

דיני המשפחה בעידן של מדיניות חדשה : מחקיקה שיפוטית לחקיקה שהיא מלאכת מחשבת

מאת

יחיאל ש' קפלן*

פיתוח דיני המשפחה באמצעות אקטיביזם שיפוטי הוא פועל יוצא של מדיניות חדשה הרווחת בערכאות השיפוט האזרחיות בישראל. לעתים ניכרת חקיקה שיפוטית זו במקרים שבהם התוצאה של החלת הדין החל בדיני משפחה לעת הזאת במצוות המחוקק אינה טובה לדעת השופטים בערכאה האזרחית. בנסיבות אלה לעתים נקטו פתרון שעיקרו יצירת זכויות כלכליות, כגון הזכות למזונות אישה כשאין לה זכות לקבל מזונות על פי עקרונות הדין הדתי, או הזכות לחלוקה צודקת של הרכוש כאשר חל עיקרון לא שוויוני של חלוקת רכוש בני הזוג. יצירת זכויות אלה נעשתה לעתים באמצעות החלת עקרונות מן המשפט האזרחי בדיני המשפחה.

במאמר נדונו כמה תחומים שבהם פסיקת בית המשפט העליון בישראל צעדה עוד צעד אחד, במיוחד בעשור האחרון, וקיבלה על עצמה מלאכה שבמציאות אחרת – אילו לא היה מדובר בעניינים רגישים ושנויים במחלוקת אידאולוגית ופוליטית – הייתה נעשית בדרך הטבע בהליך מסודר בבית המחוקקים. בדרכים שונות, ובין היתר באמצעות אימוץ עקרונות שמקורם בדיני חוזים ובמשפט הציבורי והחוקתי, נוסף לדיני המשפחה בישראל עוד נדבך אזרחי.

חקיקה שיפוטית זו היא ניסיון להתאים את הנורמות המשפטיות למגמות חדשות בחברה. עם זאת הפסיקה דנה רק בסוגיות שיש להן זיקה למקרה הנדון בפסק הדין. פסק הדין אינו מאפשר במקרים רבים דיון מעמיק ושיטתי בכל היבטיה של סוגיה משפטית מסוימת. מגבלותיו הן מגבלות המקרה הספציפי שאינו מאפשר בדרך כלל דיון מנקודת מבט כוללת, עיון ודיון במכלול השיקולים הרלוונטיים ואיזון ביניהם לאור הלכי הרוח הדומיננטיים בחברה דמוקרטית. העקרונות הנקבעים בפסיקה מעוצבים בהדרגה, כפועל יוצא של המקרים שבית המשפט דן ומכריע בהם. היעדר תכנון כולל ושיטתיות בחקיקה השיפוטית יוצר לעתים חוסר ודאות בנוגע לנורמות התקפות ולעתים גם בנוגע לתוצאות המשפטיות.

המסר במאמר זה מכוון בראש ובראשונה למחוקק. עליו לקבוע את פרטיהם ודקדוקיהם של דיני המשפחה בישראל לעת הזאת לאור אמות מידה חד-משמעיות, מפורטות ומדויקות במידת האפשר, שתאפשרנה לבעלי הדין ושלוחיהם לצפות מראש מה תהא התוצאה המשפטית בוודאות רבה במידת האפשר. הכנסת היא המקום שבו יבואו לידי

* פרופסור חבר, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה.

ביטוי בדרך הטובה ביותר פשרה ואיזון בין מגמות שונות באוכלוסייה בישראל. חשוב שמלאכה זו תיעשה בזהירות, ברגישות ובאחריות תוך ייחוס משקל ראוי לגורמים הרבים המשפיעים בתחום זה. פעולה מורכבת ורחבת היקף זו יכולה להיעשות אך ורק בחקיקה שהיא מלאכת מחשבת. מלאכה זו תכלול גם שינויים נוספים הנחוצים בחקיקה בהיקף מצומצם כדיני המשפחה בשנים האחרונות.

1. מבוא. 2. נישואין אזרחיים; 2.1 נישואין אזרחיים שהם נישואי תערובת; 2.2 נישואין אזרחיים של בני זוג מאותו המין. 3. מסטטוס לחוזה; 3.1 בן הזוג החלש יותר מבחינה כלכלית זכאי לקבל מזונות בעקבות המעבר מסטטוס לחוזה; 3.2 תחולת עקרונות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; 3.3 חוסר ודאות בגין היעדר קריטריונים חד-משמעיים ותחולת כמה חיובים ברזומנית. 4. חיווק מעמד בן הזוג החלש יותר מבחינה כלכלית באמצעות פרשנות מגמתית וקשה לעקרונות הדין האישי; 4.1 חיווק מעמד האישה; 4.2 חיווק מעמד הגבר. 5. תחולת נורמות אזרחיות בבתי הדין הדתיים. 6. יחסי ממון בין בני זוג; 6.1 הון אנושי; 6.2 הקדמת מועד איזון המשאבים; 6.3 הסדרה חקיקתית של יחסי ממון בין בני זוג שחלה בעניינם חוקת השיתוף. 7. סיכום.

1. מבוא

המספר הכולל של ההליכים שנפתחו בבתי המשפט בישראל ובבתי הדין הדתיים בישראל בסכסוכים בענייני משפחה בשנים האחרונות הוא גבוה.¹ הוצעה הצעת חוק שמטרתה הקטנת העומס המוטל על בתי המשפט לענייני משפחה בשל התדיינות בין בני משפחה בסכסוכים בעלי מאפיינים אזרחיים מובהקים, אשר על פי התיקון לא יתבררו עוד בפניהם בלא שתהיה לכך השפעה ממשית על בתי המשפט השלום ובתי המשפט המחוזיים שאליהם הן יועברו.² ריבוי ההתדיינות בתחום זה נובע מגורמים שונים, ואחד מהם הוא חוסר הודאות בנוגע לתוצאה המשפטית הצפויה, הנובע מפיתוח תחום הקרוי "דיני המשפחה האזרחיים", במיוחד בעשור האחרון, באמצעות חקיקה שיפוטית. פיתוח דיני המשפחה באמצעות אקטיביזם שיפוטי הוא פועל יוצא של מדיניות חדשה הרווחת בערכאות השיפוט האזרחיות, אשר משתמשת בסמכות השיפוט שניתנה להם ומפתחות באמצעות חקיקה שיפוטית את דיני המשפחה בישראל. מגמה זו הולכת וגוברת וניכרת במגוון סוגיות מורכבות ושנויות במחלוקת. אקטיביזם שיפוטי בפסיקה

* תודתי לצביקה דורות ולהדס קסטן-שרגאי על עזרתם המסורה.

** כל אתרי האינטרנט המאזכרים נצפו לאחרונה ב"ג בסיוון תשע"א (15.6.2011) אלא אם נכתב אחרת.

1 ראו: הרשות השופטת במדינת ישראל – דין וחשבון לשנת 2009 (ירושלים, תש"ע-2010) 12, בעמ' 33-38. בנוסף ראו: הנהלת בתי הדין הרבניים – סיכום לשנת 2009 (ירושלים, תש"ע) 1, בעמ' 7-10.

2 ראו: הצעת חוק בית המשפט לענייני משפחה (תיקון), תשע"א-2011, ה"ח הממשלה 575.

נובע מהשקפת עולם שלפיה אחת מן המשימות של בית המשפט היא קידום ערכים של שוויון והוגנות בחברה ובמשפט בישראל. לעתים ניכרת בפסיקה האקטיביסטית בתחום דיני המשפחה השקפת עולם שאינה עולה בקנה אחד עם דין דתי והשקפת עולם דתית, הרווחת בערכאה הדתית, שאף לה מוקנית סמכות שיפוט בנוגע לסוגיות בדיני משפחה בנסיבות המתאימות. ניכר שלדעת שופטים בערכאה האזרחית, החלת הדין הדתי עומדת בסתירה לרצוי ולנחוץ לאור השקפת עולם לא דתית הרווחת בחברה המודרנית. בישמם מדיניות "אזרחית" שופטי בית המשפט מחווים דעה בסוגיות שנויות במחלוקת בענייני דת ומדינה.

חקיקה שיפוטית היא ניסיון להביא לידי ביטוי במשפט מגמות חדשות בחברה. עם זאת לחקיקה שיפוטית גם חסרונות: הפסיקה דנה רק בסוגיות שיש להן זיקה למקרה הנדון בפסק הדין. פסק הדין אינו מאפשר במקרים רבים דיון מעמיק ושיטתי בכל היבטיה של סוגיה משפטית מסוימת. מגבלותיו הן מגבלות המקרה הספציפי שאינו מאפשר בדרך כלל דיון מנקודת מבט כוללת, עיון ודיון במכלול השיקולים הרלוונטיים ואיזון ביניהם לאור הלכי הרוח הדומיננטיים בחברה דמוקרטית. עקרונות הנקבעים בפסיקה מעוצבים בהדרגה כפועל יוצא של המקרים שבית המשפט דן בהם ומכריע בהם. בשל היעדר תכנון כולל ושיטתיות בחקיקה השיפוטית נוצר לעתים חוסר ודאות וחוסר אחדות בנוגע לנורמות התקפות ולעתים גם בנוגע לתוצאות המשפטיות. תולדה זו של פעילות הפסיקה בעייתית במיוחד באחד מן התחומים הרגישים והשנויים במחלוקת בענייני דת ומדינה בישראל: דיני המשפחה. היא אינה עולה בקנה אחד עם עקרון שלטון הרוב בחברה דמוקרטית, מפני שהנורמה המשפטית הנוצרת בפסיקה ללא שיג ושיח בין נציגי כל רובדי האוכלוסייה בישראל, המוביל לתוצאה המוסכמת על רובם, אינה מייצגת את דעת כלל הזרמים בציבור הישראלי ואת דעתם של נציגי הנבחרים.

המסר במאמר זה מכוון בראש ובראשונה למחוקק. על המחוקק לקבוע את פרטי דיני המשפחה בישראל ודקדוקיהם לעת הזאת על פי אמות מידה חד-משמעיות, מפורטות ומדויקות יותר במידת האפשר, שתאפשרנה לבעלי הדין ושלוחיהם לצפות מראש מה תהא התוצאה המשפטית בוודאות רבה יותר. בתחום השנוי במחלוקת של ההגדרה והמאפיינים של דיני המשפחה בישראל יש לא פעם ולא פעמיים השקה בין דין דתי לדין אזרחי ובין סמכות השיפוט של ערכאת שיפוט אזרחית לסמכות השיפוט של ערכאת שיפוט דתית, במפורש או מכללא, ולכן קביעת הכללים המשפטיים בתחום זה היא גם הכרעה בתחום האמונות והדעות. בנסיבות רגישות אלה סבר בית המשפט שאין הוא הגוף שצריך להכריע הכרעות מרחיקות לכת. הוא פיתח בפסיקתו מגמה "אזרחית", שהיא דתית פחות אך לא בצורה נחרצת, והכללים שנוצרו הם לעתים עמומים ואינם חד-משמעיים. ראוי שבכל התחומים אשר בהם פיתח בית המשפט במדיניותו החדשה פן "אזרחי" זה בדיני המשפחה, ייעשה המשך פיתוחם של עקרונות "אזרחיים" אלה לאחר עיון ודיון מעמיקים והכרעה אידאולוגית בחקיקת הכנסת, שבה ייקבעו כללים ברורים,

מוגדרים וחד-משמעיים במידת האפשר. הכנסת היא המקום שבו יבואו לידי ביטוי בדרך הטובה ביותר פשרה ואיזון בין מגמות שונות באוכלוסייה בישראל, בדרכי נועם ובדרכי שלום. הציות של כל רובדי האוכלוסייה בישראל לנורמה משפטית שהורתה ולידתה בחקיקה, שהיא פועל יוצא של הסכמות ואמנה חברתית, יהיה רב יותר.

היסודות וההתחלות של האקטיביזם השיפוטי הנזכר לעיל, שהובילו להמשך פיתוח הפן ה"אזרחי" של דיני המשפחה בעשור האחרון, ניכרים בעיקר בכמה פסקי דין של הנשיא ברק שבהם פיתח את הזכויות האזרחיות של בני זוג שנישאו בנישואין אזרחיים מחוץ לגבולות ישראל וראה בפועל זה נדבך נוסף ב"דיני המשפחה האזרחיים"³. בשלהי כהונתו כנשיא בית המשפט העליון הכיר הנשיא ברק בארבעה פסקי דין⁴ בזכויות הנישאים בנישואין אלה, במפורש או מכללא, וזיכה את הנישואים בנישואין אזרחיים בזכויות המוענקות מאז ומתמיד בישראל, לאור עקרונות הדין הדתי, לנשואים בנישואין דתיים.

הנשיא לשעבר ברק פעל בהדרגה: בפסק הדין הראשון – רע"א פלונית נ' פלוני (להלן – פס"ד פלונית)⁵ – נמנע במידת האפשר מלדון בסוגיה העקרונית של מעמד נישואין אלה. ההכרה בנישואין אזרחיים בישראל כפועל יוצא של מעמדם המשפטי מחוץ לגבולות ישראל נובעת במקרה זה מתחולת עקרונית המשפט הבינ-לאומי הפרטי. כמו כן הוכר מעמד הנישואים בנישואין אלה בנוגע להיבטים האזרחיים של הנישואין, כגון מזונות האישה בערכאה האזרחית אך לא בדיון בבית דין דתי, הדין אך ורק לאור עקרונית הדין הדתי החל בו. כלומר בפסיקה בשלב זה, אף ללא הכרעה התקפה לכל דבר ועניין בנוגע למעמד נישואין אזרחיים מחוץ לגבולות המדינה בישראל, בית המשפט העניק לנישאים בנישואין אלה מגוון זכויות שאינן מוקנות להם על פי עקרונית הדין הדתי. שימוש בשתי קונסטרוקציות משפטיות הקנה לאישה שנישאה בנישואין אזרחיים מחוץ לגבולות ישראל זכות לקבל מזונות בערכאה האזרחית. הראשונה לא הייתה מובנת מאליה ונבעה מבחירה בפרשנות מרחיבה בנוגע לתחולת כללי המשפט הבינ-לאומי הפרטי.⁶ במסלול השני בפסק הדין יושמו עקרונית דיני החוזים. בעיקר במסלול זה הונחה התשתית שתאפשר בעתיד הרחבת היקף תחולתם של עקרונית אזרחיים בדיני

3 על "דיני המשפחה האזרחיים" בהקשר זה ראו: פסק דינו של השופט ברק, בג"ץ 2232/03 פלונית נ' בית הדין הרבני האזורי ת"א-יפו, פ"ד סא(3) 496 (להלן – פס"ד פלונית 1).

4 ראו: רע"א 8256/99 פלונית נ' פלוני, פ"ד נח(2) 213 (להלן – פס"ד פלונית); פס"ד פלונית 1, שם; בע"מ 9607/03 פלוני נ' פלונית, פ"ד סא(3) 726 (להלן – פס"ד פלוני); בג"ץ 3045/05 בן ארי נ' מנהל מינהל האוכלוסין במשרד הפנים, פ"ד סא(3) 537 (להלן – פס"ד בן ארי).

5 פס"ד פלונית, שם.

6 כללים אלו חלים לשיטתו גם באשר לתושבי ישראל ואזרחיה שאינם תושבי ואזרחי של המקום שבו נערך טקס הנישואין והמשתייכים לעדה דתית מוכרת ונישאים בנישואין אזרחיים בהתכתבות, הנחשבים נישואין שנערכו מחוץ לגבולות ישראל.

המשפחה בישראל באמצעות הקניית זכויות נוספות לאישה זו לאור ההסכם מכללא בינה לבין בעלה.⁷

בפסק הדין השני – בג"ץ פלונית נ' בית הדין הרבני האזורי ת"א-יפו⁸ (להלן – בג"ץ פלונית 1) – קיימת הכרה דה פקטו בתוקף נישואין אזרחיים של יהודים, תושבי ישראל ואזרחיה, הכשירים לבוא בברית הנישואין בנישואין דתיים בישראל והעדיפו להינשא בנישואין אזרחיים מחוץ לגבולות המדינה. בית הדין הרבני יתיר נישואין אלה במסלול התרה מיוחד הקיים בו כאשר הנישואין הם נישואי "בני נח"⁹ מסלול זה הוצג בבג"ץ פלונית 1 כרצוי מפני שמדובר בהתרה "מעין אזרחית", דומה לזו הקיימת במדינות שבהן קיים לעת הזאת עקרון הגירושין ללא אשמה. קרע שאינו ניתן לאיחוי ללא אשמה הוא עילה לפסק דין של בית הדין, הקובע שבני הזוג אינם נשואים עוד. הרחבת הממד האזרחי בפסק דין זה נעשית גם באמצעות הרחבת סמכות השיפוט של הערכאה האזרחית. קיימת בפסק הדין הכרה לא רק בנישואין האזרחיים של בני זוג אזרחי המדינה ותושביה שנישאו בנישואין אזרחיים מחוץ לגבולות ישראל אלא גם בזכויותיהם בערכאה האזרחית – מכוח "דיני המשפחה האזרחיים" – בסוגיות שאפשר לכוון אותן בתביעת הגירושין.¹⁰ כשביית דין קונה סמכות שיפוט בענייני גירושין של יהודים בישראל שהם אזרחי המדינה או תושביה, אפשר לכוון בתביעת הגירושין עניינים שבסמכות מקבילה, כגון מזונות האישה, שבית הדין דן בהם בדרך כלל לאור עקרונות הדין הדתי.¹¹ אולם השופט ברק קבע שבמקרה זה, אף שסמכות השיפוט בנוגע לגירושין הוקנתה לבית הדין הרבני, הדיון בסוגיות שאפשר לכוון בתביעת הגירושין יהיה בבית המשפט האזרחי, לאור עקרונות "דיני המשפחה האזרחיים".

בפסק הדין השלישי – בע"מ פלוני נ' פלונית (להלן – פס"ד פלוני)¹² – נפסק שנישואין אזרחיים מחוץ לגבולות ישראל שהם גם נישואי תערובת יוכרו כנישואין לצורך הענקת זכויות לבת הזוג הנזכרות בחוק הירושה, תשכ"ה-1965.¹³ ההסדר בחוק עוסק בבת זוג נשואה והוחל בעבר, כדבר שבשגרה, בנוגע לבת זוג הנשואה בנישואין

7 פס"ד פלונית (לעיל, הערה 4).

8 פס"ד פלונית 1 (לעיל, הערה 3).

9 ראו: שם, הסבר על המאפיינים המיוחדים של "נישואי בני נח". במושג "נישואי בני נח" השתמש הרב דיכובסקי בפסק הדין של בית הדין הרבני שנכתב לבקשת בית המשפט העליון, ונזכר בפס"ד פלונית 1. בית הדין הרבני נימק מדוע התיר נישואין אזרחיים בלא גט אלא נתן פסק דין של התרה. לדידו אף מי שלא התחתן בנישואין כדת משה וישראל אך בא ברית הנישואין האזרחיים, רק בדרגה הבסיסית של נישואי "בני נח", חייב באקט מסוים של התרה לאחר שבית הדין יבחן את הנסיבות. כך למעשה ניתן תוקף הלכתי, מוגבל ומסויג, לנישואין אזרחיים של יהודים.

10 ראו: שם.

11 סעיף 3 לחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג-1953, ס"ח 165.

12 פס"ד פלוני (לעיל, הערה 4).

13 ראו: שם, לאור חוק הירושה, תשכ"ה-1965, ס"ח 63.

דתיים, כגון יהודייה הנשואה כדת משה וישראל. בפסק דין זה הוא הוחל גם בנוגע לנשואה בנישואין אזרחיים. נפסק כי נוצרייה, אזרחית רומניה, שנישאה ליהודי ישראלי בנישואין אזרחיים ברומניה זוכה בזכויות בירושה כבת זוג נשואה לפי חוק זה. השופט ברק אינו מאמץ במכוון פתרון אחר אפשרי, אקטיביסטי פחות, והוא הענקת זכויות של ידועה בציבור לאישה זו, שמעמדה הושווה למעמד האישה הנשואה בחוק זה.¹⁴ ההכרה במעמד הנשואה בנישואין אזרחיים ניכרת בקביעה בפסק הדין, שלאור מטרת החקיקה בענייני ירושה חל ההסדר שבחוק בנוגע לבת זוג נשואה.¹⁵ באמרת אגב כתב ברק שיש להקנות מעמד של נשואים לבני זוג שנישאו בנישואין אזרחיים שהם נישואי תערובת, וניכרת ההכרה מכללא במעמד ובזכויות של הנשואים בנישואי תערובת לא רק בתחום דיני הירושה.

בפסק הדין הרביעי – בג"ץ בן ארי נ' מנהל מינהל האוכלוסין (להלן – פס"ד בן ארי)¹⁶ – הורה בית המשפט שרשויות המדינה צריכות לרשום כנשואים בני זוג מאותו מין שנישאו בנישואין אזרחיים שנערכו מחוץ לישראל במקום שבו נישואין אלה תקפים. אמנם נישואין לבני זוג מאותו המין אינם מוכרים בישראל, כיוון שהנישואין בה דתיים, והדין האישי של העדות המוכרות בישראל אינו מאפשר נישואין אלה, אך כיוון שלא רצה להשיב את פני העותרים ריקם, התמקד בפסק דינו באופן מכוון לכאורה רק ברישום וקבע שפקיד מרשם שקיבל תעודה ציבורית שכתוב בה שבני זוג אלה נשואים, צריך לרשום אותם כנשואים. יש רגליים לסברת השופט רובינשטיין שמכללא הסוגיה אינה רק הרישום, ומשמעות הרישום בסופו של דבר היא הכרה במעמד המשפטי ובזכויות של בני זוג מאותו מין שנישאו בנישואין אזרחיים.¹⁷ בפס"ד בן ארי נסללה הדרך להענקת זכויות המוקנות לנשואים בנישואין דתיים הקיימות במשפט האזרחי בישראל, גם לבני זוג מאותו המין.

השופט ברק בחר בדפוס פעולה של אקטיביזם שיפוטי במכוון בנסיבות רגישות ושנויות במחלוקת בנוגע לתוצאות נישואין אזרחיים, שעל אודותיהן בית המשפט המחוזי קבע: "דרך המלך כדי לפתור בעיות אלה באופן עקרוני וכוללני למקרים דומים היא על דרך החקיקה",¹⁸ ועמדת היועץ המשפטי לממשלה הייתה: "השאלות המתעוררות בפרשה שלפנינו נתונות למחלוקת ציבורית חריפה, ומן הראוי להסדירן באמצעות חקיקה [...] אלה מן הנושאים שלפחות על פניהם מצדיקים חקיקה ולא

14 ראו: סעיף 55 לחוק הירושה, תשכ"ה-1965, ס"ח 63.

15 ראו: שם, בסעיף 11.

16 פס"ד בן ארי (לעיל, הערה 4).

17 שם, בפסק דינו של השופט רובינשטיין.

18 פסקה 11 לפסק דינו של השופט חיים פורת בבית המשפט המחוזי בתל אביב (בע"מ 1044/99 בורוכוביץ נ' בורוכוביץ (פורסם בנבו)), המצוטטת בפסק דינו של השופט ברק בפס"ד פלונית (לעיל, הערה 4).

פרשנות פסיקתית".¹⁹ בפסקי דין אלו ניכרת השקפת עולמו, שלפיה אקטיביזם שיפוטי רצוי ומאפשר לשופט לשנות את הדין הקיים כאשר לשיטתו הוא טעון תיקון.²⁰ השופט האקטיביסט: "משנה את הדין [...] מנצל את ההזדמנות שנקרתה לפניו ומשתמש בעניין הנדון על ידו כדי ליצור דין חדש וטוב יותר".²¹ לשיטתו, הנשיא ברק מוביל שינוי רצוי ונותן מענה לצורכי החברה המשתנים.

בפסקי הדין הללו פעל בית המשפט העליון כדי לקדם צדק שוויון ויחסים הוגנים בחברה ובמשפט בישראל. מגמה זו נזכרת בהמשך בפסיקת בית המשפט בעשור האחרון, שבה חל העיקרון המנחה שלפיו יש להימנע מהכרעה שיפוטית שגורמת "לחוסר שוויון בין הצדדים ולמתן עדיפות לצד החזק כלכלית, לכאורה, בין בני הזוג".²² בית המשפט העניק עוד זכויות, במפורש או מכללא, ליחידים שלשיטתו ראוי שהוא יעצים את זכויותיהם. כאשר החלתם של עקרונות דיני המשפחה המסורתיים מובילה לתוצאה שאינה צודקת לאור השקפת עולם זו, תיקון התוצאה יכול להתבצע באמצעות עקרונות חדשים המקדמים יתר שוויון, יחסים הוגנים וצדק. תפיסת העולם של השופט ברק בפסק הדין הראשון, פס"ד פלונית, היא זו: "במקום שהאחד נזקק לתמיכתו של האחר – אם במזונות ואם באמצעים אחרים – הוא זכאי לקבל תמיכה זו. בני הזוג אינם עוברי אורח שתאונת דרכים הפגישה ביניהם. בני הזוג ביקשו לחיות חיים משותפים. דרישות היושר, שיקולי ההגינות ותחושת הצדק של החברה בישראל מובילים למסקנה כי תחול חובה לתשלום מזונות".²³ מגמה זו עולה בקנה אחד עם מטרת דיני המשפחה המודרניים והיא הענקת הזכויות לבן הזוג החלש יותר במישור הכלכלי, שהוא בדרך כלל בן הזוג הביתי, המקדיש יותר מזמנו וממרצו לעבודות משק הבית ולגידול הילדים, ונותן לו פחות זמן פנוי שבו יוכל לפרנס עצמו מהכנסות שהוא מפיך מפעילות מחוץ לבית. בדרך כלל בחברה בת זמננו הנשים הן בן הזוג הביתי.²⁴ מסר סמוי בפסיקה המחילה את "דיני המשפחה האזרחיים" הוא הצורך בהענקת זכויות בתחום דיני המשפחה לנמנים על קבוצות חלשות יותר בחברה. ההכרה בזכויות הנישאים בנישואין אזרחיים²⁵ מאפשרת

19 שם.

20 ראו: אהרן ברק, "מהות האקטיביזם השיפוטי: על השקפת-עולם בדבר משפט ושיפוט ואקטיביזם שיפוטי", אקטיביזם שיפוטי (אריאל פורת עורך, תשנ"ג), 27-28.

21 יצחק זמיר, "אקטיביזם שיפוטי: החלטה להחליט", עיוני משפט יז (תשנ"ג) 647, בעמ' 647-648. ראו גם: עדי פרוש, "אקטיביזם שיפוטי, פוזיטיביזם משפטי ומשפט טבעי – השופט ברק ודוקטרינת הכנסת הכל-יכולה", עיוני משפט יז (תשנ"ג) 717: "מגלה בית המשפט אקטיביזם שיפוטי בתחום מסוים כאשר הוא [...] יוצר, אגב הפסיקה [...] שינוי רציני באותו תחום".

22 השופטת עדנה ארבל, בבע"מ 9267/09 פלונית נ' פלוני (פורסם בבנו).

23 השופט ברק בפס"ד פלונית (לעיל, הערה 4) בעמ' 233-234.

24 ראו: ע"א 625/83 ברקוביץ נ' בודניה, פ"ד מא (4) 581.

25 או פס"ד פלונית (לעיל, הערה 4); פס"ד פלונית 1 (לעיל, הערה 3); פס"ד פלוני (לעיל, הערה 4); פס"ד בן ארי (לעיל, הערה 4).

לבית המשפט להעניק זכויות לנמנים על קבוצות אלו – לנשים, שהן בן הזוג החלש יותר בדרך כלל מבחינה כלכלית,²⁶ או לבני זוג מאותו המין – שנישאו בנישואין אזרחיים. התוצאה של מגמה זו בעשור האחרון היא הרחבה הולכת וגוברת של תחולת עקרונות אזרחיים בדיני המשפחה בישראל בתחומים שבהם במשך שנים רבות הייתה סמכות שיפוט לערכאה אזרחית שהחילה דין דתי, או הוקנתה סמכות שיפוט לערכאת שיפוט דתית שהחילה דין דתי.²⁷ לעתים, במקרים שבהם התוצאה של החלת החוק הדתי אינה טובה לדעת השופטים בערכאה האזרחית, הם הציבו חלופה ל"גזרה" שגזר לשיטתם המחוקק בקביעתו שיחול דין דתי כאשר תוצאת החלתו אינה טובה לדעתם. שופטים אלו נקטו פתרון שעיקרו יצירת זכויות כלכליות, כגון הזכות למזונות אישה כשאין לה זכות לקבל מזונות בשל עקרונות הדין הדתי, או הזכות לחלוקה צודקת של הרכוש כאשר חל עיקרון לא שוויוני של חלוקת הרכוש של בני הזוג. יצירת זכויות אלה נעשתה לעתים באמצעות החלת עקרונות מן המשפט האזרחי שמשמשים בהם בדרך כלל בתחומי משפט שאינם דיני משפחה. מגמה זו מודעת ומכוונת ומאפשרת פיתוח ממד נוסף בדיני המשפחה, הקרוי לעתים: "דיני המשפחה האזרחיים".²⁸ הנשיא ברק הדגיש שנוסף הפן

26 ראו: רות הלפרין קדרי, "מזונות אישה: מתפישה של שונות לתפישה של (אי)-שוויון", **משפט וממשל ז** (תשס"ה) 767, בעמ' 805-808; שחר ליפשיץ, "ברצוני להתגרש ומייד! על ההסדרה האזרחית של הגירושים", **עיוני משפט כח** (2004-2005) 671, בעמ' 713, 716. בנוגע למציאות בארצות הברית ראו: Lenore J. Weitzman, *The Divorce Revolution: The Unexpected Social and Economic Consequences for Women and Children in America* (Free Press, New York and London, 1985); Greg J. Duncan & Saul D. Hoffman, "Economic Consequences of Marital Instability", in *Horizontal Equity, Uncertainty, and Economic Well-Being* 27, 37 (M. David & T. Smeeding eds., 1985); Martha L. Fineman, "Illusive Equality: On Weitzman's Divorce Revolution", 11 *Law & Social Inquiry* (1986) 781-789; Richard R. Peterson, "A Re-Evaluation of the Economic Consequences of Divorce", 61 *American Sociological Review*, No. 3 (June 1996), pp. 528-536; Lenore J. Weitzman "The Economic Consequences of Divorce Are Still Unequal: Comment on Peterson", 61 *American Sociological Review*, No. 3 (Jun., 1996), pp. 537-538; Richard R. Peterson, "Statistical Errors, Faulty Conclusions, Misguided Policy: Reply to Weitzman", 61 *American Sociological Review*, No. 3 (June 1996), pp. 539; J. Thomas Oldham, "Changes in the Economic Consequences of Divorces, 1958-2008", 42 *Fam. L. Q.* 419-447 (2008-2009) מלומדים על מחקרה של Lenore Weitzman: Milton C. Regan Jr., "Divorce Reform and the Legacy of Gender", 90 *Michigan Law Review*, 1453, n.1 (1992).

27 על העקרונות המנחים את בית המשפט העליון בשלב המכונה "אימפריאליזם שיפוטי אישי", שבו הוא מפתח ומרחיב את היקף תחולת עקרונות "דיני משפחה אזרחיים", ראו: רות הלפרין-קדרי, "דיני משפחה אזרחיים נוסח ישראל-לקראת השלמה: על הכבוד, הצדק, השוויון והכוונה יושתתו מעתה דיני המשפחה", **מחקרי משפט יז** (תשס"ב) 105, בעמ' 112-113.

28 על תחום זה ראו פסק דינו השני של השופט ברק: בג"ץ פלוגית 1 (לעיל, הערה 3), בדיון על הזכויות ההדדיות של בני הזוג, בפסקה 42 לפסק הדין: "יהא על בתי המשפט האזרחיים

האזרחי: "עקרונית סטאטוס וזכויותיו לחוד והיחסים האזרחיים שבין הצדדים לחוד. קיומו או היעדרו של סטאטוס הנישואין אינו גורר אחריו בהכרח קיומן או היעדרן של חובות אזרחיות בין הצדדים [...] אין מניעה להחיל 'משפט אזרחי' בשאלת המזונות [...] אין בדינים באשר לתוקף הנישואין כדי למנוע תחולתו של המשפט האזרחי בכלל, ודיני החוזים בפרט [...] אין מניעה עקרונית מלבחון את שאלת המזונות על פי דיני החוזים, וזאת מבלי להכריע בשאלת הסטאטוס".²⁹

השופט ברק מחולל שינוי באמצעות הפרשנות התכליתית, אשר עולה בקנה אחד עם אקטיביזם שיפוטי ומושגת על ההנחה כי תכלית החוק אינה הגשמת כוונת המחוקק. בית המשפט מנסה לחולל שינוי בחברה ובמשפט.³⁰ פרשנות טקסט משפטי צריכה לקיים את תכלית הנורמה הקיימת בו בצורה הטובה ביותר.³¹ עם זאת תולדה בלתי נמנעת של פרשנות זו היא חוסר ודאות ופגיעה ביציבות ובעקרון שלטון החוק. הפרשנות התכליתית אינה מושגת על שימוש בכלי אובייקטיבי שמוביל למשמעות אחת נכונה של הטקסט שאינה קיימת, והיא פועל יוצא של השקפת העולם הסובייקטיבית של השופט. לכאורה היא מושגת על משנה סדורה, שאמורה לסייע לשופט לפרש טקסטים פרשנות "נכונה", אך היומרה של ודאות הנוצרת מכוח פרשנות "נכונה" היא מזויפת: "שכן השאלות: מי קובע את התכלית ואת הכלים לגילוייה, מי מרכיב את הקהילייה הפרשנית, מי מחליט מהם 'ערכי השיטה' שלאורם תימצא התכלית ותפורש, ויוצא באלה

לפתח דיני משפחה אזרחיים אלה... תשלום המזונות 'האזרחיים' יבטיחו את רמת חייו של בן הזוג 'החלש' ויאפשרו את שיקומו לאחר הגירושין". ראו גם: הלפרין-קדרי (שם); שוויין ודיני המשפחה האזרחיים – רב שיח, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב (מרכז מינרבה לזכויות אדם באוניברסיטת תל-אביב, מרכז צגלה למחקר בין-תחומי של המשפט באוניברסיטת תל-אביב והמרכז לקידום מעמד האישה ע"ש רות ועמנואל רקמן בפקולטה למשפטים שבאוניברסיטת בר-אילן), יוני 2006.

29 פס"ד פלונית (לעיל, הערה 4) פסקאות 12, 19. בפסק דין זה הלך השופט כברת דרך נוספת מעבר לקביעה הקודמת בפסיקה והדגיש ביתר שאת שאף בתחומים שאינם התחומים הקלסיים שבהם חלים דיני החוזים, כגון חיוב במזונות הנובע מעקרונות הדין האישי, יש היבט חוזי. בין היתר הדגיש שיש להחיל גם בתחום זה את דרישת תום הלב הנזכרת בסעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, ס"ח 118. התשתית לפסיקה קיימת בפסקי דין קודמים, כגון ע"א 32/81 צונן נ' שטל, פ"ד לז(2) 761 (להלן – פס"ד צונן); ע"א 468/84 קוטלר נ' קוטלר (פורסם בנבו); תמ"ש (ת"א) 16650/97 ש' פ' נ' ר' מ' פ' (פורסם בנבו); דנג"ץ 4191/97 רקנט נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נד(5) 330. ראו גם: תמ"ש (חי') 12091/00 פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו); תמ"ש (כ"ס) 17150/03 מ.ג. נ' מ.ג. (פורסם בנבו); ע"מ (י-ם) 765/05 פלוני נ' אלמונים (פורסם בנבו); בע"מ 3148/07 פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו).

30 ראו: אהרן ברק, פרשנות במשפט (כרך ראשון: תורת הפרשנות הכללית, תשנ"ב) בעמ' 375-374.
31 שם, בעמ' 373.

שאלות, הן קושיות שאין עליהן תשובה אחת מוחלטת, סוגיות המצריכות בעצמן פרשנות המוכרעת על-פי רוב במאבק פוליטי-תרבותי.³² פרשנות תכליתית מותרת שיקול דעת רחב מדי בידי השופט הפרשן וגם עומדת בסתירה לכוונת המחוקק הנבחר ולרעיון של שלטון העם במדינה דמוקרטית.³³ בפסקי הדין הנזכרים לעיל הכריע השופט ברק, במפורש או מכללא, בסוגיות אידאולוגיות שנויות במחלוקת בתחום דיני המשפחה וקבע, באמצעות פסיקה אקטיביסטית, שחל הסדר משפטי העולה בקנה אחד עם תפיסת העולם שלו. הוא לא סבר שעליו להיות נאמן לנוסח הוראות החוק כפשוטן ובחר בפירושים מגמתיים שיש רגליים לסברה שהמחוקק לא כיוון להם כשניסח את סעיפי החוק. במסווה של פרשנות, בשל מה שהחברה "צריכה" לעשות כדי לקדם צדק שוויון ויחסים הוגנים, קידם הנשיא לשעבר ברק מגמה הרצויה לשיטתו. היו שצינו שבנסיבות אלה שופט מתיימר "לדעת" מה נכון וצודק כשאין כל מדד אובייקטיבי הבוחן אם פרשנות השופט לחוק היא "נכונה". קנה המידה היחיד המכוון את השופט אל הפרשנות ה"נכונה" הוא השקפת העולם הסובייקטיבית שלו ולא הוראות המשפט הפוזיטיבי ככתבן וכלשונו.³⁴

באמצעות חקיקה שיפוטית והשימוש בפרשנות התכליתית הפך בית המשפט העליון להיות שחקן פעיל יותר בזירה הפוליטית. כשבתי המשפט נוטים לנקוט עמדה בעניינים ערכיים שנויים במחלוקת, כגון בסוגיות רגישות של היחס בין דת ומדינה בישראל, הם עלולים להרחיק לכת יתר על המידה ולגרום להחלשת הלגיטימיות של השפיטה ובתי המשפט, במיוחד בשכבות מסוימות באוכלוסייה. כוח פוליטי רב מדי של הרשות השופטת אינו רצוי. אם לא תהיה תגובה של הכנסת לחקיקה שיפוטית שנויה במחלוקת שאינה עולה בקנה אחד עם כוונת המחוקק לכתחילה, ייווצר חוסר איזון הולם בין הרשות השופטת למחוקקת. במערכת של איזונים ובלמים בין רשויות שונות כוחם של השופטים יהא גדול יתר על המידה, והם עלולים להפקיע מן הרשות המחוקקת בישראל זכויות וסמכויות שבכל מדינה דמוקרטית מתוקנת מוקנות לבית המחוקקים.³⁵ הצרת הסמכויות של הרשות המחוקקת יתר על המידה עלולה לקעקע את אמון הציבור בלגיטימיות של הרשות השופטת בישראל ולחשוף אותה להתקפות פוליטיות, שבסופו של דבר עלולות לפגוע בה ובתפיסה בענייני חברה ומשפט שהיא מנסה לקדם. שינוי הדין הקיים כדי ליצור "דין חדש וטוב יותר" עלול להתפרש כמעשה כוחני שנועד להשליט, מכוח מעמדו הדומיננטי של בית המשפט העליון בשדה המשפט, עמדות פוליטיות ואתיות של קבוצה מצומצמת של שופטים שעמדותיה אינן זהות בהכרח לאלו

32 ניר קידר, "המהפכה הפרשנית: עלייתה של שיטת הפרשנות התכליתית בישראל", עיוני משפט כו (תשס"ג) 737, בעמ' 744.

33 שם, בעמ' 745.

34 ראו: רוברט בורק, "השופט, הארנב והחרב", תכלת 27 (תשס"ז) 146.

35 ראו: אולין גורדון, "אקטיביזם שיפוטי והדין שאיננו", תכלת 3 (תשנ"ח) 44.

הרווחות בקרב רוב הציבור בישראל.³⁶ לחלופין, בנסיבות שבהן מעמד בית המשפט חלש בזירה הפוליטית, החלטת הפסיקה לעשות שימוש בכוחה עלולה להיות חרב פיפיות מנקודת המבט של תומכי האקטיביזם השיפוטי. היא עשויה לגרור בעקבותיה הפעלת לחץ בכיוון המנוגד ולהוביל לחקיקה בבית המחוקקים שמגמותיה הפוכות מאלה של השופטים שחוקקו חקיקה שיפוטית.

מפסקי הדין הללו של הנשיא ברק עולה שהוא היה מודע לצורך שלא להרחיק לכת יתר על המידה בחקיקה השיפוטית. ניכר שהשופט ברק סבר שפיתוח המשפט מחייב זהירות ואוזן קשובה להלכי הרווחים בציבור. כיוון שחקיקה שיפוטית אינה מהלך מוסכם – שהוא פועל יוצא של פשרה בבית המחוקקים המקובלת על נציגי הפלגים השונים של החברה בישראל – בית המשפט העליון בישראל מהלך על חבל דק בסוגיות רגישות בענייני דת ומדינה. בפסקי הדין שבהם פיתח ושכלל את עקרונות "דיני המשפחה האזרחיים" ניכרת מגמה של איזון: קידום צדק, שוויון ויחסים הוגנים בחברה ובמשפט לדעת רוב השופטים והשופטות מחד גיסא וזהירות וחשש מפני פעולות מרחיקות לכת יתר על המידה מאידך גיסא.

השופט ברק סייג את תחולת עקרונות דיני החוזים בפסק דינו הראשון הנזכר לעיל, פס"ד פלונית,³⁷ כדי שתחולתם לא תעמוד בסתירה להוראת המחוקק כי בנוגע לבעל דין נשוי שיש לו דין אישי שמכוחו יכול לחול חיוב לשלם מזונות לאשתו, חלים דיני המזונות המסורתיים. השופט ברק כתב במפורש שהעקרונות שקבע בפסק דינו אינם חלים בעניינם של בני זוג הנשואים כדת משה וישראל. בפסק הדין השני, פס"ד פלונית 1,³⁸ פעל ברק תחילה במתכונת שאינה אקטיביסטית והכפיף את בני הזוג היהודים שנישאו בנישואין אזרחיים, שבחרו לכתחילה לא להינשא בנישואין דתיים בישראל, לסמכות השיפוט של בית הדין הרבני בענייני גירושין. עם זאת כדי לא להרחיק לכת יתר על המידה בהכפפת בני זוג שבחרו שלא להינשא בנישואין דתיים למרות בית הדין הרבני, פעל ברק בשתי דרכים: בראשונה ציין שבמקרה זה בית הדין הרבני הגדול כתב שמתכונת התרת קשר הנישואין תהא מיוחדת: פסק דין של בית הדין הרבני בגין "קרע שאינו ניתן לאיחוי". במצב דברים זה אין צורך בשיתוף פעולה של הבעל, שיסכים לתת גט, ושל האישה, שתסכים לקבל גט, ואין חשש שמא תהיה סרבנות גט.³⁹ השופט ברק

36 ראו: ניר קידר (לעיל, הערה 32) בעמ' 762.

37 לעיל, הערה 4.

38 לעיל, הערה 3.

39 פסק דין המתיר את קשר הנישואין האזרחיים בגין "קרע שלא ניתן לאיחוי" נובע מגישה מקלה של הרב דיכובסקי בחוות הדעת שכתב בעניין זה, הנזכר בפס"ד פלונית 1, ולפיה בנסיבות אלה אין צורך בעילת גירושין ובגט. הוא לא אימץ גישה מחמירה יותר, שרווחה בעבר בפסיקת בתי הדין הרבניים בישראל בנוגע לנישואין אזרחיים של יהודים, שלפיה בנישואים אזרחיים אלה חוששים לדעות המחמירות של פוסקי הלכה, הגורסים כי יש "ספק קידושין" גם בנישואין אזרחיים ולכן נחוץ מתן "גט לחומרא" כדי להתירם. כשאין צורך

סבר שזו מתכונת דומה לשיטת הגירושין ללא אשמה הרווחת במדינות המערב בזמננו ואשר רצויה מנקודת מבטו שלו. הוא הדגיש שהעובדה שהנישואין הם אזרחיים אינה עילה לגירושין. בדרך השנייה הוא לא הקנה לבית דין זה סמכות שיפוט בסוגיות הנכרכות בתביעת הגירושין. "דיני המשפחה האזרחיים", ולא עקרונות המשפט העברי החלים על בני זוג יהודים נשואים, הם שמעצבים את זכויות וחובות בני הזוג בעניינים הנכרכים בתביעת הגירושין, כגון מזונות האישה וחלוקת רכוש בני הזוג. בפסק הדין השלישי, פס"ד פלוני,⁴⁰ בחר השופט ברק שלא להרחיק לכת יתר על המידה בנוגע לסוגיות שנויות במחלוקת בפסיקה לגופו של עניין. ברק כתב שלאור הנסיבות הקונקרטיות, היינו נישואין אזרחיים שרירים וקיימים מבחינה אזרחית, אין הוא צריך להכריע בנוגע למעמד נישואי תערוכת בישראל. האקטיביזם השיפוטי בפסק דין זה ניכר באמרת אגב, שבה הכיר בתוקף נישואין אזרחיים שנערכו מחוץ לגבולות ישראל אף כשאננם תקפים על פי הדין הדתי הנוהג בדיני נישואין בישראל, כגון נישואי תערוכת של יהודי ולא יהודייה. במקרה הרביעי, פס"ד בן ארי,⁴¹ הורה השופט ברק לרשום בני זוג מאותו מין כנשואים. כדי להימנע מהכרעה לגופו של עניין בסוגיה שנויה במחלוקת, היה פסק דינו לכאורה בתחום הרישום והסטטיסטיקה בלבד, ולא נגע לקביעה המהותית שמעמד בני זוג אלה הוא כמעמד נשואים לכל דבר ועניין. מכללא קידם פסק דינו הכרה במעמד בני זוג מאותו מין שנישאו זה לזה מחוץ לגבולות ישראל ובזכויות המשפטיות הנובעות ממעמד זה.

האקטיביזם המבוקר ניכר בכל אחד מפסקי הדין הללו, שבהם צעד צעד אחד קדימה, במגמה אקטיביסטית, וצעד אחד אחורה, כשפריצת הדרך נבלמה באמצעות מגבלות וסייגים. עם זאת המגמה האקטיביסטית דומיננטית. המחוקק בכנסת לא הסדיר את

בגט אין חשש שמא הבעל או האישה יהיו סרבני גט אחרי פסק בית הדין. פסק בית הדין קובע מה הוא סטטוס בני הזוג. די בפסק דין הצהרתי של בית הדין בנסיבות שבהן בית הדין סובר כי אין סיכוי סביר לשלום בית, הקובע שנישואי בני הזוג הותרו בגין "קרע שאינו ניתן לאיחוי", כיוון שהנישואין האזרחיים אינם נישואין כדת משה וישראל לכל דבר ועניין ומעמדם רק כמעמד "נישואי בני נח". ראו להלן: ליד הערות 66-70, דיון בדעות השונות בבתי הדין הרבניים בנוגע להתרת נישואין אזרחיים של יהודים. עם זאת אף אחרי פסק דין זה של הרב דיכובסקי הדעה הרווחת בפסיקת בתי הדין הרבניים בישראל היא כי נישואין אזרחיים הם ספק קידושין, ועל כן התרת הנישואין אפשרית רק אחרי שניתן גט לחומרא. הדעה השנייה, המקובלת פחות בפסיקת בתי הדין הרבניים בישראל, שבאה לידי ביטוי בפסק דינו של הרב דיכובסקי, היא שאין חשש קידושין במקרים מסוימים, ובמיוחד כאשר ברור מהנסיבות כי בני הזוג לא התכוונו להינשא כדת משה וישראל, ועל כן בנסיבות אלה לשיטתו מספיק פסק דין של התרת הנישואין בגין העילה האמורה ואין דורשים שהגבר ייתן גט לחומרא והאישה תקבלו. היא תיושם בעיקר בנסיבות שבהן ברור שבני הזוג שנישאו בנישואין אזרחיים לא התכוונו להינשא כדת משה וישראל.

40 לעיל, הערה 4.

41 לעיל, הערה 4.

סוגיית ההכרה במעמד ובזכויות של בני זוג שנישאו בנישואין אזרחיים מחוץ לגבולות המדינה, בין היתר בהקשרים הנדונים בפסקי הדין הללו, ואת החסר השלים בית המשפט. במפורש או מכללא הוא העניק זכויות לבני הזוג שנישאו בנישואין אזרחיים.

מעורבות רבה יותר של המחוקק בישראל בעיצוב "דיני המשפחה האזרחיים" היא צו השעה. הפסיקה פעלה את פעולתה בעבר ומטרותיה היו טובות. היא רצתה לקדם מטרות רצויות ולהכריע באופן הוגן וצודק לאור השקפת העולם הרווחת בערכאה האזרחית. השופטים והשופטות סברו שאינם פטורים מן החובה לפעול למען חלשים, שלשיטת רובם נפגעים מיישומה של שיטת המשפט הנוכחית בדיני המשפחה וראוי שיזכרו להגנת בית המשפט. אלו כוללים בין היתר מנועי חיתון על פי שיטת המשפט הנוהגת בישראל, נשים, שברוב המקרים הן הצד החלש יותר מבחינה כלכלית בזוגות בישראל לעת הזאת, בני זוג מאותו המין וקטינים. הפסיקה יצרה קונסטרוקציות משפטיות המקנות להם זכויות חדשות או מונעות פגיעה בזכויותיהם. עם זאת מערכת המשפט חפצה לזכות באמון הציבור, ולכן בפסיקת בית המשפט העליון ניכרת מגמה זהירה ורתיעה מפני פעולה שהיא מרחיקת לכת מעבר לנדרש. תולדת מגמה זו היא שימוש רב במושגי שסתום, כגון "תום לב", שאינם חד-משמעיים ומצריכים פרשנות והפעלת שיקול דעת של בית המשפט. דפוס פעולה זה מחד גיסא מוסיף לדיני המשפחה בישראל ממד אזרחי, ומאידך גיסא יוצר חוסר ודאות בנוגע לתוצאה המשפטית הצפויה ומגדיל את הפערים בהשקפת העולם ובתוצאות המשפטיות בין ערכאת השיפוט האזרחית לדתית. פעולה זו קיימת בתחום עדין ורגיש, אשר רצויה בו יכולת סבירה של חיזוי אמין של התוצאות המשפטיות הצפויות, למען בני הזוג, ילדיהם וכל האחרים המעורבים בהתדיינות.

חקיקה תשתית את "דיני המשפחה האזרחיים" בישראל על אדני כללים ברורים וחד-משמעיים, המושתתים פחות על הפעלת שיקול הדעת של בית המשפט. בלעדיה מסוכלת, במידה מסוימת, המגמה של הגשמת הרעיונות של צדק חלוקתי, אחדות וודאות במשפט. התוצאה הקיימת כעת, כשקיימת חקיקה שיפוטית ומעורבות מועטה של הכנסת בעיצוב "דיני המשפחה האזרחיים", היא היעדר שוויון: מחד גיסא עומדים בעלי דין בעלי אמצעים ובעלי נכסים, שסביר שבגין בעלות זו כבר נחשפו להתדיינות משפטיות וידם משגת את שירותיהם של עורכי הדין הגובים שכר טרחה גבוה. עורכי דין כאלה בקיאים יותר ברזי ההתדיינות המשפטית ומפיקים תועלת כאשר קנה המידה המופעל ב"דיני המשפחה האזרחיים" נשען על עקרונות עמומים במידה מסוימת ומחייב הפעלת שיקול דעת רחב של בית המשפט כדי להקנות לבעלי דין את זכויותיהם. הם בעלי ניסיון מצטבר, מכירים את דפוס הפעולה והשקפת העולם של כל שופט ושופטת ויכולים להתאים את טיעוניהם לערכאת השיפוט שבה מופעל שיקול הדעת השיפוטי; מאידך גיסא עומדים בעלי דין שאינם בעלי אמצעים. לעתים קרובות הם מתדיינים פחות בבתי המשפט ומיוצגים על ידי עורכי דין שניסיונם בתחום שבו מתקיימת ההתדיינות עשיר פחות. לכן להם ולשלוחיהם יש פחות ידע ואמצעים אשר יכולים לאפשר להם

להטות את כפות המאזניים לטובת עמדתם בדיון המשפטי, במיוחד כאשר בדיון זה מיושמים עקרונות שיישומם מצריך הפעלת שיקול דעת רחב של בית המשפט.

נדון להלן בכמה מן הסוגיות העיקריות הכלולות ב"דיני המשפחה האזרחיים" ובמגמות חדשות בדיני המשפחה ונעמוד באלו ובאלו על התחומים שבהם יכולה לצמוח תועלת מן המעבר מחקיקה שיפוטית לחקיקה בבית המחוקקים שהיא מלאכת מחשבת.

תחילה נדון בפיתוח מוסד הנישואין האזרחיים והזכויות הנובעות ממנו באמצעות חקיקה שיפוטית תוך התמקדות בפער בין ההנחות בנוגע למעמד נישואין אזרחיים בישראל ועמדת שופטי בית המשפט העליון בהקשר זה לבין העמדה בפועל של בתי הדין הרבניים בנוגע להתרת נישואין של יהודים שנישאו בסוגים שונים של נישואין אזרחיים, והעמדה האידאולוגית של בתי דין והציבור הדתי בישראל בנוגע למעמד נישואין אזרחיים בחברה ובמשפט במדינה. לאחר מכן נסקור מקרים בפסיקה שניכר בהם מעבר הולך וגובר משימוש בדיני הסטטוס – המושתתים בישראל פעמים רבות על הדין הדתי ועל תפיסת עולם דתית לצורך קביעת זכויות וחובות בני הזוג ואחרים – לשימוש בעקרונות "אזרחיים", כגון אלה המקובלים בדיני החוזים, לצורך קביעת הנורמות בנוגע לזכויות ולחובות הללו. המעבר לעקרונות "אזרחיים" אלה מאפשר יצירת נורמות חדשות בדיני משפחה באמצעות חקיקה שיפוטית ההולמות את תפיסת עולמם של השופטים והשופטות וחותרות ליצירת מערכת יחסים שוויונית והוגנת במידת האפשר בין בני הזוג. בהמשך נתייחס לפרשנות מגמתית של הדין הדתי בערכאות האזרחיות, שאינה פרשנות העקרונות המשפטיים והטקסטים המשפטיים כפשוטם. נראה שאף בתחום זה קיימת חקיקה שיפוטית שנועדה לאפשר לשופטים להגיע לתוצאות הוגנות וצודקות יותר מנקודת המבט שלהם, כגון חיזוק מעמד הצד החלש בנישואין, שהוא בדרך כלל האישה ולעתים הוא הגבר. נקודת מבט זו מושתתת בין היתר על השקפת עולם מודרנית שאינה עולה תמיד בקנה אחד עם השקפת העולם הדתית המחילה את "עקרון האשמה" ביחסים בין בני הזוג. כמו כן נבחן כיצד מחילה הערכאה האזרחית על בתי הדין הדתיים פרשנות שלה בנוגע לנורמות החלות בהם, ואף באשר לנורמות דתיות החלות בהם, ומגמת פעולה זו היא יצירת יתר שוויון והוגנות בדיני המשפחה מנקודת מבטה של הערכאה האזרחית. אף פעולה זו היא חקיקה שיפוטית ללא הסכמה בין חלקים שונים של הציבור, ובתחום זה קיימת דוגמה ברורה להיעדר ציות לחקיקה שיפוטית המתקבלת ללא הסכמת רוב הציבור. לבסוף נסקור את סוגיית היחסים הרכושיים בין בני הזוג ואת הסוגיות השונות שעלו בפסיקה בתחום זה, ובין היתר המגמה ליצור יתר שוויון בין בני זוג בתחום זה ולמנוע מגמות לא רצויות כגון ניצול חולשה כלכלית יחסית של אחד מבני הזוג כאמצעי במאבקים בין בני הזוג בנוגע להסכמה לתת גט או לקבל גט. אף שבתחום זה היו תיקונים חשובים בחוק, נציע הצעות שמטרתן שיפור נוסף של המצב הקיים בחקיקה שהיא דבר דבור על אופניו.

הדיון בסוגיות הללו מאיר באור חזק וממוקד ליקויים ופגמים בחקיקה השיפוטית בתחום דיני המשפחה בישראל. הוא מצביע על העובדה כי עקב פיתוח תחומים רבים בדיני המשפחה בישראל באמצעות חקיקה שיפוטית ניכר כיום חוסר ודאות ובהירות בנוגע למגוון רב של תחומים וסוגיות בתחום זה. מצב זה אינו אופטימלי, ויש לשאוף לכינונה של מערכת משפט מוסדרת ואחידה בתחום רגיש וחשוב זה. חשוב שמלאכה זו תיעשה בזהירות, ברגישות ובאחריות תוך ייחוס משקל ראוי לגורמים הרבים המשפיעים בתחום זה. לשיטתנו, פעולה מורכבת ורחבת היקף זו יכולה להיעשות אך ורק על ידי המחוקק, בחקיקה שהיא מלאכת מחשבת.

2. נישואין אזרחיים

אחד התחומים הבולטים שבהם ניכר פיתוח זכויות וחובות בדיני משפחה בחקיקה שיפוטית, מנקודת מבט "אזרחית" שאינה עולה בקנה אחד עם השקפת עולם דתית, הוא תחום הנישואין האזרחיים. ניכר בו ניסיון של הפסיקה בבתי המשפט האזרחיים ליתן מענה הולם לצרכים. הבעיה הפכה לנחלת ציבור גדול יותר בישראל כיוון שמדינת ישראל קולטת עלייה, והיגרו אליה – במיוחד החל משנות השבעים של המאה העשרים – זוגות רבים שנישאו במקום שממנו עלו לישראל בנישואין אזרחיים, הנהוגים שם כדבר שבשגרה. מלבד זאת רבים מן המהגרים לישראל בתקופה זו וצאצאיהם אינם יכולים להינשא בנישואין דתיים בישראל, למשל רק יהודים – ולא ספק-יהודים – יכולים להינשא בישראל כדת משה וישראל. החלופה ההולמת לאלו מהם החפצים לבוא בברית הנישואין היא נישואין אזרחיים מחוץ לגבולות ישראל. מציאות חדשה זו גרמה לצורך הולך וגובר של הפסיקה האזרחית להתייחס לסוגיית מעמד הנישואים בנישואין אזרחיים במשפט בישראל. המגמה היא התייחסות אוהדת ככל האפשר לצורכי הנישואים בנישואין אלה ומתן פתרונות מהותיים ופורמליים לנישואים בנישואין אזרחיים או החפצים להינשא בנישואין אלה. כדי לא להרחיק לכת בחקיקה שיפוטית בתחום רגיש ושנוי במחלוקת נעשתה פעילות הפסיקה תוך בחינה נקודתית של כל מקרה שחייב הכרעה שיפוטית לגופו. במכוון אין בפסיקה התייחסות מקיפה וכללית למעמד הנישואים בנישואין אזרחיים, וניכר שהפסיקה הותירה מלאכה זו למחוקק, שבבוא העת יסדיר סוגיה זו בהסדר אחיד וכולל בחקיקה שהיא מלאכת מחשבת. להלן נבחן מה הייתה מדיניות הפסיקה בתחום זה, בחקיקה שיפוטית, שנועדה לקדם גישה "אזרחית" וליברלית יותר בדיני המשפחה בישראל, ונצביע גם על חסרונות החקיקה השיפוטית בתחום זה. כרקע לדיון בסוגיה זו חשובה העובדה שישראל מאפשרת לאנשים המשתייכים לעדות מוכרות בה לבוא בברית הנישואין עם בני עדתם רק בנישואין דתיים שנערכו

בדרך המוכרת על פי חוקי המדינה. עיקרון זה חל גם כאשר לנישואי יהודי ויהודייה.⁴² לכן לעתים יחידים במדינה אינם יכולים לממש את מאווייהם ליהנות מן המעמד של נשואים ומן החיובים הנובעים מן הנישואין. אלו כוללים בין היתר יהודים שאינם יכולים לבוא בברית הנישואין בשל עקרונות הדין העברי – כגון כוהן וגרושה, ממזרים, החפצים להינשא בנישואי תערובת עם בן או בת זוג שאינם יהודים, או החפצים להינשא בטקס נישואין אחר חסר תוקף על פי עקרונות הדין הדתי כגון נישואין של זוגות מאותו המין. הם אינם יכולים להתחתן בישראל בטקס נישואין שרשויות המדינה מכירות בו ושבעקבותיו מעניקות לבני הזוג זכויות הנובעות מן הנישואין. קיימת פגיעה באוטונומיה ובמאוויים אף של החפצים להינשא בישראל בטקס נישואין יהודי הנערך על ידי רב מן הזרמים היהודיים שאינם אורתודוקסיים, שאינו מוכר ותקף בישראל.⁴³

בשל היעדר אפשרות להינשא בישראל כעת בהליך אזרחי או בטקס דתי שאינו מוכר בישראל נפגע גם החופש מדת.⁴⁴ החפצים להינשא שאינם רוצים להיות שותפים לטקס דתי או אינם רוצים לבוא בברית הנישואין בטקס נישואין יהודי אורתודוקסי, צריכים לבוא בברית הנישואין האזרחיים ביעד שמחוץ לגבולות המדינה.⁴⁵ מציאות זו צריכה

42 סעיף 1 לחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין) קובע שנישואין וגירושין של יהודים בישראל, אזרחי המדינה או תושביה, יהיו בסמכות השיפוט של בתי הדין הרבניים. אלו פועלים לאור עקרונות הדין היהודי-הדת-אורתודוקסי בנוגע לנישואין וגירושין.

43 לאור סעיף 2 לחוק (שם), נישואין בישראל ייערכו על פי "דין תורה". הרבנות הראשית לישראל, הפועלת לאור עקרונות היהדות האורתודוקסית, קובעת מה הוא "דין תורה". כמו כן מוקנית לה הסמכות להעניק כשירות לרב לכהן כרושם נישואין על פי סעיף 2(6) לחוק הרבנות הראשית לישראל, התש"ם-1980, ס"ח 90. הרבנות הראשית לישראל אינה סומכת על רבנים מזרמים שאינם אורתודוקסיים וחוששת שמא לא יבצעו את טקס הנישואין לפי כל פרטיה ודקדוקיה של ההלכה היהודית המקובלת בורם האורתודוקסי. לכן היא איננה מעניקה להם כשירות לבצע טקסי נישואין בישראל המוכרים על ידי רשויות המדינה. הרבנים מהזרמים שאינם אורתודוקסיים התחייבו להשיא יהודים בישראל לפי קנה המידה של היהדות האורתודוקסית וקבלו שמדיניות הרבנות הראשית היא פגיעה בעקרון השוויון. עתירתם לבג"ץ בעבר נדחתה, ובית המשפט העליון קבע שמדיניות הרבנות הראשית היא הבחנה מותרת ולא הפליה אסורה. ראו: בג"ץ 47/82 קרן התנועה ליהדות מתקדמת בישראל נ' שר הדתות, פ"ד מג(2) 661.

44 גם גירושין אזרחיים אפשריים רק כשמדובר במיעוט באוכלוסייה המוגדר על ידי המחוקק כ"מקרים מיוחדים". ראו: חוק שיפוט בענייני התרת נישואין (מקרים מיוחדים וסמכות בין-לאומית), התשכ"ט-1969, ס"ח 285.

45 קיימים כמה דפוסים של נישואין אזרחיים שבוצעו ישירות או בעקיפין מחוץ לישראל. אפשרות אחת היא השתתפות בני הזוג בטקס נישואין שנערך במדינה אחרת על פי חוקי מדינה זו. הנישואים בטקס יכולים להיות מנועי חיתון, כגון יהודים פסולי חיתון שאינם יכולים להינשא בנישואין דתיים, או בני זוג שבחרו – ללא כל אילוץ – להינשא בנישואין אזרחיים. אפשרות אחרת היא נישואין קונסולריים – טקס הנישואין נערך בישראל בקונסוליה של מדינה זרה על פי חוקי הנישואין הנוהגים בקונסוליה זו. אף נישואין אלו יירשמו כנישואין תקפים, ופקיד המרשם לא יחקור וידרוש בנוגע לסוגיית תוקפם. ראו: בג"ץ 2888/92 גולדשטיין נ' שר הפנים, פ"ד נ(5) 89. כמו כן קיימים נישואין אזרחיים

עיון במיוחד משום שהזכות לנישואין והזכות לחיי משפחה, אשר מימושן נמנע לעתים במדינת ישראל, מוכרות בזמננו באמנות בין-לאומיות.⁴⁶ זאת ועוד, בפסיקת בית המשפט העליון עמדו על חשיבות התא המשפחתי וחיי הנישואין⁴⁷ והכירו במעמד זכות כל אדם לנישואין ולחיי משפחה בישראל.⁴⁸ אמנם ישראל צירפה הסתייגויות לאמנות הבין-לאומיות, שההסדר בהן עומד בסתירה להוראות הדין הפנימי החל בה בענייני המעמד האישי,⁴⁹ אולם היו שטענו שהן אינן תקפות מפני שאינן עולות בקנה אחד עם עקרונות היסוד ועם מטרות האמנות הבין-לאומיות שישראל הסתייגה מסעיפם בהן.⁵⁰

46 בהתכתבות, הקרויים "נישואי פאראגוואי" או "נישואי מקסיקו". הם אפשריים בחלק ממחוזות המדינות הללו, אשר בהם אפשר לקיים טקס נישואין תקף שבו בני הזוג אינם צריכים להיות נוכחים במקום בשעת עריכת הטקס. הסמכות המעניקה את תעודת הנישואין פועלת לפי המסמכים שהומצאו לה. הטקס נערך במענה לפעולה מעבר לים של בני זוג שביקשו במסמכים שנשלחו בדואר שהרשות המוסמכת תממש את רצונם להינשא זה לזה.

47 הזכות לנישואין והזכות לחיי משפחה מוכרות בסעיף 16(1) להכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם, שנתקבלה באו"ם ביום 10.12.1948, ושבו בה לידי ביטוי עקרונות יסוד של המשפט הבין-לאומי המנהגי. היא קובעת: "כל איש ואישה שהגיעו לפרקם רשאים לבוא בברית הנישואין ולהקים משפחה, ללא כל הגבלה מטעמי גזע, אזרחות או דת". סעיף 16(3) לאמנה קובע: "המשפחה היא היחידה החברתית הטבעית והבסיסית בחברה וראויה להכרה של החברה והמדינה". סעיף 17 של האמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות, 1966 (כ"א 999, בעמ' 171 וכרך 1057, בעמ' 407) (ICCPR) (International Covenant on Civil and Political Rights) (Dec. 16 1966, 999 U.N.T.S 171) (ישראל הצטרפה לאמנה ב-19.12.1966 ואשררה אותה בישיבת הממשלה ביום 3.10.1991) קובע שקיימת זכות לחיי משפחה הכוללת זכות לשוויון בחיי משפחה: "לא יהיה אדם נתון להתערבות שרירותית או בלתי חוקית [...] במשפחתו". סעיף 23(1) לאמנה קובע: "המשפחה היא היחידה הקיבוצית הטבעית והיסודית של החברה והיא זכאית להגנה מטעם החברה והמדינה". סעיף 23(2) לאמנה קובע: "תוכר זכות של גברים ונשים בגיל הנישואין להתחתן ולהקים משפחה".

השופט חשין כתב בבג"ץ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג' 728, בעמ' 787: "ישראל מחוייבת להגנה על התא המשפחתי מכוחן של אמנות בינלאומיות [...] הכירה ישראל – הכירה וגם מכירה היא – בחובתה לספק הגנה לתא המשפחתי". כמו כן כתב השופט חשין בבג"ץ 7052/03 עדאלה נ' שר הפנים פ"ד סא(2) 202 (להלן – פס"ד עדאלה), פסקה 46: "שהזכות לחיי משפחה הוכרה בקהילה הבינלאומית כזכות יסוד. כך גם במשפט ישראל".

47 ראו: בג"ץ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין, פ"ד מז(1) 749, בעמ' 783.

48 או: פס"ד עדאלה (לעיל, הערה 46) פסקה 47 לפסק דינו של השופט חשין. ראו גם: שם, פסקה 41 לפסק דינו של השופט ברק: "הזכות לכבוד האדם מעניקה לכל בן זוג ישראלי זכות חוקתית לקיים חיי משפחה בישראל תוך שוויון לבני זוג ישראליים אחרים".

49 בעת אשרור ה-ICCPR (לעיל, הערה 46) צירפה ישראל הסתייגות לסעיף 23 לאמנה: "ישראל לא תציית להוראות הסעיף כאשר מדובר על דבר המצוי בתחומי הדין הדתי החל בנוגע לנישואין וגירושין". המשמעות של הסתייגות זו היא כי בישראל חלים באשר לענייני המעמד האישי כללי הדין הדתי, ולכן בכל התנגשות בין הדין הדתי הפנימי בישראל לבין התחייבויות המדינה במישור הבין-לאומי על פי האמנה, גובר ההסדר בחוק הפנימי. סעיף 110(1) לאמנה בדבר זכויות כלכליות חברתיות ותרבותיות, 1966 (כ"א 1032, כרך 31, עמ' 783).

במשך שנים רבות הפסיקה בישראל בתחום זה מהלכת על חבל דק ונוקטת מדיניות של אקטיביזם שיפוטי מבוקר. מחד גיסא ניכר היעדר חקיקה שיפוטית בנוגע להכרה בנישואין אזרחיים שנערכו בישראל. מגמה זו נובעת בין היתר ממודעות שופטי בית המשפט העליון לעובדה שקיימות אלטרנטיבות לטקס נישואין דתי תקף במדינת ישראל.⁵¹ אלו שאינם יכולים להינשא על פי עקרונות הדין הדתי החל עליהם יכולים ליצור קשר זוגיות חלופי, המבוצע בפועל בתוך גבולות המדינה.⁵² הם יכולים ליצור זוגיות המוכרת במשפט כידועים בציבור, להינשא או בנישואין אזרחיים בהתכתבות (נישואי פאראגוואי) [Paraguay] או בנישואין פרטיים, שעל פי עקרונות המשפט העברי אסורים לכתחילה ותקפים בדיעבד.⁵³ האפשרות ליצור זוגיות תקפה בישראל באחד מן

205 (ICESCR) קובע: "יש להעניק הגנה וסיוע רחבים ככל האפשר למשפחה, שהיא יחידת היסוד הטבעית של החברה, במיוחד לשם כינונה..." כמו כן לישראל שתי הסתייגויות לאמנה בנוגע לביעור כל סוגי ההפליה נגד נשים (CEDAW) (The Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women) (ישראל הצטרפה לאמנה ב-17.7.1980 ואשררה אותה בישיבת הממשלה מיום 3.10.1991). אחת מן ההסתייגויות נוגעת לסעיף 16 לאמנה, המבטיח שוויון בחיי הנישואין. ישראל הסתייגה: "בתחומי החוק הנשלטים על ידי הדין הדתי הסעיף לא יחול". המשמעות היא שלא תחול ההוראה בסעיף באמנה בנוגע לשוויון בין הגבר לאישה במסגרת חיי הנישואין בנסיבות שבהן הדין הדתי הנוהג בישראל אינו עולה בקנה אחד עם הוראות האמנה.

50 בשל הפסיקה של בית הדין הבין-לאומי לצדק (ה-ICJ), שעקרונותיה אומצו בסעיף 19 לאמנת וינה, "הסתייגות אינה יכולה לעמוד בסתירה לנושאה ומטרתה של אמנה". סעיף 28 ל-CEDAW (שם) קובע במפורש כלל זה. מטרת ה-ICCPR (לעיל, הערה 46) ניכרת בהקדמה לאמנה זו, שבה כתוב שמטרת האמנה היא הענקת אגד זכויות אדם אזרחיות ופוליטיות לכל האנושות. מטרת ה-CEDAW היא יצירת שוויון בין נשים וגברים. לכאורה ההסתייגויות של ישראל לאמנות אלה נוגדות את מטרת האמנות, ובמיוחד ה-CEDAW, כיון שהדין הדתי בענייני המעמד האישי בישראל הוא פטריארכלי. ראו: פרנסס רדאי, "על השוויון" משפטים כד (תשנ"ד) 241, בעמ' 266. היו מלומדים שטענו שהסתייגויות ישראל לאמנות הללו אינן תקפות מפני שהן נוגדות את מטרת האמנות. ראו: יובל מריק, "הזכות לחיי משפחה ולנישואין (אזרחיים) – משפט בין-לאומי ומקומי", זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל (יורם רבין, יובל שני – עורכים, תשנ"ד) 663, בעמ' 712. וכן השופט גרניט בבש"א (תל אביב) 10408/01 ל' ש' נ' ל' א' (פורסם בנבו).

51 בתי המשפט האזרחיים תומכים במפורש או מכללא בבני זוג שהזוגיות שלהם קיימת בכמה חלופות של תחליפי נישואין דתיים, בין היתר באמצעות הענקת זכויות לבני זוג אלה. ראו: אריאל רוזן צבי, דיני המשפחה בישראל, בין קודש לחול (תש"ן) בעמ' 300-312; שחר ליפשיץ, הידועים בציבור בראי התיאוריה האזרחית של דיני המשפחה (תשנ"ה), בעמ' 65-66.

52 האפשרות ליצור קשר של ידועים בציבור קיימת גם כאשר קשר הנישואין של אחד מן הידועים בציבור, או שניהם, לא פקע. ראו: ע"א 384/61 מדינת ישראל נ' פסלר, פ"ד טז 102, בעמ' 109.

53 אף שלכתחילה לא יבוצע בישראל טקס נישואין פרטי, תקף ואסור, על ידי רושמי הנישואין היהודים בדיעבד אחרי שנעשה טקס נישואין פרטי אסור כדת משה וישראל, תוצאות

המסלולים הללו וליהנות מזכויות הנובעות ממנה החלישה במידה מסוימת את חוזקו של הטיעון שחייבים להנהיג נישואין אזרחיים בישראל. אמנם נראה שתוקפו של טיעון זה רב יותר בנוגע לפסולי חיתון, שאינם יכולים לממש את הזכות לנישואין דתיים, אך עם זאת בית המשפט העליון דחה את הניסיונות להנהיג נישואין אזרחיים בישראל לכל המגזרים באוכלוסייה.⁵⁴ נראה ששופטיו סברו שבסוגיה רגישה שאינה בקונצנזוס בישראל ראוי שלא ירחיקו לכת יתר על המידה והשינוי יתחולל, אם בכלל, ברשות המחוקקת. במדיניות זו לא חל שינוי בעידן שאחרי חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו⁵⁵ וחוק-יסוד: חופש העיסוק,⁵⁶ בשנת תשנ"ב-1992. אמנם אחרי חקיקת חוקים אלה לעתים אימץ בית המשפט העליון דפוס פעולה אקטיביסטי בסוגיות של דת ומדינה,⁵⁷ אולם השופט ברק סבר שלעתים, במיוחד בסוגיות רגישות ושנויות במחלוקת, לא ראוי שהסכסוך יוכרע בבית המשפט,⁵⁸ ובין היתר נמנע מפרשנות חדשנית ומהפכנית על פי עקרונות חוקי היסוד כאשר דן בהנהגת נישואין אזרחיים שנערכו בישראל.⁵⁹ הוא הותיר את המלאכה בסוגיה זו לבית המחוקקים, שבו תהיה הכרעה אידאולוגית בעצה אחת עם גורמים שיש להם השקפות שונות בסוגיה זו. ודאי ידע הוא שהמחוקק בחר

-
- הנישואין שרירות וקיימות במשפט האזרחי. ראו: בג"ץ 51/69 רודניצקי נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד כד (1) 704 (להלן – פס"ד רודניצקי).
- 54 ראו: ע"א 450/70 רוגוזינסקי נ' מדינת ישראל, פ"ד כו(1) 129; ע"א 373/72 טפר נ' מדינת ישראל, פ"ד כח(2) 7.
- 55 חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח תשנ"ב 150.
- 56 חוק-יסוד: חופש העיסוק, ס"ח תשנ"ב 114.
- 57 ראו: בג"ץ 3914/92 לב נ' בית הדין הרבני האזורי תל אביב-יפו, פ"ד מח(2) 491; בג"ץ 1135/02 זוגיאל נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים, פ"ד נו(6) 14; בג"ץ 6650/04 פלונית נ' בית הדין הרבני האזורי בנתניה, פ"ד סא(1) 581 (להלן – פלונית 7); יחיאל קפלן, "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו בבית הדין הרבני", קרית משפט ח (תשס"ט) 145, בעמ' 164-161.
- 58 ראו: בג"ץ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב(2) 441.
- 59 ראו: בג"ץ 4058/95 בן מנשה נ' שר הדתות, פ"ד נא(3) 876: "שאלת הנהגתם של הנישואין האזרחיים בין בני זוג חסרי עדה דתית-כמו גם הנהגתם של נישואין אזרחיים לגבי בני זוג המשתייכים לעדות דתיות שונות-היא שאלה קשה וסבוכה. אין לגביה הסכמה לאומית. היא קשורה בהכרח בסטטוס, הפועל כלפי כולי עלמא. במצב דברים זה נראה לכאורה כי המוסד הראוי לטיפול ולהסדרת הנושא היא הכנסת ולא בית-המשפט". השוו לשימוש של הפסיקה בדיני חוקה בארצות הברית כדי לעצב דפוסי נישואין רצויים כאשר נטען שדין דתי מאפשר נישואין, אך לא הייתה ודאות שגם מנקודת מבט דתית הם רצויים לכתחילה, ומנקודת המבט הרווחת בציבור אלו נישואין שאינם רצויים. נמתחה ביקורת בארצות הברית בפסיקה, מנקודת מבט חוקתית, על הנהגת של נישואין פוליגמיים. על האקטיביזם השיפוטי במקרה זה ראו: Richard A. Vazquez, "The Practice of Polygamy: Legitimate Free Exercise of Religion or Legitimate Public Menace? Revisiting Reynolds in Light of Modern Constitutional Jurisprudence.", 5 *N.Y.U. J. Legis. & Pub. Pol'y* (2001/2002) 225

במדיניות בתחום זה שהיא למעשה הסדר שלילי. בהצעה של ועדת חוקה, חוק ומשפט בעניין חוקה בהסכמה רחבה העדיפו לא לכלול את הזכות לחיי משפחה בפרק של הזכויות.⁶⁰ גם בתקופה מאוחרת יותר פעל המחוקק בתחום הכרה בזוגיות שאינה נישואין דתיים בישראל במתכונת מצומצמת. בשנת תש"ע נוספה האפשרות של ברית הזוגיות לחסרי דת. ברית זו שרירה וקיימת רק בנוגע לחסרי דת שבתי הדין הדתיים סבורים שהם משתייכים לקטגוריה זו. מדובר בהסכם בין בני זוג לחיות יחד ולקיים חיי משפחה ומשק בית משותף. רק בני זוג חסרי דת המסכימים לבוא בברית הזוגיות רשאים לערוך ברית זוגיות בפני רשם הזוגיות ולהירשם במרשם הזוגיות בתנאים מסוימים.⁶¹ מאידך גיסא במשך שנים רבות פעל בית המשפט העליון במתכונת של אקטיביזם שיפוטי מתון בנוגע להכרה בנישואין אזרחיים שנערכו מחוץ לישראל ולתוצאותיהם במישור האזרחי. הוא קבע שפקיד המרשם צריך לרשום כנשוי אדם שבידו "תעודה ציבורית" שאינה מזויפת, המעידה על נישואיו האזרחיים מחוץ לישראל, ושאינו צריך לחקור ולבחון את תוקף הנישואין. ייתכן שמבחינת הדין המהותי הנישואין אינם תקפים. הפעולה היא רק בתחום הרישום, שאינו בבחינת ראייה אף לכאורה לנכונותו, כיוון שפקיד הרישום אינו ערכאת שיפוט המוסמכת לפסוק בדבר תוקף פעולות משפטיות שפרטיהן טעונים רישום במרשם האוכלוסין.⁶² האקטיביזם השיפוטי בפסיקה, במישור

60 ראו אתר "חוקה בהסכמה רחבה" של ועדת חוקה, חוק ומשפט, כנסת ישראל: www.huka.gov.il. בדברי ההסבר נכתב מדוע הוחלט שלא לכלול בפרק הראשון – עקרונות יסוד, סעיף 12 – את הזכות לחיי משפחה. עולה מדברי ההסבר שהייתה הסכמה בוועדה על חשיבותו של שינוי בנוגע למצב כיום של דיני הנישואין והגירושין. שינוי זה חשוב במיוחד בעניינו של מי שאינו יכול להינשא על פי עקרונות הדין הדתי של עדתו המוכרת ושל כל אדם שאינו יכול להינשא בישראל. קבוצת האנשים שהשינוי חשוב להם כוללת את הנשואים בנישואי תערובת, מי שאינו משתייך לעדה דתית מוכרת, פסולי חיתון ואחרים, אשר על פי עקרונות המקובלים במדינות מודרניות אין מניעה שיינשאו. עם זאת הוועדה נמנעה מלכלול את הזכות לחיי משפחה בפרק הזכויות, כיוון שסעיף הכולל הכרה בזכות זו יכול להיות בסיס לעתירה לבג"ץ נגד ההסדרים הקיימים כיום בנוגע לנישואין בישראל, המונעים נישואין בישראל של יחידים מסוימים, כגון פסולי חיתון או בני זוג מאותו המין. בשל ההסכמה הרחבה בדבר חשיבותו של שינוי המצב הקיים ייתכן שבעתיד, במיוחד במצבים שבהם עמדת המשפט הדתי מורכבת ותוצאות החלת הדין הדתי החל כעת בישראל אינן עולות בקנה אחד עם תפיסות מודרניות רווחות, יאמצו המחוקק או בית המשפט מדיניות אקטיביסטית יותר, המכירה באפשרות של נישואין או ביצירת דפוס זוגיות חלופי מוכר בישראל שלא זכו בעבר בהכרה או שההכרה בהם הייתה חלקית.

61 ראו: חוק ברית הזוגיות לחסרי דת, התש"ע-2010, ס"ח 2235, בעמ' 428, מיום ז ניסן התש"ע, 22 במרס 2010.

62 ראו: ע"א 191/51 סקורניק נ' סקורניק פ"ד ח 141 (להלן – פס"ד סקורניק); ע"פ 54/54 הרשנהורן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ח 1300; בג"ץ 143/62 פונק שלזינגר נ' שר הפנים, פ"ד יז 225 (להלן – פס"ד פונק שלזינגר); פנחס שיפמן, "מי רשאי לשמש 'רושם נישואין' בישראל?", משפטים יא (תשמ"א) 221, בעמ' 222.

של הרישום, הוא ניסיון לסייע בעקיפין ליחידים שאינם יכולים,⁶³ או אינם רוצים, להינשא בנישואין דתיים בישראל. ניכר בפסיקה זו מכלל שלדעת השופטים שאימצו דפוס פעולה זה החלת דין דתי בנוגע ליחידים אלה, בנסיבות שבהן הדין הדתי שולל מהם זכויות, אינה מקובלת.⁶⁴ למעשה, אף אם לא להלכה, הפסיקה הכירה בסטטוס של נישואין – במישור האזרחי ולא בבתי הדין הדתיים – של הנשואים בנישואין אזרחיים מחוץ לישראל.

שלב נוסף בהכרה דה פקטו בנישואין אזרחיים שנערכו מחוץ לגבולות ישראל ניכר בפסק דינו של הנשיא ברק בבג"ץ פלונית 1, שבו דן ביהודי ויהודייה, אזרחי ישראל ותושביה, הכשרים להתחתן כדת משה וישראל, אך בחרו להינשא מחוץ לישראל בטקס נישואין אזרחי המוכר שם. בית המשפט העליון בחן אם טקס הנישואין ביניהם תופס, ובעקבות ההכרה בתוקף הנישואין בחן גם מהי ערכאת השיפוט המוסמכת לדון – בית הדין הרבני או בית המשפט האזרחי – שלה מוקנית הסמכות להתיר את הנישואין. בפסק הדין באה לידי ביטוי המגמה של הענקת זכויות לבני הזוג שנישאו בנישואין אלה לאור תפיסת העולם של השופט ברק בנוגע למשפט הרצוי. התשובה החיובית לשאלה בנוגע לתוקף הנישואין הייתה נחוצה כדי שתהיה תשתית לקביעה נוספת שאליה חתר השופט ברק, שקיימות זכויות וחובות של בני הזוג שנישאו בנישואין הללו במישור האזרחי הדומות במידה רבה לזכויות וחובות של הנשואים בנישואין דתיים בישראל.⁶⁵

הנשיא ברק לא הרחיק לכת במגמה "אזרחית" זו של הכרה בתוקף הנישואין וקבע שסמכות השיפוט בנוגע להתרת הנישואין במקרה זה נתונה בידי בית הדין הרבני. אולם הוא קיווה ששם תוחל מדיניות נוחה באשר להתרת נישואי יהודים שנישאו בנישואין אזרחיים. בשלב שקדם להחלטתו בחן כיצד יפעל בית הדין וביקש חוות דעת שבה יקבע בית הדין הרבני כיצד יפסוק אם יזכה בסמכות שיפוט. דייני בית הדין הרבני הגדול הציגו את עמדתם כמענה לפנייתו וקבעו שבנסיבות אלה "בית הדין מתיר בזה את הנישואין".⁶⁶ מפסק דינם עולה שבמרבית המקרים – כשאין מניעה לערוך טקס של נישואין אזרחיים, כפי שהיה למשל בברית המועצות הקומוניסטית – הבסיס להתרה הוא "קרע שאינו ניתן לאיחוי" ולא "ספק קידושין" בגין העובדה שהנישואין הם אזרחיים. בית הדין הרבני

63 ראו: בג"ץ 80/63 חקלאי נ' שר הפנים, פ"ד יז 2048; פס"ד רודניצקי (לעיל, הערה 53).
64 השופט ברנזון כתב, באמרת אגב, שהוא חפץ למנוע "עד כמה שהדבר ניתן" את "התוצאות העגומות" הנובעות לשיטתו מן העובדה ש"בתי הדין הרבניים אינם מכירים בנישואין שנעשו שלא לפי דת ישראל" – בג"ץ 3/73 כהנוף נ' בית הדין הרבני האזורי בתל אביב, פ"ד כט(1) 449, בעמ' 453. ראו גם: פנחס שיפמן, "סמכות בית-דין רבני בנישואין וגירושין שנערכו מחוץ לישראל", משפטים 1 (תשל"ו) 372, בעמ' 372-373.
65 ראו: פס"ד פלונית 1 (לעיל, הערה 3) פסקה 42.
66 פסק דינם של הדיינים שלמה דיכובסקי, שלמה בן שמעון ואברהם שרמן, בתיק 4276/ס"ג ח' ש' נ' ח' י' (פורסם בנבו). פסק הדין פורסם כמענה לפניית בית המשפט הגבוה לצדק. ראו: פס"ד פלונית 1 (לעיל, הערה 3).

הגדול הבחין בין שני מצבים: "נישואין אזרחיים הנערכים מתוך אילוץ, כאשר אין אפשרות לעריכת נישואין דתיים, אם בגין העדר רב מוסמך, או בגין חוק המדינה האוסר נישואין דתיים, נחשבים כנישואין לחומרא", מבחינה הלכתית [...] לעומת זאת, נישואין אזרחיים, הנעשים מתוך בחירה ורצון להינשא שלא כדת משה וישראל, למרות שבני הזוג יכולים להינשא כדת וכדין, נחשבים כנישואין בניגוד להלכה. בני זוג הבוחרים להינשא בדרך זו מצהירים שאינם מעוניינים בכבלים הדתיים של הנישואין [...] כל חפצם הוא רק בקבלת הגושפנקא האזרחית בלבד...". במקרה השני הנזכר בפסק דין זה אין מצב של ספק קידושין מאחר שאין חשש שבני הזוג התכוונו להינשא כדת משה וישראל, ולכן אין צורך בגט לחומרא, ואילו במקרה הראשון, מאחר שיש חשש לקידושין, יש צורך בגט לחומרא. אולם בפסק דין זה נכתב שגם במקרה זה בית הדין מאפשר לעתים נדירות לבני הזוג שנישאו בנישואין אזרחיים להיפרד זה מזה ללא גט, בנסיבות מסוימות. בחוות דעת הלכתית שנכתבה על ידי הרב דיכובסקי הסבירו הדיינים שכאשר הנישואין האזרחיים אינם יוצרים "ספק נישואין" כדת משה וישראל, אין לדרוש גט מספק או לחומרא, ואין צורך לסדר גט פיטורין כדי להתיר נישואין אלו. לאור שיטתו פסק הרב דיכובסקי באשר להתרת נישואין במקרה השני: "התרת הנישואין מתבצעת בדרך של מתן פסק דין לגירושין, כפי שמקובל במשפט האזרחי בארצות רבות. המשמעות של התרת נישואין היא גירושין לכל דבר – ללא צורך בשימוש בגט פיטורין. קשה לומר מתי החלו בתי הדין הרבניים לבצע התרה של נישואין אזרחיים באמצעות פסק-דין, אך כיום זהו מנהג רווח בבתי הדין"; "...שבגירושין ללא גט אין צורך בעילות הלכתיות לכפיית הגט. בית הדין הרבני מסתפק באבחון המצב ובחוסר הסיכוי לשלום בין הצדדים. כאשר נוכח בית הדין שאין אפשרות להשלים בין בני הזוג אזי יכול בית הדין להגיע למסקנה שעליהם להיפרד והגירושין מבוצעים באמצעות [פסק דין לגירושין]". בפסק הדין הסביר בית הדין הרבני הגדול כי הוא בוחן אפשרות להשלמה וסידור קידושין כדת משה וישראל, אולם אם רואה בית הדין שאין אפשרות שבני הזוג יחיו יחדיו חיי שלום, אחווה ורעות, אזי גם אם אין עילות הלכתיות מקובלות לגירושין שלאורן פועל בית הדין בנישואין רגילים כדת משה וישראל מאחר שלשיטתו במקרה השני אין מצב של "ספק קידושין", עשוי בית הדין להכריע שאין מקום להשאיר את הצדדים בקשר פורמלי ולהורות על התרת נישואין ללא צורך בגט, לעתים גם ללא הסכמה של שני בני הזוג למדיניות זו של בית הדין.

בעקבות חוות דעת זו של בית הדין הרבני הגדול כתב הנשיא ברק בפסק דינו בשבח עילה מיוחדת להתרת קשר הנישואין בבית הדין הרבני: "קרע שאינו ניתן לאיחוי". ייחודה של עילה זו, בהשוואה לעילות הגירושין המקובלות בגירושין של יהודים בבית הדין הרבני, הוא סיום אפשרי של ברית הנישואין בדרך קלה ונוחה יותר. מכתבתו בנוגע לדמיון בין עמדת בית הדין לבין מדיניות של גירושין ללא אשמה עולה שהשופט ברק הקנה סמכות שיפוט לבית הדין הרבני בנוגע להתרת קשר הנישואין בין בני הזוג הנישאים בנישואים אלו בשל קביעתו של בית הדין הרבני הגדול שבמקרה זה "עילת

הגירושין" היא קיומו של קרע שאינו ניתן לאיחוי. הוא הוסיף בפסק דינו תוספת שלא הייתה נחוצה לצורך ההכרעה לגופו של עניין והדגיש שגישה זו רצויה מפני שהיא "תואמת את הגישות המודרניות באשר לעילות הגירושין, שאינן מבוססות אך על אשמה ואינן מוגבלות להסכמה". לדידו, ככל שיש ביקורת על "הגירושין ללא אשמה" בכך שהם מותירים את בן הזוג ה"חלש" ללא הגנה כלכלית לאחר הגירושין, הרי שהפתרון לבעיה זו יימצא בתחום ההסדרים הכלכליים שבין בני הזוג ולא בהגבלת האפשרות להתגרש. בין היתר קבע השופט ברק שעובדת היות הנישואין אזרחיים אינה יכולה להיות כשלעצמה עילה לגירושין. לשיטתו, תפיסת עולם זו אינה עולה בקנה אחד עם ההכרה בתוקף הנישואין במשפט הישראלי ועם כיבוד הזכות לחיי משפחה.⁶⁷ עם זאת קביעות אלה בפסק דינו של השופט ברק הן אמרת אגב, והוא לא כתב במפורש שהיא בהא תליא,

67 פסיקה זו היא המשך למגמה קודמת בפסיקתו של בית המשפט העליון, המשתמשת בחקיקה השיפוטית כמענה הולם מנקודת מבטם של רוב השופטים בבתי המשפט האזרחיים בדבר הפער שבין מצוות המחוקק לצו מצפונם באשר לתוצאות הנישואין. למשל, כאשר מדובר על נישואין אסורים לכתחילה ותקפים בדיעבד על פי ההלכה, כגון נישואי כוהן וגרושה, ניתן לבני הזוג סעד שיפוטי. ראו בין היתר הענקת זכות מזונות לכוהן וגרושה, כנראה לפי תפיסת עולם שלפיה בערכאה האזרחית צריך לפתח ולהחיל את "דיני המשפחה האזרחיים": ע"א 4590/92, בש"א 6667/93 כהנא נ' כהנא (פורסם בנבו) (להלן – פס"ד כהנא). במקרה זה מצטט הנשיא שמגר מפסק דינו של השופט פיזם בבית המשפט המחוזי בחיפה בתמ"א 1457/90, 1122/90 בנוגע ל"התחייבותו של הבעל" בנסיבות אלה: "אם ניתן לבסס את זכותה של האשה למזונות לאו דווקא מכוח הנישואין אלא מכוח התחייבותו של הבעל (בנדוננו הנתבע), מחייב הצדק שלא תישלל זכותה של האשה למזונות למזונות גם לאחר שניתן פסק דין המחייב בגירושין (לפחות כל זמן שאין גירושין למעשה ושכני הזוג חיים יחד בכפיפה אחת), בכך יש משום נחמה פורתא מן התוצאה המשפטית הנותנת, לכאורה, 'שכר' לכהן שנשא גרושה נגד דין תורה, אך מבקש להישען על דין תורה כדי לשלול מן הגרושה את מזונותיה". הבעל נשא את האשה בנישואין אזרחיים בקפריסין והיו במקרה זה גם יחסים אסורים של הבעל עם אשה אחרת אך בנוגע לחובתו לשלם מזונות לאשתו היהודיה ביקש להסתמך בצורה צינית על הפטור ממזונות של כהן בדין האישי העברי בנסיבות אלה. השופט פיזם היה מודע לחוסר הנחת מהתנהגות זו, שבא לידי ביטוי בנוגע למזונות בנישואי כהן וגרושה בפסק דינה של השופטת נתניהו בע"א 592/83 פורר נ' פורר, פ"ד לח(3) 561, בעמ' 571: "שלאחר נישואין אלה שהבעל נשא את האישה בדיעת האיסור ובניגוד לו, יוצאת האישה, המחויבת בגירושין, ללא זכות למזונות... תוצאה זו בלתי נסבלת מבחינת השקפתו של האדם החילוני, אך היא בלתי נמנעת על-פי דין תורה". ראו גם הענקת זכות מזונות למנועי חיתון-נשואים בנישואי תערובת – על פי עקרונות "דיני המשפחה האזרחיים": ע"א 7038/93 סולומון נ' סולומון, פ"ד נא (2) 577 (להלן – פס"ד סולומון). מכללא המסר של רוב שופטי בית המשפט העליון הוא שהנורמות בנוגע לנישואין ותוצאות הנישואין החלות באשר לפסולי חיתון ואחרים החפצים להינשא בנישואין אזרחיים בישראל אך אינם יכולים לבוא בברית הנישואין בישראל, מפלות בין אזרח לאזרח ופוגעות בחופש הדת והמצפון. על כן הנורמות הללו אינן רצויות בעיניהם, והם מאמצים מדיניות של אקטיביזם שיפוטי ומפרשים פירוש מגמתי, שלא כפשוטם של דברים, את חוקי מדינת ישראל בדרך המונעת פגיעה בזכויות יחידים אלה שנישאו מחוץ לגבולות מדינת ישראל.

ושהענקת סמכות השיפוט לבית הדין הרבני היא פועל יוצא של אימוץ מגמה נוחה ומקלה באשר להתרת נישואין של יהודים שנישאו בנישואין אזרחיים מחוץ לישראל. בסופו של דבר קיים חוסר ודאות בתחום זה מפני שספק אם בתי הדין הרבניים אכן אימצו בהמשך את המדיניות הנזכרת בחוות הדעת של הרב דיכובסקי לנשיא ברק. הדיין אברהם שרמן, אחד מדייני ההרכב שקבע שקיימת התרת נישואין אזרחיים של יהודים במתכונת המיוחדת של פסק דין בגין "קרע שאינו ניתן לאיחוי", העיד שבסופו של דבר בתי הדין הרבניים בישראל אינם נוהגים כך, וכשהם מתירים נישואין אזרחיים של יהודים הם עדיין דבקים בעמדתם הקודמת, שכאשר הבעל והאישה מצויים בישראל והצורך בגט לחומרא אינו יוצר חשש לעיגונה של האישה או לעיגונו של הבעל, יינתן גט לחומרא על פי עילות הגירושין המקובלות בבתי הדין הרבניים.⁶⁸ הנשיא ברק הקנה סמכות שיפוט לבתי הדין הרבניים בנוגע להתרת נישואין אזרחיים של יהודים בישראל אשר נערכו מחוץ לגבולות המדינה, ולאחר מכן הם פעלו כהבנתם בנוגע לעקרונות ההלכה החלים בנוגע להתרת הנישואין האזרחיים. בדרך כלל נהגו כמנהגם הקודם וראו בנישואין אזרחיים מחוץ לגבולות ישראל ספק קידושין אף כאשר יהודים בישראל בחרו מרצון, ללא כפייה ואילוץ של משטר טוטליטרי, להינשא בנישואין אזרחיים. ספק אם בתי הדין הרבניים, הסבורים שהם רשות שיפוט אוטונומית, רצו להפנים את המסר בפסק דינו של ברק, באמרת אגב, בנוגע למשפט הרצוי. שנים רבות לפני פסק דינו של הנשיא ברק אימצו בתי הדין הרבניים בדרך כלל דעה של חלק מפוסקי ההלכה וקבעו שבנישואין אזרחיים קיים ספק קידושין, ואם חפצים להתיר קשר נישואין זה, נחוץ גט לחומרא מחמת הספק.⁶⁹ אף הדיין הרב שלמה דיכובסקי – שבפסק הדין שכתב כמענה לפניית הנשיא ברק דגל בהשקפת עולם אחרת בסוגיה זו – כתב במועד מוקדם יותר שאמנם באופן עקרוני, כאשר בני זוג נישאו בנישואין אזרחיים ללא קידושי כסף כדת משה וישראל, יש להקל ולאפשר לאישה להינשא ללא גט, אולם הלכה למעשה לא הקלו, וכאשר הבעל והאישה מצויים בפני בית הדין, נחוץ גט לחומרא מחמת הספק.⁷⁰ במיוחד

68 כך אמר בהרצאתו באוניברסיטת חיפה, בכינוס "בתי דין דתיים ובתי משפט אזרחיים בישראל – יחסי גומלין", מיום כ"ט ניסן תשס"ו, 27.4.06.

69 לדעת רוב הדיינים בבתי הדין הרבניים, כשיהודים נישאו בנישואין אזרחיים קיים חשש שמא נערכו נישואין תקפים כדת משה וישראל, משום שלשיטת חלק מפוסקי ההלכה ייתכן שבנישואין אזרחיים בני הזוג ירצו להכשיר את קשר הנישואין ביניהם ולהפכו לתקף גם על פי עקרונות המשפט העברי וכדי להכשירו יבצעו טקס של קידושין במתכונת האסורה לכתחילה ותקפה בדיעבד: קידושי ביאה. דיינים אלה חוששים שמא נישאו בני זוג אלה כדת משה וישראל על פי עמדת הפוסקים הללו, ולכן הם סוברים שבנישואין אזרחיים קיים ספק קידושי ביאה המצריך התרת קשר הנישואין באמצעות מתן גט מחמת הספק. ראו: פנחס שיפמן, ספק קידושין במשפט הישראלי (תשל"ה) בעמ' 99.

70 או: שלמה דיכובסקי, "נישואים אזרחיים", תחומין ב (תשמ"א) 252, בעמ' 262-263. ראו גם דעת הדיין מזוז: מאיר יששכר מזוז, "נישואין אזרחיים ותוצאותיהם", שנתון המשפט העברי ג-ד (תשל"ו-תשל"ז) 233, בעמ' 248; מאיר יששכר מזוז, "שאלת נישואין אזרחיים

נחוץ גט זה כאשר נערכו הנישואין במקום שבו לא הייתה אפשרות לבצע נישואין כדת משה וישראל, ולכן נישאו בני הזוג בנישואין אזרחיים, וקיים חשש שמא ינסו להכשיר בעתיד את נישואיהם באמצעות עריכת טקס נישואין תקף כדת משה וישראל. אולם גם במקרים אחרים הצריכו, ליתר ביטחון, גט לחומרא. רק כאשר הבעל אינו מצוי בפני הדיינים והדרישה שיינתן גט לחומרא עלולה להיות מכשול ולגרום לעיגונה של אישה, סמכו הדיינים על השיטות המקלות של הסבורים שבנישואין אזרחיים אין חשש קידושין ופסקו שהנשואה בנישואין אזרחיים יכולה להינשא לאדם אחר ללא גט.

הפער בין הנחיתו של הנשיא ברק במקרה זה בחקיקה השיפוטית בנוגע לראוי ולרצוי לבין המדיניות בפועל של בתי הדין הרבניים בישראל יוצר חוסר ודאות. עמדת השופט ברק בשבח התרת הנישואין האזרחיים בבית הדין הרבני, במסלול המיוחד של קרע שאינו ניתן לאיחוי,⁷¹ אינה הלכה פסוקה. הוא לא כתב במפורש שהא תליא, והענקת סמכות השיפוט לבתי הדין הרבניים בנוגע ליהודים בנסיבות הנזכרות בפסק דינו הייתה מושתתת על ההנחה שהם יתירו את הנישואין בדרך שהתווה הרב דיכובסקי, הרצויה ומקובלת לדעתו. מעמד משאלות לב בפסק דין בנוגע למשפט הרצוי שונה ממעמד קביעה חד-משמעית בחקיקה. המציאות הקיימת בישראל בתחום זה מעוררת הרהורים וערעורים בנוגע לחולשה הנורמטיבית של אמרות בפסק דין שאינן הלכה פסוקה ודינן כדין הנחיות באמרת אגב, שאין להן מעמד מחייב. במידה רבה חזונו של הנשיא ברק בפסק דינו נגזר. התרת הנישואין הנוחה יותר – הנזכרת בפסק דין של בית הדין הרבני הגדול – באמצעות פסק דין הקובע שקיים "קרע שאינו ניתן לאיחוי" והימנעות מהתרת נישואין בגין עצם העובדה שהנישואין הם אזרחיים, שהם המתכונת הרצויה לדעת הנשיא ברק, אינם עקרונות הנוהגים בפועל בדרך כלל בפסיקת בתי הדין הרבניים, אשר אינם כפופים להנחיות של בית המשפט העליון בענייני הלכה ורואים בהנחיותיו של ברק בנוגע למשפט הרצוי בפסק דין פלוני¹ אמרת אגב. חוסר הודאות קיים גם מפני שבפסק דינו קיימת הכרה בתוקף נישואין אזרחיים בנסיבות מסוימות: נישואי בני זוג השייכים לאותה עדה מוכרת ויש להם כושר להינשא בנישואין דתיים בישראל ובחרו לבוא בכרית הנישואין בנישואין אזרחיים בדרך תקפה במקום עריכת טקס הנישואין. כאמור, ההכרעה בפסק הדין הייתה בחקיקה שיפוטית, ואין כל ודאות

ותוקפם", אוריתא טו (תשמ"ו) ריט, בעמ' רכ; וכן ראו דעת הרב שאר ישוב כהן (כשכיהן כראב"ד בית הדין הרבני האזורי בחיפה): שאר ישוב כהן, "בעניין נישואין אזרחיים", תחומין ג (תשמ"ב) 154; כן ראו את עמדת הדיין אברהם שרמן, בתיק 1-64-015233463 של בית הדין הרבני הגדול בירושלים (לא פורסם): אף שקיימת דעה מקלה של פוסקים הסבורים שכאשר הבעל הוא "אתאיסט כופר שלא רצה להתחתן כדת משה וישראל" אין צורך בגט לחומרא כשהנישואין היו אזרחיים, פסק ש"אין מקום להפקיע את הנישואים האזרחיים של הצדדים בלא סדור גט לחומרא".
71 ראו פס"ד פלונית 1 (לעיל, הערה 3).

שההכרה בתוקף הנישואין האזרחיים תהא שרירה וקיימת גם בנוגע לכל האחרים שבחרו לבוא בברית הנישואין בנישואין אזרחיים מחוץ לגבולות ישראל.

החולשה של הקביעות בפסק הדין שאין מעמדן כמעמד הלכה פסוקה ניכרת גם בהקשרים אחרים. בשל טיעוני הצדדים בנוגע לסוגיה שבית המשפט העליון היה צריך להכריע בה, קביעה אחרת בפסק דין זה בנוגע לכריכה בתביעת הגירושין לא הייתה הכרחית, וכנראה מעמדה כמעמד אמרת אגב. בקביעה זו בין היתר באה לידי ביטוי המגמה של הרחבת תחולת הדין האזרחי החל בערכאה האזרחית בישראל. אף שבית הדין הרבני קנה סמכות שיפוט בנוגע להתרת הנישואין של בני הזוג, קבע השופט ברק: "הזכויות ההדדיות בין בני הזוג – סטאטוס הנישואין 'כלפי פנים' – נדונות בבית המשפט האזרחי".⁷² לאור מסקנה זו קבע הוא שבסוגיות שאפשר לכרוך אותן בתביעת הגירושין, כגון מזונות אישה או חלוקת רכוש בני הזוג, הסמכות נתונה בידי בתי המשפט האזרחיים, שיחילו עקרונות אזרחיים על פי המדיניות החדשה הקיימת בהם. לאור קביעה זו הזכויות והחובות של בני זוג יהודים "מיוחדים" שנישאו בנישואין אזרחיים ונישואיהם הותרו בבית דין רבני, "אזרחיות" יותר מזכויות וחובות של בני זוג יהודים "רגילים", שזכויותיהם נדונות בבית דין רבני מכוח כריכה בתביעת הגירושין. השופט ברק זרע את הזרע שממנו יצמחו בעתיד פרטי הלכות "דיני המשפחה האזרחיים" ודקדוקיהן, והתהליך כולו יתבצע באמצעות פסיקת בתי המשפט האזרחיים: "מהו הדין על פיו ידון בית המשפט האזרחי? התשובה לשאלה זו מורכבת היא. היא על בתי המשפט האזרחיים לפתח דיני משפחה אלה [...] די אם אציין כי המשפט האזרחי הישראלי כולל כלים משפטיים אשר בעזרתם ניתן לפתח דינים אלה".⁷³

עמדה זו, שלפיה אי אפשר לכרוך עניינים שבסמכות מקבילה בתביעת גירושין של יהודים שנישאו בנישואין אזרחיים, צריכה עיון. אם בית הדין הרבני קנה סמכות שיפוט ייחודית בנוגע לתביעת הגירושין של יהודים בישראל, אזרחי המדינה ותושביה, אין כל הצדקה לקביעתו של השופט ברק שאין אפשרות לכרוך בתביעה זו עניינים שבסמכות מקבילה בנסיבות הנזכרות בפסק דינו. הוראת המחוקק כפשוטה בנוגע לכריכת עניין שבסמכות מקבילה בתביעת הגירושין היא גורפת, ואין בה הבחנה בין עניין לעניין בדרך שהתווה הנשיא ברק. לכאורה קיימת אפשרות לכרוך עניינים אשר אפשר לכרוך אותם בתביעת גירושין רגילה של יהודים בבית הדין הרבני גם כאשר בית דין רבני דן בתביעת גירושין של יהודים שנישאו בנישואין אזרחיים. אף לפרשנות תכליתית יש גבולות, וקשה ליישב קביעה זו של השופט ברק עם לשונו הברורה של המחוקק: "הוגשה לבית דין רבני תביעת גירושין בין יהודים, אם על ידי האישה ואם על ידי האישה, היא לבית דין רבני שיפוט

72 שם.

73 שם. בנוגע לפיתוח עקרונות אלה בנוגע להפרת הבטחת נישואין ראו: ע"א 5258/98 פלונית נ' פלוני, פ"ד נח(6) 209, פסקה 13 לפסק דינו של השופט ברק (להלן: פס"ד פלונית 2).

ייחודי בכל עניין הכרוך בתביעת הגירושין, לרבות מזונות לאישה וילידי הזוג.⁷⁴ בפסק דין בעניין אחר עמד השופט ברק על התועלת הנובעת מדיון בבית הדין הרבני בעניינים הנכרכים בתביעת הגירושין כשנחוץ חיסול יעיל של הסכסוך בין הצדדים.⁷⁵ תועלת זו קיימת גם כאשר נישאו בני הזוג בנישואין אזרחיים. קביעה זו בנוגע לכריכה בתביעת הגירושין היא חקיקה שיפוטית. בית המשפט, שהעניק לנשואה בנישואין אזרחיים מחוץ לישראל זכות שיחולו עקרונות אזרחיים בנוגע לסוגיות הנכרכות בתביעת הגירושין, יוצר תמריץ נוסף לבני זוג השוקלים אפשרות של יצירת זוגיות באמצעות נישואין אזרחיים מחוץ לגבולות ישראל.

אמנם מפסק השופט ברק ניכר שלדעתו קיים במקרה זה הסכם מכללא שבגיננו אי אפשר לכרוך עניינים שבסמכות מקבילה בתביעת הגירושין. מפסק דינו עולה שהוא סבור שבני זוג יהודים שנישאו בנישואין אזרחיים ולא בטקס נישואין דתי התכוונו שגם ביחסים המשפטיים ביניהם הנובעים מן הנישואין יחולו עקרונות הדין האזרחי, ובין היתר עקרונות החוזה המעניק מזונות לאישה מכוח עקרון תום הלב. לשיטתו, בנסיבות אלה בן זוג המנסה לזכות באמצעות כריכה בסמכות השיפוט של בית הדין הרבני בסוגיות משפטיות שאפשר לכרוך את סמכות השיפוט בהן בסמכות השיפוט הנתונה בידי בית הדין הרבני בתביעת הגירושין, כגון חלוקת רכוש או מזונות האישה, פועל בחוסר תום לב. זאת משום שבסוגיות אלו היה חל בערכאה האזרחית דין אזרחי או דין דתי אשר משולבים בו יותר היבטים אזרחיים, ואילו בבית הדין הרבני יחול בדרך כלל הדין הדתי. כיוון שלשיטתו לא זו הייתה כוונת הצדדים שנישאו בנישואין אזרחיים לכתחילה, פעולה זו פסולה, מפני שהיא נגועה בחוסר תום לב.⁷⁶ עם זאת אף בבית דין רבני חלות לעתים נורמות אזרחיות. בענייני רכוש בית הדין הדתי אמור להחיל

74 ראו: סעיף 3 לחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג-1953, ס"ח 134, תשי"ג, עמ' 165.

75 ראו: בג"ץ 5679/03 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו): "סעיף 3 לחוק השיפוט מרחיב, איפוא, את סמכות בית הדין הרבני לכל עניין הכרוך בתביעת גירושין, אפילו אם עניין זה כלל אינו מענייני המעמד האישי, ובלבד שהעניין נכרך בפועל על ידי אחד המתדיינים ושההכרעה בו דרושה לשם חיסול יעיל של יחסי בני הזוג המתגרשים זה מזה".

76 ראו פסקה 31 לפס"ד פלונית 1 (לעיל, הערה 3): "בן זוג יהודי שבחר להינשא בטקס אזרחי מחוץ לישראל ופונה לבית דין רבני שאינו מכיר בגילויים של סטאטוס הנישואין במישור החיוביים בין בני הזוג, אינו פועל 'בכנות' אם הוא מבקש להביא גם את ענייני הממון והרכוש בפני בית הדין הרבני. במצב דברים זה, בכריכת ענייני הרכוש טבוע שימוש לרעה בכלי המשפטי של 'כריכה'. בן הזוג הכורך אינו יכול להתכוון, בכנות, להתדיין בפני בית הדין בסוגיה שבית הדין כלל אינו מכיר בה. כפיית התדיינות על בן הזוג בפני פורום המתכחש לגילויים הרכושיים של סטאטוס הנישואין, מנוגדת לעקרונות הצדק. בנסיבות אלה, כריכה במטרה להעניק לבית הדין סמכות שיפוט ייחודית אינה יכולה להיחשב כריכה 'כנה'".

דוקטרינות אזרחיות,⁷⁷ וההנחה שבית הדין הרבני אינו מכיר בזכות האישה למוזנות בנישואין אזרחיים מכוח קונסטרוקציית חוזית-הסכמית אינה נקייה מספקות. בשנים האחרונות חל שינוי בעמדת בית הדין הרבני כמענה למדיניות הערכאה האזרחית, המעניקה לאישה שנישאה בנישואין אזרחיים מוזנות מכוח חוזה. הרכבים בבתי הדין הרבניים האזוריים העניקו לאישה שנישאה בנישואין אזרחיים מוזנות מכוח חוזה מכוח מנהג המדינה.⁷⁸ נראה שבפסק דינו של הנשיא ברק הכריעה את הכף המגמה של הרחבת היקף תחולת הדין האזרחי בדיני המשפחה בישראל. הוא היה סמוך ובטוח שבתי המשפט האזרחיים יישמו את הקונסטרוקציית החוזית-אזרחית הנוכרת בפס"ד פלונית בנוגע למוזנות אישה שנישאה בנישואין אזרחיים,⁷⁹ וסבר שבית הדין הרבני לא יישם אותה, ולכן שלל מבית הדין הרבני את סמכות השיפוט בהקשר זה. אולם כאמור לעיל, בשל מגמות חדשות בבתי הדין הרבניים בישראל, בנסיבות מסוימות ההנחות שהניח השופט ברק אינן נקיות מספקות.

כיוון שבפסק דינו של הנשיא ברק בעניין זה לא טענו הצדדים טענות בעניין הסמכות לכרוך עניינים שבסמכות מקבילה בתביעת הגירושין, הרכבים בבתי הדין הרבניים ייחסו לקביעות הנשיא ברק בעניין זה מעמד של אמרת אגב שאינה מחייבת.⁸⁰ כמו כן לגופו של עניין דחו הם מכול וכול את הרציונל הנזכר לעיל של השופט ברק בהנמקתו בפסק

77 נוגע לחזקת השיתוף עיקרון זה נקבע בבג"ץ 1000/92 בבלי נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד מח(2) 221 (להלן – פס"ד בבלי). בנוגע לזוגות שחל בעניינם הסדר איוון המשאבים ראו: סעיף 13(ב) לחוק יחסי ממון בין בני זוג, תשל"ג-1973, ס"ח 712, תשל"ג (3.8.1973), עמ' 267 (להלן – חוק יחסי ממון בין בני זוג). ראו גם: הערת השופט רובינשטיין בנוגע למגמה חדשה של הדיינים, לאחרונה, לפעול לאור נורמות אזרחיות בענייני רכוש (להלן הערות 170, 225).

78 עמדת הרב זלמן נחמיה גולדברג, הנוכרת כעמדה מנחה ומחייבת, מופיעה בפסק דינו של בית הדין הרבני האזורי בטבריה כתיק 1-21-80581 (אזורי ט') פלוני נ' פלונית (הדיינים לביא, בוק, אריאל, ב' תמוז תשס"ט, 24.6.2009) (פורסם בנבו) (להלן: פס"ד רבני פלוני), ובפסק דינו של בית הדין הרבני האזורי נתניה פלוני נ' פלונית (הדיינים עמוס, פרדס, ינאי 30.10.2010) (פורסם בנבו).

79 הוא כתב בפס"ד פלונית 1 (לעיל, הערה 3), שבתי המשפט האזרחיים יפעלו באופן יצירתי ויפתחו את הדין האזרחי החל בדיני משפחה בתחום זה לאור המתווה שנקבע בפס"ד פלונית (לעיל, הערה 4).

80 או: פסק דינו של בית הדין הרבני האזורי בטבריה בפס"ד רבני פלוני, לעיל, הערה 78. בית הדין קבע שבית דין רבני מוסמך לדון בתביעות בענייני רכוש הכרוכות בתביעת הגירושין. במקרה זה נישאו בני הזוג כשלא היו אזרחי ישראל ותושביה בנישואין אזרחיים מחוץ לישראל. בית הדין אבחן בין הנסיבות במקרה שנדון בפסק הדין לבין נסיבות המקרה שנדון בפס"ד פלונית 1 (לעיל, הערה 3), שבו בני הזוג יהודים, תושבי ישראל ואזרחיה, בחרו שלא להינשא בנישואין דתיים בישראל ונסעו מחוץ לגבולות המדינה ונישאו שם בנישואין אזרחיים. אולם בפסק דינו של בית הדין הרבני האזורי נתניה, בעניין בני זוג יהודים, אזרחי המדינה ותושביה שבחרו להינשא בנישואין אזרחיים מחוץ לגבולות ישראל, נטענה שוב הטענה שההכרעה בפסק דין זה הייתה אמרת אגב. ראו: תיק (אזורי נ') 764411/1 פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו).

הדין בנוגע להיעדר כנות הכריכה כאשר בן זוג יהודי שנישא בנישואין אזרחיים כרך עניין שבסמכות מקבילה בתביעת הגירושין בבית הדין הרבני.⁸¹ בפסק דינו של הנשיא ברק ניכרים חסרונות החקיקה השיפוטית. היא נעשית בסתר ובאופן סמוי מן העין, ללא עיון ודיון של נציגי קבוצות שונות בציבור, הקיים בחקיקה בכנסת. רצוי שהמעמד המשפטי של נישואין אזרחיים מחוץ לגבולות ישראל וזכויות הנישאים בנישואין אלה ייקבעו בחקיקה במלאכת מחשבת שהיא דבר דבור על אופניו. היעדר חקיקה יוצר גם חוסר ודאות בנוגע לגבולות המדויקים של ההלכה שנקבעה בפסק הדין.

ככלל, החקיקה השיפוטית בדיני משפחה אינה עולה בקנה אחד עם כוונת המחוקק. חקיקה בבית המחוקקים יכולה להסיר את הספקות בסוגיות שנותרו עמומות אחרי חקיקה שיפוטית. ראוי שבחקיקת הכנסת, שתסיר עמימות ותיצור יתר ודאות, תבוא לידי ביטוי האמנה החברתית בישראל בנוגע למעמדם המשפטי וזכויותיהם של הנשואים בנישואין אזרחיים.

81 ראו: שם פסק הדין של בית הדין הרבני האזורי בנתניה. שם קיבלו הדיינים את העמדה שבאה לידי ביטוי בפסק דינו של בית הדין הרבני האזורי בטבריה בפס"ד רבני פלוני (לעיל, הערה 80), שהכירה בסמכותו של בית הדין הרבני לדון בתביעות רכוש הכרוכות בתביעת הגירושין אף על פי שמדובר בתביעת גירושין של יהודים שנישאו בנישואין אזרחיים. בהחלטה זו קבע בית הדין שאין מקום לאמץ את העמדה של הנשיא ברק בהקשר זה מפני שהיא "אמרת אגב": "סעיף 31 לפסק דינו של הבג"ץ המתייחס לסמכות בית הדין בנושא הרכוש שנכרך בתביעת הגירושין, נכתב כאמרת אגב מובהקת, לאחר שנושא זה כלל לא עלה לדיון מצד העותרת וברור הנושא לא היה נחוץ לצורך הכרעה באותה עתירה". נוסף על כך טען בית הדין האזורי שהרציונל של בית המשפט העליון בהכרעתו בעניין זה בטעות יסודו: "את הקביעה שבית הדין הרבני איננו מכיר בגילויים של סטאטוס הנישואין במישור החיובים של בני הזוג, וכי 'בן הזוג הכורך אינו יכול להתכוון בכנות להתדיין בפני בית הדין בסוגיה שבית הדין כלל אינו מכיר בה' – לא ניתן לקבל. אדרבה, ההיפך הוא הנכון. בית הדין מכיר במערכת של זכויות וחובות שנוצרו בין בני זוג שנישאו בהליך אזרחי בלבד. אמנם מערכת הזכויות והחובות הנובעות מהכתובה ותנאי הכתובה אינן רלוונטיות, אך מאחר שהמחוקק קבע מערכת של זכויות וחובות ב'חוק יחסי ממון' ובחוקים נוספים, מערכת שהפכה להיות 'מנהג המדינה' ביחס לכלל האוכלוסייה [...] לכן אין יסוד לייחס לתובע חוסר כנות בכריכת הנושא, או שימוש לרעה בהליכי בית הדין ובאפשרות לכריכת תביעה נוספת בתביעת הגירושין". בהחלטת בית הדין האזורי הפנו הדיינים למאמר שכתב חבר בית הדין הרבני הגדול לשעבר, הרב זלמן נחמיה גולדברג, בשורת הדין, ח (תשס"ג), בעמ' שיד, שבו נכתב שבנוגע לתוצאות ממוניות של נישואין אזרחיים צריך לפעול על פי מה שנהוג במדינה בנוגע לתוצאות נישואין אלה, ובין היתר בנוגע לחיובי המזונות וזכויות כל אחד מבני הזוג ברכוש המשותף. לשיטתו, העיקרון המנחה בעניין זה נקבע בסוגיה בתלמוד בבלי, בבא מציעא, בעניין השוכר את הפועלים. על פי שורת הדין, המעביד אינו חייב לזון את פועליו. אולם בענייני ממון מנהג המדינה מבטל את ההלכה הקיימת על פי שורת הדין. מאחר שבעל הבית שכר את הפועלים באופן סתמי ולא קבע מה יהיו התנאים של חוזה העבודה בינו לבינם, מניחים שכוונתו הייתה שישלם את שכרם על פי הנורמה הקיימת כמנהג המדינה.

2.1 נישואין אזרחיים שהם נישואי תערובת

בשל הרגישות של סוגיית נישואי התערובת בישראל החלת העקרונות הרגילים שנקבעו בנוגע לנישואין אזרחיים מחוץ לישראל גם באשר לבני זוג שנישאו בנישואין אזרחיים שהם נישואי תערובת, אינה מובנת מאליה. במשך שנים רבות קיימת עמימות מכוונת בנוגע למעמד נישואי תערובת בישראל, שבאה לידי ביטוי בפסיקה בפס"ד פונק שלזינגר,⁸² שבה ניכרת הבחנה בין הסוגיה הפרוצדורלית: רישום נישואין אזרחיים שהם גם נישואי תערובת שנערכו מחוץ לגבולות ישראל, לבין הסוגיה המהותית: תוקף הנישואין. בית המשפט העליון קבע כי לצורך הרישום של בני הזוג כנישואים במרשם האוכלוסין די בעובדה שלפקיד במרשם האוכלוסין הומצאה תעודה שהיא ראייה לכאורה שנערך טקס נישואין המוכר מחוץ לגבולות ישראל. הוא אינו צריך לחקור ולדרוש בנוגע לתוקפו ומעמדו המשפטי של טקס זה. יש להבחין בין הענקת תוקף לנישואין והכרה בנישואין בישראל לבין הממד של הרישום והסטיסטיקה. ההכרה בנישואין אזרחיים שהם גם נישואי תערובת היא רק לצורך הרישום במרשם האוכלוסין.⁸³ עם זאת בית המשפט האזרחי מתווה מגמה באופן סמוי, ואין מדובר על סטיסטיקה בלבד, לרישום נפקויות במישור האזרחי. בין היתר כאשר נישואין אלה תקפים לפי הדין הפנימי של המקום שבו נערכו, אסור לאיש או לאישה שנישאו בנישואין אלה לעבור עברת כפל נישואין ולהינשא בנישואין נוספים.⁸⁴

מאידך גיסא לדעת בתי הדין הרבניים תוקף הנישואין נבחן רק על לפי עקרונות המשפט העברי, הקובעים שנישואין בין יהודי ללא יהודייה אסורים⁸⁵ וחסרי תוקף.⁸⁶ בית הדין הרבני לא יכיר בתוקף נישואין אזרחיים שהם נישואי תערובת, ולשיטתו הנשואים בנישואין אלה לא יפיקו תועלת מזכויות הנובעות מן הנישואין. לעומת בתי המשפט האזרחיים שייחסו חשיבות לדין האזרחי החל במקום עריכת טקס הנישואין, בבתי הדין הרבניים אין מייחסים חשיבות למקום עריכת טקס הנישואין, לאזרחות הנישואים, לזיקות אחרות של הצדדים, למשפט של מדינה אחרת או לתוקף המסמכים המהווים בסיס לרישום בני הזוג כנישואים בישראל. כללי המשפט הבין-לאומי הפרטי אינם רלוונטיים בערכאת שיפוט זו, וכללי המשפט העברי, הקובעים בין היתר שנישואי תערובת חסרי תוקף, חלים באופן אחיד בכל מדינה בעולם.

הפער בפס"ד פונק שלזינגר בין השקפת העולם הדתית של בתי הדין הדתיים לבין השקפת העולם בערכאה האזרחית, המושתתת על הרישום, הפך למשמעותי במיוחד

82 פס"ד פונק שלזינגר (לעיל, הערה 62).

83 שם.

84 סעיף 178 לחוק העונשין, תשל"ז-1977, ס"ח 226.

85 ראו: משנה תורה, איסורי ביאה, יב, ח-ט.

86 ראו: משנה תורה, אישות, ד, טו; שולחן ערוך, אבן העזר, מד, ח. ראו גם: שו"ת משפטי עוזיאל, אבן העזר, סימן עא = תחומין יג (תשנ"ב-תשנ"ג), בעמ' 283.

בעקבות עמדת השופט ברק בנוגע לערכאה האזרחית בפס"ד פלוני.⁸⁷ השופט ברק הזכיר את עמדת היועץ המשפטי לממשלה "כי מן הראוי שלא להכריע בשאלת תוקפם של נישואי תערוכת שנערכו מחוץ לישראל, אשר נתונה במחלוקת ציבורית חריפה. יש להותיר את הסדרת הסוגיה בידי המחוקק".⁸⁸ אף על פי כן באמרת אגב, שלא הייתה הכרחית בשל העקרונות שעליהם השתית את פסק דינו, חיווה דעתו: "לו נדרשנו לשאלת תוקף הנישואין על מנת להבטיח אחידות בהתייחסות של המשפט הישראלי אל מערכת היחסים בין בני הזוג – נוטים היינו לדעה כי הנישואין מוכרים בישראל. עמדה זו מבוססת על הגישה לפיה יש להכריע בשאלת תוקף הנישואין, הן מבחינת הצורה והן מבחינת הכושר, בהתאם לדין מקום עריכתם [...] על כן נקבע כי בני זוג יהודים, תושבי הארץ או אזרחיה, הכשרים להינשא כדת משה וישראל, הנישאים בנישואין אזרחיים מחוץ לישראל, התקפים במקום עריכתם, יש לראותם כנישואים בישראל.⁸⁹ עתה יש לשקול הליכתו של צעד נוסף, ולהכיר אף בנישואין אזרחיים בין יהודי למי שאינו יהודי, תושבי הארץ ואזרחיה, הנערכים מחוץ לישראל והתקפים לפי דין מקום עריכתם (בכפוף לתקנת הציבור הישראלית). זאת נוכח המציאות הקיימת במדינה קולטת עלייה כישראל, ובהיעדר אפשרות של בני דתות שונות להינשא בנישואין אזרחיים בישראל [...] במסגרת עיצוב כללי ברירת הדין יש להביא בחשבון את מעמדה החוקתי של הזכות לחיי משפחה [...] והזכות לנישואין בפרט ואת החובה בדבר כיבוד התא המשפחתי. מודעים אנו, עם זאת, למורכבות המשפטית והחברתית של הסוגיה ואין אנו מבקשים להכריע בה בערעור זה. מן הראוי שהמחוקק ייתן הדעת עליה".⁹⁰

ניכרת במקרה זה הבעיה של בחירה בדפוס פעולה של חקיקה שיפוטית מחד גיסא וקביעה באמרת אגב ואמירה שראוי שהמחוקק יסדיר סוגיה זו מאידך גיסא. זו בחירה בעמימות מכוונת בגין רצון להימנע במידת האפשר מהכרעה חד-משמעית בסוגיות רגישות שבהן בית המשפט אינו רוצה להרחיק לכת יתר על המידה. הזרע שזרע השופט ברק אולי ינבוט ויהפוך להלכה פסוקה של בית המשפט העליון בעתיד, ובשלב זה קיימים עמימות וחוסר ודאות. השופט ברק בחר במכוון להיכנס לזירה הפוליטית בפסק דין זה. אם לדעת השופט ברק "מן הראוי שהמחוקק ייתן הדעת" על סוגיה זו, ייתכן שאמרת האגב שלו הייתה פעולה שמידתה עולה על הנדרש. שופט אחר, השופט רובינשטיין, כתב בפסק דין זה: "ביחס לשאלת ההכרה בנישואי תערוכת שנערכו בחו"ל, בה דן חברי 'בשולי הדברים' [...] המדובר בשאלה מורכבת, קשה וסבוכה [...] אם ניתן להימנע מלהיכנס ליער סבוך זה רצוי הדבר [...] היא שנויה במחלוקת חריפה. אין לגביה קונסנזוס חברתי. אם ניתן להימנע מהכרעה שיפוטית בשאלות אלה, יש לנקוט בדרך

87 פס"ד פלוני (לעיל, הערה 4).

88 שם.

89 בפסק הדין ההפניה כאן לפס"ד פלונית 1 (לעיל, הערה 3).

90 פסקה 23 לפסק דינו של השופט ברק בפס"ד פלוני (לעיל, הערה 4).

זו.⁹¹ אכן, ראוי הוא שהמחוקק ייתן דעתו על שאלה זו ויפתור אותה (רע"א 8256/99 פלונית נ' פלוני ואח' פ"ד נח (2) 213 – הנשיא ברק). איני עוצם עיני לשאלה הקשה של אזרחי ישראל שאינם יכולים להינשא בישראל, אך זו לפתחו של המחוקק.⁹²

קיים פער בין הקביעה הכללית באמרת אגב בפסק דין זה לבין העמדה המסורתית של המחוקק הישראלי, שהכיר בתוקף נישואי תערובת רק בהקשרים מסוימים. המחוקק קבע שבית משפט לענייני משפחה או בית דין דתי שאליו הועבר הדיון בסוגיה זו מבית המשפט לענייני משפחה, מוסמך להתיר נישואי תערובת.⁹³ אין זו הכרה בנישואין רק לצורכי רישום. זו הכרה בנישואין באופן מהותי אך רק במישור של סמכות ערכאת שיפוט המוסמכת להתירם. ייתכן שבמדינת ישראל הנישואין אינם מוכרים, אך קיים חשש שמא במדינה אחרת ייחשבו לתקפים, והנשואים בנישואין אלה יהיו נתונים במעמד מורכב מבחינה משפטית, כגון האשמה בעברת ריבוי נישואין בגין נישואין נוספים, ולכן מוסמכת ערכאת שיפוט בישראל להתיר נישואין אלה. כמו כן חוק העונשין מורה בנוגע לעברת ריבוי נישואין⁹⁴ כי "אין נפקא מינה אם תוקפם של הנישואין הקודמים הוא לפי דין המדינה שבה נערכו או לפי דין דתי שעל פיו נערכו".⁹⁵ בהקשרים מסוימים, כגון התרת קשר הנישואין או ריבוי נישואין, שבהם המדינה חייבת ליתן מענה לנישואי תערובת באופן מהותי ולא רק במישור הפורמלי של הרישום, מקנה המחוקק בישראל תוקף מחייב לנישואי תערובת התקפים במדינה שבה נערכו, או לפי דין דתי התקף בישראל או מחוץ לגבולות המדינה. החקיקה הותירה עמימות וחוסר ודאות בנוגע למעמד הכללי של נישואי תערובת בישראל. החקיקה השיפוטית של הנשיא ברק, באמרת אגב, היא אקטיביזם שיפוטי במישור שבו המחוקק לא אמר את דברו.

בעקפיין, אשר לתוצאות מסוימות של נישואין אזרחיים שהם נישואי תערובת נוצרו זכויות בחקיקה שיפוטית קודמת של הנשיא ברק בפס"ד פלונית. בפסק דין זה בית המשפט העליון העניק מזונות בערכאה האזרחית בישראל כשנערכו נישואין אזרחיים מחוץ לגבולות ישראל, בשני מסלולים: המסלול הראשון קובע שתוקף הנישואין נקבע על פי עקרונות המשפט הבין-לאומי הפרטי, שלפיהם אם הנישואין הללו תקפים ביום עריכתם במקום עריכתם הם תקפים גם בישראל. מכוח נישואין אלה קיבלה לעתים אישה מזונות בערכאה האזרחית כאשר הענקת המזונות הייתה אפשרית על פי עקרונות הדין האישי הדתי שלה.⁹⁶ המסלול הראשון מחיל את עקרונות הדין האישי בערכאה האזרחית

91 בפסק הדין ההפניה כאן לע"א 373/72 (לעיל, הערה 54); בג"ץ 4058/95 בן מנשה נ' שר הדתות, פ"ד נא(3) 876.

92 פסקה א לפסק דינו של השופט רובינשטיין בפס"ד פלוני (לעיל, הערה 4).

93 ראו: חוק שיפוט בענייני התרת נישואין (מקרים מיוחדים וסמכות בין-לאומית) (לעיל, הערה 44).

94 ראו: סעיף 176 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (לעיל, הערה 84).

95 שם, סעיף 178(1).

96 ראו: ע"א 566/81 שמואל נ' שמואל, פ"ד לט(4) 399.

כשמדובר באישה שנישאה בנישואי תערוכת עם יהודי, אך אין הוא מאפשר להקנות לה זכויות לקבלת מזונות בערכאה זו על פי עקרונות הדין הדתי החל בעניינה, מאחר שלפי עקרונות המשפט העברי אין כושר ליהודי להינשא ללא יהודייה, ואין חיובים הנובעים מן הנישואין במקרה זה. המסלול השני בפסק הדין אינו מושתת כלל על עקרונות הדין האישי ומאפשר הענקת מזונות לאישה או לגבר, בנסיבות המתאימות, לאור עקרונות דיני החוזים.⁹⁷

אפשרות אחרת לתבוע מזונות בערכאה האזרחית בנישואין אלה קיימת מכוח עקרונות אחרים בדין האזרחי – עקרונות חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו – המקנים לכל אדם בישראל זכות לקיום מינימלי בכבוד. הוא זכאי למזונות אלה כשקיים חשש שבלעדיהם יסבול מחרפת רעב ומחסור.⁹⁸ אפשרות זו קיימת נוסף על האפשרות להקנות לאישה לא יהודייה שנישאה ליהודי מזונות בערכאה האזרחית – דיני החוזים: עקרון תום הלב. בפועל שני המקורות האזרחיים הללו למזונות הם חלופה להיעדר חיוב מזונות על פי עקרונות הדין הדתי היהודי של החייב במזונות בנישואין הללו. כשאין זכויות למזונות על פי עקרונות הדין האישי, מוקנים מזונות מכוח חיובים שיריים שאין משתמשים בהם כאשר הדין האישי נותן לאישה מזונות בהיקף ראוי והוגן על פי הנסיבות. עם זאת הענקת מזונות אזרחיים כשאין מזונות על פי דיני הסטטוס אינה עולה בקנה אחד עם כוונת המחוקק לכתחילה, שבנוגע למזונות אישה יחולו עקרונות הדין האישי החל בעניינה, גם כאשר משמעות החלתם היא פטור של הבעל מחיובו לזון את האישה.⁹⁹

בהשראת המגמה הניכרת בפסקי הדין של השופט ברק, כמה משופטי הערכאות הנמוכות אימצו בעשור האחרון דפוס פעולה אקטיביסטי, המקנה לאישה הנשואה ליהודי בנישואי תערוכת אזרחיים מזונות "אזרחיים". הפסיקה נעזרת בתחליפים הללו למזונות מכוח עקרונות הדין האישי, שמצמיחים זכויות אלטרנטיביות לאלו הקיימות על פי דיני הסטטוס, שהמחוקק, שקבע שיחולו הוראות הדין האישי, קבע לכתחילה שלא יהיו קיימות כלל. למשל, בנוגע למזונות של יהודי וחסרת דת שנישאו בנישואין אזרחיים מחוץ לגבולות ישראל קבע שופט בית המשפט לענייני משפחה, השופט שוחט, שזכות האישה לקבל מזונות מבעלה נשללת על פי ההסדר שקבע המחוקק, כיוון ש"דינו האישי הדין העברי [...] על פי דין זה אין הבעל היהודי חייב במזונות אשתו שאינה יהודיה". עם זאת לאור התקדים המנחה בעניין נישואין אזרחיים בהתכתבות, "נישואי פאראגוואי"¹⁰⁰, שבו בית המשפט, לשיטתו: "ראה לנכון [...] להעמיד לרשות בן הזוג הזכאי למזונות, האישה באותו מקרה, את דרך החוזה כמפלט מדרך הסטטוס הנוקשה", קבע השופט:

97 ראו: פסק דינו של השופט ברק בפס"ד פלונית (לעיל, הערה 4).

98 ראו: פס"ד סולומון (לעיל, הערה 67); בע"מ 5137/07 פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו).

99 ראו: סעיף 2 לחוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות), תשי"ט-1959, ס"ח 72. ראו גם: ע"א 596/89 חקק נ' חקק, פ"ד מה(4) 749.

100 ראו: השופט ברק בפס"ד פלונית (לעיל, הערה 4).

"תוצאה זו, הנובעת כל כולה משום הפעלתו של הדין האישי בענייננו, אינה ראויה. הנתבע נישא לתובעת שלא על פי דינו האישי. הוא נישא לה בנישואין אזרחיים. מעצם העובדה שהוא נישא לה הוא הסכים ליטול על עצמו, כפי שגם היא הסכימה ליטול על עצמה, את המחויבויות הנובעות ממעמד הנישואין. החובה של בני זוג נשואים לתמוך אחד ברעהו הינה חלק מההוויה של מסגרת הנישואין. אין זה יאה ואין זה נאה לנתבע להיאחז בדינו האישי, ממנו התעלם עת נישא לאישה, ולבקש לפטור אותו ממזונותיה מטעם זה".¹⁰¹ אמנם השופט ברק סייג את קביעתו החדשה בפסק דין פלונית¹⁰² וקבע: "אין דבר בפסק דיני זה שיש בו לבסס טענה בדבר 'מזונות אזרחיים' החלים על בני זוג יהודיים, תושבי הארץ ואזרחיה, אשר נישאו כדת משה וישראל בישראל (או שהם ספק נשואים)", אולם שופט בית המשפט לענייני משפחה השופט שוחט קבע שסייג זה אינו חל כאשר אלו "נישואין של בני זוג מעורבים שאחד מהם (הבעל בענייננו) יהודי, אשר נישאו בנישואין אזרחיים בחו"ל [...] יהיה זה נכון וצודק שלא לדחות את תביעתה של האישה למזונות על אף הטענה, הנכונה משפטית, שאין היא זכאית למזונות משום שהדין האישי של הנתבע, הדין העברי, שולל ממנה את זכותה זו. יהא זה צודק ונכון לבחון את זכותה מכוח דיני החוזים הכלליים".¹⁰³

ההכרעה לאור עקרונות הצדק והשוויון מנקודת המבט של הערכאה האזרחית ניכרת גם במקרה שבו אישה חסרת דת נישאה בנישואין אזרחיים מחוץ לגבולות ישראל לבעל יהודי, ובני הזוג חיו בישראל וחלו עליהם דיני מזונות אישה בחקיקה הישראלית,¹⁰⁴ ולכן האישה לא הייתה זכאית למזונות על פי החקיקה הקיימת:¹⁰⁵ "על פי הדין העברי, שאיננו מזכה במזונות כשהצדדים נשואים בנישואי תערוכת". בנסיבות אלה קבעה שופטת בית המשפט לענייני משפחה השופטת ורדה בן שחר: "מצב זה הופך בסיטואציות רבות לבלתי נסבל ובית המשפט העליון שנדרש לסוגיה [זו] מצא את [ה]מקור לחיוב במזונות במקרים מסוג זה בזכויות היסוד ובדיני החוזים".¹⁰⁶ כשאינן חיובים הנובעים מן הנישואין, השרירים והקיימים על פי דיני הסטטוס לדעת המחוקק בישראל, "דיני המשפחה האזרחיים" הם תחליף הולם גם לדעת שופטים אחרים בבית המשפט לענייני משפחה שדנו במזונות אישה שנישאה בנישואין אזרחיים מחוץ לגבולות ישראל שהם נישואי תערוכת. הם היו מודעים לעובדה שעל פי הדין האישי של החייב במזונות במשפט העברי הגבר אינו חייב במזונות בנישואי תערוכת. אך עם זאת הם

101 השופט שאול שוחט, בתמ"ש (ת"א) 88463/98 ר.א. נ' ר.א. (פורסם בנבו).

102 ראו: לעיל, הערה 4.

103 ראו: לעיל, הערה 100.

104 ראו: סעיף 17 לחוק לתיקון דיני המשפחה (לעיל, הערה 99).

105 שם, בסעיף 2.

106 השופטת ד"ר ורדה בן שחר, בבית המשפט לענייני משפחה בראשון לציון, בתמ"ש (ראשון לציון) 28592/08 ו.ק. נ' י.ק. (פורסם בנבו).

יישמו את דיני החוזים בסוגיה זו והעניקו לאישה מזונות מכוח תחולת עקרון תום הלב.¹⁰⁷

נפקות זו של נישואי תערובת במישור מזונות האישה היא עדות למגמה של החקיקה השיפוטית של הפסיקה בהקשר זה. ההסתמכות לכאורה על הרישום והסטיסטיקה והקביעה שהעמדה בנוגע למעמד נישואי תערובת בישראל היא אמרת אגב הן למעשה מסווה. פעולה זו מעמעמת את המעמד ההולך ומתהווה בהדרגה של נשואים בנישואי תערובת, שהוא פועל יוצא של החקיקה השיפוטית. ראוי שגם בסוגיית מעמד נישואין אזרחיים שהם נישואי תערובת בישראל, אשר שנויה במחלוקת, ההסדר שייקבע יהיה כולל ומקיף בחקיקה שהיא מלאכת מחשבת.

2.2 נישואין אזרחיים של בני זוג מאותו המין

המגמה של קידום תפיסת העולם של הערכאה האזרחית, החפצה להקנות תוקף לנישואין אזרחיים מחוץ לגבולות ישראל מחד גיסא ומגמה הפוכה של מיתון תהליך זה באמצעות המסווה של העמימות הנורמטיבית של הרישום מאידך גיסא, ניכרת גם בנוגע להכרה בסטטוס חדש: הזוגיות של בני זוג מאותו מין.

תחילה קבע השופט ברק שראוי שהכרה זו תיעשה על ידי המחוקק ולא על ידי בית המשפט.¹⁰⁸ לאחר מכן, בדעת הרוב בפס"ד בן ארי, המושתתת על העמימות הקיימת בפס"ד פונק שלזינגר, ניכרת מגמה של קידום מעמד זוגיות זו באופן מתון, באמצעות שימוש ברישום ובסטיסטיקה בנוגע למעמד בני זוג מאותו המין שנישאו בנישואין אזרחיים מחוץ לגבולות ישראל. כך בית המשפט העליון לא היה צריך להצהיר בריש גלי שהוא מעניק לבני זוג מאותו המין זכויות מעין אלה המוקנות לבני זוג הנשואים בישראל בנישואין דתיים. הוא אפשר רישום נישואין אזרחיים של בני זוג מאותו מין במרשם כיוון שהנישואין שרירים וקיימים על פי חוקי המדינה שבה נערכו. לאור פסק הדין בעניין פונק שלזינגר, שקבע הלכה בנוגע לאיש ואישה שבאו בברית הנישואין האזרחיים, פסק

107 ראו: השופט איתי כץ, בתמ"ש (י-ם) 13270/06 ט' ל' ואח' נ' ט' ז' (פורסם בנבו) בעקבות הפסיקה בפסק דינו של השופט שאול שוחט בתמ"ש (ת"א) 88463/98 ר.א. נ' ר.א. (פורסם בנבו).

108 ראו: ע"א 10280/01 ירוס-חקק נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נט(5) 64, שם הסתמך השופט ברק על עמדתו בספרו שופט בחברה דמוקרטית (תשנ"ד) בעמ' 470: "ככלל, שופט אינו צריך להיות נושא דגל של הסכמות חברתיות חדשות. עליו לתת ביטוי לערכי יסוד המוכרים בחברתו ולא ליצור אותם". אף השופט מצא כתב בהקשר זה, באותו פסק דין: "יש מקרים – ואלה, אמנם, נדירים – שבהם ראוי לבית המשפט להדיר את עצמו מן ההכרעה בסוגיה שהונחה לפניו ואשר בשל אופייה מן הראוי להניחה למחוקק. כך מתחייב, בין היתר, מעקרון הפרדת הרשויות, הנמנה עם ערכי שיטתנו הדמוקרטית". על מדיניותו המורכבת של בית המשפט העליון בפסק דין זה ראו גם: עמרי גולדשטיין, ורד שפילמן, "אמא יש רק אחת? – בעקבות 10280/01 ירוס-חקק נ' היועץ המשפטי לממשלה", הארת דין ב(2) (תשס"ה) 92.

הנשיא ברק שכיוון שבני הזוג מאותו המין שעתרו במקרה זה, שנישאו בקנדה, הראו לפקיד המרשם תעודה ציבורית תקפה שלפיה הם נישאו איש לרעהו, הוא היה צריך לרשום אותם כנשואים.¹⁰⁹ כדי לא להרחיק לכת יתר על המידה בחקיקה השיפוטית הסמויה סייג השופט ברק קביעה זו והדגיש כי אינו מכריע בסוגיה העקרונית של תוקפם ומעמדם של נישואין של בני זוג מאותו המין בישראל.¹¹⁰ הנשיא ברק זרע את הזרע שינבוט בעתיד ויקנה זכויות לבני זוג מאותו המין.

השופט רובינשטיין חלק בפסק דינו בפרשה זו, פס"ד בן ארי, על עמדת הרוב, שבאה לידי ביטוי כאמור בפסק דינו של השופט ברק והמושתתת על העיקרון שנקבע בעניין פונק שלזינגר, שלפיו הרישום אינו בבחינת הכרה בתוקף הנישואין. הוא הדגיש שמשמעות הרישום משתרעת מעבר לאיסוף נתונים סטטיסטיים גרדא. מכלל הרישום הוא הצהרה בנוגע למעמד האישי של הנרשמים, הן כלפי הרשויות השונות במדינה, הן לצורך קבלת זכויות שונות של אנשים נשואים¹¹¹ והן במצג שהרישום יוצר בציבור הרחב, שאינו בקי ורגיל בדקויות משפטיות ואינו מבחין בנקל בין רישום הנישואין לתוקף הנישואין.¹¹² בית המשפט העליון יצר יש מאין בחקיקה שיפוטית. בפועל הכיר בתוצאות נישואין אלה, הנובעות מן הרישום במישור האזרחי, ובאופן עקיף גם פתח פתח להכרה בתוקף הנישואין.

הענקת הזכויות לבני הזוג מאותו המין ניכרת לעתים בערכאות שיפוט נמוכות יותר, בין היתר בעקבות המסר הסמוי בפס"ד בן ארי. אחד משופטי בית המשפט לענייני משפחה לא פעל ברוח ההסדר השלילי של המחוקק ואישר הסכם ממון בין בני זוג מאותו מין.¹¹³ כמו כן עמדת בית המשפט העליון בפס"ד בן ארי הייתה הכוונה לשופט אחר

109 ראו: פסקה 21 לפסק דינו של ברק בפס"ד בן ארי (לעיל, הערה 4).

110 ראו: שם, פסקה 22.

111 בנוגע לקבלת הזכויות הנובעות מן המרשם של יהודי ומעמד הרישום בהקשר זה מבחינה מדינית וחברתית ראו גם: דעת השופטים לנדוי ואגרנט בבג"ץ 58/68 בנימין שליט נ' שר הפנים, פ"ד כג(2) 477, 526.

112 ראו פס"ד בן ארי (לעיל, הערה 4): "הלכת פונק שלזינגר קיבעה לכאורה בתודעה ה'משפטנית' את הרעיון כי מרשם האוכלוסין הוא אך כלי סטטיסטי. אשוב ואומר כי לא היא; מרשם האוכלוסין הוא 'שער הכניסה' למציאות משפטית ישראלית. אל מול בני זוג המציגים תעודה ישראלית שבה רשומים הם כנשואים אין אדם מן היישוב יודע לדקדק עד דק ולהבחין הבחנות עדינות האם מדובר ברישום גרידא או בהכרה בסטאטוס". ראו גם: זאב פלק, "רישום נישואין בספר התושבים", הפרקליט יט (תשל"ג) 199; מנחם שאוה, הדין האישי בישראל (כרך א, תשס"א) בעמ' 587.

113 ראו ביקורתו של השופט יהודה גרניט בתמ"ש (ת"א) 6960/03 ק' צ' נ' מדינת ישראל-היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו): פסקה 22: "...בא-כוח היועץ המשפטי לממשלה אוטם את עיניו ואת אוזניו למציאות המתרחשת כיום בישראל ובעולם המערבי כולו-מציאות ההולכת ומתרחבת, של חיי משפחה המתקיימים בין זוגות חד מיניים, החיים יחד במשק בית משותף". בהמשך, בפסקה 24: "ושוב, עולה התמיהה מדוע היועץ המשפטי נלחם

בבית המשפט לענייני משפחה. מרישומם של בני זוג מאותו המין שנישאו מחוץ לגבולות ישראל כנשואים הסיק שופט זה שקיימת בפסיקה גישה שוויונית, המשווה את מעמדם של בני זוג מאותו המין למעמד בני זוג שיצרו קשר אחר של זוגיות. לשיטתו, על פי זה צריך לאשר הסכם ממון בין בני זוג מאותו המין.¹¹⁴ עם זאת בקרב שופטי בית המשפט לענייני משפחה הייתה נטושה מחלוקת בנוגע למעמד זוגיותם של בני זוג מאותו המין, ואלו שסירבו לאשר הסכם לחיים משותפים בין בני זוג מאותו המין ציינו שהמחוקק לא רצה לקבוע שאף בן זוג מאותו המין הוא "בן משפחה".¹¹⁵

כיוון שקיים פער בין עמדות שופטים שונים, ובחקיקה קיים הסדר שלילי, קיימת עמימות בנוגע למעמדם של בני זוג מאותו מין. היא באה לידי ביטוי גם כשמדובר בזכויות בירושה. זכויות משמעותיות בעיזבון המנוח הוענקו ל"בן זוגו ובת זוגו הנשוי לו או לה".¹¹⁶ כמו כן המחוקק בישראל העניק זכויות ל"איש ואישה" שהם ידועים בציבור, שמעמדם הושווה למעמד בני זוג נשואים.¹¹⁷ בית המשפט המחוזי בנצרת קבע שאף בנוגע לזוגות מאותו מין – שהם "איש ואיש" או "אישה ואישה" – חל ההסדר המשפטי בנוגע לידועים בציבור.¹¹⁸ לא הוגש ערעור לבית המשפט העליון על פסק דין זה. המסר של בית המשפט העליון בהקשר אחר היה: "המשפט בישראל בעניינה של הקהילה הגאה וחבריה משקף את השינויים והתמורות שחלו במרוצת השנים בחברה הישראלית", "...קיימת הסכמה רחבה כי אין להצר צעדיהם של חברי הקהילה הגאה או להפלותם לרעה", "ההתייחסות לחברי הקהילה הגאה היא אחד המדדים להיותה של מדינת ישראל מדינה ליברלית-דמוקרטית, להבדיל מהמצב ברוכן – ככולן של מדינות המזרח – התיכון הקרובות והרחוקות, בהן נרדפים חברי הקהילה הגאה, הן על-ידי השלטונות והן על-ידי

באופן כה חד-צדדי את מלחמתם של בעלי האידאולוגיות השמרניות, ואיננו נלחם את מלחמתם של המופלים לרעה, כדי למנוע את ההפליה, כמו הזוגות החד מיניים".

114 ראו: פסק דינו של השופט פאול שטרק בתמ"ש (ת"א) 47720/06 מ.ש.א. נ' (פורסם בנבו). אף בנוגע למזונות הכיר השופט פאול שטרק בזכות בן או בת הזוג מאותו המין וזאת לאור קיומו של הסכם מכללא: "היום מערכת היחסים בין בני זוג, גבר ואישה או כל סוג אחר, לרבות זוגות חד מיניים, מקימה לכאורה מערכת של הסכמה והתחייבות. בלשון אחרת, החיים המשותפים הם שיוצרים הסכם ועילה לטענת מזונות בת זוג מכוון דיני החוזים, קרי החובה לא להזניח את בת הזוג" – תמ"ש (ת"א) 28593/06 ד.ה. נ' ט.א. (פורסם בנבו).

115 זו דעת השופט גייפמן בתמ"ש (ת"א) 16610/04 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו), מיום 8.5.2005. קריאה דווקנית של הביטוי "בן משפחה" הובילה גם את השופטים שטופמן ושנהב, שפסקי הדין שלהם נזכרים שם, למסקנה שאינם מוסמכים לאשר הסכמים בין בני זוג מאותו המין. השופטת ריש-רוטשילד, שפסק דינה נזכר שם, סברה כשופט גרניט, ששופט בית משפט לענייני משפחה מוסמך לאשר הסכמים אלו.

116 בסעיף 11 לחוק הירושה, תשכ"ה-1965, ס"ח 63

117 שם, בסעיף 55.

118 ע"א (נצ') 3245/03 ירושת המנוח ש.ר. נ' היועץ המשפטי לממשלה במשרד האפוטרופוס הכללי (פורסם בנבו).

החברה".¹¹⁹ אף על פי כן בהיעדר הכרעה ברורה בחוק – ועקב לשונו של המחוקק "איש ואישה" – מעמד בני זוג מאותו מין בנוגע לירושה נותר עמום. שופט בית משפט השלום לא ראה בהחלטת בית המשפט המחוזי בנצרת תקדים מנחה והסביר שלשיתו אי אפשר "למתוח את הפרשנות הלשונית של הביטוי 'איש ואישה' לעבר הפרשנות שהכוונה היא גם לבני-זוג בני אותו מין".¹²⁰

עמדת מדינת ישראל בנוגע לחקיקה המסדירה את מעמדם של בני זוג מאותו המין מסויגת, ואין מגמה של הענקת סטטוס של נשואים לבני זוג מאותו מין החפצים לאמץ ילד או שנישאו מחוץ לגבולות ישראל.¹²¹ בענייני נישואין בישראל חל כאמור הדין הדתי של העדות הנוגעות בדבר והוא אינו מכיר באפשרות של נישואין בין בני זוג מאותו המין. הסוגיה של תוקף הנישואין הללו ותוצאותיהם המשפטיות שנויה במחלוקת בחברה בישראל ובמדינות רבות בעולם. לעומת מדינות מסוימות בעולם שאפשרו בשנים האחרונות נישואין בין בני זוג מאותו המין, המחוקק בישראל נקט מדיניות של הסדר שלילי ונמנע מלהסדיר את הסוגיה הרגישה של מעמד בני הזוג מאותו מין. הצעות חוק שונות שבהן הוצע שישווה מעמד ידועים בציבור ובני זוג מאותו מין בישראל נדחו. היועץ המשפטי לממשלה לא תמך בהענקת סטטוס חדש לבני זוג מאותו המין והתנגד גם להענקת זכויות ממוניות ביחסים שבין בני זוג מאותו מין לבין עצמם.

כאשר מתחולל שינוי בתחום זה, הוא קורם עור וגידים בחקיקה שיפוטית, ובעניין זה בולט הפער בין עמדת הפסיקה לעמדת המחוקק בישראל בסוגיה זו. החקיקה השיפוטית יצרה בפועל זכויות ומעמד לבני זוג מאותו מין. בסופו של דבר מדובר יותר על סמלים במדינה יהודית ודמוקרטית ופחות על מהות, מפני שעקב בצד אגודל מסתמנת המגמה

119 השופט עמית בעע"מ 343/09 הבית הפתוח בירושלים לגאווה וסובלנות נ' עיריית ירושלים (פורסם בנבו).

120 ת"ע (ב"ש) 1320/08 פלוני נ' הרשם לענייני ירושה (פורסם בנבו), בבית משפט השלום בבאר שבע. שם הסביר השופט: "...אפשר שהציבור טולרנטי כיום יותר לגבי מציאות של בני-זוג חד-מיניים, מכפי שהיה עת שהחוק נחקק ב-1965. אבל האם באמת ניתן לומר שמציאות זו משקפת את הערכים והנורמות המקובלים בחברה? דעתי היא, שפרשנות לגיטימית של הביטוי 'איש ואישה' מאפשרת רק מסקנה אחת: זכר ונקבה. כל פרשנות אחרת נראית בעיניי מאולצת, גם אם היא באה לשרת מטרה של קידום ערכים של ליברליות ופתיחות חברתית".

121 בהחלטת בית המשפט העליון בדנג"ץ 4252/00 שר הפנים נ' ברנר-קדיש (פורסם בנבו), מיום כ"ה באדר א' התשס"ח (2.3.2008), נזכרת עמדת מדינת ישראל: "פסק-הדין המקורי נשוא הדיון הנוסף (בג"ץ 1779/99 ברנר-קדיש נ' שר הפנים, פ"ד נד(2) 368 (2000)) יחול רק על סוגי מקרים הדומים לאלה שנדונו במסגרתו. המדינה מבקשת להבהיר כי לגישתה פסק-הדין המקורי חל רק לעניין המרשם, וכי הסכמתה למחיקת העתירה מסתמכת על נוהלי המרשם כפי שהיו מקובלים על המדינה במועד פסק הדין המקורי". ראו גם: הגדרת המחוקק ל"מקרים מיוחדים", שיכולים להתיר את קשר הנישואין שלהם בערכאה האזרחית, שאינה כוללת בני זוג מאותו מין: סעיף 1(א) לחוק שיפוט בענייני התרת נישואין (מקרים מיוחדים וסמכות בינלאומית), תשכ"ט-1969, ס"ח 248.

הכללית של הפסיקה להעניק זכויות לבני זוג מאותו מין, מעין אלה המוקנות לנשואים או לידועים בציבור. בתחום זה האיזון בין הרשות השופטת למחוקקת אינו רצוי. ייתכן שהמגמה הנוכחית תוביל בסופו של דבר להשוואת מעמדם של בני זוג מאותו מין וידועים בציבור בישראל בחקיקה שיפוטית. רצוי שתהליך זה לא ייעשה ללא דיון ציבורי וללא הסכמה. משא ומתן בין הפלגים השונים של החברה בישראל המיוצגים בבית המחוקקים יכול להניב תוצאה מוסכמת יחסית בתחום זה. הפער בין עמדת הפסיקה לחקיקה בהקשר זה יוצר חוסר ודאות, וראוי שבמידת האפשר יהיו במשפט כללים אחידים שהם פועל יוצא של אמנה חברתית מוסכמת. אמנם בסוגיה זו נטושה מחלוקת חריפה בחברה ובמשפט בישראל, ולא בנקל יהיה אפשר להגיע למתווה מוסכמת בבית המחוקקים בנוגע למעמד בני זוג מאותו מין בישראל. אולם עם זאת ייתכן שפתרון יצירתי אפשרי. מכיוון שסוגיה זו שנויה במחלוקת, וספק אם תהא הסכמה להעניק לבני זוג מאותו מין מעמד של נשואים או ידועים בציבור בישראל, ייתכן שמסגרת אחרת – כגון "שותפות רשומה", הקיימת בכמה מדינות בעולם, או "ברית הזוגיות" – תהיה בסופו של דבר המסגרת המוסכמת בחקיקה בישראל.

3. מסטטוס לחוזה

לעתים דיני החוזים מסייעים לערכאה האזרחית לחולל את המהפך ה"אזרחי" שהיא מייחלת לו. בין היתר בעקבות המעבר מסטטוס לחוזה חל שינוי בהגדרה ובמאפיינים של הזכויות המשפטיות בדיני משפחה ובהיקף זכויות אלה. בדיני חוזים הפער בין הלכי רוח הרווחים בחברה לבין הנורמה הנוצרת על ידי הצדדים לחוזה וקיימת בעולם המשפט קטן מזה הקיים בין העיקרון בדין האישי הדתי הנוהג לעתים בדיני משפחה לבין הלכי רוח עכשוויים במדינות המערב. זאת מפני שבדיני החוזים הנורמה היא פועל יוצא של הסכמת הצדדים, והם שותפים יותר לעיצובה. כשהנורמה הקיימת מושתתת על דיני הסטטוס קיימת סבירות גבוהה יותר שיהיה פער בין נורמה זו לבין הלכי רוח עכשוויים בחברה, מפני שבדינים אלה באים לידי ביטוי, ומתחייבים, שיקולים שהם תולדת אידאולוגיה והשקפת עולם של מחוקק דתי, שיסודם ושורשם בעבר הרחוק. לאור מאפיינים אלה של דיני החוזים אימוץ דיני החוזים אפשר לעתים לבית המשפט לחולל שינוי במציאות שבה מחוקק ישראלי אימץ לעתים נורמות דתיות שרווחו בעבר ושאינן מקובלות בציבור שאינו דתי בזמננו. כשהמדינה איננה מאפשרת נישואין או איננה מכירה בתוצאות המשפטיות של זוגיות שנויה במחלוקת – כגון בקשר של נישואין אזרחיים בין כוהן וגרושה או של ידועים בציבור – דיני החוזים יכולים להיות חלופה שתאפשר הענקת זכויות לבני הזוג. אמנם לא כל קשר זוגי שנוי במחלוקת שהצדדים חפצים בו שריר וקיים בזמננו, ולעתים נותרת מעורבות רשויות השלטון, המגבילות את כושר

הנישואין, אולם במדינות בעולם המערבי שבהן אין נישואין במתכונת המקובלת בישראל, העילות להתערבות המדינה ברצון הצדדים החפצים לבוא בברית הנישואין מצומצמות יותר.¹²² דיני החוזים נבחנים בבית המשפט האזרחי באספקלריה של תקנת הציבור הנוכחית של רוב האוכלוסייה בישראל. בחינה כאמור מאפשרת סגירת פערים בין השקפות העולם הרווחות בקרב רוב האוכלוסייה בישראל לעת הזאת, כגון זו המאפשרת הכרה רק במגבלות באשר לכושר להינשא, שמוסכם בציבור כעת שהן צריכות לחול, לבין הדין הדתי הנוהג בדיני הנישואין בישראל. למעשה, במשך שנים רבות הורחבו התחום האזרחי והזכויות במישור האזרחי בדיני המשפחה בישראל באמצעות חקיקה שיפוטית, המושתתת על המעבר מסטטוס לחוזה.¹²³

בתחום המוגדר כ"ענייני נישואין" מסורה סמכות שיפוט ייחודית בנוגע ליהודים לבית הדין הרבני,¹²⁴ המחיל את עקרונות הדין העברי.¹²⁵ פרשנות הפסיקה האזרחית בהקשר זה מגמתית, ומטרתה הרחבת תחולת העקרונות האזרחיים וצמצום תחולת העקרונות הדתיים. כאמור, במדיניות המחוקק, שהעניק בתחום זה סמכות שיפוט ייחודית לבתי דין דתיים המחילים בדרך כלל דין דתי, קיימת בעייתיות מנקודת המבט האזרחית משום שהתוצאות המשפטיות החלות על המתדיינים בתחום זה נקבעות על ידי דין ודיין דתיים. ההסדרים בדין הדתי מבטאים תפיסת עולם ישנה יותר בענייני משפחה, ובין היתר עלולים לגרוע מזכויות בן הזוג ה"חלש" יותר כלכלית. כמו כן אופי הדין וזהותו הדתית של הדיין נקבעים על פי השתייכות המתדיינים לעדה דתית מסוימת, ועל כן אין דין אחיד לכל רובדי האוכלוסייה. כדי לחמוק מן הצורך להחיל את הדין הדתי בתחום זה, סיווגה הפסיקה עניינים שיכלו להיות, על פי סיווג אפשרי אחר, "דיני

122 בזמננו רווחות בחברה עילות המגבילות כושר להינשא כגון מגבלות גיל, רמה מינימלית של בריאות נפשית וגופנית, איסור על נישואין בתוך המשפחה, איסור ביגמיה, ובחלק מן המדינות גם איסור על נישואין חד-מיניים. אף בגירושין נותרו לעתים מגבלות, כגון מגבלות שעניינן מידת האשם של כל אחד מן הצדדים שגרם לפירוק ברית הנישואין.

123 בנוגע למגמה של מעבר מסטטוס לחוזה המאפיינת את דיני הזוגיות בזמננו ומנוגדת למגמה בתחומים אחרים, כגון התחום המסחרי, של נסיגה מן המודל החוזי הטהור וחזרה למודל של דיני הסטטוס, ראו: שחר ליפשיץ, הסדרה חוזית של יחסים זוגיים במשפט האזרחי (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור למשפטים, ירושלים, תשס"ב) בעמ' 263. המעבר מסטטוס לחוזה אינו נחוץ לדעת הערכאה האזרחית בנסיבות מסוימות. לעתים משיג בית המשפט את מטרתו – ההגנה על הצד החלש מבחינה כלכלית – באמצעות החלת עקרונות דיני הסטטוס ככתבם ולשונם. עמד על מגמה זו השופט עמית, בע"מ (חי') 740/08 פלוני נ' פלונית, פסקה 6 (פורסם בנבו): "החייב במזונות אישה, הוא הדרך הרגילה בה מגן בית המשפט ובית הדין הרבני על האישה, כצד חלש מבחינה כלכלית. מטעם זה, אנו מוצאים כי גם במקרים בהם אין מחלוקת שנישואי בני הזוג הגיעו לקיצם, בית הדין נמנע מלהורות על חיוב בגט, מתוך רצון להבטיח את האישה מבחינה כלכלית. שהרי כל עוד אין חיוב בגט, הבעל חייב במזונות אשתו, אלא אם הוא פטור מכך על פי הדין האישי".

124 סעיף 1 לחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג-1953, ס"ח 134.

125 שם, סעיף 2.

נישואין", כדיני חוזים. בדרך זו ניסתה הפסיקה למנוע החלת סמכות הערכאה הדתית והעקרונות הדתיים על מתדיינים.

בין היתר קבעה הפסיקה בישראל לפני שנים רבות שתביעה בגין הפרת הבטחת נישואין אינה "ענייני נישואין", וחלים לגביה דיני החוזים, כיוון שעניינה הוא השלב הקודם לרגע שבו באו בני הזוג בברית הנישואין, והיא אינה משפיעה על סטטוס הצדדים הנוגעים בדבר.¹²⁶ המשך למגמה זו והצהרה בנוגע למעמד דיני החוזים בענייני משפחה ניכרים בפסק דינו של השופט ברק בנוגע להפרת הבטחת נישואין, שבו קבע: "דיני החוזים בישראל אינם נעצרים על סף הבית המשפחתי. המשפט אינו שולל תוקף משפטי מחוזים (אף חוזים משתמעים) המבוססים על אדנים רגשיים, ונוצרים בנסיבות אינטימיות בינאישיות. כך, המשפט מכיר בחוזים הקובעים יחסי ממון בין צדדים; הוא מכיר בחוזה לשיתוף נכסים בין בני זוג; הוא מכיר בחוזה לעריכת נישואים אזרחיים מחוץ לישראל ובחובת המזונות שחווה זה עשוי להצמיח הכרה בתוקפם של חוזים מסוג זה,¹²⁷ לרבות הסכם להינשא, מבטיחה הגנה משפטית נאותה גם לנפגעים במעגל המשפחתי-האינטימי. גם הפרה של התחייבויות במרחב המשפחתי והזוגי גוררת עלויות ונזקים. אין הצדקה לחשוף מי מבני הזוג לנזקים הנובעים מהפרת ההתחייבות, מבלי שהמשפט יבוא לעזרתם. העלויות והנזקים אינם צריכים ליפול באופן אקראי על אחד הצדדים (בדרך כלל הצד החלש), כי אם לפי כללי האחריות החוזיים".¹²⁸

המעבר מסטטוס לחוזה, על כל השלכותיו, הוא פועל יוצא של חקיקה שיפוטית ונעשה ללא עיון ודיון בבית המחוקקים של מדינת ישראל. ראוי שגם בתחום זה יבוא לידי ביטוי האיזון הרצוי לדעת רוב הציבור בעניין זה בחקיקה שהיא דבר דבור על אופניו.

3.1 בן הזוג החלש יותר מבחינה כלכלית זכאי לקבל מזונות בעקבות המעבר מסטטוס לחוזה

השימוש בדיני החוזים מאפשר לעתים, מלבד הרחבת התחום האזרחי בדיני המשפחה, גם היווצרות יתר שוויון בין הגבר לאישה. המעבר מסטטוס לחוזה נובע גם מהשפעת מגמות חדשות בעולם המערבי, הרווחות בעשורים האחרונים ויוצרות יתר

126 ראו: ע"א 647/89 שיפברג נ' אבטליון, פ"ד מו(2) 169; ע"א 416/91 ממנ נ' טריקי, פ"ד מז(2) 652; פס"ד פלונית 2 (לעיל, הערה 73). ראו גם: פנחס שיפמן, דיני המשפחה בישראל (תשנ"ה) בעמ' 194. עם זאת הובהר שם שבית המשפט האזרחי, הדן לאור דיני החוזים, נעזר בהוראות הדין האישי של המתקשרים בחוזה זה כאשר יש לו יסוד להניח שכללי פרשנות חוזים מחייבים שימוש בדין זה לצורך התחקות על כוונת מנסחיו. למשל, שטר שידוכין המנוסח לפי דיני ישראל צריך לפרשו על פי הדין העברי מפני שזו הייתה כנראה כוונת הצדדים.

127 ההפניה בפסק הדין כאן לפס"ד פלונית (לעיל, הערה 4).

128 פס"ד פלונית 2 (לעיל, הערה 73).

שוויון בין בני המשפחה במישור הכלכלי. מגמות אלה מושתתות על ההנחה שהיכולת הכלכלית היא קנה המידה לחבות במזונות, ובן הזוג החלש יותר מבחינה כלכלית זכאי לקבל מזונות מבן הזוג החזק יותר. הפסיקה בישראל שואפת להשיג מטרה זו, בנפרד מתחולת עקרונות הדין האישי הדתי של בני זוג נשואים או בכד בכד עמה. היא הכירה בזכות בן הזוג או בת הזוג לקבל מזונות אזרחיים, בעיקר מכוח חוזה, וגם מכוח עקרונות חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו. כן נוצרו באמצעות חקיקה שיפוטית קריטריונים חדשים – "אזרחיים", שוויוניים יותר – בנוגע למזונות האישה.

תחילה הוכרה בפסיקה בישראל באופן גורף הזכות למזונות מכוח חוזה, במפורש או מכללא, רק בנוגע לידועה בציבור. הפסיקה לא הבחינה בין סוגים שונים של מקרים: ידועים בציבור שבחרו בדפוס זוגיות זה בגין העובדה שהם מנועי חיתון על פי ההלכה הנוהגת בישראל (למשל כוהן וגרושה), ידועים בציבור שחיים כך מפני שלא רצו לכבול עצמם במסגרת מחייבת לשיטתם של נישואין, ידועה בציבור שחיה עם גבר משום שהיא עדיין נשואה לאחר מאחר שלא ניתן לה גט, ידועים בציבור משיקולים כלכליים כגון אלמנות משרתים בצה"ל שאינן רוצות לפעול בדרך שתגרום להפסקת תשלום הקצבה מצה"ל, או ידועים בציבור אשר מצוקה מצפונית כגון רתיעה מטקס נישואין דתי מונעת מהם להינשא. בשלב זה העיקרון לא הוחל על בני זוג נשואים. באמצעות קונסטרוקציית חוזית ניסו לקדם שוויון וצדק ולוודא שלא ייפגעו זכויות בן הזוג החלש מבחינה כלכלית, בדרך כלל הידועה בציבור שנותרה ללא מפרנס אחרי חיים משותפים עם בן זוג שבהם תרמה את תרומתה למאמץ המשותף ולחיים משותפים: "אישה שנתנה לאיש פלוני את אונה ואת עונתה, את מעשי ידיה ואת אהבת לבה, שנשאה איתו בסבלו ועודדה אותו בצרתו – למה יגרע חלקה, לעניין אותן טובות ההנאה הסוציאליות למיניהן, אך באשר אין בידיה תעודת נישואין? המדינה שוקדת על מתן זכויות אלה לאלמנות, לא באשר נישאו לבעליהן כדת וכדין, אלא באשר שכלו את מפרנסיהן [...] זכויות שהמדינה מכירה בהן ודואגת למימושן [...] מותנות בכך שאמנם חיה האישה עם אותו איש תקופה ממושכת".¹²⁹

בשלב השני החילו דוקטרינות חוזיות גם כאשר לבני זוג נשואים. השופט ברק הניח שכאשר בן או בת הזוג החלשים יותר מבחינה כלכלית זקוקים לתמיכה כלכלית של בת או בן זוגם, עקרון תום הלב מחייב שהם יישאו בנטל המזונות. המדיניות החדשה אפשרה הגשמת מטרות מקובלות בערכאה האזרחית, כגון שוויון בין הגבר לאישה ושותפות כלכלית ביניהם. בפסק דינו של השופט ברק בפס"ד פלונית,¹³⁰ שהשפעתו ניכרת בפסיקת ערכאות השיפוט הדנות במזונות האישה בעשור האחרון, נדון מעמדם המשפטי של יהודי ויהודייה תושבי ישראל ואזרחיה שנישאו בהיותם בישראל בנישואי

129 ע"א 384/61 מדינת ישראל נ' פסלר, פ"ד טז 102, 109.

130 פס"ד פלונית (לעיל, הערה 4).

פאראגוואי" (=Paraguay), הנחשבים נישואין אזרחיים מחוץ לגבולות ישראל.¹³¹ השופט ברק הציע שתי הגדרות בנוגע לחובת הגבר לזון את האישה ולהיקף חובתו זו. במסלול הראשון סוגיית תוקף הנישואין – הנבדלת מסוגיית הדין החל בנוגע למזונות האישה – נבחנת לפי קנה המידה של כללי המשפט הבין-לאומי הפרטי. השאלה אם הנישואין תקפים אינה נדונה לאור עקרונות המשפט העברי. כללי המשפט הבין-לאומי הפרטי מאפשרים הכרה בנישואין כתקפים ללא כל ספק. בהמשך לקביעה זו סוגיית המזונות נבחנת לאור דיני הסטטוס, ובמקרה זה המשפט העברי. כך השיג השופט ברק את התוצאה הרצויה מנקודת מבטו: הענקת מזונות לאישה שנישאה בנישואין אזרחיים. הפתרון הוא באמצעות כללי המשפט הבין-לאומי הפרטי, המקנים הכרה בפועל לנישואין אזרחיים שנערכו מחוץ לישראל באופן תקף לפי חוקי המדינה שבה נערכו. עם זאת סוגיית תחולת כללים אלה בנוגע ליהודים בישראל אזרחי המדינה או תושביה אינה נקייה מספקות, ולמעשה בפסק דין פלוני נזכר פסק הדין של בית המשפט המחוזי בעניין זה, ובערכאות נמוכות יותר, לפני הדיון בבית המשפט העליון, דחה בית המשפט את תביעת המזונות של האישה וקבע שכיוון שהנישואים הם יהודי ויהודייה תושבי ישראל ואזרחיה, והנישואין שנערכו מחוץ לגבולות ישראל לא נערכו בטקס תקף ללא עוררין לפי עקרונות המשפט העברי, האישה אינה זכאית למזונות.

לכן השופט ברק בחר במסלול אחר, נקי מן הספקות הקיימים על פי עקרונות המשפט הבין-לאומי הפרטי, המאפשר לו להעניק מזונות לאישה שנישאה בנישואין אזרחיים. במסלול זה הדרך להענקת המזונות לנשואה בנישואין אזרחיים מושתתת על תחולת עקרונות המשפט האזרחי, ואין במסלול זה כל תחולה לעקרונות הדין האישי. כל הקריטריונים בנוגע לזכאות האישה למזונות נקבעים לאור דיני החוזים ולא לאור דיני הסטטוס. החידוש הוא החלת החיוב לשלם המזונות מכוח חוזה ביחס לבני זוג נשואים. הפתרון פשוט וחד-משמעי כאשר מניחים שנישואין אזרחיים יוצרים התחייבות חוזית מכללא, אשר מכוחה אפשר לזכות במזונות. כך בית המשפט מגן על האישה, שבדרך כלל היא הצד החלש יותר בנישואין מבחינה כלכלית.¹³² השופט ברק סבר שלא ראוי

131 נישואי פאראגוואי הם נישואין בהתכתבות של בני זוג שחתמו בישראל בפני עורך דין על ייפוי כוח הנשלח לפאראגוואי (Paraguay).

132 הניסיון לסייע לאישה שנישאה בנישואין אלה לאור ההנחה כי כך ראוי לעשות על פי שיקולי צדק והוגנות אינו חדש. בפס"ד סקורניק (לעיל, הערה 62) נזכר לראשונה העיקרון המקנה תוקף לנישואין אזרחיים שנערכו מחוץ לגבולות ישראל ומזכה את האישה הנשואה בנישואין אלה במזונות בערכאה האזרחית. בנוגע לתוקף הנישואין הוחל דין מקום עריכת הטקס. בשלב שני, בשל ההנחה שהנישואין תקפים, הוחל דין ישראל בנוגע למזונות: הדין האישי של החייב במזונות. לאור קונסטרוקציה זו בית המשפט פוסק מזונות לאישה יהודייה בערכאה האזרחית אף כאשר לאור עקרונות המשפט העברי היא אינה נשואה או ספק נשואה. היה אפשר למנוע חוסר התאמה זו – בין הדין החל בנוגע לתוקף הנישואין לבין הדין החל בנוגע למזונות – באמצעות קביעה שהדין הזר יחול גם בנוגע לתוצאות

שבשל תחולת דיני הסטטוס צדדים שהתחתנו בנישואין אזרחיים והסתמכו על המעמד המשפטי המוקנה לנישואים יגלו לפתע שמוחל עליהם דין הנעדר זכויות לצד החלש יותר מבחינה כלכלית שמקורן בחיובים הנובעים מן הנישואין, בדומה לדין החל בדיני הסטטוס בעניינם של אנשים שאינם נשואים. השופט ברק הניח שבישראל, לעת הזאת, כאשר בני זוג מתחתנים בנישואין אזרחיים נכרת ביניהם חוזה אשר מכוחו חייב הבעל לזון את אשתו. לדידו התחייבויות הצדדים בחוזה זה, כגון גובה המזונות ומשך תשלומם, ייקבעו על פי הנסיבות האישיות וייגזרו מדרישות היושר, שיקולי ההגינות ותחושת הצדק של החברה הישראלית. מזונות אלו, הנגזרים מעקרון תום הלב, הם אזרחיים ונועדו להבטיח את רמת חייו של בן הזוג וגם לאפשר את שיקומו לאחר הפרדה הפיזית בין הצדדים. ההגדרה והמאפיינים של ההתחייבות נקבעים לאור עקרונות כלליים במשפט בישראל, המצריכים הפעלת שיקול דעת שיפוטי בנוגע ליישומם, כגון שוויון, יחסים הוגנים ומשפט צדק בחברה. בשל קווי המחשבה של הצדדים, המושתתים על ההגינות והיושר, כשלאור הנסיבות ראוי שכן זוג אחד יתרום תרומה כלכלית לאחר באמצעות הענקת מזונות או בדרך אחרת, הצד החלש יותר מבחינה כלכלית זכאי לקבלה. החיובים בין בני הזוג אינם כחיובים "של עוברי אורח שתאונת דרכים הפגישה ביניהם. הם נובעים מן המגמה שלהם לחיות חיים משותפים".¹³³ אמנם שיקול דעת זה אינו בלתי מוגבל כיוון שהשופט ברק ניסה לקבוע מתווה נורמטיבי ברור בנוגע לתחולת דיני החוזים. לשיטתו כל אחד מבני הזוג צריך לפעול ביושר ובהגינות על פי קנה המידה הרווח בחברה כעת. עם זאת הקריטריון שאימץ הנשיא ברק – "תום לב" – הוא מושג שסתום, אשר יוצר עמימות וחוסר ודאות, מפני שיישומו מחייב הפעלת שיקול דעת רחב. יישום מושג זה במקרים המתאימים הוא פועל יוצא של הערכה של ערכאת שיפוט בנוגע לקיומן או היעדרן של נסיבות מתאימות.¹³⁴

כאמור, מקרה אחר שבו פסק השופט ברק בנוגע לתוקפם של נישואין אזרחיים לאור עקרונות המשפט בישראל הוא פסק דין שבו דן השופט ברק ביהודי ויהודייה אזרחי ישראל ותושביה הכשרים להתחתן כדת משה וישראל, אך בחרו להינשא מחוץ לישראל בטקס נישואין אזרחיים המוכר שם.¹³⁵ לשיטתו, סמכות השיפוט בעניינים הנכרכים בתביעת הגירושי, כגון מזונות האישה וחלוקת הרכוש, מסורה בידי הערכאה האזרחית

המשפטיות של הנישואין. ראו: יצחק אנגלרד, "מעמדו של הדין הדתי במשפט הישראלי", משפטים ו (תשל"ה-תשל"ו) 5, בעמ' 25.

133 השופט ברק בפס"ד פלונית (לעיל, הערה 4) בעמ' 233-234.
 134 לבית המשפט שיקול דעת רחב, כיוון שקנה המידה הנזכר בפס"ד פלונית (לעיל, הערה 4) בעמ' 215, הוא: "במקום שהאחד נזקק לתמיכתו של האחר – אם במזונות ואם באמצעים אחרים – הוא זכאי לקבל תמיכה זו"; ובעמ' 233: "דרישות היושר, שיקולי ההגינות ותחושת הצדק של החברה בישראל מובילים למסקנה שתחול חובה לתשלום מזונות".
 135 ראו: בג"ץ פלונית 1 (לעיל, הערה 3).

בלבד. לדעתו פיתוח הדין בעניינים הנכרכים בתביעת הגירושין כשהם נדונים בבית משפט אזרחי ייעשה לאור עקרונות הדין האזרחי. כשקבע השופט ברק מה יהא הדין האזרחי החל בנוגע לזכויות ההדדיות של בני הזוג שנישאו בנישואין אזרחיים, ציין שיחולו עקרונות "דיני המשפחה האזרחיים" אשר הוחלו על ידיו בפס"ד פלונית. לשיטתו, בית המשפט יפתח את המשפט בתחום זה כיוון שהדין שיחיל לדידו בית המשפט "כלפי פנים" אינו בשלב זה דבר דבור על אופניו אלא טעון פיתוח, הרחבה והבהרה מעבר לעקרונות הקיימים לעת הזאת: "יהא על בתי המשפט האזרחיים לפתח דיני משפחה אזרחיים אלה [...] המשפט האזרחי הישראלי כולל כלים משפטיים אשר בעזרתם ניתן לפתח דינים אלה. בראשם עומד המכשיר החוזי בכלל ועקרון תום הלב בפרט [...] תשלום המזונות 'האזרחיים' יבטיחו את רמת חייו של בן הזוג 'החלש' ויאפשרו את שיקומו לאחר הגירושין. חזקת שיתוף הנכסים – ככל שהיא חלה בנישואין כדת משה וישראל – תחול, כמובן, בהתאם לתנאיה, גם על מי שנישאו בנישואין אזרחיים ויהא בה – ובהוראות חוק יחסי ממון בין בני זוג, תשל"ג-1973¹³⁶ – כדי לתרום להגנת הצד החלש בחיי המשפחה, לקדם את השוויון בין בני הזוג ולהבטיח עצמאות כלכלית לאחר הגירושין". רצוי שהמחוקק יפתח את המשפט בתחום זה בהסדר כולל שהוא מלאכת מחשבת.

3.2 תחולת עקרונות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו

הסטייה מדיני הסטטוס, שאינם המקור היחיד למזונות אישה נשואה, החלה בפס"ד סולומון, כשהכירו בזכותה של אישה יהודייה שנישאה מחוץ לגבולות ישראל לגבר המשתייך לעדה דתית מוכרת, לקבל "מזונות אזרחיים". פסיקת מזונות בנסיבות שבהן לא היה ידוע מהו חיוב הבעל לאישה לפי עקרונות הדין האישי הרלוונטי והחלת עקרונות דין זה הייתה עלולה לגרום לשלילת מזונות או לקביעת סכום נמוך מאוד של מזונות, שהיא למעשה שלילת הזכות לתמיכה כלכלית מאדם נזקק שעלולה להמיט עליו חרפת רעב, או לגרום לו למצוקה כלכלית קשה. כנראה השופט שמגר סבר ש"רוח" עקרונות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו מחייבת פסיקה גם בנוגע למזונות, שתקדם את הכבוד והשוויון.¹³⁷ תולדת פרשנות לאור עקרונות חוק יסוד זה היא שהנורמות הקיימות בחקיקה המחילה בדיני המזונות דין אישי דתי נבחנות מנקודת מבט של ערכי מוסר

¹³⁶ ס"ח 712, תשל"ג (3.8.1973) בעמ' 267 (להלן – חוק יחסי ממון בין בני זוג).
¹³⁷ בחוק יסוד זה נשמרו הדינים שהיו בתוקף ערב תחילת תוקפו של חוק היסוד. בין היתר לא חל כל שינוי בהוראות החוק בנוגע למזונות האישה, היינו חל הדין האישי הדתי. עם זאת פרשנות הדין שנשמר היא ברוח עקרונות חוק היסוד. ראו: אהרן ברק, פרשנות במשפט (כרך שלישי: פרשנות חוקתית) בעמ' 562-563; דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589, בעמ' 652-655; ע"א 2281/06 אבן זוהר נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו); בג"ץ 1475/10 כהן נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו).

וחברה שאינם דתיים. כשקיימת סתירה בין עקרונות החוק שקדם לחקיקת חוק יסוד זה, אשר נשמרו בסעיף שמירת הדינים, כולל אלו שלעתים אינם מקנים מזונות לנזקק ולחלש מבחינה כלכלית, לבין קנה המידה הערכי והמוסרי הנובע מחוק היסוד, נוצר חיוב חדש – "מזונות אזרחיים" – שלא היה קיים ערב חקיקת חוק היסוד. תפיסת עולם זו מרוקנת מתוכן, לפחות במידה מסוימת, את קביעת המחוקק שלפיה עקרונות החקיקה שנחקקה בעבר נשמרו בסעיף שמירת הדינים.

היו שביקרו את המגמה שבאה לידי ביטוי בפס"ד סולומון וציינו שבמקרה זה קיימת חקיקה שיפוטית שמגמתה עומדת בסתירה לרצון המחוקק וכוונתו, ולשיטתם פעולה זו אינה עולה בקנה אחד עם עקרון שלטון החוק. אם בית המשפט העליון אינו מרוצה מן התוצאה של החלת עקרונות הדין האישי במקרה זה או אחר, הוא אינו יכול להסתמך על עקרונות אזרחיים, כגון עקרונות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ולשאוב מהם חובה לתשלום מזונות שאינה קיימת בעקרונות שקבע המחוקק בחקיקה ספציפית הנוגעת למזונות האישה.¹³⁸ במקרה זה נעשתה החלה של עקרונות דיני החוקה בישראל ביחסים בין פרט לפרט – החייב במזונות והזכאי לקבלם – שאינה נקיייה מספקות.¹³⁹ פעולה זו מאפשרת לבית המשפט האזרחי לסייע לאנשים הנפגעים, מנקודת המבט שלו, מהחלת עקרונות הדין האישי.¹⁴⁰

לעומת הדין האישי, שלפיו גבר נותן מזונות לאישה, הקריטריונים האזרחיים בנוגע למתן מזונות אלה, בדומה לקריטריונים בנוגע למזונות מכוח חוזה, הם שוויוניים. הצד החזק כלכלית תומך בצד החלש כלכלית. הן הגבר והן האישה עשויים להיות זכאים למזונות כאשר הם זקוקים לסיוע כלכלי, כדי להבטיח להם קיום מינימלי בכבוד. זו חקיקה שיפוטית, שמאפשרת לבית המשפט להקנות לאישה מזונות גם כאשר קיים פטור מתשלום מזונות לאישה בשל עקרונות הדין האישי, או כשלא הוכח לבית המשפט שקיימת זכות למזונות בשיעור מינימלי דרוש לאור עקרונות הדין הדתי, כפי שהיה בפס"ד סולומון. באקט של חקיקה שיפוטית מכוונת, באמרת אגב, אפשר השופט שמגר

138 ראו: מנשה שאוה, "טיבו ואופן הפעלתו של הדין האישי – הדתי במזונות בן הזוג", עיוני משפט כג (תש"ס) 775, בעמ' 787.

139 חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח תשנ"ב 150. חוק היסוד מטיל על רשויות השלטון חובה לא לפגוע בכבוד האדם. כמו כן קיימת בו חובה להגן על כבוד האדם, ולאור הדעה הרווחת היא כוללת גם זכות לשוויון.

140 השלב הבא של פסיקה על פי עקרונות חוקתיים היה בפסק דין של בית המשפט העליון שבו החילו בנוגע לחייב במזונות את עקרונות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ונקבע כי אין לגבות ממנו מעבר ליכולתו ולהפכו לאדם המתגורר בחוצות וסובל מחרפת רעב. בנסיבות מסוימות גם כבודו של אדם זה נפגע. ראו: רע"א 4905/98 גמזו נ' ישעיהו, פ"ד נה(3) 360, בעמ' 375-376: "כבודו של האדם כולל בחובו, כפי שראינו, הגנה על מינימום הקיום האנושי [...] אדם הרעב ללחם, הוא אדם שכבודו כאדם נפגע; אדם שאין לו גישה לטיפול רפואי אלמנטרי הוא אדם שכבודו כאדם נפגע; אדם הנאלץ לחיות בתנאים חומריים משפילים, הוא אדם שכבודו כאדם נפגע".

הושטת סעד לבן הזוג או לבת הזוג שאם יוחלו בעניינם דיני הסטטוס בעניין מזונות האישה ככתבם וכלשונם, משמעות תחולה זו מנקודת המבט של שופטים בערכאה האזרחית היא שלא שפר עליהם גורלם: "כאשר נוצרות נסיבות שבהן עלולה להישלל זכותו של בן-הזוג האחד לזכות בתמיכה הכלכלית הראויה מצד בן-הזוג השני למרות נזקקותו המוכחת, מצדיק היישום של עקרונות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שתוטל חובת מזונות [...] הפקרת בן-זוג למחסור ורעב היא בגדר פגיעה בכבוד האדם. בית-המשפט אינו יכול להחשות ולהימנע מהחלת מערכת כללים חקוקה [...] על-כן הייתי מיישם הוראותיו של החוק".¹⁴¹ בהקשר זה יש לציין כי הסייג של הנשיא ברק בפס"ד פלונית, שהעיקרון שקבע בנוגע למזונות אזרחיים לא חל בנישואין כדת משה וישראל, לא נזכר בנוגע לזכות לקבל מזונות בפס"ד סולומון.¹⁴²

בפועל אף המטרה של השגת שוויון אמתי בין זכאים למזונות מכוח דיני הסטטוס לבין זכאים למזונות מכוח עקרונות חוק היסוד איננה מתממשת במקרה זה: היקף חיוב המזונות בדין האישי הוא ברמה גבוהה, כגון הקריטריון "עולה עמו ואינה יורדת עמו" הנוהג בדין העברי, ואילו היקף החיוב במזונות מכוח עקרונות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו הוא מינימלי: קיום מינימלי בכבוד.¹⁴³ המחוקק יכול לעצב הסדר שוויוני יותר בתחום זה.

3.3 חוסר ודאות בגין היעדר קריטריונים חד-משמעיים ותחולת כמה חיובים בו-זמנית

כאמור, ניכרת מגמה בפסיקה האזרחית בישראל של קליטת תפיסות עולם רווחות בדיני משפחה במדינות בעולם המערבי. בין היתר ניכרת במדינות אלה מגמה של אימוץ המודל השיקומי בתחום המזונות, והיא באה לידי ביטוי גם בפסיקה בישראל. אחת מן התוצאות של תחולת עקרון תום הלב בדיני מזונות היא פסיקת "מזונות שיקומיים" לאישה נשואה אחרי פקיעת נישואיה בנסיבות המתאימות.¹⁴⁴ תחילה קבעו בפסיקה

141 פס"ד סולומון (לעיל, הערה 67).

142 אמנם היקף המזונות במקרה זה הוא מינימלי: מזונות המאפשרים קיום מינימלי בכבוד, אך הפסיקה האזרחית עשויה לעתים להרחיק לכת ולהקנות מזונות בשיעור גבוה מזה, המבטיח קיום מינימלי בכבוד לאור עקרונות אזרחיים, כגון אלה שנוכרו בפס"ד סולומון (שם). ראו: תמ"ש (ת"א) 62560/97 פלדמן נ' פלדמן (פורסם בנבו). השוו: תמ"ש (ת"א) 82070/99 סורג נ' מלול (פורסם בנבו).

143 ראו: מנשה שאוה (לעיל, הערה 137) בעמ' 787.

144 ראו: שחר ליפשיץ, הידועים בציבור בראי התאוריה האזרחית של דיני המשפחה (תשס"ה) בעמ' 173-166. על מזונות שיקומיים ראו: Joan M. Krauskopf, "Rehabilitative Alimony: Uses and Abuses of Limited Duration Alimony", 21 *Fam. L.Q.* 573 (1987-1988); Ann Laquer Estin, "Maintenance, Alimony, and the Rehabilitation of Family Care", 71 *N.C. L. Rev.* 721 (1993).

שהידוע בציבור יזון את הידועה בציבור בעת חייהם המשותפים לא רק כשנכרת הסכם מפורש אלא גם מכללא מכוח החיים המשותפים.¹⁴⁵ אבל כאשר הידוע והידועה בציבור נפרדים, אין היא זכאית לקבל מזונות ממנו. נדרש הסכם מפורש שיקנה לה זכות למזונות אחרי הפירוד.¹⁴⁶ עם זאת השופט ברק קבע לאחר מכן, באמרת אגב, שהיה מוכן להרהר אחרי ההלכה של בית המשפט העליון בעניין מזונות ידועה בציבור אחרי הפירוד. הוא נטה לדעה שקיים בסיס להענקת מזונות אלה לידועה בציבור אחרי הפירוד גם מכוח הסכם מכללא אשר תוכנו משתנה על פי נסיבות העניין. אולם זו הייתה אמרת אגב, והוא הותיר סוגיה זו ללא הכרעה לגופו של עניין.¹⁴⁷ בעקבות פסיקה זו ופסיקת השופט ברק בפסק דין פלונית בנוגע לחובה לשלם מזונות מכוח עקרון תום הלב, בעשור האחרון נקבעו לעתים לידועה בציבור "דמי הסתגלות שיש בהם כדי להביא לשיקומה" אחרי הפירוד.¹⁴⁸ משך התקופה של התשלומים ושיעור התשלומים משתנים מפעם לפעם לפי הנסיבות.¹⁴⁹ שיקול הדעת של הפסיקה בנוגע למזונות אחרי פירוד רחב למדי. העיקרון המנחה הוא: "אין זה ראוי לקבוע כי עם הפירוד מנותקת המחויבות הכלכלית שבין בני הזוג, בפרט באותם מקרים של תלות כלכלית ברורה של הידוע בציבור כבן זוגה. אי לכך הטלת חובת מזונות לתקופת מה, שאורכה והיקפה תלויים בנסיבות המיוחדות של כל מקרה ומקרה, היא מחויבת המציאות".¹⁵⁰

"מזונות שיקומיים" אלו נפסקו גם לבני זוג שהיו נשואים. השופטת ורדה פלאוט קבעה בנסיבות מיוחדות, שהצדיקו לדעתה חיוב במזונות, שאישה ששיקומה אחרי הליך הפרדה מבעלה היה קשה, והיה אמור להתבצע במשך פרק זמן ארוך אחרי התרת קשר הנישואין, תקבל מזונות שיקומיים במשך תקופה של חמש שנים. במקרה זה נוצרה תלות כלכלית של האישה בבעל שהיה המפרנס היחיד והכנסותיו היו המקור שבאמצעותו תמך במשפחה. מלבד זאת היא הקדישה עצמה לטיפוח הבית המשותף. הסכסוך בין בני הזוג פרץ בשל קשרים שקשר הבעל עם אישה אחרת. בנסיבות מיוחדות אלה קבעה השופטת פלאוט שיש מקום לפסוק לאישה מזונות גם לאחר התרת הנישואים לתקופה מסוימת שבה יתאפשר שיקומה. היא קבעה זאת בין היתר בהשראת ההנחיה בפסק דינו של

145 ראו: ע"א 563/65 יגר נ' פלביץ, פ"ד (3) 244. ראו גם: פס"ד פלונית (לעיל, הערה 4); ע"מ 4614/05 מדינת ישראל נ' אבנר אורן, פ"ד סא(1) 211.
146 שם. ראו גם: פס"ד צונן (לעיל, הערה 29).
147 ראו: ע"א 805/82 ורסנו נ' כהן, פ"ד לז(1) 529, בעמ' 530.
148 השופט פאול שטרק בתמ"ש (ת"א) 47680/06 פ.א. נ' ק.פ. (פורסם בנבו).
149 שם פסקו 400 ש"ח למשך 36 חדשים. השוו לשיקולים שנושקלו לאור הנסיבות בפסק השופט עמוס זמיר בבית המשפט המחוזי: מ"א 2285/91 גולדובסקי נ' גולדובסקי, פ"מ תשנ"ג(1) 493, ופסק השופטת נילי מימון בבית המשפט לענייני משפחה: תמ"ש (י-ם) 10681/98 פלוני נ' אלמוני (פורסם בנבו).
150 השופט שאול שוחט, פסקה 35 בתמ"ש (ת"א) 51940/98 פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו). השוו לפסיקת השופטת פלאוט בתמ"ש (ת"א) 67910/00 פלונית נ' אלמוני (פורסם בנבו), להלן הערה 153.

השופט ברק בפס"ד פלונית: "תשלום המזונות 'האזרחיים' יבטיחו את רמת חייו של בן הזוג 'החלש' ויאפשרו את שיקומו לאחר הגירושין"¹⁵¹, ו"שיקולים של הגנה על הצד החלש, דיני ההסתמכות, הצדק והישר", שבאו לידי ביטוי בפסקי דין אחרים של בית המשפט העליון בנוגע למזונות האישה.¹⁵² הנסיבות הקשות של המקרה הספציפי כאמור הובילו לפסיקת "מזונות שיקומיים" אחרי הנישואין.¹⁵³ במקרה זה החילו את הדוקטרינה שחלה בעבר בעניינם של ידועים בציבור גם בעניינם של בני זוג נשואים, בנסיבות המתאימות, אחרי הפירוד.

לדעת השופט פלאוט, אף בנוגע לנשואים קיימים מזונות לאחר פירוד, מכוח תחולת עקרון תום הלב. עם זאת ההגדרה והמאפיינים של חיוב זה אינם ודאיים. מעיון בפסיקה עולה שרווחת הדעה שנדרש שאישה נשואה תוכיח שקיימת תלות כלכלית גדולה שלה בבעלה, שבגינה הפירוד מבעלה מעמיד אותה בפני שוקת שבורה מבחינה כלכלית ומקנה לה זכות לקבל ממנו מזונות אף אחרי פקיעת קשר הנישואין. העיקרון המנחה הכללי בנוגע לפסיקת המזונות ה"שיקומיים" לאור פסיקת בית המשפט העליון הוא שפסיקת מזונות אלה "אינה עניין שבשגרה ואינה יכולה להיות כזאת – קל וחומר שעה שקיימת מערכת יחסים חוזית הנחזית כממצה". פסיקתם מוצדקת רק כאשר קיימות "נסיבות חריגות המצדיקות פסיקת מזונות שיקומיים".¹⁵⁴ אולם עמדה זו אינה נחלת הכלל. לעתים אף כאשר אישה נשואה הייתה מוכשרת ויכלה להתפרנס בכבוד ממשרה הולמת, פסקו שמכוח תחולת עקרון ההסכמה מכללא בדיני החוזים קיים סעד "ברמה האזרחית [...] דמי שיקום".¹⁵⁵ כמו כן אין ברור באיזו מידה, אם בכלל, קיימת המשכיות בדבר הגדרת החיוב ומאפייניו בין חיוב חוזי זה אחרי הפירוד, אשר קיים מכוח מושג שסתום שאפשר לפרשו לכאן או לכאן – עקרון תום הלב – לבין חיוב במזונות של בן זוג שהיה נשוי, בעת הנישואין עד לפירוד. ראוי שהחקיקה תקבע את כל הקריטריונים בנוגע

151 השופט ברק בפס"ד פלונית (לעיל, הערה 4).

152 ראו פס"ד סולומון (לעיל, הערה 67).

153 אישה והבעל היו יהודים, תושבי ישראל ואזרחיה, שיכלו לבוא בברית הנישואין בטקס נישואין בישראל כדת משה וישראל. הם נישאו בישראל בטקס נישואין יהודי פרטי על ידי רב רפורמי וגם בנישואין אזרחיים מחוץ לגבולות ישראל. בחייהם המשותפים סברו הבעל והאישה שהם נשואים. בני הזוג חיו כבעל ואישה במשך שלוש-עשרה שנה. הכרות בית הדין הרבני שבני הזוג אינם נשואים כדת משה וישראל הפגיעה את שני בני הזוג. לבעל הייתה הכנסה טובה מעבודתו, והאישה לא פיתחה את כישוריה המקצועיים וקריירה משל עצמה ובחירה לסייע לבעל בעבודתה כמזכירה במשרדו במשך חלק מן החיים המשותפים שלהם. היא לא קיבלה עבור עבודה זו שכר או זכויות סוציאליות. השופט פלאוט הדגישה בתמ"ש (ת"א) 67910/00 (לעיל, הערה 150), פסקה 28: "...מדובר באשה אשר שיקומה לאחר הליך הפרידה מהנתבע קשה וארוך". ובהמשך, בפסקה 29: "... אין ספק כי התובעת הינה הצד החלש במערכת יחסים אלה – ועליה יש להגן".

154 בע"מ 10497/08 פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו), פסקה ז לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

155 השופט פאול שטרק בתמ"ש (ת"א) 34320-06 ח' ע' נ' א' ע' (פורסם בנבו).

למזונות שיקומיים, ובין היתר תקבע קריטריונים בנוגע לפרק הזמן שבו בן הזוג החלש יותר כלכלית זכאי לקבל מזונות אלה.

חשיבות החקיקה בעניין "המזונות האזרחיים" נובעת גם מן העובדה ששני סוגים של מזונות אזרחיים – מכוח עקרונות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ומכוח חוזה – נוספו בחקיקה שיפוטית שלא נקבעו בה קריטריונים חד-משמעיים בנוגע למהות החיוב והיקפו. אין בפסקי הדין הנזכרים לעיל של השופטים שמגר וברק כללים חד-משמעיים בסוגיות מרכזיות כגון קביעת הנסיבות שבהן קיים פטור ממזונות. כמו כן אין בפסיקה תחום ברור של היקף החיוב הכלול במזונות לפי כל אחד מן המקורות הללו. אין הגדרה מדויקת מה הוא הסכום הדרוש לכל אדם כדי שיתקיים קיום מינימלי בכבוד; מי הוא בן הזוג ומי היא בת הזוג החלשים יותר מבחינה כלכלית שההגינות, היוסר והצדק מחייבים לזכותם במזונות; מה הוא מועד תחילת החיוב במזונות ומה הוא מועד סיומו של החיוב; אף אין בפסקי הדין של השופטים שמגר וברק כללים בנוגע למימוש פוטנציאל ההשתכרות של החייב במזונות ושל הזכאי לקבלם. קושי זה קיים במיוחד בנוגע למזונות הנובעים מדיני החוזים, המחייבים הפעלת שיקול דעת רחב של בית המשפט כשנפסק שבעל דין זכאי למזונות. דיני החוזים המושתתים על מושג תום הלב אינם קובעים קריטריונים חד-משמעיים בנוגע למזונות האישה. ערכאות שיפוט שונות ושופטים ושופטות עשויים לפרש, כל אחד ואחת בדרך אחרת, פירושים הדרושים לצורך הכרעה בסוגיית המזונות, כגון בנוגע לקריטריונים הקובעים מה יהא היקף החיוב, ובאילו נסיבות מוצדקת הענקת פטור מתשלום מזונות. שיקול הדעת הרחב יוצר חוסר ודאות משפטית. אין קריטריונים ואמות מידה ברורים שיאפשרו לנוגעים בדבר לצפות, אם בכלל, יפסוק בית המשפט בשל מכלול הנסיבות, שמי שיכול לקבל "מזונות אזרחיים" מכוח חוזה אכן יקבלם, ואם יהיה זכאי לקבלם, מה יהא היקף המזונות הצפוי במקרה מסוים. קשה לערער על פסק דין שנפסקו בו מזונות בשיעור מסוים, כיוון שעקרון "תום הלב" אינו כלל חד-משמעי שלפיו אפשר לטעון במקרים שבהם שיעור המזונות אינו גבוה מאוד או נמוך מאוד לאור הנסיבות ששיעור המזונות גבוה מדי או נמוך מדי.

כמו כן אין הגדרה של ההיקף הכולל של מזונות שאישה זכאית לקבלם בערכאה האזרחית. לעתים, בנסיבות המתאימות, אישה נשואה זכאית לקבל מזונות בעת ובעונה אחת מכמה מקורות. מכוח הוראת המחוקק¹⁵⁶ צריכים לחול עקרונות הדין האישי שלה. נוסף על כך בעקבות הפסיקה בפס"ד סולומון ובפס"ד פלונית ייתכן שקיימים בו זמנית גם שני סוגים של מזונות אזרחיים, מכוח חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ומכוח חוזה. אין זה הגיוני שאישה תקבל מכל המקורות הללו יחדיו מזונות בשיעור גבוה מדי.¹⁵⁷ היא

156 סעיף 2 לחוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות), תשי"ט-1959 (לעיל, הערה 99).
 157 השוו לדעת השופט עמית בנוגע לחוסר ההצדקה להענקת תשלום נוסף לאישה על המזונות המגיעים לה: בע"מ (חי') 740/08 (לעיל, הערה 123). לשיטתו, הפתרון הנכון הוא פיצוי או מזונות. הוא העדיף לא להוסיף לפיצוי גם מזונות. תוספת זו לדעתו היא "כפל פיצוי".

זכאית לקבל סכום הולם על פי הנסיבות. נוצרו חוסר ודאות וחוסר בהירות משום שאין הסדר כולל בחקיקה, ונוסף על המזונות המוקנים לאישה במצוות המחוקק לאור עקרונות הדין האישי מוקנות לה זכויות גם מכוח חקיקה שיפוטית, כגון אלה הקיימות מכוח דיני החוזים.¹⁵⁸ בדרך כלל הנוהג בפסיקה בעשור האחרון הוא שכאשר לאור הנסיבות קיים חיוב מזונות בהיקף משביע רצון מכוח דיני הסטטוס, אין מחילים נוסף על חיוב זה גם חיובים אחרים הנובעים מחקיקה שיפוטית כאמור. אך כאשר התוצאה של החלת דיני הסטטוס אינה רצויה לדעת השופטים בערכאה האזרחית, הם משלימים את החסר, לדעתם, באמצעות החלת עקרונות חדשים הקיימים לפי "דיני המשפחה האזרחיים". כיוון שהיקף החיוב מכוח עקרונות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מינימלי, ולכן קטן יותר, בפועל המזונות המבטיחים קיום מינימלי בכבוד "נבלעים" במקרים רבים במזונות מכוח דיני החוזים, שהיקפם רחב יותר, והמזונות האזרחיים בפועל הם רק אלו הקיימים מכוח חוזה. פרקטיקה זו של הפסיקה אינה מפורשת, וניכרת רק בין השיטין של פסקי הדין. היא אינה מושתתת על עיקרון נורמטיבי ברור. מצב זה יוצר חוסר ודאות, וראוי שהמחוקק יתיר את הספקות בסוגיה זו.

חוסר הבהירות בסוגיה זו, שבגינה נחוץ הסדר בחקיקה, נובע בין היתר מן העובדה שהשופט ברק רמז בפס"ד פלונית שלעתיים אין ראוי שדיני החוזים יהיו חלופה לחיוב במזונות על פי דיני הסטטוס. יש רגליים לסברה שזה המצב כאשר במצוות המחוקק העיקרון הוא שבמכוון ובמודע אין חיוב במזונות לאור עקרונות הדין האישי.¹⁵⁹ מפסיקת השופט ברק עולה שלדעתו כאשר קיימים נישואין תקפים כדת משה וישראל, וכנראה במיוחד כאשר על פי עקרונות הדין האישי קיים פטור ממזונות, פטור זה שריר וקיים ואין תחולה לדיני החוזים. אולם קיימת עמימות בפסיקתו, ולא מן הנמנע שאין עקיבות בפסיקה בהקשר זה, מפני שמקצת הפטורים ממזונות בדין האישי אינם רצויים לדעת שופטי הערכאה האזרחית, למשל בסוגיה אם הפטור ממזונות שריר וקיים גם בנישואין אסורים, כגון נישואי כוהן וגרושה.¹⁶⁰ יש להניח שבנסיבות אלה ירצו השופטים לתת לאישה מזונות הקיימים מכוח מקור אחר, כגון דיני החוזים. חוסר הוודאות בנוגע לסייג שקבע הנשיא ברק בנוגע לתחולת מזונות מכוח חוזה בנישואין כדת משה וישראל נובע מן העובדה שמלבד סייג זה השופט ברק גם רמז שבאופן עקרוני דיני החוזים חלים אף כשקיימים "סטטוס וזכויותיו" ומכוחם זוכה האישה במזונות. יישום קביעה זו פשוט יותר כאשר אין התנגשות חזיתית עם דיני הסטטוס, שאינם חלים בנסיבות מסוימות: "סטטוס וזכויותיו לחוד והיחסים האזרחיים שבין הצדדים לחוד". כך לעתים המזונות ה"אזרחיים" חלים כאשר אין תחולה לדיני הסטטוס בגין בטלות הנישואין. לשיטתו:

158 בנוגע לתחולה של חיובים הקיימים על פי חוקי מדינת ישראל בתחום דיני המשפחה ודיני החוזים בעת ובעונה אחת ראו שם: פסק דינה של השופטת וסרקרוג.
159 ראו: סעיף 2 לחוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות), תשי"ט-1959 (לעיל, הערה 99).
160 ראו לעיל, הערה 67 ולהלן הערה 171.

"בני זוג שאחד או שניהם יהודים תושבי הארץ ואזרחיה, אשר מטעם זה או אחר הנישואין שלהם על פי דיני משה וישראל אינם תקפים, אין בבטלות הנישואין כדי להשליך על זכויותיה של האישה למזונות, ועד כמה שניתן לבסס זכות זו על המשפט האזרחי. אמת, שלילת סטאטוס הנישואין שוללת זכויות אזרחיות הנגזרות ממנו, ואשר אין להם קיום בלעדיו. עם זאת, שלילת סטאטוס הנישואין אינה שלילת זכויות אזרחיות, אשר אינן נגזרות ממנו ואינן תלויות בו, אלא יש להן קיום עצמאי מכוח המשפט האזרחי".¹⁶¹ נוסח עיקרון זה בפסיקת השופט ברק אינו חד-משמעי, ואין ודאות שלדעתו דיני החוזים אינם חלים כמקור חיוב נוסף כשהדין האישי קובע שקיים פטור ממזונות. ככלל, אין קנה מידה אחיד בפסיקת בית המשפט העליון בנוגע לתחולת דיני החוזים במצבים שבהם הדין האישי פוטר מן החובה לזון אישה. אמנם בפסיקה שלאחר מכן החילה השופטת ארבל את הפטור בדין הדתי מתשלום מזונות לאישה ככתבו וכלשונו,¹⁶² אולם אין בפסק דינה כלל מנחה חד-משמעית ויש רגליים לסברה שנסכיבות המקרה השפיעו על מדיניות הפסיקה. בין היתר היא התחשבה בעובדה שמוצדק פטור מחובת תשלום מזונות לאישה כדי שלא תנצל לרעה את זכותה למזונות ותהיה סרבנית גט כדי שלא תפקע זכותה לקבל מזונות עם פקיעת קשר הנישואין בינה לבין בעלה. בפסק דינה של השופטת ארבל אפשרות לחיוב במזונות מכוח עקרון תום הלב בדיני החוזים איננה נזכרת.¹⁶³ קשה להסיק מסקנות ממקרה זה באשר למקרים אחרים, גם כיוון

161 פס"ד פלונית (לעיל, הערה 4), פסקה 12, שם הפנה ברק במפורש לפסיקה בנוגע לזכות מזונות בערכאה אזרחית בנישואי כוהן וגרושה. שאלה זו התעוררה בפס"ד כהנא, שם נישאו כוהן וגרושה בנישואין אזרחיים בקפריסין. האישה תבעה מזונות בבית המשפט המחוזי ונפסקו לה מזונות. בפסק דינו של השופט פיזם בבית המשפט המחוזי בחיפה בתמ"א 1122/90, 1457/90, המצוטט בפסק דינו של בית המשפט העליון בעניין כהנא (לעיל, הערה 67), ציין השופט פיזם כי "אם ניתן לבסס את זכותה של האישה למזונות לאו דווקא מכוח הנישואין אלא מכוח התחייבותו של הבעל [...] מחייב הצדק שלא תישלל זכותה של האישה למזונות גם לאחר שניתן פסק דין המחייב בגירושין [...] בכך יש משום נחמה פורתא מן התוצאה המשפטית הנותנת, לכאורה, 'שכר' לכהן שנשא גרושה כנגד דין תורה, אך מבקש להישען על דין תורה כדי לשלול מן הגרושה את מזונותיה".

162 ההימנעות מאקטיביזם שיפוטי באה לידי ביטוי במקרה זה גם בצייטוט מפסק דינה של השופטת נתניהו: "תוצאה זו [...] היא בלתי נמנעת על-פי דין תורה, וחזקה עלינו מצוות המחוקק, כי דין תורה הוא הקובע לעניין זכות המזונות" ע"א 592/83 פורר נ' פורר, פ"ד לח(3) 561, בעמ' 571.

163 ראו: בע"מ 8372/07 פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו). המדיניות שלפיה מיישמים פטור מחובת תשלום מזונות על פי עקרונות המשפט העברי – כאשר האישה חויבה בגט ומסרבת לקבלו – הוחלה בפסק בית הדין הרבני בעניינם של בני זוג יהודים שנישאו כדת משה וישראל בתקופה שאחרי פסק דינו של השופט ברק בפס"ד פלונית (לעיל, הערה 4). הפטור חל ואין נזכרת חלופה של חובת תשלום מזונות מכוח תחולת מקור נוסף לחיוב במזונות, כגון דיני החוזים החל מכוח מנהג המדינה. בנוגע לעקרונות החלים בבתי הדין הרבניים כשהאישה חויבה לקבל גט ומסרבת לקבלו ראו: פסק דין בית הדין הרבני האזורי בנתניה

שעולה מפסק הדין שבמקרה זה, על אף הפטור ממזונות, היו לאישה עוד מקורות הכנסה שמהם תוכל להתפרנס. ייתכן שבנסיבות אחרות, כגון שקיים פטור ממזונות בגין חיוב האישה לקבל בגט, שנובע רק מהתמשכות הסכסוך בין הצדדים, שופטי הערכאה האזרחית לא היו מסתפקים בתוצאה הקיימת בשל החלת הוראות הפטור ממזונות בדין הדתי, והיו בוחנים את מצבה הכלכלי של האישה בשלב הקודם לביטול זכותה למזונות. ייתכן שאם היו סבורים שעקב מצב זה צריך לסייע לה, היו מעניקים לה סעד באמצעות החלת עקרון תום הלב בדיני החוזים.

בפסיקת שופטי הערכאות הנמוכות יותר אין קנה מידה ברור ואחיד בתחום זה. לעתים הסיקו מן הסייג בפס"ד פלונית: "דיני חוזים במקביל לדיני הסטאטוס. דיני חוזים בנוסף לדיני הסטאטוס לא נאמר. קיומו או העדרו של סטאטוס הנישואין אינו גורר אחריו בהכרח קיומן או העדרן של חובות אזרחיים בין צדדים ובכלל זה חובת תשלום מזונות. עם זאת, קיומו של סטאטוס נישואין בין בני זוג, מחייב בחינתה של חובת המזונות על פי הדין האישי, ומקום שהדין האישי אינו מחייב בתשלום מזונות לא ניתן לבסס קיומה של חובה זו על הוראות חוק המזונות ואף לא על דיני החוזים".¹⁶⁴ אולם לעתים, בניגוד להנחיות הנרמזות בפסיקת השופטים ברק וארבל בבית המשפט העליון, קובעים שופטי הערכאות הנמוכות יותר שייעשה שימוש במזונות מכוח חוזה כתחליף לעקרונות הדין האישי, שבהם קיים פטור ממזונות. בפסיקת שופטי ערכאות אלה, בהשראת פסיקת השופט ברק בפס"ד פלונית, נפסק בין היתר בנוגע ליהודי ויהודייה, כוהן וגרושה, שנישאו זה לזו בנישואין אזרחיים מחוץ לגבולות ישראל, ש"עקרון תום הלב קובע מזונות ולפחות 'מזונות משקמים' לצד שיש לו תלות כלכלית ברעהו [...] עקרון תום הלב אינו מאפשר למשיב להתנער מחובת המזונות כלפי המבקשת משום ש'ניזכר' לפתע שהוא כהן, כעת משמצא לעצמו בת זוג חדשה [...] היתה המבקשת תלויה במשיב כלכלית והיתה לה ציפייה סבירה כי תמיכתו של המשיב בה תמשך. משזו נקטעה יש מקום לפסוק לה מזונות היכולים לצורך העניין להיחשב 'מזונות שיקום'".¹⁶⁵ במקרה אחר נישאו בני הזוג בנישואין אזרחיים מחוץ לגבולות ישראל וגם כתבו כתובה שלדעת בית הדין הרבני משמעותה היא שבני הזוג נשואים זה לזה גם כדת משה וישראל, ולצורך התרת קשר הנישואין דרוש גט פיטורין. בנסיבות אלה סבר שופט בית המשפט לענייני משפחה שבאופן עקרוני חלים עקרונות דיני המזונות במשפט העברי, אולם למעשה בשל

בתיק (אזורי נ') 1-29-4637 פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו). ראו אזכור מדיניות זו בפסק דינה של השופטת צילה קינן: תמ"ש (חי') 45487/00 ס.א. נ' ס.ר. (פורסם בנבו).
164 השופט שאול שוחט בתמ"ש (ת"א) 46211/04 (בש"א 1015/05) כ.ג. נ' כ.ח. (פורסם בנבו) פסקה 27.
165 השופטת שפרה גליק בתמ"ש (חדרה) 4180/05 פלונית נ' אלמוני (פורסם בנבו).

הנסיבות במקרה זה היה הבעל פטור מתשלום מזונות לפי עקרונות אלה. עם זאת סבר השופט שדיני המזונות בדין האישי אינם המקור היחיד המאפשר לאישה לקבל מזונות. על פי השקפת עולמו, שלילת מזונות מן האישה בנסיבות אלה אינה הוגנת ואינה צודקת. מכוח המדיניות החדשה בבתי המשפט האזרחיים העניק לאישה סעד כלכלי שהוא למעשה מזונות שיקומיים, הקרויים "דמי הסתגלות", למשך שנתיים. הוא הסביר: "התוצאה הינה תוצר של מצב קיים בהתנגשויות בין עקרונות של שוויון לבין מצב, שעל פניו, על פי הדין האישי, התוצאה הנקבעת לא הייתה צודקת".¹⁶⁶ וכן במקרה אחר הציע שופט בית המשפט לענייני משפחה לנקוט מדיניות שוויונית יותר שתאפשר לאישה לשקם את עצמה מבחינה כלכלית. מדיניות רצויה זו תבוצע לשיטתו באמצעות מנגנון אזרחי, שיקנה לאישה תחליף למזונותיה בדין האישי כשאינה זכאית לקבלם לפי עקרונות הדין האישי החל בעניינה, אך שיקולים של צדק והוגנות, מנקודת מבטה של הערכאה האזרחית, מצדיקים מתן סעד כלכלי הולם לאישה. לשיטתו, מודל זה יכול להיות תחליף למזונות כשקיים פטור ממזונות לאור עקרונות הדין האישי, כגון כשקיים פטור מחובת מתן מזונות לאישה יהודייה אחרי מתן הגט אך הנסיבות מצדיקות מתן סעד כלכלי לאישה זו.¹⁶⁷ נחוצה חקיקה שתסיר את הספקות בעניין זה. אין להתעלם מן העובדה שחל שינוי, ובית המשפט, שסבר שראוי בדרך כלל להסדיר את זכויות הצד החלש יותר מבחינה כלכלית, יצר קונסטרוקציות משפטיות שהיו נחוצות לדעתו. עם זאת כאשר זכויות נוצרות באמצעות חקיקה שיפוטית המושתתת על שימוש במושגי סתום שאינם חד-משמעיים וטעונים פרשנות, כגון תום לב, התוצאה היא היעדר ודאות, אחדות ועקיבות. ערכאות שיפוט שונות עשויות להכריע, כל אחת בדרכה, בסוגיות הקשורות לחיוב במזונות כגון היקף החיוב או הקריטריונים לפטור ממזונות. המחוקק צריך לקבוע מה המשפט הרצוי בנוגע לזכויות בן או בת הזוג למזונות מכוח "דיני המשפחה האזרחיים". בהסדר מפורט, שהוא דבר דבור על אופניו, הוא יכול לעצב את הזכויות והחובות במתכונת אחידה ובהירה. אחת מן המשימות המוטלות על המחוקק היא הקביעה באילו נסיבות חלים עקרונות דיני הסטטוס בלבד, ואין בהן זכאות למזונות אזרחיים. הוא צריך להתייחס במפורש למצבים מוגדרים, כגון כשקיים פטור ממזונות על פי עקרונות הדין האישי, או הנסיבות מצדיקות הענקת מזונות "שיקומיים" לבן הזוג החלש יותר מבחינה כלכלית אחרי התרת קשר הנישואין. הוא צריך לקבוע באופן מפורט וממצה מה הן הנסיבות שבהן ראוי וצודק לפסוק שהאישה זכאית למזונות "אזרחיים".

166 השופט פאול שטרק, בתמ"ש (תל אביב) 39672/06 מ.פ. נ' י.פ. (פורסם בנבו). ראו גם פרשנות פרופסור ליפשיץ בנוגע למגמה בפסק דין זה במאמרו (להלן, הערה 233), בהערות שוליים 202.

167 ראו: הצעת השופט ניצן סילמן בתמ"ש (קריות) 3632/01 פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו). בפסק דין אחר נתן לאישה מזונות עד מתן הגט ולאחר מכן זכות לתשלום עתי בגין נכסי קריירה של בן זוגה. ראו: תמ"ש (קריות) 9881/07 פלוני נ' פלוני (פורסם בנבו).

בין היתר עליו לקבוע גם מה הן הנסיבות שבהן המזונות הם אמצעי מתקן ומשלים לחלוקת רכוש בני הזוג כאשר חלוקה זו אינה מקנה לאישה את כל מה שהיא זכאית לקבל בגין תרומתה למאמץ המשותף של בני הזוג, ושכלולו של הפוטנציאל הכלכלי של בן או בת הזוג, ומה הן הנסיבות שבהן חלוקת הרכוש, ובין היתר מוניטין וכושר השתכרות, היא אמצעי משלים ומתקן להיעדר זכות למזונות בדין האישי אחרי הגירושין.¹⁶⁸ על חקיקה זו לקבוע שבן הזוג החלש יותר מבחינה כלכלית לא יקבל תגמול כלכלי כפול עבור תרומתו למאמץ ולפוטנציאל הללו. תגמול כפול זה אפשרי במקרים אלה: האחד כשקובעים מה תהא חלוקת הרכוש לאור תרומת בן זוג זה לבן הזוג השני במהלך החיים המשותפים, בית המשפט מגדיל את חלקו כשנקבע מה הוא חלקו של כל אחד מבני הזוג בחלוקת רכושם המשותף, והשני, ניתן שוב תגמול עבור תרומה זו כשכית המשפט קובע שבן זוג זה יקבל "מזונות שיקומיים" אחרי התרת קשר הנישואין.¹⁶⁹ על חקיקה זו לקבוע באופן מפורש וברור, נוסף על הנסיבות שבהן מוצדקת פסיקת "מזונות שיקומיים", מה יהא שיעור המזונות גם כשקיימים כמה מקורות המאפשרים הענקת מזונות בעת ובעונה אחת, מה הן העילות לפטור ממזונות "אזרחיים", ומה יהא משך הזמן של תשלום מזונות אלה.

4. חיזוק מעמד בן הזוג החלש יותר מבחינה כלכלית באמצעות פרשנות מגמתית וקשה לעקרונות הדין האישי

במקרים אחרים שבהם נעשה שימוש במדיניות חדשה בתחום דיני המזונות, המדיניות של בית המשפט העליון נובעת מהשקפת עולם "אזרחית", שתולדתה היא פרשנות מגמתית, וייתכן שאף מניפולטיבית לעקרונות הדין הדתי. פרשנות זו מאפשרת הענקת זכויות לבן הזוג החלש יותר מבחינה כלכלית, מונעת תוצאות שאינן רצויות לפי השקפת עולם "אזרחית" מודרנית ומחזקת בדרך כלל את האישה, שהיא ברוב המקרים הצד החלש יותר כלכלית בסכסוך הגירושין. עם זאת מדיניות זו, לפחות במידה מסוימת, היא סטייה מהדין הדתי ומהשקפת עולם דתית. להלן נסקור מקרים שמדיניות זו ניכרת בהם; ברובם תולדת מדיניות זו הייתה חיזוק מעמד האישה, ובחלקם תולדתה הייתה חיזוק מעמד הגבר.

168 ראו: רוזן-צבי (לעיל, הערה 51) בעמ' 469.

169 עם זאת לעתים אחד מבני הזוג יוצא מן הנישואין ללא תשתית כלכלית ראויה לעתיד אחרי חלוקת הרכוש, ובנסיבות אלה – כגון אלה שהיו במקרה שנדון ברע"א 8672/00 אבו-רומי נ' אבו-רומי, פ"ד נו(6) 175 – יש רגליים לסברה שפסיקת מזונות לבן זוג זה יכולה להיות פתרון שיצמצם, לפחות במידה מסוימת, את הפערים הכלכליים בין בני הזוג.

4.1 חיזוק מעמד האישה

מזונות אישה הם החיוב העיקרי הנובע מן הנישואין המוקנה ליהודייה. הוא שריר וקיים עד יום פקיעת הנישואין בגין מות הבעל או גירושין. עקרונות המשפט הדתי היהודי בתחום מזונות האישה חלים כאשר סמכות השיפוט מצויה בידי בית הדין הרבני, ואף כאשר סמכות השיפוט מסורה בידי בית המשפט האזרחי וזה מחיל במצוות המחוקק את דינו האישי של הזכאי למזונות.¹⁷⁰

לעתים קיימת זיקה בדין העברי בין הזכות לקבל מזונות לבין עקרון האשמה. כשאישה אשמה בפירוק קשר הנישואין, וזאת בנסיבות מסוימות כגון בגידתה, היא אינה זכאית לקבל מזונות. ברוב המקרים הנידונים בפסיקה שבהם נדון היחס בין אשמה לבין החיוב במזונות נידונים יחסי אישות אסורים של האישה, והגבר ממציא ראיות אשר באמצעותן יוכל לשלול ממנה זכויות משפטיות, כגון זכותה לקבל מזונות. תחילה יישמה הפסיקה האזרחית בישראל את הפטורים ממזונות האישה בדין האישי ככתבם וכלשונם אף כאשר תוצאת יישום מדיניות זו לא הייתה רצויה בעיניה.¹⁷¹ עם זאת ניכר כי לעתים תוצאה קשה מבחינה כלכלית הנובעת מאשמת אחד מבני הזוג אינה מקובלת על רוב שופטי בית המשפט העליון, החפצים לפתור באופן הוגן, צודק ושוויוני לשיטתם סכסוכים משפטיים.¹⁷²

בדין האישי ניכרת תפיסה מסורתית בנוגע למזונות: גבר חייב לשלם מזונות לאישה. לאור עקרונות היהדות מזונות הם חיוב הנובע מן הנישואין של גבר לאשתו. אישה יהודייה חייבת לתת מזונות לבעלה רק לעתים נדירות, כשעקרונות דיני הצדקה העבריים מחייבים תשלום של מזונות מאישה לגבר, למשל כשהאישה אמידה והגבר נזקק, ולפי סדרי הקדימויות בנוגע למתן צדקה צריך לתת לו צדקה לפני אנשים אחרים. על כן פרשנות לדין האישי שמטרתה הימנעות מהחלת פטור ממזונות משרתת בראש ובראשונה את האישה. לעתים נעשה שימוש בפסיקה בפרשנות מגמתית וקשה של עקרונות הדין הדתי הרלוונטי, שאינה עולה בקנה אחד עם כוונת המחוקק, כדי לקדם יתר שוויון בין הגבר לאישה. במקרים מסוימים פרשנות זו מחזקת את מעמד האישה שהבעל ניסה להתנער מחובתו לזון אותה והסתמך על פטור ממזונות, הקיים על פי עקרונות הדין האישי. פעולה זו של הפסיקה ניכרת בתקופה שקדמה לעשור האחרון במצבים שבהם הדין האישי קובע שקיים פטור ממזונות והערכאה האזרחית סבורה שאין לו הצדקה.

170 ראו: סעיף 2 לחוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות), התשי"ט-1959 (לעיל, הערה 99).
171 ראו: ע"א 571/69 כהנא נ' כהנא, פ"ד כד (2) 549; ע"א 592/83 (לעיל, הערה 67) בעמ' 571.

172 ראו: ע"א 264/77 דרור נ' דרור, פ"ד לב(1) 829, בעמ' 832 (להלן – פס"ד דרור); ע"א 384/88 זיסרמן נ' זיסרמן, פ"ד מג (3) 205, בעמ' 209; בג"ץ 8928/06 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול לערעורים (פורסם בנבו) (להלן – פס"ד פלונית 3). עם זאת ראו דעת השופט רובינשטיין בבג"ץ 9734/03 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד נט(2) 295 (להלן – בג"ץ פלונית 4).

כאמור לעיל, בין היתר, לעתים הערכאה האזרחית אינה רואה בעין יפה הפליה בין הבעל לאישה אף כאשר מטרתה היא "ענישה" כלכלית של האישה שאינה נאמנה לבעלה. בית המשפט העליון פעל בדרכים שונות כדי לא ליתן תוקף לפטורים ממזונות אישה בדין האישי המושתתים על אשמה כאשר מנקודת מבטו אין הצדקה להפעלתם כלפי אישה, שהיא בדרך כלל הצד החלש כלכלית בנישואין.

בפס"ד פרידמן קבע השופט שמגר שעדות רב שלפיה האישה הודתה בפניו שהיו יחסים אסורים בינה לבין אדם שאינו בעלה, אינה תשתית ראייתית הולמת המאפשרת קביעת ממצא שהאישה עשתה מעשה אסור שבגינה היא "אסורה לבעל ולבועל" ונשללים מזונותיה. בית המשפט התעלם מן העובדה שכנראה בבית דין רבני המחיל את עקרונות המשפט העברי ראיות מסוג זה בנוגע להודאת אישה שבגדה אינן מספיקות כדי להחיל לגביה את התוצאות הקשות של "אסורה לבעל ולבועל"¹⁷³, אך מספיקות כדי לשלול ממנה את זכותה לקבל מזונות.¹⁷⁴ השופט שמגר השתמש בדיני הראיות במשפט העברי בנוגע לדין "אסורה לבעל ולבועל" כדי להשיג תוצאה רצויה לשיטתו כאשר לפטור ממזונות. הוא התעלם מן העובדה שבנוגע לפטור זה חלים כללים אחרים של דיני ראיות.¹⁷⁵ הוא דבק בדיני הראיות העבריים בנוגע להוכחת עניין שבגינה אישה "אסורה לבעל ולבועל", אולם בנוגע לנכונות הדברים לא דבק במבחנים בנוגע לדיני הראיות התקפים בדין העברי ופעל לאור העקרונות האזרחיים: "השיטה הדיונית הנוהגת כיום".¹⁷⁶ דפוס הפעולה שאימץ השופט שמגר בפסק דין זה בנוגע ליישום עקרונות משפטיים בדין העברי הוביל לתוצאה הרצויה לשיטתו. במקרה זה הגיע שמגר לתוצאה הרצויה לשיטתו באמצעות פרשנות מגמתית בנוגע לעקרונות הדין הפרוצדורלי העברי. אף שפרשנותו של השופט שמגר משפיעה בפועל על תחולתם של כללי הדין העברי המהותי בנוגע לפטור ממזונות האישה, מדובר לכאורה בפרשנות שנוגעת לראיות ולפרוצדורה ולא לדין המהותי.

בפס"ד גל ניכרת שוב פרשנות מגמתית של עקרונות הדין הדתי היהודי שמטרתה הימנעות מהכרה בפטור ממזונות האישה. פרשנות זו היא סטייה מן המגמה הרווחת בערכאת הערעור, שאינה מתערבת בדרך כלל בממצאים עובדתיים של ערכאת השיפוט

173 ראו: בן ציון שרשבסקי, דיני משפחה (תשנ"ג) בעמ' 322-323.

174 שם, בעמ' 324.

175 ע"א 761/88 פרידמן נ' פרידמן, פ"ד מג(4) 505. על המגמה החדשה של הפסיקה האזרחית, המנסה בין היתר להכפיף את המערכת הדתית לעקרונות אזרחיים, ובין היתר המגמה בפסיקה האזרחית לפרש את עקרונות המשפט העברי באופן מגמתי כדי להשיג תוצאות רצויות ראו גם: רות הלפרין-קדרי (לעיל, הערה 27) בעמ' 113-115.

176 השופט שמגר הסביר שהחשש של בית המשפט האזרחי בנוגע לאמינות הראיות במקרה זה נובע בין היתר מן העובדה: "בעת סכסוך בין בני הזוג מוטחים לא אחת דברים שחלקם גם נאמרו רק כדי לפגוע בבעל הריב ואינם משקפים בהכרח את המציאות לאמיתיה". כמו כן כתב, שם בעמ' 511, שקיים חשש שהאשה שבנוגע למעשיה דנים בבית הדין או בבית המשפט תאמר דברים לא נכונים "מפני שנתנה עיניה באחר".

הקודמת שדנה בקבילותן ובמשקלן של הראיות. מדובר על "מעשה כיעור": ראיות נסיבתיות ליחסים אסורים בין אישה נשואה לגבר שאינו בעלה. להוכחת "מעשה כיעור" במשפט העברי דרושות ראיות נסיבתיות חד-משמעיות למעשה האסור. במקרה זה בית המשפט העליון, כערכאת ערעור, התערב וקבע רף הוכחה גבוה הנדרש לצורך הוכחת "מעשה כיעור". כיוון שלא היו ראיות נסיבתיות משמעותיות מאוד שבוצע המעשה האסור, קבע השופט שמגר שהראיות במקרה זה לא היו מספיקות. זאת אף שהיו ראיות שאפשר להסיק מהן שקיים חשש ממשי שהאישה היהודייה עברה עברה שהיא "מעשה כיעור" עם גבר שאינו בעלה, שבעקבותיה נשללת זכותה לקבל מזונות על פי עקרונות הדין האישי שלה. בקביעתו של השופט שמגר שהראיות אינן מספיקות הוא מנע יישום תוצאה משפטית הנחשבת לא צודקת לשיטתו מפני שאינה עולה בקנה אחד עם עקרון השוויון. באמצעות פרשנות מגמתית חתר השופט שמגר לתוצאה הרצויה במקרה זה והיא החלת עיקרון שוויוני יותר – עקרון ההדדיות – בנוגע למזונות האישה. דפוס פעולה זה הוא למעשה התעלמות מקביעת המחוקק שבדיני מזונות האישה חלים עקרונות הדין האישי. הוא החיל במקרה זה את עקרון ההדדיות, שאינו רלוונטי בדין האישי העברי בנוגע לפטור ממזונות בגין "מעשה כיעור": "יש לזכור כי המשיב עזב את משפחתו ונסע לזמן בלתי מוגדר לאירופה. היה, אפוא, פירוד למעשה בין בני הזוג. אין מקום לדרוש כי בתקופה זו תסתגר המערערת בביתה, לא תצא מפתחו ולא תבלה במסגרת חברים, בקולנוע או בבתי חברים". מסקנתו של השופט שמגר היא זו: "לפי מכלול הנתונים של מקרה זה, אינני סבור שניתן לייחס לאישה בנסיבות מקרה זה, ולאור עובדותיו הנ"ל, מעשי כיעור עקב יציאותיה עם גבר, בעת שבעלה אינו עמה לפי בחירתו".¹⁷⁷ לכאורה הוכח במקרה זה שהאישה ביצעה "מעשה כיעור" כשהייתה עם גבר זה. לפי עקרונות הדין האישי "מעשה כיעור" שריר וקיים אף אם התנהגות הבעל אינה ראויה, וגורר בעקבותיו שלילת זכות האישה לקבל מזונות. השופט שמגר למעשה לא פעל לפי מצוות המחוקק וסטה מעקרונות הדין האישי.¹⁷⁸

במקרה אחר ניכר מכללל שוב שדעת בית המשפט האזרחי אינה נוחה מהיעדר הדדיות בדין העברי האישי של יהודים בנוגע לפטור ממזונות. היעדר ההדדיות נובע מן העובדה שבדין העברי גבר צריך לתת מזונות לאישה ואישה בדרך כלל אינה צריכה לתת מזונות לגבר, וכן התוצאות של היעדר נאמנות של האישה לבן זוגה קשות וחמורות מאלה של היעדר נאמנות של הגבר לבת זוגו. בית המשפט פעל למען חיזוק מעמד

177 ע"א 2923/93 גל נ' גל (פורסם בנבו).

178 אחרי שניתן פסק דינו של ברק בפס"ד פלונית (לעיל, הערה 4) אפשר לטעון שבית המשפט יכול לפסוק שהאישה זכאית במקרה זה למזונות מכוח חוזה לאור עקרון תום הלב. עם זאת פסק דינו של השופט שמגר קדם לפסק דין פלונית של השופט ברק בעניין. נוסף על כך השופט ברק כתב במפורש בפס"ד פלונית שהעיקרון שקבע אינו חל בנוגע לנישואין תקפים כדת משה וישראל. משמע שפטור ממזונות בנישואין אלה שריר וקיים ודיני החוזים אינם מקור חלופי שימלא את החסר כשקיים פטור ממזונות לאור עקרונות הדין האישי.

האישה באמצעות אימוץ עקרון ההדדיות בפס"ד גרינהאוז.¹⁷⁹ במקרה זה הבעל הוכיח שהתנהגות האישה אינה צנועה, ומסקנת בית הדין הרבני הייתה: "יש רגלים לדבר קצת כי האישה עוברת על דת". קביעה זו יכולה להיות עילה לפטור ממזונות בדין העברי. אולם בית המשפט המחוזי קבע שהבעל אינו יכול לטעון לפטור ממזונותיה של האישה משום שהיא "עוברת על דת יהודית", שכן האישה הוכיחה שאף התנהגות הבעל אינה צנועה בעניינים שבינו לבין, והתנהגותו אף מעידה שאינו נמנה עם האנשים שהתנהגות זו של האישה מפריעה להם.¹⁸⁰ בית המשפט המחוזי קבע בין היתר שאין הוא חייב לפעול על פי הממצאים של בית הדין הרבני, מפני שהוא קובע את הממצאים על פי הראיות שהובאו בפני הערכאה האזרחית, וחלים בערכאת שיפוט זו דיני ראיות שונים מאלה החלים בבית הדין הרבני. השופט שמגר אימץ עמדה זו. הוא החיל במקרה זה את עקרון ההדדיות כדי למנוע החלת כללים עבריים שמנקודת המבט שלו אינם רצויים כיון שאינם עולים בקנה אחד עם עקרון השוויון בין המינים.¹⁸¹ בנוגע לעילת "עוברת על דת יהודית" יש בסיס להדדיות בדין העברי עצמו מפני שהעילה מושתתת על הפרת ציפיות לגיטימיות של בן הזוג, הגורמת להיעדר אמון בין בני הזוג. אם הבעל אינו נמנה עם אלה שהתנהגות מסוימת מפריעה להם, הוא אינו יכול לטעון שהופרו הציפיות שלו, ולפיכך אין נשללים מזונות האישה. עם זאת הנמקת השופט שמגר בנוגע לעקרון ההדדיות בפס"ד גרינהאוז גורפת ואיננה חלה רק בנוגע לעילת גירושין זו. מפסק דינו עולה שבנוגע לכל עילות הגירושין ראוי שיחול עקרון ההדדיות, ובית המשפט לא יקבל בקשות של בעלים לפטור ממזונות כאשר הם עצמם אינם פועלים לפי קנה המידה הראוי. תפיסת עולם זו אינה עולה בקנה אחד עם קביעת המחוקק שעקרונות הדין האישי, ככתבם וכלשונם, יחולו בנוגע למזונות האישה.

בפס"ד כהן נדון עניינה של אישה אשר הודתה בניאוף, ובית הדין קבע שיש ליתן גט בגין הבגידה. בית המשפט העליון קבע שלא יישללו מזונותיה כי התנהגותה זו הייתה אחרי שהבעל עזב אותה והקים משפחה חדשה עם אישה אחרת.¹⁸² לדעתו היה במקרה זה שימוש לרעה בטיעון של פטור ממזונות. במקרה זה השופט שמגר לא ניסה ליישב בין השקפת עולמו לבין עקרונות הדין העברי, ואין דיון בעקרונות אלה. לאור עקרונות דין זה

179 ע"א 277/81 גרינהאוז נ' גרינהאוז, פ"ד לו(3) 197.

180 פסק השופט א' שינבויס בתיק מ"א 2172/77 גרינהאוז נ' גרינהאוז, פ"מ תשל"ט(1) 89.
181 בית המשפט המחוזי הסתמך על הכתוב בפסק דין רבני של בית הדין הרבני הגדול בערעור תשי"ט/83(4), בעמ' 286, אולם גם השופט שמגר הדגיש כי מדובר שם בהערת אגב: "אולם בית המשפט המחוזי לא ראה בהתנהגותה של האישה במקרה דנן עילה לשלול את מזונותיה, בהסתמכו לעניין זה על האמור בפסק-דינו של בית הדין הרבני הגדול [...] לפיו יכול שהזכות למזונות לא תישלל גם מעוברת על דת, כאשר הבעל אינו נמנה עם סוג האנשים, אשר התנהגות כנ"ל מפריעה להם".

182 ע"א 904/91 כהן נ' כהן (פורסם בנבו) פסקה 3: "על רקע החלטת המערער להקים למעשה משפחה שנייה, אין הוא יכול להשמע בטענות כנגד האשה, שעניינם [כך במקור] דברים שאירעו לאחר שעזב את הבית".

התנהגותה של האישה כשלעצמה מצדיקה הענקת פטור ממזונות, והתנהגות הבעל אינה מעלה ואינה מורידה בהקשר זה. שיקולי צדק, שוויון והוגנות הובילו לקביעת נורמה של הדדיות מנקודת מבט אזרחית, שהיא סטייה מעקרונות הדין הדתי שהיו צריכים לחול במקרה זה במצוות המחוקק. במקרה זה למעשה קיימת סטייה מן הדין המהותי שצריך לחול בנוגע למזונות האישה במצוות המחוקק, ולא רק בתחום סדרי הדין או דיני הראיות. בפועל צעד בית המשפט העליון בפסק דין זה צעד נוסף בכיוון הרצוי לשיטתו: סטייה מן הדין הדתי ככתבו וכלשונו כשתוצאות החלתו אינן רצויות לדעת רוב השופטים בערכאה זו, והחלת דין בתחום המזונות שמאפייניו "אזרחיים" יותר.

ככלל, מפסיקת בית המשפט העליון בהקשר זה עולה שאין דעתו נוחה בכל עת מעקרונות הדין האישי החלים בתחום המזונות, כגון אלה השוללים מזונות מאישה שאינה נאמנה לבעלה גם כאשר הבעל אינו נאמן לאשתו.¹⁸³ לעתים ניכר שאין מדובר במקרה זה רק על חקיקה שיפוטית מתונה וסמויה. זו פעולה מרחיקת לכת של התעלמות מן החוק. אין מדובר בעיגון מעמד נורמות אזרחיות שיכולות להיות חלופה לדין הדתי אלא בהתעלמות מהוראות הדין הדתי כשבאופן עקרוני מניחים שהוא הנורמה שצריכה לחול, וזאת כדי לשרת מטרה רצויה לדעת השופטים המאמצים תפיסת עולם זו: להגיע לתוצאה נכונה על פי השקפת עולם "אזרחית" השונה מהשקפת עולם דתית. זה צעד מרחיק לכת של פרשנות קשה לדין הדתי, המהווה למעשה חקיקה שיפוטית, הנובע משיקולים כגון קידום יתר שוויון בין הבעל לאישה והחלת נורמות המושתתות על הדדיות בנוגע לפעולות הבעל והאישה שאינן ראויות. אולי בין השיטין של פסקי בית המשפט העליון אף קיימת תפיסת עולם הזוהה להשקפת עולם מודרנית הרווחת בדיני משפחה התומכת בסילוק, או למצער בצמצום ניכר, של מוטיב האשמה מן הנורמות המשפטיות המעצבות את היחסים המשפחתיים. נראה כי דעתם של רוב השופטים אינה נוחה ממצב של שלילת זכויות כלכליות בגין השקפת עולם שאינה מקובלת עליהם. המשמעות של פסיקה זו של בית המשפט העליון בפועל היא התעלמות מהוראות הדין הדתי ככתבן וכלשונו, אשר צריכות לחול בנוגע למזונות האישה במצוות המחוקק.

183 לאור עקרון השוויון בין המינים סבר בית המשפט האזרחי שפטור ממזונות של אישה בוגדת אינו ראוי כאשר גם הגבר אינו נוהג בדרך ראויה כלפי אשתו: "לא יהא זה צודק וסביר ליתן בידי נתבע זה לראות עצמו פטור ממזונות אשתו בשל יחסיה עם אחר ובאותה עת לנהל מערכת יחסים עם אישה אחרת" – מ"א (ת"א) 553/94 י.ל. נ' ד.ל. (פורסם בנבו). על הבעיה הקיימת, מנקודת המבט של שוויון מגדרי הרווחת בקרב שופטים בערכאה האזרחית, כשקיימות נורמות שאינן שוויוניות בדין האישי היהודי בנוגע לנישואין וחיוכים הנובעים מן הנישואין, כגון כשקיימות סנקציות כלכליות ואחרות בדין האישי נגד אישה בגין התנהגות לא נאותה, ואין סנקציות כאלה בדין זה נגד גבר בגין התנהגות לא נאותה דומה. ראו: רות הלפרין-קדרי, "איש, אישה, קידושין ושביה: הבניית המגדר בדיני נישואין וגירושין בהלכה", תלפיות כב (תשנ"ט-תשס"א), 451-464. שם, בעמ' 457 נדונה סוגיית הסטנדרד הכפול בדין האישי בנוגע להתנהגות הגבר והאישה. ראו גם הלפרין-קדרי (לעיל, הערה 26) בעמ' 774, 805-811.

אמנם מעיון בפסיקה בכל ערכאות השיפוט האזרחיות בעשור האחרון עולה שבערכאות אלה לא ייחסו חשיבות רבה לפסקי הדין הללו של השופט שמגר, וכנראה סברו שניכרת בהם מגמה חתרנית של התעלמות ממצוות המחוקק. עם זאת החלטותיו שרירות, קיימות וידועות, ולעת הזאת ראוי שאם בכלל יתחולל שינוי בסוגיה זו, הוא יחול בגלוי ולא בסתר, בבית המחוקקים. המחוקק צריך לקבוע אם בניגוד לעמדה הרווחת בדין האישי ראוי שינהג בנוגע למזונות האישה דין אחר המושתת על אימוץ קנה המידה של שוויון, הדדיות ויחסים הוגנים. רק הוא צריך להחליט אם ראוי ורצוי שיאומץ עקרון ההדדיות בנוגע לעילות הגירושין במשפט העברי באופן כללי או כשהם משפיעים על דיני המזונות, או אם קנה המידה בנוגע לאשמה בהתנהגות ביחסים שבינו לבינה הקיים בדין האישי יוחלף בקנה מידה אחר ההולם יותר עמדות רווחות בחברה במערב בזמננו.

4.2 חיזוק מעמד הגבר

בהקשרים אחרים אימצה הפסיקה האזרחית באופן מכוון ומגמתי פרשנות לדין היהודי בדיני מזונות האישה שנועדה ליתן מענה ראוי לצורך בשוויון בין הבעל לאישה במצבים שבהם לדעת השופטים בערכאות השיפוט האזרחית פרשנות מסוימת של הדין האישי עלולה להפלות לרעה גברים. הפסיקה הדגישה שבדין היהודי הנישואין מטילים על שני בני הזוג חובות אלה כלפי אלה "ולא יבוא מחוקק מודרני וישחרר את האישה מכל חיוב כלפי בעלה וכלפי משפחתה וישאיר לאישה רק זכויות [...] אין יסוד לחשוב כי במציאות של היום שהאישה עובדת בכל שטחי החיים כמו בעלה ומשתכרת מעבודתה, התכוון המחוקק לקבוע כי אין לצפות מאישה כל פעולה לשיפור המצב הכלכלי של המשפחה ושום עזרה לבעלה על-ידי עבודה לשם ריווח, אלא שתשב באפס מעשה או תרוויח לעצמה בלבד".¹⁸⁴ פסיקה זו היא שינוי בפרשנות הדין האישי בפסיקת בית המשפט העליון, אשר בשלב מוקדם יותר קבעה, על פי עקרונות הדין העברי, שאישה נשואה אינה חייבת לצאת ולעבוד מחוץ לביתה. אף אם עבדה בעבר והפסיקה לעבוד בעת הסכסוך בינה לבין בעלה ללא כל סיבה אובייקטיבית מוצדקת, כגון מחלתה, זכותה לקבל מזונות מבעלה בעינה עומדת.¹⁸⁵ בשלב מאוחר יותר בנסיבות מסוימות סברה

184 ד"ר 23/69 יוסף נ' יוסף, פ"ד כב (1) 792, בעמ' 808 (להלן – פס"ד יוסף).
185 בקרב פוסקי ההלכה הייתה מחלוקת בסוגיה זו, אך ההנחה הייתה שלדעת רוב פוסקי ההלכה, הבעל אינו יכול להכריח את אשתו לעבוד ולהתפרנס ממעשה ידיה, כי החיוב כלפיה – לזון אותה – הוא החיוב העיקרי, והחיוב שלה לתת תמורת המזונות את מעשה ידיה הוא חיוב טפל. זו הייתה תחילה העמדה הרווחת בפסיקת בית המשפט העליון. ראו: ע"א 687/83 מזור נ' מזור, פ"ד לח (3) 29, בעמ' 32. ראו גם: שרשבסקי (לעיל, הערה 171) בעמ' 120. לא חל שינוי משמעותי בתפיסת עולם בסיסית זו גם אחרי שהיא סויגה בע"א 4316/96, בש"א 8033/96 פלולי נ' פלולי, פ"ד נב (1) 394, בעמ' 403-404 (להלן – פס"ד פלולי).

הפסיקה שהחלת עיקרון זה אינה מוצדקת. למשל, כאשר האישה נהגה לעבוד כל שנות נישואיה, יש לה כישורים וניסיון שנצברו בשנות עבודתה, ובמיוחד כשאין לה ילדים קטנים בבית שהיא צריכה לטפל בהם, או למשל כאשר החיים המשותפים נמשכו פרק זמן קצר, וכל אחד מבני הזוג צריך לבנות מערכת משפחתית חדשה, הכרוכה בהתחייבויות כלכליות ואישיות, לעתים סברה הפסיקה האזרחית ש"לא יהא זה צודק" 186 להטיל על הגבר עול כלכלי גבוה מדי. יש שנקבע שתביעת המזונות של האישה נגועה בחוסר תום לב, וזאת במקרה שהיא אינה תורמת באופן הולם לפרנסתה. בסופו של דבר הכירה הפסיקה בעובדה כי לפעמים, לאור הנסיבות, אישה צריכה לעבוד. בין היתר: "אחרי פירוד ממושך יכול הבעל לפטור עצמו מחובת המזונות על ידי הפנית האישה לכך שביכולתה להשתכר 'במלאכות שדרך הנשים לעשות'". 187

הפסיקה, שצריכה להחיל את עקרונות הדין האישי במצוות המחוקק, לא התחקתה אחר הדעה הרווחת והמקובלת במשפט העברי ובבתי הדין הרבניים בהקשר זה. כדי להתאים את התוצאה לעמדה הרצויה של שוויון בין הבעל לאישה מנקודת מבט אזרחית, היא אימצה באופן מגמתי ומכוון דעה של חלק מן הפוסקים במשפט העברי, שלא הייתה הדעה הדומיננטית בבתי הדין הרבניים בישראל, וקבעה שהפסקת העבודה של האישה שאין לה הצדקה עניינית, ובעיקר כשעבדה בעבר ואין לה ילדים קטנים שהיא צריכה לטפל בהם, גוררת בעקבותיה תוצאות כלכליות לא רצויות מנקודת מבטה. 188 נסיבות כל מקרה שבו האישה תובעת מזונות נבחנו בקפידה, ובית המשפט איזן באופן הוגן וצודק בין האינטרסים של הבעל והאישה. 189 לעתים ההצדקה למדיניות זו נובעת מן החובה המוטלת על שני בני הזוג "לעזור איש לרעהו ולתמוך לפי הצורך באופן הדדי" ומן החובה המוטלת על הבעל והאישה באותה מידה "לפעול לפי מיטב יכולתו וכוחותיו לקיום ושגשוג המשפחה". 190 **בנסיבות שבהן סבר בית המשפט** כי הפסקת עבודתה של התובעת והימנעותה מעבודה אחרת הייתה בשל ההליכים המשפטיים וכדי להפעיל על הנתבע בתביעת מזונות לחץ כלכלי, הוא הדגיש ש"עקרון תום הלב חל על כלל הפעולות המשפטיות וחיובים", ולכן הוא "לא ייתן ידו להליכים המוגשים בחוסר

186 ע"א 5930/93 פדן נ' פדן (פורסם בנבו) (להלן – פס"ד פדן), לאור הפרשנות בפס"ד פלולי (שם). ראו גם עמדת הפסיקה בע"א 6136/93 ביקל נ' ביקל (פורסם בנבו) (להלן – פס"ד ביקל); ע"א 876/95 אברהם נ' אברהם (פורסם בנבו).

187 פס"ד פדן.

188 ראו: שם.

189 ראו: פס"ד ביקל (לעיל, הערה 186); פס"ד פדן (לעיל, הערה 186) והמסקנה מן הפסיקה בפסקי דין אלה, בפס"ד פלולי (לעיל, הערה 185). ראו גם: ע"מ (י-ם) 177/99 איילון נ' איילון (פורסם בנבו); ע"מ (י-ם) 638/04 ח.ר. נ' ר.ר. (פורסם בנבו); ע"מ (ת"א) 1035/03 ר' ל' נ' ד' ל' (פורסם בנבו); תמ"ש (ת"א) 45120/01 שיל' נ' איל', פ"מ תשס"ד (3) 131; תמ"ש (ת"א) 4590/00 ו.ש. נ' ו.ש. (פורסם בנבו); תמ"ש (ת"א) 34320/06 ח' ע' נ' א' ע' (פורסם בנבו) (להלן – פס"ד ח' ע' נ' א' ע').

190 פס"ד יוסף (לעיל, הערה 184).

תום-לב ותוך ניצול לרעה של הליכי משפט".¹⁹¹ בקביעת שיעור מזונות האישה מאזנים בתי המשפט בין שיקולים רלוונטיים שונים, כגון גיל האישה, פוטנציאל השתכרותה, מנהגה לעבוד או לא לעבוד בעבר, מצבה הבריאותי, משך הנישואין וכן הנסיבות שבגינן לא ניתן גט וקיימת מגמה למנוע תמריץ כלכלי לאישה לסרב לקבל גט ללא הצדקה. סרבנות זו איננה צריכה לאפשר לה לזכות במזונות בשיעור גבוה.¹⁹²

עמדה זו של בתי המשפט האזרחיים מגדילה את הפער בינם לבין בתי הדין הדתיים בנוגע למזונות האישה. מחד גיסא הדעה הדומיננטית בבתי המשפט הללו היא שבנסיבות מסוימות האישה חייבת לעבוד, ואם אינה עובדת ראוי שיקזזו מן המזונות המגיעים לה את ההכנסות הפוטנציאליות שלה. מאידך גיסא מדיניות זו אינה מקובלת כדבר שבשגרה בבתי הדין הרבניים בישראל. הפער הקיים בין עמדת הפסיקה האזרחית, שצריכה להחיל את עקרונות הדין הדתי בעניין זה, ובין עמדת בתי הדין הרבניים בעניין זה אינו רצוי ומאיץ את מירוץ הסמכויות. ראוי שהמחוקק, בעצה אחת עם בתי המשפט האזרחיים ובתי הדין הרבניים, יגבש מדיניות אחידה במידת האפשר, שתחול בערכאת השיפוט האזרחית והדתית בסוגיה זו.

5. תחולת נורמות אזרחיות בבתי הדין הדתיים

בעבר פעל בית המשפט העליון למען בן הזוג החלש יותר מבחינה כלכלית, בין היתר באמצעות החלת נורמות אזרחיות בבתי הדין הדתיים. כך עשה כשפעל למען האישה בפס"ד בבלי והחיל על בית הדין הרבני ועל כל בתי הדין הדתיים המוכרים הפועלים בישראל נורמה אזרחית: חזקת השיתוף.¹⁹³ אף שהיה מודע לעובדה שלא כל הדיינים הסכימו להחיל את הנורמה שנקבעה בפס"ד בבלי,¹⁹⁴ לא חזר בו בית המשפט העליון מן ההלכה, ובשנים האחרונות שב והדגיש שעל דייני בתי הדין להחיל דוקטרינות שהורתן

191 פס"ד ו.ש. נ' ו.ש. (לעיל, הערה 189).

192 ראו: בע"מ 8372/07 פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו); פס"ד ח' ע' נ' א' ע' (לעיל, הערה 189).

193 ראו: פס"ד בבלי (לעיל, הערה 77); בג"ץ 2222/99 גבאי נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד נד(5) 401 (להלן – פס"ד גבאי).

194 ראו: פס"ד פלונית 4 (לעיל, הערה 170) פסקה ו. שם ציין השופט רובינשטיין כי דייני בית הדין הגדול הרב שלמה דיכובסקי, שסבר שקיימים מנגנונים בהלכה המאפשרים לבית הדין הרבני לקלוט את הנורמה שנקבעה בפס"ד בבלי וליישמה, כתב שהשקפת עולמו "מחלחלת יותר ויותר בין הדיינים; ואולם אודה שעדיין רוב הדיינים אינם סבורים כך" – שלמה דיכובסקי, "בתי הדין ובתי המשפט-תחומי חיכוך", תחומין כד (תשס"ד) 51, בעמ' 59.

במשפט האזרחי בישראל לאור פרשנות בית המשפט העליון בדבר חלוקת רכוש בני הזוג.¹⁹⁵

באמצעות החלת נורמות אזרחיות בבתי הדין הדתיים פעל בית המשפט העליון למען האישה, בעקיפין, גם בעשור האחרון, בפס"ד בג"ץ פלונית נ' בית הדין הרבני האזורי בנתניה, פ"ד סא(1) 196.581 (להלן: פלונית 7). בעניין זה חזר בית המשפט העליון על עמדתו הבסיסית בפס"ד לב, 197 שלפיה "בית הדין הרבני הוא חלק ממערכת בתי הדין במדינה, חוקי המדינה חלים עליו. הם מעניקים לו כוחות ומטילים עליו מגבלות". עמדה זו גרמה להחלת הזכות לפרטיות הנזכרת בסעיף 7 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו גם בבית הדין, והנימוק הוא זה: "אין לאפשר מצב דברים שבו פגיעה בפרטיות תהא קבילה בערכאת שיפוט אחת ובלתי קבילה באחרת".¹⁹⁸ כפועל יוצא מעמדה זו בולט בפס"ד פלונית 7 השימוש בעקרון המידתיות: "יש להתחשב באפשרות הקיימת להוכיח את האמת במקרה קונקרטי באמצעות חומר שהושג תוך פגיעה בפרטיות, אך שפגיעתו בפרטיות היא קלה יותר [...] בכל אלה עליו לפעול במידתיות. עקרון זה חל בכל פעולה של רשות ציבורית. הוא חל גם בהפעלת שיקול הדעת השיפוטי".¹⁹⁹ אף בנוגע לתחולת ההגנה, הנזכרת בסעיף 18(2) לחוק הגנת הפרטיות, על אודות הטוען שפגע בפרטיות בתום לב, קבע השופט ברק שתום הלב נקבע לאור עקרון המידתיות: "זה תום לב סובייקטיבי [...] פעולה מתוך אמונה כי הפגיעה הינה במסגרת ההגנה אותה מעלה הפוגע [...] מקום שהפגיעה בפרטיות אינה מידתית תקום הנחה שהפוגע פעל שלא בתום לב".²⁰⁰

יש רגליים לסברה שבתי הדין הרבניים יכלו לאמץ מרצון, לאור שיקולים שמקורם במשפט העברי, את המדיניות שהתווה בית המשפט העליון. בנוגע ליחסי אישות אסורים של אישה יש להבחין בין שתי דרגות חומרה, הנבדלות בין היתר באופי הראיות הנדרש לצורך הוכחת המעשה האסור בכל אחת מדרגות חומרה אלה. כאשר שני עדים כשרים העידו כי ראו שאישה ניהלה קשר אינטימי אסור עם גבר שאינו בעלה, המעשה הוא מעשה "טומאה", ואלו עדי "טומאה". מטבע הדברים עדות זו עניינה מעשה המתבצע בחדרי חדרים, והוכחתו כרוכה בחדירה בוטה לרשות היחיד של אדם ופגיעה קשה בפרטיותו. להוכחת "מעשה טומאה" השלכות מרחיקות לכת על המשך קיומה של ברית

195 ראו: שם; בג"ץ פלונית 4 (לעיל, הערה 170); בג"ץ 5416/09 פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו) (להלן – פס"ד פלונית 5); בג"ץ 8214/07 פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו) (להלן – פס"ד פלונית 6).

196 בג"ץ פלונית 7 (לעיל, הערה 57).

197 ראו: בג"ץ 3914/92 לב נ' בית הדין הרבני האזורי תל אביב-יפו, פ"ד מח(2) 491. ראו גם: רות הלפרין-קדרי, "פלורליזם משפטי בישראל: בג"ץ ובתי הדין הרבניים בעקבות בבלי ולב", עיוני משפט כ (תשנ"ז) 683.

198 בג"ץ פלונית 7 (לעיל, הערה 57), פסקה 16 לפסק דינו של השופט ברק.

199 שם, פסקה 33.

200 שם, פסקה 24.

הנישואין ועל מצבה הכלכלי של האישה בעקבות הגירושין.²⁰¹ על כן קבלת ראיות שהושגו בדרך של פגיעה בוטה בצנעת הפרט תוביל לפגיעה חמורה באישה. למעשה, הדין הקיים מתמרץ לפגוע בראש ובראשונה בכבודה של האישה, בצנעת הפרט שלה ובטובת צאצאיה, העלולים להיחשב בעל כורחם ושלא בטובתם לממזרים.²⁰² אף בית הדין הרבני חפץ למנוע תוצאה לא רצויה זו. הכללים המכבידים שנקבעו בנוגע לקבילות ראיות מצמצמים את הפגיעה הבוטה בכבודם ופרטיותם של בני הזוג המתגרשים, וכן את הפגיעה הכלכלית באישה הבוגדת כפועל יוצא של הוכחת "מעשה טומאה". על כן אף מנקודת המבט של בית הדין הרבני עדיפה הוכחת הניאוף, שדרגת חומרתו פחותה: "מעשה כיעור". מעשה זה יוכח לא בעדות של העדים המעידים שראו כי האישה עשתה מעשה אינטימי אסור עם גבר שאינו בעלה, אלא כשעדותם היא בנוגע לראיות נסיבתיות המצביעות על סבירות גבוהה שנעשה מעשה של יחסי אישות אסורים בין אישה נשואה לגבר שאינו בעלה.²⁰³ במקרה זה התוצאות פחות חמורות. אומנם על פי הדין הדתי החל בנוגע לאישה יהודייה, כאשר קיימות ראיות נסיבתיות לניאופה של אישה זכאי הבעל לגרשה אך אינו חייב לגרשה, והיא מפסידה את דמי כתובתה ומזונותיה.²⁰⁴ עם זאת, אף כאשר המעשה שאישה עשתה הוא "מעשה כיעור" היא עשויה למצוא את עצמה נסחטת על ידי בעליה ולהסכים לתנאים מקפחים בהסכם הגירושין כדי למנוע את הצגת הראיות שהושגו בדרך של פגיעה בוטה בצנעת הפרט בפני בית הדין.

הפעולה למען האישה נחוצה בין היתר בגין נחיתותה בתוצאות המשפטיות בהקשר זה לעתים בשל עקרונות המשפט העברי. ההלכה היהודית מבחינה בין יחסי אישות אסורים של אישה עם גבר שאינו בעלה לבין יחסי אישות של גבר עם אישה שאינו נשוי לה, ונוקטת מדיניות מחמירה יותר כלפי אישה נשואה שפעלה בדרך אסורה ביחסים שבינו לבניה, שכן פעולה זו היא אחד מאיסורי עריות שבתורה.²⁰⁵ ברוב המקרים הנידונים בפסיקה הגבר הוא בעל הדין הממציא ראיות בדבר יחסי אישות אסורים של

201 כגון הדין שהאישה אסורה לאחר הוכחת מעשה זה לא רק "לבעול", אלא גם "לבעול". ראו: משנה תורה, הלכות סוטה ב, יב. כמו כן פירוק קשר הנישואין לאחר הוכחת "מעשה טומאה" משמעותו טלטלה וזעזוע בחיי בני הזוג וילדיהם, שהיקפם רחב מן הפועל היוצא של פירוק קשר הנישואין לאחר הוכחת "מעשה כיעור", שמאפייניו יידונו להלן. ראו: שרשבסקי (לעיל, הערה 171), בעמ' 317-325. זאת ועוד, ל"מעשה טומאה" גם תוצאות כלכליות קשות, שכן הבעל חייב לגרש את אשתו והיא מפסידה את הכסף שהתחייב בכתובה לשלמו כשיתגרשו. ראו: שולחן ערוך, אבן העזר, קטו, ו.

202 יש המדגישים היבט מגדרי זה ומציינים שפגיעתה הרעה של פעילות פולשנית של בלשים פרטיים מכוונת בראש ובראשונה נגד נשים. ראו: רות זפרן, "סקס שקרים ווידאוטייפ: על הגנת הפרטיות בהליכים המתנהלים בבתי הדין הרבניים", משפט וממשל ז (תשס"ה) 813, בעמ' 820-821.

203 ראו: בבלי, יבמות כד, ע"ב; ירושלמי, כתובות ז, ו; שולחן ערוך, אבן העזר יא, א.

204 ראו: שולחן ערוך, אבן העזר, יא, א; ג.

205 ראו: רות הלפרין, "בגידת הבעל כעילה לכפיית גט" מחקרי משפט ז (תשמ"ט) 297.

אשתו, ובאמצעותן הוא מבקש לשלול ממנה זכויות משפטיות, כגון זכותה למזונות. כיוון שראיות כאלה פוגעות במעמדה המשפטי-דתי של האישה יותר משהן פוגעות במעמדו המשפטי-דתי של בעלה, תמריצו של גבר להציג גדול מן התמריץ של אישה נבגדת. על כן הסייגים והמגבלות שנקבעו בעניין פלונית 7 בדבר קבילותן של ראיות המוצגות בבתי הדין לצורך הוכחת יחסי אישות אסורים משרתים בראש ובראשונה את האישה. תפיסת עולם סמויה של שוויון והוגנות ביחסים המשפטיים בין הבעל לאישה המצויה בפסק הדין פלונית 7 אינה עומדת בסתירה לעקרונות המשפט העברי. אמנם קיימים פערים בהשקפת העולם בין בית הדין הרבני לפסיקה האזרחית בתחום זה בהקשרים מסוימים; בין היתר הפסיקה האזרחית אינה רואה בעין יפה הטלת סנקציות כלכליות קשות מעין אלה שמשית הדין העברי על האישה הבוגדת, ומגמה זו באה לידי ביטוי בשנים האחרונות בפסקי דין שבהם הנחה בית המשפט העליון את בתי הדין הרבניים לסטות מן המדיניות הנהוגה בהם ולא להפחית מחלקה של אישה בוגדת בעת חלוקת הרכוש בין בני הזוג.²⁰⁶ אולם אף בית הדין הרבני יכול לאמץ סייגים אלה כדי ליצור יתר שוויון בין הגבר לאישה בתחום זה. למעשה, הכבדת נטל קבילות הראיות בתחום זה פועלת בעיקר לטובת האישה, ופעילות שזו מטרתה עולה בקנה אחד עם השקפת העולם של הדיינים בבתי הדין הרבניים.

יתר על כן, כאשר הבעל בוגד, האישה יכולה להוכיח כי יש לה עילת גירושין נגדו.²⁰⁷ לעתים תוכל לעשות שימוש בעילת הגירושין נגד גבר העובר על הדת היהודית. לדעת פוסקי הלכה חשובים בדורות האחרונים, יש רגליים לסברה שכאשר אין מדובר במעידה חד-פעמית של הבעל אלא בבגידה מתמשכת באשתו, יש אפשרות לנקוט צעדים של ממש מכוח קיומה של עילת גירושין נגדו גם כאשר הבסיס הראיתי למעשיו הוא ראיות נסיבתיות כבדות משקל.²⁰⁸ לאור עקרונות אלה אין צורך מיוחד בפעולות תיעוד וצילום הנעשות בחדרי חדרים לצורך הוכחת בגידת הבעל. פסיקת בית המשפט העליון בפס"ד

206 ראו: הנחיות אלה לבתי הדין הרבניים, שמדיניותם שונה, בנוגע להסדר איזון המשאבים: בג"ץ פלונית 3 (לעיל, הערה 172), לאור פסקי דין שהחילו עיקרון דומה בנוגע לחזקת השיתוף, כגון ע"א 264/77 דרור נ' דרור (לעיל, הערה 172).

207 בנוגע למאפייני עילה זו ראו: רות הלפרין (לעיל, הערה 205) בעמ' 300-313.

208 ראו: אליאב שוחטמן "בגידה וחיים עם 'ידועה בציבור' – עילה לכפיית גט?", משפחה במשפט א (תשס"ז) 259, בעמ' 262. עוד ראו: רות הלפרין (שם) בעמ' 322. רות הלפרין הציבה במאמרה על קווי דמיון מסוימים בין עילת הגירושין נגד בעל בגין יחסי אישות שלו עם אישה שאינו נשוי לה, לבין עילת הגירושין של בן או בת זוג העוברים על הדת היהודית, בין היתר בנוגע לדרישת ההתראה. בנסיבות מסוימות הפעילות כה חד-משמעית ואין אפשרות לפרש אותה לכאן או לכאן, ולכן אין דרושה התראה. מלבד זאת, בנוגע לעילת הגירושין נגד אישה העוברת על דת יהודית קיימת פסיקה של כמה מפוסקי ההלכה בדורות האחרונים שסברו כי אפשר להוכיח שאישה עוברת על דת יהודית באמצעות ראיות נסיבתיות כבדות משקל, כגון תוכן מכתבים שכתבה המעידים על פרשיית אהבים עם אחר, או פרסום תמונה לא צנועה שלה בעיתון. ראו: שו"ת משפטי עוזיאל, חלק ב, אבן העזר, סימן סה; שו"ת שרידי אש, חלק ג, לב.

פלונית 7, המשתיתה את הראיות נגד הגבר הבוגד כמו גם את הראיות נגד האישה הבוגדת על אותו בסיס, ראיות נסיבתיות שאינן כרוכות בפגיעה קשה בפרטיות, מגנה על שני בני הזוג מפני פגיעה קשה בפרטיותם ויוצרת יתר שוויון בין גברים לנשים. עקרונות אלה עולים בקנה אחד עם השקפת העולם של חכמי המשפט העברי.

חשוב שתהא חקיקה בתחום זה בעצה אחת עם דייני בתי הדין הרבניים. אמנם, בפס"ד פלונית 7 נקבעו כללים מנחים בדבר קבילות ראיות המוצגות בבית הדין. עם זאת ללא הפנמה של המסר בפסיקת בית המשפט העליון גם בציבור הרבנים והדיינים מעטה העמימות הקיים בקריטריונים שנקבעו בפס"ד פלונית 7 עלול להדיר שימוש אפקטיבי בהם בפרקטיקה השיפוטית בבתי הדין הרבניים. מחד אסר בית המשפט לקבל ראיות שפגיעתן בפרטיות רבה. מאידך כאשר הפגיעה בפרטיות פחותה, קבילות הראיה תיקבע לפי מבחן המידתיות, שאופיו איננו חד-משמעי. כיוון שקיים תמריץ כספי, במיוחד לבעל, לבלוש אחר האישה ולפגוע בפרטיותה, ומחמת נטיית בתי הדין הדתיים שלא ליישם את כללי הפסילה שנקבעו בפס"ד פלונית 7 ככתבם וכלשונם והאפשרות לנהוג כך ללא פיקוח משמעותי של בית המשפט העליון באמצעות פרשנות מגמתית לעקרון המידתיות, היה רצוי שהגנה על בן הזוג מפני פגיעה קשה ולא מידתית בפרטיותו, בפעולות הנעשות בחדרי חדרים, תיקבע בכללים חד-משמעיים בחוק. ראוי כי בעצה אחת עם היושבים על מדין בבתי הדין הדתיים יתוקנו חוק האזנות סתר וחוק הגנת הפרטיות תוך קביעת מבחני מידתיות חד-משמעיים, שייושמו גם בנוגע לקבילות ראיות בבתי הדין הדתיים, וכן יוסדרו בחוק זה באופן מפורט וחד-משמעי במידת האפשר גבולות הפעולה המותרים לפעילות חוקרים פרטיים כשהם אוספים ראיות לצורך ביסוס עילות גירושין.

גבולות הפעולה הללו, שיהיו חד-משמעיים יותר, ינחו גם את בית המשפט ויסייעו לצפות בו את התוצאות המשפטיות באופן ודאי יותר.²⁰⁹ סעיף 2 לחוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות), התשי"ט-1959²¹⁰ קובע שבית המשפט האזרחי יחיל בסוגיה זו את הוראות הדין האישי, ועל בני זוג יהודים חלים עקרונות המשפט העברי. אף כשהדיון מתקיים בבית משפט אזרחי, אם הוכחה בגידה לפי עקרונות הדין העברי, פטור בעל יהודי מחובתו הנובעת מן הנישואין לזון את אשתו. על כן גם בבית המשפט האזרחי מתעוררת לעתים סוגיית ההגדרה המדויקת של הכללים בנוגע לתוקפן ומעמדן של ראיות בנוגע לפעולות המתרחשות במקום פרטי כשהראיות הושגו בדרך הפוגעת בצנעת הפרט. פרשנות הערכאה האזרחית לכללים אלה שונה מפני שקיימת בהם מודעות רבה יותר

209 בענייני גירושין של יהודים בישראל, אזרחי המדינה או תושביה, מסורה סמכות השיפוט הייחודית בידי בתי הדין הרבניים. ראו סעיף 1 לחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), התשי"ג-1953 (לעיל, הערה 11). עם זאת בעניינים אחרים של המעמד האישי, שאפשר לכרוך אותם בתביעת הגירושין, כגון מזונות האישה, סמכות השיפוט מקבילה. בהם לעתים מסורה סמכות השיפוט בידי הערכאה האזרחית.

210 חוק לתיקון דיני משפחה (מזונות), התשי"ט-1959 (לעיל, הערה 99).

לעובדה שהמניע לאיסוף הראיות בנסיבות אלה לעתים אינו זך וטהור, ו"תוך ניצול ציני של הלכות, המבקשות להגן על ערכים דתיים, זוכה הבעל ביתרון בלתי הוגן, שלא בטובתה של ההלכה, למטרות חילוניות ובהקשרים חילוניים".²¹¹ כדי למנוע פער גדול מדי בין מדיניות הערכאה האזרחית למדיניות בתי הדין הדתיים בהקשר זה רצוי שגם בנוגע לכללים החלים בערכאה האזרחית ייקבע הסדר מפורט זהה, שהוא דבר דבור על אופניו, בחקיקה שבה יהיו כללים ברורים. רצוי שהכללים שינהגו גם בעניין איסוף ראיות שבהן נעשה שימוש בערכאת שיפוט זו ימנעו איסוף ראיות בדרך הפוגעת בפרטיות במידה העולה על הנדרש, שלא כדין, לצורך ביסוס טיעון בנוגע לפטור ממזונות. אמנם בבתי המשפט האזרחיים חקיקה זו נחוצה פחות מאחר שהם פועלים בתביעות משפטיות הנדונות בהם לאור דיני הראיות במדינת ישראל, מיישמים חקיקה שמטרתה הגנת הפרטיות ככתבה וכלשוונה ואינם מקבלים ראיות שהושגו באמצעות פגיעה בפרטיות שלא כדין. כמו כן דבקוּתם בכללי הפסילה הפוסלים ראיות שהושגו בדרך שאינה ראויה בלא היתר היא תרומה למאמץ של החברה למנוע פגיעה בצנעת הפרט. אך אף הם יפיקו תועלת מתיקון החוק שיקבע כללים חד-משמעיים, שיחולו במידה שווה בבתי הדין הדתיים ובבתי המשפט האזרחיים.

6. יחסי ממון בין בני זוג

6.1 הון אנושי

בית המשפט העליון ניסה להשיג שוויון ביחסים הרכשיים בין בני הזוג בדרכים שונות. בין היתר החיל את חזקת השיתוף על ידועים בציבור ולא רק על בני זוג נשואים.²¹² מלבד זאת החיל השופט ברק את חזקת השיתוף על בתי הדין הרבניים והזכיר בהקשר זה את הוראות חוק שיווי זכויות האישה, התשי"א-1951.²¹³ קיימות גם דרכים אחרות שבאמצעותן יכול בית משפט להגן על הזכויות הכלכליות של בן הזוג החלש יותר כלכלית וכך לקדם צדק, שוויון והוגנות ביחסים הרכשיים הללו.²¹⁴ בעשור האחרון רווחת הדעה שראוי לעגן את הגנת בן הזוג החלש כלכלית על

211 רוזן-צבי (לעיל, הערה 51) בעמ' 140.

212 ראו: ע"א 52/80 שחר נ' פרידמן, פ"ד לח(1) 443 (להלן – פס"ד שחר); שחר ליפשיץ, הידועים בציבור בראי התיאוריה האזרחית של דיני המשפחה (תשנ"ה) בעמ' 90-91.

213 פס"ד בבלי (לעיל, הערה 77), בעמ' 221. ראו גם: רות הלפרין קדרי, "פלורליזם משפטי בישראל: בג"ץ ובתי הדין הרבניים בעקבות בבלי ולב", עיוני משפט כ (תשנ"ו-תשנ"ז) 683, בעמ' 690; פס"ד גבאי (לעיל, הערה 191) בעמ' 407-412, 426-427, 430-432.

214 ראו: מגוון הדרכים להשגת תוצאה זו, שהתווה השופט עמית בפסק דינו: בע"מ (חי') 740/08 (לעיל, הערה 123).

פי תפיסת עולם שמטרתה היא קידום שוויון בין בני הזוג באמצעות הכרה בנכסי עתיד: "נכסי קריירה", "מוניטין אישי" או "כושר השתכרות". נכסי עתיד הם כל נכס הקשור להון האנושי של בני הזוג, כגון תואר אקדמי, רישיון, ניסיון מקצועי, וכל גורם אחר המתייחס לפוטנציאל ההכנסה העתידי של אחד מבני הזוג.²¹⁵ קידום השוויון בין בני הזוג הוא פועל יוצא של ההכרה בהון האנושי כגורם שיש להתחשב בו בחלוקת רכושם המשותף. בית המשפט הסביר שמערכת המשפט צריכה לדאוג לצד החלש בסכסוך הגירושין ולוודא שהסדר חלוקת הרכוש יהא הוגן וצודק על פי הנסיבות. בנסיבות מסוימות, כגון "בעלי מקצועות שונים, ששמש יצא לפנייהם בחוגי המקצוע ובקרב לקוחות ולעיתים מעבר להם",²¹⁶ נוצר כושר השתכרות הנובע מהשקעה בלימודים, ובנסיבות אלה יש הצדקה להכרה בהון האנושי כהון של בני הזוג. יש להכיר בו כהון של שני בני הזוג במיוחד במצבים שבהם הוא הנכס העיקרי של בני הזוג. השופט שאול שוחט הציג שבנסיבות המתאימות יסטו מחלוקת נכסי בני הזוג שווה בשווה, שלדעתו אינה חלוקה שוויונית כאשר קיימים נכסי עתודה כלכלית. הצעתו מושתתת בין היתר על פרשנות מרחיבה של חזקת השיתוף.²¹⁷ לאור פסיקת השופט ריבלין בנוגע לחזקת השיתוף²¹⁸ בית המשפט העליון הכיר בסוג מסוים של הון אנושי: כושר השתכרות, כנכס שאפשר לחלק ולכמת, בנסיבות המתאימות, כשמחלקים את רכוש בני הזוג. הוא קבע מבחנים בנוגע להגדרה ולמאפיינים של נכס זה ולנסיבות המתאימות שבהן יש הצדקה להכרה זו בכושר ההשתכרות.²¹⁹

215 ראו: שחר ליפשיץ, "על נכסי עבר, נכסי עתיד ועל הפילוסופיה של חזקת השיתוף", משפטים לד (תשס"ה) 627, בעמ' 728-730. בנוגע לתחולת חזקת השיתוף על נכסי עתיד ראו גם: שאול שוחט, "הלכת השיתוף – מחלוקת שווה לשוויוניות בחלוקה" ספר שמגר ג (תשס"ג) 731, בעמ' 741. באופן עקרוני העמדה הגורפת של השוללים הכרה בהון אנושי כנכס של בני הזוג (אשר רווחה בעבר) אינה מוצדקת. ראו למשל: פסק דינו של השופט פינקלמן, במ"א (חי') 623/91 רום נ' רום (פורסם בנבו) או פסק דינו של השופט קלינג בת"א (תל אביב) 257/90 גוזנר נ' גוזנר, פ"ד תשנ"ז(2) 399, אושר בבית המשפט העליון בע"א 3394/97 גוזנר נ' גוזנר (פורסם בנבו).

216 פסק דינו של השופט רובינשטיין בבית המשפט העליון, בע"מ 5879/04 פלוני נ' פלונית, פ"ד נט(1) 193, בעמ' 195 (להלן – פס"ד פלוני 1). שם הדגיש שההכרה בהון האנושי היא מוצדקת בנסיבות המתאימות "משום הגינות והרמוניה שיש לשאוף אליהן כחלק מיסודות הצדק שעליהם – בין השאר – מושתתת מדינת ישראל"

217 ראו: תמ"ש (ת"א) 29140/98 שי (שיוביץ) נ' וינרב (פורסם בנבו); תמ"ש (ת"א) 70030/98 פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו); תמ"ש (תל אביב) 79591/98 פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו).

218 אין סיבה להבחין בהקשר זה בין חזקת השיתוף לבין הסדר איזון המשאבים בחוק יחסי ממון בין בני זוג, תשל"ג-1973. ראו המדיניות הכללית שהתווה השופט גולדברג בע"א 806/93 הדרי נ' הדרי, פ"ד מח(3) 685. ראו גם יישום מדיניות זו בנוגע להון אנושי בפסק דינו של השופט טפרברג: תמ"ש (ב"ש) 15485/03 צ.א. נ' צ.אל (פורסם בנבו), כפיסקה 24.

219 ראו בע"מ 4623/04 פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו).

אף בקרב המלומדים שפירשו את עקרונות ההסדר המשפטי שנהג בפועל בישראל בתקופה שקדמה לתיקון מס' 4 לחוק יחסי ממון בין בני זוג, רווחה לעתים השקפת עולם דומה בנוגע לנכסי עתיד. מלומדים אלה סברו שרצוי שבמשפט בישראל יתחשבו גם בהון האנושי כשמחלקים את רכוש בני הזוג. פרופסור אריאל רוזן-צבי עמד על העובדה שבמשטר יחסי הממון בין בני זוג שנהג בישראל בעבר האישה הנשואה הייתה בדרך כלל הצד החלש מבחינה כלכלית. על כן הייתה האישה תלויה בהעדפותיו הכלכליות של הבעל, וכשיחסייהם עלו על שרטון היא נקלעה לא אחת למצוקה כלכלית עקב קשיי נזילות, ואילו הבעל היה יכול להפגין יותר אורך רוח ולא היה צריך לקבל החלטות בהשפעת לחץ הנסיבות.²²⁰ לכן ייחס חשיבות ל"נכסי קריירה", ככספי פנסיה או ביטוח, והציע להכיר בהם כנכסים בני-חלוקה במסגרת הלכת השיתוף והסדר איזון המשאבים.²²¹ בהמשך לתפיסת עולם זו סבר פרופסור שחר ליפשיץ שתפיסת עולם ליברלית מחייבת הכרה בנכסים המכונים "נכסי עתיד" כנכסיהם של שני בני הזוג.²²² לאור המתווה שהיה קיים בישראל הציע פרופסור ליפשיץ פתרון ראוי לבעיית "נכסי עתיד", המושתת על ההנחה שפרט לחלוקה שוויונית של הרכוש יהיה בן הזוג הביתי זכאי לפיצוי על שנמנע ממנו לפתח קריירה אישית במהלך הנישואין. לשיטתו, הפיצוי יינתן בדרך צודקת על פי נסיבות העניין, בצורת תשלום חד-פעמי או תשלומים עתיים מתמשכים.²²³

אם ההכרה בהון אנושי כנכס בר-חלוקה תיעשה בערכאה האזרחית מבלי שמהלך דומה יתרחש בבתי הדין הרבניים, יגדלו הפערים בתוצאות חלוקת הרכוש בערכאות השונות. מציאות זו עלולה להגביר את מירוץ הסמכויות, שממילא איננו רצוי. בעבר התקשו רבים מדייני בית הדין הרבני לקבל את הלכת השיתוף שנכפתה עליהם בפס"ד בבלי,²²⁴ ויש רגליים לסברה שאף מגמות חדשות אחרות שהורתן ולידתן אינה בכתבי חכמי המשפט העברי, כגון הכרה בהון אנושי כנכס בר-חלוקה, לא יתקבלו ללא קושי בפסיקת חלק מן הדיינים. אולם אם חפצה מערכת המשפט הישראלית לסייע לצד ה"חלש" בנושא חלוקת הרכוש גם כשסמכות השיפוט נתונה בידי בית הדין הרבני, שומה עליה לשכנע את דייני הערכאה הדתית כי עליהם להצטרף למהלך המכיר בהון אנושי כנכס משותף של שני בני הזוג, אשר יש לחלקו שווה בשווה. מהלך זה אפשרי בקרב דיינים הנמנים על הזרם שמייצגו העיקרי הוא הרב דיכובסקי, שהיה מוכן להעניק תוקף הלכתי לחזקת השיתוף לאור העובדה שעקרונות הדין העברי מאפשרים קבלת נורמות חדשות בענייני ממון. השיקול שהציג הרב דיכובסקי: "הלכת השיתוף אינה יצירת יש

220 ראו: רוזן-צבי (לעיל, הערה 51) בעמ' 145-149.

221 שם, בעמ' 491-492, 497.

222 ראו: שחר ליפשיץ (לעיל, הערה 213) בעמ' 732, 745.

223 ראו: שם, בעמ' 735.

224 ראו: פס"ד גבאי (לעיל, הערה 191).

מאין' אלא יש בה הרחבה של מצב קיים של אומדנא שבדעת בני אדם²²⁵ שריר וקיים גם בנוגע להכרה בהון האנושי כנכס של בני הזוג במציאות שבה הכרה בהון האנושי, בנסיבות המתאימות, קיימת במקרים רבים בפסיקה מדינת ישראל. כפועל יוצא ממציאות זו לשיטתו אפשר לקלוט את ה"אומדנא שבדעת בני אדם" בפסיקת בתי הדין הרבניים. עם זאת ייתכן שלא נוכל לשכנע את הדיינים הנמנים על הזרם שמייצגו הוא הרב שרמן,²²⁶ המתנגד לתפיסת העולם של הרב דיכובסקי בהקשר זה. אולם שופט בית המשפט העליון אליקים רובינשטיין ציין שמאז נפסקה ההלכה בפס"ד בבלי ניכרת מגמה בקרב דייני בתי הדין הרבניים להחיל את עקרונות הדין האזרחי הנובעים מחוק יחסי ממון בין בני זוג.²²⁷ אם אכן זו המציאות החדשה בפסקי הדיינים, יש רגליים לסברה שבהדרגה תהא אפשרות לשכנע את הדיינים בדבר הצורך להכיר בנכסי הון האנושי במסגרת שיקול הדעת הרחב המוקנה לדיין בסוגיות ממוניות, שבהן אדם "מתנה על מה שכתוב בתורה".²²⁸ בשונה מסוגיות בעלות נפקות הלכתית כלפי בורא עולם, המסווגות כהלכות איסור והיתר, ובהן מנוע בית הדין לחולל שינויים, הכרה בנכסי עתיד כשמחלקים את רכוש בני הזוג היא פעולה בתחום הממוני שבין אדם לחברו. בתחום זה הדין העברי אינו קוגנטי אלא דיספוזיטיבי.²²⁹ דיינים בבית הדין הרבני הגדול חיוו דעה שבית הדין הרבני יכול להיות גמיש בנוגע לאימוצה של מדיניות אזרחית בתחום "דבר

225 שלמה דיכובסקי, "הלכת השיתוף – האם דינא דמלכותא", תחומין יח (תשנ"ח) 18, בעמ' 25.

226 ראו: אברהם ח' שרמן, "הלכת השיתוף" לאור משפטי התורה, תחומין יח (תשנ"ח), 32-40.

227 ראו: בג"ץ פלונית 4 (לעיל, הערה 172). כמו כן השופט רובינשטיין עמד בפס"ד פלוני 1 (לעיל, הערה 216) על קיומם של מקורות המשפט העברי שבהם מוניטין הוא נכס כלכלי שקיימת אפשרות לחלקו כשמחלקים את רכוש בני הזוג. ראו תשובת הרב יעקב עדס בשו"ת חדוות יעקב, אבן העזר, לו, פסיקתו נזכרת בפד"ר ד, בעמ' רכה. ראו גם תשובת הרב שמואל ואזנר, בשו"ת שבט הלוי, י, רעה: "ומעשים בכל יום בבתי דינים פה, שמלבד כל הפסדים ורווחים, לוקחים בחשבון המוניטין, דה[נ]ינו מה שהראשון [שרכש מוניטין] זכה על ידי שמו הטוב". בתיק 395906/3, בבית הדין הרבני האזורי תל-אביב-יפו (פורסם בנבו, פורסם באתר דעת) כתבו הדיינים חיים שלמה שאנן, מרדכי בר אור ושלמה שטסמן: "לאחר תיקון מס' 4 לחוק יחסי ממון אכן נקבע, מחד, בסעיף 8(2) – כי רשאי ביה"ד לקבוע שאיזון הנכסים לא יהיה מחצה על מחצה - בהתחשב בין היתר, בנכסים עתידיים – לרבות כושר ההשתכרות של כל אחד מבני הזוג. אולם מאידך עניין כושר ההשתכרות לא אוזכר בסעיף 5 לחוק אשר מגדיר מה הם נכסי בני הזוג שיש לאזנם. בית הדין מקבל את הגישה – שיש לה ביטוי במאמרי המלומדים – שהמחוקק לא ראה שיש בכל מקום ומקרה להכיר בכושר ההשתכרות כנכס בר איזון ושהדבר הושאר לשיקול דעתו של ביה"ד בכל מקרה ומקרה".

228 ראו: עמדת הדיין, הרב קאפח בבד"מ 1/81 נגר נ' נגר, פ"ד לח(1) 365.

229 בענייני ממון קיימים אמצעים מגוונים המאפשרים קליטת נורמות חדשות למשפט העברי כגון מנהג או תקנות קהל. יש אומרים שלחוקים טובים וצודקים של הכנסת, המקדמים את תועלת הציבור, יש מעמד של תקנת קהל. ראו: בג"ץ 323/81 וילונוני נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד לו(2) 333; פס"ד בבלי (לעיל, הערה 77).

שבממון" אף כאשר המתווים אותה הם המחוקק ובית המשפט העליון.²³⁰ רצוי שמדיניות המחוקק בעניין זה תיקבע, במידת האפשר, בעצה אחת עם דיינים ורבנים. כמו כן גם אחרי פעולת המחוקק בתיקון מס' 4 לחוק יחסי ממון בין בני זוג נחוצה חקיקה נוספת בתחום זה, כיוון שלא כל הסוגיות בו הובהרו לעת הזאת באופן משביע רצון. אמנם בעשור האחרון ניכרת בכתבי מלומדים הכרה בזכותו של הצד החלש יותר בבני הזוג מבחינה כלכלית, שהוא בדרך כלל האישה, לקבל את חלקו בהון האנושי.²³¹ אולם ניכר שבית המשפט העליון, המושפע מההצעות שבכתבי המלומדים, נרתע מלאמץ קנה מידה חד-משמעי בעניין זה כיוון שהוא מסתייג מהכרה גורפת ב"נכסי קריירה" כנכס של בני הזוג וער לקשיים בנוגע להערכת שוויו של נכס זה ומימושו.²³² נוסף על זה אין ודאות כעת בנוגע ליחס שבין הוראות המחוקק בסעיפים 5 ו-8 לחוק זה. סעיף 5(ג) לחוק קובע כי נכסי בני הזוג כוללים "זכויות עתידיות לפנסיה, פיצויי פרישה, קרנות השתלמות, קופות תגמולים וחסכונות". לאור נוסח זה של הסעיף אפשר לטעון כי ייתכן שזו אינה רשימה סגורה, ובאיוון המשאבים אפשר להתחשב בין היתר בנכסים עתידיים, לרבות כושר ההשתכרות של בן הזוג. אך כיוון שכושר השתכרות זה לא נזכר במפורש בסעיף 5, יש רגליים לסברה שיש מקום להתחשב בגורם זה רק במסגרת שיקול הדעת המסור לבית המשפט בסעיף 8 לחוק, בדבר סטייה מאיוון המשאבים שהוא מחצה על מחצה, וזאת בנסיבות המתאימות, הכוללות התחשבות "בין השאר, בנכסים עתידיים לרבות כושר ההשתכרות של כל אחד מבני הזוג". בסופו של דבר, בשלב זה נטיית בתי המשפט בדרך כלל היא לא להתייחס אל "נכסי עתיד", כגון המוניטין האישי וכושר ההשתכרות, כאל נכסים בני-חלוקה הנכללים באיוון המשאבים הנזכר בסעיף 5 לחוק.²³³ התכליות של קידום הצדק החלוקתי והשוויון הכלכלי בין בני הזוג באות לידי ביטוי בשלב זה כאשר קיימת התחשבות במוניטין אישי ובכושר ההשתכרות במסגרת שיקול הדעת המוקנה לבית המשפט לסטות מאיוון משאבים שהוא

230 ראו: עמדת הדיין הרב יוסף קאפח בפסק דין נגר (לעיל, הערה 228): "הנחיית המחוקק נעשתה, כנראה, מתוך הנחה, שבענייני ממון אין פגיעה בדין הדתי, משום שהנחייתו כ'תנאי שבממון', שאין בו משום מתנה על מה שכתוב בתורה. ואם כך, יש להניח, שכל שאינו תנאי שבממון לא עלה על דעת המחוקק לפגוע בו. זו דוגמה, ואפשר בדרך זו להבין כמה וכמה חוקים שלא הובנו כך".

231 ראו: רות הלפרין קדרי; שחר ליפשיץ, לעיל, הערה 26.

232 ראו: בג"ץ 4178/04 פלוני נ' בית הדין הרבני הגדול לערעורים (פורסם בנבו); בע"מ 4623/04 (לעיל, הערה 219). בנוגע לשלבים השונים של התפתחות הפסיקה בישראל אשר למעמד המשפטי של מוניטין וכושר השתכרות בחלוקת רכוש בני זוג ראו: פסק דינה של השופטת נילי מימון בתמ"ש (י-ם) 1933/09 א.ג.א. נ' י.ג.א. (פורסם בנבו). בפסק דין זה קיימת התפתחות נוספת בהשוואה למדיניות השמרנית של השופטת מימון בנוגע למוניטין כנכס, לאור הנסיבות, בתמ"ש (י-ם) 28915/04 ש' ל' ו' נ' א' ו' (פורסם בנבו).

233 ראו: שחר ליפשיץ, "יחסי משפט וממון: אתגרים ומשימות בעקבות תיקון מס' 4 לחוק יחסי ממון", חוקים א (תשס"ט) 227.

מחצה ומחצה הנזכר בסעיף 8 לחוק.²³⁴ רצוי שנוסף על קביעת קריטריונים ברורים יותר בחקיקה בנוגע להפעלת שיקול דעת בנוגע ליישומו של סעיף 8 לחוק יבהיר המחוקק חד-משמעית מה הוא היחס שבין סעיף 5 לסעיף 8 לחוק.

זאת ועוד, מעמדת הפסיקה עולה כי הדעה הרווחת היא שהון אנושי, כגון כושר השתכרות, אינו בבחינת נכסים שאפשר לאזנם במסגרת הסדר איזון משאבים בחוק יחסי ממון בין בני זוג.²³⁵ אמנם סעיף 8 לחוק יחסי ממון בין בני זוג מאפשר התחשבות במצבו הנחות של בן הזוג החלש יותר מבחינה כלכלית באמצעות סטייה מאיזון משאבים המבוצע ביחס של מחצה על מחצה; מהנוסח הנוכחי של החוק עולה שסעיף 8 לחוק – המאפשר סטייה מאיזון המשאבים תוך התחשבות בכל השיקולים הכלכליים הרלוונטיים בנסיבות המתאימות – מעניק סמכות לשקול גם את המשמעות הכלכלית של ההון האנושי, כגון המוניטין האישי. אולם ייתכן שהעיקרון הקיים מאפשר שיקול דעת רחב מדי, שבגיניו לא תהיה ודאות מספקת בנוגע לתוצאה המשפטית ואחידות בפסיקה. יש לשקול מה משמעות ההון האנושי רק בנסיבות המתאימות. כיוון שאין אחידות בנוגע להגדרתן, ואין עקרונות מנחים חד-משמעיים בנוגע לטיבן וטבען של נסיבות אלה, רצוי שהמחוקק יבהיר היטב מה הן הנסיבות הללו.

כן נדרשת עוד הבהרה, ומוטב שתהא אף היא בחקיקה הנוגעת לעוד היבטים של הפעלת שיקול דעתו של בית המשפט, בסעיף 8 לחוק, בנוגע לחלוקת רכוש בני הזוג לפי יחס אחר שייקבע בהתחשב בין השאר ב"נכסים עתידיים", כגון המוניטין האישי וכל "נכסי קריירה" של בני הזוג, "לרבות כושר ההשתכרות של כל אחד מבני הזוג". היעדר קריטריונים חד-משמעיים בתחום זה נובע גם מן הצורך לאזן בין שיקולים סותרים, לכאן או לכאן.²³⁶ מחד גיסא באופן עקרוני מוצדק להקנות לבן הזוג החלש יותר מבחינה

234 ראו: שם, בעמ' 181-285. ראו גם פרשנות נוספת: דעת השופטת ורדה בן שחר בתמ"ש (ראשל"צ) 29102/08 א.ח. נ' א.א. (פורסם בנבו, 22.3.2009).

235 ראו: בג"ץ 4178/04 (לעיל, הערה 232).

236 ראו הדיון בכמה פסקי דין שבחנו את משמעות תחולת סעיף 8 לחוק: פס"ד פלוני 1 (לעיל, הערה 216); בג"ץ 4178/04 (לעיל, הערה 232); ע"מ (י-ם) 577/04 י.ב. ח נ' א. ב. ח (פורסם בנבו); ע"מ (י-ם) 638/04 (לעיל, הערה 189); ע"מ (חי') 363/06 פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו); ע"מ (חי') 614/07 פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו); תמ"ש (ת"א) 41000/98 פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו); תמ"ש (תל אביב) 74231/99 פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו); תמ"ש (ראשל"צ) 28242/08 ח.ר.ג. נ' צ.ג. (פורסם בנבו). בע"מ (י-ם) 638/04 (לעיל, פסקה 37, כתב השופט דרורי כי לדעתו "מן הראוי שהשימוש בסעיף 8 (2) לחוק יחסי ממון, ייעשה במשורה ובמקרים חריגים ביותר. עצם יישומו של סעיף זה, פוגע בוודאות המשפטית ובציפיות הצדדים. כמו כן, יש בו גם משום פגיעה בזכות הקניין של בן הזוג שמחצית הרכוש הינה שלו (זכות, שכיום היא חוקתית, מכוח סעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, הקובע כי 'אין פוגעים בקניינו של אדם', ובית המשפט מכוח סעיף 8 (2) הנ"ל, רוצה לקחת חלק מרכוש זה ולהעבירו לבן הזוג האחר. מבחינה מערכתית, יש להביא בחשבון שיקול נוסף: אם ירבו המקרים של הפעלת סעיף 8 (2) הנ"ל, ייצור הדבר תיקווה

כלכלית, שהקדיש חייו למען המשפחה ושגשוגה ויותר לטובת בן זוגו על פיתוח קריירה ומוניטין משלו, גמול כלכלי בגין הקרבתו.²³⁷ נקודת המבט של צדק חלוקתי ושוויון כלכלי מצדיקה פעולה למען בן הזוג החלש יותר מבחינה כלכלית. מאידך גיסא קיימות בפסיקה בישראל גם הסתייגויות מהכרה גורפת בזכויות בן זוג במוניטין של בן או בת זוגו. כך למשל סברה השופטת ארבל שזכות האחד במוניטין האישי של בן זוגו קמה רק כשקיים פער ממשי וברור בין כושר ההשתכרות של השניים, ומלבד זאת ויתר אחד מהם ויתור משמעותי למען חיי המשפחה עד שבלם את התפתחותו המקצועית.²³⁸ המחוקק יכול להגדיר חד-משמעית במידת האפשר מה היא הנוסחה הראויה בהקשר זה. הוא יכול לקבוע באילו נסיבות קיימת זכות להתחשב בהון האנושי. ראוי שקביעה זו תהיה מושתתת על ההנחה שהכרה גורפת ולא מסויגת בהון אנושי כנכס של בני הזוג אינה מוצדקת, ויש לקבוע בחקיקה הנחיות ברורות בדבר הנסיבות שבהן מוצדקת ההכרה בהון האנושי במסגרת הסטייה מאיזון משאבים שהוא מחצה ומחצה. על ההנחיות בחוק להתייחס לסוגיות מוגדרות, כגון משך תקופת הנישואין; מידת התרומה של בן או בת הזוג שעברו מחוץ לבית או בעבודות משק הבית וגידול הילדים, להצלחת בן או בת זוגם שהשקיעו בלימודים; יכולת מימוש ההון האנושי; הציפיות הסבירות והמוצדקות לאור הנסיבות בנוגע להיווצרות ההון האנושי ואופן מימושו בפועל; גורמים אחרים המצדיקים חלוקה של נכסי בני הזוג שלא במתכונת של איזון משאבים שהוא מחצה ומחצה. הנוסחה שיקבע המחוקק בהקשר זה צריכה לכלול התחשבות בשינויי הנסיבות בעתיד. קיימת אפשרות של פגיעה מסוימת או רבה בכושר ההשתכרות בעתיד, כגון תאונת דרכים שאינה מאפשרת למי שרכש השכלה ומוניטין במקצועו להשתכר ולתת חלק מהכנסותיו לבן זוגו, אבטלה או הרעה ניכרת במצב הכלכלי. שינוי שצריך לבחון את מידת הרלוונטיות שלו בהקשר זה בין היתר הוא נישואין חדשים של בן או בת זוג; מספר הילדים של בני הזוג במועד חלוקת הרכוש; מספר הילדים של כל אחד מהם בעתיד; טיבו של הסדר החזקת הילדים.

לעת הזאת שיקול דעתו של בית המשפט בהקשר זה רחב מדי, במיוחד משום שכושר השתכרות קשה להערכה. על כן ראוי, כדי ליצור יתר ודאות ואחידות, שייקבעו במסגרת הסדרה חקיקתית כוללת קריטריונים ברורים בדבר חישוב הון אנושי, כגון מוניטין אישי וכושר ההשתכרות, שיאפשרו התייחסות מדויקת במידת האפשר לרכיב זה במסגרת איזון המשאבים. מלבד זאת יש לקבוע כללים ברורים גם בנוגע לדפוס התשלום בגין הכנסות עתידיות תוך החלטה אם עדיפים תשלומים עתיים שישולמו כשימומש

בלב מידיינים פוטנציאלים בעתיד, כי גם בעניינם ייושמו הוראות סעיף זה, והתוצאה תהיה כי ירבו ההידיינויות ויתמעטו הפשרות, תופעה, שבסופו של חשבון, תפגע בכלל הציבור".
 237 ראו: רוזן-צבי (לעיל, הערה 51) בעמ' 479; ליפשיץ (לעיל, הערה 215) בעמ' 732.
 238 ראו: בע"מ 3664/07 פלוני נ' פלונית (טרם פורסם).

בפועל כושר ההשתכרות של בן הזוג המפיק תועלת מהשכלתו, או שמא עדיף תשלום חד-פעמי. כמו כן ראוי שהמחוקק יקבע עקרונות בנוגע לשיעורי התשלומים.²³⁹ על המחוקק להסדיר גם את סוגיית היחס בין זכויות כלכליות שונות של בן הזוג, כגון היחס הראוי בין מזונות ופיצוי הנובע מהתחשבות בנכסי קריירה. בנוגע לסוגיה זו נחלקו הדעות בפסק דינו של בית המשפט המחוזי בחיפה.²⁴⁰

כל הבהרה וחיידוד בתחום זה יתרמו לוודאות המשפטית.²⁴¹ פסיקה שאינה אחידה בתחום זה, כשאינן תקדים חד-משמעי של בית המשפט העליון בסוגיה זו, אינה רצויה. ההסדר בחקיקה צריך להיות מלאכת מחשבת. רצוי שפעולת המחוקק, שתמנע חוסר ודאות ופסקי דין סותרים, תסדיר גם תחומים אחרים שאינם חד-משמעיים, כגון אופן סיווג ההון האנושי.

אף שחקיקה נוספת היא הכלי הנדרש לצורך הסדרה אחידה יותר של סוגיית נכסי ההון האנושי, אין להרחיק לכת בקביעת הסדרים חדשים אלה יתר על המידה, ורצוי שהעקרונות שייקבעו בחקיקה לא יהיו נוקשים מדי. צריך לקבוע הסדר שתהא בו גמישות מסוימת בתחום זה ולסמוך בו במידה מסוימת על שיקול דעתו של בית המשפט, במיוחד בנוגע למצבים שיש בהם פנים לכאן ולכאן. תשלומים עתיים למשל מאפשרים בין היתר התחשבות מדויקת יותר בשינויי נסיבות אך יוצרים זיקה מתמשכת בין בני זוג שחפצים בפירוד זה מזה. עם זאת אף שיש להותיר שיקול דעת מסוים בידי בית המשפט בדבר אופן יישום העקרונות ביחס להון האנושי, רצוי שהתשתית תהא בצורת חקיקה מפורטת ופרטנית ולא על דרך של מושגי סתום רחבי היקף, כחלוקה "צודקת" או "הוגנת", המקנים לבית המשפט שיקול דעת רחב מדי, אשר עשוי להוביל לאבדן הוודאות המשפטית.

6.2 הקדמת מועד איזון המשאבים

חוק יחסי ממון בין בני זוג אמנם מושתת על עקרונות רצויים: שיתוף אובליגטורי ולא קנייני והפרדה רכושית בעת הנישואין, אך היו בו ליקויים משמעותיים, במיוחד בנוגע למועד איזון המשאבים. ההסדר החוקי שקדם לתיקון החוק, שלפיו מועד איזון המשאבים תלוי במועד פקיעת הנישואין, קרי מות אחד מבני הזוג או מתן גט, פגע בשוויון בין בני הזוג ופתח פתח לסחטנות.²⁴² שינוי משמעותי בתחום יחסי הממון חל

239 ליפשיץ (לעיל, הערה 215) בעמ' 735.

240 ראו: ע"מ (חי) 740/08 (לעיל, הערה 123).

241 ראו בעניין זה: ליפשיץ (לעיל, הערה 233); פסק דין בית המשפט המחוזי בירושלים: ע"מ 222/08 ש' א' נ' ש' ד' (פורסם בנבו) פסקה 195.

242 "נקודת התורפה העיקרית של הסדר איזון המשאבים הוא המועד הקבוע למימושה של הזכות הנובעת מן ההסדר. מועד האיזון על-פי החוק הוא עם פקיעת הנישואין, עקב גירושין או מחמת מותו של בן הזוג [...] המחוקק לא לקח בחשבון את דיני הגירושין שבדין האישי החל על יהודים. בן הזוג בעל הרכוש, המעכב את הגירושין, יוצא נשכר גם מבחינה כלכלית.

בעקבות פעולת המחוקק בחוק יחסי ממון בין בני זוג (תיקון מס' 4), התשס"ט–2008.²⁴³ בסעיף 5א לחוק נוספה אפשרות לפתיחה בהליך איזון המשאבים לבקשת כל אחד מבני הזוג אף קודם למועד פקיעת הנישואין.²⁴⁴ תיקון זה מתקן פגם משמעותי שהיה קיים בחוק לפני כן. הקדמת מועד האיזון בתיקון מס' 4 אף רצויה מנקודת המבט של ערכי המשפט העברי,²⁴⁵ כגון עידוד נישואין כדת משה וישראל,²⁴⁶ סלידה מעינוי דין ופתרון מצוקתם של מסורבי גט.

איזון המשאבים נדחה למועד התלוי ברצונו הטוב של בן הזוג. מציאות משפטית זו ממלכת את בן הזוג התובע גירושין, במיוחד אם הוא גם הדחוק יותר מבחינה כלכלית. התוצאה היא, כי בן זוג זה יאלץ לקנות את הגט במחיר פשרה נוחה עם בן הזוג האחר בשאלת יחסי הרכוש שביניהם. שיטה רכושית כזו [...] פותחת פתח לסחטנות מצד בן הזוג הלהוט פחות להתרת הקשר. תוצאותיו של המצב המשפטי שנוצר הן קשות ביותר. ראשית, הוא מתגמל את החוטא היוצא נשכר. שנית, הוא מוסיף לכוח המיקוח העדיף ממילא של הגבר, שמעמדו חזק יותר הן מבחינת דיני הגירושין והן מבחינה כלכלית. שלישי, הוא פוגע בכך הזוג החלש יותר מבחינה כלכלית, בדרך כלל האישה, ופוגע עוד יותר בכוח המיקוח הנחות שלה [...] והמחוקק העמיד לרשות בני הזוג אמצעים טקטיים שליליים במסגרת המאבק להתרת הקשר ביניהם. יתר על כן, שיקולים טקטיים זרים ישפיעו על מהלך החיים המשותפים של בני הזוג. חמישית, הוא מעודד דינמיקה שלילית של לחץ וסחטנות בהסדרים בין בני הזוג. שישי, הוא הופך את החוק לאות מתה. מועד האיזון שומט מן החוק את כל היתרונות שהוא מבקש להעניק – רוזן-צבי (לעיל, הערה 51) בעמ' 156–157.

²⁴³ חוק יחסי ממון בין בני זוג (תיקון מס' 4), התשס"ט–2008, ס"ח 20.
²⁴⁴ בכפרף לתנאים שבסעיף 5א לחוק יחסי ממון בין בני זוג, תשל"ג–1973, בנוסח הנכחי, אחרי תיקון מס' 4.

²⁴⁵ בדין וחשבון הוועדה לבחינת יישום דיני המשפחה (ירושלים, תשמ"ז), בעמ' 35, שיושב הראש שלה היה השופט אלישע שינבונים, הוצע – על דעת כל חברי הוועדה – ש"המועד הרגיל לאיזון המשאבים הוא בעת פקיעת הנישואין הגיעו לקיצם למעשה, וזאת בהתחשב בזמן לקבוע מועד איזון מוקדם יותר אם הנישואין הגיעו לקיצם למעשה, וזאת בהתחשב בזמן שבו חיים בנפרד". בהמשך כתוב, לאור נוסח רוב חברי הוועדה: "או אם יצא פסק דין מבית הדין המוסמך לכך, הכופה עליהם או המצווה על הצדדים או אחד מהם להתגרש, או קובע או מייעץ כי עליהם להתגרש זה מזה, או נדחתה תביעה לשלום בית". אף לאור עמדת המיעוט בוועדה אם הנישואין הגיעו לקצם וניתן פסק דין של גירושין על ידי בית הדין המוסמך אפשר לקבוע מועד מוקדם לאיזון משאבים. אין דרישה שדרגת פסק הדין של גירושין תהא חיוב או כפייה לגרש. כמו כן מפסק דינו של שופט בית המשפט העליון צבי טל משתמע שלדעת שופט זה קביעת מועד איזון מוקדם יותר ממועד פקיעת הנישואין אינה עומדת בסתירה לעקרונות המשפט העברי. הוא ציין שלאור סעיף 5(א) לחוק יחסי ממון בין בני זוג, הסדר איזון המשאבים חל עם פקיעת הנישואין עקב גירושין או עקב מותו של בן זוג. אמנם פשוטו של הביטוי "פקיעה עקב גירושין" לגבי בני זוג יהודים הוא מתן גט וקבלת גט. אולם בפסק דינו בפס"ד קנובלר הוא הציע שכל עוד לא תוקן החוק, "אפשר לקבוע, בדרך של פרשנות, את מועד הקדמת חלוקת הנכסים גם לפני פקיעת הנישואין, ובלבד שעל בני הזוג להתגרש על-פי דינם האישי [...] בין בני-זוג מעדות אחרות, שבהן פסק-דין של ערכאה מוסמכת יש בו כדי להתיר את קשר הנישואין, יחול מועד איזון המשאבים עם מתן אותו פסק-דין. נדמה לי שניתן לפרש גם אצל בני-זוג יהודים את המונח 'עקב גירושין'

יתרונותיו של ההסדר החדש שנקבע בתיקון לחוק ברורים, והוא פעולה בכיוון הנכון. עם זאת כדי ליצור יתר ודאות ואחידות רצוי שהמחוקק יגדיר חד-משמעית וביתר בהירות ביטויים שאינם חד-משמעיים המצויים בנוסח שהתקבל, כגון "קרע בין בני הזוג" או "חיים בנפרד". כמו כן בדומה להבהרה המצויה בסעיף 5א(ד) סיפה, היה מקום להגדיר ולפרט יותר מה הן הנסיבות שבהן "המבקש פועל בחוסר תום לב", למשל, התייחסות ספציפית יותר להגדרה ולמאפיינים של התנהגות זו, ואולי גם התייחסות להבחנה בין היעדר "תום לב" לבין "אשמה", שכלל אינה שיקול מקובל בנוגע לשלילת זכויות ממון של בן זוג בפסיקה בישראל ובחקיקה המודרנית.²⁴⁷ עם זאת היו שחיוו דעה בפסיקת בית המשפט העליון שאפשר להגדיר נסיבות מסוימות שבהן "אשמה" היא פעולה שלא בתום לב. לעתים קיים חשש שבן זוג שעקב התנהגותו נגרם פירוק התא המשפחתי, חפץ להפיק רווח כלכלי מהתנהגותו. כיוון שקיים חשש זה, שמא הוא חפץ בהאצת תהליך פירוק התא המשפחתי, בין היתר באמצעות הקדמת מועד איזון המשאבים, ניכרת לעתים השקפת עולם מורכבת של הערכאה האזרחית בנוגע להשפעת היעדר נאמנות בת זוג על זכויותיה הכלכליות. גישה זו ניכרת בפסק דינו של השופט רובינשטיין, שבו תמך במגמה

פירוש מרחיב שלפיו פסק-דין סופי הקובע שעל בני הזוג להתגרש- יהיה המועד הנכון לאיזון המשאבים" – ע"א 1915/91 יעקובי נ' יעקובי, פ"ד מט(3), 559, בעמ' 592 (להלן – פס"ד יעקובי). המבחן הקובע לדידו הוא "שעל בני הזוג להתגרש על פי דינם האישי", או "פסק-דין סופי הקובע שעל בני הזוג להתגרש". דהיינו, די בפסק דין סופי של בית הדין הרבני הקובע שעל בני הזוג להתגרש. בכל דרגה של פסק דין של גירושין: "המלצה", "מצווה", "חייב לגרש" או כפייה לגרש אפשרי איזון המשאבים. השופט טל היה מודע לאפשרות שיטענו שהצעה זו עומדת בסתירה לעקרונות המשפט העברי או לרוח ההלכה, ושהיא מכרסמת בסמכות השיפוט של בתי הדין הרבניים. הוא הסביר שהתנגדות חברי הכנסת, בעיקר מן הסייעות הדתיות, לתיקון שהציע חבר הכנסת חיים רמון לחוק יחסי ממון בין בני זוג נובעת מתוך חשש שמא קבלת הצעה זו תערער את המשפחה בשלב מוקדם מדי של המשבר בין בני הזוג ותכרסם בסמכות שיפוטם של בתי הדין. אולם ציין שאף לאור טיעוני חברי הכנסת מן המפלגות הדתיות, מנקודת מבטו של המשפט העברי אין מניעה עקרונית להקדמת חלוקת הרכוש וביצועה לפני מתן הגט. החשש העיקרי הוא שמא תהליך זה יתבצע שלא באמצעות בית הדין הרבני, שיבחן אם לאור עקרונות המשפט העברי יש מקום לביצוע חלוקת הרכוש במועד זה. מלבד זאת מפסקי דין של שופטים בבית המשפט העליון, של השופטים יצחק כהן ומנחם אלון, משתמע שכל פסק דין של בית דין רבני המורה לבני הזוג להתגרש נחשב פסק דין של גירושין. ראו: בג"ץ 661/77 הבר נ' בית הדין הרבני הגדול לערעורים, פ"ד לב(3) 324; בג"ץ 644/79 גוטמן נ' בית הדין הרבני האזורי, פ"ד לד(1) 443.

246 לפני תיקון החוק מצבו של הצד ה"חלש", שנישא בנישואין כדת משה וישראל לאחר יום ז' בטבת תשל"ד (1 בינואר 1974), הכפוף לעקרונות הסדר איזון משאבים, היה טוב פחות ממצבם של ידועים בציבור, שעליהם אין חל הסדר איזון המשאבים אלא ההסדר הוא יציר הפסיקה של חזקת השיתוף. ראו: סעיף 19 לחוק, ופס"ד שחר (לעיל, הערה 212) בעמ' 443-460. מציאות זו לא עודדה בני זוג לבוא בברית הנישואין כדת משה וישראל.

247 ראו: לעיל, הערה 172.

שבפסיקת בית הדין הרבני הגדול הגורסת שראוי להבחין בין התקופה שקדמה לבגידה ולפירוק הזוגיות שבין הצדדים לבין התקופה שלאחריה. חלוקת רכוש על פי ההבחנה בין תקופות אלה תואמת לשיטתו גם את תכליתו ורוחו של חוק יחסי ממון בין בני זוג, שמגמתו היא איזון משאבים באופן הוגן תוך התחשבות בנסיבות המיוחדות של הזוג הספציפי.²⁴⁸ רכוש בני הזוג שנצבר בתקופה שקדמה לבגידה ולפירוק הזוגיות יחולק באופן שוויוני, אך רכוש בני הזוג שנצבר לאחר מועד זה יחולק בדרך שונה, ובן הזוג האשם בפירוק התא המשפחתי לא יזכה בנתח ממנו. אף שהמגמה הכללית בפסיקה האזרחית היא להימנע מענישה בגין פעולות לא ראויות של בן זוג שהובילו לפירוק ברית הנישואין, במיוחד ענישה מחמירה שבאה לידי ביטוי באמצעות תוצאות כלכליות, המחוקק יכול לסייג ולמתן קביעה זו ולקבוע שלא תהיה מרחיקת לכת יתר על המידה. יש לאפשר הפעלת שיקול דעת של בית המשפט הדין בחלוקת רכוש בני הזוג בנוגע לתום לב של בן או בת זוג בנסיבות רלוונטיות, שיוגדרו במידת האפשר בחוק. על בית המשפט לשיקול בכל מקרה את ההסדר הרצוי בנוגע לחלוקת רכוש, שאינו פוגע באחד מבני הזוג ואינו מקנה יתרונות שאינם הוגנים לאחר. ככלל, בתחום זה ובתחומים אחרים שיקול דעת רחב מדי יוצר חוסר ודאות וחוסר אחידות, וראוי שתקבענה הנחיות מפורטות יותר בנוגע להפעלת שיקול הדעת נוסף על אלה שנקבעו בחוק בשלב זה.

נוסף על כך תיקון 4 לחוק יחסי ממון הביא לשיפור במצבו של בן הזוג החלש כלכלית, שהוא בדרך כלל האישה, והוא אינו צריך להמתין עוד למתן הגט כדי להגיש תביעה לחלוקת הרכוש. עם זאת הוא צריך להמתין עד לאחר שהתקיימו התנאים הנזכרים בנוסח המתוקן של החוק, כגון פסק זמן של שנה בין מועד הגשת התביעה לחלוקת הרכוש לבין מועד החלוקה בפועל. ראוי שהמחוקק יקבע במפורש שבתקופה זו ראוי שכן הזוג שהגיש תביעה לחלוקת רכוש יקבל מזונות בנסיבות המצדיקות הענקת זכות כלכלית זו.

6.3 הסדרה חקיקתית של יחסי ממון בין בני זוג שחלה

בעניינם חזקת השיתוף

אף בנוגע לזכויות של בני זוג שחלה בעניינם חזקת השיתוף, כגון ידועים בציבור, חקיקה שיטתית עשויה להועיל. מן הפסיקה ניכרות עמימות וחוסר ודאות לנוכח העובדה שקיימות שתי גישות הגותיות מרכזיות בנוגע לחזקת השיתוף. האחת משתיתה את החזקה על דיני החוזים, ולפיה קיים בין בני הזוג הסכם מכללא בדבר היותם בעלים משותפים בנכסיהם. והשנייה היא הקביעה: "כוחו הכללי של השופט הישראלי לפתח

248 ראו: פסקה ט לפסק דינו של השופט רובינשטיין בבג"ץ פלונית 4 (לעיל, הערה 170). בנוגע למגמה הרווחת בבית הדין הרבני הגדול בהקשר זה ראו תיק 1219-21-1 פלונית נ' פלוני (טרם פורסם).

את המשפט בצד הדין החקוק, בלא כל קשר לקונסטרוקציה ההסכמית²⁴⁹, וניכרת מגמה הולכת וגוברת בפסיקה להשתית את חזקת השיתוף על שיקולי צדק, כדי שתחול גם על בני זוג שמאורח חייהם אין להסיק כוונה בנוגע לשיתוף ביחסי הממון ביניהם.²⁵⁰ ההסכם המשתמע הוא ההנמקה לחקיקה השיפוטית ואיננו התנאי לקיומה של חזקת השיתוף. שיקולי הצדק הם התשתית לחזקת השיתוף ואין נדרשת הסכמה.²⁵¹ שיקולי הצדק והשוויון הם רחבי טווח. רצוי שאף בתחום זה יפעל המחוקק ויתווה גבולות לשיקול דעתו של בית המשפט אשר יצמצמו את חוסר הוודאות והיעדר האחידות בפסיקה.

7. סיכום

עמדנו על כמה מוקדים בפסיקה ובחקיקה שבהם השופטים והמחוקק פיתחו מדיניות חדשה של "דיני משפחה אזרחיים", במיוחד בעשור האחרון. בתחומים מסוימים פסקת בית המשפט העליון בישראל צעדה בתקופה זו עוד צעד אחד, וקיבלה על עצמה מלאכה שבמציאות אחרת – אילו לא היה מדובר בעניינים רגישים ושנויים במחלוקת אידאולוגית ופוליטית – הייתה נעשית בדרך הטבע בהליך מסודר בבית המחוקקים. בדרכים שונות, ובין היתר באמצעות אימוץ עקרונות שמקורם בענפי משפט שונים כחוזים, משפט ציבורי וחוקתי אל תוך הדין האישי הדתי החל בדיני המשפחה בישראל, הונח בדיני המשפחה בישראל עוד נדבך אזרחי.

בפסיקותיו האקטיביסטיות בתחום "דיני המשפחה האזרחיים" ביקש בית המשפט העליון לקדם צדק, שוויון, יושר, הגינות ותום לב בחברה ובמשפט. השופטים קבעו הסדרים משפטיים צודקים והוגנים בתחום דיני המשפחה, החלים במידה שווה על בני זוג היכולים לבוא בכרית הנישואין, מנועי חיתון, גברים ונשים. שופטי בית המשפט פעלו בעיקר למען האישה, שלשיטתם עלולה להיפגע, ישירות או בעקיפין, מתחולת עקרונות הדין הדתי כאשר אין הצדקה לפגיעה בה על פי השקפת עולמם. לעתים השקפת עולם זו מובילה לפסיקה המקדמת את עניינם של הגברים, וזאת כאשר השופטים סבורים שהם מצויים בעמדת נחיתות ללא הצדקה. המגמה לקידום שוויון, צדק והוגנות בחברה ובמשפט לפי קנה המידה המקובל על רוב השופטים בבית המשפט העליון, מובילה גם להקנייתן, במפורש או מכללא, של זכויות חדשות, שלא היו קיימות בעבר, לבני זוג

249 השופט ברק, בדנ"א 1558/94 נפיסי נ' נפיסי, פ"ד נ(3) 573, בעמ' 605.

250 ראו: י' ויסמן, דיני קניין בעלות ושיתוף (ירושלים, תשנ"ז) בעמ' 180.

251 ראו: השופט צבי טל בפס"ד יעקובי (לעיל, הערה 239) בעמ' 579-580: "יותר ויותר חזקת השיתוף היא הנחת יסוד כללית, שאינה נדרשת לנסיבות הקונקרטיות כדי לבסס עליהן את החזקה [...] שחזקת השיתוף אינה תלויה עוד בשאלה העובדתית מה הייתה הכוונה המשווערת של בני הזוג, אלא היא תוצאה ערכית 'אידיאולוגית מהפכנית' של מושגי השוויון והצדק".

המתקשרים בזוגיות פרוכלמטית על פי השקפת עולם דתית או שמרנית: ידועים בציבור, הנשואים בנישואי תערובת אזרחיים או הנשואים בנישואין של בני זוג מאותו המין. המחוקק קבע בשנים האחרונות הסדר אזרחי רק בנוגע לקבוצה מצומצמת מקרב בני הזוג הללו והיא קבוצת חסרי הדת שבחרו לזכות ברית במתכונת של זוגיות הקרויה "ברית הזוגיות". הוא לא העניק זכויות ולא עיצב כללים באשר לזוגות שאינם נמנים על קבוצת חסרי הדת. בין היתר העניק בית המשפט העליון בשנים האחרונות לבני הקבוצות האחרות זכויות ועיצב מקצת הכללים המשפטיים החלים בעניינם. הפסיקה המקנה להם זכויות מהווה תמריץ מכללא להתאגדות בדפוס זוגיות שאינו "ברית הזוגיות", והוא חלופה לזוגיות של המשתייכים לעדה דתית מוכרת הנישואים על פי כללי הדין הדתי המקובלים בעדתם. עם זאת בגין היעדר חקיקה שהיא דבר דבור על אופניו פיתוחה של המדיניות החדשה נעשה בהדרגה, בכל מקרה על פי נסיבותיו, ללא ראייה כוללת. הענקת הזכויות נעשתה בין היתר באמצעות דיני החוזים. לשיטת רוב השופטים בערכאה האזרחית, אלו אפשרו מתן מענה הולם לצורכי אישה שנישאה בנישואין אזרחיים ותובעת זכויות הנובעות מן הנישואין בערכאה האזרחית. לעומת דיני הסטוטוס החלים במצוות המחוקק כשמדובר בנישואין של יהודים, שהם דתיים ומשקפים השקפת עולם שמרנית יותר, ותוצאותיהם המשפטיות חלות כלפי כולי עלמא, דיני החוזים מאפשרים גמישות ושיקוף של הלכי רוח עכשוויים בחברה ובמשפט בישראל המושתתים על שוויון בין המינים, הוגנות וצדק מנקודת המבט של רוב האוכלוסייה בישראל לעת הזאת, גם בנוגע למעמדם וזכויותיהם של בני זוג שלא נישאו בנישואין דתיים.

פיתוחם של "דיני המשפחה האזרחיים" בעשור האחרון נעשה בעיקר באמצעות חקיקה שיפוטית, בזהירות, תוך שימוש במושגי ססתום, המקנים שיקול דעת רחב לבית המשפט, והימנעות מהכרעה בסוגיות שנויות במחלוקת. הפסיקה הייתה החלוץ לפני המחנה. היא התוותה מגמות שבאמצעותן חפצה לקדם שוויון, צדק ויחסים הוגנים בדיני המשפחה בישראל.

שופטי בית המשפט העליון ודאי חפצים לקדם תכלית ראויה מנקודת מבטם. הם מאמינים שהסדרים מסוימים בחברה טובים ורצויים, והם מנסים לקדם את המשפט בכיוון הרצוי לשיטתם. "דיני המשפחה האזרחיים" מקדמים מטרות חברתיות חשובות, ששופטי בית המשפט העליון שיוו אותן לנגד עיניהם. עם זאת הצבענו על חסרונות רבים של דפוס פעולה זה. לא פעם ולא פעמיים אין למדיניות זו עוגן יציב בחקיקה של הכנסת או בכללי הדין האישי הרלוונטי. כמו כן אף על פי שוודאי יודעים השופטים שרצוי שיהיו במערכת המשפט במידת האפשר דפוסי פעולה ודאיים, בגין אילוצים אין קביעה של כללים חד-משמעיים ומפורטים מדי. בית המשפט קובע כללים שאינם ברורים ומוגדרים במידה מספקת, ומותיר בידי היושב על מדין שיקול דעת רחב, ופעילות זו אינה עולה בקנה אחד עם עקרון השוויון. כל שופט ושופטת יכולים לפעול לאור נטיות הלב

והשקפת העולם הסובייקטיבית שלהם, והתוצאה היא היעדר אחידות בהחלטותיהן של ערכאות שיפוט שונות. כששיקול הדעת רחב מאוד, קיים סיכוי גדול שבנסיבות דומות תהיינה החלטות שונות. במציאות זו לעתים בעל דין חש שנהגו כלפיו בדיון המשפטי בשרירות ובמשוא פנים, אולם קשה לו לערער על ההחלטה כיוון שהיא מושתתת על הפעלת שיקול דעת רחב, המאפשר להטות את כפות המאזניים לכאן או לכאן. יתר על כן, החקיקה השיפוטית אינה נעשית מכוח קונצנזוס, אין שותפים בה נבחרי ציבור המייצגים את מגוון הזרמים והשקפות העולם באוכלוסייה בישראל. אמנם שופטי בית המשפט מודעים לכך ומפעילים את החקיקה השיפוטית בזהירות כדי למנוע, עד כמה שאפשר, ביקורת ציבורית חריפה מדי נגד בית המשפט. עם זאת בחקיקה השיפוטית ננקטות עמדות בפסיקה שאינן משקפות בהכרח את עמדות רוב הציבור הישראלי בנוגע ליחסים בין בני זוג, ותוצאות פעולה במתכונת זו לעתים אינן רצויות.

ההסדר שהתהווה בפסיקה בתחום "דיני המשפחה האזרחיים" טעון השלמה ופיתוח נוספים בחקיקה כוללת ומקיפה, שתיצור יתר אחידות וודאות. ראוי שפיתוח נוסף של דיני המשפחה בישראל ייעשה בראש ובראשונה בבית המחוקקים, המכריע בהליך דמוקרטי מוסכם, בהכרעת רוב חבריו. ברשות המחוקקת קל יותר לקבוע משנה סדורה מוסכמת שתחייב את כולם. הכללים שייקבעו בחקיקה ייצרו את שיקול הדעת של בית המשפט. רצוי שייקבע הסדר מפורט – שהוא מלאכת מחשבת – שיאפשר לבעלי דין, עורכי דין ושופטים לפעול באופן בטוח ויציב. חקיקה מודעת, מן המסד ועד לטפחות, בתחום "דיני המשפחה האזרחיים" המושתתת על בחינה מדוקדקת של כל היבטי הסוגיות הרלוונטיות, היא לבדה יכולה להניב הסדר משפטי נורמטיבי ראוי שיביא לוודאות משפטית. כדי להסיר את מעטה חוסר הוודאות הקיים כעת בשל הפסיקה בתחום זה, ראוי שאם יהיה פיתוח של דיני מזונות, שהם חלופה לאלו הקיימים היום על פי כללי הדין האישי של הצדדים הנוגעים בדבר, ייקבעו קריטריונים ברורים ויהא פירוט רב בנוגע להיקף המזונות, מועד תחילת החיוב ומועד סיומו, העילות לפטור ממזונות, בדומה לקריטריונים הברורים הקיימים בנוגע למזונות הניתנים כעת על פי עקרונות הדין האישי הרלוונטי. הוא הדין בנוגע לתחומים אחרים שבהם פיתח בית המשפט בעשור האחרון את "דיני המשפחה האזרחיים".

החקיקה בבית המחוקקים אינה צריכה לבטא בהכרח נסיגה מן המגמה של החקיקה השיפוטית שיצרה את "דיני המשפחה האזרחיים" תוך החלת יתר צדק, שוויון והגינות במשפט בישראל. חקיקה זו אמורה להיות פועל יוצא של דיון מעמיק, ויש להניח שהיא תבהיר חד-משמעית מה הדין החל בסוגיות חשובות שנותרו ללא הכרעה בפסקי הדין. היא צריכה להיות דבר דבור על אופניו, המחדד ומגדיר את מה שנקבע בפסיקה, ואמורה להכריע בסוגיות שיש בהן עמימות בשל הפסיקה לעת הזאת, כגון מעמד נישואי תערוכת.

לצד החקיקה השיפוטית ניכרת בעשור האחרון גם פעילותו של המחוקק בדיני המשפחה בישראל. שתיים מן המגמות החשובות בתחום זה בעשור האחרון הן תיקון מס' 4 לחוק יחסי ממון בין בני זוג וקביעת ההסדר בנוגע ל"ברית הזוגיות". עם זאת היקף פעילות המחוקק מצומצם מדי בהשוואה לפעילות הענפה של בית המשפט העליון, שבחקיקה שיפוטית יוצר נורמות חדשות בתחום "דיני המשפחה האזרחיים" המושתתות על הפעלת שיקול דעת רחב של בית המשפט. חקיקה מפורשת ושיטתית היא חלופה טובה למצב הנוכחי. עיצוב דרכה של המדינה בתחום דיני המשפחה צריך להיעשות בראש ובראשונה על ידי נבחרי הציבור, בכנסת. אף ההסדר שנקבע בתיקון מס' 4 ובנוגע ל"ברית הזוגיות" אינו מושלם, והחקיקה המקיפה בנוגע ל"דיני המשפחה האזרחיים" יכולה לכלול גם ניסיון לתקן ולשכלל את ההסדר שנקבע בחקיקה זו.

ראוי כי המחוקק יקבע את פרטיהם ודקדוקיהם של "דיני המשפחה האזרחיים" לאור אמות מידה מדויקות יותר, שתאפשרנה לצפות את התוצאה המשפטית מראש בוודאות רבה יותר וייחס חשיבות להמלצותיהן של ועדות ציבוריות. ראוי שבכל התחומים ייעשה פיתוח דיני המשפחה בישראל בראש ובראשונה לאחר עיון ודיון מעמיקים, באמצעות חקיקת הכנסת, שבה ייקבעו כללים ברורים, מוגדרים וחד-משמעיים במידת האפשר, ולא באמצעות חקיקה שיפוטית. מתכונת זו תאפשר לכל המעורבים במערכת המשפט בישראל לפעול בתחום זה בביטחון ותתרום ליציבות המשפט בישראל בתחום העדין והרגיש של דיני המשפחה.