

הפרה של הבטחת נישואין: סדגם "הפיתוי הגברי" לדגם "שבתון הלב"

עופר גרוסקופק**
וטלה חלב**

"The [breach of promise of marriage] action is also ideal for exploring the motivation of judges, demonstrating the social values that informed their judgments."¹

- א. הקדמה 1. 1. צילת'התביעה בגין הפרה של הבטחת נישואין – רקע משפטי 2. 2. מפת-דרכים למאמר 3. 3. שינויים בהתהוות השיפוטית לתביעות בגין הפרה של הבטחת נישואין 4. 4. שאלת צניעותה של התובעת 5. 5. שיב תפיצוי שנפסק 6. 6. הודם לתובעים גברים 7. 7. הודם העקובני לקיום העילה 8. 8. המעבר מדגם "הפיתוי הגברי" לדגם "שבתון-הלב" 9. 9. השנים המאוחרות – דגם "שבתון-הלב" 10. 10. יחסי-הגומלין בין תהליכים חברתיים חיצוניים לבין תהליכים שיפוטיים פנימיים 11. 11. הסבר תברתי לשינוי 12. 12. הסבר פנים-שיפוטי לשינוי 13. 13. הסבר משולב לשינוי

א. תקדמה

בפרפרזה על משפט הפתיחה המפורסם של אנה קאורינה ניתן לומר: "כל הבטחות הנישואין שקוימו, קוימו באותה צורה; כל הבטחות נישואין שהופרה, הופרה בדרכה שלה".² עיין בפטיקה הישראלית שעניינה "הפרה של הבטחת נישואין" מגילה מנגוון

* מצאת בכיר, תפקיטת למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב.
** צורכת-דנין, בוגרת המסלול האקדמי של המכללה למנהל.

אנו מבקשים להודות לאתנה כונפתלי על האתר שהצביעה לפנינו, ולרפנת ברק-אריז, ברק מדינת, רועי קייטנר, צחי קרן-פז תוכני מצרכת משפט, תורה התרבות, ובמיוחד לגניסר שקסטר, מיכל פרוק, רונן וודלינגר ולויזא גודל, על התרומתם המצוינות לשיטת קודמת של מאמר זה.

1 G. Frost *Promises Broken – Courtship, Class, and Gender in Victorian England* (Charlottesville, 1995).

2 המשפט המקורי, בתרגומה של נילי מירסקי, הוא "כל המשפחות המאשרות דמות זו לזו, כל משפחה אומללה – אומללה בדרכה שלה" (ל' נ' טולסטוי אנה קאורינה (תש"ס) 9).

בקונסוננס¹⁴, אלא מבוססת על קיומה של התקשרות חוזית בין הצדדים, במקובל ברין האנגלי-אמריקאי.¹⁵

ביטוח של התביעה עומדת אפוא השענה כי נקשר בין הצדדים הסכם הודי בעל תוקף משפטי לכוף בבלות הנישואין, אולם התחבצ הפך אותו. מסאן שעל-מנה לצעילה בתביעה בנין "הפרה של הבטחת נישואין", אין בדרהוג שגונה צריך להוכיח כוונה לזמן בעת מות ההבטחה,¹⁶ אלא את שני אלה: ראשית, נוצר חוזה משפטי מהיכי כדבר קיום הנישואין;¹⁷ שנית, חוזה זה תופר על-ידי הצד שכנגד, ודוק, "יתכנן מצביע שבחם לא

(שלים ת"ת) 65525/99 (פורסם במאגר "נבו", ניתן ב-21.10.2002). דווקן עצם היעדר הכוונה להחזיק אין בו כדי לשלול את האפשרות להביע ברין הפרה של הבטחת נישואין, אלא רק להצמיח לפגיעה, נוסף לתביעה בנין הפרה חוזה, גם צילה נזקקת. השוה צ"א 115/76 פלוגי נ' פלוגית, תקציר סכרי יא 457 (להלן: עניין צ"א 115/76 פלוגי). לעילה זו יש חשיבות רבה כאשר העילה החוזית חסומה, למשל מאחר שהסכם הנישואין מסיל הומה תקרת-הצרכו. לאפשרות שהבטחת נישואין תיפסל משיקולי תקרת-הצרכו ראו להלן, סקסט לעורה 24 ואילן.

14 כך לשל, ברופת בנין הפרה והבטחה מוסלת בהמכתב על העיקרון תיקין הכללי שבסעיף 1382 ל-Civil Code, art. 30, note 9, Law Commission. וראו עניין טלמטי. לעיל הערה 5, השופט משה זילברג מציינ בעצם מושגו שיכבר תרומתו מסוגה תביעה כזאת בין תביעות הנזקין ולא בין תביעות החוזיות... אבל מה נעשה, והשופט המקובל רואה תביעה אלו כתביעות חוזיות שוות ערך, ואחיו החוזר התיקין גם בני המשפט החוזי של הכמות בעקבות התערבות התקדמות, ביטלה אפשרות התביעה החוזית בנין הפרה של הכמות נישואין ויכר תביעות המשפט המקובל, כך אייר באנגליה (ראו לעיל הערה 9), בנייד-לינד (ראו: Domestic Actions Act, 1975, Sec. 5 (1976) ובמסגרת המדינות באצות-הנבית, גלישמא המדינות שניסלו את העילה ראו: *Gilbert v. Bakes* 987 S.W.2d 772, 775 (Ky., 1999) לא זו אף זו, במדינות אחרות שבה נמצא ער מאד את האפשרות להסתמך על עילת-הביעה זו, ראו, למשל: *Diagnis v. Mustin* 168 D.L.R. (4th) 483 (New Brunswick, 1998) "פציויים כלליים" (general damages) בנין הפרה של הבטחת נישואין ב-New Brunswick, Canada *ibid*; *Brunswick, Canada v. Kenna*, U.S.A. 1981, 7-17.

15 כאשר בנידוד נתן ההבטחה לא חוזה להבטחת כוונה לקיים את הבטחתו של הצדד לא רק בתפוח הבטחה, אלא גם בתרומתו, ועל-כן עומדת לקבלת הבטחה האפשרות להביע תן על-יסוד העילה החוזית של הפרה הבטחה תוך על-סמך העילה הנזקקת של תרומת (ראו לעיל הערה 13. לעומת זאת, כאשר המבטחה התכוון לקיים את הבטחתו, אך לא עמד בכך, מדובר בהפרה חוזית אך לא בתרומת. לניתוח המליין והשוני בין "תרומת" ל"הפרה הבטחה", ראו: 17-17 ק-1701 *Filed Contract as Promise* (Cambridge, 1981).

16 שדרות מהסעם שהתועבת לא עומדת לא מעטות להבטחת בנין הפרה של הבטחת נישואין לכריתת חוזה, קיי גמירות דעת ומסירות, ראו, למשל, ת"א (י"ם) 27/34 צירן נ' בוטבול, פ"ט 350; נקבע שאין כוונתו הראיות שהתנאה התועבת כדי להוכיח קיומה של הבטחה נישואין מצד הנהגב; צ"א 360/64 אברטבול נ' קליצר, פ"ד (יט) 436/429 (להלן: עניין אברטבול); סערת חתופת לקיום הבטחה נישואין נדרתה טענתו של צ"א 386/67 פלוגי נ' פלוגית, פ"ד לעניין זה "לא ומתייער די הצורך בראיה אחרת"; צ"א 460/67 פלוגי נ' פלוגית, פ"ד

המקובל האנגלי עוד בתקופת המנדט⁹ לצוברה זו יש חשיבות מבוהנת המשפט תמות כיום משני טעמים מרכזיים: ראשית, בשיים-לב למקורחותיה, אין התביעה בנין הפרה של הבטחת נישואין מסוגת כעניין של מעמד אישי, אלא כמביעה אזרחית,¹⁰ ונידונה בתביעה משפט אזרחיים,¹¹ ולא כמערכת בתי-דורין אזרחיים,¹² שנית, התביעה אינה משויכות, במקרה הרגיל, לדיני הנוניקין,¹³ כמקובל בכמה מדינות

תשס"ד) 14-19: ר' פרידמן נ' בקן חודים (תשנ"א, סדך א) 367-371; פ' שיפמן "הבטחת נישואין - חוזה מהיכני" משפטים 104; פ' שיפמן דיני המשפחה בישראל (מהדורה שנייה, תשנ"ה, כרך א) 194-223. לדין בעילה זו במשפט העברי ראו שרשבסקי, שם, בע' 19-30.

9 אולם באנגליה עצמה בוטלה העילה באמצעות חקיקה. ראו: Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act, 1970, Ch. 33, Sec. 1(1): "An agreement between two persons to marry one another shall not under the law of England and Wales have effect as a contract giving rise to legal rights and no action shall lie in England and Wales for breach of such an agreement, whatever the law applicable to the agreement." בראשית השופט (לימים לורד) סכרמן, ואשר המלצותיה פורסמו כ-Law Commission No. 26 (1969) (להלן: Law Commission "Breach of Promise of Marriage" תביעה) להשבת חתונה ארוסין ותביעות קנייניות בקשר לרכוש) לאחר ביטול העילה, ראו: S. Cretney "Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act, 1970" 53 M.L.R. 535-540 (1970).

10 אכן, בהמשפט של יימס לדין האישי של הצדדים תשיבות רבה לצורך תביעה זו, חריג אפשרי לכך הוא המצב שבו ניקש הצדדים למעיל על-פי דיני הארץ. ראו ת"א (נהד) 2209/98 אמין נ' פדרא (פורסם במאגר "נבו", ניתן ביום 6.8.2008) (להלן: עניין אמין). התביעה נדרתה משוקקני כי על-פי דיני המונח בעדה חלודית, אשר שיי הצדדים פולן לפי, "כל אחד מבני הזוג המאורסים רשאי לחזור בו מהארוסין מבלי שתדבר יתייב אותו במאומה..."; כן ראו שרשבסקי, לעיל הערה 8, בע' 19; שיפמן, לעיל הערה 8, בע' 109.

11 לשאלת סמכותו של בית-המשפט לענייני משפחה לדין בתביעות בנין הפרה של הבטחת נישואין ראו ת"ש (ת"א) 80010/97 ב"ש א"א 2597/98 מאור נ' קדרוש, תק"ש 98 (4) 13 (להלן: עניין מאור); לבית-המשפט לענייני משפחה תוענקו סמכות לדין בתביעות בנין הפרה של הבטחת נישואין רק כאשר הצדדים היו ידועים-בציבור, וזאת מבחינת סעיף 201 לחוק בית-המשפט לענייני משפחה, תשנ"ה-1995. כן השוה צ"ע (חל) 118/02 בן חרש נ' שושן (טרם פורסם, ניתן ב-18.9.02) (להלן: עניין בן חרש); ת"ש (ת"א) 2949/01 פ.ב.א. (פורסם במאגר "נבו", ניתן ב-2.10.2003).

12 המלכה בעניין זה הותירה על-ידי השופט ב' כהן, ראו עניין ברגרית, לעיל הערה 3, ולמרות אמירת שורות במסקינה האחרת (ראו, למשל, צ"א 473/75 רון נ' חיי, פ"ד (לא) 47, 40 (להלן: עניין רון)) נוהגים על-פיה, ראו ב"ע 1/55 סרייס נ' דרייס, פ"ד יב 1143, 1121; "תביעה פיצויים בשל הפרה הבטחה להינשא אין רואים אותה כמשפט תועבת לנישואין ומכאן, שאינה נושבת כעניין של תועבת הארץ; הסמכות לכרר תביעה כזאת תהנה אפוא בידי בית-המשפט האזרחי בלבד..."; שיפמן, לעיל הערה 8, בע' 104. כזאת תהנה אפוא בידי בית-המשפט האזרחי בלבד..."; שיפמן, לעיל הערה 8, בע' 104. אולם כאשר לא התכוון נותן ההבטחה לקיימה (כגון כאשר ביקש רק להסוס את כספה של התובעת) או כאשר הציג לצד שכנגד מצב משפט כגון שזוהי ריוק שעה שזיה שווי, ניתן לדאת במעשיו משום עוולה נזקקת של תרומת. ראו עניין ספרדמיס, לעיל הערה 4; צ"א 174/65 בדיש נ' שרדה, פ"ד (כ) 617 (להלן: עניין בדיש) (מסקדית של השופט "קיסטיל"; צ"א 609/68 נתן נ' עבראללה, פ"ד (כד) 455 (להלן: עניין נתן); צ"א 386/67 פלוגי נ' אלמונית, פ"ד (ל) 383 (להלן: עניין צ"א 386/74 אלמונית); ת"א

של "הפרה של המטחת נישואין" מהאפיין כשנים *המוקדמות* בנייתן דקדקני של תוצבות, תוך שימת דגש בשאלת "צניעותה" של האשה, בכוננות לפסוק "פיצויים כלליים" בהיקף נרחב בשל "מרכיב הכוונה" ובעניינות לתובעים גברים; לעומת זה, כשנים *המאוחרות* אנו עדים להצגת קצרה ויבשה של העובדות המתמקדת בכיובות המפרה, במגמה לפסוק פיצויים בעיקר על נזק הסתמכות מוכחים ("נזק מיוחד" להכרחי "נזק כללי") ועוצמת-נפש ובהתייחסות שוות-נפש לתובעים גברים. לא זו אף זו, בענין שבשנים *המוקדמות* לא פקפקו בהתייחסות, לרוב, בעצם התייחסות של המפרה, הרי שבשנים *המאוחרות* בהתייחסות מרבים לקרוא למחוקק לעיין באפשרות של ביטול התביעה – קריאת שטרם נעם על-ידי המבטח.³⁴

המבטחים המוקדמים בדרך-החיים ובהתייחסות הכללית לתוצבותה של העילה ישמשו אתמו לעורכת אבחנה בשתי רמות: ברמה המשפטית נטען שזם מכסאים שינוי בנייתו של בית-המשפט לתפקיד המכריח (התכלית) של עילת-התביעה זו. כשנים *המוקדמות* היא שימשה מכריח לתמודות עם מצבים של "פגח גברי", בענין שבשנים *המאוחרות* היא נתפסת ככלי (כלתי-מוציא) לתמודות עם מצבים של "שבדון-לב", ברמה המאפי-משפטית ובמקביל להסכרי שינוי גישה זו באמצעות שילוב בין תחליכים חברתיים תיצוניים ותהליכים שיפוטיים פנימיים – שכיחת התמונות המוסר הליברלית. מטרמנו הממוקדת היא, בעקבות התחזקות הכיסא החברתי של המפרה מולדל השנים בדרך ההיבנה של בית-המשפט הישראלי אפוא, להצביע על המהפך שחל במהלך השנים בדרך ההיבנה של בית-המשפט הישראלי על העילה ברוב הפרה של המטחת נישואין. תקוותנו הייתה שאפתנית היא שיהיה בכך כדי להוסיף נוכח מעניין להבחנת התפיסה המשפטית של ההחסים בין המינים.

ב. שינויים בהתייחסות השיפוטית לתביעות בגין הפרה של המטחת נישואין

זרך טיפולם של בתי-המשפט הישראליים בתביעות בגין הפרה של המטחת נישואין כשנים *המוקדמות* שונה בתכלית מדרך טיפולם בתביעות אלה בשנים *המאוחרות*. קשה לתארק על כך, כבר מבחינה רטרורית בולטת העובדה שאח מקומו של תדיון הערכי, המוסרי והתקני שאפיין תביעות אלה כשנים *המוקדמות* חפס כשנים *המאוחרות* דיון ענייני, ניסולי, המצוי. יתר על-כך, מנושא שהתפס, כך נדמה לפי עוצמות הדיון,³⁵ מקום

34. תורת דעת הדוב (המשפטים ברוק ופרוקציה כנגד דיעתו החולקת של השופט ריבלין) בעניין ע"צ 5258/98 פלונית, לעיל הערה 7, יכולה לסמו מהפך נוסף ביחסה של הפסיקה לעילת התביעה בגין הפרה של המטחת נישואין. ראו סקסט להערה 181 להלן. תדיון במסגרת המאמר זה בתפקיד המכריח שייתסו בתי-המשפט לעילת המפרה של המטחת נישואין בשנים *המאוחרות* מוסט בעיקר על הפסקה שקידמה לפסקי-דיון חשוב זה, שניתן ב-14.7.2004.

35. להמחשה של עוצמת הדיון בתביעות שהתוצרו בצקבורי הפרה של המטחת נישואין בשנות השישים וראו ענין ריזנפלד, לעיל הערה 25, במיוחד פסקי-הדין המתוצבותים של השופטים חיים כהן ודילברג. עניין ד"ש, לעיל הערה 13, במיוחד פסק-דינו של השופט יוסטר, שהיה ברצת מיעוט מבחינת התמקנה. לדיון בפסק-הדין ראו להלן, סקסט לתוצרה

מיוחדת" או "נזק ספציפי" – פיצוי על תוצאות או הפסדים כספיים מוכחים שהתוצבה נשאה בהם בעקבות מתן המטחת הנישואין, ואשר לא היה נוסחא בהם אלאמל גיחנה, כגון תוצאות הכנה לחתונה, מתונה אירוסין, עזיבת מקום עבודה וכיוצא בזה.³⁶ "נזק כללי" או "נזק גלובלי" – פיצוי בגין פגיעות שאינו ניתנות לכימות מדויק כמנוחים כספיים, כגון ההשפלה והסבל שנגרמו לכלה בעקבות נטישתה בהתוצתה.³⁷ עם זאת, כפי שיוברו בהמשך, הנכונות לפסוק פיצוי משפטית תחת ראש-הנזק של "נזק כללי" הוגבלה שהמפוצות במהלך השנים, וכיום מדובר לרוב בפיצוי צנוע ביותר.³⁸

2. מפת-דרכים למאמר

לצורך ניתוח דרך התמודות של שופטי ישראל עם העילה "הפרה של המטחת נישואין" נבחרו בין שתי תקופות התיוחה, השנים *המוקדמות* והשנים *המאוחרות*. וקיי-פישת-המושג הוא שנות השמונים, לאמור: פסקי-דין שניתנו בשנות החמישים, השישים והשבעים ישייכו לשנים *המוקדמות*,³⁹ בענין שפסקי-דין שניתנו בשנות החשנים ובראשית שנות האלפיים ישייכו לשנים *המאוחרות*.⁴⁰ פיצול זה יאפשר לנו להצביע על תהליכים משמעותיים בדרך הטיפולם של שופטים בעילה בכל אחת מהתקופות. הדיון המשפטי בעילה

29. השון, למשל, ע"א 647/89 שיפברג נ' אבסליון, פ"ד (גונ) 169 (להלן: עניין שיפברג); פסיקות פיצוי בגין הנזק שנגרם לאשה בשל עזיבת מקום עבודתה בהמאם להפצרות כח-זונה ובפצקות המטחת נישואין לשאת לאשה.

30. ראו עניין טריקל, לעיל הערה 6.

31. ואילך. בעניין ע"א 5258/98 פלונית, לעיל הערה 7, בקשה השופט ריבלין לפסוע צעד נוסף בכיוון צמצום סערי של הנפגע מתופיה של המטחת נישואין. לשיטתו, תועלה בקבה אחת עם עבודתה של באת-כוח המדינה באותו עניין, ראו, כישחרון בניינים עד שאינו נזק פלוגי בתביעות שעינין המפרה של המטחת נישואין. הילפסוק פיצוי בגין "נזק לגישתו, על שיקול-הדעת הרחב המסור לבית-המשפט מבוח הוראת סעיף 13 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970, בנאח לפסוק פיצוי בגין נזק לא-מוני שנגרם מהפרת חוזה. גישה זו ברוחה על-ידי שופטי הורב (הנשיא ברוך והשופט פרדמסיה, שקבעו כי יש להמשיך לפסוק פיצויים זה בגין נזקים ממניים והן בגין נזקים לא-ממוניים שנגרמו מתן הפרה של המטחת נישואין.

32. תקיקת חיקי החוזים המכלילים (חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970, ראו שיפמן, לעיל הערה 8, בע" 106-107.

33. אם נדרשו להצביע על פסקי-דין מרכזי של בית-המשפט העליון המבטא את השינוי, נבביע על עניין שיפברג, לעיל הערה 29, שניתן ב-30.9.1992. עם זאת, מאחר שבשנות השמונים היה הפסיקה בנושא זהה ככל הנראה, ומכל מקום, לא ירדו לנו על פסקי-דין שפורסמו, אנו מציינים לראות בהן שטח מפורו שאינו משויך לשנים המוקדמות ואף לא לשנים המאוחרות. ההחלטה בעניין ע"א 724/79 עמאר נ' סעיד, תקציר סביר י' 281, שניתנה ב-30.6.1981 (להלן: עניין עמאר), מהווה חיוק מוסים לתתה זו, שכן היא כוללת, על-פי המקציר, מאפיינים של שתי התקופות (כוננות לפסוק פיצויים משמעותיים בגין נזק כללי, מתד גיסא והיעדר דלישה לפיצוי מניי מאידך גיסא).

שהמשפחה, שמעורקים לא היתה נשואה, התחילה בניגוד 17-18 שנה בקיום יחסי מין...⁴⁰ מנגד, במקרה אחר, השופט חתר ומייצגנו לא פחות משלוש פעמים כי על-פי התיישבותו, לתובעת "לא היו יחסי מין עם כל אדם אחר" עד שרצת אוחה התובע.⁴¹

בשלב שני, והפעם בית דין יסודיות, בית-המשפט דואג לתוכני כיצד התפתחו יחסי הצדדים תוך שימת דגש מיוחד בשאלה מהי החלו בקיום יחסי אישות. בעניין זה אנו מוצאים מגוון רחב של התייחסויות שמטרתן ללמד כי יחסי האישות החלו עוד לפני שהושפעה הבטחת הנישואין. לחלו כמה דוגמאות אופייניות:

"כסוף אוקטובר 1953 נתגורר בעלי החוזה לון, נשאו תן זה בעיניו זה, והחלו להפגש במטרת נישואין; כמחלף פגישות אלה החלו לבוא ביניהם ביחסי אישות, והתברר ידע - ולא הקפידו - כי אין התברר בתולת... ואכן קצר היססה התובעת להסכים סופית לנישואין... בסופו של דבר נתגברו שני בעלי החוזה על ההסכמים והסכימו סופית להינשא."⁴²

"שונים מספר לאור תחילת התכונות, התחיקו ויחסיים ביניהם - דבר שתבטא בנסיבות, טיולים בערבים כגון מאותב, ואף יחסי אישות לפעמים." (כרצף לדברים ראוי לתוכני כי האשה היתה נשואה באותה עת, והמשיכה לחיות עם בעלה עוד כשמונה שנים לאחר מכן).⁴³

"המשיכה היתה אישה גרושה, שהגרושה מבעלה בחדש אוקטובר 1962. כחודש לאחר מכן הכירה את המציער. לא יצאו שנים רבים והם החלו לקיים יחסי אישות אשר כתוצאה מהם היתה המשיכה... לאור שההגה גרשמו הצדדים בדברות לגישואין..."⁴⁴

"יומן קצר לאחר שהכירה את הנתבע - לפי דבריו עוד כעבור אותו יום - התחילו יחסים אינטימיים ביניהם."⁴⁵

בית-המשפט מספק לנו הצצה נרחבת במיוחד לעולמם האינטימי של הצדדים באותם מקרים שבהם העלתה התובעת את הטענה שקיים קשר בין קיום יחסי המין להבטחת נישואין.⁴⁶

עניין רון, לעיל הערה 12, בע' 47 בלדבר השופט ב' שרשבסקי.
ת"א (בייש) 2068/62 הדין בן החו', פ"ט בו 156, 155, 156, 157 (להלן: עניין בן הדין ב' החו').
עניין ברהמרי, לעיל הערה 3, בע' 391. בית המשפט מבחיר לנו בדרך זו של הצגת דברים כי אף-על-פי שהצדדים "נפגשו למטרות נישואין", יחסי האישות ביניהם החלו עוד לפני שהסכימו סופית להינשא.⁴⁷

עניין בדיש, לעיל הערה 13, בע' 620.
ע"א 58/73 שקד נ' זילברבוך, פ"ד כס"ו (1) 157, 152 (להלן: עניין שקד).
עניין תאנין, לעיל הערה 25, בע' 91. נוסח קרוב מאוד מופיע גם בעניין ע"א 386/74 פלוגי, לעיל הערה 13, בע' 384; יוצן קצר לאחר החברה ביניהם, החלו המציער והמשיכה לקיים יחסי מין והוא הבטחה לה לשאתה.⁴⁸

של כבוד לעשייה הישפוטית, ברוחה העילה לקידווחיות, לתחום האוטורייה של המשפט - לגדר אותן עילות אנברוניטיות שרק מחזלי המחוקק מצילים אותן מאובדן.⁴⁹ אולם השינוי בדרך סיפולו של בית-המשפט בעילה כדבר הפדה של הבטחת נישואין אינו מתמצה בייסורייה השיפוטית, אלא מתבטא גם בפסיקות שיצאו מלפני בתי-המשפט השונים בדרך סיפולו של בית-המשפט בתביעות בגין הפדה של הבטחת נישואין, אלא גם לאשרי ולגדור אותם במטרת איבוע תחומי שינוי: שאילת צניעותה של התובעת; טיב הפציו שנפסק; היחס לתובעים גברים והיחס העקרוני לקיום העילה.⁵⁰

1. שאלת צניעותה של התובעת

פסיקת בית-המשפט בשנים המוקדמות בתביעות בגין הפדה של הבטחת נישואין מתאפיינת בתיאור מפורט והרדני של האירועים שקימו למחן הבטחת הנישואין, תוך ניסיון לעמוד על צניעות התובעתה של התובעת ועל מידת המתירנות המינית שהפגינה. הוצאת העובדות כוללת לעיתים מוזמנות חתימות לעברת המיני של התובעת קודם להיכרותה עם הנתבע, בעיקר על-מנת לעמוד על השאלה אם הגיעה לעברת היהדות בצורה בתולה (בידור שנחסך כמובן מבית-המשפט מקום שבו התובעת היא גרושה,⁵¹ כך למשל, בעניין אחר השופט מוסר לנו כי התובעת "היא רווקה (אומנם לא בתולה) אשר נולדה בלידה בשנת 1917",⁵² ואילו בעניין אחר השופט מההרנו כי "אין לשכוח

127 ואילו; עניין פרוי, לעיל הערה 25, דעת המיעוט של השופט קיסטר בעניין זה מתחקה עשרים ושנים צמודים יותר מפי שבעת מדינת הודו לא זו אף זו, דובר שם בהחלטה ביניים, ובית-המשפט העליון גירש שוב לאותה פרישה כעבור חמש שנים, והגיע לתוצאה הפוכה מוז שבה המך השופט קיסטר. ראוי עניין הלמט, לעיל הערה 125, עניין נחן, לעיל הערה 13, שבו החקבלת התביעה רק על-סמך עילה נזיקות של תרומה, וגם זאת כנגד דעתו תחלקת של השופט מני.
ראו טקסט להערה 83 להלן ואילו. עמדה שונה, הצויה להצביע על כיוון התפתחות חוש ביטחה של הפסיקה אל עולת החפדה של הבטחת נישואין, מבטאת דעת הרוב בעניין ע"א 5288/98 פלוגי, לעיל הערה 7, ראו הערה 86 להלן.
להוציא גברים - מקיינים תן על הטיורייה של בית-המשפט והן על התוצאות האופטימיות של פסקי-הדין. השינוי הביעני - היחס העקרוני לקיום היעילה - הינו רטורי בעיקרו בשלב הגבוה של התפתחות הפסיקה, ומתקף בשנים המאוחרות בהן אצות חירות ונשמות למחוקק להביא לידי שינוי במצב החוקי. ראו טקסט להערה 78 להלן ואילו.

36
37
38
39

לזנות אלה באותו הכוון שהתייחסו אליהם בדורות עברו, אבל איש לא יאמר, כי המציגה הרבקה בת"י אישית מתוך לגיטימיות, פמה והמלכה כלי'ל, גם מי שנתנה הוא עצמו כן, אינו יכול לזנותה. פרישטיין מציגה את המציגה עצמה כמי שנתנה המלכה אתה החיים לבקרים.⁴⁹

עמדה זו הנה קיצונית בוודאי, וכאנתו עניין היתה בגדר דעת מיעוט, אולם ביסוויים מעורבים יותר לדעתו ששנינות הינה מללה המוציאה לתביעה האשה ניתן למצוא גם בפסיקתו אחרים.⁵⁰

בגדר העושה התודוני של מייצג בכיר צנינות התובעת המופיע בפסיקה שנותנה בשנים המוקדמות בולטת חלולת העניינית של עובדות התמטיות בעניין זה בשנים המאוחרות. מצד לאורך המסוס המשותף של המובעת (רווקה או גרושה) אין בית-המשפט מעמיק תפק בהיסטוריה המנייה שלה או נוסק באופן מעמיק בדרך ובמועד שבהם החלו יחסי האישיות בין הצדדים. דרך היא העובדות על-ידי הנשיא שמגר בעניין טריקל והא דוגמה מובהקת לגישה זו:

"המשיבה, רחל טריקל, הכירה את המערער בשנת 1978, לאחר גירושיה מבעלה הקודם. בתקופה שקדמה להכרות התגוררה באזור המרכז והמערער התגורר באילת. השניים הכירו בתל-אביב, ובקצבות הנהיגות הקשורים ביניהם, עברה המשיבה להתגורר ביחד עם המערער באילת. תחילה גרו השניים במהלך השנים למשפחת המערער, ומאוחר יותר עברו להתגורר יחדיו בירדה שבחולון."⁵¹

תיאור קצרצר זה מלמד אומנם כי השניים נהלו חיים משותפים, אך אין בו דגש מיוחד בחיי אשות, כפי שהיה מקובל בעבר. יתר על-כן, בסוף פסקהדין הנשיא שמגר מבקר בהתייחסות את נסיונו של המלבע להיבנות מסענות בנוגע למתירנותה המנייה של המעוררת, ומגדיר עניין זה כבלתי-רלוונטי:

"שענתו החלופית של המערער... היא כי יש להפנות את הפניות לטכום של שקל חודש אחד, ואת לאור אי מוסריותה, כביכול, של המשיבה. אין לשעות לטענה זו: קיום יחסים עם האשה והעלאת הטענה לאחד מכך כי יש לכנותה בלתי מוסרית, היא בגדר טענה בלתי רלוונטית. המערער והמשיבה הם שווים מעמד לעניין זה. הם כהווה בקשרים שביניהם מרצום החופשי, ואין לגלות בעצם הקשר

49 עניין ריזנפלד, לעיל הערה 25, בע' 1021. ראו ברות זו גם דברי בעניין אבוטביל, לעיל הערה 17, בע' 489-462; וכן השוואה שהשוואה קיסטר עורך בין הביעה בגין הפנה של המסכת נישואין להיבנית "אתגן זוגי" בעניין בדיש, לעיל הערה 13. ראו טקסט להערה 127 לחלק.

50 ראו טקסט להערה 109 לחלק ואילך, וכן הערה 119 לחלק. עניין טריקל, לעיל הערה 6, והשוו גם לתאור העובדות בעניין בן חרוש נ' שושן, לעיל הערה 11: "אלה בקצה תולדות העידים החילו, כאשר העדים הכירו זה את זה בשנת 1986 היתה המעוררת אישה גרושה ואילו המשיב היה איש נשוי אישה. הצדדים החלו לחיות יחדיו ב-1986, וחיו יחדיו כיוצאים בצבור עד 1996, והחילו את חילי ב-1989".

הנישואין. כך, בשני פסקי-דין שבהם הועלתה אפשרות זו בית-המשפט טורח לספק לנו תיאור חי ומפורט של תחילת יחסי האישות בין הצדדים.⁴⁶ בעניין הראשון, אשר נדרון בבית-המשפט המחוזי בבאר-שבע, אנו מוצאים את תיאור הדיכיים המפורט הבא:

"התובעת אומרת שלפי הזמנתו של הנתבע בכתב היא נסעה אליו ליפן שם הוא לקח אותה אל ביתה של גבי תמי פריץ - עליה אמר לה הנתבע שהיא אהוה ואח"כ נתברר לה שהיא בת דודו - והיא שהתה שם מספר ימים כאשר הנתבע יוצא יום יום לעבודתו וכלילה שכנו ביחד בחוד נפרד באותה ידית, כלילה הראשון שכב הנתבע עם הנתבעת משכב גבר עם אשה, ואם כי הדבר לא היה לרצונה בהנהלה וניסתה לזדונו היא נהצתה, כשהוא הכסית לחינשאל אליה, כך הוא עשה בכל לילה בו שהתה בביתה של גבי תמי פריץ."⁴⁷

ואילו בעניין השני, שנידון בבית-המשפט המחוזי בירושלים, נמסר כדלהלן:

יערב אותי, אחרי שיצאו ביחד כחודשיים, כמתואר לעיל, בישובם בגן הצבורי בקריית-פורטוגל, לבדם, ביקש הנתבע להתקרב אליה יותר באופן אינטימי. לזלן מוסיפה ואומרת הנתבעת, ועדותה בנקודה זו נאמנה עלי, את הדיכיים הבאים:

"בהתחלה התגברתי שיתקרב אלי, ואז הוא אמר לי שאנו יוצאים באפן רציני ושאיני לי מה לראו, ובאות הוא שכנע אותי, ידעתי מראש כי אני תולכת אותו באופן רציני, ואז כננו במגע מיני זה היה בגן הצבורי על חדשא. זה היה בערך בתחילת אבנוסט או ספטמבר 1964."⁴⁸

התייחסות האנטיסמית כשאלת צנינותה של האשה ונכונותה לקיים יחסי אישות ללא נישואין מלמד כי הזמתו לעניין זה חשיבות לא-סבבולת בעיני בית-המשפט בשנים המוקדמות. במילים אחרות, זה נתון חשיב בעיני בית-המשפט לצורך המרעה בסטיון שלפניו. לא זו אף זו, לעיתים מוזמנות בית-המשפט מוצא לנכון, במסגרת הדיון בתביעות בגין הפנה של המטחת נישואין, להבדיל מהלי עמדתו העקלונית ביחס לנשים לא-צנינות. ביטוי חריף במיוחד לעמדה זו ניתן השופט זילברג בעניין ריזנפלד:

"אין שמגן של טפק בלבד, כי מושיגי המוסר המקובלים אצל העם היהודי, במדינת ישראל ומחוצה לה, רואים יחסי איש ואשה מתוך לנישואין כדבר נקלה ופסול, בין אם היה זונה רגילה, בין אם היא פלגש, ובין אם היא 'היטריה' (Hetera) - בעברית: 'אדונית' - בעלת רמה גבוהה ביותר. טהרת המשפחה בין היהודים היתה מאז ומעולם דש דבר, כלי, ויחסי מין עם זונה או פלגש אינם מקומים משפחה... ויכוון הדבר, כי בימינו התרופף במקצת המוסר המשפחתי, ואין מתייחסים עור

46 פסקי-דין של ישי הכהן דיון עובדתי נרחב במסכות המתחלם של יחסי האישות בין הצדדים, ובשאלה אם התמכחה להם מצד התובעת ויתה קשורה, כשענתה, להבטחת נישואין הוא עניין ע"א 460/67 פלוגי, לעיל הערה 17, אלא ששם, להבדיל משיני פסקי-הדין ותוכניהם בטקסט, נדרש בית-המשפט לניכיות אלה לצורך הדין בשאלה אם ניתנה הכשחת נישואין. ראו הערה 101 לחלק.

47 עניין בן חרוש נ' חתן, לעיל הערה 41, בע' 152-153.

48 עניין בורכרים, לעיל הערה 38, בע' 265.

הצדדים באופן תואם: "במחלף עבודתם המשותפת נוצרו ביניהם יחסי קרבה ואהבה שחלכו והתפתחו". משופטת אינה נוקמת כלל בהיארורה לעניין קיום יחסי המין בין הצדדים, דבר שמעיד כי במתנתה, הקשר הקרוב בין בני-הזוג הוא החשוב, ולא יחסי המין שביניהם. לא זו אף זו, בהמשך פסק-הדין היא מברירה כי את עיקר המשקל יש לייחס להסכמה לחיות חיים משותפים, ולא דווקא להסכם להמסד הקשר באמצעות אקט הנישואין:

"עוד אציין כי למרות שלעיתים הוכח כי הצדדים הסכימו להינשא זה לזה... הרי המסקנה המשפטית לרעתי הייתה זהה, לו הצדדים היו מסכימים רק לחיות זה עם זה במשותף, בלא למסד את הקשר באמצעות סקס פורמלי, מוכר. הסברה לכך ולזה, כי ההגש מבחינה זו אינו רק בהסכמה הנגמט להינשא לחיבת סקס כהו או אחר (שהינו רק "קליפה"), אלא בהסכם שחיה ביניהם לחיות חיים משותפים בעוצמה, הסכם זה כרוך בתוכו, כאמור גם התחייבויות הודיות בעלות משמעות כספית ורוחשית, כגון הסכמתם של הצדדים לרכוש יחד בית ולגור בו, והסכמתם לנהל יחדיו בית משותף, הודו שימוש משותף במשאבים הכלכליים של שניהם אין לי ספק שההיבטים הללו של ההסכם, היינו ההיבטים הפיננסיים של החיים העתידיים במשותף, היו פוטנציאליים על שני הצדדים, בצורה מלאה ומסוימת, שדי בה מבחינת דיני החזקה".

הרישם המתקבל מפסקה זו הוא ששאלת כוונתה של התובעת לקיים יחסי מין ללא נישואין, שאלה שעמדה במרכז החייון המשפטי בשנים המוקדמות, איברה מתחייבות בשנים המאוחרות. הסכמה לקיים יחסי אישות מבלי שניתנה לאשה הנסחת נישואין אינה נתפסת עוד כחוסר צניעות של האשה, אלא כהחלטה משותפת של בני-הזוג המוציאה על יחסי קרבה ואהבה ביניהם. ככיו, מידת הרלוונטיות שלה לדין המשפטי פחתה במידה ניכרת - לכל היותר באפשרותה לסייע בהרכבת התמונה הכוללת על יחסי בני-הזוג, אולם אין היא מהווה עוד שיקול מרכזי להכרעה בנורל התביעה.

2. טיב הפיצוי שנתפסק⁵⁶

כפי שהזכרתי במבוא, הפיצוי הניתן בגין הפרה של הכנסת נישואין, הן בשנים המוקדמות והן בשנים המאוחרות, מיועד לשפות את הנפגע בגין נזקים שנגרמו לו מקבלת הכנסת נישואין שלא קיימתה. במילים אחרות, אלה הם פיצויי הסתמכות (פיצוי בעל אופי אידיוסי) וראו לעיל הערה 27.

56. הדיון להלן מוגבל להבטיח לפיצויים במקרה הפרה של הכנסת נישואין, ואינו כולל התייחסות לשאלה של השבת מחנה אירוסין. לנישוא של השבה בעקבות כשלון יחסי אידיוסי ראו לעיל הערה 27.

עניין המשליך על מעמד המשפטי של אחד מבני-הזוג על נכונותו, מילא את לגלות מדוע יראה בית המשפט לתפוחו, כהוא זה, מן הפיצויים.⁵⁵ ודוק, בתלך לא מבטל של פסקי-דין ניתן אומנם למצוא התייחסות לכך שהצדדים קיימו יחסי אישות, ואף כשאין זה כך, קל להסיק זאת מעובדות אחרות כגון חיריון או חיים משותפים, עם זאת, עניינים אלה עומדים בשולי הדיון המשפטי, והצגתם אינה אלא חלק ממכלול פרטים המיועדים לאפיין את מערכת היחסים שבהנהגה בין בני-הזוג.⁵⁶ לא זו אף זו, ההסכמה על קיום יחסי מין מוצגת כהחלטה משותפת של בני-הזוג - כתלם ממערכת יחסי האהבה שביניהם - ולא כראיה למתירנות מינית של התובעת. במילים אחרות, בהתייחסות המשפטית במקרה ההדדי שנוצרה בין בני-הזוג - קרבה שאינה מהיבטיה הוא קיום יחסי אישות - ולא בהשלכות שניתן להסיק מהם על צניעות התובעת. פסק-דין הממחיש היטב מגמה מודרנית זו הוא עניין אונגור⁵⁴ שניתן בשנת 1997 על-ידי השופטת ר' רונן בבית-משפט השלום בתל-אביב.⁵⁵ השופטת מאפיינה את הקשר בין

52. עניין טרייפל, שם, בע" 659.

53. ראו עניין שרפוב, לעיל הערה 29, בע" 1170. בהודעת יוני 1983 התפתחה מערכת יחסים רגילה בין המצדדים המשפטיים... מתוך נזק קצר החלו המצדדים המשפטיים לקיים חיי אישות מצאו ביסודי הוויכוח יחד אחר בית למגורים ברמת-השרון. עד לרכישת הבית הוגלו יחד בחדר שנישכרה על-ידי המצדדים. כן נסעו לבקר אצל משפחת המצדדים באנגליה.⁵⁴ עניין צ"א 5258/98 פולניא, לעיל הערה 7; "המצדדים הכריחו את המשיב במסגרת עבודתו במפעל טלגריות בלוד, שם שימש כמזכיר, המשיב עבד במהלך התקופה הארוכה באישיית הכוללת, הייתה המשפחה רדוקה צעירה המשיב גבר נשוי ואב לילדים. בין השניים נוצרה מערכת יחסים קרובה, אשר ראשיתה בקניין ידדות גרידא המשפחה ביחסים אינטימיים שגמרכו מספר שנים". עניין שרין, לעיל הערה 27; "במרוצת החלבוטניים היו לזוג ושמעון נאהבים, והכריז לספסל הלימודים החליטה של החברות בין לזוג (הזוג) הזתה כעת שהיו כבני המשפחה, ובמרוצתם על ידי הוריו בני הזוג... ולאחר שלזוג הזתה לשמעון... התארס בני הזוג ביים 25.12.97 במסגרת הנישואין. ר"א (שלום ת"א) חייב ג' הודו פורסם במאגר ינוני", ניתן בקביעת המצא שאלה הצמיחו הכנסת נישואין.

54. עניין אונגור, לעיל הערה 26.

55. השאלה אם יחסן של שופטות לתביעות בגין הפרה של הכנסת נישואין שונה מהחסם של שופטים גברים הוא שאלה רבת-עניין, אשר במציאות הישראלית לא ניתן עדיין לדון אותה באופן שיטתי. תסע לכך הוא שדובס ומחליט של בית-המשפט העליון ובתי-המשפט הפתוח של הכנסת נישואין, ובמיוחד פסקי-דין של בית-המשפט העליון ובתי-המשפט המחוזיים, ניתנו בהרכבים שבהם ישבו שופטים גברים בלבד. לשם המחשה, חוות-דיעות של השופטת א. פרוקצ'יה בעניין צ"א 5258/98 פולניא, היא חוות-הדעת הישנה בקידום לאתר מינוי השופטת הישנה לבית-המשפט העליון בהתייעתה בגין הפרה של הכנסת נישואין. עם זאת, חוות-הדעת זו, כמו גם פסקי-דין של השופטת ר' רונן, הוגבר בטקסט, ופסקי-דין של השופטת מ' רובינשטיין בעניין גרינשטיין, לעיל הערה 26, מלמדים כי התשובה לכך עשויה להיות מורכבת. לזיון יחסן של נשים לתביעות בגין הפרה של הכנסת נישואין, ראו: Agency and Partnership: A Study of Breach of

122

בשל העובדה שיש לתת את הדעת לא רק על שינוי בערך המטבע, אלא גם על תכולת ברמת החיים. נסתמק לפירכר בזיון העובדה כי במקרים מסוימים הגיע הפיצוי בגין "נוק כללי" לכדי שכר עבודתה של התובעת לתקופה של שניים ויותר.⁶² אין זה נמוך מרשים יתר על המידה (נפרדה בהחלט בכך שמדובר בעבודת ששכרן נמוך) אולם יש בו כדי להצדיק כי הפיצוי לא היה מבוטל (כוולתי לא מבחינת הצדדים).

בנוסף, בשנים המאוחרות אפילו בית-המשפט הצליח את הגישה כי עיקר הפיצוי בגין הפרה של הבטחה נישואין צריך להיות בגין הסדרו-כיס שנוגדם לתובעת רקרי "נוק מיוחד" הפיצוי בגין "הנוק הכללי" צריך להיות צדיות "צנזר ביותר", ולתתייחס לעצמות-הנפש הפרטית שסבלה התובעת עקב הפרת התבטחה, ולא לנוק הנוכחי (ה"בושה") שנוגדם זה. ההלכה בעניין זה נקבעת בעניין שייפברג,⁶³ ולאורה בת"המשפט נותנים לפסוק את "הנוק

בעלי אמצעים, עובדה שהופיעה ככל הנראה על גובה הפיצוי "נוק הכללי". ראו לעיל הערה 28.

62 ראו, למשל, עניין שקי, לעיל הערה 44: נפסקו לזכות פיצויים בסך כולל של 12,000 ל"י השקלים לשכר עבודתה במשך כשלוש שנים (משכורתה היתה 350 ל"י לחודש). עם זאת, באותו עניין היתה האשה נכחית גם לפיצוי על נזק מיותר בגין התריזן התלדה, ולא בעשהה הפרה בגין לבין "הנוק הכללי": עניין בן חרש ג' חזן, לעיל הערה 41, בע"מ 139: נפסקו לתובעת פיצוי בגין "נוק כללי" בסך 5,000 ל"י, שהם שווה-ערך של שכר 62.5 ימי עבודה (שכרה היומי היה 8 ל"י) בעניין בוברים, לעיל הערה 38: נפסקו לתובעת פיצויים בגין "נוק כללי" בסך 5,000 ל"י, ומשקלים לשכר עבודתה במשך כשנתיים (שכרה החודשי עמד על 200 ל"י).

63 עניין שייפברג, לעיל הערה 29, בע' 174: הנישיא שמנר מבסס את ההלכה לכאורה על נזקו של שאמור בעניין שקי, שם: "הפיצוי על הפרת הבטחה נישואין לזיון צדיות ב"תורה" אולם באותו עניין הביאו הדינים פני פרקליטו של התביע, ובפועל נפסק סכום פיצוי לא-מבוטל בגין "נוק כללי" (שם, בע' 158). גם פסק-הדין השיג שהנישיא שמנר מבסס עליו את ההלכה, עניין נתן, לעיל הערה 13, אינו תומך בעמדה שהפיצוי יותר על-כך, שם נפסקו לתובעת פיצויים בגין "נוק כללי", אולם בעצם הדין, ויתר על-כך, לא הולכה את ההלכה, עניין בן חרש ג' חזן, לעיל הערה 41, בעניין שייפברג עצמו אומנם נסתם גבוה למדי: 50,000 ל"י ממוחה 1966). עוד נעזר כי בעניין שייפברג עצמו אומנם נסתם הנתבעת בפצוי בסכום לא-מבוטל של 50,000 ש"ח (משכורתה במשך שנתיים), אך זאת בעיקר בשל כך ששיבתה את מצבה לרעה עקב הסכמתה להתפטר במקום עבודתה בהתאם לבקשתו של התובע לאחר מכן הבטחה נישואין. מכאן שהפיצוי באותו עניין ניתן בעיקר בגין "נוק מיוחד", ולא בגין "נוק כללי". בעניין ע"א 5258/98 פלונית, שאינו מוגה בעילת הפרה של הבטחה נישואין, גישה זו נדחתה אומנם על-ידי דעת הרוב באותו עניין (הנשיא ברק והשופט פרוקצ'יאני), אולם שופט הרוב לא הביע כל עמדה ביחס לאופן הראוי של הישג הפיצוי בגין הנוק הלא-מבוטל, ולגופו של עניין הסתפקו בפסיקה הסכום הנזק שנובע לתובעת בבית-המשפט השלום, ראו הערה 65 להלן. לאור זאת קשה להצדיק אם במקרים כגון הפרה של הבטחה נישואין, השוו גם פיצוי הפיצוי על "נוק כללי" נפסק בגין הפרה של הבטחה נישואין, השוו גם פיצוי פלדנקוויץ, לעיל הערה 26, נפסק לאור ההלכה בע"א 5258/98 פלונית, אולם מסתברת במפורט שהיה מקובל לפצוי במקרים דומים נשמר בו: 40 א"ק ש"ח בגין הפרה שהתרחשה במסגרת יחסים שהמשכנה שש שנים, ואשר במסגרתה ילדה התובעת שני ילדים במקביל המצרות והבטחה של התביע. לגובה הפיצוי המקביל במקרים כגון אלה ראו הערה 65 להלן.

ניקוי, להבדיל מפיצויי קיום (פיצוי בעל אופי חרוץ), אופיו הנוקיי של הפיצוי בעילה החוזית בדבר הפרה של הבטחה נישואין נותר אס-כך קבוע בשתי התקופות, אולם מרכיביו של פיצוי זה עברו שינוי של ממש.

בשנים המוקדמות, עיקר הפיצויים שנפסקו לתובעות שהוכיחו את עילתן היה סכום גלובלי שהוגדר כ"נוק כללי" כתוצאה מן ההפרה.⁶⁷ נוק זה נפסק בעיקר בשל "האכזבה ובושת הפנים" שנגרמו לתובעת בעקבות קבלת הבטחה נישואין והפרתה,⁶⁸ ולעיתים גם שהיא נתפסה על-ידי שיכול להיגרם לאשה כתוצאה מפרה של הבטחה נישואין, כפי שהופש יהודאי להתלחטו לפסוק לתובעת בעניין בוברים פיצויים בגובה 5,000 ל"י: "אין להתעלם מהמצב האומלל של התובעת... מצב אליו הביא אותה התביע. עבר עליה סבל נורא. היא הינה אכזבה יאוש ואכזבה אינה יכולה למצוא לעצמה מקום בתורה. היא נפגעה קשות ורורף אותה רגש של עלבון ובושה, בייחוד כשהיא חיה בישוב קטן, עברה ידוע לכל ובקרב בני עדתה קיימת רגישות מיוחדת לגבי בחירות שהתגבר בצורה כפי שעשתה התובעת. מכאן שגם טכניקתית להתגש פחתו גם הם."⁶⁹

גובהו של הפיצוי בגין "נוק כללי" במקרים שבהם סבר בית-המשפט בשנים המוקדמות כי נגרמה לתובעת, שלא באשמתה, "בושה" רבה היה משמעותי, הגם שמעולם לא נפסקו סכומי עתק בתביעות אלה.⁶⁵ קשה מאוד לתרגם סכומים אלה למנחים נוכחים, בעיקר

65 נוסף ל"נוק הכללי", יכלו התפגעות מהפרה של הבטחה נישואין לתבוע גם פיצויים על "נוק מיוחד" (ראו לעיל, טקסט להערה 29, ובכלל זה גם תוצאות מיוחדות שנגרמו לזון בעקבות היריון ולידה לזכות לתפסת השבת). ראו עניין שקי, לעיל הערה 44, בע' 154: עניין ע"א 386/74 פלוני, לעיל הערה 13.
66 ראו, למשל, עניין סקסט לעזרה 109 להלן ואילך.
67 ש"ח האשה, עניין ע"א 388/58 פלוני, לעיל הערה 27, בע' 168: "...קיימת כאן הטיחה מהמחירה שנוגדת לידה לפניה, ואין בכך הגומה רבונה... שעקב כך נהרס עתידה של האשה". עניין בן חרש ג' חזן, לעיל הערה 41, בע' 159: "יתר על כך כתוצאה מההיסוס שקיים אותה התביע ולידתה של הקטנה הפסידה התובעת חלק מסכומיה להינשא במקל ומכל לא תשיג בו זמנ אלא אם יסכים לקבל אותה בזה עם בהם תקשינה"; עניין ראובן, לעיל הערה 28, בע' 186: "הבאתי בהשבת את גילה של התובעת, את המעדה את התוצאות שנובעו מאי קיום הנשואים במסיבות המקרה הנוכחי והשפעת הדבר על התובעת, בעבודה ובחברה".
68 עניין בוברים, לעיל הערה 38, בע' 269.
69 ראו דברי השופט צבי ברזון בעניין נתן, לעיל הערה 13, בע' 1464: "גלוי וירוע, למשל, כי בית-המשפט אינם רואים עניין יפה תביעה על הפרה של הבטחה נישואין מלושם על חסר גם נמוגים מלהצניע פיצויים ביד רחבה", כן השוו עניין ע"א 388/58 פלוני, לעיל הערה 27, בע' 168: השופט זוסמן מצטרף לגישת השופט קמא (השופט הפוזי) כי "בדרך כלל יש לאמור את תנוק על הפרה נישואין ביקנה מידת צנזר", אולם במקרה שלפניו הוא מוצא שיקוינות נטיה מהמורה לנולדה ילדה לפניה" המצדיקה פסיקה סכום משמעותי. עוד ראו לזכר כי רוב התביעות באותה תקופה (להבדיל מהנתבע בעניין נתן) לא היו

הוא מציין כי זו "מפיץ התביעות שאינן אחריות ביותר, בייחוד כאשר הן מוגשות על-ידי גבר נגד אשה, כמו במקרה שלפנינו. תביעה כזו יש בה, כמעט תמיד, משונו מזן הדרושה..."⁶⁴ ואילו את הפיצוי הכללי הוא מעמיד על הסכום המגוחך של 100 ל"י בלבד, באמרו כי בכך "לא נחשב לא לזקוק ולא לצדק".⁶⁵ גישה צונית זו, אשר הוזי שואו בה דוגמה לפסיקה פיצוים לבו, ⁷⁰ שרדה באופן ברור שהגיבועה בנין תפרה של הבטחת נישואין אינה מיוצרת להגן על גברים - מסר שהופנם היטב במשפט הישיראלי בשנים 71 תמקמותו.

עמדת תפסיקה בשנים המאוחרות שונה?⁷² כבר אין מגנים תביעות של גברים נגד ארוסתיהם בנין תפרה של הבטחת נישואין, אלא הדם אליהן הוא ענייני תמציתי, בדומה לתם כלפי תביעות נשים מוגשות. כך, למשל, בשנת 1997 דנה השופטת ע' כרון בבית-משפט השלום בתל-אביב בתביעה שהגיש יוחאי קרני נגד חברתו במשך שלוש שנים, פבאן חדג'ג', בעקבות תפרה של הבטחת נישואין.⁷³ התביעה נדחתה אומנם, אולם זאת מטעמים ערכתיים (לא הוכח בפני כי נתגבשה אצל מי מהצדדים כוונה ממשית לבוא בברית הנישואין, ומהילא לא הוכח בפני כי היתה הבטחה כלשהי מצידה של התביעה לנשוא לתובע) ולא ייחס משקל כלשהו לעובדה שמגיש התביעה הינו גבר.⁷⁴ גישה דומה, תפיס עם תוצאות מספקות יותר מבחוינה תתובע, נקטה באותה שנה (1997) גם בשני מקרים אחרים שהעצור עליהם נדון לפני מותם תלחא, בראשות תמיא

השופט ב' כהן, עניין ברגהיל, לעיל הערה 3, בע' 385. על דברים אלה ראו להעיר כי אומנם, הול במאה המשפט-עשורה נעשו תביעות על-ידי גברים בעילת תפרה של הבטחת נישואין נדירות באגלית אולם במאה השמונה-עשרה: *as willing to men were quite as willing to bring substantial awards.* (Frost, supra note 1, at p. 16)

עניין טמיטי, לעיל הערה 5, בע' 131. אולם את ה"דוחה" שבתביעה השופט יזלברג מסביר באופן נישולי מברורה מגודרת (הסלידה מאכפת יחסי נישואין שאין בהם איבה, שם, שם.
 69 ואו ר' גביוון "איכפת המוסר, פיצויים בנין תפרה של הבטחת נישואין וחברת התובעת" משטטים ח (תשל"ח) 289, 282. הכוונה להחזרת הפיצוי תופסק לתובע על-ידי בית-המשפט על-מנת לנגות את הנתגרותו אף-על-פי שהנתגרות זו אינה קשורה לפעולה המוקדמת או לתוצאותיה.
 71 כך, למשל, בממך המברק את עצם קיום העילת ברבר תפרה של הבטחת נישואין, אשר נכתב בראשית שנות השמונים (קרי בתקופת המערב שבין השנים המוקדמות לשנים המאוחרות), פרופסור פונט שיטתון מוכיח את "אפליית הגבר" כאחת הסיבות המרכזיות התומכות בביתול העילת, ומכסה טענה זו על עניין טמיטי, לעיל הערה 5, ועל כך שבבעקבותיו "תביעות של גברים על תפרת הבטחת נישואין אבר עליהן הכלת". ראו שפמל, לעיל הערה 8, בע' 109-110.
 72 צער ראשון לכיוון של שינוי נתון לראות כבר בכך שבניין תפרה של תפרה של הבטחת נישואין, עניין טמיטי, לעיל הערה 3, שנתן בשנת 1984, נעשה ניסיון לנמק את החלטה בנין תביעות שהגישו על-ידי גברים לבין תביעות שהגישו על-ידי נשים באופן ענייני, כמבוססת על כך ש"ניסיון תווים מראת, שהתפרת הבטחת נישואין גורמת בדרך כלל נזק חמור יותר לאישה מאשר לגבר".

73 ת"א (ת"א) 54611/93 קרני נ' חדג'ג', תקד"ש (1997) 3252 (לחלף: עניין קרני).
 74 לגישה דומה ראו ת"א (פ"ח) 2165/96 טלמנטוב נ' וטרמן, דינים שלום כ 418.

תכל"י" בסכומים נמוכים למדי,⁶⁴ המושפעים מעוצמת האכזבה שנגרמה לתובעת תוך התחשבות בשיקולים כגון משך היחסים בנין הצדדים ועוצמת העיפיות שיצרו, מחד גיסא,⁶⁵ ותחסיבות תקוונקיות של ניהוקים, מאידך גיסא.⁶⁶ נוסמ איפוא ונהייר כי בשנים המאוחרות, להכריל מהמקובל בשנים המוקדמות, בתי-המשפט אינם רואים עוד בהפרה של הבטחת נישואין משום ניזק חברתי" למעשה של האשה התובעת, וממילא אינם נכונים להעניק פיצוי בנין "כבוש" שנגרמה לה במסגרת "תפיצוי תכל"י. לפיכך, עוצמת-הנפש האישיה "האכזרונה", שהתפיצוי עליה היה מאז ומתמיד צנוע, נותרה הרכיב המרכזי ב"פיצוי תכל"י" הנפסק במקרה שבו הבטחת נישואין מופרת כיום.

3. היחס לתובעים גברים

המקרה היחיד שבו הניעה תביעה של גבר שנגזת לבית-המשפט העליון בשנים המוקדמות הוא עניינו של מרדכי פחיתה, אשר תבע, במחצית הראשונה של שנות השישים, את ארוסתו, זיילייט טמיטי, על כך שנמשה אותו. בית-המשפט המהוי פסק לטרדי סכום צנוע של 2,011 ל"י, חצי בנין הוצאות שהוציא בתקופת האירוסין (ממונת, מסיבות וניצוא בנות) וחצי כנוק כללי. השופט זילברג, בפסק-דין קצוצר כן ארבע פסקות (שתיים מהן סכנונה), מביע את הסתייגותו מהתביעה הן במלל והן במעש,⁶⁷ ביחס לתביעה

64 בקרה חליי בקישר תו הוא עניין אונגר, לעיל הערה 26, שבו ונתה התובעת פיצויי בסך 50,000 דולר בנין תפרה של הבטחת נישואין, אולם זאת לא כפיצויים שהעמידה על-ידי בית-המשפט, אלא כפיצוי "פיצוי מוסכם" שנקבע על-ידי הצדדים (הסכום נזקב בשק שטטר התבע לתובעת כפיצוי על תפרת התבטחה, ובית-המשפט חייב את התבע בפועל ושיק).

65 ואו, למשל, עניין גרינשטיין, לעיל הערה 26: בית-משפט השלום פסק למשיבה 35,000 ש"ח, וסכום זה היה מקובל על בית-המשפט המהוי כפיצוי חלים "כאשר מדובר בתערכת יחסים שנפרשה על פני כ-10 שנים, ולאור עוצמת הנפח תרבה שעברה המשיבה" (כמסביר בהערה 63 לעיל, דעת הרוב בבית-המשפט העליון נמנעה מלקבט עמדה בסוגיה זו); עניין בנין הרוש נ' שטיין, לעיל הערה 11: בית-המשפט פסק לתובעת 40,000 ש"ח בנין מערכת יחסים שנמשכה כעשר שנים, תוך שהוא מציין כי "גיטיית הפסיקה היא שלא להרבות תביעות על תפרת הבטחת נישואין, אובדן מקר פריחה וכי...". קשים, כגון היינו תפסיקה לאישה, אובדן מקר פריחה וכי...".
 66 תשוו עניין טרייק, לעיל הערה 6, בע' 666: בית-המשפט העליון אישר פיצוי כולל בסך 25,000 ש"ח, שפסק בית-המשפט המהוי לתובעת אשר נמשה בתופתה, ביטל עוצמת הנפש, הנישה והצער שגורמו למשיבה, עקב אי תפיסת המשיע"ר לשיק הנישואין והפרדתה של הבטחת הנישואין.

70 תופתו זילברג ממייך בכך את המגמה שהייתה מקובלת עוד לפני קום המדינה, תשוו לתובעים האמר השופט רוט (Ross) בת"א (ת"א) 263/42, המ' 419/45 כרדוש נ' כרדושי, 1946 פמ"י 569, 571 (להלן: עניין כרדושי); "מאמץ אני שאין ירישום למקרה שבו הגישה גבר תביעה כזו במשך קרוב למאה ותמישים שנה... ואף הוא נכשל, לפיכך במידה שתובעים מקיין וכך נוגעים בגבר, זו נדמית תביעה שעבר עליה כלת... מפני טעמים אלה סבורי שיהיה צר מאד אם דיני המשפט המקובל יתפסו על איין ישראל ויאפשרו לגברים לתבוע את אלה שהיו משודכות להם ואת תוריהם לזק כלכלי" (תתגום הוא של

67 תופתו זילברג ממייך בכך את המגמה שהייתה מקובלת עוד לפני קום המדינה, תשוו לתובעים האמר השופט רוט (Ross) בת"א (ת"א) 263/42, המ' 419/45 כרדוש נ' כרדושי, 1946 פמ"י 569, 571 (להלן: עניין כרדושי); "מאמץ אני שאין ירישום למקרה שבו הגישה גבר תביעה כזו במשך קרוב למאה ותמישים שנה... ואף הוא נכשל, לפיכך במידה שתובעים מקיין וכך נוגעים בגבר, זו נדמית תביעה שעבר עליה כלת... מפני טעמים אלה סבורי שיהיה צר מאד אם דיני המשפט המקובל יתפסו על איין ישראל ויאפשרו לגברים לתבוע את אלה שהיו משודכות להם ואת תוריהם לזק כלכלי" (תתגום הוא של

האטרף השופט זילברג להקפדה על העילה באומרו כי המדובר באחד "ממין המביעות שאינן אחריות ביותר... כי היא יוצאת מתוך נקודת התנחה, כי הארוס או הארוסו זייבים היו להחתך עם בן־זוגו האחר, אך ורק בשל ההכנסה שניתנה, למרות שאין רגשות אהבה בניהם?"⁷⁶ כעבור חמש שנים הצטרף לוסטינג'ה מהעילה גם השופט ברנזון, שציין, אגב אודות, כי "גלוי וידוע, למשל, כי בתי־המשפט אינם רואים בעין יפה תביעות על הפרת הכסות ונישואין...".⁷⁷ עם זאת, למעט ההקפדה הסדורה של ב' בהן, מדובר באפירות כלליות ואקראיות אשר לא ייצרו בשנים המוקדמות תחושה שקיימת תמימות־דעים בין השופטים בדבר הצורך בביטול העילה.⁷⁸ נהפוך הוא, מספרם הרב היסתי של פסקי־דין שבהם נמנעו השופטים מלהישל דו"ע בעילה המביעה יוצרים דווקא את הרושם כי דרב השופטים רואים בה עילה נחוזה ומורכבת, שאין מקום למחוק אותה מספר החוקים. זאת ועוד, גם ההקפדים של כפירה בנישואין על אדם, השפעותיה האפשריות על דרכי החיזור והחשך המבליג־רציוני של כפירה בנישואין על אדם, השפעותיה האפשריות על דרכי החיזור והחשך מפני שימוש בה לרעה.⁷⁹ הטענה כי העילה מיותרת מאחר שהיא מוגנה על אינטרסים שהמשפט צריך למשך את ידו מהגנתם לא צמדה במרכז הכיבוק על העילה באותה תקופה.

האח להתקפה מסיבית על העילה בדבר הפירה של הכסות בנישואין ניתן רק בשנים המאוחרות על־ידי הנשיא שמגר בעניין שויפברג.⁸⁰ כדרכו של הנשיא שמגר, המדובר

לירידות מסויגות אשר יספיק אותו רק כדי להימנע מן הפרסום הכרוך בעצם הגשת המבעי". לרוב נמנים אלה הוא סובר כי בהיעדר ניסבות מיוחדות, נוטב לא לסיק כוונה לציור יחסים משפטיים מצדם המסכמה להינשא. אולם לאור התקדימים המורכבים בנושא עוד מיומי המנדט, הוא מחיל את גישת המשפט המקובל על המביעה שלפניו. עניין טמפיטי, לעיל הערה 5, בע"מ 131. כוכר, המדובר בתביעה שהגיש גבר, ועל־כך קשה לקבוע אם סלידתו של השופט זילברג מופגנת לעילה גופא או לחמתו המגדירית של האדם שהוגשו אותה. השו"ת העיל הערה 68.

עניין נתן, לעיל הערה 13, בע"מ 464. מעניינת במיוחד בהקשר זה עבודתו של השופט קיסטר. ככמה פסקי־דין השופט קיסטר ספנה את הקורא לאמירותיו של השופט ב' בהן בעניין ברגהייז, לעיל הערה 3, אולם בכל המודעות הללו הוא נמנע מלפגן מלחוח דעת חובית או סלידה עליו. וראו עניין פרץ, לעיל הערה 25, בע"מ 359. ע"א 401/66 מורום ג מורום, ש"ל כא"ו 11/10/67, 673. 680 (לולו); עניין מורום; עניין נתן, שם, בע"מ 469-468. יתר על־כן, בעניין פריץ, שם, השופט קיסטר מנמק לזכירו של השופט ב' בהן כראיה לכך ש"החזרות בית המשפט הוגנה סעד במקרה של הפרת הכסות בנישואין אגב אחרות ומקובלת על דעת המתדיינים (אף באנגלוה)". מאחר ששקשה להגות כי השופט קיסטר ביקש לכלול עצמו בקרב "המתקדמים" (במיוחד בשיטת לוקשנדורף ודבריהם - השענה כי יחוגו הדיון של האבה והתפירה לא יכלו להתייחס באהדה לוקשנדורף ולדבריהם) סביר יותר לפרש את התפירה לחוות־דעתו של השופט ב' בהן כחוסה נדב הגשת תביעות בעילה של הכסות בנישואין על־ידי נשים המאמצות לציצן תפיסת־עולם מודרנית־מתידנית ("אישה חופשית ברצונה" בלשנו של השופט לנדוי בעניין ציא" 545/77 פלניניו, לעיל הערה 17, בע"מ 397).

ראו לעיל הערה 78, וכן שפמון, לעיל הערה 8, המוסף לציצן שהשופט ב' בהן מוכרז את תפיסתו של "אפליה גברית".

עניין שויפברג, לעיל הערה 29, בע"מ 174-175.

סלוצקי, בבית־המשפט המחוזי בתלמה, במקרה האחר אשר הרכב פסקי־דין צנוע, בסך 16,500 ש"ח, כפיצוי בגין נזיק הסתמכות שנגרמו לזוג בע בעיל והחלטת ארוסתו לטפל את הנישואין חלופת החוגדות הוריה.⁷⁵ במקרה האחר אושר ההחלטה לטפח לתובע הזוג הנישואים בסך 4,650 ש"ח בגין הפרת של הכסות בנישואין, אולם לזכות נסיבות המקרה הופחתו הפיצויים הכלליים שנפסקו לו מ־12,500 ש"ח ל־5,000 ש"ח.⁷⁶ בפסקי־דין קצוצצרים המבליגים אין הנשיא סלוצקי מתייחס כלל לזכויות התובע, אלא רך במקרים שלפניו לגופם. בית־המשפט מצוין אומנם כי הלכה פסוקה היא שהפיצוי על הפרת של הכסות בנישואין צריך להיות צנוע, אך אין הוא חולה ואת בעובתה היות התובע גבר, אלא בהלכה הכללית שנקבעת בנושא זה בעניין שויפברג, שדן בתביעה שהוגשה אשתו.⁷⁷

4. היחס העקרוני לקיום העילה

אמירות היוצאות נגד קיום העילה בדבר הפירה של הכסות בנישואין ניתן למצוא עוד מראשית דרכה של הפסיקה הישראלית. כבר בשנת 1954 יצא השופט ב' בהן בהתקפה חוזרת על קליטת העילה במשפט הישראלי, ותביע את צערו "על שהחילו בכלל את דיני המשפט המקובל על תביעות בארץ ביחס להפרת של הכסות בנישואין".⁷⁸ כעבור כעשור

צ"א (ה"י) 4074/96 אבי צביסקא, תקצח 209(2) 486. עניין שיהי, לעיל הערה 20. באותו מקרה מסר הנובע לנבועת, בתחילת יחסיהם, מידע מטעה על הצבו המשפחתי (טען שהיה נשוי בנישואים פיקטיביים בלבד לצורך קבלת אזרחות אוסטרליה, שעה שבפועל חי עם אשתו חיים משותפים במשך שנתיים, וכן "גילו, השכלה, ומצבו הכלכלי ורמת החיים הנפוחה להם באוסטרליה לשם התעורר בה תוג להחזיק את מנוחיהם". בית־המשפט קבע כי הנחמעה המביעה בקיום הקשר עם התובע גם לאחר שגורעו לה הנידחות לאשורו, ועל־כך לא ראה בהרומה של התובע נימוק המצדיק את הפרת החבטות. עם זאת סבר בית־המשפט שהרומה הנובע, וכן הגוף קשר ארוטי עם גבר אחר", די בהם להצדיק את הפחתת הפיצוי בגין נזק כללי.

75 ראו לעיל, שקסט לתערה 65. למפיסה שתחביעה חלה באופן סימטרי על הוביעים גברים ונשים בשנים המאוחרות השו"ת עניין גרינשטיין, לעיל הערה 26: השופט יי בושלמה מנמק את הצטרפותו לנישה כי אין לאפשר תגיעת הלפי מפד הכסות נשוי בנכ"ל שכלל תו "מתיישב עם עקרון יוסד של שוויון בין המינים ומנע אשה נשואה בעילה פלה הכסות ייפחה פחה בפני גבר, דווקא או נשוי, לתובע אשה נשואה בעילה פלה הכסות בנישואין". אולם השו"ת לזכויות השופט ריבלין בעניין ציא" 5258/98 פלניניו, לעיל הערה 7, פסקה 4. לפסקי־דין, המוסיק להגיה כי מספרן של תביעות על־ידי גברים הזוג צועם, ומסוק מנכ"ר כי העילה המסיבה לשמש "כלי פסול לקיבוע מעמד האישה, להכריח מוגבר, כמי שגורשת לקשר הנישואין על מנת להגשים את עצמה".

עניין ברגהייז, לעיל הערה 3, בע"מ 385-390. שלוש תו הוציאת שהשופט ב' בהן מנמק בעילה: ראשונה, "צורכים הנישואים להיעשות תדיר ברצון חופשי ובנוש הצפה, ללא כבלי הכסות קודמות"; שנייה, מאחר שהזוג יכול להיכרת גם על דרך התנהגות, קיומה של העילה עולה לגורם לכך שיהיו המחויבים נאלצים לשמור בעצמיהם שמה תחפיש הנהגותיהם, בשלב משלביה, כהסמכה להקשר בנישואין, על דרך הסמכה מכללא..."; שלישייה, מאחר שהתביעה עולה להכתיים את שם התובע, יש כאן "פחת, חלילה,

את פסק-דינה בהבטחה: "לטיעוני ישי יסוד להשקפה לפיה ראוי שהמתקן ישקול אם יש להוסיף ולקיים ברזן את צילת המביעה של הפרת הבטחת נישואין". אולם כל עוד הצילה קיימת, היא סבורה שאין מקום להקנות לגבר נשוי חסינות מפנייה, ובכך להעניק לו יתרון בהשוואה לגבר פנוי. השופט יי גרוס, שנתן את דעת הרוב, מוהר במהלך פסק-דינו את החסינות לגבר פנוי. ההקשר במסמך הוא הקריאה למחוקק לבטלה. בסוף פסק-דינו הוא אף מבחיר, בהגבנה על עצמה השופטת רובינשטיין, כי "אף אליכא דהשקפתי שלי... מן הראוי לבטל את הצילה ככלי". אולם לגישתו, כל עוד לא התפנה המחוקק לעסוק בצילה, יש להמשיך לפסוע בעקבות ההלכה הפסיקה המאפשרת לשהדר גבר נשוי במאחריות משפטית, ובכך יוצרת "פגיעה מסויימת" שבצורתה ניתן "לנגוס במידה מסוימת בעילה של הפרת הבטחת נישואין".

אך לא רק בעצמותה, כי אם גם בדגישה, המתקפה על הצילה ברוב הפרה של הבטחת נישואין המודרנית אין צמודות עוד הסכנות של הצילה (כגון כפיית יחסי נישואין או תשלום לטובתה)⁸⁸ כי אם תוסר ההתאמה הקיים בעיני רוב שופטי השנים המאוחרות בין עולם המשפחה של הפרה של הבטחת הנישואין מהרחשת, לכך עולם המשפט, שבו הנפגע מוקש מורו ללאבדו. ביטוי גלוי לא-הנהגות הנגרמת ליושב ברזן כתוצאה מהוסר ההאמה והגנה השופטת ביה-משפט העליון בתהנהגה, הן עוברייה, שפתחה את הכרעת דינה בעניין שבו נדונה הפרה של הבטחת נישואין בהתמצלות:

"...הצדדים נבאים לכן כי המלהקות ביניהם תוכרע הכרעה משפטית על פי הדין הקיים, ועל כך לא אוכל להליך. עם זאת, סבורה אני כי בחינת יחסי הנדרים במשפט המשפט חייבת לעיקר ומיוקת... אמתקנה להשלים את משימתו מבלי לציין את החושת לפיה אני מכללת כפייל בחינת חריגות, ואת תקנותי כי לתת-לכותי במתחם הדגשות הערונים של לורן ושהערון לא תגרום כל נזק ומכאוב"⁸⁹

לכרייה הנבאים של פרופסור גילי כהן, שצוטטו לא-אחת בפסיקה, מבטאים אופיא ריטב את צמדתה הבקורותיו של הפסיקה בשנים המאוחרות כלפי הצילה ברוב הפרה של הבטחת נישואין:

"זרזת הטבעית של דיני החוקים הוא זרזת המסחר, מהזרות רחוקים או נפשיים נמצאים מחוץ לתחומם המסודרת של דיני החוקים. רגשות אינם מצדך. אין לסתור בהם"⁹⁰

88 אולם מרבן שתשורת אלה יכולים להזעזור במסיבות מאזמות גם בשנים המאוחרות, כגון כאשר הורשם לחליל של היחשב ברזן תוא שתחובע עושה שימוש לרעה בהלכות משפטיות על-מנת לחתום בהבטחת השון עניין חייט, לעיל הערה 53.

89 עניין שרון, לעיל הערה 27. השונו גם לברזן של לופט ריבלין בעניין צ"א 5258/98 פלונית, לעיל הערה 7, פסקה 5 לפסק-דינו: "בטופ של זכר, נראו כי תקושי המרובי שבצילת התביעה בגין הפרת הבטחת נישואין מסוין לכפות את דיני החוקים, הן כהגנה, על סיסטמטיה שספק אם הם עירונים נישואין מסוין לכפות את דיני החוקים, הן כהגנה, על סיסטם תווה ורבו הפרת תחת" המפרקליט לט (תש"ז) 304, 317. המרבים צוטטר 90 1 רבן "סיסטם תווה ורבו הפרת תחת" המפרקליט לט (תש"ז) 304, 317. המרבים צוטטר במבטאים את המצית הבקורות על הצילה ברוב הפרה של הבטחת נישואין במסמך-הדין

בהתקפה מהונה ומעודתה, המתבססת בעיקר על הפניה למקורות רבים ומגוונים במסמכי בספורות ובמשפט המשורה המעלים הסתייגויות מהצילה. עיון מדוקדק ברובים מגלה כי הנשיא שמגר עצמו נמנע מלהביע כל עמדה ביחס לזכרים, אלא מסתמך בהכאת דבריים בשם אומרים. אולם מבין השיטין ולהייחס לנושא בהרחבה יחסית, תורן ריכוז אֶפֶס נכבדה של התנגדויות, עולה קריאה ברורה למחוקק להביא לידו ביטול הצילה.⁸⁴ ברבים אלה, להבדיל מהתקפות של השופט ב' כהן על הצילה כארבעים שנה לפני-כן, נקלטו פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי בתל-אביב בעניין גרינשטיין.⁸⁶ מובקרת לכך הוא פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי בירושלם אולם ההצעה המוצעת תביעה שלישת השופטים שישבו ברזן נחלקו בדעתם ביחס לשאלה אם הדין המצוי טאפס תביעה בגין הפרה של הבטחת נישואין נגד גבר נשוי שנישואין לא היו מעורקים בעת מתן ההבטחה.⁸⁷ עם זאת לא התעוררה כל מחלוקת בין שופטי הרוב לשופטת המיעוט ביחס לדין הרצוי: ביטול המוחלט של צילת-ההבטחה. שופטת המיעוט, מן הרובישיטין, פותחת

84 בסיומה של סקירת ההתנגדויות לעילה הנשיא שמגר מגלגל את הנשוא לפתחו של המחוקק בהלה המילים: "אין חולק כי הסוגיה מעוררת שאלות מורכבות ורציניות ברם, יהיה הרוב אשר יהיה, נראית לי מסקנתו של פרוץ, שפנן, כי צילה זאת מקובלת במשפט המקומי וצקורות מן השורה אינה עניין להקיה שפישית", אלא למחוקק ככבודו ורצונה" (שם, בע' 176).

85 ראו, למשל, עניין טריליק, לעיל הערה 6, בע' 657; צ"א 5587/93 נחמני נ נחמני, פ"ד (1) 485, 507-508 (להלן: עניין נחמני) (השופט מ' שטרסברג-כהן); עניין צ"א 5258/98 פלונית, לעיל הערה 7 (השופט ריבלין); המישי (י"ב) 6050/97 פלוני נ אלונית, תק-מש 1198 (להלן: המ"ש 6050/97 פלוני) (השופט גילי מילרן); עניין מאריה לעיל הערה 11 (השופט יי גרינשטיין); עניין חייט, לעיל הערה 53, אך ראו דעת הרוב בעניין צ"א 5258/98 פלונית, שם (השופט מ' ברק ופרקליטתו), המסמך מהפך אשרי בחמה של הפסיקה אל הצילה ברוב הפרה של הבטחת נישואין. ראו הערה 34 לעיל והערה 86 להלן.

86 עניין גרינשטיין, לעיל הערה 26. כפי שצינו לעיל בהערה 34, דעת הרוב בעצור על חולשה זו, עניין צ"א 5258/98 פלונית, שם, מבטאת עמדה שונה ביחס לחיוביותה של הצילה ברוב הפרה של הבטחת נישואין, ומסמנת בקורות-מפנה אפשיית ביחסה של הפסיקה אל עילת-הביעה זו. הנשיא ברק מציין אומנם כי "ההכרה בתוקפה החזי של הבטחת ליהושא אונה בקייה מספיקות", אולם להרות ספקות אלה הוא סורב שהוכרה בקיימת עילת-הביעה זו הינה משני טעמים: ראשית הפרת הבטחת ליהושא עילתה לגורר נזק רכוש שאין כל הצדקה לא לאפשר את גילולו אל מפר ההבטחה; שנית, דיני החוקים הלישואיים אינם נצרכים על פח הגנה המשפטית. אלא הם מקנים (וראו שקיב) "הגנה נאותה גם לנפגעים במצגיל המשפחה-הנישואית" (ראו פסקות 11-14 לפסק-דינו). השופטת פרקליטת-מצטרפת ליעמיר של הנשיא ברק "באשר לחסיבות המכרה בעילה החוזית בגין הפרת הבטחת נישואין בטוסס הנשלט על ידי המשפט", ומבהירה כי לשיטתה, אין טעם מוסרי, וכדאי או משפטי להוצאת הבטחת הנישואין מחוץ לתפישותו של המשפט, ולאפשר בכך קיומם של הטכנים להחייבות ו תקושיים את הצדדים לחם בקשר של מחייבות חודית בלא שתחוללונה לחיוביות זו תוצאות משפטיות מקום שהפתי המחייבות של אחר הצדדים הסה נזק, ופגמים נזק קשה, לצד האחר" (ראו פסקה 1 לפסק-דינה). לעומת זאת, עמדה שופט המיעוט בעניין צ"א 5258/98 פלונית, שם, השופט ריבלין, תואמת הישג את הבקורות המקובלת בפסקת השנים המאוחרות על עצם קיומה של צילה תביעה בגין הפרה של הבטחת נישואין. לסיגרה זו ראו פסקה לעיל, פסקה לעמדה 24 ואילך.

מאזרחות, דמות מיתולוגית-כמעט זו נעלמת מהאזרחות וההגנה השיפוטית, ואת מקומה במינין השיפוט תופסים המנוצח או התובע שברור-החלב אשר בני-הזוג נטשו אותם לאנחות. תובע או תובעת אלה אינם אומנם חייבין גריר במקומותינו, אולם בית-המשפט מתייחס לנענינם כרדי-פרוכי: מחד גיסא, הוא מכיר בכך שתביעתם נכמכת על נכות מוכרת כדין המצוי; מאידך גיסא, אין הוא רואה כיצד יכולה תביעה משפטית לסייע לתקין ליבם.

דמותו של "תובע הצללים" בכל אהת מהתקפות תשמש אותנו כמפתח להבנת השינויים שחלו ביחסה של הפסיקה כלפי תביעה בגין הפרה של הבטחת נישואין: היא תאפשר לנו את תפיסת הרקע שהחריכו את החשיבה השיפוטית בכל אהת מהתקפות; היא תשפוך אור על התייחסותו של בית-המשפט לתביעות שנידונו לפניו בכל אהת מהמובים.

ניתן להמחיש את חשיבות דמותו של "תובע הצללים" לדין בעילה שעניינה הפרה של הבטחת נישואין באמצעות דוגמה היסטורית הקוחה מהדין המשורה בתחום שבו עסקינן.⁹³ כמחצית הראשונה של המאה העשרים, ובמיוחד בשנות העשרים והשלושים, בתור קרוב למחצית המדינות בארצות-הברית, לבטל, באמצעות תקיפה המכונה *Heartbalm Legislation* (תקיפה בענין "רופאי לב"), את עילות-התביעה שנתפסו באותה עת כעסקאות ב"נעניני הלב",⁹⁴ ובידאשן העולות הנוקיות של *Seduction* (פרוות),⁹⁵

דוגמה מהחישה אהרת מהיחסת לדמותו של "תובע צללים" בעילה בדבר הפרה של הבטחת נישואין באנגליה בתקופת הוויקטוריאנית. תפיסת חשיבתה העליונה ביחס לעילה זו ששפעה רבות בדמויות ספרותיות דמויות, כגון וותנה של גברת *Bardell*, בלאת בית אלמנה המיושה תביעה בגין הפרה של הבטחת נישואין נגד אהת הווייזים, לאחר שפרושה בטעות את בידוייה המלימים על התעלות שבטכירת משרת הוצעת נישואין, הומות היא פרי פונו של צ'רלס דיקנס, וסיפור תביעתה מוזאר בהתהבה בספר: *C. Dickens The Pickwick Papers* (London, 1948). הספר הודגם בשנת 1990 לעברית על-ידי אהרון אמיר תחת הכותר רשומות מועדון תפקודות ומיזות אלה שידרו את המסר כי התובעות בעילה זו הן נשים מנהזכות, נקמניות או תכנניות, שלעיתים קרובות אינן נבארות כלל לסער, ומכל מקום לא סבילי זקן של ממש. בפועל, מצבן של רוב התובעות בעילה זו באנגליה של המאה התשע-עשרה היה שונה לחלוטין. חלקן הגדול והן בנות מעמד הפועלים שהתמזגו מיטב שנותיהן שמגזב הכלכלי של בני-הזוג "אפשר להם לקהים בית משרת". לדין ונתונה של המפסות השונות ביחס לעילת הפרה של הבטחת נישואין, הודרך שבה חזינו את המאבק הציבורי לביטול התביעה באנגליה בשליש האחרון של המאה התשע-עשרה, ראו: 1 *Frost, supra*.

המונח "Heartbalm Legislation" הולם אולי את הדרך שבה נתפסו עולות אלה במחצית הראשונה של המאה העשרים בארצות-הברית, אך הוא בודאי אינו תואם את תפקידן ההיסטורי של עולות אלה, שגודרן כדי לתגן על הקשר המיני-דרכשי בין בעל לאשה, אב לבנותיו ואהן למשפחותיו. ראו הערות 95-97 להלן.

במקורות פיאריים מובים שפיתה אותה לקיים עמו יחסי מין, במיוחד כאשר הודחה המשרת, ולפגע כושר העבודה שלה, או לאשר נמנעו סוכיייו של זאב להשיא את כותו. רק בשלב מאוחר יותר, במהלך המאה התשע-עשרה, הוחתבה כות והביעה בגין העולה והקחתה גם לאשה עצמה. לדין בעוליה זו, שלא נקלטה בדין הישראלי, ראו: *The "Legal Ways of Seduction"* 48 *Stan. L. Rev.* (1996) 817.

לשון אהת, לא מסכנות הטמונות בעילה שעניינה הפרה של הבטחת נישואין, כי אם תוסר התאמתה למחודש במחוזות חלב הוא שמצדיק בעיני המבקרים החודשים את ביטול העילה. העילה אינה השורה בשל התוצאות הפסולות העולות לנביע מהפעלתה, אלא בשל היותה עילה מיותרת, המהילה את המשפט בתחום לא ל.

ג. המעבר מדגם "הפיתוי הגברי" לדגם "שבדון-חלב"

השינויים שחלו ביטפול השיפוט בתביעות בגין הפרה של הבטחת נישואין אינם מקריים. הם משקפים העדפה של הפיסט שווייני-מודרנית של החוסים בין כברים לנשים; הם מכביאים מהפך שחל בהפקיד המיוחס לתביעה בגין הפרה של הבטחת נישואין על רקע השתרשותה של תפיסה זו. דרך אהת לנהל ולהבין שניוויים אלה היא באמצעות דגם הנובע העוסק לנגד עיני השופט בכל אהת מהתקפות – אהת תובע שהעילה נועדה לו והוכאי מוכחה לסיועה של מערכת המשפט.⁹¹ להלן נבנה דמות-דגם זו "תובע צללים", שכן, כפי שנבדקש לעיון, היא עומדת ברקע המתחבה השיפוטית על העילה, ומכתיבה ברוב המקרים את תוצאת הדין.⁹²

בשנים תמוקמות התאפיינו פסיקת בהי-המשפט הישראליים בתביעות בגין הפרה של הבטחת נישואין בתופש אחרי קורבנות של פיתוי גברי: נשים המיומות חסרות מין, שנפלו קורבן, שלא באשמתן, למעללין של גבר נחעב. דמותה של "תובעת צללים" זו, שלא הורבתה לפקוד חלבה למעשה את אולמות המשפט, מאפילה בהקופנה זו על דמותן של התובעות בשר-ודם והושפת בעיני בית-המשפט את חולשת עניינן. לעומת זאת, בשנים

הבאים: עניין שויפברג, לעיל השרה 29, בע' 175; עניין עייז 5258/98 פלונת שפ, פסקה 13 לפסק-דינו של השופט ריבלין; עניין תלמיש 6050/97 פלונת, לעיל השרה 185; עניין אונגר, לעיל הערה 26.

ורדק, שופטים שונים מחזיקים, מטבע הדברים, בהשקפות-עולם שונות. המילא לא ניתן לצפות שדמות "תובע צללים" שידאו לנגד עיניהם תהיה אחידה. על-כן אין קושי לאמר פסק-דין שאינם מהיישבים עם התובנית המקובלת של הקופותם, כך, למשל, פסק-דינו של תלמיש י' אולישן (בהסבת השופטים ויתקון וחי' כהן) בעניין בשארי, לעיל הערה 20, ולפסק-דינו של השופט ריבנוביץ בעניין ראובן, לעיל הערה 28, שניתנו בשנים המוקדמות (1962 ו-1966, בהתאמה) כוללים נאפליים רבים של הפסיקה בשנים המאוחרות: הדין במסכת הדימה הקוסמה להחלטה להנייא ריבני קצר והמחצית, ההתקפות היא בניסבות שהובילו לפדות, ואין בו כל התייחסות לשאלת מתידותה המנינה של התובעת. לעומת זאת, עמדתה של השופטת מיזון בעניין תמיש 6050/97 פלונת שפ, התמחה אהת עוגמת נפש או כושה יש כהפשה של הבטחת נישואין, בהנחה שזוהי, כאשר מילא חיי הצדדים יחד, קיימו יחסי אישות, והתובעת אף נכנסה להיין, תואמת היטב את חלל המוססה בשנים המוקדמות שחובעה בשנים המאוחרות, מובן איפוא כי לא ניתן לתאר דגם שיתיישב עם המוסדות של כל שופטי ישראל, אלא – וזו משרתנו – דגם המתאר את התפיסה המקובלת כפי שזיא משקפת בודים ומרכיב של הפסיקה בכל אהת מהתקפות.

ההשדא למונח "תובע צללים" שאולח מתוך: *C. Rose "The Shadow of the Cathedral"* 106 *Yale L. J.* (1997) 2175 *example*, לויאר סוז המקיים עשיר לנגד עיני הכותה בבואו לצעב סיפון מופשט.

תמוקדמות עצמ במפורש השופט קיסטר, שהיה באחת הקופה אחד ממצבי תלי-הדוח בפסיקה בעניין פירוש של הכנסת נישואין.¹⁰⁹ כבר בראשית שנות התמישים, שעה שהשופט קיסטר כיהן בבית-המשפט המחוזי בתל-אביב, הוא מנהיר את גישתו:

"גראה לי שהצטרף והבשרת הם הרבה יותר גדולים כשציערה נתמנית ליהסי אישות בהכנסת נישואין, והאיש מפר אחד כך את הבטחתו, מאשר במקרה שהכנסת הנישואין כבר אינה משנה במצבה של החובעת, ובהחסים בין הצדדים, והכנסתה לנישואין באה רק להצטרף כבוד, ולתת שם לילדה..."¹¹⁰

למילים, משמונה בבית-המשפט העליון, תור השופט קיסטר ופירש גישה זו באומרו: "חשוב כאן להודיש כי אם להכנסת הנישואין תלווה פיתוי לחיי אישות, הרי אז שתפיתוי תות מנתוה צילה עצמאית לתביעה בגויקין באותם חוקים שציעלה תותוה אינה מוכרת, או שמותוה צילה לפסק פיצויים גם על נזק לא רכוש באותם חוקים שהתבטחה מתוהה צילתה..."¹¹¹

כאותן שינים כבר ריתנה צמדת זו מורשרת היטב בפסיקה,¹¹² ואף שופטים חילוניים, דוגמת השופט ברנרן, לא הקישו להצטרף אליה, ולקבוצ כלאחר יד שי"אין חולקים כמדרכן שענין פותוה של אשה לחיות חיי אישות עם גבר בעקבות הכנסתו לשאתה לאשה, הוא גורם להגולת הפיצויים"¹¹³

הדוגמה המובהקת ביותר בשנים תמוקדמות למקרה שבו מצא בית-המשפט את החובעת מתאמה לדגם "תובעת הצללים" בעילה כדבר הפרה של הכנסת נישואין היא

109 לנכחותם הבולטת של השופטים החתיים והממורחיים, ובמיוחד השופט קיסטר, בפסקי-הדין המרכזיים שניתנו בשנים תמוקדמות בעילת הפרה של הכנסת נישואין ראו לולין, הערה 167 ומקסט להערה זו.

110 עניין בודרה, לעיל הערה 28, בע' 446. נתמבע הניש צדורה על פסקי-הדין לבית-המשפט העליון (ע"א 421/54 עשירי נ' בודרה, פ"ד ט 1205), אולם נושא ההפרה של הכנסת הנישואין לא נידון בו.

111 עניין נהן, לעיל הערה 13, בע' 469; כן ראו דבריי בעניין מרום, לעיל הערה 81, בע' 683; "עקב התקדמות המכסה לנישואין קורה ואחד מבני זוג המשותפים עזוב את מקום עבודתו, מוציא הוצאות מספיות גדולות למנוח ולצרכי הכנות הנישואין ולדיון, ולעצרת אף קורה שהמלוכמת מותפתה לחיי אישות, לאחר כל זאת, אם אחד מבני הזוג מפר את ההסכם והזוח בו מוציאו להוצאות, מן הצדק הוא לפנות את הצד המפחד על כל אישיות והנסיגה שנגמלו לו, ובמיוחד כשמודבר באשת שנתמכתה על-ידי המפורד לזיווג מצד המפר".

112 השוו שורמסון, לעיל הערה 104, בע' 113, המנהיר כי ביחס לאבות-הזוג של "בושה פגיעה נפשית, ותפתות סכיזוא, כהרי אשה המגלה תופעות כמניחה עם גברים והמלוכמת אישות מחוק למטרת הנישואין, כהרי אשה המגלה תופעות כמניחה עם גברים והמלוכמת לבוא עם ביחסי אישות גם ללא הכנסת נישואין".

113 עניין שקר, לעיל הערה 44, בע' 154; ודאו גם וכריי בעניין נהן, לעיל הערה 13, בע' 466; "בהצעות מסוג זה, פגיעה בשמה הטוב ובגישתה של אשה שנתמכתה לזוג על יסוד הכנסת נישואין כוונת וכסופו של דבר נעוזה לאגרות, היא מעיקר הנזק, כפי שחלף תברי המכובד, השופט קיסטר..."

האובססיבי של בתי-המשפט בהם בשנים תמוקדמות נראה מיותר ופגיע.¹⁰⁴ אולם, הלכה למעשה, בית-המשפט בשנים תמוקדמות מייחס לעילה בעניין הפרה של הכנסת נישואין תכלית מוגדרת, וכנגד מנך, הוא מייצד אותה להגנה על תובעות מטיפוס מסוים. התכלית שביית-המשפט מייחס לתביעה היא תמיכה בדגם יחסים מסוים בין נשים לגברים; דגם שמודפד-המשפט הקושר בין יחסי מין ונישואין ומסוף להגנות מקיום יחסי מין מחוץ למוסד הנישואין.¹⁰⁵ דגם זה תואם את עקרונות התפיסה הדרתית הדרתית רחסי מין מחוץ יחסי מין שלא במסגרתו של מוסד הנישואין אסור, והוא כבוהות יחסי זנות.¹⁰⁶ כנגד מנך, גרשת בית-המשפט בשנים תמוקדמות רואה בעילה כדבר הפרה של הכנסת נישואין כלי להגנתן של נשים תמות והמלוכמת, שביקשו לקשוד בין יחסי אישות ונישואין, אולם שאיפתו לפעול על-פי הדגם הראוי הפרה באמצעות מוזימתו של גבר שפיתח אותן לקיים יחסי מין במסווה של הכנסת נישואין, שאותה תפר, במילים אחרות, "תובע הצללים" הפורוסי, וקשור בין המכנסת לקיום יחסי מין לכין נישואין, אך רצונה הופר באשמת מצדשה פיתוי גבריי, אשר כלל הכנסת נישואין. תובעת כון ראריה להגנה המשפט מאחר שרצונה לקשור בין יחסי אישות ונישואין נתמס בעמדה מוסרית הראויה לעידוד, ואילו סיכולו של רצון זה הוא תוצאה של התנהגות פסולה ופגומה מצד הנכבוע. זאת ועוד, נזקק של תובעת כון שונה מהותית מנזקן של תובעות אחרות: ה"מבטחה" שהיא סובלת ממנה כבדה ומשעמעותית יותר, מאחר שבעבר נתמכה בכבוד והכבדה מבריתית;¹⁰⁷ הצער שהיא חשה עמוק ומורכב יותר, מאחר שהיא נוכע מסיכול שאיפתה לאמץ לעצמה אורח חיים ראוי ומתוגן, ולא רק מביטולו בקודדגו של מצדכת יחסים מסוימת.¹⁰⁸

על השיבותו של יסוד ה"פיתוי" בתביעות בגין הפרה של הכנסת נישואין בשנים תמוקדמות, לעיל הערה 3, שבו דחה בית-המשפט את הטענה כי בעובדות המתוות היה די להצדקתה של הפרה התבטחה.

104 השוו גביזון, לעיל הערה 50; פרוספר רות גביזון מבקרת בתרופות את פסקי-דינו של השופט שרשבסקי בעניין רון, לעיל הערה 12, על דקק הותמכותו ב"אי-מוסריות כלליה" של החובעת, אשר אינה קשורה, להמנתה, לזקק שנגמס לה עקב הפרה של הכנסת הנישואין; לעמדת הותמכות בגישתו של השופט שרשבסקי, ומנסה לקשור בין "אי-המוסריות" והטענת לזקק שנגמס לתובעת, ראו א. שוחטמן "עוד לשאלת הותיוב בפציוניים על הפרה הכנסת נישואין" משפטים ט (תשל"ט) 109.

105 לדין בשני המורכב שבין נישואין ללגיטימיות של קיום יחסי אישות ראו שייפמן, לעיל הערה 8, בע' 142-147.

106 ראו שרשבסקי, לעיל הערה 8, כן השוו לרברי השופט חילבי המצוטטים לעיל, בסקסט להערה 49. גישה דומה מקובלת גם בנצרות ובאיסלם. ראו שייפמן, שם, בע' 142; שי' ליפליץ הסדרה הוותיק של יחסי זוגיים במשפט האזרחי (תיבור לשם קללת הותואר "דוקטור לפילוסופיה" באוניברסיטת בר-אילן, תשס"ב) 61-62, 66, 98.

107 ודק, הקביעה כי מורכב ה"בושה" גדול יותר כאשר מדובר באשת שנתמכת על המנות מסוימות כדבר המנוה המצוי (והראוי) של התבדה (תמות שנתמכת על ידיה שיפוטית), ואין היא בגדר ממצא עובדתי שנקבע לעניינה של תובעת זו או אחרת. לתפוקדה של "ידיעה שיפוטית" מסוג זה ראו מ' מאיטפר "שכל-ישר, לגיטימיות, כפיתוי: על שופטים מספירי סיפורים" פלילים 7 (תשנ"ט) 11.

108 השוו שוחטמן, לעיל הערה 104.

מתגבלת כי "קשה להעריך את הנזק שנגרם לתביעת ובכל סכום שאקבע לא יהיה משום פיצוי חילום"¹²⁰

מאיד גם בקרים קליים של "פיתוי גברי", דוגמת צניינה של שרה בן הרוש, הוי גזירים עצמו באמות המידה המוסריות הנקשות שהציב להם בית-המשפט. מקצתם היו גברים שדגם "הפיתוי הגברי" אינו חופס כלל לגבהמו מקצתן, נשים נשאות שניהלו רוטן מתוך למסרת הנשואין, או נשים שניאותו לקיים יחסי אישות עם גבר נשוי, ועל-כן חרנו במודע מדרך ההתנהגות הראויה; רובן נשים שהסכימו מרצונן לקיים יחסי מיין מתוך למסרת הנשואין עוד בטרם עלה נושא הנשואין על הפרק לכאורה, לכל התובעים הללו עמדה יצילה משפטיה בגין הפרה של הנסחת הנשואין; בניצי השופטים בשנים המקדמות היתה תביעה זו מפורקת, שכן לא על תביעה שכאלה התכוונה הצילה לגונן. פתורנה של דיילמה זו נמצא לרוב בשיעור שבין קימץ בפיצוי וגיבוי מוסרי; התובע הכלתי-נאות יזכה אומנם בפיצוי, אך הפיצוי יהיה נמוך, לפעמים עד כדי גירוף, ויילוה בנישופה מוסרית מטעם בית-המשפט.

טל תחילה את התובע הגברי. לעיל עמדנו על כך כי בשנים המקדמות החליט בית-משפט 120 שם, בעי 159. פיצויים אלה הם בסכום השווה לשכר עבודתה של התובעת למשך 625 יום, והם מביאים בהשבון, ככל הנראה, את יכולת התשלום של התובע, שהיב גם בתשלום מזונות בוח.

121 למקרה נוסף המוקרב לדגם "הפיתוי הגברי" ראו צניין בוכריס, לעיל הערה 38, שגידון בירת המשפט כי "אכן הנסחת הנכבד לנזכרת לשאתה לאשה וכי על יסוד הנסחת זו התחילו הגזרים במקרים יחסי מיין התובעת אף נכנסה לחייו". יתר על-כן, במקרה זה פגעה הפרה בהבטחה בתובעת. באופן קשה, "זוהיאה לנסיון התאבדות ולבסוף - לתפסקת החיינה בתורש בעורפיהם...". (שם, בעי 166). עם זאת, צניינה של התובעת, הורדת בוכריס, אינו נזכר באותה אהדה כמו צניינה של שרה בן הרוש, וברקע התרבים מותרים יחסי מיין על-סמך המסילים ספק בהאמנתה לדגם "הפיתוי הגברי": ראשית, נכונותה לקיים שאנו יוצאים באופן רציני ושאיין לי מה לזאג, ובואת הוא שבוז אותי, שנית, תעוברת שהיתה מרצונה במסירת תובנית שהגה התובע כדי "להצמיד את הוריו לפני עובדה קיימת" ולחסר בכך את התנגדותה לנישואין, לבסוף, הספקות שניסה הנזכר לעורר בקשר עם הוריו: השופט מבהיר אומנם כי יש להתעלם מהסענות כאילו היא קיימת יחסים, עם זאת הורה צניין להביא את סענות הצדדים בפירוט-מה, ולמקבל הרושם כי הוא נמוג באופן מודע מלקיבה ממצב תחת, כפי שנישפת בעניין בן הרוש נ חזן, שלפני צדוניה של התובעת "כי היא היתה בתולה שעה שהתנבצ בא אליה" נאמנה עליו (שם, בעי 167). על רקע צניינים אלה (שאינם מפורטים ומודגשים אומנם ברובי השופט, אך מכתב-המשפט מחד גיסא, פסקת פיצוי בסך 5,000 ל"י על נזק כללי ונזכרונה בגובה 30% מסכום שחבטי, אולם צניין אותו סכום בדיק שנספס בעניין בן הרוש נ חזן; מאיד גיסא, אי-התכוונה לפתוחה בנין נזקים הקשורים לנסיון ההתאבדות בנישואין שות נזק מרחק מדי (שם, בעי 169), אף-על-פי ששולשי עמורים לפנינו נזקם כאופן חוד כי התפלה של הנסחת הנישואין היא הולדכ שפנצ באופן הקשה ביותר בתביעת והביאה לניסיון ההתאבדות" (שם, בעי 166).

תביעתה של שרה בן הרוש גנד יוסף חזן, שגידונה במחצית הראשונה של שנות השישים לפני השופט אליים בבית-המשפט המחוזי בבאר-שבע,¹¹⁴ שרה, בתורה בראשית שנות התשעים לחייה, הרתה ליוסף, ושאה אחרת תחתיה, מקריאת תיאור תיעובדות קל לתורשם מאחורת בית-המשפט לתובעת ומרצונן להמאים את סיפוריה לדגם "הפיתוי הגברי": שרה מתוארת כמי שצניינה בתוכחות עם גבריה והם לצורכי נישואין כלבין, לשם הגשת צניין זה לא רק שנגמר לנו במפורש כי שרה ויוסף תכינו "קלמטרות נישואין" ויתבקיימה נציגת ארוסין ביניהם", אלא גם מובהר כי משתעורר חששה של שרה כי יוסף אינו מתכוון לשאתה, היא מזהרת לעוזביה, ולא תדישת את קשריהם עד שהשתכנעה כי חרדש "הרצון המשותף להינשא"¹¹⁵ אולם תיאורה של שרה על-ידי בית-המשפט תואם את הדגם השמרני-הפרהיטטי לא רק בכוחות, אלא גם במעשים. השופט חזרר לא פחות משלוש פעמים על קביעתו כי אף-על-פי ששרה נפגשה עם גברים אחרים בתקופה החלוצנית, היא לא קיימה יחסי מיין עם כל אדם אחר, פריט ליוסף.¹¹⁶ יתר על-כן, אף כאשר הוא פורש את תחילת יחסי המין בינה לבין יוסף השופט מקדק, בנייני: "כלילה הראשון שכב הנזכר עם התובעת משכב גבר עם אשה והם כי הדבר לא היה לרצונה בתחילה וניסתה לדחותו היא נתרצתה, כאשר הנסחת להינשא לה."¹¹⁷ רוצה לומר, שרה לא התכוונה לקיים יחסי אישות אלא תוצאה של ספק בפייה ספק פיתוי, על רקע קביעות אלה קל להבין את אהדה בית-המשפט לצניינה של שרה: היא כשלה אומנם בכך שקיימה יחסי מיין מתוך למסרת הנשואין,¹¹⁸ אך צניינה ראי בהחלט להגונה. אהדה זו מצאה את ביטוייה גם בפסקית תפצויים: 5,000 ל"י בפיצוי כללי (ועוד 750 ל"י שכר טרחת עורך-דין), בצירוף אמירה

114 צניין בן הרוש נ חזן, לעיל הערה 41.
115 שם, בעי 152.
116 שם, בעי 155: "...ואין ספק שאני מאמין לתובעת שמתוך לתנבצ לא היו לה יחסי מיין עם כל אדם אחר." בעי 156: "יצא שכל זכרית של התובעת הם אמת ואני מאמין לה שלא קיימה כל יחסים מיניים עם כל אדם שהיא מתוך לתנבצ." בעי 157: "לאחר שראיתי את התובעת והתורשמה מננה ומחזקת-סנאמור על ההנהגותה בכפר הגדון לא נשאר ספק שהתובעת והתורשמה לא קיימה תנובתה ולא צייתה והיתה לקיים יחסים מיניים עם כל אדם אחר מתוך לתנבצ...".
117 לפען שלנחת התנובה צניין כי לקביעה בעניין זה יש דלתושיות לדיון בשאלת האבהות שהתעוררה באותו עניין. עם זאת, ספק אם לשם כך היה צורך לחזור על הקביעה שלוש פעמים או לקבוע ממצב גורף (להלביל ממצב המתייחס לתקופה המשוערת שבה התעברת התובעת).
118 שם, בעי 153.
119 אחר העידים שהקשה התובעת היה להידי בה כאשתו של התובע "בתוקף האיורוסין שהיו ביניהם ובתוקף היחסים המיניים שהם קיימו". השופט אליים נמנע מלדון בבקשה זו מתנובתה שווא מקויה בסמכותו הייחודית של בית-הדין החני (שם, בעי 157-158).
120 עובדה שהשופט אליים אינו שוכח להזכיר, במסרת הדין בתביעת התובעת למזונות לצמצמה (להלביל מסוננות לבתה, תביעה שנרחתה בנישואין חזוני, השופט מציי, אגב אורזא: "אשה פניה המסימה לקיים יחסים מיניים במדע נצרכו בנינים נשואין בתוקב נוסלת על עצמה סוכין שליל תוכר כאשתו של אותו אדם אף אם הוא ארוסה" (שם, בעי 1188).

צבירה שורה, והיתה נשואה ואם לשתי בנות שעה שפגשה בנתביץ, גבריאל ברשי, "שהיתה רווק צעיר ממונה". בין השניים התפתח רומן אהבה שהתקיים שנים אחדות בסתר וללא ידיעת הבעל הנבוג. במהלך השנים הללו הכניחה גבריאל לצבירה לשאתה לאשה תמורת מבצעה, וגם לאור שהתגוררה לבסוף, בשנת 1962, "התמזל (גבריאל) בהכנתו זו במשך זמן רב". אולם גבריאל לא צמד בניכוחו, וכבר שנה, בשנת 1966, נשא אחרת לאשה. השופט קיסטר, בפסק-דין מפורט ורבי-צדדים, מהחבט קשות בין צעיר על התבטעת לבין תסלידה המוסרית שהוא חש כלפי התגוננותה.¹²⁸ שאתו הוא אלים כאל "תובע ראוי", שהיה ו"שיתף להצעה", באירן גיסא, אין הוא יכול להתירם אלים כאל "תובע ראוי", שהיה בניחה בעלה עומדת בניגוד גמור לדגם השמרני-הפורשני, הקושר בין יחסי אישות ונישואין. על-ינת לגשר בין הדברים, השופט קיסטר בוחל בדרך-בנינים: מצד אחד הוא דוחה בתוקף, ותוך צינוני מוסרי תקף לנתבעת, את דרישתה לטען בנין הפרה של הכנסת ונישואין.¹²⁹ הנינוני המוסרי מגיע לשאו בהשוואה שהשופט קיסטר יוצר, אגב אורחא, בין דרישתה של התובעת לפיצוי על הפרת הכנסת לבין דרישתה של זונה לקבל את האתנו הקיבוצי, הוא באשר את המכום הלא-מבושל (7,000 ל"ש) שפסק בית-המשפט המזוהה לתובעת כנתון כללי, ו¹³¹ ואת בהתבסס על צילת המרומית הנזיקית שהוא מייחס לתובע בעיקרת עזרות כי למעשה לא התכוון לשאת את התובעת לאשה.¹³²

השופט זוסמן (שהשופט ברנזון מצטרף אליה) דוחה אומנם את מסקנתו המשפטית של השופט קיסטר ומורה את התובעת בפיצוי של ההפרה של הכנסת הנישואין, אולם הוא

128 השופט קיסטר מציין בעניין זה: "המערער - כפי שמתברר מן האמור לעיל ומתוך כותבים שכותב למשיבה - הצהיר במשך כל השנים עד תקופה נכרת לאחר גירושיה שהוא אהב אותה, יש גם יסוד להאמין למשיבה - כפי שהאמין לה הנשיא-התורן בבית-המשפט המזוהה - כי היא סמכה על הבטחתו כי הוא עומד לימינה ואף יעץ לה להתגרש. המערער טוען שלמעשה לא חשב על המשיבה, ובעדותו הוא אומר כי כאותו זמן היתה לו כבר בחורה אחרת, אשר איתה רצה להתחתן, ואף היה מאוהב עם האחרת. ובכן, מצד המערער היתה זה בעצמה הורחה כדי שהמשיבה תפצל לפי זה ותמשיך להתמסר לו, וזאת בעזרת זאת וזבלת הפעיה והתנהגותה שתמכה על דברי המערער סבלה נוק ממוח...".

129 מעבר לקביעה כי ההכנסת הנבוגה את הקנה-הציבור מאחר שנתנה לאשה נישואה רוא לעיל, טקלה להוצעה 24, השופט קיסטר מציין כי על-פי הדין העברי, אשה נשואה "אסורה לבעלה ולבועלה", ומכאן שאף אם לא היה המכנס פטרל מחמת תקנה-הציבור, עדיין היתה פטרל מחמת שפלותה בו התחייבות לעשות מעשות האסור על-פי הדין האזרחי של הצדדים.

- 130 לשימוש בתיק המשפיל זה בהקשר קרוב ראו עניין אבטיבול, לעיל הערה 17, בע' 461.
- 131 סבום זה הוא אומנם רק כ-30% מהמכנס שנבוצע (25,000 ל"ש), אולם הוא נבוגה ב-2,000 ל"ש מהמכנס שנפסק, במסיבות נמינים בעניין בן חרש ב' חזק, לעיל הערה 44, אשר נידון במסכת לתעודה 114 לעיל. (פסקי-הדין של הערכאה היראשנה בשני העניינים נתנו בהתאמה מום ואפריל 1965.) מכאן שבמקרה זה הסתפק השופט קיסטר בדברי תוכנה נגד התובעת, ולא נתתי לעמדתו ביהם להאמתה לתביעת "התובע הראוי" להשפיע על גובה הפיצויים.
- 132 להרעיק הנזיקית בגין תרומת השילוש בה בהקשר להכנסת ונישואין ראו לעיל הערה 13.

המשפט במידה רבה של סלידה וכיון לתביעה שהוגשה על-ידי גבר שנגנש¹²² גישה עוינת זו נבעה, להצרכוננו, מחוסר ההתאמה, בעיני בית-המשפט, בין התובע הנציב לפניו - גבר שאשה נסחה אותו - לבין "תובע הנצלים" שהוא רואה בעיני רוחו - אשה שגבר פיתח אותה. בהתחשב בחוסר ההתאמה זה קל לחבוך את החושת החזיתית שחש בית-המשפט כלפי התובע: הוא נתפס בעיני כמי שמונסה לעשות בעילה בוכר הפרה של הכנסת ונישואין שימוש תמוג באופן תהומי את התכלית שלה נוצרה.¹²³

יחסו של בית-המשפט בשנים זמורקמות לקהקה של תובעת שהיתה נשואה לאחר, או של תובעת שקבלה הכנסת ונישואין מגבר נשוי, מורכב הרבה יותר. הוא מערב שאילות תגוננות בהגנה על פוסד הנישואין באמצעות תכלי של הקנה-הציבור - סוגיה קשה שנבדקת לתניה מוחין להחזמו של מחקר זה.¹²⁴ די לנו אם נציין כאנים באשר מצא בית-המשפט שיש להוסיט סער לתובעת,¹²⁵ הוא לא עשה כן בלב שלם, ובישא את החושתו החזיתית באמצעות שימוש במטבעות-לשון קשות נגד התובעת, ולצידתם גם בהגנה הפיצוי שפסק לה.¹²⁶

פסק-דין המודגם היטיב שניתן זו הוא עניין ברשי, שניתן בשנת 1966.¹²⁷ התובעת,

122 ראו לעיל סקסט לתעודה 67.

123 בית-המשפט היריט לתביעה בנסבות אלה את "נקודת הנוחה, כי הארוס או הארוסה חייבים היו להתחתן עם בן-יהודי אחר, אך דרק ושל התבטחה שנתנת, למרות שאין ראשי אהבה ביניהם" (עניין טמסיט, לעיל הערה 68, בע' 131), ואת מאחד שאינו רואה כל תכלית אחרת בהגנה על גבר (לנורויל מאשה שהכנסת ונישואין כלפי תופרה. ראו לעיל, סקסט לתעודה 24 ואילך.

124 סבוקות אחרות שילשו את בית-המשפט בעניין זה: היראשנה, קביעה כי הנישואין שהתקחה עמה בתורה אלהם היו מביא "קליפה ריקה", ולא היה כל סיכוי לשיקומם, וראו למשל עניין האיק, לעיל הערה 25. "בעניינו ברור הדבר ונעלה מכל ספק, שהתקשרות שבין בעל-התורין לא חסה את נישואי האשה ולא הזיקה להם. אין לך ראה יותר חומות לכך, מה מעט דעה עזינו של תבעל בקיום הנישואין עם התובעת, שהיא, תבעל, הכין לתובעת מקום בריח, ושם חיו האשה ותבעלה כבעל ואשה, ותבעל בנפלה מן הצד, זאת ועוד: ראו, איפוא קליפת ריקה מוחסין, שאינה ראיה להגנתו לקהמגם. הנישואין אלה היו איפוא קליפת ריקה מוחסין, שאינה ראיה להגנתו להמשפט". ראו, למשל, דעת הרוב בעניין ברשי, לעיל הערה 13: "הנשיא-התורן המלמד הגירושין, ראו, מעט אחר, שהמשיבה התחייבה על-יטסל הכנסת מאחרות שניתנו לאחר בית-המשפט". ראו, למשל, דעת הרוב בעניין ברשי, לעיל הערה 13: "הנשיא-התורן המלמד קבע כעובדה, שגם אחרי שהמשיבה התחייבה על-יטסל הכנסת מאחרות שניתנו לה במשך זמן רב, נוכח מימצא זה, איננו רואה צורך לבחון מה תקפה של הכנסת הנישואין שהיתה בעוד המשבחה את אש...". תשלישית, הוכרה בעילת-התביעה נזיקית בגין תרומת שולח המביעה החזיתית השומרת בניגוד לקנה-הציבור, וראו פסק-הדין הנכורים לעיל בתעודה 13.

- 126 התגובה שובצא בסקסט לחל, עניין ברשי, שם, אינה מהישה נוקדה זו, שכן הפיצוי שפסק שם לתובעת הוא על הצד הנדרי יחסית (ראו הערה 131 להלן) אולם ניתן למצוא פסק-דין מהדומים עניין זה, כך, למשל, בעניין חואיק, שם, ומנס אומנם בית-המשפט הלליין מכלל בקהרת מוסדות כלפי התובעת וגילה הבנה לנסיבות ענינה, אולם הפיצוי שפסק לה בבית-המשפט המזוהה, היה כתיאורו של בית-המשפט העליון, "צנוע" - 5,000 ל"ש בשנת 1975 - ורצונה לערער עליו סוכל בהשתחלית עוד-דינה (ניתן לשער שעשה כן ב"צעת" החרכם לחזור בו מן הערעור שהגיש.
- 127 עניין ברשי, שם.
- 128 התגובה שובצא בסקסט לחל, עניין ברשי, שם, אינה מהישה נוקדה זו, שכן הפיצוי שפסק שם לתובעת הוא על הצד הנדרי יחסית (ראו הערה 131 להלן) אולם ניתן למצוא פסק-דין מהדומים עניין זה, כך, למשל, בעניין חואיק, שם, ומנס אומנם בית-המשפט הלליין מכלל בקהרת מוסדות כלפי התובעת וגילה הבנה לנסיבות ענינה, אולם הפיצוי שפסק לה בבית-המשפט המזוהה, היה כתיאורו של בית-המשפט העליון, "צנוע" - 5,000 ל"ש בשנת 1975 - ורצונה לערער עליו סוכל בהשתחלית עוד-דינה (ניתן לשער שעשה כן ב"צעת" החרכם לחזור בו מן הערעור שהגיש.

בריווג הפשי כוח איז כולל מקום לפנות לברית הממשל במקרה שתהאחד מסרב להתנות ומתחבר עם אחר, כי לפי אותה שיטה אין מקום תירוצות שתיא על כך זוג כה"ל¹³⁷. פסקדין בולט, המבא גישה זו לכיטוי קיצוני, הוא עניין ריין¹³⁸. שניתן בשלהי שנת 1976, לקראת סוף השנים המוקדמות¹³⁹ סימה ריין הכריז זה את זה בחודש אפריל 1971, כאשר היו שניהם רווקים. הם נישמו לנישואין כעבור כחודשיים, קבעו מעד להנישא (ת-1971.9.14), והלן באגון התנהגו, "אלם בסופו של דבר לא התחננו בתאריך הנ"ל, כי המעצד אמר לה שיתנתן אותה, גם אם תריון לא יסכמו". השניים המשיכו אפוא להפגש והשיבה אמר לה שיתנתן אותה, ולא נשא את סימה לאשה כשהוא במשך כשנה וחצי, אולם רן לא קיים את הבטחתו, וריצה לעשות למענה, זה לאשר ממשיר להאמתו בהסבר "שחאה אורח אותה ומה שחאה רוצה מפרכת היחסים הניציה לסימה שלום; אבל כרגע אינו רוצה להרגיז את אמו...". מפרכת היחסים להפסיק את כספממב 1972 לערף, כאשר סימה הרתה לרן, וסירבה להיענות לבקשתו להפסיק את הריגוה לאור דברי הרופא כי הפלה בשלב זה של ההריון (סוף החודש תרביעי) אסורה והתוזה סכנה לאשה¹⁴⁰. כעבור חודשים אחדים ילדה סימה את בתם המשוחפת וגידלה אותה כאם חד-הורית.

על פני הדברים, זה אפוא מקרה מובהק של "פיתוי גברי" האמור לכות את האשה והפגעת בפציו של ממש בשנים המקדמות. אלא שבפנין חשוב אחר אין התובעת תואמת את ההגנה של "תובעת הצללים" שבית-המשפט (ובמיוחד השופט שרשבסקי, שנתן את פסק-הדין העיקרי) דואה לגבר עיניו. סימה לא נהגה בעבר, ואף לא נהגה במסרכת היסרה עם רן, באופן צנוע וראוי, אלא נאחזה בריון לקיים יחסים מיין מוחץ למוסד הנישואין. ככל שהדברים נוגעים בעברה, "אין לשכות שהמשיבה, שהעולם לא היתה נשואה, והתחילה בגיל 17-18 בקיום יחסי מיין, שהיה לה רומן עם גבר ש"לפי עדותו שלא הוכחה על ידי המשכבה, היא ירעה שחאה נשוי והתורה להביא לכך שיגרש את אשתו על-מנת שישאנה את המשכבה", ושאיפול קיבלה מאותו גבר סכום של 15,000 ליי "לשים השתקת הפרשה ומגיעת שערורייה". התנהגותה המתרגינה והבלתי-צנועה של סימה נמשכה גם במסרכת יחסית עם המעצד. השופט שרשבסקי מבהיר לנו עניין זה כבר בפסקה הפותחת של פסק-הדין:

המצדדים הכירו זה את זה במחצית הראשונה של אפריל 1971. הם התחילו לצאת למשפחה. פלגשות ויאהבה הפשית, - הפשית לחולל - לא ישמשו תחילה גישותיו ותקיים. כי הללו הן יצורים קרקטיים, הנודסים על-ידי כל ירכבת מיניאטורית, ומתקשים כליל על-ידי תחלפת מנועול הודרה. כפי שריאנו בעליל במקרה הנדון לפנינו, "ואו עניין פמין, לעיל השדה 25, בצי 353-354".

137 עניין ריין, לעיל הערה 12.

138 זו הסיבה, כך ניתן להגות, שפסק-הדין משר ביקורת אקדמית קשה, ראו גבינון, לעיל הערה 70.

139 יצוין כי סימה הרתה לרן כבר פעמיים בעבר, ובשתי הפעמים הפסיקה את הריגוה באופן יזום בעקבות דרישתו ולתוצויו. אולם בפעם השלישית, אף שהסימה לשקול הפלה, נמנעה מליצועה בעצת רופאה.

נמצע במובהק מלבקש עמדה בשאלות ערכיות-מוסריות. בפסק-דין לא ניתן לצטוא כל התייחסות לחוות דעתו של השופט קיסטר, ומבילא אין השופט זוסמן מתעמה עם המעדות הערכיות העומדות ביסודתה¹³⁸. חמור מכך, דחיית מסקנתו המשפטית של השופט קיסטר אינה מבוססת על נימוקים שבמהות, אלא על נימוק טכני-דיני הנראה קלוש בנסבות המקרה (טענה אי-התקיות הוצלחה רק "קרוב להגשת הערעור", ועל-כך לא התברר כהלכה כי שני הצדדים הינם יהודיים...¹³⁴). במצב דברים זה, התוכחה המוסרית שהשית השופט קיסטר כתובעת נותרת ללא מענה, וגם אם התלכה הממשלת אינה כדעתו, דבריו הם שמהודיים בייכרון ומשדרים יחס של גינוי לתובעתו מוטגה של צבית¹³⁵.

אך המקרה תכליל המובהק החושף את החשיבות שישת בתי-המשפט לגדם "הפיתוי הגברי" בשנים המקדמות הוא דוויקא זה שבו הודחה תובעת פנויה וגרושה או רווקה בתרעועה כי נאחתה לקיים יחסים מיין עם התובע עוד כטרם עלה נושא הנישואין על הפרק. במקרים כאלה נמצע בתי-המשפט לרוב מלנוח בתובעת על מתירנותה הפיניו, אולם מאידך גיסא, הוא טרח להבהיר לה תכנה היטב כי הפצוי שהיא וכאית לו הינו מוערי ומבטא בעיקר את הוצאות המגרון שנגרמו לה בעקבות כישול הנישואין. רוצה לומר, על-מנת לעלות למעמד של "תובע ראוי" היתה התובעת בשנים המקדמות צריכה להוכיח כי נהגה על-פי דגם ההנהגות השמרני-הפוריטני, ופוחתה לקיים יחסי מיין רק בהשפעתה של המכחה נישואין. תובעת שלא כלה לעמוד במטל זה במילא לא היה לה על מה להלין. אם רצונה בכך, אין איש המונע אותה מלהגוג לפי "שיטת האהבה ההפשית" (כפי שכינו השופטים וילברג וקיסטר את החלופה לדגם השמרני-הפוריטני¹³⁶). אולם "לבינינוג החיים

133 כנגד צמרתם הערכית המבילה של השופטים זוסמן וברנון בעניין ברש, לעיל הערה 13, ששון להתייחסותו של השופט חיים כהן להוכחה של השופט וילברג כלפי התובעת בעניין אפוסבלי, לעיל הערה 17, בצי 446, 448-454. (כך, למשל, השוחואה בין תביעת הפציו לאתן זונה לא נותרה ללא מענה בארתו עניין, אלא השופט הכן ביצא לגבוך להבהיר כי אין זה כל הצדקה).

134 כנכור, עפרת השופט קיסטר היתה שמהאר שאשה נשואה תבונה בעללה אסורה על-פי הדין העברי הן לבעל והן לביעל, לא ניתן לממש את התחייבות התנבע לשאחה לאשה "לא שתתגרש, השופט זוסמן דוחה טענה זו בנימוק שלגובה השלב שבו הוצעלה הטענה "לא נתלכנה השאלה, אם בעל הדין הם יהודיים...". וממלא לא ניתן לקבוע שהכל תחליתו חל עליהם.

135 דווק, גם כאשר תתוכות המוסחת בתובעת נותרת במישור הריטורי ואינה מוצאת בטיי כסבום תפסק לה, עדיין יש לכך משמעות רבה לפחות בשני מובנים: ראשית, תביעתו בגין תפרת של הבטחה נישואין הן תביעות טעונות רגשית, שלצדדים בהן יש עניין רב בקבלת תמיכה מורלית בעמדותם. פסיקת סעד כספי תמלולת בתוכחה מוסרית שללת מהתובעת את הניכוי הערכי שהופשת, וכך יכולה זכיה בתביעה לזמש לכישלון בתהליך; שנית, תחש מפני יחס עויין של בית-המשפט עלול להתעצ תובעת עתידית תנמצאות במעמדה של התובעת מפני תגשת תביעה כשם שהתמש מפני הקרה חודרנית בבית-המשפט עלול להתרוע נפגעות אונס מלהעיר.

136 ראו עניין ריינשילד, לעיל הערה 25, בצי 1022; יאזן אג סבור, כי כיוון המקדמותו של תמין הנאוס הוא לעבר ההסתהרות מכליל הקשר המשפחתי. רק כאשר יורים גגילו על העצים, התישה שיעה שכזאתו כל עוד התניוק קוקן לשיר אבו, והאם יוקוקה לזונה, שישותנה אתה בעצד גידול בניים, לא מסוף המשפחה, ולא תפרת מן העולם. אין קיום לתברה האנושית, אלא אם-יכן שומרים בבבת-העין על התא הראשוני שלה, הוא תא

תמקומים,¹⁴⁵ אלא שעמדו גם אינה יכולה לשמש משקל-נגד לתפיסה שהשופט שרשמיסקי מציין. התמונה המעטטטת מקיפאת פסקי-הדין היא על-כן שאף לה לאשה מהזדבנות בפנהגיה המינייים לנסות להיבנות מעילה-תביעה שעניינה הפרה של הבטחת נישואין, שכן עילה זו מיועדת להגן על נשים שנפלו קורבן ל"פיתוי גברי".

הנבנת הרגה של תבסחת נישואין בשנים הגברל"כ בעומד ביסוד התפיסה השיפוטית של הצילה בכיבד הפהיה של תבסחת נישואין בשנים המוקדמות וזו על הדרך שבה יושמה העילה בפסיקה בתקופה המיני המזדבנות את התודעה השפוטיות וזו על הדרך שבה יושמה העילה בפסיקה בתקופה זו. יתר על-כן, יש בה כדי להבהיר מה צורך ראוי רוב השופטים בעצם קיומה של עילה-תביעה. לנגד עיניהם היו בנמצא תובעות ראיות, ברורה וברמורה של "תובעת תלולה" – האשה שנפלה קורבן לפיתוי גברי – אשר חשוב והוא לספק לה הגנה משפטית במטרת עילה זו. אכן, בנמצא גם תובעות בלתי-ראיות, העשות מעשה זמרי (קרי נהגות באופן פסול מבחינת המוסר המיני) ומבקשות שכר כפנהם (קרי תובעות בעילה המיועדת להגן על הפרזלים בנותאם לציווי המוסרי,¹⁴⁶ אולם קומן של האחרונות אינו שולל את ההצדקה הערכית להגנה על הראשונות, אלא רק מחייב הירדת ודקדוקות בשעת הדין השיפטי בעילה זו.

2. השנים המאוחרות – דגם "שברך-החלב"

תפיסתה של התביעה בהן הפרה של הבטחת נישואין כתביעה המיועדת להגן בראש ובראשונה על נשים שנפלו קורבן ל"פיתוי גברי" נעדרת כמעט לחלוטין מהפסיקה בשנים המאוחרות.¹⁴⁷ בית-המשפט אינו רואה עוד את דגם היחסים השמרג'י-הפרזיונים כדגם

בקשר לא-הומוסוריות שבהתנגדותה של המשכבה, אין אני רואה צורך להתמיחס, בהיסוס שבין הצדדים, לשאלת המוסריות או אי-המוסריות שבקיום יחסי מין מחוץ לנישואין, אשר על מהותם לא פעם הולק הציבור בדעותיו. "השופט יצחק כהן נהרג אף יותר מלנקוט עמדה עקבית (אולי בשל הרקע המסורתי שממנו בא), ומסתפק באמירה כי התוצאה בראיה לו מוצדקת לאור נסיבות המקרה" יזן לפי ההשקפה, שהתנהגות המשכבה ראויה לגינוי תמור מבחינה מוסרית וזו לפי גישה סלחנית למתורונות בעניני מין".¹⁴⁸

145 שם, בע' 49.
146 לביקורת על הייגוד התמקדה ראו גביהן, לעיל הערה 70, בע' 298-300.

147 לא לטורר להחזיר בתקופה זו את מקומו של תביעות "עשה מעשה זמרי ודורש שכר כפנהם". "שעשה זמרי" היה קיום יחסי מין עם אשה מרזינה, ואילו פנהם זכה בשכר מדי שנים בעקבות הדינת זמרי והמדינת בעת המלכות. ראו במדבר בה, יא.

148 אולם ניתן למצוא הדים לכורה כהמה פסקי-דין, ראו, למשל, עניין תמ"ש 6050/97 פלגני, לעיל הערה 88; "אף כוונתה שיוזנה הבטחה מצד התובע להניא אשר הפרה על ידו, לא הוכח כי התובעת סבלה עקב כך מצדו, עוגמת נפש או בושת. הצדדים היו חיי אישות לפני, התביעה להחזיר עם הבת המשותפת משך תקופה ארוכה (לגורם התובעת כישו שלם, לגורמת הנמכה למעלה מאתי שנה), בתקופה זו אין התובעת שוענת כי התביעה תביעה לראשית, לזכריה ההבטחה ניתנה לאחר כניסתה להריון, לטענת התובעת חיי הצדדים כבר או כרדעים בצירור. אם כך איזה עוגמת נפש או בושה יש בהפרת הבטחת נישואין, בהנחה שהייתה, כאשר מילא חיי הצדדים יחד, קיימו יחסי אישות, והתובעת אף נכנסה להריון, אין, אף לגורם התובעת, שינוי מצב לריעה

יחד ולא אורך הזמן וכעבור שביעות אודים אודי פגישתם הראשונה קיימו ביניהם יחסי מין לעצים קרובות.¹⁴¹

ובהמשך הרברים הוא סורה לחזור ולהזישי שגם לאחר שזוכים המציער את תקוותיה לתישאל פעם ועוד פעם, התמידה סימה בהסכמתה לקיים עמיו יחסי מין:

"גם אחרי יום 1.9.1971 הם המשיכו להיפגש וגם לקיים יחסי מין עד שהמשיכו שוב הרתה ממנו... במעבה זה ומאחר שעל-אף דרישותיה לא קיים המציער את הבטחתו לשאתה, היא הגישה ביום 8.9.1971 תביעה נגדו בבה-המשפט המחזיר... על-אף הגשת התביעה המשיכו הצדדים בפגישותיהם ובחוקיהם המיניים. המציער לחץ על המשכבה להסכים שוב להיפגש ולהזיח חיים. היא הסכימה וגם הפעם בוצעה הפלה... גם אחר כך הם המשיכו להיפגש ולהזיח חיים 'משותפים', גם שכרו חדר... למגורים משותפים וקיימו שם יחסי מין ביניהם. בתודש אפריל 1972... ערכו הצדדים, טיול משותף של ימים אחדים לאלת ושרם-אל-שייך. הם לנו שני לילות באילת... לפי דברי המשיבה קיימו גם שם יחסי מין..."¹⁴²

לנוכה דרכיה אלה השופט שרשבסקי מוצא לזכון לא רק להפחתת בוזי את הפצוי תכליל הצנוע שפסק לה בית-המשפט המחזיר (מ'20 אלף ליי לעשרת אלפים ליי), אלא גם להביע גינוי מוסרי תרף לזרכי התנהגותה:

"לאור כל זה היה הושופט המלומד [כבית-המשפט קמא] מוטיב לעשות אילו היה נמנע לאמר בפסק-דינו שלא חובאה אף ערות המצביעה על אי-מוסריותה של התובעת... אין אמתו המיומני-דעים עמו. הדכי עליל לייצור רושם בעיני הציבור כאילו יש מקום לקבוע מסעם בית-המשפט שהתנהגות כניל של אשה יהודיה איננה ראויה לפיקוד לבקורת בגלל אי-מוסריותה וכאילו בדיעבד מן הזכרון לתת הכשר כביכול לשחיתות מוסרות ותמקדות ביחסים בינו ובינה השוררות לדאבוננו בתוצים מוסיומיים של הציבור. אודכא, היינו מבינים אילו בית-המשפט היה מוצא לזכון להביע סלידתו החריפה מהתנהגות כזאת ולהקיעה כבלתי-מוסרית ולתת ביטוי, בקביעת הסכום שקבע לה כפיצויים, לעורבה שהמלומד במשיכה באשה שלגביה בהחלט אין כל יסוד לקבוע, כפי שניסה לשעון בא-כוחה, כאילו מבחינה מוסרית אין רכב כהגולה."¹⁴³

שני שופטי הררכב האדוים, השופטים מ' עצינוגי וי' כהן, אינם נחוצים כשופט שרשבסקי, אולם הם בוחרים להצטרף להוצאה של תפוזתה הפצוי ונמנעים מלקוט עמדת ברורה בשאלה המוסרית.¹⁴⁴ כתוצאה מכך, לא רק שאין אפשרות לחלץ מפסק-הדין את

141 עניין רוז, לעיל הערה 12, בע' 41. בהמשך פסק-הדין הושוט שרשבסקי חוזר ומציין כי תמשיכה "החלילה לקיים יחסי מין עם המציער כבר כעבור שבעות אחדים אחרי פגישתם הראשונה מבלי שאז הייתה לה תבסחת ממנו לנישואין" (שם, בע' 47).
142 שם, בע' 41-42.
143 שם, בע' 47-48.
144 השופט עצינוגי מסתפק באמירה כללית: "איננו מוצא לזכון להיות שותף להערותיו

של אובדן זה, ולא הגורם לו. זאת ועוד, ייתכן מאוד כי דווקא הפרה של הבטחת הנישואין היא שנתנה לתובע את הסיכוי להיזק אשר ומונע ממנו את הסבל הרב הכרוך מבחינתו בנישואין ללא אהבה.¹⁵²

שלישית, בית-המשפט מניח כי לתובע ישבור-הלכ"ב (בין שהוא גבר ובין שהוא אשה) לא נגרם כל נזק תברתי ("בושה", כפי שהיה נוהג לכנותה בשנים המוקדמות), במילים אחרות, התערבה כי אשה שארוסה זנה אותה היא בנדד "סחורה פגומה", אשר "אינה יכולה למצוא לצמצום מקום בתורה"¹⁵³ ונוגמת לעוברת תפיסה המסרבת לראות בביתו של הנישואין משום נזק למעמדו התברתי של "תובע הצללים", כמו גם לסיכוייו לחיי אושר בעתיד.

שינוי דמותו של הזוג מברוד היטב את השינויים בסיפול השיפוט בעילה בנדד הפרה של הבטחת נישואין.¹⁵⁴ שאלת צניעותה של האשה ומנו של מגיש התביעה נעשו בלתי רלוונטיים לצורך הדין השיפוטי, ונזק כללי בגין "בושה" אין עוד צורך לפסקו, שהרי בית-המשפט מניח כי לתובע לא נגרם כל נזק מסוג זה.¹⁵⁵ לא זו אף זו, גם את התבטחות המושגות מדייר על צעם קיומה של העילה ניתן להבהיר על רקע זה.¹⁵⁶ בית-המשפט אינם סבורים כי הטיעון שזם מושיטים לתובע הטובל מ"שבור-הלכ"ב" הינו טען מועיל או מוצדק; אין הוא מועיל מאחר שבגין נזק המרכזי – אובדן האהבה – אין התביעה מפצה אותו; אין הוא מוצדק מאחר שהפרה של הבטחת נישואין נתפסת כצעד ראוי ומתבקש מצד מפר הבטחה לנוכח השינוי ברגשותיו, במצב דברים זה, המשך קיומה של העילה במשפט הישראלי נתפס כפחת מיותר להמדיניות-סרק המוגעות משיקולים רגשיים, במילים אחרות, לנוכח טיבו של "תובע הצללים" שבת-המשפט וראה בעיני רוחו בדנו בתביעות בגין הפרה של הבטחת נישואין, הוא רואה את העילה כמכשיר חסר תועלת מעשה להתברר סכסוכים בעניינים שבלב"א, אל הוידא המשושפת. במצב דברים זה, ובתיעוד תובע ראוי (דוגמת "האשה המפוחתה") שלמענו יש צורך בשימור העילה, קל להבחין מוזכר נובעת תביעות השיפוטיות המוסרות בעילה תדירות בשנים המאוחרות.

152. השו: N.G. Williams "What To Do When There's No I Do: A Model for Awarding Damages under Promissory Estoppel" 70 *Wash. L. Rev.* (1995) 1019, 1053.

1057. תחת ההנחות המקורות בין נישואין לאהבה לא ניתן לראות, במקרה הרגיל, בפרה של הבטחת נישואין גורם לנזק נפשי שווה נמצע לו היתה הבטחת מקימת.

תפור הוא, מפר הבטחה מצד, במידה רבה, נישואין חסרי תועלת, וכנוד מן את כאב-הנפש המלווה להם, ויודישין, שזם לרוב תוצאה של נישואין כאלה. מכאן ששינוי על הנזק הנפשי צריך להיות מוגבל לנזק שנגרם כתוצאה מאירוע הפרה המבטחה עצמה או לקיים של תולדת.

153. ראו לעיל, סקסט להערת 60.

154. לשינויים אלה ראו לעיל, סעיפים כו-כז.

155. ואם המסיקה בשנים המאוחרות מאפשרת לתובע פיצוי בגין מרכיב ה"בושה" מקום שבו תובאו ראיות שהתברר שהתבררע ויהי בה היא מררה שמרנית-דתנית על כך לא תגלגלו למצוא דיון. עובדה זו יש בה כדי ללמד על הנוכחות המרכזית שיש לייחס לדמות "תובע הצללים" העומדת לנגד עיני בית-המשפט. השוו לעיל להערת 107.

ראו לעיל סעיף 42, 156

איראלי להיסי נשים-גברים, ומפילא אין נכון לעשות שימוש בעילה שפנייה הפרה של הבטחת נישואין על-מנת להגמיל במיוחד את הנזנת על פני. אופיים של יחסי זוגיות מרוץ לטנטרת הנישואין, וכלל זה השאלה אם והתי לקיים יחסי אישות, נתפס עתה כהתלטה פורטית של שני בני-הזוג, שעל המשפט להישאר נטרלי לגביה.¹⁴⁸ על-כן, תפרמטר של מועד התסכמה לקיום יחסי מין נתפס כיום לא רק כבלתי-רלוונטי לצורך תברתו בין מקיי הפרה של הבטחת נישואין, אלא כהחידה בלה-נחוצה, ולפיכך פסולה, לפרשיות התדדים.¹⁴⁹

שינוי תפיסתו זה מניע את בית-המשפט לראות לגיטימי צניעו "תובע צללים" חדש. את מקומה של "האשה המפוחתה" כדמות הרגם שהעילה ברבר הפרה של הבטחת נישואין נוצרת לנוכח עילת תרופסת דמותו של אדם (גבר או אשה) הטובל מ"שבור-הלכ"ב, ולעיתים גם מ"חסרון-רכיש" בעקבות הפרה של הבטחת הנישואין. צער העיקרי של תובע זה הוא על אובדן האהבה ("שבור-הלכ"ב) אולם לכן אין ולא צריכה להיות תרופה שיפוטית, שכן אף הנישואין (לא כל שכן האירוסין) אינם יכולים להיות בטוחה משפטיה לאהבה. הנוק בר-תפיצו שנגרם לתובע שבור-הלכ"ב, כמו גם לתובעת שבורת-הלכ"ב, הוא אך בגובה חסרון-הכיס שנגרם בגין התוצאות החתונה (לרבות מתנות אירוסין), וכן האכזבה הכרוכה בביטול הארוע, וא ותי לא.

שלישה מרכיבים מרכזיים שהיו חיוניים להגדרת דמותו של "תובע הצללים" בשנים המוקדמות ("האשה המפוחתה") נפרדים איפוא מדמותו של "תובע הצללים" בשנים המאוחרות (התובע "שבור-הלכ"ב). ראשית, לתובע זה אין זהות מינית – הוא יכול להיות אשה, אולם בה-מידה הוא יכול להיות גם גבר, שהרי הגבר והאשה הינם שווים-מעמד לעניין זה; שנית "בהוד בקשרים שבניינים מוצגים החופשי",¹⁵⁰ וכל אחי מהם ייפגע בבורה דומה עקב נזקם.

שנית, בית-המשפט מייחס לתובע "שבור-הלכ"ב את התפיסה כי יחסי זוגיות תקינים, ולא המעשה הפורמלי של נישואין ("שתנו רק "קליטה"), הם העומדים ביסוד הסיכוי להיזק אושר-¹⁵¹ (וזאת להבדיל מ"האשה המפוחתה", שלה יחסה התובה כי הנישואין הם משרה בפני עצמה). מכאן שהפרה של הבטחת הנישואין אינה יכולה להיות את השגם המרכזי לצערו; הוא מתאבל על אובדנה של האהבה, ואילו הפרה של הבטחת הנישואין היא תוצאה

מבטחנה שכן אף החריון נבט לפני הבטחה לנישואין אשר הופרה לשתנה"; עניין בן הרש נ' שולין, לעיל הערת 11, שבו השופט יעקובי-שולין מציין כי "למעשה גם לא בפגמה על-ידי קשרים מיניים עם המשיב, שהייתה ביניהם בעבר נישואה וילדה בן מנישואין".

148. השוו, קצתו קרני, לעיל הערת 73; "שלא כבעבר, נוהגים זוגות חברים המיניים זה את זה עניין וכן כוז או אחת לעבור למגורים משותפים, וזאת בין מטעמי נוחות, ובין מתוך כוונה לנטר ולבחון את משרכת הזוגים שביניהם ואת מידת רצונם להתאמתם להתקן את יחיהם המשותפים בעתיד".

149. השוו לדברי הנשיא סמנר, עניין טריליקי, לעיל הערת 6, בע' 659, המצוטטים לעיל, בטקסט להערת 52.

150. שזם, שם.

151. השוו לדברי השופטת רותן בעניין אונגר, לעיל הערת 26, המצוטטים לעיל, סקסט להערת 55.

ואנימסטים בתליך החיזור. מטרת כל אחת מהם היא למצוא כיוון מוצאם, ולכל אחד מהם נמוגות שלישית במערכת היחסים ואתריות לגורלה. כללי החיזור המסורתיים יצרו רקע הולם לתיאור דמותה של "ראשה המפוצלת" - אותה אישה המה שופצה בקשר למטרת נישואין, אולם נפלה קורבן למעשי הכיבוש של גבר מסר-לב. לעומת זאת, כללי החיזור המודרניים אינם תואמים "למות צללים" זו במסגרתם, לאשה חלק ואחריות שווים לאלה של הגבר בהחלטות המשפחת שיקבילי בדבר טיב יחסיהם, וממילא אין מקום לראות אותה כ"קורבן" ואתו כ"כבוש".

שנית, דגם הקשר הראוי בין בני-זוג קודם לנישואין שונה מזה שוויה מקובל בעבר. בעבר שררה תפיסה ששללה חיים משותפים קודם לנישואין, או לפחות ראתה בהם התנהגות בלתי-ראויה המצדיקה יציגו תבונה, וחי שכיום, בתלקים נרחבים של הציבור החילוני, מקובלת תפיסה אחרת, והואה בהתנגדות בחיי משותפים קודם לנישואין עניין מקבל ונורמטיבי המהוות מפתח חשוב להתאמה שבין בני-זוג.¹⁶⁰ לא זו אף זו, היוקה הגורמטיבית שהיתה מקובלת בעבר בין נישואין לחיי אישות נותקה, כך שבחברה הישראלית ההוליוודית הנוהגות מקודם יחסי מין עד לנישואין ("שמירה על תבונה") אינה נתפסת עוד כהתנגדות ערכית הראויה לעידוד, לזכות שנינויים אלה בתפישות התבררות, מגוריים משותפים קודם לנישואין וקיום יחסי מין בין פנויים (כדי אם כחלק מניהול משק-בית משותף וכי אין לא) אינם נמסכים עוד בקרב רוב החילוני כ"בושה" ובהתית לאשה. במילא, ההחלטה להפח הכנסת נישואין שעמדה ברקע החיים המשותפים או קיום יחסי-ראישות אינה נתפסת עוד כעיוולת חוצצת לחיקון על-ידי המשפט. נהפוך הוא, בתחנה שהפגנויים המשותפים וקיום יחסים ואנימיטיים היוו מבחן להתאמה שבין בני-זוג, ההחלטה שהתקבלה לנוכח שלטונו של המבחן - לנתק את הקשר - נתפסת כמחלף מובקש ורצוי, אשר יועיל בטווח הארוך לא רק למפח תכנסתה, אלא גם לזנפעת (או תנפנץ) מן ההפך, בכך שחיסוך מהם חיי נישואין אומללים.¹⁶¹

שלישית, היוקה התבררותי שמוסד הנישואין המסורתי נהנה ממנה בעבר ופגומה, ומעמדו כמטרה (להבדיל מאמצעי) העם, האתוס החברתי השמרני והכופה שהיה מקובל בעבר דגל בדיעה כי נישואין כדגם המסורתי רצויים הן מבחינת הוחרת, כאמצעי לשמירת חזקות וליאומיות ולהכנסת שרירות דמוגרפית, והן מבחינת הפרט, בהיותם הדרך הוראה לחיי אישה. את מקומו של אתוס זה בקרב חלקים נרחבים בניכור הישראלי תפסה בשנים האחרונות התכונה הלגיטימית שאין התכונה רשאית לזכות לפרט מהו דרך החיים הנכונה, אלא עליה לאפשר לכל אדם לבחור את דרך החיים הנכונה מבחינתו.¹⁶² בעקבות תהליך זה, ההפך להגן כאמצעות המשפט על התפיסה המסורתית של מוסד הנישואין - תפיסה

בטבע ברייתו של האדם, עדיין הוא שבעל האבידה (ו) צלעו ממנה נבראה האשה) מהווה אחרי אבידתו: "וכן א' פרידמן 'זהות ומקורות' נשים במלכוד (ר' יורצאלי, א' פרידמן ור' שריפט עורכת, 1982) 47-89, 11 (1982).

160 ראו לעיל הערת 148.

161 ראו לעיל הערת 152.

162 לתיאור נוספות של תפיסת ה"משפחתיות" בתורה הישראלית ראו ס' פוגל-ביצ'ארי "משפחות בישראל: בין משפחתיות לפוסט-מודרניות" מין מגידו ופוליטיקה (1999) 107.

ד. יחסי-הגומלין בין תהליכים חברתיים חיצוניים לבין תהליכים שיעוטניים פנימיים

הסיוען שהוצג עד כה בדבר השינוי בזהות של הפסיקה אל תביעות בניגד הפורה של תפישת נישואין - מעבר מוגם "הפיתוי הנכרי" לזגם "שברון-הלב" - מעורר מלאין את השאלה מה הם התהליכים שגורמו לשינוי מסוג זה? מודע תל מהפך ברמות של "חובע תצלולים" העומד לנגד עיני השופטים בדגום בעיקלת ההפחה של הכנסת נישואין? על פני תרבותיים שאלו בתורה הישראלית השפעתם על פסיקה השופטים: התסבר פני-שינויים המתקדם במעבר ההתנגדות בפסיקה בתחום זה משופטים דתיים (או מסורתיים) לשופטים חילוניים.

1. הסבר חברתי לשינוי

הסבר אחד לשינוי בגישת בית-המשפט העליון לעיקלה בדבר הפחה של הכנסת נישואין מתמקד בהתהלככים חברתיים חיצוניים למערכת השיפוט. הסבר זה יבקש לדאח במעבר מדגם "הפיתוי הנכרי" לדגם "שברון-הלב" את אחד ממסגוני של שינוי תפיסה חברתי, שהרי, כפי שהבהיר השופט ויתקין בסכסוך שהתעורר על רקע הפחה של הכנסת נישואין: "כשמתציבת לפנינו שאלה שהיא לאמינו של דבר, שאלה סוציולוגית ולא משפטית, מצוירים אנו, כשופטים, לתח ביטוי ותוקף... למה שנוראה לנו כמשקף את דעת החברה, ותמונה היא לחלק המשפיל והמתקדם שבתוכו. ציבור זה הוא, כמובן, הציבור שבאצונו וברמנו."¹⁶⁷

קשה לחלוק על כך שבחברה הישראלית, ובמיוחד בקרב אותה קבוצת תרבותית שרוב שופטי בית-המשפט העליון משתייכים אליה,¹⁶⁸ חלו במהלך שנות קיום המדינה תמורות מדרוקות-לכת לפחות בשלישה תחומים העשויים להשליך על הדימוי הפרודיגמטי של יצירת-התביעה בגין הפחה של תכנסת נישואין.

ראשית, הליך החיזור הסטריאוטיפי הוגר מטערכת חיזור מסורתית למערכת חיזור מודרנית. על-פי מערכת החיזור המסורתית, קיימת תלוקת תפקודים בורות וניגודי אינטרסים מובנים בין הגבר לאשה בתליך החיזור: הגבר הוא המחזיר הפעיל, המנסה לכבוש את האשה מבחינה מינית, אולם אינו מצוניין ליטול על עצמו את על הנישואין; האשה היא מושא החיזור הטבילה, המבקשת "ללכוד" לעצמה בעל, אולם לא להקיב את בתוליה.¹⁶⁹ לעומת זאת, על-פי מערכת החיזור המודרנית, האשה והגבר הינם שווי-מעמד

157 עניין ריגנפלד, לעיל הערת 25, בע' 1026.

158 על השתייכותם התרבותית של שופטי בית-המשפט העליון וההשלכות שיש להשתייכות זו על פסיקתם הרבו לכתוב בארץ בעשר השנים האחרונות. מרכזית במיוחד בתחום זה כתיבתו של פרופסור מהמס מאוסני, ראו באחרונה מ' מאוסני "פניני שופטים לבית-המשפט העליון בתורה רב-תרבותית" מחקרי משפט יט (תשמ"ג) 423.

159 ראו דברי השופט חי כהן בעניין אבוטובל, לעיל הערת 17, בע' 1440. "הכלל, הנוסף

תמקדו בולטת העובדה שהתופסים הוותיקי הנודדים שרכשו בנתיב המשפט העליון באותן שנים - ובמיוחד השופטים זילברג, קיסטר ושרשבסקי - הם אלה שעיצבו את הלך-הדרך בקביעת יחזם השיפוט לציילא בדבר הפרה של הכנסת נישואין.¹⁶⁷ לעומת זאת, עיצובה של ההלכה בשנים המאוחרות נבעה על-ידי שופט וזילוני - הנשיא סמונר.¹⁶⁸ לא זו אף זו, אחד המאפיינים הבולטים של הפסיקה בשנים המוקדמות היה חסיגות של שופטים חילוניים, שגם כאשר בקשו לחלוף על חוות-הדעת המפורסות והמוזכרות של

השופטים הוותיקי זילברג, קיסטר ושרשבסקי היו חכרי תורכ תורכ כמעט בכל התחלשות המדינות של בית המשפט העליון בנושא הפרה של הכנסת נישואין בשנים המוקדמות, ומלאו המקור-מפתח בעיצוב ההלכות בתחום זה. השופט זילברג כתב פסק-דין מרכזי בעניין ריינפלד, שם, ואת פסק-הדין הקצוצר, אך רב-ההשפעה, בעניין סמטיס, לעיל תערה 5: השופט קיסטר היה עצמאי במשך עשר שנות כהונתו בבית-המשפט העליון (1965-1975) תורכ מוסר לפחות ביחס זהה פסק-דין מרכזיים של בית-המשפט העליון שדנו בהפרה של הכנסת נישואין (עניין ברנש, לעיל תערה 13; עניין פראן, לעיל תערה 25; עניין מורם, לעיל תערה 81; עניין נתן, לעיל תערה 20; עניין שקי, לעיל תערה 44; בארבעה מוסר כתב פסק-דין ארוך ומנומק השופט שרשבסקי כתב את פסק-הדין המרכזי בעניין רון, לעיל תערה 12, לא זו אף זו את פסק-הדין בעניין הפרה של הכנסת נישואין שניתנו על-ידי מוסר של בית-המשפט העליון שלא כלל שופט דתי באותה תקופה נתן לחלק לשליש קבוצתו: א. פסק-דין שבתם נזחזח והביעה מאחר שלא הוכחה הכנסת נישואין מתייבת, רא, למשל, בעניין פראן 460/67 לעיל תערה 13, ועניין צייא 545/77 פלוגיות, לעיל תערה 13, שנידונו לעיל בתערה 101; ב. פסק-דין קצרים והמצייתים שלא הוכחו, וחתם על המשפט שבתם נזחזח, למשל, עניין חרד, לעיל תערה 27, ועניין בשאר, לעיל תערה 27, והמשפט הדין באותו עניין בעניין צייא 388/58 לעיל תערה 27; עניין בשאר, לעיל תערה 13, 22; ו. פסק-דין שלא פלוגיות, הקציר ספרו יא צייא 452; עניין פלוגיות, לעיל תערה 13, ועניין צייא 433/75 פלוגיות, לעיל תערה 6, פסק-דין מוקדם של השופט שמגר, אשר לא פורסם, הוא עניין טריקי, לעיל תערה 6, פסק-דין פלוגיות, שם.

סוגיה המצייתה המתעוררת בהקשר זה נוגעת בשיבוץ שופטים לדין בתביעות אלה. בשנים המוקדמות שבוץ לפחות שופט דתי אחד ברוב התיקים שפורסמו שנידונו בהם סוגיות ההפרה של הכנסת נישואין בבית-המשפט העליון (כ-70% להערכה). בשנים המאוחרות, לעומת זאת, לא ישב שופט דתי בשלושת פסקי-הדין שפורסמו בנושא. מינוס המקרים שנידונו בשנים המאוחרות אינו מאפשר אומנם לתמוך את "חוקת האקדמיה" בעניין מינוס בשנים המאוחרות אלא בשנים המאוחרות הזגם שהיא עשוי לעמוד בהפרה של הכנסת נישואין. אולם האזון הגבוה של שופטים דתיים ששובצו לתיקים בעניין הפרה של הכנסת נישואין בשנים המוקדמות מוטיל בוודאי צל כבד על "חוקת האקדמיה" ככל שמדובר בשיבוץ שופטים בהיקפים זה. על "חוקת האקדמיה" התשתית על בהיקף המדיניות של "המסאות והיקודים" בבית-המשפט העליון ראוי מ' בייגה וי' גוסטאקי (399-350-391, שאילה המצייתה המתעוררת בעקבותיה היא הנדרת תפקידם של השופטים) ו"חוקת האקדמיה" בבית-המשפט העליון, כך, למשל, האם ראוי שישבו לתיקים תפקיד מרכזי יותר בידי הסמכים שיציגו שאלות צרכיות מתחום דיני המשפחה? מתנתונים שהוצגו לעיל מתקבל הרושם שבוך היה מקובל בעבר, ואילו כיום תמלשה מגמה זו. האם התרשמות זו מייצגת את הממונה הכללית, או היא מקרה פרטי בלבד? בהנחה ששדורכ במגמה הכללית, האם כיוון התפתחות זה רצוי? שאלות חשובות אלה חודגות מתמסורת ונכוחות.

הכוללת, כקשר בל-יגותק, יחסי מין ונישואין - נחלשה,¹⁶⁹ ועמה גם פחתה הלגיטימציה של תקופת עילת-החגיגות בניין הפרה של הכנסת נישואין לרפוס מסוים של התביעות. שלוש המגמות הללו - יתר הווייזן; יתר מחויבות מינית; יתר ליברליות - המאפיינות את תפישת תגיבור הישראל בשנים המאוחרות תלחלו, כך ניתן לטעון, לתפוסיותם המבדחת של השופטים, אשר "בתוך צננה הם יושבים",¹⁶⁴ המשפיע בדרך זו על הדימוי של "תובעת העללים" בעילת הפרה של הכנסת נישואין. אם כך, הרי שהדימוי ברמות של "תובעת העללים" שבת-המשפט רואה לנגד עיניו בתוכניו על תגיביות (וכנגדו מוכר, השינוי ביהסו של בית-המשפט לתביעות תזדונון לפניו) הוא רוגמת אחת מני רבות להשלכת התרבות שהשופט חי בה על התרבות השיפוטית.

תקופת המרכזי שאנו רואים בהסכר זה, כשהוא עומד בפני עצמו, נטוץ בכך שהשופטים התברוים שותארו לעיל החלו בהברה הישראלית וכן ניכר לפני השנים המאוחרות, מגורים מושתפים של בני-זוג לא-נישואים היו מקובלים בתוכה הישראלית התזדונון עוד בשנות השישים, וגם המתזדונון בתחום המיני אינה תופעה שנוצרה בתמיש-עשרה השנים האחרונות.¹⁶⁶ מכאן שגם אם נכיל בקשר שבין דמותה של "תובעת העללים" העומדת לנגד עיני בית-המשפט בדונו בעילת הפרה של הכנסת נישואין לבין השינויים המתוארים לעיל בתפישת התזדונון, אין בכך עדיין כדי להסביר מדוע דווקא בתחום זה הפסיקה הישראלית, הנתמכת ברוב כסמן ליברלי החולך לפני המתנה, מפגרת אחרי העצת המקובלת בעיצוב התזדונון.¹⁶⁶

2. הסבר פנים-שיפוטני לשינוי

תסבר שני לשינוי בנשיאת בית-המשפט העליון לעילת-התביעה בניין הפרה של הכנסת נישואין שם את הדגש בתלככים שיפוטיים פנימיים, וביסודם שכירת התגונון של שופטים בעלי השקפת-עולם דתית-מסורתית בתחום המוסר ונכונותם של שופטים בעלי השקפת-עולם ליברלית לבקוש עמדה במחלוקות ערכיות. מציין בפסיקה שפורסמה בשנים

163 חשוני ש' ליפשיץ "נישואים כעל כורחמי? נהרות ליברלי של מוסר הדיניים-ביצורי" עיוני משפט כה (תשס"ב) 741, 760-765, לדין מקיף בקשר שבין הליברליזציה שכבר התברה המערבית בכללה והתברה הישראלית התזדונון בפני לבין התפתחותם של דיני המשפחה והזדונון ראוי ליפשיץ, לעיל תערה 106.

164 על כך ששופטים מיצאים לתוך פסיקתם את רגנת העולם שלהם ראו מאטנר, לעיל תערה 107.

165 צרות לכך ששופטי בית-המשפט העליון היו מורעים להחליטים התרתיים אלה ניתן למצוא דווקא בפסיקה של שופטים דתיים בשנות חשישים, המתדייעים מפני מגמות אלה ומצוגים כי תפישת המוסר שבת-המשפט מיצג אינן צריכות להיות מושפעות מתן, כך, למשל, השופט רייבלג מציין עוד בשנת 1963 כי "בימינו המרוכף מושפעת המוסר המשפחה" (עניין ריינפלד, לעיל תערה 23, בעי 11021, חשוני גם לחתום-דעתו של השופט קיסטר בעניין פראן, לעיל תערה 25, בעי 348-360).

166 לעמדת המקובלת, הוראה בבית-המשפט העליון סמן ליברלי אל מול תרבות קולקטיביסטית בשנים המוקדמות, ראו מ' מאטנר רייזת הפורמליזם ועליות הערכים במשפט הישראלי (תשנ"א) 122 ואילך.

המוסר בכלל, ובהתווה המוסר המיני בפרט, סברו רוב השופטים החילוניים בשנים המוקדמות כי אין ביכולתם להציג תפיסת יעיל וערכית שתהווה תלופה הולמת לתפיסת-הדעות השמרנית המוצקה שהציגו השופטים הדתיים. במצב דברים זה, ולרבות אי-הסכמתם עם הצמרות המוסרניות שביטאו השופטים הדתיים בלהט, נמנעו השופטים החילוניים מלציאת נגד הפרשנות שקידמו השופטים הדתיים לעילה בדבר הפרה של הבטחת נישואין, ואפשרו בכך את השתוותו של דגם "הפירוט הנבדל" בפסיקה.¹⁵³ רק במהלך שנות השבעים השמונים, משתהווה והמגבשה תפיסת מודרנית ליחסים שבין המיני בקרב חלקים נרחבים של הציבור, גישה המעלה על נס את תופש הבחירה של הפרט והשאפה לציירת שוויון בין המינים, נוצרו התנאים שאפשרו לשופטים החילוניים

אימצו שופטי בית-המשפט העליון בשנים המוקדמות קו ליברלי חתרני: נהפוך הוא, דווקא בהקשר שמתקן זה עוסק בו אומץ בשנים אלה, כפי שניסו להמשיך, קו שמרני-מוסרי שילך רק לא הקדים את השקפות "הגיבור הנאור", ככל הנראה, אלא אף פגרו אחריו.

153 תחת קרוב שבו נתפסה צמרת בית-המשפט העליון בשנים המוקדמות, לעיתים, כמגמתשת עם צמרות המוסר השמרני הוא עניין זכויותיהם של "יועצים-בציבור" (או כפי שהיה נהוג להתייחס לנאש באותה עת - "זכויותיה של היועצה-בציבור"). מקובל במיוחד לציין בהקשר זה את התחלשות בע"א 884/61 מדינת ישראל נ' פסלר, פ"ד טו 102 (להלן: עניין פסלר), ועניין יגור, לעיל הערה 25, שעוררו בשעתן בקורות קשה בהוגים החלטים הנחלתה בעניין פסלר, הקובעת שכאשר הפונה "יועצה-בציבור" נוכח בזוג ללא סיג הוא כולל גם אשה הנשואה לאה, היא אכן הולכה ליברלית, אולם בעלה נותרה בהרבה שלא כלל השופטים התייחסו לסיג, שם, כמייצג תפיסת "מתודית" בענייני לעומת זאת, עם התגברות של פסקי-דין יגור, שם, כמייצג תפיסת "מתודית" בענייני מיס ארחה בווינ-לאין עוד בשנת 1948, ועקבותיו אבדו. בניסוח אלה היה ניתן להניח שירות-המשפט התייחס באופן אוהד לנסיגה לזכות במזונות מזגבר שעמו היה במיין קרוב להמשעשה שנה, ואשר את נבט המשותף, הטובל משיתוק גידולה. אולם לא רק שהשופט הדתי בהרכב, השופט יזלברג, לא ראה מקום לסייע ל"אשה עלובה" אף בניסוח יוצאות-דופן אלה, אלא שגם שופטי הרוב דחו במובן נאלץ את נסיגתה של התובעת לזכות במזונות מכות החוק או מכות הסמך מכליל, והותירו לה רק פתח תקווה צר בהטות החזרה הזיון ל"בית-המשפט קאמא על-פניו שקבע אם נתן לה הנחיצה הבטחה מפורשת בעל-פה לזון אותה.

תחת הבנתו את פסקי-הדין בעניין פסלר ובעניין יגור אשר תהא, יחסה הנכבד של המשפט למוסר "היועצים-בציבור" בשנים המוקדמות היה בודאי ר"עירב, ועל-כן אין זה מפליא שחלק יזכר מן החלטות הליברלות החשובות, המרחיבות ומצמצקות את התנהגות המשפטית הנתנת ליועצים-בציבור, נפסקו רק בעשורים השנים האחרונות. ראו, למשל, ע"א 52/60 שחר נ' פרידמן, פ"ד מז(4) 434; החלטה של הלכת השתדוף בנכנסת על יועצים-בציבור; פ"צ 693/91 אפרת נ' יודעה-בציבור לוישם האוכלוסין במשרד הפנים, פ"ד מז(1) 749; הוכה בוכרה של יודעה-בציבור לשנת את שם המשפחה לשם משפחתו של בן-זוגה, בכך הפך בית-המשפט תלכות קודמות שנקבעו בשנים המוקדמות; וע"א 6854/00 היציעישי נ' זמר, פ"ד נו(6) 491; תכרה בסמכות בית-המשפט לענייני משפחה לאשר הסכמי המזון בין יודעים-בציבור. מכל מקום, דיון כולל בפסיקה העוסקת ב"יועצים-בציבור" ובנישות השיפוטיות שהיא משקפת, נודג מהמסגרת הנורמטיבית, לזיון בקורות מקף בסוגיה מורכבת זו ראו ליפשיץ, לעיל הערה 163.

השופטים הדתיים, עשו כן תוך התבססות על טעמים טכניים-פורמליסטיים ומבלי לנקוט צמדה ערכית של המש¹⁶⁹ שונה בהכלית היא גישתם של השופטים החילוניים בשנים המאוחרות, המבחינים היטב, גם אם בלחץ פתוח מזה שאפיון את השופטים הדתיים בעבר, את תפיסת-עולמם הערכית.¹⁷⁰

אולם, גם הסבר זה, כשהוא עומד בפני עצמו, הינו חלקי וחסר. תפיסות-עולם ליברליות היו מנת-החלקים של רבים משופטי בית-המשפט העליון החילוניים עוד בשנים המוקדמות, ובהקשרים אחרים ניתן למצוא את ביטויין גם אם במסווה פורמליסטי בפסיקה.¹⁷¹ תשאלה תודרשת מענה היא אם-כן מדוע בחרו שופטים ליברליים-חילוניים בשנים המוקדמות לחתור את הוידה בענייני מוסר מיני לשופטים בעלי השקפות-יעולם שמרניות-דתיות, ומה תוצע אותם לבטא עמדות ערכיות בהתווה זה בשנים המאוחרות.

3. הסבר משולב לשינוי

דרך אפסרית לפתרון חידת השינוי באופן המתגבר על חלקיות המסברים שהוצגו לעיל היא יצירת שילוב ביניהם, באופן הקושר את הדינמיקה השיפוטית הפנימית לתמיכות המבותרות הדוזות בציבור.¹⁷² באופן קונקרטי יותר ניתן לשערן כי בתחום

169 דוגמה בולטת לכך, שעמדתו עליית לעיל, תן פסקי-דינים של השופטים זוסמן וברנרן בעניין ברש, לעיל הערה 13 (להלן במסקי-הדין ראו לעיל, שקטס להערה 127 ואילך) ומסקי-דינו של השופט ענייני בעניין רון (להלן במסקי-הדין ראו לעיל, שקטס להערה 188 ואילך), הניג בולט למגמה זו, בהדי הוציא מהכלל המערך על הכלל, הוא השופט ת כהן, וזקן אין אנו מוענים כי עמדתו של השופט חיים כהן במסאות גישה שוויונית לתוסים בין המינים אלא רק שהוא לא היסס להעמיד גישה ערכית משל עצמו נבוג דעותיהם המוצקות של השופטים הדתיים בענייני מוסר מיני. ראו במיוחד פסקי-דין בעניין רינפולר, לעיל הערה 25 (דעת יחיד באותו עניין, כשהשופטים ויחיקן וברנרן מצטרפים לתוצאה, אך לא להתקוט); וכן דעת המיעוט שלו בעניין ע"א 545/77 פלוגיניא, לעיל הערה 17.

170 השונו לדברי הנשיא שמגר בעניין טוריקל, שצוטטו לעיל, שקטס להערה 152; ולדברי השופט דובן בעניין אונגר המצוטטים לעיל, שקטס להערה 55.

171 ראו מאוטוב, לעיל הערה 166, בעי 119-127.

172 והשונו להסברו של פורפוסר גנות מאוטוב להעבר שחל בפסיקה מתנגקות פורמליסטיות להתבססות ערכיות, להסככות, בשנות חמישים והשישים בדרש בית המשפט להחלטות פורמליות בשל הפער שהיה קיים בין תפיסות-העולם האישי-דוידואליסטיות של השופטים לבין תפיסת-העולם הקולקטיביסטית שאפיינה את התבנה לזשוראליית, ולעומת זאת, "בית-המשפט של שנות השבעים והשמונים מצא עצמו... מוקף ציליחות שעולמן הותבוי קרוב לעולמו שלו. סוגדה זו של הפער שבין התמהלכות של בית-המשפט לבין ההחברות הכללית שבה הוא פועל, ויצירת הקרבה בין תת-החברות של בית-המשפט לבין ערכיות של העלילות האחרות הפועלות בארץ, חיונק מאוד את בית-המשפט של בית-המשפט והקלו עליו להברי על הערכים שהוא מייצג... משמע: פחת תרבות של תפיסת-העולם העליון בעצמו כפועל על-פי הניסיה המבטיסית, 'המדיעית', הליסרלית מן התחינה הערכית, של תפורהלזים המשפטי, והתאפשרה זעגה בהליו ובמודע של ערכיו של בית-המשפט." מאוטוב, שם, בעי 120-127 (הציטוט מצמודים 126-127). המוסר שאנו מציעים שונה עם זאת, שכן בתחום המוסר המיני, להבדיל מתחומים אחרים, לא

מחירה מתבטא בכך שהיא מתעלמת מהרבי-זוגיות של המציאות החברתית. החלופה שניתן להציב כנגד גישה זו היא הסתמכות מפורחת, רבת-מדדים ולברלית יותר על מוסר הנישואין, הסתמכות המכירה בכך כי בוטחות מתאזמות, הפגיעה שנרמזה עקב הפרה של הכמחה נישואין אינה מוגבלת למחוזות חלב, אלא כוללת הפסדים אחרים. דוגמה אתם לכך היא נזקה של תובעת שהיתה מעוניינת בהבאת ילדים במסגרת קשר נישואין, אולם אברה את הסיכוי לעשות כן בעקבות קשייה גורלה לגבר שהפסיח במשך שנים לשאתה לאשה – הכמחה, אך לא קיים. לדירה של תובעת כזו לא התמצתה חשיבותו של קשר הנישואין במחוזות חלב, אלא כללה גם את מרכיב ההורות המשותפת. על-כן, אם נקבל את הגישה שיבת-המשפט אינו יכול לספק תרופה ללב שכור, ¹⁷⁷ אין די בנימוק זה לשלול מוטבה את תגובת המשפט.¹⁷⁸

קו שני של ביקורת מופנה כלפי מרכיב הכפיה התרבותית המצויה הן בפסיקה השנים המוקדמות והן בפסיקה השנים המאוחרות. לציבור החלוצי קל לדחות את דמות האשה המפורתה" ששופטים דתיים ראו לגנב צניניהם בשנים המוקדמות בשונה שהיא מנותקת מהמציאות המודרנית, ולקבל תחתיה כשיקוף אמין של החוויה החברתית את דמות התרבי "שכור-חלב", ששופטים חלוציים מעדיפים לגנב צניניהם בשנים המאוחרות. ולא כן היא. במציאות הרב-תרבותית המורכבת המאפיינת את מדינת-ישראל, הפרה של הכמחה נישואין עלולה להשליך באופן שונה על נשים המשתתפות לתרות שונות. כך, למשל, אין לתנת שמרנני-ה"בושה" שבהפרה של הכמחה נישואין במברה החילונית דומה

177 אפשר כמובן לחלוק על הנחה זו, ולסבור, כפי שמשמעת מדעת הרוב בעניין צ"א 5268/98 פלוגת שם, כי הלך משפטי ככל וצריך להט סעד לבעיות שבלב, כך, למשל, ניתן לטעון שתגובת המוסר והמקצה הכספית שתלד כזה משיל על המפר והתמכה המוסרית והפיצוי הכלכלי שהוא מספק לגנב מהווים תקין (חלקי) לא-תוצק שגום המפר לגופו, או, לחלופין, ניתן לגרום שיחוב סכומים מסוג זה לזירה המשפטית דצוי לתבית אחר שיש בכך כדי למנוע התפרצות במישורים בלתי-דינמיים (למשל מצע נקמה אל-מהים) וכן הלאה. כשאל עצמנו, ספק אם שיעונים אלה נושאים כוח משכנע, אולם מכל מקום, דיון בשאלה הנורמטיבית אם על המשפט להסיר גם סכומים שצנינים "מחוזות תופש" חורג מהמסגרת הנורמטית.

178 חכות לחורות היא בודאן איטורס הלארי להנגה משפטיה, כפי שהתחילונת הפתלתלה בענינים של בני-חוג נהמני מלמרת, ראו עניין גרמנו, לעיל הצידה 185 דנ"א 2401/95 גרמנו, ג' נהמני, פ"ד 1661 (94) ברק א"ו. על סימטריה ותיולריות: בעקבות פרשת נהמני, צינני שופט פ"ד 201-199. צינני עם זאת כי בין החוגות ההשפוטיות שבתקופת לבני עניני נהמני יש הנדלני חשבים אחרים, שנבקש להציג שיש מהם: ראשית, האינטרס שנגנבו צינני נהמני הוא, ביסודו, האינטרס בהורות בילונגה (לא) דורק גדול משותף של הילדים, בעוד האינטרס שנגנבו מתבקשת בודגמה ההשפוטית שבמקט הוא האינטרס בהורות משותפת (לא) דורק בילונגה. לטיעון שהדרישה בעניני נהמני היא, בשיקרה, לחכות מחורות בילונגה וראו א' סומור "העורפאם של הוג נהמני: תשיבה לחיים גנב" עינני משפט יש (תשנ"ה) 448-441: שנות, הטעם שהובקש בעניני נהמני היה סעד שמבקשת תובעת הוא סעד של פיצויים כספיים על תגוב, בעוד שבבעניני סעד שמבקשת תובעת הוא סעד של פיצויים כספיים בלבד, וממילא השאלה של כפיהת החורות (המשותפת) על תגוב אינה מתעוררת. להדגשת חשוני המבוקש בין הסעדים של אכיפה ופיצויים בהקשר זה ראו ח' גנב "העורפאם המוקפאים של חוג נהמני" עינני משפט יז (תשנ"ג) 83, 92.

לקראת תגור על השקפת-העולם השמרנות-הדתית בהתזום המוסר המיני ולהציג כנגדה אנטי-תזה לברלית-חילונית. הפגמה של גישה צרכית מתחדת זו בפסיקה היא האחריות לקידונו של דגם "הפיתוי הגברי" ולעלייתו של דגם "שכור-חלב".

ההסבר המשולב ששורטט לעיל יוצר להצרכנותו כסיס לתבנה טובה יותר של התפתחות תהליכי-החלטה על אופן התנהלותה של הרשות השופטת. חזיונות ביצירת השפוטיות לביקורת מורכבת על אופן התנהלותה של הרשות השופטת. ביקורת זו ניתן לחלק לשניים: קו אחד של ביקורת מוסר-לחז-המחויבות של הפסיח מוסר הנישואין על-ידי בית-המשפט בשנים המאוחרות. הפסיקה בשנים המוקדמות ראתה בנישואין מוסר מורכב, שאתבו בין בני-חוג הוא אומנם חלק ממנו, ¹⁷⁴ אולם אין היא מנעה אותו. מכאן שאובדן הנישואין אינו רק אובדן של אהבה, הוא אובדן של אורח-חיים מביקשי, מוכר וראוי.¹⁷⁵ על אובדן כזה כך גרסה הפסיקה בשנים המוקדמות, ראוי לפצות תובעות מתאבנות, ולו בדרך של פסיקה פיצוי גלובלי ומתן המיכה מוסרית. לעומת זאת, הפסיקה בשנים המאוחרות נוטה לייחד את משמעות הנישואין למחוזות חלב. על-כן היא נוטה לדחות את התפסד שנגרם מהפרה של הכמחה נישואין עם התפסד שנגרם מאובדן אהבה, ולגרוס כי נזק ממין זה אין בירי המשפט לחישוב.¹⁷⁶ צמצום המשמעות של מוסר הנישואין לעולם הרגש, תוך התעלמות ממשמעות אחרות שניתן ליתם להיסוד של מוסר מביטא חזית התבוננות צרה ומוגבלת על הטעמים לקיומה של מוסר הנישואין. פסיקה ברת-המשפט בשנים המאוחרות בעילה שעיניה הפרה של הכמחה נישואין מתבססת על הנחה כי נישואים ללא אהבה להם ריקים מהותי, ועל-כן אל לה לתובעת להליץ על אובדנם. אולם תגובה זו מבטאת תפיסה פשטנית של מוסר חברתי מורכב. יתרונית בכך שהיא מאפשרת לבית-המשפט להציג עמדה חדת ולנסוק מסקנות משפטיות ברורות:

174 לקישור בין אהבה לנישואין בשנים המוקדמות ראו, למשל, דברי השופט זילברג בעניין טממט, לעיל הערה 5, בע' 131, המציין כי תביעה בגין הפרה של הכמחה נישואין אינה אחרת, שכן "היא יוצאת מתוך נקודת התגובה, כי הארוס או הארוסה הייבים היו להתחתן עם בני-חוג אחת, אך בשל התבטחה שניתנה, לקרות מה שאין רגשות אהבה ביניהם".

175 גינני, עניני בריט, לעיל הערה 13: התובעת תלבה את ליבה, ובהשפעת הכמחה נישואין נרובת של התבע, עובה את בעלה ורשתו בנותיה. בית-המשפט ספק לה פוצי בגין המון שחתבטא בעיקר באובדן המיכותו של בעלה ובאובדן בית מגוריה". ועל כך מעיר השופט קוסטר: "הנזק שסבלה המשיבה מבחולונת אחרת בגלל בגידותה ומגידושת תגוב יורה גדול. היא הפסידה בית, משפחה, קירבת ילדים ואפשרות גידולם. תובתם, כבוד וכיבוד בוח" (שם, בע' 627-628).

176 ראו לעיל מסקט להערה 88 ואילך. חוות-דעת הרוב בעניין צ"א 5268/98 פלוגת, לעיל הערה 7, ולתק על תפיסה זו בשיטתו: ראשית, היא מלגושה כי לנישואין יש גם תובטים רכושית, ולא רק תובטים רגשיים, ועל-כן היא חולקת על התגובה שמדובר בתפסד שכולו מצוי ב"מחוזות חלב". ראו מסקה 12 בפסק-דין של הנשיא ברק, שבו, שנית, היא יוצאת נגד הנשיה שרדני חוזים בפנים, והמשפט בכלל, צרכים להדיר עצמם משפיל בנזקים רגשיים תנוונים בעקבות הפרה הסכמים אינסימיים-בינאשיים. ראו מסקה 13 בפסק-דין של הנשיא ברק, שם. קוד-הביקורת שיוצג בטקסט לחלל מבקש להחזיב ולשכלל את הטיעון הראשון (רבי-סימוליות מוסר הנישואין) מבלי לנקוט עמדה ביחס לטיעון השני (התועלת שבהסדרה משפטית של "מחוזות חלב", ראו גם הערה 177 לחלל).

"באתבה ובסלתמה הכל מותר?"

אסא נשי*

- א. הקולבה † ב. מה זאת אתבה? † ג. מה זאת אתה? † ד. "באתבה ובסלתמה" † ה. "באתבה ובסלתמה, הכל?" † ו. במלתמה, הכל מותר? † ז. באתבה הכל מותר?

א. הקולבה

רבים מספור ויפסי להפליא הם ביטויים של אתבה ומה נהי וצמקנה, באור האתבה, מושכים את הלב המתגמים המציגים בעירונות את פניה השחוקות, רבים מספור וקשים מנשוא הם גלילים של מלתמה רעה ונוראה, בהשרת המלתמה, מושכים את הלב המתגמים המציגים בתודות את פניה המורדות, וכמו בשפת דמיוננים, בין אור האתבה לבין חשכת המלתמה, מופיעים לפתע פתגם או שניים ומציפים את השתיים זו לזו, מבהירים קווים של דמיון ביניהן, מעצמצמים את התהליכים הגלויים שבהן זו לזו.

כוח הוא הפתגם הזה מהגליל לנו הברלי נוסח, דקים ומציגים: *Frank the love and war, you know!* את הביטוי: את המושגים: *All's fair in love and war*, השימוש במלה *fair*, אומנם, אחר המשמעויות המוכרות של מלה זו היא המשמעות של "מותר", אבל נראה שיש הבדל דק בין השתיים, בעוד משמעות המלה "מותר" אינה אלא שילת האסור, מן השימוש במלה *fair* עולה העדכה חיונית יותר. גם אם כנון יהיה לומר "מותר לנצל פוצה בתוקף", לא יתה זה כנון לחתך התנגות כוח באמצעות המלה *fair*, במקום "הכל מותר" אולי מוטב היה לומר "הכל כשורה", שנית, חדובר אינו מצטייר כמי שיצר את הביטוי מדעתו, אלא כמי שמשתמש בביטוי מוכר, שכן הוא מלווה אותו בביטוי של אסמבלה, "you know", או בעברית, "כידוע".

אכן, הביטוי אינו חידוש של מחבר אותו רומך בדבר תלמיד פרטי, הוא מופיע כמה שנים לפניו, ברומן של הסופר האנגלי G.P.R. James, שהיה לוחם, על-אודות תושבי כפר באנגליה שהחליטו לעצור על נפשם, בראשותו של חייל שיוון באופיין לב צבאי, כנגד כנופיית מבריחים שביקשה להוסיף ולהפוצע בהם? *every love and war, they say*, שתה הקוויות שבנוסח דקות מופיעות גם כאן, אולם נוספת עליהן דקות שלישית, לא זה, "הכל כשורה", אלא, "כל התבולה היא כשורה", ובנוספת ואסמבלה, "באתבה ובסלתמה, כל התבולה היא כשורה, כך אומרים".

* הקולבה לאתיקה מקצועית ולפילוסופיה של הפרקטיקה על-שם לאורה שוררסקופ

- באתריבסיסית תל-אביב והמכללה לביטחון לאומי.
1 אסא נשי (1850) *F.E. Smedley Frank Fairleigh*
2 G.P.R. James *Smuggler* (Part II, 1845) iv

למרכיב ה"בושה" בתורה התודות או בתורה הערבית, בשנים המוקדמות היה זה האגף התי-המסורתי של בית המשפט שביקש לעשות בעילה שימוש ערכי על-מנת להגן על נשים המבחרות באורח חיים אחר ולנזוף בנשים המתחרות לנחוג באורח חיים אחר – וזאת בין אם השתייכו לתורה דתית-מסורתית ובין אם השתייכו לתורה חילונית-ליברלית. בשנים המאוחרות התפתח היצור, והאגף החילוני של בית המשפט דוקן את העילה מתוכן ממש, ובכך שלל המנה שלשפטיה אפקטיבית להכרות חילוניות-ליברליות, הראייה היא דרך-ההיכונים: הכרה בקיומן של שני "תובעי צד" אפשריים בעילה הפרה של הכסות ניסואין – "האשה המפוטת" מההתחבצ "שכור-הלב" מהה – וניסיון לכתון את המאמת הדגם לתובעת לא על-פי שיקולים מוסריים, המכרכים דרך חיים אחר על רצונה, אלא על-פי בחינה עובדתית של אופי התורה שהתובעת חיה בה ושל תנאים האופייניים התפורה במסגרתה לנפגעת מהפדה של הכסות ניסואין.¹⁸⁰

מאמר זה הושלמה בעיקרה, מהווה נקודת-ציון חשובה בהתפתחותה של העילה ברכ תפרה של הכסות ניסואין, חוות-דעתו של שופט המיעוט באותו עניין, השופט ריבלין, מתמצת ומקרק את התפיסה השלטה בשנים המאוחרות שלפיה אין לעילה זו מקום בעידן המודרני, ומשום כך יש לטילה, ולמצער לצמצם את הסעד השפטי המיוצג בגדרה. חוות-הדעת המפתיעה של שופטי הרוב – השופטים ברק ופרנקוניה – מבטאות נוגמה תפורה, המבקשת לייחס לקיום העילה השיבוט גם על רקע תפיסות-עולם ליברליות-מודרניות.¹⁸² הצלחתה של גישת הרוב לאורך נמן תלויה ביכולתם של מצדדי העילה ברכי הפורה הכסות ניסואין לגבש לה תפקיד חברתי הולם, לעיל הצבענו על שני מרכיבים אפשריים בתפיסה כזו – רכיבי-מדיניות מוסד הניסואין ורכיבי-תורתיות החברה הישראלית, התחבובת במרכיבים אלה תאפשר ליצב "תובע צד" אשר ראוי ומצדק, על-פי תפיסות עכשוויות, לספק לו הגנה מפני הפרה של הכסות ניסואין, התעלמות ממרכיבים אלה, כפי שפצשה במרבית פסקי-הדין שניתנו בשנים המאוחרות, תקשה עד מאוד לקרק תוכן מתודיש לעילת המביעה, ועלולה להפוך את חוות-הדעת הרוב בעניין יציא 5258/98 פלוגת לשירות הברבור של עילת המביעה ברכי הפרה של הכסות ניסואין.

- 179 השו: 55 *Coomb's case*, המבקרת את הביטול הגורף של העילה ברכי המדיניות בארצות-הברית בשנתה שהוא פוגע בנשים החיות בתחיות מסורתיות מפלי לחרים באופן ממש לקיומן ערכים פמיניסטיים באותן תורות.
180 דוקר, התערבות בית המשפט אינה מיועדת לאכוף את ערכי המוסר המקובלים בתורה מסורתיות, אלא להגן על נשים החיות בתן מפני פגיעות המאפיינות תורות מסוג זה. הגנה כזו אינה צפויה לשמר את ערכי המוסר תשמדגי מפני שינוי, ממש כשם ששליטתה אינה צפויה לקדם יתר שוויון בתורה אלה.
לעיל הערה 7.
181 לעיל הערה 86.
182 לתוליקי תדעות ראוי לעיל הערה 86.