

מפטריארכיה להטרונורמטיביות או מפורמליזם לערכים? החיסיון בין בני זוג מאותו המין

מאת

בנימין בלוס*

א. מבוא

באוקטובר 2011 נרצח ג'ורג' מרפי בביתו שבקנטאקי. זמן קצר לאחר מכן נעצרה בובי-ג'ו קלרי בחשד שהכתה את מרפי למוות. קלרי לא הכחישה שגרמה למותו של מרפי, אך טענה שקודם לכן ניסה המנוח לאנוס אותה ולכן הרגה אותו בהגנה עצמית. המקרה זכה לכותרות ברחבי ארצות הברית¹ ובעולם² לאחר שבת-זוגה של קלרי, ג'נבה קייס, זומנה מטעם התביעה להעיד על דברים שאמרה לה קלרי אודות נסיבות מותו של מרפי. עורכי דינה של קלרי טענו כי לאור ברית הזוגיות שכרתו השתיים בוורמונט ב-2004 עומד לה חיסיון בת זוג, המונע מן התביעה להיכנות מעדותה של קייס. על פי הדין בקנטאקי, אילו דובר בזוג הטרנססואלי נשוי, לא היה ספק כי לא ניתן היה לזמן את קייס לעדות נגד קלרי למרות חומרת העבירה שיוחסה לה.³ העובדה שעל פי החוק בקנטאקי בני זוג מאותו המין לא היו רשאים להינשא, היא שהפכה את המקרה למורכב ומעניין.⁴ ב-2004, השנה שבה ערכו השתיים את ברית

* מרצה, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים. המחבר מבקש להודות לאמה צורקוב על עבודת המחקר לפרק זה וכן לעורכי הספר והצוות ששקד על הכנתו על הערותיהם המועילות.

1 http://www.huffingtonpost.com/2013/09/23/geneva-case-bobbie-jo-cla_n_3977547.html

2 "לסבית בקנטאקי דורשת: אין לאלץ אותי להעיד נגד אשתי בבית המשפט" הארץ 13.8.2013 Amanda Holpuch, *Gay Kentucky Couple Seeks*; www.haaretz.co.il/news/world/america/1.2096076
3 *Spousal Privilege Protection in Murder Trial*, THE GUARDIAN (Aug. 12, 2013) <http://www.the-guardian.com/world/2013/aug/12/gay-couple-kentucky-spousal-privilege-protection>

4 בכך שונה ההלכה מזו שבארץ, המתירה לבני זוג, ואף מחייבת אותם, להעיד זה נגד זה בעבירות אלימות. ס' 5 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971.

בינתיים מנשבות בקנטאקי – ובארצות הברית בכלל – רוחות חדשות, לפחות מבתי המשפט הפדרליים. ב-1.7.2014 פסק שופט פדרלי בקנטאקי שעל בסיס הלכת U.S. v. Windsor, 133 S. Ct. 2675 (2013) (שקבעה כי הוראות ה-Defense of Marriage Act, 1 U.S.C 7 (1996), המגדיר נישואין כבין גבר לאישה בלבד, אינן עומדות בדרישות ה-equal protection, המעוגנות בתיקון ה-14 לחוקה), על מדינת קנטאקי להכיר בנישואין בין בני זוג מאותו המין שבוצעו במדינות המאפשרות זאת. ראו Love v. Beshear, Civil Action No. 3: 13-CV-750-H (W.D. Ky. Mar. 14, 2014). יש לציין כי גם ההחלטה בעניין עדותה של קייס התקבלה לאחר פסק דין Windsor, אלא שהשופטת המדינתית שדנה בתיק התעלמה מפסק הדין בהחלטתה. מכל מקום, סוגיה זו הוכרעה סופית על ידי בית המשפט העליון של ארצות הברית ביוני 2015. בית המשפט פסק שמכוח ה-Due Process Clause וה-Equal Protection Clause של התיקון הארבע-עשרה

הזוגיות שלהן בוורמונט, אושר בקנטאקי תיקון חוקתי המגדיר נישואין כבין גבר אחד לבין אישה אחת בלבד.⁵

השופטת דחתה את טענת החיסיון. בהנמקתה הצביעה השופטת על העובדה שהשתיים אינן נשואות מבחינה פורמלית אפילו על פי חוקי מדינת ורמונט. בכך התעלמה השופטת מן העובדה שבזמן שכרתו את ברית הזוגיות ביניהן לא יכלו השתיים להינשא אפילו בוורמונט, אשר התירה נישואין בין בני זוג מאותו המין רק ב-2009.

מעבר לנדרש קבעה השופטת שגם אילו נישאו השתיים בוורמונט, על פי התיקון לחוקת קנטאקי מ-2004, שאיננו מאפשר לבנות זוג מאותו המין להינשא, לא היה בנישואיהן כדי להעניק להן חיסיון על פי הדין המדינתי, וזאת על אף הוראות הפרק הרביעי לחוקה הפדרלית של ארצות הברית, המחייב את המדינות להכיר במסמכים ותעודות רשמיות של המדינות האחרות.⁶ בינואר 2014 הורשעה בובי ג'ו קלרי על פי הודאתה ברצח ונידונה ל-40 שנות מאסר.⁷ הודאתה באה חודשים ספורים לאחר החלטתה של השופטת בתיק, שלמרות ברית הזוגיות שכרתו לא עומד לג'נבה קייס חיסיון בת זוג. ייתכן שהבנה זו היא שהביאה את קלרי להודות.

פרשת *Enron* הידועה העלתה, או נכון יותר כמעט העלתה, סוגיה דומה. יש הטוענים שהתמקדות החקירה בשלב ראשון במייקל קופר נבעה במידה רבה מהיותו הומוסקסואל. נוסף על איומי "outing" ורמיזות על היחס שיוכה לו בכלא, קופר שימש מטרה נוחה עבור המשטרה והתביעה מסיבה נוספת: בניגוד לבנות זוגם של בכירים אחרים ב-*Enron*, בן זוגו ויליאם דודסון לא יכול היה לטעון לחיסיון בן זוג. בכך יכלו הרשויות ללחוץ על קופר להודות ולהגיע להסדר טיעון, שאפשר להם מאוחר יותר לפצח את הפרשייה כולה.⁸

המקרים של מרפי וקופר מעלים שורת שאלות ערכיות מתחום דיני הראיות, דיני המשפחה והממשק שבינם לבין זכויות להט"ב: תחילה נשאלת השאלה, האם בכלל צריכה מערכת המשפט ליצור כללי עדות מיוחדים עבור אנשים המצויים במערכות יחסים אינטימיות עם בעלי הדין, ואם כן, מהו היקפן הראוי? כדי לענות על שאלה זו יש לבחון, בין היתר, מהם הערכים שאותם מבקשים דינים מיוחדים אלו לקדם ומהו המחיר שמשלמות החברה ומערכת המשפט לשם קידום מבחינת חקר האמת והבאת עברינים לדין. בהנחה שיש מקום לדינים מיוחדים, יש להגדיר ולתחום את מערכות היחסים הראויות

לחוקה הפדרלית, מדינות אינן יכולות לשלול מבני זוג נשואים מאותו המין את הזכויות המוקנות לבני זוג הטרוסקסואליים, ובהן הטבות מס, זכויות אימוץ וכן חיסיון עדות. ראו *Obergefell v. Hodges*, 135 S. Ct. 2584.

⁵ *Commonwealth of Kentucky v. Clary*, No. 11-CR-3329 (Ky. Cir. Ct. Sept. 23, 2013)

⁶ לדיון בהיבטים של סוגיה זו מבחינת כללי בררת הדין ראו Lisa Yurwit Bergstrom & W. James Denvil, *Availability of Spousal Privileges for Same-Sex Couples*, 11 U. Md. L.J. RACE, RELIGION, GENDER & CLASS 224, 243 (2011). במרילנד, לדוגמה, הוכרו נישואין בין בני זוג מאותו המין שנערכו בווינינגטון לצורך החיסיון הגם שבאותה העת במרילנד לא הוכרו נישואין שכאלה. ואולם, יש יסוד לסברה שאם הנישואין נוגדים את תקנת הציבור במדינה שבה מתבקשת ההכרה בהם, לא ניתן להכיר בהם. שם, בעמ' 242-243. יש להניח שזה היה היסוד להחלטתה של השופטת במקרה של *Commonwealth of Kentucky v. Clary*, לעיל ה"ש 5.

⁷ שם.

⁸ Bennett I. Capers, *Enron, DOMA, and Spousal Privileges: Rethinking the Marriage Plot*, 81 *FORDHAM L. REV.* 715, 718 (2012).

ליחס משפטי מועדף. בהקשר זה נשאלת השאלה, האם יש מקום להבחין בין זוגות נשואים לאלו שאינם נשואים ובין בני זוג הטרנסקסואלים ובני זוג מאותו המין? והאם רק מערכות יחסים זוגיות ראויות להגנת המשפט?

בפרק זה נבחן היקפם הראוי של הדינים המיוחדים באשר לעדות בני זוג, תוך דגש מיוחד על בני זוג מאותו המין. חלקו הראשון עניינו הגדרת מונחי יסוד בדיני ראיות, ההיסטוריה של הכלל הישראלי הקובע כי בני זוג אינם כשרים להעיד במשפט פלילי נגד בני זוגם וההצדקות לכלל זה. תוך עיון במשפט המשווה, בחלקו השני של הפרק מוצע מודל חלופי, עקבי יותר, המעניק חיסיון לבני זוג במקום כלל הפוסל אותם לעדות במקרים מסוימים. לבסוף, תוך דגש על ביקורות פמיניסטיות ולהט"ביות, בחלקו השלישי של הפרק נבחן המאבק להרחבת החיסיון לבני זוג מאותו המין, בהדגשת הביקורות שמאבק זה מעורר. בתוך כך יש בפרק התחקות אחר מגמת הדוקטרינה בדבר עדות בני זוג, מפטריארכליות להטרונורמטיביות.

ב. הכללים בדבר עדות בני זוג

1. עקרונות יסוד: חיסיון, הכשרות והחובה להעיד

לפני שנפנה לשאלת צורתו והיקפו של הכלל בדבר עדות בני זוג, יש להבהיר בקצרה שלושה מושגי יסוד בדיני הראיות: כשרות להעיד, החובה להעיד וחיסיון. סעיף 2 לפקודת הראיות קובע כי "הכלל כשרים להעיד". לכלל נודעו במשפט המנדטורי – ובעקבותיו במשפט הישראלי עד שנות התשעים של המאה העשרים – חריגים מספר, אשר העיקריים שבהם (נוסף על הכלל הפוסל בני זוג, הורים וילדים להעיד לחובת הנאשם במשפט פלילי, כלל שיידון להלן) הם הכללים הפוסלים ילדים ואנשים עם מוגבלויות נפשיות ושכליות מלהעיד. אלו נפסלו בעיקר מחשש לקליטתם החלקית או המעוותת של המציאות, זיכרוןם ויכולות התקשורת הלקויות שלהם, חוסר הבנתם את החובה לומר אמת והיעדר סנקציה אפקטיבית אשר תרתיע אותם מפני עדות שקר.⁹ יודגש כי היעדר כשרות איננו גורר בהכרח חוסר אפשרות להיחקר על ידי המשטרה, אלא שראיות שניתנו על ידי אדם שאינו כשר לעדות אינן קבילות כראיה בבית המשפט.¹⁰

בצד הכשרות להעיד מצויה גם החובה האזרחית של כל אדם למסור מידע, בבית משפט או בהליכים קדם-משפטיים, על דברים שקלט בחושו ואשר רלוונטיים לליבונו של סכסוך משפטי בכל

9 להתפתחות ההלכה בדבר עדות ילדים ועדים עם מוגבלויות ראו ע"פ 5339/98 מדינת ישראל נ' פלוני, פ"ד נו(3) 769, פס' 5-9 לפסק דינה של השופטת דורנר (1999).

10 על האבחנה שבין קבילות לחיסיון ראו יצחק עמית "קבילות, סודיות, חיסיון ואינטרסים מוגנים בהליכי גילוי במשפט האזרחי – ניסיון להשלטת סדר" ספר אורי קיטאי – אסופת מאמרים משפטיים לכבודו עם פרישתו מכס השיפוט 247, 252 (בוועד סנג'רו עורך, 2007). מבחינה זו, היעדר כשרותם של בני משפחה היא יוצאת דופן בדיני הראיות הישראליים, שכן היא איננה כללית: בני משפחה כשרים תמיד להעיד במשפטים אזרחיים או במשפטים פליליים לטובת קרוביהם. הם אף כשרים להעיד נגדם בעבירות מסוימות. הם נעדרים כשרות אך ורק כעדי תביעה בתיקים פליליים מסוימים. נושא זה יידון בפירוט להלן.

תחום שהוא, אזרחי או פלילי, זעום בערכו ככל שיהיה.¹¹ גם לכלל זה יש חריגים, הנובעים בעיקר משיקולים חוץ-הוכחתיים, כגון ביטחון המדינה, שלום הציבור ושמירת יחסי אמן שהחברה רואה ערך בטיפוחם.¹² המרכזיים שבהם הם דיני החיסיון. דינים אלו אוסרים מסירת מידע מהימן שרלוונטי לשם הכרעה בסכסוך משפטי, או מקנים פטור מפני מסירת מידע כזה, מתוך הכרה בכך שחקר האמת איננו תמיד ערך עליון או מוחלט.¹³ כך למשל יכולים שרים שונים בממשלה להטיל חיסיון על מידע אם ביטחון המדינה או טובת הציבור מחייבים זאת. כמו כן, בעלי מקצוע מסוימים, כמו עורכי דין, רופאים, פסיכולוגים, עובדים סוציאליים וכוהני דת, פטורים ממסירת מידע מסוים שהגיע אליהם במסגרת תפקידם. בניגוד לכללי הכשרות, דיני החיסיון חלים גם על איסוף הראיות לקראת המשפט ומעניקים פטור למחזיקים במידע מפני מסירתו.

בתוך דיני החיסיון נהוג להבחין בין חסיונות תוכניים, חסיונות אישיים וחסיונות מעורבים.¹⁴ חסיונות תוכניים חלים על מידע ללא קשר לשאלה מי מחזיק בו. כאלו הם החסיונות לטובת המדינה והציבור, החוסים על מידע אשר אין אדם מוסמך למסור ובית המשפט מנוע מלקבל.¹⁵ חסיונות אישיים, לעומת זאת, חלים על בני אדם ספציפיים מכוח תפקיד או סטטוס מיוחד שהם נושאים, ללא קשר לתוכן המידע שבידם. כזו היא זכות השתיקה המוקנית לחשודים ולנאשמים, אשר מאפשרת להם למלא את פיהם מים בכל נושא, החל משלב החקירה המשטרית ועד לתום משפטם. החסיונות הנפוצים ביותר בדיני הראיות הם החסיונות המעורבים: חסיונות אלו מגנים על בעלי סטטוס אישי מסוים מכוח מקצועם או יחסם להליך מפני מסירת סוגי מידע מסוימים. רוב החסיונות של בעלי המקצוע הם כאלה: הם מגנים על עורכי דין, רופאים, פסיכולוגים ועובדים סוציאליים, לדוגמה, מפני מסירת מידע שהגיע אליהם מלקוחות ומטופלים הנחוץ להם לשם מילוי תפקידם ושנמסר בהנחה שייוותר חסוי. מידע אחר שנמצא בידי אותם אנשים, אם הוא רלוונטי, איננו נהנה מחיסיון. מערכת המשפט מבחינה גם בין חסיונות יחסיים, אשר בהם מוקנה לבית המשפט שיקול הדעת להסירם אם חקר האמת גובר על האינטרס החברתי שבחיסיון, וחסיונות מוחלטים, אשר בית המשפט אינו מוסמך להסירם. בין הראשונים ניתן למנות את החיסיון המוקנה לרופאים, פסיכולוגים ועובדים סוציאליים. בין האחרונים נמנה החיסיון המוקנה לעורכי דין. לאור קטגוריות אלו נעבור לסיווג הכלליים באשר לעדות בני זוג. למרות היותם כשרים להעיד בכל הליך אזרחי או כעדי הגנה בהליכים פליליים,¹⁶ החוק הישראלי קובע שבני זוג אינם כשרים להעיד

11 כפי שכתב בנת'ם: "Were the Prince of Wales, the Archbishop of Canterbury, and the Lord High Chancellor, to be passing by in the same coach while a chimney-sweeper and a barrow-woman were in a dispute about a halfpenny worth of apples, and the chimney-sweeper or the barrow-woman were to think proper to call upon them for their evidence, could they refuse it? No most certainly"; VI THE WORKS OF JEREMY BENTHAM 321 (John Bowring ed., 1838).

12 כוונתי בשיקולים חוץ-הוכחתיים לשיקולים שאינם נובעים מחוסר מהימנות הראיה או חוסר הרלוונטיות שלה, אלא שיקולי מדיניות שחיצוניים לשאלת חקר האמת.

13 נינה זלצמן "אמת עובדתית" ו'אמת משפטית' – מניעת מידע מבית-המשפט לשם הגנה על ערכים חברתיים "עיוני משפט" כד 263, 265 (2000).

14 אלכס שטיין "חסיון בנק-לקוח בדיני הראיות" משפטים כה 45, 51–53 (1995).

15 ס' 44–45 לפקודת הראיות.

16 ס' 6 לפקודת הראיות.

כעדי תביעה, מלבד שורת חריגים המנויים בסעיף 5 לפקודת הראיות. במילים אחרות, גם במצבים שבהם עד מבקש או מוכן להעיד נגד בן זוגו, בית המשפט על פי רוב איננו רשאי לאפשר לו לעשות כן. עם זאת, במקרים החריגים שבהם בני זוג כשרים להעיד נגד בני זוגם, הם אף חייבים לעשות כן. במקרים שבהם בן זוג עומד לדין עם אדם נוסף, רשאי בן זוגו להעיד נגד השותף, אך איננו חייב לעשות כן.¹⁷ זהו חריג לכלל שכל הכשרים להעיד חייבים לעשות כן. מאחר שמדובר בכלל כשרות ולא בחיסיון, אין בכל הכללים הללו כדי לפטור בן זוג מלהשיב לשאלות המשטרה בנוגע לבן זוגו החשוד בעבירה.

2. פסלותם של בני הזוג כעדים במשפט המקובל מפרספקטיבה היסטורית

הכלל כפי שהוא נוהג בארץ, הפוסל בני זוג מלהעיד ולא רק מעניק להם חיסיון מפני החובה להעיד, סובל מחוסר עקביות וכשלים לוגיים לא מבוטלים. מבחינה היסטורית, הכלל בדבר עדות בני זוג במשפט המקובל כולל שלוש דוקטרינות, אשר כל אחת נבעה מרציונל שונה במעט: הכלל הפוסל בן זוג לעדות; החיסיון הנתון לבני זוג כעדים לחובת בני זוגם; החיסיון בנוגע לדברים שהוחלפו בין בני זוג מתוך אמון שלא יתגלו. ניתן כמובן להפריד בין שלוש הדוקטרינות, אך כפי שנראה, במדינות שונות, כולל ישראל, משמשות שלושתן יחד, דבר המוביל לחוסר עקביות בתחולת הכלל. חוסר הבהירות נובע, בין היתר, מרשימת הרציונלים ששימשו ומשמשים בערבוביה להצדקתו, אשר מובילים כל אחד להצדקת כלל בעל היקף אחר. מבחינה היסטורית נראה שרעיון האחדות בין איש לאשתו והיותם של בני זוג בעלי עניין בהליך הם ששימשו להצדקת הכלל בתחילתו.¹⁸ את מקורם של הכללים בדבר עדות בני זוג איתר ויגמור ב-1580 במקרה של *Bent v. Allot*.¹⁹ באותו מקרה נקבע שבת זוג שזומנה לעדות מטעם בן זוגה פטורה מחקירה נגדית שעשויה להזיק לו, דבר שהוביל לפסילת עדותה. ב-50 השנים שלאחר מכן הורחב הכלל והפך מפטור לענות לשאלות בחקירה נגדית לכלל פסלות גורף, אשר מנע את עצם זימונם של בני זוג בהליכים אזרחיים ופליליים כאחד.²⁰ ב-1628 העלה לורד קוק את הכלל על הכתב, בהצדקה רומנטית: היותם של בני זוג בבחינת שתי נשמות הדרות בגוף אחד.²¹ בכך נבחנו בני זוג ממערכות יחסים משפחתיות אחרות, כולל הורות, בהתבסס על הפרשנות הנוצרית לאמור ספר בראשית, "על כן יעזוב איש את אביו ואת אמו ודבק באשתו והיו לבשר אחד".²² כמו בעלי דין באותה תקופה, לא זו בלבד שבני זוג לא חויבו להעיד, הם אף נעדרו כשרות (competence) כאשר חפצו להעיד. הכלל יצר חזקה משפטית שאיננה ניתנת לסתירה בדבר אותה

17 ס' 3 לפקודת הראיות.

18 ע"פ 500/77 עומרי נ' מדינת ישראל, פ"ד לג(1) 681 (1979).

19 JOHN HENRY WIGMORE, 8 EVIDENCE, כפי שצוטט אצל Bent v. Allot, (1580) 21 Eng. Rep. 50 (Eng.) § 2227 (John T. McNaughton rev. ed, 1961).

20 בקוד המערב סקסוני של המאה השביעית. ראו: David Lusty, *Is There A Common Law Privilege Against Spouse-Incrimination?* 27 U.N.S.W. L. J 1 (2004).

21 WIGMORE, לעיל ה"ש 19, בס' 2227.

22 "It hath been resolved by the justices that a wife cannot be produced either for or against her husband, quia sunt duæ animæ in carna una"; SIR EDWARD COKE, A COMMENTARY UPON LITTLETON 6b (1628), כפי שצוטט אצל WIGMORE, לעיל ה"ש 19, בס' 2227.

22 בראשית ב 24.

אחדות בין בני הזוג: גם כאשר בני הזוג היו נכונים להעיד זה נגד זה, וגם כאשר נעברו עבירות בתוך המשפחה, הם נפסלו לעדות.²³

הכלל בדבר פסלות בני זוג כעדים השתלב בנוף הרחב יותר של כללי הפסלות במשפט המקובל בעת החדשה המוקדמת, שבאותה עת פסלו לעדות בעלי מניע חזק במיוחד לשקר, כולל בעלי אינטרס ממוני בתיק.²⁴ ג'ורג' פישר טוען שדיני פסלות אלו נועדו לשמר את הלגיטימיות של מערכת המשפט המקובל באנגליה (ובעקבותיו בארצות הברית): לנוכח מרכזיות השבועה כערוכה לאמירת אמת ביקשה מערכת המשפט למנוע מראש מצבים שבהם ברור שהעדים מונעים מאינטרס. לשם כך פסלה מערכת המשפט כל עד בעל תמריץ מובהק להפר את שבועתו, גם אם בכך הורחקה האמת המשפטית מן האמת העובדתית.²⁵ בכך ניתן לראות ביטוי לשילוב בין שתי ההצדקות הראשונות לכלל: האחדות בין בני הזוג והיותם של בני הזוג נוגעים לעניין.

3. פסלות בני זוג כעדים: חממות פשע ומאורות גנבים בחסות החוק

כבר בסוף המאה השמונה עשרה נשמעו קולות שקראו לביטולו המוחלט של הכלל. הבולט שבהם היה הפילוסוף התועלתן ג'רמי בנת'ם, מבקר נחרץ של דיני הראיות של תקופתו בכלל ושל כללי הפסלות בפרט, שקרא תיגר על התפיסה הרומנטית של "שתי הנפשות בגוף אחד". כפי שציין בנת'ם, לאורך ההיסטוריה שימש הכלל כאמצעי להשתקת נשים גם, או אולי במיוחד, כאשר היו נפגעות העבירה.²⁶ בכך הסירה מערכת המשפט את הגנתה מנשים שסבלו מאלימות מבני זוגן. כפי שטען ויגמור כעבור כ-100 שנים, הכלל נשען על ההנחה הרחבה יותר של המשפט המקובל באותה עת, שעם נישואיהן איבדו נשים את מעמדן המשפטי העצמאי.²⁷ בעדותה נגד "בעלה" (במובן המילולי הבסיסי של המילה) ביצעה אפוא האישה הנשואה עבירה של "בגידה זוטא" (Petit Treason), במיוחד בהתחשב בעובדה שרבות מן העבירות הפליליות קבעו בצדן עונש מוות עבור בן הזוג.²⁸ אם כן, ניתן בנקל לעמוד על סיבו הפטריארכלי של הכלל ההיסטורי בדבר עדות בני זוג.

23 בכך לא היה הכלל בדבר בני זוג יוצא דופן; עד למאה התשע עשרה פסל המשפט המקובל כל מי שהיה בעל אינטרס ממוני בתיק, כולל בעלי הדין עצמם.

24 הכלל בדבר פסלות בני זוג נבדל מבחינה מסוימת מן הכללים האחרים בכך שאף אם לא היה לבן הזוג אינטרס ממוני בתיק, הוא נפסל בשל מערכת היחסים, לא יחסי הממון. WIGMORE, לעיל ה"ש 19, בס' 603.

25 George Fisher, *The Jury's Rise as Lie Detector*, 107 YALE L. J. 575, 624–625 (1997).

26 JEREMY BENTHAM, 5 RATIONALE OF JUDICIAL EVIDENCE 484 (Hunt & Clarke, 1827): "In the days when the exclusive rule in question took its rise... [a] time there appears to have been, when the exceptions, by which a wife is permitted to seek protection in a court of justice against ill-usage by the husband, were not yet established [...]. A law which should exclude the testimony of the wife in the case of a prosecution against the husband for ill-usage done to the wife, would be tantamount to authorizing the husband to inflict on the wife all imaginable cruelties, so long as nobody else was present: a condition, which, having by law the command over his own house, it would in general be .in his power to fulfil"

27 Trammel v. United States, 445 U.S. 40, 44 (1980). העיקרון בא לידי ביטוי בין היתר בדוקטרינת ה-coverture.

28 WIGMORE, לעיל ה"ש 19, ס' 2227: "[A] natural and strong repugnance was felt (especially in those days of closer family unity and more rigid paternal authority) to condemning a man by admitting to

ואולם, כבר לפני תקופתו של בנת'ם תוקנו חלק מן העיוותים הבוטים של הכלל בדבר עדות בני זוג. ב-1725 הוכשרו בני זוג להעיד במשפטי אלימות במשפחה וביגמיה,²⁹ שכן פיקציית "שתי הנשמות" הופרה, בין שעל ידי אלימותו של בן הזוג כלפי "נשמתו" ובין שעל ידי צירוף "נשמה יתרה" לזוג בעבירות ריבוי נישואין. עם זאת, צדק בנת'ם בטענתו שהכלל שפטר בנות זוג מלהעיד בעבירות מחוץ למשפחה, ואף אסר זאת עליהן, המשיך לאפשר לבית להיות "חממת פשע" (nursery of crime) בכך שהבטיח לכל אדם שותפה לפשע בדמות אשת חיקן, אשר תהא מנועה בבוא העת מלהעיד נגדו.³⁰ ביקורתו הנוקבת של בנת'ם, לצד תהליכים חברתיים רחבים יותר של חילון, הובילו במהלך המאה התשע עשרה לירידת קרנה של השבועה כערובה לחקר האמת והחלפתה בחקירה הנגדית.³¹ בעקבות זאת החל המשפט המקובל, מאמצע המאה התשע עשרה, להכשיר את הפסולים לעדות. כחלק ממגמה זו הוכשרו ב-1853 גם זוג כעדים בהליכים אזרחיים, לטובת בני זוגם או לחובתם; עם זאת הם המשיכו להיפסל בהליכים פליליים.³² בני זוג הוכשרו לבסוף להעיד בהליכים פליליים ב-1898, אך רק כעדי הגנה, באותה עת שהנאשם עצמו הוכשר להעיד בשבועה להגנתו.³³ ההקבלה בין הכשרת הנאשם כעד הגנה להכשרת בן זוגו איננה מקרית, ומשקפת את המשך התפיסה באשר לאחדות בין בני הזוג. לפי תפיסה זו, מוסד הנישואין קודם לאמנה החברתית ולחובת הנאמנות של הפרט למדינה. לכן, כפי שלא ניתן (גם היום) לזמן את הנאשם כעד תביעה, כך לא ניתן היה לזמן את בן או בת זוגו. עם הכשרתם של בני זוג להעיד הפכה ההצדקה הספרותית והשיפוטית הדומיננטית מדגש על האינטרס של בן הזוג להעדפת שלום בית על פני חקר האמת והימנעות מהעמדת בני הזוג בפני הטרילמה הנוראה של הפללת אדם יקר, עבירה של עדות שקר, או סירוב להעיד אשר עלול להוביל לסנקציות בגין ביזיון בית משפט. בכך הפך הכלל ברחבי מדינות המשפט המקובל מכלל כשרות לכלל חיסיון, או כפי שנראה בהמשך, שני כללי חיסיון נפרדים, המעניק על פי רוב פטור מעדות לבני זוג. כך, באנגליה כיום בני זוג הם עדים כשרים, הן מטעם התביעה הכללית והן מטעם הנאשם, אלא שהם אינם

the witness stand against him those who lived under his roof, shared the secrets of his domestic life, dependent on him for sustenance and were almost numbered among his chattels. In a day when the offense of petit treason by a wife or a servant—violence to the head of the household—was still recognized, it would seem unconscionable that the law itself should abet (at it were) a testimonial betrayal which came close enough to petit treason, and should virtually permit a wife to cause her husband's death"

ראו (COLIN TAPPER, CROSS & TAPPER ON EVIDENCE 247 (12th ed. 2010)) 29

"Let us, therefore, grant to every man a license to commit all sorts of wickedness, in the presence and with the assistance of his wife: let us secure to every man in the bosom of his family, and in his own bosom, a safe accomplice: let us make every man's house his castle; and, as far as depends upon us, let us convert that castle into a den of thieves"

.485 בעמ' 26, BENTHAM, לעיל ה"ש 26, בעמ' 485. 31

C. J. W. ALLEN, THE LAW OF EVIDENCE IN VICTORIAN ENGLAND 182 (J.H. Baker ed., 1997) 31

שם, בעמ' 103–104. אלן מצביע בין היתר על האבסורד שבכך שעל פי החוק מ-1851 בני זוג נפסלו לעדות עבור או נגד בני זוגם למרות שעדים בעלי אינטרס ממוני בתיק הוכשרו להעיד. חוסר עקביות זה תוקן רק כעבור שנתיים, ב-1853. 32

9 HALSBURY LAWS OF ENGLAND 218–220 (2nd ed. 1937) 33

מחויבים להעיד לחובת בני זוגם.³⁴ עם זאת, המשפט הישראלי ממשיך להתייחס לכלל בלשון כשורות, התייחסות שכפי שנראה להלן מובילה לשורת אבסורדים.

ג. מכשרות לחיסיון

1. חיסיון בני זוג: כלל אינסטרומנטלי או הומניסטי?

לפני שנבחן את היקף החסיונות הניתנים לבני זוג כיום במערכות המשפט המקובל, יש לתת את הדעת על מבנה דיני החיסיון באופן כללי. דיני החיסיון הם בבואה לערכיה של חברה. בהענקת חיסיון למערכות יחסים מסוימות, אך לא לאחרות, מצהירה חברה על היחסים שלמענם היא מוכנה להגביל את כוחה של המדינה לאסוף ראיות, ובכך לפגוע במוצהר בחקר האמת. כך לדוגמה, בברית המועצות לא הוכרו כלל חסיונות של בעלי מקצוע או קרובי משפחה, שכן החובה כלפי המדינה קדמה לכל מחויבות אישית אחרת.³⁵

ניתן להבחין בין שתי גישות לדיני החיסיון: הגישה האינסטרומנטלית והגישה ההומניסטית.³⁶ על פי הגישה האינסטרומנטלית, שבאה לידי ביטוי בכתביו של ויגמור, על מערכת המשפט להכיר בחיסיון בהתקיים ארבעה תנאים מצטברים: מדובר במידע שמקורו באמונה שתוכנו לא יתגלה; החיסיון חיוני לשימור יחסי האמון בין הצדדים; מדובר ביחסים שלחברה יש אינטרס מובהק בטיפוחם; העלות החברתית הכוללת מהכרה בחיסיון גדולה מן התועלת לחקר האמת שבגילוי.³⁷

אמת המידה שעל פיה בוחן ויגמור את שאלת החסיונות היא נקודת המבט של החברה, לא של הפרט: במוקד ניצבת השאלה אם החברה מכירה במערכת היחסים כבעלת ערך להגשמת מטרות חברתיות רחבות יותר. תפיסה זו רואה במערכות יחסים אמצעי ולא מטרה בפני עצמה. כך לדוגמה, ההנחה היא שמערכת המשפט תצא נשכרת מכך שבעלי דין יהיו מיוצגים (מבחינת יעילות ההליך השיפוטי וחקר האמת), ולשם כך נחוצה תקשורת חופשית בין אדם לעורך דינו. אשר לחיסיון בין בני זוג, ההנחה היא שמוסד הנישואין הנו אבן יסוד של החברה, ומבטיח, בין היתר, ביטחון כלכלי לתא המשפחתי ותמיכה רגשית לפרטים באופן המשמר יציבות חברתית רחבה יותר.³⁸ על בסיס השיקול הרביעי של ויגמור, הדין בעלות מול התועלת, הגישה האינסטרומנטלית מוכנה לוותר על המידע החסוי מתוך קבלת ההנחה שלולא הוקנה לו חיסיון, לא היה בא לעולם: ללא החיסיון לא היה בעל המידע

34. PAUL ROBERTS & ADRIAN ZUCKERMAN, CRIMINAL EVIDENCE 312 (2nd ed. 2010).
 35. ALEXEI TRUSOV, AN INTRODUCTION TO THE THEORY OF EVIDENCE 111 (1965): "All citizens are equal in the eyes of the law. For this reason the law [in the Soviet Union] does not relieve certain categories of people from the duty of giving evidence (because they are relations, or because of the need to preserve professional or other secrets, etc.)"
 36. THE NEW WIGMORE: A TREATISE ON EVIDENCE: EVIDENTIARY PRIVILEGES 290–295 (Edward J. Imwinkelried & Richard D. Friedman eds., 2nd ed. 2010) (להלן: NEW WIGMORE).
 37. WIGMORE, לעיל ה"ש 19, ס' 2285.
 38. BC Naude, *Spousal Competence and Compellability to Testify: A Reconsideration*, 17 S. AFR. J. CRIM. JUST. 325, 334–336 (2004).

חולק אותו עם פסיכולוג, עורך דין או עובד סוציאלי, לפי העניין.³⁹ ההנחה היא אפוא שאף בעולם ללא חסיונות אלו לא היה חקר האמת יוצא נשכר.

למרות הדומיננטיות של השיקולים האינסטרומנטליים בספרות המשפטית, ספק אם יש בהם כדי להסביר בצורה מספקת את דיני החיסיון הקיימים, כולל הכלל בדבר עדותם של בני זוג. אחת הביקורות הבולטות כלפי הגישה האינסטרומנטלית לחסיונות היא שספק אם החיסיון הוא תנאי שאין בלתו להעברת המידע. לדוגמה, ספק אם היעדר חיסיון היה משפיע בצורה משמעותית על ההחלטה למסור מידע לרופא או פסיכיאטר.⁴⁰ חולשת ההצדקות האינסטרומנטליות ניכרת במיוחד כאשר מדובר בבני זוג: תחילה, בניגוד לבעלי המקצועות, ספק אם בני זוג מודעים בכלל לקיומו של החיסיון, לא כל שכן להיקפו.⁴¹ יתרה מכך, אף אם מודעים הם, ספק אם קיומו הוא תנאי מוקדם לחלוקת המידע. בבסיס הגישה האינסטרומנטלית לחיסיון בין בני זוג מובלעת ההנחה שבני אדם פועלים מתוך שיקולים רציונליים גם במסגרת מערכות יחסים אינטימיות. ספק אם מרבית בני האדם מנהלים כך מערכות יחסים, וספק אם רצוי שיפעלו כך. כפי שנראה בחלק האחרון של המאמר, ביקורות פמיניסטיות רואות בטענה זו משום ביטוי להשקפת עולם גברית בנוגע לקשר שבין רגשות ותקשורת.

אדן אחר שעליו מושתתים דיני החיסיון הוא ההגנה על הפרטיות והאוטונומיה. על פי הגישה ההומניסטית לדיני החיסיון, השאיפה להגן על מערכות יחסים אינטימיות ועל חופש זרימת המידע במסגרתן נובעת מהכרה שיש להן חלק נכבד בעיצוב האישיות ובקבלת החלטות, מעין המשך של ה"אני" הפרטי. לפי תפיסה זו, חשיבות השמירה על מערכות יחסים כמטרה בפני עצמה מחייבת הגנה על החלפת מידע במסגרתן, ללא קשר לתועלת שהחברה סבורה שניתן להפיק מן המידע הקונקרטי או ממערכת היחסים המוגנת.⁴² עמדה זו נובעת מתפיסה ליברלית שלכל פרט שמורה הזכות לעצב את מערכות היחסים המשמעותיות בחייו באופן שיביאו להגשמתו המלאה; אין זה תפקידה של החברה להגדיר מערכות יחסים אלו עבור הפרט. הגשמה מלאה של האוטונומיה מחייבת הקניה של מרחב מוגן שבו יוכלו בני אדם להתייעץ ולחלוק אינפורמציה, בין שמדובר בבעלי מקצוע האמונים על טובתם הנפשית, הפיזית או המשפטית, ובין שמדובר באנשים הקשורים אליהם בקשרי דם או אחווה. מאחר שגישה זו רואה במערכות יחסים מטרות בפני עצמן, אין נפקות לשאלה אם המידע היה מוחלף אלמלא קיומו של חיסיון. נקודת המוצא של גישה זו היא שהמידע אכן היה מוחלף, אך עם זאת שאין זה ראוי שהמדינה תחדור לתוך נבכי ה"אני", אפילו של נאשם בהליך פלילי. אחד האתגרים שבפניה ניצבת

39 NEW WIGMORE, לעיל ה"ש 36, בעמ' 258.

40 Edward J. Imwinkelried, *The New Wigmore: An Essay on Rethinking the Foundation of Evidentiary Privilege*, 83 B.U. L. REV. 315, 322 (2003).

41 יש הטוענים שגם אם בני אדם אינם מודעים לחיסיון, ביטולו יביא לתודעתם את היעדרו ובכך יוביל לתקשורת פחותה. ראו 56 *The Husband-Wife Privilege of Testimonial Non-Disclosure*, Comment, NW. U. L. REV. 208, 219 (1961). ביתר החסיונות, בעל המקצוע, לכל הפחות, מודע בדרך כלל לקיומו של החיסיון ויכול להדריך את בעל המידע, אם הוא מהסס לחלוק את המידע, בנוגע לקיומו. הדבר אינו כך כאשר לחסיונות בני משפחה.

42 Sanford Levinson, *Testimonial Privileges and the Preferences of Friendship*, 1984 DUKE L. J. 631, 642.

הגישה ההומניסטית היא בעיית התיחום של אותו מרחב מוגן והשאלה כיצד יש לאזנו עם ערכים אחרים כמו חקר האמת.⁴³

2. החיסיון בין בני זוג במשפט המשווה

את גבולות הגישות האינסטרומנטלית וההומניסטית ניתן לבחון דרך היקפו של החיסיון בין בני זוג במרבית מדינות המשפט המקובל, שבהן נהוג בדרך כלל להבחין בין שני חסיונות העומדים לבני זוג: חיסיון עדות לרעת בן הזוג (adverse testimonial privilege) וחיסיון תקשורת (marital confidence).⁴⁴ מבין שני החסיונות, הקשה יותר להצדקה הוא חיסיון עדות לחובת בן הזוג. החיסיון חל בהליכים פליליים כל עוד בני הזוג נשואים, והוא כולל הן מצבים שבהם בני הזוג תקשרו ביניהם לגבי הפשע והן מצבים שבהם בן זוג אחד הנו עד ישיר לפשעו של האחר.⁴⁵ הכלל נועד לשמור על שלום ביתו של הנאשם הספציפי, שעשוי להיפגע אם בן זוגו יעיד נגדו, ולמנוע טרילמה מבן זוגו. ואולם, הכלל עדיין לוקה בחוסר עקביות: בניגוד לקריטריון השלישי של ויגמור, אין המדובר בהתנהגות שהחברה רוצה לעודד. בחיסיון זה, עצם ביצוע העבירה (ולא רק התקשורת המאוחרת בנוגע אליה) קונה חסיונות מפני גילוי. אפילו עורכי דין, הנהנים מחיסיון רחב יחסית, אינם פטורים מגילוי במקרים שבהם הם עדים לעבירה או שותפים לביצועה.

אם נשוב לביקורתו של בנת'ם, ניתן לראות כי חיסיון זה אכן עשוי לשמש מחסה לעבריינים בתכנון עבירות וביצוען, כל עוד העד היחיד לפשע הוא בן זוגם ולא מדובר בעבירות בתוך המשפחה.⁴⁶ גם הגישה ההומניסטית מתקשה להצדיק חיסיון זה שכן, בניגוד לתקשורת, נטיות עברייניות אינן היבט של הפרט שהחברה מעוניינת בפיתוחו. זהו ההיגיון המנחה באחד מן החריגים לחיסיון התקשורת דווקא: מידע המוחלף בין בני זוג שקשרו יחד לבצע פשע איננו נהנה מחיסיון.⁴⁷

מדינות המשפט המקובל נבחנות זו מזו בשאלה מיהו הנהנה מן החיסיון האמור, באופן המשקף את חוסר הנוחות וחוסר הבהירות בנוגע לשאלה על מי ועל מה נועד החיסיון להגן. בדרום אפריקה ובחלק ממדינות ארצות הברית (כולל במישור הפדרלי), העד הוא שרשאי לסרב להעיד;⁴⁸ במדינות אחרות בארצות הברית הנאשם יכול למנוע מבן זוגו להעיד כנגדו אף אם זה מוכן להעיד. במיעוט קטן של מדינות ארצות הברית שני בני הזוג צריכים לתת את הסכמתם לכך שבן הזוג יוכל להעיד.⁴⁹

Edward J. Imwinkelried, *The Historical Cycle in the Law of Evidentiary Privileges: Will Instrumentalism Come into Conflict with the Modern Humanistic Theories?*, 55 ARK. L. REV. 241, 258–259 (2002)

D.T. ZEFFERT ET. AL., THE SOUTH AFRICAN LAW OF EVIDENCE 681 (2003); Note, *Developments in the Law: Privileged Communications*, 98 HARV. L. REV. 1450, 1563 (1985) (להלן: "the Law")

JACK B. WEINSTEIN & MARGARET A. BERGER, WEINSTEIN'S FEDERAL EVIDENCE §505.04; (the Law (Joseph M. McLaughlin ed., 2006).

45 שם, ס' 505.05[1]–[3]. קיים חריג שבו הנישואין הם למראית עין בלבד לשם מניעת העדות.

46 שם, ס' 505.05[1].

47 שם, ס' 505.11[2][e].

48 בדרום אפריקה, עדים חייבים להעיד נגד בני זוגם בין היתר בעבירות של אלימות במשפחה, גילוי עריות, חטיפת ילדים וביגמיה. ZEFFERT ET AL., לעיל ה"ש 44, בעמ' 682.

49 *Developments in the Law*, לעיל ה"ש 44, בעמ' 1567.

בפסק דין *Trammel*⁵⁰ הצביע בית המשפט העליון של ארצות הברית על האבסורד שבמתן זכות וטו לנאשם בהחלטה אם בן זוגו יעיד: אמנם החיסיון נועד לכבד את שלמות התא המשפחתי או לפטור עדים מטרילמה, אך יש היגיון מועט מאוד בכך שבן זוג המוכן להעיד לא יזכה לעשות כן בגלל התנגדותו של הנאשם. יתרה מכך, במקום שבו בן הזוג נכון להעיד, אות היא ששלום הבית אינו שורר, או לכל הפחות מעורער. אין סיבה שבתי המשפט ישמרו על שלום ביתו של עבריין כאשר אחד מבני הזוג מוכן מיוזמתו להקריבו. בעקבות זאת קבע בית המשפט העליון כי במישור הפדרלי, ההחלטה אם להעיד נתונה לבן הזוג שנקרא להעיד בלבד, לא לנאשם.⁵¹

חיסיון התקשורת שונה מחיסיון העדות הן בהגיונו והן בהיקפו. מדובר על מצב שבו בן הזוג נקרא להעיד על דברים שאמר לו בן הזוג ולא על הדברים שהוא עצמו קלט בחושי. בניגוד לחיסיון העדות, חיסיון זה לא נועד להגן מפני פגיעה עתידית בתא המשפחתי הספציפי, שתיווצר אם בן הזוג יעיד; הוא נועד להבטיח שהחשש מפני חשיפת סודות בעדות לא ימנע מבני זוג לפתוח את צפונות לבם בזמן נישואיהם. החיסיון מכיר בכך שהודאה באשמה היא נדבך חשוב בכניית יחסי אמן במסגרת מערכת יחסים זוגית. אם בני זוג יחששו שעובדות שיחלקו עשויות להתגלות בהליכים משפטיים בבוא העת, הם עשויים שלא לחלוק מידע שכזה, ובכך תיפגע האינטימיות ביניהם. החיסיון נועד להבטיח שבני זוג יוכלו לתקשר באווירה פתוחה ונינוחה ללא חשש שאחד מהם יזמן מאוחר יותר לחשוף את הדברים שנאמרו. מכל החסיונות, ההצדקה האינסטרומנטלית חלשה במיוחד בחיסיון זה: מדברי ההסבר של ה- Advisory Committee בארצות הברית, זהו גם מקרה מובהק שבו הנהנים מן החיסיון אינם מודעים בדרך כלל להיקפו, ולכן אין צורך לתמרץ אותם לתקשר.⁵² דווקא ההצדקות ההומניסטיות לחיסיון זה חזקות במיוחד: המשפחה במדינות ליברליות רבות נחשבת מובלעת של חירות ושל ה"אני", ובתחומים מסוימים היא ממלאת תפקידים חיוניים באופן המייתר את התערבות המדינה.⁵³

50 עניין *Trammel v. United States*, לעיל ה"ש 27.

51 עם זאת, נסיבות פסק דין *Trammel* מלמדות שלעיתים נכונות בן הזוג להעיד איננה בהכרח אינדיקציה למשבר ביחסים אלא ללחץ של התביעה והתערבות של המדינה במערכת היחסים: באותו מקרה הסכימה האישה, שהיתה שותפה לעבירה, להעיד נגד בן זוגה בעקבות הסכם עדת מדינה. יש הסבורים כי דוגמה זו מלמדת על אחת הסכנות הנשקפות ממסירת ההחלטה בדבר חיסיון בידי בן הזוג הנקרא להעיד ולא בידי הנאשם. אולם דוגמה זו היא בבחינת יוצא מן הכלל המלמד על הכלל: ראשית, לרוב בן הזוג העד איננו נתון לסכנת העמדה לדין. באותם מקרים שבהם בכל זאת קיימת סכנה כזו, ניתן להתגבר עליה באמצעות מתן החיסיון לבן הזוג הנאשם, אשר יוכל למנוע את העדות אם יוכיח שהובטחה לבן הזוג העד טובת הנאה בתמורה לעדותו. ספק אם גם במצב שבו הובטחה טובת הנאה לבן הזוג יש מקום להעניק לנאשם זכות וטו. כפי שמציין בנת"ם, ספק אם המדינה צריכה מלכתחילה לבכר את שלום ביתם של עבריינים על פני לחימה בפשיעה; לא ברור שהסכם עד מדינה עם בן זוג איננו בבחינת אסטרטגיה לגיטימית לשם לחימה בפשע. פטור מן הטרילמה הנוראה אין משמעותו חסימת האפשרות להעיד עבור בני זוג שמוכנים לעשות זאת.

52 *New WIGMORE*, לעיל ה"ש 36, בעמ' 508: "Nor can it be assumed that marital conduct will be affected by a privilege for confidential communications of whose existence the parties in all likelihood unaware. The other communications, by way of contract, have as one party a professional who can be expected to inform the other of the existence of privilege"

53 שם, בעמ' 510. יש שיטענו שגם הצדקה זו היא במידה רבה אינסטרומנטלית, כמו גם שאר ההצדקות ההומניסטיות, הנשענות, בסופו של דבר, על התועלת שבפרטיות. לדין בהיבט זה ראו שם.

בשל אופיו, חיסיון התקשורת בדרך כלל רחב יותר מחיסיון העדות. על פי הגיונו, הוא איננו מוגבל להליכים פליליים. אף לא נדרש שבן הזוג יהיה בעל דין ושהאמירה תהיה בניגוד לאינטרס: כל עוד הדברים נובעים מיחסי אמון בין בני הזוג ונאמרו בהנחה שלא ייחשפו, אין מקום לכפות על בן הזוג לגלותם גם בהליכים של צדדים שלישיים. כמו כן, הדברים שהוחלפו בזמן שבני הזוג היו נשואים עשויים ליהנות מחיסיון אף לאחר נישואיהם וגם אם שלום בית כבר אינו שורר ביניהם.⁵⁴ בכך מקביל חיסיון זה לחסיונות המוקנים לבעלי המקצוע, הממשיכים לחול גם לאחר תום היחסים בין הצדדים (ולעתים אף לאחר מותו של הלקוח או המטופל, לפי העניין).⁵⁵ במישור הפדרלי בארצות הברית, שני בני הזוג צריכים לוותר על החיסיון כדי לאפשר את העדות.⁵⁶ בדרום אפריקה, לעומת זאת, העד לברו רשאי לוותר על החיסיון והוא תמיד כשר להעיד, אף שאין הוא תמיד חייב לעשות כן.⁵⁷ בניגוד לחיסיון העדות, בהענקת זכות וטו דווקא לעד במקרה זה יש מידה רבה של חוסר היגיון: מאחר שהחיסיון נועד לשמור על בן הזוג שמסר את המידע, החלטת הוויתור צריכה להיות מוקנית לו באופן בלעדי.⁵⁸ זהו הכלל בנוגע למידע שנמסר לבעלי מקצוע. בשל כך יש הקוראים, לפחות בדרום אפריקה, לשינוי בהיבט זה של הכלל.⁵⁹

במדינות אוסטרליה שבהן קיים חיסיון לבני זוג,⁶⁰ הן חיסיון התקשורת והן חיסיון העדות הם יחסיים, כלומר בית המשפט מוסמך תמיד להסירם. העובדה שמדובר בתקשורת ולא בעדות ישירה לפשע היא שיקול לפטור מעדות.⁶¹ הכלל שהכול כשרים וחייבים להעיד חל באופן עקרוני גם על בני זוג, אלא שבית המשפט רשאי לפטור אדם מעדות אם יש בה כדי להפיל את בן זוגו. בשלב זה על בית המשפט לאזן בין הנזק שעשוי להיגרם לעד או לבן זוגו לבין חשיבות הראיה. בין היתר, על בית המשפט לשקול את חומרת העבירה, חשיבות הראיה, קיומן של ראיות חלופיות, טיב היחסים בין העד לנאשם ואם המידע ניתן לעד על ידי הנאשם.⁶² כפי שניתן לראות, גם הדין האוסטרלי מבחין בין דברים שנאמרו בין בני זוג לבין אירועים שקלטו בני זוג בחושיהם, וההגנה על התקשורת בין בני זוג רחבה יותר. ב-2011 קבע בית המשפט העליון של אוסטרליה כי אין חיסיון בין בני זוג מכוח המשפט המקובל, ולכן בני זוג עדיין חייבים לשתף פעולה עם המשטרה אף במקרים שבהם אינם חייבים בסופו של דבר להעיד.⁶³

54 WEINSTEIN & BERGER, לעיל ה"ש 44, בס' 505.09.

55 ס' 48 לפקודת הראיות.

56 WEINSTEIN & BERGER, לעיל ה"ש 44.

57 Naude, לעיל ה"ש 38, בעמ' 326-325; ZEFFERTT ET AL., לעיל ה"ש 44, בעמ' 682.

58 WIGMORE, לעיל ה"ש 19, ס' 2340.

59 שם.

60 זה עשרות שנים ב-Northern Territory וב-Queensland שבאוסטרליה בני זוג אינם נהנים מיחס מועדף כלשהו וכפופים באופן מלא לכלל שהכול חייבים להעיד. Evidence Act 1977 (QLD) s 8(2); Evidence Act 1939 (NT) s 9.

61 בהליכים אזרחיים בן הזוג עודנו חייב להעיד ואיננו נהנה מחיסיון כלשהו. ראו Edward Fearis, *Australian Crime Commission v Stoddart: The End of Common Law Spousal Privilege*, 12 Q.U.T. LAW & JUST. J. 97, 109-110 (2012); STEPHEN ODGERS, *UNIFORM EVIDENCE LAW* 66-67 (8th ed. 2009).

62 *Uniform Evidence Act 2008 (Cth) s18(7) (Austl.)*.

63 *Australian Crime Commission v. Stoddart*, (2011) 282 A.L.R 620.

3. הכלל במשפט הישראלי

התהליכים שעבר המשפט המקובל במאה העשרים בנוגע לעדות בני זוג פסחו במידה רבה על מערכת המשפט הישראלית. למרות המעבר מכללי כשרות לכללי חיסיון במדינות אחרות, ממשך הדין הישראלי לסווג בני זוג, לפחות באופן עקרוני, כנעדרי כשרות להעיד בהליכים פליליים, דבר המוביל לעתים לאבסורד. למרות קביעתו של סעיף 2 לפקודת הראיות, ש"הכל כשרים להעיד", סעיפים 3 ו-4 ממשיכים לראות בבני זוג, הורים וילדים חריגים לכלל, אשר לפי לשון הפקודה אינם כשרים להעיד. ראוי להדגיש שעם הכשרת עדותם של השותפים לעבירה, עדותם של ילדים מתחת לגיל האחריות הפלילית ועדותם של אנשים עם מוגבלויות נפשיות או שכליות, שבעבר נפסלו לעדות לפחות בנסיבות מסוימות,⁶⁴ נותרו קרובי המשפחה בבחינת קטגוריה יחידה של עדים שהדין מסווגם כנטולי כשרות. כמו כן, מאחר שהכלל מנוסח בלשון כשרות, בני זוג עדיין אינם פטורים ממסירת מידע שברשותם לרשויות החקירה.

למרות הרקע ההיסטורי לכלל הפסלות במשפט המקובל, שתואר לעיל, קשה לעמוד על ההיגיון הניצב בבסיסו של הכלל הישראלי כיום: מדוע ממשך הדין הישראלי לסווג את בני הזוג כפסולים לעדות, בניגוד למדינות משפט מקובל אחרות שבהן הם נהנים לכל היותר מחיסיון? כפי שראינו, בעבר אכן מדובר היה בכלל פסלות רחב, אשר מנע מבני זוג להעיד בשל נגיעתם לעניין. ואולם, מאז עבר המשפט המקובל כברת דרך בהכשרתם של עדים. כמו כן, מאחר שהחשש למהימנותם של בני זוג כבר איננו משמש הצדקה לכללים מיוחדים בנוגע לעדותם, ההבדל בין ישראל לבין מדינות משפט מקובל אחרות, שבהן פועל חבר מושבעים, איבד את משמעותו: הכלל נועד לקדם ערכים חוץ-הוכחתיים, כמו שלמות המשפחה והשמירה על הפרטיות, שיקולים שרלוונטיים למדינות שבהן פועל חבר מושבעים כמו גם לכאלה שאין בהן מושבעים.

ההסבר להיקף הכלל נעוץ בהתפתחויות ההיסטוריות ובכוח ההתמדה של דוקטרינות משפטיות, לאו דווקא בהיגיון צרוף.⁶⁵ כמו המשפט המקובל שלפני המאה התשע עשרה, גם המשפט העות'מני אסר על בני זוג להעיד לטובת בני זוגם או לחובתם, הן במשפטים אזרחיים והן במשפטים פליליים.⁶⁶ עם תחילת המנדט הבריטי ביקשה הממשלה לתקן את החוק באופן שישקף חלק מן הרפורמות שחלו בדין האנגלי במאה התשע עשרה, כך שיכשיר בני זוג להעיד בנסיבות מסוימות. בטיטה הראשונה משנת 1922 ביקש השלטון המנדטורי אף לעשות דבר שטרם נעשה באנגליה: לחייב בני זוג להעיד במקרים של אלימות במשפחה וניאוף.⁶⁷

64 ראו ע"פ 5339/98 מדינת ישראל נ' פלוני, פ"ד נו(3) 769, פס' 5-9 לפסק דינה של השופטת דורנר (1999); בג"ץ 11339/05 מדינת ישראל נ' בית המשפט המחוזי בבאר-שבע, פ"ד סא(3) 93 (2006).

65 Binyamin Blum, *Evidence Rules of Colonial Difference: Identity, Legitimacy and Power in the Law of Mandate Palestine 1917-1939* ch. II (unpublished doctoral dissertation, Stanford Law School, 2011).

66 האיסור במשפט הפלילי מעוגן בפקודת הפרוצדורה הפלילית העות'מנית, המבוססת על הקוד הפלילי הצרפתי. האיסור במשפטים אזרחיים עוגן בס' 1700 למג'לה. ראו עלי חידר מג'לה או מג'לה אחכאם אל עדליה (קובץ-דיני-הצדק) (גד פרומקין מתרגם, 1928).

67 ארכיון המדינה (א"מ) מ' 8/16.

הרפורמה נתקלה בגלל התנגדויות מצד כמה עורכי דין, בעיקר מאזור שכם, אשר טענו שהדבר מנוגד לתרבות ולמנהגים המקומיים כמו גם לצייווי האסלאם.⁶⁸ ההתנגדויות התמקדו בשני נושאים: האחד, שבני זוג נוגעים בעניין, ולכן עדותם איננה מהימנה ויש להמשיך לפסול אותם לעדות; האחר, שחיוב קרובי משפחה להעיד זה לחובת זה יפורר את מרקם החברה הבנוי על סולידריות המשפחה המורחבת.⁶⁹ אחד מן המוחים על התיקון, חאפז טוקאן, אף כתב בהפלגה שאישה פלשתינית תעדיף למות ובלבד שלא תחויב להעיד נגד בעלה, תפיסה המקבילה לעמדה האנגלית שלפיה עדות נגד בעל מהווה בגידה זוטא.⁷⁰ היו מי שראו בהתרת העדות לחובת קרובים משום העדפת המדינה הקולוניאלית על פני המשפחה וניסיון בריטי להמיט חורבן על המשפחה המורחבת, ובכך על הלכידות בחברה הפלסטינית בכללותה. קריאה ביקורתית של המחאות עשויה ללמד אולם על חשש מפני התערבותה של המדינה במבנה הפטריארכלי של המשפחה.⁷¹

שלטונות המנדט אמנם דחו את מרבית ההתנגדויות לפקודה, אך כמה הסתייגויות לסעיף בדבר עדות בני משפחה דווקא התקבלו: בהליכים פליליים לא חויבו בני זוג להעיד זה לחובת זה בשום מקרה (כולל אלימות במשפחה) והוכשרו לבסוף להעיד בתיקים פליליים רק במקרים של אלימות במשפחה וניאוף. לאור האופן שבו הבינו הבריטים את מבנה המשפחה בפלשתינה הרחיבו שלטונות המנדט את כלל הפסלות להורים וילדים, כלל שלא היה ידוע במשפט המקובל אף במאה התשע עשרה. בכל זאת, הגדרת הכלל ככלל פסלות במקום חיסיון יצרה אנומליה כבר אז: בניגוד לאחרים שנפסלו לעדות, "פסלותם" של בני זוג נעשתה תלויה הליך וצד. בני זוג הוכשרו לעדות בהליכים אזרחיים וכעדי הגנה. פסלותם באה לידי ביטוי רק כעדי תביעה בפליליים, וגם אז לא בכל ההליכים. חוסר עקביות זו נותר עמנו, במידה זו או אחרת, עד היום, שכן למרות התמורות שחלו בסעיף נותר מבנהו הבסיסי זהה. מאז תקופת המנדט הורחבה רשימת החריגים שבהם בני זוג בכל זאת כשרים להעיד זה לחובת זה מעבר לניאוף ואלימות במשפחה.⁷² כמו כן החל החוק הישראלי ליצור חובות להעיד: תחילה חויבו בני זוג להעיד במקרים של עבירות בתוך המשפחה (כולל כלפי ילדים). מאוחר יותר הורחב החריג של אלימות במשפחה לכלל עבירות האלימות, גם כלפי צדדים שלישיים. הפסיקה אף הרחיבה את משמעות המושג אלימות באופן שהוא חל גם על אלימות מילולית, אלימות כלפי רכוש ופגיעה באוטונומיה.⁷³ בכך הולכת ונשחקת "פסלותם" של בני הזוג.

אם נסכם, למרות ניסוחו, מבחינה מהותית סעיף 3 רישא הקובע היעדר כשרות, איננו בדיוק כזה: במרבית ההליכים בני זוג כשרים וחייבים להעיד, הן על דברים שקלטו בחושיהם והן על דברים שנאמרו להם במסגרת יחסי אמון: ראשית, בהליכים אזרחיים בני זוג הם עדים ככל העדים האחרים. שנית, יש שורה של עבירות (עבירות אלימות, עבירות בתוך המשפחה) שגם בהן בני זוג כשרים וחייבים להעיד. שלישית, אמנם לאור סעיף 6 התביעה איננה יכולה לזמן את בן הזוג לעדות, אך בן

ש.ם. 68

ש.ם. 69

ש.ם. 70

Blum, לעיל ה"ש 65.

עניין עומרי, לעיל ה"ש 18.

73 ע"פ 49/88 רוקח נ' מדינת ישראל, פ"ד מב(1) 605 (1988); ע"פ 7895/04 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 2.8.2006) (להלן: עניין פלוני 7895/04).

הזוג "כשר" אם זומן על ידי הנאשם. בדומה לזכות השתיקה הנתונה לנאשם, משוויתר הנאשם על חיסיון בן זוגו, יתקבלו אף דברים שיאמר בן הזוג לחובתו, בין בחקירה ראשית ובין בחקירה נגדית.⁷⁴ אם כן, אף שהחוק קובע כי בן הזוג איננו "כשר" לעדות, עדותו מתקבלת אם הנאשם פתח את הדלת לעדותו. מדובר אפוא בכלל המאפשר לנאשמים למנוע את עדות קרוביהם, מעין חיסיון, בבית המשפט אך לא בחקירה המשטרית.⁷⁵ ואולם, בניגוד לזכות השתיקה, שם העד הפוטנציאלי (הנאשם) הוא גם המכריע בשאלה אם להעיד או לא, בעדות קרובים העד איננו יכול להחליט אם לעשות שימוש בפטור. ההחלטה מסורה לנאשם בלבד.

בכך יוצר הכלל שורת אבסורדים. כך לדוגמה, בן זוג המוכן ורוצה להעיד לחובת בן זוגו בבית משפט ישראלי מנוע מלעשות כן, לעתים גם בעבירות חמורות כמו עבירות סמים או עבירות נגד המוסר שנעברו מחוץ למשפחה, ואף אם לא נותר שלום בית לשמר.⁷⁶ בכך נותר הכלל הישראלי דיכוטומי: בן הזוג כשר וחייב להעיד (לדוגמה, כאשר מדובר בעבירות אלימות או עבירות נגד המוסר שנעברו בתוך המשפחה), או שהוא פסול להעיד נגד בן זוגו, אלא אם כן בחר הנאשם לקרוא לו להגנתו.⁷⁷ שלא כמו בחלק מן השיטות הזרות, החוק הישראלי ככלל איננו מעניק שיקול דעת לבן הזוג העד אם להפלייל את בן זוגו.⁷⁸

אמנם יש מקום להטלת ספק במידת העצמאות של עדה להעיד נגד בן זוגה אף אם יוענק לה שיקול דעת: כפי שציין השופט שמגר בפרשת עומרי, גם במקרים שבהם בת זוג מעדיפה שלא להעיד, לעתים קרובות הפרשנות הנכונה להתנהגותה איננה שהיא מבכרת את שלום הבית אלא "חוששת מנחת זרועו ומנקמתו ואינה מאמינה בכך שהרשויות המופקדות על אכיפת החוק יהיו מסוגלים לסייע בידה".⁷⁹ ואולם, תובנה זו צריכה הייתה להוביל להרחבת קשת המקרים שבהם בני זוג רשאים ואף חייבים להעיד. מודל אפשרי הוא חיובו של בן זוג שהיה עד ישיר למעשה להעיד בכל עבירה מסוג פשע. בכך יש כדי לאזן בין האינטרס החברתי בהבאת עבריינים לדין ובין שמירה על שלום הבית, אף של עבריינים. עם זאת, גם בעבירות קלות לא ברור מדוע אין לכלל הפחות לאפשר לבני זוג להעיד על דברים שקלטו בחושיהם כל אימת שיחפצו בכך במקום לשמר שלום בית שבו אינם חפצים או שהם עצמם מעריכים פחות מחקר האמת.

בחוסר הבחנתו בין חיסיון תקשורת לבין חיסיון עדות נוצר במשפט הישראלי חוסר עקביות נוסף: החיסיון חל אך ורק בזמן הנישואין ורק בהליכים פליליים, גם כאשר מדובר על דברים שהוחלפו בין בני הזוג במסגרת יחסי אמון ומתוך הנחה שלא יתגלו. דברים שנאמרו מתוך יחסי אמון כלל אינם נהנים מחיסיון בהליכים אזרחיים, ואינם חסויים בהליכים פליליים אם בני הזוג התגרשו בינתיים.⁸⁰ גישה זו

74 ס' 6 לפקודת הראיות.

75 בני זוג עדיין חייבים לשתף פעולה עם המשטרה ובכך נבדלים מחשודים, למשל.

76 עניין פלוני 7895/04, לעיל ה"ש 73.

77 ס' 6 לפקודת הראיות.

78 המצב היחיד שבו מסור שיקול דעת לבן הזוג הוא כאשר אדם נוסף עומד לדין עם בן זוגו: לבני זוג נתונה אפשרות בחירה אם להעיד נגד שותף של בן זוגם העומד לדין באותו כתב אישום. ואולם, הפסיקה איננה חד-משמעית בשאלה אם עדות בן הזוג במצבים כאלה תוכל לשמש לחובת בן הזוג. ראו ע"פ 611/80 מטוסיאן נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(4) 85 (1981).

79 עניין עומרי, לעיל ה"ש 18.

80 ע"פ 78/62 דרשני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד טז 1814 (1962).

מנוגדת לעובדה שהן הרציונל האינסטרומנטלי והן הרציונל ההומניסטי תומכים בתחולתו של חיסיון התקשורת גם אם הנישואין פורקו בינתיים. בניגוד לדין הישראלי, שני הרציונלים אף תומכים בתחולת החיסיון, אולי ביתר שאת, בהליכים אזרחיים.⁸¹ אדרבה, דווקא במקרים שבהם מדובר רק בענייני ממון נראה שיש לבכר שיקולים חוץ-הוכחתיים, כגון שימור יחסי האמון בין בני זוג, על פני חקר האמת. זוהי גישת בתי המשפט לחסיונות אחרים, כגון החיסיון לטובת המדינה והציבור שם הנטייה היא להכיר בחיסיון רחב יותר בהליכים אזרחיים.⁸² נראה שכלל ראוי יותר יכיר בחיסיון בנוגע לדברים שהוחלפו מתוך יחסי אמון, בין בהליך אזרחי ובין בהליך פלילי, אף לאחר תום מערכת היחסים.

4. מיהו "בן זוג"?

כפי שראינו, כלל הפסלות הקבוע בסעיף 3 לפקודת הראיות סובל משורת קשיים. גם אם אלו ייפתרו באופן שיביא לכלל ראוי יותר, מתעוררת שאלה מושגית: מי הם "בני הזוג" שעליהם חלים או צריכים לחול כללי עדות מיוחדים? האם "בני זוג" הם רק אלו אשר נישאו כדין במדינת ישראל? או שמא יש לראות כבני זוג גם זוגות אחרים, אשר נעדרים כשרות להתחתן על פי חוקי מדינת ישראל או אשר למרות כשרותם בוחרים שלא להינשא מתוך מחאה חברתית או פוליטית, שיקולים כלכליים או כל סיבה אחרת? ומה דינם של הידועים בציבור?

בעוד הסימן הדין בכשרות בני משפחה בפקודת הראיות כולל הגדרה ל"הורה" ו"ילד", נעדרת ממנו הגדרה ל"בני זוג".⁸³ בהקשר זה, בתשעים שנותיו עבר הסעיף תמורה בעלת משמעות לעניינינו: הסעיף המופיע כיום בפקודה, שעניינו עדות "בן זוג", החליף את הסעיף האנגלי מ-1924 אשר דיבר מפורשות על "בעל" (husband) ו"אישה" (wife).⁸⁴ אמנם התיקון נבע מרצון להחליף ניסוח ארכאי מסורבל ולא משאיפה להרחיב את גדרו של הסעיף (במיוחד על רקע הצמצומים שחלו בו עם השנים), אך בכל זאת יש בשנינו הנוסח כדי לפתוח שער פרשני להכרה במערכות יחסים אחרות מלבד נישואין הטרוסקסואליים, כולל ידועים בציבור ובני זוג (נישואים או לא נישואים) מאותו המין.

לאור עמדתו בפרשת דנילוביץ'⁸⁵ ייתכן שאין זה מפתיע שהשופט קדמי סבור כי "בני זוג" הם אך ורק "אלה שהדין בישראל מכיר בנישואיהם".⁸⁶ גישתו של קדמי עשויה להוציא מתחולת הכלל בני זוג מאותו המין אף אם אלו נישאו בחו"ל: אף שהפסיקה מחייבת את רישומם, עניין ההכרה בנישואיהם

81 לעניין תחולת החיסיון מעבר לעדות בן זוג בהליך הפלילי ראו נינה זלצמן "הכשרות לעדות, החובה להעיד וראיות חסויות" משפטים טז 62, 71 (1986).

82 בש"א 2459/10 עיזבון והבה נ' משרד הביטחון (פורסם בנבו, 1.9.2010); בש"א 723/97 בנוימן נ' שר הביטחון, פ"ד נא(1) 364 (1997).

83 ס' 8 לפקודת הראיות. מצב דומה קיים באוסטרליה, שם החוק אמנם מרחיב את תחולתו ל- de facto partner, אך אינו מגדיר במדויק מיהו אותו בן זוג. ODGERS, לעיל ה"ש 61, בעמ' 67.

84 Evidence (Amendment) Ordinance, 1924, 1 LEGISLATION OF PALESTINE, 1918-1925, at 384 (Norman Bentwich compiler, 1926).

85 בג"ץ 721/94 אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ', פ"ד מח(5) 749, 771 (1994), שם כתב השופט קדמי כי "בעוד ששניים שחברו לחיים משותפים והם מאותו מין – לא 'זוג' הם, אלא 'צמד חברים'".

86 יעקב קדמי על הראיות חלק ראשון 441 (2009).

נותר לעת עתה בצריך עיון.⁸⁷ לגישת קדמי, אף הידועים בציבור "אינם נחשבים כבני זוג בהקשר הנידון כאן."⁸⁸

דומה שביסוד גישתו של קדמי מונחת תפיסתו האינסטרומנטלית של ויגמור לחסיונות: על מנת להכיר בחיסיון על החברה להכריע, דרך דיני הנישואין, שמדובר במערכת יחסים "כשרה" הראויה לטיפוח. במקום להציב את הפרט במרכז מתמקדת מערכת המשפט בחברה ובתפיסותיה (עד כמה שהדין בישראל משקף את רצון החברה). רק מערכות יחסים שהחברה הכריעה שהנן בעלות ערך (כאמצעי), כפי שמשקף מדיני הנישואין, הן הראויות להגנת החיסיון. עמדתו של קדמי בנוגע לתחולת הכלל על בני זוג מאותו המין יכולה לסמוך, בין היתר, על ההיסטוריה של הכלל והרציונל שניצב אז בבסיסו: אם האחידות בין בני הזוג נשענת על האמור בספר בראשית, הרי שאין מקום להרחיבה לידועים בציבור, ודאי שלא לבני זוג מאותו המין. ואולם, עמדתו מנביעה את האבסורד שגם בני זוג פרודים אך נשואים כדין יוכפפו לכלל הראייתי, אף בהיעדר שלום בית ותקווה (או רצון) לשקמו, שכן נישואין, כל עוד הם תקפים, ראויים לטיפוח ולשמירה.

התפיסה ההומניסטית לחיסיון בין בני זוג, לעומת זאת, מעמידה את הפרט, ולא את החברה, במרכז ההחלטה אם יש מקום להכרה בחיסיון. השאלה איננה אם מבחינה חברתית המדינה מעוניינת בטיפוח מערכת יחסים מסוימת, אלא אם על המשפט לאפשר לפרט להגדיר את מערכות היחסים המשמעותיות בחייו וליצוק לתוכן משמעות. הדברים אינם תלויים בשאלה אם המדובר בקשר אשר החברה רואה בו ערך לשם קידום מטרה כלשהי (יציבות חברתית, שיקולים דמוגרפיים וכדומה). לפי תפיסה זו, פרט למקרים שבהם מערכת יחסים נוגדת את תקנת הציבור (ביגמיה, לדוגמה) אין מקום לשלול את החיסיון מבני הזוג.

על אף השפעתו הניכרת של השופט קדמי בדיני הראיות, מגמת הפסיקה בשנים האחרונות היא להכיר גם במערכות יחסים מלבד נישואין, באופן היכול להעיד על התרחקות מתפיסה אינסטרומנטלית ופורמליסטית:⁸⁹ בכמה מקרים שבהם עלו ספקות בנוגע לתחולת הכלל על מערכות יחסים מלבד נישואין נקטו בתי המשפט פרשנות מרחיבה, אשר העניקה למונח "בן זוג" את "אותה משמעות שנודעת לו בחברה הישראלית" באופן החל גם על הידועים בציבור.⁹⁰

87 בג"ץ 3045/05 בן-ארי נ' מנהל מינהל האוכלוסין במשרד הפנים, פ"ד סא(3) 537 (2006).
88 קדמי, לעיל ה"ש 86, בעמ' 441. נראה שאף לגישתו של קדמי, אין צורך שמערכת המשפט הישראלית תאפשר לבני הזוג להינשא במדינת ישראל, אלא די בכך שהיא מכירה בנישואיהם. נראה כי לדידו הכלל יחול לכל הפחות על נישואין בין חסרי דת או בני דתות שונות וכן על נישואין בין כוהן לגרושה או כוהן לגיורת.

89 השו"א סף הרדוף "בעל נגד אישה, אמת נגד משפחה, או המבט הרביעי על הכשרות להעיד במשפט הפלילי" דין ודברים ג 273, 291 (2007) ("פרשנות המונח בהלכה היא צרה ואינה כוללת ידועים בציבור, אבל אין הדבר מחויב"). בכך הסתמך הרדוף על דבריו של קדמי בספרו, בעוד הפסיקה, לפחות בערכאות הנמוכות, קבעה אחרת.

90 ע"א 2000/97 לינדורן נ' קרנית קרן לפיצוי נפגעי תאונות דרכים, פ"ד נה(1) 12, 30 (1999). ליישום תובנה זו באשר לעדות בני זוג באופן ספציפי ראו: פסק דינו של השופט מגד בת"פ (שלום ב"ש) 2190/01 מדינת ישראל נ' מויאל (פורסם בנבו, 28.4.2004), שם התעוררה שאלה בנוגע לבני זוג שהתגרשו, אולם לאחר מכן המשיכו לנהל משק בית משותף. בית המשפט קבע כי האישה פסולה להעיד נגד בן זוגה, אף על פי שאינם נשואים. ראו גם ת"פ (שלום ב"ש) 57458-10-10 מדינת ישראל נ' צאנע (פורסם בנבו, 9.5.2011), שם דובר על בני זוג אשר התעורר ספק באשר להיותם נשואים, אך לא היה ספק שהם מנהלים

בית המשפט העליון טרם נדרש מפורשות לשאלת תחולתו של הסעיף על עדות בני זוג מאותו המין, אולם בין השיטין עולה כי בבוא העת יורחב כלל העדות גם בכיוון זה: בפרשת בן-ארי אף השופט רובינשטיין (שהיה במיעוט) חיווה את דעתו, אמנם באמרת אגב, כי הידועים בציבור, ובכללם בני זוג מאותו מין, אינם כשרים להעיד זה לחובת זה.⁹¹ מכוח קל וחומר נכונים הדברים גם לבני זוג מאותו המין שנישאו במדינות המאפשרות זאת, הרשאים מכוח אותו פסק דין לרשום את נישואיהם בארץ, אף ששאלת ההכרה בנישואיהם נותרה לעת עתה בצריך עיון.⁹²

תזכיר הצעת החוק לתיקון פקודת הראיות (עדות קרובים), התשע"ג–2013 מוסיף לסעיף 8 הגדרה של בן זוג באופן המרחיב מפורשות את תחולת הסעיף גם על הידועים בציבור.⁹³ אמנם הצעת החוק איננה דנה במפורש בבני זוג מאותו המין, אך לאור הרחבות הפסיקה בנושא ההכרה בבני זוג כידועים בציבור לצורך שורת זכויות כלכליות וחברתיות, תהיה זו הפתעה אם הכלל לא יוחל על ידועים בציבור בני אותו המין. נראה שבכך ייחתם הגולל על האופציה הפרשנית שאותה מציג השופט קדמי.

ד. האם המאבק למען הכרה בחיסיון בין בני זוג מאותו מין הוא ראוי?

למרות הקושי להצדיק את כלל הפסלות הישראלי עבור בני זוג, יש בצמצומו לבני זוג נשואים כדין משום פגיעה בעקרון השוויון. כדי שכלל חיסיון או כשרות מיוחד עבור זוגות נשואים יהיה שוויוני, תנאי מקדמי הוא שלכל אדם תהא האפשרות לשאת את בחיר לבו. אולם במרבית מדינות העולם, כולל ישראל, אלו אינם פני הדברים. לא זו אף זו: לאור מקומו של הדין הדתי בנושאי מעמד אישי במדינת ישראל, גם לזוגות הטרוסקסואליים אין תמיד גישה שווה לנישואין, במיוחד בתוך תחומי המדינה.⁹⁴ זוגות לעתים אינם נישאים לא בשל היעדר רצון, אלא בהיעדר יכולת. בכך יש כדי לבסס את הטענה שהכלל בדבר עדות בני זוג צריך להתפרס מעבר לד' אמותיו של מי שהדין בישראל מאפשר לו להינשא או מכיר בנישואיו, לפחות למערכות יחסים בעלות מאפיינים דומים לנישואין, כגון הידועים בציבור. העובדה שהדין הישראלי אינו מאפשר את נישואיהם מחזקת את טענת ההפליה של בני זוג מאותו המין

משק בית משותף ויש להם ילדים משותפים. בית המשפט הכיר בנישואיהם. ראו גם מ"ת (שלום ק"ג), 17325-01-12 מדינת ישראל נ' מטבייצוק (פורסם בנבו, 18.3.2012), שם בית המשפט הותיר בידי השופט הדן בתיק את ההכרעה בשאלה אם הנאשם והעדה ניהלו ומנהלים מערכת יחסים הפוסלת אותם לעדות, אך בכך יש כדי להראות כי קיומם או היעדרם של נישואין דווקא אינם בבחינת גורם שבלעדיו אין.
 91 בג"ץ 3045/05 בן-ארי, לעיל ה"ש 87, פס' יד לפסק דינו של השופט רובינשטיין. רובינשטיין הביא זאת כדוגמה לכך שבני זוג מאותו מין נהנים מכל הזכויות שמהן נהנים זוגות נשואים, ועל כן אין להתקש על הערך ה"סמלי" לטעמו של רישום נישואין.
 92 שם, פס' 23 לפסק דינו של הנשיא ברק.
 93 תזכיר חוק לתיקון פקודת הראיות (עדות קרובים), התשע"ג–2013. ראו גם: [index.justice.gov.il/](http://index.justice.gov.il/Publications/Articles/Pages/TazkirEdutKrovim.aspx)
 94 אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל כרך א 195 (מהדורה חמישית, 1996); השוו יהודה בלום "דיני הנישואין בישראל וזכויות האדם" הפרקליט כב 214 (1966).

ביחס לזוגות היכולים להינשא אך בוחרים שלא לעשות כן: בניגוד לחבריהם ההטרונורמטיביות שבחרו שלא להינשא, עבור בני זוג מאותו המין אפשרות זו כלל אינה קיימת.⁹⁵ ואולם, נשאלת שאלה רחבה יותר, המקרינה על שאלת החיסיון אך חורגת ממנה: האם ההכרה בנישואין בין בני זוג מאותו המין – על כל הזכויות הנגזרות ממנה, לרבות החיסיון בין בני זוג – אכן מגשימה את השאיפה לשוויון מהותי?⁹⁶ בעוד בחלקים הקודמים בפרק זה נדונו היבטים ספציפיים של הכללים בדבר עדותם של בני זוג, במוקד החלק הבא עומדות סוגיות עקרוניות יותר המקרינות על כללים אלו וכן על הנחות המוצא שבבסיסם.

לטענת המבקרים, המאבק להכרה בנישואין לבני אותו המין חוטא לעיקר בקבלו את ההבחנה הבסיסית שבין נשואים ללא נשואים כשיקול רלוונטי בחלוקת טובין חברתיים, כולל הטבות מס, אימוץ, ארוח ובמקרה זה – חסיונות ראייתיים. יש בו משום ניסיון של להט"בים לחקות מוסד פטריארכלי דכאני שאיננו יציר כפיהם ואינו משקף את ערכיהם, זאת במקום להתמקד במיגור ההפליה תוך הכרה בזהויות להט"ביות כחלופות לתכתיבי החברה ההטרונורמטיבית.⁹⁷ על המאבק, לדעת המבקרים, להתמקד בעיצוב מחדש, במובן העמוק, של הגדרות חלופיות למערכות יחסים ו"משפחה", לרבות החובות והזכויות שהן נושאות בחובן.⁹⁸ לעומתם יש הסבורים שדווקא המאבק לשוויון בנישואין הנו בעל פוטנציאל לערוך טרנספורמציה במוסד הנישואין עצמו והפיכתו למפלה ודכאני פחות.⁹⁹ עבור רבים המחלוקת איננה בהכרח אידאולוגית אלא פרגמטית בעיקרה, ונגזרת מן השאלה אילו מטרות הן בנות השגה: האם מדובר על מאבק לשינוי פני החברה מן היסוד, או שמא על קבלת המבנה החברתי ההטרונורמטיבלי הבסיסי בניסיון להביא לשוויון ללהט"בים במסגרת מוסדות קיימים, גם במחיר קידושם של מוסדות בעייתיים? ניתן לאתר מחלוקות מקבילות לאלו שבתוך תנועת הלהט"ב אף בקרב הגישות הפמיניסטיות ויחסן למוסד הנישואין.¹⁰⁰

באופן ספציפי, הרחבת כללי העדות לבני זוג מאותו המין מעלה שאלות באשר לתפקידו הפטריארכלי של הכלל וההיסטוריה הבעייתית שלו, שעליהם עמדנו לעיל: המדובר בכלל המבוסס, בין היתר, על התנ"ך ועקרונות הזוגיות המשתקפים בו, הנובע מהנחות בדבר אדנות הבעל ביחס לאשתו ולמשפחתו עד כדי מחיקת אישיותה הנפרדת של אשתו. אמנם הכלל עבר ככרת דרך מאז המאה השש עשרה, כפי שראינו בחלק השני של פרק זה, אך הוא נותר רווי מרכיבים מן הצופן הגנטי המקורי שלו. נשאלת השאלה: האם זהו כלל שהתנועה הלהט"בית מעוניינת להיאבק להנצחתו?

95 אך יש לשים לב שבארצות הברית טענות מסוג זה נדחו בינתיים: New Wigmore, לעיל ה"ש 36, בעמ' 853, שמצטט את State v. Watkins, 614 P.2d 835, 126 Ariz. 293 (1980).

96 Nancy D. Polikoff, *We Will Get What We Ask For: Why Legalizing Gay and Lesbian Marriage Will Not "Dismantle the Legal Structure of Gender in Every Marriage"*, 79 VA. L. REV. 1535, 1536–1537 (1993). המחלוקת אולי עזה פחות בישראל, אך קיימת. ראו דן יקיר ויונתן ברמן "נישואין בין בני אותו המין: האמנם הכרחי? האמנם רצוי?" *מעשי משפט* א 169, 171 (2008).

97 Edward Stein, *Marriage or Liberation? Reflections on Two Strategies in the Struggle for Lesbian and Gay Rights and Relationship Recognition*, 61 RUTGERS L. REV. 567, 572 (2009).

ש.ם. 98

ש.ם. 99

100 Roger C. Park & Michael J. Saks, *Evidence Scholarship Reconsidered: Results of the Interdisciplinary Turn*, 47 B.C. L. REV. 949, 1000 (2006).

להלן אסקור חלק מן הביקורות הפמיניסטיות והלהט"ביות הבולטות על החיסיון בין בני זוג, המשפיעות על השאלה אם ראוי להיאבק למען הרחבתו לבני זוג מאותו מין, או שמא המאבק צריך להתמקד דווקא בצמצומו ומיגורו או בהגדרתו מחדש מן היסוד באופן שוויוני יותר.

1. חסיונות בין בני זוג מפרספקטיבה פמיניסטית

הביקורות הפמיניסטיות המשפיעות על סוגיה זו מכוונות לא רק כלפי הכללים בדבר עדות בני זוג אלא כלפי דיני החיסיון באופן כללי.¹⁰¹ במישור הסמלי, יש הטוענות שהניתוח האינסטרומנטלי ברוח ויגמור, הדומיננטי כל כך בספרות ובפסיקה בנוגע לדיני החיסיון, משקף בבסיסו תפיסת עולם גברית. אף על פי שדיני החיסיון נחזים כביטוי לתפיסת עולם ברוח הפמיניזם התרבותי, המבכר תקשורת ומערכות יחסים על פני חקר האמת, ההנחה שהחיסיון הוא תנאי מוקדם לתקשורת משקפת לאמתו של דבר הנחת יסוד הפוכה: שביטוי רגשות וחשיפת סודות – הן במערכות יחסים מקצועיות וטיפוליות והן במערכות יחסים זוגיות – הם אות לחולשה. לכן רואה מערכת המשפט צורך לתמרץ פרטים לשתף בעלי מקצוע ואפילו בני זוג באותם פרטים, על ידי הבטחתם מפני חשיפה באמצעות הענקת חיסיון.¹⁰² אילו שיקפו דיני הראיות פרספקטיבה פמיניסטית, כך לפי הטענה, נקודת המוצא הייתה שיתוף במידע. עיצוב החיסיון לא היה מתמקד אז בשאלה מה נדרש כדי לתמרץ בני זוג לתקשר ואם המידע היה מוחלף ללא חיסיון, אלא בניתוח הומניסטי המתמקד בשאלה של היקף הספרה הפרטית שעליה יש להגן כדי להביא למלוא הגשמת ה"אני".

טענה נוספת וקשורה בפי המבקרות היא שבעוד גברים נוטים לגלות את צפונות לבם רק לבנות זוגם, נשים נוטות לחלוק פרטים אינטימיים עם חברות קרובות או אחיות – מערכות יחסים אשר אינן נהנות מחיסיון משפטי כלל.¹⁰³ בכך שוב מבטא הדין הקיים פרספקטיבה גברית. תימוכין לטענה שגברים הם הנהנים העיקריים מן הדין הקיים נמצאו, בין היתר, בניתוחים אמפיריים של השימוש בחיסיון בין בני זוג: נכון לשנות השמונים, כ-90% מן המקרים נועד השימוש בחיסיון בין בני זוג למנוע עדות של בת זוג נגד בן זוגה.¹⁰⁴ עם זאת, כדי לבחון אם הסיבה לשימוש הרחב יותר של גברים בחיסיון נובע ממבנהו של הכלל צריך לדעת, בין היתר, מהי הפרופורציה בין גברים לנשים כבעלי דין, במיוחד כנאשמים בהליכים פליליים.

גם אם דוחים ביקורות פמיניסטיות על דיני החיסיון ועל מוסד הנישואין באופן כללי, דומה כי הכלל בדבר עדות בני זוג הוא מטרה לגיטימית לביקורות כאלה, וזאת לא רק בשל ההיסטוריה שלו.

101 מדובר אך בהיבט אחד של הביקורת הפמיניסטית על דיני הראיות. לניתוח של היבטים נוספים של דיני הראיות מפרספקטיבה פמיניסטית ראו FEMINIST PERSPECTIVES ON EVIDENCE (Mary Childs & Louise Ellison eds., 2000) (להלן: FEMINIST PERSPECTIVES; Park & Saks, לעיל ה"ש 100, בעמ' 998–1008. לסקירה בעברית של היבטים מובהקים של דיני הראיות הסובלים מהיעדר פרספקטיבה פמיניסטית ראו יובל מרין "מבט פמיניסטי על דיני הראיות: ה'אמת' הממוגדרת והשתקת הקול השונה" המשפט טז 97 (2011).

102 Kit Kinports, *The 'Privilege' in the Privilege Doctrine: A Feminist Analysis of the Evidentiary Privileges for Confidential Communications*, in FEMINIST PERSPECTIVES, supra note 101, at 79, 80–81.

103 Levinson, לעיל ה"ש 42.

104 *Developments in the Law*, לעיל ה"ש 44, בעמ' 1563, 1587.

למרות לשונו השוויונית של הכלל, המגן אף על נשים מפני עדות בן זוגן, התייצבות המשפט כנגד יכולת התערבותה של המדינה בשם שלום הבית וקדושת התא המשפחתי כספֶרה פרטית אינה ניטרלית; היא רק מחזקת את השחקנים החזקים ממילא בתוך התא המשפחתי, האבות והבעלים, דבר העשוי להשתקף מחוסר הסימטריה בשימוש בכלל. הכלל בצורתו הנוכחית ממשך אפוא לבטא תפיסות פטריארכליות המגנות על גברים בתפקידם כבעלים (ובמשפט הישראלי, גם כאבות) מפני התערבות המדינה, באופן המאפשר להם, או מקל עליהם, לעבור עבירות או להפעיל לחצים בדיעבד על נשותיהם, בניהם ובנותיהם כדי למנוע את עדותם נגדם.¹⁰⁵ במשפט הישראלי, שבו הכלל מותר את זכות הווטו בנוגע לעדות בידי הנאשם גם כאשר בת זוגו הייתה עדה לעבירה ומוכנה להעיד, ביקורת זו מקבלת משנה תוקף. מתח זה הולך ומופג ככל שהמדינה מחייבת, או לכל הפחות מתירה, לבני זוג וילדים להעיד, ומגמה זו אכן ניכרת בחקיקה ובפסיקה הישראליות. ואולם, עדיין נותרו מצבים שבהם עדים מעוניינים להעיד נגד בני זוג שפשעו, פגעו בהם, בילדיהם ובחברה בעוד מערכת המשפט מתפלפלת בשאלה אם ניתן, לאור לשון החוק ותכליתו, להכשיר את עדותם.¹⁰⁶

ספק אם ביקורת פמיניסטית זו תקפה באותה מידה גם בנוגע למערכות יחסים בין בני זוג מאותו המין. בהנחה שאלו אינן משעתקות דפוסים פטריארכליים וחלוקות תפקידים מגדריות – שאלה מעניינת, החורגת מתחומי פרק זה – הרי שקטן החשש להטיות מגדריות בשימוש בכלל. יתרה מכך, ייתכן שיש בהרחבת הכלל למערכות יחסים שבהן הכוחות מאוזנים יותר כדי להחליש את אופיו הדכאני והפטריארכלי.¹⁰⁷ ואולם, גם אם תחולת הכלל במערכות יחסים בין בנות זוג מאותו המין אכן מאוזנת יותר, ספק אם מאבק לשם הנצחת הכלל בצורתו הנוכחית, שבו לנאשם הכוח למנוע את העדות, הוא מאבק ראוי. נראה שמאבק לתיקון החוק והחלתו על בני זוג מאותו המין ראוי שיכלול גם הגדרה מחודשת של עקרונות היסוד של הכלל, באופן שיבחין בין חיסיון תקשורת לחיסיון עדות ויאפשר לבני זוג המעוניינים בכך להעיד נגד בני זוגם על דברים שקלטו בחושיהם ואינם נובעים מתקשורת אינטימית ביניהם.

2. ביקורת להט"בית על הכללים בדבר עדות בני זוג

עיקר חצי הביקורת הלהט"בית כלפי הכרה בחיסיון בין בני זוג מכוונים אל עבר המעמד המיוחד שהם מקנים לבני זוג נשואים או מעין-נשואים לעומת אלו שאינם במעמד כזה. הביקורת נסבה על השאלה אם אין במאבק הלהט"ב לנישואין ולזכויות הנלוות לנישואין, כולל חסיונות, משום כניעה לתכתיבים הטרונורמטיביים בקביעה מהו "נורמלי". על פי הטענה, יש במאבק לשם הכרה בחיסיון לבני זוג מאותו המין משום קבלה של הנחת המוצא הרואה במוסד הנישואין אבן יסוד של החברה, מערכת יחסים ייחודית ואידאלית שעל המשפט לטפח ואשר מערכות יחסים אחרות צריכות להידמות לה כדי לזכות בהכרה משפטית. אם כן, המאבק לשם חיסיון בני זוג מאותו המין הוא אך היבט אחד של ויכוח רחב יותר בשאלה הבאה: האם המאבק להכרה בנישואין בין בני זוג מאותו המין אינו מסיט את המאבק

105 Kinports, לעיל ה"ש 102, בעמ' 96–97; Malinda L. Seymore, *Isn't it a Crime: Feminist Perspectives on Spousal Immunity and Spousal Violence*, 90 NW. U. L. REV. 1032 (1996).

106 עניין פלוני 7895/04, לעיל ה"ש 73.

107 *Developments in the Law*, לעיל ה"ש 44, בעמ' 1563, 1587.

הלהט"בי לאפיקים שלא בהכרח יביאו לפתרונה של סוגיית ההפליה, וזאת תוך אימוץ תבניות חברתיות הטרוסקסואליות, בבחינת שימוש בכלי האדון לפירוק ביתו.¹⁰⁸ חיסיון מיוחד עבור בני זוג נשואים דווקא, כך לפי הטענה, הוא תולדה של תפיסת עולם שלפיה נישואין מייצגים נקודת שיא לא רק כמערכת יחסים אידאלית אלא כדרך להגשמה עצמית, בעלת השלכות חברתיות, כלכליות ומשפטיות.¹⁰⁹ מימוש עצמי ואזרחות מלאה, על הזכויות הנלוות אליהם, אינם יכולים לבוא למלוא הגשמתם אלא במסגרת נישואין. יש המזהים במאבק להכרה בנישואין בין בני אותו המין אימוץ של נקודת מבט ויקטוריאנית זו, הרואה בנישואין את פסגת ההווה: לדעת המבקרים המאבק מתמקד יתר על המידה בחיסיון לזכות בהכרה בנישואין להט"ביים מתוך הנחה שזו תביא לפתרון כלל האתגרים שאתם מתמודדת הקהילה הגאה.¹¹⁰ בכך יש התעלמות מסוגיות מרכזיות ובערות יותר, כגון הפליה בתעסוקה ובאספקת שירותים ומוצרים, נושאים שאינם בהכרח תלויי מעמד אישי.

ביסודה חוזרת ביקורת זו למחלוקת שבין הגישה האינסטרומנטלית לגישה ההומניסטית לדיני החיסיון: נשאלת השאלה האם נישואין הם אכן מוסד ייחודי שעל מערכת המשפט לטפח, או שמא על המשפט, בין היתר דרך דיני החיסיון, להגן על הפרטיות שבמערכות יחסים אינטימיות ואוהבות באשר הן, בין שהן מתבטאות בנישואין ובין אם לאו.¹¹¹ הגישה הראשונה מובילה לאבסורדים שסקרנו לעיל, המתבטאים בהקניית חיסיון גם במסגרת נישואין הבנויים על שקרים והתעללויות פיזיות ורגשיות. הגישה השנייה, לעומת זאת, מתמקדת במהות הקשר והנוק שגילוי עשוי להוביל לו מבחינת מעילה באמון, מבלי להקפיד בשאלת התווית שהמדינה והחברה נכונות להעניק לה דרך דיני הנישואין, אך יוצרת עמימות לגבי גבולות הכלל.

לדעת המבקרים, הכרה בחיסיון עבור בני זוג נשואים מאותו מין איננה בהכרח מתקנת הפליה, אלא מנציחה העדפה של נישואין על פני מערכות יחסים זוגיות אחרות.¹¹² אלא שזירת ההפליה מועתקת לאבחנה שבין הנשואים, הטרוסקסואלים או הומוסקסואלים, לאלו שאינם נשואים.¹¹³ בכך יש כדי להמשיך ולהפלות לרעה את כל אותן מערכות יחסים אחרות שאינן עולות כדי נישואין או דומות להם. הפתרון הראוי, לדעת המבקרים, הוא להעניק זכויות וחובות על פי התכליות שאותן נועדו להגשים.¹¹⁴ אם החיסיון בין בני זוג נועד להבטיח שלום בית ופטור מן הטריילמה, נראה שקיומם או היעדרם של נישואין, במיוחד במאה העשרים ואחת, הוא משני.

מזווית אחרת, יש הרואים טעם לפגם בדגש המופרז על מיניות כתנאי הכרחי (אף אם לא מספיק) להגדרת מערכות יחסים הראויות להכרה בזכויות, כולל חיסיון. עבור א-סקסואלים, לדוגמה, מערכת

- AUDRE LORDE, SISTER OUTSIDER 112 (2007) 108
 Capers, לעיל ה"ש 8, בעמ' 723. 109
 שם. 110
 Levinson, לעיל ה"ש 42. 111
 Capers, לעיל ה"ש 8. 112
 Laura Rosenbury, *Friends with Benefits?*, 106 MICH. L. REV. 189 (2007); Ethan J. Leib, *Friendship & the Law*, 54 UCLA L. REV. 631 (2007) 113
 NANCY D. POLIKOFF, BEYOND (STRAIGHT AND GAY) MARRIAGE: VALUING ALL FAMILIES UNDER THE LAW (2008). ראו במיוחד שם, בפרק 7. 114

משפט המתנה קבלת זכויות במיניות כלשהי – בין שמדובר במיניות הטרונורמטיביות, בסקסואלית או הומוסקסואלית – מפלה לרעה את אותם אנשים שהמין איננו ציר מרכזי בהגדרת זהותם או בקביעת מערכות היחסים המשמעותיות בחייהם.¹¹⁵ חיסיון לבני זוג מאותו מין ממשיך להדיר א-סקסואלים ואת מערכות היחסים שבהם הם מוצאים משמעות, ומסיר מהם את הגנתו של המשפט. המחיר שמשלמת החברה על הכרה בחיסיון עבור בני זוג מאותו מין איננו מתמצה אפוא בהקרכת חקר האמת. המאבק למען חיסיון עבור בני זוג מאותו מין ממשיך לקדש מערכות יחסים מסוימות על חשבונן של אחרות, ויוצר לגיטימיות סלקטיבית וחלוקת הטבות באופן בלתי שוויוני.¹¹⁶ בכך מפקירים אלו המצויים במערכות יחסים זוגיות הדומות לנישואין את אחיהם ואחיותיהם למאבק, באופן שמפיג את הפוטנציאל לכללים מהפכניים באמת, כאלה שישקפו הסכמה רחבה יותר.

היבט אחר של טענה זו מתמקד לאו דווקא בבטיחה של הגדרת בני זוג או מערכת יחסים, אלא בממשק שבין חיסיון עבור מערכות יחסים אינטימיות לבין זה של מערכות יחסים מקצועיות. ביקורת זו מצביעה על האבסורד בכך שמידע נותר חסוי אם הוא נמסר לפסיכולוג או עורך דין, אך לא במצב הנפוץ יותר, שבו הוא נמסר לחברה קרובה או מאהב, אשר תחושת נאמנותם לבעל הסוד ומחויבותם לסודיות המידע עמוקה ומשמעותית יותר. מתן חיסיון במקרים הראשונים, אך לא במקרה האחרון, הוא אף סימפטום להעדפת בעלי מקצוע המחזיקים בתארים מתקדמים הנחשבים מזוהר לכל חולי חברתי,¹¹⁷ העדפה המתעלמת מכך שרבים מחפשים ומוצאים נחמה ותמיכה דווקא בחוגי חברים וקרובים, אלה שאינם נהנים מחיסיון. לכללי החיסיון הקיימים יש, לדעת המבקרים, גם היבט מעמדי: הם מקנים עדיפות לאלו שידם משגת לשכור את שירותיהם של בעלי מקצוע, אך לא אלו שבוחרים או נאלצים מסיבות כלכליות להסתפק בפחות מכך.¹¹⁸

לאור האמור, יש בקרב המבקרים כאלה המבקשים לאו דווקא לבטל את הכלל בדבר עדות בני זוג אלא קוראים לבצע בו תמורות יסודיות. הם חותרים להכרה בערך החברתי שבמערכות יחסים אינטימיות שאינן בהכרח זוגיות או רומנטיות, כגון חברויות עמוקות ורבות שנים או יחסים בין אחים ואחיות. הענקת חיסיון במסגרת מערכות יחסים כאלה תגשים בצורה טובה יותר את מטרתם ההומניסטית של דיני החיסיון: טיפוח ופיתוח של תחושת הזהות של פרטים. ההכרה בחיסיון במסגרתן תביא לכבוד גדול יותר לפרט וליכולתו להגדיר את מערכות היחסים המרכזיות בחייו מבלי להידרש לתכתיבי החברה.¹¹⁹

115 Elizabeth F. Emens, *Compulsory Sexuality*, 66 STAN. L. REV. 303 (2014).

116 מובן שביקורת זו איננה מייחדת את חיסיון התקשורת בין בני זוג. ניתן למתוח ביקורת דומה על נטיית מערכת המשפט להעדיף בעלי מקצוע מסוימים (עורכי דין, פסיכולוגים) במתן חיסיון באופן שאיננו מגן על אלו שידם איננה משגת לשלם עבור שירותים אלו או אינם רואים ערך במקצועות שעליהם מגן החוק (לדוגמה, אלו המעדיפים רפואה אלטרנטיבית על פני רפואה מערבית). יש שמבקרים את דיני החיסיון בדיוק על בסיס זה, שהם משקפים נקודת מבט מעמדית. ראו לדוגמה Kinports, לעיל ה"ש 102, בעמ' 83, 88, 90, 95. אלא שתקפותה של הביקורת גם לחסיונות אחרים איננה שוללת את הביקורת על הגדרותיה למערכות יחסים אינטימיות הנהנות מחיסיון. ייתכן שדווקא מחשבה זוהירה יותר על מערכות יחסים אינטימיות הראויות להגנה תוביל לתובנות בנוגע להעדפות בעייתיות אחרות, המובלעות בחסיונות אחרים.

117 Levinson, לעיל ה"ש 42, בעמ' 646.

118 Kinports, לעיל ה"ש 102, בעמ' 83, 88, 90, 95.

119 Levinson, לעיל ה"ש 42, בעמ' 646.

אחד האתגרים שמציבה חלופה זו של הרחבת החיסיון מעבר לנישואין היא בעיית התיחום: כיצד מגדירים מהי מערכת יחסים אינטימית הראויה להגנת דיני החיסיון? מהי רשימת הקריטריונים החלופיים – במקום יחסי מין, שיתוף בנכסים, משק בית משותף או גידול ילדים – שילמדו על קיומה? נוסף לבעיית חוסר האחידות שבין שופטים, מסירת ההכרעה לבתי משפט ממשיכה להעניק לצד שלישי את השליטה בהגדרת היחסים המשמעותיים לפרט. יתרה מכך, ייתכנו מצבים שבהם עצם הביורור אם מדובר במערכת יחסים אינטימית אם לאו עשוי להוליד פגיעה בפרטיות. לפחות בתקופת הביניים, עד שיתגבשו כללים להפעלת שיקול דעת, עשויה העמידות בתחולת החיסיון גם לפגוע בחילופי מידע במסגרות אינטימיות שההכרה בהן מוטלת בספק.¹²⁰ בעלי המידע יחששו לחלוק מידע זה עם אחרים אם אין להם בטחון שהוא יישאר חסוי. ייתכן שלפחות לעת עתה אין מנוס מיצירת חזקה שנישואין ומערכות יחסים מעין נישואין (כמו ידועים בציבור) ייהנו מהגנת החיסיון, תוך הכרה בכך שבמקרים ספציפיים בכך לא סגי ויש לאפשר לבעלי דין לבקש את הרחבת תחולתו. עם זאת, יש להכיר בכך שאף פתרון זה איננו אידאלי, והוא ממשיך להפלות בין מערכות יחסים אינטימיות.

ה. סיכום

ההצדקות לכללי עדות מיוחדים עבור בני זוג אינן טריוויאליות. מבחינה היסטורית, כפי שראינו בפרק זה, הכללים הנם בעיקר תולדה של תפיסות פטריארכליות שזמנן עבר, או לפחות כך יש לקוות. ואולם, כמו דוקטרינות משפטיות בתחומים אחרים, בטלות הטעם לא הובילה בהכרח לביטול הכלל. במהלך המאות האחרונות פשט הכלל צורה ולבש צורה כדי להתאימו באופן חלקי לרוחות הזמן, לפחות להלכה אף אם לא למעשה. במסגרת זו הפך הכלל במרבית מערכות המשפט המקובל – אך לא במשפט הישראלי – מכלל פסלות לכלל חיסיון.

ניתן כמובן לערער על התכונה שבמתן חיסיון לבני זוג, במיוחד בפשעים חמורים שבהם ראוי שחקר האמת יגבר על שימור התא המשפחתי, יחסי האמון בין בני זוג וזכותו של נאשם לפרטיות ואוטונומיה. ואולם, ויכוח זה, בדבר היקפו הראוי של החיסיון, נפרד מן השאלה מי ראשי להינות ממנו. גם אם יש כיום הצדקה לחיסיון בין בני זוג, תפיסות ליברליות בדבר שוויון וחירות מחייבות את הרחבתו מעבר לזוגות נשואים, וודאי מעבר לזוגות הטרנסקסואליים נשואים, באופן המאפשר לפרט

120 שם, בעמ' 655. כדי להתגבר על קשיים אלו הציע לוינסון ב-1985 כניסוי מחשבתי שהמדינה תעניק לפרטים "כרטיסי חסיונות", אשר אותם יוכלו פרטים להעניק על פי היחסים שבמסגרתם הם מוצאים משמעות, בין שמדובר באח, בן זוג מאותו מין, מטפל או ברמן. תוך רמיזה שההצעה איננה לגמרי רצינית, מכיר לוינסון בחסרונות שבגישה זו: שיבוש באכיפת החוק, אם כי חסיונות בעצם הגדרתם תמיד מערימים קשיים בחקר האמת; הבעיה שבמשפטיות ציפה של מערכות יחסים באופן המטשטש את הבסיס המוסרי שבמעילה באמון; החשש ששימוש בכרטיסים ייעשה לא כדי להגן על מערכות יחסים אינטימיות אלא כמנגנון להשתקת עדים; יצירת לחצים במסגרת יחסים אינטימיים קיימים "לחלק" את הכרטיסים כדי להוכיח שמערכת היחסים חשובה. ייתכן שהפתרון מונח ביצירת רשימה של מערכות יחסים אשר חזקה עליהם (חזקה הניתנת לסתירה) שהן אינטימיות, בעוד מערכות יחסים אחרות תוכרנה על בסיס פרטני. מכל מקום, יש בביקורות כאלה כדי להאיר את השאלה אם מאבק לשם הרחבת החיסיון לבני זוג מאותו המין איננו חוטא למטרה הרחבה יותר, שהיא מתן החירות לפרט להחליט מהן מערכות היחסים החשובות בחייו, שלתוכן ייצוק תוכן, בין היתר על ידי חלוקת מידע אינטימי.

לעצב את מערכות היחסים האינטימיות בחייו. אלו כוללות לכל הפחות בני זוג נשואים מאותו המין ואולי אף ידועים בציבור. עם זאת, נשאלת השאלה האם בכך סגי. ההכרה בכך שמערכות היחסים האינטימיות המגדירות את זהותנו כפרטים אינן מתמצות בנישואין, מחייבת את דיני הראיות לעבור ממודל המתמקד בתווית החברתית הטכנית – נשואים או לא-נשואים – לבחינה מהותית של טיב הקשר עבור הפרט שמסר את המידע במסגרת יחסי אמון. הדבר נחוץ במיוחד במערכות משפט השוללות מפרטים מסוימים את הגישה למוסד הנישואין. רק הכרה כזו תגשים את המעבר שבתי משפט במדינת ישראל מרבים להתהדר בו בדיני הראיות,¹²¹ ובמשפט בכלל מפורמליזם לערכים.¹²²

121 ראו למשל ע"א 6205/98 אונגר נ' עופר, פ"ד נה (5) 87, 71 (2001); ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד סא(1) 461, פס' 40 לפסק דינה של השופטת ביניש (2006).

122 דנ"א 7818/00 אהרן נ' אהרוני, פ"ד נט(6) 653, פס' 29 לפסק דינה של השופטת ארבל (2005); ע"א 10251/05 ברשף אילת בע"מ נ' פקיד שומה אילת, פס' 12 לפסק דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 19.12.2007). לקריאה ביקורתית של סיווג זה ראו שם, פס' ב לפסק דינו של השופט רובינשטיין.