

ירידתה ועלייתה של הבטחת נישואין

נילי כהן*

א. פרדוקס החוזה ומשל אודיסאוס: שעבוד העתיד על ידי ההווה

אודיסאוס והסירנות, המשמש בסיס לדיון בשאלה של הרצון החופשי¹. אודיסאוס שט בספינתו עם מלחיו. הוא יודע שעתיד הוא בקרוב להיתקל בסירנות. הסירנות משתמשות בקולן הקסום לפיתוי. הן חיות בים, ומושכות בשירתן את לב המלחים כדי להטביעם במעמקים. אודיסאוס מורה למלחיו שכאשר יגיעו למקום המפגש עם הסירנות, הם יאטמו את אוזניהם בדונג, ואותו – את אודיסאוס – הם יכבלו באזיקים לתורן הספינה. הוא מתרה בהם שאפילו יורה להם להתירו מאזיקיו, אל להם לשעות לבקשתן. אכן הסירנות המפתות גורמות לאודיסאוס לפקוד על מלחיו להתיר את כבליו, אך הם במצוותו המקורית הוסיפו עליו חבלים וקשרו אותו היטב, וכך גברו על הסכנה.

סיפורו של אודיסאוס מציג קונפליקט בין רצון מוקדם לרצון מאוחר, שבו גובר הרצון המוקדם משתי סיבות: ראשית, הרצון המאוחר אינו חופשי – מקורו בפיתוי הסירנות; ושנית, הרצון המאוחר יגרום לתוצאה הקטלנית של מות אודיסאוס ומלחיו. אודיסאוס מבקש אפוא להתעלם מרצונו המאוחר, הלא חופשי, לא רק כדי להגן על עצמו, אלא גם בשל שיקולים פטרנליסטיים ראויים.

סיפור אודיסאוס אינו נטוע בהקשר חוזה. אך גם בהקשרים חוזיים מובהקים יגבר הרצון המוקדם להיות מחויב בחוזה על פני הרצון המאוחר של מי מהצדדים להשתחרר ממנו, אלא אם כן יבקשו שני הצדדים להשתחרר ממנו. זהו, כאמור, פרדוקס החוזה: חוזה הוא כלי שבו ההווה משעבד את העתיד; שבו רצון חופשי מוקדם משעבד רצון מאוחר.

ב. הבטחת הנישואין של לבן ליעקב ושעבוד האישה בעבר

סיפור אודיסאוס והסירנות מדגים את השתעבדותו של אדם לרצונו המקורי, תוך שהוא שולל מעצמו את זכות החרטה בעתיד. שאלה אחרת היא, האם יכול אדם להשתעבד לאחר (במובן המילולי) תוך שהוא שולל מעצמו מראש את זכות החרטה בעתיד. בניגוד לשעבוד הקודם, שהוא בעיקרו של דבר שעבוד לרצון אישי, מוגבל וזמני הקשור לנסיבות מסוימות, כאן מדובר בשעבוד לרצונו של אחר בהיקף בלתי מוגבל ולזמן ארוך, לעתים לא קצוב כלל. בעבר השיבו על השאלה בחיוב, שהרי מוסד העבדות נחשב לגיטימי, למעשה, חלק מהסדר החברתי. כיום התשובה היא שלילית. השתעבדות כלשהי לאחר מנוגדת לתקנת הציבור, והיא בטלה². כידוע, עם שינוי הזמנים, משתנים הערכים, ועמם משתנים הכללים. אבל לצורך הדיון שלנו, נחזור לתקופת האבות, שבה הייתה עבדות חלק מהסדר

חוזה הוא ביטוי נעלה במיוחד לערך של כבוד האדם, המבוסס על הסכמה פרטית בין שניים, שהמדינה, באמצעות בתי המשפט שלה, מכירה בו ואוכפת אותו. החוזה מגלם את הערכים הנעלים ביותר של החברה: הוא מגלם את שאיפותיו של הפרט, אך בהיותו מכשיר המשמש לפחות שני צדדים, הוא מגלם גם סולידריות ושיתוף פעולה. דיני חוזים קובעים מהם תנאי התוקף ההופכים הסכמה לחוזה. הם קובעים מה הסנקציות המוטלות על מי שמפר חוזה, ומה היחס בין ערכיה של המדינה להסכמות פרטיות בין אנשים. לא כל הסכמה ולא כל הבטחה היא חוזה מחייב. לעתים אין הצדדים רוצים לתת תוקף מחייב להסכמה שביניהם, ולעתים המדינה אינה רואה לנכון לתת תוקף מחייב להסכמה הפרטית. רשימה זו תתמקד בשאלת היחס בין חוזה לרגש או בין חוזה לאהבה, בהקשר של חוזה נישואין ובעיקר הבטחת נישואין; היא תבחן אם ראוי לתת תוקף להסכמות פרטיות מסוג זה, ובאיזה היקף; היא תבחן מה היחס בין הסכמה פרטית בעניין זה לבין ערכיה של החברה.

סיפור אודיסאוס והסירנות מדגים את השתעבדותו של אדם לרצונו המקורי, תוך שהוא שולל מעצמו את זכות החרטה בעתיד

ציינתי כי חוזה הוא פעולה רצונית שלה שותפים שני צדדים, המבקשים לכבול עצמם מרצונם זה כלפי זה. אכן, זהו פרדוקס החוזה: פעולה שכולה נטועה ברצון חופשי הופכת מכוח אותו חופש – למחויבות, למעין שעבוד. חוזה הוא כלי שבו ההווה משעבד את העתיד; כלי שבו רצון חופשי מוקדם משעבד רצון מאוחר.

מאז ומעולם התלבטו הוגים בשאלה, מהם גבולותיו של הרצון החופשי. למשל, האם מי שהשתעבד לרצונו שלו נותר כבול לרצונו המקורי, או שמא יכול הוא להתיר עצמו מהשעבוד? הבה ניזכר בסיפור הידוע על

* פרופסור, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב. מופקדת הקתדרה לדיני חוזים השוואתיים על שם בנו גיטר. אני מודה לדייר דפנה הקר על הערותיה המועילות ולגיא רוב על סיועו החשוב במחקר. מאמר זה מבוסס על הרצאות שניתנו בפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל-אביב, האחת, לזכרו של עורך דין דן אחיעזר ז"ל ב-3 בספטמבר 2004; השנייה, במסגרת המכון להשתלמות עורכי דין, מועדון משפט וספר, ב-3 בנובמבר 2005.

באספקלריה מודרנית ברור שיעקב, שנתן ללבן את התמורה המלאה עבור רחל, אינו חייב לקחת את לאה. החוזה הוא שעבודו של יעקב תמורת רחל, ולא תמורת לאה. ברור גם שהבטחת נישואין אינה חוזה למכירת נכס ברחליפין: מכונית אחת יכולה להחליף מכונית אחרת; לעומת זאת, בת זוג אחת אינה יכולה לשמש תחליף לבת זוג אחרת. מיותר לומר שהזהות האישית היא מרכיב מרכזי של הבטחת הנישואין.

מדוע אפוא כבול יעקב ללאה? התשובה לכך נעוצה בערכי החברה דאז ובמנהגיה: יעקב ולאה מימשו פיזית את הקשר ביניהם. מימוש זה מקורו היה בטעות, פרי הטעיה. אולם הוא התרחש. היה כאן מעשה קניין. וכיוון שהתרחש, אין ממנו דרך חזרה.⁸ הקשר הפיזי מאפיל במקרה זה על כוונתו של יעקב, ולכן, למרות ההטעיה של לבן, הפכו הנישואין בין יעקב ללאה תקפים.

והנה תמיהה נוספת הנוגעת לחוזה שעשה יעקב עם לבן: זוהי הבטחה לנישואין בין יעקב לרחל, אך רחל אינה צד לו. משתמע שהכלה, הבת, היא כעין נכס של אביה, ולו הזכות למסרה למי שיחפוץ. אכן אבי המשפחה נחשב בעל הקניין באשתו, בילדיו ובעבדיו, וכזהו יכול היה לעשות בהם עסקאות. ביטוי אחר לזכותו של האב בבני משפחתו מצוי בכלל, שהיה תקף עד תחילת שנות השמונים של המאה העשרים במשפט האנגלי, המקנה לאב זכות תביעה בנויקין כלפי מי שפגע באשתו, בילדיו ובעבדיו בשל אבדן שירותיהם. זכות התביעה עמדה לאב בלבד ולא לבני משפחתו או



צילום: istockphoto

החברתי, כדי לבחון את סיפור עבודתו של יעקב ללבן, הכרוך בהפרת הבטחת נישואין.³

יעקב השתעבד ללבן, דודו, במשך שבע שנים בעבור רחל, בתו הצעירה של לבן. מה שבעינינו נראה כתקופת שעבוד ארוכה, נראה בעיני יעקב "ימים אחדים".⁴ כה רבה הייתה אהבתו לרחל.

בתום התקופה ביקש יעקב את רחל, לאשתו, "כי מלאו ימי".⁵ אולם לבן הערים על יעקב. וכך מספר המקרא: "ויהי בבקר והנה הוא לאה ויאמר אל לבן: מה זאת עשית לי, הלא ברחל עבדתי עמך ולמה רימתיני? ויאמר לבן: לא יעשה כן במקומנו לתת הצעירה לפני הבכירה".⁶ לבן מוכן לתת ליעקב גם את רחל לאישה, אבל לשם כך על יעקב להשתעבד שבע שנים נוספות.⁷

כאשר אנו בודקים את העסקה בעיניים מודרניות, היא נראית תמוהה. לפנינו חוזה, שבו משתעבד יעקב ללבן תמורת הבטחתו של לבן להשיא את בתו ליעקב. לבן ויעקב קבעו כי הבת היא רחל. אבל במהלך קיומו של החוזה אירעה תקלה: לבן הפר בתרמית את הבטחתו ומסר ליעקב את לאה במקום את רחל.

1 הומרוס **אודיסאה** (ש' טשרניחובסקי תרגום, 1987) 223, שיר שנים-עשר, שורות 165–200. סיפור אודיסאוס והסירנות שימש בסיס לדיון בדבר רציונליות והעדפות סותרות בין-זמניות: J. Elster *Ulysses and the Sirens: Studies in Rationality and Irrationality* (Cambridge, 1979) esp. pp. 36–111.

2 A.T. von Mehren "A General View of Contract" *International Encyclopedia of Comparative Law* (Cambridge, Mass., vol. XII: Contracts in General, Ch. 1, A.T. von Mehren ed., 1982) 20–21, esp. n. 99. בטלות חוזה כזה במשפט הישראלי מבוססת על סי' 30 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973 (להלן: "חוק החוזים").

3 בראשית, כט, יד-ל.

4 שם, כט, כ.

5 שם, כט, כא.

6 שם, כט, כה-כו.

7 שם, כט, כז, לו. לקריאה מעניינת ומגוונת בסיפורן של רחל ולאה ראו ש' הראבן "שבחי לאה" **קורות מבראשית – נשים ישראליות כותבות על נשות ספר בראשית** (ר' רביצקי עורכת, 2001) 207; ח' פדיה "בארה של רחל: פשט, רמז, דרש וסוד בסיפורי רחל", שם, בע' 216; ת' אלכסנדר "השביעה שהופרה: סיפור חולדה ובור", שם, בע' 234; ר' רוזנברג "ארכיטיפים של בחירה ומשפחה", שם, בע' 246. אך ראו עמדתו של יהודה עמיחי (ני עמיחי **שירים 1948–1962** [תשכ"ח] 264, מרובע טו) שלפיה "בוקר עכשיו והנה את לאה, אמש היית רחל/ לא לבן רימה אותי בחושך הליל/ זה תמיד כך יהיה. זו דרך תבל/ עכשיו את לאה ואמש היית רחל". השיר צוטט על ידי השופטת בן-פורת בע"פ 817/76 **דנינו ג' מ"י**, פ"ד לאן(3) 645, 651–652, שבו הורשע בעברה של קבלת דבר במרמה גבר נשוי, שהציג עצמו גרוש, ועל-כן הביא את פלונית להתמסר לו מינית.

8 בדומה לנטילת הברכה מיצחק על ידי יעקב. ראו ני' כהן "משפט וספר" **עינוי משפט טו** (תשנ"ב) 435; לדיון כולל ב"מרמה ופירוטיה" במקרא ראו ד' פרידמן **הרחפת וגם ירשת** (תש"ס) 85–92.

זכות הגירושין. מי שלא זכאי להתחתן, יכול לזכות בחלק ניכר מטובות ההנאה הכרוכות בקשר הנישואין על ידי חיים בצוותא עם בת זוג. ומי שאיננה יכולה להתגרש, עשויה להתגבר חלקית על המכשול המונע ממנה להתחתן, על ידי חיים בצוותא עם בן זוג¹⁷. יתר על כן, אחדות מהזכויות של הידועים בציבור הוחלו אצלנו גם לטובתם של בני זוג חד-מיניים: כך, בן זוגו של עובד הורשה לקבל טובת הנאה מהמעביד¹⁸; ובת זוג הורשתה לאמץ את ילדיה של חברתה לחיים¹⁹.

אזרח מוסד הנישואין, פתיחתו לקבוצות חדשות, הניתוק בין הורות לנישואין²⁰, ההכרה בנישואין לא פורמליים לצד נישואין פורמליים, והקלות היחסית שבה ניתן להתירם, הם ביטוי מובהק לזכויות האדם, לחופש המצפון, לחירות הפעולה, לאוטונומיה של הפרט, לשוויון. הרחבתה של החירות להתחייב בנישואין פועלת במקביל להרחבתה של הזכות להתחרט ולצאת מהם.

הזכות להתחרט, כלומר היכולת לצאת מקשר לא רצוי, נראית היום מובנת מאליה. נישואין לנצח נראו טבעיים למדי בתקופה שבה תוחלת החיים עמדה על שלושים, ארבעים שנה. תוחלת החיים עלתה במאה השנים האחרונות באופן דרמטי, והיא עוד צפויה לעלות. במהלך השנים הארוכות שאנו עוברים מיום לידתנו עד יום מותנו, אנו משנים בחירות, העדפות, אפשר אף לומר זהויות. האנשים, שהיינו בגיל עשרים, שונים מאלה שהפכנו להיות בגיל ארבעים. בעקבות זאת, גם הבחירות הרגשיות שעשינו בגיל עשרים יכולות לעבור תהפוכות. אבל אפשר לשנות העדפות לא רק לאחר עשרים שנה, אלא גם תוך זמן קצר, במיוחד כשמדובר בהעדפות בתחום הרגש. העולם כולו עובר תהליך של מעבר מגירושין-על-פי-אשמה לגירושין-על-פי-זרישה²¹.

ביטוי מעניין, אם כי חלקי, למגמות הללו מצוי אצלנו בפקודת הנישואין [נוסח חדש] (להלן: "פקודת הנישואין"). לפי סעיף 62 לפקודת הנישואין, מי שגורם להפרת חוזה מחייב, צפוי להתבע על ידי הנפגע, ולהיות מחויב בפיצויים בשל גרם הפרת החוזה. תאורטית, מי שגורם לאישה להפר את חיובי הנישואין צפוי להתבע על ידי הבעל בשל גרם הפרת חוזה הנישואין. אולם סעיף 62(ב) לפקודת הנישואין קובע לכך סייג. על פי סעיף זה חוזה נישואין אינו נחשב לחוזה מחייב כדין. כלומר, אם פלוני משדל אישה לעזוב את בעלה, אין לבעל עילת תביעה כלפי פלוני, שפגע בנישואיו. מה שנתפס בעבר כקשר קנייני, כרכוש של הבעל שזיכה אותו בתביעה כלפי

לעובדיו, אף שהם אלה שנפגעו, משל היו רכוש⁹. יתר על כן, אבי המשפחה זכאי היה לתבוע מעביד מתחרה ששידל את עובדו או מחזר ששידל את אשתו לעזוב אותו. אין צריך לומר שתביעה כזו עמדה במשך שנים רבות רק לזכות הבעל ולא לזכות האישה¹⁰. ועוד: הנישואין שיקפו את זכותו הרכושית של הבעל באישה, את שליטתו בה ואת תלותה בו. הם שעבדו את האישה לבעלה, שעבדו שהבטיח את מחייתה, אבל במובן אחר הם היו שעבדו הדדי של הבעל והאישה זה כלפי זה, ובשיטות מסוימות – למשל בנישואין קתוליים – הם מהווים שעבדו לכל החיים, ללא אפשרות חרטה, יהא טבעם של הנישואין אשר יהא.

ג. חירות ושוויון בחיי הנישואין ומשפחות חדשות

אלא שמואז נישואיו של יעקב ללא ולרחל ובמשך המאות הרבות שחלפו מאז, עבר מוסד הנישואין, לפחות בעולם המערבי, תהפוכות דרמטיות. בת אינה רכוש של אביה, ואישה אינה רכוש של בעלה, והאיחוד הנצחי בין בעל לאישה יכול להיות זמני.

אם בעבר נתפסו הנישואין כהסדר פטריארכלי-רכושי, שעיקרו הבאת ילדים לעולם, ואשר סיפק עוגן כלכלי ומעמד חברתי לנשים, שעליהן היה נטל גידול הילדים והטיפול בענייני הבית, היום שונה הדבר. קשר הנישואין מושתת על שוויון ועל האוטונומיה של הרצון של שני בני הזוג¹¹, וביגמיה אינה אפשרית יותר¹². הנישואין הפכו להסדר הממסד יחסי אהבה בין בני זוג על בסיס שוויוני¹³. במוסד הנישואין התחולל במרבית המדינות – לא אצלנו – תהליך של חילון: מחיק הדת לחיק המדינה¹⁴. הנישואין הפכו מקשר סגור, שזכות החרטה אינה קיימת בו או שהיא מוגבלת מאוד ומושתתת על עילה או על אשמה, לקשר פתוח, הכולל זכות חרטה לכל צד, אפילו ללא עילה (כאמור, לא אצלנו)¹⁵. והמהפכה בעיצומה, לא רק לגבי הזכות לצאת מקשר הנישואין, אלא גם לגבי זכות הכניסה אליו: זו הורחבה והוחלה בחלק, קטן אמנם, ממדינות העולם המערבי גם על בני זוג בני אותו מין¹⁶.

הבטחת נישואין היא מעין זיכרון דברים לקראת החוזה המחייב, הוא חוזה הנישואין. זיכרון דברים נחשב חלש מהחוזה הסופי, ולא תמיד ניתן לו תוקף מחייב. הכול תלוי בכוונת הצדדים ובגמירת זעתם. כך גם לגבי הבטחת נישואין



צילום: Photos

אפילו בשיטתנו, שבה נשלטים הנישואין על ידי הדין הדתי, ובה, לצערנו, לא כל אזרח זכאי לממש את הזכות לנישואין, מצאו בתי המשפט והמחוקק דרך להרחיב את זכות הכניסה על ידי ההכרה במוסד של הידועים בציבור, שהוא מעין נישואין דה פקטו. מוסד זה פותר חלק מהבעיות הכרוכות בהגבלות שמטיל הדין הדתי על הזכות לנישואין ועל

צד שלישי בשל הפגיעה באשתו, הפך היום לקשר שהוא חזק פחות מקשר חוזי רגיל: קשר זה אינו זוכה למה שזוכה בו כל זכות חוזית רגילה, כלומר להגנה מפני פגיעתו של הצד השלישי.²²

ההבנה שקשר הנישואין מקורו בחירות הרגש, גורמת לכך שצד שלישי שגרם להתרת הקשר, אינו אחראי כלפי בן הזוג הנפגע. אמנם קיימת בעניין זה אסימטריה בין אחריותו של הצד לקשר הנישואין לבין אחריותו של הצד השלישי: הצד לקשר הנישואין אחראי בשל הפרת חיוביו הנובעים מהנישואין, אולם לצד השלישי, שאינו נשוי, ואינו כבול לציווייו של הדין הדתי בעניין זה, מוקנית חירות לפגוע בקשר חוזי קיים. מדובר בעניין שלב, שבו יש לשמר לצדדים (או לפחות לצד השלישי) חופש פעולה.

ד. הבטחת נישואין בראי הנישואין

אעבור עתה לדון במעמדה של הבטחת נישואין במשפט הישראלי. אציג את מסכת הדינים לגביה ואת היחס בינה לבין מוסד הנישואין. אעסוק בשאלות: כיצד השפיעו השינויים הדרמטיים שעברו על מוסד הנישואין, על הבטחת הנישואין? מה מעמדה של הבטחה כזו אצלנו? כיצד נעשה האיזון בין מחויבות לחרטה בעניין זה וכיצד ראוי לעשותו?

הבטחת נישואין נחשבה בישראל מאז ומתמיד חוזה מחייב.²³ ככלל נראה שהבטחת הנישואין צריכה להוות מעין בבואה של קשר הנישואין עצמו. אם להשתמש בביטוי טכני מעולם החוזים ניתן לומר, כי היחס בין הבטחת נישואין לנישואין דומה במובן מסוים ליחס בין זיכרון דברים לחוזה מחייב. הבטחת נישואין היא מעין זיכרון דברים לקראת החוזה המחייב, הוא חוזה הנישואין. זיכרון דברים נחשב חלש מהחוזה הסופי, ולא תמיד ניתן לו תוקף מחייב. הכול תלוי בכוונת הצדדים ובגמירת דעתם.²⁴ כך גם לגבי הבטחת נישואין.

צינתי קודם שפקודת הניקין מאפשרת לצד שלישי לגרום להפרת חוזה הנישואין עצמו.²⁵ לא יפלא שהפסיקה פירשה את החריג לתביעה של גרם הפרת חוזה כחל לא רק על חוזה הנישואין עצמו אלא גם על הבטחת נישואין. במקרה אחד, שבו שידלו הורים את בנם לא לשאת לאישה את חברתו, נדחתה תביעתה של החברה כלפי ההורים. הנימוק לכך היה, שאם מותר לגרום להפרתו של קשר הנישואין עצמו, מקל וחומר ניתן לעשות זאת לגבי הקשר החלש יותר, הוא הבטחת הנישואין.²⁶ התחושה העולה היא שכמו בנישואין עצמם, ואולי אף יותר מכך, עדיפה חירות הרגש על השעבוד למחויבות, ומכאן גם משתמע כי אף אם ניתנה הבטחה, אין זה ראוי לתת לה תוקף מלא, ואולי ראוי שלא לתת לה תוקף כלל.

יצוין כי אף שהבטחת נישואין היא עניין שקשור באופן טבעי בנישואין, הדין החל עליה במשפט הישראלי אינו הדין האישי. סוגיית

השידול צמחה במשפט האנגלי במאה התשע-עשרה התביעה של גרם הפרת חוזה, ראו כהן, *לעיל* הערה 9, בע' 7–8. תביעות השידול בוטלו ב-Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act 1970, Ch. 33 § 4, 5 (Eng.) שוליים 2. לדיון מחודש בעוולות ככלי לשמירה על "טוהר המשפחה" ראו: W.R. Corbett "A Somewhat Modest Proposal to Prevent Adultery and Save Families: Two Old Torts Looking for a New Career" 33 *Ariz. St. L.J.* (2001) 985.

ראו ש' ליפשיץ "הסדרה חוזית של יחסים זוגיים במשפט האזרחי" (עבודת דוקטור בפילוסופיה, אוניברסיטת בר-אילן, תשס"ב). לתפיסת הנישואין כ"חוזה יחסי" ראו: E.S. Scott & R.E. Scott "Marriage as Relational Contract" 84 *Va. L. Rev.* (1998) 1225.

הביגמיה הוגבלה על ידי חרם דרבנו גרשום אצל יהודי אשכנז ואצל חלק מיהודי ספרד, אך קיימים מקרים שבהם מתיר הדין הדתי לגברים לשאת אישה נוספת. ראו א' וסטרייך *תמורות במעמד האישה במשפט העברי: מסע בין מסורות* (תשס"ב). לניתוח עברת הביגמיה בממד השוואתי תוך התייחסות לספרו של ווסטרייך ראו ש' ליפשיץ "שוויון בנישואים, הזכות להתגרש ואוטונומיה קהילתית: הרהורים בעקבות תמורות במעמד האישה במשפט העברי" *עיוני משפט* כח (תשס"ג) 139.

לניתוח מעניין ראו י' מרין "על התמורות בקשר בין אהבה לנישואין" *משפטים על אהבה* (א' בר-נפתלי וחי' נוה עורכות, תשס"ה) 227.

D. Coester-Waltjen & M. Coester "Formation of Marriage" *International Encyclopedia of Comparative Law* (Boston, vol. IX: Persons and Family, Ch. 3, M.A. Glendon ed, 1997) 3.

לתיאור מפורט ראו ש' ליפשיץ "בדצוני המשפט" בהתגרש ומייד! על ההסדרה האזרחית של הגירושים" *עיוני משפט* כח (תשס"ה) 671.

י' מרין "נישואין בין בני זוג מאותו המין והכשל שבאלטרנטיבות לרגולציה משפטית של זוגיות חד-מינית" *המשפט* ז (תשס"ב) 253, מ' טמיר (יצחקי) "הזכות לשוויון של הומוסקסואלים ולסביבות" *הפרקליט* מה (תשס"ג) 94, א' בלכר-פריגת "על זכויות, גבולות ומשפחה" *עיוני משפט* כז (תשס"ד) 539, ח' גולדשמידט "יתעודת הזהות המפוספת של משפחת ישראל – השלכות משפטיות של הפסיקה בנוגע לאימוץ על ידי זוג חד-מיני" *המשפט* ז (תשס"ב) 217, י' ביטון "השפעתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו על מעמדם של זוגות חד-מיניים" *קריית המשפט* ב (תשס"ב) 401, י' יונאי "הדין בדבר נטייה חד-מינית – בין היסטוריה לסוציולוגיה" *משפט וממשל* ד (תשנ"ה) 531.

לדיון מפורט ומעניין ראו ש' ליפשיץ *הידועים-בציבור בראי התיאוריה האזרחית של דיני המשפחה* (תשס"ה).

בבי"ץ 721/94 אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' דנילובין, פ"ד (מחנ) 749; א' הראל "עלייתה ונפילתה של המהפכה המשפטית ההומוסקסואלית" *המשפט* ז (תשס"ב) 195.

ע"א 10280/01 ירוס-חקק נ' הי"מ (טרם פורסם), תקדין עליון 1/2005, 163.

פי שיפמן "על המשפחה החדשה: קווי פתיחה לדיון" *עיוני משפט* כח (תשס"ה) 643, 658–670.

ליפשיץ, *לעיל* הערה 15.

מעניין הוא שהן נישואין והן יחסי עבודה מוצאים מכלל התחולה הרחבה של גרם הפרת חוזה (ס' 62) לפקודת הניקין קובע כי "היחסים הנוצרים על ידי נישואין לא ייחשבו כחוזה, ושבתיה והשבתה לא ייחשבו כהפרת חוזה". קשרים שהיו חזקים ביותר והקנו זכויות מעין רכושיות לבעל ולמעביד הפכו עם השנים לקשרים המושגתים על חירות ועל שוויון לאישה ולעובד, ובעקבות כך ובשל אופיים האישי, חלשים יותר מיחסים חוזיים רגילים. נ' כהן "סטטוס, חוזה וגרם הפרת חוזה" *הפרקליט* לט (תש"ן) 304.

לדיון מפורט ראו פי שיפמן "הבטחת נישואין – חוזה מחייב?" – חוזה מחייב? יג (תשמ"ג) 104 (להלן: "הבטחת נישואין – חוזה מחייב?"); פי שיפמן *דיני המשפחה בישראל* (מהדורה שנייה, תשנ"ה, כרך א) 194–223 (להלן: "דיני המשפחה בישראל"); ע' גרוסקופף וס' חלבי "הפרה של הבטחת נישואין: מדגם 'הפיתוי הגברי' לדגם 'שברון הלב'" *משפטים על אהבה, לעיל* הערה 13, בע' 107.

ד' פרידמן וני כהן *חוזים* (תשנ"א, כרך א) 291–311, ס' 8.22–8.43.

ראו לעיל, הטקסט הנלווה להערה 22.

המרי' (י"ם) 1380/72 *רוזנברג נ' חזן*, פ"מ תשל"ד(1) 469. לדיון בתביעה החוזית בגין הפרת הבטחת נישואין: ע"א 473/75 *רון נ' חזן*, פ"ד לא(40) 1. לביקורת ראו ר' גביון "איכפת המוסר, פיצויים בגין הפרת הבטחת נישואין וחובת ההנמקה" *משפטים* ח (1978) 282; לתגובה ראו א' שוחטמן "עוד לשאלת החיוב בפיצויים על הפרת הבטחת נישואין" *משפטים* ט (תשל"ט) 109.

9 התביעות הללו נקראו במקור per quod servitium amisit (אבדן שירותי העובד) או per quod consortium amisit (אבדן שירותי האישה), והן בוטלו ב-Administration of Justice Act 1982 § 2(c)(1). לפירוט ראו נ' כהן *גרם הפרת חוזה* (תשמ"ו) 7–9, 249–252.

10 *Winsmore v. Greenbank* (1745) 125 ER 1330. לאחר מכן הוענקה בהיסוס עילת תביעה גם לאישה בגין שידול בעלה: *Gray v. Gee* (1923) 39 TLR 429. מתביעות

הנישואין בעולם המערבי, לרבות חירות היציאה הטמונה בו כיום. הבטחת נישואין יכולה אפוא לשקף את בבואתם של הנישואים הרצויים במדינת ישראל, ולהוות להם סימן מקדים, אך כפי שנראה בהמשך, הקשיח בית המשפט זה לא מכבר את אופייה המחייב של הבטחת הנישואין, ובאופן סמלי הפך אותה למעין בבואה של הנישואים הנוהגים אצלנו.²⁹

ה. משפט, ספרות, היסטוריה – תהילה, רמברנדט, ויקטוריה

אציג בקצרה את עמדת המשפט העברי לגבי הבטחת נישואין: בזמנו התלבט המשפט העברי בשאלה אם בכלל יש תוקף משפטי מחייב להבטחת נישואין. הקושי נבע מהעובדה שהבטחה כזו מלווה בקניין דברים, שאינו נחשב לקניין מספיק לצורך כריתת חוזה. במשך השנים התגברו על הקושי על ידי כך שכל צד הוסיף להתחייבות לשאת את הצד השני גם התחייבות כספית, למקרה של הפרת ההבטחה. וכדי להוסיף תוקף להבטחה נהגו בשלהי ימי הביניים להטיל חרם על מי שמפר אותה.³⁰

יתר על כן, הבטחת נישואין נחשבה מחייבת במישור המוסרי, עד כדי כך שההשגחה העליונה מתגייסת כדי לפעול למימושה. במסכת תענית ח מובאת האגדה הידועה על החולדה והבור³¹, שזה סיפור המעשה שלה:

"מעשה בבחור אחד שנתן אמונתו לריבה אחת שישאנה, אמרה: מי מעיד? והיה שם בור אחד וחולדה, אמר הבחור: בור וחולדה עדים בדבר. לימים עבר על אמונתו ונשא אחרת, והוליד שני בנים. אחד נפל לבור ומת, ואחד נשכתו חולדה ומת. אמרה לו אשתו: מה מעשה הוא זה שבנינו מתים במיתה משונה? ואמר לה: כך וכך היה המעשה".

אצל רש"י – הסיפור מסתיים כאן. למעשה של הבחור אין תקנה. הנוסח של בעלי התוספות שונה:

"מעשה היה בנערה אחת, הייתה רוצה לילך לבית אביה, והיה בור בדרך ונפלה. ובא בחור אחד, ואמר: אם אני אעליך תנשאי לי? אמרה לו: הן. ונשבעו ביניהן שהוא לא ישא אישה אחרת, והיא לא תנשא לאיש אחר [...]. וסיפר לאשתו כל המעשה. אמרה לו: אם כן חזור וקחנה. וכתב לה גט, והלך ונשא את הבתולה".

על פי בעלי התוספות, שמר הבחור על כבודה של הבתולה ולא פיתה אותה. על פי רש"י הסיפור אינו ברור בנקודה זו³². מכל מקום, הלקח של הסיפור ברור. הבטחת נישואין ניתנת פעמים רבות באופן אינטימי-פרטי. קשה מאוד לצבור הוכחות קבילות כדי להראות שאמנם ניתנה הבטחה כזו. כאשר הבחור בסיפורנו הבטיח לבתולה לשאתה לאישה, אולי לא התכוון לכך ממש, אם הסתמך על כך שהחולדה והבור יהיו עדים להבטחה. ואילו הבתולה, גם אם קיוותה שכוונתו של הבחור רצינית, מן הסתם יכלה להבין שאם יפר הבחור הבטחתו, יקשה עליה להציג בבית משפט את החולדה והבור כעדיה.

אבל בבית דין של מעלה, הדברים שונים. העלבון הכרוך בהפרת הבטחת נישואין הוא אחד החטאים החמורים ביותר. המלבין פני חברו ברבים יורד



Rembrandt, Hendrickje at an Open Door, 1656-57; Oil on Canvas
אחת מנשותיו של רמברנדט

בית המשפט ההולנדי ראה את הבטחת הנישואין כשקולה לנישואין עצמם, והוא הטיל על רמברנדט, שלא היה בעלה של חירטייה, חובה לזון אותה למשך כל חייה, כאילו הייתה אשתו

התוקף של הבטחת נישואין נחתכה על פי עקרונות המשפט המקובל, והיא חלק מהמשפט האזרחי²⁷. מכאן שהבטחת נישואין אינה נחשבת כ"ענייני נישואין" הכפופים לסמכותו של בית הדין הרבני, והיא נדונה בבתי המשפט האזרחיים²⁸. במובן זה קיימת אסימטריה – לפחות פוטנציאלית – בין הנוקשות המאפיינות את דין הנישואין הדתי לבין האופן שבו ניתן להתייחס להבטחת נישואין, הנטועה כולה במשפט האזרחי. פיתוח הדין לגבי הבטחת נישואין יכול לקלוט את התמורות שהתחוללו במוסד

לגיהנום ואינו עולה, כאילו שופך דמים³³. בכל מקרה ההשגחה האלוהית פועלת, והיא יכולה להסתייע אף בחולדה ובבור. מכאן שהואיל והנישואים של מפר ההבטחה עם אשתו מקורם בחטא – חטא ההפרה של הבטחת הנישואין לריבה שהוליד עלבון קשה – הם לא יצלחו. כל צאצא חשוף לסכנת מיתה. העונש האלוהי יכול להיות מוסר רק לאחר תיקון העוול, כלומר רק לאחר ביטול הנישואין על ידי מתן גט לאישה ומימוש ההבטחה המקורית לריבה.

ובאותו הקשר ראוי להיזכר בסיפורו הידוע של עגנון "תהילה"³⁴, שכל ציר עלילתו נסב על הפרת הבטחת נישואין. על תהילה רובצת קללה שמקורה בהפרת אירוסייה לשרגא, חתנה. האירוסין הופרו במצוות אביה, שגילה ששרגא חסיד, בעוד הוא היה מתנגד, שלא יכול היה להעלות על דעתו שבתו תינשא לחסיד. היא נישאה לאחר (שהיה מתנגד והפך לחסיד), אך פקדו אותה צרות: בעלה מת, בנה חלה בדבר (קללת החולדה) ובן אחר נפל לתוך ביצה, שקע וטבע בה (סיפור הבור). האסונות הללו באו כעונש על עלבוננו של שרגא, וכמו בסיפור החולדה והבור זהו עונש משמים על הפרת ההבטחה, שעליה מבקשת תהילה לכפר על ידי חוזה למחילה הדדית עם שרגא, שתוקפו בעולם הבא.

כאמור, הסנקציה על הפרת הבטחת נישואין לא הייתה רק בידי שמים. הבטחת נישואין נחשבה למחייבת בכל שיטות המשפט, ורבים הם המקרים שבהם נדונה תביעה כזו.

תביעה מפורסמת כזו הוגשה בשנת 1648 באמסטרדם על ידי אישה בשם חירטייה דירקס, נגד ענק הצירור רמברנדט³⁵. חירטייה, שהייתה אלמנה, טיפלה באשתו של רמברנדט, ססקיה ובבנם טיטוס, והיא נאותה לחיות עם רמברנדט לאחר פטירתה של ססקיה, משהבטיח לה רמברנדט שיישא אותה לאישה. רמברנדט הפר את ההבטחה, חירטייה הגישה נגדו תביעה, ובית המשפט חייב אותו לשלם לה מזונות עד סוף ימיה. כעבור כשנתיים החליט רמברנדט שדמי המזונות גבוהים מדי, והוא קשר קשר עם אחיה ושכניה של חירטייה להעביר אותה למוסד לתיקון נשים – בין בית כלא למוסד לחולי רוח – שדמי האשפוז שלו היו נמוכים יותר מדמי המזונות. לענייננו ניתן לומר, שבית המשפט ההולנדי ראה את הבטחת הנישואין כשקולה לנישואין עצמם, והוא הטיל על רמברנדט, שלא היה בעלה של חירטייה, חובה לזון אותה למשך כל חייה, כאילו הייתה אשתו³⁶.

תביעות בשל הפרת הבטחת נישואין היו שכיחות למדי במהלך המאות השמונה-עשרה והתשע-עשרה. הסיפור של חירטייה דירקס חזר על עצמו בגרסאות שונות: את התביעות הגישו לרוב נשים נגד גברים, שבמקרים רבים פיתו אותן לקשר מיני תמורת הבטחת נישואין, ולאחר מכן חזרו בהם. ספר הבודק את הנושא בתקופה הוויקטוריאנית³⁷ מציג את הנתונים הבאים: 875 תביעות בשל הפרת הבטחת נישואין הוגשו בין השנים 1750 ל-1970, מרביתן בין השנים 1850 ל-1900; רוב התביעות הוגשו על ידי נשים מהמעמד הבינוני והנמוך, ברובן רווקות; התובעות שיחקו את תפקיד הקרבן, והשופטים וחדר המושבעים – גברים – פסקו בדרך כלל לטובת הנשים, כל זמן שמילאו את תפקידן כיאות; תביעות כאלה הציעו פורום לנשים מהמעמד הבינוני-נמוך, שאליו לא יכלו להגיע באנגליה הוויקטוריאנית בשל מעמדם ובשל מגדרן: הן לא יכלו לשמש שופטות

או עורכות דין, או אפילו חברות בחבר מושבעים. אבל הן יכלו להצטיין כתובעות וכעדות, בשטף הדיבור שלהן ובחכמתן, ובמקרים רבים האפילו על הגברים-הנתבעים; התביעה אפשרה להן לנקוט יזמה, ורבות מהן נטלו את ההזדמנות והצליחו בתביעתן³⁸.

בעולם המערבי, קרוב לוודאי עד מלחמת העולם השנייה, ואולי אף לאחר מכן, היו נשים אמורות להגיע בתולדות לנישואין. אבדן הבתולים בעקבות הבטחת הנישואין גרם לפגיעה במעמדה של האישה, שכבר לא יכלה להציע עצמה זכה וטהורה לאחר. אכן במקרים שבהם פותחה האישה היה סכום הפיצויים גבוה בהרבה מהמקרים שבהם לא היה פיתוי. המשפטים עצמם הפכו להיות מופע ציבורי מושך קהל: בתקופה שהצטיינה

27 שיפמן, **דיני המשפחה בישראל**, לעיל הערה 23, בע' 194; גרוסקופף וחלבי, **לעיל** הערה 23, בע' 110. אך התביעות הנוגעות להבטחת נישואין אינן נכללות בגדר סמכותו של בית המשפט לענייני משפחה, ערכאה הנראית מיומנת לדון בהן.

28 ת"א (תי"א) 1279/54 **ברגהווי נ' זילבר**, פ"מ י 380, בד"מ 1/55 **סידיס נ' סידיס**, פ"ד יב 1143, 1121.

29 ע"א 5258/98 **פלונית נ' פלוני**, פ"ד נח(6) 209 (להלן: **פרשת פלונית**), ראו להלן הטקסט הנלווה להערה 69 ואילך.

30 לפירוט ראו י' קפלן "הפרת הבטחת נישואין ינהגה בבקר והיא לאה" **דעת – אתר לימודי יהדות ורוח** 186 (פרשת ויצא, תשס"ה) [http://www.daat.ac.il/mishpat-ivri/] (last visited on 22.12.2005) [skirof/186-2.htm], בי' שרשבסקי **דיני משפחה** (מהדורה רביעית, תשנ"ג) 16–24.

31 **תענית**, ת, א. להרחבה ראו אלכסנדר, **לעיל** הערה 7, בע' 236. אני מודה לסופר עמוס עוז על ההפניה לסיפור החולדה והבור.

32 אלכסנדר מציגה גרסה נוספת של ר' נתן בן-יחיאל, שבו הנערה מיומנתה ירדה לבור כדי להרוות צימאונה, עובר אורח סובר שהיא שָׁדָה, היא נשבעת שהיא בת אנוש, והוא סוחט ממנה הבטחת נישואין. לאחר מכן היא מצפה למימוש השבעה, דוחה את מחזוריה, ומעמידה פני מטורפת. וכאשר מסביר הבעל לאישה את סוד העבר, היא יוזמת גירושין. אלכסנדר, **לעיל** הערה 7, בע' 237–239. עוד גרסה שמציגה אלכסנדר היא זו של ר' יעקב כולי מהמאה השמונה-עשרה, הקושרת, גם על דרך ההנדה, את סיפור החולדה והבור עם סיפורם של יעקב, רחל ולאה. אלכסנדר, **לעיל** הערה 7, בע' 239–245.

33 **בבא מציעא** נח, ב 245.

34 ש"י עגנון "תהילה" **עד הנה** (1994) קעח. הבעיה של העונש בשל הפרת הבטחת נישואין חוזרת אצל עגנון ב"שבעת אמונים", **שם** בע' רטז, וכן ב"בדמי ימיה" **על כמות המנועול** (1978) ה, וביסיפור פשוטי", **שם**, בע' נה.

35 B. Haak Rembrandt: His Life, Work and Times (London, 1969) 216–217.

36 על פי המשפט הקטוני הייתה הבטחת נישואין שקולה לנישואין עצמם, ובמשפט הקטוני העתיק כפו נישואין של משורכים: R.H. Helmholtz *Marriage Litigation in Medieval England* (Cambridge, 1973) ch. II, 25–73. פסיקות של פיצויי קיום היא תחליף לאכיפת הנישואים. אצל Haak מובא פסק הדין שדן בעניין תביעתה של חירטייה דירקס נגד רמברנדט, וממנו עולה כי חירטייה דרשה כי רמברנדט יישא אותה לאישה, ולחלופין תבעה ממנו מזונות. השופטים מצווים על הנתבע (על רמברנדט) בפקק הדין "במקום" (כלומר במקום נישואין) לשלם לתובעת סכום של 200 גילדרס לשנה לכל חייה. Haak מציין כי בכך נמלט רמברנדט, שבינתיים התאהב בהנדיקיה שטופלס (שבאה לסייע לחירטייה בעבודות הבית), מחובתו לשאת את חירטייה לאישה. ראו: Haak, *supra* note 35, at p. 217. לעניין הכלל הכנסייתי ראו גם סקירתו של השופט קיסטר בע"א 401/66 **מרוס נ' מרוס**, פ"ד כא(1) 673, 682–685.

37 G. Frost *Promises Broken, Courtship, Class and Gender in Victorian England* (Virginia, 1995).

38 Frost, *ibid*, at pp. 9–10.

בפסק דין משנות השישים (שבו דווקא תבע גבר אישה שהפרה כלפיו את הבטחת הנישואין), ציין השופט זילברג כי התביעה בגין הפרת הבטחת נישואין "היא ממין התביעות שאינן אהודות ביותר [...] יש בה, כמעט תמיד, משהו מן הדוחה"⁴⁶.

במדינות רבות בעולם ביטלו בתהליך הדרגתי, שתחילתו בשנות השלושים בארצות-הברית את עילת התביעה בשל הפרת הבטחת נישואין⁴⁷. המחוקק האנגלי קבע בשנת 1970 כי הבטחת נישואין אינה חוזה מחייב⁴⁸, ונד בבד נקבע בחקיקה הסדר של פיצוי בגין הוצאות שצד הוציא בעקבות ההבטחה והסדר להשבת מתנות⁴⁹. בתביעה זו ראה המחוקק הד לימים עברו, ששיקפו את מעמדה המשפטי-חברתי הנמוך של האישה, ימים שחלפו לבלי שוב. המשמעות של נטילת התוקף המחייב של הבטחת הנישואין היא שהמבטיח או המבטיחה משועבדים לדבר אחד: לרגשותיהם. הם אינם משועבדים להבטחתם. למדינה – באמצעות בתי המשפט – אין עניין לעסוק בהבטחות מסוג זה כשלעצמן. אמנם אין התעלמות מהצורך להסדיר את המחלוקות הכספיות שהתעוררו בעניין זה, אך זאת בלי קשר לשאלת ההפרה והאשמה הכרוכה בכך.

מעניין לציין כי במאמר משנת 1990⁵⁰ מציגה המחברת, מרגרט בריניג (Brinig), קורלציה מאירת עיניים בין התנהגות השוק האמריקני בכל הנוגע לרכישת טבעות יהלומים לצורך אירוסין לבין מעמדה המפוקפק של התביעה בשל הפרת הבטחת נישואין. מסתבר שהחל משנות השלושים חלה עלייה פנומנלית ברכישת טבעות יהלום לצורך אירוסין. המחברת מציינת כי עשויים להיות לכך כמה הסברים, כגון ירידת מחיר היהלומים או – בעקבות מפולת הברסה בניו-יורק בשנת 1929 – רצון להשקיע ברכוש מיטלטל, ולא בניירות ערך המוחזקים בבנקים, שעלולים להתמוטט. אך ההסבר המשכנע ביותר לעלייה הדרמטית בשנים 1935–1960 נעוץ, לדעת המחברת, בביטולה של התביעה בגין הפרת הבטחת נישואין. ביטול התביעה יצר צורך במעין בטוחה פרטית למקרה של הפרת ההבטחה. טבעת היהלום, שאמורה להישאר בידיה של האישה אם בן זוגה יפר את ההבטחה, משמשת בטוחה כזו. והנה מסתבר שמאז שנת 1960 שוב חלה ירידה בשוק האמריקני ברכישת טבעות יהלום לצורך אירוסין, והסיבה לכך ברורה: נשים נכנסו לשוק העבודה, יחסים מיניים הפכו בלתי תלויים בנישואין או בהבטחה להם, והצורך בבטוחה או בעירובן שיבטיחו את מימוש ההבטחה, כבר אינו חיוני. תעשיית היהלומים אינה נשענת כיום על טבעות אירוסין, אלא על תכשיטים אחרים, למטרות אחרות.

ז. המשפט הישראלי – מעמדה החוזי של ההבטחה והסייג לתחולתה

סביב הרקע הזה לגבי מעמדה של הבטחת נישואין נחזור לפסיקה הישראלית. ציינתי כי הבטחת נישואין נחשבת חוזה מחייב, אך לאמתו של דבר, לא חלים עליה הכללים הרגילים החוזיים.

ראשית, נוכח אופייה האישי, אין לצוות על אכיפתה⁵¹. **שנית**, הפיצוי בגין הפרתה אינו פיצוי קיום, שיעמיד את התובעת במצב שבו הייתה, לו היה בן זוגה נושא אותה לאישה, אלא פיצויי הסתמכות, המאפיינים פיצויים שנפקים בגין הפרת הבטחה שאינה חוזה. למשל, מי שחוזר בו

בפוריטניות מינית ובפעילות נמרצת של הצנוורה בנושאים של צנעת הפרט, הפכו בתי המשפט, שבהם התבררו תביעות כאלה, במוות פומביות, שחשפו באופן גלוי, חי וללא מגבלות, פרטים אינטימיים הנוגעים לניסיונה או להיעדר ניסיונה של התובעת³⁹.

ו. ירידתה של הבטחת נישואין

בשלב מסוים ובהדרגה החלו להתייחס לתביעות בגין הפרת הבטחת נישואין כאל תביעות סחטניות, וכאיום על מוסד הנישואין ועל ערכי המשפחה⁴⁰. כל זה הושפע, כמובן, מההתליכים הדרמטיים הנוגעים לזכויות האזרח ולמעמד האישה. עצמאותן המשפטית והכלכלית של נשים, השליטה על ההולדה והחופש המיני בעקבותיה, כמו גם הכרסום באופיים הפורמלי ובנוקשותם של הנישואין עצמם, הביאו לשינויים גם במעמדה של הבטחת נישואין⁴¹.

כיום – לפחות לפי הדגם בעולם המערבי – מושתתים הנישואין על רגש ואהבה, וחשיבותם של אלה עולה לאין ערוך על הצד הרכושי או על שיקולי הילודה. נישואין לבן זוג אינם תמיד משענת כלכלית ומעמד חברתי לאישה. נישואין אינם בהכרח הקריירה היחידה הפתוחה לאישה. הרכוש שהאישה מביאה אתה לנישואין אינו עוד בתוליה. הורות אינה תלויה בהכרח בנישואין. מכאן שהפרת הבטחת נישואין, אפילו קדמו לה חיים משותפים בין בני הזוג, אין משמעותה בהכרח כי נגרם נזק רכושי לאישה או כי נפגם שמה הטוב.

יתר על כן, מסגרת של חיים משותפים שבסיסם אהבה יכולה להתקיים בנפרד מנישואין, כשם שגם הורות יכולה להיות מנותקת מנישואין. זוגות רבים אינם ממהרים כיום להינשא. חברות אינטימיות, ואפילו חיים יחד, אין משמעותם בהכרח כי ניתנה הבטחת נישואין מצד בת או בן הזוג. במקרים רבים חיים זוגות יחד כידועים בציבור, אך ללא כוונה להתחתן, וממילא אף ללא כוונה להבטיח נישואין זה לזו⁴².

הפלורליזם של המסגרות האינטימיות, ירידת הפורמליזם בכל מה שנוגע לעיצובן של אותן מסגרות ומרכזיותה של האהבה ביחסים אלה השפיעו בהכרח גם על מעמדה של הבטחת נישואין. הבטחה זו אינה ניתנת בדרך כלל באופן פורמלי, ובנסיבות האינטימיות שבהן מדובר לא קל להציג ראיות חותכות לקיומה⁴³. אפילו נחה דעתנו כי ניתנה הבטחה כזו, קיים קושי לקבוע מיהו הנושא באחריות בשל הפרת ההבטחה: האם מפר ההבטחה הוא זה שהחליט לא לשאת את חברתו, ואולי דווקא בת הזוג גרמה לו בהתנהגותה להתנער בצדק מן ההבטחה⁴⁴?

ובכלל, האם רצוי שהמדינה, באמצעות בתי המשפט, תפלוש לתחום כה אינטימי⁴⁵? במילים אחרות, האם ראוי שהבטחה כזו תהיה מחייבת או שמוטב להשאיר את ההחלטה בעניין זה לצדדים בלבד, ולאפשר להם חרטה מלאה בלא שחרב דמוקלס בדמותה של תביעת פיצויים תרחף מעל ראשם? הטלת אחריות על מפר הבטחת נישואין עשויה להמריץ אותו לשאת את בת זוגו, אפילו מאס בה, וזאת כדי להשתחרר מעולה של התביעה בגין הפרת ההבטחה. וכאן השאלה: האם כלל שממריץ נישואים שבסיסם רעוע מלכתחילה הוא כלל רצוי? האם כלל כזה אינו מעודד סחטנות נוכח העובדה שתביעה כזו, גם אם הנתבע צח כשלג, יש בה משהו מכתים? אכן,

שלא בתום לב ממשא ומתן⁵², צפוי בדרך כלל לשלם פיצויי הסתמכות, כלומר פיצויים שיעמידוהו במצב שקדם למשא ומתן⁵³, להבדיל מפיצויי קיום, שאמורים להעמידו במצב שהיה לו קיום החוזה⁵⁴. הפיצויים ששתי המשפט פוסקים בגין התביעה, עיקרם הנוק הממשי שנגרם – הוצאות בפועל, ואילו על הנוזקים הכלליים, שעניינם צער ובושה, נפסקים סכומים נמוכים למדי⁵⁵.

מכאן, שלו היה תובעת חירטייה דירקס את רמברנדט בבית משפט ישראלי היא הייתה זוכה לסכום מסוים בגין הצער שנגרם לה ואף על הנוק הממשי שנגרם לה; אך נראה שלא הייתה יכולה לקבל פיצוי בגין המזונות שנמנעו ממנה, כפי שנפסק לה.

שלישית, כפי שצייתי לעיל, הבטחת נישואין אינה זוכה להגנה הנוזיקית המוענקת בדרך כלל לזכות החוזית באמצעות העוולה של גרם הפרת חוזה הקבועה בסעיף 62 לפקודת הנוזיקין⁵⁶.

הבטחת נישואין נמצאת בתחום הסֵפֶר של דיני החוזים. היא אינה זוכה להגנה חזקה בין הצדדים (ללא אכיפה; ללא פיצויי קיום); והיא אף אינה זוכה להגנה מפני פגיעתו בה של צד שלישי. זוהי זכות חוזית חלשה, המנסה לשקף איוון עדין בין המחויבות להבטחה שניתנה, לבין חופש הפעולה בעניינים שברגש.

אך אפילו התוקף המחייב החלקי של ההבטחה עורר ביקורת, שהלכה והעצימה בשנים האחרונות, במיוחד לאור עמדתו של פנחס שיפמן, שהעלה את הבעיה הכרוכה בתביעה זו, והציע את ביטולה ההדרגתי⁵⁷. במאמר מעניין מצביעים עופר גרוסקופף וסלה חלבי על השינוי בעמדתה של הפסיקה בטיפול המשפטי בתביעות אלה, הנובע, בין השאר, מהתמורה שהתחוללה במעמד האישה ובקודים המוסריים הנוגעים ליחסי נשים-גברים⁵⁸. לטענתם, השינוי משקף מעבר מדגם "הפיתוי הגברי" שבו ראוי להגן על האישה שנפלה קרבן לפיתוי גברי, לדגם "שברון הלב". על פי דגם זה, שאלת צניעותה של האישה הפכה ללא רלוונטית. אין כל בושה בהתמסרות, ולכן אין צורך לפסוק פיצוי כללי בגין "בושה". שינויים אלה עוררו בית-רשאת את שאלת הצידוק לקיומה של התביעה.

מבקריה של התביעה בפסיקה חזרו והצביעו על שאין היא מתיישבת עם החופש הרגשי⁵⁹, שהיא מעוררת בעיות הוכחה קשות והיא פותחת פתח לסחטנות. עם זאת, למרות סימני השאלה הקשים שהועלו, חזרה הפסיקה הישראלית בשנות התשעים של המאה הקודמת וקבעה את ההלכות

39 על בית המשפט כתאטרון ציבורי ראו: Frost, *ibid.*, at pp. 25–39.

40 M.F. Brinig "Rings and Promises" 6 *J.L. Econ. & Org.* 203 (1990).

41 Frost, *supra* note 37, at pp. 172–177.

42 בתמ"ש (ת"א) 29491/01 ק. פ. ג. א. א. (טרם פורסם), דינים משפחה ב 384, סירב בית המשפט להסיק מקיומם של חיים משותפים במשך חודשים ספורים כי בני הזוג היו ידועים בציבור, וכן כי ניתנה הבטחת נישואין על ידי הגבר. וקיימת טענה כי להיטותו של המחוקק להבטיח לידועים בציבור זכויות של כעין נשואים כופה עליהם, למעשה, נישואים נגד רצונם: לפישץ, לעיל הערה 17, בעי 72–74.

43 על קשיים אלה ראו דברי השופטת פרוקצ'יה בפרשת **פלוגית**, לעיל הערה 29, בעי 236–238.

44 שיפמן "הבטחת נישואין – חוזה מחייב", לעיל הערה 23, בעי 121–122. התביעה מבוססת על הפרה, אלא שכל הבטחה חוזית כפופה לכללים היכולים לשחרר את המבטיח מהתחייבותו. למשל, הפרה מוקדמת של התובע בחוזה מסחרי רגיל, יכולה לשמש צידוק

לאי-קיומו של החוזה על ידי הנתבע. כמו כן אי-גילוי עובדה חשובה על ידי התובע יכולה לשמש צידוק לאי-קיום על ידי הנתבע. כך גם לגבי הפרתה של הבטחת נישואין. למשל בע"א 416/91 **ממן נ' טריקי**, פ"ד מוז(2) 652, 658–659 (להלן: פרשת **ממן**), נקבע שהטעיה או תרמית או אי-קיומו של תנאי להבטחה יכולים להביא לשחרורו של המבטיח מהבטחתו (אלה לא התקיימו במקרה האמור).

45 פרידמן וכהן, לעיל הערה 24, בעי 367–370; כהן, לעיל הערה 22. השו: M.M. Shultz "Contractual Ordering of Marriage: A New Model for State Policy" 70 *Cal. L. Rev.* (1982) 204; Scott & Scott, *supra* note 11.

46 ע"א 461/64 **טמסיט נ' פחימה**, פ"ד יט(4) 129, 131 (להלן: פרשת **טמסיט**).

47 לסקירה השוואתית בעניין זה ראו פסק דינו של השופט ריבלין בפרשת **פלוגית**, לעיל הערה 29, 229–231.

48 Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act 1970, Ch. 33 § 1 (Eng.) (להלן: "Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act 1970"). חוק זה ביטל גם את

תביעת השידול, שמקורה בתפיסה כי האישה היא קניינו של הבעל. לעיל הערה 10. העילה של הפרת הבטחת נישואין בטלה גם באירלנד, ראו: § 2, Family Law Act 1981. סי 4 לאותו חוק אירי קובע הסדר להשבת מתנות וסי 7 מסדיר את נושא ההוצאות. וכן בסקוטלנד: Law Reform (Husband and Wife) (Scotland) Act 1984. לגבי השבת מתנות האירוסין ראו: R. Tushnet "Rules of Engagement" 107 *Yale L. J.* (1998). A.D. Glassman "I Do! Or Do I? A Practical Guide to Love, Courtship, and Heartbreak in New-York – or – Who Gets the Ring Back Following a Broken Engagement" 12 *Buff. Women's L.J.* (2004) 47.

49 המתנות בישראל ראו ד' פרימר "השבת מתנות אירוסין בגין הפרת הבטחת נישואין לאור החקיקה האורחית החדשה" **משפטים י** (תשי"ם) 329.

50 Brinig, *supra* note 40.

51 סי 113 (לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970 (להלן: "חוק החוזים – תרופות").

52 סי 12 לחוק החוזים.

53 פרידמן וכהן, לעיל הערה 24, בעי 621–642.

54 אם כי לפי הפסיקה האחרונה יש לבתי המשפט סמכות במקרים נדירים לפסוק גם פיצויי קיום. ע"א 6370/00 **קל בנין בע"מ נ' ע.ר.מ. רעננה לבניה והשכרה בע"מ**, פ"ד נו(3) 289 (להלן: פרשת **קל בנין**). על עמדתו של הנשיא ברק בעניין זה, אשר השאירה פתוחה בפרשת **פלוגית**, ראו להלן הערה 76.

55 גרוסקופף וחלבי, לעיל הערה 23, בעי 116.

56 לעיל הטקסט הנלווה להערות 25–26.

57 שיפמן, לעיל הערה 23.

58 גרוסקופף וחלבי, לעיל הערה 23.

59 **שם**, בעי 113 הערת שוליים 23. גרוסקופף וחלבי מציינים שאין סתירה בין חירות הנישואין לקיומה של העילה בגין הפרת ההבטחה. אולם השאלה היא עד כמה חירות מבקשת השיטה המשפטית להבטיח. משמעותה של חירות מלאה היא שאין להטיל כלל אחריות משפטית. מובן שפתרון ביניים המבטיח חירות חלקית, הוא זה הפוטר מאכיפה ומסתפק בהטלת פיצויי קיום. פתרון המבטיח אף חירות גדולה יותר, הוא זה המטיל רק פיצויי הסתמכות (כמו הכלל הנוהג לגבי הבטחת נישואין). כאמור, חירות מלאה אינה מתיישבת עם מחויבות חוזית, ולו חלקית. חירות מלאה משמעותה שלמות חייב זכות חרטה ללא קשר לעמדת הצד השני או המדינה. הדבר קשור קשר הדוק לנטייה לאפשר חירות יציאה ללא עילה מקשר הנישואין עצמו. אם הנטייה כיום היא לאפשר את פירוק הנישואין על פי רצון אחד מן הצדדים, ניתן לטעון שראוי – מקל וחומר – להעניק חירות יציאה דומה גם לכל אחד מבני הזוג טרם נישואיהם. חירות כזו משמעותה היעדר מחויבות חוזית אף לא לתשלום פיצויים. שאלה היא אם חירות כזו אינה רלוונטית גם לגבי חוזה הנישואין עצמו, במובן זה שייקבע שנישואין אינם מהווים חוזה, ואין להם תוקף משפטי מחייב (השוו סי 162) לפקודת הנוזיקין, שקובע זאת רק לגבי אחריותו של צד שלישי: לעיל הטקסט הנלווה להערה 22). ככל הנוגע לחירות היציאה – אכן זה הכלל שנוטים לאמצו במערב. אך בכל הנוגע לשאלות של מסגרת החיים המשותפת (שילוב אינה קיימת במערכות המולידות הבטחת נישואין, ואם היא קיימת היא עשויה לעורר בעיות הכרוכות בזכויותיהם של ידועים בציבור – לעיל הערה 42), התשובה בעיני היא שלילית נוכח מורכבותה של מסגרת החיים המשותפת הכרוכה בהיבטים של רכוש, ולעתים קרובות בשאלות הנוגעות לגידול ילדים. לדיון מעניין בנישואין כקהילה ליברלית שוויונית הכפופה להסדרים משפטיים המקדמים ערכים אלה (הדיון מתמקד בהסדרי הרכוש), ראו ח' זגן קנין על פרשת **דרכים** (תשס"ה) 439–511.

רק כאשר נישואי המבטיח היו מעוררים, אך לא במקרה שבו הנישואין תקינים.

ניתן, כמובן, לתהות אם אין בהבטחת נישואין על ידי אדם נשוי משום עדות על נישואיו המעוררים⁶⁷, אולם בתי המשפט הבהירו כי חוקיות ההבטחה תלויה בנסיבות: אם בעת מתן ההבטחה היו חיי הנישואין של המבטיח מעוררים מן היסוד, ללא תקווה לשיקומם, ההבטחה חוקית. אך אם עדיין היה סיכוי לקיום הקשר בין בני הזוג, ולא פסה התקווה לאיחוי הקרע ביניהם, הרי הבטחת הנישואין היא בלתי מוסרית ומנוגדת לתקנת הציבור⁶⁸.

ח. פלונית – עלייתה של הבטחת הנישואין

1. עובדות

הלכה אחרונה זו בדבר בטלות הבטחת נישואין שניתנה על ידי גבר נשוי, הייתה תקפה עד לפני כשנה. בראשית חודש יולי 2004, בע"א 5258/98 **פלונית נ' פלוני**⁶⁹, פסק בית המשפט העליון פה אחד לעניין זה (אם כי בדעת רוב לעניין התוצאה הסופית) כי הבטחת נישואין שנתן פלוני לפלונית, בהיותו נשוי לאחרת, מחייבת, אפילו לא היו יחסי הנישואין של המבטיח מעוררים.

ואלו העובדות: פלונית שימשה מזכירה במפעל סיגריות בלוד, ופלוני נשוי ואב לילדים, עבד שם כמנהל מחלקה. נוצר ביניהם קשר. פלונית התחנתה, נולד לה ילד, אך מרבית תקופת הנישואין הייתה בנפרד מבעלה. פלוני פרנס אותה, קנה לה רכב והרעיף מתנות על בנה. הוא עודד אותה להתגרש מבעלה ואף מימן את שכר עורכי דינה בהליך הגירושין. הוא הבטיח לה כי לאחר שתתגרש מבעלה, יתגרש הוא מאשתו, ויחד יבנו קן משפחתי. אף שהתגרשה מבעלה, לא מימש פלוני את הבטחתו. למרות זאת, נמשך ביניהם הקשר, תוך שהוא מקנא לה, ומסכל כל ניסיון התנתקות מצדה. לאחר גירושיה הרתה לפלוני, בפעם החמישית, ובניגוד לארבע הפעמים הקודמות שבהן ביצעה הפלה, הפעם ביקשה לקיים את ההיריון. על רקע זה חזר בו מהסכמתו לשאתה לאישה. היא ילדה בת, שהוכרזה כבתו. בשלב זה נותק ביניהם סופית הקשר. פלונית ביקשה לחייבו בפיצויים בגין הנוק שנגרם לה בשל הפרת ההבטחה: אלף שקל לחודש עד שתישא או סכום כללי של 35,000 ש"ח. בית משפט השלום חייב את פלוני לשלם לפלונית 35,000 ש"ח. בית המשפט המחוזי ביטל בדעת רוב את הפסק בקבעו שאין תוקף להבטחת נישואין שניתנה על ידי גבר נשוי, שנישואיו אינם מעוררים, שכן הדבר נוגד את תקנת הציבור⁷⁰. בית המשפט העליון בדעת רוב (השופטים ברק ופרוקצ'יה) אימץ את דעת המיעוט של השופטת רובינשטיין בבית המשפט המחוזי, שקבעה אמנם כי רצוי שהמחוקק יבטל את העילה של הפרת הבטחת נישואין, אך כל עוד לא בוטלה, הבטחת הנישואין מחייבת, אפילו ניתנה על ידי גבר נשוי. בית המשפט פסק לפלונית סכום כולל של 35,000 ש"ח, בעיקר בשל הסבל הנפשי שנגרם לה.

2. הכשרתה של ההבטחה

פסק הדין בפרשת פלונית סיפק לדעת הרוב הזדמנות להציג אידאולוגיה חדשה, מפתיעה במובן מה, בהתחשב בעמדתה הקודמת של הפסיקה, בכל

הבאות: **ראשית**, הבטחת נישואין עדיין מחייבת במשפט הישראלי. אמנם רצוי לחולל שינוי במעמדה, ולבטלה, אך מי שמוסמך לערוך שינוי כזה הוא המחוקק, ולא בתי המשפט⁶⁰.

שנית, הבטחת נישואין של בן זוג נשוי אינה תקפה, בהיותה מנוגדת למוסר ולתקנת הציבור, אלא אם כן יוכח כי בעת מתן ההבטחה היו חיי הנישואין של המבטיח מעוררים ללא תקנה⁶¹. עם זאת, אם יסתבר כי בעת מתן ההבטחה הסתיר המבטיח את עובדת היותו נשוי, תוכל מקבלת ההבטחה לתבעו בניזקין בשל תרמית או מצג שוא⁶².

כיצד ניתן להסביר את הכלל האחרון ואת חריגיו? חריג התרמית מובן: מקבל ההבטחה תם הלב אינו שותף לפגיעה בקשר הנישואין שעליו אינו יודע, ולכן תקנת הציבור לא תפעל נגדו, ודאי לא במישור של דיני הניזקין שעליו הוא משתית את תביעתו⁶³.

ואשר לחריג הנוגע למקרה שבו הנישואין מעוררים: הבטחת נישואין על ידי בן זוג נשוי אינה תקפה, כי היא פוגעת במוסד הנישואין. היא אף מהווה הכנה לקשר ביגמי. אך כאשר חיי הנישואין של המבטיח כבר מעוררים, ברור שאין ההבטחה לשאת את בת זוגו לאישה, מסכנת אותם. אף אין חשש שבמצב זה יהיה פיתוי להמשיך בשני הקשרים במקביל, כך שיינתן תוקף מעשי למעין ביגמיה.

אם בעבר נחשבה העילה של הפרת הבטחת נישואין מוקצית מחמת מיאוס ועל גבול הלגיטימיות, דעת הרוב מעניקה לגיטימציה מלאה להבטחה ולתביעה בגין הפרתה. דעת הרוב אינה מטילה ספק בכך שהבטחת נישואין מחייבת ותקפה במשפטנו

בעניין זה יש להעיר כי במשפט הישראלי קיים לא אחת קושי להשתחרר מקשר הנישואין בשל מגבלות המוטלות מכוח דין. המוסד של ידועים בציבור הנותן תוקף לנישואין דה-פקטו שאינם יכולים להתממש דה-יורה, נולד מתוך כוונה, הוא המגבלות על החופש לצאת מקשר הנישואין. בית המשפט מוכן לתת תוקף למוסד של ידועים בציבור, גם אם בני הזוג נשואים לאחרים. ההנחה אז היא שחיי הנישואין שלהם מעוררים. בפועל מתקיים כאן מצב של מעין ביגמיה: נישואין דה-יורה (שאינם ממומשים והם ריקים מכל תוכן) ונישואין דה-פקטו (שהם הנישואין "האמיתיים")⁶⁴. אמנם לא תמיד מוכן המחוקק להסכין עם מצב זה. לכן לעתים מוגבלת הגדרת הידועים בציבור למקרה שבו הזוג אינו נשוי, כמו, למשל, במקרה של הענקת זכויות מכוח ירושה⁶⁵. אך במקום שהמחוקק אינו דן בכך, מוכנים בתי המשפט להעניק זכויות של ידועים בציבור גם במקרה שבו נשואים בני הזוג לאחרים⁶⁶. המקרה של הבטחת נישואין מעורר בעיה מקבילה: כדי להימנע ממתן תוקף למצב מעין-ביגמי או להכנה למצב מעין-ביגמי, מוכנים היו בתי המשפט להכיר בכוחה המחייב של הבטחת נישואין,

הנוגע למעמדה של הבטחת נישואין. אם בעבר נחשבה העילה של הפרת הבטחת נישואין מוקצית מחמת מיאוס ועל גבול הלגיטימיות, דעת הרוב מעניקה לגיטימציה מלאה להבטחה ולתביעה בגין הפרתה. דעת הרוב אינה מטילה ספק בכך שהבטחת נישואין מחייבת ותקפה במשפטנו. כך גם ראוי, סובר הנשיא ברק. הוא אינו פונה למחוקק כדי שיבטלה⁷¹. הנשיא ברק – שבפסקתו קו עקבי למדי של הרחבת שפיטות והגדלת תחומי אחריות⁷² – מדגיש כי ראוי לתת תוקף מחייב להבטחה כזו ככל הבטחה חוזית אחרת, שכן דיני החוזים אינם נעצרים "על סף הבית המשפחתי"⁷³. הוא מטעים ש"אין הצדקה לחשוף מי מבני הזוג לנזקים הנובעים מהפרת ההתחייבות בלי שהמשפט יבוא לעזרתם. העלויות והנזקים אינם צריכים ליפול באופן אקראי על אחד הצדדים (בדרך כלל הצד החלש), כי אם לפי כללי האחריות החוזיים"⁷⁴. כך גם השופטת פרוקציה: "אין טעם מוסרי, חברתי או משפטי להוצאת הבטחת נישואין מתחום התפרשותו של המשפט [...] העילה החוזית בגין הפרת הבטחת נישואין ראויה היא אפוא ונחוצה כמענה למצבים שבהם בן-זוג נפגע מהפרת הבטחה"⁷⁵.

נכון שמדובר בחוזה מיוחד: ייחודו לפי הנשיא ברק הוא שאין הפרתו מהווה עילת אכיפה, ועליו להסתפק בפיצויים (בגין נזק ממוני ושאינו ממוני)⁷⁶.

הערפל הכרוך בהבטחות מסוג זה וחירות הרגש לא שימשו נימוקים מספיקים לצמצום התביעה. העובדה שהנישואים עצמם אינם שעבוד, ושניתן להשתחרר מהם ללא פיצוי⁷⁷, לא שכנעה את שופטי הרוב, שראוי להחיל כלל דומה גם על הבטחת נישואין, שהיא חוזה חלש יותר מנישואים. התוצאה מפתיעה בשני מובנים: המובן הראשון הוא פורמלי – היא עומדת בניגוד מוחלט לעמדתה העקבית של הפסיקה של שנות התשעים. המובן השני הוא מהותי – בתקופה המתאפיינת בחתירה להרחבת הזכות להשתחרר מקשר הנישואין עצמו, מתחזק באופן פרדוקסלי מעמדה של הבטחת נישואין בצורה ניכרת על ידי צמצום חירות היציאה ממנה.

אכן שופט המיעוט ריבלין משקף את הקו העקבי של הפסיקה של שנות התשעים, והוא גם מבטא את הערכים המהותיים שבסיס ההסתייגות מתביעה זו. הוא מדבר על הסתירה בין תוקף ההבטחה לצד הלב, ועל הקושי להחיל אמות מידה חוזיות על ענייני רגש. הוא ממליץ למחוקק לבטל את כוחה החוזי המחייב של הבטחת הנישואין ולאפשר תביעה להשבת הוצאות ההכנה לנישואין והמתנות שניתנו לקראתם. בשלב הנוכחי כל עוד לא התערב המחוקק, עומדת העילה. אך אין לפצות, לדעתו, על נזק נפשי. כשם שאין ראש נזק כזה במקרה גירושין (שם יכול הסבל להיות חמור פי כמה), מקל וחומר גם לא במקרה של הבטחת נישואין. במקרים מיוחדים כאשר בהפרת ההבטחה כרוך מצג שווא, הוא מוסיף, ניתן להעניק פיצוי על סבל נפשי במסגרת דיני הניקיון, אך לא במקרה דנן⁷⁸.

3. הסרת הסייג – תביעה כלפי מבטיח נשוי

עד כה על עצם מעמדה של הבטחת נישואין. נעבור עתה לבדוק כיצד הצדיק בית המשפט תוקפה של הבטחה שניתנה על ידי גבר נשוי (לעניין זה לא הייתה הבחנה בין דעת הרוב לדעת המיעוט). האם עולה הדבר בקנה אחד עם מעמד הנישואין במשפט הישראלי? ומה לגבי העובדה שמתן תוקף

להבטחת הנישואין של פלוני עומד בסתירה בולטת להתחייבותו כלפי אשתו:

וכך אומר הנשיא ברק: "ראשית, בגישה החברתית ביחס לסיום קשרי נישואין ולתופעת הגירושין חלו תמורות משמעותיות [...] ישנה הכרה בכך שגירושין הפכו חלק ממצאות החיים [...] גם הסלידה מפני קשר זוגי מחוץ לנישואין אינה משקפת את גישתה של החברה הישראלית של היום"⁷⁹.

60 ע"א 647/89 שיפברג נ' אבטליון, פ"ד מו(2) 169, 176; פרשת ממן, לעיל הערה 44, בע" 657; בעקבות שיפמן, דיני המשפחה בישראל, לעיל הערה 23, בע" 204 וכן שיפמן "הבטחת נישואין – חוזה מחייב", לעיל הערה 23, בע" 112.

המשמעות המעשית העיקרית של ביטולה המומלץ של העילה היא, בדומה למצב באנגליה, שלא תהיה תביעה על נזקים לא ממוניים (בעיקר נזק נפשי), אך עדיין תתאפשר תביעה להשבת מתנות ולפיצוי בגין הוצאות שצד הוציא לטובת מיום החתונה המשותף ובהסתמך על: לעיל הטקסט הנלווה להערות 48–49.

61 ע"א 337/62 ריזנפלד נ' יעקובסון, פ"ד יז 1009; ע"א 563/65 יגר נ' פלביץ, פ"ד כ(3) 244; ע"א 4/66 פרץ נ' הלמוט, פ"ד כ(4) 337; ע"א 116/75 חאיק נ' ספיה, פ"ד לא(1) 90 (להלן: פרשת חאיק).

62 ע"א 174/65 בדש נ' שדה, פ"ד כ(1) 617, 627–628 בפסק דינו של השופט קיסטר; ע"א 609/68 נתן נ' עבדאללה, פ"ד כד(1) 455 (להלן: פרשת נתן); ע"א 386/74 פלוני נ' אלמונית, פ"ד ל(1) 383.

63 הדבר דומה לאי-חוקיות הידועה לצד אחד בלבד. במקרה זה עשוי החוזה להיחשב תקף כלפי הצד התם, ולבטל כלפי הצד האשם. ע' גרוסקופף "חוזה פסול" חוים (תשס"ד, די פרידמן וני כהן עורכים, כרך ג) 487–494.

64 לפיכך, לעיל הערה 17, בע" 267–360.

65 סי' 55 לחוק הירושה, תשכ"ה-1965.

66 ע"א 384/61 מ"י נ' פסלר, פ"ד טו 102; ע"א 233/98 כ"ץ נ' קרן מקפת, פ"ד נד(5) 493.

67 ראו דברי הנשיא ברק בפרשת פלונית, לעיל הערה 29, בע" 223.

68 ע"א 649/70 הלמוט נ' פרץ, פ"ד כה(2) 35, 40; פרשת חאיק, לעיל הערה 61, בע" 92.

69 פרשת פלונית, לעיל הערה 29.

70 ע"א (תי"א) 166/96 גרינשטיין נ' בן שושן-איסט (טרם פורסם), דינים מחוזי כ(8) 362.

פסק דין זה, החושף את שמותיהם של פלונית ופלוני, שם לאל את פלוניותם של הצדדים בבית המשפט העליון.

71 אם כי השופטת פרוקציה מציינת כי בעבר פנו שופטים למחוקק לשם כך. פרשת פלונית, לעיל הערה 29, בע" 235. אולם הנשיא ברק פונה למחוקק בלשון רפה בשאלה אחרת, והיא מהן הנסיבות שבהן הבטחת נישואין על ידי אדם נשוי יחשב מנוגדת לתקנת הציבור. שם, בע" 224.

72 דוגמאות אחדות מהתחום של דיני חוים: הרחבת האחריות בשל הפרת חובת תום הלב במשא ומתן: די" 22/82 בית יולס בע"מ נ' רביב משה בע"מ, פ"ד מג(1) 441; ע"א 579/83 זוננשטיין נ' אחים גבסו בע"מ, פ"ד מב(2) 278; פרשת קל בנין, לעיל הערה 54; הרחבת האחריות בדיני זיכרון דברים: ע"א 692/86 בוטקובסקי נ' גת, פ"ד מד(1) 57 (השופט ברק הסכים לעמדה המרחיבה); והרחבת השפיטות של הסכמים פוליטיים: בג"ץ 1635/90 ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה, פ"ד מה(1) 749.

73 פרשת פלונית, לעיל הערה 29, בע" 220.

74 שם, שם.

75 שם, בע" 235–236.

76 אולם בניגוד לשופטת פרוקציה הגורסת כי הפיצויים הראויים הם פיצויי הסתמכות (בגין נזק ממוני ושאינו ממוני), שם, בע" 238–239, משאר הנשיא ברק עניין זה סתום, בדונו בפיצויים סתם, שם, בע" 220. כך נפתח פתח להעניק אף פיצויי קיום במקרים המתאימים, כפי שנעשה לגבי סי' 12 לחוק החוזים. ראו פרשת קל בנין, לעיל הערה 54.

77 ע"א 264/77 דרוו נ' דרוו, פ"ד לב(1) 829, 832; פרשת פלונית, לעיל הערה 29, בע" 233–234 בפסק דינו של השופט ריבלין. אולם בהסדר הרכוש הנלווה לגירושין מן הסתם, מובאת בחשבון העובדה שהאישה, למשל, ננטשה על ידי בעלה.

78 פרשת פלונית, לעיל הערה 29, בע" 231–234. זאת, בעקבות שיפמן, דיני המשפחה בישראל, לעיל הערה 23, בע" 199–198.

79 פרשת פלונית, לעיל הערה 29, בע" 222–223.

האם ראוי לשמור על עילה כזו גם כיום? היש מקום דווקא בעידן שלנו לחזק את העילה של הפרת הבטחת נישואין ולהרחיבה, גם במקרים שבהם בעבר היא נדחתה על הסף? היש הצדקה לכך בחברה, שערכיה הם חופש הפרט, שוויון בין המינים, ושבה נפוצים שליטה על ההולדה וחופש מיני? סימני השאלה גדולים מאוד. עמדת הרוב, התומכת באופן חד-משמעי בעילה, נשענת על בסיס מוסרי-קנטיאני, כלומר על הערך המחייב כשלעצמו של ההבטחה. באופן טכני – מציין הנשיא ברק – אפילו נוגדת ההבטחה את תקנת הציבור, מאפשר הדין – סעיף 31 לחוק החוזים – לתת סעד של קיום החוזה, אם הנפגע קיים את חלקו על פי החוזה, ומוצדק לעשות כן. ברור שאין לאכוף על פלוני לקיים את חלקו בחוזה, אך ניתן לחייב אותו בפיצוי כתחליף לאכיפה⁸⁵. כאן פלונית מילאה את חלקה בהסכם⁸⁶. "הצדק דורש – וקשה לתאר מקרה קיצוני מהמקרה שלפנינו – כי המערערת תפוצה על נזקה"⁸⁷.

עמדת הרוב רואה בנפגעת קרבן של הפרת ההבטחה. הנפגעת היא קרבן נסיבותיה האישיות, אבל גם קרבן חברתי. למרות החתירה לשוויון קיימים עדיין פערים חברתיים וכלכליים נרחבים בין גברים לנשים. ערך השוויון אינו מופנם⁸⁸. חופש מיני אינו נחלת כל המגורים, ובעניין זה קיים עדיין מוסר כפול. בחברה הישראלית מוקנה מעמד מרכזי למשפחה, ורווחות גישות הרואות עדיין בנישואין כלי למימוש עצמי של נשים, ובנכונות לחיים משותפים מצד האישה – תמורה, שלא הייתה ניתנת אלמלא הבטחת הנישואין. בחברה רב-תרבותית כשלנו השלכותיה של הפרת הבטחת נישואין אינן אחידות, והן יכולות להיות הרות-גורל לנשים לא מעטות⁸⁹. הטרדות מיניות של נשים על ידי גברים במקומות עבודה הן עניין שכיח. בל נשכח שפלוני במקרה שלנו היה מנהל במפעל הסיגריות, שבו עבדה פלונית כעובדת זוטרה יותר. נכון שפלונית החלה בקשר בידועה כי פלוני נשוי. היא נטלה על עצמה סיכון, אך פלוני הבטיח לה כי יישא אותה לאישה. מבחינתו של פלוני נוח היה לו עם מצב של ביגמיה דה-פקטו על פי תנאיו. אך תקופת האבות חלפה זה מכבר, ובית המשפט מציב תמרוך אזהרה לגברים נשואים האומר: גברים, הזיהרו בהבטחותיכם.

האיזון בין שעבוד-לרגש-שחלף לבין חרטה-ממחויבות-להבטחה נשמר בצורה הולמת: אין כופים, חלילה, על המבטיח לגרש את אשתו ולשאת את פלונית; כפייה כזו היא לא רק פגיעה אנושה במוסד הנישואין לטובת מחויבות מאוחרת, חלשה יותר; היא בראש ובראשונה פגיעה קשה בחירות הפרט. גם אין מטילים על פלוני פיצוי שיעמיד את פלונית במצב שבו הייתה, לו הייתה ההבטחה מתממשת. פלוני אינו חייב במזונותיה של פלונית. פלונית דרשה 1000 ש"ח לחודש עד שתנישא לאחר, ולא קיבלה זאת. ומצד שני, אין מאפשרים התנערות מלאה מההבטחה: על המבטיח לפדות את החרטה בתשלום פיצויים כלליים בגין הצער, פיצוי בסכום לא גבוה במיוחד.

מכיוון אחר, פסק הדין בפרשת **פלונית** הוא נסיגה. הוא מבטא את רוחות העבר, שבהן נשים יכולות, כביכול, לממש את עצמן באמצעות נישואין. הוא פותח פתח לסחטנות. הוא מתעלם מההבטחות שהיו כלפי האישה החוקית. האם לפי פסק הדין עשויה לעמוד עתה עילת תביעה לאישה החוקית כלפי הבעל שהפר את ההבטחה לחדול מהקשר עם בת

שנית, ראוי להפעיל חזקה כי כאשר אדם נשוי מתחייב להתגרש ולשאת אדם שלישי, נישואיו אינם תקינים, וזאת כדי למנוע חיטוט מיותר בפרטים אינטימיים⁸⁰.

שלישית, אין להעניק חסינות לאדם נשוי היוצר קשרים מחוץ למסגרת הנישואין תוך פיזור הבטחות. "הפטור אף נותן הכשר להתנהגות זו, באשר הוא מטיל את ההפסדים והסיכונים כולם על הצד האחר"⁸¹.

רביעית, "גם החובה לעמוד בדיבור ולקיים הבטחה מעוגנת בתקנת הציבור"⁸².

ההנמקה הראשונה מעוררת קושי: אם חלה ליברליזציה בכל הנוגע לגירושין, האם לא ראוי להחיל ליברליזציה מקבילה גם בשלב הקודם לנישואין ולאפשר יציאה קלה מקשר חלש יותר מנישואין?

ההנמקה השנייה, המבקשת להימנע מחיטוט מיותר בפרטים אינטימיים, נשמעת, לכאורה, משכנעת. היא מבקשת למנוע מצב שבו יהפוך בית המשפט לבמת תאטרון הפרשת באופן אינטימי את חיי הנישואין של מפר ההבטחה. אך כלום ניתן להימנע בתביעה מסוג זה מחיטוט בפרטים אלה? סביר להניח שנתבע נשוי שיתכחש להבטחתו ירצה להצביע על תקינות נישואיו כדי לשכנע שלא הבטיח מאומה, ואילו התובעת תבקש להצביע על נישואיו המעורערים כדי לשכנע שאמנם ניתנה הבטחה. ספק אפוא אם החלתה של התביעה על הבטחתו של בן זוג נשוי תמנע אותו חיטוט מיותר, שביט המשפט כה חרד מפניו.

ההנמקות השלישית והרביעית דומות: הן מעוגנות ברעיון של קדושת ההבטחה וההגנה על הסתמכותו (נזקיו) של מקבל ההבטחה. אך זו הרי כל השאלה כולה: לא לכל הבטחה ניתן תוקף מחייב, ולא כל הסתמכות מטילה אחריות על מי שגרם לה. האם ראוי לתת להבטחות מסוג זה תוקף מחייב?

בחברה רב-תרבותית כשלנו השלכותיה של הפרת הבטחת נישואין אינן אחידות, והן יכולות להיות הרות-גורל לנשים לא מעטות

4. הערכה

הנשיא ברק מציין כי "ההגנה על מוסד הנישואין לא תבוא בדרך של הקרבת זכויותיו של קורבן להפרת הבטחת נישואין"⁸³. במילה "קרבן" נעשה שימוש ניטרלי, אך ברור שהכוונה היא לתובעת, כאישה. ראינו כי העילה של הפרת הבטחת נישואין היא עילה שיוחדה בפועל לנשים. בישראל הוגשו תביעות כאלה לרוב על ידי נשים. בארבעים וחמש השנים האחרונות הוגשה בצרפת תביעה אחת כזו על ידי גבר⁸⁴. התביעה נדחתה. לייחודה של התביעה לנשים סיבות רבות, שעליהן דיברנו קודם, הנוצרות במבנה החברתי הישן, שהיה מבוסס על תלותן של נשים בגברים, על אי-השוויון החברתי והכלכלי בין גברים לנשים ועל קידוש מיתוס הבתולין. הפרת הבטחה כזו, במיוחד לאחר קיומו של קשר אינטימי בין בני הזוג, אכן פגעה בעבר נושאות בסיכוייה של האישה להינשא.

הזוג! האם שתי ההבטחות הסותרות יכולות לעמוד בעיניך? ואולי ראוי להעניק עדיפות דווקא להבטחה כלפי האישה החוקית? בית המשפט נשאר ניטרלי בעניין זה. ההבטחות הסותרות של הבעל כלפי אשתו וכלפי בת זוגו בעיני עומדות, כאילו היה מדובר בעסקאות נוגדות למכירת נכס. עקרונית, במצב זה, הראשונה עדיפה, אך כללי העסקאות הנוגדות אינם חלים כאשר מדובר בחוזים שלא ניתן לאכוף אותם.⁹⁰ הואיל וממילא לא ניתן לאכוף לא את הנישואין ולא את ההבטחה, הבעל הוא שיחליט איזו מבין ההתחייבויות לקיים. אך מכל מקום, כמו לגבי כל עסקה נוגדת, המתחייב חייב לפצות את מי שכלפיו לא קיים את ההתחייבות. הבעל החליט לקיים את התחייבותו כלפי אשתו, ולכן עליו לפצות את בת זוגו הננטשת.

5. ליברליות או שמרנות?

לפסק הדין בפרשת **פלונית** שני רכיבים חדשניים: האחד, זה המכיר ללא סייג בעילה של הפרת הבטחת נישואין והופך אותה לכשרה למהדרי; השני, זה המכיר בה גם כאשר המבטיח נשוי לאחר.

מה המגמה שמבטא בית המשפט? האם הוא מבטא עמדה ליברלית או שמרנית? באשר לרכיב הראשון – לכאורה, עצם ההכרה בתביעה בשל הפרת הבטחת נישואין עולה בקנה אחד עם העיקרון הליברלי של חופש החוזים, המבקש להעניק לצדדים את החירות לכבול את עצמם בחוזה. מצד שני, הכרה בתביעה כזו אינה עולה בקנה אחד עם עמדה ליברלית המבוססת על חירות הרגש ועקרון השוויון בין המינים והדוחה מעורבות של המדינה בעניין זה. במילים אחרות, על פי גישה זו ראוי למקם את הבטחת הנישואין בתחום החירות המלאה של הפרט, ולא לייחס לה תוקף משפטי מחייב.⁹¹

ובאשר לרכיב השני, על פי העמדה המסורתית-שמרנית, שבה ערך המשפחה עדיף, אין מקום לתביעה בשל הסתירה בין ההבטחה לבין נישואיו של המבטיח. מצד אחר, משקף פסק הדין בעניין רכיב זה עמדה ליברלית, שבו יכולות לעמוד זו בצד זו מחויבותו של הבעל כלפי אשתו והבטחתו כלפי בת זוגו. ההכרה בתוקפה של ההבטחה מאשרת את חירותו של הבעל לממש את רגשותיו ולהגשים את עצמו, למרות המחויבות הנובעת מקשר הנישואין. היא מכירה בכך שמוסד הנישואין מורכב ופגיע. אך דווקא מכיוון זה, ובהסתמך על כך שפלונית "לא הצביע על כך שהבטחת הנישואין הביאה לפגיעה ביחסיו עם בת הזוג החוקית"⁹², אפשר לומר שבית המשפט מחזיר אותנו שנים רבות אחורה, שכן באופן משתמע ניתנת כאן גושפנקא לבינמיה בפועל.⁹³

הערכתי את פסק הדין פרשת **פלונית** אינה חד-משמעית. היא כרוכה בשאלה מה תפקידו של הכלל המשפטי: האם עליו להגיב למצב קיים או לשמש תמריץ לשינוי?⁹⁴ בהקשרנו, כלל המחייב (בדרך כלל גברים) בשל הפרת הבטחת נישואין משקף במקרים רבים את הפער במעמדם של נשים וגברים בחברה בכלל, ובפרט בכל הנוגע לקשר הנישואין ולציפיות ממנו. כלל כזה מגיב למצב הקיים. הוא אמנם מקבע סטריאוטיפים, שנשים היו רוצות להשתחרר ממנו, אך הוא מוצדק כל עוד אין השוויון המיוחל ממומש. אכן, מחקר שנערך בארצות-הברית שבה ברוב המדינות בוטלה

העילה, מצביע על כך שהמהלך של ביטול העילה של הפרת הבטחת נישואין פגע באינטרסים רכושיים של נשים רבות, ותועלתו אינה ברורה.⁹⁵ דעת הרוב בפסק הדין בפרשת **פלונית** מגיבה על המצב הקיים. במצב זה שבו רעיון השוויון אינו מוגשם במלואו, ובקבוצות מסוימות, מסורתיות, אף אין סיכוי להגשימו בקרוב, נשים הן, לעתים קרובות, קרבנות ראויים להגנה מפני הפרת הבטחת נישואין.

לעומת זאת, כלל המבטל את העילה של הפרת הבטחת נישואין מעניק לבני הזוג את הסמכות להחליט אם לממש את נישואיהם בעקבות ההבטחה, זאת ללא סנקציה וללא מעורבות מדינית. תיקונו של הלב השבור לא יהיה באמצעות תביעה כספית אלא באמצעות התנתקות רגשית מהפרשה הכאובה. כלל כזה ממריץ שינוי, והוא מבקש לשקף מצב רצוי שבו נשים, כמו גברים, לא תהיינה תלויות בנישואין כדי לבסס את מעמדן. שאלה גדולה היא אם מוצדק להחילו שעה שהתנאים המוקדמים להחלתו – שוויון בפועל בין גברים לנשים – עדיין לא הבשילו, ושעה שקיימות קבוצות נרחבות באוכלוסייה שאינן מקבלות את האידאולוגיה שביסודו. פסק דינו של המיעוט בפרשת **פלונית** המבקש לבטל את העילה, או למצער

80 שם, בע' 223.
 81 שם, בע' 224.
 82 שם, שם.
 83 שם, בע' 223.
 84 שם, בע' 228, בפסק דינו של השופט ריבלין. לגבי גברים תובעים ראו להלן הטקסט הנלווה להערות 100–102.
 85 הסעד אינו קבוע בס' 31 לחוק החוזים, והוא פרי פרשנות. ראו גרוסקופף, לעיל הערה 63, בע' 629–632.
 86 פרשת **פלונית**, לעיל הערה 29, בע' 224–226 בפסק דינו של הנשיא ברק, שם, בע' 226.
 87 לטענה כי גם בחברה המערבית של ימינו מוסד הנישואין אינו מושתת על שוויון והוא מדכא נשים ראו ד"ר הקר "מעבר ליבולתה זקנה וליסקס והעיר הגדולה: רווקות כאפשרות חשובה לנשים ויחסו של המשפט הישראלי אליה" עיוני משפט כח (תשס"ח) 903. אלא שכפי שמצביע המאמר, למרות הביקורת על מוסד הנישואין, אופציית הנישואין עדיין נחשבת עדיפה, ודרושים שינויים ניכרים כדי להפוך רווקות לאופציה נדרשת. למרכזיותה של המשפחה בחברה הישראלית ראו ס' פוגל-ביז'אווי "משפחות בישראל: בין משפחתיות לפוסט-מודרניות" מין, מגדר, פוליטיקה (1999) 134–135, 162–163.
 89 בפרשת נתן, לעיל הערה 62, בע' 466, מציינין השופט ברנזון כי התובעת במקרה דנן נפגעה קשות מהפרת הבטחה על ידי בן זוגה, באמרו כי "בעדה הבלבול, שאלה היא משתייכת, ובחוג קרובי משפחתה, ניזק שמה הטוב, והיא ממש מנוהה מקרבם [...] סיכוייה להינשא פחתו בהרבה [...] גם בשל המושגים השוררים בסביבתה ובעדה שאלה היא משתייכת".
 90 לשאלת היחס בין אכיפה ועדיפות בחוזים לבין העברת נכסים ראו נ' כהן **התערבות ביחסים חוזיים** (תשמ"ז) 208–215.
 91 זאת להבדיל מהנישואין עצמם, לעיל הערה 59. לעמדה שלפיה ההכרעה בדבר הגורה הראייה להישאר בתחום חירות הפרט היא הכרעה פוליטית, שמוטית לרעת נשים, ראו: F.E. Olsen "The Myth Of State Intervention in the Family" 18 U. Mich. L.J. Reform (1985) 835.
 92 פרשת **פלונית**, לעיל הערה 29, בע' 225.
 93 יחסי מין שמקיים גבר נשוי מחוץ לנישואים אינם מהווים בדרך כלל עילה לגט, ואילו אישה המקיימת יחסי מין עם מי שאינו בעלה תגרש, תאבד את זכויותיה הממוניות וילד שיוולד בעקבות יחסים אלה ייחשב ממזר. ראו ר' הלפרין (קדרי) "בגידת הבעל כעילה לכפיית גט" מחקרי משפט ז (תשמ"ט) 297.
 94 השוו ליפשיץ, לעיל הערה 17, בע' 217.
 95 Tushnet, supra note 48.



צילום: istockphoto

לצמצמה, משמש תמריץ לשינוי מיוחל, שבו יחדלו נישואין לשמש תכלית חייהן של נשים, אך התנאים העובדתיים לתחולתו רחוקים מלהתקיים במלואם.

הכלל המגייב והכלל המתמרץ עומדים בסתירה זה לזה. קבוצות רבות של נשים זקוקות להגנתה של העילה, וקבוצות אחרות של נשים מתייחסות לעילה כמקבעת באופן בעייתי ובלתי מוצדק את דימוין החברתי הנמוך של נשים כזקוקות לחסדי הנישואין כדי לייצב את מעמדן. אם נבטל את העילה, נחזק את דימוין העצמי של הנשים, אך נפגע באלה הזקוקות להגנתה; אם נתמיד בקיומה, נפגע בדימוין של הנשים⁹⁶. אולם בדומה למצב באנגליה הוויקטוריאנית שבה פרוחה התביעה בשל הפרת הבטחת נישואין, ניתן לומר שגם כיום מאפשרת התביעה לנשים לצאת ממעמד הקרבן – על ידי עצם הגשת התביעה – אם כי תוך דבקות בדימוי הקרבן, המעוגן לא אחת במציאות⁹⁷.

מה קרה בעקבות פרשת **פלוניתי**: הספקות שהשמיעה הפסיקה בעניין הלגיטימיות של התביעה הוסרו על ידי שופטי הרוב באופן חד-משמעי⁹⁸. רף הבושה שבחשיפת החיים האינטימיים של אוהבים לשעבר, הורד. בעקבות פרשת **פלוניתי**, המסמן את תחייתה של התביעה בשל הפרתה של הבטחת נישואין, מורגשת התעוררות בכל הנוגע להגשת תביעות כאלה. נשים תובעות בהצלחה גברים נשואים בשל הפרת הבטחה⁹⁹, ואף גברים מאוכזבים תובעים נשים שעזבו אותם¹⁰⁰. בעבר ציין השופט זילברג שתביעות כאלה אינן אהודות, בייחוד כאשר הן מוגשות על ידי גבר נגד אישה¹⁰¹. פסק הדין בפרשת **פלוניתי** החיה את העילה בפועל לטובת נשים, אך בשם עקרון השוויון אין היא יכולה להיתפס עוד כדוחה, גם אם התביעה מוגשת על ידי גברים. התודעה החברתית מקשרת בין התביעה בגין הפרה של הבטחת נישואין לבין תפיסת הנשים כקרבן או כמי שהנישואין משמשים עבורן (בניגוד לגברים) כלי למימוש מעמדי-חברתי-כלכלי¹⁰². האם מוביל השוויון בהדרגה גם להפיכתם של גברים (מסוימים) לקרבנות?

ט. נישואי אודיסאוס וסוף דבר

פתחנו באודיסאוס. הבה נחזור אליו ונסיים בו ובנישואיו. בעולם פוסט-מודרני של התנשנות ערכים בלתי פוסקת, של תמורות במוסר ובמוסד הנישואים, אולי חשים אחדים מאתנו געגועים לימים של פעם, למשל, לפנלופה, שבמשך עשרים השנה שבהן המתינה לשובו של בעלה, אודיסאוס, ממלחמת טרויה וממסעותיו בעולם, היא דחתה את כל מחזוריה, בטענה שעליה להשלים את טוויית התכריכים לחותנה. וכדי שלא תושלם העבודה, הייתה פורמת בלילה את מה שטוותה במשך היום¹⁰³. לפנלופה לא היה קונפליקט בין רצון מוקדם למאוחר. עשרים השנים שחלפו לא שינו את העדפותיה, בחירותיה והותה. פנלופה בחרה בשעבוד לרצונה המקורי, במחויבות לבעלה, ודחתה את החופש שזימנו לה הנסיבות ואת הזכות להתחרט. היא אכן מהווה סמל הנאמנות. אך בפרשנות פוסט-מודרנית, במיוחד נוכח החופש שהותיר לעצמו בעלה במהלך מסעותיו במשך השנים, האם לא נוכל לומר שגם היא, כמו אשתו של פלוני וכמו פלוניתי, הייתה קרבן הנסיבות והחברה¹⁰⁴?

96 לבעיה מקבילה בהקשר של טיפול באלימות נגד נשים ראו לי בילסקי "נישים מוכות: מהגנה עצמית להגנת העצמיות" **פלילים** 1 (תשנ"ח) 5, 42–47. לתאוריות של הפמיניזם הצבעוני על עיצוב כללים לאור המונון בחיי נשים המשתייכות לקבוצות חברתיות שונות ראו: Harris "Race and Essentialism in Feminist Legal Theory" 42 *Stan. L. Rev.* (1989-1990) 581.

97 לעיל הטקסט הנלווה להערות 37–39.
98 אולם בע"א (חי) 2572/04 **קפטא נ' אברהם** (טרם פורסם), תקדין מחוי 2005 (1) 8091, שנפסק לאחר פרשת **פלוניתי**, ואשר בו חויב גבר בתשלום פיצויים בשל הפרת הבטחת נישואין לחברתו (התנהגותו הוגדרה "נלוזה"), אמר השופט סוקול, אחד השופטים להרכב: "המילה האחרונה בסוגיה זו טרם נאמרה ולכן ראוי לקבוע הוראת דין מפורשת המסדירה את העילה [...] עם זאת וכל עוד לא שונה הדין, אנוסים אנו לפסוק בהתאם להלכה כפי שנקבעה".

99 ת"א (שלום ת"א) 40553/99 **רבינו נ' כספי** (טרם פורסם), (עותק שמור במערכת).
100 תמ"ש (י"ם) 6011/03 **מ.ק. נ' ל.ג.** (טרם פורסם), (עותק שמור במערכת). התביעה נדחתה; ת"א (חד"י) 3319/02 **ספרא נ' גרוסברג** (טרם פורסם), (עותק שמור במערכת). התביעה התקבלה; ת"א (י"ם) 5487/03 **אילון נ' אביי** (טרם פורסם), (עותק שמור במערכת). (סכום הכסף שמשך התובע מחשבונו המשותף של בני הזוג, פריטי הריהוט המשותפים שהותיר אצלו ודמי מכירת הרהיטים המשותפים שנשארו אצלו – כל זה עלה על הנוק הממוני והלא-ממוני שנגרם לו, ולכן נדחתה התביעה). וראו גם ת"א (כ"ס) 6754/02 **לבנת נ' לאונר** (טרם פורסם), דינים שלום ל 112, שניתן לפני פרשת **פלוניתי**.

101 פרשת **טמיסטי, לעיל** הערה 46, בע" 131. באשר ליחסה הכללי של הפסיקה לתובעים גברים, ראו גרוסקופר וחלבי, **לעיל** הערה 23, בע" 126–128.

102 על ההיסיה המגדרית של התביעה ראו שיפמן "הבטחת נישואין – חוזה מחייב?"; **לעיל** הערה 23, בע" 109–110; השופט ריבלין בפרשת **פלוניתי, לעיל** הערה 29, בע" 228; "העילה משמשת [...] ככלי פסול לקיבוע מעמדה של האישה, להבדיל מהגבר, כמי שנדרשת לקשר הנישואין על-מנת להגשים את עצמה". אולם אם אמנם זו המציאות, וכל עוד לא הגענו לשוויון בעניין זה, נזקיקה של נשים מהפרת הבטחה כזו גדולים יותר מאלה של גברים; אין להתפלא על כך שרוב התביעות מוגשות על ידן, ואין זה ברור אם אכן הגיעה העת לבטלה.

103 הומרוס, **לעיל** הערה 1, בע" 359, שיר תשעה-עשר, שורות 136–151.
104 בדימוי של פנלופה הממתינה לבעלה נעשה שימוש שכיח כדי לתאר את האישה כקרבן. וכך מתארת המשוררת מי בזרנו בשריה "פנלופה ואודיסאוס" **תדרים** (תשס"ה) 150, את מעמד הפדחה בין אודיסאוס לפנלופה:

"חוסר היכולת ללגלג והרצון ללגלג לך
שיום נסיעה למרחקים את אומרת,
אודיסאוס מפנלופ.
אודיסאוס אל פנלופ,
בענינות".

ראו גם מי קרומר-נבו "מפנלופה למיר: תרומת היגשה הפמיניסטית לסוגיית נשים במצוקה כלכלית וחברתית עמוקה ומתמשכת" **חברה ורווחה: רבעון לעבודה סוציאלית** 22 (תשס"ג) E.K. Spahn "Waiting for Credentials: Feminist Theories of Enforcement" 43 *Am. U. L. Rev.* (1995) 1053, 1066; M. Angel "Susan Glaspell's Trifles and A Jury of Her Peers: Woman Abuse in a Literary and Legal Context" 45 *Buff. L. Rev.* (1997) 779, 840–841. ראו עוד מי אטווד **פנלופה** (שי פרמינגר תרגום, 2005), שבמוקדו יחסי פנלופה עם משרתותיה.