

שיקולי מוסר בדיני משפחה וקריאה פמיניסטית של פסיקת המשפחה בישראל

מאת

רות הלפרין-קדרי*

א. מבוא. ב. קיזוז כושר ההשתכרות של האישה. ג. ביטול המוסר הכפול ;
1. פסיקתו של בית המשפט העליון; 2. פסיקתם של בתי המשפט לענייני משפחה.
ד. מלאכת ההתאמה של שמגר והתקבלותה בפסיקת המשפחה: סיכום ביניים.
ה. תפיסת תפקיד שיפוטי. ו. שאלות מוסריות ותפיסת התפקיד השיפוטי. ז. על
מוסר ודיני משפחה. ח. בחזרה אל שופטי המשפחה בישראל. ט. ביקורת.

א. מבוא

דיני המזונות, ובייחוד מזונות אישה, מספקים הזדמנות יוצאת דופן לבחון את אופן
חלחולן של תפיסות של שוויון לתחום דיני המשפחה. נקודת המבט האזרחית-ביקורתית
רואה ב עקרונות ההלכתיים המנחים את תחום המזונות, ובייחוד בחלוקת החובות
המגדרית המתבצעת במסגרתם, כבלתי שוויוניים ו כסותרים אמות מידה של צדק
ושוויון. לאור זאת יש שהמערכת האזרחית נוקטת צעדים שונים כדי להקטין את מה
שנחזה כ בלתי שוויוני, ככמעין "מלאכת התאמה" בין העקרונות והכללים ההלכתיים
לבין מערכת הערכים, העקרונות והנורמות האזרחיים.
את המגמה הזו ניתן לראות בשני מהלכים שיזם בית המשפט העליון: המהלך האחד
פועל בכיוון הגברת המשמעות הכלכלית המיוחסת לעבודת ה אישה בדרך של קיזוז
פוטנציאל השתכרותה – אף אם אינה עובדת – מסכום דמי המזונות שאליהם היא

* מרצה בכירה; ראש המרכז לקידום מעמד האישה ע "ש רות ועמנואל רקמן, הפקולטה
למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן. תודתי נתונה לאייל כתבן וליוסי מנדלסון על הערותיהם
המועילות, כמו גם לקורא /ת האנונימי /ת של המאמר, לחברות מערכת הספר ולא לדד
פרקש על סיוע מצוין במחקר.

זכאית, ותוצאתו מיטיבה עם האיש הנתבע (להלן: קיזוז כושר השתכרות האישה). מהלך זה סויג בצורה מסוימת על ידי בית המשפט העליון. המהלך האחר פועל בכיוון של הפחתת המשמעות המיוחסת לסטיית האישה מקוד ההתנהגות המינית הנדרש ממנה בדרך של דחיית טענות הגנה כנגד תביעת מזונות המסתמכות על התנהגות בלתי נאותה מצד האישה, ותוצאתו מיטיבה עם האישה התובעת (להלן: ביטול המוסר הכפול). שניהם חוסים לכאורה תחת מגמה של הגברת השוויון המגדרי בדני המזונות בישראל. אל. בשני המהלכים הללו טיפלתי בעבר באופן חלקי, ועתה ברצוני להשלים את התמונה ולחבר ביניהם תוך העמדתם במקד בחינת יחסי כוח ושוויון מגדרי בסכסוכי משפחה בישראל ו תוך דיון בשאלת מקומם של שיקולי אשם ומוסר בתחום דיני המשפחה, והקשר בין נקיטת עמדה (או הימנעות מנקיטת עמדה) מוסרית לשאלות מגדריות. בעוד שהמחקר המשפטי המסורתי הנהוג בישראל מתמקד בפסיקתו של בית המשפט העליון מטעמים מובנים של עקרון התקדים המחייב, אני מבקשת להפנות את המבט במחקריי לפסיקתם של בתי המשפט לענייני משפחה מתוך הבנה שעיקר הפרקטיקה בתחום דיני המשפחה (ובכלל זה דיני המזונות) מתקיימת בדל"ת אמותיה של ערכאה זו. יעיד על כך המספר הזעום של ערעורים בענייני משפחה המגיעים לכדי פסיקה מחייבת בבית המשפט העליון. אכן, בימים אלה נדונה בכנסת הצעת חוק להקמת ערכאה לערעורי משפחה, ואחת הסיבות המרכזיות להקמתה היא מיעוט הערעורים בתחום זה, וכפועל יוצא מכך קושי בהתהוות הלכות מנחות, ולמעשה עיכוב ביצירת יוריספרודנציה של דיני משפחה בישראל¹. את סוגיית המוסר הכפול בחנתי בעבר רק דרך הפריזמה של פסיקתו של בית המשפט העליון², ואילו את סוגיית פוטנציאל ההשתכרות בחנתי כפי שהיא משתקפת הן בפסיקתו של בית המשפט העליון הן בפסיקתו של בית המשפט לענייני משפחה³. במאמר זה אבקש כאמור להשלים את התמונה ולבחון את סוגיית המוסר הכפול כפי שהיא באה לידי ביטוי בפסיקתו של בית המשפט לענייני משפחה. לאחר שאסקור את פסיקת בית המשפט לענייני משפחה בתחום זה, יהיה ניתן לבחון את מגמת ה"שוויוניזציה" בדני המזונות כפי שהיא באה לידי ביטוי בבית המשפט לענייני משפחה, ולהשוותה לפסיקתו של בית המשפט העליון. בהמשך אעמוד על תמיהות

- 1 "הטעמים שביסוד הצעה זו הינם להביא לאחידות במדיניות השפיטה של ערכאת הערעור בענייני משפחה, לעומת המצב כיום המתאפיין במיעוט הלכות מנחות ובריבוי פסיקות סותרות", מתוך דברי ההסבר להצעת חוק בית המשפט לענייני משפחה (תיקון מס' 6) (בית המשפט לערעורי משפחה), תשס"ה-2005, ה"ח 182. ראו גם הערה 39 להלן.
- 2 ראו רות הלפרין-קדרי "דיני משפחה אזרחיים נוסח ישראל – לקראת השלמה על הכבוד, הצדק, השוויון והכוונה יושתתו מעתה דיני המשפחה" **מחקרי משפט** יז (תשס"ב) 105.
- 3 ראו רות הלפרין-קדרי "מזונות אשה: מתפישה של שונות לתפישה של (אי)-שוויון" **משפט וממשל** ז (תשס"ה) 767.

מסוימות שיעלו בנוגע לפסיקתם של שופטי המשפחה בעקבות בחינה השוואתית זו, ואציע לכך הסבר חלקי מתחום המשפט ומדע המדינה. הסבר זה יוביל לדיון בשאלת שיח המוסר במשפחה, במקומם של שיקולי אשם בדיני המשפחה בעידן הגירושין ללא אשם (No Fault Divorce), ביחס בין מוסר לאשם ו במקומה של הביקורת הפמיניסטית בדיון זה. על רקע מסקנות הדיון הזה יהיה ניתן להעריך מחדש את הפסיקה בתחום מזונות האישה אשר נסקרה קודם לכן ולקשור בינה לבין תופעה כללית יותר ומדאיגה בזירת הגירושין ודיני הגירושין בישראל. בסיום אבקש לבחון את ישימות הביקורת הפמיניסטית של דיני המשפחה החדשים בהקשר הישראלי בתחום הנדון במחקר הנוכחי.

ב. קיזוז כושר ההשתכרות של האישה

התשתית הנו רמטיבית העיקרית שתידון במאמר זה ותשמש בסיס לדיון התאורטי היא פסיקת ביטול המוסר הכפול ושאלת התקבלות מהלך פסיקתי זה בבית המשפט לענייני משפחה, אך לפני שנגיע לכך, יש מקום לסכם את ממצאי המחקר הקודם שעסק במהלך קיזוז כושר ההשתכרות של האישה והתקבלותו של זה בבית המשפט לענייני משפחה, שכן הדיון התאורטי יתייחס, בין היתר, גם להשוואה בין שני המהלכים, להשלכותיהם ולמידת התקבלותם. מדובר כאמור בשני מהלכים מקבילים, שבשניהם יש ביטוי ל"מלאכת ההתאמה" של הדין הדתי לערכים ולעקרונות המקובלים על המערכת האזרחית, מלאכה שכפי שכבר הראית בעבר מתבצעת על ידי מערכת השיפוט האזרחית, לעתים באופן גלוי ולעתים באופן סמוי⁴. לכאורה, לשני מהלכים אלה, אשר קודמו שניהם על ידי בית המשפט העליון ומי שעמד בראשו אז, הנשיא שמגר, מטרה משותפת: ביטול השונות המגדרית וחתירה לשוויון, הגם שכל אחד מהם מטיב עם צד אחר משני בני הזוג⁵. במחקר הקודם הראיתי כי אף שסדרת פסקי הדין שניתנו בהתאם למהלך קיזוז כושר ההשתכרות של האישה סויגה בפסיקתו של בית המשפט העליון עצמו, לפחות בחלק מבתי המשפט לענייני משפחה מסתמנת מגמה של אימוץ גורף ובלתי ביקורתי של המהלך הזה תוך שימוש ברטוריקה נלהבת של קידום השוויון המגדרי. אלא שכפי שטענתי שם, לנוכח התשתית המשפטית המפלה של דיני הגירושין בישראל ועל רקע המציאות הכלכלית-חברתית הבלתי שוויונית הקיימת בישראל, כיוון הפעולה של קיזוז כושר ההשתכרות אישה איננו מקדם בהכרח את השוויון, והוא אף

4 ראו הלפרין-קדרי, לעיל הערה 2.

5 ראו הלפרין-קדרי, לעיל הערה 3, בעמ' 801.

עלול לה גביר דווקא את אי-השוויון. בתי המשפט לענייני משפחה עושים שימוש ברטוריקה צרה וחלולה של שוויון פורמלי ומחילים את כיוון הפעולה האמור בלי לבדוק את שיקולי הצדק בכל מקרה ומקרה, ובכך הם מתרחקים מן השוויון המהותי המתחשב בתשתית המשפטית, הכלכלית והחברתית.

ג. ביטול המוסר הכפול

1. פסיקתו של בית המשפט העליון

לפי ההלכה, אישה זכאית למזונות רק כל עוד היא חיה עם בעלה, מקיימת את כל המלאכות שהיא חייבת בהן⁶ ואינה סוטה מקוד ההתנהגות המינית המוטל עליה. טענות ההגנה מסוג פטור בפני תביעת מזונות עשויות להתייחס להפרת כל אחת מחובות אלה, כאשר מקובל לנותן במונח הכללי של "מורדת", על גרסאותיו השונות: מעין-מורדת, מורדת ממלאכה ומורדת⁷, וכן להשתמש בקטגוריות שונות המתארות דרגות שונות של סטייה מקוד ההתנהגות המינית הנדרש מן האישה. בפועל, טקטיקת ההגנה מתמקדת בהפרת חובת המחיה עם הבעל ("מעין מורדת") או בהפרת קוד ההתנהגות המינית. באשר לחובת החיים עם הבעל, כאן פעל בית המשפט העליון עוד בתקופתו של השופט קיסטר בקבעו כי נטל הראיה להצדקת עזיבת האישה את הבית הוא "קל מאד, הייתי אומר: משקל נוצה"⁸. בעקבותיו פסעה שורה שלמה של פסקי דין⁹, אך רובם ככולם מתמודדים עם טענת ההגנה ברמה הטכנית של נטל הראיה ואינם מתייחסים להיבטים ערכיים או מוסריים שעשויים להיות להטלת חובה של חיים משותפים שסנקציה כלכלית על הפרתה בצדה.

באשר לחובת העמידה בקוד ההתנהגות המינית המוטל על האישה, צמצום טענות ההגנה כאן נעשה באחד משלושת האופנים האלה: הגברת המשקל הראייתי הנדרש על מנת להוכיח התנהגות בלתי תקינה מצד האישה; הפחתת המשמעות המיוחדת להתנהגות כזו; החדרת אמת מידה של הדדיות לתחום ההתנהגות הזה. ניתן לצפות כי היבטים ערכיים ושיקולי מדיניות של קידום שוויון והוגנות יעלו בהתמודדות עם מישור

6 מלאכות הבית ומלאכות של חיבה; ראו את סיווגיו של השופט קיסטר בד"צ 23/69 יוסף נ' יוסף, פ"ד כד (1) 792.

7 להרחבה במונחים שונים אלה ראו אברהם בארי "מזונות לאשה שאינה גרה עם בעלה ("מעין מורדת")" מחקרי משפט ג (תשמ"ד) 169; וכן אברהם בארי "מזונות בעת פירוד – בין "מורדת" ל"מעין מורדת" מחקרי משפט טו (תש"ס) 321.

8 ע"א 256/65 מילר נ' מילר, פ"ד יט (3) 171, 178.

9 ראו אריאל רוזן צבי דיני המשפחה בישראל – בין קודש לחול (תשנ"ו), 421-422.

ההגנה הזו המתייחס ל התנהגות המינית, יותר מאשר במישור הקודם המתייחס לחובת המגורים יחדיו, ולכן ניתוח הדברים בהמשך יתמקד במישור זה. אך גם במישור ההגנה המתייחס להתנהגות המינית יש להניח כי רק בדרכים השנייה והשלישית לצמצום טענות ההגנה יהיה ניתן למצוא רטוריקה ברורה של קידום שוויון והגנות. הדרך הראשונה של דרישה ראייתית גבוהה יותר הגם שתוצאתה עשויה להיות זהה לתוצאות שתי הדרכים האחרות, היא אינה מתמודדת עם אמת המידה השונה המופעלת על האשה לעומת האיש, ואין בה כל התייחסות ערכית רעיונית לעצם הפעלת שיקולים מוסריים ולאופן השונה שבו הם מופעלים כלפי שני המינים. לאמתו של דבר, בדומה להתמודדות עם השלכותיה של הפרת חובת המחיה עם הבעל, גם זו היא דרך טכנית במהותה, המסתפקת בבדיקת המשקל הראייתי הנדרש על מנת להוכיח את טענות ההגנה השונות, ולכל היותר מתמרנת את הדרישה הראייתית בהתאם לתוצאה הרצויה, אך ללא כל דיון מהותי בטענות ובתוצאותיהן. כפועל יוצא מכך קשה לתארה כפועלת במודע במישור המהלך של קידום השוויון המגדרי¹⁰. על רקע דיון זה, בבואנו לבדוק את הפסיקה המתמודדת עם מישור ההגנה של הפרת קוד התנהגות המינית, יש לבחון לא רק את התוצאה שהושגה בפועל, אלא גם את הדרך שנבחרה כדי להגיע לאותה תוצאה. כפי שהראיתי במאמר קודם, בסדרת פסקי דין בנושא מזונות בין בני זוג הוביל הנשיא שמגר מהלך של "ריכוך" כללי הדין הדתי הדנים בהתנהגות הנדרשת מן האשה, ועשה זאת בכל אחת משלוש הדרכים שהוצגו כאן¹¹. מדובר בעיקר בכמה פסקי דין תמציתיים וקצרים, שהצטרפו למהלך כולל של פיתוח של מערכת דיני מזונות אזרחיים, אך זהו היבט שאינני נדרשת אליו במאמר זה. ראשית נקט שמגר את הדרך הראשונה של הגברת המשקל הראייתי הנדרש מבעל המבקש להסתמך על מעשה בגידה של אשתו כדי לפטרו ממזונותיה ללא כל קשר לשאלת התנהגותו של הבעל עצמו. כבר בפסק דין מוקדם יחסית, מסוף שנות השמונים, בפרשת פרידמן נ' פרידמן¹², קיבל הנשיא שמגר את ערעור האשה על אי-חוב בעלה במזונותיה עקב בגידתה בו והסתמך על ספרו של בן-ציון שרשבסקי¹³ כמקור לסיכום ההלכה בסוגיה זו. הנשיא שמגר קבע כי "אין לדבר על איסור האשה על בעלה מחמת יחסים עם אחר ועל אובדן כתובתה ומזונותיה בעטיו של טעם זה, אלא אם הוכח הדבר על ידי שני עדים כשרים, שהרי המדובר בדבר

10 אבל ראו בהמשך, טקסט הסמוך להערה 38 להלן.

11 הלפרין-קדרי, לעיל הערה 2, בעמ' 113-123. חלק מפסקי הדין שיובאו כאן בהמשך לא נדונו במאמר הקודם.

12 ע"א 761/88 פרידמן נ' פרידמן, מג(4) 505 (להלן: עניין פרידמן).

13 בנציון שרשבסקי דיני משפחה (מהדורה שלישית, תשמ"ד), 408 והמקורות המובאים שם בהערה 84.

שבערווה, והכלל הוא שאין להוכיח דבר שבערווה בפחות משני עדים¹⁴. טענת הבעל בדבר בגידת אשתו התבססה על הודאתה לכאורה של האישה באוזני אדם שלישי, וכן על הליך של "קינוי וסתירה"¹⁵. את שתי הראיות שלל שמגר מטעמים שבדין הדתי עצמו, לדבריו. לצורך דיוננו כאן חשובה יותר דחיית ההסתמכות על הודאת האישה כבסיס לשלילת זכותה למזונות, דחייה המעוגנת לכאורה בדין הדתי. אלא שההלכה עצמה מבחינה בין השלכות שונות של הודאת האישה בבגידה. אותם דברים שציטט הנשיא שמגר משרשבסקי מתייחסים רק למישור האיסורי, דהיינו היות האישה "אסורה על בעלה ועל בועלה", שהוא ה"דבר שבערווה" שלשם הוכחתו יש צורך בשני עדים, ואין להסתפק בהודאתה בלבד, אך במישור הממוני, דהיינו שאלת זכותה למזונות, מסתפקת ההלכה בהודאת האישה כ"הודעת בעל דין", ודי בה כדי לגרום לאבדן מזונותיה, כפי שמבאר שרשבסקי עצמו בהמשך הדברים שצוטטו ממנו בפסק הדין בעניין פרידמן. כפי שהראיתי כבר באותו מאמר, אי-דיוקו של הנשיא שמגר בהחלת הדין הדתי במקרה זה לא הייתה לדעתי בגדר טעות בדבר הלכתי, אלא מהלך מודע ומכוון, אשר היה כאמור חלק ממיזם כולל של פיתוח דיני מזונות אזרחיים התואמים את הערכים והעקרונות האזרחיים ושיחליפו את הדין הדתי שנ תפס כמפלה וכבלתי ראוי¹⁶. למעשה, כל פסקי הדין של הנשיא שמגר אשר יידונו כאן הם חלק משמעותי מאותו מיזם כולל, אך הניתוח שלהם כאן מתבצע מן הזווית היותר ממוקדת של יחסי הכוחות והמגדריים וצמצום המוסר הכפול המפלה מבחינה מגדרית. מן הזווית הזו ברור כי להלכה המשפטית שנפסקה בעניין פרידמן, השגויה מבחינת ההלכה העברית¹⁷, הייתה השפעה רבה¹⁸. הקביעה כי לשם הוכחת הפרת קוד התנהגות המינית ה נדרשת מן

14 עניין פרידמן, לעיל הערה 12, בעמ' 511.

15 להליך הקינוי והסתירה ראו ש ולחן ערוך, אבן העזר, קעח, סא; משנה, סוטה, א, א-ב (מהדורת פנחס קהתי, משניות מבוארות); חנוך אלבק ששה סדרי משנה, נשים, מסכת סוטה, 233. לביטול מבחן המים המאריים ראו משנה, סוטה ט, ט; הרמב"ם, סוטה א', א-ב. בעניין פרידמן, שם, בעמ' 513 אמר הבעל לאשתו בנוכחות שני עדים: "אל תסתרי עם בני (הכוונה לגבר האחר)". כאשר שאלה אותו האישה לפשר הביטוי, לא ענה לה. במהלך המשפט ביקש הבעל להסתמך על שני העדים, אך אלו, במקום לבוא להעיד הגישו תצהירים בכתב כך שלא התאפשרה חקירתם הנגדית. פגם זה שימש בסיס לביקורתו של השופט שמגר על קבלת הליך הקינוי והסתירה כראיה.

16 הלפרין-קדרי, לעיל הערה 2.

17 ראו הערתו של השופט דרורי בע "מ (י-ם) 638/04 ח"ר נ' ר"ר (טרם פורסם, ניתן ביום 23.1.05), בפסקה 62 לפסק הדין.

18 לקביעה בעניין פרידמן, לעיל, הערה 12, קדמה גם החלטה דומה של הנשיא שמגר בע "א 151/88 שפרלינג נ' שפרלינג, תק-על 88(4) 232 (להלן: עניין שפרלינג), שבו קבע, ללא כל הנמקה או ביסוס בדין הדתי המהותי, כי "חשד בלבד ויהיה אף כבד, אינו בגדר ראיה פוזיטיבית היכולה לבסס שלילת מזונות" (שם, בפסקה 4 לפסק הדין).

האישה יש צורך בשני עדים, שימשה בסיס בלתי מעורער בלא מעט מקרים לדחיית טענות הגנה של גברים מפני תביעת מזונות, שביקשו להסתמך על התנהגות מינית בלתי ראויה מצד נשותיהם¹⁹.

בהמשך לעניין פרידמן ובמסגרת אותו מיזם פיתוח המזונות האזרחיים, נקט הנשיא שמגר את שתי הדרכים הערכיות והמהותיות יותר. הוא עשה זאת בסדרת פסקי דין, אשר בשונה מעניין פרידמן ומעניין שפרלינג, עלתה בהן גם שאלת התנהגות הבעל, המבקש להישען על התנהגות האישה כדי לפטור עצמו ממזונותיה, דבר הממחיש היטב את משמעות המוסר ההלכתי הכפול, המפלה כנגד הנשים. ראשית, הפחית שמגר, עד כדי ביטול ממש, את המשמעות המשפטית שיש לייחס לקשרים חברתיים וידידותיים שיש לאישה עם גברים אחרים. כך לדוגמה בפרשת גל²⁰ דובר בזוג שחי בנפרד כמשך שנים אחדות. האיש טען להגנתו בפני תביעת המזונות שהגישה אשתו כי האישה בגדה בו עם פלוני. אותו פלוני נקרא להעיד על כך בבית המשפט המחוזי והכחיש את מעשה הבגידה, אף כי הודה בדבר היותם "ידידים טובים". לפני בית המשפט המחוזי אף הוגשו ראיות שונות, ובהן תמונות המתעדות שהייה של האישה עם אותו פלוני ברכבו לבדם, כניסתם יחדיו לביתו ואף תנוחת נשיקה ביניהם. על סמך ראיות אלה ראה בית המשפט המחוזי בהתנהגות האישה משום "מעשי כיעור"²¹, שגרמו לה להפסיד את זכותה למזונות. הנשיא שמגר דחה זאת באמרו כי "יש לזכור כי המשיב עזב את משפחתו ונסע לזמן בלתי מוגדר לאירופה. למעשה היה, אפוא, פירוד בין בני הזוג. אין מקום לדרוש כי בתקופה זו תסתגר המערערת בביתה, לא תצא מפתחו ולא תבלה במסיבות חברים, בקולנוע או בבתי חברים"²². דומה כי לא יהא מופרז לייחס כאן ביקורת מובלעת כלפי חוסר ההוגנות שראה הנשיא שמגר ביישום ההלכה כפשוטה על ידי בית המשפט המחוזי במקרה זה. נוסף על כך, על סמך הראיות שהוצגו קבע שמגר כי "לא היתה בכך על פניו כל התייחדות מינית", ולסיכום: "אינני סבור שניתן לייחס לאשה בנסיבות מקרה זה, ולאור עובדותיו הנ"ל, מעשי כיעור עקב יציאותיה עם מכר, בעת שבעלה אינו עמה, לפי בחירתו"²³. מרחיק לכת עוד יותר בדרך השנייה של הפחתת המשמעות המיוחדת להתנהגות מינית בלתי ראויה הוא פסק דין כהן, שבו התנהלו הליכים מקבילים למזונות

19 ראו בהמשך, פסקי דין בהערה 44 והטקסט שאחריה.

20 ע"א 2923/93 גל נ' גל, תק-על 494(4) 425 (להלן: עניין גל).

21 "מעשי כיעור" – "מעשים מכוערים, שלפי ראות עיני בית הדין יש בהם כדי להצדיק את החשד החמור שהיא (האישה) זנתה תחת בעלה, אם כי אין עדים לזנות ממש"; בנציון שרשבסקי דיני משפחה (מהדורה רביעית מורחבת, 1993), 317-320.

22 עניין גל, לעיל הערה 20, בפסקה 6 לפסק דינו של הנשיא שמגר.

23 שם, שם.

בבית המשפט המחוזי ולגירושין בבית הדין הרבני²⁴. במהלך הדיונים בתביעת הגירושין הודתה האישה בבגידה, ועל סמך הודאתה זו חייבה בית הדין בקבלת גט. במסגרת הכללים המקובלים של מעשה בית-דין פסק דין המחייב בגט הוא פסק דין קונסטיטוטיובי, היינו המקים בעצמו נסיבה עובדתית חדשה שיש בה כדי לשלול את זכות האישה למזונות²⁵. כמו כן ייתכן כי אף הודאתה בבגידה הייתה יכולה להוות מעשה-בית-דין בהנחה שאכן אימץ בית הדין את הודאתה כממצא עובדתי. והנה, אין פסק דינו של הנשיא שמגר מתייחס כלל לשאלות אלה. כל כולו של פסק הדין הוא מעין תרעומת ותוכחה כלפי טענת ההגנה של האיש שבעקבות הודאת האישה בבגידה היא הפסידה מזונותיה. מתוך תוכחה זו משתמעת כמובן ביקורת חריפה כלפי הדין הדתי, שמתוכו נובעת טענת הגנה שכזו: "המערער עזב משפחתו לפני מספר שנים ומתגורר עם אשה אחרת ונולדו לו ממנה בינתיים שני ילדים... על רקע החלטת המערער להקים למעשה משפחה שניה, אין הוא יכול להשמע בטענות נגד האשה, שענינם דברים שאירעו אחרי שעזב את הבית..."²⁶.

לאמתו של דבר, שני פסקי דין אלה מתיישבים היטב גם עם הדרך השלישית, של החדרת אמת מידה של הדדיות, הוגנות ושוויון בתחום ההתנהגות המוסרית המינית הראויה במהלך קשר הנישואין, שהרי ברור כי התנהגותם של הבעלים באותם המקרים, המחיישה את אמת המידה הכפולה והמפלה, ועמידתם הצבועה על הדרישות המוסרניות כלפי נשותיהם הייתה מקוממת במיוחד. לשני פסקי דין אלה ניתן לצרף שני פסקי דין קצרים נוספים, **איזנברג ואברהם**²⁷, שאף הם, כמו בעניין גל ובעניין כהן 1, לא פורסמו

24 ע"א 904/91 כהן נ' כהן, תק-על 91(3) 1847 (להלן: עניין כהן 1).

25 רוזן-צבי, לעיל הערה 9, בעמ' 41: "לעיתים החלטת ביה"ד מהווה היא עצמה ומכוחה עובדה משפטית. כאלה הן, למשל, הכרזת מרדות וחיוב לקבל גט. במקרים אלה מהווה החלטתו של ביה"ד כשלעצמה מימצא המחייב את בית המשפט בעניין הנדון לפניו במסגרת סמכותו. החלטתו של ביה"ד יוצרת מציאות משפטית חדשה המחייבת את כל ערכאות השיפוט כמו גם רשויות אחרות. בשל כך אין אפשרות להתעלם מהחלטת ביה"ד. החובה להתחשב בהחלטה נובעת ממעמדה העצמאי במסגרת סמכותו הייחודית של ביה"ד ואחריותו להסדר המשפטי בתחום הנדון".

26 עניין כהן 1, לעיל הערה 24, בפסקה 3 לפסק דינו של הנשיא שמגר. יש להבהיר שהמזונות שבהם דובר היו הוצאות חלקה במדור, בשכירת הדירה, לאחר שדירת בני הזוג אבדה להם עקב עסקים כושלים של האיש. בקשר לכך אומר הנשיא שמגר: "אכן ראוי שבני הזוג יסדירו ענייני הרכוש ויגיעו לפירוד מוסכם במקום להישען על הסדרי המעוגנים בהתדיינות ביניהם, אך בינתיים יש לקיים זכותה של האשה למדור, ומה גם שאיבדה המדור שהיה כבעלותם המשותפת של בני הזוג מתוך נכונות לסייע למערער בקידום עסקיו" (שם, שם).

27 ע"א 873/92 איזנברג נ' איזנברג, תק-על 92(3) 133 (להלן: עניין איזנברג); ע"א 331/88 אברהם נ' אברהם, תק-על 89(1) 388 (להלן: עניין אברהם).

בזמנם בפר"י בהיותם – כפי הנראה – כה קצרים ובלתי מנומקים. בשניהם עלתה טענת הגנה כללית של היות האשה "מורדת" כנגד תביעתה למזונות, ובשניהם, בלי לזון כלל במרכיבי ה"מורדת"²⁸, דחה שמגר את הטענה במילים דלהלן בעניין אברהם: "לא היו בפני בית משפט קמא, ואגב, אף לא בפני בית הדין הרבני, ראיות בדבר היותה של המשיבה מורדת או מעין מורדת. זאת ועוד, המערער מתגורר כבר שנים עם אשה אחרת ונולד לו ילד מיחסים אלו; מה לו, איפוא, כי ילין על אי-הליכתה של אשתו אחריו?"²⁹; בעניין איזנברג: "המערער שב והעלה כלפי אשתו טענת 'מורדת'; דא עקא, שלאור הרקע העובדתי שנפרש בבית משפט קמא, שבמרכזה קשריו של המערער עם אשה אחרת, אין ממש בטענה זו"³⁰. אין ספק כי שיקול ההדדיות והשאיפה לבטל את אמת המידה הכפולה הם שהנחו את ההחלטות האלה.

עם זאת פסק הדין המייצג יותר מכול את רטוריקת ההדדיות וההוגנות הוא פסק דין מוקדם יותר, ע"א גרינהאוז נ' גרינהאוז³¹, שגם בו נידונה תביעת המזונות של האישה בבית המשפט המחוזי במקביל לתביעת הגירושין שהוגשה לבית הדין הרבני. במסגרת תביעת הגירושין המליץ בית הדין לצדדים לנהל משא ומתן לגט בקבעו כי "יש רגליים לדבר קצת כי האשה עוברת על דת"³². לכאורה, בהתאם לכללי מעשה-בית-דין, ממצא זה שנקבע בסמכות בית הדין הרבני, ואף היה נחוץ לצורך דיונו בתביעת הגירושין, מחייב את בית המשפט המחוזי בעת דיונו בתביעת המזונות המתנהלת אצלו. היה צפוי אפוא כי ממצא זה ישמש בסיס לדחיית תביעת המזונות של האישה מאחר ש"עוברת על דת" מפסידה מזונותיה. אלא שבית המשפט המחוזי קבע כי אפילו יש בממצא זה כדי להוות מעשה-בית-דין מסוג השתק פלוגתא, עדיין אין בכך סוף פסוק, אלא זו "רק עובדה אחת ממכלול עובדות המהוות את היסודות לפסק הדין. ובמכלול עובדות אלו נמצאת גם דרך התנהגותו של הבעל ואכן לפי התנהגותו אין לומר שעבירת האשה על דרכי צניעות מסוימות צריכה להפריע לו כי גם הוא נוהג כך... לפי התנהגותו שלו, אין

28 ראו לעיל הערה 7 והטקסט הסמוך לה.

29 עניין אברהם, לעיל הערה 27, בפסקה 4 לפסק הדין.

30 עניין איזנברג, לעיל הערה 27, בפסקה 3 לפסק הדין.

31 ע"א 277/81 גרינהאוז נ' גרינהאוז, פ"ד לו(3) 197 (להלן: עניין גרינהאוז), 200.

32 "עוברת על הדת" או "עוברת על דת יהודית" – "מקרים בהם מוכיח הבעל שהאשה רגילה לעבור על מנהגי הצניעות או להתנהג בדרך פריצות ושלפי כל נסיבות המקרה אין לדרוש ממנו שימשיך לחיות עמה". במקרה זה אין האישה מפסידה את כתובתה, אלא אם הבעל התרה בה לפני עברתה והיא אעברה על ההתראה; ראו שרשבסקי, לעיל הערה 21, בעמ' 315-316; במקרה הנידון הראיות לקביעת בית הדין הרבני היו הקלטות של שיחות טלפון בעלות אופי אינטימי, שהשתמע מהן די בכירור כי נוהלה בין הצדדים מערכת יחסים רומנטית.

הוא נמנה עם האנשים שהתנהגות כזו מפריעה להם בחיי הנשואין³³. הנשיא שמגר למעשה אימץ את אמת המידה החדשה שהנהיג בית המשפט המחוזי באמרו כי אם בעבר שימשה התנהגותה המוסרית של האישה אמת מידה מכרעת לעניין חובת האיש לשלם לה מזונות, הרי בפסק דין זה מותווית אמת מידה מותנית: "המבחן הוא עתה מעין חתך של המנהגים המקובלים בשני חלקי המשפחה, ויכולה האישה לישון בביתו של גבר אחר ללא חשש מפני אובדן מזונותיה, כל עוד יעלה בידה להוכיח, כי גם מי שנשוי עמה אינו נמנע ממעשים דומים. המבחן האישי בדבר התנהגותו של בן הזוג הופך איפוא למעין מבחן קבוצתי או סביבתי"³⁴.

המסר העולה מסדרת פסקי הדין של הנשיא שמגר הוא צלול וברור: הפעלת קוד התנהגות מינית על הנשים בלבד פסולה בהיותה נוגדת את עקרון השוויון, ולא תתקבל טענה הנסמכת על התנהגות מינית בלתי ראויה של האישה כטענת הגנה מפני תביעת מזונות, בייחוד כאשר התנהגותו של האיש איננה שונה. רטוריקת השוויון, ההוגנות וההדדיות בולטת במיוחד באותם פסקי דין שבהם דובר במצבים של התנהגות סימטרית משני צדי המתרס, במה שסווג כדרך השנייה והשלישית שפורטו קודם לכן³⁵. אך הקו שהוביל שמגר חזק עוד יותר. גם במקרים שבהם לא עלתה שאלת התנהגות הבעל לדין, ואין לדעת אם "גם מי שנשוי עמה אינו נמנע ממעשים דומים"³⁶ (כלשונו של השופט שיינבוים בפסק הדין המחוזי בעניין גרינהאוז) נקט הנשיא שמגר את הדרך הראשונה שלעיל וביסס את הדרישה לסף ראייתי גבוה במיוחד לשם הוכחת התנהגות בלתי ראויה מצד האישה שתזכה את האישה בפטור מחובת מזונותיה³⁷. אלא שקיים הבדל איכותי בין פסקי הדין שבשתי הקבוצות, הבדל הנעוץ ברטוריקת ההנמקה. כפי שהיה ניתן לשער כבר בראשית הדברים³⁸, שיקולים גלויים של שוויון מגדרי, הוגנות והדדיות מצויים רק בקבוצת הדרך השנייה והשלישית, ואילו הנמקות פסקי הדין מהדרך הראשונה מעוגנות בדין ההלכתי ה"נקי", והן חפות לכאורה מכל שיקולי מדיניות ואידיאולוגיה. במובן זה ניתן לכנות את פסקי הדין האלה פסקי דין "טכניים", להבדיל מפסקי הדין ה"ערכיים" של הקבוצה השנייה. עם זאת למרות ההבדל הגלוי לעין נראה לי שאין לנתק את מדיניות קידום השוויון המגדרי וההדדיות המכתיבה בגלוי את הקבוצה הראשונה מהקבוצה השנייה. תוצאת פסקי הדין היא זהה: ביטול המוסר הכפול

33 עניין גרינהאוז, לעיל הערה 31, בעמ' 200-203 לפסק דינו של הנשיא שמגר.
 34 שם, בעמ' 204 לפסק דינו של הנשיא שמגר.
 35 שם, שם; עניין גל, לעיל הערה 20; עניין כהן 1, לעיל הערה 24; עניין איזנברג, לעיל הערה 27; עניין אברהם, לעיל הערה 27.
 36 עניין גרינהאוז, לעיל הערה 31, בעמ' 204 לפסק דינו של הנשיא שמגר.
 37 עניין פרידמן, לעיל הערה 12; עניין שפרלינג, לעיל הערה 18.
 38 ראו טקסט הקודם להערה 10 לעיל.

בתחום דיני המזונות. גם אם הדברים לא נאמרו במפורש בפסקי הדין שבקבוצה השנייה, אין ספק שהמגמה והמטרה זהות בכל פסקי הדין של הנשיא שמגר. השאלה היא אם מבחינת התקבלות המהלך המ ובע בפסיקתו של הנשיא שמגר על ידי בתי המשפט לענייני משפחה, ראוי לייחס את אותה המדיניות ואותה המגמה גם אם אין הדברים מוצגים בגלוי, ובלבד שבית המשפט פוסק בעקבות אותם תקדימים. את זאת אבקש לבחון כעת.

2. פסיקתם של בתי המשפט לענייני משפחה

כפי שכבר הבהרתי במחקר הקודם, שבדק את התקבלות המגמה של קיזוז כושר השתכרותה של האישה על ידי בתי המשפט לענייני משפחה, ומטרתו הייתה הערכת הנורמה המשפטית, מידת התקבלותה והשפעתה, ההתמקדות בראש הפירמידה השיפוטית היא בעייתית. בתחום דיני המשפחה במיוחד נראה כי הנתונים האמפיריים אכן מעידים שפסיקת הערכאה הראשונה, קרי בית המשפט לענייני משפחה, היא בסופו של דבר המשמעותית מכ ול עובר הרוב המוחלט של ציבור המתדיינים³⁹. עם זאת בבואנו לחקור את פסיקתם של בתי המשפט לענייני משפחה כדי לקבל תמונה אמנה של הנורמה המשפטית הנוהגת, אנו נתקלים במגבלה מחקרית משמעותית, הנעוצה בעובדה שפסקי הדין של בתי המשפט לענייני משפחה ברובם המוחלט אינם מתפרסמים כלל מאחר שההליכים בבתי המשפט לענייני משפחה מתנהלים בדלתיים סגורות. לשם פרסום פסק הדין על שופט/ת המשפחה לציין במפורש כי פסק הדין ניתן לפרסום ללא שמות הצדדים⁴⁰. הליך הסלקציה השרירותי הזה, לצד פרוצדורות הסרת שמות

39 ראו גם בטקסט הסמוך להערה 1 לעיל. מנתוני מחלקת המחקר של הנהלת בתי המשפט, המתפרסמים באתר האינטרנט של מערכת בתי המשפט, עולה התמונה הזאת: בשנים 2000, 2001 ו-2002 נסגרו בבית המשפט לענייני משפחה במחוז ת"א והמרכז 19,704, 22,351 ו-15,599 תיקים בהתאמה. מספר התיקים של ערעורי משפחה שנפתחו באותן שנים בבית המשפט המחוזי תל-אביב-יפו היו 187, 173 ו-234 בהתאמה. במילים אחרות, בשנים 2000 ו-2001 היה מדובר בפחות מאחוז אחד של ערעורים, ובשנת 2002 דובר באחוז וחצי. לשם השוואה, היחס בין כלל התיקים האזרחיים שנסגרו באותן שנים בבית המשפט השלום תל-אביב-יפו לבין כלל הערעורים האזרחיים שנפתחו בבית המשפט המחוזי תל-אביב-יפו עמד באופן עקבי סביב ה-3 אחוזים; ראו <http://elyon1.court.gov.il/heb/stats/main.htm> (יולי 2003).

40 ראו סעיפים 68 (ה) ו-70(א) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984, ס"ח 198 (המאפשרים לבית המשפט לנהל את ההליך גם בדלתיים פתוחות במקרים חריגים וכן ברשות בית המשפט לפרסם דבר על דיון שהתנהל בדלתיים סגורות); עם תקנה 2 לתקנות בתי המשפט ובתי הדין לעבודה (עיון בתיקים), תשס"ג-2003, ק"ת 518 (המתירים עיון בהחלטות שיפוטיות כל עוד פרסום פסק הדין מותר).

המתדיינים ומחיקת כל פרט מזה ה לגביהם, גורמים למיעוט פרסום פסקי הדין של בתי המשפט לענייני משפחה . כך לדוגמה עד סוף שנת 2003, בכל חמשת המאגרים האלקטרוניים **תקדין, נבו, דינים, פסקדין ופדאור** גם יחד, נכללו בסך הכול 2,697 פסקי דין של בתי המשפט לענייני משפחה⁴¹, בשעה שבשנת 2003 לבדה נפתחו 99,000 תיקי משפחה ונסגרו 103,000. גם אם נניח שכל שלושה תיקי משפחה מניבים פסק דין אחד, עדיין מדובר בפער עצום בין כמות התוצרים השיפוטיים בפועל לבין מספר פסקי הדין הנגשים לעוסקים בתחום ולחוקרים אותו . כפועל יוצא מכך אין א פוא ספק כי פסקי הדין העומדים לרשות הציבור בכלל ו לרשות אנשי המקצוע, כולל השופטים עצמם, אינם משקפים נאמנה את פסיקת בתי המשפט לענייני משפחה בפועל, ומכאן שלא ניתן להסתמך עליהם כמבטאים את הנורמה המשפטית הנוהגת . עם זאת מאחר שאלו הם פסקי הדין שעליהם מסתמכים המתדיינים, עורכי הדין, חוקרים, וכאמור אף שופטי המשפחה עצמם, יש משמעות לחקר פסקי הדין המתפרסמים במאגרים השונים . מעצם פרסומם ונגישותם הופכים פסקי דין אלה למייצגים בכוח של כיווני פסיקת ם של בתי המשפט לענייני משפחה, והמגמות שניתן לאתר בהם הן בסו פו של דבר המגמות שמן הסתם ישפיעו על התדיינויות עתידיות ועל פסיקה עתידית⁴².

נפנה א פוא לבחון את המגמה המסתמנת בפסיקת בתי המשפט לענייני משפחה באשר למהלך של ביטול המוסר הכפול⁴³. למרות העובדה ש חלק מפסקי הדין (עניין **איזנברג, עניין אברהם, עניין שפרלינג, עניין גל ועניין כהן 1**) הם קצרים במיוחד, חסרי אסמכתאות ולא פורסמו בפד ״, הרי לנוכח הלכידות הרעיונית של הסדרה כולה ולנוכח שני פסקי הדין המוקדמים והארוכים יותר (עניין **פרידמן** ועניין **גרינהאוז**) היה ניתן לצפות לשימוש משמעותי בידי הערכאה הנמוכה יותר בפוטנציאל התקדימי הטמון

41 הכוונה היא להחלטות שיפוטיות שכותרתן ״פסק דין״, ואשר ניתנו בהליכים של תמ ״ש (קרי תיק משפחה), להבדיל למשל מתיק עיזבונות. נתון זה הוא פרסום ראשון מתוך מחקר בהתהוות העוסק בפסיקת ם של בתי המשפט לענייני משפחה ובמדיניות פרסום פסיקה זו . המחקר, שנערך על ידי ד ״ר רינה בוגוש , אייל כתבן וד ״ר רות הלפרין-קדרי **הפסקים הסמויים מן העין : מלאכת השפיטה ופרסום פסקי דין של בתי המשפט לענייני משפחה בעידן מאגרי המידע הממוחשבים** (הצעת מחקר, נובמבר 2004), זכה במענק הק רן הלאומית למדע לשנים 2005-2008 (מענק 961/05).

42 זהו אחד הרציונלים העומדים בבסיס המחקר הנ״ל.

43 הבדיקה נעשתה באמצעות חיפוש כל פסקי הדין שבהם מאוזכרים פסקי הדין של הנשיא שמגר שנסקרו לעיל, וכן פסקי דין שמופיעים בהם צירופים שונים של הביטויים ״מעשה/י כיעור״; ״זנתה/זינתה תחתיו״; ״זנתה/זינתה תחת בעלה ״ הן בצירוף למילים ״איש״ ו״מזונות״ הן בלעדיהן. ההנחה שעליה התבסס החיפוש הייתה כי בכל ניסיון מצד הנתבע להסתמך על טענות הגנה מסוג זה נגד תביעת מזונות חייב להופיע צירוף מילים מעין זה . החיפוש נערך במאגרים תקדין, נבו ופדאור, בחדשים פברואר-מרס 2005.

במהלך זה. למרבה הפלא, חיפוש במאגרים הממוחשבים הניב תוצאה דלה למדי: רק בכתשעה פסקי דין של בתי המשפט לענייני משפחה (ובהם אחד של בית המשפט המחוזי בשבתו כערכאת ערעור) ובשלושה פסקי דין של בית המשפט המחוזי מן התקופה של לפני היות בתי המשפט לענייני משפחה, נעשה שימוש במהלך שגיבש הנשיא שמגר לצמצום הגנות הפטור מתביעת מזונות של המבקש לנצל את הדין הדתי ולחמוק מתשלום מזונות בהסתמך על התנהגות בלתי מוסרית מצד אשתו⁴⁴. אך לא המספר הנמוך של פסקי הדין הוא הממצא המרשים, שהרי לנוכח כל דברי ההסתייגות מן ההסתמכות על פסיקת המשפחה הנג' ישה לנו לא ניתן לייחס משמעות סטטיסטית לחיפוש במאגרים השונים. הממצא המרשים לדעתי הוא העובדה שרובם הם פסקי דין "טכניים", כלומר הנמקתם הייתה טכנית בעיקרה והתבססה על הדרך הראשונה של הגברת נטל הראייה הנדרש להוכחת מעשה ה אישה. כפי שכבר נרמז קודם לכן בהלכת עניין פרידמן כי לשם הוכחת הפרת קוד ההתנהגות המינית הנדרשת מן האישה יש צורך בשני עדים, הדרך הראשונה היא ששימשה בסיס בלתי מעורער ברוב המקרים לדחיית טענות הגנה של גברים מפני תביעת מזונות שביקשו להסתמך על התנהגות מינית בלתי ראויה מצד נשותיהן. רק בשלושה מביין שנים עשר פסקי הדין ניתן למצוא התייחסות גלויה ומפורשת לשיקולים של שוויון מגדרי, הוגנות והצורך לבטל את המוסר הכפול באמצעות הכנסת ממד של הדדיות⁴⁵. בשניים-שלושה פסקי דין נוספים ניתן למצוא את

44 תמ"א (ת"א) 291/82 סלומנוביץ' נ' סלומנוביץ', פ"ד תשמ"ו(2) 133 (פסק דין של השופט פורת מיום 2.9.05) (להלן: עניין סלומנוביץ'); מ"א (ת"א) 4374/90 מושיב נ' מושיב, תק-מח (2)93 667 (פסק דין של השופט זפט מיום 9.6.93); מ"א (ת"א) 553/94 י"ל נ' ד"ל, תק-מח (4)94 131 (פסק דין של השופטת רוטלוי מיום 13.12.94) (להלן: עניין י"ל); תמ"ש (ת"א) 61190/96 כהן נ' כהן (טרם פורסם, ניתן ביום 19.4.99) (פסק דין של השופט גייפמן) (להלן עניין כהן 2); תמ"ש (ת"א) 75931/97 פלונית נ' פלוני, תק-מש 2000(2) 310 (פסק דין של השופטת פלאוט מיום 30.4.00); תמ"ש (י-ם) 6010/01 ש.ר. נ' ש.א., תק-מש 2002(2), 261 (פסק דין של השופט מרקוס מיום 5.6.02); תמ"ש (ת"א) 36330/96 פלוני נ' אלמוני, תק-מש 2003(2) 97 (פסק דין של השופט שנהב מיום 15.5.03); תמ"ש (חי"י) 29000/01 פלונית נ' פלוני (טרם פורסם, ניתן ביום 2.6.03) (פסק דין של השופטת מירז); תמ"ש (ת"א) 90270/99 א"ו נ' א"ר, תק-מש 2004(1) 545 (פסק דין של השופט גרניט מיום 25.3.04) (להלן: עניין א"ו); תמ"ש (חי"י) 25550/97 י.ס. נ' ג.ס., תק-של (3)98 623 (פסק דין של השופט גלובינסקי מיום 14.10.98) (להלן: עניין י.ס.); תמ"ש (ת"א) 31641/97 פלונית ו-3 קטינים נ' אלמוני, תק-מש 2000(3) 280 (פסק דין של השופטת פלאוט מיום 17.9.00) (להלן: עניין פלונית ו-3 קטינים); תמ"ש (ת"א) 96830/00 ג.ד. נ' ג.ד. (טרם פורסם, פסק דין של השופטת סיון מיום 17.1.05) (להלן: עניין ג.ד.); עע"מ (ת"א) 43/98 פדלון נ' פדלון, תק-מח (3)98 95 (פסק דין של השופט פורת, כבית משפט לערעורים, מיום 2.9.98) (להלן: עניין פדלון).

45 עניין פלונית ו-3 קטינים, שם; עניין א"ו, שם; עניין י"ל, שם.

המילים "שוויון" והתייחסות לעקרון ההדדיות, אך הדברים חסרי כל הקשר ואינם מפותחים מ בחינה רעיונית⁴⁶. רטוריקה עשירה, מודעת לעצמה ומשמעותית, שיכולה לבסס את ההתייחסות לפסקי הדין כפסקי דין "ערכיים", נמצאת אפוא רק בשלושה פסקי דין, ובהם אחד של בית המשפט המחוזי מן התקופה המוקדמת ושניים של בית המשפט לענייני משפחה מן התקופה הנוכחית.

השופטת רוטלוי, שנתנה את פסק הדין המחוזי המוקדם בעניין י"ל, לא היססה מלהתבטא בחריפות נגד ניצול הסטנדרט המיני הכפול הקבוע בהלכה הדתית היהודית, וחיותה דעה ברורה לגבי ייעודה של המערכת האזרחית בשיטה הקיימת: "...הגיעה העת שבתי המשפט האזרחיים ישימו קץ לשיטה הנפסדת של הוכחת 'אשמתה' של האשה בדרכים נלוזות – בהליך המזונות בבית משפט זה – כאשר פני בני הזוג לגירושין וההוכחה נועדה להשגת תנאים כספיים טובים יותר לבעל בעת הדיון בבית הדין הרבני... השניות המתוארת ע"י שני המלומדים [רוזן-צבי ושיפמן] נראית בעליל מגוחכת כאשר מדובר בבני זוג, שאינם שומרי דת, ובמיוחד כאשר לבעל מערכת יחסים עם אשה אחרת, והוא אינו מפסיד דבר בשל כך, ואילו מהאשה הוא מצפה להתנהגות מוסרית של נאמנות מוחלטת, שכן אם לאו – תפסיד היא מזונותיה ורכושה"⁴⁷.

בהסתמכה בעיקר על פסק דינו של השופט שיינבוים ב בית המשפט המחוזי בעניין גרינהאוז ועל ביסוסו של עקרון השוויון בין המינים בפסיקתו של בית המשפט העליון, מאמצת השופטת רוטלוי את קריאתו של פרופ' רוזן-צבי למערכת האזרחית לצמצם את הפער הקיים בין כוח המיקוח של האיש לזה של האשה ולהגדיל את כוח המיקוח של האשה⁴⁸. מסקנתה הנחרצת באותה פרשה הייתה זו:

"לא יהא זה צודק וסביר ליתן בידי נתבע זה לראות עצמו פטור ממזונות אשתו בשל יחסיה עם אחר ובאותה עת לנהל מערכת יחסים עם אשה אחרת, מבלי שתיהיה לך [כך במקור] כל נפקות ביחסי הנישואין ובחיובים הכספיים הנובעים מהם.

על כן אני סבורה, כי היה ראוי במקרה זה על בסיס עקרון השוויון והעדר תום הלב מצד הנתבע, שלא להתייחס כלל לטעוני עילות הפטור ממזונות, ככל שהן נוגעות ליחסיה של התובעת... עם גבר אחר"⁴⁹.

46 עניין סלומנוביץ', לעיל הערה 44; עניין י.ס., לעיל הערה 44; עניין ג.ד., לעיל הערה 44.

47 עניין י"ל, לעיל הערה 44, בפסקאות 6.3 ו-6.5 לפסק הדין.

48 רוזן-צבי, לעיל הערה 9, בעמ' 137.

49 עניין י"ל, לעיל הערה 44, בפסקה 6.9 לפסק הדין. מעניין כי השופטת רוטלוי מציינת, משום מה, כי הנשיא שמגר לא אימץ את גישתו של שיינבוים. בהמשך הדברים היא

גם השופטת פלאוט, שנתנה את פסק הדין של בית המשפט לענייני משפחה בעניין **פלונית ו-3 קטינים**, לא הסתירה את עמדתה בנוגע לסטנדרט המיני הכפול:

”השניות הבאה לידי ביטוי בטענות הבעל, צורמת. מחד, הבעל אינו מכחיש, כי במהלך הנישואין ניהל מערכת יחסים עם אשה אחרת, ממנה אף נולדו לו תאומים, ומאידך, מצפה הוא מאשתו להתנהגות מוסרית ולנאמנות מוחלטת, ומשלא עמדה בציפיותיו, מבקש הוא לשלול מזונותיה. בקשת הבעל לפטור עצמו ממזונות אשתו בשל יחסיה עם אחר, בעוד שהוא עצמו מנהל מערכת יחסים עם אחרת, נוגדת את עקרון השוויון”⁵⁰.

באופן גלוי ומודע לעצמו מסתמכת השופטת פלאוט על סדרת פסקי הדין של הנשיא שמגר, ובראשם עניין **גרינהאוז ועניין גל**, ואף מתייגת אותם כפסקי דין המבטאים “גישה... הדוגלת בשוויון בין המינים לעניין תוצאות התנהגותם המוסרית של בנ”ז”⁵¹. לאחרונה, בשולי פסק דין המאמץ את מכשיר המזונות האזרחיים החוזיים אשר ביסס הנשיא ברק בפסק דינו ברע”א 8256/99 **פלונית נ’ פלוני**⁵², דן השופט גרניט גם בטענת ההגנה מפני תביעת המזונות המסתמכת על התנהגותה המינית של האישה. בדחייתו את טענת ההגנה הזו הדגיש גרניט יותר את אי השוויון הכלכלי, ולמעשה לא התעכב במילים מפורשות על הסטנדרט המיני הכפול, אך לנוכח הסתמכותו על פסקי הדין של שמגר ושל רוטלוי, ולנוכח רטוריקת השוויון שנקט בגלוי, דומה כי ניתן לכלול גם את פסק הדין הזה בפסקי הדין ה”ערכיים” במסגרת ההתחקות על האופן שבו התקבל המהלך של ביטול המוסר הכפול⁵³.

מסתמכת גם על פסקי הדין מן הדרך הראשונה (עניין **פרידמן, לעיל** הערה 12 ועניין **שפרלינג, לעיל** הערה 18) של הגברת הדרישה הראייתית להוכחת התנהגות בלתי הולמת מצד האישה.

- 50 עניין **פלונית ו-3 קטינים, לעיל** הערה 44, בפסקה 2 לפסק הדין.
- 51 **שם**, שם. ליתר דיוק, השופטת פלאוט סמכה את דבריה על פסק דינו של השופט שיינבוים בבית המשפט המחוזי בעניין **גרינהאוז, לעיל** הערה 31, וציינה גם היא, כמו השופטת רוטלוי קודם לכן, כי הנשיא שמגר לא אימץ את גישתו של שיינבוים. בהמשך הדברים מסתמכת גם השופטת פלאוט על פסקי הדין מן הדרך הראשונה (עניין **פרידמן, לעיל** הערה 12, ועניין **שפרלינג, לעיל** הערה 18) של הגברת הדרישה הראייתית להוכחת התנהגות בלתי הולמת מצד האישה, ובהקשר זה מזכירה אף את פסק דינה של השופטת רוטלוי בעניין **י”ל, לעיל** הערה 44.
- 52 רע”א 8256/99 **פלונית נ’ פלוני**, פ”ד נח(2) 213.
- 53 ראו עניין **א”ו, לעיל** הערה 44, בפסקאות 26-27 לפסק דין של השופט גרניט: “הכנסות הנתבע הם כמעט פי שמונה מהכנסות התובעת; שני הצדדים קיימו לאחר הפרידה מערכת

אך כפי שכבר נרמז, שלושת פסקי דין אלה רחוקים מלהיות מייצגים. לעומת שלושת אלה מתאפיינים יתר פסקי הדין הדנים בסטיית האישה מקוד התנהגות המינית הנדרשת ממנה במסגרת טענות ההגנה כנגד תביעת מזונות בהנמקות טכניות לחלוטין, המתבססות כולן על אותה דרך ראשונה של אי-עמידה ב סף הראייתי הנדרש לשם הוכחת התנהגות בלתי ראויה מצד האישה במידה שתזכה את האישה בפטור ממזונותיה. קודם לכן, תוך סקירת פסקי הדין של הנשיא שמגר, טענתי כי גם בדרך ה "טכנית" הזו ניתן לראות את מגמת קידום השוויון וביטול המוסר הכפול העומדת בבסיס המהלך כולו. אלא שהדברים נאמרו בנוגע לסדרת פסקי הדין של שמגר, וראיתם כמכלול המוכתב על ידי מגמה עקבית אחת. באותו מקום העליתי את השאלה אם יהיה ניתן לומר דברים דומים בנוגע לפסקי דין של ערכאות נמוכות יותר אשר ינקטו את הדרך הראשונה ה"טכנית", ולייחס גם להם את אותה מדיניות ומגמה סמויות. דומני כי התשובה היא שלילית. עיון מדוקדק בפסקי הדין של בתי המשפט לענייני משפחה המתבססים על הדרישה הראייתית המוגברת אינו מותיר מקום לספק: הרטוריקה היא אכן טכנית במהותה. אפילו במקרים שבהם השימוש בנימוקים מהותיים ואידאולוגיים הוא מתבקש, כגון מקרים שבהם מרכיבים של אלימות פיזית או של סרבנות גט בולטים במיוחד⁵⁴, נמנעים בתי המשפט מלנקוט הנמקות ערכיות, והלשון נותרת חפה משיקולים של שוויון מגדרי, של הוגנות ושל הדדיות⁵⁵. גם שם חוזרים בתי המשפט על ההנמקה הלקונית, כגון ש"לצורך שלילת זכותה של התובעת במזונות מחמת טענה של זינתה יש להוכיח בראיה פוזיטיבית ברורה את התנהגותה של האשה"⁵⁶; או "לפי הדין האישי החל על בני הזוג, אין לדבר על איסור האשה על בעלה מחמת יחסים עם אחר ועל אובדן כתובתה

יחסים אינטימית עם אחר; עניין אחרון זה אינו צריך להשפיע לגבי המזונות, לנוכח ההלכה אותה פסק הנשיא שמגר בע"א 873/92 איזנברג נ' איזנברג, דינים עליון עמ' 2 ותקדין ובע"א אברהם נ' אברהם, דינים עליון ותקדין וכן ראה תמ"א (ת"א) 553/94 י"ל נ' צ"ל, תקדין... תחושת ההגינות, הצדק והיושר, מחייבים להגן על התובעת, שהיא הצד החלש מבחינה כלכלית ולקבוע כי על הנתבע להמשיך ולתמוך בתובעת מבחינה כלכלית; אי חיוב הנתבע במזונות התובעת יהיה בניגוד לחובתו לנהוג כלפיה בתום לב".

54 אלימות וסרבנות גט הם מרכיבים החוזרים על עצמם בחלק ניכר מן הסכ סוכים המגיעים לערכאות השיפוטיות. מאלף הדבר שלמעט מקרים שבהם נטענות טענות משפטיות המתבססות על מרכיבים אלה, כגון בתביעות לצווי הגנה או למזונות מדין מעוכבת, עובדת האלימות או סרבנות הגט מוזכרת רק כבדרך אגב, כמיין יסוד עובדתי הנמצא אי שם ברקע, אך הוא חסר כל משמעות מעשית, וודאי שאין לו נפקות משפטית כלשהי. בדיון בהמשך בשאלת מקום האשם בסכסוכי משפחה נעמוד על עניין זה ביתר הרחבה.

55 ראו למשל עניין **סלומנוביץ'**, לעיל הערה 44; תמ"ש 75931/97, לעיל הערה 44; עניין **פרלון**, לעיל הערה 44.

56 תמ"ש 36330/96, לעיל הערה 44, בפסקה 5.

ומזונוניה, בעטיו של טעם זה, אלא אם הוכח הדבר על ידי שני עדים, שהרי המדובר בדבר שבערווה, והכלל הוא שאין להוכיח דבר שבערווה בפחות משני עדים" 57. ההסתמכות על פסקי הדין בעניין פרידמן, ולעתים אף בעניין שפרלינג, עוברת כחוט השני כמעט בכל פסקי הדין בהקשר הזה ומאפשרת לשופטים מוצא נוח במיוחד של דחיית טענת ההגנה המסתמכת על התנהגות האישה בלי שיצטרכו לנקוט עמדה מהותית וערכית כלשהי בנוגע לטענות ההגנה מן הסוג הזה.

ד. מלאכת ההתאמה של שמגר והתקבלותה בפסיקת המשפחה: סיכום ביניים

המגמה הכללית המסתמנת אפוא בפס יקת ערכאת בית המשפט לענייני משפחה בקשר למהלך הנוכחי של הפחתת המשמעות המיוחדת לסטיית האישה מקוד ההתנהגות המינית הנדרש ממנה וריכוך הסטנדרט המיני הכפול באמצעות הכנסת ממד של הדדיות, היא מגמה של היסוס. אמנם, התוצאה היא בדרך כלל 58 דחיית טענת ההגנה המסתמכת על התנהגות בלתי נאותה של האישה כך שבפועל גם המהלך הזה של הנשיא שמגר אכן קונה אחיזה בבית המשפט לענייני משפחה, אלא שהדבר נעשה באופן הרבה פחות נלהב מן האופן שבו התקבל המהלך האחר של קיזוז כושר השתכרות האישה ממזונוניה. למעשה, שופטי המשפחה נמנעים מלאמץ את ההצדקות המהותיות למהלך הזה. בהשוואה להתלהבות שבה אומצה רטוריקת השוויון המגדרי בהקשר של התקבלות

57 ראו עניין כהן 2, לעיל הערה 44, בפסקה 17 לפסק דין של השופט גייפמן, שבה הוא מפנה לעניין פרידמן, לעיל הערה 12.

58 החיפוש הניב רק שני פסקי דין שבהם נדחה במודע ניסיון ליישם את כיוון הפעולה הזה של ביטול טענת ההגנה כנגד תביעת מזונונה בהסתמך על התנהגות האישה, האחד מן העת האחרונה ואילו האחר עוד מבית המשפט המחוזי לפני הקמת בית המשפט לענייני משפחה; ראו תמ"ש (ת"א) 15640/01 ג.ת. נ' ג.א., תק-מש 2003 (1) 246 (פסק דין של השופטת צפת מיום 10.3.03); מ"א 1315/94 פלונית נ' אלמוני, דינים-מחוזי, כרך כו(2) 403 (השופט יעקבי-שווילי). המעניין הוא ששני השופטים שדחו כיוון זה, עשו זאת תוך שימוש בשיח של שוויון והסתמכו דווקא על אי-השוויון, לתפיסתם, הטמון בבסיס דין המזונונה הדתי. כך למשל ניסחה זאת השופטת צפת: "טענת התובעת בדבר זכותה למזונונה בשל עקרון השוויון בין המינים נשללת מעצם הגשת תביעה לזכות בלתי שוויונית... טענת התובעת על כן, כי היא זכאית למזונונה למרות שקיימה יחסי אישות עם אחר, וזאת מאחר וגם הנתבע מקיים יחסי אישות עם נשים אחרות – לא תתקבל. ההקבלה אינה רלבנטית, שהרי הנתבע אינו עותר למזונונה מכוח הנישואין ואין לו זכות שכזו". ראו גם דברי השופט יעקבי-שווילי: "אין זו גם שאלה של שוויון או אי שוויון בין בני הזוג, שכן אין האשה נענשת על התנהגותה, אלא כשם שאין מחייבים אותה לזון את בעלה, שנוהג על פי דרכו, כך אין מחייבים אותו לזון אותה, בהיותה נוהגת בדרך הנ"ל".

המהלך של קיזוז כושר ההשתכרות, מתקבלת תחושה של היסוס ואולי אף התחמקות מנקיטת עמדה עקרונית באשר לשאלות המגדריות בקשר למהלך הנדון, בייחוד לנוכח השימוש המסוים שכן נעשה בהנמקה הטכנית של נטל הראיה. במילים אחרות, קשה לראות בפסיקתם של בתי המשפט לענייני משפחה בהקשר הזה משום התקבלות אמיתית של מהלך ביטול המוסר הכפול שביקש הנשיא שמגר להוביל.

במילים אחרות, כאשר מעמידים את שני המהלכים של הנשיא שמגר זה בצד זה ומשווים את אופן התקבלותם בבתי המשפט לענייני משפחה, מתברר כי מבין שניהם מאמצים שופטי המשפחה ביתר התלהבות את המהלך של הגברת המשמעות הכלכלית המיוחסת לפעילות האישה, ורואים בו מהלך ראוי במיוחד לקידום השוויון המגדרי למרות סיוגו המסוים בפסיקתו של בית המשפט העליון⁵⁹. מנגד, את מהלך ביטול המוסר הכפול הם אינם מקבלים כפי שהוא, at face value, הם נמנעים מלאמץ אותו כחלק מפרויקט של קידום השוויון המגדרי ומעדיפים לפסוק לפיו על בסיס טכני בלבד תוך שימוש ברטוריקה רזה ומצומצמת במיוחד. כיצד ניתן להסביר זאת? על מה הדבר מעיד?

נראה לי כי את התמודדותם של שופטי בית המשפט לענייני משפחה עם התפתחויות ההלכה בתחום דיני המזונות ניתן לבחון משתי נקודות מבט שונות, בהתאם לשאלות שמעמידים במרכז. ניתן להתמקד בשאלת תפיסת התפקיד של שופטי המשפחה, וראייתם העצמית כחלק ממכלול הרצף השיפוטי ופיתוח יוריספרודנציה ומדיניות⁶⁰; ניתן גם להתמקד בהבחנה המסתמנת בין דרכי התמודדותם של שופטי המשפחה עם שתי המגמות הללו, כפי שהצגתי זה עתה בסיכום הביניים. לאמתו של דבר, שתי נקודות מבט אלה משלימות זו את זו. אגע בקצרה בשאלה הראשונה, שתשמש נקודת מוצא לדיון בשנייה.

ה. תפיסת תפקיד שיפוטי

כפי שתיארה לאחרונה הולצמן-גזית, כבר בשנות השבעים של המאה העשרים החלו חוקרי מדע המדינה בתחום המשפט ליישם מודלים פוליטיים בשדה המשפט, ובראשם המודל המוסדי, הבוחן את הפעילות השיפוטית מפרספקטיבה של הליך המתנהל

59 ראו ע"א 4316/96 פלולני פלולני, פ"ד נב(1) 394 (להלן: עניין פלולני). יש להבהיר כי שני השופטים האחרים אמנם נמנעו מלהצטרף לצמצום הלכת ביקל (ע"א 6136/96 ביקל נ' ביקל (טרם פורסם, ניתן ביום 6.7.94) לנסיבות המדויקות שלה, כפי שקבע השופט טירקל, אבל בכל זאת ניתן לראות בעניין פלולני (שם) סיוג מסוים של מהלך קיזוז כושר ההשתכרות.

בהקשר מוסדי⁶⁰. מחקרים אמפיריים שונים הביאו לכלל גיבוש הנחת עבודה חדשה באשר לפעילות השיפוטית של הערכאות הנמוכות, ולפיה גם דרך קבלת ההחלטות בבתי המשפט הנמוכים מערכת הפעלה נרחבת של שיקול דעת ערכי חוץ -משפטי. שופטי הערכאות הנמוכות הם לעתים crusaders, כפי שתיארו אותם Marc Galanter ושותפיו⁶¹. במסגרת הניתוח הפוליטי -מוסדי הציעו חוקרי מדע המדינה, בין היתר, הסברים שונים לתופעת עצמאותם של בתי המשפט הנמוכים. כך למשל מיפ ו Galanter ושותפיו טיפוסים שונים של שופטי ערכאה נמוכה ש תפיסת התפקיד שלהם הייתה הפוכה לתפיסה המשפטנית המסורתית. הם ראו עצמם אחראים לעשות שימוש במשפט כדי לקדם מדיניות מהותית, ולא רק אחראים להפעלת הכללים המשפטיים ברמה הטכנית באופן הנכון משפטית בכל מקרה בפני עצמו. באותה רוח, מרחב ההתייחסות שלהם השתרע הרבה מעבר להיבטים המצומצמים של כל מקרה בפני עצמו כך שפסיקתם שיקפה תמיד את ההקשר הרחב יותר, לאחר ניתוח השוואתי של המקרה המסוים, כדי ליצור אחידות משפטית ולהעביר מסר שיפוטי ברור. בלשונם של Galanter ושותפיו, שופטים אלה היו "יזמי המוסר" (moral entrepreneurs) הבלתי צפויים שחשף מחקרם. לדידם זהו אקטיביזם שיפוטי שלא היה מוכר עד לאותה עת, שכן ספרות המחקר שעסקה באקטיביזם שיפוטי התייחסה לשופטי ערכאה ות ערעור באופן כמעט בלעדי. סוג האקטיביזם של Galanter ושותפיו בחנו במיוחד כלל שני מרכיבים: התייחסות למכלול מדיניות מהותית והתנהלות מכוונת מטרה, משימתית-פרוגרמטית. אף שמחקרם של Galanter ושותפיו בדק שופטי ערכאה ראשונה שעסקו במשפטים פליליים בלבד והאקטיביזם שלהם נגע לשאלת אכיפת החוק, תיאור תהליך שפיטתם וניתוח התנהלותם נראים רלוונטיים במיוחד לפסיקת שופטי בתי המשפט לענייני משפחה בישראל. מסקירת המכלול של פסיקת המשפחה בתחום דיני המזונות עולה כי ממד האחריות הכללית בולט מאד וד ברטוריקה של פסקי הדין, לפחות בחלקם, ותיאור דפוס הפסיקה בהקשר הרחב, תוך מאמץ מודע ליצירת אחידות במקרים דומים, דומה כאילו נכתב במיוחד עבור שופטי משפחה מסוימים⁶². אלא שנראה כי דברים אלה מחדדים עוד יותר את ההבדל בין דרכי התמודדותם של שופטי המשפחה עם שתי

60 יפעת הולצמן גזית "בין המשפט, האישיות והמבנה המוסדי: על מקורות הפסיקה החדשנית של בית המשפט המחוזיים בדיני הפקעת מקרקעין" (עתיד להתפרסם בעיוני משפט כט(2) (תשס"ו)).

61 Marc Galanter, Frank S. Palen, John M. Thomas "The Crusading Judge: Judicial Activism in Trial Courts" 52 S. Cal. L. Rev. (1978-1979) 699.

62 ראו פסיקתו של השופט גייפמן בתמ"ש (ת"א) 88000/00 כוכב נ' כץ, תק"מ 2001(4) 13; הלפרין-קדרי, לעיל הערה 3, הערות 112-113 והטקסט הסמוך אליהן וכן פסיקתו של השופט גרניט, שם, בהערות 110-111, 114-115 והטקסט הסמוך אליהן.

מגמות הפסיקה שנסקרו עד כה. האופן היזמי, העצמאי ומכוונן המטרה בולט בפסיקה המתייחסת למהלך קיזוז כושר השתכרות ה אישה, אך הוא נעדר כמעט לחלוטין מן הפסיקה הדנה במהלך ביטול המוסר הכפול. כפי שראינו בסיכום הביניים קודם לכן⁶³, רבים משופטי המשפחה אימצו בהתלהבות את המהלך של הגברת המשמעות הכלכלית המיוחסת לפעילות ה אישה באמצעות קיזוז כושר השתכרותה תוך מיקומו בגלוי במסגרת פרוגרמטית של קידום השוויון המגדרי בדיני המשפחה, בכלל, ובתחום דיני המזונות, בפרט, בעוד שמגמת ביטול המוסר הכפול נתקלה כאמור בהיסוס, ואולי אף ברתיעה, ואימוץ המהלך של הפחתת המשמעות המיוחסת לסטיית ה אישה מקוד ההתנהגות המינית הנדרש ממנה נעשה בדרך כלל בדרך טכנית ופורמלית, ולא מתוך מוטיבציה פרוגרמטית־מהותית כלל. פסקי הדין המבנים את המהלך של קיזוז כושר השתכרות מגובים בשפע של התייחסויות ערכיות ומהותיות המבהירות את מטרת הפסיקה וממקמות אותה במסגרת של מהלך מודע לשינוי מ שפטי־חברתי בכיוון של הגברת השוויון המגדרי וצמצום ההבחנה והשונות המגדרית, ובכך הם אכן תואמים את תיאוריהם של Galanter ושותפיו את השופטים האקטיביסטים. לא כך באשר לפסקי הדין העוסקים במהלך של ביטול המוסר הכפול.

ו. שאלות מוסריות ותפיסת התפקיד השיפוטי

בקביעות אלה דומה שחזרנו אל אותה קושייה שהוצגה קודם לכן⁶⁴, אך לא מאותו מקום. כפי שכבר נרמז קודם לכן, יש קשר בין השאלות העוסקות בתפיסת התפקיד של שופטי ערכאה מסוימת לבין השאלות הבוחנות את דרך התנהלותם והתמודדותם עם נושאים ספציפיים. בנקודה זו יש למחקרם הבסיסי של Galanter ושותפיו תפקיד חשוב. כזכור, אפיינו Galanter ושותפיו את שופטי הערכאה הנמוכה האקטיביסטים, ה"צלבניים" כלשונם, כ"יזמי מוסר". מונח זה לדעתי עשוי לשמש מפתח להבנת התנהלותם של שופטי המשפחה אצלנו, רק בכיוון ההפוך בדיוק. מילת המפתח היא אכן ה"מוסר". Galanter ושותפיו מ צאו כי המוטיבציה שהנחתה את השופטים האקטיביסטים הייתה השאיפה לקדם, בין היתר, אידאולוגיה מוסרית מסוימת או תפיסת מוסר שנראתה להם נכונה מן התפיסה הקיימת. ה"מוסר" היווה אפוא מוטיבציה מרכזית בפעילותם השיפוטית של השופטים האקטיביסטים במחקרם של Galanter ושותפיו. כל זאת בלי שעדיין עמדנו על משמעות המונח, דבר שגם Galanter ושותפיו נמנעו

63 ראו טקסט הסמוך להערות 58-59 לעיל.

64 שם, שם.

מלעשות. בהמשך הדברים נקדיש לכך דיון מקיף, אך לעת עתה די בהצבעה על מרכזיותו בשדה הפעילות השיפוטית. תובנה זו בדבר מרכזיות גורם המוסר מתקשרת היטב לפסיקת שופטי המשפחה בישראל, ובייחוד לתהייה בדבר ההבדל באופן התקבלות שני כיווני "מלאכת ההתאמה" בתחום דיני המזונות שהוצעו בפסיקת בית המשפט העליון.

הדברים מתבהרים עת בוחנים מחדש את שתי המגמות, זו מול זו. לכאורה יש לשתייהן מטרה משותפת: ביטול השונות המגדרית וחתירה לשוויון. תחת המגמה הראשונה נדרשת אישה למצות את כושר השתכרותה, ממש כפי שנדרש מן האיש. האישה לובשת דימוי של יצור כלכלי-פרודוקטיבי ברוח ה-homo economicus, ללא כל התייחסות למינה. המגמה השנייה חותרת לביטול הסטנדרט ההלכתי הכפול של ההתנהגות המינית המטיל על האישה דרישות מוסריות שאינן מוטלות על האישה, ומצמיד להפרתן סנקציות כלכליות. הפסיקה האזרחית מבקשת לבטל את ההבחנה המגדרית ולהפעיל את אותה אמת מידה מוסרית "בשני חלקי המשפחה", כלשונו של הנשיא שמגר. ניתן לומר, ברמה העקרונית, כי נטרול ההבחנה המגדרית הוא הפרויקט המשותף לשני כיווני הפעולה שנוקטים בתי המשפט האזרחיים במסגרת "מלאכת ההתאמה" של הדין הדתי למערכת האזרחית.

על אף מה שיכול להיראות כמטרה משותפת לשתי המגמות, במבט מעמיק יותר מתחוויר כי יש הבדל מהותי ביניהן. המגמה הראשונה נטועה היטב בזירה הכלכלית. השאלות שעולות בהן (לכאורה) שאלות המנותקות מכל ממד ערכי, מוסרי, רגשי. ניתן להתייחס אליהן תוך הפעלת שיקולים כלכליים טהורים ולהימנע כליל מכניסה לשאלות של מוסר ושל מהות הזוגיות. לא כך המגמה השנייה. כאן מוצא את עצמו בית המשפט נטוע עמוק בסבך של שאלות מוסריות. כאשר מעמידים כך את הדברים, ניתן אף לנסח מחדש את ההבדלים תוך שימוש במונח המשמעותי במיוחד: שיקולי מוסר. במגמה הראשונה ניתן לעסוק לכאורה בלי להיכנס לשיקולי מוסר טהורים. המגמה השנייה מחייבת נקיטת עמדה מוסרית. "מוסר" הוא מושג חמקמק, בעל מובנים רבים, הנעים על פני ציר של היקפי משמעות, מן הרחבה ביותר לצרה ביותר. בשלב הזה של הדיון הנוכחי אני מתייחסת למוסר במשמעות הצרה של המונח, כעוסק בעיקר בהיבטים של מין ומיניות⁶⁵. במשמעות הזו של המונח, ההבדלים בין המגמות בולטים במיוחד. מגמת קיזוז כושר ההשתכרות מציעה ניטרליות מוסרית, במובן הזה של המונח. לעומתה, מגמת ביטול המוסר הכפול, כשמה כן היא, כל כולה מעלה שאלות של מוסר, אשמה ומין. די בקריאת העובדות הבסיסיות המובאות בתיאור פסקי הדין שנדונו קודם לכן כדי

65 לדיון מעמיק בהגדרת המושג, בייחוד בהקשר של דיני משפחה וגירושין, ראו בחלקו הבא של המאמר.

לעמוד על האופי ה"צהוב", אם תרצו, של המקרים הנדונים בהקשר הזה. יתר על כן, המהלך שביקש הנשיא שמגר לבסס התעמת חזיתית עם תפיסה מוסרית מסוימת, פטריארכלית במהותה, המציבה קוד נוקשה וחד-צדדי של התנהגות מינית הנדרשת מן האישה בלבד תוך הצמדת סנקציות כלכליות ומשפטיות קשות בגין הפרתו, והמירו בתפיסה מוסרית קוטבית, המחילה את אותו קוד ההתנהגות המינית גם על בן זוגה של האישה. זוהי בוודאי נקיטת עמדה מוסרית מובהקת. ניתן אפוא לחזור ולתאר את האופן השונה שבו התקבלו מהלכיו של הנשיא שמגר בבתי המשפט לענייני משפחה כאימוץ מהלך ניטרלי מבחינה מוסרית לקידום השוויון המגדרי, מחד, ורתיעה מפני אימוץ מהלך מקביל שנועד גם הוא לקידום השוויון המגדרי, אך מחייב נקיטת עמדה מוסרית במובהק, מאידך.

כאשר מציגים כך את הדברים, קל יותר להבין את ההבדל באופן התקבלותם של שני המהלכים על ידי שופטי המשפחה. שופטי המשפחה, בחלקם, אכן תופסים את עצמם כבעלי שליחות וכמי שאמורים לפעול לשם הגשמת מדיניות – על אזרחית, שבראשה קידום השוויון המגדרי. בכך הם תואמים את דפוס ההתנהלות שאיתרו Galanter ושותפיו אצל השופטים הפליליים בערכאה הנמוכה שאותה חקרו, אך בעוד שהללו פעלו כ"יזמי מוסר" לקידום תפיסות מוסר מסוימות, דומה כי שיקולי המוסר עבור שופטי המשפחה אצלנו מהווים מעין טאבו, מחסום שאין לעבור אותו. נראה כי עבור העוסקים בתחום דיני המשפחה אין הדבר מפתיע. הדברים מן הסתם מתקשרים אסוציאטיבית למוסכמה המקובלת בפסיקה, שעל המשפט להימנע משיפוט ערכי של התנהגות בני הזוג, מוסכמה שנקבעה עוד בראשית פסיקת יחסי הרכוש בבית המשפט העליון, כדבריו של השופט י' כהן לדוגמה: "בבואנו להחליט מה חלקו של בן-זוג בנכסים הרשומים על שם בן-הזוג האחר, כשנתערער היחסים אחרי שנים רבות של חיי נישואין הרמוניים, אין זה רלבנטי כלל מי מבני-הזוג גרם לערעור היחסים"⁶⁶. היטיב לבטא שנים מאוחר יותר השופט זמיר בשאלו "האם כוחו של המשפט עמו לקבוע מה יספר איש לאשתו, והאם תפקידו של בית המשפט הוא להכתיב מה תגלה א ישה לאישה?"⁶⁷. לכאורה נראה אפוא כי אינטואיטיבית, אווזים שופטי המשפחה באותה

66 ע"א 595/69 אפטה נ' אפטה, פ"ד כה(1) 561, 569, מול אותיות השוליים ו-ז.
 67 ע"א 1581/92 ולנטין נ' ולנטין, מט(3) 441 (להלן: עניין ולנטין), 455. פסק הדין שביסס גישה זו בהקשר של נושא חלוקת הרכוש בין בני זוג בישראל הוא ע"א 264/77 דרור נ' דרור, לב(1) 829 (להלן: עניין דרור). לדיון מעמיק בעניין ולנטין (שם) ראו אצל שחר ליפשיץ הסדרה חוזית של יחסים זוגיים במשפט האזרחי (עבודת דוקטור, הוגשה לסנאט אוניברסיטת בר-אילן, תשס"ב), 539-540; שחר ליפשיץ "הסדרת החוזה הזוגי במשפט הישראלי: מתווה ראשוני" קרית המשפט – שנתון הקריה האקדמית ד (תשס"ד-תשס"ה) 271 (להלן: הסדרת החוזה הזוגי), 338-342.

מוסכמה של הימנעות מכניסה לשאלות של מוסר, במובן של מוסר מיני, ולפיכך הם נרתעים מהתמודדות מהותית עם מגמת ביטול המוסר הכפול. גם אם אין הם דנים ב כך בגלוי, ניתן להניח שהמגמה הנחשבת למקובלת, שאל לו לבית המשפט "ללכלך את ידיו" בשאלות האשם ובענייני ההתנהגות המינית של בני הזוג, היא שמנחה את שופטי המשפחה ומוליכה אותם לכיוון של פעילות שיפוטית טכנית - פורמלית בהקשר של המהלך הזה, להבדיל מן המהלך ה"כלכלי" של קיזוז כושר ההשתכרות. לכאורה אפוא, כפי שכבר אמרתי קודם לכן, המוסר משמש מפתח להבנת התנהלותם של שופטי המשפחה אצלנו, אבל בכיוון הפוך לפעולתם של השופטים במחקרם של Galanter ושותפיו. אותם שופטים פליליים פעלו במכוון לקידום תפיסה מוסרית מסוימת על פני תפיסה מוסרית אחרת, בעוד ששופטי המשפחה אצלנו פועלים מתוך הימנעות מכניסה לשאלות של מוסר. אלא שכאן מתעוררות מן הסתם תהיות בקשר למונח המפתח הזה. יש להתחקות על מושג המוסר עצמו ולשאל את עצמנו אם הוא משמש באותו מובן בשני ההקשרים. עניין זה יוביל אותנו לדיון מעמיק במהות המוסר ובשאלת מקום המוסר והאשם בדיני המשפחה החדשים, דיון שבסופו נוכל לחזור ולבחון מחדש את התנהלותם של שופטי המשפחה באשר להתפתחויות הפסיקטיות בתחום דיני המזונות מתוך ראייה ביקורתית יותר.

ז. על מוסר ודיני משפחה

Carl Schneider, מחשובי התאורטיקנים של חקר דיני המשפחה בארצות הברית, כבר הצביע לפני כשני עשורים על הירידה המובהקת בשיח של ערכים ומוסר בתחום דיני המשפחה, שאותה הוא ייחס, בין היתר, למעבר למשטר הגירושין ללא אשם בעולם המערבי ובארצות הברית במחצית השנייה של המאה הקודמת⁶⁸. אחת הסיבות המרכזיות למעבר לגירושין ללא אשם הייתה הרצון העז לסתום את הגולל על המציצנות ועל הפגיעה הקשה בפרטיות שאפיינה את תביעות הגירושין במשטר הקודם. הקיצוניות שהגיעה אליה מערכת בתי המשפט בניהול תיקי גירושין הובילה, כך נדמה, לריאקציה שבאה לידי ביטוי ברתיעה מכניסה לכל מה שנראה כמזכיר שיפוט מוסרי וערכי. כדבריו של Schneider, במשטר הגירושין הקודם "a court discussed a petition for divorce in moral terms; after no-fault divorce, such a petition did not have to be discussed in moral terms"⁶⁹. הרתיעה מן השיח המוסרי תאמה, בין היתר, את גישת אי-ההתערבות

Carl E. Schneider "Moral Discourse and the Transformation of American Family Law" 83 *Mich. L. Rev.* (1984-1985) 1803
Ibid, at p. 1810 68 69

במשפחה, ונבנתה על אדני המסורת של הליברליזם האינדיווידואלי. Schneider הצביע על התופעה, מיפה אותה דרך מופעה בחוקים ובפסיקה המשתנים ואף הציע לה הסברים שונים מתחום הפסיכולוגיה והפילוסופיה. כעשור לאחר מכן הוא פרסם מאמר המשך, ובו הראה כיצד התזה שהציג מתממשת בדיני הגירושין ב מדינות השונות והציג כמה הערכות לתופעה⁷⁰. במאמר מאיר עיניים סקר לאחרונה שחר ליפשיץ את ההתפתחויות בדיני הגירושין האזרחיים במערכות משפט מחוץ לישראל תוך בחינת הרלוונטיות שלהן למערכת עתידית של נישואין אזרחיים בישראל, ובין היתר עמד על תופעת הירידה בשימוש בשיח ערכי מוסרי בדיני המשפחה הן כמניע הן כתוצר של מהפכת הגירושין ללא אשם שעברה על העולם המערבי במחצית השנייה של המאה הקודמת⁷¹. בסכמו את התהליך הזה מתאר ליפשיץ:

“רתיעתן של שיטות המשפט הליברליות משיפוט מוסרי של התנהגות בני-זוג, הקושי לאתר אשם קונקרטי, הרצון להגן על המשפחה מפני פולשנות והניסיון להפוך את הליך הגירושים לטעון פחות מבחינה פסיכולוגית – כל אלה עשויים להוליך לאימוץ מודל משפטי המאפשר קבלת גירושים גם ללא הוכחת אשמה, ואף לביטולן המוחלט של עילות האשמה בדיני הגירושים. נוסף על כך, ההניעה (המוטיבציה) המודרנית לא לעסוק בהערכת התנהגותם של בני הזוג עשויה לתמוך במגמה המסתמנת של סילוק הרלוונטיות של שיקולי האשמה לא רק לגבי הזכאות לגירושים, אלא גם לגבי קביעת השלכותיהם”⁷².

בדברים אלה מקבל ליפשיץ את התזה של Schneider, המקובלת אכן על רוב החוקרות והחוקרים בתחום דיני המשפחה, בדבר זניחת המוסר כשיקול בגיבוש מדיניות ראויה לדיני המשפחה⁷³.

אם חיפש מישהו אישור לתזה של Schneider, דומה כי לשיא זניחת שיקולי האשם והמוסר הגיע ה- American Law Institute (ALI) בעבודתו המרשימה בגיבוש העקרונות שהוצעו בשנת 2002 לרפורמות בדיני “פירוק המשפחה”⁷⁴ (להלן: עקרונות ה-ALI).

- Carl E. Schneider “Marriage, Morals, and the Law: No-Fault Divorce and Moral Discourse” 1994 *Utah L. Rev.* (1994) 503 70
- שחר ליפשיץ “ברצוני להתגרש ומייד! על ההסדרה האזרחית של הגירושים” **עיוני משפט** כח (תשס”ה) 671. 71
- שם**, בעמ’ 698-699. 72
- ראו גם שם**, בהערה 85. 73
- Principles of the Law of Family Dissolution: Analysis and Recommendations (American Law Institute, 2002). 74

עקרונות ה-ALI דוחים כל התחשבות בשיקולי אשם לצורך חלוקת הרכוש או מתן הסעד של "מענק הפיצוי" (compensatory award) (סעד שמציעים העקרונות במקום סעד ה-alimony המסורתי), כל עוד הם חסרי משמעות כספית ברורה. רק כאשר לאותם גורמי אשם יש השפעה רכושית כלכלית ישירה, כגון בזבוז בלתי מבוקר של כספים, או מצב שבו ההתנהגות הבלתי תקינה של בן הזוג האחד השפיעה לרעה על יכולת ההשתכרות של בן הזוג האחר, יש להביאם בחשבון במהלך ההכרעה בהשלכות הכלכליות של הגירושין. לדברי מחברי עקרונות ה-ALI עצמם, בכך הם פסעו בעקבות החוק האחד שהוצע עוד ב-1970 על ידי ה-National Conference of Commissioners on Uniform State Laws⁷⁵, ואף סיפקו לו הנמקות מעמיקות שנשענו גם על התפתחויות בתחום דיני הנזיקין מאז נחקק החוק האחד⁷⁶. את התשתית התאורטית למדיניות זו סיפקה תאוריית ה-alimony שפיתח פרופ' Ira M. Ellman, ששימש הדווח הראשי של ה-ALI בנושא זה, ושאותה פרס במאמר תשתית עוד בסוף שנות השמונים⁷⁷.

למרות ההתפתחויות המשמעותיות מאמרו של Schneider, הם בעיקר ששימשו עוגן התייחסות לחוקרות ולחוקרים רבים בדיני המשפחה, אשר בין היתר, הביעו בחלקם ביקורת על התזה הזו, ביקורת שניתן לדעת לסווגה לכמה טיעונים בסיסיים. לצורך החלוקה שאני מציעה אני רואה בתזה של Schneider, בלי חלילה להפחית בערכה, כפוזיטיביסטית בבסיסה במובן של תיאור, מיפוי, ניתוח והסבר המצב המשפטי הקיים, בלי להציע לו אלטרנטיבות⁷⁸. חלק מן הביקורות על Schneider נותרו אף הן ברובד הפוזיטיביסטי, וחלקן פועלות ברובד הנורמטיבי. הטיעון הפוזיטיביסטי מתווכח על עצם תיאור המצב המשפטי בהצביעו על כך שלאמתו של דבר שיח המוסר, במובן ש-Schneider מתכוון אליו, לא נעלם כלל מן השטח, ורק במדינות מעטות נוהגת שיטה מלאה של היעדר אשם, הן בשאלת הגירושין הן בשאלת השלכותיהם הכלכליות. כותבים אחדים הצביעו על כך שבפועל מדינות רבות עדיין שימרו התייחסות לגורמי אשם במערכת החוקים המסדירים את ההיבטים הרכושיים של הגירושין (בעיקר את סעד ה-alimony), ובניגוד לחשש המובע בהקדמה לעקרונות, הדבר לא הביא להפעלה בלתי אחראית של שיקול הדעת השיפוטי⁷⁹. הטיעון הנורמטיבי מציע ביקורת מתוחכמת יותר,

75 Nif. Marriage and Divorce Act §§307-308, 9A U.L.A. 91 (1979)

76 ראו את המבוא לעקרונות כפי שפורסמו ב : "Principles of the Law of Family Dissolution: Analysis and Recommendations" 8 *Duke J. Gender L. & Pol'y* (2001) 1

77 Ira M. Ellman "The Theory of Alimony" 77 *Cal. L. Rev.* (1989) 1

78 השוו לתגובתו של Lee Teitelbaum למאמרו הראשון של Schneider : Lee E. Teitelbaum "Moral Discourse and Family Law" 84 *Mich. L. Rev.* (1985-1986) 430, 431

79 ראו לדוגמה Adriaen M. Morse "Fault: A Viable Means of Re-Injecting Responsibility in Marital Relations" 30 *U. Rich. L. Rev.* (1996) 605; Peter N.

המקבלת את תיאור המצב של Schneider ומצביעה על אי-הצדק שנגרם עקב הירידה בשימוש בשיח המוסר. הכתיבה המאוחרת יותר מן הכיוון הזה מתייחסת ברובה גם להסדר הקיצוני המוצע בעקרונות ה-ALI, והיא חוזרת בכך על הביקורת שספג Ellman במאמרו על תאוריית ה-alimony. העמדה נ תפסת כבעייתית על שום התעלמותה מהשלכות קשות – אך חסרות משמעות כספית כזאת שניתנת לכימות מדויק – שיש לגורמי אשם שונים, כגון אלימות, התאכזרות, דפוס חוזר ונשנה של בגידה ועוד. כותבות פמיניסטיות בתחום דיני המשפחה, כגון June Carbone, האשימו את Ellman בזלזול וביטול של הפסדים ומחירים הבאים עם הגירושין, כל עוד אין להם ביטוי פיננסי ברור ומדויק⁸⁰. כך למשל, נטען כי התאוריה של Ellman והעקרונות שגובשו לפיה אינם מתייחסים כלל לערכים ולאינטרסים חברתיים לא-פיננסיים, כגון הצורך לפעול לקידום שוויון מגדרי, טובת הילד, הגברת השתתפותן של נשים נשואות בשוק העבודה ועוד⁸¹. אך מעבר לוויכוח המהותי על ההתייחסות המשפטית הראויה להתנהגות אישית בלתי נאותה, דומני שקיימת כאן אי-בהירות טרמינולוגית, המקשה על דיון עקבי ונהיר. מקור הקושי נעוץ בחסר מסוים בעבודתו של Schneider, ובחלק ניכר מן הכתיבה שבאה בעקבותיה. מונחים כגון "שיח המוסר" (moral discourse), "אשם" (fault), "התנהגות בלתי נאותה במהלך הנישואין" (marital misconduct) חוזרים על עצמם וממלאים תפקיד מרכזי בלי שיוגדרו כלל. כבר בכתיבתו של Schneider אין ברור אם המונחים הללו, בחלקם, הם היינו הך, או שמא יש ביניהם הבדלים, כך ששיקולי מוסר לדוגמה רחבים מגורמי אשם. יתר על כן, אין ברור אם הם מצומצמים למובן של מין והתנהגות מינית בלבד, או שהם כוללים גם גורמי התנהגות בלתי תקינה נוספים, כגון אלימות והתאכזרות, ואם גם אלה נכללים במונחים הללו, אם יש (או צריך שיהיו) הבדלים ערכיים בהתייחסות אליהם⁸². מאחר שכך, קיים קושי בהערכת ביקורת מן הסוג של

Swisher "The ALI Principles: A Farewell to Fault – But What Remedy for the Egregious Marital Misconduct of an Abusive Spouse?" 8 *Duke J. Gender L. & Pol'y* (2001) 213.

June Carbone "Economics, Feminism, and the Reinvention of Alimony: A Reply to Ira Ellman" 43 *Vand. L. Rev.* (1990) 1463.

Lynn D. Wardle "No-Fault Divorce and the Divorce Conundrum" *BYU L. Rev.* (1991) 79, 137; Swisher, *supra* note 80; Morse, *supra* not 80.

איי-בהירות זו כאמור, איננה ייחודית ל-Schneider בלבד. כך לדוגמה במאמר מאוחר יותר של Ellman, המוקדש כולו לדיון בשאלת ההתחשבות בשיקולי אשם בה קשר ל-alimony ולחלוקת הרכוש, יש התייחסות לאלימות (לעתים בתוספת הכינוי "פיזית" ולעתים בלעדיו), להתעללות נפשית (שעשויה לכלול גם הפרת אמון ובגידה) ולהתנהגות בלתי נאותה (marital misconduct) ללא כל הבחנה ביניהן. רק בבואו לסקור את המצב המשפטי הנוהג בכל מדינות ארצות-הברית בנושא זה מתחוויר כי במדינות מסוימות החוק מבחין בין

Carbone ואחרים. כך למשל במאמר מצוטט רבות של Barbara Woodhouse, הכולל בחובו דו־שיח עם Katherine Bartlett, מובעת קריאה נמרצת להחזרתם של שיקולי אשם לזירת ההשלכות הכלכליות של הגירושין, אך גם קריאה מעמיקה במאמר אינה מצליחה לחשוף אם הכוונה לכל התנהגויות ה"אשם" באשר הן, ללא הבחנה בין אשם מיני (קרי הפרת אמונים ובגידה) לבין אשם שבהתנהגות אלימה⁸³. רק לעתים רחוקות ניתן להבין, אצל חלק מן הכותבים, שהתייחסותם לשיקולי האשם כוללת את כל סוגי ההתנהגויות הבלתי תקינות בזוגיות, הן ברמה של הפרת אמונים הן ברמה של הפעלת אלימות⁸⁴. אך גם אז זו ההבנה הסובייקטיבית של הקורא /ת, בלי שעלתה השאלה ובלי שהעניין לובן או נדון בכלל ברמה התאורטית.

נקודה זו מוליכה אותנו לביקורת המעניינת ביותר על תזת שקיעת שיח המוסר והיא הביקורת שלוקחת את הטיעון הכפול הפוזיטיביסטי – נורמטיבי שנדון עד כה צעד תאורטי נוסף, ומצביעה על הצורך לברר, ראשית, למה בדיוק הכוונה בשימוש במונח "מוסר". אם קודם לכן הטענה הנורמטיבית הייתה ש הצדק עם Schneider, והמשפט המערבי אכן זנח, שלא בצדק, שיקולי אשם ומוסר בעת שנדרש להתייחס לפירוק הנישואין, והמטרה הייתה להצביע על חוסר הצדק שהמהלך הזה גרם, הרי כעת נוסף נדבך המבקש ללבן את משמעות המונח "מוסר" העומד בבסיס הדיון הנוכחי, ועל בסיס בירור מושגי זה ל הציג טיעון מורכב יותר. הטיעון כעת הוא ששיקולי מוסר רחבים מגורמי "אשם", כשימוש במסגרת דיני הגירושין המסורתיים⁸⁵, והם כוללים לא רק ענייני התנהגות סובייקטיבית של בני הזוג, אלא גם שאלות נלוות של צדק, שוויון, הגינות, דאגה לילדים ועוד. מייצגת גישה זו, Jane Murphy, פרסה במאמר רחב יריעה

Ira M. Ellman "The Place of Fault in a Modern Divorce ; ראו "Law" 28 *Ariz. St. L.J.* (1996) 773

Barbara B. Woodhouse, Katherine T. Bartlett "Sex, Lies, and Dissipation: The Discourse of Fault in a No-Fault Era" 82 *Geo. L.J.* (1993-1994) 2525
באשר למאמרו של Swisher, *supra* note 80.

84 ראו לדוגמה את דבריו של Morse: "...fault provides an excellent tool to encourage the type of behavior society believes to be appropriate in marriage, and to discourage that behavior which society deems to be inappropriate. It seems that most people would at least agree that engaging in *adultery, cruelty, or desertion* is not the sort of sharing behavior which marriage should have to endure. In order to provide a disincentive for such behavior, there should be concomitant post-divorce financial consequences for engaging in inappropriate behavior" Morse, *supra* note 80, at pp. 640-641 (ההדגשות שלי – ר' ה' ק').

85 גם כאן, בשלב הזה של הטיעון לפחות, חוזרת על עצמה אי-הבהירות שנדונה לעיל בדבר גורמי ה"אשם" שלא תמיד ברור אם הם מצומצמים לשאלות של התנהגות מינית בלבד, או שהם כוללים גם ביטויי התנהגות אחרים, כגון אלימות, התאכזרות ועוד.

את דיני המשפחה החדשים מתוך ראייה רחבה של שיח המוסר כדי להראות כיצד מערכת דיני המשפחה החדשים מעוגנת היטב בשיקולי מוסר כמובן הרחב של המונח⁸⁶. לצורך הדיון שלנו ניתן לראות ביוזמה זו סוג של ביקורת על צרות האופק של מושג המוסר כפי שהוא עולה מן הכתיבה על שקיעת שיח המוסר. לדידה של Murphy, אלו הסבורים שלשיח המוסר אין עוד מקום בדיני הגירושין, אוחזים בתפיסה מסורתית וצרה במיוחד של מושג המוסר (גם אם הם עצמם מבקרים אותה), המצמצמת אותו לתחום ההתנהגות המינית בלבד⁸⁷. לטענתה, אין זה נכון שדיני המשפחה המודרניים, ובמיוחד הגירושין-לא-אשם, מסמלים נסיגה מחזון מוסרי ומשיח מוסרי של דיני המשפחה. ההפך הוא הנכון: הם משקפים דווקא צמיחה והתפתחות בכיוון של הבנה רחבה יותר של מושג המוסר לצד תפיסה מחודשת של זכויות במשפחה. לדבריה:

“Contemporary family law has replaced the emphasis on limiting sexual relations to marriage that characterized the fault era with an emphasis on other values—equality, fairness, responsibility for dependent spouses and, most especially, emotional and financial commitment to children. The language of the laws embodying these new values contains fewer explicit references to morality. But, this new discourse – with its emphasis on obligations, protection, duty, and equality – is the language of an expanded meaning of morality informed by the concept of practicing virtues. Individuals lead moral lives by meeting their duties, treating others fairly and protecting the vulnerable”⁸⁸.

השאיפה להיות יראת מושג המוסר כמושג משמעותי בזירת הגירושין, במקביל להרחבתו כך שיכיל התייחסויות לערכים כגון שוויון והוגנות, אחריות הדדית ובייחוד מחויבות לילדים, מאפיינת, אולי במפתיע, לא מעט מן הכתיבה הפמיניסטית בתחום דיני המשפחה⁸⁹. כך למשל במאמר שמטרתו המוצהרת היא לאתגר את הרפורמות בדיני

Jane C. Murphy “Rules, Responsibility and Commitment to Children: The New Language of Morality in Family Law” 60 *U. Pitt. L.Rev.* (1998-1999) 1111 86

Ibid, at p. 1118, and especially at note 19 87

Ibid, at p. 1115 88

הדבר אכן מפתיע, כיוון שבמידה רבה זהו מהלך counterintuitive (מנוגד להיגיון הפשוט). מקובל יותר לחשוב שהתפיסה הפמיניסטית קיבלה בברכה את הוצאת גורמי האשם מזירת דיני הגירושין, אשר נתפסו כפטריוארכליים במובהק, מבוססים על דפוסי הטוהר הנשיים המסורתיים ומקבעים את הפרדה בין הפרטי לציבורי באופן חד במיוחד; ראו לדוגמה 89

המשפחה ולקרוא לארגון מחדש סביב השאלות והעקרונות הנכונים, עמדה Deborah Rhode ו-Martha Minow על כך שבשונה מן הדעה המקובלת, עקרונות המוסר לא פינו את מקומם לעקרונות כלכליים, שכן ההכרעות הכלכליות מבטאות שיקולים מוסריים, והשלכותיהן המוסריות אף הן אינן מוטלות בספק⁹⁰. בדומה ל-Murphy, גם הן מדגישות את הצורך בהגברת המחויבות לילדים לצד השגת שוויון מגדרי למעשה ולא רק להלכה, אך בשונה ממנה, הן סבורות שאלה הם בגדר יעדים שטרם באו לידי ביטוי בדיני המשפחה החדשים. מכל מקום, גם לדין המרכיבים של המוסר החדש הם שוויון מגדרי ורווחת ילדים. נראה כי גם את עבודתו של Milton Regan ניתן לקרוא ברוח זו של קריאה לניסוח מחדש של מושג המוסר⁹¹. בהמשך לתזה של Schneider הציע Regan כי במקביל לירידת השימוש בשיח ערכים ומוסר, תפס השיח הכלכלי את מקומם של אלה. לדעתו, סיבה מרכזית לזניחת שיח המוסר היא הספק בדבר קיומו של קונסנסוס סביב מהות הנישואין ומהות החובות המוסריות שקשר של נישואין מצמיח. ספק זה הולך לחיפוש אחר שפה ניטרלית מבחינה מוסרית, שתשמש את שדה הנישואין והגירושין. השיח הכלכלי, ה-market discourse, ענה לדעת Regan על הצורך הזה, והוא שמילא את החלל שנוצר עם הירידה בשיח המוסר. אלא שכפי שהראה Regan, שיח השוק רק נחזה להיות ניטרלי, בעוד שלאמתו של דבר גם הוא רווי בשיקולים מוסריים, והוא בעל השלכות

אצל Woodhouse & Bartlett, *supra* note 84, at p. 2526: "After all, fault has a history of abuse. It has been used to reinforce stereotypes about women's sexuality and to keep women in their place... The traditional fault paradigm, still dominant in some states, reflected an obsession with controlling women and their sexuality" התפיסה הפמיניסטית המקובלת בעניין ראו אצל June Carbone, המבכירה שלנוכח כך, גם אילו היה ברור שהוצאת גורמי האשם מדיני הגירושין היא שגרמה להרעה במצבן הכלכלי של נשים אימהות לילדים בעקבות גירושין, גם אז הייתה רק תמיכה פמיניסטית מועטה בהשבת גורמי האשם; June Carbone "Feminism, Gender and the Consequences of Divorce" *Divorce: Where Next?* (Michael Freeman ed., 1996) 181, 193 מרתקת של ההתלבטות הפנימית לביקורת הפמיניסטית בנוגע לשאלת השבת האשם לגירושין ראו את הדיאלוג שבין Woodhouse & Bartlett, *supra*; Bartlett ל-Woodhouse .note 84

Deborah L. Rhode & Martha Minow "Reforming the Questions, Questioning the Reforms – Feminist Perspectives on Divorce Law" *Divorce Reform – at the Crossroads* (Stephen D. Sugarman, Herma Hill Kay eds., 1990) 191, 198 לדבריהן: "The focus has simply shifted from the moral conduct of the parties prior to the divorce (who did what to whom) to the moral obligations that should be recognized following divorce (who is responsible to whom, to what extent, and for what duration)"

Milton C. Regan "Market Discourse and Moral Neutrality in Divorce Law" 1994 91 *Utah L. Rev.* (1994) 605, 626

ערכיות ומוסריות לכל דבר⁹². ההשלכות של השיח הכלכלי הפשטני עלולות להיות קשות: אי־התערבות חיצונית והתעלמות מוחלטת מנוזקות ומצרכים המתפתחים בעקבות מערכות יחסים כבסיס ליצירת הטלת מחויבות כלכלית. מטרתו של Regan הייתה לחשוף השלכות אלה ולהסיר את המסווה מעל הניטרליות המוסרית המדומה של השיח הכלכלי הטהור. מטרה נוספת לעבודתו, בין היתר, היא הצעת מודיפיקציות לשיח הכלכלי הטהור ומעבר לשיח מורכב ומתוחכם יותר, שיש בו כדי לתקן את השלכות הבעייתיות של השיח הפשטני באמצעות הכנסה מודעת של שיקולים ערכיים מסוג של הוגנות וקבלת אחריות הנובעת מיצירת תלות כלכלית ורגשית בעקבות מערכות יחסים וקשרים בין־אישיים⁹³.

הרחבת מושג המוסר א פוא היא במידה רבה פרויקט פמיניסטי⁹⁴, עם זאת הדבר כאמור רחוק מלהיות נתון בקונסנ סוס⁹⁵. יתר על כן, אם ניזכר בחלקו הקו דם של הדין בשאלת מושג המוסר ושיקולי האשם, הספקות שהועלו בנוגע ליחס שבין המונח "אשם" לסוגי התנהגויות סובייקטיביות שונים לא יושבו כלל באמצעות המהלך התאורטי הרחב יותר, ואי־הבהירות הטרימינולוגית נותרה בעינה. כך שגם אם ניתן

92 השיח הכלכלי, הנשען על תאוריית ה־"rational choice" (הבחירה הרציונלית), מקדש את האינדיווידואל המנותק מן הסובב אותו/ה, הפועל מתוך מניע אחד ויחיד של הגעה למרב (מקסום) התועלת האישית.

93 קיים דמיון מסוים בין עבודתו של Regan בהקשר זה לבין המהלך שמבצעת Carol Weisbrod בבואה לבחון את יישום השיח החוזי במוסד הנישואין, מהלך שפותח בהבהרת ההתנגדות האינטואיטיבית, הנשענת למעשה על הבנה רדודה ופשטנית של השיח החוזי, והמשכו בתיאור השיח החוזי המורכב והמתוחכם יותר, המביא בחשבון גם שיקולים קהילתיים ואפשרות של מחויבויות ארוכות טווח והשלכ ותיהן; ראו Carol Weisbrod "The Way We Live Now: A Discussion of Contracts and Domestic Arrangements" 1994 *Utah L. Rev.* (1994) 777. לפיתוח אנלוגיית הנישואין לחוזה יחס והשלכותיה ראו אצל ליפשיץ, לעיל הערה 67, בעמ' 479-484; שחר ליפשיץ "על נכסי עבר, על נכסי עתיד ועל הפילוסופיה של חזקת השיתוף" **משפטים** לד (תשס"ה) 627, Robert W. Gordon "Macaulay, Macneil, and the Discovery of Solidarity ; 715-710 and Power in Contract Law" 1985 *Wis. L. Rev.* (1985) 565.

94 מעניין לציין כי הקריאה להשבת האשם כגורם שיש לשקול בעת חלוקת ה רכוש, ובייחוד במסגרת מתן סעד ה־"alimony", באה גם מצד אנשי המשפט וכלכלה, הטוענים כי ביטול ההתחשבות בגורם האשם הן כחלק מסעד הגירושין עצמו הן בהקשר לעניינים הנלווים לגירושין ורקן את "חוזה הנישואין" המסורתי מתוכן והביא להגברת התנהגות אפורטוניסטית, המסכלת את מט רות מוסד הנישואין הקל סי; ראו Margaret F. Brinig, Steven M. Crafton "Marriage and Opportunism" 23 *J. Legal Stud.* (1994) 869, 869 ("Increased abuse and other undesirable behavior is a natural consequence of the fact .that in some states the marriage contract cannot be enforced").

95 ראו לעיל הערה 89.

להצביע על מגמה הקיימת בחלק מן הכתיבה הפמיניסטית בתחום, של קריאה להשארת – או החזרת – השיח המוסרי לדיני הגירושין תוך כדי הרחבתו כך שיכיל ערכים ועקרונות שהביקורת הפמיניסטית מבקשת לקדם, עדיין לא ברור אם הכוונה לקרוא להתחשבות בכל סוגי ההתנהגויות שאינן עולות בקנה אחד עם קשר זוגי תקין, או שמא מובלעת כאן הנחה סמויה שיש להבחין בין התנהגויות השייכות לתחום המיני אינטימי לבין התנהגויות הפועלות ברובד הכלכלי, או כאלה הנכנסות לגדר אלימות מכל סוג שהוא. הצורך להבהיר נקודה זו הוא ברור. הדעת נותנת כי קיים הבדל עמוק בין ייחוס משקל להתנהגות מינית בלתי נאותה בלבד ל בין התחשבות גם בהתנהגות העולה כדי אלימות, נפשית או פיזית. בדומה, קיים הבדל עמוק גם בין הנוסחה הזו לנוסחה הפוכה: מערכת המתחשבת רק בהתנהגויות של אלימות, ואינה מתחשבת בהתנהגויות השייכות למישור המיני. נראה כי באותם מקומות שבהם ניתן לאתר התייחסות לקיומם של סוגי התנהגויות שונים, הביקורת הפמיניסטית כוונה כנגד היעדר הבחנה, בשיטת האשם המסורתית, בין הסוגים השונים ו בהצמדת אותן השלכות, או אותם "מחירים", לכל התנהגות בלתי נאותה שהיא. בהמשך, חוסר ההבחנה שאפיין את שיטת האשם בעבר ליווה אף את המעבר לשיטת היעדר האשם. אם בעבר ה"מחיר" של כל התנהגות בלתי נאותה באשר היא היה זהה, כיום הזהות היא בהיעדר המחיר של כל אותן התנהגויות, לבד מאלה שיש להן השפעה כלכלית ישירה הניתנת לכימות. לכך מכוונת הביקורת הפמיניסטית הנוכחית. בלשונה של Woodhouse:

"A fault-blind scheme for balancing equities at divorce asserts that battering and bickering, desertion and disenchantment, repeated infidelity and disappointing marital sex, and the harms that flow from them, are qualitatively indistinguishable. In this telling, only financial relations are justiciable, and only money issues matter. Common sense as well as social science studies of the effects of divorce suggest that this story is neither useful as an ideal nor accurate as a reflection of people's experience"⁹⁶.

ביקורת נוקבת על הסחף האבסורדי שנוצר בעקבות האימוץ הקיצוני של מגמת סילוק האשם, שהביא גם לאי התחשבות במרכיב של אלימות במשפחה, מובעת על ידי Rebecca Bailey-Harris, המתייחסת לשיטת המשפט האוסטרלית⁹⁷. לדבריה, אף שיש

96 Woodhouse & Bartlett, *supra* note 84, at p. 2561.

97 Rebecca Bailey-Harris "Equality or Inequality within the Family's Ideology, Reality and the Law's Response" *The Changing Family – Family Forms & Family Law*

מודעות הולכת וגוברת למרכזיותו של מרכיב האלימות במשפחה ולצורך להתייחס אליו לא רק במסגרת הליכים פליליים ו באמצעי הגנה כגון צווי מניעה , קיימת כיום רתיעה מפני ההתייחסות לאלימות במסגרת ההסדרים הרכושיים , שכן "It is commonly perceived as raising the question whether violence can be taken into account without re-introducing wholesale considerations of conduct, inappropriate in a system of no-fault divorce".⁹⁸

Bailey-Harris היא בין הכותבות היחידות המתמודדת חזיתית עם שאלת ההבחנה או היעדר ההבחנה בין סוגי ההתנהגויות השונים . היא מציגה טיעון כפול נגד ההיגיון המעוות הכורך יחדיו אלימות בקשר הזוגי עם התנהגות "אשמה" אחרת, בייחוד הפרת אמונים, ובהתאם לכך פוסל כל התחשבות בכל הגורמים האלה לנוכח מדיניות סילוק האשם בגירושין.⁹⁹ ראשית, לדבריה, תפיסת מרכיב האלימות בזוגיות כגורם ראשי של אי-שוויון חייבת להוביל להתחשבות בקיום האלימות לצורך חלוקת הרכוש, שהרי סעד חלוקת הרכוש מטרתו היא, בין היתר, לתקן אי-שוויון.¹⁰⁰ טיעונה השני חשוב יותר לענייננו, שכן יש בו ניסוח חד ומדויק של ההצדקה להתייחס למרכיב של אלימות באופן שונה מכל מרכיב התנהגותי בלתי תקין אחר בקשר הזוגי, כגון בגידה. מפרספקטיבה של שיח זכויות אדם, אלימות היא עניין ייחודי , ולאלימות בני שואין יש להתייחס באופן שונה מלכל מרכיב התנהגותי אחר בקשר הזוגי , שכן לכל אדם – נשוי או פנוי – נתונה זכות היסוד להיות חופשי מאלימות כלפיו . נוסף על כך, למעשה של בגידה אין כל

251 (John Eekelaar, Thandabantu Nhlapo eds., 1998). פרק VIII של חוק המשפחה האוסטרלי מעניק שיקול דעת רחב ביותר לבית המשפט בהחלטה על חלוקת הרכוש תוך הנחיה להביא בחשבון את תרומתם (הישירה או העקיפה) של שני בני הזוג, מכל סוג שהוא (ממוני או אחר), לצבירת הרכוש המשפחתי, וכן לצפות את פני העתיד באופן שי תחשב בצרכים עתידיים של בני הזוג ; ראו Family Law Act, 1975, §79 (http://www.comlaw.gov.au/comlaw/Legislation) (15.1.06). לדברי Bailey-Harris, גם בהסדר הנוכחי קיימת האפשרות המצומצמת להתחשב בגורם של אלימות בעת חלוקת הרכוש, אך רק אם האלימות הביאה לפגיעה כלכלית בקרבן האלימות , כגון בדרך של הפחתת יכולת השתכרותה של האישה, שהיא בדרך כלל הצד הקרבן . Bailey-Harris מבקרת את החוק כפי שהיה קיים בעת כתיבת המאמר , והיא קוראת להכללת הנחיה מפורשת של התחשבות בגורם של אלימות בהחלטה על חלוקת רכוש במסגרת תיקון לפרק VIII העוסק בהיבטים הרכושיים של פירוק זוגיות שהיה צפוי להתקבל באותה עת . הצעות אלה בדבר הנושא המסוים הזה לא נתקבלו בסופו של דבר , והתיקון המקיף התייחס רק למישור יחסי הורים וילדים.

Ibid. at p. 261 98

Ibid. at p. 263 99

100 ראו באוסטרליה Waters v. Furek (1995) 20 Fam. LR 196, 199-200 ; ואילו אצלנו ראו דברי השופט מ' חשין בד"נ 1558/94 נפיסי נ' נפיסי, פ"ד (3) 573, 613-632.

משמעות מחוץ להגדרה של מוסד הנישואין . אלימות בקשר הזוגי עומדת בפני עצמה , והתחשבות במרכיב של אלימות לצורך סעד חלוקת רכוש, בשונה מכל מרכיב התנהגותי אחר, תשרת מטרה נורמטיבית וחינוכית במאבק נגד האלימות . על רקע שפע הכתיבה בתחום הנמנעת מלחדד שאלות אלה עד תום, והנוקטת בחלקה קו של טשטוש ההבחנה בין סוגי התנהגויות האשם השונות (ממש כפי שעושה מערכת המשפט שכנגדה מופנית הביקורת), בולטים טיעוניה של Bailey-Harris בפשטותם ובעוצמתם. אם כן, ניתן לראות בהם מייצגי גישה חשובה בכתיבה הפמיניסטית , שאכן קוראת להשבתם של שיקולי אשם מן הסוג של התנהגות אלימה למסגרת הדיון בהש לכות הגירושין, ובייחוד להקשר של חלוקת הרכוש.

ח. בחזרה אל שופטי המשפחה בישראל

מטרתה של הסקירה המקיפה הזו בשאלת מקומו של שיח המוסר ושיקולי האשם בדיני המשפחה החדשים מחוץ לישראל הייתה משולשת : ראשית, להראות שהשאלה מורכבת בהרבה מכפי שנהוג לחשוב , ובניגוד למוסכמה המקובלת, הנושא מוסף להעסיק גם ברובד הפוזיטיביסטי, ועודנו מעורר ויכוח בכתיבה ובמחקר בתחום . שנית, להבהיר את מעורבות הביקורת הפמיניסטית על דיני המשפחה דווקא מן הכיוון של קריאה להשבת המוסר והאשם לדיני המשפחה הנוהגים , ובייחוד לאלו העוסקים בהשלכות הכלכליות של פירוק קשר הנישואין. ולבסוף, להציג את הקריאה הפמיניסטית למעבר לשימוש בשפה מוסרית חדשה רחבה יותר , כזו שתכיל גם שיקולים של שוויון מגדרי, צדק, הוגנות והגינות ורווחת ילדים, מעבר להתנהגויות הסובייקטיביות שנכללו בשיח המוסר והאשם המסורתי . במסגרת זו אף הובאה העמדה המבקשת להבחין בין סוגי ההתנהגויות השונים ולקרוא להתחשבות רק בהתנהגות של אלימות בקשר הזוגי. על רקע סקירה זו, אבקש כעת לחזור ולהפנות את המבט אל עבר פסיקת המזונות על ידי שופטי המשפחה אצלנו, ובייחוד אל סוגיית האופן השונה שבו התקבלו על ידיהם המהלכים הפסיקטיים שביקש הנשיא שמגר לקדם, כפי שהראיתי בחלקו הראשון של המאמר. שם אמרתי כי הגורם המבחין בין שני המהלכים היכול אף להנהיר את הבדלי התקבלותם בפסיקת בתי המשפט לענייני משפחה, הוא גורם שיקולי המוסר. הצעתי כי על פני הדברים, מהלך הקיזוז של כושר השתכרות האישה, שאומץ בהתלהבות על ידי לא מעט משופטי המשפחה, נתפס על ידיהם כמהלך ניטרלי מבחינה מוסרית לקידום השוויון המגדרי; בעוד שמהלך ביטול המוסר הכפול, שלגבי הרטוריקה הגלויה שבו נמצאה רתיעה מצד שופטי המשפחה, נתפס כמחייב נקיטת עמדה מוסרית במובהק. אם אכן נכונה קריאה פרשנית זו, הרי לנוכח סקירתה של שאלת מקום המוסר והאשם בדיני המשפחה מחוץ לישראל ניתן לומר שהתנהלותם של שופטי המשפחה בישראל מעידה

על תפיסה מיושנת, שמרנית וצרה של שאלות המוסר והאשם בתחום דיני המשפחה. הבריחה לנימוקים הטכניים וההימנעות מפיתוח רטוריקה עשירה של שוויון בעניין התמודדותם עם המהלך של ביטול המוסר הכפול מעידות על אותה תפיסה מיושנת, המבקשת להימנע מכניסה לשאלות של מוסר מיני. ההשוואה בין ההימנעות בהקשר הזה לבין רטוריקת השוויון העשירה בהקשר של המהלך של קיזוז כושר ההשתכרות מעידה על תפיסה צרה של מושג המוסר, המצומצמת לשאלות של אשם והיבטי מין ומיניות בלבד, ומתעלמת מהיבטי המוסר שברובד הכלכלי. תפיסה בסיסית זו הנה מוטעית לחלוטין. שני המהלכים הפסיקטיים שהוביל הנשיא שמגר נטועים בשיקולי מוסר, ושניהם כאחד מערבים ומעלים שאלות מוסריות, בהתאם לתפיסה הפמיניסטית של השיח המוסרי החדש של דיני המשפחה. אם סברו שופטי המשפחה, במודע או שלא במודע, כי פיתוח וקידום המגמה של קיזוז כושר ההשתכרות מציעים אפשרות פעולה "בטוחה" ו"חסינה" מפני אותה כניסה מאיימת ובלתי רצויה למתחם המוסר, באה הביקורת הפמיניסטית על דיני המשפחה החדשים, ובראשה הקריאה להכרה בשיח מוסרי רחב יותר, ומעמידה אותם על טעותם¹⁰¹. ואם אמנם סברו הם כי אל להם לבתי המשפט "ללכלך את ידיהם" בשאלות של מוסר, ובייחוד במונח הצר של אשם הקשור בהתנהגות מינית בלתי נאותה, שוב באה הביקורת הפמיניסטית, מפריכה את המוסכמה המקובלת הזו ברמה הפוזיטיביסטית ומוכיחה גם את חוסר צדקתה מבחינה מהותית - נורמטיבית¹⁰².

כאן המקום לציין כי גם בית המשפט העליון שותף להיבטים בעייתיים מסוימים של תפיסת מושג המוסר, מושג האשם ושאלת מקומם של אלה בדיני פירוק המשפחה וההשלכות הכלכליות של פירוק המשפחה. כזכור, חלק מן הביקורת הפמיניסטית על דיני המשפחה החדשים מחוץ לישראל כוון כנגד היעדר ההבחנה בין סוגים שונים של התנהגות הפוגעים בקשר הנישואין, וכנגד התייחסות זהה למעשה בגידה ולהתנהגות אלימה כאילו התנהגויות אלו הן שוות ערך מבחינה מוסרית, כך שאם הכלל קובע שאין לייחס כל משמעות ל"התנהגות אשמה" של מי מבני הזוג, לא יובא בחשבון מעשה של אלימות כשם שלא יתחשבו במעשה של בגידה¹⁰³. סכנת העיוות העלול להיגרם כתוצאה מאימוץ גישה שטוחה ואחידה זו מומחשת היטב בפסק דין קשה במיוחד של בית המשפט העליון בפרשת **שולמית לוי**, פרשה שמשום מה לא זכתה לכל דיון

101 ראו Murphy, *supra* note 87 והטקסט שלאחר ההפניה; Regan, *supra* note 92 והטקסט שלאחר ההפניה.

102 ראו Swisher, *supra* note 80; Woodhouse & Bartlett, *supra* note 84.

103 ראו Bailey-Harris, *supra* note 98.

משמעותי בספרות או בפסיקה שלאחר יה¹⁰⁴. כתוצאה מהחלת ההלכה השוללת שלילת זכויות רכושיות מן הצד ה"אשם" בפירוק הנישואין, הלכה שנקבעה למצבים של נטישת הבית או בגידה¹⁰⁵, הוכר בעל אלים כשותף שווה זכויות בבית המגורים שהיה רשום על שם האישה בלבד. זהו תמצות יבש של עניין לוי, המותיר את הקורא/ת, מן הסתם, שווה נפש למדי. לעומתו, סיפור המקרה במלואו כפי שעולה מפסק הדין, ובחינת התוצאה לאורו, אינו יכול שלא לזעזע בחוסר הצדק המשווע שההלכה היבשה והפורמלית מוליכה אליו. מדובר היה בהחלת הלכת שיתוף הנכסים בין בני זוג בנסיבות קשות במיוחד (שלמרבית הצער, אינן כה חריגות במציאות)¹⁰⁶, של בעל אלים, מתעלל, אנס, שאף נשא אישה שנייה לאחר 20 שנות נישואין (ואין כל התייחסות בפסק הדין לנסיבות המשפטיות שאפשרו לו לעשות זאת) והוליד ממנה ילד, אך הוסיף לעגן את אשתו הראשונה במשך 20 שנים נוספות, ורק מקץ 40 שנה (!) שחרר אותה מכבלי נישואיה. את כל אלה כינה השופט כן, ביופמיזם מדהים, במילים "חיי נישואין מאוד בלתי תקינים"¹⁰⁷. יתר על כן, בית המגורים שבו התגוררה המשפחה על ששת ילדיה נרכש כתוצאה ישירה של יוזמת האישה והשתדלותה כעשר שנים לאחר הנישואין, ובנייתו אף מומנה כפי הנראה בעיקר ממשכורתה של האישה שעבדה במשק בית. הבעל עצמו לא התגורר רוב הזמן בבית המשפחה, שכן נטש את האישה כבר 13 שנים לאחר הנישואין. כל העובדות האלה לא סייעו לה לאישה בניסיונה לשכנע את בית המשפט המחוזי, ואחריו את בית המשפט העליון, שהתנאים להחלת הלכת השיתוף לא התקיימו כאן, או לחלופין, שרישום הבית על שם האישה בלבד היווה מתנה בלתי הדיירה. נסיבות האלימות הקשה, ההתעללות, האיניוס והעיגון הובאו – ונדחו – רק כחלק מן הטיעון לסתירת הלכת השיתוף, כראיות להיעדר כוונה של שיתוף בנכסים לנוכח "אורח החיים הבלתי תקין לחלוטין בין בני הזוג". לא נעשה כל ניסיון לטעון כי שלילת הלכת השיתוף מוצדקת במקרה הזה פשוט כהשתת סנקציה על הבעל שהפר את זכויות האדם הבסיסיות ביותר של אשתו: זכותה לשלמות גופנית, לחופש מפני אלימות ולאוטונומיה על חייה במובן של האפשרות להשתחרר מקשר של נישואין והאפשרות להינשא בשנית. לא היה אף ניסיון להסתמך, ולו רק על דרך האנלוגיה, על סעיף 8 לחוק יחסי ממון בין בני זוג,

104 ע"א 819/94 לוי נ' לוי, פ"ד נ(1) 300 (להלן: עניין לוי). פסק הדין מאזכר רבות בפסקי דין של ערכאת בית המשפט לענייני משפחה, אך רוב האזכורים מתייחסים להיבטים טכניים של פסק הדין, ובמקרים ספורים בלבד הוא מוזכר כמבסס את ההלכה כי "מריבות" בין בני זוג אין בהן כדי לסתור את הלכת השיתוף.

105 ראו עניין דרור, לעיל הערה 67, בעמ' 832: "נטישת הבית או בגידה עשויות ליצור קרע בין בני הזוג, ובדרך זו לשים קץ לשיתוף, אך אין נעשים עליהן למפרע על ידי נטילת הזכויות ברכוש המשותף".

106 ראו לעיל הערה 54.

107 עניין לוי, לעיל הערה 105, בעמ' 302.

תשל"ג-1973¹⁰⁸, המאפשר לנקוט דרך של חלוקה בחלקים בלתי שווים "בנסיבות מיוחדות המצדיקות זאת"¹⁰⁹. קשה להשתחרר מן הרושם שהנמקתו של השופט בך היא דוגמה מופתית, וגרועה במיוחד, של אותו היגיון מעוות שנגדו יצא ה חוצץ Bailey-Harris¹¹⁰. אכן, בית המשפט כרך כאן בכפיפה אחת את כל סוגי ההתנהגויות הבלתי ראויות והפוגעות בקשר הנישואין והתייחס אליהן כאל שוות ערך לחלוטין. התקדימים העוסקים באי-הענשת צד "אשם" באמצעות שלילת זכויותיו הרכושיות, ובראשם עניין דרוור, תקדימים המתייחסים להתנהגות של הפרת אמונים בקשר הזוגי, הובאו ללא כל הסתייגות והוחלו ישירות על נסיבות של אלימות, אינוס, נטישה ועיגון. המסר ברור: אין לערב שאלות של "אשם", מכל סוג שהוא, בנושא ההשלכות הכלכליות של פירוק הנישואין. כשם שמעשה של בגידה לא ישפיע על הזכויות הכלכליות של בני הזוג, כך גם אין להתחשב באלימות, ולא משנה מה דרגתה, במהלך קביעת ההשלכות הכלכליות של הגירושין. עקרון אי-ההתחשבות בגורם האשם הוא גורף-כול, ויישומו בעניין לוי מדגים היטב את הסכנה שבו, שעליה הצביעה הביקורת הפמיניסטית של דיני המשפחה החדשים¹¹¹.

- 108 ס"ח 267 (להלן: חוק יחסי ממון).
- 109 לאפשרות שימוש בסעיף זה במקרים של אלימות ראו לאחרונה את פסק דינו של השופט דרוורי בע"מ 638/04 ת.ר.נ' ר.ר. פדאור 105(10) 687, בפסקה 17 לפסק הדין: "במקרים המתאימים, כאשר מוכחת אלימות פיזית ונפשית, ובמיוחד כאשר אינה חד פעמית אלא נמשכת, ניתן לעשות שימוש מושכל בסעיף 28(2) לחוק יחסי ממון, באופן שייתן ביטוי לכך שמדובר באישה מוכה, והצדק מחייב כי במסגרת החלוקה של כלל הנכסים, החלק שינתן לה – יהיה גבוה יותר, בין אם מדובר בחלק יחסי גדול יותר ובין אם מדובר בחלוקת נכסים אחרת".
- 110 ראו לעיל הערות 97-100 והטקסט הסמוך להן.
- 111 התחושה הקשה העולה מפסק הדין בעניין לוי (לעיל הערה 105) מתחזקת לנוכח פסק דין מאוחר יותר, בג"ץ 3995/00 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד נו(6) 883 (להלן: עניין פלונית), שבו הייתה למרבה הפלא עדנה לגורם האשם, במובנו הפטריארכלי המסורתי ביותר של המושג. עם זאת יש לציין כי גם בקריאה מדוקדקת בפסק הדין אין ברור אם אותו חלק הוא רציו או אוביטר. דובר בבני זוג אשר התגוררו בדירה שהייתה שייכת לבעל ורשומה על שמו מלפני הנישואין, ודירה שהייתה בבעלות האישה מלפני הנישואין הושכרה. מאחר שנישאו ב-1982 חל עליהם הסדר איזון המשאבים על פי חוק יחסי ממון, ובהתאם לו קבע בית הדין הרבני שלתביעת הגירושין שהגיש לו הבעל נכרכה גם התביעה לחלוקת הרכוש, כי דירות בני הזוג מלפני הנישואין נותרות בב עלות כל אחד מן הצדדים, וגם אם היה מקום להחיל את הלכת השיתוף לא הייתה האישה זכאית לנכסים שהיו לבעל קודם לנישואין, שכן הפסידה זכויותיה בשל היותה מורדת ונוכח בגידתה המתמשכת לבעל (במשך למעלה מעשר שנים במהלך נישואיהם). עתירת האישה לבג"ץ כוונה כנגד אי-החלת הלכת השיתוף במקביל להסדר איזון המשאבים, בייחוד נוכח העובדה שדובר בדירת המגורים המשפחתית. הנשיא ברק אינו מכריע בשאלת תחולתה של הלכת השיתוף במקביל להסדר איזון המשאבים, כמו גם בשאלת תחולתה באופן עקרוני

אני סבורה שהנמ קתו של השופט כך בעניין לוי איננה מקרית. דווקא משום הטריטוריאליזם של המעבר מתקדים המתייחס להתנהגות של הפרת אמונים בזוגיות להקשר של התנהגות אלימה, מתעללת ומעגנת, יש לראות בפסק הדין כמייצג את אותה עמדה בעייתית של היעדר סלקטיביות מוסרית, אשר נראה כי לא מעט שותפים יש לה. די אם נביא כאן אמרת אגב ממי ששימש במשך שנים כערכאת הערעור על בתי המשפט לענייני משפחה במחוזות תל-אביב והמרכז, השופט המחוזי חיים פורת, אשר אמר כי "בעל שמכה את אשתו חייב להשלים עם כך שאשתו תעזוב אותו ו אישה שבוגדת בבעלה או אינה שומרת לו אמונים, או מתנהגת בהתנהגות שלא מתיישבת עם דרכי צניעות של אישה נשואה, תסיק את המסקנה ותסכים לקבל גט"¹¹². גם כאן בולטת בטריטוריאליזם שלה אותה כריכה בכפיפה אחת של כל סוגי ההתנהגויות הזוגיות הבלתי תקינות, משל אלימות כנגד בת הזוג או בגידה בבן הזוג חד הם.

לעומת גישה בעייתית זו המתייחסת למרכיב של אלימות בקשר הזוגי כאל כל התנהגות בלתי תקינה אחרת, ניתן לראות ניצנים של התייחסות שונה לנושא בפסק דינו של השופט דרורי בבית המשפט המחוזי בירושלים, שאישר, בהערת אגב, הצעה (שגם היא לא נפסקה להלכה) שהועלתה על ידי שופטת המשפחה נילי מימון, ולפיה במקרים של אלימות פיזית ונפשית, ובייחוד כשמדובר באלימות מתמשכת, יש לעשות שימוש בסעיף 2(8) לחוק יחסי ממון, המאפשר לחלק את הנכסים בני האיזון ביחס שונה מיחס של 50% באופן שהאישה המוכה תזכה בחלק גדול יותר מן הנכסים¹¹³. הדברים אמנם לא נפסקו למעשה, אך הם בהחלט מבטאים את התייחסות שונה לנושא האלימות בקשר הזוגי. נראה שעל פי תפיסה זו, לאותה דעה מקובלת באשר לאי-ההתחשבות בהתנהגות בת-אשם בהקשרים הכלכליים של פירוק המשפחה, אין מקום כאשר מדובר בהתנהגות

על נכס שנרכש לפני הנישואין, שכן "תהא התשתית הנורמטיבית אשר תהא, לא נפל פגם המצדיק את התערבותנו בקביעה שלפיה אין לאישה זכויות בדירת המגורים הרשומה על שם הבעל" (שם, בעמ' 887), וזאת כיוון ש "יסוד הכרחי בחזקת השיתוף – כמו גם בהחלטה על נכס זה או אחר – היא ההרמוניה בין בני הזוג, כוונת השיתוף והחיים המשותפים ביניהם" (שם, בעמ' 888), ואילו בענייננו "הראיות... אינן מצביעות על חיי נישואין שהתנהלו בהרמוניה. כך נקבע... כי האישה בגדה ממושכות בבעלה" (שם, שם). ברק אמנם הדגיש גם את העובדה שלשני בני הזוג היו דירות בבעלותם קודם לנישואין, ולאורך נישואיהם שמרו על הפרדה בבעלות על שתי הדירות, עם זאת אין ספק שלמעשה הבגידה היה חלק מכריע בהחלטה שלא להתערב בפסיקת בית הדין הרבני בעניין. באופן מתמיה, לא הוזכרו בעניין פלונית (שם) פסקי הדין בעניין דרור, לעיל הערה 67, או בעניין לוי, לעיל הערה 105, ולא נדונו כלל אותן קביעות קודמות בדבר אי-התחשבות בשאלות "אשם" בעת החלטות בענייני הרכוש.

112 עניין פדלון, לעיל הערה 44.

113 ראו לעיל הערה 110.

של אלימות, פיזית או נפשית. האמת היא של תפיסה זו כבר ניתן ביטוי מעשי לא בעניין של חלוקת רכוש משותף, אלא בהקשר של מתן פיצויים נזקיים בגין אלימות נגד בת הזוג, או בגין עיגונה. גם כאן השופטת נילי מימון היא אשר פסקה פיצויים מוגברים לאישה בגין נזקים שגרם לה בעלה בתקיפתו אותה ובהתעללו בה, ואף קבעה כי ראוי לקבוע בחוק עוולה נזיקית מיוחדת, שתיתן מענה להתעללות פיזית ונפשית בתוך המשפחה, מעבר לחוק למניעת אלימות במשפחה, תשנ"א-1991¹¹⁴ וחוק מניעת הטרדה מאיימת, תשס"ב-2001¹¹⁵. מעניין לציין שהדברים תואמים את המלצות יהם של מנסחי עקרונות ה-ALI, אשר בצד דחייתם המוחלטת את ההתחשבות בגורמי אשם מכל סוג שהוא בהקשר של ההשלכות הכלכליות של פירוק המשפחה¹¹⁶, קראו לפיתוח נוסף של האפשרויות הקיימות למתן סעד של פיצויים לצד החף באמצעות דיני הנזיקין¹¹⁷. לעומת זאת ברינינג וקרפטון (Brinig & Crafton), אשר התייחסו עוד קודם לכן לכיוונים אלה מן הזווית של משפט וכלכלה והעלו גם את האפשרות של תביעת סעד של השבה במסגרת דיני עשיית עושר, דחו אותם בהיותם מורכבים מבחינה משפטית ויקרים מד¹¹⁸.

בהקשר הישראלי התפתחות מן העת האחרונה של חיוב סרבן גט בתשלום פיצויים נזיקיים גבוהים לאשתו בגין עיגונה היא משמעותית עוד יותר. בפסק דין תקדימי הכיר שופט המשפחה מנחם הכהן בנזק שנגרם לאישה שבעלה מעגן אותה במשך קרוב לשנתיים והטיל על בעלה סרבן הגט פיצויים בסך של 425,000 ש"ח בגין ראשי נזק שכולם אינם ממוניים, כולל פיצויים מוגברים¹¹⁹. הקשר התאורטי בין התפתחות זו לבין

114 ס"ח 138.

115 ס"ח 6; ראו תמ"ש (י-ם) 18551/00 ק. ס. נ' ק. מ., תק"מ 2004(2) 279 (להלן: עניין ק.ס.); מעניין לציין כי בפסיקתה זו התבססה השופטת מימון במידה רבה על עבודת הדוקטורט של יפעת ביטון; יפעת ביטון **קריאה מחדש של דיני הנזיקין מזווית פמיניסטית-חברתית** (עבודת דוקטור, הוגשה לסנאט האוניברסיטה העברית, תשס"ד). ראו גם תמ"ש (ת"א) 054452/96 **פלוגית נ' אלמוני** (טרם פורסם, ניתן ביום 23.11.04), פסק דין של השופט גרמן, שבו נפסקו לאישה שבעלה הורשע בתקיפתה, ואף נקבעו לה אחוזי נכות כתוצאה מאלימותו, פיצויי נזיקין בגין הפסד השתכרות בגין העבר, הפסד השתכרות לעתיד ונזק בלתי ממוני (השפלה ובושת, כאב וסבל).

116 76-74 והטקסט הסמוך להן.

117 ראו *supra* note 77, at pp. 47-57 (דנים בתביעות נזיקין בין בני זוג בגין תקיפה, הכאה וגרימת נזק נפשי מכונן); ראו גם Ellman, *supra* note 78, at pp. 807-808.

118 Brinig & Crafton, *supra* note 95, at p. 893; ראו גם Swisher, *supra* note 80, at pp. 227-230.

119 תמ"ש (י-ם) 19270/03 **כ"ש נ' כ"פ** (טרם פורסם, ניתן ביום 21.12.04).

ההכרה באחריות נזיקית בגין אלימות כנגד בת הזוג בא לידי ביטוי בצורה ברורה בעת הסתמכותו של השופט הכהן על פסק דינה של השופטת מימון¹²⁰. הכרה בעגינות כעולה נזיקית בת פיצוי היא משמעותית יותר להקשר הישראלי, שכן ההפליה הקשה כנגד נשים בדיני הגירושין, המאפשרת את תופעת סחטנות האישה על רקע הגט, סרבנות גט ועיגון – על ההשלכות הבלתי נסבלות של מצב העגינות – היא ייחודית למשפט הישראלי¹²¹. הגם שהרעה החולה של סרבנות גט קיימת בכל מקום שבו חיים יהודים אורתודוקסיים המקיימים נישואין וגירושין כדת משה וישראל, עיגונם הרשמי של דינים אלה במשפט המדינה ואי האפשרות לעקוף את מגבלת הנישואין מחדש, או לפחות להקל עליה באמצעות נישואין אזרחיים, היא ייחודית לישראל¹²². כאמור, תופעת סרבנות הגט והשימוש בכוח המוגבר של הבעל בנוגע לגט כדי לסחוט מן האישה ויתורים שונים בתמורה למתן הגט, היא תופעה של יום ביומו, המתקיימת בצד תופעת האלימות הפיזית והנפשית¹²³. כפי שארחיב בחלק הבא, התופעה הזו תפסת כטריוויאלית, כחלק "טבעי", כמעט נורמטיבי, במסגרת "כללי המשחק" של דינמיקת הגירושין בישראל. דווקא משום כך פסיקתו של השופט הכהן היא כה משמעותית. היא

120 עניין ק.ס., לעיל הערה 116.

121 ראו על כך ביתר הרחבה רות הלפרין-קדרי "איש, אישה, קידושין ושביה: הבניית המגדר בדיני נישואין וגירושין בהלכה" – **תלפיות – שנתון המכללה** (תשנ"ט-תש"ס) 451; לייחודיות התופעה למשפט הישראלי ראו Ruth Halperin-Kaddari "Women, Religion and Multiculturalism in Israel" *UCLA J. Int'l L. Foreign Aff.* (2000) 339; פרופ' רוזן-צבי עסק בכך בהרחבה לכל אורך ספרו, במסגרת הדיון המקיף בכוח המיקוח של בני הזוג בקשר לגירושין; ראו רוזן-צבי, **לעיל** הערה 9, בעמ' 136-166 ועוד. לאחרונה עמד על הבעיה הכאובה השופט רובינשטיין בדעת מיעוט בפרשת סבג שעלתה לכותרות על רקע היות שני בני הזוג חסרי כל זיקת אזרחות או תושבות לישראל, והעובדה שנתבררה כי אין כל ערכא השיפוטית פורמלית בעולם שיש ביכולתה להפעיל כוח אכיפה רשמי כנגד הבעל המעגן לבד מבתי הדין הרבניים בישראל. ניסיון האישה לעכב את יציאתו של הבעל המעגן מהארץ נדחה בבג"ץ על ידי השופטת פרוקצ'יה; ראו בג"ץ 6751/04 מ' ס' נ' בית הדין הרבני הגדול לערעורים, תק-על 2004(4) 2078. לביקורת על פסק הדין ראו רות הלפרין-קדרי "החמצה אומללה" הארץ 24.12.04, ב1.

122 הנושא נדון לאחרונה בהרחבה בכנס "פתרונות לסרבנות גט במשפטי מדינות חוץ וההלכה", אוניברסיטת בר-אילן (מרכז רקמן ומשרד המשפטים, 13.9.05) (להלן: כנס פתרונות לסרבנות גט במשפטי מדינות חוץ וההלכה; הכנס); בהודעה לעיתונות מטעם מארגני הכנס עמדו על כך שבאופן פרדוקסלי, דווקא בשיטות משפט שבהן אין להלכה היהודית מעמד רשמי, התגייסה מערכת המשפט האזרחית ביתר שאת להקל את מצוקת מסורבות הגט באמצעות הטלת סנקציות משפטיות מרחיקות לכת, כגון אי-מתן כתבי בי-דין מבין הזוג האחד, המונע נישואין דתיים מחדש מבין הזוג האחר.

123 ראו לעיל הערה 54 והטקסט הסמוך לה.

מבטאת הכרה, מעין מתן שם, לעולל המשווע העומד מאחורי התופעה הנ תפסת כטריוויאלית. מאחר שבשונה מתופעת האלימות במשפחה נדרשת שיטת המשפט בישראל להתמודד עם בעיית סרבנות הגט באופן כמעט בלעדי, מקבל פסק הדין הזה משנה חשיבות¹²⁴. חשיבותו ניכרת גם בגין היותו, כפי שכינתה אותו יפעת ביטון, "כתיבה פרו-נשית במיטבה"¹²⁵. הוא מגשים למעשה את שאיפותיה של ביטון, הבאה מתחום דיני הנזיקין, לרתום את דיני הנזיקין לקידום מעמדן של נשים במשפחה, או בלשונה, לעשות שימוש ב "דיני הנזיקין ככלי פוליטי להובלת שינוי בדיני המשפחה"¹²⁶. זוהי אכן מטרה פמיניסטית מובהקת, אשר כפי שכבר ראינו, דווקא מן הכיוון של ביקורת פמיניסטית של דיני המשפחה, אין הסכמה מוחלטת על השימוש בדרך הזו, ומכל מקום, חלק ניכר מן הכותבות/ים מעדיפים את השימוש בדיני המשפחה הפנימיים להשגת אותה המטרה¹²⁷.

אם נבקש לתרגם את הדברים שוב להקשר המקומי, השימוש הפנימי לדיני המשפחה בסוגיית השפעת התנהגות "אשמה" על ההיבטים הכלכליים של פירוק המשפחה היה יכול להתקיים במסגרת סעיף 2(8) לחוק יחסי ממון או בחריגה מן החלוקה הנוקשה של ה-50% לפי הלכת השיתוף. שימוש זה, המועדף בכתיבה הפמיניסטית מחוץ לישראל, עדיין איננו מתקיים. האפשרות לעשות שימוש בסעיף 2(8) עלתה בהקשר של התנהגות אלימה, אך עיגון וסרבנות גט לא נ דונו כלל כגורמי התנהגות שיש להביאם בחשבון במסגרת ההשלכות הכלכליות של פירוק המשפחה¹²⁸. לעומת זאת ניכרים ניצנים של

124 יש לציין כי פסיקת פיצויים נזקיים בגין עגינות מוכרת בצרפת כבר מאז שנות החמישים; ראו ז'אן קלוד נידאם "עמדתם של בתי המשפט האזרחיים בצרפת כלפי תביעות נגד בעלים יהודים למסירת גט" **דיני ישראל** י-יא/10-11 (תשמ"א-תשמ"ג) שפה, ראו בייחוד פסקי הדין המובאים בנספח למאמר.

125 יפעת ביטון "עניינים נשיים, ניתוח פמיניסטי והפער המסוכן שביניהם – מענה ליחיאל קפלן ורונון פרי" **עיוני משפט** כח (תשס"ה) 871, 901. מאמר זה הוא תגובה למאמרם של יחיאל קפלן ורונון פרי, אשר בין היתר, מתחו ביקורת על פסק דינו של השופט הכהן; ראו יחיאל קפלן ורונון פרי "על אחריותם בנזיקין של סרבני גט" **עיוני משפט** כח (תשס"ה) 773.

126 שם, בעמ' 893.

127 ראו לדוגמה המקורות המובאים בהערה 119 **לעיל**.

128 גם כאן יש לציין שדווקא מחוץ לישראל פיתחו שיטות משפט שונות דרכים אחדות להתמודדות עם סרבנות גט, בין היתר במסגרת עריכת הסדרים רכושיים ופסיקה בהיבטים ממוניים של פירוק היחידה הזוגית. כך למשל במדינת ניו יורק החל משנת 1992, מניעת האפשרות מבן הזוג להינשא מחדש בהתאם לדתה ו/ו הוא גורם שיש להביאו בחשבון בעת ההחלטה על חלוקת הרכוש המשפחתי או מתן ה-alimony באופן שיפחית כמוכח את חלקו של בן הזוג הסרבן; ראו New-York Domestic Relations Law §236[B](5)(h) & (6)(d).

שימוש בדיני הנזיקין החיצוניים לדיני המשפחה, דבר שעשוי כאמור לתאום את המטרה הפמיניסטית. עם זאת החלק האחרון של הדיון כאן , אשר עסק בעיקר באפשרויות השונות להצמיד להתנהגות אלימה (כמו גם לסרבנות גט) תוצאות כלכליות, תואם את הנדבך השני או השלישי בביקורת הפמיניסטית על דיני המשפחה החדשים , שבה עסקנו קודם לכן, אך לפני כן יש לחזור ולהתבונן באותה מגמה בפסיקת המשפחה אשר כנגדה לדעתי עומדים הנדבכים הראשונים של אותה ביקורת פמיניסטית. כזכור, טענתי כי מהשוואת אופן ההתקבלות של שני מהלכי "מלאכת ההתאמה" בתחום המזונות על ידי שופטי המשפחה עולה כי מחזיקים הם ב תפיסה מיושנת, שמרנית וצרה של שאלות המוסר והאשם בתחום דיני המשפחה. הם מונחים על ידי האמונה שאל לו לבית המשפט להיכנס למתחם המוסר, וחלילה לו מלנקוט עמדה מוסרית כלשהי, ומושג המוסר עצמו נתפס על ידיהם כמצומצם לשאלות של אשם והיבטי מין ומיניות בעיקר , ואינו פועל ברובד הכלכלי כלל. מבחינת הביקורת הפמיניסטית המקובלת, ראינו כיצד אותה אמונה בדבר שקיעת השיח המוסרי רחוקה מלהיות מדויקת ל מעשה, ואף מוכחת כבלתי ראויה ולא מוצדקת להלכה . בפועל, רק במדינות ספורות נהגת שיטת היעדר האשם הטהורה¹²⁹, ומושג המוסר ראוי שישתרע על פני היבטים רחבים יותר הכוללים הקשרים כלכליים ושיקולים רחבים יותר של צדק ושוויון . אלו הן ביקורות ראויות, הנראות גם רלוונטיות ל תפיסת שופטי המשפחה בישראל , המשתקפת בפסיקתם בתחום דיני

אמצעי מרחיק לכת עוד יותר נקט בחוק הגירושין הפדרלי של קנדה, אשר מאז שנת 1990 מאפשר לבית משפט לנקוט את ה דרך של מחיקת כל כתב כי ת דין המוגש על ידי בן זוג סרבן גט, אם הלה עומד בסירובו להסיר מחסום בפני נישואים מחדש לפי דת בן /בת זוגו בתוך 15 יום מקבלת תצהיר המבקש ממנו לעשות כן ; ראו *Divorce Act, R.S., 1985, C. 3* (30.7.06) S. 21.1 (http://laws.justice.gc.ca/en/d-3.4/235045.html) (2nd Supp.); החקיקה במחוז אונטריו מאפשרת לנקוט דרך זו תוך עשרה ימים מיום קבלת התצהיר , ונוסף על כך רשאי בית המשפט לבטל הסכם רכוש, כולו או חלקו, אם מצא כי חשש מפני סרבנות גט היווה שיקול בעריכת אותו הסכם ראו *Family Law Act, R.S.O. 1990 c. F. 3, s. 2(4) & s. 56(5)* (http://www.e-laws.gov.on.ca/DBLaws/Statutes/English/90f03_e.htm#BK60) (30.7.06).

לסקירת אמצעים אלה והשפעותיהם על ירידה דרסטית של מקרי סרבנות גט בקנדה ראו הרצאתו של עורך דין ג'ון סירטאש, מיוזמי החקיקה הקנדית, בכנס "פתרונות לסרבנות גט במשפטי מדינות חוץ וההלכה", **לעיל** הערה 123 ; לחקיקה דומה באנגליה, דרום אפריקה, אוסטרליה, סקוטלנד ועוד ראו בחומרים הנלווים לכנס הנ "ל (נוסח ההרצאה בתרגום לעברית, ודברי החקיקה השונים , חולקו למשתתפי הכנס . ניתן לקבלם במרכז רקמן , הפקולטה למשפטים, בר-אילן).

129 דהיינו, בשום הקשר אין מופעלים שיקולי אשם , לא כאשר לגירושין ולא כאשר להשלכותיהם הכלכליות ; ראו על כך אצל ליפשיץ , **לעיל** הערה 71, בעיקר בהערה 41. וראו **לעיל** הערה 79 והטקסט הסמוך לה.

המזונות כפי שנסקרה עד כה. עם זאת אלו הן ביקורות אוניברסליות, אשר כפי שראינו מתקיימות בכל שיטת משפט העוברת תמורות, ואין בהן רלוונטיות או התייחסות מיוחדת להקשר הישראלי הייחודי. לדעתי, ההקשר הייחודי הזה משליך גם על נושא המוסר והאשם, וביקורת תפיסה המשתקפת בפסיקה צריכה להיעשות גם מן הפרספקטיבה הייחודית הזו.

ט. ביקורת

דומה כי כאן המקום לשוב ולקשור בין שני המהלכים שנסקרו בעבודתי עד כה, באמצעות ההתבוננות הביקורתית עליהם. נראה כי אותה מתכונת חשיבה בעייתית שהובילה לתפיסה רזה, חלולה וריקה מתוכן של שאלת השוויון, פועלת גם כאן, והיא מובילה לתפיסה רזה ושמרנית של שאלת המוסר ולניסיון סרק של נטרול האשם, והתוצאה עלולה להיות, כמקודם, הפוכה מן המטרה המוצהרת. הליקוי המבני-תאורטי שאיתרתי בהקשר של אימוץ מהלך הקיזוז של כושר ההשתכרות מתקיים גם כאן. כשם ששם הופעל שוויון פורמלי, על הניטרליות המגדרית ו"עצימת העיניים ביחס למגדר" שבו (gender blindness) תוך התעלמות מוחלטת מפערי הכוח ות המגדריים לנוכח התשתית המשפטית-כלכלית-חברתית של הגירושין, כאן מופעלת ניטרליות מוסרית תוך התעלמות מוחלטת מכך שהמערכת הבסיסית כולה רווית שיקולי מוסר פטריארכליים ומפלים. במילים פשוטות, בשני ההקשרים בתי המשפט משחקים ב"נדמה לי", כאילו הזירה שבה הם מתפקדים היא חלקה, ישרה ובלתי מוטה; כאילו יחסי הכוח המגדריים המתקיימים בה מלכתחילה הם מאוזנים; כאילו אין חלקים מרכזיים בזירה משוקעים מלכתחילה בשיח של אשם. כשם שהשוויון שם היה מדומה, כך גם כאן הניטרליות המוסרית מדומה.

המשותף למבנה החשיבה הבעייתית בשני ההקשרים הוא הימנעות בתי המשפט לענייני משפחה מהתמודדות חזיתית וישירה עם העיוות האינהרנטי הקיים בזירת דיני הגירושין בישראל, המתבטא בתופעת העגונות ומסורבות הגט, הנגרמת בשל השליטה המלאה שמעניקה ההלכה לבעלים בגט, שהנשים זקוקות לו הרבה יותר מן הגברים, ובאוזלת ידם של בתי הדין הרבניים אל מול בעלים סרבני גט¹³⁰. לעתים נדמה כי בעת דיונם בתחום המזונות מעדיפים הם להיות בהיבטים הצרימים של הסכסוך המובאים בפניהם, קרי ההיבטים הכספיים, בלי "לקחת אחריות" כביכול על המרכיבים האחרים

130 ראו על כך ביתר הרחבה במאמרי הקודם, הלפרין-קדרי, לעיל הערה 3, בעמ' 804-805. על השפעת הקוד המיני הכפול על מצוקת העגונות ראו הלפרין-קדרי, לעיל הערה 122.

שלו, ובייחוד אלה המצויים בשליטת בתי הדין הרבניים והדין הדתי. התשתית המשפטית הבסיסית של הסכסוך, זו הנוגעת לעצם שאלת אפשרות הפירוק והגירושין, אינה נמצאת בפניהם, אין הם מצויים בה, וכך אלו מהם המעוניינים בכך יכולים למרבה הנוחות להתעלם ממנה. אין הם אחראים לעיוות ולהפליה המגדרית המובנית בה, ולא עליהם לתקן את תוצאותיהם הקשות. האחריות המוטלת עליהם מצומצמת להיבטים הכספיים בלבד.

ייתכן שקיים אף הסבר נוסף, מדאיג עוד יותר, למה שנראה כהתעלמות בתי המשפט לענייני משפחה מן ההפליה המגדרית הבסיסית הקיימת בדיני הגירושין. ייתכן שאין מדובר בהתעלמות, כי אם בהפנמה. קיימות כמה וכמה אינדיקציות, מכיוונים שונים, המעידות שבתי המשפט האזרחיים קיבלו והפנימו את דיני הגירושין המפלים שבהלכה היהודית במידה כזו שא לא הפכו להיות מעין בסיס אקסיומטי לכל דיון בהיבטים השונים של סכסוכי גירושין ולגיבוש הלכות חדשות בעניינם. אני סבורה שפסיקת המשפחה שסקרתי בתחום דיני המזונות היא אינדיקציה לתופעה הזו. בהתעלמות הפסיקה מכך שהתשתית המשפטית היא בלתי שוויונית ורווית שיקולי אשם פטריארכליים ניתן בהחלט לראות ביטוי לתופעת הקבלה וההפנמה של אותה תשתית משפטית. אינדיקציה נוספת לכך ניתן לראות ממספר פסקי דין, הפעם של בית המשפט העליון, שמהם ניכרת עצימת עיניים מוחלטת כלפי פערי הכוח ות המגדריים וניצולם הבוטה על ידי הגברים. עניין זה אמנם דורש התייחסות רחבה מכפי שניתן לעשות כאן, אך לצורך הדיון הנוכחי אזכיר רק שתי פרשיות: פרשת פגס, שבה דחה בית המשפט העליון, מפי הנשיא שמגר, את תביעת רחל פגס לביטול הסכם הגירושין בעילות של כפייה ועושק¹³¹. ההסכם שעליו חתמה האשה לאחר 15 שנות נישואין רוויות אלימות והתעללות, הוא דוגמה מובהקת של סחטנות מכוח שליטת הבעל על הגט. בהסכם ויתרה רחל על כל חלקה ברכוש המשותף, הסתפקה בסכום מזונות זעום לשלושת ילדיהם, ונתרה ללא כל משאבים כספיים לצורך קיום סביר (וזאת לאחר שוויתורה קודם לכן גם על החזקת הילדים לא אושר על ידי בית המשפט המחוזי). בדחייתו את טענות רחל כנגד ההסכם משתמש הנשיא שמגר בשיח חוזי מובהק, הלקוח מתחום ההסכמים המסחריים-העסקיים, ומגלה אטימות מוחלטת באשר לדינמיקת הגירושין בישראל, לפערי הכוח ות המגדריים בזירת הגירושין ולמציאות חייהן של נשים מוכות. הפרשה השנייה היא פרשת אברהם, שבה דחה בג"ץ, מפי השופט אור, את עתירתה של רחל אברהם לביטול פסק דינו של בית הדין הרבני הגדול, לאחר שזה קבע כי יש "לעכב" את

131 ע"א 5490/92 פגס נ' פגס, תק"ע 94(4) 516. לדיון נרחב יותר בפסק הדין ראו הלפרין-קדרי, לעיל הערה 2, בעמ' 156-157; ליפשיץ, הסדרת החווה הזוגי, לעיל הערה 67, בטקסט המתייחס להערות 217-228.

הגט שכבר סודר בינה לבין אישה, ואין היא פנויה להינשא לאחר. כן קבע כי מאחר שחזרה בה מהסכמתה להעביר את כל ענייני הרכוש שכבר נפסק בהם בהסכמתה בבית המשפט המחוזי לבית הדין הרבני, וזאת כתנאי להסכמת האיש, נתן, לתת לה את הגט¹³². גם כאן הסכמתה של רחל להעברת ענייני הרכוש ופתיחתם מחדש בבית הדין הרבני, הסכמה שבאה לאחר שלושים שנות נישואין, שעשרים מתוכם היו שנות מאבק על הגט, הייתה מתוך כניעתה לסחטנותו של בעלה, נתן. במקום לדחות את עתירתה של רחל מטעמים של חוסר סמכות בלבד, שהרי מדובר בעניין מובהק של גירושין שלכאורה אין למערכת האזרחית אפשרות להתערב בו¹³³, ואולי אף להביע אמפתיה למצוקתה של רחל, בחר השופט אור, בדחתו את עתירתה, להדגיש דווקא את חוסר ניקיון כפיה של העותרת ולנוזף בה על שהטעתה בזדון את מערכת המשפט ונקטה "דרכי עורמה" להשיג "את מבוקשה", וכעת היא מעזה לבקש שאותה מערכת תסייע לה במזימתה

132 בג"ץ 5548/00 אברהם נ' בית הדין הרבני הגדול, תק"על 2001(2) 1488. פרשה זו היא אחת הפרשות הקשות ביותר שבה עושה בית הדין הרבני שימוש במה שכיניתי ב כמה הזדמנויות "נשק יום הדין", דהיינו האפשרות שיש לבית הדין לבטל רטרואקטיבית גט שכבר ניתן אם נמצא – לדעתו – כי הגט ניתן על תנאי, והתנאי לא קיים. כפי שהראיתי בעבר, נשק זה משמש בידי בית הדין כלי להחזרת מלחמה שצרה במסגרת מאבקי הסמכויות הניטשים בין המערכת האזרחית לדתית. זהו מבחינת בית הדין "נשק לא קונבנציונלי", שכן קשה מא וד לראות כיצד תוכל המערכת האזרחית, ובראשה בג"ץ, להתערב בו בהיותו לכאורה עניין מובהק של גירושין. הרב דיכובסקי, דיין בית הדין הרבני הגדול, אימץ את המונח "נשק יום הדין" והשתמש בו לאחרונה בפרשה שבה הבעל, שהאשם על ידי אשתו, בין היתר, במעשי אלימות ואונס, התנה את מתן הגט בהעברת הדין בכל הנושאים הנלווים לגירושין לבית הדין הרבני, וכתוצאה מכך פסק בית הדין האזורי כי אין לדון כלל בשאלת חיוב הבעל בגט. אמר על כך הרב דיכובסקי: "מדברי בהי"ד האיזורי עולה שבכל מקום שמוגשת תביעה לחיוב בגט או אפילו לפסיקה לגרושין בדרגה נמוכה יותר, ובמקביל התנהלו הליכים בבית המשפט וניתנו פסקי דין בנושאים הנלווים, יכול הבעל סרבן הגט להוציא את 'נשק יום הדין', ולדרוש כי בית הדין ימנע ממתן פסק דין לגירושין, כל עוד לא תעביר ה אישה את כל תביעותיה ל בית הדין הרבני, כולל אותן תביעות שלגביהן ניתן פסק דין בבית המשפט. האם נכון לאלץ את האשה מסורבת הגט, לוותר על כל מה שקבלה בביה "מ בתמורה לגט המיוחל"?; ראו תיק 1-21-31411390-1, החלטה מיום 11.1.06, פורסם בהדין והדיין 12 (2006) פסק דין מספר 1; יתר חברי ההרכב (הרב עמאר והרב בן שמע ון) הצטרפו להחלטתו של הרב דיכובסקי להעביר את התיק להרכב אחר של בית הדין האזורי כדי שיקבע אם יש מקום לחיוב בגט. בימים אלו תלויה ועומדת בפני בג"ץ עתירה בעניין זה אשר הוגשה על ידי עורך דין רוברט ליכט-פטרן מטעם התכנית לסיוע לנשים בענייני גירושין שבמרכז לקידום מעמד האישה ע"ש רקמן, הפקולטה למשפטים, בר-אילן (בג"ץ 10832/04 פלונים נ' בית הדין הרבני הגדול). לנוכח חשיבות הנושא ומורכבותו כוונתי לייחד לו בקרוב מאמר נפרד.

133 אבל ראו לאחרונה את האוביטר של השופט מ' חשין בבג"ץ 1371/96 רפאלי נ' רפאלי ובית הדין הרבני הגדול, נא(1) 198.

להשתחרר מן ההתחייבות שנטלה על עצמה . גם בפסק דין זה מתגלה חוסר ההבנה המוחלט, עצימת העיניים ואף האטימות באשר למצוקתן של מסורבות הגט וב אשר לתשתית המשפטית המעוותת המאפשרת את הסחטנות על רקע נזקקות האישה לגט¹³⁴. נוסף על שני פסקי דין בולטים אלה , אשר עסקו ישירות בתופעת הסחטנות ובניסיונות (שנכשלו) להפעיל את המערכת האזרחית על מנת לתקן את נזיקה ולצמצם את עוללותיה , קיימים אין ספור פסקי דין שבהם מתברר מבין השורות קיומה של הסחטנות. אלא שבאותם המקרים הסחטנות אינה גורם שיש להתחשב בו במסגרת ההכרעה בסכסוך, והיא מוזכרת למעשה רק כדרך אגב, כאחת העובדות והנסיבות של המקרה, ממש כפי שמוזכרים ילדי בני הזוג, עיסוקם המקצועי וכיו"ב. האופן האגבי שבו מוזכר הגורם של סרבנות הגט והעובדה שהמרכיב העובדתי של הסחטנות מובלע בין יתר הנסיבות מעידים יותר מכך ול על תופעת ההפנמה של התשתית ההלכתית המפלה וקבלתה כמציאות מובנת מאליה על ידי בתי המשפט האזרחיים. כך למשל בפרשת פלונית, שבה חייב בג"ץ את בית הדין הרבני לפסוק לפי חוק יחסים ממון בין בני זוג, העובדה שענייני הרכוש הועברו בהסכמה לבית הדין הרבני כתנאי מצד הבעל לגירושין פשוט מובאת כדרך אגב כחלק מיתר עובדות המקרה¹³⁵. המתכונת הזו כאמור איננה ייחודית כלל לבית המשפט העליון. האגביות, הטשטוש והטריוויאליזציה של הסרבנות והסחטנות חוזרות על עצמן בכל הערכאות. המסר שסחטנות על רקע הצורך בגט היא חלק מכללי המשחק הלגיטימיים והמובנים מאליהם מחלחל במערכת כולה. אינדיקציה נוספת להפנמה של המערכת האזרחית את התשתית המפלה ובעלת המוסר הכפול והשלמתה עם תשתית זו באו מכיוון אחר לגמרי, לא של בחינת פועלם של שופטי המשפחה, אלא דווקא בחינת פעולתם של אנשי המקצוע בתחום הגירושין, ובייחוד עורכי הדין העוסקים בגירושין. יש לזכור כי עורכי הדין מתחום דיני המשפחה הם המאגרי שממנו מתמנים שופטי המשפחה. במחקר שערך ד"ר רינה בוגוש ואנ וכי לפני כמה שנים, ביקשנו לבדוק את השינויים שחלו בניהול פרקטיקת הגירושין בישראל

134 גם היום, ארבע שנים לאחר הכרעת בג"ץ בעניינה של רחל אברהם, שלושים ושש שנים לאחר שנישאו, ועשרים ותשע שנים לאחר שהגישה לראשונה תביעת גירושין, רחל אברהם עדיין נחשבת לנשואה, וגטה עדיין מעוכב בידי בית הדין הרבני הגדול. ממש עם העברת המאמר לדפוס הגיע ל סיומו פרק זה במאבקה של רחל אברהם, כאשר בית הדין הרבני הגדול, בהרכב מיוחד בראשות הרב הראשי עמאר, ועמו הדיינים הרב שרמן והרב איזירר, ביטלו את ההחלטות הקודמות של בית הדין הרבני הגדול בדבר עיכוב הגט; ראו תיק 41987009-24-1, פסק דין מיום 22.1.06, פורסם בהדין והדיין 12 (2006) פסק דין מספר 5; עם זאת הדגיש בית הדין כי "בטול ההחלטות אינו מעיקרן משום שבשעתו היתה הצדקה למתן ההחלטות ולמשך הזמן שניתנו, אולם הגט שניתן הוא כשר מרגע נתינתו..." (שם).

135 בג"ץ 9734/03 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד נט(2) 295.

בשנים האחרונות, ובייחוד העלייה בשימוש בגישור, מנקודת ראות של אנשי המקצוע המעורבים בהליך: עורכי דין, מגשרים הבאים מן המקצועות הטיפוליים ועורכי דין העוסקים גם בגישור¹³⁶. במיוחד ביקשנו לראות אם וכיצד השפיעו שינויים אלה על הדינמיקה של סכסוכי גירושין ועל יחסי הכוחות של המתגרשים¹³⁷. קרוב ל-300 שאלונים מולאו על ידי אנשי המקצוע, וקיימנו קרוב ל-60 ראיונות, בחלוקה שווה בין שלוש הקבוצות המקצועיות, ולגברים ולנשים בתוכן. להפתעתנו, בין מחצית לשלושה רבעים מבין הנחקרים לא תפסו את האישה כצד החלש במסגרת סכסוכי גירושין בישראל, ורוב הנחקרים אימצו את הקביעה שאין פערי כוחות בין נשים לגברים בהקשר זה. יתר על כן, בקרב אלו שסברו שיש פערי כוחות, מבין עורכי הדין ועורכי הדין המגשרים, נמצא קשר ברור בין מין הנחקרים לבין העמדה שהביעו: קרוב למחצית מן הנשים עורכות הדין ראו בנשים המתגרשות את הצד החלש, ואילו 35% מבין הגברים עורכי הדין סברו כי דווקא לנשים המתגרשות כוח רב מלגברים. מראיונות העומק עלה בבירור כי גם נשים וגם גברים עורכי דין סבורים כי קשה יותר לייצג דווקא את הגברים, כיוון שבסופו של יום הגברים הם ש"משלמים מכיסם", ואילו הנשים מצויות תמיד בצד המקבל. עם זאת משאלה אחרת עלה כי קרוב למחצית עורכות הדין ו-38% מעורכי הדין מעידים שעליהם לשכנע את הנשים הלקוחות שלהם להימנע מוויתורים בתמורה לקבלת הגט. ועדיין מן הראיונות עלה כי גם לדעת המיעוט בקרב אנשי המקצוע (ובייחוד נשות המקצוע) הסבורים כי יש פערי כוחות ומגדרים בגירושין, והנשים הן הצד החלש, נחיתותן אינה נובעת מן הדין הדתי, אלא כתוצאה משפע של גורמים אחרים: מצבן הכלכלי הנחות, הקשור במידה רבה בתפקידן כאימהות; חוסר ידע בדבר זכויותיהן המשפטיות; חוסר התמצאותן בצדדים הפיננסיים של המשפחה; היותן נשים מוכות במקרים רבים; רצונן לפתוח בפרק ב' בחייהן ועוד.

במקום אחר שבו התייחסנו לממצאי מחקרנו הצענו כי אין לראות בהם רק עוד דוגמה לפער הידוע בין הנורמה המשפטית הכתובה "על הספר" לבין פועלה במציאות. סברנו כי על אף התשובות שקיבלנו, לנחיתותה של האישה על פי ההלכה הנוהגת בבתי הדין הרבניים בישראל יש השפעה גדולה בהרבה בסכסוכי גירושין ועל משאים ומתנים המתנהלים לקראת גירושין מכפי שמצטייר מאותן תשובות. ידועה המטפורה בדבר

136 המחקר, "מגדר, עוצמה ופרקטיקה מקצועית בהליכי גירושין בישראל", זכה במענק מטעם הקרן הלאומית למדע לשנים 2000-2001.

137 ראו Bryna Bogoch, Ruth Halperin-Kaddari "Divorce Israeli Style: Professional Perceptions of Gender and Power in Mediated and Lawyer – Negotiated Divorces" *28 Law and Policy* (2006) 137

המשא ומתן המתנהל בצלו של המשפט¹³⁸. גם כאן התשתית המשפטית, ובראשה הדין הדתי, מקרינה על דינמיקת הגירושין, וכל משא ומתן לקראת גירושין מתנהל בצלה, אך ייתכן שלנוכח התשובות שניתנו לנו על ידי אנשי המקצוע אין מדובר אף בצל, אלא במשהו בעל צורה מוגדרת ומתוחמת פחות, מעין דוק המכסה כל דבר שתחתיו, אך נותר בעצמו חסר צורה וחסר גבולות. וכך, נשים אינן נתפסות כחלשות מבני זוגן מכיוון שנחיתותן המשפטית הבסיסית היא כל כך מובנת מאליה כך שבאופן פרדוקסלי היא כלל איננה גורם שמודעים להשפעתו במסגרת המשא ומתן. הדין הדתי המפלה הוא חלק אינטגרלי כל כך בתשתית המשפטית של הגירושין, עד שהוא הופך כביכול לבלתי נראה בפרקטיקה של הגירושין בישראל. הוא לכאורה איננו קיים כלל במסגרת המשא ומתן ברמה המודעת, אך נוכחותו איננה מוטלת בספק, והוא למעשה הנורמה הבסיסית – אך הנאלמת – שממנה מתחיל כל משא ומתן לגירושין. לאמתו של דבר, אותם גורמים שהוזכרו על ידי אנשי המקצוע כמחלישי נשים, הם תוצאה ישירה או עקיפה של הדין הדתי. נחיתותה הכלכלית של האישה וחסר מודעותה לזכויותיה המשפטיות הם לא רק ביטוי לאי-השוויון הכלכלי-חברתי בישראל, אלא גם תולדה ושיקוף של הבניית המגדר בדיני הנישואין והגירושין בהלכה ושל הקשר המעגלי שבין תפקידי המגדר במשפחה לספרה החיצונית לה¹³⁹. נזקקותה של האישה לגט לצורך המשך חייה היא כמובן ביטוי לנחיתותה ההלכתית המובנית ושליטת הבעל בגט לפי ההלכה. העובדה שהדין הדתי עצמו, על התשתית המשפטית המפלה שהוא יוצר בזירת הגירושין בישראל, נעלם מתודעת אנשי המקצוע העוסקים בתחום, רק מהווה אינדיקציה נוספת לאותה הפנמה של המערכת האזרחית את העוול הבסיסי הקיים בתשתית זירת הגירושין בישראל והשלמתה עם עוול זה.

אם כך הוא הדבר, כי אז התנהלותם של שופטי המשפחה בהקשר של פסיקת המזונות, המשקפת כאמור התעלמות מן התשתית הבלתי שוויונית ובעלת המוסר הכפול, היא אכן חלק מן התופעה הכללית של ההפנמה וההדחקה שתוארת זה עתה. דווקא לנוכח ההבנה שאכן מדובר בתופעה כללית, מתחזקת הביקורת על התנהלותם זו. את הביקורת מן הפרספקטיבה של קידום השוויון המגדרי כבר הבעתי בעבודה הקודמת. בהקשר של המאמר הנוכחי, של מהות מושג המוסר ומקומם של שיקולי אשם ומוסר בדיני המשפחה, דומני שהדברים ברורים. ניתן כעת לקשור בין כל הרמות של הביקורת הפמיניסטית על דיני המשפחה החדשים שנסקרו קודם לכן לבין ההקשר הייחודי של

Robert H. Mnookin, Lewis Kornhauser "Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce" 88 *Yale L.J.* (1978-1979) 950 138

Frances E. Olsen "The family and the Market: A Study of Ideology and Legal Reform" 96 *Harv. L. Rev.* (1982-1983) 1497 139

הגירושין בישראל, בייחוד לאחר שהמגמות שאותרו בפסיקת בתי המשפט לענייני משפחה הובהרו בהקשר הרחב של תופעת הפנמת הדין הדתי. בראש ובראשונה, כיצד בכלל ניתן לקדם גישה המבקשת להתנתק מענייני מוסר ואשם, כאשר התשתית הבסיסית של זירת הגירושין כוללת נטועה בשיקולי אשם ומוסר כפול? אך הביקורת החזקה יותר לדידי היא זו המבקשת להותיר את השאלות המוסריות במסגרת דיני הגירושין תוך הבנייתן באופן שונה מבעבר. החתירה לקידום המוסר החדש רלוונטית לנו במיוחד, דווקא משום שמעולם לא התנתקנו באמת מן המוסר הישן גם אם הנטייה היא לשכוח זאת ולשכנע את עצמנו שאין זה כך. במסגרת המוסר החדש יש מקום להפעלת שיקולים רחבים של צדק, הוגנות ושוויון. אין במסגרתו מקום והצדקה להתחמקות מהתמודדות עם שיקולי אשם מכל סוג שהוא, אלא יש להעמידם בהקשר הכולל של כל היבטי הסכסוך, כולל התשתית המשפטית על כל מרכיביה. במסגרת זו יש לקחת אחריות מלאה על כל מרכיבי אותה תשתית משפטית, ולנקוט בגלוי אמצעים לתיקון עוולות שקיימות בה. המוסר החדש מכיר בכך שגם כל הכרעה בהיבטים הכלכליים של הסכסוך היא נקיטת עמדה מוסרית, והיבטים אלה מצטרפים לסך כל המרכיבים שיש לאזן כדי להגיע לתוצאה המוסרית ביותר, במובן הרחב ביותר של המושג. בין היתר, הביקורת הפמיניסטית של דיני המשפחה החדשים, על קריאתה לקידום מוסר חדש במשפחה, תבקש לייחס משקל מיוחד למרכיב האלימות ולהצמיד לו תוצאות משמעותיות גם במישורים של ההשלכות הכלכליות של פירוק המשפחה. כל אלו הם מהלכים מתבקשים, העשויים לקדם את הצדק במשפחה, גם אם היא "מתפרקת", ובוודאי להפוך את בית המשפט לענייני משפחה למוסרי יותר.