

## תביעות חוזיות בגין סרבנות גט

מאת

### בנימין שמואלי ומשה פוקס\*

סרבנות גט היא בעיה חברתית קשה הנובעת ממצייאות של נישואין יהודיים דתיים. החיבור עוסק במצב של סחטנות, דהיינו מצב שהסרבן מנסה להשיג הישגים כספיים תמורת הסכמתו להתגרש. בית הדין הרבני, הפרטי, הפועל מכוח בוררות ברוב העולם, או המדינתי, הפועל מכוח סמכות המדינה בישראל, אינו עושה דבר או אינו יכול לעשות דבר לבד מלצוות על הסרבן לגרש את אשתו. בתי דין רבניים פרטיים חסרים כוח של אכיפה. לבתי הדין הרבניים המדינתיים בישראל אמנם עומד כוח אכיפה (אם כי לא בלתי מוגבל), אולם הם משתמשים בו במשורה בלבד, מחשש שאמצעי אכיפה יפסלו את הגט, שאמור להינתן מתוך הסכמה ורצון חופשי. הכלים ההלכתיים אפוא מוגבלים, ונדרשים פתרונות חיצוניים, מלבד דיני המשפחה הדתיים. פתרונות מוכרים במישורים כגון חקיקה בדיני משפחה או הפעלת סנקציות פליליות אינם מצליחים גם הם להיאבק מאבק כולל בתופעה הכאובה. שחרור מסורבות גט מעגינותן הוא אפוא משימה חברתית חשובה ביותר, המצריכה יצירת מנגנונים יצירתיים נוספים או שימוש יצירתי במנגנונים קיימים שלא נעשה בהם שימוש עד כה בסיטואציה של סרבנות.

בסרבנות הנובעת מסחטנות כספית ניתן להיאבק בדרכים אורחיות שונות מחוץ לדיני המשפחה הדתיים, שלא כולן מוצו עד היום. חיבור זה יתמקד בכלי של תביעה חוזית נגד הסרבן, כלי שאינו עומד באור הזרקורים בישראל, ויש להביאו למרכז הבמה לצד המנגנון המוכר יותר בישראל, הוא תביעה נזיקית. שני הפתרונות הללו נועדו ברוב המקרים לבצע עסקה סיבובית – הסרבן ייתן גט תמורת ויתור המסורבת על הפיצויים שבהם זכתה בתביעה האזרחית, אם אלה גבוהים דיים ומהווים משקל נגדי לכוח המיקוח העדיף של הסרבן. בחיבור יוצגו חמישה מסלולים חלופיים של תביעות חוזיות בגין סרבנות גט. הם יידונו כשלעצמם זה מול זה, וכולם אל מול תביעות הנזיקין. המסקנה תהיה שהפתרון הטוב הוא להגדיל את ארגו הכלים העומד לרשות מסורבות הגט ולעודד את השימוש בתביעה החוזית לצד התביעה הנזיקית

\* פרופסור חבר, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן.

סטודנט בשנה ד ועוזר מחקר, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן.

על הערות לטיטות קודמות ועל שיחות בנדון תודתנו לרות הלפרין-קדרי, עמוס ישראל, עדן כהן, אריאל פורת, עמיחי רדזינר, משתתפי הסמינר המחלקתי באוניברסיטת בר-אילן ומשתתפי הסמינריון "יחסים במשפחה בדין הפלילי והנזיקי" באוניברסיטת בר-אילן, שנה"ל תשע"ו. תודתנו לקוראים/ים עלומי/י שם, לחברי מערכת כתב העת דין ודברים, גיא חייק ויובל אדמתי ומערכת ספר **שלו** כולה, ולעוזרי המחקר המסורים אולי בדל, מיכאל גורל, אלכס גרינברג, יונתן הראל, יהונתן ליבוביץ' וליאת מייזליש. המחקר התאפשר בזכות מענקים מ-2017 The Memorial Foundation for Jewish Culture ומ- Israel Institute Research Grant 2015, Schusterman Foundation.

מאמר זה עתיד להתפרסם גם בספר **עיונים בתורת החוזה – קובץ מאמרים לכבודה של פרופ' גבריאלה שלו** (בעריכת יהודה אדר, אהרן ברק ואפי צמח).

כדי לחזק את המנגנון של תביעות אזרחיות בגין סרבנות גט, לעתים אף במקומה של התביעה הנזיקית ולעתים אף ללא חשש מגט מעושה וללא תלות הכרחית בפסיקה קודמת של חיוב או כפייה לגט בבית הדין הרבני. חלק מהמסלולים החוזיים יוכלו גם לתמרץ הגעה להסכמי גירושין מאוזנים והוגנים מאלה הקיימים.

**מבוא. א. רקע כללי. ב. התביעה האזרחית – החוזית והנזיקית – כאמצעי להשגת הגט;** 1. תביעות אזרחיות כמנגנון להשגת הגט: סקירה כללית; 2. המתווה הנזיקי; 3. ההבדלים המרכזיים בין המתווה החוזי לנזיקי. **ג. תביעה חוזית במסלול 1: הפרת סעיף בהסכם קדם-נישואין המחייב תשלום של מעין מזונות מוגברים בפירוד. ד. תביעה חוזית במסלול 2: עצם סרבנות הגט כחוסר תום לב. ה. תביעה חוזית במסלול 3: הפרת הבטחה בעל פה או הסכם מפורש להתגרש. ו. תביעה חוזית במסלול 4: כפייה לשלם עבור הגט במסגרת הסכם גירושין כבסיס לבטלות ההסכם. ז. תביעה חוזית במסלול 5: חתירת הסרבן להגעה להסכם של מתן גט תמורת תשלום כחוסר תום לב במשא ומתן. ח. הגנות אפשריות;** 1. בחינת הגנות מפני תביעה נזיקית: הסתכנות מרצון, סיוע פסיבי, אשם תורם והתנהגות התובע; 2. בחינת הגנות מפני תביעה חוזית: אי-גמירות דעת ומסוימות, עושק וכפייה, הפחתת פיצויים ואשם תורם. **ט. תביעה נזיקית לעומת חוזית: השווה והשונה;** 1. האם הפתרון כוללני – חל על כל מקרי הסרבנות, כולל על מקרים של נשים סרבניות?; 2. האם מסורבת הגט מפוצה על נזקיה בכל אחד מהמתווים?; 3. האם דרך השימוש בכל חלופה ניתן להשיג את המטרה – הגירושין? 4. האם כל פתרון צודק ומוסרי? 5. האם כל אחד מהפתרונות יעיל כלכלית (הוצאות מנהליות, עלויות עסקה, סרבול ועיורב גופים שונים בתהליך, הצורך להוכיח אשם, פיזור נזק)? 6. האם יש חשש לגט מעושה בכל אחד מהפתרונות? **סיכום.**

## מבוא

סרבנות גט היא בעיה חברתית קשה הנובעת ממצאות של נישואין יהודיים דתיים. תופעת סרבנות הגט עשויה להתעורר על רקע אידיאולוגי (דוגמת נקמה) אולם החיבור עוסק במצבים של סחטנות, היינו: מצב שבו הסרבן מחזיק בידיו את הגט כבן ערוכה ומציב דרישות כספיות מופלגות תמורת הסכמתו לגירושין. תופעה זו מתאפשרת, בראש ובראשונה, על רקע הדרישה ההלכתית להסכמת שני הצדדים להתגרש. הסרבנות יכולה להיות דו-צדדית, אולם היא בדרך כלל חמורה יותר כשהאישה היא המסורבת והבעל הוא הסרבן, שכן לגברים יש דרכי מוצא מסוימות, ולו בכוח (בדרך כלל השימוש בחיבור זה יהיה במונחים "מסורבת" ו"סרבן").

בתי הדין הרבניים, המדינתיים בישראל והפרטיים בחוץ-לארץ, הפועלים מכוח בוררות, כבולים במובן זה שאין בכוחם להתיר את הנישואין בפועל באמצעות החלטה שיפוטית. למעשה, כל פסק דין רבני, גם כזה המחייב צד אחד, או את שני הצדדים, להתגרש, איננו קונסטיטוטבי; פסק דין כזה אינו יוצר גירושין ואינו משנה סטטוס. הנישואין מסתיימים רק כאשר בני הזוג עושים כן בפועל. גם אכיפתן של החלטות שיפוטיות של בתי הדין היא מוגבלת. בתי דין רבניים פרטיים (בחוץ לארץ) חסרים כוח אכיפה. לבתי הדין הרבניים המדינתיים בישראל אמנם עומד כוח אכיפה (אם כי לא בלתי מוגבל), אולם הם משתמשים בו בצורה מצומצמת באופן יחסי. תופעה זו נעוצה בחשש שמא אמצעי האכיפה יהפכו את הגט למעושה שלא כדין ולכן לפסול ובטל, שכן ההנחה היא, כאמור, שהגט אמור להינתן מתוך הסכמה ורצון חופשי. גם שורת פתרונות נלווים ומשלימים בהקשר זה, כגון חקיקה בדיני משפחה או הפעלת סנקציות פליליות, אינה מצליחה להעמיד פתרון כולל לתופעה הכאובה. ניתן אפוא

לומר בבירור כי הכלים ההלכתיים, וגם אלה הנלווים להם, להתמודדות עם תופעת הסרבנות הם מוגבלים. השלכות הדבר קשות: לא ניתן לקבל מצב שבו המדינה אינה מתערבת בניסיון למצוא מוצא עבור אותם נשים עגונות. שחרור מסורבות גט מעגיונות הוא משימה חברתית חשובה ביותר, המחייבת אפוא התמודדות משפטית נוספת, בין אם בדרך של יצירת מנגנונים חדשים ובין אם בדרך של שימוש יצירתי במנגנונים קיימים שלא נעשה בהם שימוש עד כה.

בסרבנות הנובעת מסחטנות כספית ניתן להיאבק בדרכים שונות מחוץ לדיני המשפחה הדתיים, שלא כולן מוצו עד היום, וביניהן שימוש בדין הפלילי או ניסיון להצר את סמכותם של בתי הדין הרבניים. במדינות אחרות (ובראשן במדינת ניו-יורק) קיימים גם חוקים מיוחדים הקושרים בין הגירושין האזרחיים לדתיים ומאפשרים סנקציה בחלוקת הרכוש בגירושין האזרחיים למי שלא סיים חובותיו בנישואין הדתיים. אחת הדרכים האזרחיות המוכרות בעולם להשיג את הגט בעקיפין היא הגשת תביעה חוזית או נזיקית, לפיצויים, והיא שתעמוד במרכז החיבור הנוכחי. אף שיש הבדלים, לעתים בולטים, בין תביעת נזיקין לחוזים, ככלל, מדובר בפתרון היוצא משורש אחד. בחלק מהמקרים כוונת התביעה היא באמת לקבל פיצוי בגין נזקים, בעיקר נפשיים – לא ממוניים. אולם חלק גדול מן התביעות הללו הוא בבסיסו אסטרטגי. ביסוד תביעות אלה עומדת המטרה להגביר את כוח המיקוח של המסורבת וליצור תמריץ לפתוח במשא ומתן שסופו עסקה להמרת הפיצויים בגט: המסורבת שזכתה בפיצויים תחייב שלא לממש את פסק הדין ולא לגבות את הפיצויים ואף תפנה לבית המשפט לענייני משפחה (שלו מסורה הסמכות לדון בתביעות אזרחיות לפיצוי במסגרת המשפחה) לשם ביטולו הרשמי של פסק הדין, והסרבן, מצדו, יתחייב לתת את הגט בבית הדין הרבני. למהלך זה יתרונות רבים, ובמדינות רבות הוא פועל היטב למרות חסרונותיו ולמרות החשש מגט מעושה. יש גם תקווה שכלל שתביעות אלו יבוססו, המידע שיהיה לצדדים לפני הגשתן בדבר התוצאות המסתברות של התביעה יקדם משא ומתן לפני תביעה, ובכך יוכל ליתר את הגשתה בפועל.

בישראל הפכו התביעות האזרחיות בגין סרבנות גט לחלק מן הנוף המשפטי למן שנת 2004. הן גם הפכו לאחד מהסמלים הבולטים ביותר למאבק הסמכויות בין בתי הדין הרבניים לבין בתי המשפט לענייני משפחה. בתי הדין הרבניים טוענים שתביעות אלה מתערבות בסמכותם הבלעדית בענייני נישואין וגירושין. הם פתחו במעין מאבק, ששיאו עיכוב הליכי סידור גטין לנשים שהגישו תביעות, בהתנתות את המשך הדיון (ללא כל הבטחה לסידור גט בסופו של דבר) במשיכת התביעות. בין היתר הם טוענים שהכפייה הממונית על הסרבן לתת את הגט ובכך לוותר על סחטנותו, שוללת דה פקטו את כוח הבחירה שלו, ולפיכך היא בבחינת "אונס ממון" העלול להפוך את הגט שיינתן לגט מעושה שלא כדין, שדינו בטלות.

החיבור יתמקד בכלי האזרחי של תביעה חוזית נגד הסרבן. כלי זה אינו עומד באור הזרקורים בישראל, ואנו נטען שיש לקדמו למרכז הבמה לצד המנגנון המוכר יותר בישראל, הוא התביעה הנזיקית. שני הפתרונות האזרחיים הללו נועדו ברוב המקרים לבצע עסקה סיבובית – הסרבן ייתן גט תמורת ויתור המסורבת על הפיצויים שבהם זכתה בתביעה האזרחית, אם אלה גבוהים דיים ומהווים משקל נגדי לכוח המיקוח העדיף של הסרבן. בחיבור יוצגו חמישה מסלולים חלופיים של תביעות חוזיות בגין סרבנות גט. מסלולים אלה יידונו זה מול זה, וכל אחד מהם יידון גם אל מול תביעות הנזיקין. המסקנה תהיה שהפתרון הטוב הוא להגדיל את ארגז הכלים העומד לרשות מסורבות הגט ולעודד את השימוש בתביעה החוזית לצד התביעה הנזיקית כדי לחזק את המנגנון של תביעות אזרחיות בגין סרבנות גט, לעתים אף במקומה של התביעה הנזיקית ולעתים אף ללא חשש מגט מעושה וללא

תלות הכרחית בפסיקה קודמת של חיוב או כפייה לגט בבית הדין הרבני. חלק מהמסלולים החוזיים יוכלו גם לתמרץ הגעה להסכמי גירושין מאוזנים והוגנים מאלה הקיימים. חיבור זה יעסוק בסוגיות אלה דרך דיון בחמישה מסלולים להגשת תביעות חוזיות במקרים של סרבנות גט. המאמר ממשיך כך: בפרק א יוצג הרקע הכללי לתופעה שבמוקד המאמר. בפרק ב יידון הרציונל של תביעות נזיקיות וחוזיות המוגשות לא לשם קבלת פיצוי גרידא אלא לשם תמרוץ הסרבן להגיע לעסקת חליפין של גט תמורת ויתור על הפיצוי. בפרקים ג–ז יוצגו חמשת המסלולים החוזיים. המסלול הראשון, שיוצג בפרק ג, הוא תביעה חוזית בגין הפרת הסכם קדם-נישואין, המחייב תשלום מזונות בפירוד. קיימים הסכמי קדם-נישואין המכילים סעיף המחייב את הבעל לשלם מזונות מוגברים לאשתו במקרה של פירוד (מכל סיבה שהיא). בעל החותם על הסכם כזה יודע שאם יסרב לתת גט, הוא מתחייב מראש לשלם סכומים גדולים ששיעורם הולך ומצטבר. במדינות שונות הסכמים כאלה רווחים. תביעה חוזית בגין הפרת סעיפים כאלה נראית לכאורה פתרון מושלם למאבק בסרבנות גט. יתרונותיה יפורטו, אך לצדה יפורטו גם בעיותיה המהותיות ועובדת תחולתה רק על סיטואציות שבהן נחתם בפועל הסכם קדם-נישואין. לפי המסלול השני, שיידון בפרק ד, עצם סרבנות הגט ייחשב לחוסר תום לב, והדבר יכול להיות רלוונטי לכלל מקרי הסרבנות, בשונה מהמסלול הראשון. בפרק ה יידון המסלול החוזי השלישי, המזמן סוג מקרים ספציפיים יותר, שבהם החוזה המופר הוא למעשה הבטחה (גם בעל פה) להתגרש או לבצע מעשה מסוים שיוכל לגירושין, או הפרה של הסכם כתוב ומפורש לגירושין, הכולל הסכמה מפורשת לסידור הגט בבית הדין הרבני. במקרה כזה שנדון בפסיקה הופעל דווקא המתווה הנזיקי, והטענה תהיה שיש כאן מקום דווקא למתווה חוזי. שני המסלולים האחרונים, שיידונו בפרקים ו' ו-ז, שונים מהקודמים להם. בפרק ו יוצג המסלול הרביעי: מדובר בתביעה שכבר מוגשת לאחר הגירושין, ואין מטרתה ליזום עסקה שתגרום להשגת הגט. זו תביעה שבסיסה למעשה השבת כספים שנסחטו במסגרת הסכם גירושין שנחתם בין הצדדים. היות שבמקרים כאלה נעשה שימוש דווקא במתווה נזיקי ולא חוזי, יהיה צורך לבחון מהי הדרך הנכונה להגיש תביעה כזו ומהן השלכותיה המקיפות, שכן קיים חשש לביטול כל הסכם הגירושין ולא רק סעיף הסחיטה. בפרק ז יוצג המסלול החמישי והאחרון, שלפיו ייראו שלבי הגעה להסכם של מתן גט תמורת תשלום כספים כחוסר תום לב במשא ומתן מצד הסרבן, מה שיוכל לבסס תביעה של המסורבת כלפיו לפיצויים. גם כאן מדובר במהלך שנגקט לאחר מתן הגט, אולם בשונה מהמסלול הקודם, מסלול זה מופעל לאחר תשלום הסכומים לפי חוזה הגירושין עבור הגט. בפרק ח יוצגו ההגנות האפשריות מפני תביעות נזיקיות וחוזיות. בפרק ט יוצגו השווה והשונה בין תביעות הנזיקין לתביעות החוזיות. לאחר מכן יסוכם הדיון.

## א. רקע כללי

מציאות של נישואין יהודיים דתיים מביאה עמה בעיה כאובה של סרבנות גט. בן הזוג הסרבן מחזיק בידיו את הגט כדי לסחוט כספים תמורת הסכמתו לגירושין ולמתן הגט.<sup>1</sup> בית הדין הרבני, הפרטי,

1 לרקע לבעיה ראו למשל מנחם אלון **מעמד האישה** 297–369 (תשס"ה). קיימים גם סרבנים אידאולוגיים, שבהם לא נעסוק כאן אלא נקודתית בלבד, שאין כוונתם לסחוט כספים אלא לאמלל את נשותיהם באי-שחרורן מהנישואין. ראו שולמית ולפיש "סרבנות גט: מאפיינים, מניעים ודרכי התמודדות" **צהר** לד 117

הפועל מכוח בוררות ברוב העולם, או המדינתי, הפועל מכוח סמכות המדינה בישראל,<sup>2</sup> אינו עושה דבר או אינו יכול לעשות דבר לבד מלצוות על הסרבן לגרש את אשתו, ואין הוא יכול להכריז על גירושין שאינם בהסכמת שני הצדדים או על גירושין שאין בבסיסם עילת גירושין מוכרת. כל פסק דין רבני, גם לחיוב לגירושין, איננו קונסטיטוטיובי, דהיינו אינו יוצר את הגירושין ואינו משנה את הסטטוס ומסיים את הנישואין; אלא מסתיימים רק כאשר בני הזוג עושים כן.<sup>3</sup> בתי דין פרטיים חסרים כוח של אכיפה, ואילו בתי דין רבניים מדינתיים, כמו בישראל, משתמשים בכוח זה במשורה בלבד, מחשש שגט שייתן הבעל שלא מבחירה חופשית ומהסכמה אלא מכפייה ממונית עליו ("אונס ממון", דהיינו שהבעל נכפה למעשה לתת את הגט דרך איום עליו בממונו אם לא יעשה כן) ייחשב לגט מעושה שלא כדין, דהיינו גט שלא ניתן באמת מהסכמה ולכן אינו תקף.<sup>4</sup> אמנם קיימים גטין שהם מעושים כדין ולפי ההלכה היהודית, אך גם יכולת הכפייה הלגיטימית של בית הדין הרבני על פי ההלכה היהודית אינה רבה.<sup>5</sup> לפיכך הכלים ההלכתיים מוגבלים ביכולתם לסייע, ונדרשת חשיבה מלבד הפן של דיני

(תשס"ט), הדנה במניעים שונים לסרבנות בעקבות ראינות עם סרבני גט ומונה את המניעים האלה לסרבנות: נקמה, אדנות, פחד מנטישה, מניע כספי, משמורת ילדים והסדרי ראייה, מעורבות המשפחה והקהילה ומעורבות עורכי דין וטוענים רבניים. עוד יוער כי בדרך כלל השימוש כאן יהיה במונחים של סרבן גט ומסורבת גט אף שיש גם מקרים "הפוכים".

2 למציאות במדינות שונות, שברובן בתי הדין הרבניים הם פרטיים ולא מדינתיים ופועלים מכוח בוררות, וכן למציאות שבה ברוב המדינות עומדת חלופה של נישואין אזרחיים, ורבים בוחרים להיות כפופים לשתי המערכות בו־זמנית, ראו Adam S. Hofri-Winogradow, *A Plurality of Discontent: Legal Pluralism, Religious Adjudication and the State*, 26 J.L. & RELIGION 57, 58–59, 62, 80–82 (2010); Benjamin Shmueli, *Tort Civil Actions for Acts that are Valid According to Religious Family Law but Harm Women's Rights: Legal Pluralism in Cases of Collision between Two Sets of Laws*, 46 VAND. J. TRANSNAT'L L. 823, 825, 833, 865–864 (2013); Ayelet Blecher-Prigat & Benjamin Shmueli, *The Interplay between Tort Law and Religious Family Law: The Israeli Case*, 26 ARIZ. J. INT'L & COMP. L. 279, 283 (2009); Pascale Fournier, Pascal McDougall & Merissa Lichtsztral, *Secular Rights and Religious Wrongs? Family Law, Religion and Women in Israel*, 18 WM. & MARY J. WOMEN & L. 333, 349–350 (2012).

3 משה זילברג **המעמד האישי בישראל** 102–103 (תשכ"א); פנחס שיפמן **דיני משפחה בישראל** 164 (תשמ"ח); שחר ליפשיץ "ברצוני להתגרש ומיד: על ההסדרה האזרחית של דיני הגירושין" **עיוני משפט** כח 671 (תשס"ה).

4 על החשש ההלכתי מגט מעושה ראו יחיאל קפלן ורונון פרי "על אחריותם בנוזיקין של סרבני גט" **עיוני משפט** כח 773 (תשס"ה); אוריאל לביא "סידור גט לאחר חיוב הבעל בפיצוי כספי לאשתו" **תחומין** כו 160 (תשס"ו); שלמה דיכובסקי "צעדי אכיפה ממוניים כנגד סרבני גט" **תחומין** כו 173 (תשס"ו); שלמה דיכובסקי **לב שומע לשלמה א**, קסט-קעט (תשע"ד); יוסף גולדברג **גט מעושה – הלכות וכללים בדיני רצון ואונס במתן גט** (תשס"ג). לגישת הרשב"א (שו"ת הרשב"א ד, מ), שלפיה קבלת מומן כדי לתת את הגט אינה פוגמת בתוקפו של הגט, לעומת מתן גט כדי להימנע מהפסד ממון, שיכול לפגוע בתוקף הגט, ראו יחיאל קפלן "פתרון מצוקת מסורבות הגט באמצעות מזונות עונשיים" **המשפט** י 381 (תשס"ה). לדיון בכפייה ישירה של הגט, המביאה לידי חשש ממשי לתקפותו, לעומת כפייה עקיפה של הגט, שיש דעות הסבורות שאין בכך כדי לפסול את הגט מחשש לעישוי שלא כדין, אם הכפייה נעשתה כדי לגרום לבעל לקיים חיוב שממילא היה חל עליו, ראו שם, בעמ' 416–417.

5 חוק בתי דין רבניים (קיום פסקי דין של גירושין), תשנ"ה–1995 מאפשר הטלת סנקציות מסוימות לצורך אכיפת הגט, המתווספות לסנקציות קודמות המתבססות על "הרחקות דרבנו תם" והן סך הכול מוגבלות. ראו גם סנקציות אפשריות לפי בזיון בית משפט בס' 7א(א) לחוק בתי דין דתיים (כפיית ציות ודרכי דיון).

המשפחה הדתיים לפתרון הבעיה. העובדה שלא נמצא עד היום פתרון הלכתי מספק לבעיה<sup>6</sup> מעמידה מסורבות גט במצב קשה עד בלתי אפשרי. במצב כזה ברור ששחרור האישה מעגינותה הוא משימה חשובה מאוד, וקשה לראות את המדינה עומדת מנגד ואינה מתערבת, בייחוד במצב שבו קיימים בכל רגע נתון מקרים רבים של סרבנות גט.<sup>7</sup>

כיצד ניתן להילחם בתופעה של סרבנות גט? כאשר הסרבנות היא מטעמים אידאולוגיים גרידא, דהיינו הסרבן מעוניין לנקום במסורבת ואינו מסכים להתגרש – גם אם ייאלץ לשלם כל מחיר שהוא,

תש"ז–1956. וראו אברהם בארי "הרחקות רבינו תם" **שנתון המשפט העברי** יח–יט 65 (תשנ"ב–תשנ"ד); לביא, לעיל ה"ש 4, בעמ' 172; זרח ורהפטיג "כפיית גט להלכה ולמעשה" **שנתון המשפט העברי** ג–ד 153 (תשל"ו–תשל"ז).

6 לפתרונות הלכתיים שהוצעו ראו למשל יהודה דוד בלייך "הצעה לפתרון בעיית בעל המסרב לגרש" **תורה שבעל פה** לא, קכד (תש"ן); IRVING A. BREITOWITZ, BETWEEN CIVIL AND RELIGIOUS LAW: THE PLIGHT OF THE AGUNAH IN AMERICAN SOCIETY (1993); אליאב שוחטמן "הפקעת קידושין – דרך אפשרית לפתרון בעיית מעוכבות הגט?" **שנתון המשפט העברי** כ 349 (תשנ"ה–תשנ"ז); שלמה ריסקין "הפקעת קידושין – פתרון לעגונות" **תחומין** כב 191 (תשס"ב); זלמן נחמיה גולדברג "הפקעת קידושין אינה פתרון לעגונות" **תחומין** כג 158 (תשס"ג); שלמה ריסקין "כוח ההפקעה מונע עיגון" **תחומין** כג 161 (תשס"ג); זלמן נחמיה גולדברג "אין הפקעת קידושין ללא גט" **תחומין** כג 165 (תשס"ג); דוד בס "התרת נישואין בטענת מקח טעות" **תחומין** כד 194 (תשס"ד); ברכיהו ליפשיץ "אפקעינהו רבנן לקידושין מיניהו" **מפירות הכרם** 317 (תשס"ד); AVIAD HACOEN, THE TEARS OF THE OPPRESSED: AN EXAMINATION OF THE AGUNA PROBLEM (Blu Greenberg ed., 2004); AVISHALOM WESTREICH, TALMUD-BASED SOLUTIONS TO THE PROBLEM OF THE AGUNAH (2012); AVISHALOM WESTREICH ED., AGUNAH: IYYUN MANCHESTER (SIKUM HAMEHQAR) (2012); YEHUDAH ABEL, CONFRONTING "IGGUN" (2009); מוניק זיסקינד-גולדברג ודיאנה וילה **זקת דלות: פתרונות הלכתיים לבעיית העגונות בזמננו** (דויד גולדיקין ואח' עורכים, תשס"ו); BERNARD H. JACKSON, AGUNAH: THE MANCHESTER ANALYSIS (2011). ראו גם פסק דינו של השופט אליקים רובינשטיין בבג"ץ 6751/04 סבג נ' בית הדין הרבני הגדול לערעורים, פ"ד נט(4) 817 (2004).

7 אין הסכמה בין הגופים השונים בדבר היקף התופעה, בין היתר משום שאין הגדרה ברורה לסרבנות גט. להערכת שונות ראו אונגר ואורלי אלמגור-לוטן **סרבנות גט בישראל – רקע הלכתי, משפטי, היקף התופעה והדרכים לטיפול בה** 2 (מרכז המחקר והמידע של הכנסת, תשע"א), <https://knesset.gov.il/mmm/data/pdf/m03037.pdf>; יאיר אטינגר "בתי הדין הרבניים: יותר נשים מסורבות לגט מאשר גברים" **הארץ** (14.2.2017) [www.haaretz.co.il/news/law/1.3855894](http://www.haaretz.co.il/news/law/1.3855894). בתי הדין הרבניים מגדירים סרבנות מרגע מתן פסק דין רבני המחייב בן זוג להתגרש, ומונים, בזמן נתון, בין 200 ל-300 סרבנים, מתוכם מעט יותר ממחצית הם גברים. ראו הנהלת בתי הדין הרבניים **סיכום שנת 2015** (2016), [www.rbc.gov.il/Publications/Statistics/Documents/%D7%A1%D7%99%D7%9B%D7%95%D7%9D%20%D7%9C%D7%A9%D7%A0%D7%AA%202015.pdf](http://www.rbc.gov.il/Publications/Statistics/Documents/%D7%A1%D7%99%D7%9B%D7%95%D7%9D%20%D7%9C%D7%A9%D7%A0%D7%AA%202015.pdf). אולם לפי נתוני הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה יש כמה עשרות סרבנים (בין 40 ל-50). ראו הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה **לוחות ומבואות – נתונים שנתיים 2016: (3.3) נישאים ומתגרשים, לפי מחוז מגורים ודת** (2016), [www.cbs.gov.il/reader/shnatonhnew\\_site.htm](http://www.cbs.gov.il/reader/shnatonhnew_site.htm). לעומת זאת ארגוני הנשים טוענים שסרבנות מתחילה במקרים רבים לפני כן ואינה תלויה בהכרח בהחלטת בית הדין הרבני, וחלק מהמסורבות ה"אמתיות" אינן ידועות ואינן מופיעות בשום סטטיסטיקה רשמית, אם מכיוון שנכנעו במהרה ושילמו עבור קבלת הגט, ואם מכיוון שבית הדין הרבני עדיין לא פסק חיוב בגט בעניינן. חלק מהנשים מתיאשות וזונחות את המשך ההליך בבית הדין הרבני. כל אלה מקרי סחיטה, ורבים מהם אינם מופיעים בסטטיסטיקה. ראו **נשים ומשפחה בישראל – דו-שנתון סטטיסטי** 81–82 (עורכות רות הלפרין-קדרי, אריאלה גורנשטיין-פניג וקרן הורוביץ, 2016); רות הלפרין-קדרי "סוד הנשים הנעלמות – על הפער בנתוני היקף בעיית מסורבות הגט בישראל" **להיות אשה יהודיה** 83 (תשס"ט). כן ראו ולפיש, לעיל ה"ש 1, בעמ' 118.

כספי או של שלילת חירות – האפשרויות שיש לדין האזרחי לסייע פחותות. לפיכך חיבור זה, העוסק בניסיונות של הדין האזרחי להיאבק בתופעה של סרבנות על רקע סחיטה כלכלית, יהיה רלוונטי פחות לסרבנות אידאולוגית. יצוין כי אמנם היו ניסיונות להיאבק בסרבנים סחטנים. למשל, ניתן להטיל איסור פלילי על סרבנות מכל סוג שהוא, אידאולוגית ככלכלית.<sup>8</sup> ניתן גם לנסות להצר את סמכותם של בתי הדין הרבניים כדי לא לאפשר מציאות של סרבנות.<sup>9</sup> מסיבות שונות המחוקקים אינם ממריים לעשות כן. על כל פנים, תהליכים מעין אלה נמשכים שנים רבות, וקשה לגייס להם הסכמה רחבה בבית

8 עד עתה לא נחקקה עברה קונקרטי של סרבנות גט בישראל על אף קריאות מפעם לפעם לחוקק איסור כזה, בדומה לאיסור הקיים על התנהגויות דתיות אחרות הלגיטימיות על פי הדת של הנוקט אותן והמהוות בישראל גם דין אישי מדינתי, כגון ריבוי נשים או גירוש אישה בעל כורחה. קיימת עבירה כללית של אי ציות להוראות רשות מוסמכת בס' 287 לחוק העונשין, תשל"ז-1977. עבירה זו יכולה להיות מתאימה ולו לחלק ממקרי סרבנות הגט, אלה שבהם בית הדין הרבני הוציא צו המחייב לגרש או כופה. אך קיימות גם החלטות אחרות של בית הדין הרבני, שם עברה זו לא תהיה רלוונטית. על כל פנים, רשויות התביעה אינן ממהרות להשתמש בעברה זו בהקשר של סרבנות גט. פרקליט המדינה, עו"ד שי ניצן, הנחה בשלהי שנת 2016 את הפרקליטים לשקול פתיחה בחקירה והעמדה לדין פלילי של סרבני גט שבתי הדין הרבניים החליטו לכפות עליהם לתת או לקבל גט, ואלה עדיין עמדו בסירובם, וכן הנחה לבקש לגזור מאסר ממש בפורעל – כל אלה לאחר היוועצות מקדימה עם בתי הדין הרבניים (ראו הנחיית פרקליט המדינה מספר 2.24 – "מדיניות העמדה לדין וענישה בגין אי קיום צו שיפוטי של בית הדין הרבני למתן או קבלת גט", ט' חשוון תשע"ז (10.11.2016) [www.justice.gov.il/Units/StateAttorney/Guidelines/02.24.pdf](http://www.justice.gov.il/Units/StateAttorney/Guidelines/02.24.pdf)). לכאורה, זהו שינוי ניכר: ארגון הכלים למאבק בסרבנות גדל, ולמדינה חלק פעיל יותר במאבק, והיא אינה מותירה את המסורבות להתמודד לבדן. אולם המצב מורכב יותר. סנקציית המאסר לסרבנים אינה כלי חדש – היא עומדת לרשות בתי הדין הרבניים זה שנים, אך היא ננקטת במשורה. אותו ס' 287 לחוק העונשין מאפשר כאמור גם לרשויות התביעה להעמיד לדין פלילי סרבן גט דרך הוראה כללית הרואה במי שהפר הוראה חוקית של רשות מוסמכת (ובכללה בית הדין הרבני) משום עברייני. אך רשויות התביעה כמעט שאינן עושות כן. האם כעת המדיניות תשתנה? לא בהכרח. בתי הדין הרבניים כמעט שאינם שולחים סרבנים למאסר וגם אינם מפעילים כלפיהם סנקציות אחרות הפוגעות בקניין שלהם או בחירותם, אלא במקרים נדירים יחסית, שבהם פסקו פסק דין ברמה של "כפייה". ברוב המקרים אם נפסקים פסקי דין רבניים נגד סרבנים, מדובר בפסקי דין "קלים" יותר, ברמה של "חיוב", ששם גם אם יש אפשרות להפעיל סנקציות, בתי הדין נזהרים מלעשות כן עקב חשש מגט מעושה. כאשר מדובר בפסקי דין ברמה של "כפייה", אין חשש לכך, אבל הבעיה כאמור שכמעט אין נפסקים פסקי דין כאלה. בפסקי דין רבניים קלים עוד יותר, מסוג "מצווה" או "המלצה" (ראו הרחבה להלן בהערה 37), אין מופעלות כלל סנקציות נגד סרבן העומד בסרבנותו לאחר הפסיקה. רשויות התביעה בדרך כלל עומדות מנגד, ואם בית הדין הרבני לא הפעיל סנקציות, גם הן אינן ממהרות להעמיד סרבנים לדין פלילי. ההנחיה החדשה מבורכת כשלעצמה: רשויות התביעה ייכנסו למשחק ויהיו פעילות בו יותר. אולם מכיוון שהכוונה היא להעמיד לדין פלילי רק במקרי כפייה גט, וממילא אין הרבה מקרים כאלה, נראה שהמצב לא ישתנה הרבה. וראו לאחרונה שני מקרים של העמדה לדין פלילי לאור ההנחיות החדשות, במקרים של כפייה: תיק 622918/19 בבית הדין האזורי בירושלים, ניתן ביום 29.5.2017, ותיק 846913/2 בבית הדין האזורי בחיפה, ניתן ביום 12.6.2017. אילו היו הרשויות מאיימות בהעמדה לדין גם במקרים חמורים פחות – לפחות מקרי חיוב בגט, שהם התדירים יותר – היה השינוי ניכר. אולם הרשויות אינן עושות כן מכיוון שבתי הדין הרבניים עלולים להכריז על גט שיינתן לאחר מהלך כזה כמעושה. כמו כן בהיעדר עברה פלילית ספציפית, סרבן שיימלט לחוץ לארץ ככל הנראה גם לא יהיה ברה-הסגרה. לפיכך הפתרון של פרקליט המדינה יש בו ערך מבחינת לקיחת האחריות מטעם המדינה, אך זה כנראה מעט מדי, ויש לקדם פתרונות מעשיים יותר.

9 לפתרונות שהוצעו במישור הציבורי ראו למשל: AYELET SHACHAR, MULTICULTURAL JURISDICTIONS: CULTURAL DIFFERENCES AND WOMEN'S RIGHTS (2001).

המחוקקים. לפיכך יש צורך לבחון, בד בבד עם הפתרונות הקיימים, גם פתרונות עדינים, מחוכמים ועקיפים יותר.

במדינות ספורות בעולם (כגון מדינת ניו יורק), שבהן קיימים גם נישואין אזרחיים, נחקק "חוק גט" (*Get Law*) מיוחד הקושר בין הגירושין האזרחיים לדתיים ומאפשר סנקציה בחלוקת הרכוש בגירושין האזרחיים למי שלא סיים חובותיו בנישואין הדתיים.<sup>10</sup> אולם פתרון זה אינו יכול לפעול במדינות שבהן אין נישואין אזרחיים, כמו בישראל, וגם ברוב המדינות שבהן קיים מנגנון של נישואין אזרחיים לא נחקק חוק כזה מסיבות שונות. לפיכך החיבור לא יתמקד בפתרון זה, שאינו אפשרי כיום במציאות הישראלית, ומכל מקום המטרה כאן היא לבחון פתרונות מחוץ לדיני המשפחה. החיבור יעסוק בשני פתרונות פרקטיים אזרחיים מחוץ לדיני המשפחה הדתיים, האחד מוכר יותר בישראל – תביעות נזיקין – והאחר מוכר יותר בעולם – תביעות חוזים. בדיון בפתרונות אזרחיים דווקא קיימת חשיבות מיוחדת למציאת פתרון עדין ומותאם לישראל, שבה קיימת מציאות בעייתית של דין מדינתי אזרחי, העוקף דין מדינתי דתי.

אחת הדרכים המוכרות בעולם להשיג את הגט בעקיפין היא הגשת תביעה אזרחית לפיצויים: המסורבת מגישה תביעת נזיקין או חוזים נגד הסרבן. אף שיש הבדלים, לעתים בולטים, בין תביעת נזיקין לחוזים, ככלל, מדובר בפתרון היוצא משורש אחד. בתי המשפט האזרחיים, שאליהם מוגשות התביעות הללו – בישראל, בתי המשפט לענייני משפחה<sup>11</sup> – פוסקים פיצויים בגין הפרת החוזה, אם קיים חוזה כזה, או בגין הנזק שנגרם מסרבנות הגט (נזק נפשי, פגיעה באוטונומיה, אובדן יכולת להינשא וללדת ילדים מבלי שייחשבו לממזרים ועוד). בחלק מהמקרים הכוונה היא באמת לקבל פיצוי בגין נזקים, בעיקר נפשיים – לא ממוניים.<sup>12</sup> אולם הכוונה של חלק גדול מהתביעות הללו היא הגברת כוח המיקוח של המסורבת ותמריץ לפתוח במשא ומתן שסופו עסקה להמרת הפיצויים בגט: המסורבת שזכתה בפיצויים תחייב שלא לממש את פסק הדין ולא לגבות את הפיצויים ואף תפנה לבית המשפט לענייני משפחה לשם ביטולו הרשמי של פסק הדין, והסרבן, מבחינתו, יתחייב לתת את הגט בבית הדין הרבני.<sup>13</sup>

10 כך מתמרכזים בעלים שמעוניינים בגירושין אזרחיים (למשל כדי להינשא אזרחית לאישה אחרת) לתת גט. ראו Shmueli, לעיל ה"ש 2, בעמ' 873–883 והאסמכתאות שם; Divorce (Religious Marriages) Act, 2002 (Eng.). אף שהיו רבנים ופוסקים בארצות הברית שהתנגדו לפתרון חקיקתי זה מחשש לגט מעושה, פתרון זה פועל בדרך כלל היטב. ראו MICHAEL J. BROYDE, MARRIAGE, DIVORCE, AND THE ABANDONED WIFE IN JEWISH LAW: A CONCEPTUAL UNDERSTANDING OF THE AGUNAH PROBLEMS IN AMERICA (2001).

11 מכוח ס' 2(1) לחוק בית המשפט לענייני משפחה, תשנ"ה–1995, המכליל בגדר סמכותה של ערכאה זו גם תביעה אזרחית נגד בן משפחה, ובכלל זה בן זוג ובן זוג לשעבר.

12 ראו יפעת ביטון "עניינים נשיים, ניתוח פמיניסטי והפער המסוכן ביניהם – מענה ליחיאל קפלן ורון פרי" **עיוני משפט** כח 871 (תשס"ה). לדברי ביטון, אין לשכוח כי מדובר בתביעת נזיקין לפיצוי על נזק נפשי מהתעללות באי־מתן הגט, ולא אישה דרור להחליט אם להמיר את הפיצויים בגט או לקחת את כספי הפיצויים. על כך יש להוסיף כי ניתן להגיש תביעה נגד הסרבן לאחר הגירושין או נגד עיזבון הסרבן לאחר מותו, וכאן ברור שהפיצויים לא נועדו להמרה בגט, שכן הנישואין כבר פקעו. לתביעה נגד עיזבון סרבן ראו תמ"ש (משפחה כ"ס) 19480/05 **פלונית נ' עיזבון פלוני** (פורסם בנבו, 30.4.2006).

13 לספרות העוסקת בתביעות אלה ובעסקת החליפין ראו קפלן ופרי, לעיל ה"ש 4; ביטון, לעיל ה"ש 12; בנימין שמואלי "פיצוי נזיקי למסורבות גט" **המשפט** יב 285 (תשס"ז); בנימין שמואלי "הדרור הבא של

למהלך זה יתרוונות רבים, ובמדינות רבות הוא פועל היטב למרות חסרונותיו ולמרות החשש מגט מעושה.<sup>14</sup> יש גם תקווה שככל שתביעות אלו יבוססו, המידע שיהיה לצדדים לפני הגשתן בדבר התוצאות המסתברות של התביעה יקדם משא ומתן לפני תביעה, ובכך יוכל לייתר את הגשתה בפועל. בישראל הפכו התביעות האזרחיות בגין סרבנות גט לחלק מנוף החיים מאז שנת 2004. הן גם הפכו לאחד מהסמלים הבולטים ביותר למאבק הסמכויות בין בתי הדין הרבניים לבין בתי המשפט לענייני משפחה, שם הן מתנהלות. בתי הדין הרבניים טוענים שתביעות אלה מתערבות בסמכותם הבלעדית בענייני נישואין וגירושין. הם פתחו במעין מאבק, ששיאו עיכוב הליכי סידור גטין לנשים שהגישו תביעות, בהתנתות את המשך הדיון (ללא כל הבטחה לסידור גט בסופו של דבר) במשיכת התביעות. בין היתר הם טוענים שהכפייה הממונית על הבעל לתת את הגט ובכך לוותר על סחטנותו, שוללת דה פקטו את כוח הבחירה שלו, ולפיכך היא בבחינת "אונס ממון" העלול להפוך את הגט שיינתן לגט מעושה שלא כדין, שדינו בטלות.<sup>15</sup>

חלק גדול מהתביעות המוגשות בישראל הן נזיקיות, ומיעוטן חוזיות או משולבות. לעומת זאת במשפט המשווה ניתן לאתר נפח גדול של תביעות חוזיות דווקא. להלן ייבחנו ההבדלים ונקודות הדמיון בין שני המסלולים, יועלו הסברים לשאלה מדוע בחלק ממדינות העולם המסלול החוזי פופולרי יותר, ותועלה הצעה להשתמש גם בישראל במסלול החוזי ביתר שאת, לצד התביעות הנזיקיות ולעתים אף במקומן בשל סיטואציות מסוימות שבהן התביעות החוזיות עדיפות מבחינות שונות. יהיה ניתן להיווכח שהמסלול החוזי הוא לא רק מסלול לגיטימי לצדו של המסלול הנזיקי, שיכול לחזק את התביעה האזרחית ולנוטה ביתר ביטחון אל קו הגמר – השגת פיצויים למסורבת, שבמקרים רבים יומרו בגט עצמו ויביאו למזור המבוקש – לעתים המסלול החוזי הוא אף מסלול עדיף מן המסלול הנזיקי. העולם החוזי פועל לעתים מהר מהעולם הנזיקי, בייחוד במציאות שבה תביעות הנזיקין בגין סרבנות גט מוגשות, רובן ככולן, לפי עוולת המסגרת של הרשלנות, הסובלת פרשנויות שונות ומדיניות משפטית נרחבת המשתנה לפי מקום, זמן ונסיבות. זאת ועוד, בנסיבות מסוימות של סרבנות גט המסלול החוזי לא רק פועל במקביל למסלול הנזיקי או עדיף ממנו, אלא שלעתים הוא למעשה המסלול היחיד שניתן להפעיל בנסיבות העניין, תחת המסלול הנזיקי, אפילו במקרים שבהם הפסיקה קיבלה – אם כי לטעמנו טענה בכך – את השימוש במסלול הנזיקי דווקא. במקרים אחרים מציג המסלול החוזי יתרונות בדבר תביעה שהחשש לגט מעושה בעקבותיה הוא פחות או אינו קיים, וזו יכולה להיות בשורה אמתית. כמו כן חלק מהמסלולים החוזיים פועלים היטב ללא תלות הכרחית בפסיקה קודמת של חיוב או כפייה לגט בבית הדין הרבני. מסלולים חוזיים אחרים יוכלו גם לתמרץ הגעה להסכמי גירושין סחטניים פחות, שיהיו מאוזנים והוגנים מאלה הקיימים כיום.

תביעות נזיקין בגין סרבנות גט כדי להשיג את הגט ו'כלל האחריות' של קלברזי ומלמד "משפטים מא 153 (תשע"א); רונן פרי ויחיאל ש' קפלן "תפסת מרובה לא תפסת: על העצמה באמצעות דיני הנזיקין" **העצמה במשפט** 411 (מימי איזנשטדט וגיא מונדלק עורכים, תשס"ח).

14 עמיחי רדזינר "לא המדרש עיקר אלא המעשה" – על סידור גטין לאחר תביעות נזיקין ועל מדיניות הפרסום של הפסיקה הרבנית "משפטים" מה 5 (תשע"ה); Shmueli, לעיל ה"ש 2.

15 תיק (גדול) 1-21-7041-**פלונית נ' פלוני** (פורסם בנבו, 11.3.2008). וראו להלן דיון בטקסט ליד ה"ש 26.

## ב. התביעה האזרחית – החוזית והנזיקית – כאמצעי להשגת הגט

### 1. תביעות אזרחיות כמנגנון להשגת הגט: סקירה כללית

הכלי האזרחי החדש יחסית שנעשה בו שימוש בישראל לראשונה בשלהי שנת 2004,<sup>16</sup> ובמדינות אחרות זה שנים,<sup>17</sup> הוא תביעות נזיקיות וחוזיות שמגישות נשים מסורבות גט נגד בעליהן הסרבנים. תביעות אלה מבקשות לראות בסרבנות הגט משום עוולה נזיקית או הפרת חוזה, המזכות את מסורבת הגט בפיצויים בגין נזיקה, בעיקר הנפשיים. סרבנות גט גורמת השפלה, פגיעה באוטונומיה, אייכות להינשא, להוליד ילדים (שכן ילידה של המסורבת מגבר אחר ייחשבו ממזרים) ולקיים יחסי מין (יחסים עם גבר אחר ייחשבו ניאוף ועלולים להשפיע על האישה לרעה ולפגוע בזכויותיה במישורים שונים בבית דין הרבני).<sup>18</sup> בשנים האחרונות מוגשות בישראל גם תביעות "הפכות", של בעלים שנשותיהם מסורבות לקבל מהם גט,<sup>19</sup> למשל כדי להמשיך ולקבל מזונות, שכן בישראל אין נפסקים מזונות לאישה לאחר גירושה. תביעות נזיקיות וחוזיות הן פתרון אזרחי מקובל מאוד כיום כדי לנסות לחלק בכל זאת את הגט עבור מסורבת המצויה במבוי סתום. דרך זו עקיפה אך יעילה בחלק מהמקרים, והיא מנסה

- 16 תמ"ש (משפחה י-ם) 19270/03 **כ.ש. נ' כ.פ.** (פורסם בנבו, 21.12.2004). מאז ניתנו עשרות רבות של פסקי דין בבתי המשפט לענייני משפחה. לפסקי דין בערעור ראו עמ"ש (מחוזי חי') 23464-10-09 **א.ש. נ' ד.ש.** (פורסם בנבו, 6.10.2011); עמ"ש (מח' ת"א) 46631-05-11 **פלונית נ' פלוני** (פורסם בנבו, 23.1.2014); עמ"ש (מח' י-ם) 42920-05-13 **פלונית נ' פלוני** (פורסם בנבו, 3.9.2013); עמ"ש (מחוזי ת"א) 1020/09 **פלוני נ' פלונית** (פורסם בנבו, 25.1.2011), ובקשת רשות הערעור – בע"מ 2374/11 **פלוני נ' פלונית** (פורסם בנבו, 15.2.2011); עמ"ש (מח' ת"א) 17873-12-11 **פלונית נ' פלוני** (פורסם בנבו, 4.1.2015); עמ"ש (מח' ת"א) 47229-12-13 **פלונית נ' פלוני** (פורסם בנבו, 4.9.2014).  
Shmueli, לעיל ה"ש 2, בעמ' 825, 833, 864–865. 17
- 18 ראו Fournier, McDougall & Lichtsztral, לעיל ה"ש 2, בעמ' 349, *The Propriety of Awarding a Nezikin Claim by Beit Din on Behalf of an Agunah*, 45 TRADITION 55, 56 (2012); Alan C. Lazerow, *Give and "Get"? Applying the Restatement of Contracts to Determine the Enforceability of "Get Settlement" Contracts*, 39 U. BALT. L. REV. 103, 106 (2010) (Shmueli); לעיל ה"ש 2, בעמ' 845, 848–849.
- 19 אין מדובר בתביעות "סימטריות"; מצבם של גברים מסורבי גט טוב במובנים מסוימים מזה של נשים מסורבות גט, ולו בתיאוריה, וקיים דיון בשאלה אם מגיע לבעלים כאלה פיצוי, ואם כן, אם באותו שיעור כמו לנשים או בשיעור פחות. להרחבה ראו בנימין שמואלי "סרבנות גט – עילה נשית, גברית או עצמאית, המאפשרת לפצות גם מסורבי גט? בין צדק חלוקתי, צדק מתקן והגברת כוח המיקוח של המסורבת/ת" **עיוני משפט** לט 545 (2016). לדוגמאות לפסקי דין בתביעות כאלה ראו תמ"ש (משפחה י-ם) 21162/06 **פלוני נ' פלונית** (פורסם בנבו, 21.1.2010); תמ"ש (משפחה חי') 8312/07 **ש. נ' ש.** (פורסם בנבו, 5.10.2009), והערעור – עמ"ש (מחוזי חי') 23464-10-09, לעיל ה"ש 16; תמ"ש (משפחה י-ם) 18561/07 **ש.ד. נ' ר.ד.** (פורסם בנבו, 26.5.2010); תמ"ש (משפחה קריות) 44-04-09 **פלוני נ' פלונית** (פורסם בנבו, 9.8.2011); תמ"ש (משפחה ת"א) 54410-09 **פלוני נ' פלונית** (פורסם בנבו, 30.5.2011); תמ"ש (משפחה י-ם) 46820-03-10 **אלמוני נ' פלונית** (פורסם בנבו, 4.9.2012); תמ"ש (משפחה י-ם) 22970-11-11 **ע.ש. נ' נ.מ.ש.** (פורסם בנבו, 17.4.2013); תמ"ש (משפחה ת"א) 31523-04-12 **ט.מ. נ' מ.ס.** (פורסם בנבו, 21.1.2010); תמ"ש (משפחה י-ם) 39371-09-12 **ב.ע. נ' ב.ע.** (פורסם בנבו, 10.12.2013); תמ"ש (משפחה י-ם) 46459-07-12 **ז.ג. נ' ש.ג.** (פורסם בנבו, 17.8.2014); תמ"ש (משפחה ת"א) 749-07-13 **פלוני נ' פלונית** (פורסם בנבו, 29.6.2014).

לקדם את כוח המיקוח של המסורבת כדי להיות מעין "שובר שוויון" לסחטנות הכלכלית מאת הסרבן, כדי שסרבנות כזו לא תהיה כדאית.

מלבד השגת פיצוי על נזקים, כמו בכל תביעה אזרחית לפיצוי, לתביעה כזו שתי מטרות, כללית וקונקרטית. המטרה הכללית היא ליצור תמריץ שלילי לסרב מתוך ידיעה של הסרבן כי לסרבנות מחיר ולא כדאי ולא יעיל לסרב. כך התביעה, או אפילו רק הידיעה על אפשרות הגשתה, תשמש למניעת נזקים או לפחות לצמצום אירועים מזיקים. המטרה הקונקרטית היא לפעול נגד מי שכבר סירב בפועל דרך שימוש בתוצאות התביעה האזרחית נגדו: יהיה ניתן לחתור לעסקת חליפין שבמסגרתה ייתן הסרבן את הגט תמורת ויתור המסורבת על הפיצויים שבהם זכתה באותה תביעה. כך תשפיע התביעה, בעקיפין אך בפועל, על המעמד האישי.

כיצד יכולה תביעה אזרחית לנטרל בפועל את תופעת הסרבנות? כאמור, על פי הדין העברי מחזיק הבעל, כמעט חד-צדדית, במפתח למתן הגט, שכן עליו לתת את הגט מרצונו החופשי.<sup>20</sup> לפיכך במקרים רבים של סרבנות רוצה הסרבן להשיג הישגים כלכליים תמורת מתן הגט. למעשה הוא רוצה לסחוט כלכלית את המסורבת, שתוותר תמורת קבלת הגט על חלקה ברכוש המשותף, על הכספים המגיעים לה או על זכויות אחרות, ולעתים הוא מסביר שאין הוא מסרב אלא רק דורש תנאים שונים, ובהתמלאם הוא מתכוון לתת את הגט.<sup>21</sup> המסורבת אינה יכולה, או אינה רוצה, לשלם סכומים, ביחוד מופקעים, כדי לקנות את חירותה. במצב כזה אם אין התערבות משפטית נוספת, בפניה שתי אפשרויות רעות: האחת לא לשלם ולהיות עגונה וכבולה בנישואין לא רצויים, והאחרת להיסחט, כלומר לשלם סכומים גדולים כדי לקנות את החופש שלה. כאן נכנסות לתמונה התביעות הנזיקיות והחוזיות הללו, הנדונות בישראל בבית המשפט האזרחי לענייני משפחה, שמטרת רובן לקבל פיצויים בסכום גדול שיאפשר לקדם את כוח המיקוח של האישה הנסחטת ולאפשר לה למעשה לסחור בגט מנקודת מיקוח חזקה מאוד. חיוב הסרבן-הנתבע בפיצויים בתביעה האזרחית מתמרץ אותו להגיע לעסקת חליפין שבמסגרתה יוותר על דרישותיו הכספיות (כולן או חלקן הגדול) וייתן גט בבית הדין הרבני, והמסורבת-התובעת, מצדה, תוותר על הפיצויים שבהם זכתה בבית המשפט לענייני משפחה ותגיש בקשה רשמית לביטול פסק הדין. יצוין כי כדי שהפתרון יצליח והסרבן יורתע ויתומרץ לערוך את העסקה, צריך להתקבל בדרך כלל פיצוי גבוה יחסית, שאם לא כן גם בעל שונא סיכונים עלול לקחת את הסיכון לשלם ולחכות לסחוט סכום גדול בהרבה בבית הדין הרבני תמורת הגט.

תביעות אזרחיות בגין סרבנות גט מוגשות גם לאחר הגירושין או במות הבעל (נגד עיזבונן),<sup>22</sup> ואז מטרתן המובהקת היא באמת הפיצוי כשלעצמו ולא הגט. מובן שאין לשלול גם מקרים שבהם האישה המסורבת, שלא התאלמנה או התגרשה בינתיים, אינה מעוניינת עוד בגט אלא בפיצוי עצמו.<sup>23</sup>

20 רמב"ם, משנה תורה, הלכות גירושין, פרק א, הלכה א.

21 על התניית תנאים למתן הגט ראו עמיחי רדזינר "מעגנת את עצמה": על התניית מתן הגט ועל חדשנות הלכתית "הלכה ומשפט: ספר הזיכרון למנחם אלון 607 (אריה אדרעי, דוד גליקסברג, אביעד הכהן, ברכיהו ליפשיץ ובנימין פורת עורכים, תשע"ח); פנחס שיפמן "ההלכה היהודית במציאות משתנה: מה מעכב את מעוכבות הגט?" עלי משפט ו 27, 32 (תשס"ז).

22 ראו למשל תמ"ש (משפחה כ"ס) 19480/05, לעיל ה"ש 12.

23 זו הדגשתה של ביטון, לעיל ה"ש 12.

עם כל זאת יש לציין כי למרות הצלחתו היחסית של כלי זה וצירופו למערך הכלים למאבק בתופעת סרבנות הגט ככלי חשוב ומשפיע, בעיות רבות נקשרו בו. ראשית, קיים חשש מגט מעושה בעקבות אותה עסקת חליפין, שכן הכפייה הממונית ("אונס הממון") על הסרבן נעשית מחוץ לבית הדין הרבני ולא על פי כללים הלכתיים מדוקדקים ומצומצמים, המאפשרים במקרים נדירים יחסית גט תקף שאינו מעושה למרות כפייה ממונית. כמו כן לעומת חלק ממדינות העולם, שבהן פתרון זה של פיצויים בתביעה אזרחית מחזק את בתי הדין הפרטיים באפשרו אכיפה מטעם בית המשפט המדינתי האזרחי להחלטות בית הדין הרבני הפרטי, בישראל פתרון זה מחליש את בתי הדין הרבניים המדינתיים ולמעשה עוקף את החלטותיהם שלא לאכוף את מתן הגט ברוב המקרים,<sup>24</sup> וכך תביעות אלה הפכו לחדוד החנית במאבק הסמכויות הקיים בישראל ממילא בין הערכאות המדינתיות הללו. הטענה היא שבית משפט אזרחי מתערב בסמכות בלעדית של בית הדין הרבני בנושאי גירושין אף אם הדבר נעשה בעקיפין ובמסגרת תביעה שהיא בסמכות הבלעדית של בית המשפט האזרחי.<sup>25</sup> תוצאה זו הביאה את בית הדין הרבני הגדול בירושלים לפסוק שאישה שרק הגישה תביעת נזיקין, אף אם התביעה עדיין לא הסתיימה ופיצויים עוד לא נפסקו, יעוכבו כל הדיונים לסידור גט בבית הדין הרבני בעניינה.<sup>26</sup> ואולם, עמיחי רדזינר טוען כי בפועל יש הבדל בין רטוריקה למהות, ולמרות הצבעה על חשש מגט מעושה ופעולות בבית הדין הרבני כגון עיכוב דיונים כל עוד לא תמשוך התובעת את התביעה, בפועל התביעות האזרחיות הללו פועלות את פעולתן ועושות את שלהן.<sup>27</sup> מחקר מראה שבכל המקרים שבהם אימו הרכבים שונים בבתי הדין הרבניים שכל עוד תתנהל התביעה האזרחית יעוכבו הליכי הגט, ניתנו גטין למרות קיומן של התביעות (מה שמצביע על הצלחתן של אלו), ובחלק מהמקרים אף התקבלו הפיצויים עם הגט, והאישה לא משכה כלל את התביעה האזרחית אלא הביאה אותה לקו הגמר.<sup>28</sup> כמו כן הרב שלמה דיכובסקי סבור שהתביעה אינה מעלה חשש מגט מעושה במקרים שבהם

- 24 עמיחי רדזינר "גיטין – מצוות התלויות בארץ? הסכם קדם נישואין למניעת סרבנות גט: בין אמריקה לישראל" **משפטים** מז 5 (תשע"ח).
- 25 ראו לביא, לעיל ה"ש 4, הסבור שאין לקבל תביעות כאלה כלל; דיכובסקי "צעדי אכיפה ממוניים כנגד סרבני גט", לעיל ה"ש 4, בעמ' 173, הסבור כי יש להעביר את הסמכות לדון בתביעות אלה לבית הדין הרבני, שכן הן עוסקות למעשה בנושאי גירושין שהם בסמכותה הבלעדית של ערכאה זו. אך השוו גישתו שכל עוד מדובר בחיוב לגט ולא פחות מכך, והתביעה היא לפיצוי על העבר ולא לאיום בעתיד, ויש הבטחה שלא תוגש תביעה נוספת בעתיד, התביעה האזרחית יכולה להיות תקפה, והאישה אף אינה חייבת לוותר על כספי הפיצויים עם מתן הגט. הוא חלוק על פרשנותו של הרב לביא לנושא: דיכובסקי **לב שומע לשלמה** א, לעיל ה"ש 4, בעמ' לה-לו, מג-מד, קעג-קעד.
- 26 תיק (גדול) 1-21-7041, לעיל ה"ש 15. הדבר חלחל לחלק מבתי הדין האזוריים שפוסקים כך, וגם במקרים ה"הפוכים", של בעלים שהגישו תביעות נזיקין. ראו למשל תיק אזורי חיפה 581706/5 בפני הרב יצחק אושינסקי, החלטות מיום 29.3.2016 ו-31.3.2016.
- 27 רדזינר, לעיל ה"ש 14.
- 28 שם. מגמה זו נמשכת גם לאחר מאמרו, והדיונים נמשכים בחלק מהתיקים למרות קיומן של תביעות נזיקיות. ראו לאחרונה תיק גדול 944453/1 (30.6.2014) ו-944453/2 (8.6.2015), תקציר **בהדין והדין** 45 (טרם פורסם).

קיים חיוב לתת גט (ולא פחות מכך), כל עוד האישה מתחייבת לא לתבוע עוד בעתיד, ומדובר על פיצוי לעבר ולא על איום לעתיד שרק הוא עלול לעשות את הגט.<sup>29</sup> על כל פנים, עלו טיעונים שהסמכות לפסוק בתביעות אזרחיות בין בני משפחה היא סמכות ייחודית של בית המשפט לענייני משפחה גם אם התוצאות של אותן תביעות הן פגיעה או נגיסה בסמכות של ערכאה אחרת. הצדדים עצמם הם שמנהלים, לאחר מתן פסק הדין האזרחי, משא ומתן להגעה לעסקה, איש אינו מכריח אותם לעשות כן, ואין זו תוצאה מוכרחת של הפסיקה האזרחית.<sup>30</sup> אולם במרבית המדינות שבהן קיימת פרקטיקה של הגשת תביעות כאלה אין מאבק סמכויות, שכן יש הפרדה, ולו מסוימת, בין דת למדינה, ובתי הדין הרבניים שם הם פרטיים. אכן, בחלק ממדינות העולם יש אפילו שיתוף פעולה מסוים בין בתי הדין הרבניים לבין בתי המשפט האזרחיים-המדינתיים, ולכן אמנם אין מאבק סמכויות, אבל עדיין קיים חשש מגט מעושה.<sup>31</sup> עם זאת במדינות שבהן קיימת הפרדת דת מהמדינה, ובתי הדין הרבניים אינם מדינתיים אלא פרטיים ופועלים כבוררים, מתגלעות גם בעיות אופייניות אחרות, כגון טענה להתערבות בעייתית של הרשות השופטת – בית המשפט האזרחי הפוסק פיצויים – בעניינים דתיים, שנטען למשל שהיא מנוגדת לתיקון הראשון לחוקה האמריקנית. אולם נקבע בארצות הברית שאין בכך משום הפרת אותו תיקון, שכן בעל המפר הבטחה בחוזה קדם-נישואין לתשלום סכום גדול על כל יום של פירוד (סעיף של מזונות בעת פירוד, לכאורה, שנועד בפועל להיאבק בתופעת סרבנות הגט ומקובל בקהילה מסוימת בארצות הברית), שהוא חוזה אזרחי לכל דבר ועניין אף אם נחתם בהליך דתי, חשוף לשיפוט של בית משפט אזרחי כמו בכל מקרה של הפרת חוזה.<sup>32</sup> במדינות אחרות, באירופה, תביעות אלה נתפסות כבעלות פגם מוסרי וכנוגדות את תקנת הציבור.<sup>33</sup>

נוסף על כך, המהלך יקר מאוד ואורך זמן רב. על המסורבת לשכור עורך דין, להגיש תביעה ולנהלה, לשלם אגרה ולעמוד בפני חקירה נגדית. כמו כן אין ודאות מה יהיה סכום הפיצויים שייפסקו, אם בכלל, ואם סכום זה יספיק לביצוע עסקת החליפין; אם כי לפעמים עצם הגשת התביעה או אפילו האיום בכך או הידיעה של הנתבע הפוטנציאלי של אפשרות הגשתה כלפיו יכולים לפעול את פעולתם בהוצאות מועטות.

לבסוף מהלך זה, אם יצלח, יותיר את המסורבת עם הגט וללא פיצוי. לעומת זאת בעולם אידאלי יש לה זכות גם לקבל את הגט אם הסרבן ציווה לעשות כן בבית הדין הרבני וגם לקבל פיצוי על נזקיה הנפשיים, ואין סיבה אמיתית שהיא תיכנע לסחיטה ותוותר על הפיצוי. זאת ועוד, במקרים רבים עסקת החליפין תהיה חלק מהסכם גירושין כולל שייחתם, וזה אמנם דבר ראוי כשלעצמו, אולם בהסכם זה הסרבן עדיין יסחט כספים מהמסורבת תמורת הגט: בדרך כלל פחות כספים מאשר התכוון מלכתחילה,

29 במקרה כזה האישה גם אינה חייבת למחול לבעלה על החוב הכספי, והיא יכולה לקבל את הגט ואת הפיצוי כאחד. דיכובסקי **לב שומע לשלמה** א, לעיל ה"ש 4, בעמ' לה-לו, מג-מד, קעג-קעד.

30 לתוצאה כזו, התומכת בלגיטימיות התביעות, ראו ביטון, לעיל ה"ש 12, הסבורה שיש כאן מאבק בין דיני הנזיקין לדיני המשפחה הדתיים ועל הראשונים לגבור; שמואלי, לעיל ה"ש 13, הסבור שזו תוצאה העולה מניחוח פלורליסטי של מטרות דיני הנזיקין.

31 Shmueli, לעיל ה"ש 2, בעמ' 826, 832-834, 853, 857-858, 868, 874.

32 ראו Lazerow, לעיל ה"ש 18, בעמ' 115; Shmueli, לעיל ה"ש 2, בעמ' 866.

33 Shmueli 2013, לעיל ה"ש 2, בעמ' 869. ארחיב בחלק מטיעונים אלה להלן.

שכן הוויתור על הפיצויים יש בו ערך רב כשלעצמו, אך בסופו של דבר הפרקטיקה במקרים רבים היא שהאישה עדיין משלמת משהו עבור קבלת הגט במקום שהיא תפוצה בעצמה על הנזקים שנגרמו לה. אם כן, התביעה האזרחית, הנזיקית והחוזית, אינה אידאל בפני עצמו, ויש לה בעיות לא פשוטות משלה. אולם כיום מנגנון זה הוא עדיין כלי אזרחי מרכזי ביותר למאבק בסרבנות גט, ויתרונותיו גדולים.

## 2. המתווה הנזיקי

אין בחקיקה הנזיקית עוולה פרטיקולרית של סרבנות גט. בתי המשפט לענייני משפחה הכירו, הכרה כמעט גורפת, בסרבנות גט כהתעללות נפשית, החוסה תחת כנפי עוולת הרשלנות. הדיון במסגרת עוולת הרשלנות צריך לעבור את המחסום של מעשה מכוון. במשפט המקובל יש הפרדה ברורה בין רשלנות לעוולות מכוונות, אך בישראל אין הפרדה כזו. השאלה אם ניתן לתבוע בגין רשלנות במקרים של מעשים נזיקיים מכוונים נשארה פתוחה במשך שנים רבות, והובעו דעות לכאן ולכאן, עד להכרעה העקרונית של בית המשפט העליון בסוגיה בשנת 1999.<sup>34</sup> גם הקודקס האזרחי – הצעת חוק דיני ממונות – קובע שרשלנות תכלול במפורש גם מעשה מכוון, וכך לא יהיה עוד צורך בפרשנות פסיקתית.<sup>35</sup>

בפסיקות בתי המשפט לענייני משפחה צצה דילמה אם להכיר בסרבנות גט כעילה במסגרת עוולת הפרת חובה חקוקה של חיקוק פלילי, הוא סעיף 287 לחוק העונשין, העוסק בהפרת הוראה חוקית של רשות מוסמכת מתוך הבעייתיות שבהכרה בהפרת חובה חקוקה פלילית. אף אם עוולה כזו תוכר כאן, כפי שהוכרה בעבר בפסיקה בעניינים אחרים,<sup>36</sup> יש להניח שלענייננו היא תכלול רק מקרים של פסקי דין רבניים מדרגת "חיוב" ומעלה, שכן אי-ציות לפסקי דין "רכים" יותר, ברמה של "מצווה" או "המלצה", המכוונים את הבעל לגרש את אשתו ברוח ההלכה – הכוונה שאינה עולה כדי חובה משפטית של ממש, שלא כמו במקרי חיוב או כפייה – לא ייתפסו כהפרת הוראה חוקית.<sup>37</sup>

- 34 בתביעת נזיקין של ילדים שבגרו נגד אביהם שהזניח אותם רגשית: ע"א 2034/98 **אמין נ' אמין**, פ"ד נג(5) 69, פס' 13 לפסק דינו של השופט יצחק אנגלרד (1999).
- 35 "התרשלות היא מעשה, לרבות מעשה שנעשה במתכוון, שאדם סביר לא היה עושה בנסיבות העניין". ראו ס' 386(ב) לתזכיר הצעת חוק דיני ממונות, תשע"א-2011, ה"ח 595, י"ג בסיוון, תשע"א-2011, 15.6.2011.
- 36 להכרה בהפרת חובה חקוקה פלילית של גירוש אישה בעל כורחה ראו למשל ע"א 245/81 **סולטאן נ' סולטאן**, פ"ד לח(3) 169 (1984).
- 37 ראו דיון למשל בפסקי הדין האלה: תמ"ש (משפחה י-ם) 19270/03, לעיל ה"ש 16 ותמ"ש (משפחה כ"ס) 19480/05, לעיל ה"ש 12. כן ראו שמואלי, לעיל ה"ש 13, בעמ' 294-297. פסק דין רבני **המצווה** על אדם לגרש את אשתו (אך אינו מחייב אותו לעשות כן ולא כופה אותו) מקורו בשיקולים הלכתיים אשר נועדו לגרום לבעל לשמוע בקול חכמים, היות שקמה בנסיבות העניין הנדון עילת גירושין. אי-קיום פסק דין רבני בדרגת "מצווה" יהפוך את הבעל לעבריין, אם כי בפן הדתי בלבד, על השלכות הנובעות מכך (כגון פסול לעדות ועוד). זהו אפוא פסק דין רבני שאינו מחייב לגרש, אולם קובע ש"מצווה" לגרש, דהיינו שזהו גילוי דעת רוח חכמים, שאינו מגיע כדי חיוב של ממש, אך הופך את הסרבן לעבריין מבחינה דתית. אולם מבחינת חוק המדינה הבעל לא יהיה חשוף במקרה כזה לסנקצייה הלכתית אם לא יגרש את אשתו. פסק דין רבני בדרגה הנמוכה ביותר, של **המלצה**, פירושו שבית הדין הרבני ממליץ לבעל לבחור בדרך הנכונה והראויה לדעת ההלכה, שהיא מתן גט לאישה – "ראוי להתגרש" – אך אם הבעל לא יעשה זאת ולא יגרש

עילות נוספות, ובהן עוולת כליאת שווא, עוולת חוקתית של הפרת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו או הפרת חובה חקוקה של חיקוקים אחרים העוסקים למשל באלימות במשפחה, נדונו גם הן לא אחת בפסיקה ולא הניבו תוצאה חד-משמעית, בדרך כלל משום שהתביעה ממילא התקבלה דרך עוולת הרשלנות, ובתי המשפט לא ניסו לחדש בעניינים אלה.<sup>38</sup>

במדינות אחרות צצו בעיות אחרות בקבלת תביעות נזיקין, ובהן הצורך הלא פשוט להוכיח כוונה (למשל בארצות הברית: IIED – intentional infliction of emotional distress) בתביעות אלה, וזו אחת הסיבות להעדפה שם של תביעה חוזית דווקא.<sup>39</sup> כזכור, בישראל אין עולה בעיה כזו, שכן ניתן לפסוע במסלול של עוולת הרשלנות, ואין צורך להוכיח כוונה. כאמור, גם אם יש כוונה, ניתן לתבוע בעוולה זו.

במקרים המתאימים ניתן לתבוע קרובים וחרבים שעזרו לסרבן לסרב, בטענה שהם למעשה במעמד של "משייעים" או "משדלים" לפי סעיף 12 לפקודת הנזיקין.<sup>40</sup> מטרתן של תביעות כאלה היא לדחוף את הסרבן לתת את הגט תמורת ויתור המסורבת על התביעה נגד חבריו או קרוביו. ייתכן שכאשר התביעה אינה מאיימת על רכושו של הסרבן אלא של קרוביו וחרביו, היא אינה מעלה חשש מגט מעושה, ולכן יתרונה רב.

### 3. ההבדלים המרכזיים בין המתווה החוזי לנזיקי

אף שמטרתה של התביעה הנזיקית זהה לזו החוזית – להשיג את הגט – קיימים הבדלים בין המתווים. בחלק זה יעלו ההבדלים המרכזיים בין המתווה הנזיקי, ה"מסורתי" יותר בישראל, למתווה החוזי, שבו יורחב בהמשך החיבור.

נשיא בית המשפט העליון אהרן ברק קבע כי "דיני החוזים בישראל אינם נעצרים על סף הבית המשפחתי. המשפט אינו שולל תוקף משפטי מחוזים (אף חוזים משתמעים) המבוססים על אדנים רגשיים והנוצרים בנסיבות אינטימיות בין-אישיות".<sup>41</sup> אולם חלק גדול מהתביעות המוגשות בישראל

את אשתו, הוא אמנם לא יפסע בעקבות דברי החכמים, אך לא ייחשב עברייני גם מבחינת הדין הדתי, ובוודאי לא ייחשב מי שחייב לתת גט מכוח דין המדינה. זו אפוא לשון דומה ל"מצווה", הממליצה ומכווינה להתגרש אך אינה מחייבת לעשות כן ואינה הופכת את הסרבן לעברייני מבחינה דתית. ראו למשל תיק גדול 1073898-1 מיום 28.9.2016. עם זאת לפי ס' 1(ב) לחוק בתי דין רבניים (קיום פסקי דין של גירושין), תשנ"ה-1995, בית הדין הרבני יכול להטיל סנקציות, לרבות מאסר (ס' 1(א) לאותו חוק), אף בדרגה של מצווה והמלצה בלבד. משמע, החוק העוסק באכיפת פסקי דין של גירושין, ואשר נועד להילחם בתופעת סרבנות הגט, איננו מבחין אפילו בין המלצה לבין חיוב וכפייה ורואה בהמלצה לתת גט הוראה חוקית בעלת אופי מחייב. לפיכך אם נקיש מעניין זה לס' 287 לחוק העונשין, ייתכן כי יהיה ניתן להחילו גם במקרים של מצווה והמלצה לתת גט.

38 ראו למשל תמ"ש (משפחה י-ם) 19270/03, לעיל ה"ש 16.

39 Shmueli, לעיל ה"ש 2, בעמ' 870, 892-893, 895.

40 תמ"ש (משפחה י-ם) 22158/97 מ.ט. נ' מ.ט. (פורסם בנבו, 16.8.2011).

41 ע"א 5258/98 פלוגית נ' פלוני, פ"ד נח(6) 209 (2004). על חוזים משפחתיים ראו למשל שחר ליפשיץ "הסדרה אזרחית של הזוגיות: בין תחליף ותגובת נגד לחלופה עצמאית" ספר דניאל – ספר היובל לכבוד פרופ' דניאל פרידמן 549 (נילי כהן ועופר גרוסקופף עורכים, תשס"ט); שחר ליפשיץ "הסדרת החווה הזוגי – מתווה ראשוני" קרית משפט ד 271 (תשס"ה).

הן נזיקיות, ומיעוטן חוזיות או משולבות. מחוץ לישראל ניתן לאתר מספר גדול יותר של תביעות חוזיות דווקא.<sup>42</sup> האם מדובר במקרה בלבד?

בישראל אין הפרדה בין דת למדינה, וקיים מאבק סמכויות, לעומת זאת במדינות אחרות בעולם, שבהן בתי הדין הרבניים הם פרטיים ומתקיימים שם נישואין אזרחיים לעתים במקביל לדתיים. הדבר מקל על ראיית הנישואין כחווה,<sup>43</sup> אם כי נראה שמהלך כזה אינו פוטר בהכרח את הצורך להוכיח שגם הנישואין הדתיים מהווים חווה, כדי להצביע על הפרתם דרך סרבנות הגט (לעניין זה ניתן לנסות להסתמך על הכתובה כמעין חווה, אם כי הדבר אינו חתוך וברור). כמו כן בחלק מאותן מדינות יש חופש מדת והפרדת דת מהמדינה, ואין שם מאבק סמכויות. למשל, בישראל ההישענות על דרגת פסק הדין הרבני (כפייה, חיוב, מצווה או המלצה) שנויה במחלוקת לעניין תביעות הנזיקין, אך תביעות חוזיות אינן עוסקות בשאלה זו בהכרח. הסיבה לכך היא שתביעות חוזיות אינן נשענות בהכרח על החלטות קודמות של בתי הדין הרבניים, לעומת התביעות הנזיקיות, הבוחנות אם הסרבן מפר חובת זהירות או חובת חובה חקוקה בהפרתו את החלטת בית הדין הרבני. ממילא האפשרות לחיכוך בין בתי הדין לבתי המשפט קטנה יותר, ופירוש הדברים שלפחות מהיבט זה התביעות החוזיות עדיפות בישראל. כמו כן בחלק מאותן מדינות נפוצים הסכמי קדם-נישואין, שיכולים לבסס בקלות יחסית תביעות חוזיות, ובישראל הסכמים אלה נפוצים פחות, כפי שיורחב בפרק הבא. נראה להלן גם שניתן להשתמש, בישראל ומחוץ לה, במתווים חוזיים נוספים ובעקרונות כגון תום לב, שהם אוניברסליים. אך חלק מההבדלים בין השימוש בדיני הנזיקין לדיני החוזים אינו טריטוריאלי, דהיינו אין מקורו בשוני שבין ישראל למדינות אחרות. דיני החוזים מאפשרים במקרים רבים פיצויים שאינם תלויי-אשם, ואילו העוולות המרכזיות הרלוונטיות בדיני הנזיקין מצריכות הוכחת אשם, ובמדינות מסוימות יש צורך כאמור אפילו להוכיח כוונה לביצוע העוולה, מה שיכול מאוד להכביד על התובעים. תביעה נזיקית מצריכה בדרך כלל הוכחה לא פשוטה של קשר סיבתי בין מעשה העוולה לנזק הנטען, וזהו שלב נוסף המכביד על התובעים. ייתכן שכל אלה סיבות טובות להביא ליתר שימוש בתביעות החוזיות דווקא גם בישראל. כמו כן בתי המשפט לענייני משפחה התמודדו בתביעות הנזיקין עם קושי בשאלת סיווג סרבנות הגט כעילה במסגרת העוולות הקיימות (שכן אין עולה פרטיקולרית של סרבנות גט). קושי זה מתפוגג בכניסה לעולם החוזי, הבוחן ביתר קלות פיצוי בגין הפרת חווה או חוסר תום לב. המתווה החוזי גם מאפשר, כפי שנראה בפרקים הבאים, כמה מסלולים חוזיים שונים שדרכם ניתן לתבוע, בכל פעם לפי סיטואציה אחרת. לפיכך יש מקום להרחיב את השימוש בכלי זה ולעודד מסורבות ומסורבים להגיש תביעות בעילות חוזיות בד בבד עם העילות הנזיקיות או בחלק מהמקרים, אף תחתיהן, ובכך להשתמש בעילות בשני המתווים – לעתים יחד, ולעתים דרך בחירה מושכלת של המתווה המתאים יותר והעדיף בנסיבות.

42 Talia Einhorn, *Jewish Divorce in the International Arena*, in PRIVATE LAW IN THE INTERNATIONAL ARENA – LIBER AMICORUM KURT SIEHR 135, 137 (Jurgen Basedow et al. eds., Shmueli ; 2000), לעיל ה"ש 2.

43 שם, בעמ' 864.

### ג. תביעה חוזית במסלול 1: הפרת סעיף בהסכם קדם-נישואין המחייב תשלום של מעין מזונות מוגברים בפירוד

המסלול הראשון – תביעות חוזיות בשל הפרת סעיפים מתאימים בהסכמי קדם-נישואין – הוא ככל הנראה הנפוץ ביותר בחוץ לארץ, ולו יתרונות רבים. אולם בעיות שונות עלולות להתגלע עם הניסיון להעתיקו למציאות הישראלית. ובכל זאת, במסלול זה תהיה, ראשית, קריאה לחתום על הסכמי קדם-נישואין בשל יתרונותיהם שיפורטו להלן, ושנית, להשתמש במסלול זה של תביעה חוזית במקרי הפרת אותו הסכם, נוסף על המסלול הנזיקי או כחלופה לו.

קיימים בעולם הסכמי קדם-נישואין המכילים סעיף המחייב את הבעל לשלם מזונות מוגברים לאשתו במקרה של פירוד (מכל סיבה כלשהי).<sup>44</sup> בעל החותם על הסכם כזה יודע כי אם יסרב לתת גט לאשתו, הוא מתחייב מראש לשלם סכומים גדולים ששיעורם הולך ומצטבר עם הזמן – מעין פיצויים מוסכמים. הוא יודע אפוא שאם לא ישלם, הוא עלול להיתבע בגין הפרת אותו סעיף. זו תביעה חוזית שאינה תלויה בהוכחת אשם ומבוססת על הסכמה קודמת וחתומה של הבעל.

למרות זאת, ומסיבות שונות, עד לאחרונה לא היו הסכמים כאלה רווחים בישראל, וגם העתיד מעורפל בעניין זה. במדינות אחרות, למשל בקהילת ה-RCA (Rabbinical Council of America) בארצות הברית, שאימצה את ההסכם של ה-BDA (Beth Din of America), הסכמים אלה הם כה רווחים עד שאין כמעט רבנים בקהילה זו המסכימים לחתן זוג שאינו חתום על הסכם כזה, שבו סעיף המקנה לאישה זכות למזונות בשיעור גבוה יחסית, של 100 או 150 דולר לכל יום של פירוד.<sup>45</sup> החיוב הממוני של הבעל מסתכם אפוא בסך עשרות אלפי דולרים עבור כל שנת סרבנות. בישראל הושק בשנים האחרונות הסכם לכבוד הדדי, שהוא הסכם קדם-נישואין דומה (אם כי הסכומים שם קטנים יותר) בשיתוף בין ארגון רבני צהר ולשכת עורכי הדין (הסכם שעדיין לא עבר, ככל הידוע לי, ביקורת שיפוטית של בתי הדין הרבניים), וכן הסכם דומה הנקרא "הסכמאבה". ייתכן שבעתיד, אם הסכם זה יהפוך לנפוץ, יהיה ניתן להגיע גם בישראל למציאות דומה, ולו בחלק מהזרמים. עם זאת רבים מטילים ספק באשר לאפשרות הצלחת המנגנון בישראל, ובהם דיינים בישראל.<sup>46</sup>

44 Lazerow, לעיל ה"ש 18; Shmueli, לעיל ה"ש 2, בעמ' 864–873. ראו באופן כללי: רחל לבמור **מנעי עניין מדמעה: הסכמי קדם-נישואין למניעת סירוב גט** (תשס"ט). בישראל הושק לאחרונה הסכם קדם-נישואין של ארגון רבני צהר בשיתוף לשכת עורכי הדין; ראו [www.tzohar.org.il/?page\\_id=5927](http://www.tzohar.org.il/?page_id=5927), אך הסכם כזה עדיין אינו רווח בישראל, ואין הסכמה בקרב כלל הזרמים הדתיים בקשר לניסוח של הסכם קדם-נישואין שיעלה בקנה אחד עם ההלכה ועם מגוון הדעות בנדון. לדיון נרחב בנדון ראו רדזינר, לעיל ה"ש 24.

45 רדזינר, שם; Shmueli, לעיל ה"ש 2, בעמ' 856, על פי שיחה עם הדיין לשעבר ב-BDA, פרופ' מייקל ברויד. וראו בתחילת שנת 2017 דברים נחרצים באתר הארגון: <http://www.rabbis.org/news/article.cfm?id=105862>.

46 ראו רדזינר, לעיל ה"ש 24, שם, המסביר כי קיים הבדל ניכר בין המציאות בארץ לבין זו שבחלק ממדינות העולם. ההסכם האמריקני אמור לתת כוח לבית הדין הרבני, שאינו מדינתי, וסמכותו היא מכוח בוררות והסכמה בין הצדדים, ואילו ההסכם הישראלי לכאורה נוטל כוח מבתי הדין. ההסכם האמריקני מטיל תשלום על בעל שמסרב להופיע בפני בית הדין ולא רק במקרה של פירוד כדי לחזק את בית הדין, שאין לו, כאמור כוח מדינתי. בעשותו כן, למעשה מחייב בית הדין את הבעל להופיע בפניו, והוא שיקבע אם האישה זכאית לגט. לעומת זאת ההסכם הישראלי נוצר על רקע האכזבה מבתי הדין, ולכן הוא באמת מטיל

תביעה חוזית בעקבות הפרת סעיף בהסכם קדם-נישואים הקובע מזונות מוגברים במקרי פירוד נראית לכאורה פתרון מושלם למאבק בסרבנות גט: היא אינה מחייבת הוכחת אשם, והיא נשענת על הסכמה קודמת של הבעל עצמו לשלם פיצויים מוסכמים אם יפר את ההסכמה, מה שגם שולל לכאורה בעיה של גט מעושה. אם אמנם קיים סעיף כזה בהסכם קדם-נישואין, כדאי, ראשית, לעודד חתימה על הסכמים כאלה. אם ההסדר שבהסכם הופר, מומלץ לפסוע בדרך של תביעה בגין הפרת החוזה נוסף על תביעה נזיקית ואולי אף במקומה, שכן הדבר יוכל לקצר את ההליכים ולמנוע דיון בשאלות המסובכות והקשות של אשם והפרת חובת זהירות. כמו כן חישוב הנזק פשוט – מכפלת ימי הסרבנות בסכום המופיע בהסכם.<sup>47</sup> מכיוון שמדובר בתביעה ממונית גרידא, כביכול, למזונות, היא כביכול "תמימה" מהתביעה הנזיקית בגין סרבנות הגט גופה, שבמקרים רבים מטרתה סחירות בגט, שעלולה ליצור בעיות של גט מעושה. התביעה נשענת כאמור גם על הסכמה קודמת, וכמו כן הדין העברי יכול להתגמש יותר בויתור על חוב קיים כגון חוב מזונות כדי להשיג את הגט.<sup>48</sup> כך אמנם עושים בתי הדין הרבניים בשיתוף עם הביטוח הלאומי במקרים של סרבני גט החייבים סכומי מזונות (אם כי שם היוזמה היא בשיתוף בית הדין הרבני, שהוא גוף הלכתי שיכול לבצע את הפעולה כדין, שכן נציג של הנהלת בתי הדין יושב בוועדה המחליטה על הפעלת פתרונות כאלה,<sup>49</sup> ולא של הצדדים עצמם בסיוע בית משפט אזרחי, מה שעלול להוות בעיה הלכתית). עם זאת החוב לביטוח לאומי הוא חוב מזונות של ממש ולא חוב מהסכם בכסות של חוב מזונות, שברור שהוא בחוב ישיר בשל סרבנות. לדעת חלק מהדיינים, יש במסלול חוזי זה בכל זאת משום בעיה של גט מעושה, משום שיש דעות שיש כפייה בממון.<sup>50</sup> אמנם ניתן לטעון שמתחת לחזות התמימה כביכול של סעיפי המזונות מסתתרת אותה מטרה בדיוק כמו בתביעות האזרחיות, של יצירת לחץ כלכלי על הסחטן לשם השוואת כוח המיקוח או קידומו, ובכל זאת כאמור נראה שהחשש כאן פחות, שכן מדובר על הפרה של סעיף שהסרבן עצמו חתום עליו לפי הסכמה קודמת, ומעמיד לפירעון חוב קיים ולא חדש. כאמור, למרות הניסיונות שלא להכיר בהסכמים

חיוב על עצם אי-מתן הגט, ללא קשר לעילה, וללא מעורבות בית הדין כלל (וגם לא בית המשפט האזרחי, אלא דרך מנגנון של בוררות בהסכמה). יש להניח שזו לפחות אחת הסיבות להתנגדות דיינים להסכם – הם טוענים שכל עוד לא נקבע שהבעל חייב לגרש, אי אפשר להטיל עליו סנקצייה גם אם מקורה בחיוב חוזי. הדבר מזכיר טענות נגד חלק מתביעות הנזיקין. לדעתו של רדזינר, רוב הדיינים ידרשו את ביטול ההסכם כתנאי לתחילת הדיון בתביעת הגירושין, מה שיאייץ את ההסכם אף אם תימצא הדרך להחתיים זוגות רבים יותר עליו. ואכן, רבים יצאו נגד ההסכם של צהר ולשכת עורכי הדין. רדזינר מצייץ כי גם ההסכם האמריקני עובר לאחרונה מתקפה לא פשוטה מצד חוגים חרדיים. הוא סבור כי מי שאינם מתנגדים להסכם האמריקני למעשה עושים זאת במצב של בדיעבד בשל המערכת השונה והלא מדינתית שם, ואילו בישראל ניתן, לדעתם, להתמיר יותר ולפסוע בדרך לכתחילת החוששת יותר מגט מעושה. ראו רדזינר "גיטיץ", שם, והאסמכתאות שם.

47 אם כי אולי בתוספת ראשי נזק נוספים כגון פגיעה באוטונומיה, האפשרי עקרונית גם דרך דיני החוזים (ראו דעתה העקרונית של השופטת דפנה ברק-ארז נגד דעתו של השופט יצחק עמית בע"א 7731/11 **צוריאל אגודה שיתופית להתיישבות חקלאית בע"מ נ' אביטן** (פורסם בנבו, 15.8.2013)) וכן בתוספת פיצויים עונשיים או מוגברים, האופייניים לדיני הנזיקין.

48 לתיאור גישות הלכתיות שונות בנדון ראו רחל לבמור "הסכמי קדם-נישואין למניעת סרבנות גט בישראל" **שנתון המשפט העברי** כג 127, 149–146 (תשס"ה).

49 ראו בג"ץ 104/06 **מרכז צדק לנשים נ' הנהלת בתי הדין הרבניים** (פורסם בנבו, 19.9.2010).

50 ראו אוריאל לביא "הסכם קדם נישואין לפיו המסרב להתגרש מחוייב בתשלום" **שורת הדין** יד, רמא (תשס"ח).

כאלה בישראל בבית הדין הרבני, יש לזכור כי בחוץ לארץ הסכמים כאלה מוכרים ומבססים תביעות חוזיות רבות. כמו כן כאמור הנהלת בתי הדין הרבניים בישראל כבר הראתה, בעצם הסכמתה לפתרון של מחיקת חובות בביטוח הלאומי תמורת מתן הגט ושליחתה נציג לוועדה הקובעת זאת, שהיא למעשה מסכימה לפתרון של ויתור על חוב קיים ואינה חוששת במקרה זה מגט מעושה. חיבור כזה כמובן אינו פוסק הלכה, אולם נראה שהחשש מגט מעושה במסלול זה קטן לאין ערוך מבמתווה הנזיקי.

אולם מסלול זה מצריך דיונים בסוגיות נוספות, שחלקן למצער עלול להעלות בעיות. ראשית, הוא רלוונטי באמת רק כשנחתם הסכם קדם-נישואין, ובמציאות אחרת יש לפנות למסלולים אחרים, חוזיים או נזיקיים. למשל, חלק גדול מהאוכלוסייה החרדית אינו חותם על הסכמי קדם-נישואין מסיבות שונות (אף ששם החשיבות למאבק בסרבנות גט גדולה במיוחד, שכן מסורבות הגט לא יחיו עם אחר כידועות בציבור בעודן נשואות),<sup>51</sup> וגם בקרב האוכלוסייה החילונית, הדתית והמסורתית הסכמים כאלה עדיין אינם רווחים. אך אלה "גבולות הגזרה" של המסלול, וכאמור יש כאן קריאה לעודד את החתימה על הסכמים כאלה.

שנית, צפויה התנגדות של בית הדין הרבני להחלת ההסכם, כאמור, ולו משום שסמכות השיפוט בהסכמים הישראליים למצער אינה דווקא של בית דין רבני אלא נתונה לכל בורר שיקבעו הצדדים (בהסכמים האמריקניים יש סמכות שיפוט בלעדית לבית הדין הרבני, שהוא כאמור פרטי וממילא פועל שם כבורר). בתי הדין הרבניים יכולים להתנות דיון בהליכי הגט באי-אכיפת ההסכם.<sup>52</sup> היו שהציעו לנסות לאשר מראש את ההסכם בבית הדין הרבני כדי לנסות לתת לו עיגון הלכתי ולמנוע לאחר מכן התנגדות להחלת ההסכם בבית הדין הרבני עצמו,<sup>53</sup> אך ספק אם בתי הדין אכן יאשרו הסכמים אלה. ימים יגידו.

שלישית, במדינות שונות שבהן קיימת הפרדת דת מהמדינה עלו טיעונים שבית משפט אזרחי אינו יכול לדון בתביעות כאלה, שכן מדובר בתביעות בהקשר הדתי והמשפיעות על סטטוס, וערכאות אזרחיות יכולות לדון רק בהיבטים ממוניים טהורים, למשל כאלה העולים מנישואין אזרחיים דווקא.<sup>54</sup> טענות נגד היו שאף אם מקור החיוב הוא במשפט הדתי, בפועל מדובר בחיוב ממוני המגובה בהסכם אזרחי לכל דבר ועניין.<sup>55</sup> כך למשל בכמה וכמה ממדינות ארצות הברית התקבלו טענות הנגד הללו, ותביעות כאלה אושרו,<sup>56</sup> ואילו במדינות מסוימות באירופה טענות הנגד הללו של התביעה נדחו, ועמן

51 פרופ' הרב מייקל ברויד, כאמור, בעבר דיין ב-BDA (מתוך Shmueli, לעיל ה"ש 2, בעמ' 868), סבור שהסיבה לכך היא מזל רע, דהיינו חתימה על הסכם המדבר על פירוד עלולה להביא פירוד. סיבות אחרות עלו בעולם הרבני, ולא רק החרדי, נגד ההסכם, ובהן שהפירוק הקל של הקשר לפי ההסכם פוגע בערך של השמירה והיציבות של התא המשפחתי, אך כשאין הסכם הסיכוי לשלום בית גדול יותר (ומצד אחר, אי-חתימה כלל בגלל מצבים קיצוניים יחסית שבהם בן זוג ירצה להיפטר בקלות מבן זוגו ויפעיל בקלות רבה מדי את ההסכם גם היא עלולה להיות בעייתית). חלק התנגדו כאמור בשל חשש מגט מעושה, שהוא כבר חשש הלכתי. להרחבה ראו רדזינר, לעיל ה"ש 44.

52 ראו רדזינר, שם. והשוו גם Shmueli, לעיל ה"ש 2, בעמ' 886.

53 לבמור, לעיל ה"ש 48, בעמ' 146-149.

54 Shmueli, לעיל ה"ש 2, בעמ' 870.

55 שם, בעמ' 870.

56 שם, בעמ' 868-869.

נדחו גם התביעות הללו.<sup>57</sup> בישראל לא עלו טענות שכאלה משום שנישואין וגירושין לפי הדין הדתי הם חלק מהדין המדינתי, ואין הפרדה של דת מהמדינה, בוודאי לא בנושאים אלה, לפי הסטטוס קוו. לפיכך טיעון זה אינו ממשי ברוב מדינות העולם, וודאי שאינו יכול לשמש נגד קבלת התביעה החוזית במסלול זה בישראל.

רביעית, סכום הפיצויים על פי ההסכם מתחיל להיצבר כבר מהיום הראשון של הפירוד. מצד אחד הדבר תורם להרתעה ואינו מאפשר לסרבן להסתתר מאחורי טענה שהסרבנות לא החלה מיד, ושלפחות בהתחלה האמין ביכולת להחזיר את הנישואין למסלולם. כמו כן קביעה של סכום קבוע וברור בסעיף – כאן 100 או 150 דולר לכל יום של פירוד – מקל את חישוב הפיצויים וחוסך הוצאות. מצד אחר, ייתכן שיש כאן הרתעת יתר במובן זה שיש כאן תמריץ שלילי להגיע לשלום בית במקום שהדבר בכל זאת בר־השגה, שכן מי שאינו משלם מזונות מחויב מהרגע הראשון. יש חשש שברגע של משבר או פרדה זמנית ימהרו בני הזוג להתגרש מחשש לתשלום המזונות הגבוהים (אם כי בניהול נכון של המשבר, אם ניתן להגיע לשלום בית, יש להניח שיהיה ניתן לוותר על הסכום שנצבר). פתרון לכך נמצא בהסכם הישראלי, שבשונה מההסכם האמריקני קובע תחולת חוב המזונות המוגברים משלב מאוחר יותר ולא מתחילת הפירוד, ולכן החיוב לשלם מתחיל רק מאותו זמן שנכתב בהסכם – 180 יום מאז הפירוד בהסכם הישראלי; אולם לא תמיד יהיה זה פתרון טוב. במצב כזה נשים שבאמת מבקשות מזונות בפירוד וכן נשים שרוצות בדיעבד פיצוי מרגע תחילת הסרבנות במקרים שאין כל סיכוי לשלום בית, יינזקו מכך שהמזונות שיתנו להן על פי ההסכם יהיו למעשה חסרים. מכיוון שזהו לא באמת סעיף של תשלום מזונות, אלא בסך הכול כסות של פיצויים בגין סרבנות גט, הבעיה יכולה להתעורר במקרים הללו. עם זאת יש לזכור כי בסופו של דבר המטרה כאן אינה תשלום אמיתי של מזונות, ואין הדבר מחליף תשלומי מזונות, שיתכן שהמסורבת תקבל ממילא מכוח הדין העברי אם מתקיימת עילה לכך. המטרה היא מלכתחילה להגיע לגט. מכאן שיש יתרונות וחסרונות הן בחלופה של החלת החיוב לשלם מהרגע הראשון של הפירוד והן בחלופה של דחיית תחילת התשלום ב־180 יום. כך או כך, הסכומים לחישוב התשלום במסלול חוזי זה ברורים מאלה שבתביעה הנזיקית, המושתתת על הערכת נזק נפשי ואינה מעמידה "סרגל" קבוע של חישוב פיצויים, למשל לפי כל שנה של סרבנות או לפי חומרת הנזק או לפי כל חישוב אחר (למשל מגדרי).<sup>58</sup> עם זאת ברור שיש לעתים גם חסרונות בפיצויים מוסכמים וקבועים מראש לעומת פיצויים המחושבים ומותאמים לכל מקרה על פי הנזקים, כפי שמחשבים בתביעה נזיקית דווקא. פיצויים מוסכמים עלולים לגרור בעיה חלוקתית מסוימת שתביא להרתעת חסר במקרים מסוימים. לעתים, ובייחוד כלפי סרבנים עשירים, הסכום המצטבר לא ירתיע דיו ולא יניע את בני הזוג להגיע לעסקה המיוחלת, אלא אם כן הסכום יהיה גדול במיוחד, ואילו בתביעה נזיקית סכומים שונים יכולים להיפסק, בוודאי בגין נזק לא ממוני, ועל כך ניתן להוסיף גם פיצויים מוגברים או עונשיים. למעשה, אם הפיצוי המוסכם בהסכם קדם־הנישואין יהיה בסכום קבוע לכל החותמים על

57 שם, בעמ' 869–870. כן ראו Einhorn, לעיל ה"ש 42, בעמ' 147. ראו פירוט להלן בה"ש 124.  
 58 אין תשובה חד־משמעית לשאלה אם לפחות בישראל בתי המשפט לענייני משפחה מתייצבים על סכומים קבועים לכל שנת סרבנות בפסיקות בהיבט הנזיקי, שכן קיימים כמה וכמה מודלים, תאורטיים ומעשיים, לחישוב הפיצוי הנזיקי במקרים כאלה. ראו Benjamin Shmueli, *Commodifying Personal Rights and Trading the Right to Divorce: Damages for Refusal to Divorce and Equalizing the Women's Power to Bargain*, 22 UCLA WOMEN'S L.J. 39 (2015); שמואלי, לעיל ה"ש 19, בעמ' 588–600, 607–608.

אותו הסכום (ב־RCA סכום זה נע כאמור בין 100 ל־150 דולר ליום, ובישראל פחות), מחד יהיה בכך כדי למנוע בעיה של משא ומתן בין הצדדים טרם הנישואין, שבסופו עלול הסכום שיוסכם עליו להיות קטן במיוחד, ומאידך עלולה להיווצר בעיה חלוקתית אם אותו סכום, שאמנם נראה גדול, ירתיע בעלים חסרי יכולת אך לא ירתיע בעלים עשירים במיוחד, ואילו סכומים גדולים יותר, שייפסקו בתביעה נזיקית, יוכלו לפעול כלפיהם את פעולתם.<sup>59</sup> אם כן, ודאותו של הפיצוי החוזי ופשטות חישובו עלולים להוות גם חיסרון במקרים מסוימים, עד כדי כך שבעל סרבן עלול לשקול בחיוב מראש כדאיות של סירוב, ולו לזמן מה של שנה או שנתיים, כדי להתיש את בת הזוג, מתוך בסיכון מחושב ובידיעה ודאית שהמחיר לא יהיה נורא מבחינה אזרחית,<sup>60</sup> ושמוטב לו לסחוט אחר כך יותר או אפילו להפנים פיצוי כזה ולשלמו כדי להרגיז את המסורבת ולהתיש אותה. זו אינה רק בעיה חלוקתית, שכן גם בעל עשיר יוכל לחשב כך את שכר העברה מול הפסדה, ודומה כי הדבר עלול ליצור הרתעת חסר, דווקא בגלל מחושבות יתר. אולם דומה כי בענייננו אין מדובר למעשה בחיסרון, שכן לרשות המסורבת עומדים שני מסלולים – תביעה נזיקית ותביעה חוזית – עקב הפרת אותו סעיף. המסורבת תוכל לבחור, לפי הסיטואציה, את המסלול הטוב יותר עבורה בנסיבות העניין, ואף לצרף את שני המסלולים יחד באותו כתב תביעה, אם לא תהיה בטוחה מה מהם עדיף. למשל, אם הסרבנות אורכת כבר כמה שנים והסרבן אינו עשיר במיוחד, אזי התביעה החוזית, בסך כמה עשרות אלפי דולרים, צריכה להספיק לצורך הגעה לעסקת חליפין, ויתרוניתה (אי הצורך להוכיח אשם, חישוב מהיר של הפיצוי וחיסכון בהוצאות, בעיה פחותה של אשם תורם ואי־קיום בעיה של גט מעושה) בולטים. במקרים אחרים יהיה כדאי לתבוע גם בנזיקין, שאז אמנם יהיה צורך להוכיח אשם ושאר היתרונות החוזיים למעשה פחות יבואו לידי ביטוי, אך ייתכן שהסכום שייפסק יהיה גדול יותר ויוכל לקדם טוב יותר את עסקת החליפין. בעתיד יהיה אפשר לקבוע בחוזה גם סכום שאינו מוחלט מראש באותו סעיף של פיצויים מוסכמים או מזונות מוגברים – למשל אחוז מהכנסתו של הסרבן – ואז הבעיה החלוקתית שתוארה לעיל (שלפיה בעלים עשירים אולי יורתעו פחות מאותו סכום קבוע) תתעמעם. הנה כי כן, המסלול החוזי הראשון מאפשר למסורבת־התובעת אפשרויות שונות להתמודדות.

חמישית, שלא כתביעות הנזיקין ושלא כתביעות חוזיות במסלולים הבאים שיוצגו, תביעות במסלול זה תחולתן לכאורה צרה יותר, שכן הן רלוונטיות רק נגד בעלים סרבני גט ולא במקרה ה"הפוך", של נשים המסורבות לקבל גט, שאינן חייבות במזונות לבעליהן לפי הדין העברי. אולם ניתן להתגבר על חיסרון זה בקלות: ניתן לנסח הסכמי קדם־נישואין שוויוניים, ולו בנקודה זו. אכן, היה ניתן להניח שלא כך יקרה אם יש רצון לשמור דווקא על מסגרת הלכתית בהסכמים אלה אף אם ניתן להתנות על ענייני מזונות, ולא נראה שיש מקום להיצמד דווקא לעניין זה לחובה חד־צדדית של הבעל אם ברצוננו להילחם בסרבנות על כל גווניה. ואמנם בהסכמים הישראליים נקבע חיוב הדדי. יש לזכור שאף שהחיוב נשען לכאורה על מזונות, אין כאן חיוב אמתי של מזונות. לפיכך את החובה של האישה כלפי

59 צדק חלוקתי מעוניין בחלוקה שווה ככל הניתן של פרוסות עוגת הרווחה המצרפית. לפיכך אם תהיה לאותה פעולה השפעה שונה על בעלים שונים, וחלקם יורתעו, וחלקם – ודווקא העשירים שבהם – לא ייתבעו, עלולה להיווצר בעיה בהקשר זה. לדיון בצדק חלוקתי ראו DAN B. DOBBS, THE LAW OF TORTS § 9, at 13–14 (2000) לדין בצדק חלוקתי מול מתקן ראו IZHAK ENGLAND, CORRECTIVE AND DISTRIBUTIVE JUSTICE (2009).

60 Shmueli, לעיל ה"ש 2, בעמ' 868.

הבעל ניתן לנסח כסוג של קנס או חוב ולא כמזונות, בעיקר במציאות שבה אין חשש מגט מעושה באותו מקרה "הפוך" (שכן מעיקר הדין העברי היה ניתן לגרש אישה גם בעל כורחה, אף שכיום מכוח תקנות הדבר אסור ואף מהווה עברה פלילית בישראל). ניתן אפוא להגיע גם בישראל למציאות של הסכמים דו-צדדיים, וכך אכן נעשה. אולם כאמור ההתנגדות להסכם זה רבה כיום, ועתידו לוט בערפל. על כל פנים, במצב של חיוב חד-צדדי יש תמריץ שלילי לגברים לחתום על הסכם ובו סעיפים כאלה, שכן סעיפים אלה יכולים לשמש רק לרעתם ולא לטובתם. אולם עניין שבעובדה הוא שבכל זאת במציאות האמריקנית ניתן להגיע לשכיחות רבה של חתימה על הסכמים דומים חד-צדדיים, אם כך מקובל חברתית, והרבנים באותו מגזר עומדים על כך שלא יחתמו זוגות שאינם חתומים על ההסכם. אך בישראל במקום שבו יש רצון שההסכם יפשוט וייחתם בידי ציבור רחב, למרות התנגדויות של רבנים, יש היגיון להסכם הדדי, דו-צדדי, כפי שאכן נעשה, ולא חד-צדדי.

אם כן, קיימות בעיות במסלול החוזי הראשון, אך רוב הבעיות מוקהות וניתן להתגבר עליהן, וגם בסיטואציות בעייתיות השימוש הפוטנציאלי בכלי זה לצד התביעה הנזיקית מעשיר את אפשרויות ההתמודדות עם הסרבנות. לפיכך ההמלצה היא לחתום על הסכמי קדם-נישואין, בעיקר במציאות הישראלית, שבה מדובר בהסכמים הדדיים דו-צדדיים, ודרכה ניתן להיאבק גם בסרבנות של נשים כלפי בעלים. אם היה ניתן להשפיע על ציבור רחב ככל הניתן לחתום על הסכמים כאלה, היה הדבר תורם רבות לצמצום בעיית הסרבנות, וזאת בהוצאות מועטות ובדרך מניעתית. אם תהיה מציאות שבה יחתמו רבים על הסכמי קדם-נישואין, תוקהה בעיית סרבנות הגט, ויש להניח שבתי הדין הרבניים בישראל לא יוכלו להתעלם ממצאות כזו ולא יתנו תנאי המוני דיון בגט באי-כיבוד ההסכם. אם אכן כבר קיימת במקרה הקונקרטי מציאות של קיום הסכם כזה, ההמלצה השנייה והכמעט חד-משמעית למסורבת תהיה לתבוע לפי מסלול חוזי זה, כשהיא עצמאית ככל שניתן, ובמקרים מסוימים בעייתיים שנדונו כאן לצרף תביעה זו לתביעה הנזיקית או לתביעה במסלולים חוזיים נוספים שיוצגו בפרקים הבאים.

#### ד. תביעה חוזית במסלול 2: עצם סרבנות הגט כחוסר תום לב

המסלול השני רואה בעצם סרבנות הגט חוסר תום לב. לפי מסלול זה, עצם החיים כזוג נשוי מחייב פעולה בתום לב כלפי בן הזוג, כמובן גם במקרי משבר ואפילו לקראת פירוק התא, כאשר האינטרסים הפרטיים מתעצמים על חשבון האינטרסים הזוגיים והמשפחתיים. אולם זו הנחה שאינה משוחררת מספק ומחובת הוכחה, ופסקי הדין הספורים של בית המשפט לענייני משפחה בישראל בנדון עושים, כך נראה, רק את הצעדים הראשונים בגיבוש מסלול כזה. על כל פנים, לפי אותה הנחה, אי-מוכנות לשחרר את בן הזוג מקשר שבו הוא כבר אינו חפץ ושאינו קיים דה פקטו, או דרישת סכומי כסף עצומים עבור אותו שחרור – בבחינת סחטנות של ממש – היא חוסר תום לב. כך אכן קבעה הפסיקה בישראל בשנים האחרונות: כאשר זוג נכנס למוסד הנישואין הוא למעשה מבצע פעולה משפטית ומקבל על עצמו מערכת של חובות וזכויות אשר חלה עליהן חובת תום לב מכוח סעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973 המוחל גם על מערכות יחסים שכאלה מכוח סעיף 61(ב) לחוק

זה.<sup>61</sup> חובה זו חלה על בני הזוג בין שהנישואים הם חוזה זוגי מיוחד אשר פוקע רק כאשר המשפחה מתפרקת,<sup>62</sup> ובין שהם נחשבים להתחייבות משפטית גרידא.<sup>63</sup> מערכת היחסים הזוגית מקימה אפוא חובות וזכויות בין בני הזוג שעליהם חל עקרון תום הלב, המחיל על אותה מערכת ערכים של צדק, יושר, הגינות ושוויון.<sup>64</sup> בחוזה משפחתי יש דרישת תום לב מוגברת,<sup>65</sup> שכונתה בפסיקה "הגינות".<sup>66</sup> בין בעל ואישה קיימים יחסים מיוחדים, שהם יחסי קרבה ויחסים רגישים, ועל כל אחד מבני הזוג מוטלת חובה לנהוג כלפי האחר בכבוד ובהגינות ולאפשר לו ניהול של אורח חיים תקין וסביר.<sup>67</sup> ההתקשרות בחוזה מתחילה מעת שאדם כפוף לסמכות בית הדין או בית המשפט כצד עיקרי לסכסוך בדיני משפחה.<sup>68</sup> למעשה חוזה זה אינו פוקע גם בסיום הקשר הפורמלי, והוא מתמשך גם לאחר הגירושין בכל תחום שבו יכול להתרחש סכסוך משפחתי.<sup>69</sup> לפיכך בענייננו, כשהזוג עדיין נשוי ומצוי בסכסוך, קל וחומר שאותו חוזה, על כל משמעויותיו, תקף. לצורך זאת אין אפילו הכרח להגדיר את היחסים בין הבעל לאשתו הגדרה רשמית כחוזה, שכן לפי אותו סעיף 61(ב) לחוק החוזים ניתן להחיל את עקרון תום הלב גם על סוגי יחסים אחרים. אם כן, אם הסרבן מסרב להשתמש בזכותו לביטול חוזה הנישואין לתת לצד השני את הגט, ללא צידוק ובחוסר הגינות, הוא למעשה מפר את חובת תום הלב שלו כלפי בת זוגו.<sup>70</sup> סעד הפיצויים הוא סעד לגיטימי במקרה כזה.<sup>71</sup> כך דבריה של השופטת נילי מימון, סגנית הנשיא (דאז) לענייני משפחה בבית משפט השלום בירושלים:

יש מקום אפוא לבחון את שאלת סרבנות הגט גם באספקלריה של עיקרון תום הלב. כאשר הנישואין חדלו מלהכיל תוכן ממשי ואמיתי בין בני הזוג, והפכו לקליפה ריקה ורשמית בלבד, חובת ההגינות הבסיסית הנובעת מעיקרון תום הלב מחייבת בן זוג לאפשר לבן הזוג השני המבקש זאת להשתחרר מקשר זה, ולפתוח דף חדש בחייו. סרבנות גט ללא הצדקה ראויה, הנובעת ממניעים של שאיפה להשיג יתרון כלכלי בלתי מוצדק או ממניע נקמני אינה עולה בקנה אחד עם חובת ההגינות, הצדק והיושר והדרך המקובלת לפעולה החלים על מערכת יחסים זוגית – ומהווה הפרה של עיקרון תום

- 61 ראו תמ"ש (משפחה י-ם) 44248-05-10 **כ.ש. נ' כ.ש.** (פורסם בנבו, 5.9.2011).
- 62 תמ"ש (משפחה ת"א) 23849-08-10 **ק. נ' ק.** (פורסם בנבו, 9.10.2011).
- 63 תמ"ש (משפחה נצ') 7450-091-13 **מ.א. נ' א.א.** (פורסם בנבו, 27.1.2014).
- 64 תמ"ש (משפחה ת"א) 23849-08-10, לעיל ה"ש 62, פס' 51; תמ"ש (משפחה י-ם) 22970-11-11, לעיל ה"ש 19, פס' 38.
- 65 שם.
- 66 בע"מ 5939/04 **פלוני נ' פלונית**, פ"ד נט(1) 665 (2004). להתייחסות למוסד הנישואין כאל חוזה ולצורך בהתחשבות בעיצובה של מערכת היחסים בין בני זוג גם בשיקולים כגון הגינות, שוויון ומניעת התעשרות על חשבון הזולת ראו שחר ליפשיץ **הידועים בציבור בראי התיאוריה האזרחית של דיני המשפחה** 123 (תשס"ה).
- 67 תמ"ש (משפחה י-ם) 22970-11-11, לעיל ה"ש 19, פס' 39.
- 68 תמ"ש (משפחה ת"א) 23849-08-10, לעיל ה"ש 62.
- 69 שם.
- 70 תמ"ש (משפחה י-ם) 44248-05-10, לעיל ה"ש 61.
- 71 שם, פס' 35, על פי ההלכה הכללית בבג"ץ 59/80 **שירותי תחבורה ציבוריים באר שבע נ' ביה"ד הארצי לעבודה**, פ"ד לה(1) 828, 838 (1980).

הלב והתנהגות בדרך מקובלת, המקנים לצד הנפגע זכות לפיצויים. על כך אף ניתן להוסיף, כי ככלל, ציפייתם הסבירה של בני זוג (בני הדת היהודית), עת נכנסו לקשר הנישואין, הינה כי יוכלו להשתחרר ממערכת יחסים זו אם בסופו של דבר לא תצלה ויחול בין בני הזוג קרע שאינו ניתן לאיחוי עד כי תקום על פי דיני הגירושין החלים עליהם עילה לגט בעניינם. ככלל, אין בן זוג נכנס לקשר נישואין בציפייה להיות כבול אל בן זוג בכפיה ובניגוד לרצונו זמן רב.<sup>72</sup>

ראינו כי המסלול הראשון של הסכם קדם נישואין עוקף במידה רבה בעיה של התנגשות ישירה עם הדין הדתי, שכן לפחות רשמית הפיצוי אינו ניתן על עצם הסרבנות אלא משקף מזונות מוגברים שהבעל התחייב מראש לשלם במקרי פירוד. לעומת זאת תביעה במסלול זה, המסלול השני, שבבסיסה החזקה גט היא הפרת תום לב, צריכה להתמודד עם התנגשות ישירה אפשרית עם הדין הדתי. תביעה זו צריכה אפוא לאחוז את השור בקרניו ולהתמודד עם טיעון נגד שבמקרים מסוימים למצער מדובר בזכות דתית להחזיק בנישואין ולא להתגרש (אף אם רוח הדיינים אינה נוחה מכך). יש לפרש אפוא את הסיטואציה מבחינה אזרחית כהפרת תום לב אף שמדובר בזכות דתית לגיטימית שבה מחזיק הסרבן. במילים אחרות, ייתכן שבראייה אזרחית החזקה עיקשת בזכות, אף שהיא לגיטימית לפי המערכת הדתית שבישראל גם היא מדינתית, תיחשב לפסולה ותאפשר פיצוי במסלול האזרחי-המדינתי (גם אם לא במסלול הדתי-המדינתי) בשל השימוש לרעה בזכות.<sup>73</sup> יהיה ניתן להשלים עם הדיכוטומיה הזו בתוך מכלול הבעיות שמעלה הסיטואציה המורכבת, בייחוד בישראל, כביטוי לפלורליזם משפטי ולמערכת החיה בדיכוטומיה מעצם קיומו של הסטטוס קוו שמכוחו הדין האישי חל בנישואין וגירושין והדין האזרחי חל בשאר העניינים.<sup>74</sup> כמו כן עולה שאלה אם לצורך הצבעה על חוסר תום לב בנישואין במציאות הישראלית אין מנוס מקביעה כי הנישואין הדתיים הם חוזה – עניין השנוי במחלוקת.<sup>75</sup> עם

72 תמ"ש (משפחה י-ם) 11-11-22970, לעיל ה"ש 19, פס' 40 (ההדגשות והאסמכתאות הוסרו – המחבר).

73 עמידה על זכות חוזית כפופה אף היא לעיקרון תום הלב לפי ס' 39 לחוק החוזים (חלק כללי). ראו ע"א 158/80 מנחם נ' מנחם, פ"ד לו(4) 793, 811-812 (1982); ע"א 7194/13 טובית דרור חברה לנכסים בע"מ נ' ב.ס.ר מהנדסים בע"מ, ס' 28-29 לפסק דינו של השופט יצחק עמית (פורסם בנבו, 22.7.2015).

לענייננו, לפי טיעון זה, חוסר תום הלב איננו רק בעצם הסירוב לתת גט אלא גם בעצם העמידה על הזכות הדתית לא לתת את הגט. המשמעות היא שאף אם תהיה הכרה של המשפט האזרחי בזכות להחזיק בגט כזכות דתית-חוזית, בה בעת, העמידה על זכות זו, בחלק מהמקרים למצער, אולי תיתפס כחוסר תום לב. לדין בשאלה אם מדובר בזכות של הבעל להחזיק בגט מאז שחויב להתגרש וסירב, או כבר בחיוב שלו ובזכות להתגרש שעוברת לאישה, ראו Shmueli, לעיל ה"ש 58. אמנם הדין שם נערך בהקשר הנוזקי, אך יהיה ניתן ללמוד ממנו דבר גם להקשר החוזי.

75 האם עצם הנישואין הדתיים מהווה חוזה? האם הכתובה מהווה חוזה, והאם היא אכן מופרת במקרה של סרבנות, או שמדובר במסמך ממוני בלבד, וגם הוא חד-צדדי ומגלם חובות של הבעל לאשתו, ולכן בעייתית כמו בהסכם האמריקני במסלול הראשון לעיל, שגם שם החובות חד-צדדיות, ואילו סרבנות יכולה להינקט לכל כיוון? בכמה מקרים בארצות הברית, כגון (N.Y. 1983) 446 N.E.2d 136 Avitzur v. Avitzur, היחס לכתובה הקונסרבטיבית היה כאל חוזה מחייב בין הבעל לבין האישה (לדין ראו Einhorn, לעיל ה"ש 42, בעמ' 147 ואילך). על פני הדברים נראה שהכתובה מכילה בתוכה שפה של תמורה ושל הבטחות הדדיות, ולכן היא נראית חוזה הניתן לאכיפה, אלא אם לא סביר לעשות זאת, ואם אכיפתו של החוזה לא תהיה מנוגדת לתקנת הציבור. לעומת זאת בית המשפט לערעורים בארצות הברית סבר שהכתובה האורתודוקסית מעורפלת מדי, ואי אפשר יהיה להסיק שהיא כוללת גם התחייבות למתן גט (Victor v. Victor, 866 P.2d).

זאת דומה שכדי שלא להישאב לעניינים בעייתיים אלה, השנויים במחלוקת, אפשר לפסוע לפי האפשרות האחרת ולראות חוסר תום הלב לא בעצם החובה לשחרר את בן הזוג, כפי שהציעה השופטת מימון, אלא בעצם הדרישה הסחטנית לתשלום עבור הגט. אם אכן דווקא הדרישה לסכומי כסף עצומים עבור שחרור מנישואין תוגדר חוסר תום לב ולא עצם הסרבנות, יהיה אפשר ככל הנראה לעקוף בעיות ועימותים שונים. כך למשל יהיה ניתן להימנע מעימות ישיר עם הדין הדתי על עצם ההחזקה בזכות חוסר תום לב. יהיה ניתן גם להימנע מעימות עם טיעונים שמותר לדרוש תשלום עבור מתן הגט, בעיקר במקרים שאין עילת גירושין חזקה או אין עילה כלל מלבד רצונה של בת הזוג להתגרש, ובמציאות שבתו הדין הרבניים פיתחו כבר לפני שנים רבות את הרעיון של פיצויי גירושין (בתחילה אלה נפסקו לאישה וכיום גם לבעל).

יובהר כי תביעה (חוזית או נזיקית) המוגשת כדי לקזז בפועל חוב מזונות למשל, כאשר ברור שהצד השני אינו מסרב בהכרח לתת גט, נגועה בחוסר תום לב ואין לקבלה.<sup>76</sup>

בשונה מהמסלול הראשון, המסלול השני יכול להתאים לכלל מקרי הסרבנות, שכן הוא אינו תלוי בהסכם שנחתם מראש. אם מדובר בתום לב אובייקטיבי, התביעה תהיה רלוונטית גם כלפי מי שמסרב בתום לב סובייקטיבי מתוך אמונה באמת ובתמים שאפשר להציל את הנישואין אף שבת זוגו אינה רוצה לחיות עמו ואין סיכוי באמת להצלת אותם נישואין. הדברים נכונים בייחוד אם קיימת פסיקה של בית הדין הרבני המחייבת אותו להתגרש (ולא כך ייפסק בהכרח, שכן חוסר סיכוי לשלום בית יכול בהחלט להביא גם לפסקי דין רבניים "רכים" יותר מסוג של מצווה או המלצה), לפחות מנקודת זמן מסוימת שבה כבר ברור אובייקטיבית שאין כל סיכוי לשיקום הקשר, והחזקה בכוח של בן הזוג שמעוניין להתגרש במסגרת קשר שאין לו סיכוי להתקיים היא חוסר תום לב אובייקטיבי. מי שבתקופת זמן ראשונה מנסה באמת ובתמים להציל את הקשר מתוך אמונה סובייקטיבית שניתן לעשות כן, אולי לא ייחשב לסרבן, ולו עד לנקודת זמן מסוימת שבה כבר לא ניתן לאפשר לו להחזיק בזכותו זו שלא להתגרש אם בן זוגו מעוניין באמת ובתמים להתגרש, וברור אובייקטיבית כי אין כל סיכוי לשיקום הקשר. או אז חלוף הזמן מאז הביע המסורב את רצונו הברור להתגרש (במיוחד אם פתח תיק לגירושין ובוודאי אם בית הדין הרבני כבר פסק חיוב לגרש) צריך להיות פקטור כבד משקל בקביעה מתי המסרב כבר אינו תם לב, בין שהוא דורש סכומים גדולים עבור הגט ובין שהוא מנסה לשכנע שהוא מעוניין לנסות בכנות רבה לשקם את הקשר.<sup>77</sup> כמו כן יהיה צורך להיכנס לשם כך למחלוקת קיימת בבתי המשפט לענייני משפחה אם פסקי דין רבניים בדרגה הפחותה מחיוב להתגרש ("מצווה" או "המלצה") מספיקים לצורך ההצבעה על הפרת חובת זהירות בעוולת הרשלנות (ועל אחת כמה וכמה כשאין קיים פסק דין רבני בכלל), ולהקביל זאת לעניין תום הלב. המחלוקת במקרה כזה היא אם בעל שלא חויב

(1993) (Ariz. Ct. App. 901-02, 899). ייתכן שבמציאות של נישואין אזרחיים לצד אלה הדתיים (מציאות רווחת מאוד בחוץ לארץ) יש מקום לראות בחיי הנישואין חוזה ביתר פשטות. אולם ייתכן שלא יהיה צורך לקבוע שמדובר בחוזה לכל דבר ועניין, ויהיה אפשר להסתפק בצורך בקיומו של תום לב באותם יחסים, יהיה התיוג שלהם אשר יהא, מכוח ההסדר של ס' 61(ב) לחוק החוזים, כנאמר לעיל.

<sup>76</sup> ראו למשל תמ"ש (משפחה ת"א) 23849-08-10, לעיל ה"ש 62.

<sup>77</sup> לדיון בכך בהקשר הנזיקי ראו שמואלי, לעיל ה"ש 13, בעמ' 229-248. על כל פנים, בשונה למשל מהמסלול הראשון, שם סכום הפיצויים מתחיל להיצבר כבר מהרגע הראשון של הפירוד, לפי ההסכם האמריקני למצער, כאן יש לומר שאלו לבית המשפט לקבוע שלא היה תום לב ממש מהרגע הראשון שבו הזוג חפץ להתגרש. להלן יורחב על כך.

להתגרש, אך אשתו רוצה להתגרש ממנו, ולו במשך זמן רב, יכול להיחשב חסר תם לב, או שלשם כך יש צורך בתנאי מקדים והכרחי (גם אם לא מספיק) מהמישור ההלכתי – תנאי של חיוב בגט.<sup>78</sup> ועם כל זאת, החשש מגט מעושה קיים גם במסלול זה, ולכן מטעם זה מסלול 2 אינו עדיף על מסלול 1 או על תביעות נזיקין.

### ה. תביעה חוזית במסלול 3: הפרת הבטחה בעל פה או הסכם מפורש להתגרש

המסלול השלישי מזמן סוג מקרים ספציפיים יותר, שבהם החוזה המופר הוא למעשה הבטחה, בכתב או בעל פה, להתגרש או לבצע מעשה מסוים שיוביל לגירושין (כגון לפנות לייעוץ כזה או אחר) או הפרה של הסכם כתוב לגירושין, הכולל הסכמה מפורשת להסכים לסידור הגט בבית הדין הרבני. בשני המקרים הללו הופעלו בפסיקה בישראל תביעות נזיקין ולא חוזים. הטיעון יהיה שיש מקום כאן גם לתביעה חוזית, ואולי אף בצורה טריוויאלית יותר מתביעה נזיקית. כאן יכול להסתמן יתרון גדול דווקא לתביעה חוזית על פני נזיקית, שכן התביעה האזרחית אינה מוגשת בגין עצם הסרבנות גופה אלא בגין עניינים האופפים את הסרבנות והפרת הבטחה, שהיא בוודאי עניין לתביעה חוזית.

ייתכן שאין בכך כדי לאיין את החשש מגט מעושה אף שהפיצוי אינו ניתן בגין הסרבנות גופה. אם כי קיימת גישה הלכתית שלפיה אם הפיצוי אינו על עצם הסרבנות אלא על עניינים אחרים, ייתכן שניתן להקל בחשש לגט מעושה.<sup>79</sup> על כל פנים, אם אמנם הופרה הבטחה, והוכח כי הייתה הסכמה (גמירות דעת ומסוימות<sup>80</sup>) בין בני הזוג ליצירת מצב משפטי מסוים בעקבות מילוי אותה הבטחה, יקל על התובעת להגיע לתוצאה של פסיקת פיצויים דרך דיני החוזים יותר משבדרך דיני הנזיקין, שם היא תצטרך להוכיח את יסודותיהן של עוולות המסגרת הנזיקיות – רשלנות והפרת חובה חקוקה – ולעבור את המחסום שלא תמיד הוא קל של שיקולי מדיניות משפטית באותן עוולות.<sup>81</sup> ודוק, זו כמובן פסיקה

78 יהיו הרכבים בבתי הדין הרבניים שבמקרה כזה יאיימו בסנקציות, אך לא ברור כלל ועיקר אם כך יקרה בפועל, ולכן יש צורך להשתמש ב"דרך עוקפת בית דין".

79 Warburg, לעיל ה"ש 18. Warburg יושב כבורר בדיני ממונות ומנהל בית הדין המיוחד לעגונות (<http://www.internationalbeidn.org/staff>). דעה זו יכולה להיות רלוונטית גם למסלול הראשון לעיל ואולי אף למסלול השני לעיל, שכן גם בשניהם הפיצוי אינו ניתן על עצם הסרבנות.

80 ראו ס' 2 ו-5 לחוק החוזים (חלק כללי); גבריאלה שלו **דיני חוזים** 85–88 (מהדורה שניה, תשס"ח); דניאל פרידמן ונילי כהן **חוזים** א 266 (תשנ"א).

81 עם זאת מבחינה הלכתית יש בעיה גם כאן, לא בהכרח בשל חשש מגט מעושה, אלא מכיוון שלפי ההלכה על הבעל להסכים לתת גט בעת הגירושין, ואין ערך למעשה להסכמה קודמת שלו, כתובה או בעל פה. ראו למשל פד"ר ח קער. זו למעשה הסיבה שבתי הדין כיום מזדרזים לסדר את הגט מיד כשיש הסכמה של הבעל. ובכל זאת זו בעיה הלכתית ולא אזרחית, המעידה גם היא על הדיכוטומיה בין הדין האישי המדינתי בענייני נישואין וגירושין לדין האזרחי החל בשאר העניינים, כולל בהיבט החוזי. לפי דיני החוזים, יש לבחון גמירות הדעת בין הצדדים בעת כריתת ההסכם ולא לאחר מכן, ולכן סירוב לתת את הגט בניגוד להבנות אשר סוכמו ונחתמו הם הפרה יסודית שלו. אמנם בית המשפט האזרחי לענייני משפחה אינו יכול ממילא לאכוף חוזה כזה, והשאלה ההלכתית אם במעמד הגירושין הבעל מוכן לתת גט היא מחוץ לתחום סמכותו, ונותר לו להחליט על מתן פיצויים ותו לא, בעקבות הפרת החוזה. אמנם הדבר אינו קל בעיניי, אך

אזרחית שבבסיסה הפרת התחייבות, שכן אין משמעות הלכתית להתחייבות לגרש: הבחינה אם הבעל רוצה להתגרש נעשית דווקא במועד הדיון וללא התחשבות בהתחייבות קודמת, ולכן אף אם התחייב קודם לכן או נשבע לגרש, אך בזמן הדיון אינו רוצה לעשות כן, אי אפשר לאלצו בהתבסס על התחייבותו הקודמת. אולם דומני שגם אם לא יסייע הדבר ישירות לגירושין, דווקא פיצויים אזרחיים בגין הפרת ההתחייבות ניתן להשית עליו מכוח דיני החוזים בבית המשפט לענייני משפחה.

להדגמת מסלול זה יוצגו כמה מקרים בולטים בפסיקה בארץ ובחוץ לארץ. המקרה הראשון, של בני זוג מירושלים, שהיה למעשה התיק הראשון שהגיע לכדי פסק דין סופי לפיצוי בגין סרבנות גט בישראל, עסק גם ובעיקר בהבטחות שווא כוזבות חוזרות ונשנות להתגרש כבסיס לתביעה נזיקית.<sup>82</sup> תביעה חוזית הייתה משרתת את התובעת לא פחות. באותו מקרה סובב הבעל בכחש את אשתו שאבחה להתגרש ממנו, ונישואיהם כבר לא היו קיימים דה פקטו. הוא הבטיח לה שוב ושוב כי אם יפנו לסמכות רבנית כזו או אחרת, וזו תורה לו להתגרש, הוא יעשה כן. כך פנו לרב השכונה, לבד"ץ העדה החרדית ולבית הדין הרבני. בכל פעם פסקה אותה אישיות תורנית את פסוקה ואמרה לבעל שהוא חייב לגרש את אשתו, אך זה לא שמע בקולה והמשיך במסעו בין הרבנים. בכל פעם הוא הבטיח לאשתו מחדש שיגרשנה אם כך יורו לו, ובכל פעם הוא הפר את הבטחתו והותיר אותה במפח נפש. אף שלא כל הפרת הבטחה בחיי הנישואין צריכה לקבל לבוש משפטי בדמות תביעה לפיצוי בגין הפרת חוזה, דומה שמקרה כה בוטה של הפרות הבטחות חוזרות ונשנות בעניין כה קריטי לחיי בת הזוג צריך לבסס תביעה כזו וביתר קלות. ודוק, התביעה כאן אינה מוגשת בגין הסרבנות להתגרש או בגין הפרת הבטחה להתגרש, אלא על בסיס הפרת ההבטחה של הבעל ללכת לרב אחד ואחר כך אחר ועוד אחד, ולעשות ככל אשר יורוהו הרבנים, מה שגרם לאכזבה ולתסכול רבים, שכן הבטחה זו הופרה פעם אחר פעם. לולא הורו לו הרבנים הללו לגרש את אשתו, אזי אי אפשר היה לתבוע דרך מסלול זה בדוגמה זו.<sup>83</sup> הדין מכיר בהפרות הבטחות לסוגיהן כבסיס לתביעה חוזית.<sup>84</sup> עם זאת הבטחה מבלי כוונה לקיימה יכולה אולי להעמיד תביעה בגין חוסר תום לב במשא ומתן, לפי סעיף 12 לחוק החוזים, בלי קשר לתוצאת פסיקת הרבנים, אם מוכחת אי-כוונה של הבעל לקיימה.

ניתן לתאר שלא כל הפרת הבטחה, אפילו בעניינים הקשורים לגט, תוכל להביא לתביעה חוזית מוצלחת במסלול זה. כך יהיה ניתן להתווכח למשל אם צד שהבטיח ללכת ליועץ נישואין והתחרט אפשר לתבוע אותו בהפרת חוזה בשל הפרת ההבטחה. במקרה של הפרת הבטחות שהן גם חוזרות ונשנות וגם כוללות הבטחה בדבר התוצאות – פעולה בעקבות המלצת הרב – בשונה מהבטחה ללכת לייעוץ, שתוצאתו אינה חד-משמעית, דומה שלא צריכה להיות מחלוקת בעניין האפשרות לבסס תביעה חוזית בגין הפרת תום לב. מובן גם שאין בכל האמור כאן כדי לקבוע שכל הבטחה שהיא

82 בל נשכח שסכנת הגט המעושה מרחפת ממילא מעל התביעה הזו (כמו גם על תביעות הנזיקין), ולא נראה שיש בעובדה זו כדי למנוע שימוש בדיני החוזים לצורך פסיקת פיצויים.  
תמ"ש (משפחה י-ם) 19270/03, לעיל ה"ש 16.

83 אם כי לפי הנסיבות, מסלולים אחרים ודוגמאות אחרות במסלול שלישי זה עדיין היו פתוחים בפני המסורבת לשם הגשת תביעה.

84 ראו למשל ע"א 5258/98, לעיל ה"ש 41, לעניין הפרת הבטחת נישואין; רע"א 6902/06 **צדיק נ' הוצאת עיתון הארץ בע"מ**, פ"ד סג(1) 52 (2008), לעניין הבטחה בעל פה לגנוז צילום מביך, שהופרה בידי הצלם וגררה פיצויים בגין הפרת חוזה.

במסגרת משפחתית חשופה עקרונית לתביעה חוזית. אם למשל הורה הבטיח לילד לקנות לו מתנה או לאפשר לו לצאת לטיול ולא קיים את הבטחתו, לא ברור כלל ועיקר אם ניתן לגרור את ההורה לבית המשפט לענייני משפחה כדי לבקש אכיפה או פיצויים.<sup>85</sup> יש להניח שכך גם בין בני זוג. אולם בין בני זוג הנתונים במשבר קשה, וההבטחה עוסקת בעניין גורלי כגון גורל הנישואין, צריך להיות מעמד משפטי של ממש להבטחה ללכת לרב ולעשות ככל אשר יורה אותו רב. על כל פנים, יש לשמור כאן על קו גבול ברור כדי למנוע תביעות חוזיות קנטרניות או בגין מקרים זניחים ולהותיר את השימוש בכלי זה למקרים המתאימים.

יישום נוסף לגישה זו במקרה דומה יחסית ניתן לראות במקרה קנדי, *Bruker v. Marcovitz*.<sup>86</sup> באותו מקרה, שנדון תחילה במחוז קוובק והגיע לערעור בבית המשפט העליון של קנדה, היה מדובר בתביעה חוזית נגד בעל בגין הבטחה לאשתו, שלא מומשה, למתן גט. אף שהבעל לא כפר בעובדות, הוא טען כי אין אפשרות לפעול נגדו ברמה האזרחית ולחייבו בפיצוי במסגרת תביעה חוזית משום שהוא זכאי לחופש מדת, ושתביעה כזו המבוססת על עניינים שבדת מנוגדת לחוקי קוובק. בית המשפט העליון בקנדה דחה את טענתו והורה על פיצוי. דעת המיעוט שם סברה שהבטחה לגירושין היא חובה מוסרית כעניין של מצפון או כבוד, והיא, שלא כחובה משפטית, בלתי אכיפה בבית משפט, אלא אם אדם התחייב בחוזה לקיים חובה מוסרית זו, ובכך הפך אותה למשפטית.<sup>87</sup> ובחזרה לישראל. מקרה אחר, מנצרת,<sup>88</sup> מציג מה שמכונה בפי השופט אסף זגורי "תכסיסנות גט". מדובר בבני זוג החותמים על הסכם גירושין, ובו סעיף המבטא הסכמה מפורשת של הבעל לסידור גט בבית הדין הרבני בתוך זמן מסוים – באותו מקרה, חודש מיום החתימה. הבעל חוזר בו, ועניין זה כשלעצמו מהווה הפרת חוזה ויכול להקנות פיצויים לאישה אף אם בסופו של דבר הגט סודר ובני הזוג

85 אולם גם כאן הדבר הוא תלוי-נסיבות. למשל, בית המשפט לענייני משפחה דן בבקשתה של נערה בת שש-עשרה לצאת לחוץ לארץ במשלחת נוער, וכקטינה, הייתה זקוקה לאישור של שני הוריה לנסיעה. אולם אביה סירב מן הטעם שהיא צריכה להתמקד בקיץ בלימודיה ולעבור מבחני מעבר. אמה, לעומתו, הסכימה. על פני הדברים, אין זה עניין שבית המשפט לענייני משפחה אמור לדון בו. בכל זאת השופטת נילי מימון חקרה ומצאה כי הנערה הייתה תלמידה מצטיינת. הורי הנערה התגרשו, ומאז החלה התדרדרות בלימודיה. הנערה גרה בתחילה עם אביה ולאחר מכן עברה מרצונה להתגורר עם אמה. האב ניסה להחזיר את בתו לגור עמו לפחות מחצית מן הזמן, ואמר לה שאם תעשה כן הוא יאפשר לה לצאת לחוץ לארץ במשלחת הנוער. הנה כי כן, התברר כי הלימודים לא היו הסיבה המרכזית לסירובו של האב, ולמעשה הנערה נקלעה לחלק מסכסוך הגירושין והמשמורת ושימשה כלי משחק. בנסיבות אלה דומה שראוי מאוד להתערב, ואכן בית המשפט פסק שהנערה תוכל לצאת לחוץ לארץ בחתימת אמה בלבד. ראו תמ"ש (משפחה י-ם) 19120/97 **פלונית נ' אלמוני** (פורסם בנבו, 3.6.1998). לדיון ראו בנימין שמואלי **ההתערבות המשפטית ביחסי הורים וילדים: ענישה גופנית, כליאת שווא והזנחה** 212–215 (חיבור לשם קבלת התואר דוקטור, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן, תשס"ה).

86 *Bruker v. Marcovitz*, 2007 SCC 54.

87 לדיון בפסק הדין ובהשלכותיו ראו למשל John C. Kleefeld & Amanda Kennedy, "A Delicate Necessity": *Bruker v. Marcovitz and the Problem of Jewish Divorce*, 24 CANADIAN J. FAM. L. 205 (2008); F.C. DeCoste, *Caesar's Faith: Limited Government and Freedom of Religion in Bruker v. Marcovitz*, 32 DALHOUSIE L.J. 153 (2009); Pascale Fournier, *Halacha, The 'Jewish State' and The Canadian Agunah: Comparative Law at the Intersection of Religious and Secular Orders*, 44 J. LEGAL PLURALISM & UNOFFICIAL L. 165 (2012).

88 תמ"ש (משפחה נצ') 7450-09-13, לעיל ה"ש 63.

התגרשו. לדעת בית המשפט שם, אם התביעה הוגשה לאחר שהגט ניתן לבסוף, אין מתעורר כאן חשש מגט מעושה, לפחות לא באותה עוצמה כמו במקרים אחרים, שכן מדובר בתביעה שלאחר סידור הגט, ולא על עצם הסרבנות אלא על עצם הפרת ההבטחה. יתרה מזאת, לדעת בית המשפט יש ליצור במקרים כאלה עילת חיוב חדשה מכוח דיני החוזים – "תכסיסנות גט" – מלבד העילה הנזיקית, שהיא כללית. הביטוי של עילה זו יהיה, בין היתר, בהחמרה עם הסרבן בהיבטים שונים, ובהם בהאמרת שיעור הפיצוי שייפסק ובהעברת נטל השכנוע לסרבן להוכיח שבכל זאת פעל בתום לב. במקרה כזה גם אין צורך לחכות לפסק דין רבני המחייב את הבעל לתת גט לאשתו, שחלק מבתי המשפט לענייני משפחה ראו בו (בצדק או שלא בצדק) משום תנאי בסיסי למתן גט. הסיבה לכך היא שכאן הבעל חייב את עצמו למעשה לתת גט לאשתו וחזר בו מן ההסכמה שחתם עליה בעצמו. הנה כי כן, הפרת חוזה חתום לגירושין מצביעה במפורש ובבירור על קיומה של עילה חוזית. בית המשפט מדגיש שם כי לא התוקף השיפוטי של ההתחייבות הופך אותה למחייבת, אלא היא מחויבת מכוח חתימת הצדדים גם אם אין תוקף שיפוטי, והיא מקימה למעשה עילה של "תכסיסנות גט" המצדיקה הטלת אחריות חוזית (ולא רק נזיקית) על המפר, מהמועד הראשון שבו לא התייצב לשיבה בעניין סידור הגט בבית הדין הרבני.<sup>89</sup> מסלול חוזי זה מציג אפוא סוג ספציפי יחסית של מקרים, שאומנם אינו יכול להקיף את כלל התביעות האזרחיות בגין סרבנות גט, אך מתאים מאוד במקרים של הפרת הבטחות בעל פה ובכתב. המסלול עוסק למעשה במקרים של תרמיות, ולכן מאפשר לא רק תביעה חוזית בגין הפרת הבטחה, אלא גם תביעה נזיקית. לכאורה רלוונטית כאן תביעה נזיקית בגין תרמית, שדורשת הוכחת יסוד נפשי ודווקא הוכחת נזק ממון,<sup>90</sup> אך הדבר יקשה על התובעות, שכן הנזק האופייני במקרי סרבנות גט הוא דווקא לא ממוני. לא תמיד ניתן להוכיח יסוד נפשי בכלל ובתנאים האמורים בסעיף עוולת התרמית בפרט, וסביר שהסרבן יטען שלא הייתה לו כוונה לעשות את הדברים המיוחסים לו בסעיף. לכן לצד תביעה חוזית רלוונטית יותר תביעה נזיקית בגין רשלנות ולא של תרמית, ונזכור כי גם תביעה ברשלנות מתאפשרת כיום במקרים של מעשים מכוונים כגון אלה שתוארו במסלול זה.<sup>91</sup>

ככל שמסלול זה ילך ויתפתח בפסיקה, יהיה בו יתרון בולט על פני המסלול הנזיקי – לא יהיה צורך להתאים את העילות הנזיקיות הכלליות (כגון עוולת הרשלנות) למקרה סרבנות הגט במקום שבו עילות אלה לא נוצרו בהכרח לטיפול בסכסוכי גט, גם אם הן מתאימות לכך בסופו של דבר, אלא תהיה עילה קונקרטית ומותאמת שיהיה ניתן לפתחה בצורה שתהיה מותאמת יותר לסיטואציה של הבטחה שהופרה, שכמובן אינה מקיפה את כלל מקרי הסרבנות ואינה מאיינת את החשש מגט מעושה כבמסלול 1, אם כי אולי עדיפה לעניין זה ממסלול 2.

\* \* \*

89 שם, פס' 78–79.

90 ס' 56 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] קובע כי "תרמית היא הצג כוזב של עובדה, בידיעה שהיא כוזבת או באין אמונה באמיתותה או מתוך קלות ראש, כשלא איכפת למציג אם אמת היא או כזב, ובכוונה שהמוטעה על ידי ההיצג יפעל על פיו; אולם אין להגיש תובענה על היצג כאמור, אלא אם היה מכוון להטעות את התובע, אף הטעה אותו, והתובע פעל על פיו וסבל על ידי כך נזק ממון".

91 ראו לעיל בטקסט ליד הערות 34–35.

המסלולים הרביעי והחמישי שונים מן המסלולים הקודמים. כאן ידובר בתביעות שכבר מוגשות בכל מקרה לאחר הגירושין, ואין מטרתן ליזום עסקה שתגרום להשגת הגט. אף שיש תביעות נזיקיות המוגשות לאחר הגירושין על נזק הסרבנות, ואף לאחר מיתת הסרבן, נגד עיזבוננו, כאן ידובר בעניין שונה.

## 1. תביעה חוזית במסלול 4: כפייה לשלם עבור הגט במסגרת הסכם גירושין כבסיס לבטלות ההסכם

מסלול זה הוא כאמור אחד משני המסלולים הרלוונטיים לאחר גירוש בני הזוג, והוא יעסוק במקרה שבו כבר נחתם הסכם גירושין, אולם הוא כולל הוראה בעייתית הנגועה, לפי הטענה, בכפייה, ויכולה לבסס את בטלות ההסכם מטעם זה על הבעייתיות שבכך. מסלול זה יודגם דרך מקרה נוסף שאירע בירושלים,<sup>92</sup> כחקר מקרה (case study), אם כי כמובן המסלול יכול להיות רלוונטי גם כאשר העובדות מעט שונות.

באותו מקרה התרצה בעל סרבן גט וחתם עם אשתו על הסכם גירושין שכלל כמה וכמה הסדרים, ובהם שהאישה תשלם לו כמה עשרות אלפי שקלים חדשים עבור מתן הגט. ההסכם אושר והגט ניתן. לאחר מכן הגישה האישה תביעת נזיקין לבית המשפט לענייני משפחה ובה טענה כי הסכום ששילמה עבור קבלת הגט מקורו בניצול לא לגיטימי. לטענתה, היא לא באמת הסכימה לשלם סכומים כאלה עבור הגט, אך לא הייתה לה בררה בנסיבות הסרבנות שהופעלה בכוחו החד-צדדי של הבעל. בית המשפט ראה באותו סכום ששולם שווה ערך לשיעור הנזק וקיבל את תביעת הנזיקין.

הטענה במסלול זה תהיה שדיני הנזיקין כמסלול עוקף חוזה אינה דרך נאותה דוקטרינרית לטפל במקרה כזה, וכי במקום שבו יש טענות חוזיות, כגון כפייה או עושיק, נגד הסכם שאליו הגיעו הצדדים, יש מקום לטפל בכך דרך דיני החוזים ולא דרך דיני הנזיקין. לכאורה הנזק שקול לכספים ששולמו עבור קניית הגט, אך למעשה הסעד הנכון הוא ביטול, או ביטול חלקי, והשבה (דהיינו שכל צד משיב, בעקבות ביטול החוזה, את התמורות שקיבל על פי החוזה), ואלה סעדים חוזיים דווקא, ולא נראה שהיה ניתן לדרוש אותם במסגרת תביעת נזיקין.<sup>93</sup> לכאורה, במציאות שבה טיעונים חוזיים המתבססים על כפייה ועושיק במקרים כאלה נדחים בפסיקה הישראלית, ייתכן שבפועל היה נכון ללכת במסלול הנזיקי אף שאין זה המסלול הנכון תאורטית. אולם להלן נראה כי המציאות מורכבת יותר, וייתכן שניתן לפסוע כאן במסלול חוזי שיסייע למאבק בסרבנות הגט לא רק תאורטית אלא גם מעשית.

הבסיס לטענה של בטלות או בטלות יחסית וחלקית של ההסדר של התשלום בלבד ולא של כל החוזה יכול להיות נגוע בכפייה או בעושיק. כאן מתאימה במיוחד התפיסה הפמיניסטית-הכללית הרואה בביטול מטעם של כפייה כלי להתמודדות עם פערי כוחות כלכליים או חברתיים בין הצדדים וניצול של צד חלש בידי צד חזק, למשל בדמות איומים ולחצים שמפעיל האחרון כלפי הראשון, ותוצאתם הסכם הנכרת בליית בררה. גישה כזו, שהביעו הלה קרן ואורית גן, מתאימה כמובן מאוד

92 תמ"ש (משפחה י-ם) 9189/01 פלונית נ' אלמוני (פורסם בנבו, 7.5.2010).

93 לטענה דומה במקרה של רצון לתבוע בגין הפרת חוזה ראו ת"א (מח' ת"א) 25237-12-11 פלונית נ' י"פ' (אסיר), פס' 16 (פורסם בנבו, 30.10.2013).

לסוגיה של סרבנות גט, ויש לבחון ביסוס, מכוח רעיון זה, גם של ביטול חלקי.<sup>94</sup> יש להזכיר גם כי פרופ' אריאל רוזן-צבי המנוח הביע ביקורת על אי-הפעלת עילת העושה במקרים של סרבנות גט.<sup>95</sup> תחילה תידון טענת העושה, ולאחריה טענת הכפייה, ושתייהן אינן נדונות כאן כטענות הגנה אלא כבסיס לטענה לביטול החוזה במלואו או בחלקו. ניתן לטעון, במקרים המתאימים, לעושה לפי ס' 18 לחוק החוזים (חלק כללי) בחתימה על הסכם כמו ההסכם המחייב את בת הזוג לשלם כספים עבור מתן הגט. עילת העושה בנויה על סוג של פגם ברצון של העושה מכוח מצבו. ככל שחוסר ההגינות בתנאי החוזה קיצוני יותר, כך הצורך להצביע על פגם ברצון קטן יותר.<sup>96</sup> כדי שהגנה של עושה תתמלא יש להוכיח את היסודות האלה במצטבר: (1) קיום חוזה; (2) קשר סיבתי בין העושה לכריתת החוזה; (3) העושה התכוון לנצל את מצבו של העושה, ולכן נדרש שהעושה ידע על מצבו של העושה ויפעל כדי לנצלו. לעניין זה עצימת עיניים רשלנית תיחשב לידיעה; (4) מצוקתו של העושה, חולשתו השכלית או הגופנית או חוסר ניסיונו צריכים להיות חמורים וקיצוניים. מדובר במצב של צרה ודוחק חמורים שאליהם נקלע המתקשר. הזמן הקובע הוא זמן כריתת החוזה; (5) היותם של תנאי החוזה גרועים במידה סבירה מן המקובל. המבחן הוא מבחן אובייקטיבי חיצוני.<sup>97</sup>

ייתכן שלא יהיה די בניצול שבעצם שימוש הסרבן בגט כקלף מיקוח ובמצוקה שברצון להשיג גט כדי להצביע על קיומו של עושה. לצורך כך יש לבחון אם הגט כשר בכלל למסחר, או שמסחר בגט אינו כשר ואינו ראוי, בין היתר מטעמים של עושה. לכאורה, מפסיקת בית המשפט עולה שאין מניעה לסחור בפועל בגט.<sup>98</sup> אולם טענה לעושה לעניין סחירות הגט יכולה להיבחן בשני שלבים שונים: השלב הראשון, כרונולוגית, הוא המסחר בבית הדין הרבני: כאן מנסה הסרבן לסחוט כספים תמורת מתן הגט, ולכן הוא פותח בניסיון למסחר את הגט – למעשה למכור אותו; השלב השני, המגיע רק אם השלב הראשון לא צלח מבחינת הסרבן, והגט לא נמכר, הוא למעשה שלב של מסחר בגט לאחר סיומה של תביעה אזרחית, חוזית או נזיקית בבית המשפט האזרחי. מטרתו של מסחר זה לשרת, הפעם את המסורבת, לצורך ביצוע עסקת חליפין שתשחרר את הגט למסורבת תמורת ויתור שלה על הפיצויים בשלב התר-תביעתי (או אף בשלב הגשת התביעה, אם הסרבן כבר מעריך שיש סיכויים גבוהים לקבלת התביעה ולפסיקת פיצויים נכבדים נגדו). טענת העושה, לעניינו, רלוונטית בעיקר לשלב הראשון, אם כי למעשה לא כטענת הגנה אלא כטענה של התביעה לביטול החוזה, שכן כאמור בשלב

94 לתפיסה זו באופן כללי ראו הלה קרן "הצעת חוק הממונות ובעיית האונס החוזי: היש חדש תחת השמש?" **עיונים במשפט, מגדר ופמיניזם** 287, 287 (דפנה ברק-ארוז, שלומית יניסקי-רביד, יפעת ביטון ודנה פוג' עורכות, תשס"ז); הלה קרן **דיני חוזים מפרספקטיבה פמיניסטית** 186, 355 (2004) Orit Gan; Contractual Duress and Relations of Power, 36 HARV. J. L. & GENDER 171 (2013); Hila Keren, *Consenting Under Stress*, 64 HASTINGS L.J. 679 (2013).

95 אריאל רוזן-צבי **דיני המשפחה בישראל בין קודש לחול** 394–402 (תש"ן).

96 דניאל פרידמן ונילי כהן **חוזים ב 970–990** (תשנ"ב).

97 שלו, לעיל ה"ש 80, בעמ' 243–253; ע"א 4839/92 **גנו נ' כץ**, פ"ד מח(4) 756, 749 (1994).

98 בע"א 573/82 **ברק נ' ברק**, פ"ד לח(4) 626, 632–633 (1985) ובע"א 151/85 **רוזן נ' רוזן**, פ"ד לט(3) 186 (1985) קובע השופט דב לרין כי הצדדים שוקלים שיקולי כדאיות, ובית המשפט לא ימיר את ההסכם שעשו בהסכם שנראה לבית המשפט הוגן יותר. כן ראו ה"פ (מח' ת"א) 1012/83 **פלונית נ' פלוני**, פ"מ תשמ"ה(1) 265 (1983) שם קובע בית המשפט כי רצון להתגרש לא יצר מצב של עושה או כפייה. והשוו פרידמן וכהן ב, לעיל ה"ש 96, בעמ' 990.

זה ניתן לטעון שהחתימה על החוזה לתשלום עבור מתן הגט אינה באמת רצונית, והיא מעידה על ניצול הצד החזק את החלש (לעומת השלב השני החוזה – העסקה של גט תמורת פיצויים – שבו העסקה נעשית בעיקר מרצונה של המסורבת כדי לקדם את כוח המיקוח שלה, גם אם בליט בררה, שכן לא רצתה כלל להגיע למצב זה של השלב השני). כך, אם המסורבת נכנעת ללחץ בשלב הראשון בבית הדין הרבני וחותרת על הסכם גירושין שבמסגרתו היא צריכה לשלם לסרבן כספים תמורת מתן הגט מצדו, ולאחר מכן מבקשת, במסגרת תביעה חוזית במסלול זה, המסלול הרביעי, את ביטולו המלא או החלקי של אותו הסכם בטענה של עושק, היא תפגוש במציאות שבה, כפי שתואר לעיל, בתי המשפט אינם ממהרים לפסול הסכמי גירושין בטענה כזו.<sup>99</sup> "נסיבות קשות במיוחד" היו חריג לכך,<sup>100</sup> וייתכן שלפחות מקרים קשים של סרבנות מבחינת אורכה, ליוויה בהתעללות נפשית קשה וכיו"ב ייחשבו לעושק. על כל פנים, דומה כי לפחות לעניין המסלול הרביעי יהיה ניתן לטעון בקלות שהבעל ידע על מצוקתה של אשתו ופעל כדי לנצלה, ושהאישה אכן נמצאה במצוקה חמורה. ייתכן שתהיה בעיה להוכיח את התנאי האחרון – היותם של תנאי החוזה גרועים במידה סבירה מן המקובל – שכן לא ברור מה נחשב למקובל בחוזים כאלה, אם ניתן לומר שיש להם שוק. מציאות כזו של אי-ביטול, ברגיל, של הסכמי גירושין בטענה של עושק אלא במקרים חריגים עשויה להשתנות במקרים האלה: (א) אם בתי המשפט ישנו את מדיניותם ויורו על בטלות הסכמים שכאלה; (ב) אם בתי המשפט יורו או על בטלות יחסית של אותם סעיפים; (ג) אם תתקבל הטענה העקרונית שהגט אינו כשר כלל למסחר, ולכן מלכתחילה יהיה אי אפשר להגיע להסכם המעגן סחירות שכזו. במצב כזה, אם ייחתם בכל זאת הסכם כזה, הוא למעשה לא יהיה חוקי ובטל.

דיון תאורטי החל לאחרונה בנקודה זו, דווקא בשאלת כשרות הסחירות בגט בשלב השני, בקביעה שהגט כשר למסחר בשלב זה.<sup>101</sup> לכן אם הסרבן יעלה טענת הגנה של עושק כלפי ההליך שבו הוא הסכים לעסקת החליפין, וכעת הוא טוען לביטולה<sup>102</sup> לא רק משום שנעשתה שלא מרצונו האמתי אלא משום שהיא בכלל לא אפשרית, טענה כזו דינה להידחות. דומה שזה יהיה דינה גם של טענה שהעסקה בכלל אינה תקפה (void) ולא רק ניתנת לביטול (voidable) מטעמי עושק. אולם לאחרונה הציעה אורית גן הצעה מעניינת, שלפיה כשרות הגט למסחר תלויה במטרה ובמניע של הליך הסחירות.<sup>103</sup> לפי ההצעה, הגט כשר למסחר בשלב השני, בשלב שלאחר התביעה בבית המשפט האזרחי, אם מטרתו עסקת חליפין שתשחרר את הגט למסורבת ובכך תקדם את כוח המיקוח של הצד החלש, אך בד בבד הגט אינו כשר למסחר בבית הדין הרבני, מטעמים של כפייה והשחתה, שכן המטרה שם היא של סחיטה של הצד החזק את החלש.<sup>104</sup> אם גישה מעניינת שכזו תתקבל ותתגבר על המציאות הרווחת של ניהול משא ומתן על תנאי הגירושין בבית הדין הרבני (מה שקשה לראות במציאות דהיום), יהיה ניתן

99 השוו גם אייל זמיר "צדק פרוצדורלי וצדק מהותי בדיני חוזים: עושק וכפייה כמקרי מבחן" **עלי משפט יג** 7, 24–27 (תשע"ז).

100 ע"א 457/61 **גריין נ' גריין**, פ"ד טז 318 (1962).

101 Shmueli, לעיל ה"ש 58; בנימין שמואלי "מי רוצה לקנות את הגט שלי? היבטים משפטיים וכלכליים של סחירות (commodification) הזכות להתגרש" **מחקרי משפט** לא 107 (תשע"ז).

102 שפירושה אמנם שיצטרך להחזיר את הכספים שקיבל, אך אולי כך ירצה לנסות לגרום לביטול הגט בבית הדין הרבני, למשל כנקמה בעקבות סכסוכים שאחרי הגירושין, למשל על משמורת והסדרי ראייה.

103 אורית גן "מסחר בגט: בין חוזים לאי סחירות" (טרם פורסם).

104 שם.

להרחיב מאוד את השימוש במסלול הרביעי, אם כי ייתכן מאוד שבמוקדם או במאוחר יביא הדבר לכדי מעין "שפיכת התינוק עם המים" בדמות אי-חתימה מראש על הסכמים כאלה, שכן יינתן ייעוץ משפטי לסרבנים שהסכמים כאלה יבוטלו. עם זאת אפשר לקוות שקבלת גישה כזו תביא דווקא לחתימה על הסכמים הוגנים ומאוזנים יותר, אף אם לא שוויוניים לגמרי. גם יש לזכור שביטול מלא ולא חלקי של ההסכם עלול להביא לתוצאות קשות גם עבור מי שמבקשת את הביטול. מכל מקום, אם תהיה מציאות של אי-הגעה להסכמי גירושין שבהם סעיף של סחיטה בפועל – מכירת הגט תמורת מתן כספים – ייתכן מאוד שהדבר דווקא יהיה לטובה ולא לשלילה, שכן נזכור כי זוהי מטרתו של הסרבן המעוניין לסחוט כספים – להגיע להסכם של מכירת הגט; אם לא יוכל לעשות כן מחשש שהסכם זה יבוטל לאחר מכן, יינטל העוקץ מתכנית הסרבנות שלו. כל עוד הצעה כזו אינה מתקבלת, דומה שלפחות בינתיים אין מי שקורא תיגר על האפשרות לסחור בגט בבית הדין הרבני. גם בג"ץ קבע, מפי השופטת מרים נאור, אם כי במקרה שבו לא היה חיוב בגט, כי –

**אין לכחד: הצורך "בקניית" גט בכסף מעוררת תחושת התנגדות ואי נוחות. ...**  
השאלה האם יש או אין עילה לחייב את הבעל במתן גט היא שאלה מובהקת שבסמכות בתי הדין רבניים ולא נתערב בעניין זה בשיקול דעתם. ... **בתי הדין סברו שאין עילה לחייב בגט, על כן האלטרנטיבה למהלך של פיצוי תמורת הגט הייתה שבני הזוג יישארו נשואים. עם כל אי הנחת מן הרעיון של קניית גט בכסף, נראה כי למרבה הצער מדובר במעשה הקורה בדרך זו או אחרת יום יום. מעשה שבכל יום הוא שכן זוג (בעל או אישה) המשתוקק לסיים את חיי הנישואין אך בן הזוג האחר אינו מסכים לכך – "משלם" בויתורים כספיים. כך קורה למשל כאשר בן הזוג מוותר על זכויות ממוניות אלו או אחרות להן הוא זכאי על פי דין. הדברים נעשים לעיתים קרובות מחוץ לכתלי בתי המשפט אך גם בתי המשפט או בתי הדין מפשרים לא אחת בעניינים של ממון, במסגרת עשיית הסדרי גירושין בהסכמה. ... מכך נפגע בדרך כלל (בצד הממוני) מי שמשתוקק יותר לקנות את 'חירותו'. חבל שכך הוא. ניתן לכאורה לצפות מאנשים שחיי נישואיהם עלו על שרטון לסיים נישואיהם שכשלו בצורה הוגנת, ובלא לקפח את בן הזוג האחר. הפגיעה מתחדדת בשל הקושי בעילות לחיוב גט, ולמצער, אין לבתי המשפט פתרונות קסמים לכך... נטיית בתי המשפט היא לכבד את רצונם של הצדדים להסכמי גירושין גם אם יש בהסכמים תנאים המושפעים מן הרצון לקדם ולהקדים את הגירושין... יש לזכור – העותרת זכתה בגט המיוחל, ואין מקום להתערבותנו בקביעה כי עליה לשלם את "הפיצוי" שלקביעתו הסכימה.<sup>105</sup>**

הגבלה על סחירות בשלב הראשון מצריכה בחינה אם יש הגבלות כאלה בדין העברי. אף שבדין העברי ניתן לזהות מקרים של הגבלות על סחירות,<sup>106</sup> דומה כי עדיין לא נדון בהרחבה איסור כזה או אחר על

105 בג"ץ 2609/05 פלונית נ' ביה"ד הרבני הגדול לערעורים, פס' 13 לפסק דינה של הנשיאה מרים נאור (פורסם בנבו, 31.5.2011) (ההדגשות הוספו).

106 חלק מההגבלות הן מסיבה דתית, כגון איסור מכירת דברים שונים לעובדי עבודה זרה, איסור למכור חפצי עבודה זרה, גדרי מכירת חמץ בפסח, מכירת טבל (סחורה לא מעושרת) ודמאי (סחורה שספק מעושרת), מכירת בשר בחלב ועוד. לדיון בסחירות לעניין תרומת איברים או מכירתם להשתלה ראו מיכאל ויגודה

סחירות בגט. אולם המציאות היום-יומית בבית הדין הרבני מעידה שמבחינת בית הדין הסחירות מותרת וכשרה, ומדובר בהלכה למעשה, כך נראה, יש כאן מגמה שלפיה מוטב לסחור בגט בשלב זה ולא להותיר את האישה בעגינותה משך שנים רבות. אולם הדברים מורכבים יותר, שכן נכנס כאן רכיב של שאלת יכולתו של הבעל להתנות תנאים בגט לאחר החלטה בעניינו הכופה או מחייבת אותו לתת גט, כולל תנאים כלכליים. בעיקר אמורים הדברים כלפי תנאים שניתן יחסית בנקל למלאם, ושעלולים, לחלק מהדעות ההלכתיות (מהרשד"ם), לגרום שאם בית הדין הרבני כופה את הבעל לגרש במקרה כזה ללא מילוי התנאים (ואף לדעות כמה הרכבים בבית הדין הרבני, אם היה רק חיוב ולא רק כפייה), אזי הגט יהיה מעושה ובטל.<sup>107</sup> כאשר אין חיוב בגט, נראה שבנסיבות דהיום לא יהיה מי שיאסור על סחירות בגט בשלב הראשון. מכאן שמלבד הדיון ההלכתי בהתנאה על הגט אל מול גישת המהרשד"ם, לא נראה שהסחירות בגט בבית הדין הרבני תוטל בספק הלכתי. זאת ועוד, הנהלת בתי הדין הרבניים עצמה עורכת סחירות בגט במקרים מסוימים, המכונים "קרן העגונות" – ההנהלה מעמידה ועדה המורה במקרים מסוימים על תשלום לסרבני גט כספים מתקציב ההנהלה על מנת שיתנו גט, מכוח תקנה תקציבית של ההנהלה.<sup>108</sup> כמו כן נציג של הנהלת בתי הדין הרבניים יושב בוועדה של הביטוח הלאומי, המוחקת חובות מזונות לסרבני גט עבור מתן הגט.<sup>109</sup> אלה שתי דוגמאות – מכוח נוהג בפועל ולא מכוח חקיקה – של סחירות למעשה בגט, ולו במקרים מסוימים, ב"הכשר" בתי הדין הרבניים. על כל פנים, מובן שאיסור על הסחירות בשלב הראשון ייתר גם את הסחירות בשלב השני לאחר פסק הדין האזרחי ואולי יאיין לחלוטין את בעיית הסרבנות הכלכלית, אך כאמור כיום לצערנו אין זו התוצאה. אם לא תצלח טענת העושק שתטען המסורבת כבסיס לבטלות יחסית של החוזה, דהיינו שהיא תקבל השבה של הכספים ששילמה, היא תוכל לנסות לטעון לחוסר תום לב של הסרבן במשא ומתן. במקרה כזה היא תוכל לבסס אפשרות לא לביטול החוזה כי אם לביצועו מחד, ולתביעה נפרדת נגד הסרבן מאידך, בגין אותו חוסר תום לב. המסורבת תשלם אפוא את הכספים על פי החוזה, אולם תתבע

"מכירת איברים – סמכות החקיקה וגבולותיה" (ינואר 2003) זמין בכתובת [www.justice.gov.il/Units/MishpatIvri/Psika/6hashtalotrubeinstein.doc](http://www.justice.gov.il/Units/MishpatIvri/Psika/6hashtalotrubeinstein.doc); בג"ץ 5413/07 פלוגית נ' מדינת ישראל, פ"ד סב(2) 856, פס"ט (5) לפסק דינו של השופט אליקים רובינשטיין והמקורות הנזכרים שם (2007); שו"ת מעשה חושב ד, 60 "קבלת תמורה כספית עבור תרומת איברים".

107 לדיון נרחב ראו רדזינר, לעיל ה"ש 21. רדזינר רואה בהרחבת יכולת ההתניה של הבעל בעת מתן הגט משום תופעה הלכתית בעייתית בחלק מההרכבים בבתי הדין הרבניים בישראל, שנועדה, לפי ניתוחו, לשמר סמכות הלכתית של כפייה על האישה את הדיון בעניינים הנלווים לגירושין על פי דין תורה לפי תפיסתו של בית הדין דווקא. בתי הדין רואים במסחר בגט לאחר חיוב שימוש בו כקלף מיקוח להשגת יתרונות רכושיים או אחרים, ואם מהלך זה של הבעל להתנות תנאים שמטרתם השגת רווחים כלכליים ואחרים בתמורה למתן הגט אכן מצליח, זו כמובן, במילים אחרות, סחירות. הרכבים המחזיקים בשיטת מהרשד"ם יכולים למעשה לעקוף את החקיקה האזרחית (כגון חוק יחסי מומן בין בני זוג, תשל"ג–1973 והלכת בבלי בג"ץ 1000/92 בבלי נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד מח(2) 221 (1994)), המחייבים גם את בית הדין הרבני בעקרונות כגון שוויון. זו תופעה של השנים האחרונות בלבד בבית הדין הרבני, שאינה מייצגת, לדעת רדזינר, את הקו המרכזי שבין פוסקי ההלכה, ורבים חולקים עליה. יצוין כי לעתים בתי הדין הרבניים לא רק מקבלים את אותן התנאות, שהן למעשה סחיטה, אלא אף מתנים את חיוב הבעל בגט בהסכמת האישה להתדיין רק בבית הדין הרבני, ובכך למעשה לוותר על זכויות שקיבלה, או שהייתה יכולה לקבל, בדיון בבית המשפט האזרחי. ראו שיפמן, לעיל ה"ש 21, בעמ' 33–46.

108 בג"ץ 104/06, לעיל ה"ש 49.

109 שם.

בנפרד על שהסדר זה יסודו בחוסר תום לב ותקבל פיצויי הסתמכות שיביאו אותה למצב שבו הייתה לולא הייתה הפרת תום לב וסחיטת כספים. פיצויים אלה יאזנו כך או אחרת: אם יהיו גדולים מהסכום ששילמה על פי החוזה או יהיו באותו סכום בדיוק, יהיה בכך משום איזון כוח המיקוח שלה, ואם יהיו קטנים מאותו סכום, יהיה בכך משום הגברה מסוימת של כוח המיקוח שלה וצמצום הפערים. אולם אם הסרבן ידע מראש שאם יקבל את הכספים על פי החוזה הוא עלול להיטבע בחוזים ב"סיכוב נוסף" ולשלם פיצויים על חוסר תום הלב שלו בהגעה לאותו חוזה, גם אם התנהגותו אינה מגיעה לכדי עושה, יהיה בכך משום תמריץ שלילי לחתימה על הסכמים כאלה מלכתחילה. תוצאה כזו, שאולי נראית שלילית על פני הדברים, יכולה להיות חיובית מאוד, שכן היא יכולה, ולו בטווח הרחוק, לגרום להוצאת העוקץ מסרבנות כלכלית. במצב כזה למעשה לא יהיה אופק אמתי לסרבן הסוחט כלכלית את בת זוגו, לבד מהתקווה לקבל בסופו של דבר סכום שהוא למעשה ההפרש בין הסכום ששחט בהסכם הגירושין לבין הפיצויים ששילם בגין הפרתו את תום הלב במשא ומתן בהגעה לאותו חוזה, אם הסכום הראשון גדול מהאחרון. בפסיקת בית המשפט העליון הועלתה אפשרות כזו בידי השופט יעקב קדמי בפרשת גנז.<sup>110</sup> השופט יעקב קדמי אמנם היה בדעת מיעוט באותו עניין, אך האפשרות לפיצויים מכוח תביעה נפרדת בגין הפרת תום הלב לפי סעיף 12 לחוק החוזים (חלק כללי) במקרה כזה<sup>111</sup> למעשה נדונה באותו עניין במעין אוביטר דיקטום: דעת המיעוט סברה שיש לקבל קונסטרוקציה כזו, ולדעת הרוב היה אי אפשר לעשות כן ולקבל תביעה לפיצויים בנפרד מכוח סעיף 12 אם עילת העושה אינה מתקיימת, אך כך הוחלט שם לא רק מהותית אלא גם מטעמים פרוצדורליים – הטענה לא נטענה בכתבי הטענות.<sup>112</sup> אם כן, אם תקבל בהמשך הדרך אותה גישה, תוכל המסורבת לנסות ולפסוע גם

110 ע"א 4839/92, לעיל ה"ש 97, בעמ' 757–759. לדיון ראו גם זמיר, לעיל ה"ש 99, בעמ' 25.  
 111 מטרת הסעיף למנוע התנהגות שאינה הוגנת. ראו גבריאלה שלו "הבטחה, השתק ותום-לב" משפטים טז 295, 318 (תשמ"ו).

112 "גם אין לומר שהמערער היה נתון ב'מצוקה' כמשמעותה לצורך הקמתה של טענת העושה. ברם, לעניין אי העמידה בחובה לנהוג תום-לב במשא ומתן לקראת כריתתו של חוזה – די, לשיטתי, בהפרה הכוונה של 'חובת ההגיונות'... ובנסיבות המקרה דנא, הפרת החובה לנהוג בהגיונות משמעה – היעדר תום-לב במשא ומתן לכריתת חוזה. ... לעניות דעתי, מן הראוי הוא שגם אנו נגלה גמישות בפרשנות העילות המשפטיות להתערבות בחוזה, בעת שאנו מתבקשים לאכוף חוזה שתנאיו נחזים כבלתי הוגנים – בשל היותם 'מנוגדים למצפון' – באופן המקומם את חוש הצדק. לשיטתי, הדרך הנאותה לעשות כן, בנסיבות שבהן לא ניתן ליישם את טענת העושה, היא על בסיס הפרת עקרון תום הלב בעת ניהול משא ומתן לקראת כריתתו של חוזה ... הסעד שלו זכאי מי שנפגע מהתנהגות חסרת תום-לב של הצד שכנגד במשא ומתן לקראת כריתתו של חוזה, קבוע בסעיף 12(ב) לחוק החוזים... הגישה הרווחת היא, שהפיצויים שבהם מדובר בסעיף 12(ב) הנ"ל הם פיצויי הסתמכות – לאמור פיצויים שליליים – שתכליתם העמדת הצד הנפגע במצב שבו היה נתון אלמלא הופרה חובת תום הלב... במקרה דנן, בעקבות המשא ומתן נכרת הסכם תקף, והוא אף קיים על-ידי המשיב. הבאת הצד הנפגע למצב שבו היה נתון אלמלא הופרה חובת תום הלב מצדו של המשיב, תיתכן רק על-ידי חיובו של המשיב 'לשלם' למערער את הפער שבין השכר שהוסכם עליו לבין השכר הראוי, שעליו היו מסכימים השניים אלמלא חוסר תום הלב של המשיב... הפיצויים שלהם זכאי המערער יקוּוּ מהסכום שאותו הוא חייב לשלם למשיב על-פי ההסכם, כך שבסופו של דבר יחוב המערער למשיב שכר ראוי בלבד. ... תכליתו של עקרון תום הלב, בין היתר, לבסס נורמות של הגיונות בין מתקשרים בחוזה או בין צדדים למשא ומתן, ואם ברצוננו לקדם תכלית ראויה זו ולהבטיח קיומם של 'כללי משחק' הוגנים בחיי המסחר, הרי שבמקרים מסוימים, כגון זה שלפנינו, לא נותרת לנו בררה אלא להתערב במערכת היחסים החוזית ולשנות את תוכנו של החוזה כדי למנוע תוצאה מעוותת ובלתי צודקת" (ע"א 4839/92, לעיל ה"ש 97, פסק דינו של השופט קדמי, בעמ' 758–760). השופט יצחק זמיר סבר (שם, בעמ' 767–

בדרך זו לפי המסלול הרביעי.<sup>113</sup> על כל פנים, יצוין שכאן הועלתה אפשרות כזו של תביעה מכוח סעיף 12 בגין חוסר תום לב במשא ומתן כבררת מחדל למקרה שטענת העושה אינה מתקיימת ולפיכך אינה יכולה לבסס טיעון לבטלות יחסית של החוזה. להלן במסלול החמישי ייעשה שימוש באפשרות תביעה שכזו שלא כבררת מחדל אלא ב"דרך המלך".

גישה דומה, אך לא זהה, הציג השופט אליעזר גולדברג בפרשת **מאיה**.<sup>114</sup> לדידו, כשנעשה שימוש באמצעי פסול בשלב הטרום-חוזי, ייתכן כי יהיה בכך משום חוסר תום לב במשא ומתן. באותו עניין עלתה טענה לכפייה, המורכבת משני יסודות – לחץ פסול וכוח.<sup>115</sup> השופט גולדברג טען כי גם אם יסוד הכוח אינו מתקיים, ולכן אין מדובר בעושה, יהיו מקרים שבהם אמצעי פסול לבדו (באותו מקרה

768) כי ניצול של לחץ נפשי שאינו מגיע כדי ניצול מצוקה המהווה עושה אינו יכול להיות כשלעצמו חוסר תום לב במשא ומתן, ולו בנסיבות אותו עניין שנטען שם: "עילת העושה רחבה די הצורך כדי למנוע ניצול בלתי ראוי של מצבי מצוקה מכל סוג. אם הנסיבות של מקרה מסוים מצביעות על ניצול בלתי ראוי של לחץ נפשי או של חולשה אחרת, ניתן לומר, אם הצדק מחייב זאת, שזהו ניצול מצוקה המגיע כדי עושה. זוהי התכלית של עילת העושה ואין היא צריכה, להשגת התכלית הזאת, סיוע מן העילה של חוסר תום-לב. אולם אם נקבע כעובדה, כפי שנקבע במקרה שלפנינו, כי לא היה ניצול מצוקה, ולפיכך לא היה עושה, האם ניתן לומר שבכל זאת החוזה פגום בשל ניצול לחץ נפשי שהגיע כדי חוסר תום-לב? יש סכנה בדבר, שכן שימוש כזה בעילה של חוסר תום-לב עלול, למעשה אם לא להלכה, להרחיב את תחום העילה של עושה, כפי שנקבע בסעיף 18. שוב לא יהיה צורך לטעון ולהוכיח ניצול מצוקה, אלא די יהיה לטעון ולהוכיח מעין-ניצול של מעין-מצוקה. ואם כך, די לנו בעילה של חוסר תום-לב, ומה צורך יש בכלל בעילה של עושה? לדעתי, אין לומר שניצול לחץ נפשי, שלא הגיע כדי עושה, בכל זאת הגיע כדי חוסר תום-לב, אלא אם קיים דבר מה נוסף, מעבר לניצול הלחץ, המלמד על התנהגות שאינה הוגנת עד כדי כך שיש לראות בה חוסר תום-לב. ואילו לגבי ניצול לחץ נפשי כשהוא לעצמו, יש לומר אחת משתיים: אם הוא מגיע כדי ניצול מצוקה, יש בו כדי להוות עושה; ואם אין הוא מגיע כדי ניצול מצוקה, אין בו כדי להוות פגם בחוזה. חוסר תום-לב הוא מושג עמום וגמיש. לכן אין קושי למתוח את הגבול של תום הלב, באמצעות חובת ההגינות, באופן שיטשטש את הגבול של עילות אחרות, ואולי אפילו ידחק את רגליהן של עילות אחרות, ולא רק את העילה של עושה אלא גם, לדוגמה, את העילות של הטעיה וכפייה".

113 הפסיקה מיעטה עד כה להתייחס לגישתו של השופט קדמי, ודומה כי לא נפסקה במפורש הלכה בעניין זה. בע"א (מחוזי חי') 1757/03 **בריק נ' חלבי** (פורסם בנבו, 30.6.2004) מביא השופט מנחם נאמן את דעת המיעוט של השופט קדמי ואומר כי זהו בדיוק המקרה שלפניו (שם, פס' 15–16 לפסק דינו). בסופו של דבר, הוא קובע באותו מקרה כי היה עושה, כמו גם חוסר תום לב. לא ברור אם השופט נאמן היה מוכן לפסוק פיצויים רק על בסיס טענת חוסר תום לב. שני השופטים האחרים בהרכב לא התייחסו לעניין זה. בדומה לזה, בת"א (שלום ת"א) 41363/01 **ד. ק. (חסוי) נ' מזא"ה** (פורסם בנבו, 23.11.2003) מביאה השופטת נועה גרוסמן את דעת המיעוט של השופט קדמי וקובעת כי במקרה שלפניה "גם אם לא היה כאן עושה, ניצול מצב לרעה ודאי היה". בסופו של דבר, בית המשפט קובע כי היה שם חוסר תום לב, בשל "חוסר רגישות הנתבעים למצבו של הנתבע או חמור מכך התעלמותם ממצבו, הרי שפעלו שלא כהתנהגות הראויה שיש לנהוג ברמה האובייקטיבית וקל וחומר ברמה הסובייקטיבית בעניינינו". משכך, גם כאן לא ברור אם בית המשפט נשען על דעתו של השופט קדמי.

114 ע"א 1569/93 **מאיה נ' פנפורד (ישראל) בע"מ**, פ"ד מח(5) 705 (1994).

115 "ומהן אותן נסיבות שיעלו כדי כפייה-מקנה-זכות? נטיית בתי המשפט הייתה לקבוע כי תקום ותהיה כפייה-מקנה-זכות במקום בו נשללת בררת אמת מן הצד התם לחוזה, במקום בו 'נאלץ' צד להתקשר בחוזה עקב 'כורח מיידי ולוחץ' (urgent and pressing need) אשר נלווה לקיפוח (או לאיום בקיפוח) זכות חוקית הקנויה למאולץ. למותר יהיה אם נאמר כי נוסחאות מסגרת אלו עמומות הן בתחומי התפרסותן, וכי אין בכוחן להורותנו הדרך אלא להצביע לפנינו על כיוון כללי גרידא" (שם, בעמ' 718. אסמכתאות הוסרו – המחבר).

היה זה איום בהפרת חוזה) יהיה חוסר תום לב במשא ומתן. לענייננו, גישה כזו יוצרת אפיק נוסף על זה של השופט קדמי להעלאת טענת חוסר תום לב במשא ומתן. על פי אפיק זה, תוכל המסורבת לטעון שהסרבן נקט אמצעי פסול בשלב הטרומי-חוזי בעצם התנייתו את מתן הגט בקבלת כספים, ביצרו לחץ להיענות לדרישותיו, כשהוא מנצל מצב שהמסורבת משתוקקת לקבל את הגט. בכך יש משום חוסר תום לב במשא ומתן, והדבר מבסס תביעה לפיצויי הסתמכות, אף אם לדעת השופט גולדברג אי אפשר לבסס כאן סעד של ביטול החוזה. דעתו של השופט גולדברג הייתה ככלל במיעוט, אך הוא סבר שלא היה מדובר באותו מקרה בכפייה. לעומתו סבר השופט מישאל חשין שיסודות הכפייה התקיימו, ואילו הנשיא מאיר שמגר סבר גם הוא שלא היה מדובר בכפייה אך הגיע לתוצאה דומה לזו של השופט חשין מסיבות אחרות. לכן לא ברור אם מדובר בדעת מיעוט גם לענייננו – עניין האפשרות לפסוק פיצויים בגין חוסר תום לב במקרה של איום שאינו עולה כדי כפייה.

שתי הדעות הללו, של השופטים קדמי וגולדברג, עולות בקנה אחד עם אותה גישה פמיניסטית שנזכרה לעיל. הלה קרן קוראת לפתח מדיניות משפטית שלפיה האיסור לנהוג בחוסר תום לב יכול גם איסור נגד קיפוח של הצד החלש יותר וישמש לתיקון עיוותים שיצרו פערי הכוחות בין הצדדים; היא פוסעת במפורש בגישתה זו, הראויה מאוד לענייננו, בעקבות גישותיהם של השופטים קדמי וגולדברג.<sup>116</sup>

בפרשת **מאיה** אפוא לא התקיימה הגנת הכפייה, לפחות לפי דעות שניים מתוך שלושה שופטים, אך לענייננו, התובעת יכולה לנסות ולטעון לכפייה כבסיס לטענה לבטלות החוזה. כפייה, לפי סעיף 17 לחוק החוזים (חלק כללי), אפשרית באמצעות כוח או איום, ולפי אותה פרשת **מאיה**, היא רלוונטית גם בהיבט הכלכלי: לחץ כלכלי שאינו לגיטימי ויש בו "פסול מוסרי-חברתי-כלכלי" – כמו בענייננו, בבירור – אכן יכול לעלות כדי כפייה.<sup>117</sup> לענייננו רלוונטית כפייה באיום בשלב הראשון בבית הדין

116 קרן דיני חוזים מפרספקטיבה פמיניסטית, לעיל ה"ש 94, בעמ' 379–380. קרן קוראת (בפרק ד לספרה) לפתח עילה כללית יותר של קיפוח, אשר תאפשר להתמודד עם פערי כוחות בין צדדים לחוזה. לדידה, עקרון תום הלב הוא אפיק אפשרי להחדרת עילה כללית זו שלא באמצעות חקיקה. יש בכך משום הכרה בצורך הנורמטיבי להתמודד עם המסגרת הצרה במיוחד של עילות הכפייה והעושה. קרן סבורה כי הדברים עולים בקנה אחד עם גישתם של השופטים קדמי וגולדברג, "שסברו כי אין לקבל וריאציה חלשה של כפייה או עושה כחלק נסבל של החיים, אלא כבעיה בתום-לבו של הצד שניצל את חולשת האחר" (שם, בעמ' 379).

117 "כפייה כהוראתה בסעיף 17 לחוק כוללת אפוא אף 'כפייה כלכלית'... הרחבת תחום הכפייה ופריסתה גם על כפייה 'כלכלית', מעוררות מעצמן קושי באשר למציאת איזון ראוי בתחום חדש זה של כפייה: איזון בין הצורך לקיים חוזים שנכרתו, לבין הצורך לשמור כראוי על רצונו החופשי של אדם – על האוטונומיה של רצון הפרט – בכריתתם של חוזים. אכן, איתור נקודת האיזון בנושא הלחץ הכלכלי קשה במיוחד. כולנו חיים בלחץ אטמוספרי כלכלי כלשהו, ולעתים לא קל להבחין בין לחץ המצוי בתחום האטמוספרי-הכלכלי הרגיל לבין לחץ שהוא לבר אותו תחום, בין לחץ 'לגיטימי' – והוא חלק מאורחות חיינו – לבין לחץ שאינו לגיטימי ואשר לעניינו ייוצק המשפט להעניק סעד לאדם... כפייה באיום: מבחן איכותה של הכפייה הכלכלית – כפייה בלתי ראויה: בהיותו כולנו נתונים בלחצים ובכפיות כלכליות מכל עבר, מסקנה נדרשת מאליה היא כי לא כל לחץ ולא כל כפייה מן התחום הכלכלי יניבו זכויות לביטולו של חוזה. ענייננו הוא אך בכפייה או בלחץ שיש בהם פסול מוסרי-חברתי-כלכלי, ואשר חיי עסקים ומסחר תקינים והוגנים לא יוכלו לשאתם. בשוק חופשי ראוי פלוני לעשות שימוש ביתרון עסקי-כלכלי שיש לו על אחרים, וחווה הצומח מתוך מערכת מעין זו לא נסווג אותו כחווה שנכרת בכפייה. לו אחרת פסקנו, כי אז הכרתנו ביטחון ויציבות בחיי המסחר, וכזאת לא יעלה על הדעת. ואולם, גם בשוק חופשי יש כללי

הרבני, שהיא הצבעה על תוצאות קשות שיתרחשו בעתיד אם לא ייערך החוזה.<sup>118</sup> במקרה דנן התוצאה תהיה עגינות, או המשך העגינות. כדי שהכפייה תיחשב לאסורה, עליה להיות לא חוקית. לענייננו הדבר מורכב, ויש שיאמרו שרק פסק דין רבני ברמה של חיוב ומעלה שהבעל לא ציית לו (או פסק דין רבני המחייב את האישה לקבל גט מבעלה) יעיד על אי-החוקיות של המעשה, אך לא אם מדובר בפסקי דין ברמה נמוכה יותר, של "מצווה" או "המלצה". לעניין זה יש לזכור כי אזהרה בתום לב על הפעלת הזכות אינה נחשבת לאיום, ולכן אינה כפייה. לכן אם הבעל יוכיח, עובדתית, שרק אמר שיממש את זכותו שלא לתת גט, לא יעלה הדבר כדי כפייה אם אמנם בית הדין הרבני לא פסק חיוב לעשות כן. עוד יצוין כי גם לעניין כפייה ולא רק לעניין עושה נפסק כי עניין הגט והסדרים כספיים בין הצדדים הם קלף מיקוח כשר.<sup>119</sup>

אם כן, טענה לבטלות יחסית של החוזה צריכה להביא לידי ביטול של אותו סעיף בלבד, מטעמי כפייה ועושה. האם אפשרי בכלל לבטל רק חלק מחוזה? יש מקרים שבהם אי אפשר להפריד בין חלקי החוזה, ולכן אין רלוונטיות לביטול חלקי.<sup>120</sup> ניתן לבטל חוזה חלקית מכוח סעיף 19 לחוק החוזים (חלק כללי), אם החוזה ניתן להפרדה לחלקים, דהיינו ליחידות התחייבות נפרדות, ואין החוזה בבחינת "עסקת חבילה" של התחייבויות.<sup>121</sup> אולם בדרך כלל בטלות יחסית דורשת הדדיות ולא רק ביטול של תניה אחת שבה אחד הצדדים התחייב לדברמה חד-צדדית לצד האחר. ביטול חלקי-הדדי פירושו פירוק החוזה ליחידות חוזיות נפרדות או הערכת התמורה לסעיף שיש רצון לבטלו, ואז ביטול הדדי של ההתחייבות; כך לפי אותו סעיף 19. אולם יש מקרים שבהם תניה בחוזה בטלה שלא הדדית, ועל פי הפסיקה ביטול זה אינו נכלל בסעיף 19. כלומר, התנאי יהיה בטל אף אם החוזה אינו ניתן להפרדה,

התנהגות ראויים ומקובלים – 'כללי משחק' מכנים אותם במקומותינו – והפוגע באותם כללים ייתן את הדין על מעשיו או על מחדליו. כללים אלה, הבריות בחיי המסחר והעסקים נוהגות על פיהם, ובתי המשפט יקבעו את גבוליהם מעת לעת, ברוח הזמן והמקום. ענייננו הוא ב'מוסר העסקים' בחיי המסחר והעסקים, וחריגה מאותו מוסר-עסקים תחויב בתגובתו של בית המשפט. בית המשפט ... ערוך לזיהויה של חריגה מכללים נאותים שקובע מוסר העסקים, ובמקרים הראויים יכיר בזכותו של הצד הנפגע לשחרר עצמו מכבליו של חוזה שנכרת בחטא של פגיעה באותם כללים. על-פי טבע הדברים ממלאים שיקולים לבר-משפטיים תפקיד ראשון במעלה בעיצובו של מוסר העסקים, ולא נוכל לצייר את גבוליה של הכפייה הכלכלית אלא באורח כללי בלבד. ... המושג 'improper' יימלא תוכן בשיקולים לבר-משפטיים שעניינם מוסר עסקים ויחסי אנוש ראויים בחיי עסקים ומסחר ובתחום חיי החוזים בכלל. ... אשר לנו, אף אנו נספחנו אל השירה, ובפרשת שאול רחמים מוצאים אנו את השופט מלץ מבחין בין לחץ כלכלי 'לגיטימי' לבין לחץ כלכלי 'בלתי לגיטימי'. ... ראה עוד: ג' שלו, דיני חוזים (דין, תש"ן) 244; פרידמן וכהן... בעמ' 918, 928 (ע"א 1569/93, לעיל ה"ש 114, בעמ' 719–721).

118 שלו, לעיל ה"ש 80, בעמ' 229–239.

119 השופט יצחק כהן בע"א 162/72 **אמזלג נ אמזלג**, פ"ד כז(1) 582, 587 (1972). כן ראו הפסיקה לעיל בה"ש 98, שהובאה בעניין עושה, ורלוונטית גם לכפייה. וראו פרידמן וכהן ב, לעיל ה"ש 96, בעמ' 968–988, ולעניין גט ומעמד אישי במיוחד בעמ' 951.

120 ע"א 105/83 **מנשה נ' מנשה**, פ"ד לח(4) 635, 639 (1985).

121 השאלה אם החוזה ניתן להפרדה או לא היא מורכבת ותלויה באופי החוזה ובנסיבות העניין. ראו פרידמן וכהן ב, לעיל ה"ש 96, בעמ' 1117–1124; שלו, לעיל ה"ש 80, בעמ' 258–262. בעניין זה אף צוין בתמ"ש (משפחה נצ') 7450-09-13, לעיל ה"ש 63, שהסכם גירושים לא ניתן להפרדה לחלקים בשל מורכבותו, אלא הוא מעין עסקת חבילה, כשמשתמע מכך שאם יבוטל חלק אחד, אז כל ההסכם יקרוס.

ויהיה זה חד-צדדית.<sup>122</sup> לענייננו קובע גם השופט ארז שני מבית המשפט לענייני משפחה בתל-אביב כך:

לעניין ההיבט החוזי לעיל, חשוב להעיר, כי על פי רוב בני זוג עורכים הסכם גירושין ובו פשרות ו/או ויתורים ו/או הסכמות המושתות על התפיסה של ההסכם "כעסקת חבילה" כוללת. הוצא את עניין סידור הגט מההסכם והוא כולו יקרוס כמגדל קלפים. לא בכדי שרירה וקיימת ההלכה הקובעת כי על דרך הכלל "בשל מורכבותו אין הסכם הגירושין ניתן להפרדה לחלקים" ולפיכך אין מקום לביטול חלקי של הסכם כזה.<sup>123</sup>

לגישה זו אפוא, כדי להגיע לתוצאה של בטלות של אותו סעיף בלבד, ללא בטלות הסדרים נוספים בחוזה, יש לפסוע בדרך שונה, ואין להיזקק במקרה כזה לסעיף 19. ניתן לטעון לבטלות החלקית של החוזה, דהיינו לבטלותו של אותו סעיף של תשלום עבור הגט מטעמי פגיעה במוסר או ניגוד לתקנת הציבור על פי סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי).<sup>124</sup> יש לבחון אם בכלל ניתן לקיים את החוזה ללא

122 דוגמאות לכך: תנאי מקפח בחוזה אחיד, לפי ס' 3 לחוק החוזים האחידים, תשמ"ג-1982: ע"א 449/85 היועץ המשפטי לממשלה נ' גר חברה לבניין בע"מ, פ"ד מג(1) 183 (1989); ביטול חד-צדדי של תניות פטור לנזק גופני שייגרם בהיותן נוגדות את תקנות הציבור: ע"א 285/73 לגיל טרמפולין נ' נחמיאס, פ"ד כט(1) 63, 78, 79 (1974); ע"א 461/62 צים חברת השיט הישראלית בע"מ נ' מזיאר, פ"ד יז(2) 1319 (1963); תנאי הנוגד את ההגינות והסבירות: ע"א 294/91 חברה קדישא נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464 (1992); ביטול תניה מכוח תקנת הציבור בחוזה רגיל: ע"א 148/77 רוט נ' ישופה בניה בע"מ, פ"ד לג(1) 617 (1979) ודנג"ץ 4191/97 רקנט נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נד(5) 330 (2000); הגבלה לא מידתית על חופש העיסוק: ע"ע 164/99 פרומר נ' רדגארד, פד"ע לד 294 (1999). על ביטול חד-צדדי באופן כללי ראו פרידמן וכהן ב, לעיל ה"ש 96, בעמ' 1119-1120.

123 תמ"ש (משפחה ת"א) 10-08-23849, לעיל ה"ש 62, פס" 50.  
124 אשר לביטול מחמת פגימה במוסר ראו פרידמן וכהן א, לעיל ה"ש 80, בעמ' 519-520. לדבריהם, פסילתו של חוזה או של סעיף מחוזה מחמת חוסר מוסריותו נזכרה רק בפסקי דין מועטים וכמעט שלא נעשה בכך שימוש. בתי המשפט נרתעים משימוש בעילה זו לצורך פסילת חוזה, והם מבליעים עניינים מוסריים במכניזם של תקנת הציבור. באשר לביטול עקב פגיעה בתקנת הציבור ראו לעיל בה"ש 122. לפי Einhorn, לעיל ה"ש 42, בעמ' 147, בתי המשפט באנגליה התייחסו לחוזי קדם-נישואין כסותרים את תקנת הציבור מכיוון שהם סותרים את מהותו של מוסד הנישואים כמוסד המתוכנן לאורך כל החיים ולכן בלתי אכיף (יש לבחון אם ראייה כזו עדיין רלוונטית בימים ששיעור הגירושין כה גבוה כמו כיום). בית הדין הרבני באנגליה פיתח הסכמי קדם-נישואין שאינם מנדטוריים ואינם אכיפים. אך להסכמים מסוג זה עדיין יכול להיות משקל ראייתי אם תנאי הסכם קדם-נישואין רלוונטיים גם להליך הגירושין המתנהל בפני בית המשפט (שם). יתרה מזאת, היבטים מסוימים של חוזים אלו כן יכולים להיות אכיפים. באחד המקרים חתמו בני זוג על הסכם קדם-נישואין שבו נכללו תנאים מסוימים, ובהם סעיף שלפיו אם יתגלע סכסוך זוגי, הוא יידון בפני בית הדין הרבני של לונדון, אם וכאשר יוטל עליהם להופיע בפניו, והם גם יצייתו להוראותיו של בית הדין, אשר יפתור את הסכסוך ביניהם על פי עקרונות ההלכה לפי חוק הבוררות הבריטי ולפי העקרונות הפרוצדורליים של בית הדין. בית המשפט קבע שהחוזה נועד להסדיר את ענייניהם של הצדדים גם במקרה של גירושין, וכך למעשה ניתן היה ליישם את תקנת הציבור (שם). בשורה של מקרים אחרים נכללו ההתחייבויות החוזיות בהסכמי הפירוד (שם). בית המשפט העליון של ניו יורק דחה טענתו של בעל ההתחייבות החוזית נגדה את תקנת הציבור, בקבעו כי לא כל ההסכמים שבהם נכללו התניות מסוימות בעניין הגירושין היו לא חוקיים (שם). במקרה אחר קבע בית המשפט אכיפה בעין של הסכם פירוד בין בני הזוג שאחד מתנאיו היה שעל בני הזוג להעניק גט זה לזה (שם). בית המשפט האזרחי לענייני משפחה במדינת דלוור הורה לבעל הסרבן לשתף פעולה ולהעניק גט אורתודוקסי ולא את הגט

אותו סעיף, אם הוא מרכזי דיו. נזכור שבטלות החוזה כולו פירושה בטלות הגירושין. אמנם בית משפט אזרחי אינו יכול כמובן להכריז על בטלות גירושין, אולם בן הזוג עלול לפנות לבית הדין הרבני כשבידו ההחלטה האזרחית על הבטלות היחסית או החלקית, או הבטלות המלאה אם כך ייפסק אזרחית כשמדובר בסעיף מהותי כדי לבטל את הגירושין, וזהו כבר חשש מוחשי. לפיכך ייתכן שגם אם מבחינה דוקטרינרית תביעת נזיקין כאן אינה ראויה בפועל, ובפרקטיקה זהו כלי מתאים יותר כדי לא "לשפוך את התינוק עם המים". מסקנה זו מתחזקת בשל סירובו של בג"ץ להתערב בטענות הגנה חוזיות כלפי הסכמים כאלה שאושרו בבית הדין הרבני.<sup>125</sup> גם בית המשפט לענייני משפחה קבע שמי שמבקש לבטל הסכם גירושין וממון שאושר וקיבל תוקף של פסק דין מטעמים של עושיק, טעות, הטעיה ותרמית, בשל פגם ברצון נדרש לעמוד בנטל ראיה כבד: הנטל כבד בשל אופיו הסופי וההסכמי של החוזה שאושר לאחר שבית המשפט התרשם ששני הצדדים הבינו בדיוק במה מדובר, בשל הצורך בהגנה על הציפיות הסבירות של בני הזוג ובשל הקושי להשיב את המצב לקדמותו.<sup>126</sup> כל זאת

הקונסרבטיבי שאותו הוא היה מוכן לתת, שהוא כמובן שונה הלכתית (שם, בעמ' 148). אף שנקבע ששימוש לרעה בווטו הדתי, שנועד לשרת את אחד מבני הזוג בהתמקחות הכלכלית ביניהם במשא ומתן לחתימת הסכם, גורם לבטלות ההסכם, ולא רק לכך שההסכם ניתן לביטול, היו בתי משפט שלא הסכימו לדון בהסכם מסוג זה (שם). בית המשפט העליון של ניו יורק ציין שאם אין הוכחה לקיום הונאה, טעות, כפייה או רמאות, לא יתערבו בתי המשפט בהסכמים לחלוקת הרכוש. יש מעקב צמוד על כל העסקאות הנעשות בין בני זוג, ובית המשפט למעשה הסיר מעליו את האחריות להגנה על בן זוג מפני הסכמי פירוד והטיל את האחריות לכך על בני הזוג עצמם בלבד. על כל פנים, בית המשפט קבע שם שהאישה לא נכנסה להסכם הגירושין מרצונה החופשי לחלוטין, אשר לכאורה נחתם בתיווכו של בית הדין הרבני. לבית המשפט הובאו הוכחות אשר לפיהן נראָה בבירור שההליך לא הגן על האישה, שנכפה עליה לחתום על ההסדר באיום להיות כבולה לעד לבעלה (שם).

125 ראו למשל בג"ץ 2609/05, לעיל ה"ש 105, פס' 13 לפסק דינה של הנשיאה מרים נאור. ראו לעיל ציטוט דבריה ליד הערה 105. כן ראו בג"ץ 5548/00 **אברהם (כהן) נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים** (פורסם בנבו, 29.5.2001); בג"ץ 8981/12 **פלונית נ' בית הדין הרבני האזורי בתל-אביב** (פורסם בנבו, 8.1.2014). ומ"א (מחוזי חי') 1195/92 **דיסקלוביץ נ' דיסקלוביץ**, פ"מ תש"ן (2) 304 (1993), שם צוין כי בג"ץ אינו מתערב בטענות חוזיות של עושיק וכפייה נגד הסכמים כאלה, שהם נפוצים מאוד, אלא במקרים נדירים. להחלטות דומות של בית המשפט העליון בעבר הרחוק יותר ראו גם: ע"א 162/72 **אמזלג נ' אמזלג**, פ"ד כז(1) 582-587 (1973); ע"א 573/82, לעיל ה"ש 98, בעמ' 632-633; ע"א 151/85, לעיל ה"ש 98, בעמ' 191-193. לדיון וביקורת ראו אביעד הכהן "אם תרצו – אין זו עגונה": תפקידם של בתי המשפט, של הכנסת ושל היועץ המשפטי לממשלה "משפחה במשפט" ו-431, 489-490 (תשע"ג-תשע"ד); גן, לעיל ה"ש 103. עם זאת אין לשלול אפשרות שטענות חוזיות לבטלות יחסית או חלקית יתקבלו בהמשך הדרך. במקרה כזה יהיה צורך גם לדון בסמכות הדיון – אם היא של בג"ץ (אם ההסכם לווה ואושר בבית הדין הרבני) או של בית המשפט לענייני משפחה, כדיון בכל תביעה חוזית בין בני זוג ובני זוג לשעבר שעילתה בסכסוך במשפחה.

126 ראו למשל תה"ס (משפחה ראשל"צ) 32522-09/13 **פלונית נ' פלוני** (פורסם בנבו, 7.10.2015), שם נקבע שהדרישה לעמוד בנטל ראיה גבוהה היא בשל העובדה כי אישור על ידי בית המשפט או בית הדין ניתן רק לאחר שנוכחו כי בני הזוג ערכו את הסכם הגירושין מתוך הסכמה חופשית והבינו את המשמעויות הרבות שיש להסכם ואת תוצאותיו. מטרת דרך פעולה זו הינה להבטיח שבמצבים שבהם זכויותיו של אחד מהצדדים מקופחות, צד זה מבין זאת וחותרם על ההסכם לאחר שעמד על טיבו ועל השלכותיו המלאות. בשל כך, בית המשפט קובע שיש לנקוט זהירות יתרה בנוגע לביטול הסכמים שקיבלו תוקף וכי יש צורך בטעמים כבדי משקל אשר יצדיקו ביטול זה. כמו כן, נקבע כי גמירות הדעת הנדרשת לשם יצירת קשר חוזי מחייב אין פירושה ספקות לפני ההתקשרות וחרטה לאחריה, אלא גילוי כוונה רצינית להתקשר בחוזה

לכאורה מותר את הנפגעים עם הטענה הנזיקית לבדה, אף שבטעות יסודה. לכן מבחינה טקטית ייתכן שנכון עשתה האישה כשהגישה תביעה נזיקית דווקא באותו מקרה שנדון לעיל, אף שההליך אינו נכון, שכן הסיכוי בהליך הנכון, הוא התביעה החוזית, היה קלוש לפי הפסיקה הקודמת בנדון.

נוסף על כך יצוין כי הסכמי גירושין מסוג זה רווחים מאוד ומסיימים במקרים רבים משא ומתן במקרי סרבנות גט בהצלחה יחסית גם במקרים שבהם מוגשת תביעה אזרחית לפיצויים (שם האישה למעשה מוותרת על הפיצויים שזכתה בהם ומוסיפה סכום כדי לקבל את הגט כעניין כמעט שבשגרה) וגם במקרים שבהם אינה מוגשת. אף שאין זה מצב אידאלי, בלשון המעטה, שכן האישה עדיין צריכה לקנות את גטה במקרים כאלה, גם אם לא בסכומי עתק שאותם דרש הסרבן בתחילת הדרך, בכל זאת יש להביא בחשבון כי הגשת תביעות לבטלות יחסית או חלקית של הסכמי גירושין עלולה לצמצם מאוד את הפרקטיקה של חתימה על הסכמים כאלה. אף שהסכמים אלה אינם פתרון צודק (שכן הצודק ביותר הוא שמסורבת גט תיוותר גם עם גט וגם עם פיצוי על נזקיה מהסרבנות, או לכל הפחות עם גט וויתור על פיצויים וללא הוספת כספים מצדה), בפרקטיקה הסכמים כאלה מביאים להתרת נישואין במקרים רבים שאולי לא היו מותרים לולא החתימה על חוזים כאלה. ובכל זאת, כפי שנאמר לעיל, אם הסרבן ידע שסעיף הסחטנות בהסכם כזה עלול להתבטל בסבירות גבוהה, ומטרת סרבנותו אינה אידאולוגית כי אם סחטנות כספית, ייתכן שמגמה כזו תביא לצמצום ניכר של סרבנויות על רקע כלכלי, שכן ללא אופצייה זו של הגעה למכירת הגט בהסכם יסרבו רק מי שרוצים לנקום.

עד כה העיסוק היה בבטלות יחסית של חוזה שכזה בנסיבות של המסלול הרביעי. לכאורה אפשר לפסוע גם במסלול חלופי של אי-אכיפת אותו חוזה בידי המסורבת לאחר החתימה עליו. כלומר, הסרבן ייתן גט על פי החוזה, ואילו המסורבת תתנער מהבטחתה לשלם לו עבור הגט, כפי שהתחייבה לפי החוזה. אפשרות כזו תידון בקצרה, בין היתר מפני שיש להניח שהיא תאורטית בלבד – יש להניח שסרבן שיחתום על הסכם כזה יתנה את מתן הגט בהעברת הכספים – כולם או חלקם למצער – לפני מתן הגט, ולכן יש להניח שלא תהיה מציאות של אי-ביצוע מטעם המסורבת (תשלום) לאחר ביצוע מצד הסרבן (מתן הגט). אם בכל זאת תהיה מציאות כזו, תוכל המסורבת לבסס את אי-הביצוע מבחינתה על שלושה אדנים: הראשון הוא סעיף 3(4) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), הקובע כי הנפגע (לעניינו, הסרבן) מהפרת החוזה לא יהיה זכאי לאכיפה אם זו אינה צודקת בנסיבות העניין. המסורבת תוכל לטעון כי בשל סחיטת הכספים של הסרבן עבור מתן הגט במהלך המשא ומתן לכריתת החוזה לא צודק להעביר לו את הכספים. הפסיקה קיבלה אפשרות כזו עקרונית, אם כי במקרים נדירים.<sup>127</sup> ייתכן שהסרבן יוכל לעקוף זאת ולדרוש פיצוי קיום תחת האכיפה ולבקש להעמידם על

והבנת התוצאות המשפטיות הנובעות ממנו בזמן החתימה (ראו גם ת"א (מח' ת"א) 11-12-25237, לעיל ה"ש 93). והשוו תוצאות של אי-ביטולי הסכמי גירושין, אפילו קיצוניים שבו נותרה בת הזוג כמעט "כשכותנתה לעורה", תוך ויתור על מרבית זכויותיה הכלכליות, ובלבד שתקבל גט, מטעמי כפייה ועושיק: ע"א 5490/92 פגס נ' פגס (פורסם בנבו, 29.12.1994), שם נחתם הסכם שכזה על-רקע אלימות כנגד בת הזוג. לדין ראו גם זמיר, לעיל ה"ש 99, בעמ' 25. לביקורת על חוסר הנכונות של המשפט הישראלי להתערב בהסדרי גירושין שאינם הוגנים, מתוך בסיס ליברטריאני קיצוני הנראה "פתטי" ואינו רלוונטי לדיני הזוגיות במדינת ישראל, שכן אלה מקורם בדין הדתי ולא במצב הטבע, ראו ליפשיץ, לעיל ה"ש 66, בעמ' 179-182.

127 ע"א 4893/14 זועבי נ' מדינת ישראל – משרד האוצר, פס' 16 לפסק דינו של השופט יצחק עמית (פורסם בנבו, 3.3.2016).

אותו סכום שהאכיפה של החוזה הייתה אמורה להביא לו;<sup>128</sup> האדן השני הוא טענה לחוסר תום לב במשא ומתן, שיכולה לבסס גם טענות הגנה נגד תביעה<sup>129</sup> וסעדים נוספים מלבד פיצויים שליליים, דהיינו פיצויי הסתמכות שתכליתם העמדת הצד הנפגע במצב שבו היה נתון אלמלא הופרה חובת תום הלב.<sup>130</sup> בענייננו תוכל המסורבת לטעון כי הסחיטה הכספית במסגרת המשא ומתן לכריתתו של חוזה הגירושין סותרת את חובת תום הלב, ולכן היא זכאית להגנה בדמות היכולת שלא לבצע את חלקה ולא לקבל את דרישתו של הסרבן לאכיפת החוזה. לא ברור אם בית המשפט יקבל טענתה זו, ואם יורה על סעדים נוספים על הפיצויים השליליים; האדן השלישי הוא טעון הבטלות החלקית, שכבר נדון לעיל. לטעון זה יכול דווקא להיות סיכוי כאן, אם ייקבע שהתניה אינה מרכזו של הסכם הגירושין. לסיכום ולמסקנה בדבר המסלול הרביעי, מסלול זה כמובן אינו מכסה את כל מקרי סרבנות הגט כשלעצמו, שכן מטרה מרכזית של התביעות הללו – לשפר את כוח המיקוח כדי לזרז את מתן הגט ולהיחלץ ממבוי סתום – אינה רלוונטית במסלול זה; מסלול זה קיים מלכתחילה רק עבור מקרים שבהם הגיעו בני הזוג להסכם שבו סעיף שנחזה להיות סעיף של סחיטה. עם זאת גם כאן, אם יהיה ניתן לבטל בדיעבד רק את ההתחייבות הכספית של המסורבת, לא יהיה כדאי לסרבנים להגיע להסכמים כאלה (אלא אם כן ימצאו דרכים מתוחכמות יותר וישירות פחות לדרישת הסכומים עבור הגירושין), ואולי העוקץ יינטל מכל הסרבניות על רקע כלכלי.

## ז. תביעה חוזית במסלול 5: חתירת הסרבן להגעה להסכם של מתן גט תמורת תשלום כחוסר תום לב במשא ומתן

במסלול השני לעיל רואים בעצם הסרבנות חוסר תום לב לפי סעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי), החל על קיום החוזה בתום לב. נוסף על כך, ניתן לראות בסיטואציה גם משום הפרת תום לב במשא ומתן לפי סעיף 12 לאותו חוק. הסרבן רוצה להשיג הישגים כספיים דרך הסחיטה. הישגים אלה יגולמו בחוזה שייחתם בינו לבין המסורבת בסופו של דבר, לאחר משא ומתן, ובו יתחייב הסרבן לתת את הגט, והמסורבת תתחייב לשלם לו כספים. לפי מסלול זה, שעדיין לא הועלה בספרות או בפסיקה בהקשר זה ככל הנראה, תוכל המסורבת להשתמש במסלול נוסף או חילופי טענות ביטול או ביטול חלקי שראינו במסלול הרביעי. גם אם המסורבת תשלם את הסכומים שעליהם התחייבה באותו חוזה

128 במקרים שבית המשפט מחליט לא להעניק סעד של אכיפה, עדיין ניתן לדרוש תחליף של פיצויי קיום. ראו ע"א 254/86 ניניו נ' משכן, בנק הפועלים למשכנתאות בע"מ, פ"ד מב(1) 1, 3 (1988). עקיפה זו מביאה לאותה תוצאה של האכיפה דרך שימוש בסעד הפיצויים. כפתרון אפשרי לכך, בית המשפט העלה את האפשרות להעניק אכיפה חלקית של החיוב הכספי, תוך הישענות על חובת הקטנת הנזק (שם). אולם, מסלול זה מחייב לעמוד בנטל ההוכחה של חובת הקטנת הנזק. לא נראה שמסלול זה ישים לענייננו.

129 "חוסר תום לב בניהול המשא ומתן עשוי להיות לא רק חרב, אלא גם מגן. לא רק בסיס לתביעה, אלא גם הגנה נגד התביעה" (ע"א 8143/14 חלפון נ' בנק דיסקונט למשכנתאות בע"מ, פס' 19 לפסק דינו של השופט ניל הנדל (פורסם בנבו, 29.1.2017)).

130 "במקרים המתאימים, הגם שאלה חריגים, הפרת החובה יכול שתצמיח סעדים נוספים פרט לפיצוי שלילי" (שם, פס' 1 לפסק דינה של השופטת ענת ברון). לקשת הסעדים במקרה של אי-קיום החובה לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב ראו בג"ץ 59/80, לעיל ה"ש 71; ע"א 1569/93, לעיל ה"ש 114, בעמ' 725.

תמורת מתן הגט, ואותו חוזה יבוצע בשלמותו, היא תוכל לאחר מכן לא לתבוע ביטול חלקי והשבה של הכספים כפי שהוצע לעיל במסלול הרביעי, שהוא מסלול רב מהמורות מבחינות שונות, אלא להגיש תביעה נפרדת לפיצויי הסתמכות בגין הפרת חובת תום הלב של הסרבן במשא ומתן לקראת השגת אותו חוזה, שיביאו אותה למצב שבו הייתה לולא אותה הפרת תום לב וסחיטת כספים. אפשרות כזו הועלתה לעיל במסלול הרביעי כמעין תביעת חוסר בררה למקרה שטענת העושק לא תצלח, וראינו כי היא אפשרית במקרה כזה רק לפי דעות השופטים קדמי וגולדברג. במסלול זה, המסלול החמישי, אין מדובר בדרך של לית בררה אלא ב"דרך המלך".

גם כאן התוצאה יכולה להיות שהמסורבת תשלם בפועל רק סכום המגלם את הפער בין הסכום שאליו התחייבה בחוזה לבין אותם פיצויי קיום, אם פיצויי הקיום קטנים מן הסכום המגלם את הפער האמור, ובכל זאת זה יהיה צעד גדול קדימה מבחינתה. בכל מקרה אחר תהיה השוואה של כוח המיקוח.

למסלול החמישי שני יתרונות מרכזיים: היתרון האחד הוא האפשרות לצמצם מאוד את הסרבנות על רקע כלכלי. אם המטרה של סרבנות כזו היא להגיע לאותו הסדר של מתן גט תמורת כספים, והסרבן ידע כי הסדר זה, גם אם יקום במלואו ולא יידרש ביטולו כבמסלול הרביעי, יהיה כפוף לתביעה עוקבת בגין פיצויי הסתמכות, ייתכן שכל המהלך לא יהיה כדאי עבורו. במיוחד נכונים הדברים למקרה שפיצויי ההסתמכות בתביעה זו יהיו ממשיים אף אם לא יגיעו בהכרח לסכום ששילמה המסורבת תמורת הגט. היתרון המרכזי השני הוא האפשרות לחמוק מבעיית הגט המעושה. אמנם יש כאן הוצאות בהגשת תביעה נוספת, נפרדת, אולם תביעה כזו אינה מאלצת את הסרבן לתת את הגט. הוא כבר נתן את הגט בתמורה לכספים שקיבל קודם לכן בגין קיום החוזה. כעת הוא נאלץ לשלם – אפילו לא להשיב כספים – עבור התנהגותו במשא ומתן לקראת אותו חוזה. זהו כבר חוב חדש שלאחר מתן הגט, ולכן דומה שלא תהיה בעיית גט מעושה, וזו יכולה להיות בשורה אמיתית של המתווה החוזי.

עם זאת יהיה ניתן לאיין את יתרונות המסלול בקלות מסוימת. ראשית, חלק מטענות ההגנה רלוונטיות למסלול זה, כפי שנראה להלן בפרק הבא: ייתכן שהסרבן יוכל לסכל את המהלך אם יראה שבראייה כוללת, המסורבת קיימה חוזה ושילמה כספים לפי התחייבויותיה על פיו מתוך כוונה ברורה לקבל בחזרה את הכספים – כולם או חלקם – לאחר מכן בהליך עוקב. שנית, אם המסורבת תפסע בדרך של המסלול החמישי, יש חשש שהסרבן יוסיף תניה בהסכם הגירושי, המגבילה את המסורבת מלתבוע פיצויים לאחר קיום החוזה או המבטיחה לו עצמו איזשהו מגנון של שיפוי. אם תניה כזאת תעמוד במבחן המציאות, יאויין מסלול זה. אולם המסורבת התובעת תנסה, מן הסתם, להיאבק בתוצאה של תניה כזו. היא תוכל לטעון שההגבלה על הגשת תביעה תיחשב למנוגדת לתקנת הציבור וכזו שאינה מאפשרת לה את יומה בבית המשפט.<sup>131</sup> כמו לעניין המסלול הרביעי, גם כאן תוכל המסורבת להוסיף ולטעון שתי טענות. כזכור, סעיף 3(4) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה) קובע כי הנפגע (לענייננו, הסרבן) מהפרת החוזה לא יהיה זכאי לאכיפה אם אינה צודקת בנסיבות העניין. המסורבת תוכל לטעון כי התניה היא חלק מהסחיטה, ולכן אכיפתה של אותה תניה אינה צודקת, ואכיפה כזו פירושה למעשה שחוטא יוצא נשכר. הטענה האחרת היא חוסר תום לב במשא ומתן, שיכולה לבסס, כאמור לעיל, גם טענות הגנה נגד תביעה, כטענת מגן ולא רק חרב. לכן המסורבת תבקש לדחות את

131 ראו, באופן כללי, יורם רבין זכות הגישה לערכאות כזכות חוקתית (תשנ"ח).

טענת הסרבן לאכיפת התניה החוזית בשל חוסר תום הלב שלו בעצם הכללת תניה זו בחוזה. מכיוון שהמסלול החמישי כולו סובב סביב אותו חוסר תום לב, ייתכן שטענה זו תצלח בקלות יתר משבמסלול הרביעי. אם הטענות תתקבלנה, ייתכן שהמסורבת תזכה לשני סעדים – גם אי-אכיפת התניה החוזית וגם פיצויי הסתמכות, וכך ראוי שיהיה. אם כן, המסלול החמישי מעמיד למעשה ליטיגציה אפשרית בת כמה שלבים, אולם מפותלת ככל שתהיה, אולי לעתים היא תהיה כדאית, ולו מן הטעם שאין כאן בעיה של גט מעושה.

## ח. הגנות אפשריות

בפרק זה יידונו הגנות מפני תביעות נזיקיות וחוזיות בגין סרבנות גט. מובן שאין להצביע על השימוש באמצעי מסוים ואף לעודד את אותו שימוש מבלי לעסוק בהגנות שיכולות להגבילו. יש לזכור כי ההדגשה בחיבור זה אינה רק בתובעים פוטנציאליים אלא גם בנתבעים פוטנציאליים, והמאמר אמור לשרת גם אותם. גם אילו היה החיבור אמור לשרת רק תובעים פוטנציאליים, הם חייבים כמובן להכיר גם את טיעוני-הנגד הרלוונטיים, כדי להתכונן כראוי, וגם, במקרים מסוימים, כדי לחשוב היטב אם כדאי לפסוע בדרך חוזית במסלול מסוים מתוך חמשת המסלולים שהוצגו, או שכדאי, בשל פוטנציאל לקיומה של הגנה טובה, לפסוע במסלול חוזי אחר או במתווה נזיקי.

קיימות הגנות נזיקיות מובהקות, ובהן הסתכנות מרצון והגנה מפני תביעה בגין שידול וסיוע מטעם קרובים וחברים שסייעו לסרבן. קיימות הגנות חוזיות מובהקות, ובהן חוסר בגמירות דעת ובמסוימות, כפייה ועושה ופיצויים מוסכמים מופרזים. קיימת גם הגנה נזיקית מובהקת, הקיימת אף בדיני החוזים אך היא מובהקת פחות, והיא הגנת האשם התורם. כל אלה תיסקרנה כעת לענייננו.

### 1. בחינת הגנות מפני תביעה נזיקית: הסתכנות מרצון, סיוע פסיבי, אשם תורם והתנהגות התובע

ההגנות הפוזיטיביות מפני תביעה נזיקית (מלבד הגנות כגון טענה שיסודות התביעה לא התקיימו, שאין קשר סיבתי, או דחיית התביעה מטעמי מדיניות משפטית וכיו"ב) הן מועטות יחסית. לכאורה ניתן להעלות הגנה של הסתכנות מרצון לפי סעיף 5 לפקודת הנזיקין. לטענה זו, על התביעה להידחות, שכן בני הזוג נכנסים מרצונם לנישואין הדתיים, על כל הכרוך בהם, כולל מצב של סרבנות. אולם בישראל אין חלופות לזה לבד מחיים כידועים בציבור או רישום כנישואים בארץ למי שנישאו בנישואין אזרחיים בחוץ לארץ, ולכן יהיה קשה במיוחד לטעון טענת הגנה כזו. בחוץ לארץ עומדת בפני בני הזוג גם האופצייה של נישואין אזרחיים, וחלק מהזוגות בוחרים בה או בשתי המערכות בד בבד – נישואין אזרחיים ודתיים. לפיכך ניתן לכאורה לטעון שעד כמה שידועה תופעת הסרבנות, יש בעצם הנישואין כדת משה וישראל, ולו במקום שיש בו חלופה מעשית לנישואין לא דתיים באותה מדינה, משום הסתכנות מרצון. אולם אף אם הנתבע מצליח בטענתו זו (וספק אם כך יקרה), יהיה עליו לעבור מחסומים נוספים לא פשוטים להוכחה עקרונית של אותה הגנה גם ללא קשר לענייננו. תחולתה של ההגנה מותנית בקיומם של שלושה תנאים מצטברים: (1) ידיעת הניזוק על אודות הסיכון, לרבות הערכת אופיו המסוכן; (2) חשיפת הניזוק בפועל לסיכון זה; (3) רצונו של הניזוק לחשוף עצמו לסיכון זה ולהשלכותיו המשפטיות (כולל לאפשרות של אי-קבלת פיצוי)

בהתבסס על ידיעת מצב הדברים שגרם לנזק.<sup>132</sup> תנאים מצטברים אלה הופכים את ההגנה בישראל לכמעט בלתי ישימה.<sup>133</sup> דומה שגם קיומן של חלופות אזרחיות בחוץ לארץ אין פירושו שיש באמת יכולת בחירה, בעיקר במציאות של לחץ משפחתי וקהילתי להינשא דווקא כדת משה וישראל, לפחות נוסף על נישואין אזרחיים.

לעיל הועלתה אפשרות לתבוע את קרובי הסרבן וחבריו בגין שידול וסיוע, ובכך גם לעקוף את בעיית הגט המעושה. במקרים המתאימים ניתן להעלות הגנה אפשרית מפני שידול וסיוע ולטעון כי יש מקום לחלק בין סיוע אקטיבי (למשל הברחת הסרבן לחוץ לארץ ובכך לעגן דה פקטו את אשתו), שמהווה עוולה, לבין סיוע פסיבי יותר, של ניחומים, עידוד ומתן מקום מגורים בתקופת פירוד, שאלה פעולות צפויות ואף רצויות מבחינה חברתית, וכאן צריכה להיות הגנה.<sup>134</sup> יצוין כי לאחרונה הורה בית הדין הרבני על מאסר הוריו של סרבן בשל סיוע אקטיבי לסרבנות.<sup>135</sup>

לבסוף, לטענת ההגנה (החלקית) של אשם תורם לפי סעיף 68 לפקודת הנזיקין, הבוחנת, לענייננו, אם ניתן למצוא תרומה לנזק במעשי המסורב. האם ריבים, ויכוחים, בגידות וכיו"ב, כמצע למצב שאליו הגיעו בני הזוג, יכולים לבסס הגנה בדמות אשם תורם של המסורבת? או שמדובר למעשה באשם בהתפרקות הנישואין,<sup>136</sup> שאינו יכול לבסס טענה של אשם תורם לסרבנות של הצד השני. עד עתה הגנה זו לא יושמה לעניין סרבנות גט בישראל. כשלעצמי דומני שסרבנות היא סרבנות, וכל ניסיון להאשים את הצד האחר ובכך להצדיק את אי-השחרור מהנישואין – אל לו לצלוח.

למעשה, קשה מאוד לטעון כטענת הגנה של אשם תורם שהמסורבת גרמה בהתנהגותה לחלק מהנזק הנפשי שנגרם לה ולפגיעה באוטונומיה שלה.<sup>137</sup> מדוע? כדי שטענת האשם התורם תתקבל, אף

132 ע"א 119/86 קני בתים בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, נתניה, פ"ד מו(5) 727, 756 (1992); ע"א 4079/05 הוועדה המקומית לתכנון ובניה – שומרון נ' מעונה חברה לבניה בע"מ, פס" 35 (פורסם בנבו, 11.11.2010); ע"א 1354/97 עכאשה נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(3) 193, 203–204 (2004); עמוס הרמן מבוא לדיני נזיקין 353–357 (2006); משה ויסמן הגנות בדיני נזיקין 469 (תשס"ו); בועז שנוור "הסתכנות מרצון: הלכה ומציאות" עלי משפט א 327 (תש"ס).

133 אריאל פורת נזיקין א 422 הערה 299 (2013); ע"א 897/75 ווסטצ'סטר פייר אינשורנס קומפני נ' קורן, פ"ד לא(1) 660 (1976); ע"א 753/75 בלגה נ' עזבון טפט, פ"ד לב(1) 757 (1978).

134 תמ"ש (משפחה י-ם) 22158/97, לעיל ה"ש 40.

135 תיק אזורי (ת"א) 927170-1, 927170-6 (14.3.2016). ערעור הוגש בנדון.

136 שגם הוא למעשה אינו מוכר בישראל, כל עוד אין מוכרות תביעות נזיקין בגין בגידה. ראו סקירת פסיקה בתמ"ש (משפחה י-ם) 21382/01 ב. ד נ' ב. ר. (פורסם בנבו, 5.10.2007). לקביעת הרציונל בפסיקת בית המשפט העליון ראו ע"א 5258/98, לעיל ה"ש 41, בעיקר בפס" 14 לפסק דינו של השופט אליעזר ריבלין. בעקבות פסק דין זה של העליון נדחתה התביעה ברכיב זה בידי השופט פיליפ מרכוס בתמ"ש (משפחה י-ם) 21382/01 הנ"ל. וראו לאחרונה דברי השופט יצחק עמית בע"א 8489/12 פלוני נ' פלוני (פורסם בנבו, 29.10.2013). אך ראו פסק דינו של השופט אסף זגורי בתמ"ש (משפחה טב") 10541-03/11 מ.ז. נ' א.ז. (פורסם בנבו, 30.1.2012), שאפשר זאת בתנאים מסוימים. לפירוט ודיון ראו בנימין שמואלי "מפגשים ועימותים בין דיני הנזיקין לדיני המשפחה הדתיים האזרחיים: המעגלים השונים של תביעות הנזיקין במשפחה" עשרים שנה להקמת בתי המשפט לענייני משפחה בישראל 207–259 (צבי ויצמן עורך, תשע"ה). למערכת גירושין ללא אשם בשיטות המשפט המודרניות ראו ליפשיץ, לעיל ה"ש 66, בעמ' 316–315, 307–313.

137 להבחנה בין מקרים שונים של אשם תורם, מהם הרלוונטיים לעצם התרחשות האירוע ומהם להיקף הנזק, ראו הרמן, לעיל ה"ש 132, בעמ' 358–360. האשם התורם אינו חייב להיות גורם למאורע הנזיקי, אך חייב לתרום לנזק שנגרם. ראו שם, בעמ' 364–365.

אם היו בתי המשפט מכירים באשם בהתפרקות הנישואין מבחינה אזרחית, יש לבסס קשר סיבתי בין התנהלות המסורבת לבין הנזק הנטען.<sup>138</sup> אף אם המסורבת בגדה בסרבן, התעללה בו נפשית וכיו"ב, דומה שיהיה אי אפשר להוכיח קשר סיבתי בין התנהלות שכזו לבין הנזק הנפשי והפגיעה באוטונומיה למסורבת עצמה בעצם אימתן הגט לה וסחיטתה הכספית.

אם תעלה טענה שהתנהלות בעייתית של המסורבת הובילה לכך שהסרבן מסרב לתת לה גט, וממילא משום כך נגרמו למסורבת אותם נזקים, דומה שטענה זו אינה טענה של אשם תורם לפי סעיף 68, אלא טענה להפחתת הפיצויים מחמת התנהגותו הבלתי ראויה של התובע, לפי סעיף 65 לפקודת הנזיקין. סעיף 65 קובע כי אם הנתבע אחראי לנזק, אולם התנהגותו של התובע היא שגרמה להתנהגות האשמה של הנתבע, רשאי בית המשפט לפטור את התובע מחבותו לפצות את הנתבע או להקטין את הפיצויים ככל שיראה לו לצודק. יתר על כן, סעיף 65 אינו דורש אשם בהתנהגות התובע שהביאה את הנתבע לגרימת הנזק, אלא דורש התנהגות מסוימת. משכך, לכאורה, נטל ההוכחה על הנתבע להוכיח אותה הגנה יהיה קל מבאשם תורם, הדורש הוכחת אשמה של התובע על מנת להפחית לו פיצויים. יש לשים לב שאשם תורם מביא לכדי הפחתת פיצויים (בדרך כלל חלקית ולא בשיעור של 100%), התנהגות התובע יכולה, לפי לשון סעיף 65, לגרום גם פטור כללי מחבות ולא רק הקטנת הפיצויים. עם זאת דומה כי ברוב המקרים לא תצלח טענת הגנה לא רק לפי סעיף 68 אלא גם לפי סעיף 65. ניתן בהחלט לומר כי התנהגות המסורבת, שלילית ובעייתית ככל שתהיה, יכולה להוביל לכל היותר לפירוק התא המשפחתי, אך לא לתגובה נגדית של סרבנות. קשה יהיה לקבל טענה שהתנהגות מסוימת של המסורבת במהלך הנישואין הובילה לאותה סנקצייה קשה כלפיה, שהיא עונש של ממש – סרבנות גט. אכן, ייתכן כי רגשות שליליים שנוצרו אצל התובע בשל התנהגות המסורבת במהלך הנישואין הם שעוררו את רצונו לסרב, וברצונו לנקום בה כעת או לנצל את כוח המיקוח העדיף שלו כדי לסחוט ממנה כספים כמעין ענישה על התנהגותה כלפיו. אולם אין זו התנהגות לגיטימית, ואין לקשור אותה בצורה מוצדקת לעצם מתן הגט או לכספים המגיעים לשני בני הזוג על פי חלוקת הנכסים במקרה פירוד. כמו כן לשונו של סעיף 65 ברורה – יישום ההגנה כפוף לשיקול דעתו של בית המשפט ("רשאי") ואם בית המשפט ימצא שהפחתה או פטור אלה צודקים. קשה להאמין שבית משפט יקבל טענה שהתנהגות שלילית של התובעת, שהולידה רצון להעניש או לנקום מצד הנתבע בשלילת חופש ופגיעה חמורה באוטונומיה, מוצדקת, ושיש להפחית פיצויים או לפטור לגמרי מתשלומם על בסיס התנהגות כזו.

עם זאת, ולשם הדיון התאורטי בלבד, נשווה בנפשנו שבית המשפט אכן יקבל את הטענה שקיים קשר סיבתי עקיף יותר או פחות בין התנהגות המסורבת לסרבנות ולנזקה, ויקבל את הטענה שהתנהגות השלילית שלה גרמה לפירוק התא המשפחתי, וזו גרמה לסרבנות הגט מתוך מניע נקמני או סחטני. לשם קבלת טיעון זה יהיה על הסרבן הטוען להגנה זו להוכיח כי בהתנהגות המסורבת טמון האשם בהתפרקות התא המשפחתי. בנקודה זו יהיה שוני, כך נראה, בין שיטת משפט הדוגלת בגירושין

138 יש לבחון אם בהתנהגות הניזוק קיים אשם הקשור סיבתית להתרחשות אירוע הנזק, להיקפו או לחומרתו. ראו ויסמן, לעיל ה"ש 132, בעמ' 62. סטנדרט הבדיקה הוא של האדם הסביר בנסיבות העניין, דהיינו: על הניזוק לנהוג כפי שהיה נוהג ניזוק סביר בנסיבותיו הספציפיות של המקרה, כאשר המועד הרלוונטי לבחינה הוא מועד אירוע הנזק. ראו שם, בעמ' 64–67.

ללא אשם (או כפי שהיא מכונה לעתים, גירושין לפי דרישה) לבין שיטה הדוגלת בגירושין על יסוד אשם.<sup>139</sup> בגירושין ללא אשם נמנע בית המשפט מלדון בשאלה מיהו הגורם שהוביל להתפרקות התא המשפחתי. לעומת זאת בשיטה של גירושין על יסוד אשם לא תהיה מניעה מעיסוק בשאלה אם התנהלות המסורבת אכן הובילה להתפרקות התא המשפחתי, ובכך גרמה בעקיפין למעשי הנתבע. לכן רק בשיטת משפט של גירושין על יסוד אשם יהיה ניתן, לנקודת מבט זו, לבסס הגנה לפי סעיף 65 ולו תאורטית בלבד. ניתן לומר שמגמת בתי המשפט האזרחיים בישראל, כמו ברוב העולם המערבי, היא אכן לנטוש את גישת הגירושין על יסוד אשם ולראות במניעת גירושין פגיעה בזכויות חוקתיות. מובן שבתי המשפט האזרחיים בישראל אינם חולשים על ההחלטה על גירושין – עניין זה הוא בסמכות ייחודית של בתי הדין הדתיים, אולם בנושאים שבסמכותם זו המגמה, וניתן ללמוד זאת גם מהסוגיה דנן – מההכנות של חלק משופטי בתי המשפט האזרחיים (לענייני משפחה) לפסוק פיצוי נזיקי לסרבני גט אף במקרים שבית הדין הרבני לא חייב אותם לתת גט.<sup>140</sup> משכך, דומה שבתי המשפט במרבית מדינות המערב ימנעו מעיסוק בשאלת האשם של המסורבת בהתפרקות התא המשפחתי. עם זאת הימנעותם של דיני המשפחה מעיסוק בשאלות של אשם אינה גוררת בהכרח הימנעות זהה מצד דיני הנזיקין, שהיא מערכת שכן מחפשת אשם בדרך כלל ופועלת ברובה על פי משטר אחריות של אשם ורשלנות (כך לפי סעיף 68; לפי סעיף 65 אין צורך להוכיח אשם, אך הצבעה על אשם בהתנהגות התובע יכולה מן הסתם להוסיף ולהועיל לנתבע להוכיח את ההגנה). כאן יכולה להיות סתירה מסוימת בין שתי מערכות דינים ליברליות – דיני הנזיקין ודיני המשפחה האזרחיים. דילמה זו קיימת גם בתביעות נזיקין בגין בגידה, ומאותם שיקולים.<sup>141</sup>

על אף האמור לעיל ניתן לחשוב על חריג אשר יוכל בכל זאת לחסות בהגנת סעיף 65, ולו לפי גישות מסוימות. לדידו של שחר ליפשיץ, לעתים התנאת הסכמה לגירושין המותנית בהשגת יתרונות כלכליים אינה בהכרח סרבנות, ויש מקרים שבהם סירוב לתת גט ממניעים כלכליים יוכל להיות לגיטימי. בייחוד נכונים הדברים במקרים שבהם לאחר חלוקת הרכוש האישה נותרת בנחיתות כלכלית ניכרת, או כאשר יש לאישה צורך כלכלי בהמשך קבלת המזונות, והגירושין יפסיקו בהכרח לשלומים אלה.<sup>142</sup> על בסיס טענה זו סרבנית גט הנתבעת בנזיקין תוכל לכאורה לטעון כי ההתנהגות הכלכלית

139 לדיון נרחב ומשווה בין שתי השיטות ראו ליפשיץ, לעיל הערה 66, בפרק 16 (החל מעמ' 301). כן ראו James T. McHugh, *No-Fault Divorce Laws: An Overview and Critique*, 18 THE CATHOLIC LAWYER 237 (2017), reprinted from THE JURIST 226 (1972). לגירושין ללא דרישה, דהיינו למודל המאפשר לבן הזוג להתגרש ביוזמה חד-צדדית וללא הוכחת אשם, ראו ליפשיץ, שם, בעמ' 301. לגירושין על יסוד אשמה, שם צריכה להתקיים עילת גירושין המתבססת על אשם של אחד הצדדים על מנת שהצדדים יוכלו להתגרש, ראו שם, בעמ' 303–305. למהפכה בעולם המערבי, של מעבר ממודל של גירושין על יסוד אשמה למודל של גירושין חד-צדדיים לפי דרישה והסתפקות בעילת גירושין "אובייקטיבית" על מנת להביא לסיום את קשר הנישואין ראו שם, בעמ' 306–308.

140 ראו לעיל ה"ש 136 והאסמכתאות שם.

141 ראו אבישלום וסטרייך **הזכות לגירושין: גירושין ללא אשם במסורת היהודית** 13–14 (תשע"ד); שמואלי, לעיל ה"ש 13, בעמ' 221–251; שמואלי, לעיל ה"ש 101, בפרק ד חלק 3.

142 ליפשיץ, לעיל ה"ש 66, בעמ' 350–352. וראו דעות שונות בבע"מ 3151/14 **פלונית נ' פלוני** (פורסם בנבו, 5.11.2015) בדבר השאלה אם אישה המסורבת לקבל גט מתוך שהיא מצויה במצב כלכלי קשה בהליך הגירושין, והיא יודעת שעם הגירושין יפסקו מזונותיה, שקולה למעשה לבעל סרבן גט. כן ראו שמואלי, לעיל ה"ש 19, בעמ' 580–581.

של המסורב-התובע במהלך הנישואין, אשר יצרה מצב שבו היא הפכה להיות תלויה בו כלכלית בעת התפרקות התא המשפחתי, היא שגרמה לכך שתיאלץ לסרב לתת לו גט. כאמור, לשם הוכחת הגנת סעיף 65 אין צורך להוכיח אשם של המסורב. לכן גם התנהלות כלכלית לגיטימית יכולה להיחשב התנהגות שגרמה לאשמה של הסרבנית. מנגד, בדיני הגירושים המודרניים קיימת התחשבות פחותה בשאלת האשם גם בעניין התוצאות הכלכליות הנובעות מן הגירושין, דהיינו באשר לחלוקת הרכוש. מדינות אשר דבקות בגירושין ללא אשם לא ייחסו חשיבות לשאלות כגון מי אחראי לפירוק הקשר, מי יזם אותו, או איך כל אחד מהצדדים התנהל במהלך הנישואין (מלבד התנהגות שיש לה השפעה כלכלית ישירה, כגון בזבוז לא מבוקר של כספים).<sup>143</sup> משכך, לא תתקבל גם טענה הנשענת על הקשר שבין ההתנהלות הכלכלית של המסורב במהלך הגירושין לבין ההשלכות הכלכליות של הגירושין. בסוגיה זו ייתכן שתכריע את הכף מידת הדבקות של המשפט במודל של גירושין ללא אשם: שיטת משפט אשר דבקה במודל של גירושין ללא אשם בעקיבות תסרב לקבל את טענת ההגנה של הסרבנית לפי סעיף 65, ואילו שיטת משפט שאולי דבקה בגירושין ללא אשם אך שלא לחלוטין, אולי תסכים לקבל טענה כזו.

## 2. בחינת הגנות מפני תביעה חוזית: אי-גמירות דעת ומסוימות, עושק וכפייה, הפחתת פיצויים ואשם תורם

ניתן להעלות את מגוון ההגנות הקיימות בדיני החוזים, אם הן רלוונטיות למסלולים דלעיל. כך ניתן לטעון לאי-קיומן של גמירות דעת<sup>144</sup> ומסוימות<sup>145</sup> להגיע ליחסים חוזיים שבמסגרתם תום לב והסכמה לסיים את הנישואין כשבן הזוג לא ירצה בהם עוד.

לכאורה, לפי המסלול הראשון, שבו יש סעיף מפורש בהסכם קדם-נישואין, שמטרתו להילחם בסרבנות גט דרך שימוש בקונסטרוקצייה של מזונות, יהיה קשה מאוד לטעון שהבעל לא באמת חתם על הסכם קדם-נישואין מרצונו. אולם יש לזכור כי לפחות בקהילת ה-RCA בארצות הברית מדובר במוסכמה עד כי כמעט שאי אפשר להינשא כדת משה וישראל בלעדיה. פירושם של דברים הוא שגם מי שמעוניין פחות להינשא בנישואין דתיים עומד לעתים בפני לחץ משפחתי וקהילתי לעשות כן, ולכן לעתים הוא נדחק לחתום על הסכם זה שלא באמת מרצונו. גם אם יש לו חלופה דחוקה (לא להינשא כלל או להינשא בנישואין אזרחיים בלבד), ואין מדובר בכפייה או בעושק (שיידונו להלן), ניתן לכאורה לטעון שאין מדובר בהסכמה שלמה, ויש לתת על כך את הדעת במישור של גמירות הדעת. עם זאת אין אנו מחפשים כאן רצון מלא, שכן לעתים אדם חותם על חוזה מחוסר בררה (למשל במקרה שבו הוא נאלץ למכור את דירתו או את רכבו בשל מצב כלכלי קשה), גם אם אין הדבר מגיע לכדי כפייה או עושק. כאן, למרות כפייה תרבותית-חברתית מסוימת, דומה שיש בכל זאת גמירות דעת, שאם לא כן, היה הבעל יכול בפשטות לעזוב את אותה חברה או קהילה או לא לחתום.

143 ליפשיץ, לעיל ה"ש 66, בעמ' 312-313.

144 שלו, לעיל ה"ש 80, בעמ' 85-88; פרידמן וכהן א, לעיל ה"ש 80, בעמ' 156-157.

145 שלו, לעיל הערה 80, בעמ' 88-90; פרידמן וכהן א, לעיל ה"ש 80, בעמ' 267-270; השופט שמגר בע"א

440/75 זנרבנק נ' דנציגר, פ"ד ל(2) 260, 269 (1976).

אשר למסלול הרביעי יהיה ניתן אולי לטעון שמסורבת שחתמה על אותו הסכם לא התכוונה כלל למלא אותו, וכוונתה מראש הייתה לדרוש בחזרה את הכספים שהתחייבה עליהם בחוזה לאחר מכן בתביעת נזיקין (או דרך ביטול בחוזים, כפי שהייתה אמורה לטעון), ומשכך אין לה גמירות דעת או שאינה תמת לב במשא ומתן לפי סעיף 12 לחוק החוזים (חלק כללי), ואולי אפילו יש כאן הטעיה במובן סעיף 15 לחוק זה.<sup>146</sup> טענות כאלה יכולות להיות רלוונטיות גם לפי החלופה למסלול הרביעי, שהועלתה לעיל, של אי-אכיפת החוזה מראש, אם התנאים מאפשרים זאת, ולא רק לפי המסלול שלפיו רוצה המסורבת להשיב לעצמה את הכספים ששילמה בחוזה דרך דרישה לבטלות חלקית. הטענות יכולות להיות רלוונטיות גם לפי המסלול החמישי – הסרבן יוכל לטעון שקיום המסורבת את החוזה ותשלום כספים על פיו ולאחר מכן תביעתה אותו בטענה להפרת תום לב במשא ומתן לקראת כריתתו של אותו חוזה בדיוק וציפייתה לקבל פיצויים שיכסו ולו חלק מסוים מהסכום ששולם, בבחינת קיזוז מסוים, צריכות להביא לבטלות כל המהלך או לפחות לפיצויים עבורו מכוח סעיף 12, ואין לדבר סוף.<sup>147</sup> אף אם ניתן לתאר בתי משפט שיקבלו טענה שיש בעיה לקבל גמירות דעת בחוזה משפחתי עד כי לא יראו בו אכיף,<sup>148</sup> לפחות בישראל כאמור בתי המשפט אינם ממהרים להתערב בחוזים כאלה. על כל פנים, דומה שיהיה קשה לטעון להגנה כזו גם לפי שאר המסלולים, אם כי נקודת המבט היא אובייקטיבית. עם זאת הסרבן לא ימהר לטעון טענת ביטול כטענת הגנה, כי אם היא תתקבל יהיה עליו להשיב את הכספים שקיבל. הוא עלול לעשות זאת אם ירגיש שכלו כל הקצין, ויחליט אפוא להחזיר את הכספים כל עוד ינקום בכך בגרושתו, והסכם הגירושין על כל חלקיו יעורער ויעמוד כולו בפני סכנת ביטול, ויהיה ניתן להציגו כראיה בבית הדין הרבני כטענה ל"נשק יום הדין" של ביטול הגט למפרע, למשל בשל סכסוך משמורת או הסדרי ראייה שלאחר החתימה על החוזה ואף לאחר הגירושין בפועל. טענה שמכוחה יהיה ניתן לקבל פיצויים תוכל כמובן להיטען ביתר קלות לעומת ביטול חוזה. לעיל נדונו עילות הכפייה והעושה שיכולה המסורבת-התובעת להעלות כדי לבסס את טענתה לבטלות יחסית של החוזה שנחתם, לפי המסלול הרביעי. היו אלה טענות חרב. האם גם הסרבן-הנתבע יכול להעלות טענות אלה כטענות מגן? במצב כזה הוא יטען שהשלב השני של הסחירות, שמכוחו הוא חתם על אותו הסכם חליפין של מתן הגט תמורת ויתור המסורבת על הוצאה לפועל של פסק הדין האזרחי לפיצויים נגדו, נגוע למעשה בכפייה או בעושה, ומשכך על אותו הסכם להתבטל, שכן אינו משקף חתימה מהסכמה של ממש. אולם יש לדחות טענה זו בשתי ידיים, שכן לסרבן יש בחירה בכל שלב שהוא לתת את הגט ולא לסחוט, ואם המשיך לסרב ונתבע, לרשותו הבחירה לשלם את הפיצויים

146 מדובר בהצהרה טרום-חוזית כוזבת, המתבטאת בכתב או בעל פה. ראו גבריאלה שלו **פגמים בכריתת חוזה** 61 (מסדרת **פירוש לחוקי החוזים** בעריכת גר טדסקי, תשמ"א). כאשר הצהרה כזו נכללת במסגרת החוזה, ניתן לתבוע בהפרת חוזה. ראו שם, בעמ' 64.

147 מה יקרה בפועל אם טענה כזו של הסרבן, למשל להפרת תום לב של המסורבת, תתקבל? דומה שזהו מקרה של הפרות חוזיות הדדיות, שבו כל צד הוא מפר וכד בכד נפגע. במקרה כזה, לפי גבריאלה שלו ויהודה אדר **דיני חוזים – תרופות: לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי** 383–384 (תשס"ט), יש שתי אפשרויות. האפשרות האחת היא שבית המשפט יבחן כל תביעה בנפרד ויקבע את היקף האחריות לנזק של כל צד לנזקי הצד האחר בהתחשבו באשם תורם של הצד השני, ולאחר מכן יבוצע קיזוז שיפוטי של חיובי הפיצויים ההדדיים. האפשרות האחרת היא שיינתן פטור לכל אחד מהצדדים לנזק שגרם לצד האחר, וכך כל צד יישא באחריות מלאה לנזקים שנגרמו לו.

148 חזקה כזו נקבעה למשל ב- Balfour v. Balfour, [1919] 2 K.B. 571.

שבהם חויב כדין. נזכור שכל המהלך החל בניסיון שלו לסחוט את בת זוגו ולנצל אותה כלכלית בשל עמדת המיקוח העדיפה שלו על פי הדין הדתי. כל שעושה אותה עסקה בשלב השני הוא השוואת כוח המיקוח, ובמקרים רבים, כפי שצוין לעיל, הכוח אפילו אינו מושווה לאחר אותה עסקה, שכן המסורבת עדיין מתחייבת לשלם כספים עבור מתן הגט גם לאחר עסקת החליפין במסגרת הסכם גירושין כמו ההסכם שתואר במסלול הרביעי. וכך, אם מדובר בסכומים פחותים מאלה שהסרבן התכוון לסחוט, כוח המיקוח של המסורבת שופר אך לא יותר מזה, בבחינת הרע במיעוטו. ניסיון לשפר את כוח המיקוח עם סחטן ונצלן, ואפילו השוואת כוח המיקוח, בבחינת השבת מלחמה שערה בכלים משפטיים לגיטימיים, חוזיים או נזיקיים, המבססים אפשרות למשא ומתן לאחר הפסיקה של הפיצויים האזרחיים, אינם יכולים לבסס טענה בדבר כפייה ועושק כלפי הסרבן דווקא, ויהיה בכך משום לעג לרש אם כך ייקבע. הסרבן בוודאי לא נעשק דרך עסקת החליפין שעליה חתם, והוא גם לא נכפה לעשות כן במקום שיש לו כל העת בחירה – לשלם את הפיצויים על העוולה או הפרת החוזה ולהמשיך להחזיק בגט. יש לשלול אפוא נחוצות את אפשרות השימוש בעילות אלה מצד סרבן שחתם על הסכם שמשמעותו עסקת חליפין של גט תמורת ויתור על גביית הפיצויים בתביעה החוזית או הנזיקית.

טענת הגנה אפשרית הרלוונטית למסלול החוזי הראשון, של הסכמי קדם-נישואין, היא שאף שהבעל חתם מרצונו על אותו סעיף של מזונות גבוהים במיוחד במקרה של פירווד, וסעיף זה אינו דורש הוכחת נזק לא רק מעצם מיהותו כמזונות, אלא שמכיוון שמדובר דה פקטו בפיצוי מוסכם, אזי לפי סעיף 15 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א–1970<sup>149</sup> יש להפחית את הפיצויים שכן הם מוגזמים.<sup>150</sup> לפי הסעיף ניתן רק להפחית פיצויים ולא לשלול אותם לחלוטין.<sup>151</sup> במשפט האנגלי-אמריקני המצב הפוך – ניתן לבטל את הפיצויים כליל, ואין סמכות הפחתה.<sup>152</sup> סמכות הפחתה תופעל כאשר ימצא בית המשפט שהפיצויים המוסכמים נקבעו בידי הצדדים ללא יחס סביר לנזק שהיה ניתן לחזות מראש בעת כריתת החוזה בהיותו תוצאה מסתברת של ההפרה.<sup>153</sup> בית המשפט מתערב

149 אם "הסכימו הצדדים מראש על שיעור פיצויים... יהיו הפיצויים כמוסכם, ללא הוכחת נזק; אולם רשאי בית המשפט להפחיתם אם מצא שהפיצויים נקבעו ללא כל יחס סביר לנזק שניתן היה לראותו מראש בעת כריתת החוזה כתוצאה מסתברת של ההפרה".

150 ראו שלו, לעיל ה"ש 80, בעמ' 590–599; פרידמן וכהן ב, לעיל ה"ש 96, בעמ' 712–682. תוקפה של תניית הפיצויים המוסכמים נגזר מעקרון חופש החוזים, המבטא את רצונם של הצדדים, ולפיכך יש לכבדו (דברי השופט משה בייסקי בע"א 748/80 גולדשטיין נ' גוב ארי, פ"ד לח(1) 309, 326 (1984), בהתבסס על ע"א 300/77 רוזנר נ' בניני ט.ל.מ. חברה לבנין ופתוח בע"מ, פ"ד לב(3) 682, 686 (1978)). עמידה על הזכות לקבל פיצויים אלו, אף שסכום הפיצויים גבוה, אינה עולה כדי חוסר תום לב בקיום חוזה על פי ס' 39 לחוק החוזים (חלק כללי). שיעור הפיצויים בתניית הפיצויים המוסכמים צריך להיות מפורש ומדויק. תניה זו חלה, ככל תנאי, רק בהסכמה המפורשת של שני הצדדים.

151 כך עולה מלשון הסעיף. וראו דברי השופט מאיר שמגר בע"א 300/77, לעיל ה"ש 150, בעמ' 687 ובע"א 18/89 חשל חברה למסחר ונאמנות בע"מ נ' פרידמן, פ"ד מו(5) 257, 268 (1992).

152 E. ALLAN FARNSWORTH, FARNSWORTH ON CONTRACTS 283–297 (2<sup>nd</sup> ed. 1990); JOSEPH M. PERILLO, CORBIN ON CONTRACTS 446–456 (1951)

153 למעשה, מבחן הפחתה הוא מבחן היחס בין הנזק הצפוי לבין הפיצויים המוסכמים: האם בעת כריתת החוזה היו יכולים הצדדים לראות בפיצויים המוסכמים משקפים, לפי קנה מידה סביר, את הנזק שעלול להיגרם מההפרה שהתרחשה בפועל? ראו דברי השופט מישאל חשין בע"א 4481/90 אהרן נ' ג. פרוץ מ. בן גיאת חברה להנדסה ובנין בע"מ, פ"ד מז(3) 427, 436 (1993).

ומפחית במקרים נדירים וחריגים שבהם ייקבע כי לא קיים כל יחס סביר בין אותו פיצוי שנקבע לבין הנזק שהיה ניתן לחזות מראש.<sup>154</sup> דומה שהמקרה של המסלול הראשון – אותו סעיף למזונות בהסכם קדם-נישואין – אינו מתאים להפחתת הפיצויים המוסכמים בדמות מזונות מוגברים, המשקפים נזק קשה הנגרם מסרבנות גט. ברור גם שמטרת הסעיף היא בעיקר הרתעתית, והוא נועד לגרום לבעלים שלא לנצל את מצבן של נשותיהם ולסחוט מהן כספים תמורת הגט. הוא לא נועד אפוא למטרת העשרת האישה אלא כדי למנוע ניצולה. לכן דומה שאין להשתמש בהגנה כזו במקרה הנן, ובוודאי לא שימוש גורף. יש לזכור כי במקרים רבים בסופו של דבר המסורבת עוד מוסיפה ומשלמת כספים לסרבן בהסכם הגירושי, ולכן אף אם מאן דהוא יראה בפיצויים המוסכמים בהסכם קדם-הנישואין משום פיצויים מוגזמים, יש לראות את התמונה הכוללת.

לבסוף, אף שהגנת האשם התורם אופיינית בעיקר לדיני הנזיקין, היא מופעלת לעתים גם בדיני החוזים, ולו חלקית, במדינות מסוימות.<sup>155</sup> למעשה יש שני סוגים של אשם תורם: התנהגויות אשר גורמות לנזק במישרין והתנהגויות אשר גורמות להפרת החוזה, ובעקיפין להיווצרותו של הנזק.<sup>156</sup> ההתנהגויות מהסוג הראשון נפוצות בדיני הנזיקין, וההתנהגויות מהסוג האחר נפוצות יותר בדיני החוזים.<sup>157</sup> אם כן, במרבית המקרים שבהם ייחוס אשם תורם חוזי לנפגע, יהיה מדובר בהתנהגויות באחד משלבי הביצוע השונים של החוזה, אשר תרמו להפרת החוזה, ובעקיפין לנזק שנגרם בעקבותיהן.<sup>158</sup>

תוצאת הפעלתה של הגנת האשם התורם בדיני החוזים תהיה, כמו בדיני הנזיקין, חלוקת האחריות לנזק בין התובע לנתבע. בעניין זה קובעת השופטת דורית ביניש את אמות המידה לבחינה:

בחלוקת הנזק יש להביא בחשבון את היחס בין חומרת ההפרות של הצדדים, ראוי להתחשב במידת האשם שדבק בפעולותיו של כל אחד מהם, ויש להשוות את התרומה הסיבתית של כל אחת מההפרות לנזק. במקרים מסוימים יש מקום להבחין בין המשקל שניתן לאינטרס ההסתמכות של הצדדים לבין זה הניתן לאינטרס הציפייה. במקרים

154 ע"א 748/80, לעיל ה"ש 150, בעמ' 319; ע"א 532/83 יהודה סיני השקעות בע"מ נ' פישל, פ"ד מ(4) 319, 328 (1986). ואכן, בפועל התערבותו של בית המשפט היא מצומצמת ונדירה. כך השופטת מרים בן-פורת בע"א 300/77, לעיל ה"ש 150, בעמ' 686: "כל עוד קיים יחס סביר כלשהוא, ולו גם דחוק, משאירים את הפיצוי המוסכם בתוקפו".

155 ראו אריאל פורת הגנת אשם תורם בדיני חוזים (תשנ"ז). לעניין השימוש בהגנה זו מכוח עקרון תום הלב ראו שם, בעמ' 38. פורת מוסיף שאשם תורם חוזי יכול לחול משלב המשא ומתן לכריתת החוזה ועד למועד שלאחר הפרת החוזה, כל עוד הנפגע אינו מודע להפרת החוזה, שאז מתחילה לחול חובת הקטנת הנזק מכוח ס' 14 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה) ומפסיקה חובת האשם התורם; שלו ואדר, לעיל ה"ש 147, בעמ' 378–396. שלו ואדר סבורים, בניגוד לפורת, כי גם לאחר גילוי ההפרה האשם התורם עדיין חל לצד חובת הקטנת הנזק. ראו שם, בעמ' 390–393; דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים ג 405–410 (תשס"ג); אריאל פורת "הגנת אשם תורם למפר חוזה – אימתה?" עיוני משפט יח 103, 138 (תשנ"ד); יהודה אדר "הקטנת נזק ואשם תורם – הילכו שניהם יחדיו?" משפט ועסקים י 381 (תשס"ט). למשפט משווה ראו פורת הגנת אשם תורם בדיני חוזים, שם, בעמ' 38–49 וכן דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים ד 743–755 (תשע"א).

156 פורת הגנת אשם תורם בדיני חוזים, לעיל ה"ש 155, בעמ' 14.

157 שם, בעמ' 128.

158 שם, בעמ' 129.

אחרים יש מקום לבחון אם מטעמים של מדיניות משפטית ראוי להטיל על צד אחד לחוזה אחריות רבה יותר. שיקולים אלו ואחרים יובאו בחשבון כשהמטרה היא חלוקה צודקת של הנזק בהתחשב במאפייניו של המקרה הנדון.<sup>159</sup>

ראינו כי לא ברור כלל אם ניתן להעלות בענייננו טענה של אשם תורם בהקשר הנזיקי. ייתכן שהסיכוי להתקבלותה של טענה דומה בהקשר החוזי הוא עוד יותר קלוש. אם הנישואין אמנם נחשבים לחוזה, אזי האשם התורם קשור להתפרקות הנישואין ולא־קיום חוזה הנישואין בין הבעל לאישה. אם סרבנות גט הייתה תוצאה מסתברת ואופיינית מהתפרקות אותו חוזה נישואין, היה ניתן אולי לטעון שאשמה התורם של המסורבת בהפרת חוזה הנישואין גרם גם לסרבנות הגט. אך מכיוון שדומה כי מרבית המקרים של אותה הפרת חוזה נישואין מסתיימים בגירושין "רגילים" ללא סרבנות, קשה לראות כיצד אשם תורם קשור לסרבנות הגט בהיבט החוזי. בשיטת משפט של גירושין ללא אשם יקשה עוד יותר להטיל אחריות מכוח אשם תורם, שכן הדבר יחייב כניסה לבחינה מיהו האשם בפירוק הנישואין, ואיזו התנהגות של איזה צד תרמה לכך יותר. יצוין גם כי בהקשר החוזי גם אין מקבילה לסעיף 65 העוסק בהתנהגות התובע, אם כי יש הגנות אחרות, כגון חוסר תום לב, שבה נעבור לדון כעת.

פסיקת בית המשפט העליון בהלכת Eximin S. A. מאפשרת להכיר באשם תורם מכוח עקרון תום הלב.<sup>160</sup> אריאל פורת סבור שהלכה זו אינה מתייחסת רק למקרים שבהם שני הצדדים הפרו חוזה או את החובה לקיים חוזה בדרך מקובלת ובתום לב, אלא גם למקרים שבהם צד אחד הפר חוזה, והצד השני הוא בעל אשם תורם בלבד, דהיינו לא עמד בנטל של זהירות עצמית,<sup>161</sup> ודי בכך כדי להביא להפחתת הפיצוי.<sup>162</sup> הסיטואציה הראשונה יכולה להיות רלוונטית לענייננו במקרים מסוימים (למשל כשמדובר במסלול החמישי), והסרבן, כדי לטעון זאת, לא יצטרך להוכיח שהמסורבת נהגה בחוסר תום לב כדי שטענתו להפחתת פיצויים בשל התנהגותה תתקבל, אלא הוא יוכל להסתפק בהוכחה שהיא לא עמדה בנטל של זהירות עצמית בלבד.<sup>163</sup> לעומת זאת הסיטואציה השנייה יכולה להיטען בהרחבה רבה יותר, למשל שהמסורבת אשמה בסרבנות הגט – טענה שכאמור יהיה קשה להאמין שבית המשפט יקבל אותה בהקשר של סרבנות גט, אפילו בשיטת משפט של גירושין עם אשם, וקל וחומר בשיטה המתנערת מכך ופוסעת לכיוון של גירושין ללא אשם. מנגד, לדידם של גבריאלה שלו ויהודה אדר,

159 ע"א 3940/94 שמואל רונן חברה לבנין ופיתוח בע"מ נ' ס.ע.ל.ר חברה לבנין בע"מ, פ"ד נב(1) 210, 227 (1998).

160 ע"א 3912/90 Eximin S. A., תאגיד בלגי נ' טקסטיל והנעלה איטל סטייל פרארי בע"מ, פ"ד מז(4) 64 (1993).

161 החשובה לשאלה אם מוטל על הנפגע, בנסיבות העניין, נטל של זהירות עצמית מבוססת על שיקולים של מדיניות משפטית. אולם שלא כבדיני הנזיקין, שם כאשר יש צפיות טכנית חזקה שאכן מוטלת חובת זהירות, ורק שיקולי מדיניות כבדי משקל יבטלו חזקה זו, בדיני החוזים חזקה זו אינה קיימת. ראו פורת **הגנת אשם תורם בדיני חוזים**, לעיל ה"ש 155, בעמ' 133. אם נקבע שמוטל נטל כזה, כיצד בודקים אם הנפגע עמד בו? שלא כבדיני הנזיקין, שם משתמשים במבחן האדם הסביר בנעליו של הנפגע הספציפי אגב הישענות על נורמות התנהגות אובייקטיביות, בדיני החוזים הראייה סובייקטיבית יותר, והיא מביאה בחשבון את טיב היחסים בין הצדדים, את ציפיותיהם ההדדיות וכיוצא בזה. ראו שם, בעמ' 138. לא נראה שהפסיקה יישמה עמדה זו.

162 פורת **הגנת אשם תורם בדיני חוזים**, לעיל ה"ש 155, בעמ' 48.

163 ראו שם, בעמ' 130.

במקרים מן הסיטואציה השנייה, שבהם קשה לראות בהתרשלות העצמית של הנפגע משום חוסר תום לב, עלול להתעורר ספק בנוגע למקור הסמכות הפורמלי של בית המשפט לחלק את האחריות בין הצדדים משום שהלכת Eximin S. A. ביססה סמכות זו דווקא על עקרון תום הלב.<sup>164</sup> דומה שהפסיקה הלכה לאחרונה בעקבות הדעה השנייה דווקא.<sup>165</sup> על כל פנים, אימוץ גישה שנייה זו יקשה על הסרבן: כדי לטעון להפחתת פיצויים למסורבת מטעם של אשם תורם יהיה עליו להוכיח שהיא הייתה חסרת תום לב, וזהו כמובן נטל כבד יותר. כמו כן דומה שיקל על בית המשפט לקבוע שהמסורבת לא פעלה בזהירות עצמית יותר מלקבוע שלא פעלה בתום לב ותרמה לסרבנות, אם כי כאמור לצורך המסלול החמישי ייתכן שכך אכן ייקבע, אם באמת שילמה את הכספים מכוח החוזה, אך באמת התכוונה מראש לקבלם – כולם או חלקם – בחזרה מכוח תביעה לפיצויי הסתמכות בעקבות חוסר תום לב של הסרבן במשא ומתן, מה שעלול להיות חוסר תום לב שלה עצמה.

עוד טוען פורת שאשם תורם יכול להיות עילה לא רק להפחתת פיצויים אלא גם להפחתת של פיצויים מוסכמים לפי סעיף 15 (תרופות בשל הפרת חוזה),<sup>166</sup> וניתן לראות מגמה כזו בפסיקה בערכאות הנמוכות.<sup>167</sup> טענה דומה להפחתת פיצויים, אם הם מוגזמים, נטענה לעיל לעניין המסלול הראשון גם ללא קשר לאשם תורם. כזכור, שם היה מדובר בהסכם קדם-נישואין שבו סעיף מזונות שהוא למעשה סעיף של פיצויים מוסכמים במקרה של סרבנות. אולם כאן הטענה היא מכוח חלוקת אחריות לנזק בין הצדדים.

במקרה זה, כמו בכל המקרים האחרים, תיתכן התרשלות עצמית, אך בכל זאת בית המשפט יחליט להטיל את מלוא האחריות על המפר.<sup>168</sup> משמעות הקביעה היא כי לא יוטל כל אשם תורם על כתפי הנפגע ולא יופחתו פיצויים. קרי, שיקול הדעת הוא בנוגע לקביעה אם היה אשם תורם גם במקרים שבהם אכן הייתה התרשלות עצמית. אולם ברגע שנקבע כי אכן היה אשם תורם, אזי בית המשפט בהכרח יחלק את האחריות לנזק בין הצדדים. לפיכך לא בכל מקרה שתהיה התרשלות עצמית יוטל אשם תורם ויופחתו פיצויים, אך בכל מקרה שבו יוטל אשם תורם, בהכרח תהיה חלוקת אחריות לנזק. לענייננו, גם אם יתגבר הנתבע-הסרבן על כל המהמורות האפשריות בדרך לשכנוע בית המשפט להטיל עקרונית אשם תורם על המסורבת, ייתכן כי בית המשפט יחליט לבסוף להטיל את מלוא האחריות לנזק רק על הסרבן. סביר מאוד כי בית המשפט יחליט לעשות זאת מתוך ידיעה כי הפיצויים משמשים את

164 שלו ואדר, לעיל ה"ש 147, בעמ' 377–378.

165 ע"א 7194/13, לעיל ה"ש 73, פס' 28–29 לפסק דינו של השופט יצחק עמית.

166 פורת הגנת אשם תורם בדיני חוזים, לעיל ה"ש 155, בעמ' 254. פורת מפרט שלוש סיטואציות שונות שאשם תורם יכול להביא להפחתת פיצויים מוסכמים. ראו שם, בעמ' 255–256. דומני שבעניינינו מתאימה הסיטואציה השנייה, שלפיה הנזק הכולל הוא X+Y, אך הפיצויים המוסכמים מגלמים רק נזק X, היינו נזק שיש בו אשם תורם, ולכן יש להפחית את הפיצויים המוסכמים על פי חלוקת האחריות בין הצדדים. למעשה, יש כאן התייחסות אל הפיצויים המוסכמים כאל הערכה של נזקי ההפרה וחלוקתם בין הצדדים לפי אמות המידה המשמשות לחלוקת אחריות עקב אשם תורם. בדרך זו יש לפסוע כאשר ברור כי הפיצויים המוסכמים משקפים הערכה של הנזק שהאחריות לו משותפת לשני הצדדים.

167 ראו ת"א (שלום נצ') 12404-07-08 טטנבאום נ' ברבלט (פורסם בנבו, 28.6.2012); ת"א (שלום ראשל"צ) 21070-02-10 בן יוסף נ' דירינקין (פירמיאקוב) (פורסם בנבו, 5.2.2013); ת"א (שלום עפ') 55929-05-11 שולץ נ' פורמן (פורסם בנבו, 23.6.2015), שם הייתה נכונות עקרונית להפחית פיצויים מוסכמים בשל אשם תורם, אך באותן נסיבות נקבע שלא היה אשם תורם.

168 שלו ואדר, לעיל ה"ש 147, בעמ' 382–383.

המסורבת ככלי להשגת הגט מידי הסרבן. משכך, גם אם תגשם האפשרות הקלושה שבית המשפט יחליט שניתן עקרונית לייחס אשם תורם למסורבת, עדיין סביר שבסופו של דבר לא יפחית מאחריותו של הסרבן לנזק. זו צריכה להיות התוצאה הנורמטיבית הראויה לצורך מאבק בסרבנות.

\* \* \*

לסיכום, קיימות הגנות שונות מפני תביעות נזיקיות וחוזיות בגין סרבנות גט, חלקן הגנות שאם הן מתקבלות הן מביאות לדחיית התביעה וחלקן מביאות לכל היותר להפחתת פיצויים. דומה שרוב ההגנות אינן ישימות ברוב הסיטואציות של תביעות אזרחיות בגין סרבנות גט, אם מניתוח פשוט של אותן הגנות על הסיטואציה ואם מניתוח נורמטיבי שלפיו התובעת המסורבת אינה אשמה כך או אחרת בסרבנות כלפיה (אף אם הייתה מודעת לסיכון שבין זוגה יסרב לתת לה גט), ויש להוקיע סרבנות באשר היא כהתנהגות שלילית.

### ט. תביעה נזיקית לעומת חוזית: השווה והשונה

כעת, לאחר שנסקרו ונותחו מנגנון התביעה הנזיקית, חמשת מסלולי התביעה החוזית וכן ההגנות, אפשר להצביע על השווה והשונה בין המנגנונים להלכה ולמעשה. בחלק מהפרמטרים הנבחנים להלן יהיה ניתן למצוא קווי דמיון בין התביעה הנזיקית למסלולים החוזיים, ובאחרים יהיה ניתן לראות גם שוני.

#### 1. האם הפתרון כוללני – חל על כל מקרי הסרבנות, כולל על מקרים של נשים סרבניות?

לכאורה, התביעה הנזיקית כוללת מקרים רבים מאלה שכוללת התביעה החוזית. חלק מהמסלולים החוזיים רלוונטיים רק למקרים ספציפיים. למשל, המסלול הראשון חל רק אם הזוג חתם על הסכם קדם-נישואין. אם מדובר בהסכם הדומה להסכם האמריקני, הוא חד-צדדי, דהיינו חל רק על בעלים סרבנים ונשים מסורבות אך לא על המקרה ההפוך. המסלול השלישי חל רק במקרים של הפרת הבטחה בעל פה או הסכם מפורש להתגרש, והמסלול הרביעי חל רק במקרי כפייה לשלם עבור הגט במסגרת הסכם גירושין כבסיס לבטלות ההסכם. המסלול השני הוא נרחב וכוללני – טענה לחוסר תום לב יכולה להתאים לכלל מקרי הסרבנות אם הסרבנות היא למעשה סחטנות ואיום. גם המסלול החמישי רחב יחסית – הוא יכול לחול בכל מקרה שהצדדים חותמים על הסכם גירושין שבו סעיף סחטנות.

אולם התביעה החוזית מצליחה להתחמק, כך נראה, מכמה "מוקשים" גדולים. בבית המשפט לענייני משפחה יש מחלוקת אם פסקי דין רבניים בדרגה הפחותה מחיוב להתגרש ("מצווה" או "המלצה") מספיקים לצורך ההצבעה על הפרת חובת זהירות בעוללת הרשלנות (ועל אחת כמה וכמה כשלא קיים פסק דין רבני בכלל). חלק מהשופטים מורים על פיצוי רק כשיש חיוב בגט ומעלה (חיוב או כפייה), ואחרים מוכנים עקרונית להורות על פיצוי גם בדרגות נמוכות יותר של פסק דין רבני כגון

"מצווה" או "המלצה".<sup>169</sup> ברוב המסלולים החוזיים אין רלוונטיות לשאלה זו. המסלולים הראשון והשלישי סובבים סביב עניינים שאינם סרבנות הגט ישירות, ולכן ניתן להפעילם בקלות גם כשאינן חיוב לגט: עצם הפירוד מפעיל את הסכם קדם-הנישואין במסלול הראשון, והפרת הבטחה כזו או אחרת מפעילה את המסלול השלישי. המסלולים השני והחמישי תלויים בתפיסת המהות של חוסר תום הלב, וייתכן שגם כאן, ולו בחלק מהמקרים, יהיה ניתן להפעיל את אותם מסלולים חוזיים גם כשאינן חיוב לגט, על אחת כמה וכמה אם הפרת תום הלב נתפסת לא כעצם הסרבנות אלא כניצול והסחיטה גרופים.

## 2. האם מסורבת הגט מפוצה על נזקיה בכל אחד מהמתווים?

לכאורה, ובפשטות, מסורבת הגט מקבלת פיצוי על נזקיה, והיא נותרת עם הכספים אם אינה חפצה להמירם. כאמור, בתביעה הנזיקית לא תמיד כל השופטים מאפשרים פיצויים במקרים שאין חיוב לגרש מטעם בית הדין הרבני, וברוב המסלולים החוזיים נראה שאין הגבלה כזו. לפיכך על פני הדברים המסורבת מפוצה על נזקיה, וכפי שכל תובע שזכה בפיצוי יכול לבחור לעצמו מה לעשות בפיצוי שזכה לו, המסורבת מחליטה להשתמש בפיצוי זה לטובת הדבר החשוב ביותר שהיא יכולה לקנות באמצעות אותם פיצויים – הגט, שאותו לא יכלה לקנות קודם לכן עקב סחיטת הסרבן (או שיכלה, טכנית, לעשות זאת אך לא הייתה מעוניינת להיכנע לסחיטה ולשלם לו מכספה לשם כך).

עם זאת יש לזכור שמסורבות רבות שתובעות פיצוי עושות כן מחוסר בררה. מכיוון שהן נתונות במבוי סתום, הן משתמשות בלית בררה ב"נשק" זה כדי להגיע לעסקת החליפין. יאמר האומר כי יש בכך משום בעיה מבחינת הצדק המתקן.<sup>170</sup> אולם לא זה המצב, שכן המסורבת אמנם בוחרת במסלול

169 ראו למשל תמ"ש (משפחה ת"א) 24782/98 נ.ש. נ' נ.י. (פורסם בנבו, 14.12.2008), והערעור – עמ"ש (מחוזי ת"א) 1020/09, לעיל ה"ש 16; תמ"ש (משפחה י-ם) 17493/06 פלונית נ' פלונית (פורסם בנבו, 27.11.2011); תמ"ש (משפחה י-ם) 21162/06, לעיל ה"ש 19; תמ"ש (חי) 12200/08 פלונית נ' אלמוני (טרם פורסם, 21.2.2010); תמ"ש (משפחה י-ם) 46459-07-12, לעיל ה"ש 19; תמ"ש (משפחה נצ') 46631-05-13, לעיל ה"ש 63. לתיאור שלוש גישות מרכזיות בנדון ראו עמ"ש (מחוזי ת"א) 46631-05-13, לעיל ה"ש 16; תמ"ש (משפחה פ"ת) 35603-12-11 פלוני נ' פלונית, פס' 89–93 (פורסם בנבו, 8.2.2015).

170 מטרתו של הצדק המתקן היא לתקן את העוול ביחסים בין הצדדים דרך פיצוי של המזיק את הניזוק ובסכום הנזק בדיוק, דהיינו בסכום שהמזיק הרוויח על חשבון הניזוק, בהתעלם לא רק מצדדים אחרים אלא מכל שיקול אינסטרומנטלי-חיצוני. כך לפי הצדק המתקן האריסטוטלי כפי שתופסים אותו כיום ארנסט ווינריב וסיעתו. ראו למשל Ernest J. Weinrib, *Corrective Justice*, 77 IOWA L. REV. 403, 410 (1992). הוא מתעקש על ביצוע "immediate normative connection between what the defendant has done and what the plaintiff has suffered" (Ernest J. Weinrib, *Causation and Wrongdoing*, 63 CHI. KENT L. REV. 407, 409 (1987)). מבחינתו, אותו יחס בין הצדדים והתשלום עקב הרווח הלא הוגן של המזיק על חשבון הפסד הניזוק הוא אינהרנטי ונצרך: "The bipolarity of corrective justice also fashions the remedy, that is, the rectification, that corrective justice accomplishes. The rectification responds to—indeed corresponds to—the injustice that is being rectified. Because the defendant has realized a gain correlative to the plaintiff's loss, the correction entails a loss to the defendant that is simultaneously a correlative gain to the plaintiff. In this way the rectification reverses the unjust act by undoing the excess and the deficiency that constitute the injustice" (ERNEST J. WEINRIB, THE

שלא הייתה בוחרת בו מלכתחילה לו יכלה לקבל את הגט, ומטרתה לקבל סעד משני כדי להמירו בסעד הראשי שבו היא מעוניינת, אך אין חולק כי זכותה לקבל פיצוי על הנזק הנפשי שנגרם לה מסרבנות הגט, ושהפיצוי מגיע לה בזכות ולא בחסד. פיצוי זה אינו משועבד בהכרח לאותה עסקת חליפין להשגת הגט, אלא הוא, בפשטות, זכות של המסורבת.

היה ניתן לומר לכאורה שבתי המשפט לענייני משפחה משתפים פעולה עם הרצון להגיע לעסקת חליפין כזו, ולכן פוסקים סכומים גבוהים יחסית עבור נזק נפשי, בן עשרות אלפי ש"ח ואף יותר לכל שנת סרבנות. לעומת זאת במקרים אחרים של נזק נפשי בכלל, ולבן זוג בפרט, הסכומים זעומים במידה ניכרת.<sup>171</sup> שתי תשובות לכך. התשובה האחת היא שהסכומים הנפסקים בגין נזק נפשי בבתי המשפט בארץ ובעולם הם בדרך כלל זעומים ואינם משקפים את מידת הנזק. לעתים בתי משפט אזרחיים בישראל מאמצים, במתמיה, את הסטנדרט של הפיצוי לפי הסדר הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים, שהוא הסדר של אחריות מוחלטת בעל תקרה, ומעתיקים אותו לתביעות על פי פקודת הנזיקין, כגון בעוולת הרשלנות, שאין בעניינן כל תקרה. מהלך זה כאמור תמוה, ואם בתי המשפט לענייני משפחה פורצים את אותה תקרה לא מוצדקת, ולו בתביעות בגין סרבנות גט, יש לעודד את התופעה. אדרבה, יש לקוות שתהיה זליגה הפוכה, דהיינו שהפסיקה של פיצויים גבוהים יותר עבור נזק נפשי מסרבנות גט תשפיע לכיוון של פסיקת פיצוי גבוה בהרבה בגין נזק נפשי במקרי התעללויות נפשיות אחרות במשפחה, שאינן נובעות בהכרח מסרבנות גט. כמו כן יש לקוות שתהיה זליגה החוצה אף לבתי המשפט האזרחיים, ושגם הם יתחילו לפסוק פיצויים גבוהים יותר בגין נזק נפשי לא ממוני. בהקשר זה יש לציין כי קיים חוסר התאמה עקרוני בין חישוב הפיצוי לפי הנזק בפועל לבין הצורך בפיצוי ככלי להמרה בגט, שם השאלה אם המהלך יצא לפועל תלויה במידת האפשרות "לכופף" את הסרבן, והדבר נובע בין היתר מעושרו של הסרבן ולא מהנזק למסורבת. במילים אחרות, אם המטרה הייתה רק להשתמש בתביעה ככוח מיקוח, סכום הפיצוי היה נפסק על פי נסיבות המקרה ועל פי מידת עושרו של הסרבן, ולא על פי הערכת הנזק שנגרם למסורבת. דיון זה רלוונטי כמובן במיוחד לתביעה הנזיקית, אולם ייתכן שתהיה לכך משמעות גם בתביעה החוזית, בחלק מהמסלולים שבהם יש להעריך את הנזק (אך לא במסלול הראשון, של הסכם קדם-נישואין, שם הסכום קצוב ומוסכם מראש).

התשובה האחרת היא שלכאורה עבור מסורבת המעוניינת בגט ומוכנה להקריב את הפיצויים לשם כך אין משמעות לסכום הפיצוי, במובן שהיא אינה מקבלת ממנו דבר. כל החשיבות בהיותו של סכום גדול היא בתמרוץ הסרבן להגיע לעסקה, שכן אם הסכום יהיה נמוך, רוב הסרבנים, אפילו שונאי הסיכון, לא יתמרוצו להגיע לעסקה. הם יקוו לסחוט סכום גבוה בהרבה תמורת הגט בבית הדין הרבני ויהיו מוכנים "לבלוע צפרדע" קטנה יחסית בדמות פיצויים זעומים כדי להמשיך לסרב ולסחוט כספים רבים יותר. האם בכך יש בעיה מבחינת הצדק המתקן, שהפיצויים הנפסקים למעשה רצון למיקוח ולהגעה לעסקה, ולכן הם גבוהים ואינם משקפים פיצוי אמתי בגין הנזק הנפשי עבור סרבנות

171 IDEA OF PRIVATE LAW 63, 65 (1995). אותו עיקרון של הדדיות או דו־קוטביות מכונה למעשה על ידי

ווינריב בשם "קורלטיביות". ראו שם, בעמ' 9–134.

יש בתי משפט הפוסקים פיצויים דיפרנציאליים לפי גודל הנזק הנפשי והפגיעה באוטונומיה, לפי מספר שנות הסרבנות, לפי המידה שבה המשיך המסורב בחייו למרות הסרבנות וכיו"ב, ויש הפוסקים לפי מפתח קבוע לשנה. גם מודלים נוספים אפשריים. ראו Shmueli, לעיל ה"ש 58; 2016, לעיל ה"ש 19, בעמ' 588–600, 607–608.

הגט? לא ולא. כאמור, נזקים נפשיים ופגיעה באוטונומיה למסורבת הגט צריכים להביא לתוצאה של פיצויים גבוהים, ויש הצדקה לפיצויים גבוהים אף אם המסורבת אינה ממירה את הפיצויים בגט. זאת ועוד, כפי שצוין לעיל, יש לזכור כי המסורבת ממירה זכות המגיעה לה – הפיצוי עבור הנזק הנפשי שגורמת לה סרבנות הגט – ומוסרת אותה בעבור קבלת זכות אחרת שגם היא מגיעה לה – הגט – אף שבעולם אידאלי היה מקום שתיוותר עם פיצויים על הנזק הנפשי ועם הגט. במקרים רבים המצב חמור עוד יותר, שכן הסכם גירושין שייחתם בעקבות אותה עסקה במקרים רבים עדיין יכול ויתור של המסורבת על חלק מזכויותיה ורכושה תמורת מתן הגט כפי שראינו במקרים מושאי המסלול הרביעי לעיל. כלומר, לא זו בלבד שהיא מוותרת על הפיצויים שבהם זכתה כדי שהסרבן יאות לשבת ברצינות אל שולחן המשא ומתן, הפעם מנקודת כוח ומיקוח טובה יותר, גם אין מדובר בשוויון בכוח המיקוח; הבעל עדיין מחזיק במפתח להשגת הגט, והוא יסיף ויטחט בדרך כלל כספים תמורת מתן הגט נוסף על הויתור על חוב הפיצויים, אף אם הסכום הנסחט יהיה כעת קטן יחסית לסכום שאותו אבה לסחוט בתחילת המהלך. רק אם תצליח המסורבת לקבל את השבת הכספים בפועל לאחר מתן הגט, במקרים המנויים במסלולים הרביעי והחמישי, אף אם לא יהיה מדובר בכלל הסכומים ששילמה (לפי המסלול החמישי), יהיה בכך משום השוואה אמיתית יותר של כוח המיקוח. בכל המקרים האחרים, אם המטרה היא להגיע לעסקת חליפין, בסופו של דבר המסורבת אינה מפוצה כדבעי באמצעות התביעה הנזיקית. לבסוף, האם אפשר לפסוק פיצויים לעתיד בתביעה הנזיקית והחוזית, דהיינו פיצוי על המשך הסרבנות גם אחרי מועד מתן פסק הדין, או שהפיצויים נפסקים אך ורק לעבר? עניין זה כמעט שלא נדון עד עתה. פסיקה של פיצויים נזיקיים לעתיד אפשרית בעולה נמשכת, ויש בפסיקה כזו משום הרתעה ומשום חיסכון בעלויות של תביעה נוספת.

ראינו שהרב שלמה דיכובסקי, לשעבר אב בית דין בבית הדין הרבני הגדול ומנכ"ל בתי הדין הרבניים, שגישתו ליברלית יחסית, מאפשר בתנאים מסוימים הגשת תביעת נזיקין, אך אחד התנאים לכך מבחינתו הוא התחייבות של המסורבת שלא לתבוע בעתיד, והתביעה תפצה לכל היותר על העבר ולא תהיה איום לעתיד, וכך לדעתו יאויין החשש מגט מעושה.<sup>172</sup> מה גישתם של שופטי בית המשפט לענייני משפחה בנדון? לא רבים התייחסו לכך. השופטת טובה סיון מבית המשפט לענייני משפחה בתל אביב חששה לפסוע בדרך זו של פסיקת פיצויים עתידיים על אימתן הגט ממתן פסק הדין והלאה (למשל עבור כל יום נוסף של סרבנות) בדיון בתביעה נזיקית בגין סרבנות גט, גם מסיבה של הגברת החשש מגט מעושה, שעלולה להעכיר עוד יותר את היחסים שבין הערכאות.<sup>173</sup> דומני כי יש מקום עקרוני לפסיקת פיצויים עתידיים, בייחוד אם אותו בית משפט מחשב את הנזק בחישוב חודשי או שנתי.

השופט נמרוד פלקס מבית המשפט לענייני משפחה בירושלים לא מיהר לפסוק פיצוי עתידי גם בתביעה חוזית, והסביר זאת כך:

172 ראו לעיל בטקסט ליד הערה 29.  
173 "...לסעד זה איני נעתרת מאחר ואני סבורה כי הוא חורג מגדרה של תביעה זו לפיצוי נזיקי, אשר מתבסס בין השאר על נזקי עבר ועל עבור הזמן. בנוסף, נראה כי פסיקת פיצוי שכזה תגרוש את הסאה במערכת היחסים המורכבת בין ביהמ"ש לענייני משפחה לבין ביה"ד הרבניים, ותגלוש, מעבר לרצוני לתחום סמכותו הבלעדית (גם ובעיקר בהתאם לחוק בתי דין רבניים (קיום פסקי דין של גירושין), תשנ"ה (1995))" (תמ"ש (משפחה ת"א) 24782/98, לעיל ה"ש 169, פס' 9).

איני מקבל את עמדת התובעת שיש לחייב את הנתבע בפיצוי חודשי אף לעתיד, עד למועד מתן הגט. יש לזכור, כי פיצוי בגין נזק הוא סעד משני, מקום בו לא ניתן ליתן סעד של אכיפה, או לא ניתן למנוע את הנזק (ולעיתים ניתן אך מטעמים מסוימים מוחלט שלא לעשות כן). נזקי העבר שנגרמו לתובעת אכן אינם ברי הטבה, אלא בדרך של פיצוי. לא ניתן להשיב את גלגל החיים לאחור ולא ניתן למנוע בדיעבד את הצער והבדידות שנגרמו לתובעת. בגין אלה יש לפצות את התובעת פיצוי כספי. ברם, אין מקום להניח, א־פריורית, כי הנתבע יעמוד במריו ולעולם יסרב ליתן גט. המקרה דנן שונה ממקרה בו עסקינן במפעל מזהם הגורם למטרד וניתן פיצוי בגין המטרד תוך הנחה שהזיהום ימשיך. כולי תקווה שהנתבע ישכיל לנהוג כראוי וליתן לתובעת את גיטה וברי, כי ככל שלא יעשה כן תהא התובע זכאית לשוב ולתבוע את נזקיה בגין התקופה שתחלוף בין מועד הגשת הסיכומים בתובענה דנן ובין מועד תביעתה העתידית, ככל שתוגש. טעם נוסף לאי פסיקת פיצוי פרוספקטיבי הינו, כי הנזק העתיד לא הוכח. הנסיבות בהן שרויה התובעת היום נדונו בעת ביורר התובענה דנן ושיעור הפיצוי נקבע בהתחשב בנסיבות אלה. אין כל וודאות שהנסיבות האמורות תשרונה אף בעתיד. יתכן ושיעור הפיצוי הנגזר מן הנסיבות המשתנות יהיה אחר, ולפיכך אין מקום לפסוק היום פיצוי בגין נזק העלול להיגרם בעתיד.<sup>174</sup>

לכאורה ניתן להסיר חששות אלה שמעלה השופט פלקס בפשטות, דרך קביעה שהפיצויים העתידיים כפופים לתנאי מתבקש: אם הסרבן ייתן גט, הוא לא יחויב להמשיך ולשלם. אך ייתכן שהשופט למעשה חושש ממקרי ביניים, שם תהיה בעתיד מוכנות של הסרבן לתת את הגט, אך מסיבות שונות, כגון חילוקי דעות, הוא עדיין אינו לא נותן את הגט בפועל. ייתכן שניתן גם לפסוק פיצוי לעתיד עם אפשרות למעין עיון חוזר, כמו במקרי החלטות בדיני משפחה למשל בעניין שיעור מזונות או הסדרי ראייה, שם ההחלטות אינן סופיות ונתונות לשינוי נסיבות ללא ערעור אלא דרך פנייה בבקשה מיוחדת כזו, לעיון חוזר, באותה ערכאה.

### 3. האם דרך השימוש בכל חלופה ניתן להשיג את המטרה – הגירושין?

אם בתביעה הנוזיקית או החוזית הפיצויים גבוהים דיים, והמטרה ברוב המקרים היא כאמור להגיע לעסקת חליפין של ויתור על הפיצויים תמורת מתן הגט, יהיה ניתן להגיע להסכם לגירושין. כאמור, במקרים רבים תוסיף המסורבת פיצוי מסוים במסגרת ההסכם כדי לקבל את הגט אם הסרבן לא יסתפק בוותר על הפיצויים שזכתה בהם בתביעה. עם זאת הסכם כזה לא ייחתם אם הסרבן מקשה את לבו עוד יותר, אם הוא עשיר דיו, והסכום הנפסק אינו גורם לו לתת את הגט והוא מוכן לספוג אותו, או שהוא אוהב סיכון וסבור שיוכל לסחוט כספים רבים יותר בהמשך הדיונים בבית הדין הרבני. מובן גם שהשאלה נגזרת מהחשש לגט מעושה, שכן אם העסקה תסוכל עקב חשש כזה, הגירושין לא יושגו בעקבות התביעה. כאמור, תביעות אלה הפכו לאחד מהסמלים הבולטים ביותר למאבק הסמכויות בין בתי הדין הרבניים לבין בתי המשפט לענייני משפחה. בתי הדין טוענים שדיון בערכאות אזרחיות

174 תמ"ש (משפחה י-ם) 44248-05-10, לעיל ה"ש 61, פס' 62–64.

פירושו התערבות אזרחית בסמכותם הבלעדית בענייני נישואין וגירושין (סמכות זו משתרעת, לדבריהם, לכאורה גם על הדיון הנזיקי, שכן העסקה לאחר מתן הפיצויים משנה דה פקטו את הסטטוס המשפחתי), והם פתחו במעין מאבק, ששיאו עיכוב הליכי סידור גטין לנשים שהגישו תביעות, בהתנתם את המשך הדיון המשפטי, ללא כל הבטחה לסידור גט בסופו של דבר, במשיכת התביעות.<sup>175</sup> הם גם טוענים שהכפייה הממונית על הבעל לתת את הגט, ובכך לוותר על סחטנותו טרם מתן הפיצויים, שוללת דה פקטו את כוח הבחירה שלו, ולפיכך היא בבחינת "אונס ממוין", העלול להפוך את הגט שיינתן לגט מעושה שלא כדין, שדינו בטלות. עם זאת זהו מאבק שרדזינר טוען, במסקנותיו ממחקר אמפירי שביצע, שהוא רטורי יותר משהוא מעשי.<sup>176</sup>

עם זאת, כפי שראינו, אם דרך חלק מהמסלולים החוזיים תתבע המסורבת בטלות חלקית של אותו הסכם או פיצויים בשל חוסר תום לבו של הסרבן לאחר יישום אותו חוזה, לא יהיה כדאי לסרבן להגיע לעסקה של מכירת הגט וחתימה על אותו הסכם שבו סעיף של תשלום המסורבת עבור הגירושין. ייתכן שהדבר יוציא את העוקץ מכל הסרבנות הכלכלית, וייתכן שיביא לחתימת הסכמים מאוזנים יותר, דהיינו כאלה שבהם גם אם עדיין תהיה התפשרות לא הוגנת של המסורבת, היא בכל זאת תהיה כזו שניתן יותר להשלים עמה. אם כך יהיה, יקווה הסרבן שהמסורבת לא תפעל משפטית נגדו לאחר יישום אותו חוזה.

ראינו שניתן לחשוב גם על תניות בחוזים כאלה שיגבילו התערבויות משפטיות עתידיות. עם זאת סעיפים כאלה לא יהיו תמיד אכיפים, וייתכן שיבוטלו מכוח היותם מנוגדים למוסר ולתקנת הציבור משום שאינם נותנים לתובעת את יומה בבית המשפט ומונעים ממנה זכויות בסיסיות. מכאן שדווקא תביעות חוזיות, יותר מנזיקיות, יוכלו, ולו בחלק מהמקרים, לגרום או לאי-חתימה על הסכם לא מאוזן והפסקת סרבנות כלכלית או לחתימה על הסכמי גירושין מאוזנים יותר וסחטניים פחות. במקרים אלה, שפורטו בעיקר במסלולים הרביעי והחמישי, המהלכים העיקריים נעשים דווקא אחר מתן הגט. הם אמנם אינם מסייעים להשיג את הגט במקרה הקונקרטי, אך הם מסייעים למעשה להשיב את כספי הסחיטה לאחר מתן הגט, ולכן הם עשויים להיות יעילים במיוחד, אם יתקבלו ולא יועלו מהלכי נגד מטעם הסרבנים. הם עשויים להועיל גם לטווח הרחוק בניסיון לאיין את תופעת הסחטנות הכלכלית, בידיעה של הסרבן שמתן הגט וקבלת הכספים אינם סוף פסוק מבחינתו.

#### 4. האם כל פתרון צודק ומוסרי?

עצם הפיצוי על סרבנות הגט צודק ומוסרי. התביעה האזרחית היא כלי מעצים בידיה של מסורבת הגט. כך היא אינה נתונה בנחיתות נורמטיבית, ודיני הנזיקין והחוזים מאפשרים לה לנהל את מאבקה ביד רמה ולעמוד על זכויותיה.<sup>177</sup> אולם כאמור לעיל, בעולם אידאלי צריכה מסורבת הגט להיוותר הן עם

175 ראו למשל תיק (גדול) 1-21-7041, לעיל ה"ש 15.

176 רדזינר, לעיל ה"ש 14.

177 ביטון, לעיל ה"ש 12.

גט והן עם פיצוי על נזקיה הנפשיים, ולא להמיר את האחד באחר כדי להגביר את כוח המיקוח שלה, וודאי שלא להוסיף עוד כספים למען קבלת הגט.<sup>178</sup> ניתן לסבור ככלל כי בעיות במשפט הפרטי ראוי שייפתרו דווקא בתוך המשפט הפרטי.<sup>179</sup> זו יכולה להיות מדיניות ראויה בהחלט במקרים שונים. עם זאת יש לזכור כי הפתרון במסגרת תביעה נזיקית או חוזית במשפט הפרטי (הכולל תשלום אגרה, ניהול תביעה, חשיפה לחקירה נגדית וכיו"ב) מעביר מסר בעייתי שמדובר בבעיה פרטית של האישה שעליה לפתור אותה בעצמה ולא בבעיה חברתית, אף כי המדינה מעניקה את הפלטפורמה ומכירה בתביעה בדרך כלל באמצעות בתי המשפט שלה. נראה אפוא שנוח למדינה שלא לפעול נגד הסרבן בפלילים או באמצעים אחרים ולהותיר למסורבת את המאבק. עם זאת והיות שזה המצב כיום, אין לזנוח את הכלים האזרחיים; מה גם שחלק מהתביעות החוזיות אולי יכולות, כאמור, להוציא את העוקץ מן הסרבנות מלכתחילה, ובכך לאיין את המצב הטוב־רק־בנסיבות־העניין, שהוא אולי הרע במיעוטו, של ויתור על פיצויים בתביעה אזרחית למען קבלת הגט, ואף הוספת סכומים לצורך זה לסרבן כדי שייאות לחתום על הסכם גירושין גם לאחר ההליך האזרחי שהגביר את כוח המיקוח של המסורבת.

## 5. האם כל אחד מהפתרונות יעיל כלכלית (הוצאות מנהליות, עלויות עסקה, סרבול ועירוב גופים שונים בתהליך, הצורך להוכיח אשם, פיזור נזק)?

דומה כי הפתרון הנזיקי יעיל במידה חלקית ביותר. אמנם רק הבעל והאישה מתדיינים, ואין בעיות של collective action, שכן אין בעיית התאגדות של ניזוקים רבים, או של freeriders ("טרמפיסטים"), שכן השוק הוא של שני אנשים בלבד.<sup>180</sup> אולם העלויות של ה"סיבובים" השונים עד לפתרון הן גבוהות. עובר בדרך כלל זמן רב – לעתים כמה שנים – עד שניתן פסק דין בתביעה נזיקית בבית המשפט לענייני

178 היה ניתן לחשוב למשל על מנגנון שמכווח חלק מהפיצוי הנפסק למסורבת ייותר ברשותה, והיא לא תוכל להמירו, וגם הסרבן ידע שאין באפשרותה להמיר את כל הסכום. אולם הדבר יחתור תחת רצונה ותחת האוטונומיה שלה במקרים מסוימים להשיג את הגט, מתוך ידיעה שהסכום שנותר לא יספיק לצורך כך. 179 השוו למשל Hanoach Dagan & Avihay Dorfman, *Just Relationships*, 116 COLUM. L. REV. 1395 (2016). דגן ודורפמן מציגים את החשיבות שבטיפול המשפטי בממד הבין־אישי, אך אינם טוענים כי המשפט הפרטי חייב תמיד לפעול על מנת להגשים את חובתו לצדק בין־אישי באמצעות המערכת השיפוטית. הם אף מציינים, בהקשר של פיצויים בגין תאונות עבודה ועל פי המודל הניו־זילנדי, שיש מקרים שבהם הזכות מוגשמת דווקא באמצעות כלים מנהליים, דהיינו במשפט הציבורי דווקא. עם זאת התא המשפחתי נתפס כמרחב ביניים מיוחד שבין הפרטי לציבורי, ודיני משפחה אינם נתפסים כחלק קלאסי של המשפט הפרטי. לגישות פמיניסטיות ואחרות הפרטי הוא הציבורי, וכל הקורה במרחב המשפחתי אינו עניין פרטי בלבד. ראו למשל Frances E. Olsen, *The Family and the Market: A Study of Ideology and Legal Reform*, 96 HARV. L. REV. 1497 (1983); Frances Olsen, *Children's Rights: Some Feminist Approaches to the United Nations Convention on the Rights of the Child*, 6 INT'L J.L. & FAM. 192, 194–195, 208 (1992); Michael Freeman, *Feminism and Child Law*, in FEMINIST PERSPECTIVES ON CHILD LAW 19, 20 (Jo Bridgeman & Daniel Monk, eds., 2000). עם זאת דיני המשפחה עוסקים בהסדרה של יחסים בין פרטים ובפתרון של סכסוכים ביניהם, כמו בסוגיה דגן. משכך, דומה שהם שייכים למשפט הפרטי יותר משהם שייכים למשפט הציבורי. דיני הנזיקין והחוזים הם בוודאי חלק מהמשפט הפרטי.

180 Shmueli, לעיל ה"ש 58.

משפחה. עלויות העסקה גבוהות, והזכייה בתביעה אינה מובטחת, שכן יש להוכיח אשם של הסרבן, קשר סיבתי וכיו"ב יסודות העוולות הרלוונטיות. כמו כן, אין כאן למעשה על מי לפזר את הנזק מעבר לשני הצדדים עצמם, באין ביטוח<sup>181</sup> או מנגנונים אחרים לפיזור.

עם זאת עם הזמן ועם ההתייצבות על פיצוי בסכומים ברורים וידועים מראש, יהיה אפשר, ולו במקרים מסוימים, להגיע לעסקה גם בטרם פנייה למסלול האזרחי, רק מתוך הידיעה שמסלול כזה אפשרי (בייחוד אם תהיה הלכה ברורה בנדון בבית המשפט העליון). עצם קיומו של ה"שוט" על הקיר יוכל לפעול את פעולתו גם ללא שימוש בו למעשה, אם סיכויי קבלת תביעות אלה יוסיפו להיות גבוהים, והסכומים הנפסקים בתביעות אלה יוסיפו להיות גבוהים ומרתיעים. לכן בסופו של דבר יכולה להיות מושגת מניעה, ולו מסוימת, דרך חלופה זו. מצב כזה של ודאות ויציבות, שיתמרץ משא ומתן לפני פסק דין, יפחית עלויות – הוא יחסוך תביעות ויקל את העומס המוטל על בתי המשפט.

קבלה עקרונית של תביעות נזיקין כאלה אינה מפחיתה מהצורך להוכיח אשם וקשר סיבתי. אולם ככל שתביעות דומות רבות יותר כאלה מתקבלות, הוכחת יסודות אלה לא תהווה מכשול של ממש, וייתכן שזה כבר המצב כיום, לאחר יותר מעשור של תביעות כאלה, שרובן המוחלט מתקבל.

גווידו קלברזי מסביר שלעתים החברה אינה רוצה לאסור לגמרי על פעולה מסוימת, אך למעשה משתמשת בכלל אחריות כמו פיצויים עונשיים למעשה, דהיינו בפיצויים גבוהים משיעור הנזק כדי להרתיע במיוחד, ובכך כמעט לאסור על הפעילות. הדוגמה שהוא מביא בספרו החדש, *THE FUTURE OF LAW AND ECONOMICS*, היא מפיצוי נזיקי בגין סרבנות גט.<sup>182</sup> לדעת קלברזי, פיצויים גבוהים בגין סרבנות גט יש בהם משום שימוש לגיטימי בכלי הרתעתי של מעין פיצויים עונשיים, לאמור: במקום לאסור על הפעולה בפלילים או דרך שימוש בכלל של אי־עבירות (inalienability) החברה בוחרת, מטעמיה שלה, להשתמש בכלל אחריות (דהיינו בהטלת אחריות בדמות פיצויים). כך מטילה החברה על אותה פעילות מעין מס – מחיר גבוה – כדי להרתיע מאוד מפני עשייתה, עד כדי כמעט איסור. כלל אחריות הוא למעשה פיצוי נזיקין למסורבת בשונה מכלל קנייני כגון הוראה על מתן הגט. אך אין זה בהכרח פיצוי עונשי, אלא רק מעין־עונשי, לאמור: הפיצוי הגבוה הוא הפיצוי עצמו, גופו, ולא יותר ממנו, במקרים שבהם החברה אמנם סבורה שיש להגביל במידה רבה דה פקטו את נקיטת הפעילות דרך הרתעת המבצעים הפוטנציאליים, והיא מעדיפה, מטעמיה שלה, שלא לאסור לגמרי על הפעילות המזיקה. במקרה כזה, לדעת קלברזי, יש היגיון רב בהחלתו של כלל אחריות.<sup>183</sup> לעומת כל זאת, בחלק מהמסלולים בתביעות חוזיות אין צורך להוכיח אשם, וחישוב הפיצוי פשוט מחישוב נזק לא ממוני בתביעת נזיקין, כגון בהסכמי קדם־נישואין שבהם קיימים פיצויים מוסכמים מראש. במסלולים אחרים אין שוני עקרוני מחויב בצורת ניהול ההליך ובאורכו לעומת תביעת הנזיקין. שאר הפרמטרים כאן, כגון עלויות עסקה או עירוב גופים אחרים זהים לתביעה הנזיקית. כמו כן באותם

181 להצעה ליישום מנגנון ביטוחי ראו בן שורץ "הצעה לפתרון ביטוחי לבעיית מסורבות הגט" **שנתון המשפט העברי** כז' 201 (תשע"ב–תשע"ג). הצעה זו, הסובלת מכמה וכמה בעיות, לא אומצה בינתיים.  
182 GUIDO CALABRESI, *THE FUTURE OF LAW AND ECONOMICS: ESSAYS IN REFORM AND RECOLLECTION* 120, 129 (2016).

183 שם. כן ראו Benjamin Shmueli, *Post Judgment Bargaining with a Conversation with the Honorable* **Judge Prof. Guido Calabresi**, 50 WAKE FOREST L. REV. 1181, 1220–1227 (2015) בעמ' 1222.

מקרים שבהם תביעה חוזית יכולה להביא לאי-כדאיות הסחטנות מראש, דומה שהתביעה יעילה עוד יותר, ואולי רק האיום בהגשתה יוכל למנוע את הסרבנות.

## 6. האם יש חשש לגט מעושה בכל אחד מהפתרונות?

כאמור לעיל, רבות נכתב ונאמר בנדון, שהתביעה הנזיקית עלולה לגרום ל"אונס ממוץ", שכן הבעל אינו נותן את הגט מרצונו, והדבר נכון דווקא במקרים שבהם הבעל הוא הנתבע (כאשר האישה נתבעת בגין סרבנותה לקבל גט אין עניין של גט מעושה, שכן מעיקר הדין יכול האיש לגרש את אשתו אפילו בניגוד להסכמתה, אף אם בתי הדין אינם כופים גט על אישה). יש גישות הלכתיות מקלות יותר, אך כאמור הן מתנות זאת בתנאים שונים, כגון שהפיצוי לא יהיה גבוה, שייפרס על פני תקופה, שייפסק דווקא בבית הדין הרבני ולא בבית משפט אזרחי וכיו"ב. גם הקונסטרוקצייה המעניינת שהציעו יחיאל קפלן ורונון פרי – להגביל את הפיצויים בצורה אחת לפי דעה הלכתית אחת<sup>184</sup> – לא אומצה, בוודאי לא אימוץ גורף.<sup>185</sup>

כאמור, יש הרכבים בבתי דין רבניים המעכבים את המשך הדיון עד למשיכת תביעות הנזיקין. אך בפועל, כפי שמראה רדזינר, קונסטרוקצייה זו פועלת, ובתי הדין מסדרים גטין גם במקרים שהוגשו תביעות נזיקין, והמגישה אוימה שאם לא תמשוך את תביעתה, יקפיא בית הדין את הדיון בגט, ובחלק מהמקרים, במפתיע, האישה נותרת עם הגט, ותביעת הנזיקין מגיעה לסיימה, ולכן היא אינה צריכה לוותר על הפיצויים כדי לקבל את הגט.<sup>186</sup> עם זאת אין להתכחש לבעייתיות שמעלה חלופה זו של תביעת נזיקין בהיבט ההלכתי ובהיבט של העצמת מאבק הסמכויות. אף שאל לה לאישה לוותר על אפשרותה להשיג את הגט בכל דרך חוקית שהיא, אם דרך זו מסורבלת, ויש חשש שבסופו של דבר לא תביא את הגט, יש לבחון דרכים אחרות, עצמאיות או משולבות.

אשר לתביעה החוזית, ראינו לעיל כי מסלולים שונים מעלים תוצאות שונות. בחלק מהמסלולים החשש מגט מעושה קטן מבסלול הנזיקי. המסלול הראשון פועל היטב בארצות הברית, בחלק ממדינות אירופה, בקנדה ובאוסטרליה, וחלקית גם בישראל. ההבדלים נובעים בין היתר מכך שבישראל הסכמי קדם-נישואין רווחים פחות, והפרת סעיף בהם, הרלוונטי לעניין סרבנות, הוא בסיס לתביעה בגין הפרת חוזה. כמו כן ההבדלים נובעים מכך שכאמור לעיל בחוץ לארץ בדרך כלל תביעות אזרחיות מחזקות את מעמד בית הדין הרבני, שהוא פרטי ופועל מכוח בוררות, בנתון תוקף מדינתי לאכיפת ההחלטות של בית הדין, ואילו בישראל התביעות הללו מחלישות את מעמד בית הדין. בישראל רבים מהרבנים מתנגדים להכיר בתוקפם של הסכמי קדם-נישואין המאפשרים מזונות מוגברים אם אחד מבני הזוג יעכב את מתן הגט. בית הדין הרבני רואה בכך משום מזונות עונשיים המעלים חשש שאין באמת רצון חופשי לבעל ועלול להכריע שגט שהוא תוצאה של הפעלת הסכם כזה ייחשב למעושה, ולכן יש נטייה לא להכיר מראש בהסכמים כאלה. אולם אם כבר נחתמו הסכמים כאלה, ההסכמה מראש של הצדדים, הבאה לידי ביטוי בחתימה על ההסכם, מאיינת חלק גדול מהחשש לגט מעושה, שכן מדובר כאן בוותר על חוב קודם וקיים ולא על יצירת חוב חדש כמו בתביעה הנזיקית. ראינו כי בתי הדין הרבניים

184 קפלן ופרי, לעיל ה"ש 4.

185 לאימוץ מסוים ראו השופט צבי ויצמן בתמ"ש (משפחה כ"ס) 19480/05, לעיל ה"ש 12.

186 רדזינר, לעיל ה"ש 14.

מתגמשים יותר כשמדובר בויתור על חוב קיים, כפי שנעשה לעניין מחיקת חובותיו של סרבן בביטוח הלאומי תמורת מתן הגט. לכן מבחינה זו לפחות יתרונה של התביעה במסלול הראשון הוא גדול. כמו כן ראינו שבמסלול השלישי, של תכסיסנות גט, הפיצוי אינו על עצם הסרבנות, ויש להקל בו מבחינת החשש מגט מעושה ולו לדעות הלכתיות מסוימות שהובעו. במסלול השני של סרבנות גט כתום לב קיים חשש לגט מעושה באותה עצמה כמו בתביעה הנזיקית, ואילו במסלול הרביעי החשש מגט מעושה אינו רלוונטי, בשל הנסיבות של הסכם גירושין שדורשים כעת את ביטולו. במסלול החמישי דומה שיש אפשרות למסורבת גם לקבל גט וגם לקבל בפועל את הכספים ששילמה עבורו, כולם או חלקם, כל זאת בלא חשש לגט מעושה, אם כי כאמור ייתכן שניתן לאיין את יתרונות המודל. מכאן שהחשש מגט מעושה עמום יותר בחלק מהמסלולים החוזיים, ובשניים מהם הוא למעשה אינו קיים.

\* \* \*

יש להדגיש כי גם אילו היו התביעות החוזיות בבחינת כלי נוסף שאינו עדיף בנסיבות מסוימות מן הכלי הנזיקי, ולא היה בו יתרון מבחינת החשש מגט מעושה, גם אז היה בו יתרון בעצם הגדלת ארגז הכלים העומד לרשות המסורבת בסיטואציות השונות של הסרבנות; מה גם שלפי ממצאיו של רדזינר, כאמור, גם בתביעה הנזיקית יש הבדל בין רטוריקה למהות, והחשש מגט מעושה אינו מונע את הצלחת המהלך הנזיקי, ולא צפוי שימנע גם את הצלחת המהלך החוזי. אך ראינו כי אין מדובר רק בכלי נוסף. התביעות החוזיות מעמידות בפני המסורבת חמישה מסלולים שונים החלים בסיטואציות שונות, ויתרונם של כמה מאותם מסלולים, כפי שראינו לעיל, מודגשים וברורים כשלעצמם.

## סיכום

בחיבור זה הוצגו חמישה מסלולים אפשריים לתביעות חוזיות בגין סרבנות גט. שלושה מבין חמשת המסלולים חלים על סוגי מקרים ספציפיים של סרבנות גט (מסלול למקרה שיש הסכם קדם-נישואין ובו סעיף מתאים של מעין פיצויים מוסכמים, מסלול למקרה שהופרה הבטחה להתגרש ומסלול שבו הוצע להשתמש בטענה לבטלות הסכם גירושין), ושניים מהם רלוונטיים לכלל המקרים (סרבנות גט כשלעצמה כחוסר תום לב וחוסר תום לב במשא ומתן לקראת חתימה על הסכם גירושין שבו סעיף סחטנות). המסלולים החוזיים הללו משלימים זה את זה וכן את המתווה הנזיקי, ולעתים עדיפים ממנו. לצד זאת נבחנו ונותחו הגנות שונות מפני תביעות כאלה, מהן נזיקיות, מהן חוזיות ומהן המתאימות הן למסלול הנזיקי והן לחלק מהמסלולים החוזיים. כמו כן נותחו השווה והשונה בין שני מתווי התביעה האזרחית – הנזיקית והחוזית.

זאת הייתה תחילתו של דיון בסוגיה לצד דיון ענף יחסית בתביעות הנזיקין בגין סרבנות גט, שבישראל הן פופולריות מן התביעות החוזיות, ולא תמיד בצדק. התביעות החוזיות מצליחות לעקוף חלק מהבעיות הקשות שיש בתביעות נזיקין כגון דיון באשם, שאלת ההכרה בתביעה כשדרגת פסק הדין הרבני פחותה מחיוב, ובחלק מהמסלולים – גם חשש מגט מעושה. ראינו גם כי הפסיקה מאפשרת לפתח עילה חוזית עצמאית לטיפול ולו במקרים מסוימים של סרבנות גט – "תכסיסנות גט" – ואילו דיני הנזיקין לא יצרו עד היום עילה ספציפית כזו. אם עילה זו תפותח ותשוכלל בהמשך הדרך בפסיקה,

יהיה ניתן להצביע על עילה עצמאית ומיוחדת מכוח דיני החוזים, מה שיעביר מסר חשוב שהדין האזרחי מטפל בנפרד בבעיה זו ולמעשה קורא לה בשם משלה ומאפשר טיפול הולם ומתאים שאינו נגזר מעילות כלליות שלא נועדו במקורן לטפל בסכסוכים מעין זה, אף שהן מצליחות לעתים לפעול את פעולתן.

אין להתעלם גם משיקולי מדיניות. למשל, השופטת יעל וילנר מבית המשפט המחוזי בחיפה (דאז) סברה שבמקרים מסוימים של סכסוכים במשפחה יש מקום דווקא להחלת דיני החוזים במובהק ולא להחלת דיני הנזיקין, לעומת מקרים אחרים שבהם אין מנוס מהחלת דיני הנזיקין,<sup>187</sup> ויש להביא בחשבון גם נקודת מבט כזו כאשר במקרה של סכסוך במשפחה תובעים שוקלים אם לבחור בהליך חוזי, בהליך נזיקי או בהליך המצרף את שתי העילות גם יחד.

המסקנה היא שהפתרון הטוב הוא הגדלת ארגז הכלים ולא בחירה בכלי אחד בלבד. שום פתרון אינו מוחלט, ולכל פתרון יתרונותיו וחסרונותיו. המסלול הנזיקי במקרים רבים מסורבל וקשה יותר להוכחה, אולם כבר יש מסורת בת עשור ומחצה של קבלת עשרות רבות של תביעות כאלה, מה שמקל יחסית על תובעות וגם על תובעים ההולכים במסלול זה. חלק מהמסלולים החוזיים מתאים יותר בסיטואציות ספציפיות שהן חוזיות יותר, כגון הפרת הבטחות או הסכמים, ושם כדאי לעתים לפסוע בדרך שהציעה השופטת וילנר ולהתמקד בעילה החוזית. במקרים מסוימים ראינו כי למעשה לפחות כדאי להעלות עילה נזיקית, גם אם מבחינה דוקטרינרית העילה החוזית מתאימה יותר, כמו לעניין טענה לבטלות הסכם גירושין ובו סעיף סחיטה. בסיטואציות אחרות ניתן וכדאי לשלב בין המסלול הנזיקי לאחד מהמסלולים החוזיים או יותר. הגדלת ארגז הכלים תוכל אפוא לקדם מאוד את המאבק של הדין האזרחי בתופעת סרבנות הגט.

ייתכן שהפתרון הטוב ביותר במישור החוזי, שהיה משפיע על כל הסוגיה על היבטיה השונים, היה לצעוד לכיוון של סעדים מניעתיים אקס אנטה במקום סעדים חוזיים או נזיקיים אקס פוסט. למשל, אם הצדדים ידעו שבתי המשפט לא יאפשרו לחתום על חוזים המנצלים חד-צדדית את הצד החלש מבין השניים, יוצא העוקץ מהסרבנות על רקע כלכלי. אם סרבן ידע שבית המשפט יבטל כעניין שבשגרה

<sup>187</sup> נדמה ובחלוף העיתים נחשפים אנו ליותר ויותר תובענות הנוגעות ליחסים במרחב המשפחתי ושעילתן נעוצה בדיני נזיקין. ככלל, אין לשלול שימוש בעילות נזיקיות בתובענות בענייני משפחה. דיני המשפחה אינם מנותקים מן הדינים האחרים הקיימים במערכת הדינים במדינה, ובכלל זה מדיני הנזיקין ומדיני החוזים. על כן, חרף היות ענייני המשפחה עוסקים, במקרים רבים, במארג היחסים העדין שבין אנשים הקרובים זה לזה (בני זוג, הורים וילדים וכו'), ומהטעם הזה כוללים הם הסדרים מיוחדים, הם אינם חפים מחלחול והשפעות ענפי המשפט השונים. ענפים אלה אף דרושים, הכרחיים ולעיתים בלעדיים אין, לצורך הכרעה בסכסוך שבין בני המשפחה. כאלו הם, בין היתר, דיני הנזיקין. ואולם, כך סבורני, מעולם הטבעי של מערכת היחסים בתוך המשפחה, וביתר שאת מערכת היחסים שבין בני זוג, אינם במערכת דיני הנזיקין. על כן, בכל הנוגע לענייני המשפחה, יש להשתמש בעוללות הנזיקיות במשורה, וכל אימת שלא קיימים דינים אחרים עילות אחרות קרובות יותר, בהן ניתן להשתמש על מנת להגיע לתוצאה הצודקת והראויה. בענייננו, פסק דינו של בית משפט קמא מושתת כולו על דיני הנזיקין, תוך ניתוח יסודות עוללות הרשלנות והחלתם על ענייננו. אני סבורה כי בכך שגה בית המשפט קמא, שכן לא היה בסיס להחיל את דיני הנזיקין על המקרה שבפנינו, בהיות המקרה, באופן ברור ומובהק, סכסוך חוזי. על כן ראוי היה להחיל את דיני חוזים, ולפסוק לאורם. (עמ"ש (מחוזי חי') 13-04-33044 נ.ר. ג' א.א., פס' 2-3 לפסק דינה של השופטת וילנר (פורסם בנבו, 16.2.2014) (האסמכתאות הוסרו – המחבר)).

הסכמי גירושין שבהם סעיפים נצלניים וסחטניים כגון תשלום כספים (או ויתור על זכויות השוות ערך כספי) עבור עצם מתן הגט, ולא יכיר בהם אף מלכתחילה ולא ייתן להם גושפנקה, הסרבנות הכלכלית תעוקר.<sup>188</sup> אף שהפסיקה ככל הנראה רחוקה מעשיית צעד כזה, כפי שהראה חיבור זה, בכל זאת ראינו שחלק מהסיטואציות שבמסלולים שתוארו כאן יכול למנוע את הסרבנות מלכתחילה, וכך תהיה עדיפות למסלול החוזי על פני המסלול הנזיקי. ראינו למשל, כמסקנה העולה ביותר ממסלול אחד, שאם יהיה ניתן לסכל הגעה להסכם גירושין שיש בו סעיף של ניצול כספי של העברת כספים של המסורבת לסרבן תמורת מתן הגט דרך "איום" בביטול או ביטול חלקי של הסכם שכזה, או תביעה לפיצוי בגין הפרת תום לב במשא ומתן בתהליך ההגעה לאותו הסכם, לא יהיה עוד טעם לסרב על רקע כלכלי. כמו כן אם תוכר תביעה חוזית בגין הפרת תום לב במשא ומתן שתאפשר פיצוי הסתמכות למסורבת כמשקל נגד לקיום חוזה הגירושין שבו סעיף של סחיטה, ולכל היותר ירוויח הסרבן את ההפרש, יהווה הדבר תמריץ רציני לעקירת הסרבנות הכלכלית. כאמור, החיבור טיפל דווקא בבעיית הסרבנות הכלכלית – סרבנים רבים רוצים עקרונית לתת גט ומבינים שהנישואין נגמרו דה פקטו, אך הם רוצים לנצל כלכלית את העדיפות בכוח המיקוח שלהם. אם זו תעוקר, יש להניח שהם ייתנו את הגט ולא יחזיקו אותו בתואנות אחרות.<sup>189</sup> אך גם המסלול הראשון, המאפשר תביעה בגין הפרת סעיף מתאים בהסכם קדם-נישואין, למעשה מעביר מסר ברור של מניעה אקס אנטה ולא רק אכיפה אקס פוסט, ולו לחלק מהסרבנים שיירתעו מאותו פיצוי מוסכם שעליו חתמו. עם זאת לשם כך, כאמור, צריכה להיות בישראל מציאות נרחבת יותר של חתימה על הסכמים כאלה.

אולם אין מנוס מההערה הזאת: המדינה אינה יכולה להשלים עם מצב שיש בו סרבנות. מצב זה פוגע פגיעה אנושה ומתמשכת בזכויות האדם של המסורבת. לכאורה, כשהמדינה ממסדת פתרונות במשפט הפרטי, כל ניסיון לחסום זאת נראה כפוגע קודם כול במסורבות הגט, בייחוד ככל שפתרונות אלה יעילים ומוצלחים, מקומית, בכל הקשור להשגת הגט. אך ייתכן שבסופו של דבר יש באימוץ ממוסד של פתרונות כאלה משום התפרקות של המדינה מאחריותה ומחויבותיה לפתרונות ישירים ולא עקיפים של בעיית סרבנות הגט. קל – אולי קל מדי – למדינה לנסות להסדיר פתרונות במישור המשפט הפרטי, או לפחות לא להפריע לקיומם, כמו במקרה של התביעה האזרחית, הנזיקית וגם החוזית. לכן יש כאן מעין פרדוקס – ככל שנגדיל את ארגו הכלים העומד לרשותה של המסורבת, כן יגדל הסיכוי לאי-הצלחתם של הפתרונות ה"גדולים", כגון הליך פלילי נגד הסרבן או פתרונות חקיקתיים בתוך דיני המשפחה. לכן בראייה חלוקתית יש לשאוף ליתר הצלחה דווקא של הפתרונות

188 להצעה כזו, הנשענת על דוקטרינה של אי-מצפוניות (unconscionability) ועל רעיון הכבוד האינדיבידואלי הכולל את הזכות לחופש מניצול חוזי ראו Hila Keren, *Law and Economic Exploitation in an Anti-Classification Age*, 42 FLA. ST. U. L. REV. 313 (2015). בספרות הועלו הצעות שלפיהן במקרים של איום שיש סיכוי רב שהמאיים יבצע אותו, יש להציע סעדים אקס אנטה, לפני מעשה, ולא דווקא סעדים של אקס פוסט, לאחר מעשה, כמו הסעדים הקלאסיים בדיני החוזים, שעלולים להרע את מצבו של המאיום. ראו למשל Oren Bar-Gill & Omri Ben-Shahar, *Credible Coercion*, 83 TEX. L. REV. 717 (2005). תאוריות כאלה היו יכולות להתאים מאוד למקרים של סרבנות גט, שם האיום של הסרבן בדרך כלל אמין, וכאמור יש למצוא דרכים יצירתיות למניעת האיום מלכתחילה.

189 והשוו ולפישי, לעיל ה"ש 1, המצביעה על מניעים שונים לסרבנות, ואף כי היא מונה כמה וכמה מניעים, המניע הכספי מוזכר כמניע מרכזי לניצול המצב ולהפקת רווחים כלכליים.

ה"גדולים", והפתרונות המקומיים-האזרחיים עלולים להפריע להצלחת המהלך המקיף יותר. מנגד, הפתרונות המקומיים הללו מסייעים לפתור מקרים בודדים, מקרה-אחר-מקרה. אין להתעלם מכך בראייה של צדק מתקן, ואין לחכות רק לפתרונות ה"גדולים" כאשר בינתיים אנו מחמיצים יום-יום הזדמנות לסייע למסורבות ולמסורבים קונקרטיים ולפתור את בעיותיהם. זאת ועוד, הגדלת ארגז הכלים העומד לרשות המסורבות יכול להרתיע ברמה כללית ולא רק פרטית, לאמור: אפשר שסרבן פוטנציאלי יירתע מלסרב אם יקבל ייעוץ שיבהיר לו כי אפשר להפעיל כלפיו מערכת ענפה של אמצעים שונים ובמישורים משפטיים שונים. אין תשובה ברורה לפרדוקס זה. לפיכך בחירתו בחיבור זה הייתה לנסות ולפתח את ארגז הכלים במשפט הפרטי ככל שניתן, אף שאין אנו משוחררים מהשלכותיו של אותו פרדוקס.