-לאומיים.

* פרופסור-חבר, בית-הספר למשפטים, המסלול האקדמי, המכללה למינהל. גרסה מוקדמת של המאמר הוצגה באפריל 2009 בסדנת המחקר "המשפט האסלאמי נוכח אתגרי המאה ה-21", שהתקיימה במכון ון ליר בירושלים. אנו מודים לפרופ' אהרן ליש ולשאר משתתפי הסדנה על הערותיהם. עוד אנו מודים לפרופ' דפנה ברק-ארז, אשר קראה את המאמר והשפיעה עלינו מעצותיה הטובות. תודה מקרב לב גם לעורך עיוני משפט ארן שפירא בר-אור, ולחברי המערכת ליאור גרופל, יואב מר וטינה קפלן, על הערותיהם רבות הערך ועל העבודה הרבה שהשקיעו במאמרנו.

** מרצה, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים.

לפי גישה אחרת, פרקטיקת הוויתור עלולה להוות תוצאה של הסכנתן הכפויה של הבנות המותרות עם מציאות שהן אינן יכולות לשנותה. הבנות אינן רוצות להיות מוקעות ממשפחתן, מסביבתן ומקרב הקבוצה האתנית והלאומית שהן משתייכות לה. הן חוששות מן העוינות והקשיים הפיזיים והכלכליים שהן ייחשפו להם במקרה של סירוב לוותר. גם כאשר לא מופעל כוח ממש, וגם בהעדר איום מפורש, הסכמה נשית לדפוסי הארגון החברתיים המשקפים עליונות גברית עלולה לשקף אלימות סמלית, אשר התרבות מטביעה הן בשולטים והן בנשלטים. מנקודת-מבט זו הוויתור נראה כמנהג שאינו מתיישב עם מעמדן הראוי של נשים בחברה בת-זמננו. מנקודת-מבט פמיניסטית אסלאמית מדובר במנהג חברתי הסותר את יחסו העקרוני של האסלאם לנשים ואת הוראותיה המפורשות של השריעה. המנהג האמור עשוי לסתור גם את ציווי המשפט הבין-לאומי בדבר שיווי זכויות האישה, אשר אמורים, לפי המשפט הבין-לאומי, לגבור על פרקטיקות מנהגיות ודתיות סותרות.

לבתי-המשפט יש כלים משפטיים מגוונים, גם אם לא גמישים במיוחד, שבאמצעותם הם יכולים לסייע לבנות המבקשות להתנער מוויתור על ירושתן, ביניהם דוקטרינות מדיני המתנה, מדיני החוזים ומדיני היושר והנאמנות. בדרך-כלל ניצלו בתי-המשפט האזרחיים בישראל, עוד מתקופת המנדט, את ההזדמנויות הספורות שניתנו להם לתמוך בזכותן של בנות ערביות לחלקים שווים בירושה, והגנו, עד כמה שהתאפשר להם, על חירותן של בנות להתנער מוויתור שנכפה עליהן. מגמה שונה באה לידי ביטוי לאחרונה בגישתם של שופטים אחדים בבית-המשפט המחוזי בחיפה. מהשוואה בין תגובותיהם של בתי-המשפט האזרחיים לנסינותיהן של בנות ערביות להתנער מוויתוריהן על חלקיהן בעזבון הוריהן לבין תגובותיהם לנסינותיהן של נשים יהודיות להתנער, לאחר מתן גט, מוויתורים רכושיים שהן הסכימו להם לפני נתינתו, עולה כי בעוד שבמקרה היהודי בתי-המשפט מוצאים לעיתים קרובות את הדרך להפוך על פיהם אפילו ויתורים שנעשו בהסכם כתוב שאושר על-ידי בית-משפט מוסמך, במקרה הערבי אין הם מגלים תמיד גמישות דומה. אי-לכך המאמר נחתם בקריאה לבתי-המשפט האזרחיים לעשות למען השוויון הבין-מגדרי בציבור הערבי לפחות את שהם עושים למענו בציבור היהודי.

- א. מבוא
- ב. ירושת הבת והסתלקותה מהעזבון באסלאם ובעולם הערבי
- ג. ההצדקות לתופעת הוויתור וביקורתן
- ד. התמודדותם של בתי-המשפט האזרחיים בישראל עם תופעת הוויתור
 1. בית-המשפט כזירה לשינוי חברתי
 2. בית-הדין השרעי כזירת ויתור
 3. מופעי הוויתור וההתנערות ממנו בפסיקתם של בתי-המשפט האזרחיים
 4. גישתם של בתי-המשפט האזרחיים להתנערותה של הבת מוויתורה
- ה. דומה ושונה: יחסם של בתי-המשפט האזרחיים בישראל לויתור של נשים יהודיות בהסכמי גירושים על זכויותיהן ברכוש המשפחה

1. גישתם של בתי המשפט
2. בין ויתורה של הבת הערבייה לויתורה של האישה היהודייה
- ו. הטיפול השיפוטי בהתנערות מויתור: ארגז הכלים הדוקטרינרי
- ז. סיכום

א. מבוא

שביב בשארה המנוח הותיר עם מותו, בשנת 1978, שישה בנים וארבע בנות.¹ בשנת 1988 התחייבו האם (אשתו של המנוח) והבנים למכור לצד שלישי זכות מעבר בחלקת המנוח בכפר מכר.² הבנות לא השתתפו במהלך, ואף לא חתמו על הסכם המכר, אך הבנים הצהירו לפני עורכת הדין שטיפלה בעסקה (עו"ד חזאן) כי הבנות עומדות לוותר על חלקן בעיזבון, וכי צו ירושה ברוח זו יוצא בקרוב.³ לימים נודע דבר העסקה לבנות, ואפשר שהן ידעו עליה עוד קודם לביצועה.⁴ הן לא מחו על מתן זכות המעבר, אך גם לא הסכימו לו במפורש. כעבור חמש שנים ביקשו הבנים להתנער מן ההסכם.⁵ בית הדין של העדה היוונית-הקתולית הוציא צו ירושה שבו נרשמו כל צאצאי המנוח, לרבות הבנות, כיוורשים בחלקים שווים.⁶ הבנות הגישו – ככל הנראה בתיאום עם הבנים וביוזמתם – תובענה לסילוק ידו של הצד השלישי מהמקרקעין מושא ההסכם, בטענה שהן לא היו צד לו.⁷ הצד השלישי הגיש תובענה שבה ביקש מבית המשפט להצהיר כי ההסכם מחייב את כל היורשים או לחלופין לפסוק לו פיצוי בגין מצג-שווא רשלני מצד הבנים והבנות.⁸ הערכאה הראשונה (השופט ג'מיל נאסר בבית-משפט השלום) פסקה לטובת הבנות, תוך קביעה כי אין לתת תוקף להסתלקותן של הבנות מעזבון אביהן בלא מסמך בכתב.⁹ בערכאה השנייה התגלעה מחלוקת. שופטי הרוב (השופטים גריל ושטמר, בפסק-דין משותף) פסקו לטובת הצד השלישי, תוך שהם קובעים כי בידיעתן ובשתיקתן של הבנות הייתה משום הסכמה לעסקה שרקמו הבנים, ובכך יש כדי להעניק לצד השלישי רשיון שימוש בלתי-הדיר בתמורה (ששולמה לאחד הבנים).¹⁰ שופטי הרוב התרשמו כי הגשת התובענה ביטאה קנוניה של הבנים להדיר את הצד השלישי מזכויותיו, שעימה שיתפו

- 1 ע"א 8331/03 בשארה נ' טנוס, תק-על 3233 (3)2005, פס' א לפסק-דינו של השופט רובינשטיין (2005) (להלן: בשארה-עליון).
- 2 שם, פס' א-ב לפסק-הדין.
- 3 ע"א (מחוזי חי') 1884/00 טנוס נ' בשארה, תק-מח 12976 (2)2002, פס' 32 לפסק-דינים המשותף של השופטים גריל ושטמר (2002) (להלן: בשארה-מחוזי). ראו גם שם, פס' 4 לפסק-דינו של השופט ג'רג'ורה.
- 4 שם, פס' 28-31 לפסק-דינים של השופטים גריל ושטמר.
- 5 שם, פס' 27 לפסק-דינים של השופטים גריל ושטמר.
- 6 שם, פס' 2 לפסק-דינים של השופטים גריל ושטמר.
- 7 שם, פס' 8 ו-31 לפסק-דינים של השופטים גריל ושטמר.
- 8 שם, פס' 8 ו-19 לפסק-דינים של השופטים גריל ושטמר.
- 9 שם, פס' 12-19 לפסק-דינים של השופטים גריל ושטמר.
- 10 שם, פס' 33-35 לפסק-דינים של השופטים גריל ושטמר.

הבנות פעולה.¹¹ שופט המיעוט (ג'רג'ורה) פסק לטובת הבנות, תוך שהוא קובע כי בהעדר מסמך בכתב שבו הבנות מותרות על ירושתן, אין בשתיקתן, ואף לא בכך שבשלב מסוים היו להן "מחשבות" על ויתור, כדי להעניק לצד השלישי רשיון שימוש בחלקיהן.¹² הבנות ערערו לבית-המשפט העליון, וזה (השופטים רובינשטיין, ביניש וגרוניס) פסק לטובתן והורה לסלק את ידו של הצד השלישי, תוך שהוא מאמץ את הקביעה כי "בענייננו, אין כל טענה אמיתית שהיתה בפועל הסתלקות מצד האחיות, אף לא בעל פה, וכל שכן בכתב".¹³ עם זאת, החזיר בית-המשפט העליון את הדיון לבית-משפט השלום, כדי שיבחן, לפני ביצוע הפינוי, את האפשרות להטיל על הבנות חבות כספית כלפי הצד השלישי בגין נזקים שנגרמו לו כתוצאה מהסתמכותו על ההסכם עם הבנים, וכן בשל העובדה שהבנות "בחרו במשך שנים בשתיקה משנודע [להן] בדיעבד דבר ההסכם".¹⁴ בית-משפט השלום דחה את תביעת הפיצויים מטעם דיוני, אך ערעור על החלטתו תלוי ועומד.¹⁵

לחיוזק הטענה כי הבנות ויתרו בשתיקתן על חלקן בעזבון אביהן, גייס הצד השלישי טענה סוציולוגית שלפיה קיים מנהג במגזר הערבי שלפיו בנות מסתלקות כבדרך שגרה מחלקיהן בעזבון הוריהן לטובת בניהם, קרי, אחיהן. קיומו של מנהג זה נראה לצד השלישי ממשי עד כדי כך שסבר כי התכחשותן של הבנות למנהג אינה אלא גילוי של הקנוניה שרקמו אחיהן. גם שופטי הרוב בבית-המשפט המחוזי נתנו משקל לעמדה זו כאשר הגיעו למסקנה בדבר קיום קנוניה בין הבנים לבנות.¹⁶

מטרתו של מאמר זה היא לבחון את מנהג ההסתלקות מן העיזבון אשר נידון בפרשת בשארה, ולברר מהו הרקע החברתי והערכי לתופעה, באילו מקרים בתי-המשפט האזרחיים נחשפים אליה, וכיצד המשפט יכול לתרום לקידום השוויון הבין-מגדרי במגזר הערבי בהינתן מנהג מסורתי מורשש זה. נטען כי באותם מקרים נדירים שבהם בתי-המשפט האזרחיים נחשפים לתופעה, עליהם להתייחס בזהירות רבה לטענות בדבר הסתלקותן של בנות מירושתן, ולגלות, במקרים מתאימים, אהדה כלפי בנות המבקשות להתכחש להסתלקותן או להתנער ממנה בטענה כי היא לא שיקפה את רצונן החופשי. כפרק ב של המאמר ננסה לסכם בקצרה את הידוע על קיומו של מנהג, בישראל ובעולם הערבי והמוסלמי, שלפיו בנות מסתלקות מחלקיהן בעזבון ההורים לטובת אחיהן. נדגיש כבר עתה כי מטרתו של פרק זה היא רק לחשוף ראיות שונות לקיומה של התופעה. איננו מתיימרים להציג ממצאים אמפיריים מדויקים בדבר היקפה בקרב קבוצות אוכלוסייה שונות. כפרק

11 שם, פס' 27 לפסק-דינם של השופטים גריל ושטרם.

12 שם, פס' 4 לפסק-דינו של השופט ג'רג'ורה.

13 בשארה-עליון, לעיל ה"ש 1, פס' ח(7) לפסק-דינו של השופט רובינשטיין.

14 שם, פס' ח(12) לפסק-דינו של השופט רובינשטיין.

15 הדחייה התבססה על איחור בהגשת תצהירי עדות. ראו ע"ר (מחוזי חי') 7406-11-08 בולוס ובניו חברה לארוח ותיירות בע"מ נ' בשארה, תק-מח 2009 (1) 2989 (2009). ניסיון קודם של בית-משפט השלום למחוק את תביעת הפיצויים על הסף מטעמים דיוניים מתואר בפסק-הדין כבר"ע (מחוזי חי') 861/06 בולוס ובניו חברה לארוח ותיירות בע"מ נ' טנוס, תק-מח 2007 (1) 2508 (2007).

16 בית-המשפט המחוזי ציין כי עדותה של עורכת-הדין חזאן "מעוררת אמון". ראו בשארה-מחוזי, לעיל ה"ש 3, פס' 32 לפסק-דינם של השופטים גריל ושטרם.

ג נעיין באורח ביקורתי – בהינתן הסתירה שבין המנהג האמור לבין אמות-מידה של שוויון בין-מגדרי – בהצדקות שונות הניתנות למנהג האמור, ובין היתר בתפיסה שאינה רואה בו ביטוי לקיפוח נשים, אלא ביטוי לרצונן החופשי בסדר חברתי-תרבותי שונה מזה הליברלי-המערבי. בפרק ד נציג את אופן השתקפותה של התופעה בפסיקתם של בתי-המשפט האזרחיים, וכן את עמדתו של המשפט האזרחי הישראלי כלפיה. נצביע על גישות שונות של בתי-המשפט האזרחיים לתפקידם כזירה לשינוי חברתי בכלל, ולסיוע לנשים המבקשות להתנער מוויתוריהן על חלקיהן בירושה בפרט. נתמוך בגישה שלפיה לבית-המשפט יש תפקיד חשוב – גם אם לא בלעדי ולא חף מבעייתיות – בקידומו של שינוי מעין זה. בפרק ה נערוך השוואה בין יחסם של בתי-המשפט האזרחיים להתנערותן של בנות ערביות מוויתוריהן על חלקיהן בירושת ההורים לבין יחסם להתנערותן של נשים יהודיות, לאחר מתן הגט, מוויתורים שהן הסכימו להם לפני נתינתו כדי לזרז את נתינתו. מהשוואת תגובותיהם של בתי-המשפט האזרחיים על התנערותן של הבנות והנשים מהתחייבויותיהן בשתי הסיטואציות – היהודית והערבית – עולה כי בעוד במקרה היהודי בתי-המשפט מוצאים לעיתים קרובות דרכים להפוך על-פיהם אפילו ויתורים שנעשו בהסכם כתוב שאושר על-ידי בית-המשפט או בית-הדין המוסמך, במקרה הערבי אין הם מגלים תמיד גמישות דומה. בפרק ו נציג את הכלים הדוקטרינריים שבתי-המשפט האזרחיים יכולים להשתמש בהם כדי לאפשר לנשים ערביות להתנער, במקרים מתאימים, מוויתורן על זכויותיהן בירושה. המאמר נחתם בקריאה לבתי-המשפט האזרחיים לעשות למען השוויון הבין-מגדרי בצייבור הערבי לפחות את שהם עושים למענו בצייבור היהודי.

ב. ירושת הבת והסתלקותה מהעיזבון באסלאם ובעולם הערבי

שיטות המשפט של העולם העתיק קיפחו בדרך-כלל את הנשים בכל הנוגע בירושה. חלקן לא הכירו כלל ביכולתן של נשים לרשת.¹⁷ שיטות אחרות לא שללו עקרונית את כושרן לרשת, אך הגבילו את האפשרות המעשית שהן יירשו למקרים מסוימים.¹⁸ דוגמה נודעת לשיטה מן הסוג האחרון היא הכרת המשפט המקראי בזכותן של בנות צלפחד לרשת את אביהן, בהעדר יורשים גברים.¹⁹ מקובל לראות בפרשה זו הכרה עקרונית ביכולתה של האישה לרשת, בכפוף לעיקרון הפטריליניאלי – העיקרון המנחה של שמירת הנחלה בידי מטה האב. אף המשפט המנהגי בחצי-האי ערב קודם ללידתו של האסלאם לא הכיר ביכולתן של נשים לרשת.²⁰ מטעם זה מקובלת מאוד הדעה כי הקוראן והאסלאם שיפרו

17 בין השיטות שלא הכירו בירושת הבת היה הדין האשורי: GODFREY R. DRIVER & JOHN C. MILES, *THE ASSYRIAN LAWS* 238–39, 295–96 (Godfrey R. Driver & John C. Miles eds., 1935).

18 לשיטות בעולם העתיק אשר הכירו בזכות הירושה של הבת במקרים מסוימים, כגון בהעדר בנים, ראו: Zafira Ben-Barak, *Inheritance by Daughters in the Ancient Near East*, 25, J. SEMITIC STUD. 22, 23, 29, 31 (1980).

19 במדבר כז, א-יא; לו, א-ב.
20 E.J. BRILL'S FIRST ENCYCLOPEDIA OF ISLAM 1913–36 (M.Th. Houtsma et al. eds., 1987).

את מעמדן של האישה והבת בחברה הערבית, בכך שהכירו בזכותן העקרונית לרשת ואף שריינו להן חלק בעיזבון.²¹ פרשני השריעה האסלאמית וכן הספרות האקדמית המציגה אותה מדגישים את הכרתו העקרונית של האסלאם ביכולתה של האישה לרשת, ומציגים אותה כהישג של האסלאם.²² אך זכויות האישה לרשת על-פי השריעה נחותות מאלה של הגבר: חלקה של הבת בירושת אביה הוא רק מחצית מחלקו של הבן.²³ חלוקה כזו של העיזבון היא גם אחת מצורות הירושה השכיחות ביותר בפועל בעולם המוסלמי.²⁴ הדין המוסלמי, כדגינים אחרים, מכיר עם זאת גם בשיטות לעקיפת ההגבלות שהוא עצמו מטיל על חופש ההורשה, כגון הקדשת נכסים כווקף לטובת הבנים או הענקתם במתנה לבנים בחיי המוריש.²⁵ לעיתים מוסלמים אף פונים לערכאות אזרחיות כדי לעקוף את ההגבלות שבדין השרעי.²⁶

בצד הוראותיו של הדין השרעי מוכרת בעולם המוסלמי והערבי פרקטיקה חברתית שלפיה בנות מוותרות בהסכמה על חלקיהן השרעיים בירושת מקרקעי הוריהן לטובת אחיהן, כולם או חלקם (תנאזול או תח'ארג').²⁷ יש ראיות לקיום פרקטיקה זו בחלקים שונים של העולם המוסלמי.²⁸ היא תועדה בחברה הערבית ובחברה הברווית בארץ-ישראל

- NIAZ A. SHAH, WOMEN, THE KORAN AND INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW: THE EXPERIENCE OF PAKISTAN 38–9 (2006) 21
- שם, בעמ' 39, 55. Nayer Honarvar, *Behind the Veil: Women's Rights in Islamic Societies*, in LAW AND RELIGION 335, 336, 360–61 (Gad Barzilai ed., 2007) 22
- "לבן חלק כחלקן של שתי בנות, ואם רק בנות הן – יותר משתיים – להן שני שלישים בעיזבון". הקוראן 4, 11 (אורי רובין מתרגם, 2005). ראו גם E.J. BRILL'S FIRST ENCYCLOPEDIA OF ISLAM, לעיל ה"ש 20, בעמ' 509. 23
- Ian Edge, *Methods of Avoidance of the Fixed Heirship Rules in Islamic Law: The Islamic Trust*, 14 TRUST & TRUSTEES 457, 459 (2008) 24
- אהרן ליש מעמדה החברתי של האשה המוסלמית בישראל כפי שהוא משתקף מתוך המשפטים המתנהלים בבתי-הדין השרעיים 373 (חיבור לשם קבלת התואר "דוקטור לפילוסופיה", האוניברסיטה העברית בירושלים, 1972); Edge, לעיל ה"ש 24, בעמ' 461; Hilary Lim & Siraj Sait, *Accidental Islamic Feminism: Dialogical Approaches to Muslim Women's Inheritance Rights*, in FEMINIST PERSPECTIVES ON LAND LAW 239, 253 (Hilary Lim & Anne Bottomley eds., 2007) (משפחה חד' 920/05 פ. מ. ג'. נ' א. מ. ג' (פורסם ב"נבו", 28.4.2008) (יפוי-כוח בלתי-חוזר שנתן האב לבנים) (להלן: פרשת פ.מ.ג.); ה"פ (מחוזי חי') 287/04 קאסם נ' יורשי קאסם, תק-מח 2006(1) 11841 (2006) (מתנה בחיים לבן האחות לא הותירה דבר לאשתו ולעשר בנותיו של המוריש); ת"א (מחוזי חי') 523/04 עזבון ח'אזי נ' עזבון בולוס, תק-מח 2007(3) 5276 (מתנה בחיים לבן מנישואים שניים הדירה בנות מנישואים ראשונים). 25
- לצוואה של מוסלמי שהדירה את בנותיו ונאכפה בבית-משפט אזרחי ישראלי על-אף הטענה כי "המנוח היה דתי-מוסלמי וצוואה זו נוגדת את עקרונות הירושה של המשפט המוסלמי", ראו עז' (מחוזי חי') 970/85 חג'אזי נ' אבו שנב, פ"מ תשמ"ו(3) 512, 513 (1986). 26
- Lim & Sait, לעיל ה"ש 25, בעמ' 255. 27
- John R. Bowen, *Consensus and Suspicion: Judicial Reasoning and Social Change in an Indonesian Society 1960–1994*, 34 L. SOC. REV. 97, 28

כבר בתקופת המנדט.²⁹ ממחקרה האנתרופולוגי של מורס (Moors), אשר בוסס על עדויות של נשים מאזור שכם שניתנו במהלך שנות השמונים, עולה כי נשים מאזור זה הסתלקו בדרך-כלל באותה עת מחלקיהן השרעיים בירושה – כך בכפר, כך בעיר וכך במחנה הפליטים בלאטה.³⁰ ליש תיעד את התופעה כפי שנשקפה מפסיקתם של בתי-הדין השרעיים בישראל מקום המדינה ועד ראשית שנות השבעים.³¹ הוא התרשם כי בבית-הדין השרעי לא נידונו מקרים רבים של הסתלקות בנות מחלקיהן בעיזבון, והסיק כי רוב ההסתלקויות נעשו לא במסגרת ערכאה שיפוטית, אלא באמצעות תפיסת כל המקרקעין בפועל על-ידי האחים, כולל חלקיהן הלכאוריים של האחיות, או באמצעות הסכמים או ייפוי-כוח שנרשמו בלשכות רישום המקרקעין חלף מתן צווי ירושה או לאחר נתינתם, ואשר ייפו את כוחם של האחים לרשום על שמם את מכלול מקרקעי המוריש.³² מסקנה דומה עולה ממחקרו האמפירי של הקאדי אחמד נאטור, אשר דגם את רישומיו של בית-הדין השרעי בבאר-שבע מן השנים 1978 ו-1984, ומצא בקשות מעטות מאוד לחלוקת ירושה פורמלית. נאטור הסיק מכך כי "חלוקת הירושה נעשית הלכה למעשה בשטח לפי המנהג... פירושו של דבר שהאישה אינה זוכה בכל חלק בירושה והזוכים הם רק הגברים".³³ כמו-כן מצא נאטור כי ביותר ממחצית התיקים המעטים שבהם הוגשו לבית-הדין השרעי בקשות לחלוקת הירושה ויתרו הנשים לטובת הגברים.³⁴ בסקר שנערך בשנת 2007 בין עורכי-דין ערבים המופיעים לפני בתי-דין שרעיים העריכו הנשאלים כי כ-90% מן הבקשות לחלוקה פורמלית של הירושה המוגשות לבתי-דין אלה, הנשים מוותרות על חלקיהן.³⁵ הלכירוח דומים התגלו במחקר אשר נערך אף הוא בשנת 2007 וכלל ראיונות עם תשע-עשרה נשים

- Anita M. Weiss, *A Provincial Islamist Victory in*: 106–07 (2000)
Pakistan: The Social Reform Agenda of the Muttahida Majlis-i-Amal, in ASIAN ISLAM
 IN THE 21ST CENTURY 145 (John L. Esposito et al. eds., 2007)
 Frank H. Stewart, *The Woman, Her*: ראו: *Guardian, and Her Husband in the Law of the Sinai Bedouin*, 38 ARABICA 102, 122
 (1991).
- Tawfiq Canaan, *Unwritten Laws Affecting the Arab Woman of Palestine*, 11 J. 29
 PALESTINE ORIENTAL SOC. 172, 194 (1931)
- ANNELIES MOORS, *WOMEN, PROPERTY AND ISLAM: PALESTINIAN EXPERIENCES, 1920–1990*, 30
 48 (1995)
- ליש, לעיל ה"ש 25, בעמ' 355 ואילך. 31
- שם, בעמ' 356, 372. 32
- אחמד נאטור "שריעה ומנהג במשפחה הברווית בנגב על פי הפסיקה של בית הדין השרעי 33
 בבאר שבע" המזרח החדש לג 94, 110 (1991). הקאדי נאטור כיהן, לפני מינויו לנשיא
 בית-הדין השרעי לערעורים, כקאדי בבית-הדין השרעיים בבאר-שבע וכיפו. ראו שם, בעמ'
 94 (הערת העורך).
- שם. 34
- ראו תוצאות סקר שערכה עמותת נסאא ואאפאק, השואפת להעצמת נשים במסגרת האסלאם 35
 ועל-פיו, כפי שדווחו בעיתון בניאס בעקבות מסיבת-עיתונאים שנערכה ב-20.2.2007:
www.banias.net/nuke/html/modules.php?name=News&file=article&sid=2751

ערביות בגילים שונים מאזורי ירושלים והנגב.³⁶ רוב המרוויינות, אם כי לא כולן, טענו כי הבנות אינן מקבלות את חלקן בירושה או מוותרות עליו.³⁷ קיימות ראיות לקיומה של תופעת הוויתור גם בחברה הערבית-הנוצרית בישראל, אך היקפה בחברה זו אינו ברור.³⁸ חוסר בהירות זה בא לידי ביטוי גם בפרשת בשארה, שבה היה המנוח בן העדה היוונית-הקתולית.³⁹ עורכת-הדין חזאן, אשר ייצגה את האחים בפרשה זו (וגם ערכה את העסקה המקורית מול הצד השלישי), טענה כי הסתלקותן של רוב הבנות (יותר מ-98%, לדבריה) מירושת האב היא תופעה מוכרת "אצל כל העדות" במגזר הערבי,⁴⁰ אולם השופט ראיך ג'רג'ורה, ערבי נוצרי, חלק על הערכתה בדעת המיעוט שלו בבית-המשפט המחוזי, בקובעו כי מנהג זה אינו מוכר לו כיום, וכי "אולי, ואני מדגיש את המילה אולי, 'מנהג' זה היה לפני יותר משלושים-ארבעים שנה, וגם אז לא בין כל השכבות".⁴¹ בית-המשפט העליון, מפי השופט רובינשטיין, פסק כי יש "לכבד ולייחס... משקל" להתרשמותו האמורה של השופט ג'רג'ורה, בהיותה מבוססת על "היכרות ומתוך ידע המושתת עליה".⁴² השופט רובינשטיין הוסיף התרשמות משלו, תוך אי-הבחנה בין הקבוצות השונות במגזר הערבי, שלפיה "מעמד האשה אמנם התקדם משמעותית מאז 1988, לרבות במגזר הערבי. אך גם אז כבר היה בשלבי התקדמות, והנחת עבודה של הסתלקות האחיות מן הירושה כמוכנת מאליה קשה בעיניי".⁴³ הדים לויתור של אחיות על חלקיהן בירושת האב מצאנו גם בתיאורים עובדתיים המופיעים בהחלטות שונות של

- 36 רות קרק, אמיר גלילי ותמר פויירשטיין עצמאות ויזמות של נשים ערביות, כפריות וברוויות, בישראל 32 (2009) www.fips.org.il/Site/System/UpLoadFiles/DGALLERY/F7%F8%F7_%F2%ED%20%F2%E8%E9%F4%E4%20.pdf
- 37 שם, בעמ' 47.
- 38 כך, למשל, סועאד ג'וזף מצביעה על הקשר שבין יחסי אח-אחות ודפוסים פטריארכליים שזיהתה במשפחה מרונית בלבנון לבין ויתורה של האחיות על ירושת האב. הדוגמה הקונקרטית היחידה שהיא נותנת לויתור כזה היא דווקא של בת למשפחה סונית. ראו: Suad Joseph, *Brother/Sister Relationships: Connectivity, Love, and Power in the Reproduction of Patriarchy in Lebanon*, 21 AM. ETHNOL. 50, 63 (1994).
- 39 בשארה-מחוזי, לעיל ה"ש 3. למקרים נוספים שבהם הוזכר ויתורן של בנות על ירושת האב בקרב נוצרים ראו ה"פ (מחוזי חי') 192/06 טנוס נ' עזבון קומבו, תק-מח 2007 (4) 3153 (2007) (להלן: פרשת טנוס); ה"פ (מחוזי חי') 644/95 עזבון בוטרוס נ' עזבון אליאס, תק-מח 2000 (3) 30839 (2000) (להלן: פרשת בוטרוס); ע"א 177/62 תומא נ' מעלוף, פ"ד טז 2237 (1962) (להלן: פרשת תומא); ע"מ (מחוזי חי') 403/06 ע. ע. מ. נ' ה. ע. מ., תק-מח 2007 (1) 13975 (2007).
- 40 בשארה-עליון, לעיל ה"ש 1, פס' ח לפסק-דינו של השופט רובינשטיין; בשארה-מחוזי, לעיל ה"ש 3, פס' 8 לפסק-דינו של השופט ג'רג'ורה.
- 41 בשארה-מחוזי, לעיל ה"ש 3, פס' 8 לפסק-דינו של השופט ג'רג'ורה.
- 42 בשארה-עליון, לעיל ה"ש 1, פס' ח (6) לפסק-דינו של השופט רובינשטיין.
- 43 שם.

ערכאות אזרחיות, הן מתקופת המנדט⁴⁴ והן מהשנים האחרונות.⁴⁵ כאשר נתקלנו בויתור דיר של בנים לטובת אחיותיהם, התברר כי הוא נעשה אגב ניסיון (שלא צלח) לפנות מן המקרקעין יהודים שרכשו קרקע סמוכה מן הבנים.⁴⁶ תהליך הסדר הזכויות במקרקעין, אשר אילץ בעלי זכויות לתבוע אותן במפורש, הציב בנות ערביות רבות בפני הצורך לבחור

44 להלן דוגמות אחדות למקרים מתקופת המנדט שבהם נזכרה בפסיקה – כממצא עובדתי של בית-המשפט – הסתלקותן של בנות מעזבון אביהן לטובת אחיהן או גברים אחרים בני משפחתן האגנטית (לאחר כל מראה-מקום מופיע בסוגריים מיקום הקרקעות שבנידון; להסבר על שיטת איתורן של הדוגמות ראו להלן ה"ש 115): 2 [1941] El Haj v. Hamuda, S.C.J. 537, 538 (שפרעם) (להלן: פרשת אל-חאג'); [1941] Abu el Inein v. Abu el Inein, 2 S.C.J. 467 (באשית, נפת עזה) (להלן: פרשת אבו אל-עיניין); [1942] Ed Dasuqi v. Ed Dasuki, 2 S.C.J. 416 (פרדסיה, נפת טול כרם) (להלן: פרשת דסוקי).

45 להלן דוגמות אחדות למקרים מתקופת המדינה, רובם מהשנים האחרונות, שבהם נזכרה בפסיקה – כממצא עובדתי של בית-המשפט – הסתלקותן של בנות מעזבון אביהן לטובת אחיהן או גברים אחרים בני משפחתן האגנטית (לאחר כל מראה-מקום מופיעים בסוגריים מיקום הקרקעות שבנידון ושנת הוויתור(ים) של האחיות, ככל שניתן לעמוד עליהם מתוך פסק-הדין; להסבר על שיטת איתורן של הדוגמות ראו להלן ה"ש 120): פרשת תומא, לעיל ה"ש 39, בעמ' 2240 (סכנין, 1935); פרשת בוטרוס, לעיל ה"ש 39 (מעיליא, תקופת המנדט, 1994 ו-1997); ת"א (מחוזי נצ') 1096/04 עזבון קאסם נ' האפורטרופוס לנכסי נפקדים, תק-מח 2005 (3) 2344 (2005) (גוש חלב, 1949) (להלן: פרשת קאסם); תמ"ש (משפחה י-ם) 12300/06 ק.ע. נ' ק' ח', תק-מש 2007 (2) 454 (2007) (ירושלים, 1950 ו-2004) (להלן: פרשת ק.ע.); ה"פ (מחוזי חי') 277/04 אסדי נ' עזבון בכרי, תק-מח 2007 (3) 5349, 5351 (2007) (בענה, 1954); ת"א (מחוזי נצ') 702/03 חדר נ' חדר, תק-מח 2004 (4) 4768 (2004) (סולם, 1956 ו-2003) (להלן: פרשת חדר); פרשת טנוס, לעיל ה"ש 39 (צפון הארץ, 1964 ו-1996); פרשת ע.ע.מ, לעיל ה"ש 39 (צפון הארץ, 1976) (להלן: פרשת ע.ע.מ.); ה"פ (מחוזי נצ') 206/02 קנאזע נ' קנאזע, תק-מח 2004 (2) 520 (2004) (הגליל, לפני 1988); פרשת בשארה, לעיל ה"ש 1 ו-3 (כפר מכר, 1988); ת"א (מחוזי י-ם) 1544/99 רם נ' ציאם, תק-מח 2009 (3) 2802, פס' 1 (2009) (סילוואן, 1995) (להלן: פרשת ציאם); בש"א (מחוזי חי') 3426/04 עזבון מחאמיד נ' זהידה (אגבאריה) מחאמיד, תק-מח 2004 (4) 10058 (2004) (מחוז חיפה, 2004) (להלן: פרשת מחאמיד); ע"א 4415/90 מדינת ישראל נ' עזבון בכר, פ"ד מו(5) 200, 201 (1992) (טמרה, 1942); ת"א (מחוזי ת"א) 2223/98 מנסור נ' מנסור, תק-מח 2005 (2) 5522 (2005) (אזור המרכז, 1981); ב"ל (מחוזי נצ') 2868/03 אבו ראס נ' המוסד לביטוח לאומי, תק-עב 2005 (3) 4029 (2005) (צפון הארץ, 2003); ע"א 471/74 חטיב נ' חטיב, פ"ד ל(3) 655 (1976) (כפר שעב, 1962) (להלן: פרשת חטיב).

46 ת"א (מחוזי י-ם) 1766/98 מנצור נ' כהן-רהב, תק-מח 2003 (1) 39852, פס' 3 (2003). התובעת תבעה את פינויו של נתבע יהודי מחלקת מקרקעין בכפר בידו. אביה המנוח נפטר בשנת 1957, והתובעת טענה כי אחיה ויתרו על החלקה לטובתה ולטובת שתי אחיותיה. צו ירושה שרעי שביטא ויתור זה הוצא בשנת 1995. הנתבע רכש חלקות סמוכות (ככל הנראה מהאחים) ופלש לחלקה שבמחלוקת. בית-המשפט קבע כי האחיות התובעות היא אכן הבעלים של אחת החלקות במקום, אך אין זו החלקה שבה נמצא הפולש היהודי.

בין תביעת זכויותיהן לבין ויתור עליהן.⁴⁷ העדויות הקיימות מראות כי תהליך ההסדר הביא לידי הסתלקותן של נשים ערביות רבות מזכויותיהן במקרקעין, וכי אך מעטות מהן פנו לבתי-המשפט כדי לנסות להתנער מהסתלקותן.⁴⁸ גם אם היקף התופעה אכן מצטמצם בהדרגה, כפי שהניחו השופטים ג'רג'ורה ורובינשטיין, הממצאים שלעיל מבהירים כי היא משקפת עדיין את התנהלותן של נשים לא-מעטות במגזר הערבי בישראל.

ג. ההצדקות לתופעת הוויתור וביקורתן

חלקה המוקטן, על-פי השריעה, של הבת בירושת אביה אינו נתפס בעיני חכמי השריעה ובעיניהם של חלק מחוקריה כפגיעה בשוויון הבינ-מגדרי, אלא כחלק מהסדר חברתי רחב יותר של זכויות וחובות הדדיות. במסגרת הסדר זה, נכסי המקרקעין המשפחתיים נשמרים אומנם בידי המשפחה הפטרייליניאלית, ובדרך-כלל בידי הגברים, אך במקביל הגברים נושאים בחובת דאגה כלכלית וחברתית לבנות המשפחה, בעוד הנשים נהנות מתחליפים רכושיים לקרקעות שעליהן ויתרו, כגון נדוניות, תמיכה כלכלית ישירה או מתנות.⁴⁹ ברוח זו נטען עוד כי על חלקן של הבנות בירושת ההורים יש להוסיף את ה"רווח" שלהן מהתמיכה הכלכלית שבה יזכו מבני-זוגן, בעוד מחלקם של הבנים בירושת ההורים יש להפחית את ה"עלות" של קיום חובותיהם כלפי נשותיהם וכלפי אחיותיהם שטרם נישאו.⁵⁰ נקודת-המבט של הפמיניזם האסלאמי מוכנה לקבל את ההסבר בדבר שיווי-המשקל הנוצר בין הפגיעה הרכושית בנשים לבין האחריות הכלכלית של הגבר לאשתו ולאחיותיו, אך מבקשת להדגיש כי חלוקת התפקידים המסורתית בין המגדרים – ולא עצם ההבדל במין ובמגדר – היא העומדת מאחורי חלוקת הירושה הקוגנטית שבשריעה.⁵¹

47 חיים זנדברג הסדר זכויות במקרקעין בארץ-ישראל ובמדינת ישראל 209 (2000). הסדר הזכויות הוא תהליך של בדיקת הזכויות במקרקעין לשם רישומן במרשם הזכויות (טאבו). הבריטים החלו בו בשנת 1928, והוא כמעט הושלם.

48 מסקנה זו מתיישבת עם המיעוט היחסי של פסיקה אורחית בתיקי הסדר שעסקה בסוגיית הוויתור. ליש מעיד, מפי ד"ר י' טרטקובר, שעימו שוחח ביוני 1969, כי במסגרת הליך ההסדר היו מאות מקרים של ויתור על זכויות בעיזבון, וחלקן של הנשים בהם בולט. ראו ליש, לעיל ה"ש 25, בעמ' 373, ה"ש 3.

49 Lim & Sait, לעיל ה"ש 25, בעמ' 248; JOHN L. ESPOSITO, WOMEN IN MUSLIM FAMILY; 248 (1982); LAMIA RUSTUM SHEHADEH, THE IDEA OF WOMEN IN FUNDAMENTALIST ISLAM 200 (2003) (המפרטת את גישתו של השיח' השיעי החשוב חוסיין פרלאלה). הנדוניה משתלמת אומנם למשפחת בעלה של הבת או לבעלה עצמו, ולא לירייה שלה, אך מדובר בכל-זאת בהקצאה של רכוש מאוצר המשפחה ובהעברתו למשפחתה החדשה של הבת ולבית-אב אחר.

50 ASHGAR ALI ENGINEER, THE RIGHTS OF WOMEN IN ;57, 51, בעמ' 30, לעיל ה"ש 30, Moors, לעיל ה"ש 30, 51, 57, ISLAM 71–73 (New York, St. Martin's Press 1992); Zainab Chaudhry, *The Myth of Misogyny: A Reanalysis of Women's Inheritance in Islamic Law*, 61 ALB. L. REV. 511, 542–44 (1997).

51 וארוד מציינת כי חלקה המוקטן של האחות בירושה מהווה ביטוי לאחריות הרבה יותר המוטלת על הגבר, אך אין להסיק מכך כי התפיסה החברתית של האסלאם רואה את הגבר כעליון על

מכאן קצרה הדרך למסקנה כי שינוי חלוקת התפקידים הבין-מגדרית בזמננו מצדיק את שינוי חלוקת הירושה לטובת הנשים, וכי שינוי כזה אף ישקף יישום מעודכן של "רוח הקוראן".⁵² דוברי הפמיניזם האסלאמי מציעים טכניקות שונות להגדלת המנה המוקצית לבנות מבלי לשנות את הבסיס השרעי הקוגנטי, כגון שימוש בכוחו של המוריש האסלאמי לצוות עד שליש מעזבונו כדי להגדיל את נתחיהן של בנות לא-נשואות.⁵³ מאידך גיסא, יש המפיקים משינויי העיתים מסקנה הפוכה, שלפיה במציאות שבה נשים מחזיקות בנכסים משל עצמן, גם החלק הקוגנטי המוקצה להן בנכסי המשפחה הפטריילינאלית מוגזם, ויש למצוא דרכים לצמצמו.⁵⁴

מקל וחומר, תופעת הוויתור הנשי המוחלט על כל חלק שהוא בירושה משקפת מבנה חברתי פטריארכלי, שבמסגרתו אין הבת יכולה לשרוד ללא עזרת קרוביה הגברים. התופעה אינה מתיישבת עם עקרונות השוויון הבין-מגדרי.⁵⁵ התופעה קיימת, כאמור, גם בקרב קבוצות חברתיות שהאסלאם אינו דתן, והיא חותרת תחת כוונתו של הדין המוסלמי לשריין

-
- האישה: "The assumption of male superiority produced by culture and circumstantial convenience is not essential to 'Islam'". AMINA WADUD, *INSIDE THE GENDER JIHAD: WOMEN'S REFORM IN ISLAM* 37 (2006).
- 52 "[I]f men do not discharge their economic responsibility, or women contribute equally to family income, then women must get an equal share in inheritance" לעיל ה"ש 21, בעמ' 228, 55. ראו גם ESPOSITO, לעיל ה"ש 49, בעמ' 48; Chaudhry, לעיל ה"ש 50, בעמ' 544.
- 53 ENGINEER, לעיל ה"ש 50, בעמ' 74; ESPOSITO, לעיל ה"ש 49, בעמ' 45-46; Chaudhry, לעיל ה"ש 50, בעמ' 548. לפי השריעה, ניתן לצוות רק שליש מן העיזבון, ואסור לצוותו לאחד מ"היורשים הקוראניים", כגון הבנות, אשר יורשות על-פי דין נתח קבוע מיתרת העיזבון. עם זאת, רפורמות מודרניות במשפטן האזרחי של מדינות מוסלמיות שונות מאפשרות שימוש בחופש הציווי השרעי המוגבל גם כדי לצרף לנתח העיזבון שאדם אמור לרשת על-פי הדין השרעי נתח מתוך השליש המותר לציווי (אך לא כדי להפחית מן המגיע לאדם אחר על-פי הדין השרעי). ראו Edge, לעיל ה"ש 24, בעמ' 461. גם ליש גילה כי באותם מקרים נדירים (עד ראשית שנות השבעים) שבהם נעשה שימוש בצוואות לפני בתי-הדין השרעיים בישראל, הוא נעשה בדרך-כלל לטובת האישה או ביוזמתה. ראו ליש, לעיל ה"ש 25, בעמ' 359-360.
- 54 Edge, לעיל ה"ש 24, בעמ' 461-460.
- 55 עקרונות אלה מעוגנים בישראל בחוק שיווי זכויות האשה, התשי"א-1951. ס' 1א(א) לחוק זה קובע כי "כל הוראת חוק המפלה לרעה את האשה, באשר היא אשה, לכל פעולה משפטית – אין נוהגים לפיה". במישור הבין-לאומי הם מעוגנים, בין היתר, באמנה בדבר ביטול אפליה נגד נשים לצורותיה, כ"א 31, 181 (נעשתה ב-1979) (נכנסה לתוקף לגבי ישראל ב-1991). לפי ס' 5 לאמנה זו, המדינות החתומות עליה נדרשות לפעול למיגורם של מנהגים ופרקטיקות המבוססים על הרעיון בדבר נחיתות האישה. המשפט הבין-לאומי מעדיף את עקרון שיווי זכויות האישה על ההגנות הניתנות לרבות ולתרבויות מסורתיות. ראו: Frances Raday, *Culture, Religion and Gender*, 1 INT. J. CONST. L. 663, 678-79 (2003). יש לציין כי הרוח שהגישה ישראל בשנת 1997 לוועדת האו"ם למניעת הפליה נגד נשים מתעלם מקיומה של תופעת הוויתור: Committee on the Elimination of Discrimination Against Women [CEDAW], Initial and Second Periodic Reports of States Parties – Israel,

לבת חלק בירושה. גישות של פמיניזם אסלאמי מבקרות את תופעת הוויתור ומייחסות אותה לרובד נורמטיבי מנהגי הנפוץ בחברות מוסלמיות, ולא לתכניה של דת האסלאם.⁵⁶ התנגדות למנהג הוויתור משום היותו נוגד את השריעה ניתן למצוא גם בקרב טהרני האסלאם בפקיסטן,⁵⁷ כמו גם בפסיקתם של בתי-משפט שרעיים באינדונזיה.⁵⁸ ברשות הפלשתינית אף הוצע בשנות התשעים של המאה הקודמת להתקין תקנות האוסרות ויתור כזה.⁵⁹

CEDAW/C/ISR/1-2 (April 8, 1997), available at unispal.un.org/UNISPAL.NSF/0/43.2AB8851757586585256AE900513EC6

LYNN WELCHMAN, BEYOND THE CODE: MUSLIM ;74 בעמ' 50, לעיל ה"ש 50, ENGINEER 56 FAMILY LAW AND THE SHARI'A JUDICIARY IN THE PALESTINIAN WEST BANK 367, at note 40 (2000).

בשנת 2005, כאשר ביקשה הממשלה המחוזית של מחוז הספר הצפון-מערבי (North-West Frontier Province) של פקיסטן – אשר נשלטה בשנים 2002–2008 על-ידי מוט'הידה מַג'לִיס־אֶמָל (קואליציה של שש תנועות אסלאמיסטיות) – ליצור בחוק קבוצה חדשה של עובדי-ציבור שימלאו את התפקיד האסלאמי הקלסי של המוֹחַתֶּסִיבִין, המפקחים על המוסר האסלאמי, הוסמכו אלה, בין היתר: "to eliminate un-Islamic traditions, which affect the rights of women, particularly... remove the tendency of depriving them of their right of inheritance..." of. ראו: (2005) (North-West Frontier Province Hisba Act § 23(xviii)) (Pakistan). בניגוד לסעיפים אחרים של חוק שנוי במחלוקת זה, ס"ק 23(xviii) לא הוכרו כנוגד את חוקת הפדרציה הפקיסטנית בפסק-דינו של בית-המשפט העליון של פקיסטן. ראו: Reference No. 2 by the President of Pakistan 2005, PLD 2005 SC 873. לדין כללי בנסינותיהם של גורמים במוט'הידה מַג'לִיס־אֶמָל להגן, לתפיסתם, על זכויות האישה על-פי האסלאם ולהיאבק בהפרתן, ראו Weiss, לעיל ה"ש 28, בעמ' 145. לדין במושג "מוֹחַתֶּסִיב" באסלאם הקלסי ראו: C. Cahen, M. Talbi et al., "Hisba", in VII ENCYCLOPEDIA OF ISLAM: 478 (P. Bearman et al. eds., 2nd ed. 2006).

בעוד שבשנות השישים של המאה הקודמת נטו בתי-משפט אלה לאשר בדרך-כלל הסכמים שבהם ויתרו בנות על ירושתן לטובת אחיהן, בשנות השמונים והתשעים ניכרה נכונותם לקבל טענות בדבר לחץ לא-ראוי שהופעל על הבנות, ולחלק את ירושת האב לפי כללי הדין המוסלמי על-אף ויתור בכתב שנחתם תחת לחץ כאמור. אחדים מהשופטים בבתי-משפט אלה אף נטו להניח שוויתורן של הבנות על חלקיהן השרעיים בירושה לא היה יכול לנבוע אלא מלחץ לא-ראוי, וזאת אף מבלי שהוכח לפנייהם לחץ כזה. ראו Bowen, לעיל ה"ש 28, בעמ' 106 (לפסיקה משנות השישים), 121–122 (לפסיקה משנות התשעים).

מדובר ב-Model Parliament for Family Law Reform (1997–1998). ראו WELCHMAN, לעיל ה"ש 56, בעמ' 366, וכן: Nahda Yunis Shehada, *The Model Parliament for Family Law Reform: A Significant Step towards Linking Women's Issues with National Concerns*, in WARNING SIGNS OF FUNDAMENTALISMS 135, 136 (2004), available at www.wluml.org/sites/wluml.org/files/import/english/pubs/pdf/wsf/16.pdf. עם זאת, שחאדה מפקפת ביכולתן של גישות פמיניסטיות אסלאמיות לזכות בלגיטימציה מן הממסד המוסלמי הדתי הגברי. ראו שם, בעמ' 138.

כפי שנראה, חלק מהנימוקים שהוצגו לעיל, המובאים להצדקת חלקה המוקטן של הבת לפי דין הירושה המוסלמי, מובאים גם להצדקת תופעת הוויתור המוחלט:
ראשית, נטען כי אין זה ראוי שהבנות יקבלו חלק בנכסי המשפחה, משום שעם נישואיהן הן ייהנו מתמיכתו הכלכלית של הבעל, המעוגנת בחובה דתית וחברתית.⁶⁰ הבנים, לעומת זאת, יזדקקו לרכוש המשפחה כדי לשאת בחובותיהם כלפי בני משפחתם ובנותיה.⁶¹ טענה זו מבטאת את האתוס המשפחתי החזק בחברה הערבית, שאחד מביטוייו הוא תפיסת הבעלות ברכוש כבעלות משפחתית משותפת: כל בית-אב מבקש לשמור על רכושו בידי ולמנוע את זליגתו למשפחות אחרות. ויתורה של הבת על חלקה בירושה נועד למנוע את זליגתם של חלקיה בנכסי המשפחה הפטרילינאלית לידי משפחת בעלה. טיעון זה רלוונטי במיוחד לנכסים בעלי אופי כפרי, כגון קרקע חקלאית משותפת, אשר ניצולם אכן מתחלק לפי מפתח משפחתי, ויש קושי כלכלי ומעשי בפיצולם.⁶² ניתן למצוא דפוסים כאלה של ניצול מקרקעין גם באזורי מגורים בערים ובכפרים ערביים בישראל, אשר ממשיכים להתנהל תוך שמירה על הפרדה חמולתית.⁶³ הלחץ לשמירת הטריטוריה המשפחתית מתעצם עם לדול נכסי המשפחה עקב הפקעות לצורכי ציבור.⁶⁴

60 הדין השרעי מחייב את הבעל לדאוג לאשתו אף אם היא בעלת נכסים. חובה זו מובאת כהסבר לחלקה המופחת בירושת אביה. ראו ENGINEER, לעיל ה"ש 50, בעמ' 71.

61 ראו את האסמכתות לעיל בה"ש 50.

62 Carroll McC. Pastner, *Access to Property and the Status of Women in Islam*, in WOMEN IN CONTEMPORARY MUSLIM SOCIETIES 146, 152 (1980).

63 הגיאוגרף ראסם חמאסי מציין כי "בהתאם למסורת, קרקע פרטית מתחלקת כאמור בין צאצאי המשפחה, כך שבת מקבלת מחצית מחלקו של הבן. תהליך זה גורם לקיטוע בנחלת ההורים באופן אופקי ומחזורי ומצמצם את שטח הקרקע הממוצע לנפש, וזאת באוכלוסייה שהולכת וגדלה. על כן במשק בית בעל חלקה קטנה לא תישאר קרקע לבנייה לדור השלישי..." ראסם חמאסי בין מנהגים לחוקים: תכנון וניהול הקרקע ביישובים הערביים בישראל 28 (2007). לכן הוא מברך על כך שלאחרונה "ניכרת נכונות של בני משפחה לוותר על חלקם בקרקע לטובת קרוביהם, בתמורה או ללא תמורה. תהליך פנים-משפחתי זה מצמצם את קיטוע הקרקע בתהליך הירושה שמנע ועודנו מונע ניצול יעיל של השטח לבנייה". שם, בעמ' 29.

64 חמאסי טוען להשפעה משולבת של תהליך ההפקעות, מחד גיסא, ושל מנהגי הירושה, מאידך גיסא, על בעיית הקרקעות בכפר הערבי. כך, למשל, הוא טוען כי "מאז 1948, תהליך הפקעת הקרקעות בבעלות ערבית פרטית לרשות מדינת ישראל גרם לעיוות ולשיבוש של תפוסת דגם הבעלות על הקרקע... במקביל להחלטות הפוליטיות והמנהליות החיצוניות שכללו הפקעת קרקעות... בלטה השפעתו של גורם פנים-תרבותי – תהליך הירושה – על שינוי תפוסת הבעלות הפרטית על הקרקע... צירופים של מנהגים וחוקים הם שיצרו את מפת חלוקת הקרקע בין בעלים פרטיים למדינה". חמאסי, שם, בעמ' 20. ראו גם MOORS, לעיל ה"ש 30, בעמ' 54; סמר ח'מיס "קיפוח כפול: מעמד האשה הערבייה כפרט בקהילה וכחלק מהקולקטיב הלאומי הלוחם על זכויותיו" גיליון עדאלה האלקטרוני 20 (2005) www.adalah.org/newsletter/heb/nov05/ar2.pdf. לחשד כי טענות בדבר ויתור של בנות נפקדות נועדו למלט את נכסיהן מידי של האפוטרופוס לנכסי נפקדים ראו פרשת קאסם, לעיל ה"ש 45, פס' 60 ("...שמא נעשה המסמך עובר למותו, ערב יציאתן של השתיים את הארץ, על מנת שהקרקע לא תגיע לידי 'הכובש'").

קשה יותר להבין טענה כזו לעניין נכסים הנתונים לניצול כלכלי גרידא ואשר אינם נתפסים כטריטוריה משפחתית הנשמרת לדורות.⁶⁵ זאת ועוד, ביסוד הטענה בדבר הצורך לשמר את מבנה הבעלויות האופייני ליישובים ערביים עומדת גישה לא־שוויונית למעמד הנשים בחברה, המבוססת על הנחת תלותן הטבועה בגברים. יישומה בפועל של גישה זו על־ידי אי־הקצאת חלקים במקרקעי המשפחה לבנות מצמצם מאוד את החופש הכלכלי שלהן לנהל אורח חיים שאינו הולם את ההנחה האמורה. גם מנקודת־מבטם של הדוגלים בגישה זו, קשה להסביר את ויתוריהן של נשים פנויות – בוגרות שאינן נשואות וכן גרושות ואלמנות – על חלקים בירושה הנופלים לידיהן במהלך תקופות חיים אלה.⁶⁶ יש אכן ראיות לכך שהנטייה לוותר על הירושה ברורה יותר אצל בנות צעירות המצפות להתחתן או אצל בנות בראשית נישואיהן, ואילו עמידה על זכות הירושה וכן התנערות מאוחרת מוויתור קודם עליה ניתן לזהות בעיקר אצל בנות נשואות מבוגרות, אצל בנות שלא נישאו ואצל גרושות ואלמנות.⁶⁷ את ההנחה כי בנות מוכנות לאמץ אורח חיים של תלות בבני־זוגן ולוותר על הרכוש הנופל לידיהן בירושה מהוריהן יש לקבל, אם כן, כחשד רב, במיוחד כאשר מדובר בנשים פנויות ובנשים נשואות מבוגרות.

שנית, נטען כי ויתורן של הבנות על ירושתן לטובת אחיהן נעוץ במערכת היחסים המיוחדת המאפיינת אחים ואחיות בחברה הערבית, על מגזריה השונים, שלפיה האחים מחויבים במתן הגנה ותמיכה כלכלית וחברתית לאחיותיהם.⁶⁸ חובה זו אינה פגה עם נישואי האחיות, ונתפסת כמשקפת מערכת יחסים של אהבה נאצלת, ללא תשוקה, העולה בעוצמתה על יחסי האחיות עם בן־זוגה.⁶⁹ ויתורה של הבת על ירושתה נחשב חלק מ"עסקת חבילה" כוללת שלפיה בתמורה לויתור הבת זוכה בתמיכת האח ובהגנתו.⁷⁰ זאת ועוד, הבנים רואים את עצמם כראויים להחזיק במכלול נכסי משפחתם כתמורה על העבודה

65 מורס מצביעה על ויתור גם על דירות מגורים בעיר שכם. ראו Moors, לעיל ה"ש 30, בעמ' 56-55.

66 אנגיניר קובע כי אין הצדקה לחלקה המופחת של הבת בירושה אם היא אינה נישאת. הוא רואה במקרה זה תופעה חריגה ולא־נורמלית, ומציין כי "laws are made for normal cases". ראו ENGINEER, לעיל ה"ש 50, בעמ' 73.

67 ליש מצא כי רוב הנשים שיומו בתקופה שאותה חקר בקשות לצו ירושה בבית־דין שרעי, ואשר לא היו בנות יחידות, היו נשים נשואות ומבוגרות. ראו ליש, לעיל ה"ש 25, בעמ' 340-342. גם מורס מספרת על ירושת שאזרה עוז לתבוע את חלקה רק עשרים שנה לאחר הוויתור. ראו Moors, לעיל ה"ש 30, בעמ' 58.

68 Joseph, לעיל ה"ש 38, בעמ' 63. אחריות זו מוזכרת במקורות האסלאם, שם היא מכונה "אחסאן", אולם המקורות חלוקים בשאלה אם מדובר בחובה דתית ומוסרית של ממש או רק בתיאור של מערכת היחסים הראויה בין אחים לאחיותיהם. ראו: HAMMUDA ABD AL ALI, THE FAMILY STRUCTURE IN ISLAM 209 (1977).

69 Joseph, לעיל ה"ש 38, בעמ' 53. ראו גם את אימוצה של עמדה זו ברוח של UN-HABITAT – ארגון האו"ם לדירור: Islamic United Nations Human Settlements Programme, *Islamic Inheritance Laws and Systems* (Islam, Land & Property Research Series, Paper 6, HS/792/05E, 2005).

70 Moors, לעיל ה"ש 30, בעמ' 53-51.

שהשקיעו בנכסים אלה.⁷¹ כך, באחת הפרשות שהגיעו לבתי-המשפט האזרחיים העיד בן כי "האבא נתן לנו את כל האדמות ואנחנו השקענו עליהם (כך במקור) הרבה כח ודם ומאמצים בהכשרת הקרקע, וזה לא בא לנו בקלות ו...הם (הבנות) עשו ויתור וזה לא משחק ילדים. אנחנו גם דאגנו לקיום האבא, אנחנו הבנים..."⁷². במקרה אחר העיד הבן אשר לטובתו ויתרה הבת כי הוא נאלץ לעבוד מגיל שתיים-עשרה לפרנסתן של אמו ואחיותיו (האב נתלה על-ידי האנגלים בשנת 1938), וכי "הבית שלה שקיים עכשיו זה בזכותי ולא בזכות אבא שלה ורודים שלה ואפילו לא בעלה"⁷³. בנות רבות אכן אסירות-תודה לאחיהן, כמתבקש וכמקובל על-פי התפיסות האמורות. כפי שעולה מנתונים שנזכרו לעיל וגם מעדויותיהן של בנות בבתי-המשפט, בנות רבות מכירות בקיומו של מנהג הוויתור כמובן מאליו, ומשתפות פעולה עם יישומו בשתיקה, בחתימה ואף באמצעות עדות בבתי-המשפט על ויתוריהן.⁷⁴

כנגד הצדקה זו נטען כי התפיסה הרומנטית של מערכת היחסים בין האח לאחות אינה אלא כלי להטמעת מנגנון השליטה הפטריארכלי בתודעותיהם של האח והאחות כאחד.⁷⁵ נטען כי הוויתור מנציח את אי-השוויון בין המגדרים, ומחליש את יכולתן של הבנות להיחלץ ממעמדן הנחות.⁷⁶ הניסיון מוכיח גם כי לא תמיד יש "כיסוי" למחויבותם של הבנים לתמוך באחיותיהם כאשר הם נדרשים למשה, ועובדה זו אכן מהווה לעיתים את המניע לניסיון של בנות להתנער מוויתוריהן על חלקיהן בירושה.⁷⁷ מעבר לכך, יש אירוניה

- 71 ומבטאים בכך הצדקה לוקיאנית קלסית למוסד הקניין הפרטי. ראו ג'ון לוק המסכת השנייה על הממשל המדיני פרק ה (מהדורה ג מצולמת, יוסף אור מתרגם, 1973).
- 72 פרשת פ.מ.ג., לעיל ה"ש 25, פס' 29.
- 73 פרשת ע.ע.מ., לעיל ה"ש 39, פס' 26 לפסק-דינו של השופט עמית.
- 74 בפרשת בוטרס, שעסקה כאמור במקרה של ויתור שהתרחש בקרב ערבים נוצרים, נכתב לגבי האחיות כי הן "אינן טוענות לזכות באדמות ומוסרות כי ויתור... על האדמות שהיו שייכות לאב והסכימו כי שני האחים יקבלו אותן משום המנהג הקיים במשפחה ובעדה לפיו הבנים מקבלים את אדמות האב". פרשת בוטרס, לעיל ה"ש 39, פס' 11. בפרשת חדר התגלע סכסוך בין האחים שלטובתם נעשה הוויתור, ואחת האחיות נחלצה להעיד על ויתורה לטובת אחד האחים (אם כי בית-המשפט לא נתן אמון רב בעדות זו). פרשת חדר, לעיל ה"ש 45, פס' 17.
- 75 Joseph, לעיל ה"ש 38, בעמ' 52, 66-67.
- 76 ראו: Henry Rosenfeld, *Change, Barriers to Change, and Contradictions in the Arab Village Family*, 70 AM. ANTHROPOLOGICAL 732, 745 (1968). זה אחד מממצאיה הבולטים של מורס לגבי רוב הנשים שחקרה. ראו MOORS, לעיל ה"ש 30, בעמ' 55-58.
- 77 Lim & Sait, לעיל ה"ש 25, בעמ' 258. רוזנפלד טען כי העובדה שבגברים ערבים רבים עובדים כיום מחוץ לכפר גורמת לכך שמחויבויותיהם המסורתיות כלפי אחיותיהם נתפסות על-ידיהם כמכבידות יותר מכפי שנתפסו בעבר, כאשר האחים ואחיותיהם הפנויות עסקו יחדיו בתפעול אותו משק-בית, וממריצה את האחיות – אשר נותרות בדרך-כלל, בניגוד לאחיהן, צמודות לכפר – לתבוע את חלקיהן בירושה. Rosenfeld, לעיל ה"ש 76, בעמ' 745. אנג'ליניר תולה את תופעת הוויתור בהתפשטות האסלאם מהחברה העירונית שאפיינה את חצי-האי ערב בראשית ימי האסלאם אל חברות כפריות שהתאפיינו במסורת מושרשת של הפליית נשים. ראו ENGINEER, לעיל ה"ש 50, בעמ' 74-75.

בכך שההצדקה האסלאמית לחלקן המוקטן של הבנות בירושה מבוססת על חובת בעליהן ואחיהן לראוג להן, ואילו ויתורן גם על חלק מוקטן זה מוצדק אף הוא על רקע חובה זו.⁷⁸ שלישית, במקרים מסוימים הוויתור "מוצדק" על-ידי קיומה של תמורה ספציפית – מעין פיצוי בכסף או במיטלטלין. אולם גם אם אי-אפשר להוציא מכלל אפשרות שקיימים מקרים של תמורה הוגנת, בדרך-כלל ערכם של כספים ומיטלטלין העוברים בירושה נופל מערכם של נכסי מקרקעין.⁷⁹ מעבר לכך, הוויתור אינו מותנה, כבררך שגרה במתן תמורה, ולעיתים קרובות הוא נעשה ללא תמורה או בתמורה זניחה או מדומה.⁸⁰

דביעית, יש הטוענים כי דבקותן של בנות במנהג הוויתור אינה אלא בחירה שלהן – חופשית, ולא כפויה – במבנה החברתי המוכתב על-ידי סביבתן החברתית. מנקודת-מבט זו, תפיסת הוויתור כמבטא הפליה או כתוצאת כפייה אינה אלא ניסיון מערבי לכפות על "האחר" הלא-מערבי תפיסות שוויון שנוצרו בסביבה מערבית.⁸¹ כנגד זאת ניתן לטעון כי גם כאשר הוויתור נעשה בהסכמה, או לפחות תוך הפגנת גילויים חיצוניים של הסכמה, ספק אם הרקע החברתי והסביבתי מותיר לאחיות בררה של ממש להתנגד לו, שכן מחירה של עמידה על זכותן לרשת יהיה גבוה, ולעיתים קרובות גבוה מנשוא. אין בכוננתנו לומר כי ויתורים נשיים על חלק בירושה הם תמיד פרי כפייה,⁸² אך יש להבינם על רקע הסביבה החברתית-התרבותית שממנה הם נובעים. הבנות אינן רוצות להוציא את עצמן אל מחוץ לגדר ולהיות מוקעות ממשפחתן, מסביבתן ומקרב הקבוצה האתנית והלאומית שהן משתייכות לה.⁸³ הן חוששות מהעוינות שהן ייחשפו לה אם יסרבו לוותר, מהקושי הפיזי והכלכלי הצפוי להן ככל שסירובן יביא לידי ירידה בנכונותם של אחיהן לסייע להן אם ייוותרו בלא בן-זוג, ואף מפגיעה במעמדן כלפי בני-זוגן כתוצאה מהירידות היחסים עם האחים.⁸⁴ כפי שטען בורדייה (Bourdieu), גם כאשר לא מופעל כוח ממש, וגם בהעדר איום

78 Lim & Sait, לעיל ה"ש 25, בעמ' 255.

79 שם, בעמ' 257-258.

80 פסטנר מספרת כי בתיקים משפטיים בפקיסטן שבהם אחיות תובעות את חלקיהן, האחים טוענים לעיתים קרובות כי האחיות קיבלו את חלקיהן בדרך של נדוניה (dowry), לעיל ה"ש 62, בעמ' 157, ה"ש 8. כמו-כן היא מפנה למחקרו האנתרופולוגי של רוזנפלד (לעיל ה"ש 76), המציג את התופעה של מתן מתנות לבנות ולאחיות באירועים משפחתיים כצורה של פיצוי בלתי-מודע על נטילת חלקיהן בירושה. Pastner, שם, בעמ' 158, 160.

81 Lim & Sait, לעיל ה"ש 25, בעמ' 243.

82 אם כי יש דוגמות גם לויתור המושג אגב איומים ממש. כך, למשל, בפרשת טנוס נידון מקרה שבו כפו אחים על אחותם, ערב חתונתה, לוותר על חלקה בעזבון אביהם, תוך איום בביטול חתונתה. ראו פרשת טנוס, לעיל ה"ש 39, פס' 8-9. סונבול טוענת כי ירדנים רבים מאמינים כי יש קשר בין המקרים הלא-מעטים שבהם רצחו אחים את אחיותיהם בשל חילול "כבוד המשפחה" לבין רצון האחים לזכות בחלקיהן של האחיות בירושת אביהן. ראו: AMIRA EL-AZHARY SONBOL, WOMEN OF JORDAN: ISLAM, LABOR & THE LAW 190 (2003).

83 ח'מיס, לעיל ה"ש 64.

84 ליש מסכם, על-סמך שיחה עם השיח' מחמד חבישי מיום 9.5.1971, כי "כאשר האשה היא המוותרת לטובת אחיה או אביה מותר להניח כי עשתה זאת תחת לחץ ולא מתוך בחירה חופשית". ליש, לעיל ה"ש 25, בעמ' 356, הערה 2. מורס מציינת כי הימנעות מוויתור על

מפורש, הסכמה נשית לדפוס הארגון החברתיים המשקפים עליונות גברית עשויה לשקף אלימות סמלית, אשר התרבות מטביעה הן בשולטים והן בנשלטים.⁸⁵ לדעת בורדייה, דפוסי תרבות טבועים כאלה הם אחד ההסברים לשרידותם של דפוסי שארות המשקפים יחסי כוח לא-שוויוניים.⁸⁶ העובדה שנשים מפנימות את הקודים הפוגעים בהן ואף מזדהות עימם מולידה במקרים רבים את הסכמתן החופשית-לכאורה לוותר על חלקיהן/בעזבון ההורים.⁸⁷

ד. התמודדותם של בתי-המשפט האזרחיים בישראל עם תופעת הוויתור

1. בית-המשפט כזירה לשינוי חברתי

האם בתי-המשפט המדינתיים מסוגלים להיחלץ באופן מועיל לעזרתן של נשים הסובלות ממצאיאות חברתית מפלה? האם פסקי-דינם יכולים לתרום לשינוי תפיסות-העולם המגדריות העומדות ביסוד תופעות כגון תופעת הוויתור? שאלת הרלוונטיות של הפורום השיפוטי בכלל, ושל הפורום השיפוטי האזרחי בפרט, ליצירת שינוי בפרקטיקות חברתיות דכאניות אינה מיוחדת לסוגיה דנן, ומשפטנים נחלקים בה בהקשרים שונים. הספקות באשר להתאמתו של בית-המשפט כזירה ליצירת שינוי חברתי נעוצים הן בשאלה אם בית-המשפט הוא הגורם שראוי כי יכריע בסוגיות הנתונות במחלוקת חברתית, והן בשאלה אם בית-המשפט – אשר דן, זעיר פה זעיר שם, בסכסוכים קונקרטיים בין פרטים – מסוגל לתרום תרומה משמעותית לשינוי חברתי. יש גם החוששים כי פסיקה פטרנליסטית, שתרכך את תוצאותיה הקשות של הפליית הנשים, עלולה להביא בסופו של יום לידי קיבועה של המציאות החברתית המפלה שמחוץ לבתי-המשפט, ולשדר מסרים בעייתיים בדבר חולשתן של הנשים, הנזקקות לפטרנליזם שיפוטי מעין זה.⁸⁸ חשש אחרון זה נראה לנו אך תירוץ לאי-עשייה – בהינתן מציאות חברתית מפלה, אין זה ראוי, לדעתנו, שרשויות שלטון שבכוחן למתן מציאות זו ולו במעט (כגון בתי-המשפט, וכפי שנראה, לא רק הם) יימנעו מכך וימתינו להיעלמותה הספונטנית.

ירושה עלולה להיות, מבחינתן של אחיות, "a risky thing to do". ראו Moors, לעיל ה"ש 30, בעמ' 55. לים וקצית מסכמים: "Yet, there remains the possibility of lack of full information to the woman, coercion of family/social pressure and lack of compensation in any meaningful way. The net effect could be that the woman is dispossessed of her mandatory inheritance rights". ראו Lim & Sait, לעיל ה"ש 25, בעמ' 257.

85 פייר בורדייה השליטה הגברית 63 (ז'יזל ספירו עורכת, אבנר להב מתרגם, 2007).

86 שם, בעמ' 67, 125-126.

87 דוגמה קיצונית להפנמה כזאת היא השלמתן של נשים עם רציחתן על רקע כבוד המשפחה. ראו, למשל, תפ"ח (מחוזי י"ם) 837/05 מדינת ישראל נ' שקיראת, תק-מח 2006(4) 4501, פס' 8 (2006), שם הסכימו אחיות לשתף פעולה בתהליך רציחתן על-ידי שתיית חומצה לבקשת האח המוציא לפועל.

88 לטיעון כי גם כאשר בתי-המשפט מנסים להביא לידי שינוי חברתי על-ידי פסיקתם, מידת הצלחתם צנועה, ראו: Gerald N. Rosenberg, *The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?* (1993).

מכל מקום, גם אם נניח שבתי-המשפט הם זירה אפשרית ליצירת שינוי חברתי רצוי, ולו טיפין-טיפין, אין הם הזירה היחידה שבאמצעותה ניתן לעשות זאת. הם גם אינם בהכרח הזירה האפקטיבית ביותר לטיפול בתופעות של אי-צדק חברתי בכלל ובתופעת הוויתור בפרט. על הבעיות העיקריות הטמונות בשימוש בבתי-המשפט כזירה למאבק בתופעת הוויתור נעמוד בהרחבה בהמשך. העיקריות מביניהן הן שבתי-המשפט אינם מקבלים הזדמנויות לתיקון שיפוטי של מקרי ויתור בכפייה אלא לעיתים נדירות יחסית, ושהזדמנויות נדירות אלה נוטות להופיע רק שנים רבות לאחר התרחשותם של מקרי הוויתור.⁸⁹ איחור זה בהגעתם של מקרי הוויתור בכפייה לבתי-המשפט מעצים את הקשיים הדוקטרינריים שבמתן סעד שיפוטי לבנות המבקשות להתנער מוויתוריהן.⁹⁰

כאשר הוויתור מתרחש במסגרת מערכת המשפט האזרחית, מוגשות (כיום) הודעות על הסתלקות מחלק בעיזבון לרשם לענייני ירושה. הלה רשאי לתת בעצמו צו ירושה או צו קיום צוואה בהתאם להודעות (ולשאר הנתונים שלפניו), או להעביר את הבקשות שלפניו לדיון בבית-המשפט לענייני משפחה.⁹¹ היועץ המשפטי לממשלה, כמו-גם "כל מי שמעונין בדבר", מוסמכים להתערב בהליך המתקיים לפני הרשם או בית-המשפט, ובכלל זה גם להתנגד להודעות הסתלקות – למשל, בשל חשד כי הן ניתנו עקב כפייה.⁹² התערבות של היועץ המשפטי לממשלה או בא-כוחו בהליך הבקשה למתן צו ירושה או צו קיום צוואה היא אחד המקרים המנויים בחוק שבהם על הרשם להעביר את הדיון בבקשה לבית-המשפט.⁹³

ניתן לחשוב על דרכים שונות לשיפור הפיקוח על מקרי הסתלקות מחלק בעיזבון, במטרה לאתר ולמנוע מקרים של הסתלקות שלא מרצון. ניתן, עקרונית, לקבוע בחקיקה כי כל הסתלקות מחלק בעיזבון תיעשה לפני בית-משפט או בית-דין מוסמכים (להבדיל מהרשם לענייני ירושה), כי כניסת ההסתלקות לתוקפה תותנה באישורה על-ידיהם, וכי הללו לא יאשרו לפני שיוודאו כי ההסתלקות אכן כנה ונובעת מבחירה חופשית של המבקשת.⁹⁴ נראה, עם זאת, כי התניית אישורה של כל הודעת הסתלקות מן העיזבון בקיום דיון בבית-המשפט תוביל להקצאה לא-סבירה של משאבי מערכת השפיטה.⁹⁵

89 ראו לעיל ה"ש 67 והטקסט הסמוך לה, וכן להלן תת-פרק 3ד, ובפרט ה"ש 123 והטקסט הסמוך לה.

90 לדיון בקשיים הדוקטרינריים ראו להלן פרק ו.

91 ס' 6, 66 ו-67א לחוק הירושה, התשכ"ה-1965 (להלן: חוק הירושה), ותק' 16 לתקנות הירושה, התשנ"ח-1998. ס' 67א לחוק הירושה קובע כי "...בקשה לצו ירושה או לצו קיום שהוגשה לרשם לענייני ירושה תועבר לבית המשפט בכל אחד מאלה: ... (8) הרשם לענייני ירושה ראה לנכון להעביר את הבקשה לבית המשפט".

92 ס' 67 ו-153 לחוק הירושה.

93 ס' 67א(3) לחוק הירושה.

94 תיקון כזה ידמה את הליכי הוויתור על זכות בעיזבון להליכי אישורם של הסכמי גירושים, ובכך יחזק את ההקבלה שעליה נעמוד להלן בפרק ה. אנו מודים לפרופ' דפנה ברק-ארז על שהציעה לנו לפתח את רעיון הפתרון החקיקתי.

95 בשנת 2007 הועברו לטיפולו של בית-המשפט לענייני משפחה 3,044 בקשות בענייני ירושה. ראו אגף האפוסטרופוס הכללי, הכונס הרשמי, הנאמן הציבורי והרשם לענייני ירושה סיכום

מאידיך גיסא, תיקון חקיקה שלפיו רק הודעות ויתור של נשים (או רק של נשים ערביות) יידונו בכל מקרה ומקרה לפני בית-המשפט, ואישורן יותנה בכחינה קפדנית של היות הויתור "חופשי ומרצון", נראה כגורדש את סאת הפטרנליזם.

לכן נראה כי יש חשיבות רבה למודעותם של הרשמים לענייני ירושה לאפשרות כי הודעות הסתלקות וולונטריות-לכאורה נובעות למעשה מכפייה ישירה או עקיפה. ראוי כי בכל מקרה שבו הרשם סבור – אם לנוכח מאפייני ההליך המסוים שלפניו ואם על-סמך נסיונו המצטבר – כי ייתכן שהודעת הויתור שלפניו נגועה בפגם ברצון המסתלק(ת), הוא יזום בירור לפניו, בנוכחות מכלול היורשים (או בנוכחות המסתלק(ת) בלבד, לפי הצורך), בדבר נסיבות ההסתלקות. גם במקרים שבהם ההליך אינו מתאפיין אף לא באחד מסימני-ההיכר של ויתורים-שבכפייה, מלבד היות הויתור בלא תמורה, ראוי שהרשם יברר היטב את עילת הויתור ונסיבותיו. לאחר קיום בירור לפני הרשם, יעביר הלה את הדיון בבקשה לבית-המשפט בכל מקרה שבו לא שוכנע בעליל כי נסיבות ההסתלקות לא נוגעו בכפייה או בפגם אחר ברצון המסתלק(ת). ניתן גם לקבוע כי הודעת הסתלקות לא תאושר מבלי שהרשם (או עורך-דין פרטי שאינו קשור לצדדים העתידים ליהנות מהויתור) הסביר למסתלק(ת) את זכותו/ה לקבל חלק מהעיוזון ולסרב ללחצים לוותר על חלקו/ה, והתרשם כי גם לאחר שהבין(נה) היטב את שהוסבר, נותר(ה) המסתלק(ת) איתן(נה) ברצונו/ה לוותר על חלקו/ה, וכי רצון זה אינו נובע מאיום או מכפייה כלשהם.⁹⁶

תיקונים חקיקתיים ומנהליים כאלה ייאכפו, כנראה, על-ידי כך שפקידי מרשם הזכויות במקרקעין ידרשו, כתנאי לרישום קרקע בהתאם לצו ירושה או לצו קיום צוואה, לראות רשימה מלאה של שאריו החיים של הנפטר, ובמקרה שיגלו כי הנפטר – שאת מקרקעיו הם מתבקשים לרשום על שם בנו בלבד – השאיר גם בנות, הם ידרשו, כתנאי לרישום המקרקעין על שם הבנים, לראות פסק-דין או החלטת רשם המאשרים כי הויתור נעשה רק לאחר בירור נאות של נסיבותיו, אשר המחיש את העדר הכפייה.

קיים חשש כי שימוש בכלים שיפוטיים, חקיקתיים או מנהליים לקידום תפיסות-עולם מגדריות המאפיינות את הרוב היהודי או חלקים ממנו עלול להיתפס בישראל כהתערבות בוטה של רוב זה במנהגיו ובתרבותו של המיעוט הערבי. התערבות זו עלולה להוליך להענקת מעמד סמלי-לאומי למנהג הויתור, העלולה לחנוק את הביקורת המושמעת עליו

שנתי 2007 35 (2008) www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/2EB699C8-4343-49FB- B771-F42C9032E922/9549/Dohopotropus.pdf (להלן: סיכום שנתי 2007 לענייני ירושה אזרחיים). בירור שיקוליו של הרשם בהעבירו דווקא תיקים מסוימים, ולא אחרים, לטיפולו של בית-המשפט טעון מחקר נוסף.

96 באופן דומה נפסק באנגליה, בפרשת *Etridge*, כי על-מנת שמלווה ייהנה מהגנה טובה מפני טענתו של צד שלישי שאינו גוף פיננסי (למשל, נשים המתבקשות על-ידי בעליהן לשעבד את נכסיהן לפרעון חיוביהם) כי הסכים לשעבד את נכסיו לפרעון חיובו של החייב עקב השפעה לא-הוגנת, ראוי, לכל-הפחות, שהצד השלישי יזכה בייעוץ משפטי עצמאי אשר ידע אותו בדבר מצבו הכלכלי של החייב והיקף החיוב שלפרעונו התבקש לשעבד את רכושו, בדבר ההשלכות האפשריות של אי-קיום החיוב על-ידי החייב, ובדבר הבררה העומדת לפניו לא להסכים לשעבוד. ראו: *Royal Bank of Scotland v. Etridge (No. 2)*, [2002] 2 A.C., 773 (H.L.) (appeal taken from Eng.)

מתוך האוכלוסייה הערבית עצמה.⁹⁷ ניתן כמובן לנסות לגרום לשינוין של פרקטיקות דכאניות דוגמת מנהג הוויתור באמצעים לבר-משפטיים. פעולות חינוך והסברה, במיוחד כאלה העושות שימוש בערכי-יסוד של הקבוצה החברתית הרלוונטית, עשויות לעיתים להטמיע – בצורה טובה יותר משינויים במשפט המדינה – שינוי עמוק של תפיסות והלכי-רוח. פעולות כאלה עשויות להשפיע גם על משפחות שבהן הוויתור נעשה מחוץ לכל פורום שיפוטי, ואשר נמנעות אף מרישום השינויים בזהות המחזיקים במקרקעין שנגרמו כתוצאה ממותו של המחזיק הרשום. כך, למשל, ניתן להשתמש בדין האסלאמי ככלי יוצר-לגיטימציה למאבק בפרקטיקת הוויתור.⁹⁸ גישה מעין זו עומדת ביסוד מסע תקשורתי שעמותת נשים מוסלמיות בשם נסאא ואאפאק (נשים ואופקים) מנהלת בישראל למן שנת 2006 במטרה להגביר את מודעותן של נשים מוסלמיות לזכויות הירושה שלהן על-פי הדין השרעי ולעודד אותן לעמוד על זכויות אלה ולהימנע מלוותר עליהן.⁹⁹ אך גם הישגיה של גישה כזאת עשויים להיות מוגבלים. השימוש בשיח מסורתי, כגון השיח השרעי, לקידום שינוי חברתי עלול להתקבל בקרירות מצד דְּבָריו המרכזיים של שיח זה. כך, לדוגמה, הפלג הצפוני של התנועה האסלאמית הישראלית סירב לשתף פעולה עם נסאא ואאפאק.¹⁰⁰ דְּבָרִים כאלה עלולים גם להיות בין הנהנים מן המנהג הקיים. גם שופטי בתי-המשפט האזרחיים עצמם מתלבטים בדבר ראויותו של השימוש בכוח שיפוטי לשם התערבות, לטובת הנשים, ביחסי המגדרים שבאוכלוסייה הערבית. בפרשת טנוס סבר השופט עמית כי "הדרך להעצמת האישה במגזר הערבי אינה עוברת דרך תביעה

97 כך אכן נתפס תיקון חקיקתי אחר שהתייחס למגזר הערבי בלבד – חוק בית המשפט לענייני משפחה (תיקון מס' 5), התשנ"ה-1995, ס"ח 16 (להלן: תיקון מס' 5 לחוק בית-המשפט לענייני משפחה), אשר העניק לבתי-משפט אלה סמכות מקבילה לזו של בתי-הדין הדתיים המוסלמיים והנוצריים לרון בענייני מעמד אישי של מוסלמים ונוצרים שמלבר לענייני הנישואים והגירושים עצמם. תיקון זה נחקק רק לאחר מאבק ארוך-שנים, שבמסגרתו תפסו דמויות מרכזיות בציבור הערבי את התיקון כמתקפה יהודית על נכסיו הסמליים של המיעוט הערבי. גם בהקשר של מנהג הוויתור תיתכן עמדה שתשלול נסיונות מצד גורמים מדינתיים להיאבק במנהג זה, ואשר תתאר אותם – ואולי אף את המאמר הנוכחי – כמזימה ציונית המכוונת לפיצול החזקותיו של המגזר הערבי במקרקעין למשבצות זעירות וחסרות תועלת. לביקורת על חוסר המעש שמדינת-ישראל נוקטת בדרך-כלל לעניין מנהגים פוגעניים – בעיקר כלפי נשים – הנוהגים בקרב קהילות המיעוט הערביות שבה, ראו מיכאל קרייני "אוטולוגיה חוקתית להסדרי הדת בקרב המיעוט הערבי בישראל: ראשי פרקים לדיון" חסמים בפני שוויון: הערבים בישראל 43 (שלמה חסון ומיכאל קרייני עורכים, 2006).

98 Lim & Sait, לעיל ה"ש 25, בעמ' 241.

99 על המסע התקשורתי ניתן ללמוד מאתר האינטרנט של העמותה (www.nissa-wa-aafaq.org) וכן מפרסומים בעיתונות. ראו, למשל, יעל עברי "להפוך את הדת מאויב הנשים לכלי לשחרורן" www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3391864,00.html 8.5.2007 ynet.

100 סאמי עלי "שווים ושוות פחות – נשים תובעות את חלקן בירושה" מחסום (האתר של עמותת אמוואג' לתקשורת אלטרנטיבית) 23.1.2007 212.179.113.235/mahsom/article.php?id=4556. תגובתו של הפלג הדרומי של התנועה הייתה אזהרת יותר, אך גם בה נרמז להעדרה של לגיטימציה שרעית מספקת. שם.

לביטול פעולות שנעשו לפני עשרות בשנים, תביעה שלעיתים מוגשת בלחצם של בני הדור השני והשלישי".¹⁰¹ בפרשת בשארה, לעומת זאת, לא היסס בית-המשפט העליון להביע בבירור את סלידתו ממנהג הוויתור. השופט רובינשטיין ציין במפורש כי "הנחת ההסתלקות בחינת פשיטא גם נוגדת את שיח הזכויות הבסיסי בתחום השוויון ומעמד האשה".¹⁰² לדידו היו הבנים "שבויים בעמדות חברתיות שחלף זמנן".¹⁰³ מעניין ששופטים ערכים במערכת המשפט הישראלית הם נשאים מרכזיים של גישה אחרונה זו, ונוטים לגנות את מנהג הוויתור כל אימת שהדבר מזדמן להם. גינויים אלה עשויים להיות מונעים לא רק על-ידי עמדותיהם העקרוניות של השופטים הללו, אלא גם על-ידי רצונם להיטיב את מיצובם בשדה השיפוט על-ידי שימוש במשאב-שיח הנהנה מיוקרה רבה כשדה זה – שיח השוויון, עקרונות-היסוד וזכויות האדם.¹⁰⁴ דווקא שופטים יהודים מהססים לא פעם להתערב.¹⁰⁵ חששם של שופטים מליטול על שכמם תפקיד של שינוי חברתי יכול לשקף הן תפיסה מצמצמת של התפקיד השיפוטי והן תמיכה אידיאולוגית נסתרת בשימור המצב הקיים.¹⁰⁶

לנו נראה כי גישתו של השופט רובינשטיין ראויה. בכל מגבלותיו של הטיפול השיפוטי הרגיש במקרי ויתור בכלל ובנסיונות להתנערות מוויתור בפרט כאמצעי למאבק במנהג הוויתור, כפי שנידונו לעיל, אין כדי לשלול את ראויותו של טיפול כזה – הן כדרך להתערבות ראויה במקרים ספציפיים והן כאמצעי, אחד מני רבים, למאבק במנהג הוויתור

- 101 פרשת טנוס, לעיל ה"ש 39, פס' 14.
- 102 בשארה-עליון, לעיל ה"ש 1, פס' ח(6) לפסק-דינו של השופט רובינשטיין.
- 103 שם, פס' ח(8).
- 104 ראו, למשל, את דעת המיעוט של השופט ג'רג'ורר בפסק-הדין בשארה-מחוזי, לעיל ה"ש 3, שעליה חזר גם בבש"א (מחוזי חי') 3702/03 עזבון בוטרוס נ' עזבון אליאס, תק-מח 2006(1) 121, פס' 18 (2006); את גישתו של השופט נאסר בפרשת בשארה (ראו לעיל ה"ש 9 והטקסט הסמוך לה); וכן לאחרונה את גישתו של השופט עוני חבש כלפי הטענה בדבר קיום מנהג ויתור דומה בקרב יהודים יוצאי משהד שבפרס: "לא מתקבל על הדעת כי מנהג המפלה נשים, יהיה כרוחו לגבור על חוק אשר נועד לשמירה על שוויון זכויות לשני המינים. קביעה כזו הנה במהותה מנוגדת לשכל הישר ולחוש הצדק." ה"פ (מחוזי י-ם) 637/99 עמותת הועד המרכזי לעולי (אנוסי) משהד איראן בישראל נ' מרגלית, תק-מח 2009(2) 13526, פס' 24 לפסק-דינו של השופט עוני חבש (2009). השוו לגישתו של השופט סלאח, הנראה כמקבל את מנהג הוויתור בלא כל ערעור, להלן בטקסט הסמוך לה"ש 122.
- 105 הכוונה לפסקי-הדין של השופט עמית בפרשת טנוס, לעיל ה"ש 39, ובפרשת ע.ע.מ., לעיל ה"ש 39, וכן לגישתם של שופטי הרוב בבית-המשפט המחוזי בפרשת בשארה, לעיל ה"ש 3.
- 106 ראו: STEVEN VAGO, SOCIAL CHANGE 390 (5th ed. 2003). לגישה התומכת במחויבות של שופטים לצמצום פערים בחברה, גם בתיקים אזרחיים, ראו חנוך דגן קניין על פרשת דרכים 64-65 (2005). החינוך המשפטי בישראל מעודד בשנים האחרונות יצירת שינוי חברתי באמצעות המשפט. בתי-המשפט בישראל התיימרו לא אחת לחולל שינויים חברתיים באמצעות פסיקה בסכסוכים אזרחיים בין פרטים, לרבות בתחום השוויון המגדרי ובתחום דיני המשפחה. דוגמה בולטת היא פיתוחה של חזקת השיתוף בין בני-זוג. ראו, למשל, רע"א 8791/00 שלם נ' טווינקו, תק-על 2006(4) 3794 (2006) (להלן: פרשת שלם).

בכלל. על בית־המשפט לשרר, בכל מערכי הנסיבות, מסר עקבי המכבד את רצונה החופשי של האישה. מסר כזה יוכל לתרום להטמעת נורמה שלפיה אין נשים מותרות כבדרך שגרה על זכויותיהן. גם אם יאומצו הפתרונות החקיקתיים והמנהליים שהצענו לעיל, ולצר מאמצים לבר־משפטיים למאבק במנהג הוויתור, יהיה מקום לגישה שיפוטית רגישה לנסיגות התנערות מוויתורים שנעשו קודם להנהגת הפתרונות האמורים.

לפתרון השיפוטי יתרונות משלו, ובראשם העובדה שהוא אינו מצריך חקיקה, על כל קשייה,¹⁰⁷ אלא מסתפק בניצולן של דוקטרינות קיימות לטיפול במצוקתן של הנשים הפונות לבית־המשפט. לכן חשוב לעורר את מודעותם של בתי־המשפט לקיום התופעה, כמו־גם את מודעותן של נשים ערביות לדרכים שבהן יוכלו לבטא את רצונן החופשי גם כאשר הוא אינו עולה בקנה אחד עם הדרישה לוותר או עם ויתורים שכבר עשו, ובכלל זה לאפשרות העומדת לרשותן לפנות לבתי־המשפט. מודעותן של נשים ערביות לדרכים הללו – שאותה ניתן לעורר, למשל, על־ידי כלי התקשורת, ארגוני זכויות אדם או מערכת החינוך – כמו־גם העמדה העקרונית האוהדת שראוי כי בתי־המשפט האזרחיים ינקטו כלפי טענות נשיות בדבר כפיית הוויתור עשויות להשפיע על התנהגותן של נשים אלה בעתיד. אם הן ידעו כי בתי־המשפט האזרחיים יבחנו בעין אוהדת את טענותיהן, תוך גילוי הבנה לרקע החברתי לווייתורן ולהתנערותן ממנו, יש להניח שנשים נוספות ישקלו בעתיד את האפשרות לפנות לעזרתם. מסר חיובי כזה עשוי להועיל, כך יש לקוות, גם לנשים שלא יפנו לבית־המשפט בפועל, וכן לנשים שמשפחותיהן מקיימות את מנהג הוויתור בלא כל ניסיון לרשום את תוצאותיו במרשם רשמי כלשהו. משפחות כאלה "חסיונות" מפני האמצעים החקיקתיים והמנהליים שעליהם עמדנו, ואילו אפשרות ההיענות השיפוטית לנסיגות התנערות מוויתור עשויה אולי להקרין על התנהלותם של הגברים והנשים גם במשפחות כאלה. אם, לעומת זאת, ייתקלו הנשים בגישה לא־אוהדת מצד בתי־המשפט, אזי גם פתח צר זה ייסגר בפניהן.

נפנה אפוא לתאר את הזירות השיפוטיות שמקרי ויתור מגיעים אל פתחן. תחילה נתאר את מקומו של בית־הדין השרעי כזירה לתופעת הוויתור, ולאחר־מכן נתמקד בבתי־המשפט האזרחיים.

2. בית־הדין השרעי כזירת ויתור

דין הירושה השיורי בישראל הוא הדין האזרחי.¹⁰⁸ דיני הירושה האזרחיים אינם מפלים בין ילדיו של המוריש. לצידם נוהג בדין הישראלי חופש צוואה מלא.¹⁰⁹ צווי ירושה ניתנים על־ידי רשם לענייני ירושה או, במקרים מסוימים, על־ידי בתי־המשפט האזרחיים.¹¹⁰ לבתי־דין דתיים, ובכלל זה לבית־הדין השרעי, יש סמכות מקבילה ליתן צווי ירושה, אך

107 ראו, למשל, תיקון מס' 5 לחוק בית־המשפט לענייני משפחה, לעיל ה"ש 97. בין הנחת הצעת התיקון על שולחן הכנסת (בשנת תשנ"ח) לבין אישורה בקריאה השלישית (בשנת תשס"ב) חלפו שלוש שנים של מאבק עיקש.

108 ס' 148 לחוק הירושה.

109 ס' 13 ו־40 לחוק הירושה.

110 ס' 66 ו־67(א) לחוק הירושה.

זו מותנית בהסכמתם של כל הצדדים הנוגעים בדבר לסמכותו של בית-הדין.¹¹¹ בית-הדין הדתי מוסמך לנהוג לפי דין הירושה הדתי הנוהג בו.¹¹² כאמור לעיל, הדין השרעי מעניק לבנות חלק מזכויות הירושה בעזבון ההורה, השווה למחצית חלקם של הבנים. הבחירה בהתדיינות לפני בתי-המשפט האזרחיים או לפני בתי-הדין השרעיים מובילה, לכן, לתוצאה מהותית שונה. מנקודת-המבט של הבנות, הסכמה להתדיינות לפני בית-דין שרעי משמעותה הסכמה לקבלת חלק קטן יותר בעיזבון, ואילו פנייה של בת מוסלמית בבקשה לצו ירושה אזרחי משמעה עמידה על זכותה לחלק שווה בירושה, אלא אם כן פנייה זו מלווה הסתלקות מחלקה בעיזבון או ויתור מאוחר יותר על חלקה. עצם הפנייה לבית-המשפט האזרחי עשויה לשקף רצון להתנער מכללי החלוקה השרעיים.

יש ראיות לכך שבעבר היו רוב ענייני הירושה של מוסלמים, שהגיעו לערכאה שיפוטית כלשהי, נידונים לפני בתי-דין שרעיים.¹¹³ ככל שהמצב כיום דומה, מתבקשת לכאורה המסקנה כי נשים ובנות מוסלמיות לא-מעטות מסכימות – אם באופן חופשי ואם לאו – לכפוף את עצמן לדין המהותי השרעי, ובכך למעשה לוותר על נתיבים בירושה המגיעים להן לפי הדין האזרחי.¹¹⁴ אף שיש ראיות לכך שבקשות של מוסלמים לצווי ירושה ולצווי קיום צוואה מגיעות גם לרשויות הירושה האזרחיות, לא ברור מה משקלן של בנות המנוח ביוזמה להגשתן דווקא לרשויות אלה.¹¹⁵ דוגמות שמצאנו למקרים שבהם נעשה ניסיון

111 ס' 155(א) לחוק הירושה, וכן בג"ץ 2117/99 מנסור נ' בית הדין השרעי לאיזור התיכון – טייבה, פ"ד נד(1) 211, 216 (2000) (להלן: פרשת מנסור).

112 ס' 148 ו-155(ג) לחוק הירושה.

113 ליש הסיק מעדויות של "יודעי דבר" – ביניהם שופט בית-המשפט המחוזי בנצרת השופט הוארי, רשם הקרקעות בנצרת, סגן רשם הקרקעות בנתניה ש' נאוי, והשיח' חוסני זועבי – כי נכון לראשית שנות השבעים לא פנו כמעט מוסלמים לבתי-המשפט המחוזיים בבקשות להוצאת צווי ירושה אזרחיים. ליש, לעיל ה"ש 25, בעמ' 355 וה"ש 2 ש.ס.

114 בשנת 2007 נפתחו בכל בתי-הדין השרעיים, בהסכמת הצדדים, 1,221 תיקי ירושה. כך עולה מסיכום שערכנו לנתונים שהופיעו בדוחות השנתיים של כל אחד מבתי-הדין השרעיים, כפי שפורסמו באתר האינטרנט של הנהלת בתי-הדין השרעיים: www.justice.gov.il/MOJHeb/BatiDinHashreim/MivneHyeHida. כמו-כן נתקלנו בפסקי-דין אזרחיים המאזכרים צווי ירושה שרעיים לא-מעטים שבהם נזכרות ירושות (או נזכרים ויתוריהן). ראו את האסמכתות לעיל בה"ש 45. פסק-דין אחד מלמד כי לפחות בשנות השישים נהג בית-הדין השרעי בעכו לתת צווי ירושה שחילקו את העיזבון על-פי הדין הכללי, קרי שווה בשווה בין הירושים משני המינים, ולא על-פי הדין השרעי. ראו פרשת חטיב, לעיל ה"ש 45, בעמ' 656.

115 מחקר אמפירי עדכני שיצביע על היקף הפנייה בענייני ירושה של מוסלמים בכלל ושל נשים מוסלמיות בפרט לערכאות אזרחיות עשוי להצביע על שינויים שחלו למן התקופה שאותה סקר ליש. מבדיקה מקרית (שאינה עומדת בקני-מידה סטטיסטיים) שערכנו במערכת המידע הנסיונית שבאתר האינטרנט של הרשם לענייני ירושה עולה, אם להסתמך על שמות המבקשים, כי יש בהחלט בקשות של מבקשים מהמגזר הערבי. ראו: 147.237.72.63/RashamYerusha/BakashaRasham/wfrmBakashaRasham_List.aspx (חיפוש בקשות לצווי ירושה או לצווי קיום צוואה בעניין נפטרים ששם משפחתם מחאמיד, לדוגמה, מעלה בקשות לא-מעטות). לדוגמה לבקשה ביוזמת אלמנה ראו ת"ע (משפחה י-ם) 47880/08 נ' ג' נ' א' ב' מ' ג', תק-מש 2008(4) 275, 276 (2008). על קיומן של פניות של מוסלמים לרשויות

לעקוף צו ירושה שניתן בבית-משפט אזרחי, ואשר לפיו היו הבנות בין היורשים, על-ידי פנייה מאוחרת בהסכמת כל היורשים לקבלת צו ירושה בבית-הדין השרעי, אשר היטיב עם הבנים, עשויות להצביע על כך שגם פנייה לרשויות האזרחיות אינה שמה בהכרח קץ ללחצים המופעלים על הבנות לאמץ את הדין השרעי או לוותר על חלקיהן.¹¹⁶

בית-הדין השרעי מהווה זירה לא רק לויתור של בנות מוסלמיות על החלקים השווים בירושת הוריהן המגיעים להן לפי הדין האזרחי, אלא גם לויתור שלהן על החלקים המופחתים המגיעים להן לפי הדין השרעי.¹¹⁷ במקרים שבהן בנות מסתלקות מכלל זכויותיהן בירושת הוריהן לפני בית-הדין השרעי, ההליך המתקיים לפני בית-הדין מהווה הזדמנות לאתר ולסכל מקרים של כפיית הסתלקות סמוך למועד ההסתלקות. הדין השרעי אכן מקנה לבית-הדין כלים לפסול הסתלקות שהושגה בכפייה, וממחקרו של ליש עולה כי בתקופה

האזרחיות ניתן אולי ללמוד גם מן הנתון הבא: בשנת 2007 נפתחו 25,877 תיקי ירושה אצל הרשם לענייני ירושה במשרד האפוטרופוס הכללי, 5,668 תיקי ירושה בבית-הדין הרבני, ורק 1,221 תיקי ירושה בבית-הדין השרעיים. בהנחה שכמות תיקי הירושה שנפתחים בבית-הדין דתיים אחרים (שאנם רבניים או שרעיים) היא קטנה, היקף התיקים שנפתחו בבית-הדין השרעיים מגיע לכ-4% מכלל תיקי הירושה שנפתחו בארץ באותה שנה – היקף נמוך מאוד ביחס לשיעור המוסלמים באוכלוסייה (העומד כיום, להוציא דרוזים, על כ-17% – ראו הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה שנתון סטטיסטי לישראל 2009 לוח 2.2 (2009)). הסבר אפשרי אחר לכמותם הקטנה של המוסלמים הפונים לבית-הדין השרעי לשם הסדרת ירושת המשפחה היא נטיית חלקם לפנות לרשויות האזרחיות לצורך זה. הסבר אפשרי אחר לאותו ממצא הוא נטייתם של מוסלמים רבים בישראל להסדיר את ירושת נכסי המשפחה באורח לא-פורמלי, מבלי להיזקק לבית-משפט, לבית-דין או לסמכות מדינתית פורמלית אחרת. קביעה מדויקת של הגורמים לפער שנוצר לעיל מחייבת עיון נוסף, החורג ממסגרת חיבורנו זה. הנתונים מבוססים על המקורות הבאים: סיכום שנתי 2007 לענייני ירושה אזרחיים, לעיל ה"ש 95, בעמ' 35; הנהלת בתי הדין הרבניים דין וחשבון לשנת 2007 (2008) www.rbc.gov.il/statistics/freedom_of_information/2007/2007.doc; נתוני בתי-הדין השרעיים מפורט לעיל בה"ש 114.

116 במקרה אחד נקבע כי "קיימת סתירה לכאורה בין צו הירושה שיצא מלפני בית המשפט המחוזי (ת/3), לבין זה שיצא מלפני בית הדין השרעי (ת/4), ככל שהדברים נוגעים לירושת הסבתא מרים, ובעוד שצו הירושה ת/3 הועיד את ירושת הסבתא לכל חמשת האחים (התובע, הנתבע ושלוש האחיות), צו הירושה ת/4 הועיד את ירושת הסבתא לבנים הזכרים בלבד, משמע לתובע ולנתבע לבדם." פרשת חדר, לעיל ה"ש 45, פס' 16. במקרה אחר נתן בית-המשפט המחוזי בירושלים, לבקשת בנותיו של המוריש, צו ירושה שקבע, בהסתמך על תצהירים של אחת מהן ושל בעלה, כי הן ואמן, אשת המוריש, הן יורשותיו היחידות. לימים התברר כי למנוח היה בן נוסף, ויורשיו של בן זה אף טענו כי אחיותיו ויתרו על זכויותיהן בעיזבון לטובת אחיהן. בית-הדין השרעי הוציא בהתאם צו ירושה סותר המכיר בזכויות הצדדים לפי הדין השרעי. בש"א (מחוזי י-ם) 7230/04 אלנבי נ' אלנבי, תק-מח 2005(2) 2235, פס' 8 (2005).

117 ליש, לעיל ה"ש 25, בעמ' 355; Lim & Sait, לעיל ה"ש 25, בעמ' 256; איאד זחאלקה אלמורשד פי אלקראא אלשרעי 226 (2008).

שבה עסק מחקרו אכן היו דיינים שהקפידו לבחון אם כך היא הושגה.¹¹⁸ לא ידוע על מחקר ערכני בנושא, וגם לא עד כמה נטייתם החדשה יחסית של בתי-הדין לרפורמיזם משפטי ולשיפור מעמד האישה מניעה אותם לפתח גישה ביקורתית כלפי מנהג ההסתלקות.¹¹⁹ נראה, מכל מקום, כי בתי-דין אלה מקבלים הזדמנויות רבות יותר מכל ערכאה שיפוטית אחרת לבחינת חופשיותו של הוויתור, ויש לקוות כי הם משתמשים בכלים שברשותם כדי לבחון אם הוא הושג אגב כפייה, להעמיד את הבנות על זכותן להימנע מלוותר, ולהביא לידי חלוקה צודקת ככל האפשר (בהינתן כללי החלוקה השרעיים) של העיזבון.

3. מופעי הוויתור וההתנערות ממנו בפסיקתם של בתי-המשפט האזרחיים

תופעת ההסתלקות משתקפת בפסיקתם של בתי-המשפט האזרחיים רק לעיתים נדירות יחסית.¹²⁰ בהקשר זה ניתן להבחין בין שני סוגים של מופעים. ראשית, יש שהסתלקות מבצבצת בפסק-דינו של בית-המשפט כממצא עובדתי משני, שהצדדים לא נחלקו לגביו, במסגרת סכסוכים בין הזוכים הגברים – או ביניהם לבין צדדים שלישיים שאינם בני משפחה – על השלל שזכו בו בזכות ויתורן של הבנות.¹²¹ במקרים אלה הבנות הן "נוכחות

118 ליש, לעיל ה"ש 25, בעמ' 355, 385, 388, 389.

119 לעניין נטייה זו ראו אהרן ליש "סיגולו של משפט הלכתי לזמן המודרני בסביבה זרה: השריעה בישראל" דברי האקדמיה הלאומית הישראלית למדעים 9(2), 13, 29, 41 (2005). עדות נסיבתית לכך שבית-הדין השרעי אינו חותמת-גומי המאשרת ויתורים ניתן אולי למצוא בפרשת מנסור (לעיל ה"ש 111, בעמ' 213), שבה היו אלה יורשיה של אחת האחיות שפנו לקבלת צו ירושה שרעי, בעוד אחד האחים, שטען כי בידיו "ויתורים או הסתלקויות של יורשים מסוימים", טען (בהצלחה) לחוסר סמכות של בית-הדין.

120 הדוגמות השונות המובאות במחקר זה לפסיקה אזרחית שעסקה במנהג הוויתור מבוססות על סריקה של פסיקה ישראלית העוסקת בענייני ירושה ומקרקעין, כפי שפורסמה במאגרי מידע אלקטרוניים שונים (תקדין, נבו, פדאור), וכן על עיון במפתחות של פסיקה שפורסמה במאגרים בלתי-מוחשבים. מטבע הדברים, מאגרי מידע אלה אינם ממצים בהכרח את כל פסקי-הדין שניתנו. למעשה, הם נותנים תמונה טובה יותר לגבי פסיקתו של בית-המשפט העליון מאשר לגבי פסיקותיהם של בתי-משפט נמוכים הימנו. עם זאת, גם אם סריקה זו לא הניבה בהכרח רשימה ממצה של כל המקרים שבהם הגיעה תופעת הוויתור לבתי-המשפט האזרחיים בישראל (מה-גם שלא כל הליך מסתיים, כידוע, בפסק-דין), מספרם המצומצם של פסקי-דין רלוונטיים שפורסמו – גם בשנים האחרונות, שבהן כמעט כל פסק-דין שניתן בבתי-המשפט האזרחיים מועבר, כבדרך שגרה, לפרסום במאגרים האלקטרוניים – מעיד על נדירות הופעתה בבתי-המשפט האזרחיים. גם מחקר אמפירי עתיר משאבים עשוי לא למצוא את מכלול עבודתן של הערכאות הנמוכות, ואף לא את פסיקתן. השוו רינה בוגוש ורחל דון-יחיא מגדר ומשפט: אפליית נשים בבתי המשפט בישראל 7-9 (1999).

121 לדוגמה, בפרשת בוטרוס התגלתה עובדת הוויתור של הבנות אגב סכסוך בין אחיהן לבין יורשי אחיו של אביהן המנוח. ויתורן של הבנות הונח כעובדה מוגמרת, הבנות העירו עליו ללא כל ערעור, והשאלה היחידה שעמדה על הפרק (ואשר לגביה נחלקו גם האחיות) הייתה אם הוויתור פעל לטובת האחים או הדודים. ראו פרשת בוטרוס, לעיל ה"ש 39. גם פרשת חדר עסקה בסכסוך בין יורשים גברים (שני אחים), אך כאן לא היה בית-המשפט מוכן להניח כמובן מאליו את הסתלקותן של האחיות. ראו פרשת חדר, לעיל ה"ש 45. בפרשה נוספת,

נפקדות" בשיח על חלוקת הרכוש המשפחתי. הן משחקות את משחקם של הבנים, אשר מניחים את הסכמתן כמוכנת מאליה. לעיתים אף נחשפת הפנמה של המנהג על-ידי שופטי בתי-המשפט האזרחיים עצמם. כך, למשל, באחד התיקים שבהם התגלע סכסוך בין יורשים גברים תיאר בתי-המשפט את פרקטיקת ההורשה המקובלת בלשון זכר:

"באזור הגליל המערבי, כמו גם באזורים אחרים במדינה, מירב הקרקע הפרטית עברה בירושה מאבות לבנים ועקב כך היה צורך לחלק מקרקעין בין אחים, בין בני דודים ואף בין קרובים יותר רחוקים, כאשר הקרקע עצמה נשארה רשומה על שם המוריש או נרשמה במשותף ע"ש המחזיקים, כל אחד לפי חלקו בירושה."¹²²

שנית, לעיתים נדירות בנות ערביות מנסות להתנער מויתוריהן ולשנות את חלוקת המקרקעין המשפחתיים שהתעצבה בעקבותיהם על-ידי נקיטת הליכים בבתי-המשפט האזרחיים. במקרים כאלה שאיתרנו מצאנו כי מדובר בנסיגות התנערות מאוחרים שננקטו שנים רבות לאחר הוויתור, בעיקר על-ידי נשים ערביות נוצריות, נשואות, בגיל העמידה או למעלה ממנו.¹²³ המקרים שהגיעו עד כה לבתי-המשפט האזרחיים היו מעטים, שוליים וישנים. אכן, אישה ערבייה נדרשת לאומץ לא-מבוטל כדי ליזום הליך משפטי בבית-המשפט האזרחי במטרה לנסות להתנער מויתורה. באווירה החברתית השוררת במגזר הערבי, ואשר משתקפת בנתונים שהובאו לעיל, עצם הפנייה לבית-המשפט האזרחי – היא ההקשר אשר יהא – עלולה להיחשב כמרידה במוסכמות,¹²⁴ על אחת כמה וכמה כאשר

שעניינה רכוש בירושלים, התגלע סכסוך בין אחים על חלוקת הקרקע, ששורשו במכירת הקרקע לצד שלישי על-ידי אחד האחים. האחות לא הייתה צד לסכסוך, ועל עובדת ויתורה לא הייתה כל מחלוקת. ראו פרשת ק.ע., לעיל ה"ש 45.

122 ת"א (שלום עכו) 1874/02 עזבון בליק ז"ל נ' עזבון מחול, תק-של 2005 (3) 18285, 18288 (2005) (השופט סלאח) (ההדגשות הוספו). ראו גם את התייחסותה של השופטת נאור בבית-המשפט העליון לירושת זכויותיהם של הצדדים השונים בע"א 1217/03 קבוצת עונאללה לייזום והשקעות בע"מ נ' ח'אזן, פ"ד נח(1) 224, פס' 2 לפסק-דינה של השופטת נאור (2003) (להלן: פרשת עונאללה). השופטת מזכירה, כמוכן מאליו, כי את זכויותיו של כל אחד מהצדדים לעסקת המכר המקורית ירשו "בני-יורשיו".

123 ראו, למשל, פרשת תומא, לעיל ה"ש 39, בעמ' 2240 ג ("בשנת 1935, זמן קצר לפני נישואיה, המערערת ויתרה בכתב על חלקה בירושת אביה לטובת המשיב... מספר שנים לאחר מכן, כשהיא כבר הייתה מטופלת בילדים, היא התחרטה על הוויתור האמור..."); פרשת בשארה, לעיל ה"ש 1 ו-3; פרשת טנוס, לעיל ה"ש 39; פרשת ע.ע.מ., לעיל ה"ש 39, פס' 1-2 לפסק-דינו של השופט עמית (האחות חתמה על ויתור בשנת 1976, בהיותה בת ארבעים ושניים, אך הוויתור לא נרשם במרשם המקרקעין; כעבור עשרים ושש שנים, כאשר התבקשה לאשר בכתב את ויתורה כדי לאפשר לאחיה לקבל פיצוי מחברת "כביש חוצה ישראל", שהפקיעה את אחת מחלקות המשפחה, סירבה האחות לחתום, והעבירה לילדיה את הזכויות אשר להן טענה בחלקה).

124 לניתוח רומה, התולה את הימנעותן של נשים דרוזיות מפנייה לבית-המשפט לענייני משפחה (לאו דווקא בענייני ירושה) בחששותיהן לצאת נגד החברה הדרוזית ולאיים על האוטונומיה

הפנייה מיועדת להשתמש בכוחו של בית-המשפט האזרחי על-מנת להתנער מויתור שתאם את המנהג הרווח בסביבתה ובמשפחתה של האישה.

4. גישתם של בתי-המשפט האזרחיים להתנערותה של הבת מויתורה

בית-המשפט העליון בארץ אכן ניצל, עוד בתקופת המנדט, כמה מן ההזדמנויות המעטות שנקרו לפתחו כדי לאפשר לבנות ערביות לחזור בהן מויתוריהן על זכויותיהן בעזבון ההורים. למעט בפרשת בשארה החדשה יחסית, וכמקובל בפסיקת בתי-המשפט שקדמה לשנות התשעים, ביססו בתי-המשפט את עמדתם על טיעונים פורמליים ודוקטרינריים, שאינם חושפים עמדה ערכית מוצהרת המעוגנת בשיח פמיניסטי או בשיח של שוויון זכויות. בדרך-כלל, לא במפתיע, נענו בתי-המשפט לנסיונות התנערות שהגיעו לפתחם בשלב מוקדם יחסית של תהליך הנישול, בטרם הבשיל הויתור ועוגן כדבעי במסמכים, ברישום או בצווים שיפוטיים.

דוגמה למקרה מתקופת המנדט המגלה גישה שיפוטית המבקרת את מנהג הויתור מצאנו בפרשת אל-חאג'.¹²⁵ באותה פרשה נידון ערעור על החלטתו של פקיד הסדר זכויות במקרקעין במסגרת תיק הסדר שהתנהל בשפרעם. פקיד הסדר המנדטורי פסק נגד גברים שהשתלטו על חלקי קרובותיהם במקרקעין בניגוד להסדר חלוקה בכתב משנת 1927. הגברים ערערו על ההחלטה, אך בית-המשפט העליון רחה את ערעורם ואישר את החלטת הפקיד כהוגנת ("fair").¹²⁶ עיון בפסק-הדין היבש והתמציתי, שאינו כולל כל דיון תיאורטי במעמדן של נשים, חושף את עקבותיו של מנהג הויתור ואת יחסו השולל של בית-המשפט למנהג זה. כך, למשל, ברור כי בית-המשפט היה מודע לכך שתביעת הבנים הושפעה מפרקטיקה רווחת המקפחת נשים:

"The Settlement Officer found against the two Appellants on the ground that they had deliberately taken certain shares in land which belonged to their relatives, *many of them women, as is the practice in this country...*"¹²⁷

מסתבר כי פקיד ההסדר הוא שפעל לטובת הנשים, ביוזמתו, אף מבלי שהללו הגישו תביעה. את הגברים, אשר הם שהגישו מלכתחילה תביעה לקבלת הבעלות במכלול מקרקעי המשפחה, הוא סיווג כנתבעים דווקא, והתיר לנשים להגיש תביעה לרישום חלקיהן על שמן. הגברים מחו על כך בערעור לפני בית-המשפט העליון, אך זה פטר את טרונייתם בהסבר הבא:

השיפוטית שלה, ראו נני בלס "איפה הקול שלי? מסע פמיניסטי בקהילה הדרוזית בדרך לעריכת-דין אחרת" מעשי משפט ב 105, 110 (2009).

125 פרשת אל-חאג', לעיל ה"ש 44.

126 שם, בעמ' 539.

127 שם, בעמ' 538 (ההדגשה הוספה).

"It frequently occurs in the course of a case that certain persons are entitled to certain shares. Possibly they may not have known that they were entitled to these shares."¹²⁸

גם את נסיונם של הגברים להתנער מהסדר החלוקה שהקנה זכויות לנשים פטר בית- המשפט לאמור:

"People who agree to a partition cannot afterwards come forward and say: 'Oh, but this partition has not been registered or is void' just because they do not like it later on."¹²⁹

מבחינה משפטית היה זה מקרה קל להגנה על זכויות הנשים, שכן הוויתור טרם מצא ביטוי במסמך בכתב.¹³⁰ במקרה אחר, שבו עבר הוויתור את משוכת הכתב, התקשו הערכאות השונות בתקופת המנדט להיחלץ לטובת הנשים, אשר טענו, ללא הצלחה, לזיוף חתימותיהן.¹³¹

דוגמה, מתקופה מאוחרת יותר, לגישה המאפשרת התנערות מוויתור אף לאחר שהוא כבר בא לידי ביטוי בכתב, אך לפני שהוא בא לידי ביטוי ברישום, מצאנו בפסק-דין של בית-המשפט העליון שניתן לאחר הקמת המדינה. בפרשת תומא (אשר פסק-הדין בערעור שהוגש בה ניתן בשנת 1962)¹³² נידונה התנערותה של בת, שנים אחדות לאחר נישואיה, מוויתורה בכתב מלפני הנישואים על חלקה בירושת אביה לטובת אחיה, אשר בנו החזיק בפועל במקרקעין.¹³³ בית-המשפט פסק לטובת הבת, וקבע כי היא יכולה להתנער מוויתורה משום שהיא ויתרה ללא תמורה והתנערה מהוויתור תוך פרק-זמן שאינו עולה על תקופת ההתיישנות. כמו-כן קבע בית-המשפט כי לא היו במקרה זה טעמים שבייחוד המצדיקים את חסימת ההתנערות.¹³⁴ דיני היושר עשויים להתנות את החזרה מרישיון, גם במהלך תקופת ההתיישנות, בהעדר שינוי לרעה במצבו של הצד המקבל או בהעדר הסתמכות של צד שלישי על הרישיון.¹³⁵ בית-המשפט השתמש בטיעונים כלליים מתחום דיני המתנה והוויתור שבמשפט האנגלי ובמשפט העותמאני.¹³⁶

128 שם, בעמ' 539 (ההדגשה הוספה).

129 שם.

130 למקרה נוסף שבו נדחתה טענה בדבר ויתור שלא נעשה בכתב ראו פרשת דסקי, לעיל ה"ש 44, בעמ' 416-418.

131 פרשת אבו אל-עיניין, לעיל ה"ש 44.

132 פרשת תומא, לעיל ה"ש 39.

133 שם, בעמ' 2240.

134 "אמנם יש וטענותיו של יורש מחוסר-חזקה ייחסמו גם תוך תקופת ההתיישנות... אך חסימת טענות במקרה מעין זה אפשרית רק מטעמים שבייחוד. טעמים כאלה אינם מצויים במקרה שלפנינו." שם, בעמ' 2242.

135 השוו לעמדתו הנוכחית של המשפט הישראלי: ע"א 2643/97 גנו נ' בריטיש וקולוניאל חברה בע"מ, פ"ד נז(2) 385, 428-429 (2003); ע"א 7139/99 אלוני נ' ארד, פ"ד נח(4) 27, 45-46 (2004).

136 כך, למשל, נסמך בית-המשפט על דיני המחילה העותמאניים, שלפיהם יורש שמחל על זכותו לרשת יכול, במקרים מסוימים, לחזור בו ולתבוע את הזכות שעליה מחל. עוד הפנה

פרשת בשארה, שבה הרחבנו בתחילה, סיפקה לבית-המשפט הזדמנות לקבוע עמדה בשאלת אפשרות החזרה מויתור בהעדר כתב אך בהינתן צד שלישי שהסתמך על הויתור. מקרים מעין אלה קשים מבחינת הבנות אף יותר מן המקרים הקודמים שבהם דנו, שכן הכרה בזכותן להתנער מן הויתור במקרים אלה עלולה לפגוע בצדדים שלישיים תמי-לב ולחתור תחת שינויים שחלו במצב החלקות בפועל, כגון בנייה, סלילה או עיבוד משמעותיים שנעשו על-ידי צדדים שלישיים. עובדת ההסתמכות היא מפתח מרכזי להבנת רתיעתם של שופטי הרוב בבית-המשפט המחוזי בפרשת בשארה מלאפשר התנערות. בסופו של דבר קבע בית-המשפט העליון כי ויתור שלא קדם עור וגידים במסמך בכתב לאו ויתור הוא, למרות הסתמכותו של הצד השלישי. גישה זו באה לידי ביטוי גם בדעת המיעוט של השופט ג'רג'זורה בבית-המשפט המחוזי.¹³⁷ עם זאת, פסקי-הדין שניתנו בפרשת בשארה מתקשים להכריע במתח שבין הגנה שיפוטית על הבנות לבין ההגנה על צדדים שלישיים שהסתמכו על ויתורן. קושי זה בא לידי ביטוי באופן שבו תפסו השופטים השונים שדנו בפרשה זו את השתיקה וחוסר המעש של הבנות. שופטי הרוב בבית-המשפט המחוזי ביקרו את הבנות על סבילותן זו, עד כדי כך שגזרו ממנה ויתור מוחלט על זכותן כלפי הצד השלישי.¹³⁸ בית-המשפט העליון אומנם לא גזר משתיקה זו ויתור, אך לא הוציא מכלל אפשרות כי הסכמה שבשתיקה להסתלקות עשויה לחייב את הבנות בתשלום פיצויים לצד השלישי שהסתמך עליה.¹³⁹ עניין הפיצוי הוחזר לבית-משפט השלום וטרם הוכרע לגופו.¹⁴⁰ חיוב הבנות בפיצויים במקרים כאלה יפגע בהן. אף שלכאורה יהיה בו משום תמריץ לבנות הנתלקות בדרישה או בציפייה לויתור לא להחשות ולנקוט צעדים פעילים לעיגון זכויותיהן, ספק אם הן אכן ינהגו כך, לנוכח הידוע על נסיבותיהם של ויתורים כאלה. סביר להניח כי בנות רבות ימשיכו, במקרה ה"טוב", לא לעגן את ויתורן בכתב ולבחור בשתיקה. פסיקת פיצויים לצדדים שלישיים במקרים מסוגו של מקרה בשארה עלולה להוביל את הבנות המוותרות לבחירה אכזרית בין השלמה עם ויתורן לבין התמודדות, במקרה של התנערות מן הויתור, עם "תג מחיר" משמעותי שבו הן לא יוכלו, לעיתים קרובות, לשאת.

בית-המשפט לאסמכתה אנגלית שבדיני היושר הקלסיים. פרשת תומא, לעיל ה"ש 39, בעמ' 2242ה-ו.

137 בשארה-מחוזי, לעיל ה"ש 3, פס' 4 לפסק-דינו של השופט ג'רג'זורה.
 138 שופטי הרוב, גריל ושטמר, סברו כי בשתיקתן העניקו הבנות לצד השלישי רישיון בתמורה שאינו ניתן לביטול. הם קבעו כממצא עובדתי כי האחיות ידעו על ההסכם בין האחים לצד השלישי ולא יחוו, וזקפו לחובת האחיות את הימנעותן מלתבוע את האחים. שם, פס' 30 לפסק-דינם של השופטים גריל ושטמר.

139 בשארה-עליון, לעיל ה"ש 1, פס' ח(12) לפסק-דינו של השופט רובינשטיין.
 140 גם השופט ג'רג'זורה בבית-המשפט המחוזי הסכים כי פתוחה הדרך לתביעת פיצויים. בשארה-מחוזי, לעיל ה"ש 3, פס' 13 לפסק-דינו של השופט ג'רג'זורה. בעצם ההחלטה להחזיר לבית-משפט השלום את ההכרעה בסוגיה שבה טרם דן אין בהכרח משום הבעת דעה של בית-המשפט העליון כי פסיקת פיצויים במקרה זה היא אכן במקומה. כאמור לעיל, תביעת הפיצויים נדחתה על-ידי בית-משפט השלום מטעם דיוני, אך הנושא עודנו תלוי ועומד בערכאות השונות. ראו את האסמכתות לעיל בה"ש 15.

גישה הדוחה נסיונות מאוחרים של בנות להתנער מוויתורים שעשו באה לידי ביטוי בפסקי-דינו של השופט יצחק עמית מבית-המשפט המחוזי בחיפה בפרשת טנוס ובפרשת ע.ע.מ.¹⁴¹ פסקי-דין אלה מצטרפים לדעת הרוב בבית-המשפט המחוזי בפרשת בשארה, אשר נהפכה בבית-המשפט העליון.¹⁴² עמית, שכתב את פסקיו לאחר פסיקתו של בית-המשפט העליון בפרשת בשארה, תמך את גישתו בעובדות המקרים שנידונו לפניו. בשני המקרים דובר בהתנערות מאוחרת במיוחד של נשים מבוגרות, שהתנערו מהסדרים שהן לא מיחו עליהם במשך שנים רבות: בפרשת טנוס דובר בהתנערות מייפוי-כוח בכתב שנחתם לפני נטריון;¹⁴³ ובפרשת ע.ע.מ. חתמה הבת על ייפוי-כוח, אחיה קבע עובדות בשטח, ורק כעבור שנים, לאחר הפקעת החלקה, משהתעורר צורך בחתימתה על מסמך נוסף על-מנת שישולם לאח פיצוי כספי על ההפקעה, התנערה הבת מוויתורה.¹⁴⁴ בשני המקרים הוכח גם כי הבנות היו מודעות לוותורן כאשר הסכימו לו. במקרים אלה אכן היה קשה מאוד, מבחינה משפטית, לתת גושפנקה שיפוטית להתנערות מן הוויתור. לא היה אפשר לפטור את הבנות מוויתוריהן בהסתמך על טיעונים פורמליים של העדר כתב. היה על הבנות להוכיח כפייה שהתרחשה לפני שנים רבות, ולשכנע את בית-המשפט כי היא מצדיקה את ראיית הוויתור כבטל.

אף שהשופט עמית היה נכון להניח כי ויתורה של איבתיה'אג' טנוס – שניתן ערב חתונתה בהשפעת איומם של אחיה כי יבטלו את החתונה – לא שיקף את רצונה החופשי, הוא לא ראה בכך פגם היורד לשורשו של הוויתור.¹⁴⁵ השופט מנחם רניאל, ששמע את פרשת ע.ע.מ. בבית-משפט השלום, הסיק כי חתימת ויתור שהושגה בניסיונות שבהן היה הבן הזוכה "האח הבוגר במשפחה פטריארכלית והמפרנס העיקרי", ושבהן "אחיותיו לא היו יכולות להתנגד לרצונו ולא התנגדו... לא היתה מתוך רצונה החופשי [של הבת] לתת לתובע במתנה את האדמה, ועל כן, מסמך זה אינו ממלא אחר התנאים הדרושים להיותו התחייבות למתן מתנה".¹⁴⁶ השופט עמית, לעומתו, לא ראה מקום, במקרים אלה, להסיק מטיעוני הכפייה כי הוויתור היה חסר תוקף מעיקרו. בפרשת טנוס שאל עמית: "מה מנע בעד המבקשת להודיע לאחיה על ביטול ייפוי הכוח, יום או חודש או אפילו שנה לאחר החתונה? שאז הייתה כבר תחת השגחתו וחסותו של בעלה?"¹⁴⁷ על שאלה זו ניתן להשיב כי גם נשים נשואות במגזר הערבי אינן יכולות תמיד להתנער מוויתורים שעשו לטובת אחיהן, שכן רקמתם העדינה והלא-שוויונית של היחסים עימם ממשיכה להתקיים גם לאחר

141 בפרשת ע.ע.מ. לעיל ה"ש 39, הצטרפו לעמדתו של השופט עמית גם השופטות שטמר ווילנר.

142 בשארה-מחוזי, לעיל ה"ש 3, פס' 33-35 לפסקי-דינם של השופטים גריל ושטמר.

143 פרשת טנוס, לעיל ה"ש 39, פס' 8.

144 ראו לעיל ה"ש 123.

145 "גם אם נניח כי המבקשת נכפתה לחתום על ייפוי הכוח, אין בכך כדי להביא לבטלותו. חוזה שנפל בו פגם אינו חוזה בטל אלא חוזה הניתן לביטול, וכל עוד לא בוטל, הוא עומד בתוקפו." פרשת טנוס, לעיל ה"ש 39, פס' 10.

146 ציטוט החלטתו של השופט מנחם רניאל בבית-משפט השלום בחיפה, כפי שהובא בפרשת ע.ע.מ., לעיל ה"ש 39, פס' 4 לפסקי-דינו של השופט עמית.

147 פרשת טנוס, לעיל ה"ש 39, פס' 10.

נישואיהן.¹⁴⁸ רקמת יחסים דומה התקיימה, בזמן הוויתור כמו-גם עשרות שנים לאחריו, בין הבת המתנערת בפרשת ע.ע.מ. – אשר התחתנה בגיל ארבע-עשרה וחתמה על ויתור כעבור שלושים שנה, כאשר הייתה, כעדותה, "בשליטת בעלי והילדים שלי" – לבין אחיה.¹⁴⁹

אפשר שאחת הסיבות לגישתו הזהירה של עמית הייתה החשש כי לא הנשים עצמן יזמו את נסיונות ההתנערות בפרשות טנוס וע.ע.מ., אלא הגברים במשפחתן החדשה (הבעלים והבנים), אשר המריצו את נשותיהם ואימותיהם לנסות להתנער מוויתוריהן.¹⁵⁰ באופן דומה סברו חלק מהשופטים בפרשת בשארה כי "שוכנענו... כי שקרים אלה של האחים מצביעים על הקנוניה שלהם לבטל את ההסכם, עליו התחייבו (מול הצד השלישי – המחברים). לדעתנו, הם גררו לאותה קנוניה גם את האחיות, והאחיות מסרו עדות שקר לעניין זה".¹⁵¹ אומנם, על בית-המשפט אכן לוודא במקרים כאלה כי ההתנערות היא פרי רצון חופשי ואמיתי של האישה; אין מקום לשיתוף-פעולה של בית-המשפט עם משחקם של גברים באחיותיהם, בנשותיהם ובאימותיהם. עם זאת, בעצם העובדה שקרוביהן הגברים של נשים ממריצים אותן לפנות לבית-המשפט על-מנת לנסות להתנער מוויתוריהן אין כדי להצביע על כך שהפנייה לא נעשתה מרצונן ואינה משרתת גם את האינטרסים שלהן. במקרים רבים אדם פועל בשירות אינטרס שלו ואינטרס של אחרים גם-יחד. תיתכן, למשל, הסכמה מראש בין המתנערת לבין קרוביה הגברים בדבר חלוקת הערך ששיגו על-ידי ההתנערות בינה לביןם. על שופטי בית-המשפט להיות רגישים לאפשרות שמה שמוצג כנסיון התנערות אמין אינו אלא מניפולציה, אך גם לאפשרות שגם בסביבה פטריארכלית יכול להתעורר אומץ בליבה של אישה לעמוד על המגיע לה, ולו כאשר נוצרת הזדמנות לעשות כן בשל צירוף אינטרסים בינה לבין קרוביה הגברים.

אך נראה כי ביסוד עמדתו של עמית מסתתרת גם השלמה מסוימת עם מנהג הוויתור וטעמיו:

"איני נדרש לשאלה אם הוכח קיומו של מנהג במגזר הערבי, לפיו הנשים במשפחה מסתלקות מירושתן לטובת הגברים. אף איני נדרש לסוגיה הערכית-חברתית של השוויון המגדרי בחברה הערבית... די בכך, שבישראל של שנות השבעים, לא היה זה בלתי סביר, שהמשיכה הייתה נכונה להעביר את חלקה במקרקעין לאחיה המבוגר ממנה. שמא בשל בקשתה/דרישתה של אמה... שמא מתוך הבנה שהמערער (האח – המחברים) יתן לה גב' וידאג לה בהווה ובעתיד מתוקף מעמדו כאח הבכור, שמא כדי שלא לשאת בהוצאות הכרוכות בעיבוד ובהחזקת המקרקעין, ושמא, אכן, כטענת המשיבים... בשל 'מערכת יחסים פטריארכלית'.¹⁵²

- 148 ראו לעיל את הטקסט הסמוך לה"ש 68-74.
- 149 פרשת ע.ע.מ., לעיל ה"ש 39, פס' 20-21 לפסק-דינו של השופט עמית.
- 150 ראו פרשת טנוס, לעיל ה"ש 39, בסוף פס' 14.
- 151 בשארה-מחוזי, לעיל ה"ש 3, פס' 27 לפסק-דינם של השופטים גריל ושמר.
- 152 פרשת ע.ע.מ., לעיל ה"ש 45, פס' 27 לפסק-דינו של השופט עמית. בפסק-דינו של השופט עמית בפרשת טנוס מופיע קטע דומה: "בישראל של שנות השישים – ואסתכן ואומר כי גם כיום בתחילת המאה ה-21 – לא היה זה בלתי סביר, שהמבקשת הסכימה להעביר את חלקה

ה. דומה ושונה: יחסם של בתי-המשפט האזרחיים בישראל לויתור של נשים יהודיות בהסכמי גירושים על זכויותיהן ברכוש המשפחה

1 גישתם של בתי-המשפט

לתופעת הויתור של נשים ערביות בישראל על חלקיהן בירושה קיימת מעין מקבילה בציבור היהודי הלא-חרדי בישראל, אם כי בהקשר שונה – גירושים. בציבור זה נפוצה למדי התופעה של ויתור נשים על חלקים מזכויותיהן ברכוש המשפחתי, מתוך ציות לדרישה שהפנו אליהן בעליהן כתנאי למתן גט. לעיתים נשים יהודיות מוותרות בהסכמי גירושים, כתוצאה מדרישה כזו, אף על עצם זכותן לפנות לבתי-המשפט האזרחיים על-מנת לקבל את המגיע להן על-פי הדין האזרחי החל על ההשלכות הרכושיות של הגירושים. לאחר מתן הגט חלק מנשים אלה מתנערות מויתוריהן ופונות לבתי-המשפט האזרחיים בבקשות שונות. להלן נבחן תופעה זו ואת תגובתם של בתי-המשפט האזרחיים על נסיונות ההתנערות, ונשווה בינן לבין ויתורים של בנות ערביות על חלקיהן בירושה, נסיונותיהן להתנער מויתורים אלה ותגובתם של בתי-המשפט האזרחיים על נסיונות אלה, שנידונו לעיל.

שורש המצוקה המניעה נשים יהודיות לוותר על זכויותיהן הוא בעובדה שתוקפו ההלכתי של הגט מותנה בכך שהוא ניתן מרצון, ולא בכפייה. אי-אפשר לכפות מתן גט על גבר שאינו מעוניין בכך. אף שחקיקת הכנסת ציידה במשך השנים את בתי-הדין הרבניים במכלול אמצעים לכפיית גט, עד כדי הטלת מאסר לטווח זמן בלתי-מוגבל,¹⁵³ השימוש שבתי-הדין הרבניים עושים באמצעים אלה מוגבל למקרים שבהם קיימת הצדקה הלכתית לכפיית גט, להבדיל מחיוב בעל לגרש את אשתו או המלצה גרידא להתגרש. גם במקרים שבהם קיימת הצדקה לכפיית גט, ועל אחת כמה וכמה במקרים אחרים, בתי-הדין חוששים שאמצעי הכפייה יניעו את הבעל לגרש את אשתו לא כביטוי של רצונו החופשי, אלא כתוצאה הכפייה. גט שזו סיבתו נחשב בהלכה "גט מעושה" ולפיכך בטל.

מצב זה מאפשר לגברים להתנות את מתן הגט בויתורה של האישה על זכויותיה הממוניות, כגון כתובתה, זכותה לשווי מחצית מסך כל רכושו של הזוג לפי הדין המחללי שבחוק יחסי ממון בין בני-זוג,¹⁵⁴ וכן זכותה למזונות לילדיהם המשותפים של בני-הזוג.¹⁵⁵

בירושת אביה לפני אחיה המבוגרים ממנה לפני חתונתה, כדי להותיר את הרכוש במשפחה".
ראו פרשת טנוס, לעיל ה"ש 39, סוף פס' 14.

153 חוק בתי דין רבניים (קיום פסקי דין של גירושין), התשנ"ה-1995 (להלן: חוק בתי-דין רבניים), מסמיך את בתי-הדין הרבניים להטיל מגוון רחב של סנקציות על בעלים המסרבים לגרש את נשותיהם (כמו-גם על נשים המסרבות להתגרש). ס' 3 לחוק בתי-דין רבניים (בצירוף ס' 6 לפקודת בזיון בית המשפט, חא"י א 322) מסמיך את בית-הדין "לכוף אדם... לציית לפסק-הדין" באמצעות מאסר לתקופה של עד עשר שנים (תקופת המאסר הפוטנציאלית לפי ס' 6 לפקודת בזיון בית המשפט היא בלתי-מוגבלת, לכאורה).

154 חוק יחסי ממון בין בני זוג, התשל"ג-1973 (להלן: חוק יחסי ממון בין בני-זוג). החוק מסדיר את יחסי הממון שבין בני-הזוג אם לא התנו על האמור בו.

155 ויתור של אישה על מזונות ילדיה נעשה בכובעה כאפוטרופסית, וכפוף להתערבותו של בית-המשפט, אשר יאמור את המזונות הראויים – בעת כריתת ההסכם או מאוחר יותר

כל הסכם סטנדרטי המסדיר את זכויותיהם וטענותיהם הרכושיות של בני-זוג זה כלפי זה אגב גירושיהם כולל תניית ויתור, שבה הצדדים מצהירים כי האמור בהסכם ממצה את זכויותיהם ההדדיות, וכי לא יהיו להם תביעות נוספות מעבר לאלה שהוסדרו בו.¹⁵⁶ לעיתים הצדדים אף מצהירים במפורש כי הם מוותרים על הזכות לתבוע בערכאות השיפוט השונות זכויות נוספות על אלה שהוקצו להם בהסכם. תניות ויתור כאלה הן דרך לנסות להבטיח את סופיות ההסכם, ולמנוע את הצדדים מלבוא בדרישות נוספות לאחר שנחתם. גם בציבור היהודי, כמו בציבור הערבי בישראל, עצם הופעתה של תניית הויתור – גם על זכות מוקנית שמן הדין הדתי, כגון הכתובה או החלק השרעי בירושה – אינה מעידה על היות ההסכם הוגן או לא-הוגן. אם להתמקד במקרה היהודי, הסכם המכיל תניה כזו עשוי לשקף חלוקת רכוש הוגנת וראויה בין בני-הזוג המתגרשים, אך הוא עלול גם לשקף כפייה קשה המוליכה לויתור של אחד הצדדים – בדרך-כלל האישה – על זכויות רכושיות במטרה לצאת לחופשי מכלא הנישואים.

הדין החקוק, להבדיל מן הדין הפסוק, מקשה עקרונית התנערות מוויתורים שבהסכם גירושים לאחר שנעשה. חוק יחסי ממון בין בני-זוג דורש מבני-זוג העורכים הסכם גירושים לאשר את ההסכם בבית-המשפט לענייני משפחה או בבית-הדין הדתי בעל סמכות השיפוט בעניין הנישואים והגירושים של בני-הזוג.¹⁵⁷ החוק מנחה את בית-המשפט או בית-הדין לא לאשר הסכם גירושים המוגש לאישורם "אלא לאחר שנוכח בית המשפט או בית הדין, שבני הזוג עשו את ההסכם... בהסכמה חופשית ובהינבם את משמעותו ואת תוצאותיו".¹⁵⁸ הסכם שאושר כאמור נתפס לכן ככזה שערכאה שיפוטית מוסמכת מצאה כי שני הצדדים לו עשוהו בהסכמה חופשית ומתוך הבנה מלאה. לפיכך, לכאורה, בתי-משפט אזרחיים הנתקלים בבקשה של צד להסכם כזה לבטל את ההסכם – בנימוק כי הסכים לו רק בשל איומים, לחץ הנובע ממבנה משפחתי פטריארכלי ושאר מיני עושה וכפייה – אמורים לנטות לא להיענות לה, מה-גם שבקשות כאלה מוגשות בדרך-כלל לאחר מתן הגט, הנתפס כביצוע חלקי של ההסכם. השופטת מרים בן-פורת אכן סברה, בשנת 1985, כי היענות לבקשה של אחד הצדדים לבטל את ההסכם בטענה כי מעולם לא הסכים לו הסכמת-אמת מאיינת את המשמעות שביקש המחוקק לתת לדרישה להביא הסכמי ממון – ובכלל זה הסכמי גירושים – לאישור שיפוטי, ולכן אין להיענות לבקשות כאלה.¹⁵⁹ אך גישתם של בתי-המשפט האזרחיים דהיום – בתי-המשפט לענייני משפחה והערכאות היושבות בערעורים על פסקי-דינם – לתביעותיהן של נשים יהודיות המבקשות לתקן את חלוקת הנכסים שנוצרה בהסכם הגירושים שעשו עם בעליהן לשעבר אוהדת בהרבה מכפי שהיה אפשר לצפות לנוכח הרקע החקיקתי. אומנם, לא בכל מקרה ומקרה

– על-פי מבחן טובתם וצורכיהם של הילדים. ראו ס' 12(א) לחוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות), התשי"ט-1959; בע"מ 7916/03 פלונית נ' פלוני, פ"ד (5) 183, 189 (2005). מבחן זה עשוי להוביל את בית-המשפט לשינוי סכום המזונות שהוסכם בין ההורים.

156 ראו שלוש דוגמות להסכמים כאלה באתר פתרון אלגנטי www.gishurim.co.il/page/Article.asp?id=5&lang=he.

157 ס' 2(א) ו-2(ב) לחוק יחסי ממון בין בני-זוג.

158 ס' 2(ב) לחוק יחסי ממון בין בני-זוג.

159 רע"א 359/85 קוך נ' קוך, פ"ד לט(3) 421, 422 (1985).

בתי-המשפט האזרחיים מאפשרים לנשים להתנער מוויתוריהן ההסכמיים על זכויות העומדות להן לפי דין-הרקע המחדלי המסדיר את יחסי הממון שבין בני-הזוג. כך, במקרים שבהם ברור כי בעשותה את הסכם הגירושים הבינה האישה בדיוק את משמעותם המשפטית של ויתוריה, וכי מדובר באישה מתוחכמת ומודעת שאין להניח כי תסכים להסכם הפוגע קשות באינטרסים שלה, בתי-המשפט עשוי לא לאפשר לה להתנער מוויתוריה.¹⁶⁰ גם ויתורי-תמורה בולטים מצד הגבר, או הענקות מספיקות אחרות מצידו שנדיבותן בולטת, עשויים להניע את בתי-המשפט לא לאפשר לאישה להתנער מוויתוריה.¹⁶¹ הניסיון מראה כי גם ניסוח תביעת האישה לא כתביעה לביטול הסכם הגירושים כולו או תניית הוויתור שבו, אלא כתביעה ממונית נוספת המבקשת להשיג לאישה יותר ממה שהשיגה בהסכם שעשתה אך מבלי לנסות לבטלו, עלול להזיק.¹⁶² אולם במקרה – הנפוץ למדי – שבו ויתרה אישה באופן גורף על כל זכויותיה על-פי דין בנכסי הזוג אשר לא נזכרו במפורש בהסכם, בתי-המשפט האזרחיים נוטים להקל עליה להתנער מוויתורה.

נטייה זו בולטת במיוחד לעניין זכות האישה למחצית מאותו חלק מזכויות הפנסיה של בעלה לשעבר, ומשוויין של זכויותיו הסוציאליות האחרות מול מעסיקו, אשר הופק או נצבר במהלך תקופת הנישואים. נשים רבות אינן מודעות לזכותן זו, ולכן אינן עומדות על אזכורה המפורש בהסכם הגירושים. משלא אזכרה במפורש, זכות זו בטלה לכאורה מכוח סעיפי הוויתור ומיצוי התביעות המופיעים בהסכמים כאלה דרך קבע. אך בתי-המשפט נוטים להאמין לטענותיהן של נשים כי לא היו מודעות לזכות זו כאשר עשו את הסכם

160 ראו תמ"ש (מחוזי ת"א) 93474/97 מ. א. ה. נ' ד. ב. ה., פ"מ (תשס"א) 767 (2001); תמ"ש (משפחה חד') 2631/04 ע.צ. נ' א.צ., תק-מש 2007 (2) 385 (2007). ראו גם ע"א 5490/92 פגס נ' פגס, תק-על 94 (4) 516 (1994), שם דחה הנשיא שמגר טענת אישה כי הוטעתה, בין היתר משום ש"המעוררת אינה אשה נבערת מדעת אלא מורה למתמטיקה בחטיבת הביניים, היינו אדם משכיל ובר דעת"; וכן ע"א 3203/91 אזולאי נ' אזולאי, תק-על 95 (3) 829 (1995), שם דחו שתי ערכאות את בקשת האישה להצהרה כי תניית הוויתור הכללית שבהסכם הגירושים שעשתה אינה מתייחסת לזכויותיה במניה של אגד הרשומה על שם בעלה לשעבר, אשר לא נזכרו במפורש בהסכם, משום שמתצהיר שהגישה האישה עלה כי בני-הזוג דנו בשאלת הזכויות במניה עובר לחתימת ההסכם, ולכן "המניה אומנם לא הוזכרה מפורשות בהסכם בין הצדדים, אך מכך אין להסיק שההסכם אינו מתייחס אליה". שם, בעמ' 829.

161 ע"מ (מחוזי ב"ש) 113/07 ר.א. נ' א.ג.א., תק-מח 2008 (2) 817 (2008) (להלן: פרשת ר.א.). למקרה שבו נמנע בתי-המשפט מלבטל הסכם בין בני-זוג בגין חלוקה לא-שוויונית, מכיוון שההסכם העניק לאישה רכוש מספק, לרבות התחייבות של הבעל לדאוג לצורכי אשתו למשך כל ימי חייה, ראו ע"א 3868/95 ורבר נ' ורבר, פ"ד נב(5) 817 (1998).

162 ראו פרשת ר.א., שם; תמ"ש (משפחה ת"א) 57404/98 ו.מ. נ' ו.י., תק-מש 2006 (3) 159 (2006). אך ראו את עמדתו של השופט גרינברגר בבית-המשפט לענייני משפחה בירושלים, שלפיה במקרה שבו הוסתר מהאישה, בעת כריתת ההסכם, מידע באשר לחלק מזכויותיה, היא תוכל לבקש מאוחר יותר פסק-דין הצהרתי שלפיו שמוורתה לזכויותיה על-פי כל דין מחוץ למסגרת ההסכם. ראו תמ"ש (משפחה י-ם) 17362/97 נ.ח. נ' נ.ש., פס" 15 (פורסם ב"נבו", 23.6.2004).

הגירושים ולכן לא התכוונו כלל לוותר עליה, ולפסוק להן את מלוא שווי הזכות.¹⁶³ הסכמים קצרים, הסכמים המנוסחים בלשון לא-מקצועית, הסכמים שעורכי-דין לא היו מעורבים בניסוחם וכן הסכמים שאושרו בבית-הדין הרבני (ולא בבית-המשפט לענייני משפחה), הכוללים סעיפי ויתור כלליים על כל זכות שלא אוזכרה בהם במפורש, מוליכים לעיתים את בתי-המשפט למסקנה כי משלא נכלל בהם ויתור ספציפי מפורש על זכות מסוימת, לא יתיר עליה בן-הזוג הזכאי לה. משהסיק כך בית-המשפט, הוא מחלק את הזכות האמורה בין הצדדים על-פי דין-המחדל שבחוק יחסי ממון בין בני-זוג.¹⁶⁴

בפסק-דינה בפרשת קהלני, מדצמבר 2006, הרחיבה שופטת בית-המשפט העליון עדנה ארבל את הגישה הזו, והפגינה נכונות עקרונית – אשר לא יושמה במקרה הקונקרטי שבו באותו תיק – להחילה גם על הסכמי גירושים מקצועיים לעילא ומפורטים, המתייחסים במפורש לנכסים ספציפיים רבים, וזאת אף אם הם אושרו בבית-המשפט, ולא בבית-דין רבני. בהיסוס מסוים קבעה ארבל כי "יתכן שיהיה מקום לשקול" יצירת חזקה כללית שלפיה תניית ויתור כללית מותרת את נטל ההוכחה לעניין ויתור על נכס ספציפי אשר לא נזכר במפורש בהסכם על הצד הטוען לויתור.¹⁶⁵

שופטים אחדים המכונים בבתי-המשפט לענייני משפחה ובבתי-המשפט המחוזיים תופסים את הצעתה המהוססת של ארבל כהלכה מחייבת, ומפרשים מכוחה סעיפי ויתור כלליים – שמשמעם הפשוט הוא הסכמה לויתור על כל נכס או זכות שלא נזכרו ספציפית בהסכם – כאמירות בעלמא שאין בהן ויתור של ממש על הנכסים שאינם נזכרים בהסכם

163 תמ"ש (משפחה אשר) 10875/00 (לא פורסם, 1.2.2007); תמ"ש (משפחה ראשל"צ) 36510/06 פלונית נ' (פורסם ב"נבו", 2.12.2007) (להלן: פרשת פלונית); ע"מ (מחוזי חי) 416/06 פלוני נ' פלונית (פורסם ב"נבו", 12.4.2007) (להלן: פרשת פלוני); תמ"ש (משפחה ים) 27140/01 ר.י. נ' פ.ב., תק-מש 2004 (1) 363 (2004) (שם קיבל בית-המשפט את תביעת האישה, על-אף תניית הויתור שבהסכם הגירושים, לקבל את חלקה בזכויותיו הסוציאליות של בעלה, ביחידת נופש שרכש ובהכנסות שצבר ממכירת מונית ומהשכרת בניין); פרשת ג.ח., שם. השוו פסק-דין שבו דחו בית-המשפט לענייני משפחה וערכאת הערעור תביעה לפסק-דין הצהרתי בדבר זכותה של אישה בזכויותיו הסוציאליות של בעלה לשעבר מול מעסיקו – ע"מ (משפחה ת"א) 1286/04 ח.א. נ' ח.א., תק-מש 2005 (4) 10543 (2005). ערכאת הערעור לא פסלה את האפשרות שבשעה שחתמה האישה על הסכם הגירושים, הכולל תניית ויתור כללית, היא לא ידעה על הזכות האמורה. עם זאת, התביעה נדחתה משום שהאישה נהנתה מזמן מספיק לבידור זכויותיה עובר לחתימה על ההסכם, וכן משום שההסכם אושר כדין על-ידי בית-הדין הרבני.

164 פרשת פלונית, שם; פרשת ר.י., שם. ראו גם את המקרה הקל שנידון בתמ"ש (משפחה קר) 16600/02 מ.ש. נ' מ.ז., תק-מש 2008 (3) 503 (2008), שם לא כלל הסכם הגירושים – שנערך ללא מעורבות של עורכי-דין – כל התייחסות לזכויות האישה בזכויותיו הסוציאליות של הגבר, אך גם לא תניית ויתור כללית. בית-המשפט לא התקשה לפסוק כי "מההסכם משתמעת כוונה לחלוקה שווה של כלל הזכויות", וכי הבעל לא הרים את נטל ההוכחה כי האישה ויתרה על חלוקת זכויותיו הסוציאליות. שם, פס' 7.

165 בג"ץ 7947/06 קהלני נ' בית הדין הרבני הגדול, תק-על 2006 (4) 4927 (2006).

במפורש.¹⁶⁶ אין צורך בתחכום רב או בהשכלה משפטית כדי להבין כי משמעותם של סעיף ויתור כללי או תניית מיצוי תביעות היא ויתור על כל מה שלא הוענק במפורש בהסכם. סביר לכן להניח שלפחות חלק ניכר מהצדדים להסכמי גירושים המכילים סעיפים כאלה מבינים את משמעותם בעת כריתת ההסכם. אף-על-פי-כן, בתי-המשפט בוחרים להטיל על הטוען לויתור הספציפי – שהוא מטבע הדברים הנתבע בדרך-כלל, כלומר, לא הוא שיום את התביעה – נטל הוכחה מלא לקיום ויתור על הנכס הספציפי. נטל הוכחה זה אינו קטן בהרבה מנטל ההוכחה שהיה מוטל על המבקש להוכיח קיומו של ויתור ספציפי בהעדר כל סעיף ויתור בהסכם. לכן יש ב"הלכת קהלני" המתגבשת משום איון של סעיף בהסכם שכרתו הצדדים. למעשה, מדובר בדרך עקיפה להרחבת הדוקטרינות המאפשרות לבית-המשפט – או לצד שעשה את החוזה, כולו או חלקו, על רקע טעות, הטעיה, כפייה או עושק – לבטל חלק זה של החוזה.¹⁶⁷

בתי-הדין הרבניים מאשרים לעיתים הסכמי גירושים העוסקים בענייני הממון בקיצור נמרץ. במקרה אחד מסוג זה פסק בית-המשפט לענייני משפחה, אשר שמע את תביעתה של אישה לקבלת חלקה בזכויותיו הסוציאליות של בעלה לשעבר, אשר לא נזכרו בהסכם הגירושים שנערך בין הצדדים, כי אישור ההסכם על-ידי בית-הדין הרבני לא עמד בדרישת החוק שלפיה על בית-הדין להיווכח כי בני-הזוג עשו את ההסכם בהסכמה חופשית ובהבינם את משמעותו ואת תוצאותיו. האישה, קבע בית-המשפט, לא הבינה כי תניית הויתור שבהסכם מהווה ויתור על זכויותיה בזכויותיו הסוציאליות של בעלה, משום שלא הייתה מודעת כלל לזכויות אלה בעת עריכת ההסכם ואישורו. לנוכח העדרו של הסכם ממון מאושר כדן לעניין הזכויות האמורות, איון בית-המשפט בין זכויותיהם של שני בני-הזוג – זה בזכויותיו הסוציאליות של זה – לפי הדין המחדלי של חוק יחסי ממון בין בני-זוג.¹⁶⁸

יחסם של בתי-המשפט האזרחיים לויתוריהן של נשים בהסכמי גירושים על תשלום מזונותיהם של ילדי הזוג על-ידי הבעל, שהוא חובת הבעל על-פי ההלכה, עיון עוד בהרבה מיחסם לויתוריהן על חלק מזכויותיהן ברכוש הזוג. כך הוא גם כאשר אין מדובר בכיטול חובת המזונות כליל, אלא בהסכמה לתשלום מזונות בסכומים נמוכים בהרבה מן הנדרש והמקובל. בהקשר זה בית-המשפט מאפשר לנשים להתנער גם מויתורים מפורשים על זכות ספציפית זו. הוא מכפיף את הויתורים הללו למבחן מהותי של הגינות בסיסית, ומוצא, בהעדר ויתור נגדי משמעותי מצד האב, כי הם אינם עומדים בו.¹⁶⁹ אף שהקשר המזונות

166 תמ"ש (משפחה קר') 18390/04 א.א. נ' ה.א., תק-מש 2007(2) 441 (2007); פרשת פלוני, לעיל ה"ש 163, פס' 17 לפסק-הדין.

167 לדוקטרינות אלה ראו ס' 14-18 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 (להלן: חוק החוזים (כללי)). ראו גם להלן ה"ש 187-192 והטקסט הסמוך להן.

168 ראו פרשת פלונית, לעיל ה"ש 163.

169 תמ"ש (משפחה ראשל"צ) 14711/01 פלונית נ' אלמוני, תק-מש 2006(1) 64 (2006); תמ"ש (חי') 29433/02 א.ו. נ' מ.ו. ת.ז., תק-מש 2007(3) 159 (2007); תמ"ש (משפחה י-ם) 1203/08 ר.ל. נ' ד.ל., תק-מש 2009(1) 448 (2009). בתי-הדין הרבניים נוטים פחות מבתי-המשפט האזרחיים לאפשר לנשים לסגת מהסכמי גירושים. ראו תיק (אזורי ב"ש) 0786-29-2 (לא פורסם, כ"ז שבט תשס"ה). באחד המקרים לא אפשר בית-הדין הרבני הגדול

שונה מהקשר של חלוקת הרכוש בין בני-הזוג בכך שמעורב בו צד נוסף – הילדים, אשר זכאים להגנה על זכויותיהם באופן שאינו תלוי בדרך חלוקת הרכוש או המשמורת בין ההורים – הקשר זה מהווה, בדומה לחלוקה של רכוש הזוג (ובדומה לחלוקה של ירושת ההורים במגזר הערבי), זירה נוספת שבה נשים נאלצות לוותר, כתוצאה מהפעלת כוח גברית, על זכויות העומדות להן (או לילדיהן) כנגד הגברים שבחיייהן. הסכמת האם לתשלום מזונות זעומים או אף לאי-תשלום מזונות על-ידי האב מטילה עליה – כהורה המשמורנית היחידה ביותר מ-90% ממקרי הגירושים של זוגות עם ילדים¹⁷⁰ – חובה להשלים את החסר. מבחינה זו מדובר בויתור רכושי של האישה לגבר, הדומה בקווי המתאר שלו למקרי הויתור האחרים הנדונים במאמר זה: הגבר מפעיל את כוח המיקוח העדיף שלו (גם כאן מדובר בעיקר בעקרון הוולונטריות של הגט), והאישה סופגת הפסד כלכלי. ייתכן שהאינטרס הנפרד של הילד מוצא את ביטויו בנכונותם המוגברת של בתי-המשפט לאיין בהקשר זה את ויתורי האימהות.

2. בין ויתורה של הבת הערבייה לויתורה של האישה היהודייה

מעניין להשוות בין יחסם של בתי-המשפט האזרחיים לויתוריהן של בנות ערביות על חלקיהן בירושה לבין יחסם לויתוריהן של נשים יהודיות על זכויותיהן הממוניות מול בני-הזוגן. ראשית, עלינו לחדד את הדומה והשונה שבין שני מקרי הויתור. לשתי התופעות הנידונות יש צדדים דומים כולטים: שתיהן משקפות דפוסים חברתיים של עליונות גברית, אשר נפוצים במגזרים הערבי והיהודי כאחד. נשים יהודיות יודעות כי אם לא יכנעו לדרישות בעליהן, ואלה יימנעו כתוצאה מכך ממתן גט, ייחשבו ילדיהן מקשר זוגי עתידי לממזרים לפי ההלכה. ידיעה זו מניעה גם נשים יהודיות חילוניות, ואף כאלה שהתחתנו מלכתחילה בטקס שאינו יהודי-אורתודוקסי, להיכנע לדרישות אלה. על המציאות החברתית במגזר הערבי, אשר הופכת לעיתים קרובות את מחיר סירובן של הנשים לוותר על זכויות בירושת ההורים לבלתי-נסבל מבחינתן, כבר עמדנו בהרחבה. הבנות הערביות מוותרות בדרך-כלל על זכויות המגיעות להן לפי הדין הדתי, ומקל וחומר, גם על חלקן בירושה לפי הדין האזרחי. אחיותיהן בציבור היהודי מוותרות הן על זכויותיהן שבדין הדתי, כגון הכתובה, והן על זכויות שהוסיף המשפט הישראלי האזרחי על זכויות הגרושה שבדין הדתי.

עם זאת, בין שתי התופעות קיימים גם הבדלים משמעותיים:

א. ויתור כתוב מול ויתור חבוי – הויתור היהודי מוצא לרוב ביטוי מפורש פחות או יותר בכתב (אף שלא תמיד הצדדים מתייחסים לכל נכס וזכות בנפרד), ולעיתים קרובות

לאישה להתנער מהסכמתה להגבלת חיוב בעלה במזונות ילדתם ל-200 ש"ח בחודש, אף שעל הדייה, אשר הוקצתה בהסכם הגירושים לאישה, רבץ חוב לבנק שדרש החזרים של 1,900 ש"ח לחודש, והכנסת האישה הייתה רק 3,400 ש"ח לחודש. תיק (גדול) 1-21-8894 (לא פורסם, 27.1.2008).

170 דפנה הקר הורות במשפט: מאחורי הקלעים של עיצוב הסדרי משמורת וראייה בגירושים 28-29 (2008). הנתון מבוסס על בחינת מאות תיקי גירושים שנדונו בבית-הדין הרבני בתל-אביב ובבתי-המשפט לענייני משפחה ברמת-גן ובחיפה.

הוא גם מאושר על-ידי בית-המשפט או בית-הדין המוסמכים. הוויתור הערבי, לעומת זאת, נותר לעיתים סמוי מן העין, ואינו בא לידי ביטוי בצווי ירושה פורמליים. לעיתים, כאשר מוצאים צווים כאלה, הבנות מוזכרות בהם כירשות אף שלמעשה ויתרו על חלקיהן. הוויתור נעשה במקרים אלה מחוץ לכל פורום שיפוטי, במסגרת הסכם או כמתנה, בכתב, בעל-פה או בהתנהגות. גם כאשר הוא נעשה בכתב, אין הוא כפוף לאישור ולבקרה שיפוטיים, כמו ויתורים הנעשים במסגרת הסכמי הגירושים שנשים יהודיות עושות. הברזל זה מקטין את הסיכוי שהשאלה אם ויתורן של הבנות הערביות נעשה באופן חופשי ומרצון תיבחן על-ידי ערכאה שיפוטית סמוך למועד הוויתור.

ב. משך הכפייה – משכה של הכפייה, הדוחקת בנשים לוותר על זכויותיהן, שונה בשני המקרים. בעוד הרצון לקבל גט, הדוחק באישה היהודייה לוותר על זכויותיה הרכושיות, פג עם קבלת הגט (אלא אם כן פנה הבעל, עם התנערותה של האישה מוויתוריה, לבית-הדין הרבני בבקשה לביטול הגט כ"גט מוטעה" או כ"גט מותנה"),¹⁷¹ הבת הערבייה נדחקת לויתוריה על-ידי נסיבות חברתיות מתמשכות, אשר אינן פגות עם ויתורה ומוסיפות להעיב על רצונה החופשי במשך שנים רבות. זו סיבה מרכזית לכך ששיעור הנשים היהודיות המבקשות להתנער לאחר מתן הגט מוויתורים שעשו לפני נתינתן גדול משיעור הבנות הערביות המבקשות להתנער מוויתוריהן על זכויותיהן ברכוש המשפחתי.

ג. ויתור על מקרקעין מול ויתור על זכויות כספיות – בנות ערביות מבקשות בדרך-כלל להתנער מוויתורים על זכויות במקרקעין, ואילו נשים יהודיות מבקשות, ברוב המקרים שבהם פסקו בתי-המשפט בישראל בשנים האחרונות, להתנער מוויתורים על זכויות כספיות. בעוד הקצאות של זכויות במקרקעין קשה לעיתים קרובות לשנות, בעיקר אם הן הסתיימו ברישום, הקצאות של זכויות כספיות ניתנות לשינוי בקלות רבה יותר. תוצאת הברזל זה היא שנסיונותיהן של בנות ערביות להתנער מוויתוריהן הננים מסיכויי הצלחה כלשהם רק כאשר חלוקת הזכויות שהוויתור היה חלק ממנה טרם הסתיימה ברישום, ואילו במקרה היהודי מדובר לא פעם בנסיונות לשנות את הקצאתו של זרם הכנסה אשר חלקו, ולעיתים כולו, עדיין עתיד בשעת הפנייה לבית-המשפט. מקרקעין הם גם נכס סחיר בהרבה מזכויות פנסיוניות וזכויות סוציאליות אחרות, ולכן בעיית הצדדים השלישיים – אשר רכשו זכויות בנכס שבמחלוקת בהסתמך, בין היתר, על הוויתור – ממשית ביותר במקרה הערבי ואינה קיימת כמעט במקרה היהודי.¹⁷²

ד. העלאת התמורה לויתור על הכתב – במקרה היהודי התמורה לויתור (בהסכמי גירושים הוגנים – הענקת זכויות רכושיות אחרות; ובהסכמי גירושים חסוניים –

171 להיענות של אחדים מבתי-הדין הרבניים לבקשות כאלה בשנים האחרונות ראו עמיחי רדזינר "מלכוב לתל-אביב: פסיקות 'גט מוטעה' בשל הפרת הסכם הגירושין בבתי הדין הרבניים, בעקבות תיק (אזורי ת"א) 1-29-9322 (19.3.06) ואחרים" משפטים לט 155 (2009).

172 במגזר הערבי מקובל להחזיק חלק גדול מן ההון המשפחתי בצורת קרקעות. ראו עוז אלמוג, שרון הורנשטיין ואשרף עואודה "הכפר הערבי במדינת ישראל" אנשים ישראל – המדריך לחברה הישראלית (2008) www.peopleil.org/details.aspx?itemID=7536&searchMode (=0&index=1).

עצם נכונותו של הבעל לתת גט) מפורשת בדרך-כלל בהסכם הגירושים. במקרה הערבי, לעומת זאת, התמורה לויתור (חובת בעליהן של הבנות לתמוך בהן, ובמקרים של נשים פנויות – חובת אחיהן לעשות כן) אינה באה במקרים רבים לידי ביטוי בכתב.¹⁷³ התמיכה הגברית הלא-פורמלית, המהווה לכאורה את ה"תמורה" לויתוריהן של נשים ערביות, עלולה להתגלות כמשענת קנה רצוף במקרים שבהם גברים ערבים אינם מצייתים למעשה, חלקית או כליל, לנורמות הדתיות והחברתיות המחייבות אותם לתמוך בנשותיהם או באחיותיהם (אם כי גם להתחייבות משפטית כתובה ופורמלית לעילא ניתן, כמובן, לא לציית). השוני בין המגזרים במידת העמידה המפורשת של הנשים המוותרות על ציון התמורה לויתור בכתב נובע הן מטיבה השונה של התמורה בכל אחד מהמקרים והן מרמת המשפוט השונה של שני המגזרים: אף ששתי האוכלוסיות – היהודית והערבית – נעות בכיוון המשגתם הגוברת של יחסים חברתיים ואישיים בכלים משפטיים טכניים ומפורשים, האוכלוסייה היהודית משיגה את זו הערבית במירוץ המשפוט.

ה. מודעות לאפשרות ההתנערות וקלות הגישה לערכאות – נראה כי הפערים בהשכלה, ברווחה הכלכלית ובידיעת העברית (שפתה העיקרית של מערכת המשפט האזרחית בישראל) בין נשים יהודיות וערביות בישראל יוצרים גם פער במידת מודעותן של נשים יהודיות וערביות לאפשרויות העומדות לפניהן לנסות להתנער מוויתוריהן על-ידי פנייה לבתי-המשפט, כמו-גם בסיכוי שהן ייהנו בפועל מן האפשרות לפנות כאמור ולהסתייע בעורכי-דין לשם כך.¹⁷⁴

ו. זהות הערכאה השיפוטית ואופי ההליך – הבדל אחרון בין שתי התופעות נוגע בזירה השיפוטית שבה מועלית טענת ההתנערות מוויתור, ובאופי ההליך שבמסגרתו היא מועלית. פסקי-הדין מן המגזר היהודי שבהם עסקנו כפרק זה ניתנו ברובם במסגרת הליכים שיזמו הנשים עצמן במטרה מפורשת לשפר את חלוקת הנכסים הקיימת בינן לבין בני-זוגן לשעבר. תביעות אלה הוגשו לבתי-משפט לענייני משפחה –

173 ייתכן כמובן גם ויתור על חלקה (השרעי או האזרחי) של אישה בירושה הנעשה בתמורה להענקת זכות רכושית הולמת אחרת, אך לא במקרים כאלה עסקינו במאמר הנוכחי.

174 שיעור הנשים הערביות מקבוצת-הגיל 18-64 שרכשו השכלה תיכונית לפחות הגיע בשנת 2006 ל-51.2%, ושיעור הנשים הערביות באותם גילים שרכשו השכלה על-תיכונית הגיע באותה שנה ל-23.6%. לשם השוואה, שיעור הנשים היהודיות באותם גילים שרכשו השכלה על-תיכונית הגיע בשנת 2006 ל-53.8%. ראו יהודית קינג ואח' תעסוקת נשים ערביות בנות 18-64 iii (2009). עם זאת, רמת ההשכלה הממוצעת בקרב נשים ערביות בישראל עולה בהדרגה: מקרב בנות 35-44 רק 36% רכשו השכלה תיכונית או יותר, ואילו מקרב בנות 45-64 – רק 12%. שם, בעמ' 56. באשר לרווחה הכלכלית, רק 18.7% מקרב הנשים הערביות מקבוצת-הגיל 18-64 היו מועסקות בשנת 2006 – עובדה התורמת להסברת המשאבים הכלכליים המוגבלים העומדים לרשותן, כמו-גם להסברת תלותן בקרובי-משפחתן הגברים. שם, בעמ' iii. 55% מהמשפחות הערביות נמצאות מתחת לקו העוני. שם, בעמ' 8. מקרב הנשים הערביות שאינן משתתפות בכוח העבודה – אשר 77.5% מהן נמנות עם גילאי 18-64 – 52% אינן יודעות לדבר עברית, ו-16% אינן יודעות קרוא וכתוב אפילו בערבית. שם, בעמ' iii ו-x, בהתאמה.

ערכאה אשר מאוישת בשופטים המתמחים בסכסוכים במסגרת המשפחה, על הצרכים והמצוקות המיוחדים המאפיינים אותם. לעומת זאת, פסקי-הדין מן השנים האחרונות העוסקים בויתורים על זכויות ירושה במגזר הערבי ניתנו רובם בבית-המשפט המחוזי, אשר מספר ענייני המשפחה המגיעים לפתחו (כערכאה דיונית) קטן מאז הוקמו בתי-המשפט לענייני משפחה במחצית השנייה של שנות התשעים. נראה כי ההוראה בחוק בית-המשפט לענייני משפחה שלפיה תובענה "שעילתה סכסוך בקשר לירושה" היא בסמכותו של בית-משפט זה, כערכאה דיונית, טרם הופנמה בקרב חלק מעורכי-הדין העוסקים בתביעות התנערות ערביות, והם עודם מגישים אותן לעיתים לבית-המשפט המחוזי, כנראה משום שעניינן בשאלות של בעלות במקרקעין.¹⁷⁵ שופט המתמחה בענייני מסחר יותר מאשר בענייני משפחה עשוי – או עלול – לראות את ודאות הקניינים כערך מרכזי, ולפיכך להעדיף את השארת חלוקת הקרקעות שלאחר הוויתור על כנה על תיקון הכפייה שמלפני שנים. כך, בפרט, אם גברי המשפחה כבר מכרו את חלקי אחיותיהם לצדדים שלישיים. אכן, כפי שראינו, חלק משמעותי משופטי בתי-המשפט המחוזיים ששמעו תביעות התנערות ערביות בשנים האחרונות גילו כלפיהן יחס חשדני למדי.

רוב ההבדלים שנסקרו לעיל מקשים על בנות ערביות המבקשות להתנער מוויתור על ירושתן, בהשוואה לנשים יהודיות המבקשות להתנער מוויתורים שעשו אגב הסכם גירושים. גם היתרון היחסי שהדין השרעי ומנהגיה של החברה הערבית מקנים לגברים ערבים על נשים ערביות בכל הנוגע בחלוקת הירושה אינו קטן מזה שדיני הגירושים ההלכתיים מקנים לגברים יהודים על נשים יהודיות בנוגע לחלוקת הרכוש בין בני-הזוג המתגרשים. אף שבמקרה הערבי, בניגוד למקרה היהודי, מדובר בכפייה שאינה באה לידי ביטוי ישיר במשפט המדינה, מחויבותם העמוקה של רבדים בחברה הערבית למנהג האמור עלולה ליצור כוח לחץ אפקטיבי שעוצמתו אינה נופלת מעוצמת הכוח שמשפט המדינה מקנה לגברים יהודים באמצעו, לעניין גירושיהם, את דין התורה. בשני המקרים ה"הסכמה" הבין-מגדרית משקפת את יחסי הכוח הבין-מגדריים, ועובדה זו מעוררת ספק בדבר היות הסכמתם של הצדדים הנששים הסכמה חופשית אשר ראוי לבתי-המשפט לכבדה ולאוכפה בהתאם לתפיסה הליברלית של החוזה. במשפט האנגלו-אמריקני, כבמשפט הישראלי, מקובל לראות את יחסי המשפחה כתחום של ההוויה האנושית שאין להחיל בו את כללי המשפט האזרחי הרגילים (אשר בנויים לשרת מערכת יחסים שעניינה מסחר ואשר משקפים את האופן הליברלי והאינדיווידואליסטי שבו המודרנה המערבית תופסת את האדם) אלא

175 ס' 61(ה) לחוק בית-המשפט לענייני משפחה, התשנ"ה-1995. סמכותם של בתי-המשפט המחוזיים לשמוע, כערכאה ראשונה, משפטים העוסקים בבעלות במקרקעין עולה מס' 51(3) ו-40(1) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984, ס"ח 198. לתביעות שהוגשו בשנים האחרונות לבית-המשפט המחוזי, כערכאה ראשונה, על-ידי בנות ערביות שניסו להתנער מוויתוריהן, ראו, למשל, פרשת טנוס, לעיל ה"ש 39, ופרשת חדר, לעיל ה"ש 45. בפרשת ע.ע.מ. היה זה האח שפנה לבית-המשפט המחוזי (מכיוון שאחותו התנערה לפתע מוויתורה משכבר הימים), ובית-המשפט המחוזי העביר את התובענה לבית-המשפט לענייני משפחה. פרשת ע.ע.מ., לעיל ה"ש 39, בסוף פס' 2.

בכפוף להתאמה משמעותית.¹⁷⁶ גם את עקרון-היסוד של המשפט האזרחי, שלפיו חוזים יש לקיים, יש לסייג בהקשרים משפחתיים בצורך בכדיקה קפדנית במיוחד עד כמה הסכמתם של הצדדים לחוזה, ובעיקר של הצדדים החלשים, הינה אמיתית, ולא כזו שנכפתה על-ידי צדדים אחרים או על-ידי אתוס חברתי מפלה. עם זאת, ארגז הכלים הדוקטרינרי של המשפט האזרחי מציע, על-אף מגבלותיו, כלים המאפשרים לבית-המשפט במקרים רבים להתיר לבנות להתנער מוויתורים שנעשו בכפייה. חזקה על בתי-המשפט האזרחיים, אשר מוצאים בהקשר היהודי דרכים משפטיות להפוך על כנם ויתורים מפורשים שנעשו בהסכם כתוב שאושר על-ידי בית-משפט או בית-דין מוסמכים, שגם בהקשר הערבי יעשו כל שאלא ידם על-מנת לתקן את תוצאות אי-השוויון הבין-מגדרי. נעבור כעת לבחינת הכלים הדוקטרינריים העומדים לרשות בתי-המשפט האזרחיים למטרה זו.

1. הטיפול השיפוטי בהתנערות מוויתור: ארגז הכלים הדוקטרינרי

משהגענו למסקנה כי ראוי שבתי-המשפט האזרחיים יגלו רגישות לרצונן של נשים ערביות להתנער מוויתורים על זכויות ירושה אשר נכפו עליהן לטענתן, עלינו לדרון בכלים הדוקטרינריים שבהם יוכלו בתי-המשפט להיעזר לשם כך. כלים אלה תלויים במידה רבה ב"מצב הצבירה" המשפטי של הוויתור. המשתנים הקובעים את מידת הקושי, בכל מקרה ומקרה, במתן גושפנקה שיפוטית לרצונה של בת להתנער מוויתור הם רצונה החופשי או העדרו, היות הוויתור מעוגן בכתב, היותו מעוגן ברישום, קבלת תמורה כנגד הוויתור, משך הזמן שחלף מהוויתור ועד ההתנערות, והסתמכותם של הבנים או של צדדים שלישיים על הוויתור.

השלב הראשון בויתור הוא ויתור-למעשה על החזקה בנכסי המוריש. היות שהעזבונו שבהם עסקינן מורכבים בעיקר מנכסי מקרקעין, ויתור כזה אינו מחייב מבחינה משפטית, וניתן לחזור ממנו בכל עת: הן עסקה במקרקעין והן הסתלקות מזכות בעיזבון טעונות מסמך בכתב.¹⁷⁷ על-פי הדין האזרחי, בהעדר הסתלקות מהעזיבון, היורשים על-פי דין, ובכלל זה הבנות, נחשבים כבעלי הנכס מרגע מותו של המוריש.¹⁷⁸ מכאן שאי-אפשר לוותר על העיזבון במחשבה או בהתנהגות. זאת ועוד, גם כאשר ויתור על מקרקעין נעשה בכתב אך ללא תמורה, ניתן, לפי דיני המתנה, לחזור ממנו, לפחות כל עוד לא נשלמו ההליכים של מתן צו הירושה, שכן בשלב זה גם ויתור בכתב מהווה רק התחייבות לתת מתנת מקרקעין, להבדיל ממתנת מקרקעין שהושלמה. על-פי דין המתנה האזרחי בישראל,נותן מתנה יכול לחזור בו מהתחייבות בכתב לתת מתנה אם לא ויתר בכתב על זכות החזרה, וכל עוד מקבל המתנה לא שינה את מצבו לרעה בהסתמך על ההתחייבות.¹⁷⁹

176 דוגמה מרכזית במשפט הישראלי לפיתוח המשפט האזרחי בהקשר המיוחד של יחסי הממון במשפחה, תוך התאמתו למאפייניו המיוחדים של הקשר זה, היא הלכת השיתוף. ראו, למשל, פרשת שלם, לעיל ה"ש 106.

177 ס' 8 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969 (להלן: חוק המקרקעין); ס' 6 לחוק הירושה, התשכ"ח-1965; ס' 20 לחוק הנוטריונים, התשל"ו-1976.

178 ס' 1 לחוק הירושה.

179 ס' 5(ב) לחוק המתנה, התשכ"ח-1968 (להלן: חוק המתנה).

במקרים מסוימים, כגון התנהגות מחפירה של המקבל כלפי הנותן או הרעה ניכרת שחלה במצבו הכלכלי של הנותן, ניתן לחזור מהתחייבות לתת מתנה גם אם מקבל המתנה הסתמך על ההתחייבות.¹⁸⁰

לפיכך, אם הבת התחייבה לתת במתנה את חלקה בירושה וחזרה בה בטרם נשלמו ההליכים של מתן צו הירושה, זכות החזרה שלה מעוגנת במסגרת של חזרה ממתנה. בהתקיים התנאים לחזרה ממתנה, היא אינה נדרשת כלל לתת נימוק לחזרה, כגון טענה שלפיה המתנה ניתנה בתנאים של כפייה או עושק. זה המצב גם כאשר נשים מוותרות על חלקיהן בירושה לאחר שזכויותיהן כבר נרשמו, כל עוד חלוקת הזכויות המתוקנת, המשקפת את הוויתור, לא נרשמה במרשם המקרקעין. במקרים שבהם הסתמכו האחים או צדדים שלישיים על הוויתור, שניתן בכתב אך טרם נרשם, ניתן לתת ביטוי לכפייה שהובילה לוויתור ולהכשיר את ההתנערות ממנו, במקרים מתאימים, על-ידי שימוש בחריג "ההתנהגות המחפירה". כך יהיה ראוי לעשות במקרים קיצוניים, כגון במקרים שבהם האחים, שלטובתם ויתרו האחיות על זכויותיהן בירושת ההורים, מתנערים לחלוטין ממחויבויותיהם הכלכליות והחברתיות כלפי אחיותיהם.¹⁸¹ לעומת זאת, אם העברת הזכויות מן הבת לאחיה כבר הושלמה ברישומן על שם האחים במרשם המקרקעין, יקשה יותר על הבת לחזור בה מן הוויתור. השלמת המתנה ברישום הופכת אותה ל"מתנה מוגמרת" או ל"מתנה לאלתר", ומעבירה את הבעלות למקבל המתנה באופן סופי.¹⁸² עם זאת, גם לאחר רישום עסקה במקרקעין ניתן עדיין לתקן את הרישום בנסיבות מסוימות.¹⁸³ למעשה, רק העברת זכויות הבנים לצד שלישי בתנאי תקנת השוק במקרקעין עלולה לחסל לחלוטין

180 ס' 5(ג) לחוק המתנה. בית-המשפט העליון טבע את מטבע-הלשון שלפיה משקלה של התחייבות לתת מתנה הוא כ"משקל נוצה". ע"א 350/96 וייסר נ' שביט, פ"ד (5) 797, 814-813 (1999). במקרים שבהם טענו נושי הנותן כי זה חזר בו מהתחייבותו ראו ע"א 11502/05 לאניאדו נ' הולנד ישראל בע"מ, תק-על 2008 (1) 5768 (2008); ע"א 1516/99 לוי נ' חיג'אזי, נה(4) 727, 730 (2001). לנסינות חזרה מייפוי-כוח בלתי-חוזר ראו ע"א 404/84 סעתי נ' סעתי, פ"ד מא(2) 477 (1987); ע"א 493/91 מזרחי נ' מזרחי, פ"ד (1) 199 (1996).

181 לניסיון (שלא צלח) של אחות לחזור בה מוויתורה לטובת אחיה בשל התנהגות מחפירה, אשר באה לידי ביטוי בכך שהללו "משתמשים בקרקע שנתנה להם כתוצאה מההסתלקות, כנשק למלחמה בתובעת ובעלה", ראו ת"א (מחוזי חי') 586/01 ליבנאני נ' אסעד, תק-מח 2003 (1) 3051 (2003).

182 ס' 6 לחוק המתנה. במקרים מסוימים גם העברת זכות חוזית לקבלת מקרקעין עשויה להיחשב מתנה מוגמרת. ראו ע"א 6439/99 "טפחות" בנק משכנתאות לישראל בע"מ נ' פרח, פ"ד נח(2) 106 (2003). בשיטות משפט אירופיות מאפשרים חזרה גם ממתנה מוגמרת. ראו מרדכי א' ראבילי "התחייבות ליתן מתנת מקרקעין" ספר ויסמן: מחקרי משפט לכבודו של יהושע ויסמן 557, 583, ה"ש 106 (שלום לרנר ורפנה לוינסון-זמיר עורכים, 2002).

183 ראו חיים זנדברג "הסתמכות על מרשם זכויות – חזון לעומת מציאות" עלי משפט ב 273, 278-277, 285-286 (2002); יהושע ויסמן דיני קניין 310-314 (1993).

את האפשרות לחזור מן הוויתור על הנכס.¹⁸⁴ לאחר העברה כזאת לא תוכל הבת, אף אם קיימת עילה להתנערות מהוויתור, כגון היותו תוצאת כפייה, לבסס עליה תביעה להשבת הנכס עצמו, אלא לכל-היותר תביעה להשבת החלק היחסי בתמורה שקיבלו הבנים בעבור הנכס או לפיצוי כספי בגין אובדן הנכס.¹⁸⁵

האפשרות לחזור מן הוויתור בשלב שבו כבר הושלמה הקניית המתנה למקבליה מוגבלת לעילות הקבועות בדיני החוזים הכלליים להתנערות מהתחייבות חוזית.¹⁸⁶ עילות אלה הן גם המסגרת היחידה להתנערות מוויתור שנעשה בתמורה. דיני החוזים מאפשרים ביטול חוזה והתנערות מחיובים חוזיים הן בשל פגמים בכריתת החוזה והן בשל הפרת החוזה. לענייננו רלוונטיים בעיקר הפגמים בכריתתה.¹⁸⁷ הבת המבקשת להתנער מהסכמתה יכולה לטעון לבטלותה בהתבסס על מגוון של עילות, כגון טעות, הטעיה, כפייה או עושק.¹⁸⁸ במקרים קיצוניים של כפייה או העדר מודעות ניתן לקבל את הטענה כי "לא נעשה דבר", ולראות את הוויתור כבטל מעיקרו.¹⁸⁹

דא עקא, שברך-כלל הבנות המותרות מבינות היטב על מה הן חותמות, וכפי שראינו, גם במקרים המעטים שבהם נטענו טענות בדבר אי-ידיעה, טעות או הטעיה בנוגע לויתור

184 ס' 10 לחוק המקרקעין. חלוקת העיזבון ומכירת חלק מהנכסים לצד שלישי הן שמנעו חזרה מהוויתור בפרשת ליבנאוי, לעיל ה"ש 181.

185 הבסיס לכך יהיה דיני העקיבה והנאמנות. השוו ס' 34 לחוק המכר, התשכ"ח-1968. ראו גם את הדיון להלן בטקסט שלאחר ה"ש 202.

186 מרדכי א' ראבילו חוק המתנה תשכ"ח-1968 49-50 (פירוש לחוקי החוזים, מהדורה שנייה, 1996); גר טרסקי "על השפעה בלתי הוגנת בדין החוזים הישראלי" משפטים כא 517 (1992).

187 ס' 14-21 לחוק החוזים (כללי); ס' 6-9 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1971.

188 ס' 17 לחוק החוזים (כללי) קובע כי "מי שהתקשר בחוזה עקב כפייה שכפה עליו הצד השני או אחר מטעמו, בכוח או באיום, רשאי לבטל את החוזה". ס' 18 לאותו חוק קובע כי "מי שהתקשר בחוזה עקב ניצול שניצל הצד השני או אחר מטעמו את מצוקת המתקשר, חולשתו השכלית או הגופנית או חוסר נסיונו, ותנאי החוזה גרועים במידה בלתי סבירה מן המקובל, רשאי לבטל את החוזה". לביקורת פמיניסטית על היד הקמוצה שבה החילו בתי-המשפט בישראל את עילת העושק ראו הלה קרן "הצעת חוק דיני הממונות ובעיית האונס החוזי: היש חדש תחת השמש?" עיונים במשפט, מגדר ופמיניזם 287, 288-289 (דפנה ברק-ארז ואח' עורכות, 2007).

189 בפרשת ציאם ביטל בית-המשפט את חתימתה של אחות בבוהן ידה על כתב ויתור, בשל כך שלא ידעה קרוא וכתוב, ולא הוכח כי תוכן המסמך הוקרא לה בטרם חתמה. פרשת ציאם, לעיל ה"ש 45, פס' 16. לביטול בהקשר אחר של התחייבות חוזית של חולה במחלת נפש קשה (סכיופורניה רדיפתית), אשר חתמה על החוזה בנסיבות שבהן "הוכחה תלות סימביוטית מוחלטת של המשיכה בבעלה", ותחת איום כי "אם לא תחתום... יתגרש ממנה", ראו ע"א 8163/05 הדר חברה לביטוח בע"מ נ' פלוגנית, תק-על 2007(3) 1976, 1988 (2007). לקשר בין עילת הכפייה לבין טענת "לא נעשה דבר" ראו דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך ב 912, 892 (1992).

על ירושת הבת, לא נתן בהן בית-המשפט אמון.¹⁹⁰ הטענות המהותיות המרכזיות שהבנות עשויות אפוא להעלות הן כי חתמו על הוויתור והסכימו לו רק כתוצאה מכפייה או מעושיק. הדין הישראלי הכללי נקט גישה מצמצמת לטענות מעין אלה.¹⁹¹ הוכחה של הפעלת כוח פיזי או של איום בהפעלת כוח כזה יכולה להביא לידי ביטול ההסכמה שהושגה בעקבותיהם. כך גם, לעיתים, כאשר מדובר באיום ממוקד בגרימת נזק משמעותי במישורים החברתי או הכלכלי. דוגמה לאיום כזה ניתן לראות במקרה של איפתיהאג' טנוס, אשר יומיים לפני חתונתה המתוכננת הובאה על-ידי אחיה, שלא בידעתה, למשרד עורכי-דין לשם חתימה על יפוי-כוח הכולל ויתור על זכויותיה בירושת הוריהם, ואוימה כי אם לא תחתום עליו, "יבטלו הכל, ויחזירו אותה כל חייה לעבודת הפרך במחצבה, במטעי הזיתים ובגידולי הטבק של המשפחה". זהו איום ממוקד ואמין בדבר גרימת נזק חברתי וכלכלי משמעותי, אשר עשוי, גם לפי הדין הקיים, להביא לידי ביטול הוויתור מכוח דוקטרינת הכפייה.¹⁹² אולם יהיה קשה יותר לשכנע את בתי-המשפט כי הוויתור ניתן בכפייה, השוללת את תוקפו, כאשר הוויתור היה פרי לחץ חברתי ותרבותי כללי ובלתי-ממוקד, כגון חששה של הבת מהעדר תמיכה משפחתית במצבי מצוקה עתידיים או מנידוי חברתי. היות שגם במקרים אלה אין הוויתור משקף את רצון הבת, שאלה היא אם אין זה ראוי שגם כאן יכירו בתי-המשפט בכפייה המיינת את הסכמת הבת.

קושי נוסף מתעורר לנוכח חזרה מוויתור שתוצאותיו כבר עוגנו בצו ירושה שהוציא רשם לענייני ירושה, בית-משפט אזרחי או בית-דין דתי. צו ירושה כמוהו כפסק-דין, וביטול פסק-דין פוגע בעיקרון של "מעשה בית-דין" ובאינטרס של סופיות הדיון המשפטי.¹⁹³ באופן עקרוני קיימת אפשרות לבטל או לתקן צו ירושה אזרחי בשל עובדות וטענות שלא היו לפני נותן הצו בעת נתינתו;¹⁹⁴ אך ביטול או תיקון כאלה לא ישללו זכויות

190 פרשת טנוס, לעיל ה"ש 39, פס' 9; פרשת ע.ע.מ., לעיל ה"ש 39, פס' 3 (הטענה) ופס' 19 (שלילתה).

191 לפסיקה שפירשה את עילת הכפייה ראו ע"א 784/81 שפיר נ' אפל, פ"ד לט(4) 149 (1985); ע"א 2299/99 שפיר נ' דיור לעולה בע"מ, פ"ד נה(4) 213, 236-235 (2001) (כפיית רוכשי דירות לוותר על זכאותם לפיצוי כספי בגין ליקויי בנייה, שכן חתימה על הוויתור הייתה תנאי למסירת הדירות); ע"א 1569/93 מאיה נ' פנפורד (ישראל) בע"מ, פ"ד מח(5) 705, 719-720 (1994) (כפיית קונים, על-ידי מוכר שברח לחוץ-לארץ, לוותר על חלק מסחורה שהם שילמו עליה מראש ובמלואה כתנאי להספקת היתרה). לפסיקה שפירשה את עילת העושיק ראו ע"א 403/80 סאסי נ' קיקאון, פ"ד לו(1) 762 (1981); ע"א 10225/02 פרץ נ' פרץ בוני הנגב אחים פרץ בע"מ, תק-על 2004(1) 288 (2004); ע"א 8622/06 פלוני נ' עזבון פלונית, תק-על 2009(1) 4073 (2009).

192 פרשת טנוס, לעיל ה"ש 39, פס' 3.

193 נינה זלצמן מעשה-בית-דין בהליך אזרחי 14-15 (1991); זנדברג, לעיל ה"ש 47, בעמ' 304 ואילך.

194 ס' 72 לחוק הירושה. בפרשת מחאמיד פסק בית-המשפט כי ניתן לבטל צו ירושה גם כחלוף שלושים שנה מנתינתו. באותה פרשה בוטל הצו דווקא כדי לתת ביטוי לויתורן של הבנות על חלקן, אשר לא בא לידי ביטוי בצו המקורי. בית-המשפט קיבל כי ויתור זה שיקף בפועל את פני המציאות במהלך השנים. פרשת מחאמיד, לעיל ה"ש 45, פס' 10.

שנרכשו קודם להם על-ידי צדדים שלישיים, בתום-לב ובתמורה, בנכסים שנכללו בעיזבון בהסתמך על הצו כנוסחו בעת הרכישה.¹⁹⁵ ביטול של צו ירושה שרעי על-ידי ערכאה אזרחית בעייתי גם הוא, בשל מערכת היחסים בין הערכאות והרצון להימנע מפגיעה בעצמאותה של מערכת השיפוט הדתית. עם זאת, בית-המשפט העליון כבר הוכיח בעבר כי ביכולתו להכתיב לבתי-דין דתיים, במטרה להגן על זכויות האישה, גם כללים מהותיים המהווים חלק מהמשפט האזרחי.¹⁹⁶ לא נתקלנו במקרה שבו צו ירושה שרעי שנתן ביטוי לויתורה של בת נתקף על-ידיה בבית-משפט אזרחי. מקרה כזה יוכל להוות הזדמנות לקביעת כללים לבחינת חופשיות רצונה של המוותרת.¹⁹⁷

בעיה אחרת היא שרבים מנסיונות ההתנערות מויתור מתרחשים שנים רבות לאחר הויתור עצמו. האיחור עשוי לנבוע הן מכך שעם חלוף השנים התעצמה עצמאותה של הבת ופחתה תלותה במשפחת-המקור, והן מכך שנכזבה ציפייתה לקבל מבני משפחתה תמורה לויתור. במקרים אחרים האיחור מבטא התכחשות להסכמה שניתנה בשעתה מרצון חופשי ובלתי-מותנה. השתהותן הרבה של הבנות מקשה את בדיקת טענותיהן בדבר נסיבות הויתור, בדבר העדרו של רצון חופשי ובדבר תנאים שבהם התנו את ויתורן.¹⁹⁸ הרציונלים השונים של דיני ההתיישנות מהווים מחסום בפני תביעות מאוחרות כאלה, ולצידם הסכנה שבמשך השנים הרבות שחלפו הסתמכו צדדים שלישיים על הויתור. שאיפת המשפט לוודאות בהקצאת נכסים ולהגנת זכויותיהם של צדדים שלישיים תמילב שהסתמכו על התמונה הקיימת של הזכויות במקרקעין מקשה עליו לתת גושפנקה שיפוטית להתנערות מאוחרת של בנות מויתורן.

עם זאת, קיימים גם כלים המאפשרים התמודדות עם קשיים אלה. כך, התרחשות עובדותיו של מקרה בהקשר משפחתי הניעה את בתי-המשפט במקרים אחדים להקל בדרישות חוקיות שונות. למשל, הימנעותו של בן משפחה מלחשוף את זכויותיו בפומבי על-ידי רישום הערת-אזהרה על זכויותיו במקרקעין נמחלה לו בהתבסס על שיקולי

195 ס' 73 לחוק הירושה.

196 כך, למשל, נפסק כי חזקת שיתוף הנכסים בין בני-זוג, ככל שהיא מהווה חלק מהמשפט האזרחי הישראלי הכללי ומופעלת בבתי-המשפט האזרחיים, חלה גם בבית-הדין הרבני. ראו בג"ץ 1000/92 בבלי נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד מח(2) 221, 252-253 (1994).

197 בפרשת ק.ע., לעיל ה"ש 45, נתקף אגב אורחא, ולא על-ידי הבת, צו ירושה של בית-דין שרעי משנת 2004 שכלל הן הסתלקות של הבת והן הסכם חלוקה בין אחיה הבנים. בית-משפט השלום אישר צו זה. סתירות בין צווי ירושה שהוציאו בתי-המשפט האזרחיים לבין צווי ירושה שהוציאו באותם מקרים בתי-הדין השרעיים התגלו גם במקרים נוספים (ראו לעיל ה"ש 116), אך לא נתקלנו במקרה שבו תקפה בת מוותרת בבית-המשפט האזרחי ויתור שעוגן בצו של בית-דין שרעי.

198 בפרשת טנוס פסק בית-המשפט נגד איבתיאהג', בין היתר, משום ש"חלפו 42 שנה מאז החתימה, ועדים מרכזיים הלכו לעולמם... עקב כך נגרם למשיבים נזק ראייתי שיש לזקוף לחובתה של המבקשת". פרשת טנוס, לעיל ה"ש 39, פס' 8. נימוק דומה הוביל לדחיית התביעה בפרשת ע.ע.מ., לעיל ה"ש 39, פס' 24-25. גם בפרשת תומא ציין בית-המשפט כי זכות החזרה מן הויתור כפופה להתיישנות. ראו פרשת תומא, לעיל ה"ש 39, בעמ' 2241.

מדיניות, כגון החשש שמשפוטם של יחסי המשפחה יפגע באופיים ההרמוני.¹⁹⁹ באותה רוח ניתן לטעון גם כי אין זה ראוי שמירוף התיישנות טענותיהן של בנות המבקשות להתנער מויתוריהן יחל בטרם יוסרו הנסיבות החברתיות והמשפחתיות שכפו עליהן את הויתור. בסיס משפטי מוצק לגישה כזו מספקים דיני הנאמנות. כאשר קיימים יחסי נאמנות בין התובע לבין הנתבע, תחילתו של מירוף ההתיישנות נדחית, שהרי בהתקיים יחסים כאלה, אין מקום להגשת תביעה עד שנודע לנהנה על הפרת חובת הנאמנות על-ידי הנאמן.²⁰⁰ בהינתן אחים ששללו מאחיותיהם את חלקיהן במקרקעין המשפחתיים מבלי שקיבלו מהן ויתור חופשי ומרצון, הגדרתם כנאמנים לטובת האחיות על חלקיהן במקרקעין תיתן ביטוי משפטי הולם ורב-עוצמה לנורמטיביות החברתית שהדריכה את שני הצדדים לויתור, שלפיה בתמורה לויתורן של הבנות הבנים נוטלים על עצמם את הטיפול באחיותיהם ואת הדאגה להן (לפחות כל עוד הן אינן נשואות, ולעיתים גם לאחר נישואיהן). דיני הנאמנות רואים את רכוש הנאמנות כשייך-ביושר לנהנה (כאן – הבנות), ומטילים על הנאמן חובות באשר לעשייתו באותו רכוש, ביניהן החובה להעביר, לבקשת הנהנה, את רכוש הנאמנות לבעלותו המלאה.²⁰¹ ייתכן אף שבמקרים שבהם המשיכה הבת המוותרת גם לאחר נישואיה להיות כפופה לאחיה, והיא זכאית, כעניין שבמנהג, לתמיכה מהם, יהיה אפשר לראות את יחסי הנאמנות בין האחים לבין אחותם כנמשכים גם לאחר הנישואים.

במקרים שבהם הוביל הויתור לרישום הזכויות במקרקעי המשפחה על שם הבנים בלבד, וצדדים שלישיים הסתמכו על רישום זה, נשללת לכאורה, כאמור, האפשרות להשיב את הקרקע לירי הבנות.²⁰² גם במקרים אלה, דיני היושר והנאמנות – שהם שני צידיה של אותה מטבע – מציעים עוגן דוקטרינרי המאפשר את תיקונו החלקי של העיוות שנוצר, על-ידי פסיקת פיצוי כספי לבנות. למשל, מכירתם של המקרקעין לצד שלישי על-ידי האחים תיחשב להפרת חובת הנאמנות המוטלת עליהם, שבגינה יחויבו בפיצוי הנהנות

199 ראו את פסק-דינו של הנשיא ברק בפרשת גנו, לעיל ה"ש 135, בעמ' 408-409. לפטור דומה בשל יחסי אמון בין קרובי-משפחה בכפר בית ג'אן ראו ע"א 4836/06 עזבון חמוד נ' חרב, תק-על 2008(3) 1025, 1034 (2008).

200 נפסק כי יחסים כאלה קיימים, למשל, בין מוכר לקונה – ראו ע"א 1559/99 צימבלר נ' תורג'מן, פ"ד נז(5) 49, 67-68 (2003); ע"א 189/95 בנק אוצר החייל בע"מ נ' אהרונוב, פ"ד נג(4) 199, 253 (1999); פרשת עונאללה, לעיל ה"ש 122, בעמ' 237, פס' 29 לפסק-דינה של השופטת נאור; ע"א 2907/04 סופיוב נ' עזבון סופיוב, תק-על 2007(2) 3840 (2007); בין בנק ללקוח – ראו ע"א 3322/95 גמזו נ' גושן, פ"ד נ(4) 520, 524-525 (1997); ובין רשות מפצה לבין אזרח הזכאי לפיצויים – ראו ע"א 5964/03 עזבון ארידור ז"ל נ' עיריית פתח-תקוה, פ"ד ס(4) 437, 460-461, 468-467 (2006).

201 ראו ס' 1 לחוק הנאמנות, התשל"ט-1979 (להלן: חוק הנאמנות). בפרספקטיבה של דיני הנאמנות האנגלו-אמריקניים, הטלת חובות נאמנות על האחים בשל עצם עשייתם ברכוש הבנות משתבצת כמקרה של נאמנות קונסטרוקטיבית או *trusteeship de son tort*. ראו: DAVID HAYTON & CHARLES MARSHALL, *THE LAW OF TRUSTS AND EQUITABLE OBLIGATIONS* 419-20 (12th ed. 2005).

202 ראו ס' 10 לחוק המקרקעין.

— אחיותיהם.²⁰³ אם הצד השלישי ידע על ההפרה או היה עליו לדעת עליה, הוא עצמו ייחשב נאמן, לפי סעיף 14 לחוק הנאמנות, ויחוב באותה חובת פיצוי והשבה לנהנות.²⁰⁴ קונסטרוקציה זו, הרואה את הצד השלישי כנאמן בעבור הבנות, מאפשרת להכריע, במקרים מתאימים, כי על-אף הסתמכותו של הצד השלישי על הרישום על שם הבנים בלבד, עליו להשיב לנהנות — הבנות — את חלקיהן במקרקעין, אשר הוחזקו בעבורן כנאמנות על-ידי האחים, ומאוחר יותר על-ידי נעברם, הצד השלישי. פסיקת השבה כזו עשויה להצדיק גם הטלת פיצוי לטובת הצד השלישי על האחים שכפו את הוויתור (אך לא על אחיותיהם, אף שדווקא אפשרות זו הועלתה בפרשת בשארה). הפגיעה בצדדים שלישיים הגלומה בהטלת חובות נאמנות עליהם אינה צריכה להרתיע את בית-המשפט (מהגם שניתן, כאמור, לפצות את הצדדים השלישיים על פגיעה זו): על ההכרעה השיפוטית לאזן בין פגיעה זו לבין הפגיעה הנמשכת בזכויותיהן ובעצמאותן של הבנות. הלוא גם במקרי גירושים יהודיים רבים נפגעים צדדים שלישיים — למשל, אשתו השנייה של הגבר וילדיו ממנה — מהחלטות שיפוטיות המתקנות הסכמי גירושים לטובת האישה, ולמרות זאת בתי-המשפט מוצאים דרכים נועזות לתיקון תוצאותיו של אי-השוויון בכוח המיקוח אגב גירושים. יש מקום ליצירתיות דומה גם במקרים הספורים שבהם בנות ערביות מעיזות לאתגר כפורום האזרחי את תוצאות אי-השוויון המגדרי השורר בציבור הערבי. פתרונות אפשריים אלה שברין המהותי, הניתנים ליישום בעיקר בשלב פסק-הדין, לא יוכלו להחליף, כמובן, יתר זהירות מצד הרשמים לענייני ירושה, בתי-המשפט האזרחיים ובתי-הדין השרעיים בדונם בבקשות לצווי ירושה או לצווי קיום צוואה הכוללות הודעות של בנות המשפחה על רצונן להסתלק מחלקיהן בעיזבון.²⁰⁵ הפתרונות המהותי והפרוצדורלי משלימים זה את זה. יישומם יתרוב, אנו מקווים, להידוק הפיקוח המשפטי על מקרים של ויתור שלא מרצון, וייצור מסר ברור שלפיו מערכת המשפט המדינתית, על כל ענפיה, רואה את שלילת זכויות הירושה של בנות המשפחה כתופעה פוגענית, אשר מוטב שלא הייתה משהייתה.

203 חובת הנאמנות מוטלת בס' 10 לחוק הנאמנות. לפי ס' 10(א), "נאמן חייב לשמור על נכסי הנאמנות, לנהלם ולפתחם ולפעול להשגת מטרת הנאמנות, ומוסמך הוא לעשות כל הדרוש למילוי תפקידיו". חובת הפיצוי בגין הפרת חובת הנאמנות מוטלת בס' 12(א) לאותו חוק, שלפיו "נאמן אחראי לנזק שנגרם לנכסי הנאמנות או לנהנים עקב הפרת חובתו כנאמן". את התמורה ששילם הצד השלישי לבנים בעבור מכירת המקרקעין של הבנות ניתן לתבוע לא רק בתביעת פיצוי, אלא גם בתביעת השבה, שהרי לפי ס' 15 לחוק, "ריווח שהפיק נאמן שלא כדין עקב הנאמנות, דינו כחלק מנכסי הנאמנות".

204 הסעיף מורה כי "פעולה שנעשתה בהפרת חובת הנאמנות והצד השלישי ידע או היה עליו לדעת על ההפרה, או שנעשתה ללא תמורה, רשאי בית המשפט לבטלה ועל הצד השלישי יחולו אחריות וחובות כשל נאמן; ידיעה על קיום הנאמנות, אין בה בלבד משום ידיעה על הפרת חובת הנאמנות".

205 ראו את דיוננו בצורך בפיקוח הדוק של גופים אלה על מקרי ויתור ועל מקרים הנחשדים ככאלה בתת-פרקים 11 ו-12 למאמר.

ז. סיכום

על המשפט האזרחי הישראלי ובתי-המשפט המפעילים אותו לגבש עמדה קוהרנטית כלפי המנהג המוכר במגזר הערבי שלפיו בנות מוותרות על חלקן בירושה לטובת אחיהן. אין מחלוקת כי מנהג זה רווח בעבר בכל מגזרי החברה הערבית. משפחות ערביות רבות ממשיכות ככל הנראה לנהוג לפיו עד עצם היום הזה, אך היקפה העכשווי של התופעה אינו ידוע. ההצדקות לקיום המנהג מבוססות בעיקר על המבנה הפטריארכלי והפטריליניאלי של החברה הערבית. הן מבוססות על ההנחה כי הבת ממירה את זכותה לחלק בעזבון הוריה בטובין כלכליים וחברתיים שאותם היא מקבלת מאחיה או מבן-זוגה, בהתאם לנסיבות. תפיסה כזאת של מעמד האישה אינה מתיישבת עם עקרון שיווי זכויות האישה, וגם לא עם מעמדה הרצוי של האישה בחברה מודרנית ושוויונית. הוויתור משקף את תלותה של האישה בקרוביה הגברים, ולעיתים עומדת מאחוריו גם כפייה בכוח.

הקושי ליישב בין השאיפה לשיווי זכויות האישה לבין בעיית הלגיטימציה של התערבות חיצונית בפרקטיקות תרבותיות מורשתיות, דוגמת הוויתור, ניכר גם בפסיקתם של בתי-המשפט האזרחיים בישראל. לנוכח המקום השמור לעיגונם של ויתורים לפני בתי-דין שרעיים והנטייה להרחיק את זירת הוויתור מבתי-המשפט בכלל, מגעם של בתי-המשפט האזרחיים בתופעת הוויתור נותר נדיר יחסית. עם זאת, בחלק מאותם מקרים נדירים שבהם הייתה לבית-המשפט האזרחי אפשרות להיחלץ לעזרתן של בנות ערביות שביקשו להתנער מוויתור שנכפה עליהן על-ידי הנסיבות המשפחתיות, החברתיות והתרבותיות שבהן חיו, לא גילה בית-המשפט יחס נחרץ דיו. בית-המשפט העליון תמך אומנם פעמים מספר בחירותן של בנות ערביות להתנער מוויתוריהן, לפחות כל עוד לא עוגנו תוצאות הוויתור ברישום זכויות פורמלי, אך דווקא בבתי-המשפט המחוזיים התגלתה, בעיקר בזמן האחרון, עמדה המסתייגת ממתן גושפנקה להתנערותן המאוחרת של בנות מוויתוריהן. עמדה כזו עלולה להרתיע נשים מלפנות בעתיד לבתי-המשפט האזרחיים בבקשת סעד. פנייה כזו עלולה ממילא להיחשב כקריאת-תיגר על החברה שבה הן חיות, והיא מצריכה אומץ רב ונסיבות מתאימות. לא בכדי הפניות הללו נדירות מאוד. משום כך נראה לנו כי לצד נקיטת משנה זהירות בשלב אישורן של בקשות לצווי ירושה או לצווי קיום צוואה אשר משקפות או כוללות ויתורים נשים, על בתי-המשפט האזרחיים להיות דרוכים וקשובים ביותר בכל מקרה שבו מגיע לפתחם ניסיון להתנערות מוויתור כזה. המשפט האזרחי מצייד את בתי-המשפט בכלים מגוונים שבמסגרתם ניתן לאפשר התנערות מוויתורים שנכפו על נשים, ובתי-המשפט אכן אינם מהססים להשתמש בכלים אלה במקרה – הדומה – של התנערות נשים יהודיות מוויתורים שנתנו בהסכמי גירושים. הצבענו על ההבדלים בין שני המקרים ובין גישותיהם של בתי-המשפט כלפיהם, שמהם עולה הצורך בגילוי רגישות רבה של בתי-המשפט – בוודאי רבה מזו שהם מגלים כיום – במקרה של הנשים הערביות. מעבר לפן המחקרי של מאמרנו, ביקשנו להגביר באמצעותו את מודעותם של נשים, משפטנים ושופטים לקיומו של המנהג, להשלכותיו ולמורכבותן של הנסיבות החברתיות המביאות נשים ערביות לירי ויתור על חלקיהן בירושה. ביקשנו גם לצייד את הגורמים הנוגעים בדבר בכלים משפטיים להתמודדות עם התופעה. אנו מקווים כי המאמר יגביר את רגישות טיפולו של המשפט הישראלי האזרחי בנושא זה. לפני שלושים שנה חזה ליש

"תקופת מעבר שבה מתקיימות זו בצד זו האשה היורשת (והנהנית מחופש ניכר בתחום יחסי הקניין) בצד האשה המנושלת מן הירושה (והמנועה מיחסי קניין)".²⁰⁶ נראה כי תקופת המעבר האמורה טרם הסתיימה. הפגנת גמישות ראויה מצד בתי-המשפט האזרחיים עשויה – לצד פיקוח המגן על זכויותיהן של בנות המשפחה בשלב הטיפול בעיזבון, ועל-אף מייעוט הנשים הערביות האוזרות עוז כנפשן לאתגר את ויתוריהן לפני בתי-המשפט – לייצר היגד פומבי שלפיו בתי-המשפט האזרחיים של המדינה רואים שוויון בהקצאת המשאבים הבין-מגדרית כנורמה ראויה גם במגזר הערבי, ובכך אולי להרים תרומה פורתא לקירוב קיצה של תקופת המעבר המתמשכת.

206 ליש, לעיל ה"ש 25, בעמ' 382.

