

שיפוט מוסרי של התנהגות מינית בנישואים: אוטונומיה ו"משילות" בעקבות בג"ץ 4602/13

מאת
שחר ליפשיץ*

מאמר זה נכתב בעקבות בג"ץ 4602/13, שדחה בדעת רוב עתירה לכיטול פסק דין של בית הדין הרבני הגדול. פסק הדין נשוא העתירה שלל את זכות האישה לשיתוף בבית המגורים המשפחתי מכוח הלכת השיתוף הספציפי, בין היתר בשל בגידתה בחודשים האחרונים לנישואים שנמשכו כשלושים שנה. השיח המשפטי והציבורי בעקבות העתירה יצר את הרושם, כי מדובר בפסק דין המצמצם את הביקורת השיפוטית על בתי הדין הרבניים כאשר הם פועלים בניגוד לפסיקה האזרחית וכי בג"ץ מתיר להתחשב בשיקולי אשמה מינית בקביעת התוצאות הכלכליות של הגירושים. אולם הניתוח במאמר מגלה כי האמת מורכבת יותר. השופט מינץ פירש את פסק דינו של בית הדין הרבני הגדול – או לפחות את "הרציו" שהציגה דעת הרוב בבית הדין – כמבוסס על השיקולים האזרחיים הרגילים המשמשים לקביעת שיתוף ספציפי בנכס, ללא קשר לעניין הבגידה. לדעת השופט שטיין ההלכות המחייבות את בית הדין לציית לפסיקה האזרחית והאוסרות להתחשב בשיקולי אשמה מינית כוחן יפה, אך הן מוגבלות לאיסור לשלול מאחד מבני-הזוג – בשל אשמתו המינית – זכויות המגיעות לו על פי חוק. לעומת זאת לנוכח משנתו האזרחית בעניין ערך האוטונומיה השופט שטיין סבור, שהן בית המשפט והן בית הדין הרבני רשאים ואף מחויבים לכבד התניה מפורשת או משתמעת של נתינה מכוח הלכת השיתוף הספציפי הנוגעת להתנהגות המינית של המקבל. המאמר עוסק בשלושה עניינים מרכזיים: (1) פרשנות פסקי דין רבי-משתתפים של בתי הדין הרבניים ובכלל זה הנכונות לקרוא בין השורות של הנאמר בהם; (2) אמות המידה להתערבות בפסקי הדין של בתי הדין הרבניים בכלל ובהקשר של פסקי דין המעגנים שיקולי אשמה בכוונת הצדדים בפרט; (3) משנתו האזרחית של השופט שטיין בדבר מרכזיותו של ערך האוטונומיה בקביעת התוצאות הכלכליות של הנישואים והשלכותיו על הסקתם ועל כיבודם של הסכמים ושל נתינות המותנים באשמה מינית.

* פרופסור מן המניין, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן. אני מודה לעדי אייל, לאיתי בר-סימן טוב, להדר דנציג רוזנברג, לאייל זמיר, לרות זפרן, לעדי ליבזון, ליאיר לורברבוים, לאודי נוימן, ליותם קפלן, לעמיחי רדזינר, לרם ריבלין, לבני שמואלי ולשרון שרקגי על הערותיהם. תודה גם ליובל זילבר, לרועי ישראל, לאביחי טוויג ולתאיר סמימי גולן על עזרה במחקר ולצוות כתב העת של עיוני משפט על עבודת המערכת ועל העריכה הלשונית המעולה.

בעקבות הדיון בעניינים הללו מסקנת המאמר תהיה, שמדובר בפסק דין שגוי הן בפרשנותו את פסק דינו של בית הדין הרבני והן בהקשר של אמות המידה להתערבות בו. המאמר גם מראה כי עמדות שופטי הרוב, ובעיקר תיאוריית הניטרליות כלפי הסקת הסדרים המותנים בשיקולי האשמה המינית, כפי שמציע השופט שטיין, טומנות בחובן סכנות רבות – הן כתשתית למדיניות אורחית עצמאית והן כבסיס לפיקוח השיפוטי על בית הדין הרבני. יתרה מזו, גם אם פסק הדין עצמו לא הפך את ההלכות הקודמות ואף אם שופטי הרוב לא התכוונו לכך, הניתוח שבמאמר מתריע על כך שפסק הדין פותח בכל זאת פתח להתחשבות רחבה בשיקולי אשם מיני לצורך קביעת התוצאות הכלכליות של הגירושים; הוא עושה זאת תוך עיגון התוצאות בכוונתם לכאורה של הצדדים לא רק במקרה של נכסים שאינם בני-איזון, אלא אפילו במקרים של נכסים בני-איזון.

המאמר מאלב הערת פסיקה במתכונתה הקלאסית עם דיון עצמאי רחב יותר באשר לשלושה נושאים: (1) טיבה של ההסדרה של יחסי הרכוש בישראל; (2) הרציונל של השיתוף הספציפי מכוח הדין הכללי; (3) מקומם של שיקולי אשמה מינית בקביעת התוצאות הכלכליות של הנישואים בכלל והיחס שבינם לבין ערך האוטונומיה ועקרון הניטרליות בפרט.

מבוא

1. בג"ץ 4602/13: עובדות, פסיקה רבנית ועמדות השופטים
2. מפת דרכים של הטיעונים שבמאמר
- א. המחלוקת הפרשנית: האם פסק דינו של בית הדין הרבני מבוסס על טענת הבגידה ועל הדין הדתי?
 1. הצגת העמדות בבית הדין הרבני הגדול
 2. מחלוקתם של השופטים עמית ומינץ בדבר פרשנות פסק דינו של בית הדין הרבני
 - (א) פרשנותו של השופט עמית
 - (ב) פרשנותו של השופט מינץ
 3. הערכת הוויכוח
 - (א) "ההיבט המקדמי": כיצד עלינו לפרש פסקי דין מרובי משתתפים?
 - (ב) פרשנות הרובד הגלוי של פסק הדין
 - (ג) מעבר לרובד הגלוי: ברוכים הבאים לרציף תשע ושלושה רבעים – על קריאה בין השורות של פסקי הדין
 - (ד) "דברי תורה עניים במקומן ועשירים במקום אחר"
- ב. סוגיית הפיקוח השיפוטי: האם ביסוס פסק דינו של בית הדין הרבני על שיקולי אשמה מינית מצדיק את התערבות בג"ץ בו?
 1. מחלוקתם של השופטים עמית ושטיין

- (א) עמדת השופט עמית
 (ב) עמדת השופט שטיין
2. עמדת השופט שטיין – ניתוח ביקורתי
- (א) פסק דינו של בית הדין הרבני קבע ברירות מחדל, שלפיהן נתינות על פי הלכת השיתוף הספציפי מותנות באשמה מינית
 (ב) קביעת ברירת מחדל היא שאלה משפטית
 (ג) הפסיקה האזרחית דחתה את ההבחנה שהציע השופט שטיין בין נטילות לנתינות
 (ד) הסכנות שבעמדת השופט שטיין: על החשש מפני זליגת שיקולי האשמה המינית לנכסים בני־איזון
3. סיכום הפרק
- ג. המחלוקת האזרחית: ערך האוטונומיה כמחייב ניטרליות כלפי הסדרים המותנים באשמה מינית
1. משנתו האזרחית של השופט שטיין
- (א) האופי החוזי של יחסי הרכוש בין בני־זוג ועקרון הניטרליות
 (ב) ההתמקדות בכוונתו של הנותן במקרה של שיתוף ספציפי המבוסס על הדין הכללי
- (ג) יישום עקרון הניטרליות בנוגע לאשמה המינית
2. ביקורת מנקודת המבט של דיני החוזים: האם קביעת ברירת מחדל היא פעולה ניטרלית?
3. ביקורת מנקודת המבט של דיני הרכוש הזוגי: האם משטר יחסי הרכוש בין בני זוג בישראל הוא משטר חוזי־ניטרלי?
- (א) השיתוף הזוגי בישראל בנכסי המאמץ המשותף: המעבר ממודל הסכמי למודל נורמטיבי
- (ב) איזון המשאבים בחוק יחסי ממון כמבטא את המודל הנורמטיבי
4. הביקורת מנקודת המבט של הלכת השיתוף הספציפי: על תפיסת השיתוף בנכסים שאינם בני־איזון כנתינה, ועל ההתמקדות בכוונתו של הבעלים הרשום
- (א) השלב השלישי של חזקת השיתוף: עלייתו של מודל הקהילה המשפחתית והחזרה המוגבלת לכוונת הצדדים בהקשר לנכסים "החיצוניים"
- (ב) השיתוף הספציפי מכוח הדין הכללי כבסיס לשיתוף בנכסים שאינם בני־איזון
- (ג) סגירת מעגל: הטיעון החוזי־ניטרלי והדגשת כוונתו של הבעלים הרשום לנוכח גישת הקהילה המשפחתית והתגבשות הלכת השיתוף הספציפי מכוח הדין הכללי

5. הביקורת מנקודת המבט של דיני האשמה המינית: האם עקרון האוטונומיה מצדיק ניטרליות כלפי שיקולי אשמה מינית?
 (א) הוויכוח בין השופטים עמית ושטיין
 (ב) על תפקיד האשם המיני בזיהוי האחראי לפירוק הנישואים בדין הדתי ובדיני המשפחה המערביים המסורתיים
 (ג) עלייתו של מודל הגירושים ללא אשמה ביוזמה חד־צדדית, ועיצוב הנישואים כחווה שותפות הניתן להתרה לפי רצון אחד הצדדים
 (ד) ההצדקות לירידת כוחם של שיקולי האשמה המינית לנוכח החשיבה המודרנית על דיני הזוגיות
 (ה) הקריאות המודרניות להשבת שיקולי האשמה המינית
 (ו) סגירת מעגל: מדוע ערך האוטונומיה אינו מאפשר גיבוש גישה ניטרלית כלפי הסקת שיקולי אשם מיני "הסכמיים"
 (ז) במקום ניטרליות: הצורך באיזון בין ערך ההתחייבות לבין השיקולים המתחרים
 (ח) אימתי בכל זאת ייחס המשפט האזרחי חשיבות ל"יחסים אינטימיים מחוץ לנישואים" בדונו אם התגבש שיתוף ספציפי? עיון מחודש בגישתו של השופט עמית
 (ט) סיכום הסעיף
- סוף דבר

מבוא

1. בג"ץ 4602/13: עובדות, פסיקה רבנית ועמדות השופטים

בני־זוג נישאו והקימו משפחה. לאחר למעלה משלושים שנות נישואים, שבהן חיו בהרמוניה ונולדו להם שלושה ילדים, הם התגרשו. אחת מעילות הגירושים שציין הבעל בתביעת הגירושים הייתה ניאוף האישה עם גבר זר זה כמה חודשים. המחלוקת הרכושית בין הצדדים התמקדה בבעלות על בית המגורים. על פי חוק יחסי ממון בין בני זוג נכסים מלפני הנישואים וכן ירושות ומתנות אינם בני־איזון.¹ מאחר שדובר בתחלופה של נכס שנרכש לפני הנישואים, לא הייתה מחלוקת שהבית אינו נחשב כנכס כ־איזון על פי חוק יחסי ממון בין בני זוג.² ואולם הפסיקה האזרחית נכונה להכיר בתנאים מסוימים בהתגבשותו של שיתוף זוגי בנכס ספציפי מכוח הדין "הכללי", המתבסס בעיקר על דיני החוזים והקניין המותאמים

1 ראו ס' 5 (א) לחוק יחסי ממון בין בני זוג, התשל"ג-1973 (להלן: חוק יחסי ממון).

2 הבית נבנה על קרקע שהבעל ירש כמה חודשים לפני נישואי הצדדים. שנים ספורות לאחר הנישואים התקשר הבעל בעסקת קומבינציה, שבמסגרתה העביר חלק מן מהמגרש לקבלן תמורת בניית בית המגורים על החלק הנותר ותשלום נוסף מן הקבלן.

להקשר המשפחתי, גם כאשר מדובר בנכסים שאינם בני-איזון על פי חוק יחסי ממון (להלן: "הלכת השיתוף הספציפי" או "שיתוף ספציפי").³

מאחר שהבעל כךך את נושא הרכוש בתיבת הגירוש, הנושא נדון בבית הדין הרבני האזורי (להלן: בית הדין האזורי). בית הדין האזורי קבע, כי בין הצדדים שרר "שיתוף ספציפי" באשר לבית המגורים. בית הדין האזורי ביסס את עמדתו בעיקר על הנתונים הבאים: משך הנישואים והמגורים המשותפים; העובדה שבניית הבית – להבדיל מרכישת הקרקע – נערכה במהלך הנישואים ובליוי לוגיסטי של האישה; השקעות שהושקעו בדירה במהלך שנות הנישואים; האווירה השיתופית ששררה במהלך חיי הנישואים; אמירות של הבעל במהלך הדיונים המשפטיים, שמהן הסיק בית הדין כוונת שיתוף.⁴ בכך יישם בית הדין הרבני את הקריטריונים שעוצבו בפסיקה האזרחית שעסקה בנושא על המקרה הנדון.

על פסק דינו של בית הדין האזורי הוגש ערעור. בית הדין הרבני הגדול (להלן: בית הדין הגדול) קיבל את הערעור וקבע, כי לאישה אין זכות בבית המגורים.⁵ שלושת הדיינים כתבו חוות דעת נפרדות. בפסקי דינם השונים התייחסו הדיינים לשיקולים האזרחיים "הרגילים" המשמשים לבחינת קיומו של שיתוף ספציפי, ובניגוד להכרעתו של בית הדין האזורי קבעו, כי תנאים אלה לא התקיימו. מבין שלושת הדיינים התייחסו שניים לעובדה שהוכחה בגידה מצד האישה בחודשים האחרונים לתקופת הנישואים הממושכת, תוך שהם נותנים את דעתם לשאלה, אם הבגידה חותרת בדרכים שונות תחת גיבושה של הכוונה לשיתוף או למצער מאפשרת לבעלים הרשום לחזור בו מן השיתוף אף אם נוצר. מעבר לכך, אחד מדייני ההרכב ערך דיון הלכתי מעמיק בסוגיית השיתוף הספציפי, שממנו למד כי הלכת השיתוף הספציפי אינה מעוגנת בהלכה. אותו הדיין אף הביע את דעתו, כי על בתי הדין הרבניים לפרש את הלכת השיתוף הספציפי וליישמה על פי הדין העברי, שאליו התייחס כהלכה היהודית.

נגד פסק דינו של בית הדין הגדול הוגשה עתירה לבית המשפט העליון, אשר נדונה בבג"ץ 4602/13.⁶ בבית המשפט העליון נחלקו הדעות. השופט עמית סבר כי יש לקבל את העתירה. עמדתו של השופט עמית התבססה על שני רכיבים מצטברים. ראשית, השופט עמית

3 ראו רע"א 8672/00 אברירומי נ' אברירומי, פ"ד נו(6) 175 (2002); וכן בע"מ 1398/11 אלמונית נ' אלמוני (פורסם בנבו, 26.12.2012). כן ראו בהרחבה להלן פרק 2.ג.

4 תיק (אזורי חי') 927139/3 (לא פורסם, 24.2.2016). (עותק מפסק הדין, האסור לפרסום, נמצא בידי המחבר). פסק דינו של בית הדין האזורי לא פורסם, אולם ניתן למצוא את תיאור עיקריו בפסק דינו של בית הדין הרבני הגדול, ראו תיק (גדול) 1073676/1 פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו, 27.7.2017) (להלן: פסק הדין הרבני הגדול); וכן בפסק דינו של השופט עמית בבג"ץ 4602/13 פלונית נ' בית הדין הרבני האזורי בחיפה, פס' 1-3 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 18.11.2018) (להלן: הבג"ץ).

5 ראו פסק הדין הרבני הגדול, לעיל ה"ש 4. כל הדיינים הסכימו כי לא התגבש שיתוף בקרקע, אולם הם נחלקו באשר למבנה שנבנה במהלך הנישואים. הדיין עמוס סבר, כי במבנה התגבש שיתוף מוחלט. מלכתחילה הצטרף אליו בנקודה זו הדיין נהרי, אך לאחר שנחשף לפסק דינו של הדיין אלמליח, אשר דחה את טענת השיתוף אף באשר למבנה, שינה את דעתו, כך שבסופו של דבר נקבע בדעת רוב כי כלל לא התגבש שיתוף – לא בקרקע לא במבנה. לדיון בחוות הדעת השונות, ראו להלן פרק א.

6 ראו הבג"ץ, לעיל ה"ש 4.

פירש את פסק הדין של בית הדין הגדול כמבוסס על בגידת האישה ועל הדין הדתי.⁷ הוא סבר כי השיקולים האזרחיים האחרים שצוינו היו "מס שפתיים", וכי הם אינם משקפים את הכרעתו המהותית של בית הדין.⁸ שנית, השופט עמית סבר כי פסק הדין כפי שהוא מפרשו מקים עילת התערבות בשל החריגה מן ההלכה הפסוקה וההישענות על הדין הדתי. על פי השופט עמית פסיקתו של בית הדין הגדול מנוגדת לפסיקה האזרחית בדבר מקומם של שיקולי האשם המיני בנוגע לקביעת התוצאות הכלכליות של הגירושים.⁹ לנוכח פרשנות זו של פסק הדין ולנוכח הלכת בבלי,¹⁰ הקובעת כי בענייני רכוש על בית הדין הרבני לפעול על פי המשפט האזרחי ובכלל זה פסיקות בית המשפט העליון, סבר השופט עמית כי החריגה מן הפסיקה מהווה חוסר סמכות, ומשום כך יש לבטל את פסק הדין של בית הדין הגדול ולפעול על פי הכרעת בית הדין האזורי.¹¹

לצד הדיון בפרשה הספציפית דן השופט עמית בסוגיית האשמה המינית לגופה. הוא הצדיק את ההתנגדות האזרחית לראות בה קריטריון לקביעת התוצאות הכלכליות של הגירושים, תוך שהוא מדגיש בעיקר את החשש מפני הפגיעה בפרטיות הצדדים עקב הפולשנות הכרוכה בשיקולי האשם המיני.¹² השופט עמית הבחין בהקשר זה בין האפשרות להכיר בהשפעתה של בגידה ממושכת על הקביעה, אם התגבשו תנאי הסף לשיתוף הספציפי מכוח הדין הכללי מלכתחילה, לבין האיסור להתבסס על בגידה מאוחרת כדי לשלול שיתוף שכבר התגבש בהתאם לקריטריונים הרגילים.¹³

שני חבריו להרכב של השופט עמית חלקו על חוות דעתו, וסברו כי אין מקום להתערבות בפסק דינו של בית הדין הגדול. עם זאת עיון בחוות דעתם מלמד, כי כל אחד מהם חלק על היבט שונה בחוות דעתו של השופט עמית. השופט מינץ דחה את פרשנותו של השופט עמית לפסק דינו של בית הדין הגדול (הרכיב הראשון לפסק דינו של השופט עמית). לשיטתו הדיון בבגידה ובדין הדתי היה "בנוסף ומעבר לנדרש",¹⁴ ובפועל התגבש בבית הדין הגדול רוב לקבלת הערעור גם על בסיס השיקולים האזרחיים הרגילים שעוצבו בפסיקה האזרחית לצורך קביעת שיתוף ספציפי מכוח הדין הכללי. לכן סבר השופט מינץ, כי יש להותיר את פסק דינו של בית הדין הגדול על כנו ללא כל קשר לדיון בבגידה.

השופט שטיין קיבל במשתמע את פרשנותו של השופט עמית לפסק דינו של בית הדין הגדול, שלפיה הכרעתו התבססה בין היתר על הבגידה ועל משמעותה.¹⁵ אף על פי כן סבר השופט שטיין, כי לנוכח עילות ההתערבות המצומצמות שנקבעו בחוק ובפסיקה אין בכך

7 ראו שם, בפס' 7 לפסק דינו של השופט עמית.

8 שם, בפס' 15 לפסק דינו של השופט עמית.

9 שם, בפס' 13-15 לפסק דינו של השופט עמית.

10 ראו בג"ץ 1000/92 בבלי נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד מח(2) 221 (1994).

11 ראו הבג"ץ, לעיל ה"ש 4, פס' 17 לפסק דינו של השופט עמית.

12 ראו שם, בפס' 13 לפסק דינו של השופט עמית.

13 שם, בפס' 14 לפסק דינו של השופט עמית.

14 שם, בפס' 8 לפסק דינו של השופט מינץ.

15 שם, בפס' 13 לפסק דינו של השופט שטיין: "מכלול זה כלל את מעשה 'הבגידה' של האישה כשיקול אשר בא לשלול או לאיין את כוונתו של הבעל לשתפה כשותפה שוות זכויות בבית... חוששני, כי בית הדין נתן לעניין זה משקל יתר, אולם החשש הזה אינו מעלה ואינו מוריד".

כדי להצדיק התערבות בפסיקת בתי הדין. השופט שטיין הבחין בין הלכת בבלי ופסקי הדין האזרחיים שדחו את מקומם של שיקולי האשם במקרים שבהם דובר על נכסים בני-איוון לבין המקרה הנוכחי, שעסק בנכס שאינו בר-איוון.¹⁶ לצד הדין הנקודתי בעילות ההתערבות בפסיקת בתי הדין הרבניים הציג השופט שטיין גם את עמדתו בהקשר של האינטראקציה הנכונה שבין "שיקולי אשמה מינית" לבין קביעת שיתוף ספציפי מכוח הדין הכללי.¹⁷ לדעת השופט שטיין, עמדתו של השופט עמית שוללת שלילה גורפת כמעט את מקומם של שיקולי האשמה המינית בנוגע לשלילת כוונת השיתוף, ואינה רגישה מספיק לערך האוטונומיה.¹⁸ ערך האוטונומיה מחייב לדעתו גישה ניטרלית להסדרים רכושיים שונים ולתפיסות ערכיות שונות של בני-זוג, ובכלל זה כלפי הסדרים המייחסים חשיבות משפטית לבגידה של מי מבני-הזוג.

הבג"ץ מציף שלוש מחלוקות בין השופטים המעורבים:

1. מחלוקת בין השופטים עמית ומיניץ בנוגע לפרשנות פסק הדין של בית הדין הגדול, ובפרט בשאלה עד כמה שיקולי בגידה והסתמכות על הדין דתי היוו חלק בלתי-נפרד מהכרעת בית הדין (להלן: המחלוקת הפרשנית).
2. מחלוקת בין השופטים עמית ושטיין בנוגע לאפשרות של בג"ץ להתערב בפסיקה של בתי הדין הרבניים כאשר היא שוללת כוונת שיתוף ספציפי בשל בגידה מאוחרת (להלן: המחלוקת בעניין הפיקוח השיפוטי).
3. מחלוקת בין השופטים עמית ושטיין בנוגע למקומם של שיקולי אשמה מינית אל מול ערך האוטונומיה בכלל ובהקשר של הלכת השיתוף הספציפי בפרט. על פי השופט עמית, על המשפט האזרחי להימנע משיקולי אשמה שמטרתם ליטול למפרע מבן-הזוג את אשר זכה בו הן על פי חוק יחסי ממון והן על פי הלכת השיתוף הספציפי. השופט שטיין מסכים עם עמדה זו של השופט עמית ככל שמדובר בזכויות בנכסים בני-איוון.¹⁹ לעומת זאת לדעת השופט שטיין, ככל שמדובר בנכסים שאינם בני-איוון, שטענת השיתוף בהם מבוססת על הלכת השיתוף הספציפי, אזי לנוכח עקרון האוטונומיה אל לו למשפט להתנגד התנגדות גורפת לשלילת שיתוף ספציפי עקב בגידה, אפילו כשמדובר בבגידה חד-פעמית. שלילת השיתוף הספציפי במקרה זה לשיטת השופט שטיין עשויה להתבסס על כך שהבעלים הרשום התנה במפורש או במשתמע את נכונותו "לתת"²⁰ – כלשונו של השופט שטיין – את הנכס ה"חיצוני" בנאמנות נמשכת של בן-זוגו (להלן: המחלוקת האזרחית).

במאמר זה אבקש להציג כל אחת מן המחלוקות הללו לעומקן ולהציע את עמדתי בנוגע לכל אחת מהן, כמו גם את עמדתי באשר לקשרי הגומלין שביניהן. בטרם אצא לדרך לא אוכל להתעלם מן הסערה הציבורית שחולל פסק הדין; הסיקור התקשורתי של הבג"ץ יצר את הרושם כי מדובר בפסק דין משנה סדרי עולם, המצמצם את הביקורת השיפוטית על

16 ראו שם, בפס' 1-4 לפסק דינו של השופט שטיין.

17 שם, בפס' 6 ו-8 לפסק דינו של השופט שטיין.

18 שם, בפס' 7 לפסק דינו של השופט שטיין.

19 שם, בפס' 10 לפסק דינו של השופט שטיין.

20 שם, וכדבריו של השופט שטיין, "השאלה שהובאה לפתחנו נסובה על נתינה ולא על לקיחה".

בתי הדין הרבניים כאשר הם פועלים בניגוד לפסיקה האזרחית עד כדי חזרה למצב של טרום הלכת בבלי.²¹ עוד נטען, כי הבג"ץ מתיר להתחשב בשיקולי אשמה מינית בקביעת התוצאות הכלכליות של הגירושים, בניגוד לפסיקה האזרחית האוסרת להתחשב בשיקולים אלו.²² אולם הניתוח שאציג במאמר זה יגלה כי האמת מורכבת יותר. השופט מינץ פירש את פסק דינו של בית הדין הגדול – או לפחות את "הרציו" שהציגה דעת הרוב בבית הדין – כמבוסס על השיקולים האזרחיים הרגילים המשמשים לקביעת שיתוף ספציפי בנכס, ללא קשר לעניין הבגידה. השופט שטיין הבחין בין הבג"ץ לבין הלכת בבלי וההלכות האזרחיות האוסרות להתחשב בשיקולי אשמה מינית לצורך קביעת התוצאות הכלכליות של הגירושים. לדעת השופט שטיין הלכת בבלי וההלכות העוסקות בהתחשבות בשיקולי אשמה כוחן יפה, אך הן מוגבלות לאיסור לשלול זכויות המגיעות לאחד מבני-הזוג על פי החוק עקב אשמתו המינית. לעומת זאת לנוכח משנתו האזרחית העקרונית של השופט שטיין בדבר ערך האוטונומיה הוא סבור, שהן בית המשפט והן בית הדין הרבני רשאים ואף מחויבים לכבד התניה של נתינה מכוח הלכת השיתוף הספציפי כאשר היא מעוגנת בכוננת הנותן. משום כך לא רק השופט מינץ, אלא גם השופט שטיין לא ביקש להפוך את ההלכות המשפטיות המקובלות בעניינים הללו.

אך גם אם ניתוחי מאפשר להחליש במעט את עוצמת "צופרי האזעקה", אין הוא מאפשר לכבותם. הדיון במאמר יבקש לשכנע, כי במישור הדין המצוי מדובר בפסק דין שגוי, שחורג ללא הצדקה – ולעיתים אף ללא מודעות או לפחות הנמקה – מכמה היבטים חשובים של ההלכות הקיימות של בית המשפט העליון, וכי במישור הדין הראוי התוצאה שאליה הגיע בית המשפט הייתה קשה ולא-מוצדקת. מעבר לשגיאות הרלוונטיות למקרה הנוכחי, הניתוח שאציג יראה כי עמדות שופטי הרוב, ובעיקר תיאוריית הניטרליות כלפי הסקת הסדרים המותנים בשיקולי האשמה המינית כפי שמציע השופט שטיין, טומנות בחובן סכנות רבות – הן לגופו של עניין, כתשתית למדיניות אזרחית עצמאית, והן כבסיס לפיקוח השיפוטי על בית הדין הרבני. יתרה מזו, גם אם פסק הדין עצמו לא הפך את ההלכות הקודמות, ואף אם שופטי הרוב לא התכוונו לכך, ניתוחי יראה שפסק הדין פותח בכל זאת פתח להתחשבות רחבה בשיקולי אשם מיני לצורך קביעת התוצאות הכלכליות של הגירושים; הוא עושה זאת תוך עיגון התוצאות בכוננתם לכאורה של הצדדים לא רק במקרה של נכסים שאינם בני-איזון,

21 ביטוי שהופיע גם בחוות דעתו של עמית בהתייחס לפסק דינו של בית הדין הגדול. ראו שם, בפס' 5 ו-7 לפסק דינו של השופט עמית.

22 ראו רות הלפרין-קדרי "לגיטימציה לשלילת רכוש מנשים" הארץ – דעות 11.12.2018. www.haaretz.co.il/opinions/premium-1.6674274; רויטל חובל "בג"ץ הפך פסק דין בן 25 שנה וקבע: אשה שבגדה לא זכאית לחצי משווי הבית שבו גרה" הארץ – חדשות 20.11.2018. www.haaretz.co.il/news/law/premium-1.6662564; אלה לוי-וינריב "השלכות הרוח גורל על ציבור הגרושים בישראל": פסק דין הבוגדת הוא זמן לחשבון נפש של מערכת המשפט" גלובס-דין וחשבון 5.12.2018. www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1001263420. השו" אביבית מוסקוביץ "לא בגידה ולא יער. אנא קראו את פסק הדין" Ynet – דעות 20.11.2018. www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-5410169,00.html

אלא אפילו במקרים של נכסים בני־איזון. משום כך מסקנתי הסופית תהיה, שעל בית המשפט העליון למצוא את הדרך לתקן את אשר עוות בפסק הדין ולסכור את הסדקים שנפערו.²³

2. מפת דרכים של הטיעונים שבמאמר

המאמר משלב הערת פסיקה במתכונתה הקלאסית עם דיון עצמאי רחב יותר ביחס שבין ערך האוטונומיה ועקרון הניטרליות מצד אחד, לבין הסדרת יחסי הממון בין בני־זוג בישראל בכלל והסקתם של הסדרים המותנים באשמה מינית בפרט מן הצד האחר. בשל מורכבות הטיעון והמגוון הרחב של הנושאים הנדונים, בשורות הבאות אציע מפת דרכים של מהלך הטיעון ושל מבנה המאמר.

שני הפרקים הבאים בנויים במתכונת הקלאסית של הערת פסיקה, והם עוסקים בשתי המחלוקות שהתעוררו בין השופטים ונדרשו לצורך ההכרעה במחלוקת הנוכחית. הפרק הראשון של המאמר עוסק במחלוקת הפרשנית שבין השופטים עמית ומינץ. הפרק עוסק בשלוש סוגיות: (1) השאלה כיצד יש לפרש פסקי דין רבי־משתתפים, ובפרט השאלה אם דעת יחיד "פגומה" צובעת את כל פסק הדין לצורך ההתערבות בו. במחלוקת זו אתמוך בעמדת השופט מינץ, שלפיה יש להפעיל על פסקי הדין של בתי הדין הרבניים את אמות המידה הרגילות המשמשות להתערבות בערעורים. לפי אמות דעת אלו דעת יחיד פגומה אינה מכתימה את פסק הדין בכללותו; (2) פרשנות הרובד הגלוי של פסק הדין של בית הדין הגדול. במחלוקת זו אתמוך בדעת השופט עמית, שלפיה דעת הרוב ולא רק דעת היחיד של הדיין נהרי התבססה על בגידת האישה בהשראת הדין הדתי; (3) מידת האמון שיש להעניק לרטוריקה הגלויה של פסק הדין לצורך פרשנותו. מסקנת הדיון תהיה, כי אמת המידה הפרשנית הסלחנית שהפגין השופט מינץ כלפי בית הדין הגדול עלולה להעניק רוח גבית למהלך שניצניו קיימים כבר בפסיקה הרבנית; זהו מהלך של החלת שיקולי אשם מיני בהשראת הדין הדתי על סוגיות אזרחיות רכושיות, ובטווח רחוק יותר אפילו של חלוקה מחדש של מערך הסמכויות בין בתי הדין לבתי המשפט. מסקנה זו מחזקת את תמיכתי בפרשנותו של השופט עמית לפסק דינו של בית הדין הגדול כמבוסס על שיקולי אשם מיני בהשראת הדין הדתי.

הפרק השני של המאמר עוסק במחלוקת שבין השופטים עמית ושטיין בעניין הפיקוח השיפוטי של בג"ץ על בית הדין הרבני. מבחינה רטורית שני השופטים מעוררים טיעוני "משילות" במסגרת המחלוקת; השופט שטיין מדגיש את חובתו של בית המשפט העליון לכבד את מערכת הסמכויות וכללי הפיקוח שבין המערכת האזרחית והדתית כפי שקבע המחוקק בכלל ו"מחוקק העל" בחוק יסוד: השפיטה בפרט. השופט עמית לעומתו מדגיש – ברוח הלכת בבלי – את חשיבותה של היררכיה שיפוטית בראשות בית המשפט העליון, וכנגזרת מכך את חובתם של בתי הדין הרבניים לכבד את מערכת הנורמות המשפטיות השוררות בישראל, ובכלל זה את פסיקת בית המשפט העליון. עם זאת ניתוחי יעלה כי מעבר להיבטים הרטוריים, כלל לא ברור שהמקרה הנוכחי מעורר מחלוקת של ממש בשאלת

23 לאחרונה הורתה נשיאת בית המשפט העליון על קיום דיון נוסף בפרשה בהרכב של תשעה שופטים. ראו דנג"ץ 8537/18 פלוגית נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים (פורסם בכנו, 18.6.2019).

אמות המידה העקרוניות להתערבות בפסקי הדין של בית הדין הרבני. מחד, השופט עמית מכיר באמות המידה המצומצמות שנקבעו בחוק ובפסיקה לצורך התערבות בפסקי הדין של בתי הדין הרבניים. מאידך, השופט שטיין מכבד את הלכת בבלי ואת מחויבותם של בתי הדין הרבניים לפסוק בהתאם לפסיקה האזרחית. הוא סבור כי פסק דינו של בית הדין הגדול מבוסס על הכרעה עובדתית נקודתית, שלפיה נתינת הבעל את מחצית הדירה לאישה הותנתה בנאמנותה המינית לאורך כל חי הנישואים וכי על בתי המשפט ובתי הדין לכבד תניות שכאלה. לדעת השופט שטיין, אף אם הסקת ממצא עובדתי שכזה במקרה הנתון היא שגויה, אין היא מעוררת עילה להתערבות.

ובכל זאת, הדיון בפרק יוכיח כי המהלך האנליטי של השופט שטיין הוא שגוי, וכי בסופו של דבר הכרעתו שלא להתערב בפסק דינו של בית הדין הגדול לא יישמה כראוי את הלכת בבלי ופסיקות אזרחיות נוספות של בית המשפט העליון. הביקורת על פסק דינו של השופט שטיין בנויה על הנדבכים הבאים: (1) בניגוד לניתוחו של השופט שטיין, פסק דינו של בית הדין הגדול לא קבע ואף לא התיימר לקבוע ממצא עובדתי נקודתי על בסיס כוונתם של הצדדים הספציפיים. מדובר בפסיקה אידיאולוגית הקובעת ברירת מחדל גורפת, שלפיה הענקת רכוש של בן-זוג לרעהו מותנית בכך שעד לסיום הנישואים מקבל המתנה ישמור על נאמנות מינית כלפי בן-זוגו; (2) קביעה של ברירת מחדל, להבדיל מקביעת ממצא על כוונה נקודתית של צדדים במקרה ספציפי, היא שאלה משפטית נורמטיבית. באשר לשאלות משפטיות, על פי הלכת בבלי על בתי הדין הרבניים לפעול על פי המשפט האזרחי ובכללו פסיקות בית המשפט העליון; (3) הדיון יראה, שפסיקת בית המשפט העליון בעניין תנאי במתנות דחתה את ההבחנה שבין "לקיחה" ו"נתינה". על כן גם במקרים, שעסקו – במונחי של השופט שטיין – בדיני נתינה, הורתה הפסיקה כי אין לשלב שיקולי אשמה מינית או התחשבות בבגידה מאוחרת בעת שנקבע אומד דעתם של הצדדים, או ליתר דיוק בענייננו – אומד דעתו של הנותן. ודאי שאין לקבוע כברירת מחדל, ללא אינדיקציות עובדתיות קונקרטיות, כי מתנות בין בני-זוג מותנות בהתנהגותם המינית לאחר קבלת המתנה. לפיכך היה על בית הדין הגדול לפעול בהתאם להלכות הללו. משלא נהג כך חרג מסמכותו, ועל כן היה מקום להתערבותו של בית המשפט העליון. לצד הביקורת על ההכרעה הנקודתית בפסק הדין הדיון בפרק זה אף יחשוף כיצד הלך החשיבה שמציע השופט שטיין, ביחוד כאשר הוא מצטרף לקריאה הסלחנית של פסקי הדין של בתי הדין הרבניים בידי השופט מינץ, פותח פתח מסוכן לחדירתם של שיקולי אשמה מינית אידיאולוגיים תוך הצגתם כמותנים בכוונת הצדדים. יתרה מזו, הניתוח יוכיח שבניגוד לעמדתו של השופט שטיין, מתן לגיטימציה להסקה משתמעת של הסדרי רכוש המותנים באשמה מינית עשוי להוליך בסופו של דבר להחלת שיקולי אשמה מינית גם על שיתוף בנכסים בני-איוון על פי חוק יחסי ממון. הפרק השלישי של המאמר עוסק במחלוקת האזרחית שבין השופטים עמית ושטיין. פרק זה מספק מענה על טענתו של השופט שטיין, ולפיה לנוכח ערך האוטונומיה בית המשפט נדרש להפגין ניטרליות בעת שמוסקים הסדרי רכוש זוגיים בכלל והסדרים המותנים באשמה מינית בפרט. הניתוח יעלה, כי עמדתו האזרחית של השופט שטיין מחולקת לשלושה נדבכים: (1) הצגת יחסי הרכוש בין בני-הזוג כמשטר של חוזה, ודרישה לעמדה ניטרלית כלפי סוגים שונים של הסדרים מוסכמים, כפי שדורש עקרון האוטונומיה; (2) תפיסת השיתוף בנכסים שאינם בני-איוון כ"נתינה", וההתמקדות בכוונתו של הבעלים הרשום; (3) יישום עקרון

הניטרליות והאוטונומיה גם כלפי הסדרים זוגיים המותנים באשמה מינית בכלל וכלפי "נותנים" המתנים את נתינתם בשיקולי אשמה מינית בפרט.

מן הדיון בפרק השלישי בכללותו יעלה, כי משנתו האזרחית של השופט שטיין חשופה לביקורת מארבע נקודות מבט:

1. מנקודת המבט של דיני החוזים, כל מערכת משפט חייבת לקבוע "ברירת מחדל" בנוגע להסדרים חוזיים שונים, כך למשל במקרה של נתינה או של כוונת שיתוף – אם בהיעדר אינדיקציות ייחודיות יש לפרש את המתנה כמוחלטת או כתלויה בהתנהגות המאוחרת של מקבל המתנה. ברירות מחדל משפיעות בדרכים שונות על ציפיות הצדדים, על העדפותיהם ועל התנהלותם, לרבות על העברת מידע ביניהם. הצורך לקבוע ברירת מחדל וההשפעה של ברירות המחדל על תוכני ההסדרים הסופיים חותרים תחת השאיפה לגישה ניטרלית, שאינה מבחינה בין ערכים וצורות חיים שונות, ובהקשר הספציפי – בין נתינות מוחלטות לבין נתינות המותנות באשמה מינית.
2. מנקודת המבט של דיני השיתוף הזוגי, הפרק מבקר את הצגתו של השופט שטיין את דיני הרכוש הזוגי כמשטר של "חווה" ואת דרישתו לעמדה ניטרלית כלפי סוגים שונים של הסדרים מוסכמים. אל מול עמדה זו אטען, כי ככל שמדובר בנכסים שהם תוצר של מאמץ משותף של שני בני-הזוג (או בלשונו של חוק יחסי ממון – נכסים בני-איזון) קביעת השיתוף כברירת מחדל אינה מבוססת בפועל – ואף לא ראוי שתבוסס – על ניסיון לשחזר את הכוונה הטיפוסית של בני-זוג בישראל; התשתית לקביעת השיתוף כברירת מחדל היא מערכת ערכית נורמטיבית, המבוססת על עיקרון של צדק ושל שוויון מגדרי ביחסי הרכוש בין בני-הזוג. בנקודה זו אראה, כי תפיסתו הערכית של המחוקק הובילה אותו לצמצם את החופש החוזי להסכמים פורמליים ומפוקחים, לביטול דה-פקטו של האפשרות להסיק כוונה הנוגדת שיתוף באשר לנכסים שהם בני-איזון ובמקרים מסוימים אף להרחבת הביקורת השיפוטית על הסכמים מפורשים החורגים מכלל השיתוף.
3. מנקודת המבט של דיני השיתוף הספציפי בנכסים שאינם בני-איזון, ביקורת על השופט שטיין תהיה מתונה יותר. מחד אני סבור, בדומה לעמדתו של השופט שטיין ובשונה מן העמדות המוצגות מפעם לפעם בדעות מלומדים ואפילו בפסיקה הדינונית, כי לנוכח הכרעת המחוקק בחוק יחסי ממון להגדיר נכסים מלפני הנישואים, ירושות ומתנות כנכסים שאינם בני-איזון, החלת השיתוף הספציפי על נכסים אלו מחייבת רגישות מוגברת לכוונת הצדדים. בעיניי זו גם המדיניות האזרחית הראויה. כמו כן אצדיק את עמדת השופט שטיין, המכירה בזכות הווטו של הבעלים הרשום על התגבשות השיתוף בנכסים אלה. מאידך, אין מדובר בעיניי בחשיבה הסכמית-מסחרית אלא בחשיבה "קישורית", הרגישה למערכת היחסים המורכבת שנוצרת בין בני-הזוג במהלך חיי הנישואים. יתרה מזו, ניתוחי יעלה כי הצגת השיתוף הספציפי כנתינה או כמתנה, וכפועל יוצא מכך הענקת משקל מכריע לכוונתו של הבעלים הרשום להתנות את השיתוף בהתנהגות המינית של מקבל המתנה, אינה רגישה דייה למכלול יחסי הצדדים ולתודעה המשותפת המתגבשת בהם. עוד אטען, כי עמדתו של השופט שטיין אינה רגישה מספיק לעקרון ההסתמכות ולחובה שהוא מטיל על הבעלים הרשום, בהתקיים תנאי סף (שאני מכנה "תנאי סף קישוריים", ועיקרם נישואים ראשונים וממושכים, אווירה כללית של שיתוף, יחסים טובים ונכס שהוא דירת מגורים), להבהיר מבעוד מועד וחד-משמעית כי הוא אינו מעוניין בשיתוף.

4. מנקודת המבט של דיני "האשמה המינית", אנתח תחילה את מקום האשמה המינית בדין הדתי היהודי, כמו גם בשיטות נוספות הנכונות להתחשב בשיקולי האשמה המינית בעת שנקבעות התוצאות הכלכליות של פירוק הקשר. ניתוחי יעלה כי בניגוד לסברה, שלפיה ההתחשבות באשמה מהווה סוג של סנקציה עונשית, הדין הדתי, כמו גם שיטות משפט מערביות מסורתיות המתחשבות באשמה, ראו באשם המיני את המפר המהותי של "חווה הנישואים" ואת מי שמחויב לשאת בתוצאות הכלכליות של הפרת החוזה. על רקע ניתוח זה אפנה לניתוח השיקולים העומדים בבסיס ההתנגדות האזרחית לשילוב שיקולי אשמה בקביעת התוצאות הכלכליות של הגירושים: ראשית, אעמוד על כך שאי-ההתחשבות בשיקולי האשמה קשורה לבחירה המערבית המודרנית להגדיר את הנישואים כשותפות שכל צד רשאי לסיימה. אוסיף ואטען, שבחירה זו נשענת בראש ובראשונה על ערך האוטונומיה וכנגזרת ממנו על הזכות של בן-הזוג לשנות את דעתו ולהתנתק מקשרים ומהתחייבויות. אסביר מדוע לפיכך ערך האוטונומיה, במובן המדגישי את זכות היציאה וההתנתקות, וההגדרה של הנישואים כהסכם שכל צד זכאי לסיימו, הופך את העיסוק בשיקולי אשמה בכלל ובאשמה מינית בפרט ללא-רלוונטיים. לאור זאת אצביע על חוסר הטעם לאתר את האשם בפירוק הנישואים, אם פירוק הנישואים אינו מהווה הפרה של חוזה הנישואים אלא זכות של כל אחד מבני-הזוג לסיים את הקשר הזוגי. שנית, ניתוחי יעמוד על הקושי של שיטות משפט ליברליות לקבוע אמות מידה מוסריות לצורך קביעת אשמה מינית בכלל ואשם בפירוק קשר הנישואים בפרט, ועל הקושי המיוחד ליישם אמות מידה מופשטות לסיטואציות הקונקרטיות. שלישית, אצביע על הפולשנות ועל הפגיעה בפרטיות הנובעות מעיסוק באשם מיני ועל הנזק הפסיכולוגי הנגרם מכך. לבסוף אעמוד על הסכנה המגדרית שבשיח האשם המיני בכלל, ובזה המושפע משיטות משפט דתיות ומסורתיות בפרט.

5. ניתוח ההתנגדות האזרחית לשילובם של שיקולי אשמה מינית בקביעת התוצאות הכלכליות של הגירושים יעלה, מאחר ששיקולים אלה רלוונטיים אף בהקשר של התניית השיתוף הספציפי בשיקולי אשמה מינית, גם כאשר היא מעוגנת לכאורה בכוונת הצדדים. משום כך, דווקא מנקודת המבט המדגישה את ערך האוטונומיה אי-אפשר לקבוע, כפי שמציע השופט שטיין, כי המשפט יהיה אדיש לשאלה אם "נתינת" בכלל והסדרתי שיתוף ספציפי בפרט צריכים להיות מוחלטים או מותנים בהיעדר אשמה מינית לאורך כל הנישואים, לרבות לאחר שהתגבשו התנאים המובילים בדרך כלל להכרה בשיתוף. ודאי שהמשפט אינו יכול להיות אדיש להסדרים מותנים, שבהשראת הדין הדתי נושאים על גבם מטען מגדרי מפורש או משתמע; להפך, יש לקבוע כברירת מחדל כי בהתקיים התנאים המעידים על התגבשותה של כוונת שיתוף, מדובר בשיתוף מוחלט ולא-מותנה. כהמשך לכך יש להכביד על האפשרות לחרוג מברירת מחדל של שיתוף מוחלט ולא-מותנה, הן בדרישה לניסוח פורמלי וקונקרטי של "ההתנה" כתנאי להכרה בה, והן בהרחבת הפיקוח השיפוטי על הסכמים מותנים מפורשים.

אף שהטריגר הראשוני לכתיבת פרק זה הוא משנתו של השופט שטיין, פרק זה יחרוג מן המתכונת המקובלת של הערת פסיקה הממוקרת בעיקר בטיעונים שהועלו בפסק הדין ויבקש להציע תמונת עולם רחבה ועצמאית, מעבר לטיעונים הנקודתיים שהוצעו בפסק הדין והנושאים שנדונו בו. חלקים מן התמונה המוצעת במאמר, ובעיקר הדין הכללי על

הרציונל שבבסיס דיני הרכוש הזוגי ודיני השיתוף הספציפי, מבוססים על הדיון הנרחב שנערך בנושא בספרי על השיתוף הזוגי, שהתפרסם זה לא כבר.²⁴ לעומת זאת הדיון בשיקולי האשם המיני והאינטראקציה שבינם לבין ערך האוטונומיה הוא דיון עצמאי וחדשני, שנערך לראשונה במאמר הנוכחי.

התמונה הכללית והביקורת שמעוררת דעת הרוב כמכלול תפרס במלוא עוצמתה בחלק הסיכום של המאמר, בו יישורו יחדיו הביקורות והתהיות מן הפרקים הקודמים. בפרק הסיכום אתיחס גם ליתרונות ולסכנות שבצניעות שיפוטית.

א. המחלוקת הפרשנית: האם פסק דינו של בית הדין הרבני מבוסס על טענת הבגידה ועל הדין הדתי?

בפרק זה יוצגו עמדות הדיינים כפי שהן באו לידי ביטוי בפסק הדין של בית הדין הגדול, לאחר מכן תוצג המחלוקת הפרשנית שבין השופטים עמית ומינץ ולבסוף אעריך את המחלוקת.

1. הצגת העמדות בבית הדין הרבני הגדול

הדיין עמוס סבר כי לא היה מקום לפסוק שיתוף ספציפי בנוגע לקרקע שעליה נבנה הבית. פסק דינו בנוי על הרבדים הבאים: ראשית, הוא ניתח את הראיות שהובאו בבית הדין וקבע, כי אין די בהן כדי להוציא ממון מן המחזיק בו בדרך של קביעת שיתוף ספציפי. בדומה לבית הדין האזורי, אף הדיין עמוס התייחס בחלק זה של פסק דינו לפסיקה האזרחית ולקריטריונים שעוצבו בה, תוך שהוא דוחה את אופן יישומן בידי בית הדין האזורי.²⁵ שנית, הדיין עמוס ציין כי לנוכח העובדה שהאישה "בגדה" בבעלה וחויבה בגט, נשללה כוונת השיתוף.²⁶ הדיין עמוס הבחין בהקשר זה בין הכלל הרגיל המקובל בכתי המשפט, שלפיו אין נעשים על בגידה למפרע באמצעות שלילת זכויות מוקנות, לבין המקרה של השיתוף הספציפי; השיתוף הספציפי מבוסס לשיטתו כולו על אומד דעתו של הבעלים הרשום, ולכן אם אפשר להעריך לנוכח הבגידה כי מדובר בנתינה שגויה או מותנית, הרי אין מדובר בשלילת זכות מוקנית.²⁷ בתום הדיון האזרחי פנה הדיין עמוס לדיון הלכתי.²⁸ הדיון ההלכתי העלה, כי בעוד ששיתוף המבוסס על חוק יחסי ממון ניתן לבססו גם מנקודת המבט ההלכתית על

24 ראו שחר ליפשיץ השיתוף הזוגי (2016).

25 ראו פסק הדין הרבני הגדול, לעיל ה"ש 4, בעמ' 4-6. הדיין עמוס עורר בין היתר את הטענות הבאים: בניגוד לטענת בית הדין האזורי בדבר השתתפות כספית של האישה, לטענתו "בזמן שנעשה השיפוט המשיבה כלל לא עבדה", ויתרה מכך, "לא היה שיפוט מאסיבי שיש בו להוכיח על כוונת שיתוף"; כמו כן ייחס הדיין עמוס חשיבות לרישום הנפרד הן של נכסי המקרקעין והן של חשבון בנק מסוים שפתחה האישה על שמה.

26 ובלשונו של הדיין עמוס: "ואנן סהדי כי לא הייתה לו כל כוונה לשתף בנכסים שעל שמו בלבד את הפוגע ההורס ומקעקע את כל חיי המשפחה. ואף אם מתוך מעשיו היה ניכר כי בכוונתו לשיתוף – הרי כל זה נעשה בטעות ואומדנא דמוכח שהוטעה והולך שולל ולכן כוונה זו בטלה מעיקרה" (שם, בעמ' 7, ההדגשות הוספו).

27 ראו שם, בעמ' 6-7.

28 שם, בעמ' 8-10.

דיני המנהג או ההסכמה המשתמעת, שיתוף ספציפי מכוח הדין הכללי אינו מעוגן בהלכה. לבסוף גרס הדיין עמוס, כי גם אם נדרש בית הדין ליישם את החוק ואת פסיקת בית המשפט העליון בעניין השיתוף הספציפי, עליו לעשות זאת בהתאם למשפט ולדין העברי שאותו הוא מזהה עם ההלכה.²⁹ לנוכח האמור הגיע הדיין עמוס למסקנה, כי יש לקבל את הערעור ולדחות את טענת השיתוף הספציפי בנוגע לקרקע. לעומת זאת בנוגע למבנה שהוקם על הקרקע בתקופת הנישואים, וייתכן שגם בהשקעה כספית של האישה, סבר הדיין עמוס כי יש להכיר בשותפות מוחלטת של עשרים אחוזים.

אף הדיין נהרי תמך בקבלת הערעור. אולם בניגוד לדיין עמוס, הדיין נהרי נמנע לחלוטין כמעט מדיון באינדיקציות המקובלות להסקת כוונת שיתוף ספציפי שהנחו את פסק דינו של בית הדין האזורי.³⁰ חלף זאת מיקד הדיין נהרי את פסק דינו בעניין הבגידה. לשיטתו הבגידה שוללת את האפשרות לגבש אומדנה לכוונת שיתוף מצד הבעל הנבגר.³¹ הוא הוסיף וקבע, כי יש לערוך אנלוגיה בין דיני השיתוף הספציפי לבין דיני ההתחייבות למתן מתנה;³² על כן, כשם שדיני ההתחייבות למתן מתנה מאפשרים חזרה מן המתנה בשל התנהגות מחפירה של מקבל המתנה, כך גם דיני השיתוף הספציפי מאפשרים נסיגה מכוונת השיתוף, גם אם הייתה כזו, במקרה של בגידה.³³ נוכח הדברים הגיע הדיין נהרי למסקנה, כי בשל הבגידה אין להכיר בשיתוף בקרקע במקרה שלפניו. עם זאת בפסק דינו הוא הצטרף למסקנתו של הדיין עמוס, שלפיה התגבש שיתוף מוחלט בערך המבנה.

הדיין השלישי, אלמליח, הצטרף לתוצאה שאליה הגיעו חבריו בנוגע לקרקע, תוך שהוא מציין כי "לא הוכחה כוונת שיתוף",³⁴ ומבלי להבחין בין הנימוקים השונים שהעלו חבריו או להתייחס ספציפית לעניין הבגידה. עם זאת הוא חלק על הדיין נהרי בשני עניינים. ראשית, הוא סבר שדיני השיתוף הספציפי דומים למתנה שכבר הסתיימה ולא להתחייבות לתת מתנה, ומשום כך אילו הגיע בית הדין למסקנה שכבר התגבש שיתוף בטרם הבגידה לא היה אפשר לקבוע כי ניתן לחזור מהשיתוף בשל התנהגות מחפירה.³⁵ שנית, לגישתו, בנסיבות העניין לא היה מקום להכיר בשיתוף – ואפילו מוחלט – גם באשר לערך המבנה. להשלמת התמונה אציין, כי לאחר שנחשף הדיין נהרי לעמדת הדיין אלמליח בנושא השותפות במבנה הוא

-
- 29 שם, בעמ' 8-9.
- 30 בפתח דבריו אציג הדיין נהרי עמדה עקרונית, ולפיה "על בית הדין לנהוג באמות מידה מחמירות להוכחות כוונת שיתוף הבנויה על הפסיקה האזרחית" (שם, בעמ' 13).
- 31 שם, בעמ' 15.
- 32 שם, בעמ' 14.
- 33 ובלשונו של הדיין נהרי: "כלומר: כאשר בתהליך הנישואין פוגע בן זוג במרקם מערכת הנישואין בצורה כה קיצונית של הפרת האמון והבסיס של המערכת המשותפת, הרי שיש לראות זאת כהתנהגות מחפירה המצדיקה את טענת המערער לחזרה מכוונת שיתוף ככל שהייתה" (שם, בעמ' 14, ההרגשות הוספו).
- 34 שם, בעמ' 15.
- 35 בדומה לדיין אלמליח סבר השופט עמית, כי השיתוף הספציפי התגבש כבר במהלך הנישואים ועוד בטרם הבגידה, ומשום כך המקרה דומה למתנה שהסתיימה ולא להתחייבות לתת מתנה, שממנה ניתן לחזור במקרה של התנהגות מחפירה (שם, בעמ' 15).

חזר בו מעמדתו בעניין זה, ועל כן התוצאה המעשית של פסק הדין הייתה כי האישה אינה שותפה, לא בקרקע ולא במבנה.

2. מחלוקתם של השופטים עמית ומינץ בדבר פרשנות פסק דינו של בית הדין הרבני

(א) פרשנותו של השופט עמית

לצורך ביסוס הרכיב הראשון, שלפיו עניין הבגידה הוא שעמד בבסיס פסיקתו של בית הדין הגדול, ניתח השופט עמית את פסק דינו של הדיין נהרי כמבוסס כולו על עניין הבגידה ועל האנלוגיה שבין דיני ההתחייבות לתת מתנה לבין דיני השיתוף הספציפי.³⁶ השופט עמית המשיך וניתח את פסק דינו של הדיין עמוס וביקר אותו בשני היבטים מרכזיים: (1) אי-הבחנה בין בגידה השוללת את היווצרותו של שיתוף מלכתחילה לבין בגידה השוללת זכויות שהוקנו בדיעבד;³⁷ (2) ההבחנה שבין חקיקה לפסיקה, והטענה המשתמעת מדבריו כאילו בית הדין כפוף רק לחקיקה, אך לא לפסיקה.³⁸ משום כך סבר השופט עמית, כי למרות שבית הדין שילם מס שפתיים לפסיקה האזרחית, בפועל הוא הפעיל מדיניות עצמאית הנובעת מן הדין הרתי, שבמרכזה עניין הבגידה. פרשנות זו שימשה בסיס להחלטתו להתערב בפסק הדין של בית הדין הגדול ולבטלו.

(ב) פרשנותו של השופט מינץ

השופט מינץ חלק על פרשנותו של השופט עמית לפסק הדין של בית הדין הגדול. לגישתו, הדיינים עיגנו את פסקי דינם בכוונת הצדדים או למצער בכוונת הבעלים הרשום, ובכך פסק דינם תואם את הלוגיקה של השיתוף הספציפי.³⁹ השופט מינץ הסכים כי מסקנתו של הדיין נהרי ברבר היעדר כוונה לשיתוף מבוססת בעיקר על טענת הבגידה; אולם לגישתו פסקי הדין של הדיינים עמוס ואלמליח מלמדים, כי אף שבמישור התוצאה הם הפכו את פסק דינו של בית הדין האזורי, הם היו מגיעים למסקנה שלפיה לא הוכח שיתוף ספציפי גם במנותק מטענת הבגידה.⁴⁰ ומה באשר לפנייה להלכה? כאן הסכים השופט מינץ עם השופט עמית, כי התבטאותו של הדיין עמוס, ולפיה פרשנותו של בית הדין הרבני לפסיקה ולחוק צריכה להיות על פי הדין העברי, היא שגויה.⁴¹ בכל זאת, לשיטתו, אין בכך כדי לפגום בתוקף פסק דינו. לנוכח ניתוח זה של פסק הדין סיכם השופט מינץ כי אי-אפשר לדבר על חריגה של בית הדין מסמכותו, על היעדר כפיפות לפסיקה האזרחית או על ניסיון לבסס את פסק הדין על אדנים הלכתיים, ועל כן פסק כי יש לדחות את העתירה.

36 ראו הבג"ץ, לעיל ה"ש 4, פס' 8 לפסק דינו של השופט עמית.

37 ראו שם, בפס' 9 לפסק דינו של השופט עמית.

38 שם.

39 שם, בפס' 1 לפסק דינו של השופט מינץ.

40 שם, בפס' 8 לפסק דינו של השופט מינץ; כן ראו שם, בפס' 13 לפסק דינו של השופט מינץ.

41 שם, בפס' 10 לפסק דינו של השופט מינץ.

3. הערכת הוויכוח

למחלוקת שבין השופטים עמית ומינץ שלושה היבטים: (1) היבט מקדמי, העוסק בדרך שבה יש לפרש פסקי דין מרובי משתתפים לצורך ההכרעה אם להתערב בהם. להיבט זה השלכות רוחביות מעבר למחלוקת שבפסק הדין הנוכחי; (2) היבט מצומצם, העוסק בדרך שבה יש לפרש את הרובד הגלוי של פסק הדין הנקודתי של בית הדין הגדול; (3) היבט נוסף, אף הוא בעל השלכות רוחביות מעבר לפסק הדין הנוכחי, העוסק בהתייחסות לזרמי עומק הגלומים בפסיקה הרבנית גם כאשר הם אינם מפורשים בפסק הדין.

(א) "ההיבט המקדמי": כיצד עלינו לפרש פסקי דין מרובי משתתפים?

השופט מינץ יישם במשתמע את הכללים המקובלים בסדרי דין באשר לערעור על פסק דין שהתקבל במותב של כמה שופטים, ולפיהם הערעור יתקבל רק אם לאחר "ניקוי" העמדות וההנמקות השגויות של השופטים לא ניתן לבסס דעת רוב "נכונה" משפטית.⁴² משום כך צירף השופט מינץ את עמדתו של הדיין אלמליח לחלקים "האזרחיים" שאינם מתייחסים לבגידה, העומדים לדעתו בלזו הכרעתו של הדיין עמוס, והגיע למסקנה שניתן לבסס דעת רוב שאינה בנויה על שיקול הבגידה ואף לא על השיקולים הדתיים.⁴³ לעומתו התבטא השופט עמית, כי די לטעמו בפסק דינו של הדיין נהרי כדי להצדיק את קבלת העתירה.⁴⁴ בכך הציע למעשה השופט עמית כלל ייחודי שאינו מוכר בתחומים אחרים, ולפיו די בנימוק של אחד הדיינים המהווה חריגה מסמכות כדי לשמוט את הקרקע מתחת לפסק הדין בכללותו. באשר למחלוקת המקדמית אני סבור כי הדין עם השופט מינץ; שהרי כפי שמציינים שופטי בית המשפט העליון בבג"ץ, בית המשפט הגבוה לצדק אינו משמש ערכאת ערעור על בתי הדין הרבניים, ומשום כך עילות ההתערבות שלו בפסקי הדין של

42 ראו למשל בג"ץ 188/96 צירינסקי נ' סגן נשיא בית משפט השלום בחדרה, פ"ד נב(3) 721, 733-732 (1998).

43 המתודה שנקט השופט מינץ בהקשר זה מזכירה מתודה שנקט השופט וייס בבג"ץ 113/84 בנקובסקי נ' בית הדין הרבני האזורי בחיפה, פ"ד לט(3) 365, פס' 11 לפסק דינו של השופט וייס (1985). השופט קבע בין היתר, כי "לעניין הממוני – בית הדין הרבני האזורי נימק את פסקו, כזכור, בשלושה נימוקים – ורק אחד מהם עוסק בדבר שלילת יהדותה של העותרת כגורם לדחיית בקשתה העניינית". והשוו לגישתו של השופט בך באותו המקרה, המזכירה את גישתו של השופט עמית במקרה דנן. ראו שם, בעמ' 381 את דברי השופט בך: "סבורני, כי העובדה, שבית הדין האזורי היה מגיע לאותה מסקנה גם על-פי נימוקים אחרים, אינה מעלה ואינה מורידה, ואין היא הופכת את החלטת בית הדין בעניין ביטול גיורה של העותרת להערת אגב אורחא, כפי שסבור חברי הנכבד. מספיק, כי קביעתו של בית הדין בעניין זה די היה בה כדי לשלול מהעותרת את זכותה לחלוקת הממון, על-מנת לשוות לחלק זה של ההחלטה אופי מהותי".

44 ראו הבג"ץ, לעיל ה"ש 4, פס' 8 לפסק דינו של השופט עמית: "די בפסק דינו של הדיין נהרי, המבוסס כולו על מתן משקל לבגידת האשה, כדי להשמיט את הבסיס של פסק הדין וכדי להצדיק התערבותו של בית משפט זה בפסק דינו של בית הדין הרבני הגדול".

בתי הדין הדתיים הן מצומצמות.⁴⁵ אילו פעל בית המשפט העליון כערכאת ערעור, הוא לא היה מקבל ערעור על בסיס הנמקה שגויה שאינה משותפת לרוב השופטים, ואפילו לא על בסיס הנמקה שגויה המופיעה בדעת הרוב שלצידה ישנה גם הנמקה נכונה המספיקה לביסוס התוצאה. לפיכך לנוכח עילות ההתערבות המצומצמות בפסקי הדין של בתי הדין הרבניים, הרי קל וחומר שאין לאפשר לבית המשפט העליון (בשבתו כבג"ץ) להתערב בפסק דינו של בית דין הרבני על בסיס הנמקה שגויה של אחד הדיינים, אשר רוב הדיינים אינם שותפים לה. עם זאת אף לגישתי יש להבחין בין מקרים שבהם דייני הרוב מסתייגים הסתייגות חדר-משמעית מן העמדה "הנגועה" לבין מקרים דוגמת המקרה הנוכחי, שבהם אף הדיינים הנוספים נוקטים דרך פרשנית דומה – אף כי מעומעמת יותר – לקו הטיעון "הבעייתי". בסוג זה של מקרים, אף אם הטענה שלפיה היה אפשר לפסול את פסק הדין כמכלול על בסיס עמדה של אחד הדיינים עודנה מעוררת קושי, ניתן לגרוס כי עמדה "נגועה" שכזו עלולה להשליך על פרשנות חוות הדעת של יתר הדיינים כמו גם על פסק הדין כמכלול.

(ב) פרשנות הרובד הגלוי של פסק הדין

חרף ההצהרה כי די בפסק דינו של הדיין נהרי כדי לפסול את פסק הדין של בית הדין הרבני, לא הסתפק השופט עמית בפרשנות פסק דינו, והוא ניתח גם את פסק הדין כמכלול. לגישתי, כאשר נקראות עמדות שלושת הדיינים כמכלול, אזי גם כאשר מיושמת המתודה הפרשנית "הרגילה" שנקט השופט מינץ, המיושמת במקרה הרגיל של ערעורים, יש לנטות – אף שאני אומר זאת בהיסוס – לכיוונו של השופט עמית, שלפיו פסק הדין מבוסס בעיקרו על שיקולי הבגידה ועל תפיסות דתיות.

באשר לדיין נהרי, אף השופט מינץ הסכים כי פסק דינו מבוסס על עניין הבגידה.⁴⁶ אשר לדיין עמוס – הדברים מורכבים יותר. מחד גיסא, הדיין עמוס אכן הקדיש חלק ניכר מפסק דינו להפרכת הנימוקים של בית הדין האזורי ולשלילתה של כוונת השיתוף. השופט מינץ סבר כי חלק זה של פסק הדין הוא העיקר, וכי יתר פסק הדין – לרבות החלק העוסק בבגידה והחלק העוסק בהלכה – הוא בבחינת מעבר לדרוש. ואולם מאידך גיסא, עיון בפסק דינו של הדיין עמוס⁴⁷ יגלה כי הוא לא הציג את טיעון הבגידה כטיעון מעבר לדרוש, אלא כטיעון נוסף בדרך למסקנה שלפיה לא הוכחה כוונת השיתוף.⁴⁸ יתרה מזו, בחלק "ההלכתי" של פסק הדין הדגיש הדיין עמוס, כי "מאחר שבית הדין פוסק על פי המשפט העברי הרי שבהכרח פרשנותו תהיה כפופה לדין העברי".⁴⁹ השופט מינץ הכיר כאמור בכך שאמירה זו

45 ראו שם, בפס' 7 לפסק דינו של השופט עמית ואת האסמכתאות הרבות המופיעות שם.
 46 שם, בפס' 8 לפסק דינו של השופט מינץ.
 47 ובפועל, חרף הצהרתו של השופט עמית כי די בפסק דינו של הדיין נהרי כדי לפסול את פסק הדין, הוא הקדיש חלק ניכר מפסק דינו לניתוח פסק דינו של הדיין עמוס ולביקורת עליו.
 48 לתיאור עניין הבגידה בפסק דינו של הדיין עמוס כנאמר מעבר לדרוש, ראו הבג"ץ, לעיל ה"ש 4, פס' 8 לפסק דינו של השופט מינץ. ברם, עיון מדויק בדבריו של הדיין עמוס יגלה, כי הוא פותח את דיונו בנושא במילים "עוד יש להוסיף", משמע מדובר בנימוק שהוא חלק מן הטיעון עצמו ולא למעלה מן הצורך, ראו פסק הדין הרבני הגדול, לעיל ה"ש 4, בעמ' 7.
 49 ראו שם, בעמ' 9.

של הדיין עמוס שגויה,⁵⁰ אך עם זאת הוא לא ראה בה כזו הצובעת את פסק הדין כולו. ייתכן שעמדתו של השופט מינץ נובעת מכך, שהוא הקדיש חלק מפסק דינו לניתוח של עמדת ההלכה בנוגע לשיתוף הספציפי והגיע למסקנה כי בנושא זה עמדת הדין הכללי ועמדת ההלכה זהות, ומשום כך אי-אפשר לראות בפסק דינו של הדיין עמוס פסיקה המנוגדת להוראות הדין האזרחי.⁵¹

בשונה מניתוחו של השופט מינץ אני סבור, כי לדיון ההלכתי של הדיין עמוס שני תפקידים שהדיון בבג"ץ לא הבחין ביניהם כדבעי וכי שניהם מעוררים קושי. תפקידו הראשון של הדיין ההלכתי הוא לצמצם צמצום ניכר את תחולתו של דין השיתוף הספציפי מכוח הדין הכללי באמצעות העלאת נטל ההוכחה הנדרש לצורך הוכחת כוונת שיתוף ספציפי. היבט זה עומד במרכז הדין ההלכתי בפסק דינו של הדיין עמוס.⁵² במסגרת זו הבהיר הדיין עמוס, כי הלכת השיתוף הספציפי כשלעצמה אינה מעוגנת בהלכה,⁵³ וכי המנגנונים ההלכתיים המאפשרים להפוך חוק מדינה לכלל הלכתי מחייב אינם נכונים באשר להלכה שמקורה בפסיקת בית המשפט; הטעם לכך הוא בין היתר בשל הטענה כי פסיקה – בניגוד לחוק – אינה מסווגת כ"מנהג ידוע".⁵⁴ לנוכח היבט זה של הדיון ההלכתי קבע הדיין עמוס נטל הוכחה גבוה במיוחד להוכחת כוונת שיתוף.⁵⁵ להיבט זה של הדין ההלכתי הצטרף אף הדיין נהרי, אשר פתח את פסק דינו באמירה שעל בית הדין לנהוג באמות מידה מחמירות להוכחת כוונת שיתוף הבנויה על הפסיקה האזרחית. הדיין נהרי הפנה באמירתו לפסיקה מוקדמת שלו בנושא, שבה בדומה לדיין עמוס במקרה הנוכחי הוא הסתייג מן היכולת לאמץ את הלכת השיתוף הספציפי כהלכה מחייבת, ותמך ביישום מצמצם שלה בבתי הדין הרבניים.⁵⁶

התפקיד השני של הדין ההלכתי, כפי שציין הדיין עמוס בדבריו שצוטטו לעיל, הוא לשמש אמת מידה פרשנית ליישומה של הלכת השיתוף הספציפי ושל הבדיקה באילו מקרים טיפוסיים ניתן להניח כוונת שיתוף מן הבחינה המהותית. בעיניי, השימוש בהלכה

-
- 50 ראו הבג"ץ, לעיל ה"ש 4, פס' 10 לפסק דינו של השופט מינץ.
- 51 ראו שם, בפס' 15 לפסק דינו של השופט מינץ: "ואולם, שעה שמדובר בענייננו בהוכחת קיומו של השיתוף בהתאם לדין הכללי ועל פי דיני הראיות, דומה כי הדין העברי והכללי מובילים למקום אחד, על פיו נטל הראיה מוטל על כתפו של הטוען לקיומו של שיתוף בנכס שבבעלות בן זוגו".
- 52 פסק הדין הרבני הגדול, לעיל ה"ש 4, בעמ' 8.
- 53 ראו שם. כדבריו של הדיין עמוס, "הרי ודאי כל המושג של כוונת שיתוף נגד ההלכה".
- 54 ראו שם, וכן את דבריו שם: "עוד יש להבהיר כי הפסיקה בעניין כוונת שיתוף אינה מעוגנת בחוק יחסי מומן אלא 'הלכה' היא שהתחדשה בפסיקה האזרחית... וכל עוד לא נחקק חוק ודאי שאין לומר עליה 'מנהג מדינה'" (ההדגשה הוספה).
- 55 ראו שם, בעמ' 10.
- 56 שם, בעמ' 14. הדיין נהרי הפנה בהקשר זה לפסיקה מוקדמת שלו, שבה פתח עניין זה: "כבר כתבתי בפסק דין שפורסם לפני כשבועיים את עמדתי בעניין הלכת שיתוף ספציפי". כוונתו של נהרי לתיק (גדול) 842067/5 פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו, 29.5.2017), שבו התנהל דיון הלכתי מקיף בנוגע לדרך היישום הראויה של הלכת השיתוף הספציפי בפסיקה הרבנית, וכל הדיינים ובראשם הדיין נהרי תמכו בפרשנות מצמצמת.

כאמת מידה פרשנית מהותית היא שמסבירה את המשקל הרב שניתן לטיעון הבגידה כטיעון השולל את הכוונה לשיתוף הן בפסק הדין של הדיין עמוס והן בפסק הדין של הדיין נהרי. אני חושש שניתוחו של השופט מינץ, שלפיו אין לפסול את פסק הדין של בית הדין הרבני בשל ההפניה להלכה ובשל התוצאה הדומה שאליה מגיעים בכל מקרה הן ההלכה והן המשפט האזרחי, מכוון לכל היותר כלפי התפקיד הראשון של ההלכה – כלומר נטל הראיה וצמצום הלכת השיתוף הספציפי למקרים שבהם מוכחת בוודאות כוונת שיתוף. בעיניי, ההסתמכות על ההלכה אפילו בהיבט זה (לצורך צמצום השימוש בהלכת השיתוף הספציפי) באמצעות קביעת נטלי הוכחה מוגברים מעוררת קושי. אמת המידה של המשפט העברי להוכחת שיתוף ספציפי לפי ניתוחם של הדיינים עמוס ונהרי קרובה יותר לאמות המידה הנהוגות במשפט הפלילי, לעומת אמות המידה המקובלות להוכחת כוונת שיתוף במשפט האזרחי, המטילות אומנם את הנטל על התובע או על מוציא הממון מן המוחזק, אך אינן דורשות ודאות ברמה שהציג הדיין עמוס כתנאי להחלת השיתוף הספציפי.⁵⁷ ודאי שבהקשר של התפקיד השני של ההלכה, כאמת מידה מהותית ליישום הלכת השיתוף הספציפי ופרשנותה, שורר מתח ניכר בין המקום שניתן לשיקולי הבגידה בהשראת ההלכה לבין העמדה האזרחית הרווחת, המתנגדת לשילובם של שיקולי אשמה מינית בקביעת התוצאות הכלכליות של הגירושים. משום כך לא היה אפשר להתייחס בסלחנות לאמירתו של הדיין עמוס, שלפיה יש לפרש את הלכת השיתוף הספציפי על פי המשפט העברי או על פי ההלכה.

באשר לדיין אלמליח, במבט ראשון נראה כי הוא לא הזכיר בחוות דעתו את הבגידה ואף לא את ההלכה. עם זאת עיון מעמיק יותר יגלה, כי מרבית פסק דינו של הדיין אלמליח הוקדש לשלילת השיתוף המוחלש במבנה, בעוד שבנוגע לקרקע הוא הסתפק באמירה "מסכים אני שלא הוכחה לפנינו כל כוונת שיתוף וכפי שכתבו עמיתי"⁵⁸. מאחר שלפחות פסק דינו של הדיין נהרי, ובעיניי אף פסק דינו של הדיין עמוס, ביססו את מסקנתם בדבר היעדר הכוונה לשיתוף גם (במקרה של הדיין עמוס) או רק (במקרה של הדיין נהרי) על שיקולי הבגידה, אינני סבור שנכון לפרש את פסק דינו של הדיין אלמליח, הנסמך לדבריו על פסקי הדין של חבריו, כמנותק משיקולי הבגידה.

סיכומם של דברים, הפרשנות המתקבלת של מכלול פסק דינו של בית הדין הגדול נוטה דווקא לכיוונו של השופט עמית. לפי השופט עמית, הדיין נהרי, כמוהו במידה מסוימת הדיין עמוס ואף הדיין אלמליח שהצטרף לדבריהם ביססו את פסק דינם על שיקולי בגידה בהשראת הדין הדתי.

(ג) מעבר לרובד הגלוי: ברוכים הבאים לרציף תשע ושלושה רבעים – על קריאה בין השורות של פסקי הדין

למחלוקת שבין השופטים עמית ומינץ היבט נוסף, הקשור לנכונותם לקרוא מעבר לרובד הגלוי של פסקי הדין של בתי הדין הרבניים את מה שלא נאמר בהם במפורש. השופט מינץ דבק בקריאה של הרובד הגלוי והמפורש של פסק הדין, ואף בהקשר זה הוא הפגין לעיתים

57 על רקע זה לא ייפלא, שלמעט פסק דינו של בית הדין האזורי במקרה דנן קשה מאוד לאתר פסקי דין רבניים שהחילו את הלכת השיתוף הספציפי.

58 ראו פסק הדין הרבני הגדול, לעיל ה"ש 4, בעמ' 15 (ההדגשה הוספה).

סלחנות לשגיאות או לטעויות ברכיבים שבעיניו הם מעבר לנדרש. השופט עמית לעומתו הפגין יחס חשדני כלפי בית הדין; בעיניו הנימוקים "האזרחיים" היו כסות או מס שפתיים, שמטרתם לכסות על שיקוליו האמיתיים של בית הדין. למחלוקת זו שורשים עמוקים. אכן קשה להתעלם מן ההיסטוריה הלא-פשוטה של מערכת היחסים שבין בית הדין לבית המשפט, הכוללת סדרה של עימותים מוסדיים בנוגע לשאלות של סמכות, של פיקוח על הליכים ושל תוכן מהותי. במסגרת העימותים הללו נקטו לעיתים שני הצדדים תחבולות ודרכי מלחמה.⁵⁹ כך למשל, על רקע המתח המוסדי והאידיאולוגי ששרר בעבר בין בית המשפט ובתי הדין היו מקרים, שבהם בסוגיות טעונות כגון משמורת ילדים וחינוכם לא היסס בית המשפט העליון להסיר את הלוט מעל מניעים דתיים נסתרים של בית הדין הרבני, שביית המשפט סבר שהסיטו אותו מהדרישה להתמקד בטובת הילד הספציפי.⁶⁰ בניגוד לעבר, בשנים האחרונות הסתמנה רגיעה ביחסים שבין שתי ערכאות השיפוט והפחתה בפיקוח השיפוטי על בתי הדין. במאמר שהוקדש לנושא⁶¹ טענה רות זפרן, כי מגמה זו נובעת בין היתר⁶² משינויים פנימיים שעבר בית הדין הרבני, הכוללים הקפדה על התנהלות דיונית תקינה ובכלל זה שמירת זכויות דיוניות, וברמה המהותית מהיכרות טובה יותר עם המשפט האזרחי ומכוננות הדיינים לנמק את פסיקתם על בסיס כללי. מדבריה של זפרן ניכר, כי ברמה המהותית לפחות היא חושדת שמדובר במהלך טקטי של בתי הדין, ושבמקרים רבים בתי הדין הרבניים מפתחים פרשנויות יצירתיות למשפט האזרחי כדי להגשים ערכים

59 בנושא זה ישנה ספרות ענפה. ראו בין היתר: רות הלפרין-קדרי "דיני משפחה אזרחיים נוסח ישראל – לקראת השלמה – על הכבוד, הצדק, השוויון והכוונה יושתתו מעתה דיני המשפחה" מחקרי משפט יז 105, 108-113 (2001); רות זפרן "מירון הסמכויות 'חי ובעוט': מ'ניצחון בנקודות' של מערכת השיפוט האזרחית בענייני משפחה להתעצמות מחודשת של מערכת בתי הדין הרבניים" משפטים מג 571 (2013) (להלן: זפרן "מירון הסמכויות"); פנחס שיפמן "בתי-הדין הרבניים – לאן?" משפט וממשל ב 523 (1995); שלמה דייכובסקי "בתי הדין הרבניים ובתי המשפט האזרחיים: הרהורים על תחומי החיכוך שביניהם בענייני משפחה" מאזני משפט ד 261 (2005); ברכיהו ליפשיץ "גן התעוועים של 'ענייני נישואין וגירושין'" משפחה במשפט ב 107 (2008). האמת חייבת להיאמר, המתח שבין הערכאות אינו תוצר של פעולות חד-צדדיות של בתי הדין, שכן במקרים רבים אף בתי המשפט האזרחיים ובכללם בית המשפט העליון נקטו מתודות פרשניות וטכניקות פעולה לא-שגרתיות כדי לצמצם את סמכויות בתי הדין הרבניים.

60 ראו בין היתר בג"ץ 181/81 מור נ' בית הדין הרבני האזורי חיפה, פ"ד לז(3) 94 (1983); בג"ץ 5182/93 לוי נ' בית הדין הרבני האזורי רחובות, פ"ד מח(3) 1 (1994); אולם השוו בג"ץ 128/72 נאצר נ' בית-הדין הרבני הגדול לערעורין, פ"ד כו(2) 403 (1972), שם סירב בית המשפט העליון להתערב בנימוקים הלכתיים כאשר השתכנע, שבסופו של דבר עיקר ההכרעה מבוססת על שקילה אובייקטיבית של טובת הילד הספציפי. עוד ראו בהרחבה על הסוגיה: ישראל צבי גילת "כלום טובת הילד" הוא שיקול-על לפי המשפט העברי בסכסוך שבין הורים על משמורת ילדם?" מחקרי משפט ח 297 (1990); פנחס שיפמן "טובת הילד" בבית הדין הרבני" משפטים ה 421 (1974).

61 ראו זפרן "מירון הסמכויות", לעיל ה"ש 59.

62 ראו שם, בעמ' 628. נימוק מרכזי נוסף שאליו מתייחסת זפרן הוא חולשה יחסית של בית המשפט העליון עקב ההתקפות החיצוניות עליו ועקב אובדן הלגיטימציה הציבורית. דיון בנימוק זה הוא מעבר לעניינה של הרשימה הנוכחית.

דתיים.⁶³ לכן עמדתה הבסיסית של זפרן כלפי המהלך שבמסגרתו בית המשפט הגבוה לצדק מצמצם את הביקורת השיפוטית על בית הדין ונותן אמון בטעמי היא ביקורתית. על רקע זה דומה, שהשופט מינץ ממשיך את ה"דִּטְנֵט" שזפרן מזהה, בעוד שפסק דינו של השופט עמית מהדהד את הגישה המסורתית, החשדנית יותר.

עמדתי האישית בהקשר זה היא מורכבת. ככלל אני סבור, שבנושאים שבהם הסמיק המחוקק את בית הדין הרבני לעסוק עקרון הכבוד ההרדי שבין הערכאות מחייב כברירת מחדל לתת אמון בהנמקות הגלויות העולות מפסק דין, כפי שעולה מפסק דינו של השופט מינץ. עם זאת התפתח במשפט המנהלי קו חשיבה, שלפיו מזהיר בית המשפט את עצמו שלא לתת אמון רב מדי בהנמקות הגלויות של הרשות המנהלית, מתוך הבנת המציאות שבה רק במקרים נדירים יוצגו ההנמקות "הבעייתיות" ברובד הגלוי של ההכרעה המנהלית.⁶⁴ אומנם בית הדין הוא ערכאה שיפוטית ולא מנהלית, אך בכל זאת קשה להתעלם מן ההיסטוריה הלא-פשוטה של מערכת היחסים שבין בית הדין לבית המשפט; ומכך שגם כיום בהיבטים רבים היחסים שבין בית הדין הרבני לבית המשפט העליון מזכירים יותר את היחסים שבין גופים המשתייכים לרשויות שונות מאשר יחסים בין שתי ערכאות המשתייכות לאותה הרשות וחולקות את אותן תפיסות אידיאולוגיות. אכן, עמדתי הבסיסית כלפי המגמות העכשוויות בבית הדין הרבני היא חשדנית פחות מן העמדה שמציגה זפרן. אני מזהה בבתי הדין קולות מגוונים, וחלקם לפחות נכונים לדו־שיח מהותי ולהשפעה של המשפט האזרחי ושל עקרונות ליברליים של חופש פרט⁶⁵ ושל שוויון מגדרי העומדים בבסיסו.⁶⁶ לצד זאת

63 ראו שם, בעמ' 626-628.

64 ראו בהקשר זה בין היתר בג"ץ 651/86 מלכה נ' שר המשטרה, פ"ד (מ) 645, 657 (1986): "יבחן בית המשפט, אם השיקול שהדריך את הרשות או הנימוק אשר ניתן על-ידיה עומדים בביקורת, או שמא תחת המסווה של שיקול לגיטימי עומדים גורמים אחרים, שיסודם בשרירות או בשיקול פסול"; בג"ץ 392/72 ברגר נ' הוועדה המחוזית לתכנון ובניה, פ"ד (כז) 764, 773 (1973) רלוונטי במיוחד לענייננו בשל הצורך, שעיימו התמודד בית המשפט, להבחין בין שיקולים פסולים לשיקולים כשרים ולקבוע מה היו השיקולים שהכריעו במקרה הספציפי; עוד ראו יצחק זמיר הסמכות המנהלית כרך ד 2800-2798 (2017).

65 ראו למשל שי זילברברג ועמיחי רדזינר "תחייתה של עילת 'מות הנישואין': שיטת רבינו ירוחם בבית הדין הרבני" משפטים מט 113 (2019). וכן אבישלום וסטרין ועמיחי רדזינר "מהפכנות ושמרנות בפסיקת בית הדין הרבני – על אכיפת גירושים בטענת 'מאיים עלי' עיוני משפט מב(2) 639 (2020).

66 ראו למשל בהקשר של יישום ההלכה של בע"מ 919/15 פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו, 19.7.2017), המוכרת כ"הלכת 919". את פסק דינו של הרב דניאל אדרי בעמ' 9 בתיק (אזורי חי) 1013601/2 פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו, 21.3.2017): "כאשר ישנה משמורת משותפת וכל אחד דואג לצרכי הילדים אין טוב יותר מזה ובכך וודאי מתקיימת תקנת הרבנות, ומבטיחים בכך שאכן הילדים יקבלו את הדרוש להם, כל הורה דואג לכל מחסור הילד כאשר נמצא באמנה איתו"; כן ראו תיק (אזורי ת"א) 1138852/4, פסק דינו של הרב יאיר בן מנחם (לא פורסם, 22.3.2018). אולם השוו לביקורת החריפה על הפסיקה האזרחית שהציג הדיין אדרי בתיק (אזורי ב"ש) 147728/12 פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו, 24.7.2017). כן ראו את דבריו של הדיין שפנייר בעמ' 22 בתיק (אזורי ב"ש) 1140557/4 פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 8.11.2018): "תפיסות של צדק ושוויון, לא היו מעולם ולא יהיו לעולם פרמטר לקביעת הלכה, ולא יכירם

אינני מתכחש גם לקיומם של יסודות נוספים בבתי הדין, המתנגדים נחרצות לחלחולן של נורמות "אזרחיות" לתחומים המסווגים כמעמד אישי. חשוב מכך, בהקשר הנוכחי יסודות אלו מבקשים להרחיב את סמכות בית הדין ואת השפעת האידיאולוגיה הדתית שבה הוא אוחד גם לתחומים נוספים, שחלקם מסווגים כיום כאזרחיים. גורמים אלה משתמשים לעיתים במשפט האזרחי ואף בדין הדתי למטרות טקטיות, בעוד מטרתם האמיתית היא להרחיב את סמכותם של בתי הדין.⁶⁷ על רקע ההיסטוריה המורכבת של יחסי בית הדין ובית המשפט ולנוכח החשש שדווקא הברכה הגלומה בנכונות בתי הדין לדבר בשפה המשפטית האזרחית עשויה להוליך לתוצאות שאינן ראויות, אפשר להבין את גישתו החשדנית של השופט עמית ואת דרישתו לקרוא גם בין השורות של פסקי הדין של בית הדין הרבני. ודאי שבהקשר זה קיומה של דעת יחיד המבוססת בוודאות על הדין הדתי והעובדה שהדיינים האחרים לא הסתייגו ממנה חד־משמעית מחזקות את הטענה, כי פסק הדין כמכלול בוסס על שיקולי אשם מיני ועל הדין הדתי.

(ד) "דברי תורה עניים במקומן ועשירים במקום אחר"

מסתבר שחשדנותו של השופט עמית אינה לשווא, שכן "דברי תורה עניים במקומן ועשירים במקום אחר".⁶⁸ הכוונה היא לפסק דין שניתן לאחרונה, שבו עסק בית הדין הגדול בבני־זוג שהתגררו בדירת מגורים אשר נקנתה ברובה בידי הורי הבעל ונרשמה על שם שני בני־הזוג. אף במקרה זה התגרשו הצדדים לאחר שנות נישואים מרובות, שבהן נולדו להם ארבעה ילדים, ואף במקרה זה הוכח שהאישה "בגדה" בבעלה לקראת סוף הנישואים באופן המגדיר אותה מבחינה הלכתית כמורדת. בית הדין הרבני, בהרכב שכלל בין היתר את הדיין נהרי מפסק הדין שבו דן המאמר, ערך דיון הלכתי ארוך. מדיון זה נבע, כי במקרה של מרידה הנובעת מבגידה והמשך החיים עם הגבר הזר יש להחזיר את המתנות שניתנו לאישה, אף שמדובר במתנות שהושקעו בדירה שכבר נרשמה על שמה ואף אם הנתונים היו הורי הבעל ולא הבעל בעצמו (להלן: פסק דין המרידה). אף במקרה של פסק דין המרידה ביקש בית הדין הגדול לעגן את הדיון באומדנה עובדתית בדבר כוונת הצדדים. עם זאת חשף בית הדין הגדול את האופי האידיאולוגי של פסק דינו לפחות בשני היבטים בולטים:

מקומם של תפיסות אלו בין חובשי ספסלי בית המדרש ופוסקי ההלכה הצרופה והמסורה לנו מימות משה רבינו. בוודאי שלא להוציא ממון נגד הלכה פסוקה שיש בכך עוון חמור של גזל אצל כל ירא וחרד אשר דברי השולחן ערוך נר להגליו ומהם לא יזוע".

67 וראו בהקשר זה את הפולמוס שהתעורר בין החוקרים בנוגע להצהרתו של בית הדין הרבני על נכונותו העקרונית לפסוק מזונות במקרים של נישואים אזרחיים. בעוד שפרופ' רדזינר במאמרו – עמיחי רדזינר "אכן, רטוריקה בלבד: תגובה למאמרו של אבישלום וסטרין" משפחה במשפט 1-579 (2013-2014) – רואה בהצהרה זו הצהרה טקטית שמטרתה לאפשר כריכה של מזונות ורכוש גם במקרה של נישואים אזרחיים, אבישלום וסטרין במאמרו – אבישלום וסטרין "רטוריקה ומהות ידרו כרוכין זה בזה? על נישואין אזרחיים בעקבות פרשת 'בני נח'" משפחה במשפט 1-543 (2013-2014) – רואה בכך מדיניות אזרחית אותנטית. על ההיבט המניפולטיבי שבפסיקות בית הדין הרבני, ראו גם Amichai Radziner, *Problematic Halakhic*

'Creativity' in Israeli Rabbinical Courts Rulings, 20 JEWISH L. ANN. 103 (2013)

68 ירושלמי, ראש השנה ג, ה.

ראשית, הדיין נהרי בהתבסס על מאמר של היועץ המשפטי של בתי הדין הרבניים, הרב יעקובי,⁶⁹ ביקש לבסס מהלך כולל שלפיו דין החזרת מתנות על פי דין המורדת איננו חלק מן המשפט האזרחי אלא חלק מדיני הנישואים והגירושים, ולכן כפוף לדין הדתי ולסמכותם של בתי הדין הדתיים.⁷⁰ שנית, לצד הדיון ההלכתי הפורמלי ולצד הניסיון לעגן את הכרעותיו בכוונת הצדדים סיים הדיין נהרי את דבריו בהצהרה הבאה:⁷¹

"בית הדין דן ופוסק ומתווה את הדרך הראויה ביותר לחיזוק התא המשפחתי, בחינת 'בית' הוא מבצרי', לביסוסה של מערכת נישואין בריאה. ידע גם ידע כל מי שמתכוון למרוד בכך או בכת זוגו שלא יקבל מתנה שניתנה במסגרת חיי הנישואין מבין או מבת זוגו, מתנה שניתנה לו על דעת חיים משותפים ללא מרידה. יש כאן תנאי מכללא ברור המבוסס על ארני ההלכה החוק והצדק הטבעי, שמתנה זו ניתנה כל עוד לא הייתה מרידה (המוגדרת כמרידה בעיני בית הדין) במערכת הנישואין, והמורד – לא יעלה בידו זממו ולא יצא עם רכוש שניתן לו כמתנה, לבן זוג זר שעומו בחר לחלוק את חייו החדשים, בגדר של 'ועזבו לאחריים חילם' (תהלים מט, יא). כל דרך אחרת כמוה כעידוד לפירוק התא המשפחתי ולפירוק החברה הישראלית מערכים בסיסיים של צדק ויושר. יש בה פגיעה מהותית בזכויות הבסיסיות ביותר של נותן מתנה במערכת נישואין. אפשר לראות זאת, כהנהגה של 'מיטה יהודית' כנגד הנהגה של 'מיטת סדום' – בחינת 'הרצחת וגם ירשת'. נוסף ונאמר: בדיברה העשירית שבעשרת הדיברות נאמר: 'לא תחמד בית רעך, לא תחמד אשת רעך ועבדו ואמתו שורו וחמרו וכל אשר לרעך' (שמות כ, יד). קשר יש בין הציווי 'לא תחמד בית רעך' לבין הציווי 'לא תחמד אשת רעך' והוא שלא יחשוב איש לחמוד בית רעהו באמצעות חמדה של אשת רעהו כדי לעשוק את נכסיו של רעהו. רעיון מוסרי טמון בדיברה זו: לא ייתכן לגזול ממון של חברו באמצעות חמדת אשת רעהו והוא הדין גם להפך. רעיון ומסר זה היה נגד עיניי והנחה אותי במתן הכרעתי להוציא את האמת והצדק לאור עם התשתית ההלכתית והמשפטית ששימשה את בית הדין בפסק הדין".

מתברר אפוא, שתחת הלבוש הפורמלי של דיני המתנות והתנאים מכללא בית הדין הגדול הולך ומבסס מהלך אידיאולוגי רחב היקף, שמטרתו לתת משמעות לכגידות ולמרידות ביחסים הכלכליים שבין בני-הזוג עד כדי שלילה למפרע של זכויות שנצברו ואף שנרשמו, תוך שהוא מבקש לרכוש לעצמו סמכות לעסוק בנושאים הללו. משיצא המרצע מן השק מתחורר עוד יותר ההיגיון שבגישתו של השופט עמית, אשר אינו מוכן לעצום את עיניו והוא רואה את פסק דינו של בית הדין הרבני כפי שהוא – פסק דין, שלצד רטוריקה "אזרחית" הממוקדת באינדיקציות לכוונת הצדדים נותן משקל מכריע לכגידה בהשראת חשיבה דתית אידיאולוגית. משהוצדקה הבחירה הפרשנית של השופט עמית, נותר לבחון כיצד

69 שמעון יעקובי "החזרת מתנות במורדת ומורד וחוק שיווי זכויות האשה" **שערי צדק** ט 61 (התשס"ח).

70 תיק (גדול) 1125089/1 פלונית נ' פלונית 60-66 (פורסם בנבו, 26.3.2018) (המכונה גם פסק דין "המרידה").

71 שם, בעמ' 69.

היא משפיעה על סוגיית ההתערבות של בית המשפט הגבוה לצדק בפסק דין של בית הדין הרבני. בכך יעסוק הפרק הבא.

ב. סוגיית הפיקוח השיפוטי: האם ביסוס פסק דינו של בית הדין הרבני על שיקולי אשמה מינית מצדיק את התערבות בג"ץ בו?

1. מחלוקתם של השופטים עמית ושטיין

(א) עמדת השופט עמית

על רקע ניתוחו של השופט עמית, שלפיו הכרעת בית הדין הגדול מבוססת על שיקולי בגידה ומושפעת מן הדין הרתי, דן השופט עמית בתוקפו המשפטי של פסק הדין וביכולת ההתערבות של בג"ץ בו. בהקשר זה חזר השופט עמית על עיקרי הלכת בבלי, שלפיהם בוטל הנוהג של "הדין הולך אחר הדיין", ודאי שבענייני רכוש,⁷² וייתכן שגם בכלל הנושאים האזרחיים⁷³ בית הדין מחויב לפסוק על פי הדין האזרחי בדרך שבה הוא מפורש בידי בית המשפט העליון.⁷⁴ לדעת השופט עמית, בעוד שהדין הדתי מכיר במקומם של שיקולי אשמה מינית בקביעת התוצאות הכלכליות של הנישואים, הפסיקה האזרחית מתנגדת לכך.⁷⁵ לכן לדעת השופט עמית, משהרג בית הדין הגדול מפסיקת בית המשפט העליון בנושא ההתחשבות בשיקולי האשמה המינית, ומשחריגה זו הוליכה אותו שלא לקבוע שיתוף ספציפי, יש לבטל את פסק דינו ולהכריע את הדין בהתאם לפסיקת בית הדין האזורי. לקראת סיום פסק דינו דרש השופט עמית מבתי הדין הרבניים לפעול אך ורק במסגרת סמכותם, ובכלל זה שלא לפעול על פי הדין הרתי כאשר מדובר בתחומים אזרחיים, והוא הדגיש את מרכזיותה של

72 הלכת בבלי, לעיל ה"ש 10, פס' 28 לפסק דינו של השופט ברק: "על כל בתי הדין הרתיים במדינה להפעיל, בסוגיות 'אזרחיות' נלוות שאינן חלק מענייני המעמד האישי (כפי שדיבור זה מתפרש על-פי דין המדינה) הנתון לסמכותם, את המשפט האזרחי הכללי, כפי שפורש על-ידי בית המשפט העליון".

73 ראו בהקשר זה את ניסוחו של השופט ברק שם, בפס' 32 לפסק דינו: "על-פי פסק-דיננו זה, בית-דין רבני צריך לפסוק לפי המשפט האזרחי בכל הנוגע לזכויות האזרחיות ברכוש שחלוקתו נכרכה בתביעת גירושין". כן ראו את פסק דינו של הנשיא שמגר שם, בפס' 6 לפסק דינו.

74 ראו הבג"ץ, לעיל ה"ש 4, פס' 12 לפסק דינו של השופט עמית. בעקבות מאמריהם של ברכיהו ליפשיץ "תוכן וקליפה בהלכת שיתוף הנכסים (בעקבות בג"ץ 1000/92 בבלי נ' בית-הדין הרבני הגדול ואח") המשפט ג 239 (1996) (להלן: "ליפשיץ" הלכת שיתוף הנכסים) ורות הלפרין-קררי "פלורליזם משפטי בישראל: בג"צ ובתי-הדין הרבניים – בעקבות בבלי ולב" עיוני משפט כ 683 (1997) (להלן: הלפרין-קררי "בבלי"), השופט עמית הבחין בין קריאה רחבה של הלכת בבלי, הדורשת מבית הדין לפסוק בכל עניין שאיננו מעמד אישי בהתאם לפסיקה האזרחית, לבין קריאה מצמצמת, הממוקדת אך ורק בהיבטים הרכשיים של יחסי הצדדים.

75 ראו הבג"ץ, לעיל ה"ש 4, פס' 13 לפסק דינו של השופט עמית. הוא הבחין בהקשר זה בין מצבים שבהם בגידה ממושכת, בטרם התגבש השיתוף, עשויה להיות שיקול אף לפי הדין האזרחי כדי לקבוע כי לא התקיימו תנאי הסף ליצירת השיתוף, לבין מקרים דוגמת המקרה דנן, שבו בגידה חד-פעמית שהתרחשה לאחר שכבר התגבשו התנאים לשיתוף, פועלת למפרע. ראו שם, בפס' 14-15 לפסק דינו של השופט עמית.

הלכת בבלי עבור דיני המשפחה בישראל ואת חשיבותה של היררכיה שיפוטית בראשות בית המשפט העליון.

(ב) עמדת השופט שטיין

בניגוד לשופט מינץ, אשר ביקש לגמד את השפעת שיקול הבגידה על הכרעת בית הדין הרבני, סבר השופט שטיין שצדק השופט עמית בפרשנותו כי הכרעת בית הדין הגדול שלפיה לא התגבש שיתוף ספציפי בדירת המגורים אכן בוססה על טענת הבגידה, או לפחות נתנה לה משקל מכריע.⁷⁶ ברם, חרף ההתבססות על טענת הבגידה גרס השופט שטיין כי לא התעוררה עילה להתערבות בג"ץ בפסק דינו של בית הדין הגדול. אל מול הדרישה של השופט עמית ליישם את הלכת בבלי ולבטל את פסק דינו של בית הדין הגדול הציג השופט שטיין שלושה קווי טיעון: (1) הסבר מדוע עילות ההתערבות ואמות המידה הקבועות בחוק בנוגע להתערבות בג"ץ בפסיקת בתי הדין הרבניים אינן מתקיימות במקרה דנן; (2) אבחון המקרה הנוכחי מפרשת בבלי, בשל העובדה שפרשת בבלי עסקה בנכסים שנרכשו ממאמץ משותף במהלך הנישואים (להלן: "נכסי המאמץ המשותף" או בטרמינולוגיה של חוק יחסי ממון "נכסים בני-איוון"), בעוד שהמקרה הנוכחי עוסק בנכסים מלפני הנישואים שאינם בני-איוון; (3) טיעון אורחי עקרוני בדבר חשיבות האוטונומיה של בני-הזוג, ועל בסיסו דרישה מבתי המשפט ומבתי הדין לנקוט עמדה ניטרלית כלפי הסדרים מוסכמים שונים בין בני-זוג, ובכללם הסדרים שבמסגרתם "נותן" של דירה שאינה בת-איוון מתנה את נתינתו בשיקולי אשם מיני. להלן אציג בהרחבה את שלושת קווי הטיעון של השופט שטיין ואבהיר מדוע אין מדובר בנימוקים חלופיים, אלא בקווי טיעון הסובבים זה את זה, כך שרק שילוב של שלושתם יחד מסביר מדוע על פי עמדת השופט שטיין אין מקום להתערבות בהחלטת בית הדין הגדול חרף התבססותה על טענת הבגידה.

(1) קו הטיעון הראשון: עילות ההתערבות המצומצמות שנקבעו בחוק לא התקיימו במקרה הנוכחי

השופט שטיין פתח את פסק דינו בהכרזה, כי דבריו של השופט עמית משנים את הכלל שלפיו אין מתערבים בפסק דינו של בית דין רבני אלא במקרים צרים.⁷⁷ השופט שטיין הדגיש את החובה של בית המשפט העליון לכבד את מערכת הסמכויות וכללי הפיקוח שבין המערכת האזרחית והדתית, כפי שנקבעו בידי המחוקק בכלל ובידי "מחוקק העל" בחוק יסוד: השפיטה בפרט. בתוך כך סקר השופט שטיין את עילות ההתערבות של בג"ץ בפסקי דין של בתי הדין הדתיים, הקבועות בסעיפים 15(ג) ו-15(ד) לחוק יסוד: השפיטה,

76 ראו למשל שם, בפס' 3 לפסק דינו של השופט שטיין: "בית הדין הכניס במניין השיקולים אשר שוללים את קיומה של שותפות שוות זכויות בבית את העובדה כי האישה, בעודה נשואה לבעל, קיימה מערכת יחסים אינטימית עם גבר אחר". כן ראו את דבריו של השופט שטיין בפס' 13 לפסק דינו: "מכלול זה כלל את מעשה 'הבגידה' של האישה כשיקול אשר בא לשלול או לאיין את כוונתו של הבעל לשתפה כשותפה שוות זכויות בבית". עם זאת בעוד השופט עמית ייחס את שיקול הבגידה להשפעת הדין הדתי, השופט שטיין לא התייחס בפסק דינו להשפעת הדין הדתי על פסיקת בית הדין הרבני.

77 ראו שם, בפס' 1 לפסק דינו של השופט שטיין.

כפי שפורשו בפסיקה. בסקירתו התמקד השופט שטיין בשתי העילות המרכזיות הרלוונטיות בענינו למקרה הנוכחי – חריגה מסמכות (להלן: חריגה מסמכות במובן הצר) וסטייה ברורה מהוראות חוק המכוונות אל בית הדין הדתי שניתן לראות בה חריגה מסמכות או טעות בדין גלויה ומוכחת על פני הפסק, שכמוה כחריגה מסמכות (להלן: חריגה מסמכות במובן הרחב).⁷⁸ לאחר סקירת עילות ההתערבות יישם אותן השופט שטיין למקרה הנוכחי. לשיטתו עניין החריגה מסמכות במובן הצר לא התעורר, שכן הצדדים הסכימו על הסדרת ענייני הרכוש בבית הדין.⁷⁹ באשר לחריגה מסמכות במובן הרחב קבע השופט שטיין, כי פסק דינו של בית הדין הגדול, לרבות החלקים העוסקים בחוסר הנאמנות המינית, אינו מכיל "שום טעות בדין שניתן לראותה כגלויה ומוכחת על פני הפסק ושבשל כך קוראת להתערבותנו".⁸⁰ אשר לעילת החריגה מסמכות במובנה הצר שגה השופט שטיין בהנחה כי אפשר לבסס את סמכותו של בית הדין לעסוק בענייני הרכוש על הסכמת הצדדים, שכן מאז פרשת אמיר⁸¹ נאסר על בית הדין לעסוק בנושאים אלה מכוח הסכמת הצדדים אלא רק מכוח הלכת הכריכה, שהיא פעולה חד-צדדית של אחד מבני-הזוג. עם זאת לגופו של עניין, חרף השגיאה בהנמקתו של השופט שטיין, גם אני סבור כי עניין החריגה מסמכות במובנה הצר לא התעורר במקרה הנוכחי, שכן הבעל כך כדין את ענייני הרכוש יחד עם תביעת הגירושים. שונים הדברים באשר לחריגה מסמכות במובן הרחב. הצגתו של השופט שטיין את עילת ההתערבות המתייחסת ברישה להתעלמות בית הדין מהוראות חוק המופנות אליו ישירות מהדהדת את הרטוריקה שקדמה לפסק הדין בעניין בבלי. לעומת זאת בהתאם להלכת בבלי בטלה ההבחנה בין מקרים שבהם סטה בית הדין מהוראות חוק המכוונות אליו מפורשות לבין סטייה מהוראות חוק רגילות. הטעם לכך הוא, שעל פי הלכה זו בתי הדין הדתיים מחויבים למלא אחר הנחיות הדין האזרחי, לרבות פרשנות בית המשפט העליון לדין האזרחי, בכל נושא שאיננו מוגדר כענייני המעמד האישי או למצער בכל נושא הנוגע לזכויות הרכוש של בני-הזוג. על פי הפסיקה שניתנה לאחר פרשת בבלי, אי-עמידה של בית הדין הרבני בדרישה של הלכת בבלי ליישם את הדין ואת הפסיקה האזרחית יחשב פעולה בחוסר סמכות בהתאם לסעיף 15(ד) לחוק יסוד: השפיטה, או שהיא תאפשר התערבות של בג"ץ בה כפעולה למען הצדק בהתאם לסעיף 15(ג) לחוק זה.⁸² לכאורה אם כן צדק השופט עמית בטענתו, שלפיה הותרת פסק דינו של בית הדין הרבני על כנו ובחינת פסק הדין בהתאם לאמות המידה שהיו

78 ראו שם. השופט שטיין הזכיר אמנם בפתיח לדבריו גם את העילות של פגיעה בעקרונות הצדק הטבעי, אולם הוא הבהיר כי למקרה הנוכחי רלוונטיות רק העילות המופיעות בטקסט.

79 ראו שם, בפס' 2 לפסק דינו של השופט שטיין: "סמכות זו נקנתה על ידי בתי הדין הרבניים – האזורי והגדול – לאחר שהעותרת והמשיב 3 בבג"ץ הנ"ל, אישה ובעל שהתגרשו בהסכמה (להלן: האישה, הבעל, ובני הזוג, לפי העניין), הסכימו להסדיר את ענייניהם הממוניים בבית דין רבני (הסכמה זו עוגנה בהסכם שבית משפט זה נתן לו תוקף של פסק דין)".

80 שם, בפס' 3 לפסק דינו של השופט שטיין. ראו ברוח זו גם פס' 4 ו-13 לפסק דינו של השופט שטיין.

81 בג"ץ 8638/03 אמיר נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים, פ"ד סא(1) 259 (2006). שם נקבע, כי חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), התשי"ג-1953 אינו מאפשר לצדדים להקנות לבית הדין סמכות שיפוט בהסכמה בענייני רכוש.

82 ראו בג"ץ 2222/99 גבאי נ' בית-הדין הרבני הגדול, פ"ד נד(5) 401 (2000).

נהוגות לפני פסק הדין בעניין בבלי יחתרו תחת הלכה חשובה זו. במובן זה אין להתפלא על כך שפסק דינו של השופט שטיין, שלא התערב בהכרעת בית הדין, והרטוריקה שנקט השופט שטיין בעת שתיאר את עילות ההתערבות, נתפסו בתודעה הציבורית כאישור למהלך של "חזרה לעידן טרום-בבלי", כביטוי של השופט עמית.⁸³

(2) קו הטיעון השני: האבחון מהלכת בבלי

איני מזלזל בחשיבות ההבדל ברטוריקה שנקטו השופטים שטיין ועמית, ואף אחזור ואדון ברטוריקה זו בפרק הסיום. ובכל זאת ספק בעיניי, אם ישנה מחלוקת של ממש בין השופטים בנוגע לאמות המידה להתערבות בפסקי הדין של בתי הדין הרבניים או בהקשר של תוקפה של הלכת בבלי. ואכן בתגובתו לפסק דינו של השופט שטיין כתב השופט עמית במפורש, שהוא מחויב לאמות המידה הצרות שנקבעו בחוק ובפסיקה להתערבות בפסקי הדין של בית הדין הרבני. מנגד, קריאה מעמיקה יותר של פסק דינו של השופט שטיין תלמד, כי בשום שלב של פסק הדין לא הצהיר השופט שטיין כי ברצונו "להפוך" את הלכת בבלי. להפך, הוא הכיר בהלכה זו ובביטול הכלל המסורתי שלפיו "הדין הולך אחר הדיין".⁸⁴ חלף זאת, מיד לאחר שבחן ודחה את תחולתן של עילות ההתערבות המסורתיות בענייננו, טען השופט שטיין לאי-הרלוונטיות של הלכת בבלי, שכן הלכה זו עוסקת בחזקת השיתוף ובנכסי מאמץ משותף, בעוד שהמקרה שלפנינו עוסק בנכסים ספציפיים שנרכשו לפני הנישואים, שהשיתוף בעניינם מבוסס על הדין הכללי.⁸⁵ זהו קו הטיעון השני של השופט שטיין, המשלים למעשה את קו הטיעון הראשון.

ואולם אף קו טיעון זה הוא מוקשה, משום שלא ברור מהי הרלוונטיות של ההבחנה שבין נכסי המאמץ המשותף לבין נכסים הכפופים לשיתוף ספציפי מכוח הדין הכללי לעניין המחויבות של בית הדין לפעול על פי הפסיקה האזרחית נוכח הלכת בבלי. לזו הלכת בבלי, גם על פי ההבנה המצומצמת שלה, היא הררישה מבית הדין למלא אחר הנחיות הדין האזרחי, לרבות פסיקת בית המשפט העליון, בכל נושא הנוגע לזכויות רכושיות של בני-הזוג.⁸⁶ אף אם הלכת בבלי עצמה עסקה בנכסי מאמץ משותף, היבט זה של ההלכה רלוונטי באשר לכל סוג של עימות רכושי בין בני-הזוג, יהיה אשר יהיה. לאור האמור נראה, כי השאלה המתבקשת לנוכח הלכת בבלי היא השאלה הבאה: האם בכך שבית הדין הרבני נתן משקל לשיקולי אשמה מינית הוא חרג מן ההנחיות ומן ההלכות של הפסיקה האזרחית כפי שגובשו בידי בית המשפט העליון? התשובה הפשוטה על שאלה זו היא חיובית. בית המשפט העליון קבע בצורה שיטתית כי אין מקום לערב שיקולי אשם מיני כנסיכה השוללת זכויות רכושיות,⁸⁷ והוא אף אסר מפורשות על בית הדין לעשות זאת.⁸⁸ משום כך צודק השופט עמית שמדובר

83 ראו לעיל הערות ה"ש 21-22.

84 ראו הבג"ץ, לעיל ה"ש 4, פס' 5 לפסק דינו של השופט שטיין.

85 ראו שם, בפס' 4-5 לפסק דינו של השופט שטיין.

86 ראו לעיל ה"ש 74 וכן את דברי השופטים ברק ושמגר, לעיל ה"ש 72 ו-73.

87 ע"א 264/77 דרור נ' דרור, פ"ד לב(1) 829 (1978); כן ראו הבג"ץ, לעיל ה"ש 4, פס' 13 לפסק דינו של השופט עמית.

88 בג"ץ 8928/06 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול לערעורים בירושלים, פ"ד סג(1) 271 (2008) (להלן: בג"ץ בגידה למפרע).

בחריגה ברורה מפסיקה אזרחית שלה כפוף בית הדין, ועל כן לנוכח הלכת בבלי וההלכות המאוחרות לה היה מקום לבטל את הכרעתו. מה אם כן עומד בכל זאת מאחורי קו החשיבה שהציג השופט שטיין, שלפיו אף הלכת בבלי אינה מאפשרת להתערב בפסק הדין של בית הדין הגדול?⁸⁹

(3) קו הטיעון השלישי: עקרון האוטונומיה מחייב להתחשב בשיקולי אשמה מינית המעוגנים בכוונתו של הנותן להתנות בהם את נתינתו דומה כי אי־אפשר להבין את עמדת השופט שטיין בנוגע לאי־התגבשותה של עילת התערבות חרף פרשת בבלי מבלי להזדקק למשנתו האזרחית הכללית בנושא של ערך האוטונומיה והשפעתו על דיני הרכוש הזוגי, כמו גם באשר לתפיסתו את הלכת השיתוף הספציפי. על פי השופט שטיין, מערך האוטונומיה נגזרת דרישה לניטרליות כלפי תוכנם של הסדרי רכוש בין בני־זוג בכלל וכלפי הסדרים המותנים בשיקולי אשם מיני בפרט. שיתוף ספציפי בנכסים שאינם בני־איזון הוא לתפיסתו של השופט שטיין סוג של נתינה. לכן במקרה של שיתוף ספציפי העוסק בנכסים שאינם בני־איזון יש לתת משקל מכריע לכוונת בני־הזוג הרשום, בשאלה אם נתינתו היא מוחלטת או מותנית בשיקולי אשם מיני. לפיכך לדעת השופט שטיין, ככל שבית הדין הרבני יבקש על בסיס שיקולי אשמה "ענישתיים" ליטול מבין־זוג את אשר הוא זכאי לו על פי חוק יחסי ממון עקב נישואיו, קמה עילת התערבות בפסק דינו, שכן הדבר מנוגד לפסיקה האזרחית האוסרת את השימוש בשיקולים הללו. לעומת זאת כאשר מדובר בשיתוף ספציפי, בית הדין – וכמוהו גם בית המשפט – רשאי ואף נדרש לבחון, אם בנסיבות הספציפיות ובהינתן אורח החיים והאמונות של בני־הזוג הספציפיים התגבשה כוונת "נתינה" המותנית באשמה מינית עתידית, או שמא התגבשה כוונת נתינה מוחלטת שאינה מותנית בהתנהגות העתידית של מקבל המתנה. במקרים דוגמת המקרה דנן, שבהם בית הדין מכריע כי כוונת השיתוף של הבעלים הרשום הותנתה "בנאמנותו" המתמשכת של בני־הזוג האחר, מדובר בהכרעה עובדתית אמפירית,⁹⁰ ועל כן לדעתו של השופט שטיין בית המשפט העליון אינו רשאי להתערב בה אף אם הוא סבור שמדובר בהכרעה שגויה.

89 אכן יש להודות, ששני פסקי הדין המרכזיים שבהם קבע בית המשפט העליון את האיטור להתחשב בשיקולי אשם מיני ואשר אסרו על בית הדין לעשות זאת עסקו בנכסים בני־איזון (ראו לעיל הערות 86 ו־87). עם זאת בית המשפט העליון לא הבחין בין נכסים אלה לבין נכסים שאינם בני־איזון, ועל כן באותם המקרים שעל פי הדין בישראל אף נכסים בני־איזון כפופים לשיתוף בשל הלכת השיתוף הספציפי. אין למנוע זאת באמצעות שיקולי אשם מיני ללא הסבר מדוע שיקולים אלה, שנפסלו בהקשר של הנכסים בני־האיזון, רלוונטיים בכל זאת בהקשר של הלכת השיתוף הספציפי. בהמשך הדברים (סעיף 1 (ב), (ג)) אציג את הסברו של השופט שטיין להבחנה. בסעיף שלאחריו (סעיף 2) אבקר הסבר זה במישור הדין המצוי. בפרק השלישי (פרק ג, סעיף 5) אבקר את ההסבר אף במישור הדין הראוי.

90 ראו הבג"ץ, לעיל ה"ש 4, פס' 10 לפסק דינו של השופט שטיין: "קיומה או העדרה של הקניית זכות כאמור הם ענייני של עובדה אמפירית, ולא ענייני של אשמה, עונש, צדק או שיקול אחר המצוי בעולמן של נורמות, להבדיל מעובדות".

2. עמדת השופט שטיין – ניתוח ביקורתי

עמדתו האזרחית העקרונית של השופט שטיין היא, כי על המשפט האזרחי לכבד את כוונת הבעלים הרשום להתנות "נתינות" שנתן במסגרת הלכת השיתוף הספציפי בשיקולי אשמה מינית. המהלך שבאמצעותו השופט שטיין מקשר בין עמדתו זו לבין ההלכה הרווחת בדבר אמות המידה הצרות להתערבות בפסקי הדין של בתי הדין הרבניים בכלל, וודאי כאשר מדובר בהכרעות עובדתיות שגויות בפרט, הוא מהלך מרשים ועם זאת שגוי ומסוכן. בפרק הבא אסתייג מהיבטים שונים של עמדתו של השופט שטיין בדבר הדרישה לניטרליות כלפי הסדרים רכשיים שונים בין בני־זוג, בדבר האופי המתנת־נתינות של הלכת השיתוף הספציפי ובייחוד בדבר גזירת עיקרון של ניטרליות כלפי שיקולי אשמה מינית מערך האוטונומיה כעמדות אזרחיות כלליות בתחום דיני המשפחה. אולם בפרק הנוכחי אסתפק בביקורת מצומצמת יותר, המבהירה מדוע במישור הדין המצוי הכרעתו של השופט שטיין שלא להתערב בפסק דינו של בית הדין הגדול אינה מתיישבת עם החובה שהוטלה על בית הדין בהלכת בבלי לפסוק בהתאם לפסיקה האזרחית, גם אם דעותיו "האזרחיות הכלליות" בנושאים הללו היו נכונות כשלעצמן.

ביקורת על פסק דינו של השופט שטיין בהקשר זה בנויה ארבעה נדבכים:

ראשית, בית הדין הגדול לא קבע קביעה עובדתית נקודתית שלפיה הבעל הספציפי התנה את נתינתו בשיקולי אשמה, אלא קבע ברירת מחדל גורפת ולפיה כל נתינה בהתאם להלכת השיתוף הספציפי מותנית באי־בגידה עתידית של מקבל המתנה. שנית, קביעת ברירת מחדל, להבדיל מקביעת ממצא על כוונה נקודתית של צדדים במקרה ספציפי, היא שאלה משפטית נורמטיבית שעל בתי הדין הרבניים לפעול בעניינה על פי המשפט האזרחי ובכללו פסיקות בית המשפט העליון.

שלישית, פסיקת בית המשפט העליון בעניין תנאי במתנות דחתה את ההבחנה שבין "לקיחה" ו"נתינה". על כן גם במקרים שעסקו בדיני נתינה הורתה הפסיקה, כי אין לשלב שיקולי אשמה מינית או התחשבות בבגידה מאוחרת בעת שנקבע אומד דעתם של הצדדים (ובמקרה הנקודתי אומד דעתו של הנותן). ודאי שאין לקבוע כברירת מחדל, ללא אינדיקציות עובדתיות קונקרטיות, כי מתנות בין בני זוג מותנות בהתנהגותם המינית לאחר קבלת המתנה. משחרג בית הדין הגדול מעמדת המשפט האזרחי בעניין זה, הרי על פי הלכת בבלי יש לבטל את פסק דינו.

רביעית, הדיון בפרק זה לא רק יצביע על השגיאות שבקו הטיעון של השופט שטיין. הוא אף יחשוף כיצד הלך החשיבה שמציע השופט שטיין, בייחוד כאשר הוא מצטרף לקריאה הסלחנית של פסקי הדין של בתי הדין הרבניים בידי השופט מינץ, פותח פתח רחב לחדירתם של שיקולי אשמה מינית אידיאולוגיים, תוך הצגתם כמותנים ככוונת הצדדים בכל מקרה כמעט שבו תתעורר טענה של שיתוף ספציפי, כמו גם במקרים אחרים של מתנות או של נתינות. יתרה מזו, הניתוח יוכיח, שבניגוד לעמדתו של השופט שטיין מתן לגיטימציה להסקה משתמעת של הסדרי רכוש מותנים באשמה מינית עשוי להוליך בסופו של דבר להחלת שיקולי אשמה מינית גם על שיתוף בנכסים בני־איוון על פי חוק יחסי ממון. בסעיפים הבאים יידונו במפורט כל אחת מן הביקורות והסכנות הללו.

(א) פסק דינו של בית הדין הרבני קבע ברירות מחדל, שלפיהן נתינות על פי הלכת השיתוף הספציפי מותנות באשמה מינית

ביקורתי הראשונה על טיעונו של השופט שטיין נעוצה בהצגה המשתמעת של פסק דינו של בית הדין הגדול כהכרעה אינדיבידואלית על פי נסיבות ספציפיות. פסק דינו של בית הדין האזורי קבע כי התגבשה כוונת שיתוף. בית הדין האזורי כלל לא התייחס בהקשר זה לקיומה של בגידה או לשאלה אם כוונת השיתוף המקורית הייתה מוחלטת או מותנית. בית הדין הגדול הוא שהעלה לראשונה את עניין הבגידה ואת השפעתה על כוונת הצדדים. עיון בחוות דעתם של הדיינים עמוס ונהרי, שהעלו את נושא הבגידה, יגלה כי הכרעתם ולפיה הבגידה העתידית חותרת תחת כוונת השיתוף (או ה"נתינה" על פי הטרימינולוגיה של השופט שטיין) לא התבססה על ממצאים הקשורים בבני-הזוג הספציפיים, באורח חייהם או באמונתם כנדרש מהם, אף לפי מהלכו של השופט שטיין.⁹¹ הכרעתם התבססה על אומדנות כלליות ועל חזקות חברתיות גורפות, שלפיהן יש לפרש את כוונת השיתוף כמותנית מלכתחילה באי-בגידה עתידית, או לחלופין שבמקרה של בגידה מאוחרת מתגבשת עילת חזרה מן השיתוף, כפי שנובע מדיני החזרה ממתנה או מדיני הטעות וההטעיה בגרסתם ההלכתית.⁹² אם כך, ראייה נכוחה של פסק דינו של בית הדין הגדול תלמד שהצדק עם השופט עמית.⁹³ אכן אין מדובר בפסיקה נקודתית המבוססת על בחינת כוונתם של הצדדים הספציפיים,⁹⁴ אלא בפסיקה רבנית הקובעת ברירת מחדל גורפת (במונחי של השופט שטיין), ולפיה הענקת רכוש של בן-זוג לרעהו מותנית בכך שעד לסיום הפורמלי של הנישואים מקבל המתנה ישמור על נאמנות מינית לבן-זוגו.

91 כך למשל, פסקי הדין של בתי הדין הרבניים כלל אינם מזכירים אם מדובר בבני-זוג דתיים, חילוניים או מסורתיים, מה שעשוי להשפיע לכאורה על ניתוח אומד דעתם הספציפי.

92 ראו למשל את דבריו של הדיין נהרי: "קל וחומר כאשר מצטרפת למקרה עילת בגידה שבוודאי אי אפשר לומר שיש אומדנה לכוונת שיתוף מצד המערער הנכבד על ידי המשיבה" (פסק הדין הרבני הגדול, לעיל ה"ש 4, בעמ' 14), ובהמשך הדברים: "כאשר בתהליך הנישואין פוגע בן זוג במרקם מערכת הנישואין בצורה כה קיצונית של הפרת האמון והבסיס של המערכת המשותפת, הרי שיש לראות זאת כהתנהגות מחפירה המצדיקה את טענת המערער לחזרה מכוונת שיתוף ככל שהייתה" (שם). ראו גם את דבריו של הדיין עמוס "אולם כאשר צד אחד הולך שלא בתום לב ועושה מעשים אשר לא ניתן לחזור מהם וגונו והורס את החלום על התא המשפחתי במעשה שוודאי יגרום לפירוק של הבית – בזה יש אומדנא דמוכח ואנן סהדי כי לא הייתה לו כל כוונה לשותף בנכסים שעל שמו בלבד את הפוגע ההורס ומקעקע את כל חיי המשפחה. ואף אם מתוך מעשיו היה ניכר כי כוונתו לשיתוף – הרי כל זה נעשה בטעות ואומדנא דמוכח שהוטעה והולך שולל ולכן כוונה זו בטלה מעיקרה" (שם, בעמ' 7, ההדגשות הוספו).

93 ראו הבג"ץ, לעיל ה"ש 4, פס' 18(ו) לפסק דינו של השופט עמית.

94 יודגש, שפסק דינו של הדיין עמוס מבוסס על אינדיקציות עובדתיות ספציפיות לאי-התגבשותה של כוונת שיתוף ספציפי. ברם, דווקא הנכונות של הדיין עמוס להציג ראיות נקודתיות המעוגנות במקרה הספציפי באשר לנושא זה מחדדת את הפער שבין היבט זה של פסק דינו לבין העובדה, שבנוגע לנושא הבגידה הוא מסתפק באומדנות עקרוניות ובאמירות כלליות באשר להשפעת בגידה על גיבושו של רצון לנתינה, ומבלי לעגן אומדנות אלה בנסיבות של בני-הזוג הספציפיים.

(ב) קביעת ברירות מחדל היא שאלה משפטית

פסק דינו של השופט שטיין מבוסס על ההנחה, שהשאלה אם במקרים שבהם מוסקת מנסיבות המקרה נתינה לפי הלכת השיתוף הספציפי מדובר בנתינה המותנית באשמה מינית או בנתינה מוחלטת היא שאלה עוברתית אמפירית. ברם הניתוח שבמאמר הראה, כי במקרה הנקודתי לא הובאו ראיות קונקרטיות באשר לשאלה אם הצדדים ראו את הנתינה לפי הלכת השיתוף הספציפי כמותנית או מוחלטת, אלא כי נקבעה או הונחה ברירת מחדל שלפיה יש לפעול בהיעדר אינדיקציה נוגדת. מהו אם כן התהליך שבמסגרתו נקבעים כללי ברירת מחדל? האם מדובר בתהליך עובדתי אמפירי או שמא בהכרעה משפטית נורמטיבית? בנושא זה ישנה ספרות מחקר ענפה, העוסקת במתודולוגיה הראויה לקביעת ברירות מחדל (default rules).⁹⁵

בסוגיה זו ישנן שלוש גישות מרכזיות, שייסקרו בקצרה בשורות הבאות.⁹⁶ על פי הגישה הראשונה, שמקובל לכנותה "הגישה המחקה" או "גישת הרוב", הקביעה של ברירות מחדל אמורה לשחזר את ההסכמות המשוערות של צדדים טיפוסיים,⁹⁷ או לפי גרסאות אחרות של גישה זו את ההסכמות המשוערות של צדדים רציונליים הממקסמים רווח.⁹⁸ על פי הגישה השנייה, יציבות של ברירות מחדל צריך להתבסס על עמדות ערכיות בדבר הראוי והצודק⁹⁹

95 ראו כרוגמה לא-ממצה את המאמרים המופיעים בכרך השלישי (משנת 1993) – המוקדש לנושא – של כתב העת *The Southern California Interdisciplinary Law Journal*, ששמו "Symposium on Default Rules and Contractual Consent"; וכן את המאמרים המאזכרים בה"ש 97-101 להלן.

96 ראו ליפשיץ השיתוף הזוגי, לעיל ה"ש 24, בעמ' 92-96.
97 לטענה, כי על ברירת מחדל לשחזר את הנורמה שהיו מגיעים אליה רוב המתקשרים בחברה, ראו אוריאל פרוקצ'יה "זה חוזה? זה חפץ? זה חוק! תרומתה הקונסטרוקטיבית של הכלכלה לערפול מושגי היסוד במשפט" *משפטים* יח 395 (1989). גישה זו מכונה לעיתים "majority's rule". לגישה זו, ראו למשל Richard Craswell, *Efficiency and Rational Bargaining in Contractual Settings*, 15 *HARV. J.L. & PUB. POL'Y* 805 (1992); Randy E. Barnett, *The Sound of Silence: Default Rules and Contractual Consent*, 78 *VA. L. REV.* 821 (1992).
98 על אף שגישת הרוב מזוהה בדרך כלל עם הניתוח הכלכלי של המשפט, ישנה בכל זאת הבחנה בין הגישה, המבקשת לקבוע ברירת מחדל המחקה את ההסדר שלדעתה מתקשרים טיפוסיים היו קובעים, לבין הגישה, המבקשת לשחזר את ההסדר היעיל שאליו היו מגיעים צדדים רציונליים. על כך ראו למשל Craswell, לעיל ה"ש 97, בעמ' 820 ואילך. כמו כן בהמשך הדברים נבחן גם גישות כלכליות שאינן מאמצות את גישת ברירת המחדל המחקה את כלל הרוב.

99 ראו גר טדסקי "על הדין הדיספוזיטיבי" *עיוני משפט* טו 5, 28-29 (1990); איל זמיר *פירוש והשלמה של חוזים* 61-78 (1996); ליפשיץ השיתוף הזוגי, לעיל ה"ש 24, בעמ' 94. להתנגדות נחרצת לגישה המבקשת להשתמש בדין הדיספוזיטיבי כטכניקה של כפייה נורמטיבית, ולו מעודנת, ראו Robert E. Scott, *The Case for Market Damages: Revisiting the Lost Profits Puzzle*, 57 *U. CHI. L. REV.* 1155, 1173 (1990): "[t]he state has no desire to impose its default rules on unwilling parties". למענה המסביר מדוע יש מקום להסדר ביניים בין הדיספוזיטיבי לקוגנטי דווקא מנקודת המבט של הניתוח הכלכלי של המשפט, ראו Ian Ayres, *Regulating Opt-Out: An Economic Theory of Altering Rules*, 121 *YALE L.J.* 2032 (2012).

ועל שיקולים חברתיים והתנהגותיים, המביאים בחשבון את השפעתה של ברירת המחדל על התנהגות עתידית של הצדדים ועל תפיסת הצדק שלהם.¹⁰⁰ על פי הגישה השלישית, הקביעה של ברירת מחדל צריכה להתבסס על שיקולים אסטרטגיים, ובראשם הרצון לתמרץ העברת מידע בין הצדדים.¹⁰¹

במקום אחר עסקתי בהרחבה בדרך שבה מודלים שונים של שיתוף זוגי במשפט הישראלי משקפים מודלים שונים של תפיסת תפקידן של ברירות מחדל.¹⁰² במסגרת זו הבחנתי בין קביעת שיתוף זוגי כברירת מחדל המחקה את ההסדר הרכושי שניתן לשער שבני-זוג טיפוסיים היו בוחרים בו לו נשאלו על כך בזמן אמת, לבין שיתוף זוגי המבוסס על תפיסות של הגינות ושל שוויון מגדרי, המשקף את התפיסה הנורמטיבית הראויה בעיני המחוקק. במסגרת זו הראיתי, כיצד ברירת מחדל המחקה את כוונת הצדדים תהיה גמישה ויהיה אפשר לחרוג ממנה בקלות יחסית, בעוד שברירת מחדל נורמטיבית היא נוקשה יחסית. עוד עסקתי

המכנה נורמה ביניים זו "quasimandator"; עוד ראו Cass R. Sunstein, *Switching the Default*, *Rule*, 77 N.Y.U. L. REV. 106 (2002), המסביר אף הוא בהקשר ספציפי של דיני עבודה, כיצד קביעת ברירת מחדל עשויה לנבוע משיקולים ערכיים שונים.

100 על הדרך שבה קביעת ברירת המחדל משפיעה על העדפות ולא רק משקפת אותן, ראו שם; Russell Korobkin, *The Status Quo Bias and Contract Default Rules*, 83 CORNELL L. REV. 608 (1998); Eyal Zamir, *The Inverted Hierarchy of Contract Interpretation and* (להלן: *Inverted*), 97 COLUM. L. REV. 1710, 1753-1760 (1997); Eyal Zamir, *LAW, PSYCHOLOGY, AND MORALITY: THE ROLE OF LOSS AVERSION*; (2015) 101-109. נוסף על כך ישנה טענה חברתית-תרבותית ידועה, העוסקת בהשפעתם של כללים משפטיים על נורמות חברתיות, על תודעתם של בני אדם ועל ההבניה של תפיסת הצדק שלהם. בשנים האחרונות גוברת המודעות של משפטים לדרך שבה כללים משפטיים משפיעים על תודעתם של בני אדם. ראו למשל, Cass R. Sunstein, *Preferences and Politics*, 20 PHIL. & PUB. AFF. 3, 8-10 (1991); Cass R. Sunstein, *Social Norms and Social Roles*, 96 COLUM. L. REV. 903 (1996).

101 לגישה הסבורה כי יש לעצב את הדין הדיספוזיטיבי בדרך המעודדת העברת אינפורמציה בין הצדדים, ראו Ian Ayres & Robert Gertner, *Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules*, 99 YALE L.J. 87 (1989); Lucian Arye Bebchuk, *Economic Theory of Default Rules*, 99 YALE L.J. 87 (1989); & Steven Shavell, *Information and the Scope of Liability for Breach of Contract: The Rule of Hadley v. Baxendale*, 7 J.L. ECON. & ORG. 284, 289-290 (1991); Ian Ayres & Robert Gertner, *Strategic Contractual Inefficiency and the Optimal Choice of Legal Rules*, 101 YALE L.J. 729, 738-741 (1992).

102 להצגת עמדות שונות בספרות המחקר העוסקת בברירות מחדל ולניתוח חדשני של דיני השיתוף הזוגי ויישומם בישראל לנוכח העמדות הללו, ראו ליפשיץ *השיתוף הזוגי*, לעיל ה"ש 24, בעמ' 92-95. לאחר שמאמר זה התקבל לפרסום אך בטרם נערך סופית פורסמה באתר "נבו" ביקורת אקדמית נוספת על *הבג"ץ*, ראו חנוך דגן ודפנה הקר "הלכת השיתוף הספציפי – לקראת המערכה הרביעית בבג"ץ 4602/13 מחקרי משפט לב 519 (2019). בדומה לניתוחי בספרי (ליפשיץ *השיתוף הזוגי*, לעיל ה"ש 24), אף דגן והקר, שם, (בטקסט הנוגע להערות 57-62), מציינים שלושה סוגים של ברירות מחדל – רובנית, נורמטיבית ומחייבת גילוי – ומיישמים את הגיון לסוגיית השיתוף הספציפי שתידון להלן בפרק ג, סעיף 4.

בדרך שבה קביעת ההסדר הרכושי תשפיע על תודעות הצדדים ועל התמריצים להעברת מידע רלוונטי ביניהם. כך למשל הראיתי, כיצד כלל הקובע כי בהתקיים תנאים מסוימים מתגבש שיתוף רחב יחסית (אלא אם כן הבעלים הרשום הבהיר טרם התגבש השיתוף כי הוא אינו מוכן לחלוק בנכס עם בן-זוגו) ייאלץ את בן-הזוג שאינו מעוניין בשיתוף לחשוף כוונה זו בפני בן-זוגו, וכך לאפשר לו להיערך מבעוד מועד.¹⁰³ בהשלכות של הדיון ביישומן של עמדות שונות באשר לתפקידן של ברירות מחדל על דיני הרכוש הזוגי אשוב ואעסוק בפרק הבא, שידון במשנתו האזרחית של השופט שטיין בעניין יחסי הרכוש לגופה. בהקשר של הפרק הנוכחי אסתפק בלקח הברור העולה מן הספרות העוסקת בברירות מחדל בכלל ומדרכי יישומן בהקשר של דיני הרכוש הזוגי בפרט, ולפיו ההכרעה בדבר המתודה הראויה לבחירת ברירת מחדל והתאמתה לשדה הרלוונטי איננה שאלה עובדתית אמפירית, אלא שאלה משפטית-נורמטיבית מורכבת.

להיבט הנורמטיבי של קביעת ברירת מחדל בהקשר של דיני הרכוש הזוגי כמה רבדים. ראשית, עצם ההכרעה באשר למתודולוגיה לבחירת ברירת המחדל ובכלל זה השאלה אם לבחור במתודה המחקה את כוונת הצדדים הטיפוסיים, המבוססת על קביעת ההסדר הראוי לנוכח ערכים, או במתודה המדגישה שיקולי יעילות והעברת מידע, היא הכרעה נורמטיבית. שנית, לא רק הבחירה ב"מתודה" של ברירת מחדל מחייבת הכרעה נורמטיבית, אלא גם עיצוב התוכן הקונקרטי בהתאם לתוכן שנבחר. כך למשל, אף שהמודל "המחקה" דורש לכאורה מחקר אמפירי על העמדות הרווחות בחברה, הרי בפועל המקרים שבהם נערך סקר "שוק" אמיתי על תודעות בני-האדם הם נדירים. לפיכך בסופו של דבר התוכן של ברירת מחדל משקף במקרים רבים הנחות שונות – פסיכולוגיות, סוציולוגיות וכלכליות – על טבע האדם ועל הנהוג בחברה. ודאי וודאי שאם נבחרת המתודולוגיה שלפיה ברירת המחדל צריכה לשקף את ההסדר הראוי בעיני מעצב המשפט, כי אז נדרשת הכרעה נורמטיבית בדבר ההסדר הראוי ובדבר הערכים שראוי שינחו אותו.

על רקע אופייה הנורמטיבי של המשימה של קביעת ברירת המחדל, לא ייפלא שבית הדין הגדול הן במקרה דנן והן בפסק דין המרידה, אשר נדון בהרחבה בפרק הקודם,¹⁰⁴ גיבש ברירת מחדל המשקפת את תפיסותיו החברתיות, הדתיות והערכיות.¹⁰⁵ לנוכח המסקנה כי

103 ראו ליפשיץ השיתוף הזוגי, לעיל ה"ש 24, בעמ' 95.

104 ראו לעיל ה"ש 70.

105 מעניין שבפסק הדין הנוכחי הרטוריקה של הדיינים נהרי ועמוס מהדהדת את גישת ברירת המחדל המחקה, שכן הם עוסקים באומדנות ובקביעת חזקות עובדתיות על כוונותיהם של צדדים טיפוסיים. לעומת זאת בפסק דין המרידה, שם, לצד רטוריקה המהדהדת את גישת ברירת המחדל המחקה, הדיין נהרי התבטא בכנות ובישירות כי מטרת פסק הדין אינה רק חיקוי של כוונת הצדדים, אלא גם עיצוב מסר חינוכי שהוא "חיוק התא המשפחתי ביחסי ביתי הוא מבצרי", לביסוסה של מערכת נישואין בריאה". הוא דיבר מפורשות על שיקולי הרתעה כלפי מורדים עתידיים: "ידע גם ידע כל מי שמתכוון למרוד בכך או בבת זוגו". הוא הסביר כי תנאי המכללא המעוגן לכאורה בכוונת הצדדים "מבוסס על אדני ההלכה החוק והצדק הטבעי". הוא מרחיב בדבר "מערכים בסיסיים של צדק ויושר". הנה כי כן ברוח ספרות המחקר העדכנית ביותר על דיני ברירת המחדל, הודה הדיין נהרי כי פסק דינו אינו עוסק בקביעת ממצא נקודתי בנוגע לבן-זוג ספציפי או אפילו בניסיון לקבוע ברירת מחדל המשחזרת את הכוונה הטיפוסית

עסקינן בקביעת ברירת מחדל גורפת ולא בהסקת אומד דעת נקודתית, ולנוכח המסקנה בסעיף הנוכחי שלפיה קביעת ברירת מחדל היא פעולה משפטית, הרי בהתאם להלכת בבלי היה על בית הדין הרבני לציית בנושא זה להלכות שגובשו בפסיקה האזרחית.

(ג) הפסיקה האזרחית דחתה את ההבחנה שהציע השופט שטיין בין נטילות לנתינות

מהי אם כן עמדת הפסיקה האזרחית, כפי שגובשה בידי בית המשפט העליון כאשר לכרירת המחדל בדבר מוחלטותן של "נתינות" במקרה של בגידה או של נטישה מאוחרת? האם משהתגבשו התנאים המאפשרים במקרה הרגיל להסיק על קיומו של שיתוף ספציפי מדובר בנתינה מוחלטת, או שמא גם לאחר שהתגבשו התנאים לקביעת שיתוף ספציפי מדובר בנתינה המותנית בתנאי מפסיק, הקשור להתנהגותם העתידית של בני־זוג לאחר קבלת המתנה?

לנוכח הגדרתו של השופט שטיין את השיתוף לפי הלכת השיתוף הספציפי כנתינה, מסתבר כי התשובה על שאלה זו תימצא בדיני המתנה. דיני המתנה מבחינים בין התחייבות לתת מתנה שטרם הסתיימה, שממנה ניתן לחזור בעילות שונות הקבועות בסעיף 5 לחוק המתנה,¹⁰⁶ ובהן התנהגות מחפירה של מקבל המתנה, לבין מתנה שהסתיימה, אשר אינה כפופה לעילות הקבועות בסעיף 5 לחוק זה. הדיין נהרי בבית הדין הגדול התייחס אל השיתוף הספציפי במהלך הנישואים כאל התחייבות ליתן מתנה, ומשום כך סבר שניתן לראות בבגידה המאוחרת התנהגות מחפירה המאפשרת לנותן המתנה לחזור בו מן המתנה. ואולם הדיין נהרי שגה בהגדרה זו, שכן כפי שהסבירו הן הדיין אלמליח בפסק דינו בבית הדין הגדול והן השופט עמית בחוות דעתו, על פי ההלכות של בית המשפט העליון השיתוף הספציפי מכוח הדין הכללי מתגבש כבר במהלך הנישואים.¹⁰⁷ על כן, אף מי שרואה בשיתוף הספציפי כמבוסס על דיני הנתינה צריך להפעיל על שיתוף זה את דיני המתנה שנסיימה. על מנת לעגן משפטית את ההתחשבות בבגידה לא חזר השופט שטיין על שגיא אתו של הדיין נהרי ולא פנה לסעיף 5, אלא לאפשרות אחרת הרואה במתנה – לרבות מתנה שהושלמה – כמותנית בתנאי מפסיק שלפיו תפקע המתנה במקרה של בגידה עתידית. ואכן חוק המתנה מכיר באפשרות העקרונית להתנות מלכתחילה מתנה – לרבות מתנה שהסתיימה – בתנאי מפסיק שבהתקיימו תפקע המתנה.¹⁰⁸

אולם מסתבר, כי למרות האפשרות העקרונית להתנות נתינת מתנה בתנאי מפסיק, האפשרות לקרוא לעסקת מתנה תנאי מכללא, שלפיו נתינה או מתנה בין בני־זוג הותנתה בתנאי מפסיק מפקיע במקרה של בגידה או של נטישה מאוחרת מצד מקבל המתנה, נדחתה

של הצדדים, אלא בקביעת נורמה המבוססת על תפיסות ערכיות מוסריות, אשר מטרתה לעצב התנהגות עתידית (שם, בעמ' 70, ההדגשות הוספו).

106 ראו ס' 5 לחוק המתנה, התשכ"ח-1968.

107 ראו בהקשר זה את ע"א 7750/10 בן גיאת נ' הכשרת היישוב ביטוח בע"מ (פורסם בנבו, 11.8.2011).

108 ראו ס' 2, התשכ"ח-1968 לחוק המתנה.

בסדרה של פסקי דין של בית המשפט העליון, שהמפורסמים שבהם הן הלכות זיסרמן¹⁰⁹ ופרי¹¹⁰ על פי פסיקת בית המשפט העליון מתנות שניתנו בין בעל לאשתו הן מתנות סופיות, ואין לקרוא לתוכן תנאי מכללא גורף, שאינו מעוגן בנסיבות הקונקרטיות, שלפיו כוונת הנותן מותנית באשמתו המינית או בהתנהגותו המאוחרת של המקבל. יתרה מזו, מרבית השופטים במקרים הללו סברו, כי אפילו אם מדובר בתנאי המעוגן בכוונת הצדדים אין ליתן לו תוקף אם אין מדובר בתנאי מפורש.¹¹¹ כולם הסכימו שברירת המחדל היא כי נתינות בין בני-זוג הן נתינות מוחלטות. בית המשפט התייחס בהקשר זה בראש ובראשונה לטיעונים כלליים בדבר החשיבות של סופיות המתנות.¹¹² בית המשפט אף הבהיר, שאותם שיקולים העומדים נגד יישומם של שיקולי אשמה מינית ביחסי הרכוש שבין הצדדים תקפים גם נגד הניסיון לקרוא תנאי כוונתו של מעניק המתנה, המתבסס על כך שמקבל המתנה לא יזום פרידה או לא יישא באשמה בעתיד.¹¹³

משכך, הרי בדומה לפסיקת בית המשפט העליון בדיני המתנות, אף במקרה של נתינה על פי הלכת השיתוף הספציפי, משהתגבשו התנאים שעל פיהם היה אפשר במקרה הרגיל להסיק על התגבשות השיתוף, אי-אפשר להסיק תנאי מפסיק המבוסס על שיקולי אשם מיני באשר לאירוע שהוא מאוחר להתגבשות השיתוף מבלי שדבר התנאי צוין במפורש בידי הצדדים. הנה כי כן, בהיעדר הוראה מפורשת הקובעת אחרת, מתנות בין בני-זוג הן מוחלטות. לנוכח הלכת בבלי, המחייבת את הדין לפסוק בהתאם להלכות שנקבעו בבית המשפט העליון, היה על בית הדין הרבני לפעול בהתאם להלכות הללו.¹¹⁴ אולם בפועל ובניגוד גמור

109 ראו ע"א 384/88 זיסרמן נ' זיסרמן, פ"ד מג(3) 205 (1989). פרשת זיסרמן עסקה בבקשה של אישה לבטל מתנה שנתנה לבעלה עקב בגידה שאירעה זמן קצר לאחר קבלת המתנה. בדומה למהלך האנליטי שמציעים בתי הדין הרבניים, ביקשה האישה לתלות את ביטול המתנה באומד דעת של הצדדים או ליתר דיוק – באומד דעתה כנותנת המתנה.

110 ראו ע"א 343/87 פרי נ' פרי, פ"ד מד(2) 154 (1990). פרשת פרי עסקה בבקשה של בעל לבטל מתנה שנתן עקב העובדה שהאישה נטשה אותו.

111 לעומת עמדות הרוב סבר השופט לוין בדעת מיעוט בפרשת פרי, שם, כי בנסיבות המקרה הספציפי היה אפשר לבסס טענה של מתנה מותנית. אולם גם לגישתו יש לעגן פרשנות זו של המתנה בנסיבות הספציפיות שקדמו למתן המתנה, ולא כפי שעשה בית הדין הרבני במקרה דנן על בסיס הנחות מוחלטות בדבר בטלותן של מתנות (שם, בפס' 2-3 לפסק דינו של השופט לוין).

112 ראו הלכת זיסרמן, לעיל ה"ש 109, פס' 5 לפסק דינו של השופט מלץ.

113 משום כך יישם בית המשפט את ההצדקות המקובלות נגד שילובם של שיקולי האשמה במסגרת חלוקת הרכוש כלפי הניסיון לקרוא תנאי מפסיק להסכם השיתוף, תוך שהוא משווה במפורש בין הסוגיות (ראו שם, פס' 7 לפסק דינו של השופט מלץ).

114 להשלמת התמונה אציין, כי בג"ץ 609/92 בעהם נ' בית הדין הרבני הגדול לערעורים, פ"ד מז(3) 288 (1993), שבו ביקש השופט שטיין להיתלות כהוכחה לכך שאף הפסיקה האזרחית מסכימה לעיגון שיקולי אשמה באומד דעתם של הצדדים במקרה של מתנה, אינו מסייע (ראו הבג"ץ, לעיל ה"ש 4, פס' 12 לפסק דינו של השופט שטיין). ראשית, הלכת בעהם לא גיבשה מדיניות אזרחית עצמאית, אלא עסקה בפיקוח השיפוטי על בית הדין הרבני. הלכה זו קדמה לפסק הדין בעניין בבלי, ומשום כך לפי הכללים ששררו נכון להלכה זו, לא הייתה מוטלת על בית הדין הרבני החובה לפסוק בהתאם לעקרונות הפסיקה האזרחיים. אכן בפרשת בבלי ביקש

להלכות הללו הניח בית הדין הגדול תנאי מכללא שלא עוגן בנסיבות הספציפיות, ולפיו כל נתינה לפי דיני השיתוף הספציפי, לרבות נתינה שכבר התגבשה, מותנית בהתנהגות המיניית המאוחרת של מקבל המתנה.¹¹⁵ בכך חרג בית הדין הגדול מחובתו לפעול על פי הפסיקה האזרחית. משכך, גם ההבחנה של השופט שטיין בין אשמה ענישתית שמטרתה ליטול לבין שיקולי אשמה המעוגנים בכוונת הנותן לא הייתה אמורה להושיע את פסק הדין של בית הדין הרבני מהתערבות בו.¹¹⁶

(ד) הסכנות שבעמדת השופט שטיין: על החשש מפני זליגת שיקולי האשמה המיניית לנכסים בני-האיזון

פסק דינו של בית המשפט העליון עסק ברלוונטיות של שיקולי בגידה אך ורק בנוגע לשאלת התגבשות השיתוף הספציפי. השופט שטיין הדגיש, כי הוא מתנגד נחרצות לזליגתם של שיקולי האשמה המיניית בהקשר של קביעת השיתוף בנכסים בני-האיזון.¹¹⁷ כאשר

השופט ברק להתכחש לכך, שקודם להלכת בבלי היה הכלל המשפטי הרווח כלל שלפיו בתי הדין הרבניים אינם מחויבים ליישם פסיקה אזרחית או אפילו חוק שלא הופנה אליהם מפורשות. משום כך הוא ניסה ליישב בדוחק את הלכת בעהם עם ההלכה החדשה, ועל כך יש להצטער. ראו בהקשר זה את מאמרו של מנחם אלון "אלה הן אמרות אגב... בטעות יסודן ומן הראוי לסטות מהן": ערעורים והרהורים בעקבות פרשיות בבלי ולב" רב-תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית: ספר הזיכרון לאריאל רוזן צבי 361 (מנחם מאוטנר, אבי שגיא ורוזן שמיר עורכים, 1998); שנית, וזהו עיקר, פרשת בעהם נפסקה בתקופה שבה היה ניתן להקנות לבית הדין הרבני בהסכמה סמכות לעסוק בענייני רכוש, ומשום כך היה מי שפירש את ההסכמה לסמכות כהסכמה להתדיין על פי כללי המשפט העברי. כיום לעומת זאת הקניית הסמכות מבוססת אך ורק על הלכת הכריכה, שהיא פעולה חד-צדדית. במובן זה השגיאה המופיעה בתחילת פסק הדין, ולפיה בעיית הסמכות אינה מתעוררת בשל הסכמת הצדדים לשיפוט של בית הדין, היא שגיאה נגזרת המוליכה להסתמכות מוטעית על הלכת בעהם. יתרה מזו, שלא כמו בפרשת בעהם במקרה שלפנינו ההסכם הדיוני בין הצדדים שנחתם בעקבות הדיון הראשון בבית המשפט העליון קבע במפורש, שהמשך ההתדיינות בבית הדין תהיה על פי המשפט האזרחי, וליתר דיוק לפי דיני השיתוף הספציפי.

115 במקרה דנן אילו נפרדו הצדדים בטרם בגידת האישה, שאירעה בשלושת החודשים האחרונים של הנישואים, אזי לפי פרשנותם של השופטים שטיין ועמית את פסק דינו של בית הדין הגדול, היה בית הדין הגדול מאמץ את מסקנת בית הדין האזורי, שלפיה התגבש שיתוף ספציפי בדירת המגורים. הסיבה שבגללה נדחתה טענת השיתוף בדירה היא בגלל הכרעתו של בית הדין, שבכל נתינה על פי דיני השיתוף הספציפי יש לקרוא תנאי מכללא שלפיו נתינה זו, גם כאשר התגבשה כדי מתנה סופית, מותנית בהתנהגות המיניית המאוחרת של הצדדים.

116 זה המקום להזכיר, כי בפרשת בבלי גופה הזכיר השופט ברק את ההבחנה שבין גישת המשפט העברי למתנות לבין גישת המשפט האזרחי למתנות כדוגמה למקרה של פער לא-מוצדק בין הפסיקה הדתית לפסיקה האזרחית (ראו הלכת בבלי, לעיל ה"ש 10, פס' 26-27 לפסק דינו של השופט ברק), פער שמעתה והלאה יש ליישם בענייני את הלכת בבלי.

117 "דיננו אינו מתיר שלילת רכוש מבין זוג אשר נמצא 'בוגד' בכך וזוג. זהו עיקרון שאין עליו עוררין. מטעם זה, לא הייתי מתיר הגשת ראיות על מעשי 'בגידה', 'ניאוף', וכיצא באלה, בגדרו של דיון במחלוקת ממונית שנסובה על נכסים המוכרים כבני איזון לפי חוק יחסי ממון. רכוש

לנכסים אלה הוא קבע, כי חלה עליהם שותפות מוגמרת ובלתי־מותנית.¹¹⁸ אולם בכל זאת החשש שלי הוא, כי הגיונו של פסק הדין של בית המשפט העליון יפתח בסופו של דבר את הפתח המשפטי בפני בתי הדין הרבניים לשלילת הזכות לאיזון משאבים במקרה של בגידה בטענה, כי אף באשר לנכסים בני־האיזון חל שיתוף מותנה, והכל מבלי שבית המשפט הגבוה לצדק יוכל להושיע.

אסביר את חששי. סעיף 3(א) לחוק חוק יחסי ממון קובע כך: "לא עשו בני הזוג הסדר ממון, ואם עשו – במידה שהסכם אינו קובע אחרת, יראום כמסכימים להסדר איזון המשאבים לפי פרק זה". אם אכן מצוות המחוקק היא להתייחס להסכם הממון הקבוע בחוק כאל הסכם, הרי לפי הגיונו של השופט שטיין הצדדים הם הבעלים המוחלטים של ההסכם, והם גם יכולים להחליט אם ההסכמה שלפיה על הבעלים הרשום של הנכס להעביר תשלומי איזון לבן־זוגו היא מוחלטת, או שמא מדובר בהסכמה המותנית באי־בגידה עתידית. לכן על פי עקרון האוטונומיה והניטרליות שבו דוגל השופט שטיין, ככל שהצדדים יתקשרו בהסכם ממון על פי סעיפים 1 ו־2 לחוק, שלפיו תשלומי האיזון באשר לכלל הנכסים או לחלק מותנים באשמתם המוסרית, מוטל על בית המשפט או על בית הדין לכבד סוג כזה של הסכם מותנה. ומה באשר למקרים שבהם הסכמה על התניה שכזו לא נאמרה במפורש אך ניתן להסיקה מן הנסיבות העובדתיות? כעיקרון, חוק יחסי ממון קובע פרוצדורה מסודרת לחריגה מהוראותיו. ברם, כפי שמלמדת אותנו הלכת השיתוף הספציפי מכוח הדין הכללי – אפילו בגרסתה המצומצמת ביותר – חרף הוראות חוק יחסי ממון, הקובעות כי נכס מלפני הנישואים, ירושות ומתנות המתקבלות במהלכם אינם בני־איזון, ההקשר המשפחתי מאפשר להכיר בהסכם נקודתי לא־פורמלי בין בני־הזוג, שלפיו נכס שאינו בראיזון ייחשב בכל זאת לנכס משותף.¹¹⁹ בדומה לכך ישנה פסיקה המכירה בהסכם נקודתי, המחריג נכס בראיזון מתהליך איזון המשאבים.¹²⁰ זאת ועוד, ישנה פסיקה המאפשרת בהקשרים שונים ללמוד מתוך התנהגותם של הצדדים על ביטול מוחלט של הסכם ממון, קל וחומר על התנייתו.¹²¹ לפיכך אם אוחזים אנו בכנות בעקרון הניטרליות ומכבדים את האוטונומיה של בני־הזוג, מבלי להעדיף הסדר המותנה באי־בגידה על הסדר מוחלט שאינו מותנה בנאמנות מינית,

וזכויות ממון שיש לכל אחד מבני הזוג – הבעל והאישה, במקרה שלפנינו – הם שלו בין אם הוא היה ונשאר נאמן לבן זוגו ובין אם הוא עשה מעשה 'בגידה' (ראו הבג"ץ, לעיל ה"ש 4, פס' 10 לפסק דינו של השופט שטיין).

118 ש.ם.

119 ראו עניין אבו־רומי, לעיל ה"ש 3, פס' 10 לפסק דינה של השופטת שטרסברג כהן; כן ראו ע"א 1915/91 יעקובי נ' יעקובי, פ"ד מט(3) 529, פס' 26(2) לפסק דינה של השופטת שטרסברג כהן (1995).

120 ראו בג"ץ 10605/02 גמליאל נ' בית־הדין הרבני הגדול, פ"ד נח(2) 529 (2003).

121 ראו ע"א 4946/94 אגברה נ' אגברה, פ"ד מט(2) 508 (1995); כן ראו שחר ליפשיץ "הסדרת החוזה הזוגי במשפט הישראלי: מתווה ראשוני" קריית המשפט ד 271, 353–350 (התשמ"ד) (להלן: ליפשיץ "החוזה הזוגי"); כן ראו פסק דין שיצא לאחרונה, בע"מ 2943/18 פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 6.12.2018). אף שפסק דין זה עסק בהסכם שכותרתו הסכם ממון וקיבל תוקף בפסק דין, דובר בהסכם בין ידועים בציבור, כך שפורמלית הוא אינו כפוף לפרק הראשון של חוק יחסי ממון.

אינני רואה הצדקה לשלילה מוחלטת של האפשרות להוכיח את התגבשות ההסדר הראשון אף כאשר מדובר בנכסים בני-איוון.¹²² לכן בהקשר של הפרק הנוכחי, העוסק בהתערבות בפסקי הדין של בית הדין הרבני, ולנוכח עילות ההתערבות המצומצמות בממצאים העובדתיים של בית הדין, אינני רואה כיצד יהיה אפשר להתערב בהכרעה עובדתית לכאורה של בית דין רבני, שלפיה הסכם שכזה, המתנה את הסדר האיוון בהתנהגותו של בן-הזוג הלא-רשום, מעוגן בנסיבות החיים של בני-הזוג. לכך יש לצרף את הקריאה הסלחנית של השופט מינץ את פסקי הדין של בית הדין הרבני, אשר תקל על בית הדין להציג שיקולי אשם מיני בהשראת הדין הדתי כמעוגנים בכוונת הצדדים, ואם כך, כלשונו של השופט עמית, "אנה אנו באים?"¹²³

3. סיכום הפרק

פרק זה עמד על מחלוקתם של השופטים שטיין ועמית בנוגע להיתכנות ההתערבות בפסיקת בית הדין הרבני לנוכח העובדה, שפסק הדין נתן משקל – לפי פרשנות שני השופטים לפסק הדין – לבגידתה של האישה. השופט עמית סבר, כי ההתבססות על הבגידה מנוגדת לפסיקה האזרחית האוסרת להתחשב בשיקולי אשמה. על פי הלכת בבלי מדובר בפעולה בחוסר סמכות במובנה הרחב, ועל כן יש לבטל את פסק הדין של בית הדין הרבני. לעומתו סבר השופט שטיין, כי אין מקום להתערבות בג"ץ בהכרעת בית הדין הרבני, גם אם מדובר בהכרעה שגויה, לנוכח העובדה שהמקרה אינו מעורר את עילות ההתערבות המצומצמות הקבועות בחוק. הדיון בפרק העלה, כי השופט עמית אינו כופר בכך שעילות ההתערבות בפסיקת בית הדין הרבני הן מצומצמות, ומנגד ניתוח מדויק של פסיקתו של השופט שטיין העלה, כי השופט שטיין אינו כופר בהלכת בבלי ואף לא בהלכות האזרחיות האוסרות להתחשב בשיקולי אשמה. על פי השופט שטיין הלכת בבלי וההלכות האזרחיות הללו רלוונטיות אך ורק לנכסים בני-איוון. לעומת זאת כאשר מדובר בנכסים שאינם בני-איוון, השיתוף בהם מבוסס על נתינה מכוח הלכת השיתוף הספציפי. לכן על פי השופט שטיין בית הדין רשאי לקבוע בקביעה עובדתית, שמדובר בנתינה המותנית בהתנהגות המינית המאוחרת של מקבל המתנה. במקרה של קביעה שכזו, גם אם מדובר בקביעה עובדתית שגויה אין להתערב בה. אל מול מהלכו של השופט שטיין הצבתי מהלך נגדי, המבוסס על הרכיבים הבאים: (1) הראיתי כי פסק דינו של בית הדין הגדול לא בוסס על השפעת הבגידה על אומדן דעתם של הצדדים לנוכח הנסיבות הספציפיות, אלא קבע ברירת מחדל כללית שלפיה בגידה מאוחרת

122 אכן, מאחר שברירת המחדל בחוק היא תשלומי איוון בנוגע לנכסים בני-איוון, ייתכן שיהיה אפשר להטיל נטל כבד על צד המבקש להוכיח כי ההסכמה של בני-הזוג הספציפיים היא להסדר איוון המותנה בהתנהגות מינית עתידית כאשר לנכסים הללו. זאת ועוד, ברוח הבחנתו של השופט שטיין בין נתינה לנטילה, אני מסכים שלשיתו של השופט שטיין הסקת נתינה המותנית באי-בגידה כאשר לנכס שאינו בר-איוון צריכה להתמקד באומדן דעתו של הבעלים הרשום. לעומת זאת הסקה של שלילת השיתוף בנכסים המוגדרים כבני-איוון חייבת להתבסס על אומדן הדעת המשותף של שני הצדדים. עם זאת אינני רואה, כיצד ניתן לפי גישתו לשלול שלילה גורפת את האפשרות לתת תוקף להסכם שכזה ככל שהוא יתבסס על ראיות ברורות, המוכיחות כי זהו אומדן הדעת המשותף של שני הצדדים, או – על פי הצהרתו של השופט שטיין – לאסור אפילו הבאת ראיות שיוכיחו את קיומו.

123 ראו הבג"ץ, לעיל ה"ש 4, פס' 18(ו) לפסק דינו של השופט עמית.

חותרת תחת כוונת נתינה; (2) הסברתי מדוע קביעת ברירת מחדל היא פעולה משפטית ולא עובדתית, שביט הדין נדרש ליישם את פסיקת בית המשפט העליון בעניינה; (3) הוספתי והראיתי כי בית המשפט העליון יישם את האיסור על קביעת ברירת מחדל "תלוית אשמה מינית" אף במקרים של נתינה. לנוכח האמור נטען במאמר, כי חרף המהלך האנליטי המרשים שנערך בפסק דינו של השופט שטיין, אין בכוחה של משנתו האזרחית בדבר השפעת ערך האוטונומיה ועקרון הניטרליות באשר לשיקולי אשמה מינית כדי להצדיק את הכרעתו שלא להתערב בפסק דינו של בית הדין הגדול. לבסוף עמדתי על הסכנה, שהלך המחשבה שהתקבל בפסק הדין עשוי לגרום לכך שבעתיד יזלגו שיקולי אשמה מינית אף לדיון בנכסים בני-האיזון, תוך הצגת שיקולים אלה כמעוגנים בהסכמת הצדדים.

ג. המחלוקת האזרחית: ערך האוטונומיה כמחייב ניטרליות כלפי הסדרים המותנים באשמה מינית

אף אם משנתו האזרחית של השופט שטיין בעניין האוטונומיה אינה מצדיקה את הכרעתו שלא להתערב בפסק הדין של בית הדין הרבני, יש לה חשיבות כבסיס לכחינת המדיניות האזרחית הראויה להסדרת יחסי הרכוש הזוגי. משום כך פרק זה יוקדש לדיון ערכי במשנתו האזרחית של השופט שטיין בדבר ערך האוטונומיה ויחסי הרכוש בין בני-הזוג, ובהקשרים הרלוונטיים¹²⁴ אף במענה של השופט עמית למשנה זו. בסעיף הראשון לפרק זה אציג את עיקרי משנתו האזרחית של השופט שטיין בדבר השפעת ערך האוטונומיה על יחסי הרכוש בין בני-הזוג, אשר תפוצל לשלושה רכיבים: (1) האופי החוזי של יחסי הרכוש בין בני-זוג; (2) האופי "המתנתי" של דיני השיתוף הספציפי וההתמקדות בכוונתו של הבעלים הרשום; (3) דרישה לניטרליות כלפי הסקת הסדרים המותנים באשמה מינית בשל ערך האוטונומיה. בהמשך הפרק אבקר את שלושת הרכיבים ואציב מולם עמדה מתחרה.

1. משנתו האזרחית של השופט שטיין

(א) האופי החוזי של יחסי הרכוש בין בני-זוג ועקרון הניטרליות

על פי פסק הדין בעניין בבלי יחסי הרכוש בין בני-הזוג מבוססים על אדנים חוזיים. בשל ההיבט החוזי של יחסי הרכוש הזוגיים ובשל החשיבות המכרעת של ערך האוטונומיה בהקשר של הסדרת החיים המשפחתיים, על בית המשפט לפעול בניטרליות כלפי הסכמות זוגיות שונות בין בני-זוג בעניינים הללו, ואסור לו להעדיף סוג מסוים של הסדרי רכוש בין בני-הזוג.¹²⁵

124 מאחר שהשופט עמית היה הדובר הראשון בפסק הדין, פסק דינו המקורי לא עסק בכל ההיבטים שעורר השופט שטיין. אך לאחר שנחשף לפסק דינו של השופט שטיין, הגיב השופט עמית נקודתית במה שהוא כינה "סגנון טלגרפי" להיבטים מסוימים של משנתו האזרחית של השופט שטיין. משום כך פרק זה יתמקד במשנתו של השופט שטיין, תוך התייחסות לעמדות הרלוונטיות של השופט עמית בנושאים שעורר השופט שטיין, ובעיקר – אך לא רק – באינטראקציה שבין ניטרליות לאשמה.

125 ראו הבג"ץ, לעיל ה"ש 4, פס' 5 לפסק דינו של השופט שטיין.

(ב) ההתמקדות בכוונתו של הנותן במקרה של שיתוף ספציפי המבוסס על הדין הכללי

שיתוף ספציפי מכוח הדין הכללי הוא סוג של מתנה או "נתינה" של הבעלים המקורי לבן-זוג. אף על השיתוף הספציפי יש להחיל את ערך האוטונומיה ואת עקרון הניטרליות; אולם בעוד שבהקשר של הסדרים רכושיים רגילים יש לתת תוקף לאומד הדעת המשותף של שני הצדדים, הסקת המתנה או הנתינה במקרה של שיתוף ספציפי צריכה להתבסס בעיקר על כוונתו של הבעלים הרשום.¹²⁶

(ג) יישום עקרון הניטרליות בנוגע לאשמה המינית

יש ליישם את עקרון האוטונומיה ואת עקרון הניטרליות גם כלפי הסדרים שונים בין בני-זוג העוסקים בנושא האשמה המינית. לפיכך על בית המשפט לכבד הסדרים מוסכמים הנכונים להביא בחשבון גם "שיקולי אשמה מינית" בעת שנקבעים יחסי הרכוש בין הצדדים. בדומה לכך, במקרה של שיתוף ספציפי על בית המשפט, כמו גם על בית הדין, לכבד את זכותו של בן-הזוג "הנותן" להתנות את "הנתינה" בהתנהגות המינית העתידית של בן-זוגו. לכן אין לקבוע כלל גורף, האוסר להסיק הסדר שיתוף ספציפי או הענקת מתנה המותנים בכך שלא יתרחשו בגידה או ניאוף בעתיד. השאלה אם מתנה או נתינה היא מוחלטת, או שמה היא מותנית בתנאי שלפיו בגידה עתידית תחתור תחת כוונת הנתינה, היא שאלה עובדתית ולא נורמטיבית, שיש להסיקה מן הנסיבות הקונקרטיות.

עמדתו האזרחית של השופט שטיין חשופה לדעתי לביקורת מארבע נקודות מבט: (1) נקודת מבט חוזית; (2) נקודת מבט של דיני הרכוש הזוגי; (3) נקודת המבט של הלכת השיתוף הספציפי; (4) נקודת המבט של דיני האשם המיני. הסעיפים הבאים יעמיקו בהבנת עמדתו של השופט שטיין ויציגו את הביקורות הללו לפי סדרן.

2. ביקורת מנקודת המבט של דיני החוזים: האם קביעת ברירת מחדל היא פעולה ניטרלית?

הפרק הקודם עמד על כך שפסק דינו של בית הדין הרבני עוסק למעשה בקביעת ברירת מחדל בשאלה, אם נתינות בין בני-זוג בכלל ובהתאם להלכת השיתוף הספציפי בפרט הן מתנות מותנות או מוחלטות.¹²⁷ בהמשך נערך דיון מעמיק בספרות העוסקת בכרירות מחדל, שממנו נלמד שבחירת המתודה לקביעת ברירת מחדל ועיצובה במקרה הספציפי מחייבים הכרעות נורמטיביות חשובות.¹²⁸ המסקנה מכך בהקשר של סוגיית הפיקוח השיפוטי על בתי הדין הרבניים היא, כי קביעת ברירת מחדל היא פעולה משפטית-נורמטיבית; על כן על פי הלכת בבלי בית הדין נדרש לפעול בהתאם לכרירות המחדל שנקבעו בפסיקה האזרחית, וכאשר הוא אינו פועל כך מדובר בטעות משפטית. לניתוח שנערך בפרק הקודם השלכה

126 "בעניין הזה יש חשיבות מכרעת לכוונתו של בן הזוג שהוא בעל הנכס" (ראו שם, בפס' 10 לפסק דינו של השופט שטיין).

127 ראו לעיל פרק ב.2.(א).

128 ראו לעיל פרק ב.2.(ב).

חשובה לא רק על סוגיית הפיקוח השיפוטי אלא גם בהקשר של הדיון בפרק הנוכחי, העוסק במשנתו האזרחית העצמאית של השופט שטיין ללא קשר לסוגיית הפיקוח על בתי הדין הרבניים. במרכז משנתו האזרחית של השופט שטיין עומדת כאמור הטענה, כי על המשפט להפגין עמדה ניטרלית כלפי כלל הסוגים של התנהגויות זוגיות ועמדות ערכיות באשר לדרך לנהל אותם. ואולם הצורך לקבוע ברירות מחדל שיחולו במקרים שבהם בני-הזוג לא התקשרו בהסכם מפורש, ההשפעה של ברירות המחדל על תוכני ההסדר הסופי, כמו גם ההיבט הנורמטיבי והערכי של קביעת ברירת מחדל, מבהירים כי לא ניתן להסדיר את יחסי הרכוש על פי גישה ניטרלית, האדישה להתנהגויות זוגיות שונות ולערכים מתחרים באשר לדרך הנכונה לנהל יחסים זוגיים.

3. ביקורת מנקודת המבט של דיני הרכוש הזוגי: האם משטר יחסי הרכוש בין בני-זוג בישראל הוא משטר חוזי-ניטרלי?

(א) השיתוף הזוגי בישראל בנכסי המאמץ המשותף: המעבר ממודל הסכמי למודל נורמטיבי

על פי השופט שטיין "הלכת בבלי העבירה את כל מסכת המזון של דיני נישואין וגירושין ממשטר של מעמד למשטר של חוזה"¹²⁹. כהמשך לכך ציין השופט שטיין, כי "אוטונומיה של המערכת הזוגית מחייבת אותנו לתת יחס ניטרלי ושוויוני לכל דפוסי החיים הזוגיים ולכל הסדרי רכוש, כל אימת שאין מדובר בניצול לרעה האסור על-פי הדין"¹³⁰. אני מסכים כי משטר השיתוף בנכסים על פי הלכת השיתוף,¹³¹ כמו גם משטר איזון המשאבים בחוק יחסי מזון הם משטר של "חוזה" במובן זה, שהחוק מאפשר לבני-הזוג להתנות על ברירת המחדל הקבועה בפסיקה או על ברירת המחדל הקבועה בחוק על פי הפרוצדורות האמורות בחוק. אולם התמקדותו של השופט שטיין בהיבט החוזי של יחסי הרכוש בין בני-זוג מתאימה רק לשלביה הראשונים של חזקת השיתוף; היא מחמיצה התפתחות חשובה נוספת של חזקה זו, שהרחיקה אותה מעוגניה החוזיים ומעקרונות ה"ניטרליות". בפרק זה אסקור את התפתחותה של חזקת השיתוף, ואסביר מדוע התפתחות זו אינה עולה בקנה אחד עם התיאור הניטרלי-ההסכמי שהציע השופט שטיין. כהמשך לכך אצביע גם על מתח דומה בין התיאור הניטרלי-ההסכמי לבין הסדר איזון המשאבים הקבוע בחוק יחסי מזון.

129 ראו הבג"ץ, לעיל ה"ש 4, פס' 5 לפסק דינו של השופט שטיין (ההדגשות הוספו).

130 ראו שם, בפס' 7 לפסק דינו של השופט שטיין (ההדגשות הוספו).

131 לטובת הצדק ההיסטורי אדייק ואומר, שהמהלך שמייחס השופט שטיין להלכת בבלי, אשר במסגרתו ההיבטים הרכושיים של יחסי בני-הזוג נשרו מענייני הנישואים והגירושים והוגדרו כמשפט אזרחי, הושלם עוד לפני פרשת בבלי; שאלמלא כן היה הדיון בהם בסמכותו הייחודית של בית הדין הדתי על פי הדין הדתי. החידוש שהביא עימו פסק הדין בעניין בבלי הוא כאמור בדרישה מבית הדין ליישם את המשפט האזרחי, לרבות תקדימי בית המשפט העליון בענייני הרכוש (וייתכן שבכל העניינים שאינם מסווגים כענייני המעמד האישי), גם כאשר הנושא הוא בסמכותו של בית הדין. לביקורת על המהלך, ראו ליפשיץ "הלכת שיתוף הנכסים", לעיל ה"ש 74.

כפי שהראיתי בספרי על השיתוף הזוגי,¹³² ניתן לחלק את התפתחותה של חזקת השיתוף בישראל לשלושה שלבים. בשני השלבים הראשונים של התפתחות החזקה יעסוק הסעיף הנוכחי, בעוד שבשלב השלישי, המתמקד בנכסים שאינם בני-איוון, יעסוק הסעיף הבא.¹³³ בשלב הראשון (בתקופה שעד סוף שנות השבעים ובהיבטים מסוימים אף בתחילת שנות השמונים) התבססה חזקת השיתוף על מודל הסכמי מצומצם, שביקש להגשים את רצונם המשותף של בני-הזוג ושלל את האפשרות ליישם את החזקה אם הוכררה כוונה נוגדת שיתוף, מבלי לשקול ערכים נורמטיביים של צדק ושל שוויון. משום כך דרשה הפסיקה תנאי סף של אורח חיים תקין ושל מאמץ משותף, ולעיתים אף דרשה אינדיקציה נוספת להוכחת כוונה שיתוף כתנאי להחלת החזקה. נוסף על כך, בשלב זה הוחלה החזקה רק על היקף נכסים מצומצם (כך למשל התמקדה החזקה בעיקר בנכסים משפחתיים, הוחלה בצורה מוחלטת על נכסים עסקיים ולא הוחלה כלל על נכסי פרישה). יתרה מזו, אפילו על הנכסים המשפחתיים לא הוחל השיתוף כאשר הוא סתר את אומד דעתם של הצדדים, או אפילו את אומד דעתו של הבעלים הרשום. לפיכך דווקא במקרים של משפחות שדבקו באורח חיים פטריארכלי, כשהיה אפשר לצפות מן המחוקק להגן על הנשים שבהן, לא הוכרה זכותן של בנות-הזוג לשיתוף ברכוש הרשום על שם בעליהן חרף תרומתן למאמץ המשפחתי.

בשלב השני נשענה חזקת השיתוף – תחילה (בשנות השמונים) במעשים ולאחר מכן (בסוף שנות השמונים ובתחילת שנות התשעים) גם ברטוריקה – על המודל הנורמטיבי של המאמץ המשותף, תוך שהיא הודפת¹³⁴ את ההצדקה ההסכמית כהצדקה הבלעדית לשיתוף.¹³⁵ על פי המודל החדש הנורמטיבי, שהגיע לשיאו בפסק הדין בעניין בבלי שאותו זיהה השופט שטיין עם הגישה ההסכמית, שיקולי צדק (במובן של הגינות מסחרית) ושוויון מובנו המהותי-תוצאתני,¹³⁶ מחייבים הסדר משפטי שייתן ביטוי למאמץ המשותף של שני

132 הניתוח המובא בתמצית בשורות הבאות מבוסס על ניתוח נרחב בהרבה שנערך במאמרי, ראו שחר ליפשיץ "על נכסי עבר, על נכסי עתיד ועל הפילוסופיה של הלכת השיתוף" משפטים לד 627 (2004) (להלן: "ליפשיץ" על נכסי עבר); וכן ראו ליפשיץ השיתוף הזוגי, לעיל ה"ש 24, פרק ד, והמבקש להרחיב יעיין שם.

133 פרק ג.4.

134 להתקפה מוחצת על ההסכם מכללא כרציונל של חזקת השיתוף, ראו את דבריו של השופט חשין בדנ"א 1558/94 נפ"סי נ' נפ"סי, פ"ד נ(3) 573, 617-624 (1996). לדחיית הרציונל ההסכמי כרציונל האמיתי שבבסיס חזקת השיתוף, ראו אריאל רוזן צבי יחסי ממון בין בני זוג 225, 231, 243-244, 251-252 (התשמ"ב); וכן ראו ליפשיץ השיתוף הזוגי, לעיל ה"ש 24, בעמ' 125; ליפשיץ "על נכסי עבר", לעיל ה"ש 132, בעמ' 688; חנוך דגן קניין על פרשת דרכים 463-464 (2005) (להלן: דגן על פרשת דרכים); מיגל דויטש קניין כרך א 636-637 (1997).

135 בחלק מן המקרים היה ניסיון לשלב את העיגון החוזי ואת העיגון הנורמטיבי. ראו למשל את דברי הנשיא שמגר בהלכת בבלי, לעיל ה"ש 10, בעמ' 254. ראו גם את דברי השופט דורנר בעניין יעקובי, לעיל ה"ש 119, בעמ' 609; ראו גם את דבריה של אותה שופטת בע"א 1880/95 דרהם נ' דרהם, פ"ד נ(4) 865, 876-877 (1997).

136 ראו את פסק דינו של השופט ברק בעניין בבלי, לעיל ה"ש 10, בעמ' 239-243. השופט ברק, אשר קישר בין חזקת השיתוף לחוק שיווי זכויות האשה, התשי"א-1951, הרגיש שגם כלל משפטי ניטרלי עשוי להיחשב למפלה אם תוצאתו מפלה. לדיון מעמיק במשמעות זו של הלכת

בני־הזוג בתפקידיהם השונים לרווחת המשפחה. כלל השיתוף הזוגי מוצדק על פי תפיסה זו, משום שהוא נותן ביטוי שווה למאמץ המשותף של שני בני־הזוג. במישור המעשי התבטא המעבר מן המודל ההסכמי למודל הנורמטיבי בשלושה עניינים: (1) שינוי בתנאי הסף של החזקה, שכלל זניחה של הדרישה שנהגה בעבר להוכיח כוונת שיתוף ספציפית, החלשת הדרישה לאורח חיים תקין, המזוהה עם הרציונל ההסכמי, הסתפקות בדרישה לקורת גג אחת וחיוק הדרישה למאמץ משותף; (2) שינוי בהיקף הנכסים הנכללים בחזקה, שכלל זניחה של הבחנות אשר התבססו על צורות חשיבה הסכמיות, כגון הבחנות בין נכסים עסקיים לנכסים משפחתיים ובין משכורת לפנסיה, וכן התבססות מוחלטת על ההבחנה הנורמטיבית שבין נכסי המאמץ המשותף לנכסים חיצוניים. נכסים שהופקו בתקופת הנישואים מעבודתם של בני־הזוג, לרבות מאמץ ביתי המאפשר את עבודת בן־הזוג החיצוני, נחשבו על פי מודל זה לנכסי המאמץ המשותף, ועל כן חולקו בין הצדדים בלי קשר לרישום הפורמלי. לעומתם נכסים חיצוניים – נכסים מלפני הנישואים, ירושות ומתנות – אינם תוצר של מאמץ משותף, ולכן אין המודל רואה בהם תוצר של השותפות המשפחתית אלא נכסים פרטיים; (3) שינוי ביכולת לחרוג מהחזקה במקרה ספציפי, שכלל הקשחה של האפשרות להוכיח כי הצדדים לא התכוונו לשיתוף.¹³⁷ זהו המהלך החשוב ביותר בהקשר של הפרק הנוכחי. שינוי זה בא לידי ביטוי גם כאשר לנוכח תרבותם העדתית או הדתית¹³⁸ של הצדדים ונסיבות חייהם הספציפיות בלתי־אפשרי כמעט להניח הנחה אותנטית של כוונת שיתוף,¹³⁹ עד כדי הפיכתה

- בבלי, ראו הלפרין־קדרי "בבלי", לעיל ה"ש 74, בעמ' 698-706. לרציונל השוויוני כבסיס לחזקת השיתוף, ראו גם את דברי הנשיא שמגר בהלכת בבלי, לעיל ה"ש 10, בעמ' 255, ואת דברי השופט חשין בעניין נפיסי, לעיל ה"ש 134, בעמ' 617 ואילך (בייחוד בעמ' 626).
- 137 מקרה מובהק שבו הוחלה חזקת השיתוף למרות אומד דעת משוער של הצדדים המצביע על כוונת הפרדה נדון בה"פ (מחוזי י-ם) 355/95 קורד נ' קורד, פ"מ התשנ"ו(2) 464 (1996), שם הוחלה חזקת השיתוף בנסיבות של ביגמיה. בית המשפט הדגיש בהקשר זה (פס' 4 לפסק הדין) את הרצון להנחיל את חזקת השיתוף כנורמה חברתית רצויה. פסק דין זה בולט על רקע הפסיקה ההסכמית הקודמת, שבה הסיק בית המשפט מנסיבות של ביגמיה כוונת אי־שיתוף, ומשום כך לא הוחלה החזקה. ראו על כך בע"א 511/86 קנזון נ' קנזון, פ"ד מג(2) 177 (1988).
- 138 כך למשל, בשנות השמונים והתשעים הוחלה חזקת השיתוף על הציבור המוסלמי והדרוזי, תוך דחיית הטענה כי אין לייחס לציבור זה כוונה משוערת להנהיג שיתוף. ראו למשל ע"א 77/77 ראבי נ' ראבי, פ"ד לג(1) 729 (1979); ע"א 65/89 מוסטפא נ' מטוע, פ"ד מד(4) 197 (1990); עניין קורד, לעיל ה"ש 137, שבו הוחלה חזקת השיתוף בנסיבות של ביגמיה. בדומה לכך הוחלה חזקת השיתוף על בני־זוג יהודיים, גם כשנטען שמדובר בנסיבות שבהן – על פי מנהג העדה שבני־הזוג משתייכים אליה – לא הייתה כוונת שיתוף. לעניינים מסוג זה, ראו למשל ע"א 819/94 לוי נ' לוי, פ"ד נ(1) 300 (1996), שם דחה בית המשפט טענה כי בעדה התימנית הרישום על שם האישה מעיד על כוונה שלא לשאת את הבעל בנכס זה. פסיקה זו מנוגדת בכירור למודל ההסכמי, הרואה בחזקת השיתוף דין דיספוזיטיבי מחקה, האמור לגלות רגישות לתרבות הספציפית של בני־הזוג הנדונים. אכן, לעומת פסקי הדין הנורמטיביים ישנה גם פסיקה הסכמית שדחתה את חזקת השיתוף כאשר הוכח שחזקה זו אינה מתיישבת עם התרבות הספציפית שבני־הזוג משתייכים אליה. ראו למשל את עניין קנזון, לעיל ה"ש 137, בעמ' 178.
- 139 ראו ע"א 724/83 בר נתן נ' בר נתן, פ"ד לט(3) 551, 557-556 (1985); ע"א 1937/92 קוטלר נ' קוטלר, פ"ד מט(2) 233, 246 (1995); תמ"ש (ת"א) 70030/98 א' ט' ט' נ' ל' ט' (ט') (פורסם

של חזקת השיתוף לדין מעין קוגנטי, המציב מגבלות קשות על החרגה מהשיתוף, ונכון להחילו גם במצבים שבהם ברור כי הוא אינו משקף את כוונת הצדדים.¹⁴⁰ תיאורו של השופט שטיין את השיתוף הזוגי כמבוסס על יסודות הסכמיים-חוזיים וכמשטר שנועד בעיקר להגשים את האוטונומיה של הצדדים מתאים אם כן לתקופת השלב הראשון של התפתחות חזקת השיתוף. לפיכך לא מפתיע הוא, שכמעט כל פסקי הדין המצוטטים בפסק דינו של השופט שטיין בהקשר של חזקת השיתוף והתבססותה על כוונת הצדדים, ואפילו על כוונת הבעלים הרשום,¹⁴¹ הם פסקי דין "מוקדמים", המייצגים רק את השלב הראשון של חזקת השיתוף. בדומה לכך, גם עקרון הניטרליות שבו מצדד השופט שטיין, ובייחוד נכונותו לכבד הסדרים פטריארכליים כאשר הם מעוגנים בכוונת הצדדים, מתאימים לפסיקה המוקדמת, שפעלה ברוח זו בשלב הראשון של התפתחות חזקת השיתוף. לעומת זאת ברוח הדין כברירות מחדל שבפרק הקודם עולה מהמודל הנורמטיבי, כי ככל שמדובר בנכסי המאמץ המשותף קביעת השיתוף כברירת מחדל אינה מבוססת על תפיסה ניטרלית המבקשת לשחזר את הכוונה של צדדים ספציפיים, ואפילו לא על ניסיון לשחזר את הכוונה הטיפוסית של בני-זוג בישראל, אלא על מערכת ערכית נורמטיבית המחפשת אחר הראוי והצודק. מכאן גם נגזרת עמדה מורכבת יותר ליחס שבין עקרון "הניטרליות" והעדפתו הערכית של המחוקק לכיוון של הסדרי שיתוף. עמדה זו מאפשרת אמנם התקשרות חוזית החורגת מן השיתוף בפרוצדורה הפורמלית הקבועה בחוק יחסי ממון, אך בה בעת מסרבת להכיר בחריגה משתמעת מן השיתוף, גם במקרים שבהם ברור שהשיתוף אינו משקף את כוונת הצדדים. בכך משקף הדין הישראלי פשרה או איזון בין ערך האוטונומיה במוכן שאליו מכוון השופט שטיין, והיינו הגשמת רצון הצדדים וניטרליות כלפי הסדרים מוסכמים שונים, לבין הרצון להעמיד ברירות מחדל המשקפות את הראוי ואת הצודק, ובכלל זה העדפה ערכית להסדר שיתופי על פני הסדר של הפרדה. בספרי על השיתוף הזוגי הצדקתי את מהלכו של הדין הישראלי בהקשר זה, והדגמתי כיצד המודל ההסכמי המצומצם, המסתפק בהגשמת אומדן דעתם של הצדדים הקונקרטיים עלול להוביל (ואף הוביל בפועל) לתוצאות

בנבו, 19.1.2000). בכל אלה ניהלו הבעלים את העניינים הכספיים בצורה עצמאית לחלוטין, תוך הקצבת "דמי כיס" לנשותיהן. הפסיקה ההסכמית הסיקה מנסיבות דומות שהבעל – ובמידה רבה האישה – אימצו דפוס חיים פטריארכלי, שאינו הולם כוונת שיתוף (על כך ראו למשל, ע"א 651/79 סלמן נ' סלמן, פ"ד לו(1) 554 (1982)). ובכל זאת, בעניין בר נתן, שם ובעניין קוטלר, שם למדה הפסיקה מן הפרקטיקה של דמי הכיס דווקא על כוונת שיתוף.

140 להתייחסות לחזקת השיתוף כדין קוגנטי כמעט, ראו למשל את דברי השופט טל בעניין יעקובי, לעיל ה"ש 119, בעמ' 578-580, שציין כי חזקת השיתוף אינה מבוססת על כוונת הצדדים. וראו בהקשר זה את הקטגוריה של דין מעורב דיספוזיטיבי ומעין קוגנטי, המוצעת במאמרו של Ayres, לעיל ה"ש 99. כמו כן על דין דיספוזיטיבי הנהפך לדין מעין קוגנטי, ראו Zamir, *Inverted Hierarchy*, לעיל ה"ש 100, בעמ' 1753 ואילך; Korobkin, לעיל ה"ש 100.

141 ראו את האזכורים של שני פסקי הדין – ע"א 595/69 אפטה נ' אפטה, פ"ד כה(1) 561 (1971) ו-ע"א 630/79 ליברמן נ' ליברמן, פ"ד לה(4) 359 (1981), בעניין הבג"ץ, לעיל ה"ש 4, פס' 10 לפסק דינו של השופט שטיין.

לא-צודקות, ובכללן הנצחה וקיבוע של דפוסי חיים פטריארכליים מסורתיים, המנשלים נשים שהיו שותפות למאמץ המשותף מכל זכות ברכוש המשפחה.¹⁴²

(ב) איזון המשאבים בחוק יחסי ממון כמבטא את המודל הנורמטיבי

ומה באשר לחוק יחסי ממון?¹⁴³ חוק יחסי ממון נוקט אומנם רטוריקה הסכמית,¹⁴⁴ אך למעשה, למרות הרטוריקה ההסכמית, ההסדר שהחוק קובע קרוב בהרבה למודל הנורמטיבי של המאמץ המשותף, ולכך שלוש אינדיקציות עיקריות: ראשית, מבחינת תנאי הסף לתחולת החזקה חוק יחסי ממון מחיל את הסדר השיתוף על כל הזוגות הנישואים, ללא קביעת תנאי סף הסכמיים; שנית, מבחינת היקף הנכסים הכלולים באיזון המשאבים היקף זה תואם בדיוק את השלב השני של התפתחות חזקת השיתוף, הנורמטיבי; כלומר, ככל שמדובר בנכסי המאמץ המשותף החוק אינו מבחין בין נכס משפחתי לנכס עסקי ובין משכורת לפנסיה, ומגדיר את הנכסים הללו כבני-איזון.¹⁴⁵ לעומת זאת ככל שמדובר בסוגיית הנכסים החיצוניים, החוק מוציא במפורש מתחולת האיזון נכסים מלפני הנישואים, ירושות ומתנות.¹⁴⁶ שלישית, מבחינת היכולת לסטות מן החזקה חוק יחסי ממון אינו מכיר בהסכמים שבעל-פה או בהסכמים מכוח התנהגות המלמדים על כוונה נוגדת שיתוף.¹⁴⁷ במובן זה החוק תואם את המודל הנורמטיבי של המאמץ המשותף, שבהיעדרו של הסכם ממון אינו מאפשר לסטות מהסדר השיתוף, גם כאשר ברור שהשיתוף אינו משקף את כוונת הצדדים (מה שכונה לעיל הסדר "מעין קוגנטי"). בכך החוק הולך בדרכו של השלב השני של חזקת השיתוף, ומשקף את הפשרה שבין כיבוד רצון הצדדים כפי שהוא עולה מערך האוטונומיה, לבין המימד הערכי הגלום בשיתוף. פשרה זו לא קיבלה ביטוי מספק בתיאוריית האוטונומיה של השופט שטיין. כהערת סיום לסעיף זה אציין, כי במישור הדין הראוי בעיניי הפשרה שבין האוטונומיה של בני-הזוג לקבוע בעצמם את יחסי הרכוש שלהם לבין ההיבט הערכי, הלא-ניטרלי, של דיני

142 ראו למשל את המקרים שהוזכרו לעיל בה"ש 139.

143 הניתוח של חוק יחסי ממון מתבסס על ליפשיץ השיתוף הזוגי, לעיל ה"ש 24, בעמ' 173 ואילך.

144 ס' 3(א) לחוק יחסי ממון קובע, כי אם "לא עשו בני הזוג הסדר ממון, ואם עשו – במידה שהסכם אינו קובע אחרת, יראום כמסכימים להסדר איזון המשאבים לפי פרק זה".

145 ראו ס' 5(ג) לחוק יחסי ממון בנוסחו לאחר תיקונו. תיקון מס' 4 לחוק יחסי ממון, התשס"ט-2008 (להלן: תיקון מס' 4) אף מבהיר במפורש, כי פנסיה כמו גם נכסי פרישה נוספים הם נכסים בני-איזון.

146 ראו ס' 5(א) לחוק יחסי ממון. סעיף זה לא שונה בתיקון מס' 4.

147 הסכם כללי הדוחה את הסדר איזון המשאבים טעון אישור או אימות כאמור בפרק א לחוק יחסי ממון. הסכמה בעניין נכס ספציפי איננה דורשת אישור שיפוטי, אך היא טעונה הסכם בכתב. ראו שם, וכן עניין גמליאל, לעיל ה"ש 120, שבו הבחינה השופטת חיות בין דרישת האישור הכללית בהסכמי ממון לבין הדרישה להוצאת נכס ספציפי מתחולת האיזון באמצעות הסכם כתוב. עם זאת חשוב להודות, כי במצבים מסוימים הסכימה הפסיקה לתת תוקף להבנות בין הצדדים גם כאשר הן לא גובשו בהסכם ממון פורמלי, בהתבסס בין היתר על עקרון תום הלב או על ביצועו המאוחר של ההסכם הגם שלא אושר כדין. ראו למשל בע"מ 9126/05 פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 26.1.2006); בע"מ 5142/10 פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 25.7.2010); ע"א 1629/11 יצחקי נ' וכטר (פורסם בנבו, 4.11.2012).

השיתוף הזוגי בישראל לבוא לידי ביטוי לא רק בקביעת ברירת המחדל השיתופית ובהקשחת הפרוצדורה להסקת הסדר נוגד שיתוף, כפי שקיים בדין המצוי. פשרה זו ראוי שתבוא לידי ביטוי גם בפיתוח דיני חוזים "מיוחדים", המותאמים לאופי המיוחד של היחסים המשפחתיים והזוגיים.¹⁴⁸ ככל שמדובר בהסכם העוסק ביחסי הרכוש בכלל ובהסכמים נוגדי שיתוף בפרט, דיני חוזים מיוחדים שכאלה אמורים להרחיב את העילות המאפשרות ביטול חוזה בשל פגם בכריתתו מעבר לאמות המידה אשר בדיני החוזים הכלליים.¹⁴⁹ נוסף על כך הם עשויים לקבוע חזקות פרשניות לטובת הסדרים שיתופיים, כך למשל בהצבת דרישה שלפיה ויתור על שיתוף בנכס בראיזון צריך להיות מפורש, ושניסוח מעורפל בהסכם יפעל לטובת שיתוף. אציין, כי אף שבשלב הנוכחי טרם פותחו דינים שכאלה בחקיקה, אפשר להצביע על מגמה מסוימת – אף כי חלקית – ברוח זו בפסיקת בתי המשפט.¹⁵⁰

4. הביקורת מנקודת המבט של הלכת השיתוף הספציפי: על תפיסת השיתוף בנכסים שאינם בני-איזון כנתינה, ועל ההתמקדות בכוונתו של הבעלים הרשום

הנכס העיקרי מושא המחלוקת בבית המשפט הגבוה לצדק הוא בית המגורים שנבנה על הקרקע שניתנה לבעל בירושה לפני הנישואין. מדובר ב"נכס חיצוני", שאינו בראיזון. השופט שטיין בפסק דינו החיל אף על נכסים שאינם בני-איזון את החשיבה החוזית ואת עקרון הניטרליות. לכן הוא קיבל את זכותם של בני-הזוג להסכים על שותפות בנכסים שאינם בני-איזון, חרף החלטת המחוקק להחריג נכסים אלו מתחולת איזון המשאבים.¹⁵¹ עם זאת השופט שטיין הבחין בין אמת המידה לקביעת שיתוף בנכסים בני-האיזון (נכסי המאמץ המשותף) לבין אמת המידה לקביעת השיתוף בנכסים שאינם כאלה. לטעמו, מאחר שהנכסים שאינם בני-איזון הם בבעלותו של הבעלים הרשום ואינם מהווים חלק מן הרכוש המשותף, אמת המידה לקביעת שיתוף אינה אומד הרעת המשותף של שני בני-הזוג, אלא בעיקר כוונתו של הבעלים הרשום.¹⁵² בהתאם לכך הפעיל השופט שטיין את עקרון הניטרליות

148 לטיעון בעד פיתוח דיני חוזים מיוחדים בהקשר של חוזים משפחתיים באופן כללי, ראו ליפשיץ "החווה הזוגי", לעיל ה"ש 121, בעמ' 282 ואילך.

149 להרחבה ראו שם, בעמ' 322-342. עם זאת כפי שהדיון שם מלמד, לפחות בהקשר של הסכמי גירושים שהם תוצר של סרבנות גט, הדין הקיים רחוק ממקום זה, והוא נותן תוקף להסכמי גירושים חד-צדדים ומקפחים. עוד ראו בעניין זה רם ריבלין "דיני הסכמי גירושין: לקראת פיקוח על טווח המימון" משפטים מח 333 (2019).

150 ראו למשל את גישתה של השופטת ארבל בכג"ץ 7947/06 קהלני נ' בית הדין הרבני הגדול, פס' 4 לפסק דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 24.12.2006); ישנה גם פסיקה דיונית ענפה הפועלת ברוח זו, ראו למשל ע"מ (מחוזי י-ם) 222/08 ש' א' נ' ש' ד', פס' 260 לפסק דינו של השופט דרווי (פורסם בנבו, 2.2.2010); תמ"ש (משפחה ת"א) 99783/99 פלונית נ' פלוני, פס' 3 (ד) לפסק דינו של השופט שוחט (פורסם בנבו, 25.11.2004); וכן תמ"ש (משפחה ראשל"צ) 11-11-15471 נ' ג' נ' א' א' ג' (פורסם בנבו, 18.12.2014).

151 ראו הבג"ץ, לעיל ה"ש 4, פס' 4 לפסק דינו של השופט שטיין.

152 ראו שם, בפס' 10 לפסק דינו של השופט שטיין: "בעניין הזה יש חשיבות מכרעת לכוונתו של בן הזוג שהוא בעל הנכס".

באשר לכוונתו של הבעלים הרשום, בעוד שציפייתו מבתי המשפט היא שהם יבחנו בחינה אמפירית נטולת היבט ערכי את השאלה, אם ובאילו תנאים התכוון הבעלים הרשום לשתף את בן-זוגו ברכושו.¹⁵³ בסעיף זה אבחן את טענותיו של השופט שטיין בהקשר זה. לשם כך אציג שלב נוסף – שלישי – בהתפתחותה של חזקת השיתוף, שבו הסתמנה נכונות להחיל במקרים מסוימים את השיתוף הזוגי אף על נכסים שאינם נכסי המאמץ המשותף. לאחר מכן אעבור לדיון בשיתוף הספציפי מכוח הדין הכללי, כפי שהתפתח באשר לבני-זוג הכפופים להסדר איוון המשאבים. בעקבות זאת אשוב אל עמדותיו של השופט שטיין בנוגע לניטרליות ולהתמקדות בכוונה של הבעלים הרשום, ואבקש לעמתן מול המגמות שהתפתחו בפסיקה הישראלית באשר לחזקת השיתוף ולשיתוף הספציפי מכוח הדין הכללי.

(א) השלב השלישי של חזקת השיתוף: עלייתו של מודל הקהילה המשפחתית והחזרה המוגבלת לכוונת הצדדים בהקשר לנכסים "החיצוניים"

בכתיבתי האקדמית על השיתוף הזוגי הראיתי כיצד החל מסוף שנות התשעים התפתח בפסיקה מודל נוסף של שיתוף זוגי, אשר כינתי בעבר "המודל הקישורי".¹⁵⁴ כיום אני מעדיף לכנותו "מודל הקהילה המשפחתית".¹⁵⁵ על פי הגיונו של מודל זה הסכימו מרבית השופטים להחיל במקרים המתאימים את חזקת השיתוף גם על נכסים חיצוניים – נכסים שלא הופקו במאמץ משותף של הצדדים – דהיינו נכסים שנרכשו לפני הנישואים וכן ירושות ומתנות שהתקבלו במהלך.¹⁵⁶ לשיטתי מהלך זה משקף את התפתחותה של תפיסה חדשה, המדגישה את ההיבטים הקהילתיים-קישוריים-שיתופיים והלא-מסחריים המתפתחים במהלך החיים המשפחתיים. לפי מודל זה החשיבה האינדיבידואלית-מסחרית המקובלת, שבמרכזה הבחנה ברורה בין צדדים נפרדים, מפנה בשלב מסוים בחיי הנישואים את מקומה לצורת חשיבה זוגית, שעל בסיסה מתפתחת אצל הצדדים תודעת ה"יחידה" או הקהילה המשפחתית. התודעה המשפחתית מעודדת תפיסה ברוח "שלי שלך ושליך שלי" ביחסים הזוגיים. הרציונל הנורמטיבי שהנחה את השלב השני של השיתוף בוסס על השוואה בין חיים זוגיים לשותפות מסחרית. משום כך הרציונל הנורמטיבי ראה רק בתוצרי המאמץ המשותף, גם אם הם אינם בהכרח משקפים תרומה שווה, תוצר של השותפות המשפחתית. לעומת זאת הנכסים החיצוניים, שלא הופקו במאמץ משותף, לא נתפסו כתוצר של השותפות ועל כן הוחרגו מן השיתוף. בניגוד לכך, לנוכח תפיסת הקהילה המשפחתית וההתייחסות

153 ראו שם: "כוונה זו יכול שתצביע על העדר רצון לשתף את בן הזוג 'הבוגד' בנכס, ושומה עלינו לכבד ולאכוף גם כוונות אלה". כן ראו שם, בפס' 6 לפסק דינו של השופט שטיין: "הכלל השני קובע כי בן זוג יכול לוותר על שמירת זכויותיו בנכסי העבר שלו ולשתף בנכסים אלו את בן זוגו" (ההדגשות הוספו).

154 ראו ליפשיץ "על נכסי עבר", לעיל ה"ש 132, בעמ' 702. אף השופט עמית בבג"ץ הפנה לתיאור זה של חזקת השיתוף והסתמך עליו. ראו הבג"ץ, לעיל ה"ש 4, פס' 6 לפסק דינו של השופט עמית, וכן ראו פס' 18(ה) לפסק דינו.

155 ראו ליפשיץ השיתוף הזוגי, לעיל ה"ש 24, בעמ' 135.

156 ראו ע"א 2280/91 אבולוף נ' אבולוף, פ"ד מז(5) 596 (1993); ע"א 2566/93 רון שמחה נ' רון שמחה (פורסם בנבו, 4.4.1995); ע"א 45/90 עבאדה נ' עבאדה, פ"ד מח(2) 77 (1994); ע"א 806/93 הדרי נ' הדרי, פ"ד מח(3) 685 (1994).

למשפחה כאל יחידה – להבדיל מאוסף של אינדיבידואלים היוצרים שותפות מסחרית ממוקדת – פנייה למקורות "ההיסטוריים" של כל נכס, תוך הבחנה בין נכסים משפחתיים לבין נכסים אינדיבידואליים, מעוררת קושי והופכת ללא־רלוונטית.¹⁵⁷ עם זאת אפילו שופטי "השלב השלישי", שפסיקתם מתאפיינת בהרחבה של חזקת השיתוף ובהחלטה על הנכסים החיצוניים, שימרו בכל זאת את ההבחנה שבין הנכסים החיצוניים לבין נכסי המאמץ המשותף. ראשית, לעומת מגמת ההקלה של תנאי הסף לתחולת חזקת השיתוף ככל שמדובר בנכסי המאמץ המשותף, הרי באשר לנכסים החיצוניים פיתחה הפסיקה תנאי סף חדשים, המאפיינים את הנסיבות שבהן תוחל חזקת השיתוף על נכסים אלה. תנאי סף אלו נוגעים לסוג הנישואים (העדפה לנישואים ראשונים), למשך הנישואים (פסקי הדין המרכזיים עסקו בבני־זוג שחיו יחדיו יותר משני עשורים, ולעיתים דובר אף בבני־זוג שנפרדו לאחר יותר משלושים שנים של קשר), לאורח החיים התקין של הצדדים, לקיומם של ילדים ולדפוס הכלכלי השיתופי שעל פיו פעלה המשפחה (להלן: "תנאי סף קישוריים", כפי שהם מכונים במחקר). שנית, בהקשר של היקף הנכסים התחדש השימוש בהבחנה ההסכמית שבין נכסים משפחתיים – בעיקר דירת המגורים המשפחתית – לנכסים עסקיים, לרבות נכסי מקרקעין שנועדו להשקעה או להשכרה, לעומת הנטייה בפסיקה לזנוח הבחנה זו ככל שמדובר בנכסי המאמץ המשותף. שלישית, שלא כאופי המעין קוגנטי של חזקת השיתוף ה"רגילה", ככל שמדובר בנכסים חיצוניים הפסיקה מתחשבת באומד דעתם של בני־הזוג, כמו גם במצגיו של בן־הזוג שהנכסים רשומים על שמו, ובנכונותם של בני־הזוג לחלוק ברכוש הפרטי.¹⁵⁸

חנך דגן, שפיתח בהקשר של המשפט האמריקני תיאוריה ולפיה דיני הרכוש הזוגי צריכים לשקף את היות הנישואים קהילה שוויונית,¹⁵⁹ סבור כי על המשפט הישראלי לפעול בהתאם לתיאוריה¹⁶⁰ ולצדד צעד נוסף, שאפשר לכנותו השלב הרביעי של השיתוף הזוגי. על פי דגן יש להחיל את חזקת השיתוף אוטומטית על דירת המגורים, מבלי להבחין בין סוגים שונים של בני־זוג על בסיס מאפייניהם או על בסיס האווירה השיתופית ששררה ביניהם, ומבלי להתחשב בכוונה המשתמעת של שני בני־הזוג שלא להחיל את השיתוף על הנכסים החיצוניים

157 ראו למשל את דברי הנשיא שמגר בעניין הדרי, הטוען כי "ברבות השנים נעלמים תחומי הפרדה, והנכסים – יהא מקורם אשר יהא – הופכים 'לבשר אחד'" (שם, בעמ' 693).

158 כך למשל ב"ע"א 4151/99 בריל נ' בריל, פ"ד נה(4) 709, 717 (2001) נקבע, כי "להסכמת בן־זוג לשתף את בן־זוגו גם בנכסיו החיצוניים יש, כמובן, משקל מכריע". ובעניין קוטלר, לעיל ה"ש 139, למד בית המשפט מהתנהגות האישה על סירובה לשתף את בעלה בכספי ירושה שקיבלת מהוריה. דוגמה נוספת למגמה זו היא ב"ע"א 3563/92 עיזבון המנוח גיטלר נ' גיטלר, פ"ד מח(5) 489 (1994), שגם בו מסירוב האישה לתת ייפוי כוח לבעלה לטפל בנכסיה הפרטיים הסיק בית המשפט כוונת אי־שיתוף.

159 Carolyn J. Frantz & Hanoch Dagan, *Properties of Marriage*, 104 COLUM. L. REV. 75 (2004). על פי דגן דיני הנישואים צריכים לשקף תפיסה נורמטיבית ערכית של המחוקק על הנישואים כקהילה שוויונית. דגן מבקש בהקשרים שונים לאזן בין ערכי השוויון, האוטונומיה והקהילה בהקשר של הנישואים.

160 ליישום התיאוריה של דגן על המשפט הישראלי, ראו דגן על פרשת דרכים, לעיל ה"ש 134, בפרק 7.

כאשר כוונה זו לא עוגנה בהסכם מפורש. על פי דגן, על אחת כמה וכמה שאין לתת משקל משפטי לכוונה של הצד שהיה הבעלים של דירת המגורים עובר לנישואים או אפילו למצג ברור שלו, שלפיו הוא אינו מעוניין בשיתוף.¹⁶¹ לגישתו, בדומה לכלל המעין קוגנטי הנהוג בעניין נכסי המאמץ המשותף הדרך היחידה להתגבר על ברירת המחדל השיתופית בנוגע לדירת המגורים המשפחתית, הגם כשמדובר בנכס מלפני הנישואים או בדירה שהתקבלה במתנה או בירושה, תהיה באמצעות הסכם פורמלי. לפי גישה זו, לפחות בכל הנוגע לדירת המגורים המשפחתית, ולעיתים גם בנוגע לנכסים אחרים שאינם מסווגים בדרך כלל כנכסי מאמץ משותף, ההיבטים הקהילתיים של הנישואים ושיקולים של שוויון (במובן של אי-כפיפות בין הצדדים) מצדיקים לקבוע ברירת מחדל שיתופית מרחיבה, המטשטשת את ההבחנה שבין נכסי המאמץ המשותף לנכסים שאינם כאלו.¹⁶² הצדקות נוספות לקביעת ברירת מחדל שיתופית באשר לדירת המגורים שנרכשה לפני הנישואים, המהדהדות מפעם לפעם בפסיקה,¹⁶³ הן הצדקות סוציאליות, בייחוד במקרים שבהם לבן-הזוג של הבעלים הרשום אין חלופת דיור נוספת.¹⁶⁴

עמדתי שונה. בכתבתי האקדמית על השיתוף הזוגי בישראל הסברתי כיצד מודל השיתוף השלישי, שאותו כיניתי "מודל הקהילה המשפחתית", מעוגן ברשת חשיבה המשלבת עקרונות ליברליים עם עקרונות קהילתיים ובתפיסה הרואה ביחסים הזוגיים דוגמה לחוזה יחס (relational contract).¹⁶⁵ לשיטתי העיגון הליברלי-קהילתי והבסיס החוזי של מודל הקהילה המשפחתית מבהירים, כי מודל זה מבוסס על שילוב בין הכוונה המשווערת של הצדדים לבין תפיסה נורמטיבית תרבותית של בית המשפט בכל הנוגע לדרך שראוי להתנהג

161 ראו שם, בעמ' 489: "לכן מן הראוי להכליל את בית המגורים ונכסים מכווננים נוספים במאגר נכסי הנישואים גם כאשר נרכשו לפני הנישואים, ואפילו בהיעדר נסיבות עובדתיות – מעבר לעצם קיום הנישואין".

162 כך למשל דגן סבור, כי פירות של נכסים פרטיים ואפילו ירושות ומתנות שהתקבלו במהלך הנישואים צריכים להיחשב כנכס משותף (ראו שם, בעמ' 486, 490-494).

163 רמזים ראשונים לקול המבקש להחיל תמיד את חזקת השיתוף על נכסים חיצוניים מופיעים כבר בגישתה של השופטת דורנר בעניין דרהם, לעיל ה"ש 135, בעיקר בפס' 7 לפסק דינה. אולם דומה כי פסק הדין המזוהה יותר מכל עם המגמה החדשה הוא פסק דינו של השופט רובינשטיין ב"בע"מ 5939/04 פלוני נ' פלונית, פ"ד נט(1) 665, 671 (2004), המתאר את רוח העידן כפותחת פתח להרחבת חזקת השיתוף.

164 להצגת מגמות אלה ולביקורת עליהן ראו ליפשיץ **השיתוף הזוגי**, לעיל ה"ש 24, פרק 3.1, 5.1, ר"ו 6; כן ראו את פסק דינו של השופט דנציגר המבקר אותן ב"בע"מ 1398/11 אלמונית נ' אלמוני, פס' 18 לפסק דינו של השופט דנציגר (פורסם בנבו, 26.12.2012) (להלן: הלכת השיתוף הספציפי); ייתכן שניתן להוסיף בהקשר זה גם את דבריו של השופט עמית: "המדגישים את ההיבט הנורמטיבי של השיתוף יטו להרחיבו" (הבג"ץ, לעיל ה"ש 4, פס' 6 לפסק דינו של השופט עמית).

165 חוזה יחס הוא חוזה ארוך טווח בין צדדים, אשר יחסיהם כוללים רבדים שונים ומורכבים שהם מעבר לחוזה הכתוב. בספרות על דיני חוזים התפתחה תיאוריה, ולפיה יש לנקוט אמות מידה ייחודיות בטיפול בחוזה יחס. בתיאוריה זו וביישומה לדיני הרכוש הזוגי עסקתי בהרחבה במקום אחר. ראו ליפשיץ **השיתוף הזוגי**, לעיל ה"ש 24, בפרק ב.

בה בתחום המשפחתי.¹⁶⁶ לכן, גם אם על פי מודל הקהילה המשפחתית אורח חיים שיתופי הוא ראוי, וגם אם גישה זו תומכת בעיצוב ברירת מחדל של שיתוף אשר יחזק אורח חיים שכזה, ההיבט הליברלי של המודל איננו מאפשר לכפות את המודל על אפס ועל חמתם של צדדים אשר אורח חייהם אינו מתאים לתיאור השיתופי-משפחתי.

מכך נגזר הבדל עמוק בין מודל הקהילה המשפחתית לבין מודל המאמץ המשותף, המבוסס על הרציונלים הנורמטיביים של צדק ושל שוויון. ערכי הצדק והשוויון הם באופיים ערכים נורמטיביים, המצדיקים בהקשרים משפטיים שונים הפעלה של מודלים משפטיים קוגנטיים או מעין קוגנטיים כדי למנוע את חוסר הצדק הנובע מכך, שמאמץ משותף של שני בני-זוג לא יבוא לידי ביטוי בבעלות הקניינית או מכך שכלל של הפרדה רכושית יפגע פגיעה שיטתית בנשים. מודל הקהילה המשפחתית לעומת זאת מבקש לתת גושפנקה ואף לתמוך בדרך שבה בני-זוג רבים מנהלים את חייהם המשפחתיים. לא ניתן לגרוס כי בני-זוג המדגישים בכל זאת את הזהות האינדיבידואלית של כל אחד מהם, בין היתר באמצעות הבחנה בין נכסים שנצברו יחדיו במאמץ משותף לבין נכסים שהיו פרטיים מלכתחילה, פועלים בחוסר צדק או פוגעים בערך השוויון. לכן לדעתי, בעוד שמודל משפטי המבסס את השיתוף הזוגי על מודל המאמץ המשותף אמור לפעול במתכונת מעין קוגנטית, מודל הקהילה המשפחתית מחייב רגישות גבוהה יותר לכוונתם של הצדדים הספציפיים ולאורח חייהם. לפיכך אני סבור, כי במקרים שבהם מתקיים הרציונל הנורמטיבי לשיתוף (דהיינו בעת שנדונים נכסי המאמץ המשותף) יש הצדקה להחלת השיתוף במתכונת מעין קוגנטית, שהמודל הנורמטיבי של המאמץ המשותף תומך בה; לעומת זאת במקרים שבהם הרציונל הנורמטיבי לשיתוף אינו מתקיים (כלומר במקרה של הנכסים "החיצוניים") ההצדקה לשיתוף יכולה להתבסס אך ורק על מודל הקהילה המשפחתית, ומשום כך אין להחיל את הסדר השיתוף הסותר את הדרך שהצדדים חיים בה בפועל או את כוונתם המשותפת, ובכלל זה גם כאשר הנכס החיצוני הוא דירת המגורים של בני-זוג.

מכך נגזרים כמה הבדלים חשובים בין שיתוף בנכסים בני-איוון המבוסס על מודל המאמץ המשותף לבין שיתוף בנכסים שאינם בני-איוון המבוסס על מודל הקהילה המשפחתית.¹⁶⁷ כך, מודל הקהילה המשפחתית לא יתמוך בהחלת תפיסת העולם הקישורית-קהילתנית על זוגות שלא התקיימו בהם תנאי סף קישוריים. זוגות אלו יהיו למשל בני-זוג שבחרו בבירור באורח חיים אינדיבידואליסטי לא-שיתופי, או בני-זוג שנישאו בנישואים שניים ולכל

166 בהציגו את שלושת המודלים המתחרים של חזקת השיתוף ההסכמי, הנורמטיבי והקישורי הציג השופט עמית התפתחות ליניארית, שלפיה המודל הנורמטיבי הוא שלב ביניים בין המודל ההסכמי למודל הקישורי (ראו הבג"ץ, לעיל ה"ש 4, פס' 6 לפסק דינו של השופט עמית). אני מסכים להצגה זו של השופט עמית במובן שהמודל הקישורי מרחיב את היקף הנכסים הכפופים לחזקה מעבר למודל הנורמטיבי. עם זאת חשוב להדגיש, שמבחינת הרגישות לכוונת הצדדים המודל הקישורי קרוב יותר – אף כי לא זהה – למודל ההסכמי.

167 ההבדלים המנויים בשורות הבאות מבחינים ברמה מעשית בין גישתי לבין גישת דגן. שכן דגן סבור, כי לפחות בהקשר של דירת מגורים אין להבחין בין נכסי המאמץ המשותף לנכסים החיצוניים, ומשום כך יש ליישם את אמות המידה הנוקשות של השיתוף הזוגי, כפי שעוצבו בהקשר של נכסי המאמץ המשותף, גם לדירת מגורים ולנכסים מכוונים נוספים שהובאו לנישואים בידי אחד הצדדים.

אחד מהם ילדים משלו מן הנישואים הקודמים, ומשום כך קשה לדבר על מיזוג מלא של האינטרסים של בני-הזוג. זאת ועוד, בניגוד לאופי המעיין קוגנטי של השיתוף המבוסס על המאמץ המשותף, כאשר השיתוף מבוסס על הקהילה המשפחתית אפילו אם התקיימו תנאי הסף הקישוריים, אפשר להסיק מהתנהגות הצדדים כוונה משתמעת משותפת לאי-החלת השיתוף גם כאשר היא לא עוגנה בהסכם פורמלי במתכונת הקבועה בחוק יחסי ממון. יתרה מזו, לשיטתי גם אם מדובר במשפחות המקיימות אורח חיים קישוריים-קהילתי, במקרים שבהם הבעלים הקנייני הביע במפורש ומבעוד מועד את רצונו שלא לשתף את בן-זוגו בנכסים שאינם תוצר של המאמץ המשותף יש לכבד את רצונו.

בדיון בנכסי המאמץ המשותף הדגשתי, שהערכים הנורמטיביים של צדק ושל שוויון כופרים למעשה בבעלותו המקורית של הבעלים הרשום בנכסים הללו. על כן בכל הנוגע לנכסי המאמץ המשותף ההכרה בשיתוף אינה מתפרשת כפגיעה בזכויות הקניין של הבעלים הרשום או כנטילה של זכות קניינית קיימת, אלא להפך – היא נועדה לתת תוקף לזכויות שצברו הצדדים עקב מאמצים המשותף ואינן מקבלות ביטוי משפטי פורמלי. לעומת זאת ככל שמדובר בנכסים שאינם תוצר של מאמץ משותף, ובייחוד נכסים שנצברו לפני נישואי הצדדים, איש לא יכחיש שהבעלות המקורית בהם היא של הבעלים הרשום. אי לכך החלת השיתוף על הנכסים החיצוניים, על אף אומד דעתו המנוגד של הבעלים הרשום, פוגעת בזכויותיו הקנייניות. ספק בעיניי אם הערכים המשפחתיים שבבסיס מודל הקהילה המשפחתית יכולים להצדיק פגיעה זו.

ואולם ברצוני לסייג עמדה זו בסייג חשוב. לטעמי אף כאשר מדובר בנכסים החיצוניים, בהתקיים תנאים מסוימים (כגון נישואים ראשונים, אורח חיים תקין ואווירה של שיתוף כלכלי כולל) ובהקשר של נכסים מסוימים (בייחוד דירת מגורים) חלוף הזמן והתנהגות הצדדים עשויים לגבש אצל בן-הזוג שאינו רשום את התחושה, כי בן-זוגו רואה גם בנכסים החיצוניים נכסים משותפים. תחושה זו עשויה לגרום לו להסתמך על הנכסים הללו כעל נכסים משותפים ולפעול על בסיס הסתמכות זו. משום כך, בשל עקרון ההסתמכות שלילת השיתוף הקהילתי אינה יכולה להתבסס על אמות מידה סובייקטיביות או אפילו על אינדיקציות אובייקטיביות שלא היו ידועות לצד השני בזמן אמת. לכן משהתקיימו תנאי הסף המצדיקים בדרך כלל היווצרותו של שיתוף קהילתי נרחב, מוטל על הבעלים הרשום הנטל להציג מבעוד מועד מצג אובייקטיבי חד-משמעי, השולל את הסתמכותו של בן-זוגו ומאפשר לו להיערך מבעוד מועד לכך שהבעלים הרשום אינו מעוניין בהחלת שיתוף קהילתי נרחב על הנכסים "החיצוניים". אציין, כי עמדת זו משתלבת אף היא עם הלוגיקה המנחה את המודל הכלכלי שלפיו יש לעצב ברירות מחדל מתוך רצון לתמרץ העברת מידע בין צדדים חוזיים בכלל¹⁶⁸ ובין בני-זוג בפרט.¹⁶⁹ עם זאת בעוד שהאופי המעיין קוגנטי של כלל השיתוף הנורמטיבי דורש הסכמה מפורשת ומפוקחת של שני בני-הזוג כתנאי לחריגה מן השיתוף הזוגי בנכסי המאמץ המשותף, הלוגיקה הכלכלית של מודל העברת המידע דורשת מן הבעלים הרשום להבהיר מבעוד מועד כי כוונתו לשתף את בן-זוגו בנכסים החיצוניים או חלקם, ובכך למנוע

168 ראו את תיאור הגישה השלישית לעיצוב ברירות מחדל, לעיל פרק ב.2(ב).

169 ראו בהקשר זה את הניתוח בספרי, ליפשיץ השיתוף הזוגי, לעיל ה"ש 24, בעמ' 94-95, שם קשרתי בין הרציונל הקהילתי לכללי ברירת מחדל המונעים משיקולי העברת מידע.

הסתמכות של בן-הזוג על הנכסים הללו. עם זאת היא אינה יכולה להצדיק את החלת השיתוף על נכס חיצוני במקרים שבהם מסר בדבר היעדר נכונות לשתף הועבר אומנם מבעוד מועד, אך הצדדים לא התקשרו בהסכם פורמלי.

(ב) השיתוף הספציפי מכוח הדין הכללי כבסיס לשיתוף בנכסים שאינם בני-איזון

לכאורה יצר סעיף 5 לחוק יחסי ממון, שהגדיר את הנכסים "החיצוניים" כנכסים שאינם בני-איזון, פער בין הסדר השיתוף שנקבע בשלב השלישי של חזקת השיתוף לבין הסדר איזון המשאבים. ברם חרף לשונו המפורשת של חוק יחסי ממון מצאה הפסיקה דרך להחיל את השיתוף הזוגי גם על נכסים שאינם בני-איזון, מכוח הדין הכללי. הבסיס העיוני לכך נמצא בעניין אבו-רומי,¹⁷⁰ שבו נקבע שאדם עשוי להסכים לשתף את בן-זוגו בנכס מסוים הרשום על שמו, גם אם נכס זה היה ברשותו לפני הנישואים. עם זאת לצד ההכרה העקרונית בשיתוף אפשרי מכוח הדין הכללי אף בנכסים החיצוניים צמצמה השופטת שטרסברג-כהן, שכתבה את פסק הדין המנחה, במישור המעשי את הפתח שנפתח. לעומת חזקת השיתוף "הנורמטיבית" או הסדר איזון המשאבים הקבוע בחוק יחסי ממון הרגישה השופטת שטרסברג-כהן, שכאשר השיתוף מבוסס על הדין הכללי נדרשת הוכחה ממשית וחיובית לכוונת השיתוף, ואין להסתפק בעצם קיומם של חיי נישואים משותפים גם אם הם מלווים בגידול ילדים.¹⁷¹ בפועל קבע בית המשפט באותה פרשה כי לא הוכחה כוונת שיתוף, ועל כן לא הוענקו לאישה ולשבעת ילדיה כל זכויות בדירת המגורים – או בנכסי הבעל בכלל – לאחר ארבע עשרה שנות נישואים.

מהו המודל המשפטי שעל בסיסו יש ליישם את הלכת השיתוף הספציפי? הפסיקה שלאחר עניין אבו-רומי לא הצטיינה בעקיבות רבה.¹⁷² עם זאת מבעד לעמימות אפשר לאפיין שלושה זרמים מרכזיים: לזרם הראשון, המצמצם (להלן: הגישה ההסכמית המצמצמת), משתייכים פסקי דין המיישמים את הלכת אבו-רומי על פי הגדרתה הראשונית המחמירה. פסקי דין אלו דורשים אינדיקציה חיובית ממשית – המוגדרת בפסיקה כ"דבר מה נוסף" מלבד חיי שיתוף וחיי נישואים ממושכים – להוכחת קיומה של כוונת שיתוף בנכס הספציפי כדי להחיל את הדין הכללי על נכס מלפני הנישואים, אף אם מדובר בדירת מגורים. לזרם השני משתייכים פסקי דין, אשר ממלאים את הלכת השיתוף הספציפי בתוכן קונקרטי בהתאם לרציונל הקהילה המשפחתית ולשלב השלישי של חזקת השיתוף. במאמר שהוקדש לנושא ובו תמכתי בזרם זה¹⁷³ הצעתי, כי במקרה הרגיל תכובד ההבחנה שקבע המחוקק בין נכסי המאמץ המשותף לנכסים החיצוניים שאינם בני-איזון, ושהלכת השיתוף הספציפי תופעל במתכונת מצומצמת, המטילה על הטוען לשיתוף להביא ראיות קונקרטיות לכוונה שכזו.

170 עניין אבו-רומי, לעיל ה"ש 3.

171 ראו שם, בעמ' 183.

172 על הקושי לקבוע עמדה אחידה בנושאים הללו עמד השופט דנציגר בהלכת השיתוף הספציפי, לעיל ה"ש 164, פס' 17(ה) לפסק דינו.

173 ראו שחר ליפשיץ "יחסי משפחה וממון: אתגרים ומשימות בעקבות תיקון מס' 4 לחוק יחסי ממון" חוקים א 227 (2009). להרחבת המודל שאני מציע, ראו את מתווה חמשת הרכיבים המוצע בספרי, ליפשיץ השיתוף הזוגי, לעיל ה"ש 24, בעמ' 183-191.

עם זאת לגישתי, משהתקיימו תנאי הסף הקישוריים (בעיקר נישואים ראשונים ממושכים, המלווים ביחסים תקינים ובאווירה שיתופית) יהיה אפשר להניח שהתקיימה דרישת ה"דבר מה הנוסף" הנדרשת לצורך הוכחת כוונת שיתוף. על המתנגד לשיתוף במקרה זה יוטל הנטל להוכיח כוונת אי-שיתוף, או למצער מצג חד-משמעי ואובייקטיבי מצד הבעלים הרשום השולל את ההסתמכות של בן-זוגו (זרם זה יכולה להלן: "הגישה הקישורית" או "גישה הקהילה המשפחתית"). אל מול שתי הגישות הקודמות התפתח זרם שלישי, רדיקלי יותר, אשר בדומה לגישתו של דגן, שאליו הצטרפה לאחרונה גם דפנה הקר,¹⁷⁴ מבקש להפוך את ברירת המחלף הקבועה בחוק יחסי ממון ולקבוע, כי בכל הנוגע לבית המגורים, בהיעדר התניה נוגדת יוחל הסדר של שיתוף בכל מקרה ומקרה, ללא הבחנה בין סוגים שונים של נישואים ושלבים שונים בהם (זרם זה יכולה להלן: הגישה הרדיקלית).

לנוכח אי-הבהירות בהגדרת השיתוף הספציפי מכוח הדין הכללי ביקש בית המשפט העליון בעניין הלכת השיתוף הספציפי להשליט מעט סדר בנושא, אולם בפועל פסק הדין חשף בכל זאת הבדלים – או למצער ניואנסים בהשקפות – גם בין שופטי בית המשפט העליון עצמם.¹⁷⁵ במקרה זה דחו כל השופטים – ובצדק לדעתי – את הגישה הרדיקלית "האקטיביסטית", המתעלמת מלשונו המפורשת של חוק יחסי ממון וההופכת את ברירת המחלף הקבועה בו.¹⁷⁶

השופט דנציגר גרס, שגם כאשר מדובר בדירת מגורים אין להסתפק בעצם חיי הנישואים – ואפילו מדובר בנישואים ממושכים – ושיש לדרוש "דבר מה נוסף" אשר יעיד על כוונת השיתוף בנכס הספציפי.¹⁷⁷ בכך אימץ לכאורה השופט דנציגר את הגישה ההסכמית המצמצמת.¹⁷⁸ השופט עמית קיבל אף הוא את הטענה העקרונית שדרוש "דבר מה נוסף" להוכחת שיתוף, וכן את מסקנת השיתוף במקרה המסוים הזה. אולם הוא ביקש להפחית את העמימות בסוגיה באמצעות התוויה של מגוון מבחני עזר, העוסקים בשאלה אימתי יוכח שיתוף מכוח הדין הכללי ומהו רף ההוכחה הנדרש במצבים שונים. גם השופט זילברטל, שבמקרה הספציפי נותר בדעת מיעוט, קיבל עקרונית את הדרישה ל"דבר מה נוסף" כתנאי לשיתוף; ואולם הוא אימץ את ההבחנה שהצעתי בין בני-זוג הדבקים באורח חיים קישורי

174 לגישתו של דגן, ראו דגן, לעיל ה"ש 161. דגן והקר, לעיל ה"ש 102, ממשיכים קו זה של דגן, והם מכנים את גישתם "הגישה הקניינית" (ראו בעיקר פרק ג למאמרם). במאמרם הם סוברים כי יש ליישם גישה זו לא רק על חזקת השיתוף, אלא גם בנוגע להלכת השיתוף הספציפי. ההבחנה הבולטת שבין הגישה הקניינית לבין הגישה החוזית לשיטתם של דגן והקר היא, כי את הגישה הקניינית יש להפעיל ללא קשר לכוונה האקטואלית או המשווערת של הצדדים, ואפילו בניגוד לכוונה כזו. לכן לדעת דגן והקר בכל מקרה שבו לא נכרת הסכם ממון, הרי ככל שמדובר בדירת מגורים שנרכשה לפני הנישואים יש להפעיל את הלכת השיתוף הספציפי, אפילו כאשר התנהגות הצדדים ומצגיו של הבעלים הרשום מלמדים על כוונה שונה.

175 לניתוח מפורט של פסק הדין, ראו שם, בעמ' 179-181.

176 ראו הלכת השיתוף הספציפי, לעיל ה"ש 164, פס' 19-20 לפסק דינו של השופט דנציגר.

177 ראו שם, בפס' 17 לפסק דינו של השופט דנציגר.

178 לדברי השופט דנציגר, שם, השקעות כספיות בנכס או הבטחות ומצגים אקטיביים עשויים לבטא כוונת שיתוף ספציפית בנכס "חיצוני" וכן להביא לידי הסתמכות של בן-הזוג הלא-רשום ולבסס טענת מניעות כלפי בן-הזוג הרשום.

לבין בני־זוג שאינם דבקים באורח חיים שכזה. הוא סבר, כי במקרים של בני־זוג הדבקים באורח חיים קישורי, הכולל נישואים ארוכים ותקינים והמאופיינים באווירת שיתוף כלכלי ורגשי, נטל ההוכחה בדבר שיתוף בבית המגורים פוחת. לעומת זאת כאשר מדובר בבני־זוג שאינם דבקים באורח חיים קישורי, כגון המקרה של בני־הזוג אשר נדון בעניין הלכת השיתוף הספציפי, שחייהם אופיינו במריבות, בפירוד ובהיעדר שיתוף כמוכח העמוק של המילה, נטל ההוכחה כי הייתה כוונת שיתוף המצדיקה החלת שיתוף מכוח הדין הכללי הוא גבוה במיוחד.

המשפט הישראלי אם כן טרם גיבש גיבוש סופי ומדויק את טבעו של השיתוף הספציפי בנכסים שאינם בני־איוון, וישנם הבדלים וניואנסים הן בתיאור השיתוף והן בהקשר ליישומו במקרים קונקרטיים. עם זאת לדעתי אין להפריז מדי בהערכת ההבדלים, והמכנה המשותף בין הגישות שבפסיקת בית המשפט העליון כפי שהן באו לידי ביטוי בעניין הלכת השיתוף הספציפי הוא רחב משנראה במבט ראשון. ראשית, הכל מסכימים כי ניתן להוכיח כוונת שיתוף גם בנוגע לנכסים שאינם בני־איוון דרך הלכת השיתוף הספציפי מכוח הדין הכללי. שנית, כל השופטים דוחים את הגישה הרדיקלית, המשקפת את השלב הרביעי של חזקת השיתוף, גישה המבקשת לקבוע שיתוף אוטומטי בדירת המגורים ואולי גם בנכסים נוספים שאינם בני־איוון, ועל כן הם דורשים הוכחת דבר מה נוסף כתנאי לשיתוף. שלישי, מודל הקהילה המשפחתית כפי שהוא בא לידי ביטוי בשלב השלישי של חזקת השיתוף הוא מקור השראה לגישתו של השופט זילברטל. גישתו מבחינה במפורש בין בני־זוג, שהתקיימו בהם תנאי הסף הקישוריים שניתן לראות בהם מענה לדרישה להוכחת דבר מה נוסף, לבני־זוג שלא התקיימו בהם תנאי סף אלו. אף מבחני העזר של השופט עמית מהדהדים במקרים רבים את רציונל הקהילה המשפחתית. תחושת הקרבה שבין גישת השופט עמית לבין הרציונל הקישורי מתחזקת בבג"ץ נשוא מאמר זה.¹⁷⁹ אכן, הרטוריקה של השופט דנציגר קרובה יותר למודל ההסכמי המצומצם, הדורש הוכחה קונקרטית לשיתוף בהתאם לנסיבות ספציפיות ללא התבססות על מבחני עזר או על תנאי סף קישוריים. עם זאת בפועל דווקא השופט דנציגר הנמיך מאוד את הרף הנדרש להוכחת שיתוף.¹⁸⁰ נוסף על כך הוא הוטרך בצריך עיון את הגישה הקישורית (גישת הקהילה המשפחתית), ולא דחה אותה לחלוטין.¹⁸¹ רביעית, כל השופטים לרבות השופט דנציגר ייחסו משמעות גדולה לרעיון, שבמהלך הנישואים התנהגויות ומצגים מסוימים של הבעלים הרשום עשויים לעורר אצל בן־זוגו את התחושה כי הוא רואה גם בנכסים החיצוניים, ובייחוד בדירת המגורים, נכס משותף, וכי תחושה זו עשויה להניע את בן־הזוג להסתמך כלכלית על הנכס החיצוני. לפיכך הם דרשו במקרים הללו מהבעלים הרשום לבטא בצורה ברורה את אי־נכונותו לשיתוף.

179 ראו לעיל ה"ש 4.

180 ראו ליפשיץ השיתוף הזוגי, לעיל ה"ש 24, בעמ' 179.

181 ראו לעיל ה"ש 176.

(ג) סגירת מעגל: הטיעון החוזי-ניטרלי והדגשת כוונתו של הבעלים הרשום לנוכח גישת הקהילה המשפחתית והתגבשות הלכת השיתוף הספציפי מכוח הדין הכללי

הדיון בנכסים בני-האיזון עמד על ההבדלים התיאורטיים והחשובים שבין הגישה הניטרלית-החוזית שהציג השופט שטיין לבין המודל הנורמטיבי, שעל פי ניתוחי עיצב את יחס הפסיקה והחוק לנכסים בני-האיזון. לעומת זאת הפער המעשי בין גישתו של השופט שטיין להלכת השיתוף הספציפי לבין הפרשנות הרווחת בפסיקה למודל השיתוף הספציפי, כמו גם לעמדתי באשר למודל הראוי בעניין, הוא מצומצם יותר. דברים אלה נכונים ודאי בהקשר של הגישה ההסכמית המצמצמת, ובמידה מסוימת אף באשר לגישת הקהילה המשפחתית. תחילה יש לציין, כי בדומה להדגשת ערך האוטונומיה בידי השופט שטיין, מודל הקהילה המשפחתית, המשקף הן את עמדתי האישית והן – לפחות על פי פרשנותי – את הזרם המרכזי בפסיקה, מתנגד לכפיית הערכים הקהילתיים, אפילו במתכונת מעין קוגנטית. לכן, גם אם קביעת ברירת המחדל המאפשרת להכיר בשיתוף בנכסים שאינם נכסי המאמץ המשותף בתנאים שצוינו נובעת בין היתר מתפיסה ערכית, הרי חזקת השיתוף, שעוצבה על פי המודל, וודאי השיתוף הספציפי רגישים לנסיבות הספציפיות של הצדדים ולכוונותיהם. כך הוא גם במקרים שבהם החריגה מהשיתוף לא בוטאה בהסכם ממון פורמלי. ודאי וודאי שהמודל ההסכמי המצומצם שותף להדגשת ערך האוטונומיה בהקשר של הלכת השיתוף הספציפי. זאת ועוד, בדומה לטענתו של השופט שטיין ולפיה יש להתמקד בכוונתו של הבעלים הרשום, אף מודל הקהילה המשפחתית מכיר באפשרות של הבעלים הרשום להבהיר מבעוד מועד וחד-משמעית כי הוא אינו מעוניין בשיתוף בנכסים שאינם בני-איזון. ודאי שזהו המצב על פי התומכים במודל ההסכמי המצומצם. ייתכן שניתן לחלוק על היבטים אלה במישור הדין הראוי או אפילו תחת משטר של חזקת השיתוף. אך גם אם הדבר אפשרי, אני מתקשה לראות כיצד במישור הדין המצוי ניתן להגן תחת משטר של חוק יחסי ממון על עמדה שלפיה סוג מסוים של נכסים משותף אוטומטית בעקבות הנישואים, ללא כל צורך לעגן זאת בהוכחת כוונה קונקרטית בהקשר של שיתוף, או לפחות בהתקיים רכיבים עובדתיים נוספים מעבר לנישואים שניתן להסיק מהם כוונת שיתוף.¹⁸²

182 לגישת דגן, לעיל ה"ש 161-162, ולגישת דגן והקר, לעיל ה"ש 174, דירת המגורים, כמו גם נכסי מאמץ משותף נוספים, אמורים להיחשב לנכסים משותפים גם ללא אינדיקציות עובדתיות או הסכמיות נוספות וללא תלות ברצון הצדדים. בהמשך לכך, לגישת דגן והקר, בהתאם למה שהם מכנים "הגישה הקניינית", יש להחשיב דירת מגורים בכל מקרה כנכס משותף, אפילו בניגוד לכוונה המשוערת של הצדדים ולמצגים ברורים לשלילת שיתוף מצד הבעלים הרשום. אני שותף לעמדה שככל שמדובר בנכסי המאמץ המשותף, בהיעדר הסכם ממון ניתן להחיל הסדר שיתוף, הן מכוח חזקת השיתוף והן מכוח חוק יחסי ממון, אף בניגוד לכוונה המשוערת של הצדדים. לגישתי זהו היישום הראוי של גישת ברירת המחדל הנורמטיבית של חוק יחסי ממון, המצדיקה הסדר שיתוף מעין קוגנטי בנכסי המאמץ המשותף. אוסיף ואומר, שהסדר זה מביא לתוצאות דומות מאוד למה שהקר ודגן מכנים "הגישה הקניינית". לעומת זאת מן הסיבות המפורטות בטקסט אין בעיניי הצדקה בדין הראוי להחיל הסדר של שיתוף ספציפי בדירת מגורים שנרכשה לפני הנישואים או שהתקבלה במתנה או בירושה במהלכם, ללא כל

עם זאת דווקא על רקע הסכמתי העקרונית עם רכיבים רבים בגישתו של השופט שטיין באשר להלכת השיתוף הספציפי בנכסים בני-איוון, ברצוני לחדר את ההבדל העיוני והמעשי הקיים בכל זאת בין התפיסות. במישור העיוני גישתו של השופט שטיין מבקשת להסיק את אומדן דעתם של הצדדים או את כוונתו של הבעלים הרשום כעניין עובדתי נקודתי, ללא תפיסה ערכית כוללת. לעומת זאת אף שמודל הקהילה המשפחתית רגיש לכוונת בני-הזוג במקרה הספציפי, מניתוח המודל בסעיפים הקודמים עולה, כי אין מדובר בתפיסה "ניטרלית" המבקשת להסיק את אומדן הדעת הנקודתי של בני-הזוג בכל מקרה ומקרה, ואף לא בגישה הקובעת ברירת מחדל שמטרתה אך ורק "לצלם" את התפיסות הרווחות בחברה ולשקפן; מדובר בגישה, המבקשת גם לכוון ולעצב את תפיסת הזוגיות בישראל וכן להשפיע עליה. זאת ועוד, הגישה הכלכלית רואה בברירות מחדל אמצעי להעברת מידע בין הצדדים, וגם מודל הקהילה המשפחתית רואה את הדברים ברוח זו. לכן לפי המודל, גם אם לנוכח הוראות חוק יחסי ממון הנישואים כשלעצמם אינם יכולים לעורר הסתמכות לגיטימית על הנכסים שאינם בני-איוון, הרי אם מתקיימים תנאי סף שיכולים לעורר תחושת שותפות ועל כן הסתמכות של בני-הזוג על כלל הנכסים המשפחתיים, יש להטיל על הבעלים הרשום את הנטל להודיע כי אין רצונו בשיתוף, ובכך להעביר את המידע על כך בזמן אמת לבן-זוגו. הבדל נוסף בין גישתי לבין גישתו של השופט שטיין הוא במישור המעשי. פסק דינו של השופט שטיין מדגיש שוב ושוב את האופי המתנתי-נתיני של השיתוף בנכסים שאינם בני-איוון.¹⁸³ לשיתוף ספציפי מכוח הדין הכללי הוא סוג של מתנה או "נתינה" של

נסיבה עובדתית מעבר לעצם הנישואים. ודאי שלשונו ורוחו של חוק יחסי ממון אינן מאפשרות להחיל הסדר של שיתוף בדירת מגורים שאינה בת-איוון על פי חוק יחסי ממון ללא כל נסיבה עובדתית נוספת. ודאי וודאי שהחגרת הנכסים החיצוניים מכלל הנכסים בני-האיוון בחוק יחסי ממון אינה מאפשרת להחיל שיתוף ספציפי בנכסים החיצוניים בניגוד לכוונה המשוערת של הצדדים, או אפילו בניגוד למצגיו הברורים של הבעלים הרשום. אציין, כי בשלהי מאמרם של דגן והקר מסתמנת נסיגה מסוימת מעמדתו המקורית של דגן הרואה בדירת המגורים נכס משותף ככל סוג וסוג של נישואים, ומסתמנת נכונות לסייג עמדה זו רק באשר לנישואים ארוכים, אף כי המחברים אינם מגדירים מהי כוונתם ב"נישואים ארוכים". (ראו שם, בטקסט הנוגע להערה 93). עמדה זו מקרבת את עמדתם של דגן והקר במידה מסוימת למודל שבו אני תומך (גישת הקהילה המשפחתית), אף כי לגישתי נדרשים תנאי סף נוספים, כגון הבחנה בין נישואים ראשונים לשניים ואורח חיים קישורי, כדי לקבוע שיתוף ספציפי בדירת מגורים ללא הוכחה קונקרטית לכוונת שיתוף. זאת ועוד, לגישתי מצג הדר-משמעי וברור של הבעלים הרשום עשוי לסתור כוונת שיתוף בדירת מגורים שאיננה תוצר של מאמץ משותף, גם כאשר בני-הזוג לא התקשרו בהסכם פורמלי. בהערת אגב אציין, כי במאמרם של דגן והקר מוצגת מובאה מעקרונית שגובשו בידי ה־American Law Institute, ולפיה בהתגבש תנאים מסוימים יש להחיל שיתוף זוגי על הנכסים החיצונים, אך הבעלים הרשום יכול להתנות על כך באמצעות פנייה בכתב לבן-זוגו (ראו דגן והקר שם, הטקסט הנוגע להערה 94 במאמרם). לתפיסתי גישה זו של ה־American Law Institute תומכת בעמדתי, ולפיה ככל שמדובר בנכסים מלפני הנישואים החרגתם מן השיתוף יכולה להתבסס על מצגים חר-צדדיים ברורים של הבעלים הרשום, להבדיל מהסכם שעליו חתומים שני הצדדים, הנדרש לצורך חריגה מן השיתוף במקרה של נכסי המאמץ המשותף. ראו למשל הבג"ץ, לעיל ה"ש 4, פס' 10 לפסק דינו של השופט שטיין: "השאלה שהובאה לפתחנו נסובה על נתינה ולא על לקיחה".

הבעלים המקורי לבן-זוג, ומשכך הרי יש לתת משקל מכריע לכוונתו של הבעלים הרשום ולנכונותו לחלוק בנכס הספציפי.¹⁸⁴ בכך צועד השופט שטיין בעקבות פסק דינו של בית הדין הגדול, הגורס כי תנאי השיתוף – וליתר דיוק השאלה אם מדובר בשיתוף מותנה (כגון בעניין הבג"ץ, שעסק בהתניה בנאמנות מינית מתמשכת או מוחלטת) – צריכים להיגזר מכוונתו של הבעלים הרשום. אני סבור, כי מודל הקהילה המשפחתית לעומתו משמש – או לפחות צריך לשמש – השראה לתפיסת השיתוף הספציפי הרווחת בפסיקה גם לאחר חקיקת חוק יחסי ממון. מודל זה גוזר את השיתוף בנכסים המשפחתיים שאינם בני-איוון מתפסיסה קהילתית משותפת שהתפתחה במהלך הנישואים בהתקיים תנאי הסף הקישוריים, בהתאם לגישת השופט זילברטל, או בהתקיימם של הסימנים לשיתוף המנויים בחוות דעתו של השופט עמית באותה הפרשה. לכן הסקת השיתוף דורשת התייחסות לאומד הדעת המשותף של בני-הזוג וליחסי הצדדים כמכלול, ולא רק לכוונה הנקודתית של הבעלים הרשום לחלוק או שלא לחלוק בנכס הספציפי.

להבחנה זו חשיבות מיוחדת בהקשר של פסק הדין שבפנינו, שבו ביקש בית הדין הגדול ובעקבותיו גם השופט שטיין לבחון אם המתנה היא מותנית או מוחלטת באמצעות הערכת כוונתו של הנותן, להבדיל מניסיון להעריך מהו אומד הדעת המשותף של הצדדים. ודוק, ההתמקדות בכוונתו המשותפת של הנותן מעוררת קושי גם אילו קיבלנו את הגדרת השיתוף הספציפי כמתנה; שכן למרות האפשרות שמקנה הדין למתחייב לתת מתנה לחזור בו בהתאם לכללים הקבועים בסעיף 5 לחוק המתנה, הרי התחייבות לתת מתנה – וודאי כאשר מדובר במתנה שהסתיימה – אינה פעולה חד-צדדית אלא חוזה משותף.¹⁸⁵ משום כך פרשנות חוזה המתנה ובכלל זה אף השאלה, אם מדובר בחוזה מותנה או מוחלט, צריכה להתקבל על סמך הכוונה המשותפת של הנותן ושל המקבל, או למצער על סמך גילוייה החיצוני של כוונת הנותן, שהייתה ידועה למקבל בזמן אמת.¹⁸⁶

יתרה מזו, הסיווג של השיתוף הספציפי כעסקת נתינה או מתנה, המתמקד נקודתית בהעברת נכס העבר מהבעלים הרשום לבן-זוג, משטיח את מערכת היחסים הכללית בין בני-הזוג (ברומה לעסקה נקודתית בין שני זרים) ומתעלם מן הטווח הארוך של יחסי הצדדים ומאופיים המורכב. כך למשל, במקרים רבים הנכונות להעמיד את "נכס העבר" לרשות בן-הזוג היא חלק ממכלול יחסים, שבהם הבעלים הרשום ש"נותן" חצי מחלקו בדירה הוא גם המקבל בהקשרים אחרים של יחסי בני-הזוג, ולהפך. חרף הדברים הללו אדגיש שוב, שגם לשיטתי אפילו בהתקיים תנאי הסף הקישוריים יש לכבד את זכות הבעלים הרשום להימנע מחלוקת נכס קונקרטי. עם זאת מעצם קיומה של זכות שיש להפעילה כאמור בזמן מוקדם ובאופן ברור וחד-משמעי אין להסיק, כי בעת שבית המשפט עוסק בשאלה אם התגבש שיתוף זוגי (וודאי כאשר הוא עוסק בפרטיו לרבות השאלה המתעוררת במקרה דנן, אם מדובר בשיתוף מוחלט או מותנה) עליו להתמקד אך ורק בכוונתו של הבעלים הרשום.

184 ראו שם: "בעניין הזה יש חשיבות מכרעת לכוונתו של בן הזוג שהוא בעל הנכס".

185 ראו מרדכי א' ראבילוב חוק המתנה, תשכ"ח-1968 – פירוש לחוקי החוזים 29-30 (מהדורה שנייה, 1996).

186 ע"א 5187/91 מקסימוב נ' מקסימוב, פ"ד מז(3) 177 (1993).

עניין זה מוביל לעניין נוסף שהתיאור המתנתי בפסק דינו של השופט שטיין מטשטש – עקרון ההסתמכות. לשיטתי, משהתגבשו התנאים המגבשים במקרה הרגיל הבנה הדדית של שותפות, בן-הזוג הלא-רשום עשוי להסתמך על הבנה הדדית זו ולפעול על פיה. כך למשל, בן-הזוג שאינו רשום בדירת המגורים עשוי שלא לדאוג לעצמו לכיטחון כלכלי מתוך הסתמכות על דירת המגורים כמשותפת. לכן נדרש מצג אובייקטיבי חיצוני מצד הבעלים הרשום כדי לבטא את אי-הסכמתו לשיתוף, וודאי שמוטל עליו הנטל להבהיר כי הסכמתו לשיתוף – או שיתוף שנראה במבט חיצוני מגובש וסופי – היא הסכמה המותנית בתנאים מפסיקים (כגון במקרה דנן לדעת השופט שטיין – תנאי של היעדר בגידה עתידית).¹⁸⁷

לסיום סעיף זה אוסיף, כי הביקורת על התמקדות היתר של גישת השופט שטיין בכוונתו של הבעלים הרשום ובייחוד על נכונותו לקרוא תנאים לא-מפורשים, המאפשרים לנותן לחזור מן המתנה למפרע, רלוונטית לא רק על פי הגישה הקישורית או על פי הקהילה המשפחתית, אלא גם על פי הגישה ההסכמית המצמצמת. הגישה ההסכמית המצמצמת מדגישה כאמור אף היא את היבטי ההסתמכות על הסכמה שכבר ניתנה. משכך, הרי על פי ביטויי היפה של השופט עמית לא יהיה אפשר לבצע הנדסה הפוכה¹⁸⁸ ולייחס לנתינה שכבר התגבשה תנאי מפסיק בדיעבד, הגם שתנאי זה לא הובא לידיעת המקבל ולא היה חלק מן ההבנה המשותפת.

5. הביקורת מנקודת המבט של דיני האשמה המינית: האם עקרון האוטונומיה מצדיק ניטרליות כלפי שיקולי אשמה מינית?

(א) הוויכוח בין השופטים עמית ושטיין

בדונו בנושא האשמה ציין השופט עמית, כי ככלל עמדת הדין האזרחי היא לנתק בין יחסי הרכוש לבין ההתנהגות המינית של הצדדים,¹⁸⁹ בעיקר בשל הרצון להגן על פרטיותם של הצדדים מפני הפולשנות הכרוכה בשיקולי אשמה.¹⁹⁰ לצד עמדה עקרונית זו הכיר השופט

187 בכך שונים דיני השיתוף הספציפי ובמידה מסוימת גם דיני המתנה מדיני הירושה, התלויים לחלוטין ברצונו של המוריש ושטענת ההסתמכות אינה רלוונטית בעניינם. ראו למשל ע"א 1212/91 קרן לב"י נ' בינשטוק, פ"ד מח(3) 705, 722 (1994); עוד ראו בהקשר זה את עמדותיו של השופט הנדל ב"ע"מ 4990/12 מ' ז' נ' ח' ז', פס' 6 לפסק דינו של השופט הנדל (פורסם בנבו, 13.11.2012) וב"ע"מ 11116/08 פלוני נ' אלמוני (פורסם בנבו, 5.7.2012).

188 ראו לעיל ה"ש 123.

189 ראו שם, בפס' 14-15 לפסק דינו של השופט עמית.

190 "ברין האזרחי המגמה היא לנתק את העיסוק בהתנהגות המינית של הצדדים בכל הקשור לסכסוך הרכושי בין הצדדים, מה שיכול 'לחסוך' לצדדים מעות מיותרות בהעסקת חוקרים פרטיים להוכחת קשר מחוץ לנישואין. וכפי שנודמן לי לומר, הגם שבהקשר אחר 'מטבע הדברים, הנסיון להוכיח אשמה על מנת 'לזכות בנקודות' במערכה על המזונות וענייני הרכוש, גורר עיסוק פולשני הפוגע בפרטיותם של בני הזוג", (ראו שם, בפס' 13 לפסק דינו של השופט עמית); כמו כן ראו ע"א 8489/12 פלוני נ' פלוני, פס' 8 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 29.10.2013) (להלן: ע"א 8489/12), שם דן השופט דן בשאלה אם בגידה אחיזת הנישואין מקימה עילה לתביעה. בסירובו להכיר בתביעות מעין אלו תיאר השופט עמית את ההתעסקות בשיקולי אשם מיניים "כגירוד אובססיבי בפצע, תוך כניסה לפינות האינטימיות והפרטיות ביותר של המתדיינים וגרימת סבל לכל הנוגעים בדבר".

עמית בכך שישנם מצבים מסוימים שבהם אף המשפט האזרחי עשוי ליתן משמעות משפטית לבגידה, כאינדיקציה לשאלה אם נוצר שיתוף בכלל או שיתוף ספציפי בפרט.¹⁹¹ שלא כמו במקרה הנוכחי, מדובר במקרים של בגידה ממושכת, וחשוב מכך – במקרים שבהם הבגידה הממושכת התרחשה לפני שהתגבש השיתוף. השופט עמית סבר שבמקרים של בגידה ממושכת, כל שכן במקרים של בגידה חד-פעמית, שאירעו לאחר שכבר התגבשו הזכויות הרכושיות, לא-לגיטימי לשלול מבן-הזוג הבוגד את הזכויות שכבר התגבשו.¹⁹² לעומת השופט עמית, השופט שטיין החיל את הדרישה לכיבוד האוטונומיה של בני-הזוג – וכנגזרת מכך את הדרישה לניטרליות – כלפי הסקת הסדרים זוגיים שונים (או במקרה של השיתוף הספציפי, כוונות שונות של הבעלים הרשום) אף על שיקולי אשמה מינית.¹⁹³ משום כך הוא סבר, כי על המשפט לכבד הסכמים מפורשים או משתמעים המותנים בשיקולי אשמה מינית, כמו גם מקרים שבהם בן-הזוג "הנותן" מתנה את נתינתו בשיקולי אשמה מינית.¹⁹⁴ זהו הרקע לביקורתו של השופט שטיין על השופט עמית, שלשיתו הציע כלל גורף שלפיו מעשי "בגידה" אינם יכולים לשמש שיקול בהחלטות שעניינן שיתוף של בן-זוג בנכסי בן-זוגו.¹⁹⁵ במבט ראשון אם כן ישנו פער ניכר בין גישותיהם של השופטים שטיין ועמית, לא רק בסוגיית הפיקוח על בתי הדין אלא גם בעניין האשמה המינית ועקרון הניטרליות כסוגיות אזרחיות עצמאיות. עם זאת עיון מעמיק יגלה, כי אף בנושא זה התמונה מורכבת, וסימון מדויק של נקודת המחלוקת בין השופטים הוא עניין חמקמק ממה שנראה מלכתחילה. ככל שמדובר בשלילת זכויות שכבר נוצרו, אף השופט שטיין הצטרף לעמדתו של השופט עמית, שלפיה יש לשלול שיקולי אשמה ענישתיים שמטרתם ליטול מאחד מבני-הזוג את מה שכבר שייך לו.¹⁹⁶ טענתו של השופט שטיין הייתה, כי יש לכבד את רצונו של הנותן להתנות את השיתוף מלכתחילה בתנאי ולפיו אף אם יתגבשו בשלב מסוים במהלך הנישואים תנאי הסף להכרה בשיתוף ספציפי, השיתוף יפקע במקרה של בגידה עתידית. ואולם אם אכן נכונותו של השופט שטיין לשלב שיקולי אשמה מוגבלת למקרים שבהם שיקולים אלה מעוגנים בכוונת הנותן להתנות את השיתוף בתנאי מפסיק כאמור, הרי גם השופט עמית לכאורה הסכים לכך. כך, בדבריו התגובה של השופט עמית לביקורתו של השופט שטיין הוא קבע מפורשות, כי "כחברי, אף אני סבור כי מקום בו הוכח כי בן הזוג 'הנבגד' לא התכוון מלכתחילה לחלוק את רכושו עם בן הזוג 'הבוגד' (אם בכלל ואם במקרה של בגידה), יש

191 ראו לעיל ה"ש 123.

192 הבג"ץ, לעיל ה"ש 4, פס' 14 לפסק דינו של השופט עמית.

193 ראו שם, בפס' 7 לפסק דינו של השופט שטיין: "כמורכב רשאים הם (בני הזוג) לאמץ לעצמם דפוס של חיים אינטימיים לפי בחירתם, אשר יכלול ושלא יכלול חופש מיני. כל אלה הם עניינם הפרטי, ולא ענייננו".

194 שם, בפס' 8 לפסק דינו של השופט שטיין.

195 שם, בפס' 9 לפסק דינו של השופט שטיין. על פי השופט שטיין, הכלל שהשופט עמית הציע "איננו שומר על ניטרליות ומבכר דפוס אחד של יחסי נאמנות ורכוש בין בני הזוג על פני דפוסים אחרים" (ראו שם, בפס' 11 לפסק דינו של השופט שטיין).

196 שם, בפס' 10 לפסק דינו של השופט שטיין.

לכבד כוונה זו".¹⁹⁷ משום כך כלל לא ברור, אם לצד המחלוקות בנוגע להבנת פסק דינו של בית הדין הגדול ולאמות המידה להתערבות בו, אשר נדונו בהרחבה בפרקים הקודמים,¹⁹⁸ ישנה גם מחלוקת אזורית עצמאית בין השופט שטיין לשופט עמית באשר לשאלה של כיבוד, או למצער של דרך ההסקה של הסדרי שיתוף המותנים באשמה מינית.¹⁹⁹ לפיכך אניח בשלב זה לוויכוח של השופטים שטיין ועמית ואצא למסע עצמאי. במסגרת המסע אנתח את תפקיד האשם המיני בדין הדתי ובדיני המשפחה המערביים המסורתיים.

197 ראו לעיל ה"ש 123 (ההדגשות הוספו), שם סבר השופט עמית, כי "לכן, אין ליחס לי התעלמות מרצונו של בן הזוג שהביא נכס לנישואין, שלא לשתף את בן הזוג בנכס במקרה של בגידה".

198 דרך אחת להביט על המחלוקת שבין השופטים שטיין ועמית היא כמחלוקת בהבנת פסק דינו של בית הדין הגדול. השופט שטיין פירש את הכרעת פסק הדין כהכרעה עובדתית נקודתית, שלפיה הנותן במקרה המסוים לא התכוון לחלוק ברכושו מלכתחילה במקרה של בגידה עתידית. השופט עמית לעומתו פירש את הכרעת בית הדין כמשקפת ואף כקובעת ברירת מחדל גורפת, שלפיה כל בגידה עתידית תוליך למסקנה כי נשללה כוונת הנתניה מלכתחילה אף באשר לשיתוף שכבר התגבש. דרך אחרת לפרש את המחלוקת היא כמתייחסת לשאלה, אם בהיעדר אינדיקציות באשר לבני-הזוג הספציפיים קביעת ברירת מחדל שלפיה הנכונות לחלוק בנכסי העבר מותנית באי-בגידה עתידית היא שאלה עובדתית, כפי שהבין השופט שטיין, או שאלה משפטית נורמטיבית, כפי שפירש השופט עמית, ולמשמעותה של שאלה זו לעניין הביקורת על פסקי הדין של בית הדין הרבני. ההיבטים הללו של המחלוקת נדונו כבר בפרק על הפיקוח השיפוטי. שם פירשתי את קביעת בית הדין כקביעה עקרונית נורמטיבית של ברירת מחדל, המבוססת על תפיסות ערכיות מוסריות, שלפיהן "נתניה" של הבעלים הרשום מותנית בהיעדר אשמה מינית עתידית, וציינתי כי ברירת מחדל זו סותרת את ברירת המחדל שנקבעה בפסיקה האזורית באשר לחזרה ממתנות. על כן הצדקתי את עמדת השופט עמית בוויכוח.

199 לכאורה היה אפשר לטעון, כי לדעת השופט עמית יש להביא בחשבון את כוונת הבעלים הרשום להתנות את השיתוף באי-בגידה רק כאשר מדובר בבגידה שאירעה לפני התגבשות תנאי הסף הרגילים ליצירת שיתוף ספציפי. על פי פרשנות זו של דברי השופט עמית, ישנה מחלוקת גדולה בינו לבין השופט שטיין. שכן לדעת השופט שטיין יש לכבד את כוונת הבעלים הרשום להתנות את השיתוף בתנאי מפסיק, הדורש נאמנות לאורך כל שנות הנישואים כתנאי לאי-פגיעת השיתוף, אף אם התגבשו תנאי הסף הרגילים המכירים בשיתוף הספציפי. ברם, במבט שני קשה לפרש את תגובת השופט עמית כמצומצמת למקרים שבהם כוונת הבעלים הרשום הייתה להתנות את השיתוף באי-בגידה בתקופה שקדמה ליצירת השיתוף, שכן תוקף ביקורתו של השופט שטיין על השופט עמית הוא כי השופט עמית אינו מכבד את כוונת הבעלים הרשום. אם תגובתו של השופט עמית היא כי הוא אכן לא יכבד כוונה זו במקרה של תנאי מפסיק המתייחס לבגידה מאוחרת, צודק השופט שטיין בביקורתו, ותגובתו של השופט עמית אינה ברורה. לכן אין מנוס מלפרש את תגובת השופט עמית כמאמצת את עמדת השופט שטיין, ולפיה אם אכן תוכח כוונת הבעלים הרשום להתנות את השיתוף מלכתחילה בתנאי מפסיק המפקיע שיתוף שכבר התגבש, יש לכבד זאת. יתרה מזו, מדבריו של השופט עמית עולה, כי אם יוכח שכוונתו של הבעלים הרשום מלכתחילה הייתה שלא לחלוק עם בן-זוגו ברכוש הרשום על שמו במקרה של בגידה, הוא ייתן תוקף לכוונה זו גם אם לא נוסחה במפורש. אם אכן זוהי עמדתו של השופט עמית, להלן אחלוק על גישה זו, ואטען בדומה לעמדת הרוב בפסיקה האזורית שעסקה בדיני המתנה, שלכוונה שכזו יש ליתן תוקף רק אם נוסחה במפורש.

בעקבות זאת אנתח את השיקולים העומדים בבסיס ההתנגדות האזרחית לשילוב שיקולי אשמה בקביעת התוצאות הכלכליות של הגירושים ואתמוך בהם, חרף כמה התנגדויות שקמו להם לאחורונה. לאחר מכן אבהיר, מדוע שיקולים אלה רלוונטיים לא רק במקרים של "נטילה" של זכויות המוקנות בידי המחוקק, אלא שהם גם אינם מאפשרים לגבש עמדה "ניטרלית" כלפי פרשנותם והסקתם של הסדרים או של נתינות מותני אשמה מינית, ווראי שהם אינם מאפשרים לגבש עמדה שכזו על בסיס הערך הליברלי של האוטונומיה.

(ב) על תפקיד האשם המיני בזיהוי האחראי לפירוק הנישואים בדין הדתי ובדיני המשפחה המערביים המסורתיים

בטרם אדון בשאלה מדוע התנגד המשפט האזרחי עד היום לשילובם של שיקולי הבגידה והאשם המיני בקביעת התוצאות הכלכליות של הגירושים, אפתח דווקא בשאלה ההפוכה: מדוע שיקולי האשם בכלל והאשם המיני בפרט רלוונטיים על פי דינן של שיטות משפט שונות, ובייחוד – בהקשרו של המאמר הנוכחי – בהלכה היהודית, לצורך קביעת היבטים בעלי משמעות גדולה של התוצאות הכלכליות של הגירושים?

התשובה על שאלה זו נעוצה בפרשנות הנישואים – או ליתר דיוק בעיצובם – כחוזה בלתי-מוגבל בזמן, שהבאתו לסיום באשמת אחד הצדדים מהווה הפרה המזכה את הנפגע בפצוי. לבגידה על פי תפיסה זו יש משמעות, והיא רלוונטית כיוון שהבוגד הוא האשם בסיום הקשר, ומשום כך עליו לשאת בנזקים הכלכליים שנוצרו עקב סיום הנישואים. לכך יש להוסיף גם את ההיבט ההרתעתי של המשפט העברי ההלכתי, המעוניין להרתיע את מי שאשם המיני עלול להוביל לפירוק הנישואים.²⁰⁰ כך למשל, על בסיס תפיסה זו הדין ההלכתי בזכאות האישה לרכיבים ניכרים של הכתובה מתמקד בשאלה מי יזם את הגירושים; אך שאלה זו אינה נדונה בצורה טכנית, דהיינו מי הוא בן-הזוג שהצהיר על רצונו להתגרש, אלא כשאלה מהותית – מי נושא באחריות המוסרית לסיום הקשר.²⁰¹ דווקא, המשפט העברי

200 ראו למשל את דבריו של ליפשיץ "הלכת שיתוף הנכסים", לעיל ה"ש 74, בעמ' 256: "המשפט העברי עשה שימוש בזכויות הקניין והחייב כדי להעניש את האשם באבדן שלום הבית ובכישלון חיי המשפחה וכדי להרתיע מי שעלולים להביא לכשלון ולאבדן כאלה"; לניתוח דומה של עמדת המשפט העברי ראו יצחק כהן ואמל ג' בארין "יחסים מחוץ לנישואין כשיקול בחלוקת הרכוש המשפחתי – עיון מחודש במשפט הישראלי" משפט ועסקים טז 465 (2013). לתפקידים נוספים של דיני האשם המיני, שאינם קשורים בהכרח לאחריות האשם בפירוק הנישואים, ראו להלן בהמשך סעיף זה (פרק ג.5 (ה)(2)).

201 ראו למשל את המובא בתיק (אזורי חי') 1052149/2 פלונת נ' פלוני (פורסם בנבו, 3.11.2017): "ורגילים לומר שהשאלה אם האישה תגבה כתובתה או תפסיד כתובתה, אינה נגזרת בהכרח מהשאלה העובדתית גרידא מי פתח את הליך הגירושים והגיש את התביעה לבית הדין אלא יש לברר יותר מי הגורם למצב הזה של פירוק הנישואין" (שם, בעמ' 3, ההרגשה הוספה); לדין בזיהוי האשם בגירושים במקרים מורכבים יותר, בדגש על כך כי חבותו של הבעל בכתובה מוגבלת למצבים שבהם הוא האשם בפירוק קשר הנישואים, ראו את סיכום ההלכות שהביא הדין אוריאלי לביא ב"פ-ד (אזורי י-ם) תיק 1052580/5 פלונת נ' פלוני (פורסם בנבו, 11.12.2017). למקרים נוספים שבהם הדין בכתובה ממוקד בשאלות האשם המהותי בפירוק הנישואים, ראו מהעת האחרונה: תיק (אזורי נת') 937185/1 פלונת נ' פלוני (פורסם בנבו, 22.1.2015); תיק

– לפחות בהנמקותיו הרשמיות – אינו מאפשר להעניש את הבוגד בנטילת רכוש, לרבות רכוש המגיע לו על פי החוק האזרחי,²⁰² אלא הוא רואה בבגידה אינדיקציה להפרת ההתחייבות שעמדה בבסיס הנישואים, או במקרה של הכתובה – שמירת הבסיס להתחייבותו של הבעל לשלם לאישה "שבגדה" את כתובתה במקרה של פקיעת הנישואים. שאלת האשם המיני בהקשר זה היא מקרה פרטי של השאלה מיהו האשם או האשמה בפירוק הקשר הזוגי.²⁰³ בהקשר של המשפט הישראלי, תפיסה זו הוליקה בעבר את בתי הדין הרבניים לשלב שיקולי אשמה מינית במסגרת שיקול הדעת המוענק בסעיף 8 לחוק יחסי ממון לסקטייה מחלוקה מחצה על מחצה של הרכוש הזוגי. בתי הדין הדגישו שאין מדובר בנטילת הרכוש של הבוגד כעונש על מעשיו, אלא כפיצוי לכן-הזוג הנבגד על הנוק הכלכלי שנגרם לו עקב סיום הנישואים באשמת בן-זוגו.²⁰⁴ גרסה חזקה עוד יותר של תפיסת הנישואים כהתחייבות בלתי-מוגבלת בזמן תגרס, כי עצם הזכות להתגרש צריכה להיות מותנית בהסכמת הצדדים או בהוכחת אשמתו של בן-הזוג האחר. זו הייתה העמדה הרווחת בבתי הדין הרבניים בישראל עד לאחרונה.²⁰⁵ בדומה לכך, בדיני הגירושים המסורתיים שנהגו בעולם המערבי עד לעשורים האחרונים של המאה העשרים, רק צד שאינו אשם היה יכול לדרוש גירושים

- (אזורי ת"א) 849440/19 פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 14.7.2015) (חיוב הבעל בתשלום כתובה כאשר הרקע לתביעת הגירושים של האישה הוא אלימות).
- 202 לכאורה היה אפשר לסבור, כי ההתחשבות בבגידה היא סוג של עונש כלפי האישה בשל החומרה המוסרית והדתית שההלכה מייחסת לבגידה, ללא קשר לעובדה שהבגידה הוליקה לסיום הנישואים. ברם, למרכה ההפתעה ההלכה דוחה עמדה זו וקובעת "אם היא זינתה, כליה מי זנאי?" (בבלי, כתובות קא, ע"א); כן ראו בהקשר זה למשל פד"ר (אזורי חי) תיק 1073595/4 פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו, 28.6.2017): "שאף אם האישה זינתה לא ניתן להענישה בהפסד נכסיה ו'לנקום בה' בגין מעשיה הנלווים יהיו אשר יהיו" (שם, בעמ' 16).
- 203 ראו למשל את פסק דינו של הדיין אלישיב בערעור (גדול) תש"ל/172 א' נ' ב', פד"ר ח 275, 278 (התשל"א), בהקשר של אישה שתבעה גירושים בשל בגידה שיטתית של הבעל (בעל "דועה זונות" בזרזון ההלכתי). הרב אלישיב הבהיר, כי בגידת הבעל הופכת אותו לאשם המהותי בפירוק הנישואים, אף שהאישה היא שתבעה גירושים. מנגד ראו את דברי בית הדין בתיק (אזורי י-ם) 822637/7 פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 30.8.2015), שהדגיש שבעל בוגד מחויב בדרך כלל לשלם כתובה גם אם אשתו תבעה גירושים, שכן הוא האחראי לפירוק הבית. אך יהיו מצבים שבהם הבעל הבוגד יהיה פטור מתשלום כתובה, אם ניתן להאשים את האישה בבגידתו כך שהיא האחראית המהותית למות הנישואים.
- 204 היטיב לבטא תפיסה זו בית הדין הגדול בפסק הדין שהיה הבסיס ל"בג"ץ. ראו בג"ץ בגידה למפרע, לעיל ה"ש 88, בעמ' 275–276: "משום התוצאות הכלכליות הנרחבות של פרוק נשואין ע"י בגידה, כלומר הצד הנבגד יאלץ כתוצאה מההתנהגות החד צדדית הבוגדנית והמפתיעה לבנות לו בית אחר: להנשא מחדש וגם לקנות בית אחר כפשוטו. מה שאין כן בנשואין שלא צלחו ששם שני הצדדים יש להם חלק בפרוק הנשואין ובאחריות להכרח של בניית בית חדש. האחריות הכלכלית שהוטלה על הצד הנבגד ב'מכה אחת' מזכה אותו להקלות באיזון המשאבים לטובתו בין אם הזמכויות שנצברו לפני הבגידה או אחריה".
- 205 כך יש לפרש את הגישות ההלכתיות, שלפחות עד לשנים האחרונות הנחו את בתי הדין הרבניים, אשר דחו את האפשרות לחייב צד שאינו אשם להתגרש. לגישות אלה ולעומת בינן לבין גישות מודרניות ליברליות, המאפשרות להשיג גם בעילות של התמוטטות בלתי-הפיכה של קשר

ורק אישה שאינה אשמה הייתה יכולה לקבל מזונות לאחר הגירושים.²⁰⁶ על פי צורת חשיבה זו, האפשרות של צד שאינו אשם להתנגד לתביעת גירושים של צד אשם מקבילה במידה רבה לסעד החוזי של אכיפה,²⁰⁷ והאפשרות של צד נתמך כלכלית שאינו אשם להמשיך לקבל מזונות (alimony) לאחר הגירושים תואמת למעשה את הסעד החוזי של פיצויי קיום (ציפייה).²⁰⁸ עם זאת ייתכנו גם עמדות רכות יותר, שיסברו כי אין לכפות את המשך הנישואים על בן-הזוג המבקש להתגרש.²⁰⁹ עמדות אלו עשויות לנבוע מאנלוגיה להתנגדות המשפטית לאכיפת חוזה לשירות אישי,²¹⁰ מסיבות פרקטיות שלפיהן לא ניתן לשקם מערכת יחסים

- ושל חוסר רצון חד-משמעי של אחד הצדדים להמשיך בקשר זה, ראו זילברברג ורדינר, לעיל ה"ש 65; וכן רדינר ווסטרייך, לעיל ה"ש 65.
- 206 לניתוח נרחב של דיני הזוגיות ששררו בעולם המערבי עד העשורים האחרונים של המאה העשרים, ראו שחר ליפשיץ "ברצוני להתגרש ומייד! על ההסדרה האזרחית של הגירושים" עיוני משפט כח 671, 678-688 (2005) (להלן: ליפשיץ "ברצוני להתגרש ומייד").
- 207 Mason Cole, *Marriage and Divorce*, 10 GEO. J. GENDER & L. 801, 810 (2009): "The fault divorce system treated marriage as a binding contract that was irrevocable unless one or both parties committed marital misconduct"
- 208 Margaret F. Brinig & June R. Carbone, *The Reliance Interest in Marriage and Divorce*, 62 TUL. L. REV. 855 (1988) וכן: Antony W. Dnes, *Application of Economic Analysis to Marital Law: Concerning a Proposal to Reform the Discretionary Approach to the Division of Marital Assets in England and Wales*, 19 INT'L REV. L. & ECON. 533, 535-538 (1999). לגישה דומה, ראו: Adriaen M. Morse, Jr., *Fault: A Viable Means of Re-Injecting Responsibility in Marital Relations*, 30 U. RICH. L. REV. 605, 645 (1996). ודוק, אין לפרש את האמור בטקסט כטענה היסטורית, קרי, שדיני המזונות המסורתיים אכן פעלו בהתאם לקודים חוזיים, שכן רכיבים רבים בדיני הזוגיות המסורתיים – כך למשל ההתבססות המוחלטת על צורך כאמת מידה של דיני המזונות וההיבט המגדרי הקובע כי רק גברים חייבים במזונות – אינם מתיישבים עם חשיבה חזוית. לניתוח מעמיק של עניין זה, ראו: Ira Mark Ellman & Sharon Lohr, *Marriage as Contract, Opportunistic Violence, and Other Bad Arguments for Fault Divorce*, U. ILL. L. REV. 719, 744-741 (1997). יש להתייחס אל האמור בטקסט כאל טענה נורמטיבית, קרי, שניתן לבנות מערכת של דיני מזונות המבוססת על אשמה בהתאם לעקרונות חוזיים. במערכת שכזו אשמה תהווה למעשה את המקבילה להפרה בחשיבה החזוית המקובלת. השוו: S.D. Sugarman, *Dividing Financial Interests on Divorce*, in DIVORCE REFORM AT THE CROSSROADS 130, 138-139 (S.D. Sugarman & H.H. Kay eds., New Haven, 1990). שוגרמן מציג את המערכת המסורתית כמערכת, אשר למרות מחויבותה הפורמלית למודל משפטי של סטטוס פועלת למעשה בקודים חוזיים.
- 209 ראו רדינר ווסטרייך, לעיל ה"ש 65.
- 210 ס' 2(3) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970; כן ראו גבריאלה שלו דיני חוזים 523-525 (מהדורה שנייה, 1995); לדין באנלוגיה ראו ליפשיץ "ברצוני להתגרש ומייד", לעיל ה"ש 206, בעמ' 691-693.

שכבר התמוטטה²¹¹ או אפילו מתוך תפיסה "ליברלית" חלקית, המתנגדת לכפיית המשך הנישואים על הצד המתנגד לכך. ואולם בר כבד עמדות אלו יעמדו על כך כי המפרק המהותי של הקשר, אשר יזוהה באמצעות שיקולי האשם ובכללם האשם המיני, ייחשב כמפר ויישא בתוצאות הכלכליות של ההפרה.²¹²

(ג) עלייתו של מודל הגירושים ללא אשמה ביוזמה חד-צדדית, ועיצוב הנישואים כחווה שותפות הניתן להתרה לפי רצון אחד הצדדים

בעשורים האחרונים של המאה העשרים עלה מודל חדש של דיני גירושים בעולם המערבי, שלפיו צד המעוניין בגירושים – אפילו הוא האשם – יכול לממש את רצונו גם בהיעדר שיתוף פעולה של הצד האחר.²¹³ במאמר שייחדתי למודל זה כיניתי אותו מודל "גירושים לפי דרישה".²¹⁴ בחלק ניכר מן המדינות לווה מודל זה במהלך משפטי נוסף, שלפיו אף התוצאות הכלכליות של הגירושים אינן מושפעות משיקולי אשמה מינית או מזהותו של האחראי לסיום הקשר.²¹⁵ המהלך המודרני משקף ומכונן בעיניי קריאה חלופית של הנישואים, שלפיה מדובר בשותפות שכל צד רשאי להביאה לידי סיום. במקרה של הפעלת מנגנון הסיום בידי אחד הצדדים יש לחלוק בכל הרווחים וההפסדים שנוצרו במהלך השותפות, אך חלוקה זו אינה קשורה לזוהות המבקש לפרק את השותפות. קריאה שכזו של חווה הנישואים מבהירה, מדוע דיני הגירושים המודרניים אינם מתייחסים ליוזם הפרידה כאל "מפר" או כאל "אשם". על פי קריאה זו הזכות לדרוש גירושים היא חלק מתנאי "החווה", וודאי שלא הפרה. הנה כי כן, מודל משפטי שבו הגירושים – או לפחות תוצאותיהם הכלכליות – נקבעים בהתאם למי שאחראי לניתוק הקשר הזוגי משקף תפיסה, שלפיה הנישואים הם התחייבות לכל החיים, אשר מי שמבקש לנתקה או מי שאשם מהותית בסיום הקשר מוגדר כמפר ההתחייבות.²¹⁶ לעומת זאת מודל משפטי של גירושים לפי דרישה, שבו הגירושים ותוצאותיהם הכלכליות אינם

211 להתגבשות תפיסה זו בעולם המערבי, ראו שם, בעמ' 680-681; כן ראו פנחס שיפמן שפה אחת ודברים אחרים: עיונים במשפט, הלכה וחברה 194-196 (2012); לקליטה המסוימת בהלכה, ראו זילברברג ורדזינר, לעיל ה"ש 65.

212 לעמדה ברוח זו ראו Morse, לעיל ה"ש 208, בעמ' 641-642.

213 למהלך שבו עילת התמוטטות בלתי-הפיכה של הקשר נהפכת למעשה למודל של גירושים לפי דרישה, ראו פנחס שיפמן דיני המשפחה בישראל כרך א 422 (מהדורה שנייה, 1995).

214 ראו ליפשיץ "ברצוני להתגרש ומייד", לעיל ה"ש 206, בעמ' 675. ראו גם ליאור משאלי-שלומאי שיפוט מוסרי של התנהגויות בדיני הגירושין והפיטורין (חיבור לשם קבלת התואר "דוקטור לפילוסופיה", אוניברסיטת בר-אילן – הפקולטה למשפטים, התשע"ד) 58-62.

215 כהן וג'בארין, לעיל ה"ש 200, בעמ' 495-498. וכן ליפשיץ "ברצוני להתגרש ומייד", לעיל ה"ש 206, בעמ' 680-688; לסקירה הממוקדת בארצות הברית, ראו AMERICAN LAW INSTITUTE, PRINCIPLE OF THE LAW OF FAMILY DISSOLUTION: ANALYSIS AND RECOMMENDATIONS 42-64 (2002) (להלן: Ira Mark Ellman, *The Place of Fault in a*; (AMERICAN LAW INSTITUTE) 773 (1996) *Modern Divorce Law*, 28 ARIZ. ST. L.J.

216 ברוח זו נקבעה ההגדרה הקלאסית של נישואים בארצות המשפט המקובל, בפסק-הדין Hyde "Voluntary union for life of כ" v. Hyde & Woodmansee (1886) L.R. 1 P.&D. 130, 133 "one man and one woman to the exclusion of all others"

תלויים באשמת הצדדים ובאחריותם לפירוק הקשר הזוגי, משקף תפיסה שלפיה הנישואים הם חוזה שותפות, אשר לכל צד לו שמורה האפשרות לסיימו.²¹⁷

מה עומד אם כן מאחורי השינוי הדרמטי בתפיסת הנישואים בין המודל המסורתי למודל המערבי המודרני? בסדרת מחקרים שעסקו בהתפתחותם של דיני המשפחה בעולם המערבי ביקשתי להשיב על שאלה זו.²¹⁸ מחקריי העלו, שהמקום הרב שניתן לשיקולי האשם בכלל ולשיקולי האשם המיני בפרט במסגרת דיני הגירושים המסורתיים בעולם המערבי, כמו גם במסגרת דיני הגירושים בהלכה,²¹⁹ משקף ומבטא את החשיבות של "היחידה" המשפחתית. הביטוי לחשיבות זו בא גם על חשבון זכות היציאה מן הנישואים של מי מבני-הזוג החפץ בכך. עוד הראיתי, שדיני המשפחה המסורתיים כמו גם ההלכה מניחים את קיומן של נורמות מוסריות וערכיות ציבוריות, שמהן ניתן לגזור ציפיות ברורות להתנהגות הצדדים בנישואים ולזהות כאשם את מי שפועל בניגוד להם. חלק ניכר מן העילות הללו בוססו על ציפיות מגדריות שונות, הן באשר לתפקידם של גברים ושל נשים במשפחה בכלל והן בהקשר המיני בפרט. לעומת זאת ירדת מעמדם של שיקולי האשמה ועיצוב הנישואים כחוזה שותפות שכל צד זכאי לסיימו משקפים את עלייתם של דיני הזוגיות המערביים המודרניים, המבוססים על תפיסה הרואה בנישואים בעיקר הסדר פרטי בין בני-הזוג,²²⁰ המעדיפה את היחיד על פני היחידה²²¹ ועיוורת המגדר.²²²

ברוח זו יובאו בסעיף הבא נימוקים מעשיים וערכיים, הקשורים לנקודת המבט האזרחית-המערבית-הליברלית. הנימוקים מבקשים להצדיק את עיצובו של חוזה הנישואים כחוזה הניתן להתרה על פי דרישה של צד אחד, ובייחוד את ההימנעות מלייחס השלכות כלכליות לאשמה מינית בכלל, ובפרט כאשר תפקיד האשם המיני הוא לזהות את האשם בהרס הנישואים. נימוקים אלה מבססים ומצדיקים לדעתי אף את הכרעת המשפט האזרחי בישראל שלא

217 השוו: Homer H. Clark, *The New Marriage*, 12 WILLAMETTE L.J. 441, 444 (1976) (בעולם משפטי המאפשר השגת גירושים חד-צדדיים אי-אפשר לדבר על קביעות כחלק מן ההגדרה המשפטית של הנישואים). ראו גם: Elizabeth S. Scott, *Rational Decisionmaking About Marriage and Divorce*, 76 VA. L. REV. 9, 10 (1990) (כיום הנישואים הם התקשרות לא-מחייבת מבחינה משפטית).

218 שחר ליפשיץ הסדרה חוזית של יחסים זוגיים (חיבור לשם קבלת התואר "דוקטור לפילוסופיה", אוניברסיטת בראיילן – הפקולטה למשפטים, התשס"ב) (להלן: ליפשיץ, דוקטורט); וכן ליפשיץ "ברצוני להתגרש ומייד", לעיל ה"ש 206. עוד ראו Shahar Lifshitz, *The Liberal Transformation of Spousal Law: Past, Present and Future*, 13 THEORETICAL INQ. L. 15 (2012). הניתוח שבטקסט מבוסס על המחקרים הללו.

219 ראו ליפשיץ, דוקטורט, לעיל ה"ש 218, בעמ' 503-510.

220 Jana B. Singer, *The Privatization of Family Law*, WIS. L. REV. 1443 (1992)

221 MARY ANN GLENDON, *THE TRANSFORMATION OF FAMILY LAW: STATE, LAW AND FAMILY IN THE UNITED STATES AND WESTERN EUROPE* 102-103 (1989). ראו גם: Elizabeth S. Scott, *Rehabilitating Liberalism in Modern Divorce Law*, UTAH L. REV. 687 (1994)

222 Harry Willekens, *Long Term Developments in Family Law in Western Europe*, in THE CHANGING FAMILY: INTERNATIONAL PERSPECTIVES ON THE FAMILY AND FAMILY LAW 47, 56 (John Eekelaar & Thandabantu Nhlapo eds., 1998).

לאפשר לשיקולי אשמה מינית, המזהים את האשם כאחראי לפירוק הנישואים, להשפיע על התוצאות הכלכליות של הנישואים. בסעיף שלאחריו אוסיף ואטען, ששיקולים אלה אף מונעים את האפשרות לגבש עמדה ניטרלית, המבוססת על ערך האוטונומיה כלפי שיקולי אשמה מינית, גם כאשר שיקולים אלו מעוגנים לכאורה בכוונתם המשתמעת של הצדדים או של הבעלים הרשום במקרה של נכסים שאינם בני-איוון.

(ד) ההצדקות לירידת כוחם של שיקולי האשמה המינית לנוכח החשיבה המודרנית על דיני הזוגיות

(1) הטיעון האינדיבידואליסטי: זכות היציאה כביטוי לאוטונומיה של הפרט וכמייתרת את הצורך בזיהוי האשם בפירוק הקשר. חשיבה ליברלית המקדשת את ערך האוטונומיה נשענת על אונטולוגיה אינדיבידואליסטית, הרואה את המצב היחידי כ"מצב הצבירה" האנושי.²²³ כחלק מן האופי האינדיבידואליסטי ומן החשיבות המיוחסת לאוטונומיה של הפרט ולזכותו לכתוב מחדש את סיפור חייו,²²⁴ הליברליזם דורש את זכות ההתנתקות (the right to exit) מקשרים וממסגרות.²²⁵ לפיכך החופש להתנתק ממדינה,²²⁶ מקהילה,²²⁷ ממקום המגורים, ממקום עבודה,²²⁸ מקשרים עסקיים²²⁹ ומקשרים חברתיים מוצבים בהקשרים רבים

223 בנושא זה ישנה ספרות ענפה. ראו למשל: ANTHONY ARBLASTER, THE RISE AND DECLINE OF WESTERN LIBERALISM 15 et seq. (Oxford, 1984). בגרסת מאוחרת של הליברליזם היה ניסיון לשלב ברשת הליברלית-האינדיבידואליסטית גם התייחסות ערכית לקהילות. ראו על כך, למשל: WILL KYMLICKA, LIBERALISM, COMMUNITY, AND CULTURE (Oxford, 1989), וכן את: WILL KYMLICKA, MULTICULTURAL CITIZENSHIP: A LIBERAL THEORY OF MINORITY RIGHTS (Oxford, 1995).

224 ראו JOSEPH RAZ, THE MORALITY OF FREEDOM (1986).
225 על זכות זו כזכות יסוד ליברלית, ראו לדוגמה: Michael Walzer, *The Communitarian Critique of Liberalism*, 18 POL. THEORY 6, 11-16 (1990). וולצר מאפיין ארבעה ממדים שבהם הליברליזם מדגיש את האפשרות לדינמיות ולהתנתקות. למחויבות הליברלית לחופש היציאה, ראו גם: Leslie Green, *Rights of Exit*, 4 LEGAL THEORY 165 (1998); Hanoach Dagan, *The Liberal Commons*, 110 YALE L.J. 549, 567-570 (2001).

226 ראו למשל, יפה זילברשץ "זכות היציאה ממדינה" משפטים כג 69 (1994).
227 ראו למשל, Green, לעיל ה"ש 225.

228 על כן חוזים לשירות אישי (ראו לעיל ה"ש 210) וחוזי עבודה אינם נאכפים, ראו גיא מונדלק "אפיון ההסדרה המשפטית לגבי פיטורי עובד – מברירת מחדל חוזית להסדרה קוגנטית, ומה שביניהם" עיוני משפט כב 819 (1999); כן ראו משאלי-שלומאי, לעיל ה"ש 214, בעמ' 103-76.

229 כך למשל, המשפט מקל על האפשרות לנתק קשר של שותפות. ראו על כך: Dagan & Heller, לעיל ה"ש 225. ראו על כך בישראל את ס' 37 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969, הקובע כי בהיעדר הסכם נוגד כל שותף יוכל לדרוש את פירוק השותפות, וכי בית המשפט רשאי, אם הדבר נראה לו צודק בנסיבות העניין, להורות כעבור שלוש שנים על ביטול תניה בהסכם שיתוף המגבילה את זכות הפירוק מעבר לשלוש שנים. על הסדר זה ראו יהושע ויסמן דיני קניין – בעלות ושיתוף כרך ב, 283-278 (1997).

אף במשפט הישראלי כזכויות יסוד. יישומה של צורת חשיבה זו להקשר הזוגי²³⁰ משמעותה שעולם משפטי ליברלי-אינדיבידואליסטי חייב להכיר גם בזכות להתנתק מן הקשר הזוגי,²³¹ ועל כן הגבלת הזכות לדרוש גירושים, אפילו בדרך של קביעת תג מחיר כלכלי נגד הצד שיזם את הגירושים, אינה ראויה.²³²

לעניין זה ההשפעה היא לא רק על מקומם של שיקולי האשם בדיני הגירושים, אלא גם על מקום האשם בקביעת תוצאותיהם הכלכליות. התפקיד המרכזי של שיקולי האשם בכלל ושל שיקולי האשם המיני בפרט, הן בהלכה והן בדיני הזוגיות המסורתיים שנהגו בארצות המערב, הוא כאמור לזהות את האשם המהותי בפירוק הנישואים לצורך פיצוי בן-זוגו על הנזק שנגרם לו עקב פירוק הנישואים. הטיעון האינדיבידואליסטי וההגדרה של הנישואים כהסכם שכל צד זכאי לסיימו חותרים תחת תפקיד זה של האשם, והופכים את העיסוק בשיקולי אשמה בפירוק הנישואים בכלל ובאשמה מינית בפרט ללא-רלוונטיים. שהרי מה הטעם לאתר את האשם בפירוק הנישואים, אם פירוק הנישואים אינו מהווה הפרה של חוזה הנישואים אלא זכות של כל אחד מן הצדדים לקשר הזוגי?²³³

(2) הקושי הליברלי לקבוע אמת מידה של אשם. ברין הדתי שאלת האשם המיני היא חלק מהתהליך של זיהוי האשם בפירוק הנישואים, ולכן מושג האשמה מחייב את המשפט להגדיר באילו מצבים דרישת הגירושים היא מעשה ראוי ובאילו מצבים היא מעשה מגונה. נוסף על כך, עצם השימוש במונח של אשם מחייב עיצוב משפטי של נורמות הנוגעות להתנהגות ראויה במהלך הנישואים, שהחורג מהן ייחשב ל"אשם".²³⁴ חובה זו היא הבסיס להתנגדות

230 על ההיבט האינדיבידואליסטי של דיני הזוגיות המודרניים, ראו לעיל ה"ש 221.
231 להצבת זכות היציאה מן הקשר הזוגי כזכות יסוד, ראו ליפשיץ "ברצוני להתגרש ומייד", לעיל ה"ש 206, בעמ' 695-696; Frantz & Dagan, לעיל ה"ש 159; כן ראו Karin Carmit Yefet, *Marrying Dissolution to the Constitution: Divorce as a Fundamental Right* (unpublished dissertation manuscript)

232 ראו: Frantz & Dagan, לעיל ה"ש 159; Joseph Goldstein & Max Gitter, *On Abolition of*; 1969) 75 *FAM L.Q.* *Grounds for Divorce: A Model Statue and Commentary*, הגורסים כי כחלק מזכויות הפרט אין לאפשר צמצום זכותם של פרטים לצאת מן הנישואים. כן ראו ברוח זו: Cathy J. Jones, *The Rights to Marry and Divorce: A New Look at Some Unanswered Questions*, 63 *WASH. U. L.Q.* 577 (1985) ראו Karin Carmit Yefet, *Unchaining The Agunot: Enlisting the Israeli Constitution in the Service of Women's Marital Freedom*, 20 *YALE J.L. & FEMINISM* 441 (2009)

233 לתיאור דומה של התפתחות זו, ראו Karen Turnage Boyd, *The Tale of Two Systems: How Integrated Divorce Laws Can Remedy the Unintended Effects of Pure No-Fault Divorce*, 12 *CARDOZO J.L. & GENDER* 609, 616 (2006): "The law allowed marriage to become a pseudo-contract entered into by two people, either of whom could breach at any time, where a spouse had but to say 'we can't get along anymore'. This created and allowed for the development of the idea that termination of a marriage is a matter of individual right".

234 ראו ניתוח של סוגיה זו אצל ליפשיץ, דוקטורט, לעיל ה"ש 218, פרק ג.ג.3. הניתוח שם העלה כי כללי ה"אשמה" נותנים ביטוי מעשי לדין העוסק בחיי הנישואים, אף שהם מיושמים בזמן הגירושים.

ליברלית נוספת להתחשבות בשיקולי האשם המיני. על פי גישה זו, בעוד שעיצוב קוד המגדיר התנהגות זוגית ראויה מתאים לשיטת משפט מסורתית, אשר ברוח הגישה הציבורית נכונה להגדיר ולאכוף התנהגות זוגית ראויה, הרי מרבית הגישות הליברליות נרתעות מליטול על עצמן תפקיד שכזה. להפך, ברוב מדינות המערב המשפט נמנע מלעצב או מלהתבסס על קוד מוסרי קולקטיבי, שיקבע את הדרך הראויה לנהל יחסים זוגיים או להתנהל במישור האינטימי.²³⁵ הקושי לקבוע אמות מידה שעל פיהן תישפט ההתנהגות הזוגית בולט במיוחד בחברות רב-תרבותיות, והוא חריף במיוחד ככל שמדובר באשמה מינית.²³⁶

235 במאמר מאלף ורב-השפעה מכנה קרל שניידר את התהליך הזה "ירידת חשיבותו של השיח המוסרי בדיני המשפחה". ראו: C.E. Schneider, *Moral Discourse and the Transformation of American Family Law*, 83 MICH. L. REV. 1803 (1985). כעשור לאחר מאמרו המקורי כתב שניידר מאמר המשך, ובו הדגים כיצד התזה המקורית שהציג מתממשת בדיני הגירושים. ראו: C.E. Schneider, *Marriage, Morals, and the Law: No-Fault Divorce and Moral Discourse*, UTAH L. REV. 503 (1994). שניידר מציג ארבעה כוחות בתרבות האמריקנית שהובילו, לטענתו, לעיצוב של דיני המשפחה המודרניים: המסורת המשפטית של אי-ההתערבות בענייני המשפחה; האידיאולוגיה של האינדיבידואליזם הליברלי; עלייתה של האידיאולוגיה והתרבות הפסיכולוגית; השינוי של התפיסות המוסריות בקרב החברה האמריקנית. ראו בנושא זה גם ליפשיץ, דוקטורט, לעיל ה"ש 218, פרק ה.2.א. וכן ראו: Lee E. Teitelbaum, *Moral Discourse and Family Law*, 84 MICH. L. REV. 430 (1985); Jan Gorcki, *Moral Premises of Contemporary Divorce Laws: Western and Eastern Europe and the United States*, in MARRIAGE AND COHABITATION IN CONTEMPORARY SOCIETIES 124 (J.M. Eekelaar & S.N. Katz eds., Toronto, 1980); M.C. Regan, *Market Discourse and Moral Neutrality in Divorce*, 1994 UTAH L. REV. 605. עוד ראו בהקשר זה גם: John Eekelaar, *The Family Law Bill*, 1994 UTAH L. REV. 605. המשבח את החוק האנגלי החדש (שהוקפא בינתיים מסיבות שונות) על כך שהוא מיישם לראשונה את הפילוסופיה של גירושם ללא אשמה, הגורסת כי על המשפט להימנע משיפוט ערכי של הצדדים. לדיון בתזה זו בהקשר הישראלי, ראו שחר ליפשיץ "דיני זוגיות חילוניים ביובל הבא – בין 'ליברטריאניזציה' ובין בית המשפט 'המחשק' " מחקרי משפט יז 159 (2001) (להלן: ליפשיץ "דיני זוגיות חילוניים"); רות הלפרין-קדרי "שיקולי מוסר בדיני משפחה וקריאה פמיניסטית של פסיקת המשפחה בישראל" עיונים במשפט מגדר ופמיניזם 651 (דפנה ברק-ארז ואח' עורכות, 2007) (להלן: הלפרין-קדרי "שיקולי מוסר"). לביקורת על המהלך, ראו כהן וג'בארין, לעיל ה"ש 200. כן ראו את חיבורה המקיף של ליאור משאלי-שלומאי על שיפוט מוסרי של התנהגויות בדיני הגירושים והפיטורין (משאלי-שלומאי, לעיל ה"ש 214).

236 ראו למשל את הדברים הבאים של Stephen D. Sugarman, *Dividing Financial Interests on Divorce*, in DIVORCE REFORM AT THE CROSSROADS 130, 137 (Stephan D. Sugarman & Herma Hill Kay eds., 1990): "I believe we would have considerable difficulty in achieving a social consensus as to what sort of conduct in the marriage context is to be considered equivalent to the malicious or despicable behavior that generates punitive damages in torts cases today. I imagine that simple adultery would not; On the other hand, spousal battering probably would. Yet other situations might be quite ambiguous". להתייחס לאשם מיני הן בהקשר של התוצאות הכלכליות של הגירושים והן בהקשר של דיני

עמדתי האישית באשר לטיעון זה היא מעורבת. ככלל אני מזדהה עם הקושי לקבוע אמות מידה משפטיות מחייבות – להבדיל מאמות מידה חברתיות – העוסקות בשיפוט מוסרי של התנהגויות זוגיות אינטימיות. עם זאת מצבים קיצוניים של בגידה ממושכת ושל ניהול חיים כפולים לאורך זמן מתאפיינים בשקרים, בהפרות אמון ובהעלמות מידע שיטתיות. אלו הן התנהגויות אשר בהקשרים משפטיים אחרים, כגון דיני תום הלב בדיני החוזים, המשפט האזרחי אינו מהסס לגנותן ואף לייחס להן תוצאות משפטיות קונקרטיות.²³⁷ יתרה מזו, אפילו במישור הפלילי המשפט נכון לקבוע נורמות משפטיות מחייבות בנוגע להתנהגות אינטימית, ובכלל זה לקבוע מהו חיזור ראוי, מהי הטרדה מינית²³⁸ ואפילו אילו שקרים בהקשר המיני עשויים לבסס עבירה פלילית.²³⁹ משכך, בעוד שאני נכון לקבל את הטיעון השולל שלילה מוחלטת את הלגיטימציה של שיטת משפט לקבוע נורמה משפטית העוסקת בשאלה אימתי ראוי לפרק את הנישואים או לאתר את האשם בפירוק הנישואים, אני סבור כי טעות היא לסבור ששיטת משפט מודרנית – ואפילו היא אוהזת בהשקפת עולם ליברלית – מנועה מכל שיפוט מוסרי של התנהגות אינטימית.²⁴⁰

(3) מורכבותם של היחסים הזוגיים, והקושי לזהות אשם בכלל ואחראי לפירוק הקשר בפרט. נניח מצב שבו היינו מעוניינים להגדיר את הנישואים כהתחייבות בלתי-מוגבלת בזמן, אשר האחראי לסיומה נחשב כמפר, מצב שבו היה אפשר לקבוע בצורה מופשטת אמות מידה שניתן להעריך על פיהן התנהגויות זוגיות ראויות, אשר החורג מהן ייחשב לאשם, ושחלק מאמות המידה הללו היו עוסקות בהתנהגות המינית של הצדדים; גם במקרה שכזה מורכבותה של האינטראקציה הזוגית מקשה מאוד את יישומן של אמות המידה הללו לסיטואציה ספציפית. על כן ספק בעיניי, אם יוכלו בתי המשפט לקבוע קביעה ברורה מיהו בן-הזוג האשם על סמך ראיות בדבר קשר מיני של אחד מבני-הזוג מחוץ לנישואים.²⁴¹ לספרות הפסיכולוגית תרומה רבה בהקשר זה, שכן היא מדגימה שוב ושוב עד כמה קשה

הנזיקין, ראו: Pamela Laufer-Ukeles, *Reconstructing Fault: The Case for Spousal Torts*, 79 U. CIN. L. REV. 207, 250 (2010).

237 על המתח שבין דרישת תום הלב בדיני החוזים למגמות המודרניות של גירושים ללא אשם, ראו ע"א 1581/92 ולנטיין נ' ולנטיין, פ"ד מט(3) 441 (1995) ואת ניתוחי את פסק הדין במאמרי ליפשיץ "החווה הזוגי", לעיל ה"ש 121, בעמ' 342-338.

238 ראו חוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998.

239 ראו ע"פ 2411/06 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם כנבו, 17.9.2008) והפסיקה הנדונה שם. לתמיכה אמפירית ונורמטיבית בהבחנה זו, ראו משאלי-שלומאי, לעיל ה"ש 214. הבחנה זו שבין אשמה בסיום הקשר לבין אשמה במהלך הנישואים, אשר אינה קשורה בהכרח לסיום הקשר, תידון שוב בהמשך. ראו סעיף 2.ב.5 במסגרת הדיון בטענות שלפיהן לשקרים ולהפרות אמון צריכה להיות השלכה משפטית ללא קשר לשאלה אם הם הוליקו לפירוק הנישואים.

241 ראו ברוח זו: Ellman & Lohr, לעיל ה"ש 208, בעמ' 735; כן ראו: Laura Bradford, *The Counterrevolution: A Critique of Recent Proposals to Reform No-Fault Divorce Laws*, 49 STAN. L. REV. 607, 613 (1997) המתייחסת הן למורכבותם של היחסים הזוגיים והן לקושי להגדיר מבחינה מוסרית התנהגויות ראויות. ראו ברוח זו גם בישראל את דבריו של השופט ריבלין ב-בג"ץ בגידה למפרע, לעיל ה"ש 88, בעמ' 283: "פירוק הנישואין הוא תוצאה של נסיבות מורכבות ובגידה כשלעצמה אינה הופכת את אחד מבני הזוג לאשם הבלעדי".

לזהות בתוך המכלול המורכב של התמוטטות היחסים הזוגיים, הקשורים בדרך כלל למגוון רחב של סיבות כגון תקשורת לקויה, אי-התאמה בין בני-הזוג, בעיות כלכליות ולחצים סביבתיים, אחראי מסוים לסיום הנישואים.²⁴² ודאי וודאי שהספרות הפסיכולוגית מתנגדת – מעצם טבעה כמעט – לניסיון לאתר "אשם" מוסרית בפירוק הקשר הזוגי.²⁴³ אפשר להדגים זאת בנושא הבגידה, המהווה עילת גירושים בכל שיטת משפט המבוססת על אשמה מינית. בעיניי כלל לא ברור מהו המעשה הנחשב לבגידה; האם פלרטוט או שיחות עומק חושפניות עם אדם זר ייחשבו לבגידה? האם מגע אינטימי שאינו עולה כדי יחסי מין ייחשב לבגידה? ובהקשר של יחסי מין – האם ניתן להשוות מקרה של קיום יחסי מין עם אדם זר, תוך קיום יחסי אישות סדירים עם בן-הזוג והסתרת הקשר האחר מבן-הזוג, למקרה שבו קיום היחסים עם האדם האחר הוא בתקופה שבה יחסי בני-הזוג רעועים בין כה וכה ואין ביניהם יחסים אינטימיים? או למקרה שבו קיום יחסי המין עם האדם הזר הוא לאחר תקופה ממושכת שבה בן-הזוג החוקי מסרב לקיים יחסי מין עם בן-הזוג? האם ניתן להציב אמות מידה משפטיות, שיאפשרו להבחין בין מגוון הסיטואציות האנושיות והמוסריות שהיחסים הזוגיים מספקים? ייתכן שבשל כך גם מי שסבור שאפילו כיום, מנקודת המבט האתית והחברתית, ניתן להגדיר התנהגויות מיניות מסוימות כלא-מוסריות ייאלץ להודות שהמשפט אינו הכלי המוצלח לעסוק בנושא האשמה המינית ושעדיף להימנע מעיסוק משפטי – להבדיל מעיסוק אתי לא-משפטי – בנושאים אלה.²⁴⁴

(4) טיעון הפולשנות. חששו של השופט עמית בהקשר הישראלי היה, שהעיסוק בשיקולי אשמה מינית והתהליכים המקדמיים הכרוכים בכך (כגון השימוש בחוקרים פרטיים) יפגעו

242 ראו למשל: Laura Betzig, *Causes of Conjugal Dissolution: A Cross-Cultural Study*, 30 CURRENT ANTHROPOLOGY 654 (1989); Adrian J. Blow & Kelley Hartnett, *Infidelity in Committed Relationships II: A Substantive Review*, 31 JOURNAL OF MARITAL AND FAMILY THERAPY 217 (2005); Paul R. Amato & Denise Previti, *People's Reasons For Divorcing: Gender, Social Class, The Life Course, and Adjustment*, 24 JOURNAL OF FAMILY ISSUES 602 (2003); ראו גם את הסקירה אצל משאלי-שלומאי, לעיל ה"ש 214, בעמ' 69-67.

243 על השיח הפסיכולוגי כגורם בעל משמעות בירידת השיח המוסרי על דיני המשפחה, ראו את מאמריו של שניידר שהוזכרו לעיל ה"ש 235. על הפסיכולוגיה המודרנית כבסיס לירידת השיח המוסרי בעולם המערבי, ראו גם אווה אילוז גאולת הנפש המודרנית – פסיכולוגיה, רגשות ועזרה עצמית (איה ברזיר מתרגמת, 2012); ראו גם בהקשר של הנישואים: ERNEST W. BURGESS, *THE FAMILY: FROM INSTITUTION TO COMPANIONSHIP* (1963).

244 אציין, כי האמור בסעיף הזה נראה בעיניי שיקול מכריע בסוגיה, מדוע לא נכון להתייחס לאשם המיני כאל אשם בפירוק הנישואים. נוסף על כך, ברוב גדול של המקרים האמור בסעיף הנזכר מבהיר, מדוע גם אם אפשר לאתר אמות מידה מופשטות המאפשרות שיפוט מוסרי של התנהגות אינטימית בנישואים, קשה מאוד ליישמן בסיטואציה ספציפית בכלים משפטיים. עם זאת ברומה להערת בסעיף הקודם אני סבור, כי במקרים קיצוניים של שקרים ושל חיים כפולים אפשר לא רק לקבוע אמת מידה מוסרית מופשטת, אלא גם לזהות "אשם" ברור בסיטואציה קונקרטית. במשמעותה של אשמה שכזו, שאינה חופפת לאשמה בפירוק הנישואים, אשוב ואעסוק בסעיפים הבאים.

בפרטיות של המשפחה ויחידיה ויוליכו לכאב מיותר.²⁴⁵ בדומה לכך אף בעולם המערבי התפתח הלך חשיבה שלפיו הליך של הוכחת אשמה, בייחוד כאשר מדובר בעילות הנוגעות להתנהגות מינית, הוא פולשני מאוד. בשל הרצון להגן על האינטימיות של היחסים הזוגיים ראוי להימנע מעיצוב עילות, שיחייבו לעסוק בעניינים הללו.²⁴⁶ טענה הרגילה נגד פולשנות יש אף להוסיף את החשש הפסיכולוגי, שעיסוק באשמת הצדדים יגביר את הרגשות השליליים הקיימים ממילא בהליך הגירושים באופן שיגרום לפגיעה קשה בבני-הזוג ובילדיהם.²⁴⁷ ודוק, טיעון הפולשנות לבדו אינו מצדיק הימנעות מהתערבות משפטית בתא המשפטי בכלל ובהיבטים האינטימיים של היחסים הזוגיים בפרט, שכן בהקשרים רבים המשפט אינו נעצר בפתח התא המשפחתי. אולם טיעון זה מצטרף לקושי של המשפט לקבוע אמות מידה מוסריות להערכת התנהגויות זוגיות שונות, ועוד יותר לצורך ליישמן במקרה עובדתי נקודתי. במובן זה טיעון הפולשנות שב ומחדד את ההבחנה הנדרשת בין המישור המשפטי לבין המישור האתי-מוסרי.

(5) **הטיעון השוויוני – הצל המגדרי של השיפוט המוסרי.** אף החתירה לקראת שוויון קשורה להדרת השיפוט המוסרי מדיני המשפחה.²⁴⁸ כדיני המשפחה המסורתיים

245 ראו לעיל ה"ש 190. בהקשר אחר התייחס השופט עמית יתר בהרחבה לסכנות הגלומות ב"משפטיזציה של חיי המשפחה", ראו ע"א 8489/12, לעיל ה"ש 190, פס' 8 לפסק דינו של השופט עמית; להגבלת האפשרות להוכיח בגידות גם כאשר הדבר נדרש על פי הדין הדתי בתחומי המעמד האישי בשל ההגנה על הפרטיות, ראו בג"ץ 6650/04 פלוני נ' בית הדין הרבני האזורי בנתניה, פ"ד סא(1) 581 (2006); רות זפרן "סקס שקרים ווידאוטיפי": על הגנת הפרטיות בהליכים המתנהלים בבתי הדין הרבניים" משפט וממשל ז' 813 (2005).

246 ראו ברוח זו: Naomi R. Cahn, *The Moral Complexities of Family Law*, 50 STAN. L. REV. (1997) 225, 251-253; וכן Goldstein & Gitter, לעיל ה"ש 232, המציינים כי גירושים ללא אשמה קשורים לקושי המורני לאתר את האשם ולרצון להימנע מחודרנות בבדיקת היחסים המשפטיים.

247 ראו: Cahn, לעיל ה"ש 246. כן ראו את עמדתו של השופט עמית, לעיל ה"ש 190. לביקורת על גישה זו ולטענה כי גם בעולם ללא אשמה המרירות והעיונות שבין הצדדים נותרות ומשליכות על ההתדיינות בנושאים אחרים, ראו: K.J. GRAY, REALLOCATION OF PROPERTY ON DIVORCE (1977) 425, 433.

248 לקישור נוסף בין ההיבט המגדרי למגמה של ירידה בחשיבות שיקולי האשם, ראו משאלי-שלומאי, לעיל ה"ש 214, בעמ' 54-67; על פי משאלי-שלומאי, בעשורים האחרונים של המאה העשרים בוטלו יותר ויותר כללים משפטיים שבוססו על חלוקת התפקידים המסורתית בין המינים (חובת הבעל לפרנס את אשתו וחובת האישה לבצע את עבודות הבית ולטפל בילדים) מתוך רצון ליצור נטרליות מגדרית. לדעת משאלי-שלומאי החתירה לשוויון מגדרי ביטלה את האפשרות לייחס לכל אחד מן הצדדים חובות מסוימות כלפי האחר, בניגוד לעבר שבו לכל אחד מבני-הזוג היה את שדה האחריות שלו, והיה אפשר לזהות בכיור כשל מוסרי או התנהגותי כשמי מהם לא מילא את "חלקו". לעומת זאת היא סבורה שכיום שני בני-הזוג, להלכה לפחות, גם אם עדיין לא למעשה, אחראיים על כל התחומים וחבים בכל החובות בצורה שווה. וכששני בני הזוג חבים באותן חובות, אף אחד מהם אינו חב באף חובה לחוד. לקשר שבין מגמות של שוויון לבין המגמה של ירידת שיקולי האשמה, ראו גם Laufer-Ukeles, לעיל ה"ש 236.

המערביים,²⁴⁹ כמו גם בדין הדתי היהודי,²⁵⁰ שיקולי האשמה המינית לא הופעלו בצורה סימטרית אלא הוכפפו למוסר כפול, שלפיו חוסר נאמנות מינית של האישה חמור מהתנהגות מינית דומה של הגבר, ולכך היו השלכות ניכרות על עיצובן של עילות הגירושים ותוצאותיהן הכלכליות. כך למשל, על פי ההלכה בגידת האישה מהווה עילת גירושים מוחלטת, בעוד שבגידת הגבר מהווה עילת גירושים רק בנסיבות מסוימות. נוסף על כך, על פי ההלכה ישנו הבדל דרמטי בין משמעות בגידתם של גברים לעומת נשים בנוגע למעמדם של ילדים שנולדו מחוץ לנישואים, משום שעל פי ההלכה רק ילד שנולד לאישה נשואה מחוץ לנישואים ייחשב למזור. לנוכח המוסר הכפול שהנחה את שיקולי האשמה המינית המסורתיים, ביטול האשמה מקדם אף הוא שוויון מגדרי. אודה על האמת, מן הבחינה האנליטית הקרה שיקול זה עשוי להיחשב משני לשיקולים הקודמים, שכן גם אם עילות האשמה המסורתיות התבססו על אמות מידה מגדריות, לא הייתה מניעה לייסד עילות אשמה מודרניות שאינן תלויות מגדר. עם זאת במישור המעשי לטיעון זה משקל ניכר; שכן במקרים רבים בפועל, בייחוד בישראל, במקרים דוגמת הבג"ץ, שבהם המשקל לעילות האשמה ניתן בהשראת הדין הדתי, החזרה למשטר של אשמה מגלם בתוכו במפורש או במשתמע גם חזרה לקוד המגדרי הכפול.

(ה) הקריאות המודרניות להשבת שיקולי האשמה המינית

(1) הביקורת על עיצוב הנישואים כשותפות הניתנת להתרה על פי דרישה של כל צד ודחייתה

לקראת סיום האלף הקודם הסתמנה בעולם המערבי מגמה של ביקורת על העיצוב המודרני של הנישואים – או למצער בחינה מחדש שלו – כשותפות הניתנת להתרה על פי דרישה של כל צד, כפי שהוא משתקף במעבר למערכת של גירושים ללא אשמה. נימוקי המבקרים מבוססים בין היתר על ההיבטים הבאים: היבט מוסדי, כלומר החשש שהרפורמות המודרניות גרמו לעלייה בשיעור הגירושים, עיוותו את תפיסת הנישואים המקובלת בחברה ואפילו הרסו את מוסד הנישואים; היבט מגדרי, שלפיו הרפורמות המודרניות פגעו בנשים, תוך התייחסות לממצאים אמפיריים ולניתוח כלכלי שבמרכזו תפיסת הנישואים כעסקה ארוכת טווח המעוררת בעיית אופורטוניזם כלפי נשים כצד החלש כלכלית בנישואים; היבט של טובת הילד, המאשים את הרפורמות המודרניות בפגיעה באיכות חייהם של הילדים ובהתפתחותם. חלק מן המבקרים סברו, כי התרופה לליקויים שהתגלו היא נסיגה מן הרפורמה בדיני הגירושים, בעוד שאחרים סברו כי יש לדבוק בדיני הגירושים ללא אשם, אך להחזיר על כנם בצורה מלאה או חלקית את מקום שיקולי האשם בכל הנוגע לקביעת

Jana B. Singer, *Divorce Reform and Gender Justice*, 67 N.C. L. REV. 1103, 1110-11 249 (1989) ("Traditional fault grounds reflect both the gender-based expectations of the traditional marriage contract and the double standard applied to men's and women's sexual behavior").

250 ראו למשל רות הלפרין-קדרי "בגידת הבעל כעילה לכפיית גט" מחקרי משפט ז 297 (1989).
כן ראו ליפשיץ "ברצוני להתגרש ומייד", לעיל ה"ש 206, בעמ' 746-748.

התוצאות הכלכליות של הגירושים.²⁵¹ לחלק מן הביקורות הללו היה הד בשינויי חקיקה שנערכו בעולם המערבי. במקום אחר דנתי בהרחבה בביקורות הללו ובמענה הראוי להן.²⁵² המסגרת הנוכחית אינה מתאימה להרחיב בכך, אולם בקצרה אציין כי למרות הביקורת על דיני הגירושים המודרניים עודני סבור, כי הטיעונים המעשיים והערכיים העומדים בבסיס עיצובם המודרני של הנישואים כשותפות שכל צד רשאי להתירה לא עורערו. משום כך אני סבור, כי מערכת אזרחית ראויה של דיני גירושים חייבת לדבוק במגמות המודרניות אשר מאפשרות גירושים ביוזמה חד-צדדית, ללא הוכחת אשמה, ואינן נכונות לייחס תוצאות כלכליות לשאלה מי יזם את פירוק הקשר או מיהו האשם המהותי בפירוקו.

עם זאת, גם אם הביקורת על דיני הגירושים המודרניים אינה יכולה לשמוט את הקרקע מתחת למגמות המרכזיות הכלולות בדינים אלה, ביקורת זו אמורה להנחות עיצוב ראוי של דיני הגירושים. לפיכך הצעתי במחקרי מגוון של צעדים, שאמורים לשפר את מצבם הכלכלי והרגשי של נשים ושל ילדים בעקבות גירושים ואפילו לחזק את יציבותם ואת מעמדם של הנישואים, מבלי לחזור למדיניות של אשם בגירושים או אפילו להתחשבות באשם המיני במסגרת קביעת תוצאותיהם הכלכליות. במחקרי על דיני הרכוש הזוגי הצעתי מגוון כלים כלכליים, כגון סטייה מחלוקה מחצה על מחצה של הרכוש הזוגי לטובת הצד החלש כלכלית, חלוקה קניינית של כושר השתכרות, חידוש מסוים של דיני המזונות לאחר הגירושים ופיצוי על הפסדי קריירה,²⁵³ שעשויים לשפר את מעמדן הכלכלי של נשים לאחר הגירושים מבלי לייחס חשיבות לשאלת האשם בסיום הנישואים. על פי ניתוחי אימוץ הכלים המשפטיים הללו ישפר שיפור ניכר את התוצאות הכלכליות של הגירושים עבור כלל הנשים, הן אלה המעוניינות בגירושים והן אלה המעוניינות בהמשך הנישואים, ללא פגיעה בערך האוטונומיה הנובע מחידוש העיסוק בשיקולי האשם שבפירוק הנישואים. לעומת זאת הסדר שיתנה את התוצאות הכלכליות של הגירושים בשיקולי אשם יחזק אך ורק צדדים חלשים כלכלית, שאינם מעוניינים בסיום הנישואים. לכן, אף אם נקבל את ההנחה, אשר אינה מובנת מאליה, שנשים כצד חלש כלכלית נוטות להתנגד לגירושים, הסדר שכזה ישפר את מצבן הכלכלי של קבוצה מצומצמת יותר של נשים ובמחיר כבד של פגיעה בערך האוטונומיה הן של גברים והן של נשים החפצים לסיים את קשר הנישואים. כפועל יוצא מכך הציגו מחקריי

251 לגישות המבקשות לשלב שיקולי אשמה בקביעת התוצאות הכלכליות של הגירושים, ראו בין היתר Morse, לעיל ה"ש 208; Boyd, לעיל ה"ש 233; Peter Nash Swisher, *Marriage and* Some Troubling Issues with No-Fault Divorce, 17 REGENT U. L. REV. 243 (2004). לסקירת ההצעות הללו ולביקורת עליהן, ראו Bradford, לעיל ה"ש 241, וכן Ellman & Lohr, לעיל ה"ש 208. להתלבטות בעניין ללא הכרעה חד-משמעית, לפחות בהקשר של האשמה המינית, ראו Barbara Bennett Woodhouse & Katharine T. Bartlett, *Sex, Lies, and Dissipation: The Discourse of Fault in a No-Fault Era*, 82 GEO. L.J. 2525 (1994). לתמיכה בשילוב מסוים של שיקולי אשם בקביעת התוצאות הכלכליות של הגירושים בספרות המחקר בישראל, ראו כהן וג'בארין, לעיל ה"ש 200, שם נטען בין היתר כי ניתן להקדים את מועד הקרע לשלב הבגידה גם אם לא הייתה ידועה בזמן אמת, אך רק לטובת בן-הזוג התמים; כן ראו משאלי-שלומאי, לעיל ה"ש 214, בעמ' 211.

252 ליפשיץ "ברצוני להתגרש ומייד", לעיל ה"ש 206.

253 ראו ליפשיץ השיתוף הזוגי, לעיל ה"ש 24, פרק י.

סדרה של רפורמות בדיני הגירושים, שבמרכזן התחשבות בילדים במסגרת הליכים אלה, כגון מתן האפשרות לבית המשפט לעכב את פירוק השינוף בדירת המגורים משיקולים של טובת הילד מבלי לייחס משמעות משפטית לשיקולי אשם. לבסוף, במחקריי הצבעתי גם על פעולות חינוכיות והצהרתיות, כגון מתן האפשרות לבתי המשפט לעכב את הגירושים לתקופה מסוימת, או הסדרים המחייבים בני-זוג לעבור פרוצדורה של יישוב סכסוך כתנאי מקדים לפירוק הקשר, הסדרים האמורים לשקף את החשיבות של מוסד הנישואים ושל פירוק שקול של קשר הנישואים. גם פעולות אלה לא יכללו חדירה של שיקולי אשם ואף לא ויתור על העיקרון, שלפיו זכותו של כל בן-זוג לבחור לסיים את קשר נישואיו.

(2) על אשם מיני כעוול מוסרי ללא קשר לפירוק הנישואים ומשמעותו לנוכח דחייתי את הביקורת על ההבניה המודרנית של הנישואים כשותפות שכל צד רשאי להתירה, תמיכתי העקרונות בגישה שלפיה לאשם בפירוק הנישואים – ובכלל זה "לאשם המיני" – לא אמורה להיות השלכה על קביעת התוצאה הכלכלית של הגירושים נותרת בעינה. ברם, בהקשרים מסוימים סוגיית האשם המיני רחבה יותר משאלת האשם בפירוק הנישואים. כך למשל, אפשר לטעון כי בגידה – ודאי שבגידה ממושכת – קל וחומר מקרה של ניהול חיי משפחה כפולים, השקרים והפרת האמון הנלווים להם, הם עוול מוסרי שיש לייחס לו תוצאה משפטית ללא קשר לשאלה אם הבגידה, השקרים או החיים הכפולים הם שגרמו לסיום הנישואים.²⁵⁴ על פי גישה זו ייחס תוצאה כלכלית לאשם המיני אינו מנוגד לערך האוטונומיה במובן של הפגיעה בזכות היציאה מקשרים ומהתחייבויות; שכן הגינוי של האשם המיני וייחוס תוצאות כלכליות לזהות האשם אינו נובע מכך שהתנהגותו המינית הוליכה לסיום קשר הנישואים, אלא בשל העוול המוסרי הטמון בבגידה כשלעצמה. אומנם בסעיף הקודם הצגתי בהרחבה את הטיעון, שלפיו שיטת משפט ליברלית תתקשה להציב אמת מידה מוסרית להערכת התנהגות מינית של בני-זוג; ברם, אל מול גישה זו היו מי שסברו, שגם כיום ניתן להציב אמות מידה מוסריות בתמיכה חברתית רחבה, שלפיהן יהיה אפשר לקבוע אשמה מינית.²⁵⁵ על פי העמדות הללו, הפער המסתמן בין התפיסה החברתית המייחסת חשיבות לשיקולי האשמה המינית לבין התפיסה המשפטית הדוחה אותם אינו ראוי.²⁵⁶ יתרה מזו, יש מי שמעלים את החשש, כי סילוק ידה של המדינה מעיסוק בשיקולי

254 ראו את ניתוחי של פסק הדין בעניין ולנטין ואת מחקרי בעניין תום לב בחוזים משפחתיים שהוזכרו לעיל ה"ש 237. כך למשל, במחקרה המעמיק שוכנעה ליאור משאלי-שלומאי מן הטיעון "האינדיבידואליסטי", כי אין לייחס תוצאות כלכליות לאשם בסיום הנישואים. משכך, היא מסכימה שגם אילו היה אפשר לייחס את פירוק הנישואים לאשמו המיני של אחד הצדדים, לא היה בכך די כדי לייחס לאשם זה תוצאות כלכליות. עם זאת עדיין ישנם לדעתה מקרים שבהם האשם המיני הוא עוול העומד בפני עצמו גם בלי קשר לפירוק הנישואים, ובמקרים הללו יש לייחס לו משמעות משפטית בעת קביעת התוצאות הכלכליות של הגירושים (ראו משאלי-שלומאי, לעיל ה"ש 214, בעמ' 207-211).

255 למחקר אמפירי המצביע על הפער, ראו, שם בעמ' 152-180; לטענה כי ניתן לזהות אמות מידה מוסריות מוסכמות חברתית באשר להתנהגויות המסווגת כאשם מיני, ראו Morse, לעיל ה"ש 208, בעמ' 641. ראו גם Woodhouse & Bartlett, לעיל ה"ש 251.

256 ראו משאלי-שלומאי, לעיל ה"ש 214, בעמ' 184-186.

אשם מיני יפורש בציבור לא רק כביטוי לאי־ההתאמה של המשפט לעסוק בשיקולים הללו, אלא גם כמתן הכשר להתנהגויות של נטישה, של בגידה וכיוצא באלה, תוך טענה מרומזת כי להתנהגויות הללו אין משמעות מוסרית.²⁵⁷

אודה ואתודה, כי בעוד שלנוכח ערך האוטונומיה אני נחוש בהתנגדותי לגישות המבקשות לייחס תוצאות כלכליות לאשם ובכלל זה האשם המיני בפירוק הנישואים, עמדתי כלפי מי שמבקשים לייחס תוצאות כלכליות לאשמה מינית כעוול עצמאי מהוססת יותר. ובכל זאת עמדתי הבסיסית מתנגדת לעמדות המבקשות להחזיר את האשם המיני כגורם בקביעת התוצאות הכלכליות של הגירושים.²⁵⁸ ראשית, אני סבור כי אם שאלת האשם המיני אכן מנותקת משאלת סיום היחסים – שכן סיום היחסים הוא זכות של כל אחד מן הצדדים – חוזרת ועולה השאלה, מהו הנזק שעליו יש לפצות בשל האשמה המינית, אף אם נקבל את ההנחה שניתן לגנות מוסרית את התנהגותו של האשם. יש לציין, כי ככל שלבגידה או לחיים הכפולים תוצאה כלכלית ישירה, כגון במקרים שבהם הוציא אחד מבני־הזוג כספים משותפים על המאהב או על המאהבת, אזי גם המשפט האזרחי הנוהג נכון לדרוש את השבת הכספים הללו כסוג של הברחת כספים,²⁵⁹ וכך להחריג את ההפסדים ואת החובות שנבעו

257 ראו למשל בהקשר זה את דבריה של Boyd, לעיל ה"ש 233, בעמ' 615: "Advocates of the pure no-fault schemes contend that no-fault divorce is purely a legal concept, and never intended to implicate moral responsibility. However, no-fault divorce is not just a legal concept. It is also a moral statement, and the absence of fault in divorce proceedings sends a message. For example, when a spouse who commits adultery leaves the marriage with half or more of the family's assets, as may occur within the current pure no-fault schemes, an injustice is done. The message is clear – it is acceptable to have an extramarital affair. In fact, one can even be financially rewarded for doing so" עוד ראו בהקשר דומה משאלי־שלומאי, לעיל ה"ש 214, בעמ' 187-188, שם ישנה ביקורת על ההצגה הניטרלית של מערכת הגירושים ללא אשמה. כן ראו כהן וג'בארין, לעיל ה"ש 200, בעמ' 496-498. שימו לב כי הביקורת בהקשר האחרון היא כפולה. במישור הפילוסופי המהותי הטענה היא, שמאחורי טענה לניטרליות מוסרית מסתתרת למעשה הכרעה ולפיה שיקולי אשם מיני אינם גורם שיש להביאו בחשבון. נוסף על כך, במישור "השיווקי" הטענה היא, כי אף אם המושג "גירושים ללא אשמה" יאומץ כמדיניות ראויה, במישור המשפטי הוא ייתפס כאמירה ערכית שלפיה לשיקולים הללו אין השלכה אפילו במישור המוסרי.

258 דיון מעמיק בנושא האשם בגירושים, ובכלל זה הנושאים המועלים בסעיף הנוכחי, נערך בידי ליאור משאלי־שלומאי בעבודת הדוקטורט שלה, ראו משאלי־שלומאי, לעיל ה"ש 214. על אף שמשאלי־שלומאי ערכה את מחקרה המצוין בהנחיה משותפת של פרופ' יובל פלדמן ושלי, העמדות המובעות בו והמסקנות המעשיות הן כמובן שלה בלבד. להתייחסות נוספת לחלק מן ההיבטים הללו בהקשר הישראלי, ראו כהן וג'בארין, לעיל ה"ש 200. ראו גם את הכתיבה המוקדמת יותר של רות הלפרין־קרדי – הלפרין־קרדי "שיקולי מוסר", לעיל ה"ש 235. כן ראו את כתיבתי, ליפשיץ "דיני זוגיות חילוניים", לעיל ה"ש 235, בעמ' 219-220.

259 ראו למשל ע"מ (מחוזי י-ם) 824/05 פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 19.3.2006); עמ"ש (מחוזי ת"א) 1229-07 י' ב' נ' א' ב' (פורסם בנבו, 27.10.2010).

מהם²⁶⁰ מן ההתחשבות המשפחתית ולייחסם לבן-הזוג הבוגר בלבד. בעניינים אלו עוסקת דוקטרינה המוכרת כ"אשמה הכלכלית"²⁶¹. לעומת זאת גם אם במקרים קיצוניים של בגידה ושל חיים כפולים ניתן לסלוד מוסרית מהתנהגות הבוגר, הדרישה לפיצוי כספי נוסף מעבר לנזק הכלכלי הישיר, המוגן בכל מקרה על פי דוקטרינת האשם הכלכלי ואשר אינו חופף לפיצוי בגין הנזקים הכלכליים מפירוק הנישואים (שאינו מוצדק לנוכח ערך האוטונומיה), דורשת הסבר והבהרה.

שנית, אומנם אני מסופק באשר לעמדה השוללת שלילה מוחלטת את יכולתה של חברה ליברלית לקבוע אמות מידה משפטיות לצורך שיפוט של התנהגות מינית; ואולם אני נוטה להשתכנע מן הטענות המוסריות, העומדים על הקושי של בתי המשפט ליישם את אמות המידה המוסריות הכלליות במקרים הספציפיים בשל מורכבותם של היחסים האינטימיים ובשל החששות מפני הפולשנות ומפני הנזק הרגשי הנגרם ממנה. טיעונים אלה הם בעלי תוקף גם כאשר מדובר באשם מיני שאינו קשור לסיום היחסים. אכן, אינני כופר בכך שישנם מקרים נדירים שנראה שאפשר לזהות בהם אשם בצורה חד-משמעית, ללא פולשנות מיוחדת מעבר לפולשנות הכרוכה בהליכים משפטיים בהקשרים אחרים. בכל זאת אני סבור, כי במרבית המקרים זיהוי אשם יחיד הוא עניין מורכב, וכעניין של מדיניות רוחבית דומני כי הנזק מפתחת הפתח לעיסוק בשיקולי האשם המיני עולה על התועלת שעשויה לצמוח מכך במקרים נקודתיים. לא למותר להזכיר שוב בהקשר זה, כי בישראל שיקולי אשמה מינית, אם יהפכו לחלק מן המשפט הישראלי, ייושמו לא רק בידי בית המשפט האזרחי אלא גם בידי בית הדין הדתי שבהשראת הדין הדתי. בית הדין הדתי עשוי ליישם במודע או שלא במודע את ההיבטים המגדירים הגלומים בדין זה. יתרה מזו, בשל דיני הגירושים הנוהגים בישראל בני-הזוג נחשבים במקרים רבים כנשואים על פי הדין הדתי אף שיחסיהם כבר התמוטטו. בית הדין הדתי נוהג לסווג אף במקרים הללו יחסים מחוץ לנישואים כבגידה, והמקרה שנדון כבג"ץ הוא ההוכחה לכך. אף בכך יש כדי לתמוך בהימנעות ממתן תוקף לשיקולי אשם מיני בעת קביעת התוצאות הכלכליות של הגירושים, גם כאשר מדובר בשיקולים שאינם קשורים בהכרח לזהות האשם בסיום הקשר הזוגי.

(1) סגירת מעגל: מדוע ערך האוטונומיה אינו מאפשר גיבוש גישה ניטרלית כלפי הסקת שיקולי אשם מיני "הסכמיים"

בסעיפים הקודמים הוצגו מגוון טיעונים נגד שילובם של שיקולי אשמה מינית בקביעת התוצאות הכלכליות של הגירושים, ודחיתי כמה מטיעוני הנגד להם. אולם במבט ראשון טיעונים אלה אינם מערערים את משנתו האזרחית של השופט שטיין, משום שהוא אינו תומך בשילוב גורף של שיקולי אשמה מינית בקביעת התוצאות הכלכליות של הגירושים. טיעונו של השופט שטיין הוא, כי לנוכח ערך האוטונומיה על המשפט לכבד את הסכמת הצדדים המפורשת או המשתמעת ולהפגין ניטרליות כלפי תוכן ההסכמות, לרבות בנוגע לשאלה אם הן מייחסות חשיבות לאשם המיני של הצדדים.

260 ראו תמ"ש (משפחה ת"א) 10-6-23025-06 י' נ' א' (פורסם בנבו, 18.5.2012); להיבט נוסף של אשמה כלכלית, ראו ע"א 677/71 דוד נ' דוד, פ"ד (2) 457 (1972), העוסק בחובות אישיים.

261 ראו Gray, לעיל ה"ש 247. כן ראו משאלי-שלומאי, לעיל ה"ש 214, בעמ' 125-130.

האם ההתנגדות לשילובם של שיקולי אשמה מינית בקביעת התוצאות הכלכליות של הגירושים רלוונטית גם כאשר השיקולים הללו מעוגנים לכאורה בכוונת הצדדים או – במקרים של הענקות ומתנות – בכוונתו של המעניק? או שמא צודק השופט שטיין בטענה, כי כאשר שיקולי האשמה מעוגנים בכוונת הצדדים או למצער בכוונת הנותן אין מתעוררים החששות הללו, אלא להפך – המחויבות לערך הליברלי של האוטונומיה מצווה על גיבוש עמדה ניטרלית כלפי הסקת הסדרים המותנים באשמה מינית? אני סבור כי האפשרות הראשונה היא הנכונה. לצורך הדין אתמקד בארבעה מצבים פרדיגמטיים, שבהם שיקולי אשמה מעוגנים לכאורה בכוונת הצדדים: (1) פסק דין המרידה, שבו קרא בית הדין הרבני בהתאם למסורת ההלכתית תנאי מפסיק מכללא, שלפיו מחצית מדירת המגורים, שהמימון לרכישתה בא מהורי הבעל והיא נרשמה על שם שני בני-הזוג, תחזור לבעליה המקוריים במקרה שבו האישה חיה בגלוי עם גבר זר אף שהצדדים לא התגרשו רשמית;²⁶² (2) פסק דינו של בית הדין הגדול שבו עסק הבג"ץ, ובו קרא בית הדין תנאי מכללא, שלפיו כוונת השיתוף בדירת המגורים שהביא הבעל לנישואים הותנתה בתנאי מפסיק שלפיו בגידה מאוחרת תפקיע את המתנה; (3) דיני הכתובה ההלכתיים, הקוראים לתוך הכתובה תנאי מכללא שלפיו אם יזמה האישה את הגירושים ללא הצדקה, יוזמה זו תפקיע חלק ניכר מהתחייבויות הבעל במסגרת הכתובה;²⁶³ (4) הסכמה מפורשת או משתמעת בין בני-הזוג, שלפיה תשלומי האיזון על פי חוק יחסי ממון יותנו בכך שהצד המקבל לא יהיה האשם בפירוק הנישואים.

השופט שטיין עמד על כך, כי ערך האוטונומיה מחייב לכבד את הסכמת הצדדים במקרים הללו ואף להפגין ניטרליות כלפי תוכן ההסכמות.²⁶⁴ בניגוד לכך אסביר בסעיף זה, מדוע מערכת אזרחית ככלל וודאי שמערכת ליברלית המייחסת חשיבות לערך האוטונומיה בפרט אינה יכולה להפגין ניטרליות כלפי שיקולי אשמה מינית, גם כאשר הם מעוגנים לכאורה בכוונת הצדדים. טענותיי בהקשר זה מתחלקות לשלושה חלקים. ראשית, לערך האוטונומיה שני מובנים הרלוונטיים לעניינו. מובן אחד עוסק ביכולת להתחייב, ומובן שני עוסק ביכולתו של אדם להתנתק מקשרים ומהתחייבויות ו"להמציא את עצמו מחדש". השופט שטיין התמקד במובן הראשון, אך התעלם מן המובן השני. הסכמים המגבילים את האפשרות לסיים את קשר הנישואים, בין היתר באמצעות התחשבות באשם בפירוק הקשר בעת שנקבעות התוצאות הכלכליות של הגירושים, עומדים בניגוד למובן השני של ערך האוטונומיה, ומשום כך אי-אפשר לטעון בשם ערך זה לגישה ניטרלית כלפי אכיפתם והסקתם. שנית, השופט שטיין דרש בשם ערך האוטונומיה להניח לבני-הזוג לחיות את חייהם כרצונם ועל פי ערכיהם ואמונתם. ברם, אכיפת חוזים הכוללים אשמה מינית וודאי שהסקת תניות משתמעות שכאלה כאשר הן לא נכתבו במפורש דורשים מן המשפט ומבתי

262 ראו לעיל ה"ש 70, והטקסט המתייחס אליה.

263 ראו לעיל ה"ש 201–203, והטקסט המתייחס אליהן.

264 למען הדיוק אציין, כי השופט שטיין עצמו הגביל את דבריו רק למקרים המסווגים כנתינה, דהיינו שלושת המקרים הראשונים. לעומת זאת הוא הצהיר, כי הוא לא היה מקבל טענת בגידה לצורך שלילת הזכויות על פי חוק יחסי ממון. עם זאת כפי שהבהרתי לעיל ה"ש 107–123 והטקסט המתייחס אליהן, השופט שטיין לא הסביר מדוע ערכי האוטונומיה והדרישה לניטרליות אינם מחייבים לכבד גם הסכם מפורש או משתמע שבו החליטו הצדדים יחדיו להתנות את הזכות לאיזון משאבים בהיעדר אשמה מינית.

המשפט פעילות אקטיבית. פעילות זו דורשת מבתי המשפט לקבוע נורמות, ליישמן למקרה הקונקרטי ולפלוש לחיי בני-הזוג. דרישות אלה מעוררות התנגדויות ערכיות ומוסדיות, אשר נדונו בהרחבה בסעיפים הקודמים, באשר להתאמת המשפט ובתי המשפט לעסוק בענייני אשמה מינית, גם כאשר הם מעוגנים לכאורה בכוונת הצדדים. **שלישית**, ערך האוטונומיה הוא חשוב אך אינו הערך היחיד, ויש לאזנו מול ערכים אחרים ובראשם ערך השוויון. ודאי שאין לקבל את העמדה, שלפיה המשפט צריך לגלות עמדה ניטרלית באשר לשאלה אם בני-זוג בוחרים באורח חיים שוויוני או באורח חיים פטריארכלי נצלני.

(1) על אוטונומיה, התחייבות והתנתקות

אני מסכים עם השופט שטיין, כי חופש החוזים או חופש ההתחייבות הוא אחד ההיבטים המשפטיים המרכזיים הנובעים מערך האוטונומיה. ברם, המקרים שבהם אנו עוסקים חושפים היבט נוסף של ערך האוטונומיה אשר לא בא לידי ביטוי במשנתו של השופט שטיין, והוא זכותו של אדם לשנות את דעתו, להגדיר את עצמו מחדש ולהתנתק מקשרים ומהתחייבויות. אכן, במרבית המקרים דיני החוזים הליברליים, בעיקר בשל הסתמכותו של הצד השני לחוזה, מעדיפים את ערך ההתחייבות על פני הזכות לשנות דעה. אולם ישנם גם מקרים הפוכים, שבהם דיני חוזים ליברליים, **דווקא בשל ערך האוטונומיה**, יעדיפו את זכותו של אדם לשנות את דעתו ולהתנתק מן ההתחייבות, ומשום כך הם יסרבו להכיר בחוזה השולל זכות זו.²⁶⁵ אפשר להדגים זאת במקרה קיצוני של בני-זוג המתקשרים בחוזה העוסק בהתנהלותם המינית, כגון הסכם לקיום יחסי מין בתדירות מסוימת, וההנחה היא כי ההסכם נכרת מתוך רצון מלא של צדדים שוויוניים לחלוטין. אין ספק שלנוכח הסייגים הקבועים בדיני התרופות בישראל כלפי האפשרות לאכוף חוזה לשירות אישי, אף אחד לא יעלה על דעתו לאכוף חוזה מסוג זה. ואולם אף שחוזה לשירות אישי אינו כפוף לסעד האכיפה, הוא נחשב לחוזה שהמפר שלו כפוף לסעדים חוזיים אחרים כגון סעד הפיצויים. לעומת זאת ככל שמדובר בחוזה לקיום יחסי מין, נדמה לי כי קשה לחשוב על שיטת משפט מערבית מודרנית שתהיה נכונה לפצות את הנפגע עקב ההפרה. הסיבה לכך טמונה לדעתי בתחושה, כי בעניינים בעלי גוון אישי אינטימי החירות לסגת מן ההבטחה החוזית בדיעבד חשובה יותר מן החופש לקשור צד בחוזה מראש.²⁶⁶ בהקשר של דיני הזוגיות אני סבור, כי גישה זו עומדת ביסוד הרתיעה המסתמנת במרבית העולם המערבי מן העילה של הפרת הבטחת נישואים.²⁶⁷ אוסיף ואומר, כי בעיני תפיסה זו עומדת באופן עמוק גם מאחורי ההצדקה

265 Anthony T. Kronman, *Paternalism and the Law of Contracts*, 92 YALE L.J. 763, 766-780 (1983). כן ראו את המקרים המובאים לעיל ה"ש 225-231 כדוגמאות לזכות להתנתקות, המוגנת הן בחשיבה הליברלית המופשטת והן באופן קונקרטי במשפט הישראלי.

266 אני מניח שבמשפט הישראלי הכלי המשפטי לעיגון אי-הכבילות של חוזה שכזה יהיה באמצעות הגדרתו כסותר את תקנת הציבור. ברם סיווג החוזה כסותר את תקנת הציבור אינו סיבה העומדת בפני עצמה, אלא תוצאה של השיקול הליברלי, המאפשר בהקשרים מסוימים להתנתק ממחויבויות.

267 פנחס שיפמן "הבטחת נישואין – חוזה מחייב?" **משפטים** יג 104 (1983); ליפשיץ "החוזה הזוגי", לעיל ה"ש 121, בעמ' 307; עם זאת דווקא בהקשר הישראלי חלה בנושא זה נסיגה, ראו ע"א 5258/98 פלונית נ' פלוני, פ"ד נח(6) 209 (2004); וכך ראו את ביקורתה של נילי כהן

האינדיבידואליסטית להגדרת הנישואים כחווה שכל צד יכול לסיימו ולמגמה המסתמנת בעולם המערבי להגדיר את הגירושים כזכות יסוד.²⁶⁸ משום כך אני נוטה לדעה, שמרבית שיטות המשפט הליברליות המחויבות לערך האוטונומיה לא יסכימו לאכוף חווה השולל שלילה גורפת את האפשרות להתגרש ללא הוכחת אשמה.²⁶⁹

הדברים מורכבים יותר באשר לחוזים המאפשרים גירושים, אך מכבידים כלכלית על מי שמבקש להתגרש אך ורק בשל העובדה שהוא יזם את הגירושים. דוגמה לכך הם הסכמים שבהם הותנה במפורש שהמתנה, השיתוף, תוספת הכתובה או תשלומי האיזון לפי חוק יחסי ממון יפקעו במקרה שהפתיחה בהליך הגירושים אינה מוצדקת או במקרה של התנהגות המלווה באשמה מינית אשר הופכת את האשם לאחראי לסיום הנישואים. מחד, הסכמים שכאלה יוצרים במקרים מסוימים חסם ניכר ובלתי-עביר כמעט עבור בני-הזוג המבקשים להתגרש.²⁷⁰ בכך נפגעת זכות היציאה מהקשר הזוגי, המוגנת – או לפחות אמורה להיות מוגנת – בידי ערך האוטונומיה. מאידך, במקרים רבים הנסיבות הכלכליות של בני-הזוג, בייחוד במקרים שבהם ישנם פערים כלכליים ניכרים ביניהם, עשויים להכביד על היכולת של מי מהם לזיזם גירושים. עם זאת העמדה המקובלת היא שהסכמי ממון מפותחים, גם כאשר הם קובעים הפרדה רכושית, יכובדו בשל היבט ההתחייבות הנובע מערך האוטונומיה. על רקע האמור אני סבור, שמקרים אלה דורשים איזון בין שני המובנים של ערך האוטונומיה. בסופו של סעיף זה אציע כמה הצעות משלי בדבר התכנים המעשיים של האיזונים הנדרשים. מכל מקום הדיון העלה שהמובן השני של ערך האוטונומיה, התומך בזכות ההתנתקות בהקשרים האינטימיים, ניצב בניגוד לערך ההתחייבות, וודאי שהוא אינו מאפשר לקבוע כי המשפט צריך להיות אדיש כלפי התכנים של הסכמים המותנים באשמה מינית.

(2) על האופי המוסדי של הטיעונים נגד הסקת הסדרים המעוגנים באשמה מינית ואכיפתם

הטיעונים הליברליים נגד שיקולי אשמה מינית בקביעת התוצאות הכלכליות של הגירושים רלוונטיים אף כאשר שיקולים אלה מעוגנים לכאורה בכוונת הצדדים. רלוונטיות זו ברורה עוד יותר, כאשר מדובר בטיעונים הליברליים הדוחים את שיקולי האשם בשל

על פסק דין זה – נילי כהן "ירידתה ועלייתה של הבטחת נישואין" המשפט יא 27 (2007); וכן את מאמרה של גבריאלה שלו "הסכמים ג'נטלמניים" משפטים לב 3, 29 (2001), שבו היא עסקה בין היתר בהפרת הבטחת נישואין.

268 ראו לעיל ה"ש 225.

269 ראו בהקשר זה AMERICAN LAW INSTITUTE, לעיל ה"ש 215, הסבורים כי מרבית הערכאות שבארצות הברית לא יסכימו להסכם המצמצם את עילות הגירושים הקיימות בחוק. אולם השוו: Theodore F. Haas, *The Rationality and Enforceability of Contractual Restrictions on Divorce*, 66 N.C. L. REV. 879, 891-896 (1988).

270 כך למשל, בתקופת התלמוד הייתה הכתובה הפיזי המרכזי לאישה שהתגרשה. שלילת הכתובה במקרה שבו האישה יוזמת גירושים הופכת את האפשרות שלה לזיזם גירושים לבלתי-אפשרית כמעט. כיוצא בזה במקרים דוגמת הבג"ץ, שבהם השיתוף בדירת המגורים המשפחתית מותנה באי-בגידה או באי-זימת גירושים, וכאשר אין לאישה משאבים כלכליים גדולים, שלילת השיתוף בדירה עלולה ליצור חסם בלתי-עביר כמעט בפני מימוש רצונה להתגרש.

הקושי לקבוע אמת מידה מוסרית או בשל הקושי ליישמה במקרה קונקרטי,²⁷¹ וכן בהקשר של טיעונים המזהירים מפני הפולשנות ליחסי הצדדים.²⁷² אכן, כפי שהדיון ההלכתי בדיני הכתובה²⁷³ והדיון בפסק הדין בעניין המרידה²⁷⁴ מבהירים היטב, הסקת קיומו של התנאי המפקיע את המתנה או את ההתחייבות במקרה של סיום הנישואים ביוזמת מקבל המתנה, הגם שהיא מעוגנת לכאורה בכוונתו של הנותן, אינה מבוססת על מבחן טכני שלפיו המתנה, תוספת הכתובה או השיתוף יפקעו במקרה שבו המקבל יזום את הגירושים מכל סיבה שהיא. ההסכמה המוסקת בכל המקרים הללו היא, כי פקיעת המתנה, ההתחייבות או השיתוף מבוססת על בחינה מוסרית של התנהגות הצדדים, שמטרתה לגלות מיהו האחראי המוסרי לפירוק הקשר. מבחן מהותי זה כמעט אף פעם שאינו מעוגן בקריאה נקודתית של כוונת הצדדים, אלא במבחנים ערכיים בנוגע לאשם המיני.

עניין זה מעורר שוב את השאלה, אם שיטות משפט אזרחיות – להבדיל משיטות דתיות – מסוגלות או נכונות לקחת על עצמן את המשימה של שיפוט מוסרי בכלל ושל שיפוט מוסרי מיני בפרט, בייחוד כדי לבחון אם האשם המיני הוא גם האחראי לסיום היחסים. לא למותר להזכיר בהקשר זה את החשש, כי ההגדרות המשפטיות אינן רגישות מספיק לדקויות שהיחסים הזוגיים מספקים. כך למשל, בבג"ץ טען הבעל בכתב התביעה, כי הצדדים אינם מקיימים יחסי אישות זה כמה שנים. בדיון באשם המוסרי עמדתי על כך, כי גם מי שנכון להתייחס לבגידה כאל עוול מוסרי וכאל סיבה לסיום היחסים אמור להבחין בין בגידה שמוטטה יחסים תקינים לבין קיום יחסי מין מחוץ לנישואים בתקופה שבה הנישואים כבר התמוטטו מבחינה מהותית. אולם בפועל בית הדין הרבני לא ערך את ההבחנות הללו, ובעקבות הדין הדתי הוא ראה בבגידת האישה, שהתרחשה אף לדברי הבעל רק בחודשים האחרונים לחיי הנישואים, סיבה מספקת להגדרת האישה כאשמה בסיום הקשר. נסיבות אלו גרמו להפעלת התנאי המפסיק, המפקיע את השיתוף שכבר נוצר, אף שגם לדברי הבעל הבגידה התרחשה לאחר שנים שבהן יחסי הצדדים לא היו כשורה. הנה כי כן, עובדות הבג"ץ ממחישות עד כמה מוצדקים הם החששות הליברליים מפני אי-ההתאמה של הקטגוריות המשפטיות לטיפול במציאות המשפחתית המורכבת, גם כאשר שיקולי האשם מעוגנים לכאורה בכוונת הצדדים. ודוק, השופט שטיין הצהיר בצדק כי "בני זוג רשאים לחיות את חייהם כזוג במתכונת דתית, חילונית, פטריארכלית, פמיניסטית או במתכונת אחרת שמתכללת בתוכה ערכים והשקפות עולם מזה ומזה. כמו־כן רשאים הם לאמץ לעצמם דפוס של חיים אינטימיים לפי בחירתם, אשר יכלול ושל לא יכלול חופש מיני".²⁷⁵ אולם כאשר השופט שטיין הוסיף מיד לאחר מכן כי "כל אלה הם עניינם הפרטי, ולא ענייננו", הוא התעלם מן העובדה שבפועל קריאת תנאי מפסיק להסדר שיתוף, איוון או מתנה העוסק באשמה המינית של הצדדים הופכת את עניינם הפרטי של הצדדים לעניינו, והיא דורשת משיטת המשפט לקבוע אמות מידה

271 ראו לעיל פרק 5.ג(ד)2,3 ("הקושי הליברלי לקבוע אמת מידה של אשם" ו-"מורכבותם של היחסים הזוגיים, והקושי לזהות אשם בכלל ואחראי לפירוק הקשר בפרט").

272 ראו לעיל פרק 5.ג(ד)4 ("טיעון הפולשנות").

273 ראו לעיל ה"ש 201-203 והטקסט המתייחס אליהן.

274 ראו לעיל ה"ש 70.

275 ראו הבג"ץ, לעיל ה"ש 4, פס' 7 לפסק דינו של השופט שטיין.

מוסריות וליישמן ליחסי הצדדים. כל אלה עומדים בניגוד לשיקולים הערכיים והמוסדיים, שבגללם נרתעות שיטות משפט מעיסוק בעניינים הללו, והם מחייבים פלישה לפרטיות התא המשפחתי. אכן ייתכן שבשם ערך "האוטונומיה" במובן שאליו השופט שטיין מכוון, כלומר הערך התומך בחופש החוזים, ניתן להצדיק ובדוחק מתן תוקף משפטי בתנאים מסוימים להסכמים מפורשים המייחסים חשיבות לאשמה מינית; ובכל זאת לנוכח השיקולים שהוזכרו, אי-אפשר לקבל את העמדה שערך האוטונומיה הוא חזות הכל ושעל המשפט לאמץ עמדה ניטרלית כלפי ההסכמים הללו, ללא קשר לתוכנם ולקשיים הערכיים, המוסדיים והאנושיים שאכיפתם והסקתם מחייבות.

(3) על אוטונומיה ועל שוויון מגדרי

בהציגו את המרכזיות של ערך האוטונומיה ושל עקרון הניטרליות הדגיש השופט שטיין, כי הם רלוונטיים לא רק בנוגע לשאלת האשמה המינית אלא גם בנוגע להיבטים נוספים, כגון השאלה אם הצדדים בחרו באורח חיים פטריארכלי או פמיניסטי.²⁷⁶ בניגוד לעמדתו של השופט שטיין אני סבור, כי לנוכח מרכזיותו של עקרון השוויון במשפטנו,²⁷⁷ המשפט הישראלי אינו יכול להישאר שווה נפש או ניטרלי כלפי השאלה אם הסדר השיתוף בין בני-הזוג נשען על יסודות שוויוניים או פטריארכליים. אכן, מן הדיון בתפיסת השיתוף הזוגי שהתגבשה בישראל ניכר שגישה זו אינה מקדשת את ערך האוטונומיה כערך יחיד, אלא היא מאזנת בין ערך זה לבין הערכים של שוויון מגדרי ושל צדק באמצעות קביעת הסדר שיתוף מעין קוגנטי.²⁷⁸ בדומה למכניזם זה אני סבור, כי גם אם המשפט הישראלי יאלץ לאכוף הסדרים לא-שוויוניים בחירוק שיניים, אין לדרוש ממנו להסיק הסכמים משתמעים שכאלה או לקבוע ברירות מחדל האדישות לשאלה אם תוכנם שוויוני או פטריארכלי.

בסעיף הקודם עמדתי על כך, שעילות האשמה המסורתית לא יושמו בצורה סימטרית בין גברים ונשים. גישות אלה עשויות להשפיע גם על הדרך שבה יוסקו תנאים מכללא העוסקים בנאמנות מינית.²⁷⁹ לחשש זה במציאות הישראלית יש להוסיף שלושה היבטים. ראשית, מן ההיבט המוסרי, במקרים שבהם הסמכות לדון ביחסי הרכוש נתונה לבית הדין הרבני, כפי שהיה בעניין הבג"ץ, גובר החשש לכך שהדין הדתי יהיה מקור הראיה להסקת תניות מכללא המשקפות מוסר מיני כפול. שנית, במציאות הכלכלית הכנסותיהם של גברים גדולות משל נשים, ואת הרוב הגדול של התביעות על פי חוק יחסי ממון ועל פי השיתוף הספציפי מגישות נשים נגד גברים. במציאות זו קריאת תנאי מכללא, הממוקד באומד דעתו של הבעלים הרשום ולפיו נתינת המתנה מותנית בנאמנות מינית של מקבל המתנה גם לאחר שהתגבשה כוונת השיתוף, תפגע במרבית המקרים בנשים. שלישית, יש לזכור שבמציאות הישראלית, שבה דיני גירושים מבוססים על אשמה, ישנם עדיין מקרים שבהם קשר הנישואים התמוטט מבחינה מהותית, אך בני-הזוג עורם נחשבים לנשואים. במקרים אלה המוסר הכפול המאפיין את הדין הדתי, ולפיו בגידת האישה חמורה מבגידת הגבר בא

276 ראו הבג"ץ, לעיל ה"ש 4.

277 ראו למשל את חוק שיווי זכויות האשה.

278 ראו לעיל פרק ג.3.

279 ראו לעיל ה"ש 250.

לידי ביטוי מובהק, שכן ילדיה של אישה נשואה מחוץ לנישואים ייחשבו למזורים, מה שאין כן באשר לילדיו של גבר נשוי.²⁸⁰ עניין זה, המצטרף לפער בעילות הגירושים שבין גברים ונשים, מוליך במקרים רבים לתופעה המגונה של סרבנות הגט. מצב עניינים שבו אישה מסורבת גט, המבקשת להקים משפחה חדשה גם ללא גט, תיחשף לא רק לסנקציות הדתיות, כגון אובדן זכותה לכתובה ולמזונות, אלא גם לסנקציה אזרחית של החזרת מתנות שקיבלה – הוא קשה במיוחד. ודאי שהוא אינו מאפשר לנקוט עמדה ניטרלית כלפי תנאי של נאמנות מינית כאמור.

(ז) במקום ניטרליות: הצורך באיזון בין ערך ההתחייבות לבין השיקולים המתחרים

בסעיף הקודם עמדתי על כך, שהסיבות שהוליכו את בתי המשפט האזרחיים לדחות את האשמה המינית כגורם שיש להתחשב בו בעת קביעת התוצאות הכלכליות של הגירושים מצדיקות דחייה של רעיון הניטרליות כלפי שיקולים אלה, גם כאשר נעשה ניסיון להסיקם מכוונת הצדדים. ובכל זאת אני מסכים עם השופט שטיין, כי ערך האוטונומיה במובנו הראשון, המכיר בזכותם של אנשים להתחייב, הוא ערך חשוב. על כן, גם אם אין ליתן לערך זה מעמד מכריע, יש לאזנו אל מול השיקולים המתחרים. המסגרת הנוכחית אינה מאפשרת לפרוס משנה סדורה על דרך האיזון הראוי, אך בשורות הבאות אפרוס כיווני מחשבה ראשוניים.

ראשית, אני מצטרף לעמדתו של השופט שטיין, שלפיה כאשר מדובר בנכסים שאינם בני-איזון אשר אלמלא החוזה היו שייכים לבעלים הרשום, יש ליתן תוקף להסכמה החוזית המפורשת, המתנה את השיתוף בהיעדר בגידה עתידית. **שנית**, יש לקבוע ברירת מחדל, שלפיה בהיעדר אינדיקציה נוגדת, משהתגבשו התנאים המגבשים בדרך כלל כוונת שיתוף, הרי מדובר בנתניה מוחלטת שאינה מותנית בבגידה מאוחרת. **שלישית**, אני נוטה לדעה המזכירה את המכניזם שפותח בנוגע לשיתוף בנכסים בני-איזון, שלפיה גם אם ייקבע שיש להכיר בתנאי מוסכם המפקיע מתנה או שיתוף במקרה של אשם מיני מאוחר להתגבשות השיתוף, יש לדרוש כי תנאי שכזה יהיה מפורש ואולי אף מנוסח וכתוב בצורה פורמלית, ולסרב להכיר בו כהסדר משתמע. בדרך שכזו המשפט יאזן בין השיקולים המוסדיים והערכיים המתנגדים להתניות שכאלה, לבין הצורך לכבד את האוטונומיה של בני-זוג המתעקשים שתניה שכזו תהיה חלק מן ההסדר הרכושי ביניהם. **רביעית**, לשיטתי אף כאשר מדובר בהסכמים הכוללים תניות מפורשות המפקיעות את השיתוף במצבים של אשמה מינית מאוחרת, יש לצמצם את ההכרה בהם, הן באמצעים פרשניים והן בהפעלה מרחיבה של דיני הפגמים בכריתתה וההתערבות בתוכן החוזה. **חמישית**, יש להבחין בין סוגים שונים של הסכמים; לא הרי הסכמים המגבילים הגבלה מוחלטת את היכולת לסיים את הקשר כהרי הסכמים הקובעים תג מחיר מסוים לאשמה מינית. ככל שמדובר בהסכם המכביד יותר על יכולת היציאה, כך יש להחמיר את הפיקוח עליו עד כדי איסור מוחלט. כיוונים ראשוניים אלו ממחישים נקודות איזון אפשריות בין עקרון הניטרליות לבין התעלמות מוחלטת מרצונם של הצדדים.

280 ראו שם. להשלכות של מאפיינים אלה של דיני הגירושים הדתיים על עיצוב דיני המשפחה לישראל, ראו למשל שחר ליפשיץ **הידועים-בציבור** – בראי התיאוריה האזרחית של דיני המשפחה, שער רביעי (2005). לעידונם המסוים בפסיקתם של חלק מבתי הדין הרבניים, ראו את המחקרים המוזכרים בה"ש 65.

(ח) אימתי בכל זאת ייחס המשפט האזרחי חשיבות ל"יחסים אינטימיים מחוץ לנישואים" בדונו אם התגבש שיתוף ספציפי? עיון מחודש בגישתו של השופט עמית

לנוכח הדיון שנערך עד כה, אתייחס בקצרה למקרים הטיפוסיים שהוזכרו בפסק דינו של השופט עמית כמקרים שבהם אף המשפט האזרחי הקיים התיר להתחשב בקיומם של יחסים אינטימיים מחוץ לנישואים כחלק מהדיון בשאלה, אם התגבש שיתוף בנכסים שאינם בני-איוון.²⁸¹ ניתוח השיקולים שהועלו בפרק זה יסייע לציין ביתר דיוק באילו מקרים ובאיזה אופן תותר התחשבות שכזו.

ראשית, ההבחנה הראשונה שהציע השופט עמית בין ההתחשבות האזרחית המותרת בשיקולי האשמה לבין התחשבות לא-לגיטימית בשיקולי אשמה מבוססת על המבחן הכרונולוגי. על פי מבחן זה, בבוא בית המשפט לבחון אם בנקודת זמן מסוימת התגבש שיתוף, לגיטימי להתייחס לבגידות ולמשברים שאירעו לפני נקודת זמן זו כאחת מאמות המידה האזרחיות שעל פיהן אפשר לבחון אם התגבש השיתוף. לעומת זאת משקבע בית המשפט שבנקודת זמן מסוימת התגבש שיתוף ספציפי בהתאם לקריטריונים "הרגילים", כלומר אלה שאינם מביאים בחשבון שיקולי אשמה מינית, הרי החל משלב זה לא יהיה אפשר להפקיע את השיתוף בשל אשמה מינית שמקורה באירוע שחל לאחר התגבשותו. ההצדקה להבחנה הכרונולוגית טמונה לדעתי בעקרון האוטונומיה ובאיום על זכות היציאה. העמדה המאפשרת להסיק כוונה משתמעת, שלפיה כל אירוע בגידה או באופן רחב יותר סיום הנישואים "באשמת" הבעלים הרשום יוליך לפקיעת המתנה או השיתוף, יוצרת איום של ממש על יכולתו של מקבל המתנה או השותף הלא-רשום במקרה של השיתוף הספציפי לממש את זכות היציאה שלו מן הנישואים. איום זה נמשך לאורך כל חיי הנישואים, והוא מעיב על יכולתו לבחור לסיימם. לעומת זאת מאחר שהשיתוף הספציפי על פי הכללים הרגילים מתגבש בשלב כלשהו על ציר הזמן של הנישואים,²⁸² כלל משפטי שיאסור להתחשב באירועי אשמה מינית שחלו לאחר התגבשות השיתוף יסיר את האיום מעל זכות היציאה של השותף הלא-רשום מיד לאחר נקודת הזמן שבה התגבש השיתוף הספציפי.

שנית, ההבחנה השנייה שהציע השופט עמית היא בין בגידה חד-פעמית לבין בגידה ממושכת, שיש בה כדי להעיד על כך שלא התקיימו תנאי הסף לשיתוף או על סיום השיתוף. אולם יש לדייק במבחן זה. אני סבור כי יש למקד את ההבחנה לא בהיבט הכמותי של הבגידות, אלא בתפקיד הבגידה לענייני הרכוש. הטיעונים הליברליים מתנגדים להתחשבות בבגידה כאמת מידה לזיהוי האשם בכלל והאשם בפירוק הקשר בפרט בין היתר בשל אי-הרצון לעסוק בהערכה מוסרית של התנהגות הצדדים. לעומת זאת במקרים שבהם המשפט האזרחי הקיים מתיר לבחון את ההיבטים האינטימיים של יחסי הצדדים, ההתנהגות המינית היא

281 ראו את פסקי הדין האזרחיים שהוזכרו בבג"ץ, אשר בהם הוכרו שיקולי אשמה: בג"ץ 3995/00 פלונית נ' בית-הדין הרבני הגדול לערעורים בירושלים, פ"ד נו(6) 883 (2002) (להלן: בג"ץ 3995/00), וכן עמ"ש (מחוזי ת"א) 11-12-13313 נ' א' ע' ר' נ' א' ע' (פורסם בנבו, 26.2.2014) (להלן: עמ"ש 11-12-13313); כמו כן ראו את האבחנות שבהן תמך השופט עמית ושהוזכרו לעיל ה"ש 123.

282 ראו הלכת בן גיאת, לעיל ה"ש 107.

אחד המשתנים לכחינה אם התגבשו מלכתחילה כוונת שיתוף או "תנאי הסף הקישוריים", אך אין מדובר בהערכה מוסרית של התנהגות הצדדים או של אחריותם לסיום הקשר. כך למשל, באחד המקרים שבהם התיר המשפט האזרחי להתחשב בבגידה דובר במקרה של בגידות חוזרות ונשנות שהיו ידועות לכת-הזוג. בית המשפט למד מכך על יחסים רעועים, שאינם מלמדים על אורח חיים הכולל חיי שיתוף מלאים גם בנכסים שמלפני הנישואים.²⁸³ על כך שההתחשבות בבגידה אינה מלווה בשיפוט מוסרי תעיד העובדה, שבמקרה אחד קיום היחסים מחוץ לנישואים, שעליהם ידעה בת-הזוג, שימש אינדיקציה לקיומה של "שותפות מוחלשת", מה שפעל דווקא לטובת "הבוגד".²⁸⁴

שלישית, ההבחנה בין התחשבות מותרת בבגידה ובהיבטים האינטימיים של היחסים הזוגיים, כאשר התחשבות זו אינה מלווה בשיפוט מוסרי, לבין ההתנגדות האזרחית לשיקולי אשמה מינית המלווים בהערכה מוסרית מתקשרת גם לטיעון הפולשנות. עצם העיסוק בשאלת הבגידה והדפוסים האינטימיים של הצדדים הוא פולשני ומביך גם כאשר הוא אינו מלווה בשיפוט מוסרי, כגון במקרים שבהם הוא נעשה על מנת להבין אם התקיים בין הצדדים אורח חיים המעיד על התגבשות כוונת שיתוף אף בנכסים שאינם בני-איוון, או במקרים שבהם הראיות לבגידה מתמשכת נדרשות לצורך קביעת המועד של סיום השיתוף. ברם חרף "אי-הנעימות", המשפט הישראלי, שאינו מתיר בדרך כלל התחשבות בשיקולי אשמה מינית, נכון בכמה מקרים לעסוק בשאלות הבגידה בהקשרים הללו, לפחות כאשר מדובר בבגידה ממושכת. משום כך אני סבור כי טיעון הפולשנות לברו אינו מכריע. אולם העיסוק בהיבט האינטימי, כאשר הוא מלווה בשיפוט ערכי מוסרי, מחמיר בעיניי עוד יותר את תחושת אי-הנוחות של הצדדים ואת מה שכינה השופט עמית "תחושת הגירוד בפצע המשפחתי".²⁸⁵ משום כך גם מי שנכון לייחס משמעות לקיומם של יחסים אינטימיים מחוץ לנישואים כאינדיקציה לטיב יחסי הצדדים יירתע מלעשות זאת, אם הדבר נדרש כדי לקבוע כי אחד הצדדים ביצע מעשה ההופך אותו לאשם מוסרית או לאחראי לסיום הקשר.

לכסוף אציון, כי בעוד שהאומדנות השמרניות-הלכתיות לאשם מיני עלולות במקרים רבים לשקף מוסר מגדרי כפול, בדיקה "אזרחית" של טיב יחסי הצדדים או התמוטטותם, שלא נועדה לאתר את "האשם", חשופה פחות לסוג זה של סכנה.

283 ראו בג"ץ 3995/00, לעיל ה"ש 281.

284 ראו בע"מ 8206/14 פלזניץ נ' פלוני (פורסם בנבו, 14.4.2015). פסק דין אזרחי נוסף שהוזכר בבג"ץ ובפסק דינו של בית הדין הגדול כדוגמה לנכונות אזרחית לייחס משמעות לבגידה הוא פסק דינו של השופט שוחט בבית המשפט המחוזי בתל-אביב, ראו עמ"ש 11-12-13313, לעיל ה"ש 281. בפסק דין זה הבגידות השיטתיות אכן שיקפו את היחסים הגרועים שבין הצדדים באופן החותר תחת התקיימות התנאים הקישוריים. נוסף על כך, הבגידות באותו המקרה היו חלק מדפוס של שקרים ושל גניבות כספיות. נושא זה מתקשר לנושא האשם הכלכלי, המוכר במשפטנו האזרחי (ראו לעיל פרק ב.6(ד)).

285 ראו את דברי השופט עמית בע"א 8489/12, לעיל ה"ש 190.

(ט) סיכום הסעיף

בסעיף זה הצגתי את הטענות הליברליים נגד שילובם של שיקולי אשמה מינית בקביעת התוצאות הכלכליות של הגירושים. הסברתי מדוע טענות אלה תקפים גם במקרים שבהם שיקולי האשמה מוצגים כתנאי מפסיק משתמע של הבעלים הרשום – אשר על פי השופט שטיין יש לראות בו את נותן המתנה – המאפשר להפקיע שיתוף שכבר התגבש על בסיס בגידה מאוחרת, ומשום כך מדוע יש להסתייג ממשנתו של השופט שטיין, הדורש ניטרליות כלפי הסדרים המותנים בשיקולים אלה. לעומת זאת ניתוחי לימד, כי טענות אלה אינם תקפים – או למצער שתוקפם נחלש – במקרים שהציג השופט עמית בפסק דינו המקורי כמקרים שבהם אף המשפט האזרחי הנוהג יתחשב בהתנהגות המינית של הצדדים. על רקע הסתייגות זו יש להצר על כך, שבתגובתו לביקורת של השופט שטיין בדבר אי-עמידתו בדרישה לניטרליות, נסוג השופט עמית מעט מעמדתו המקורית והביע נכונות לאכוף תנאי מפסיק משתמע הנוגע גם לבגידה מאוחרת, אם יוכח כי הוא שיקף את כוונתו של הבעלים הרשום.²⁸⁶ לשיטתי, ערך האוטונומיה אינו מחייב ניטרליות בנוגע להסקת תניות מסוג זה. על כן, אף אם במקרים מסוימים עקרון חופש החוזים תומך באימוץ תניות שכאלה, יש לצמצם זאת למקרים של תניות מפורשות, מפוקחות וקונקרטיות.

לקראת סיום אציין, כי הדיון בפרק זה לא מיצה את מורכבות הסוגיה של האשם המיני. כך למשל, לסוגיית האשם המיני ממשקים מורכבים עם דיני הנזיקין²⁸⁷ והחוזים, המתעוררים במקרים שבהם האשם המיני עולה כדי התעמרות, כמו גם במקרים של שקרים ושל הפרות אמון. אף הממשק שבין האשם המיני לבין סוגי אשם נוספים, כגון האשם הכלכלי והאשם

286 ראו לעיל ה"ש 123.

287 לממשקים שבין דיני הנזיקין לדיני האשם בגירושים, ראו Morse, לעיל ה"ש 208, בעמ' 644-645, העומד על המתח שבין מדיניות של גירושים ללא אשמה, המתנגדת לשיפוט מוסרי של אשם מיני, לבין השיפוט המוסרי הנערך במסגרת דיני הנזיקין בהקשרים רבים. השוו Laufer-Ukeles, לעיל ה"ש 236, המסכימה כי יש מקום לשיפוט מוסרי של התנהגויות זוגיות מסוימות כגון התעמרות, אך עדיין מתנגדת להגדיר בגידה כשיקול בקביעת התוצאות הכלכליות של הגירושים. ראו גם את החיזוי של Woodhouse & Bartlett, לעיל ה"ש 251, בעמ' 2539, שלפיהן: "Tort claims filed in conjunction with divorce claims increasingly bridge the gap between no-fault and traditional fault based justice, serving to compensate for physical and emotional suffering, as well as economic loss, and to punish reckless or intentional infliction of harm". לניתוח רחב של הממשקים השונים שבין דיני הנזיקין לבין דיני הזוגיות, ראו בנימין שמואלי "תביעות נזיקין בין בני-זוג – התדיינות או חסינות?" מחקרי משפט כז 139 (2011), וכן בנימין שמואלי "מפגשים ועימותים בין דיני הנזיקין לדיני המשפחה הדתיים והאזרחיים: המעגלים השונים של תביעות הנזיקין במשפחה" עשרים שנה להקמת בתי המשפט למשפחה בישראל 207 (צבי ויצמן עורך, הנהלת בתי המשפט, 2015). לפסק דין ייחודי העוסק בנושא בהקשר הישראלי בתביעה נזיקית בשל ניאוף ופזיזת פתח להכיר בה כתנאים מסוימים, ראו תמ"ש (משפחה טב') 10541-03-11 מ' ז' נ' א' ז' (פורסם בנבו, 30.1.2012). להסבר מדוע ניאוף אינו מאפשר תביעת נזיקין מצד בן-הזוג הנבגד כלפי הנואף עם בן-זוג, ראו חוות דעת של השופט עמית בע"א 8489/12, לעיל ה"ש 190.

שמקורו באלמות²⁸⁸, דורשים דיון נוסף, שאני מקווה להקדיש לו בקרוב מחקר עצמאי. תחושת האישית היא, שמחקר שכזה יחשוף מקרים נוספים שבהם על המשפט האזרחי לייחס משמעות לאשם מיני מעבר למקרים המוכרים בו כיום. עם זאת חשוב לציין כי הטיעונים שהבאתי, הפותחים פתח לשילובם של שיקולי אשמה מסוגים שונים אף במשפט האזרחי, אינם חותרים תחת הביקורת המובעת במאמר זה באשר להיתכנות "הניטרליות" כלפי שיקולי אשמה מינית בקביעת התוצאות הכלכליות של הגירושים. להפך, טיעונים אלה מבהירים, כי סוגיית האשמה מערבת מגוון של שיקולים ציבוריים, ערכיים, נורמטיביים ומוסדיים, ושלכל מדיניות שתבחור תהיה השלכה נורמטיבית ותודעתית. משום כך הם מחזקים את הטיעון נגד הדרישה לניטרליות של המשפט כלפי שיקולי אשמה מינית.

סוף דבר

הדיון במאמר עסק בנפרד בשאלת הפרשנות של פסק דינו של בית הדין הגדול, בפיקוח של בג"ץ על בית הדין ובמשנה האזרחית של השופט שטיין בדבר השפעת ערך האוטונומיה על הסקתם ועל אכיפתם של הסדרים המותנים באשמה מינית לגופה. כעת בפנינו התמונה הכוללת.

לאחר פרק המבוא, שבו הוצג פסק הדין והטיעון הכללי של המאמר, עסק הפרק הראשון של המאמר בניתוח המחלוקת שבין השופטים מינץ ועמית באשר לפרשנות פסק הדין של בית הדין הגדול. במחלוקת זו תמכתי בעמדת השופט מינץ, שלפיה יש לקבל ערעור על פסק דין שהתקבל במותב רק אם לאחר "ניקוי" העמדות וההנמקות השגויות של השופטים לא ניתן לבסס דעת רוב "נכונה". עם זאת לגופו של עניין תאמה קריאתי את פסק הדין דווקא את פרשנותו של השופט עמית, שלפיה פסק הדין כמכלול – ולא רק דעת היחיד – התבסס על שיקולי בגידה בהשראת הדין הדתי. מסקנתי זו התבססה בראש ובראשונה על ניתוח הרובד הגלוי של פסק הדין. רובד זה כולל התייחסות של מרבית הדיינים – ולא רק של דייני יחיד – לשיקולי האשם המיני, להכבדת הנטל הנדרש להכרה בשיתוף הספציפי בשל הקושי לעגן הלכתית דוקטרינה משפטית שהתפתחה בפסיקה (להבדיל מדוקטרינה שמקורה בחוק) ולתפקידו של הדין הדתי כאמת מידה פרשנית להלכת השיתוף הספציפי. לצד הניתוח של הרובד הגלוי של פסק הדין סברתי, כי יש להצדיק את גישתו החשדנית של השופט עמית ואת דרישתו לקרוא גם בין השורות של פסקי הדין של בית הדין הרבני. גישתו זו התגבשה לנוכח ההיסטוריה המורכבת של יחסי בית הדין ובית המשפט ולנוכח החשש, שדווקא הברכה הגלומה בנכונות בתי הדין לדבר בשפה המשפטית האזרחית עשויה להוליך לתוצאות שאינן ראויות. עמדתי זו התחזקה עוד יותר כאשר נוכחתי לדעת, כי קו החשיבה המוצנע בפסק הדין הנוכחי הוא חלק ממהלך אידיאולוגי רחב היקף. המהלך בא לידי ביטוי במקרים אחרים, ומטרתו להביא בחשבון בגידות ומרידות לעניין היחסים הכלכליים בין בני-הזוג עד כדי שלילה למפרע של זכויות שנצברו ואף נרשמו, תוך שבית הדין מבקש לרכוש לעצמו סמכות לעסוק בנושאים הללו.

288 ראו בע"מ 7272/10 פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 7.1.2014).

הפרק השני של המאמר עסק במחלוקת שבין השופטים עמית ושטיין בעניין הפיקוח השיפוטי של בג"ץ על בית הדין הרבני. הפרק מתח ביקורת על שגיאות נקודתיות בפסק דינו של השופט שטיין, כגון ביסוס סמכותו של בית הדין על הסכמת הצדדים, בניגוד לפסיקת בית המשפט העליון. ביקורת נוספת נמתחה על הצגה רזה של השופט שטיין את עילות ההתערבות של בג"ץ בפסיקת בתי הדין הרבני, כמוגבלות להחריגה מסמכות במובנה הצר ולא־יציות להוראות הדין המופנות ישירות כלפיו, הצגה המהדהדת את הרטוריקה שקדמה להלכת בבלי. ואולם הביקורת העיקרית בפרק זה הופנתה כלפי הכרעתו המעשית של השופט שטיין שלא להתערב בפסק דינו של בית הדין הגדול. השופט שטיין הציג את פסק הדין של בית הדין הגדול כמבוסס על הכרעה עובדתית נקודתית, ולפיה הסכמתו של הבעלים הרשום להעניק לבת־זוגו מחצית מדיירת המגורים הותנתה בתנאי שלפיו מתנה זו תפקע במקרה של בגידה עתידית. השופט שטיין סבר, כי בג"ץ אינו מוסמך להתערב בהכרעות עובדתיות של בית הדין גם אם מדובר בהכרעות שגויות. הוא סבר כי הלכת בבלי אינה רלוונטית, לנוכח העובדה שמדובר בנכסים שאינם בני־איוון ולנוכח העיגון של שיקולי האשם המיני בכוונה המשתמעת של הבעל להתנות את השיתוף בנאמנות המינית של האישה. אולם פסק דינו של השופט שטיין בהקשר זה שגוי בשלושה מובנים. ראשית, אין מדובר בפסיקה המבוססת על בחינת כוונתם של הצדדים הספציפיים אלא בפסיקה אידיאולוגית, אשר קובעת ברירת מחדל גורפת, שלפיה הענקת רכוש של בן־זוג לרעהו מותנית בכך שעד לסיום הנישואים מקבל המתנה ישמור על נאמנות מינית כלפי בן־זוגו. שנית, עמדתי על כך שקביעת ברירת מחדל היא עניין משפטי ולא עובדתי, ועל כן על פי הלכת בבלי הוטל על בית הדין לציית לפסיקה האזורית ולא לחרוג מברירות המחדל שנקבעו בה. שלישית, הראיתי שפסיקת בית המשפט העליון בעניין תנאי במתנות דחתה את ההבחנה שבין "ליקחה" ו"נתינה", ועל כן היא הורתה כי אין לשלב שיקולי אשמה מינית או התחשבות בבגידה מאוחרת בעת שנקבע אומד דעתם של הצדדים, או ליתר דיוק – אומד דעתו של הנותן. לכן צדק השופט עמית בהכרעתו לבטל את פסק דינו של בית הדין הגדול. לצד הביקורת על פסק דינו של השופט שטיין בהקשר זה עמדתי גם על הסכנה, שהלוגיקה של פסק הדין תכשיר בסופו של דבר – בניגוד לכוונתו של השופט שטיין – גם גלישה של שיקולי אשם מיני לעיסוק בנכסים בני־איוון, תוך הצגת השיקולים הללו כמעוגנים בכוונת הצדדים.

הפרק השלישי דן במשנתו האזורית של השופט שטיין בדבר השפעת ערך האוטונומיה על יחסי הרכוש לגופה, ובייחוד בטענה שלפיה לנוכח ערך האוטונומיה יש ליישם את עקרון הניטרליות כלפי הסקת הסדרי רכוש המותנים באשמה מינית. לצד הביקורת החוזית (שבה עסקתי כבר בפרק השני) והעמידה על כך שקביעת ברירת מחדל היא פעולה משפטית נורמטיבית שאינה יכולה להיחשב ניטרלית, הדיון בפרק ביקר את תיאוריית הניטרליות של השופט שטיין משלוש נקודות מבט נוספות. מנקודת המבט של דיני השיתוף הזוגי ביקרתי את הצגת דיני הרכוש הזוגי בידי השופט שטיין כמשטר של "חווה" ואת הדרישה לעמדה ניטרלית־שוויונית כלפי סוגים שונים של הסדרים מוסכמים. טענתי כי ככל שמדובר בנכסים שהם תוצר של מאמץ משותף של שני בני־הזוג, או בלשונו של חוק יחסי ממון – "נכסים בני־איוון", קביעת השיתוף כברירת מחדל אינה מבוססת על ניסיון לשחזר את הכוונה הטיפוסית של בני־זוג בישראל, אלא על מערכת ערכית נורמטיבית המבוססת על עיקרון של צדק ושל שוויון מגדרי ביחסי הרכוש שבין בני־הזוג. כהמשך לכך טענתי, שכיבודם של

הסכמי ממון אינו משקף עמדה ניטרלית, אלא פשרה בין תפיסה ערכית של המחוקק בדבר הראוי והצודק לבין כיבוד האוטונומיה של בני-הזוג. על רקע זה ניכר כי תפיסתו הערכית של המחוקק הולוכה אותו לצמצום החופש החוזי להסכמים פורמליים ומפוקחים, לביטול דה-פקטו של האפשרות להסיק כוונה הנוגדת שיתוף באשר לנכסים שהם בני-איוון ובמקרים מסוימים אף להרחבת הביקורת השיפוטית על הסכמים מפורשים החורגים מכלל השיתוף. **מנקודת המבט של דיני השיתוף הספציפי** הייתה ביקורתית מתונה יותר. ככלל הסכמתי עם השופט שטיין, כי הלכת השיתוף הספציפי מחייבת רגישות הסכמית לכוונת הצדדים. עוד הסכמתי עימו, כי במצב המשפטי הקיים זוהי זכותו של הבעלים הרשום להבהיר מבעוד מועד וחד-משמעית כי אין רצונו בשיתוף בנכסים החיצוניים. עם זאת סברתי, כי גישתו אינה רגישה מספיק להבחנה שבין הסכמים מסחריים נקודתיים לבין האופי הקישורי של ההסכמים המשפחתיים, וכי עקרון הניטרליות מתכחש למימד הערכי הקיים גם במודל הקהילה המשפחתית. חמור מכך, הצגת השיתוף הספציפי כנתינה או כמתנה, וכפועל יוצא מכך הענקת משקל מכריע לכוונתו של הבעלים הרשום להתנות את השיתוף בהתנהגות המינית של מקבל המתנה, אינה רגישה דייה למכלול יחסי הצדדים ולתודעה המשותפת המתגבשת בהם. היא אף אינה רגישה דייה לעקרון ההסתמכות ולדרישה הנגזרת ממנו כלפי הבעלים הרשום, שבהתקיים תנאי סף מסוימים יבהיר חד-משמעית ובטרם התגבשה הסתמכות, כי אין כוונתו לשתף את בן-זוגו בנכס שאינו בר-איוון או כי כוונתו זו מותנית בתנאים שונים. לבסוף, עיקר ביקורתית כלפי הטענה שלפיה ערך האוטונומיה מחייב ניטרליות כלפי הסקת הסדרי שיתוף המותנים באשמה מינית מאוחרת נבעה מנקודת המבט של דיני האשם הווגי. לצורך זה עמדתי על כך, שההבדלים ביחסם של הדין הדתי ושל המשפט האזרחי לשיקולי האשמה המינית משקפים הבדלי עומק באשר לתפיסת הנישואים בין הגישות, ובייחוד באשר לזכות של אחד מבני-הזוג – לנוכח עקרון האוטונומיה – לסיים את הנישואים מבלי שיוגדר כאשם או כמפר. עוד עמדתי על הקושי של שיטות משפט ליברליות לקבוע אמות מידה מוסריות לצורך קביעת אשמה מינית ועל הקושי המיוחד ליישם אמות מידה מופשטות לסיטואציות הקונקרטריות. כמו כן עמדתי על הפולשנות ועל הפגיעה בפרטיות הנובעות מעיסוק באשם מיני ועל הנזק הפסיכולוגי הנגרם מכך. לבסוף עמדתי על הסכנה המגדרית בשיח האשם המיני, בייחוד כאשר הוא נערך בהשראת הדין הדתי. לנוכח ההבדלים שבין הגישות והשיקולים הערכיים והמוסדיים נגד שילובם של שיקולי אשמה סברתי, כי דיני המשפחה האזרחיים בישראל אינם יכולים להפגין מדיניות ניטרלית, האדישה לשאלה אם הסדר הרכוש שנקבע הוא מוחלט או מותנה בשיקולי אשם מיני. הגישה הלא-ניטרלית של הדין האזרחי אמורה להשתקף בקביעת ברירת המחדל של הסדרי רכוש כהסדרים שאינם מותנים באשמה מינית, בהכבדה על הסקת הסדרים משתמעים המותנים באשמה מינית ובפיקוח מוגבר על הסכמים שבהם התניה שכזו נעשית במפורש. לצד הדחייה של גישת הניטרליות כלפי הסדרים המותנים באשמה מינית, ניתוחי לימד כי גם מן הבחינה האזרחית סוגיית האשמה היא מורכבת ממה שנראה במבט ראשון, והיא מחייבת דיון נוסף שייערך במאמר עצמאי.

עד כה עסקתי בממצאי כל פרק בנפרד. הניתוח שבפרק הרביעי של המחקר בנושא האשמה לימד, עד כמה ההבדלים שבין הדין הדתי והמשפט האזרחי באשר למקומם של שיקולי אשמה משקפים מחלוקת נוקבת באשר לתפיסת הנישואים. אני סבור שניתוח זה

מחזק הן את המסקנה הפרשנית של השופט עמית, שלפיה שיקולי האשם המיני בהשראת הדין הדתי היו חלק מהותי מפסק דינו של בית הדין הרבני, והן את מסקנתו שחריגת בית הדין הגדול מברירת המחל של הפסיקה האזרחית, הרואה במתנות ובנתינות פעולות מוחלטות, אינה שגיאה סתמית שבדין. חריגה זו של בית הדין היוותה חריגה מהותית מסמכותו ושיבוש של חלוקת העבודה שבין הדין הדתי לבין המשפט האזרחי, אשר הצדיקה את ההתערבות של בג"ץ. יתרה מזו, ניתוח הדין הדתי מלמד, שאומדנות והסכמים משוערים מהווים צינור קליטה מקובל ואותנטי בדין זה לקליטתם של שיקולי האשמה המינית. משכך, מדיניות הפיקוח המצומצמת בהכרעות עובדתיות של בית הדין תוביל בסופו של דבר את השופט שטיין שלא להתערב במקרים שבהם יציג בית הדין את שיקולי האשמה המינית כמעוגנים בכוונת הצדדים. אם נוסף לכך את טכניקת הפרשנות שנקט השופט מינץ, הממוקדת ברובד הגלוי של פסק הדין, התוצאה הצפויה היא מציאות שבה יחסי הרכוש בין בני-זוג בבתי הדין הרבניים בכלל והלכת השיתוף הספציפי בפרט יושתתו על אדני האשמה המינית בהכשר בג"ץ. עניין זה מוליך אותי לנקודה שבה אבקש לחתום את המאמר. פסק דינו של השופט שטיין משקף גישה של צניעות שיפוטית.²⁸⁹ כך, השופט שטיין מזהיר את עצמו מפני נקיטת עמדה באשר להסדרים משפחתיים שיתכן שאינם תואמים את ערכיו²⁹⁰ ומפני התערבות בפסקי דין שגויים של בתי הדין הרבניים.²⁹¹ הוא עושה זאת מתוך מחויבות לערך האוטונומיה ולחלוקת

289 על חשיבותה של הצניעות ושל הגבלת הכוח של מקבלי החלטות עמד השופט שטיין גם בדבריו ביום השבעתו לשופט: "מקבלי החלטות בעניינים הרי גורל חייבים לנהוג במשנה זהירות ובביקורת עצמית. הם חייבים להיוועץ אחד בשני ולהתחשב בכל דעה מושכלת גם כשזו איננה תואמת את דעתם... העיקרון של 'שווה בין טובים' חל לא רק על אנשים שמקבלים החלטות חשובות בענייניהם של אנשים אחרים, אלא גם על מוסדות המדינה: הכנסת, הממשלה, ובתי המשפט. מוסדות אלו חייבים לפעול לטובת העם תוך התחשבות במגוון הדעות ותוך שמירה הדדית על גבולות הסמכות שהעם הריבון התווה עבורם". ראו את הדברים המלאים באתר: www.news1.co.il/Archive/004-D-129294-00.html.

290 ראו, כדוגמה בלבד, הבג"ץ, לעיל ה"ש 4, פס' 8 לפסק דינו של השופט שטיין: "כל זוג לפי אמונתו יחיה ולפי אמונתו יחלק – או לא יחלק – את הרכוש האישי של כל אחד מבני הזוג. אנו לא נחליף את אמונתו באמונתנו".

291 ראו את דבריו הכנים של השופט שטיין שם, בפס' 3 לפסק דינו: "אודה ולא אכחד: דעתי אינה נוחה עם קביעה זו, שכן נתגלו לנגד עיניי ראיות אשר הראו כי הבעל והאישה חיו בבית הזה שנים ארוכות וגידלו בו את ילדיהם, וכי חיי המשפחה שלהם היו ברובם תקינים (אם כי לא נטולי מהמורות). דא עקא, דעתי בכגון דא איננה קובעת מכיוון שהסמכות לקבוע את עובדות המקרה ולהחליט אם אלו מקימות שותפות שוות זכויות ביחס לבית לא נתונה לי" (ההדרגה הוספה); כן ראו בפס' 13 לפסק דינו של השופט שטיין: "חוששני, כי בית הדין נתן לעניין זה משקל יתר, אולם החשש הזה אינו מעלה ואינו מוריד, שכן הביקורת השיפוטית של בג"ץ על פסקי הדין של בתי דין דתיים מוגבלת מעיקרה לשאלת הסמכות ולתיקון פגמים שיורדים לשורשו של ההליך". לשבחים לשופט שטיין בשל מדיניות זו, ראו יהודה יפרה "נינג'ה ישראל: התעוזה המרעננת של השופט שטיין" מקור ראשון 24.11.2018 www.makorishon.co.il/opinion/94181.

העבודה שקבעו המחוקק ואפילו מחוקק־העל בין ענייני הנישואים וענייני הרכוש²⁹² ובין בתי הדין הרבניים לבתי המשפט האזרחיים.²⁹³ צניעות היא תכונה יפה לאדם, וכל שכן למי שמחזיק בכוח שלטוני; ועם זאת, כפי שהוכיח הנביא שמואל את שאול המלך, "הלוא אם קטן אתה בעיניך – ראש שבטי ישראל אתה!"²⁹⁴

ניתוחי הראה, כי הצורך לקבוע ברירות מחדל, להסיק כוונות משתמעות ובהקשר של המאמר הנוכחי לפרש וליישם תניות העוסקות באשמה מינית מחייב שופטים בכלל ואת שופטי בית המשפט העליון בפרט לקבוע עמדה ערכית ולפעול על פיה, ואין הם יכולים להסתתר מאחורי עמדה ניטרלית לכאורה. זאת ועוד, המחוקק הישראלי העמיד בפני החברה הישראלית אתגר לא פשוט, כאשר הסדיר את היחסים הזוגיים בספרים כפולים – "ענייני נישואים וגירושים" על פי הדין הדתי ו"יחסי רכוש בין בני־הזוג" על פי המשפט האזרחי ותפוסותיו. לא אסתיר שאישית אני סבור כי המצב הקיים אינו אידיאלי, וכי יש לייסד בישראל מסלול נישואים אזרחי או למצער ברית זוגיות, שיאפשרו לפחות למי שיבחרו בכך לפעול על פי סט ערכים אחיד.²⁹⁵ נוסף על כך, הלכת הכריכה, המאפשרת לבית הדין הרבני לעסוק גם בנושאים שאינם מסוגים כמעמד אישי, ומירוץ הסמכויות הנגזר ממנה בין בתי המשפט האזרחיים לבתי הדין הרבניים טעונים בעיניי תיקון חקיקתי. ועם זאת אני מסכים עם השופט שטיין, שכל עוד זהו החוק, עלינו לכבד את חלוקת הנישואים והסמכויות שקבע המחוקק.²⁹⁶ חלוקה זו אף גובתה בסעיף שמירת הדינים בחוקי היסוד.²⁹⁷ אולם החובה

292 ראו הבג"ץ, לעיל ה"ש 4, פס' 1 לפסק דינו של השופט שטיין: "מדובר בכלל יסודי וחשוב שבאמצעותו אנו מקיימים את האיזון, בו חפץ המחוקק, בין הדין הכללי לדין הדתי בענייני נישואין, גירושין ותוצאותיהם הממוניות. את האיזון הזה ראוי שנקיים ונשמר כמות שהוא מבלי לשנותו".

293 ראו שם: "מחוקק העל, אשר חוקק את חוק היסוד בענייני שפיטה, לא ייפה את כוחו להתערב בתכנים של פסקי דין והחלטות אשר ניתנים על ידי בתי דין דתיים".

294 שמואל א, טו 17.

295 ראו שחר ליפשיץ ברית הזוגיות 33-41 (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2006).

296 משום כך יש להצר על התבטאויות של שופט עליון בעבר, שלפיהן ישנה חזקה פרשנית לטובת צמצום סמכויותיו של בית הדין הרבני, ראו למשל את התבטאותו של השופט ברנזון בבג"ץ 3/73 ז'קלין כהנוף נ' בית־הדין הרבני האזורי בתל־אביב, פ"ד (כט1) 449, 453 (1974): "אין לשכוח, כי מדובר בהענקת סמכות לבית־דין שמחוץ למערכת בתי־המשפט האזרחיים הרגילים, וכידוע סמכות כזאת יש לפרשה בצמצום ככל האפשר; ואם יש מקום לשני פירושים, נעדיף את הפירוש המצמצם ולא המרחיב את הסמכות". מנגד, ראו את דבריו של שיפמן המבקרים את השופט ברנזון – פנחס שיפמן "סמכות בית־דין רבני בנישואין וגירושין שנערכו מחוץ לישראל" משפטים ו 372, 376 (1975): "דומה כי השופט ברנזון מצהיר על כלל פרשנות חדש והוא: פירוש מצמצם ככל האפשר של סמכות בית־הדין הרבני. עד כה פעלו, אולי, לפי מגמה זו חלק מהשופטים, אך עתה הוצהר עליה בגלוי ובפה מלא... מסופקני אם ביהמ"ש פועל למשל, בדרך פרשנות מצמצמת בדונו בסמכויות בתי־דין אחרים בענייני המעמד האישי. דומה שכאן הופעלה פעמים רבות דווקא דרך הפרשנות המרחיבה. אך לאמיתו של דבר סובל הדין השיפוטי בשאלת סמכויות השיפוט של בתי־דין רבניים מן הרגישות שחלק מן השופטים מגלה לבעיות כפייה דתית, חופש המצפון וכדומה בקרב האוכלוסיה היהודית דווקא".

297 ס' 10 לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו.

לכבד את חלוקת הסמכויות והנושאים שקבע המחוקק היא הדדית ומוטלת על בתי המשפט האזרחיים ועל בתי הדין הדתיים כאחד. פסק הדין של בית הדין הגדול, בייחוד כאשר הוא נקרא עם פסקי הדין הנוספים שהזכרנו, משקף איום של ממש על חלוקת הסמכויות שבין בתי המשפט ובתי הדין, כפי שהתגבשה בעשרות השנים האחרונות, וניסיון להכניס "בדלת האחורית" של יחסי הרכוש האזרחיים את תפיסת הנישואים הדתית.

זאת ועוד, בטרם נפסקה הלכת בבלי, לנוכח הכלל של "הדין הולך אחר הדיין" היה אפשר לחשוב על פיצול הסמכויות שיצרה הלכת הכריכה כמשליכה על הדין המהותי ומייצרת מערך שבו כל ערכאה רשאית לדון על פי ערכיה. אולם הלכת בבלי דחתה תפיסה שכזו של פלורליזם שיפוטי מדינתי וקבעה, כי בעניינים אזרחיים יש לנקוט מדיניות אזרחית שיפוטית אחידה.²⁹⁸ המשמעות העמוקה של הלכת בבלי לשיטתי אינה יכולה להתמצות באיסור על בתי הדין לפעול בגלוי על פי הדין הדתי; היא כוללת גם דרישה מבתי הדין הדתיים ליישם את פרשנות בית המשפט העליון למשפט האזרחי, גם כאשר שיקולים דתיים ותפיסת עולמם הערכית של בית הדין מפתים אותם לחרוג מפרשנות זו. ודוק, לפחות ברובד הגלוי שלהם פסקי הדין של השופטים שטיין ומינץ אינם כופרים בתיאור זה של הלכת בבלי. אם זהו המצב, אזי השגיאות שעליהן הצבעתי במאמר זה, הן בהקשר של דרך הפרשנות של פסיקת בית הדין בידי השופט מינץ, הממוקדת ברובד הגלוי של הפסיקה, והן כאשר ליישום עילות ההתערבות בידי השופט שטיין הן שגיאות טקטיקות. לעומת זאת, ככל שפסק דינם משקף תפיסה מתחרה, שלפיה משמעות הלכת הכריכה ועילות ההתערבות הקבועות בחוק יסוד: השפיטה היא מתן תוקף לתפיסה של פלורליזם שיפוטי מתון, אשר לפיו בתי הדין רשאים לפרש את המשפט האזרחי בהשראת הדין הדתי גם כאשר הדבר יוליך לסטייה מפסיקת בית המשפט העליון, מדובר בתפיסה החותרת תחת הלכת בבלי במונח האסטרטגי המהותי. בין כך ובין כך, בית המשפט העליון אינו עוד שחקן בזירה השיפוטית אלא המנצח על המקלה, ומשום כך אסור שענוותנותם של שופטי בית המשפט תמנע מהם לבצע תפקיד מורכב זה. לכן, טוב יעשה בית המשפט העליון אם ימצא את הדרך לתקן את אשר עיוות.²⁹⁹

298 ראו את ניתוחה החשוב של הלפרין-קררי "בבלי", לעיל ה"ש 74.

299 למסקנה דומה, ראו דגן והקר, לעיל ה"ש 102. לא למותר לציין שבג"ץ 6037/18 פלונית נ' בית הדין הרבני האזורי ת"א יפו (פורסם בנבו, 18.2.2019) אינו מסייע בהקשר זה. שכן בבג"ץ זה חזר בית המשפט העליון בהרכב שכלל את השופטים הנדל, עמית ומינץ על הכלל, שלפיו שיקולי אשמה מינית אינם יכולים להצדיק הפחתה של חלק המגיע לצד על פי חוק יחסי ממון, בהתאם לשיקול הדעת המסור לבית המשפט לסטייה מחלוקה שוויונית כאמור בסעיף 8 לחוק זה. משום כך לא עסק בג"ץ זה וממילא לא דחה את ההבחנה שהציע השופט שטיין בבג"ץ, לעיל ה"ש 4, בין שיקולי אשמה ענישתיים לשיקולים המעוגנים לכאורה ככוונת הצדדים או נותן המתנה.

