

הדור הבא של תביעות נזיקין בגין סרבנות גט כדי להשיג את הגט ו"כלל האחריות" של קלברזי ומלמד

מאת

בנימין שמואלי*

תביעות נזיקין בתא המשפחתי הפכו לחזון נפרץ במקומותינו. ילדים תובעים את הוריהם ובני זוג תובעים את בני זוגם או את בני זוגם לשעבר. התביעות הללו מזמנות מפגש מרתק בין דיני הנזיקין, שברוב המקרים עוסקים ביחסים בין זרים, לבין ענייני משפחה. בחלק מהתביעות אין מפגש בין דיני הנזיקין לדיני המשפחה, ומדובר בתביעות נזיקין בלבד אם כי כמובן יש להן השלכה על התא המשפחתי, כגון במקרי תביעות בגין אלימות של הורה או בן זוג, לשון הרע וכיו"ב. אך התביעות המסקרנות ביותר הן אלה שבהן מתרחש מפגש בין דיני המשפחה לדיני הנזיקין, מפגש היוצר לעתים ניצוצות של ממש. הדברים מקבלים משנה תוקף בייחוד במשפט הישראלי, שבו בכל הקשור לענייני נישואין וגירושין הערכאה המוסמכת היא בית הדין הדתי, והדין השליט הוא הדין האישי, ולעומת זאת תביעת הנזיקין מתבררת בבית המשפט לענייני משפחה על פי הדין האזרחי – דיני הנזיקין. ההכרה בתביעות כאלה היא לעתים שנויה במחלוקת, ובעיקר אמורים הדברים בתביעות נזיקין של מסורבות גט נגד בעליהן, שכן עולות טענות של עקיפת הערכאה האזרחית את הערכאה הדתית – בית הדין הרבני – דרך התערבות בענייני גירושין והשפעה, בעקיפין או אף במישרין, על מתן הגט ועל כשרותו.

* הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בראילן. תודות לחמי בן-נון, לעמוס הרמן, לחגי ויניצקי, לרוני ורבורג ולאריאל פורת על הערות טובות לטיוטות קודמות ולעוזרי המחקר טובי הריס, עדן כהן, ארז קורן, גיא קינן ואידן רגב על עבודה מצוינת וסיוע מקיף. תודה מיוחדת לרב יצחק שטיינברג, ראש כולל "ארץ חמדה" ברעננה, על סיועו. תודות לסטודנטים בקורסים Legal Intervention in Parent-Child Relations ו- Domestic Torts – Theory and Practice (2007) באוניברסיטת דוקי ובקורס ובסמינריון העיוני "יחסים במשפחה בדין הנזיקי והפלילי" באוניברסיטת בראילן ובמכללת שערי משפט, התשס"ט-התש"ע, על הערות מצוינות ומחכימות ועל דיונים מרתקים בנדון. המאמר הוצג בכינוס הבין-לאומי של ה- The International Society of Family Law (ISFL), אוניברסיטת בראילן והמרכז לזכויות הילד והמשפחה במכללת שערי משפט, 8.6.2009, בכינוס של האגודה האמריקנית למשפט וכלכלה (ALEA), אוניברסיטת Princeton, ניו ג'רסי, 7.5.2010 וב- The Jewish Law Association 16th International Conference, המכללה האקדמית נתניה, 22.6.2010. אני מודה למשתתפי הכינוסים על הערות מחכימות ותורמות. תקוותי שחיבור זה יסייע להפחתת המחלוקות בין הערכאות וליצירת רב-שיח מתוך כבוד הדדי, סובלנות והבנה.

בחיבור זה אנסה להציג את התמונה של תביעות נזיקין בין חברי המשפחה, הקיימת והמתפרקת, בעיקר בנושא של סרבנות גט, דרך שימוש במאמרם המפורסם של קלברזי ומלמד משנת 1972, המציג בין היתר את האפשרות להגן על אותה זכות משפטית, לעתים דרך סעד ראשי ולעתים דרך סעד משני. המתווה שמשרטטים קלברזי ומלמד, בעיקר דרך אחד הכללים שהם מציגים – "כלל האחריות לטובת הניזוק" – יסייע להצגת היחס בין מערכות הדינים (נזיקין ומשפחה) והסעדים בכל מערכת כזו, ולכלל האחריות לטובת הניזוק גם תהא חשיבות רבה ביצירת בסיס תאורטי-נזיקי להתפתחויות חדשות ועתידיות במקרים שבהם קיימים מאבקים של ממש בין הדינים (דיני הנזיקין מול הדין האישי) ובין סמכויות וערכאות (בית המשפט לענייני משפחה מול בית הדין הרתי) בתביעות בגין סרבנות גט, הן של נשים והן של גברים. בעיקר אבחן בעניין זה את האפשרות לפסוק פיצויים בנזיקין בגין סרבנות גט במקרים שבהם בית הדין הרבני לא אמר כלל את דברו, ולכן לכאורה מדובר ב"גט אזרחי".

אבחן בין היתר: אם זכויות הקשורות לסטטוס האישי הן סחירות וניתנות להעברה ולמכירה; אם בית המשפט לענייני משפחה יכול למלא תפקיד פעיל ולגיטימי ביצירת מעין עסקה מטעם המדינה שבה בן משפחה פוגע בזכויותיו של בן משפחה אחר במישור הסטטוס האישי; אם המדינה מאפשרת לתמחר את הזכות הנפגעת במישור הסטטוס דרך קביעת תג מחיר לפגיעה בזכות באמצעות דיני הנזיקין.

פתח דבר. א. קלברזי ומלמד: שתי צורות חלופיות (סעד ראשי וסעד משני) של הגנה על זכות משפטית ו"כלל האחריות לטובת הניזוק". ב. האם כלל האחריות יכול להתאים לתביעות נזיקין נגד בן משפחה? מבט-על. ג. השימוש בכלל האחריות במקרי סרבנות גט: מטרת הסעד הנזיקי היא לנסות ולשנות את הסטטוס האישי שבדיני המשפחה. 1. תיאור הסיטואציה הבסיסית אל מול כלל האחריות: תביעות נזיקין בגין סרבנות גט בבית המשפט לענייני משפחה במקרים שבהם הבעל הפר חיוב לתת גט שנקבע בבית הדין הרבני; 2. התפתחות I (2008): פיצויים גם כאשר אין "חיוב" בגט אלא פסק דין רבני בדרגת "מצווה" או "המלצה"; 3. התפתחות II (2008): פיצויים גם על התקופה שלפני מועד ה"חיוב" בגט; 4. התפתחות III (2010): פיצויים לבעל מסורב גט גם בהיעדר פסיקה רבנית כלשהי; 5. בתי הדין הרבניים משיבים מלחמה. 6. סיכום ביניים; ד. התפתחות אפשרית בתביעות נזיקין בגין סרבנות גט ובחינתן לפי כלל האחריות: שאלת הפיצוי במקרים שבהם אין כל צו של בית הדין הרבני בדרגה כלשהי. 1. הצגת השאלה המשפטית; 2. מקרה I: "הגיעו מים עד נפש": פנייה למסלול של התעללות נפשית או כל עוולה אחרת תוך ניתוק מעילה של סרבנות גט; 3. מקרה II: "עושה ממנה צחוק": התעללות נפשית הסובבת את אי-מתן הגט אך אינה נובעת מעצם אי-מתן הגט; 4. מקרה III: "והוא יושב ומחכה לה": פיצוי על אי-שחרור מהנישואין מתוך תקווה לחזור לחיי זוגיות; 5. סיכום הקונסטרוקציה והעלאת אפשרות לניתוח חלופי של זכות האישה; ה. אחרית דבר.

פתח דבר

לאחרונה הולכות ומתרחבות תביעות נזיקין המוגשות במסגרת התא המשפחתי הקיים או המתפרק. בני זוג מגישים תביעות נגד בני זוג או בני זוג לשעבר,¹ ילדים מגישים תביעות

1 למשל בגין: גירוש אישה בעל כורחה: ע"א 245/81 סולטאן נ' סולטאן, פ"ד לח(3) 169 (1984); ע"א 1059/94 (מחוזי ת"א) ג'אבר נ' ג'אבר, פ"מ(1) 458 (1994); ע"א 1730/92 מצראווה נ' מצראווה (פורסם בנבו, 29.3.1995); ע"א (מחוזי חי') 4440/97 דיאב נ' חטיב (פורסם בנבו, 4.12.1997); תמ"ש (משפחה חד') 4610/03 א.ש.ס. נ' ע.א.ד.ש (פורסם בנבו, 18.1.2007); התעללות לסוגיה, תקיפה והשחתת רכוש: ת"א (מחוזי ב"ש) 4007/05 חלילי נ' נסיר (פורסם בנבו, 10.12.2009); תמ"ש (משפחה ת"א) 64901/96 פולק נ' פולק (פורסם בנבו, 23.9.2001); תמ"ש (משפחה ת"א) 105841/99 פלוני נ' פלוני (פורסם בנבו, 24.4.2002); תמ"ש (משפחה י-ם) 18551/00 ק.מ., פ"מ התשס"ד(3) 201 (2004), והערעור – ע"מ (מחוזי י-ם) 595/04 פלוני נ' אלמונית, (פורסם בנבו, 24.2.2005); תמ"ש (משפחה י-ם) 28230/99 ק.א. נ' ק.י. (לא פורסם, 26.10.2004); תמ"ש (משפחה קר') 1330/01 א. נ' פלוני (פורסם בנבו, 4.6.2009); תמ"ש (משפחה קר') 7613/02 מ.ח. נ' ג.ח. (פורסם בנבו, 14.1.2009); נזק נפשי במעגל משני כתוצאה מהתעללות בקרוב: תמ"ש (משפחה ת"א) 2880/00 מ.פ. נ' י.ש. (פורסם בנבו, 6.11.2003) (שם התעלל בן זוגה לחיים של האם בבתה, והאם תבעה אותו כניזוקה משנית לנזקה של הבת); תמ"ש 1330/01, שם (שם תבעה האם כניזוקה משנית בין היתר על מעשי האב בבתה); לשון הרע: תמ"ש (משפחה י-ם) 19286/98 פלוני נ' פלוני (פורסם בנבו, 28.11.2001); תמ"ש (משפחה ת"א) 314827/96 פלוני נ' פלוני (פורסם בנבו, 4.11.2002); תמ"ש (משפחה כ"ס) 24983/04 רודריג נ' בר-און (פורסם בנבו, 13.1.2008) (תביעה נגד ידוע בציבור לשעבר); תמ"ש (משפחה י-ם) 21382/01 ב.ד. נ' ב.ר. (פורסם בנבו, 15.10.2007); נטישה ובגידה: תמ"ש 21382/01, שם; הפרת הסדרי ראייה: תמ"ש (משפחה י-ם) 13993/02 פלוני נ' פלוני (פורסם בנבו, 15.2.2007); נזקים בגין חטיפת הילד על ידי בן הזוג: תמ"ש (משפחה ת"א) 42273/99 ד"ר ז.מ. נ' ר.מ.פ. (פורסם בנבו, 9.8.2005); הפרת הבטחת נישואין: תמ"ש 105841/99, שם; ע"א 5258/98 פלוני נ' פלוני, פ"ד נח(6) 209 (2004) (עילה זו אינה נזיקית אלא חוזית, אלא אם כן התרחשה תרמית או רשלנות); הסתרת מצבו הנפשי של בן הזוג עובר לנישואין: תמ"ש 7613/02, שם (שם חויבו בפיצויים הבעל והוריו שהסתירו מהאישה את דבר מצבו הנפשי של הבעל לפני החתונה); הסתרת אי-יכולתו המינית של הבעל עובר לנישואין: תמ"ש (משפחה י-ם) 24760/08 ש.ב.ר. נ' ר.ר. (פורסם בנבו, 25.3.2010); נזק שנגרם מצו עיכוב יציאה מן הארץ שהוציא בן הזוג: תמ"ש (משפחה ת"א) 78950/01 תמיר נ' תמיר-פישר (פורסם בנבו, 5.2.2003); תמ"ש (משפחה י-ם) 22606/03 ד. נ' מ. (פורסם בנבו, 25.6.2009); הקלטת בן הזוג בסתר תוך פגיעה בפרטיות ובאוטונומיה: תמ"ש (משפחה ת"א) 64191/00 ש.פ. נ' ש.י. (לא פורסם, 18.4.2006); גרימה לבן הזוג לחלל שבת דרך תלונה עליו למשטרה בשבת מתוך ידיעה כי יילקח לחקירה בתחנת המשטרה: שם. קובצו כאן תביעות שהגיעו לכדי פסק דין סופי הידועות לי ולא תביעות תלויות ועומדות או כאלה שהסתיימו בפשרה.

נגד הוריהם ונגד בני זוג של הוריהם,² והוגשה אפילו תביעה של הורה נגד בנו וכלתו.³ מדובר במגמה של ממש, שהתעצמה גם – אבל לא רק – בעקבות השימוש ב"נשק" החדש של מסורבות הגט. מדובר בתביעות נזיקין נגד בעליהן⁴ – "נשק" שמעורר הדים רבים בעיקר בשל חלקו בהחרפת המאבק בין הערכאות – בית הדין הרבני ובית המשפט לענייני משפחה⁵ – ואשר בכמה מקרים אף שימש בידי בעלים לצורך תביעה נגד נשותיהם שסירבו לקבל מהם גט.⁶ תביעות רבות אחרות בגין סרבנות גט תלויות ועומדות

- 2 למשל בגין: הזנחה רגשית: ת"א (מחוזי ת"א) 1916/88 פלוני נ' פלוני (פורסם בנבו, 26.6.1997), והערעור עליו – ע"א 2034/98 אמין נ' אמין, פ"ד נג(5) 69 (1999); תמ"ש (משפחה חי) 1620/00 ר.ב. נ' ש.ב. (פורסם בנבו, 2.8.2001); תמ"ש 19286/98, לעיל ה"ש 1; היעדר היכולת להשיג חינוך טוב ולהתקדם בחיים: בש"א (משפחה י-ם) 50904/08 א.י. נ' א.מ. (לא פורסם, 15.2.2009) (תביעה שהוגשה נגד אב לפיצוי בגין נזקים לא ממוניים שנגרמו לילדיו בעקבות מזונות נמוכים שלא אפשר להם לקבל חינוך טוב ולנצל את מלוא הפוטנציאל שלהם להתפתח בחיים ולהתקדם. התביעה נדחתה על הסף מן הסיבה שסכום התביעה נקבע בהסכם שיפוטי והאב עמד בהסכם זה); תקיפה גופנית ומינית: תמ"ש (משפחה י-ם) 2160/99 ל' באמצעות אמה נ' ל' (פורסם בנבו, 31.8.2005); מעשים מגונים והתעללות מינית: תמ"ש 2880/00, לעיל ה"ש 1; תמ"ש 1330/01, לעיל ה"ש 1; תמ"ש (משפחה ת"א) 60811/00 פלונית נ' אלמוני (פורסם בנבו, 23.8.2002); ת"א (מחוזי חי) 518/07 פלוניות נ' פלוני (פורסם בנבו, 14.5.2009) (תביעה נגד נגרת להרשעה בפלילים של דוד שביצע מעשים מיניים קשים באחיניו); נזק נפשי במעגל משני עקב התעללות בקרוב: תמ"ש 1330/01, לעיל ה"ש 1; אי-דיווח ההורה לרשויות על התעללות שנעשתה בילד: תמ"ש (משפחה ת"א) 29150/97 מ.ט. נ' ז.ד. (פורסם בנבו, 16.1.2003). גם כאן יוער כי קובצו רק תביעות שהגיעו לכדי פסק דין סופי הידועות לי.
- 3 בש"א (משפחה ת"א) 132254/98 פלונים נ' פלוני (לא פורסם, 19.7.1999) (תביעה בגין לשון הרע והגנת הפרטיות על רקע הוספת הזוג הצעיר את שם האב על ההזמנה לחתונתם ללא הסכמתו, לאחר שהיה נתק בין האב לבן במשך שנים).
- 4 אלה פסקי הדין הסופיים שניתנו עד היום: תמ"ש (משפחה י-ם) 19270/03 כ.ש. נ' כ.פ. (פורסם בנבו, 21.21.2004); תמ"ש (משפחה י-ם) 6743/02 כ. נ' כ. (פורסם בנבו, 21.7.2008); תמ"ש (משפחה כ"ס) 19480/05 פלונית נ' עיזבון פלוני (פורסם בנבו, 30.4.2006); תמ"ש (משפחה ראשל"צ) 30560/07 ה.ש. נ' ה.א. (פורסם בנבו, 2.12.2008); תמ"ש (משפחה ת"א) 24782/98 נ.ש. נ' נ.י. (פורסם בנבו, 14.12.2008); תמ"ש (משפחה חי) 12200/08 פלונית נ' אלמוני (לא פורסם, 21.2.2010).
- 5 ראו פסקי הדין הללו, שם, ובייחוד הסיפה של פסק דינה של השופטת טובה סיוון בתמ"ש 24782/98, לעיל ה"ש 4. קיימות עוד כמה החלטות ביניים בנדון. תביעות דומות רבות תלויות ועומדות כיום בבתי המשפט לענייני משפחה ברחבי הארץ. על מאבק הסמכויות בין הערכאות בכלל ולעניין מסורבות גט בפרט ראו Ayelet Blecher-Prigat & Benjamin Shmueli, *The Interplay between Tort Law and Religious Family Law: The Israeli Case*, 26 ARIZ. J. INT'L & COMP. L. 279 (2009) (להלן: Blecher-Prigat & Shmueli).
- 6 תמ"ש (משפחה ראשל"צ) 14160/07, נפתח ביום 15.4.2007, נסתיים בפשרה; תמ"ש (משפחה י-ם) 23420/01, תלוי ועומד בעת כתיבת שורות אלה; תמ"ש (משפחה חי) 8312/07 ש. נ' ש. (לא

בעת כתיבת שורות אלה, מקצתן בערעור בכתי המשפט המחוזיים. שלא כמו במשפט האמריקני, בישראל מעולם לא נהגה חסינות הורים בתביעות של ילדיהם כלפיהם אף שקיימים סייגים מסוימים להגשת תביעות כאלה.⁷ חסינות בתביעה בין בני זוג הייתה קיימת בפקודת הנזיקין אך בוטלה בשנות השישים של המאה העשרים.⁸ תחת החסינות

פורסם, 5.10.2009), שם נדחתה התביעה; תמ"ש (משפחה י-ם) 21162/07 פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו, 21.1.2010) ותמ"ש (משפחה י-ם) 18561/07 ש.ד. נ' ר.ד. (פורסם בנבו, 26.5.2010), שם התקבלו התביעות.

7 לסקירה משווה ראו יחיאל ש' קפלן "זכות הילד לתבוע את הוריו בגין התעללות נפשית" מגמות בקרימינולוגיה: תאוריה, מדיניות ויישום, לכבוד ד"ר מנחם הורוויץ בהגיעו לגבורות 463 (מאיר חובב, לסלי סבה ומנחם אמיר עורכים, 2003) (להלן: קפלן "התעללות נפשית"); בנימין שמואלי "ציווי משפטי על אהבת הורה לילדו ופיצוי בגין הזנחה רגשית: האם ילך משפט המדינה בעקבות משפט הטבעי?" משפטים על אהבה 269 (ארנה בן-נפתלי וחנה נווה עורכות, 2005) (המאמר להלן: שמואלי "ציווי משפטי", הספר להלן: משפטים על אהבה); Benjamin Shmueli, *Love and the Law, Children Against Mothers and Fathers: Or, What's Love Got to Do With It?*, 17 DUKE J. GENDER L. & POL'Y 131 (2010); בלהה כהנא חבות הורים בנזיקין כלפי ילדיהם וסוגיות בנזיקין בהקשר לקטינים וצדדים שלישיים (2008); אמנון סטרשנוב ילדים ונוער בראי המשפט 305–283 (2000). לסקירת החסינות וההתפתחויות במשפט האמריקני ראו LEONARD KARP ET. AL., DOMESTIC TORTS: FAMILY VIOLENCE, CONFLICT, AND SEXUAL ABUSE (rev. ed. 2005); Sandra L. Haley, *Comment: The Parental Tort Immunity Doctrine: Is It A Defensible Defense?*, 30 U. RICH. L. REV. 575 (1996); G. Steven Neeley, *The Psychological and Emotional Abuse of Children: Suing Parents in Tort for the Infliction of Emotional Distress*, 27 N. KY. L. REV. 689 (2000)

8 ס' 18 (א) לנוסח המקורי של פקודת הנזיקין, התשכ"ח–1968, דמ"י 10, 266 קבע כי "לא תוגש תובענה של בן זוג או נציג עובונו נגד בן זוגו או נגד נציג עובונו בשל עוולה שנעשתה לפני נישואיהם או כל עוד נישואיהם שרירים". החסינות בוטלה כמעט לחלוטין עם חקיקת חוק להסדר התדיינות בין בני זוג, התשכ"ט–1969, ס"ח 151. ס' 1(2) לחוק בית המשפט לענייני משפחה, התשנ"ה–1995, ס"ח 393, מאפשר להגיש תביעה אזרחית נגד בן משפחה, ובכללו בן זוג ובן זוג לשעבר. על החסינות בנזיקין בתביעות בין בני זוג בדין הישראלי ראו יובל סיני ובנימין שמואלי "הגיעו מים עד נפש" – דרכי התמודדות עם התעללות בבן זוג בדין הנזיקין, בדין הפלילי ובדין המשפחה: הצעת מודל חדש-ישן" מאזני משפט ו 273 (להלן: סיני ושמואלי "הגיעו מים עד נפש"). על החסינות בתביעות בין בני זוג במשפט האנגלי ראו: I WILLIAM BLACKSTONE, COMMENTARIES ON THE LAWS OF ENGLAND 442–443 (1765); Glanville Williams, *The Legal Unity of Husband and Wife*, 10 MOD. L. REV. 16 (1947). החסינות בוטלה כמעט לגמרי עם חקיקת Law Reform William E. McCurdy, (Husband and Wife) Act, 1962, c. 48 (Eng.) *Torts between Persons in Domestic Relation*, 43 HARV. L. REV. 1030, 1033–1056 (1930) (להלן: McCurdy, *Torts between Persons*); Notes: *Litigation between Husband and Wife*, 79 HARV. L. REV. 1650, 1663–1665 (1966) (להלן: *Litigation between Husband and Wife*); Merenoff v. Merenoff, 76 N.J. 535, 539–542 (1978); Yuval Sinai & Benjamin Shmueli,

נקבע הסדר שלפיו בית המשפט רשאי לעכב את ההליכים בתביעה לשלושה חודשים אם ראה סיכוי לשלום בית.⁹ בהסדר זה לא נעשה שימוש ולמעשה הוא בבחינת "אות מתה".¹⁰ אין מניעה אפוא להשתמש בדיני הנזיקין בישראל כאשר מדובר בתביעות בגין עוולות שנעשו כלפי בן משפחה.

תביעות נזיקין נגד בן משפחה נדונות כיום באופן בלעדי בבתי המשפט לענייני משפחה,¹¹ ומסיבות שונות, התלויות במבנה הערכאות בישראל, כמעט שאין מוגשים ערעורים על פסקי הדין וההחלטות של ערכאה זו,¹² ולכן תביעות כאלה כמעט שלא נדונו בבתי המשפט המחוזיים ובבית המשפט העליון, וכמעט שאין הלכות מחייבות בנדון. גם הספרות המחקרית בסוגיה דלה יחסית: רובה מתרכזת במקרה הספציפי של מסורבות הגט,¹³ ומיעוטה במקרים ספציפיים של התעללות בבן זוג ובילד¹⁴ ובהזנחה של ילדים,¹⁵ וגם במקרים אלה המחקר עדיין רחוק ממיצוי.

Changing the Current Policy Towards Spouse Abuse: A Proposal Inspired by Jewish Law for a New Model, 32 HASTINGS INT'L & COMP. L.J. 155 (2009); Benjamin Shmueli, *Tort Litigation between Spouses: Let's Meet Somewhere in the Middle*, 15 HARV. NEGOT. L. REV. 195 (2010) (להלן: *Tort Litigation between Spouses*).

9 ס' 1 לחוק להסדר התדיינות בין בני זוג מאפשר לבית המשפט הדין בתובענה האזרחית (כיום זהו בית המשפט לענייני משפחה) לעכב את ההליכים אם סבר כי קיים סיכוי לשלום בית וצפה כי הדיון בתביעה האזרחית יחבל בסיכוי זה ואינו שקול לנזק לשלום הבית, וגם אם בני הזוג נמצאים בהליך של שלום בית בבית המשפט או בבית הדין. הסדר זה מקנה לבית המשפט שיקול דעת נרחב מאוד בסוגיה אם כי עיכוב ההליכים הוא לשלושה חודשים בלבד, ואפשר להאריך בהחלטה מנומקת.

10 תמ"ש (משפחה ת"א) 81233/98 פלוני נ' פלונית, פס"ג' לפסק דינו של השופט שוחט (לא פורסם, 6.1.2000).

11 סעיף 1 בשילוב עם ס' 3 לחוק בית המשפט לענייני משפחה.

12 לדיון בתופעה זו ראו דברי שופט בית המשפט לענייני משפחה בתל אביב (כיום שופט בית המשפט המחוזי בתל אביב) שאול שוחט ודבריה של שופטת בית המשפט העליון בדימוס דליה דורנר בכינוס "עשור לבית המשפט לענייני משפחה: חזון מול מציאות", המרכז לזכויות הילד והמשפחה, מכללת שערי משפט, 22.6.2006, כפי שהובאו אצל מיכל בן שבת, בנימין שמואלי, רונה שו ויאילת בלכר-פריגת "שולחן (משפחתי) עגול – עשור לבית המשפט לענייני משפחה: חזון ומציאות" משפחה במשפט ב 1 (2009); הרב גד אדרי "גלגול שלישי" בבית המשפט העליון בשבתו כערכאת ערעור בתיקי משפחה" פסקדין (23.9.2009), www.psakdin.co.il/fileprint.asp?FileName=/Sada/Public/art_ccge.htm.

13 יחיאל ש' קפלן ורון פרי "על אחריותם בנזיקין של סרבני גט" עיוני משפט כח 773 (2005) (להלן: קפלן ופרי "אחריות סרבני גט"); יפעת ביטון "עניינים נשיים, ניתוח פמיניסטי והפער המסוכן ביניהם – מענה ליחיאל קפלן ורון פרי" עיוני משפט כח 871 (2005); בנימין שמואלי "פיצוי נזיקי למסורבות גט" המשפט יב 285 (2007) (להלן: שמואלי "פיצוי נזיקי למסורבות גט"); אוריאל לביא "סידור גט לאחר חיוב הבעל בפיצוי כספי לאשתו" תחומין כו 160 (התשס"ו); שלמה דיכובסקי "צעדי אכיפה ממוניים כנגד סרבני גט" תחומין כו 173 (התשס"ו); רון פרי ויחיאל ש' קפלן "תפסת

לפיכך מתעורר צורך במבט על להבנת הבסיס לתביעות אלה ולהבנת היחס שבין דיני הנזיקין, הנדונים באכסניה האזרחית של בית המשפט לענייני משפחה, לבין דיני המשפחה, הנדונים לעתים או באותה ערכאה ממש, או בענייני נישואין וגירושין – בבית הדין הדתי ועל פי הדין האישי.¹⁶

ברצוני להציג את הסוגיה של תביעות נזיקין נגד בן משפחה בפריזמה מיוחדת, על פי גישה תאורטית מובילה בתחום דיני הנזיקין. אין מדובר רק בהצגת הדברים; מיקומם של דיני הנזיקין בספירה המשפחתית דרך אותה פריזמה תסייע להצדקת מהלכים של תביעות נזיקין בגין סרבנות גט, השנויים במחלוקת בעיני חוגים מסוימים, ואף להצדקת התפתחויות עתידיות אפשריות בעניין זה. ההליכה במתווה התאורטי הנזיקי מתבקשת, שכן מדובר בתביעות שהן קודם כל תביעות נזיקין. אך הליכה זו תהיה בכל זאת זהירה, שכן מדובר בתביעות נזיקין בתוך התא המשפחתי, ואלה – אף שהן תביעות נזיקין לכל דבר ועניין – צריכות בכל זאת לזכות להתייחסות מיוחדת וליישום בשינויים המחויבים.¹⁷

חוקר משפט הבוחן את המפגש בין דיני הנזיקין לבין ענייני המשפחה, הקיימת או המפורקת, יכול לראות בדיני הנזיקין סעד משני, שמטרתו להיכנס לוואקום שיוצרים דיני המשפחה בתחומים שונים ולהעניק לנפגע מעין סעד מדרגה שנייה. מדובר במעין פיצויים של נחמה במקום שבו הסעד הראשי שבדיני המשפחה אינו ברה"שגה, אם מכוח

מרובה לא תפסת: על העצמה באמצעות דיני הנזיקין" העצמה במשפט 411 (מימי איזנשטרט וגיא מונדלק עורכים, 2008) (להלן: פרי וקפלן "העצמה באמצעות דיני הנזיקין"); Blecher-Prigat & Shmueli, לעיל ה"ש 5.

14 סיני ושמואלי "הגיעו מים עד נפש", לעיל ה"ש 8; שמואל גולדשטיין ורינה לאור "היבטים בין-תרבותיים בחובת הדיווח ובאיתורם של ילדים נפגעי התעללות והזנחה" התעללות והזנחה של ילדים בישראל: הנפגעים, אכיפת החוק והמשפט, רפואה, חינוך, רווחה 858, 861–862 (דבורה הורוביץ, יורם בן-יהודה ומאיר חובב עורכים, 2007), נדפס מחדש בשינויים מסוימים כ"היבטים בין-תרבותיים והשפעתם על אנשי מקצוע בהקשר של איתור ילדים נפגעי התעללות והזנחה וחובת הדיווח" משפחה במשפט ג-ד 243 (2010).

15 סטרשנוב, לעיל ה"ש 7, שם; כהנא, לעיל ה"ש 7; קפלן "התעללות נפשית", לעיל ה"ש 7; שמואלי "ציווי משפטי", לעיל ה"ש 7.

16 אריאל רוזן-צבי "דיני משפחה וירושה" ספר השנה של המשפט בישראל 75, 75–79 (1995); ראו Blecher-Prigat & Shmueli, לעיל ה"ש 5, בעמ' 279–281.

17 למשל לעניין הצורך לשמור על ההרמוניה של התא המשפחתי או למצער החשש מהעמקת הקרע באמצעות התביעה הנזיקית. לשיקולים אלה ואחרים כאשר לתביעות נזיקין בין בני זוג ראו *Litigation between Husband and Wife*, לעיל ה"ש 8, בעמ' 1650–1654, KARP; לעיל ה"ש 7; *between Spouses Tort Litigation*, לעיל ה"ש 8. לשיקולים אלה ואחרים בנוגע לתביעות נזיקין נגד הורים ראו: סטרשנוב, לעיל ה"ש 7; כהנא, לעיל ה"ש 7; קפלן "התעללות נפשית", לעיל ה"ש 7; שמואלי "ציווי משפטי", לעיל ה"ש 7; Haley; לעיל ה"ש 7 ו-Neeley, לעיל ה"ש 7.

קביעה נורמטיבית בדין ואם מבחינה טכנית. מסקנה זו עשויה להפנות את החוקר למאמרם המפורסם של קלברזי ומלמד משנת 1972,¹⁸ המתייחס לשאלה זו, אם כי לא לעניין תביעות נזיקין במשפחה דווקא. תקוותי שניתוח זה יסייע בהבנת המורכבות בסוגיית תביעות נזיקין נגד בן משפחה ויוכל גם לבסס ולהצדיק מהלכים קיימים והתפתחויות עתידיות באשר לתביעות בגין סרבנות גט.

כאשר קלברזי ומלמד דנים בדרכי ההגנה על זכויות משפטיות (entitlements) הם מסבירים שלעתים דיני הנזיקין הם מקור משלים, אם אין רצון או אין אפשרות להעניק את הסעד המרכזי הקנייני. מדובר בזכות המוגנת בשני רבדים שונים וחלופיים: הרובד הראשי, המגן על הזכות ברמה גבוהה דרך מתן סעד מסוים, והרובד המשני – המעניק הגנה ברמה נמוכה יותר דרך מתן סעד אחר, חלש יותר. דוגמה מובהקת היא הגנה מפני מטרד: מפעל מטריד את מנוחתו של שכן, וזה מעוניין בצו מניעה שפירושו סגירת המפעל היצרני.¹⁹ לעתים המשפט אינו מוכן לתת צו מניעה אשר ימנע מהמטריד להמשיך בפעולתו, ותחת זאת הוא מוכן לאפשר פסיקת פיצוי לניזוק. בדוגמה זו צו המניעה הוא הסעד הראשי והפיצוי הנזיקי הוא הסעד המשני והחלופי. בדומה לכך פיצויים עשויים לרפא, כסעד משני, פגיעה בשם הטוב לעניין לשון הרע, אם לא ניתן צו מניעה נגד הפרסום, מחשש לפגיעה בחופש הביטוי.

השאלה שביסוד חיבור זה היא אם או באילו נסיבות נכנסים דיני הנזיקין לוואקום הנוצר כאשר דיני המשפחה אינם מעוניינים או אינם יכולים לספק את הסעד המבוקש, והיא תיבחן בעיקר באשר לשאלת תביעות הנזיקין בגין סרבנות גט. שאלה זו תיבחן לאור גישתם זו של קלברזי ומלמד בדבר הסעד המשני והראשי. כך אבחן אם הפיצויים הניתנים בדיני הנזיקין משמשים למעשה סעד משני במקרים שבהם דיני המשפחה אינם מקנים סעד ראשי מבוקש מסוג של סטטוס.

ההשוואה למתווה שהציגו קלברזי ומלמד לא תיעשה רק לשם ההשוואה גופה, אף שבוודאי יש להשוואה זו ערך אקדמי ואף מעשי. המטרה המרכזית היא לבחון במבט-על את היחס בין מערכת דיני הנזיקין למערכת דיני המשפחה בסוגיה של תביעות נזיקין נגד בן משפחה. בחינת הסוגיה דרך השוואתה באופן כללי ופרטני למתווה המוכר היטב לכל חוקר נזיקין עשויה לשפוך אור על הסוגיה, לחדדה ולבארה בצורה טובה וברורה יותר. המשמעות המרכזית תהיה הבחינה אם המתווה של הגנה על אותה זכות בשתי דרגות חלופיות שונות, של מתן סעד משני כאשר החברה מחליטה שלא להעניק את הסעד הראשי, יכול להתאים לסוגיה זו באופן עקרוני. הדיון יחדד גם את ההבדל בין תפקיד הערכאות השונות, ויכולה להיות לו השפעה אף על שאלת מאבק הסמכויות בין

18 Guido Calabresi & A. Douglas Melamed, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, 85 HARV. L. REV. 1089 (1972) (להלן: Calabresi & Melamed). חוקרים קוראים למאמר זה לעתים "the four rules".
19 דוגמה לכך אפשר למצוא בהלכה המפורסמת שנקבעה בפסק הדין: ע"א 44/76 אתא חברה לטכסטיל בע"מ נ' שוורץ, פ"ד ל(3) 785 (1976).

הערכאות הללו. מלבד זאת אבחן אם יהיה אפשר להיעזר במתווה של קלברזי ומלמד לצורך ביסוס מהלכים חדשניים השנויים במחלוקת שכבר נעשו בסוגיית תביעות נזיקין עקב סרבנות גט. אבחן גם אם מתווה זה יוכל להצדיק מבחינה נזיקית-תאורטית התפתחויות עתידיות באותה סוגיה, שסביר להניח שתהיינה שנויות במחלוקת עזה יותר. השימוש במתווה של קלברזי ומלמד יוכל, ולו בצורה מסוימת, להצדיק את המהלכים הללו ולהשתיתם על גישות נזיקיות "טהורות" שאינן מתקשרות לאג'נדה פמיניסטית, לגישה שבבסיסה אנטגוניזם כלפי בתי הדין הרבניים וכיו"ב.

זוהי תקופה של עיצוב הנורמות בסוגיה של תביעות נזיקין נגד בן משפחה בכלל ובגין סרבנות גט בפרט. כפי שגורס שופט בית המשפט העליון אליקים רובינשטיין באשר לתביעות נזיקין בגין סרבנות גט, "עילת התביעה המהותית טרם התבררה בבית משפט זה"²⁰ וגם לא בבתי המשפט המחוזיים. לכן קיימת חשיבות רבה לביסוס תאורטי ופרקטי של תשובות לשאלות הללו דרך ניסיון לעצב את דיני הרשלנות, הדינימיים והמשתנים, בצורה שתתאים לתביעות נגד בן משפחה בכלל ולמקרה המיוחד של סרבנות גט בפרט כדי לבסס תקדימים בבתי המשפט המחוזיים ובבית המשפט העליון.

עוד אבחן בחיבור זה אם זכויות הקשורות לסטטוס האישי הן סחירות וניתנות למעשה להעברה ולמכירה; אם בית המשפט לענייני משפחה יכול למלא תפקיד פעיל ולגיטימי ביצירת מעין עסקה מטעם המדינה שבה בן משפחה פוגע בזכויותיו של בן משפחה אחר במישור הסטטוס האישי; אם המדינה מאפשרת לתמחר את הזכות הנפגעת במישור הסטטוס דרך קביעת תג מחיר לפגיעה בזכות באמצעות דיני הנזיקין.

בפרק א אציג את גישתם של קלברזי ומלמד. בפרק ב אבחן במבט-על אם גישתם זו (בעיקר אחד הכללים שהם מציגים – "כלל האחריות לטובת הניזוק") יכולה להתאים לתביעות נזיקין נגד בן משפחה בכלל. בפרק ג אעבור מן הכלל אל הפרט ואבחן את השימוש האפשרי בכלל האחריות של קלברזי ומלמד במקרי סרבנות גט, כאשר מטרת הסעד הנזיקי היא לנסות ולשנות את הסטטוס האישי שבדיני המשפחה. בפרק ד אבחן התפתחויות עתידיות אפשריות בסוגיה זו אל מול כלל האחריות ואנסה להצדיק תאורטית על פי אותו כלל. אסכם באחרית דבר.

א. קלברזי ומלמד: שתי צורות חלופיות (סעד ראשי וסעד משני) של הגנה על זכות משפטית ו"כלל האחריות לטובת הניזוק"

קלברזי ומלמד סבורים כי קיימות שתי דרכים שבהן המשפט יכול להגן על זכות (entitlement): הדרך האחת היא הכרעה בין זכויות (first order decisions), שם נדרש בית המשפט להכריע זכותו של מי על העליונה – למשל זכותו של המעוניין באוויר נקי או

²⁰ רע"א 5027/09 פלונית נ' משרד המשפטים, פס' ג' לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 2.6.2010).

זכותו של המעוניין לזהם כדי לממש את חופש העיסוק שלו וכיו"ב. על המשפט לדאוג לאכוף את הזכות, שאם לא כן כל דאלים (או כל דחכם) גבר.²¹ פעמים שהקביעה הנורמטיבית היא להגן על זכותו של הנפגע ופעמים שהקביעה היא להותיר את הנזק במקום שבו נפל, דהיינו שהנפגע יישא בו.²²

הדרך האחרת, הרלוונטית לענייננו, שגם עומדת במרכז חיבורם של קלברזי ומלמד, היא ההכרעה כיצד תמומש הזכות ותיאכף (second order decisions): האם בדרך קניינית (למשל אכיפה או צו מניעה) או בדרך של פסיקת פיצויים?²³ זו למעשה שאלת הבחירה הנורמטיבית בין סעדים הנוספת על השאלה אם לאחר שנקבעה הזכות בשלב הראשון ייאלץ למעשה בעל הזכות למכור את זכותו או להעבירה.²⁴

בראיתם של קלברזי ומלמד קיימים שלושה סוגים מרכזיים של הגנה על זכות:²⁵ הסוג הראשון הוא הגנה על זכות באמצעות כלל קנייני (property rule). מדובר באפשרות המשפטית של בעל הקניין למנוע מאחרים להשתמש בקניינו ללא הסכמתו או למנוע מהם לפגוע בקניינו. הוא ימכור את קניינו לאחר רק אם יסכים ויסכם עם הקונה בסופו של משא ומתן את עצם ההעברה ואת המחיר. כלומר, במקרה כזה הצדדים עצמם מסכמים את המחיר לעסקת העברת הזכות (המוכר יכול להטיל וטו על המכירה אם המחיר המוצע אינו מוצא חן בעיניו). התערבות המדינה בשלב זה מינימלית – התערבותה הדומיננטית נרשמה בשלב הקודם, בהחליטה מראש למי שייכת הזכות הקניינית המקורית שיכולה להימכר.²⁶ צו מניעה כגון צו להפסקת מטריד משמעותו עצירה מוחלטת של הפגיעה בזכות, ולכן הוא מאפיין קלאסי של הגנה לפי כלל קנייני. אך הנפגע עצמו יכול להסכים למכור את הזכות לפוגע. במסגרת עסקה כזו ימשיך הפוגע להטריד ולפגוע בזכות הקניינית של הנפגע, מרצונו של האחרון, תמורת פיצוי שיסוכם בין הצדדים.

הסוג השני, הרלוונטי ביותר לענייננו, הוא ההגנה באמצעות כלל אחריות (liability rule), שהוא כלל שבעיקרו הוא נזיקי, והוא מגן על הזכות ברמה נמוכה מזו של הכלל הקנייני.²⁷ הפגיעה בזכות אפשרית בכפוף לפיצויים, אך כאן לא רק עצם הזכות נקבעת

21 Calabresi & Melamed, לעיל ה"ש 18, בעמ' 1090–1091.

22 שם, בעמ' 1091.

23 שם, בעמ' 1092. אפשרית גם דרך משולבת, של אכיפה ופיצויים, אם כי החלופיות היא שעומדת במרכז המאמר.

24 שם.

25 שם, בעמ' 1105–1106.

26 שם, בעמ' 1092. אם המדינה תקבע את המחיר מלכתחילה, ולא הצדדים במשא ומתן ביניהם, הוצאות העסקה יהיו כה גבוהות עד כי תימנע לעתים הוצאתן לפועל אף של עסקאות כדאיות. לפיכך סיכום המחיר נותר למשא ומתן בין הצדדים. ראו שם, בעמ' 1106. בעניין זה רלוונטית כמובן התאורמה של קוז: Ronald H. Coase, *The Problem of Social Cost*, 3 J. L. & ECON. 1 (1960).

27 Calabresi & Melamed, לעיל ה"ש 18, בעמ' 1092, 1106–1110.

על ידי המדינה אלא גם הפיצויים נקבעים מראש באופן אובייקטיבי על ידי המדינה או על ידי אחד האורגנים שלה.²⁸ לנפגע אין אפשרות מעשית לסרב לפיצויים ואין לו גם מרחב התמקחות על המחיר. החברה למעשה שולחת לו מסר שהיא מגנה על הזכות שלו, אולם ההגנה מוגבלת (עם זאת יצוין כאן כי לא כל זכות היא עניין קנייני, וכי הגנה נזיקית יכולה לעתים להיות כמובן ההגנה המרכזית והעיקרית).

הסוג השלישי, הרלוונטי גם הוא בצורה מסוימת לענייננו, הוא כלל של אי-העברה (או אי-יכולת המחאה) (inalienability). קיימות זכויות שהחברה אינה מאפשרת להעבירן, אפילו לא אם בעל הזכות מסכים למכור אותה ואף אם הדבר יעיל כלכלית.²⁹ למשל, החברה איננה מאפשרת לאדם למכור את גופו לעבדות או למכור את איבריו בחייו לשם השתלה באדם אחר.³⁰ הוא לא יוכל לעשות כן מרצונו, והחברה גם אינה מאפשרת לקבוע תג מחיר עבור פעולה כזו הנעשית בניגוד לרצונו, שכן מדובר בהיתר לפעולה שאינה מוסרית ואינה ראויה.³¹ אף שאם הזכות נפגעת בכל זאת, יהיה לה לעתים בדיעבד תג של מחיר, שייקבע על ידי החברה.³² לעתים החברה תגביל את ההעברה בהגבלות ובתנאים, ולא תאסור אותה לגמרי.³³ לעומת שני סוגי המקרים האחרים כאן התערבות המדינה היא האינטנסיבית ביותר.³⁴

במקרים רבים הכללים מעורבים, ואותה זכות לעתים מקבלת הגנה קניינית, לעתים הגנה מסוג של אחריות, ולעתים נקבע שאין להעביר את הזכות כלל.³⁵

בעזרת סוגי ההגנה הללו קלברזי ומלמד מנסחים ארבעה כללים, והם מדגימים אותם דרך הסוגיה הנזיקית של עוולת המטרד, במקרה שבו יש מי שנוקט פעילות מזהמת (אוויר או נחל) ויש מי שניזוק מפעילות זו: (1) כלל קנייני לטובת הניזוק: הניזוק מבקש ומקבל צו המורה למזהם להפסיק את פעילותו המזהמת;³⁶ (2) כלל אחריות לטובת הניזוק, שבו אתמקד: הניזוק אינו יכול לדרוש את עצירת הזיהום, אבל הוא זכאי

28 שם, בעמ' 1092.

29 שם, בעמ' 1092-1093, 1111-1114.

30 שם, בעמ' 1112.

31 שם.

32 למשל, החברה לא תאפשר למכור כליה, אבל אם אדם איבד כליה בתאונת דרכים, היא לכליה זו מחיר. ראו שם, בעמ' 1112-1113, בטקסט בסמוך לה"ש 44.

33 שם, בעמ' 1111-1112.

34 שם, בעמ' 1111.

35 שם, בעמ' 1114. לדברי קלברזי ומלמד, ההבדלים בין הכללים גם אינם תמיד חדים. ראו שם, בעמ' 1092.

36 שם, בעמ' 1115-1116. נאמן לגישתו בדבר מונע הנזק היעיל והזול, טוען קלברזי (ועמו מלמד) כי כלל זה מתקיים מנקודת מבט של יעילות כלכלית כאשר פולט הזיהום יכול למנוע את הזיהום או להקטין את הוצאותיו יותר משיכול מי שנפגע מהזיהום. ראו שם, בעמ' 1118.

לפיצויים בגין הזיהום³⁷ (להלן: כלל האחריות); (3) כלל קנייני לטובת המזיק: המזהם רשאי להמשיך בפעילות, שכן נקבע שאין למעשה מטרד, ואז הניזוק יוכל לקנות את הזכות במשא ומתן, אם ירצה בכך;³⁸ (4) כלל האחריות לטובת המזיק, שזהו אחד החידושים המרכזיים של קלברזי ומלמד: הניזוק רשאי למנוע את הזיהום (להפסיק לגמרי את הפעילות המזהמת או לדרוש שהפעילות תיעשה באופן שאינו מזהם), אך עליו לפצות את המזהם. כל עוד המזהם אינו מקבל פיצוי, הוא רשאי להמשיך בפעילותו המזהמת.³⁹

מטרידים, וענייני מקרקעין וזיהום בכלל, כמו גם תחומים שבהם נעשה שימוש ולו מסוים בצו מניעה (למשל בלשון הרע) הם קלאסיים יותר לצורך יישום גישתם של קלברזי ומלמד.⁴⁰ עם זאת המחברים עצמם מציינים כי אינם יכולים לבחון בדקדקנות במסגרת המאמר את הרלוונטיות של גישתם לתחומים רבים אחרים של המשפט.⁴¹ כעת ארים את הכפפה ואבחן אני אם גישתם יכולה להתאים גם לתביעות נזיקין נגד בן משפחה: האם זכויות הנובעות מיחסים משפחתיים ובין-אישיים ניתנות בכלל להעברה ולמכירה? האם אפשר לראות בתביעות נזיקין במסגרת התא המשפחתי סוג של עסקה להעברת זכויות?

ב. האם כלל האחריות יכול להתאים לתביעות נזיקין נגד בן משפחה? מבט על

קלברזי ומלמד מדברים למעשה על שני רבדים – הקנייני והפיצויי – הנמצאים בתוך אותו דין אזרחי ונדונים באותה ערכאה ממש, שהיא שמחליטה מתי לתת את הסעד הראשי-הקנייני ומתי את הסעד המשני של הפיצויים, שגם הוא הגנה על הזכות אך מדרגה נמוכה יותר. הם סבורים שאין לראות כאן שני תחומי משפט המנותחים בנפרד – קניין ונזיקין – אלא יש לנתחם ניתוח אינטגרטיבי.⁴² יש לשים לב שאכן אופי הסעדים שונה, אך גם הסעד הקנייני ניתן במסגרת דיני הנזיקין, שכן דיני הנזיקין מונים עם הסעדים שהם מעניקים גם צווי מניעה. הפנייה אל הסעד המשני לפי הכלל השני דלעיל, כלל האחריות לטובת הניזוק, נעשית במקרים שבהם אי אפשר, לא צודק, לא הוגן או לא כלכלי להפעיל את הסעד הראשי.

37 שם, בעמ' 1116, 1119.

38 שם, בעמ' 1116.

39 שם, בעמ' 1117–1121.

40 שם, בעמ' 1115–1118.

41 שם, בעמ' 1124.

42 שם, בעמ' 1089.

לכאורה, בענייני משפחה המצב שונה. דיני המשפחה בישראל, ובחלק ממדינות העולם, נגועים בדיכוטומיה לא "בריאה" – חלק מענייני המשפחה נדונים בבתי דין דתיים וחלק אחר בבתי משפט אזרחיים. אין ספק שתביעות נזיקין נגד בן משפחה נדונות לפי דיני הנזיקין ובבית המשפט לענייני משפחה ככובעו כבית משפט הדין בסכסוכים אזרחיים בין בני משפחה.⁴³ אין ספק גם שענייני נישואין וגירושין נדונים בישראל בבתי הדין הדתיים לפי העדה הרלוונטית, בהיותם ענייני מעמד אישי.⁴⁴ לפיכך ענייני סטטוס נדונים לכאורה רק בבית הדין הדתי, וענייני פיצויים נזיקיים נדונים רק בבית המשפט לענייני משפחה. ענייני משפחה שאינם קשורים לנישואין ולגירושין עצמם (כגון משמורת) נדונים בבית המשפט לענייני משפחה לפי חוק בית המשפט לענייני משפחה,⁴⁵ ומקצת עניינים אלה נדון לעתים דווקא בבית הדין הרבני דרך כריכה.⁴⁶ בחלק קטן מהנושאים הסמכויות מקבילות.⁴⁷ החלוקה הגסה והלא תמיד מדויקת היא כי בבית הדין הדתי נדון הדין הדתי, ובבתי המשפט האזרחיים נדון הדין האזרחי.⁴⁸ תביעות נזיקין נגד בן זוג (או בן זוג לשעבר) או נגד הורה נדונות בבית המשפט לענייני משפחה, ופרט לסדרי דין שונים ולרצון מוגבר להביא לסיום הסכסוך המשפחתי בדרכי שלום, שהוא אחת מאבני היסוד של הקמת ערכאה זו,⁴⁹ התביעות הללו נדונות לפי דיני הנזיקין לכל דבר ועניין, אולם מסיבות שונות קיים מאבק בין הערכאות ובין הדינים בעניינים שונים.⁵⁰

43 ס' 1 לחוק בית המשפט לענייני משפחה.

44 רוזן-צבי, לעיל ה"ש 16, שם; Blecher-Prigat & Shmueli, לעיל ה"ש 5, בעמ' 279–281.

45 ראו חוק בית המשפט לענייני משפחה.

46 ס' 3 לחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), התשי"ג–1953, ס"ח 165; Blecher-Prigat & Shmueli, לעיל ה"ש 5, בעמ' 279–281.

47 למשל, בנושא צו הגנה מפני אלימות במשפחה קיימת סמכות מקבילה לבית משפט שלום, לבית דין דתי ולבית משפט לענייני משפחה. ראו ס' 2 לחוק למניעת אלימות במשפחה, התשנ"א–1991, ס"ח 138.

48 בכפוף לבג"ץ 1000/92 בבלי נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד מח(2) 221 (1994). בהלכה זו נקבע כי בעניינים אזרחיים ידון גם בית הדין הרבני לפי הדין האזרחי. הדבר לא תמיד נעשה בפועל, מסיבות שונות, ואין זה המקום להאריך בכך.

49 דן ארבל ויהושע גייפמן "חוק בית המשפט לענייני משפחה, תשנ"ה–1995" הפרקליט מג 431, 441–438 (1995).

50 מאבק זה מקורו במקרים רבים בנושאים הנמצאים בכל זאת בסמכות מקבילה מסוימת, עקב כריכה של ענייני מעמד אישי מסוימים לתביעות שבסמכות בית המשפט לענייני משפחה ועוד. לעתים הדבר מביא לכדי מירון סמכויות, המחריף מאוד את המאבק, שלפיו בן הזוג ממחר ומגיש תביעה לבית הדין או לבית המשפט, לפי הנוחות, כדי לקנות סמכות בערכאה המתאימה לו, לעתים בשלבים שבהם אפשר לפתור את הסכסוך בדרכים אחרות. ראו Blecher-Prigat & Shmueli, לעיל ה"ש 5, בעמ' 279–281.

מצב זה נראה שונה מהמצב שעליו מדברים קלברזי ומלמד, שכן כאן קיימות שתי ערכאות שונות ושתי מערכות דינים שונות. אך לבד מנקודה זו נראה כי יש דמיון לכלל האחריות. גם כאן רלוונטית האפשרות של סעד ראשי וסעד משני, המגנים שניהם ברמות שונות לעתים על אותה זכות ממש: במקרים רבים הסעד הראשי המבוקש נוגע בענייני סטטוס, ולכן הוא סעד מדיני המשפחה. אך במקרים שזה אינו ניתן על ידי החברה (דהיינו על ידי בית הדין הדתי העוסק בדין האישי של הסטטוס), אם מחוסר רצון וכוונה לתתו ואם מחוסר יכולת לתתו, נותר הסעד המשני, הוא סעד הפיצוי. החברה מגנה אפוא על הזכות בשני מישורים שונים: סעד ראשי של סטטוס (משפחה) וסעד משני של פיצוי (נזיקין), וכאשר ההחלטה הנורמטיבית היא שלא להעניק את הסעד במישור הראשי, מאפשרת החברה את הסעד המשני. אך לא כל הסעדים בדיני המשפחה הם סעדים המשנים את הסטטוס האישי, ולכן המצב מורכב יותר.

לפיכך מן הבחינה המהותית אפשר למצוא דמיון בין הדברים אף שהדוגמה שבה השתמשו קלברזי ומלמד לצורך ביסוס המתווה שלהם לקוחה מסעדים הניתנים באותה ערכאה. מלבד זאת אפשר למצוא מקרים אחרים שבהם הדין מאפשר ליישם בד בבד, במצטבר או לחלופין, שני תחומים משפטיים שונים שמטרתם להגיע לתוצאה דומה. למשל, פרט להגשת תביעה נזיקית של מי שנפגע כלפי הפוגע, רשאי בית המשפט להורות על פיצוי הנאשם את הנפגע במסגרת ההליך הפלילי בגין אותה מסכת עובדתית.⁵¹ מדובר כמובן בהליכים שונים בערכאות שונות, ובהליך הפלילי אף אין זהות בין הצדדים, שכן פרט למקרים נדירים יחסית של הגשת קובלנה פלילית פרטית המדינה היא המאשימה והיא שמנהלת את ההליך נגד הפוגע-העבריין, והקרוב אינו חלק מההליך, שלא כמו בהליך הנזיקי שאותו הוא מנהל. אנסה להראות כאן כי למרות שיש שינויים שהם מחויבים במסגרת המעבר למערכת דיני המשפחה, כלל האחריות יכול להתאים עקרונית להצגת המצב בעניין תביעות נזיקין נגד בן משפחה שבהן מתבקש הסעד המשני של הפיצויים במקום שבו לא ניתן הסעד הראשי של הסטטוס. שלד הרעיון מתאים, יכול להסביר את המצב הקיים הסבר מסודר וברור, ויוכל אולי אפילו לקדם לכיוון של הצדקת התפתחויות חדשות ושל הצדקת מהלכים קיימים השנויים במחלוקת בעניין תביעות בגין סרבנות גט, שהן תביעות מרכזיות במשפחה המוגשות לאחרונה שבהן מתבקש הסעד המשני של הפיצויים כשלא התקבל הסעד הראשי של הגט. קלברזי

51 בישראל קיים הסדר של פיצוי במסגרת גזר הדין בהליך הפלילי בסעיף 77 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, ס"ח 226. הסעיף קובע כי בית המשפט רשאי לחייב אדם שהורשע בביצוע עבירה לשלם לניזוק מן העבירה סכום לפיצוי הנזק או הסבל שנגרם לו. ראו אסנת אלירם "פיצויים לקרבן העבירה – הצעה לדגם חדש" מחקרי משפט יט 205 (2002). התקרה של פיצוי לכל עבירה היא מעל 240 אלף ש"ח, לאחר שעמדה על כשליש מזה משך שנים רבות. ראו ס"ח 1941 מיום 9.6.2004, בעמ' 390. על פי סעיף 88 לחוק העונשין, חיוב בפיצוי לפי סעיף 77 אינו משחרר מאחריות לנזק לפי כל דין אחר. ראו רע"פ 9727/05 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 8.8.2007).

ומלמד עצמם מסכמים את חיבורם כך: "the framework we have employed may be applied in many different areas of the law"⁵²

לצורך ההמשך נוציא ממסגרת הדיון תביעות נזיקין נגד בן משפחה שאין בהן בעייתיות המצריכה בחינתו של סעד משני הניתן כאשר לא ניתן סעד ראשי. במקרים רבים דיני הנזיקין מטפלים בענייני משפחה דרך הענקת סעד יחיד, נזיקי, שאינו מתנגש עם סעד הסטטוס מדיני המשפחה אם מכיוון שבאותם מקרים הסעד מדיני המשפחה אינו רלוונטי, אלא רק זה של הפיצויים הנזיקיים, ואם מכיוון שסעד הפיצויים נשען על הסעד מדיני המשפחה. אפרט בקצרה.

לעתים אין אינטרקציה בין תביעת הנזיקין נגד בן המשפחה לבין דיני המשפחה כלל, ולכן אין אינטרקציה עקרונית בין הערכאות ובין מערכות הדינים. דוגמאות לכך הן פיצוי עבור אלימות של בן זוג במקרים מסוימים, פיצוי בגין לשון הרע על בן זוג ורוב התביעות של ילדים נגד הוריהם, למשל בגין התעללות, הזנחה וכיו"ב. כל הנושא כולו אינו שייך כלל לטיפול של הערכאה הדתית או של בית המשפט לענייני משפחה בכובעו כערכאה העוסקת בדין האישי, בשום היבט שהוא של אותו סכסוך. הסעד הנזיקי אינו קשור לסטטוס או לכל עניין אחר שבדיני המשפחה. דיני המשפחה ממילא אין עניינם מתן פיצויים במקרים שבהם נגרמים נזקים שכאלה לבני זוג או לילדים מאת בני משפחתם, והנושא נמצא בסמכות בלעדית של בית המשפט לענייני משפחה בכובעו כבית משפט אזרחי הפוסק פיצויים בנזיקין. זו הפרדה שהדין יצר מלכתחילה בין הסמכויות: דיני המשפחה בבית הדין הדתי ובבית המשפט לענייני משפחה בעניינים מסוימים, ודיני הנזיקין אך ורק בבית המשפט לענייני משפחה בכובעו כבית משפט אזרחי-נזיקי כאשר לתביעות בין בני משפחה. אין כאן עניין של הכרעה בין סעדים, כמו בכלל האחריות, אלא של סעד רלוונטי אחד בלבד.⁵³

52 Calabresi & Melamed, לעיל ה"ש 18, בעמ' 1128.

53 שלא כמו בכלל האחריות, כאן אין עסקה של מכירת הזכות שלא להיחשף לאלימות או ללשון הרע וכיו"ב. אין מדובר במקרה שבו החוק מתיר לעשות את המעשה אך למעשה קובע לו תג מחיר. אמנם הפיצויים שהמעוול משלם על מעשיו הם תג מחיר שהחברה קובעת להתנהגות זו, ובכך קיים דמיון לכלל האחריות, אך החברה אינה מכשירה את המעשים, מלכתחילה או בדיעבד. בן הזוג או ההורה אינו מורשה, מכוח הדין, להתעלל, ותג המחיר שנקבע בדיעבד להתנהגות עוולתית זו אינו מכשיר את המעשים שנעשו בעבר ובוודאי אינו מתיר להמשיכם בעתיד. למעשה מקצת הזכויות הללו של הנפגע הן זכויות מסוג של אי-העברה, שלא כמו בכלל האחריות, המתיר העברת זכויות תמורת פיצוי על עצם ההעברה. זכותו של הילד או של בן הזוג לשמירה על גופו ונפשו, לדוגמה, אינה ניתנת להעברה כלל, גם לא תמורת כסף. הפיצוי הוא רק בדיעבד על העוולה של התעללות, ואין לראות כאן עסקה מכוח החוק. ייתכן שמקצת הזכויות במעגל זה ניתנות להעברה תמורת כסף, למשל הזכות לפגוע בשם הטוב או בפרטיות (כגון במקרי חשיפת תמונות או עובדות על ידוענים על ידי בני משפחתם), ואז כלל הקניין שייך לכאן יותר מכלל אחריות. אך בדרך כלל "עסקאות" כאלה אינן נעשות מראש

כאן אפשר לכלול גם תביעות שבהן קיימים באופן עקרוני שני סעדים, ראשי ומשני, אך מבחינה עובדתית כבר אין רלוונטיות לסעד הראשי, וכל שנתר לתבוע בפועל הוא הסעד המשני בלבד. דוגמה לכך היא תביעות נזיקין של מסורבות גט במקרים שבהם הסעד הראשי – הגט – כבר ניתן או שכבר אינו רלוונטי מבחינה עובדתית, שכן הנישואין פקעו בצורה כזו או אחרת, למשל עקב מות הבעל, ואז אין עוד שייכות לסעד הראשי אלא לסעד המשני בלבד.⁵⁴

סוג מקרים דומה הוא תביעת נזיקין של אישה שבן זוגה הבטיח לה לשאתה לאישה, היא שינתה את מצבה בעקבות הבטחת הנישואין, וכעת זו הופרה. היא לא תוכל לקבל סעד משפטי שיכריז עליה כעל נשואה וישנה את הסטטוס שלה ושל בן זוגה, אם זה אינו חפץ בסופו של דבר לשאתה למרות הבטחתו. כלומר, במישור הסעד הראשי של דיני המשפחה היא לא תוכל למצוא מזור. אך היא תוכל לתבוע פיצויים על עצם הפרת הבטחת הנישואין. מלבד הנזק הלא ממוני (צער, השפלה ובושה) לתביעה גם היבטים ממוניים עקיפים יותר או פחות, כגון הוצאות חתונה, עזיבת עבודה או שיפוץ בית לקראת שינוי צפוי של המצב המשפחתי וכיו"ב.⁵⁵

סוג מקרים אחר שיוצא ממסגרת הדיון, מכיוון שאינו מעלה בעיה של צורך בהכרעה בין שני סוגי סעדים, הוא זה שבו תביעות הנזיקין מתבססות על ממצאים והכרעות שנקבעו בדיני המשפחה. מדובר במקרים שבהם קיימת אינטרקציה מסוימת בין מערכות הדינים, אך אינטרקציה "בריאה". אלה תביעות נזיקין הנשענות על דיני המשפחה, ולו בהיבט הראייתי, ובכך הסעד הנזיקי הוא סעד עוקב הנשען על הקביעה השיפוטית בענייני המשפחה. למשל, בתביעת נזיקין לפיצוי בגין אלימות אפשר להישען, כחלק ממסכת ההוכחה של האלימות, על צו הרחקה שהוצא מכוח חוק למניעת אלימות במשפחה, שהוא חלק מדיני המשפחה. בדומה לכך, גם בתביעת נזיקין נגד בן זוג בגין חטיפת ילד ההתבססות היא על פסק דין בדיני המשפחה של בית המשפט לענייני משפחה, הקובע שאת הילד החטוף יש להחזיר למשמורתו החוקית. אם דיני המשפחה יקבעו שהורה שחטף את ילדו עשה זאת שלא כדין ועליו להחזירו למשמורת ההורה האחר, יהיה אפשר לייסד באופן עקרוני תביעה נזיקית לפיצויים על הנזקים שנגרמו עקב החטיפה.⁵⁶ כך גם בתביעת נזיקין נגד בן זוג בגין הפרת הסדרי ראייה: הבסיס לתביעה

ובצורה מתוכננת, וודאי שלא בחסות בית המשפט, שכן על עצם ההסכמה הזו בין הצדדים אין סיבה אף לא לצד אחד להגיש תביעה נזיקית.

54 תביעה אחת כזו הוגשה והגיעה אל קו הגמר עת נפסקו לאלמנה מסורבת הגט פיצויים מן העיזבון עבור סבלות העבר. ראו תמ"ש 19480/05, לעיל ה"ש 4.

55 במקרים מסוימים רלוונטית תביעה חוזית ולא נזיקית. ראו עופר גרוסקופף וסלה חלבי "הפרת הבטחת נישואין: מדגם הפיתוי הגברי" לדגם 'שברון לב' משפטים על אהבה 107, 132, לעיל ה"ש 7.

56 ראו תמ"ש 42273/99, לעיל ה"ש 1.

הנזיקית הוא ההצבעה על כך שהסדרי הראייה שנקבעו בדיני המשפחה – בפסק דינו של בית המשפט לענייני משפחה – הופרו. דיני הנזיקין יוכלו להסתמך על נתון זה שלפיו ההורה המשמורן הפר את הסדרי הראייה שנקבעו בדיני המשפחה ולא אפשר לבן זוגו לשעבר, שאינו המשמורן, לראות את הילדים, וכך יתאפשר סעד של פיצויים למי שניזוק מאותה הפרה.⁵⁷ קיימים מקרים שבהם תביעת הנזיקין מסתמכת אף על הפרת החלטה שבדיני המשפחה שנקבעה בבית הדין הדתי, כגון במקרה של בן זוג שהוציא צו עיכוב יציאה מן הארץ נגד בן זוגו בבית הדין הרבני, התחייב להודיע על הצו לבן הזוג כפי שדורש החוק ולא עשה כן, וכך נגרמו נזקים.⁵⁸

התביעות הנזיקיות הללו נכנסות לוואקום שבו דיני המשפחה אינם עוסקים. במקצת המקרים הללו ייתכן שדיני המשפחה טיפלו, ואולי אפילו בצורה טובה, כטיפול מונע (למשל מניעת אלימות במשפחה או עיכוב יציאה מן הארץ – אכן הוצא צו) או בדיעבד (למשל לגבי חטיפת הילד – הייתה החלטה שיפוטית שאת הילד יש להשיב), אך דיני המשפחה אינם יכולים לספק פיצויים לנפגע ואינם מתיימרים לעשות כן, שכן אין זה מתפקידם ומסמכותם.

אין מדובר כאן בסעד משני של "נחמה" הניתן במקום הסעד הראשי. מדובר בסעד משני עוקב ומשלים לסעד שניתן בדיני המשפחה, המסתמך עליו. במקרים רבים בדיני המשפחה ניתן כאמור סעד על דרך של ציווי. משמעות סעד זה יכולה להיות קביעה שיפוטית (למשל קביעת הסדרי הראייה) או הצבעה על כך שהתנהגות של אחד הצדדים לא הייתה ראויה כלפי הצד האחר (למשל במקרי פסיקת צו הרחקה או במקרי אי-הודעה לצד האחר על הוצאת צו עיכוב יציאה מהארץ נגדו). אם התנהגות כזו יכולה לבסס תביעה בנזיקין, הדבר נעשה ברובד אחר ובמערכת דינים אחרת, בהסתמך על אותה התנהגות בלתי ראויה שנותחה שיפוטית דרך דיני המשפחה. לכן אין כאן בעיה של הכרעה בין זכויות ואין להיזקק לכלל האחריות של קלברזי ומלמד.⁵⁹

57 ראו תמ"ש 13993/02, לעיל ה"ש 1.

58 ראו תמ"ש 78950/01 ותמ"ש 22606/03, לעיל ה"ש 1. בשלושת המקרים הללו, של חטיפה, הפרת הסדרי ראייה ואי-הודעה על צו עיכוב היציאה, וכן במקרים אחרים דומים מדובר בביסוס הראיות העיקריות לצורך תביעה נזיקית בעוולת הרשלנות. אך ייתכן וניתן יהיה לתבוע בנזיקין על עצם הפרת הסדרי הראייה או פסק הדין למשמורת וכן על הפרת החובה להודיע לבן הזוג על צו עיכוב היציאה, מכוח הפרת חובה חקוקה של סעיף 287(א) לחוק העונשין, הקובע כי אי-ציות לרשות מוסמכת הוא עבירה. תביעה כזו צריכה לעבור כמה מכשולים שיאפשרו מילוי התנאים בסעיף 63 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], נ"ח התשכ"ח 266, ובפסיקה בנדון קיימות מחלוקות אם הדבר אפשרי או לא. לסקירה ראו שמואלי "פיצוי נזיקי למסורבות גט", לעיל ה"ש 13, בעמ' 294–297.

59 גם כאן מדובר למעשה בכלל של אי-העברה ובפיצוי על הפרת זכות זו והעברתה, הנעשה רק בדיעבד. אי אפשר לומר שהדין מכשיר את הפרת הסדרי הראייה או את צו ההרחקה תמורת פיצוי הולם שייקבע בבית המשפט. לכאורה הזכות של הצד הנפגע לקיום הסדרי הראייה או צו ההרחקה היא זכות שאינה ניתנת להעברה תמורת קביעת תג מחיר ותשלום עבור ההעברה. התשלום מגיע בדיעבד

מקרה הנראה כדוגמה מן הדוגמאות הללו, ושגם הוא צריך לכאורה לצאת ממסגרת הדין, הוא המקרה של בעל מוסלמי שגירש את אשתו בכפייה נגד רצונה. לכאורה נראה שהמקרה מזכיר את הפרת הבטחת הנישואין אך ייתכן שיש שוני מסוים בין המקרים. על פי ההלכה המוסלמית (השריעה), בעל יכול לגרש את אשתו על כורחה.⁶⁰ העדיפות היא שיעשה זאת בהסכמת בית הדין השרעי ובחסותו, אך קיימים מקרים של גירוש אישה על כורחה הנעשה ישירות על ידי הבעל שלא ברצון בית הדין השרעי, והדבר תקף (בתנאים מסוימים) מבחינת השריעה אף אם בית הדין השרעי אינו שבע רצון מהתנהגותו של הבעל. הנישואים פוקעים במקרה כזה ובית הדין אינו יכול להושיע את האישה שגורשה על כורחה ובכך הושפלה ולעתים גם נותרה ללא כל מקור מחיה, שכן בישראל אין באופן עקרוני מזונות אישה לאחר גירושין (alimony). דיני המשפחה לא יאפשרו אפוא להכריז על היותה של האישה נשואה בכל זאת ולבטל את הגירושין הללו (כסעד ראשי של סטטוס), שכן הגירושין תופסים לפי הדין האישי. גם לתביעה יהיה קשה להשפיע על הבעל וללחוץ עליו להחזיר את גרושתו, שכן לפי הדין השרעי יש צורך שהיא תינשא לאחר, תתגרש ורק אז תחזור אליו.⁶¹ אך האישה תוכל להגיש תביעה נזיקית נגד בעלה לשעבר על הנזק הממוני והלא ממוני (בושה, צער והשפלה). היא מושלכת למעשה לרחוב, בדרך כלל בגיל מבוגר יחסית, ללא מזונות, ללא השכלה וללא אפשרות מעשית לעבוד ולכלכל עצמה, בדרך כלל גם ללא אפשרות מעשית להינשא מחדש במגזר שאליו היא שייכת. קיימת עבירה פלילית ספציפית של גירוש אישה על כורחה,⁶² אך אין עוולה פרטיקולרית כזו, ואפשר לתבוע על כך דרך עוולות המסגרת. הפיצויים כמובן לא יגרמו לה לחזור ולהיות נשואה, ולכן הם סעד משני שלא במישור

לאחר הפגיעה, וזו אינה מוכשרת בדיעבד או להבא. אין כאן אפוא עסקה מכוח החוק שבמסגרתה קובע בית המשפט תג מחיר להעברת הזכות. יש כאן העברת זכות דה פקטו ובצורה לא חוקית על ידי הצד הפוגע-המעוול, והדין קובע לכך תג מחיר רק בדיעבד. לכן למעשה יש כאן רק מעין עסקה בדיעבד, משל היה מדובר בלקיחת איבר מאדם ללא הסכמתו. עם זאת גם כאן יכולות הזכויות להיות שלא מסוג של אי-העברה אלא דווקא מסוג של כלל קניין. ייתכן שהצדדים יסכימו ביניהם לבצע העברה של הזכות תמורת כסף, דהיינו שאחד ההורים יפר את הסדרי הראייה וישלם למשנהו תמורת דאגה מלאה ומשמורת מלאה על הילד (או יפר את צו ההרחקה ויגיע בכל זאת לבית שממנו הורחק כדי לטפל בילד, אף שהדבר עלול להיות בסיס לצו מעצר לפי סעיף 7(ב) לחוק למניעת אלימות במשפחה), למרות מה שנקבע בבית המשפט. אך אז יש להניח שהצדדים כבר לא יגיעו לבית המשפט לענייני משפחה בתביעת נזיקין שעניינה דיון בעצם הפרת הסדרי הראייה, שהרי הפרה זו סוכמה ביניהם (אלא אם כן הייתה הפרה של ההפרה שסוכמה). לכן במקרה כזה העסקה היא עסקה פרטית בין הצדדים למכירת הזכות, מה שמאפיין כלל קנייני.

60 ראו הקוראן, סורה שנייה, שורות 226–227.

61 לעומת זאת בדין העברי המצב בדיוק הפוך – קיימת מצווה להחזיר גרושתו, אך משנישאה לאחר אינו יכול להחזירה לעולם.

62 ס' 181 לחוק העונשין.

הסטטוס, שאותו כבר לא ניתן לקבל, אך הם יוכלו להקל במשהו את מצבה הכלכלי העגום בעקבות השינוי לרעה בסטטוס האישי שלה.

כאן אפשר לומר שהאפשרות למתן סעד נזיקי למעשה מותחת ביקורת על הטיפול של דיני המשפחה בסוגיה או לפחות מגיעה לתוצאה שונה במישור אחר. מדובר באינטרקציה ביקורתית: ערכאה אחת של המדינה (בית המשפט לענייני משפחה), המפעילה מערכת דינים אחת (דיני הנזיקין), למעשה מותחת ביקורת על ערכאה אחרת של המדינה (בית הדין השרעי), המפעילה מערכת דינים אחרת (הדין השרעי). זהו מצב עדין ואולי אף א-נורמלי שבו "יד שמאל" של המדינה מותחת ביקורת על "יד ימין" שלה, אך ללא שינוי או ניסיון לשינוי הסטטוס בבית הדין השרעי וללא התערבות בדין האישי הנוהג שם, והפיצוי יתקבל רק אם יש במעשה משום עוולה ונגרם נזק. "יד שמאל" המותחת ביקורת היא למעשה גם הדין הפלילי, הרואה בכך כאמור משום עבירה, וגם דיני הנזיקין.⁶³ בכך שדיני הנזיקין מאפשרים להפעיל סנקציה כלפי בעל כזה דרך עוולות המסגרת, למעשה הם מותחים ביקורת על "יד ימין" של המדינה – הדין המוסלמי-האישי הנוהג בבית הדין השרעי. אך דיני הנזיקין אינם מצליחים לשנות את הדין האישי, דהיינו את הסטטוס של האישה. הם אינם מתיימרים לעשות כן וגם אינם יכולים לעשות כן. הפיצויים הם ביטוי לביקורת על מצב זה. אותה התנהגות כשרה מבחינת הסטטוס (אף אם אינה רצויה בעיני בית הדין, וזה אפילו מדווח ליועץ המשפטי

63 מדובר כאן בביקורת נזיקית על הדין האישי. לכאורה אין מדובר בביקורת פלילית כמו במקרה של גירוש אישה על כורחה, שכן אין עבירה פלילית של סרבנות גט כפי שיש לעניין גירוש אישה על כורחה (ועל פני הדברים באמת לא ברור מדוע אין עבירה כזו בחוק העונשין). אך למעשה קיימת גם ביקורת פלילית, ולו בחלק מהמקרים. סעיף 278(א) לחוק העונשין קובע כאמור כי אי-ציות לרשות מוסמכת הוא עבירה. אם בית הדין הרבני פסק שעל הבעל לגרש את אשתו וזה לא כיבד את פסק הדין ולא ציית לבית הדין הרבני, הרי שעבר על הוראות הסעיף. אך זו איננה ביקורת פלילית מאותו סוג של גירוש אישה על כורחה, שכן כאן הביקורת היא לא על הדין האישי, ש"עשה את שלו" בנתנו את פסק הדין הרבני, אלא ישירות נגד הבעל שלא ציית להוראות בית הדין הרבני. במקרה של גירוש אישה על כורחה הביקורת היא כמובן גם כן ישירות נגד הבעל, אך יש כאן אמירה עמוקה יותר של ביקורת נגד הדין האישי שמאחוריו הוא מסתתר. עם זאת אם תאפשר תביעה נזיקית עקב סרבנות גט גם כאשר בית הדין הרבני לא פסק דבר בנדון, כפי שנראה להלן, אזי סעיף 278(א) לחוק העונשין לא יהיה רלוונטי, וכאן למעשה תביעה נזיקית מבקרת אולי גם את הדין האישי – את בית הדין הרבני שלא פסק בנדון. עוד יוער, כי לאור האמור לעיל אפשרית בעיקרון גם תביעה נזיקית לא רק ברשלנות נגד סרבן הגט אלא גם בהפרת חובה חקוקה של הוראה פלילית זו, בכפוף למילוי התנאים בסעיף 63 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], ובפסיקה בנדון קיימות כאמור מחלוקות אם הדבר אפשרי או לא (לעיל ה"ש 58). על כל פנים, תביעה בגין הפרת חובה חקוקה, להבדיל מתביעת רשלנות, אפשרית רק כאשר קיים פסק דין רבני לחיוב הבעל לתת לאשתו גט, שאם לא כן אין כאן הפרת צו שיפוטי (ראו תמ"ש 6743/02, לעיל ה"ש 4; שמואלי "פיצוי נזיקי למסורבות גט", לעיל ה"ש 13); ראו להלן הדיון בסוגיה אם אפשר להכיר בתביעה נזיקית כזו כאשר אין חיוב בגט, אלא דרך פסק דין רבני בדרגה נמוכה יותר.

לממשלה על ביצוע העבירה)⁶⁴ ואינה כשרה מבחינה פלילית ונזיקית. אותה סיטואציה מאפשרת למעשה שלוש החלטות שונות של שלוש ערכאות של המדינה: החלטת בית הדין השרעי, שלפיה הגירושיין תקפים, החלטת בית המשפט הפלילי כי מדובר בעבירה והחלטת בית המשפט לענייני משפחה כי יש לתת פיצוי נזיקי לאישה.

מדובר אפוא לא בצורך להכריע בין סעדים ככלל האחריות של קלברזי ומלמד אלא בסעד ניהומים הנכנס בוואקום שיוצר הדין האישי-הדתי. אם אכן תופסים את האינטרקציה בין המערכות והערכאות ככזו שעל דרך הביקורת, אזי אפשר לקבוע כי סעד זה מגיע ממקום של תסכול ואולי אפילו של זעם: דיני הנזיקין נכנסים לאותו ריק ומאפשרים את אותו סעד של נחמה במקום שבו דיני המשפחה לא סיפקו את הפתרון הרצוי, ובראייה חברתית, אזורחית-נזיקית למצער, הם למעשה נכשלו. בית המשפט לענייני משפחה אומר למעשה בפסיקתו את הפיצויים, ולו בצורה עקיפה, שבאמת אולי היה מגיע סעד חזק יותר, אבל אי אפשר לתת אותו, שכן דיני המשפחה הדתיים תוצאתם אחרת, ומתוך תסכול החברה מאפשרת לנפגע לקבל סעד חלש יותר.

קלברזי ומלמד מדגימים את הכללים שהציגו ממערכת דינים אזורחית אחת שיש בה החלטה אחת אחידה וברורה, שלפיה במקרים מסוימים אין מקנים את הסעד הראשי אלא את הסעד המשני. יש כאן אחידות והבנה ולא "מלחמה" בין מי שאָמון על פסיקת הסעד הראשי לבין מי שאָמון על פסיקת הסעד המשני. כאן המצב מעט שונה. כאן קיימות שתי מערכות דינים: האחת, הדתית-האישית, אמונה על הקניית הסעד הראשי, אך היא איננה מאפשרת את קבלתו בנסיבות העניין ודווקא מכשירה את המהלך מבחינת הדין האישי (אף אם בחוסר רצון). המערכת האחרת אינה "מקבלת את הגזירה". בית המשפט לענייני משפחה, הפוסק בתביעת הנזיקין, גם הוא אורגן של המדינה בדיוק כמו בית הדין השרעי. בעצם פסיקתו את הסעד המשני יש משום הבעת ביקורת, אפילו קשה, על הדין האישי (או ליתר דיוק, על המדינה המחילה את הדין האישי), הקובע שמעשי הבעל כשרים, ולכן אינו מספק סעד ראשי. אך במישור הנזיקי (וגם הפלילי) מעשיו אינם כשרים, וזו הסיבה למתן הסעד המשני. יטען הטוען כי אין כאן החלטה מראש של מחוקק אחד ואחיד, בבחינת החלטה של שתי המערכות יחד, שכאשר בעל מגרש את אשתו על כורחה והדבר תופס לפי הדין האישי השרעי, יינתנו פיצויים. אך למעשה זה בדיוק כך. התמונה המלאה של הדין נבנית בשלבים ובטלאים תוך אי-הסכמה בין מערכות הדינים ובין הערכאות, אך התוצאה הסופית דומה לזו של כלל האחריות.

64 כך נעשה בפועל בתקופה האחרונה – הנהלת בתי הדין השרעיים הוציאה הנחיה לקאדים לדווח על מקרי עבירות ליועץ המשפטי לממשלה. כך לדברי עו"ד איאד זחאלקה, מנהל בתי הדין השרעיים, בהוצאה ביום עיון בנושא בתי הדין השרעיים והכנסייתיים, מרכז רקמן לקידום מעמד האישה באוניברסיטת בר-אילן והמרכז לזכויות הילד והמשפחה במכללת שערי משפט, מכללת שערי משפט, 16.9.2009.

אך אפשר לתפוס את כל הסיטואציה בצורה שונה, ולפי תפיסה זו ההכרעה המשפטית שההגנה על הזכות לא תיעשה דרך הסעד החזק יותר אלא דרך סעד חלש יותר אינה נעשית מתוך תסכול אלא אדרבה, מתוך רצון של החברה להעניק לתובעת סעד מסוים של נחמה דרך דיני הנזיקין (והדין הפלילי) במקום שבו החברה עצמה לא הכירה דרך הדין האישי בסעד החזק יותר. אין כאן ביקורת של "יד שמאל" על "יד ימין" אלא שימוש של החברה בשתי זרועות שונות שלה להכרעה – הסעד לא יינתן בזרוע האחת אך יינתן בזרוע השנייה, שאמנם מגלמת הגנה חלשה יותר על הזכות, אך היא בכל זאת הגנה. לפי ניתוח זה נראה כאן לא ביקורת של ערכאה אחת על האחרת ושל מערכת דינים אחת על האחרת, אלא משום מהלך אחד מתואם ודור-שלב⁶⁵. כך המהלך מתבצע בדיוק כמו במתווה של כלל האחריות, שם לנפגעת אין ברירה אלא לקבל את מה שהחברה נותנת לה, דהיינו את ההגנה החלשה יותר על זכותה. הפיצויים אמנם כבר לא יחזירו את האישה להיות נשואה ולא ישנו את מישור הסטטוס, אך הם מהווים הגנה משנית על זכותה.

לפי תפיסה זו, יש כאן מעין מכירה של הזכות, בדומה לכלל האחריות. על פי הדין האישי האישה מגורשת, ועובדה זו אינה ניתנת לשינוי לא בבית הדין השרעי וודאי שלא בבית המשפט לענייני משפחה דרך דיני הנזיקין, שאין זה בסמכותם לקבוע דבר באשר לסטטוס האישי. החברה למעשה מאפשרת לגרש את האישה על כורחה לפי הדין הדתי-האישי, ובכך אינה מגנה על האישה במישור הסטטוס, אך היא מעניקה הגנה על זכותה של האישה במישור הפיצויים בנזיקין. למעשה הדין אומר לבעל שיש לו זכות מהדין האישי לגרש את אשתו על כורחה, אך מימוש זכות זו יכול להיות כפוף לפיצויים אם יש באותו מימוש משום עוולה כלפי האישה. כך למעשה מציג הדין עסקת מכירה בפועל וקובע לה בסך הכל תג מחיר. אמנם הבעל לא ממש רצה בעסקת המכירה הזו, והצדדים לא פנו לעסקה הזו ממש מרצון חופשי אלא הדבר מתנהל על ידי המדינה (שגם היא עצמה אינה מעודדת גירוש אישה על כורחה בכל השלבים), אך לפחות לאחר התביעה הראשונה שהוכרה בגין גירוש אישה על כורחה לפני עשרות בשנים, בעלים מוסלמיים מוחזקים כיום כיודעים שאם הם מגרשים את נשותיהם על כורחן למעשה הם נכנסים למין עסקה אפשרית של תשלום בעד מימוש זכות זו, ובית המשפט לענייני משפחה למעשה יקבע, דרך דיני הנזיקין, את המחיר לאותה עסקה.

במקרה של גירוש אישה על כורחה מדובר בסעד על העבר המאפשר לאישה להתחיל דף כלכלי חדש בחייה, אך הוא איננו מחליף את הטיפול בעניין הסטטוס, ויש להניח שבמקרים רבים הייתה האישה מעדיפה את הסעד הראשי – הקביעה של בית הדין השרעי כי היא אינה מגורשת וכי זכויותיה הכלכליות והמעמדיות-החברתיות כאישה נשואה עדיין עומדות לה. לפי הדין השרעי סעד ראשי כזה למעשה אינו אפשרי מלכתחילה אם הגירושין נעשו כדין. נזכיר כי לפי כלל האחריות קיימים מקרים שבהם

65 או לפחות בדיעבד מהלך שלבתי הדין השרעיים אין התנגדות לו. כך אליבא דמנהל בתי הדין השרעיים עו"ד זחאלקה, שם.

הסעד הראשי אפשרי, אך בית המשפט או המחוקק בוחרים שלא לתת אותו, וזה המקרה הקלאסי של הכלל,⁶⁶ אך קיימים גם מקרים שבהם הסעד הראשי אכן אינו אפשרי, ואז כל שנותר הוא הסעד המשני.⁶⁷

ודוק: דיני הנזיקין אינם מכשירים את המעשה של הבעל שגירש את אשתו על כורחה. בראייה מערכתית הדין האישי הוא המכשיר את המעשים. דיני הנזיקין רק נותנים לאישה סעד חלש במקום הסעד החזק יותר. כך או כך החברה היא שמכשירה את המעשה דרך הדין האישי, והחברה היא שמקנה פיצוי בעקבות המעשה דרך דיני הנזיקין. יש כאן עסקה בדיעבד (לא מלכתחילה) בחסות בית המשפט, ולכן לפי נקודת מבט זו קיים דמיון בין סוג מקרים זה לבין כלל האחריות: הסעד הראשי לא ניתן, ומצב זה כשר מבחינת הדין האישי. כעת קיימת אפשרות לקבל סעד משני שפירושה קביעת תג מחיר לאותו מצב שהוא כשר מבחינת הדין האישי אך הוא עוולה במישור הסעד המשני. אנו רואים אפוא בבית המשפט לענייני משפחה כחותם למעשה על עסקה של מימוש זכות במישור הסטטוס תמורת פיצויים דרך הקביעה כי המעשה אכן הוא עוולה ויש לו תג מחיר לפי דיני הנזיקין. לו היה בית המשפט לענייני משפחה יכול לומר דברו במישור הסטטוס, ייתכן מאוד שהיה מתנגד להעברת הזכות מלכתחילה. אך אין זו סמכותו והוא אינו יכול לומר את דברו – הסמכות כאן היא אך ורק של בית הדין הדתי ושל הדין הדתי בענייני גירושין.

אם כן, כל התביעות הללו יוצאות ממסגרת דיונו, שכן אין בהן צורך להכריע בין סעדים שונים. אף התביעה בגין גירוש אישה על כורחה, השייכת לכלל האחריות של קלברוי ומלמד ומתאימה לו, לפי הפרשנות שמדובר במהלך מתואם של הדין להשלמה ולא לביקורת, אין בה צורך בהכרעה בין סעדים, שכן בכל מקרה אי אפשר לתת את הסעד של הסטטוס. הדיון להלן, שינסה להיעזר בכלל האחריות, יתרכז באותן תביעות שבהן ישנה התנגשות אפשרית בין סעד ראשי מדיני המשפחה, הוא סעד הסטטוס, שלא ניתן ועדיין רלוונטי, לבין סעד משני מדיני הנזיקין, הוא סעד הפיצויים, במקרה המיוחד שבו התביעה היא לסעד המשני של הפיצויים, אך מטרתה האמתית והעיקרית היא להשיג בכל זאת, ולו בצורה עקיפה, את הסעד הראשי של הסטטוס. זהו המקרה המרכזי שבו נדון בחיבור זה – המקרה של סרבנות גט שם הסטטוס הפיך ויכול להשתנות אם המסרב

66 למשל: חלופות ס' 3 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970, ס"ח 16: אכיפת החוזה אינה צודקת בנסיבות העניין; אכיפת החוזה היא כפייה לעשות, או לקבל, עבודה אישית או שירות אישי; ביצוע צו האכיפה דורש מידה בלתי סבירה של פיקוח מטעם בית משפט או לשכת הוצאה לפועל, או שמדובר בחוזה לשירות אישי שהמחוקק החליט לא לאכוף חוזים מאותו סוג, אך קיימת אפשרות טכנית לאכוף אותו; צו מניעה בעניין מטרד או לשון הרע, שאפשר להורות עליהם בנסיבות העניין מכיוון שיש ערך למניעת המעשה והוא עוד לא הסתיים, אך בית המשפט אינו נותן צו.

67 למשל: חלופת ס' 13(1) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה): אכיפת החוזה היא בלתי אפשרית בנסיבות העניין – החוזה אינו בר ביצוע. במקרים כאלה מתבצעת פנייה, בלית בררה, לסעד המשני.

יפסיק לסרב. כלל האחריות של קלברזי ומלמד יוכל לסייע לבחון את התוצאה הראויה שלפיה יש להכריע במקרה כזה. במה דברים אמורים?

אם בעל יהודי מסרב לגרש את אשתו, אין לאישה כל אפשרות לקבל את הסעד הראשי – הגט – עד שהבעל לא יתרצה ויתנהו מרצונו החופשי. אם הבעל גורם לאשתו נזקים בעצם הסרבנות – בעיקר נזקים לא ממוניים של צער, השפלה, פגיעה באוטונומיה, אבדן היכולת להינשא לאחֵר ואבדן מעשי של היכולת להביא ילדים לעולם (שכן אלה עלולים להיות מוכרזים ממזרים) – היא יכולה לתבוע אותו על נזקה⁶⁸ (גם תביעות "הפוכות", של בעל נגד אשתו המסרבת לקבל את הגט ממנו, כבר הוגשו, כאמור, וכבר קיימים שלושה פסקי דין בנדון).⁶⁹ הזכות המוגנת היא זכותה של האישה לאוטונומיה על חייה, לכבוד ולאפשרות ההשתחררות מהנישואים כדי לאפשר לה להינשא לאחר – זכות המוכרת גם כזכות בין-לאומית⁷⁰ – ולהביא ילדים לעולם שלא ייחשבו לממזרים. אם אי אפשר על פי הדין האישי להגן על זכות זו דרך סעד ראשי של סטטוס המאפשר לה להתגרש, היא תרצה לתבוע בנזיקין סעד משני של פיצויים. מקרה זה שונה ומסובך מן המקרים האחרים, שכן בחלק גדול מן התביעות הללו מטרת האישה אינה לקבל פיצויים אלא להמיר אותם, בעסקה סיבובית, בגט.⁷¹ זהו מקרה טעון מאוד, שכן קיים חשש

68 כאמור, קיימות גם תביעות "הפוכות", של בעל נגד אשתו המסרבת לקבל את הגט ממנו. בחיבור זה אתייחס בכל זאת לתביעות של מסורבות גט נגד בעליהן כאב טיפוס, שכן רוב רובם של המקרים הם כאלה ולא מקרים "הפוכים"; כל עוד לא יצוין אחרת, אין מניעה להחיל את הדברים גם באותן תביעות "הפוכות", בשינויים המחוייבים.

69 ראו לעיל ה"ש 6.

70 ראו: International Covenant on Civil and Political Rights art. 23, Dec. 16, 1966, 999 U.N.T.S. 171; Universal Declaration of Human Rights art. 23(2), G.A. Res. 217A, at 71, 74 U.N. GAOR, 3d Sess., 1st plen. Mtg., U.N. Doc. Aq810 (Dec. 10, 1948); Covenant on Elimination of All Forms of Discrimination Against Women art. 16(1), Dec. 18, 1979, 1249 U.N.T.S. 13. באשר לביטול אפליה נגד נשים בעניין זכויות בנישואין ובפירוקם. הזכות להתגרש לא הוכרה כזכות כזו, אלא רק הזכות להינשא. מכיוון שאין במשפטי העמים כמעט מציאות של אישה הנשואה לשני גברים (בשונה לעתים מהמקרה ההפוך), הדרך היחידה של אישה נשואה שאינה רוצה עוד להישאר נשואה לבעלה, להינשא לאחר, היא להתגרש.

71 אפשר להביט בסוגיה גם מכיוון "הפוך", כיוונו של המסרב ולא של המסורב. כך יהיה אפשר לטעון כי זכותו של הבעל שלא לתת גט לאישה היא דווקא מסוג של כלל קנייני לטובת המזיק – זכותו מבחינת הדין האישי לא לתת גט – ולא כלל אחריות לטובת הניזוק, בהנחה שאותה זכות שבסטטוס אישי יכולה להתפס כזכות קניינית. בנסיבות אלה כל שנותר לאישה הוא לנסות ולנהל משא ומתן עם הבעל כדי לנסות לשכנעו לתת לה את הגט. אף על פי שאפשר לראות את הדברים גם כך, יש לשים לב שנקודת המבט של קלברזי ומלמד – ולכן גם בחיבור זה – היא מכיוונו של הצד המבקש את הסעד ופונה לבית המשפט לצורך כך. בענייננו מי שפונה לבית המשפט למימוש זכותו לסעד שבסטטוס או לסעד של פיצויים הוא תמיד מסורב הגט ולא הסרבן. לכן במצב כזה יש לומר שבכך שהדין מחליט

שהוויתור על הפיצויים תמורת מתן הגט הוא "אונס ממון" הגורם לגט להיות מעושה שלא כדין.⁷²

בכל המקרים האחרים של תביעה נזיקית נגד בן משפחה התביעה אינה משנה את הסטטוס האישי אלא נכנסת לוואקום שנוצר מהיעדר האפשרות או הרצון לתת את הסעד הראשי בדיני המשפחה או מחוסר רלוונטיות שלו. במקרים כאלה אין אפשרות או רצון חברתי להעניק סעד ראשי, ולכן הניזוק מופנה למסלול של הסעד המשני, הוא סעד הפיצויים. אין צורך אפוא להכריע בין סעדים במקרים אלה. דומה שגם אין הוצאות

שלא לאפשר לו את הסעד הראשי שאותו הוא מבקש, סעד הסטטוס, שהמפתח לו נמצא בידי הבעל אולי עקב זכותו הקניינית, פתוחה הדרך בפני האישה (ולא בפני הבעל) לנסות ולתבוע את הסעד המשני – הפיצויים. לכן זו נקודת המבט הראויה לענייננו.

72 על גט מעושה שלא כדין מחמת אונס ממון ראו בית הבחירה, גיטין פרק ח ע"ב, ד"ה "ועישוי"; 'גט מעשה', אנציקלופדיה תלמודית, כרך ה, טור תרצט; שולחן ערוך, אבן העזר, סימן קלד סעיפים ד–ה, ז–ט; יוסף גולדברג גט מעושה – הלכות וכללים בדין "האישי מוציא לרצונו" – ביאור מפורט של דיני רצון ואונס במתן גט (התשס"ג) (להלן: גולדברג גט מעושה). לעניין גירי אונס בגט באופן כללי ראו שם, פרק א, בעמ' כא–לב. לעניין אונס ממון דווקא, הרלוונטי לענייננו, ראו פרק ג והלאה, מעמ' מג והלאה; רחל לבמור מנעי עיניך מדמעה – הסכמי קדם-נישואין למניעת סירוב גט 15–19, והאסמכתאות הרבות שם (2009) (להלן: לבמור מנעי עיניך מדמעה); בנציון שרשבסקי דיני משפחה 327–329 (מהדורה רביעית מורחבת, 1993); בג"ץ 54/55 רוזנצוויג נ' יו"ר ההוצל"פ תל-אביב, פ"ד ט, 1542, 1551 ואילך (1955); בג"ץ 1371/96 רפאלי נ' רפאלי, פ"ד נא(1) 198, 207 ואילך, פסק דינו של השופט חשין (1997); קפלן ופרי "אחריות סרבני גט", לעיל ה"ש 13, והאסמכתאות שם. אף אם מדובר בכפיית ממון לעתיד, דהיינו קנס אם לא ייתן גט (או על כל חודש שלא נותן גט סכום מסוים וכו'), נחשב הדבר לאונס. ראו גולדברג גט מעושה, שם, בעמ' נ, על פי המאירי. גם כפייה בגופו של הבעל או בחירותו או איום לעשות כן פוסלים את הגט. לעניין אונס גוף ראו ערוך השולחן, אבן העזר, סימן קלד סעיף כב; שו"ת התשב"ץ, חלק א סימן א, ד"ה "והשני"; שו"ת רשב"ש, סימן שלט, ד"ה "והרביעי". לעניין זה, אם הגוף הקעשה (שגורם לכפייה) הוא גוף מעשה כדין, אזי יש לחלק בין ייסורים גדולים, המביאים לכדי אונס, לבין ייסורים קלים, שדרך רוב בני האדם לסבול אותם, שאז אינם נחשבים לאונס. ראו שו"ת בית אפרים, אבן העזר, חלק א סימנים ע–עא (מהדורה תנינא). לעניין מאסר הבעל עד שייתן את הגט או איום במאסר כפוסלים את הגט ראו שו"ת הרשב"א, חלק ס סימן רעו; ערוך השולחן, שם; שו"ת מהרש"ך, חלק ג סימן עב; גולדברג גט מעושה, שם, בעמ' לג, לו. כל זאת להבדיל מגט מעושה כדין, דהיינו גט שבית הדין הרבני היה מעורב, במקרים המסוימים, בכפייתו על הבעל, בעילות המאפשרות כפייה כזו על פי חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין). על גט מעושה כדין ראו בבלי, כתובות עז ע"א; בבלי, גטין פח ע"ב; בבלי, ערכין כא ע"א; שו"ת התשב"ץ, חלק ב סימן ח; שולחן ערוך ורמ"א, אבן העזר, סימן קנד סעיף כא; 'גט מעשה', אנציקלופדיה תלמודית, כרך ה, טור תש–תשו. הסנקציות מתבססות על "הרחקות דרבינו תם", שלפיהן אמצעים אלה אינם נחשבים לכפיית הגט, והדברים התקבלו בהמשך הדרך גם על ידי פוסקים אחרים. ראו אברהם בארי "הרחקות רבינו תם – גישות חדשניות בדרכי אילוף בעל לגרש אשתו" שנתון המשפט העברי יח–יט 65 (התשנ"ד); לביא, לעיל ה"ש 13, בעמ' 172.

עסקה מיוחדות בתביעות כאלה, ובשונה מהדוגמה הקלאסית של מטרדים וזיהומים, אין מדובר כאן בעוללות המוניות, שם יש בעיה להודיע לכל המעורבים את שיש להודיע ולרתום את כולם לשמירה על זכויותיהם וכיו"ב.⁷³ קיים מזיק אחד ידוע וניזוק אחד ידוע, לעתים גם ניזוקים משניים (כגון ילדי בני הזוג בעוללות כלפי בן זוג), אך הכל במסגרת מתוחמת וברורה. גם אין בתביעות אלה בעיה במישור היחסים בין מערכות הדינים ובין הערכאות. רק במקרה זה של סרבנות הגט השגת הסעד המשני מנסה להשפיע על אפשרות השגת הסעד הראשי. זו המטרה שבהגשת התביעה מלכתחילה, ולא הרצון לזכות בפיצויים כשלעצמם. זהו מקרה בעייתי גם מבחינת המאבק בין הדינים ומערכות הדינים, שכן עדיין קיימת אפשרות תאורטית להשיג את הסעד הראשי, והסעד המשני והמערכת שבה הוא ניתן מגויסים לצורך כך. כאן תהיה חשיבות לשימוש בכלל האחריות של קלברזי ומלמד כדי לבחון אם אפשר להצדיק מהלך כזה ואף התפתחויות נוספות בלי "לאנוס" את הסיטואציה לגמרי לתוך התבנית של גישתם של קלברזי ומלמד, שכן למרות החששות קלברזי ומלמד עצמם מסכמים את חיבורם: "the framework we have employed may be applied in many different areas of the law"⁷⁴.

ג. השימוש בכלל האחריות במקרי סרבנות גט: מטרת הסעד הנזיקי היא לנסות ולשנות את הסטטוס האישי שבדיני המשפחה

1. תיאור הסיטואציה הבסיסית אל מול כלל האחריות: תביעות נזיקין בגין סרבנות גט בבית המשפט לענייני משפחה במקרים שבהם הבעל הפר חיוב לתת גט שנקבע בבית הדין הרבני

תביעת נזיקין בגין סרבנות גט היא מקרה שבו מדובר בדרך כלל באינטרקציה פעילה מאוד בין דיני המשפחה לדיני הנזיקין, כזו שלא כל הצדדים רואים בה אינטרקציה חיובית ולא כולם רואים בה לגיטימית. כאן כבר יהיה קשה להיצמד לאותו ניתוח חלופי שנעשה בפרק הקודם לגבי תביעות בגין גירוש אישה על כורחה, הרואה בסיטואציה תהליך אחד מתואם, בין-זרועי ודו-שלבי. כאן הדברים מורכבים ועדינים יותר, הן מבחינת הדינים והן מבחינת הערכאות.

כדי להסביר את התביעות הללו אפנה להסבר קצר על דרגות פסקי הדין הרבני: קיימים כמה פסקי דין רבניים למתן גט, והנה הם לפי סדר יורד של חומרת דרגת פסק

73 Calabresi & Melamed, לעיל ה"ש 18, בעיקר בעמ' 1122.

74 שם, בעמ' 1128.

הדין הרבני: כפייה, חיוב, מצווה והמלצה.⁷⁵ אדגים אותם ממקרה של בעל סרבן, אך פסקי הדין פועלים גם בכיוון ההפוך. פסק דין רבני בדרגה של כפייה פירושו שהבעל חויב בגט, ובית הדין הרבני יכול לנקוט כלפיו אמצעים שונים ורחבים כדי לכפות עליו את מתן הגט.⁷⁶ באופן יחסי אין הרבה פסקי דין רבניים שכאלה.⁷⁷ כאשר פסק הדין הרבני הוא ברמה של כפייה, אין מתעוררת כל בעיה בענייננו, שכן גם אונס ממון (כמו התביעה הנוזיקית האמורה להוליך את הבעל לאותה עסקה סיבובית) הוא לגיטימי.

פסק דין רבני בדרגה של חיוב פירושו שבית הדין הרבני פסק שעל הבעל לגרש את אשתו, וזו חובה המוטלת עליו מכוח הדין האישי. אם הבעל לא עמד בחובה זו, קיימות סנקציות מסוימות, מעודנות יותר, שאפשר לנקוט כלפיו. דווקא התביעה הנוזיקית בעייתית בהקשר זה, שכן היא עלולה להיחשב לאונס ממון, שאינו לגיטימי כאן בראיית בית הדין הרבני, ועלולה להפוך את הגט למעושה שלא כדין.

פסקי הדין הרבניים הבאים האחרים, שדרגתם מתחת לחיוב, פירושם למעשה שבית הדין הרבני אינו מחייב את הבעל לתת גט וודאי שאינו כופה עליו לעשות כן. פסקי הדין ברמה הנמוכה יותר נועדו ליצור לחץ מוסרי על הבעל לתת את הגט. אם הלחץ אינו מועיל אפשר להגבירו ולהעלות את דרגת החומרה של פסק הדין לדרגה של חיוב אם הנסיבות יהיו בשלות לכך. אולם אף שאלה פסקי דין שדרגתם נמוכה יותר, אין מדובר בפסקי דין לגמרי "חלשים". פסק דין רבני המצווה על אדם לגרש את אשתו מקורו בשיקולים הלכתיים אשר נועדו להקנות לבעל מצווה לשמוע בקול חכמים היות שקמה בנסיבות העניין הנדון עילת גירושין. אי-קיום מצווה זו יהפוך את הבעל לעבריין, אם כי בפן הדתי בלבד, על ההשלכות הנובעות מכך (כגון פסול לעדות ועוד), אך מבחינת חוק המדינה הוא לא יהיה חשוף לסנקציה הלכתית אם לא יגרש את אשתו. לבסוף פסק דין רבני בדרגה הנמוכה ביותר, של המלצה, פירושו שבית הדין הרבני ממליץ לבעל לבחור בדרך הנכונה והראויה לדעת ההלכה, שהיא מתן גט לאישה – "ראוי להתגרש" – אך אין הבעל חייב להישמע להמלצה. אם אכן לא יבצע זאת ולא יגרש את אשתו, הוא לא יפסע בעקבות דברי החכמים, אך הוא לא ייחשב עבריין גם מבחינת הדין הדתי וודאי שלא ייחשב למי שחייב לתת גט מכוח דין המדינה. מלבד זאת בית הדין הרבני יכול כמובן שלא לקבל את הבקשה כלל ולדחותה, וכן לשלוח את הצדדים לשלום בית.

75 להסבר כללי ראו קפלן ופרי "אחריות סרבני גט", לעיל ה"ש 13, בעמ' 815–816.

76 ראו חוק שיפוט בתי דין רבניים; חוק בתי דין רבניים (קיום פסקי דין של גירושין), התשנ"ה–1995,

ס"ח 495; ס' 4 לחוק בתי דין דתיים (כפיית ציוח) התשט"ז–1956, ס"ח 40; בארי, לעיל ה"ש 72.

77 לבמור מנעי עיניך מדמעה, לעיל ה"ש 72, בעמ' 24 והאסמכתאות שם.

רוב פסקי הדין שהכירו בתביעות נזיקין נגד סרבני גט ניתנו במקרים שבהם היה קיים פסק דין רבני לחיוב הבעל בגט והבעל לא ציית לפסק הדין.⁷⁸ במקרה אחד היה מדובר באישה שחויבה לקבל גט ולא צייתה לצו זה.⁷⁹ ודוק: הבעל צריך לתת גט לאשתו וזו צריכה לקבל אותו. לפיכך מסורבת גט היא מי שבעלה אינו נותן לה גט, ואילו מסורב גט הוא מי שאשתו מסרבת לקבל ממנו גט. מצבם של המסורבות והמסורבים אמנם אינו זהה, אך ארחיב בעניין רק ככל שיהיה בכך צורך לענייננו.

אבהטיפוס לתביעות אלה הוא מסורבות גט שנואשו לקבל גט מבעליהן לאחר שנים ארוכות. בתי הדין הרבניים ממעטים לתת פסקי דין של כפייה על בעלים לתת גט לנשותיהם אף שקיימים אמצעים בחוק לעשות כן, מחשש שהגט יהיה מעושה שלא כדין ולכן פסול.⁸⁰ לכן אותן נשים שנואשו חיפשו "נשק" חדש. בשנים האחרונות, בעידודם ובסיועם הפעיל של ארגוני הנשים, הן החלו להשתמש בכלי של תביעות נזיקין. התביעות מוגשות נגד הבעל הסרבן ומטרתן ליצור עסקה סיבובית: הבעל ייתן את הגט ובתמורה האישה תותר על הפיצויים. אמנם קיימות גם נשים התובעות לשם הפיצוי עצמו, כלומר לשם הרווחה הכלכלית ולא לשם הגט, אך נכון לעכשיו דומה שהן בבחינת מיעוט. לאחרונה כאמור גם גברים הצטרפו למהלך והם תובעים נשים המסורבות לקבל מהם גט (אף שלרשות גברים מסורבי גט עומדות עוד אפשרויות לפעולה ודווקא במסגרת בית הדין הרבני).

אמנם אין עוולה נזיקית פרטיקולרית של סרבנות גט, אך התביעה מתבצעת דרך עוולות המסגרת המוכרות בדיני הנזיקין – רשלנות⁸¹ והפרת חובה חקוקה.⁸² באשר לעוולת הרשלנות, חובת הזהירות בין בני זוג כבר הוכרה על ידי בתי המשפט לענייני משפחה ככוללת חובה לנהוג בבן הזוג בכבוד, בהגינות, באנושיות וברגישות, לא לצער אותו ולא להתעלל בו נפשית ובאופן שלא יאפשר לו ניהול של אורח חיים תקין וסביר.⁸³ סרבנות הגט הוכרה בתנאים מסוימים כהפרת אותה חובת זהירות מתוך שהיא מפרה את החובות הללו, שכן רשלנות חלה כאמור, על פי הפסיקה הישראלית, אף על מעשים

78 תמ"ש 19270/03, לעיל ה"ש 4, שניתן בשלהי שנת 2004; תמ"ש 19480/05, לעיל ה"ש 4, שניתן במחצית שנת 2006; תמ"ש 6743/02, לעיל ה"ש 4, שניתן במחצית שנת 2008 ותמ"ש 30560/07, לעיל ה"ש 4, שניתן במהלך שנת 2008.

79 תמ"ש 18561/07, לעיל ה"ש 6.

80 לטענה שבתי הדין הרבניים ממעטים להשתמש בסמכויות שניתנו להם בחוק בתי הדין הרבניים (קיום פסקי דין של גירושין) מחשש לגט מעושה ראו סוזן וייס "בשלוש דרכים האשה מתגרשת" ארץ אחרת 13, 42 (2002) (להלן: "בשלוש דרכים האשה מתגרשת").

81 ס' 35–36 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש].

82 שם, ס' 63. לפירוט מרכיבי העוולה ראו למשל ע"א 145/80 ועקנין נ' המועצה המקומית, בית שמש, פ"ד לו (1) 113, 139–147 (1982).

83 תמ"ש (משפחה י-ם) 20673/04 ב.מ. נ' ב.ה.א (פורסם בנבו, 9.3.2008); תמ"ש 7613/02, לעיל ה"ש 1, פס' 6.3.

מכוונים.⁸⁴ עוולת הפרת חובה חקוקה רלוונטית בייחוד באשר להפרת החובה הפלילית שבסעיף 287 לחוק העונשין, "הפרת הוראה חוקית", אם מדובר במקרה שבו בתביעת הגירושין חייב בית הדין הרבני את הבעל לתת גט והבעל סירב לעשות כן. שאלת הפרת ההוראה החוקית הפלילית הזו נמצאת במחלוקת בין שופטי בית המשפט לענייני משפחה, מסיבות שונות, בין היתר עקב אופייה הפלילי ושאלת מטרת חקיקתה.⁸⁵ במקצת פסקי הדין הייתה מוכנות לקבל גם הפרת חובה חקוקה של סעיפים בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו,⁸⁶ אם כי הדבר לא נעשה לאחר דיון מעמיק במהלך בעיית זה.⁸⁷ טענה להפרת חובה חקוקה לפי החוק למניעת אלימות במשפחה,⁸⁸ שהועלתה בחלק מפסקי הדין, נדחתה – ובצדק – שכן חוק זה מטרתו מתן צו הרחקה כסעד זמני ואין קשר בינו לבין הפרת חובה שיכולה לבסס תביעה נזיקית לסעד סופי.⁸⁹

בפסק הדין הראשון שניתן פסק השופט מנחם הכהן מבית המשפט לענייני משפחה בירושלים כ-200,000 ש"ח לכל שנת עיגון מאז החיוב בגט (שנתיים בסך הכול), בצירוף פיצויים מוגברים של 100,000 ש"ח, ובסך הכל מעל 400,000 ש"ח.⁹⁰ בפסק הדין השני

84 על פי הפסיקה, רשלנות היא יסוד אובייקטיבי המתייחס לחריגה מסטנדרט ההתנהגות הראוי לדעת בית המשפט, ולעניין זה אין נפקות ליסוד הנפשי של המזיק, אף אם מדובר במעשה זדוני. ראו: אמנון רובינשטיין ודניאל פרידמן "אחריות עובדי ציבור בנוזיקין" הפרקליט כא 61, 66 (1965); ע"א 593/81 מפעלי רכב אשדוד נ' ציויק, פ"ד מא(3) 169 (1987); ע"א 6649196 הסתדרות מדיציניית הדסה נ' גלעד, פ"ד נג(3) 529 (1999). לקביעה המפורשת שלפיה רשלנות חלה גם במעשים מכוונים ראו עניין אמין, לעיל ה"ש 2, פס" 13 לפסק דינו של השופט אנגלרד; ס' 387 לתזכיר הצעת חוק דיני ממונות התשס"ו-2006, www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/F4C8889A-234F-4A90-9B5A-B30C5B1B2E2A/0/mamonot.pdf (להלן: ה"ח דיני ממונות), ולפיו תכלול הרשלנות במפורש גם מעשה מכוון, וכך לא יהיה עוד צורך בפרשנות פסיקתית שכזו.

85 השופט מנחם הכהן הותיר סוגיה זו בצריך עיון (בתמ"ש 19270/03, לעיל ה"ש 4). שופטים אחרים פסקו כי חלה כאן הפרת חובה חקוקה (ראו בשאר פסקי הדין המנויים לעיל בה"ש 4 שאינם של השופט הכהן). השאלות הן בין היתר אם הוראה פלילית מקיימת חלק מהיסודות המצטברים של עוולת הפרת חובה חקוקה: החיקוק איננו שולל סנקציה נזיקית (השאלה אם קיומה של סנקציה עונשית שוללת בהכרח קיומה של סנקציה אזרחית) ואם ההוראה הפלילית נועדה לטובתו או להגנתו של אדם ולא לטובת השמירה על הסדר הציבורי בלבד (יש אומרים שלעתים, כמו במקרה זה, להוראה שתי מטרות). לדיון ולתמיכה בגישה שלפיה יש להכיר בעוולת הפרת חובה חקוקה במקרה זה ראו שמואלי "פיצוי נזיקי למסורבות גט", לעיל ה"ש 13, בעמ' 290, 292, 294–297.

86 חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח התשנ"ב 150.

87 ראו למשל תמ"ש 6743/02, לעיל ה"ש 4, תמ"ש 24782/98, לעיל ה"ש 4 ותמ"ש 18561/07, לעיל ה"ש 6. השופט הכהן דחה טענה זו בתמ"ש 19270/03, לעיל ה"ש 4.

88 ס' 3 לחוק למניעת אלימות במשפחה.

89 ראו למשל תמ"ש 6743/02, לעיל ה"ש 4.

90 תמ"ש 19270/03, לעיל ה"ש 4.

דובר בתביעה נגד עיזבוננו של בעל סרבן.⁹¹ כאן כמובן אין בעיה של גט מעושה, שכן במות הבעל פקעו הנישואין. יש כאן תביעה נזיקית "קלאסית" יותר, על סבלות העבר, ללא כוונה ליצור עסקה סיבובית, שכן הגט כבר אינו רלוונטי. עם זאת השופט צבי וייצמן מבית המשפט לענייני משפחה בכפר סבא פסק באותו מקרה פיצוי שהוא אמנם גבוה בסך הכל – מעל 700,000 ש"ח מאז החיוב בגט – אך מחשש שפסק הדין יובא בחשבון גם בפסיקות הבאות של בתי המשפט לענייני משפחה במקרים של בעלים חיים וחשש לגט מעושה באותם מקרים, הוא הגביל את סכום הפיצויים לכ-3,000 ש"ח בחודש מאז החיוב לתת גט, שהם כ-36,000 ש"ח בשנה.⁹² בפסקי דין אחרים נפסקו סכומים שבין 50,000 ש"ח לכ-70,000 ש"ח לכל שנה של עיגון.⁹³ אחד ההסברים להבדלים בין סכומי הפיצוי לכל שנת עיגון בפסקי הדין השונים הוא שבמקרה הראשון, כך יש להניח, הביא בית המשפט בצורה מסוימת בחשבון את התקופה הארוכה שמפתיחת התיק בבית הדין הרבני ועד למועד החיוב בגט, אף שבאופן רשמי הפיצויים נפסקו אך מרגע החיוב. באותו פסק דין שבו נפסקו פיצויים לעיזבוננו של הסרבן ממועד החיוב בגט התבטא השופט צבי וייצמן באמרת אגב באמרו כי במקרים חמורים אפשר לפסוק פיצויים למסורבת הגט גם אם ניתן פסק דין רבני רק בדרגת מצווה או המלצה, שכן מדובר בכל זאת באינדיקציה נזיקית לצורך לגרש את האישה.⁹⁴ באותו מקרה היה מדובר בפסק דין רבני לחיוב, ולכן אמרה זו נותרה אמרת אגב.

יש התומכים בתוצאות פסיקות אלה מתוך ניתוח דיני הנזיקין בראייה תאורטית פלורליסטית כללית⁹⁵ ופמיניסטית, כמובן כאשר לתביעות הנשים נגד בעליהן הסרבנים.⁹⁶ דיינים ומקורבים לבתי הדין הרבניים מבקרים בחריפות את הפסיקה, כפי שיפורט להלן. למרות הביקורת יש לומר כי כאשר יש חיוב לגט, קל יותר לומר שמדובר בעוולה. הרי כאן אמר בית הדין הרבני את דברו בצורה נחרצת: הבעל חויב לגרש את אשתו, הוא הפר את החיוב ולא קיים אותו. אם האישה הוכיחה שנגרם לה נזק מההפרה (הפרת חובת

91 תמ"ש 19480/05, לעיל ה"ש 4.

92 שם, פס' 26 לפסק דינו של השופט וייצמן. למעשה, אפשר לראות בפסיקתו השפעה מסוימת מגישתם הנ"ל של קפלן ופרי "אחריות סרבני גט", לעיל ה"ש 13. בית המשפט ראה בפיצויים אלה, שערכם כשכר הממוצע במשק, פיצויים שלא יביאו לכדי אונס ממון על הבעל.

93 תמ"ש 30560/07, לעיל ה"ש 4 (שם פסקה השופטת חנה קיציס 50,000 ש"ח לכל שנת עיגון מאז החיוב לתת גט בתוספת פיצויים מוגברים של 100,000 ש"ח, ובסך הכל מעל ל-370,000 ש"ח); תמ"ש 18561/07, לעיל ה"ש 6 (זהו פסק הדין האחרון שניתן, נכון לכתובת שורות אלו, נגד אישה המסרבת לקבל גט מבעלה, ובו פסק השופט איתי כ"ץ 300,000 ש"ח לבעל המסורב כפיצוי גלובלי על למעלה מארבע שנות עיגון (ממוצע של למעלה מ-70,000 ש"ח לשנה).

94 תמ"ש 19480/05, לעיל ה"ש 4.

95 שמואלי "פיצוי נזיקי למסורבות גט", לעיל ה"ש 13.

96 ביטון, לעיל ה"ש 13.

הזהירות ברשלנות או הפרת חובה חקוקה לציית להוראות בית הדין הרבני, כאמור, לפי הגישה המקבלת עילה זו), תביעתה התקבלה.

תביעות אלה הביאו לידי חרפת המאבק בין הערכאות, אך הייתה זו רק יריית הפתיחה. גם אמרת האגב של השופט וייצמן בדבר הצורך או האפשרות להטיל פיצויים במקרים חמורים שבהם פסק הדין הרבני היה רק בדרגת מצווה או המלצה לא נותרה משך זמן רב בבחינת אמרת אגב. אך טרם אסקור את ההתפתחויות שאירעו בשנים 2008–2010, אבחן אם אמנם אפשר להשתית תביעות אלה על כלל האחריות של קלברוי ומלמד.

מדובר במקרים שבהם יש בסעד הנזיקי המבוקש משום רצון של המבקש לא רק לבקר את דיני המשפחה או להשיג סעד משני או סעד של נחמה, אלא משום רצון להשתמש בדיני הנזיקין כדי לעקוף את דיני המשפחה. הרצון הוא לנסות ולקבל את הסעד של הסטטוס בדיני המשפחה בדרך של לחץ ממוני שיגרום הפיצוי הנזיקי שייפסק. למשל, מערכת דינים אחת, דיני הנזיקין, הנדונים בבית המשפט לענייני משפחה, מקנה סעד משני של פיצויים, ובאמצעותו מנסה התובעת בעקיפין להשיג את הסעד הראשי במישור הסטטוס, שבית הדין הרבני לא נתן לה עד עתה. אם כן, הפיצויים אמנם אינם משנים ישירות את הסטטוס, אך יש סיכוי שהם ישפיעו עליו בעקיפין.

הפיצויים נועדו אפוא ליצור "עסקה סיבובית": האישה תוותר לבעל על הפיצויים בתמורה לגט שיינתן לה. הלחץ הממוני באמצעות הסעד המשני נועד להביא לקבלת הסעד הראשי, גם אם לא ממערכת המשפט, שכן הדין האישי הביא את האישה למבוי סתום. אמנם בית הדין הרבני פסק חיוב לגט, דהיינו שעל הבעל לגרש את אשתו, אך כל עוד לא כפה זאת (וברוב המקרים אין הוא מגיע לדרגת כפייה של החלטה זו), בני הזוג אינם מגורשים והסטטוס שלהם אינו משתנה. הבעל מסרב לתת גט, ומבחינת הדין האישי האישה אכן אינה מגורשת. בית הדין הרבני ממילא אינו יכול לתת לה גט במקום הבעל או להכריז עליה מגורשת ללא שהבעל נתן לה גט, ולכן הפיצויים יכולים לשמש אמצעי לחץ יעיל.

יש כאן למעשה שתי עסקאות: עסקה אחת בחסות בית המשפט ועסקה שנייה פרטית בין הצדדים. העסקה בחסות בית המשפט לענייני משפחה דומה לזו שבתביעות בגין גירוש אישה על כורחה: הדין האישי לצדו של הבעל, ולכן האישה אינה יכולה לקבל את הסעד הראשי במישור הסטטוס. אך בית המשפט לענייני משפחה מפעיל את הסעד המשני וקובע בדיעבד תג מחיר להפרת הזכות. הוא אינו יכול לשנות את הסטטוס (אף על פי שאולי היה רוצה לעשות כן) ולכן הוא מסתפק במה שנמצא בסמכותו – מתן פיצויים כסעד משני. אך ההבדל הוא במטרת אותם פיצויים ובדינמיקה שמתרחשת לאחר אותה עסקה בחסות בית המשפט, והוא נגזר למעשה מן האפשרות במקרה דנן לשינוי, ולו עקיף, בסטטוס האישי, בעקבות פסיקת הפיצויים, דבר שאינו אפשרי בתביעות בגין גירוש אישה על כורחה.

העסקה האחרת היא העסקה הסיבובית-הפרטית בין הצדדים. הסכם חוזי שכזה, שאפשר שייחתם בין הבעל לאישה, ותוכנו ויתור על הפיצויים תמורת מתן הגט (הסכם שהוא בעייתי, כפי שנראה, לפי הדין האישי-העברי מחשש לגט מעושה שלא כדין), כבר אינו חלק מהעסקה לפי כלל האחריות. ממילא עסקה זו אינה בחסות בית המשפט לענייני משפחה: זה אינו מעודד אותה, אינו חותם עליה ואינו מקנה לה גושפנקה או מעמד של פסק דין, ולרוב אינו יודע עליה כלל. במסגרת עסקה זו נעשה סחר חליפין פרטי בין הצדדים בעקבות הערכה מחדש של הבעל את מצבו, בעיקר במקרים שבהם סרבנותו לתת גט היא על רקע כלכלי – הוא רוצה לסחוט את האישה תמורת מתן הגט. אם הבעל מחשב שתג המחיר שקבע בית המשפט לענייני משפחה במישור הסעד המשני גבוה מדי, ומבין כי לא כדאי לו עוד, בחישוב עלות-תועלת, למנוע מהאישה את הסעד הראשי, הוא מבקש לערוך עסקה שבמסגרתה תותרת האישה על הפיצויים שנפסקו לטובתה במישור הסעד המשני, ותמורת זאת הוא יסכים למתן הסעד הראשי. לצורך הדגמה, נניח כי הבעל חתר לסחוט מהאישה את מחצית הדירה השייכת לה, ששווייה ארבע מאות אלף ש"ח, וזו הסיבה העיקרית לסרבנות הגט (ולא סרבנות אידאולוגית או רצון לנקמה גרידא). כאשר ניתן נגדו פסק דין לפיצויים בסך שש מאות אלף ש"ח, הסרבנות כבר אינה כדאית. לכן הוא מתמרץ למעשה לערוך את אותה עסקה פרטית שבמסגרתה תותרת האישה על הפיצויים בסך שש מאות ש"ח, הוא יותר על דרישותיו הכספיות בבית הדין הרבני כתנאי למתן הגט, ואז יוסר מחסום הסרבנות והוא ייתן לאשתו גט.

למעשה הבעל מוחזק כיודע שאם יסרב לתת את הגט הוא אמנם "מכוסה" מבחינת הדין האישי, אלא שיש מחיר לזכותו זו, ממש כמו שיש מחיר להמשך הזיהום וההטרדה, והמחיר נקבע (אם כי בדיעבד) על ידי בית המשפט ולא באופן וולונטרי בין הצדדים. העסקה הבאה בין הצדדים, החוזית-הסיבובית, היא כבר כאמור מהלך מאוחר יותר ופרטי, שלא בחסות בית המשפט לענייני משפחה.

בראייה כלכלית ייתכן מאוד שהעסקה הסיבובית הפרטית היא בדיוק מה שאנו כחברה היינו רוצים להשיג, והרווחה המצרפית תגדל אם הבעל ייתן גט לאשתו וזו תותר לו על הפיצויים.

בראיית התאורמה המפורסמת של קוז (Coase Theorem),⁹⁷ על החברה לעודד ולתמרץ ניהול משא ומתן במקרים דמויי אלה שמציגים קלברזי ומלמד, אם כי קיים הבדל מסוים בין התאורמה של קוז לענייננו. גם קוז דיבר על מטרדים. הוא דגל בנקודת מבט שלפיה המטרד לא רק גורם נזק לנטרד, אלא שהפסקתו גורמת נזק גם למטריד. הפסקת המטרד עלולה לגרום לנזק כלכלי וחברתי – נזק למטריד – אך גם נזק לתועלת המצרפית, דהיינו לכלל החברה. יש לבחון אפוא מה יגרום לשיעור גבוה יותר של נזק – קיום המטרד או הפסקתו. גישתו של קוז יצרה מהפך משום שקודם לכן היה מקובל לחשוב שיש להפסיק מטרד ואף לחייב את המטריד לפצות את הנטרד אם נגרם נזק,

97, Coase לעיל ה"ש 26.

וכעת נבדקו הצדדים בהדדיות מסוימת – אם מפעל מטריד את מנוחתו של אדם, המפעל מזיק להנאתו של הנטרד, אך גם הנטרד למעשה מזיק אם אינו מאפשר למפעל לנצל את כושר הייצור שלו.⁹⁸

בענייננו ייתכן שהדבר בעייתי במידת מה, שכן חוץ מהנאתו של המסרב אי אפשר לראות כל יתרון בסרבנות, ולהפך – דומה כי הסרבנות מקטינה את הרווחה המצרפית וגורמת לכל הצדדים – למסורבת, לילדיה ולמשפחתה – להפסיד, בשונה ממקרה הנטרד, שגם אם אנו מגלים אהדה למצבו, לעתים עמידה על זכותו פוגעת ברווחה המצרפית.

מבט מדוקדק בתאורמה יכול להביא גם למסקנה אחרת. לדוגמה, אם מפעל מזהם נחל והזיהום גורם נזק לדייג הדג לפרנסתו בנחל ליד המפעל, אפשר לטעון, לפי קוז, שאין רלוונטיות לעובדה שהמפעל הוא שיוצר את ההחצנה השלילית בפעולתו. השאלה היחידה הרלוונטית כאן היא למי הזכות (הקניינית) לזהם את הנחל. אם זו זכותו של המפעל, הדייג הוא שיישא בעלות אותה החצנה בכך שיצטרך לספוג את הנזק. אם אין זכות כזו למפעל, המפעל יישא בעלויות כלפי הדייג. אך קוז טוען שמנקודת המבט של יעילות כלכלית, אם הוצאות העסקה נמוכות דיין, הרווחה המצרפית גדלה מעסקה בין שני הצדדים בלי קשר לשאלה מיהו בעל הזכות לזהם את הנחל. לענייננו, ייתכן שגישתו של קוז יכולה להיות רלוונטית לעניין עידוד המשא ומתן העצמאי להשגת פתרון. למעשה, לפי קוז, תנאי שוק חופשי אינם צריכים להביא בחשבון נקודת מוצא משפטית קבועה, ולכן התוצאה בסופו של דבר יכולה להיקבע ללא קשר הכרחי לזכות הבסיסית (קניינית או אחרת) וללא הגדרה מקדמית של הצדדים לסכסוך כ"מזיק" ו"ניזוק". לכן אם תופסים זאת כמצב של נזק לשני הצדדים, אין צורך בכללים ובזכויות משפטיות לשם הגברת הרווחה המצרפית, שכן זו תגדל מאליה דרך משא ומתן שינהלו הצדדים (המפעל ינסה לרכוש את זכותו של הנטרד בדוגמת המטרדים, והאישה תנסה לרכוש את זכותו של הבעל לסרב, דהיינו "לקנות" את הגט) גם ללא קיומם של כללים כאלה. למעשה שתי הפעילויות נבחנות זו מול זו – פעילות הייצור מול שקט לשכנים. במצב כזה הטלת צו מניעה על המפעל – דהיינו הסעד הקנייני – פירושה שעל בעל המפעל לשנות את היקף הפעילות או את טיבה, וכך הרווחים המופקים מפעילות הייצור יוקטנו, ואילו הרווחה המופקת מן המגורים תגדל. הטלת פיצויים ולא צו מניעה – סעד משני ולא סעד ראשי – לא תשנה את היקף הפעילות ואת טיבה, שהרי המפעל יוסיף להטריד, אבל הדבר יביא להקטנת רווחיו של המפעל ולהגדלת רווחתם של התושבים.⁹⁹

תפיסה זו השפיעה אפוא על הגישה הכלכלית לדיני הנזיקין כמכלול, ולכן הסיטואצייה הנזיקית – ולא רק במקרי מטרד – נתפסת כהתנגשות בין שתי פעילויות

98 ראו עדי אייל "רטוריקה כלכלית: כלכלה וספרות בניתוח המשפט" מחקרי משפט יח 263, 270 בטקסט ליד ה"ש 14 (2002).

99 ישראל גלעד "על גבולות ההרתעה היעילה בדיני הנזיקין" משפטים כב 421, 423 (2003).

חברתיות רצויות המשמשות מקור ליצירת רווחה, והפעילות שיוצרת את הסיכון פוגעת ברווחה המופקת מהפעילות החשופה לאותו סיכון.¹⁰⁰ אך כאן יש לדייק: מדובר בהתנגשות בין שתי פעילויות רצויות. אין לכלול כאן עוולה מכוונת, כולל סרבנות גט אלא אם נאמר שהחלת הדין האישי הנוהג לענייני גירושין – אף אם היא מביאה לידי פתרון לא רצוי חברתית ואף אם התנהגות הבעל היא לצנינים בעיני הדיינים, אלא שאין הם יכולים לשנות את הסטטוס – היא כשלעצמה פעולה רצויה. יש להודות כי קונסטרוקציה זו נראית מלאכותית במקצת.

אך אפשר לומר שבנסיבות הקיימות, של דרך ללא מוצא – הבעל מסרב למרות חיובו להתגרש (ועל אחת כמה וכמה אם אין חיוב כזה – נקודה שתועלה בהמשך) והאישה אינה מקבלת את גטה – בנסיבות כאלה של חוסר ברירה עדיפה העסקה הסיבובית על המבוי הסתום. בנסיבות אלה השארת השוק למשא ומתן בין הצדדים עשויה בכל זאת להגדיל את הרווחה המצרפית – ייפסקו פיצויים לטובת האישה, וכך יופעל כלל האחריות. אם תבחר להמשיך ולנסות להמיר את הפיצויים בגט דרך אותה עסקה סיבובית, יגדיל הדבר גם הוא את הרווחה המצרפית – האישה תקבל את הגט ותשתחרר מכבלי הנישואין הלא רצויים, גם הילדים ושאר בני המשפחה ינשמו לרווחה, ומבחינה חברתית יהא שיפור שכן כך יהיו פחות עגונות. לכן, בנסיבות הקיימות של מבוי סתום, דווקא בגלל יישום הזכויות המשפטיות שלפיהן לבעל "מותר" לסרב שכן פסק הדין הרבני אינו יוצר את הגירושין ולכן אינו קונסטיטוטיבי (ולא בהתעלם מן הזכויות הללו), עדיף וכדאי לאפשר את העסקה הסיבובית וכך לממש את תורתו של קוז, בייחוד אם הוצאות עסקה כזו הן נמוכות.

עם זאת קיימת בעיה בהיבט ההלכתי עם מימוש עסקה כזו של "קניית" הגט, גם אם בעקיפין, והיא עלולה לגרום לכך שבשורה התחתונה כל המהלך למעשה יסוכל מסיבה הלכתית, ואז הוא כמובן לא יביא לכדי הגדלת הרווחה המצרפית. כאמור, הלחץ הממוני בעקבות העסקה הסיבובית הפרטית עלול לגרום לגט מעושה שלא כדין, מחמת אונס הממון, ואז אם לבית הדין ייודע על העסקה הפרטית, הוא לא יכשיר את הגט ויקבע כי הוא מעושה שלא כדין. אם לא ייודע לו הדבר, והגט יינתן, האישה תינשא בשנית, ואז הריהי נשואה לשני אנשים, ופירושם של דברים שהנישואין השניים אינם תופסים והיא עדיין נשואה לבעלה הראשון, והיא למעשה אסורה כעת על שניהם. אם תוליד ילדים מן השני, הילדים עלולים להיחשב ממזרים (גם אם לא נישאה "מחדש"), דהיינו מעמדם ההלכתי בעייתי מאוד והם לא יוכלו להינשא אלא לממזרים אחרים.¹⁰¹ וכיצד יתגלה

100 שם, בעמ' 422–423.

101 להסבר הלכתי בדבר חשש זה ראו מאמריהם של קפלן ופרי "אחריות סרבני גט", לעיל ה"ש 13; לביא, לעיל ה"ש 13 ודיכובסקי, לעיל ה"ש 13. להסבר שלפיו יש מקום לתביעות נזיקין כאלה למרות החשש מגט מעושה שלא כדין ראו מאמריהם של ביטון, לעיל ה"ש 13 (מכיוונה של הגישה

הדבר, אם בני הזוג הגיעו, לאחר ההסכם, לבית הדין הרבני (לצורך סידור הגט) ולא סיפרו כלל על ההסכם בעקבות התביעה הנזיקית? ייתכן שבעקבות מחלוקת מאוחרת יותר בין הצדדים, למשל על ענייני משמורת או מזונות ילדים, הבעל או מי ממקורביו ירצה לנקום באישה ויגלה את אוזני הדיינים על אותו חוזה, ואלה ינקטו את "נשק יום הדין": ביטול הגט למפרע. במצב כזה האישה מן הסתם תטען שההסכם בטל והיא תעמוד על זכותה לפיצויים ותצטרך להחיות את פסק הדין הנזיקי שבוטל בהסכם, וגם אם תצליח לעשות כן, זה בוודאי אינו המצב שאליו היא רוצה להגיע מלכתחילה. כזכור, הסעד המשני לא באמת היה בבחינת משאלה שלה אלא אך ורק כלי להשגת הסעד הראשי, ויש כאן גם סכנה שבית המשפט לא יִחִייה את פסק הדין המקורי-הנזיקי. אך כאן אפשר לשאול מדוע שהעסקה השנייה, הסיבובית-הפרטית, תפריע לגיטימיות של המהלך כולו. ובמילים אחרות: מה בבעיה ההלכתית הזו של חשש מגט מעושה שלא כדין, שבהחלט אין להקל בה ראש אך שעולה למעשה רק מהעסקה השנייה הפרטית, שולל ex ante את העסקה הראשונה בחסות בית המשפט? במה שונה הדבר למשל מתביעות נזיקין בגין גירוש אישה על כורחה, שם לא נטענו טענות בדבר לגיטימיות המהלך?

עולות טענות שלפיהן במהלך זה יש משום ליבוי המאבק בין הערכאות והתערבות, ולו עקיפה, של הערכאה האזרחית במתן הגט, מה שאינו בסמכותה לכל הדעות, אף שפסיקה בתביעה נזיקית נמצאת בסמכותה. למעשה הטענה היא כי אי אפשר להפריד באמת בין שתי העסקאות, וכי שתיהן נמצאות על רצף אחד, שכן זו הייתה מטרתה של האישה מלכתחילה, ובית המשפט לענייני משפחה יודע זאת היטב, ובפסיקתו הנזיקית ה"טהורה" לכאורה הוא מעלים עין מכך. לפיכך נטען כי כל המהלך הוא פגיעה בעקרון הכיבוד ההדדי בין הערכאות: כאשר בית המשפט לענייני משפחה מתערב בעקיפין בנושאי המעמד האישי דרך פסיקת הפיצויים שיביאו לידי אונס ממון של הבעל ומתן גט, שהוא למעשה כפוי שלא כדין, מדובר בנגיסה בסמכויותיו של בית הדין הרבני ובחדירה לטריטוריה שלא נועדה להיות מוסדרת באמצעות דיני הנזיקין.¹⁰² על פי הדין העברי,

הפמיניסטית) ושמואלי "פיצוי נזיקי למסורבות גט", לעיל ה"ש 13 (מכיוון הגישה הפלורליסטית לניתוח כלל מטרות דיני הנזיקין).

102 ראו למשל הרצאתו של הרב אוריאל לביא, אב בית דין בבית הדין הרבני האזורי בטבריה-צפת, בנושא "האם בית המשפט לענייני משפחה פועל באיפוק כאשר הוא מורה על פיצויים לבעלים סרבני גט?", הכנס השני של האגודה הישראלית למשפט וחברה בנושא "Global, Regional, and Local: Law, Politics, and Society in Comparative Perspectives", האוניברסיטה העברית בירושלים (25.12.2008) (ההרצאה להלן: הרצאת הרב לביא); הרצאתו של הרב אליהו היישריק, דיון בבית הדין הרבני האזורי בתל אביב, בנושא "חייב נזקי והשפעתו על דיני הגירושין" בקורס השתלמות לעורכי דין בנושא "דיני משפחה ודיני ירושה", לשכת עורכי הדין מחוז תל אביב, תל אביב (17.2.2009) (להלן: הרצאת הרב היישריק "חייב נזקי"); הרצאתו של הרב אליהו היישריק "ולא ילמדו עו"ד מלחמה", הכינוס השנתי התשיעי של לשכת עורכי הדין בישראל, אילת (1.6.2009). את

האישה אינה יכולה להשתחרר מהנישואין אם בעלה מסרב לגרשה עד שיתרצה וייתן את הגט מרצונו החופשי.¹⁰³ בתי הדין הרבניים רואים בעצם התביעה הנזיקית משום התערבות עקיפה, ואולי גם ישירה, בנושאי הגט, עד כדי הפיכת הגט למעושה שלא כדין. בראייתם יוצא שכרה של האישה בהפסדה, שכן היא תיוותר ללא גט וללא הפיצויים שעליהם ויתרה באותה עסקה סיבובית. כן נטען שפסיקת הפיצויים היא ניסיון של שופטי בתי המשפט לענייני משפחה לקדם אג'נדה בולטת לטובתן של נשים מסורבות גט, ואף להיאבק בבתי הדין הרבניים כחלק ממאבק הסמכויות הקיים ממילא בין הערכאות.¹⁰⁴ בית הדין הרבני הגדול לערעורים אף פסק כי עצם הגשתה של תביעה נזיקית (ולא רק פסק דין סופי) תעצור את הדיון בעניין הגט בבית הדין הרבני, והדיון יימשך רק לאחר שהאישה תמשוך את התביעה.¹⁰⁵ בתי הדין הרבניים אף סבורים כי עורך דין המגיש תביעה כזו בשם מסורבת הגט עלול להיתבע ברשלנות מקצועית, שכן הוא מוביל את האישה למבוי סתום: הוא חושף אותה לסכנת גט מעושה ולהותרתה "קירחת מכאן ומכאן" לאחר שתוותר על הפיצויים.¹⁰⁶ לפיכך יש המטילים ספק בעצם הלגיטימיות של הסעד המשני כאן. כמו כן יש הסבורים כי יש להעביר את הסמכות לדון בתביעה הנזיקית לבית הדין הרבני, ואף יש הטוענים שמדובר בענייני גירושין של ממש, הנתונים ממילא לסמכותו הבלעדית של בית הדין הרבני.¹⁰⁷ בכל אלה נרחיב להלן בנפרד.

יש מלומדים הסבורים שאפשר לתת עקרונית סעד משני כזה בבית המשפט לענייני משפחה, והדבר לגיטימי, אולם זאת רק אם הפיצויים הם מוגבלים ומוקטנים, שכן דווקא

תקציר ההרצאה אפשר למצוא בחוברת הכינוס "חומר רקע לתכנית המקצועית", ללא מספור עמודים (להלן: הרצאת הרב היישריק "עו"ד מלחמה").

103 בבלי, יבמות קיב, ע"ב; ראו דברים כד 1.

104 הרצאת הרב לביא, לעיל ה"ש 102.

105 ראו ערעור (גדול) 7041-21-1 פלונית נ' פלוני (לא פורסם, 11.3.2008). הדיינים לביא (אב"ד טבריה-צפת) והיישריק (בית הדין הרבני בתל-אביב-יפו) תומכים בתוצאה כזו. ראו הרצאותיהם: הרצאת הרב לביא, והרצאות הרב היישריק "חייב נזקי" ו"עו"ד מלחמה", לעיל ה"ש 102.

106 ערעור 7041-21-1, לעיל ה"ש 105, דעתו של הדיין הרב אלגרבל. ראו גם הרצאת הרב לביא, והרצאות הרב היישריק "חייב נזקי" ו"עו"ד מלחמה", לעיל ה"ש 102.

107 הרצאת הרב לביא, והרצאות הרב היישריק "חייב נזקי" ו"עו"ד מלחמה", לעיל ה"ש 102; דיכובסקי, לעיל ה"ש 13, בעמ' 176-177. מבין המתקפים את האינטראקציה יש המתמקדים במאבק הסמכויות ובבעיית הגט המעושה ולא בעצם האפשרות לתבוע, ולו בתנאים מסוימים, את סרבן הגט בתביעה נזיקית. הרב דיכובסקי סבור שיש לכך מקום עקרוני, בתנאים מסוימים, אך רק אם הסמכות תועבר מבית המשפט לענייני משפחה לבית הדין הרבני. ראו דיכובסקי, שם.

פיצויים גבוהים עלולים לגרום לאונס ממון ולגט מעושה.¹⁰⁸ אך גם לאור סיוג זה אין המהות משתנה, שכן אם הפיצויים אינם גבוהים סובייקטיבית לנתבע ואינם מהווים אונס ממון בשבילו, המתווה של קלברזי ומלמד מתקיים והמהלך מושלם במלואו – הסעד המשני הצליח, ולו בנסיבות אלה, להשיג את הסעד הראשי. גם במקרים שבהם מדובר באונס ממון, אין זה ודאי שדייני בית הדין הרבני יכריזו על הגט כמעושה שלא כדין ויפסלו את הגט. לעתים הם אינם יודעים על העסקה הסיבובית, ואם ידעו עליה בדיעבד, אף שלרשותם האפשרות במקרה כזה לפסוק שהגט שניתן בטל למפרע, יש להניח שינסו למצוא כל מוצא הלכתי שהוא כדי לא לעשות כן, בייחוד אם האישה נישאה על סמך הגט וילדה ילדים, ואלה עלולים להיות מוכרזים ממזרים – הכרזה נדירה מאוד. מכאן שגם לאלה שאינם מסכימים למהלך במלואו אלא במקרים של סעד משני מוקטן ומוגבל, ואף מבקרים אותו,¹⁰⁹ המתווה של קלברזי ומלמד יכול להועיל ולבסס גם את גישתם ולו במידה מסוימת. מובן שלא להמתנגדים לחלוטין לכל אפשרות של פיצוי נזיקי שהוא, אין ראוי ליישם מבחינתם את המתווה של קלברזי ומלמד אף אם במצב המשפטי דהיום הדבר בהחלט אפשרי.

מלבד זאת, אם האישה מתחרטת, הבעל נפטר או אינו מעוניין בעצמו בעסקה, או שהעסקה הסיבובית אינה מתרחשת מכל סיבה אחרת, השלב הראשון של קבלת הסעד המשני במקום שבו אי אפשר לקבל את הסעד הראשי עומד על מכוננו בדיוק לפי המתווה של קלברזי ומלמד, והאישה יכולה כמובן להוציא לפועל את פסק הדין וכך לקבל פיצוי לפי כלל האחריות.

עם כל הביקורת על בית המשפט לענייני משפחה, בל נשכח ששופטיו פוסקים כאן בתביעות נזיקין הנמצאות בסמכותם הבלעדית לפי חוק, ולמרות הטענות כלפיהם אין להם כל יכולת שלא לדון בתביעות כאלה עקב לחץ אפשרי שתיצור תוצאת הדיון במישור הסטטוס.¹¹⁰ גם אין מדובר באג'נדה כזו או אחרת – השופט אינו בוחר באילו תביעות לדון, הוא מחויב לדון בתביעות המוגשות לבית המשפט והוא אינו מעודד אנשים להגיש תביעות.

מלבד זאת, המניע לתביעה אינו תמיד גלוי. כאמור, קיימים מקרים שבהם האישה מעוניינת רק בפיצויים ולא בגט. יש גם מקרים שבהם הפיצויים לא יעשו את שלהם, הלחץ על הבעל לא יהיה אפקטיבי והוא יעמוד במריו. האישה יכולה להיות מעוניינת

108 ראו קפלן ופרי "אחריות סרבני גט", לעיל ה"ש 13. דיכובסקי, לעיל ה"ש 13, תומך באותה תוצאה, אך רואה לגיטימיות בתביעות כאלה ובמתן סעד כזה, כאמור, רק אם הסמכות תהיה של בית הדין הרבני ולא של בית המשפט לענייני משפחה. לביקורת על גישות אלה ראו שמואלי "פיצוי נזיקי למסורבות גט", לעיל ה"ש 13, בעמ' 317–328.

109 קפלן ופרי "אחריות של סרבני גט", לעיל ה"ש 13.

110 ראו למשל: תמ"ש 19270/03, לעיל ה"ש 4, פס' 4 לפסק דינו של השופט מ' הכהן; תמ"ש 6743/02, לעיל ה"ש 4, פס' 10 לפסק דינו של השופט גרינברגר.

בסופו של דבר בפיצויים למרות כוונתה המקורית, או שהעסקה יכולה שלא לצאת לפועל מסיבות אחרות. חלק מסרבני הגט מסרבים לתת את הגט מטעמים אידאולוגיים וחלק מטעמים כלכליים או משולבים.¹¹¹ חלק מהם יכולים להקשות עורפם גם במקרה שיחויבו לשלם פיצויים. העסקה השנייה, הסיבובית-הפרטית, יכולה שלא לצאת לפועל משום שהבעל לדוגמה ידרוש תמורת הגט לא רק ויתור על הפיצויים שנפסקו לחובתו אלא גם שהאישה תשלם לו סכום כסף ניכר או תיתן לו בכל זאת את מחצית הדירה שלה וכיו"ב, והאישה תתנגד לכך. הבעל גם יכול למות בינתיים, ואז הנישואין פוקעים והעסקה שוב אינה רלוונטית. בכל המקרים הללו הצדדים בכלל לא יגיעו לעסקה "פרטית" כזו. בכל המקרים הללו יכולה האישה לאכוף את פסק הדין ולהוציאו לפועל, כבכל פסק דין נזיקי אחר, ואז מובן שקיימת משמעות עצמאית לאותו סעד.

אך גם אם היה ברור מעל לכל ספק שהפיצויים נועדו ללחוץ על הבעל לתת את הגט, וגם אם היה ברור שהסיכוי להשיג מטרה זו גבוה מאוד, אזי דומני כי האג'נדה כביכול של שופטי בית המשפט לענייני משפחה הפוסקים בתביעות נזיקין כאלה אינה רלוונטית (ככל שיש אג'נדה כזו, בהכללה) כל עוד הם פוסקים באופן מקצועי במסגרת הסמכות שניתנה להם, ולתובעת ניתן יומה בבית המשפט בלי קשר לתוצאת ההליך. אין משמעות לרצון האמתי ולמניע המקורי של האישה בבואה לתבוע את נזקה. גם אם רצונה הוא בהשגת כלי למיקוח כלכלי נגד הבעל, בסופו של יום כל שבית המשפט עושה הוא לבחון את טענותיה על פי העילות הנזיקיות ומחליט על פי זה. למעשה, השופטים מבחינתם צריכים לראות נגד עיניהם רק את העסקה הראשונה העולה מכלל האחריות: אף אם הדין האישי מכשיר את הסטטוס שבו האישה למעשה עגונה, בית המשפט לענייני משפחה יכול לקבוע תג מחיר לסרבנות אם יש בכך משום עוולה. העוולה נבנית על החלטתו של בית הדין הרבני עצמו שהבעל חייב לגרש את אשתו, החלטה שאותה הבעל אינו מקיים ובית הדין אינו אוכף אותה כלפיו. לכן במישור הסטטוס אין שינוי, ופירושה של דברים שהסעד הראשי לא ניתן. כל שנותר לבית המשפט לענייני משפחה לבחון הוא אם סרבנות זו היא עוולה לפי דיני הנזיקין. משקבע כך, פתוחה הדרך להעניק פיצויים כסעד משני. המתווה של כלל האחריות אפוא מתקיים, ולו בצורה מסוימת. אמנם אם היינו שואלים את שופטי בית המשפט לענייני משפחה מראש, הם אולי לא היו נותנים יד לעסקה כזו,

111 מכיוון שהסכמה היא תנאי לגירושין, נוצרת אפשרות לסחטנות מאת בן הזוג הסרבן, אם סחטנות כלכלית או אחרת ואם סחטנות המתנה את מתן הגט בהעברת כל הדיונים הממוניים והאחרים הנדונים בבית המשפט לענייני משפחה לבית הדין הרבני. ראו פנחס שיפמן דיני המשפחה בישראל 296–299 (מהדורה ראשונה, התשמ"ח); רחל לבמור "גירושין, סירוב גט והסכם למניעתו – עובדות מהשטח" צהר כ 83 (התשס"ה). על טעמים שונים לסרבנות, ובהם נקמה, תחושת אדנות, פחד מנטישה, התסבוכת עקב מעורבות המשפחה והקהילה וטענות נגד עורכי דין וטוענים רבניים, ראו "בשלוש דרכים האשה מתגרשת", לעיל ה"ש 80, בעמ' 44–46; שולמית וולפיש "סרבנות גט: מאפיינים, מניעים ודרכי התמודדות" צהר לד 117, 120–122 (התשס"ט); נשים ומשפחה בישראל: דו-שנתון סטטיסטי 2005, 61–62 (רות הלפרין-קדרי וענבל קארו עורכות, 2005).

שכן מבחינתם מראש אסור לאדם להתעלל נפשית באשתו התעללות כזו או אחרת (סרבנות גט היא למעשה התעללות נפשית), והזכות נראית דומה יותר לזכות שאינה עבירה. אך מכיוון שלמעשה אין שואלים לדעתם בעניין זה, ומבחינת הדין האישי הנדון בבית הדין הרבני המהלך כשר, כל שנותר לדיני הנזיקין הנדונים בבית המשפט לענייני משפחה הוא לאפשר עסקה כזו בדיעבד, שפירושה מתן תג מחיר לאותה זכות. לכן מדובר בכלל אחריות לטובת הניזוק, הנבנה בשני שלבים ולא בצורה הרמונית על ידי אותה ערכאה. כל מה שקורה אחר כך, דהיינו העסקה הסיבובית, הוא עניין פרטי של הצדדים, והוא יכול באמת להשפיע במישור כשרות הגט בבית הדין הרבני, אך אין בו כדי לפגוע כהוא זה בלגיטימיות המהלך של העסקה הראשונה בחסות בית המשפט לענייני משפחה. זו עסקה כשרה לחלוטין מכוח הדין, והמתווה של כלל האחריות יכול להבהיר זאת היטב.

זאת ועוד, אף אם עצם התביעה מעוררת אנטגוניזם בחוגים מסוימים, אי אפשר לחסום אותה. כאמור, כיום אין קיימת דה פקטו חסינות בתביעה נגד בן זוג. כמו כן לא מצאנו בשום מקום שתביעה נזיקית נבחנת או נחסמת לפי המניע להגשתה, אם קיימת הוכחה כנדרש של נזק בעקבות עוולה, דהיינו שכל יסודות התביעה הוכחו כראוי, במאזן הסתברויות. דומה כי אין די בשיקולי מדיניות כלליים, כגון כיבוד הדדי בין ערכאות, כדי לחסום זכות תביעה כזו.

לסיכום נקודה זו אומר כי תביעות נזיקין בגין סרבנות גט מזמנות אפוא סוג של מקרים שבו אין רצון בפיצוי הנזיקי כשלעצמו, ולפיכך לכאורה אפשר לומר שאין מדובר בסעד משני המגן על הזכות ברמה נמוכה יותר, כתפיסת קלברזי ומלמד את כלל האחריות, אלא בכלי להשגת הסעד הראשי. אך בסופו של דבר נראה לי בבירור שגם כאן מדובר למעשה בעסקה בחסות בית המשפט בדומה מאוד לכלל האחריות. לפי הדין האישי, האישה אינה מגורשת ובני הזוג נשואים, אך הדין קובע תג מחיר נזיקי ברמת הסעד המשני לפגיעה זו של הבעל בזכותה של האישה להתגרש, כפי שעולה מפסק דינו של בית הדין הרבני שהורה לבעל לגרש את אשתו אך זה לא נענה לו. לכן דומני שעם כל הבעיות במישורים השונים, בסופו של דבר כלל האחריות יכול לבסס לגיטימיות מלאה למהלך שבבסיס התביעות הללו, וכאמור אין רלוונטיות לצורך העניין לעסקה הפרטית העוקבת.

אפשרות אחרת, פשוטה, שאולי אינה אלא צדו השני של אותו מטבע, היא לומר שמדובר כאן בכלל אחריות חדש שאפשר לצרפו לכללים הקיימים שניסחו קלברזי ומלמד. מדובר בכלל מסוג חדש, האופייני לתביעות נזיקין במשפחה בישראל (ויש לבחון אם הוא יכול להיות אופייני גם למקרים אחרים). על פי הכלל המוצע, קיימת מציאות שלפיה סעד משני אינו בעל חשיבות כשלעצמו, אלא כל תכליתו ויעודו להביא להשגת הסעד הראשי. כלל אחריות חדש שכזה, לטובת הניזוק, יכול להתפס ככלל חדש ועצמאי לגמרי או לפחות כתולדה ייחודית של כלל האחריות הקיים לטובת הניזוק (כלל 2 המקורי). למרות בעיות כגון כיבוד הדדי של ערכאות וחשש מגט מעושה שלא כדין,

דומני שקיימת לגיטימיות מבחינה משפטית אזרחית-נזיקית לפתח כלל חדש כזה שגם הוא כלל אחריות לטובת הניזוק, אם ככלל שהוא תולדה של הכלל המקורי, כלל האחריות לטובת הניזוק, ואם ככלל עצמאי השואב ויונק מן הכלל המקורי, ודי בכך כדי לחסום טענות לחוסר הלגיטימיות של המהלך שבבסיס הכלל החדש, כפי שטענו חוגים המקורבים לבית הדין הרבני.

למעשה, קלברזי ומלמד השתמשו בדוגמה שהיא "סטריילית" מבחינת מאבק סמכויות, שכן הן הסעד הקנייני-הראשי והן הסעד המשני של הפיצויים שניהם נתבעים במסגרת המערכת הנזיקית ובאותה ערכאה. כאשר הדוגמה "סטריילית" פחות, בכל זאת אפשר לראות בכך יישום של כלל האחריות לכל דבר ועניין מבחינה מהותית, בשינויים המחויבים לאור הדוגמה המורכבת יותר. אפשר לראות בכך תולדה של כלל האחריות, שלפיה במקרים שבהם קיים מאבק בין הערכאות השונות המקנות את הסעדים השונים, הראשי והמשני, התובע מבקש את הסעד המשני לא כסעד של "נחמה" במצב שבו לא הצליח להשיג את הסעד הראשי, אלא במטרה ברורה לזכות דרך השגת הסעד המשני, בדרך מתוחכמת, גם בסעד הראשי. לפי הכלל החדש, מתן הסעד המשני – הפיצויים – אינו סוף פסוק אלא רק שלב ביניים חשוב בדרך לחזרה לערכאה המקנה את הסעד הראשי בניסיון לקבלו שוב. אם תרצה, אומר שעד למתן הפיצויים עצמם מדובר ביישום פשוט של המתווה בדבר כלל האחריות. כל מה שיקרה לאחר מכן – העסקה הסיבובית ובעקבותיה הפנייה המחודשת לבית הדין הרבני בתקווה להשיג את הסעד הראשי של הסטטוס – כבר אינו רלוונטי כל עוד כלל האחריות כבר יושם. אם תרצה אמור אחרת, שיש חשיבות להמשך התהליך ולעסקה הסיבובית גם מחוץ לכותלי בית המשפט, ואז מדובר בכלל אחריות חדש, המאפשר לניזוק להמשיך ולנסות להשיג את הסעד הראשי ולא להסתפק בסעד המשני שבו זכה.

אולי אף אפשר לומר שגם במהלך הקלאסי של כלל האחריות במקרים מסוימים פסיקת הסעד המשני תביא דווקא לידי השגת הסעד הראשי, לפחות כאשר הדבר תלוי במזיק. למזיק יכול להיות עדיף להפסיק את הפעילות המזיקה (למשל להעתיקה למקום אחר, בדוגמת המטרד, או למנוע המשך פרסום לשון הרע) תמורת ויתור על הפיצויים. אם כן, על פני הדברים המתווה של קלברזי ומלמד בדבר "כלל האחריות" מתקיים בענייננו, ויסודותיו מן הניתוח הכלכלי של המשפט מתאימים גם לכאן. אמת, השיקולים המנחים בבחינת האפשרות להענקת סעד משני לעומת סעד ראשי של סטטוס בענייני משפחה כרוכים בשיקולים נוספים שלא היו קיימים במקרה ה"סטריילי" של המטרד שהציגו קלברזי ומלמד במאמרם. כאשר מדובר בסרבנות לתת גט, נכנסים לתמונה גם שיקולים חברתיים. אף שגם בדוגמת המטרד נשקלים במסגרת הניתוח הכלכלי גם שיקולים חברתיים ולא רק כלכליים, כגון הפסקת פעילות המפעל המטריד שתגרום לאבטלה המונית ותפגע ברווחה המצרפית ולתמריץ שלילי לעיסוק בייצור מקומי, בדוגמת סרבנות הגט נשקלים שיקולים רחבים עוד יותר, שמקורם במערכות דינים

שונות.¹¹² במילים אחרות, קלברזי ומלמד אמנם לא הציגו את הדוגמה שלהם ממצב סבוך כמו זה של סרבנות גט, שבו מתמודדות שתי ערכאות ולא רק שתי מערכות דינים, ובייחוד כשהאחת דתית ונוגעת בסטטוס האישי, ושחלק מפסק הדין שלה אינם קונסטיטטיביים. עם זאת אין מניעה עקרונית ליישם את אותו שלד של מתווה גם בעניינים שבהם מעורבות בעיות של דת ומדינה. הרי זו הייתה מטרתם של קלברזי ומלמד – לשרטט עיקרון בדיני הנזיקין ולאפשר יישום שלו בכל תחום אחר שבו אפשר להצביע על סעד משני לעומת סעד ראשי, ולא דווקא בדיני המטרדים ובהתנגשות אפשרית בין סעד ראשי קנייני דווקא לסעד משני נזיקי. לכן כמו בעניינים אחרים במשפט, היישום צריך להיות זהיר ובשינויים המחויבים, אך עצם הלבשת המתווה על המקרה דנן אינה צריכה להיות שנויה במחלוקת.

זהו תיאור מצב הדברים עד שנת 2008. הדברים בפועל מורכבים עוד יותר מאז אותה שנה עקב כמה התפתחויות שאירעו בפסיקות בתי המשפט לענייני משפחה. אעבור כעת לבחון את אותן התפתחויות.

2. התפתחות I (2008): פיצויים גם כאשר אין "חיוב" בגט אלא פסק דין רבני בדרגת "מצווה" או "המלצה"

כאמור, תביעות הנזיקין הראשונות נגד סרבני גט (משלהי שנת 2004 ואילך) הוכרו במקרים שבהם ניתן פסק דין רבני לחיוב הבעל בגט.¹¹³ למרות הביקורת בנדון מטעם חוגים המקורבים לבתי הדין הרבניים, כאן היה קל יותר לומר שמדובר בעוולה: הבעל חויב על ידי בית הדין הרבני לגרש את אשתו. הוא הפר חיוב זה ולא קיים אותו. אם האישה הוכיחה שנגרם לה נזק מההפרה (הפרת חובת הזהירות ברשלנות, או הפרת חובה חקוקה לציית להוראות בית הדין הרבני), תביעתה התקבלה.¹¹⁴

משנת 2008 נפרץ גבול זה בשני היבטים, בשני מקרים שונים: כזכור, השופט וייצמן התבטא בשנת 2005 באמרת אגב כי יש מקום להטיל פיצוי גם כאשר פסק הדין הרבני היה בדרגת מצווה או המלצה ולא בהכרח חיוב, ולו במקרים חמורים.¹¹⁵ אמרת אגב זו הפכה לרציו דסידנדי כעבור כשלוש שנים. אחת התביעות שהוכרו (בשלהי 2008) הייתה

112 לדעות שונות בדבר השאלה אם הניתוח הכלכלי לדיני הנזיקין מכיל בתוכו התייחסות לצדק, למוסר ולהגינות, או שמדובר בניתוח כלכלי "קר" שעליו יש להוסיף התייחסות לעקרונות אלה ורק אז לדון בכל יחדיו, ראו המחלוקת בין השופט אליעזר ריבלין לנשיא בית המשפט העליון אהרון ברק בנוגע לנוסחת לרנד הנד בע"א 5604/94 חמד נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(2) 498 (2004). לדין בכך ראו בנימין שמואלי "קליעה למטרה": הצעת תפיסה פלורליסטית חדשה לדיני הנזיקין המודרניים" משפטים לט 233, בעיקר בעמ' 235–239 (2009) (להלן: שמואלי "קליעה למטרה").

113 תמ"ש 19270/03, תמ"ש 6743/02, ותמ"ש 30560/07, לעיל ה"ש 4.

114 ראו למשל שמואלי "פיצוי נזיקי למסורבות גט", לעיל ה"ש 13.

115 תמ"ש 19480/05, לעיל ה"ש 4.

במקרה שבו ניתן פסק דין רבני ברמה של מצווה לגרש ולא חיוב לגרש.¹¹⁶ השאלה אם פסק דין רבני מסוג של מצווה ולא של חיוב יכול להספיק לצורך הטלת אחריות נענתה בחיוב על ידי בית המשפט. השופט טובה סיוון מבית המשפט לענייני משפחה בתל אביב פסקה פיצויים בסך 60,000 ש"ח לשנה מאז פסק הדין המצווה על הבעל לגרש, סך הכל 600,000 ש"ח, בתוספת פיצויים מוגברים, גם כאן בשיעור של 100,000 ש"ח. בפסק דין אחר פסקה בראשית שנת 2010 השופטת רחל ברגמן מבית המשפט לענייני משפחה בחיפה 36,000 ש"ח לשנה מאז פסק הדין הרבני הממליץ לבעל לתת גט, וסך הכל 108,000 ש"ח, והיא לא פסקה פיצויים עונשיים או מוגברים מחשש לגט מעושה, הכל בהסתמכות מלאה על הרציונלים שהתווה השופט וייצמן.¹¹⁷ אם בית הדין הרבני לא פסק שעל הבעל מוטל חיוב לגרש את אשתו, לכאורה אין כל הכרעה שלפיה לאישה יש זכות להתגרש ושהבעל בכלל מפר זכות זו. לפיכך יש לעיין אם יש שייכות לעולת הפרת חובה חקוקה במקרה כזה, שכן לא ברור אם גם פסק דין רבני בדרגת מצווה או המלצה יכול להוות הפרת הוראה חוקית.

לכאורה, יש כאן בעיה עוד במישור הראשוני – של ההכרעה בין הזכויות – ה־ first order legal decisions, ועדיין איננו מגיעים כלל למיון לכללי אחריות. אם בית הדין הרבני לא פסק על הבעל חיוב לגרש את אשתו, לכאורה אין כל הכרעה במישור הזכות, דהיינו לאישה זכות להתגרש והבעל בכלל מפר זכות זו.

אך לדעתי אין הדברים כן, ויש לתמוך בתוצאת פסק הדין אם מבינים את הרציונל שמאחורי פסק דין ברמה של מצווה, ואפילו של המלצה. בית המשפט לענייני משפחה פועל ברובד המשני של הפיצויים. כל שהוא מבקש לדעת הוא אם מעשיו של הבעל, הכשרים כאמור במישור הדין האישי של הסטטוס ואינם מאפשרים מתן סעד ראשי, מהווים עוולה מבחינת דיני הנזיקין, ואז מבחינת דיני הנזיקין אינם כשרים (וכאמור, מערכת דינים זו הנדונה בבית המשפט לענייני משפחה ממילא אינה יכולה להשפיע ישירות במישור הסטטוס). בעל שאינו מציית להוראות בית הדין הרבני ואינו מגרש את אשתו גם במקרים שבהם מדובר במצווה להתגרש ולא בחיוב של ממש, למעשה אינו מקיים את דברי בית הדין וההלכה. מבחינת הדין האישי עליו לגרש את אשתו, ומסיבות שונות הדיינים אינם מביאים את פסק הדין לדרגה של חיוב. אמת, פסק דין רבני ברמה של חיוב הוא מגדלור של ממש המבהיר כי הבעל חייב לגרש את אשתו, ואם לא עשה כן, הריהו מפר את החיוב. אך הרציונל הוא אותו רציונל מבחינה הלכתית גם במקרה של מצווה – על הבעל לגרש את אשתו – ודבר זה משותף לכל דרגות פסק הדין (ההבדלים נמנו לעיל). משלא עשה כן וגרם לה נזק, יש לבחון אם הפר את חובת הזוהרות כלפיה ואם נזקיה נגרמו עקב אותה הפרה. דומה כי יהיו מקרים שבהם יהיה אפשר לענות על שאלה זו בחיוב, כמו באותם מקרים שנדונו בפסיקה.

116 תמ"ש 24782/98, לעיל ה"ש 4.

117 תמ"ש 12200/08, לעיל ה"ש 4, בהסתמך כאמור בעיקר על תמ"ש 19480/05, לעיל ה"ש 4.

בעיניים אזרחיות דומה שאין להבדיל (לפחות לא באופן דרמטי) בין הדרגות השונות, שכן גם מצווה היא הוראה של בית הדין הרבני ויש לקיימה. למדיניות בתי הדין הרבניים באשר לאכיפת הוראותיהם מבחינת התוצאה הדתית של אותה אכיפה אין צריכה להיות רלוונטיות לשאלת קיומה של עוולת הפרת חובה חקוקה בדין האזרחי, מה עוד שכל פסק דין רבני, גם לחיוב לגירושין, איננו קונסטיטוטיובי, דהיינו אינו יוצר את הגירושין ואינו משנה את הסטטוס ומסיים את הנישואין; אלה מסתיימים רק כאשר בני הזוג עושים כן.¹¹⁸ לכן לא צריך להיות הבדל מכריע לעניין זה בין פסקי הדין השונים של בית הדין הרבני, ומבחינת בית המשפט לענייני משפחה גם פסק דין ברמה של מצווה ואף המלצה צריך להיחשב הוראה חוקית לכל דבר ועניין, המגבשת את תחילת העוולה אם היא מופרת, על פי סעיף 287 לחוק העונשין, או לפחות התרשלות. בית המשפט לענייני משפחה פועל ברובד אחר, לא הלכתי, של מתן פיצויים. כל שהוא מבקש לקבוע הוא אם מעשי הבעל, שאינם מאפשרים לאישה לקבל גט במישור ההלכתי, מהווים עוולה מבחינת דיני הנזיקין. המעשה אינו כשר מבחינת דיני הנזיקין ומהווה עוולה, ואם נגרם לאישה נזק בעקבות אותו מעשה, יש כאן תביעה לגיטימית. גם אם נקודת מבט זו אינה נקייה מספקות, שכן בכל זאת יש לבחון כיצד לפרש את המילה "הוראה" בסעיף 287 במקרים של מצווה או המלצה, הרי שרשלנות יש כאן, וזו אינה תלויה כאמור בהפרת חובה חקוקה.

השופט וייצמן סייג זאת כאמור באמרת אגב למקרים חמורים. אמנם מגדלור של מצווה ובוודאי של המלצה אורו קלוש מזה של חיוב, אך לדעתי אין לסייג זאת למקרים חמורים – מקרים חמורים יותר או פחות יכולים לבוא לידי ביטוי בשאלת פסיקת פיצויים עונשיים או מוגברים, וכאן השאלה היא שאלה עקרונית – אם יש עוולה אם לאו – ולא של חומרת המעשים בעוולה קיימת. לכן לדעתי יש לתרגם מצב כזה להכבדה בנטל ההוכחה. כלומר, על הדין האזרחי לפעול במקרה כזה כבמעין "מקבילית כוחות", שלפיה ככל שאורו של המגדלור חלש יותר, והוא איננו יכול לסייע בהוכחת ההתרשלות, יהיה צורך בראיות אחרות מכבידות מבחינת התובעת להוכחת העוולה,¹¹⁹ אך הדבר יהיה אפשרי באופן עקרוני ובמקרים המתאימים.

118 שרשבסקי, לעיל ה"ש 72, בעמ' 280; שיפמן, לעיל ה"ש 111, בעמ' 295; משה זילברג המעמד האישי בישראל 102–104 (התשכ"ה).

119 "מקבילית הכוחות" – בהשוואה לכלל שהיה קיים בדיני מכרזים ציבוריים בעיקר עד לחקיקתו של חוק חובת מכרזים התשנ"ב–1992, ס"ח 114. לפי כלל זה, על רשות מנהלית היוצאת במכרז לפעול בצורה מסוימת לשם בחירת ההצעה הטובה ביותר, שאינה בהכרח הזולה ביותר, אם לא פורסמו אמות מידה מראש לבחינת ההצעות ודירוגן. כלל זה נקבע בפסיקה, ולפיו ככל שיגדל ההפרש במחיר המוצע בין המתמודדים כן יגברו כוחה של ההצעה הזולה ומשקלה, וככל שיקטן ההפרש בין ההצעות, כן יגבר משקלם של ההיבטים האחרים. דהיינו, נדרשים נימוקים כבדי משקל כדי להעדיף הצעה יקרה יותר, ונימוקים קלים יותר כדי להעדיף הצעה שאמנם אינה הזולה ביותר, אך אינה יקרה בהרבה מהצעה אחרת. כך נבחן למעשה במסגרת מקבילית הכוחות המחיר אל מול פרמטרים אחרים

לפיכך גם פסיקה זו, שאמנם מותחת את הגבול עוד יותר מבחינת המתח בין הערכאות, יכולה גם יכולה, לדעתי, לקבל בסיס תאורטי מוצק בדמות כלל האחריות. מגדלור ברמה של מצווה, ואולי גם המלצה, מאיר אמנם פחות ממגדלור ברמה של חיוב, אך מבחינת דיני הנזיקין קיימים מקרים שבהם די באור זה כדי לזהות עוולה נזיקית, וזאת בהסתמך על הדין העברי עצמו שרואה חשיבות גם בפסקי דין רבניים בדרגה של מצווה או המלצה ורואה בכל פסקי הדין הללו, בסופו של דבר, רציונל דומה – על הבעל לגרש את אשתו לפי דעת ההלכה.¹²⁰

3. התפתחות II (2008): פיצויים גם על התקופה שלפני מועד ה"חיוב" בגט

בתביעה אחרת פסק (במחצית 2008) השופט בן-ציון גרינברגר מבית המשפט לענייני משפחה בירושלים כי במקרה שיש חיוב לגרש אפשר לפסוק פיצויים גם מן התקופה שלפני פסק דינו של בית הדין הרבני בדבר החיוב לגרש, אם יוכח (כמו באותו מקרה) שההתרשלות החלה לפני המועד הרשמי של החיוב.¹²¹ כלומר, אם פסק הדין הרבני לחיוב בגט ניתן לדוגמה בשנת 2005 אך האישה יכולה להוכיח שהתרשלות בעלה כלפיה, המתבטאת בהתעללותו הנפשית בה, החלה עוד לפני אותו פסק דין רבני, נניח משנת 2001, אזי יחושבו הפיצויים ממועד תחילת ההתרשלות; מנגד, לפי ההבנה המוקדמת יותר,¹²² היה ברור כי אפשר לפסוק פיצויים אך ורק ממועד החיוב – 2005.¹²³

השופט בחן את המקרה הספציפי והחליט כי הפיצויים יחושבו מתקופה של כשנה לאחר הנישואין (כמה שנים לפני החיוב), אז היה ברור כי לנישואין כבר אין תקנה ואין

גון איכות הטובין או השירות המוצעים, כושרו של המציע וניסיונו וכו'. ראו למשל: בג"ץ 112/81 ד. זילבר ובניו בע"מ נ' עיריית באר שבע, פ"ד לה(4) 456, 460-461, פסק דינו של השופט ד' לוי (1981); גבריאלה שלו חוזים ומכרזים של הרשות הציבורית 168 (1999).

120 יצוין כי על פסק הדין של השופטת סיוון בתמ"ש 24782/98, לעיל ה"ש 4, הוגש ערעור לבית המשפט המחוזי בתל אביב בפני השופטת יהודית שטופמן. קדם-משפט נקבע לחודש נובמבר 2010.

121 תמ"ש 6743/02, לעיל ה"ש 4. לכך הסכים גם השופט איתי כץ בתמ"ש 18561/07, לעיל ה"ש 6, פס' 73 לפסק דינו, אם כי מדובר באוביטר שכן הבעל עצמו – התובע – לא ביקש פיצויים עבור התקופה שלפני החיוב.

122 תמ"ש 19270/03, לעיל ה"ש 4.

123 עם זאת מבחינת היקף הפיצויים המצב היה בסופו של דבר די דומה, שכן השופט הכהן בתמ"ש 19270/03, שם, העניק פיצויים בשיעור של כ-200,000 ש"ח לכל שנת עיגון מאז החיוב (שם היה מדובר בשנתיים), ואילו השופט גרינברגר בתמ"ש 6743/02, לעיל ה"ש 4, העניק רק כרבע מסכום זה לכל שנת עיגון, אך היות שהוא אפשר הוכחת העוולה לפני פסק הדין לחיוב, היה מדובר בסך הכל בכחשע שנות עיגון (במקום כשנתיים מאז החיוב), ולכן הסכום שנפסק היה דומה בשני המקרים. מובן שהדבר נובע מכך שאין בנמצא טבלאות לחישוב נזק לא ממוני בעוללות שעל פי פקודת הנזיקין, וכל שופט יכול לפסוק לעניין זה כראות עיניו.

סיכוי לשלום בית שכן האישה מאסה בבעל עקב מעשים שעשה וזה סירב לתת לה גט. השופט תמך יתדותיו לא רק בעולת הרשלנות אלא גם בהפרת הבעל את זכויותיה של האישה לאוטונומיה ולכבוד, לפי חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו.¹²⁴ הוא הסתמך בין היתר על ספרות שניתחה את התביעות הראשונות שבהן היה חיוב לגט.¹²⁵ אמנם כאן אין בעיה במישור הראשוני של ההכרעה בין הזכויות, שכן יש חיוב לגט, ולכן יש הכרעה שלאישה יש זכות להתגרש. המגדלור קיים ובצורה ברורה – יש חיוב לגט והבעל הפר אותו. אך הבעיה לכאורה קיימת על עצם הפיצוי בתקופה שלפני החיוב, שם עוד לא היה מגדלור כלל. האם המגדלור יכול להפיץ אור במעין דרך של בדיעבד? לדעתי, גם כאן אפשר להצדיק את ההתפתחות ולהסמיך אותה לכלל האחריות. למעשה, עצם ההכרה במעשי הבעל כעוולה נעשתה בפשטות מכיוון שהיה קיים חיוב לגט, ובנקודה זו המצב פשוט עוד יותר מן המקרה שבו יש פסק דין רבני ברמה של מצווה ולא של חיוב. האפשרות "ללכת אחורה" ולבחון מתי דה פקטו החל מועד העוולה מתוך הנחה שבית הדין הרבני פסק חיוב רק בדיעבד, למעשה לאחר כמה שנים של עוולה, נראית אפשרות טבעית ביותר מבחינת דיני הנזיקין, שכן ברור כי בית הדין הרבני פוסק חיוב בגט רק בדיעבד ולאחר תקופת מה שבה הבעל מתעמר באישה. לעתים מדובר בשנים רבות של התנהגות מכוונת וזדונית הגורמת לסבל נפשי רב. בהיעדר עוולה פריטיקולרית מוגדרת של סרבנות גט, העוולה הרלוונטית היא כאמור עוולת הרשלנות. עוולה זו למעשה נסמכת על התעללות נפשית של הבעל באשתו תוך הפרת החובה לכבדה ולא לצערה, חובה שכאמור כבר הוכרה כבסיס לתביעת רשלנות נגד בן זוג ללא קשר הכרחי לסרבנות גט. אכן, במקרים המתאימים אפשר לקבל פיצוי גם על מועד שלפני החיוב הרשמי בגט כל עוד תוכיח התובעת שאכן בעלה התעמר בה נפשית עוד לפני מועד החיוב הרשמי – לפני אותו מגדלור. אפשרות כזו נראית טבעית למדי מניתוח דיני הרשלנות. המגדלור כל תפקידו בהקשר הנזיקי הוא לסייע לספינת בית המשפט האזרחי בניווט הנזיקי. בכך שבית המשפט קובע כי עוד לפני מועד החיוב התקיימה עוולה הוא למעשה מצביע על התפקיד המסייע של מועד החיוב בתוך הניתוח הנזיקי. מסייע – ולא יותר.¹²⁶

124 וראו גם החלטת הביניים של השופט גרינברגר בתמ"ש (משפחה י-ם) 3950/00 פלוגית נ' אלמוני, פ"מ התשס"א 29 (2001).

125 שמואלי "פיצוי נזיקי למסורבות גט", לעיל ה"ש 13, בעמ' 310–315.

126 לו הייתה עוולה של סרבנות גט היה צורך לבחון, על פי הגדרת אותה עוולה, אם גם התקופה שלפני החיוב בגט יכולה להיחשב לעוולה. במצב זהיום אין צורך להיכנס להגדרות כאלה, השנויות במחלוקת קשה בין בתי הדין הרבניים לארגוני הנשים, שכן ממילא הפנייה היא כאמור לעולות המסגרת של הרשלנות. מדובר במחלוקת של ממש. המספרים נעים בין מאות ואלפים בודדים, לפי הנהלת בתי הדין הרבניים, לעשרות אלפים ויותר לפי ארגוני הנשים, והדבר קשור בין היתר להגדרות השונות של "מסורבת גט". ראו למשל: לבמור מנעי עיניך מדמעה, לעיל ה"ש 72, בעמ' 8; יפעת שחק מסמך רקע לדיון בנושא: מעוככות גט ומסורבות גט בישראל (הכנסת – מרכז המחקר

ודוק: אין בפסיקת פיצויים על התקופה שלפני החיוב בגט משום מתיחת ביקורת על בית הדין הרבני או משום אמירה שהיה צריך להורות על צו חיוב כזה קודם לכן. ההפך הוא הנכון בדרך כלל: נקודת הזמן שבה נפסק החיוב מצביעה בהכרח שההתעללות הנפשית החלה קודם. בית הדין הרבני איננו יכול ללכת אחורה בזמן בנושא של סטטוס, והוא חייב לפסוק מכאן והלאה – אך בהסתמך על העבר. דיני הנזיקין מביטים על העבר לצורך פסיקת פיצויים. לכן שתי המערכות אינן סותרות זו את זו גם במקרה של פסיקת פיצויים מן התקופה שלפני החיוב, אלא דווקא משלימות. למעשה, פסיקת פיצויים מזמן החיוב בלבד, כבודור הראשון, היא בעייתית מאוד מבחינה נזיקית שכן אינה מביאה בחשבון תקופה שאפשר להוכיח במקרים מסוימים שגם היא נכללת במניין ימי העוולה (ובתי הדין הרבניים הסתמכו על תקופה זו כדי לקבוע שיש חיוב לתת גט בסופו של דבר. אולי משום כך, כאמור, פסק השופט הכהן פיצויים גבוהים מאוד באופן יחסי מזמן החיוב בלבד, שכן הוא הביא בחשבון בפועל ולמעשה גם את תקופת העוולה שהחלה לפני החיוב, ושופטים אחרים לא עשו כן.

אין בדברים הללו כדי לומר שיש לפסוק בכל מקרה פיצויים גם עבור התקופה שלפני מועד החיוב בגט. הנטל הוא כמובן על התובעת להוכיח שהעוולה החלה לפני מועד החיוב בגט. במקרים רבים הדבר יהיה אפשרי, שכן במקרים רבים נפסק החיוב בגט בדיוק במקרים שבהם "כלו כל הקציץ" והבעל מתחמק בתואנות שונות שנים רבות מלגרש את אשתו ולמעשה מבצע בה עוולה נמשכת. אמנם החלק הברור יותר בעוולה הוא ממועד החיוב והלאה – אותו מגדלור – אך אין בכך כדי לשלול בחינת העבר, כפי שתמיד נעשה לצורך בחינת עוולת הרשלנות. לכך משמעות לעניין גובה הפיצויים, הנפסקים לפי התמשכות העוולה. אותו מגדלור סייע בידי השופטים לקבוע שאכן הייתה עוולה. אך כעת מתחילה המלאכה, הלא קלה לעתים, של התובע, לשכנע את בתי המשפט מתי החלה אותה עוולה. אם כן, אותו מגדלור בזמן החיוב מאיר ומצביע באורו גם על העבר. החיוב בגט מסייע מאוד לבית המשפט לענייני משפחה להחליט שאכן מדובר כאן בעוולה. לכן החיוב בגט עדיין נותר המגדלור. השאלה מתי החלה העוולה היא שאלה נפרדת שאינה צריכה להפריע לשאלה הקודמת. ואדרבה, כאמור,

והמידע, (2003), www.knesset.gov.il/mmm/doc.asp?doc=m00598&type=pdf; אורלי לוטן מסמך רקע בנושא: מסורבות גט בישראל – מתוקן (הכנסת – מרכז המחקר והמידע, 2005), www.knesset.gov.il/MMM/data/pdf/m01242.pdf; רות הלפרין-קדרי "סוד הנשים הנעלמות: על הפער בנתוני היקף בעיית מסורבות הגט בישראל" להיות אשה יהודיה: דברי הכנס הבינלאומי החמישי: "אישה ויהדותה" שהתקיים בירושלים, תמוז תשס"ז כרך ה' 83–95 (טובה כהן עורכת, התשס"ט); אליהו בן דהן "מסורבות הגט ובתי הדין הרבניים" במעגלי צדק 7, 7 (התשס"ו); הנהלת בתי הדין הרבניים סיכום שנת 2008 (2009), www.rbc.gov.il/statistics/2008/2008.pdf; הנהלת בתי הדין הרבניים סיכום שנת 2009 (2010), www.rbc.gov.il/statistics/2009/; רבקה לוביץ "מי סופר את מסורבות הגט?" *ynet* 22.2.2010, www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3845225,00.html

קיימים מקרים שבהם אפשר להסתייע בהחלטות בית הדין הרבני עצמו, שמהן משתקפת המציאות העגומה של הסבת הנזק הנפשי בשנים שקדמו לחיוב הרשמי בגט, לצורך תמיכה בטענה שהעוולה הנזיקית החלה לפני החיוב. לכן גם במקרה זה פסיקה, במקרים המתאימים, שהעוולה החלה לפני מועד החיוב בגט יכולה להיתמך תאורטית בכלל האחריות.

כך במקרים שנדונו בפסיקה בפני השופטים הכהן ווייצמן¹²⁷ הוכח שהסבל הנפשי הקשה שנגרם לנשים החל שנים ארוכות לפני מועד החיוב בגט, עת בעליהן הוליכו אותן כזב בהבטחות שווא למתן הגט או במירור חייהן. במקרה הראשון שנדון בפני השופט הכהן, שם נפסקו פיצויים רק מתקופת החיוב, היה זה ברור למדי: הבעל משך את אשתו מרב לרב בהבטחות חוזרות משך שנים רבות שיקיים את החלטתם. הרבנים פסקו, בזה אחר זה, שעל בני הזוג להתגרש, אך הבעל המרה את פיהם. בית הדין הרבני השהה משך שנים רבות את קביעת החיוב לבעל ליתן גט לאשתו כדי לתת לו הזדמנות אמיתית לתת גט. לאחר אותן התדיינויות לפני רבנים שונים, וכדי לא להפעיל עליו לחץ פסול לתת את הגט. משלא נתן הבעל את הגט והוברר כי משך את אשתו מרב לרב ללא רצון כן ליתן לה את הגט, הרי אך ברור הוא שהסבל הנפשי שהסב לאשתו החל זמן רב טרם מועד החיוב במתן הגט. ממילא אין כל סיבה מבחינת דיני הרשלנות שלא לפצות גם על התקופה הזו של ההתעמרות. החיוב הרשמי בדיעבד בגט צריך לשמש רק מעין אינדיקציה שהייתה בכלל עוולה, אך הוא איננו יכול לחסום ולא ראוי שיחסום אפשרות להוכיח שהעוולה החלה לפני כן. יהיו מקרים שבהם תהא זו אינדיקציה טובה לבחינת תחילת מרוץ רשלנותו של הבעל והסבל הנפשי שהסב לאשתו, אך אין מדובר באינדיקציה בלעדית ואין לתלות את התביעה הנזיקית בכך בלבד.

לבסוף יש לציין כי התובעת במקרה שנדון בפני השופט גרינברגר ביקשה ליצור חזקה שלפיה קיימת עוולה במקרי סרבנות גט מן התקופה של שנה לאחר הדרישה להתגרש אם הבעל מסרב בעקיבות לגרש את אשתו. השופט לא קבע חזקה כזו אלא בחן את המקרה כשלעצמו. אני סבור שיש להצדיק את החלטת בית המשפט, שכן יש לבחון כל מקרה לגופו ולבחון מתי בפועל החלה ההתעללות, ואין מקום לקבוע חזקה כזו דרך עולת הרשלנות, שכן יש מקרים שבהם העוולה מתחילה פחות משנה לאחר הדרישה להתגרש, ויש מקרים שבהם היא מתחילה יותר משנה לאחר מכן.

שתי ההתפתחויות הללו, של פסיקה אפשרית של פיצויים במקרים של מצווה ולא של חיוב או על תקופה שלפני החיוב, נכנסות אפוא גם הן לגדר כלל האחריות ואינן נופלות בשלב ההכרעה בין הזכויות. הזכות של האישה להתגרש קיימת בשני המקרים הללו. אמנם הפסיקות במקרים הללו הוסיפו שמן למדורת החיכוך בין הערכאות, אך אם מנתחים את הסיטואציות הללו על פי דיני הנזיקין, דומה שדיני הנזיקין בכלל והמתווה

127 ראו תמ"ש 19270/03, לעיל ה"ש 4, אף שהשופט הכהן לא פסק באותו מקרה פיצויים על תקופה זו שלפני החיוב; תמ"ש 19480/05, לעיל ה"ש 4; תמ"ש 6743/02, לעיל ה"ש 4.

של כלל האחריות בפרט יכולים בהחלט להצדיק התפתחויות אלה ולהקנות להן לגיטימיות של ממש.

4. התפתחות III (2010): פיצויים לבעל מסורב גט גם בהיעדר פסיקה רבנית כלשהי

בתחילת שנת 2010 פסק השופט מנחם הכהן מבית המשפט לענייני משפחה בירושלים פיצויים לבעל מסורב גט בפרשה שבה בית הדין הרבני לא פסק כפייה, חיוב, מצווה או המלצה.¹²⁸ פסיקה כזו מותחת עד הקצה את האפשרות של פיצוי נזיקי באפשרה פיצוי גם ללא כל פסיקה רבנית שהיא. דומני כי חסרות הנמקות תאורטיות להכרעה זו מלבד ההנמקות שניתנו בפסק הדין. במקרה דנן גם תקופת סרבנות הגט הייתה קצרה יחסית וגם לעובדה שמדובר בגבר מסורב גט ולא באישה מסורבת גט נפקות גדולה לעניין פסיקה כאשר אין צו של בית הדין הרבני.¹²⁹

בעת מתן פסק הדין היה התובע בן 82 והנתבעת בת 72. הם נישאו בשנת 1991, ולכל אחד מבני הזוג ילדים מבני זוג קודמים. הבעל רצה להתגרש מאשתו זה זמן רב, אולם היא סירבה ודבקה בבקשה לשלום בית. בית הדין הרבני אכן המליץ לצדדים להגיע לשלום בית, וכאמור לא פסק שעל בני הזוג להתגרש. הבעל שילם לאשתו מזונות בעודם מתגוררים יחד אך ללא תחילת תחילת קורת גג אחת. בעת הגשת התביעה כבר עזב הבעל את הבית, והתנהל בין בני הזוג הליך כאשר לדירה (תביעת הבעל לפינוי וסילוק יד או דמי שימוש) ולפיו הסכם ממון שערכו ביניהם. בדיונים בבית הדין הרבני הציע אחד הדיינים כי הבעל ייתן לאישה מזונות בסך של 5,000 ש"ח לחודש למשך שנתיים, ובתמורה תעניק האישה את הגט עוד באותו היום. הבעל הסכים להצעה והאישה סירבה: "אפילו מלין לא מסכימה".¹³⁰ בית הדין קבע כי "נראה שהבעל הוא זה שאינו רוצה באשתו ואילו האישה מוכנה שהבעל ידבר עמה כראוי ותמלא את כל חובותיה כלפיו, והוא אומר שכבר הרבה זמן מרדה בו ולכן אינו רוצה בה יותר. אכן כיוון שסה"כ הבעל אינו רוצה באשתו, בלא קשר למוכנותה של האישה, אין לחייבה להתגרש עד אשר תתרצה לכך, ולצורך זה הבעל רשאי להציע לאישה ולנהל מו"מ על כך".¹³¹ (ההדגשות הוסרו – ב.ש.). התביעה הנזיקית הוגשה לבית המשפט לענייני משפחה שנה וארבעה חודשים לאחר שהגיש את תביעת הגירושין לבית הדין הרבני. העילה – רשלנות. לא הוגשה תביעה בעילה של הפרת חובה חקוקה, וכאמור דומה כי במקרה כזה ממילא הדבר אינו אפשרי שכן לא הופרה הוראה חוקית של בית הדין הרבני.

128 תמ"ש 21162/07, לעיל ה"ש 6.

129 אמנם לאחר מכן נפסקו לבעל מסורב גט פיצויים במקרה אחר (שם), אך שם נפסק חיוב על האישה להתגרש.

130 שם, פס' 29 לפסק דינו של השופט הכהן.

131 שם.

הנתבעת טענה כי פסק דין רבני המחייב – או ממליץ – לתת (או לקבל) גט הוא תנאי לקבלת התביעה הנוזיקית על פי הפסיקה בנדון (גם אם מדובר בתביעה בגין רשלנות ולא רק הפרת חובה חקוקה). עוד טענה הנתבעת כי בכל אותם מקרים עבר זמן רב של סרבנות והתקיים מספר רב של דיונים בבית הדין הרבני, ואילו במקרה זה לא עבר זמן רב מפרוץ הסכסוך בין בני הזוג ועד להגשת התביעה, התקיימו רק שני דיונים והבעל לא עשה מאמץ למצות את ההליכים בפני בית הדין הרבני או לנסות ולקיים שלום בית. היא עצמה, בניגוד לנתבעים במקרים הקודמים, הופיעה לדיונים שהתקיימו בבית הדין הרבני ומילאה את הוראותיו. משכך, טענה האישה כי כלל לא הוכח שהיא סרבנית גט, ולא הוכח שהפרה חובת זהירות כלפי בעלה.

התיק הגיע לשופט מנחם הכהן, שכזכור קבע בפסק הדין הראשון בסוגיה שתנאי לקבלת תביעה נזיקית הוא חיוב הבעל לגרש את אשתו. היה אפשר לצפות שכעת יפסוק שתנאי לקבלת התביעה במקרה דנן הוא שבית הדין הרבני חייב את האישה לקבל גט, ומשאין חיוב כזה, או לפחות פסק דין ברמת מצווה או המלצה, אי אפשר לקבל את התביעה. אך השופט הכהן פוסק כי ההכרעה בתביעות כאלה והקביעה אם סרבנות הגט עולה כדי עוולה נזיקית ייעשו על פי נסיבותיו של כל מקרה ומקרה.

לטעמו אין לשלול תביעות נגד נשים המסרבות לקבל גט אם כי יכול להיות הבדל לעניין ראשי הנזק ושיעור הפיצוי. השופט הכהן מדגיש את העובדות שלפיהן הצדדים בגילאים מתקדמים, הם התגוררו למעשה בחדרים נפרדים לפחות שנתיים לפני עזיבת התובע את הבית, ושנים רבות לא היו ביניהם יחסי אישות. כל אלה מצביעים על פְּרֵדָה דה פקטו. כן מדגיש השופט הכהן את עדותה של הנתבעת שגם אם יוצעו לה מזונות לתקופה ארוכה היא לא תסכים להתגרש, אף שבעבר הודתה שאפשר לשקם נישואין במשך שנה-שנתיים, ולאחר מכן "אם לא הולך אז לא הולך"¹³² – עדות המעידה שהיא למעשה סרבנית גט. באשר לחלוף הזמן, המועט באופן יחסי, קובע השופט:

אני מכיר בכך שאין הצדקה לקבל מיידית כל תביעה לגירושין, וכי דרוש פרק זמן אשר במהלכו יגיעו שני בני הזוג לתובנה ולמסקנה כי עליהם להתגרש. יחד עם זאת, אין לשלול קיומן של נסיבות בהן פרק הזמן שבמהלכו מצופה מהצד שהוגשה כנגדו תביעת גירושין להסכים עם בן זוגו כי הגיעה העת להתגרש יהיה קצר, כגון במקרה דנן. כפי שסבור חברי כבוד השופט גרינברגר בפסק דינו בתמ"ש 6743/02, המוזכר לעיל, גם אני סבור, כי לא ניתן לקבוע כללים ברורים ביחס לתיחום מועד הסירוב, אשר ממנו ואילך ייחשב לסירוב בלתי סביר, ויש לדון בכל מקרה לגופו. כך למשל, ייתכנו מקרים בהם יהיה צודק לצפות כי בן הזוג יסכים

132 שם, פס' 35, 48.

לגירושיך בתקופה של שנתיים מיום הגשת התביעה לגירושיך, למעלה
משנתיים, או אפילו למטה מכך.¹³³

השופט קובע, על פי פסיקות קודמות, כי קיימת חובת זהירות מושגית וכי צפוי שסרבנות גט תגרום לנזק לבן הזוג המסורב. הוא מוצא גם כי החובה הקונקרטית מתקיימת, שכן הצדדים שלפניו מצויים בגיל מתקדם, התובע עזב זה מכבר את הבית והביע רצונו למכור את דירתו, ואף הנתבעת מתלוננת על התנהגות התובע כלפיה וטוענת שנאלצה להגיש תלונה במשטרה בגין התנהגות התובע כלפיה, תלונה שבעקבותיה הורחק התובע מביתו. הבעל עקיב ועיקש ברצונו לסיים את נישואיו ומסרב בכל תוקף לניסיון נוסף לשלום בית. השופט סבור כי בנסיבות אלה היה על הנתבעת לצפות כי התנהגותה תפגע בתובע ותזיק לו. גם כאן, כבפסקי דין קודמים, פוסק השופט הכהן כי רשלנות מתקיימת גם במקרים זדוניים. לדבריו, הנזקים מן הסירוב העיקש של האישה לקבל את הגט הם פגיעה באוטונומיה של התובע, בזכותו למימוש עצמי, בכבודו ובחירותו. השופט קובע כי התנהגות פסולה זו גזרה על התובע חיי בדידות והיעדר זוגיות ואינטימיות עם בני המין השני, ובכך נגרמו לו נזק נפשי גדול, צער, השפלה, ביזוי וכאב. כל אלה מקבלים משנה תוקף לאור גילם המופלג של הצדדים. לעניין זה מצטט השופט את דברי התובע שלפיהם "לא יתכן כי אדם בן 82 ישאר 'קשור' בסוף חייו לנתבעת ואינו יכול לנהל לו אורח חיים חדש כפי שמבקש הוא לעשות".¹³⁴

השופט אינו קובע מסמרות באשר לתיחום מועד תחילת הסירוב, בהמשך לקביעתו של השופט גרינברגר, אך קובע כי במקרה דנן שנה אחת מיום הגשת התביעה לגירושיך היא מועד תחילת הסרבנות. ממועד זה הייתה צריכה האישה לדעת כי הבעל נחרץ בדעתו להתגרש ממנה ושאינו מעוניין בניסיונות נוספים לשלום בית והייתה יכולה לצפות את נזקיו. זהו הרגע שבו הסירוב שלה לקבל את הגט הופך לעוולה. השופט הכהן נזהר שלא לקבוע פיצוי לנזק מתמשך כדי לא להביא לידי כפייה הפוסלת את הגט והופכת אותו למעושה (אם כי לא ברור שבמקרה של סרבנות גט באמת עלול להיווצר כאן גט מעושה).¹³⁵ הוא פוסק פיצויים (לא עונשיים או מוגברים) בסך 40,000 ש"ח לשנה, וסך הכל מעל ל-53,000 ש"ח.¹³⁶

133 שם.

134 שם, פס' 61. עם זאת אוסיף כי ייתכן שהמקרה של מסורב או מסורבת גט בגיל מבוגר יותר בעייתי פחות מכיוון שאין עומדת על הפרק שאלת הבאת ילדים לעולם.

135 כאשר הבעל הוא התובע והאישה היא הסרבנית, גם אם האישה תיאנס כלכלית לקבל את הגט נגד רצונה, אף שיש בכך בעיות הלכתיות מסוימות של כפיית גט נגד רצון האישה, הרי שאותו גט אינו מעושה כלל. אמנם גם אישה יכולה לסרב לקבל גט, אולם בניגוד לאישה, גבר סרבן שנותן גט נגד רצונו והכפייה אינה כדין, הרי שאין בכך משום מתן גט כלל והאישה עדיין נשואה. אישה המסרבת לקבל את הגט יכולה לפגום בכשרותו, שכן קיימים כמה תנאים לחוקיות הגירושיך (משנה תורה, גירושיך, פרק א, הלכה א): (א) רצון האיש: הבעל חייב לומר: "רוצה אני", דהיינו להסכים מרצונו

לגרש; (ב) הגירושין צריכים להיות בכתב ולא בעל פה ("וכתב לה ספר כריתות"). הכתב צריך להיות מנוסח באופן שתבוטל כל זיקה שהייתה לאישה לבעל ולקניינו. הניסוח צריך להיות גם באופן הכורת את הקשר בין הבעל לאשתו מבחינה מהותית; (ג) הגט צריך להיכתב לשם האישה ("וכתב לה"); (ד) אל לו לגט להיות מחוסר מעשה, דהיינו על הגט להיות כתוב על דבר שאינו מצריך פעולה נוספת כדי לתת באופן מידי לאישה (כגון על עלה המחובר לעץ); (ה) נתינת הגט לאישה צריכה להיעשות פיזית לידיה, ותנאי זה כמובן בעייתי למילוי כאשר האישה מסרבת לקבל את הגט; (ו) לצורך כשרות הגט יש צורך בשני עדים. קיימת מחלוקת אם יש צורך בעדי מסירה או עדי חתימה, ונפסק כי העדים יהיו עדי מסירה; (ז) על הגט להיחתם על ידי שני עדים; (ח) יש צורך שנתינת הגט תהיה בכוונת גירושין (ולא בכוונה לתת מתנה וכדומה); (ט) הבעל צריך לתת את הגט בידי האישה, או הוא עצמו או שלוחו. הגט יינתן מידו לידה. אך במקרה של אישה סרבנית, אף שיש חשש לכשרותו של הגט, הנפקויות ההלכתיות לסירובה לקבל גט אינן קשות באותה מידה, שכן גבר יכול להיות נשוי מעיקר הדין (לפני חרם דרבנו גרשום) ליותר מאישה אחת, ובמקרים מסוימים בתי הדין הרבניים אף מתירים בפועל לבעל לשאת אישה נוספת על אשתו בעקבות היתר מאה רבנים. לעניין זה סבור הדיין הרב אלגרבלי בדעת מיעוט כי אם החוק אינו מאפשר להתיר לבעל שאשתו מסרבת לקבל ממנו גט לשאת אישה נוספת על פניה כסעד בתביעת גירושין, ראוי לחוקק חוק שלפיו אם תסרב האישה לקבל גט במקרה של פירוד ממושך, יהיה בית הדין רשאי להמיר חיוב בגירושין בהיתר נישואין ולחלופין להכליל אפשרות זו במסגרת החוק המאפשר לבית הדין הרבני סנקציות (ערעור (גדול) 64-2-65104796-64 (לא פורסם, התשס"ט). לתקציר ראו הדין והדיין 23, 4-5 (2010)). רעיון כזה יכול לסייע למנוע סרבנות ככלל ולשפר את מעמד המסורבים על חשבון הסרבנים, אך גם לגרום למעמדן של נשים להיות נחות עוד יותר מזה של גברים באופן כללי. מלבד זאת הבעל הוא היוצר את הגט והאישה רק מקבלת אותו, ובכך התנהגותה משלימה את מתן הגט, אך איננה יוצרת אותו. לכן המונח "גט מעושה" מכווין רק להתנהגותו של הבעל, שכן הוא רלוונטי לאופן מתן הגט, דהיינו לשאלה אם הגט ניתן מרצונו החופשי או לא.

136 בפסק דינו הראשון פסק השופט הכהן פיצויים על פי מפתח של כ-200,000 ש"ח לשנה. הסטנדרט בפסיקות הבאות היה שונה ועמד על סכומים שבין 36,000 למעל 70,000 ש"ח לשנה, וכעת נראה שהשופט הכהן "מיישר קו" עם הפסיקות של השופטים האחרים. את הפערים אפשר להסביר בשתי צורות: ראשית, השופט מסביר במפורש כי במקרה דנן קיימים הבדלים בין תביעות של נשים מסורבות גט לתביעות של גברים סרבני גט, שכן לגברים יש אפשרות, גם אם נדירה, לשאת אישה נוספת. אפשרות זו אינה קיימת לאישה, שלעולם אינה יכולה להיות נשואה לשני גברים, ואף שבמקרה דנן הסיכוי של גבר בן 83 לקבל היתר כזה ולהינשא מחדש אינו רב ממילא, יש להביא פער זה בחשבון בחישוב הפיצויים. כך סבר גם השופט איתי כהן במקרה אחר של פסיקת פיצויים לבעל מסורב גט, שם ניתן היתר של מאה רבנים, אף שהבעל לא הצליח (בינתיים) לממשו והסביר כי הדבר קשה מאין כמוהו. ראו תמ"ש 18561/07, לעיל ה"ש 6, פס' 55-57 לפסק דינו של השופט כץ: "באשר לראש הנזק של המניעה להינשא אשר לכאורה בא על פתרונו באופן מלא מעת שניתן היתר מאה הרבנים: התובע טוען גם בעניין זה כי אף לאחר היתר הנישואין שניתן לו, הוא מתקשה למצוא בת זוג הואיל ונשים נרתעות מלהשתדך עימו מאחר שהוא נשוי עדיין לאישה אחרת והעיד כדלקמן: יהיה משרד שידוכין שאמרת חלק מן האמת שאני גרוש הציעו לי נשים רבות עקב הנתונים האישיים שיש לי בצירוף תמונה. אחרי שפגשתי אישה אחת ואמרת לי לה את האמת שאני בעל היתר נישואין האישה סיפרה את הנתון הזה לשדכנית והיא הפסיקה את הקשר עימי. אני התחלתי את הליך

עם זאת בפסק הדין האחר שבו התקבל פיצוי לבעל מסורב גט, שם חויבה אישה לקבל גט, לא חשש השופט איתי כץ להטיל פיצוי בגין נזק-נמשך עתידי. הוא קובע כי "...אי מתן הגט מסב לתובע נזק והנזק ממשיך להצטבר כל עוד האישה מסרבת לקבל את גיטה, הרי השיפוי לנזקי העבר אין בו די ויש מקום להיענות לתביעתו של האיש לשיפוי על הנזקים העתידיים שיגרמו לו, כל עוד תמשיך הנתבעת לעמוד במריה ותסרב לקבל את גיטה. הנזק כפי שציינתי לעיל הוא נזק גלובאלי ואני קובע אותו לצורך העניין על סך של 4000 ₪ לכל חודש שהגט לא ניתן בו".¹³⁷

בקבלו את התביעה מסתמך השופט הכהן בעיקר על פסק דינו של השופט גרינברגר, שקיבל תביעה כאמור גם על המועד שלפני החיוב בגט, ובכך פוסק כי למרות החלטתו שלו בפסק דין קודם הוא אינו סבור עוד כי על בית המשפט להגביל עצמו לפסיקת פיצויים רק ממועד חיוב בגט. מפסק הדין של השופט גרינברגר דולה השופט הכהן את האפשרות לפסוק פיצויים לא רק לפני החיוב כשיש בסופו של דבר חיוב, אלא גם ללא חיוב, המלצה או מצווה כלל. ואכן, אלה דברים שהשופט גרינברגר ציין במפורש בפסק דינו. ואולם, קיימת לטעמי בעייתיות בהסתמכות מלאה על דבריו אלה. הדברים בכל זאת שונים. כאן אין מגדלור בדמות פסק דין רבני כלל, ובכל פסקי הדין הקודמים היה קיים מגדלור בדמות פסק דין רבני. השופט גרינברגר פסק פיצויים לפני מועד החיוב, אך מכיוון שדיני הנזיקין בוחנים בנקודת זמן נתונה את התנהגות המזיק "אחורה" בזמן, קל הרבה יותר לקבוע שהבעל הזיק בסרבנותו כאשר בית הדין הרבני אמר כך בעצמו משקבע שעל הבעל לגרש את אשתו. מבחינה נזיקית הבחינה מתי החלה העוולה – דהיינו אם העוולה החלה עוד לפני קביעתו של בית הדין הרבני, שהרי קביעה זו הייתה

הגירושין כשהייתי בן 55 שנים והיום אני בן 62 שנים, בשנים האלה היפות שעברו לי הם לא חוזרות כבר' (עמ' 3 לפרוטוקול מיום 5.1.2010, ש' 15-19). הגם שעדות זו של האיש לא הוכחה בפני, אני סבור כי ניתן להתייחס אליה בביטול; עמדתי בעניין זה כי היא ההיתר ההלכתי אינו חזות הכל ואין להסתפק ולהתמקד רק ברובד ההלכתי-אובייקטיבי שבא על פתרונו (הגם שמדובר כאמור בפתרון משמעוטי שאינו קיים לגבי נשים מסורבות גט) במנותק מבחינה סובייקטיבית של הדברים ובמנותק מהמשמעויות וההשפעות האנושיות והרגשיות שיש לו על הגבר. יחד עם זאת ועל אף האמור ברור כי לא ניתן התעלם [צ"ל: להתעלם – ב.ש.] מכך שההיתר מסיר מחסום הלכתי משמעוטי ופותח את האפשרות ההלכתית והחוקית של גבר להינשא ולפיכך יש לו השפעה ממתנת על גובה הנזק ובית המשפט יקח עניין זה בחשבון בקביעת גובה הנזק (ההדרגות הוסרו – ב.ש.). שנית, יש להניח שהשופט הכהן הביא בחשבון בפסקו פיצויים בדור הראשון החל ממועד החיוב בלבד – שנתיים באותו מקרה – בצורה מסוימת גם את התקופה של הסבל שהחלה לפני מועד החיוב, אף שבאופן רשמי הפיצויים לא חושבו גם בהתחשב בתקופה זו (שבע שנים נוספות). יש להניח שפסק הדין הבא שיפסק השופט הכהן בתביעה של אישה נגד בעלה סרבן גט יוכל לשפוך אור על היקף הפיצויים, ויש להניח שהסטנדרט החדש ייתן את הטון גם שם, לאור הפסיקות של השופטים האחרים ולאור מוכנותו שלו כיום לפסוק פיצויים לא רק ממועד פסק דין רבני אלא גם ללכת אחורה בזמן ואז לפסוק כשאין צו של בית הדין הרבני כלל.

137 תמ"ש 18561/07, שם, פס' 90 לפסק דינו של השופט כץ.

לה היסטוריה של יחסים בין הצדדים להסתמך עליה – בחינה זו פשוטה יותר כאשר קיים מגדלור גם אם מגדלור שהוא מאוחר בזמן לתחילת העוולה. כאן אין כלל מגדלור כזה, גם לא בדיעבד. לפיכך הסתמכותו של בית המשפט במקרה זה על נימוקים מפסק דינו של השופט גרינברגר, אף שהיא נכונה בעיקרה, היא אינה מספקת להצדקת המהלך. יש לבחון באופן עצמאי כיצד דיני הנזיקין יכולים להצדיק מהלך של מתן פיצויים בגין סרבנות גט כאשר אין קביעה של הערכאה המוסמכת בענייני גירושין – בית הדין הרבני – המחייבת גט, ולענייננו, המחייבת את האישה לקבל גט. העובדות בפרשה זו, למשל לעניין הפירוד הארוך בפועל בין הצדדים מבחינת חיים בחדרים נפרדים ואי־קיום יחסי אישות, צריכות להוות פרמטר חשוב עצמאי, אך גם בכך אין די.

לו על המאזניים הייתה תלויה גם בעיה של גט מעושה, הדבר היה קשה עוד יותר, אף כי המסלול הנזיקי נפרד מן המסלול הרבני. בפסק הדין היה מדובר בבעל מסורב ובאישה המסרבת לקבל את הגט, ואף שיש בעיות במישור כשרות גט כזה הניתן ללא הסכמת האישה, אין מדובר כאן כאמור בבעיה של גט מעושה, ולכן לעניין זה ההיקש מפסק דינו של השופט גרינברגר לא היה מדויק, ולכן למעשה לא הייתה גם מניעה אמיתית שלא לפסוק פיצויים לעתיד על נזק נמשך, דהיינו על כל חודש נוסף של עיגון.

מכאן שבדור הבא של התביעות, העומד בפתח, שבו אישה מסורבת גט תתבע את בעלה הסרבן ולא יינתן כל פסק דין רבני בנדון, הכופה, מחייב, מצווה או ממליץ לתת גט, תהא, מלבד הבעיה של הגט המעושה, גם בעיה מכיוון ההצדקה הנזיקית למהלך.¹³⁸

138 עוד יצוין כי פסק דין אחר בתביעה נגד סרבנית גט נדחה בבית המשפט לענייני משפחה בחיפה: תמ"ש 8312/07, לעיל ה"ש 6. באותו מקרה טען התובע כי אשתו מעגנת אותו בסירובה לקבל גט זה שלושה עשורים, ובכך גורמת לו נזקים לא ממוניים רבים. הבעל גם קיבל כמה שנים לפני פסק הדין היתר לשאת אישה אחרת. האישה טענה כי עובדתית הדבר אינו נכון, שכן היא הסכימה כל השנים הללו להתגרש, בכפוף להסדרת זכויותיה הרכושיות, כמתחייב מקביעות בית הדין הרבני. היא טענה שבעלה הוא שמתעלל בה נפשית ממושכות, הוא זנח את הבית ואת הילדים ועבר להתגורר עם אישה אחרת ואף הוליד עמה ילד. לטענתה, היא שהייתה צריכה להגיש תביעת נזיקין נגדו, אולם היא לא עשתה כן מחשש שאם יינתן גט הוא ייחשב למעושה. עוד טענה כי ההיתר לשאת אישה אחרת הותנה על ידי בית הדין הרבני בהבטחת מצבה הכלכלי על ידיו, ובעלה לא עשה דבר להבטיח את מצבה הכלכלי. הבעל ידע שלא יקבל היתר בפועל, ולכן בחר לחיות עם אותה אישה אחרת ללא נישואין. עוד טענה כי הבעל אינו תומך כלכלית בילדיו וכי ניצל שעת כושר שבה אושפזה היא כדי לבצע פעולות ברכוש. השופטת רחל ברגמן קובעת כי דין התביעה להידחות וטוב היה שלא הייתה מוגשת מלכתחילה. היא סבורה כי אף שבין בני הזוג קיימת חובת זהירות מושגית, לא התקיימה בנדון חובת זהירות קונקרטית. לדבריה, האשם והמחדל באי־הגירושין רובצים לפתחם של שני הצדדים. השופטת מסבירה כי הנתבעת אכן חויבה בגט אך בד בבד הובהר הצורך בהבטחת עתידה הכלכלי, והגט למעשה כרוך בגיבוש הסכם כלכלי בין בני הזוג. לכן אין מדובר בחיוב בגט העומד כשלעצמו אלא הוא מותנה בתנאים. אך בשלב כלשהו, כפי שבית המשפט עצמו מתאר, נתקבלה הצעת הביניים של הבעל על ידי בית הדין הרבני, ונקבע לצדדים מועד לסידור הגט. הנתבעת הופיעה לדיון אך סירבה לקבל את הגט. על פי החלטה קודמת השליש הבעל את הגט, ובשל סירובה לקבל את הגט הוא נפטר

מכאן שיש צורך בהצדקה טובה יותר למהלך כזה, בייחוד אם מדובר באישה מסורבת גט וכשאינן צו של בית הדין הרבני כלפי הבעל. דומני שכלל האחריות של קלברוי ומלמד, בשילוב עם כמה קונסטרוקציות מתחומים שונים, יוכלו לתת מענה הולם לכך וליצור בסיס תאורטי להכרה עקרונית גם בתביעות כאלה.

5. בתי הדין הרבניים משיבים מלחמה

(א) הטיעונים: התביעה הנזיקית כאונס ממון, בעיית הגט המעושה

ובעיית הגוף המעושה

פיצוי נזיקי מאפשר למסורבת הגט סעד של פיצויים הניתן במישור אחר שאינו סעד הגט בדין האישי, וכל אחד מהסעדים נמצא בסמכות בלעדית של ערכאה אחרת. לפי הדין האישי האישה אינה מגורשת למרות רצונו של בית הדין לעשות כן אם הוציא תחת ידו פסק דין בנדון ברמה של חיוב או ברמה אחרת. במציאות זו בית הדין הרבני אמור לכאורה להיות מעוניין שעל הבעל הסרבן יוטלו סנקציות אזרחיות מקום שבו הסנקציות ההלכתיות אינן מסייעות והבעל אינו שומע בקול הדיינים ואינו מגרש את אשתו. אך המציאות קשה יותר, ובתי הדין הרבניים מתנגדים בעוז לפסיקות הללו הן בשל בעיה הלכתית שהן גורמות, לפי הטענה, במקרים של מסורבת גט שתבעה ולא במקרה ההפוך, והן בשל מאבק הסמכויות בין הערכאות. לפיכך גם בית הדין הרבני נוקט צעדים אשר יש בהם כדי לשמר את כוחו ולמנוע התערבות הערכאה האזרחית בהכרעותיו, והוא גם מתריע מפני חשש לתוצאה הלכתית קשה בעקבות פסיקות הערכאה האזרחית.

הבעיה הראשונה והמרכזית שממנה מזהירים בתי הדין הרבניים היא בעיה הלכתית. כאמור, החשש הוא שהגט שיינתן בסופו של דבר לאחר העסקה הסיבובית שבעקבות פסיקת הפיצויים יהיה מעושה שלא כדין עקב הכפייה הכספית – "אונס הממון" –

מכל חיוביו כלפיה, כולל חיובי אישות וחיובי ממון. בית המשפט קובע כי האישה מעגנת את בעלה משנת 2007. פסק דינה של השופטת ברגמן קדם לזה של השופטים הכהן וכץ, ולמעשה היה הראשון לעניין בעלים מסורבי גט. היא מציינת כי פסקי הדין שניתנו עד היום בסוגיה עוסקים בעיגון נשים על ידי בעליהן ולא במקרה ההפוך, וקובעת במפורש כי "אינני סבורה כי ניתן לגזור גזרה שווה מההלכות שנפסקו לענייננו. אינני מוצאת כי דין התובע כדין נשים מעגנות". נימוקיה של השופטת נובעים למעשה מאחד ההבדלים, המשמעותיים, בין אישה מסורבת לגבר מסורב: הגבר יכול להמשיך בחייו ולו בצורה מסוימת. הוא יכול לחיות עם אישה אחרת ואף להוליד ילדים שלא ייחשבו לממזרים. כך אכן עשה במקרה זה. אף ניתן לו היתר לשאת אישה אחרת, והוא כאמור לא ניצל אותו, יש להניח, כדי לא למלא את התנאי הכלכלי להיתר זה. צורמת לבית המשפט גם העובדה שהבעל הגיש את תביעת הגירושוין רק בשנת 2003, לאחר כעשרים שנות פירוד. לפיכך דוחה השופטת את התביעה בקובעה כי כל מטרתה הייתה להקים זכות קיוויו כנגד זכויות שנפסקו לנתבעת ואותן היא מנסה להשיג כשלושה עשורים. אפשר לבקר את פסק הדין ולבחון אותו בעיקר בעיניים של צדק מחלק, אולם אין זה המקום להאריך בכך.

שבהטלת הפיצויים על הבעל.¹³⁹ נמצא שכרה של האישה בהפסדה, שכן היא תיוותר ללא פיצויי נזיקין וללא הגט.¹⁴⁰ כאמור לעיל, כפייה כדין יכולה להיות רק באמצעות הסנקציות ההלכתיות המותרות, המוגבלות במקרה של חיוב בגט ועוד יותר במקרה של מצווה או המלצה. האם מדובר בכלל באונס ממון, או שמא לכל היותר מדובר בחוב שהבעל חב לאישה עקב העוולה שגרם לה, בדומה לחוב מזונות, ואותו האישה דורשת כעת? יש הסבורים כי אי אפשר כלל לחייב את הבעל בנזיקין על פי ההלכה, שכן ההלכה אינה מכירה בנזק שנגרם לאישה מסרבנות גט.¹⁴¹ הדין העברי אינו מכיר בנזקים נפשיים כשלעצמם שאינם נגרמים מנזק גופני, ולכן אם הבעל לא חבל באשתו ובאין חבלה כזאת לא נגרם לה כאמור נזק נפשי, דומה כי לא יהיה אפשר לחייבו בנזיקין אף אם התביעה הייתה נדונה בבית הדין הרבני.¹⁴² דומה כי הסיבה לדבר נעוצה באי-ההכרה ההלכתית בנזקים עקיפים המכונים "גרמא". היות שהבעל גורם בעקיפין בסרבנותו לנזקים לאישה ואינו "מזיק בידיים", הנזק לא יוכר, ואם ייפסקו פיצויים הם ייחשבו לגזל הבעל אלא אם ייחשב הדבר ל"גרמי" ולא ל"גרמא".¹⁴³ במקרה כזה, של גרמא, הבעל פטור בדיני אדם

139 ראו המקורות לעיל בה"ש 72.

140 יש להניח שבמקרה כזה תפעל האישה לביטול ההסכם ולהחזרת המצב המשפטי שלפיו חייב לה הבעל את כספי הפיצויים. אך זהו נטל גדול וזו גם לא הייתה כוונתה ומטרתה במקור.

141 תוספות, בבא בתרא כב, ב, ד"ה "זאת אומרת גרמא בנזיקין אסור", והרא"ש, שם, סימן יז; שולחן ערוך, חושן משפט, סימן שפו.

142 ראו לביא, לעיל ה"ש 13, בעמ' 164–165, והשוו דברי השופט גרינברגר בתמ"ש 6743/02, לעיל ה"ש 4, פס' 9 לפסק דינו: "בנסיבות אלו, כשידוע מראש שאם הייתה מוגשת לבית הדין הרבני תביעה לפיצויים בגין סרבנות גט הייתה התביעה מיועדת לכישלון וודאי, מאחר שסוג הנזק הנתבע אינו נכנס בשום גדר של חיובי אדם המזיק' לפי ההלכה (ואשאר לעת מצוא השאלה האם אכן עוולות וראשי נזק הקבועים בחקיקת הכנסת אינם בעלי מעמד הלכתי מחייב), הרי שעצם העלאת הטענה נגועה בחוסר תום לב" (ההדגשה במקור).

143 כל כסף הנמצא שלא כדין ברשות מאן דהוא נחשב גזול. מדובר על כל ממון שהוקנה לבעל דין שלא כדין לפי ההלכה או מעבר למגיע לו כדין (קנס, פיצוי עונשי וכדומה, כאשר לא מדובר בקנס הלכתי). לגבי חבלות גופניות באדם קיים חיוב של חמישה תשלומים (נזק, צער, ריפוי, שבת, בושת), דבר המאפשר להכליל חלק מסוגי הפיצויים האזרחיים במסגרת אחד התשלומים הללו. הפסדים עקיפים בנזקי ממון (כגון הוצאות משפט או אבדן ימי עבודה מחמת נזק רכושי וכו') עלולים להיות בגדר גרמא ופטור (כגון מקרי מניעת רווח). ראו קצות החושן, סימן שלג, סעיף קטן ב). לפיכך אם לפי הדין העברי אין חיוב על הבעל לשלם את הנזקים הללו מטעם גרמא – נזק עקיף – אזי בית משפט שיחייב תשלום נזיקי במקרה כזה למעשה מוציא ממון מידי הבעל שלא כדין, והאישה מחזיקה בממון זה שלא כדין. אם מדובר בנזק מסוג "גרמי" ולא גרמא, הדין יכול להיות שונה ועלול להיות מחויב (תוספות, בבא בתרא כב, ב; שולחן ערוך, חושן משפט, סימן שפו, ראו מחלוקת שם בין הרמב"ן והש"ך אם דין זה הוא מדאורייתא או מדרבנן, ודעות שונות בראשונים להסבר החילוקים בין גרמא לגרמי). גם במקרים שפטור על פי דין ממתן פיצויים לניזוק – למשל אם נכרת הסכם מפורש לגביהם קודם עשיית הנזק (כגון חוזה עבודה, ביטוח וכדומה) – אפשר לחייב מכוח ההסכם (ראו שולחן

אך חייב בדיני שמים, דהיינו במעין "חשבון פרטי" מול ריבוננו של עולם על מעשיו כלפי אשתו.¹⁴⁴ לפיכך חיובו בנזיקין כלפי אשתו עלול להיחשב לגזול ממון כדי לאלצו לתת גט, והדבר פוסל את הגט אף אם לא הזכירו לבעל בעת גזילת הממון שעושים כן כדי לאלצו לתת גט.¹⁴⁵ אולם יש הסבורים שאפשר להטיל פיצויי נזיקין על סרבן גט באופן עקרוני וללא שייחשב הדבר בהכרח לאונס ממון,¹⁴⁶ והיו שחשבו שהדבר מותר ובלבד שהפיצויים יהיו מוגבלים ומוקטנים, שכן דווקא פיצויים גבוהים עלולים להביא לידי אונס ממון ולכן לגט מעושה שלא כדין, וכך אפילו אם פיצויים נחשבים לגזול ממון, הם יפסלו את הגט רק אם מדובר בממון רב ולא אם הגזול הוא של ממון מועט.¹⁴⁷ על כל פנים, פיצויים בסך מאות אלפי ש"ח שניתנו ברוב פסקי הדין עד היום לא נתפסו כמובן כממון מועט וכפיצויים מוגבלים אלא כפיצויים גבוהים.

ערוך, חושן משפט, סימן שלב ואילך), אך דומה שהדבר אינו שייך בענייננו אלא למי שיראה בנישואין חוזה אזרחי. גרמי מייצג גם הוא נזקים עקיפים, אם כי מידיים וודאיים יותר, וחכמים יכולים לחייב את המזיק בגינם: "והיכא דהוא בעצמו עושה ההיזק לממון חבירו וברי היזיקא הוא הנקרא גרמי [...] ועוד יש לחלק היכא דבשעת המעשה נעשה ההיזק נקרא דינא דגרמי" (רא"ש בבא קמא, פרק תשיעי סימן ג). לעומת זאת הריצב"א מסיק שאין כל הבדל, אלא שחכמים ראו לנכון לחייב במקרים מסוימים, על פי שכיחותם, או שיקולים אחרים: "דינא דגרמי הוי מטעם קנס [...] ולכן כל היזק המצוי ורגיל לבוא – קנסו חכמים. וטעם דקנסו, שלא יהא כל אחד הולך ומזיק לחבירו בעין" (תוספות, בבא בתרא כב, ב). כך פסק גם הרמ"א (שולחן ערוך, חושן משפט, סימן שפו, סעיף ג, ועיינו שם, בביאור הגר"א, המחלק בין כוונה לנזק בדין גרמי, לבין אי כוונה לנזק בדין גרמא). כך או כך, אם לסרבנות גט יש דין של גרמי, יהיה אפשר לחייב את הבעל בקנס כספי.

144 כפתרון לכאורי לכך אפשר להתנות בבית המשפט לענייני משפחה על קבלת תשלומי גרמא בנזיקין, בהסכמת שני הצדדים, אפילו בניגוד לדין תורה, וזאת מכוח היתר ההתנאה הקיים בהלכה על ענייני ממונות (כתובות נו, ב; שולחן ערוך, אבן העזר, סימן לח, סעיף ה, והרמ"א שם). אולם ברור שהבעל יתנגד לכך. בבתי הדין לממונות מחתימים את הצדדים כעניין שבשגרה על פטור מגרמא ומוכנות לקבל הכרעת דין של חיוב תשלום בגרמא, אך כאן כמובן המצב שונה והבעל לא ירצה להתחייב. אמנם אפשר להסדיר את הדבר בהסכם קדם נישואים מראש, אך עניין זה חורג ממסגרת הדין. לעומת זאת אם מדובר בגרמי ולא בגרמא, לא יהיה צורך בהסכמה לקבל תנאי זה בממון והבעל יחויב.

145 ראו דיון בפוסקים אצל גולדברג גט מעושה, לעיל ה"ש 72, בעמ' מז-מח.

146 ראו שו"ת הנודע ביהודה, אבן העזר סימן צ (מהדורה תנינא), הובא בפתחי תשובה אבן העזר, סימן קנד, סעיף קטן ה.

147 ראו למשל שו"ת צמח צדק, אבן העזר, סימן רסב, סעיף קטן ג (מהדורת לובאוויטש) ("ומ"מ זהו דוקא באונס ממון רב. אבל בממון מועט לא שייך לומר דחשוב אונס..."); קפלן ופרי "אחריות סרבני גט", לעיל ה"ש 13, שם בונים המחברים קונסטרוקציה מיוחדת שאובה מדיני המזונות, המאפשרת להשית על הבעל פיצויים המקבילים למזונות מוגברים, שלפי דעות מסוימות אינם גורמים לעישוי הגט שלא כדין, ודומה שהם מסתמכים על עמדה זו. באשר לפיצויים המקבילים על מזונות מוגברים ראו שו"ת אגרות משה, אבן העזר, סימן קלז. דיכובסקי, לעיל ה"ש 13, תומך באותה תוצאה אך רק אם הסמכות תהיה של בית הדין הרבני ולא של בית המשפט לענייני משפחה. וראו גם הרב דוד בס "סרבנות גט ופיצויי נזיקין" הצופה 14.1.2005.

יש לציין שבעיה זו קיימת כבר בתביעות הראשונות, במקרים שבהם היה חיוב לגט, אף כי היא בוודאי מוחרפת בתביעות הבאות, שבהן היו התפתחויות מבחינת פסיקת פיצויים גם כאשר פסק הדין הרבני ברמה של מצווה או המלצה וגם כאשר מדובר בפסק דין רבני ברמה של חיוב, אך ניתן פיצוי גם על התקופה שלפני הפסק לחיוב, ויש להניח שתוחרף עוד יותר כאשר אין צו רבני כלל.

אין כוונתי כמובן לנסות ולפסוק הלכה אלא רק להצביע על כמה קונסטרוקציות חלופיות שמכוחן הגט לא יהיה מעושה שלא כדין מסיבה של "אונס ממון" אף על פי שעל פני הדברים אכן כך צריך להיות הדין.

כך, אם יהיה אפשר לראות בעסקה הסיבובית, הנעשית ביזמת הבעל, הצעת פשרה שלפיה ביטול חיוב הבעל בפיצויים הוא למעשה קבלת הבעל מן האישה סכום של פשרה תמורת מתן הגט, אזי ייתכן שעל פי דעת הפוסקים אין מדובר בגט מעושה אם מתן הגט היה למעשה מרצונו. דהיינו, המציאות הייתה של אונס בתחילה, ולאחר מכן הוא התרצה על ידי הפשרה שהוא עצמו יזם – אז הדבר אינו נחשב לאונס.¹⁴⁸

נוסף על כך, אם האישה מוותרת לבעל על סכום הפיצויים כחלק מן העסקה הסיבובית ועוד מוסיפה לו סכום תמורת מתן הגט, יש מחלוקת אם הדבר פוסל את הגט אם לא, בייחוד אם ברור שברצונו כעת לגרשה, מכמה סיבות אפשריות: מכיוון שהוא ממילא חי עם אישה אחרת משך זמן רב; מכיוון שהוא שביקש את העסקה הסיבובית מיזמתו; או מכיוון שמדובר בכפייה בממונו במקרה כזה ולא בכפייה בגופו, ואז בכל זאת קיימים צדדים מסוימים להקל, לקבוע שאין הדבר נחשב לאונס, ולכן הגט כשר.¹⁴⁹ לכן ייתכן שאם ההוראה תהיה שהאישה מוסיפה משהו לבעל ולא רק מוותרת לו על הפיצויים, יהיה בכך כדי להציל את הגט מעישוי שלא כדין, לפחות לחלק מדעות הפוסקים. לפיכך ייתכן שאם הצדדים עורכים את ההסכם הסיבובי על פי תנאים אלה, לא יהיה אונס ממון והגט לא יהיה מעושה שלא כדין, אם כי עדיין שאלת הגוף המעושה נשארת בצריך עיון.

148 שו"ת חמדת שלמה, אבן העזר, סימן פ, סעיף קטן ב; שו"ת צמח צדק, אבן העזר, סימנים רסב–רסג (מהדורת לובאוויטש); שו"ת התשב"ץ, חלק א, סימן א. יש המסבירים כי זו פשרה הדומה למעשה למכר (שו"ת המהרש"ך, חלק ב, סימן קכט), ודבר כזה מסותר עם העסקה הסיבובית בענייננו. וראו דיון אצל גולדברג גט מעושה, לעיל ה"ש 72, בעמ' ל. אף אם הסיטואציה נחשבת למצב של מתן גט מאונס ומרצון כאחד, מן הדין אין הדבר נחשב לאונס. לתיאור הסיטואציה ולהרחבה ראו שם, בעמ' לא, על פי שו"ת הריטב"א, סימן צו.

149 לפירוט ראו גולדברג גט מעושה, לעיל ה"ש 72, בעמ' נא–נד. המחלוקת קיימת גם במקרה שבו אין עסקה סיבובית למחילה על חוב נזיקי של הבעל אלא גם במקרה שבו הכפייה היא לגרש שלא כדין תוך מתן כסף תמורת הגט ולא רק ויתור על חוב קיים. כמו כן אם קיבל פחות משביקש יש בכך משום אונס. על כל זאת ראו דיון בפוסקים, שם, בעמ' נו–סו. ככל שיש פחות אומדנה שבאמת רוצה לגרש יש המחמירים ופוסלים את הגט. ראו שם, בעמ' קלו, על פי שו"ת מנחת יצחק, חלק ח, סימן קלו.

מלבד הבעיה ההלכתית שבגט עצמו נטען כי גם הגורם המעשה צריך להיות כדון,¹⁵⁰ דהיינו דווקא בית הדין הרבני או פוסק הלכתי, ובית המשפט לענייני משפחה אינו יכול למלא את התפקיד הזה.¹⁵¹ יחיאל קפלן ורונון פרי סברו שלפי קונסטרוקציה מסוימת אפשר לראות גם בבית המשפט האזרחי, שאינו דן לפי עקרונות הדין העברי, משום גוף שיש לו סמכות להפעיל אמצעי כפייה מסוימים נגד סרבן הגט ללא שהדבר יפגע בכשרותו של הגט. אך דומה שמדובר רק במקרה שאותה מערכת למעשה מבצעת ואוכפת את שנקבע בבית הדין הרבני או מטילה חיוב או מאיימת להטיל חיוב כזה בנסיבות שבהן הבעל כבר ממילא מחויב לבצע זאת מכוח הדין העברי,¹⁵² ודומה שעלולה להיות מחלוקת בשאלה אם פסיקת הפיצויים היא למעשה מעין הוצאה לפועל של פסק הדין הרבני (מכל דרגה שהיא, או רק בדרגות הגבוהות) בפן הנזיקי או לא. על כל פנים, כאשר אותה ערכאה פועלת מעצמה, אי אפשר להגיע לקונסטרוקציה כזו.¹⁵³ אך לפי שיטת הרב פינשטיין, אף אם בית המשפט האזרחי פוסק חיוב כספי מעצמו ולא רק משמש גוף האוכף החלטה שניתנה בבית הדין הרבני, אותו חיוב כספי שנפסק על ידי הערכאה האזרחית לא יפגע בתוקף הגט כל עוד הפסיקה האזרחית הזו אינה עומדת בסתירה לעקרונות ההלכה. קפלן ופרי אכן הציעו לסייג הפיצויים ולקבוע להם "תקרה" (סכום גג) על פי גישה אחת (של הרב הרצוג) בדין העברי, כדי שיהיה אפשר להציג את פסיקת הפיצויים בערכאה האזרחית (בית המשפט לענייני משפחה) כפסיקה שאכן אינה פוסלת את הגט לפי גישתו זו של הרב פינשטיין.¹⁵⁴ אך בפועל ברוב פסקי הדין לא התקבלה גישתם, ולכן אף אם באופן עקרוני בית המשפט לענייני משפחה יכול להיות גוף מעשה כדון, בעצם פעולתו שלא לפי הדין העברי (בחייב פיצויים גבוהים שאינם עולים בקנה אחד עם הדין העברי) נסתרת כנראה אפשרות זו.

היו שלא מצאו פסול בפסקי דין של ערכאות שאינן פוסקות לפי דין תורה, אפילו בחוץ לארץ, למשל לעניין מזונות והוצאות,¹⁵⁵ ואולי אין סיבה, למצער לגישות אלה, לפסול דווקא את הדיון הנזיקי מטעם גוף מעשה שלא כדון, בייחוד לפי אותן דעות המכירות בפיקוד נזיקי במקרים כאלה.

אך אולי אפשר לטעון שבית המשפט לענייני משפחה אינו גורם מעשה ישיר ואולי אף לא עקיף. לא הוא שמורה על מתן הגט והופך אותו לגט מעושה שלא כדון. הוא מורה

150 בבלי, גטין פח, ב; משנה תורה, גירושין, פרק ב, הלכה כ.

151 פרופ' עו"ד הרב דב פרימר בהרצאתו, בכנס "Global, Regional, and Local: Law, Politics, and Society in Comparative Perspectives", לעיל ה"ש 102.

152 קפלן ופרי "אחריות סרבני גט", לעיל ה"ש 13, בעמ' 830-836.

153 שם, בעמ' 830.

154 שם, בעמ' 830-836.

155 ראו שו"ת יביע אומר, חלק ח – ארבעה טורים, אבן העזר, סימן ב, והאסמכתאות הרבות המופיעות שם.

על פיצויים, ובתווך נכנס גורם של אותה עסקה סיבובית, שהיא הגורמת לעישוי הגט שלא כדין. ראייה אפשרית לכך: אם האישה אינה מסכימה לעסקה הסיבובית ואינה מסכימה לוותר על הפיצויים תמורת מתן הגט, והבעל בכל זאת נותן לה גט מכיוון שאינו חפץ באישה גזלנית, הוא אינו נחשב לאנוס והגט יהיה כשר.¹⁵⁶ מכאן שלא בית המשפט לענייני משפחה הוא שמעשה את הגט, שכן הדבר תלוי בתוצאת העסקה הסיבובית דווקא. אם נקודת מבט זו נכונה, פירושם של דברים שאין לבוא בטענות לבית המשפט לענייני משפחה. אך בשורה התחתונה אם הגורם המעשה הוא שלא כדין, אין חשיבות בפועל לשאלה אם אותו גורם הוא בית המשפט לענייני משפחה או עצם העסקה. החשיבות בכך היא לכל היותר בבחינת המאבק בין הערכאות. יצוין כי אם בית המשפט לענייני משפחה פוסק פיצויים לעתיד, דהיינו לכל חודש נוסף של סרבנות גט, כאן דומה שאם הגט מעושה שלא כדין, בית המשפט לענייני משפחה הוא המעשה שלא כדין, שכן כאן הוא אומר לבעל במפורש שאם לא ייתן את הגט יצטרך לשלם פיצויים.

לבסוף יצוין כי לכאורה היה אפשר ללכת צעד נוסף באותו כיוון ולומר שלא רק שלא בתי המשפט לענייני משפחה הם המעשים את הגט והעסקה הסיבובית שעורך הבעל עם האישה היא שמעשה אותו, אלא שאף העסקה עצמה אינה מעשה את הגט, שכן אותה עסקה היא תנאי שבממון, ותנאי כזה תופס אפילו נגד דין תורה. אולם דומני שמדובר בהתנאה על ענייני אישות ולא על ממון בלבד, ולכן דומני כי טיעון כזה לא יצלח.¹⁵⁷ על כל פנים, דייני בתי הדין הרבניים ביקרו את הפסיקות הללו נגד סרבני גט וראו בהן משום התערבות של בתי המשפט לענייני משפחה בסמכותם, בבחינת הכרזת מלחמה של ממש, שכן מדובר בהתערבות עקיפה ואולי אף ישירה בענייני גירושין – בהשפעה על מתן הגט באותה עסקה סיבובית.¹⁵⁸ אף נטען כלפי שופטי בית המשפט לענייני משפחה בירושלים ובתל אביב שאין הם יודעים לגזור איפוק על עצמם, ויש

156 שו"ת צמח צדק, אבן העזר, סימן רסב, סעיף קטן ה (מהדורת לובאוויטש), המסביר כי טעם הגירושין הוא להיפטר מן האישה ולא הממון שממילא יפסיד גם אם יגרשנה במקרה זה. ראו גם שו"ת אגרות משה, חלק א, סימן קלו, המחלק במפורש בין מקרה כזה למקרה שמגרש את אשתו כדי שתחזיר לו את הגולה.

157 תנאי שבממון מתקיים אף נגד דין תורה, מטעם מחילה (בבלי, בבא מציעא נא, ע"א), אך נראה פשוט שאם קיים בהסכם פרט, אפילו בתוך התנאי שבממון, שאיננו שייך לממון אלא לענייני איסור והיתר או לעניינים אחרים שאינם ממוניים, אין התנאי (המכיל את אותו פרט) יכול לסתור דין תורה. למשל, אם גבר מקדש אישה ומתנה על כך שלא ייתן לה שארה (מזונותיה), כסותה ועונתה, קיים תנאו לגבי השאר והכסות, שכן השאר והכסות הם עניינים ממוניים ואפשר להתנות שם אף נגד דין תורה. אך עונה אינה דבר שבממון, לכן לגבי עונה בלבד התנאי בטל (בבלי, בבא מציעא צד ע"א, ורש"י, שם, ד"ה "בדבר שבממון"). לפיכך נראה שגם בעניינינו אי אפשר להחשיב את אותה עסקה כתנאי בממון שיועיל נגד דין תורה כיוון שמדובר בענייני אישות, שתנאי נגד דין תורה איננו מועיל בהם.

158 ערער 1-21-7041, לעיל ה"ש 105; הרצאת הרב לביא, והרצאות הרב היישריק "חיוב נזקי" ו"עו"ד מלחמה", לעיל ה"ש 102.

בפסיקת הפיצויים משום ניסיון שלהם לקדם אג'נדה בולטת לטובתן של נשים מסורבות גט ואף להיאבק בבתי הדין הרבניים כחלק ממאבק הסמכויות הקיים ממילא בין הערכאות.¹⁵⁹ עובדה היא, כך נטען, שבמחוז הצפון שופטי בית המשפט לענייני משפחה יודעים לשמור על איפוק ואין הם מנהלים תביעות נזיקין נגד סרבני גט כלל.¹⁶⁰ טענה כזו פירושה ששופטי בית המשפט לענייני משפחה הם המחליטים כביכול אם תביעות יוגשו לפתחם או ילוקטו על ידיהם ברחוב, אולם בפועל הם חייבים לפסוק, כך או אחרת, בתביעות המוגשות לבתי המשפט שבהם הם יושבים. בינתיים כאמור ניתנו פסקי דין סופיים גם בתביעות שהוגשו בבית המשפט לענייני משפחה בחיפה.¹⁶¹ מלבד זאת בינתיים ניתנו גם כאמור פסקי דין בתביעות נגד גברים מסורבי גט.

דומני גם שהדיינים אינם תמיד מודעים לדיני הנזיקין כפי שאלה מיושמים בבית המשפט לענייני משפחה, ואינם תמיד מכירים את הדילמות העומדות בפני השופטים הפוסקים בתביעות אלה. למשל, נשמעה טענה שדומני שנובעת מחוסר היכרות, ולפיה דיון מדורג ומעובה בכל יסודות עולת הרשלנות על פני כמה וכמה עמודים בפסקי הדין הנזיקיים של בית המשפט לענייני משפחה משקף התלבטות אמיתית ואף מבוכה של בית המשפט וניסיון "להוציא מים מן הסלע" כדי לתת פיצוי לאישה התובעת תחת הכרזה פשוטה שלפיה הבעל התרשל באי-נתינתו את הגט ותו לא.¹⁶² חסרה היכרות עם פסקי דין בנזיקין, שתעיד שכמעט בכל פסיקה נזיקית בכל עניין שהוא ובין כל בעלי דין שהם מנותחים יסודות העוולה ניתוח נרחב בטרם הכרעה אם קיימת אחריות נזיקית אם לאו.¹⁶³ דייני בתי הדין הרבניים אף סבורים כי עורך דין המגיש תביעת נזיקין בשם מסורבת הגט למעשה יוצא למלחמה בבתי הדין הרבניים¹⁶⁴ והוא עלול להיתבע ברשלנות מקצועית, שכן הוא מוביל את האישה למבוי סתום: הוא חושף אותה לסכנת גט מעושה ולהותרתה "קירחת מכאן ומכאן" לאחר שתותר על הפיצויים.¹⁶⁵ ייתכן שפתרון טוב לכך הוא ליידע את הלקוחות בדבר התוצאה האפשרית של התביעה במישור ההלכתי.

159 הרצאת הרב לביא, לעיל ה"ש 102.

160 שם.

161 ראו למשל תמ"ש 12200/08, לעיל ה"ש 4.

162 הרצאת הרב היישריק "חיוב נזקי", לעיל ה"ש 102.

163 ייתכן שהדבר נובע מהיעדרה של חובת הנמקה בדין העברי אלא במקרים מיוחדים. עם זאת, כיום על פי תקנות הדיון בבתי הדין הרבניים קיימת חובת הנמקה כללית, וכל פסק דין צריך להיות מנומק. במקום שתקנות אלה אינן חלות, אין חובת הנמקה כללית, ויש לנמק רק במקרים שהדין מחייב, כגון כאשר קיים חשד להטיית דין. לדיון מפורט גם לעניין גופים מנהליים ראו אליאב שוחטמן "חובת ההנמקה במשפט העברי" שנתון המשפט העברי ו-1 319 (התש"ס); אליאב שוחטמן סדר הדין 368-371 (1988).

164 הרצאת הרב היישריק "עו"ד מלחמה", לעיל ה"ש 102.

165 ערער 1-21-7041, לעיל ה"ש 105, דעת הדיין הרב אלגרבלי; הרצאת הרב לביא, הרצאות הרב היישריק "חיוב נזקי" ו"עו"ד מלחמה", לעיל ה"ש 102.

אם כן, מלבד הטענות המהותיות עצמן במישור כשרות הגט או כשרות המעשה קיימת מחאה על שאותן תביעות נזיקין מלבות את המאבק בין הערכאות ופוגעות בצורך בכיבוד הדדי ביניהן ללא כל איפוק וריסון. התביעות נתפסות כהתערבות, ולו עקיפה, של הערכאה האזרחית במתן הגט, מה שאינו בסמכותה לכל הדעות, אף שפסיקה בתביעה נזיקית נמצאת בסמכותה. האמירה הסמויה היא שאי אפשר להפריד באמת בין הפסיקה הנזיקית לבין העסקה הסיבובית. הן נמצאות על רצף אחד, שכן זו הייתה מטרתה של האישה מלכתחילה, ובית המשפט לענייני משפחה יודע זאת היטב, ובפסיקתו הנזיקית ה"טהורה" לכאורה הוא מעלים עין מכך. כאשר בית המשפט לענייני משפחה מתערב בעקיפין בנושאי המעמד האישי דרך פסיקת הפיצויים שיביאו לידי אונס ממון של הבעל ומתן גט שהוא למעשה כפוי שלא כדין, מדובר בנגיסה בסמכויותיו של בית הדין הרבני ובחדירה לטריטוריה שלא נועדה להיות מוסדרת באמצעות דיני הנזיקין. כאשר מדובר בפסיקת פיצויים במקרים שבהם עדיין אין פסיקה רבנית כלשהי, למעשה יש בכך משום הבעת ביקורת על בית הדין הרבני שבנסיבות הקיימות לא פסק כפייה, חיוב, מצווה או המלצה, ולמעשה נגיסה בסמכויותיו דרך ביקורת שיפוטית על מעשיו והחלטותיו, הנמצאים בסמכותו הייחודית.

אפשר בהחלט להבין טענות כאלה. לכאורה עולה מהן חוסר לגיטימיות ליישום כלל האחריות של קלברוי ומלמד, שעסק במערכות דינים הנדונות באותו בית משפט וללא התנגשות עקרונית בין הדינים והדיינים. אך דומני שכלל האחריות, גם אם מקבל כאן נופך שונה מאשר בדיני מטרדים, עדיין קיים ואפילו יכול לבסס כאמור תביעות כאלה למרות אי-הנוחות שבדבר מצד בתי הדין הרבניים.

לגופם של דברים, יש לומר בפה מלא כי שופטי בית המשפט לענייני משפחה, אף אם יש להם אג'נדה מגובשת ככלל, פוסקים – וחייבים לפסוק – בתביעות נזיקין המוגשות להם, ואלה בראש ובראשונה תביעות נזיקין ולא תביעות שבאמת נכנסות לתחומם של ענייני נישואין וגירושין שבסמכות מלאה של בתי הדין הרבניים, אף אם המעשה או המחדל מושאי התביעה קשורים לענייני גירושין.¹⁶⁶ תביעות אלה, הן של מסורבות גט והן של מסורבי גט, נמצאות בסמכותם הבלעדית של בתי המשפט לענייני משפחה לפי חוק, ולמרות הטענות כלפיהם אין להם כל יכולת שלא לדון בתביעות כאלה עקב לחץ אפשרי שיבוא לאחר מכן בעקבות תוצאת הדיון במישור הסטטוס.¹⁶⁷ אף אם קיימות השלכות מאוחרות לפסיקות אלה במישור הגט וכשרותו בעקבות אותה עסקה סיבובית בין האישה-התובעת לבעל-הנתבע, אלה השלכות שאינן בשליטתם, וודאי שהם אינם אוספים ומלקטים תביעות כאלה ואינם בוחרים באילו תביעות לדון, וגם אינם מעודדים

166 תמ"ש 3950/00 לעיל ה"ש 124; תמ"ש 12200/08, לעיל ה"ש 4.

167 ראו למשל: תמ"ש 19270/03, לעיל ה"ש 4, פס' 4 לפסק דינו של השופט הכהן; תמ"ש 6743/02, לעיל ה"ש 4, פס' 10 לפסק דינו של השופט גרינברגר.

אנשים להגיש תביעות אלא פוסקים בהן בלבד, אף אם פסיקה שתוצאתה מסוימת יכולה לעודד בהמשך אנשים נוספים להגיש תביעות.

מלבד זאת המניע לתביעה של מסורבת הגט אינו תמיד גלוי. קיימים מקרים שבהם האישה מעוניינת רק בפיצויים ולא בגט. יהיו גם נשים שכבר יאבדו עניין בגט כשלעצמו ויבקשו אך ורק פיצויים, ואולי בינתיים גם יחיו עם בן זוג אחר.¹⁶⁸ במקצת המקרים יש לתאר גם שהפיצויים לא יעשו את שלהם, הלחץ על הבעל לא יהיה אפקטיבי והוא יעמוד במריו ולא תהא עסקה כלל, או שהעסקה יכולה שלא לצאת לפועל מסיבות אחרות, ואז האישה באמת תיוותר עם זכות לפיצויים. מקצת הבעלים מסרבים מטעמים אידאולוגיים, מקצתם מטעמים כלכליים או של ויכוח על משמורת ומזונות ומקצתם מטעמים משולבים. מקצתם יכולים להקשות עורפם גם במקרה שיחויבו על ידי בית המשפט לענייני משפחה לשלם פיצויים, ויכולים למשל לדרוש תמורת הגט לא רק ויתור על הפיצויים שנפסקו אלא גם תשלום של סכום כסף ניכר נוסף, ויתור על מחצית הדירה וכיו"ב, והאישה תתנגד לכך.

אך ברצוני לומר יותר מכך: אף אם ברור מעל לכל ספק במקרה נתון שהפיצויים נועדו ללחוץ על הבעל לתת את הגט והם יעשו את שלהם בהקשר זה, דהיינו שהסיכוי להשיג את העסקה הסיבובית גבוה מאוד, דומני כי האג'נדה כביכול של שופטי בית המשפט לענייני משפחה אינה רלוונטית (ככל שיש אג'נדה כזו, בהכללה, כאמור) כל עוד הם פוסקים באופן מקצועי במסגרת הסמכות שניתנה להם בחוק. מבחינת הדין האישי האישה אינה מגורשת, אך עליהם לקבוע תג מחיר לסרבנות זו של הבעל שהביאה למצב זה בדין האישי, אם מדובר בעוולה. כאמור, במקצת פסקי הדין נבנתה העוולה על החלטותיו של בית הדין הרבני עצמו שאותן הבעל לא קיים. המהלך כאן הוא המהלך של כלל האחריות – הסעד הראשי לא ניתן, ואין ברירה אלא לפנות לסעד המשני. מה שיקרה אחר כך – העסקה הפרטית בין הצדדים שמנסה להשיג שוב את הסעד הראשי, ושעלולה להשפיע על כשרות הגט – אף שמדובר בבעייתיות שאין להתעלם ממנה, אין בה כדי למחוק את המהלך ותוצאותיו הלגיטימיות מבחינה אזרחית.

לפיכך אף אם עצם התביעה מעוררת אנטגוניזם בחוגים מסוימים, ואף אם יש מידה של צדק בתחושה זו, אי אפשר לחסום אותה. כאמור, כיום לא קיימת דה פקטו חסינות בתביעה נגד בן זוג. כמו כן אין תקדים לכך שתביעה נזיקית נבחנת או נחסמת לפי המניע להגשתה,¹⁶⁹ אם קיימת הוכחה כנדרש של נזק מעולה, דהיינו שכל יסודות התביעה הוכחו כראוי במאזן הסתברויות. להפך: לאדם זכות גישה לערכאות וזוהי זכות

168 ביטון, לעיל ה"ש 13.

169 מלבד הקנטרנות או הרצון להשתמש בהליכי משפט ללא כוונה לסיימם – נגישה (ס' 60 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש]), שני מקרים שאינם רלוונטיים באופן עקרוני בענייננו.

יסודית.¹⁷⁰ ספציפית, זכות התביעה בנוזיקין הוכרה לאחרונה בפסיקת בית המשפט העליון כזכות חוקתית.¹⁷¹ דומה כי אין די בשיקולי מדיניות כלליים, כגון כיבוד הדדי בין ערכאות, כדי לחסום זכות תביעה כזו, ומכל מקום, לצורך חסימה כזו יש צורך לעבור את מסגרת סעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, היא פסקת ההגבלה, שלפיה הפגיעה בחוק היסוד אפשרית רק "בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו". ספק רב אם הטענות שהשמיעו הדיינים ומקורבי בתי הדין הרבניים מספיקות לצורך כך. לעומת כל זאת, כאשר המקרה הוא "הפוך", דהיינו כאשר הבעל הוא התובע והאישה היא הסרבנית, אזי כאמור אף שקיימות בעיות הלכתיות מסוימות של כפיית גט נגד רצון האישה, הרי שאותו גט אינו מעושה כלל, ולכן רוב הבעיות אינן מתקיימות, ויש להניח כי גם התגובה האופרטיבית של בית הדין הרבני צפויה להיות מתונה הרבה יותר.

(ב) התגובות האופרטיביות: הקפאת הליך הטיפול בגט לאישה שהגישה תביעת נזיקין והדרישה להעביר לידי בתי הדין הרבניים את הסמכות לדון בתביעות
בתי הדין הרבניים הגיבו בצורה נחרצת להתפתחויות בדורות הקודמים מלבד ברטוריקה הביקורתית הקשה. מדובר בעיקר בשתי תגובות, האחת מעשית ומידית, והשנייה עקיפה יותר, באמצעות הפעלת לחץ לשינוי בחקיקה.

בית הדין הרבני הגדול הביע עמדה נחרצת בפסק דינו מחודש מרס, שנת 2008, עוד בטרם ההתפתחויות השונות שנסקרו לעיל, ולפיה אישה המגישה תביעת נזיקין נגד בעלה סרבן הגט בבית המשפט לענייני משפחה לא יסודר גטה בבית הדין הרבני, ולמעשה הליכי הדיון יעוכבו ויוקפאו עד למשיכת התביעה. הסיבה היא שתביעה כזו היא התערבות (עקיפה או ישירה) במתן הגט, עניין הנמצא בסמכות ייחודית של בתי הדין הרבניים.¹⁷² ודוק: ההליכים יעוכבו גם אם האישה רק הגישה תביעה נזיקית, ולא רק

170 ע"א 579/90 רוזין נ' בן נון, פ"ד מו(3) 738, 742 (1992); ע"א 733/95 ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ, פ"ד נא(3) 577, 629 (1997); ע"א 1480/04 מליבו ישראל בע"מ נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 17.9.2006); יורם רבין "זכות הגישה לערכאות" כזכות חוקתית 142-170, 231-232 (1998).

171 בג"ץ 8276/05 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הבטחון, פס' 23-25 לפסק דינו של הנשיא ברק (פורסם בנבו, 12.12.2006). לפני כן היו אמירות כאלה בספרות המשפטית הנזיקית. לגבי המשפט הישראלי ראו אליעזר ריבלין תאונת הדרכים – סדרי דין וחשוב הפיצויים 932 (מהדורה חדשה מעודכנת, התש"ס). לאמירה כללית שלפיה גם בשיטות משפט אחרות המעניקות הגנה חוקתית לזכויות האדם מוכרת תפיסה שלפיה דיני הנזיקין נתונים למגבלות החוקתיות, ולכן שינויים בהם מחייבים בחינה חוקתית, ראו IZHAK ENGLAND, THE PHILOSOPHY OF TORT LAW 125-134 (1993).

172 ערעור 1-21-7041, לעיל ה"ש 105, בהרכב הדיינים הרבנים איזירר, חשאי ואלגרבל. על החלטה זו הוגש בג"ץ על ידי ארגוני הנשים. ראו גם דיכובסקי, לעיל ה"ש 13; ערעור 2-64-65104796, לעיל

במקרה של פסק דין סופי, והם יופשרו רק כאשר תמשוך את התביעה. יש להניח שהבסיס לכך הוא הקביעה ההלכתית שלפיה בכל מקרה שבו כפיית הגט נחשבת לאונס, אזי גם איום בכפייה (אף אם עוד לא התבצעה כפייה בפועל) יכול לפסול את הגט אם קיימת אפשרות לממש את האיום,¹⁷³ והדבר רלוונטי גם לאונסי ממון.¹⁷⁴ אך כאן יש לציין כי על פי הפוסקים דווקא איום על הבעל שיתבעוהו בערכאות האזרחיות של המדינה אינו צריך להיחשב לאונס, שכן לא ברור שיפסקו שם לחובתו בכל מקרה.¹⁷⁵ לעומת זאת אם ידוע לכל שהחוק באותן ערכאות הוא לרעת הסרבן,¹⁷⁶ וכן אם המאיים כבר זכה בעבר בתביעה בערכאה זו,¹⁷⁷ האיום נחשב לאונס. השאלה היא כאן כמובן איך יוערכו הסיכויים. ברור הוא שככל שיותר תביעות נזיקין כאלה מתקבלות בבתי המשפט לענייני משפחה, קיים ביסוס הלכתי מוצק יותר לראיית האיום בהגשת התביעות כאונס, וכל שכן אם התביעה כבר הוגשה בפועל, אף אם לא הגיעה לקו הגמר. לפיכך רק אם האישה תסיר את האיום ותבטל את האפשרות לאיים על הבעל, האונס בטל.¹⁷⁸

- ה"ש 135, בעמ' 4. לתמיכתם של דיניי בתי הדין הרבנים האזוריים בתוצאה זו ראו הרצאת הרב לביא, הרצאות הרב היישריק "חייב נזקי" ו"עו"ד מלחמה", לעיל ה"ש 102.
- 173 שולחן ערוך, חושן משפט, סימן רה, סעיף ז. הרמ"א, שם, סבור שיש החולקים ואומרים שהפחדה גרידא אינה נחשבת לאונס. אולם נראה שבעניינינו ממילא אין מדובר בהפחדה גרידא, שכן האישה הגישה תביעה בפועל, ולכן ייתכן שאותם החולקים דעתם רלוונטית לאיום בעצם הגשת התביעה (שהוא כמובן איום בר מימוש) ולא לתקופה שלאחר ההגשה ולפני מתן פסק הדין. כך לגבי איסורים. לגבי ממונות יש מחלוקת לגבי איום, אך כאן דומה שהאיום הוא ממילא לגבי איסור, ולכן מחמירים בעניין זה. ראו למשל שו"ת ראנ"ח, חלק א, סימן מב. וראו גולדברג גט מעושה, לעיל ה"ש 72, בעמ' כט, קכ-קל (בעיקר בעמ' קכ-קכא והאסמכתאות שם). לחלופין אפשר לומר שעצם הגשת התביעה היא כבר התחלת ביצוע האיום, ולכן בכל מקרה נראה שנחשב לאונס. ראו שם, בעמ' קכא. מלבד זאת אפשר לומר שאם כבר הוגשה תביעה בעבר, יש בכך משום מימוש קודם של איום דומה, ולכן גם איום בהגשה כעת יכול לגרום לגט להיות מעושה אף אם התביעה הפעם עוד לא הוגשה. ראו שם, בעמ' קכב. אם הבעל מסר מודעה שהוא מגרש את אשתו מחמת האיום, גם בכך יש כדי לפסול את הגט. ראו שם, בעמ' קכג.
- 174 ראו למשל שו"ת ריב"ש החדשות, סימן לב. וראו גולדברג גט מעושה, לעיל ה"ש 72, בעמ' קכח, אם כי כאן כאמור קיימת מחלוקת.
- 175 שו"ת מהרי"ק, סימן קפה.
- 176 גולדברג גט מעושה, לעיל ה"ש 72, בעמ' קכד, על פי כמה פוסקים. ראו שם, בטקסט הסמוך לה"ש 18.
- 177 לחם למהרי"ק"ש, חושן משפט, סימן רה (דף קיג ע"א ט"ב).
- 178 שו"ת ר' בצלאל אשכנזי, סימן טו. יש הסבורים כי אף שקיימת אפשרות לחזור ולבצע את האיום – לעניינינו, להגיש את התביעה שנית – עדיין החזרה מהאיום תופסת והאיום הקודם אינו נחשב לאונס. ראו שו"ת בית אפרים, אבן העזר, חלק א סימן עב (מהדורת תנינא, דף רעח ע"א). לדין ראו גולדברג גט מעושה, לעיל ה"ש 72, בעמ' קכו-קכז, הסבור כי פתרון כזה הוא בצריך עיון, מתוך השוואה לשיטותיהם של חלק מהפוסקים.

אף שבדין העברי אין תקדים באופן עקרוני,¹⁷⁹ שלא כמו בדין הכללי הישראלי, ודאי שיש לייחס משמעות רבה לפסיקה כזו היוצאת מבית הדין הרבני הגדול וקוראת לעכב את הדיון בגט לחלוטין כל עוד האישה לא משכה את תביעתה הנוזיקית, ויש להניח כי בתי הדין האזוריים יפסעו בעקבותיה הן כפסק והן כמעין הנחיה מנהלית.

צעד כזה נובע, כך נראה, לא רק מהשלכה של פסיקה הלכתית המחייבת לעשות כן אלא גם ממאבק הסמכויות, שכן התייחסותו של בית הדין הרבני להגשת תביעות רכושיות ואחרות בבית המשפט לענייני משפחה בכלל היא שלילית באופן מסורתי¹⁸⁰ – ואולי נועד להיות לא יותר מתרופה מקדימה לבעיית הגט המעושה שלא כדין. מדוע? מצד אחד אפשר לומר שאף עצם הגשת התביעה גורמת לבעל להרהר אחר עניין הסירוב לתת את הגט והדבר עלול לשכנעו לתת את הגט, ויש סכנה שזה יהיה מעושה שלא כדין. מצד אחר אפשר לומר שקשה לקבוע שרק עצם הגשת התביעה כבר תהפוך את הגט למעושה שלא כדין, בייחוד כאשר נטל הוכחת התביעה הוא על האישה ואין זה כלל ברור שתזכה בתביעתה. החשש הוא מהתוצאה העתידית שלאחר מתן הפיצויים ולאחר העסקה הסיבובית. לפי הגישה האחרת, הקפאת ההליכים בבית הדין הרבני כבר בשלב הגשת התביעה הנוזיקית אינה נובעת מחשש לגט מעושה אלא ממאבק סמכויות ומרצון לאיין בפועל את ההליך הנוזיקי, שהרי כאמור אין לדעת מה יעלה בגורל התביעה: ייתכן שהתביעה תידחה ותסתיים ללא פסיקת פיצויים; ייתכן גם שהפיצויים יהיו נמוכים ולא יהיו אונס ממון; יכולות כאמור להיות גם סיבות אחרות לאי־עריכתה של העסקה הסיבובית בסופו של דבר. אף שכאמור יש ממש, בצורה מסוימת, בטיעונים בדבר התערבות עקיפה בסמכויות בענייני גירושין, קביעה כזו של בית הדין הרבני הגדול אין התערבות גדולה ממנה בסמכות בית המשפט האזרחי. זו התערבות ישירה שיש בה משום הפעלת לחץ בלתי הוגן ובלתי תקין על התובעת למשוך את תביעתה. יש להניח שרוב התובעות לא יעמדו בלחץ ואכן ימשכו את התביעה. כאמור, זכות הפנייה לערכאות בכלל וזכות התביעה בנזיקין בפרט הן זכויות יסודיות וחוקתיות, וקשה למצוא בסיס חוקי לחסימתן דה פקטו, וגם אם היה בסיס כזה, לא ברור שהפגיעה בזכות התביעה היא מידתית וסבירה, שכן מדובר בהתניית המשך ההליכים בביטול הליכים בבית משפט אחר. אף שאין להאשים את בתי הדין הרבניים בכך שאינם מעוניינים ברווחה לאישה ובכך שאינם מזדהים עם עגינותה, פסיקה כזו פוגעת בנשים ובעקרון הכיבוד ההדדי בין הערכאות, אף שהיא תגובה לטענה לפגיעה קודמת "הפוכה".

אך יש לומר שבתי הדין הרבניים פועלים באותה מידה גם נגד בעלים שהגישו תביעות נזיקין נגד נשותיהם המסרבות לקבל מהם גט, אף שמדובר כאמור במקרים

179 ראו למשל זרח ורהפטיג "התקדים במשפט העברי" שנתון המשפט העברי ו-105 (התש"ם).
180 ולעתים בן הזוג המגיש את התביעות הללו – באופן מסורתי זו האישה – נחשב ל"עובר על דת" מכיוון שהוא מסרב ללכת לדין תורה. ראו למשל תיק (אזורי ת"א) 1-21-54356548-1 פלוני נ' פלונית (לא פורסם, התשס"ט).

מועטים בהשוואה למקרה של נשים מסורבות גט. כך למשל קובע בית הדין הרבני הגדול
כי:

בשולי הדברים, נציין כי ב"כ המשיבה קבל בפנינו על כך שלפני ימים אחדים הגיש המערער נגד המשיבה לבית המשפט לעניני משפחה תביעת נזיקין בסכום של 900,000 ש"ח, עקב סרבנות גט כביכול מצידה. לטענת ב"כ המשיבה מטרת התביעה ברורה – לאלץ את האשה לקבל גט בניגוד לדין ובניגוד לפסיקות של בית הדין הרבני. כתב התביעה הוצג בפנינו ועל פני הרבדים נראה שיש תימוכין לטענת ב"כ המשיבה. הטענה אוששה גם על ידי ב"כ המערער עצמו באומרו: "כאשר יהיה גט, גם התביעה הזו תבטל".

בפס"ד עקרוני שניתן בתיק 1-21-7041, קבע בית הדין הגדול כי תביעת נזיקין בגין סרבנות גט נמצאת בגדרי סמכותו הייחודית של בית הדין הרבני מאחר והגשתה מעוררת מיניה וביה שאלות הלכתיות קשות על כשרות הגט. תביעת הנזיקין עלולה ליצור אילוך כלפי הבעל לתת את הגט שלא מרצונו הטוב בניגוד לדין תורה. בית הדין הגדול התריע כי בנסיבות של תביעת נזיקין כאמור, עלול להיווצר מצב שהבעל יבקש לתת את הגט אך בית הדין לא יוכל לסדר את הגט או לאשרו. אנו מתריעים כי גם ביחס לתביעת נזיקין שתוגש נגד אשה בגין סרבנות גט עלולה תביעת הנזיקין לאלץ את האשה לקבל גט שלא מרצונה בניגוד להלכה.¹⁸¹

אף שפעולה כזו גם לגבי בעלים שהגישו תביעות נזיקין אינה מכשירה את ההתייחסות לנושא, יש בכך לפחות כדי להראות על סימטרייה בנקודה זו.

על כל פנים, הוגשה עתירה לבג"ץ למתן צו נגד הנהלת בתי הדין הרבניים להשיב מדוע לא תישלל סמכותם של בתי הדין ליתן החלטות אשר דורשות מנשים לדחות או למחוק תביעה נזיקית שהגישו נגד בעל סרבן גט בבתי משפט לענייני משפחה כתנאי לכך שבתי הדין ידונו בתביעת הגירושין של הצדדים.¹⁸²

התגובה האחרת היא ניסיון להפעיל לחץ לשינוי החוק ולהעברת הסמכות לדון בתביעות הנזיקין הללו לבית הדין הרבני כחלק מהדיון בגט על כל השלכותיו; כל זאת על פי אותו פסק דין של בית הדין הרבני הגדול ממרס 2008, שם נקבע גם כי תביעת נזיקין של מסורבת גט יכולה להיות מוגשת אך ורק לבית הדין הרבני. הרציונל הוא שרק בית הדין הרבני פועל על פי ההלכה ורק כפייה שלו יכולה להיות מותרת, שכן מדובר בענייני גירושין של ממש, הנתונים ממילא לסמכותו הבלעדית. כך תישמר מסגרת שבה

181 ערער 2-64-65104796, לעיל ה"ש 135, בעמ' 4.

182 בג"ץ 2865/07 מרכז צדק לנשים נ' הנהלת בתי הדין הרבניים (פורסם בנבו, 14.8.2007).

הגט לא יהיה מעושה שלא כדין וגם הגורם המעשה יהיה כדין. ודוק: נשאלת השאלה מדוע תביעה כזו יכולה פתאום לקבל בבית הדין "חותמת כשרות". אך כאן יש לשים לב היטב לדברי בית הדין: רק פוסקי הלכה יכולים לשמור על המסגרות של ההלכה שלפיהן למרות הפעלת לחץ ממוני מסוים לא ייגרם אונס ממון שבעטיו יהפוך הגט למעושה שלא כדין, ורק הם יכולים להיחשב למעשים כדין. עם זאת, כאמור, לא ברור כלל שבית המשפט לענייני משפחה בכלל "מעשה" בנסיבות העניין. כיום, על פי סעיף 1 לחוק בית המשפט לענייני משפחה, מוקנית הסמכות באופן בלעדי דווקא לבית משפט זה ולא לערכאה הדתית, וזה ממילא אמור לפסוק בתביעת נזיקין ולא לראות עצמו ככופה גט בכפייה כספית אסורה, כפי שנדון לעיל. מלבד זאת, אם נזק נפשי מסרבנות גט אינו מוכר, למצער לפי חלק מהגישות בדין העברי, העברת הסמכות לבית הדין הרבני פירושה גיוועה בפועל של התביעות הללו, בהיעדר עילה לפי הדין העברי, אלא אם ייקבע שבית הדין הרבני ידון בתביעות, אך לפי הדין הכללי ולא העברי.¹⁸³

בחודש מאי שנת 2009 נפוצו שמועות שלפיהן שר המשפטים, יעקב נאמן, מתכוון להוביל מהלך לתיקון החוק ולהעברת הסמכות לדון בתביעות אלה לבית הדין הרבני במסגרת הבטחות שניתנו למפלגת ש"ס בהנחיית ראש הממשלה, בנימין נתניהו, בגישושים לקראת חתימת הסכם קואליציוני.¹⁸⁴ בכהונתה של הכנסת השמונה-עשרה, כמו גם בכנסת השבע-עשרה, הוגשה הצעת חוק המבקשת להעביר לידי בית הדין הרבני את הסמכות לדון בהסכמה בתביעות אזרחיות בין בני זוג שאינם חלק מענייני נישואין וגירושין.¹⁸⁵ לכאורה אין לכך רלוונטיות לענייננו אלא לענייני ממון ועניינים אזרחיים אחרים,¹⁸⁶ שכן די שאחד הצדדים יתנגד לדיון בתביעות הנזיקין כדי שכבר לא תהיה סמכות בהסכמה. בשאר ענייני ממון (כגון חוזים וקניין), שבהם שני הצדדים מעוניינים לדון על פי דין תורה, יהיה לכך מקום במצב שבו כיום צדדים אינם יכולים להתדיין על פי דין תורה בחסות המדינה. אך המציאות מוכיחה שלעתים ההסכמה בפועל לדון בעניינים ממוניים של נישואין וגירושין בבית הדין הרבני דווקא נכפית בפועל, בעיקר כאשר

183 כמין "שלוחה" של הלכת בבלי, לעיל ה"ש 48.

184 ראו למשל יאיר אטינגר "נאמן יום: סמכויות בתי הדין הרבניים יורחבו לנושאים אזרחיים" הארץ 18.5.09. מלשכת שר המשפטים נמסר כי "השר עוסק רבות בענייני משרדו ובין השאר נפגש עם אנשים רבים בנושאים שונים. מעבר לכך אין בכוונת השר להתייחס להדלפות". ראו שם.

185 ראו למשל הצעת חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין) (תיקון – סמכות שיפוט בהסכמה בעניין אזרחי וסמכות נלווית), התשס"ט–2009, פ/308/18 של ח"כ משה גפני ואורי מקלב, הוגשה ליו"ר הכנסת והסגנים והונחה על שולחן הכנסת ביום ז' בניסן התשס"ט, 1.4.2009, www.knesset.gov.il/privatelaw/data/18/308.rtf.

186 בהתייחס למעשה להלכת בג"ץ 8638/03 אמיר נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים (פורסם בנבו, 6.4.2006) (שם נקבע כי בתי הדין הרבניים אינם יכולים לדון בעניינים אזרחיים שאינם בגדר ענייני נישואין וגירושין, אף לא בהסכמה כבוררים, וכי הדבר מחייב חקיקה מפורשת של הכנסת, כפי שגם נכתב בדברי ההסבר).

מדובר במגזר הדתי והחרדי, שכן התדיינות בערכאות חילוניות (בית המשפט לענייני משפחה) אינה מקובלת ונחשבת לחטא. אם בן הזוג (בדרך כלל האישה) בוחר לפנות לערכאות אלה בכל מקרה, הוא עלול להיות חשוף למסע הכפשות ואף לנידוי וחרם, וכן להתנאת קבלת הגט בדיון לפי דין תורה.¹⁸⁷ מלבד זאת, כאמור, על פי חלק מהטענות שמשמיעים דיינים, תביעות נזיקין בגין סרבנות גט הן ממילא חלק מענייני נישואין וגירושין, ולכן הסמכות לדון בהן – ללא צורך אפילו בתיקון חוק ובהסכמת הצדדים – היא של בית הדין הרבני בלבד.

6. סיכום ביניים

לסיכום המצב הקיים אפשר לומר כי לעניין תביעות נזיקין בגין סרבנות גט מצוי חידוש אפשרי באימוץ גישתם הכללית של קלברזי ומלמד בדבר כלל האחריות: מתן לגיטימיות תאורטית-נזיקית למהלך שנוי במחלוקת מבחינה חברתית בכלל ולעניין ההתפתחויות האחרונות מ-2008 (של פיצוי במקרי מצווה ולא חיוב או גם על תקופה שלפני החיוב) בפרט. המניע למהלך של מסורבות הגט רלוונטי פחות כל עוד עצם המהלך נתמך בתאוריות נזיקיות מקובלות ויכול לשאוב מהן לגיטימיות ולקבל תווית של מהלך נזיקי כשר. קניית הזכות של האחד על ידי האחר לאחר משא ומתן ישיר ביניהם בוודאי לא תזכה להתנגדותם של קוז, קלברזי ומלמד, בייחוד כשהוצאות העסקה נמוכות באופן יחסי, הצדדים ידועים, מוגבלים במספרם ומוחלטים, ואין מקרה של צדדים מסוימים שיתנגדו ולא ירצו לשלם עבור הזכות וכיו"ב.

ההתפתחויות שתוארו ואלה שעוד לפנינו אפשריות בעיקר במסגרת עוולת הרשלנות, ונראה שלא במסגרת עוולת הפרת חובה חקוקה של סעיף 287 לחוק העונשין. העוולה האחרונה רלוונטית ככל הנראה רק במקרי פסק דין רבני המחייב לתת גט, ולכל היותר

187 לכך דוגמאות רבות. ראו למשל מקרה שבו אישה חרדית פנתה לבית המשפט לענייני משפחה בבקשה להוצאת צו הרחקה נגד בעלה, ובתגובה זה פיזר עליה כרוזים במקום מגוריהם ובהם הכפיש את שמה על שפנתה לערכאות. בתגובה לכך תבעה האישה את בעלה בבית המשפט לענייני משפחה בגין לשון הרע, וזה נאלץ לבחון אם פנייה לערכאות של המדינה אכן מהווה לשון הרע, ואם נבחן הדבר במבחן של כלל הציבור או של הציבור שעליו נמנים התובעת והנתבע (תמ"ש 19286/98, לעיל ה"ש 1). לעתים בית הדין הרבני עצמו רואה בעין רעה את הפנייה לבית המשפט לענייני משפחה והדבר משפיע על פסקי דינו. ראו למשל הקביעה כי מי שתבעה שלא בבית הדין יש לראות בה "עוברת על דת": תיק 1-21-54356548, לעיל ה"ש 180; הרב עובדיה יוסף בשו"ת יביע אומר, סימן ג והאסמכתאות הרבות שם, אף שיש גם דעות אחרות באחרונים. לביקורות ברוח זו על הצעת החוק ראו למשל תמר אדלשטיין-זקבך "כשאת אומרת 'כן' למה את מתכוונת?" www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3860537,00.html, 10.3.2010, "הצעת החוק להרחבת סמכויות בתי הדין הרבניים – ניסיון לשינוי הסטטוס קוו בענייני דת ומדינה" אפוק טיימס 3.2.2010, www.epochtimes.co.il/news/content/view/13240/85/.

אולי גם במקרי מצווה, אך לא לגבי התקופה שלפני החיוב הרשמי בגט (הדור השני) ובוודאי לא כשאין כלל פסק דין רבני. אם הייתה קיימת בחוק הישראלי עבירה של סרבנות גט, יש להניח שסרבנות הגט הייתה מוגדרת שם, והיה אפשר להבין דרך אותה הגדרה מהי התנהגות המוגדרת "סרבנות גט" אשר הפרתה תוכל אולי להוות בסיס גם להפרת חובה חקוקה פלילית במישור הנזיקי לאותה אסכולה המאפשרת תביעה כזו. עבירה ספציפית קיימת למשל במקרה ה"הפוך" של גירוש אישה על כורחה במגזר המוסלמי,¹⁸⁸ ולכן שם אין צורך להסתפק בהוראה הכללית של סעיף 287 לחוק העונשין בדבר הפרת הוראה חוקית. כאמור, גם עולה פרטיקולרית של סרבנות גט אין בנמצא. לפיכך במצב דהיום ההתפתחות דרך עוולת הרשלנות נראית טבעית ולגיטימית, והמשך ההתפתחות דומה שאפשרית דרך עוולת מסגרת זו, אם כי גם הפרת חובה חקוקה של חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו בגין הפגיעה בכבוד האדם של המסורב/ת¹⁸⁹ ותביעה בגין עצם הפגיעה באוטונומיה אפשריות בעיקרון אף הן. גם ההתייצבות על פיצויים מוגברים בסך 100 אלף ש"ח (ברוב התביעות שהגיעו לקו הגמר עד היום)¹⁹⁰ נראית כאמירה ברורה, ויש להניח שהפסיקה תמשיך ללכת בכיוון זה.

ואזכיר – כל המהלך המוצג כאן לא נועד למנוע גט מעושה שלא כדין. בעיה זו עומדת מהבחינה ההלכתית כנראה בכל מקרה ובכל דור של התביעה בין שיש חיוב לגט ובין שלא, בין שמדובר בפיצוי גם על התקופה שלפני החיוב בגט ובין שרק על התקופה שאחרי פסיקת החיוב. הבחינה היא אם מהלך זה הוא בכלל לגיטימי. כלומר, אין בכל הניתוח לעיל משום ניסיון לומר שבתביעה נגד סרבן גט אין בעיה הלכתית של גט מעושה שלא כדין או שיש להתעלם ממנה, אלא אך ורק משום ניסיון לאתר בסיס נזיקי לאותן התפתחויות. גם בעיית היותו של בית המשפט לענייני משפחה גוף (שהוא אולי) מעשה שלא כדין לא תיפתר בדורות הבאים, ואולי אף תוחרף, ככל שפסיקת הפיצויים לא תיפסק על פי הדין העברי אלא תחרוג ממנו, ובכך לא תאפשר גם את אותה הסתמכות על גישת הרב פינשטיין כפי שהציעו קפלן ופרי.¹⁹¹ הוצעו כאן כמה הצעות לבחינת

188 ס' 181 לחוק העונשין.

189 אם כי אין החלטה ברורה שאפשר לתבוע עצמאית בהפרת חובה חקוקה של חוק־היסוד ולהשתמש בכך גם במשפט הפרטי. ראו דפנה ברק־ארוז עוולות חוקתיות – ההגנה הכספית על הזכות החוקתית, 190–192 (1993). בחלק מפסקי הדין בעניין סרבנות גט הכירו באפשרות זו – ראו למשל תמ"ש 6743/02, לעיל ה"ש 4, פס' 11 לפסק דינו של השופט גרינברגר. אך בחלק מפסקי הדין גרסו השופטים כי טרם בשלה העת להכיר בעוולה חוקתית כזו בין פרטים. ראו למשל: תמ"ש 19270/03, לעיל ה"ש 4, פס' 50–53 לפסק דינו של השופט הכהן; תמ"ש 24782/98, לעיל ה"ש 4; תמ"ש 8312/07, לעיל ה"ש 6.

190 ראו כל התביעות נגד סרבני גט המוזכרות לעיל בה"ש 4, פרט לזו שנוהלה נגד העיזבון בתמ"ש 19480/05. ייתכן שהשופט באותו מקרה לא רצה להגביר את עול הפיצויים על העיזבון, בשונה משאר התביעות שם המעול היה בחיים.

191 קפלן ופרי "אחריות סרבני גט", לעיל ה"ש 13, בעמ' 830–836.

קונסטרוקציות שונות שמכוון אולי התביעות הללו לא ייחשבו לאונס ממון, וכן נקודת מבט שלפיה הגוף המעשה שלא כדין אינו בית המשפט לענייני משפחה אלא עצם העסקה הסיבובית. כאשר מדובר בבעלים התובעים את נשותיהם מסורבות הגט אמנם אין גט מעושה, אך יש לשער שעדיין תהא תחושה של התערבות בעניינים השייכים לגטין ולכן הם בסמכות בית הדין הרבני.

בימים אלה נמצא סוג זה של תביעות בחוד החנית של תביעות הנזיקין נגד בן משפחה. משכך, יכול להיות ערך רב לאימוץ הדרך התאורטית-המסגרתית של כלל האחריות לטובת הניזוק שהציגו קלברזי ומלמד להצדקת ההכרה העקרונית בתביעות הללו. בעיקר חשוב הדבר במצב שבו תביעות כאלה הוכרו עד היום רק בבתי המשפט לענייני משפחה ולא נדונו כלל בערעור, ולכן אין לגביהן כל הלכה מחייבת, ובמצב שבו ניטשת מחלוקת עזה בין שופטים ודיינים, ארגונים שונים ואנשי אקדמיה באשר ללגיטימיות של עצם התביעות הללו.

ד. התפתחות אפשרית בתביעות נזיקין בגין סרבנות גט ובחינתן לפי כלל האחריות: שאלת הפיצוי במקרים שבהם אין כל צו של בית הדין הרבני בדרגה כלשהי

1. הצגת השאלה המשפטית

אפשר להצביע על התפתחות משמעותית אפשרית לגבי תביעות נזיקין בגין סרבנות גט ולבחון גם אותה לפי כלל האחריות, ובכך אולי להצדיק אותה ולבסס אותה. לצורך כך נחזור לעניין דרגת פסק הדין הרבני המורה לבעל לגרש את אשתו. כפי שנסקר לעיל, תביעות נזיקין של מסורבות גט הוכרו עד כה במקרים שהיה חיוב לגט או במקרי ביניים של מצווה לגרש או של תקופה שלפני החיוב. האם אפשר ללכת צעד נוסף – גדול – קדימה ולהכיר בתביעה נזיקית גם כאשר לא ניתן (עדיין או בכלל) כל פסק דין רבני, אפילו לא בדרגה של מצווה או המלצה, ואולי אפילו כאשר לא נפתח כל תיק לגירושין בבית הדין הרבני, וגם במקרה של מסורבות גט ולא רק של מסורבי גט? לכאורה לא ייתכן בכלל לפנות למישור הנזיקי ולהשתמש בסעד הפיצויים כסעד חלופי אם לא היה די במעשי הבעל כדי להורות על חיוב בגט בבית הדין הרבני, אף לא על פסק דין רבני בדרגה של מצווה ואפילו המלצה. במקרה כזה אין לכאורה שום מגדלור בדמות פסק דין רבני, בין שאורו חזק כבמקרה חיוב ובין שאורו חלש יותר כמבקרי מצווה או המלצה. בית המשפט לענייני משפחה ממילא אינו מוסמך, בשום כובע שלו, להכריז – אפילו בדרך אגבית לצורך התביעה הנזיקית – שיש חיוב הלכתי כזה או אחר לבעל לגרש את אשתו, ושם לא עשה כן הריהו מעוול כלפיה. הבעיה מהותית שכן היא נוגעת בהכרעה בין הזכויות – ב"decisions first order legal" – לכאורה בצורה שאותה אי

אפשר לרפא לפי המתווה של כלל האחריות. מכאן שלכאורה לא יהיה אפשר להשתמש בכלל האחריות כדי להצדיק ולבסס התפתחות נוספת כזו בתביעות הנוזיקין בגין סרבנות הגט. בהתפתחויות שהיו בשנת 2008 או שהיה מגדלור מסוג של חיוב והשאלה הייתה רק אם אפשר לפסוק פיצויים על התקופה שלפני החיוב, או שהיה מגדלור מדרגה נמוכה יותר של מצווה ולא חיוב, וניתן כאמור פסק דין אחד נגד סרבנית גט במקרה שלא היה צו כלל, אך הביקורת לעיל הייתה שיש לבסס פסיקה זו מעבר למה שנעשה עד היום, ושבמקרה של סרבן גט כשאין חיוב, הבעיה חמורה עוד יותר מן ההיבט ההלכתי. על פני הדברים אפוא קיימת בעיה להצדיק מבחינת דיני הנוזיקין התפתחות כזו.

מנגד אפשר לתפוס את תביעת הפיצויים כתביעה לקבלת סעד משלים. הסעד המהותי שהאישה מבקשת הוא אמנם חיוב בגט, אבל אין בכך כדי לסתור סעד משני ונפרד – פיצויים. הדין הדתי איננו מסדיר תביעות פיצויים כאלה, מחוסר סמכות. לפיכך דיני הנוזיקין פועלים בוואקום ואינם תלויים במה שנעשה במישור הסטטוס. לכן תביעת הפיצויים אפשרית גם אם ניתן חיוב בגט וגם אם לאו. לצורך הדיון בעניין זה יש לבחון על פני הדברים אם אפשר לנתק את התביעה הנוזיקית משאלת החיוב הרבני בגט. אראה שבנסיבות מסוימות הדבר צריך להיות אפשרי דרך עולת הרשלנות.

רשלנות היא עילה עצמאית, שאינה נסמכת על הפרת חובה חקוקה דווקא או על הפרת תקנים. למשל, אם גשר התמוטט, אפשר עקרונית לבחון את התרשלנות של הקבלן והמהנדס אף אם עמדו בתקן וגם אם לא הפרו כל חובה חקוקה.¹⁹² לפיכך, אפשר לבחון התרשלנות הבעל גם כשאין פסק דין רבני המכריז במפורש שהוא חייב לגרש את אשתו (חיוב), ואפילו אם לא ניתן פסק דין רבני בדרגת חיוב נמוכה יותר (מצווה או המלצה). ברור שקיומו של פסק דין רבני בדרגת חיוב או אפילו מתחת לכך – אותו מגדלור – מקל מאוד את הקביעה כי משלא קיים הבעל את פסק הדין הרבני, הריהו רשלן. אך התנאי, לטעמי, אינו הכרחי כל עוד ההליכה נעשית במתווה של עולת הרשלנות ולא של הפרת חובה חקוקה. אין כאן כל הפרת חובה חקוקה פלילית, שכן הבעל לא עבר על הוראות בית הדין הרבני, ולכן סעיף 287 לחוק העונשין אינו רלוונטי. קיימת מחלוקת בשאלה אם אישה שבעלה מסרב בעקשנות לגרש אותה מסיבות שונות, כלכליות או אידאולוגיות, אך לא ניתן פסק דין רבני בעניינה, בכלל נחשבת למסורבת גט. לפי נתוני בתי הדין הרבניים אין מדובר במסורבות גט, ולפי ארגוני הנשים בחלק מאותם מקרים מדובר במסורבות גט.¹⁹³ האומנם רק אישה שבית הדין הרבני קבע שבעלה מחויב לתת לה גט היא מסורבת גט? האם כל אישה הדורשת מבעלה להתגרש וזה מסרב מוגדרת ככזו, ולו לאחר זמן מסוים? ואולי הפתרון נמצא אי שם באמצע, וגם אישה שהגישה תביעת גירושין לבית הדין הרבני וזו נמשכת זמן רב ובינתיים בעלה מסרב

192 ליחס שבין רשלנות להפרת חובה חקוקה ראו ע"א 145/80, לעיל ה"ש 82, בעמ' 138–139.

193 ראו לעיל ה"ש 126.

בעקשנות לגרשה (או מתחמק בשיטתיות ובערמה מן הדיונים פעם אחר פעם),¹⁹⁴ אף שטרם ניתן פסק דין המחייבו לעשות כן, נחשבת – או יכולה להיחשב – מסורבת גט? דומני שעד שלא תהיה הכרעה ברורה של המחוקק בדיני הנזיקין ואולי אף בדיני העונשין בנדון, יהיה קשה להגיע למסקנה מיהי "מסורבת גט". אך הכותרת חשובה פחות כאשר מדובר בתביעת נזיקין, שבה עסקינן, ואולי דווקא חוסר התיוג וההגדרה בפסיקה יכול לסייע ליישומה של עולת מסגרת זו בענייננו. כאן השאלה היא אם בוצעה עוולה ואם אפשר לקבל פיצויים בגינה וכך לתקן את העוול כחלק ממטרות של פיצוי וצדק מתקן. מנקודת מבט של הרתעה יעילה ברור שהתגיות חשובות פחות, ויש לבחון בעיקר אם מדובר בהתנהגות שהחברה הייתה רוצה למנוע. התשובה הבלתי נמנעת היא שיש לתקן את העוול ושיש למנוע התנהגויות כאלה ולהכווין התנהגות באמצעות דיני הנזיקין, ולו בנסיבות מסוימות. אסביר את הדברים:

לכאורה, מהתביעה שהתקבלה על ידי השופט גרינברגר לגבי פיצוי גם בתקופה שלפני החיוב¹⁹⁵ אפשר להבין שאפשרי לקבל פיצויים גם ללא פסק דין רבני, שכן החידוש שם הוא דווקא בפיצויים שנפסקו לפני החיוב. כאמור, המגדלור אינו מחויב המציאות לצורך פסיקת הפיצויים, הוא רק מסייע לבית המשפט לנווט את הניתוח הנזיקי – הוא כלי עזר פרקטי אך לא הכרחי. לפיכך התפתחות שלפיה במקרים מסוימים תוכר תביעת נזיקין גם ללא פסק דין רבני כלל צריכה להיות טבעית מכוח דיני הרשלנות גם אם יהיה קשה להוכיח תביעה כזו בפועל, שכן אין כאן מגדלור המסייע לנווט ביים הנזיקין. עם זאת מובן שבאותו מקרה היה קל יותר לקבוע שמדובר בעוולה לפני פסק הדין הרבני, שכן בדיעבד ברור שניתן פסק דין כזה, ובמקרה דנן לא ניתן פסק דין כלל. שתי תביעות כאלה כבר התקבלו נגד בעל סרבן גט, כפי שפורט לעיל, ולמעשה ללא חשש מגט מעושה, ובכל מקרה מדובר בפסיקות יחידות ובערכאה ראשונה. כמה תביעות של נשים מסורבות גט שבעליהן לא חויבו לתת גט, ואף לא היה פסק דין בעניינן ברמה של מצווה או המלצה, תלויות ועומדות בבתי המשפט לענייני משפחה. שלוש החלטות בבקשות לדחיות תביעה על הסף ניתנו בינתיים, ובכולן נקבע כי בהיעדר החיוב בגט כשלעצמו אין די כדי לדחות תביעה על הסף.¹⁹⁶ אם תביעות אלה לא יסתיימו בפשרה

194 ראו למשל קובי נחשוני "החולה המדומה נתן גט" ynet 5.1.2010, www.ynet.co.il/articles/0.7340.L-3829755.00.html. באותו מקרה נהג הבעל במשך שנים להתחזות לחולה ולהתאשפז בבית החולים בכל פעם שזומן לבית הדין הרבני. הדיין ועמו עובדי בית הדין החליטו לעשות סוף לפרשה והפתיעו אותו בבית החולים. ה"חולה" מסר את הגט ו"שוחרר" לביתו לאחר שהצהיר כי הוא כבר מרגיש הרבה יותר טוב.

195 תמ"ש 6743/02, לעיל ה"ש 4.

196 בש"א (משפחה י-ם) 54445/08 ח.ג.ב. נ' ל.ב.ע., החלטתה של השופטת נ' מימון (פורסם בנבו, 7.7.2008); בש"א (משפחה י-ם) 59740/08 ק.י. נ' ק.א., פס' 10 להחלטתו של השופט פ' מרכוס (פורסם בנבו, 19.5.2009); בש"א (משפחה י-ם) 56986/07 מ.ט. נ' מ.ט., פס' 7 להחלטתו של השופט מ' הכהן (פורסם בנבו, 6.12.2007) (אף שהוא שקבע בפסיקה הראשונה בנדון כי מועד

(או במשיכה ומחיקה מכוח האזהרה של בתי הדין הרבניים שלא יסודר גט כל עוד מתנהלת תביעה...), אנו צפויים לפסקי דין בנדון, ולכן יש צורך בביסוס ההצדקה הנזיקית למהלך כזה.

דומני שבנסיבות מסוימות יהיה אפשר להכיר בתביעה הנזיקית באופן עקרוני אף כאשר בית הדין הרבני לא פסק דבר בנדון. אדגים זאת בשלושה מקרים מייצגים שיוצגו כולם במצב של מסורבת גט, אך יכולים להיות מוצגים גם במקרה של מסורב גט. בשני המקרים הראשונים התביעה הנזיקית אינה נסמכת על עצם הסרבנות ואי-מתן הגט אלא על התנהגות אחרת של הבעל היוצרת עוולה של רשלנות. המקרה השלישי קשור ישירות לאי-מתן הגט אף שאין פסיקה רבנית בנדון, ולכן הוא הקשה והבעייתי מכולם.¹⁹⁷ כל אחד מהמקרים הללו ייבחן אל מול המתווה של כלל האחריות של קלברזי ומלמד.

2. מקרה I: "הגיעו מים עד נפש": פנייה למסלול של התעללות נפשית או כל עוולה אחרת תוך ניתוק מעילה של סרבנות גט

בסוג המקרים הראשון אפשר לפנות למסלול המוכר של התעללות במערכת היחסים בין בני הזוג¹⁹⁸ תוך ניתוק מעילה של סרבנות גט, שכן ממילא אין עוולה פרטיקולרית של סרבנות גט, והפנייה היא לעולת הרשלנות, בייחוד כשאין פסיקה רבנית בנדון שאפשר להתבסס עליה כעוגן (ואולי כדאי לעשות כן גם כשיש פסיקה רבנית). לפיכך אם תוכל האישה להצביע על התעללות פיזית, נפשית או מינית בחיי הנישואין גם ללא קשר לאי-מתן הגט, היא תוכל לקבל פיצויים מבעלה, ואין משמעות לכותרת הפיצויים, בעיקר כאשר ממילא הכל כאמור נדון תחת כנפי עוולת המסגרת של הרשלנות, הכוללת, כאמור, גם מעשים מכוונים. המסלול של התעללות למיניה בבן זוג הוא מסלול שכבר הוכר בפסיקה, גם כן דרך עוולת המסגרת,¹⁹⁹ שכן אין בחקיקה הנזיקית עוולה של התעללות בבן זוג.²⁰⁰ ההתעמרות הנפשית באישה והסבל הרגשי שנגרם לה מהווים הפרת חובת הזהירות של הבעל כלפי אשתו. הפיצויים במקרים כאלה הם בעיקר פיצויים לא ממוניים: עגמת נפש, בושה, סבל, בדידות, צער ופגיעה באוטונומיה ובחופש האישי.

החיוב בגט הוא המועד הקובע, הוא מציין בהחלטתו כי הוא כבר אינו סבור שכן צריך להיות בהכרח, ולדבריו יש לבחון כל מקרה לנסיבותיו).

197 בכל המקרים אין נפתרת כמובן בעיית הגט המעושה. כל שברצוני לומר הוא שבשלושת המקרים הללו אפשר באופן עקרוני לפסוק פיצוי נזיקי.

198 תמ"ש 18551/00, והערעור: ע"מ 595/04, לעיל ה"ש 1.

199 שם; תמ"ש 24782/98, לעיל ה"ש 4; תמ"ש 20673/04, לעיל ה"ש 83.

200 זו ביקורתם המרכזית של סיני ושמואלי "הגיעו מים עד נפש", לעיל ה"ש 8, ובו מוצע לחוקק עוולה פרטיקולרית כזו. לאימוץ קריאה זו ראו גם תמ"ש 20673/04, לעיל ה"ש 83, פסק דינה של סגנית הנשיא לענייני משפחה השופטת נ' מימון.

נזקים רגשיים מוכרים בדיני הנזיקין כבר יותר משני עשורים כנזקים בני תביעה,²⁰¹ והוכרו גם כבני תביעה כשלעצמם, גם ללא אלימות פיזית או מינית, במישור היחסים שבין הורה לילד.²⁰² אפשר לפסוע באותו מסלול מוכר גם בענייננו.

אפשר לפסוע כאן גם במסלול אחר, למעשה של כל תביעה אפשרית נגד בן הזוג לפיצויים בגין עוולה שבוצעה בנישואין, כגון בעוולות האלה, שכולן נדונו והוכרו בישראל כלפי בן זוג בשנים האחרונות:²⁰³ לשון הרע, הפרת הפרטיות, הסתרה מבן הזוג עובר לנישואין את מצבו הנפשי של בן הזוג, הסתרה מבן הזוג עובר לנישואין את אי-היכולת המינית, נזקים מצו עיכוב יציאה מהארץ שהוצא על ידי בן הזוג, גרימה לבן הזוג לחלל שבת דרך תלונה עליו למשטרה בשבת מתוך ידיעה כי יילקח לחקירה בתחנת המשטרה ועוד. במקצת המקרים עוולות כאלה עלו ממילא גם בתביעה בגין סרבנות הגט.²⁰⁴

למעשה, המניע להגשת התביעה אינו רלוונטי: אם רצונה של האישה בפיצויים, אין משמעות לתגית של התביעה הנזיקית. אם רצונה בעסקת חליפין של פיצויים תמורת הגט, גם כאן אין משמעות לאותה תווית. לכאורה אין כאן אפילו בעיה של גט מעושה שלא כדין, שכן התביעה אינה קשורה, לפחות פורמלית, לסרבנות הגט. אך ייתכן שבית הדין הרבני יראה גם בתביעה כזו ובעסקה שתבוא בעקבותיה משום אונס ממון, תהא אשר תהא הכותרת של אותה תביעה, ואף אם האישה באמת ובתמים הגישה תביעה על נזיקה ללא כוונה ראשונית לבצע עסקת חליפין כזו.²⁰⁵

בסוג המקרים הראשון אפשר אפוא להכיר בתביעה הנזיקית אם היא נסמכת להפרת זכויות של האישה, הפרה שאינה תלויה באימתן הגט אלא בהתנהגות אחרת של הבעל בחיי הנישואין, אפילו לפני התקופה שבה סירב לתת גט. דהיינו, אין מדובר בהפרת הזכות להתגרש (אף אם זהו המניע האמתי להגשת התביעה) אלא בהפרת זכות אחרת – למשל לשלמות הגוף והנפש, לפרטיות, לשם טוב וכיו"ב. אין כל סיבה שלא להכיר בתביעות כאלה.

דיני הנזיקין, ובייחוד דיני הרשלנות שבהם, אמורים להיות חפים מכל מאבקי סמכויות בין בתי המשפט האזרחיים לבתי הדין הרבניים וכך יש להותירם. הם משמשים

201 ע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גורדון, פ"ד לט(1) 113 (1985) (דרך הגדרת אבדן נוחות ורווחה בסעיף 2 לפקודת הנזיקין).

202 עניין אמין, לעיל ה"ש 2.

203 לאסמכתאות ראו לעיל ה"ש 1.

204 ראו למשל תמ"ש 24782/98, לעיל ה"ש 4 (שם הכה הבעל את אשתו בהיותה בהיריון).

205 לדין בפן ההלכתי של אונס ממון ולהצעות שונות לאפשרות לתבוע בנזיקין ולא להגיע למצב של אונס ממון לפחות לחלק מהדעות ראו לעיל בטקסט ליד ה"ש 148. על כל פנים יצוין שוב כי המטרה בפרק זה אינה לבחון כיצד אפשר לתבוע בנזיקין ללא כניסה לחשש של גט מעושה שלא כדין, אלא כיצד אפשר לתבוע את סרבן הגט בנזיקין כשלא היה חיוב או כל צו אחר מצד בית הדין הרבני.

לצורך פיצוי בגין עוולה, יהא אשר יהא המניע להגשת התביעה. כל עוד תביעות נזיקין נגד בן זוג אינן נחסמות בישראל, אין מניעה לעשות בהן שימוש גם לענייננו. גם בהלכה היהודית קיימות גישות שלפיהן מי שמצער את אשתו צער רב ומתעלל בה נפשית כופים עליו גט.²⁰⁶ פסק דין נזיקי המחייב בפיצויים בגין התעללות נפשית אינו עומד אפוא בסתירה לגישה כזו, ולו לגישות שלפיהן ההלכה מאפשרת פיצוי כזה בגין בושא ושאר נזקים לא ממוניים, אם כי כאמור לפי גישות רבות על נזק זה להצטרף לנזק גופני. מלבד זאת ייתכן שאפשר למצוא סיוע או היקש מסוים לענייננו – תביעה נזיקית שלא ישירות עקב סרבנות הגט אלא עקב עוולה אחרת שבוצעה באישה – מתוך קונסטרוקציות הלכתיות אפשריות שלפיהן אותה עסקה סיבובית אינה מעשה את הגט ולו במקרים מסוימים.²⁰⁷ מתוך קונסטרוקציות אלה ייתכן שאפשר להביא ראיה, ולא רק היקש, שאם תביעה נזיקית נגד הבעל מקורה לא באימתן הגט אלא בעוולות שביצע הבעל כלפי אשתו וגרם לשנאתה אותו, לא יהיה בה כדי לפסול את הגט אם הבעל פנה מיזמתו אל האישה וביקש לבצע עסקה סיבובית. למשל, אם תביעת הנזיקין הוגשה שלא למטרת גירושין אלא למשל בגין התעללות נפשית, וניתנו פיצויים לפני זמן רב, וכעת בא הבעל מיזמתו ומבקש את העסקה הסיבובית (החזרת הפיצויים תמורת מתן הגט) אין מדובר באונס הפוסל את הגט, ואף אם הדבר נחשב לגזלת ממון, בתנאים מסוימים הגט לא יפסל.²⁰⁸ זו כמובן קונסטרוקציה המתאימה לענייננו.²⁰⁹

206 ראו תשב"ץ, חלק ב, סימן ח; שו"ת יכין ובוועז, חלק ב, סימן מג; תיק (אזורי נת) 1-29-4637 פלוני נ' פלוני (לא פורסם, 27.6.2006), www.rbc.gov.il/judgements/docs/240.doc.

207 מדובר במקרים שבהם כפו את הבעל על עניין צדדי (ככל הנראה הכוונה לעניין צדדי לגט) כגון חוב שחייב לאשתו – אם נוכל לראות בחיוב הנזיקי שלו כלפיה חוב – והבעל פנה מיזמתו בבקשה שיוותרו לו על החוב תמורת הגט. במקרה כזה נפסק לחלק מהדעות שהגט יהיה כשר ולא יהיה כאן אונס ממון אם לא הזכירו לבעל מלכתחילה שהמטרה באותה כפייה היא לצורך הגט ואין כל מידע או אומדנה שזו היא כוונתם. ראו גולדברג גט מעושה, לעיל ה"ש 72, בעמ' כז–כח. כמו כן ראו שו"ת התשב"ץ, חלק א, סימן א: "ויש אונס אחר אעפ"י שהוא אונסו בגופו אינו אונס לגרש אלא שאונס אותו לעשות דבר אחד והוא מעצמו כדי להנצל מאותו אונס מגרש מעצמו וזה אינו קרוי כפייה כיון שלא כפו אותו ממש להוציא". אך יש לדקדק ולהיזהר בכך, שכן המהרשד"ם (ראו שו"ת מהרשד"ם, אבן העזר, סימן סג) סבור שאף אם מכירים בכך שכוונת האונס ומטרתו היא לצורך הגט, אף שלא הזכירו זאת בפיהם מהווה הדבר אונס. בשו"ת מבי"ט, חלק ב, סימן קלח, נאמר שאם כופים את הבעל לפרוע חוב וידוע שאין לו לשלם, הרי זה כאילו ידוע שמלכתחילה כפוהו למטרת מתן הגט ולכן מהווה הדבר אונס. גם אם פסיקה זו לא עסקה בחיוב נזיקי אלא בחוב ממון שנובע מיחסי הנישואין ומהתחייבויות אחרות של הבעל כלפי אשתו, דומה שאפשר להקיש מעניין זה לענייננו. זאת ועוד, אם האישה איימה על בעלה שתפסיד את ממונו מחמת שנאה שלה אליו ולא לצורך הגט, אך הבעל החליט מיזמתו לגרשה לאחר איום זה, אין הדבר נחשב לאונס והגט יהיה כשר. ראו גולדברג גט מעושה, שם, בעמ' קכח, על פי שו"ת אגרות משה, אבן העזר, סימן קלז.

208 שם; גולדברג גט מעושה, לעיל ה"ש 72, בעמ' מט. אם כי יש לציין כי קונסטרוקציה כזו מתמרצת הגשת תביעות נגד הבעל אף בזמן הנישואין או בתחילת סכסוך כדי שיעבור זמן רב ויהיה אפשר

על כל פנים, אם לאחר מכן תתבצע אותה עסקה סיבובית אין זה מעניינו של בית המשפט לענייני משפחה. כאמור, המניע להגשת התביעה אינו רלוונטי. כאן ייתכן גם שהמניע להגשת התביעה אכן היה פיצוי על התעללות ולא ניסיון להשיג את הגט, ולו בחלק מהמקרים, והעסקה להשגת הגט תמורת ויתור על הפיצויים תיךקם ותתגבש במהלך הדברים לאחר חיוב הבעל בפיצויים.

למעשה תביעה כזו יכולה להשתייך למעגל של התביעות שנוכרו לעיל שבהן מלכתחילה אין קשר הכרחי בין מישור דיני המשפחה והסטטוס לבין התביעה הנזיקית. ייתכן שמתחת לפני השטח המניע האמתי להגשת התביעה אכן היה סרבנות הגט, והמטרה הייתה באמת להגיע לאותה עסקה סיבובית, אך המניע כאמור אינו נבדק, ועסקה פרטית כזו גם יכולה שלא להתרחש. מכיוון שממילא אין קיימת עוולה פרטיקולרית של סרבנות גט, אין כל מניעה לבחור בדרך זו אם אכן התעללות מקיימת את יסודות עוולת הרשלנות, וכזכור רשלנות חלה בישראל גם על מעשה מכוון.²¹⁰ אך כדי להגיע לתוצאות ממשיות שיתמצו את הבעל להגיע לידי עסקה סיבובית יהיה צורך בפסיקת פיצויים גבוהים יחסית על אותה התעללות בבת זוג, מלבד מה שנפסק עד היום בתביעות בגין התעללות, שאם לא כן לא יהיה תמריץ אמתי לבעל להגיע לעסקה הסיבובית.

לפי סוג המקרים הראשון, אפשר להכיר אפוא בתביעה הנזיקית אם היא נסמכת להפרה אחרת של הזכות. אין מדובר בהפרת הזכות להתגרש (אף אם זה המניע האמתי לתביעה) אלא בהפרת זכות אחרת, כפי שראינו, כמו הפרת הזכות לשלמות הגוף והנפש

לומר שהתביעה אינה קשורה למתן הגט. לעניין זה באופן כללי ראו *Tort Litigation between Spouses*, לעיל ה"ש 8.

209 עם כל זאת יש להיזהר מתביעות סרק או תביעות קנטרניות וטורדניות לפיצוי בגין אלימות והתעללות בחיי הנישואין, בעיקר אם יש רקע של סרבנות גט. אף שכאמור התביעות הללו לגיטימיות בלא כל ספק, יש לבחון היטב אם אין מדובר בניסיון לסחוט את הגט בדרך בלתי ראויה ולהביא ליתרון דיני בתביעות משמורת, מזונות או בחלוקת הרכוש, הכל דרך העצמת אירועים קטנים שקיימים בחיים שגרתיים של בני זוג, שלעתים שני הצדדים אחראים להם. לא כל בעל המסרב להתגרש מאשתו אכן מתעלל בה נפשית ומתירשל כלפיה, ולא כל בעל המתעלל באשתו הוא סרבן גט אף שאפשר לתבוע אותו בנזיקין. לכן יש לבדוק את נסיבות המקרה לגופן, לבחון אם הייתה הפרת חובת הזהירות ולבדוק אם התובעת הרימה את נטל ההוכחה שאכן נגרם לה צער או נזק פיזי. לא כל סכסוך וכל מריבה צריכים לקבל כותרת של רשלנות. אך כאן יש לסמוך על בתי המשפט לענייני משפחה שידעו לבחון היטב אם המעשים שבבסיס התביעה אכן מהווים הפרת חובת הזהירות, בייחוד אם השופט הדרן בתובענה הנזיקית הוא אותו שופט שדן בסכסוך בין הצדדים – עקרון ה"one family – one judge", שהוא עיקרון חשוב בבסיס הקמתו של בית המשפט לענייני משפחה בישראל. ראו ארבל וגייפמן, לעיל ה"ש 49, בעמ' 433–435.

210 ראו כאמור עניין אמין, לעיל ה"ש 2, פס' 13 לפסק דינו של השופט י' אנגלרד; ס' 387 לה"ח דיני ממונות.

וכיו"ב. לכן אין כאן בעיה של הכרעה ראשונית בין הזכויות אלא שאלה של סעדים וכללי אחריות, והבעיה העיקרית יורדת מעל סדר היום. לסיכום, מבחינה נזיקית יהיה אפשר להכיר בתביעות כאלה בסוג המקרים הראשון, ובפועל בא כוח האישה יברר עמה אם בעלה התעלל בה או הפר זכות אחרת שלה בנקודה מסוימת של הנישואין שעדיין אפשר לתבוע בגינה (ללא חשש התיישנות), וזו יכולה להיות נקודת מוצא טובה להגשת תביעה נזיקית, ובעקבות פסק הדין – לעסקה סיבובית פרטית.

3. מקרה II: "עושה ממנה צחוק": התעללות נפשית הסובבת את אימתן הגט אך אינה נובעת מעצם אימתן הגט

בסוג המקרים השני נכללת התעללות נפשית ממושכת וזדונית העולה מן ההתנהגות הסובבת את נושא אימתן הגט אך לא מעצם אימתן הגט. אכן, בחלק מהמקרים שנדונו בפסיקה²¹¹ הייתה התנהגותו של הבעל מקוממת ומחפירה במיוחד כאשר משך את אשתו מרב לרב והבטיח לה בכל פעם הבטחות כזב שהפעם ייתן לה את הגט אם כך יורה לו הרב, והדבר חזר שוב ושוב, כאשר בכל פעם הוא מפר את הבטחתו הפרה בוטה. במקרים אחרים התחמק הבעל מן הדיונים שוב ושוב בתואנות ובטענות שונות ו"עשה צחוק" לא רק מהאישה אלא גם מבית הדין הרבני.²¹²

התנהגות כזו כשלעצמה יכולה להיות דוגמה טובה להתעללות נפשית. היא אמנם קשורה לעניין הגט, אך אין מדובר בפיצוי על אימתן הגט אלא על ההתנהגות הקשורה לתהליך.²¹³

גם תביעה כזו שייכת למעשה לאותו סוג של תביעות שאינן קשורות במהותן לסרבנות הגט אלא להפרה אחרת של זכויות. התביעה שייכת מבחינה עובדתית לנושא אימתן הגט, אך משפטית אינה קשורה כלל לדין האישי, להתנהלות בבית הדין הרבני ולהכרעה או אי-הכרעה שם בדבר החיוב בגט. התוצאה כאן היא אותה תוצאה כמו בסוג המקרים הראשון, אם כי כאן הרבה יותר ברור שהמניע להגשת התביעה הוא אכן סרבנות הגט ולא ההתעללות גופה. מבחינת דיני הנזיקין אפשר להגיש כאן תביעה בגין התעללות נפשית.

211 ראו למשל תמ"ש 19270/03, לעיל ה"ש 4 ותמ"ש 6743/02, לעיל ה"ש 4.

212 ראו למשל המקרה של החולה המדומה, המתואר לעיל בטקסט הסמוך לה"ש 194.

213 וייתכן שרלוונטית כאן גם תביעה בחוזים בגלל הפרת ההבטחה, ולא אאריך בכך כאן. הפרת הבטחה כשלעצמה יכולה להיחשב במקרים מסוימים הפרת חוזה, אם כי לא בכל מקרה. בתי המשפט כבר הכירו בהפרת הבטחת נישואין כבסיס לתביעה נזיקית או חוזית. ראו למשל תמ"ש 105841/99, לעיל ה"ש 1; ע"א 5258/98, לעיל ה"ש 1; גרוסקופף וחלבי, לעיל ה"ש 55.

4. מקרה III: "והוא יושב ומחכה לה":²¹⁴ פיצוי על אי-שחרור מהנישואין מתוך תקווה לחזור לחיי זוגיות

(א) תיאור המקרה

סוג המקרים השלישי הוא הבעייתי ביותר. מדובר במקרים שבהם הבעל לא התעלל באשתו לא נפשית וגם לא פיזית או מינית ולא הפר זכות אחרת שלה, אלא למשל עזבה בעקבות "חיפוש עצמי" ורצון לשנות אווירה בחיים והנישואין כבר התפרקו דה פקטו מזמן, ואילו הבעל ממשיך ומבקש שלום בית לאחר שנים ארוכות של פירוד וללא הצלחה. האישה מבקשת מהבעל לשחרר אותה מהנישואין ולתת לה גט, אך הוא מסרב בהתמדה. הבעל שולח את קרוביו ומכריו לנסות לשכנע את אשתו לחזור לגור עמו. האישה אינה מתרשמת. היא פותחת תיק לגירושין בבית הדין הרבני. הבעל מצדו ממשיך ומבקש שלום בית גם לאחר שנים ארוכות של פירוד, ובכל פעם אשתו מתנגדת לכך ומבקשת גט. היא מוכנה לוותר על כל זכויותיה הכספיות ואף על המשמורת על הילדים, אם יש ילדים. בית הדין הרבני ממשיך לשלוח את הצדדים לניסיונות הידברות ושלום בית גם לאחר שנים.²¹⁵ מקרה זה הוא מקרה מיוחד (אף אם אינו נדיר לגמרי), וכך הוא מוצג כדי לברר את שאלת הזכות לתבוע עד תומה.²¹⁶

כאן יהיה קשה למצוא מגדלור בדמות פסיקה רבנית לחיוב בגט או בדרגה נמוכה יותר, שיאיר את הזכות במישור ה־first order decisions, וגם יהיה קשה למצוא זכות אחרת שהופרה ושיכולה לבסס תביעה, שכן אין כאן אלימות או התעללות וכיו"ב. יש אף שיאמרו כי האישה "אשמה" ואחראית לפירוד ולהתמוטטות הנישואין, ואל לה לקבל "פרס" על כך. לו היה בית הדין הרבני סבור שיש לשחררה מנישואין אלה, היה מורה

214 בפראפרזה על השורה הפותחת של הפזמון של השיר "על כפיו יביא": "והוא יושב ומחכה לו". ראו יורם טהר-לב "על כפיו יביא" לאוהבים את האביב 130 (מהדורה שישית, 1986).

215 היה אפשר לכאורה להדגים גם ממקרה שבו האישה התאהבה באדם אחר ועברה לגור עמו. כאן אם יהיה אפשר להוכיח בגידה ושהיא קיימה עמו יחסי מין "כמכחול בשפופרת", ייתכן שבית הדין הרבני יחייב את הבעל לתת לאשתו גט (ואת האישה יכפה לקבל גט), שכן היא אסורה עליו באופן מידי ויש להניח שבית הדין לא ישלח את הצדדים לשלום בית (שולחן ערוך, אבן העזר, סימן קטו, סעיף ה ואילך). זאת להבדיל למשל מדין מורדת, שם עומדים לרשותה שנים-עשר חודשים לחזור בה. ראו שם, סימן עז, סעיף ב). במקרה כזה הבעל איננו יכול לחכות לאישה (שכן הוא מתנה על הכתוב בתורה ולכן תנאו בטל. ראו בבלי, בבא מציעא צד ע"א). לכן דוגמה זו לא ננקטה כאן, אם כי הדברים אינם כה פשוטים וראיות מסוג זה אינן פשוטות להבאה. אך באופן עקרוני, אם לא יהיה חיוב בגט, אפשר לקחת דוגמה שבה האישה עברה להתגורר עם מאהב ועזבה את הבית. לעניין בגידה וחיים עם ידוע בציבור כעילה לחיוב בגט ראו אליאב שוחטמן "בגידה וחיים עם ידועה בציבור" – עילה לכפיית גט? משפחה במשפט א 259 (2007) (להלן: שוחטמן "בגידה וחיים עם ידועה בציבור").

216 המקרים היותר שכיחים בקטגוריה זו יהיו אלה שבהם האישה רוצה להתגרש והבעל מתנגד, ואין פסק דין רבני בנדון (אם כי קיימים גם מקרים שבהם האישה אינה רוצה להתגרש, כדי לשמור על זכויותיה לקבל מזונות בזמן פירוד, שכן בישראל אין מזונות לאחר גירושין).

לבעל לתת לה גט דרך פסיקת צו בדרגה כלשהי. אך זאת לא נעשה, ולכאורה יש כאן אמירה ברורה שלפי ההלכה הבעל אינו צריך לגרש את האישה.

כאשר אין צו של בית הדין הרבני הכופה, מחייב ואפילו מצווה או ממליץ לבעל לגרש את אשתו, באופן עקרוני יקשה לפסוע במשעול זה ולאפשר תביעה נזיקית גם מן הטעם שהמסרב יכול לטעון כי הוא נישא כדת משה וישראל, על כל המשתמע מכך. לפיכך, עד שבית הדין הרבני איננו פוסק שעליו לגרש, אין בכך משום עוולה, שכן שני הצדדים נכנסו ביודעין למערכת הנשלטת על ידי ההלכה היהודית ובית הדין הרבני, והדבר כולל גם מצב שבו אחד הצדדים רוצה להתגרש, השני מסרב, ובית הדין הרבני אינו מגיע למסקנה שיש לתת צו כלשהו נגד המסרב, מסיבות שונות. אלה "כללי המשחק", וכל עוד בית הדין הרבני לא פסק דבר, אותו בן זוג שמסרב לכאורה, אינו שובר את הכללים – אף אם בן זוגו ניזוק מכך – ולכן גם אינו יכול להיחשב למעוול בנוזיקין.

במקרה כזה לכאורה פסיקה אזרחית לפיצויים תשרד מסר שלפיו יש למעשה מעין "גט אזרחי". לפיכך כאן, שלא כמו בשני סוגי המקרים הקודמים שנדונו לעיל, חייבים לקרוא לילד בשמו – זו תביעה נזיקית על עצם הסרבנות לתת גט, ולא על הנסיבות האופפות את אימתן הגט ולא על התעללות ואלימות או כל עוולה אחרת במסגרת היחסים. לכאורה אין מנוס מלומר שלפחות לפי המתווה שמציגים קלברזי ומלמד, סוג מקרים כזה אינו עובר את השלב הראשון של ההכרעה בין הזכויות – first order legal decisions – שכן לא הוחלט בידי הערכאה המוסמכת – בית הדין הרבני – שיש בכלל לאישה זכות להתגרש, ולכן אי אפשר לתבוע את הבעל בנוזיקין על הפרתו זכות שלא נקבע שקיימת. כאן לכאורה אפשר לטעון שכל עוד לא מיצתה האישה את זכותה לקבל את הסעד הראשי בבית הדין הרבני, וכל עוד לא קיבלה תשובה שלילית בנוגע להגנה על זכותה דרך סעד ראשי, אין לאפשר לה את ההגנה על הזכות דרך סעד משני על פי כלל האחריות, שכן היא עדיין לא עברה את המכשול הראשון של הוכחה שיש לה בכלל זכות. במילים אחרות, כל עוד לא החליט בית הדין הרבני דבר לעניין הענקת או אי-הענקת הסעד הראשי מכוח הדין האישי, אין לאפשר עקיפתו של דין זה דרך לחץ ממוני באמצעות סעד משני שהוא חלופי. רק כאשר קיימת הכרעה ברורה של בית הדין הרבני בדבר הצורך בסעד ראשי של סטטוס, שאותה מפר הבעל, אפשר להפעיל את כלל האחריות ולפנות להגנה המשנית על הזכות בדמות סעד של פיצויים. אם תביעה כזו תוכר ללא פסק דין רבני, לכאורה פירושו של דבר שבית המשפט לענייני משפחה מקבל את העמדה שעל בני הזוג להתגרש, שכן בעין אובייקטיבית הנישואין הללו התפרקו דה פקטו לפני זמן רב, אף שהערכאה המוסמכת היחידה שיכולה להכריע כך ולפסוק בדבר היא בית הדין הרבני, וזה לא עשה כן, ואפילו לעתים קבע להפך, לפחות בינתיים, למשל אם שלח את הצדדים לשלום בית. אם נשווה פנייה לסעד המשני לפני הכרעה בכלל האמור לסעד הראשי למציאות של דיני החוזים, מדובר במצב שבו יעניק בית המשפט את הסעד המשני של פיצויים בטרם בכלל נדון הסעד הראשי של אכיפה. אך גם כאן לא בטוח

שהתוצאה ההכרחית היא אי אפשרות לתבוע כלל או אי-התאמה בהכרח למתווה של כלל האחריות.

כבר הוזכר שבית המשפט לענייני משפחה אינו פוסק דבר בענייני סטטוס אישי. לכן, גם אם בית המשפט לענייני משפחה יראה בהתנהגותו של הבעל משום עוולה נזיקית ויורה על מתן פיצויים, אין בכך כדי להכריז שהנישואין הגיעו לסוף דרכם כקביעה של סטטוס בדין האישי. זוהי אך ורק קביעה שמטרתה נקודתית ומקומית, והיא לכל היותר מעידה שהבעל מבצע עוולה כלפי אשתו בכך שלמרות תחינותיה ובקשותיה הוא אינו מורה לשחרר אותה מנישואים שכבר אינם קיימים דה פקטו ואין להם ערך מעשי ויום-יומי אף אם במישור הסטטוס הם עדיין תקפים.²¹⁷ הא ותו לא.

אך מה הבסיס לאותה פסיקה אפשרית? הכיצד אפשר לתבוע את הבעל על הפרת זכות שהערכאה המוסמכת לא קבעה כלל שהיא עומדת לאישה? באופן עקרוני הבסיס הוא עצם האפשרות לתבוע בגין רשלנות שבהתעללות הנפשית. כאן עצם אי-שחרור האישה מן הנישואין יהיה התעללות נפשית. אך כיצד יוכח הדבר? מה יהיה הבסיס לרשלנות במקרה כזה? האם תהיה עוולה מהרגע הראשון שבו הבעל מסרב לתת גט לאשתו?

לשופט גרינברגר תשובה אפשרית, אך כזו המשרטטת מסגרת בלבד:

[...] מערכת הגירושין הקיימת במדינת ישראל מבוססת על ההלכה היהודית, ועל כן קיימים שני מסלולים נפרדים אשר בני הזוג המעוניינים להתגרש יכולים לעלות עליהם. מסלול אחד הינו מסלול של חיוב או כפיה למתן הגט; ועל מנת שאישה תזכה בתביעה כזו, עליה לשכנע את בית הדין כי קיימת עילה מביין העילות המוכרות בהלכה לחיוב מתן הגט. כל עוד שבית הדין לא ישכנע שקיימת עילה המצדיקה זאת, לא יחייב בית הדין את הבעל לתת גט לאשתו. ברם, קיים מסלול שני, עצמאי, אשר כלל אינו קשור לקיומן של עילות הלכתיות למתן הגט, והוא בדרך של מתן הגט בהסכמה. ברגע שהבעל יסכים מרצונו לתת גט, לא יחקור בית הדין האם קיימת עילה הלכתית, ועצם ההסכמה מהווה בסיס עצמאי ומספיק למתן גט גם אם למעשה לא קיימות עילות לגירושין. הדבר היחיד שבית הדין יבדוק במקרה כזה הוא האם אכן ניתנת הסכמתו של הבעל מרצונו החופשי, הא ותו לא. אי לכך, אם דורשת האישה מבעלה שייתן לה גט, הרי שבכוחו של הבעל להסכים לדרישה זו גם אם אין עילות הלכתיות אשר על פיהן היה בית הדין מחייבו לתת את הגט. ואם הבעל מסיבותיו הוא מסרב לתת את הסכמתו, עצם סירוב זה – אשר בגינו, ורק

217 יש לזכור כי גם פסקי הדין הרבניים השונים אינם קונסטיטוטיביים אלא רק מורים ברמות שונות לבעל לגרש את אשתו.

בגיננו לא מתבצעים הגירושין כבקשת האישה – הינו התנהגות אשר עלולה להוות רשלנות, על כל המשתמע מכך, אם צפוי כי בסירובו הנ"ל ייגרם נזק לאישה. על כן אין כל משמעות להצהרת הנתבע, אשר הוא משמיע בכל הזדמנות ואשר משמש לו כאצטלא של צדקנות בטיעוניו בפניי, כי יהיה מוכן לציית לכל הוראה של בית הדין, וכי על כן אין כלל לכנותו 'סרבן גט'. וכי מי זה אשר מונע ממנו מלהסכים מרצונו החופשי מלתת גט לאשתו, גם אם אין הוראה כזו מטעם בית הדין? ! אי לכך, בבוא בית המשפט לבדוק את זכותה של האישה לפיצויים בגין עוולת הרשלנות, אין מקום לבדיקה האם חויב הבעל בגט או לא חויב, אלא, האם אכן סירב לבקשת האישה, האם סירובו היה מוצדק, והאם היה צפוי שסירובו יגרום נזק. על כן, גם במקרים שאין חויב גט כלל, ניתן יהיה למצוא שהאישה זכאית לפיצוי עבור הנזק שנגרם לה מרשלנות הבעל מעצם סירובו לתת לה את הגט המיוחל.²¹⁸

החלוקה לשני מסלולים – מסלול של אי-ציית להוראת בית הדין הרבני ומסלול של אי-גירוש בהסכמה – אכן מקדמת. אך בכך לא די לטעמי. יש ליצור פרמטרים ובסיסים לרציונל להכרה עקרונית בתביעה כזו בנסיבות מסוימות וליצוק תוכן באותה אמרת מסגרת שלפיה אי-הסכמה למתן גט יכולה לעלות כדי רשלנות, שהרי לעתים אפשר להבין בן זוג שאינו רוצה להתגרש, רוצה להמשיך לחיות יחד ותולה את סירובו בכך שיסכים להתגרש אם "מבוגר אחראי" – לענייננו, בית הדין הרבני, האמון על הדין – יאמר לו שהדין מחייבו לעשות כן, או לכל הפחות ממליץ לו לעשות כן. בסיסים כאלה יהיו גם הם יישום של אותה "מקבילית כוחות" מוצעת, שמכוחה אם אין פסק דין רבני אזי יש להכביד על נטל ההוכחה של התובע, שכן זה איננו יכול להצביע על מגדלור בדמות אותו פסק דין רבני. כעת אעבור לפרט את הצעתי בדבר אותם פרמטרים ובסיסים.

(ב) חלוף הזמן כפקטור מרכזי להתרשלות

צריכה להיות נקודת זמן אובייקטיבית מסוימת שבה, בראייה אזורית, עצם הסירוב לתת גט – גם אם אין מגדלור בדמות החלטה כלשהי של בית הדין הרבני – שקול להתעללות נפשית וגורם לנזק נפשי, ומכאן שהוא בבחינת רשלנות, ואין הבעל יכול להמשיך ולטעון לשלום בית מתוך ציפייה אין-סופית שאשתו תחזור אליו, אף אם הוא מאמין בכך באמת ובתמים.

ייתכן שדווקא כאן יש מקום לשינויים מחויבים שיביאו להתנערות מסוימת מאימוץ דווקני של פרטי אותו מתווה של כלל האחריות, ובכל זאת לשמור בצורה מסוימת על הרציונל שלו. קיימים מקרים שבהם יש מקום לאפשר את ההגנה על הזכות דרך סעד

218 תמ"ש 6743/02, לעיל ה"ש 4, פס' 11 לפסק דינו של השופט גרינברגר.

משני אף על פי שלא הייתה הכרעה בדבר הסעד הראשי, ואף על פי שאנו יודעים כי בחלק גדול מהמקרים המטרה היא לנסות ולהביא את הסעד הראשי באותה עסקה סיבובית עקיפה. אך יש להכיר בכך לא בכל מקרה אלא רק במקרה שבו יש מעין "ראשית ראייה" – מעין מגדלור שאורו חלוש יחסית, אך אולי בכל זאת יספיק בחלק מהמקרים. מהו אותו מגדלור? אם האישה לא פנתה כלל לבית הדין הרבני ולא החלה כל תהליך, אפילו לא של פתיחת תיק לגירושין, קשה לקבל אפשרות לפנות לסעד המשני. אם האישה עשתה את הצעד, פתחה את התיק, הגישה תביעה לגירושין, והתביעה אינה פיקטיבית ולא נועדה אך להשגת יתרונות דיוניים כי הרצון להתגרש הוא אמתי; אם ההליכים מתנהלים בעצלתיים, והבעל – בחוסר תום לב – מבקש שוב ושוב שלום בית אף על פי שברור ששום תועלת לא תצמח מזה והם לא יחזרו לגור בצוותא, והדיונים נדחים שוב ושוב – במקרה כזה יש כעבור זמן מסוים (יש להניח שזמן זה ינוע בין שנה לכמה שנים בודדות) מאז פתיחת התיק ומאז הפירוד בפועל בין הצדדים מקום לאפשר את הפנייה למסלול הסעד המשני. מובן כי אין זה אומר שהסעד יתקבל – יש לעבור את המחסום הנזיקי, שאינו פשוט – אך הדרך תהיה פתוחה לפחות לנסות ולתבוע, וודאי שלא יהיה אפשר לדחות אפשרות כזו על הסף. אמנם אין לשלול אפשרות של אישה שהיא למעשה, גם אם לא לפי הגדרות בית הדין הרבני, מסורבת גט, ומסיבות שונות אינה פותחת תיק לגירושין, כגון כשהיא יודעת היטב שבעלה יסרב לתת לה גט או שהיא יודעת שתיאלץ לוותר ויתורים כלכליים ואולי ויתורים אחרים מרחיקי לכת כדי לקבל את הגט.²¹⁹ אך תהיה לה בעיה קשה במישור הראייתי – ללא פתיחת תיק יהיה קשה לדעת זאת, ויהיה קשה לתובעת לשכנע את השופט בקיומו של עוגן לצורך תביעת הנזיקין.

שלא כמו בשני סוגי המקרים הראשונים, כאן הפקטור של חלוף הזמן מאז פתיחת התיק והפירוד בפועל הוא משמעותי ביותר. זהו אפוא הפקטור הראשון הראייתי ב"מקבילית הכוחות" שבלעדיו לא יהיה אפשר לתבוע כלל. חובת הזהירות של הבעל כלפי אשתו, שכבר הוכרה כאמור בפסיקה האזרחית, כוללת את הצורך בכבוד ובכיבוד הדדי, בחיבה ובמתן אוטונומיה מסוימת.²²⁰ אמנם חובה זו אינה כוללת התבטלות עצמית והיעדרות לכל רצונותיו של בן הזוג, אך אם בעל מסרב לתת גט לאשתו במודע ובמתכוון, בחלוף זמן מסוים של סירוב חזקה שהסירוב יהיה בבחינת התעללות נפשית באישה. אם התעללות זו מהווה הפרת חובת הזהירות, אפשר לתבוע את הבעל בגין רשלנות.²²¹

219 ראו הלפרין-קדרי, לעיל ה"ש 126.

220 תמ"ש 18551/00 והערעור: ע"מ 595/04, לעיל ה"ש 1.

221 שאלה שחורגת ממסגרת הדיון היא אם דרישה שלא בתום לב לפרק את הנישואין, הגורמת לצד שמעוניין בתום לב בהמשך הנישואין לנזק נפשי, יכולה להיות התעללות נפשית ובסיס לעוולת הרשלנות.

הבעל גם התחייב בחופה ובכתובה לכבד את אשתו, לא לצערה, ולספק את צרכיה הנפשיים, וכאמור מדובר בעקרונות חשובים גם ביהדות. אי-התחשבות באופן כה גורף בכך הזוג מהווה הפרת חובת הזהירות, לפחות אם עברו כמה שנים מאז פנתה האישה אל הבעל וביקשה להתגרש ולאחר מכן פתחה תיק בבית הדין הרבני. דיני הרשלנות מחייבים תוצאה כזו אף אם אין מגדלור של ממש בדמות פסק דין רבני. אין ספק שמגדלור כזה היה יכול לסייע מאוד ולקצר את הדרך בכך שהיה יוצר חזקה שהבעל שהפר את החיוב (ואולי גם את המצווה וההמלצה) הוא גם מעוול בנוזקין. אך אפשר להגיע לתוצאה של הפרת חובת הזהירות בין בעל לאשתו גם במקרים שבהם אין חזקה כזו, אם האישה תוכל להוכיח את אותו מגדלור חלוש בדמות פתיחת התיק ותעמוד בהוכחת כל יסודותיה של עולת הרשלנות. לצורך זאת דרושה כאמור התאמצות רבה יותר בפן הראייתי.

דוק: קיימת חשיבות לפקטור חלופי הזמן גם מבחינת מדיניות נאותה. אם האישה תוכל להגיש תביעת נזיקין מיד לאחר הגשת התביעה לגירושין בטענה שהבעל מסרב לתת גט, יביא הדבר לכדי אפשרות לפתח טקטיקות פסולות ללוחמה כלכלית בכך הזוג כבר בתחילת הסכסוך, בין היתר לשם השגת יתרונות דיוניים ולחץ פסול, או למצער לחץ שאינו מוסרי. אמנם כיום פתוחה לבן הזוג הדרך להגיש תביעה נזיקית נגד בן זוגו בכל שלב של הקשר, והוא יכול להשתמש באותה טקטיקה בכל שלב גם אם התביעה משמשת אך ורק ככלי להשגת לחץ ויתרון. אך אם התביעה הנזיקית עילתה סרבנות גט דווקא, יש מקום לשיקולי מדיניות של חלופי הזמן, ולא ראוי שבית משפט יפסוק כי מרגע פתיחת תיק לגירושין נחשב הבעל לסרבן. צריך להיות גם זמן מסוים לעיכול והטמעת המצב החדש אם כי אין לקבוע מסמרות בעניין ולהציב נקודת זמן קבועה כזו מאז פתיחת התיק.²²²

אך אף שחלופי הזמן הוא פקטור הכרחי כדי לבסס את ההכרה בתביעה כזו מבחינה ראייתית, אין הוא פקטור מספיק. לצורך ביסוס התביעה יש לבחון אם עקרונות משפטיים-אזרחיים יכולים לבסס את ההיבט הראייתי של הפירוד דה פקטו כחלק מ"מקבילית הכוחות" המכבידה את הנטל על הטוען לפיצוי במקרה שבו אין צו של בית הדין הרבני. זאת אעבור לעשות כעת.

(ג) אי-שחרור כאשר הנישואין התפרקו דה פקטו נגוע בחוסר תום לב
פרמטר שני ב"מקבילית הכוחות" במקרה שאין פסק דין רבני בנדון הוא התנהגות שלא בתום לב. קיימים מקרים שבהם גם בתביעות נזיקין במסגרת המשפחה נעשה שימוש בעקרון תום הלב, ולא רק לעניין הפרת הבטחת נישואין, שהיא למעשה קשר שהוא

222 השוו תמ"ש 6743/02, לעיל ה"ש 4, פס' 11 לפסק דינו של השופט גרינברגר. כך גם באשר לגירושין עצמם – מדיניות משפטית נאותה אינה מאפשרת לפרק את הקשר מיד בעקבות דרישה לכך. אין רצון שבעקבות כל ריב מזדמן יהיה אפשר לפרק את הקשר על אתר. כמו כן השוו שחר ליפשיץ "ברצוני להתגרש ומיד! על ההסדרה האזרחית של הגירושים" עיוני משפט כח 671, 737 (2005).

קדם-הנישואין. במקרה (שאינו קשור לסרבנות גט) שבו לא גילו הן הבעל והן הוריו ואחיו לאישה על מצבו הבריאותי-הנפשי הרעוע של הבעל עובר לנישואין, קובע בית המשפט לענייני משפחה:

נקודת המוצא היא כי כאשר בני זוג מחליטים להתחתן ביניהם חלה עליהם החובה לנהוג בתום לב זה כלפי זה, שכן הם מבקשים "...להטיל על עצמם מערכת של זכויות וחובות, וזאת מתוך גמירת דעת המבוססת על מידע מלא ככל שניתן אודות בן הזוג, אשר ניתן בתום לב". (כב' השופטת פרוקצ'יה בע"א 5258/98 פלונית נ' פלוני...) כבר נפסק כי דיני החוזים בישראל אינם נעצרים על סף הבית המשפחתי. הכרה בתוקפם של חוזים (אף חוזים משתמעים) המבוססים על אדנים רגשיים והנוצרים בנסיבות אינטימיות בין-אישיות, מבטיחה הגנה משפטית נאותה גם לנפגעים במעגל המשפחתי-האינטימי וברי כי גם הפרה של התחייבויות במרחב המשפחתי והזוגי גוררת עלויות ונזקים (ראה גם דברי כב' הנשיא ברק כתוארו או בע"א 5258/98) [...] מתוך עיקרון תום הלב, שהינו עיקרון "מלכותי", היה על הבעל ו/או הוריו החובה לגלות בפני התובעת, ברחל בתך הקטנה, אודות מצבו הרפואי המדויק של הבעל. לטעמי, מדובר בחובת גילוי מוגברת, שכן, במערכת יחסים בין בעל ואשה, ובין אלה המתעתדים להינשא זה לזו, קיימים יחסי אמון מיוחדים בין הצדדים, המקימים חובת גילוי מיוחדת: חובה גילוי מקיפה ועמוקה במיוחד.²²³

עקרון תום הלב אכן יכול לחול גם על דיני הנזיקין.²²⁴ בקודקס (הצעת חוק דיני ממונות) הופך עקרון תום הלב לעיקרון כללי בדין האזרחי החל ישירות גם על מערכת דיני הנזיקין.²²⁵ עקרון תום הלב הוא דינמי ועשוי להשתנות עם אורחות חיים, נורמות התנהגות ותפיסות עולם.²²⁶ לפיכך אין סיבה שלא להשתמש בעקרון תום הלב מעבר לענייני גילוי, גם למקרה דנן. עקרון תום הלב יכול לבסס את ההכרה העקרונית בתביעה כזו בצורה משכנעת. בהמשך לפקטור של חלופה הזמן אפשר לטעון כי אם הבעל אינו מגרש את אשתו, הגם שקשר הנישואין ביניהם למעשה נגמר דה פקטו וכבר אינו קיים, ובכל זאת הוא ממשיך ומבקש שלום בית, אפילו אם הוא מאמין באמת ובתמים שהיא

223 תמ"ש 7613/02, לעיל ה"ש 1, פס' 5.1–5.3.

224 השילוב בין סעיף 39 ל-61(ב) לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1972, ס"ח 118, מביא להשפעת עקרון תום הלב על פעולות משפטיות שאינן בבחינת חוזה ועל חיובים שאינם נובעים מחוזה, ככל שהדבר מתאים לעניין ובשינויים המחויבים. וראו דרורה פלפל "תום לב חוזי ודיני הנזיקין" הפרקליט לח 454 (1989).

225 ס' 2 לה"ח דיני ממונות.

226 פלפל, לעיל ה"ש 224, בעמ' 454 והאסמכתאות שם בה"ש 1.

תחזור אליו ביום מן הימים לאחר שנים רבות של פיבוד – הוא אינו באמת תם לב באופן אובייקטיבי. אם הבעל גם חי בעצמו עם בת זוג אחרת ומבקש בכל זאת שאשתו תחזור אליו ובינתיים מסרב לתת לה גט, ברור עוד יותר שהוא אינו תם לב. מצב כזה, שבו הבעל מסרב לתת גט אף שברור לכל שהנישואין התפרקו בפועל לפני שנים, מצריך לאפשר מתן סעד בנוזקין כלפיו.²²⁷

אם כן, שני הפרמטרים המרכיבים את "מקבילית הכוחות" במקרה שבו אין פסק דין רבני כלל הם חלוף הזמן (מבקשת בן הזוג להיפרד ופתיחת תיק הגירושין בבית הדין הרבני ובחינת חלוף הזמן מהפרידה בפועל) וחוסר תום לב. בשני החלקים הבאים אנסה להראות כי שני הפרמטרים הללו, ביחד ולחוד, מהווים בסיס ראייתי מרכזי גם באסכולות הלכתיות מסוימות וגם בתיקון שעבר לאחרונה לדיני המשפחה, ואפשר להקיש מאלה לענייננו לצורך התוצאה שלפיה אם בני זוג פרודים בפועל במשך תקופה מסוימת מינימלית, והאחד אינו רוצה לשחרר את האחר, אפשר שהוא ייחשב רשלן, אף שאינו מחויב הלכתית בגט, בדיוק כפי שאפשר שרכוש בני הזוג יחולק מסיבה זו בלבד, גם אם הנישואין לא יותרו.

(ד) השוואה לאסכולות הלכתיות שלפיהן בקשה שלא בתום לב לשלום בית במקרי פיבוד ממושך יכולה להביא לידי חיוב ואף כפיית גט טיעון הפירוד דה פקטו שנמשך זה זמן רב והבקשה שלא בתום לב לשלום בית כשני הבסיסים לתביעה יכולים לקבל סיוע מכיוון מפתיע – מאסכולות מוכרות בדין העברי – אף שנראה שהטיעון יכול לעמוד לבדו גם ללא אותו סיוע.

227 אם הסכם גירושין בין הצדדים הוא עצמו חוזה, דהיינו שהצדדים הסכימו שהבעל ייתן גט לאשתו וזו תקבל אותו בהסכמה הדדית בהתמלא תנאים מסוימים, וכעת אחד הצדדים אינו עומד בהסכם זה, לכאורה יש כאן הפרת חוזה, ומטעם זה אותו צד מפר נחשב גם הוא לסרבן גט. בהיעדר הגדרה לסרבנות גט בחוק הישראלי דומה שגם כאן מדובר בסרבן גט. אפשר לומר גם שמי שעומד על זכויותיו לפי חוזה בחוסר תום לב אפשר לפעול נגדו לפי דיני החוזים ולפרק את החוזה. אך יש להניח שמי שמפר חוזה דין תורה לא יראה בו סרבן גט, שכן מחד גיסא הסכם הגירושין לא יהיה תקף מבחינה הלכתית כל עוד הוא אינו בנוי על פי דין תורה, ואם לפי דין תורה אין עילת גירושין, אזי לא יהיה אפשר לכוף צד אחד להתגרש רק מחמת ההסכם ביניהם, אף שהסכמה היא כאמור מסלול נפרד לגירושין ללא צורך בעילה. מאידך גיסא אם על פי דין תורה הם מחויבים להתגרש, אין צורך בהסכם שיקבע זאת. מכאן שהסכם כזה אינו מעלה ואינו מוריד. לעניין תביעה נפרדת לא לגירושין אלא בגין הפרת חוזה יש לבחון זאת כמובן בנפרד, אך אם התביעה היא בנוזקין על עצם סרבנות הגט, יש לבחון אם נראה הדבר כסרבנות גט אם לא. כאמור, מבחינה הלכתית יש להניח שלא.

כאשר קיימת עילה מוכרת לחיוב בגט, כגון אלימות, אזי ודאי שכאשר היא מצטרפת לפירוד ממושך דה פקטו בין הצדדים,²²⁸ יפעל בן הזוג בחכמה אם יפנה במקרה כזה לעוולה של תקיפה וכיו"ב לצורך קבלת הפיצויים ולא לעילה של סרבנות גט דרך עוולת הרשלנות. אך השאלה הנשאלת היא מה אפשר להסיק מאסכולות הלכתיות שונות במקרים שבהם כל שנתון הוא שבני הזוג פרודים בפועל משך זמן רב, אם באשמת אחד מהם (שקם ועזב עם בן זוג אחר בעודו נשוי) ואם שלא באשמת שום צד שהוא.

שיטת רבנו ירוחם, מן הראשונים, אף שלא אומצה באופן גורף, היא מוכרת ולגיטימית לכל דבר, וקיימים הרכבים בבתי הדין הרבניים הפוסקים לפיה. על פי שיטה זו, כאשר בעל מבקש שלום בית ללא כל תוחלת, כאשר הפירוד מוחלט לפחות במשך שנה ואין בפועל אפשרות להשיג שלום בית, ובן הזוג מוכיח זאת, רשאי בית הדין הרבני לפסוק מטעם זה בלבד פסק דין בדרגה הגבוהה ביותר – כפייה,²²⁹ או לפחות חיוב. במצב של כפייה אין בעיה של גט מעושה,²³⁰ ואפילו התביעה הנזיקית אין בה משום אונס ממון לא לגיטימי, שכן בדרגת כפייה אפילו חלק מאונסי הגוף רלוונטיים. מכאן שאפילו הדין העברי מכיר, לפי אסכולה ידועה זו של רבנו ירוחם, בכך שבקשת שלום בית ללא כל תועלת וללא סיכוי להשבת שלום הבית עקב פירוד ממושך, יכולה כשלעצמה להביא לידי סיום הנישואין על דרך של כפייה או לפחות חיוב. גם בכך אפשר לראות משום מגדלור המאיר את הדרך, לאמור: בקשה לא ראלית לשלום בית צריכה לזכות לתגובה הולמת מכיוון הדין האישי. דומני שיהיה אפשר להקיש מכך ולומר שגם על דיני הנזיקין להגיב תגובה הולמת במצב כזה שבו התנהגותו של הבעל אינה ראויה ולקבוע שמדובר בעוולה.

ברומה לכך מוכרת גישתו של הגאון רבי חיים פלאגי, מן האחרונים, שלפיה כאשר בני הזוג פרודים זמן רב, ולא נראה שיש סיכוי לשלום בית ביניהם, אפשר לחייבם להתגרש הן כדי ללמדם שאין הדבר משתלם לנקום זה בזה דרך עיכוב הגט והן כדי שלא יחטאו בחיים עם בן זוג אחר בעודם נשואים.²³¹ לדעת הגר"ח פלאגי, אם עברו

228 ראו למשל שתי החלטות באותו עניין: תיק (אזורי פ"ת) 22797484-21-3 פלוגית נ' פלוני (לא פורסם, 3.3.2009), לתקציר ראו הדין והדיין 23, 5-6 (2010); תיק (אזורי פ"ת) 22797484-68-1 פלוגית נ' פלוני (לא פורסם, 8.9.2009), לתקציר ראו הדין והדיין 23, 6 (2010).

229 רבנו ירוחם בן משולם, ספר מישורים, נתיב כג, חלק ח. לשימוש בדין זה ראו למשל תיק (אזורי ת"א) 13627/ל"ו פד"ר יא 89 (התשל"ח); תיק (אזורי נת') 970-21-1 פלוני נ' פלונית, בעיקר פסק דינו של הדיין הרב עמוס (לא פורסם, 12.5.2008); תיק (אזורי ח"י) 980-21-1 א.ה. נ' א.ר. (לא פורסם, 3.1.2008); תיק (אזורי ת"א) 54356548-21-1, לעיל ה"ש 180; לעידוד להעלות אסכולה זו בפני בתי הדין הרבניים ראו הרצאות הרב היישריק "חיוב נזיקי" ו"עו"ד מלחמה", לעיל ה"ש 102.

230 בעיקר אם בן הזוג רוצה להתגרש אך מעכב את הגט רק כדי לשפר את תנאי הממון של הגירושין. במקרה כזה ברור שאין כפייה ועישוי של הגט אלא מניעת סחטנות. ראו תיק (אזורי ת"א) 54356548-21-1, לעיל ה"ש 180; תיק (אזורי י-ם) 2679/מ"ח פד"ר יח 71, 80 (התש"ן).

231 שו"ת חיים ושלום לרבי חיים פלאגי, חלק ב, סימן קיב.

שמונה-עשר חודשים מאז הפירוד, ואין כל סיכוי להשבת שלום הבית וכל המאמצים בעניין זה נכשלו, אפשר אף לכוף אותם להתגרש ולא רק לחייב.²³² בפסיקת בתי הדין הרבניים הוכרה האפשרות ליישם את שיטת רבנו ירוחם באופן שגם אם לא יביא הדבר לכדי פסק דין של כפייה בגט, לפחות הבעל יחויב בגט.²³³ גישתו של הגר"ח פלאג'י יושמה פחות בפסיקת בתי הדין הרבניים, ובדרך כלל נפסק שהיא כשלעצמה לא תביא לידי חיוב בגט אלא לכל היותר תשמש חיזוק לעילות אחרות.²³⁴ היו שראו בשיטתו לא משום חיוב או כפייה בגט ממש אלא משום ניסיון ללחוץ על הצדדים למען הגעה לתוצאה צודקת והסבירו כי הכוונה בשיטה זו אינה ממש לחייב בגט או לכפות גט אם אחד הצדדים עודנו מעוניין להמשיך בקשר הנישואין.²³⁵ אך היו שפסקו כי בנסיבות מסוימות שיטה זו תחול ותהיה כפיית גט, למשל כאשר הן הבעל והן האישה אינם מעוניינים בעצם קשר האישות ביניהם ובהמשך קשר הנישואין ביניהם אלא רק בתוצאות ובחייבים הנובעים מקשר זה, כגון בזכויות הממוניות מקשר הנישואין.²³⁶

ואכן, אם שני הצדדים אינם מעוניינים זה בזה, אלא שהבעל אינו מגרש את אשתו (שלא כמו המקרה שהוצג כאן, שלפיו הבעל מעוניין באשתו), נקבע בפסקי דין רבניים, גם ללא הפניה מפורשת לשיטת הגר"ח פלאג'י, שהאישה נחשבת למעוגנת ואפשר לחייב את בעלה לגרשה.²³⁷ קיים גם פסק דין של בית הדין הרבני הגדול, בהרכב בראשות הרב

232 ש.ם.

233 ראו ערעור (גדול) תשכה/73, פד"ר 5, 13 (התשכ"ו); תיק (אזורי ת"א) 13627/ל"ו, לעיל ה"ש 229, בעמ' 95; תיק (אזורי טב') 21-2-6259-21-2 פלוני נ' פלונית (לא פורסם, 17.3.2008); תיק (אזורי ת"א) 1-1-8564-21-1 פלונית נ' פלוני (לא פורסם, 22.10.2003); תיק (אזורי י-ם) 2-2-9090-22-2 פלונית נ' פלוני (לא פורסם, 8.9.2009), www.rbc.gov.il/judgements/docs/390.doc, לתקציר ראו הדין והדיין 24, 6-5 (2010).

234 ראו ערעור (גדול) תשל"ב/122, פד"ר ט 200, 213 ואילך (התשל"ד); תיק (אזורי ת"א) 3-3-3426-21-1 פלונית נ' פלוני (לא פורסם, 29.1.2008); תיק (אזורי חי') 1-1-4827-21-1 א.ב. נ' א.ג. (לא פורסם, 5.12.2004). בתיק (גדול) 168/נ"ד אבן-צור נ' אבן צור (לא פורסם, 17.11.1994) (מוזכר בדברי השופט חשין בבג"ץ רפאלי, לעיל ה"ש 72), נקבע גם כן שפירוד ממושך הוא עילה לחיוב בגט, והייתה הסתמכות גם על שיטת הרב פלאג'י, ללא שהוזכר כי אינה מספקת כשלעצמה. לעומת זאת היו שציינו כי מדובר בדעת יחיד שבתו הדין בישראל אינם כופים צדדים להתגרש לפיה, אם כי ייתכן שהדבר יביא לידי פסיקה בדרגה נמוכה יותר ("צריך להתגרש" בלשון פסק הדין – יש להניח שהכוונה למצווה או להמלצה). ראו ערעור (גדול) תשמח/190 י.ס. נ' ש.ס. (פורסם בנבו, 5.7.1989).

235 שו"ת שמע שלמה, חלק ג: אבן העזר, סימן כ; שו"ת יביע אומר, חלק ג: אבן העזר, סימן יח, סוף אות יג; תיק (אזורי נת') 3-3-043185495-21-1 פלונית נ' פלוני (לא פורסם, 6.12.2009). לתקציר ראו הדין והדיין 24, 8 (2010).

236 תיק 1-1-4637-29-1, לעיל ה"ש 206, פס' יז-כא לפסק הדין.

237 תיק (אזורי ת"א) 8720/מ"א פד"ר יג 264, 267-271 (התשמ"ב); תיק (אזורי ת"א) 1-1-7479-21-1 פלוני נ' פלונית (לא פורסם, 18.11.2007).

עובדיה יוסף, שקבע במפורש כך מסברא ולא התבסס בהכרח על שיטות רבנו ירוחם או הגר"ח פלאג"ח במה שמתאים אפילו למקרה שלפיו האישה היא ה"אשמה" בפירוק הנישואין.²³⁸

אם הבעל חי עם בת זוג אחרת בעודו נשוי, או אם האישה חיה עם אחר, אפשר לכפות גט גם מן הטעם של "רועה זונות".²³⁹

אם כן, נמצא שבעל הפועל שלא בתום לב ומבקש שלום בית במצב של פירוד ארוך דה פקטו, מבחינה הלכתית יש לכפות עליו מתן גט או למצער לחייבו בגט, ולו לשיטות רבנו ירוחם, הגר"ח פלאג"ח וחלק מפסיקות בית הדין הרבני הגדול. במקרה כזה שקול עניינו למעשה לאותן תביעות שבהן הייתה החלטה של בית הדין הרבני לחייב או לכפות בגט.

אמנם יהיה אפשר לומר, ובמידה רבה של צדק, שאם בית הדין הרבני לא בחר בפועל במקרה נתון ללכת בנתיב זה, בית המשפט לענייני משפחה לא יוכל לעשות זאת במקומו או להתייחס לסיטואציה כאילו ניתן פסק דין רבני כזה. אך הכוונה אינה לומר שבעל כזה באמת שקול עניינו למי שחויב בגט או נפסק כלפיו פסק דין ברמה של כפייה. יש בכך אך ורק משום סיוע מסוים לראייה האזרחית המוצעת ולאותה "מקבילית כוחות", שלפיה אימתן גט במצב של פירוד כעבור זמן, אולי אפילו יותר משנה שעליה מצביע רבנו ירוחם או משנה וחצי שעליה מצביע הגר"ח פלאג"ח, יכול להוות בסיס ראייתי טוב לתביעה בגין רשלנות כאשר מי שמבקש שלום בית עושה זאת שלא בתום לב, כתחליף ראוי של פסק דין רבני, אם כזה לא ניתן. הא ותו לא.

אמנם יש לומר כי היו שלא קיבלו כלל את הפתרונות ההלכתיים הללו של רבנו ירוחם והרב פלאג"ח, אולם יש להדגיש כי במקרים הקלאסיים שבהם בית הדין הרבני הגדול הכריע שאין לחייב בגט על אף עצם הפירוד והניתוק, אפילו הממושכים מאוד, אלא גרס שבמקרים כאלה מי שאשם באותו פירוד תהיה ידו על התחונה, לא היה מדובר באמת במקרים של שני צדדים שאינם רוצים זה בזה. במקרים אלה היה מדובר בבעל שחי עם אישה אחרת ונתפס כאשם, ואפילו במקרים כאלה אפשר לאתר לאחורונה דעות מיעוט

238 ערעור (גדול) תשמ"ג/193 פד"ר יא (התשמ"א). אם כי יש לציין שהרב עובדיה יוסף עצמו בשו"ת יביע אומר, ג: אבן העזר, סימן יח, סוף אות יג, מסתייג מהבנת שיטתו של הגר"ח פלאג"ח כחויב או כפייה ממש, ומפרש "ואפשר דלאו כפייה בשוטיין קאמר, אלא בדברים למקרייה עבריינא וכדומה..."

239 רמ"א בשולחן ערוך, אבן העזר, סימן קנד, סעיף א, בשם חידושי ספר אגודה במסכת יבמות, סוף פרק "הבא על יבמתו", כמובא בבית יוסף, אבן העזר, סימן קנד, שם ניתנו לכפייה שלוש סיבות, ובהן סיבה שלפיה רועה זונות מאבד ממון, ולא יהיה לו די הצורך לפרנסת אשתו. על זה יש להוסיף טעם שנאמר בערוך השולחן, אבן העזר, סימן קנד, סעיף טז, שלפיו הוא נכפה לגרש שכן, שהרי בעל רועה זונות בוודאי מאוס על אשתו, וייתכן שיש גם סכנה בכך. לפיתוח הרעיון של סכנת הידבקות ממחלות מידבקות כעילה לכפיית גט ראו שוחטמן "בגיידה וחיים עם ידועה בציבור", לעיל ה"ש 215, בעמ' 272-273. לעניין קלקול חיי המשפחה בשל התנהגות בעל כזה ראו תיק (אזורי ת"א) 3899/י"ג א' נ' ב', 12-13 (ט' בשבט תשי"ד).

בפסיקה הרבנית שלפיהן עצם הפירוד והחשש שמא הצדדים יחיו בחטא מחייב גט אף אם אפשר להצביע על אשם של אחד הצדדים.²⁴⁰

240 ולפיכך דעות מיעוט אלה אינן מסתמכות על גישות הרב פלאג"י או רבנו ירוחם ונכנסות גם למחלוקת בעניין תחולתו של חרם דרבנו גרשום, האוסר על גירושין כפויים על כלל העדות או על תושבי ארץ ישראל. ראו למשל: ערעור 2-64-65104796, לעיל ה"ש 135, בעמ' 4, שם חיו הבעל והאישה בנפרד משך חמש-עשרה שנים אחרונות בעקבות עזיבת הבעל לטובת נשים אחרות, הוא תבע תביעות גירושין ואלה נדחו בשל היעדר עילה, ונפסק שאין לקבל עילה של חוסר סיכוי לשלום בית אף שהבעל שונא את אשתו, אך הומלץ לצדדים להגיע להסכמה. האישה טענה כי היא עדיין מחכה לשובו של הבעל. בית הדין הרבני הגדול בערעור קובע בדעת רוב כי "כל זמן שהפירוד לא נובע מאשמת האשה וכל עוד ולא הוכח שהאשה לא תקבל את הבעל אם ישנה את דעתו, אין פה עילת גירושין ואין לחייב את האשה בגירושין". בית הדין דוחה את טענת הבעל שלפיה האישה לא עשתה דבר כדי להשיבו אליה, וקובע כי אין לצפות מהאישה שתפנה לבעל בעודו חי עם אישה אחרת, וברור לה שכל פנייה מצדה תיענה על ידיו בשלילה. אדרבה, קובע בית הדין, על הבעל לעזוב את האישה האחרת ולהתנצל בפני אשתו, וכל זמן שאינו עושה כן, יכולה אשתו להמתין בציפייה שישנה את דעתו. אך הדין הרב אלגרובלי סבור בדעת מיעוט כי יש מקום לחייב את האישה בגירושין במקרה כזה לאחר שתקבל מבעלה פיצויים בבית הדין, ואולי אף להתיר לבעל לשאת אישה שנייה על פניה. מדוע? העובדות מצביעות על נתק בין הצדדים עקב הפירוד הממושך, גם אם הדבר נעשה באשמת הבעל, ולכן יש חשש לאיסור לשני הצדדים – הן לאישה החיה ללא בעל בפועל והן לבעל החי עם אישה אחרת – ויש עליו גם איסור לחיות עם השנואה לו. בהסתמכו על מקורות שונים, כגון הרב עובדיה יוסף בשו"ת יביע אומר, סבור הרב אלגרובלי כי יש לחייב את האישה בגט במקרים כאלה לאחר שהבעל ישלש את כתובתה ובפרט אם ישלם לה פיצויים; הרב אלגרובלי היה במיעוט גם בתיק ערעור (גדול) 1-21-7612518 (לא פורסם, 15.7.2009). לתקציר ראו הדין והדיין 23, 3-4 (2010). מדובר במקרה דומה, שם הפירוד ארך כשבע שנים. הערעור נסב על מדור ספציפי שאותו דרשה האישה. הדיינים פרובר ושרמן סבורים בדעת רוב שאין לחייב אישה לקבל גט כאשר אין סיכוי לשלום בית ואין לשלול את זכויותיה לשם כך. כן ראו פסקי דין רבניים קודמים שעליהם מסתמכת דעת הרוב: תיק (אזורי ים) 501/תשי"ג, פד"ר א 161, 162-163 (התשי"ג), שם נקבע כך לפחות כל זמן שלא הוכח שהאישה היא האשמה בהפרעת שלום הבית עד כדי כך שהיא מגיעה לדין מורדת או ל"מאיס עליי", וערעור (גדול) תשמד/314, פד"ר יג 360, 362 (התשמ"ה), שם קובע בית הדין כך אף שהפירוד ממושך מאוד, מן הנימוק המעשי שלפיו "וכל איש שירצה מאיזה סיבה שהיא להיפטר מאשתו או יתן עיניו באחרת יעגנה כמה שנים ויבקש לחייבה בקבלת גט פיטורין היות ואין סיכויים לחיי שלום". על כך מגיבה דעת הרוב במקרה דנן וגורסת כי קל וחומר שאין לחייב את האישה בגט במקרה שבו מדובר בעזיבת הבעל את הבית לטובת אישה אחרת. גם כאן תמהה דעת הרוב על הטענה כי האישה אינה עושה פעולות להשבת בעלה אליה במשך זמן רב, שכן מדובר בהשפלה בפני מי שפוגע בה, וברור כי הפנייה תושב ריקם, וברור כי האישה יכולה לכל היותר להמתין לשינוי המצב אף שהסיכויים לכך כמעט אפסו. דעת הרוב מסבירה במפורש כי לא למקרה כזה התכוון רבנו ירוחם אלא למקרה שבו שני הצדדים אינם רוצים זה בזה. הרב אלגרובלי החזיק בדעתו שאין להנציח מצב "תלוי" שאין בו לא שלום בית ולא גירושין, כאשר ברור שהנישואין כבר הגיעו אל קצם, ובמיוחד כאשר מדובר בזוג שלא חלה עליו הלכת רבנו גרשום לגבי איסור גירוש על כורחה של האישה אלא מכוח מנהג שבית הדין יכול להחליט שלא לאמצו. מדובר בעדות ספרדיות מסוימות, ונראה שאין זה

אפשר אפוא להביא ראיה מסייעת מסוימת לענייננו (אם כי לדעתי הטיעון עומד גם ללא אותה ראיה) מאותן אסכולות בדין העברי שאמנם אינן מאומצות באופן גורף, אך קיימים הרכבים בבתי הדין הרבניים הפוסקים לפיהן. שיטות אלה הצביעו על כך שאפילו גישות מסוימות בדין העברי מכירות בכך שבקשת שלום בית ללא כל תועלת וללא סיכוי להשבת שלום הבית יכולה להביא כשלעצמה לידי סיום הנישואין על דרך של כפייה או חיוב למצער. גם בכך אפשר לראות משום מגדלור המאיר את הדרך, לאמור: בקשה לא גאלית לשלום בית צריכה לזכות לתגובה הולמת מכיוון הדין האישי, ולכן גם לתגובה הולמת מכיוון דיני הנזיקין, שאולי אפילו לא תביא להגשמת החשש המרכזי כאן – החשש מגט מעושה שלא כדין.

(ה) היקש מהתיקון לחוק יחסי ממון משנת 2008: פירוד אזרחי ממנוני דה פקטו חלוף הזמן מאז הפירוד בפועל ומאז הגשת הבקשה להתגרש ופתיחת התיק מהווה, לפי הצעתי, פקטור מרכזי לקבלת תביעה נזיקית. אפשר לבסס הצעה כזו דרך השוואה לתיקון מס' 4 לחוק יחסי ממון שעבר לאחרונה בכנסת.²⁴¹ משמעותו של סעיף 5א(א) שהוסף לחוק יחסי ממון בעקבות אותו תיקון היא כי לעתים קיים מקום לעריכה של איזון משאבים, דהיינו לפירוק ממנוני של הקשר, אף לפני מועד המפקיע נישואין (דהיינו לפני גירושין או מוות), אם הוגשה בקשה בנדון, וזאת בהתקיים כמה סיטואציות חלופיות, ובהן הוכחת קרע בין הצדדים, הוכחה של חיים בנפרד במשך זמן מסוים (תשעה חודשים מתוך שנה) או חלוף שנה ממועד פתיחת הליכי הגירושין וכן אלימות במשפחה (צו הגנה, כתב אישום או מעצר) – כל זאת אף אם בית הדין הרבני עדיין לא אמר דברו בנדון. מכיוון שלפני התיקון לחוק היה אפשר לחלק את הרכוש רק לאחר אירוע המפקיע את הנישואין – לאחר שניתן הגט או עם מות אחד הצדדים – בעלים רבים סירבו לתת גט או התנו אותו בוותורים כספיים מרחיקי לכת מבחינת האישה, שכן הם חישבו ומצאו שמוטב שישארו נשואים וישלמו לאישה מזונות בלבד ולא ייתנו לה גט ויחלקו אתה ברכוש כולו.

אם כן, אפשר לחלק רכוש גם כשיש אשם של אחד הצדדים (אלימות במשפחה) אך גם כשאין אשם של אחד הצדדים (לא חיו יחד תשעה חודשים מתוך שנה או יש קרע, ואין זה משנה באשמת מי מהצדדים, אם בכלל). פירושם של דברים שאין עוד תלות בין

מקרה שדווקא הרב אלגרבלוי אוהו בדעה זו, וגם אין פלא שהוא מסתמך על דעת הרב עובדיה יוסף, שבעצמו כדיין בבית הדין הרבני הגדול פסע כאמור בדרך זו. לדעתו, השנאה כשלעצמה מאפשרת לחייב בגט. גם כאן הוא פוסק במיעוט כי יש לחייב את האישה לקבל גט בכפוף לקביעת פיצויים מתאימים לה.

241 חוק יחסי ממון (תיקון מס' 4) התשס"ט–2008, ס"ח 2186, 18, מיום 12.11.2008, התקבל בכנסת ביום ז' בחשוון התשס"ט, 5.11.2008 (להלן: תיקון מס' 4 לחוק יחסי ממון).

הגירושין הדתיים לחלוקת הרכוש האזרחית.²⁴² לכן יש בתיקון זה משום הכרה בכך שאפשר לפרק ממונית נישואין שכבר אינם קיימים בפועל אף אם אין אשם ואף אם אין הכרזה על חיוב בגט, או אף על מצווה או המלצה.²⁴³

קונסטרוקציות אלה מביאות לכאורה לידי אי-התאמה בין הדין הדתי-האישי, שהוא הקובע אם יש לפרק את הקשר או לא, לבין דיני המשפחה האזרחיים (אך אולי אינן סותרות את שיטות רבנו ירוחם והגר"ח פלאג'י). אך כאן יש להבין שאין מדובר ב"גט אזרחי" אלא בהבנה אזרחית כי לצורך עניינים מסוימים – עניינים ממוניים לצורך איזון משאבים – הקשר כבר נגמר דה פקטו. דבר זה יביא במקרים מסוימים לאיזון הצורך בתביעה נזיקית, שכן מי שמסרבים לתת גט מסיבות כלכליות דווקא, יעשו לעצמם את החשבון ויראו שבנסיבות התיקון החדש לא כדאי להם לסרב, שכן הרכוש ממילא יכול להיות מחולק. כך הם יבינו שהשימוש בגט כקלף מיקוח, שלפני התיקון גרם לכך שהאישה לא הייתה יכולה להביא לידי חלוקת הרכוש, מאבד הרבה מעצמתו לאחר חקיקת התיקון. כעת, בהתרחש אחת החלופות שבתיקון, לא יוכל עוד הבעל לסחוט כלכלית את האישה ולומר לה שיתן לה את הגט רק אם תותר על רכושה, כולו או חלקו, ואם לא תעשה כן לא יהיה מוכן לתת לה את הגט, וכך בינתיים הרכוש לא יחולק.

אולם יש להניח שהתיקון לא יביא לאיזון כל התביעות הנזיקיות גם לא נגד הסרבנים על רקע כלכלי ובוודאי לא נגד סרבנים על רקע אידאולוגי.²⁴⁴ לצורך אותן תביעות נזיקיות, ורק לצורכיהן, אפשר להקיש מאותו תיקון, המצביע על כך שיש פירוד דה פקטו ולפיכך ברור שהקשר כבר הסתיים, גם אם בית הדין הרבני לא אמר דברו בנדון לכאן או לכאן. כאמור, המגדלור בדמות פסק דינו של בית הדין הרבני אמור להיות סיוע ראייתי פרקטי בלבד ולא ראייה משפטית שאין בלתה. אם במסגרת דיני המשפחה עצמם הוכר מצב כזה לצורך חלוקת הרכוש, אין כל סיבה שלא להכיר במצב כזה לצורך הצבעה על עולה – בשני המקרים מבלי להסתייע בהכרח בפסק דין רבני. גם תביעה נזיקית

242 שחר ליפשיץ "יחסי משפחה וממון: אתגרים ומשימות בעקבות תיקון מס' 4 לחוק יחסי ממון" חוקים א' 227, 230–231, 233–236 (2009) (להלן: ליפשיץ "יחסי משפחה וממון"). לדיון אם קרע בין בני הזוג וחיים בנפרד משך תשעה חודשים מתוך שנה הם שתי חלופות או למעשה חלופה אחת ראו שם, בעמ' 234.

243 ס' 5א(ד) לחוק יחסי ממון, ששונה בתיקון מס' 4, וכעת, לפיו אם מי שמבקש את איזון המשאבים במקרה כזה הוא דווקא סרבן/ית הגט, לבית המשפט יהיה שיקול דעת שלא לבצע את האיזון מטעם זה בלבד.

244 לקריאה לתקן את החוק כדי לפתח תחליפי גירושין אזרחיים לטובתן של מסורבות גט ראו פנחס שיפמן "על תחליפי גירושין תוצרת בית המשפט האזרחי" ספר לנדוי כרך ג' 1607 (אהרון ברק ואלניער מזוז עורכים, 1995). אך קיים חשש שבאמת התיקון לחוק לא יפתור את כל בעיות סרבנות הגט, ולכן גם לא יאיין את הצורך בתביעות הנזיקיות. גם לאחר חלוקת הרכוש הסרבן יכול להמשיך לסרב, וכתנאי לקבלת הגט הוא יכול להמשיך ולסחוט למרות החלוקה המוקדמת. לא אאריך בכך כאן.

לפיצויים יכולה לבחון את מעשה העוולה של אי-מתן גט לגופו למרות חלוף זמן רב מהרצון להתגרש, בלי קשר למועד הגירושין בפועל, ואף אם אין אחר במעשיו של הבעל מלבד אי-השחרור מן הנישואין, מן הבחינה שלא נקט אלימות כלפי אשתו ולא התעלל בה, ואפילו אם הוא "יושב ומחכה לה" באמת ובתמים. יש כאן בחינה נזיקית בלבד, אובייקטיבית, ללא כל יומרה להשפיע על הסטטוס לפי הדין האישי.

ההיקש לגיטימי, אף שהתיקון לחוק עניינו בחלוקת רכוש ואילו עניינו בפיצוי נזיקי. לשני המקרים אותה נפקות בהיבט האזרחי – צמצום הסחטנות וניתוק שאלת הסטטוס משאלות כלכליות אזרחיות אחרות (של רכוש או של פיצוי) לצורך סיוע לצד שהוא לרוב החלש יותר כלכלית.

אפשר גם להקיש ממועדי הפירוד בפועל שנקבעו בתיקון זה ולומר כי הם יכולים להוות אינדיקציה גם לצורך התביעה הנזיקית, דהיינו פירוד בפועל של כשנה, בו הבעל מתנהג בחוסר תום לב, יכול לשרטט את העוגן הנזיקי הראוי שיוכל לפזר את הערפל מעל לתחילת מועד הסרבנות, שלעתים קשה לאתרו לצורך התביעה הנזיקית.²⁴⁵ שנה או שנה וחצי הן משך הזמן העולה גם מן הרציונל לגישותיהם של רבנו ירוחם והגר"ח פלאג'י, אך לטעמי אף שקביעה כזו יכולה להיות מפתה ולהביא לידי קיצור דרך משמעותי בהוכחת תביעה הנזיקית, לעניין המועד לתחילת העוולה יש לבצע היקש לצורך אינדיקציה בלבד. דהיינו, אין לקבוע מסמרות, דרך אותו היקש, שתמיד תוך שנה או שנה וחצי מאז הפירוד ייחשב הבעל לסרבן גט לצורך התביעה הנזיקית. לעתים משכו של המועד צריך להיות רב יותר ועליו להיקבע לפי הנסיבות.²⁴⁶ עם זאת ייתכן שתקופה זו תוכל לשמש אינדיקציה לרף תחתון.

אפשר אפוא להקיש לעניינו מדיני המשפחה האזרחיים, מאותו תיקון שעבר לאחרונה לחוק יחסי ממון. למעשה לנקודת מבט זו יש תקדים – אותן תביעות בגין גירוש אישה על כורחה. גם שם רואה הדין הנזיקי כעוולה התנהגות שלפי הדין האישי (שם, השרעי) נתפסת כלגיטימית. אין מניעה ליישם את אותו רעיון גם בתביעות בגין סרבנות גט. גם בתביעות כאלה יהיה אפשר לקבל מצב שבו דיני הנזיקין רואים

245 כאמור, בתמ"ש 6743/02, לעיל ה"ש 4, פס' 11 לפסק דינו של השופט גרינברגר, ביקשה התובעת מבית המשפט ליצור חזקה שהבעל מעוול לאחר שנה מפתחת התיק לגירושין, והשופט לא קיבל חזקה זו אף שבאותו מקרה סבר שאכן העוולה החלה אז.

246 זאת ביחוד בשל טיעונים אפשריים שתיקון זה לחוק וגם ההיקש ממנו לנזיקין עלול לעודד, או למצער להאיץ, צדדים להיפרד במקום לנסות ולשקם את היחסים. עם זאת אין מדובר בפירוק מיידי בגלל דרישה, העלול להיות בעייתי מאוד בשל גחמה רגעית של צד, אלא במועד שנראה מאוזן באופן ראוי לנוכח האפשרות הליברלית לפרק נישואין בלי קשר לאשמה לעומת המחויבות החברתית-האזרחית לתמוך ביציבות הנישואין ולא לאפשר פירוקם בצורה חפוזה מדי. ראו ליפשיץ "יחסי משפחה וממון", לעיל ה"ש 242, בעמ' 236–241. לעניין האיזון הראוי דווקא בתביעות נזיקין ראו בנימין שמואלי "תביעות נזיקין בין בני זוג – התדיינות או חסינות?" (צפוי להתפרסם במחקרי משפט); Tort Litigation between Spouses, לעיל ה"ש 8.

בהתנהגות מסוימת עוולה אף אם לפי הדין האישי אותה התנהגות נחשבת ללגיטימית. העובדה שבשלב השני ישמש פסק הדין הנזיקי לעסקה סיבובית-פרטית אינה צריכה להעלות או להוריד לעניין זה.

(ו) הצורך בפיצוי לאור ניתוח מטרות דיני הנזיקין

בעבר כבר פורט שתביעה המסתמכת על צו לחיוב בגט עולה בקנה אחד עם כל מטרות דיני הנזיקין.²⁴⁷ לדעתי, גם הכרה עקרונית בתביעה במקרה שבו אין צו רבני עולה בקנה אחד עם מטרות דיני הנזיקין.²⁴⁸ בהיות התביעה מושתתת על עוולת הרשלנות בעילה של התעללות נפשית, ובאין עוולה פרטיקולרית של סרבנות גט, דומה כי פיצוי עבור נזק לא ממוני מסוג של צער שגורם הבעל לאשתו יכול לעלות בקנה אחד עם מטרות הפיצוי²⁴⁹ והצדק המתקן.²⁵⁰ יש להוכיח נזק כזה על פי "מקבילית הכוחות" שהוצעה לעיל, דהיינו בהיעדר עוגן בדמות פסק דין רבני יקשה על התובעת להוכיח התרשלנות של הבעל כלפיה. אך אם תוכל התובעת לעבור את המחסום הראייתי ולהוכיח את חלוף הזמן בתוספת חוסר תום לב של הבעל, יספיק הדבר לצורך הוכחת הנזק הלא ממוני ולמילוי החלל הראייתי שיוצר היעדר אותו מגדלור בדמות פסק דין רבני. פיצוי עבור התעללות נפשית בכלל וכלפי בן זוג בפרט מוכר כאמור במשפט הישראלי, ולכן עולה בקנה אחד עם מטרת הפיצוי והשבת המצב לקדמותו. מדובר בתיקון הנזק מאת המעוול לניזוקה, המבסס גם את מטרת הצדק המתקן, שלפיה דווקא המעוול צריך לתקן את הנזק ולהשיב

247 שמואלי "פיצוי נזיקי למסורבות גט", לעיל ה"ש 13, בעמ' 297–308.
 248 לדין מרוכז במטרות ראו W. PAGE KEETON ET AL., PROSSER AND KEETON ON TORTS 20–26 (5th ed. 1984); עמוס הרמן מבוא לדיני נזיקין 3–12 (2006); שמואלי "קליעה למטרה", לעיל ה"ש 112, בעמ' 245–250.
 249 על מטרת הפיצוי ראו: KENNETH S. ABRAHAM, THE FORMS AND FUNCTIONS OF TORT LAW (3rd ed. 2007) 14; סעיף 76 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש]; יצחק אנגלרד, אהרן ברק ומישאל חשין, דיני הנזיקין – תורת הנזיקין הכללית 25 (מהדורה שנייה מתוקנת, גר טרסקי עורך, התשל"ז). על השבת המצב לקדמותו ראו: PROSSER & KEETON, לעיל ה"ש 248, בעמ' 20; ע"א 70/52 גרוסמן נ' רוט, פ"ד ו 1242, 1248 (1952); ע"א 413/64 אברהמי נ' עיריית ת"א, פ"ד יט(1) 114, 120 (1965); ע"א 355/80 טירת בת שבע נ' אניסימוב, פ"ד לה(2) 800, 810 (1981); ע"א 357/80 נעים נ' ברדה, פ"ד לו(3) 762, 772 (1982); Israel Gilead, *Tort Law, in THE LAW OF ISRAEL: GENERAL SURVEYS* 275, 475–476 (Itzhak Zamir & Sylviane Colombo eds., 1995).
 250 על מטרת הצדק המתקן ראו: ERNEST J. WEINRIB, THE IDEA OF PRIVATE LAW 56–83 (1995); Ernest J. Weinrib, *Corrective Justice*, 77 IOWA L. REV. 403 (1992); DAN B. DOBBS, THE LAW OF TORTS 13–14 (2000); אנגלרד, ברק וחשין, לעיל ה"ש 249, בעמ' 28; אריאל פורת "דיני נזיקין: עוולת הרשלנות על-פי פסיקתו של בית-המשפט העליון מנקודת-מבט תיאורטית" ספר השנה של המשפט בישראל 373, 381–376 (אריאל רוזן-צבי עורך, התשנ"ו); אריאל פורת "רשלנות ואינטרסים" עיוני משפט כד 275, 278–281 (2001); ע"א 3668/98 בסט ביי רשתות שיווק בע"מ נ' פידיאס אחזקות בע"מ, פ"ד נג(3) 180, 191 (1999).

את מצב הנפגע לקדמותו. ודוק: אף אם מטרתה האמתית של התביעה היא המרת הפיצויים בגט, התביעה עצמה היא תביעה לפיצויים וזהו הסעד המבוקש, וככזה על בית המשפט להתייחס לכך. אין לדיני הנזיקין מענה אחר לענייננו מלבד הפיצויים, ואם זה מה שהאישה מבקשת, אפילו פורמלית, אזי הכרה בתביעה ממלאת מטרת של פיצוי וצדק מתקן.

בהקשר החלוקתי²⁵¹ יש להתחשב בכך שהבעל מחזיק בשליטה ובכוח ומעגן את אשתו, ובכך מצער אותה. חלקן של מי שניזוקו נזק נפשי של צער מאי-יכולתן לסיים את קשר הנישואין בעוגת הרווחה המצרפית הוא קטן בהשוואה לבעלים, בעלי השליטה, שאינם משחררים אותן מכבלי הנישואין. התביעה תאזן את המצב הזה דרך הטבת מצבן של נשים בכלל ושל נשים מסורבות גט בפרט. ההיבט החלוקתי רלוונטי, גם אם אולי בעצמה מופחתת, גם בתביעות של בעלים מסורבי גט נגד נשותיהם המסורבות לקבל מהם גט ובכך מחזיקות בידיהן את השליטה.

לבסוף, הפיצוי הנזיקי יוכל בהחלט להרתיע²⁵² ולסייע בהכוונת התנהגות, הן של הבעל הספציפי, שהוא מונע הנזק היעיל והטוב ביותר,²⁵³ ולמעשה היחיד בנסיבות העניין, והן של בעלים אחרים, סרבנים קיימים או בפוטנציה שעדיין לא נתבעו. בראייה נזיקית החברה אינה מעוניינת שכן זוג שנכנס לקשר נישואין מרצונו לא יוכל לצאת מאותו קשר. מכיוון שדיני הנזיקין אינם יכולים להשפיע במישור הסטטוס ואינם מתיימרים להשפיע במישור זה, כל שנותר הוא לבחון אם מדובר בעוולה לפי דיני הנזיקין, אף שאין שינוי בסטטוס, ולהביא לידי כך שבעלים כאלה יישאו בעלות החברתית של מעשיהם – צער לאישה, בידוד חברתי, פגיעה באוטונומיה ובכבוד ועוד. הגבלת תביעות הנזיקין רק למקרים שבהם כבר ניתן פסק דין רבני עלולה גם לתמרץ בעלים שלא לתת גט בשום מקרה כל עוד לא ניתן פסק דין רבני, ובכך לאיין במקרים רבים את המסלול של גט בהסכמה. הדבר אינו רצוי חברתית, וגם יכול לעודד בעלים לדחות את ההגעה לפסק דין כזה בנימוקים שונים, למשל דרך אי-הופעה חוזרת ונשנית לדיונים בבית הדין ועוד.

251 על הצדק המחלק ראו: ע"א 10064/02 מגדל נ' אבו חנא, פ"ד ס(3) 13, פס' 38–42 לפסק דינו של השופט א' ריבלין (2005); צחי קרן-פז "האם האדם הסביר הוא האדם היעיל? ניתוח מבחן ההתרשלות הנזיקי במשקפי משפט וכלכלה" מחקרי משפט כג 793, 810–815, 836–840 (2007).

252 על מטרת ההרתעה ראו: DOBBS, לעיל ה"ש 250, בעמ' 19–21. על ההרתעה היעילה כנגזרת של הגישה הכלכלית ראו: GUIDO CALABRESI, THE COSTS OF ACCIDENTS: A LEGAL AND ECONOMIC ANALYSIS (1970); WILLIAM M. LANDES & RICHARD A. POSNER, THE ECONOMIC STRUCTURE OF TORT LAW (1987); RICHARD A. POSNER, ECONOMIC ANALYSIS OF LAW (7th ed. 2007); גלעד, לעיל ה"ש 99, בעמ' 429 ואילך.

253 CALABRESI, שם; Guido Calabresi & Jon T. Hirschoff, *Toward a Test for Strict Liability in Torts*, 81 YALE L.J. 1055 (1972).

מבחינת יחס של עלות-תועלת יש חשיבות גם לפסיקת פיצויים גבוהים ולא נמוכים כחלק חשוב מהכוונת ההתנהגות של בעלים סרבנים קיימים או פוטנציאליים. אמנם יהיה קשה להכווין, מבחינה כלכלית, התנהגות של בעל המסרב לתת גט מסיבות אידיאולוגיות גרידא, כגון על רקע רצון לנקמה וכיו"ב, ואמנם כאשר מדובר במצב שבו אפילו סכום כבד מאוד שיושת על הבעל בתביעת הנזיקין לא יסייע ולא יביא אותו לכדי אותה עסקת חליפין, וכך מלכתחילה ההשפעה שיש לשימוש בכלי התביעה הנזיקית כדי לנסות ולהשיג את הגט קטנה מאוד. אך עם זאת ייתכן שגם סרבנים על רקע אידיאולוגי ייבהלו ויורתעו מפסקי דין לפיצויים גבוהים במיוחד ויחליטו לעצמם שלמרות האידיאולוגיה המחיר הכלכלי של הסרבנות גבוה מדי. באשר לסרבנים על רקע כלכלי, הרי שפיצויים נמוכים מלכתחילה עלולים שלא להניע גלגלים של עסקה סיבובית, שכן אם בעל כזה ידע כי הוא צפוי לכל היותר לשלם פיצויים לא גבוהים, במקרים רבים יהיה לו כדאי יותר מבחינה כלכלית לסרב לתת את הגט, שכן הרכוש שהוא רוצה לסחוט מן האישה שוויו במקרים רבים רב מסכומי הפיצויים. פיצויים גבוהים, ולצדם גם פיצויים מוגברים כעניין שבשגרה, יכולים בהחלט להרתיע כלכלית בעלים כאלה ולגרום להם להפנים שהסרבנות הכלכלית אינה כדאית, ובכך לתמרץ אותם מלכתחילה לתת גט או לפחות להמיר את הגט בפיצויי הנזיקין.²⁵⁴

מכאן שהכרה עקרונית בתביעה, גם במקרה שבו אין צו כלשהו של בית הדין הרבני, יכולה לעלות בקנה אחד עם מטרות דיני הנזיקין.

(ז) סרבנות גט גם ללא פסק דין רבני היא פגיעה באוטונומיה

דוקטרינה אזורית שנקלטה בישראל בעשור האחרון היא הפגיעה באוטונומיה כראש נזק עצמאי בר-פיצוי שאינו תלוי בהתקיימות נזק גופני, נפשי או נזק אחר מוכח. מדובר בראש נזק שהוא בר-פיצוי גם ביחסים בין פרט לפרט, דהיינו במשפט האזרחי, ולא רק ביחסים שבין הפרט לשלטון. תחילה נקלטה הדוקטרינה בכל הקשור לאוטונומיה על הגוף,²⁵⁵ שהיא אולי האינטרס החשוב ביותר המוגן בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.²⁵⁶ אך אין מניעה להכיר בדוקטרינה זו גם בסוגי פגיעות אחרות באינטרסים מוגנים וחוקתיים, ובהן בכבוד²⁵⁷ ובחירות,²⁵⁸ אינטרסים המוגנים אף הם לפי חוק-היסוד.²⁵⁹ אי-הרצון

254 ראינו כי קיימות גישות שלפיהן אונס ממון שאינו כבד לא יפסול את הגט, ולכן פיצויים גבוהים יכולים דווקא לגרום לעישוי הגט, אך כאמור מטרת פרק זה אינה לפתור את בעיית הגט המעושה אלא לבחון אם קיימות קונסטרוקציות נזיקיות במקרה שבן הזוג איננו חייב בגט.

255 ע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים "כרמל", חיפה, פ"ד נג" (4) 526 (1999). ראו לאחרונה גם ע"א 8126/07 עזבון המנוחה צבי נ' בית החולים ביקור חולים (פורסם בנבו, 3.1.2010).

256 ס' 2 ו-4 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

257 שם, ס' 2 ו-4.

258 שם, ס' 5.

259 ראו פרשות דעקה וצבי, לעיל ה"ש 255.

לאפשר לבת הזוג להשתחרר מהנישואים פוגע ברצון בת הזוג, בהגשמה העצמית שלה, במימוש העצמי שלה, ביכולתה להינשא מחדש ולהוליד ילדים (שאם לא כן ייחשבו לממזרים – נקודה הרלוונטית רק למסורבות גט ולא למסורבי גט) ובחייה החברתיים, בחירות לנהל את החיים בדרך שבה תחפוץ ולהתנתק מקשר שאינה חפצה בו, וגוזר עליה בדירות, היעדר זוגיות ואינטימיות עם בן המין השני ובכך גורם לנזק נפשי גדול, לצער, השפלה, ביזוי, סבל וכאב. ואכן, בתי המשפט לענייני משפחה הכירו בפגיעה באוטונומיה כפגיעה בכבוד ובחירות בהקשר של עוללות כלפי בן זוג בכלל²⁶⁰ ובהקשר של סרבנות גט בפרט.²⁶¹ אלה דבריה של שופטת בית המשפט העליון עדנה ארבל:

תופעת סרבנות הגט היא קשה ומורכבת ולצערנו אינה חדשה לנו. היא כרוכה בפגיעה קשה וכואבת באישה הנותרת כבולה לנישואין שאין היא מעוניינת בהם עוד: חירותה נפגעת, כבודה ורגשותיה נפגעים וזכותה לחיי משפחה נפגעת גם היא – זכויות אלו הוכרו בשיטתנו כולן כזכויות הנהנות ממעמד חוקתי וראשון במעלה [...] בתוך כך נפגעת גם זכותה של האישה לאוטונומיה, זכותה של האישה להגשים עצמה כאדם חופשי, זכותה לבחור את גורלה, לכתוב את סיפור חייה – להחליט, היא ורק היא, האם ומתי יבוא על סיומו קשר נישואין שאין היא רוצה בו עוד והאם ומתי תבחר לקשור עצמה בקשר כזה בשנית. ויפים בהקשר זה הדברים הבאים, הגם שנאמרו בהקשר שונה ואחר מזה שבענייננו:

"כל אשה, כל אדם, זכאים לכתוב את סיפור חייהם כרצונם ועל-פי בחירתם – כל עוד אין הם פולשים לתחומו של הזולת – והיא האוטונומיה של הרצון החופשי. כי ייכפה על אדם ללכת בדרך שלא איווה ללכת בה, תיפגע האוטונומיה של רצונו החופשי. אכן, זה גורלנו, גורל האדם, שעושים וחדלים אנו כל העת שלא-מרצון חופשי, ועל דרך זו נמצאת האוטונומיה של רצוננו חסרה. ואולם במקום שהפגיעה באוטונומיה של הרצון החופשי פגיעה עמוקה היא, או-אז יתערב המשפט ויאמר את דברו. [...]"

האוטונומיה של הרצון החופשי נגזרת מתוך כבוד האדם והיא בתשתית חשיבתנו המשפטית. כבוד האדם משמיע אדם חופשי – לא בכדי קָבְרוּ

260 תמ"ש 18551/00, לעיל ה"ש 1.

261 ראו למשל תמ"ש 19270/03, לעיל ה"ש 4, פס' 82 לפסק דינו של השופט הכהן; תמ"ש 19480/05 ותמ"ש 6743/02, לעיל ה"ש 4; תמ"ש 21162/07, לעיל ה"ש 6, פס' 57-58, 61; תמ"ש 18561/07, לעיל ה"ש 6; תמ"ש 3950/00, לעיל ה"ש 124.

הכבוד והחירות וירדו אל חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – והוא אדם שהמשפט מקנה לו זכות וחופש להתוות את מהלכיו בדרכו-שלו (דברי השופט מ' חשין בע"פ 115/00 טייב נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(3) 289, 229-330 (2000)).²⁶²

לענייננו אכן יש להכיר בכך אולי אפילו מקל וחומר: המקרים הקלאסיים שבהם הוכר ראש נזק זה עניינם הוא טיפול רפואי. במקרים אלה נטען כי המטופל לא נתן הסכמה אמיתית, מלאה ומדעת לטיפול, ואף אם הטיפול הצליח, בעצם ביצוע הטיפול בו ללא הסכמתו המלאה יש משום פגיעה באוטונומיה שלו על גופו. אמנם בענייננו הפגיעה היא למעשה בחירות ולא בגוף כבטיפול הרפואי – פגיעה הנחשבת לקשה ביותר – בכל זאת אפשר להקיש מכך מקל וחומר לענייננו: אם מטפל ביקש הסכמתו של מטופל אך בקשתו הייתה חסרה כי לא השכיל למסור למטופל את כל המידע על חדשנות הטיפול, סיכויי וסיכונים וכו', הוא פגע בזאת באוטונומיה של המטופל, ועליו לשלם לו פיצויים בגין זאת באופן עצמאי ובנפרד משאלת הרשלנות הרפואית, אף שהמניע למעשיו היה חיובי והוא השיג את הסכמתו, ולו החלקית, של המטופל. קל וחומר לענייננו, שבו אף שמותר כמובן להיות נשוי, הסרבנות גופה נעשית ללא כל הסכמה מלכתחילה ותוך הפרה בוטה של זכויות האישה.

דווקא מתוך ההבנה שראש נזק של פגיעה באוטונומיה מקורו באי-כיבוד בסיסי ומינימלי, יש להכיר בו גם במקרים שבהם אין פסק דין רבני, ובייחוד על פי "מקבילית הכוחות" שהוצעה לעיל, שכן בעל שאינו מגרש את אשתו בחלוף זמן מאז ביקשה ודרשה זאת ממנו, והתנהגותו אינה תמת לב, פוגע באוטונומיה של אשתו ועליו לפצותה ולו מטעם זה בלבד.²⁶³

5. סיכום הקונסטרוקצייה והעלאת אפשרות לניתוח חלופי של זכות האישה

כל ההסברים הללו, כולם יחד וכל אחד מהם לחוד, מטרתם למעשה להראות שקיימת הכרעה במישור הזכויות, ולכן אפשר לעבור עקרונית לשלב השני של כלל האחריות של קלברזי ומלמד גם בסוג המקרים השלישי אף על פי שבמבט ראשון נראה שאי אפשר להכשיר במסגרתו תביעה כשאינן כל החלטה של בית הדין הרבני. ודוק: אין בכך משום קריאה להכיר באופן גורף בתביעות נזיקין בגין סרבנות גט במקרים שבהם בית הדין הרבני עדיין לא אמר את דברו. יש בכך משום אפשרות להראות שאפשר להפעיל את כלל

262 בג"ץ 2123/08 פלונית נ' פלוני, פס' 17 לפסק דינה של השופטת ע' ארבל (פורסם בנבו, 6.7.2008).
263 יש להדגיש שהכרה בראש נזק זה צריכה להתווסף להכרה בנזק הלא ממוני במקרי סרבנות גט ולא להחליף אותו. כמו כן אין להתעלם מטענות הגנה כגון זו שהוזכרה לעיל, של בן הזוג הסרבן הטוען שאינו פוגע בכבוד שכן נישא בנישואין דתיים, וכל עוד בית הדין הרבני לא פסק חיוב, כפייה או מצווה והמלצה, מבחינתו אין עליו כל חובה בכל מישור שהוא, גם נזיקי, לתת או לקבל את הגט.

האחריות במקרים אלה אם יהיה אפשר להצביע על תפיסה אזרחית המבססת עוולה של רשלנות, שהיא המכריעה בין הזכויות לצורך התביעה הנזיקית בלבד, בדיוק כפי שעושה התיקון לחוק יחסי ממון לצורך פירוק וחלוקת הרכוש בלבד. כאן וגם כאן אין מדובר ב"גט אזרחי". מדובר בהכרה שהנישואין נגמרו דה פקטו אף שלא היה גט ואפילו לא חיוב, מצווה או המלצה לתת גט.

לבסוף אפשר להעלות דרך אחרת לניתוח הסוגיה של תביעות נזיקין למסורבות גט: אפשר לראות בסיטואציה זו עלייה של מדרגה אחת, בהתאם למתווה של קלברזי ומלמד, העוסקים בין היתר בשאלת עבירותן של זכויות וסחירותן – בהישאל השאלה אם זכותה של האישה להתגרש בכלל סחירה וניתנת לקנייה תמורת הוויתור על הפיצויים. יאמר האומר כי זכותה של האישה להתגרש בכלל אינה זכות שהיא יכולה לקנות (דרך ויתורה על הפיצויים שנפסקו לזכותה), שכן מדובר בזכות מסוג של אי-העברה. אך לטעמי קביעה כזו, אף אם היא נכונה בתאוריה, מתעלמת מהמציאות בפועל בבתי הדין הרבניים. אלה מנסים באמת ובתמים, אף אם יש ביקורות עליהם בעניין זה, ללחוץ על הבעל לתת את הגט במסגרת המותר על פי ההלכה וללא חשש לעישוי הגט. כחלק ממאמציהם אלה הם לוחצים על הנשים במקרים מסוימים לשלם כספים לבעליהן כדי שאלה יתוצו וייתנו להן את הגט. יש כאן סחיטה מטעם הבעל, ובתי הדין לעתים משתפים פעולה עם מהלך בעייתי זה מחוסר ברירה ומתוך הבנה שלעתים אין מוצא אחר, שכן בית הדין הרבני אינו יכול לתת את הגט במקום הבעל. ההלכה מאפשרת לבית הדין הרבני, כמי שנחשב למעשה כדין²⁶⁴ להכשיר במתווה מסוים מהלך כזה מבלי שהגט יהיה מעושה שלא כדין. מהלך זה מבהיר שהגט למעשה נקנה והזכות להתגרש אינה זכות מסוג של אי-העברה.

חלופה אחרת היא להביט לא על זכותה של אישה להתגרש מבחינה דתית-הלכתית אלא על זכותה האזרחית לאוטונומיה ולחופש. מנקודת מבט כזאת זכות זאת היא אכן בלתי ניתנת להעברה. כפי שאדם אינו יכול למכור עצמו לעבדות או להסכים להתעללות בו, וזאת על פי זכויות מסוג של אי-העברה, אדם גם אינו יכול לוותר על זכותו לחופש ולאוטונומיה, אף שקיימים נישואין בעולם, למשל הקתוליים, שהם למעשה כאלה אם כי שם קיימת הסכמה מלכתחילה של הצדדים. כאשר הבעל מונע מאשתו את החופש שלה להינשא לאחר, זכות שהיא גם בין-לאומית, הוא עובר על הכלל של אי-העברה, הוא

264 כאמור, גם הגורם המעשה – הגורם לעישוי – צריך להיות כדין. הטענה היא שבית המשפט לענייני משפחה אינו כזה, שכן אין לו סמכות הלכתית. כזכור, קיימות תשובות אפשריות לזה, אך לטעמי הטענה החזקה והמרכזית יותר היא שבית המשפט לענייני משפחה אינו מעשה כלל. העסקה הפרטית-הסיבובית היא רק עניין עקיף. בית המשפט לענייני משפחה אינו עושה אותה, אינו חותם עליה ואינו מאשר אותה (שלא כמו בית הדין הרבני). האם היא פועל יוצא של רוב רובן של פסיקותיו בנדרון? נראה שכן. אבל בכל זאת אי אפשר להסתכל עליו כמעשה. וראו לעיל בטקסט ליד ה"ש 156-149.

כלל מס' 3 שהציגו קלברזי ומלמד. התמורה של הבעל היא המשך הנישואין לאשתו, ולמשל הנאה מעצם הסבת הכאב לאשתו מעגינותה, נקמה בה או המשך הלחץ הכלכלי עליה. מנגד אפשר לטעון כי החברה הקנתה סמכות רק לבית הדין הרבני לפעול כאן לפי הדין האישי ולמנוע במקרים מסוימים חופש ואוטונומיה כאלה. כלומר, הזכות להינשא אינה זכות מוחלטת, ואכן ישראל הסתייגה מאותה זכות בין-לאומית בדיוק בגלל החלת הדין האישי-הדתי בענייני נישואין וגירושין.²⁶⁵ המניעה הזו היא מכוח הדין. אך אולי זה בדיוק המקום לשלב את הדין האזרחי עם הדין האישי ולהעניק את הסעד המשני תחת הסעד הראשי, שלפי שעה אינו בר-השגה. הדין האזרחי אמנם אינו יכול לספק לאישה גט והוא גם אינו מתיימר לעשות כן, אך הוא יכול לספק לה פיצויים אם נפגעה האוטונומיה שלה, ואפילו אם בית הדין הרבני עוד לא פסק בעניינה כך או אחרת. לעתים יהיה די בעצם חלוף השנים כדי להעיד שאי-שחרורה מן הנישואים מהווה עוולה בעין אזרחית-נזיקית.

כאמור, גם ההיקש מתביעות נזיקין בגין גירוש אישה על כורחה מראה שלא חייב להיות שוויון בין הדין האישי לבין דיני הנזיקין (והדין הפלילי). האישה אמנם אינה מגורשת, וגם לא נפסק דבר בעניינה בבית הדין הרבני, אך מבחינה נזיקית מגיעים לה פיצויים. אין בכך סתירה. כמו לעניין תביעות נזיקין בגין גירוש אישה על כורחה, גם כאן נרתמים דיני הנזיקין כדי "לרפא" בשם החברה, בצורה מסוימת, את הבעייתיות שנוצרת מכוח הדין האישי. שלא כמו בנישואין קתוליים, שם אי-היכולת להתגרש ידועה מהתחלה, והאישה נכנסת לנישואין בידיעה מוגמרת ובהסכמה (אמנם לעתים מחוסר בררה מבחינה חברתית), המצב על פי ההלכה היהודית שונה, והיו אף הצעות במישור ההלכתי להתיר מסורבות גט עגונות דרך תנאי שלפיו הנישואין הם מקח טעות, שכן לו הייתה יודעת שבעלה לא יגרשנה, לא הייתה נישאת לו מלכתחילה, והיו שנסמכו לצורך זאת גם על התחייבויות בכתובה וכיו"ב.²⁶⁶ דומני כי אין לשלול לחלוטין ניתוח כזה, אם כי הוא בהחלט בעייתי מכיוונים שונים.

²⁶⁵ http://untreaty.un.org/humanrightsconvs/Chapt_IV_4/reservations/Israel.pdf

²⁶⁶ לאסמכתאות באשר לפתרונות ולדין בהם ראו למשל: מוניק זיסקינד-גולדברג ודיאנה וילה זעקת דלות – פתרונות הלכתיים לבעיית העגונות בזמננו (דוד גולינקין, שמואל לואיס ומשה בנוביץ עורכים, התשס"ו); יהודה דוד בלייך "הצעה לפתרון בעיית בעל המסרב לגרש" תורה שבעל פה לא, קכד (התש"ן); אליאב שוחטמן "הפקעת קידושין – דרך אפשרית לפתרון בעיית מעוכבות הגט?" שנתון המשפט העברי כ 349 (התשנ"ז); שלמה ריסקין "הפקעת קידושין – פתרון לעגינות" תחומין כב 191 (התשס"ב), תגובת הרב זלמן נחמיה גולדברג "הפקעת קידושין אינה פתרון לעגינות" תחומין כג 158 (התשס"ג), תגובתו של הרב שלמה ריסקין "כוח ההפקעה מונע עיגון" תחומין כג 161 (התשס"ג) ותגובה נוספת של הרב זלמן נחמיה גולדברג "אין הפקעת קידושין ללא גט" תחומין כג 165; דוד בס "התרת נישואין בטענת מקח טעות" תחומין כד 194 (התשס"ד); ברכיהו ליפשיץ "אפקעינהו רבנן לקידושין מיניהו" מפירות הכרם 317 (ישיבת כרם ביבנה, התשס"ד); אביעד הכהן "אם תרצו – אין זו עגונה: הטלת סנקציות על סרבן גט ועל משפחתו" פרשת השבוע 358 (אביעד

על כל פנים, נכון לעכשיו תביעות כאלה עדיין תלויות ועומדות ואין פסק דין סופי בסוגיה.

ה. אחרית דבר

קלברזי ומלמד הציגו מתווה באשר להגנה על זכות משפטית בשתי צורות חלופיות – סעד ראשי וסעד משני – תוך פנייה לכמה כללים, האחד מהם הוא כלל האחריות לטובת הניזוק, שמשמעותו שהסעד המשני יינתן כשהחברה אינה מקנה את הסעד הראשי. מתווה זה שימש אותם להנחת מסד רעיוני מסוים, שאותו הם הדגימו בעיקר מנושא של מטרדים, והם הותירו את הדיון בפרטים לדוגמאות השונות בשטח. מטרת ההשוואה בחיבור הייתה לייסד מסד להבנת סוג תביעות אלה ההולכות ומתגברות במציאות הישראלית, ולא רק לבחון אם מתווה זה מתאים לענייני משפחה וליחס שבין תביעות נזיקין נגד בן משפחה לבין דיני המשפחה. כלל האחריות שימש לצורך הנחת הבסיס להבנה בדבר כניסת דיני הנזיקין, דרך מתן סעד משני, לוואקום שיוצרים דיני המשפחה דרך אי-מתן הסעד הראשי. מתווה זה אף שימש תבנית ליצירה אפשרית של כללים נוספים דומים "מקומיים", השייכים באופן בלעדי לסוגיה של תביעות נזיקין במשפחה בכלל ושל תביעות נזיקין בגין סרבנות גט בפרט, ולמתן לגיטימיות לכללים חדשים כאלה מכיוונם של דיני הנזיקין. אף שבישראל מעורבות בסוגיה זו שאלות סבוכות של דת ומדינה, נמצא לטעמי כי ההיקף מהמתווה של קלברזי ומלמד ראוי ומקדם. הלגיטימיות הנזיקית-תאורטית יכולה לשמש תשובה טובה למי שטוענים, במפורש או שלא במפורש, שהחלטות בתי המשפט לענייני משפחה בעניין תביעות נזיקין של מסורבות גט נעשות על רקע פוליטי של רצון לקדם ענייניהן של נשים באופן כללי ואף לנגח את בתי הדין הרבניים. העמדת היחס בין הזכויות ככלל אחריות לטובת הניזוק היא חלק מגישה בסיסית תאורטית למחקר דיני הנזיקין, שאינה "חשודה" בכל אגנדה פמיניסטית או אנטי בתי הדין הרבניים. "מותר" למסורבות הגט "לנצל" את דיני הנזיקין

הכהן ומיכאל ויגודה עורכים, התשס"ט); IRVING A. BREITOWITZ, BETWEEN CIVIL AND RELIGIOUS LAW: THE PLIGHT OF THE AGUNAH IN AMERICAN SOCIETY (1993); AVIAD HACHOEN, THE TEARS OF THE OPPRESSED: AN EXAMINATION OF THE AGUNAH PROBLEM: BACKGROUND AND HALAKHIC SOURCES (Blu Greenberg ed., 2004); Talia Einhorn, *Jewish Divorce in the International Arena*, in PRIVATE LAW IN THE INTERNATIONAL ARENA – LIBER AMICORUM KURT SIEHR 135, 140–144 (Jürgen Basedow et al. eds., 2000) ; בג"ץ 6751/04 מ' ס' נ' בית הדין הרבני הגדול לערעורים, פ"ד נט(4) 817, פסק דינו של השופט רובינשטיין, ובייחוד פס' ח' לפסק דינו (2004).

כדי לשרת את מטרתיהן שבדיני המשפחה.²⁶⁷ מעבר להבנה הכללית של "יחסי הכוחות" בין דיני הנזיקין לדיני המשפחה מסקנה כזו יכולה להיות חידוש גדול העולה מיישום עקרוני של כלל האחריות, המדכא את אותם טיעונים בדבר קיומם של שיקולים פוליטיים בהחלטות בתי המשפט לענייני משפחה.

חידוש כזה עשוי אפוא לחזק את ההכרה העקרונית בתביעות נגד סרבני גט. הכרה זו אכן זקוקה לחיזוק משמעותי מכיוון אותו מסד תאורטי בדיני הנזיקין, בייחוד מכיוון שעד היום הוכרו תביעות כאלה רק בערכאה הראשונה, ומכיוון שקמו להכרה זו מתנגדים לא מעטים החותרים תחת לגיטימיות המהלך.

חידוש גדול עוד יותר יהיה לא רק בחיזוק הפסיקות הקיימות (שאינן בבחינת הלכות מחייבות או אף מנחות), שם הוכרו תביעות נזיקין במקרים שבהם בתי הדין הרבניים כבר פסקו קודם לכן שהבעל צריך לגרש את אשתו, ואפילו לא רק בביסוס פסיקות במקרים שבהם יש פסק דין רבני בדרגה של מצווה או המלצה, או כאשר נפסקו פיצויים נזיקיים אף לפני מועד החיוב. החידוש הגדול עוד יותר הוא בעידוד התפתחות שלפיה, על פי הוכחה מתאימה בדיני הרשלנות תוכרנה תביעות נגד סרבני גט עקרונית אפילו בחלק מהמקרים שבהם בית הדין הרבני לא פסק דבר. אם יהיה אפשר להוכיח התרשלות של הבעל, אף שעדיין לא נפסק בבית הדין הרבני דבר לגבי הצורך שלו לגרש את אשתו, יש להכיר במקרים מסוימים בתביעה באופן עקרוני, על סמך ניתוח דיני הרשלנות ובהתאמה מסוימת לכלל האחריות. זה החידוש המרכזי העולה מן ההשוואה.

אמת, קיים היגיון בקביעה שלפיה הזכות לפיצוי תהיה דווקא מנקודת הזמן שבה ניתן פסק דין רבני לחיוב בגט, למשל כדי ליצור ודאות וכדי למנוע תביעות סרק. פסק הדין הרבני המורה לבעל לגרש את אשתו מצביע על הדרך הראויה, ומשהפר הבעל הוראה זו, אפשר לראות בו משום מעוול ביתר קלות. אכן, הסימטרייה בין הקביעה ההלכתית שהבעל צריך לגרש את אשתו לבין הקביעה הנזיקית כי משלא עשה כן הריהו מעוול – נראית טבעית. אך היא לא הכרחית; יש בה רק משום סיוע לבחינה פרקטית של עצם האחריות בנזיקין ומועד תחילתה. בתי המשפט לענייני משפחה נמצאים בתהליך של התנתקות הדרגתית מן התלות בפסקי דין רבניים בכל הקשור לקביעה אם הבעל עיוול כלפי אשתו. כאשר קיימת אפשרות שלא לקשור מלכתחילה בין התביעה הנזיקית לבין סרבנות הגט אלא לעוללות אחרות שבוצעו בקשר (כגון התעללות נפשית או אלימות פיזית או מינית), ממילא קיים בסיס טוב אחר לתביעה, אך כך גם כאשר אי-שחרור האישה מכבלי הנישואין, ללא כל עוולה נוספת, נגוע בחוסר תום לב ומהווה הפרת חובת זהירות כשלעצמו.

לפיכך אין לחסום את התביעה הנזיקית גם במקרים שבהם אין פסק דין רבני. בתקופה שבה קיימת חשיבות-על למתן גישה לערכאות וזכות התביעה הנזיקית הוכרה כחוקתית,

267 במקרים מתאימים אפשריות כאמור גם תביעות הפוכות – של בעלים נגד נשותיהם המסרבות לקבל את הגט. בעניין זה ניתנו מספר פסקי דין, וראו דיון לעיל בטקסט הסמוך לה"ש 128–138.

קשה למנוע תביעה נזיקית ולחסום אותה. אך אם אין כל עוולה אחרת כלפי מסורבת הגט מלבד סרבנות הגט גופה, אפשר וצריך להכביד מבחינה ראייתית – לא מהותית-נזיקית – על תובעת שאינה יכולה להצביע על אותו עוגן בדמות פסק דין רבני לחיוב בגט, או לפחות בדרגה נמוכה יותר. לכן הוצע לבנות מעין "מקבילית כוחות": ככל שדרגת פסק הדין הרבני גבוהה יותר, כך תהיה נטייה רבה יותר להכיר בתביעות הנזיקין, שכן קיימת אינדיקציה ראייתית מסייעת להוכחת ההתרשלות, העולה מתוך פסיקת בית הדין הרבני עצמו. ככל שהדרגה נמוכה יותר יהיה קשה יותר לעבור את המשוכה ולהוכיח את העוולה במישור הראייתי. עם זאת ניתנו בחיבור זה כלים לעשות כן אפילו כאשר לא ניתן פסק דין רבני כלל: הוכחת חלוף הזמן מאז הפירוד בפועל ופתיחת התיק בבית הדין הרבני כפקטור מרכזי לרשלנות והוכחת חוסר תום לב. לצד התובעת עומדים במקרה כזה ההיקש מהתיקון החדש לחוק יחסי ממון, שלפיו המחוקק מכיר מעתה בפירוק דה פקטו של הנישואין מבחינה ממונית, והיקש מאסכולות בדין העברי שזהו הרציונל שעומד בבסיסן ומביא לידי חיוב או אפילו כפיית גט. כל אלה מסייעים בידי התובעת להשלים את הפן ההוכחתי-הראייתי החסר.

זוהי תפיסה אזרחית המבססת עוולה של רשלנות המכריעה בין הזכויות, וזאת לצורך התביעה הנזיקית בלבד, בדיוק כפי שהתיקון לחוק יחסי ממון עושה כן לצורך פירוק וחלוקת הרכוש בלבד במישור דיני המשפחה האזרחיים, וכפי שאותן אסכולות הלכתיות עושות כן לצורך בחינת הטלת חיוב או כפייה במישור הדין האישי. כאן וגם כאן אין מדובר ב"גט אזרחי" אלא בהכרה שהנישואין נגמרו דה פקטו, אף שלא היה גט ואפילו לא חיוב, מצווה או אף המלצה לתת גט. תפיסה זו עולה בקנה אחד גם עם מטרות דיני הנזיקין.

נקודת המבט הזו אולי לא תפתור את בעיית הגט המעושה, אך תאפשר להתקדם במסלול של קבלת תביעות נזיקין במקרים שבהם אין חיוב או פסק דין רבני בדרגה נמוכה יותר תוך הצבעה על בסיס תאורטי להתפתחות זו. עצם העובדה שאפשר לתבוע עיזבון סרבן או שאישה יכולה לתבוע את בעלה לאחר שכבר נתן לה את הגט, ואין כאן חשש לגט מעושה שכן התביעה מוגשת לאחר סיום קשר הנישואין הפוקע בגט או במוות, מעידה שקונסטרוקציה נזיקית טהורה אפשרית ונכונה, שכן מדובר באותה תביעה בדיוק, המוגשת בתזמון שונה.

ודוק: אין בכך משום קריאה להכיר באופן גורף בתביעות נזיקין בגין סרבנות גט במקרים שבהם בית הדין הרבני (עדיין) לא אמר את דברו. יש כאן הצעה מאוזנת שאינה חוסמת תביעות כאלה מלכתחילה ומאפשרת להתפתח במסגרת דיני הרשלנות, אך גם אינה מאפשרת הוכחת תביעות כאלה בנקל.

המתווה של קלברוי ומלמד יכול אפוא לסייע להבנת תמונת היחסים בין מערכות הדינים ובין הערכאות, ואולי אף לשמש כאב טיפוס לכללים חדשים המתאימים נקודתית לסוג מקרים ספציפי זה. עבירותן של הזכויות עלולה להיות מוגבלת בדיני משפחה יותר מאשר במערכות דינים אחרות, כגון בדיני המטרידים, בייחוד כשמדובר בזכויות הקשורות

לסטטוס אישי. עם זאת אפילו בענייני סטטוס ניהול משא ומתן למכירת זכויות של האחד לאחר הוא רלוונטי אף שבמבט ראשון היה אפשר לחשוב שאין זה התחום המתאים לכך, ושדווקא בו אין להעביר זכויות בשום פנים ואופן, גם עבור תמורה כספית נאה. קלברזי ומלמד מנסים לכנס יחדיו עניינים הנראים במבט ראשון נפרדים ומתחומים שונים – הסעד הראשי המגן על הקניין והסעד המשני המפצה בנוזיקין על הפגיעה בקניין – וסבורים שגישה כלכלית נכונה צריכה להביא לידי מסקנה כזו.²⁶⁸ האיחוד של ענייני משפחה ונוזיקין הנראים במבט ראשון נפרדים ומתחומים שונים נראה אולי מלכתחילה מלאכותי משהו, גם בראייה גלובלית וגם, ובייחוד, עקב אופן החלוקה בישראל בין הערכאות ובין הדינים, אך בחינת המתווה של קלברזי ומלמד לימדה אותנו גם שלא בכל תביעות הנוזיקין במסגרת המשפחתית עולה וצץ המאבק המוכר בין בית הדין הדתי (בדרך כלל הרבני) לבין בית המשפט לענייני משפחה, כפי שאולי היה אפשר לסבור. לעתים יש "שלום בית" בין הערכאות... במקצת התביעות אין כל אינטראקציה בין הערכאות ובין מערכות הדינים, כגון במקרי תביעות בגין אלימות או לשון הרע; לעתים קיימת אינטראקציה "חיובית" ואף מְפָּה, ולמעשה דרך עבודתה של מערכת דינים מסוימת ולעתים אף של ערכאה מסוימת משלימה את דרכה של רעותה, כגון במקרי תביעות בגין הפרת הסדרי ראייה או חטיפת ילדים. אם יצליח יישום כלל האחריות בדבר הבחירה וההכרעה בין צורות שונות להגנה על אותה זכות להביא לידי הבנה של המעורבים בדבר שקיים כאן מסד נזיקי-תאורטי, המקנה למהלכים הקיימים והעתידיים לגיטימיות משפטית מקצועית טהורה, החפה מגישות פוליטיות כאלה או אחרות – דיינו.