

להוגה דעות בדין

על ייחודו של פרופ' אבנר חי שאקי בחקר המשפט

נתכנסנו אנו, רעיו, תלמידיו ותלמידי תלמידיו של יקרנו, מורנו וחברנו פרופ' אבנר חי שאקי, ה' יחיהו וישמרנו, לציין את יובלו, באספת מאמרים המשיקים לתחומי מחקריו: משפט בינלאומי פרטי, יחסי דת ומדינה, עקרונות חוקתיים והשפעתם על הפרט, מעמד בית המשפט העליון הישראלי, מעמד הילדים היילודים ומולידיהם וחקר ההלכה היהודית.

מיוחד הוא בעל היובל, פרופ' שאקי, ברובי תורתו, ביופי סגנונו ובעושר מפעליו. הוא אינו רק מלומד היושב בקתדרה, אלא גם פוליטיקאי היושב בסוד מחוקקים; הוא אינו רק פרלמנטר, אלא גם "ביצועיסט", בתור שר המכהן בתפקיד; אך מעבר לכל – הוגה ולוחם: בסגנון רהוט, בדעה נחרצת ובאמונה בצדקת דרכו הוא אינו נרתע מלהביע לעתים את השקפתו הדתית-הלאומית, תוך התרסה לא מעטה כלפי המוסכמות, הן על-פי מה שינק בילדותו מבית אביו והן על-פי מה שרכש בבתי האולפנא השונים, ושלימו אותו במשך חייו הציבוריים והאקדמיים. המעיין בכתביו אינו יכול להתעלם מן האמירות הנחרצות החורזות את מאמרו, ובמיוחד בספרו החשוב: מיהו יהודי בדיני מדינת ישראל¹ שהורתו, לפי עדותו שלו, בפרשת שליט נ' שר הפנים².

וכה כתב פרופ' שאקי בהקדמה לספרו:

"נדחפתי לעסוק בנושא בהיקף נרחב, למראה המבוכה, חוסר העקביות ואף הסתירות הפנימיות שאפיינו לדעתי ומאפיינים עדיין, את התייחסות המחוקק ובתי המשפט בארץ כאחד לסוגיית השייכות היהודית לשלוחותיה... כנקודת מוצא למחקרנו, שימשה ההנחה, כי קביעת טיבה המשפטי הפורמלי של השייכות היהודית הינה, שלא כדעה נוגדת רווחת, עניין חקיקה ושפיט כאחד, חרף אופיה הפרובלמטי והקונטרוברסלי. המחוקק הוכיח, כי אין הוא

1 מיהו יהודי בדיני מדינת ישראל (פרסומי הפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל-אביב) חלק ראשון (תשל"ז); חלק שני, (תשל"ח).

2 בג"צ 58/68, פ"ד כג(2) 477.

נרתע מלהכריע במחלוקת, אף כי הוא עשה זאת בלשון רפה. לדעתנו, אל להם לבתי המשפט למשוך ידיהם מהכרעות בנושא הזהות היהודית בשל ההיבטים השנויים במחלוקת עדיין, לדעתם, מבחינה אידאולוגית; וכי טוב יעשו אם יחתרו לפתרון עקבי של הבעיות, כל כמה שהדבר אפשרי."

עד כמה נעדרים דבריו ב"תקינות פוליטית"! בניגוד לדעות הרווחות הדוגלות ב"איזון אינטרסים", בהגדרת "יהודי" באופן דיפרנציאלי, לפי העניין הנידון, בהתאם למטרת החוק העומד לתחולה ולפרשנותו התכליתית, שאקי תומך בהכרעה חד-ממדית ואחידה של המשפט הנוהג על כל רכיביו – החקיקה, הפסיקה האזרחית והרבנית – בעיקר בשל החשיבות המעשית לעקביות; אך בריבזמן הוא מתנגד נחרצות לדעה של כוהני הדת, כי "יהודי" הוא עניין להכרעה דתית של חכמי ההלכה בלבד; או להשקפה של סיעה נכבדה מאנשי מדעי היהדות, ש"יהודי" הוא מונח העומד ל"מבחן ההיסטוריה", ואל לו לבית-משפט לחללו בהכרעה פוזיטיבית. לדעת שאקי, בית-המשפט העליון הוא-הוא תל-הפיות, שעניי העם היהודי כולו נשואות אליו, דווקא בשל סגולתו האקטיביסטית. נמצאנו למדים, אפוא, על משנתו של שאקי ביחסים בין דת, לאום ומדינה. הדת, לפי שאקי, אינה עומדת בחלל ריק של "ד' אמות של הלכה", אלא נשענת על הכרה לאומית; ואין ההכרה הלאומית מטפיזית בלבד, אלא נתמכת בהכרעה פוזיטיבית של הריבון – מחוקק או שופט מכהן. לבית-המשפט העליון כמו לכנסת ישראל – בהגותו של שאקי – יש תפקיד ייחודי מעבר להטמעת הערכים הליברליים-המערכיים או אף בניגוד להם: הקמת "ממלכת כוהנים וגוי קדוש", כפשוטו של מקרא ולא כדרשנותו המטפורית. דומה, שאף יוזמתו של שאקי, בהיותו חבר כנסת, להצעת "חוק החמץ" ופעילותו הנלהבת להשלמת הליכי חקיקתו הייתה מודרכת מאותו שילוש: דת, לאום ומדינה.

ההשקפה הלאומית-הדתית באספקלריה ריבונית הניעה אותו לחתור להרמוניה בין מוסדות השיפוט האזרחיים לבין פעולותיהם של אנשי הדת – ובייחוד אלה הממלכתיים, דוגמת הרבנים הראשיים לישראל. כך בעקבות פרשת שטרייט נ' הרב הראשי לישראל הרב ניסים³, שבו ביטל בג"צ היתר נישואין, שנתן הרב יצחק ניסים לבעל שנישא לאשתו בנישואין אזרחיים מחוץ לישראל, לשאת אישה שנייה כדת משה וישראל, רק בשל העובדה, כי הנישואין האזרחיים שנערכו בינו לבין אשתו, אין להם תוקף לפי ההלכה – מקשה שאקי במאמר שפרסם בסמוך⁴:

"נשאלת השאלה: האם אין בכך משום התערבות של המחוקק החילוני בקביעת מהותו והיקפו הסובסטנטיביים של אחד מ"ענייני נישואין וגירושין" – עניין של היתר הנישואין – שהוא בשיקולו ובהכרעתו הייחודית של בית הדין

3 בג"צ 301/63, פ"ד יח(1) 598.

4 "נישואין אזרחיים בין יהודים שנערכו מחוץ לישראל – עילה למתן 'היתר נישואין' לבעל?" הפרקליט כב (תשכ"ו) 347.

הרבני? באשר, אם אמנם נכון הפירוש של ביהמ"ש העליון בנידון, מתחייב לומר כי מכאן ואילך, אחד מ"ענייני נישואין וגירושין" הנתונים, לכאורה, ל"שיפוטם הייחודי של בית"ד רבניים, לפי ס' 1 לחוק שיפוט בית"ד רבניים (נישואין וגירושין), התשי"ג-1953 שוב איננו, למעשה, בשיפוטם הייחודי. באשר היקפו ואופני הפעלתו, אינם מצויים עוד בד' אמותיה של ההלכה התלמודית; וכל אימת שיחרגו מגבולות המקרים המנויים בסעיף...תהיה עילה לביהמ"ש העליון למנוע את מתן ה"אישור" של שני הרבנים הראשיים".

שאקי אינו מקבל, אפוא, את הדעה הרווחת בין המלומדים, כי הרבנים הראשיים חייבים, במצוות סעיף 5 לחוק לתיקון דיני עונשין (ריבוי נישואין), התשי"ט-1959 (כיום ס' 179 לחוק העונשין, התשל"ז-1977), לשקול שיקולים נורמטיביים-אזרחיים העדיפים על השיקולים הדתיים-הפרטיקולריים. להפך, הוא טוען, בהמשך מאמרו: חוק שיפוט בתי הדין הרבניים, התשי"ג-1953, הוא *lex specialis* ועל-כן גובר הוא על כל חוק אחר המגביל, כביכול, את סמכות הרבניים הראשיים לישראל. אך באותה נחרצות מבקש הוא לקבוע, על-סמך תשובה, שהשיב הראשון-לציון הרב בן-ציון מאיר חי עוזיאל לשואליו, כי יש מקום לאסור, מבחינת ההלכה גופא, את מתן היתר נישואין – רק בשל כך שהנישואין הראשונים היו אזרחיים – מכוח "דינא דמלכותא דינא", היא ההתחשבות המסורתית של ההלכה בחוקי הממשל האזרחי. הלכה זו, שרווחה החל מזמנם של ראשוני האמוראים בבבל בעת העתיקה, המשך בתקופות הגאונים במזרח וחכמי הראשונים בספרד, בפרובאנס ובאשכנז בימי הביניים, ונוהגת גם בימינו בכל הפזורות היהודיות ברחבי תבל, צריכה לנהוג – לדעת שאקי – גם כלפי החקיקה האזרחית במדינת היהודית הריבונית. סביר להניח, כי הרב יצחק ניסים, שנתן את "היתר הנישואין" באותה פרשה, ידע על תשובתו של הרב עוזיאל ועל מקורותיה בספרות התלמודית והרבנית, אך לא הסתברה לו. ברם דומני, כי גם שאקי לא פירש את תשובת הרב עוזיאל באמונת אומן, אלא האיר אותה מנקודת מבט יוריספרודנציאלית מודרנית בתחום ברירת-הדין. וכך נימק שאקי:

"התבוננות בדרך, בה הגיע הרב עוזיאל ז"ל להחלטתו, אף שחלק ממנה הוא בגדר אמרת אגב, שוללת בהכרח את הדעה כאילו המשפט העברי, בתורת מערכת של כללים אוניברסליים, אישיים יותר מאשר טריטוריאליים, מתנכר בד"כ לזכויות מוקנות, מתעלם מחוקים זרים ונמנע מכיבודם".

ההפך מפרשת שטרייט, שבה נידונה שאלת סובלנותו של המשפט הדתי כלפי המשפט האזרחי, עלתה בפרשה אחרת, שנודעה בין תופסי התורה בשם פסק הדין של האח והאחות או בגלגולה המשפטי פרשת בורקובסקי נ' הרב הראשי לישראל שלמה גורן⁵; השאלה הבאה: עד כמה מכיר המשפט האזרחי בגחמותיו של הדין הדתי? פסק הדין

5 בג"צ 494/72 בורקובסקי נ' הרב הראשי לישראל, פ"ד כז(1) 697.

עסק בעניין כשרותם של אח ואחות, שנולדו לאישה שנישאה כדת משה וישראל, טרם שקיבלה גט פיטורין מבעלה הראשון. היה ספק, אם גיורו של הבעל הראשון היה תקף, שכן אז האישה-האם הייתה אשת איש, בשעה שילדה את "האח והאחות" לבעלה השני, ועל-כן הם ממזרים, או שמא נפל פגם בגיור הבעל הראשון, ומשום כך מעולם לא הייתה אשת איש כדת משה וישראל. מעבר לכמה סניפים להיתר ממזרות, שאודותם מלין שאקי במאמרו: "פגמים ברצון המתגייר – בעיקר מרמה וכפייה – כעילה לביטול למפרע של גיורו"⁶, כי נשמטו מהפסיקה הרבנית שעסקה בעניין, מעיר שאקי, כי ה"גיור" אינו חלק מ"ענייני המעמד האישי", ולפיכך אין בית הדין הרבני רשאי לקבוע ממצא פוזיטיבי בעניין יהדותו של הבעל הראשון. מאידך גיסא, קביעת שאלת כשירותם של האח והאחות "לבוא בקהל" הם חלק מ"ענייני נישואין" של הבנים. האמנם יכול בית הדין הרבני הממלכתי להכשיר את האח והאחות ממזרותם בהכרזתו של הבעל הראשון, בהליך שהתנהל שלא בפניו, כי הוא אינו יהודי? שאקי מתקשה לקבל את תקינות ההליך, שנקט הרב שלמה גורן בהקימו בית דין מיוחד בהרכב מיוחד, באלמוניות מוחלטת של ההרכב המורחב (שיש המלעזים עליו שלא נתכנס מעולם לישיבה), כדי לעקוף את החלטות בית-הדין הרבני האזורי ובית-הדין הרבני הגדול, שפסקו כי לא הוכח שהבעל הראשון אינו יהודי, ועל כן אסורים האח והאחות "לבוא בקהל" בגין ממזרותם. ברמז דק מקשה שאקי: הכיצד יכיר המשפט המנהלי ב"פילוג" שנוצר בין הערכאות הרבניות, זו השייכת לבתי הדין הרבניים הממלכתיים וזו השואבת כוחה ממינוי *ad hoc*, שמינה רב ראשי ללא הסמכה הקבועה בחוק? האם עדיין יוכל אותו בעל ראשון להירשם לנישואין ברבנות, תוך הסתמכות על בתי-הדין הרבניים הרגילים שקבעו כי הוא מוחזק ביהדותו? בהערת שוליים 138 למאמרו מעיר שאקי:

"אין כל ספק, בעינינו, שקיימת נטייה כללית אצל כל בתי-הדין הרבניים להימנע מקביעות גורליות בסוגיה חמורה זו. די לעיין בקבצי הפסיקה הרבנית, למן קום המדינה, כדי להיווכח בכך. גם ריבוי הדיונים, הדיונים מחדש והערעורים הרבים, באותו תיק בענייננו, וגם עצם התופעה של פסק האח והאחות, שהוא תוצר של בית-דין רבני מיוחד אד-הוק, שאין לו אחיזה בסדרי הדין הרבניים בארץ...."

כמעט בלשון סתרים פותח שאקי בפני הקורא את צפונות לבו: פיצול הסטטוס של ההשתייכות הדתית, בתוך המערכת הרבנית פנימה, הוא מעשה בלתי נסלח. התירוצים בדבר הצדקת פיצול הסטטוס במקרה זה בגין "דיני נפשות" – כאמירתו של הרב גורן, ו-*res inter alios acta*, שיצא מהיכלו של בית-המשפט העליון, אינם אלא עדות לבלבול, למבוכה ול"דיפרנציאליות" בהגדרת הסטטוס, שכה זרים הם בתודעתו של

6 מחקרי משפט ג (תשמ"ד) 28.

שאקי. עניינם של האח והאחות יצר, אפוא, בקע באמונתו העקיבה של שאקי, בדבר מסוגלותם של הדת, הלאום והמדינה להוות מקשה אחת. נקודת המוצא של העקביות והנחרצות של שאקי מאפיינים גם את מחקריו היסודיים להגדרת הסטטוס ותחומי גיליו. כמו רבים מן החוקרים בארץ ובעולם, זיהה שאקי במחקריו המוקדמים את זיקתו של הסטטוס ל"דין האישי"; אך בספרו הגיל במשפט תוך זיקה מיוחדת למשפט הבינלאומי הפרטי⁷ הגיע שאקי למסקנה, כי בתחום גילוי הסטטוס במקרי גבול – גיל, "ידועים בציבור", "מקום מושב" אזרחות, הצהרת המוות, נעדרות, אבהות, שם, דת ופשיטת רגל – קיימת בעיה מובנית. כך ההתייחסות לשאלת קביעת הגיל במשפט נעה בסתירה בין ההשקפה הרווחת בין שופטים מבית-המשפט העליון, כי הגיל הוא סטטוס, ועל-כך הקביעה יוצרת *res judicata*, לבין חוסר הכללתו של הגיל ברשימת "ענייני המעמד האישי", שבסימן 51 לדבר המלך במועצתו. אך גם חוק קביעת גיל, התשכ"ד–1964, לטעמו של שאקי אינו שיטתי: מצד אחד החוק רואה בגיל עניין אזרחי לחלוטין, ומצד שני הוא מעניק להכרעת בית המשפט תוצאות *in rem*. שאקי מציע, אפוא, פתרון שיטתי משלו, להפריד בין שני מונחים הנראים, לכאורה, מעורים זה בזה: בין שאלה של נישואין, גירושין, אימוץ ופסול-דין, שהם עניינים של "מעמד אישי", לבין עניינים של גיל, מין, שם ודת, שהם עניינים של "מצב אישי" בלבד. וזו לשונו⁸:

"המילה 'מצב' מתארת דבר קיים, אובייקטיבי, שהחוק 'מצלם' אותו, כביכול, ומייחס לו תוצאות, אך אינו שותף ביצירתו; לעומת המילה 'מעמד', שהיא פרי אקט של הענקה, או של הטלה מלמעלה, על-ידי חוק".

במבט לאחור, אפשר לומר, כי השקפתו של שאקי שהקדימה את זמנה, מקובלת היום בתוכנה, אם כי לא ככתבה וכלשונה.

יושרתו של שאקי ותביעתו לחד-ממדיות בתחום היחסים בין דת, לאום ומדינה לא העיבו על הווירטואוזיות הרבה, שגילה במחקריו בתחום כללי המשפט הבינלאומי-הפרטי. באחד ממאמריו על "הדומיסיל" (*domicile*) במשפט הבינלאומי הפרטי בישראל⁹, מתפלמס שאקי עם דעות מלומדים ועם חלק נכבד מדעות השופטים המנדטוריים והישראליים, שסברו כי את המונח "דומיסיל" יש לפרש במשמעות הניתנת לו ב-*lex fori*, היינו בשיטת המשפט הישראלית, השואבת במצוות סימן 46 לדבר המלך במועצתו, את המשמעות הנודעת לה במשפט המקובל האנגלי. לא זו בלבד, אלא היו בין אלה מן החוקרים ומן השופטים, שסברו בעבר בשמרנותם, כי גם בחוליית הקישור "מקום המושב", שהתחדשה בחקיקה הישראלית, יש להפטיר בה כב"דומיסיל" האנגלי המוכר מימים-ימימה. היצמדות זו עוררה מבוכה עקב כלליו

7 הוצאת הפקולטה למשפטים האוניברסיטה העברית ירושלים – אוניברסיטת תל-אביב, תשכ"ח.

8 שם, 125.

9 הפרקליט כא (תשכ"ה) 333.

הטכניים של "דומיסיל התלות" – של האישה הנשואה אחר בעלה ושל הקטין אחר אביו דווקא (ולא אחר אמו הנשואה לאביו), וניסו לצמצמו בפרשנות יצירתית של חוק שוויון זכויות האישה, התשי"א–1951. אך לדעתו של שאקי, לא היה כל מקום לחיבוטין: "הדומיסיל" הטכני, האנגלי, לא היווה מעולם חלק אינטגרלי של שיטת המשפט המקומית, לא בחקיקה המתייחסת למעמד האישי ולא בחקיקה אחרת"¹⁰. אלא שכאן מפתיע שאקי בעמדו על נקודה מחודשת: מאחר ש"הדומיסיל" החל בחקיקה הישראלית, במצוות סימן 64(2) לדבר המלך במועצתו, אינו בא בשל שימוש ראשוני, אלא דרך ה-*renvoi*, היינו הפנייה להחלת דין זר, כאשר הדין הזר הוא הקובע את החלתו של ה"דומיסיל" בתורת חוליית הקישור, יש "חובה לפרש *"domicile"* בשלב זה, כפי שהוא מתפרש בתוך השיטה המשפטית הזרה, ש-*domicile* מהווה חלק בלתי-נפרד ממנה, היינו: על-פי ה-*lex causa*, דווקא." אך שאקי לא נעצר שם, ובצירוף שיטת ה-*renvoi* של "בית המשפט דהתם" או למצער של "שיטת ה-*renvoi* החלקי" מתאר לנו במאמרו דרמה של "גלגול מחילות", שבו הפנייה של החוק הישראלי, דרך משל, לדינה של מדינה א' מחייבת לפעמים לפרש את הדומיסיל, לא כפי שמתפרשת לפי דינה הפנימי של מדינה א', אלא לפי המתפרש בשיטת המשפט של מדינה ב', שאליו הפנה הדין של מדינה א'. ואם מדינה ב' מפנה לדינה של מדינה ג' או בחזרה לדינה של מדינה א', או אף לדינה של ישראל, יתפרש הדומיסיל לפי הפירוש של אותה מדינה הנמצאת בקצה השרשרת של ההפניות. יושרתו של שאקי לתמוך בדעת המלומדים, כי ה-*renvoi* "הוא חלק של המשפט הזר" ולא חלק מן הכללים של המשפט המקומי בישראל, הניעה אותו "להגיע למסקנה שלנו, כי גם ה-*domicile* יוגדר לפי הדין הזר. אחרת – נמצאת המטרה של הרמוניזציה עם הדין הזר המונחת ביסוד ה-*renvoi* מקופחת"¹¹.

העקביות והתביעה לחד-ממדיות הגיעו לבשלותן אצל שאקי בשני מאמריו: "עיון מחודש בטיבה של זכות ההורים למשמורת ילדיהם הקטינים"¹² ו"אפיונים בדיני משמורת קטינים – תוך דגש על יישום עקרון טובת הילד"¹³, שהתפרסמו בסמיכות שנים. מאמרים אלה שאוזכרו בעבר בפסיקות בתי המשפט בערכאות השונות עשרות פעמים, מגלים את תביעתו של שאקי ל"טהרנות", בכל מה שקשור ל"טובת הילד". נאמן לגישתו של השופט זילברג – בפסק דין שניתן לפני חקיקתו של חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב–1962 [להלן: חוק הכשרות] – כי "פשרה לא תיתכן כלל: הוא אינו ניתן לחלוקה, ואין לערבבו באיזה שהוא שיקול אחר"¹⁴, תמה שאקי, הכיצד מתיישבת "טובת הילד" המופיעה כמה פעמים בחוק הכשרות עם

10 שם, 343.

11 שם, 354.

12 עיוני משפט ט (תשמ"ג) 59.

13 עיוני משפט י (תשמ"ד) 5.

14 ע"א 209/54, פ"ד ט 241, 242.

הוראת סעיף 24 לחוק הכשרות, המעניקה את רשות ההורים להסכים ביניהם על קביעת משמורתו של הילד מבלי שבית המשפט, שאליו יועבר ההסכם לאישור, לא יחויב לקבל תסקיר או חוות-דעת שבמומחיות על התאמת המשמורת ל"טובת הילד" המירבית? ובכלל כיצד רשאי בית-המשפט לדון בעניינו של קטין כבעל זכות, בלי לשמוע את קולו מעבר למסך "האפוטרופוס הטבעית" של הוריו? מכאן לדעתו של שאקי יש לתמוך בתיקוני חקיקה, שבהם תוגבל "חירות" ההורים לעצב את משמורת ילדיהם, בלי שתיבדק התאמתם ל"טובת הילד", וכי יש מקום לתמוך במינוי אפוטרופוס *ad-litem* כעניין שבשגרה.

אך שאקי מרחיב את השגתו על כלל ניסוחו של סעיף 15 לחוק הכשרות הקובע, כי אפוטרופוסות ההורים כוללת "את החובה והזכות לדאוג לצרכי הקטין, לרבות חינוכו, לימודו, הכשרתו לעבודה [..וכן] הרשות להחזיק בקטין ולקבוע את מקום מגוריו והסמכות לייצגו", כמעורר פרובלמטיקה עם עיקרון של "טובת הילד", שהרי "רשות להחזיק", ניתן לכאורה להתפרש גם כ"זכות" או כ"חירות", במובן ההופלדיאני. על-כך 'מעקם' שאקי את הכתובים כדי להגיע ליושרה אחת, שהילד כולו זכאי, וכי דרישת חובתו היא בלעדית. לדעתו של שאקי, ביחסים שבין ההורים לבין בנם, אין להורים כל "זכות" עצמית ביחס לילדיהם; ה"זכות" או "הרשות" של ההורים הן אינן אלא "כלי שרת" בלבד לשם מילוי חובתם כלפיו. שאקי מכנה את "זכות" או את "רשות" ההורים בשם: "מוכוונות חובה"¹⁵, וכך מבארה¹⁶:

"אין להורים במישור היחסים הישיר, הפנימי, שבינם לבין ילדיהם (ובמובחן, בכירור ממישור היחסים שבין ההורים לבין העולם החיצון, ביחס לילדם, ששם ודאי שיש להורים "זכות" שכלפיה "חובה"), כל זכות משפטית כלפי ילדם שכנגדה, כביכול, מוטלת עליו חובה, כלפי הוריו, להימצא במשמורתם, לטובתם ולתועלתם של ההורים עצמם, אף כאשר הדבר עלול להזיק לו ולהתפתחותו, או כאשר הוא מסרב לכך בצורה נחרצת".

שאקי אמנם עוסק במשמורת, ואינו מרחיב את הדיבור על חובות וזכויות, שאינן המשמורת עצמה, אך מה באמת סבור שאקי על הכרעת השופטים בפרשת עמיר כהן נ' שר הבטחון¹⁷, שבה הורים חתמו על הסכם, שבנם הקטין ילמד בפנימייה צבאית, לימודי תיכון ולימודי מקצוע צבאי; יעבור בחינות בגרות ואז ישרת, בתמורה, שלוש שנים בשירות קבע לאחר סיום שירות החובה? כלום הכרעת השופטים, כי חתימת ההורים על תנאי השירות הצבאי של בנם הקטין, הרבה מעבר להגיעו לבגרות, אינה פוגמת במסקנה, כי להורים עומדת רק "מוכוונות חובה"?

שאקי מתרעם על פסיקה זרה אחת, שבה הוחזר ילד לאמו לאחר שהות של עשר

15 לעיל הערה 13, בעמ' 11.

16 שם, בעמ' 12.

17 פ"ד לד(2) 465.

“The natural rights of the parents: כי: משפחה אומנת בנימוק, כי: were paramount and superior to the principle of the best interests of the child”. “הנמקה כזו לא תיתכן, לדעתנו, בשיטת מוכוונות חובה, כזו השלטת בישראל” – קובע שאקי. אך עם זאת, מודה הוא, כי ייתכנו מקרים, שבהם תופעל הזכות המוסרית של ההורים להחזיק בילדיהם מעבר לשיקולי “טובת הילד”, כמו “המקרים הטרגיים בזמן השואה, שבהם מסרו משפחות יהודיות לפני שליחתן להשמדה את ילדיהן למשפחות נוצריות, ואשר מעטות מהן, ניצולות שואה, מצאו את ילדיהן, לא אחת, מאומצות במשפחות להן נמסרו, ומשולבות בחייהן בפועל”¹⁸. אכן אין סתירה גלויה לגופם של המקרים, אם מעלים על נס את השיקול המוסרי כשיקול-על, כאשר עיקרון “טובת הילד” הוא אחד מסעיפיו. דומה שגם ההתחבטויות של שאקי בדבר צידוקן של “עקרונות לוואי המשלימים את עקרון טובת הילד”, כפי שכינן, כמו “העדפת ההורים הטבעיים (לרבות הורים בלתי-נשואים) על פני לא-הורים”; “שמירה על זכות מגע של הילד עם הורהו הלא-משמורן (ועם הורה-הורהו בנסיבות מוגדרות)”; “החשבה יחסית של קרובי הילד (קרבת דם) בתהליך קביעת משמורת הילד”, היו נפתרות בנקל, לו הוגדרה “טובת הילד” כרכיב ראשון במעלה של השיקול המוסרי, ושאליו, למעשה, נדרש כל שופט בכל הליך, במיוחד בעניין קביעת מקום המשמורת של הילד והיקף האפטרופסות עליו. אציין עוד, כי לכל אורך המאמר מתעלם שאקי מהשונויות בין שיקולי “טובת הילד”, שמפעיל בית-המשפט בבואו לדון בסכסוך שבין הורים לגופה של משמורת, לבין שיקולי “טובת הילד”, כאשר מדובר בעתירות “הביאס קורפוס” בגין מעשי חטיפת ילדים. שאקי, כביכול, מתעלם מן הפסיקה הרחבה של רוב שופטי בג”צ, שקבעו בפסקיהם דיכוטומיה בין שני “טיפוסים” של “טובת הילד” ומבכר על פניה את פסיקותיהם של מיעוט שבמיעוט מן השופטים, שלא הבחינו בין ה“טיפוסים” השונים של “טובת הילד”. במבט לאחור דומני, ששאקי כאילו ניבא על הסתירה הגלויה העומדת היום לפתחה של הפסיקה בארץ ובעולם, ושל המחקר המשפטי בין הוראת סעיף 13 לאמנת האג בדבר ההיבטים האזרחיים של חטיפה בינלאומית של ילדים, לבין הוראת סעיף 3 לאמנה האו”ם בדבר זכויות הילד.

★ ★ ★

מחוללו של כרך זה של כתב העת המוקדש לכבודו של מורנו וחברנו, פרופ' שאקי, יבל”א, ומעצב מתכונתו הראשון היה תלמידו המובהק פרופ' מנשה שאוה המנוח, שהגה מתנת יובל זו לאות הוקרה לפרופ' שאקי על שהכניסו להיכל המדע והמחקר בראשית דרכו. פרופ' שאוה כבר החל לגבש את רשימת חבריו ותלמידיו, שמאמריהם יעטרו את חתן היובל בכרך זה. אותי ייעד לסגנו וממש מחצית השבוע לפני הסתלקותו

18 לעיל הערה 13, בעמודים 13 ואילך.

הפתאומית, חילק את מלאכת העריכה בינינו. עם מותו, לקח על עצמו הנשיא אהרן ברק, בתור מחווה אצילית, למלא את מקומו של פרופ' שאוה בהוצאת כרך זה לאור. כבר בשיבת המערכת הראשונה חיווה הנשיא ברק את דעתו לפתוח את השורות, ולצד הוקרה אינטימית לבעל היובל, לייעד בכרך זה גם מאמרים של חוקרים צעירים הכותבים בתחום מתחומי המחקר המגוונים בהם עסק פרופ' שאקי.

אי־אפשר שלא לסיים בכבודה של האכסניה ובעליה: בית־הספר למשפטים שליד המכללה האקדמית נתניה והדיקן העומד בראשו, פרופ' סיני דויטש, שהגיש כל עזרה לשם הוצאתו לאור של כרך זה. כל מה שנתן בעין יפה נתן, מתוך הערכה עצומה למפעלותיו של פרופ' שאקי לתרומתו הסגולית לעולם המשפט במחקריו, בייזומי חקיקה, בהתנהלותו בתור שר בממשלה, וגם בשל ניאותו להצטרף, בחדווה של ממש, לשורות הסגל האקדמי של בית הספר למשפטים ולפאר בזאת את ביתנו. אוסיף עוד דבר מנקודת מבטי האישית. הן כחבר סגל במכללה והן כיושב־ראש ועדת ייעוץ ציבורית לשר העבודה והרווחה, שפרופ' שאקי היה חבר בה, היה פרופ' שאקי עמית ורע, נכון להתווכח, ולא כאומר "קבלו דעתי". כמעשהו עם חברי הסגל ועמי, כך היו מעשיו עם תלמידיו המרובים. על פרופ' שאקי ניתן לומר בפאראפרזה מן המקורות: אוהב את הזולת כגופו ומכבדו יותר מגופו. הרבה פעמים התפעלתי מן הרעננות וחדוות היצירה והחידוש כמימרה: "בכל יום יהיו בעיניך כחדשים".

ברצוני להודות לכל תלמידי בית־הספר למשפטים, שנמנו על חברי המערכת, ובמיוחד למרת יסמין מזרחי ולמר אלעד סטופל, שטרחו רבות בהכנת הספר ובהתכנתו לדפוס.

ישראל צבי גילת

עורך

