

יש שופטים בירושלים והיו מחוקקים באסתנבול: על ההיסטוריה של החוק הקרוי (בטעות) "חוק המשפחה העותמאני"

מאת

איריס אגמון*

מאמר זה נכתב בעקבות פסיקת בג"ץ בעניין בקשת העותרת למנות מטעמה אישה לבוררת בסכסוך בינה לבין בעלה. הדיונים בתיק נדרשו לרציפות המשפטית של הפסיקה עם "חוק המשפחה העותמאני" מ-1917. המאמר פונה אל עברו של החוק ונסיבות חקיקתו וטוען כי הן תפיסת הרציפות המשפטית, שבשמה דחו שתי ערכאות בתי הדין השרעיים את בקשת העותרת, והן הבניית הרציפות ההיסטורית המיוחסת לחוק זה – שתייהן שגויות. המאמר עומד על חשיבותו המתודולוגית של ההקשר ההיסטורי לניתוח חוק המשפחה ותיקון הידע על אודותיו. חוק המשפחה העות'מאני היה חוליה חיונית בשרשרת הרפורמות המשפטיות העות'מאניות במאה התשע עשרה, שחתרו לעצב מערכת משפט ריכוזית וטריטוריאלית. קודיפיקציית דיני המשפחה נועדה להשלים את האחדת מערכת השיפוט, להחילה על כלל אזרחי האימפריה ולחזק את שליטת המדינה בעיצובם של דפוסי המשפחה בהתאם לחזון המודרניות העות'מאנית. הבריטים הפכו מגמה זו כשהחילו את חוק המשפחה על מוסלמים בלבד, בניגוד לטענתם שבכך הם המשיכו מסורת עות'מאנית. ניתוח סעיפי הבוררות בסכסוכי נישואין בחוק המשפחה העות'מאני, שעמדו במוקד

* ד"ר איריס אגמון, היסטוריונית המתמחה בהיסטוריה סוציו-לגאלית של האימפריה העות'מאנית, אוניברסיטת בן-גוריון בנגב. מחקרה מתמקדים בבתי הדין השרעיים העות'מאניים וברפורמות המשפטיות באימפריה העות'מאנית במאה התשע עשרה. מאמר זה הוא פרסום ראשון של כמה ממצאים ממחקרה הנוכחי על קוד המשפחה שנחקק באסתנבול באוקטובר 1917 והיה לקודיפיקציה הראשונה בהיסטוריה של דיני משפחה שרעיים והאחרונה במפעל הקודיפיקציה הגדול של האימפריה העות'מאנית במאה התשע עשרה. המחברת מבקשת להודות לקרן הלאומית למדע (ISF) על תמיכתה בחלקו הראשון של המחקר, שהוביל לכתיבתו של מאמר זה, ול-Gerda Henkel Stiftung על התמיכה במחקר ההמשך. כמו כן מודה המחברת לשופטי המאמר ולחברי מערכת משפחה במשפט על הערותיהם המועילות.

פסיקת בג"ץ, משמש במאמר לביסוס הטענה שהחוק במקורו נועד להקנות למדינה כלים לעיצוב מחדש של דפוסי המשפחה.

א. מבוא

ב. ממודרניות עות'מאנית לקולוניאליזם בריטי

1. הרפורמות העות'מאניות, נשים ומשפחה
2. שמו של הקוד
3. מ"קוד המשפחה" (1917) ל"חוק המשפחה המוסלמי" (1919)

ג. מועצת הבוררות המשפחתית בסכסוכי נישואין וההקשר ההיסטורי של קוד המשפחה

1. הבוררות ובית הדין השרעי
2. קודיפיקציה וצמצום הפלורליזם המשפטי
3. שלום בית והבניית המשפחה

ד. סיכום

א. מבוא

בית המשפט הגבוה לצדק פסק ב-27 ביוני 2013 שיש לקבל את עתירתה של אישה מטייבה וחייב את בית הדין השרעי לערעורים ואת בית הדין השרעי המחוזי בטייבה להרשות לה למנות מטעמה אישה כבוררת בסכסוך בינה ובין בעלה בנוגע להליכי הגירושין שלהם.¹ בית הדין השרעי בטייבה, שבו נדון הסכסוך, דחה תחילה את בקשת האישה בטענה שהיא מנוגדת למקורות ההלכה שעל פיהם עוצבו סעיפי הבוררות בחוק ושמהם משתמע כי רק גבר רשאי לשמש בורר. האישה ערערה על ההחלטה בפני בית הדין השרעי לערעורים בירושלים, וזה צידד בהחלטת בית הדין בטייבה ודחה את הערעור, דחייה שהובילה את האישה לעתור לבג"ץ, אשר פסק לטובתה. פסק דין חשוב זה של בג"ץ, שנכתב על ידי השופטת עדנה ארבל ואושר על ידי שני השופטים האחרים בהרכב, מרים נאור ונועם סולברג, הוא מסמך מרתק מכמה בחינות. במאמר זה אתמקד ברובד ההיסטורי שלו ושל החוק שהוא מתייחס אליו: החוק הנוהג בבתי הדין השרעיים בישראל, המכונה בספר החוקים "חוק המשפחה העות'מאני", ובספרות המחקר הוא מכונה לעיתים כך ולעיתים "חוק זכויות המשפחה העות'מאני" (באנגלית: Ottoman Law of Family Rights, OLFR). הצדדים בדיון המשפטי בכל הערכאות נדרשו לא מעט להיסטוריה של החוק, למשמעויות חקיקתו ולגלגוליו במערכות המשפט המנדטורית והישראלית, ושופטי בג"ץ התייחסו לסוגיות אלה בהצגת השיקולים שהנחו אותם בגיבוש החלטתם אם לקבל את העתירה או לדחותה.

1 בג"ץ 3856/11 פלונית נ' בית הדין השרעי הגדול לערעורים (פורסם בנבו, 27.6.2013) (להלן: בג"ץ הבוררת).

הדיון במאמר זה יוקדש להקשר ההיסטורי של "קוד המשפחה" (השם שבו אני מכנה את החוק המקורי; בהמשך המאמר אסביר את הסיבה לכך), הלוא הוא הקוד שהממשלה העות'מאנית חוקקה ב-25 באוקטובר, 1917 כחוק מדינה כול-עות'מאני בנושאי נישואין וגירושין. חוק זה עבר כמה גלגולים: הבריטים הכניסו בו שינויים מהותיים ב-1919, כינו אותו "חוק המשפחה המוסלמי" והכריזו עליו כחוק הנוהג בבתי הדין השרעיים וחל על מוסלמים בלבד באזורים שנכבשו על ידי הצבא הבריטי ב-1917–1918 (אזורים שהפכו ב-1922 לשתי מושבות מנדט בריטיות, פלשתינה-א"י ועבר-הירדן). מדינת ישראל ירשה את החוק ממערכת המשפט המנדטורית והותירה אותו על כנו בשם "חוק המשפחה העות'מאני", והוא מהווה עד היום בסיס לפסיקת בתי הדין השרעיים בסוגיות המעמד האישי של המוסלמים בישראל. אחזור להלן לדון בשמו של החוק העות'מאני המקורי כסוגיה היסטורית ראשונה שמאירת את מסגרת הדיון כולו, קרי ההיסטוריה של החוק, אך בטרם אעשה זאת אציג את מטרות המאמר ואת הטיעון העיקרי שיעצב אותו ואת מבנהו.

יחסי הגומלין בין היסטוריה למשפט כתחומים של יצירת ידע הם יחסים מורכבים המעוררים שאלות פילוסופיות ומתודולוגיות לא מעטות. שאלות אלו עלו בעבר ועולות מדי פעם מחדש בדיונים על היסטוריה, היסטוריוגרפיה והיסטוריוסופיה.² במסגרת עקרון הרציפות המשפטית רווח בפרקטיקה המשפטית העיסוק במוצאם של חוקים, נורמות, נהלים ופרוצדורות, בשינויים שהם עברו לאורך זמן ובמשמעויותיהם, כחלק מהבסיס לגיבוש טיעונים ופסיקות. יתר על כן, לעיתים מובאות להכרעת בית המשפט סוגיות שבמהותן הן סוגיות היסטוריות, או כאלה שההכרעה בהן תלויה כולה בפרשנות היסטורית של חוקים. מצבים אלה מעוררים, או למצער, אמורים לעורר את השאלה העקרונית אם הזירה המשפטית מתאימה בכלל לדיונים והכרעות בסוגיות כאלה, ואם כן – אילו כלים וידע דרושים לשם כך, פרט להסתמכות המקובלת של בית המשפט על חוות דעת מומחים.³ בשאלה זו לא אעסוק כאן

2 לדיון היסטוריוסופי והפניות למחקרים נוספים בנושא ראו אלעזר וינריב היסטוריה – מיתוס או מציאות? מחשבות על מצב המקצוע 52–74 (2003). ההיסטוריון הנודע קרלו גינצבורג, שהתמחה בחקר רשומות האינקוויזיציה באיטליה של העת החדשה המוקדמת, הקדיש מסה מעניינת להשוואה בין מלאכת ההיסטוריון לזו של השופט, בעקבות משפט רצח מתוקשר וממושך שהוא עקב אחריו מקרוב: CARLO GINZBURG, THE JUDGE AND THE HISTORIAN: MARGINAL NOTES ON A LATE-TWENTIETH-CENTURY MISCARRIAGE OF JUSTICE (1999).

3 למשל ת"א (מחוזי ב"ש) 7161/06 אלעוקבי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 15.3.2012). הדיונים הממושכים בתיק והפסיקה בו נדרשו לחוק הקרקעות העות'מאני (1858) (Ottoman Land Code), על תיקוניו השונים והשינויים שנעשו בו בתקופת המנדט. ראו אורן יפתחאל, סנדי קדר ואחמד אמארה "עיון מחודש בהלכת 'הנגב המת': זכויות קניין במרחב הבדוי" משפט וממשל יד 7 (2012). חוקרי ההיסטוריה העות'מאנית עצמם, בהם כאלה המתמחים בסוגיה הסבוכה של המשטר הקרקעי באימפריה העות'מאנית ושינויי החקיקה ביחס אליה במאה התשע עשרה, חלוקים ביחס למשמעויותיו של חוק זה וההשלכות של יישומו לאורך זמן על אוכלוסיות שונות ובמקומות שונים. את החלטת בית המשפט בתיק זה אפשר לאפיין כפסיקה משפטית היוצרת

בפירוט, משני טעמים: האחד – פסיקת בג"ץ העומדת ברקע הדיון כאן אינה שייכת לסוג המקרים האחרון, זה שבו הפסיקה מבוססת על הכרעה בסוגיה היסטורית, אלא לסוג הראשון, שבו סקירה היסטורית על החוק במסגרת עקרון רציפות המשפט מבהירה את הרקע ההיסטורי של החוק, אך אינה מעמידה את השאלה שבמחלוקת להכרעה במונחים היסטוריים אלה. הטעם האחר הוא שלזכותה של השופטת עדנה ארבל ייאמר שהיא כללה בפסק הדין סקירה מיוחדת למדי של ההיבטים ההיסטוריים של החוק, בהסבירה בדרך זו את החלטתה להשאיר את תולדות החוק מחוץ לשיקולי הפסיקה ולבחור בחוק הישראלי כמסגרת להכרעה בעתירה. בכל זאת, העליתי כאן את שאלת היחסים המורכבים בין היסטוריה למשפט משום שאני מבקשת למקם את הדיון שאערוך במאמר זה בתוך ההקשר הרחב של יחסים אלה. המאמר אמנם מוגבל רק לסוגיות בודדות הנוגעות לקוד המשפחה והקשרו היסטורי, אולם דיון מצומצם זה נשען על מחקר היסטורי רחב יותר, השואב את השראתו משאלות עומק היסטוריות אלה ומבקש לתרום להארתן.⁴

מטרת הדיון היא להציג את הממדים ההיסטוריים של כמה מהסוגיות שבהן עסקה פסיקת בג"ץ ולהדגיש אגב כך את חשיבות הצבתן בתוך הקשר היסטורי מתאים. ההקשר ההיסטורי נתפס לעיתים כעניין טריוויאלי וכמעט טכני, מעין תפאורה, רקע או קישוט. חוקרים לא תמיד נותנים את דעתם לשאלה מדוע וכיצד הם בוחרים לדון בתולדותיו של חוק (או כל עניין אחר, לצורך זה) במסגרת הקשר היסטורי מסוים ולא אחר, כאילו אין זו בחירה אלא אפשרות יחידה ומובנת מאליה, או לחלופין, כאילו ההקשר ההיסטורי חיצוני לניתוח. ולא היא. ההקשר שבו היסטוריונים בוחרים, במודע או כלאחר יד, להציב את סוגיית הדיון שלהם הוא חלק ממנה, כמו גם מהניתוח והפרשנות שהם מגבשים. עצם הבחירה למקם את הדיון בהקשר היסטורי מסוים מחייבת אפוא הנמקה, ושזירת הניתוח ההיסטורי לתוך הקשר זה דורשת מההיסטוריונות ערנות מתמדת, שהרי אלה הם עניינים שקל מאוד להיכשל בהם.

הכרעה אנכרוניסטית בסוגיה היסטורית. פרט לבעייתיות של שימוש בלתי מודע בעקרון הרציפות המשפטית בפסיקה בעלת השלכות כה משמעותיות בסוגיה הנטועה כולה בהווה העכשווית, יש מקום להצביע על הבדל עקרוני בין מחלוקת משפטית לבין מחלוקת היסטורית. מחלוקת המובאת לבית משפט חייבת להסתיים בהכרעה. זו מטרת ההליך המשפטי. מחלוקת היסטורית לא זו בלבד שאינה חייבת להיות מוכרעת, אלא שמבחינת מקצוע ההיסטוריה מוטב לה שלא תוכרע. לא קיים פורום או הליך אחד מוסכם שבו מוכרעות מחלוקות מסוג זה. הדיון שמחלוקות מעוררות והמשך המחקר על אודותיהן הם שמעשירים את ההיסטוריה כתחום דעת, ולהשגת מטרה זו מכוונת המתודולוגיה ההיסטורית.

4 יודגש כי הדיון על קוד המשפחה במאמר זה מתייחס לחוק העות'מאני המקורי ולעמדות המחוקק העות'מאני וחוגי האליטה השלטת שהוא נמנה עימם בזמנו, לא לגרסאותיו המאוחרות (הבריטית והישראלית) של החוק, או לפסיקה על בסיס גרסאות אלה. אף כי הניתוח מתייחס בעיקרו לטקסט של החוק ולא ליישומו קצר הימים בבתי דין שרעיים עות'מאניים, גישת הניתוח היא סוציו-לגאלית. במסגרת זו, בסוגיות הנוגעות לפרקטיקה של עבודת בתי דין, הניתוח נסמך על ממצאים אמפיריים ממחקרים על בתי דין שרעיים עות'מאניים קודם לחקיקה, או סמוך מייד לאחריה.

הטענה שאטען במאמר זה נוגעת להקשר ההיסטורי של סעיפים 130–131 בקוד המשפחה, הסעיפים שעליהם נסבה העתירה לבג"ץ, ולהקשר של הקודיפיקציה מ-1917 באופן כללי. לפי סעיפים אלה, אם מתגלע סכסוך בין בעל לאשתו ואחד מהם פונה לבית הדין, ימנה השופט שני בוררים מקרב משפחותיהם, בורר אחד מכל משפחה, במטרה ליישב את הסכסוך בין בני הזוג. במקרה שהבוררים ייכשלו ביישוב הסכסוך הם יקבעו על מי מבני הזוג מוטלת האחריות לגירושין, וקביעה זו תשפיע על טיבו של ההסדר הכספי בהסכם הגירושין שבית הדין יפסוק להם. מחקרים היסטוריים על קוד המשפחה מדגישים כי הוא נחקק במטרה לשפר את מעמד הנשים בנישואין ובגירושין על רקע השינויים שחלו במעמדן וזכויותיהן בחברה העות'מאנית במאה התשע עשרה.⁵ לכאורה, שני הסעיפים הללו אכן משפרים את כושר המימון של נשים מול בעליהן באמצעות הבוררות ומגבלות מסוימות שהיא מטילה על זכותו הבלעדית של בעל לגרש חד-צדדית את אשתו. זכות זו הקנתה לבעלים שליטה בנשים גם אם לא מימשו אותה, בעוד לנשים לא עמדה אפשרות דומה לזיום גירושין. הן נזקקו להסכמת הבעל לגרשן, ובתמורה נאלצו לוותר על כל זכויותיהן הממוניות המוקנות להן בגירושין או על חלקן (גירושין ח'לע).⁶ אני אטען כאן ביחס להסבר זה על מטרת קוד המשפחה כי אף על פי שהרצון לשפר

5 ראו למשל J.N.D. ANDERSON, ISLAMIC LAW IN THE MODERN WORLD 26 (1959); MEHMET AKİF AYDIN, İSLÂM-OSMANLI AİLE HUKUKU 158–160 (1985) (להלן: AKİF AYDIN, 1985); MEHMET AKİF AYDIN, *Hukuk-i Aile Kararnamesi: 1917 Tarihli Osmanlı Aile Kanunu*, 18 ROBERT H. EISENMAN, ; (להלן: AYDIN, 1998) İSLAM ANSİKLOPEDİSİ 314, 314–315 (1998) ISLAMIC LAW IN PALESTINE AND ISRAEL: A HISTORY OF THE SURVIVAL OF TANZIMAT AND SHARI'A IN THE BRITISH MANDATE AND THE JEWISH STATE 35 (1978); Judith E. Tucker, *Revisiting Reform: Women and the Ottoman Law of Family Rights, 1917*, 4 ARAB STUD. J. 7 (1996) 4. לטענת Tucker, קוד המשפחה לא זו בלבד שלא שיפר את מעמד הנשים ביחס לכללים השרעיים, ובעיקר ביחס לפרקטיקות הפסיקה הקדם-מודרניות בבתי הדין, אלא שבכמה תחומים הוא אף הרע את מצבן (למשל Tucker, שם, בעמ' 10). ככל הידוע לי, בין ההיסטוריונים של האימפריה העות'מאנית, חוקרי המשפט האסלאמי, המשפטנים ואנשי מדעי החברה שכתבו על קוד המשפחה, Tucker היא היחידה אשר יש לה גם היכרות טובה עם המקורות האמפיריים (רשומות בתי הדין השרעיים) והפרקטיקות של יישום דיני המשפחה באימפריה לפני המאה התשע עשרה.

6 ראו דיון קצר בחלוקת העבודה המגדרית שאפיינה את דיני המשפחה השרעיים, אצל איריס אגמון "הרפורמות המשפטיות ובתי הדין השרעיים בסוף התקופה העות'מאנית: כמה הערות על נשים, מגדר ומשפחה" חוקה אחת ומשפט אחד לאיש ולאשה: נשים, זכויות ומשפט בתקופת המנדט 117, 130–132 (אייל כתבן, מרגלית שילה ורות הלפרין קדרי עורכים, 2010). יודגש כי לעצם קיומה של הבוררות ופיקוח בית הדין על התהליך עשויות להיות פנים לכאן או לכאן מבחינת התרומה לחיזוק מעמדה של אישה מול בעלה, בין אם הוא שמעוניין בגירושין והיא לא ובין אם המצב הפוך. ראו דיון מפורט יותר על כך בחלקו השני של המאמר. המחשה מצוינת לכך ניתן לראות בסרט התעודה המרתק מ-1998 "Divorce Iranian Style": בהפקת Ziba Mir Hosseini & Kim Longinotto, www.youtube.com/watch?v=BBm8GqMNwXU, בסרט מתועד מקרה שבו אישה המעוניינת בגירושין ובעלה המתנגד לכך נשלחים על ידי השופט לבוררות משפחתית.

את מצב הנשים בנישואין אכן היה בין מטרות המחקר העות'מאני, אין להסתפק בהסבר זה כדי להבין את ההקשר ההיסטורי של הקודיפיקציה ושל שאיפת המחקרים לתרום לשיפור מעמד הנשים. לשאיפה זו היה הקשר היסטורי רחב יותר, שקשר אותה אל יעדי הרפורמות המשפטיות שהובילה האליטה הפוליטית העות'מאנית במרוצת המאה התשע עשרה ה"ארוכה"⁷. הרפורמות חתרו לחולל שינוי במערכת המשפט האימפריאלית ולעצבה כמערכת מודרנית, יעילה וריכוזית, כחלק משינוי נרחב ברוח זו שהרפורמטורים ערכו במנגנון המדינה כולו. בפרויקט זה השתלבו גם מאמציהם לעצב מחדש את המשפחה ואת יחסיה עם המדינה. את הרצון לשפר את מעמד הנשים במשפחה ולעגן זאת בחקיקה יש לראות כנדבך בסדר היום הזה. דיון בכמה היבטים של סעיפים 130–131 של קוד המשפחה, שאליו אגיע בחלקו השני של המאמר (פרק ג), ישמש לביסוס טענה זו ולהמחשתה. ואולם, על מנת להציב דיון זה בהקשר ההיסטורי שבחרתי, אקדיש את חלקו הראשון של המאמר (פרק ב) לדיון בשלוש סוגיות: הקשר בין יעדי הרפורמות לבין סוגיית מעמדן של נשים במשפחה; משמעות שמו של קוד המשפחה; התהליך שהוביל לקודיפיקציה ב-1917 ולהסבת "קוד המשפחה" על ידי הבריטים ב-1919 ל"חוק המשפחה המוסלמי". על בסיס זה, אנתח לאחר מכן את המאפיינים הסוציולוגיים של חידושי קוד המשפחה, ניתוח שיתמקד בשני סעיפי הבוררות בסכסוכי נישואין, לצורך הדגמת הקשר בין חידושים אלה לבין שאיפת המדינה למעורבות במרחב המשפחתי ובעיצובו מחדש.

ב. ממודרניות עות'מאנית לקולוניאליזם בריטי

1. הרפורמות העות'מאניות, נשים ומשפחה

הרפורמטורים העות'מאנים חתרו לעיצובה של האימפריה כמדינה מודרנית, בעלת שלטון ריכוזי הנסמך על מנגנון היררכי יעיל המאפשר לממשלה שליטה ישירה בנתינים. מעמדם של הנתינים הוגדר מחדש במסגרת הרפורמות כאזרחים (1869), במטרה לבטל הבחנות שונות ביניהם ופריבילגיות שניתנו רק לחלקם. בה בעת נועד המעמד האזרחי השווה להחליש את

7 במקור, ה"מאה התשע עשרה הארוכה" הייתה מטבע לשון שטבע ההיסטוריון אריק הובסבאום בהגדירו את עידן המהפכות והלאומיות באירופה כמסגרת זמן שראשיתה במהפכה הצרפתית (1879) וסיומה בתום מלחמת העולם הראשונה. כמה היסטוריונים של האימפריה העות'מאנית אימצו כותרת זו בהדגישם שמבחינת המאפיינים ההיסטוריים המרכזיים שלה – הרפורמות הגדולות, הגלובליזציה והמעבר למודרניות – המאה התשע עשרה החלה גם באימפריה העות'מאנית מוקדם יותר והסתיימה מאוחר יותר מהמאה התשע עשרה הקלנדרית (מסוף המאה השמונה עשרה עד פירוק האימפריה אחרי מלחמת העולם הראשונה, 1923). להיכרות בסיסית עם ההיסטוריה העות'מאנית ובפרט עם הרפורמות במאה התשע עשרה הארוכה באימפריה ראו דונאלד קואטארט *העות'מאנית 1700–1922* (אורית פרידלנדר מתרגמת, 2015).

כוחם של גורמי תיווך שונים בין הממשלה לבין הקהילות המרכיבות את המדינה ולקדם התפתחות תודעה קולקטיבית כול-עות'מאנית מלכדת, כחלופה לזהויות הקהילתיות השונות.⁸ יעדים אלה היו כרוכים בהתערבות המדינה בכמה מרחבים ששליטי האימפריה בעבר לא היו מעוניינים במעורבות ישירה בהם, כגון חינוך ומשפחה. כמו במדינות ואימפריות אחרות בתקופה זו ברחבי העולם, גם באימפריה העות'מאנית האליטה הבירוקרטית, שעזימה נמנו מובילי הרפורמות, ראתה במרחבים הללו אתרים לעיצובן של מדינה וחברה מודרניות. בבירת האימפריה ובכמה ערים מרכזיות נוספות, שהפכו לחלוצות התמורות שהובילה האליטה הבירוקרטית בתחומים של עיצוב המרחב העירוני, הקמת מערכת חינוך מדינתית ובניית תשתית לאיסוף נתונים דמוגרפיים ומעקב אחר תנועות האוכלוסייה, התפתחו דפוסי משפחה ואורחות חיים שהציפו את סוגיית מקומן וזכויותיהן של נשים במשפחה ובחברה.⁹ שאלות אלה עמדו במרכזו של שיח אינטלקטואלי ופוליטי ער, שמובילי הרפורמות נטלו בו חלק. הוא התאפיין כשיח אליטיסטי, והשאלות שנגעו למקומן של נשים במשפחה, ברכישת השכלה והכשרה מקצועית, בתעסוקה ובפעילויות אחרות במרחב הציבורי ניזונו בשיח זה בעיקר ממצאות החיים והאידיאלים התרבותיים של משפחות האליטה והבורגנות העירונית המתרחבת.¹⁰

- 8 ראו למשל, KEMAL KARPAT, THE POLITICIZATION OF ISLAM: RECONSTRUCTING IDENTITY, STATE, FAITH, AND COMMUNITY IN THE LATE OTTOMAN STATE 308–327 (2001); MICHELLE U. CAMPOS, OTTOMAN BROTHERS: MUSLIMS, CHRISTIANS, AND JEWS IN EARLY 20TH CENTURY PALESTINE (2010); KAREN M. KERN, IMPERIAL CITIZENS: MARRIAGE AND CITIZENSHIP IN THE OTTOMAN FRONTIER PROVINCES OF IRAQ (2011).
- 9 ראו למשל, ALAN DUBEN & CEM BEHAR, ISTANBUL HOUSEHOLDS: MARRIAGE, FAMILY AND FERTILITY, 1880–1940 (1991); BENJAMIN C. FORTNA, IMPERIAL CLASSROOM: ISLAM, THE STATE, AND EDUCATION IN THE LATE OTTOMAN EMPIRE (2000); NAZAN MAKSDYAN, ORPHANS AND DESTITUTE CHILDREN IN THE LATE OTTOMAN EMPIRE (2014). על חקר ההיסטוריה של המשפחה באימפריה העות'מאנית והקטגוריות האנליטיות בחקר דפוסי משפחה ראו IRIS AGMON, FAMILY AND COURT: LEGAL CULTURE AND MODERNITY IN LATE OTTOMAN PALESTINE 22–40 (2006). על תהליך דומה שהתרחש באותה תקופה במצרים הקולוניאלית ועל הקשר בין הרפורמה המשפטית לבין הבניית המשפחה הגרעינית ראו טלאל אסד כינון החילוניות: נצרות, אסלאם, מודרניות 297–319 (זהר כוכבי מתרגם, 2010).
- 10 ברקע להתפתחותו של שיח זה עמדה העובדה שהשוויון האזרחי הפורמלי שהונהג באימפריה במסגרת הרפורמות של המאה התשע עשרה חל על גברים בלבד. ראו קואטארט, לעיל ה"ש 7, בעמ' 61–64. אולם בשנות מלחמת העולם הראשונה קיבלו שאלות אלה ממדים חדשים, אליטיסטיים פחות, על רקע השתתפותן של נשים בשוק העבודה במקום גברים מגויסים וגידול בתופעת הענינות של נשות חיילים נעדרים. ראו Yigit Akin, War, Women, and the State: The Politics of Sacrifice in the Ottoman Empire During the First World War, 26 J. WOMEN'S HIST. 12 (2014). לסקירה על שינויים במצבן של נשים ובתפיסות על נשים באימפריה העות'מאנית במאה התשע עשרה הארוכה ראו NIKKIE R. KEDDIE, WOMEN IN THE MIDDLE EAST: PAST AND PRESENT 60–75 (2007).

מבנה המשפחה שהסתמן בשיח זה כדפוס שראוי לטפחו בחברה העות'מאנית המודרנית היה זה של משפחה גרעינית – בני־זוג שקשר הנישואים שלהם מבוסס על גֵּעוּת (companionship) וילדיהם – דפוס שייצג את האידיאלים של הבורגנות העירונית שצמחה בתקופה זו בערים מרכזיות ברחבי העולם. אידיאל זה עמד כנראה לנגד עיניהם של הרפורמטורים, שנמנו עם חוגי האליטה ולקחו חלק בשיח שרווח בבירה על ה"משפחה החדשה" ועיצב את גישותיהם גם ביחס למהלכים לשיפור מעמדן של הנשים במסגרת קוד המשפחה. לא כל המעורבים בהכנת קוד המשפחה היו בהכרח תמימי דעים בסוגיה של מודל המשפחה הנשאף, בפרט כאשר בתהליך הקודיפיקציה, שדורש מטבעו בחירות ברורות, היה על המחוקקים לנסח בחדות סעיפי חוק שבסיסם היה דיני המשפחה השרעיים. ואולם, באופן כללי נטו חוגי האליטה הפוליטית והרעיונית באסתנכול בתקופה זו, ובהם המחוקקים, לראות במשפחה הגרעינית את יחידת היסוד החברתית ההולמת את המדינה העות'מאנית המודרנית.¹¹ מכך אין להסיק שלא הייתה לרפורמטורים ולחוגים נוספים באליטה העות'מאנית, שכללו גם נשים, שאיפה כנה להביא לשיפור מעמדן של הנשים ביחס למעמד הגברים. הייתה גם הייתה. ואולם, ניתוח קוד המשפחה במסגרת הקשר היסטורי רחב יותר, כפי שהצעתי לעיל, כרוך בתובנה מתודולוגית ש"משפחה" היא קטגוריה אנליטית מועילה יותר למחקר על השיח ההיסטורי הנדון על נשים מאשר הקטגוריות "נשים" או "מגדר".¹² תובנה זו, בתורה, חוזרת לסוגיית ההקשר ההיסטורי. כמו לכל תופעה, גם לתפיסות על אודות זכויות נשים יש היסטוריה, והן נבדלו אלו מאלו במקומות וחברות שונות והשתנו על ציר הזמן. תפיסה הרוותמת את שיפור מעמדן של הנשים להשגת תכלית אחרת – במקרה העות'מאני, לעיצוב מחדש של המשפחה על ידי המדינה המשתנה בעצמה – הייתה אופיינית בתקופה הנדונה לחברות רבות בעולם, כחלק מתהליכי השינוי המורכבים שנכרכו במעבר למודרניות. שיפור מעמדן של הנשים נתפס אפוא כחיוני להשגת שינויים חברתיים ופוליטיים בתחומים אחרים וכמדד להישגים בתחומים אלה, ולא דווקא כתכלית לעצמה.¹³

11 Zafer Toprak, *The Family, Feminism, and the State during the Young Turk Period, 1908–1918*, in *Premier Rencontre Internationale sur l'Empire Ottoman et Turquie Moderne* 441 (Edhem Eldem ed., 1991).

12 "משפחה" היא במקרה זה גם קטגוריה של פרקטיקה, קטגוריה שהייתה בשימוש הפועלים ההיסטוריים בני הזמן לתיאור עמדותיהם. ואולם, הגם שהמונח זהה, המשמעות שלו כקטגוריה אנליטית או קטגוריה של פרקטיקה שונה מהותית, כפי שמציעים ברובייקר וקופר. במאמרם הביקורתי על מחקרי זהות, הם מציעים הבחנה בין קטגוריות של פרקטיקה, הקטגוריות שבאמצעותן הפועלים ההיסטוריים מתארים את התנסויותיהם ובתורן הן מעצבות את תודעתם, לבין קטגוריות אנליטיות, אלה שמשמשות את החוקרים לניתוח התנסויותיהם ותודעתם של הפועלים ההיסטוריים. ראו Rogers Brubaker & Frederick Cooper, *Beyond "Identity"*, 29 *Theory & Soc'y* 1 (2000).

13 ראו למשל אפסאנה נג'מאבאדי "האם ייזכר שמנו?": כתיבת ההיסטוריה של המהפכה החוקתית באיראן כאילו יש חשיבות לנשים ומגדר" ג'מאעה ד 94 (יוסי מילוא מתרגם, 1999); BETH

באימפריה העות'מאנית נועדו מהלכי החקיקה, אשר קוד המשפחה של 1917 היה אחד מהם (ובדיעבד – האחרון), להקנות למדינה שלטון ריכוזי ולאפשר לה ריבונות ושליטה ישירה בנתיניה; הדבר נעשה באמצעות הכפפת גורמים חברתיים-פוליטיים שונים, שתיווכו בינם לבין השלטון המרכזי, לפיקוח המדינה, וכן בעזרת התערבות המדינה בעיצוב תחומי חיים, כמו המשפחה, ובפיקוח על תחומים אלה, שבעבר לא היה לה עניין רב להיכנס אליהם. אגב כך, המדינה עצמה – אותו מנגנון שלטוני מורכב, המאוכלס במגוון אנשי של נושאי תפקידים שמיישמים את התפיסות המקובלות באותה תקופה על אודות יחסי שליטים ונשלטים – עוצבה מחדש. מוקד הדיון במקרה שלפנינו הוא אפוא העניין החדש שגילו הרפורמטורים, כחלק מהאליטה במדינה העות'מאנית המשתנה, בהתערבות במסגרת המשפחה, בעיצובה ובהכפפתם של תהליכים אלה לפיקוח המדינה. זה ההקשר שמתאים למקם בו, לטענתי, את ניתוח המאמצים שמשקף קוד המשפחה לחולל שינוי במעמדן החוקי של נשים במשפחה ובחברה. נקודה מהותית זו (ולא רק היא) לפרשנות ההיסטורית של קוד המשפחה הוחמצה על ידי רוב החוקרים שדנו בו.¹⁴

BARON, EGYPT AS A WOMAN: NATIONALISM, GENDER, AND POLITICS (2005); Palmira J. Brummett, *Gender and Empire in Late Ottoman Istanbul: Caricature, Models of Empire, and the Case for Ottoman Exceptionalism*, 27 COMP. STUD. S. ASIA, AFRICA & THE MIDDLE EAST 283 (2007). נשים באירופה ובצפון אמריקה נאבקו בתקופה זו לקבלת זכות בחירה (התנועה הסופרו'סטית), לא מפני שבשאר התחומים מעמדן היה שווה או קרוב למעמד הגברים. יחסית לנשים עות'מאניות, שאף כי לא זכו במעמד של אזרחיות לפי חוק, כמו הגברים, היו רשאיות להחזיק ברכוש, לרשת ולהוריש, והיו בעלות זכות עמידה בבית המשפט, מעמדן של נשים במערב היה נחות יותר. המאבק על זכויות פוליטיות היה אמצעי להשגת מעמד אזרחי. ראו גם על השינויים בחשיבה ובכתיבה על היסטוריה של נשים ומגדר במערב אירופה וצפון אמריקה: ביילי מלמן "לשנות את ההיסטוריה: היסטוריה של נשים ומגדר בהיסטוריה של מגדר, 1800–2005" זמנים חדשים: מחקרים בהיסטוריוגרפיה המודרנית 331 (יוסי מילי עורך, 2008).

14 לא רבים ההיסטוריונים שניתוח מפורט של קוד המשפחה העסיק אותם. בין המחקרים הבולטים אפשר למצוא את Niyazi Berkes, *The Development of Secularism in Turkey* ([1964] 1998); Eisenman, לעיל ה"ש 5; Aydin, 1985; לעיל ה"ש 5. היסטוריונים אלה (וחוקרים אחרים, שמסתמכים עליהם ולרוב אינם מציעים תובנות אחרות בקשר לקוד המשפחה) מרבים לדון בוויכוחים האידאולוגיים והאינטלקטואליים בקרב האליטה העות'מאנית על מצב הנשים באופן כללי, על קשייהן בעקבות מלחמת הבלקן ומלחמת העולם ועל השאיפה לשפר את מעמדן. את מטרותיו של קוד המשפחה והקשר שלהן למטרות מפעל הרפורמות העות'מאניות הם מנתחים בנפרד, בלי לקשר בין שני נושאים אלה לבין השאיפה לעצב מחדש את הבניית המשפחה. חוקרים אלה גם אינם ערים לכך שהם מבססים את ניתוחיהם באופן כמעט בלעדי על טקסטים שנכתבו על ידי גברים, אף על פי שהשיח הציבורי על מצב הנשים, הגם שהיה אליטיסטי מובהק, לא היה גברי בלבד.

2. שמו של הקוד

קוד המשפחה המקורי פורסם על ידי הממשלה העות'מאנית באסאנבול ב-25 באוקטובר 1917 תחת הכותרת *Hukuk-i Aile Kararnamesi*.¹⁵ ככל הידוע לי, הקוד לא תורגם רשמית לערבית בעת פרסומו. בכך הוא לא היה שונה מהקודים העות'מאניים הקודמים.¹⁶ לאחר מלחמת העולם שינו השליטים הקולוניאליים החדשים את הקוד (מהותית, כפי שאטען בהמשך) והחילו אותו על המוסלמים בפרובינציות הערביות-עות'מאניות-לשעבר בלבנט, כלומר באזורים שהפכו בהסדרים של אחרי המלחמה למדינות המנדט לבנון, סוריה, עבר הירדן ופלשתינה-ארץ ישראל. באזורים אלה הקוד תורגם לערבית באופן פרטי על ידי משפטנים מקומיים. התרגום המוקדם ביותר המוכר לי הוא התרגום הלבנוני (1924) ובו השם שניתן לקוד היה "קאנון חקוק אל-עאילה".¹⁷ את מוצאותיו של הקוד בפלשתינה-ארץ ישראל אזכיר בהמשך המאמר. ואולם, לא ידוע לי על קיומו של תרגום מנדטורי רשמי לערבית גם בפלשתינה-ארץ ישראל, אף על פי שעוד טרם קבלתו של כתב המנדט התייחסו הבריטים אל מעמדו של הקוד בצווים שפרסמו, שחייבו לשנות אותו ואת תחולתו.¹⁸ הטקסט של החוק שהבריטים החילו על בתי הדין השרעיים בפלשתינה-ארץ ישראל לאחר שינויים אלה ("חוק המשפחה המוסלמי") נוגע עד היום בבתי הדין השרעיים במדינת ישראל. חוק זה, המכונה כיום "חוק המשפחה העות'מאני", נערך ב-1957 על ידי טאהר חמאד, הקאדי של יפו דאז, שמזג שני תרגומים פרטיים של הקוד לערבית מתקופת המנדט.¹⁹ את שני התרגומים הקודמים הללו לא ראיתי במו עיניי ולא ידוע לי אם אחד מהם היה התרגום הלבנוני, או שמא היו אלה שני תרגומים אחרים. מכל מקום, בין הגרסה הישראלית, המבוססת על השניים הללו, לבין התרגום הלבנוני יש הבדלים מסוימים (והתרגום בגרסה הלבנונית סטה בעצמו בכמה מקומות מהמקור העות'מאני; אחד המקומות האלה, למרבה העניין, הוא סעיף 130, שעמד במוקד פסיקת בג"ץ הנדונה כאן). הגרסה הישראלית של הקוד מופיעה תחת כותרת שונה במעט מזו של התרגום הלבנוני, "קאנון קראר

15 כעבור שישה ימים פורסם הקוד ברשומות באסאנבול: *Takvim-i Vekayi* 3046, 3-10: (31.10.1917).

16 שפת המנהל והמשפט הייתה עות'מאנית. במרוצת הרפורמות מסמכים מסוימים תורגמו מסיבות שונות לערבית ופורסמו באמצעות בית הדפוס האימפריאלי. ואולם, רוב החוקים לא נמנו עם מסמכים אלה. תרגומים וספרי פרשנות של דברי חקיקה שונים פורסמו באופן פרטי, בעיקר בצרפתית, על ידי מומחים זרים או מקומיים, וחוקרים מרבים להסתמך עליהם.

17 *מג'מועת אל-קאנאן* כרך א 353, 353-373 (יוסף אברהמים צאדר, עורך, עארף אפנדי רמדאן מתרגם, 1927).

18 *Government of Palestine, An Ordinance to provide for the Application of the Ottoman Family Law of 25th October, 1333 (25.9.1919)*, 1 NORMAN BENTWICH, COMP. LEGISLATION OF PALESTINE, 1918-1925, 58 (1926).

19 דואר אלקטרוני מהקאדי ד"ר איאד זחאלקה, מנהל בתי הדין השרעיים בישראל, למחברת מאמר זה (10.4.2014). תודתי לד"ר זחאלקה.

חקוק אל-עאילה".²⁰ בפרסומים אקדמיים בעברית, הן קוד המשפחה ההיסטורי והן גרסותיו המנדטורית והישראלית מוזכרים בשם "חוק המשפחה העות'מאני" או "חוק זכויות המשפחה העות'מאני". אני משערת שהשם האחרון הוא תרגום של השם הרווח בספרות המחקר באנגלית Ottoman Law of Family Rights (OLFR) והוא מבוסס על תרגום (שגוי, כפי שאראה להלן) של המונח "חקוק" ל"זכויות" בשמו של הקוד המקורי. דווקא במחקרים המוקדמים ביותר על קוד המשפחה, שנכתבו בצרפתית, נבחר השם המתאים ביותר, לדעתי, Code Familial,²¹ וזה השם שאימצתי, "קוד המשפחה" (ובאנגלית Family Code).

מדוע הגעתי למסקנה שדווקא שם זה הוא שמתאים לקוד העות'מאני המקורי? מהם החסרונות של השמות האחרים שהזכרתי לעיל? ראשית, מובן מאליו שכחוק שנחקק באימפריה העות'מאנית, הכינוי "עות'מאני" לא היה חלק משמו המקורי, אך כך הוא מופיע תדיר בספרות המחקר בעברית ובאנגלית (לעיל). שמותיהם של חוקי מדינות באשר הם אינם נושאים את שם המדינה המחקקת, שכן תפקיד השמות לזהות את החוקים עבור משתמשי מערכת המשפט המקומית. היסטוריונים וחוקרים בתחומי משפט ומדעי החברה מוסיפים את שם המדינה לשם בהירות הדיון, אבל תוספת זו אינה אמורה להיות כלולה בשם החוק עצמו. התוספת "עות'מאני" בכותרת שמו של קוד המשפחה היא אחד מאי-הדיוקים הרווחים בספרות המחקר על אודותיו, ואני מתעכבת עליה משום שלדעתי מקורה בערפול ההיסטוריה של הקוד, ולא רק בטעות טכנית. תוספת זו מתעלמת מהשם שהבריטים נתנו לו (חוק המשפחה המוסלמי) כששינו את תוכנו והחילו אותו על מוסלמים בלבד, אף על פי שהקוד המנדטורי, ולא העות'מאני, הוא שיושם, לפחות להלכה, בבתי הדין השרעיים בפלשתינה-ארץ ישראל. והוא גם זה שמושם בבתי הדין השרעיים בישראל. הקוד העות'מאני המקורי אמנם נכנס לתוקף מייד עם פרסומו, אולם הוא לא יושם בפרובינציות הערביות, שכן באותו זמן החל כיבושן בידי הצבא הקולוניאלי הבריטי, שנמשך עד תום המלחמה. מכל מקום, בכותרת שמו של הקוד בתרגומי לערבית (לעיל) התוספת "עות'מאני" אינה מופיעה.

אשר למרכיבי שמו המקורי של הקוד, המונח "karaname(s)" בכותרת מציין את סוג הצו המנהלי שבמסגרתו פרסמה הממשלה העות'מאנית את דבר החקיקה.²² מתרגמי הקוד לערבית החליפו את המונח "קראנאמה" במונח "קאנון", שמשמעותו בערבית מודרנית "חוק מדינה". בתרבות המשפטית העות'מאנית, "קאנון" היה חוק מטעם הסולטאן. לפני הרפורמות, חוק כזה

20 שלמה דב גוטוין ואהרן בן שמש המשפט המוסלמי במדינת ישראל 290–311 (1957). ראו גם תרגום החוק לעברית ופרשנות, שם, בעמ' 214–232.

21 Lucien Bouvat, *Le Code Familial Ottoman de 1917*, 43 REVUE DU MONDE MUSULMAN 5 (1921). מאמר זה כולל תרגום של קוד המשפחה לצרפתית משולב בפרשנות. ראו גם ZIYAEDDIN FAHRİ FINDIKOĞLU, *ESSAI SUR LA TRANSFORMATION DU CODE FAMILIAL EN TURQUIE* (1936).

22 נראה כי הבחירה ב-"karaname", צו שמבוסס על החלטת ממשלה ומעמדו בהיררכיית הצווים הממשלתיים העות'מאניים נמוך מזה של הצווים ששימשו לפרסום חוקים אחרים, קשורה לכך שקוד המשפחה פורסם כחוק זמני, כדי למנוע התנגדות לאישורו בפרלמנט. ראו Aydın, 1998, לעיל ה"ש 5, בעמ' 314.

תפקד והיה מחייב כחוק מדינה, אולם לא נכון יהיה לתאר אותו כחקיקה פוזיטיבית, שהרי חקיקה פוזיטיבית לא הייתה חלק מהתרבות המשפטית של המדינה העות'מאנית הקדם-מודרנית (או של כל מדינה קדם-מודרנית אחרת, לצורך העניין). במאה התשע עשרה טענו הרפורמטורים העות'מאנים את המושג "קאנון" במשמעות המודרנית של חקיקת מדינה פוזיטיבית, כאשר כינו את הקודים המרכזיים של הרפורמות "קאנון". קוד המשפחה היה ללא ספק חוק מדינה פוזיטיבי, ומבחינה זו הבחירה במונח "קאנון" בתרגום לערבית היא מדויקת. ההעדפה שלי למושג "קוד" (ולא "חוק") נועדה להדגיש את היותו חלק ממפעל הקודיפיקציה של הרפורמות שהחל ב-1840 בהשראת המשפט הקונטיננטלי של המאה התשע עשרה (עניין שאפרט מעט יותר בפרק הבא).²³ לבסוף, הצירוף "Hukuk-i Aile" הוא, להערכתי, המקור לטעות נוספת בתרגום שמו של הקוד לאנגלית ולעברית, "חוק זכויות המשפחה". "Aile" (ערבית: עאילה) פירושו "משפחה", והוא המונח היחיד בכותרת שתרגומו אינו מעורר קושי. המונח "Hukuk" (ערבית: חֻקֻק), כשהוא מופיע בנפרד, ללא הקשר מסוים, נושא כמה משמעויות. במקורו הוא שם עצם ברבים ומשמעותו "זכויות" או "כללים" (כלומר חוקים). בין שתי המשמעויות הללו, הבחירה ב"זכויות" (זכויות המשפחה, Family Rights) שגויה מהותית. אף על פי שהחקיקה נועדה להשפיע על עיצובו של מוסד המשפחה, קוד המשפחה אינו עוסק בזכויות המשפחה כיחידה חברתית. הקוד מגדיר את הכללים להקמת משפחות (נישואין) ופירוקן (גירושין) במדינה, את ההיתרים והאיסורים בנדון ואת בעלי הסמכות לנהל, לפקח, לרשום ולתת הרשאות לאזרחים בעניינים אלה.²⁴ במילים אחרות, משמעות הצירוף "Hukuk-i Aile" הוא "חוקי משפחה". ואולם, הקידומת "קוד" או "חוק" בשמו של החוק מיתרת את המילה "חוקים" בסמיכות "חוקי משפחה", וכך נותר השם "קוד המשפחה".

3. מ"קוד המשפחה" (1917) ל"חוק המשפחה המוסלמי" (1919)

כאמור, ב-25 באוקטובר 1917 פרסמה הממשלה העות'מאנית את קוד המשפחה. יחד איתו פורסם גם קוד פרוצדורה חדש לבתי הדין השרעיים.²⁵ קוד המשפחה היה צעד משמעותי נוסף

23 Avi Rubin, *Modernity as a Code: The Ottoman Empire and the Global Movement of Codification*, 59 J. ECON. & SOC. HIST. ORIENT 828 (2016).

24 עם זאת, שתי נקודות בצירוף המילים "Hukuk-i Aile" (חוקי המשפחה) ראויות לתשומת לב נוספת. האחת, המונח "עאילה" (משפחה) נטען בתקופה המודרנית במשמעות "משפחה גרעינית". ראו אסד, לעיל ה"ש 9, בעמ' 314–315. הנקודה האחרת היא הבחירה של המחוקק העות'מאני לשמור בכותרת הקוד המשגה ש"מתכתבת" עם המסגרת השרעית של הקוד (דיני משפחה) ולא "דיני מעמד אישי" (personal status, בערבית: אל-אחואל אל-שחציה), ה"מתכתבת" עם המשפט הקונטיננטלי בגרסתו הקולוניאלית (ראו להלן ה"ש 34, על הקוד של קדרי פאשא במצרים).

25 3046 *Takvim-i Vekayi*, לעיל ה"ש 15, בעמ' 10–14. מפאת קוצר היריעה לא אדון כאן בקוד הפרוצדורה, אף על פי שיש בחקיקתו כדי להאיר ולתמוך כמה מהטיעונים הנוגעים להקשר של חקיקת קוד המשפחה. במיוחד רלוונטי לעניין זה הקישור הבולט שעושה קוד הפרוצדורה החדש

בסדרת רפורמות עתירת תהפוכות ומשברים שנערכה במרוצת המאה התשע עשרה הארוכה. מערכת המשפט הייתה יעד מרכזי של רפורמות אלה. במהלך שליטי האימפריה והאליטה הברוקרטית שלה עיצבו מחדש את מערכת המשפט העות'מאנית. קוד המשפחה נועד להשלים את השגתו של אחד היעדים המרכזיים של הרפורמות המשפטיות: יצירת מערכת משפט מדינה מודרנית ריכוזית, בעלת אחדות פנימית, שחוקיה חלים על כל האזרחים העות'מאנים. הרפורמות המשפטיות העיקריות, שהחלו בשנות הארבעים של המאה התשע עשרה, הכניסו שינויים רבים במערכת השיפוט על כל מרכיביה. בחלוקת העבודה החדשה שכונו הרפורמות, מערכת השיפוט השרעית התמקדה בעיקר בדיני המשפחה. ואולם, עד לפרסום קוד המשפחה ב-1917 לא עברו חוקי המשפחה קודיפיקציה, כפי שעברו חוקים שרעיים ועות'מאניים אחרים. הפסיקה בבתי הדין השרעיים הסתמכה כבעבר על המאגר הבלתי נדלה של פרשנויות חכמי ההלכה מן האסכולה החנפית, האסכולה הרשמית של האימפריה, בשילוב מנהג מקומי וחוקים סולטאניים (קאנון), וכן על פסיקות קודמות, בהתאם לעניין הספציפי שהובא בכל מקרה בפני השופט השרעי (קאדי). רעיון הקודיפיקציה של דיני המשפחה עלה מדי פעם במרוצת שנות הרפורמות, בעיקר מאז 1876, עת הושלמה הקודיפיקציה של המג'לה (Mecelle-i Ahkam-i Adliye), הקוד האזרחי העות'מאני שהתבסס כולו על דינים שרעיים. במאה התשע עשרה הרפורמות העות'מאנים, כמו רפורמות רבים אחרים ברחבי העולם, כולל באירופה, שאבו את השראתם מהמשפט הקונטיננטלי, במיוחד מהקוד האזרחי הצרפתי הראשון, קוד נפוליאון (1804). השראה זו ניכרה בכל הקודים העות'מאניים ובהם המג'לה. היה במג'לה מיזוג מרשים ומרתק בין חוק שרעי למבנה הדוק של ספר חוקים קונטיננטלי מודרני, שנועד לשמר את תוכנם של הדינים ובה בעת לשנות את פרקטיקת הפסיקה ולחזק את שליטת

בין הליכי השיפוט בבתי הדין השרעיים לבין קוד הפרוצדורה של בתי המשפט האזרחיים הניזאמיים (1879), שנחקק, כיתר חוקי הרפורמה, ברוח המשפט הקונטיננטלי והחליף בבתי המשפט האזרחיים בלבד את חוקי הפרוצדורה של המג'לה. ראו Avi Rubin, Ottoman Nizamiye Courts: Law and Modernity 32 (2011). קוד הפרוצדורה החדש לבתי הדין השרעיים השלים מהלך זה בבתי הדין השרעיים. ואולם, הוא לא ביטל את הפרוצדורה שהייתה שרעית במקור, על בסיס המג'לה, אלא הידק את המיזוג, שחלקו התקיים כבר ממילא בעבודת בתי הדין השרעיים, בין הפרוצדורה השרעית לפרוצדורה האזרחית-ניזאמית. בכך ממחיש החוק הזה שני מאפיינים בולטים של החקיקה העות'מאנית בתקופת הרפורמות המשפטיות: (1) מהלכי שינוי שיושמו תחילה ללא חקיקה, בדרך של ניסוי וטעייה, קדמו לרוב פעולות החקיקה (ואחרי החקיקה, הם עברו תיקונים רבים נוספים, בדרך דומה); (2) החקיקה העות'מאנית התבססה על שאילה סלקטיבית של אלמנטים מחוקים קונטיננטליים ושילתם לצד חוקים עות'מאניים, שיצרו יחד מזיגה ייחודית (ספרו של רובין לעיל עורך ניתוח סוציו-לגאלי מפורט של תהליך זה). נוסף על כך, קוד הפרוצדורה החדש הכין את בתי הדין השרעיים, כחלק ממערכת השיפוט המדינתית העות'מאנית, לתפקיד המנהלי הנוסף שהועיד להם קוד המשפחה בתחום הפיקוח והרישום של הליכי נישואין וגירושין של כל האזרחים (כולל לא-מוסלמים). נושא זה הוא חלק מפרויקט המחקר הנוכחי שלי, שאני מקווה שיראה אור בקרוב.

המדינה במערכת השיפוט ובשופטים.²⁶ שליטה זו הייתה, כזכור, המטרה המרכזית של הרפורמות בכלל ואלה המשפטיות בפרט. במרוצת התקופה כולה חתרו אפוא הרפורמטורים לעצב מערכת שיפוט לכידה, שאגפיה מתמחים כל אחד בתחומי חוק מסוימים, אולם עובדים בתיאום הדדי בעודם כפופים במסגרת היררכיה ברורה למרכז. משתי זוויות הראייה האלה – השאיפה להאחדת מערכת השיפוט והשלמתה של פרויקט הקודיפיקציה, קוד משפחה היה חיוני. מבחינת התפיסה שייצגה הקודיפיקציה הקונטיננטלית היה קוד משפחה המשך מתבקש של הקוד האזרחי, וכך הוא אכן נתפס בעיני משפטנים עות'מאנים.²⁷

בהיסטוריוגרפיה על הרפורמות העות'מאניות נטען כי הרפורמטורים חששו לגעת בדיני המשפחה השרעיים פן תתעורר התנגדות דתית, וזאת כהסבר לדחיית הקודיפיקציה של דיני המשפחה במשך זמן רב כל כך.²⁸ ואולם, המכשול העיקרי שניצב בפני קודיפיקציה של דיני המשפחה, שנועדה להשלים את המג'לה ואת האחדת מערכת השיפוט, היה מעורבותן הגוברת של מדינות אירופה בענייני האימפריה העות'מאנית. בחסות הקפיטולציות, פריבילגיות

26 בספרות המשפטנית הישראלית המג'לה מוצגת לעיתים כלא יותר משריד ארכאי שנדרש זמן רב מדי לסלקו מהדרך (בוטלה בישראל ב-1984). גישה זו מתעלמת מההקשר ההיסטורי של יצירת המג'לה וההישג שהיא ייצגה בחיבור שיצרה בין שתי שיטות שיפוט שונות כל כך במהותן. שרידותה ארוכת השנים בתקופה עתירת שינויים מעידה, מן הסתם, גם על איכויותיה. על ההקשר ההיסטורי של המג'לה ויתר מהלכי הקודיפיקציה, ראו RUBIN, שם; Rubin, לעיל ה"ש 23. על המאבק על אופי הקוד האזרחי העות'מאני והבחירה בקוד מבוסס-שריעה ראו Seda Örsen Esirgen, *Osmanlı Devleti'nde Medeni Kanun Tartışmaları: Mecelle mi, Fransız Medeni Kanunu mu?*, 29 OTAM 31 (2011).

27 Aydın, 1998, לעיל ה"ש 5, בעמ' 314. עוד בעניין זה ראו להלן ה"ש 31–32, על הקמת ועדת הקוד ב-1916 וההנחיות שניתנו לה ממשרד המשפטים.

28 ראו למשל BERKES, לעיל ה"ש 14, בעמ' 169–172. ניאזי ברקס הוא אולי הרהוט ביותר בין חוקרי הרפורמות התורכים שבגרו אל תוך התקופה הכמאליסטית וטיפחו גישה המפרשת את הרפורמות המשפטיות העות'מאניות ברוח תיאוריות המודרניזציה כמאבק איתנים בינארי בין "מסורת" ו"מודרניות" ובין משפט "דתי" ל"חילוני". ראו למשל J.N.D. Anderson, *The Role of Personal Statutes in Social Development in Islamic Countries*, 13 COMP. STUD. IN SOC'Y & HIST. 17, 17 (1971). 18. לניתוח ביקורתי של גישה זו בנוגע למערכת המשפט העות'מאנית ראו, Avi Rubin, *Ottoman Judicial Change in the Age of Modernity: A Reappraisal*, 7 HIST. COMPASS 119 (2009). יודגש כי מאבקים בין חוגים שונים בקרב האליטה העות'מאנית על אופי הרפורמות, על שאלת מעמדם של דינים שרעיים, על אופי הקודיפיקציה ועל כל נושא אחר כמעט, ליזו את הרפורמות כל הזמן. גם בעת שקוד המשפחה קרם עור וגידים, הוא היה נושא לוויכוחים ומחלוקות. ואולם, דבר זה לא מנע את החקיקה ולא את יישום הקוד, אף על פי שהליך האישור הרשמי שלו לא הושלם (AYDIN, 1985, לעיל ה"ש 5, בעמ' 165). חוקרי קוד המשפחה המעטים נוטים להבליט בעיקר את המחלוקות האידאולוגיות סביבו, והדבר תרם ועדיין תורם להדגשת מחלוקות אלה בהיסטוריוגרפיה כהסבר לפער הזמן בין המג'לה לקוד המשפחה ולהחלטות שהנחו את המחוקקים העות'מאנים בעת הכנתו של קוד המשפחה. לטענתי, דגש זה מעורר שתי בעיות: (א) הוא מוגזם ומתעלם מגורמים חשובים אחרים; (ב) המחלוקות סביב הקוד מתוארות במושגים אנכרוניסטיים (בניתוח טענות אלה עוסק, בין היתר, מחקרי שבעבודה).

היסטוריות ששליטי האימפריה נתנו במאות קודמות, מתוך עמדת כוח, לשליטים אירופים כדי לעודד את המסחר האירופי באימפריה – העניקו מדינות אירופה במאה התשע עשרה הגנה משפטית לא רק, כבעבר, לנתיניהן השוהים באימפריה, כסוחרים או דיפלומטים, אלא גם לאזרחים עות'מאנים במספרים גדלים והולכים, בעיקר מבני העדות הלא-מוסלמיות.²⁹ מעורבות זו לבשה לעיתים אופי של תמיכה בקהילות לא-מוסלמיות שלמות ובדרישות מנהיגיהן לקבל סמכויות שיפוט בתחום המשפחה וניהול הקהילה.³⁰ קודיפיקציה של דיני המשפחה העות'מאניים במטרה להשלים את האחדות מערכת השיפוט הייתה מחייבת לצמצם את האוטונומיה שקהילות אלה הצליחו לזכות בה במרוצת המאה התשע עשרה ולהתעמת עם המעצמות שנתנו להן חסות. עד לחיבור קוד המשפחה בתקופת המלחמה לא יזמה הממשלה העות'מאנית מהלך ישיר כזה. היא ניסתה לפעול בערוצים שונים לביטולן או לצמצומן של השלכות משטר הקפיטולציות, שאפשר מעמד משפטי אקס-טריטוריאלי לזרים ואזרחים עות'מאנים במספרים גדלים והולכים. ניסיונות אלה עלו בתוהו. אגב כך התעכבה למשך שנים ארוכות גם השלמת כינוסם של ערוצי השיפוט הקהילתיים בתחומי המשפחה לתוך מערכת שיפוט עות'מאנית ריבונית ריכוזית אחת. עם פרוץ מלחמת העולם והצטרפות האימפריה

29 ראו קואטארט, לעיל ה"ש 7, בעמ' 60–61, 74–76; MAURITZ S. VAN DEN BOOGERT, THE CAPITULATIONS AND THE OTTOMAN LEGAL SYSTEM: QADIS, CONSULS, AND BERATHS IN THE 18TH CENTURY (2005); Feroz Ahmad, *Ottoman Perceptions of the Capitulations 1800–1914*, 11 J. ISLAMIC STUD. 1 (2000).

30 על ה"מִלֵּת" (קהילה דתית) והאוטונומיה של הקהילות הלא-מוסלמיות במאה התשע עשרה, ראו: קואטארט, לעיל ה"ש 7, בעמ' 161–166. להשתרשות הדעה השגויה כאילו התקיימה באימפריה העות'מאנית לאורך מאות שנים מערכת סדורה של אוטונומיה משפטית-דתית של הקהילות הלא-מוסלמיות, שיטת המלת, שאותה המשיכו, כביכול, הבריטים והצרפתים בארצות המנדט, תרמו גורמים שונים. בין היתר, דעה זו נבעה מהסתמכות לא ביקורתית של חוקרים על תיאורים של רפורמות המאה התשע עשרה שלצורכיהן נעשה שימוש אנכרוניסטי במינוח זה כאילו הוא מבטא המשכיות של שיטת מנהל אחידה ומהתעלמות מהשינויים ההיסטוריים ביחסים בין האימפריה לבין הקהילות הרבות והמגוונות שאכלסו אותה, לאורך שנות קיומה הממושכות של האימפריה. בנושא זה ראו למשל Benjamin Braude, *Introduction*, in CHRISTIANS AND JEWS IN THE OTTOMAN EMPIRE: THE ABRIDGED EDITION 1 (Benjamin Braude ed., 2014); Benjamin Braude, *Foundation Myths of the Millet System*, in CHRISTIANS AND JEWS IN THE OTTOMAN EMPIRE: THE ABRIDGED EDITION 65 (Benjamin Braude ed., 2014); Baki Tezcan, *Ethnicity, Race, Religion and Social Class: Ottoman Markers of Difference*, in THE OTTOMAN WORLD 159 (Christin Woodhead ed., 2011); Dimitrios Stamatopoulos, *From Millets to Minorities in the 19th-Century Ottoman Empire: An Ambiguous Modernization*, in CITIZENSHIP IN HISTORICAL PERSPECTIVE 253 (Steven G. Ellis et al. eds., 2006). על התפתחות הגישה הקהילתית בתרבות הפוליטית העות'מאנית אחרי כיבוש קונסטנטינופול ראו KAREN BARKEY, *EMPIRE OF DIFFERENCE: THE OTTOMANS IN COMPARATIVE PERSPECTIVE* 130–150 (2005). על שיטת המלת בשיח המשפטי-ישראלי ראו גל אמיר "על מה אנחנו מדברים כשאנחנו מדברים על המילט?" מחקרי משפט ל 677 (2016).

העות'מאנית למלחמה נגד "מדינות ההסכמה", ובהן המדינות העיקריות שהחזיקו בקפיטולציות, מיהרה הממשלה לבטל את הקפיטולציות באופן חד-צדדי, ובעקבות החלטה של ועידת מפלגת השלטון לקדם חקיקת המשך למג'לה בתחום דיני המשפחה, פנתה לחיבור קוד משפחה.³¹

במאי 1916 מונתה ועדה בת חמישה בכירים במנהל המשפטי ובפרלמנט העות'מאני לחקיקת חוק משפחה, והיא החלה מייד בעבודתה.³² הקוד שפורסם כעבור שנה וחצי כלל שני ספרים – ספר נישואין וספר גירושין. בשילוב שיצר בין תוכן שרעי למבנה קונטיננטלי דמה קוד המשפחה למג'לה. הוא חל על כל האזרחים העות'מאנים, כולל נוצרים ויהודים. בה בעת, הוא הותיר על כנם את הכללים ההלכתיים הבסיסיים של כל דת ביחס לנישואים וגירושין ולא עסק כלל בשאלות טקסיות. כל אחד משני הספרים נחלק לפרקים משני סוגים: פרקים שכללו חוקים בתחום הנישואין או הגירושין ופרקים שבהם רוכזו אותם חוקים שביחס אליהם נבדלו הנוצרים או היהודים מהמוסלמים. בדרך זו שילב הקוד חוקים מבוססי-הלכה נפרדים על בסיס דתי עם חוקים אחידים לכול בתחומים המהותיים למדינה, ולצורך זה העביר לשליטתה סמכויות חשובות שקודם לכן היו נתונות בידי ראשי הקהילות השונות. הללו לא איבדו את כל סמכויותיהם, אולם התפקידים שהקנו להם את כוחם כמתווכים בין הקהילה למדינה ניטלו מהם ונמסרו לניהול המדינה. הכלים לביצוע השינויים הללו נכללו בחוק המשפחה עצמו ובצו מנהלי שפורסם חודשיים מאוחר יותר, בפתחה של שנת 1918. כמו כן, לצד קוד המשפחה הוכנס תיקון בסעיף משנה בקוד הפלילי, שעסק בענישה של אזרחים (גברים בלבד, בעלים

31 לאמיתו של דבר, הוחלט על שני מהלכי חקיקה מקבילים, האחד – חקיקת תיקונים ותוספות למג'לה, האחר – חקיקת קוד משפחה. לשם כך מינה שר המשפטים שתי ועדות, וניתנו להן הנחיות שקושרות בין הצורך בקוד המשפחה לצורך בתיקון המג'לה, Ceride-i Adliye 149 (August 1916), "İhzar-ı kavanin komisyonları" 65–68. הרציונל של הצורך בתיקון המג'לה במסמך זה מעניין במיוחד, משום שהוא מתמקד בצורך לקדם חוקים חדשים של זכויות קניין פרטי בנכסי דלא ניידים. עניין זה אינו נוגע במישרין לנושא הנדון במאמר זה, אולם יש בו כדי להאיר במידת מה את אחת השאלות שבנוגע אליהן שוררת במחקר ההיסטורי-משפטי אי-הבנה (שאף מוצאת את דרכה אל דיונים בתביעות בעלות על קרקע בישראל. ראו לעיל ה"ש 3) – שאלת פרשנות חוקי הקרקעות העות'מאניים. מכל מקום, בניגוד לוועדת קוד המשפחה, הוועדה שמונתה לתיקון המג'לה לא השלימה בסופו של דבר את משימתה.

32 Istanbul, BOA, ŞD. 2836/29 (14 May, 1916). קוד המשפחה שחיברה הוועדה אמנם כלל רק חלק מדיני המשפחה, את אלה העוסקים בנישואין וגירושין, אולם הכוונה הייתה להרחיב את החקיקה גם לתחומים אחרים של דיני המשפחה. ראו AYDIN, 1985, לעיל ה"ש 5, בעמ' 317. הקדימות שניתנה לדיני נישואין וגירושין תומכת בטענתי שהקשר שבמסגרתו יש להבין את חיבור הקוד היה שאיפת הרפורמטורים לעצב את הבניית המשפחה ולשלוט בנתונים על אודות הקמתן ופירוקן של משפחות בחברה העות'מאנית (פירוט להלן).

ואפוטרופסי נישואין) ומנהלי טקסי נישואין מקומיים (כגון אימאמים) שלא ימלאו אחר הנהלים של עריכת הנישואין שנקבעו בקוד המשפחה ואשר פורטו לאחר מכן בנספח המנהלי לקוד.³³ מה היו החידושים העיקריים של קוד המשפחה? ראשית, היה זה פרויקט הקודיפיקציה הראשון אי פעם של חוקי משפחה שרעיים ביוזמת מדינה מוסלמית.³⁴ היה זה גם הניסיון הראשון (וככל הידוע לי – היחיד עד כה) לחקיקת חוק טריטוריאלי של דיני מעמד אישי במדינה מוסלמית בעלת אוכלוסייה הטרוגנית. אמנם קוד המשפחה שימר חלק מההבדלים בין ההלכות הדתיות של שלוש הדתות בנוגע לנישואין וגירושין, אולם החוקים המהותיים לפיקוח המדינה על כינון נישואין ופירוקם היו אחידים, ומסגרת הניהול המשפטי והאכיפה הייתה טריטוריאלית.³⁵ עצם הקודיפיקציה ייצגה חידוש מרחיק לכת מבחינת מקור הסמכות המשפטית ופרקטיקת ההסתמכות על מקורות המשפט השרעי. נוסף על כך, החוקים בקוד המשפחה נבחרו מאסכולות ההלכה הסוניות השונות, לא רק מהאסכולה החנפית. המאפיין האחרון היה הכלי העיקרי להכנסת שיפורים במעמדן המשפטי של נשים בנישואין ובעיקר בגירושין, משום שהוא אפשר למחוקקים לברור מאסכולות שונות חוקים לפי מידת גמישותם ביחס לזכויות נשים במשפחה, במיוחד באותם תחומים שבהם האסכולה החנפית, שבעניינים שונים נחשבת גמישה יחסית, נוטה דווקא לנוקשות-יתר. הקוד אכן כלל כמה חידושים חשובים

33 הצו המפרט את הצעדים המנהליים לעריכת נישואין: *Takvim-i Vekayi* 3107, 1–3 (1 January, 1918); התיקון לקוד הפלילי: *Takvim-i Vekayi* 3046 (31 October, 1917). סעיף המשנה הפלילי הנדון תוקן פעמים מספר קודם לכן. תיקונים אלה, יחד עם הצו המנהלי בנוגע לרישום נישואין, מצביעים על אחד ממוקדי העניין העיקריים של המחוקק בקוד המשפחה: איסוף נתונים סדיר על הסטטוס המשפחתי של האזרחים למרשם התושבים (להלן).

34 לא החשבתי קודיפיקציות קולוניאליות, כגון החוק האנגלו-מוחמדאני בהודו. קוד דיני המעמד האישי, שחיבר קדרי פאשא במצרים ב-1875 (אל-אחכאם אל שרעיה פי אל-אחואל אל-שח'ציה) במטרה שישמש את "בתי המשפט המעורבים", הקדים את קוד המשפחה בשנים רבות, והוא משמש עד היום משפטים ותלמידי משפט לא רק במצרים. ואולם, הוא לא יושם ב"בתי המשפט המעורבים" במצרים וגם לא אומץ באופן רשמי כחוק מדינה מאוחר יותר. ראו KENNETH M. CUNO, MODERNIZING MARRIAGE: FAMILY, IDEOLOGY, AND LAW IN NINETEENTH AND EARLY TWENTIETH-CENTURY EGYPT 158–184 (2015).

35 במאמר הסבר שבו ליווה המחוקק את פרסום קוד המשפחה הוגדרו סמכויות המנהיגים הרוחניים של הקהילות הנוצריות והיהודיות ביחס להליכי עריכת הנישואים וצוין כי סמכויות בעלות אופי משפטי שהושארו להם יילקחו מידיהם לאחר שיוכשרו לשם כך שופטים מתאימים. משתמע מכך כי בעת פרסומו של הקוד הייתה כוונה להמשיך את תהליך ההאחדה של הליכי הנישואין ולצמצם עוד יותר את תפקידי המנהיגות הקהילתית בענייני פרוצדורה בתחום זה: *Ceride-i İlmîye* 34 (December 1917), "Münakehat ve Mufarakat kararnamesi Esbab-ı Mucibe Layihası" 1004, 1007–1008.

בהקשר זה.³⁶ אחד החידושים הללו נכלל בסעיפים 130–131: הליך הבוררות בסכסוכי נישואין בין בני זוג.

ואולם, משלל החידושים שייצג קוד המשפחה, החשוב ביותר להבנת משמעותו ההיסטורית, ועם זאת המוזנח ביותר במחקר, היה עיצובו כחוק משפחה טריטוריאלי-למחצה, שהיה עשוי לשמר את ההטרונגיות הדתית של אזרחי האימפריה ובה בעת להשלים את המעבר למערכת שיפוט מדינתית אחת.³⁷ היבט זה של הקוד לא היה רק עוד רכיב חדש שלו, אלא ההיבט המהותי ביותר והציר המארגן שלו. סביבו עוצבה הקודיפיקציה כולה, והוא ייצג בכך הן את השינוי ההיסטורי שחוללו הרפורמות המשפטיות עד לאותה עת והן את מגמות השינוי העתידיות כפי שתפסו אותן המחוקקים העות'מאנים באותה עת. לא מקרה בלבד הוא, על כן, שהשינוי העיקרי שהכניסו הממשלות הקולוניאליות, שחילקו ביניהן את המרחב העות'מאני לשעבר, היה מחיקת אופיו הטריטוריאלי של הקוד תוך הצנעת משמעות השינוי.

מייד עם כניסתו של הצבא הבריטי בראשות גנרל אלנבי לירושלים, בדצמבר 1917, החלו קציני המנהל הבריטי בארגון מערכות המנהל והמשפט לקראת חידוש עבודתן (וכיד המסורת הקולוניאלית הקפידו לתאר כל תופעה שמצאו במקום ככאוטית). עוד בטרם נשלם כיבוש האזורים הצפוניים של הארץ הם כוננו את מערכת השיפוט על יסודות המערכת העות'מאנית, אך ביטלו את האחדתה בטענה שבכך הם ממשיכים מסורת עות'מאנית. בקיץ 1918 נפתחה מערכת בתי המשפט האזרחיים והפליליים, שכללה שלוש רמות שיפוט ושתי ערכאות ערעור. מבנה זה התבסס, למעשה, רק על חלק ממערכת המשפט העות'מאנית: על המערכת הניזאמית על שני אגפיה, האזרחי והפלילי, לאחר שזו עברה התאמה לתפיסת המשפט המקובל הבריטי והוכפפה למטרופולין בלונדון, כנהוג בקולוניות הבריטיות. ואולם, בתי הדין השרעיים,

36 על משמעות הקודיפיקציה של חוקים שרעיים ראו גם מוסה אבו רמדאן "מעמדו של חוק המשפחה העות'מאני" לנוכח בית הדין השרעי: תהליכי שינוי במעמדן של נשים מוסלמיות בישראל ובמזרח התיכון 49 (ליאת קוזמא עורכת, 2011). כמה חידושים מהותיים נוספים (מלבד סעיפי הבוררות, סעיפים 130–131) שנועדו לשפר את מצבן של נשים ולהשפיע על דפוסי המשפחה היו, למשל, העלאת רף המינימום לגיל הנישואים (של שני המינים, סעיף 4); אפשרות הכנסת תנאי חוסם-פוליגמיה להסכם הנישואים (סעיף 38); אפשרות לפרק נישואים בהחלטת שופט לבקשת האישה עקב מחלות מסוימות של הבעל או היעלמותו (סעיפים 119–129).

37 לקראת השלמת הקודיפיקציה, במרס 1917, הועבר ניהול בתי הדין השרעיים משרדי המופתי הראשי (Şeyhülislam) אל מיניסטריון המשפטים. בה בעת בוטלו בתי הדין הקהילתיים האוטונומיים, ובכך הושלם תהליך ההאחדה של מערכת השיפוט. אף על פי שקוד המשפחה העניק לבתי הדין השרעיים תפקידי מנהל חדשים, וחזק בכך את מעמדם במערכת המשפט המדינתית, היסטוריונים הדגישו כי העתקת ניהולם של בתי הדין השרעיים למשרד המשפטים הצביעה על החלשתם והחלשת כוחו של המופתי הראשי. ראו למשל BERKES, לעיל ה"ש 14, בעמ' 415–417. ניתוח זה הוא תוצר הבנייתה ההיסטוריוגרפית של מערכת המשפט העות'מאנית בעקבות הרפורמות כמערכת דואלית, דתית-חילונית, כביכול. הבניה שגויה זו רווחת מאוד בשיח המחקרי (ראו לעיל ה"ש 28).

שבאימפריה העות'מאנית נתפסו כבתי משפט מדינתיים מובהקים וככאלה אף עמדו לקבל תפקידים נוספים ביישום קוד המשפחה על כלל האוכלוסייה, הוצאו על ידי הבריטים ממערכת השיפוט שכוננו. בתי הדין השרעיים הוגדרו כבתי דין "דתיים מוסלמיים" (הגדרה שלא הייתה חלק מעולם המושגים של המנהל המשפטי העות'מאני ביחס לבתי הדין השרעיים), הוצבו לצד בתי הדין הנוצריים והיהודיים, וכל אלה אורגנו ומוסדו כערוצי שיפוט אוטונומיים של העדות הדתיות לענייני מעמד אישי.³⁸

הטענה הבריטית (שכמוה נטענה גם על ידי הצרפתים בסוריה ולבנון כשנקטו שם מהלכים דומים ביחס למערכת השיפוט וקוד המשפחה) שמדובר בהמשכת מערכת השיפוט האוטונומית בתחום דיני המשפחה על בסיס עדתי-דתי, המלֵת, שהייתה נהוגה באימפריה העות'מאנית, הייתה אפוא חסרת יסוד. מערכת השיפוט לדיני משפחה שכוננו הבריטים והדרך שבה מוסדה, ובה בעת הוחרגה, ממערכת השיפוט הקולוניאלית לא הייתה המשכה של המערכת העות'מאנית. היא לא דמתה להסדרים הקדם-מודרניים המגוונים והוורסטיליים שגובשו בהדרגה לאורך מאות שנים בין חלק מהעדות והקהילות הלא-מוסלמיות לבין שליטי האימפריה העות'מאנית. היא ודאי לא הייתה המשכה של מגמת הרפורמות המשפטיות באימפריה העות'מאנית במאה התשע עשרה, שחתרו לצמצום האוטונומיה של הקהילות הדתיות, אשר התרחבה בגיבוי של מדינות אירופה.³⁹ הבריטים, בהמשיכם בבניית מערכת המשפט, קבעו את נובמבר 1914, תאריך הכרזת האימפריה העות'מאנית על הצטרפותה למלחמת העולם לצד "מעצמות הציר", כתאריך הקובע: החוקים העות'מאניים שנחקקו לפניו נותרו בתוקף, ואילו אלה שנחקקו אחריו בטלו. בהתאם לכך, קוד המשפחה היה אמור להתבטל. בעודם עוסקים בכינונה של מערכת משפט מדינתית (בתי המשפט האזרחיים והפליליים), הכפיפו הבריטים את בתי הדין השרעיים למחלקה המשפטית הבריטית, הפקידו על המשך הפעלתם בפועל את אחד העולמות (בעלי השכלה משפטית אסלאמית) הירושלמים ופתחו בדיונים עם נכבדים מוסלמים פלסטינים על הקמת מנגנון לניהולם הקבוע של בתי הדין.⁴⁰ ואולם, בספטמבר 1919, עוד טרם הקמת "המועצה המוסלמית העליונה" למטרה זו, הודיעו הבריטים על החלת קוד המשפחה, למעט עניין אחד: בצו שפרסמו בנדון נקבע שהקוד יחול על מוסלמים בלבד. הקוד, שהוגדר

38 נתן ברון שופטים ומשפטים בארץ ישראל: בין קושטא לירושלים, 1930–1900, 148–151 (2008); ASSAF LIKHOVSKI, LAW AND IDENTITY IN MANDATE PALESTINE 27–33 (2006); Proclamation: Establishment of Courts (24.6.1918), בתוך BENTWICH, לעיל ה"ש 18, בעמ' 610–605.

39 ראו לעיל ה"ש 29–30.

40 URI M. KUPFERSCHMIDT, THE SUPREME MUSLIM COUNCIL: ISLAM UNDER THE BRITISH MANDATE FOR PALESTINE 18–19 (1987). ההתייעצויות והשיקולים השונים שליוו את תהליך הקמת המנגנון החלופי לניהול בתי הדין השרעיים והאוטונומיה המוסלמית החדשה בפלשתינה-ארץ ישראל נמשכו זמן רב יותר והיו כרוכים במגעים עם נכבדים פלסטינים-מוסלמים ובלבטים שונים, שתקצר היריעה מלפרטם במאמר זה.

כעת "חוק המשפחה המוסלמי", איבד את כל הפרקים והסעיפים שנועדו לחול על יהודים ונוצרים (תוכם נמחק, אולם מספרי הפרקים והסעיפים נותרו במקומם, ריקים, עד עצם היום הזה).⁴¹

המהלך שנקטו הבריטים כאשר החילו את הקוד על המוסלמים בלבד לא היה אפוא שינוי טכני ולא תפנית קלה, אלא שינוי מהותי הרה-גורל. אימוץ הנרטיב הבריטי ביחס לשינוי זה על ידי היסטוריונים וחוקרי משפט וחברה שונים מבטא אי-הבנה היסטורית עמוקה. קו ישיר מחבר בין הקבלה הבלתי ביקורתית של הנרטיב הבריטי בנושא זה לבין האופן העיקש שבו אפינו היסטוריונים את מערכת המשפט שכונו הרפורמטורים העות'מאנים כמערכת דואלית, חילונית-דתית, אפיון שגוי שמבוסס אף הוא על פרשנויות של משקיפים אירופים בעלי עניין במאה התשע עשרה. קוד המשפחה לאחר השינוי שהכניסו בו הבריטים (והצרפתים) לא היה הקוד העות'מאני המקורי בהשמטת כמה סעיפים; תיאור זה הוא תיאור נטול הקשר, המחמיץ את העובדה שמערכת המשפט העות'מאנית הייתה בעיצומו של תהליך מעבר למערכת משפט מדינת אחידה, מהלך שהאימפריה נאבקה על קידומו הן כלפי פנים, במסגרת הרפורמות, והן מול מדינות אירופה. למאבק זה היו ביטויים דיסקורסיביים רבים במקורות ההיסטוריים, שחוקרים נוטים להסתמך עליהם כמות שהם, במקום לשלב בפרשנויות שלהם את זיהוי שדות השיח הללו ולנתח את האינטרסים שהם מייצגים. כך נעדרת מרוב הניתוחים ההיסטוריים המוכרים התובנה שכיבוש האזור על ידי "מדינות ההסכמה" התרחש כאשר מאמצי העות'מאנים להשלים את האחדת מערכת המשפט שלהם הגיעו לשלב מתקדם למדי, ושרק אז, תחת השלטון הקולוניאלי וביוזמתו, הפכה לראשונה מערכת המשפט העות'מאנית לשעבר בפרובינציות (אך לא באנטוליה) למערכת דואלית.⁴²

מערכת משפט זו אומצה על ידי מדינת ישראל, ועם כל התיקונים שהוכנסו בה במרוצת תקופת המנדט ולאחר מכן, תחת שלטון ישראל, המבנה הבסיסי שלה, שהשאיר את תחום המעמד האישי לשיפוטם של בתי משפט דתיים נפרדים לקהילות השונות, לא השתנה. בבתי הדין השרעיים נוהג אפוא גם כיום "חוק המשפחה המוסלמי" במתכונת שהנהיג השלטון הבריטי, והוא מכונה בספר החוקים "חוק המשפחה העות'מאני".⁴³

41 BENTWICH, לעיל ה"ש 18, בעמ' 58; גויטיין ובן-שמש, לעיל ה"ש 20, בעמ' 290–311.

42 ראו Rubin, לעיל ה"ש 28; אמיר, לעיל ה"ש 30. על מדיניות השלטון הצרפתי בסוריה בתחום זה ראו BENJAMIN T. WHITE, THE EMERGENCE OF MINORITIES IN THE MIDDLE EAST: THE POLITICS OF COMMUNITY IN FRENCH MANDATE SYRIA 162–197 (2011). לדיון ביקורתי בהיסטוריוגרפיה על מלחמת העולם הראשונה באימפריה העות'מאנית וראשית השלטון הבריטי, ראו איריס אגמון "כרוניקה של קץ ידוע מראש? המלחמה הגדולה וארגון הכלים של ההיסטוריונית" תיאוריה וביקורת 49 (2017), בדפוס.

43 למשל בבג"ץ הבוררת, לעיל ה"ש 1, פס' 1 לפסק-דינה של השופטת ארבל.

ג. מועצת הבוררות המשפחתית בסכסוכי נישואין וההקשר ההיסטורי של קוד המשפחה

1. הבוררות ובית הדין השרעי

לאחר שגוללתי את תולדות קוד המשפחה בהקשרו ההיסטורי, וציינתי בקצרה את השינויים שהבריטים הכניסו בו ובמערכת השיפוט העות'מאנית שירשו עם כיבוש הארץ, אתייחס במסגרת אותו הקשר למשמעות של סעיפים 130 ו-131 (שבהם עסקה פסיקת בג"ץ), על מנת לפתח ולהדגים את הטענה שבה פתחתי את המאמר. כזכור, טענתי שאת שאיפת הרפורמטורים העות'מאנים לשפר את מעמדן של הנשים בנישואין ובגירושין באמצעות קוד המשפחה יש להבין כחלק משיח האליטה בת הזמן, שעזמה נמנו המחוקקים, על אודות מקומן של נשים במשפחה ובחברה, ובמסגרת המטרות המרכזיות של הרפורמות לשינוי דפוסי של המדינה העות'מאנית. במסגרת זו, שיפור מצבן של הנשים היה נדבך חשוב בעיצובן של משפחה וחברה מודרניות. אין להבין טענה זו כאילו אני מייחסת לרפורמטורים גישה אינסטרומנטלית לזכויותיהן של נשים, או שאיפה מחושבת ומודעת להשתמש בשיפורן של מעמד הנשים ככלי בלבד לשם השגת מטרות אחרות. לדידם, לא הייתה כל סתירה בין מטרתם להביא לשיפור במצב הנשים לבין סדר היום המשפטי-חברתי הרחב שדגלו בו. ואולם, זיהוי יחסים היררכיים בין יעדיהם השונים הוא מרכיב חיוני לניתוח ההיסטורי. הרפורמטורים היו בני הזמן, והשיח על זכויות נשים בדפוסים שאפיינו אותו בימיהם הוא שעיצב את חשיבתם בנושא. נקודה זו אולי נראית מובנת מאליה, אך עיון במחקרים היסטוריים מלמד שדווקא המובן מאליו נוטה לעיתים לחמוק מתשומת לבם של היסטוריונים. נקודה זו מחייבת הדגשה חוזרת, שכן היא משמעותית ביחס לסוגיית ההקשר ההיסטורי, המרכזית לדיון במאמר זה. שיח זכויות נשים וזכויות אדם בכלל ישתנה בהמשך המאה העשרים, ובעקבות זאת יתאפיין במקומות מסוימים בשאיפה לשוויון זכויות של נשים כתכלית לעצמה. אלא שאת זאת, מן הסתם, לא יכלו הרפורמטורים העות'מאנים ואליטות אימפריאליות אחרות בנות הזמן ברחבי העולם לדעת ולשקול. היסטוריונים, לעומת זאת, יודעים יותר ממושאי מחקרם על שינויים מעין אלה, הן בגלל פער הזמן בינם לבין מושאי מחקרם והן מתוקף עיסוקם. ואולם, אין די בדיעה; נדרשת מודעות כדי להימנע מאנכרוניזם בהערכתו של שיח זכויות נשים (או של כל נושא אחר) ובפרשנותו במסגרת הזמן והמרחב המתאימים.

סעיפים 130–131 נכללו בקוד המשפחה בפרק העוסק במצבים שבהם בית הדין פוסק פירוק נישואין. הפרק מכיל פירוט ופיתוח של שני השינויים העיקריים במעמדן של נשים בנישואין שאומצו לפני התחלת הקודיפיקציה, במרס 1916, ושסללו את הדרך למהלך הקודיפיקציה הכולל על בסיס אימוץ הלכות חוץ-חנפיות. שינויים אלה נוגעים לפירוק נישואין בבית הדין לבקשת האישה (1) עקב היעדרות הבעל ללא אפשרות לגלות מה עלה בגורלו,

סוגיה שהפכה אקוטית במלחמת העולם ובמלחמות שקדמו לה; או (2) עקב מחלות מסוימות שבהן לקה הבעל, המונעות את מימוש הנישואים ותקינותם.⁴⁴ סעיפים 130–131 היו חריג בפרק זה, מבחינה זו שהם לא היו חלק מהחקיקה שקדמה לקוד המשפחה. כמו כן, אף על פי שהם עוסקים בסכסוכי נישואין שהיו עשויים להסתיים בגירושין במקרים שבהם הבוררות לא הובילה לפיוס, סיום כזה לא היה עתיד לצמצם את הפער העמוק בין זכויות הבעל לזכויות האישה, שהיה מובנה בהליך הגירושין הרגיל. הליך הבוררות כשלעצמו לא הפקיע מהבעל את זכותו ליוזם את גירוש אשתו כרצונו ולא העניק לאישה זכות מקבילה ליוזמת גירושין. אם הבוררים היו ממליצים על גירושין ומוצאים כי האישה, מבין שני בני הזוג, היא שאחראית לתוצאה זו, השופט היה אמור לפרק את הנישואין, אך אז היה על האישה לוותר על זכויותיה הממוניות בגירושין, או על חלקן (ח'לע), כמו בגירושין ביוזמתה ללא בוררות. עם זאת, תוצאת לוואי של מימוש סעיפים 130–131, שייצגה שינוי מסוים, הייתה שהליך גירושין זה הובא לבית הדין תחילה כסכסוך בין בני הזוג, ורק אם נכשל הפיוס בהליך הבוררות, הסתיים הסכסוך בגירושין.

אם כן, מה היה החידוש? כמו רוב היחסים החברתיים שהוסדרו באימפריה העות'מאנית לפני הרפורמות במסגרת דיני המשפחה (ולאמיתו של דבר, גם כמו הליכים בתחומים רבים אחרים), הליך גירושין אפשר, אך לא חייב, פנייה לערכאות או רשויות שלטון אחרות ולא חייב דיווח ורישום. אקט הגירושין היה זכות חד-צדדית של הבעל, והוא היה רשאי לממש בהבל פיו בלבד. כל שהיה עליו לעשות הוא להודיע לאשתו על החלטתו באמצעות קריאת הגירושין (טלאק). אם חזר על הקריאה שלוש פעמים ולא חזר בו עד תום תקופת המתנה בת כשלושה חודשים (עדה), נכנסו הגירושין לתוקפם, כולל התנאים הכלכליים שנקבעו בהסכם הנישואין המקורי או בעת הגירושין (מוהר דחוי לאישה ומזונות לילדים שנולדו לזוג, אם בשל גילם הצעיר נשארו בחזקת אימם). לעומת זאת, אם אישה הייתה מעוניינת בגירושין, היא נזקקה להסכמת בעלה וזו, אם ניתנה לה, ניתנה בתמורה לויתורה על המוהר או חלקו ולעיתים אף הותנתה בפיצוי נוסף. גירושין מסוג זה (ח'לע) אף הם לא חייבו פנייה לערכאות.

⁴⁴ *Düstur*² 8, no. 305, *İrade-i saniye* 478–482 (7 March, 1916); *Düstur*² 8, no. 390, *İrade-i saniye* 853–857 (23 March, 1916). אני מוצאת לנכון לחזור ולהדגיש בפתחו של חלק זה במאמר כי הניתוח להלן מתייחס רק לנוסח המקורי של קוד המשפחה מ-1917 ולהקשר של חקיקתו באותה עת, כחלק מהרפורמות המשפטיות העות'מאניות. התייחסויות לפרקטיקה השיפוטית בבתי הדין השרעיים השזורות בדיון מתייחסות לבתי דין שרעיים עות'מאניים בלבד. חוקרי בתי הדין השרעיים בישראל מכירים את הפרקטיקה השיפוטית של יישום החוק במתכונתו הקולוניאלית בהקשר של מערכת המשפט הישראלית. בנסיבות אלה, יש להניח שהידע והניסיון המצטברים מיישום סעיפי הבוררות בסכסוכי גירושין או סעיפים אחרים יובילו למסקנות שונות ביחס להשלכות החוק מאלה שהפרשנות להלן מציגה. ואכן, אחת המטרות המרכזיות של מאמר זה היא לחשוף את השונות הזו, שמקורה בהקשר ובנסיבות ההיסטוריות שהשתנו ב-100 השנים שחלפו מאז פרסום קוד המשפחה המקורי.

אחת המשמעויות של פנייה לבוררות שהוכנסה לקוד המשפחה הייתה אפוא שבניגוד לעבר, אם הבוררות לא הסתיימה בפיוס בהתאם למטרתה המוצהרת, הליכי הגירושין היו עתידים להתנהל בבית הדין השרעי. ככל שבני זוג רבים יותר עתידים היו לפנות לבוררות, אם בתוקף דרישות החוק או מסיבה אחרת, כך הליכי גירושין רבים יותר היו עשויים להגיע לפתחו של בית הדין. זו אינה נקודה זניחה. פרט לשינוי זה שהבוררות הייתה צפויה לחולל מעידה פתיחת ערוץ הבוררות בקוד המשפחה גם על השינוי שבית הדין השרעי עבר בתקופת הרפורמות, עוד טרם קודיפיקציית דיני המשפחה, כשהרפורמות הפכו ממסד שיפוט ריאקטיבי למסד פרואקטיבי יותר ויותר. בה בעת ממחישה הבוררות את אחת המטרות המרכזיות של קוד המשפחה שבמוקד דיון זה: פיקוח המדינה על יחסי המשפחה ומעורבותה בעיצובם. סעיף אחר בקוד המשפחה, סעיף 110, הטיל על בעלים שגירשו את נשותיהם חובת דיווח על הגירושין לבית הדין (ונוהלי הדיווח של בית הדין למרשם התושבים הכתיבו את העברת המידע לרשויות). הבוררות בסעיפים 130–131 הייתה מבחינה זו צעד משלים לפיקוח על גירושין. נוסף על כך שעצם הפנייה לבוררות משמעותה הייתה שהליכי גירושין רבים יותר ינוהלו בבית הדין ותיעודם אצל רשויות המדינה יובטח, הבוררות עצמה פתחה בפני בית הדין, כזרוע של המדינה, אפשרות להתערב בעיצוב המשפחה, בין אם באמצעות יישוב סכסוך הנישואין או בפסיקת גירושין ובעקבותיה – פיקוח על מימושם.

2. קודיפיקציה וצמצום הפלורליזם המשפטי

בטרם אמשיך בדיון על משמעות הבוררות מבחינת הבניית המשפחה ויחסיה עם המדינה, אקדיש כמה מילים למתודה של ליקוט כללים מהאסכולות הסוניות השונות (תִּחְיָר) וצירופם בחוק אחד, ללא עמדת עדיפות לאסכולה מסוימת (תִּלְפִיק) שאומצה לצורך חיבורו של קוד המשפחה. כפי שהוזכר כבר לעיל, שיטה זו נחשבת לאחד החידושים החשובים של קוד המשפחה, בהיותה הכלי העיקרי שבאמצעותו גישר המחוקק העות'מאני בין שתי מטרות מנוגדות לכאורה: האחת – הותרת דיני המשפחה השרעיים על כנם כבסיס החקיקה, והאחרת – הסרת המכשולים המובנים שדינים אלה הציבו בדרך לשיפור מעמדן של הנשים במשפחה ולהשגת איזון מסוים ביחסי הכוח המגדריים שבה. ואולם, זוית ראייה נוספת וחשובה להבנת המשמעות של שילוב דינים מאסכולות שונות נוגעת כולה למטרה הראשונה, דהיינו למהותה של קודיפיקציה של דינים שרעיים. המעבר משיטת גיבושה של הפסיקה השרעית לפסיקה המבוססת על קוד היה מעבר רב־משמעות. שיטת הפסיקה השרעית התבססה על ברירה מורכבת מתוך מאגר עצום של אפשרויות הלכתיות. בפועל, מגוון האפשרויות שיושמו בכל מקום וזמן היה מצומצם הרבה יותר, אולם פוטנציאל ההתאמה של פסיקות וחוות דעת הלכתיות למציאות המשתנה תדיר היה כמעט בלתי נדלה. במסגרת זו, הפרקטיקה המשפטית הותירה מקום לגמישות וחפיפה בין אסכולות ההלכה השונות. כך, למשל, אף על פי שהאסכולה החנפית הייתה האסכולה הרשמית באימפריה העות'מאנית, שופטים ומופתים שהיו אמונים על אסכולות אחרות פעלו במקומות שונים ברחבי האימפריה, ניהלו משפטים או נתנו

חוות דעת הלכתיות (בהתאמה) על בסיס האסכולות שלהם. מצב זה הציע פתרונות מעשיים למצוקות שנוצרו עקב המגבלות ההלכתיות שהציבה האסכולה החנפית. מגבלה מוכרת כזו הייתה, למשל, היעדר מוצא חוקי שיאפשר לבית הדין השרעי להיענות לבקשת אישה לפירוק נישואין משום שנקלעה לנישואים שנסיבותיהם מנעו ממנה לקבל את הסכמת הבעל לפירוקם. למשל, מקרים שבהם הבעל נעדר ולא הייתה דרך לגלות היכן הוא ואם עודנו חי (מקרים שעקב מלחמות המחצית השנייה של המאה התשע עשרה תכפו והלכו) נמנו עם סוג מצבים זה. יתר אסכולות ההלכה הציעו פתרונות לכך, בעוד האסכולה החנפית הותירה נשים כאלה ללא פתרון. מחקרים היסטוריים הראו כי בפועל, נשים במצבים כאלה פנו במאות הקודמות לשופטים מאסכולות אחרות, ופסיקותיהם בזכות פירוק הנישואין והכרה בנשים כגרושות או אלמנות (מעמד ששיפר מיידית את מצבן הכלכלי והחברתי) הוכרו למעשה, ולעיתים אף קיבלו הכרה הלכתית בדיעבד.⁴⁵ פלורליזם משפטי זה, אף כי לא סיפק פתרונות גורפים ולא תמיד הבטיח פתרון כלל, אפשר מרחב לא מבוטל של תמרון וגמישות בפועל.

הקודיפיקציה, בהיותה מעבר למשפט סטטוטורי ולמרחב פסיקה מוגדר מראש, ייצגה מעין היפוך של שיטת הפסיקה השרעית. בתהליך הקודיפיקציה נבחרו הכללים ההלכתיים שלפיהם תינתן הפסיקה בכל נושא ונוסחו כחוקים פוזיטיביים. בעקבות זאת, כללים רבים אחרים מן המאגר ההלכתי נותרו מחוץ לקוד. בכך נחסמה במידה רבה הגמישות שאפיינה הן את מגוון ההלכות של האסכולה הרשמית והן את אפשרות הפנייה לשופטים ומופתים מאסכולות אחרות. אני טוענת שבאמצעות שילובם של כללים מכל האסכולות בקוד המשפחה ננקט מעין אקט של פיצוי על אובדן הפלורליזם המשפטי, שאפיין את השיטה הקודמת. במילים אחרות, בעוד הקודיפיקציה עצמה הייתה בגדר חידוש מובהק, הליך הברירה של חוקים גם מאסכולות אחרות החליף בקוד, במידה מסוימת, את פרקטיקת הפנייה לשופטים ופוסקי הלכה מאסכולות אחרות, ובכך הוא ייצג גם המשכיות של השיטה הפלורליסטית הקודמת. במבוא למג'לה הדגיש ראש ועדת המג'לה, אחמד ג'וּנַת פאשא, כי נבחרו לקוד חוקים מהאסכולה החנפית בלבד וכי הבחירה התבססה על הלכות הפוסקים הגדולים של האסכולה, שהיו מקובלות על המופתי הראשי של האימפריה ואנשי המנהל המשפטי שלו. עם זאת, הוסיף, בכמה מקרים הוכנסו למג'לה חוקים שהתבססו על פוסקי הלכה חנפים שעמדתם הייתה מקובלת פחות, וזאת כאשר עמדות אלה התאימו יותר לצורכי הזמן.⁴⁶ כך, קוד המשפחה, שכזכור נתפס כחלק מההשלמות

45 ראו למשל Tucker, לעיל ה"ש 5, בעמ' 12–14; Selma Zečević, *Missing Husbands, Waiting Wives, Bosnian Muftis: Fatwa Texts and the Interpretation of Gendered Presences and Absences in Late Ottoman Bosnia*, in *WOMEN IN THE OTTOMAN BALKANS: GENDER, CULTURE AND HISTORY* 335–360 (Amila Buturović & Irvin Cemil Schick eds., 2007).

46 Istanbul, Mecell-i Ahkam-i Adliye 12 (1884). נראה שבפועל ג'ודת פאשא לא חשף במלואם בטקסט המבוא למג'לה את מהלכיה של ברירת הדינים השרעיים שוועדת המג'לה ערכה, וכבר בחיבור המג'לה הוכנסו, לפי אותו עיקרון של התאמה לצורכי הזמן, כמה כללים מאסכולות אחרות. ראו Anderson, לעיל ה"ש 5, בעמ' 24–25.

הנחוצות למג'לה, הרחיב למעשה את הטכניקה שנקטה במג'לה לאסכולות האחרות גם באופן מוצהר.

כאן אולי המקום להעיר בנוגע לפסק הדין של בג"ץ, כי בדחותם את הטיעון של בית הדין השרעי לערעורים – שיש להכריע בשאלת הבקשה למינוי בוררת-אשה לפי עמדת האסכולה המאלכית, משום שסעיף 130 מבוסס על פרקטיקה מאלכית – ביטאו לדעתי שופטי בג"ץ (וכן העותרת והיועץ המשפטי לממשלה, שעמדותיהם המנומקות מצוטטות בפסיקת בג"ץ) הבנה היסטורית-משפטית עמוקה יותר מזו שביטאה שיטת ההסקה שנקטו שופטי בית הדין השרעי לערעורים. מרגע שנעשה המעבר לקוד ונבחרו החוקים הכלולים בו, הפך המבחר הזה למאגר כללים בעל שלמות פנימית השונה מהותית ממאגר הכללים שאותם חוקים היו חלק ממנו לפני הקודיפיקציה. זו משמעותו העקרונית של המעבר לקוד, כשיטה. זו איננה רק מעטפת שאפשר לקלפה ולהתעלם ממנה, כאילו הצורה אינה חלק מהתוכן.⁴⁷ הדעת נותנת שבעקבות המהלך שנקטו המחוקקים העות'מאנים כשהעבירו את הכללים השרעיים למבנה של חוק פוזיטיבי ושאו כללים אלה מאסכולות שונות, מקורם של סעיפי הקוד באסכולה זו או אחרת, או בדעתו של פוסק הלכה שרוב או מיעוט של פוסקי הלכה קיבלו אותה, יאבד את מעמדו כשיקול רלוונטי בהכרעה בסוגיית הפרשנות של סעיף זה או אחר של הקוד. ואם כבר מחפשים תשובה היסטורית לשאלה פרשנית כגון זו שעלתה במסגרת העתירה, מטרת בחירתם של יוצרי קוד המשפחה בפרקטיקה המאלכית רק לסעיף 130 (ולא בשלל העמדות ההלכתיות של אסכולה זו) מתאימה יותר כסימוכין היסטוריים לשאלה המשפטית בהווה, אם מינוי אישה כבוררת קביל אם לאו. כאמור, שיקוליה של ועדת קוד המשפחה נבעו מהניסיון לצמצם את ההטיות המגדריות של דיני המשפחה השרעיים לרעת הנשים ולעצב בהתאם לכך, כפי שאראה להלן, את דפוסי המשפחה. היגיון זה מחזק מסקנה שיש להתיר מינוי אישה-בוררת, כפי שפסק בג"ץ (על בסיס נימוקים אחרים, שמקורם בחקיקה הישראלית), לאחר שהוברר כי אין מדובר בפרשנות נוגדת-שריעה.

3. שלום בית והבניית המשפחה

הליך הבוררות שנדרש בקוד המשפחה היה מבוסס, כאמור, על פרקטיקה מאלכית, אסכולה שנפוצה בעיקר בצפון אפריקה. פרקטיקה זו לא הייתה קיימת באסכולה החנפית, האסכולה הרשמית של האימפריה העות'מאנית. הבחירה בה על ידי מחברי הקוד מעידה אפוא על כוונתם, או עמדתם, שייחסה חשיבות כלשהי לאקט הבוררות. על טיבה של חשיבות זו אנסה לעמוד להלן.

⁴⁷ על היגיון זה עצמו מתבססת גם הטענה שלי שהקוד שהבריטים החילו על המוסלמים ושמדינת ישראל ירשה מהם איננו הקוד העות'מאני. הקוד העות'מאני חל על כל האזרחים, והיה קשר מהותי בין חלקיו השונים. צמצומו למוסלמים בלבד לא היה אפוא שינוי טכני, אלא שינוי מהותי.

כזכור, סעיף 130 קבע שבני זוג נשואים שאחד מהם פנה לבית הדין לאחר שהתגלע ביניהם סכסוך (נזאע וְשָׁקָאק), השופט ימנה עבורם שני בוררים, האחד ממשפחת הבעל והאחר ממשפחת האישה. הבוררים היו אמורים להיות בעלי תכונות הולמות למילוי התפקיד. תכונות אלה לא פורטו (ולא הוזכר גם כל ידע משפטי, או אחר, שנדרש מהם). תפקידם היה לנסות, קודם כול, ליישב את הסכסוך. אם התברר כי לא ניתן ליישבו, היה עליהם לקבוע מי מבני הזוג גרם לסכסוך או מנע את יישובו, להטיל עליו או עליה את האחריות לגירושין ולהגדיר בהתאם את ההשלכות הממוניות שיהיו לכך. אם הבעל יזם את הגירושין ולא חזר בו בעקבות הבוררות, עתיד היה הדבר לגרור את השלמתו של הליך גירושין חד-צדדי רגיל, שבעקבותיו היה על הבעל לשאת בתשלומי המוהר ושאר התנאים הממוניים הנדרשים בגירושין. אם האישה הייתה היוזמת, היה עליה לוותר על המוהר או חלקו (גירושי ח'לע). במקרה של אי-הסכמה בין הבוררים, או אי-התאמתם לתפקיד, היה על השופט למנות אחרים, או בורר שלישי במקומם, לאו דווקא בן משפחה. מסקנות הבוררים ביחס לגירושין, אם מאמצי הפיוס שלהם לא צלחו, אמורות היו להירשם כהחלטת בית הדין על פירוד (טלאק באין, סעיף 131). בעתירה שהגיעה לבג"ץ, הפרשנות של אופי תפקיד הבוררים ושל מעמד השופט ביחס להחלטתם הייתה סלע מחלוקת מרכזי נוסף. להיבט זה של המחלוקת לא אדרש כאן, היות שאינו נוגע לשאלות שבמוקד מאמר זה.

מעבר להשלכות הבוררות על ניהול הליכי גירושין בבית הדין, שעליהן עמדתי לעיל, יצירת מסגרת בוררות משפחתית כחלק מהליך של פתרון סכסוכי נישואין בחסות בית הדין השרעי מעניינת מבחינה נוספת, העומדת במוקד הפרשנות ההיסטורית שלי לקוד המשפחה. מדובר בפרוצדורה שמטרתה המוצהרת הייתה למנוע גירושין ולהשיג שלום בית בתיווכו ובפיקוחו של בית הדין כמוסד במערכת המשפט המדינתית. מבחינת השאיפה להביא ליתר-איזון ביחסים בין גברים לנשים בנישואין ובגירושין, לא הייתה בבוררות עצמה תכונה מובנית התורמת לחיזוק מעמדן של הנשים במשפחה.⁴⁸ על מנת שהבוררות תפעל לתיקון ההטיה המגדרית השרעית נדרשו תנאים חברתיים ומשפטיים נלווים שיחזקו כיוון כזה. המסמכים הנלווים לקוד המשפחה לא כללו תקנות בתחום זה, ואילו עצם זיהוי הצורך בתיקון ההטיה המגדרית מעיד דווקא על היעדרם של תנאים סביבתיים מעין אלה, שהרי ההטיה המגדרית לא התקיימה בשיח המשפטי השרעי בלבד. היא נפוצה במרחב החברתי-תרבותי כולו, בכלל זה בזירת המשפחה המורחבת, הפטרילינאלית, שבה אמורה הייתה הבוררות להתממש. יתרה מזאת, בשל הזכויות החד-

48 מוסה אבו רמדאן מציין כי חשיבותו של סעיף 130 היא בהכרה בקיומו של סכסוך בין בני זוג כעילה לגירושין. ראו אבו רמדאן, לעיל ה"ש 36, בעמ' 60–61. מהסבר זה משתמע שהחידוש היה בכך שנשים יכלו לזכות בדרך זו בפירוק נישואין שחפצו להיחלץ מהם בבית הדין (גברים הרי לא נזקקו לעילה לגירושין). יתכן שמסקנה כזו עולה מהפרשנות של סעיפי הבוררות בפרקטיקה של בתי דין שרעיים קונטמפורניים בישראל או במדינות אחרות, אולם מסעיפי הבוררות בקוד המשפחה המקורי כשלעצמם לא משתמעת הכרה כזו.

צדדיות של הגבר לגרש את אשתו והמחיר שהיה על אישה שרצתה בגירושין לשלם כדי לקבל את הסכמת בעלה לכך, אישה שמאסה בנישואיה נקטה לעיתים, כפי שעולה מעדויות אודות הפרקטיקה המשפטית בבתי הדין השרעיים בני הזמן, אסטרטגיה שנועדה לדחוף את הבעל לגרשה ביוזמתו. היא עשתה זאת כדי להימנע מהנזק הכלכלי שהיה צפוי לה מגירושין ביוזמתה הישירה, וקבלת הסכמת הבעל (ח'לע).⁴⁹ במסגרת פרקטיקת הבוררות שהכניס הקוד החדש היו הבוררים עלולים לחשוף כוונת אישה להפעיל לחץ עקיף על הבעל אצל זוג שהגיע לבית הדין עקב סכסוך שפרץ ביניהם, או היו עלולים לייחס לה כוונה כזו, בשל התרשמותם מיחסיה הקלוקלים עם בעלה וחוסר נכונותה לקבל את התנאים לשלום בית. התרשמות כזו הייתה עלולה להוביל להחלטת הבוררים על גירוש ח'לע, ובכך הייתה נגזלת מאישה כזו האסטרטגיה החברתית היעילה ביותר שעמדה לרשותה לאזן בכוחות עצמה את ההטיה המגדרית. מנגד, בנסיבות מסוימות היו מקרים שבהם הבוררות אכן הייתה עשויה להיטיב את מצבה של אישה ולצמצם את עמדת הנחיתות המובנית שלה. כמו כן, לכאורה, הבוררות הייתה עשויה לשפר את מצבה של אישה שהייתה מעוניינת בגלוי לסיים את הנישואין ולשלם על כך בעוד בעלה סירב בכל מחיר לגרשה, אפילו בגירוש ח'לע. במקרים כאלה היה, באופן עקרוני, סיכוי שהבוררים ישתכנעו כי רצונה של האישה בגירושין מוצדק ואף יפטרו אותה מויתור על זכויותיה הממוניות בגירושין. כך או כך, קשה לייחס לפרקטיקת הבוררות יתרון מובהק מזווית הראייה של שיפור מצבן של נשים בגירושין.

אם בוחנים את סדרי העדיפויות בסעיף 130 ומביאים בחשבון את מאפייניו של שיח המשפחה השרעי כפי שהוא מתגלה בתיעוד הפרקטיקות החברתיות-משפטיות שרווחו בשלהי התקופה העות'מאנית,⁵⁰ נראה כי ההיבט המרכזי של הבוררות היה הניסיון למנוע את שיעורי הגירושין או לצמצמם ולערב בדרך זו את המדינה בעיצוב דפוסי המשפחה. בהקשר זה, חשוב להבחין כי המחוקק לא התערב במבחר סוגי הגירושין שעמדו להינקט בעקבות בורות לפי סעיף 130, אם לא יושג בה שלום בית; הוא לא צמצם את היעדר האיוון המגדרי המובנה בגירושין. יתר על כן, פרקטיקת הבוררות הייתה בעלת מאפיינים פטריארכליים מובהקים, משום שהגדרת מועצת הבוררות כמורכבת מנציגי משפחות בני הזוג משמעותה המעשית הייתה שהבוררים יהיו גברים מהמשפחות המורחבות של בני הזוג.

אם כך, אפשר לטעון שבחירה לכלול בקוד את סעיפי הבוררות מחייבת לשקול מחדש את הפרשנות המקשרת בין תכניו של קוד המשפחה לבין חיזוק הדפוס של המשפחה הגרעינית. מדוע? כאן נדרשת הבהרה מסוימת. הבניית המשפחה בשיח השרעי הדגישה את מעמדה של

49 במחקרי הקודם הראיתי כי לא רק שנשים עשו שימוש באמצעים מעין אלה בבואן לבית הדין בתואנות שונות שנועדו להפעיל לחץ על בעליהן, אלא ששופטים שרעיים זיהו מצבים מסוג זה וניהלו את הדיון המשפטי כך שיתן מענה לנשים שנקלעו למצוקה קיצונית בנישואיהן. ראו AGMON, לעיל ה"ש 9, בעיקר פרקים 5-6.

50 ראו למשל שם.

המשפחה המורחבת כמשפחה פטריליניאלית (המבוססת על ייחוס לאב) ופטריארכלית (המנוהלת על ידי אבי המשפחה ובהיעדרו – קרוביו הגברים הבוגרים). הארעיות המובנית של מסגרת הנישואין השרעית, שאתייחס אליה בהמשך המאמר, הייתה קשורה בין היתר בכך שהרעיה, עם נישואיה, לא הפכה חברה במשפחה המורחבת של בעלה (אלא אם כן היו השניים בני אותה משפחה מורחבת מלכתחילה) – לא בשמה, לא בייחוסם של ילדיה העתידיים ולא ברכושה. הענקת מעמד של בוררים לקרובי המשפחה של בני הזוג משמעותה המעשית הייתה אפוא שסכסוכי נישואין שיגיעו לבית הדין יובילו בסבירות גבוהה למינוי אבותיהם של בני הזוג לבוררים, ובהיעדרם – למינוי קרובים אגנטיים אחרים (דודים או אחים בוגרים). בשל הטיה מגדרית מובנית זו לרעת הנשים, הסיכוי ששלום הבית שיושג (אם יושג) בעזרת בוררים אלה יתחשב בצרכיה ורצונה של האישה, ויחזק בכך את האיזון המגדרי ובעקיפין גם את הבניית המשפחה הגרעינית, היה קטן. אלא שאם מזהים כי הבחירה לכלול את סעיפי הבוררות בקוד המשפחה מחלישה את הפרשנות בדבר שאיפת המחוקקים לחזק את מודל המשפחה הגרעינית מנימוקים אלה, הרי ודאי שהיא מטילה ספק במסקנה המייחסת למחוקק מאמץ לשפר את מצבן של נשים באופן כללי.

בנקודה זו יש לצרף להתלבטות הפרשנית כמה שיקולים נוספים. ראשית, יש להזכיר כי משהוחלט שקוד המשפחה יתבסס על מסגרת דיני המשפחה השרעיים, כל הכללים שהרכיבו אותו היו אמורים להישאב ממאגר זה וממנו בלבד (ולאור זאת, עשויים כמה סעיפים נוספים בקוד המשפחה להיראות מאולצים).⁵¹ שנית, בעצם קיומן של סתירות בין היבטיו השונים של החוק ואף בין מטרותיהם של מחבריו אין רבותא. היה מפתיע אילולא התגלו סתירות מעין אלה. ושלישית, במקרה זה, לעובדה שהבוררות המשפחתית נחזית להיות פרקטיקה שמעודדת מגמה המנוגדת למאמציהם של מחברי הקוד לשיפור מעמדם של נשים יש פנים נוספות מבחינת הסוגיה הנדונה כאן: מהפרשנות שהצעתי לעיל עולה, כאמור, כי הענקת שיקול דעת לבוררים

51 כזכור, ההחלטה לבסס את קוד המשפחה על דינים שרעיים קיימים נכללה בהנחיות לוועדת קוד המשפחה (לעיל ה"ש 31–32). במסגרת הנתונה של דינים שרעיים עשו חברי ועדת הקוד ניסיונות לצמצם את השפעתם של כמה מהמכשולים העיקריים בדרך ליתר איזון מגדרי, כאשר גם מאגר ההקלות שהאסכולות השונות הציעו לא פתר את הבעיה. חלק מהפתרונות שגיבשו היו מסורבלים למדי. בדוגמה בולטת לכך אפשר להבחין בסעיף 38, שבו ניסו המחוקקים לעקוף את בעיית הפוליגמיה. ביטול גורף לא היה בנמצא באף אסכולה. הפתרון שסעיף זה הציע, על סמך פרשנות הלכתית קיימת, היה להתיר לנשים להכניס להסכם הנישואין תנאי מיוחד, שלפיו אם יבחר הבעל לשאת אישה שנייה על פניה, היא (או צרתה) תהפוך אוטומטית גרושה. בטקסט המקורי של הקוד ניסוח סעיף זה מסורבל וקשה להבין את משמעותו. בתרגום לערבית, שהסתמך כנראה על הבהרות המחוקק, הניסוח מבהיר את הכוונה. ואולם, מעבר לניסוח, אף על פי שמבחינת מטרות המחוקק סעיף זה הכניס שינוי מסוים, לא נפרץ העיקרון שהחיקה נשארת במסגרת הדינים השרעיים והפוליגמיה נותרה על כנה. איידן מתאר חילוקי דעות ומאבק בין חברי ועדת הקוד בנושא זה. ראו AYDIN, 1985, לעיל ה"ש 5, בעמ' 178–180. להמחשת אופייה הפטריארכלי של מועצת הבוררות המשפחתית ראו בסרט התיעודי "Divorce Iranian Style", לעיל ה"ש 6.

בהחלטה על גירושין ועל הגדרת סוג הגירושין (עם תנאים כספיים לאישה או בלעדיהם) במקרה שיישוב הסכסוך נכשל, הייתה בעלת פוטנציאל להרע את מצבה של האישה בגירושין או לפחות לא לשפר אותו. אם מניחים, כמקובל, כי מטרת המחוקקים הייתה לשפר את מצב הנשים במשפחה, הפרשנות לעיל תומכת בטענתי שהצד הבולט שהבוררות הוסיפה לקוד המשפחה היה הניסיון למנוע את ממדי הגירושין או לצמצמם. עם זאת, מאחר שבתנאים החברתיים שהתקיימו בתקופה הנדונה, צמצום ממדיהם של הגירושין לא היה עתיד לשפר בהכרח את מצבן של נשים במשפחה, נדרשת בדיון על משמעות הבוררות (והקוד באופן כללי) הבחנה בין שתי מטרות נפרדות – צמצום גירושין ושיפור מצבן של נשים בנישואין. סעיפי הבוררות מלמדים, לדעתי, על היררכיה בין השניים, היררכיה שבה, לדיון של המחוקק, מניעת גירושין הייתה חשובה יותר והייתה אף עשויה לבוא על חשבון שיפור מצבן של נשים, גם במחיר חיזוק מסוים של הבניית המשפחה הפטריאליטית המורחבת.

פרשנות אפשרית נוספת מסתמנת כאשר בוחנים את הסוגיה מזווית ראייה אחרת. הסתירה הפנימית שמתגלה בסעיפי הבוררות עשויה להתפרש כניגוד מובנה בין חלק ממטרות החקיקה (ובהקשר זה שיפור מצבן של הנשים וצמצום הגירושין נמצאים באותה קבוצת מטרות) לבין החלטת המחוקקים לערוך את הקודיפיקציה במסגרת שיח המשפחה השרעי, שאותו, בין היתר, היא נועדה לשנות. כדרכם של חוקים, גם קוד המשפחה היה תוצר של דיונים וויכוחים בין חבריה של ועדת הקוד, שהשקפותיהם והצעותיהם בתהליך הקודיפיקציה לא היו אחידות והפתרונות שגיבשו היו מבוססים על פשרות ועל התחשבות בלחצים פוליטיים שונים.⁵²

ונקודה אחרונה בנושא זה, לפני שאתייחס, לסיום, לצמצום הגירושין בהקשר כללי יותר. אימוץ מסגרת הבוררות המאלכית עשוי להאיר את שאלת הבניית של המשפחה כגרעינית או מורחבת באור נוסף: הליכי גישור ובוררות (צלח, קרי סלח) התקיימו בחברות העות'מאניות באופן לא פורמלי, עם או בלי קשר לבית הדין השרעי, במשך דורות, כמעט בכל היבט של היחסים החברתיים, לאו דווקא בסכסוכי משפחה. מחקרים המבוססים על רשומות בתי הדין השרעיים העות'מאניים חשפו עדויות רבות לכך שהליכי יישוב סכסוכים בתוך בית הדין השרעי היו חלק מפרקטיקות של בוררות וגישור שהתקיימו מחוץ לזירת בית הדין (שם הן בדרך כלל לא תועדו, או תיעודן לא נשמר). חלק מההליכים האלה התחילו בבית הדין והמשיכו מחוץ לו, בעזרת נכבדים או בני משפחה; חלק אחר החל כבוררות פרטית והגיע בהמשך לתיעוד, או קבלת גושפנקה חוקית בבית הדין השרעי.⁵³ מבחינה זו, סעיפי הבוררות הכניסו לבית הדין פרקטיקה מנהגית והעניקו לה מעמד רשמי, אך בה בעת הם הכפיפו אותה להשגחת השופט

52 ראו בעניין זה לעיל ה"ש 51, בעיקר ההפניה לתיאור המחלוקות בוועדת הקוד בנושא הפוליאגמיה שנתן איידן, שלא הייתה המחלוקת היחידה.

53 ראו למשל Işık Tamdoğan, *Sulh and the 18th-Century Courts of Üsküdar and Adana*, 15 ISLAMIC L. & SOC'Y 55 (2008); HÜLYA CANBAKAL, *SOCIETY AND POLITICS IN AN OTTOMAN TOWN: AYNTAB IN THE 17TH CENTURY* (2007).

ואפשרו לו, כנציג המדינה, פיקוח עליה והתערבות בה. מזווית ראייה זו היה זה אפוא מהלך נוסף של התערבות המדינה בעיצוב דפוסי המשפחה ברוח יעדיה של האליטה הבירוקרטית העות'מאנית.

אסיים את הדיון בסוגיה של מניעת הגירושין ובדרכים שבהן היא מחברת את פרקטיקת הבוררות להקשר ההיסטורי של קוד המשפחה. מניעת גירושין עשויה להיראות לקוראים כיעד המבטא חזון תפיסה מסורתית מושרשת, המייחסת למסגרת הנישואין ושימורה חשיבות עליונה, כמעט בכל מחיר. ואכן, בשיח חכמי ההלכה לדורותיהם על דיני המשפחה השרעיים גירושין נתפסים כדבר שלילי ולא רצוי. אחת הנטיות שאפיינו את התפתחות המחקר על המשפט האסלאמי היא התפיסה כי המשפט האסלאמי הוא "משפט של משפטים" (כלומר מלומדים, חכמי הלכה) ורואה במקורות נורמטיביים בלבד (בהכללה; יש כמובן יוצאים מן הכלל) מקורות שמהם אפשר וצריך ללמוד על התפתחותו. עד לשנים האחרונות, מקורות על אודות הפרקטיקה המשפטית תפסו, אם תפסו, מקום שולי במחקרים על התפתחות המשפט האסלאמי. החוקרים המתעניינים במקורות האמפיריים על אודות הזירה המשפטית כזירה של התרחשות משפטית חברתית הרלוונטית להתפתחות המשפט באו בעיקר מקרב ההיסטוריונים החברתיים ומקרב הסוציולוגים והאנתרופולוגים של המשפט.⁵⁴ נושא זה, כשלעצמו, מורכב יותר מהתיאור הלכני לעיל, אך הרחבתו חורגת ממסגרת הדיון במאמר זה. ואולם, חשוב לציין את הפערים המתגלים בין חוקרי משפט אסלאמי המגיעים ממסורות המחקר השונות הללו – משפט אסלאמי, היסטוריה חברתית-משפטית ואנתרופולוגיה של המשפט – מבחינת הנחות המוצא, השאלות והמסקנות שלהם על מושאי מחקרם המשותפים או המשיקים אלו לאלו. בהקשר הנדון כאן, אף על פי שהמאמר מנתח טקסט נורמטיבי, אין מדובר בניתוח טקסטואלי הלכתי; ניתוחם של קוד המשפחה וסעיפי הבוררות משוקע בידע המצטבר ממקורות היסטוריים אמפיריים (רשומות בתי דין שרעיים ומקורות רבים נוספים על חיי היומיום של המנהל המשפטי העות'מאני), ממחקרים סוציו-לגאליים על מערכת המשפט העות'מאנית וממחקרים היסטוריים בכלל. במקורות אלה קשה לאתר ראיות שניתן ללמוד מהן על הגישה הנורמטיבית השוללת, או למצער אינה רואה בעין יפה, גירושין, גישה שקיימת בספרות ההלכה האסלאמית. התמונה שעולה מרוב המחקרים המבוססים על רשומות בתי הדין השרעיים העות'מאניים, ממגוון מקומות ותקופות, היא שגירושין, פירוד ללא גירושין ופוליגמיה (בעיקר סדרתית, נישואים לאישה שנייה וגירוש הראשונה) רווחו ברוב שכבות החברה. השופטים השרעיים, שהיו אמונים על יישוב סכסוכים, לא הותירו ברשומות בתי הדין ראיות וניסוחים המצביעים על כך ששימור הנישואין כשלעצמו היה מטרה שהם חתרו להשיגה בפסיקותיהם, או אידיאל שהם פעלו לאשש בתיעודן. גם כאשר מביאים בחשבון את ההטיה המובנית במקורות משפטיים

Iris Agmon & Ido Shahar, *Shifting Perspectives in the Study of Shari'a Courts: Methodologies and Paradigms*, 15 ISLAMIC L. & SOC'Y 1 (2008) 54

אמפיריים אל עבר מצבים קונפליקטואליים ביחסי משפחה ויחסים חברתיים בכלל, הארעיות המאפיינת את הבניית הנישואין ברשומות בתי הדין השרעיים והשלכותיה הסוציו-לגאליות בולטות לעין.⁵⁵ מתיאור זה אין להסיק שגירושין היו תופעה המונית, או שהכול התייחסו אליה בשוויון נפש. ואולם, ממצאים אלה מאפשרים לי לטעון שגירושין ופרקטיקות אחרות האופייניות ליחסי נישואין נזילים רווחו במידה כזו שנראה כי מבחינת שאיפת הרפורמטורים להתאים את דפוסי המשפחה למאפייני החברה והמדינה המודרניים שהם ביקשו לעצב, מסגרת הנישואין הייתה לדידם מסגרת קלה מדי לפירוק.⁵⁶

כזכור, במרוצת מאות שנות קיומה של האימפריה העות'מאנית שקדמו לרפורמות של המאה התשע עשרה לא נתפסה מסגרת המשפחה כיעד להתערבות ישירה של המדינה. שליטת האימפריה בטריטוריות הנרחבות שלה ובאוכלוסיות הרבגוניות שחיו בהן התבססה על מנהל הפרובינציות, מושלים, אנשי צבא, גובי מיסים ושופטים, בעוד חיי היומיום, המסחר, חיי החברה, הסדר הציבורי והפיקוח החברתי התבססו על מסגרות קהילתיות, מקצועיות, דתיות ואחרות. ראשיתה ונכבדיה של הקהילות, השכונות, הגילדות, האחוות הצופיות (קרי סופיות) ומסגרות חברתיות אחרות תיווכו ביניהן לבין נציגי השלטון והפכו בדרך זו לבעלי עמדות כוח חברתיות ופוליטיות. אחד מיעדי העיקריים של מפעל הרפורמות של המאה התשע עשרה היה שינוי סדר זה ויצירת שלטון ריכוזי, תוך שינוי של דפוס היחסים בין הממשלה בבירה לבין המנהל בפרובינציות, יצירת היררכיות שליטה ברורות שכפופות למרכז וצמצום כוחם המתווך

55 AGMON, לעיל ה"ש 9. בספר הפניות למחקרים סוציו-לגאלים נוספים מתקופות ומקומות אחרים באימפריה העות'מאנית המצביעים על ממצאים דומים. חשוב לציין כי הטענה לעיל ביחס לאופי היחס לגירושין בבית הדין מגובה במחקרי הנזכר לעיל בניתוח-שיח של סוג מסמכים חדש, פרוטוקולים מפורטים של תיקים משפטיים בסוגיות משפחה, שבמסגרת הרפורמות של המאה התשע עשרה רישומם הונהג בבתי הדין השרעיים, נוסף על רישום הפסיקות בלבד, שהיה מקובל עד אז. לעניין זה ראו גם Iris Agmon, *Recording Procedures and Legal Culture in the Late Ottoman Shari'a Court of Jaffa, 1865–1890*, 11 ISLAMIC L. & SOC'Y 333 (2004). ראו גם התייחסות לאטרקטיביות של בית הדין השרעי לנשים לא מוסלמיות שרצו בגירושין אצל Tezcan, לעיל ה"ש 30, בעמ' 163–164.

56 ראו למשל BOA, ŞD., 46/1. בתיק זה (שכולל בעיקר חליפת מכתבים בין משרדי האוצר והפנים בנוגע לתשלום עבור בולי רישום נישואין של מוסלמים ולא-מוסלמים ובשאלה אם לתת פטור מתשלומים אלה ללא-מוסלמים) אחד המסמכים, מאוקטובר 1916, הוא טבלת נתונים של מספר הזוגות הנשואים הרשומים במרשם התושבים (לא ברור אם מדובר בשנה מסוימת או בחישוב ממוצע שנתי כלשהו). הנקודה המעניינת במסמך והרלוונטית לדיון כאן היא ההתפלגות שנערכה במרשם התושבים של הזוגות שנישאו לפי שתי קטגוריות: (1) התפלגות למוסלמים ולא מוסלמים; (2) התפלגות לפי מין, כאשר לגבי הנשים, נרשמו שתי קבוצות: נשים שנישאו בתולדות (כלומר נישואיהן הראשונים) ונשים שאינן בתולדות (כלומר אלה אינן נישואים ראשונים). עיבוד הנתונים בדרך זו עשוי לרמז על סוג המידע שרשויות השלטון היו מעוניינות לקבל ממרשם התושבים. ההתפלגות השנייה הייתה עשויה לענות על מגוון שאלות אפשריות, אך כולן נוגעות לאותו עניין: תנועות במסגרת המשפחה.

של נכבדים ובעלי שררה מקומיים (לרוב, באמצעות קואופטציה שלהם למערכות השליטה המתחדשות).⁵⁷ אחת ההשלכות של השינוי בתפיסת המדינה ואופי יחסיה עם נתיניה (שמעמדם אף הוגדר מחדש כאזרחים) הייתה, כאמור, עניין גובר של מנהל המדינה במעורבות ישירה ובפיקוח על מרחבים ומוסדות חברתיים שבעבר לא עניינו אותה. המשפחה הייתה אחד המוסדות הללו. כזכור, תפיסה הרואה במשפחה אבן יסוד בעיצובה של חברה מודרנית ושיח ער סביב דגם המשפחה הרצוי אפיינו אליטות בתהליכי מעבר למודרניות בחברות רבות בתקופה הנדונה, בהן האליטה העות'מאנית. ואולם, דגם המשפחה הגרעינית הנשאף עמד בניגוד לכל ההיבטים המפלים נשים בדיני המשפחה השרעיים, כגון נישואי קטינות, פוליגמיה, קלות הגירושין ביוזמת הבעל והקושי של נשים להשיג פירוק נישואין במצבי מצוקה ועגינות (כלומר הסוגיות העיקריות שבהן ניסה קוד המשפחה לטפל באמצעות ברירת הלכות מהאסכולות השונות).⁵⁸

לעניין הנדון כאן חשובים בעיקר כיווני הפעולה של הרפורמטורים העות'מאנים, המצביעים על עניינים הגובר בניטור השינויים במעמד האישי של האזרחים ובעיצוב של הבניית המשפחה. במסגרת הרפורמות הוקם, למשל, מערך לאיסוף נתונים דמוגרפיים, מרשם התושבים האימפריאלי (Nüfus), והממשלה המשיכה במרוצת התקופה כולה במאמצים להרחיב את סמכויותיו, לשכלל את שיטות איסוף הנתונים שלו, לעבד את המידע ולהשתמש בו ביחסים שבין המדינה ואזרחיה. איסוף נתונים על לידות, פטירות, נישואין וגירושין היה אחד התחומים שמרשם התושבים שקד על פיתוחם בחפשו תדיר דרכים לגרום לנתינים ולראשי קהילות לדווח לו על שינויים בו. אני טוענת שחיבורו של קוד המשפחה היה קשור למאמצים הללו. במסגרת הדיון במאמר זה תקצר היריעה מלפתח טענה זו במלואה. אסתפק רק בציון כמה אינדיקציות לקשר שבין חיבור קוד המשפחה לבין המאמצים לייעל את איסוף הנתונים הנוגעים למעמד האישי של האזרחים במסגרת מרשם התושבים. ניהול מאגר נתונים

57 קואטארט, לעיל ה"ש 7, בעמ' 43–46, 61–64, BARKEY, לעיל ה"ש 30, בעמ' 242–262.
 58 שורה של מהלכים נוספים שננקטו על ידי האליטה הבירוקרטית של האימפריה במרוצת המאה התשע עשרה ביחס לילדים הייתה קשורה אף היא לתפיסה שהמדינה אמורה למלא תפקיד פעיל בעיצוב המשפחה, כגון הקמת מחלקה לטיפול בירושות של ילדים יתומים וניהול רכושם עד הגיעם לבגרות והקמת בתי יתומים ופנימיות לחינוך והקניית השכלה מקצועית לילדים יתומים, עניים וילדי פליטים. איריס אגמון "מגדר ושינוי חברתי: בית הדין השרעי וקופות היתומים כיפו ובחיפה בשלהי התקופה העות'מאנית" נשים ומגדר במזרח התיכון במאה העשרים 53 (רות רודד ונגה אפרתי עורכות, 2008); MAKSUDYAN, לעיל ה"ש 9. על הבניית המשפחה הבורגנית העירונית באסתנבול בשלהי התקופה העות'מאנית ראו DUBEN & BEHAR, לעיל ה"ש 9; Toprak, לעיל ה"ש 11. על הקשר בין מודל המשפחה הגרעינית, רפורמות משפטיות בדינים השרעיים, ומעבר למשפט מדינתי במצרים באותה תקופה, ראו גם אסד, לעיל ה"ש 9, בעמ' 297–319.

דמוגרפיים מרכזי היה כלי אופייני למדיניות השליטה הריכוזית במאה התשע עשרה.⁵⁹ הקמת רשת של מחלקות מרשם תושבים בפרובינציות, איסוף נתונים באמצעות מפקדי אוכלוסין, הנחלת הליכי דיווח שוטפים על נתונים אישיים על ידי התושבים והנפקת מסמכי זהות אישיים, כל אלה הוכנסו בהדרגה במרוצת התקופה והקנו למנהל המדינה כלים למעקב אחר תנועות דמוגרפיות. בהקשר הנדון כאן, מנגנון זה אפשר מעקב אחר עיצוב שינויים בתחומי המעמד האישי של נתיני האימפריה, פיקוח עליו ומעורבות בו. כאשר בוחנים את קוד המשפחה בצירוף המסמכים המנהליים והתיקונים לחוק הפלילי שליוו אותו, מתברר שהמחוקק שימר בקוד המשפחה כללים מסוימים בנוגע לנישואין וגירושין, לפי שיוך לקהילות הדתיות השונות, אך זאת בעיקר בנוגע להלכות דתיות ספציפיות ועניינים טקסיים, שלא נגעו במישרין לסוגיות המעמד האישי. לעומת זאת, החוק יצר מסגרת אחידה על-דתית בתחומים שהיו קשורים למעמד האישי האזרחי ולמאפייני המשפחה, כגון גיל הנישואין, רישוי ורישום של נישואין וגירושין, הגברת האיוון ביחסים המגדריים בנישואין ובגירושין. בהיבטים הללו, שהיו מוקד התעניינותה של המערכת השלטונית, המחוקק איחד את הכללים והעביר את השליטה והפיקוח עליהם ממנהיגי הקהילות ובעלי סמכויות דתיות מקומיים אל רשויות המשפט ומנהל המדינה (כלומר אל משרדי מרשם התושבים ומשרדי בתי הדין השרעיים).⁶⁰

התיאור לעיל נוגע למהלכים הקושרים בין קוד המשפחה בכללותו לבין השימוש במרשם התושבים ובנתונים שהוא אסף בנושאי מעמד אישי לצורך פיקוח ומעורבות בעיצוב דפוסי המשפחה. סעיפי הבוררות בקוד המשפחה, שהדיון בהם בחלק זה של המאמר נועד להמחיש כיצד באו מגמות אלה לידי ביטוי קונקרטי, מצביעים על שאיפה לעיצוב דפוס משפחה, שנוסף על תכונותיו האחרות נועד ליצור מסגרת נישואין יציבה שגירושין אינם הפתרון המידי בה לסכסוכים. בהקשר זה הייתה חשיבות לא רק לעצם הכנסתה של פרקטיקת הבוררות לקוד, אלא גם לעמדת הפיקוח על תוצאות הבוררות ועל דפוסי הגירושין, שסעיפים 130–131 הציבו בה את בית הדין ואת הקאדי כמייצגיה של המדינה. במבט היסטורי, הבחנה זו מחזקת את הקביעה שהשתמעה מפסיקת בג"ץ הבוררת, שאין במתן היתר למינאי אישה כבוררת משום התערבות פסולה במינאי בעלי סמכות שיפוטית במערכת בתי הדין השרעיים. ההחלטה שניתנה לאחרונה,

59 RUBIN, לעיל ה"ש 25, בעמ' 91–96; Fatma M. Göçek & Şükrü Hanioglu, *Western Knowledge, Imperial Control, and the Use of Statistics in the Ottoman Empire*, in 1 CULTURAL HORIZONS 105 (Jane L. Warner ed., 2001).

60 ראו לעיל ה"ש 33 ובה ההפניות לצו המפרט את הצעדים המנהליים לעריכת נישואין והדיווח עליהם לבית הדין ולמרשם התושבים; ולתיקון לקוד הפלילי, שתוקן בנושאים אלה גם בשנים קודמות, בניסיון לשכלל באמצעות קנסות את פרקטיקת הדיווח למרשם התושבים על זוגות שנישאו. על דוגמה לעיבודים הסטטיסטיים שערך מרשם התושבים ראו לעיל ה"ש 56.

לראשונה בבית דין שרעי בישראל, למנות אישה לקאדית,⁶¹ ייתרה בדיעבד את הוויכוח בסוגיה זו.

ד. סיכום

מימוש המסגרת החדשה שיצרו מחברי קוד המשפחה היה תלוי בגורמים רבים שהשליטה בהם לא הייתה בידיהם. חוקים, כידוע, הם רק טקסטים. יישומם תלוי בפרשנויות ובנסיבות ששופטים להן, מלבד המחוקקים, אינספור אנשים; לא רק אלה שהוסמכו ליישם ולא רק משפטים, אלא גם פקידים וציבור המשתמשים בזירה המשפטית. במקרה של קוד המשפחה, ניתן לומר מעט על לקחי יישומו במתכונתו המקורית. ככזה הוא יושם באזורים שהיו בזמן פרסומו בשליטת האימפריה (בעיקר באנטוליה) במשך כשנה וחצי. לאחר מכן, למרות הוראה של המופתי הראשי לבטלו, יישומו נמשך ככל הנראה באופן חלקי, בעוד ההסכמים לחלוקת אנטוליה בין המדינות המנצחות במלחמת העולם הלכו והשתנו, נוכח ההישגים הצבאיים של כוחותיו של מוסטפה כמאל פאשא (שנודע לימים בכינוי Atatürk) במלחמת העצמאות התורכית ועם הקמת הרפובליקה הכמאליסטית (1923). בתקופה זו נשקלו חלופות שונות לקוד המשפחה. בסופו של דבר החליט מוסטפה כמאל על תפנית כוללת לעבר המערב, וב־1926 אימץ את הקוד האזרחי השוויצרי על קרבו וכרעיו (כולל תחומי המעמד האישי).⁶²

לקראת מלאת 100 שנים לקוד המשפחה נפלה לידי הזדמנות לחזור אליו, הודות לפסיקה התקדימית של בג"ץ הבוררת. במאמר הצעתי פרשנות היסטורית לנסיבות חקיקתו וגלגוליו של הקוד המקורי, והמחשתי פרשנות זו באמצעות ניתוח תוכנם של סעיפי הבוררות (130–131) שעמדו במוקד העתירה לבג"ץ. חוקרים מדיסציפלינות שונות, כולל היסטוריונים של האימפריה העות'מאנית, שמזכירים במחקריהם את קוד המשפחה, רובם בחטף (ובודדים בהרחבה ובלוויית ניתוח טקסטואלי מפורט), מדגישים בעיקר שתי נקודות: את חקיקתו המאוחרת של קוד המשפחה, בסוף המלחמה – סוף האימפריה ואת החידושים (או היעדרם, תלוי בפרספקטיבה של החוקר/ת) בנוגע למעמד האישה. מסגור זה של קוד המשפחה הפך אותו לפרשה נטולת הקשר, ללא עבר, כביכול, ובגלל תוצאות המלחמה והבנייתה בהיסטוריוגרפיה כקיצה הידוע מראש של האימפריה העות'מאנית – גם ללא עתיד. שהרי ההמשכיות של קוד המשפחה לאחר פירוק האימפריה בתום מלחמת העולם היא המשכיות מומצאת. המצאת ההמשכיות הייתה המצאה קולוניאלית. מבחינת השלטון הבריטי

61 שרון פולבר, יאיר אטינגר וג'קי חורי "הוועדה לבחירת קאדים בחרה לראשונה קאדית אשה" הארץ 25.4.2017 www.haaretz.co.il/news/law/1.4041725

62 חלק מהעדויות על יישומו של קוד המשפחה נכללות במחקרי הנוכחי שטרם פורסם. המחקרים הקיימים לא בחנו כלל את קוד המשפחה מפרספקטיבה של Law in Action, לא לפני החקיקה ולא אחריה.

בפלשתינה-ארץ ישראל הייתה הפיכתו של קוד המשפחה מחוק טריטוריאלי לחוק מוסלמי-דתי עניין טכני. ההמשכיות התבטאה בטענת הבריטים שבכוננם מערכת משפט דתית לקהילות השונות בתחומי המעמד האישי הם ממשיכים את שיטת המלח העות'מאנית ושכך נשמרת הרציפות המשפטית, כנדרש בכתבי המנדט. לאמיתו של דבר, אכן היה בטענתם ממד אחד של המשכיות, ממד דיסקורסיבי. דיפלומטים ומשקיפים בריטים ואירופאים אחרים באימפריה העות'מאנית ראו במערכת השיפוט העות'מאנית שכונו הרפורמטורים במאה התשע עשרה מערכת דתית-חילונית (כלומר שרעית-ניזאמית) דואלית. הם לא ראו בה את מה שראו בה מכוונת העות'מאנים: מערכת שיפוט מדינתית, העומדת להפוך לכול-עות'מאנית ומאוחדת. כשמערכת זו נפלה בשלהי 1917 לידיהם, הם פעלו בה בהתאם להשקפתם מן המאה התשע עשרה.

אלא שקוד המשפחה לא היה עניין טכני ואף לא עניין זניח. במאמר זה מיקמתי אותו בהקשר ההיסטורי של רצף ארוך של רפורמות משפטיות שהאליטה הבירוקרטית העות'מאנית הובילה במאה התשע עשרה הארוכה. לידם של המחוקקים, הוא לא היה אמור להיות הקוד האחרון; הוא היה מהלך שקירב מאוד את המדינה העות'מאנית להשגת המטרה של האחדת מערכת השיפוט שלה. ואולם, בדיעבד הוא היה הקוד האחרון. בהחלטת הבריטים להפוך אותו לקוד משפחה מוסלמי בלבד, וכך, לדעתם, להשיב את מערכת השיפוט העות'מאנית אל מסלולה ההיסטורי, הם למעשה הגשימו את נבואתם מן המאה התשע עשרה על מערכת המשפט הדתית-חילונית כביכול.

אלא שללא ההקשר ההיסטורי של הרפורמות העות'מאניות, בלי זווית הראייה של המחוקקים כרפורמטורים עות'מאנים, כך טענתי במאמר זה, קוד המשפחה, שהוא קוד עות'מאני, אינו יכול להיות מובן כהתרחשות ששייכת לזמן ולמרחב שבהם היא התחוללה ולרוח התקופה שבה פעלו מחולליה. בהיותו קוד עות'מאני, הוא היה פרי סדר היום של הרפורמטורים העות'מאנים. מכאן הטענה שיש למקמו בהקשר היסטורי זה, וזאת לא רק מבחינת רציפות הרפורמות המשפטיות והיותו קוד נוסף ברשימת מפעלי הקודיפיקציה העות'מאניים; הטענה שלי הייתה כי גם את תוכנו יש לחקור ולפרש בראש ובראשונה בעזרת התבוננות בחזונו ובמעשיהם של המחוקקים העות'מאנים והנסיבות המשתנות שיצרו את התנאים שבהם פעלו. בעניין זה סברתי כי מצד אחד, ניתוח תוכנו של הקוד לאור שאלות הלכתיות בלבד, כלומר הסתכלות "אחורה" אל העמדות הנורמטיביות של חכמי ההלכה לדורותיהם על מנת להצביע על השינויים שהקוד גילם, או ניתוחו מצד אחר, לאור שאלות מגדריות, כלומר הסתכלות "קדימה" וניתוח הקוד במונחי הקטגוריה האנליטית בת ימינו, מגדר – ניתוח כזה יתרום להמשך ההבניה ההיסטורית השגויה של קוד המשפחה. לפיכך, מיקמתי את הדיון שלי על תוכן הקוד (ליתר דיוק, על תוכנם של שני סעיפי הבוררות, שהתייחסתי אליהם

כאל מעין דגימה אקראית שלו) בהקשר של עמדות הרפורמטורים העות'מאנים ביחס לסוגיות שבהן עוסק הקוד – נשים, גברים והבניית המשפחה.⁶³ ההקשר הזה מחזיר אותי, לסיום, לבג"ץ הבוררת. אף כי נימוקי הפסיקה כוללים, כאמור, סקירה של עניינים רבים הנוגעים להקשר ההיסטורי של הבוררות וקוד המשפחה ברוח עקרון הרציפות המשפטית, ההכרעה לטובת העותרת לא התבססה על שיקול היסטורי. פסק הדין ניתן כתוצאה של העמדת העתירה למבחן חוקי מדינת ישראל הרלוונטיים, חוק שיווי זכויות האישה, התשי"א–1951⁶⁴ (כולל תיקון משנת 2000, המונע את התערבות המדינה במינוים של בעלי תפקידי שיפוט בבתי דין דתיים)⁶⁵ וסעיף 15 לחוק-יסוד: השפיטה.⁶⁶ לאור מבחן זה, המסקנה הייתה שעקרון שיווי זכויות האישה מחייב לתמוך במינוי בוררת לבקשת העותרת ושהסייג המונע מהמדינה להתערב בשיקולי בית דין דתי במינוי לתפקידי שיפוט אינו חל על מינוי בוררים. השיח המשפטי הישראלי שבמסגרתו נדונה והוכרעה העתירה הוא שיח של שוויון זכויות נשים וזכויות אדם. השיח של האליטה העות'מאנית (ושל אליטות פוליטיות אחרות בעולם) לפני 100 שנה עסק בשיפור מעמדן של נשים, באמצעיפציה, לא בשוויון, ולא מפרספקטיבה ליברלית, אלא כחלק מפרויקט כינון המדינה המודרנית. ניתן לזהות דמיון בין מאמצי המחקר העות'מאני, בחיפושיו אחרי כלים לצמצום אי-השוויון של נשים במשפחה, כחלק מהשקפה רחבה יותר על אודות מאפייני המשפחה והחברה הרצויים, לבין הכרעת השופטים הישראלים לתמוך בבקשת העותרת על בסיס עקרון השוויון. אלא שהדמיון אינו נובע מעמדותיהם בסוגיית מעמדן של נשים בחברה. בתחום זה, כפי שטענתי, יש משמעות לפער ההיסטורי בין 100 השנים ויותר ולשינויים שהתחוללו במרוצת תקופה זו בגישות ביחס לנשים. הדמיון הוא בתפיסת מקומה של המדינה המודרנית בעיצוב חיי הפרט והחברה. גם על תפיסה זו עברו יותר מ-100 שנים עתירות שינויים. ואולם, מבחינת המאפיינים ההיסטוריים הגדולים, מדינות הלאום של התקופה הפוסט-עות'מאנית, בהן זו הישראלית, והמדינה העות'מאנית האימפריאלית של המאה התשע עשרה הארוכה חולקות את הנטייה המודרנית המובהקת להעמקתו של פיקוח המדינה ולמעורבות גוברת בכל תחומי החיים. במובן זה, למרות פער הזמן, שתי המדינות שייכות בבירור לעידן היסטורי אחד. נקודה אחרונה שחשוב להצביע עליה ביחס למדינה העות'מאנית, מדינת ישראל וקוד המשפחה, נוגעת לתפקיד שממלא בית הדין השרעי בפרשה. בית הדין השרעי העות'מאני היה

63 המושג "עמדות" אינו מתייחס בהכרח לעמדות מוצהרות של ראשי המערכת הפוליטית, או לעמדות אידאולוגיות של הוגים, סופרים, או ראשי תנועות פוליטיות, אף על פי שגם גורמים אלה עיצבו את שיח התקופה. ואולם, בהקשר זה הדגש הוא בעיקר על העמדות שבאו לידי ביטוי במעשים, במדיניות, בפרקטיקה היומיומית של אנשי משפט ומנהל בכירים יותר או פחות ובמפגש בינם לבין אנשים מהשורה ונסיבות משתנות.

64 ס"ח 248.

65 חוק שיווי זכויות האישה (תיקון מס' 2), התשס"ח–2000, ס"ח 167, 168.

66 ס"ח 78.

שחקן מרכזי בזירה המשפטית-פוליטית. בפרשת קוד המשפחה הוא עצמו גילם את המדינה, ויישום החוק החדש עמד להוסיף לו תפקידי מנהל משפטי ולחזק את מעמדו במערכת השיפוט המדינתית ולבצר אגב כך את מעמדה כמערכת שיפוט מאוחדת. בית הדין השרעי הישראלי, לעומת זאת, הוא בית דין דתי, קהילתי, אחד מכמה ערוצי שיפוט נפרדים לתחומי המעמד האישי בלבד. הוא משרת קהילת מיעוט דתית-לאומית ומנסה לעשות זאת תוך שמירה על מעמדו האוטונומי מול מערכת המשפט של המדינה ובנסיבות מורכבות ביותר. היסטוריונים, כידוע, נוהגים על פי רוב להימנע מהשאלה "מה היה קורה אילו" (counterfactual history). בהכירי במשקלם הניכר של גורמים קונטינגנטיים ונסיבות בלתי צפויות בעיצוב תהליכים היסטוריים, לי עצמי אין חיבה יתרה להיסטוריה אנטי-עובדתית. את השאלה מה היה קורה אילו במקום המורשת הקולוניאלית של דיני מעמד אישי דתיים הייתה מיושמת וממשיכה להתפתח כאן המורשת העות'מאנית שמייצג קוד המשפחה, של דיני מעמד אישי טריטוריאליים – אני מניחה אפוא לפתחם ולדמיונם של הקוראים והקוראות.