

על אחריותם בנוזיקין של סרבני-גט

ד"ר יחיאל קפלן* וד"ר רונן פרי**

1	מבוא
7	א. הסמכות העניינית
8	ב. תביעה על בסיס חוקתי
8	1. המודלים האפשריים
9	2. עוולה חוקתית עצמאית
13	3. הגנה על זכויות חוקתיות באמצעות עוולות המסגרת
14	ג. תביעת רשלנות
14	1. חובת הזהירות
14	(א) המבחנים לקיום החובה
16	(ב) צפיות וקירבה
17	(ג) שיקולי מדיניות
17	I טיב הנוק
20	II תביעות בין בני-זוג
21	III החשש מפני גט מעושה
21	(א) הצגת הבעיה
27	(ב) דרגות הכפייה בפסקי דין של גירושין
31	(ג) ההבחנה בין כפייה ישירה ועקיפה
36	(ד) הטלת מזונות מוגדלים שאינם מופרזים אינה בגדר אונס ממון
39	(ה) כפייה באמצעות בית משפט אזרחי
44	(ו) מדיניות ההלכה: פתרון מצוקתן של מסורבות הגט
48	IV קיומן של סנקציות אלטרנטיביות
54	2. ההתרשלות (הפרת החובה)
56	3. גרימת הנוק
59	ד. תביעה בגין הפרת חובה חקוקה
59	1. הגדרת תחום הדין
60	2. החובה החקוקה המוטלת על הבעל
62	3. גבולות החובה החקוקה
64	4. העדר כוונה להוציא תרופה אזרחית
67	סיכום

מבוא

אלמונית ופלוני, יהודים תושבי ישראל, נישאים זו לזה על פי דין תורה. בשלב מסוים עולה מערכת היחסים על שרטון והאישה מבקשת להתגרש מן האישה.¹ בית דין רבני קובע כי האיש חייב לגרש את אשתו אולם זה אינו שועה להחלטה. חוק בתי דין רבניים (קיום פסקי דין של גירושין), התשנ"ה-1995² מאפשר לבית הדין לנקוט כנגד אותו אדם סנקציות

* מרצה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה.
** מרצה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה.

המחברים מבקשים להודות למשתתפי הסמינר המחלקתי באוניברסיטת חיפה על הערות מעוררות מחשבה ולחברות מערכת "עיוני משפט" (איילת עוז (עורכת), עידן נצר, מיכל שכטר ונועה תבור) על עבודתן היסודית ועל הערותיהן החשובות והמועילות. טיטת המאמר, אשר הוצגה בקליפת האגוז בכנס מדעי שנערך באוניברסיטת חיפה באייר תשס"ד (מאי 2004) כבר זכתה לאיזכור בפסיקתם של בתי המשפט. ראו, למשל: החלטתו של השופט שלמה אלבו מבית המשפט לענייני משפחה בירושלים בבקשה למחיקה על הסף בתמ"ש (י-ם) 12130/03 א' נ' ח' (ניתן ביום 31.5.2004 - טרם פורסם); פסק דינה של השופטת נילי מיוון מבית המשפט לענייני משפחה בירושלים בתמ"ש (י-ם) 18551/00 ק.ס. נ' ק.מ. דינים משפחה (אוקטובר 2004) ב 654. לאחרונה ניתן פסק דינו של השופט מנחם הכהן בתמ"ש (י-ם) 19270/03 כ.ש. נ' כ.פ. (ניתן ביום 21.12.2004 - טרם פורסם) שבו קיבל בית המשפט, לראשונה בישראל, תביעת נזיקין של מסורבת גט. פסק הדין אמנם מצטט את טיטת המאמר כמה פעמים, אך מגיע למסקנות שונות מאלה שאלהן אנו מגיעים כאן. מכיוון שפסק הדין פורסם רק לאחר שעריכת המאמר הושלמה, הוספנו התייחסות תמציתית וממוקדת לגדרי המחלוקת במקומות המתאימים. ראו במיוחד להלן הערות 17-18, 25, 294. ויתרנו לחלוטין על הצגתן של טענות ביקורת החורגות מגבולות הטיעון שהוצג במאמר מלכתחילה. יודגש, כי לנגד עיניהם של השופטים בכל החלטות הללו לא עמדה הגרסה האחרונה של המאמר, אלא אחת מן הטיטות המאוחרות.

בשל אילוצי זמן ומקום של כתב העת לא יכולנו להתייחס – במסגרת חוברת זו – לתגובתה של יעפת ביטון. ביקורתנו המפורטת על דבריה תובא באחת מן החוברות הבאות. לפי שעה נציין רק, כי התפיסה הרדיקלית-הכוחנית העומדת בבסיסן של חלק מטענותיה עלולה להניב תוצאות הפוכות לגמרי מאלה שאותן היא מתיימרת להגשים, ובכך נעוצה – לדעתנו – סכנה גדולה לעניינין של מסורבות הגט.

¹ במאמר זה נשתמש לעתים במילה "בעל" כדי לתאר את הגבר המצוי בקשר של נישואין (husband). אמנם למילה זו יש קונוטציה בעייתית (לאדם אין הרי בעלות בזולתו). אולם לא מצאנו מילה נרדפת שהיא שווה-משמעות בכל הקשר, בכל הטיה, ובכל תחביר (הגם שבהקשרים, בהטיות ובמבני משפט מסוימים ניתן להשתמש גם במלים אחרות, כגון "איש", "בן זוג" וכיוצא באלה). ראו את הגדרת המילה "בעל" במילונים הבאים: א' אבן-שושן המלון החדש – המהדורה המשלבת (כרך א, תש"ס) 183; ש' בהט ומ' מישור מילון ההווה (תשנ"ה) 62; איתן אבניאן (עורך) מילון ספיר (כרך א, תשנ"ט) 293.

² ס"ח 1507, 139.

שונות כדי להניעו לחזור בו מסירו. אלא שחרף הסנקציות המוטלות עליו, ואולי אף בשל אי נכונותו של בית הדין לעשות שימוש בסמכויותיו לפי החוק בשל חששות הלכתיים – האיש עומד במריו. האישה אינה יכולה להינשא לאחר (או אפילו לחיות עימו אם ברצונה להינשא לו בבוא העת), ואינה יכולה ללדת ילדים לאחר מבלי שידבק בהם כתם המזרות.

על אף שמבחינה תיאורטית ניתן היה לדבר גם על "בעיית מסורבי הגט"³, נראה לנו כי הדרתם של אלה בכפיפה אחת עם מסורבות גט הייתה עושה עוול גדול לאחרונות. שני טעמים לדבר. ראשית, סרבנות גט מצד נשים היא הרבה פחות שכיחה מאשר סרבנות גט מצד גברים. הפער העצום מבחינת השכיחות יוצר, כשלעצמו, הבדל בחומרה. שנית, מצבו של מסורב גט אינו אקוטי כמו זה של מסורבת גט. מסורבת גט אשר חיה חיי אישות עם גבר שאינו בעלה עוברת עבירה שתוצאותיה חמורות באופן משמעותי מאלו שנוצרות כאשר מסורב גט נוהג בדרך דומה: היא "אסורה לבעל ולבועל"⁴ וצאצאים שנולדים לה מן הקשר האסור הם ממזרים (אשר אינם יכולים, על פי ההלכה היהודית, להינשא ליהודים, פרט לממזרים אחרים או גרים⁵). לעומת זאת, העובדה שמסורב גט חי עם אישה אחרת אינה שוללת ממנו את האפשרות להינשא לה בעתיד, וילדיהם המשותפים לא ייחשבו לממזרים. יתר על כן: במקרים המעטים שבהם האישה היא זו שמסרבת ליתן גט ניתן לפתור את בעייתו של האיש על ידי מתן היתר נישואין⁶, פתרון שאינו קיים ביחס למסורבות גט. ניתן, אפוא, לסכם ולאמר שמסורבת הגט לא רק כלואה בתוך מסגרת משפחתית בלתי רצויה אלא גם מנועה מהקמת מסגרת משפחתית חדשה. פוטנציאל הסבל עצום. האם תוכל האישה לתבוע מאישה פיצויי נזיקין בגין הנזק שנגרם לה מחמת סרבנותו?

שאלה זו נדונה בפני בתי משפט אזרחיים בצרפת כבר לפני יובל שנים, שם ניתנה לה – פעם אחר פעם – תשובה חיובית.⁷ זכות הראשונים על השימוש בתביעות נזיקין כנגד סרבני גט נתונה, אפוא, בידיהם של פרקליטים צרפתיים אלמוניים, שחלקם בוודאי הלכו לעולמם. אלא שהדין בצרפת, לפחות בהקשר זה, שונה מן הדין הישראלי. לא רק שלעקרון האחריות הכללי הקבוע בסעיף 1382 לקוד האזרחי הצרפתי, עליו נשענו התביעות הנושנות, אין אח ורע במשפט הישראלי מבחינת היקף תחולתו המושגית,⁸ אלא שמערכת השיקולים שעל פיהם מתווים בתי המשפט את גבולות האחריות בנזיקין אינה זהה ואינה יכולה להיות זהה בשתי השיטות. שיקולים שמקורם ביחסי הגומלין בין עקרון האחריות האזרחית לבין עקרונות וכללים משפטיים אחרים אינם יכולים להיות שווים בשתי השיטות מכיוון שהעקרונות

³ לדיון בהתניית הגט ברצון האישה ראו גם להלן פרק ג.1.ג. III.

⁴ רמב"ם, משנה תורה, גירושין, י, ד.

⁵ ראו דברים, כג, ג; רמב"ם, משנה תורה, איסורי ביאה, טו, ז; שם, טו, כא.

⁶ הסדר שאף הוכר על ידי המחוקק כסייג לאחריות פלילית בגין עבירת הפוליגמיה. ראו סעיף 179 לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

⁷ Trib. civ. Metz (27.4.1955), J.C.P. 1960.II.11632; Trib. civ. Seine (22.2.1957), Gaz.Pal. 1957.1.246, J.C.P. 1957.II.9892; Trib. civ. Grenoble (7.5.1958), Gaz.Pal. 1958.2.98, J.C.P. 1960.II.11632; Paris (4.2.1959), J.C.P. 1960.II.11632 (החלטות הטריבוונל האזרחי במק, הטריבוונל האזרחי בגרנובל והטריבוונל האזרחי בפריס נזכרו יחדיו בכרך של שנת 1960 של ה-J.C.P.). וראו גם את פסק דינו של בית המשפט לקסציה באותו עניין: D.S. 1973.Jur.493, Cass. civ. 2e (13.12.1972). למעשה, תביעות נזיקין כנגד סרבני גט הוגשו כבר במחצית השנייה של המאה ה-19 ובראשית המאה ה-20 במושבות הצרפתיות בצפון אפריקה. ראו: H. Patrick Glenn, "Where Heavens Meet: The Compelling of Religious Divorces", 28 *Am. J. Comp. L.* (1980) 1, 32 (hereinafter: Glenn).

⁸ עולות הרשלנות, שהיא עקרון האחריות המקיף והרחב ביותר בחוק הישראלי כוללת מרכיב שאינו קיים בסעיף 1382 לקוד האזרחי הצרפתי (הרכיב של "חובת הזהירות").

והכללים המקובלים בכל אחת מהן (הן במסגרת דיני הנזיקין והן בענפי משפט רלוונטיים אחרים) שונים. הבדל חשוב בין שתי השיטות נעוץ בכך שבשיראל החיל המחוקק על נישואין וגירושין של יהודים את הדין העברי ואת השיפוט הרבני בעוד שבצרפת חלים על נישואין וגירושין משפט ושיפוט אזרחיים חילוניים⁹ (וממילא נוהגת הפרדה בין דת ומדינה¹⁰). זאת ועוד: בישראל, שלא כמו בצרפת, שוקלים בתי המשפט גם שיקולי מדיניות לבר-משפטיים, אשר בתי המשפט הצרפתיים מנועים מלשקול.¹¹ ואולי חשוב מכל: יש להניח שבתי המשפט בצרפת כלל לא היו מודעים לבעייתיות שעלולה להתעורר בעקבות פסיקתם (עליה נעמוד להלן). פתרון אנליטי שלם אינו יכול להתעלם מבעייתיות זו.¹² על כן אין זה מן ההכרח כי התשובה שתיתן לשאלת אחריותם של סרבני גט בדין הישראלי תהא זהה לתשובה שניתנה לה בדין הצרפתי.

עד לכתבתן של שורות אלה לא נדונו בישראל – לגוף העניין – תביעות נזיקין של מסורבות גט כנגד בני-זוגן. אמת, בשני מקרים דחה בית המשפט לענייני משפחה בירושלים בקשה למחיקה על הסף של תביעה מסוג זה.¹³ אולם נראה לנו, בכל הכבוד, כי בשתי ההחלטות נפלה טעות מושגית. על כך נרחיב את הדיבור בהמשך. מטרתו של מאמר זה היא לברר – באופן יסודי ושיטתי – אם מסורבת הגט תוכל להיפרע את נזקה בעילת נזיקין מוכרת. בשלב הראשון נברר אם לבית משפט אזרחי סמכות עניינית לדון בתביעת נזיקין המוגשת כנגד סרבן הגט על יסוד ההנחה שקיים פסק דין של גירושין.¹⁴ בשלב השני ננסה לבדוק אם מסורבת הגט יכולה לבסס עילת תביעה בנזיקין כנגד בן-זוגה הסרבן. לאחר בחינה שיטתית של העוולות הפרטיקולריות בפקודת הנזיקין ומחוץ לה הגענו לכלל מסקנה, כי אין באף לא אחת מהן כדי להועיל לאישה שבן זוגה חויב לתת לה גט אך מסרב לעשות כן.¹⁵ בידי אישה כזו ישנן, לכאורה, שלוש אפשרויות מבטיחות: תביעה על בסיס חוקתי, תביעת רשלנות ותביעה של הפרת חובה חקוקה. במאמר זה נטען, כי אין להכיר בעוולה חוקתית עצמאית; שאין מקום לתביעה של פרט אחד כנגד משנהו בגין הפרת חובה חקוקה הנסמכת על הפרת הוראתו של חוק יסוד; ושבתביעת רשלנות המבוססת על פגיעה בזכות יסוד אינה נבדלת, למעשה, מתביעת רשלנות מסורתית. לאחר מכן ננסה להראות, כי בכפוף למספר סייגים, שמקורם בדיני הגירושין העבריים, ניתן לזכות את האישה

⁹ ראו במיוחד C. civ. §§ 74-75, 229-245. לפני המהפיכה הצרפתית ענייני מעמד אישי נדונו במסגרת המשפט והשיפוט הדתיים (בדומה למצב הנוהג כיום בישראל). ראו Glenn, לעיל הערה 7, בע' 7 והאסמכתאות המובאות שם.

¹⁰ Loi de 9 décembre 1905, D. 1906.4.1; Const. Fr. art. 2

¹¹ ראו, למשל, E. K. Banakas, "Tender is the Night: Economic Loss – the Issues" in *Civil Liability for Pure Economic Loss* (1996) 1, 17 John Ladd (tr.), *Immanuel Kant – Metaphysical Elements of Justice* (2nd ed., והשור: Economic Loss).
¹² "...in Roman or Civil law systems... the judges' role is simply to apply the decrees that are given to them and their role is reduced to that of bureaucratic functionaries."

¹³ קושי דומה מעורר גם פסק דינו של בית המשפט העליון של הולנד המכיר בזכותה של מסורבת גט לפיצויי נזיקין (NJ 1982 No. 489). פסק הדין נזכר אצל M.B. Cohen, "The Right to a Get in Dutch Law", 32 *Bulletin, International Association of Jewish Lawyers and Jurists* (1983-1984) 10. הוא הדין בהצעות שהועלו מעת לעת בספרות האמריקנית להטלת אחריות על סרבן הגט (ראו להלן הערה 115).

¹⁴ ראו תמ"ש (י-ם) 3950/00 פלזניץ נ' אלמוני, דינים משפחה (אוקטובר 2004) א 662; בש"א 054233/01, תמ"ש (י-ם) 9101/00 פלזניץ נ' אלמוני (ניתן ביום 3.2.02 – טרם פורסם).

¹⁵ אם האיש אינו חייב לגרש את אשתו, דהיינו – עומדת לו החירות שלא ליתן גט, נשמטת הקרקע מתחת לכל תביעה בנזיקין בגין אי מתן גט; והיות שענייני הגירושין (ובהם החיוב לתת גט) מסורים על פי חוק לטמכותו הייחודית של בית הדין הרבני, לא ניתן לבסס עילת תביעה בנזיקין על סירוב לתת גט בהעדר פסק דין של גירושין שניתן על ידי הערכאה המוסמכת.

¹⁶ בשתי ההחלטות שצויינו לעיל נאמר, כי בכתבי הטענות של התובעות נזכרה גם העילה של כליאת שווא. עילה זו ודאי אינה מתאימה לעניין, שכן היא עוסקת בשלילת חירות במובן הצר, דהיינו – בכליאה פיזית. ראו ד' קרצמר *תקיפה וכליאת שווא* (ג' טרסקי עורך, תשמ"ה) 47-48. יתר על כן, העוולה עוסקת בשלילת החירות באמצעים פיזיים. שם, בע' 54-55.

בפיצוי הן בעילת רשלנות והן בעילה של הפרת חובה חקוקה (אשר נסמכת על הוראת חוק עונשית).

במסגרת הדיון באפשרות קיומה של עילת התביעה, יינתן משקל לדיני הגירושין העבריים. לאור השקפות העולם של כמה חכמי הלכה חשובים ולאור המדיניות הנקוטה בבתי הדין הרבניים בישראל בנוגע ל"גט מעושה" ול"אונס ממון" בגירושין ייתכן, כי גט שניתן לאחר פסיקת פיצוי בניזיקין לטובת האישה על ידי ערכאה אזרחית, או בשל חששו של האיש מפני תביעת נזיקין ראשונה או נוספת מטעם האישה בערכאה זו, ייחשב בעיני הדיינים בבתי הדין הרבניים כמעושה שלא כדין. אם נעניק לאישה זכות תביעה בניזיקין תוך התעלמות מחשש זה עלול שכרה לצאת בהפסדה. איננו טוענים שבכל מקרה ומקרה הפעלת לחץ על הסרבן כדי להמריצו להסכים לתת גט תהא המטרה היחידה (או אפילו העיקרית) של האישה המגישה את התביעה. ברם, הטלת אחריות אזרחית היא – בלי ספק – סנקציה ממונית (על כך אין חולק בין התיאורטיקנים של דיני הנזיקין),¹⁶ וככזו הריהי עלולה לסכן את תוקפו של הגט מנקודת המבט של המשפט העברי בלי קשר לכוונתה המדויקת של התובעת.¹⁷ על כן לא ניתן, לדעתנו, לקבוע את גבולות אחריותו בניזיקין של סרבן הגט בהתעלם מעקרונות היסוד של המשפט העברי בענייני גירושין.¹⁸

אנו גורסים כי יש להתאים את גבולות העוולה האזרחית לעקרונות המשפט העברי לא מפני ששינוי סבורים שהתוצאה המתקבלת מהתאמה כזו היא התוצאה האידיאלית מנקודת מבטה של אישה המבקשת להשתחרר מכבלי הנישואין או מנקודת המבט החברתית, אלא משום שבמצב המשפטי הקיים כיום כל "פתרון" אחר עלול לפגוע באינטרסים של מסורבת הגט ושל הציבור החפץ בהפסקת סבלה יותר מאשר להועיל. החוק החל ביחס לנישואין וגירושין של יהודים בישראל אינו מאפשר "גירושין אזרחיים" (כשם שאינו מאפשר נישואין אזרחיים), ולכן אם ברצוננו להבטיח שבסופו של דבר תקבל האישה גט תקף (שהרי זהו, בדרך כלל, רצונה), איננו יכולים להכיר בזכות תביעה שתשלול ממנה גט כזה. יש הטוענים, כי המצב התחיקתי בישראל אינו משביע רצון. לכן כפיית השיפוט של בית הדין הרבני והדין העברי (לאור עקרונות האסכולה האורתודוקסית) על יהודים אזרחי המדינה או תושביה בענייני נישואין וגירושין מעוררת ויכוחים סוערים בזירה הציבורית-הפוליטית. אולם אנו מבקשים להדיר רגלינו מזירה זו, לא רק משום שדעותינו שלנו חלוקות בסוגייה האידיאולוגית, אלא גם ובעיקר מפני שאיננו סבורים כי הצגת המחלוקת ועיסוק בה עשויים לקדם את

¹⁶ ראו, למשל: Peter Cane, "Retribution, Proportionality, and Moral Luck in Tort Law", in *The Law of Obligations* (Peter Cane & Jane Stapleton eds., 1998) 141. גם אלה הסבורים שמטרתם של דיני הנזיקין היא לפצות נזיקים או לתקן עוולות שנוצרו באינטראקציות בילטרליות (או כל מטרה אחרת שאינה defendant-oriented) – יסכימו – שעצם הטלת האחריות על המזיק היא סנקציה ממונית. ממאפיין זה של האחריות האזרחית לא ניתן להתעלם, וגם הדגשת מאפייניה האחרים של האחריות אינה יכולה להעלימו.

¹⁷ אי לכך, טענתו של השופט הכהן בתמ"ש (י-03) 19270/03 **כ.ש. נ' כ.פ.** (ניתן ביום 21.12.2004 - טרם פורסם), בפסקאות 4, 20 לפסק הדין, לפיה "במסגרת התביעה שבפני, אין מדובר בקביעת סנקציה נוספת כנגד סרבן הגט, שתכליתה לזרוז את מתן הגט... אלא אך ורק בהשלכות הישירות הנובעות מאי מתן הגט, על זכות האישה לפיצויים נזיקיים", נראית לנו בעייתית. גם אם המטרה הרשמית של התובעת היא לזכות בפיצוי על נזקי עבר, לא ניתן להתעלם מן ההיבט העונשי-הרתעתי של הטלת אחריות על הנתבע. אנו מתחזקים בעמדתנו זו לנוכח ההודעות שמסרו באות כוח התובעת באותו מקרה לכל אמצעי התקשורת שעות ספורות לאחר מתן ההחלטה. ראו, למשל, ר' סיני וע' ברקת "תקדים: סרבן גט חויב לפצות את אשתו ב-425 אלף שקלים" **הארץ** (22.12.2004), בעמ' 6א. אומרת שם באת כוח התובעת: "הפסיקה... מעניקה לנשים קלף מיקוח חשוב במשא ומתן על גירושין... חשוב שבעלים ידעו מעכשיו שהם ישלמו על כל יום שהם מסרבים למלא פסק דין שמחייב אותם לתת גט". דברים דומים נאמרו על ידה בתוכנית האקטואליה "מהיום למחר" בערוץ הטלוויזיה הממלכתי באותו היום ממש.

¹⁸ במובן זה אנו חולקים על עמדתו של השופט הכהן בתמ"ש (י-03) 19270/03, **לעיל** הערה 17, אשר התעלם מן החשש מפני גט מעושה בתואנה ש"לא לי לקבוע (הגם שהעליתי סוגיה זו במהלך ישיבת קדם המשפט), האם במידה והתביעה המונחת בפני התקבל, ובעקבות כך יתרצה הבעל וימסור לאישה הגט המיוחל, יהיה זה גט מעושה או לא" (שם, בפסקה 4 לפסק הדין). לדעתנו, ודאי וודאי שביט משפט הבא להטיל אחריות מכוח עוולות המסגרת נדרש לשקול מה תהא התוצאה של הטלת האחריות, על אחת כמה וכמה כאשר עצם עצם הטלתה עלול להסב נזק חמור לתובעת. בית משפט לענייני משפחה אמנם אינו מוסמך לקבוע אם הגט שיינתן יהא מעושה, אך הוא יכול להשתדל למנוע את עישוי הגט, כדי שלא להוסיף עוד מנת סבל למסכת ייסוריה של מסורבת הגט.

הדיון בענייננו. השאלה שבה אנו עוסקים כאן היא שאלת אחריותו בנוזיקין של סרבן הגט במסגרת המצב התחקיתי הקיים שבו יהודים אינם יכולים להתגרש אלא על פי דין תורה, בעוד שהמחלוקת הערכית נוגעת לשאלת ההכרה במנגנון אלטרנטיבי למיסוד קשרים זוגיים ולהתרתם במסגרת רפורמה חקיקתית.¹⁹ יתר על כן: אפילו אם המחוקק היה מכיר בנישואין אזרחיים קשה להאמין שהוא היה מאפשר התרה "אזרחית" של נישואין דתיים שנערכו לפני ההכרה בנישואין אזרחיים או – מתוך בחירה – לאחר ההכרה בנישואין כאלה.²⁰ ודאי שלא היה יכול לשים קץ לתוצאות של התרת קשר נישואין בניגוד להוראות הדין הדתי מנקודת המבט של הדין הדתי עצמו (למשל, ילדי אישה שלא קיבלה גט כדין מאדם שאינו בעלה הם ממזרים). בנסיבות אלה היה דין תורה ממשיך לחול על הליך הגירושין של יהודים שנישאו כדת משה וישראל, ותביעות נזיקין של מסורבות גט היו מעוררות את אותם הקשיים שעליהם נעמוד להלן. על כל פנים, כפי שהסברנו והדגשנו, מאמר זה נועד לבחון את סוגיית אחריותו של סרבן הגט במסגרת המשטר המשפטי הקיים.²¹ אנו סבורים שאין זה ראוי להשלול את מסורבות הגט בדבר קיומן הממשי של תרופות אוטופיות.

עיקר הקושי נעוץ במצב שבו האישה מעוניינת לקבל גט תקף ותובעת פיצויי נזיקין לפני שניתן לה גט כזה. כפי שהסברנו, בנסיבות אלה קיים חשש ממשי שהגט שיינתן בעקבות הלחץ הממוני ייחשב כמעושה שלא כדין.²² עם זאת, בנסיבות מסוימות בית דין רבני יכול להפעיל סנקציות כנגד סרבן גט ואלו אינן פוגעות בתוקף הגט. במשפט העברי מופעלות סנקציות כנגד סרבני הגט רק כאשר דרגת פסק הדין של גירושין היא "כופין" לגרש או חיוב לגרש. על כן אנו מציעים שבמצב המתואר לעיל ייפסקו פיצויי נזיקין רק כאשר ניתן פסק הדין של גירושין של בית דין רבני ודרגת פסק הדין היא "כופין" או חיוב לגרש, ולא בדרגות נמוכות יותר ("מצווה" או "המלצה"). בדרגת "כופין" ניתן להטיל על הסרבן כל סנקציה (לרבות אחריות בנוזיקין) והטלת הסנקציה אינה פוגעת בתוקף הגט. בדרגת חיוב ניתן לחייב את הסרבן בתשלום כסף שהוא חייב ממילא לשלמו על פי דין, ואם כתוצאה מחיובו בתשלום סכום זה, כגון תשלום דמי הכתובה, או תשלום מזונות לאשתו, הוא מסכים לתת גט לאשתו – הגט תקף. דרך כפיה זו קרויה לעיתים "כפיה בדרך ברירה". כאשר בית דין רבני נוקט בדרך כפיה זו, בנסיבות המתאימות, אין כל קושי בנוגע לתוקף הגט. הרב משה פיינשטיין חידש שכאשר בית משפט אזרחי נוקט בדרך של חיוב האיש בתשלום מזונות, ושיעור המזונות שווה ערך למה שהיה יכול לפסוק בית דין

¹⁹ איננו מפחיתים, חלילה, מחשיבותו של הוויכוח הערכי, אלא מבקשים להותירו בידי אחרות ואחרים. ודוק: גם רפורמה חקיקתית שתכיר בנישואין אזרחיים לא תפתור לחלוטין את הבעיה הנדונה במאמר זה עבור נשים שתבחרנה להינשא בשיטה המסורתית, שכן יש להניח שחלק מן הנשים יעדיפו להינשא בשיטה המסורתית.

²⁰ עיינו, למשל, תמ"ש (י-ם) 19021/00 פ' נ' פ' נ' פ' (ניתן ביום 14.9.04 – טרם פורסם), בפסקה 33. א להחלטתו של השופט בן-ציון גרינברגר: "גירושין של בני זוג יהודיים אזרחיים מדינת ישראל אשר מבוססים על הדין האזרחי המקומי ולא על מתן גט כדת משה וישראל מנוגדים מהותית לנומרות החברתיות המקובלות שבחברה הישראלית, ועל כן לא יזכה לאכיפה במדינת ישראל פסק זר, או חלק כלשהו של פסק זר, השואב את קיומו מגירושין אזרחיים אלה... לענייננו, באספקלריה של המערכת המשפטית הקיימת היום במדינת ישראל, בה חלות אקסקלוסיביות לדין האיש בענייני נישואין וגירושין, ובהתחשב באופיים של הגירושין כדת משה וישראל כמרכיב סגולי באושיות העם יהודי, אין אלא לייחס לגירושין האזרחיים שבפסק הזר את אותו "repugnance", או סלידה, שהביע בית המשפט העליון באירלנד. הגירושין האזרחיים הכלולים בפסק הזר, והעומדים בבסיס הפסק הזר, מנוגדים לתקנת הציבור בישראל באופן שבית משפט אזרחי בישראל לא ייתן יד להכרה בגירושין הנ"ל, ואף לא ייתן יד לאכיפה של חלק כלשהו של פסק דין המתבסס על הגירושין. אי לכך, גם טענה זו של פגיעה בתקנת הציבור די בה לדחיית הבקשה לאכיפת פסק הזר בישראל".

²¹ לאור דבריהם של חברי הכנסת יצחק הרצוג (עבודה) וגדעון סער (ליכוד) בהיוועדות השנתית של הפקולטה למשפטים של אוניברסיטת חיפה בחשון תשס"ה (אוקטובר 2004) עולה בבירור כי מסתמנת הסכמה גורפת ככנסת לפיה חוקת ישראל תנציח את המצב המשפטי הקיים ביחס לנישואין וגירושין של יהודים בישראל.

²² ראו Y.S. Kaplan, "Enforcement of Divorce Judgments by Imprisonment – Principles of Jewish Law", 15 *The Jewish Law Annual* (2004) 57, 61-107.

רבני, או גדול במקצת משיעור זה, הגט שיינתן לאחר מכן אינו מעושה שלא כדין. העיקרון חל ביחס למזונות (הנפסקים מכוח חיוב שבדין). עד עתה לא נעשה בו שימוש לביסוס זכות תביעה בניזיקין בערכאה אזרחית.

כדי להסיר את החשש מפני גט מעושה אנו מציעים שבמקרה של חיוב לתת גט פיצויי הנזיקין ישולמו למסורבת הגט על פי קריטריונים המקובלים במשפט העברי ביחס למזונות.²³ החיוב לשלם פיצויי נזיקין ייחשב בעיני המשפט העברי (אם כי לא מנקודת המבט האזרחית) לחיוב בתשלום מזונות, שהוא חיוב על פי הדין הדתי. הכפיה תהיה "כפיה בדרך ברירה", והגט שיינתן בעקבותיה לא יהא מעושה. מהי, אם כן, הרבותא של תביעת הנזיקין? הרב הרצוג הבהיר, שניתן לחייב את הסרבן בתשלום מזונות "מוגדלים שאינם מופרזים", דהיינו מזונות רגילים בצירוף סכום כסף, שלאור האמצעים הפיננסיים של הסרבן אינו כבד מנשוא. לדידו אין להפריז בסכום זה ולהשית על הסרבן חיוב כספי עצום, שלאור אמצעיו הפיננסיים "מהרס" אותו. במילים אחרות: מותרת פסיקה של מזונות גבוהים יותר מן המזונות שהיה פוסק, בדרך כלל, בית דין רבני, לאור נסיבות העניין הרלוונטיות בנוגע לקביעת היקף המזונות, אך לא "מופרזים" בהשוואה למה שבית דין זה היה פוסק. מכיוון שתוספת בשיעור זה לחיוב המזונות אפשרית על פי ההלכה אין היא פוגעת בתוקפו של הגט כאשר הסכום הנוסף נפסק על ידי בית דין רבני. אם נוסף לכך את קביעתו של הרב משה פיינשטיין – פסיקת סכום דומה (או מעט גדול יותר) על ידי ערכאה אזרחית, אף היא לא תפגע בתוקף הגט. על פי הקונסטרוקציה המוצעת על ידנו בית משפט אזרחי יוכל לפסוק פיצויי נזיקין ששיעורם כשיעור הרכיב העונשי במזונות עונשיים (כלומר – אותו סכום שניתן להוסיף למזונות כך שיהיו מוגדלים אך לא מופרזים לפי גישתו של הרב הרצוג).²⁴ ניתן לפסוק סכום אחד מצטבר בגין כל תקופת הסרבנות שקדמה לפסק הדין ופיצויים עתיים מאותו יום ועד למתן הגט. הואיל ובנזקים לא ממוניים שאינם ניתנים לכימות מדויק עסקינן, נדמה לנו כי דיני הנזיקין והתרופות יכולים לסבול את התאמת סכום הפיצוי לעקרונות שהצגנו. על אחת כמה וכמה משום שבטווח הארוך ההפרש בין מזונות מוגדלים למזונות רגילים יהפוך לסכום ניכר. הטלת אחריות בניזיקין על הסרבן עשויה לתת מזוז (חלקי אמנם) לסבלה של מסורבת הגט, ובה בעת לתת לסרבן תמריץ נוסף (שיתעצם ככל שיינקפו הימים) לתת גט לאישה. הגט שיינתן, בסופו של דבר, יהא תקף, ובכך יוגשם רצונה הבסיסי של מסורבת הגט.²⁵

אנו מבקשים להדגיש כבר בשלב זה, כי אין בכוננתנו לפסוק הלכה. אנו מציעים פתרון שעשוי, לדעתנו, לסייע להקלת מצוקתן של מסורבות הגט מתוך מודעות לכך שבתחום זה קיימות מחלוקות בין פוסקי ההלכה וישנן דעות לקולא ולחומרה. על מנת למנוע תקלה ועוגמת נפש מן האישה בדיון בבית הדין הרבני סבור יחיאל קפלן כי רצוי שהטלת

²³ מכיוון שהפתרון המוצע מושתת על תשלומי מזונות, וחיוב המזונות מוטל על האיש כלפי האישה ולא על האישה כלפי האיש, אין בכוחו לסייע למסורבי גט. אולם כפי שהסברנו לעיל תופעת מסורבי הגט היא פחות שכיחה, ומצוקתם של מסורבי גט פחות אקוטית מזו של מסורבות גט.

²⁴ בכל דרגות פסק דין של גירושין, כולל מצוה והמלצה, ואף כאשר לא נפסק פסק דין של גירושין, תוכל האישה לתבוע בערכאה שיפוט מוסמכת מזונות המגיעים לה על פי דין.

²⁵ נראה לנו, בכל הכבוד, כי הסכום שנפסק בתמ"ש (י-ם) 19270/03, לעיל הערה 17, אינו עומד במבחן שאותו אנו מציעים כאן. מדובר בפיצויים בסכום כולל של 425,000 ש"ח בגין תקופת סרבנות של 19.5 חודשים (דהיינו: כ-21,800 ש"ח לכל חודש של סרבנות). מעבר לבעייתיות שעלולה להתעורר מנקודת המבט של המשפט העברי יצויין, כי מדובר בסכום חריג מנקודת המבט של דיני הנזיקין. סכום זה עולה באופן ניכר על הסכומים שמקובל לפוסקם בגין נזקים נפשיים טהורים (ראו להלן הערה 189). אדרבה: הוא דומה, מבחינת סדר הגודל, לסכומים הנפסקים בגין כאב וסבל לאנשים הסובלים מפגיעות גופניות קשות ומייסרות למשך כל ימי חייהם. ראו, למשל: ת"א (חי) 1058/94 מלול נ' בית חולים "כרמל" חיפה, תק-מח (דצמבר 2004) 2002(2) 12797, בפסקה נ"ד לפסק הדין. באותו מקרה פסק בית המשפט לילדה שסבלה מקוואדריפלגיה ספסטית קשה ופיגור שכלי בינוני עד חמור למשך כל חייה מחמת רשלנות רפואית סכום של 500,000 ש"ח בגין כאב וסבל. בין היתר נטען שם, כי התובעת לא תוכל – בשל מוגבלותה – להקים משפחה וליהנות מהחיים.

המגבלות האמורות על זכות התביעה בנזיקין תיעשה באמצעות חיקוק מיוחד, שתכליתו הסרת חשש מפני פגיעה אפשרית בתוקף הגט, ושתכניו המדויקים ייקבעו בהידברות לה יהיו שותפים, בין היתר, נציגות של מסורבות גט (בעבר ובהווה), רבנים ודיינים. חיקוק זה ינחה את שופטי בית המשפט האזרחי בבואם לפסוק פיצויי נזיקין לטובת מסורבות גט וימנע פסיקת סכומים מופרזים המסכנת את תוקף הגט שיינתן לאחר מכן. רונן פרי סבור, לעומת זאת, כי לאחר הבהרת המגבלות הנדרשות להבטחת תוקפו של גט שבא לאחר תביעת נזיקין – מעורבות חקיקתית היא בלתי נחוצה ובלתי ראויה.

א. הסמכות העניינית

סעיף 1 לחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג-1953²⁶ קובע, כי לבית הדין הרבני סמכות ייחודית לדון בענייני נישואין וגירושין של יהודים אזרחי המדינה או תושביה. פירוש הדבר הוא שאם הנזק שנגרם לאישה מחמת אי מתן הגט הוא מענייני הנישואין והגירושין, בית משפט אזרחי אינו מוסמך לדון בו. שלילת סמכותו של בית המשפט האזרחי לדון בתביעת נזיקין שעניינה סרבנות גט מתבקשת, לכאורה, מפסק הדין בעניין **מרום**.²⁷ באותו מקרה נערך בין התובעת לנתבע הסכם גירושין ובו התחייב האחרון ליתן לתובעת גט והיא התחייבה לקבלו. כמו כן הוסדרו בהסכם ענייניהם הכספיים של בני הזוג. לאחר שהאיש סירב לקיים את התחייבותו למתן גט הגישה האישה לבית המשפט המחוזי תביעה לפיצוי בגין הפרת החוזה. בית המשפט המחוזי קבע, כי נושא התובענה הוא מענייני הנישואין והגירושין שהסמכות לגביהם מסורה באופן אקסקלוסיבי לבית הדין הרבני, וערעורה של האישה לבית המשפט העליון נדחה. במבט ראשון נראה, אפוא, כי נזק שנגרם לאישה מחמת סירובו של האיש לתת לה גט (דוגמת הנזק שנגרם בעניין **מרום**) הוא מענייני הנישואין והגירושין. ואם כך הם פני הדברים – בית משפט אזרחי אינו מוסמך לדון בתביעה מן הסוג שבו עסקינן, ובחינת קיומן של עליות התביעה הופכת למיותרת.

אלא שלאחר בחינה נוספת ניתן לטעון שהמסקנה האמורה אינה מתחייבת מהלכת **מרום**. באותה הפרשה דן בית המשפט העליון בעניין הפרת הסכם-גירושין, אשר כלל התחייבות לתת גט. ניתן לטעון שמסקנתו העיקרית של בית המשפט הייתה ש"ההגיון מחייב שאפשרות לערוך הסכם גירושין, הדברים שאפשר לכלול בהסכם, חוקיותו, תקפותו ונפקותו תלויים בהוראות הדין האישי החל על נישואין וגירושין של הצדדים להסכם".²⁸ הסכמי גירושין צריכים להיות נתונים לאותו בית דין דתי שידון בתקופתם ונפקותם של אותם הסכמים לפי דינם האישי של הצדדים.²⁹ במילים אחרות: הלכת **מרום** עוסקת אך ורק בתביעות המבוססות על הסכמי גירושין ולא על תביעות אזרחיות אחרות. הסכם גירושין כולל התחייבויות לחולל שינוי במעמד האישי של הצדדים (התחייבות לתת גט מצד האישה והתחייבות לקבל גט מצד האישה).

²⁶ ס"ח 165, 134.

²⁷ ע"א 401/66 **מרום נ' מרום**, פ"ד כא (1) 673.

²⁸ **שם**, בע' 679.

²⁹ **שם**, בע' 682. בית המשפט הדגיש, כי "ייתכן שהצדדים יוסיפו להסכם גם תנאים והוראות בעניינים כספיים שאינם כרוכים מטבעם בגירושין, ושהצדדים גם לא כרכו זאת בהליכי הגירושין, והיה אם יתעורר סכסוך ממזני גרידא בעקבות אותם תנאים והוראות, יהיה הדבר נתון לסמכותו של בית-המשפט האזרחי".

שינוי כזה אינו יכול להתבצע אלא בפני בית דין רבני ועל פי דין תורה, ומכאן ששאלת תוקפן ונפקותן של ההתחייבויות האמורות חייבת לבוא בפני בית דין רבני הדין לפי המשפט העברי. תביעתה של האישה בעניינינו שונה מזו של הגברת מרום. בית המשפט הדין בתביעה דנן אינו נדרש לקבוע אם מוטלת על האיש חובה בת-תוקף ליתן גט לאשתו אם לאו. הכרעה שכזו, אשר נדרשה בעניין מרום, אכן אינה יכולה להתקבל בלי התחשבות בעקרונות הדין האישי של הצדדים. אולם במקרה בו אנו עוסקים כאן אין בה צורך. נקודת המוצא שלנו היא שבית הדין הרבני כבר הכריע בעניין וקבע, שקיימת עילת גירושין שבגינה חייב האיש לגרש את אשתו, או "כופין" אותו לגרשה. על כן אפשר לומר, כי תביעת נזיקין בגין הסבל שנגרם לאישה עקב אי הציות של האיש לפסק דינו של בית הדין הרבני, להבדיל מתביעה המבוססת על הסכם גירושין, אינה מענייני הגירושין.³⁰ כמו כן, למרות שנזקה של האישה נגרם במסגרת הנישואין לא ניתן להתייחס אליו כאל אחד מענייני-הנישואין, שהרי מושג אחרון זה מתייחס אך ורק לשאלות הקשורות לעצם קיומם של הנישואין ולתוצאות האישיות הנובעות מהם.³¹ הואיל ותביעתה של מסורבת גט היא תובענה אזרחית של האישה כנגד בן-זוגה (או בן-זוגה לשעבר) שעילתה סכסוך בתוך המשפחה, הסמכות לדון בה מסורה לבית משפט לענייני משפחה.³²

לחלופין ניתן לטעון, שהלכת מרום שוללת את סמכותו של בית המשפט האזרחי ביחס לתביעות שקבלתן עלולה להשפיע על תוקפו של הגט בעיני ההלכה. בחוזה הגירושין דהתם התחייב כל אחד מן הצדדים לפצות את הצד שכנגד במקרה של הפרה (לרבות הפרת החיוב ליתן או לקבל גט). אכיפתה של התחייבות זו, שיש בה משום הפעלת לחץ כלכלי על סרבן הגט, עלולה לגרום למתן גט שיהא מעושה שלא כדין. לכן נקבע שגם התחייבות כזו היא מענייני הגירושין. יטען הטוען, כי הואיל וקבלתה של תביעת נזיקין מן הסוג הנדון כאן מפעילה אף היא לחץ כלכלי על סרבן הגט, הריהי מעוררת את החשש מפני גט מעושה, ועל כן נכנסת לגדר ענייני הגירושין. אולם נדמה לנו שזוהי מסקנה מרחיקת לכת. בהמשך ננסה להראות, על יסוד ניתוח עמדותיהם של פוסקי הלכה חשובים, כי יש רגליים לסברה שזכות תביעה בנזיקין המעוצבת תוך התחשבות בעקרונות המשפט העברי לא תעורר את החשש מפני גט מעושה. לכן גם אם יש בחשש מפני גט מעושה שלא כדין כדי להצדיק זהירות מסוימת בהתוויית גבולותיה של עילת הנזיקין, אין זה מתקבל על הדעת לשלול באופן גורף את סמכותו של בית המשפט האזרחי לדון בתביעה המבוססת על עילה כזו כאשר אין כל ודאות, כלל ועיקר, שהגט שיינתן בעקבות התביעה יהא מעושה שלא כדין.

ב. תביעה על בסיס חוקתי

1. המודלים האפשריים

חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע, כי "אין פוגעים... בכבודו של אדם באשר הוא אדם" ושכל אדם זכאי להגנה על

³⁰ והשוו פ' שיפמן דיני המשפחה בישראל (כרך א', מהדורה שנייה, תשנ"ה) 36. לדבריו, המושג "ענייני גירושין" מתייחס ל"תקפם של גירושין שנערכו בעבר, ובתביעות לגירושין שיערכו בעתיד, לרבות אישור הסכם גירושין, או תביעות על יסוד הסכם שכזה".

³¹ שיפמן, לעיל הערה 30, בעמ' 32-36.

³² לאור סעיפים 1 ו-3 לחוק בית המשפט לענייני משפחה, התשנ"ה-1995, ס"ח תשנ"ה, 393. הסמכות המקומית נתונה לבית המשפט לענייני משפחה שבתחום שיפוטו מצוי מקום מגוריהם המשותף של בני הזוג, ואם אין להם מקום מגורים משותף – מקום מגוריהם המשותף האחרון (תקנה 258ג(א) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984, ק"ת 4730).

כבודו.³³ בבסיסו של "כבוד האדם" כמושג משפטי אופרטיבי עומדת, על פי המקובל, ההכרה בכך שהאדם הוא יצור חופשי, המפתח את גופו ורוחו על פי רצונו.³⁴ סרבנות הגט פוגעת, בלי ספק, ביכולתה של האישה לממש את האוטונומיה שלה, ועל כן גם בכבודה. יתר על כן: מכיוון שסרבנות הגט מגבילה את יכולתה של האישה להקים משפחה חדשה (להינשא ולהעמיד צאצאים) הריהי פוגעת בזכותה לפרטיות.³⁵ השאלה היא אם הפגיעה בזכות הקבועה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו צריכה להניב עילת תביעה לטובת מסורבת הגט, בנוסף לעילות המסורתיות שבהן עסקנו בפרקים הקודמים. ניתן, לכאורה, לשקול שלושה מסלולים לפיצוי האישה על נזקה ה"חוקתי": (1) הכרה בעילת תביעה חוקתית חדשה ("עוולה חוקתית") על יסוד ההנחה לפיה *ubi ius, ibi remedium*; (2) שימוש בעוולה של הפרת חובה חקוקה על יסוד ההנחה שפגיעתו של האיש באוטונומיה של האישה (ובפרטיותה) היא הפרה של חובה המוטלת עליו על פי חוק היסוד; (3) שימוש בעוולת הרשלנות על יסוד ההנחה שהפגיעה בזכות היסוד של התובעת היא התנהגות בלתי סבירה. בפרק זה נראה כי שלוש החלופות מעוררות קשיים מושגיים ועיוניים כלליים, שאינם קשורים לסיטואציה הספציפית בה עסקינן כאן.

2. עוולה חוקתית עצמאית

בראשית המאמר הצבענו על כך שעד לכתבתן של שורות אלה לא נדונו בישראל לגוף העניין תביעות נזיקין כנגד סרבני גט. עם זאת, במספר הזדמנויות דחו שופטים של בית המשפט לענייני משפחה בירושלים בקשות למחיקה על הסף של תביעות כאלה. הנימוק העיקרי לדחיית הבקשות עולה מדבריו של השופט בן ציון גרינברגר בתמ"ש (י-ם) 3950/00: למרות שב"כ התובעת אספה בסיכומיה טענות שונות באשר לעילות האפשריות העומדות לרשותה, כגון: הפרת חובה חקוקה, כליאת שווא, מניעת זכותה של האישה לנישואין ולילדים ועוד, לדעתי מתחברות הפגיעות השונות האלו לכדי יצירת עילת נזיקין אחת מרכזית, והיא הפגיעה באוטונומיה האישית של האישה הנגרמת ממניעת יכולתה לקבוע את המשך חייה בסוגיות המרכזיות בחייה של כל אישה. את המסגרת למסקנתי ניתן למצוא באופן מקיף ומעמיק בדבריו של כב' השופט אור בע"א 2781/93 **מיאסה עלי דעקה נ' בית החולים "כרמל", חיפה**.³⁶

עמדה זו אומצה גם על ידי סגן נשיא בית המשפט לענייני משפחה בירושלים, השופט פיליפ מרכוס, בתמ"ש (י-ם)

³³ ס"ח תשנ"ס, 150, סעיפים 2, 4 בהתאמה.

³⁴ א' ברק "כבוד האדם כזכות חוקתית" הפרקליט מא (תשנ"ד) 271, 276-281; א' ברק "זכויות אדם מוגנות: ההיקף וההגבלות" משפט וממשל א (תשנ"ג) 253, 259-261.

³⁵ וזאת, בהנחה שתתקבל אצלנו הפרשנות האמריקנית למושג "פרטיות". ראו, למשל, *Skinner v. Oklahoma*, 316 U.S. 535, 541, 62, S.Ct. 1110, 1113 (1942): "[The right to have offspring is] one of the basic civil rights of man"; *Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438, 453, 92 S.Ct. 1029, 1038 (1972): "If the right of privacy means anything, it is the right of the individual, married or single, to be free from unwarranted governmental intrusion into matters so fundamentally affecting a person as the decision whether to bear or beget a child"; *Cleveland Board of Education v. LaFleur*, 414 U.S. 632, 639-640, 94 S.Ct. 791, 796: "freedom of personal choice in matters of marriage and family life is one of the liberties protected by the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment"

³⁶ דינים משפחה (אוקטובר 2004) א 662, פסקה 8 להחלטה.

9101/00.³⁷ מדובר, למעשה, בהכרה שיפוטית בעילה חוקתית עצמאית של פגיעה באוטונומיה. כאשר פלוני מונע מאלמונית את האפשרות לנהל את חייה כרצונה הריהו פוגע בזכותה (הראשונית) לאוטונומיה, והפגיעה מקימה לה זכות (משנית) לפיצוי. הסעד הולך אחר הזכות. תיאוריה זו היא, בלי ספק, שובת לב ועין. אולם נראה לנו, כי ישנם טעמים כבדי משקל השוללים את תוקפה.

הקושי הראשון שמעוררת תפיסה זו נוגע באחד מן העקרונות הסטרוקטוראליים הבסיסיים והוותיקים ביותר בדיני הנזיקין הישראליים. פקודת הנזיקין מהווה, כידוע, "צילום מצב" של דיני הנזיקין האנגליים בזמן חקיקתה (להוציא מספר תיקונים והתאמות). העוולות, אשר נולדו ונתעצבו באנגליה בפסיקתם של בתי המשפט, נקבעו אצלנו בדבר חקיקה; ובעוד שבתי המשפט באנגליה יכולים להרחיב את רשימת העוולות כפי שעשו מאות שנים, בישראל יצר הצילום החקיקתי רשימה סגורה של עוולות שאין בלתן (אלא אם המחוקק עצמו פועל להרחבתה).³⁸ נראה, אפוא, כי תחת ההנחות המקובלות כיום לא יכולה להתקיים במשפטנו עילת תביעה עצמאית של "פגיעה באוטונומיה" או "פגיעה בזכות יסוד חוקתית". ההסתמכות על פסק דינו של בית המשפט העליון בעניין **דעקה**³⁹ אינה יכולה להועיל, שכן באותו מקרה התייחס השופט אור לפגיעה באוטונומיה כאל ראש-נזק בתביעת רשלנות ולא כאל עילת תביעה עצמאית. סיכומו של דבר: עוולות בנזיקין נוצרות אך ורק מכוח הוראתו הברורה והמפורשת של המחוקק.⁴⁰ הפרת הוראתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו לא הוגדרה מעולם כ"עוולה" ועל כן אינה יכולה להיחשב לכזו.

מעבר לקושי הנובע מכלל הרשימה הסגורה, דעתנו היא, שהתייחסות לכל פגיעה של אדם בזכות חוקתית של זולתו כאל עוולה אזרחית אינה עולה בקנה אחד עם התפיסה המקובלת של מושא הרגולציה החוקתית. "חוקה" נתפסת כמכשיר להגדרתן של רשויות-שלטון ולהסדרת מערכת היחסים בינן לבין עצמן ובינן לבין האזרחים.⁴¹ על כן נקודת המוצא הטבעית היא שזכויות האזרח המוגדרות בחוקה הן זכויותיו כלפי המדינה ומסודותיה. במילים אחרות: המדינה אינה רשאית לפגוע בזכויות הללו במישרין (על ידי ביצוע מעשה שלטוני פוגעני) או בעקיפין (על ידי התרת ביצועו של מעשה פוגעני על ידי אזרח אחר), אלא בהתאם להוראות החוקה עצמה (אצלנו – פסקת ההגבלה). הזכויות הנתונות לפרט כנגד רשויות השלטון מטילות חובות קורלטיביות על רשויות השלטון כלפי הפרט. הן אינן מטילות חובה כלשהי

³⁷ טרם פורסם, פסקה 8 להחלטה. יצוין, כי לצד אימוץ נימוקו של השופט גרינברג, אשר אינו מתיישב עם דין הנזיקין המצוי, הציע השופט מרכוס נימוקים נוספים – משכנעים יותר – לדחיית הבקשה למחיקה על הסף.

³⁸ ע"א 153/54 וידר נ' הי"מ, פ"ד (2) 1246; ע"א 358/56 דגני נ' סולל בונה בע"מ, פ"ד יא(2) 871, 875 ("דיני הנזיקים בארצנו קובצו בחוק חרות... ואם לא ימצא הניזוק בתוך החוק החרות' כל יתד משפטית כדי לתלות בה פסק פיצויים" – המזיק יהא פטור); ע"א 68/56 רבינוביץ נ' מירלין, פ"ד יא(2) 1224, 1225 ("גם 'זכות הפרטיות' לא יכלה לעמוד למערערת כעילת תביעה לפי המשפט הישראלי. אין לזכות מעין זו זכר ברשימת מעשי העוולה האזרחיים שבפקודת הנזיקים האזרחיים"; פסק דין ניתן לפני חקיקת חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981); ע"א 572/74 רויטמן נ' בנק המזרחי המאוחד בע"מ, פ"ד כט (2) 57; ע"א 732/80 ארנס נ' "בית אל – זכרון יעקב", פ"ד לח(2) 645, בפסקה 6 לפסק דינו של הנשיא שמגר.

³⁹ ע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים "כרמל" חיפה, פ"ד נג(4) 526.

⁴⁰ ראו, לדוגמא, סעיף 13 לחוק למניעת מפגעים, התשכ"א-1961; סעיף 7 לחוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965; סעיף 28 לחוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981; סעיף 4 לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981; סעיף 15 לחוק הבנקאות (שירות ללקוח), התשמ"א-1981; סעיף 31 לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981; סעיף 38 לחוק הבזק, התשמ"ב-1982; סעיף 4א(ג) לחוק זכויות מבצעים ומשרדים, התשמ"ד-1984; סעיף 50 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988; סעיף 7 לחוק המחשבים, התשנ"ה-1995; סעיף 6 לחוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998; סעיף 39 לחוק פיקוח על מחירי מצרכים ושירותים, התשנ"ו-1996; סעיף 11 לחוק עוולות מסחריות, התשנ"ט-1999.

⁴¹ ראו, למשל, ב' נויברגר **ממשל ופוליטיקה במדינת ישראל, יחידה 3: סוגיית החוקה בישראל** (תש"ן) 10: "תפקידה העיקרי של חוקה הוא... למנוע שימוש לרעה בכוח השלטון ולהבטיח שהרוב בפרלמנט לא יוכל לפגוע בחירויות היסוד באמצעות חקיקה שרירותית".

על פרטים אחרים (בכובעם ה"פרטי").⁴² אכן, ubi ius, ibi remedium. אלא שבלית ius ודאי וודאי שאין remedium. ואמנם, בארצות הברית, שם נולד והתפתח מושג העוולה החוקתית ברי לכל, כי מדובר בעילת תביעה נגד גורמי ממשל בגין הפרה של זכויות חוקתיות פדרליות (במיוחד כאלה שמקורן בתיקון ה-14 לחוקת ארצות הברית ובמגילת הזכויות), ולא עילת תביעה של אזרח אחד כנגד זולתו.⁴³ תביעות בגין "עוולה חוקתית" מבוססות, ברוב המכריע של המקרים, על "חוק זכויות האזרח הפדרלי"⁴⁴ המעניק לכל אזרח שזכותו החוקתית נפגעה על ידי אחת מן המדינות, רשויותיה או עובדיהן, זכות לפיצוי על נזקו. מיעוטן מבוססות על הלכת *Bivens*⁴⁵ שעניינה בפגיעה בזכות חוקתית של האזרח על ידי נושאי משרה ברשויות פדרליות. בשני המקרים העוולה החוקתית היא עוולה שמתבצעת על ידי רשות שלטונית. גם חיבורה של פרופ' דפנה ברק-ארז על עוולות חוקתיות,⁴⁶ שבו נעשה ניסיון לבסס עילת תביעה בגין פגיעה בזכות יסוד חוקתית, עוסק – למעשה – בהפרת זכויות יסוד על ידי רשויות שלטוניות.⁴⁷ בפסיקה הישראלית טרם הוכרעה שאלת קיומן או העדרן של עוולות חוקתיות עצמאיות, אולם מאמרות אגב שונות עולה – כי הדיון מתמקד רובו ככולו בפגיעה בזכויות יסוד על ידי רשויות שלטוניות ולא על ידי פרטים.⁴⁸

הגבלת תחולתן של החובות הקבועות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ליחסים שבין השלטון לפרט נתמכת, לדעתנו, גם על ידי לשונו המפורשת של חוק היסוד. סעיף 11 לחוק מורה, ש"כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק יסוד זה",⁴⁹ ובכך מבהיר שהזכויות המוקנות בו והחובות המקבילות המוטלות מכוחו – חיות אך ורק בתחום היחסים שבין השלטון לאזרח. פרופ' ברק טוען מנגד, כי להוראת סעיף 11 אין ליחס כוונה ליחד את תחולת הוראות חוק היסוד על רשויות, ושכל מטרתה היא להתגבר על סעיף 42 לפקודת הפרשנות (נוסח חדש) לפיה "אין חיקוק בא לגרוע מכל זכות של המדינה, או להטיל עליה חובה, אלא אם נאמר בו במפורש".⁵⁰ איננו מסכימים לפרשנות זו, שכן "אין מפרשים נורמה חוקתית על-חוקתית על-פי כללי פרשנות הקבועים בנורמה נמוכה ממנה אשר כפופה לה עקרונית".⁵¹ במילים אחרות: העקרונות הקבועים בחוקי יסוד אינם יכולים להיות מוגבלים מבחינת תחולתם על ידי הוראות חוק רגיל (אלא אם חוק היסוד מתיר זאת מפורשות). דעתנו היא, אפוא, שסעיף 11 נועד להכריז על המובן מאליו: הזכויות

⁴² השו"א ברק "זכויות אדם מוגנות והמשפט הפרטי" ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי (י' זמיר עורך, תשנ"ג) 163, 172-173 (המחבר מציג את הטיעון שלפיו חוקה פורמלית נועדה – בכל הנוגע לזכויות אדם – להגן על הפרט בפני השלטון, ואין זה מעניינה כלל לעסוק בזכותו של פרט כלפי פרט אחר. עם זאת, הוא עצמו אינו מקבל טיעון זה).

⁴³ ראו, למשל, 1 Sheldon H. Nahmond, Michael L. Wells & Thomas A. Eaton, *Constitutional Torts* (1995) 42 U.S.C. § 1983 (2004): "Every person who, under color of any statute, ordinance, regulation, custom, or usage, of any State or Territory or the District of Columbia, subjects, or causes to be subjected, any citizen of the United States or other person within the jurisdiction thereof to the deprivation of any rights, privileges, or immunities secured by the Constitution and laws, shall be liable to the party injured in an action at law, suit in equity, or other proper proceeding for redress..."

⁴⁴ *Bivens v. Six Unknown Named Agents of Federal Bureau of Narcotics*, 403 U.S. 388 (1988).

⁴⁵ ד' ברק-ארז עוולות חוקתיות – ההגנה הכספית על הזכות החוקתית (תשנ"ד).

⁴⁶ ועל כל פנים, המחברת אינה סבורה שהמסלול של הכרה בעילת תביעה חוקתית עצמאית רצוי.

⁴⁷ ראו, למשל, ע"א 6296/00 קיבוץ מלכיה נ' מ"י (ניתן ביום 19.8.93 - טרם פורסם), בפסקה 11 לפסק דינו של הנשיא ברק; ע"פ 1767/94 יוסף נ' מ"י, פ"ד נג' (1) 505, 518-519 מפי הנשיא ברק; ח"א (ת"א) 2524/00 פלוגית נ' צברי (ניתן ביום 15.11.04 - טרם פורסם), בפסקה 40(ב) לפסק דינה של השופטת ברון.

⁴⁸ השו"א סעיף 3 לחוק יסוד: חופש העיסוק.

⁴⁹ ברק, לעיל הערה 42, בע' 170, 207.

⁵⁰ בג"צ 1255/94 בוק נ' שרת התקשורת, פ"ד מט (3) 661, 682.

הקבועות בחוק היסוד הן זכויותיו של האזרח כלפי השלטון; והוראה ברורה זו מסכלת כל ניסיון לפרש את הוראותיו האחרות של חוק היסוד כאילו תחולתן רחבה יותר.⁵² העובדה שפיסקת ההגבלה בחוק היסוד מופנית אל השלטון (שהרי הפרט אינו מסוגל לחוקק ואינו בעל סמכויות סטטוטוריות) תומכת אף היא במסקנה זו. בהקשר זה יצויין, שבמדינות בהן הורחבה תחולתן של זכויות היסוד החוקתיות ליחסים שבין פרטים הדבר נעשה במפורש, ובכל מקרה – דובר רק בזכויות מסוימות ולא בהחלה גורפת.⁵³

לצד הנימוק הפורמלי והנימוק הלשוני לאי החלתן של החובות המוטלות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו על היחסים בין פרטים קיים גם נימוק מהותי. העובדה שרשות שלטונית היא נאמן של הציבור והעובדה שהיא מרכזת בידה, בדרך כלל, עוצמה רבה באופן ניכר מזו של הפרט (מפאת שליטתה במשאבים כלכליים, סמכויות משפטיות, מנגנוני אכיפה, מידע וכו') תומכות בכך שהחובות המוטלות על הרשות ביחסיה עם האזרח תהיינה רבות ורחבות יותר מאלה המוטלות על הפרט ביחסיו עם זולתו.⁵⁴ במילים אחרות: לא רק שהרשות נושאת, מכוח תפקידה, באחריות כבדה יותר מזו שבה נושא הפרט לרווחתם של הפרטים האחרים, אלא שבגיין פערי הכוח הסכנה הנשקפת ממנה לפרט גדולה במידה ניכרת מזו הנשקפת לו מפרטים אחרים. לכן אין להטיל על פרטים חובות זהות במהותן ובהיקפן לאלו המוטלות על המדינה ורשויותיה.

יטען הטוען, כי הסכנה של פגיעה בזכויות אדם קיימת גם מצד פרטים ולא רק מצד רשויות, ועל כן מבחינה מהותית אין מנוס מהחלת הוראות חוק היסוד גם על היחסים בין פרטים.⁵⁵ תשובתנו לטענה זו היא כפולה. ראשית, המשפט הפרטי כבר מגן בלאו הכי על זכויות יסוד, כפי שנסביר ביתר פירוט להלן. לא זו אף זו: במקרים המתאימים הוא מאפשר לפרט שזכותו נפגעה לתבוע לא רק את הפרט שפגע בו אלא גם את הרשות שהייתה אמורה למנוע את הפגיעה ולא עשתה כן.⁵⁶ אם חוקי היסוד שינו את משקלם של האינטרסים השונים המוגנים במסגרת החקיקה האזרחית, ניתן לבטא את השינויים הללו על ידי פרשנות מחודשת של אותה החקיקה ברוח חוקי היסוד. שנית, העובדה שאינטרסים מסוימים עלולים להיפגע על ידי גורמים שונים אין פירושה שכאשר נורמה מגנה על אותם אינטרסים מפני פגיעה בידי גורמים מסוג מסוים, יש להחילה גם על פגיעה בידי גורמים מסוגים אחרים בניגוד ללשונה המפורשת של הנורמה ולכוונה המסתברת של יוצריה.

שיקול נוסף המונע הכרה ב"עוולה חוקתית" עצמאית נוגע ביחסי הגומלין בין המשפט החוקתי והמשפט

⁵² ראו, למשל, ברק, לעיל הערה 42, בע' 170. ברק טוען שסעיפים 2-3 לחוק היסוד מנוסחים בלשון "אין פוגעים..." ולא "רשות שלטונית לא תפגע..." וכן שלפי סעיף 1 לחוק היסוד מטרתו היא "להגן על כבוד האדם וחירותו" ולא "להגן על כבוד האדם וחירותו מפני פגיעה בידי רשות שלטונית". מכאן שחוק היסוד חל גם על היחסים בין פרטים. אולם דעתנו היא שסעיף 11 לחוק היסוד, לצד התפיסה המקובלת בדבר מושא הרגולציה החוקתית, שוללים פרשנות כזו.

⁵³ ראו, למשל, ברק, לעיל הערה 42, בע' 184 (מתייחס להחלת הזכות החוקתית לשוויון על היחסים בין פרטים במשפט ההודי).
⁵⁴ קיומם של תאגידי ענק ופרטים בעלי עוצמה אינו מחליש את טיעוננו, שכן בסופו של דבר רוב בני האדם אינם תאגידי ענק ופרטים רבי עוצמה אלא פרטים שעוצמתם נחותה מזו של הרשות. מכל מקום ברור, שאם אנו מעוניינים למנוע שימוש לרעה בכוח על ידי תאגידי ענק ופרטים רבי עוצמה אין לעשות זאת על ידי הטלת חובות זהות על כלל הפרטים (שמרביתם, כאמור, חלשים יחסית לרשות). לבסוף, תאגידי ענק ופרטים רבי עוצמה אינם נושאים באחריות של נאמני ציבור. המדינה ורשויותיה קיימות אך ורק לטובת הציבור ותועלתו ולא לתועלתן הן, בעוד שהפרט רשאי לפעול לטובתו שלו.

⁵⁵ ברק, לעיל הערה 42, בע' 171.

⁵⁶ וכך, למשל, בתי המשפט בישראל נוטים להרחיב את אחריותה של המשטרה בגין אכיפה לקויה של החוק הגורמת לפגיעה בזכויות אדם. ראו: ע"א 1678/01 מ"י נ' וייס, דינים עליון (אוקטובר 2004) סח 37; ת"א (י-ם) 2555/00 רביב נ' מ"י (ניתן ביום 20.9.04 – טרם פורסם).

הפרטי. דיני הנזיקין המסורתיים מגנים על שורה של אינטרסים הנזכרים בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. לדוגמא: הזכות לחיים ולשלמות הגוף מוגנת באמצעות עוולת התקיפה ועוולות המסגרת; החירות מוגנת באמצעות העוולות של כליאת שווא ונגישה ועוולות המסגרת; קניינו של אדם מוגן באמצעות עוולות הסגת הגבול, עוולת המטרד ליחיד, העוולות של שליחת יד ועוולות המסגרת; הפרטיות באמצעות העוולה הקבועה בסעיף 4 לחוק הגנת הפרטיות וכן הלאה. ההגנה על זכויות היסוד בתוך דיני הנזיקין הקיימים היא פרי איזון עדין ומורכב בין זכויות מתנגשות ואינטרסים חברתיים. הכרה בעוולות חוקתיות עצמאיות חדשות על יסוד הוראות כלליות בחוק היסוד פירושה עקיפה של האיזון שנוצר בתוך דיני הנזיקין עצמם.⁵⁷ יתר על כן: מדובר בעקיפת איזונים קיימים בלי שיש בנמצא קווים מנחים ליצירתם של איזונים חלופיים. דא עקא, הואיל והרחבת ההגנה על זכותו של האחד פירושה תמיד צמצום ההגנה על זכותו של האחר ו/או פגיעה באינטרס ציבורי איזונים כאמור הם הכרחיים.

3. הגנה על זכויות חוקתיות באמצעות עוולות המסגרת

לנוכח הקשיים הרבים שמעוררת האפשרות להכיר בעוולה חוקתית עצמאית (לפחות כעילת תביעה בין פרטים) ניתן, לכאורה, לטעון לגיבושן של עוולות המסגרת המוכרות בגין הפגיעה בזכויות היסוד החוקתיות של מסורבת הגט: סרבנותו של האיש היא בגדר הפרת החובה החקוקה להימנע מפגיעה בכבודה ובפרטיותה של האישה,⁵⁸ ומהווה גם התנהגות בלתי סבירה, המקימה אחריות בעולות הרשלנות.⁵⁹ פתרונות אלה אינם יכולים להידחות על הסף על בסיס כלל הרשימה הסגורה, שכן הם מבוססים על עוולות קיימות הקבועות בחוק ולא על יצירתן של עוולות חדשות ללא התערבות חקיקתית. יתר על כן, אין בהם (לפחות במבט ראשון) משום עקיפה של האיזונים הקיימים בתוך דיני הנזיקין אלא יישום שלהם. עם זאת, אם תתקבל עמדתנו לפיה החובות הקבועות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו הן חובותיהן של הרשויות כלפי הפרטים, אשר אינן מוטלות על הפרטים עצמם, נשמטת הקרקע גם מתחת לרגליהם של הפתרונות המוצעים כאן.⁶⁰ גם אם לא תתקבל עמדתנו העקרונית נראה לנו, כי פגיעה בזכות אדם חוקתית אינה צריכה להקים זכות תביעה בגין הפרת חובה חקוקה, לפחות ככל שמדובר ביחסים בין פרטים. התייחסות לחובה הקבועה בחוק היסוד כאל חובה חקוקה לצורך יישומה של עוולה זו משמעה שכל הפרה של חובה כאמור תקים זכות תביעה בנזיקין, גם אם הייתה נחוצה לשם הבטחת זכות יסוד אחרת או אינטרס ציבורי חשוב. רשות שלטונית שכנגדה תוגש תביעה בגין הפרת חובה חקוקה תוכל, באופן עקרוני, להתגונן בטענה שהפגיעה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה (דהיינו: נעשתה מכוח הסמכה מפורשת בחוק ההולם את ערכי המדינה ונועד לתכלית ראויה, ואינה עולה על הנדרש). לפרט שכנגדו תוגש תביעה בגין הפרת

⁵⁷ לגבי האיזון שנוצר בתוך המשפט הפרטי ראו ברק, **לעיל** הערה 42, בע' 193-194.

⁵⁸ לדיון מפורט ביסודות העוולה ראו להלן פרק ד.

⁵⁹ לדיון מפורט ביסודות העוולה ראו להלן פרק ג.

⁶⁰ נראה לנו כי גם בספרה החלוצי של פרופ' ברק-ארז (**לעיל** הערה 46) באה לידי ביטוי השקפה דומה לזו המוצגת כאן. ממבנה הטיעון של המחברת, מן הנימוקים המוצגים על ידה ומלשונה עולה בבירור, שהצעתה להשתמש בעוולות של הפרת חובה חקוקה ורשלנות כבסיס להביעת פיצויים בגין פגיעה בזכות יסוד מתייחסת אך ורק לפגיעה על ידי רשות שלטונית (**שם**, בע' 190-193). המחברת כותבת, למשל: "הרשות חייבת לצפות את הנזקים הנובעים מהפרתן של הזכויות המיוחדות המוטלות עליה כלפי הפרט" (**שם**, בע' 192); "החובה מושתתת על הזכויות החוקתיות, הזכויות שקיימות במערכת היחסים שבין האזרח לרשות" (**שם**, בע' 193).

חובה חקוקה לא יכולה לעמוד טענת הגנה דומה, שכן פסקת ההגבלה חלה אך ורק על היחסים שבין הרשות לפרט. מכיוון שחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו מגן, לפי פירושו המקובל, על קשת רחבה של זכויות (חלקן מנויות, מרביתן בלתי מנויות), ומפני שהוא מגן על כל אדם, העוולה של הפרת חובה חקוקה תהפוך, למעשה, לעקרון כללי וגורף של אחריות מוחלטת בגין כל גרימה של נזק על ידי פרטים. למהפיכה שכזו במשפט האזרחי ודאי וודאי שלא פיללה הרשות המכוננת.⁶¹

לחלופין ניתן לטעון, כי החובה החקוקה שהפרתה מקימה את התביעה בעוולה של הפרת חובה חקוקה אינה החובה להימנע מפגיעה בזכותו של הניזוק אלא חובה שמקורה ב"איזון בין זכויות האדם לבין עצמן, ובין לבין האינטרס הציבורי".⁶² בית המשפט הוא שיקבע מהן הזכויות הרלוונטיות, מהם האינטרסים הציבוריים הרלוונטיים ומהן נוסחאות המיזוג והאיזון, ועל בסיס כל אלה יקבע מהי החובה החקוקה. הצעה זו אינה מקובלת עלינו משום שהעוולה של הפרת חובה חקוקה אמורה לחול על הפרת חובות קונקרטיים שתוכנן נקבע בחיקוק ולא על הפרת חובות ערטילאיות שתוכנן נקבע על פי שיקול דעתו המוחלט של בית המשפט.

לעומת זאת, אם לא תתקבל עמדתנו ביחס לאי-תחולתן של החובות הקבועות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו על היחסים בין פרטים, נראה לנו שלא תהיה מניעה להשתמש בעוולת הרשלנות כמסגרת מושגית לתביעת נזיקין בגין פגיעה בזכות יסוד חוקתית. המבנה הפנימי של עוולה זו מאפשר איזון בין זכויות ואינטרסים ועל כן לא יוצר מצב שבו תוטל על פלוני אחריות בגין פגיעה בזכות יסוד של אחר תוך התעלמות מן העובדה שפגיעה זו נועדה לקדם זכות יסוד של התובע או של אדם שלישי או אינטרס ציבורי. נכון הוא שהאיזון יתבצע על ידי בית המשפט, אלא שהפעם המסגרת המושגית הפורמלית מאפשרת זאת.⁶³ ודוק: בפרק הבא נדון בתביעת הרשלנות של מסורבת הגט. איננו סבורים שצריכים לחול בדיוננו שם שינויים של ממש עקב ההכרה בכך שזכותה של האישה להגשים את רצונה מוגנת על ידי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, מכיוון שטיעוננו בלאו הכי מבוסס כל כולו על השאיפה להגן על זכויותיה של האישה במידה המכסימלית האפשרית במסגרת הדין הקיים.⁶⁴

ג. תביעת רשלנות

1. חובת הזהירות

(א) המבחנים לקיום החובה

עוולת הרשלנות מבוססת על ארבעה יסודות: קיומה של חובת זהירות, הפרת החובה (התרשלות), נזק, וקשר סיבתי בין

⁶¹ במובן זה איננו מסכימים, בכל הכבוד, עם קביעתה של השופטת ברוך בת"א (ת"א) 2524/00 פלונית נ' צברי, לעיל הערה 45, בפסקה 45(ב) לפסק הדין, לפיה פגיעה בזכות יסוד המוגנת על ידי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו היא בגדר הפרת חובה חקוקה. כאמור, המשמעות המעשית של קביעה כזו היא שעל כל פרט מוטלת אחריות מוחלטת בגין כל גרימה של נזק.

⁶² ברק, לעיל הערה 42, בע' 196, הערת שוליים 165.

⁶³ השוו ברק, לעיל הערה 42, בע' 177, 195-197.

⁶⁴ אשר מוגן על ידי הוראת שמירת הדינים שבסעיף 10 לחוק היסוד.

ההתרשלות לבין הנזק. מבחינת הסדר ההגיוני של הדברים, שאלת קיומה של חובת זהירות היא השאלה הראשונה שעליה
אנו נדרשים להשיב. בהיעדר חובה לא ניתן להפר את החובה, ובהיעדר הפרה של חובת זהירות אין רשלנות. הגישה
המקובלת בפסיקה היא, ש"הקטגוריות של הרשלנות לעולם אינן סגורות, לעולם אינן נוקשות ולעולם אינן שוקטות על
השמרים, אלא נקבעות הן בהתאם לתחושת המוסר והצדק החברתי והסוציאלי וצורכי החברה המשתנים",⁶⁵ כאשר
האמצעי העיקרי לויסות היקף האחריות בעולות הרשלנות הוא יסוד החובה. פלוני חב חובת זהירות "כלפי כל אדם... כל
אימת שאדם סביר צריך היה באותן נסיבות לראות מראש שהם עלולים במהלכם הרגיל של דברים להיפגע" מהתרשלותו
(סעיף 36 לפקודת הנזיקין (נוסח חדש)⁶⁶). ויסות היקף האחריות נעשה על יסוד ההנחה שלא כל מה שניתן – באופן פיזי
ואובייקטיבי – לחזות, צריך – כמצווה מוסרית וחברתית – לשים לב אליו;⁶⁷ והפקודה הרי נוקטת לשון "צריך".

על פי ההלכה הפסוקה יש לבדוק תחילה אם הנתבע היה יכול לצפות שהתרשלותו תגרום נזק לתובע. הצפיות
העובדתית מקימה חובת זהירות לכאורה. לאחר מכן יש לבדוק אם ישנם שיקולי מדיניות המצדיקים את צמצום החובה או
את שלילתה חרף יכולת הצפייה.⁶⁸ בחינתם של שיקולים אלה צריכה להיעשות בשני מישורים נפרדים.⁶⁹ במישור הראשון
נבחנים שיקולים שמקורם בדיני הנזיקין עצמם – המתמצים בעקרון ה"שכנות" או ה"קירבה". בית המשפט לא יכיר
בקיומה של חובת זהירות כאשר הצדדים "רחוקים" זה מזה. לעתים נובעת השכנות באופן ישיר מן הצפיות. כך הוא הדבר
במקרים בהם נגרם לתובע נזק פיזי עקב מעשהו הרשלני של הנתבע. אבל בנסיבות מסוימות, ובין היתר – כשהנזק הוא לא
ממוני טהור, אין לגזור קיומה של שכנות מקימה של צפיות. אין זאת אומרת, שאם מדובר בנזק לא ממוני טהור לא
תיקבע לעולם חובת זהירות, אלא שבמקרה כזה יידרש עיון מדוקדק יותר בשאלת השכנות בין הצדדים.

במישור השני נבחנים שיקולים החורגים מתחום דיני הנזיקין. גם אם נקבע שקיימת צפיות טכנית ושהצדדים
"שכנים", ייתכן שתהיינה סיבות אחרות בגינן יימנע בית המשפט מלהכיר בקיומה של חובת זהירות. הכוונה היא לשיקולי
מדיניות כלליים. אלה נובעים מן הקשר הקיים בין דיני הנזיקין לדינים אחרים במשפט הפרטי והציבורי, ומן ההשקפה
בדבר מקומם ותפקידם של דיני הנזיקין בהכוונה נורמטיבית של התנהגות הפרטים והשלטון. סיכומו של דבר, דרושות
שלוש אלה: ראשית, צפיות (טכנית-עובדתית), שנית "שכנות" או "קירבה", ושלישית מסקנה שיפוטית כי הוגן, צודק
וסביר שתוטל חובת זהירות נורמטיבית מכוח הדין.⁷⁰ להלן ננתח את שאלת קיומה של חובת זהירות של סרבן הגט כלפי
אשתו בהתאם לעקרונות אלה.

⁶⁵ ע"פ 186/80 יערי נ' מ"י, פ"ד לה (1) 769, 779.

⁶⁶ תשכ"ח ס"ח 266 (להלן: פקודת הנזיקין).

⁶⁷ ע"א 360/59 הי"מ נ' ברקוביץ, פ"ד יד (1) 206, 213.

⁶⁸ ע"א 145/80 ועקנין נ' המועצה המקומית, בית שמש, פ"ד לז (1) 113, 123: "קיומה של חובת הזהירות המושגית נקבע על פי מבחן הצפיות.
המבחן הוא האם אדם סביר 'צריך היה' (ought) לצפות להתרחשות הנזק. לא כל נזק שניתן לצפותו צריך לצפותו... הצפיות הנורמטיבית –
במקום שהצפיות הטכנית קיימת הלכה למעשה – באה להגביל את היקף האחריות. אמת הדבר, נקודת המוצא העקרונית היא, כי מקום שניתן
לצפות נזק, כעניין טכני, קיימת חובת זהירות מושגית, אלא אם כן קיימים שיקולים של מדיניות משפטית, השוללים את החובה". הלכה זו
מאמצת, למעשה, את ההלכה שנקבעה באנגליה בעניין *Ann v. Merton London Borough Council*, [1977] 2 All E.R. 492, [1978] A.C. 728.

⁶⁹ ע"א 915/91 מ"י נ' לוי, פ"ד מח (3) 45, 65-70 (להלן: עניין לוי).

⁷⁰ המבחן התלת-שלבי שאומץ אצלנו בעניין לוי זהה, למעשה, למבחן שנקבע באנגליה שנים ספורות קודם לכן בפרשת *Caparo Industries*
plc v. Dickman [1990] 2 A.C. 605, 617-618 והופעל בשורה ארוכה מאוד של מקרים מאז. ראו: A.M. Dugdale (ed.), *Clerk & Lindsell on Torts* (18th ed., 2000) 282.

(ב) צפיות וקירבה

שאלת הצפיות אינה מעוררת קושי של ממש. אין ספק, כי אדם שאשתו מבקשת לבטל את השותפות עימו ולהתחיל בחיים חדשים בלעדיו (עם או בלי אדם אחר), יכול לצפות כי הימנעותו ממתן-הגט לאחר שחויב לעשות כן תגרום לאישה סבל רב. בנקודה זו אי אפשר להתעלם מן העובדה שהתנהגותו של הסרבן היא, לעתים קרובות, זדונית. קיומו של זדון מעיד – בדרך של קל וחומר – על קיומה של צפיות. מי שמתכוון לגרום נזק ופועל לשם מימוש כוונתו צופה, בוודאי, שהנזק המתוכנן ייגרם.⁷¹ אדרבה: המעוול הזדוני יכול לצפות בדיוק רב יחסית את זהותו של הניזוק, את טיבו של הנזק, את תהליך התרחשותו ואת היקפו, הגם שצפיות כה מדויקת ממילא אינה נדרשת לצורך הכרה בקיומה של חובת זהירות בעוולת הרשלנות. חשוב להעיר, עם זאת, כי לעתים אין האיש מעוניין להתעמר באישה אלא דווקא לנסות וליישב את ההדורים עימה. ברם, כאשר האישה מבהירה שאין היא חפצה בכך, יכול גם הסרבן ה"תמים" לצפות שאם יתמיד בסירובו ייגרם סבל לאשתו.

שאלת קיומה של קירבה מעט מורכבת יותר. למקרה דנן שני מאפיינים המונעים גזירה אוטומטית של שכנות מן הצפיות. ראשית, הנזק שנגרם לאישה אינו נזק פיזי (לפחות ברוב המכריע של המקרים).⁷² שנית, הנזק נגרם על ידי מחדל ולא על ידי מעשה.⁷³ אי-לכך עלינו לבחון – על פי נסיבותיה המיוחדות של הסיטואציה בה אנו עוסקים – אם בין התובעת לנתבע נתקיימה קירבה מספקת. "קירבה" (*proximity*) פירושה זיקה בין התובע לבין הנתבע בתביעת נזיקין, אשר הופכת את הטלת האחריות לצודקת וסבירה, בדומה ליריבות החוזית בתביעות חוזיות.⁷⁴ ישנם לפחות ארבעה סוגים של קירבה:⁷⁵ (א) קירבה פיזית (במונחים של זמן ומקום) בין גופו או רכושו של התובע לבין גופו או רכושו של הנתבע; (ב) קירבה נסיבתית, שמקורה במערכת יחסים מיוחדת בין הצדדים, כמו יחסי עובד-מעביד או בעל-מקצוע ולקוח; (ג) קירבה קאוזלית, כלומר קשר ישיר ומידי בין המעשה או המחדל של הנתבע לבין נזקו של התובע; (ד) קירבה ניטלת (*assumed*), היינו: התחייבות מפורשת או משתמעת של הנתבע לנקוט בזהירות על מנת שלא להזיק לתובע, או הסתמכות של התובע על זהירותו של הנתבע, כשהאחרון ידע או היה צריך לדעת על הסתמכות זו. בענייננו מתקיימת קירבה נסיבתית, שכן קשר הנישואין הוא קשר יחיד ומיוחד. מדובר בקשר ממושך ועמוק יחסית, שהאינטראקציה בין השותפים לו אינטנסיבית ורב-מישורית. בנוסף לכך ניתן לומר שמתקיימת כאן קירבה קאוזלית, מכיוון שסבלה של האישה הוא התוצאה הישירה

⁷¹ ניתן היה, לכאורה, לחשוב כי גרימת נזק נפשי בודון עשויה להניב אחריות פלילית גם בליית הפרה של פסק דין. ברם, אין בחוק העונשין עבירה פלילית של גרימה זדונית של נזק נפשי, אלא אם הנזק נגרם לחסר ישע או קטין (סעיפים 322-323, 323-324 לחוק) וגם אז נדרשים, על פי רוב, ביטויים פיזיים לנזק (כגון פגיעה בריאותית). גרימה זדונית של נזק נפשי טהור לבת זוג אינה מהווה, כשהיא לעצמה, עבירה פלילית. החוק למניעת אלימות במשפחה, התשנ"א-1991 אמנם עוסק גם בהתעללות נפשית בבן או בת משפחה, אך אין בו קביעה של איסורים או חיובים כלשהם אלא אך ורק הסמכה למתן צווי הגנה במקרים של התעללות נפשית מתמשכת (סעיף 3(3) לחוק).

⁷² עניין **לוי, לעיל** הערה 69, בע' 67. בית המשפט מסביר שכאשר הנזק אינו פיזי השכנות אינה נובעת באופן אוטומטי מן הצפיות. ההבחנה שמציג השופט שמגר היא אמנם בין נזק פיזי לנזק כלכלי אולם בין השורות ניתן לקרוא כי ההבחנה האמיתית היא בין נזקים פיזיים לנזקים שאינם פיזיים. נזקה של האישה עלול להגיע כדי נזק פיזי במקרים שבהם הסבל הנפשי גורר שינוי לרעה במצבה הבריאותי או הגופני של האישה.

⁷³ עניין **לוי, שם**, בע' 66, 67.

⁷⁴ *Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co. Ltd* (1992) 91 D.L.R. 4th 289. עיינו והשוו: י' גלעד "על הנחות עבודה, אינטואיציה שיפוטית ורציונליות בקביעת גרדי האחריות ברשלנות" **משפטים** כו (תשנ"ו) 295, 322.

⁷⁵ *Sutherland Shire Council v. Heyman* (1985) 60 A.L.R. 1, 55-56 (H.Ct. Aust.). וכן פרשת **CNR**, מפי השופטת *Ibid*, at pp. 368, 369, 371, McLachlin.

והמיידית ביותר של התנהגותו של הסרבן. לבסוף, ניתן לטעון שמתקיימת בין הצדדים קירבה ניטלת, הואיל ובמסגרת קשר-הנישואין נוטל על עצמו האיש התחייבות לכבד את אשתו ולא לצער אותה, אשר ממשיכה להתקיים עד לפקיעתם של הנישואין. מקור החובה בתקנת חכמים והיא נזכרת גם בנוסח הכתובה.⁷⁶ מסקנתנו היא, אפוא, שהצפיות והקירבה מתקיימות במקרה דנן. עתה עלינו לבדוק אם חרף קיומן המצטבר ניתן להצביע על שיקולי מדיניות המחייבים את צמצומה או את שלילתה של חובת הזהירות.

(ג) שיקולי מדיניות

I טיב הנזק

הנזק שנגרם למסורבת הגט הוא, על פי רוב, נזק לא ממוני טהור.⁷⁷ על טיבם המדויק של ראשי-הנזק שבגינם תדרוש האישה פיצוי נרחיב את הדיבור בהמשך. לעת עתה די לנו בהגדרתם הכללית כנזקים לא ממוניים טהורים. אין ספק, שנזקים כאלה עונים להגדרה הרחבה של המונח "נזק" בסעיף 2 לפקודת הנזיקין. "נזק" מוגדר שם כאובדן חיים, אובדן נכס, נוחות, רווחה גופנית או שם-טוב, או חיסור מהם, וכל אובדן או חיסור כיוצאים באלה; ובעניין גורדון⁷⁸ נפסק, כי הגדרה זו – "כוללת את כל סוגי הנזק, בין פיסי ובין שאינו פיסי, בין ממוני ובין שאינו ממוני. ביסוד ההגדרה עומדת המציאות המוחשית. היא משתרעת הן על נזק פיסי והן על נזק כספי; הן על פגיעה בתחושות גופניות ונוחות, שיש להן ביטוי פיסי, והן על פגיעה בתחושות גופניות ונוחות שאין להן ביטוי פיסי".⁷⁹ מן הבחינה הלשונית ניתן לסווג את הנזקים שבהם אנו עוסקים כאן כהפסד של "נוחות" ו"רווחה גופנית", וניתן להכניסם גם תחת הכותרת הגנרית "כל אובדן או חיסור כיוצאים באלה". הבעיה שאותה ביקשנו לעורר אינה נוגעת לשאלת קיומו של נזק במובן המשפטי. היא נוגעת למידת הנכונות השיפוטית להכיר בחובת זהירות המיועדת למנוע נזקים לא ממוניים טהורים. משך שנים רווחה בשיטות המשפט המקובל הדעה שאין אדם חב חובת זהירות ביחס לנזקים שאינם פיזיים ואינם נובעים מנזקים פיזיים. בעניין נדיר נ' כהנוביץ⁸⁰ מוצאים אנו, כי שלילת נוחות "ניתנת להימדד ולהיערך רק לפי התוצאות הפיסיות הכרוכות בה. אך באין תוצאות פיסיות אין נזק הניתן לפיצוי... [אין] להכיר בזכותו של אדם לפיצוי נזקים בשל פחד וכיוצא בו בתחושות גופניות ורוחניות, שאינם מלווים בפגיעה פיסית ממש".

שני צידוקים עיקריים עמדו ביסודה של התפיסה המסורתית.⁸¹ ראשית, העדר הביטוי החיצוני של הנזק הלא

⁷⁶ בשטר הכתובה נזכרת ההתחייבות: "אפלא ואקלד ואיזון ואפרנס ואכלכל ואסובר ואכסה" [ההדגשה שלנו- 'ק' ור' פ']. מרבית ההתחייבויות בכתובה הן בעלות אופי ממוני אולם מצויה ביניהן גם התחייבותו של האיש לנהוג באשתו בכבוד ולא להתעמר בה. בנוגע לחובה זו ראו בבא מציעא, נט, א; יבמות, סב, ב; נדרים, נא, א; שבת, נט, ב; כתובות, סא, א; שם, סז, ב; שם, עז, א; גיטין, ו, ב – ז, א; חולין, פד, ב; נמוקי יוסף, יבמות, סב ע"ב (ברפי הרי"ף: יט ע"ב); שולחן ערוך, חושן משפט, רכח, ג; יד רמה, סנהדרין, עו, ע"ב; משנה תורה, מתנות עניים, ח, טו; משנה תורה, אישות, טו, יט; תשובות הגאונים, שערי צדק, חלק ד, שער א, סימן יג.

⁷⁷ אם כי מבחינה עקרונית ניתן לחשוב על מצבים שבהם אי מתן הגט גורר גם נזקים ממוניים. ראו להלן פרק ג.3.

⁷⁸ ע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גורדון, פ"ד לט (1) 113 (להלן: עניין גורדון).

⁷⁹ שם, בע' 139.

⁸⁰ ע"א 4/57 נדיר נ' כהנוביץ, פ"ד יא(3) 1464, 1469 (להלן: עניין נדיר).

⁸¹ לדיון ביקורתי בשיקולים השונים ששימשו את בתי המשפט (האמריקניים) לשלילת הפיצוי בגין נזקים נפשיים, ראו גם: Peter A. Bell, "The Bell Tolls: Toward Full Tort Recovery for Psychic Injury", 36 U. Fla. L. Rev. (1984) 333 (hereinafter: Bell). לביקורת על הביקורת ראו: Richard N. Pearson, "Liability for Negligently Inflicted Psychic Harm: A Response".

ממוני הטהור מעורר קשיי הערכה וכימות מחד גיסא, ומגביר את החשש מפני תביעות בדויות ומנופחות מאידך גיסא.⁸² קשר הגומלין בין שתי התוצאות בולט לעין: אם נזק, שקשה מאוד להעריכו, ייחשב כבר תביעה, ייפתח הפתח להגשת תביעות מופרזות או בדויות; ותביעות, הנחשדות כתביעות כזב, תעוררנה, בוודאי, קשיי הערכה.⁸³ ברוח זו כתב השופט ש"ז חשין בעניין נדיר: "זעזוע נפשי, ככל תחושה גופנית שאין רישומה ניכר, אינו ניתן לקביעה ברורה ולהערכה בממון, מפני האפשרות הנוחה הניתנת לו לאדם במסיבות רגילות להעמיד פנים ולהיראות כנפגע בנפשו".⁸⁴ בענייננו אפשר לטעון, כי לא ניתן להעריך בממון את נזקה של מסורבת הגט, הן משום שלא תמיד ניתן לזהות באופן חד משמעי את עצם קיומו והן משום שנזקים מסוג זה אינם ניתנים בשום אופן למדידה של ממש. ברוח דומה ניתן לטעון, כי לאור העובדה שהנזק העיקרי בתביעה המוגשת כנגד סרבן הגט הוא נזק לא ממוני סובייקטיבי – מסורבות גט עלולות לטעון לקיומו של נזק שאינו קיים למעשה, או להפריזו בערכו של נזק שנגרם, על מנת לשפר את מצבן הכספי או את עמדת המיקוח שלהן בסכסוך הגירושי. שנית, מעשה התרשלות אחד עשוי ליצור תגובת שרשרת של נזקים לא ממוניים טהורים. לדוגמא: אי-מתן גט לאישה פלונית גורם סבל לאותה האישה, אך הוא עלול לגרום סבל גם לילדיה, לאדם שמבקש לשאתה לאחר גירושיה, להוריו של אותו אדם, לכל מי שקרא או שמע על סבלה של מסורבת הגט ועל הזלזול בשלטון-החוק וכן הלאה וכן הלאה. ישנם מספר שיקולים כבדי-משקל התומכים בשלילת החובה מקום בו ההכרה בקיומה עלולה להביא לחיובו של המזיק הבודד בגין נזקים שמספרם לא רק גדול מאוד אלא גם בלתי ניתן לחיזוי מראש. עמדנו עליהם בהרחבה במקום אחר.⁸⁵

התפיסה המסורתית השוללת פיצוי בגין נזק לא ממוני טהור נהגה בישראל עד לאמצע שנות השמונים. אולם בעניין גורדון נהפכה הקערה על פיה. השופט ברק (כתוארו אז) קבע שם, כי במסגרת עוולת הרשלנות אין מניעה להכיר בחובת זהירות מושגית לעניין נזק לא רכושי גרידא.⁸⁶ הוויתור על התפיסה המסורתית נעוץ הן בהבנה, שהנימוקים שהועלו לשלילת האחריות בגין נזקים לא ממוניים טהורים תומכים, לכל היותר, בהגבלה של חוג התובעים ולא בשלילה מוחלטת של האחריות, והן בהכרה בקיומם של שיקולים אחרים התומכים בהטלת אחריות דווקא.

לנימוקים הכלליים להטלת אחריות בגין גרימת-נזק רשלנית (צדק מתקן, פיצוי ניזוקים, הרתעת מזיקים)⁸⁷ ניתן להוסיף נימוק המתייחס במישורין להבחנה בין נזקים גשמיים ולא גשמיים. ניתן לטעון, כי אין זה צודק – במובן הדיסטריבוטיבי – להעניק לאינטרסים לא גשמיים טהורים הגנה פחותה מזו הנתונה לאינטרסים גשמיים. לא רק שאינטרסים לא גשמיים אינם נחותים באופן קטגורי מן האינטרסים הגשמיים,⁸⁸ אלא שאפילו כאשר ניתן לומר שאינטרס

to Professor Bell", 36 U. Fla. L. Rev. (1984) 413

⁸² ראו ע"א 444/87 אלסוחה נ' עובדן דהאן, פ"ד מדר (3) 397, 432 מפי הנשיא שמגר.

⁸³ ר' פרי ריקושטים כלכליים (תשס"ב) 533.

⁸⁴ לעיל הערה 77, בע' 1468. ראו גם: ע"א 1338/97 תנובה מרכז שיחופי לשיווק חוצרת חקלאית בישראל בע"מ נ' ראבי, תק-על (דצמבר 2004) 2003 (2) 1522, בפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

⁸⁵ פרי, לעיל הערה 80, בע' 496-480, 526-525, 529-528, 541-537, 577-576, 585-582. ראו גם Clerk & Lindsell, supra note 67.

⁸⁶ ברק, לעיל הערה 75, בע' 140.

⁸⁷ השו"ב Bell, לעיל הערה 81, בע' 349.

⁸⁸ לשון אחר: לא ניתן לומר שעל סולם-הערכים מצויים כל האינטרסים הלא גשמיים מתחת לכל האינטרסים הגשמיים. לדוגמא: ניתן לומר כי

לא גשמי מסוים, כמו האינטרס של הפרט בחיי-נוחות ובשלוות-הנפש, נחות – עקרונית – מאינטרס גשמי נתון, כמו השלמות הגופנית, אין זאת אומרת שהפגיעה בו אינה יכולה להיות חמורה יותר – הן מנקודת מבטו של הפרט והן מנקודת המבט החברתית – מפגיעה באינטרס הגשמי העדיף. אפשר בקלות לדמיין פגיעה שעוצמתה רבה בנוחות ובשלוות הנפש מחד גיסא (הטרדה מעיקה, אינטנסיבית ומתמשכת) ופגיעה שעוצמתה קטנה בשלמות הגופנית (למשל – שריטה).⁸⁹

ומה באשר לשיקולי-הנגד העומדים בבסיסה של התפיסה המסורתית? אין ספק בעינינו, כי החשש מפני תביעות בדויות אינו יכול להצדיק את שלילת האחריות. ראשית, כאשר טענותיה של פלונית (בעניינינו – מסורבת הגט) הן טענות אמת, אין זה צודק לשלול ממנה את הזכות לתרופה, רק משום שתביעות אחרות מאותו סוג עלולות להיות בדויות. ההבחנה בין אמת לשקר צריכה להיעשות על בסיס עובדות-פרטני, ולא באמצעות הכללות משפטיות.⁹⁰ שנית, החשש מפני טענות כזב קיים בכל הליך, ואם אנו סומכים על בית המשפט שיידע להבחין בין שקר לאמת בתביעות אחרות, ובכללן תביעות המתייחסות לנזקים לא ממוניים הנלווים לנזקים פיזיים, כך עלינו לסמוך עליו שיידע לבור את הבר ולפזר את המוץ בתביעות המתייחסות לנזקים לא ממוניים טהורים. שלישית, יש לקוות, כי האמונה במקצועיותם של השופטים תרחיק בלאו הכי את מרבית הבדאים מבתי המשפט. גם קשיי ההערכה אינם יכולים להצדיק את שלילת האחריות בגין נזקים לא ממוניים טהורים. אחד מתפקידיו של בית המשפט הוא להעריך נזקים על סמך הראיות שבפניו, והוא אינו רשאי לפטור עצמו מעולה של חובה זו רק משום שקיומה כרוך בקשיים. כל שופט מבין זאת היטב. ואמנם, בתביעות על נזקי גוף מכמתים בתי המשפט כעניין שבשגרה את כאבו ואת סבלו של הניזוק ואת ההפסד שנגרם לו עקב קיצור תוחלת חייו, על אף שמדובר בנזקים לא ממוניים שהערכתם קשה.⁹¹

החשש מפני שטף של תביעות הוא חשש מוחשי יותר ולא ניתן להתעלם ממנו בבחינת גבולות האחריות לנזקים לא מוחשיים טהורים.⁹² יחד עם זאת, הוא אינו יכול להצדיק את שלילת החובה כלפי אדם "שנופל במעגל הסיכון הראשוני, כלומר זה שכלפיו כוונה הפעולה המזיקה",⁹³ כמו מסורבת הגט במקרה הנדון כאן. מסקנה אחרת הייתה נותנת משמעות אבסורדית למושג הצפיות. גם אם אדם אינו "צריך" (כעניין נורמטיבי) לצפות תוצאות רחוקות יותר של התנהגותו ברי, כי עליו לצפות לפחות את התוצאה הישירה, המיידית והמסתברת ביותר של התנהגות זו (על אחת כמה וכמה אם מדובר בהתנהגות זדונית). השאלה אם אנשים נוספים שסבלו נזק לא ממוני בעקבות פגיעה בזולת (*dommage par ricochet*) יוכלו לזכות בפיצוי, היא שאלה סבוכה ומורכבת, בה איננו נדרשים להכריע כאן. לאור כל האמור אין

ההגנה על השם-הטוב, שהוא אינטרס לא גשמי, חשובה יותר מן ההגנה על שלמות הרכוש או על אינטרס כלכלי טהור.
⁸⁹ השוו לדברי השופט ברק בעניין **נדיר, לעיל** הערה 75, בע' 141. נימוק נוסף שהציע השופט ברק בעניין **גורדון** נוגע להרמוניה הפנימית של המשפט הפרטי. בניני החוזים רשאי בית המשפט לפסוק פיצויים עבור נזק לא ממוני טהור (סעיף 13 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970) לדעת השופט ברק קשה להצדיק פסיקת פיצוי בגין נזק כזה בתביעה חוזית ולשלול את הפיצוי בגינו בתביעת רשלנות (עניין **גורדון, לעיל** הערה 74, בע' 141).

⁹⁰ השוו Bell, **לעיל** הערה 81, בע' 353.

⁹¹ ראו עניין **גורדון, לעיל** הערה 74, בע' 141; Bell, **לעיל** הערה 81, בע' 354-355.

⁹² כשם שאין מתעלמים ממנו גם בהקשרים אחרים. ראו, למשל: פרי, **לעיל** הערה 85, בעמודים המפורטים שם.

⁹³ השופט ברק בעניין **גורדון, לעיל** הערה 74, בע' 142.

לראות בטבעו של הנזק שנגרם למסורבת הגט צידוק לשלילת אחריותו של הסרבן כלפיה או אפילו לצמצומה.

II תביעות בין בני-זוג

במשפט המקובל וגם בדין הישראלי נהנו בעבר האיש והאישה מחסינות מפני תביעת נזיקין של בת או בן-זוגם.⁹⁴ בשנת 1962 ביטל המחוקק האנגלי את החסינות האמורה תוך שהוא מתיר לבית המשפט לעכב את ההליכים בתביעות נזיקין שהוגשו כנגד בני או בנות זוג בנסיבות המנויות בחוק.⁹⁵ בישראל בוטלה החסינות על ידי המחוקק בשנת 1969,⁹⁶ אך גם אצלנו רשאי בית המשפט לעכב את תחילתו או המשכו של הדיון בתובענה שהגיש אדם כנגד בת או בן-זוגו.⁹⁷ מכל מקום, בתי המשפט אינם ששים להחיל את עקרונות המשפט הפרטי על מערכת היחסים שבינה לבין, לפחות כאשר החלת העקרונות הללו נתונה לשיקול דעתם.⁹⁸ השאלה היא אם ובאיזו מידה שיקול זה צריך להשפיע על מידת הנכונות להטיל על סרבן-גט חבות בנזיקין כלפי אשתו. לשם כך עלינו לברר מהו הרציונל שעמד ביסודה של החסינות המסורתית ועומד, כנראה, גם ביסודה של הרתיעה העכשווית (שהשלכותיה האופרטיביות הצטמצמו אמנם) מפני התערבותם של דיני הנזיקין ביחסים בין בני זוג. הטעם לאותה מדיניות היה ועודנו, שהכרה בעילת תביעה בנזיקין של פלונית כנגד בן זוגה או של פלוני כנגד בת זוגו עלולה לפגוע בשלמות התא המשפחתי.⁹⁹ המשפט עלול לשמש זירה להחרפת קונפליקטים בין בני משפחה, לגרום לצער ולמרירות ולחבל בחיי המשפחה התקינים. אחת ממטרותיה של מערכת המשפט היא להגן על שלמות התא המשפחתי,¹⁰⁰ ומתן זכות לאדם להתנצח עם בן משפחה בהליך משפטי לא עולה בקנה אחד עם מטרה זו.¹⁰¹

מאידך גיסא, העובדה שהחסינות המוחלטת של בני זוג נתבטלה על ידי המחוקק מעידה על כך, שההגנה על שלמות המשפחה אינה נתפסת עוד כחשובה יותר מן ההגנה על אינטרסים אחרים. שלילת זכות התביעה של אדם כנגד בן או בת משפחה עשויה, לעתים, למנוע החרפה של סכסוך משפחתי, אולם היא גם מכרסמת בהגנה המשפטית על אינטרסים ראשוניים במעלה. לא רק שאין זה רצוי להקריב באופן כללי וגורף את ההגנה על האינטרסים הללו לטובת

⁹⁴ באנגליה: *Clerk & Lindsell, supra note 67*. בישראל: סעיף 18(א) לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], נ"ח תשכ"ח 266. בית המשפט העליון פסק בשורה של מקרים, כי החסינות הקבועה בסעיף 18(א) היא דינונית (ע"א 479/60 אפלשטיין נ' אהרוני, פ"ד טו(1) 682; ע"א 591/61 דנצר נ' לוי, פ"ד טז(3) 1793). לענייננו אין בכך כל רבותא. דוקטרינה זו נתפסת – ובצדק – כאחת מן הדוגמאות הקלאסיות למבנה הפריארכלי של דיני הנזיקין המסורתיים. ראו: Leslie Bender, "A Lawyer's Primer on Feminist Theory and Tort", 38 *J. Legal Educ.* (1988) 3, 7-8.

⁹⁵ Law Reform (Husband and Wife) Act 1962, Ch. 48.

⁹⁶ סעיף 3 לחוק להסדר התדיינות בין בני-זוג, תשכ"ט-1969, ס"ח 151 (להלן: חוק להסדר התדיינות בין בני-זוג).

⁹⁷ סעיף 1 לחוק להסדר התדיינות בין בני-זוג.

⁹⁸ ביטוי כללי למדיניות המשפטית ניתן למצוא בדברי השופט זמיר בע"א 1581/92 ולנטין נ' ולנטין, פ"ד מט(3) 441, 454: "מעל כל אלה מרחפת השאלה הכללית עד כמה ניתן וראוי להסדיר את יחסי המשפחה, ובכלל זה היחסים שבינו לבין באמצעות כללים משפטיים".

⁹⁹ ראו, למשל: ע"א 257/57 ברנט נ' ברנט, פ"ד יב(1) 565, 576 מפי השופט לנדוי; ע"פ 135/59 הר נ' הי"מ, פ"ד יד(3) 1501, 1507. באנגליה התבסס הכלל המסורתי על רציונל שונה: האיש והאישה אינם יכולים לתבוע זה את זה מכיוון ש"הבעל והאישה הם בשר אחד" ואין אדם מבצע עולה כלפי עצמו. אולם, כאמור, גישה זו לא נתקבלה אצלנו. ראו: דיני הנזיקין – תורת הנזיקין הכללית (ג' טרסקי עורך, מהדורה שנייה, תשל"ז) 361-362.

¹⁰⁰ עיינו והשוו ברק, לעיל הערה 39, בע' 183 (החוקה הגרמנית מעניקה הגנה מיוחדת למשפחה).

¹⁰¹ השוו, למשל, (1960) 149-150 A.2d 147, 250-251, 163 *Hastings v. Hastings* 33 N.J. 247, 250-251, 163 A.2d 147, 149-150 (1960), שם הוענקה חסינות להורה מפני תביעת רשלנות של ילדו לצורך הגנה על אחדות המשפחה. הלכת *Hastings* אינה ההלכה הנוהגת כיום בניו-ג'רזי. וראו עוד *Hewellette v. George* 9 So. 885 (Miss. 1981). לרמת האבסורד שאליה עלולה להוביל הדבקות בטיעון של הרמוניה משפחתית ראו: *Roller v. Roller* 79 P. 788 (Wash. 1905). הרציונל של הגנה על שלמות התא המשפחתי עומד גם ביסודו של הכלל לפיו אין להביא במניין בחישוב תקופת ההתיישנות של תביעה אזרחית את הזמן שבו היו בעלי הדין נשואים זה לזה: סעיף 13 לחוק ההתיישנות, תשי"ח-1958, ס"ח 112.

שלום-הבית, אלא שלעיתים קרובות מתבססת התביעה על מעשה או מחדל שבגיניו נפגע התא המשפחתי ממילא באופן חסר תקנה.¹⁰² כלום ניתן, דרך משל, להצדיק הימנעות מהטלת אחריות על אדם שתקף את ילדו, את רעייתו או את אחד מהוריו? האם אין במעשה התקיפה עצמו כדי לפגום בשלמות התא המשפחתי יותר מכל תביעת נזיקין שתבוא בעקבותיו? באופן דומה, האם ניתן להצדיק הימנעות מהטלת אחריות על הורה שהזניח את ילדו?¹⁰³ האם ההזנחה אינה מחבלת בתקינותם של חיי המשפחה יותר מכל תביעת נזיקין המוגשת בגינה?

על פי הגיון זה איננו סבורים, כי הימצאותם של הצדדים בקשר נישואין יכולה להצדיק את הגבלת זכותה של מסורבת הגט לפיצויי נזיקין. התובעת אינה מעוניינת עוד בקיום הקשר המשפחתי עם הנתבע. היא מעוניינת בגט, ואף עשתה כל שלא ידה כדי לזכות בגט כזה. האיש אינו מניח לה לנפשה. אי הטלת אחריות בנזיקין לא תשפר את מצבו של הקשר הזוגי, ואין להניח שתמנע את החרפתו. העובדה שבית הדין נתן פסק דין של גירושין מלמדת אף היא, לפחות בדרך כלל, כי לא קיים עוד סיכוי של ממש לשלום בית. פירוש הדבר הוא שהרציונל לצמצום חבותו של האיש כלפי אשתו אינו מתקיים. העובדה שהתובעת והנתבע נשואים זה לזה אינה יכולה כשהיא לעצמה להצדיק את שלילת האחריות בנזיקין או את צמצומה.

III החשש מפני גט מעושה

(א) הצגת הבעיה

במשפט העברי מתן גט וקבלת גט הם אקטים רצוניים, המבוצעים על ידי בני הזוג עצמם, כשבית הדין רק מפקח על התהליך. מקדמת דנא ברור, כי הגט אינו יכול להינתן אלא מרצונו הטוב והחופשי של האיש. עם זאת, ממקורות קדומים של המשפט העברי עולה, שבתחילה האישה הייתה מתגרשת גם שלא לרצונה, ודי היה בשיתוף פעולה מצידו של האיש בלבד.¹⁰⁴ רק מאוחר יותר החלו לדרוש שיתוף פעולה הן מצידו של האיש והן מצידה של האישה, אשר בלעדיו הגט אינו

¹⁰² עיינו והשוו ביחס לחסינות הורים מפני תביעות של ילדיהם: ר' פרי "להיות או לא להיות – האם זו השאלה? תביעות נזיקין בגין "חיים בעולה" כטעות קונספטואלית" **משפטים** לג (תשס"ג) 507, 534-533; י' ש' קפלן "זכות הילד לתבוע את הוריו בגין התעללות נפשית" **מגמות בקרימינולוגיה: תאוריה, מדיניות ויישום** (מ' חובב, ל' סבה, מ' אמיר עורכים, תשס"ג) 463, 516.

¹⁰³ להטלת אחריות במקרה של הזנחה ראו ע"א 2034/98 **אמין נ' אמין**, פ"ד נג (5) 69; קפלן, שם, בע' 494 ואילך.

¹⁰⁴ יש הסבורים שתחילה, בתקופת המקרא, הבעל היה מגרש את אשתו בעל כורחה וניתן לו כוח מוחלט בתחום הגירושין. ראו א"ג אלינסון, "הגבלות חז"ל בגירושין – תוקפן וטיבן" **דיני ישראל** ה (תשל"ד) 37, הערת שוליים 1.

חכמי ההלכה בימי הביניים הסבירו שמלשון התורה ניתן להסיק שהאיש מגרש רק לרצונו. **דבריהם** כד, א, נאמר: "והיה אם לא תמצא חן בעיניו, וכתב לה ספר כריתות ונתן בידה ושלחה מביתו". הרשב"ם, **בפירוש לבבא בתרא**, מח ע"א, ד"ה וכן אתה אומר בגיטי נשים, סבר שהעיקרון במשנה הוא פועל יוצא של המילה "ונתן" בפסוק הנזכר לעיל. "ד' ונתן" – מדעתו משמע". הרמב"ם, **במשנה תורה**, גירושין, א, ב, הסביר שעיקרון זה נובע ממלות פסוק זה: "אם לא תמצא חן בעיניו": "אם לא תמצא חן בעיניו" – מלמד שאינו מגרש אלא ברצונו.

בספרות ההלכה הקדומה, במשנה ובתלמוד, נזכר העיקרון שהבעל נותן גט לאשתו רק מרצונו, והאישה מקבלת גט "לרצונה ושלא לרצונה" – **משנה**, יבמות, יד, א. ראו גם: **תוספא**, כתובות, יב, ג; **תלמוד בבלי**, יבמות, ק"ג ע"ב; גיטין, פ"ח ע"ב; ראו גם *M.A. Friedman Jewish Marriage in Palestine* (Tel Aviv, New York, 1980) (hereinafter: *Fridman Jewish Marriage*) 312-313. עקרון דומה נזכר בדרשה בספרי, דברים (מהדורת פינקלשטיין, ניו יורק, תשכ"ט), פסקה רסט, 290. ראו גם **תלמוד בבלי**, גיטין, עז ע"א; בבא מציעא, י ע"ב; נו ע"ב.

הפער בין הגבר והאישה בתחום הגירושין צומצם בתקופה זו, בין היתר, כיוון שחכמים קבעו הגבלות בנוגע לנסיבות המצדיקות את הגירושין. בית שמאי סברו שמוצדקת פעולת הגירושין רק כאשר הבעל מצא באשתו "ערות דבר", דהיינו, שאשתו זנתה תחתיו, או לפי פירוש אחר: התנהגותה אינה צנועה. בית הלל סברו שמוטר לגרש אפילו אם האישה הקדיחה את תבשילו של בעלה. ראו: **משנה**, גיטין, ט, י. ראו גם אלינסון **שם**, בע' 40-38. בתלמוד נזכרת הגבלה של האמוראים: הם הסתייגו מגירושין של אישה ראשונה. ראו **תלמוד בבלי**, גיטין, צ ע"ב; סנהדרין, כב ע"א. ראו גם אלינסון, **שם**, בע' 45-40. בין היתר, בעקבות הגבלת כוחו של הבעל, בספרות המשנה והתלמוד נזכרים, באופן יחסי, מעט מקרים בהם הבעל גירש את אשתו. ראו ט' אילן, **מעמד האישה היהודיה בארץ ישראל בתקופה ההלניסטית רומית** (332 לפנה"ס – 200 לספירה), חיבור לשם קבלת תואר דוקטור לפילוסופיה (ירושלים, תשנ"א), 235 – 236.

תקף.¹⁰⁵ בימי הביניים התקבלה בחלק מתפוצות ישראל תקנה המכונה חרם דרבנו גרשום, האוסרת על האישי לגרש את אשתו על כורחה.¹⁰⁶ הדעה המקובלת היא שתוקפה של תקנה זו לא פג והיא חלה גם בימינו.¹⁰⁷ לא זו אף זו: מקובל, כי האיסור לגרש אישה על כורחה חל בישראל על יהודים שמוצאם מתפוצות ישראל השונות.¹⁰⁸ מכאן, שבמדינת ישראל הושווה במידה רבה – לעניין הרצון לגרש או להתגרש – מעמד הנשים למעמד הגברים.¹⁰⁹

כל ניסיון לכפות מתן גט בניגוד לעקרונות ההלכתיים עלול להפוך את הגט ל"מעושה" – כפוי, שלא כדין, ולפיכך לבלתי תקף. לדעת רבים מחכמי ההלכה, אונס ממון (קרי: לחץ כספי) נחשב כאונס. פירוש הדבר הוא שפעולתו של אדם שנעשתה כתוצאה מלחץ כספי פגומה, ככלל, בפגם הכפייה או האילוץ.¹¹⁰ גט שהושג מחמת לחץ כספי עלול, אם כן, להיחשב לגט מעושה שלא כדין. הואיל וזכות תביעה בניזקין עלולה להעמיס נטל כספי על כתיב הסרבן-הנתבע מתעורר החשש, כי ההכרה בה תביא לידי כך ששכרה של מסורבת הגט יצא בהפסדה. היא אולי תזכה בפיצויי נזיקין אך לא תזכה בגט התקף לו ייחלה. על כן יש לנקוט בזהירות יתירה כאשר באים להטיל על האישי הסורר חיובים שעלולים להיתפס כאמצעי כפייה השוללים ממתן הגט את אופיו הרצוני. בחינת סוגיית השפעת החיוב בפיצויי נזיקין על תוקף הגט דורשת, אם כן, בירור של עקרונות היסוד של דיני הגירושין העבריים בנוגע לרצון ולכפייה בגירושין.

ודוק: לא מדובר בחשש בעלמא, אלא בחשש מוחשי מאוד. על כך ניתן ללמוד מן התגובות החד-משמעיות של פוסקי הלכה להטלת אחריות בניזקין על סרבני גט על ידי ערכאות אזרחיות במדינות אחרות תוך התעלמות מעקרונות המשפט העברי. כפי שהזכרנו קודם לכן, בתי משפט אזרחיים בצרפת נעתרו לא אחת לתביעות נזיקין של מסורבות גט

¹⁰⁵ ראו אלינסון, **שם**, בע' 37, הערת שוליים 2.

¹⁰⁶ התקנה התפשטה תחילה בקרב יהדות אשכנז וצרפת. ראו א' וסטרליך "ריבוי נשים וכפיית האישה להתגרש בפסיקת חכמי אשכנז במאה האחת-עשרה ובמאה השתיים-עשרה" **מחקרי משפט** 1 (תשמ"ח) 118-164; א' וסטרליך "הגנת מעמד הנישואין של האישה היהודייה בישראל: מפגש בין מסורות משפטיות של עדות שונות" **פלילים** ז (תשנ"ט), 286-284. היא מיוחסת לרבנו גרשום מאור הגולה. בנוגע לנכונות ייחוס התקנה לחכם זה ראו ז' פלק **נישואין וגירושין - תיקונים בדיני המשפחה ביהדות אשכנז וצרפת** (ירושלים, תשכ"ב) 31-28; א' גרוסמן **חכמי אשכנז הראשונים: קורותיהם, דרכם בהנהגת הציבור, יצירתם הרוחנית מראשית יישובם ועד לגזירות תתנ"ו (1096)** (ירושלים, תשמ"ט) 147-148. לאחר מכן התפשטה גם בקרב יהודים בתפוצות ישראל נוספות. ראו מ"ע פרידמן **ריבוי נשים בישראל: מקורות חדשים מגניזת קהיר** (ירושלים, תשמ"ו) 1-11; ש"ז הבלין "תקנות רבנו גרשום מאור הגולה בענייני אישות בתחומי ספרד ופרובאנס (לאור תשובת הרשב"א ור' יצחק די מולינא מכתבי יד)" **שנתון המשפט העברי** ב (תשל"ה) 200, 205-210; א' בארי **חיוב הבעל במזונות אשתו בדיני ישראל: המורדת ומזונותיה חיבור לשם קבלת תואר דוקטור לפילוסופיה** (רמת גן, תשמ"ב) 34; ש"ז הבלין "בירורים חדשים בענייני תקנות רגמ"ה, ייחוסן, תחולתן והתפשטותן" **שנתון המשפט העברי** יא-יב (תשמ"ד-תשמ"ו) 317, 328-326; ש"ר הר"ן (ירושלים, תשמ"ד), מח; א' רוזן-צבי **דיני המשפחה בישראל בין קודש לחול** (תל-אביב, תש"ן) 260-258. בנוגע לתחולת התקנה בעבר, בעדות השונות, ראו ש"ר הרשב"א, ד (סלוניקי, תקס"ג), קפו; מ"ע פרידמן, **שם**.

¹⁰⁷ יש הסוברים, שתקנה זו נתקנה כדי שתחול תקופת זמן מסוימת וכבר פג תקפה. ראו א' גרוסמן, **שם**, בע' 149; הבלין, "תקנות רבנו גרשום מאור הגולה בענייני אישות בתחומי ספרד ופרובאנס (לאור תשובת הרשב"א ור' יצחק די מולינא מכתבי יד)", **שם**, בע' 200, 219-218; הבלין, "בירורים חדשים בענייני תקנות רגמ"ה, ייחוסן, תחולתן והתפשטותן", **שם**, בע' 324-325. בנוגע לתחולת התקנה בישראל בזמננו ראו ב' שרשבסקי **דיני משפחה** (ירושלים, תשנ"ג) 65-67.

¹⁰⁸ בתי הדין הרבניים בישראל גורסים שבזמננו, במדינת ישראל – מכוח חרם דרבנו גרשום, תנאי בכתובה, או המנהג, או חרם ירושלים - האיסור לגרש אישה בעל כורחה חל לגבי כל היהודים, שעלו למדינת ישראל מכל תפוצות ישראל. לעניין זה ראו שרשבסקי, **שם**, בע' 63-67, 279. ראו גם וסטרליך, "הגנת מעמד הנישואין של האישה היהודייה בישראל: מפגש בין מסורות משפטיות של עדות שונות", **לעיל** הערה 106, בע' 273, 326-308. בנוגע לתחולת איסור זה ביחס ליהודים יוצאי תימן ראו ר' ערוסי "הגורם העדתי בפסיקת ההלכה" **דיני ישראל** י-יא (תשמ"א-תשמ"ג), קכה, קלא-קמח.

¹⁰⁹ אף שקיים שוויון פורמלי בין גברים ונשים, מפני שהבעל צריך להסכים לתת גט והאשה צריכה להסכים לקבל גט, בפועל מצבם אינו שווה, מפני שגבר יכול לקבל היתר, המאפשרת לו לשאת אשה שניה, כאשר קיימת עילה המצדיקה מתן היתר זה, ואשה אינה יכולה לקבל היתר המאפשר לה לשאת גבר שני. ראו **להלן** סמוך להערות 141-142.

¹¹⁰ ראו ש"ר **בצלאל אשכנזי** (ניו-יורק, תשל"ל), טו; ש"ר **שם אריה** (ירושלים, תשל"ל), צד; ש"ר **יריעות שלמה** (וילנה, תרס"ב), כב; ג"ט מעושה", **אנציקלופדיה תלמודית** ה (תשי"ג) תשג-תשה; ב' רבינוביץ-תאומים "אונס עצמו בגירושין" **נעם** א (תשי"ח) רפז, בעמ' רצט; א"ג אלינסון "סירוב לתת גט" **סיני** סט (תשל"א) קלה, קלו; ז' ורהפטיג "כפיית גט להלכה ולמעשה", **שנתון המשפט העברי** ג-ד (תשל"ו-תשל"ז) 153, 164-165; ש"י לאנדעסמאן "בירור הבסיס ההלכתי לחוק הגירושין החדש במדינת ניו יורק" **מוריה** טז גליון ג-ד (קפג-קפד) (תשמ"ח) סח, בעמ' עא-עב; י"ד בליין "הצעה לפתרון בעיית בעל המסרב להתגרש" **תורה שבעל פה** לא (תש"ן) קכד, בעמ' קכו; י"ד בליין "הסכם ממון למניעת סירוב לגרש" **אור המורח** מא (קג-קנא) (תשנ"ג) 280-272; ש"ר **שושנים לדוד** (דאר לביצא, תרצ"ה), אבן העזר, נו; תיק מב/1530, פד"ר טו, 145, בע' 172-179; תיק 224/תשנ"ג, פד"ר טז, 260, בע' 264-270; M. Meiselman *Jewish Woman in Jewish Law* (New York, 1978) 109-110.

יהודיות כנגד בני זוגן.¹¹¹ בתי המשפט הללו לא בחנו באיזו מידה עלול גט שיינתן לאחר פסיקתם להיחשב כמעושה שלא כדין. עם זאת, רבנים מ'ישראל, אשר נתבקשו להשיב לשאלות בדבר תוקפו של גט שניתן לאחר פסיקת פיצויים כאמור, הבהירו כי חיובו של האיש בנזיקין על פי דיני צרפת יגרום לכך שהגט שיינתן על ידו יהא מעושה. הרב יעקב הלוי פולטורק, רב קהילה בצרפת, פנה אל הרב שמואל ואזנר והציג בפניו את המקרה הבא. בני זוג התגרשו בגירושין אזרחיים. לאחר מכן סירב האיש לתת גט (כדת משה ו'ישראל) לאישה. האישה תבעה פיצויי נזיקין בערכאה אזרחית ותביעתה נתקבלה. האיש לא שילם את הסכום שנפסק לחובתו בשל העדר יכולת כלכלית, ועתה הוא מוכן לתת גט. האם קיים חשש שהגט שיינתן יהא מעושה שלא כדין? הרב ואזנר פסק שקיים במקרה זה אונס ממון הפוגם ברצון המגרש. הוא סבר שניתן לסדר גט במקרה זה רק לאחר שהאישה תוותר לאיש על פיצויי הנזיקין ותודיע לבית המשפט האזרחי הצרפתי שמחלה לו על חוב זה. בשלב זה ניתן יהיה לפנות לבעל, המשוחרר מעול חוב הנזיקין, ולבקש ממנו לתת גט מרצונו החופשי.¹¹² שאלה באותו עניין נשלחה אל הרב יצחק יעקב וייס. הלה השיב שפסיקת פיצויי נזיקין בבית משפט אזרחי צרפתי גורמת לכך שהגט שיינתן לאחר מכן יהיה מעושה שלא כדין.¹¹³

בארצות הברית הציעו מספר מלומדים לעשות שימוש בתביעות נזיקין בעילה של גרימה מכוונת של נזק נפשי¹¹⁴ לצורך פתרון מצוקת מסורבות הגט.¹¹⁵ אמנם בתי המשפט האזרחיים בארצות הברית נמנעו, בדרך כלל, מהכרה בזכות תביעה כזו.¹¹⁶ אולם במקרה אחד לפחות פסק בית משפט במדינת ניו יורק, כי מסורבת גט זכאית לפיצוי בעילה הנזכרת.¹¹⁷ דא עקא, כמו בצרפת גם כאן נמתחה על ההכרה בזכות התביעה ביקורת נוקבת ונטען, כי גט שיינתן לאחר שבית משפט אזרחי הטיל על הסרבן אחריות בנזיקין כלפי אשתו, עלול להיחשב כמעושה שלא כדין. בסופו של דבר האישה תפנה לבית הדין הרבני ותבקש ממנו להסדיר את הגט, ובית הדין יימנע מאישור מתן גט בנסיבות בהן פעולת ערכאה אזרחית שקדמה למתן הגט מעוררת חשש שמא הגט שיינתן יהא מעושה שלא כדין.¹¹⁸ עיקר הקושי, הן בפסיקתם

¹¹¹ ראו לעיל הערה 7; וכן ז'אן קלוד נידאם, "עמדתם של בתי המשפט האזרחיים בצרפת כלפי תביעות נגד בעלים יהודיים למסירת גט", דיני ישראל, י-יא (תשמ"א-תשמ"ג), שפה; Glenn, לעיל הערה 7, בעמ' 14-13, 28-26; D.M. Cobin, "Jewish Divorce and the Recalcitrant Husband- Refusal to Give a *Get* as Intentional Infliction of Emotional Distress", 4 *Journal of Law and Religion* (1986) 405, 415.

¹¹² ראו שו"ת שבט הלוי, ה' (בני ברק, תשמ"ג), ר"י.

¹¹³ ראו שו"ת מנחת יצחק, ח' (ירושלים, תשמ"ג), קלו. ועיינו עוד: ראו Glenn, לעיל הערה 7, בעמ' 16.

¹¹⁴ Restatement (Second) of Torts § 46 (1965)

¹¹⁵ ראו S.F. Friedell, "The First Amendment and Jewish Divorce: A Comment on *Stern v. Stern*", 18 *J. of Family L.* (1979-1980), 525, 532-533; B.J. Redman, "Jewish Divorce: What Can Be Done in Secular Courts to Aid the Jewish Woman?", 19 *Ga. L. Rev.* (1985) 389, 416- 425

¹¹⁶ ראו, למשל, Cobin, לעיל הערה 111, בעמ' 421-415; I.A. Breitowitz, "The Plight of the *Agunah*: A Study in *Halacha*, Contract, and the First Amendment", 51 *Maryland L. Rev.* (1992) 312, 397-398 (hereinafter: Breitowitz (Plight)); I.A. Breitowitz, *Between Civil and Religious Law: The Plight of the Agunah in Modern Society* (1993) (hereinafter: Breitowitz (Between)); E.S. Nadel, "New York's *Get* Laws: A Constitutional Analysis", 27 *Columbia J. L. & Soc. Probs.* (1993-1994) 55, 69; L. Zornberg, "Beyond The Constitution: is the New York *Get* Legislation Good Law?", 15 *Pace L. Rev.* (1995) 703, 727, n.117; M. Greenberg-Kobrin, "Civil Enforceability of Religious Prenuptial Agreements", 32 *Columbia J. L. & Soc. Probs.* (1999) 359, 389 על מגמה זו ראו: Greenberg-Kobrin, שם, בעמ' 390-389.

¹¹⁷ *Weiss v. Goldfeder* (unpublished, S. Ct. N.Y., 26.10.1990).

¹¹⁸ ראו Cobin, לעיל הערה 111, בעמ' 422-415; Breitowitz (Plight), לעיל הערה 116, בעמ' 407-406; Breitowitz (Between), לעיל הערה 116, בעמ' 239; Greenberg-Kobrin, לעיל הערה 116, בעמ' 392; J. Bleich, "Jewish Divorce: Judicial Misconceptions"

של בתי המשפט בצרפת והן בפסק דינו של בית המשפט בניו יורק, נעוץ בכך שערכאות אלה התעלמו לחלוטין מעקרונות המשפט העברי.¹¹⁹ המודל שנציע בהמשך משלב את העקרונות הכלליים של דיני הנזיקין עם עקרונות דיני הגירושין העבריים כדי להבטיח שהחשש מפני גט מעושה לא יתעורר.

כאן מתעוררת שאלה חשובה נוספת. החשש מפני גט מעושה אינו מתעורר עוד (במקרה הספציפי) לאחר שהגט ניתן כדת וכדין. על כן, במבט ראשון, אין להגביל את חבותו בנזיקין של האיש כלפי אשתו כאשר התביעה מוגשת לאחר מתן הגט. השיקול התומך בהגבלת החבות עובר למתן הגט, היינו: החשש שמא הגט שיינתן יהא מעושה, שלא כדין, אינו קיים עוד לאחר שהגט ניתן. כנגד טיעון זה ניתן, לכאורה, להעלות שתי טענות ביקורת. **טענה אחת** היא שאם נאפשר לאישה לתבוע פיצוי לאחר מתן הגט בהתעלם מעקרונות המשפט העברי יתעורר חשש, כי האיש ייתן גט אך ורק כדי להימנע מתשלום פיצויים בגין סרבנות, ובשל כך יתעוררו ספקות ביחס לתוקפם ההלכתי של גיטין. זאת משום שאף אם אין אונסים אדם בפועל, עצם החשש שמא יפעילו נגדו פעולות כפייה ואילוץ, כגון: תביעה בערכאת שיפוט אזרחית, שאינה דנה לפי דין תורה, מהווה סוג של לחץ, שעלול לפגום בתוקף הגט. לדוגמא, בתשובת הרשב"א בעניין איש שגירש את אשתו מחשש שמא בעקבות הכרעת ערכאות של נוכרים "יאסרוהו בנחשתיים", נפסק, לאור סוגיה בתלמוד הבבלי:¹²⁰ "כל שיש בידן כוח לאונסו ואיימוהו על האונס, הרי הוא אונס, דתלוה וזבין (= כשתלו אדם ומכר מחמת אילוץ זה) אינו צריך להמתין עד שיתלה".¹²¹ וכן כתב בתשובה נוספת: "וכל שיש ספק בידו לעשות אותו אונס ומפחידו, הרי זה אונס, ולא אמרינן (=אומרים) בכי הא (בכגון זה) עביד איניש דגזים ולא עביד (= קורה שאדם מאיים ולא עושה)".¹²²

אמנם הרב יוסף קולון אחז בדעה חולקת, לפיה, כאשר אדם עשה פעולה משפטית, שמא יתנכלו לו ויתבעוהו בערכאות של נוכרים, הפעולה אינה פגומה בפגם האונס, כיוון "דעביד איניש דגזים ולא עביד" (= שאדם עשוי לאיים ולא לממש את האיום).¹²³ אולם אף הוא כתב את דבריו לאור המציאות של זמנו, שבה נחשבה התביעה בבית דין של נוכרים למעשה אסור הנעשה בצנעה: "בעוונות הרבים רבים מפריצי עמינו פורצים גדר בצנעה היכא דמצי לאישתמוטי ולומר לא פעלתי און" (= רבים מן היהודים שאינם מדקדקים בקיום מצוות פורצים גדר כשהם יכולים להשתמט מאחריות ולטעון שלא עשו מעשה אסור, אולם כשיש פרסום למעשה התביעה אנשים אלה נמנעים מלתבוע); מכל מקום, היכא דליכא דלאישתמוטי (= היכן שאין אפשרות להשתמט) כגון לשאול תביעה בין הגויים, דמלתא דאושא טובא הוא (= דבר שיש לו הדים רבים) – לא ימצא אחד מני אלף שיחציף כל כך לעשות כדבר הרע הזה, ופשיטא (= ופשוט) דביוצא בזה

and Possible Means of Enforcement", *Conn. L. Rev.* (1984) 201, 287; L.S. Kahan, "Jewish Divorce and Secular Courts: The Promise of Avitzur", *73 Geo. L. J.* (1984) 193, 210; B.N Fox & H.C Krasnow, "Secular Solutions to Obtain a Jewish Divorce", *Ill. Bar J.* (1988) 274, 280

¹¹⁹ הוא הדין בפסק הדין שניתן לאחרונה על ידי השופט הכהן בתמ"ש (י-ם) 19270/03, **לעיל** הערה 17. ראו גם **לעיל** הערה 18.

¹²⁰ ראו **תלמוד בבלי**, גיטין, יד ע"ב.

¹²¹ **שו"ת הרשב"א**, ב (ירושלים, תשנ"ז), רעו. ראו גם **חידושי הרשב"א**, בבא בתרא, מ ע"ב, ד"ה אי, בשם ר"ח.

¹²² **שו"ת הרשב"א**, א (ירושלים, תשנ"ז), תתפג. ראו גם במקבילה: **שו"ת הרשב"א**, ב (ירושלים, תשנ"ז), רצח ובתשובות נוספות של חכמי ספרד וצפון אפריקה: **שו"ת הריב"ש החורשות** (ירושלים, תש"ך), כז, לב; **שו"ת הרשב"ש** (ירושלים, תשנ"ח), שלט.

¹²³ ראו **שו"ת מהרי"ק** (ירושלים, תשמ"ח), קפה. כמו כן, הרב יוסף קולון התבסס על נימוקים נוספים, כמו, למשל, על הנימוק שהאיום אינו כה חריף במקרה זה, מפני ש"לא כל המביאים חבריהם בערכאות של גויים נוצחים (= זוכים בתביעתם) והרבה עשו כן ולא הצליחו". ראו גם **הגהות הרמ"א**, חושן משפט, רה, ז.

אית לן למימר (= יש לנו לומר) דגזים איניש ולא עביד (= יאים אדם ולא יעשה). על כל פנים, דעת הרב יוסף קולון אינה משקפת את התפיסה המקובלת כיום. רבים מפוסקי ההלכה לאחר זמנו צידדו בדעה, שאף אימים והפחדות נחשבים כמעשה שפעולה משפטית הנעשית בעקבותיו פגומה בפגם האונס.¹²⁴ לכן סבור יחיאל קפלן כי גם הכרה בקיומה של זכות תביעה בנוזיקין לאחר מתן הגט עלולה לעורר את החשש מפני גט מעושה.¹²⁵

ניתן, לכאורה, לטעון, כי מתן זכות תביעה שאינה מוגבלת על ידי עקרונות המשפט העברי לאישה שזכתה בגט לא יעורר ספק כללי ביחס לתוקפם של גטין, שכן רבנים ודיינים לא ירצו לגרום להיווצרותה של מציאות קיצונית כזו ומשום כך ישלימו עם קיומה של זכות כאמור. ולראיה: בשנת 1992 תוקן ה-Domestic Relations Law של מדינת ניו-יורק.¹²⁶ התיקון מאפשר לבתי משפט אזרחיים להטיל על סרבני גט סנקציות ממוניות כדי להמריצם לתת גט. לכאורה, עצם קיומו של החוק מפעיל לחץ על כל גבר המצוי בהליכי גירושין (ומודע להוראות החוק), ועל כן קיים חשש שכל הגטין שניתנו במדינת ניו-יורק לאחר התיקון הם מעושים שלא כדין.¹²⁷ אלא שבפועל איש אינו מוציא לעז על כל הגטין שניתנו לאחר תיקון החוק. טיעון זה נראה לשנינו קלוש. אם בתי הדין הרבניים היו מוצאים שההכרה בזכות תביעה לאחר מתן הגט עלולה לעורר ספק כללי ביחס לתוקפם של גטין יש להניח שהם היו עושים מאמץ למנוע את עישוי הגטין ולא עוצמים עיניהם לבעיה. הם היו יכולים, כדרך משל, לחייב נשים, כתנאי לסידור הגט, לחתום על התחייבות להימנע מהגשת תביעות נזיקין כנגד בני זוגן לאחר השלמת הליכי הגירושין. הדוגמא האמריקנית אף היא אינה מועילה. ראשית, לא ניתן להניח אפריורי שתגובתם של הרבנים והדיינים בישראל לקביעת הסדר בעייתי מנקודת מבט הלכתית תהא דומה לזו של רבנים ודיינים בארצות הברית. שנית, כפי שנראה להלן, יש אומרים שהטלת סנקציה על פי החוק של ניו-יורק מתיישבת עם עקרונות המשפט העברי. שלישית, גם אם הטלת סנקציה על פי החוק עלולה לעורר חשש מפני גט מעושה, אפשר לאמר שכל עוד לא הוטלה סנקציה כספית במקרה הספציפי, האפשרות התיאורטית להטיל סנקציה כזו אינה בגדר איום ממשי שעלול לגרום לעישוי הגט.¹²⁸

רונן פרי סבור, כי הטענה לפיה הסיכון של תביעת נזיקין לאחר מתן הגט עלול לפגום בתוקפם של גטין אינה משכנעת מטעם אחר. האיום גורם לעישוי גט רק כאשר הוא ממשי (ועל כך ניתן ללמוד מעמדתו של הרב קולון ומן

¹²⁴ ראו **שו"ת יכין ובוועז**, ב (ירושלים, תש"ל), כא; **שו"ת בצלאל אשכנזי** (ניו יורק, תש"ל), טו; **פתחי תשובה**, אבן העזר, קלד, ס"ק טו, בשם הרדב"ז; **שו"ת צמח צדק** (ניו יורק, תשל"ח), אבן העזר, רסב, אות יג; **שו"ת אבני נזר**, (ניו יורק, תשכ"ה), אבן העזר, קעז, סעיפים קטנים ב-ג; **שו"ת תפארת צבי**, אבן העזר, קב. ראו גם בג"צ 54/55 **רוזנצוויג נ' יו"ר ההוצל"פ ירושלים**, פ"ד ט(3) 1542, 1552 (להלן: **עניין רוזנצוויג**); מ' זילברג, **המעמד האישי בישראל** (ירושלים, תשכ"ז), 123.

¹²⁵ המשמעות האופרטיבית של גישה זו, אם יאומץ המודל המוצע כאן היא, לכאורה, שהאישה לא תוכל לתבוע פיצוי לאחר מתן הגט. הפתרון שנציע מבוסס על התייחסות לחיוב בתשלום פיצויים כאל "הגדלה" של הסכום שנדרש האיש לשלם במסגרת חיוב המזונות הקיים בלאו הכי ביחסים בינו לבין האישה במשך תקופת הנישואין. דא עקא, לאחר מתן הגט האישה אינה זכאית עוד למזונות ואינה יכולה לתבוע מזונות גם אם לא קיבלה את מזונותיה במהלך הנישואין (שרשבסקי, **לעיל** הערה 107, בע' 123-124), כך שלא ניתן – לכאורה – לטעון שפיצוי הנזיקין נפסקים במסגרת חיוב זה. פתרון חלקי לבעיה מצוי בכלל שלפיו אם האישה לוותה כסף עבור מזונותיה בעבר עומדת לה בנסיבות המתאימות הזכות להשבת הכספים על ידי האיש גם לאחר הגט (**שם**, בע' 124-129). במקרה כזה החיוב עדיין קיים לאחר הגט וניתן אולי "להגדילו" על ידי פסיקת פיצויי נזיקין. על כל פנים, לדעת רונין פרי תביעת נזיקין המוגשת לאחר מתן הגט צריכה להיות משוחררת לחלוטין ממגבלות שמקורן במשפט העברי מטעמים שיתבהרו להלן.

¹²⁶ ראו **להלן** הערות 196-205 והטקסט הנלווה.

¹²⁷ ואכן ישנם מלומדים שזוהי עמדתם: Zornberg, **לעיל** הערה 116, בעמ' 727; ח' מלינוביץ "בדין כשרות הגיטין ע"פ (= על פי) החוקה החדשה בארצות הברית" **מוריה יט** (תשנ"ג) נג-נז; C. Malinowitz, "The New York State Get Bill and It's Halachic Ramifications", *Journal of Halacha & Contemporary Society* (1994) 7, 13.

¹²⁸ ראו **להלן** הערות 129-130 והטקסט הנלווה.

הניסיונות לאֶכְחָנָה). אם הדין יכיר בזכות התביעה של האישה לאחר מתן הגט ללא המגבלות שמקורן במשפט העברי, ומסורבת גט תאיים על בן זוגה בהגשת תביעה כזו לאחר הגירושין, ניתן יהיה לחשוש מעישוי הגט.¹²⁹ אבל אם האיש לא נחשף לאיום מוחשי כזה, אין כל סיבה לשלול מן האישה – לאחר שנסתיימה מסכת ייסוריה – את הזכות לתבוע פיצוי מלא בגין סבלות העבר.¹³⁰ במילים אחרות: הכרה בזכות האישה לתבוע פיצויי נזיקין לאחר מתן הגט ללא הגבלת שמקורן במשפט העברי לא תעורר ספק כללי ביחס לתוקפם של גטין משום שאפשרות תיאורטית להגיש תביעה בתום הליכי הגירושין היא איום רחוק וספקולטיבי שאינו צריך להיחשב, כשהוא לעצמו, לאונס.

טענת ביקורת שנייה כנגד ההבחנה הנסמכת על מועד הגשת התביעה היא שאם ההגבלות המוטלות על זכות התביעה לפני מתן הגט תוסרנה לאחר מתן הגט – הדבר עלול לעודד את הסרבן לעכב עוד יותר את מתן הגט, כדי שלא להיחשף לתביעה המשוחררת מאותן המגבלות. ברם, גם טענה זו אינה משכנעת. עמדתנו היא הרי שמסורבת הגט זכאית לפיצוי על סבלה לפני מתן הגט, הגם שהתרופה מוגבלת מחמת ההתחשבות בעקרונות המשפט העברי. לגישתנו, הפער בין פיצוי המוגבל בהתאם לאותם העקרונות לבין פיצוי שאינו מוגבל באותו האופן ממילא אינו גדול. מכאן שברירתו של הסרבן אינה בין מתן גט ותשלום פיצויים על פי העקרונות הרגילים של דיני הנזיקין לבין עיכוב אינסופי של הגט ואי-תשלום פיצויים או תשלום של סכום נחות בהרבה, אלא בין מתן גט ותשלום פיצויים על תקופת סירוב קצרה ככל שניתן, לבין עיכוב הגט ותשלום פיצויים ששיעורם ייקבע אמנם בהתחשב עם עקרונות המשפט העברי אך יתפח ככל שתקופת הסרבנות תתארך.

לאור זאת רונן פרי סבור שאפשר להבחין בין מצב שבו תביעת הנזיקין מוגשת לפני מתן הגט לבין מצב שבו התביעה מוגשת לאחר מתן הגט. במקרה הראשון יש לעשות מאמץ להתאים את זכות התביעה בנזיקין לעקרונות המשפט העברי כדי למנוע את החשש מפני מתן גט מעושה שלא כדין. במקרה השני החשש אינו מתעורר ועל כן הצבת גבולות שמקורם במשפט העברי לזכות התביעה של האישה אינה מוצדקת. הדיון שיערך בהמשכו של פרק זה נוגע, אם כן, בעיקרו לתביעות נזיקין המוגשות לפני מתן הגט.

זאת ועוד: מכיוון שהחשש מפני גט מעושה קיים רק כאשר האישה מעוניינת לזכות בגט תקף, סבור רונן פרי שלא ניתן לייחס לו משקל כאשר האישה נואשה מן הסיכוי לקבל גט ומבקשת אך ורק לפצותה על הנזק שאי-מתן הגט הסב לה בעבר. הדוגמא הקלאסית היא זו של מסורבת גט שעברה את גיל הפוריות (ועל כן אינה חוששת מהולדת ילדים ממזרים) ומחליטה להיות ללא נישואין עם גבר אחר (קשר שאינו מצריך את התרת נישואיה) או בדד. במקרה כזה יכול מאוד להיות שהאישה תוותר כליל על האפשרות לקבל גט תקף כדת משה וישראל. או אז לא ניתן לאמר ששכרה של מסורבת הגט ייצא בהפסדה אם ייפסקו לה פיצויים על פי העקרונות הרגילים של דיני הנזיקין. פסיקת הפיצויים לא יכולה

¹²⁹ ראו יוסף גולדברג **גט מעושה** (תשס"ג) בעמ' קכד-קכה, סימן ה': "במקרה שאיימו על הבעל שיתבעוהו בערכאות בנידון מסויים כאשר ידוע לכל שהחוק שם הנידון זה הוא לרעת הבעל, וכן במקרה שכבר בעבר זכה המאיים בערכאות בתביעה מעין זו" – האיום נחשב לאונס.

¹³⁰ ראו גם גולדברג, **שם**, בע' נד, סימן יז: "גרש את אשתו מחמת חששות רחוקות להפסד ממונו, אינו נחשב לאנוס". ראו גם **שם**, בע' קל, סימן יח. וכן: Breitowitz (Plight), **לעיל** הערה 116, בעמ' 406: "it may be that a generalized fear of a possible common-law exposure in a tort suit is too remote and attenuated to rise to the level of actual duress, particularly because the magnitude of the consequences are not spelled out in advance..."

לעורר ספק ביחס לתוקפו של הגט, אם האישה ויתרה על תביעתה לקבלת גט. יטען הטוען, כי אם האישה מוכנה לוותר על הגט, הרי שהיא כורתת את הענף שעליו נשענת תביעתה: ביסוד התביעה עומדת הטענה שאי-מתן הגט מסב לאישה נזק. אם האישה מוותרת על הגט, אות היא לכך שאי-מתן הגט אינו מסב לה נזק, ועל כן אין לה על מה להלין. הוויתור על הגט הוא, למעשה, ויתור על עילת התביעה. טענה זו אינה משכנעת. מסורבת גט המוותרת על קבלת גט תקף עושה כן, בדרך כלל, לאחר מסכת קשה של ייסורי נפש. הוויתור על הגט מעיד לכל היותר על כך שהאישה החליטה להמשיך את חייה ולהפיק מהם את המיטב בלי גט. ההשלמה עם המצב הקיים היא מכאן ולהבא. הוויתור על הגט אינו מבטל את הסבל שנגרם לאישה לפני שהחליטה להמשיך בחייה בלי הגט, ולכן גם אינו יכול לאיין את תוצאותיה המשפטיות של גרימת הסבל.

יחיאל קפלן גורס, כי אין לאפשר למסורבת הגט להיכנס למצב שיחסום בפניה את האפשרות לזכות בגט תקף בבית הדין הרבני אם תשנה את עמדתה במועד מאוחר יותר. רונן פרי סבור, לעומת זאת, כי יש להותיר בידי האישה את זכות הבחירה. העובדה שאנו עלולים להתחרט על החלטות שקיבלנו בעבר אינה מצדיקה, לדעתו, הגבלה של חופש הבחירה. סיפוק וחרטה הם חלק בלתי נפרד מן המימוש של האוטונומיה של הרצון. כמו כן, נראה בעיניו, כי אם האישה תשנה את עמדתה בעתיד, האחריות שהוטלה על האיש בעבר כבר לא תהווה לחץ ממוני שעלול להשפיע על נכונותו לתת גט. יש לזכור, כי בשלב זה האישה אינה יכולה להגיש תביעת נזיקין נוספת שכן בויתור המוקדם על הגט (אשר עמד בבסיסה של התביעה המקורית) ויתרה על טענותיה בדבר התגבשות נזק נוסף ממועד הוויתור ואילך.

עתה נבקש להציע פתרון לבעיה בגבולות שהותוו לה, דהיינו: במקרים שבהם מסורבת הגט עודנה מעוניינת בקבלת גט תקף וטרם קיבלה גט כזה. ננסה להציע אדנים פורמליים להגשת תביעת נזיקין שאינה מסכנת את תוקפו של הגט שבא בעקבותיה.

(ב) דרגות הכפייה בפסקי דין של גירושין

ההבחנה הראשונה הנוגעת לענייננו היא בין מקרים שבהם נפסק "כופין" על האיש ליתן גט לאישה לבין מקרים שבהם דרגת פסק הדין של גירושין פחותה מ"כופין". במקורות מתקופת המשנה והתלמוד נזכר עקרון כללי שלפיו במקרים מסוימים תוכל האישה לקבל גט על כורחו של האיש. במקרים אלה "כופין" את האיש ליתן גט לאישה.¹³¹ כאשר קיימת עילת גירושין שבגינה "כופין" לגרש, ניתן להשתמש כנגד האיש באמצעי כפייה מסוימים על מנת להניעו ליתן גט, והשימוש באמצעי הכפייה הללו אינו נחשב למעשה פסול הפוגם בתוקף הגט. לכן, באותן נסיבות מיוחדות, בהן הייתה

¹³¹ במשנה כתוב: "האיש שנולדו בו מומין אין כופין אותו להוציא (=לגרש את אשתו). אמר רבן שמעון בן גמליאל: במה דברים אמורים – במומין הקטנים, אבל המומין הגדולים כופין אותו להוציא. ואלו שכופין אותו להוציא: מוכה שחין, ובעל פולפוס, והמקמץ והמצרף נחושת והבורסי וגו' – משנה, כתובות, ז, ט-י. מן האמור במשנה עולה, שהאיש מגרש אף שלא לרצונו, בנסיבות מסוימות, כגון מחלת שחין, או כשהוא עוסק במלאכות שהעוסקים בהן משתמשים בחומרים מאוסים, או כאלה הנותנים ריח רע. ראו גם משנה, גיטין, ט, ח. בתלמוד נזכרות עילות נוספות שבגינן "כופין" בעל לגרש את אשתו בעל כורחו. נוסף למומים, מחלות ועיסוקים בעייתיים, נזכרים סוגים של התנהגות של בן זוג שאינם ראויים, המצדיקים גירושין בעל כורחו של הבעל. ראו תלמוד בבלי, כתובות, ע"א. ראו גם תלמוד בבלי, יבמות, קו ע"א; קידושין, נ ע"א.

קיימת עילת גירושין אשר הצדיקה פסיקה ש"כופין" לגרש, כפו על האיש לגרש את אשתו על כורחו.¹³² המקרים בהם "כופין" לגרש הם חריג לכלל שאדם מגרש "לרצונו".

לאור הפרשנות של העקרונות הנזכרים במשנה, בתלמוד ובספרות ההלכה בימי הביניים, קיים קשר בין עילות גירושין מוגדרות לבין פסק של בית דין ש"כופין" לגרש. כאשר הנסיבות או ההתנהגות מתאימות לעילת גירושין מסוימת, שבגינה ניתן לפסוק ש"כופין" לגרש, יפסוק בית הדין ש"כופין" לגרש, וינקוט כנגד הסרבן באמצעי כפייה חריפים ההולמים דרגה זו של פסק דין לגירושין, כגון מלקות בשוטים, כדי להניעו לתת גט.¹³³ יש להניח, כי אם לאחר הפעלת אמצעי כפייה חריפים מחליט האיש ליתן גט הוא עושה כן לא מרצונו הטוב והחופשי אלא בהשפעת אמצעי הכפייה שהופעלו כנגדו.

רבים מחכמי ההלכה בימי הביניים התייחסו לרשימת המקרים שבגינם "כופין" לגרש בספרות התנאים והאמוראים כרשימה סגורה.¹³⁴ הרשימה כללה את המקרים הנזכרים במשנה, בכתובות, בפרק המדיר, ומקרים אחרים בהם נאמר במפורש במקורות הקדומים ש"כופין" לגרש.¹³⁵ עם זאת, חכמי ההלכה סברו, שניתן להסיק דבר מדבר, בדרך של קל וחומר, ולהחיל את הכלל ש"כופין" לגרש גם במקרים חמורים יותר מאלו שבגינם קיימת עילת גירושין ברשימה סגורה זו.¹³⁶ כמו כן, רשימת עילות הגירושין, שבגינן "כופין" לגרש, הורחבה באמצעות הוספת מקרים חדשים בהם קיים רציונל הלכתי זהה או דומה לזה הקיים במקרה מן המקרים בהם "כופין" לגרש בספרות חז"ל.¹³⁷ אולם, חכמי ההלכה לא

¹³² נוסף למקורות בהערה הקודמת, במשנה כתוב: "שלוש נשים יוצאות ונטולות כתובה: (א) האומרת: 'טמאה אני לך' (=אשת איש שחיה חיי אישות עם גבר שאינו בעלה, אומרת לבעלה). (ב) אומרת 'שמים ביני לביני' (=באה בטענות על בעלה בדברים שבינו לבינה, כגון שבגללו אין להם ילדים, או לפי פירוש אחר, אינו חי עמה חיי אישות). (ג) אומרת 'נטולה אני מן היהודים' (=נדרה נדר שבו אסרה על עצמה הנאת חיי אישות עם כל היהודים ואף בעלה בכלל) – משנה, נדרים, יא, יב. עם זאת, בסיפא של המשנה כתוב, שבסופו של דבר נטרלו חכמים במידה רבה את האפשרות הנתונה בידי האישה להתגרש מבעלה בעל כורחו בגין טענות אלה. במקורות נוספים במשנה נזכרות נסיבות נוספות בהן כופים בעל לגרש אשתו בעל כורחה: כופים בעל לגרש אשתו כאשר היא אסורה עליו (משנה, יבמות, ג, ה; י, א; עדויות ד, ט, ועוד); כאשר לבני הזוג אין ילדים לאחר עשר שנות נישואין (משנה, יבמות, ו, ו); או כשהבעל הדיר את אשתו מליהנות ממנו (משנה, כתובות, ז, א). בתלמוד הבבלי נזכרים מקרים נוספים בהם כופים בעל לגרש אשתו בעל כורחו, ובין היתר: כשאינו מוכן לזון את אשתו (תלמוד בבלי, כתובות, עז ע"א), או כשנשא אישה נוספת (תלמוד בבלי, כתובות, סה ע"א). לעיתים התנהגות האישה מצדיקה כפייה של הבעל לגרש אשתו בעל כורחו: כאשר מרננים על האישה – כשיצא עליה "קול" (תלמוד בבלי, יבמות, כד ע"ב), וכן בנסיבות נוספות. ראו תלמוד בבלי, גיטין, פו ע"ב.

¹³³ הגדרה של קטגוריה נפרדת, של מקרים שבגינם "כופין" לגרש, קיימת לראשונה באופן חד משמעי בפרשנות חכמי ההלכה בימי הביניים, כגון: פרוש הרשב"ם, בבא בתרא, מח ע"א, ד"ה וכן אתה אומר בגיטי נשים; תוספות, כתובות, ע ע"א, ד"ה יוציא; אור זרוע (זיטאמיר, תרכ"ב), שאלות ותשובות, תש; פסקי הרא"ש, יבמות, פרק ו, יא; שו"ת הרא"ש (ירושלים, תשנ"ד), מג, ד; חידושי הריטב"א, בבא בתרא, מח ע"א, ד"ה וכן. קיומה של קטגוריה נפרדת זו משתמע גם מלשון הרמב"ם, משנה תורה, גירושין, ב, כ: "מי שהדין נותן שכופין אותה לגרש את אשתו". ראו גם בית הבחירה, קידושין, נ ע"א, ד"ה מי; בבא בתרא, מ ע"ב, ד"ה גט; מז ע"ב, ד"ה הסיקריקון; מח ע"א, ד"ה גט; שו"ת הרשב"א, ה (ליורנו, תקפ"ה), רה; א (בולוניה, רצ"ט), אלף קצב; ז (ורשא, תרנ"ט), תיד; שו"ת מהר"ם חלאווה (ירושלים, תשמ"ז), נג; תשובות חכמי פרוכניציא (ירושלים, תשכ"ז), מח; עז; עז; עז; עז; שו"ת מהרי"ק החרשות (ירושלים, תשל"ל), כט; תשב"ץ, ב (ירושלים, תשס"ב), סח; רנו; שו"ת יבין ובוזע, א (ליורנו, תקמ"ב), קל; שם, כא.

¹³⁴ העיקרון הוא: "אין לכופ שום אדם ולגרש ולעשות מעשה עד שנמצא ראייה (=לכפייה, במקורות הקדומים) – תוספות, כתובות, ע ע"א, ד"ה יוציא. ראו גם שו"ת הרשב"א, א (בולוניה, רצ"ט), אלף קצב; תקעג; ה (ליורנו, תקפ"ה), צה; תשובות בעלי התוספות (ניו יורק, תשי"ד), עה; שו"ת הרא"ש (ירושלים, תשנ"ד), יז, ובמקבילה: שו"ת הרא"ש (ירושלים, תשנ"ד), מג, ט (הראשונה); שו"ת הרא"ש, מג, ג; טור, אבן העזר, קנד; תשובות חכמי פרוכניציא (ירושלים, תשכ"ז), מח; עב; עג; עד; עה; עז; שו"ת מהרי"ק החרשות (ירושלים, תשל"ל), כד; כט; ע' כהן "שאלת זמן כ"ץ (מהרד"ך) ורבנו יעקב וויל בעניין גט מעושה מוריה ו (תשל"ה) יא-יב. תשובת רבנו נתן איגרא, שם, יב-יג; תשב"ץ, ב (ירושלים, תשס"ב), כב.

¹³⁵ ראו שו"ת יבין ובוזע, א (ליורנו, תקמ"ב), קל; שם, כא.

¹³⁶ ראו פסקי הרא"ש, כתובות, פרק ה, לד; שו"ת הרא"ש (ירושלים, תשנ"ד), מג, ו; פסקי הרא"ש, כתובות, פרק ד, סימן ג; טור, אבן העזר, ט; בית יוסף, שם, ד"ה ומ"ש בשם; שו"ת הריב"ש (ירושלים, תשנ"ג), רמא; שו"ת מהרי"ק החרשות (ירושלים, תשל"ל), ב, 12; כט; תשב"ץ, ב (ירושלים, תשס"ב), ח; שו"ת מהר"ם אלאסקר (ירושלים, תשמ"ח), עג. ראו גם ורפהטיג, לעיל הערה 110, בע' 178 – 183; א' שוחטמן "מעמד האישה בדיני נישואין וגירושין" מעמד האישה בחברה ובמשפט (ירושלים, תל אביב, תשנ"ה) 417-420; א' שוחטמן "מחלת האידס כעילת גירושין" משפטים כה (תשנ"ה) 19, 25-28.

¹³⁷ ראו תשב"ץ, ב (ירושלים, תשס"ב), ח; שו"ת מהרי"ק החרשות (ירושלים, תשל"ל), ב, 12; שו"ת הרא"ש (ירושלים, תשנ"ד), מג, יג; טור, אבן העזר, קנד; שו"ת הרשב"ש (ליורנו, תק"ב), שפג (הראשונה). ראו גם שוחטמן "מעמד האישה בדיני נישואין וגירושין", שם, בע' 417-420; ורפהטיג, לעיל הערה 110, בע' 179-194, מנה רשימת עילות גירושין שנלמדו בהיקס מעילות הגירושין שבתלמוד, הכוללות, בין היתר, את העילות הבאות: נכפה וחולה במיוחד, כאשר הוא מסכן את אשתו וילדיו (שו"ת הרא"ש (ירושלים, תשנ"ד), מב, א); המכה אשתו, שיש לנהוג בו

נהגו כך כדבר שבשגרה ובמקרים רבים נמנעו מלפסוק ש"כופין" לגרש, בשל חששם לפסוק בניגוד לדעת המתנגדים להרחבת רשימת עילות הגירושין שבגינן "כופין" לגרש.¹³⁸ במקרים בהם נחלקו הדעות בשאלה אם נסיבות המקרה מצדיקות פסק ש"כופין" לגרש, נמנעו רבים מלסמוך על דעת פוסקי הלכה שסברו ש"כופין" לגרש.¹³⁹

לאחר שהתקנה התקנה הידועה כ"חרם דרבנו גרשום" היה ברור, שכשם שהאיש מגרש בדרך כלל רק "לרצונו", גם האישה מתגרשת בדרך כלל רק "לרצונה"; וכפי שכפייית האיש ליתן גט כנגד רצונו מחייבת הוכחת קיומה של עילת גירושין, המאפשרת לכפות על האיש את מתן הגט, כפייית האישה לקבל גט כנגד רצונה מחייבת הוכחת קיומה של עילה המאפשרת לכפות על האישה את קבלת הגט. האישה מתגרשת על כורחה רק כשקיימת עילת גירושין המאפשרת שימוש באמצעי כפייה כדי להניעה לקבל גט, למשל, כאשר עברה על דת משה ויהודית, המירה את דתה, נישאה בנישואי איסור או נאפה.¹⁴⁰ עם זאת, במקרים מסוימים, מוגדרים מראש, מאפשר המשפט העברי לגבר נשוי לקבל היתר לנישואין שניים.¹⁴¹ בפועל, מצבה של אישה שבן-זוגה קיבל היתר לנישואין שניים דומה למצבה של אישה המגרשת על כורחה. והואיל ובנסיבות מסוימות קל יותר לגבר לקבל היתר לנישואין שניים, בעוד שלאישה קשה יותר להוכיח עילת גירושין שבגינה "כופין" או מחייבים לגרש,¹⁴² חרם דרבנו גרשון לא השווה את מעמדה של אישה לגמרי לזה של האיש לעניין גירושין.

מכל מקום, כאשר נפסק ש"כופין" על האיש לגרש את אשתו (או "כופין" אישה לקבל גט מאישה) ניתן לעשות שימוש בכל אמצעי של כפייה המקובל בספרות ההלכה על מנת לאלצו ליתן גט. פירוש הדבר הוא, שבמקרים שבהם דרגת פסק הדין לגירושין היא "כופין" לגרש, הטלת חיוב כספי, כגון חיוב בניזקין, אף אם ניתן לראות בה משום אמצעי

ביתר חומרה ממכה חברו, וזאת, בין היתר, לאור היקש מדינו של אדם המדיר את אשתו הנאה (ש"ת מהר"ם בר ברוך (פראג, ש"ח), תתקז); אסיר, שעקב מצבו הוא מנוע מלקיים את חיוב העונה כלפי אשתו, והוא נחשב כמדיר את אשתו מתשמיש המיטה ומשאר הנאות (תשב"ץ, ב ירושלים, תש"ב), סח); כשקיימת מחלוקת בין בני הזוג בנוגע למקום המגורים, וקיימת עילת כפייה בהתחשב בעדיפות ירושלים וישראל על פני מקומות מגורים אחרים, הסכמת בני הזוג בנוגע למגורים, והמצב שהיה קיים כאשר נישאו (משנה, כתובות, יג, יא ועוד); טענת מאיס עלי – לדעת הרמב"ם (משנה תורה, אישות, יד, ח); חוסר שלום בית (ש"ת החיים והשלום, ב, (איזמיר, תרכ"ז), אבן העזר, לה; ש"ת יביע אומר, ג, (ירושלים, תש"ך), אבן העזר, יח), אם כי נימוק זה לא נתקבל כנימוק מכריע בנוגע לכפיית גט. ראו ש"ת דברי מלכאל, ג (ניו יורק, תשל"א), קמה. רשימה זו אינה סגורה; כך, למשל, "כופין" לגרש כשקיים ספק עובדתי או משפטי בנוגע לתוקף הקידושין, כגון כאשר הזוג נישא בקידושי סתר, קידושי שחוק והיתול, קידושי אונס וכדומה. ראו המקורות בספרו של פ' שיפמן ספק קידושין במשפט הישראלי (ירושלים, תשל"ה) 59-98. אף כאשר הבעל ברח וקיים חשש של ממש שהאישה תיוותר בעגיונותה, נוטים לפסוק ש"כופין" לגרש, ולכל הפחות מאפשרים לנקוט באמצעי עיכוב כנגדו. ראו ש"ת מהרש"ם, ח (ירושלים, תשכ"ח), רפב.

¹³⁸ ראו ש"ת הריב"ש (ירושלים, תשנ"ג), רמא.

¹³⁹ ראו ש"ת הרא"ש (ירושלים, תשנ"ד), מב, א; טור, אבן העזר, קנד, ס"ק ה; ש"ת מהרי"ק החדשות (ירושלים, תשל"ל), כד; ש"ת מהרי"ט, א (תל אביב, תשי"ט), קיג; ש"ת חת"ם סופר, א (ירושלים, תשל"ב), אבן העזר, יא, ח, ובפרוש בית שמואל, שם, סקי"ח. בנוגע לעיקרון שאין "כופין" כשקיים ספק אם "כופין" ראו גם חידושי הרשב"א, כתובות, עב ע"ב, ד"ה ואסיקנא. "ספקות הלכתיים" המונעים הפעלת צוי הגבלה לאחר שנפסק שקיים חיוב לגרש נזכרים בפסק דין בית הדין הרבני הגדול, מיום כ"ח באלול התשנ"ט (9.9.99), בתיק 022106561-21-1 (שתמציתו נזכרת ב: הדין והדיין 1 (תשס"ג) 7) התייחסו להחלטת בית הדין הרבני האזורי בירושלים, שתחילה הורה להפעיל צוי הגבלה בסעיף 2 לחוק בתי דין רבניים, ולאחר מכן דן בהחמרה: הפעלת מאסר, לאור הוראת סעיף 3 לחוק, אולם נרתע מהפעלת צוי הגבלה עקב ספקות הלכתיים הנובעים מדעת רבי עקיבא איגר, שאין "כופין" לגרש כאשר אישה זינתה ברצון. בית הדין הגדול פסק, שכיוון שבית הדין הרבני הורה שקיים חיוב לגרש, ניתן להפעיל, למצער, אמצעי כפייה שהשימוש בהם מותר כאשר אין "כופין" לגרש.

¹⁴⁰ ראו הגהת הרמ"א, אבן העזר, קיד, ו; שרשבסקי, לעיל הערה 107, בע' 332.

¹⁴¹ ראו וסטרין "ריבוי נשים וכפיית האישה להתגרש בפסיקה חכמי אשכנז במאה האחת-עשרה ובמאה השנים-עשרה", לעיל הערה 106, בע' 118-119; א' וסטרין "עילות להתרת חרם דרבנו גרשום בימי הביניים המאוחרים" דיני ישראל טז (תשנ"א-תשנ"ב) לט. בנוגע לעילות למתן היתר נישואין במשפט בישראל ראו סעיף 79 לחוק העונשין, תשל"ז-1977; בג"צ 301/63 שטרייט נ' הרב הראשי לישראל, פ"ד יח(1) 598; ד"נ 101/69 בורנובסקי נ' הרבנים הראשיים לישראל, פ"ד כה(1) 7; פ' שיפמן דיני המשפחה בישראל א (ירושלים, תשנ"ה) 241-244; רוזן-צבי, לעיל הערה 106, בע' 72, 79, 308.

¹⁴² ראו רוזן-צבי, שם, בע' 141.

לכפיית גט, אינה מעוררת, לפחות לכאורה, את החשש שמא יהא הגט מעושה שלא כדין.¹⁴³ עם זאת, כמבואר להלן, יש אומרים שחשש זה עלול להתעורר מטעם אחר: החיוב בניזיקין נקבע על ידי בית משפט אזרחי שאינו פועל כשלוחו של בית הדין הרבני.¹⁴⁴

עתה עלינו לפנות לברר אם פסיקת פיצויי נזיקין עלולה לפגום בתוקפו של הגט כאשר פסק הדין של הגירושין הינו מדרגה נמוכה יותר. במשנה ובסוגיות תלמודיות מסוימות נזכר הביטוי "יוציא וייתן כתובה".¹⁴⁵ רבים מחכמי ההלכה בימי הביניים סברו, שכאשר כתוב "יוציא וייתן כתובה", משמעות הדבר היא, שדרגת החיוב במתן גט נמוכה יותר מדרגת "כופין". לפיכך, כאשר עילת הגירושין היא כזו, שבגינה נאמר במקורות הקדומים "יוציא וייתן כתובה", אין לעשות שימוש בסנקציות המופעלות כאשר "כופין" לתת גט. באותם מקרים מבקשים מן הסרבן ליתן גט ואומרים לו שהוא חייב לגרש, אחרת אין רוח חכמים נוחה הימנו ובגין התנהגותו הלא ראויה יהא מותר לקרוא לו בשם "עברייך".¹⁴⁶ בימי הביניים הבחינו הפוסקים בין שתי דרגות בלבד: "כופין" ודרגה המכונה בספרות ההלכה בימינו "חיוב" (המתייחסת למקרים בהם נזכר במקורות הקדומים הביטוי "יוציא וייתן כתובה"). הדרגות "מצווה" ו"המלצה" לגרש, במובן המקובל בפסיקת בתי הדין הרבניים בישראל כיום לא היו קיימות בתקופה זו.¹⁴⁷ פסק דין של "מצווה" או "המלצה" לגרש בלשונם של בתי הדין בימינו הוא פסק שנועד להדריך את המתדיין, הנשמע להוראות חכמי בית הדין, מה היא ההתנהגות הרצויה.¹⁴⁸

חוסר הנכונות העקבי של בתי הדין הרבניים להטיל סנקציות על סרבני גט במקרים של "מצווה" או "המלצה" לגרש מעיד, לדעתנו, על כך שהטלת נטל כספי על הסרבן בגין סרבנותו במקרים אלה עלולה לעורר קושי הלכתי ולפגום בתוקפו של הגט. כאמור לעיל, סמכות השיפוט היחודית בענייני גירושין של יהודים מסורה בידי בית הדין הרבני. מנקודת המבט של דיני הגירושין העבריים, שעל פיהם פוסקים בתי דין רבניים, כאשר אין "כופין" אדם לגרש או אין חיוב לגרש,

¹⁴³ ראו גם פרק ג.1.1. (ג) III. ד להלן.

¹⁴⁴ ראו להלן הערות 190-192 והטקסט הנלווה ביחס להפעלת אמצעי כפייה על ידי בתי משפט אזרחיים.

¹⁴⁵ ראו **תלמוד בבלי**, יבמות, סד ע"א; סה ע"א; כתובות, סג ע"א; ע"א ע"א; ע"א ע"א. ראו גם: "יוציא ונתן כתובה" – **תלמוד בבלי**, כתובות, מח ע"א.

¹⁴⁶ ראו **תשובות חכמי פרוכניציא** (ירושלים, תשכ"ז), עג; עד; פד; **תשובות בעלי התוספות** (ניו יורק, תשי"ד), עה; **ספר מצוות גדול** (ירושלים, תשכ"א), מצוות עשה, מח (סוף). **מרדכי**, כתובות, קצד, רד; רה; **שו"ת מהרי"ק** (ירושלים, תשמ"ח), כט; **ספר האגודה**, כתובות (ירושלים, תשל"ט), צח; **תשב"ץ**, ב (ירושלים, תשס"ב), ח, רנו; **שו"ת יצחק וברוך**, ב (ליורנו, תקמ"ב), כא; **הגהת הרמ"א**, אבן העזר, קנד, כא. לדעת רבים מחכמי ההלכה בימי הביניים, מקור ההבחנה בין "יוציא" לבין "כופין" הוא בתלמוד הירושלמי. ראו **תלמוד ירושלמי**, כתובות, פרק יא, הלכה ז, ובקרבן העדה, שם, ד"ה יתר מכאן יוציא וייתן כתובה; ד"ה ומשני שמענו שמוציא; **עמודי ירושלים**, שם, ד"ה שמענו שמוציא שמענו שכופין כו'. הרב משה מקוצי כתב: "גרסינן בירושלמי, דסוף [פרק] אלמנה ניוזנת: 'אין מעשין אלא לפסולון[ת]'. פי' [רוש]: כגון אלמנה לכהן גדול (= אסורים נישואין בין כהן גדול לבין אלמנה ויש לפרק קשר נישואין זה), שכופין אותו להוציא (= לגרש את אשתו האלמנה). ומקשה לה: והא תנינן: 'המדיר את אשתו מליהנו[ת] לו – יוציא וייתן כתובה?' ומתוך: שמענו שמוציא (=שמגרש), שמענו שכופין?! בתמיהה. לאור האמור בסוגיה זו הסיק הרב משה מקוצי: 'משם יש לתלמוד שאין כופין אלא במקום ששונין 'כופין', אבל [כשא כתבו ביחס לעילת גירושין 'כופין'], אומרים לו חכמים: 'חייבים להוציא, ואם תעבור – יקראוך עברייך – **ספר מצוות גדול** (ירושלים, תשכ"א), מצוות עשה, מח (סוף).

¹⁴⁷ לעתים נאמר בספרות ההלכה הקדומה ש"מצווה לגרש" בנסיבות מסוימות. ראו יבמות, סג, ב (בעקבות משלי כב, ט); משנה תורה, גירושין, יכב; בית הבחירה, יבמות סג, ע"ב, ד"ה אשה רעה; טור, אבן העזר, קיט ובפירוש הב"ח שם; שולחן ערוך, אבן העזר, קיט, ד; שו"ת חת"ם סופר, חושן משפט, כג. לדוגמא: נאמר ש"מצווה לגרש" כאשר האישה היא "אישה רעה". בעניין "אשה רעה" ראו **שו"ת הרשב"ש** (ליורנו, תק"ב), תיא. השו"ע שם, שפג (הראשונה). המצווה לגרש "אישה רעה" נזכרת גם בפסיקת בתי הדין הרבניים בישראל. ראו פסק דין 3383, תיק 1189 ב, פד"ר ה, 286, 291; ערעור תשכ"א/44 פד"ר ה, 292, 296. עם זאת, דרגת פסק הדין לגירושין בנסיבות אלה היא "כופין". כלומר, אין סנקציה ייחודית בה נעשה שימוש כאשר חכמי ההלכה קבעו ש"מצווה לגרש". "המלצה לגרש" אינה נזכרת כקטגוריה בפני עצמה בספרות ההלכה הקדומה.

¹⁴⁸ לא מן הנמנע, שאחת ממטרות פסק דין של בית דין רבני בישראל, הממליץ לגרש, אינה רק בתחום הגירושין עצמם. אכן, ייתכן שמטרת פסק דין זה היא המשך הקניית סמכות שיפוט לבית הדין בעניין הנכרך בתביעת הגירושין, וזאת מכוח הוראת המחוקק הישראלי, לפיה ניתן לכרוך בעיקר – שהוא תביעת הגירושין – את הטפל: עניינים הנכרכים אגב תביעת הגירושין. ראו סעיף 3 לחוק שיפוט בתי דין רבניים. הפסיקה הישראלית קובעת, שאם נדחתה תביעת הגירושין, העניינים הטפלים אינם כרוכים בה עוד. אולם, אף כאשר דרגת פסק הדין של גירושין היא המלצה, פסק הדין נחשב כפסק דין של גירושין לכל דבר ועניין, ראו בג"צ 661/77 **הבר נ' בית הדין הרבני הגדול לערעורים**, פ"ד לב (3) 324, 329; בג"צ 644/79 **גוטמן נ' בית-הדין הרבני האזורי תל-אביב-יפו**, פ"ד לד (1) 443, 444-446. והסמכות של בית הדין הרבני בעניינים שנכרכו בתביעת הגירושין, בנסיבות אלה, בעינה עומדת.

לא ניתן להפעיל על הסרבן לחץ כספי לשם המרצתו לתת גט. אי לכך, נראה לנו, כי אין לאפשר תביעות נזיקין כנגד סרבני גט כאשר פסק הדין של הגירושין הוא בדרגת "מצווה" או "המלצה". הגיעה השעה לברר אם קבלת תביעת נזיקין של מסורבת הגט עלולה לפגום בתוקפו של הגט במקרים שבהם פסק הדין של הגירושין הוא מדרגת חיוב לגרש. בהמשך ננסה להציע בסיס הלכתי לשימוש בתביעת נזיקין כנגד סרבני גט במקרים אלה.

(ג) ההבחנה בין כפייה ישירה ועקיפה

כאמור לעיל, סבורים רבים מחכמי ההלכה, כי פעולתו של אדם שצריכה להיעשות מרצון אך נעשתה כתוצאה מלחץ כספי היא חסרת תוקף, מפני שהיא פגומה בפגם הכפייה או האילוצין.¹⁴⁹ עם זאת, מפסיקת כמה מחכמי ספרד וצפון אפריקה במאות י"ד-ט"ו עולה, שיש להבחין בהקשר זה בין כפייה ישירה לבין כפייה עקיפה. מפסקי הריב"ש והרשב"ץ עולה, כי בנסיבות מסוימות יש להכיר בתוקף גט שניתן מחמת אונס ממון. לדעתם, כאשר האונס פועל באופן עקיף, דהיינו, כאשר האיש נתן גט כדי להשתחרר מעול חוב כספי שהוא חייב ממילא על פי דין, כגון חוב מזונות, ואין מדובר בחוב שנוצר במיוחד כדי להניעו לתת גט, הגט אינו נחשב כמעושה שלא כדין. בנסיבות אלו, ההנחה היא שאין פגם ברצון המגרש, כיוון שאין כופין לגרש באופן ישיר, אלא כופין את האיש לעשות את מה שהוא מחויב לעשות על פי דין והתוצאה העקיפה היא שהוא מגרש.

הריב"ש כתב: "מנדין אותו או מכין אותו עד שיקבל לקיימה (= לקיים מצוות עונתה). ואם הוא מעצמו, כדי להינצל מזה, יגרש, אין זה גט מעושה, שהרי אין ביד (בית דין) כופין אותו על הגט כלל, אלא על מצוות קיום עונה, כפי יכולתו, כמו שחובה עליו (= חיוב המוטל על הבעל, הנובע מן הנישואין, לחיות חיי אישות עם אשתו) מן הדין. והרי זה כמו שהיו נושים בו ממון והיה תפוס (= אסור) בעד החוב ההוא, ואמרו לו קרובי אשתו: 'אם תגרש אשתך נפרע אנחנו בעדך החוב ההוא ותצא ממאסר', הוא נתרצה בזה וגירש מרצונו, היאמר אדם שזה יהיה גט מעושה מפני שעשה זה כדי לצאת מבית הסוהר? לא כן, שהרי לא היה תפוס (= אסור) כדי שיגרש, אלא בעד חובו, והגט אינו מעושה (= כפוי) אלא מרצוה (= גט שניתן מרצון)".¹⁵⁰

המשך מגמה זו ניכר בתשובת הרשב"ץ, אשר דן באב שעוכב מלצאת ממקום מסוים. לדעתו, עיכוב זה אינו נחשב ככפייה השוללת את הרצון החופשי של הבן בתחום הגירושין. אמנם האב מעוכב מלצאת, אולם, לדעת הרשב"ץ, בידי הבן מסור חופש הבחירה לגרש או שלא לגרש. לדעתו, עיכוב זה, בניגוד למאסר סרבן הגט או הלקאתו, נחשב כאמצעי כפייה עקיף.¹⁵¹ לדעתו, כאשר נעשה שימוש באמצעי שמתר לעשות בו שימוש על פי דין, וכפועל יוצא משימוש באמצעי זה מופעל לחץ על מי שראוי שיגרש את אשתו והוא אכן מגרשה, הגט אינו נחשב כמעושה שלא כדין. כלומר,

¹⁴⁹ לעיל הערה 110.

¹⁵⁰ שו"ת הריב"ש (ירושלים, תשנ"ג), קכז. ראו גם הגהת הרמ"א, אבן העזר, קנד, כא; ע' בצרי "גט מעושה" שנתון המשפט העברי טז-יז (תש"ן-תשנ"א) 535, 536.

¹⁵¹ ראו תשב"ץ, א (ירושלים, תשס"ב), א: "שאפילו עיכבו המגרש עצמו (את הבן, שצריך לגרש את אשתו) ע"ד (= על דרך) שעכבו אביו לא מיקרי (= אינו קרוי) עישוי (= כפייה), כיוון שלא חבשו (= אסרו) אותו ולא היכוהו והי' [ה] הולך ובא ברצונו, שתוך העיר וגם מחוץ לעיר, ובלבד שלא יעתיק דירתו".

כשהאיש נותן גט כדי להשתחרר מעול חוב כספי שהוא חייב על פי דין, הגט אינו מעושה שלא כדין. הכפייה אינה ישירה באמצעות הטלת קנס כספי לצורך קידום הסכמה לגירושין. רק בעקיפין, עקב התמשכות מצב בו נתון האיש שלא בגין סרבנות גט, ניתן הגט, ולכן הגט תקף.¹⁵²

האבחנה של הריב"ש והרשב"ץ מקובלת גם על חכמי האימפריה העות'מנית, הרבנים משה מטראני ושמואל די מדינא,¹⁵³ ועל חכמים בתפוצות ישראל נוספות.¹⁵⁴ העקרון שהנחה את חכמי ספרד וצפון אפריקה ואת חכמי האימפריה העות'מנית הנזכרים לעיל היה, שמבחינת רצון המגרש, דין סנקציות המופעלות באופן ישיר שונה מדין סנקציות המופעלות באופן עקיף. ההנחה היא, שכאשר מדובר בפעולה עקיפה (כגון: הימנעות מהושטת גלגל הצלה לטובע) ולא ישירה (כגון: השלכת אדם שאינו יודע לשחות למים עמוקים) הגט אינו מעושה שלא כדין. בדורות האחרונים נזכרת האבחנה בין כפייה ישירה לבין כפייה עקיפה בפסקי פוסקים¹⁵⁵ ובפסיקת דיינים בבתי הדין הרבניים.¹⁵⁶ אבחנת הריב"ש והרשב"ץ בין כפייה ישירה לבין כפייה עקיפה נזכרת אף בפסיקת בית המשפט העליון. השופט זילברג כתב, בעניין **רוזנצוייג**, שכאשר ניתן גט על מנת להיפטר מעול קנס כספי שהמגרש אינו חייב בו על פי דין, הגט אינו תקף. אולם, כאשר נגבה מן האיש סכום כסף בגין חיוב על פי דין (כגון מזונות) החיוב הכספי אינו פוגם בתוקף הגט.¹⁵⁷

¹⁵² ראו **שם**, שם.

¹⁵³ הרב משה מטראני דן בעניין בעל שנחשב בכלא והוכה. ניציגי הציבור וקרובי אשתו פנו אליו והציעו לו שייתנו לו את הכסף הדרוש לצורך שחרורו מן הכלא תמורת הסכמתו לתת גט לאשתו. לאחר שניתן הגט טען הבעל שהגט חסר תוקף. הרב משה מטראני פסק שהגט תקף. לדעתו, מקרה זה דומה למקרה הנזכר בסוגיה התלמודית **תלמוד בבלי**, בבא בתרא, מח ע"א, בעניין אדם שתלו אותו ומכר, ופסק רב הונא שהממכר תקף והעסקה אינה פגומה בפגם האונס. הרב מטראני פסק, כי כיוון שניתן כסף תמורת שחרורו של הבעל מן המאסר, הלה נתרצה לבסוף לשחרר מרצון. ראו **שו"ת מבי"ט**, א (למברג, תרכ"א), כב.

בתשובה נוספת דן הרב משה מטראני בעניין בעל שנאסר בבית הסוהר בגין חוב. לבסוף, מחלו לבעל על החוב ובגין תועלת כספית זו ניאוח לגרש. לדעת הרב מטראני, הגט שניתן במקרה זה אינו פגום בפגם האונס. ראו **שו"ת מבי"ט**, א (למברג, תרכ"א), עו.

הרב שמואל די מדינא כתב בתשובתו, שמקובל עליו העקרון המנחה בתשובת הרשב"ץ: "שאיין אונסין כלל דמגרש (= המגרש, באופן ישיר) לא בגופו ולא בממונו, אלא שכופין האישה, או אחרים בעדה, לאיש אחר (= שאינו המגרש), והמגרש כראותו צער קרובו או בנו – מצטער ומגרש, ולזה אומר הרשב"ץ שאין כאן גט מעושה, דאין כפייה (= אסורה, הפוגמת בתוקף הגט), אלא למגרש עצמו (= פעולה ישירה עליו), בגופו או בממונו... [שהגט תקף] כשכפוחו בדין באותם דברים אחרים כגון הכא (= כאן), שהדין נותן שכופין אותו, אבל אם כפוחו שלא כדין בדב' [ר] אחר (= שאינו חיוב כדין) ומתוך אות' [ה] כפי' [ה] גרש אפש' [ה] דהוי גט מעוש' [ה]" – **שו"ת מהרשד"ם** (למברג, תרכ"א), אבן העזר, סג.

¹⁵⁴ ראו **שו"ת לב מבין** (מכנס, תש"א), אבן העזר, קמח.

¹⁵⁵ הרב מסעוד מהדאר דן בעניין אדם שנתן גט לאשתו כדי להסיר מעליו איום במאסר. השופט אמר לבעל שנגזרו עליו עשרים שנות מאסר, ואולם, אם ייתן הבעל גט לאשתו – יעלים את המסמך, שלפיו נגזר עליו עונש זה. הוא הזכיר, ביו היתר, את תשובת הרב משה מטראני בעניין שחרור סרבן גט ממאסר. לדידו, אם באמת על פי דין נתחייב סרבן הגט בעונש – פעולת האכיפה מותרת. אולם, אם לא מתחייב סרבן הגט בעונש על פי דין – פעולת השופט, שנועדה להפחידו שלא כדין, פסולה, והגט מעושה שלא כדין, מאחר ש"הייתה כוונה על הגירושין" – **שו"ת מים טהורים** (נתיבות, תשמ"ט), טו.

אבחנה זו בין פעולה ישירה לבין פעולה עקיפה מצויה, בין היתר, בתשובה של הרב משה פיינשטיין. הוא דן בעניין בעל שגירש את אשתו לאחר שבית משפט אזרחי בארצות הברית חייב אותו לתת לאישה סכום כסף עבור מזונותיה. משלא שילם הבעל את חובו, הוא נאסר עד לתשלום החוב. האישה התרצתה להוציאו ממאסר תמורת מתן גט. הרב משה פיינשטיין פסק, שהגט כשר כי בית המשפט האזרחי לא אסר אותו כדי שייתן גט, אלא בגין הימנעות מתשלום חוב מזונות. ראו **שו"ת אגרות משה**, אבן העזר, א (ניו יורק, תשל"ד), קלו. העקרון הוא, שגט שאדם נתן כדי להיפטר מחיובים שהוא חייב על פי דין, הוא גט תקף ואינו פגום בפגם האונס. המשיב דן בשאלה, האם חוב מזונות, שנפסק בערכאות של נוכרים, נחשב כחוב תקף גם לאור עקרונות המשפט העברי. לדעתו, אף אם סכום המזונות שמושת עליו בערכאות של נוכרים גבוה מן הסכום שבית דין יהודי היה פוסק עבור מזונות, הרי כיוון שההפרש בין הסכום שנפסק לבין הסכום שהיה פוסק בית דין יהודי הוא קטן, אין חשש שהטלת חיוב זה תגרום לאונס ממוך בגירושין. כמו כן, לדעתו, כנראה שהערכאות הנוכריות לא פסקו סכום מזונות גבוה מן הסכום שהיה פוסק בית דין רבני, שכן, הערכאות האזרחיות בארצות הברית נוהגות, לרוב, לפסוק שיעור מזונות נמוך מזה שבית דין רבני נוהג לפסוק באותן הנסיבות.

¹⁵⁶ ראו אבחנת הרב שלמה גורן בערעור תשל"ה/26, פד"ר י', 115, בע' 128. כמו כן, ראו אבחנת הרב שלמה דיכובסקי בין כפייה ישירה לבין כפייה עקיפה, בנוגע להימנעות מניכוי שליש לאסיר בגין התנהגות טובה, שמטרתה – המרצתו לתת גט לאשתו. לדעת הרב דיכובסקי, הפעולה של המלצה להימנע מניכוי שליש מתקופת המאסר מותרת במקרה זה, מפני שהיא ננקטה בגין הפרעה לדיונים בבית הדין ולא בגין סירוב הבעל לתת גט. זו מניעת פרס, או "מניעת טובה", ולא פעולה ישירה בתחום הגירושין, ולכן גט שניתן בעקבותיה אינו מעושה שלא כדין. ראו תיק 3767/3 ל"ח פד"ר יא, 300, 302-307. עם זאת, ראו דעת הרוב, החולקת על מסקנת הרב דיכובסקי, **שם**, בע' 308. פסק הרב דיכובסקי פורסם כמאמר – ראו ש' דיכובסקי "כפיית גט" ע"י המלצה לניכוי שליש ממאסר" **תחומין** א (תשמ"ט), עמ' 254-248. **שם**, בע' 253-251, הבהיר הרב דיכובסקי, שדרך זו אינה נקייה מספקות הלכתיים, אולם הכריע את הכף הנימוק, שהמלצת בית הדין בפני שלטונות בית הסוהר היא המלצה למניעת טובה, ולא מעשה אסור של עישוי שלא כדין. בין היתר הסתמך על העובדה, שניכוי שליש מתקופת מאסרו של אסיר בגין התנהגות טובה אינו אוטומטי. ראו גם חוות דעת שנשלחה לאחד מבתי הדין בארצות הברית על ידי הדיין עזרא בצורי, שהתפרסמה במאמר: ע' בצורי, **לעיל** הערה 81, בע' 536-535, 539-540.

¹⁵⁷ ראו עניין **רוזנצוייג**, לעיל הערה 124, בע' 1555. ראו גם אלינסון, **לעיל** הערה 110, בע' קמז.

לעתים, הטרימינולוגיה שבה משתמשים כשדנים בהטלת חיוב כספי, שהוא חיוב מן הדין, לצורך המרצת סרבן לתת או לקבל גט, היא: "כפייה בדרך ברירה". נראה, כי המונח "כפייה בדרך ברירה" נזכר לראשונה בחיבורו של הרב אברהם צבי הירש אייזנשטט, ה"פתחי תשובה"¹⁵⁸. כפייה בדרך ברירה אינה כפייה ישירה ומטרתה למנוע צורך לפסוק ש"כופין" לגרש, לאור שיטת הרב שבתי כהן, הנמנע ככל הניתן מפסק גירושין בדרגת "כופין"¹⁵⁹. ב"כפייה בדרך ברירה" מופעל לחץ כספי, מכוח חיוב הקיים ממילא על פי דין. תשלום המזונות, או חוב כספי אחר שהאיש חייב לשלמו על פי דין, הוא אמצעי עקיף להמרצת האיש לתת גט לאשתו.¹⁶⁰ הלה יודע, שעם מתן הגט הוא יהא פטור מתשלום זה והוא בוחר מרצונו לתת גט כדי להיפטר מחיובו בתשלום המוטל עליו על פי דין. לכן, גט שניתן בנסיבות אלה אינו נחשב כמעושה שלא כדין: לאיש הייתה ברירה לשלם או לגרש והוא בחר, מרצון, לגרש.¹⁶¹

הרב אליעזר יהודה וולדינברג הסביר בנוגע לחיוב סרבן גט בזמננו בתשלום מזונות: "שאופן נוהג כפייתנו או אינה כאופן הכפייה המדוברת בפוסקים, כי אופן הכפייה המדוברת בפוסקים הוא כפייה ממש בשוטים, ע"י ישראל (= בית דין יהודי) או ע"י עכו"ם (= עובדי כוכבים ומזלות - בית דין של נכרים, שאינו דן לפי דין תורה). אבל אופן כפייתנו הרי היא על ידי פסיקת מזונות, שאם אין הבעל נענה לפסק בית הדין לגרש - פוסק ביה"ד (= בית הדין) מזונות לאשתו מבלי לחייב אותה לשבת תחת בעלה. וא"כ (= ואם כן) אין זה נקרא ממש כפייה לגט, אלא כפייה דרך ברירה: או לגרש, או לשלם מזונות לאישה, ובאופן כזה או יוצאים מידי החשש של עשיית גט מעושה"¹⁶².

הביטוי "כפייה בדרך ברירה" מופיע במפורש או מכללא בפסקי כמה מחכמי ההלכה הבולטים בדורות האחרונים,¹⁶³ ובפסקי דין של בתי הדין הרבניים בישראל.¹⁶⁴ ביטוי זה נזכר, בין היתר, בפסקי דין רבניים בהם התירו, בגלוי או בסמוי, שימוש במזונות כאמצעי שנועד לפתור את מצוקת מסורבות הגט.¹⁶⁵ במקרה אחד הוטל חיוב מזונות על

¹⁵⁸ ראו פתחי תשובה, אבן העזר, קנר, סעיף ג, סעיף קטן ח: "מיהו (= אולם) יכולים לכפותו בשוטים לזונה או לשמש (= לחיות עימה חיי אישות), או ליתן גט [בדרך ברירה], ואין זה נקרא כפיה על הגט (= לצורך גירושין), רק כדי לקיים שארה [כסותה] ועונתה (= חיובי הבעל, הנובעים מן הנישואין, כלפי אשתו, בתחום המזונות, הביגוד וחיי האישות)". הוא ציטט מספרו של הרב שבתי מאיר הכהן גבורת אנשים (ורשא, תצ"ו), בסוף כללי הדינים בקצרה, לא מופיע הביטוי "בדרך ברירה", המופיע בסוגריים בפתחי תשובה. הנוסח הוא "מיהו יכולים לכפותו בשוטים לזונה, או לשמש עימה, או ליתן לה גט, וזה [לא] נקרא כפיה על הגט רק כדי לקיים שארה ועונתה". הביטוי כפייה "בדרך ברירה" לא נזכר גם כאשר נזכר רעיון דומה בפתחי תשובה, סעיף קטן ד, בשם בעל ספר בית מאיר, הרב מאיר פוזנר. הרב מאיר פוזנר כתב בספרו בית מאיר, בנוסח שנדפס בנספח למפעל שולחן ערוך אבן העזר השלם (ירושלים, תשנ"ו), אבן העזר, קנר, ד"ה הג"ה ב, שעקב הקושי ההלכתי בנוגע לכפיית מומר לגרש, בין היתר, כיוון שאינו רוצה להיות אחד מישראל ואינו רוצה לשמור מצוות, שמוטב "שלא לכפותו על הגט, כי אם על החיוב מזונות ופרנסה, או לתשלומין: הנדוניא והכתובה, עד שמכח זה בעל כורחו ירצה עצמו לגט על ידי פשרה קצת, ובוה אין שום חשש [=שהגט שיינתן ייחשב כגט מעושה]".

¹⁵⁹ ראו ד' בס מברא ל"גבורת אנשים" - רקע, מגמה והשפעה חיבור לשם קבלת תואר "מוסמך למשפטים" האוניברסיטה העברית בירושלים (ירושלים, תשס"ג), 53.

¹⁶⁰ ראו רוזן-צבי, לעיל הערה 106, בע' 280, 206, 409-408.

¹⁶¹ ראו שרשבסקי, לעיל הערה 107, בע' 329-328: "אם הכפייה... היא אמצעי נגד רכוש, כלומר על ידי כפיית תשלום סכומי כסף לאשה שלפי הדין הוא מחויב בתור בעלה לשלם לה, וכדי להיפטר מהם הוא נותן לה גט, אין זה גט מעושה פסול. כאן אין כופין אותו לגט אלא נותנים לו את הברירה: או לשלם או לגרש, ואם הוא נותן את הגט, מאחר שעם מתן הגט הוא יהא פטור מהתשלום, הוא בוחר מרצונו במתן הגט כדי להיפטר מחובת התשלום המוטלת עליו לפי הדין. לכן אין זאת כפייה בלתי מותרת אם בית הדין מחייב את הבעל לתת גט לאשתו ולשלם לה סכום כסף מסוים למזונותיה המגיעים לה, כל עוד שלא יתן את הגט".

¹⁶² ראו שו"ת ציץ אליעזר, ד (ירושלים, תשמ"ה), כא, אות ט, עמ' קט.

¹⁶³ ראו שו"ת ציץ אליעזר, ד (ירושלים, תשמ"ה), סימן כא, אות י, עמ' קט. ראו גם בספרות המחקר: אלינסון, לעיל הערה 110, בע' קמז-קנ; ורהפטיג, לעיל הערה 110, בע' 167; רוזן-צבי, לעיל הערה 106, בע' 206, 280.

¹⁶⁴ ראו תיק 194/תשי"ג, פד"ר א, 77, בע' 80; תיק תשי"ג/502, פד"ר א, 235, בע' 238; תיק תשי"ז/1197, פד"ר ג, 220, בע' 222 = שו"ת ציץ אליעזר, (ירושלים, תשכ"א), מב, פרק ג, אות ג.

¹⁶⁵ ראו שם, שם.

אדם שהוכח ניאוף אשתו, בנסיבות בהן נחלקו הפוסקים אם "כופין" לגרש.¹⁶⁶ מזונות אלו ניתן להטיל כאשר יש מקום לפירוק קשר הנישואין עקב הניאוף בנסיבות בהן האיש אינו רוצה לגרש. אמנם אישה שהוכח שנאפה אינה זכאית עקרונית למזונות, אולם בנסיבות שבהן קשר הנישואין צריך לבוא לקיצו על פי דין, והאיש אינו רוצה לגרש בעוד האישה מסכימה לקבל גט, הבעל, על פי דין, אינו פטור ממזונותיה. כיוון שבנסיבות אלה חיוב המזונות הוא על פי דין, מותרת "כפייה בדרך ברירה", שאינה גורמת לחשש שמא הגט שיינתן יהא מעושה שלא כדין.¹⁶⁷

במקרה אחר, ה"כפייה בדרך ברירה" התבססה על העיקרון לפיו אדם פטור ממזונות אשתו כשעזבה את הבית ללא סיבה מוצדקת, אך חייב במזונותיה אם הוא, בהתנהגותו, גרם לה לעזוב את הבית.¹⁶⁸ לאור עקרון זה, פסק בית דין רבני במקרה מסוים, שפלוני חייב לשלם מזונות לאשתו שנאלצה לעזוב את הבית עקב התנהגותו.¹⁶⁹ כעבור שנה וחצי, משלא נתרצה האיש לתת לה גט, פנתה האישה לבית הדין וביקשה שיגדיל את שיעור המזונות המשולמים לה. בית הדין, שהניח שהגדלת המזונות אינה קנס כספי, אלא חיוב המוטל על האיש על פי דין לאור עליית מדד יוקר המחיה, נעתר לבקשתה. כלומר, לדעת בית הדין הרבני מדובר במזונות רגילים ולא מוגדלים: מעבר לקריטריונים בנוגע להיקף החיוב והשימוש באמצעי כפייה זה מותר בהיותו "כפייה בדרך ברירה". אף השופט זילברג סבר, שבמקרה זה היו המזונות שנפסקו מזונות כדין ולא קנס כספי, כיוון שהגדלת שיעור המזונות לא עלתה על הנדרש לאור עליית מדד יוקר המחיה.¹⁷⁰ דוגמא נוספת היא זו של חיוב מזונות מן הדין, כאשר האישה היא מורדת הטוענת "מאיס עלי".¹⁷¹ לעתים מורדת זו זכאית למזונות, על פי דין, ובנסיבות אלה ה"כפייה בדרך ברירה" מותרת.¹⁷²

¹⁶⁶ בית הדין קבע, בתיק תשי"ג/502, לעיל הערה 160, בע' 237, שבנסיבות אלה קיימת מחלוקת פוסקים אם "כופין" לגרש. לדעת הרמב"ם, **משנה תורה**, אישות, כד, יז, חייב הבעל לגרש את אשתו. וכן כתב הרמב"ם: "אמרה לו אשתו שזינתה תחתיו ברצונה, אין משגיחין לדבריה, שמא עיניה נתנה באחר. אבל איבדה כתובתה, עיקר כתובתה ואיבדה הבלאות, שהי הודתה בזנות. ואם היה מאמינה וסומך דעתו על דבריה הרי זה חייב להוציאה (= לגרשה). ואין בית דין כופין את האיש לגרש את אשתו בדבר מדברים אלו עד שיבואו שני עדים ויעידו שזינתה אשתו זאת בפניהם ברצונה ואח"כ (= ואחרי כן) כופין אותו להוציא" – **משנה תורה**, אישות, כד, יח. מאידך גיסא, בעלי התוספות אוחזים בדעה חולקת, לפיה אין "כופין" לגרש בנסיבות אלה. ראו **תוספות**, זכחים, ב ע"ב, ד"ה סתם אישה לאו לגירושין עומדת. בבית דין רבני נעשה שימוש ב"כפייה בדרך ברירה" כאשר בעל מנאף עם אשת איש ומסרב לתת גט לאשתו, באמצעות חיוב הבעל בתשלום מזונות "מעוכבת", כיוון שאשתו מעוכבת להינשא מחמתו ומפני ביזיון בית הדין. חייבוהו בתשלום "סכום כספי גבוה עד שלא יעשה אחת משתיים - יעזוב את מי שהוא מנאף עמה, או ייתן גט". ראו מאמרו של הדיין ח"ש שאנן "אופנים לכפות גט" **תחומין** יא (תש"ן), 203, בע' 212.

¹⁶⁷ בית הדין הרבני, **שם**, בע' 238, הסתמך במקרה זה, בין היתר, על דעת הרב הראשי עוזיאל, המובאת ב**אוצר הפוסקים**, אבן העזר, ב (ירושלים, תשכ"ו), הערות, עמ' יב-טז; דעת הרב הראשי הרצוג המובאת שם, עמ' א-יב (השוו לדעת הרב הרצוג המופיעה ב**שו"ת היכל יצחק**, אבן העזר, א (ירושלים, תש"ך), א); דעת הרב טולידאנו, **שם**, עמ' טז, ורבים "מגדולי הפוסקים ויושבי על מדין", אשר נהגו "לחייב את הבעל במזונות אשתו האסורה לו עד שיגרשנה". נזכר הנימוק שאישה זו "מעוכבת", ונימוק נוסף "שיש בדבר מצוה דרבים, להסיר המכשול מבני אדם שנכשלים בה ונוהגים בה מנהג הפקר". נימוק זה נראה כטעם נוסף לחיוב במזונות, לא מכוח דין "מעוכבת", אלא כקנס כספי שמטרתו הסרת מכשול הנובע מהיעדר גירושין.

¹⁶⁸ בנוגע לחיוב במזונות של בעל שגרם לאשתו לעזוב את הבית ראו **שו"ת הרשב"א**, ד (סלוניקי, תקס"ג), עב; **שו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן** (ונציה, רע"ט), קג; **שו"ת הריטב"א** (ירושלים, תשי"ט), קז; **שולחן ערוך והגהת הרמ"א**, אבן העזר, ע, יב.

¹⁶⁹ ראו תיק 194/תשי"ג, פד"ר א, 77, בע' 80. במקרה זה הפכו חיי האישה לגיהינום עקב התעמרות הבעל. בית הדין פסק שהבעל חייב לתת גט לאשתו, ועד שיתן את הגט הוא חייב לשלם לה את מזונותיה, כיוון שהתנהגותו אילצה אותה לעזוב את הבית.
¹⁷⁰ ראו עניין **רונצויג**, לעיל הערה 124, בע' 1548, 1558.

¹⁷¹ בשלב מסוים, בימי-הביניים, היה דומה שלדעת חכמי הלכה חשובים, המסגרת הנוקשה של עילות גירושין מסוימות, מוגדרות, הקיימות בנסיבות אלה ואחרות, אינה מגבילה למעשה את החפצים להתיר את קשר הנישואין שלהם, בגין הכרה בעילה סובייקטיבית, שהינה רלוונטית ביחס לכל אשה: רגשות דחיה ומיאוס סובייקטיביים: "מאיס עלי". בנוגע לדיון מפורט בנוגע להתפתחות עילה זו ראו א' וסטריין, "עלייתה ושחיקתה של עילת המורדת", **שנתון המשפט העברי**, כא (תשנ"ח – תש"ס), 123. בסופו של דבר, רבים מחכמי ההלכה בימי-הביניים סברו שאין "כופין" גט כאשר האשה טוענת "מאיס עלי". ראו **ספר הישר, שו"ת** (ברלין, תרנ"ח) כד; נימוקי הרשב"א, בתשובותיו **שו"ת הרשב"א**, א (בולוניה, רצ"ט) תקעג; אלף קצב: **שו"ת הרשב"א**, א (בולוניה, רצ"ט), אלף רלה, ובמקבילה: **שו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן** (ונציה, רע"ט) קלד. אולם גם לאחר שחלה נסיגה מן התפיסה ש"כופין" לגרש כאשר האשה טוענת "מאיס עלי", היו פוסקים שכתבו ש"כופין" לגרש אשה הטוענת "מאיס עלי" כשיש בכך "תקנה לאשה וצורך השעה". "תקנת האשה" פירושה כשקיים חשש לעיגון מתמשך, ובמיוחד כשחוששים שעקב כך תצא לתרבות רעה. ראו בארי, לעיל הערה 106, בע' 288.

¹⁷² על אף שבדרך כלל כתבו פוסקי ההלכה, שמורדת זו אינה מקבלת מזונות לאחר שחלפה תקופת שיהוי של שנים עשר חודש מתחילת מרידתה. ראו בארי, לעיל הערה 58, בע' 258-269. באחת מתשובותיו הסתמך הרב אליעזר יהודה וולדינברג, בין היתר, על דעת הרב רפאל אהרון בן שמעון

בנוגע לסוגים מסוימים של חיובים, נחלקו הדעות אם הם קנס כספי שנועד להמריץ את האיש לתת גט, או שמא הם חיוב מן הדין. מחלוקת זו קיימת לגבי סוג של מזונות הקרוי "מזונות מעוכבת". כאשר האיש מסרב לתת גט, לאחר שנפסק שהוא "חייב" לגרש או ש"כופין" אותו לגרש, ניתן להטיל עליו מזונות מעוכבת, אשר לאור הדעה המקובלת בבתי המשפט האזרחיים שיעורם גדול יותר משיעורם של המזונות שאדם חייב לתת לאשתו במצב הרגיל, וזאת מפני שלא מנכים את "מעשה ידיה" של האישה ממזונות מעוכבת.¹⁷³ מכיוון ש"מזונות מעוכבת" הם חיוב על פי דין, העובדה שהאיש נותן גט כדי להשתחרר מחיוב מכביד זה אינה פוגמת בתוקף הגט.

מן האמור עולה, כי לדעת רבים מפוסקי ההלכה והדיינים, אם האיש נאות ליתן גט על מנת להשתחרר מלחץ כספי המוטל עליו ממילא על פי דין, לחץ שלא נוצר על מנת לאלצו לתת גט, הגט אינו נחשב למעושה שלא כדין. ניתן היה, לכאורה, לטעון כי אף החיוב בפיצוי נזיקין יכול להיחשב לכפייה עקיפה, מכיוון שהוא אינו מיועד לאלץ את האיש ליתן גט לאישה אלא לפצות את האישה על נזקה. האיש יכול לבחור אם ליתן גט או לשלם לאישה פיצוי נזיקין. לשון אחר: אף אם השאיפה להתחמק מאחריות בנזיקין עשויה להמריץ את האיש ליתן גט, הלחץ הכספי העקיף אינו פוגם בתוקף הגט שכן ניתן לראות בו משום "כפייה בדרך ברירה".

אולם הטיעון שלפיו ניתן לראות בהטלת אחריות בנזיקין משום כפייה בדרך ברירה מעורר שתי בעיות. ראשית,

נראה כי החיוב שעליו ניתן לבסס כפייה בדרך ברירה צריך להיות חיוב שמקורו במשפט העברי (כמו חובת מזונות או

אבוהב, הסבור, שמורת "מאס עלי", שבעלה, סרבן לה גט, לא נתן לה גט, מקבלת מזונות לאחר תקופת שיהוי זו. ראו **בת נעות המרדות** (ניו יורק, תש"ס), פרק ז: עמ' 67-91. על כן, לדעת הרב אבוהב, החיוב במזונות הללו הוא על פי דין, וה"כפייה בדרך ברירה" מותרת. ראו **שו"ת צ"ץ אליעזר**, ד (ירושלים, תשמ"ה), כא, אות י, עמ' קט-קי. כפייה ב"דרך ברירה" נזכרת בתשובות הרב אליעזר יהודה וולדינברג גם ב**שו"ת צ"ץ אליעזר**, ו (ירושלים, תשכ"א), מב, פרק ג, אות ג = תיק תשי"ז/1197, פד"ר ג, 220, בע' 221-222. שם כתב, שבנסיבות בהן אין תמימות דעים ש"כופין" לגרש, כופין "בדרך ברירה". ראו גם **שו"ת צ"ץ אליעזר**, יז (ירושלים, תש"ן), מילואים, לסימן נג, אות ב, עמ' קפה. לדעת הרב יצחק הרצוג, כשאישה טוענת "מאס עלי", בעלה חייב לזון אותה כאשר אינה מסוגלת לעבוד ולפרנס את עצמה, מחשש שמא תמות ברעב. כיון שקיים חיוב על פי דין לזונה, אין חשש שמא הגט, שיינתן עקב הלחץ הכספי של המזונות, יהא מעושה שלא כדין. ראו **שו"ת היכל יצחק**, אבן העזר, א (ירושלים, תש"ך), ג, ס"ק יא. לדעתו, שם, אין להניח שתפנה לגבאי הצדקה ותבקש ממנו צדקה מפני הבושה ומחשש שמא גבאי הצדקה יאמר לה שעליה לחזור לבעלה והוא יפרנסה. כמו כן, אין לחשוש שטוענת "מאס עלי" נתנה עיניה באחר, כי זה חשש בלבד שיוצר ספק, ובספק נפשות, כשחוששים שמא תמות ברעב, יש להקל עימה ולזונה.

¹⁷³ ראו עניין **רוזנצוייג**, לעיל הערה 120, בע' 1555; ע"א 127/80 **מילר נ' ברקוביץ**, פ"ד לד(4), 219; ע"א 664/82 **סלומון נ' סלומון**, פ"ד לח (4) 365, 372 (להלן: עניין **סלומון**); תמ"ש (תל אביב) 17820/96 **פלונת נ' אלמוני**, תק-מש (דצמבר 2004) 96(2) 6; רוזן-צבי, **לעיל** הערה 58, בע' 419.

בפסיקת בתי הדין הרבניים נחלקו הדעות באשר לשיעור החיוב במזונות "מעוכבת". באחד מפסקי הדין של בית הדין הרבני הגדול הייתה עמדת הרוב, שמזונות אלה מוגדלים כיוון שאין מקוזים ממזונות "מעוכבת" את "מעשה ידיה" של האישה. ראו ערעור תשל"ג/205, פד"ר י, 294. דעת הרוב היא דעת הדיינים שאול יוסף קאפח **שם**, בע' 299, כתב הרב ישראלי, שכיוון שהחיוב במזונות "מעוכבת" הוא קנס, ולא חיוב רגיל על כל דין, דוגמת החיוב הנובע מן הנישואין, של כל בעל לזון את אשתו, אין מקום להקנות לבעל, בתמורה למזונות שהוא נותן לאשתו, את מעשה ידיה. לדעתו, התקנה של מעשה ידיה כנגד מזונותיה הותקנה רק בנוגע לחיוב המזונות הרגיל, הנובע מן הנישואין. דעה זו מושתתת על ההנחה, שהחיוב במזונות "מעוכבת" הוא קנס. אולם לדעת דיינים אחרים החיוב במזונות "מעוכבת" הוא חיוב מן הדין ואינו קנס כספי שנועד להמריץ את הבעל לתת גט לאשתו. לכן היקף החיוב על פי דין זהה להיקף החיוב כלפי אישה רגילה הזכאית לקבל מזונות מבעלה: מן המזונות הללו מקוזים את "מעשה ידיה" של האישה. לדעת הדיין אליעזר גולדשמידט, **שם**, בע' 309-305, לאור פסק דין בית הדין הרבני שנתפרסם בערעור תשכ"ה/34, פד"ר ה, 353, מקוזים ממזונות "מעוכבת" את מעשה ידיה. לדעתו, גם המזונות הללו הם חיוב רגיל על פי דין, ולא קנס, ולכן דינם כדין מזונות אישה שנאה רגילה, שמקוזים מהם את מעשה ידיה. התפיסה, שחיוב במזונות "מעוכבת" הוא חיוב על פי דין, מכוח תקנת חכמים, ולא קנס, ניכרת גם בפסיקת הדיינים עדס, י.ש. אלישיב וב. זולטי, בבית הדין הרבני האזורי בירושלים, בתיק 252/תשי"ד, פד"ר א, 65. **שם**, בע' 74, הביאו את דעת מהרי"ט, **בשו"ת מהרי"ט**, א (תל אביב, תשי"ט), קיג: "שאמרו חכמים מגורשת ואינה מגורשת בעלה חייב במזונותיה, אע"פ (= אף על פי) שנתן לה כתובתה, כל זמן שהיא מעוכבת מלהינשא מחמתו". בפסק הדין, שם, הובהר שחיוב זה בתשלום מזונות אינו החיוב הרגיל, הנובע מן הנישואין, של בעל, בתשלום מזונות אשתו, אלא חיוב מיוחד "משום דהיא אגידא גביה" (= שהיא אגודה לגביו) ומעוכבת להינשא על ידו: "זהו חיוב חדש מתקנת חז"ל, שהוא מחויב במזונותיה כל זמן שהיא מעוכבת להינשא על ידו, וכמו במגורשת ואינה מגורשת". בנוגע להתבססות בתי הדין הרבניים על פסיקת חכמי המשפט העברי לדורותיהם בסוגית מזונות "מעוכבת" ("מעוכבת"), **מחקרי משפט** ז (תשמ"ט) 79, בע' 120-123. בפסק דין של בית הדין הרבני האזורי תל אביב-יפו, של הדיינים צימבליסט, אזולאי ולוי, בתיק מב/647, פד"ר יב, 254, בעמ' 257, כתבו הדיינים, בעקבות הפסיקה בתיק 7086/7087 תשי"ד, פד"ר ג, 44, בעמ' 55 ובערעור תשי"ח/139, פד"ר ג, 201, בעמ' 214, כדעת הרב גולדשמידט, שבעל הנותן לאישה מזונות זכאי לקבל ממנה את "מעשה ידיה", וכי דעת הרב ישראלי, בפסק דינו, בערעור תשל"ג/205, פד"ר י, 294, בע' 303, היא דחוקה. ראו גם דיון ביקורתי בנוגע לעמדות הדיינים בערעור תשל"ג/205, באמרו של בארי, **שם**, בע' 123-134. כמו כן, הרכב נוסף בבית הדין הרבני הגדול פסק, שממזונות "מעוכבת" מקוזים את "מעשה ידיה" של האישה. ראו ערעור נא/765, פד"ר טו, 13, 17. מלומד שבחן באופן מפורט את פסיקת חכמי המשפט העברי לדורותיהם בסוגית מזונות "מעוכבת", הגיע לכלל מסקנה שהדעה הרווחת בקרב החכמים הללו היא, שממזונות אלה מקוזים את "מעשה ידיה". ראו בארי, **שם**, בע' 134-138.

חיוב אחר הנובע מן הנישואין), בעוד שחובת הפיצוי אותה אנו מנסים לבסס כאן אינה כזו. שנית, הרעיון של כפייה עקיפה מבוסס על קיומו של חיוב (או נטל) שאינו נובע מן החובה ליתן גט, דהיינו: חיוב שהיה קיים ממילא, אך האיש יכול לפטור עצמו מעולו על ידי מתן הגט. חובת הפיצוי בנוזיקין אינה חיוב כזה, שהרי היא נובעת מהפרת החובה לתת גט (ולא הייתה קיימת בלעדיה). אי לכך, אנו מציעים שבתביעת נוזיקין של מסורבת גט ייפסקו הפיצויים במתכונת של מזונות. ניתן יהיה לפסוק סכום מצטבר אחד בגין כל התקופה שקדמה למתן פסק הדין ולהורות על תשלום פיצויים עתיים מאותו מועד ועד מתן הגט. קשירת הפיצוי לחיוב שמקורו במשפט העברי (דהיינו חיובו של האיש במזונות אשתו) תאפשר לנו לראות בחובת הפיצוי משום "כפייה בדרך ברירה" ותסלק את החשש מפני גט מעושה. דא עקא, האיש חייב ממילא במזונות האישה במשך תקופת נישואיהם. מהו, אם כן, הערך המוסף של תביעת הנוזיקין מנקודת מבטה של האישה? על שאלה זו ננסה להשיב להלן.

(ד) הטלת מזונות מוגדלים שאינם מופרזים אינה בגדר אונס ממון

בדורות האחרונים פוסקי ההלכה ודייני בתי הדין הרבניים עשו שימוש במזונות עונשיים כדי לפתור את מצוקת מסורבות הגט. כאשר "כופין" אדם לתת גט לאשתו, ניתן לנקוט נגדו באמצעי כפייה חריפים, כגון: מלקות בשוטים, חרם, נידוי ומאסר. בנסיבות אלה, לא מתעורר קושי הלכתי בנוגע להפעלת אמצעי כפייה נוסף, פחות חמור,¹⁷⁴ והוא מזונות עונשיים.¹⁷⁵ מפסק דין של בית הדין הרבני האזורי בתל אביב-יפו, של הדיינים צימבליסט, אזולאי ולוי עולה, שכאשר "כופין" לגרש, נוסף למזונות רגילים שאדם חייב לתת לאשתו, ומזונות "מעוכבת", קיימים גם מזונות "לא מדין מעוכבת אלא מתורת כפייה לגט".¹⁷⁶ מזונות אלה הם קנס, שהשימוש בו נועד לעודד את האיש לתת לאשתו גט, בדומה לשימוש באמצעי כפייה אחרים, שהשימוש בהם מותר כאשר "כופין" לגרש, כגון מאסר או הכנסת אסיר לצינוק. החיוב הכספי אינו נובע מדיני המזונות אלא מדיני הגירושין. הואיל ובאותם ימים משפט מדינת ישראל לא הסמיך את בית הדין להכניס לצינוק את האיש שהיה נתון במאסר עקב רצח, הורה בית הדין כי "יש מקום לחייבו במזונות, לא מדין מזונות הרגיל, אלא כאמצעי כפייה למתן גט". כיוון שמדובר בדרגת "כופין" לא נזכרת בפסק דין זה אבחנה בין סוגים שונים של מזונות, כגון בין מזונות מוגדלים לבין מזונות מופרזים. עם זאת, השימוש באמצעי זה מעורר קושי מנקודת המבט של המשפט הישראלי, שכן רשימת הסנקציות שבית הדין הרבני הוסמך במפורש להפעיל כנגד סרבן גט אינה כוללת סנקציה כספית.¹⁷⁷

¹⁷⁴ ראו תיק 4527/תשי"ג, 3896/תשי"ג, פד"ר א, 51, בע' 55: "דאם (= שאם) כופין אותו להוציא (= לגרש), הרי כופין גם בשוטים (= באמצעות מלקות בשוטים), וכ"ש (= וכל שכן) שאפשר לחייבו במזונות, דכה"ג (= דכהאי גוונא) לא הוי כפייה (= לא [הוא] אמצעי כפייה, אלא הכפייה היא לבצע חיוב המוטל עליו על פי דין בדרך ברירה)". ראו גם שאנן, **לעיל** הערה 95, בע' 212.

הרב הרצוג כתב, שכפיית אדם לגרש באמצעות מלקות בשוטים חמורה מכפיית אדם לגרש באמצעות חיובו בתשלום מזונות, מפני שרוב רובם של בני האדם חביב עליהם גופם יותר מממונם. ראו י"א הרצוג "בענין חשש לגט מעושה", **הדרום**, א (תשי"ז), 3; **שו"ת היכל יצחק**, אבן העזר, א (ירושלים, תש"ך), ג; ורהפטיג, **לעיל** הערה 110, בע' 167, 169.

¹⁷⁵ ראו שרשבסקי, **לעיל** הערה 107, בע' 293, הערות 5 ו-7, לאור תיק מב/647, פד"ר יב, 254, בע' 257. ורהפטיג, **שם**, **שם**. נראה שהמלומד ורהפטיג סבר, שמטילים מזונות עונשיים רק כאשר "כופין" לגרש.

¹⁷⁶ תיק מב/647, **לעיל** הערה 169, בע' 257. בנוגע לנימוקים מדוע "כופין" לגרש בנסיבות הנדונות בפסק דין זה ראו **שם**, בע' 256-257.

¹⁷⁷ ראו פרק ג.1.1. **IV. להלן**.

בשתי הדרגות הנמוכות ביותר, דרגות ה"מצווה" וה"המלצה" לגרש, אין בתי הדין הרבניים, ככלל, נוהגים להפעיל אמצעי כפייה נגד סרבן הגט, כך שהם ימנעו גם מלהפעיל את הסנקציה של מזונות עונשיים. הקושי ההלכתי המשמעותי בנוגע להיתר שימוש במזונות עונשיים מתעורר בדרגת "חיוב" לגרש, שהייתה דרגת פסק הדין לגירושין בנסיבות הנדונות בהחלטותיהם של השופטים גרינברגר ומרכוס, אשר נדונו לעיל. כפי שהסברנו, פוסקי הלכה רבים, החוששים שמא אונס ממון נחשב כאונס, סוברים שכאשר אונס זה אינו נובע מחיוב על פי דין, הוא עלול לפגום בתוקף הגט. האם לאור זאת יש להימנע מהטלת מזונות עונשיים (שאינם "חיוב על פי דין" אלא "קנס") במקרים שבהם דרגת פסק הדין היא "חיוב" לגרש? בעניין **רוזנצווייג** השיב השופט זילברג לשאלה זו בחיוב, מפני שחשש שהפעלת מזונות עונשיים תביא למתן גט שיהא מעושה שלא כדין.¹⁷⁸

מנגד קיימת דעתו המנומקת של הרב יצחק הרצוג, שהיה הרב הראשי האשכנזי לארץ ישראל בתקופה שבה נעשה שימוש נרחב יחסית במזונות עונשיים בבתי הדין הרבניים בישראל, בדבר היתר לחייב את האיש במזונות עונשיים שהם קנס כאשר קיים "חיוב" לגרש. הרב הרצוג התיר שימוש במזונות עונשיים, אף כאשר לא "כופין" לגרש, כאשר המזונות הם מוגדלים ולא מופרזים.¹⁷⁹ לעתים ציין שהחיוב במזונות הוא על פי דין. כאשר אישה תבעה גט ובן זוגה סרב לתיתו לה, היא היתה לדעתו "מעוכבת", ולכן יש "לחייבו במזונות עד שיגרש. ומזונות אלה צריכים להיות בהתאם ליכלתו ורמת חייו, ולא כדי לקונסו כי אם כדי שלא יעכבנה שלא כדין".¹⁸⁰ אולם לעתים, אף כאשר היו לו ספקות משמעותיים אם ניתן להטיל חיוב מזונות על פי דין, התיר שימוש ב"מזונות" שהם בגדר קנס כספי: "שמותר לנו לקנוס אותו במעט ממון לפי הערך, בכוח הפקר ביד הפקר, כשיש מצוה ליתן גט וכשיש לנו לחוש שמא תצא האישה ח"ו לתרבות רעה".¹⁸¹ בשני המקרים, הן כאשר חיוב המזונות הוא על פי דיני המזונות והן כאשר חיוב המזונות הוא קנס, הדגיש הרב הרצוג, שהמזונות צריכים להיות מוגדלים ולא מופרזים. לדעתו, אף שיש רגלים לסברה שאדם מגרש כדי להינצל מעול חוב כספי, סכום כסף שאינו גדול מידי אינו גורם לחשש אונס ממון בגירושיין: "שבענין סכום קטן ודאי אין זה אונס, ואין חוששים למיעוט בני אדם שכדי לא להפסיד סכום קטן יגרש את אשתו האהובה לו כגופו".¹⁸²

בנוגע לחיוב מזונות "מעוכבת" כתב: "אין כל הטלת סכום כסף אונס גמור",¹⁸³ ובכגון זה אין אומרים דין פרוטה

¹⁷⁸ ראו לעיל הערה 124.

¹⁷⁹ בתשובת הרב הרצוג, **שו"ת היכל יצחק**, אבן העזר, א (ירושלים, תש"ך), ב, דן הרב הרצוג באישה של בעל "שעפ"י (=שעל פי) הדין אין לכופו", ופסק, שמותר להפעיל לחץ על הבעל שיגרש, באמצעות חיובו בתשלום מזונות מוגדלים, שאינם מופרזים.

¹⁸⁰ **שו"ת היכל יצחק**, אבן העזר, א (ירושלים, תש"ך), א. מתשובה זו משמע, שהבסיס המשפטי לחיוב במזונות הוא חיוב על פי דין. הכפיה היא בדרך בריחה. באותו עניין האישה נאסרה על בעלה, עקב הניאוף, וחפצה לקבל גט שבעלה סירב לתיתו. בגין הימנעותו לתת גט, סבר הרב הרצוג, שהאישה "מעוכבת". ראו גם **שם**, א: "יש פה ספק בעצם הכפייה. כי מה הוא זה שאנו עושים כאן? אנו מטילים מזונות על הבעל בסכום שהוא במידת יכלתו, ואינו פוגע בפרנסתו במדה חמורה".

אף השופט זילברג, בעניין **רוזנצווייג**, לעיל הערה 124, בע' 1555-1557, סבר, שקיים חיוב על פי דין לזון אישה נואפת בנסיבות הנזכרות לעיל. בעקבות השופט זילברג כתב גם השופט י' כהן בע"א 15/82 **אלמוני נ' פלונית**, פ"ד (2), 18, בעמ' 23, בין היתר לאור תשובת הרב עוזיאל ז"ל, **כאוצר הפוסקים**, אבן העזר, כרך ב, הערות, עמ' טו-טז, לעיל הערה 167: "ייתכן שהיא תהיה זכאית לקבל ממנו מזונות, אם יתברר שהיא מוכנה לקבל ממנו גט והוא מסרב לגרשה, אך זהו חיוב חדש, המבוסס על העילה, שאם הבעל מעגן את אשתו, הוא חייב לזון אותה".

¹⁸¹ **שו"ת היכל יצחק**, אבן העזר, א (ירושלים, תש"ך), ב.

¹⁸² **שם**, ראו גם **שם**, ג: "שכיון שהמזונות הם במדה בינונית אין זה בגדר אונס".

¹⁸³ בנוגע לבעיית גט מעושה המתעוררת כאשר קיים אונס, ובעקבותיו נתן המגרש גט הפגום כפגם "אונס גמור", ראו דעת הרב מנחם בן שלמה המאירי, **בית הבחירה**, גיטין, פרק ח, פירוש משנה א: "כל אונס במשמע, אפילו אונס ממון, כגון שהיו כובשין את ממנו עד שיגרש, או הטילו עליו קנס ע"י גויים...ואף בשחיתו מבהילין ומפחידין אותו בכך - אונס גמור הוא". הרב הרצוג סבר, ככל הנראה, שרק סכום כסף גדול גורם ל"אונס גמור".

כדין מאה.¹⁸⁴ ואין גט מעושה אלא כשמטילים עליו דבר שאין בכוחו לסבול, או שקשה לו יותר מדי לסבול, כגון יסורי הגוף, או סכום עצום המהרס אותו, אבל לא סכום שאינו פוגע בו במידה חמורה.¹⁸⁵ המבחן הקובע, אם כן, הוא שיעור המזונות. כאשר המזונות מוגדלים ולא מופרזים אין הגט מעושה שלא כדין. מבחן זה קיים גם כאשר החיוב במזונות לאישה הוא מכוח קנס: "שע"כ (= שעל כרחנו) אין כל הטלת סכום כסף אונס גמור, ובכגון זה לא אמרינן דין פרוטה כדין מאה. הגע בעצמך אם עשיר מופלג יטילו עליו איזה סכום קטן, הלזה תקראו אונס לגרש את אשתו? ואם אדם זה אין כוונתו רק לצערה, או לסחוט כספים ממנה, כלום היה מגרש בשביל שמטילים עליו מזונות שאינו סכום גדול כלל לפי מצבו? הוא היה ממשיך לשלם ולחכות שמא יתהפך לבה עליה ותתהפך מבחילתה הנפשית. אבל מכיון שהוא מגרש לפי שהוא חס על סכום זה שמוציאים ממנו, שאינו פוגע בו הרבה, זה מראה שהוא מתרצה באמת, ויהא שהוא מתרצה מפני שהוא חס על ממונו, אבל כיון שתשלום הממון איננו נוגע בפרנסתו פגיעה קשה, זה מראה שאין נפשו קשורה בנפשה במידה שהוא טוען, והגט כשר. ואין זה גט מעושה אלא כשמטילים עליו דבר שאין בכוחו לסבול, כגון יסורי הגוף או סכום גדול שמהרס אותו, אבל לא סכום שאינו פוגע בו במידה חמורה אדרבה בזאת יבחן. אם משום כך הוא מגרש אין זה מגרש מתוך אונס.¹⁸⁶

תפיסת העולם של הרב הרצוג היא פועל יוצא מעקרונות כלליים החלים בדיני הגירושין העבריים. כאשר סרבן גט נתן כדי לפטור עצמו מעול חיוב תשלום סכום כסף המהרס אותו קיים חשש שמא הגט הוא מעושה שלא כדין.¹⁸⁷ לא כן כאשר הסכום אינו כה גדול. הגישה לפיה הטלת מזונות מוגדלים ולא מופרזים אינה פוגמת בתוקף הגט אף כאשר דרגת פסק הדין לגירושין היא "חיוב" לגרש, מקובלת גם על פוסקים אחרים.¹⁸⁸ השאלה איזה הוא סכום כסף גדול אך לא "מופרז" נחתכת לאור נסיבות העניין. בין היתר ניתן משקל למצבו הפיננסי של הסרבן. סכום שהוא "מופרז" כשהסרבן

¹⁸⁴ ראו תלמוד בבלי, סנהדרין, ח ע"א.

¹⁸⁵ שו"ת היכל יצחק, אבן העזר, א (ירושלים, תש"ך), א. ראו גם: שם, ב-ד; י"א הרצוג, לעיל הערה 170, בע' 4; ראו גם קונטרס הרב הרצוג ז"ל, באוצר הפוסקים, אבן העזר, ב (ירושלים, תשכ"ו), הערות, עמ' א, בעמ' ח. באותו מקרה היה קיים טעם נוסף וייחודי, ניאוף האישה, שבגינה סבר הרב הרצוג שהגט ניתן מרצון: "שהדעת נותנת שבאמת הוא מתרצה, כי למה לו להפסיד ממון ולשלם לזו שבגדה בו, רק כדי להתנקם, ובפרט שגם לטובתו לתת גט". ראו שו"ת היכל יצחק, אבן העזר, א (ירושלים, תש"ך), א. נימוק נוסף שם הוא אנלוגיה לרציונל של הרחוקת רבינו תם. מותר לגזור על אחרים להתרחק מסרבן גט בדרכים שונות, כגון לאסור עליהם לשאת ולתת עמו. הרציונל הוא, לדעת הרב הרצוג: "חזקה שאם לא היה מתרצה לא היה מגרש בגלל הלחץ הזה".

¹⁸⁶ שו"ת היכל יצחק, אבן העזר, א (ירושלים, תש"ך), ב.

¹⁸⁷ ראו תלמוד בבלי, בבא קמא, קא ע"ב; תשב"ץ, א (ירושלים, תשס"ב), א; שולחן ערוך, אבן העזר, ע, ג; א"ג אלינסון "סירוב לתת גט", לעיל הערה 110, קמח, הערה 67.

¹⁸⁸ ראו ורהפטיג, לעיל הערה 110, בע' 165; ד' רדצוסדופר, "דיני גירושין והפרדה - דרכים לכפיית גט" כתלנו יג (תש"ן) 314, 318; שרשבסקי, לעיל הערה 107, בע' 329, הערה 13. גם בית הדין הרבני הגדול הבחין בין שני סוגי חיובים. ביחס לחיוב כספי שהוא קנס גדול, ש"לא נערך לפי שיעור דמי כלכלה" קיים חשש גט מעושה שלא כדין. חשש זה לא קיים בנוגע לחיוב בסכום סביר ולא מופרז של מזונות, במקרה שבו הבעל התחייב לתת מזונות לאשתו, בשיעור מסוים, אם יתחרט ולא ייתן לה גט. ראו ערעור טז/47 וערעור נגד טז/71, פד"ר ב, 9, בע' 14. יש הסבורים (בניגוד לרב הרצוג), כי הגבלת גובה המזונות העונשיים (מוגדלים ולא מופרזים), חלה רק כאשר המזונות מוטלים בבחינת קנס ולא כאשר הם מוטלים מכוח חיוב על פי דין (כמו מזונות מעוכבת). לפי גישה זו, כאשר המזונות מבוססים על חיוב על פי דין, הבעל מחויב לשלם, יהא שיעורם אשר יהא, ואין חשש שמא גט שניתן בעקבות תשלום המזונות הללו ייחשב כגט מעושה שלא כדין. ראו תשובת הרב יחזקאל שרגא הלברשטם, שנדפסה בסוף ספר שובע שמחות (סטריזוב). המשיב סבר שם, שאף לדעת הסבורים שכאשר בעל "נכפה", דהיינו, חולה במחלת הנפילה, אין "כופין" לגרש, ניתן להטיל עליו חיוב מן הדין, שאינו קנס, בתשלום מזונות, שבעקבותיו יגרש את אשתו. במקרה זה, כיוון שהאישה נולדה בבית אב עשיר והורגלה בבית אביה, לפני הנישואין, לרמת חיים גבוהה, לאור הכלל "עולה עמו ואינה יורדת עמו", ניתן להטיל על בעלה חיוב בתשלום סכום גדול עבור מזונותיה. המשיב כתב, שאף שסכום הכסף גדול, הגט שניתן בעקבותיו תקף, כיוון שכפו את הבעל לתת סכום כסף שהוא חייב לתתו על פי דין ולא הטילו עליו סכום כסף כקנס, כדי שיגרש. אף בפסק בית הדין הרבני האזורי בתל אביב, של הדיינים רביץ, בורונשטיין ווורנר, בחי' 4527/תשי"ג, פד"ר א, כתב בית הדין, בע' 54-55, שבנסיבות המקרה הנדון שם, לאישה זכות לקבל מזונות על פי דין, שהם המזונות המגיעים לה מלכתחילה, כחיוב הנובע מן הנישואין, או מזונות "מעוכבת". בית הדין לא בחן אם שיעור החיוב במזונות במקרה זה הוא גבוה או נמוך. הוא הרגיש, שם, בע' 55, שהכפייה באמצעות מזונות אינה כפייה לצורך גירושין, אלא כפייה לבצע חיוב המוטל על הבעל על פי דין ולכן דרך כפייה זו עדיפה ומותרת. ראו גם ורהפטיג, לעיל הערה 110, בע' 165; שרשבסקי, לעיל הערה 107, בע' 293, הערה 5; שם, בע' 329, הערה 13.

חסר אמצעים עשוי שלא להיחשב ל"מופרז" כשהסרבן בעל ממון.

לדעתנו, כוחם של הדברים יפה גם ביחס לפיצויי נזיקין המשולמים כתוספת-מזונות. ניתן לטעון, על יסוד דברי הרב הרצוג, שכל עוד פיצויי הנזיקין שנפסקים לטובת האישה מבטאים הגדלה (שאינה מופרזת) של חובת המזונות, פסיקתם אינה מעוררת חשש שמא הגט שיינתן לאחר מכן יהא פגום בפגם של אונס ממון, ומשום כך אין חשש שהגט יהא מעושה שלא כדין. כדי להסיר את החשש שמא גט שניתן בעקבות תביעת נזיקין ייחשב למעושה במקרים שבהם בית הדין הרבני לא פסק ש"כופין" על האיש לגרש, יש להבטיח שסכום הפיצוי עבור כל חודש של סרבנות לא יהא מופרז. כאמור, בגין תקופת הסרבנות שקדמה לפסק הדין ניתן לפסוק סכום אחד מצטבר, ועבור התקופה שלאחר מתן פסק הדין ועד מתן הגט ניתן לפסוק תשלומים עתיים. נראה לנו שבדרך כלל הסכום שבו תזכה מסורבת הגט בשיטה המוצעת על ידנו לא יהא נחות באורח מהותי (אם בכלל) מן הפיצוי שהיה נפסק לה לולא ניסינו להתאים את הזכאות לעקרונות המשפט העברי. ראשית, הסכום שנפסק בסיטואציות עובדתיות אחרות כפיצוי בגין נזקים לא ממוניים טהורים (שאינם מבשילים לכדי נזק גופני או בריאותי) בלאו הכי אינו גדול.¹⁸⁹ שנית, בשיטה המוצעת הסכום הכולל שישולם על ידי הסרבן יילך ויתפח ככל שהסרבנות תתארך, כך שבמקרים קשים של סרבנות הפיצוי המצטבר יהא ניכר.

(ה) כפייה באמצעות בית משפט אזרחי

ככלל, אם מקור האונס, או האיום באונס, הוא בבית דין של נוכרים (קרי: בית משפט שאינו דן על פי עקרונות המשפט העברי), הגט כשר רק כאשר בית דין יהודי ביקש מבית דין של נוכרים להפעיל אמצעי כפייה ואילוץ ובית הדין הנוכרי הורה לאיש לעשות מה שחכמי בית הדין היהודי הורו לו לעשות, אך אם בית הדין הנוכרי פעל מעצמו – הגט חסר תוקף.¹⁹⁰ עם זאת, גם כאשר בית דין של נוכרים פועל מעצמו, הגט עשוי להיחשב לכשר אם פעולתו מיועדת לקדם את ההליך בפני בית הדין הרבני או לאכוף חיוב שמקורו במשפט העברי. כך, למשל, כשאדם נתן גט לאחר שבית משפט אזרחי איים לאסור אותו אם לא ימלא אחר התחייבותו להופיע בבית דין רבני לצורך הסדרת מתן גט שהתחייב לתיתו, הגט תקף, משום שבית הדין האזרחי לא כפה גט, אלא כפה אותו להופיע בפני בית דין רבני שיפעיל שיקול דעת הלכתי בנוגע למתן הגט.¹⁹¹ מפסיקת בית הדין הרבני בישראל עולה, שכאשר החיוב לתשלום מזונות המוטל בבית משפט אזרחי

¹⁸⁹ בתמ"ש (י-ם) 18551/00 ק.ס. נ' ק.מ. (ניתן ביום 7.6.04 – טרם פורסם) נקבע כי סכום של 70,000 ש"ח מבטא את כלל נזקיה (הפיזיים והנפשיים) של אישה שסבלה – במשך חמש שנות נישואין – אלימות פיזית, השפלה וביזוי קיצוניים; בת"א (ת"א) 2524/00 פלונית נ' צברי, לעיל הערה 45, נפסק פיצוי של 120,000 ש"ח בגין נזק לא ממוני לאישה שפנתה לרב שייחס לעצמו כוחות על טבעיים כדי למצוא מזור למצוקתה הנפשית הקשה וכדי לקבל עצות לריפוי תינוקה החולה באסטמה, וסבלה ניצול מיני מחפיר ומתמשך במהלך ה"טיפולים" (לרבות סדרת מעשי אונס). כאמור לעיל, דעתנו היא כי הסכום שנפסק בתמ"ש (י-ם) 19270/03, לעיל הערה 17, הוא בעיית מנקודת המבט של המשפט העברי וחריג מנקודת המבט של דיני הנזיקין (ראו לעיל הערה 25). הדוגמאות המובאות כאן מחזקות את הסיפא של טענה זו.

¹⁹⁰ ראו תלמוד ירושלמי, פרק ט, הלכה י (נ,4); תלמוד בבלי, גיטין, פח ע"ב; משנה תורה, גירושין, פרק ב, הלכה כ; טור, אבן העזר, קלד; שולחן ערוך, אבן העזר, קלד, ה; שו"ת בצלאל אשכנזי (ניו יורק, תש"ל), טו; שו"ת יכין וברנע, ב (ירושלים, תש"ל), כא; שרשבסקי, לעיל הערה 107, בעמ' 328 ובהערות 6-7 שם; תוספות, גיטין, פח ע"ב, ד"ה ובנכרים; תוספות, בבא בתרא, מח ע"א, ד"ה גט; תשובות הרי"ד (ירושלים, תשל"ה), כב; נד; תשובות חכמי פרויניציא (ירושלים, תשכ"ז), סח; שו"ת מהר"ם (פראג, שס"ח), רנא; שו"ת הרשב"ש (ירושלים, תשנ"ה), שלט; שו"ת הרדב"ז, חלק ד, אלף קפח; שו"ת תפארת צבי (ירושלים, תשכ"ה), קב.

¹⁹¹ ראו י"ד בלייך "מעמד של נישואין וגירושין כדת משה וישראל במדינות השונות" דיני ישראל י-יא (תשמ"א-תשמ"ג), כע' שע. לדעתנו, זו כפייה לעשות מה שבית דין של ישראל יאמרו, או אמרו, המותרת לאור מקורות המשפט העברי. ראו תלמוד בבלי, בבא בתרא, מח ע"א; משנה תורה, גירושין, ב, כ; שולחן ערוך, אבן העזר, קלד, ט.

אינו חיוב תקף על פי הדין העברי, הגט שניתן כתוצאה מהטלת מזונות אלו הוא מעושה שלא כדין.¹⁹² מאידך גיסא, הטלת חיוב, או איום בהטלת חיוב, על ידי נכרים, בנסיבות בהן האיש מחויב לבצע חיוב זה ממילא על פי הדין העברי, אינם פוגמים בתוקף הגט. כך למשל, איום של נכרים שיאסרו את האיש עד שיפרע את כתובת אשתו אינו פוגם בתוקף הגט.¹⁹³

בין הפוסקים ניתן למצוא גם גישה מקלה יותר ביחס להטלת חיובים כספיים על ידי ערכאות אזרחיות. מפסיקתו של הרב משה פיינשטיין, למשל, עולה בבירור, כי אף אם בית המשפט האזרחי פועל שלא בעצה אחת עם בית הדין הרבני, ומחייב את האיש לשלם לאישה סכום כסף שלא על יסוד חיוב שמקורו במשפט העברי, הטלת חיוב זה עשויה שלא לפגוע בתוקפו של הגט, ובלבד שניתן ליישב את פסיקתו של בית המשפט האזרחי עם עקרונות המשפט העברי. כאשר בית משפט אזרחי בארצות הברית הטיל על האיש חיוב מזונות על פי המשפט האזרחי ואי הציות להחלטה הוביל למאסרו, פסק הרב פיינשטיין שהגט שניתן לאחר מכן תקף, כיוון שבית דין של נוכרים לא אסר אותו כדי שיתן גט, אלא בגין הימנעותו מתשלום מזונות; ולדעתו חוב מזונות זה יכול להיחשב כתקף גם לפי הדין העברי, כיוון שההפרש בין הסכום שהטיל בית דין נוכרי לבין הסכום שמטיל בדרך כלל בית דין יהודי עבור מזונות בנסיבות מעין אלה הוא קטן, ומשום שהערכאות בארצות הברית נוהגות לפסוק בדרך כלל תשלום מזונות בשיעור נמוך מזה שבית דין רבני נוהג לפסוק.¹⁹⁴ הרב פיינשטיין, שדעתו נחשבת בעיני כל הרבנים האורתודוקסיים, חזר על עמדתו גם בעניין נוסף שהובא בפניו.¹⁹⁵ על פסיקת הרב פיינשטיין הסתמך גם הרב הראשי לישראל, הרב שלמה עמאר, באחת מתשובותיו בעניין חיוב בעל בתשלום מזונות בערכאה אזרחית בישראל.¹⁹⁶

¹⁹² ראו תיק 224/תשנ"ג, פד"ר טז, 260, בע' 270.

¹⁹³ ראו **שו"ת יבין ובונו**, ב (ירושלים, תש"ל), כא.

¹⁹⁴ ראו **שו"ת אגרות משה**, אבן העזר, א (ניו יורק, תשל"ד) קלז. ראו גם תמצית הפסק, **לעיל** הערה 155.

¹⁹⁵ **שו"ת אגרות משה**, אבן העזר, ד (ניו יורק, תשמ"ה) קו.

¹⁹⁶ **בשו"ת שמע שלמה**, א (בני ברק, תשנ"ב), אבן העזר, יא, הסביר הרב שלמה עמאר שלפי שיטת הרב משה פיינשטיין, כשסכום מזונות בבית משפט אזרחי מעט גבוה יותר מזה שנפסק בבית דין רבני בנסיבות דומות, אין הדבר פוגם בתוקף הגט, כיוון שסומכים על שיטת חכמי הלכה הסבורים שאונס ממון מועט אינו נחשב כאונס. הוא הזכיר בהקשר זה את האבחנה המצויה ב**שו"ת בית אפרים**, מהדורה תניינא, אבן העזר, א (ירושלים, תשל"ג), ע, עמ' רמט, ד"ה עוד אחת, בין חיוב הבעל בסכום גדול: "סך שהוא עצום ממנו לפי יכולתו", הפוגם באופן משמעותי ברצון החופשי לגרש, והגט נחשב כמעושה שלא כדין, כי "אדם בהול על ממונו", לבין חיוב הבעל בסכום מועט "שרוב בני דעה... לא יהיה קל בעיניו להוציאה (= לגרש את אשתו) בשביל הפסד מועט". מכיוון שסכום כסף לא משמעותי אינו אונס ממון, הגט אינו מעושה שלא כדין.

עם זאת, יש החולקים על עמדתו של הרב פיינשטיין. בארצות הברית, ראו: Breitowitz (Between), **לעיל** הערה 116, בעמ' 392. בישראל ראו דעת הדיין שלמה דיכובסקי, בעניין חשש גט מעושה שלא כדין, כאשר בית משפט אזרחי פוסק שיש לתת לאשה סכום כסף, עבור מזונות, שאינו מגיע לה לאור עקרונות המשפט העברי. ראו ש' דיכובסקי, "הסכמי ממון קדם נישואין", **תחומין** כא (תשס"א), 279, 280. הרב גדליהו אקסלרוד כתב, בנוגע למציאות במדינת ישראל, ששמע "מעורר דין בר סמכא, שמצוי במשפטי אישות בכתי משפט אזרחיים, שמחייבים שם הבעל בסכומים גבוהים, לא לפי דין תורה, וקורה שהבעל נאלץ להיכנס לבית הסוהר ועקב כך נלחץ ונותן גט" – ג' אקסלרוד, "גט שניתן מחמת חיוב מזונות בסכום גבוה", **שורת הדין**, א (תשנ"ד), רלח, רמא. הוא סבר שמצב זה גורם לחשש שגט שניתן לאחר מכן יחשב כמעושה שלא כדין. וקבע (**שם**, בעמ' רמד) שאף כאשר "כופין" לגרש אין תוקף הלכתי לגט שניתן לאחר פסק בית המשפט האזרחי, וזאת מפני שבית המשפט האזרחי אינו פועל כשלוח של בית הדין הרבני, האומר לבעל "עשה מה שישאל אומרים לך", והגט שניתן לאחר מכן הוא מעושה שלא כדין. לדעתו, צריך להסיר כל חשש אונס ממון, מחמת פסק דין לתשלום מזונות בבית משפט אזרחי, ולכן האשה מחויבת לוותר על כל חובות הבעל "באופן שלא תוכל עוד להפעיל נגדו קנסות איומים ומאסר". לדעתו, רק לאחר ויתור זה, אם ירצה הבעל לתת לאשה גט, אין חשש שהגט שניתן יהא מעושה שלא כדין. אולם בלא ויתור זה, אין להתיר לבית הדין הרבני לסדר גט.

בפסק דין, שלא פורסם, של הדיינים גדליהו אקסלרוד, דוד כהן ויצחק שמואל גמזו, בבית הדין הרבני האזורי בחיפה, בתיק 0583111168-21-1, דן בית הדין בעניין חובות בעל לאשתו, שהצטברו לסכום גדול, עקב הימנעותו המתמשכת מתשלום דמי המזונות לאשתו, מכח פסק דין בבית משפט אזרחי. הוזמן שוטר לבית הדין ואיים על הבעל שייאסר בגין אי תשלום חוב זה אם לא ייאותר לתת גט לאשתו. בהחלטה הקודמת של בית הדין נקבע שדרגת פסק הדין של גירושין היא מצווה ולא חיוב, ולכן נמנע בית הדין מלהטיל על הבעל סנקציות, כגון חיובו בתשלום מזונות מעוכבת מחמתו להינשא. בית הדין פסק שאף אם השוטר כבר עזב את אולם בית הדין, קיים חשש שמא הגט שניתן יהא מעושה שלא כדין, כיון שהבעל חש מאוים מפקודת המעצר שהוצאה כנגדו. לאור עקרונות המשפט העברי קיימים, לדעת בית הדין, שני פגמים במקביל במקרה זה. בית הדין לא פסק "כופין" לגרש, ובית משפט אזרחי ולא בית דין רבני הוא שהטיל את החיוב במזונות, ובנסיבות אלה דין בית המשפט האזרחי כדין ערכאות של כותים (= נכרים), שאינן פוסקות לאור תורה, וכשכפו נכרים בנסיבות אלה (= כשאין "כופין" לגרש, ולא כשלוחי בית דין רבני) הגט שניתן לאחר נכח יהיה מעושה שלא כדין. בנוגע לחשש שהגט יהא מעושה שלא כדין לאחר פסק דין של בית משפט אזרחי המחייב בעל בתשלום מזונות ראו גם תיק 224/תשנ"ג, בבית הדין הרבני האזורי בירושלים, פד"ר טז, 260, 261, 270.

ודוק: גם על פי גישתו של הרב פיינשטיין החשש מפני גט מעושה לא מתקיים אך ורק אם החיוב הכספי המוטל על הסרבן בערכאה האזרחית דומה לזה שניתן היה להטיל עליו על פי המשפט העברי, הן מבחינה מהותית והן מבחינה כמותית. על הבעייתיות שעלולה להתעורר כאשר בית משפט אזרחי מטיל על הסרבן חיוב כספי בהתעלם מעקרונות המשפט העברי ניתן ללמוד מהתייחסותם של פוסקי הלכה לחיקוקים מיוחדים שנחקקו בארצות הברית ובקנדה, ונועדו לאפשר הפעלת לחץ כלכלי על סרבני גט בערכאות אזרחיות. בניו יורק תוקן בשנת 1992 ה-Domestic Relations Law. בעקבות התיקון רשאי בית המשפט האזרחי, בבואו לקבוע את אופן חלוקת רכושם של בני הזוג המתגרשים ואת גובה החיוב במזונות, להתחשב בהשפעה הכלכלית של מכשולים שמציב הצד האחד בפני משנהו בדרך לנישואין נוספים (כאשר הכוונה היא בעיקר לסרבנות גט של יהודים).¹⁹⁷ בקרב קהילת היהודים האורתודוקסיים בארצות הברית נתגלעה מחלוקת חריפה בנוגע לתוקפו של גט שיינתן לאחר נקיטת צעדים בהתאם לחוק בבית משפט אזרחי.¹⁹⁸ חלק מן הארגונים האורתודוקסיים תמכו בחקיקה זו,¹⁹⁹ בעוד שארגון אגודת ישראל התנגד לה.²⁰⁰ המצדדים בעמדת אגודת ישראל הסבירו שקיים חשש שהפעלת לחץ כספי בידי בית משפט אזרחי תגרום למתן גט מעושה שלא כדין.²⁰¹ שני רבנים, מחשובי פוסקי ההלכה בישראל, הרב שלמה זלמן אויערבך והרב יוסף שלום אלישיב, סברו אף הם שאין לתמוך בחקיקה זו, מחשש שגט שיינתן בעקבות הפעלת הסנקציות הנזכרות בה יהא מעושה שלא כדין.²⁰² הרציונל העיקרי לקביעות אלה היה שבית משפט אזרחי הפוסק בהתאם לחוק מפעיל על הסרבן לחץ כספי שלא מכוח חיוב המוטל עליו ממילא על פי המשפט העברי, ואשר שיעורו עשוי להיות גדול באופן ניכר מזה של החיוב שהאיש חייב בו לפי הדין העברי. נציגי הארגונים האורתודוקסיים שתמכו בחקיקת החוק הסבירו שהוא עולה בקנה אחד עם העקרונות המצויים, בין היתר, בתשובות הרבנים הרצוג ופיינשטיין. לדעתם, יש לדמות את הסעד הכספי המוענק לאשה לאור חקיקה זו לסעד של מזונות, שהאיש חייב בתשלומם על פי הדין העברי.²⁰³ כמו כן, בית הדין הרבני מסדר את הגט והוא יכריע בכל מקרה, לאור נסיבותיו, אם לאור הלחץ הכלכלי שהופעל בבית משפט אזרחי קיים חשש מפני גט מעושה שלא כדין. בית הדין לא יאפשר גט בנסיבות

¹⁹⁷ N.Y. C.L.S. Dom. Rel. §§ 236 B(5)(h), B(6)(d) (2004). ראו גם Breitowitz (Between), לעיל הערה 116, בעמ' 237-209; Zornberg, לעיל הערה 116, בעמ' 733-735; Greenberg-Kobrin, לעיל הערה 116, בעמ' 374.

¹⁹⁸ Breitowitz (Plight), לעיל הערה 116, בעמ' 407-406; Breitowitz (Between), לעיל הערה 116, בעמ' 210, 249-246.
¹⁹⁹ ראו Breitowitz (Plight), לעיל הערה 116, בעמ' 209, הערת שולים 611; Nadel, לעיל הערה 116, בעמ' 97, הערת שולים 325; Zornberg, לעיל הערה 116, בעמ' 756, הערות שולים 240-239. ראו גם הטיעון שטייטס הצעת החוק, שנחקק במדינת ניו יורק בשנת 1992, הופצה בקרב רבנים וארגונים יהודיים, ובכללם אגודת ישראל, ולא היתה לה התנגדות לפני החקיקה: M. Jacob, "The Agunah Problem – Clearing Up Some Misunderstandings About the So-Called New York State Get Law", *Jewish Press*, January 21, 1994, 41, note 10. ראו גם רבני רבנות אגודת ישראל, "Comments on the New York State Get Law", *Chicago Rabbinical Council*, תמך בחקיקה זו. ראו G. Schwartz, "Comments on the New York State Get Law", *Journal of Halacha & Contemporary Society* (1994) 26.

²⁰⁰ הכותב מצייין שבית דין רבני יוכל להבחין בנקל בין מקרה בו הבעל נותן גט כתוצאה מלחץ כלכלי, לבין מקרה שבו הלחץ הכלכלי אינו פוגם ברצונו החופשי והגט אינו מעושה שלא כדין.
²⁰¹ Breitowitz (Between), לעיל הערה 116, בעמ' 209, הערת שולים 611; Nadel, לעיל הערה 116, בעמ' 96-98; Zornberg, לעיל הערה 116, בעמ' 757-756; P. Hellman, "Playing Hard to Get: Orthodox Jews and the Women Who Have Trouble Divorcing Them", *New York Magazine*, January 25, 1992, 40, 45.

²⁰² Malinowitz, לעיל הערה 127, בעמ' 13; מלינוביץ, לעיל הערה 127, בעמ' נג-נז; צ' גרטנר, "בענין ובגוים חובטין אותו", שם, סב-סח. ראו גם Breitowitz (Plight), לעיל הערה 116, בעמ' 406; Breitowitz (Bwteen), לעיל הערה 116, בעמ' 248.

²⁰³ ראו פסקי ההלכה של הרב שלמה זלמן אויערבך והרב יוסף שלום אלישיב: ש"ז אויערבך, "תשובה בענין הנ"ל", מוריה, יט, גליון א-ב (ריז-ריח) (תשנ"ג), סא; י"ש אלישיב, "תשובה בענין הנ"ל", שם, נח-ס. ראו גם Breitowitz (Bwteen), לעיל הערה 116, בעמ' 232-230; Nadel, לעיל הערה 116, בעמ' 98; Hellman, לעיל הערה 200, בעמ' 45. יש הטוענים שהשאלה ההלכתית לא הוצגה בצורה נכונה בפני הרב שלמה זלמן אויערבך והרב יוסף שלום אלישיב. ראו Schwartz, לעיל הערה 199, בעמ' 5-25.

²⁰³ ראו Schwartz, לעיל הערה 199, בעמ' 33-34.

בהן האשה חייבת להשיב סכומי כסף שקיבלה על יסוד פסק דינו של בית המשפט האזרחי, כולם או מקצתם, כתנאי מוקדם למתן הגט.²⁰⁴ האסמכתא העיקרית של התומכים בחקיקה זו נמצאה בתשובה שהשיב הרב יצחק ליעבעס, אב בית דין של איגוד הרבנים בארצות הברית, ביחס להצעת חוק שקדמה לתיקון של 1992.²⁰⁵ הנחת היסוד של הרב ליעבעס הייתה, שההסדר המוצע יעלה בקנה אחד עם עקרונות ההלכה, הגם שהוא לא דן (מכיוון שלא נדרש לדון) במאפיינים הקונקרטיים של ההצעה.²⁰⁶ מן הוויכוח ההלכתי לגבי תיקון החקיקה ניתן ללמוד, כי ישנה חשיבות רבה להתאמת הסעד הנפסק בערכאה האזרחית לעקרונות המשפט העברי, שהרי אפילו לדעת המצדדים בחוק – אין בשימוש בו כדי לפגום בתוקף הגט רק אם ובמידה שקיימת זיקה מספקת בין הסעד הנפסק מכוחו לבין העקרונות הללו.

גם בקנדה נעשה ניסיון להתמודד עם מצוקתן של מסורבות הגט באמצעות חקיקה. תחילה נקבע הסדר מיוחד באונטאריו בלבד,²⁰⁷ ולאחר מכן הוחל הסדר דומה על כל הפרובינציות בקנדה.²⁰⁸ החוק הקנדי מאפשר לכל אחד מבני הזוג להגיש לבית המשפט תצהיר שלפיו הוא הסיר או מוכן להסיר את כל המכשולים המונעים מכן הזוג השני נישואין דתיים נוספים, בעוד שהאחרון לא עשה כן. לאחר חמישה עשר ימים מיום הגשת התצהיר, או במועד מאוחר יותר שנקבע על ידי בית המשפט, רשאי בית המשפט למחוק בקשות, טענות או תצהירים שהוגשו או נטענו על ידי הצד ה"סרבן" במסגרת הליך הגירושי האזרחי עד להסרת המכשולים.²⁰⁹ בין היתר עשוי בית המשפט למנוע מן הסרבן להעלות טענות הגנה כנגד תביעה להגדלת שיעור המזונות (כגון טענה בדבר מצב כלכלי).²¹⁰ עם זאת, בית משפט אזרחי בקנדה אינו שוקל שיקולים הלכתיים. בעיה קשה תתעורר אם בית משפט אזרחי יפסוק שהאיש צריך לשלם סכום מזונות גבוה מאוד, החורג באופן משמעותי מזה שהיה פוסק בית דין רבני באותן הנסיבות.²¹¹ קיים חשש שבית הדין הרבני, שצריך לסדר את הגט, יחשוש שמא הוא יהא מעושה שלא כדין. על כן הוצע בספרות המשפטית, שכל מי שעושה שימוש בחוק, יתייעץ מראש עם אדם הבקיא בתחום המשפט העברי, ויימנע מהגשת תביעה שתוביל לפסיקת סכום מופרז לאור עקרונות משפט זה.²¹²

גבולותיה של זכות התביעה בנוזקין אותה אנו מציעים כאן עולים, לכאורה, בקנה אחד עם עקרונות המשפט

²⁰⁴ ראו Schwartz, לעיל הערה 199, בעמ' 34. ראו גם את דעת הרב אברהם ישעיהו קרליץ, שלא בהקשר הספציפי של מזונות בבית משפט אזרחי, שכאשר היתה כפיה שלא כדין, ולאחר מכן הסכים הבעל, מרצון חופשי, לתת גט, שלא מחמת הכפיה, והצהיר לפני מתן הגט שנותן גט מרצון, הגט תקף. ראו חזון איש, אבן העזר, נשים (בני ברק, תשמ"ה), גיטין, צט סעיף קטן ג.

²⁰⁵ שו"ת בית אבי, ד (ניו יורק, תשמ"ה), קסט. לדעת הרב ליעבעס, כאשר ניתן פסק דין של בית דין רבני שהאיש צריך לגרש והוא אינו מגרש, ולאחר מכן בית משפט אזרחי מורה לבעל לגרש ואומר לו שאם לא יגרש הוא יענש בקנס כספי אין חשש של גט מעושה שלא כדין כיוון שבית המשפט האזרחי פועל בשרות בית הדין היהודי, וכאילו אומרים לו "עשה מה שישראל (בית הדין היהודי) אומרים לך". מכאן ש"עיקר החוק שנתקבל בבתי המחוקקים הוא על פי הצעתם של יהודים ת"ח (=תלמידי חכמים), שומרי משמרת הקודש, למען תקנת עגונות, וזהו כמו שאומרים לו העכו"ם (=העובדי כוכבים ומזלות - בית משפט של נכרים) 'עשה מה שישראל אומר' וכשר".

²⁰⁶ לכן יש הטוענים שפסיקת הרב ליעבעס אינה תומכת, למעשה, בתיקון של 1992. בראש ובראשונה, הרב ליעבעס הניח שקיים פסק של בית דין רבני המחייב את האישה לתת גט לפני נקיטת האמצעים בבית המשפט האזרחי, בעוד שהחוק שנתקבל בסופו של דבר אינו מתנה את סמכותו של בית המשפט האזרחי בכך שניתן פסק דין רבני. ראו: Malinowitz, לעיל הערה 127, בעמ' 12-13. המחבר מפקפק בתוקף ההלכתי של גט שניתן ללא הסמכה מפורשת שנתן בית דין יהודי לבית משפט אזרחי לפעול כשלוחו בתחום כפיית הגט.

²⁰⁷ J.T. Syrtash, *Religion and Culture in Canadian Family Law* (Butterworths: Toronto, Vancouver, 1992) 128

²⁰⁸ Divorce Act, R.S. 1985, c. 3, § 21.1. ראו גם Syrtash, שם, בעמ' 147-148, 161, 178.

²⁰⁹ שם, בע' 132. לבית המשפט שיקול דעת בעניין זה. אולם הצד הסרבן יצטרך לשכנע את בית המשפט, שלאור נסיבות העניין סרבנותו מוצדקת, ובדרך כלל קשה להוכיח שהסרבנות מוצדקת.

²¹⁰ שם, בע' 134, 150.

²¹¹ במקרה זה לא ניתן להסתמך על עמדתו המקלה של הרב משה פיינשטיין.

²¹² ראו Syrtash, לעיל הערה 207, בעמ' 134, 150. לטענה לפיה השימוש באמצעי הקבוע בחוק הקנדי עלול להוביל למתן גט מעושה שלא כדין ראו גם Malinowitz, לעיל הערה 127.

העברי. הזכות נתונה לאישה במקרה שניתן לטובתה פסק דין בדרגת "כופין", והיא נתונה לה גם כאשר קיים חיוב לגרש, בכפוף לסייג לעניין שיעור הפיצוי: שיעור זה צריך קטן, שווה או גדול אך במקצת משיעור הרכיב העונשי במזונות עונשיים שבית דין רבני היה יכול להטיל על הסרבן. בנסיבות אלה ניתן לטעון, כי לאור גישת הרב פיינשטיין, הנחשב לפוסק גדול ובר סמכא, אין כל פסול בכך שהסעד נפסק על ידי ערכאה אזרחית.

יטען הטוען, כי חישוב היקף המזונות במשפט העברי, המושתת על אומדן רמת החיים, אינו מדע מדויק. הרכבים שונים נוטים לפסוק סכומים שונים בנסיבות דומות. לכן הגדלת שיעור המזונות בבית דין רבני באמצעות הטלת חיוב תשלום מזונות עונשיים אינה בהכרח סטיה מן הדין. לעומת זאת, כשבית משפט אזרחי מטיל חיוב בתשלום פיצויי נזיקין לא מופעל כל שיקול דעת לאור עקרונות המשפט העברי בנוגע להיקף החיוב, ולחיוב זה אין כל מקור ובסיס לאור עקרונות אלה. תשובתנו לטענה זו כפולה. ראשית, הרב פיינשטיין לא חשש לתוקפו של גט שניתן לאחר פסיקת מזונות בבית משפט אזרחי אמריקני כאשר הסכום שנפסק קטן, זהה, או גדול במקצת מסכום מזונות שהיה פוסק בית דין דתי יהודי, למרות שבית משפט זה אינו מפעיל כל שיקול דעת הלכתי.²¹³ שנית, במסגרת המודל המוצע על ידנו כאן ישולמו פיצויי הנזיקין ממזונות ושיעורם ייקבע בהתחשב עם עקרונות המשפט העברי מתוך שאיפה כנה למנוע תקלה מן האישה בעת סידור הגט. על כן לא ניתן יהיה לאמר שהפיצויים נפסקים ללא כל זיקה לעקרונות המשפט העברי.

יחיאל קפלן סבור, שכדי לצאת ידי כל הספקות יש לסייג בחוק את זכות התביעה, הן לעניין הנסיבות שבהן ניתן להגישה (כגון דרגת פסק הדין של גירושין), הן לעניין הסכום שניתן לפוסקו והן בנוגע לאופן התשלום (כמזונות). בדרך זו יוכל בית הדין הרבני להתייחס לפסיקת פיצויי נזיקין על ידי ערכאה אזרחית כאל פעולה הנעשית בשליחותו לשם קיום פסק דינו בעניין הגירושין והחשש מפני גט מעושה יוסר. כמו כן סבור יחיאל קפלן, שכדי למנוע חשש שהרכב מחמיר בבית הדין הרבני יימנע מסידור הגט לאחר פסיקת פיצויי נזיקין בבית משפט אזרחי.²¹⁴ אפשר לשקול הסמכה בחוק של בית הדין הרבני להורות לאישה להשיב לאיש את אותו החלק מסכום הפיצויים החורג אל מעבר לגבולות הסנקציה הכספית שניתן היה להטיל עליו על פי עקרונות המשפט העברי מבלי לפגום בתוקפו של הגט.

שתי ההצעות אינן מקובלות על רונן פרי. אשר להצעה הראשונה, דעתו היא שכל עוד השאיפה שלא לפגוע במסורבת הגט על ידי סיכול מאמציה לקבלת גט תקף עומדת לנגד עיניו של בית המשפט לענייני משפחה, אין כל צורך בהתערבות חקיקתית. די בפרסומו של מאמר זה כדי להבהיר לכל שופטת ושופט מהו הקושי וכיצד ניתן להתמודד עימו. כל אימת שבתי המשפט בוחנים את שאלת קיומה והיקפה של חובת הזהירות בעולת הרשלנות הם מתמודדים עם שיקולי המדיניות הרלוונטיים ומשתדלים לגבש פתרון ראוי לאורם. אין שום סיבה לייחס ולייחד את בעיית אחריותם של סרבני הגט ולהוציאה מידיהם הנאמנות. יתר על כן, לא ברור עד כמה ניתן יהיה לשכנע רבנים ודיינים ליטול חלק פעיל במהלך

²¹³ ראו תשובות הרב פיינשטיין, **לעיל** הערות 155 ו-194-195.

²¹⁴ יש מחמירים, וחוששים, שכאשר סנקציה של קנס כספי מופעלת כנגד סרבן גט, הגט יחשב כמעושה שלא כדין כיוון שקיימת בעיית אונס ממון (ראו **לעיל**, הערות 110 ו-183), אף בנסיבות בהן פוסקי הלכה, כגון הרב הרצוג והרב פיינשטיין, סבורים שהגט כשר (ראו י"ד בלייך, "הצעה לפתרון בעיית בעל המסרב לגרש", **לעיל**, הערה 110, ע' קנז, בהערה 7. ראו גם חשש מפני דעת מיעוט בנוגע לאונס ממון: י"ד בלייך, "הסכם ממון למניעת סירוב לגרש", **לעיל**, הערה 110, בע' 276. יש הסבורים שיש להתחשב בדעת מיעוט זו, כיוון שבסוגיית כפיית גט קיים "חשש של איסור חמור של אשת איש וממזרות", ולדעתם, עקב חששות אלה "בעלי הוראה (= פוסקי ההלכה) מתנגדים בחריפות לכל הצעה המעוררת חשש על כשרות הגט אפילו הגט כשר הוא לדעת רוב הפוסקים".

שייתן גושפנקא להתערבות אזרחית במהלך הגירושיין. יש הבדל גדול בין השלמה בדיעבד של רבנים ודיינים עם קיומו של מסלול אזרחי מקביל לטיפול בבעייתן של מסורבות הגט (כאשר זה נסלל תוך התחשבות בעקרונות ההלכה) לבין מעורבות פעילה בסלילתו. אשר להצעה השנייה: דעתו היא שהסמכת בית דין רבני להורות על השבת כספים שנתקבלו בהליך אזרחי אינה נחוצה ואינה ראויה. אין בה צורך לנוכח התאמתו של המודל המוצע כאן לעקרונות המשפט העברי. כמו כן, אין זה ראוי להעניק לבית הדין הרבני כוח לבטל, הלכה למעשה, פסקי דין של ערכאות אזרחיות שניתנו כדין תוך פגיעה בעקרון סופיות הדיון ובעצמאותן המהותית והאינסטיטוציונלית של הערכאות האזרחיות.

(ו) מדיניות ההלכה: פתרון מצוקתן של מסורבות הגט

אין ספק, כי פסיקת פיצויי נזיקין למסורבות גט חייבת להיעשות מתוך התחשבות בדיני הגירושיין העבריים. הכרה בזכות תביעה בנזיקין בהתעלם ממערכת דינים זו עלולה להוביל את מסורבת הגט מן הפח אל הפחת. היא אולי תזכה בפיצוי, אך לא בגט תקף. לכן זכות התביעה שאנו מציעים כאן מסוייגת בסייגים שתכליתם לסלק את החשש שמא הגט שיינתן בעקבות התביעה יהא מעושה שלא כדין. "הצלחתו" של הפתרון הנזיקי תלויה, במידה רבה, בנכונות פוסקי ההלכה ובתי הדין הרבניים להסכים, כי ההכרה בזכותה של האישה לתבוע פיצוי על סבלה בפני ערכאה אזרחית, בכפוף למגבלות שמקורן במשפט העברי, אינה פוגמת בתוקפו של הגט שיינתן לה. יש לנו שתי סיבות טובות לצפות, כי פוסקי ההלכה והדיינים בבתי הדין הרבניים לא ישללו על הסף את האפשרות של שימוש בתביעת נזיקין במתכונת המוצעת על ידנו לצורך הקלת מצוקתן של מסורבות הגט. ראשית, הצעתנו נסמכת על עקרון של "כפיה בדרך ברירה", המקובל על חכמי ההלכה. העובדה שאת האחריות בנזיקין מטילה ערכאה אזרחית לא תפגע, לדעת הרב פיינשטיין, בתוקף הגט, כל עוד תישמר הזיקה הנדרשת בין פיצויי הנזיקין לעקרונות המשפט העברי. שנית, הצעתנו תואמת את המדיניות הכללית של ההלכה ביחס למסורבות גט. לאורך כל הדורות ניכרת במשפט העברי רגישות למצבן של נשים הכלואות במסגרת הנישואין כנגד רצונן ונכונות רבה לאמץ פתרונות יצירתיים שיש בהם כדי לסייע להן.²¹⁵

מדיניות ההלכה בהקשר הנדון מתבטאת, בראש ובראשונה, בנכונות לחפש פתרון הולם למצוקת אישה הטוענת טענת "מאיס עלי".²¹⁶ בשלב מסוים חכמי הלכה חשובים הכירו בעילה סובייקטיבית לכפיית גט: עילת "מאיס עלי". העילה זכתה לעיגון בתקנת הגאונים (הקרויה "תקנה דמיתבתא") ובפסיקת הרמב"ם הנסמכת על פרשנות הדין התלמודי הנוגע למורדת הטוענת "מאיס עלי".²¹⁷ אולם בסופו של דבר, במיוחד בשל התנגדות רבנו תם,²¹⁸ נתקבלה בקרב חכמי

²¹⁵ לפירוט ההצעות השונות שהועלו לשם פתרון מצוקת מסורבות הגט ראו י"ש קפלן, "מגמה חדשה בנוגע לקיום פסקי דין של גירושיין: שיקולי מדיניות לאור עקרונות המשפט העברי וחוקי היסוד" **מחקרי משפט** כא (תשס"ה), **.

²¹⁶ לדיון מפורט בהתפתחות עילת המורדת ראו וסטרייך, לעיל הערה 167.

²¹⁷ לדעת גאוניי בבל, עולה מן הדיון בתלמוד הבבלי בעניין אישה מורדת, הנמנעת מלחיות חיי אישות עם בעלה, שאין "כופין" לגרש אישה כזו, כאשר היא טוענת שבעלה מאוס עליה ("מאיס עלי"). ראו מ' שפירא, "גירושיין בגין מאיסה" **דיני ישראל** ב (תשל"א) 117-123; י' וינרוט **דין המורדת** חיבור לשם קבלת תואר דוקטור לפילוסופיה (תל אביב, תשמ"א) 25-27 (להלן: "וינרוט, **דין המורדת**"); א' בארי, **לעיל** הערה 106, בע' 31-6; Friedman *Jewish Marriage*, supra note 104, at pp. 323-324. עם זאת, בהמשך חל שינוי בדין התלמודי מכוח חקיקה. בתקופת הגאונים הותקנה עקב צורכי הזמן תקנה, הקרויה "תקנה דמיתבתא" שלפיה כופין את האישה לגרש בגין טענה סובייקטיבית – "מאיס עלי" – כדי שבנות ישראל, שנהגו לעתים לפנות לבתי דין של נוכרים כדי שיסייעו בידן בפתרון בעיית סרבנות הגט, יפנו לבית דין יהודי בטענת "מאיס עלי", ולאור הדין החדש יוכל הלה להושיט להם סעד שלא יפגום בתוקף הגט. ראו **תשובות הגאונים, שערי צדק**, ד (ירושלים, תשכ"ו).

לדעת רבים מחכמי ההלכה, הרציונל העומד ביסודן של תקנת הגאונים ופסיקת הרמב"ם בעניין "מאיס עלי" לא בטל ועבר מן העולם. בספרות הגאונים בעניין תקנת הגאונים בנוגע ל"מאיס עלי", נזכר לעיתים הנימוק של רב נטרואי גאון לתקנה: "כדי שלא תצאנה בנות ישראל לתרבות רעה".²²⁰ בימי הביניים כתב הראב"ה, שכיון שקיימת מחלוקת בקרב חכמי הלכה גדולים בנוגע להתייחסות ההלכתית למורדת: "יתנו לב, לפי העניין, להעמיד דבר על אופניו, שלא תצאנה בנות ישראל לתרבות רעה".²²¹ בחברתנו המתירנית, חשש זה, שמא תחיה האישה חיי אישות עם אדם שאינו בעלה, עדיין שריר וקיים. בדורות האחרונים עמד חשש זה, בין היתר, לנגד עיניו של הרב עובדיה הדאיה.²²² גם הרב עובדיה יוסף והרב אליעזר יהודה ולדנברג ייחסו חשיבות לשיקול זה בתשובותיהם.²²³ המלומד בארי הדגיש, שאף לאחר שחלה נסיגה מן התפיסה ש"כופין" לגרש כאשר האישה טוענת "מאיס עלי", היו פוסקים, בדורות שונים, שכתבו ש"כופין" לגרש אישה הטוענת "מאיס עלי" כשיש בכך "תקנה לאישה וצורך השעה", דהיינו, כאשר קיים חשש לעיגון

שער ד, טו; **תשובות הגאונים, חמדה גנוזה** (ירושלים, תשכ"ז), פט; קמ; ב"מ לוי **אוצר הגאונים, כתובות** (ירושלים, תרצ"ט) 191-192; **הלכות הרי"ף**, כתובות, סג ע"ב; ח' טיקוצ'ינסקי **תקנות הגאונים** (תל אביב – ירושלים, תש"ך) 11-29; שפירא "גירושין בגין מאיסה", **שם**, בע' 130-124; א' בארי, **לעיל** הערה 106, 31-34, 224-228; ריון-צבי, **לעיל** הערה 106, בע' 257-260. בנוסף לתקנת הגאונים, בימי הביניים הייתה קיימת בע' 32-33; אלון **המשפט העברי** 541-546; ריון-צבי, **לעיל** הערה 106, בע' 257-260. כופין אותה לשעתו לגרשה, לפי המיטה היא הנקראת מורדת ושואלין אותה מפני מה מרדה. אם אמרה: 'מאיתיהו, ואיני יכולה להיבעל מדעת' – כופין אותה לשעתו לגרשה, לפי שאינה כשבויה שתבעל לשנוא לה'. ראו **משנה תורה**, אישות, יד, ח-א. תקנת הגאונים ופרשנות הרמב"ם לדין התלמודי, יצרו עילת גירושין חדשה, סובייקטיבית, זמינה. די בכך שאישה תביע תחושת דחייה ומיאוס בבעלה, על מנת שהיא תשיג את מבוקשה: הפעלת סנקציות חריפות נגד הבעל, המופעלות כאשר "כופין" לגרש. למעשה, עילת גירושין סובייקטיבית ורחבת טווח זו, פורצת את גדרות הרשימה הסגורה של עילות הגירושין, שבגינן "כופין" לגרש, המתנות רובן ככולן בקיומן של נסיבות מסוימות ומוגדרות. על הפוטנציאל הגלום בקביעה ש"כופין" לגרש כשהיא אומרת "מאיס עלי", לצורך פתרון מצוקת מסורבות הגט בזמננו, עמד בין היתר פרופ' א' ריון-צבי. ראו ריון-צבי, **שם**, בע' 257, 267-268.

²¹⁸ רבי יעקב בן מאיר, הקרוי "רבינו תם", היה מחכמי צפון צרפת במאה ה"ב.

²¹⁹ ראו נימוקי הרשב"א, בתשובותיו, **שו"ת הרשב"א**, א (בולוניה, רצ"ט), תקעג, אלף קצב; **שו"ת הרשב"א**, א (בולוניה, רצ"ט), אלף רלה, ובמקבילה: **שו"ת הרשב"א המיהוסות לרמב"ן** (ונציה, רצ"ט), קלד. בנוגע לתקנת הגאונים, רוחה הדעה שהיא נתקנה לשעתה, עקב המציאות ששררה בתקופת הגאונים, כשבנות ישראל היו חצופות ונתלו בנכרים ואינה חלה במציאות החדשה, שבה תופעה זו אינה קיימת. הרא"ש התחשב בעובדה שיתכן שימוש מניפולטיבי, לא ראוי, בטענת "מאיס עלי" של בנות ישראל "פרוצות": "כי בעוונותינו בנות ישראל הן פרוצות בזמן הזה, ואיכא למיחש (=ויש לחשוש) שמא נתנה עינה באחר" – **שו"ת הרא"ש** (ירושלים, תשנ"ד), מג, ו-ט; ומה שכתב רבי יעקב בן אשר, בשם אביו, הרא"ש, **בטור**, אבן העזר, קנד. ראו עוד א' בארי, **חיוב הבעל, לעיל** הערה 106, 243-241; שרשבסקי, **לעיל** הערה 107, בע' 201-202, והערה 72 שם; אלון **המשפט העברי** 544-545; ריון-צבי, **לעיל** הערה 106, בע' 257; ח' איזירר "חיוב גט ומזונות למורדת ד'מאיס עלי" **שורת הדין ב** (תשנ"ד) סד, עח. גם פסיקת הרמב"ם בנוגע לכפיית גט כאשר האישה מורדת בטענת "מאיס עלי" לא נתקבלה על דעתם של חכמי הלכה חשובים בדורות הבאים. ראו **שו"ת הרא"ש** (ירושלים, תשנ"ד), מג, ו; ח' **שו"ת הרשב"א**, א (בולוניה, רצ"ט), תקעג; אלף קצב; ז (ורשה, תרנ"ט), תיד; **שו"ת מהרי"ק** (ירושלים, תשמ"ח), סג; **בית יוסף**, אבן העזר, עז. עם זאת, בנוגע לספרד בראשית המאה הי"ד, העיד הרא"ש בתשובתו, שם: "אני רואה שבאלו הארצות רוב הגיונם בספרי ר"ף ז"ל... נהגו כך"; כמו כן כתב, בסמוך לזמנו, החכם הספרדי, הרשב"א – **שו"ת הרשב"א**, ב (ליוורנו, ת"ז), רעו – שאם נהגו במקום מסוים כדעת הרמב"ם, ש"כופין" לגרש כאשר האישה מורדת מסוג "מאיס עלי": "אין בנו כוח לחלוק עליהם ולבטל דבריהם", מפני שגם הגאונים ייקנו ש"כופין" לגרש בנסיבות אלה. בנוגע לגירושין בגין עילת "מאיס עלי" ראו גם **שו"ת הרדב"ז**, ב, תש; **שו"ת שבט הלוי** (בני ברק, תשמ"ג), כז; הרצוג, **לעיל** הערה 170; **שו"ת היכל יצחק**, אבן העזר, א (ירושלים, תש"ך), ג.

²²⁰ **שו"ת הגאונים, חמדה גנוזה** (ירושלים, תשכ"ז), פט. ראו גם **שו"ת מהר"ח אור זרוע** (ליפסא, תר"ך), סט; ח' טיקוצ'ינסקי **תקנות הגאונים** (תל-אביב, ירושלים, תש"ך), 11; ז' פלק "המורדת על בעלה", **סיני** מט (תשכ"א), קפב; שפירא "גירושין בגין מאיסה", **לעיל** הערה 34, עמ' 126, 130; ז' ורהפטיג, **לעיל** הערה 110, עמ' 186; א' בארי, **חיוב הבעל, לעיל** הערה 106, עמ' 227, 283.

²²¹ **מרדכי**, כתובות, קפו. ראו גם **שו"ת ציצ אליעזר**, ד (ירושלים, תשמ"ה), כא.

²²² ראו **שו"ת ישכיל עבדי**, (ירושלים, תשל"ו), אבן העזר, כו; שם, קו.

²²³ ראו **שו"ת ציצ אליעזר**, ד (ירושלים, תשמ"ה), כא. ראו גם השיקול שמא תצא האישה לתרבות רעה, כבסיס להפעלת סנקציה כנגד הבעל כדי שיגרש את אשתו, בתשובת הרב עובדיה הדאיה – **שו"ת ישכיל עבדי**, ו (ירושלים, תשמ"ב), אבן העזר, כד. הרב עובדיה יוסף כתב באחת מתשובותיו: "ובאמת שאפילו לדעת הפוסקים דס"ל (= דסבירא ליה = שסבירים) שאין כופים אותו להוציא (= לגרש) בטענת מאיס עלי, י"א (= יש אומרים), שמצווה מוטלת על הבעל לגרשה ומכ"ש (= ומכל שכן) כשיש חשש שע"י (= שעל ידי) השהייתו תצא לתרבות רעה... שבוה"ו (= שבזמן הזה)... בארצות החופש והדרור ואיש הישר בעיניו יעשה, ורבתה החוצפה בעולם, והניסיון הורה שכאשר עוזבות את בעליהן בטענת מאיס עלי, ואשתהווי אשתהו (= שוהות) מבלי לפטרם בגט, הולכות ויושבות עם גברים אחרים, וגם בוש לא יבושו, וגם הכלם לא ידעו, ומרבין ממזרים בעולם... ראוי להתחשב מאוד בתקנת הגאונים ומכ"ש (= ומכל שכן) כשהיא צעירה, ויש חשש ממשי שתצא לתרבות רעה, ואין סיכויים כ"כ (= כל כך) שתחזור לבעלה, שנראה שהרוצה לעשות מעשה לכופו להוציא (= לגרש) יש לו ע"מ (= על מה) שיסמוך, שהרי חזרה חששת הגאונים 'פן תצא לתרבות רעה' למקומה, והכל לפי העת והזמן". - **שו"ת יביע אומר**, ג (ירושלים, תשמ"ו), אבן העזר, יח. ראו גם ריון-צבי, **לעיל** הערה 106, בע' 256, 263.

מתמשך, ובמיוחד כשחוששים שעקב כך תצא לתרבות רעה ותידרדר לשמד ולזנות.²²⁴

כמו כן, אפילו רבנו תם, אשר סבר שכאשר האישה היא מורדת מסוג מאיס עלי אסור לגרום לגירושין באמצעות שימוש באמצעי הכפייה החריפים המופעלים כש"כופין" לגרש, כגון: כפייה בשוטים, או "בגזירות וחרמות",²²⁵ הסכים שיש לסייע לאישה הטוענת "מאיס עלי", ולכן התיר שימוש בהרחקה חברתית כסנקציה כנגד סרבן הגט, וזאת כיוון ש"גם ליבו של ר"ת (= רבינו תם) היה עם הטוענת 'מאיס עלי' ואף הוא חיפש תקנה שלא תתענגה בנות ישראל... יגע ומצא פתרון לבעיית המאיסה... אילו סבור היה רבינו תם שהבעל נוהג כשורה, ושלאישה אין כל מעמד בטענת המאיסה, לא היה טורח להמציא את האמצעי המתוחכם של ההרחקה".²²⁶

אכן, במרוצת הדורות גברה המגמה המחמירה ביחס לפתרון מצוקת מסורבת הגט באמצעות עילת מאיס עלי. לדעת רבים מהפוסקים, טענת "מאיס עלי", כשלעצמה, אינה עילה מספקת לפסיקה ש"כופין" גט. בתי הדין הרבניים בישראל חששו לפסוק ש"כופין" לגרש בגין עילת "מאיס עלי", כשהיא עומדת לבדה, מחשש שמא אין בסיס הלכתי מוצק במידה מספקת לפסוק ש"כופין" לגרש בנסיבות אלה. בעקבות מגמה מחמירה זו ניאותרו בתי הדין הרבניים לפסוק ש"כופין" לגרש על סמך טענת "מאיס עלי" רק כאשר בנסיבות העניין התקיימו כמה עילות גירושין, אשר לפחות אחת מהן – פרט ל"מאיס עלי" – מצדיקה, לדעת פוסקים מסוימים, קביעה ש"כופין" לגרש.²²⁷ עם זאת, במקרים חמורים וקשים במיוחד, היו דיינים בבתי הדין הרבניים בישראל, שסברו ש"כופין" לגרש כאשר האישה מורדת מסוג "מאיס עלי" באמתלא מבוררת "גדולה... ומפורסמת לכל".²²⁸ כמו כן, מקובלת הדעה, שכאשר האישה טוענת "מאיס עלי" ומוכיחה לבית הדין בראיות משכנעות שקיימת "אמתלא מבוררת" למיאוס קיים חיוב לגרש.²²⁹

²²⁴ ראו בארי, **חיוב הבעל, לעיל** הערה 106, בע' 288. הוא הסתמך, בין היתר, על תשובת מהר"א אבן טוואה, שבה נכתב: "אפילו לדעת האומרים שאין לכפות את הגט אלא באותם שהזכירו חז"ל כפייה (= במקרים בהם נאמר בספרות חז"ל ש"כופין" לגרש), ומכל מקום ראיתי שהם עצמם מתירים לכתחילה לכופ כשיראה להם שהעניין צריך לכך... אפילו לדעת הסוברים שלא לכופ, אם יש צורך שעה בכפייה - יכופו" - **תשב"ץ**, ד, הטור השלישי (למברג, תרנ"א), לה. כמו כן מלומדים הזכירו בהקשר זה את הסבר הרדב"ז (= רבי דוד בן שלמה זמרא). ראו **שו"ת הרדב"ז**, א (ירושלים, תשל"ב), קפז. ראו גם א' בארי, **שם, שם**; ורהפטיג, **לעיל** הערה 110, בע' 216-215.

²²⁵ **ספר הישר, שו"ת** (ברלין, תרנ"ח), כד.
²²⁶ וינרוט **דין המורדת, לעיל** הערה 34, בע' 432-431. 439 הסביר יעקב וינרוט שלדעתו הרחקות רבינו תם גן גישור קונספטואלי בין דעת הרמב"ם, שסבור ש"כופין" גט במורדת בטענת מאיס עלי, ובין דעת רבינו תם. גם רבינו תם מכיר בצורך למנוע מהאישה נישואין כפויים, שהתגלה בהם פגם חוסר ההתאמה. כל המחלוקת בינו ובין הרמב"ם היא מה האמצעי שבו מותר וראוי לנקוט כדי להתיר את קשר הנישואין. בנוגע לרצינות השימוש בהרחקות רבינו תם כשהאישה טוענת "מאיס עלי", לדעת רבינו תם, ראו תיק 3977/מא, פד"ר יב, 324, 337-338.

²²⁷ ראו שפירא "גירושין בגין מאיסה", **לעיל** הערה 34, בע' 153-146; **שו"ת יביע אומר**, ג (ירושלים, תש"ך), אבן העזר, יח-כ; איזירר, **לעיל** הערה 219, בע' סד, עח; א' רוזן-צבי **פתרונות לבעיות אישות** (תל אביב, תשמ"ו); רוזן-צבי, **דיני המשפחה בישראל בין קודש לחול, לעיל** הערה 106, בע' 257, 268-267. היו שהציעו לעשות שימוש בעילת הגירושין, שבגינה, לדעת הרב חיים פאלאגי, "כופין" לגרש: עילת העדר שלום בית. לדידו של הרב חיים פאלאגי, פירוד של 18 חודש בין בני הזוג מהווה הוכחה להיעדר סיכוי להשכנת שלום בית ובגינו קיימת עילה לפסיקה ש"כופין" לגרש. ראו ערעור של"ב / 122, פד"ר ט, 200; ערעור תשל"ד / 67, פד"ר י, 168. במקרה אחר, גילה בית הדין אהדה לטיעון מעין זה של הבעל. ראו תיק תשל"ב / 404, פד"ר ט, 149; ערעור תשל"ג / 12, פד"ר ט, 152. ראו גם רוזן-צבי, **דיני המשפחה בישראל בין קודש לחול, שם**, בע' 139. במיוחד בנסיבות קשות, כגון קידושין בכפייה, וחשש שהאישה תיותר עגונה עקב סרבנות גט של הבעל, גילו אהדה לשיטת הרב חיים פאלאגי, כאחד מן השיקולים המאפשרים פסק ש"כופין" לגרש. ראו **שו"ת יביע אומר**, ג (ירושלים, תש"ך), אבן העזר, יח, כ. עם זאת, עילה זו, כשלעצמה, אינה מקובלת על בתי הדין הרבניים כעילה המצדיקה פסק ש"כופין" לגרש. ראו א' רוזן-צבי **דיני המשפחה בישראל בין קודש לחול, שם**, בע' 257. בתי הדין הרבניים, שלא קיבלו את שיטת הרמב"ם המאפשרת לפסוק ש"כופין" גט בטענת "מאיס עלי" ואת שיטת הרב חיים פאלאגי, מיעטו לפסוק ש"כופין" לגרש. רק לעיתים נדירות צרפו יחדיו את שיטת הרמב"ם והרב חיים פאלאגי, ופסקו ש"כופין" לגרש. עקב כך, במצב החוקי שהיה קיים בעבר, לפני שנחקק חוק בתי דין רבניים (קיום פסקי דין של גירושין), התשנ"ה-1995, בהתחשב בעובדה שנפסק שניתן להפעיל את המאסר בסעיף 6 לחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג-1953 רק כאשר "כופין" לגרש, ראו בג"ץ 822/88 **רוזנצוייג (ברוכוף) נ' היועמ"ש**, פ"ד מב(4) 759, 760 [להלן: עניין **רוזנצוייג (ברוכוף)**], נותרו נשים רבות ללא סעד יעיל.

²²⁸ ראו תיק מב/1530, פד"ר טו, 145, בע' 161, 168-171. עם זאת, ראו דעה חולקת של הרב ח"ש שאנן, **שם**, בע' 181-172. ראו גם במקבילה לחלק מפסק הדין: ש' כהן "כפיית הגט בזמן הזה" **תחומין** יא (תש"ן) 195, בע' 201. נראה, למשל, שנסיונות חמורות ומיוחדות היו קיימות במקרה הנדון בתשובת הרב עובדיה יוסף: **שו"ת יביע אומר**, ג (ירושלים, תש"ך), יח-כ.

²²⁹ ראו איזירר, **לעיל** הערה 219, בע' עג-קד. ראו גם את פסק הדין של הרבנים שלמה דיכובסקי, יוסף נדב וחיים גדליה צימבליסט בבית הדין הרבני הגדול, בתיק 2-64-023574569 מיום י"ב בכסלו התשנ"ט. בשלב מאוחר יותר החליט בית הדין הרבני הגדול להטיל על הבעל דהתם את צויו

בהחלטת בית הדין הרבני הגדול בעניין **אבן-צור**²³⁰ הסתמך הרב שלמה דיכובסקי על פסק דין קודם,²³¹ שבו סברו הדיינים, שהטוענת "מאיס עלי" צריכה להוכיח מדוע אישה מאוס עליה באמצעות "אמתלא מבוררת" רק כאשר יש חשש שמא הטוענת "מאיס עלי" נתנה עינה באחר. אולם "כל שהמאיסות ברורה לעיני ביה"ד (= בית-הדין), גם אם אין לכך הצדקה (= צידוק אובייקטיבי, באמצעות הוכחת אמתלא מבוררת), נחשבת האישה כאומרת מאיס עלי באמתלא מבוררת... ובפרט שבנדוננו ברור שיש קשר בין התנהגותו הברורה והתוקפנית של הבעל לבין מאיסות אשתו בו". בעקבות פסק דין זה אשר מקל, לכאורה, את נטל ההוכחה של אמתלא מבוררת לטענת מאיס עלי כתב השופט חשין, כי "נתחולל שינוי של-ממש בגישתה של ההלכה לעילת הגירושין של 'מאיס עלי'. נתחזקה במאוד הנטייה להיטיב עם האישה ולהחמיר עם האישה".²³² אולם ספק אם יש בסיס איתן לקביעה, שנתחולל שינוי כללי כזה במדיניות בתי הדין הרבניים בישראל. ראשית, קשה להתייחס לפסק הדין עצמו כמחולל שינוי כללי הן לאור נסיבותיו המיוחדות של המקרה (המודגשות על ידי הרב דיכובסקי) והן מפני שהדיינים האחרים שכתבו פסקי דין באותו המקרה לא הצטרפו לרב דיכובסקי בעניין ההקלה בדרישת ההוכחה של האמתלא המבוררת.²³³ שנית, העמדה המובעת בפסק דינו של הרב דיכובסקי לא הפכה לנחלת הכלל בקרב ציבור הדיינים. רבים מהדיינים בבית הדין הרבני הגדול ובבתי הדין הרבניים האזוריים עושים שימוש מסויג יותר בעילת הגירושין "מאיס עלי". למרות זאת נראה לנו שפסק דינו של הרב דיכובסקי מבטא נאמנה את שאיפת חכמי ההלכה לדורותיהם לסייע ככל שניתן בפתרון בעיית מסורבות הגט.

הצורך לפתור את מצוקת הטוענת "מאיס עלי" בא לידי ביטוי גם בסוגיית הזכאות למזונות. כשאישה מורדת בבעלה בטענת "מאיס עלי", היא מאבדת, באופן עקרוני, את זכותה למזונות.²³⁴ אולם, לדעת מספר פוסקים חשובים

ההגבלה המופיעים בסעיף (1)2-(4) ו-6 לחוק בתי דין רבניים. בנימוקי הפסק נאמר, בין היתר, ש"יש להחיל על הבעל הרחקה דר"ת (= דרבינו תם), גם אם לא נפסוק שחייב לגרש, מאחר שר"ת (= שרבינו תם) עצמו הורה כן בטענת 'מאיס עלי'". ראו החלטת הדיינים שלמה דיכובסקי, יוסף נדב וזלמן נחמיה גולדברג מיום כ"ז באדר התשנ"ט. במועד מאוחר יותר הוציא בית הדין הרבני הגדול גם צו האוסר על האיש עיסוק במקצוע המוסדר על פי דין מכוח סעיף (5) לחוק בתי דין רבניים וצו מאסר. ראו החלטת הדיינים שלמה דיכובסקי, יוסף נדב וזלמן נחמיה גולדברג מיום כ"א בכסלו התשס"א (18/12/2000). ההחלטה בעניין צו ההגבלה נתקבלה ברוב דעות כנגד דעתו החולקת של הרב יוסף נדב. בנימוקי הפסק נזכרו העובדות שהיוו בסיס לטענה שקיימת "אמתלא מבוררת" המצדיקה את טענות האישה שבעלה מאוס עליה. בדיון במקרה זה לא חזר הרב דיכובסקי על טענתו המקלה בעניין הוכחת "אמתלא מבוררת", מפני שנסיונות המקרה לא הצריכו טיעון מעין זה.

²³⁰ תיק נד/68 אבן צור נ' אבן צור (מיום י"ד בכסלו תשנ"ה - לא פורסם). לתמצית הפסק ראו: **הדין והדיין** 2 (תשס"ג) 3.

²³¹ בפסק הדין הפנו לתיק 1016/10, פד"ר י, 193, 201 ושם נדונה סוגיה אחרת. ראו פסק דין אחר, שבו נזכר טיעון זה: ערעור תשכ"ו/6, פד"ר ו, 325, בע' 344.

²³² בג"צ 1371/96 רפאלי נ' רפאלי, פ"ד נא(1) 198, 210 (להלן: עניין רפאלי).

²³³ נימוקיהם של הדיינים הנוספים בהרכב, הרבנים ישראל מאיר לאו ואליהו בקשי-דורון, הצרו את היקף תחולת עילת הגירושין "מאיס עלי" בהשוואה לפסק דינו של הרב דיכובסקי. הרב ישראל מאיר לאו אמנם הסכים במקרה זה שניתן לפסוק חיוב לגרש, אך לא ניכר מפסיקתו שהקל הקלות כלשהן בעניין דרישת הוכחה של "אמתלא מבוררת". הוא הזכיר תשובה של הרשב"ץ בעניין מקרה שנסיונותיו קשות יותר, אשר בו נפסק שהבעל חייב לגרש את אשתו. ראו **תשב"ץ**, ב (ירושלים, תשס"ב), ח. כמו כן, הזכיר הרב לאו את שיטת הרשב"א, לפיה טענת "מאיס עלי" אינה עילה, כשלעצמה, לפסק ש"כופין" את הבעל לגרש או שמחייבים אותו לגרש. ראו **שו"ת הרשב"א, המיוחסות לרמב"ן** (ונציה, רע"ט) קלח. עם זאת, הרב לאו סבר, כי כלל זה קיים בנסיבות חמורות פחות מהנסיבות שנדונו בפסק הדין, שבו, לדעת הרב לאו, הבעל "עבר כל מידה... נראית מגמתו לצער אותה ואינני רואה כל אפשרות סבירה כי ייכון שלום בית ביניהם". לכן, סבר הרב לאו, כי במקרה זה ניתן לפסוק שהבעל חייב לגרש את אשתו.

ואילו הרב אליהו בקשי-דורון בחן באיזו מידה קיימת "אמתלא מבוררת" שהאישה כנה בטענתה שבעלה מאוס עליה. הוא סבר, כי ההתנצחות בבתי הדין ובבתי המשפט במשך שנים רבות והחלחלה, שאוחזת באישה בכל פעם שהיא נדרשת לחזור ל"שלום בית" עם בעלה, הן ראיות מספיקות הדרושות לצורך הוכחת "אמתלא מבוררת" במקרה זה. הרב בקשי-דורון הזכיר דעת כמה פוסקים, לפיה, "כופין" לגרש כאשר האישה טוענת "מאיס עלי" ב"אמתלא מבוררת". עם זאת, נראה שחשש לפסוק ש"כופין" לגרש רק על סמך עילת גירושין זו, ולכן, לא הסתפק בהתקיימות התנאים הדרושים לצורך קיומה של עילת הגירושין "מאיס עלי", אלא הוסיף וציין, שלדעת הרב חיים פאלאג'י קיימת עילת גירושין נוספת שבעטיה כופין לגרש – עילת היעדר שלום בית. ראו **שו"ת חיים ושלום**, ב (איזמיר, תרכ"ז), אבן העזר, לה. בסופו של דבר, הרב בקשי-דורון לא כתב ש"כופין" לגרש, אלא הסתפק בפסק לפיו הבעל חייב לגרש את אשתו. פסיקת הרב חיים פאלאג'י כשלעצמה, ללא תוספת סיוע של גורם נוסף שבגינו "כופין" לגרש בנסיבות אלה, לא נתקבלה על דעת בתי הדין הרבניים במדינת ישראל כאסמכתא לפסיקה ש"כופין" לגרש. ראו רוזן-צבי, **לעיל** הערה 106, בע' 257 ובמקורות הנזכרים שם, בהערה 13.

²³⁴ ראו א' בארי, **לעיל** הערה 106, בע' 259-261.

בדורות האחרונים, כשיש לאישה "אמתלא מבוררת" למרידתה, אין היא מפסידה את מזונותיה.²³⁵ בנסיבות אלה מקבלים את מרידתה בהבנה ואין מקום לקנוס אותה באמצעות שלילת מזונותיה.²³⁶ הרב אברהם יצחק הכהן קוק כתב באחת מתשובותיו: "מאחר שמצד הדין חייב הוא להוציאה מתחת ידו כסברת הרמב"ם, שלא תהיינה בנות ישראל כשבויות, כיוון שהיא אומרת מאיס עלי בטענות מבוררות והוא מעכב אותה שלא תוכל להינשא לאחר, שיפרנס ויזון אותה, ודאי דסברא אלימתא (= שסברה חזקה) שצריכין לחייבו במזונות".²³⁷ עם זאת, האישה זכאית למזונות אך ורק אם היא מסכימה להתגרש. שכן, אין היא יכולה לטעון שאינה סובלת את בן זוגה ובה בעת לסרב להתגרש ממנו.²³⁸ עמדת הפוסקים הללו מאפשרת לבית הדין הרבני לעשות שימוש ב"כפייה בדרך ברירה" כאשר האישה מורדת בטענת "מאיס עלי" באמתלא מבוררת. אמנם כיום בתי הדין הרבניים בישראל ממעטים להשתמש באמצעי של כפייה בדרך ברירה במקרים שבהם נטענת טענת מאיס עלי.²³⁹ אולם ייתכן שהמדיניות תשתנה.

הניסיון לסייע בידה של הטוענת מאיס עליי מבטא, כאמור לעיל, את מדיניות ההלכה ביחס למסורבות גט. אולם מעבר לכך הוא מדגים את פוטנציאל השימוש במודל המוצע על ידו. יש לקוות שבעתיד תגבר נכונותם של בתי הדין הרבניים בישראל לקבל טענת מאיס עלי כעילה לחיוב בגירושין (ברוח פסיקתו של הרב דיכובסקי) ולהשתמש באמצעי של כפייה בדרך ברירה בנסיבות אלה. כך יתאפשר שימוש רחב יותר גם במסלול של תביעת הנזיקין במתכונת המוצעת כאן. אמנם במסלול המוצע מושג הנטל הכספי על ידי בית המשפט האזרחי, אולם בהקשר זה ניתן לסמוך על דעת הרב משה פיינשטיין בעניין תביעה בערכאה שאינה דנה לאור עקרונות המשפט העברי, בנסיבות בהן זכות התביעה האזרחית מתיישבת עם עקרונות המשפט העברי.²⁴⁰

IV קיומן של סנקציות אלטרנטיביות

כנגד סרבן-הגט ניתן להפעיל סנקציות מגוונות על פי חוק. השאלה היא אם ובאיזו מידה צריך קיומה של אפשרות זו להשפיע על מידת הנכונות לחייב את הסרבן בפיצויי נזיקין. סעיף 6 לחוק שיפוט בתי-דין רבניים (נישואין וגירושין),²⁴¹ בנוסחו המקורי, הורה בזו הלשון:

ציווה בית-דין רבני בפסק-דין סופי לכפות איש לתת גט פיטורין לאשתו או לכפות אשה לקבל גט פיטורין מאישה, רשאי בית-משפט מחוזי, כתום ששה חדשים מיום מתן הצו, לפי בקשת היועץ המשפטי לממשלה, לכפות במאסר לציית לצו.

בהסדר שנקבע בחוק שיפוט בתי דין רבניים לא הסמיך המחוקק את בית הדין להטיל את הסנקציה בעצמו. בית הדין

²³⁵ ראו שם, בע' 271-275.

²³⁶ ראו, בין היתר, את עמדת הרב קוק – שו"ת עזרת כהן (ירושלים, תשכ"ט), נו; עמדת הרב יצחק הרצוג – שו"ת היכל יצחק, אבן העזר א, (ירושלים, תש"ך), ב, אות כ. מכללא משמע שזו גם עמדת בית הדין הרבני הגדול. ראו פד"ר ד, 244, 252 וכן א' בארי, שם, בעמ' 275.

²³⁷ ראו שו"ת עזרת כהן (ירושלים, תשכ"ט), נו, עמ' רג.

²³⁸ ראו פד"ר א, 340, 343; א' בארי, לעיל הערה 106, בע' 275.

²³⁹ ראו א' בארי, שם, בע' 367; רוזן-צבי, לעיל הערה 106, בע' 280.

²⁴⁰ ראו לעיל הערות 193-194 והטקסט הנלווה.

²⁴¹ תשי"ג-1953, ס"ח 165.

הרבני הוסמך לקבוע כי הדין העברי מאפשר לכפות גט באמצעות מאסר, אך לא ניתנה לו סמכות ביצוע עצמאית בשלב הטלת המאסר. בחוק נקבעו שני מנגנוני פיקוח חיצוניים על פסיקת בית הדין הרבני שמעורבותם נחוצה בטרם יוטל מאסר על סרבן הגט: הגשת בקשה על-ידי היועץ המשפטי לממשלה והחלטת בית המשפט המחוזי. נוסף לשני מנגנוני הבקרה הללו, שעניינם הפעלת שיקול דעת נוסף על ידי גורם חיצוני, קיים גם מנגנון השהייה, שמטרתו מניעת פעולה חפוזה: ניתן ליישם את פסק הדין הרבני רק לאחר שחלף פרק זמן מוגדר מיום מתן פסק דין סופי של בית הדין. עד לשנת תשנ"ה עמד פרק זמן זה על שישה חודשים מיום מתן פסק דין סופי של גירושין על ידי בית הדין הרבני.²⁴² מגבלות אלה מנעו הפעלה מיידית של סנקציית המאסר כנגד סרבן הגט.²⁴³

לאור נוסח סעיף 6 לחוק שיפוט בתי דין רבניים, היה בית המשפט המחוזי רשאי "לכפות במאסר לציית לצו" רק אם בית הדין הרבני ציוה "לכפות איש לתת גט" או "לכפות אישה לקבל גט", ולא כאשר ניתן פסק דין של גירושין שדרגתו נמוכה יותר. כלומר, כאשר מדובר בפסק דין של "חיוב", "מצווה" או "המלצה" לגרש, אין לכפות באמצעות מאסר הנזכר בסעיף 6.²⁴⁴ המחוקק קבע מגבלה זו כדי למנוע חשש שהגט שיינתן או יתקבל יהיה מעושה. כאשר נוקטים באמצעי כפייה חריף, כגון מאסר, כנגד סרבן גט בנסיבות בהן ההלכה מורה שאין "לכפות" מתן או קבלת גט, קיים חשש שהגט יהיה מעושה שלא כדין. בתי הדין הרבניים מיעטו מאוד לפסוק ש"כופין" לגרש, שכן, הדיינים חששו שמא כאשר יכפו לתת או לקבל גט באמצעות הסנקציה החמורה שבסעיף 6 לחוק שיפוט בתי דין רבניים – מאסר – כשאין וודאות הלכתית שקיימת עילת גירושין שבגינה "כופין" לגרש, הגט יהיה מעושה שלא כדין. עד שנת תשנ"ה, ההסדר המופיע בסעיף 6 לחוק שיפוט בתי דין רבניים, בנוגע להפעלת אמצעי כפייה כנגד סרבן גט היה בלעדי, כך שהימנעותם של הדיינים מלפסוק ש"כופין" לגרש מנעה במקרים רבים בעבר אפשרות של פתרון מצוקת מסורבת הגט.²⁴⁵

עד לשנת תשנ"ה לא נקבעה בחוק החרות דרך נוספת, פרט למאסר, לכפיית גט. לאור זאת פסק בית המשפט העליון בשנות החמישים, בפרשת **רוזנצווייג**,²⁴⁶ כי סעיף 6 קובע מנגנון אקסקלוסיבי לכפיית פסקי גירושין, ושלא ניתן להפעיל כנגד סרבני גט סנקציות אחרות.²⁴⁷ לגופו של עניין קבע בית המשפט, כי לא ניתן לאלץ את סרבן הגט לתת גט לאשתו על ידי פסיקת "מזונות הפחדה" (או מזונות "עונשיים"), וכי פסקי-דין המטילים על האיש חיוב כגון דא לא

²⁴² אף תקופה זו הייתה עלולה להתמשך מעבר לשישה חודשים "מיום מתן הצו" הנזכרים בסעיף 6 לחוק. ראו זילברג, **לעיל** הערה 115, בע' 390-391. בסעיף 11 לחוק בתי דין רבניים (קיום פסקי דין של גירושין), התשנ"ה-1995, קיצרו את תקופת ההמתנה משישה חודשים לששים יום.

²⁴³ ראו ד' ורהפטיג, **לעיל** הערה 110, בע' 210; ש' דיכובסקי, "בתי דין רבניים ממלכתיים: בעיותיהם והישגיהם" **דיני ישראל** יג-יד (תשמ"ו-תשמ"ח) יב. ליקוי זה היה קיים גם בנוגע להסדר שקבע המחוקק בסעיף 7 לחוק שיפוט בתי דין רבניים בעניין איש המסרב לחלוץ לאלמנת אחיו, לאחר שבית דין רבני ציווה בפסק דין סופי לכפות איש לחלוץ לאלמנת אחיו. במקרה זה: "רשאי בית משפט מחוזי, כתום שלושה חודשים מיום מתן הצו, לפי בקשת היועץ המשפטי לממשלה, לכפות במאסר לציית לצו".

²⁴⁴ ראו בג"ץ 822/88 **רוזנצווייג (בורוכוף) נ' היועמ"ש**, פ"ד מב(4) 759, 760. בית הדין קבע בפסיקתו, שהבעל "חייב" לתת גט לאשתו ולא הורה ש"כופין" אותו לגרש. במקרה זה ניכרת הבעייתיות של פסק בדרגת "חיוב" בתקופה בה הוסדרה סוגיית כפיית גט בסעיף 6 לחוק שיפוט בתי דין רבניים. האישה הייתה נתונה במצב קשה עקב סרבנות גט שנמשכה תשע שנים. בית המשפט נותר חסר אונים במקרה זה. השופט אלון כתב: "אין ביכולתנו אלא להשיא עצה לעותרת, שתמשיך להביא ולהעלות טענותיה ומצוקותיה לפני כבוד בית הדין הרבני בחיפה, על שטרם הותרה מעגינותה... בטוחים אנו כי כבוד בית הדין יחזור וידון בעניינה, כפי שכך נאמר בפסקי דין קודמים של בית הדין האזורי ובית הדין הגדול, וימצא דרך **לכפות** על בעל מתן גט לאשתו, כדי להציל אישה מכבלי עגינותה" – שם, בעמ' 761.

²⁴⁵ ורהפטיג, **לעיל** הערה 110, בע' 210; שיפמן, **דיני המשפחה בישראל** א, **לעיל** הערה 30, בע' 297; שוחטמן "מעמד האישה בדיני נישואין וגירושין", **לעיל** הערה 110, בע' 421.

²⁴⁶ **לעיל** הערה 124.

²⁴⁷ ראו במיוחד בפסק דינו של השופט ויתקון, בע' 1559: "לאחר שהכנסת חוקקה את חוק שיפוט בתי-דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג-1953, ובו סעיף 6 המורה את הדרך כיצד לכפות איש לתת גט פיטורין לאשתו, אין מקום לכפיה בדרך אחרת".

יבוצעו כלל על-ידי משרד ההוצאה-לפועל.²⁴⁸ פירוש הדבר הוא שבית-דין רבני אינו רשאי לפסוק לאישה מזונות בגובה מופרז, מעבר לשיעור החיוב במזונות על פי דין, כאמצעי כפייה כנגד בן זוגה כדי שייתן לה גט. אולם האם מנע סעיף 6 גם מבית המשפט האזרחי להטיל על הסרבן סנקציות דומות? נראה לנו, כי מעבר לכך שתשובה חיובית לשאלה זו מתחייבת מן העיקרון שנקבע בעניין **רוזנצווייג** (בדבר ייחוד הסנקציה הקבועה בסעיף 6) הריהי נובעת מן הרציונל העומד ביסודו של אותו העיקרון. בית המשפט העליון חשש באותה הפרשה, כי אם בתי הדין הרבניים ישתמשו בסנקציות אלטרנטיביות תהא בכך עקיפה של מנגנון הבקרה הכפול שנקבע בסעיף 6 (בקשת היועץ המשפטי לממשלה, החלטה של בית המשפט המחוזי). סעיף 6 נועד להתיר ולסייג בעת בעונה אחת: להתיר כפיית מתן גט באמצעות מאסר, ולסייג על ידי קביעת מנגנון-בקרה כפול. אין להניח, העיר השופט ויתקון, שבה בשעה שהמחוקק קבע בסעיף זה דרך כפיה בנתון לסייג, קיימות דרכי כפיה אחרות הפטרות מאותו סייג.²⁴⁹ מכאן ניתן להסיק, כי הלכת **רוזנצווייג** מנעה שימוש בסנקציות אחרות לא רק על ידי בית הדין הרבני אלא גם על ידי בתי המשפט האזרחיים, שהרי גם הטלת סנקציה על ידי בית משפט אזרחי עלולה הייתה לעקוף את מנגנון הבקרה של סעיף 6.

בשנת תשנ"ה נחקק חוק בתי דין רבניים (קיום פסקי דין של גירושין).²⁵⁰ החוק חולל מהפכה בדין הנוהג בנוגע לקיום פסקי דין של גירושין בשלושה מובנים. ראשית, הוא הרחיב את מערך הסנקציות שניתן להפעיל כנגד סרבן-גט במטרה לאלצו לקיים את פסק בית הדין, שהורה לו ליתן גט לאשתו. בהתאם לחוק ניתן להוציא כנגד הסרבן צווי הגבלה שונים, לרבות צו השולל ממנו את הזכות לצאת מן הארץ, לקבל דרכון, לקבל רשיון נהיגה, לשמש במשרה על פי דין, לעסוק במקצוע שהעיסוק בו מוסדר על פי דין או להפעיל עסק הטעון רישוי וכן צו מאסר. שנית, החוק מסר את הסמכות להטיל סנקציות כאמור לידי בית הדין הרבני בלבד. הכפיה לא מתבצעת באמצעות מנגנון אזרחי חיצוני. שלישי, החוק מאפשר לבית הדין לעשות שימוש בסנקציות המנויות בו לא רק במקרים המועטים יחסית שבהם נפסק ש"כופין" איש לגרש את אשתו אלא בכל דרגה של פסק דין של גירושין.

הרציונל ההלכתי לשימוש באמצעים אלה כנגד סרבני גט הוא הרציונל של "הרחקות רבנו תם". בתשובה, שבה נזכרו לראשונה ה"הרחקות" מנה רבנו תם סוגים מסוימים של הרחקות חברתיות, והסביר "שבזה אין כפייה עליו, שאם ירצה מקיים והוא לא ילקה בגופו מתוך נידוי זה (=הרחקה זו), אך אנו נתפרד מעליו".²⁵¹ הרחקות רבנו תם, בניגוד למלקות בשוטים, חרם ונידוי, אינן פועלות ב"גופו" של סרבן הגט.²⁵² נראה, אפוא, שרבנו תם התכוון להבחין בין ההרחקות הנזכרות בתשובתו הפועלות באופן עקיף, דהיינו – על ידי מניעת טובה הצומחת לאדם מיחסיו עם הבריות בחברה בה הוא מצוי, לבין חרם ונידוי ואמצעים ישירים אחרים, כגון מלקות בשוטים, הפועלים באופן ישיר ועל כן

²⁴⁸ **שם**, בע' 1550 מפי השופט זילברג, ובע' 1559 מפי השופט ויתקון.

²⁴⁹ **שם**, בע' 1559.

²⁵⁰ התשנ"ה-1995, ס"ח 139.

²⁵¹ ראו ספר הישר, שו"ת (ברלין, תרנ"ח), כד. בנוגע להרחקות רבנו תם והיקף תחולתן ראו גם ורהפטיג, **לעיל** הערה 110, בע' 162; א' בארי "הרחקות רבנו תם" **שנתון המשפט העברי** יח-יט (תשנ"ב-תשנ"ד) 65, 73-74 (להלן: בארי "הרחקות").

²⁵² בתלמוד נאמר במפורש שחרם ונידוי פועלים על גופו של אדם. ראו תלמוד בבלי, מועד קטן, יז, ע"א.

השאלה היא אם רשימת הסנקציות שנקבעו על ידי המחוקק בשני החוקים הנזכרים היא אקסקלוסיבית אם לאו. ניתן לחשוב על שלוש תשובות אפשריות. תשובה אפשרית אחת היא, שעם חקיקת חוק קיום פסקי-דין של גירושין ויתר המחוקק, בנוגע לסנקציות החדשות שנוספו בחוק זה, על מנגנון הבקרה הקבוע בסעיף 6 לחוק שיפוט בתי דין רבניים, ומכאן שאין עוד צידוק למניעת שימוש בסנקציות אחרות המצויות בסמכותם של בתי הדין או בתי המשפט האזרחיים לשם אכיפת פסקי גירושין. אם סעיף 6 לחוק שיפוט בתי דין רבניים נועד להתיר ולסייג בעת בעונה אחת, הרי שחוק קיום פסקי-דין של גירושין מתיר מבלי לסייג. עתה קיימות גם דרכי כפיה הפטורות מן הסייג של סעיף 6. בחקיקת החוק הביע המחוקק את דעתו שמנגנון הבקרה שנקבע בסעיף 6 אינו נחוץ עוד, ומכאן שעצם קיומו של סעיף 6 אינו יכול עוד לשלול מבית דין או מבית משפט את סמכותם – לפי כל דין – להטיל סנקציות כאלה ואחרות על סרבני גט. תשובה זו אינה מקובלת עלינו. הטעם לכך נעוץ בתכלית החקיקה של חוק קיום פסקי-דין של גירושין. בדברי ההסבר להצעת החוק נאמר כי:

המשפט העברי מכיר, נוסף על כפיית גט, בדרגות שונות של פסקי גירושין: רצוי לגרש, מצווה להתגרש או חובה להתגרש... במקרים אלה, שאינם נופלים בגדר "כפיית גט", אין כיום אפשרות אכיפה על פי חוק. ברם, בהתאם להלכה, קיים אמצעי רב-עצמה, שלפיו ניתן להרחיק בעל, המסרב לקיים פסק דין כאמור, מהחיים החברתיים של הקהילה ולשלול ממנו את הזכויות המוענקות לו במסגרתם. אמצעי זה יודע בספרות ההלכה בכינוי "הרחקה דרבנו תם". הצעת חוק זו מטרתה לרתום מכשיר הלכתי לפתרון מצוקתן של נשים מעוכבות גט, בנסיבות שאין בהן עילה למתן צו כפיה. שלילת הזכויות האזרחיות, כמוצע, עולה

בקנה אחד עם יישום רעיון "ההרחקה דרבנו תם" בקהילות היהודיות בזמנו.²⁵⁴

על כן נראה שצוי ההגבלה שבית הדין מוסמך להוציאם לאור הסמכות המוקנית להם בחוק קיום פסקי-דין של גירושין צריכים להלום את הרציונל המרכזי של "הרחקה דרבנו תם", דהיינו – "מניעת טובה". ניתן להפעיל את הרחקות רבנו תם גם כשדרגת פסק הדין לגירושין פחותה מ"כופין" כיוון שפעולתם עקיפה ולא ישירה. הנחתו של המחוקק הייתה, שהואיל וסמכות הטלת הסנקציות בחוק קיום פסקי-דין ניתנה לבית-הדין הרבני, שיפעל לאור הרציונל של "הרחקות רבנו תם", אין חשש שגט שינתן בעקבות הפעלת הסנקציות יהיה "גט מעושה" שלא כדין, שכן חזקה על בתי-הדין הרבניים כי ישגיחו שגט הניתן לא יהיה גט מעושה שלא כדין.²⁵⁵ ברם, לא ניתן להניח, באופן דומה, כי בתי המשפט האזרחיים יוכלו להבטיח שגט הניתן בעקבות הטלת סנקציה כזו או אחרת לא יהיה מעושה. מטעם זה נמסרה הסמכות לבתי הדין הרבניים ולא לבתי המשפט האזרחיים. לאור זאת אי אפשר להניח כי חקיקת חוק קיום פסקי-דין של גירושין הביאה לביטול האיסור על הטלת סנקציות על סרבן-גט על ידי בית משפט אזרחי.

²⁵³ בנוגע לרציונל ההלכתי של "מניעת טובה" כבסיס להרחקות רבינו תם, והאבחנה בין כפיה ישירה ועקיפה בהקשר זה ראו Kaplan, לעיל

הערה 22, בעמ' 80-93.

²⁵⁴ ה"ח תשנ"ד 496.

²⁵⁵ ראו גם: בג"צ 1371/96 רפאלי נ' רפאלי, פ"ד נא(1) 198, בפסקה 14 לפסק דינו של השופט חשין (להלן: עניין רפאלי).

תשובה אפשרית שנייה היא, שהמחוקק אמנם לא התכוון לאפשר לבתי המשפט האזרחיים להטיל סנקציות על סרבני גט (בשל חוסר בקיאותם בהלכות הגט המעושה) אולם שינה את יחסו לבתי הדין הרבניים. הוויתור על מנגנון הבקרה הקבוע בסעיף 6 מלמד, כי המחוקק האמין שבכפיית גטין ניתן לסמוך על מיומנותם, על בקיאותם ועל תבונתם של בתי הדין הרבניים. על פי הגיון זה אין עוד טעם למנוע מבתי הדין את האפשרות לפסוק סנקציות כלכליות, בכפוף למגבלות המשפט העברי, כגון מזונות עונשיים נגד סרבן-גט בנסיבות המתאימות, כאשר הם סבורים שהדבר עשוי להועיל, על אף שחלופה זו אינה נזכרת באופן מפורש בחוק. אולם תשובה זו אינה מתיישבת עם כוונת המחוקק. בהצעת החוק הוצע, בעקבות המלצות הוועדה לבחינת יישום דיני המשפחה בראשות השופט אלישע שינבויס,²⁵⁶ להסמיך את בית הדין הרבני לחייב איש המסרב ליתן גט בתשלום כספי, כתוספת לזכות למזונות, כדי להביאו לידי מילוי פסק הדין. סעיף 7(א) להצעת החוק הורה, כי –

נתקיימה עילה למתן צו הגבלה על פי חוק זה, רשאי בית דין רבני לחייב את האיש בדמי כלכלה, לרבות

מזונות מוגדלים עבור האשה, בשיעור שיקבע, בנוסף לכל זכות למזונות על פי כל דין או הסכם.

אולם, בסופו של דבר, ההצעה למתן סמכות לפסוק "מזונות הפחדה" הושמטה – לאחר דיון ובחינה – מן הנוסח הסופי של החוק. פירוש הדבר הוא שהמחוקק שקל אפשרות זו ודחה אותה ומכאן שלעניין זה בחר להותיר את הלכת **רוזנצווייג** במובנה הצר על כנה.

התשובה האפשרית האחרונה היא שבחקיקת חוק קיום פסקי-דין של גירושין ביקש המחוקק לקבוע רשימה סגורה של סנקציות שבית הדין הרבני והוא בלבד רשאי להטיל על סרבן גט (לצד הסנקציה שיכול בית המשפט המחוזי להטיל על הסרבן מכוח סעיף 6 לחוק שיפוט בתי הדין הרבניים). העובדה שהמחוקק קבע – לאחר דיון מעמיק ובחינת ההשלכות החוקתיות וההלכתיות של החוק – רשימה מפורטת למדי של סנקציות שניתן להטיל על סרבני-גט, מהווה ראיה לכך שמדובר ברשימה ממצה. ההנחה היא, שאילו היה המחוקק מבקש לתת בידי בית הדין הרבני סמכות להטיל סנקציות נוספות, ובמיוחד – סנקציה ממונית שבית המשפט העליון אסר את הטלתה, הוא היה עושה כן באופן מפורש, בין על ידי אזכור ספציפי של הסנקציה הרלוונטית ובין על ידי הענקת סמכות כללית לנקוט באמצעים נוספים שעשויים להבטיח קיום פסקי דין של גירושין.

סיכומו של דבר: לבתי משפט אזרחיים אין סמכות להטיל סנקציות על סרבני גט, לא כל שכן סנקציות ממוניות, במטרה לאלצם לקיים פסקי דין של גירושין. האם יש במסקנה זו כדי לשלול מבית המשפט את האפשרות לפסוק פיצויי נזיקין לטובת מסורבת הגט? כדי להשיב על שאלה זו אנו נדרשים לשוב פעם נוספת אל הלכת **רוזנצווייג**, בה נקבע עיקרון האקסקלוסיביות של רשימת הסנקציות הנזכרות במפורש בחוק. באותו עניין פסק בית המשפט העליון, כפי שהבהרנו לעיל, כי בית דין רבני אינו מוסמך לאלץ סרבן לתת גט לאשתו על ידי פסיקת "מזונות הפחדה". בית המשפט לא פסק כי האישה אינה רשאית לממש את זכויותיה האחרות כלפי בן זוגה הסורר אך בשל כך שמימוש הזכויות הללו עתיד – באופן

²⁵⁶ **דין וחשבון הוועדה לבחינת יישום דיני המשפחה** (ירושלים, תשמ"ז) 52.

אינסידנטלי – להמריץ את האיש ליתן לה גט, אלא שלא ניתן להטיל על האיש סנקציה המיועדת כל כולה לאלצו לתת גט. הבחנה מעין זו עולה מפסיקתו של בית המשפט העליון בעניין **סלומון**.²⁵⁷ באותו עניין הגישה אישה נגד בעלה תביעה לתשלום מזונות עונשיים על יסוד הטענה, שהלה אינו מציית לפסק דינו של בית הדין הרבני הגדול לערעורים בירושלים בו חוייב לתת לה גט פיטורין. בית המשפט קמא דחה את התביעה. אחד מנימוקי הערעור היה, שעל פי תפיסתו של בית הדין הרבני הגדול לערעורים "אשה שבעלה חוייב בפסק בי"ד לגרש אותה והוא אינו מציית לפסק הדין, יש לה דין של מעוכבת להינשא בגללו, ולמרות שהוא חייב במזונותיה, אינו זוכה במעשי ידיה, ואין לקזו איפוא ממזונותיה את הכנסותיה ממעשי ידיה".²⁵⁸ לשון אחר: כאשר האישה היא "מעוכבת" בשל סירובו של הבעל לתת לה גט, שיעור המזונות הנפסקים לה גבוה משיעור המזונות להם זכאית האישה במהלכם התקין של הנישואין.²⁵⁹ נטען כי בקביעת דמי המזונות לפי השיטה האמורה יש משום הטלת קנס על סרבן-הגט שכן שיעור המזונות אינו משקף את זכותה האמיתית של אישה נשואה למזונות. לאור זאת טענה המערערת, כי אבד הכלח על הלכת **רוזנצווייג**. בית המשפט העליון דחה את הטענה. לדברי השופט וייס –

דין מעשה ידיה [של האישה] הוא במפורש חלק מפרטי דיני המזונות... [במקרה] שיש מקום להחיל את הלכת "המעוכבת", הבעל חייב במזונות אשתו בלי להיות זכאי למעשה ידיה... אמת הדבר, שתקנת חז"ל זאת יש לה אופי של קנס, כדי לאלץ את הבעל לשחרר את האישה... אך אין בכך כדי לגרוע מן העובדה,

שהמדובר הוא בחיוב מזונות כשלעצמו – להבדיל ממזונות עונשיים גרידא.²⁶⁰

משמעות הדברים היא, לדעתנו, שהלכת **רוזנצווייג** חלה ממילא אך ורק על סנקציות שנועדו כל כולן לאלץ את הבעל הסרבן ליתן גט. היא לא חלה על מימוש זכויות סובסטנטיביות אחרות של האישה לפי כל דין. על כן כשם שלא היה בקיומו של סעיף 6 כדי לשלול מן האישה המעוכבת להינשא את הזכות למזונות "מוגדלים" (בלי קיזוז של מעשה ידיה) על פי דיני המזונות של המשפט העברי, אין בכוחו – או בכוחן של הוראות חוק קיום פסקי-דין של גירושין – לשלול מן האישה את הזכות לתבוע מן האיש פיצוי בעילה אזרחית, בהנחה שמתקיימים התנאים לקיומה של עילה כזו. פסיקת פיצויי נזיקין עשויה אמנם, באופן אינסידנטלי, לתרום לזירוז הליכי הגירושין, אך זו אינה מטרתה היחידה או העיקרית. מטרה חשובה נוספת היא תיקון העוול שנעשה לאישה עד למועד מתן פסק הדין. להטלת אחריות בנזיקין יש לא רק היבט פרוספקטיבי, אלא גם היבט רטרופקטיבי.²⁶¹

בשולי הדברים חשוב להדגיש את המובן מאליו. פסיקת פיצוי למסורבת גט חייבת להיעשות על פי אמות המידה המקובלות להערכת נזק לא ממוני במשפטי נזיקין. פסיקת פיצוי שאינו מתאים לגובה הנזק שנגרם לאישה על יסוד

²⁵⁷ ע"א 664/82 סלומון נ' סלומון, פ"ד לח (4) 365.

²⁵⁸ שם, בעמ' 371.

²⁵⁹ עיקרון זה אושר גם על ידי בית המשפט העליון בע"א 127/80 מילר נ' ברקוביץ, פ"ד לד (4) 219, 223.

²⁶⁰ עניין סלומון, לעיל הערה 258, בפסקה 17 לפסק הדין.

²⁶¹ עם ההיבט הפרוספקטיבי של הטלת האחריות ניסינו להתמודד בתת-הפרק הקודם.

שיקולי גמול והרתעה (המוכרת, עקרונית, בדיני הנזיקין הישראליים)²⁶² אינה מתיישבת עם כוונתו של המחוקק בנדון דידן. בחקיקת חוק קיום פסקי-דין של גירושין לאחר הפרשנות שניתנה לסעיף 6 לחוק שיפוט בתי דין רבניים בעניין **רוזנצוייג** הבהיר המחוקק, כי רשימת הסנקציות שניתן להטיל על סרבני גט היא אכן רשימה סגורה וממצה, וכי אין הוא מעוניין שבית משפט אזרחי יטיל סנקציות עונשיות על סרבני-גט, פרט לסייג המסוייג של סעיף 6 לחוק שיפוט בתי דין רבניים. הסנקציות בחוק קיום פסקי-דין של גירושין הן "מניעת טובה" ולא סנקציות עונשיות. פסיקת פיצויים "עונשיים" על ידי בתי משפט אזרחיים תסכל את כוונת המחוקק. ראוי להוסיף ולהדגיש, כי אף אם קיומם של סעדים אלטרנטיביים כנגד סרבן הגט אינו יכול לשלול את זכות התביעה בנוזיקין, הרי שהחשש מפני גט מעושה עשוי להצדיק את הגבלת הפיצוי לאור גישת חכמי המשפט העברי.

2. ההתרשלות (הפרת החובה)

משהגענו למסקנה, כי האיש חב חובת זהירות כלפי אשתו עלינו לבדוק אם באי-הציות להוראתו של בית הדין הרבני הייתה התרשלות. סעיף 35 לפקודת הנזיקין קובע, כי אם "עשה אדם מעשה שאדם סביר ונבון לא היה עושה באותן נסיבות או לא עשה מעשה שאדם סביר ונבון היה עושה באותן נסיבות" – התנהגותו היא בגדר התרשלות. ה"אשמה" שעליה מבוססת עוולת הרשלנות היא, אם כן, אובייקטיבית ולא סובייקטיבית. השאלה היא אם הנתבע לא נהג כפי שאדם סביר היה נוהג ולא אם התכוון לגרום נזק. בכך נבדלת עוולת הרשלנות מכמה עוולות פרטיקולריות בהן מובנה יסוד של כוונה. יחד עם זאת, הגישה בישראל היא שמושג ההתרשלות חובק גם מעשים ומחדלים זדוניים.²⁶³ לכן על אף שבענייננו התנהגותו של סרבן-הגט היא התנהגות זדונית, אין זאת אומרת שהיא אינה יכולה להיחשב גם לרשלנית.

אולם ראוי בכל-זאת לדייק. המבחן לקיומה של התרשלות הוא אי סבירותה של ההתנהגות על פי מדד אובייקטיבי. מצבו הנפשי של המזיק אינו מעלה ואינו מוריד לעניין זה. לכן לא כל התנהגות המכוונת לגרום נזק היא בגדר התרשלות. התנהגות זדונית תיחשב להתרשלות רק אם היא גם בלתי סבירה על פי הקריטריון האובייקטיבי. עלינו לברר, אפוא, אם אי הציות לפסק דין של גירושין, נוסף על היותו מכוון, הוא גם בלתי סביר. מבחינה עיונית ניתן לבחון את השאלה על פי שתי אמות מידה אלטרנטיביות – זו הקאנטיאנית וזו התועלתנית. על פי התפיסה הקאנטיאנית התרשלות היא יצירת סיכון "ממשי" (להבדיל מסיכון לא מציאותי או דמיוני) כלפי הזולת.²⁶⁴ ככלל, לא ניתן לומר שפלוני

²⁶² לדוגמא: ע"א 30/72 פרידמן נ' סגל, פ"ד כז(2) 225. לחיובו של נתבע שהכה את אשתו, התובעת, בפיצויים עונשיים, ראו: תמ"ש (ת"א) 64901/96 פולק נ' פולק, תק-מש (דצמבר 2004) 2001(3) 83.

²⁶³ ראו, למשל: ע"א 732/80 ארנס נ' בית אל – זכרון יעקב, פ"ד לח (2) 645, בפיסקה 6 לפסק דינו של הנשיא שמגר; ע"א 593/81 מפעלי רכב אשדוד בע"מ נ' ציזיק ז"ל, פ"ד מא (3) 169; ע"א 2034/98 אמין נ' אמין, פ"ד נג (5) 69, בפיסקה 13 לפסק דינו של השופט אנגלרד; נ' כהן "נזקי שביטה, הרשלנות הזדונית, הנזק הכלכלי וגרם הפרת חוזה" עיוני משפט יד (התשמ"ט) 173, 185. וכן ראו סעיף 461(ב) להצעת חוק דיני ממונות: <http://www.justice.gov.il/MOJHeb/Codex>.

²⁶⁴ E. Weinrib *The Idea of Private Law* (Cambridge, 1995) 147-152; R.W. Wright "The Standards of Care in Negligence Law" in *Philosophical Foundations of Tort Law* (D.G. Owen ed., Oxford, 1995) 249, 255-263. המושג "ממשי" (real) משמש כאן במובן של "מוחשי", כאנטונים של המילה "דמיוני" (farfetched), ולא כמילה נרדפת למילה "מהותי" (substantive). זהו המובן המשמש הן ברטוריקה השיפוטית והן בכתביהם של אנשי האסכולה הקאנטיאנית. לכן הוספנו מרכאות כפולות במופץ הראשון. בהתאם לתפיסה הקאנטיאנית כל בני האדם שווים זה לזה בחירותם; לכן האדם אינו יכול לממש את חירותו על ידי פעולה חיצונית בדרך שאינה יכולה להתיישב עם חירותו של כל אדם אחר לעשות כמותו. הואיל והטלת חובה להימנע לחלוטין מיצירת סיכונים תשלול

התרשל אם התנהגותו לא יצרה את הסיכון שמימושו גרם לנזק. פירוש הדבר הוא שבהעדר צידוק מיוחד המתיישב אף הוא עם ההשקפה הקאנטיאנית מחדל טהור אינו יכול להיחשב להתרשלות (חרף לשונו של סעיף 35), משום שהחֵדל אינו יוצר סיכון אלא, לכל היותר, נמנע מהסרת סיכון קיים.²⁶⁵ לכאורה, אי-מתן הגט לאישה ואי-הציות לפסק דינו של בית הדין הרבני הם מחדלים ולא מעשים, ועל כן לא ניתן לומר שהסרבן "התרשל" לפי הגישה הקאנטיאנית. אלא שמסקנה זו מתעלמת משתי עובדות חשובות. ראשית, אי אפשר לשכוח שהתובעת והנתבע היו (ואולי עודם) נשואים זה לזה. כאשר מתקיימים בין פלוני לאלמוני יחסים מיוחדים של קירבה או תלות מכירה גם התפיסה הקאנטיאנית בכך שהאחד עשוי לחוב כלפי משנהו חובת-עשה, המופרת על ידי מחדל.²⁶⁶ כאשר מתקיימת בין שני אנשים קירבה או תלות המחייבות את האחד לדאוג **באופן אקטיבי** לרווחתו של האחר,²⁶⁷ ניתן לומר שמחדלו של האחד הוא "רשלני" אם הנזק שעתיד להיגרם בגינו לאדם האחר הוא ממשי, וכאשר הנזק אינו ודאי – אם תוחלת הנזק ממשית. אין ספק שבעל המנצל את כוחו כדי לפגוע באשתו מסב לה נזק ממשי ואינו נוהג כלפיה כפי שבעל סביר היה נוהג. שנית, במקרים מסוימים ניתן לייחס את הליכי הגירושין להתנהגותו המוקדמת של הבעל הסרבן, אשר מהווה את העילה לחיובו במתן הגט או לכפייתו לתת גט (למשל, התעללות פיזית או נפשית, בגידה, או התנהגות המכשילה את האישה בקיום מצוות). מעשיו המוקדמים של האיש גורמים לאישה נזק נפשי מתמשך כל עוד קשר הנישואין מתקיים. בנסיבות אלה ניתן לומר שהמחדל של אי-הציות לפסק דינו של בית הדין הרבני אינו אלא אחד ממרכיביה של ההתנהגות המזיקה שסבירותה עומדת על הפרק. המחדל הוא רק חוליה בשרשרת של מעשים (ומחדלים). לא מדובר במחדל טהור. התרשלותו של הבעל מתבטאת, לפיכך, ביצירת-הסיכון המוקדמת, שתוצאותיה נמשכות כל עוד לא הופסקו על ידי מתן גט לאישה.²⁶⁸ על פי הגיון זה יצר הבעל בהתנהגותו סיכון ממשי של פגיעה בנוחותה, באושרה ואולי אף בבריאותה של האישה.

ומכאן אל התפיסה התועלתנית. על פי תפיסה זו (בצורתה הפשטנית) פלוני "מתרשל" אם אינו נוקט באמצעי העומד לרשותו בעלות X, כאשר על ידי נקיטה באותו האמצעי היה יכול להקטין את תוחלת הנזק שעלול להיגרם מחמת התנהגותו לאלמוני בשיעור הגבוה מ-X.²⁶⁹ לכאורה, סרבן הגט יכול לשים קץ לסבלה המתמשך של האישה בעלות אפסית (על ידי מתן-גט). על כן אי הנקיטה באמצעי הפשוט, שהיה מונע סבל גדול, עולה כדי התרשלות. ברם, ניתן

מן הבריות את חירותן לא ניתן להטיל חובה גורפת כזו. בה בעת, הענקת חסינות למבצע פעולה בגין כל סיכון שנוצר על ידו (בין שהיא אבסולוטית ובין שהיא מותנית בכך שעלות הסרת הסיכון גבוהה מתוחלת הנזק), פירושה התעלמות מחירותם של הניזוקים הפוטנציאליים. התניית האחריות בכך שהנתבע חשף את התובע לסיכון שאינו בלתי-מציאותי מהווה שביל-זהב בין שני הקצוות, ומבטאת את השוויון הקאנטיאני בין הצדדים.

²⁶⁵ על התפיסה המבחינה בין מעשה למחדל נמתחה ביקורת נוקבת מצד האסכולה הפמיניסטית למשפט. ראו, למשל, Bender, לעיל הערה 94, בע' 33-36. ברם, הבחנה זו היא בלתי נמנעת לפי הגישה הקאנטיאנית. פירוש הדבר הוא שהגישה הפמיניסטית חולקת על המתודולוגיה הקאנטיאנית (והמחלוקת עזה למדי). אלא שהדין בכך חורג ממסגרת דיונו כאן.

²⁶⁶ Weinrib, לעיל הערה 264, בע' 154 (בהערת שוליים 16, במסגרת ההתייחסות לקבוצה הראשונה של המקרים שבהם מטיל המשפט המקובל אחריות בגין מחדל).

²⁶⁷ ראו במיוחד הערה 76 לעיל.

²⁶⁸ השוו Weinrib, לעיל הערה 264, בע' 154 (בהערת שוליים 16, במסגרת ההתייחסות לקבוצה הרביעית של המקרים שבהם מטיל המשפט המקובל אחריות בגין מחדל).

²⁶⁹ ניסוח זה אמנם מדויק יותר מן הניסוח הידועה שהציע השופט Learned Hand בפרשת *United States v. Carroll Towing Co.* 159 F.2d 169 (2d Cir. 1947), אבל הוא גם אינו ממצה את מלוא מורכבותה של התפיסה הכלכלית המודרנית של מושג התרשלות. בעניין זה, ראו: W.M. Landes & R.A. Posner *The Economic Structure of Tort Law* (Cambridge, 1987) 5-46; S. Shavell *Economic Analysis of Accident Law* (Cambridge, 1987) 54.

לטעון, כי המחיר של מתן הגט מנקודת מבטו של האיש, אותו אנו נדרשים להעמיד מול הסבל שנגרם לאישה מחמת אי-מתן הגט במסגרת התחשיב התועלתני, עלול להיות ניכר. לדוגמא: אם האיש מעוניין (באמת ובתמים) לשקם את קשר הנישואין, מתן הגט יחסל את סיכוייו לעשות כן ועלול, אפוא, להסב לו נזק רב. לחלופין, אם האיש מפיק הנאה מיוחדת מאי-מתן הגט לאישה, מתן הגט ישלול ממנו את אותה ההנאה.²⁷⁰ אשר לשאיפה לשקם את קשר הנישואין נדמה לנו, כי בפסק דין של חיוב לתת גט או של "כופין" (המהווה תנאי להגשת תביעת הנזיקין) מגולמת הכרעה ברורה וחד משמעית בדבר היחס בין חומרת הנזק שעלול להיגרם לאישה מחמת אי-מתן הגט לבין חומרת הנזק שעלול להיגרם לאיש בגין מתן הגט. אילולא היה בית הדין סבור, כי הנזק שנגרם לאישה הלכודה בקשר בלתי רצוי חמור מן הנזק שייגרם לאיש בעקבות הגירושי, ניתן להניח שלא היה מחייב את האיש (או כופה עליו) לתת גט. אשר להנאה שמפיק סרבן הגט מאי-מתן הגט (שלפי התפיסה התועלתנית המסורתית צריכה לבוא בחשבון בהערכת המוסריות של התנהגות אנושית)²⁷¹ נראה לנו, כי להוציא מקרים חריגים של סדיום, ההנאה שמפיק אדם מגרימת סבל נפשי לזולתו פחותה מן הסבל שנגרם לקורבן. על כל פנים, אין להעמיד במסגרת הערכת סבירות התנהגותו של הסרבן את הנאתו אל מול סבלה של האישה כשהוא לבדו אלא אל מול אותו הסבל בצירוף הסבל שנגרם לציבור בכללותו בשל המודעות לחומרת ההתנהגות ותוצאותיה. אין ספק, לדעתנו, כי ההנאה שמפיק אדם מגרימה בלתי מוצדקת של סבל נפשי לזולת אינה עולה על הסבל המיצרפי שנגרם בשל כך.

3. גרימת הנזק

שני היסודות האחרונים שהוכחתם נחוצה לשם גיבושה של עוללת הרשלנות הם, כידוע, נזק וקשר סיבתי בין ההתרשלות לבין אותו הנזק. בתת-פרק זה נתמקד בזיהוי הנזק, שכן לאחר זיהוי ה"נזק" (על פי הגדרתו של מונח זה בסעיף 2 לפקודת הנזיקין) סוגיית הקשר הסיבתי לא אמורה לעורר קושי מיוחד. זיהוי הנזקים הכרחי אף לצורך שומת הפיצויים. נראה לנו, כי ברוב המכריע של המקרים הנזק היחיד (או, לפחות, העיקרי) שעליו תוכל מסורבת הגט לבסס את תביעתה הוא נזק בלתי ממוני טהור. ניתן אמנם לחשוב על מקרים שבהם אי-מתן הגט יסב לאישה נזקים ממוניים. לדוגמא: אם האישה מבקשת להינשא לאדם שמצבו הכלכלי גבוה באופן ניכר מזה של סרבן הגט נגרם לה נזק כלכלי בשיעור הפער בין רמת החיים שהייתה נהנית ממנה אילו קיבלה גט לבין רמת חייה הנוכחית. לעתים רחוקות ייגרם לאישה גם נזק גופני ממש (כאשר הסרבנות הממושכת פוגעת בבריאותה). אולם, כאמור, ברוב המכריע של המקרים הנזק היחיד יהא בלתי-ממוני טהור. בתמ"ש (י-ם) 3950/00, אותו הזכרנו בפרק ב, נאמר, כי האישה תוכל לתבוע את אישה בעילה של פגיעה באוטונומיה. ראינו, כי סברה זו בטעות יסודה. עילה עצמאית של "פגיעה באוטונומיה" אין. מאידך גיסא, קיימת אפשרות לפסוק פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה כראש-נזק כתביעת רשלנות. ההכרה בראש-נזק זה נעשתה אצלנו, לראשונה,

²⁷⁰ שאיפה כנה לשיקום קשר הנישואין ורצון להסב צער לאישה סותרים זה את זה ולכן אינם יכולים להתקיים במקביל.

²⁷¹ ראו: J.W. Harris *Legal Philosophies* (London, 2nd ed., 1997) 44 (מזכיר כי בנתים הכניס לתחשיב התועלתני את ה-(pleasures of malevolence).

אני סבור... כי יש לראות גם בפגיעה בכבודו של אדם ובזכותו לאוטונומיה, הטבועה בביצוע פרוצדורה רפואית בגופו שלא בהסכמתו המודעת, משום נזק בר פיצוי בדיני הנזיקין. הפגיעה, שלא כדין, ברגשותיו של אדם כתוצאה מאי כיבוד זכותו היסודית לעצב את חייו כרצונו, מהווה פגיעה ברווחתו של אותו אדם, והיא נכנסת לגדר הגדרת "נזק" האמורה. זאת, בין שנראה בה משום פגיעה ב"נוחותו" של אדם, ובין שנראה בה משום "אבדן או חיסור כיוצאים באלה", כלשון הגדרת נזק בסעיף 2 לפקודה... זכותו של כל אדם כשיר היא שהקהילה וחבריה יכבדו את רצונו בכל הנוגע לדברים החשובים לו, כל עוד אין הוא פוגע באחרים. הדבר מתחייב מן ההכרה בערך האדם ובהיותו של כל אדם בן חורין. ההפרה של זכות יסודית זו שלא על פי כוח או זכות שבדין, פוגעת בפגיעה קשה ברווחתו של הפרט, ומגבשת נזק בר פיצוי בנזיקין.²⁷³

בנסיבות אותו המקרה דובר באישה שנתנה את הסכמתה מדעת לניתוח. הניתוח אמנם הסב לה נזק אך נקבע, כי לא הייתה התרשלות בעצם ההחלטה לבצע את הניתוח, באופן ביצועו או בטיפול שקיבלה האישה לאחריו. התרשלותו של הרופא נתמצתה, אפוא, בכך שלא מסר לאישה מראש את מלוא המידע הרלוונטי אודות הטיפול שניתן לה. עוד נקבע שאילו היה נמסר לה מלוא המידע, היא הייתה מסכימה לטיפול, ומכאן שלא נתקיים קשר סיבתי עובדתי בין ההתרשלות שבאי מסירת המידע לבין הנזק שנגרם כתוצאה מן הטיפול. מאידך גיסא נפסק, כי אי-מסירת המידע גרמה למטופלת נזק מן הסוג של "פגיעה באוטונומיה". חשוב להבהיר ולהדגיש, כי הדיון כולו התמקד בפגיעה בזכותו של המטופל שלא לקבל טיפול רפואי בלי הסכמתו המודעת. ההלכה מתמקדת ב"פגיעה בכבודו של אדם ובזכותו לאוטונומיה, הטבועה בביצוע פרוצדורה רפואית בגופו שלא בהסכמתו המודעת", ורוב שיקולי המדיניות כנגד הטלת אחריות בגין הפגיעה באוטונומיה, אשר נדונו ונדחו על ידי בית המשפט, נגעו לסיטואציה המיוחדת של העדר הסכמה מדעת לטיפול רפואי. ניתן, לפיכך, לטעון, כי ההכרה בראש-הנזק האמור מוגבלת לאותה הסיטואציה.

אלא שבפרשת תנובה²⁷⁴ הבהיר בית המשפט העליון, ש"פגיעה באוטונומיה" עשויה להתקיים גם בנסיבות אחרות. באותו מקרה נקבע, כי נזק מן הסוג האמור נגרם לאדם שרכש חלב אליו הוחדר סיליקון בלי ידיעת הצרכנים, אך לא נפגע בגופו בשל השימוש בחלב. בית המשפט, מפי השופטת נאור, קבע כי הטעיה בדבר תכולת החלב היא, לכאורה, בגדר פגיעה באוטונומיה של הפרט. זכותם של צרכנים היא לקבוע מה יכניסו לפיהם ולגופם וממה יימנעו. לדוגמא: שומר כשרות שגילה בדיעבד כי המזון שנמכר לו כמזון כשר אינו כזה, יחוש, בוודאי, תחושה של "גועל ופגיעה באוטונומיה שלו". הוא הדין באדם שביקש לצרוך מזון דל שומן או דל קלוריות והסתבר לו כי מזון שנחזה כמתאים להעדפותיו ונרכש על ידו אינו כזה. בכל המקרים הללו ובמקרים אחרים שניתן להעלות על הדעת "ישנה פגיעה באוטונומיה של הפרט, אף שאין עמה נזק גוף או סכנה ממשית לנזק גוף. לכל צרכן וצרכן העדפות בנוגע למזונותיו,

²⁷² לעיל הערה 39.

²⁷³ פסקה 21 לפסק הדין [ההדגשה שלנו י' ק' ור' פ'].

²⁷⁴ ע"א 1338/97 תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ נ' ראבי, תק-על (דצמבר 2004) 2003 (2) 1522.

העדפות המבטאות לעתים את האידיאולוגיה בה הוא מאמין כדרך לחיים נכונים או בריאים".²⁷⁵

יטען הטוען, כי גם לאחר פסק הדין בעניין **תנובה** ההכרה בראש-הנזק של פגיעה באוטונומיה עודנה מוגבלת, על אף שההגבלה מצויה עתה בדרגת הפשטה גבוהה יותר. הן בפרשת **דעקה** והן בעניין **תנובה** הפר הנתבע את חובתו למסור לתובע אינפורמציה שהייתה נחוצה לאחרון לשם קבלת החלטה מושכלת. בשני המקרים לא נגרם נזק לגופו, לרכושו או לממונו של התובע, ונזקו היחיד התבטא בכך שנשלל ממנו מידע שעשוי היה לשנות את החלטתו. ברגע שנשלל מן המטופל המידע הדרוש באופן סביר לשם קבלת ההחלטה בדבר טיב הטיפול שיינתן לו נשללה ממנו, למעשה, האפשרות לבחור את הטיפול שנראה בעיניו כטוב ביותר. באופן דומה שלילת המידע הדרוש לצרכן באופן סביר כדי להחליט אם לרכוש מוצר מסוים אם לאו נוטלת ממנו את היכולת לבחור את המוצר המתאים להעדפותיו האינדיבידואליות. מבחינה פורמלית הבחירה בין דרכי טיפול שונות ובין מוצרים שונים עודנה אפשרית, אולם העדר מידע מדויק על יתרונותיה וחסרונותיה של כל אחת מן החלופות מרוקן את אפשרות-הבחירה מתוכן מהותי. ניתן לטעון, אפוא, כי ההכרה בראש-הנזק של פגיעה באוטונומיה מוגבלת למקרים שבהם נשלל מן התובע מידע מהותי שהיה דרוש לו לשם בחירה בחלופה התואמת את שאיפותיו, את העדפותיו ואת אמונותיו. עניינה של מסורבת הגט אינו נכנס להגדרה זו.

אנו מסכימים, כי הנזק שנגרם למסורבת הגט שונה מנזקה של המטופלת בפרשת **דעקה** ומנזקו של הצרכן בעניין **תנובה**. אולם אין זאת אומרת שלא ניתן לראות בו משום "פגיעה באוטונומיה". נראה לנו, כי בהשוואה לשני המקרים שהזכרנו – המקרה בו אנו עוסקים עתה הוא מקרה הרבה יותר מובהק של פגיעה באוטונומיה. בעוד שמן התובעים בעניין **דעקה ותנובה** נשלל מידע שהיה עשוי להשפיע על גיבוש רצונם הרי שבענייננו מצוי בידי התובעת כל המידע הדרוש לה לשם גיבוש הרצון, אך נשללת ממנה האפשרות להוציא את רצונה אל הפועל. האיש אינו מאפשר לה להינשא לאחר או להביא ילדים לעולם. לא זו אף זו: הפגיעה ביכולתה של האישה להגשים את רצונה נוגעת למרכיבים מרכזיים ומהותיים של השאיפה להגשמה עצמית: קיום קשר זוגי והורות.²⁷⁶ מדובר בפגיעה קשה ומהותית בחופש הבחירה של הפרט. קשה הרבה יותר מאי מסירת המידע בפרשת **דעקה** ובעניין **תנובה**.²⁷⁷

מכל מקום, בענייננו אין צורך להגדיר את נזקה של מסורבת הגט כ"פגיעה באוטונומיה". ראיית סבלה של האישה כ"נזק" והאפשרות לתבוע פיצוי בגינו לא היו ואינן תלויות בנכונות להכיר בראש-הנזק החדש, שכן הסבל האמור

²⁷⁵ פיסקה 10 לפסק דינה של השופטת נאור. שופטת המיעוט פרוקצ'יה מצדדת בהשקפה לפיה הטעיית הצרכן ביחס לתכונותיו של המוצר שנמכר לו עשויה לעלות כדי פגיעה באוטונומיה, הגם שאין היא מסכימה למסקנתה הקונקרטית של השופטת נאור משום שלדידה לא הוכיח התובע העדפה מוגדרת וברורה לרכוש מוצר בעל תכונות מסוימות דווקא, כפי שמתקיימת אצל שומר כשרות, אדם הצורך מזון אורגאני מטעמי בריאות או שומר משקל (פסקאות 13-15 לפסק דינה).

²⁷⁶ להכרה בחשיבותן של החלטות בענייני זוגיות והורות להגשמה העצמית ראו, למשל: ע"א 5587/93 **נחמני נ' נחמני**, פ"ד מט(1) 485, 499 מפי השופטת שטרסברג-כהן: "האוטונומיה להקמת משפחה, לתכנון משפחה ולהולדת ילדים היא תחום של צנעת הפרט. חירותו של אדם כוללת את חירות ההחלטה העצמאית בענייני נישואין, גירושין, הולדה, ובכל נושא אחר מתחום צינעת הפרט והאוטונומיה של הפרט". והשוו בארצות הברית: "freedom of": *Cleveland Board of Education v. LaFleur* 414 U.S. 632, 639-640, 94 S.Ct. 791, 796 (1974): "personal choice in matters of marriage and family life is one of the liberties protected by the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment".

²⁷⁷ ודוק: על פי פסיקתו של השופט אור בעניין **דעקה** "ההפרה של זכות יסודית זו שלא על פי כוח או זכות שבדין, פוגעת פגיעה קשה ברווחתו של הפרט, ומגבשת נזק בר פיצוי בנזיקין". הואיל ואנו עוסקים במקרים שבהם האיש חוייב על ידי בית דין לתת גט, אין לו כוח או זכות שבדין לפגוע באוטונומיה של אשתו. סרבנותו היא עתה בניגוד להוראת הדין ולא בהתאם לה.

הוא מסוג הנזקים המוכרים במשפטנו בלאו הכי זה עשרות שנים. כבר ראינו לעיל, כי בפרשת **גורדון** קבע בית המשפט העליון שגם נזק לא מוחשי טהור הוא "נזק" לצורך הפקודה, וכי ניתן לפסוק פיצוי בגינו. באופן דומה קבע בית המשפט בסיטואציה המהווה את תמונת הראי לסיטואציה בה עסקינן, כי הסבל הנפשי שנגרם לאישה אשר גורשה על-כורחה מהווה אף הוא "נזק" בר תביעה.²⁷⁸ חשוב להדגיש, כי מעולם לא הוטל אצלנו ספק בכך, שנזק לא מוחשי הוא "נזק" (ובלבד שניתן להוכיחו). עיקר הדיון המשפטי נסב סביב שאלת קיומה של חובת זהירות שעניינה מניעת נזק כזה. הצער, הדכרוך, המועקה, הלחץ, התסכול, העצבנות, החרדה, הפחד והבושה שהם מנת חלקה של מסורבת גט טיפוסית הם, בלי ספק, "נזקים" לצורך הפקודה. אין צורך לתת להם כותרת ססגונית על מנת שייחשבו לכאלה.²⁷⁹

המושג של "פגיעה באוטונומיה" היה יכול, לדעתנו, להיות בעל ערך-מוסף אילו התייחס למרכיב האובייקטיבי של הפגיעה בזכות (בלי קשר למידת הסבל הסובייקטיבי שנגרם בגינה). לשון אחר: בית המשפט היה יכול לראות בזכותו של כל אדם להגשים את רצונו "נכס" שכל גריעה ממנו עולה כדי "נזק" (בדיוק כמו פגיעה בנכסים אחרים). בנסיבות אלה ניתן היה לאמר, שלמסורבת הגט אכן נגרם נזק של "פגיעה באוטונומיה", אולם לא כנזק בלבדי או עיקרי, אלא כנזק לא ממוני אובייקטיבי המצטרף לנזקים הבלתי ממוניים הסובייקטיביים (הסבל, התסכול וכו'). דא עקא, לפי שעה הדין הישראלי רואה בנזק של "פגיעה באוטונומיה" נזק סובייקטיבי שעניינו ב"פגיעה, שלא כדין, ברגשותיו של אדם" (כדברי השופט אור בעניין **דעקה**).

ד. תביעה בגין הפרת חובה חקוקה

1. הגדרת תחום הדיון

העוולה של הפרת חובה חקוקה מוגדרת בסעיף 63(א) לפקודת הנזיקין בזו הלשון:

מפר חובה חקוקה הוא מי שאינו מקיים חובה המוטלת עליו על פי כל חיקוק – למעט פקודה זו – והחיקוק, לפי פירושו הנכון, נועד לטובתו או להגנתו של אדם אחר, וההפרה גרמה לאותו אדם נזק מסוגו או מטבעו של הנזק שאליו נתכוון החיקוק; אולם אין האדם האחר זכאי בשל ההפרה לתרופה המפורשת בפקודה זו, אם החיקוק, לפי פירושו הנכון, התכוון להוציא תרופה זו.

בפסיקה מקובל להתייחס לעוולה כבעלת חמישה יסודות פוזיטיביים ויסוד נגטיבי אחד.²⁸⁰ בקומנטר היחיד שנכתב על העוולה עד כה הבחינה המחברת בין שבעה יסודות.²⁸¹ נראה לנו, עם זאת, כי פירוק מלא של העילה מניב תשעה מרכיבים. על מנת לבסס תביעה בעילה זו נדרש התובע להוכיח את קיומם המצטבר של היסודות הבאים: (1) קיומה של

²⁷⁸ ע"א 1730/92 **מצראווה נ' מצראווה**, תק-על (דצמבר 2004) 95(1) 1218 בפסקה 9 לפסק דינו של השופט גולדברג. באותו מקרה אמנם דובר בתביעה על הפרת חובה חקוקה, אולם מבחינת יסוד הנזק אין הברל בין שתי העוולות. מדובר בתמונת הראי לסיטואציה בה אנו עוסקים מכיוון שעניינו הוא באדם המסרב ליתן גט לאשתו חרף רצונה, בעוד שבעניין **מצראווה** דובר באדם שגירש את אשתו כנגד רצונה.

²⁷⁹ אנו ערים לכך שאת ביקורתנו זו ניתן להפנות גם כנגד השימוש במושג "פגיעה-באוטונומיה" בפסקי הדין בעניין **דעקה** ובעניין **תנוכה**.

²⁸⁰ ראו, לאחרונה, ע"א 7130/01 **טולל בונה בנין ותשתיות בע"מ נ' אלתא תעשיות אלקטרוניקה בע"מ**, פ"ד נח(1) 1, 14 (והאסמכתאות המובאות שם).

²⁸¹ ע' בר-שירה **הפרת חובה חקוקה** (מהדורה שנייה, ג' טדסקי עורך, מאת ד' לוינסון-זמיר, תשמ"ט) 21 ואילך.

חובה; (2) החובה מעוגנת בחיקוק; (3) החיקוק אינו פקודת הנזיקין; (4) החיקוק מיועד לטובתו או להגנתו של אדם אחר; (5) הנתבע הפר את החובה; (6) התובע סבל נזק; (7) הנזק הוא מסוגו או מטבעו של הנזק אליו נתכוון החיקוק; (8) קשר סיבתי בין הפרת החובה לנזק. אם הוכיח התובע את היסודות הללו קמה לו זכות לפיצוי אלא אם יראה הנתבע שהחיקוק התכוון להוציא תרופה אזורחית (זהו היסוד התשיעי, ה"נגטיבי", של העוולה). בתמ"ש (י-ם) 9101/00 ציין סגן הנשיא מרכוס, כי **ייתכן** שניתן לבסס את תביעתה של מסורבת הגט גם על הפרתה של החובה לציית להוראה שניתנה על ידי בית משפט, הקבועה בסעיף 287 לחוק העונשין.²⁸² יחד עם זאת, השופט לא בחן באופן שיטתי ויסודי אם מתקיימים בעניינינו יסודות העוולה של הפרת חובה חקוקה. הטעם לכך הוא שההחלטה עוסקת כל כולה בבקשתו של הבעל הנתבע למחוק את התביעה על הסף, ולשם דחיית הבקשה די בקיומה של אפשרות תיאורטית, אפילו קלושה, לזכייתו של התובע בסעד על יסוד העובדות המפורטות בכתב התביעה.²⁸³ דעתנו היא, כי האינטואיציה הראשונית של השופט מרכוס הייתה נכונה. אולם שלא כמותו איננו רשאים להסתפק בהצגה פשטנית של אפשרויות תיאורטיות. נדרשים אנו, אפוא, להשלים את המלאכה בה החל השופט המלומד, ולבחון אם מתקיימים בעניינינו יסודות העוולה של הפרת חובה חקוקה. מטבע הדברים נתמקד ביסודות שבהם טמון הפוטנציאל להכשלתן של תביעות מן הסוג הנדון ולא נרחיב את הדיבור על יסודות שאינם מעוררים קושי כזה. לא נעסוק כלל בשאלת קיומו של נזק הואיל ושאלה זו נדונה בהרחבה בפרק הקודם.

2. החובה החקוקה המוטלת על הבעל

סעיף 287 לחוק העונשין מורה, כי –

המפר הוראה שניתנה כשורה מאת בית משפט או מאת פקיד או אדם הפועל בתפקיד רשמי ומוסמך לאותו

עניין – דינו מאסר שנתיים.

פסק הדין המורה לאיש ליתן גט לאשתו הוא בגדר הוראה שניתנה כשורה על ידי בית דין רבני, ואי-מתן הגט הוא בגדר הפרה של הוראה זו. השאלה הפרשנית הראשונה עמה אנו נדרשים להתמודד לצורך בחינת אפשרות השימוש בסעיף 287 כמקור לחובה החקוקה הוא אם הדיבור "בית משפט" כולל גם בית דין רבני. שאלה זו נדונה והוכרעה בעניין **גדרון**.²⁸⁴ באותו מקרה הורה בית הדין הרבני לאישה למסור לבן זוגה את ביתם המשותפת. האישה הפרה את הצו והורשעה על ידי בית משפט השלום בעבירה לפי סעיף 287. ערעורה לבית המשפט המחוזי נדחה ברוב דעות. בערעור לבית המשפט העליון טען בא כוחה, בין היתר, כי הצירוף "בית משפט" בסעיף 287 אינו כולל בית דין רבני. לתמיכה בטענתו הפנה עורך-הדין לסעיפים אחרים בחוק העונשין שבהם ראה המחוקק להבחין בין "בית משפט" ל"בית דין", כגון סעיפים 265 ו-266. בית המשפט העליון דחה את הטענה. העובדה שבסעיפים אחרים בחוק העונשין (וכן בחוקים אחרים דוגמת חוק בתי המשפט) המונח "בית משפט" אינו כולל "בית דין" אינה מעלה ואינה מורידה, שכן המחוקק לא נקט בשאלת המינוח

²⁸² פסקה 4.ג.8 להחלטה.

²⁸³ י' זוסמן **סדרי הדין האזרחי** (מהדורה שביעית, ש' לוינ עורך, 1995) 387.

²⁸⁴ ע"א 741/83 **גדרון נ' מ"י**, פ"ד לח(2) 698, בפסקה 4 לפסק הדין.

האמורה קו-אחיד. כך למשל, בסעיף 264 לחוק העונשין שעניינו הכשלת עיקול, דיבר המחוקק בלשון "בית משפט" ואין כל ספק שנתכוון גם לבית דין; ואף לצורך חוקים אחרים היה בית המשפט העליון מוכן לקבוע כי המונח "בית משפט" משתרע גם על בתי דין. אחדות, מכל מקום, אין.

לגוף העניין קבע בית המשפט כי המונח "בית משפט" בסעיף 287 כולל גם בית דין. פרשנות זו נתמכת על ידי שלושה טעמים. ראשית, בשורה של פסקי-דין הניח בית המשפט העליון באופן עקבי, כהנחה מובנת מאליה, שסעיף 143 לפקודת החוק הפלילי, 1936, אשר קדם לסעיף 287, מתייחס גם לבית דין דתי. שנית, בסעיף 143 לפקודת החוק הפלילי השתמש המחוקק המנדטורי במונח "court", אשר הן לפי הגדרתו בפקודה זו ובפקודת הפרשנות (a court of "competent jurisdiction"), והן לפי השימוש שנעשה בו בדבר המלך במועצה על ארץ-ישראל, 1922 (סימן 51) – מתייחס גם לבתי דין דתיים. שלישית, פרשנותו המצמצמת של בא כוח המערערת מביאה לתוצאה הבלתי מתקבלת על הדעת, שניתן להעמיד לדין מי שמפר הוראה של בית משפט שלום או הוראה של "פקיד או אדם הפועל בתפקיד רשמי ומוסמך לאותו ענין", אך מי שמפר צו של בית-דין רבני אינו צפוי לשום סנקציה פלילית בשל ההפרה. סיכומו של דבר: סעיף 287 מחייב כל אדם לציית להוראות שניתנו לו על ידי בית דין רבני.

אלא שכאן מתעורר קושי נוסף. כבר ציינו לעיל, שפסקי דין של גירושין הם בעלי אופי מיוחד. לא ניתן להוציאם אל הפועל כפי שמוציאים לפועל פסקי דין אחרים. הטעם לכך הוא שהגט צריך להינתן ברצונו של האיש. כל ניסיון לכפות מתן גט בניגוד לעקרונות ההלכתיים עלול להפוך את הגט למעושה שלא כדין. יתר על כן: גם בנסיבות שבהן ניתן – על פי כללי המשפט העברי – לעשות שימוש באמצעי כפייה ישירים או עקיפים ברי, על רקע פרשנות תכליתית של מערך החקיקה, כי הכפייה אמורה להיעשות אך ורק באמצעות הסנקציות הקבועות בסעיף 6 לחוק שיפוט בתי דין רבניים ובחוק קיום פסקי-דין של גירושין ובכפוף לסייגים ולמגבלות הקבועים באותם החיקוקים.

לאור הנחות יסוד אלה, לא ניתן לכפות על סרבן-גט לציית לפסק דינו של בית הדין הרבני באמצעות סעיף 287 לחוק העונשין.²⁸⁵ האם מכאן מתבקשת המסקנה שסעיף 287 אינו מטיל חובה על מי שבית דין רבני הורה לו ליתן גט פיטורין לאשתו? תשובה חיובית לשאלה זו הייתה שומטת את הקרקע מתחת לתביעה בגין הפרת חובה חקוקה הנסמכת על סעיף 287. אולם דומה כי אין היא התשובה הנכונה. העובדה שלא ניתן להעניש את מפר החובה חקוקה על פי החיקוק מכונן-החובה אין פירושה שהחובה אינה מוטלת עליו. יש להבחין בין שאלת עצם קיומה של החובה (שהיא המעניינת אותנו כאן) לבין שאלת קיומה של סנקציה בגין הפרת החובה. חיקוק מסוים יכול להטיל על אדם חובה מבלי להטיל עליו, מטעם זה או אחר, סנקציה כלשהי אם הפר אותה. העדר הסנקציה אינו שולל את קיומה של החובה. ואמנם, בית המשפט העליון הניח בפסיקה עקבית, בלי לדון בעניין לגופו, כי גם חובה שהחיקוק בו היא מוגדרת אינו מטיל סנקציה בגין הפרתה, היא בגדר "חובה" לצורך סעיף 63 לפקודת הנזיקין.²⁸⁶

²⁸⁵ על פי אותו ההיגיון לא ניתן לכפות על האיש לציית לפסק הדין באמצעות פקודת בזיון בית המשפט.
²⁸⁶ ע"א 457/64 מנטל נ' עיריית פתח תקוה, פ"ד יט(1) 540 (להלן: עניין מנטל); ע"א 672/66 דגיני נ' רשות הפיתוח, פ"ד כא(1) 365. השוו: בר-שירה, לעיל הערה 275, בע' 22-23 (במיוחד בהערת שוליים 74).

הבעיה המתעוררת במקרה דנן שונה מעט מזו שנדונה על ידי בית המשפט העליון. בפסיקה הנזכרת לעיל התייחס בית המשפט לחיקוקים המטילים חובות "חסרות שיניים" שאיש אינו צפוי לסנקציה בגין הפרתן, דוגמת סעיף 5א לחוק יישוב סכסוכי עבודה²⁸⁷ וסעיף 5 לפקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור).²⁸⁸ ניתן – לכאורה – לטעון, שכאשר החיקוק כן מטיל סנקציה על אדם שלא פעל על פי הוראתו, אלא אם אותו אדם משתייך לקבוצה מסוימת, הבחנה זו מבטאת את כוונת המחוקק שלא להחיל את החובה על אנשים מאותה הקבוצה. ההיגיון העומד ביסודה של טענה זו אינו נסתר מעינינו. אלא שבמקרה דנן היא אינה רלוונטית כלל, מכיוון שלא ניתן לומר שסרבן-גט, בניגוד לאנשים אחרים שאינם מציינים להוראה שיפוטית, אינו צפוי לסנקציה בגין הפרתה של החובה הקבועה בסעיף 287. למרות שלא ניתן לכפות על הסרבן את חובת הציות לפסק דינו של בית הדין הרבני באמצעות העונש הקבוע בסעיף זה, ניתן לכפות עליו את קיום החובה באמצעים אחרים (כגון חוק קיום פסקי-דין של גירושין). פירוש הדבר הוא, שהמחוקק לא ביקש להימנע מהטלת החובה הכללית לציית לפסקי דין על מי שחויב לתת גט לאשתו, אלא להגביל, מטעמי זהירות, את הסנקציות שניתן להטיל על אותו אדם בגין הפרתה כל עוד ההפרה נמשכת. מכאן שחוסר האפשרות לכפות על סרבן-גט ציות לחובה הקבועה בסעיף 287 באמצעות העונש הקבוע באותו סעיף אינו מעיד על כוונה לפטור אותו מן החובה גופה. אשר לאפשרות להעמיד את הסרבן לדין לפי סעיף 287 עצמו לאחר השלמת הליך הגירושין – נראה לנו כי אפשרות זו אינה רצויה. נכון הוא, שבשלב זה ההליך הפלילי אינו מיועד לאלץ את האיש ליתן גט אלא להענישו על אי הציות לצו שיפוטי בעבר. אלא שמדיניות של העמדה לדין בדיעבד עלולה לגרור אחת משתי תוצאות. או שהאיום בסנקציה פלילית לאחר מתן הגט יגרום לסרבן להתמיד בסירובו (כדי להתחמק מן האישום הפלילי), או שהאיום יגרום לו למהר ולתת גט שתוקפו מוטל בספק (משום שניתן בצל האיום).

3. גבולות החובה החקוקה

שתי השאלות העיקריות בתביעות על הפרת חובה חקוקה – בכל השיטות שבהן מוכרת עילה כזו – הן אם החיקוק שהופר נועד להגן על התובע או על אנשים מסוגו ולמנוע נזק מן הסוג שאירע בפועל.²⁸⁹ השאלה המרכזית בענייננו היא, לפיכך, אם סעיף 287 לחוק העונשין נועד להגנתן של מסורבות גט. הסעיף אינו מצייין במפורש מיהו בעל האינטרס המוגן על ידו. דומה, עם זאת, כי לפחות אחת ממטרותיו היא להגן על האינטרס הציבורי בקיום הוראות של רשויות מוסמכות. הציות להוראות אלה מתחייב מעקרון שלטון-החוק. סעיף 287 נועד, אם כן, להגן על הציבור בכללותו. לכאורה, אין בכך כדי לשלול את המסקנה שהסעיף נועד גם לטובתם של פרטים. סעיף 63(ב) לפקודת הנזיקין מורה, כי "לעניין סעיף זה רואים

²⁸⁷ התשי"ז-1957, ס"ח 221, 58.

²⁸⁸ 1943, ע"ר תוס' 1, 32. ראו עניין **מנטל**, לעיל הערה 286.

²⁸⁹ ראו, למשל, במשפט המקובל: F. Trindade : 622-625; A.M. Dugdale (ed.) *Clerk & Lindsell on Torts* (18th ed., 2000) 622-625; P. Cane *The Law of Torts in Australia* (3rd ed., 1999) 686; J. Herbots "Economic Loss in the Legal Systems of the Continent" in *The Law of Tort-Policies & Trends in Liability for Damage to Property and Economic Loss* (M. Furmston ed., London, 1986) 137, 149; K. Opoku "Delictual Liability in German Law" 21 *Int. & Comp L.Q.* (1972) 230, 234; B.S. Markesinis *The Law of Torts: A Comparative Introduction* (3rd ed., 1997) 890-892.

חיקוק כאילו נעשה לטובתו או להגנתו של פלוני אם לפי פירושו הנכון הוא נועד לטובתו או להגנתו של אותו פלוני אג לטובתם או להגנתם של בני אדם בכלל [ההדגשה שלנו] או של בני אדם מסוג או הגדר שעמם נמנה אותו פלוני". מכאן שגם חובה המיועדת להגן על כל הפרטים כולם עשויה להיחשב כמיועדת לטובתו של היחיד. אולם אם כך הוא הדבר, אימתי לא ניתן לראות בחובה החקוקה חובה המיועדת להגנתו של הפרט? על כך אומר השופט ברוך בעניין **ועקנין**²⁹⁰ – לכאורה, כל חיקוק נועד, בסופו של דבר, לטובתו ולהגנתו של הפרט, שהרי אין המדינה קיימת אלא למען פרטיה. דומה שפילוסופיה משפטית זו אינה מסייעת לנו בפירושה של הוראת סעיף 63... הוראה זו מבחינה בין חיקוקים, שנועדו לטובתו או להגנתו של היחיד, לבין חוקים, שלא נועדו לטובתו או להגנתו של היחיד. להבחנה זו עלינו ליתן תוקף. נראה לי, כי חיקוק בא "לטובתו או להגנתו של אחר", אם אותו חיקוק קובע נורמות ורמות התנהגות, אשר נועדו להגן על האינטרסים של הפרט. כנגד חיקוק מסוג זה באים אותם חיקוקים, אשר לא נועדו להגן על האינטרסים של הפרט. ביניהם ניתן לכלול אותם חיקוקים, שבאו להגן על האינטרסים של המדינה, של הממשלה, ושל מירקם החיים הקולקטיביים ואורחות חיי האומה.

על פי תפיסה זו נדמה, כי חובה המיועדת כל כולה להבטיח את שלטון-החוק אינה יכולה להיחשב כמיועדת לטובתו של אדם ספציפי. חובה שכזו מיועדת להגן על מירקם החיים הקולקטיביים ואורחות חיי האומה ולא על אינטרס פרטי מובהק. אלא שבכך אין כדי לשלול את המסקנה שסעיף 287 מיועד, בין היתר, לטובתן של מסורבות גט. לעתים קרובות הוראה פלונית היא בעלת מטרה כפולה, והיא כוללת בחובה הן כוונה להגן על האינטרסים של כל פרט ופרט – או סוג של פרטים – והן כוונה להגן על האינטרסים של הציבור בכללותו.²⁹¹ כזה הוא המקרה דנן. בנוסף להגנה על שלטון-החוק נראה, כי סעיף 287 בא להבטיח (ביחד עם אמצעים אחרים דוגמת פקודת בזיון בית המשפט²⁹² וחוק ההוצאה לפועל²⁹³), שזכיותו של פלוני במשפט או בהליך ביניים לא תהא ריקה מתוכן. הסעיף מיועד להגן על האינטרס של הצד שלטובתו ניתנה ההוראה על ידי בית משפט או בית דין בקיומה של ההוראה. ובפרט: החובה לקיים את הוראתו של בית הדין הרבני לבעל ליתן גט לאשתו מיועדת, בלי ספק, לטובתה של האישה.²⁹⁴

השאלה השנייה היא אם הפרת החובה הקבועה בסעיף 287 בידי הבעל גורמת למסורבת הגט נזק מסוגו של הנזק שאליו נתכוון החיקוק. שאלה דומה נתעוררה בפני בית המשפט העליון בעניין **סולטאן**.²⁹⁵ באותו מקרה דובר באיש מוסלמי אשר גירש את אשתו המוסלמית על כורחה מבלי שהיה בידו פסק-דין של בית הדין השרעי המחייב את האישה

²⁹⁰ **לעיל** הערה 65, בפיסקה 36 לפסק הדין.

²⁹¹ **שם**, בפיסקה 37 לפסק הדין; ע"א 245/81 **סולטאן נ' סולטאן**, פ"ד לח(3) 169, בפיסקה 6 לפסק הדין (להלן: **עניין סולטאן**); ע"א 119/86 **קני בתים בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, נתניה**, פ"ד מו(5) 727, 744 מפי השופט בן-יאיר (להלן: **עניין קני בתים**). לאפשרות קיומה של "מטרה כפולה" ראו גם: 100, 142, 146 RGZ (18.10.1920).

²⁹² חא"י כרך א, (ע) 332, (א) 356.

²⁹³ התשכ"ז-1967, ס"ח 507, 116.

²⁹⁴ השו"ת תמ"ש (י-ם) 9101/00, **לעיל** הערה 13, בפיסקה 4.ג.8. להחלטה. בתמ"ש (י-ם) 19270/03, **לעיל** הערה 17, בפיסקה 38 לפסק הדין נטה השופט הכהן למסקנה הפוכה (הגם שלא הכריע בדבר). את הטעמים לדחיית נימוקיו בהקשר זה כבר הסברנו, למעשה, בגוף המאמר.

²⁹⁵ ע"א 245/81 **סולטאן נ' סולטאן**, פ"ד לח(3) 169.

להתיר את הנישואין, וזאת בניגוד להוראת סעיף 181 לחוק העונשין.²⁹⁶ למרות שמעשהו של האיש עלה כדי עבירה, הגירושין תפסו לפי הדין השרעי ושללו מן האישה את זכויותיה כאישה נשואה. בית המשפט העליון נדרש, בין היתר, לשאלת היותו של הנזק שנגרם לאישה "מסוגו או מטבעו של הנזק שאליו נתכוון החיקוק" והשיב בזו הלשון:

משאמרנו כאן, שהוראת סעיף 181 לחוק העונשין נועדה לא רק למען האינטרס החברתי הכללי אלא גם לטובתה ולהגנתה של האישה, שבעלה מגרשה בעל-כורחה, עולה מכאן גם התשובה, כי הנזק, אותו ביקש החיקוק הנדון למנוע, הוא הנזק, שנגרם לה כתוצאה מגירושה אלה, משינוי מעמדה מאישה נשואה לאישה גרושה, ללא שהוצא פסק-דין של בית-משפט או של בית-דין מוסמך, שחייבה בגירושין.

באופן דומה ניתן לומר, כי הואיל וסעיף 287 נועד להגן לא רק על האינטרס הציבורי בקיום הוראות שיפוטיות אלא גם על מי שלטובתו ניתנה הוראה כזו (להלן: "המוטב המיועד"), הנזק אותו ביקש החיקוק לחסוך הוא הנזק שנגרם למוטב המיועד כתוצאה מאי-הציות להוראה. הנזק שאותו התכוון המחוקק למנוע הוא ההפרש בין המצב בו מצוי המוטב המיועד בשל אי הציות להוראה למצב בו היה מצוי אילו קוימה. ובענייננו: הנזק שאותו אמור היה החיקוק למנוע הוא הפער השלילי בין מצבה של המעוכבת מחמת בעלה להינשא למצבה של גרושה.

4. העדר כוונה להוציא תרופה אזרחית

השאלה האחרונה עליה אנו נדרשים להשיב היא אם סעיף 287 התכוון "להוציא תרופה אזרחית". בישראל, שלא כמו בגרמניה, הפרתו של חיקוק שנועד להגן על התובע או על אנשים מסוגו מפני נזק מן הסוג שאירע אינה מבטיחה פיצוי לנפגע מן ההפרה.²⁹⁷ אולם שלא כמו באנגליה, התובע הישראלי אינו נדרש להראות שהחיקוק הספציפי שהופר נועד להעניק לנפגע מן ההפרה סעד אזרחי. נקודת המוצא היא שכל חיקוק המקיים את דרישותיו של סעיף 63(א) רישא לפקודת הנזיקין נועד להעניק סעד אזרחי, אלא אם הוכח אחרת.²⁹⁸ בענייננו עשוי סרבן-הגט לנסות ולטעון שסעיף 287 התכוון להוציא תרופה אזרחית. ניתן לחשוב על שלושה נימוקים אפשריים לטענה זו, אך כולם בלתי משכנעים.

הנימוק החלש מכולם הוא שהטלת סנקציה פלילית על מפר החובה הקבועה בסעיף 287 מבטאת את כוונת המחוקק שלא להטיל על המפר סנקציות אחרות זולתה. נימוק זה מתיישב, לכאורה, עם הנחתו הבסיסית של המשפט האנגלי, ולפיה כאשר החיקוק מטיל חובה ואוכף את קיומה באמצעות סנקציה פלילית – אין לאכוף את קיומה בדרך אחרת.²⁹⁹ הכלל אמנם כפוף לשני חריגים שהיקף תחולתם הפוטנציאלי רחב למדי,³⁰⁰ אך הנחת היסוד עודנה פרובלמטית עבור הקורבן הטיפוסי של מעשה עבירה. אצלנו, לעומת זאת, הלכה רבת שנים היא שהטלת סנקציה פלילית אינה

²⁹⁶ "התיר איש את קשר הנישואין על כרחה של האשה, באין בשעת התרת הקשר פסק דין סופי של בית המשפט או של בית הדין המוסמך המחייב את האשה להתרה זו, דינו – מאסר חמש שנים".

²⁹⁷ לגבי המצב בגרמניה ראו: סעיף 2823(2) ל-BGB ופירושו אצל Markesinis, לעיל הערה 289, בעמ' 891.

²⁹⁸ להצעה לקבוע בדין האנגלי נקודת מוצא דומה, ראו: Law Commission No. 21 *The Interpretation of Statutes*, para. 38 and App. A(4). הצעת הוועדה לא נתקבלה.

²⁹⁹ *Doe d. Rochester (Bp.) v. Bridges* (1831), 1 B. & Ad. 847, 859 per Tenterden L.J. as applied in *Cutler v. Wandsworth Stadium Ltd.* [1949] A.C. 398, [1949] 1 All E.R. 542 (H.L.).

³⁰⁰ *Lonrho v. Shell Petroleum Co. Ltd (No. 2)* [1982] A.C. 173 (H.L.), 185-186 per Diplock L.J.

מצביעה על כוונה לשלול סעד אזרחי.³⁰¹ אדרבה: מרבית החיקוקים שעליהם נסמכו תביעות בגין הפרת חובה חקוקה היו כאלה שבהם החובה נקבעה בחיקוק המטיל סנקציה עונשית בגין ההפרה, כמו תקנות הבטיחות בעבודה,³⁰² חוק התכנון והבניה (לרבות תוכניות מיתאר שהוצאו מכוחו),³⁰³ פקודת ביטוח רכב מנועי [נוסח חדש],³⁰⁴ תקנות התעבורה,³⁰⁵ וחוק העונשין.³⁰⁶ מן הבחינה העיונית חיקוק המכוון להגן על אינטרס של הפרט אינו מגשים את ייעודו באופן מלא על ידי הטלת סנקציה עונשית על מי שפגע באותו האינטרס. ההגנה האופטימלית על האינטרס צריכה לכלול את השבת מצבו של הניזוק לקדמותו במקרה של פגיעה. לכן ההנחה צריכה להיות, שאם חיקוק עונשי נועד להגן על פרטים מפני נזקים מסוימים – אין החיקוק מתכוון לשלול תרופה לפי סעיף 63. ניתן לומר, כי העוולה של הפרת חובה חקוקה באה להשלים את ההוראות העונשיות. אותן ההוראות מגדירות את האינטרסים הראויים להגנה ומטפלות באספקט הציבורי של פגיעה בהם, והעוולה של הפרת חובה חקוקה מטפלת בהיבט הפרטי של הפגיעה. על כל פנים, בענייננו לא ניתן ממילא להפעיל כנגד סרבן הגט את הסנקציה הקבועה בסעיף 287, מטעמים שהובהרו לעיל; ובהעדר סנקציה פלילית אין כל חשיבות לשאלה אם סנקציה פלילית מוציאה תרופה אזרחית אם לאו.

הנימוק השני הוא שהמחוקק קבע – בחוק שיפוט בתי דין רבניים ובחוק קיום פסקי-דין של גירושין – רשימה מפורטת של אמצעים לאכיפת חובת הציות של הבעל לפסק דינו של בית הדין הרבני, ובכך הבהיר כי אין לעשות שימוש באמצעים אחרים, לרבות סעדים אזרחיים, לשם כפיית ציות כאמור.³⁰⁷ נכון הוא, שלפי סעיף 63 לפקודת הניזקין הנפגע אינו זכאי לפיצוי אם החיקוק שהופר התכוון להוציא סעד אזרחי בעוד שהאמצעים לאכיפת פסקי דין של גירושין מצויים מחוץ לחיקוק שהופר. אבל כאשר בוחנים את "כוונתו"³⁰⁸ של סעיף 287 לא ניתן להתעלם מן המערך הכולל של החקיקה. ההנחה הפרשנית היא, שצריכה להתקיים הרמוניה חקיקתית בתוך מערכת החקיקה, באופן שהפירוש שיינתן לחיקוק מסוים ישזר "נאמנה עם רקמת החקיקה ויהא לגוף אחד, שלם, עמה".³⁰⁹

התשובה העיקרית לטענה זו היא שהמחוקק אמנם התכוון ליצור רשימה סגורה של אמצעים לכפיית ציות לפסקי דין של גירושין, אך הסעד אותו מבקשת האישה אינו אמצעי כזה (או, לפחות, אינו מיועד אך ורק לכפיית ציות). מטרתו לתקן את העוול שנעשה על ידי הבעל עד למועד הדיון בתביעה, הגם שאחת מתוצאות הלוואי שלו עשויה להיות הגברת הנכונות ליתן גט. יתר על כן, השימוש באמצעים המיוחדים לכפיית גט נתון תמיד לשיקול דעתה של ערכאת שיפוט דתית, שלא בהכרח תעשה בהם שימוש. פירוש הדבר הוא, שאם נשלול מן האישה את הסעד האזרחי של תביעת נזיקין לא

³⁰¹ עניין סולטאן, לעיל הערה 285, בפסקה 8 לפסק הדין; עניין קני בתים בע"מ, לעיל הערה 285, בע' 751-752 מפ' השופט בן-יאיר (אגב אורחא).

³⁰² ע"א 165/73 עובדיה נ' יפו-מור בע"מ, פ"ד כח(1) 348.

³⁰³ ע"א 416/58 ג'דעון נ' סלימאן, פ"ד יג(2) 916, 923; ע"א 711/82 י' בלומנטל ב"ח בע"מ נ' תיכון, פ"ד לט(2) 477; ע"א 273/80 מדינה נ' כהן, פ"ד לז(2) 29; עניין קני בתים בע"מ, לעיל הערה 285, בפסקה 6 לפסק דינו של השופט בן-יאיר.

³⁰⁴ ע"א 132/56 זייברט נ' בישקו, פ"ד יב(1) 40.

³⁰⁵ ע"א 335/80 בריגה נ' מוסטפה, פ"ד לו(3) 32, 39.

³⁰⁶ עניין סולטאן, לעיל הערה 285.

³⁰⁷ הגיונו של נימוק זה דומה לזה של הנימוק הראשון אולם הוא חזק יותר, מכיוון שכאשר המחוקק מציג רשימה מפורטת של סנקציות (להבדיל מסנקציה בודדת) קל יותר להניח שבכך נתכוון לשלול אחרות.

³⁰⁸ השתמשנו במילה "כוונה" מפני שהיא תואמת את לשונו של סעיף 63 לפקודת הניזקין. בהקשר זה מדובר במילה נרדפת ל"תכלית".

³⁰⁹ ביד"מ 1/62 אבו-אנג'לה נ' פקיד הרישום של לשכת מרשם התושבים תל-אביב יפו, פ"ד יז(4) 2751, 2759 מפ' השופט זוסמן; א' ברק פרשנות במשפט – פרשנות החקיקה (כרך שני, תשנ"ג) 327-331.

מובטחת הגנה כלשהי לאינטרס שלה. תוצאה זו היא בלתי הגיונית בעליל. לבסוף, האמצעים לכפיית הגירושין, המסורים בידי בית הדין הדתי, אינם רלוונטיים עוד לאחר שהגט ניתן ונתקבל. אם האישה מגישה את תביעת הנזיקין לאחר מתן הגט, ברי כי לא עומדים לרשותה ה"אמצעים" הקבועים בחוק שיפוט בתי דין רבניים ובחוק קיום פסקי-דין של גירושין. אין זה מתקבל על הדעת לשלול ממנה את הסעד האזרחי על יסוד טענה בדבר קיומם של סעדים אלטרנטיביים כאשר סעדים כאלה אינם קיימים כלל. דעתנו היא, לפיכך, כי אין בקיומם של מנגנונים חיצוניים, המסורים בידי בית דין דתי, לאכיפת החובה הקבועה בסעיף 287 על סרבני גט כדי להצביע על כוונה לשלול מן האישה – באופן גורף – את הזכות לפיצוי על סבלה בבית המשפט האזרחי.

יחד עם זאת, ברי, כי על ידי התניית השימוש בכל אחת מן הסנקציות שניתן להפעיל כנגד סרבני גט בהחלטה של בית-דין רבני התכוון המחוקק לסלק את החשש מפני גט מעושה שלא כדין.³¹⁰ ואם כך הם פני הדברים ודאי שהתכוון "להוציא תרופה אזרחית" שעלולה לגרום למתן גט מעושה שלא כדין. עלינו להבטיח, אפוא, שההכרה בזכות תביעה אזרחית בגין הפרתו של סעיף 287 לא תסכל תכלית זו. לשם כך יש להגביל את נסיבות הגשתה של תביעת הנזיקין בעילה של הפרת חובה חקוקה ואת גובה הפיצוי שניתן לפסוק בה בהתאם לעקרונות שעליהם עמדנו לעיל.

הנימוק השלישי הוא שלטובת הנפגע ממעשה עבירה עומדת זכות לפיצוי מכוח סעיף 77 לחוק העונשין. הסעיף מורה, כי אם הורשע אדם, רשאי בית המשפט לחייבו לשלם למי שניזוק על ידי העבירה בה הורשע סכום מסוים כפיצוי על הנזק והסבל שנגרמו לו. על אף שמבחינה "גיאוגרפית" מצוי הסעיף בממלכת העונשין, אין ספק, כי הוא מעניק סעד בעל אופי אזרחי.³¹¹ ניתן לטעון, שאם המחוקק נתן דעתו על תרופה אזרחית לאדם שנפגע מהפרת החובה הקבועה בחיקוק פלוני, וקבע שסעד כזה יינתן בתנאים מסוימים ותחת הגבלות מסוימות, הרי שבכך התכוון שלא יינתן לנפגע מן ההפרה סעד אזרחי נוסף מכוח סעיף 63 לפקודת הנזיקין, שכן קבלתה של תביעה לפי סעיף 63 תרוקן מתוכן את התנאים והמגבלות לפסיקת פיצוי לפי החיקוק הספציפי.³¹²

נראה לנו, עם זאת, כי בחקיקתו של סעיף 77 לא התכוון המחוקק לשלול מן הנפגע מהפרת החובות הקבועות בחוק העונשין את זכות התביעה בגין הפרת חובה חקוקה, כאשר מתקיימים יסודותיה של עוולה זו. נהפוך הוא. הנחת המוצא של המחוקק הייתה, שהסעד הקבוע בסעיף 77 הוא בלתי-ממצה.³¹³ בראש ובראשונה, מדובר בתרופה הנתונה לשיקול דעתו של בית המשפט (כאשר המגמה היא שלא להשתמש בסמכות דרך שיגרה³¹⁴). הנפגע אינו זכאי לפיצוי.

³¹⁰ ראו גם: בג"צ 1371/96 רפאלי נ' רפאלי, פ"ד נא(1) 198, בפסקה 14 לפסק דינו של השופט חשין.

³¹¹ רע"פ 2976/01 אסף נ' מ"י, פ"ד נו(3) 418.

³¹² השוו בר-שירה, לעיל הערה 286, בע' 73.

³¹³ בית המשפט העליון לא דן כלל בהשפעתו האפשרית של סעיף 77 על עילת התביעה בנזיקין על אף שנדרש לתביעות בגין הפרת חובה חקוקה שנסמכו על הוראות בחוק העונשין (עניין סולטאן, לעיל הערה 285). בשתיקתו של בית המשפט ניתן לראות משום ראייה לכאורה לכך שסעיף 77 אינו מעיד על כוונה להוציא תרופה לפי סעיף 63 לפקודת הנזיקין. מובן, שאנו לא נסתפק בראיה לכאורה. בר שירה, לעיל הערה 286, בע' 78 מציגה נימוקים נוספים התומכים, לכאורה, במסקנתנו. איננו מביאים את נימוקיה העיקריים בגוף הטקסט מכיוון שהם נראים לנו "טכניים" מידי ולא לגמרי משכנעים. עיינו והשוו: עניין גורדון, לעיל הערה 75, בע' 127-128 (סמכותו של בית המשפט לפצות נאשם שזוכה לפי סעיף 80 לחוק העונשין אינה שוללת מאותו אדם את הזכות לתבוע פיצוי מלא בעילת רשלנות).

³¹⁴ י' קדמי על סדר הדין בפלילים (חלק שני – ספר שני, תשנ"ח) 1078.

קשה להאמין, שבחקיקתו של סעיף 77 התכוון המחוקק לשלול מאדם שנפגע על ידי מעשה עוולה את הזכות לתרופה.³¹⁵ שנית, גובה הפיצוי שניתן לפסוק לפי אותו סעיף כפוף לתקרה נמוכה למדי (84,400 ₪). ההנחה הפרשנית צריכה להיות שכאשר סכום הפיצוי הקבוע בחיקוק מסוים כפוף לתקרה, אדם שקיבל פיצויים מכוחו יכול לתבוע – בעילת נזיקין מסורתית – את השלמת הפיצוי עד לגובה הנזק שנגרם לו, אלא אם אותו החיקוק אוסר על כך במפורש.³¹⁶ הנחה זו היא הנחה פרשנית כללית, אשר אינה תלויה בנסיבותיהם של מקרים קונקרטיים. במילים אחרות: לא ניתן לפרש את סעיף 77 כמתכוון להוציא תרופה אזרחית הואיל וייתכנו מקרים שבהם הסכום שייפסק מכוחו לא יכסה את מלוא הנזק. העובדה שיייתכנו גם מקרים שבהם הסכום שייפסק מכוחו יכסה את מלוא הנזק אינה צריכה לשנות את פירושו, שהוא – כאמור – בעל תחולה כללית. שלישית, לקורבן (או לשאיריו) אין כל זכות להציג ראיות לגבי גובה הנזק שנגרם לו (או להם) לפני ההכרעה בעניין עצם פסיקת הפיצוי לפי סעיף 77 ובעניין גובהו.³¹⁷ ושוב, קשה להניח שהמחוקק התכוון לשלול מן הנפגע על ידי מעשה עוולה את הזכות האוניברסלית האלמנטרית לטעון את טענותיו ולהוכיח את נזקו. רביעית, פסיקת פיצויים לפי סעיף 77 מותנית בהרשעה. פירוש הדבר הוא שבלי העמדה לדין או בלי הרשעה לא ניתן לפסוק פיצוי על פיו. פיצוי התלוי בשיקול הדעת של רשויות התביעה, באופן ניהול ההליך על ידי מי שאינו בעל עניין ישיר בסעד האזרחי, ובהוכחת העובדות המקימות את העילה מעבר לספק סביר אינו יכול להיות סעד אזרחי ממצה. בענייננו התניית הפיצוי בהרשעה היא בעלת חשיבות מיוחדת, מכיוון שכפי שהסברנו לעיל לא ניתן להעמיד את הסרבן לדין לפי סעיף 287, ועל כן אי אפשר לפסוק לאישה פיצוי לפי סעיף 77. לא ניתן, אם כן, לומר שעומד לרשותה של מסורבת הגט סעד אזרחי אלטרנטיבי; ואם כך הוא הדבר, הטענה לפיה סעד אזרחי חלופי מעיד על כוונה לשלול תביעה אזרחית על יסוד סעיף 63 הופכת ממילא לבלתי רלוונטית.

סיכום

במאמר זה ניסינו להראות, כי מסורבת הגט תוכל לתבוע מבין-זוגה פיצויי נזיקין בערכאה אזרחית בגין הסבל שנגרם לה מחמת סרבנותו. ציינו, כי יש בסיס מוצק לטענה שבית המשפט לענייני משפחה מוסמך לדון בתביעה כזו. לאחר מכן הראינו, כי למסורבת הגט עומדות, לכאורה, שתי עליות תביעה: רשלנות והפרת חובה חקוקה. עם זאת, הסברנו כי יש להגביל את זכות התביעה של מסורבת גט לפחות לפני מתן הגט וכל עוד היא מעוניינת בקבלת גט תקף בהתחשב עם

³¹⁵ ראו: *Groves v. Lord Wimborne* [1898] 2 Q.B. 402. באותו מקרה הטיל החוק קנס על מפר החובה וקבע שמזכיר המדינה רשאי להעביר את הקנס או את חלקו לקורבן העבירה. העובדה שהתשלום לנפגע הוא עניין שבשיקול דעת (ולא בגדר זכות) הייתה אחד מן השיקולים שהובילו את בית המשפט למסקנה שהמחוקק לא התכוון לשלול תרופה אזרחית. חשוב להדגיש, עם זאת, כי במקרה *Groves* דובר בסמכות להעביר לנפגע את הקנס שהוטל בגין הפרת החובה ולא בסמכות לפסוק לו פיצוי על נזקו. העובדה שהקנס נקבע לפי חומרת העבירה ולא לפי גובה הנזק היוותה חיזוק נוסף, כבד משקל, למסקנה האמורה.

³¹⁶ הפיצוי שנפסק לקורבן תאונת דרכים כפוף לתקרות – הן במישור הממוני והן במישור הבלתי ממוני. סעיף 8 לחוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, התשל"ה-1975, ס"ח 234, 780 שולל מן הנפגע הזכאי לפיצוי לפי החוק כל עילת תביעה אחרת. לעומת זאת, חוק האחריות למוצרים פנומים, התש"ם-1980, ס"ח 964, 86 קובע תקרות לפיצוי אך אינו כולל הוראת ייחוד עילה. על כן הנפגע מפגם במוצר רשאי לתבוע את היצרן, במקביל, בעילות נזיקין מסורתיות, כדי לזכות בפיצוי על מלוא הנזק שנגרם לו. הוא הדין בפיצוי לנפגעי תאונות עבודה לפי חוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה-1995, ס"ח 1522, 210.

³¹⁷ לעתים קרובות הנפגע אינו מודע כלל לכך שבית המשפט מתכוון לעשות שימוש בסמכות הנתונה לו לפי סעיף 77. כך הוא הדבר, למשל, כשההליך הפלילי מסתיים עם הודאת הנאשם לאחר ההקראה.

עקרונות היסוד של המשפט העברי בענייני גירושין לנוכח החשש שמא הגט שיינתן לה בעקבות פסיקת פיצויי נזיקין בלי המגבלות הללו יהא מעושה שלא כדין. הצבת מגבלות שמקורן במשפט העברי נועדה, אם כן, להבטיח ששכרה של האישה (פיצויים) לא יצא בהפסדה (גט מעושה); והיא בת-ביצוע בשתי העילות מכיוון שבעוולות המסגרת מרכז הכובד אינו בקיום יסודות עובדתיים אלא ב"תפיסה המשפטית של היקף האחריות בנזיקין".³¹⁸

אימתי, אם כן, תוכל מסורבת גט לזכות בפיצוי? במקרים שבהם בית הדין הרבני פוסק ש"כופין" על הבעל לגרש את האישה ניתן, על פי עקרונות המשפט העברי, להטיל עליו סנקציה כספית משמעותית. אלא שמקרים אלה נדירים המה. בדרך כלל פסקי דין של גירושין הם מדרגה נמוכה יותר. גם במקרים שבהם בית הדין פסק שהאיש "חייב" לגרש את האישה ניתן, לדעת פוסקים חשובים, להטיל עליו סנקציות מסוימות (אם כי לא את כל הסנקציות שניתן להטיל בדרגת "כופין"). מאידך גיסא, הטלת סנקציות על סרבני גט במקרים של "מצווה" או "המלצה" לגרש מעוררת חשש משמעותי מפני גט מעושה שלא כדין. על כן סברנו שראוי להתנות את זכות התביעה בנזיקין בקיומו של פסק דין של גירושין בדרגת "כופין" או "חיוב".

מקרים שבהם ניתן פסק דין בדרגת "כופין" אינם מעוררים קושי מיוחד, שכן בנסיבות אלה כל אמצעי הכפייה כשרים. כאשר ניתן פסק דין בדרגת "חיוב" לא ניתן אמנם להשית על האיש נטל ממוני בגין סרבנותו, אך ניתן, עקרונית, להשתמש בטכניקה של כפייה בדרך ברירה המבוססת על חיוב האיש בקיום חובה המוטלת עליו ממילא על פי המשפט העברי כל עוד הנישואין נמשכים, כגון חובת תשלום המזונות. הצענו שבית משפט אזרחי הדין בתביעת נזיקין של מסורבת גט יפסוק פיצויים על פי קריטריונים המקובלים במשפט העברי ביחס לפסיקת מזונות, וכך יוכל בית הדין הרבני שיתבקש לאחר מכן לסדר את הגט לראות בהטלת האחריות משום כפייה בדרך ברירה אשר אינה פוגעת בתוקף הגט.

הצעה זו מעוררת שתי קושיות הכרוכות זו בזו. ראשית, האישה זכאית ממילא למזונות כל עוד לא ניתן הגט. אם כן, במה תועיל לה זכות תביעה בנזיקין המבוססת על חובת המזונות? תשובתנו לשאלה זו נסמכת על פסיקותיו של הרב הרצוג. לדידו, ניתן לחייב את הסרבן בתשלום מזונות "מוגדלים שאינם מופרזים", דהיינו מזונות רגילים בצירוף סכום כסף שלאור האמצעים הפיננסיים של הסרבן אינו כבד מנשוא ("מהרס"). תוספת בשיעור זה לחיוב המזונות לא אמורה לפגוע בתוקפו של הגט שיינתן לאחר מכן. הצעתנו היא, לפיכך, שבית משפט אזרחי יפסוק פיצויי נזיקין ששיעורם כשיעור הרכיב העונשי במזונות עונשיים, כלומר – אותו סכום שניתן להוסיף למזונות כך שיהיו מוגדלים אך לא מופרזים לפי גישתו של הרב הרצוג.

שנית, השימוש באמצעי לחץ כנגד סרבן גט צריך, ככלל, להיעשות על ידי בית הדין הרבני ובהתאם לדין העברי. גם הרב הרצוג התייחס ל"הגדלה" של סכום המזונות על ידי בית דין רבני, ולא להטלת אחריות בנזיקין על ידי ערכאה אזרחית. עם זאת, פוסק חשוב חיווה דעה, שכאשר ערכאה אזרחית מטילה על האיש חובת תשלום מזונות לפי הדין האזרחי, חיוב זה אינו מעורר חשש מפני גט מעושה שלא כדין כל עוד הסכום הנפסק קטן משיעור המזונות שבית דין רבני

³¹⁸ מ' חשין "דין נזיקין ודין אבות נזיקין במשפט הישראלי" משפטים א (תשכ"ח) 346, 348.

היה יכול להטיל על האיש, זהה לו או גדול ממנו אך במקצת.³¹⁹ בענייננו בית המשפט האזרחי אמנם מתבקש לפסוק פיצויי נזיקין ולא לקבוע את שיעור המזונות המגיעים לאישה. אבל הואיל ועל פי הצעתנו פיצויי הנזיקין ייפסקו במתכונת של מזונות, ושיעורם ייקבע תוך זיקה לסכום שניתן לפוסקו על פי המשפט העברי, בית הדין הרבני יוכל – כשיתבקש לסדר את הגט – להתייחס לפיצויים כאל מזונות (וביתר דיוק – תוספת מזונות), ופסיקתם לא תעורר את החשש מפני גט מעושה שלא כדין.

כדי להסיר ספק בנוגע לתוקפם ההלכתי של גיטין סבור יחיאל קפלן כי רצוי שתקבענה בחוק אמות מידה לפסיקת פיצויי נזיקין בגין סרבנות גט, הן לעניין הנסיבות שבהן ניתן לפסוק פיצויים כאלה (כגון דרגת פסק הדין של גירושיין), הן לעניין הסכום שניתן לפוסקו והן לגבי אופן התשלום. תחת הסדר כזה ניתן יהיה להתייחס לפסיקת פיצויי נזיקין על ידי ערכאה אזרחית כאל פעולה הנעשית בשליחותו של בית הדין הרבני לשם קיום פסק דינו בעניין הגירושיין. רונן פרי סבור, לעומת זאת, כי אין צורך בחקיקה, וכי יצירת המודעות של הערכאות האזרחיות לקשיים ולפתרונם האפשריים במסגרת דיני הנזיקין הקיימים מספיקה.

אנו מקווים שהרבנים והדיינים בבתי הדין הרבניים לא ישללו על הסף את השימוש בתביעות נזיקין על ידי מסורבות גט בכפוף למגבלות ההלכתיות שבוארו לעיל. פוסקי הלכה חשובים כתבו, כי יש לגלות רגישות מיוחדת למצבן של מסורבות גט וניסו לפתח פתרונות יצירתיים להקלת מצוקתן.³²⁰ אנו מאמינים כי גם יישום הצעתנו יוכל לתרום לפתרונה של בעיה זו.

³¹⁹ ראו לעיל הערה 194 והטקסט הנלווה.

³²⁰ ראו בהקשר זה גם פסק הדין שניתן לאחרונה בבג"ץ 6751/04 סבג נ' בית הדין הרבני הגדול לערעורים (ניתן ביום 29.11.2004 - טרם פורסם). בפסקי דינים של השופטים פרוקצ'יה ורובינשטיין ניתן למצוא דיון בשיטות השונות שבהן נעשה שימוש בישראל ובארצות אחרות, ובין היתר על ידי פוסקי הלכה, לשם פתרון בעיית מסורבות הגט. גם פסק דין זה ניתן לאחר שעריכת המאמר הושלמה.