

על אחריותם בנוזיקין של סרבני־גט

מאת
יחיאל קפלן* ורון פרי**

תקציר

אלמונית ופלוני, יהודים תושבי ישראל, נישאים זה לזה על־פי דין תורה. מערכת היחסים עולה בשלב מסוים על שרטון, והאשה מבקשת להתגרש מן האיש. בית־דין רבני קובע כי האיש חייב לגרש את אשתו, אולם זה אינו שועה להחלטה. חוק בתי־דין רבניים (קיום פסקי דין של גירושין), התשנ"ה-1995, מאפשר לבית־הדין לנקוט נגד אותו אדם

* מדצה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה.

** מדצה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה.

המתבררים מבקשים להורות למשתתפי הסמינר המחלקתי באוניברסיטת חיפה על העדות מעוררות מחשבה, ולחברות מערכת עיוני משפט (איילת עוז (עורכת), עידן נצר, מיכל שדיג ונועה תבור) על עבודתן היסודית ועל העדותיהן החשובות והמועילות. מיומת המאמר, שהוצגה כתמצית בכנמ מדעי שנערך באוניברסיטת חיפה כאייד תשס"ד (מאי 2004), כבר זכתה באוהד בפסיקתם של בתי־המשפט. דאו, למשל: החלטתו של השופט שלמה אלבו מבית־המשפט לענייני משפחה בירושלים בבקשה למחיקה על הסף כתמ"ש (י"מ) 12130/03 א' נ' ח' (ניתן ביום 31.5.2004 - מדמ פורסמ); פסק־דין של השופמת גילי מימון מבית־המשפט לענייני משפחה בירושלים כתמ"ש (י"מ) 18551/00 ק.ס. נ' ק.מ., דיני משפחה (אוקטובר 2004) ב 654. לאחרונה ניתן פסק־דין של השופמ מנתמ הכהן בתמ"ש (י"מ) 19270/03 כ.ש. נ' ב.פ. (ניתן ביום 21.12.2004 - מדמ פורסמ) שבו קיבל בית־המשפט, לדאשונה בישראל, תביעת נוזיקין של מסורכת־גמ. פסק־הדין מצממ אוממ את מיומת המאמד פעמימ מספד, אך מניע למסקנות שונות מאלה שאנו מניעימ אליהן באן. מביוון שפמקי־הדין פורסמ רק לאחד שעריכת המאמד הושלמה, הומפנו התייחסות תמציתית וממוקדת לגרי המחלוקת במקומות המתאימימ. דאו במיוחד להלן הערות 17-18, 25, 294. ויתרנו לחלומין על הצנת מענות ביקורת החודגות מנבולות המיעון שהוצנ במאמד מלכתחילה. יודגש כי לגנר עיניהמ של השופמימ בכל ההחלטות הללו לא עמדה הנדסה האחרונה של המאמד, אלא אחת המיומות המאוחרות. בשל אילוצי זמן ומקום של בתבי־העת לא יכולנו להתייחמ - במסגרת חוכרת זו - לתגובתה של יפעת בימון. ביקודתנו המפורמת על רבדיה טובא באחת החוכרות הבאות. לפי שעה נציין רק בי התפיסה הרדיקלית־הכוחנית העומדת כבמימן של חלק ממענותיה עלולה להניב תוצאות הפובות לגמרי מאלה שהיא מתיימרת להגשימ, וככך נעוצה - לרעתנו - מכנה גדולה לעניינן של מסורכות־הגמ.

סנקציות שונות כדי להניעו לחזור בו מסירובו. אלא שחרף הסנקציות המוטלות עליו, ואולי אף בשל אי-נבונותו של בית-הדין לעשות שימוש בסמכויותיו לפי החוק, האיש עומד במריו. האשה אינה יכולה להינשא לאחר (או אפילו לחיות עמו אם בדצונה להינשא לו בבוא העת), ואינה יכולה ללדת ילדים לאחר מבלי שירבק בהם בתס הממורות. מסורבת-הגס לא דק בלואה בתוך מסגרת משפחתית בלתי-רצויה, אלא גם מנועה מהקמת מסגרת משפחתית חדשה. פוטנציאל הסבל עצום.

מסרתו של המאמר היא לברר אם מסורבת-הגס תוכל להיפרע את נוקה מן הסרבן, בשלב הראשון המאמר בוחן אם לבית-משפט אודחי יש סמכות עניינית לדון בתביעת נזיקין המוגשת נגד סרבן-הגס על-יסוד ההנחה שקיים פסק-דין של גירושין. עילות-תביעה פוטנציאליות נבחנות בשלב השני. בידי האשה יש לבאודה שלוש אפשרויות מבטיחות: תביעה על בסיס חוקתי, תביעה דשלנות ותביעה של הפרת חובה חקוקה. המאמר טוען כי אין להביד בעוולה חוקתית עצמאית; שאין מקום לתביעה של פרט אחד נגד פרט אחד בגין הפרת חובה חקוקה הנסמכת על הפרת הוראתו של חוק-יסוד; ושתביעה דשלנות המבוססת על פגיעה בזכות-יסוד אינה נבדלת למעשה מתביעה דשלנות מסורתית. לאחר-מכן המאמר מראה כי בפוף לסייגים אחרים, שמקודם דיני הגידושין העבריים, ניתן לזכות את האשה בפיוצי הן בעילת דשלנות והן בעילה של הפרת חובה חקוקה (הנסמכת על הוראת-חוק עונשית).

באמור, במסגרת הדיון באפשרות קיומה של עילת-התביעה ניתן משקל לדיני הגירושין העבריים. לאור השקפות-העולם של במה חבמי הלהב חשובים ולאוד המדיניות הנקושה בבתי-הדין הרבניים בישראל בנוגע ל"גט מעושה" ול"אונס ממון" בגירושין, ייתכן שגט שניתן לאחר פסיקת פיוצי בניזיקין לטובת האשה על-ידי ערבאה אורחית, או בשל חששו של האיש מפני תביעת נזיקין דאשונה או נוספת מטעם האשה בערבאה זו, ייחשב בעיני הדיינים בבתי-הדין הרבניים למעושה שלא בדין. ההתחשבות בעקרונות-היסוד של המשפט העברי בענייני גידושין נועדה איפוא להבטיח ששברה של האשה (פיוצי נזיקין) לא ייצא בהפסדה (אי-קבלת גט תקף). המאמר גודס כי יש להתאים את גבולות העוולה האורחית לעקרונות המשפט העברי: לא מפני שהתוצאה המתקבלת מהתאמה כזו היא התוצאה האידיאלית מנקודת-מבטה של אשה המבקשת להשתחרר מבבלי הנישואין או מנקודת-המבט החברתית, אלא משום שבמצב המשפטי הקיים ביוס בל "פתרון" אחד עלול לפגוע באינטרסים של מסורבת-הגס ושל הציבור החפץ בהפסקת סבלה יותר מאשר לקרמס. המאמר מבקש להציע את הפתרון המעשי הטוב ביותר לבעיה באובה במסגרת ההסדר התחיקתי המצוי, שבו יהודים בישראל אינם יכולים להינשא ולהתגרש אלא על-פי דין תורה, מבלי להבדיע במחלוקת האידיאולוגית הנוקבת בין המצדדים בשימורו של מצב זה לבין חסידי הרפורמה (בין היתר מביון שגם דעותינו שלנו חלוקות בסוגיה זו). בקבלת המגבלות שמקודן בדין הקיים בנקודת-מוצא לדיון, אין המאמר מתכוון להצדיקן בשם שאין הוא מבקש לבקרן, ואין לייחס לו בוונה בזו.

עיקר הקושי נעוץ במצב שבו האשה מעוניינת לקבל גט תקף ותובעת פיוצי נזיקין לפני שניתן לה גט כזה. בנסיבות אלה קיים חשש ממשי שהגט שיינתן בעקבות הלחץ הממוני ייחשב למעושה שלא בדין. עיצובה של זכות תביעה בניזיקין תוך התעלמות מוחלטת מעקרונות-היסוד של דיני הגידושין העבריים עלול להניב תוצאות חמורות

מנקודת-מבטה של האשה. לדוגמה: בית-דין דבני עשוי לדרוש ממנה למשוך את תביעת הנויקין בערכאה האזרחית בתנאי להמשך הדיון בתביעת הגידושין, לחייב אותה – לאתר מעשה – לוותר על חובו הפסוק של הסרבן או להשיב לו את הסכום שקיבלה בתנאי לסידור הגם, או – חמוד מכל – לסרב לסדר את הגם גם אם יאות האיש, בסופו של דבר, לתיתו.

המאמר מציע, בראש ובראשונה, שזכות התביעה נגד סרבן-הגם תותנה בקיומו של פסק-דין של גידושין שדרגתו הינה דרגת "בופין" או חיוב לגדש (שכן בנסיבות אחרות תבטל תביעת נויקין בגין "סרבנות" את האשה בהמשך הדרך). לגכי המקרים הבודדים שבהם ניתן פסק-דין בדרגת "בופין" אין צורך בהתאמות נוספות. באשר למקרים שבהם נפסק כי האיש חייב לגדש את אשתו, המאמר מציע שפיצויי הנויקין ישולמו למסורבת-הגם על-פי אמות-מידה המקובלות במשפט העברי ביחס למוזנות. החיוב לשלם פיצויי נויקין ייחשב בעיני המשפט העברי (אם כי לא מנקודת-המבט האזרחית) לחיוב בתשלום מוזנות, שהוא חיוב על-פי הדין הרתי. הלחץ הממוני ייחשב ל"בפייה בדרך בדרה", והגט שיינתן בעקבותיו לא יהא מעושה. ברם, האשה זכאית ממילא לתשלום מוזנות. מהי אם-כן הרבותא של תביעת הנויקין?

הרב יצחק הרצוג הכהיר שניתן לחייב את הסרבן בתשלום מוזנות "מוגדלים שאינם מופדזים", דהיינו מוזנות דגילים, בצירוף סכום בסף שאינו בבר מנשוא ("מהדם") בהתחשב באמצעים הפיננסיים של הסרבן, מביוון שתוספת בשיעור זה לחיוב המוזנות אפשרית על-פי ההלכה, אין היא פוגעת בתוקפו של הגט באשר הסכום הנוסף נפסק על-ידי בית-דין דבני. הרב משה פיינשטיין קבע בתזמנויות אחרות שבאשר בית-משפט אזרחי נוקט בדרך של חיוב האיש בתשלום מוזנות, ושיעור המוזנות שווה-ערך למה שהיה בית-דין דבני יכול לפסוק או גדול כמקצת משיעור זה, הגט שיינתן לאחר-מכן אינו מעושה שלא בדין. על-פי הקונסטרוקציה המוצעת במאמר – הנסמכת על פסיקותיהם של הרב הרצוג והרב פיינשטיין – יוכל בית-משפט אזרחי לפסוק פיצויי נויקין ששיעורם בשיעור הרביב העונשי במוזנות עונשיים (בלומד אותו סכום שהיה בית-דין דבני יכול להוסיף למוזנות כך שיהיו מוגדלים אך לא מופדזים). ניתן לפסוק סכום אחד מצטבר בגין כל תקופת הסרבנות שקדמה לפסק-הדין ופיצויים עיתיים מאותו יום ועד למתן הגט. הואיל ועסקינן בנוקים לא-ממוניים, שאינם ניתנים לכימות מדויק, דיני הנויקין והתדופות יכולים לסבול את התאמת סכום הפיצוי לעקדונות אלה. על אחת כמה וכמה משום שבסווח האדוק, ההפדש בין מוזנות מוגדלים למוזנות דגילים יצטבר לסכום ניכר. הסלת אחריות בנויקין על הסרבן עשויה לתת מזוד (תלקי אומנם) לסבלה של מסורבת-הגם, ובה-בעת לתת לסרבן תמדיץ נוסף (שיתעצם בכל שינקפו הימים) לתת גס לאשה. הגט שיינתן בסופו של דבר יהא תקף, ובכך יוגשם רצונה הבסיסי של מסורבת-הגט.

מבוא

- א. הסמכות העניינית
- ב. תביעה על בסיס חוקתי
 1. המודלים האפשריים
 2. עוולה חוקתית עצמאית
 3. הגנה על זכויות חוקתיות באמצעות עוולות המסגרת
- ג. תביעת רשלנות
 1. חובת הזהירות
 - (א) המבחנים לקיום החובה
 - (ב) צפיות וקרבה
 - (ג) שיקולי מדיניות
 - (1) טיב הנוק
 - (2) תביעות בין בני-זוג
 - (3) החשש מפני גט מעושה
 - (אא) הצגת הבעיה
 - (בב) דרגות הכפייה בפסקי-דין של גירושין
 - (גג) ההבחנה בין כפייה ישירה ועקיפה
 - (דד) הטלת מזונות מוגדלים שאינם מופרזים אינה בגדר אונס ממון
 - (הה) כפייה באמצעות בית-משפט אזרחי
 - (וו) מדיניות ההלכה: פתרון מצוקתן של מסורבות-הגט
 - (4) קיומן של סנקציות חלופיות
 2. ההתרשלות (הפרת החובה)
 3. גרימת הנוק
- ד. תביעה בגין הפרת חובה חקוקה
 1. הגדרת תחום הדיון
 2. החובה החקוקה המוטלת על הבעל
 3. גבולות החובה החקוקה
 4. היעדר כוונה להוציא תרופה אזרחית

סיכום

מבוא

אלמונית ופלוגני, יהודים תושבי ישראל, נישאים זה לזה על-פי דין תורה. מערכת היחסים עולה בשלב מסוים על שרטון, והאשה מבקשת להתגרש מן האיש.¹ בית-דין רבני קובע כי האיש חייב לגרש את אשתו, אולם זה אינו שועה להתלטה. חוק בתי-דין רבניים

1 במאמר זה נשתמש לעיתים במלה "בעל" כדי לחאר את הגבר המצוי בקשר של נישואין (husband). למלה זו יש אומנם קונוטציה בעייתית (הרי אין לאדם בעלות בוולתו).

(קיום פסקי דין של גירושין), התשנ"ה-1995,² מאפשר לבית-הדין לנקוט נגד אותו אדם טנקציות שונות כדי להניעו לחזור בו מסירובו. אלא שחרף הסנקציות המוטלות עליו, ואולי אף בשל אי-נבונותו של בית-הדין לעשות שימוש בטמבויותיו לפי החוק בשל חששות הלבתיים, האיש עומד במריו. האשה אינה יכולה להינשא לאחד (או אפילו לחיות עמו אס ברצונה להינשא לו בבוא העת), ואינה יכולה ללדת ילדים לאחד מבלי שידבק בהם בתם הממזרות.

אף שמבחינה תיאורטית ניתן לדבר גם על "בעיית מסורב-הגט",³ נראה לנו כי הצמדתם של אלה בבפיפה אחת עם מטורבות-גט היתה עושה עוול גדול לאחרונות. שני טעמים לדבר. ראשית, סרבנות-גט מצד נשים גרירה בהרבה מסרבנות-גט מצד גברים. הפער העצום מבחינת השביחות יוצר, בשלעצמו, הבדל בחומרה. שנית, מצבו של מסורב-גט אינו חמור כזה של מטורבת-גט. מטורבת-גט שחיה חיי אשות עם גבר שאינו בעלה עוברת עברה שתוצאותיה חמורות במידה משמעותית מאלה הנובעות מהתנהגותו של מסורב-גט בדרך דומה: היא "אסורה לבעל ולבועל",⁴ וצאצאים שנולדים לה מן הקשר האטור הינם ממזרים (שאינם יבולים, על-פי ההלכה היהודית, להינשא ליהודים, פרט לממזרים אחרים או לגרים⁵). לעומת זאת, העובדה שמסורב-גט חי עם אשה אחרת אינה שוללת ממנו את האפשרות להינשא לה כעתיר, וילדיהם המשותפים לא ייחשבו לממזרים. יתר על-כן: במקרים המעטים שבהם האשה היא זו שמסרבת ליתן גט ניתן לפתור את בעייתו של האיש על-ידי מתן היתר נישואין,⁶ פתרון שאינו קיים ביחס למסורבות-גט. ניתן איפוא לסבס ולומר שמסורבת-הגט לא רק בלואה בתוך מסגרת משפחתית בלתי-רצויה, אלא גם מנועה מהקמת מסגרת משפחתית חדשה. פוטנציאל המבל עצום. האם תוכל האשה לתבוע מאישה פיצויי נויקין בגין הנוק שנגרס לה מחמת סרבנותו? שאלה זו נידונה לפני בתי-משפט אורחיים בצרפת כבר לפני יובל שנים, שם ניתנה לה - פעם אחר פעם - תשובה חיובית.⁷ זכות הראשונים על השימוש בתביעות נויקין נגד

אולם לא מצאנו מלה נרפת שהינה שוות-משמעות בבל הקשר, בכל הטיה ובכל תחביר (הגם שבהקשרים, בהטיות ובמבני משפט מסוימים ניתן להשתמש גם במילים אחרות, בגון "איש", "בן-זוג" וכיוצא כאלה). ראו את הגדרת המלה "בעל" במילונים הבאים: א' אבן-שושן המלון החדש - המהדורה המשלבת (ברך א, תש"ם) 183; ש' בהט ומ' מישוד מילון ההווה (תשנ"ה) 62; מילון ספיר (א' אבניאון עורך, ברך א, תשנ"ט) 293. 2 ס"ח 139 (להלן: חוק בתי-דין רבניים (קיום פסקי-דין של גירושין)).

3 לריון בהתניית הגט ברצון האשה ראו גם להלן פרק ג(ג)(3).

4 רמב"ם, גירושין י, ד.

5 ראו דברים בג, ג; רמב"ם, איסורי ביאה טו, ז, כא.

6 הסדר שאף הוכר על-ידי המחוקק בסייג לאחריות פלילית בגין עברת הפוליגמיה. ראו סעיף 179 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, ס"ח 226 (להלן: חוק העונשין).

7 Trib. civ. Metz (27.4.1955), J.C.P. 1960.II.11632; Trib. civ. Seine (22.2.1957), Gaz.Pal. 1957.1.246, J.C.P. 1957.II.9892; Trib. civ. Grenoble (7.5.1958), Gaz.Pal. 1958.2.98, J.C.P. 1960.II.11632; Paris (4.2.1959), J.C.P. 1960.II.11632 (החלטות הטריבוונל האורחי במץ, הטריבוונל האורחי בגרנובל

סרבנייגט נתונה איפוא בידיהם של פרקליטים צרפתיים אלמוניים, שהלקם הלכו בוודאי לעולמם. אלא שהדין בצרפת, לפחות בהקשר זה, שונה מן הדין הישראלי. לא רק שלעקרון האחריות הבללי הקבוע בסעיף 1382 לקוד האזרחי הצרפתי, שעליו נשענו התביעות הנושנות, אין אף ורע במשפט הישראלי מבחינת היקף תחולתו המושגית,⁸ אלא שמערכת השיקולים שבתי-המשפט מתווים על-פיהם את גבולות האחריות בנויקין אינה זהה ואינה יכולה להיות זהה בשתי השיטות. שיקולים שמקודם ביחסי-הגומלין בין עקרון האחריות האזרחית לבין עקרונות ובללים משפטיים אחרים אינם יכולים להיות שווים בשתי השיטות מביוון שהעקרונות והבללים המקובלים בבל אחת מהן (הן במסגרת דיני הנויקין והן בענפי משפט רלוונטיים אחרים) שונים. הבדל חשוב בין שתי השיטות נעוץ בכך שהמחוקק בישראל החיל על נישואין וגידושין של יהודים את הדין העברי ואת השיפוט הרבני בעוד שמשפט ושיפוט אודחיים חילוניים חלים על נישואין וגידושין בצרפת⁹ (וממילא נוהגת הפרדה בין דת ומדינה¹⁰). ואת ועוד: בישראל, שלא כמו בצרפת, בתי-המשפט שוקלים גם שיקולי מדיניות לבד-משפטיים, אשר בתי-המשפט הצרפתיים מנועים מלשקול.¹¹ ואולי חשוב מבל: יש להניח שבתי-המשפט בצרפת לא היו מודעים בלל לבעייתיות שעלולה להתעורר בעקבות פסיקתם (שעליה נעמוד להלן). פתרון אנליטי שלם אינו יכול להתעלם מבעייתיות זו.¹² על-כן אין זה מן ההבדל שהתשובה שתינתן

- והטריבונל האזרחי בפריס נזכרו יחדיו בכרך של שנת 1960 של ה-J.C.P. ודאו גם פסק-דינו של בית-המשפט לקסציה באותו עניין: Cass. civ. 2e (13.12.1972), D.S. 1973.Jur.493. למעשה, תביעות נויקין נגד סרבנייגט הוגשו כבר במחצית השנייה של המאה התשע-עשרה ובדאשית המאה העשדים כמושבות הצרפתיות בצפון-אפריקה. דאו: H.P. Glenn "Where Heavens Meet: The Compelling of Religious Divorces" 28 *Am. J. Comp. L.* (1980) 1, 32
- 8 עולת הרשלנות, שהיא עקרון האחריות המקיף והרחב ביותר בחוק הישראלי, בוללת מרביב שאינו קיים בסעיף 1382 לקוד האזרחי הצרפתי (הרכיב של חובת ההירדות).
- 9 ראו במיוחד: C. civ. §§74-75, 229-245. לפני המהפכה הצרפתית נידונו ענייני מעמד אישי במסגרת המשפט והשיפוט הדתיים (בדומה למצב הנוהג ביום בישראל). דאו: Glenn, *supra* note 7, at p. 7 והאסמכתות המובאות שם.
- 10 Loi de 9 décembre 1905, D. 1906.4.1; Const. Fr. art. 2
- 11 ראו, למשל: E.K. Banakas "Tender is the Night: Economic Loss – the Issues" 17 *Civil Liability for Pure Economic Loss* (1996) 1, 17. והשוו: I. Kant *Metaphysical Elements of Justice* (John Ladd trs., 2nd ed., 1999) xxxii: "...in Roman or Civil law systems... the judges' role is simply to apply the decrees that are given to them and their role is reduced to that of bureaucratic functionaries"
- 12 קושי דומה מעורר גם פסק-דינו של בית-המשפט העליון של הולנד המכיר בזכותה של מסודבת-גט לפיצויי נויקין (NJ 1982 No. 489). פסק-הדין נזכר אצל: M.B. Cohen "The Right to a Get in Dutch Law" 32 *Bulletin, International Association of Jewish Lawyers and Jurists* (1983-1984) 10. הוא הדין בהצעות שהועלו מזמן לזמן בספרות האמריקאית להטלת אחריות על סרבני-הגט (ראו להלן הערה 115).

לשאלת אחריותם של סרבניגט בדין הישראלי תהא זהה לתשובה שניתנה לה בדין הצרפתי.

עד לבתיבתן של שורות אלה לא נידונו בישראל - לגוף העניין - תביעות נויקין של מסורכותגט נגד בני-זוגן. אמת, בשני מקרים דחה בית-המשפט לענייני משפחה בירושלים בקשה למתיקה על הסף של תביעה מסוג זה,¹³ אולם נראה לנו, בכל הכבוד, כי בשתי ההחלטות נפלה סעות מושגית. על כך נרחיב את הדיבור בהמשך. מסרתו של מאמד זה היא לכרר - באופן יסודי ושיסתי - אס מסורכת-הגט תוכל להיפרע את נוקה בעילת-נויקין מוברת. בשלב הראשון נברר אס לבית-משפט אורחי יש סמכות עניינית לדון בתביעה נויקין המוגשת נגד סרבן-הגט על-יסוד ההנחה שקיים פסק-דין של גירושין.¹⁴ בשלב השני ננסה לכדוק אס מסורכת-הגט יכולה לבסס עילת-תביעה בנויקין נגד בני-זוגה הסרבן. לאחר בחינה שיסית של העוולות הפרסיקולריות בפקודת הנויקין ומחוץ לה, הגענו לבלל מסקנה כי אין באף אחת מהן כדי להועיל לאשה שבן-זוגה חויב לתת לה גס אך מסרב לעשות בן.¹⁵ בידי אשה בזו ישנן, לבאורה, שלוש אפשרויות מבסיחות: תביעה על בסיס חוקתי, תביעה רשלנות ותביעה של הפרת חובה תקוקה. במאמר זה נטען כי אין להביר בעוולה חוקתית עצמאית; שאין מקום לתביעה של פרט אחד נגד פרס אחר בגין הפרת חובה חקוקה הנסמכת על הפרת הוראתו של חוק-יסוד; ושתביעה רשלנות המבוססת על פגיעה בזכות-יסוד אינה נבדלת למעשה מתביעה רשלנות מסודתית. לאחר-מבן ננסה להראות כי בפוף לסייגיס מספר שמקורס בדיני הגירושין העבריים, ניתן לזכות את האשה בפיצוי הן בעילת רשלנות והן בעילה של הפרת חובה חקוקה (הנסמכת על הוראת-חוק עונשית).

במסגרת הדיון באפשרות קיומה של עילת-התביעה יינתן משקל לדיני הגירושין העבריים. לאור השקפות-העולם של במה חבמי הלבח חשובים ולאור המדיניות הנקוסה בכת-יהדין הרבניים בישראל בנוגע ל"גט מעושה" ול"אונס ממון" בגירושין, ייתכן שגס שניתן לאחר פסיקת פיצוי בנויקין לסוכת האשה על-ידי ערבאה אורחית, או בשל חששו

13 ראו תמ"ש (י"ם) 3950/00 פלונית נ' אלמוני, דינים משפחה (אוקסובר 2004) א 662; בש"א 54233/01, תמ"ש (י"ם) 9101/00 פלוני נ' אלמונית (ניתן ביום 3.2.02 - סרס פורסם).

14 אס האיש אינו חייב לגרש את אשתו, דהיינו עומדת לו התירות שלא ליתן גס, נשמסת חקוקע מתחת לכל תביעה בנויקין בגין אי-מתן גס; והיות שענייני הגירושין (ובכללם החיוב לתת גס) מסורים על-פי חוק לסמכותו הייחודית של בית-הדין הרבני, לא ניתן לבסס עילת-תביעה בנויקין על סירוב לתת גס בהיעדר פסק-דין של גירושין שניתן על-ידי ערבאה מוסמכת.

15 בשתי ההחלטות שצויינו לעיל נאמד כי בכתבי הסענות של התובעות נזכרה גס העילה של כליאת-שוא. עילה זו בוודאי אינה מתאימה לעניין, שכן היא עוסקת בשלילת חירות במובן הצר, דהיינו בכליאה פיזית. ראו ד' קרצמר תקיפה וכליאת שווא (ג' סרסקי עורך, תשמ"ה) 47-48. יתר על כן, העוולה עוסקת בשלילת החירות באמצעים פיזיים, שם, בע' 54-55.

של האיש מפני תביעת נזיקין ראשונה או נוספת מטעם האשה בערבה זו, ייחשב בעיני הרבנים בבתי-הדין הרבניים למעושה שלא ברין. אם געניק לאשה זכות תביעה בנוזיקין תוך התעלמות מחשש זה, עלול שברדה לצאת בהפסדה. איננו טוענים שהפעלת לחץ על הסדרן בדי להמריצו להסכים לתת גט תהא בכל מקרה ומקרה המטרה היחידה (או אפילו העיקרית) של האשה המגישה את התביעה; בדי, הטלת אחריות אורחית הינה – בלי ספק – סנקציה ממונית (על כך אין חולק בין התיאורטיקאים של דיני הנזיקין),¹⁶ ובבזו היא עלולה לסבן את תוקפו של הגט מנקודת-המבט של המשפט העברי בלי קשר לבוונתה המדויקת של התובעת.¹⁷ על-בן לא ניתן, לדעתנו, לקבוע את גבולות אחריותו בנוזיקין של סרבן-הגט בהתעלם מעקרונות-היסוד של המשפט העברי בענייני גירושין.¹⁸

- 16 דאו, למשל: P. Cane "Retribution, Proportionality, and Moral Luck in Tort Law" *The Law of Obligations* (P. Cane & J. Stapleton eds., 1998) 141. גם אלה הסוכרים שמסרתם של דיני הנזיקין היא לפצות ניוזקים או לתקן עוולות שנוצרו כאינטראקציות כילטרליות (או כל מטרה אחרת שאינה defendant-oriented) יסבימו שעצם הטלת האחריות על הסיק הינה טנקציה ממונית. לא ניתן להתעלם ממאפיין זה של האחריות האורחית, וגם הדגשת מאפייניה האחרים של האחריות אינה יכולה להעלימו.
- 17 אי לכך, טענתו של השופט הכהן כתמ"ש (י"ם) 19270/03 כ.ש. נ' כ.פ. (ניתן כיום 21.12.2004 – טרם פורסם), כפסקות 4, 20 לפסקי-הדין, בי "כמטגרת התכיעה שכפני, אין מדובר בקביעת סנקציה נוספת בנגד סרכן הגט, שתבליתה לזרו את מתן הגט... אלא אך ורק בהשלכות הישירות הנוכעות מאי מתן הגט, על זכות האשה לפיצויים נזקיים", נראית לנו בעייתית. גם אם המטרה הרשמית של התוכעת היא לזכות בפיצוי על נזקי עכר, לא ניתן להתעלם מן ההיכט העוגשי-ההדרתעי של הטלת אחריות על הנתבע. אנו מתחזקים בעמדתנו זו לנוכה ההודעות שמסרו כאות-בוות התובעת כאותו מקרה לכל אמצעי-התקשורת שעות ספורות לאחד מתן ההחלטה. דאו, למשל, ר' סיני וע' כרקת "תקדים: סרכן גט הויכ לפצות את אשתו כ"425 אלף שקלים" הארץ (22.12.2004). כאת-יכוח התוכעת אומרת שם: "הפטיקה... מעניקה לנשים קלף מיקוח השוכ במשא ומתן על גירושים... חשוב שכעלים ידעו מעכשיו שהם ישלמו על כל יום שהם מסרכים למלא פסק רין שמחייכ אותם לתת גט." רכדים דומים אמרה כאותו יום ממש כתוכנית האקטואליה "מהיום למחר" כערון הטלוויזיה הממלכתי.
- 18 כמובן זה אנו חולקים על עמדתו של השופט הכהן כתמ"ש (י"ם) 19270/03, שהתעלם מן החשש מפני גט סעושה בתואנה ש"לא לי לקבוע (הגם שהעליתי סוגיה זו כסהלך ישיכת קדם המשפט), האם כמידה והתכיעה המונחת בפני תתקכל, וכעקבות כך יתרצה הבעל וימטור לאשה הגט המיוחל, יהיה זה גט מעושה או לא", שם, כפטקה 4 לפסקי-הדין. לדעתנו, ודאי וודאי שבית-משפט הכא להטיל אחריות מכות עוולות המסגרת נדרש לשקול מה תהא התוצאה של הטלת האחריות, על אחת כמה וכמה כאשר עצם הטלתה עלול להסכ לתובעת נזק חמור. כית-משפט לענייני משפחה אינו מוסמך אומגם לקבוע אם הגט שיינתן יהא מעושה, אך הוא יכול להשתדל למנוע את עישוי הגט כדי לא להוסיף עוד מנת סכל למסכת ייסוריה של מסודכת-הגט.

אנו גורסים כי יש להתאים את גבולות העוולה האזרחית לעקרונות המשפט העברי; לא מפני ששנינו סבורים כי התוצאה המתקבלת מהתאמה כזו היא התוצאה האידיאלית מנקודת-מבט של אשה המבקשת להשתחרר מככלי הנישואין או מנקודת-המבט החברתית, אלא משום שכמצב המשפטי הקיים כיום כל "פתרון" אחד עלול לפגוע כאינטרסים של מסודרת-הגט ושל הציבור החפץ בהפסקת סבלה יותר מאשר לקדם. החוק החל כיהס לנישואין וגירושין של יהודים בישראל אינו מאפשר "גירושין אזרחיים" (בשם שאינו מאפשר נישואין אזרחיים), ולכן, אם כרצוננו להבטיח שהאשה תקבל בסופו של דבר גט תקף (שהדי זהו, כדרך-כלל, רצונה), איננו יכולים להכיר בזכות תביעה שתשולל ממנה גט בזה. יש הטוענים כי המצב התהיקתי בישראל אינו משיע-רצון. לכן, כפיית השיפוט של בית-הדין הרבני והדין העברי (לאור עקרונות האסכולה האורתודוקסית) על יהודים אזרחי המדינה או תושביה בענייני נישואין וגירושין מעוררת ויכוחים סוערים כזירה הציבורית-הפוליטית. אולם אנו מכקשים להדיר דגלינו מזירה זו, לא רק משום שדעותינו שלנו חלוקות בסוגיה האידיאולוגית, אלא גם וכעיקר מפני שאיננו סבורים כי הצגת המחלוקת ועיסוק בה עשויים לקדם את הדיון בענייננו. השאלה שאנו עוסקים בה כאן היא שאלת אהדיותו בנויקין של סדכן-הגט במסגרת המצב התהיקתי הקיים, שבו יהודים אינם יכולים להתגרש אלא על-פי דין תורה, בעוד המחלוקת הערכית נוגעת בשאלת ההכרה כמנגנון חלופי למיסוד קשרים זוגיים ולהתרתם במסגרת רפורמה חקיקתית.¹⁹ יתר על-כן: אפילו היה המחוקק מביד בנישואין אזרחיים, קשה להאמין שהוא היה מאפשר התרה "אזרחית" של נישואין דתיים שנערכו לפני ההכרה בנישואין אזרחיים או - מתוך בחירה - לאחד ההכרה בנישואין כאלה.²⁰ ודאי שלא היה יכול לשים קץ

19 איננו מפחיתים, חלילה, מחשיבותו של הוויכוח הערכי, אלא מבקשים להותירו ביד אחרות ואחרים. ודוק: גם רפורמה חקיקתית שתכיר בנישואין אזרחיים לא תפתור לחלוטין את הבעיה הנדרונה במאמר זה לגבי נשים שיבחרו להינשא בשיטה המסורתית.

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

לתוצאות של התרת קשר נישואין בניגוד להוראות הרין הרתי מנקודת-המבט של הרין הדתי עצמו (למשל, ילדי אשה שלא קיבלה גט כרין מאדם שאינו כעלה הינם ממזרים). כנסיכות אלה היה רין תורה ממשיך לחול על הליך הגירושין של יהודים שנישאו ברת משה וישראל, ותכיעות נזיקין של מסורכות-גט היו מעוררות אותם קשיים, שעליהם נעמוד להלן. על כל פנים, בפי שהסברנו והרגשנו, מאמר זה נועד לכחון את סוגיית אחריותו של סרכן-הגט כמסגרת המשטר המשפטי הקיים.²¹ אנו סבורים שאין זה ראוי להשלוח את מסורבות-הגט ברכר קיומן הממשי של תרופות אוטופיות.

עיקר הקושי נעוץ במצב שבו האשה מעוניינת לקבל גט תקף ותוכעת פיצויי נזיקין לפני שניתן לה גט בזה. כפי שהסברנו, בנסיכות אלה קיים חשש ממשי שהגט שיינתן כעקבות הלחץ הממוני ייחשב למעושה שלא כרין.²² עם זאת, בית-דין רבני יכול להפעיל כנסיכות מסוימות סנקציות נגד סרכן-גט, ואלה אינן פוגעות כתוקף הגט. סנקציות נגד סרכן-גט מופעלות כמשפט העברי רק כאשר דרגת פסק-הרין של גירושין היא "כופין" לגרש או חיוב לגרש. על-בן אנו מציעים שכמצב המתואר לעיל ייפסקו פיצויי נזיקין רק כאשר ניתן פסק-דין של גירושין של בית-דין רבני ודרגת פסק-הרין היא "כופין" או חיוב לגרש, ולא דרגות נמוכות יותר ("מצווה" או "המלצה"). כדרגת "כופין" ניתן להטיל על הסרכן כל סנקציה (לרבות אחריות כנזיקין), והטלת הסנקציה אינה פוגעת בתוקף הגט. כדרגת חיוב ניתן לחייב את הסרכן כתשלום כסף שהוא חייב ממילא לשלמו על-פי רין, ואם כתוצאה מחיובו בתשלום סכום זה, כגון תשלום רמי הכתובה או תשלום מזונות לאשתו, הוא מסכים לתת גט לאשתו – הגט תקף. דרך כפייה זו קרויה לעיתים "כפייה כדרך ברה". כאשר בית-דין רבני נוקט בדרך כפייה זו, בנסיכות המתאימות, אין כל קושי באשר לתוקף הגט. הרכ משה פיינשטיין חידש שכאשר כית-משפט אזרחי נוקט בדרך של חיוב האיש בתשלום מזונות, ושיעור המזונות שווה-ערך למה שהיה כית-דין רבני יכול לפסוק או גרול כמקצת משיעור זה, הגט שיינתן לאחר-מבן אינו מעושה שלא כרין. העיקרון חל כיחס למזונות (הנפסקים מכוח חיוב שכרין). ער עתה לא נעשה כו שימוש לביסוס זכות תביעה כנזיקין כערכאה אזרחית.

כדי להסיר את החשש מפני גט מעושה, אנו מציעים שבמקרה של חיוב לתת גט ישולמו פיצויי הנזיקין למסורכת-הגט על-פי אמות-מידה המקובלות במשפט העברי כיחס למזונות.²³ החיוב לשלם פיצויי נזיקין ייחשב כעיני המשפט העברי (אם כי לא מנקודת-

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

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

23 מביוון שהפתרון המוצע מושתת על תשלומי מזונות, וחיוב המזונות מוטל על האיש בלפי האשה, ולא על האשה בלפי האיש, אין בבוחו לסייע למסורב-גט. אולם בפי שהסברנו לעיל, תופעת מסורב-הגט שביחה פחות, ומצוקתם של מסורב-גט חמורה פחות מזו של מסורבות-גט.

המבט האזרחי) לחיוב בתשלום מזונות, שהוא חיוב על-פי הדין הרתי. הבפייה תהיה "בפייה בדרך ברה", והנט שיינתן בעקבותיה לא יהא מעושה. מהי אם-כן הרבותא של תביעת הנויקין? הרב הרצונ הבהיר שניתן לחייב את הסרבן בתשלום מזונות "מוגדלים שאינם מופרזים", דהיינו מזונות רגילים, בצירוף סכום בסף שאינו בבר מנשוא ("מהרס") כהתחשב באמצעים הפיננסיים של הסרבן. במילים אחרות: פסיקה של מזונות נבוהים מן המזונות שהיה בית-דין רבני פוסק בדרך-כלל לאוד נסיבות העניין הדלוונטיות בנוגע לקביעת היקף המזונות הינה מותרת, בל עוד הסכום הנפסק אינו "מופדז" בהשוואה למה שהיה בית-דין זה פוסק. מביוון שתוספת בשיעור זה לחיוב המזונות אפשרית על-פי ההלכה, אין היא פוגעת בתוקפו של הנט באשר הסכום הנוסף נפסק על-ידי בית-דין רבני. אם נוסף לכך את קביעתו של הרב משה פיינשטיין, פסיקת סכום דומה (או נדול יותר במעט) על-ידי ערבאה אזרחית לא תפגע אף היא בתוקף הנט. על-פי הקונסטרוקציה שאנו מציעים, יובל בית-משפט אזרחי לפסוק פיצויי נויקין ששיעורם בשיעור הרביב העונשי במזונות עונשיים (בלומר אותו סכום שניתן להוסיף למזונות כך שיהיו סוגדלים אך לא מופרזים לפי נישתו של הרב הרצונ).²⁴ ניתן לפסוק סכום אחד מצטבר בגין כל תקופת הסרבנות שקדמה לפסק-הדין ופיצויים עיתיים מאותו יום ועד למתן הגט. הואיל ועסקינן בנזקים לא-ממוניים, שאינם ניתנים לבימות מדויק, נדמה לנו כי דיני הנויקין והתרופות יכולים לסבול את התאמת סכום הפיצוי לעקרונות שהצגנו. על אחת במה ובמה משום שבטווח הארוך יצטבר ההפדש בין מזונות מוגדלים למזונות דגילים לסכום ניבר. הטלת אחריות בנויקין על הסרבן עשויה לתת מזוד (חלקי אומנם) לסבלה של מסורבת-נט, ובה-בעת לתת לסרבן תמדין נוסף (שיתעצם בבל שינקפו הימים) לתת נט לאשה. הנט שיינתן בסופו של דבר יהא תקף, ובכך יוגשם רצונה הבסיסי של מסורבת-הנט.²⁵

24 בבל הדרגות של פסק-דין של גירושין, כולל מצווה והמלצה, ואף באשר לא נפסק פסק-דין של גירושין, תובל האשה לתבוע בערבאח שיפוס מוסמכת מזונות המגיעים לה על-פי דין.

25 נראה לנו, בבל הבבור, כי הסכום שנפסק בתמ"ש (י"ס) 19270/03, לעיל הערה 17, אינו עומד במבחן שאנו מציעים באן. מדובר בפיצויים בסכום כולל של 425,000 ש"ח בגין תקופת סרבנות של חשעה-עשר חודשים וחצי (דהיינו: 21,800 ש"ח לכל חודש של סרבנות). מעבר לבעייתיות שעלולה להתעודר מנקודת-המבט של המשפס העברי, יצוין כי מדובר בסכום חריג מנקודת-המבט של דיני הנויקין. סכום זה עולה בסידה ניבדת על הסבומים שמקובל לפוסקס בגין נזקים נפשיים סהורים (דאו להלן הערה 189). אררבה: הוא דומה, מבחינת סדר-הגורל, לסבומים הנפסקים בגין באב וסבל לאנשים הסובלים מפגיעות גופניות קשות ומייסרות למשך כל ימי חייהם. דאו, לסשל, ת"א (חי) 1058/94 מלול נ' בית חוליס "ברמל" חיפה, תק"מח (דצמבר 2004) 2002 (2) 12797, בפסקה נד לפסק-הדין. באותו סקרה פסק בית-המשפס סכום של 500,000 ש"ח בגין באב וסבל לילדה שסבלה מקווארדיפלגיה ספססית קשה ופיגור שכלי בינוני עד חמור למשך כל חייה מחמת דשלנות רפואית. בין היתר נטען שס כי החובעת לא תובל - בשל מוגבלותה - להקים משפחה וליהנות מחייה.

אנו מבקשים להדגיש בכך בשלב זה כי אין בכוונתנו לפסוק הלבנה. אנו מציעים פתרון שעשוי, לדעתנו, לסייע להקלת מצוקתן של מסורבות־גט מתוך מודעות לבך שבתחום זה קיימות מחלוקות בין פוסקי ההלכה וישנן דעות לקולא ולחומרה. על־מנת למנוע תקלה ועוגמת־נפש מן האשה בדיון בבית־הדין הרבני, יחיאל קפלן סבור כי רצוי שהטלת המגבלות האמורות על זכות התביעה בנויקין תיעשה באמצעות חיקוק מיוחד, שתכליתו הסרת חשש מפני פגיעה אפשרית בתוקף הגט, ושתבניו המדויקים ייקבעו בהידברות שיהיו שותפים לה, בין היתר, נציגות של מסורבות־גט (בעבר ובהווה), רבנים ודיינים. חיקוק זה ינחה את שופטי בית־המשפט האזרחי בבואם לפסוק פיצויי נויקין לטובת מסורבות־גט וימנע פסיקת סבומים מופרזים המסבנת את תוקף הגט שיינתן לאתר־מכן. רונן פרי סבור, לעומת זאת, כי לאחר הבהדת המגבלות הנדרשות להבטחת תוקפו של גט שבא לאחר תביעת נויקין, מעורבות הקיקתית אינה נחוצה ואינה ראויה.

א. הסמכות העניינית

סעיף 1 לחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), התשי"ג-1953,²⁶ קובע כי לבית־הדין הרבני סמכות ייחודית לדון בענייני נישואין וגירושין של יהודים אזרחי המדינה או תושביה. פירוש הדבר הוא שאם הנוק שנגרם לאשה מחמת אימתן הגט הוא מענייני הנישואין והגירושין, אין בית־משפט אזרחי מוסמך לדון בו. שלילת סמכותו של בית־המשפט האזרחי לדון בתביעת נויקין שעניינה סרבנות־גט מתבקשת, לבאודה, מפסק־הדין בע"א 401/66 מרום נ' מרום.²⁷ באותו מקרה נערך בין התובעת לנתבע הסכם גירושין שבו התחייב האחרון ליתן לתובעת גט והיא התחייבה לקבלו. במו־בן הוסדרו בהסכם ענייניהם הבסיסיים של בני־הזוג. לאחר שהאיש סירב לקיים את התחייבותו למתן גט, הגישה האשה לבית־המשפט המחוזי תביעה לפיצוי בגין הפרת החווה. בית־המשפט המחוזי קבע כי נושא התובענה הוא מענייני הנישואין והגירושין שהסמכות לגביהם מסורה באופן בלעדי לבית־הדין הרבני, זעדעורה של האשה לבית־המשפט העליון נדחה. במבט ראשון נראה איפוא כי נוק שנגרם לאשה מחמת סידובו של האיש לתת לה גט (דוגמת הנוק שנגרם בעניין מרום) הוא מענייני הנישואין והגירושין. ואם אלה הם פני הדברים, בית־משפט אזרחי אינו מוסמך לדון בתביעה מן הסוג שבו עסקינו, ובחינת קיומן של עילות־התביעה נעשית מיותרת.

אלא שלאחר בחינה נוספת ניתן לטעון שהמסקנה האמורה אינה מתחייבת מהלכת מרום. באותו עניין דן בית־המשפט העליון בהפרת הסכם גירושין שבלל התחייבות לתת גט. ניתן לטעון שמסקנתו העיקרית של בית־המשפט היתה כי "ההגיון מחייב שאפשרות לעדון הסכם גירושין, הדברים שאפשר לכלול בהסכם, חוקיותו, תקפותו ונפקותו תלויים בהוראות הדין האישי החל על נישואין וגירושין של הצדדים להסכם".²⁸ הסכמי גירושין

26 ס"ח 165 (להלן: חוק שיפוט בתי־דין רבניים).

27 פ"ד כא(1) 673 (להלן: עניין מרום).

28 שם, בע' 679.

צדיקים להיות נתונים לאותו בית-דין רתי שידון בתקפותם ונפקותם של אותם הסבמים לפי דינם האישי של הצדדים.²⁹ במילים אחרות: הלבת מדרום עוסקת אך ורק בתביעות המבוססות על הסבמי גירושין, ולא על תביעות אודחיות אחרות. הסבם גירושין בולל התחייבויות לחולל שינוי במעמד האישי של הצדדים (התחייבות לתת גט מצד האישי והתחייבות לקבל גט מצד האשה). שינוי בזה אינו יכול להתבצע אלא לפני בית-דין רבני ועל-פי דין תורה, ומבאן ששאלת תוקפן ונפקותן של ההתחייבויות האמורות חייבת לבוא לפני בית-דין רבני הרן לפי המשפט העברי. תביעתה של האשה בענייננו שונה מזו של גברת מדרום. בית-המשפט הרן בתביעה דנן אינו נדרש לקבוע אם מוטלת על האישי תובה בת-תוקף ליתן גט לאשתו אם לאו. הברעה בזו, אשר נדרשה בעניין מדרום, אבן אינה יכולה להתקבל ללא התחשבות בעקרונות הדין האישי של הצדדים. אולם במקרה שאנו עוסקים בו באן אין בה צורך. נקודת-המוצא שלנו היא שבית-הדין הרבני בבר הבריע בעניין, וקבע שקיימת עילת גירושין שבגינה האישי חייב לגדש את אשתו או "בופין" אותו לגרשה. על-בן אפשר לומר כי תביעת נויקין בגין הסבל שנגדם לאשה עקב אי-הציות של האישי לפסק-דינו של בית-הדין הרבני, להבריל מתביעה המבוססת על הסבם גירושין, אינה מענייני הגירושין.³⁰ כמו-כן, אף-על-פי שנוקה של האשה נגדם במסגרת הנישואין, לא ניתן להתייחס אליו באל אחד מענייני הנישואין, שהדי מושג אחרון זה מתייחס אך ורק לשאלות הקשורות לעצם קיומם של הנישואין ולתוצאות האישיות הנובעות מהם.³¹ הואיל ותביעתה של מסורבת-גט הינה תובענה אזרחית של האשה נגד בן-זוגה (או בן-זוגה לשעבר) שעילתה סבסוך בתוך המשפחה, הסמכות לדון בה מסורה לבית-משפט לענייני משפחה.³²

לחלופין ניתן לטעון שהלבת מדרום שוללת את סמכותו של בית-המשפט האזרחי ביתם לתביעות שקבלתן עלולה להשפיע על תוקפו של הגט בעיני ההלכה. בתווה הגירושין דהתם התחייב כל אחד מן הצדדים לפצות את הצד שבנגד במקרה של הפרה (לדבות הפרת החיוב ליתן גט או לקבלו). אביפתה של התחייבות זו, שיש בה משום הפעלת לחץ בלבלי על סרבן-גט, עלולה לגדום למתן גט שיהא מעושה שלא בדין. לבן נקבע שגם

29 שם, בע' 682. בית-המשפט הרגיש כי "ייתכן שהצדדים יוסיפו להסבם גם תנאים והוראות בעניינים כספיים שאינם ברובים מסבסם בגירושין, ושהצדדים גם לא ברבו זאת בהליכי הגירושין, והיה אם יתעורר סבסוך ממוני גירא בעקבות אותם תנאים והוראות, יהיה הרבר נתון לסמכותו של בית-המשפט האזרחי".

30 והשוו פ' שיפמן דיני המשפחה בישראל (ברך א, מהרורה שנייה, תשנ"ה) 36. לרבריו, המושג "ענייני גירושין" מתייחס ל"תקפם של גירושין שנערבו בעבר, ובתביעות לגירושין שיערבו בעתיד, לרבות אישור הסבם גירושין, או תביעות על יסוד הסבם שבוה".

31 שם, בע' 32-36.

32 דאו סעיפים 1 ו-3 לחוק בית המשפט לענייני משפחה, התשנ"ה-1995, ס"ח 393. הסמכות המקומית נתונה לבית-המשפט לענייני משפחה שמקום מגוריהם המשותף של בני-הזוג מצוי בתחום שיפוסו, ואם אין להם מקום מגורים משותף - מקום מגוריהם המשותף האחרון (תקנה 258גא) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984, ק"ת 2220.

התחייבות כזו היא מענייני הגידושין. ישען הטוען כי הואיל וקבלתה של תכיעת נזיקין מן הסוג הנידון באן מפעילה אף היא לחץ כלכלי על טרכן-גט, הדי שהיא מעודדת את החשש מפני גט מעושה, ועל-כן נכנסת לגדר ענייני הגידושין. אולט נדמה לנו שזו מטקנה מרחיקת-לכת. כהמשך ננסה להדאות, על-יסוד ניתוח עמדותיה של פושקי הלכה חשוכים, בי יש רגליים לסברה שזכות תכיעה כנזיקין המעוצבת תוך התחשכות כעקרונות המשפט העברי לא תעורר את החשש מפני גט מעושה. לכן, גם אם יש כחשש מפני גט מעושה שלא כדין כדי להצדיק זהירות מסוימת כהתוויית גכולותיה של עילת הנזיקין, אין זה מתקבל על הדעת לשלול כאופן גודף את סמכותו של בית-המשפט האודחי לדון בתכיעה המבוססת על עילה כזו כאשר אין כל ודאות, כלל ועיקר, שהגט שיינתן בעקבות התכיעה יהא מעושה שלא כדין.

ב. תביעה על בסיס חוקתי

1. המודלים האפשריים

חוקי-יסוד: בבור האדם וחירותו קובע כי "אין פוגעו... ככודו של אדם באדם הוא אדם", ושכל אדם זכאי להגנה על כבודו.³³ בבסיסו של "בבור האדם" כמושג משפטי אופדטיכי עומדת, על-פי המקובל, ההכרה בכך שהאדם הוא יצור חופשי, המפתח את גופו ודוחו על-פי רצונו.³⁴ סרכנות-גט פוגעת, בלי טפק, ביכולתה של אשה לממש את האוטונומיה שלה, ועל-כן גם בכבודה. יתר על-כן: מכיוון שטרכנות-גט מגבילה את יכולתה של האשה להקיש משפחה חדשה (להינשא ולהעמיד צאצאים), הדי שהיא פוגעת כזכותה לפרטיות.³⁵ השאלה היא אם הפגיעה בזכות הקצועה בחוקי-יסוד: כבוד האדם

33 ס"ח תשנ"ב 150, סעיפים 2 ו-4 בהתאמה (להלן: חוקי-יסוד: בבור האדם וחירותו).
 34 א' ברק "בבור האדם בזכות חוקתית" הפרקליט מא (תשנ"ד) 271, 276-281; א' ברק "זכויות אדם מוגנות: ההיקף וההגבלות" משפט וממשל א (תשנ"ג) 253, 259-261.
 35 וזאת בהנחה שתתקבל אצלנו הפרשנות האמריקאית למושג "פרטיות". דאו, למשל: *Skinner v. Oklahoma*, 316 U.S. 535, 541, 62 S.Ct. 1110, 1113 (1942): "[The right to have offspring is] one of the basic civil rights of man"; *Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438, 453, 92 S.Ct. 1029, 1038 (1972): "If the right of privacy means anything, it is the right of the individual, married or single, to be free from unwarranted governmental intrusion into matters so fundamentally affecting a person as the decision whether to bear or beget a child"; *Cleveland Board of Education v. LaFleur*, 414 U.S. 632, 639-640, 94 S.Ct. 791, 796: "freedom of personal choice in matters of marriage and family life is on of the liberties protected by the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment" (hereinafter: *LaFleur*).

והידותו צריכה להניב עילת-תביעה לטובת מסודרת-גט, נוסף לעילות המסודרות שבהן עסקנו בפרקים הקודמים. ניתן לשקול לבאורה שלושה מסלולים לפיצוי האשה על נזקה ה"חוקתי": (1) הבדה בעילת-תביעה חוקתית חדשה ("עוולה חוקתית") על-יסוד ההנחה בי *ubi ius, ibi remedium* (הסעד הולך אחר הזכות); (2) שימוש בעוולה של הפרת חובה חקוקה על-יסוד ההנחה שפגיעתו של האיש באוטונומיה של האשה (ובפרטיותה) היא הפרה של חובה המוטלת עליו על-פי חוק-היסוד; (3) שימוש בעוולת הדשלות על-יסוד ההנחה שהפגיעה בזכות-היסוד של התובעת היא התנהגות בלתי-סבירה. בפרק זה נראה כי שלוש החלופות מעוררות קשיים מושגיים ועיוניים בלתי-סבירים לסיטואציה הספציפית שבה עסקינן באן.

2. עוולה חוקתית עצמאית

בראשית המאמר הצבענו על כך שעד לבתיבתן של שודות אלה לא נידונו בישראל, לגוף העניין, תביעות נזיקין נגד סרבני-גט. עם זאת, בכמה הזדמנויות דחו שופטים של בית-המשפט לענייני משפחה בירושלים בקשות למחיקת תביעות באלה על הסף. הנימוק העיקרי לדחיית הבקשות עולה מדבריו של השופט בן ציון גדינברגר בתמ"ש (י"ס) 3950/00 פלונית נ' אלמוני א':³⁶

"למדות שב"ב התובעת אספה בסיבומיה טענות שונות באשר לעילות האפשריות העומדות לדשותה, בגון: הפרת חובה חקוקה, בליאת שווא, מניעת זכותה של האשה לנישואין ולילדים ועוד, לדעתי מתחברות הפגיעות השונות האלו לבדי יצירת עילת נזיקין אחת מרכזית, והיא הפגיעה באוטונומיה האישית של האשה הנגרמת ממניעת יכולתה לקבוע את המשך חייה בסוגיות המדכזות בחייה של בל אישה. את המסגרת למסקנתי ניתן למצוא באופן מקיף ומעמיק בדבריו של ב' השופט אור בע"א 2781/93 מיאטה עלי דעקה נ' בית החולים 'בדמל', חיפה."

עמדה זו אומצה גם על-ידי סגן נשיא בית-המשפט לענייני משפחה בירושלים, השופט פיליפ מדבוס, בתמ"ש (י"ס) 9101/00 פלוני נ' אלמונית.³⁷ מדובר למעשה בהבדה שיפוטית בעילה חוקתית עצמאית של פגיעה באוטונומיה. כאשר פלוני מונע מאלמונית את האפשרות לנהל את חייה בדצוונה, הוא פוגע בכך בזכותה (הדאשונית) לאוטונומיה, והפגיעה מקימה לה זכות (משנית) לפיצוי. הסעד הולך אחר הזכות. תיאוריה זו הינה, בלי ספק, שובת לב ועין, אולם נראה לנו, כי יש טעמים כבדי-משקל השוללים את תוקפה. הקושי הראשון שתפיסה זו מעוררת נוגע באתר העקדונות המבניים הבסיסיים והוותיקים ביותר בדיני הנזיקין הישראליים. פקודת הנזיקין מהווה, בידוע, "צילוס-מצב"

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

37 לעיל הערה 13, פסקה 8 להחלטה. יצוין כי לצד אימוץ נימוקו של השופט גדינברגר, שאינו מתיישב עם דין הנזיקין המצוי, הציע השופט מרכוס נימוקים נוספים - משכנעים יותר - לדחיית הבקשה למחיקה על הסף.

של דיני הנזיקין האנגליים בזמן חקיקתה (להוציא תיקונים מספר והתאמות). העוולות שנוולדו והתעצבו כאנגליה כפסיקתם של כתי-המשפט גקבעו אצלנו בדרכי חקיקה; וכעוד כתי-המשפט כאנגליה יכולים להרחיב את רשימת העוולות כפי שעשו מאות בשנים, יצר הצילום החקיקתי בישראל רשימה סגורה של עוולות שאין בלתן (אלא אם המחוקק עצמו פועל להרחבתה).³⁸ נראה איפוא כי תחת ההנחות המקובלות כיום אין יכולה להתקיים כמשפטנו עילת-תביעה עצמאית של "פגיעה באוטונומיה" או "פגיעה כזו-כזו" חוקתית". ההסתמכות על פסק-דינו של כתי-המשפט העליון כע"א 278/93 דעקה נ' כית-החולים "כרמל" חיפה³⁹ אינה יכולה להועיל, שכן באותו מקרה התייחס השופט אוד לפגיעה באוטונומיה באל דאש-נוק כתביעת רשלנות, ולא כאל עילת-תביעה עצמאית. סיבואו של דבר: עוולות הנזיקין נוצרות אך ורק מבוט הוראתו הברורה והמפורשת של המחוקק.⁴⁰ הפרת הוראתו של חוק-יסוד: בבוד האדם וחירותו לא הוגדרה מעולם ב"עוולה", ועל-כן אינה יכולה להיחשב לכוו.

מעכד לקושי הנוכע מכלל הרשימה הסגורה, דעתנו היא שהתייחסות לכל פגיעה של אדם בזכות חוקתית של זולתו באל עוולה אזרחית אינה עולה בקנה אחר עם התפיסה המקובלת של מושא הדגולציה החוקתית. "חוקה" נתפסת כמכשיר להגדרתן של רשויות שלטון ולהסדרת מערכת היחסים כינן לבין עצמן ובינן לבין האזרחים.⁴¹ על-כן, נקודת-

38 ע"א 153/54 וידר נ' הי"מ, פ"ד (2) 1246; ע"א 358/56 דגני נ' סולל בונה בע"מ, פ"ד (א) 871, 875; "דיני הנזיקים בארצנו קובצו בחוק חרות... ואם לא ימצא הנזיק בתוך החוק החדות 'בל יתר משפטית כדי לתלות בה פסק פיצויים' - המזיק יהא פסור"; ע"א 68/56 רבינוכיץ נ' מירלין, פ"ד (א) 1224, 1225; "גם 'זכות הפרסיות' לא יכלה לעמוד למערערת בעילת תביעה לפי המשפט הישראלי. אין לזכות מעין זו זכר ברשימת מעשי העוולה האזרחיים שבפקודת הנזיקים האזרחיים." (פסק-הדין ניתן לפני חקיקת חוק הגנת הפרסיות, התשמ"א-1981, ס"ח 128 (להלן: חוק הגנת הפרסיות)); ע"א 572/74 דריטמן נ' בנק המזרחי המאוחד בע"מ, פ"ד (2) 57; ע"א 732/80 אדנס נ' בית אל - זברון יעקב, פ"ד (2) 645, בפסקה 6 לפסק-דינו של הנשיא שמגר.

39 פ"ד (4) 526 (להלן: עניין דעקה).

40 ראו, לדוגמה, סעיף 13 לחוק למניעת מפגעים, התשב"א-1961, ס"ח 58; סעיף 7 לחוק איסור לשון הרע, התשב"ה-1965, ס"ח 240; סעיף 28 לחוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981, ס"ח 293; סעיף 4 לחוק הגנת הפרסיות; סעיף 15 לחוק הבנקאות (שירות ללקוח), התשמ"א-1981, ס"ח 258; סעיף 31 לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981, ס"ח 248; סעיף 38 לחוק התקשורת (בוק ושידורים), התשמ"ב-1982, ס"ח 218; סעיף 4(א) לחוק זכויות מבצעים ומשודרים, התשמ"ד-1984, ס"ח 157; סעיף 50 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988, ס"ח 128; סעיף 7 לחוק המחשבים, התשמ"ה-1995, ס"ח 366; סעיף 6 לחוק למניעת הסדרה מינית, התשמ"ח-1998, ס"ח 166; סעיף 39 לחוק פיקוח על מחירי מצדכים ושירותים, התשמ"ו-1996, ס"ח 192; סעיף 11 לחוק עוולות מסחריות, התשמ"ס-1999, ס"ח 146.

41 ראו, למשל, כי נויבדגר ממשל ופוליטיקה במדינת ישראל (יחידה 3: סוגיית החוקה

המוצא הטבעית היא שזכויות האזרח המוגדרות בחוקה הן זכויותיו בלפי המדינה ומוסדותיה. במילים אחרות: המדינה אינה רשאית לפגוע בזכויות הללו במישורין (על-ידי ביצוע מעשה שלטוני פוגעני) או בעקיפין (על-ידי התרת ביצועו של מעשה פוגעני על-ידי אודת אחר), אלא בהתאם להודאות החוקה עצמה (אצלנו - פסקת ההגבלה). הזכויות הנתונות לפדט נגד רשויות השלטון מטילות חובות קודלטיביות על רשויות השלטון בלפי הפרט. הן אינן מטילות חובה בלשהי על פרטים אחדים (בבובעם ה"פרטי").⁴² אבן, ubi ius, ibi remedium, אלא שבליט ius, ודאי וודאי שאין remedium.

ואומנם, בארצות-הברית, שם נולד והתפתח המושג "עוולה חוקתית", ברי לכל בי מדובר בעילת-תביעה נגד גודמי ממשל בגין הפרה של זכויות חוקתיות פדרליות (במיוחד באלה שמקורן בתיקון האדבעה-עשר לחוקת ארצות-הברית ובמגילת הזכויות), ולא עילת-תביעה של אורח אחד נגד זולתו.⁴³ תביעות בגין "עוולה חוקתית" מבוססות, ברוב המבדיע של המקרים, על "חוק זכויות האזרח הפדרלי",⁴⁴ המעניק לכל אודת שזכותו החוקתית נפגעה על-ידי אחת המדינות, רשויותיה או עובדיהן זכות לפיצוי על נזקו. מיעוטן מבוססות על הלבט *Bivens*,⁴⁵ שעניינה פגיעה בזכות חוקתית של האזרח על-ידי נושאי-משרה ברשויות פדרליות. בשני המקרים, העוולה החוקתית הינה עוולה שמתבצעת על-ידי דשות שלטוניות. גם היבורה של פדופסוד דפנה ברק-ארז על עוללות חוקתיות,⁴⁶ שנעשה בו ניסיון לבסס עילת-תביעה בגין פגיעה בזכות-ייסוד חוקתית, עוסק למעשה בהפרת זכויות-ייסוד על-ידי רשויות שלטוניות.⁴⁷ בפסיקה הישראלית טרם הובדעה שאלת

בישראל, תש"ן) 10: "תפקידה העיקרי של חוקה הוא... למנוע שימוש לרעה ככוח השלטון ולהכטיח שהרוכ כפדלמנט לא יוכל לפגוע כחירויות היסוד באמצעות חקיקה שרירותית."

42 השו"א' כרק "זכויות ארט מוגנות והמשפט הפרטי" ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי ('זמיר עורך, תשנ"ג) 163, 172-173. המחבר מציג את הטיעון שלפיו חוקה פורמלית נועדה - ככל הנוגע כזכויות-ארט - להגן על הפרט מפני השלטון, ואין זה מעניינה כלל לעטוק כזכותו של פרט כלפי פרט אחר. עט זאת, הוא עצמו אינו מקכל טיעון זה.

43 ראו, למשל: 1 *S.H. Nahmond et al. Constitutional Torts* (1995).

44 42 U.S.C. §1983 (2004): "Every person who, under color of any statute, ordinance, regulation, custom, or usage, of any State or Territory or the District of Columbia, subjects, or causes to be subjected, any citizen of the United States or other person within the jurisdiction thereof to the deprivation of any rights, privileges, or immunities secured by the Constitution and laws, shall be liable to the party injured in an action at law, suit in equity, or other proper proceeding for redress..."

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

46 ד' כרק-ארז עוללות תוקתיות - ההגנה הכטפית על הזכות התוקתית (תשנ"ד).

47 ועל כל פניט, המחכרת אינה טכורה שהמטלול של הכרה כעילת-תכיעה חוקתית עצמאית הינו רצוי.

קיומן או היעדרן של עוולות חוקתיות עצמאיות, אולם מאמרות אגב שונות עולה כי הדיון מתמקד רובו בבולו בפגיעה בזכויות יסוד על ידי דשויות שלטוניות, ולא על ידי פרטים.⁴⁸

הגבלת תחולתן של החוקות הקבועות בחוק היסוד: כבוד האדם וחירותו ליחסים שכן השלטון לפרט נתמכת, לדעתנו, גם על ידי לשונו המפורשת של חוק היסוד. סעיף 11 לחוק מודה ש"כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק יסוד זה",⁴⁹ ובכך מבהיר שהזכויות המוקנות בו והחובות המקבילות המוטלות מבוחו חיות אך ורק כתחום היחסים שכן השלטון לאורח. פרופסור כרק טוען מנגד כי להוראת סעיף 11 אין לייחס בוונה לייחד את תחולת ההוראות של חוק היסוד על רשויות, ושבכל מטרתה היא להתגבר על סעיף 42 לפקודת הפרשנות (נוסח חדש), שלפיה "אין חיקוק בא לגרוע מבל זכות של המדינה, או להסיל עליה חובה, אלא אם נאמר בו במפורש".⁵⁰ אינו מסבימים לפרשנות זו, שכן "אין מפרשים גורמה חוקתית על-חוקית על-פי כללי פדשנות הקבועים בגודמה נמוכה ממנה אשר בפופה לה עקרונית".⁵¹ כמילים אחרות: העקרונות הקבועים כחוקי יסוד אינם יכולים להיות מוגבלים מבחינת תחולתם על ידי הוראות חוק רגיל (אלא אם חוק היסוד מתיר זאת מפורשות). דעתנו היא איפוא שסעיף 11 נועד להכריז על המוכן מאליו: הזכויות הקבועות כחוק היסוד הן זכויותיו של האזרח בלפי השלטון; והוראה בדורה זו מסבלת כל ניסיון לפרש את הוראותיו האחרות של חוק היסוד באילו תחולתן דתכה יותר.⁵² העובדה שפסקת ההגבלה בחוק היסוד מופנית אל השלטון (שהרי הפרט אינו מסוגל לחוקק ואינו כעל סמבויות סטטוטוריות) תומכת אף היא במסקנה זו. בהקשר זה יצוין שבמדינות שכהן הורתכה תחולתן של זכויות היסוד החוקתיות ליחסים שבין פרטים, הדבר נעשה במפורש, ובכל מקרה – דוכר רק כזכויות מסוימות, ולא כהחלה גודפת.⁵³

- 48 ראו, למשל, ע"א 6296/00 קיבוץ מלכיה נ' מ"י (ניתן ביום 19.8.93 – סרס פורסום), בפסקה 11 לפסק דינו של הנשיא ברק; ע"פ 1767/94 יוסף נ' מ"י, פ"ד נג(1) 505, 518 – 519, מפי הנשיא ברק; ת"א (ת"א) 2524/00 פלונית נ' צברי (ניתן ביום 15.11.04 – סרס פורסום), בפסקה 40(ב) לפסק דינה של השופטת ברון (להלן: עניין צברי).
- 49 השוו סעיף 3 לחוק יסוד: חופש העיסוק, ס"ח התשנ"ד 90.
- 50 ברק, לעיל הערה 42, בע' 170, 207.
- 51 בג"צ 1255/94 בוק נ' שרת התקשורת, פ"ד מס(3) 661, 682.
- 52 ראו, למשל, ברק, לעיל הערה 42, בע' 170. ברק טוען שמעפיים 2-3 לחוק היסוד מנוסחים בלשון "אין פוגעים..." ולא "רשות שלמונית לא תפגע...", וכן שלפי סעיף 11 לחוק היסוד, מסרתו היא "להגן על כבוד האדם וחירותו", ולא "להגן על כבוד האדם וחירותו מפני פגיעה בירי רשות שלמונית". מכאן שחוק היסוד חל גם על היחסים בין פרטים. אולם דעתנו היא שסעיף 11 לחוק היסוד, לצד התפיסה המקובלת בדבר מושא הרגולציה החוקתית, שוללים פרשנות כזו.
- 53 ראו, למשל, שס, בע' 184 (מתייחס להחלת הזכות החוקתית לשוויון על היחסים בין פרטים במשפט ההודי).

לצר הנימוק הפורמלי והנימוק הלשוני לאי־החלתן של החובות המוטלות כחוקי־יסוד: כבוד האדם וחירותו על היחסים בין פרטים קיים גם נימוק מהותי. העוכרה שרשות שלטונית היא נאמן של הציבור והעוכרה שהיא מרבית בירה, בדרך־כלל, עוצמה רבה במידה ניכרת מזו של הפרט (מפאת שליטתה במשאבים בלבליים, סמכויות משפטיות, מנגנוני אכיפה, מידע וכו') תומכות בכך שהחובות המוטלות על הרשות ביחסיה עם האזרח יהיו רבות ורחבות יותר מאלה המוטלות על הפרט ביחסיו עם זולתו.⁵⁴ כמילים אחרות: לא דק שהרשות נושאת, מבוה תפקידה, באחריות ככרה מזו שכה הפרט נושא לרווחתם של הפרטים האחרים, אלא שבגין פערי הבוח, הסכנה הנשקפת ממנה לפרט גדולה כמירה ניכרת מזו הנשקפת לו מפרטים אחרים. לכן אין להטיל על פרטים חובות זהות כמהותן וכהיקפן לאלה המוטלות על המרינה ורשויותיה.

יטען הטוען כי הסכנה של פגיעה בזכויות־אדם קיימת גם מצד פרטים, ולא רק מצד רשויות, ועל־כן מבחינה מהותית, אין מנוס מהחלת ההוראות של חוק־היסוד גם על היחסים בין פרטים.⁵⁵ תשובתנו לטענה זו כפולה. ראשית, המשפט הפרטי ככד מנן בלאו הבי על זכויות־יסוד, בפי שנסביר ביתר פירוט להלן. לא זו אף זו: במקרים המתאימים הוא מאפשר לפרט שזכותו נפגעה לתבוע לא רק את הפרט שפגע בו, אלא גם את הרשות שהיתה אמורה למנוע את הפגיעה ולא עשתה כן.⁵⁶ אם חוקי־היסוד שינו את משקלם של האינטרסים השונים המוגנים כמסגרת החקיקה האזרחית, ניתן לבטא את השינויים הללו על־ידי פרשנות מחודשת של אותה חקיקה כרוח חוקי־היסוד. שנית, העוכרה שאינטרסים מסוימים עלולים להיפגע על־ידי גורמים שונים אין פירושה שכאשר נורמה מגינה על אותם אינטרסים מפני פגיעה כירי גורמים מסוים מסוים, יש להחילה גם על פגיעה בירי גורמים מסוגים אחרים כניגוד ללשונה המפורשת של הנורמה ולכוונה המסתכרת של יוצריה.

שיקול נוסף המונע הברה כ"עולה חוקתית" עצמאית נובע כיחסי־הגומלין בין המשפט החוקתי והמשפט הפרטי. ריני הנויקין המסורתיים מנינים על שורה של אינטרסים הנוכחים כחוקי־יסוד: בכוד האדם וחירותו. לרוגמה: הזכות לחיים ולשלמות הגוף מוננת באמצעות

54 קיומט של האגיד־ענק ופרטים בעלי עוצמה אינו טחליש את טיעונו, שכן בטופו של דבר, רוב בני הארט אינט תאגיר־ענק ופרטיט רבי־עוצמה, אלא פרטיט שעוצמתם נחוחה מזו של הרשוח. מבל מקוט ברור שאט אנו מעונייניט למנוע שימוש־לרעה־בבוה על־ידי תאגיר־ענק ופרטיט רבי־עוצמה, אין לעשות זאת על־ידי הטלת חובות זהות על כלל הפרטיט (שרובט, באמור, חלשים יחטית לרשות). לבסוף, תאגיר־ענק ופרטיט רבי־עוצמה אינס נושאים באחריות של נאמני־ציבור. המרינה ורשויותיה קיימות אך ורק לטובת הציבור ותועלתו, ולא לתועלתן הן, בעוד הפרט רשאי לפעול לטובתו שלו.

55 ברק, לעיל הערה 42, בע' 171.

56 ובן, למשל, בתי־המשפט בישראל נוטים להרחיב את אחריותה של המשטרה בגין אכיפה לקויה של החוק הגורמת לפגיעה בזכויות ארט. דאו ע"א 1678/01 מ"י נ' וייט, דיניט עליון (אוקטובר 2004) סח 37; ת"א (י"ם) 2555/00 רביב נ' מ"י (ניתן ביוט 20.9.04 – סרט פורטם).

עוולת התקיפה ועוולות המסגרת; החידות מוגנת באמצעות העוולות של בליאת-שוא ונגישה ועוולות המסגרת; קניינו של אדם מוגן באמצעות עוולות הסגת-הגבול, עוולת המטרד ליחיד, העוולות של שליחת-יד ועוולות המסגרת; הפרטיות באמצעות העוולה הקבועה בסעיף 4 לחוק הגנת הפרטיות, וכן הלאה. ההגנה על זכויות-היסוד בתוך דיני הנזיקין הקיימים היא פרי איזון עדין ומורכב בין זכויות מתנגשות ואינטרסים חברתיים. הברה בעוולות חוקתיות עצמאיות חדשות על-יסוד הוראות בלליות בחוק-היסוד פירושה עקיפה של האיזון שנוצר בתוך דיני הנזיקין עצמם.⁵⁷ יתר על-בן: מדובר בעקיפת איזונים קיימים מבלי שיש בנמצא קווים מנחים ליצירתם של איזונים חלופיים. דא עקא, הואיל והרחבת ההגנה על זכותו של האחד פירושה תמיד צמצום ההגנה על זכותו של האחר ו/או פגיעה כאינטרס ציבורי, איזונים כאמור הינם הברחיים.

3. הגנה על זכויות חוקתיות באמצעות עוולות המסגרת

לנובת הקשיים הרבים שהאפשרות להביר כעוולה חוקתית עצמאית (לפחות כעילת-תביעה בין פרטים) מעוררת, ניתן לבאורה לטעון לגיבושן של עוולות המסגרת המבוררות בגין הפגיעה בזכויות-היסוד החוקתיות של מסודרת-הגט: סרבנותו של האיש היא בגדר הפרת החובה החקוקה להימנע מפגיעה ככבודה ובפרטיותה של האשה,⁵⁸ ומהווה גם התנהגות בלתי-סבירה, המקימה אחידות בעוולת הרשלנות.⁵⁹ פתרונות אלה אינם יכולים להידחות על הסף על בסיס בלל הרשימה הסגורה, שכן הם מבוססים על עוולות קיימות הקבועות בחוק, ולא על יצירתן של עוולות חדשות ללא התערבות חקיקתית. יתר על-בן, אין בהם (לפחות במבט ראשון) משום עקיפה של האיזונים הקיימים בתוך דיני הנזיקין, אלא יישום שלהם. עם זאת, אם תתקבל עמדתנו כי החובות הקבועות בחוק-יסוד: בבור האדם וחירותו הן חובותיהן של הרשויות כלפי הפרטים, שאינן מוטלות על הפרטים עצמם, נשמטת הקרקע גם מתחת לרגליהם של הפתרונות המוצעים באן.⁶⁰ גם אם לא תתקבל עמדתנו העקרונית, נראה לנו כי פגיעה בזכות-אדם חוקתית אינה

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

58 לריון מפורט ביסודות העוולה ראו להלן פרק ר.

59 לריון מפורט ביסודות העוולה ראו להלן פרק ג.

60 נראה לנו כי גם כספרה החלוצי של פרופסור כרמל-אדון, לעיל הערה 46, כאה לידי כיטוי השקפה רומה לזו המוצגת כאן. ממבנה הטיעון של המחכרת, מן הנימוקים שהיא מציגה ומלשונה עולה ככירור שהצעתה להשתמש כעוולות של הפרת חוכה חקוקה ורשלנות כבסיס לתביעת פיצויים בגין פגיעה בזכות-יסוד מתייחסת אך ורק לפגיעה על-ידי רשות שלטונית, שם, בע' 190-193. המחברת בותכת, למשל: "הרשות חייבת לצפות את הנזקים הנוכעים מהפרתן של הזכויות המיוחדות המוטלות עליה כלפי הפרט". שם, כע' 192; "החוכה מושתתת על הזכויות החוקתיות, הזכויות שקיימות כמערכת היחסים שכן האזרח לרשותו". שם, כע' 193.

צריכה להקים וכות תכיעה כגין הפרת חובה תקוקה, לפחות בכל שמדובר ביחסים בין פרטים. התייחסות לחובה הקבועה בחוק היסוד כאל חובה תקוקה לצורך יישומה של עוולה זו משמעה שכל הפרה של חובה באמור תקים וכות תכיעה כנויקין גם אם היתה נחוצה לשם הבטחת זכות יסוד אחרת או אינטרס ציבורי חשוב. רשות שלסוגית שתוגש נגדה תכיעה בגין הפרת חובה תקוקה תובל, כאופן עקרוני, להתגונן כטענה שהפגיעה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה (רהיינו: נעשתה מבוה הסמבה מפורשת כחוק ההולם את ערבי המרינה, נועדה לתכלית דאוויה ואינה עולה על הנרש). לפרט שתוגש נגדו תכיעה בגין הפרת חובה תקוקה אין יכולה לעמוד טענת הגנה דומה, שכן פסקת ההגבלה חלה אך ורק על היחסים שכין הרשות לפרט. מכיוון שחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו מגן, לפי פירושו המקובל, על קשת רחבה של זכויות (חלקן מנויות, רובן בלתי-מנויות), ומפני שהוא מגן על כל אדם, תיהפך העוולה של הפרת חובה תקוקה, למעשה, לעיקרון כללי וגורף של אחריות מוחלטת בגין כל גרימה של נזק על-ידי פרטים. למהפכה בזה במשפט האזרחי ודאי וודאי שלא פיללה הרשות המבוגנת.⁶¹

לחלופין ניתן לטעון, בי החובה החקוקה שהפרתה מקימה את התכיעה בעוולה של הפרת חובה תקוקה אינה החובה להימנע מפגיעה בזכותו של הניזוק, אלא חובה שמקורה כ"איוון בין זכויות האדם לכין עצמן, ובינן לבין האינטרס הציבורי".⁶² כית-המשפט הוא שיקבע מה הן הזכויות הרלוונטיות, מה הם האינטרסים הציבוריים הרלוונטיים ומה הן נוסחות המיווג והאיוון, ועל בסיס כל אלה יקבע מהי החובה החקוקה. הצעה זו אינה מקובלת עלינו משום שהעוולה של הפרת חובה תקוקה אמורה לחול על הפרת חובות קונקרטיות שתובנן נקבע כחיקוק, ולא על הפרת חובות ערטילאיות שתובנן נקבע על-פי שיקול-דעתו המוחלט של בית-המשפט.

לעומת זאת, אם לא תתקבל עמדתנו כיחס לאי-תחולתן של החובות הקבועות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו על היחסים כין פרטים, נראה לנו שלא תהיה מגיעה להשתמש כעוולת הרשלנות במסגרת מושגית לתביעת נויקין בגין פגיעה בזכות יסוד חוקתית. המכנה הפנימי של עוולה זו מאפשר איוון בין זכויות ואינטרסים, ועל-בין לא ייווצר מצב שכו תוטל על פלוני אחריות כגין פגיעה בזכות יסוד של אחר תוך התעלמות מן העובדה שפגיעה זו נועדה לקדם זכות יסוד של התובע או של אדם שלישי או אינטרס ציבורי. נכון שפגיעה זו נועדה לקדם זכות יסוד של התובע או של אדם שלישי או אינטרס ציבורי. נכון שהאיוון יתבצע על-ידי כית-המשפט, אלא שהפעם הטסגרת המושגית הפורמלית מאפשרת זאת.⁶³ ורוק: כפרק הכא נרון כתכיעת הרשלנות של מסודכת-גט. איננו סבורים שצדכיכים לחול בדיוננו שם שינויים של ממש עקב ההברה בכך שזכותה של האשה להגשים את רצונה מוגנת על-ידי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, מביוון שטיעוננו מבוסס כלאו הבי

61 במובן זה איננו מסכימיים, בכל הכבוד, עט קביעתה של השופטת ברון בעניין צברי, לעיל הערה 48, בפסקה 46(ב) לפסק-הדין, כי פגיעה בזכות יסוד המוגנת על-ידי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו היא בגדר הפרת חובה תקוקה. באמור, המשמעות המעשית של קביעה בזה היא שעל כל פרט מוטלת אחריות מוחלטת כגין כל גרימה של נזק.

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

63 השוו שם, בע' 177, 195-197.

בלבולו על השאיפה להגן על זכויותיה של האשה במידה המרבית האפשרית במסגרת הדין הקיים.⁶⁴

ג. תביעת רשלנות

1. חובת הזהירות

(א) המבחנים לקיום החובה

עוולת הרשלנות מבוססת על ארבעה יסודות: קיומה של חובת זהירות, הפרת החובה (התרשלות), נזק וקשר סיבתי בין ההתרשלות לבין הנזק. מבחינת הסדר ההגיוני של הדברים, שאלת קיומה של חובת זהירות היא השאלה הראשונה שאנו נדרשים להשיב עליה. בהיעדר חובה – לא ניתן להפר את החובה, ובהיעדר הפרה של חובת זהירות – אין רשלנות. הגישה המקובלת בפסיקה היא ש"הקטגוריות של הרשלנות לעולם אינן סגורות, לעולם אינן נוקשות ולעולם אינן שוקטות על השמרים, אלא נקבעות הן בהתאם לתחושת המוסר והצדק החברתי והסוציאלי וצורכי החברה המשתנים",⁶⁵ באשר האמצעי העיקרי לוויסות היקף האחריות בעוולת הרשלנות הוא יסוד החובה. פלוני חב חובת זהירות "בלפי כל אדם... כל אימת שאדם סביר צריך היה באותן נסיבות לדאוג מראש שהם עלולים במהלכם הדגיל של דברים להיפגע" מהתרשלותו (סעיף 36 לפקודת הנוזיקין [נוסח חדש]⁶⁶). ויסות היקף האחריות נעשה על-יסוד ההנחה שלא כל מה שניתן – באופן פיזי ואובייקטיבי – לחזות, צריך – במצווה מוסרית וחברתית – לשים לב אליו;⁶⁷ והפקודה הרי נוקטת לשון "צריך".

על-פי ההלכה הפסוקה יש לבדוק תחילה אם היה הנתבע יכול לצפות שהתרשלותו תגרום נזק לתובע. הצפיות העובדתית מקימה חובת זהירות לבאורה. לאחר-מכן יש לבדוק אם ישנם שיקולי מדיניות המצדיקים את צמצום החובה או את שלילתה חרף יכולת הצפייה.⁶⁸ בחינתם של שיקולים אלה צריכה להיעשות בשני מישורים

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

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

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

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

68 ע"א 145/80 ועקנין נ' המועצה המקומית, בית שמש, פ"ד לו(1) 113, 123 (להלן: עניין ועקנין): "קיומה של חובת הזהירות המושגית נקבע על פי מבחן הצפיות. המבחן הוא האם אדם סביר צריך היה (ought) לצפות להתרחשות הנזק. לא כל נזק שניתן לצפותו צריך לצפותו... הצפיות הנורמטיבית – במקום שהצפיות הטכנית קיימת הלכה למעשה – באה להגביל את היקף האחריות. אמת הדבר, נקודת המוצא העקרונית היא, כי מקום שניתן לצפות נזק, כעניין טכני, קיימת חובת זהירות מושגית, אלא אם כן

נפרדים.⁶⁹ במישוד הראשון נבחנים שיקולים שמקורם בדיני הנויקין עצמם - המתמצים בעקרון ה"שכנות" או ה"קרבה". בית-המשפט לא יכיר בקיומה של חובת זהירות כאשר הצדדים "דחוקים" זה מזה. לעיתים השכנות נובעת באופן ישיר מן הצפיות. כך הדבר במקרים שבהם נגרם לתובע נזק פיזי עקב מעשהו הדשלני של הנתבע. אבל בנסיבות מסוימות, ובין היתר - כאשר הנזק הוא לא-ממוני טהור, אין לגזור קיומה של שכנות מקיומה של צפיות. אין זאת אומרת שאם מדובר בנזק לא-ממוני טהור לא תיקבע לעולם חובת זהירות, אלא שבמקרה בזה יידש עיון מדוקדק יותר בשאלת השכנות בין הצדדים. במישור השני נבחנים שיקולים החורגים מתחום דיני הנויקין. גם אם נקבע שקיימת צפיות טבנית ושהצדדים "שכנים", ייתכן שיהיו סיבות אחרות שבגינן יימנע בית-המשפט מלהכיד בקיומה של חובת זהירות. הבוונה היא לשיקולי מדיניות בלליים. אלה נובעים מן הקשר הקיים בין דיני הנויקין לדינים אחרים במשפט הפרטי והציבורי, ומן ההשקפה ברבר מקומם ותפקידם של דיני הנויקין בהכוונה נורמטיבית של התנהגות הפרטים והשלטון. סיכומו של דבר, רדושות שלוש אלה: ראשית, צפיות (טכנית-עובדתית); שנית, "שכנות" או "קרבה"; ושלישית, מסקנה שיפוטית בי הוגן, צודק וסביד שתוטל חובת זהירות נורמטיבית מבוט הרין.⁷⁰ להלן ננתח את שאלת קיומה של חובת זהירות של סרבניגט בלפי אשתו בהתאם לעקרונות אלה.

(ב) צפיות וקרבה

שאלת הצפיות אינה מעוררת קושי של ממש. אין ספק כי אדם שאשתו מבקשת לבטל את השותפות עמו ולהתחיל בחיים חרשים בלעדיו (עם או בלי אדם אחר) יכול לצפות שהימנעותו ממתן-גט לאחר שחויב לעשות כן תגרום לאשה סבל רב. בנקודה זו אי-אפשר להתעלם מן העובדה שהתנהגותו של הסרבן הינה זדונית לעיתים קרובות. קיומו של זדון מעיד - בדרך של קל וחומר - על קיומה של צפיות. מי שמתכוון לגרום נזק ופועל לשם מימוש כוונתו צופה בוודאי שהנזק המתוכנן ייגרם.⁷¹ אדרבה: המעוול הזדוני יכול לצפות

קיימים שיקולים של סריניות משפטית, השוללים את החובה. הלכה זו מאמצת למעשה את ההלכה שנקבעה באנגליה בעניין: *Anns v. Merton London Borough Council*, [1977] 2 All E.R. 492 [1978] A.C. 728.

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

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

71 היה ניתן לכאורה לחשוב כי גרימת נזק נפשי בודון עשויה להניב אחריות פלילית גם בלית הפרה של פסק-דין. ברם, אין בחוק העונשין עברה פלילית של גרימה זדונית של נזק נפשי, אלא אם הנזק נגרם לחסר-ישע או קסין (סעיפים 322-323, 368 לחוק), וגם אז נדרשים, על-פי רוב, ביסויים פיזיים לנזק (כגון פגיעה בריאותית). גרימה זדונית של

בריוק רב יחסית את זהותו של הגיזוק, את טיבו של הנזק, את תהליך התרחשותו ואת היקפו, הגם שצפיות בה מדויקת ממילא אינה נדרשת לצורך הברה בקיומה של חובת זהירות בעזולת הרשלנות. חשוב להעיר, עם זאת, כי לעיתים אין האיש מעוניין להתעמר באשה, אלא רווקא לנסות ליישב את ההרורים עמה. ברם, כאשר האשה מבהירה שאין היא חפצה בכך, גם המרבן ה"תמים" יכול לצפות שאם יתמיר במירובו, ייגרם סבל לאשתו. שאלת קיומה של קרבה מורכבת מעט יותר. למקרה רנן שני מאפיינים המונעים גזירה אוטומטית של שבנות מן הצפיות. ראשית, הנזק שנגרם לאשה אינו נזק פיזי (לפחות ברוב המבריע של המקרים).⁷² שנית, הנזק נגרם על-ידי מחלל, ולא על-ידי מעשה.⁷³ אי-לכך עלינו לבחון – על-פי נסיבותיה המיוחדות של הטיטואציה שבה אנו עוסקים – אם התקיימה בין התובעת לנתבע קרבה מספקת. "קרבה" (*proximity*) פירושה זיקה בין התובע לבין הנתבע בתביעת נזיקין העושה את הטלת האחריות צודקת ומכירה, ברומה ליריכות החוזית כתביעות חוזיות.⁷⁴ יש לפחות ארבעה סוגים של קרבה:⁷⁵ (א) קרבה פיזית (במונחים של זמן ומקום) בין גופו או דבושו של התובע לבין גופו או רכושו של הנתבע; (ב) קרבה נסיבתית, שמקורה במערכת יחסים מיוחדת בין הצדדים, בגון יחסי עובד-מעביד או בעל-מקצוע ולקוח; (ג) קרבה קאוזלית, כלומר קשר ישיר ומיירי בין המעשה או המחלל של הנתבע לבין נזקו של התובע; (ד) קרבה ניטלת (*assumed*), דהיינו: התחייבות מפורשת או משתמעת של הנתבע לנקוט זהירות על-מנת לא להזיק לתובע, או הסתמכות של התובע על זהירותו של הנתבע באשר האחרון ירע או היה צריך לרעת על הסתמכות זו. בענייננו מתקיימת קרבה נסיבתית, שבן קשר הנישואין הוא קשר יחיד ומיוחד. מרובר בקשר ממושך ועמוק יחסית, שהאינטראקציה בין השותפים לו אינטנסיבית ורבי-משורית. נוסף על כך ניתן לומר שמתקיימת באן קרבה קאוזלית, מכיוון שסבלה של

נזק נפשי טהור לכת-זוג אינה מהווה, כשהיא לעצמה, עכרה פלילית. החוק למניעת אלימות במשפחה, התשנ"א-1991, ס"ח 138, עוסק אומנם גם בהתעללות נפשית כבד או ככת-משפחה, אך אין כו קכיעה של איסורים או חיובים כלשהם, אלא אך ורק הסמכה למתן צווי הגנה במקרים של התעללות נפשית מתמשכת (סעיף 3(3) לחוק).

72 עניין לוי, לעיל הערה 69, כע' 67. בית-המשפט מסכיר שכאשר הנזק אינו פיזי, אין השכנות נובעת כאופן אוטומטי מן הצפיות. ההכחנה שהשופט שמגר מציג היא אומנם כין נזק פיזי לנזק כלכלי, אולם כין השורות ניתן לקרוא כי ההכחנה האמיתית היא בין נזקים פיזיים לנזקים שאינם פיזיים. נזקה של האשה עלול להגיע כרי נזק פיזי כמקרים שבהם הסכל הנפשי גורר שינוי לרעה כמצכה הבריאותי או הגופני.

73 שט, כע' 66, 67.

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

75 *Sutherland Shire Council v. Heyman* (1985) 60 A.L.R. 1, 55-56 (H.Ct. Aust.); CNR, *ibid.*, at pp. 368, 369, 371.

האשה הוא התוצאה הישירה והמיידית ביותר של התנהגותו של הסרבן. לבסוף, ניתן לטעון שמתקיימת בין הצדדים קדבה ניטלת, הואיל ובמסגרת קשר הנישואין האיש נוטל על עצמו התחייבות לכבד את אשתו ולא לצעד אותה, והתחייבות זו ממשיכה להתקיים עד לפקיעתם של הנישואין. מקוד החובה בתקנת חבמים, והיא נוכרת גם בנוסח הכתובה.⁷⁶ מסקנתנו היא איפוא שהצפיות והקרבה מתקיימות במקרה דנן. עתה עלינו לבדוק אם חרף קיומן המצטבר ניתן להצביע על שיקולי מדיניות המחייבים את צמצומה או את שלילתה של חובת הוהידות.

(ג) שיקולי מדיניות

(1) טיב הנזק

הנזק שנגרם למסורבת-נט הוא על-פי רוב נזק לא-ממוני טהור.⁷⁷ על טיבם המדויק של דאשי-הנזק שבניגם תדרוש האשה פיצוי נדחייב את הדיבור בהמשך. לעת עתה די לנו בהנדחתם הבללית כנוקים לא-ממוניים טהורים. אין ספק שנוקים באלה עונים על ההנדה הדחבה של המונח "נוק" שבסעיף 2 לפקודת הנויקין. "נוק" מוגדר שם כאובדן חיים, אובדן גבם, נוחות, דוחה נופנית או שם-טוב, או חיסור מהם, וכל אובדן או חיסור כיוצאים באלה; ובע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גודרון⁷⁸ נפסק כי הנדרה זו "בוללת את כל סוגי הנזק, בין פיסוי ובין שאינו פיסוי, בין ממוני ובין שאינו ממוני. ביסוד ההנדה עומדת המציאות המוחשית. היא משתדעת הן על נזק פיסוי, והן על נזק כספי; הן על פגיעה בתחושות נופניות ונוחות, שיש להן ביטוי פיסוי, והן על פגיעה בתחושות נופניות ונוחות שאין להן ביטוי פיסוי."⁷⁹ מן הבחינה הלשונית ניתן לטווג את הנזקים שאנו עוסקים בהם באן כהפסד של "נוחות" ו"דוחה גופנית", וניתן להכניסם גם תחת הכותרת הגנרית "כל אובדן או חיסור כיוצאים באלה". הבעיה שביקשנו לעורר אינה נוגעת בשאלת קיומו של נזק במובן המשפטי; היא נוגעת במירת הנכונות השיפוטית להכיר בחובת הוהידות המיועדת למנוע נזקים לא-ממוניים טהורים. במשך שנים דוחה בשיטות המשפט המקובל הרעה שאין אדם חב חובת הוהידות ביחס לנזקים שאינם פיזיים ואינם נובעים מנזקים

76 ההתחייבות נזכרת בשטר הכתובה: "אפלה ואוקיד ואיוון ואפדנס ואכלכל ואסובר ואכסה" [ההדגשה שלנו - "ק' וד' פ']. רוב ההתחייבויות בכתובה הן בעלות אופי ממוני, אולם מצויה ביניהן גם התחייבותו של האיש לנהוג באשתו בכבוד ולא להתעמר בה. בנוגע לחובה זו דאו בבא מציעא נט, א; יבמות סב, ב; נדדים נא, א; שבת נט, ב; בתובות סא, א; שם, סו, ב; שם, עז, א; גיטין ו, ב-ז, א; חולין פד, ב; גימקי יוסף, יבמות, סב ע"ב (בדפי הדי"ף: יט ע"ב); שולחן ערוך, חושן משפט רכח, ג; יד דמה, סנהדרין עז, ע"ב; רמב"ם, מתנות עניים ה, טו; רמב"ם, אישות טו, יס; תשובות הגאונים, שעדי צדק, חלק ד, שעד א, סימן יג.

77 אם כי מבחינה עקרונית ניתן לחשוב על מצבים שבהם אימתן הגט גודד גם נזקים ממוניים. דאו להלן פדק 33.

78 פ"ד לטו(1) 113 (להלן: עניין גודרון).

79 שם, בע' 139.

פייזים. בע"א 4/57 נד"ד נ' בהנוביץ⁸⁰ אנו מוצאים בי שלילת נוחות "ניתנת להימדד ולהיערך רק לפי התוצאות הפיסיות הכרוכות בה. אך באין תוצאות פיסיות אין נזק הניתן לפיצוי... [אין] להביר בזכותו של אדם לפיצוי נזקים בשל פחד וביוצא בו תחושות גופניות ודוחניות, שאינם מלווים פגיעה פיסית ממש".

שני צידוקים עיקריים עמדו ביסודה של התפיסה המסורתית.⁸¹ ראשית, היעדר הביטוי החיצוני של הנזק הלא-ממוני הטחור מעורר קשיי הערכה וכימות, מחד גיסא, ומגביר את החשש מפני תביעות בדויות ומנופחות, מאידך גיסא.⁸² קשר-הגומלין בין שתי התוצאות בולט לעין: אם נזק שקשה מאוד להעריכו ייחשב בר-תביעה, ייפתח הפתח להגשת תביעות מופרזות או בדויות; ותביעות הנחשדות בתביעות-כזב יעוררו בוודאי קשיי הערכה.⁸³ ברוח זו כתב השופט ש"ז חשין בעניין נד"ד: "זעזוע נפשי, בכל תחושה גופנית שאין רישומה ניכר, אינו ניתן לקביעה בדודה ולהערכה בממון, מפני האפשרות הנוחה הניתנת לו לאדם במסיבות רגילות להעמיד פנים ולהיראות כנפגע בנפשו."⁸⁴ בענייננו אפשר לטעון כי לא ניתן להעריך בממון את נזקה של מסורבת-גט הן משום שלא תמיד ניתן לזהות באופן חד-משמעי את עצם קיומו והן משום שנוקים מסוג זה אינם ניתנים בשום אופן למדידה של ממש. ברוח דומה ניתן לטעון כי לנוכח העובדה שהנזק העיקרי בתביעה המוגשת נגד סרבן-גט הוא נזק לא-ממוני סובייקטיבי, מסורבות-גט עלולות לטעון לקיומו של נזק שאינו קיים למעשה, או להפריזו בערכו של נזק שנגרם, על-מנת לשפר את מצבן הבספי או את עמדת המיקוח שלהן בסבסוך הגירושין. שנית, מעשה התרשלות אחד עשוי ליצור תגובת-שרשדת של נזקים לא-ממוניים טהורים. לדוגמה: אימתן גט לאשה פלונית גודם סבל לאותה אשה, אך הוא עלול לגרום סבל גם לילדיה, לאדם שמבקש לשאתה לאחר גירושיה, להוריו של אותו אדם, לבל מי שקרא או שמע על סבלה של מסורבת-הגט ועל הזלזול בשלטון-החוק, ובן הלאה ובן הלאה. ישנם כמה שיקולים בבדי-משקל התומכים בשלילת החובה מקום שבו ההברה בקיומה עלולה להביא לידי חיובו של המזיק הבודד בגין נזקים שמספרם לא רק גדול מאוד, אלא גם בלתי-ניתן לחיזוי מראש. עמדנו עליהם בהרחבה במקום אחר.⁸⁵

80 פ"ד יא(3) 1464, 1469 (להלן: עניין נד"ד).

81 לדיון ביקורתי בשיקולים השונים ששימשו את בתי-המשפט (האמריקאיים) לשלילת הפיצוי בגין נזקים נפשיים, ראו גם: P.A. Bell "The Bell Tolls: Toward Full Tort Recovery for Psychic Injury" 36 *U. Fla. L. Rev.* (1984) 333. לביקורת על הביקורת, ראו: R.N. Peasron "Liability for Negligently Inflicted Psychic Harm: A Response to Professor Bell" 36 *U. Fla. L. Rev.* (1984) 413.

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

83 ד' פרי דיקושטים כלכליים (תשס"ב) 533.

84 לעיל הערה 80, בע' 1468. ראו גם: ע"א 1338/97 תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ נ' ראבי, תק"על (דצמבר 2004) 2003 (2) 1522, בפסקה 12 לפסק-דינה של השופסת פרוקצ'יה (להלן: עניין תנובה).

85 פרי, לעיל הערה 83, בע' 480-496, 525-526, 529-528, 537-541, 576-577, 582-585. ראו גם: Clerk & Lindsell, *supra* note 70, at p. 286.

התפיסה המסורתית השוללת פיצוי בניין נזק לא-ממוני טהור נהגה בישראל עד לאמצע שנות השמונים, אולם בעניין גורדון נהפכה הקצרה על פיה. השופט ברק (בתוארו אז) קבע שם כי במסגרת עוולת הרשלנות אין מניעה להביר בחובת זהירות מושגית לעניין נזק לא-רבושי גרידא.⁸⁶ הוותור על התפיסה המסורתית בעוין הן בהכנה שהנימוקים שהועלו לשלילת האחריות בניין נזקים לא-ממוניים טהורים תומכים, לכל היותר, בהגבלה של חוג התובעים, ולא בשלילה מוחלטת של האחריות, והן בהברה בקיומם של שיקולים אחרים התומכים בהטלת אחריות דווקא.

לנימוקים הבלליים להטלת אחריות בניין גרימת נזק רשלנית (צדק מתקן, פיצוי גיזוקים, הדתעת מוזיקים)⁸⁷ ניתן להוסיף נימוק המתייחס במישרין להבחנה בין נזקים גשמיים ולא-גשמיים. ניתן לטעון כי אין זה צודק – במובן הריסטיבוטיבי – להעניק לאינטרסים לא-גשמיים טהורים הנגה פחותה מזו הנתונה לאינטרסים גשמיים. לא רק שאינטרסים לא-גשמיים אינם נחותים באופן קטיגורי מן האינטרסים הגשמיים,⁸⁸ אלא שאפילו באשר ניתן לומר שאינטרס לא-גשמי מסוים, בגון האינטרס של הפרט בחיי נוחות ובשלווה-נפש, נחות עקרונית מאינטרס גשמי נתון, בגון השלמות הגופנית, אין זאת אומרת שהפגיעה בו אינה יכולה להיות חמורה יותר – הן מנקודת-מבטו של הפרט והן מנקודת-המבט החברתית – מפגיעה באינטרס גשמי העריף. אפשר לדמיין בנקל פגיעה שעוצמתה רבה בנחות ובשלווה-הגפוש (הטררה מעיקה, אינטנסיבית ומתמשכת) ופגיעה שעוצמתה קטנה בשלמות הגופנית (שריטה למשל).⁸⁹

ומה באשר לשיקולי-הנגר העומרים בבסיסה של התפיסה המסורתית? אין ספק בעינינו כי החשש מפני תביעות ברזיות אינו יכול להצדיק את שלילת האחריות. ראשית, באשר טענותיה של פלונית (בענייננו – מסורבת-גט) הן טענות-אמת, אין זה צודק לשלול ממנה את הזכות לתרופה רק משום שתביעות אחדות מאותו סוג עלולות להיות ברזיות. ההבחנה בין אמת לשקר צריכה להיעשות על בסיס עובדתי-פרטני, ולא באמצעות הבללות משפטיות.⁹⁰ שנית, החשש מפני טענות-רזוב קיים בכל הליך, ואם אנו סומכים על בית-

86 לעיל הערה 78, בע' 140.

87 השוו: Bell, *supra* note 81, at p. 349.

88 לשון אחר: לא ניתן לומר שעל סולם-העדבים מצויים כל האינטרסים הלא-גשמיים מתחת לבל האינטרסים הגשמיים. לדוגמה: ניתן לומר כי ההגנה על השם-הטוב, שהוא אינטרס לא-גשמי, חשובה יותר מן ההגנה על שלמות הדבוש או על אינטרס בלכלי טהור.

89 השוו לדברי השופם ברק בעניין גריד, לעיל הערה 80, בע' 141. נימוק נוסף שהציע השופט ברק בעניין גורדון נוגע בהרמוניה הפנימית של המשפט הפרטי. בריני החזים בית-המשפט רשאי לפסוק פיצויים על נזק לא-ממוני טהור (סעיף 13 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970, ס"ח 118). לרעת השופם ברק, קשה להצדיק פסיקת פיצוי בגין נזק כזה כתביעה חזוית ולשלול את הפיצוי בגינו כתביעת רשלנות, עניין גורדון, לעיל הערה 74, בע' 141.

90 השוו: Bell, *supra* note 81, at p. 353.

המשפט שיידע להבחין בין שקד לאמת בתביעות אחרות, ובבללן תביעות המתייחסות לגזקים לא-ממוניים הגלויים לגזקים פיזיים, כך עלינו לסמוך עליו שיידע לבור את הבר ולפזר את המוץ בתביעות המתייחסות לגזקים לא-ממוניים טהורים. שלישית, יש לקוות כי האמונה במקצועיותם של השופטים תרחיק בלאו הכי את רוב הבראים מבתי-המשפט. גם קשיי ההעדרה אינם יכולים להצדיק את שלילת האחריות בגין גזקים לא-ממוניים טהורים. אחד מתפקידיו של בית-המשפט הוא להעריך גזקים על-סמך הראיות שלפגיו, ואין הוא רשאי לפטור עצמו מעולה של חובה זו רק משום שקיומה כרוך בקשיים. כל שופט מבין זאת היטב, ואומגם, בתביעות על נזקי גוף בתי-המשפט מבמתים בעניין שבשגרה את באבו ואת סבלו של הניזוק ואת ההפסד שנגרם לו עקב קיצור תוחלת חייו אף-על-פי שמדובר בגזקים לא-ממוניים שהערכתם קשה.⁹¹

החשש מפגי שטף של תביעות הינו מוחשי יותר ולא ניתן להתעלם ממנו בבחינת גבולות האחריות לגזקים לא-מוחשיים טהורים.⁹² עם זאת אין הוא יכול להצדיק את שלילת החובה בלפי אדם "שנופל במעגל הסיכון הראשוני, בלומד זה שבלפיו בווגה הפעולה המזיקה",⁹³ בגון מסודרת-הגט במקרה הגירון באן. מסקנה אחת היתה גותגת משמעות אבסורדית למושג "צפיות". גם אם אדם אינו "צדיק" (בעניין גורמטיבי) לצפות תוצאות רחוקות יותר של התנהגותו, כדי כי עליו לצפות לפחות את התוצאה הישירה, המיידית והמסתברת ביותר של התנהגות זו (על אחת כמה וכמה אם מדובר בהתנהגות זדוגית). השאלה אם אנשים גוספים שסבלו נזק לא-ממוגי בעקבות פגיעה בזולת (*dommage par ricochet*) יוכלו לזכות בפיוצי היגה סכובה ומודבבת, אך בה אינו גרשים להכריע באן. לאור כל האמורה, אין לדאות כטבעו של הגוק שגגדם למסורבת-הגט צידוק לשלילת אחריותו של הסרבן בלפיה או אפילו לצמצומה.

(2) תביעות בין בני-זוג

במשפט המקובל וגם ברין הישראלי גהנו בעבר האיש והאשה מחסינות מפגי תביעת גזיקין של בת-אזוגים.⁹⁴ בשנת 1962 ביטל המחוקק האנגלי את החסינות האמורה, תוך שהוא מתיר לבית-המשפט לעבב את ההליכים בתביעות גזיקין שהוגשו גגד בגי-

91 ראו עניין גורדון, לעיל הערה 78, בע' 141; Bell, *ibid*, at pp. 354-355.

92 בשם שאין מתעלמים ממנו גם בהקשרים אחרים. ראו, למשל, פרי, לעיל הערה 83, בע' 480-496, 525-526, 528-529, 537-541, 576-577, 582-585.

93 השופט ברק בעניין גורדון, לעיל הערה 78, בע' 142.

94 באנגליה: Clerk & Lindsell, *supra* note 70, at p. 187. בישראל: סעיף 18(א) לפקודת הניזוקין. בית-המשפט העליון פסק בשורה של מקרים כי החסינות הקבועה בסעיף 18(א) הינה דיונית (ע"א 479/60 אפלשטיין נ' אהרוני, פ"ד טו(1) 682; ע"א 591/61 דנצר נ' לוי, פ"ד טו(3) 1793). לעניינו, אין בכך כל רבותא. דוקטרינה זו נתפסת - ובצדק - כאחת הדוגמות הקלסיות למבנה הפטריארכלי של דיני הניזוקין המסורתיים. ראו: L. Bender "A Lawyer's Primer on Feminist Theory and Tort" 38 *J. Legal Educ.* (1988) 3, 7-8.

או בנות-זוג בנסיבות המנויות בחוק.⁹⁵ בישראל בוטלה החסינות על-ידי המחוקק בשנת 1969,⁹⁶ אך גם אצלנו בית-המשפט רשאי לעבב את תחילתו או המשכו של הריון בתובענה שהגיש אדם נגד בת-או בן-זוגו.⁹⁷ מבל-מקום, בתי-המשפט אינם ששים להחיל את עקרונות המשפט הפרטי על מערכת היחסים שבינה לבינו, לפחות באשר החלת העקרונות הללו נתונה לשיקול-דעתם.⁹⁸ השאלה היא אם ובאיזו מידה שיקול זה צריך להשפיע על מידת הנכונות להטיל על סרבן-גט חבות בנויקין בלפי אשתו. לשם כך עלינו לברר מהו הרציונל שעמד ביסודה של החסינות המסורתית ועומד בנראה גם ביסודה של הרתיעה העבשוית (שהשלכותיה האופרטיביות הצטמצמו אומנם) מפני התערבותם של דיני הנויקין ביחסים שבין בני-זוג. הטעם לאותה מדיניות היה ועודנו כי הברה בעילת-תביעה בנויקין של פלונית נגד בן-זוגה או של פלוני נגד בת-זוגו עלולה לפגוע בשלמות התא המשפחתי.⁹⁹ המשפט עלול לשמש זירה להחרפת קונפליקטים בין בני משפחה, לגדום צער ומירדות ולחבל בחיי המשפחה התקינים. אחת ממטרותיה של מערכת המשפט היא להגן על שלמות התא המשפחתי,¹⁰⁰ ומתן זכות לאדם להתנצח עם בן-משפחה בהליך משפטי אינו עולה בקנה אחד עם מטרה זו.¹⁰¹

- 95 Law Reform (Husband and Wife) Act 1962, Ch. 48.
- 96 סעיף 3 לחוק להסדר התריינות בין בני-זוג, התשכ"ט-1969, ס"ח 151 (להלן: חוק להסדר התריינות בין בני-זוג).
- 97 סעיף 1 לחוק להסדר התריינות בין בני-זוג.
- 98 ביסוי בללי למדיניות המשפטית ניתן למצוא ברברי השופט ומיר בע"א 1581/92 ולנטיין נ' ולנטיין, פ"ד מס(3) 441, 454: "מעל כל אלה מרחפת השאלה הכללית עד כמה ניתן וראוי להסדיר את יחסי המשפחה, ובכלל זה היחסים שבינו לבינה באמצעות בללים משפטיים."
- 99 דאו, למשל, ע"א 257/57 בדנט נ' בדנט, פ"ד יב(1) 565, 576, מפי השופט לגרוי; ע"פ 135/59 הר נ' הי"מ, פ"ד יד(3) 1501, 1507. באנגליה התבסס הכלל המסורתי על רציונל שונה: האיש והאשה אינם יכולים לתבוע זה את זה מכיוון ש"הבעל והאשה הם בשך אחד", ואין אדם מבצע עוולה כלפי עצמו. אולם, באמור, גישה זו לא התקבלה אצלנו. דאו דיני הנויקין - תורת הנויקין הבללית (ג' סדסקי עורך, מהדורה שנייה, תשל"ז) 361-362.
- 100 עיינו והשוו ברק, לעיל הערה 42, בע' 183 (החוקה הגרמנית מעניקה הגנה מיוחדת למשפחה).
- 101 השוו, למשל: *Hastings v. Hastings* 33 N.J. 247, 250-251, 163 A.2d 147, 149-150 (1960), שם הוענקה חסינות להורה מפני תביעת רשלנות של ילדו לצורך הגנה על אחרות המשפחה. הלכת *Hastings* אינה ההלכה הנוהגת כיום בניו-ג'רזי. ודאו עוד: *Hewellette v. George* 9 So. 885 (Miss. 1981). לרמת האבסורד שהרבקות בטיעון של הרמוניה משפחתית עלולה להוביל אליה, דאו: *Roller v. Roller* 79 P. 788 (Wash. 1905). הרציונל של הגנה על שלמות התא המשפחתי עומד גם ביסודו של הכלל כי אין להביא במניין בחישוב תקופת ההתיישנות של תביעה אודחית את הזמן שבו היו בעלי-הדין נשואים זה לזה: סעיף 13 לחוק ההתיישנות, תשי"ח-1958, ס"ח 112.

מאריך גיסא, העוברה שהחסינות המוחלטת של בני-זוג התבטלה על-ידי המחוקק מעירה שההגנה על שלמות המשפחה אינה נתפסת עוד בחשובה יותר מן ההגנה על אינטרסים אחרים, שלילת זכות הביעה של אדם נגד בן-אב בת-משפחה עשויה לעיתים למנוע החרפה של סבסוך משפחתי, אולם היא גם מברסמת בהגנה המשפטית על אינטרסים ראשונים במעלה. לא דק שאין זה רצוי להקריב באופן בללי וגורף את ההגנה על האינטרסים הללו לטובת שלום-הבית, אלא שלעיתים קדובות הביעה מתבססת על מעשה או מחרל שהתא המשפחתי נפגע בגינו ממילא באופן חסר תקנה.¹⁰² כלום ניתן, דרך משל, להצדיק הימנעות מהטלת אחריות על אדם שתקף את ילרו, את רעייתו או את אחר מהוריו? האין במעשה התקיפה עצמו ברי לפגום בשלמות התא המשפחתי יותר מכל תביעת נזיקין שתבוא בעקבותיו? באופן דומה, האם ניתן להצדיק הימנעות מהטלת אחריות על הורה שהזניח את ילרו?¹⁰³ האם ההזנחה אינה מחבלת בתקינותם של חיי המשפחה יותר מכל תביעת נזיקין המוגשת בגינה?

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

(3) התשש מפני גט מעושה

(א) הצגת הבעיה

מתן גט וקבלת גט במשפט העברי הינם מעשים רצוניים הנעשים על-ידי בני-הזוג עצמם, ובית-הדין דק מפקח על התהליך. מקדמת רנא בדור בי הגט אינו יכול להינתן אלא מדצונו הטוב והחופשי של האיש. עם זאת, ממקודות קרומים של המשפט העברי עולה שבתחילה היתה האשה מתגרשת גם שלא לרצונה, והיה די בשיתוף-פעולה מצידו של האיש בלבד.¹⁰⁴ דק מאוחר יותר החלו לדרוש שיתוף-פעולה הן מצידו של האיש והן מצידה

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

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

104 יש הסבורים שתחילה, בתקופת המקרא, היה הבעל מגרש את אשתו בעל-כורחה וניתן לו

של האשה, ובלעדיו לא היה הגט תקף.¹⁰⁵ בימי הביניים התקבלה בחלק מתפוצות ישראל תקנה המכונה חרם דרבנו גרשום, האוסרת על האישה לגרש את אשתו על-כורחה.¹⁰⁶ הדעה

בוה מוחלטם בתחום הגירושין, דאו א"ג אלינסון "הגבלות חו"ל בגירושין - תוקפן וטיבן" דיני ישראל ה (תשל"ד) 37, הערת-שוליים 1. חכמי ההלכה בימי הביניים הטבירו שמלשון התורה ניתן להסיק כי האישה מגרש רק לרצונו. בדברים בר, א, נאמר: "והיה אם לא תמצא-הן בעיניו וכתב לה ספר כדיתת ונתן בידה ושלחה מביתו." הרשב"ם, בפירושו לבבא בתרא, מה ע"א, ד"ה וכן אתה אומד בגיסי נשים, טבר שהעיקרון כמשנה הוא פועל יוצא של הטלה "ונתן" כפסוק הנזכר לעיל. "ד' ונתן" - מדעתו משסע. "המב"ם, גירושין א, ב, הטביר שעיקרון זה נובע ממלות פסוק זה: "אם לא תמצא-הן בעיניו": "אם לא תמצא-הן בעיניו" - מלמד שאינו מגרש אלא ברצונו. בטפדות ההלכה הקדומה, במשנה ובתלמוד, נזכר העיקרון שהבעל נותן גט לאשתו רק מרצונו, והאשה מקבלת גט "לרצונה ושלא לרצונה" - משנה, יבמות יד, א. דאו גם תוספתא, בתובות יב, ג; תלמוד בבלי, יבמות ק"ג ע"ב; גיטין פ"ב ע"ב; דאו גם: M.A. Friedman *Jewish Marriage in Palestine* (Tel Aviv, New York, 1980) 312-313. עיקרון דומה נזכר בדרשה בטפדי (פינקלשטיין), דברים, פסקה דטט, 290. ראו גם תלמוד בבלי, גיטין עז ע"א; בבא מציעא י' ע"ב; נו ע"ב. הפער בין הגכר והאשה בתחום הגירושין צומצם בתקופה זו, בין היתר מכיוון שהכמים קבעו הגבלות בנוגע לנטיבות המצדיקות את הגירושין. כית שסאי טברו שפעולת הגירושין מוצדקת רק באשר הבעל מצא באשתו "ערות דבר", דהיינו, שאשתו זנתה תחתיו, או לפי פירוש אחר: התנהגותה אינה צנועה. בית הלל סברו שטוהר לגרש אפילו אם האשה הקדיחה את תבשילו של כעלה. ראו משנה, גיטין ט, י. ראו גם אלינסון, שם, בע' 38-40. בתלמוד נזכרת הגבלה של האמודאים: הם הסתייגו מגירושין של אשה דאשונה. דאו תלמוד בבלי, גיטין צ ע"ב; טנהרדין בב ע"א. דאו גם אלינסון, שם, בע' 40-45. בין היתר בעקבות הגבלת כוחו של הבעל, בטפרות המשנה והתלמוד נזכרים מקדים מעטים באופן יחסי שבהם גירש הבעל את אשתו. ראו ט' אילן מעמד האשה היהודיה בארץ ישראל בתקופה ההלניסטית דומית (332 לפנה"ס - 200 לספירה) (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור לפילוסופיה, ירושלים, תשנ"א) 235-236.

105 דאו אלינסון, שם, בע' 37, הערת-שוליים 2.

106 התקנה התפשטה תחילה בקרב יהדות אשכנז וצרפת. ראו א' וטרייך "דיבוי נשים ובפיית האשה להתגרש בפטיקת חכמי אשכנז במאה האחת-עשרה ובמאה השנים-עשרה" מחקרי משפט ו (תשמ"ה) 118 (להלן: וסרייך "ריבוי נשים"); א' וטרייך "הגנת מעמד הנישואין של האשה היהודייה בישראל: מפגש בין מטורות משפטיות של עדות שונות" פלילים ז (תשנ"ט) 273, 284-286 (להלן: וטרייך "הגנת טעמד הנישואין"). היא מיוחסת לרבנו גרשום מאור הגולה. כנוגע לנכונותו על ייחוס התקנה לחכם זה דאו ז' פלק נישואין וגירושין - תיקונים כדיני המשפחה ביהדות אשכנז וצרפת (ירושלים, תשכ"ב) 28-31; א' גרוטמן תבמי אשכנז הדאשונים: קדוותיהם, דרכם בהנהגת הציבור, יצירתם הרוחנית מדאשית יישובם ועד לגזירות תתנ"ו (1096) (תשמ"ט) 147-148. לאחד-

המקובלת היא שתוקפה של תקנה זו לא פג, והיא חלה גם בימינו.¹⁰⁷ לא זו אף זו: מקובל שהאיסור לגרש אשה כעל-כורחה חל כישראל על יהודים שמוצאם מתפוצות ישראל השונות.¹⁰⁸ מבאן שמעמר הנשים במדינת-ישראל הושווה במירה רבה למעמד הגבדיס לעניין הרצון לגרש או להתגרש.¹⁰⁹

בל ניסיון לבפות מתן גט בניגור לעקרונות ההלכתיים עלול להפוך את הגט ל"מעושה" – כפוי, שלא כדין, ולפיכך בלתי-תקף. לדעת רבים מתכמי ההלכה, אונס ממון (קרי: לחץ כספי) נחשב לאונס. פירוש הדבר הוא שפעולתו של אדם שנעשתה בתוצאה מלחץ כספי פגומה, ככלל, בפגם הכפייה או האילוץ.¹¹⁰ גט שהושג מחמת לחץ כספי עלול

מכן התפשטה גם בקרב יהודים בתפוצות ישראל נוספות. ראו מ"ע פרידמן ריבוי נשים בישראל: מקורות חדשים מגניזת קהיר (תשמ"ו) 1-11; ש"ז הבלין "תקנות רבנו גרשום מאור הגולה בענייני אישות בתהומי ספרד ופרובאנס (לאור תשובות הרשב"א ור' יצחק די מולינא מבתבי יד)" שנתון המשפט העברי ב (תשל"ה) 200, 205-210 (להלן: הבלין "תקנות רבנו גרשום"); א' בארי חיוב הבעל במזונות אשתו בדיני ישראל: המורדת ומזונותיה (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור לפילוסופיה, דמת גן, תשמ"ב) 34; ש"ז הבלין "בירורים חדשים בענייני תקנות רגמ"ה, ייחוסן, תחולתן והתפשטותן" שנתון המשפט העברי יא-יב (תשמ"ד-תשמ"ו) 317, 326-328 (להלן: הבלין "בירורים חדשים"); שו"ת הר"ן מה; א' רוזן-צבי דיני המשפחה בישראל בין קודש לחול (תש"ן) 258-260. בנוגע לתחולת התקנה בעבר בעדות השונות דאו שו"ת הרשב"א, ד, קפו; פרידמן, שם.

107 יש הסוברים שתקנה זו ניתנה ברי שתחול תקופת זמן מסוימת, ובכך פג תוקפה. ראו גרוסמן, שם, בע' 149; הבלין "תקנות רבנו גרשום", שם, בע' 200, 218-219; הבלין "בירורים חדשים", שם, בע' 324-325. בנוגע לתחולת התקנה בישראל בזמננו דאו ב' שרשבסקי דיני משפחה (תשנ"ג) 65-67.

108 בתי-הדין הרבניים בישראל גורסים שבזמננו, במדינת-ישראל – מבוח חרם רבנו גרשום, תנאי בכתובה, המנהג או חרם ירושלים – האיסור לגרש אשה כעל-כורחה חל לגבי כל היהודים שעלו למדינת-ישראל מכל תפוצות ישראל. לעניין זה דאו שרשבסקי, שם, בע' 63-67, 279. ראו גם וסרריך "הגנת מעמד הנישואין", לעיל הערה 106, בע' 273, 308-326. בנוגע לתחולתו של איסור זה ביתס ליהודים יוצאי תימן דאו ד' ערוסי "הגורם הערתי בפסיקת ההלכה" דיני ישראל י-יא (תשמ"א-תשמ"ג), קכה, קלא-קמת. אף שקיים שוויון פורמלי בין גברים ונשים, שהרי הבעל צריך להסכים לתת גט והאשה צריכה להסכים לקבל גט, מצבם בפועל אינו שווה, מפני שגבר יכול לקבל היתר המאפשר לו לשאת אשה שנייה באשר קיימת עילה המצדיקה מתן היתר זה, ואשה אינה יכולה לקבל היתר המאפשר לה לשאת גבר שני. ראו להלן סמוך להערות 141-142.

110 דאו שו"ת בצלאל אשכנזי טו; שו"ת שם אריה צד; שו"ת יריעות שלמה בב; "גט מעושה" אנציקלופדיה תלמודית ה (תשי"ג) תשג-תשה; ב' רבינוביץ-תאומים "אונס עצמו בגירושין" נעם א (תשי"ח) דפו, דצט; א"ג אלינסון "סידוב לתת גט" סיני סט (תשל"א) קלה, קלו; ז' ורהפטיג "בפיית גם להלכה ולמעשה" שנתון המשפט העברי ג-ד

אם-כן להיחשב לגט מעושה שלא כדין, הואיל וזכות תביעה בנויקין עלולה להעמיס נטל בספי על בתפי הסרבן-הנתבע, מתעורר החשש שההכרה בה תביא לידי כך ששברה של מסורבת-גט ייצא בהפסדה. היא תזכה אולי בפיצויי נזיקין, אך לא תזכה בגט התקף שייחלה לו. על-כן יש לנקוט בוהירות יתרה כאשר באים להטיל על האיש הסורר חיובים שעלולים להיתפס באמצעי בפייה השוללים ממתן הגט את אופיו הדיוני. בחינת הסוגיה של השפעת החיוב בפיצויי נזיקין על תוקף הגט דורשת אס-כן בידור של עקרונות-היסוד של דיני הגירושין העבריים בנוגע לרצון ולכפייה בגירושין.

ודוק: אין מדובר בחשש בעלמא, אלא בחשש מוחשי מאוד. ניתן ללמוד על כך מן התגובות החרמשמעיות של פוסקי הלכה על הטלת אחריות בנויקין על סרבניגט על-ידי ערבאות אורחיות במדינות אחרות תוך התעלמות מעקרונות המשפט העברי. בפי שהובדנו קודס-לבן, בתי-משפט אורחיים בצרפת נעתרו לא אחת לתביעות נזיקין של מסורבות-גט יהודיות נגד בני-זוגן.¹¹¹ בתי-המשפט הללו לא בחנו באיזו מידה גט שניתן לאחר פסיקתם עלול להיחשב למעושה שלא כדין. עם זאת, רבנים מישראל, שהתבקשו להשיב לשאלות ברבר תוקפו של גט שניתן לאחר פסיקת פיצויים באמור, הבהירו כי חיובו של האיש בנויקין על-פי דיני צרפת יגרום לכך שהגט שניתן על-ידיו יהא מעושה. הרב יעקב הלוי פולטורק, רב קהילה בצרפת, פנה אל הרב שמואל ואזנר והציג לפניו את המקרה הבא. בני-זוג התגרשו בגירושין אורחיים. לאחר-מכן סירב האיש לתת לאשה גט (כדת משה וישראל). האשה תבעה פיצויי נזיקין בערבה אורחית, ותביעתה התקבלה. האיש לא שילם את הסכום שנפסק לחובתו בשל היעדר יכולת כלכלית, ועתה הוא מוכן לתת גט. האם קיים חשש שהגט שניתן יהא מעושה שלא כדין? הרב ואזנר פסק שקיים במקרה זה אונס ממון הפוגס בדצון המגרש. הוא סבר שניתן לסדר גט במקרה זה רק לאחר שהאשה תוותר לאיש על פיצויי הנויקין ותוריע לבית-המשפט האדחתי הצרפתי כי מחלה לו על חוב זה. בשלב זה יהיה ניתן לפנות לבעל המשוחרר מעולו של חוב הנויקין ולבקשו לתת

(תשל"ז-תשל"ז) 153, 164-165; ש"י לאנרעסמאן "בידור הבסיס ההלכתי לחוק הגירושין החדש במדינת ניו יורק" מוריה טו (ג-ר) קפג-קפר (תשמ"ח) סח, עא-עה; י"ד בלייך "הצעה לפתרון בעיית בעל המסרב להתגרש" תורה שבעל פה לא (תש"ן) קבד, קכו (להלן); בלייך "הצעה לפתרון בעיית בעל המסרב להתגרש"; י"ד בלייך "הסכם ממון למניעת סירוב לגרש" אור המזדה מא (קנ-קנא) (תשנ"ג) 272-280 (להלן); בלייך "הסכם ממון למניעת סירוב לגרש"; שו"ת שושנים לרוד, אבן העזר נו; תיק מב/1530 פר"ד טו 145, 172-179; תיק 224/תשנ"ג פר"ד טו 260, 264-270; M. Meiselman *Jewish Woman in Jewish Law* (New York, 1978) 109-110.

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

גט מרצונו החופשי.¹¹² שאלה באותו עניין נשלחה אל הרכ יצחק יעקב וייס. הלה השיב שפסיקת פיצויי נזיקין ככית-משפט אזרחי צרפתי גורמת לכך שהגט שיינתן לאחר-מבן יהיה מעושה שלא כדין.¹¹³

במה מלומדים כארצות-הברית הציעו לעשות שימוש כתכיעות נזיקין בעילה של גרימה מבוונת של נזק נפשי¹¹⁴ לצורך פתרון מצוקתן של מסודכות-גט.¹¹⁵ כתי-המשפט האזרחיים כארצות-הברית נמנעו אומנם, כדרך-כלל, מהכרה בזכות תכיעה כזו,¹¹⁶ אולם במקרה אחד לפחות פסק בית-משפט במדינת ניו-יורק, כי מסודכות-גט זכאית לפיצוי כעילה הנזכרת.¹¹⁷ דא עקא, כמו בצרפת, גם כאן נמתחה ביקורת נוקבת על ההכרה בזכות התכיעה, ונטען כי גט שיינתן לאחר שכית-משפט אזרחי הטיל על הסרבן אחריות בנוזיקין בלפי אשתו עלול להיחשב למעושה שלא כדין. בסופו של דבר תפנה האשה לכית-הדין הרכני ותבקש ממנו להסדיר את הגט, וכית-הדין יימנע מאישור מתן גט כנסיכות שכהן פעולת ערכאה אזרחית שקדמה למתן הגט מעוררת חשש שמא הגט שיינתן יהא מעושה שלא כדין.¹¹⁸ עיקר הקושי, הן בפסיקתם של בתי-המשפט כצרפת והן כפסק-

112 ראו שו"ת שבט הלוי ה, די.

113 ראו שו"ת מנחת יצחק ח, קלו, ועיינו עוד: Glenn, *supra* note 7, at p. 16.

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

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

116 ראו, למשל: *Perl v. Perl*, 126 A.D.2d 91, 96, 512 N.Y.S.2d 372, 376 (1987); לגבי המגמה הכללית של הפסיקה בארצות-הברית בסוגיה זו, ראו: Cobin, *supra* note 111, at pp. 421–415; I.A. Breitowitz "The Plight of the Agunah: A Study in Halacha, Contract, and the First Amendment" 51 *Maryland L. Rev.* (1992) 312, 397–398 (hereinafter: Breitowitz (Plight)); I.A. Breitowitz *Between Civil and Religious Law: The Plight of the Agunah in Modern Society* (1993) 239 (hereinafter: Breitowitz (Between)); E.S. Nadel "New York's Get Laws: A Constitutional Analysis" 27 *Columbia J. L. & Soc. Probs.* (1993–1994) 55, 69; L. Zornberg "Beyond the Constitution: Is the New York Get Legislation Good Law?" 15 *Pace L. Rev.* (1995) 703, 727, note 117; M. Greenberg-Kobrin "Civil Enforceability of Religious Prenuptial Agreements" 32 *Columbia J. L. & Soc. Probs.* (1999) 359, 389. לביקורת על מגמה זו, ראו: Greenberg-Kobrin, *ibid*, at pp. 389–390.

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

118 ראו: Cobin, *supra* note 111, at pp. 421–415; Breitowitz (Plight), *supra* note 116, at pp. 406–407; Breitowitz (Between), *supra* note 116, at p. 239; Greenberg-Kobrin, *supra* note 116, at p. 392; J. Bleich "Jewish Divorce: Judicial Misconceptions and Possible Means of Enforcement" (1984) *Conn. L.*

דינו של בית-המשפט בניו-יורק, נעוץ בכך שערכאות אלה התעלמו לחלוטין מעקרונות המשפט העברי.¹¹⁹ המודל שנציע בהמשך משלב את העקרונות הבלתיים של דיני הגויקין עם עקרונות דיני הנדרושיין העבריים כדי להבטיח שהחשש מפני נט מעושה לא יתעורר. באן מתעודדת שאלה חשובה נוספת. החשש מפני נט מעושה אינו מתעורר עוד (כמקרה הספציפי) לאחר שהנט ניתן בדת וברין. על-כן, כמבט ראשון, אין להנכיל את חבותו בנויקין של האיש בלפי אשתו באשד התביעה מונשת לאחר מתן הנט. השיקול התומך בהנבלת החבות עובר למתן הנט, דהיינו החשש שמא הנט שיינתן יהא מעושה שלא בדין אינו קיים עוד לאחר שהנט ניתן. כנגד טיעון זה ניתן לבאורה להעלות שתי טענות ביקורת. טענה אחת היא שאם נאפשר לאשה לתבוע פיצוי לאחר מתן הנט בהתעלם מעקרונות המשפט העברי, יתעורר חשש כי האיש ייתן נט אך ורק כדי להימנע מתשלום פיצויים בנין סרבנות, ובשל כך יתעוררו ספקות ביחס לתוקפם ההלכתי של ניטין. זאת משום שאף אם אין אונסים אדם בפועל, עצם החשש שמא יפעילו נגדו פעולות כפייה ואילוץ, כגון תביעה בערבאות שיפוט אזרחית שאינה דנה לפי דין תורה, מהווה סוג של לחץ שעלול לפגום בתוקף הנט. לדוגמה, בתשובת הרשב"א בעניין איש שנדרש את אשתו מחשש שמא "יאסרוהו בנחשתיים" בעקבות הברעת ערבאות של נוכרים נפסק, לאור סוגיה בתלמוד הבבלי:¹²⁰ "כל שיש בידן בוח לאונסו ואיימוהו על האונס, הרי הוא אונס, דתלוה וזבין [=בשתלו אדם ומכר מחמת אילוץ זה] אינו צריך להמתין עד שיתלה."¹²¹ וכן כתב בתשובה נוספת: "וכל שיש ספק בידו לעשות אותו אונס ומפחידו, הרי זה אונס, ולא אמרינן [=אומרים] כבי הא [כבגון זה] עביד איניש דנוים ולא עביד [=קורה שאדם מאיים ולא עושה]."¹²²

הרב יוסף קולון אחז אומנם ברעה חולקת, שלפיה, באשד עשה אדם פעולה משפטית שמא יתבלו לו ויתבעוהו בערבאות של נוכרים, אין הפעולה פגומה בפנם האונס, מביוון "רעביד איניש דנוים ולא עביד [=שארם עשוי לאיים ולא לממש את האיום]."¹²³ אולם אף הוא כתב את דבריו לאור המציאות של זמנו, שבה נחשבה התביעה כבית-דין של נוכרים

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

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

120 ראו תלמוד בבלי, גיטין יד, ע"ב.

121 שו"ת הרשב"א ב, רעו. דאו גם חידושי הרשב"א, בבא בתרא מ ע"ב, ד"ה אי, בשם ר"ת.

122 שו"ת הרשב"א א, תתפג. דאו גם במקבילה: שו"ת הרשב"א ב, רצח, ובתשובות נוספות של חבמי ספרד וצפון-אפריקה: שו"ת הריב"ש החדשות, בו, לב; שו"ת הרשב"ש, שלט.

123 ראו שו"ת מהרי"ק קפה. במור"ב, הרב יוסף קולון התבסס על נימוקים נוספים, כגון הנימוק שהאיום אינו בה חדיף במקרה זה, מפני ש"לא כל המביאים חבריהם בערכ[א]ות של גויים נוצחים [=זוכים בתביעתם] והרבה עשו בן ולא הצליחו". ראו גם הגהות הרמ"א, חושן משפט רה, ז.

למעשה אסור הנעשה בצנעה: "בעוונות הרבים רבים מפריצי עמינו פורצים גדר בצנעה היבא דמצי לאישתמוטי ולומר לא פעלתי און" [=רבים מן היהודים שאינם מרקקים בקיום מצוות פורצים גדר בשהם יכולים להשתמט מאחריות ולטעון שלא עשו מעשה אסור, אולם בשיש פרסום למעשה התביעה, אנשים אלה נמנעים מלתבוע]; מכל מקום, היבא רליבא רלאישתמוטי [=היבן שאין אפשרות להשתמט] בגון לשאול תביעה בין הגויים, דמלתא ראושא טובא הוא [=דבד שיש לו הרים רבים] - לא ימצא אחד מני אלף שיחציף כל כך לעשות ברבד הדע הוה, ופשיטא [=ופשוט] דביוצא בזה אית לן למימר [=יש לנו לומר] רגוים איניש ולא עביר [=יאייס ארס ולא יעשה]. על כל פנים, רעת הרב יוסף קולון אינה משקפת את התפיסה המקובלת ביום. רבים מפוסקי ההלכה לאחר זמנו צידדו ברעה, שאף איומים והפחדות נחשבים למעשה שפעולה משפטית הנעשית בעקבותיו פגומה בפגם האונס.¹²⁴ לבן, יחיאל קפלן סבור שגם הכרה בקיומה של זכות תביעה בנויקין לאחר מתן הגט עלולה לעורר את החשש מפני גט מעושה.¹²⁵

ניתן לכאורה לטעון כי מתן זכות תביעה שאינה מוגבלת על-ידי עקרונות המשפט העברי לאשה שובתה בגט לא יעורר ספק בללי ביחס לתוקפם של גיטין, שכן רבנים וריינים לא ירצו לגרום להיווצרותה של מציאות קיצונית בזה, ומשום כך ישלימו עם קיומה של זכות באמור. ולראיה: בשנת 1992 תוקן ה־Domestic Relations Law של מדינת ניו-יורק.¹²⁶ התיקון מאפשר לבתי-משפט אודחיים להטיל על סרבני-גט סנקציות ממוניות כדי להמריצם לתת גט. לכאורה, עצם קיומו של החוק מפעיל לחץ על כל גבר המצוי בהליכי גירושין (ומודע להוראות החוק), ועל-כן קיים חשש שכל הגיטין שניתנו במדינת

124 ראו שו"ת יבין ובוועז ב, בא; שו"ת בצלאל אשכנזי טו; פתחי תשובה, אבן העזר קלד, סעיף-קטן טו, בשם הרב"ז; שו"ת צמח צדק, אבן העזר רסב, אות יג; שו"ת אבני גזר, אבן העזר קעז, סעיפים קטנים ב-ג; שו"ת תפארת צבי, אבן העזר קב. ראו גם בג"צ 54/55 רוזנצווייג נ' יו"ד ההוצל"פ ירושלים, פ"ד ט(3) 1542, 1552 (להלן: עניין רוזנצווייג); מ' זילברג המעמד האישי בישראל (תשכ"ז) 123.

125 המשמעות האופרטיבית של גישה זו, אם יאומץ המורל המוצע באן, היא לכאורה שהאשה לא תוכל לתבוע פיצוי לאחר מתן הגט. הפתרון שנציע מבוסס על התייחסות לחיוב בתשלום פיצויים באל "הגרלה" של הסבוס שנדרש האיש לשלם במסגרת חיוב המזונות הקיים בלאו הכי ביחסים בינו לבין האשה במשך תקופת הנישואין. רא עקא, לאחר מתן הגט אין האשה זכאית עור למזונות ואינה יכולה לתבוע מזונות גם אם לא קיבלה את מזונותיה במהלך הנישואין (שרשבסקי, לעיל הערה 107, בע' 123-124), כך שלא ניתן לכאורה לטעון שפיצויי הנויקין נפסקים במסגרת חיוב זה. פתרון חלקי לבעיה מצוי בכלל שלפיו, אם האשה לוותה בסף למזונותיה בעבר, עומרת לה בנסיבות המתאימות הזכות להשבת הבספים על-ידי האיש גם לאחר הגט, שם, בע' 124-129. במקרה בזה החיוב עריין קיים לאחר הגט, וניתן אולי "להגרילו" על-ידי פסיקת פיצויי נויקין. על כל פנים, לדעת רונו פרי, תביעת נויקין המוגשת לאחר מתן הגט צדיבה להיות משוחררת לחלוטין ממגבלות שמקורן במשפט העברי מטעמים שיתבהרו להלן.

126 ראו להלן הערות 197-206 והטקסט הנלווה.

ניו-יורק לאחר התיקון הינם מעושים שלא ברין.¹²⁷ אלא שבפועל אין איש מוציא לעז על כל הגיטין שניתנו לאחר תיקון החוק. טיעון זה נראה לשנינו קלוש. אם כתי-הדין הרבניים היו מוצאים שההברה בזכות תביעה לאחר מתן הגט עלולה לעורר ספק כללי ביחס לתוקפם של גיטין, יש להניח שהם היו עושים מאמץ למנוע את עישוי הגיטין ולא עוצמים עיניהם מלהביר בבעיה. הם היו יכולים, דרך משל, להייב גשים, בתנאי לסירוד הגט, לחתום על התחייכות להימנע מהגשת תביעות נויקין נגד בני-יוגן לאחר השלמת הליכי הגירושין. הרוגמה האמריקאית אף היא אינה מועילה. ראשית, לא ניתן להניח מלכתחילה שתגובתם של הרכנים והדיינים כישראל לקביעת הסדר כעייתי מנקודת-מבט הלכתית תהא דומה לזו של רכנים ודיינים בארצות-הברית. שנית, כפי שנראה להלן, יש אומדים שהטלת סנקציה על-פי החוק של ניו-יורק מתיישבת עם עקרונות המשפט העברי. שלישית, גם אם הטלת סנקציה על-פי החוק עלולה לעורר חשש מפני גט מעושה, אפשר לומר שכל עוד לא הוטלה סנקציה במספית במקרה הספציפי, האפשרות התיאורטית להטיל סנקציה בזו אינה בגדר איום סמשי שעלול לגרום לעישוי הגט.¹²⁸

דונן פרי סבור כי הטענה שהסיכון של תביעות נויקין לאחר מתן הגט עלול לפגום בתוקפם של גיטין אינה משכנעת מטעם אחר: האיום גורם לעישוי גט רק באשר הוא ממשי (ועל כך ניתן ללמוד מעמדתו של הרכ קולון ומן הנסיונות לאבחנה). אם הדין יביר בזכות התביעה של האשה לאחר מתן הגט ללא המגבלות שמקודן כמשפט העברי, ומסודכת-גט תאיים על בן-יוגה כהגשת תביעה בזו לאחר הגירושין, יהיה ניתן לחשוש מעישוי הגט.¹²⁹ אבל אם האיש לא נחשף לאיום מוחשי בזה, אין כל סיבה לשלול מן האשה – לאחר שהסתיימה מסכת ייסוריה – את הזכות לתכוע פיצוי מלא בגין סבלות העבר.¹³⁰ במילים אחרות: הברה בזכות האשה לתבוע פיצוי נויקין לאחר מתן הגט ללא הגבלות שסוקודן במשפט העברי לא תעורר ספק כללי ביחס לתוקפם של גיטין, משום שאפשרות תיאורטית

127 ואכן ישנם סלוסדים שוו עמדתם: Zornberg, *supra* note 116, at p. 727; ח' מלינוביץ "בדין כשרות הגיטין ע"פ [=על-פי] החוקה החדשה בארצות-הברית" מוריה יט (תשנ"ג) נג-נו; C. Malinowitz "The New York State Get Bill and It's Halachic Ramifications" *Journal of Halacha & Contemporary Society* (1994) 7, 13

128 דאו להלן העדות 129-130 והטקסט הנלווה.

129 דאו יוסף גולדברג גט מעושה (תשס"ג) קכד-קכה, סימן ה: "במקרה שאיימו על הבעל שיתבעוהו בערכאות בגידון מסויים כאשר ידוע לכל שהחוק שם הגידון זה הוא לרעת הבעל, וכן במקרה שכבר בעבר זכה הסאיים בערכאות בתביעה מעין זו" – האיום נחשב לאונם.

130 דאו גם שם, בע' נד, סימן יו: "גדש את אשתו מהמת חששות רחוקות להפסד ממונו, אינו נחשב לאונם." שם, בע' קל, סימן ית. וכן: Breitowitz (Plight), *supra* note 116, at p. 406: "it may be that a generalized fear of a possible common-law exposure in a tort suit is too remote and attenuated to rise to the level of actual duress, particularly because the magnitude of the consequences are not spelled out in advance..."

להגיש תביעה בתום הליכי הגידושין היא איום רחוק וספקולטיבי שאינו צריך להיחשב, בש הוא לעצמו, לאונס.

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

לאור זה רונן פרי סבור שאפשר להבחין בין מצב שבו תביעת הנוזיקין מוגשת לפני מתן הגט לבין מצב שבו התביעה מוגשת לאחר מתן הגט. במקרה הראשון יש לעשות מאמץ להתאים את זכות התביעה בנוזיקין לעקרונות המשפט העברי כדי למנוע את החשש מפני מתן גט מעושה שלא ברין. במקרה השני אין החשש מתעורר, ועל-בין הצבת גבולות שמקודם במשפט העברי לזכות התביעה של האשה אינה מוצדקת. הדיון שיערך בהמשכו של פרק זה נוגע אס-בן בעיקרו בתביעות נוזיקין המוגשות לפני מתן הגט.

זאת ועוד: מביוון שהחשש מפני גט מעושה קיים דק באשר האשה מעוניינת לזכות בגט תקף, רונן פרי סבור כי לא ניתן לייחס לו משקל באשר האשה נואשה מן הסיבוי לקבל גט ומבקשת אך ורק לפצותה על הנוק שאי-מתן הגט מסב לה בעבר. הרוגמה הקלסית היא זו של מסורבת-גט שעברה את גיל הפוריות (ועל-בין אינה חוששת מהולדת ילדים ממזודים) ומחליטה לחיות ללא נישואין עם גבר אחר (קשר שאינו מצריך את התרת נישואיה) או בדר. במקרה כזה ייתכן מאוד שהאשה תוותר כליל על האפשרות לקבל גט תקף בדת משה וישראל. או אז לא ניתן לומר ששכרה של מסורבת-הגט ייצא בהפסדה אם ייפסקו לה פיצויים על-פי העקרונות הרגילים של דיני הנוזיקין. פסיקת הפיצויים אינה יכולה לעודד ספק ביחס לתוקפו של הגט אם האשה ויתרה על תביעתה לקבלת גט. יסען הסוען שאם האשה מובנה לוותר על הגט, הרי שהיא בורתת את הענף שתביעתה נשענת עליו: ביסוד התביעה עומדת הטענה שאי-מתן הגט מסב לאשה נזק. אם האשה מוותרת על הגט, אות הוא לכך שאי-מתן הגט אינו מסב לה נזק, ועל-בין אין לה על מה להלין. הוויתור על הגט הוא למעשה ויתור על עילת-התביעה. טענה זו אינה משכנעת. מסורבת-גט המוותרת על קבלת גט תקף עושה בן, בדרך-כלל, לאחר מסבת קשה של ייסורי נפש. הוויתור על הגט מעיד לכל היותר שהאשה החליטה להמשיך את חייה ולהפיק מהם את המיטב בלי גט. ההשלמה עם המצב הקיים היא מבאן ולהבא. הוויתור על הגט אינו מבסל את הסבל שנגרם לה לפני שהחליטה להמשיך בחייה בלי גט, ולכן גם אינו יכול לאיין את תוצאותיה המשפטיות של גרימת הסבל.

יחיאל קפלן גורס כי אין לאפשר למסורבת-הגט להיקלע למצב שיחסום בפניה את

האפשרות לזכות כגט תקף בבית־הדין הרבני אם תשנה את עמדתה כמועד מאוחר יותר. דונן פרי סכור, לעומת זאת, כי יש להותיד כירי האשה את זכות הבחירה. העובדה שאנו עלולים להתחרט על החלטות שקיבלנו כעכר אינה מצדיקה, לדעתו, הגבלה של חופש הבחירה. סיפוק וחרטה הם חלק בלתי־נפרד ממימוש האוטונומיה של הרצון. כמו־כן נראה לו שאם תשנה האשה את עמדתה כעתיר, לא תהווה האחריות שהוטלה על האיש בעד לחץ ממנו שעלול להשפיע על נכונותו לתת גט. יש לזכור כי כשלב זה אין האשה יכולה להגיש תביעת נזיקין נוספת, שכן כוויתור המוקדם על הגט (שעמר בבסיסה של התביעה המקורית) היא ויתרה על סענותיה בדבר התגבשות נזק נוסף ממועד הוויתור ואילך. עתה נבקש להציע פתרון לכעיה כגבולות שהותוו לה, רהיינו: כמקרים שבהם מסודרת־הגט עודנה מעוניינת לקבל גט תקף וטרם קיבלה גט בזה. ננסה להציע אדנים פודמליים להגשת תביעת נזיקין שאינה מסכנת את תוקפו של הגט שכא בעקבותיה.

(בב) דרגות הכפייה בפסקי־דין של גירושין

ההבחנה הראשונה הנוגעת כענייננו היא בין מקרים שבהם נפסק ש"כופין" על האיש ליתן גט לאשה לבין מקרים שבהם דרגת פסקי־הדין של גירושין פחותה מ"כופין". במקורות מתקופת המשנה והתלמוד נזכר עיקרון כללי שלפיו, במקרים מסוימים, תובל האשה לקבל גט בעל־כורחו של האיש. במקרים אלה "כופין" את האיש ליתן גט לאשה.¹³¹ כאשר קיימת עילת גירושין ש"כופין" בגינה לגרש, ניתן להשתמש נגר האיש כאמצעי בפיייה מסוימים עלי־מנת להניעו ליתן גט, והשימוש באמצעי הכפייה הללו אינו נחשב למעשה פסול הפוגם כתוקף הגט. לכן, כאותן נסיכות מיוחדות שהיתה בהן עילת גירושין שהצריקה פסיקה ש"כופין" לגרש, בפו על האיש לגרש את אשתו כעל־כורחו.¹³² המקרים ש"כופין" בהם לגרש הינם חריג לכלל שארם מגרש "לרצונו".

131 במשנה כתוב: "האיש שנולדו כו מומין אין כופין אותו להוציא [=לגרש את אשתו]. אמר דבן שמעון כן גמליאל: במה רבדים אמורים - במומין הקסנים, אבל המומין הגרולים כופין אותו להוציא. ואלו שכופין אותו להוציא: מובה שחין, ובעל פולפוס, והמקמץ והמצרף נחושט והבורסי וגו'." משנה, בתובות ז, ס-י. מן האמור במשנה עולה שהאיש מגרש אף שלא לדונו בנסיבות מסוימות, בגון מחלת שחין, או בשווא עוסק במלאכות שהעוסקים בהן משתמשים בחומרים מאוסים או באלה המדיפים ריח רע. דאו גם משנה, גיסיין ט, ה. בתלמוד נזכרות עילות נוספות שבגינן "כופין" בעל לגרש את אשתו בעל־כורחו. נוסף למומים, מחלות ועיסוקים בעייתיים, נזכרים סוגי התנהגות של בן־זוג שאינם ראויים המצדיקים גירושין בעל־כורחו של הכעל. דאו תלמוד ככלי, כתובות ע"א. דאו גם תלמוד ככלי, יכמות קו ע"א; קירושין נ ע"א.

132 נוסף למקורות בהערה הקודמת, במשנה כתוב: "שלוש נשים יוצאות ונוסלות כתובה: (א) האומרת: 'שמאה אני לך' [=אשת איש שחיה חיי אישות עם גבר שאינו בעלה, אומרת לבעלה]. (ב) אומרת 'שמים בני לבינך' [=באה בסענות על בעלה בדברים שבינו לבינה, בגון שבגללו אין להם ילדים, או לפי פירוש אחר, אינו חי עמה חיי אישות]. (ג) אומרת 'נסולה אני מן היהודים' [=נדרה נדר שבו אסרה על עצמה הנאת חיי אישות

לאור הפרשנות של העקרונות הנזכרים במשנה, בתלמוד ובספרות ההלכה בימי הביניים, קיים קשר בין עילות גירושין מוגדרות לבין פסק של בית-דין ש"בופין" לגרש. באשר הנסיבות או ההתנהגות מתאימות לעילת גירושין מסוימת שניתן לפסוק בגינה ש"בופין" לגרש, יפסוק בית-הדין ש"בופין" לגרש, וינקוט נגד הסדבן באמצעי בפייה חריפים ההולמים דרגה זו של פסק-דין לגירושין, בגון מלקות בשוטים, כדי להניעו לתת גט.¹³³ יש להניח שאם האיש מתליט ליתן גט לאחר הפעלה של אמצעי בפייה חריפים, הוא עושה בן לא מדצונו הטוב והחופשי, אלא בהשפעת אמצעי הבפייה שהופעלו נגדו. רבים מחבמי ההלכה בימי הביניים התייחסו לרשימת המקרים שבגינם "בופין" לגרש בספרות התנאים והאמוראים באל דשימה סגורה.¹³⁴ הדשימה בללה את המקרים הנזכרים במשנה, בכתובות, בפדק המריד, ומקרים אחרים שנאמד בהם במפורש במקורות הקדומים

עם כל היתורים ואף בעלה בבלל]. משנה, גרריס יא, יב. עם זאת, בסיפא של המשנה כתוב כי בסופו של רבר נטרלו חכמים במירה רבה את האפשרות הנתונה לאשה להתגרש מבעלה בעל-בורחו בגין סענות אלה. במקורות נוספים במשנה נזכרות נסיבות נוספות שבהן בופים בעל לגרש את אשתו בעל-בורחו: בופים בעל לגרש את אשתו באשר היא אסורה עליו (משנה, יבמות ג, ה; י, א; ערויות ר, ס, ו; ועור); באשר לבני-הזוג אין ילדים לאחר עשר שנות נישואין (משנה, יבמות ו, ו); או באשר הבעל הריר את אשתו מליתנות ממנו (משנה, בתובות ז, א). בתלמוד הבבלי נזכרים מקרים נוספים שבופים בהם בעל לגרש את אשתו בעל-בורחו, ובין היתר: באשר אינו מוכן לזון את אשתו (תלמוד בבלי, בתובות עז ע"א), או באשר נשא אשה נוספת (תלמוד בבלי, בתובות סה ע"א). התנהגות האשה מצדיקה לעיתים בפייה על הבעל לגרש את אשתו בעל-בורחו: באשר מרננים על האשה – באשר יצא עליה "קול" (תלמוד בבלי, יבמות בד ע"ב), וכן בנסיבות נוספות. ראו תלמוד בבלי, גיטין פו ע"ב.

133 הגדרת קטיגוריה נפרדת של מקרים שבגינם "בופין" לגרש קיימת לראשונה באופן חרי-משמעי בפרשנות חבמי ההלכה בימי הביניים, בגון: פירוש הרשב"ם, בבא בתרא מח ע"א, ר"ה ובן אתה אומר בגיטי נשים; תוספות, בתובות ע ע"א, ר"ה יוציא; אור זרוע (ויטאמיר, תרב"ב), שאלות ותשובות, תשס; פסקי הרא"ש, יבמות פרק ו, יא; שו"ת הרא"ש מג, ר; חידושי הריטב"א, בבא בתרא מח ע"א, ר"ה. קיומה של קטיגוריה נפרדת זו סתממע גם מלשון הרמב"ם, גירושין ב, כ: "מי שהרין נותן שבופין אותו לגרש את אשתו." ראו גם בית הבחירה, קירושין נ ע"א, ר"ה מי; בבא בתרא ט ע"ב, ר"ה גט, מז ע"ב, ר"ה הסיקריקון, מח ע"א, ד"ה גט; שו"ת הרשב"א ה, רה, א, אלף קצב ז, תיר; שו"ת מהר"ם חלאווה נג; תשובות חבמי פרובינציא מח, עז, עז, עח; שו"ת מהרי"ק החרשות בט; תשב"ץ ב, סח, רנו; שו"ת יבין ובעז א קל, בא.

134 העיקרון הוא: "אין לבוף שום אדם ולגרש ולעשות מעשה ער שנמצא ראייה [=לבפייה, במקורות הקדומים]" – תוספות, בתובות ע ע"א, ד"ה יוציא. ראו גם שו"ת הרשב"א א, אלף קצב, תקעג, ה, צה; תשובות בעלי התוספות עה; שו"ת הרא"ש יז, ו, ובמקבילה: שו"ת הרא"ש מג, ט (הראשונה); שו"ת הרא"ש מג, ג; טור, אבן העזר קנד; תשובות חבמי פרובינציא טח, עב, עג, ער, עה, עח; שו"ת מהרי"ק החרשות בר, בט; ע' בהן "שאלת

ש"בופין" לגרש.¹³⁵ עס זאת סברו חבמי ההלכה כי גיתן להסיק דבר מדבר, בדרך של קל וחומר, ולהחיל את הבלל ש"כופין" לגרש גם במקרים חמורים יותר מאלה שקיימת בגינס עילת גידושין כרשימה סגורה זו.¹³⁶ במו"ב, הרשימה של עילות הגידושין ש"בופין" בגינס לגרש תורחבה באמצעות הוספת מקרים חרשים שקיים בהם רציונל הלכתי זהה או רומה לזה הקיים כמקרה מן המקרים שבהם "כופין" לגרש בספרות חז"ל,¹³⁷ אולם חכמי ההלכה לא נהגו כך בדבר שבשגרה, ובמקרים רכים נמנעו מלפסוק ש"בופין" לגרש בשל חשש לפסוק בניגוד לדעת המתנגדים להרחבת הרשימה של עילות הגידושין ש"כופין" בגינס

ולמן כ"ץ (מהרז"ך) ורבנו יעקב וויל בעניין גמ מעושה" מוריה ו (תשל"ה) יא-יב. "תשובת רכנו נתן איגרא", שם, בע' יב-יג; תשב"ץ כ, כב.

135 ראו שו"ת יבין ובוועז א, קל, כא.

136 דאו פסקי הרא"ש, כתובות פרק ה, לד; שו"ת הרא"ש מג, ו; פסקי הרא"ש, כתובות פרק ד, סימן ג; טור, אכן העוד מ; בית יוסף, ד"ה ומ"ש כשם; שו"ת הריב"ש דמא; שו"ת מהר"ק החדשות כ, 12, כט; תשב"ץ ב, ח; שו"ת מהר"ם אלאשקר, עג. דאו גם ורהפטיג, לעיל הערה 110, כע' 178-183; א' שוחטמן "מעמד האשה כריני נישואין וגידושין" מעמד האשה בחכמה ובמשפט (ירושלים, תל-אביב, תשנ"ה) 417-420 (להלן: שוחטמן "מעמד האשה כריני נישואין וגידושין"); א' שוחטמן "מחלת האידס כעילת גידושין" משפטים כה (תשנ"ה) 19, 25-28.

137 ראו תשב"ץ ב, ח; שו"ת מהרי"ק החדשות כ, 12; שו"ת הרא"ש מג, יג; טור, אכן העוד קנד; שו"ת הרשב"ש שפג (הראשונה). ראו גם שוחטמן "מעמד האשה כריני נישואין וגידושין", שם, כע' 417-420; ורהפטיג, שם, בע' 179-194, מנה רשימה של עילות גידושין שנלמדו כהיקש מעילות הגידושין שכתלמוד, הכוללות, בין היתר, את העילות הבאות: נכפה וחולה כמיוחד, כאשר הוא מסכן את אשתו וילדיו (שו"ת הרא"ש מכ, א); המכה אשתו, שיש לנהוג בו כיתר חומרה ממכה חבדו, וזאת, בין היתר, לאור היקש מדינו של אדם המרד את אשתו הנאה (שו"ת מהר"ם כד כרוך תתקז); אסיד שעקב מצבו הוא מנוע מלקיים את חיוב העונה כלפי אשתו, והוא נחשכ כמדיר את אשתו מתשמיש המיטה ומשאר הנאות (תשב"ץ כ, סח); כאשר קיימת מחלוקת בין כנייהווג כנוגע למקום המגורים, וקיימת עילת כפייה כהתחשכ כעדיפות ירושלים וישראל על מקומות מגורים אחרים, הסכמת כנייהווג כנוגע למגורים והמצב שהיה קיים כאשר נישאו (משנה, כתובות יג, יא); טענת "מאיש עלי" - לרעת הרמב"ם (אישות יד, ח); חוסר שלום-כית (שו"ת החיים והשלום ב, אכן העוד לה; שו"ת יביע אומר ג, אכן העוד יח), אם כי נימוק זה לא התקבל כנימוק מכדיע כנוגע לכפיית גט. ראו שו"ת דברי מלכאל ג, קמה. רשימה זו אינה סגורה; כך, למשל, "כופין" לגרש כאשר קיים ספק עוכדתי או משפטי כנוגע לתוקף הקידושין, כגון כאשר הווג נישא כקידושי סתר, קידושי שחוק והיתול, קידושי אונס וכדומה. ראו המקורות כספרו של פ' שיפמן ספק קידושין במשפט הישראלי (ירושלים, תשל"ה) 59-98. נוטים לפסוק ש"כופין" לגרש אף כאשר הכעל כרת וקיים חשש של ממש שהאשה תיוותר כעגינותה, ולכל הפחות מאפשרים לנקום באמצעי עיכוכ כנגדו. דאו שו"ת מהרש"ם ח, רפכ.

לגרש.¹³⁸ במקרים שנחלקו בהם הדעות בשאלה אם נסיבות המקרה מצדיקות פסק ש"בופין" לגרש נמנעו רבים מלסמוך על דעת פוסקי הלכה שסברו ש"בופין" לגרש.¹³⁹ לאחר שהותקנה התקנה הידועה בהרס דרבנו גרשום היה ברור שבשם שהאיש מגרש בדרך-בלל רק "לרצונו", גם האשה מתגרשת בדרך-בלל רק "לרצונה"; ובפי שכפיית האיש ליתן גט נגר דצונו מחייבת הובחת קיומה של עילת גירושין המאפשרת לבפות על האיש את מתן הגט, בפייית האשה לקבל גט נגר רצונה מחייבת הובחת קיומה של עילה המאפשרת לבפות על האשה את קבלת הגט. האשה מתגרשת בעל-כורחה רק כאשר קיימת עילת גירושין המאפשרת שימוש באמצעי בפיייה כדי להניעה לקבל גט, למשל כאשר עברה על דת משה ויהודית, המירה את דתה, נישאה בנישואי איסור או נאפה.¹⁴⁰ עם זאת, במקרים מסוימים, מוגדרים מראש, המשפט העברי מאפשר לגבר נשוי לקבל היתר לנישואין שניים.¹⁴¹ בפועל, מצבה של אשה שבן-זוגה קיבל היתר לנישואין שניים דומה למצבה של אשה המגורשת בעל-כורחה. והואיל ובנסיבות מסוימות קל יותר לגבר לקבל היתר לנישואין שניים, בעוד שלאשה קשה יותר להוביח עילת גירושין שבגינה "בופין" או מחייבים לגרש,¹⁴² חרס דרבנו גרשום לא השווה לגמרי את מעמדה של אשה לזה של האיש לעניין גירושין.

138 ראו שו"ת הריב"ש רמא.

139 ראו שו"ת הרא"ש מב, א; סוד, אבן העזר קנר, סעיף-קסן ה; שו"ת מהרי"ק החרשות כר; שו"ת מהרי"ס א, קיג; שו"ת חת"ם סופר א, אבן העזר קסו. העיקרון הוא: "ספיקא הוי, ומספיקא אין בופין" – שו"ת הריב"ש רמב. ראו גם שולחן ערוך, אבן העזר יא, ה, ובפירוש בית שמואל, שם, סק"ח. בנוגע לעיקרון שאין "כופין" כאשר קיים ספק אם "בופין" ראו גם חירושי הרשב"א, כתוכות עב ע"ב, ר"ה ואסיקנא. "ספקות הלכתיים" המונעים הפעלת צווי הגבלה לאחר שנפסק שקיים חיוב לגרש נזכרים בפסק-דין של בית-הדין הרבני הגדול מיום כ"ח באלול התשנ"ס (9.9.99), בתיק 022106561-21-1 (שתמציתו נזכרת בהדין והדין 1 (תשס"ג) 7), ספקות אלה התייחסו להתלסת כית-הדין הרבני האזורי בירושלים, שתחילה הורה להפעיל צווי הגבלה לפי סעיף 2 לחוק בתי-דין רבניים (קיום פסק-דין של גירושין), ולאחר-מכן דן בהחמרה: הפעלת מאסר לאור הוראת סעיף 3 לחוק, אולם נרתע מהפעלת צווי הגבלה עקב ספקות הלכתיים הנובעים טרעת רבי עקיבא איגר שאין "כופין" לגרש כאשר אשה זינתה ברצון. בית-הדין הגדול פסק כי מביוון שבית-הדין הרבני הורה שקיים חיוב לגרש, ניתן להפעיל, למצער, אמצעי בפיייה שהשימוש בהם מותר כאשר אין "בופין" לגרש.

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

141 ראו וסטרייך "דיבוי נשים", לעיל הערה 106, בע' 118-119; א' וסטרייך "עילות להתרת הרס ררכנו גרשום כייסי-הביניים המאוחרים" דיני ישראל טו (תשנ"א-תשנ"ב) לט. כנוגע לעילות למתן היתר נישואין במשפט בישראל ראו סעיף 79 לחוק העונשין, תשל"ז-1977: בג"צ 301/63 שטרייט נ' הרב הראשי לישראל, פ"ד (1) 598; ר"ב 10/69 בורנובסקי נ' הרבנים הראשיים לישראל, פ"ד (1) 7; שיפמן, לעיל הערה 30, בע' 241-244; רון-צבי, לעיל הערה 106, בע' 72, 79, 308.

142 ראו רון-צבי, שם, בע' 141.

מבל מקום, באשר גפסק ש"בופין" על האיש לגרש את אשתו (או "בופין" אשה לקבל גט מאישה), ניתן לעשות שימוש בכל אמצעי של בפייה המקובל בספרות ההלכה על-מנת לאלצו ליתן גט. פירוש הדבר הוא שבמקרים שבהם רגת פסק-הדין לגירושין היא "בופין" לגרש, הטלת חיוב בספי, בגון חיוב בגויקין, אף אם ניתן לראות בה משום אמצעי לבפית גט, אינה מעוררת, לפחות לבאורה, את החשש שמא יהא הגט מעושה שלא בדין.¹⁴³ עם זאת, במבואר להלן, יש אומדים שחשש זה עלול להתעורר מטעם אחר: החיוב בנויקין נקבע על-ידי בית-משפט אזרחי שאינו פועל בשלוחו של בית-הדין הרבני.¹⁴⁴

עתה עלינו לברר אם פסיקת פיצויי גויקין עלולה לפגום בתוקפו של הגט באשר פסק-הדין של הגירושין היגו מדרגה גמובה יותר. במשגה ובסוגיות תלמודיות מסוימות גזבר הביטוי "יוציא וייתן בתובה".¹⁴⁵ רבים מחבמי ההלכה בימי-הביניים סברו שבאשר בתוב "יוציא וייתן בתובה", משמעות הרבר היא שדרגת החיוב במתן גט גמובה מדרגת "בופין". לפיכך, באשר עילת הגירושין היא בזו שבגיגה נאמר במקורות הקדומים "יוציא וייתן בתובה", אין לעשות שימוש בסנקציות המופעלות באשר "בופין" לתת גט. באותם מקרים מבקשים מן הסרבן ליתן גט ואומרים לו שהוא חייב לגרש, אחרת אין רוח חבמים גוחה הימגו, ובגין התגהגותו הלא-ראויה יהא מותר לקרוא לו "עברייך".¹⁴⁶ בימי-הביניים הבחינו הפוסקים בין שתי רגות בלבר: "בופין" ודרגה המבונה בספרות ההלכה בימינו "חיוב" (המתייחסת למקרים שבהם נזכר במקורות הקדומים הביטוי "יוציא וייתן בתובה").

143 ראו גם פרק נז(נא)(דד) להלן.

144 ראו להלן הערות 190-192 והסקסט הנלווה להן ביחס להפעלת אמצעי בפייה על-ידי כתי-משפט אזרחיים.

145 ראו תלמוד בבלי, יבמות סד ע"א; סה ע"א; בתובות סנ ע"א; עא ע"א; עז ע"א. ראו נס "יוציא ונותן כתובה" - תלמוד בבלי, בתובות מח ע"א.

146 ראו תשובות חבמי פרוכניציא ענ, ער, פד; תשובות בעלי התוספות עה; ספר מצוות גדול, מצוות עשה מח (סוף). מרדכי, כתובות קצד, רד, רה; שו"ת מהרי"ק כט; ספר האנוחה, כתובות צח; תשב"ץ כ, ת, רנו; שו"ת יכין ובעז כ, כא; הגהת הרמ"א, אבן העזר קנר, בא. לדעת רביס מחבמי ההלכה בימי-הביניים, מקור ההבחנה בין "יוציא" לבין "כופין" הוא בתלמוד הירושלמי. ראו תלמוד ירושלמי, בתובות פרק יא, הלכה ז, ובקרבן העדה, שס, ר"ה יתר מכאן יוציא וייתן בתובה; ר"ה ומשני שמענו שמוציא; עמודי ירושלים, שס, ר"ה שמענו שמוציא שמענו שבופין כו". הרב משה מקוצי בתב: "נרטינן בירושלמי, דסוף [פרק] אלמנה ניוזנת: אין מעשין אלא לפסול[ת]. [פירושו]: בנן אלמנה לכהן גדול [=אסוריס נישואין בין בהן גדול לבין אלמנה, ויש לפרק קשר נישואין זה], שכופין אותו להוציא [=לגרש את אשתו האלמנה]. ומקשה לה: והא תנינן: 'המדיר את אשתו מליהנו' [ת] לו - יוציא וייתן בתובה? ומתרץ: שמענו שמוציא [=שמגרש], שמענו שכופין? בתמיהה. לאור האמור בסוניה זו הסיק הרב משה מקוצי: 'משם יש לתלמוד שאין כופין אלא במקום ששונין 'בופין', אבל [בשלא בתבו ביחס לעילת נידושין 'בופין'], אומריס לו חבמיס: 'חייביס להוציא, ואס תעבור - יקראוך עברייך'. ספר מצוות גדול, מצוות עשה מח (סוף).

הדרגות "מצווה" ו"המלצה" לגרש, במובן המקובל בפסיקת בתי-הדין הרבניים בישראל ביום, לא היו קיימות באותה תקופה.¹⁴⁷ פסק-דין של "מצווה" או "המלצה" לגרש בלשונם של בתי-הדין בימינו הוא פסק שנועד להדריך את המתדיין הנשמע להוראות הבמי בית-הדין באשר להתנהגות הרצויה.¹⁴⁸

חוסר הנבונות העקבי של בתי-הדין הרבניים להטיל סנקציות על סרבני-גט במקרים של "מצווה" או "המלצה" לגרש מעיד, לדעתנו, שהטלת גטל בספי על הסדבן בגין סרבנותו במקרים אלה עלולה לעודד קושי הלבתי ולפגום בתוקפו של הגט. באמור לעיל, סמכות השיפוט הייחודית בענייני גירושין של יהודים מסורה בידי בית-הדין הרבני. מנקודת-המבט של דיני הגירושין העבריים, שבת-דין רבניים פוסקים על-פיהם, באשר אין "בופין" אדם לגרש או אין חיוב לגרש, לא ניתן להפעיל על הסדבן לחץ בספי לשם המרצתו לתת גט. אי לכך נראה לנו כי אין לאפשר תביעות נזיקין נגד סרבני-גט כאשר פסק-הדין של הגירושין הוא בדרגת "מצווה" או "המלצה". הגיעה השעה לברר אם קבלת תביעת נזיקין של מסורבת-גט עלולה לפגום בתוקפו של הגט במקרים שבהם פסק-הדין של הגירושין הוא מדרגת חיוב לגרש. בהמשך ננסה להציע בסיס הלבתי לשימוש בתביעת נזיקין נגד סרבני-גט במקרים אלה.

147 לעיתים נאמר בספרות ההלכה הקרומה ש"מצווה לגרש" בנסיבות מסוימות. ראו יבמות סג, ב (בעקבות משלי כב, י); רמב"ם, גירושין י, כב; בית הבחירה, יבמות סג, ע"ב, ד"ה אשה רעה; טור, אבן העזר קט וכפידוש הכ"ח סם; שולחן ערוך, אבן העזר קט, ד; שו"ת חת"ם סופר, חושן משפט כג. לדוגמה: נאמר שמצווה לגרש כאשר האשה היא "אישה רעה". בעניין "אישה רעה" ראו שו"ת הרשכ"ש, תיא. השו"ש, שפג (הראשונה). המצווה לגרש "אישה רעה" נזכרת גם בפסיקת בתי-הדין הרבניים בישראל. ראו פסק-דין 383, תיק 1189 פ"ד ה' 286, 291; ערעור תשכ"א/44 פ"ד ה' 292, 296. עם זאת, דרגת פסק-הדין לגירושין בנסיבות אלה היא "כופין". כלומר, אין סנקציה ייחודית שנעשה בה שימוש כאשר חכמי ההלכה קבעו ש"מצווה לגרש". "המלצה לגרש" אינה נזכרת כקטיגוריה בפני עצמה בספרות ההלכה הקרומה.

148 לא מן הנמנע שאחת המטרות של פסק-דין של בית-דין רבני בישראל הממליץ לגרש אינה רק בתחום הגירושין עצמם. אכן, ייתכן שמטרת פסק-דין זה היא להמשיך להקנות סמכות שיפוט לבית-הדין כעניין הנכרך כתביעת הגירושין, וזאת מכוח הוראת הסחוקק הישראלי שלפיה ניתן לכרוך כעיקר - שהוא תביעת הגירושין - את הטפלי: עניינים הנכרכים אגב תביעת הגירושין. ראו סעיף 3 לחוק שיפוט בתי-דין רבניים. הפסיקה הישראלית קובעת שאם נרחתה תביעת הגירושין, העניינים הספלים אינם כרוכים בה עוד. אולם אף כאשר דרגת פסק-הדין של גירושין היא המלצה, פסק-הדין נחשב פסק-דין של גירושין לכל רבד ועניין, ראו בג"צ 661/77 הבר נ' בית הדין הרבני הגדול לערעורים, פ"ד לכנ(3) 324, 329; בג"צ 644/79 גוטמן נ' בית-הדין הרבני האזורי תל-אביב-יפו, פ"ד לר(1) 443, 446-448, והסמכות של בית-הדין הרבני כעניינים שנכרכו בתביעת הגירושין בנסיבות אלה בעינה עומדת.

(גג) ההבחנה בין כפייה ישירה ועקיפה

כאמור לעיל, רכים מחבמי ההלכה סכורים בי פעולתו של אדם שצריכה להיעשות מרצון אך נעשתה כתוצאה מלחץ כספי הינה הסדת תוקף מפני שהיא פגומה כפנם הכפייה או האילוץ.¹⁴⁹ עם זאת, מפסיקת במה מחכמי ספרד וצפון-אפריקה, כמאות י"ד-ט"ו עולה שיש להבחין בהקשר זה בין כפייה ישירה לבין כפייה עקיפה. מפסקי הדיכ"ש והרשב"ץ עולה כי בנסיבות מסוימות יש להכיר כתוקף נט שניתן מחמת אונס ממון. לדעתם, כאשר האונס פועל כאופן עקיף, דהיינו כאשר האיש נותן גט כדי להשתחרר מעול חוב בספי שהוא חייב ממילא על-פי דין, כגון חוב מוונות, ואין מדובר בחוב שנוצר כמיוחד כדי להניעו לתת נט, אין הגט נחשב למעושה שלא כדין. ההנחה בנסיבות אלה היא שאין פגס כרצון המגרש, מכיוון שאין כופין אותו לנרש כאופן ישיר, אלא כופין אותו לעשות מה שהוא מחויב לעשות על-פי דין, והתוצאה העקיפה היא שהוא מנרש.

הריב"ש כתב: "מנדין אותו או מכין אותו עד שיקבל לקיימה [=לקיים מצוות עונתה]. ואם הוא מעצמו, כדי להינצל מזה, ינרש, אין זה נט מעושה, שהרי אין כי"ד [=כית-דין] בופין אותו על הנט כלל, אלא על מצוות קיום עונה, כפי יכולתו, כסו שחוכה עליו [=חיוב המוטל על הכעל, הנובע מן הנישואין, לחיות חיי אישות עם אשתו] מן הדין. והרי זה כמו שהיו נושים בו ממון והיה תפוס [=אסור] כעד החוכ ההוא, ואמרו לו קרוכי אשתו: 'אס תנרש אשתך נפדע אנחנו בערך החוב ההוא ותצא ממאסד', הוא נתדצה בזה וגידש מרצונו, היאמר אדם שזה יהיה גט מעושה מפני שעשה זה כדי לצאת מכית הסוהר? לא כי, שהרי לא היה תפוס [=אסור] כדי שינרש, אלא כעד חוכו, והנט אינו מעושה [=כפוי] אלא מרצה [=נט שניתן סרצון]."¹⁵⁰

המשבה של מגמה זו ניכר כתשובת הרשב"ץ, אשר דן באב שעובב מלצאת ממקום מסוים. לדעתו, עיכוכ זה אינו נחשב לכפייה השוללת את הרצון החופשי של הבן בתחום הנירושין. האב מעוכב אומנם מלצאת, אולם, לדעת הרשב"ץ, כידי הכן מסור חופש הבחירה לגרש או לא לגרש. לדעתו, עיכוכ זה, בניגוד למאסר סרבן-הנט או להלקאתו, נחשב לאמצעי כפייה עקיף.¹⁵¹ לדעתו, כאשר נעשה שימוש כאמצעי שמותר לעשות בו שימוש על-פי דין, וכפועל יוצא משימוש כאמצעי זה מופעל לחץ על מי שראוי שיגרש את אשתו והוא אכן מגרשה, אין הנט נחשב כמעושה שלא כדין. כלומר, כאשר האיש נותן נט כדי להשתחרר מעול חוב בספי שהוא חייב על-פי דין, הנט אינו מעושה שלא כדין. הבפייה אינה ישירה כאמצעות הטלת קנס כספי לצורך קידום הסכמה לנירושין. הגט ניתן

149 לעיל העדה 110.

150 שו"ת הריב"ש קבו. דאו גס הגהת הרמ"א, אבן העזר קנר, בא: ע' בצרי "גט מעושה" שנתון המשפט העברי טו-יו (תש"ן-תשנ"א) 535, 536.

151 ראו תשב"ץ א, א: "שאפילו עיכבו המגרש עצמו [=את הבן, שצריך לגרש את אשתו] ע"ד [=על דרך] שעיכבו אביו לא מיקרי [=אינו קרוי] עישוי [=כפייה], ביוון שלא חבשו [=אסרו] אותו ולא היבוהו וזי"ת[ת] הולך ובא ברצונו, שתוך העיד וגס מחוץ לעיד, ובלבד שלא יעתיק דירתו."

דק כעקיפין עקב התמשכות מצב שהאיש נתון בו שלא בגין סרבנות-גט, ולכן הגט תקף.¹⁵²

ההבחנה של הריכ"ש והרש"ך מקובלת גם על חבמי האימפריה העות'מנית, הרבנים משה מטראני ושמואל די מדינא,¹⁵³ ועל חכמים כתפוצות ישראל נוספות.¹⁵⁴ העיקרון שהנחה את חכמי ספרד וצפון-אפריקה ואת חבמי האימפריה העות'מנית הנזכרים לעיל היה שמכחינת רצון המגרש, דין סנקציות המופעלות באופן ישיר שונה מדין סנקציות המופעלות באופן עקיף. ההנחה היא שבאשר מדובר בפעולה עקיפה (בגון הימנעות מהושטת גלגל-הצלה לטובע), ולא ישירה (בגון השלבת אדם שאינו יודע לשחות למים עמוקים), אין הגט מעושה שלא בדין, בדורות האחרונים נזכרת ההבחנה בין בפייה ישירה לבין בפייה עקיפה כפסקי פוסקים¹⁵⁵ ובפסיקת דיינים כבתי-הדין

152 ראו שם.

153 הרב משה מטראני דן בעניין בעל שנחבש כבלא והובה. נציגי הציבור וקדושי אשתו פנו אליו והציעו לו שייתנו לו את הבסף הדרוש לצורך שחרורו מן הכלא תמורת הסכמתו לתת גט לאשתו. לאחד שניתן הגט טען הבעל שהגס חסר תוקף. הרב משה מטראני פסק שהגט תקף. לדעתו, מקרה זה דומה למקרה הנזכר בסוגיה התלמודית בתלמוד בבלי, בבא בתרא מח ע"א, בעניין ארם שתלו אותו ומבר, ופסק דב הונא שהממכר תקף והעסקה אינה פגומה בפגם האונס. הרב מיטראני פסק כי מביוון שניתן בסף תמורת שחרורו של הכעל מן המאסר, הלה נתרצה לבסוף לשחרר מרצון. ראו שו"ת מבי"ט א, בב. בתשובה נוספת הרב משה מטראני דן בעניין בעל שנאסר בבית הסוהר בגין חוב. לבסוף מחלו לבעל על החוב, ובגין תועלת כספית זו ניא את לגרש. לדעת הרב מטראני, הגט שניתן במקרה זה אינו פגום בפגם האונס. ראו שו"ת מבי"ט א, עו. הרב שמואל די מדינא כתב בתשובתו כי מקובל עליו העיקרון המנחה בתשובת הרשב"ך: "שאינ אונסין בלל דמגרש [=המגרש, באופן ישיר] לא בגופו ולא בממונו, אלא שבופין האישה, או אחדים בערה, לאיש אחר [=שאינו המגרש], והמגרש בראותו צער קרובו או בנו - מצטער ומגרש, ולזה אומר הרשב"ך שאין כאן גט מעושה, דאין כפייה [=אסודה, הפוגמת כתוקף הגט], אלא למגרש עצמו [=פעולה ישירה עליו], בגופו או כממונו... [שהגט תקף] בשבפיהו בדין באותם רברים אחדים בגון הכא [=באן], שהדין נותן שבופין אותו, אבל אם בפיהו שלא בדין ברבי'ר] אחר [=שאינו חיוב כדין] ומתוך אות'ה] כפי'ה] גרש אפש'ר] רהוי גס מעושה'ה]. שו"ת מהרשד"ס, אבן העזר סג.

154 דאו שו"ת לב מבין, אבן העזר קמח.

155 הרב מסעוד מהראד דן בעניין ארם שנתן גט לאשתו כדי להסיר מעליו איום כמאסר. השופט אמר לבעל כי נגזרו עליו עשרים שנות מאסר, אולם אם ייתן גט לאשתו - יעלים את המסמך שלפיו נגזר עליו עונש זה. הוא הזכיר, כין היתר, את תשובת הרב משה מטראני בעניין שחרור סרבן-גט ממאסר. לדידו, אם באמת על-פי דין התחייב סרבן-הגט בעונש - פעולת האכיפה מותרת. אולם אם סרבן-הגט אינו מתחייב בעונש על-פי דין - פעולת השופט, שנועדה להפחידו שלא בדין, פסולה, והגט מעושה שלא בדין, מאחר ש"היתה בוונה על הגירושין". שו"ת מים סהורים טו. הבחנה זו בין פעולה

הרבניים.¹⁵⁶ הבנת הריב"ש והרשכ"ץ כין כפייה ישירה לכין כפייה עקיפה נזכרת אף בפסיקת בית-המשפט העליון. השופט זילכרג כתב בעניין רוזנצווייג שבאשר ניתן נט על-מנת להיפטר מעול קנס בספי שהמגרש אינו חייב בו על-פי דין, אין הנט תקף; אולם באשר נגבה מן האיש סכום בסף כגין חיוב על-פי דין (בגון מזונות), החיוב הכספי אינו פוגם בתוקף הגט.¹⁵⁷

ישירה לכין פעולה עקיפה מצויה, כין היתר, בתשובה של הרב משה פיינשטיין. הוא רן בעניין בעל שגירש את אשתו לאחר שכית-משפט אורחי כארצות-הכרית חייב אותו לתת לאשה סכום כסף למזונותיה. משלא פרע הבעל את חובו, הוא נאסר עד לתשלום החוב. האשה התצתה להוציאו ממאסר תמורת מתן גט. הרב משה פיינשטיין פסק שהגט בשר, בי כית-המשפט האורחי לא אסר אותו כרי שייתן גט, אלא כגין הימנעות מתשלום חוב מזונות. ראו שו"ת אגרות משה, אכן העור א, קלו. העיקרון הוא שגט שנתן אדם כדי להיפטר מחיובים שהוא חייב על-פי דין הוא גט תקף ואינו פגום כפגם האונס. המשיב רן בשאלה אם חוב מזונות שנפסק כערבאות של נזכרים נחשב לחוב תקף גם לאור עקרונות המשפט העברי. לדעתו, אף אם סכום המזונות שטושת עליו כערבאות של נזכרים גבוה מן הסכום שהיה כית-דין יהודי פוסק למזונות, אין חשש שהטלת חיוב זה תגרום לאונס ממון כגירושין מכיוון שההפרש כין הסכום שנפסק לכין הסכום שהיה כית-דין יהודי פוסק הינו קטן. כמו-כן, לדעתו, הערכאות הנוכריות לא פסקו בנראה סכום מזונות גבוה מן הסכום שהיה כית-דין רבני פוסק, שכן הערכאות האזרחיות כארצות-הכרית נוהגות, לרוב, לפסוק שיעור מזונות גטוך טוזה שכית-דין רבני נוהג לפסוק באותן נסיבות.

156 ראו הכהנת הרב שלמה גורן כערעור תשל"ה/26 פר"ד י 115, 128. כמו-כן ראו הבנת הרב שלמה ריכוכסקי כין כפייה ישירה לכין כפייה עקיפה כנוגע להימנעות מניכוי שלישי מתקופת מאסרו של אסיר כגין התנהגות טובה, שמטרתה היא המרצתו לתת גט לאשתו. לדעת הרב ריכוכסקי, הפעולה של המלצה להימנע מניכוי שלישי מתקופת המאסר מותרת כטקרה זה, מפני שהיא נקטה כגין הפרעה לריונים ככית-הדין, ולא כגין סירוב הכעל לתת גט. זו מגיעת פרס, או "מגיעת טובה", ולא פעולה ישירה כתחום הגירושין, ולכן גם שניתן כעקבותיה אינו מעושה שלא כדין. ראו תיק 3767/ל"ה פר"ד יא 300, 302-307. עם זאת ראו רעת הרוכ החולקת על מסקנת הרב ריכוכסקי, שם, כע' 308. פסק הרב ריכוכסקי פורסם כמאמר, ראו ש' ריכוכסקי "כפיית גט" ע"י המלצה לניכוי שלישי ממאסר" תתומין א (תש"ם) 248-254. שם, כע' 251-253, בהחיר הרב דיבובסקי כי רדך זו אינה נקיה מספקות הלכתיים, אולם הנימוק שהטלצת כית-הדין לפני שלטונות כית-הסוהר היא המלצה למגיעת טובה, ולא מעשה אסור של עישוי שלא ברין, הוא שהכריע את הכף. כין היתר הוא הסתמך על העוכרה שניכוי שלישי מתקופת מאסרו של אסיר כגין התנהגות טובה אינו אוטומסי. ראו גם חוות-דעת שנשלחה לאחר מכת-הדין כארצות-הכרית על-ידי הדין עורא בצרי, שהתפרסמה במאמרו של כצרי, לעיל הערה 150, כע' 535-537, 540-539.

157 ראו עניין רוזנצווייג, לעיל הערה 124, כע' 1555. ראו גם אלינסון, לעיל הערה 110, כע' קמו.

לעיתים, המינוח שמשמשים בו באשר דנים בהטלת חיוב בספי, שהוא חיוב מן הדין, לצורך המדצת סרבן לתת או לקבל גט, הוא בפיייה בדרך ברדה. נראה כי המונח "בפיייה בדרך ברירה" נזכר לראשונה בחיבורו של הרב אברהם צבי הירש אייזנשטט, ה"פתחי תשובה"¹⁵⁸. בפיייה בדרך ברדה אינה בפיייה ישידה, ומטרתה למנוע צורך לפסוק ש"כופין" לגרש, לאור שיטת הרב שכתתי בהן, הנמנע ככל שניתן מפסק גירושין בדרגת "כופין"¹⁵⁹. בכפיייה בדרך ברדה מופעל לחץ בספי מכוח חיוב הקיים ממילא על-פי דין. תשלום המזונות, או חוב בספי אחר שהאיש חייב לשלמו על-פי דין, הוא אמצעי עקיף להמציאו לתת גט לאשתו.¹⁶⁰ הלה יודע שעם מתן הגט הוא יהא פטור מתשלום זה, והוא בוחר מדצונו לתת גט כדי להיפטור מחיובו בתשלום המוטל עליו על-פי דין, לבן, גט שניתן בנסיבות אלה אינו נחשב למעושה שלא כדין: לאיש היתה ברדה לשלם או לגרש, והוא כחר, מדצון, לגרש.¹⁶¹

158 ראו פתחי תשובה, אבן העזר קנר, סעיף ג, סעיף-קטן ח: "מיהו [=אולט] יכוליט לבפותו בשוטיט לזונה או לשמש [=לחיות עימה חיי אישות], או ליתן גט (בדרך ברירה), ואין זה נקרא בפיה על הגט [=לצורך גירושין], רק כדי לקיים שארה [בטותה] ועונתה [=חיובי הבעל, הנובעים מן הנישואין, בלפי אשתו בתחוט הטזונות, הביגוד והיי האישות]". הוא ציטט מספרו של הרב שכתתי מאיד הבהן גבורת אנשים (תצ"ו). בסוף בללי הדינים כקצרה אין מופיע הביטוי "בדרך ברירה" המופיע בסוגריים בפתחי תשובה. הנוסח הוא: "מיהו יכוליט לבפותו בשוטיט לזונה, או לשמש עימה, או ליתן לה גט, וזה [לא] נקרא בפיה על הגט רק כדי לקיים שארה ועונתה." הביטוי בפיייה "בדרך ברירה" לא נזכר גט באשר נזכר רעיון דומה בפתחי תשובה, סעיף-קטן ד, בשט בעל ספר בית מאיר, הרב מאיר פוזנר. הרב מאיר פוזנר בתב בספרו בית מאיר, בנוסח שנרפס בנטפח למפעל שולחן ערוך אבן העזר השלט (ירושליט, תשנ"ו), אבן העזר קנר, ד"ה הג"ה ב, שעקב הקושי ההלכתי בנוגע לבפייית מומר לגרש, בין היתר מביוון שאינו רוצה להיות אחר מישראל ואינו רוצה לשמור מצוות, מוטב "שלא לבפותו על הגט, כי אט על החיוב מזונות ופרנסה, או לתשלומין: הנדוניא והבתובה, עד שמבכה זה בעל כורחו ירצה עצמו לגט על-ידי פשרה קצת, ובוה אין שוט חשש [=שהגט שיינתן ייחשב לגט מעושה]".

159 ראו ד' בס מכוא ל"גבורת אנשים" - רקע, מגמה והשפעה (חיבור לשט קבלת תואר "מוטמך למשפטיט", האוניברסיטה העברית בירושלים, תשס"ג) 53.

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

161 ראו שרשבטקי, לעיל הערה 107, בע' 328-329: "אם הבפיייה... היא אמצעי נגר רבושו, בלומר על ידי בפייית תשלוט טכומי בטף לאשה שלפי הדין הוא מחויב בתור בעלה לשלמם לה, ובדי להיפסר מהס הוא נותן לה גט, אין זה גט מעושה פטול. באן אין בופין אותו לגט אלא נותניט לו את הברירה: או לשלט או לגרש, ואט הוא נותן את הגט, מאחר שעס מתן הגט הוא יהא פטור מהתשלוט, הוא בוחר מדצונו במתן הגט כדי להיפטור מחובת התשלוט המוסלת עליו לפי הדין. לבן אין זאת בפיייה בלתי מותרת אט בית הדין מחייב את הבעל לתת גט לאשתו ולשלם לה סבוס בטף מסויס למזונותיה המגיעיט לה, בל עוד שלא יתן את הגט."

הרב אליעזר יהודה ולדינברג הסביר בנוגע לחיובו של סרבן-גט בזמננו בתשלום מוזנות: "שאופן נוהג בפיינתנו אנו אינה באופן הבפייה המדוברת בפוסקים, כי אופן הבפייה המדוברת בפוסקים הוא בפיייה ממש בשוטים, ע"י ישראל [= בית-דין יהודי] או ע"י עב"ס [= עובדי בוכבים ומזלות - בית-דין של גוברים, שאינו דן לפי דין תורה]. אבל אופן בפיינתנו הדי היא על ידי פסיקת מוזנות, שאם אין הבעל נענה לפסק בית הדין לגרש - פוסק ביה"ד [= בית-הדין] מוזנות לאשתו מבלי לחייב אותה לשבת תחת בעלה. וא"ב [= ואם בן] אין זה נקרא ממש בפיייה לגט, אלא בפיייה דרך בדידה: או לגרש, או לשלם מוזנות לאשה, ובאופן בזה אנו יוצאים מידי החשש של עשיית גט מעושה.¹⁶² הביטוי "בפיייה בדרך בדידה" מופיע במפורש או מבללא בפסקי במה מחכמי ההלכה הבולטים בדורות האחרונים¹⁶³ ובפסקי-דין של בתי-הדין הרבניים בישראל.¹⁶⁴ ביטוי זה נזכר, בין היתר, בפסקי-דין רבניים שבהם התירו, בגלוי או בסמוי, שימוש במוזנות באמצעי שנועד לפתור את מצוקתן של מסורבות-הגט.¹⁶⁵ במקרה אחד הוטל חיוב מוזנות על אדם שהובח ניאוף אשתו בנסיבות שבהן נחלקו הפוסקים אם "בופין" לגרש.¹⁶⁶ מוזנות

162 דאו שו"ת ציץ אליעזר ד, בא, אות ט, עמ' קט.

163 דאו שו"ת ציץ אליעזר, ד, סימן בא, אות י, עמ' קט. דאו גם בספרות המחקר: אלינסון, לעיל הערה 110, בע' קמו-קנ; ורהפטיג, לעיל הערה 110, בע' 167; רוזן-צבי, לעיל הערה 106, בע' 206, 280.

164 דאו תיק 194/תשי"ג פד"ר א 77, 80; תיק תשי"ג/502 פד"ר א 235, 238; תיק תשי"ו/1197 פד"ר ג 220, 222. שו"ת ציץ אליעזר מב, פרק ג, אות ג.

165 דאו פסקי-הדין הנזכרים בהערה 164 לעיל.

166 בית-הדין קבע, בתיק תשי"ג/502, לעיל הערה 164, בע' 237, שבנסיבות אלה קיימת מחלוקת פוסקים אם "בופין" לגרש. לדעת הרמב"ם, אישות בד, יז, הבעל חייב לגרש את אשתו. ובן בתב הרמב"ם: "אמרה לו אשתו שזינתה תחתיו ברצונה, אין משגיחין לדבריה, שמא עיניה נתנה באחר. אבל איבדה בתובתה, עיקר בתובתה ואיבדה הכלאות, שהדי הודתה בזנות. ואם היה מאמינה וסומך דעתו על דבריה הרי זה חייב להוציאה [=לגרשה]. ואין בית דין בופין את האיש לגרש את אשתו ברבד מדברים אלו עד שיבואו שני עדים ויעידו שזינתה אשתו זאת בפניהם ברצונה ואח"כ [=ואחרי בן] בופין אותו להוציא." רמב"ם, אישות בד, יח. מאידך גיסא, בעלי התוספות אוהזים ברעה הולקת שלפיה אין "בופין" לגרש בנסיבות אלה. דאו תוספות, זבחים ב ע"ב, ד"ה סתם אשה לאו לגידושין עומדת. בבית-דין דבני נעשה שימוש ב"בפיייה בדרך בדידה", באשר בעל מנאף עם אשת-איש ומסרב לתת גט לאשתו, באמצעות חיוב הבעל בתשלום מוזנות "מעובבת", מביוון שאשתו מעובבת מלהינשא מחמתו ומפני בזיון בית-הדין. חייבוהו בתשלום "סבום בספי גבוה עד שלא יעשה אחת משתיים - יעזוב את מי שהוא מנאף עמה, או ייתן גט". דאו מאמרו של הדיין ח"ש שאנן "אופנים לכפות גט" תחומין יא (תש"ן) 203, 212.

אלה ניתן להטיל באשר יש מקום לפירוק קשר הנישואין עקב הניאוף בנסיבות שבהן אין האיש רוצה לגרש. אומנם, אשה שהובח בי נאפה אינה זכאית עקרונית למונות, אולם בנסיבות שבהן קשר הנישואין צריך לבוא לקיצו על-פי דין, והאיש אינו רוצה לגרש בעור האשה מסכימה לקבל גט, הבעל, על-פי דין, אינו פטור ממונותיה. מביוון שבנסיבות אלה חיוב המונות הוא על-פי דין, "כפייה בדרך ברירה" שאינה יוצרת חשש שמא הגט שיינתן יהא מעושה שלא כדין הינה מותרת.¹⁶⁷

במקרה אחר התבססה הכפייה בדרך ברדה על העיקרון שלפיו אדם פטור ממונות אשתו באשר עזבה את הבית ללא סיבה מוצדקת, אך חייב במונותיה אם הוא, בהתנהגותו, גרם שתעזוב את הבית.¹⁶⁸ לאור עיקרון זה פסק בית-דין רבני במקרה מסוים כי פלוני חייב לשלם מונות לאשתו שנאלצה לעזוב את הבית עקב התנהגותו.¹⁶⁹ בעבור שנה וחצי, משלא נתרצה האיש לתת לה גט, פנתה האשה לבית-הדין וביקשה שיגריל את שיעור המונות המשולמים לה. בית-הדין, שהניח כי הגדלת המונות אינה קנס בספי, אלא חיוב המוטל על האיש על-פי דין לנובת עלייתו של מרד יוקר המחיה, נעתר לבקשתה. בלומר, לדעת בית-הדין הרבני היה מדובר במונות רגילים, ולא מוגדלים, מעבר לאמות-המידה בנוגע להיקף החיוב, והשימוש באמצעי כפייה זה מותר בהיותו כפייה בדרך ברדה. אף השופט זילברג סבר שבמקרה זה היו המונות שנפסקו מונות בדין, ולא קנס בספי, מביוון שהגדלת שיעור המונות לא עלתה על הנרש על-פי עלייתו של מרד יוקר המחיה.¹⁷⁰ דוגמה נוספת היא זו של חיוב מונות מן הדין באשר האשה היא מורדת

167 בית-הדין הרבני, שס, בע' 238, התמך במקרה זה, בין היתר, על דעת הרב הראשי עזיאל, המובאת באוצר הפוסקים, אבן העזר ב, הערות, בע' יב-טו; דעת הרב הראשי הרצוג המובאת שס, בע' א-יב (השוו לדעת הרב הרצוג המופיעה בשו"ת היכל יצחק, אבן העזר א, א); דעת הרב טולידאנו, שס, בע' טו, ורבים "מגדולי הפוסקים ויושבי על מדין", אשר נהגו "לחייב את הבעל במונות אשתו האסורה לו עד שיגרשנה". נזכר הנימוק שאשה זו "מעובבת", ונימוק נוסף "שיש בדבר מצוה רבים, להסיר המבשול מבני ארס שנבשלים בה ונוהגים בה מנהג הפקר". נימוק זה נראה בטעם נוסף לחיוב במונות, לא מכוח דין "מעובבת", אלא כקנס בספי שטסרתו הסרת מבשול הנובע מהיעדר גירושין.

168 בנוגע לחיוב במונות של בעל שגרס שאשתו תעזוב את הבית ראו שו"ת הרשב"א ר, עב; שו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן קג; שו"ת הריטב"א קז; שולחן ערוך והגהת הרמ"א, אבן העזר ע, יב.

169 ראו תיק 194/תשי"ג פר"ר א 77, 80. במקרה זה נהפכו חי האשה לגיהנוס עקב התעמדות הבעל. בית-הדין פסק שהבעל חייב לתת גט לאשתו, ועד שייתן את הגט, הוא חייב לשלם לה את מונותיה מכיוון שהתנהגותו אילצה אותה לעזוב את הבית.

170 ראו עניין רוזנצווייג, לעיל הערה 124, בע' 1548, 1558.

הטוענת "מאיס עלי"¹⁷¹ מורדת זו זכאית לעיתים למוזנות על-פי דין, ובנסיבות אלה הכפייה בדרך ברה מותרת.¹⁷²

בנוגע לסוגים מסוימים של חיובים נחלקו הרעות אם הם קנם בספי שנועד להמריץ את האיש לתת גט או אם הם חיוב מן הדין. מחלוקת זו קיימת לגבי סוג של מוזנות הקרוי "מוזנות מעובבת". כאשר האיש מסרב לתת גט לאחר שנפסק שהוא "חייב" לגרש או ש"בופין" אותו לגרש, ניתן להטיל עליו מוזנות מעובבת, אשר לאור הדעה המקובלת בבתי-המשפט האזרחיים, שיעורם גדול משיעורם של המוזנות שאדם חייב לתת לאשתו

171 בשלב מסוים, בימי-הביניים, היה רומה שלרעת חבמי הלבנה חשובים, המסגרת הנוקשה של עילות גירושין מסוימות, מוגדרות, הקיימות בנסיבות אלה ואחרות, אינה מגבילה למעשה את התפצים להתיר את קשר הנישואין שלהם בגין הברה בעילה סובייקטיבית, שהינה רלוונטית ביתס לבל אשה: דגשות דחייה ומיאוס סובייקטיביים: "מאיס עלי". בנוגע לדיון מפורט בהתפתחות עילה זו ראו א' וסטרייך "עלייתה ושחיקתה של עילת המורדת" שנתון המשפט העברי בא (תשנ"ח-תש"ס) 123. בסופו של דבר סברו רבים מתבמי ההלכה בימי-הביניים שאין "בופין" גט כאשר האשה טוענת "מאיס עלי". ראו ספר הישר, שו"ת בר; נימוקי הרשב"א, בתשובותיו שו"ת הרשב"א א, תקעג, אלף קצב; שו"ת הרשב"א א, אלף דלה, ובמקבילה: שו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן קלר. אולם גם לאחר שחלה נסיגה מן התפיסה ש"בופין" לגרש כאשר האשה טוענת "מאיס עלי", היו פוסקים שבתבו ש"בופין" לגרש אשה הטוענת "מאיס עלי" כאשר יש בכך "תקנה לאשה וצורך השעה". "תקנת האשה" פירושה כאשר קיים חשש לעיגון מתמשך, ובמיוחד כאשר חוששים שעקב כך תצא לתרבות רעה. ראו בארי, לעיל הערה 106, בע' 288.

172 אף-על-פי שפוסקי ההלכה בתבו בדרך-בלל כי מורדת זו אינה מקבלת מוזנות לאחר שחלפה תקופת שיהוי של שנים-עשר חודש מתחילת מרידתה. ראו בארי, שם, בע' 258-269. באחת מתשובותיו הסתמך הרב אליעזר יהודה ולדינברג, בין היתר, על דעת הרב רפאל אהרון בן שמעון אבוהב, הסבור שמורדת "מאיס עלי", שבעלה סרבן-הגט, לא נתן לה גט, מקבלת מוזנות לאחר תקופת שיהוי זו. ראו בת נעות המרדות (תש"ס) פרק ז, 67-91. על-בן, לדעת הרב אבוהב, החיוב במוזנות הללו הוא על-פי דין, וה"בפייה בדרך ברירה" מותרת. ראו שו"ת ציץ אליעזר ד, בא, אות י, ע' קט-קי. בפייה ב"דרך ברירה" נזכרת בתשובת הרב אליעזר יהודה ולדינברג גם בשו"ת ציץ אליעזר ו, מב, פרק ג, אות ג. תיק תשי"ז/1197, לעיל הערה 164, בע' 221-222. שם בתבו בי בנסיבות שאין בהן תמימות-דעים ש"בופין" לגרש, בופין "בדרך ברירה". ראו גם שו"ת ציץ אליעזר יז, מילואיס, לסימן נג, אות ב, ע' קפה. לדעת הרב יצחק הרצוג, בשאשה טוענת "מאיס עלי", בעלה חייב לזון אותה כאשר אינה מסוגלת לעבוד ולפרנס את עצמה מחשש שמא תמות ברעב. מביוון שקיים חיוב על-פי דין לזונה, אין חשש שמא הגט שיינתן עקב הלחץ הכספי של המוזנות יהא מעושה שלא ברין. ראו שו"ת היבל יצחק, אבן העזר א, ג, סעיף-קטן יא. לדעתו, אין להניח שתפנה לגבאי הצרקה ותבקש ממנו צדקה מפני הבושה ומחשש שמא גבאי הצדקה יאמר לה שעליה לחזור לבעלה והוא יפרנסה. במו"ב אין לחשוש שטוענת "מאיס עלי" נתנה עיניה באחר, בי זה חשש בלבר שיוצר ספק, ובספק נפשות, כאשר חוששים שמא תמות ברעב, יש להקל עמה ולזונה.

במצב הרגיל, וזאת מפני שאין מנכים מהם את "מעשה ידיה" של האשה.¹⁷³ מכיוון

173 ראו עניין דוֹנצווייג, לעיל הערה 124, בע' 1555; ע"א 127/80 מילר נ' בדקוביץ, פ"ד (ד) 219; ע"א 664/82 סלומון נ' סלומון, פ"ד לח(4) 365, 372 (להלן: עניין סלומון); תמ"ש (תל-אביב) 17820/96 פלונית נ' אלמוני, תק"מ (דצמבר 2004) 96(2) 6; דוון-צבי, לעיל הערה 106, בע' 419. בפסיקת בתי-הדין הרבניים נחלקו הרעות באשר לשיעור החיוב במוזנות "סעובבת". באחד מפסקי-הדין של בית-הדין הרבני הנדול היתה עמדת הרוב שמוזנות אלה מונדלים מביוון שאין מקוים ממוזנות "מעובבת" את "מעשה ידיה" של האשה. דאו ערעור תשל"ג/205 פד"ר י 294. דעת הרוב היא דעת הדיינים שאול ישראלי ויוסף קאפה. שם, בע' 299, כתב הרב ישראלי כי סביון שהחיוב במוזנות "מעובבת" הוא קנס, ולא חיוב רגיל על-פי דין, דוגמת החיוב הנובע מן הנישואין של כל בעל לזון את אשתו, אין מקום להקנות לבעל, בתורה למוזנות שהוא נותן לאשתו, את "מעשה ידיה". לדעתו, התקנה של "מעשה ידיה" בנדר מוונתיה הותקנה רק בנוגע לחיוב המוזנות הרגיל, הנובע מן הנישואין. דעה זו מושתתת על ההנחה שהחיוב במוזנות "סעובבת" הוא קנס. אולם לדעת דיינים אחרים, החיוב במוזנות "סעובבת" הוא חיוב סן הדין, ואינו קנס בספי שנועד להמריץ את הבעל לתת גם לאשתו. לכן היקף החיוב על-פי דין זהה להיקף החיוב בלפי אשה רגילה הובאית לקבל מוזנות מבעלה: מן המוזנות הללו מקוים את "מעשה ידיה" של האשה. לדעת הדיין אליעזר גולדשמידס, שם, בע' 305-309, לאור פסק-דין בית-הדין הרבני שהתפרסם בערעור תשב"ה/34 פד"ר ה 353, מקוים ממוזנות "מעובבת" את מעשה ידיה. לדעתו, גם המוזנות הללו הם חיוב דגיל על-פי דין, ולא קנס, ולכן דינם ברין מוזנות אשה נשואה רגילה, שמקוים מהם את מעשה ידיה. התפיסה שהחיוב במוזנות "מעובבת" הוא חיוב על-פי דין מבוח תקנת חבסים, ולא קנס, נידבת גם בפסיקת הדיינים ערס, יי' ש' אלישיב וב' זילסי, בבית-הדין הרבני האזורי בירושלים, בתיק 252/תשי"ד פד"ר א 65. שם, בע' 74, הם הביאו את דעת מהר"ס, בשו"ת מהרי"ט א, קינ: "שאמדו חכמים מגורשת ואינה מגורשת בעלה חייב במוזנותיה, אע"פ [=אף-על-פי] שנתן לה כתובתה, כל זמן שהיא סעובבת מלהינשא מחמתו." בפסק-הדין, שם, הובהר שהחיוב זה בתשלום מוזנות אינו החיוב הרגיל, הנובע מן הנישואין, של בעל בתשלום מוזנות אשתו, אלא חיוב מיוחד "משום שהיא אנידא גביה" [=שהיא אגודה לנביו] ומעובבת על ידיו מלהינשא: "זהו חיוב חרש מתקנת הז"ל, שהוא מחויב במוזנותיה כל זמן שהיא מעובבת להינשא על ידו, ובמו במגורשת ואינה מגורשת." בנוגע להתבססות בתי-הדין הרבניים על תשובה זו של המהר"ם ראו א' בארי "מוזנות לאישה שבעלה חייב לגרשה ('מעובבת') מחקרי משפט ז (תשס"ו) 79, 120-123. בפסק-דין של בית-הדין הרבני האזורי תל-אביב-יפו, של הדיינים צימבליסס, אזולאי ולוי, בתיק מב/647 פד"ר יב 254, 257, כתבו הדיינים, בעקבות הפסיקה בתיק 7086/7087/תשי"ז פד"ר ג 44, 55 ובעדעור תשי"ח/139 פד"ר נ 201, 214, בדעת הרב נולדשמידס, שבעל הגותן לאשה מוזנות זבאי לקבל ממנה את "מעשה ידיה", וכי דעת הרב ישראלי, בפסק-דינו בערעור תשל"ג/205 פד"ר י 294, 303, הינה רחוקה. ראו גם דיון ביקורתי בנוגע לעמדות הדיינים בערעור תשל"ג/205, במאמרו

ש"מוזנות מעובבת" הט חיוב על-פי דין, העובדה שהאיש נותן גט כדי להשתחרר מחיוב מבכיר זה אינה פוגמת בתוקף הגט.

מן האמור עולה כי לרעת רבים מפוסקי ההלכה והריינים, אם האיש נואת ליתן גט על-מנת להשתחרר מלחץ בספי המוטל עליו ממילא על-פי דין, לחץ שנוצר לא על-מנת לאלצו לתת גט, אין הגט נחשב למעושה שלא ברין. ניתן לבאורה לטעון כי אף החיוב בפיצוי נזיקין יכול להיחשב לבפייה עקיפה, מביוון שאין הוא מיועד לאלץ את האיש ליתן גט לאשה, אלא לפצותה על נזקה. האיש יכול לבחור את ליתן גט או לשלם לאשה פיצוי נזיקין. לשון אחר: אף אם השאיפה להתחמק מאחריות בנויקן עשויה להמריץ את האיש ליתן גט, הלחץ הבספי העקיף אינו פוגם בתוקף הגט, שכן ניתן לדאות בו משום בפייה בדרך בררה.

אולט הטיעון כי ניתן לדאות בהטלת אחריות בנויקן משום בפייה בדרך בררה מעורר שתי בעיות. ראשית, נראה כי החיוב שניתן לבסס עליו בפייה בדרך בררה צריך להיות חיוב שמקורו במשפט העברי (בגון חובת מוזנות או חיוב אחר הנובע מן הנישואין), בעוד שחובת הפיצוי שאנו מנסים לבססה באן אינה בו. שנית, הרעיון של בפייה עקיפה מבוסס על קיומו של חיוב (או נטל) שאינו נובע מן החובה ליתן גט, דהיינו חיוב שהיה קייט ממילא, אך האיש יכול לפטור עצמו מעולו על-ידי מתן גט. חובת הפיצוי בנויקן אינה חיוב בזה, שהרי היא נובעת מהפרת החובה לתת גט (ולא היתה קיימת בלעדיה). אי לבך אנו מציעים שהפיצויים בתביעת נזיקין של מסורבת-גט ייפסקו במתבונת של מוזנות. יהיה ניתן לפסוק סבום מצטבר אחר בגין כל התקופה שקרמה למתן פסק-הדין, ולהורות על תשלום פיצויים עיתיים מאותו מועד ועד מתן הגט. קשירת הפיצוי לחיוב שמקורו במשפט העברי (דהיינו חיובו של האיש במוזנות אשתו) תאפשר לנו לדאות בחובת הפיצוי משוט בפייה בדרך בררה, ותסלק את החשש מפני גט מעושה. דא עקא, האיש חייב ממילא במוזנות האשה במשך תקופת נישואיהם. מהו אט-בן הערך המוסף של תביעת הנזיקין מנקודת-מבטה של האשה? על שאלה זו ננסה להשיב להלן.

(דד) הטלת מוזנות מוגדלים שאינם מופרזים אינה בגדר אונס ממון

בדורות האחרונים עשו פוסקי ההלכה ורייני בתי-הדין הרבניים שימוש במוזנות עונשיית כדי לפתור את מצוקתן של מסורבות-הגט. באשר "בופין" אדם לתת גט לאשתו, ניתן לנקוט נגרו באמצעי בפייה חריפים, בגון מלקות בשוטים, חרם, נירוי ומאסר. בנסיבות אלה אין מתעורר קושי הלבתי בנוגע להפעלת אמצעי בפייה נוסף, חמור פחות,¹⁷⁴ והוא

של בארי, שם, בע' 123-134. במובן, הרבב נוסף בכית-הדין הרבני הגדול פסק, שממוזנות "מעובבת" מקוויט את "מעשה יריה" של האשה. ראו ערעור נא/765 פר"ר טו 13, 17. מלומר שבחן באופן מפורט את פטיקת חכמי המשפט העברי לדורותיהם בסוגיה של מוזנות "מעוככת" הגיע לכלל מסקנה שהדעה הרווחת כקרב החכמים הללו היא שמקוויט ממוזנות אלה את "מעשה יריה". ראו בארי, שם, בע' 134-138.

174 ראו תיק 4527/תשי"ג, 3896/תשי"ג פר"ר א 51, 55: "ראט [=שאט] בופין אותו להוציא [=לגרש], הרי בופין גט בשוטיין [=באמצעות מלקות בשוטיט], וב"ש [=ובל שכן] שאפשר לחייבו במוזנות, רבה"ג [=רבהאי גוונא] לא הוי בפייה [=לא (הוא) אמצעי

מזונות עונשיים.¹⁷⁵ מפסק־דין של בית־הדין הרבני האזורי בתל־אביב-יפו, של הדיינים צימבליסט, אזולאי ולוי, עולה שבאשר "בופין" לגרש, נוסף למזונות רגילים שאדם חייב לתת לאשתו ומזונות "מעובבת", קיימים גם מזונות "לא מדין מעובבת אלא מתורת בפייה לגט".¹⁷⁶ מזונות אלה הם קנס שהשימוש בו נועד לעודד את האיש לתת לאשתו גט, בדומה לשימוש באמצעי בפייה אחרים שהשימוש בהם מותר באשר "בופין" לגרש, בגון מאסר או הבנסת אסיר לצינוק. החיוב הבספי אינו נובע מדיני המזונות, אלא מדיני הגירושין. הואיל ובאותם ימים לא הסמיך משפטה של מדינת־ישראל את בית־הדין להבניס לצינוק את האיש שהיה נתון במאסר עקב רצח, הורה בית־הדין בי "יש מקום לחייבו במזונות, לא מדין מזונות הרגיל, אלא באמצעי בפייה למתן גט". מביוון שמדובר בדרגת "בופין", אין נזכרת בפסק־דין זה הבחנה בין סוגים שונים של מזונות, בגון בין מזונות מוגדלים לבין מזונות מופרזים. עם זאת, השימוש באמצעי זה מעורר קושי מנקודת־המבט של המשפט הישראלי, שכן רשימת הסנקציות שבית־הדין הרבני הוסמך במפורש להפעיל נגד סרבן־גט אינה כוללת סנקציה בספית.¹⁷⁷

בשתי הדרגות הנמוכות ביותר, דרגות ה"מצווה" וה"המלצה" לגרש, אין בתי־הדין הרבניים נוהגים, בכלל, להפעיל אמצעי בפייה נגד סרבן־הגט, כך שהם יימנעו גם מלהפעיל את הסנקציה של מזונות עונשיים. הקושי ההלכתי המשמעותי בנוגע להיתר שימוש במזונות עונשיים מתעורר בדרגת "חיוב" לגרש, שהיתה דרגת פסק־דין לגירושין בנסיבות הנידונות בהחלטותיהם של השופטים גדינברגר ומרבוס, אשר נידונו לעיל. בפי שהסברנו, פוסקי הלכה רבים, החוששים שמא אונס מומן נחשב לאונס, סוברים שבאשר אונס זה אינו נובע מחיוב על־פי דין, הוא עלול לפגום בתוקף הגט. יש איפוא להימנע מהטלת מזונות עונשיים (שאינם "חיוב על־פי דין", אלא "קנס") באשר דרגת פסק־הדין היא "חיוב" לגרש? בעניין רוזנצווייג השיב השופט זילברג לשאלה זו בחיוב מפני שהשם שהפעלת מזונות עונשיים תביא לירי מתן גט שיהא מעושה שלא כדין.¹⁷⁸ מבגד קיימת דעתו המנומקת של הרב יצחק הרצוג – שהיה הרב הראשי האשכנזי לארץ־ישראל בתקופה שבה נעשה שימוש נרחב יהסית במזונות עונשיים בבתי־הדין

כפייה, אלא הכפייה היא לבצע חיוב המוסל עליו על־פי דין בדרך ברה"ל. ראו גם שאנן, לעיל הערה 166, בע' 212. הרב הרצוג כתב שבפיית ארס לגרש באמצעות מלקות בשוטים חמורה מכפיית אדם לגרש באמצעות חיובו בתשלום מזונות, מפני שרוב בני־האדם חביב עליהם גופם יותר מממונס. ראו י"א הרצוג "בעניין השש לגט מעושה" הדרוס א (תשי"ז) 3; שו"ת היכל יצחק, אבן העזר א, ג; ורהפסיג, לעיל הערה 110, בע' 169, 167.

175 ראו שרשבסקי, לעיל הערה 107, בע' 293, הערות 5 ו-7, לאור תיק מב/647, פר"ד יב, 254, ע' 257; ורהפסיג, שם, סם. נראה שהמלומר ורהפסיג סבר שמסילים מזונות עונשיים רק כאשר "כופין" לגרש.

176 תיק מב/647, שס, בע' 257. בנוגע לנימוקים מדוע "כופין" לגרש בנסיבות הנידונות בפסק־דין זה ראו שס, בע' 256–257.

177 ראו פרק ג(ג)4 להלן.

178 ראו לעיל הערה 124.

הרכניים כישראל – כרכד היתר לחייב את האיש כמוזנות עונשיים שהם קנם כאשר קיים "חיוכ" לגרש. הרב הרצוג התיר שימוש כמוזנות עונשיים, אף כאשר אין "כופין" לגרש, כאשר המזונות הינם מוגדלים ולא מופרזים.¹⁷⁹ לעיתים ציין שהחיוכ כמוזנות הוא על-פי דין. כאשר תכעה אשה גט וכן-זוגה סירב לתיתו לה, היא היתה "מעוככת", לדעתו, ולכן יש "לחייכו כמוזנות עד שיגרש. ומוזנות אלה צריכים להיות כהתאם ליכלתו ורמת חייו, ולא כדי לקונמו כי אם כדי שלא יעככנה שלא כדוין".¹⁸⁰ אולם לעיתים, אף כאשר היו לו ספקות משמעותיים אם ניתן להטיל חיוכ מוזנות על-פי דין, התיר שימוש כ"מוזנות" שהם כגדר קנס כספי: "שמותר לנו לקנום אותו כמעט ממון לפי הערך, ככוח הפקר כ"ד הפקר, כשיש מצוה ליתן גט וכשיש לנו לחוש שמא תצא האישה ח"ו [=חם וחלילה] לתרבות דעה".¹⁸¹ בשני המקרים, הן כאשר חיוכ המזונות הוא על-פי דיני המזונות והן כאשר הוא קנס, הרגיש הרב הרצוג שהמוזנות צריכים להיות מוגדלים ולא מופרזים. לדעתו, אף שיש רגליים לסכרה שאדם מגרש כדי להינצל מעול של חוכ כספי, מכום כסף שאינו גדול מדי אינו יוצר חשש של אונס ממון כגירושין: "שכענין סכום קטן ודאי אין זה אונס, ואין חוששים למיעוט כני אדם שכדי לא להפסיד מכום קטן יגרש את אשתו האהוכה לו כגופו".¹⁸²

כנוגע לחיוכ מוזנות "מעוככת", כתב: "אין כל הטלת סכום כסף אונס גמור,¹⁸³ וככגון

179 בתשובת הרב הרצוג, שו"ת היבל יצחק, אבן העזר א, ב, הרב הרצוג רן באשה של בעל "שעפ"י [=שעל-פי] הדין אין לבופו", ופסק שמתר להפעיל לחץ על הבעל שיגרש באמצעות חיובו בתשלום מוזנות מוגדלים שאינם מופרזים.

180 שו"ת היבל יצחק, אבן העזר א, א. מתשובה זו משמע שהבסיס המשפטי לחיוב במוזנות הוא חיוב על-פי דין. הבפייה היא בדרך בררה. באותו עניין נאסרה האשה על בעלה עקב ניאוף, וחפצה לקבל גט שבעלה סירב לתיתו. בגין הימנעותו לתת גם, סבר הרב הרצוג שהאשה "מעוככת". ראו גם שם, א: "יש פה ספק בעצם הבפייה. כי מה הוא זה שאנו עושים באן?: אנו מסילים מוזנות על הבעל בסכום שהוא במירת יבלתו, ואינו פוגע בפרנסתו במרה חמורה." אף השופם זילברג, בעניין רוזנצווייג, לעיל הערה 124, בע' 1555-1557, סבר שקיים חיוב על-פי דין לזון אשה נואפת בנסיבות הנזכרות לעיל. בעקבות השופם זילברג כתב גם השופם י' בהן, בע"א 15/82 אלמוני נ' פלונית, פ"ד לז(2) 18, 23, בין היתר לאור תשובת הרב עזיאל ז"ל באוצר הפוסקים, אבן העזר כרך ב, הערות, בע' סו-סז[ב], לעיל הערה 167: "ייתבן שהיא תהיה זבאית לקבל מסנו מוזנות, אם יתברר שהיא מוכנה לקבל ממנו גם והוא מסרב לגרשה, אך זהו חיוב חדש, המבוסס על העילה, שאם הבעל מעגן את אשתו, הוא חייב לזון אותה."

181 שו"ת היבל יצחק, אבן העזר א, ב.

182 שם, שם. ראו גם שם, ג: "שביון שהמוזנות הס במרה בינונית אין זה בגדר אונס."

183 בנוגע לבעיית גט מעושה המתעוררת כאשר קיים אונס, וכעקבותיו נתן המגרש גט הפגוס בפגס "אונס גמור", ראו דעת הרב מנחם בן שלמה המאירי, בית הבחירה, גיסין, פרק ה, פירוש משנה א: "בל אונס במשמע, אפילו אונס ממון, בגון שהיו בובשין את ממונו עד שיגרש, או הטילו עליו קנס ע"י גוייס... ואף בשוהו מבהילין ומפחידין אותו

זה אין אומדים רין פרוטה בדין מאה.¹⁸⁴ ואין גט מעושה אלא בשמטילים עליו דכר שאין ככוחו לסכול, או שקשה לו יותר מדי לסכול, כגון יסורי הגוף, או סכום עצום המהרס אותו, אבל לא סכום שאינו פוגע בו במידה חמודה.¹⁸⁵ המבחן הקובע הוא אם-כן שיעוד המזונות. כאשר המזונות מוגדלים ואינם מופרזים אין הגט מעושה שלא כדין. מבחן זה קיים גם כאשר החיוב במזונות לאשה הוא מכוח קנס: "שע"כ [=שכעל-בורחגו] אין בל הטלת סכום בסף אונס גמור, ובבגון זה לא אמרינן דין פרוטה כדין מאה. הגע בעצמך אם עשיר מופלג ישילו עליו איזה סכום קטן, הלזה תקראו אונס לגרש את אשתו? ואם ארם זה אין כוונתו רק לצערה, או לסחוט כספים ממנה, בלום היה מגרש כשכיל שמטילים עליו מזונות שאינו סכום גרול כלל לפי מצבו? הוא היה ממשיך לשלם ולחכות שמא יתהפך לכה עליה ותתהפך מבחילתה הנפשית. אבל מבין שהוא מגרש לפי שהוא חס על סכום זה שמוציאים ממנו, שאינו פוגע בו הרכה, זה מראה שהוא מתרצה באמת, ויהא שהוא מתרצה מפני שהוא חס על ממונו, אבל כיון שתשלום הממון איננו נוגע כפרנסתו פגיעה קשה, זה מראה שאין נפשו קשורה כנפשה כמירה שהוא טוען, והגט כשר. ואין זה גט מעושה אלא כשמטילים עליו דכר שאין בכוחו לסכול, כגון יסורי הגוף או סכום גדול שמהרס אותו, אבל לא סכום שאינו פוגע בו כמירה חמודה. אררכה בזאת יכחן: אם משום כך הוא מגרש אין זה מגרש מתוך אונס.¹⁸⁶

תפיסת העולם של הרכ הרצוג היא פועל יוצא מעקרונות כלליים החלים בדיני הגירושין העבריים. כאשר סרבן-גט נתן גט כדי לפטור עצמו מעול חיוב כתשלום סכום בסף המהרס אותו, קיים חשש שמא הגט הוא מעושה שלא כדין.¹⁸⁷ לא כן כאשר הסכום אינו כה גדול. הגישה בי הטלת מזונות מוגדלים ולא-מופדזים אינה פוגמת כתוקף הגט אף כאשר ררגת פסק-הדין לגירושין היא "חיוב" לגרש מקובלת גם על פוסקים אחרים.¹⁸⁸

בכך - אונס גמור הוא. הרב הרצוג סבר בכל הנראה שרק סכום בסף גרול גורם ל"אונס גמור".

184 ראו תלמוד בבלי, סנהדרין ח ע"א.

185 שו"ת היכל יצחק, אבן העזר א (ירושלים, תש"ך), א. ראו גם: שם, ב-ד; י"א הרצוג, לעיל הערה 179, בע' 4; ראו גם קונטרס הרב הרצוג ז"ל, באוצר הפוסקים, אבן העזר כ, הערות, ע' א, בע' ח. באותו מקרה היה קיים טעם נוסף וייחודי, ניאוף האשה, שבגינה סבר הרב הרצוג שהגט ניתן מרצון: "שהדעת נותנת שבאמת הוא מתרצה, בי למה לו להפסיד ממון ולשלם לזו שבגדה בו, רק כדי להתנקס, ובפרט שגם לטובתו לתת גט." ראו שו"ת היכל יצחק, אבן העזר א, א. נימוק נוסף שם הוא אנלוגיה לרציונל של הרחקות רבנו תם. מותר לגזור על אחרים להתרחק מסרבן-גט בררביס שונות, כגון לאסור עליהם לשאת-ולתת עמו. הרציונל הוא, לדעת הרב הרצוג: "חוקה שאם לא היה מתרצה לא היה מגרש בגלל הלחץ הזה."

186 שו"ת היכל יצחק, אבן העזר א, ב.

187 ראו תלמוד בבלי, בבא קמא קא ע"ב; תשב"ץ א, א; שולחן ערוך, אבן העזר ע, ג; אלינסון, לעיל העדה 110, בע' קמח, הערה 67.

188 ראו ורהפטיג, לעיל הערה 110, בע' 165; ר' דצרסדופר "דיני גירושין והפרדה - ררביס לבפיית גט" בתלנו יג (תש"ן) 314, 318; שרשבסקי, לעיל הערה 107, בע' 329, הערת-

השאלה מהו סכום כסף גדול אך לא "מופרז" נתחבת לאור נסיבות העניין, בין היתר ניתן משקל למצבו הפיננסי של הסרבן. סכום שהינו "מופרז" באשר הסרבן תסר אמצעים עשוי לא להיחשב ל"מופרז" באשר הסרבן בעל ממון.

לדעתנו, בותם של הרברים יפה גם כיתס לפיצויי נזיקין המשולמים בתוספת מזונות. ניתן לסעון, על-יסוד רברי הרב הרצוג, שבל עור פיצויי הנזיקין שנפסקים לסובת האשה מבסאים הגרלה (שאינה מופרזת) של חובת המזונות, אין פסיקתם מעוררת תשש שמא הגס שיינתן לאתר-מבן יהא פגום כפגם של אונס ממון, ומשום כך אין חשש שהגט יהא מעושה שלא ברין. כדי להסיד את התשש שמא גט שניתן בעקבות תביעת נזיקין ייחשב למעושה במקדים שבהם בית-הדין הרבני לא פסק ש"בופין" על האיש לגרש, יש להבטיח שסכום הפיצוי על כל חודש של סרבנות לא יהא מופרז. כאמור, בגין תקופת הסרבנות שקדמה לפסק-הדין ניתן לפסוק סכום אחד מצטבר, ובגין התקופה שלאחר מתן פסק-הדין ועד מתן הגט ניתן לפסוק תשלומים עיתיים. נראה לנו שהסכום שבו תזבה מסודבת-גס בשיסה

שוליים 13. גם בית-הדין הרבני הגדול הבחין בין שני סוגי חיובים. ביחס לחיוב כספי שהוא קנס גדול, ש"לא נערך לפי שיעור דטי בלבלה", קיים חשש של גט מעושה שלא ברין. חשש זה אינו קיים בנוגע לחיוב בסכום סביר ולא-מופרז של מזונות (במקרה שבו התחייב הבעל לתת מזונות לאשתו בשיעור מסוים), אם יתחרס ולא ייתן לה גט. ראו ערעור 47/טו וערעור נגר 71/טז פר"ד ב 9, 14. יש הסבורים (כניגוד לרב הרצוג) כי הגבלת גובה הטזונות העונשיים (מוגדלים ולא-מופרזים) חלה דק באשר המזונות מוסלים כבחנית קנס, ולא באשר הם מוסלים מבוח חיוב על-פי דין (בגון מזונות מעובבת). לפי גישה זו, באשר המזונות מבוססים על חיוב על-פי דין, הבעל מחויב לשלמם יהא שיעורם אשר יהא, ואין חשש שטא גס שניתן בעקבות תשלום המזונות הללו ייחשב לגט מעושה שלא ברין. ראו תשובת הרב יחזקאל שרגא הלבדשטם, שנרפסה בסוף ספר שובע שמחות (ססריווב). המשיב סכד שם שאף לדעת הסבורים שבאשר בעל "נכפה", רהיינו חולה במחלת הנפילה, אין "בופין" לגרש, ניתן להטיל עליו חיוב מן הרין, שאינו קנס, בתשלום מזונות, שכעקבותיו יגרש את אשתו. במקרה זה, מביוון שהאשה נולדה בבית אב עשיר והורגלה בבית אביה, לפני הנישואין, לרסת חיים גבוהה, לאור הבלל "עולה עמו ואינה יודרת עמו", ניתן להטיל על בעלה חיוב בתשלום סכום גדול לטזונותיה. המשיב כתב שאף שסכום הכסף גדול, הגט שניתן בעקבותיו תקף, מביוון שבפו את הבעל לתת סכום כסף שהוא חייב לתיתו על-פי דין, ולא הטילו עליו סכום כסף בקנס כדי שיגרש. אף כפסק בית-הדין הרבני האזורי בתל-אביב, של הריינים רביץ, בורנשטיין וורנר, בתיק 4527/תשי"ג פר"ד א, כתב בית-הדין, בע' 54-55, כי בנסיבות המקרה הנידון שם יש לאשה זכות לקבל מזונות על-פי דין, שהם המזונות המגיעים לה מלבתחילה, בחיוב הנובע מן הנישואין, או מזונות "מעובבת". בית-הדין לא כחן אם שיעור החיוב במזונות בטקרה זה גבוה או נמוך. הוא הדגיש, שם, בע' 55, שהבפייה באמצעות מזונות אינה בפייה לצורך גידושין, אלא בפייה לבצע חיוב המוסל על הבעל על-פי דין, ולבן ררך בפייה זו עדיפה ומותרת. ראו גם ודהפטיג, לעיל הערה 110, בע' 165; שרשבסקי, לעיל הערה 107, בע' 293, הערת-שוליים 5; שם, בע' 329, הערה 13.

שאנו מציעים לא יהא בררך-בלל נחות באורח מהותי (אם בבלל) מן הפיצוי שהיה נפסק לה לולא ניסינו להתאים את הובאות לעקרונות המשפט העברי. ראשית, הסבום שנפסק בסיטואציות עוברתיות אחרות בפיצוי בגין נזקים לא-ממוניים טהורים (שאינם מבשילים לבדי נזק גופני או בריאותי) אינו גדול בלאו הכי.¹⁸⁹ שנית, בשיסה המוצעת, הסבום הבולל שישלם הסרבן יילך ויתפח בבל שסרבנותו תתארך, כך שבמקרים קשים של סרבנות יהיה הפיצוי המצטבר ניכר.

(הה) כפייה באמצעות בית-משפט אזרחי

בבלל, אם מקור האונס, או האיום באונס, הוא בבית-דין של נוכרים (קרי: בית-משפט שאינו דן על-פי עקרונות המשפט העברי), הגט בשד רק כאשר בית-דין יהודי ביקש מבית-דין של נוכרים להפעיל אמצעי כפייה ואילוף, ובית-הדין הנוברי הורה לאיש לעשות מה שחבמי בית-הדין היהודי הודו לו לעשות; אך אם פעל בית-הדין הנוברי מעצמו - הגט חסר תוקף.¹⁹⁰ עס זאת, גם כאשר בית-דין של נוכרים פועל מעצמו, הגט עשוי להיחשב לבשד אם פעולתו מיוערת לקדם את ההליך לפני בית-הדין הדבני או לאבוף חיוב שמקורו במשפט העברי. כך, למשל, כאשר אדם נתן גט לאתר שבית-משפט אזרחי איים לאסור אותו אם לא ימלא את התחייבותו להופיע בבית-דין רבני לצורך הסדרה של מתן גט שהתחייב לתיתו, הגט תקף, משום שבית-הדין האזרחי לא בפה גט, אלא בפה אותו להופיע לפני בית-דין רבני שיפעיל שיקול-רעת הלבתי בנוגע למתן הגט.¹⁹¹ מפסיקת בית-הדין הרבני בישראל עולה שכאשר החיוב לתשלום מוזנות המוטל

189 בתמ"ש (י"ס) 18551/00 ק.ס. נ' ק.מ., דינים משפחה (אוקטובר 2004) ב 654, נקבע כי סכום של 70,000 ש"ח מבטא את בלל נזקיה (הפזיזים והנפשיים) של אשה שסבלה - במשך חמש שנות נישואין - אלימות פיזית, השפלה וביזוי קיצוניים; בעניין צבדי, לעיל הערה 48, נפסק פיצוי של 120,000 ש"ח בגין נזק לא-ממוני לאשה שפנתה לרב שייחס לעצמו כוחות על-טבעיים כדי למצוא מזור למצוקתה הנפשית הקשה וכדי לקבל עצות לריפוי תינוקה החולה באססמה, וסבלה ניצול מיני מחפיר ומתמשך במהלך ה"טיפולים" (לרבות סדרה של מעשי אונס). כאמוד לעיל, רעתנו היא כי הסכום שנפסק בתמ"ש (י"ס) 19270/03, לעיל הערה 17, הינו בעיית מנקודת-המבט של המשפט העברי וחריג מנקודת-המבט של דיני הנזיקין (ראו לעיל הערה 25). הרוגמות המובאות כאן מחזקות את הסיפא של טענה זו.

190 דאו תלמוד ירושלמי, פדק ט, הלכה י (ג, 4); תלמוד בבלי, גיטין פח ע"ב; רמב"ם, גידושין, פדק ב, הלכה ב; סור, אבן העזר קלד; שולחן ערוך, אבן העזר קלד, ה; שו"ת בצלאל אשכנזי טו; שו"ת יכין ובוטו ב, כא; שדשבסקי, לעיל הערה 107, בע' 328 ובהערות-השוליים 6-7 שם; תוספות, גיטין פח ע"ב, ר"ה ובנבדים; תוספות, בבא בתדא מח ע"א, ד"ה גט; תשובות הדי"ד בב, נר; תשובות חכמי פדובינצ'א סח; שו"ת מהר"ם רנא; שו"ת הרשב"ש שלט; שו"ת הרדב"ז, חלק ד, אלף קפח; שו"ת תפארת צבי קב.

191 ראו י"ד בלייך "מעמדס של נישואין וגידושין כדת משה וישראל במדינות השונות" דיני ישראלי י-יא (תשמ"א-תשמ"ג), שע. לדעתו, עשיית מה שבית-דין של ישראל יפסוק או

בבית-משפט אודחי אינו חיוב תקף על-פי הדין העברי, הגט שניתן בתוצאה מהטלת מזונות אלה הינו מעושה שלא בדין.¹⁹² מאידך גיסא, הטלת חיוב, או איום בהטלת חיוב, על-ידי נובריס בנסיבות שבהן האיש מחויב לבצע חיוב זה ממילא על-פי הדין העברי אינם פוגמים בתוקף הגט. כך, למשל, איום של נובריס שיאסרו את האיש עד שיפרע את בתובת אשתו אינו פוגם בתוקף הגט.¹⁹³

בין הפוסקים ניתן למצוא גם גישה מקילה יותר ביחס להטלת חיובים בספיים על-ידי ערבאות אורחיות. מפסיקתו של הרב משה פיינשטיין, למשל, עולה בבירור כי אף אם בית-המשפט האורחי פועל שלא בעצה אחת עם בית-הדין הרבני, ומחייב את האיש לשלם לאשה סבוס בסף שלא על-יסוד חיוב שמקודו במשפט העברי, הטלת חיוב זה עשויה לא לפגוע בתוקפו של הגט, ובלבד שניתן ליישב את פסיקתו של בית-המשפט האורחי עם עקרונות המשפט העברי. באשר בית-משפט אורחי בארצות-הברית הטיל על האיש חיוב מזונות על-פי המשפט האורחי, ואי-הציות להחלטה הוביל למאסרו, פסק הרב פיינשטיין שהגט שניתן לאחר-מכן תקף מביוון שבית-דין של נובריס לא אסר אותו בדי שייתן גט, אלא בגין הימנעותו מתשלום מזונות; ולדעתו, חוב מזונות זה יכול להיחשב לתקף גם לפי הדין העברי, מביוון שההפרש בין הסבוס שהטיל בית-הדין הנוברי לבין הסבוס שבית-דין יהודי מטיל בדרך-בלב בעבור מזונות בנסיבות מעין אלה הינו קטן, ומשום שהערבאות בארצות-הברית נוהגות בדרך-בלל לפסוק תשלום מזונות בשיעור נמוך מזה שבית-דין רבני נוהג לפסוק.¹⁹⁴ הרב פיינשטיין, שדעתו נחשבת בעיניו בל הדבנים האורתודוקסיים, חזר על עמדתו גם בעניין נוסף שהובא לפניו.¹⁹⁵ על פסיקת הרב פיינשטיין הסתמך גם הרב הראשי לישראל, הרב שלמה עמאר, באחת מתשובותיו בעניין חיוב בעל בתשלום מזונות בעדבאה אורחית בישראל.¹⁹⁶

פסק הינה בפיייה המותרת לאור מקורות המשפט העברי. ראו תלמוד בבלי, בבא בתרא מח ע"א; רמב"ם, גירושין ב, ב; שולחן ערוך, אבן העזר קלד, ט.

192 דאו תיק 224/תשנ"ג, לעיל הערה 110, בע' 270.

193 דאו שו"ת יבין ובוועז ב, בא.

194 דאו שו"ת אגרות משה, אבן העזר א, קלו. דאו גם תמצית הפסק, לעיל הערה 155.

195 שו"ת אגרות משה, אבן העזר ד, קו.

196 בשו"ת שמע שלמה א, אבן העזר יא, הסביר הרב שלמה עמאר כי לפי שיטת הרב משה פיינשטיין, באשר סבוס מזונות שנפסק בבית-משפט אורחי גבוה במעט מזה שנפסק בבית-דין רבני בנסיבות דומות, אין הרבד פוגם בתוקף הגט, מביוון שסומבים על שיטת חבטי הלבה הסבורים שאונס ממון מועט אינו נחשב אונס. הוא הזכיר בהקשר זה את ההבחנה המצויה בשו"ת בית אפרים, מהרודה תניינא, אבן העזר א, ע, ע' רמט, ד"ה עוד אחת, בין חיוב הבעל בסבוס גדול - "סך שהוא עצום ממנו לפי יכולתו", הפוגם באופן משמעותי ברצון החופשי לגרש, והגט נחשב למעושה שלא בדין, כי "אדם בהול על ממנו", לבין חיוב הבעל בסכום מועט, "שדוב בני דעה... לא יהיה קל בעיניו להוציאה [=לגרש את אשתו] בשביל הפסד מועט". מביוון שסבוס בסף לא-משטעתי אינו אונס ממון, אין הגט מעושה שלא כדין. עס זאת, יש החולקים על עטדתו של הרב פיינשטיין.

ודוק: גם על-פי גישתו של הרב פיינשטיין, החשש מפני גט מעושה אינו מתקיים אך ורק אם החיוב הכספי המוטל על הסרבן בערבאה האזרחית דומה לזה שהיה ניתן להטיל עליו על-פי המשפט העברי, הן מבחינה מהותית והן מבחינה במותית. על הבעייתיות שעלולה להתעורר כאשר בית-משפט אזרחי מטיל על הסרבן חיוב כספי בהתעלם

בארצות-הברית ראו: Breitowitz (*Between*), *supra* note 116, at p. 392. בישראל ראו דעת הדין שלמה דיבובסקי בעניין חשש גט מעושה שלא בדין, כאשר בית-משפט אזרחי פוסק שיש לתת לאשה סכום בסף למוונות שאינו מגיע לה לאור עקרונות המשפט העברי. ראו ש' דיבובסקי "הסבמי ממון קדם נישואין" תחומין בא (תשס"א) 279, 280. הרב גדליהו אקסלרוד בתב, בנוגע למציאות במדינת-ישראל, כי שמע "מעורך דין בר סמבא, שמצוי במשפטי אישות בבתי משפט אזרחיים, שמחייבים שם הבעל בסכומים גבוהים, לא לפי דין תורה, וקורה שהבעל נאלץ להיבנס לבית הסוהר ועקב כך נלחץ ונותן גט". ג' אקסלרוד "גט שניתן מחמת חיוב מוזנות בסכום גבוה" שורת הדין א (תשנ"ד) רלח, רמא. הוא סבר שמצב זה יוצר חשש שגט שיינתן לאחר-מכן ייחשב למעושה, וקבע (שם, בע' רמד) שאף כאשר "בופין" לגרש, אין תוקף הלבתי לגט שיינתן לאחר פסק על בית-משפט אזרחי, וזאת מפני שבית-משפט אזרחי אינו פועל בשלוח של בית-דין רבני האומר לבעל "עשה מה שישראל אומרים לך", והגט שניתן לאחר-מכן הינו מעושה שלא בדין. לדעתו, יש להסיר כל חשש של אונס ממון מחמת פסק-דין לתשלום מוזנות בבית-משפט אזרחי, ולכן האשה מהויבת לוותר על כל חובות הבעל "באופן שלא תובל עוד להפעיל נגדו קנסות איומים ומאסר". לדעתו, רק לאחר ויתור זה, אם ירצה הבעל לתת לאשה גט, אין חשש שהגט שיינתן יהא מעושה שלא בדין. אולם בלא ויתור זה, אין להתיר לבית-דין רבני לסדר גט. בפסק-דין (שלא פורסם) של הדיינים גדליהו אקסלרוד, דוד בהן ויצחק שמואל גמזו, בבית-הדין הרבני האזרחי בהיפה, בתיק 1-21-0583111168, דן בית-הדין בעניין חובות בעל לאשתו שהצטברו לסכום גדול עקב הימנעותו המתמשכת מתשלום דמי מוזנות לאשתו מבות פסק-דין של בית-משפט אזרחי. שוטר שהוזמן לבית-הדין איים על הבעל כי ייאסר בגין אי-תשלום חוב זה אם לא יאות לתת גט לאשתו. בהחלטה הקורמת של בית-הדין נקבע שדרגת פסק-הדין של גירושין היא מצווה, ולא חיוב, ולכן נמנע בית-הדין מלהטיל על הבעל סנקציות, בגון חיובו בתשלום מוזנות מעובבת מחמתו להינשא. בית-הדין פסק שאף אם כבר עוב השוטר את אולם בית-הדין, קיים חשש שמא הגט שיינתן יהא מעושה שלא בדין, מביוון שהבעל חש מאוים מפקודת המעצר שהוצאה נגדו. לאור עקרונות המשפט העברי קיימים, לדעת בית-הדין, שני פגמים במקביל במקרה זה. בית-הדין לא פסק ש"בופין" לגרש, ובית-משפט אזרחי, ולא בית-דין רבני, הוא שהטיל את החיוב במוונות, ובנסיבות אלה דין בית-המשפט האזרחי, בדין ערבאות של בותיס [=נוברים], שאינן פוסקות לאור תורה, ובשכפו נוברים בנסיבות אלה [=בשאין "בופין" לגרש, ולא בשלוחי בית-דין רבני], הגט שיינתן לאחר-מכן יהיה מעושה שלא בדין. בנוגע לחשש שהגט יהא מעושה שלא בדין, לאחר פסק-דין של בית-משפט אזרחי המחייב בעל בתשלום מוזנות, ראו גם תיק 224/תשנ"ג, לעיל הערה 110, בע' 261, 270.

מעקרונות המשפט העברי ניתן ללמוד מהתייחסותם של פוסקי הלכה לחיקוקים מיוחדים שנחקקו בארצות-הברית ובקנדה, ונועדו לאפשר הפעלת לחץ בלבלי על סרבני-גט בעדבאות אורחיות. בשנת 1992 תוקן בניו-יורק ה־Domestic Relations Law. בעקבות התיקון, בית-המשפט האזרחי, בבואו לקבוע את אופן חלוקת דבושם של בני-זוג המתגרשים ואת גובה תחייב במוזנות, רשאי להתחשב בהשפעה הבלבלית של מבשולים שהצר האחר מציב לפני הצד האחר בדרך לנישואין נוספים (באשר הבוונה היא בעיקר לסרבנות-גט של יהודים).¹⁹⁷ בקרב קהילת היהודים האורתודוקסיים בארצות-הברית התגלעה מחלוקת חריפה בנוגע לתוקפו של גט שניתן לאחר נקיטת צעדים בהתאם לחוק בבית-משפט אזרחי.¹⁹⁸ חלק מן הארגונים האורתודוקסיים תמכו בחקיקה זו,¹⁹⁹ בעוד שארגון אגודת ישראל התנגד לה.²⁰⁰ המצדדים בעמדתה של אגודת ישראל הסבירו כי קיים חשש שהפעלת לחץ בספי על-ידי בית-משפט אזרחי תגרום למתן גט מעושה שלא ברצון, שני רבנים, מחשובי פוסקי ההלכה בישראל, הרב שלמה זלמן אוירבך והרב יוסף שלום אלישיב, סברו אף הם שאין לתמוך בחקיקה זו, מחשש שגט שניתן בעקבות הפעלת

- 197 N.Y. C.L.S. Dom. Rel. §§236 B(5)(h), B(6)(d) (2004). דאו גם: Breitowitz (Between), *ibid.*, at pp. 209-237; Zornberg, *supra* note 116, at pp. 733-735; Greenberg-Kobrin, *supra* note 116, at p. 374.
- 198 Breitowitz (Plight), *supra* note 116, at pp. 406-407; Breitowitz (Between), *ibid.*, at pp. 166, 210, 246-249.
- 199 Nadel, *supra* note 116, at p. 97, foot note 325; Breitowitz (Plight), *ibid.*, at p. 209, foot note 611; Zornberg, *supra* note 116, at p. 756, foot notes 239-240. ראו גם הטיעון שטיטת הצעת-חוק במדינת ניו-יורק, שהופצה בקרב רבנים וארגונים יהודיים, ובכללם אגודת ישראל, לא נתקלה בהתנגדות לפני חקיקת החוק, בשנת 1992: M. Jacob "The Agunah Problem - Clearing Up Some Misunderstandings About the So-Called New York State Get Law" *Jewish Press* Rabbinical Council of America, 21.1.94. כמו כן, הרב גדליה שוורץ, אב בית-הדין של ה־Chicago Rabbinical Council של America, ובית-הדין של ה־Chicago Rabbinical Council, תמך בחקיקה זו. ראו: G. Schwartz "Comments on the New York State Get Law" *Journal of Halacha & Contemporary Society* (1994) 26. הכותב מציין שבית-דין רבני יוכל להבחין בנקל בין מקרה שבו הבעל נותן גט כתוצאה מלחץ כלכלי לבין מקרה שבו הלחץ הכלכלי אינו פוגם בדצונו החופשי והגט אינו מעושה שלא כרצון.
- 200 Breitowitz (Between), *supra* note 116, at p. 209, foot note 611; Nadel, *ibid.*, at pp. 96-98; Zornberg, *ibid.*, at pp. 756-757; P. Hellman "Playing Hard to Get: Orthodox Jews and the Women Who Have Trouble Divorcing Them" *New York Magazine* 25.1.92.
- 201 ראו: Malinowitz, *supra* note 127, at p. 13; לעיל הערה 127, בע' נג-נו. ראו גם: Breitowitz (Plight), *supra* note 116, at p. 406; Breitowitz (Between), *ibid.*, at p. 248.

הסנקציות הגזברות בה היא מעושה שלא בדין.²⁰² הרציונל העיקרי לקביעות אלה היה שבית-משפט אזרחי הפוסק בהתאם לחוק מפעיל על הסרבן לחץ בספי שלא מבוח חיוב המוטל עליו ממילא על-פי המשפט העברי, ואשר שיעורו עשוי להיות גדול באופן ניכר מזה של החיוב שהאיש חייב בו לפי הדין העברי. נציגי האדגוניהם האורתודוקסיים שתמכו בחקיקת החוק הסבירו שהוא עולה בקנה אחד עם העקרונות המצויים, בין היתר, בתשובות הרבנים הרצוג ופיינשטיין. לדעתם, יש לדמות את הסעד הבספי המוענק לאשה לאור חקיקה זו לסעד של מזונות, שהאיש חייב בתשלום על-פי הדין העברי.²⁰³ במו"ב, בית-הדין הרבני מסדר את הגט, והוא יבריע בבל מקרה, על-פי נסיבותיו, אם לנוכח לחץ בלבלי שהופעל בבית-משפט אזרחי קיים חשש מפני גט מעושה שלא בדין. בית-הדין לא יאפשר גט בנסיבות בהן האשה חייבת להשיב סכומי בסף שקיבלה על-יסוד פסק-דין של בית-המשפט האזרחי, בולם או מקצתם, כתנאי מוקדם למתן הגט.²⁰⁴ האםמכתה העיקרית של התומכים בחקיקה זו נמצאה בתשובה שהשיב הרב יצחק ליעבעס, אב בית-דין של איגוד הרבנים בארצות-הברית, ביהם להצעת-חוק שקדמה לתיקון של 1992.²⁰⁵ הנחת-היסוד של הרב ליעבעס היתה שההסדר המוצע יעלה בקנה אחד עם עקרונות ההלכה, הגם שהוא לא דן (מביוון שלא נדרש לדרון) במאפיינים הקונקרטיים של ההצעה.²⁰⁶ מן הוויכוח

202 ראו פסקי ההלכה של הרב שלמה זלמן אויערבך והרב יוסף שלום אלישיב: ש"ז אויערבך "תשובה בעניין הנ"ל" מוריה יטא-ב) (ריז-ריח) (תשנ"ג) סא; י"ש אלישיב "תשובה בעניין הנ"ל" שם, כע' נח-ס, ראו גם: Breitowitz (*Between*), *ibid*, at pp. 230-232; Hellman, *supra* note 200, at p. 45; Nadel, *supra* note 116, at p. 98 הטוענים שהשאלה ההלכתית לא הוצגה בצורה נכונה לפני הרב שלמה זלמן אויערבך והרב יוסף שלום אלישיב. ראו: Schwartz, *supra* note 199, at pp. 5-25.

203 ראו: Schwartz, *ibid*, at pp. 33-34.

204 ראו: Schwartz, *ibid*, at p. 34. ראו גם את דעת הרב אברהם ישעיהו קרליץ שלא בהקשר של מזונות בבית-משפט אזרחי, שבאשר היתה כפייה שלא בדין, ולאחר-מכן הסכים הכעל לתת גט מרצון חופשי, שלא מחמת הכפייה, והצהיר לפני מתן הגט שהוא נותן גם טרצון, הגט תקף. ראו חזון איש, אבן העזר, נשים, גיטין צס, סעיף-קטן ג.

205 שו"ת בית אבי ר, קסט. לדעת הרב ליעבעס, כאשר ניתן פסק-דין של בית-דין רבני שהאיש צריך לגרש והוא אינו מגרש, ולאחר-מכן בית-משפט אזרחי מורה לבעל לגרש ואומר לו שאם לא יגרש, הוא ייענש בקנס בספי, אין חשש של גט מעושה שלא בדין, מביוון שבית-המשפט האזרחי פועל בשירותו של בית-הדין היהודי, ובאילו אומרים לו "עשה מה שישראל (כית-הדין היהודי) אומרים לך". מבאן ש"עיקר החוק שנתקבל בכתי המחוקקים הוא על פי הצעתם של יהודים ת"ח [=תלמידי חכמים], שומרי משמרת הקורש, למען תקנת עגונות, וזהו כמו שאוטרים לו העבו"ס [=עובדי בובביס ומולות - בית-סשפט של נוברים] "עשה מה שישראל אומר" ובשר".

206 לכן יש הטוענים שפסיקת הרב ליעבעס אינה תומכת למעשה בתיקון של 1992. בראש ובראשונה, הרב ליעבעס הניח שקיים פסק של בית-דין רבני המחייב את האיש לתת גט לפני נקיטת האמצעים בבית-המשפט האזרחי, בעוד שהחוק שהתקבל כסופו של רבר

ההלכתי לגבי תיקון החקיקה ניתן ללמוד בי יש חשיבות רבה להתאמת הסער הנפסק בערכאה האזרחית לעקרונות המשפט העברי, שהרי אפילו לרעת המצררים בחוק, אין בשימוש בו ברי לפגום בתוקף הגט רק אם ובמידה שקיימת זיקה מספקת בין הסער הנפסק מבוחו לבין העקרונות הללו.

גם בקנדה נעשה ניסיון להתמורר עם מצוקתן של מסורבות-גט באמצעות חקיקה. תחילה נקבע הסדר מיוחד באונטריו בלבד,²⁰⁷ ולאחר-מכן הוחל הסדר רומה על כל הפרובינציות בקנדה.²⁰⁸ החוק הקנדי מאפשר לבל אחר מבני-הזוג להגיש לבית-המשפט תצהיר שלפיו הוא הסיר, או מוכן להסיר, את כל המבשולים המונעים מבן-הזוג האחר נישואין רתיים נוספים, בעוד שהאחר לא עשה או אינו מוכן לעשות כן. לאחר חמישה-עשר ימים מיום הגשת התצהיר, או במועד מאוחר יותר שייקבע על-ידי בית-המשפט, היה בית-המשפט רשאי למחוק בקשות, טענות או תצהירים שהוגשו או נטענו על-ידי הצד ה"סרבן" במסגרת הליך הגירושין האזרחי ער להסרת המבשולים.²⁰⁹ בית-המשפט עשוי, בין היתר, למנוע את הסרבן מלהעלות טענות הגנה בנגר תביעה להגרלת שיעור המזונות (בגון טענה ברבר מצב בלבלי).²¹⁰ עם זאת, בית-משפט אזרחי בקנדה אינו שוקל שיקולים הלכתיים. בעיה קשה תתעורר אם יפסוק בית-משפט אזרחי שהאיש צריך לשלם סבום מזונות גבוה מאור, החורג באופן משמעותי מזה שהיה בית-דין רבני פוסק באותן נסיבות.²¹¹ קיים חשש שבית-הדין הרבני שצריך לסרר את הגט יחשוש שמא יהיה הגט מעושה שלא ברין. על-יבן הוצע בספרות המשפטית שבל מי שעושה שימוש בחוק יתייעץ מראש עם ארם הבקיא בתחום המשפט העברי, ויימנע מהגשת תביעה שתוביל לפסיקת סבום מופרו לאור עקרונות משפט זה.²¹²

גבולותיה של זכות התביעה בנויקין שאנו מציעים באן עולים לבאורה בקנה אחר עם

אינו מתנה את סמכותו של בית-המשפט האזרחי בכך שניתן פסק-דין רבני. ראו: Malinowitz, *supra* note 127, at pp. 12–13. המחבר מפקפק בתוקף ההלכתי של גט שניתן ללא הסמכה מפורשת של בית-דין יהודי לבית-משפט אזרחי לפעול בשלוחו בתחום בפייית הגט.

J.T. Sytrash *Religion and Culture in Canadian Family Law* (Toronto, Vancouver, 1992) 128

Sytrash, *ibid*, at pp. 147–148; ראו גם: Divorce Act, R.S. 1985, c. 3, §21.1 208, 161, 178.

Sytrash, *ibid*, at p. 132 209. לבית-המשפט יש שיקול-רעת בעניין זה, אולם הצד הסרבן יצטרך לשבנע את בית-המשפט בי סרבנותו מוצדקת לאור נסיבות העניין, ובררך בלל קשה לחוביח שהטרבנות מוצדקת.

Ibid, at pp. 134, 150 210

במקרה זה לא ניתן להסתמך על עמרתו המקילה של הרב משה פיינשטיין. 211

ראו: Sytrash, *supra* note 207, at pp. 134, 150. לטענה לפיה השימוש באמצעי 212

הקבוע בחוק הקנדי עלול להוביל למתן גט מעושה שלא ברין, ראו גם: Malinowitz, *supra* note 127

עקרונות המשפט העברי. הזכות נתונה לאשה במקרה שניתן לטובתה פסקי־דין בדדגת "בופין", והיא נתונה לה גם באשר קיים חיוב לגרש, בפוף לסייג לעניין שיעור הפיצוי: שיעור זה צריך להיות קטן משיעור הרביב העונשי במזונות עונשיים שהיה בית־דין רבני יכול להטיל על הסרבן, שווה לשיעור זה או גרול ממנו אך במקצת. בנסיבות אלה ניתן לטעון כי לאור גישתו של הדב פיינשטיין, הנחשב לפוסק גדול ובר־סמבא, אין בל פסול בכך שהטעד נפסק על־ידי ערבאה אורחית.

יטען הטוען כי החישוב של היקף המזונות במשפט העברי, המושתת על אומדן רמת החיים, אינו מדע מדויק. הרבנים שונים נוטים לפסוק סבומים שונים בנסיבות דומות. לכן, הגדלת שיעור המזונות בבית־דין רבני באמצעות הטלת חיוב בתשלום מזונות עונשיים אינה בהבדח סטייה מן הרין. לעומת זאת, באשר בית־משפט אורחי מטיל חיוב בתשלום פיצויי נזיקין אין מופעל בל שיקול־דעת לאור עקרונות המשפט העברי בנוגע להיקף החיוב, ולחיוב זה אין בל מקור ובסיס לאור עקרונות אלה. תשובתנו לטענה זו בפולה. ראשית, הרב פיינשטיין לא חשש לתוקפו של גט שניתן לאחר פטיקת מזונות בבית־משפט אורחי אמריקאי באשר הטבום שנפסק קטן מסכום מזונות שהיה פוסק בית־דין רתי יהודי, זהה לו או גרול ממנו במקצת אף־על־פי שבית־משפט זה אינו מפעיל בל שיקול־דעת הלבתי.²¹³ שנית, במסגרת המודל שאנו מציעים באן ישולמו פיצויי הנזיקין במזונות, ושיעורם ייקבע בהתחשב עם עקרונות המשפט העברי מתוך שאיפה בנה למנוע תקלה מן האשה בעת סירור הגט. על־בן לא יהיה ניתן לומר שהפיצויים נפטקים ללא בל זיקה לעקרונות המשפט העברי.

יחיאל קפלן סבור שברי לצאת ירי בל הספקות, יש לסייג בחוק את זכות התביעה, הן לעניין הנסיבות שבהן ניתן להגיש (בגון רדגת פסקי־הדין של גירושין) הן לעניין הסכום שניתן לפוסקו והן בנוגע לאופן התשלום (במזונות). ברדך זו יוכל בית־הדין הרבני להתייחס לפטיקת פיצויי נזיקין על־ידי ערבאה אורחית באל פעולה הנעשית בשליחותו לשם קיוט פטק־רינו כעניין הגירושין, והחשש מפני גט מעושה יוטר. במו־כן טכור יחיאל קפלן שכרי למנוע חשש שהרבב מהמיר בבית־הדין הרבני יימנע מסידור הגט לאחר פטיקת פיצויי נזיקין בבית־משפט אורחי,²¹⁴ אפשר לשקול הסמבה בחוק של בית־הדין הרבני להודות לאשה להשיב לאיש אותו חלק מסכום הפיצויים החורג מגבולות הסנקציה

213 ראו תשובות הרב פיינשטיין, לעיל הערות 155 ו־194–195.

214 יש מהמיריט החוששיט שכאשר סנקציה של קנס כספי מופעלת נגד טרבן־גט, ייחשב הגט מעושה שלא כדין מכיוון שקיימת בעיית אונס ממון (ראו לעיל הערות 110 ו־183), אף בנסיבות שבהן פוסקי הלכה, כגון הרב הרצוג והרב פיינשטיין, סבורים שהגט כשר (ראו בלייך "הצעה לפתרון בעיית בעל המסרב לגרש", לעיל הערה 110, בע' קכו, בהערת־שולייט 7. ראו גט חשש מפני דעת מיעוט בנוגע לאונס ממון: בלייך "הסכט ממון למניעת סירוב לגרש", לעיל הערה 110, בע' 276. יש הסבוריט שיש להתחשב בדעת מיעוט זו מכיוון שבסוגיה של כפיית גט קייט "חשש של איסור המור של אשת איש וממזרות", ולדעתט, עקב חששות אלה, "בעלי הוראה [=פוסקי ההלכה] מתנגריט בחריפות לכל הצעה המעוררת חשש על כשרות הגט אפילו הגט כשר הוא לדעת רוב הפוסקיט".

הבספית שהיה ניתן להטיל עליו על־פי עקרונות המשפט העברי מבלי לפגום בתוקפו של הגט.

שתי ההצעות אינן מקובלות על רונן פדי. אשר להצעה הראשונה, דעתו היא שכל עוד השאיפה לא לפגוע במסורבות־גט על־ידי סיבול מאמציה לקבלת גט תקף עומדת לנגד עיניו של בית־המשפט לענייני משפחה, אין בל צורך בהתערבות חקיקתית. די בפרסומו של מאמר זה כדי להבהיר לבל שופטת ושופט מהו הקושי וכיצד ניתן להתמודד עמו. בל איסת שבת־המשפט בוחנים את שאלת קיומה והיקפה של חובת הזהירות בעוולת הרשלנות הם מתמודדים עם שיקולי המדיניות הרלוונטיים ומשתדלים לגבש פתרון ראוי לאורם. אין שום סיבה לייחס ולייחד את בעיית אחריותם של סרבני־גט ולהוציאה מידיהם הנאמנות. יתד על־בן, לא בדוד עד במה יהיה ניתן לשבנע רבנים ודיינים ליטול חלק פעיל בסהלך שיינתן גושפנקה להתערבות אורחית במהלך הגידושין. יש הבדל גדול בין השלמה בדיעבר של רבנים ודיינים עם קיומו של מסלול אורחי סקביל לטיפול בבעייתן של מסורבות־גט (באשר זה נסלל תוך התחשבות בעקרונות ההלכה) לבין מעורבות פעילה בסלילתו. אשר להצעה השנייה: דעתו היא שהסמכת בית־דין רבני להורות על השבת בספים שהתקבלו בהליך אורחי אינה נחוצה ואינה ראויה. אין בה צורך לנוכח התאמתו של המודל המוצע באן לעקרונות המשפט העברי. במו־בן אין זה דאוי להעניק לבית־הדין הרבני בוח לבטל, הלכה למעשה, פסקי־דין של ערבאות אורחיות שניתנו בדין תוך פגיעה בעיקרון של סופיות הדיון ובעצמאותן המהותית המוסדית של הערבאות האורחיות.

(וו) מדיניות ההלכה: פתרון מצוקתן של מסורבות־הגט

אין ספק שפסיקת פיצויי נויקין למסורבות־גט חייבת להיעשות מתוך התחשבות בדיני הגידושין העבריים. הכרה בזכות תביעה בנויקין בהתעלם ממערכת דינים זו עלולה להוביל את מסורבות־הגט מן הפח אל הפחת. היא אולי תזכה בפיצוי, אך לא בגט תקף. לבן, זכות התביעה שאנו מציעים באן מסויגת בסייגים שתבליתם לסלק את החשש שמא הגט שיינתן בעקבות התביעה יהא מעושה שלא בדין. "הצלחתו" של הפתרון הנויקי תלויה במידה רבה בנבונותם של פוסקי ההלכה ובתי־הדין הרבניים להסכים בי ההברה בזכותה של האשה לתבוע פיצוי על סבלה לפני ערבאה אורחית, בפוף למגבלות שמקורן במשפט העברי, אינה פוגמת בתוקפו של הגט שיינתן לה. יש לנו שתי סיבות טובות לצפות שפוסקי ההלכה והדיינים בבתי־הדין הרבניים לא ישללו על הסף את האפשרות של שימוש בתביעת נויקין במתבונת שאנו מציעים לצורך הקלת מצוקתן של מסורבות־הגט. ראשית, הצעתנו נסמכת על עיקרון של בפייה בדרך ברה, המקובל על חבמי ההלכה. העובדה שערבאה אורחית היא שמטילה את האחריות בנויקין לא תפגע, לדעת הרב פיינשטיין, בתוקף הגט בל עוד תישמר הזיקה הנדרשת בין פיצויי הנויקין לעקרונות המשפט העברי. שנית, הצעתנו תואמת את המדיניות הבללית של ההלכה ביחס למסורבות־גט. לאורך בל הדורות ניברת במשפט העברי רגישות למצבן של נשים הבלואות במסגרת הנישואין נגר רצונן ונבונות רבה לאמץ פתדונות יצירתיים שיש בהם כדי לסייע להן.²¹⁵

215 לפירוט ההצעות השונות שהועלו לשם פתרון מצוקתן של מסורבות־הגט דאו י' ש' קפלן

מדיניות ההלכה בהקשר הנידון מתבטאת בראש ובראשונה בנוגות לחפש פתרון הולם למצוקת אשה הטוענת טענת "מאיס עלי",²¹⁶ בשלב מסוים הבידור הבמי הלכה חשובים בעילה טובייקטיבית לבפיית גס: עילת "מאיס עלי". העילה זכתה בעיגון בתקנת הגאונים (הקרויה "תקנה דמתיבתא") ובפסיקת הדמב"ם הגסמבת על פרשנות הדין התלמודי הנוגע במורדת הטוענת "מאיס עלי",²¹⁷ אולם בסופו של דבר, במיוחד בשל

"מגמה חדשה בנוגע לקיום פסקי־דין של גירושין: שיקולי מדיניות לאור עקרונות המשפט העברי וחוקי־היסוד" מחקרי משפט בא (תשס"ה) 609.

216 לדיון מפורסם בהתפתחותה של עילת המורדת ראו וסטרין, לעיל הערה 171.

217 לדעת גאוני בבל, מן הדיון בתלמוד הבבלי בעניין אשה מורדת, הנמנעת מלחיות חיי אישות עס בעלה, עולה שאין "כופין" לגרש אשה בזו באשר היא טוענת שבעלה מאוס עליה ("מאיס עלי"). ראו מ' שפירא "גירושין בגין מאיסה" דיני ישראל ב (תשל"א) 117, 117-123; י' וינרוס דין המורדת (חיבור לשם קבלת תואר רוקטור לפילוסופיה, תשמ"א) 25-27; בארי, לעיל הערה 106, בע' 6-31; Friedman, *supra* note 104, at pp. 323-324. עס זאת חל בהמשך שינוי בדין התלמודי מבוח חקיקה. כתקופת הגאונים הותקנה עקב צורכי הזמן תקנה הקרויה "תקנה דמתיבתא", שלפיה כופין את האיש לגרש בגין טענה טובייקטיבית - "מאיס עלי" - כדי שבנות ישראל, שנהגו לעיתים לפנות לבתי־דין של נזכרים ברי שיסייעו בידן בפתרון הבעיה של סרכנות־הגט, יפנו לבתי־דין יהודי בטענת "מאיס עלי", ולאור הדין החרש יוכל הלה להושיט להס סער שלא יפגוס כתוקף הגט. ראו תשובות הגאונים, שערי צדק ד, שער ר, טו; תשובות הגאונים, חמרה גנוזה פט, קמ; כ"מ לזין אוצר הגאונים, כתובות (תרצ"ט) 191-192; הלכות הרי"ף, בתובות סג ע"ב; ח' טיקוצ'ינסקי תקנות הגאונים (תש"ך) 11-29; שפירא, שס, בע' 124-130; בארי, שס, 31-34, 224-228; Friedman, *ibid*, at pp. 324-326; וינרוס, שס, בע' 32-33; מ' אלון המשפט העברי - תולדותיו מקורותיו עקרונותיו (מהדורה שלישית, תשמ"ח, ברך א) 541-546; רוזן־צ'כי, לעיל הערה 106, בע' 257-260. נוסף לתקנת הגאונים, היתה קיימת בימי־הביניים תפיסת־עולם הלכתית שגרסה כי לאור הדין התלמודי "כופין" לגרש מורדת הטוענת "מאיס עלי". הרמב"ם כתב ש"כופין" לגרש בגין הרציונל המצוי כדין התלמודי: אשה אינה חיה חיי אישות עס בעלה אלא מרצונה, ובאשר היא אומרת שמאסה בבעלה ולכן אינה חפצה עוד בחיי אישות עמו, יש לבכר את רגשותיה. הפתרון ההולם לאשה בזו הוא פסק ש"כופין" את בעלה לגרש אותה. הוא כתב: "האשה שמנעה בעלה מתשמיש המיטה היא הנקראת מורדת ושואלין אותה מפני מה טרדה. אס אמרה: 'מאיסתיהו, ואיני יכולה להיכעל מדעתי' - כופין אותו לשעתו לגרשה, לפי שאינה כשבויה שתבעל לשנא לה." ראו רמב"ם, אישות יד, ח-יא. תקנת הגאונים ופרשנות הרמב"ם לדין התלמודי יצרו עילת גירושין חרשה, טובייקטיבית, זמינה. כאשר אשה מביעה תחושת רחיה ומיאוס כבעלה רי ככך שהיא תשיג את מבוקשה: הפעלת סנקציות חריפות נגד הבעל המופעלות כאשר "כופין" לגרש. למעשה, עילת גירושין טובייקטיבית ורחבת־טווח זו פורצת את גררות הרשימה הסגורה של עילות הגירושין ש"כופין" בגינן לגרש, המתנות רובן ככולן בקיומן של נסיבות מסוימות ומוגדרות. על

התנגרות דבנו תם,²¹⁸ התקבלה בקרב חכמי ההלכה בימי הביניים הרעה שאין "כופין" גט באשר האשה טוענת "מאים עלי".²¹⁹

לרעת דבנו מחכמי ההלכה, הרציונל העומד ביסודן של תקנת הגאונים ופסיקת הרמב"ם בעניין "מאים עלי" לא בטל ועבר מן העולם. בספרות הגאונים בעניין תקנת הגאונים בנוגע ל"מאים עלי" נזכר לעיתים הנימוק של רב גטרואי גאון לתקנה: "כרי שלא תצאנה בנות ישראל לתרבות דעה."²²⁰ בימי הביניים כתב הראב"ה כי מכיוון שקיימת מחלוקת בקרב חכמי הלכה גדולים בנוגע להתייחסות ההלכתית למורדת, "יתנו לב, לפי העניין, להעמיד דבר על אופניו, שלא תצאנה בנות ישראל לתרבות דעה".²²¹ חשש זה,

הפוטנציאל הגלום בקביעה ש"כופין" לנרש באשר האשה אומרת "מאים עלי" לצורך פתרון מצוקתן של מסורבות הנמ בזמננו עמד, בין היתר, פרופסור א' רוזן-צבי. ראו רוזן-צבי, שם, בע' 257, 267-268.

218 רבי יעקב בן מאיר, הקרוי "רבנו תם", היה מחכמי צפון צרפת במאה ה"ב.
 219 ראו גימיקי הרשב"א בתשובותיו, שו"ת הרשב"א א, תקענ, אלף קצב; שו"ת הרשב"א א, אלף רלה, ובמקבילה: שו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן קלר. בנוגע לתקנת הגאונים רוחה הרעה שהיא ניתקנה לשעתה, עקב המציאות ששררה בתקופת הגאונים, בשבנות ישראל היו חצופות ונתלו בנוברים, ואינה חלה במציאות החרשה, שבה תופעה זו אינה קיימת. הרא"ש התחשב בעוברה בי ייתבן שימוש מניפולטיבי, לא-ראוי, במענת "מאים עלי" של בנות ישראל "פרוצות": "בי בעוונותינו בנות ישראל הן פרוצות בוסן הוה, ואיבא למיחש [=ויש לחשוש] שמא נתנה עינה באחר. שו"ת הרא"ש, מג, ו-ט; ומה שכתב רבי יעקב בן אשר, בשם אביו, הרא"ש, במור, אבן העזר קנר, ראו עוד בארי, לעיל הערה 106, בע' 241-243; שרשבסקי, לעיל הערה 107, בע' 201-202, והערת-שוליים 72 שם; אלון, לעיל הערה 217, בע' 544-545; רוזן-צבי, לעיל הערה 106, בע' 257; ח' איזירר "חיוב נמ ומזונות למורדת ר' 'מאים עלי'" שורת הדין ב (תשנ"ד) סד, עת. גם פסיקת הרמב"ם בנוגע לבפיית גט באשר האשה מורדת במענת "מאים עלי" לא התקבלה על רעתם של חכמי הלכה חשובים בדורות הבאים. ראו שו"ת הרא"ש מנ, ו, ח; שו"ת הרשב"א א, תקענ, אלף קצב, ז, תיר; שו"ת מהרי"ק סנ; בית יוסף, אבן העזר עז. עם זאת, בנוגע לספר ברש"י המאה ה"ד, העיר הרא"ש בתשובתו, שס: "אני רואה שבאלו הארצות רוב הגיונם בספרי רי"ף ז"ל... נהגו כך." כמו"ב בתב, סמוך לזמנו, החכם הספרדי, הרשב"א - שו"ת הרשב"א ב, רעו - שאם נהנו במקום מסוים ברעת הרמב"ם, ש"כופין" לנרש באשר האשה מורדת מסוג "מאים עלי": "אין בנו בזה לחלוק עליהם ולבמל רבריהם", מפני שגם הגאונים תיקנו ש"כופין" לגרש בנסיבות אלה. בנוגע לנירושין בנין עילת "מאים עלי" ראו גם שו"ת הרשב"א ב, תש; שו"ת שבמ הלוי בז; הרצון, לעיל הערה 179; שו"ת היבל יצחק, אבן העזר א, ג.
 220 שו"ת הגאונים, חמדה ננוזה פמ. ראו גם שו"ת מהר"ח אור זרוע סט; ח' מיקוצ'ינסקי תקנת הגאונים (תש"ך) 11; ז' פלק "המורדת על בעלה" סיני מט (תשב"א) קפב; שפירא, לעיל הערה 217, בע' 126, 130; ורהפטינג, לעיל הערה 110, בע' 186; בארי, שם, בע' 227, 283.
 221 מרדכי, כתובות קפו. ראו גם שו"ת ציץ אליעזר ר, כא.

שמא תחיה האשה חיי אישות עם ארם שאינו בעלה, עריין שריר וקיים בחברתנו המתירנית. ברורות האחרונים עמד חשש זה, בין היתר, לנגר עיניו של הרב עובדיה הראיה.²²² גם הרב עובדיה יוסף והרב אליעזר יהודה ולדינגברג ייחסו חשיבות לשיקול זה בתשובותיהם.²²³ המלומד בארי הרגיש שאף לאחר שחלה נסיגה מן התפיסה ש"כופין" לגרש כאשר האשה טוענת "מאים עלי", היו פוסקים, ברורות שונים, שכתבו כי "כופין" לגרש אשה הטוענת "מאים עלי" כשיש בכך "תקנה לאישה וצורך השעה", דהיינו כאשר קיים חשש לעיגון מתמשך, ובמיוחד כאשר חוששים שעקב כך תצא לתרבות רעה ותידרדר לשמד ולזנות.²²⁴

כמו־כן, אפילו רבנו תם, אשר סבר שכאשר האשה הינה מודרת מסוג "מאים עלי" אסור לגרום לגירושין באמצעות שימוש באמצעי הכפייה החריפים המופעלים כאשר "כופין" לגרש, כגון כפייה בשוטים, או "בגזירות וחרמות",²²⁵ הסכים שיש לסייע לאשה הטוענת "מאים עלי", ולכן התיר שימוש בהרחקה חברתית כסנקציה נגד סרבן־הגט, וזאת מכיוון ש"גם ליבו של ר"ת [=רבנו תם] היה עם הטוענת 'מאים עלי' ואף הוא חיפש תקנה

222 ראו שו"ת ישביל עבדי, אבן העזר כו, קו.

223 ראו שו"ת ציץ אליעזר ד, בא. ראו גם השיקול שמא תצא האשה לתרבות רעה בבסיס להפעלת סנקציה נגד הבעל כדי שיגרש את אשתו בתשובת הרב עובדיה הדאיה: שו"ת ישביל עבדי ו, אבן העזר בד, הרב עובדיה יוסף כתב באחת מתשובותיו: "ובאמת שאפילו לדעת הפוסקים רס"ל [=דסבירא ליה = שטוברים] שאין בופים אותו להוציא [=לגרש] בטענת "מאים עלי", י"א [=יש אומרים], שמצווה מוסלת על הבעל לגרשה ומכ"ש [=ומבל שכן] כשיש חשש שע"י [=שעל־ידי] השתייתו תצא לתרבות רעה... שבוה"ז [=שבזמן הזה]... בארצות החופש והררור ואיש הישר בעיניו יעשה, ורבתה החוצפה בעולם, והניסיון הורה שכאשר עוזבות את בעליהן בטענת מאיס עלי, ואשתהווי אשתהו [שוהות] מבלי לפטרם בגט, הולכות ויושבות עם גברים אחרים, וגם בוש לא יבושו, וגם הבלם לא ירעו, ומרבין ממורים בעולם... ראוי להתחשב מאור בתקנת הגאונים ומכ"ש [=ומבל שכן] בשהיא צעירה, ויש חשש ממשי שתצא לתרבות רעה, ואין סיבויים ב"ב [=בל כך] שתחזור לבעלה, שנראה שהרועה לעשות מעשה לבופו להוציא [=לגרש] יש לו ע"מ [=על מה] שיסמוך, שהרי חזרה חששת הגאונים 'פן תצא לתרבות רעה' למקומה, והבל לפי העת והזמן." שו"ת יביע אומר ג, אבן העזר יח. ראו גם רוזן־צבי, לעיל הערה 106, בע' 256, 263.

224 ראו בארי, לעיל הערה 106, בע' 288. הוא הסתמך, בין היתר, על תשובת מהר"א אבן טוואה, שבה נכתב: "אפילו לרעת האומרים שאין לבפות את הגט אלא באותם שהזבירו חז"ל כפייה [=במקרים שבהם נאמר בספרות חז"ל ש"כופין" לגרש], ומבל מקום ראיתי שהם עצמם מתירים לבתחילה לבוף בשיראה להם שהעניין צריך לכך... אפילו לדעת הסוברים שלא לבוף, אם יש צורך שעה בכפייה - יבופו." תשב"ץ ד, הטור השלישי לה. כמו־כן הזבירו סלומדים בהקשר זה את הסבר הרדב"ז (=רבי דוד בן שלמה זמרא). ראו שו"ת הרדב"ז א, קפו. ראו גם בארי, שם, שם; ורהפטיג, לעיל הערה 110, בע' 215-216.

225 ספר הישר, שו"ת בד.

שלא תתענגנה בנות ישראל... יגע ומצא פתרון לבעיית המאיסה... אילו סבור היה דבינו תם שהבעל נוהג בשורה, ושלאישה אין כל מעמד בטענת המאיסה, לא היה טורח להמציא את האמצעי המתוחכם של ההרקה".²²⁶

אכן, במדוצת הרודות גברה המגמה המחמידה ביחס לפתרון מצוקתן של מסורבת-הגט באמצעות עילת "מאיס עלי". לדעת דב"ר מהפוסקים, טענת "מאיס עלי" בשלעצמה, אינה עילה מספקת לפסיקה ש"בופין" גט. בתי-הדין הרבניים בישראל חששו לפסוק ש"בופין" לגרש בגין עילת "מאיס עלי" כשהיא לכדה מחשש שמא אין בסיס הלבתי מוצק במידה מספקת לפסוק ש"בופין" לגרש בנסיבות אלה. בעקבות מגמה מחמידה זו ניאותרו בתי-הדין הרבניים לפסוק ש"בופין" לגרש על-סמך טענת "מאיס עלי" רק באשר התקיימו בנסיבות העניין במה עילות גירושין, שלפחות אחת מהן - פרט ל"מאיס עלי" - מצדיקה, לדעת פוסקים מסוימים, קביעה ש"בופין" לגרש.²²⁷ עם זאת, במקרים חמורים וקשים במיוחד

226 וינרוט, לעיל הערה 217, בע' 431-432. בע' 439 הסביר יעקב וינרוט כי לדעתו, הרחקות רבנו תם הן גישור קונספטואלי בין דעת הרמב"ם, שסבור ש"כופין" גם במורדת בסענת "מאיס עלי", ובין דעת רבנו תם. גם רבנו תם מביר בצורך למנוע מהאשה נישואין בפוייס שהתגלה בהם פגס חוסר ההתאמה. כל המחלוקת בינו ובין הרמב"ם היא מהו האמצעי שבו מותר וראוי לנקוט כדי להתיר את קשר הנישואין. בנוגע לרציונל השימוש בהרחקות רבנו תם כשהאשה טוענת "מאיס עלי", לדעת רבנו תם, ראו תיק 3977/מא פ"ד יב 324, 337-338.

227 ראו שפירא, לעיל הערה 217, בע' 146-153; שו"ת יביע אומר ג, אבן העזר יח-ב; איזירר, לעיל הערה 219, בע' סד, עח; א' רון-צבי פתרונות לבעיות אישות (תשמ"ו) (להלן: רון-צבי פתרונות); רון-צבי, לעיל הערה 106, בע' 257, 267-268. היו שהציעו לעשות שימוש בעילת הגירושין שבגינה, לדעת הרב חיים פאלאג'י, "בופין" לגרש: עילת היעדר שלוס-בית. לרירו של הרב חיים פאלאג'י, פירור של שמונה-עשר חורש בין בני-חוג מהווה הוכחה להיעדר סיבוי להשבנת שלוס-בית, ובגינן קיימת עילה לפסיקה ש"בופין" לגרש. ראו ערעור של"ב/122 פ"ד ס 200; ערעור תשל"ד/67 פ"ד י 168. במקרה אחר התייחס בית-הדין באהדה לסיעון מעין זה של הבעל. ראו תיק תשל"ב/404 פ"ד ס 149; ערעור תשל"ג/12 פ"ד ס 152. ראו גם רון-צבי פתרונות, שס, בע' 139. בנסיבות קשות במיוחד, בגון קידושין בכפייה וחשש שהאשה תיוותר עגונה עקב סרבנות-גט של הבעל, התייחסו באהרה לשיטת הרב חיים פאלאג'י באחר השיקולים המאפשרים פסק ש"בופין" לגרש. ראו שו"ת יביע אומר ג, אבן העזר יח, ב. עם זאת, עילה זו כשלעצמה אינה מקובלת על בתי-הדין הרבניים בעילה המצדיקה פסק ש"כופין" לגרש. ראו רון-צבי, לעיל הערה 106, בע' 257. בתי-הדין הרבניים, שלא קיבלו את שיטת הרמב"ם המאפשרת לפסוק ש"בופין" גט בטענת "מאיס עלי", ואת שיטת הרב חיים פאלאג'י, מיעטו לפסוק ש"בופין" לגרש. רק לעיתים נרירות צירפו יחריו את שיטת הרמב"ם והרב חיים פאלאג'י, ופסקו ש"בופין" לגרש. עקב כך, במצב החוקי שהיה קיים בעבר, לפני שנחקק חוק בתי דין רבניים (קיום פסקי-דין של גירושין), בהתחשב בעובדה שנפסק בי ניתן להפעיל את המאסר בסעיף 6 לחוק שיפוט בתי-דין

סברו במה דיינים בבתי-הדין הרבניים בישראל ש"בופין" לגרש באשר האשה מורדת מסוג "מאוס עלי" באמתלא מבוררת "גדולה... ומפורסמת לבל".²²⁸ כמו-כן, רעה מקובלת היא שקיים חיוב לגרש באשר האשה טוענת "מאוס עלי" ומוביחה לבית-הדין בראיות משבועות שקיימת "אמתלא מבוררת" למיאוס.²²⁹

בהחלטת בית-הדין הרבני הגרול בעניין אבן-צור²³⁰ הסתמך הרב שלמה ריבובסקי על פסק-דין קודם²³¹ שבו סברו הדיינים כי הטוענת "מאוס עלי" צריכה להוביח מדוע אישה מאוס עליה באמצעות "אמתלא מבוררת" רק באשר יש חשש שמא הטוענת "מאוס עלי" נתנה עינה באחר. אולם "בל שהמאוסות ברורה לעיני ביה"ד [=בית-הדין], גם אם אין לבך הצדקה [=צירוק אובייקטיבי, באמצעות הובחת אמתלא מבוררת], נחשבת האישה באומרת מאוס עלי באמתלא מבוררת... ובפרט שבנדוננו ברור שיש קשר בין התנהגותו הבוטה והתוקפנית של הבעל לבין מאיסות אשתו בו." בעקבות פסק-דין זה, המקל

רבניים רק באשר "בופין" לגרש (ראו כג"צ 822/88 רזנצווייג (בודובוף) נ' היועמ"ש, פ"ד מב(4) 759, 760 (להלן: עניין רזנצווייג (בודובוף)), נותרו נשים רבות ללא סעד יעיל.

228 דאו תיק מב/1530 פ"ד טו 145, בע' 161, 168-171. עם זאת דאו רעה חולקת של הרב ח"ש שאנג, שם, בע' 172-181. דאו גם במקבילה לחלק מפסק-הדין: ש' בהן "בפיית הגט בזמן הזה" תחומין יא (תש"ן) 195, 201. נראה, למשל, שנסיבות המורות ומיוחדות היו קיימות במקרה הנידון בתשובת הרב עובדיה יוסף: שו"ת יביע אומר ג, יח-ב.

229 ראו איזרד, לעיל הערה 219, בע' עג-קד. ראו גם את פסק הדינים שלמה ריבובסקי, יוסף נרב וחיים גדליה צימבליסט בבית-הדין הרבני הגרול, בתיק 2-64-023574569 מיוס י"ב בבסלו התשנ"ט. בשלב מאוחר יותר החליט בית-הדין הרבני הגרול להטיל על הבעל דהתס את צווי ההגבלה המופיעים בסעיפים (1)2-(4) ו-(6) לחוק בתי-דין רבניים (קיום פסקי-דין של גירושין). בנימוקי הפסק נאמר, בין היתר, ש"יש להחיל על הבעל הרחקה דר"ת [=דרבנו תס]. גם אם לא נפסוק שהייב לגרש, מאחר שר"ת [=שרבנו תס] עצמו הורה בן בטענת 'מאוס עלי'". ראו החלטת הדיינים שלמה ריבובסקי, יוסף נרב וזלמן נחמיה גולרברג מיום כ"ז באדר התשנ"ט. במועד מאוחר יותר הוציא בית-הדין הרבני הגרול גם צו האוסר על האיש עיסוק במקצוע המוסדר על-פי דיין מבוה סעיף (5) לחוק בתי-דין רבניים (קיום פסקי-דין של גירושין) וצו מאסר. ראו החלטת הדיינים שלמה ריבובסקי, יוסף נרב וזלמן נחמיה גולרברג מיום כ"א בבסלו התשס"א. ההחלטה בעניין צו ההגבלה התקבלה ברוב דעות בנגד דעתו החולקת של הרב יוסף נרב. בנימוקי הפסק נזכרו העובדות שהיוו בסיס לטענה שקיימת "אמתלא מבוררת" המצדיקה את טענות האשה שבעלה מאוס עליה. בדיון במקרה זה לא חזר הרב ריבובסקי על טענתו המקילה בעניין הובחת "אמתלא מבוררת" מפני שנסיבות המקרה לא הצדיכו טיעון מעין זה.

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

231 בפסק-הדין הפנו לתיק 1016/לד פ"ד י 193, 201, ושם נידונה סוגיה אחרת. ראו פסק-דין אחר שטיעון זה נזכר בו: עדעור תשב"ו/6 פ"ד ו 325, 344.

לבאודרה את נטל ההוכחה של אמתלא מבורדת לטענת "מאיים עלי", בתב השופט חשין כי "נתחולל שינוי של-ממש בגישתה של ההלכה לעילת הגידושין של 'מאיים עלי'. נתחזקה במאור הנטייה להיטיב עם האישה ולהחמיד עם האיש"²³² אולם ספק אם יש בסיס איתן לקביעה שהתחולל שינוי בללי בזה במדיניותם של בתי-הדין הרבניים בישראל. ראשית, קשה להתייחס לפסק-הדין עצמו במחולל שינוי בללי הן לנוכח נסיבותיו המיוחדות של המקרה (המודגשות על-ידי הרב דיכובסקי) והן מפני שהדיינים האחרים שבתבו פסקי-דין באותו מקרה לא הצטרפו לדב דיכובסקי בעניין ההקלה בדדישת ההובחה של האמתלא המבורדת.²³³ שנית, העמדה המובעת בפסק-דינו של הרב דיכובסקי לא נעשתה לנחלת הבלל בקרב ציבור הדיינים. רביס מהדיינים בבית-הדין הרבני הגדול ובבתי-הדין הרבניים האזוריים עושים שימוש מסויג יותר בעילת הגידושין "מאיים עלי". למדות זאת

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

233 נימוקיהם של הדיינים הנוספים בהרבב, הרבנים ישראל מאיר לאו ואליהו בקשי-רורון, הצרו את היקף תחולתה של עילת הגירושין "מאיים עלי" בהשוואה לפסק-דינו של הרב ריכובסקי. הרב ישראל מאיר לאו הסביס אומנס במקרה זה שניתן לפסוק חיוב לגרש, אך לא ניבר מפסיקתו שהקל הקלות בלשהן בעניין ררישת הובחה של "אמתלא מבוררת". הוא הוכיר תשובה של הרשב"ץ בעניין מקרה שנסיבותיו קשות יותר, אשר בו נפסק שהבעל חייב לגרש את אשתו. ראו תשב"ץ ב, ה. במו-בן הזכיר הרב לאו את שיטת הרשב"א, שלפיה טענת "מאיים עלי" אינה בשלעצמה עילה לפסק ש"בופין" את הבעל לגרש או שמחייבים אותו לגרש. ראו שו"ת הרשב"א, המיוחסות לרמב"ן, קלה. עם זאת סבר הרב לאו שבלל זה קיים בנסיבות המורות פחות מהנסיבות שנירונו בפסק-הדין, שבו, לרעת הרב לאו, הבעל "עבר בל מירה... נראית מגמתו לצער אותה ואינני רואה בל אפשרות סבירה כי ייבון שלוס בית ביניהם". לבן סבר הרב לאו כי במקרה זה ניתן לפסוק שהבעל חייב לגרש את אשתו. ואילו הרב אליהו בקשי-רורון בתן באיו מידה קיימת "אמתלא מבוררת" שהאשה בנה בטענתה שבעלה מאוס עליה. הוא סבר כי ההתנצחות בבתי-הדין ובבתי-המשפט במשך שנים רבות והחללה שאוהות באשה בכל פעם שהיא נררשת לחזור ל"שלוס-בית" עם בעלה הן ראיות מספיקות הררושות לצורך הובחת "אמתלא מבוררת" במקרה זה. הרב בקשי-רורון הזכיר רעת במה פוסקים כי "בופין" לגרש באשר האשה טוענת "מאיים עלי" ב"אמתלא מבוררת". עם זאת נראה כי חשש לפסוק ש"בופין" לגרש רק על-סמך עילת גירושין זו, ולבן לא הסתפק בהתקיימות התנאים הררושים לצורך קיומה של עילת הגירושין "מאיים עלי", אלא הוסיף וציין כי לרעת הרב חייס פאלאגי קיימת עילת גירושין נוספת שבעטיה כופין לגרש – עילת היעדר שלוס-בית. ראו שו"ת חייס ושלוס ב, אבן העזר לה. בסופו של דבר לא בתב הרב בקשי-רורון ש"בופין" לגרש, אלא הסתפק בפסק שלפיו הבעל חייב לגרש את אשתו. פסיקת הרב חייס פאלאגי בשלעצמה, ללא תוספת סיוע של גורס נוסף שבגיניו "כופין" לגרש בנסיבות אלה, לא התקבלה על רעת בתי-הדין הרבניים במדינת-ישראל באסכמתה לפסיקה ש"בופין" לגרש. ראו רוזן-צבי, לעיל הערה 106, בע' 257, ובמקורות הנזכרים שס בהערת-שוליים 13.

נראה לנו שפסקי־דינו של הרב דיבובסקי מבטא נאמנה את שאיפת חבמי ההלכה לדורותיהם לסייע בבל שניתן בפתרון בעייתן של מסורבות־הגט. הצורך לפתור את מצוקת הטוענת "מאיס עלי" בא לידי ביטוי גם בסוגיית הזבאות למזונות. כאשר אשה מורדת בבעלה בסענת "מאיס עלי", היא מאבדת, באופן עקרוני, את זכותה למזונות.²³⁴ אולם לדעת כמה פוסקים חשובים בדורות האחרונים, כאשר יש לאשה "אמתלא מבוררת" למדידתה, אין היא מפסידה את מזונותיה.²³⁵ בנסיבות אלה מקבלים את מרידתה בהבנה, ואין מקום לקנוס אותה באמצעות שלילת מזונותיה.²³⁶ הרב אברהם יצחק הבהן קוק בתב באחת מתשובותיו: "מאחר שמצד הדין חייב הוא להוציאה מתחת ידו בסברת הדמב"ס, שלא תהיינה בנות ישראל בשבויות, כיוון שהיא אומרת מאיס עלי בטענות מבוררות והוא מעבב אותה שלא תוכל להינשא לאחר, שיפדנס ויזון אותה, ודאי דסברא אלימתא [=שסבדה חזקה] שצדיבין להייבו במזונות."²³⁷ עם זאת, האשה זבאית למזונות אך ורק אם היא מסכימה להתגרש, שכן אין היא יכולה לטעון שאינה סובלת את בן־זוגה ובהיבט לטרב להתגרש ממנו.²³⁸ עמדת הפוסקים הללו מאפשרת לבית־הדין הרבני לעשות שימוש בבפייה בדרך בדרה כאשר האשה מורדת בטענת "מאיס עלי" באמתלא מבוררת. אומנם, בתי־הדין הרבניים בישראל ממעטים ביום להשתמש באמצעי של בפייה בדרך בדרה במקרים שבהם נטענת טענת "מאיס עלי",²³⁹ אולם ייתכן שהמדיניות תשתנה.

הניסיון לסייע בידה של הטוענת "מאיס עלי" מבטא, באמור לעיל, את מדיניות ההלכה ביחס למסורבות־גט; אולם מעבר לכך הוא מדגיש את פוטנציאל השימוש במודל שאנו מציעים. יש לקוות שבעתיד תגבר נבונותם של בתי־הדין הרבניים בישראל לקבל טענת "מאיס עלי" בעילה לחיוב בגירושין (ברות פסיקתו של הרב דיבובסקי) ולהשתמש באמצעי של בפייה בדרך בדרה בנסיבות אלה. כך יתאפשר שימוש רחב יותר גם במסלול של תביעת הנזיקין במתבונת המוצעת כאן. אומנם, במסלול המוצע מושת הנטל הבספי עלידי בית־המשפט האורחי, אולם בהקשר זה ניתן לסמוך על דעת הרב משה פיינשטיין בעניין תביעה בעדבאה שאינה דנה לאור עקרונות המשפט העברי בנסיבות שבהן זכות התביעה האורחית מתיישבת עם עקרונות המשפט העברי.²⁴⁰

(4) קיומן של סנקציות חלופיות

ניתן להפעיל נגד סרבן־גט סנקציות מגוונות על־פי חוק. השאלה היא אם ובאיזו מידה

234 דאו בארי, לעיל הערה 106, בע' 259-261.

235 דאו שם, בע' 271-275.

236 ראו, בין היתר, את עמדת הרב קוק: שו"ת עזרת כהן נו; עמדת הרב יצחק הרצוג: שו"ת היבל יצחק, אבן העזר א, ב, אות ב. מכללא משמע שזו גם עמדת בית־הדין הרבני הגדול. ראו ערעור שבא/134, פר"ד ד 244, 252, ובן בארי, שם, בע' 275.

237 ראו שו"ת עזרת כהן נו, ע' רג.

238 ראו תיק 4237/תשי"ב, פד"ר א 340, 343; בארי, לעיל הערה 106, בע' 275.

239 ראו בארי, שם, בע' 367; דוון־צבי, לעיל הערה 106, בע' 280.

240 דאו לעיל הערות 193-194 והסקסט הגלווה.

צריך קיומה של אפשרות זו להשפיע על מידת הנכונות לחייב את הסרבן בפיצויי נזיקין. סעיף 6 לחוק שיפוט בתי-דין דבניים בנוסחו המקורי, הודה כזו הלשון: "ציווה כית-דין דבני כפסק-דין סופי לבפות איש לתת גט פיטודין לאשתו או לכפות אשה לקכל גט פיטודין מאישה, רשאי כית-משפט מחווי, בתום ששה חודשים מיום מתן הצו, לפי בקשת היועץ המשפטי לממשלה, לכפות כמאסר לציית לצו."²⁴¹

בהסדר שנקבע בחוק שיפוט בתי-דין דבניים לא הסמיך המחוקק את כית-הדין להטיל את הסנקציה כעצמו. בית-הדין הרבני הוסמך לקבוע בי הדין העכרי מאפשר לכפות גט באמצעות מאסר, אך לא ניתנה לו סמכות כיצוע עצמאית בשלכ של הטלת המאסר. בחוק נקבעו שני מנגנוני פיקוח חיצוניים על פסיקת בית-הדין הרבני שמעורבותם נחוצה בטרם יוטל מאסר על סרבן-גט: הגשת כקשה על-ידי היועץ המשפטי לממשלה והחלטת בית-המשפט המחוזי. נוסף לשני מנגנוני הבקדה הללו, שעניינם הפעלת שיקול-דעת נוסף על-ידי גורם חיצוני, קיים גם מנגנון השהיה שמטרתו למנוע פעולה הפוזה: ניתן ליישם את פסק-הדין הדבני רק לאחר שחלף פדק-זמן מוגדר מיום מתן פסק-דין סופי של בית-הדין. עד לשנת תשנ"ה עמד פרק זמן זה על שישה חודשים מיום מתן פסק-דין סופי של גירושין על-ידי בית-דין דבני.²⁴² מגבלות אלה מנעו הפעלה מיידית של סנקציית המאסר נגר סרבן-גט.²⁴²

לאור נוסחו של סעיף 6 לחוק שיפוט בתי-דין דבניים, היה כית-המשפט המחוזי דשאי "לבפות כמאסר לציית לצו" רק אס בית-הדין הרבני ציוה "לכפות איש לתת גט" או "לבפות אישה לקכל גט", ולא באשר ניתן פסק-דין של גירושין שדרגתו נמוכה יותר. כלומר, כאשר מרוכר כפסק-דין של "חיוב", "מצווה" או "המלצה" לגרש, אין לבפות באמצעות מאסר הנזכר בסעיף 6.²⁴³ המחוקק קבע מגבלה זו כדי למנוע תשש שהגט שיינתן

241 תקופה זו אף היתה עלולה להתמשך מעבר לשישה חודשים "מיום מתן הצו" הנזכרים בסעיף 6 לחוק, דאו זילברג, לעיל הערה 124, בע' 390-391. בסעיף 11 לחוק בתי-דין דבניים (קיום פסק-דין של גירושין) קיצרו את תקופת ההמתנה משישה חודשים לשישים יום.

242 דאו ודהפסיג, לעיל הערה 110, בע' 210; ש' דיכובסקי "בתי-דין דבניים ממלכתיים: בעיותיהם והישגיהם" דיני ישראל יג-יד (תשמ"ו-תשמ"ח) יב. ליקוי זה היה קיים גם בנוגע להסדר שקבע המחוקק בסעיף 7 לחוק שיפוט בתי-דין דבניים בעניין איש הטסרב לחלוץ לאלמנת אחיו, לאחר שבית-דין דבני ציווה כפסק-דין סופי לבפות איש לעשות בן. במקרה זה "רשאי בית משפט מחווי, כתום שלושה חודשים מיום מתן הצו, לפי בקשת היועץ המשפטי לממשלה, לכפות כמאסר לציית לצו".

243 דאו עניין דוזנצווייג (בודוכוף), לעיל הערה 227. בית-הדין קבע בפסיקתו כי הבעל "חייב" לתת גט לאשתו, ולא הורה ש"בופין" אותו לגרש. במקרה זה ניברת הבעייתיות של פסק בדרגת "חיוב" בתקופה שבה הוסדרה הסוגיה של כפיית גט בסעיף 6 לחוק שיפוט בתי-דין דבניים. האשה היתה נתונה במצב קשה עקב סרבנות-גט שנטשבה תשע שנים. בית-המשפט נותר חסד-אונים במקרה זה. השופם אלון כתב: "אין ביבולתנו אלא להשיא עצה לעותרת, שתמשיך להביא ולהעלות טענותיה ומצוקותיה לפני כבוד בית

או יתקבל יהיה מעושה. באשר נוקטים באמצעי בפייה חריף, בנון מאסר, נגד סרבן-גט בנסיבות שבהן ההלכה מורה שאין "לבפות" מתן גס או קבלתו, קיים חשש שהגט יהיה מעושה שלא בדין. בתי-הדין הרבניים מיעטו מאוד לפסוק ש"בופין" לגרש, שכן הדיינים חששו שמא, באשר יבפו לתת גט או לקבלו באמצעות הסנקציה החמורה שבסעיף 6 לחוק שיפוט בתי-דין רבניים – מאסר – בשאין ודאות הלבתית שקיימת עילת נידושין שבנינה "בופין" לגרש, יהיה הנט מעושה שלא בדין. עד שנת תשנ"ה היה ההסדר המופיע בסעיף 6 לחוק שיפוט בתי-דין רבניים, בנוגע להפעלת אמצעי בפייה נגד סרבן-גט, בלעדי, כך שהימנעותם של הדיינים מלפסוק ש"בופין" לגרש מנעה במקרים רבים בעבר אפשרות של פתרון מצוקתן של מסורבות-גט.²⁴⁴

עד לשנת תשנ"ה לא נקבעה בחוק החרות דרך נוספת, פרט למאסר, לבפיית גט. מאחד שכן, פסק בית-המשפט העליון בעניין רוזנצווייג²⁴⁵ בשנות החמישים בי סעיף 6 קובע מנגנון בלבדי לבפיית פסקי גירושין, ולא ניתן להפעיל סנקציות אחדות נגד סרבני-גט.²⁴⁶ לנופו של עניין קבע בית-המשפט בי לא ניתן לאלץ סרבן-גט לתת גט לאשתו על-ידי פסיקת "מזונות הפחדה" (או מזונות "עונשיים"), ובי פסקי-דין המטילים על האיש חיוב בנון דא לא יבוצעו בלל על-ידי משרד ההוצאה-לפועל.²⁴⁷ פירוש הדבר הוא שבית-דין רבני אינו רשאי לפסוק לאשה מזונות בגובה מופרז, מעבר לשיעור החיוב במזונות על-פי דין, באמצעי בפייה נגד בן-זונה בדי שייתן לה גט. אולם האם מנע סעיף 6 גם מבית-המשפט האזרחי להטיל על הסרבן סנקציות דומות? נראה לנו כי מעבר לכך שתשובה חיובית לשאלה זו מתחייבת מן העיקרון שנקבע בעניין רוזנצווייג (בדבר ייחוד הסנקציה הקבועה בסעיף 6), היא נובעת מן הרציונל העומד ביסודו של אותו עיקרון. בית-המשפט העליון חשש באותה פרשה שאם ישתמשו בתי-הדין הרבניים בסנקציות חלופיות, תהא זו עקיפה של מנגנון הבקרה הבפול שנקבע בסעיף 6 (בקשת היועץ המשפטי לממשלה, החלטה של בית-המשפט המחוזי). סעיף 6 נועד להתיר ולסייע בעת בעונה אחת: להתיר בפייית מתן גט באמצעות מאסר, ולסייע על-ידי קביעת מנגנון בקרה בפול. אין להניח, העיר השופט ויתקון, שבה בשעה שהמחוקק קבע בסעיף זה דרך בפיייה

הדין הרבני בחיפה, על שטרם הותרה מעגינותה... בטוחים אנו כי בבוד בית הדין יחזור וידון בעניינה, בפי שכן נאמר בפסקי דין קודמים של בית הדין האזורי ובית הדין הגדול, וימצא דרך לכפות על בעל מתן גט לאשתו, כדי להציל אישה מבבלי עגינותה. שם, בע' 761.

244 ודהפטיג, לעיל הערה 110, בע' 210; שיפמן, לעיל הערה 30, בע' 297; שוחטמן "מעמד האישה בדיני נישואין וגירושין", לעיל הערה 136, בע' 421.

245 לעיל הערה 124.

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

247 שם, בע' 1550, מפיי השופט זילברג, ובע' 1559 מפיי השופט ויתקון.

בנתון לסייג, קיימות דרבי בפיייה אחרות הפטורות מאותו סייג.²⁴⁸ מבאן ניתן להסיק כי הלבת דונצווייג מנעה שימוש בסנקציות אחרות לא רק על-ידי בית-הדין הרבני, אלא גם על-ידי בתי-המשפט האזרחיים, שהרי גם הטלת סנקציה על-ידי בית-משפט אזרחי היתה עלולה לעקוף את מנגנון הבקרה של סעיף 6.

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

הרציונל ההלכתי לשימוש באמצעים אלה נגד סרבניגט הוא הרציונל של "הרחקות רבנו תם". בתשובה שבה נזכרו ה"הרחקות" לראשונה מנה רבנו תם סוגים מסוימים של הרחקות חברתיות, והסביר "שבוה אין בפיייה עליו, שאם ירצה מקיים והוא לא ילקה בגופו מתוך נידוי זה [=הרחקה זו], אך אנו נתפרד מעליו".²⁴⁹ הרחקות רבנו תם, בניגוד למלקות בשוטים, חרם ונידוי, אינן פועלות על "גופו" של סרבן-הגס.²⁵⁰ נראה איפוא שרבנו תם התכוון להבחין בין ההרחקות הנזכרות בתשובתו, הפועלות באופן עקיף, דהיינו על-ידי מניעת טובה הצומחת לאדם מיחסיו עם הבריות בחברה שהוא מצוי בה, לבין חרם ונידוי ואמצעים ישירים אחרים, כגון מלקות בשוטים, הפועלים באופן ישיר, ועל-כן השימוש בהם אסור באשר אין "בופין" לגרש.²⁵¹

השאלה היא אם רשימת הסנקציות שקבע המחוקק בשני החוקים הנזכרים הינה בלבדית אם לאו. ניתן לחשוב על שלוש תשובות אפשריות. תשובה אפשרית אחת היא שעם חקיקת חוק בתי-דין רבניים (קיום פסקי-דין של גירושין) ויתר המחוקק, בנוגע לסנקציות החדשות שנוספו בחוק זה, על מנגנון הבקרה הקבוע בסעיף 6 לחוק שיפוט בתי-דין רבניים, ומבאן שאין עוד צידוק למניעת שימוש בסנקציות אחרות המצויות

248 שם, בע' 1559.

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

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

251 בנוגע לרציונל ההלכתי של "מניעת טובה" בבסיס להרחקות רבנו תם וההבחנה בין כפיייה ישירה ועקיפה בהקשר זה ראו: Kaplan, *supra* note 22, at pp. 80-93.

בסמכותם של בתי-הדין או בתי-המשפט האזרחיים לשם אכיפת פסקי נידושין, אם סעיף 6 לחוק שיפוט בתי-דין רבניים נועד להתיד ולסייג בעת בעונה אחת, הדי שחוק בתי-דין רבניים (קיום פסקי-דין של גירושין) מתיר מבלי לסייג. עתה קיימות גם דרכי בפייה הפטורות מן הסייג של סעיף 6. בחקיקת החוק הביע המחוקק את דעתו כי מנגנון הבקרה שנקבע בסעיף 6 אינו נחוץ עוד, ומבאן שעצם קיומו של סעיף 6 אינו יכול עוד לשלול מבית-דין או מבית-משפט את סמכותם - לפי כל דין - להטיל סנקציות באלה ואחרות על סרבני-נט.

תשובה זו אינה מקובלת עלינו. הטעם לכך נעוץ בתכלית החקיקה של חוק בתי-דין רבניים (קיום פסקי-דין של נידושין). בדברי החסבר להצעת החוק נאמר:

"המשפט העברי מביד, נוסף על בפיית גט, בדרגות שונות של פסקי נידושין; רצוי לנרש, מצווה להתגרש או הובה להתגרש... במקרים אלה, שאינם נופלים בגדר 'בפיית נט', אין ביום אפשרות אכיפה על פי חוק. ברם, בהתאם להלכה, קיים אמצעי דב-עצמה, שלפיו ניתן להרחיק בעל, המסרב לקיים פסק דין באמור, מהחיים החברתיים של הקהילה ולשלול ממנו את הזכויות המוענקות לו במסגרתם. אמצעי זה ידוע בספרות ההלכה בבינוי 'הרחקה דרבנו תם'. הצעת חוק זו מטרתה לרתום מבישיד הלכתי לפתרון מצוקתן של נשים מעובבות נט, בנסיבות שאין בהן עילה למתן צו בפייה, שלילת הזכויות האזרחיות, במוצע, עולה בקנה אחד עם יישום רעיון 'הרחקה דרבנו תם' בקהילות היהודיות בזמנו."²⁵²

על-כן נראה שצווי ההגבלה שבית-הדין מוסמך להוציאם לאור הסמכות המוקנית לו בחוק בתי-דין רבניים (קיום פסקי-דין של נידושין) צריכים להלוך את הרציונל המרבוז של "הרחקה דרבנו תם", דהיינו: "מניעת טובה". ניתן להפעיל את "הרחקות רבנו תם" גם באשר דרנת פסקי-הדין לגירושין פחותה מ"בופין" מביוון שפעולתם עקיפה, ולא ישירה. הנחתו של המחוקק היתה שהואיל והסמכות להטיל את הסנקציות המנויות בחוק בתי-דין רבניים (קיום פסקי-דין של גירושין) ניתנה לבית-הדין הרבני, שיפעל לאור הרציונל של "הרחקות רבנו תם", אין חשש שגט שיינתן בעקבות הפעלת הסנקציות יהיה גט מעושה שלא בדין, שכן חוקה על בתי-הדין הרבניים בי ישניחו שנט הניתן לא יהיה נט מעושה שלא בדין.²⁵³ ברם, לא ניתן להניח באופן דומה שבתי-המשפט האזרחיים יובלו להבטיח שגט הניתן בעקבות הטלת סנקציה בוז או אחרת לא יהיה מעושה. מטעם זה נמסדה הסמכות לבתי-הדין הרבניים, ולא לבתי-המשפט האזרחיים. לאור זה אי-אפשר להניח שחקיקת חוק בתי-דין רבניים (קיום פסקי-דין של נידושין) הביאה לידי ביטול האיסור על הטלת סנקציות על סרבני-נט על-ידי בית-משפט אזרחי.

תשובה אפשרית שנייה היא שהמחוקק לא התבונן אומנם לאפשר לבתי-המשפט האזרחיים להטיל סנקציות על סרבני-נט (בשל חוסר בקיאותם בהלכות הנט המעושה), אולם שינה את יחסו לבתי-הדין הרבניים. הוויתור על מנגנון הבקרה הקבוע בסעיף 6 מלמד כי המחוקק האמין שבבפיית גיטין ניתן לסמוך על מיומנותם, על בקיאותם ועל

252 הצעת חוק בתי דין רבניים (קיום פסקי-דין של גירושין), ותשנ"ה-1995, ה"ח 496.

253 ראו גם עניין רפאלי, לעיל הערה 232, בפסקה 14 לפסקי-דין של השופט חשין.

תבונתם של בתי-הדין הרבניים. על-פי היגיון זה אין עוד טעם למנוע מבתי-הדין את האפשרות לפסוק סנקציות בלבדיות, בפוף למגבלות המשפט העברי, בגון מוזנות עונשיים נגד סרבן-גט בנסיבות המתאימות באשר הם סבורים שהרבר עשוי להועיל, אף-על-פי שחלופה זו אינה נזכרת במפורש בחוק. אולם תשובה זו אינה מתיישבת עם בוונת המחוקק. בהצעת-החוק הוצע, בעקבות המלצות הוועדה לבחינת יישום דיני המשפחה, בראשות השופט אלישע שינבויים,²⁵⁴ להסמיך את בית-הדין הרבני לחייב איש המסרב ליתן גט בתשלום בספי, בתוספת לזכות למוזנות, כדי להביאו לידי מילוי פסק-הדין. מעין 7(א) להצעת-החוק הורה:

”נתקיימה עילה למתן צו הגבלה על-פי חוק זה, רשאי בית דין רבני לחייב את האיש ברמי בלבד, לרבות מוזנות מוגדלים עבור האשה, בשיעור שיקבע, בנוסף לבל זכות למוזנות על פי כל דין או הסכם.”

אולם בסופו של דבר, ההצעה למתן סמכות לפסוק “מוזנות הפחדה” הושמטה – לאחד דיון ובחינה – מן הנוסח הסופי של החוק. פירוש הרבר הוא שהמחוקק שקל אפשרות זו ודחה אותה, וסבאן שלעניין זה בחד להותיר את הלבת דוונצוייג במובנה הצד על בנה. התשובה האפשרית האחרונה היא שבחקיקת חוק בתי-דין רבניים (קיום פסקי-דין של גירושין) ביקש המחוקק לקבוע רשימה סגורה של סנקציות שבית-הדין הרבני, והוא בלבד, רשאי להטיל על סרבן-גט (לצד הסנקציה שבית-המשפט המחוזי יכול להטיל על הסרבן מבוח סעיף 6 לחוק שיפוט בתי-דין רבניים). העובדה שהמחוקק קבע – לאחד דיון מעמיק ובחינת ההשלכות החוקתיות וההלבתיים של החוק – רשימה מפורטת לסדי של סנקציות שניתן להטיל על סרבני-גט מהווה דאיה לבך שמדובר ברשימה ממצה. ההנחה היא שאילו היה המחוקק מבקש לתת בידי של בית-הדין הרבני סמכות להטיל סנקציות נוספות, ובמיוחד סנקציה ממונית שבית-המשפט העליון אסר את הטלתה, הוא היה עושה בן במפורש, בין על-ידי אובד מפציפי של הסנקציה הרלוונטית ובין על-ידי הענקת סמכות בללית לנקוט באמצעים נוספים שעשויים להבטיח קיום פסקי-דין של גירושין.

סיבומו של דבר: לבתי-משפט אורחיים אין סמכות להטיל סנקציות על סרבני-גט, לא בל שבן סנקציות ממוניות, במטרה לאלצם לקיים פסקי-דין של גירושין. האם יש במסקנה זו כדי לשלול מבית-המשפט את האפשרות לפסוק פיצויי נויקין לטובת מסודרת-גט? כדי להשיב על שאלה זו אנו נדרשים לשוב פעם נוספת אל הלבת דוונצוייג, שבה נקבע עקרון הבלבדיות של רשימת הסנקציות הנזכרות במפורש בחוק. באותו עניין פסק בית-המשפט העליון, בפי שהבהרנו לעיל, כי בית-דין רבני אינו מוסמך לאלץ סרבן לתת גט לאשתו על-ידי פסיקת “מוזנות הפחדה”. בית-המשפט לא פסק שהאשה אינה רשאית לממש את זכויותיה האחרות בלפי בן-זוגה הסורד אך בשל כך שמימוש הזכויות הללו עתיד – בדרך אגבית – להמדין את האיש ליתן לה גט, אלא שלא ניתן להטיל על האיש סנקציה המיוערת בליבולה לאלצו לתת גט.

הבחנה מעין זו עולה מפסיקתו של בית-המשפט העליון בעניין טלומון.²⁵⁵ באותו עניין

254 דין וחשבון הוועדה לבחינת יישום דיני המשפחה (תשמ"ז) 52.

255 לעיל הערה 173.

הגישה אשה נגד בעלה תביעה לתשלום מזונות עונשיים על-יסוד הטענה כי הלה אינו מציית לפסק-דינו של בית-הדין הרבני הגדול לעדעורים בירושלים, שבו חויב לתת לה גט פיטורין. בית-המשפט קמא דחה את התביעה. אחד מנימוקי הערעור היה שעל-פי תפיסתו של בית-הדין הרבני הגדול לעדעורים, "אשה שבעלה חוייב בפסק ב"ד לגדש אותה והוא אינו מציית לפסק הדין, יש לה דין של מעובכת להינשא בגללו, ולמרות שהוא חייב במזונותיה, אינו זוכה במעשי ידיה, ואין לקזו איפוא ממזונותיה את הבנסותיה ממעשי ידיה".²⁵⁶ לשון אחר: כאשר האשה הינה "מעובכת" בשל סידורו של הבעל לתת לה גט, שיעור המזונות הנפסקים לה גבוה משיעור המזונות שהיא זכאית להם במהלכם התקין של הנישואין.²⁵⁷ נטען כי בקביעת דמי המזונות לפי השיטה האמורה יש משום הטלת קנס על סרבן-הגט, שכן שיעור המזונות אינו משקף את זכותה האמיתית של אשה נשואה למזונות. על כך השיבה המערערת כי אבד הבלח על הלבת רוזנצווייג. בית-המשפט העליון דחה את הטענה מפי השופט ויים:

"דין מעשה ידיה [של האשה] הוא במפורש חלק מפרטי דיני המזונות... [במקרה] שיש מקום להחיל את הלבת 'המעובכת', הבעל חייב במזונות אשתו בלי להיות זכאי למעשה ידיה... אמת הרבר, שתקנת חז"ל זאת יש לה אופי של קנס, כדי לאלץ את הבעל לשחרר את האישה... אך אין בכך כדי לגדוע מן העובדה, שהמדובר הוא בחיוב מזונות בשלעצמו – להבריל ממזונות עונשיים גדיא.²⁵⁸"

משמעות הדברים היא, לדעתנו, שהלבת רוזנצווייג חלה ממילא אך ורק על סנקציות שנועדו בל בולן לאלץ את הבעל הסרבן ליתן גט. אין היא חלה על מימוש זכויות סובסטנטיביות אחרות של האשה לפי כל דין. על-כן, בשם שלא היה בקיומו של סעיף 6 כדי לשלול מן האשה המעובכת מלהינשא את הזכות למזונות "מוגדלים" (בלי קיומו של "מעשה ידיה") על-פי דיני המזונות של המשפט העברי, כך אין בבוחו – או בבוחן של הודאות חוק בת-דין רבניים (קיום פסקי-דין של גירושין) – לשלול מן האשה את הזכות לתבוע מן האיש פיצוי בעילה אורחית בהנחה שהתנאים לקיומה של עילה בוז מתקיימים. פסיקת פיצויי נזיקין עשויה אומנם, בדרך אגבית, לתרום לזידון הליבי הגידושין, אך זו אינה מטרתה היחידה או העיקרית. מטרה חשובה נוספת היא תיקון העוול שנעשה לאשה עד למועד שבו ניתן פסק-הדין. להטלת אחריות בנוזיקין יש לא רק היבט פרוספקטיבי, אלא גם היבט רטרופקטיבי.²⁵⁹

בשולי הדברים חשוב להדגיש את המובן מאליו: פסיקת פיצוי למסורבת-גט חייבת להיעשות על-פי אמות-המידה המקובלות להעדבת נזק לא-מוני במשפטי נזיקין. פסיקת פיצוי שאינו מתאים לגובה הנזק שנגרם לאשה על-יסוד שיקולי גמול והרתעה (המובדת, עקרונית, בדיני הנזיקין הישראלים)²⁶⁰ אינה מתיישבת עם בוונתו של המחוקק בנידון

256 שם, בע' 371.

257 עיקרון זה אושר גם על-ידי בית-המשפט העליון בעניין מילר, לעיל הערה 173, בע' 223.

258 עניין סלומון, לעיל הערה 173, במסקה 17 לפסק-הדין.

259 עס ההיבט הפרוספקטיבי של הטלת האחריות ניסינו להתמודד בתת-פרק הקודם.

260 לדוגמה: ע"א 30/72 פרידמן נ' סגל, פ"ד כו(2) 225. לחיובו של נתבע שהיכה את אשתו,

רידן. בחקיקתו של חוק בתי-דין רבניים (קיום פסקי-דין של גירושין), לאחר הפרשנות שניתנה לסעיף 6 לחוק שיפוט בתי-דין רבניים בעניין דוונצוייג, הבהיר המחוקק כי דשימת הסנקציות שניתן להטיל על סרבני-גט הינה אכן דשימה סגורה וממצה, ובי אין הוא מעוניין שבית-משפט אורחי יטיל סנקציות עונשיות על סרבני-גט, פרט לסייג המסויג של סעיף 6 לחוק שיפוט בתי-דין רבניים. הסנקציות בחוק קיום פסקי-דין של גירושין הן "מניעת טובה", ולא סנקציות עונשיות. פסיקת פיצויים "עונשיים" על-ידי בתי-משפט אורחיים תסבל את בוונת המחוקק. ראוי להוסיף ולהדגיש כי אף אם קיומם של סעידיס חלופיים נגר סרבן-גט אינו יכול לשלול את זכות התביעה בנויקין, הרי שהחשש מפני גט מעושה עשוי להצדיק את הגבלת הפיצוי לאור גישתם של חבמי המשפט העברי.

2. ההתרשלות (הפרת החובה)

משהגענו למסקנה כי האיש חב חובת זהירות בלפי אשתו, עלינו לברוק אם היתה התרשלות באי-הציות להוראתו של בית-הדין הרבני. סעיף 35 לפקודת הנויקין קובע שאס "עשה אדם מעשה שארס סביר ונבון לא היה עושה באותן נסיבות או לא עשה מעשה שארס סביר ונבון היה עושה באותן נסיבות" - התנהגותו הינה בגרד התרשלות. ה"אשמה" שעוללת הרשלנות מבוססת עליה הינה אס-בן אובייקטיבית, ולא סובייקטיבית. השאלה היא אם הנתבע לא נהג בפי שארס סביר היה נוהג, ולא אס התבון לגרוס נוק. עוללת הרשלנות נבדלת בכך מבמה עוללות פרטיקולריות שיסוד של בוונה מובנה בהן. עס זאת, הגישה בישראל היא שהמושג "התרשלות" חובק גס מעשים ומחרליס ודונייס.²⁶¹ לבן, אף-על-פי שבענייננו התנהגותו של סרבן-הגט הינה ודונית, אין זאת אומרת שאין היא יכולה להיחשב גס לרשלנית.

אולס ראוי בבל-זאת לדייק. המבחן לקיומה של התרשלות הוא אי-סבירותה של ההתנהגות על-פי מדד אובייקטיבי. מצבו הנפשי של המזיק אינו מעלה ואינו מוריד לעניין זה. לבן, לא בל התנהגות המבוונת לגרוס נוק הינה בגרד התרשלות. התנהגות ודונית תיחשב להתרשלות רק אס היא גס בלתי-סבירה על-פי אמת-המידה האובייקטיבית. עלינו לברד איפוא אס אי-הציות לפסק-דין של גירושין, נוסף להיותו מבוון, הינו גס בלתי-סביר. מבהינה עיונית ניתן לבחון את השאלה על-פי שתי אמות-מידה חלופיות: זו הקנטיאנית וזו התועלתנית. על-פי התפיסה הקנטיאנית, התרשלות היא יצירת סיבון

התובעת, בפיצויים עונשיים ראו תמ"ש (ת"א) 64901/96 פולק נ' פולק, תק"מ (דצמבר 2004) 2001 (3) 83.

261 ראו, למשל, ע"א 732/80 ארנס נ' "בית אל - זכרון יעקב", פ"ד לח(2) 645, בפסקה 6 לפסק-דינו של הנשיא שמגר; ע"א 593/81 מפעלי רכב אשרוד בע"מ נ' ציוק ז"ל, פ"ד מא(3) 169; ע"א 2034/98 אמין נ' אמין, פ"ד נג(5) 69, בפסקה 13 לפסק-דינו של השופט אנגלרד; נ' בהן "נוקי שביתה, הרשלנות הודונית, הנזק הבלבלי וגרם הפרת חוזה" עיוני משפט יר (התשמ"ס) 173, 185. בן ראו סעיף 461(ב) להצעת חוק דיני ממונות: [URL: http://www.justice.gov.il/MOJHeb/Codex].

"ממשי" (להבדיל מסיבון לא-מציאותי או דמיוני) כלפי הזולת.²⁶² ככלל, לא ניתן לומר שפלוני התרשל אם התנהגותו לא יצרה את הסיכון שמימושו גרם לנזק. פירוש הרבר הוא שכהיעדר צירוף מיוחד המתיישב אף הוא עם ההשקפה הקנטיאנית מחדל טהור אינו יכול להיחשב להתרשלות (חרף לשונו של סעיף 35), משום שהתקל אינו יוצר סיכון, אלא, לכל היותר, נמנע מהסרת סיכון קיים.²⁶³ לבאורה, אי-מתן גט לאשה ואי-ציות לפסק-דינו של בית-הדין הרכני הם מהדלים, ולא מעשים, ועל-כן לא ניתן לומר שהסרבן "התרשל" לפי הגישה הקנטיאנית. אלא שמסקנה זו מתעלמת משתי עובדות חשובות. ראשית, אי-אפשר לשכוח שהתובעת והנתבע היו (ואולי עודם) נשואים זה לזה. כאשר יחסים מיוחדים של קרבה או תלות מתקיימים בין פלוני לאלמוני, גם התפיסה הקנטיאנית מכירה בכך שהאחד עשוי לחוב כלפי האחר חובת-עשה, המופרת על-ידי מחדל.²⁶⁴ כאשר מתקיימת כין שני אנשים קרבה או תלות המחייכות את האחד לראווג באופן אקטיבי לרווחתו של האחר,²⁶⁵ ניתן לומר שמחדלו של האחד הינו "רשלני" אם הנזק שעתידי להיגרם כגינו לאדם האחר הינו ממשי, וכאשר הנזק אינו ודאי – אם תוחלת הנזק ממשיית. אין ספק שבעל המנצל את כוחו בדי לפגוע כאשתו מסכ לה נזק ממשי ואינו נוהג כלפיה בפי שבעל סביר היה נוהג.

E. Weinrib *The Idea of Private Law* (Cambridge, 1995) 147–152; R.W. Wright 262 "The Standards of Care in Negligence Law" *Philosophical Foundations of Tort Law* (D.G. Owen ed., Oxford, 1995) 249, 255–263. דוק: המושג "ממשי" (real) משמש באן במובן של "מוחשי", בהיפוך משמעותה של המלה "דמיוני" (farfetched), ולא במלה נרדפת למלה "מהותי" (substantive). זה המובן המשמש הן ברטוריקה השיפוטית והן כבתביהם של אנשי האסבולה הקנטיאנית. לבן הוספנו מדבאות בפולות במופע הראשון. בהתאם לתפיסה הקנטיאנית, כל בני-האדם שווים זה לזה בחירותם; לבן אין האדם יכול לממש את חירותו על-ידי פעולה חיצונית בדרך שאינה יכולה להתיישב עם חירותו של כל אדם אחר לעשות במותו. הואיל והטלת חובה להימנע לחלוטין מיצירת סיבונים תשלול מן הבריות את חירותם לא ניתן להטיל חובה גורפת בזה. בה-בעת, הענקת חסינות למבצע פעולה בגין כל סיבון שהוא יוצר (כין שהינה אבסולוטית ובין שהיא מותנית בכך שעלות הסרת הסיבון גבוהה מתוחלת הנזק) פירושה התעלמות מחירותם של הניזוקים-בבות. התניית האחריות בכך שהנתבע חשף את התובע לסיבון שאינו בלתי-מציאותי מהווה שביל-זהב בין שני הקצוות, ומבטאת את השוויון הקנטיאני בין הצדדים.

263 על התפיסה המבחינה בין מעשה למחדל נמתחה ביקורת נוקבת מצד האסבולה הפמיניסטית למשפט. דאו, למשל: Bender, *supra* note 94, at pp. 33–36. ברם, הבחנה זו הינה בלתי נמנעת לפי הגישה הקנטיאנית. פירוש הרבר הוא שהגישה הפמיניסטית תולקת על המתודולוגיה הקנטיאנית (והמחלוקת עוה למדי). אלא שהדיון בכך חודג ממסגרת דיונו באן.

264 Weinrib, *supra* note 262, at p. 154 (בהערות-שוליים 16, במסגרת ההתייחסות לקבוצה הראשונה של המקדים שהמשפט המקובל מטיל בהם אחריות בגין מחדל).

265 דאו במיוחד הערה 76 לעיל.

שנית, במקרים מסוימים ניתן לייחס את הליכי הגירושין להתנהגותו המוקדמת של הבעל הסרבן, המהווה את העילה לחיובו במתן הגט או לבפייתו לתת גט (למשל, התעללות פיזית או נפשית, בגידה או התנהגות המבשילה את האשה בקיום מצוות). מעשיו המוקדמים של האיש גורמים לאשה נזק נפשי מתמשך בל עור קשד הנישואין מתקיים. בנסיבות אלה ניתן לומר שהמחרל של אי-ציות לפסק-דינו של בית-הדין הרבני אינו אלא אחר ממרביביה של ההתנהגות המזיקה שסבירותה עומדת על הפרק. המחרל הוא רק חוליה בשרשרת של מעשים (ומחדלים). אין מדובר במחרל טהור. התרשלותו של הבעל מתבטאת לפיכך ביצירת הסיכון המוקדמת, שתוצאותיה נמשכות בל עוד לא הופסקו עליידי מתן גט לאשה.²⁶⁶ על-פי היגיון זה יצר הבעל בהתנהגותו סיכון ממשי של פגיעה בנוחותה, באושרה ואולי אף בבריאותה של האשה.

ומבאן אל התפיסה התועלתנית. על-פי תפיסה זו (בצורתה הפשטנית), פלוני "מתרשל" אם אינו נוקט באמצעי העומד לרשותו בעלות X, באשר היה יכול, על-ידי נקיטה באותו אמצעי, להקטין את תוחלת הנזק שעלול להיגרם מחמת התנהגותו לאלמוני בשיעור הגבוה מ-X.²⁶⁷ לבאורה, סרבן-הגט יכול לשים קץ לסבלה המתמשך של האשה בעלות אפסית (על-ידי מתן גט). על-כן, אי-הנקיטה באמצעי הפשוט, שהיה מונע סבל גדול, עולה כרי התרשלות. ברם, ניתן לטעון כי המחיר של מתן הגט מנקודת-מבטו של האיש, שאותו אנו נדרשים להעמיד מול הסבל שנגרם לאשה מחמת אי-מתן הגט במסגרת התחשיב התועלתני, עלול להיות ניכר. לדוגמה: אם האיש מעוניין (באמת ובתמים) לשקם את קשד הנישואין, יחסל מתן הגט את סיבוייו לעשות בן, ועלול איפוא להסב לו נזק רב. לחלופין, אם האיש מפיק הנאה מיוחרת מאי-מתן הגט לאשה, ישלול ממנו מתן הגט את אותה הנאה.²⁶⁸ אשר לשאיפה לשקם את קשד הנישואין, נדמה לנו כי בפסק-דין של חייב לתת גט או של "כופין" (המהווה תנאי להגשת תביעת הנויקין) מגולמת הכרעה ברורה וחד-משמעית בדבר היחס בין חומרת הנזק שעלול להיגרם לאשה מחמת אי-מתן הגט לבין חומרת הנזק שעלול להיגרם לאיש בגין מתן הגט. אילו לא היה בית-הדין סבור כי הנזק שנגרם לאשה הלבודה בקשר בלתי-רצוי חמור מן הנזק שייגרם לאיש בעקבות הגירושין, ניתן להניח שלא היה מחייב את האיש (או בופה עליו) לתת גט. אשר להנאה שסרבן-הגט מפיק מאי-מתן הגט (שלפי התפיסה התועלתנית המסורתית צריכה לבוא בחשבון בהערבת

266 השוו: Weinrib, *supra* note 262, at p. 154.

267 ניסוח זה מרויק אומנס יותר מן הנוסחה הידועה שהציע השופט Learned Hand בעניין *United States v. Carroll Towing Co.* 159 F.2d 169 (2d Cir. 1947), אבל גם אינו ממצה את מלוא מורכבותה של התפיסה הכלכלית המודרנית של המושג "התרשלות". בעניין זה, ראו: S. Shavell *Economic Analysis of Accident Law* (Cambridge, 1987) 54; W.M. Landes & R.A. Posner *The Economic Structure of Tort Law* (Cambridge, 1987) 54.

268 שאיפה כנה לשיקום קשד הנישואין ודצון להסב צעד לאשה סותרים זה את זה, ולכן אינם יכולים להתקיים במקביל.

המוסדיות של התנהגות אנושית),²⁶⁹ נראה לנו כי להוציא מקרים חריגים של סריזם, ההנאה שאדם מפיק מגרימת סבל נפשי לזולתו פחותה מן הסבל שנגדם לקורבן. על כל פנים, אין להעמיד במסגרת הערכתה של סבירות התנהגותו של הסרבן את הנאתו אל מול סבלה של האשה בשהוא לברו, אלא אל מול אותו סבל בצירוף הסבל שנגרם לציבור בכללותו בשל המודעות לחומרת ההתנהגות ותוצאותיה. אין ספק, לדעתנו, כי ההנאה שאדם מפיק מגרימה בלתי-מוצרכת של סבל גפשי לזולת אינה עולה על הסבל המצרפי שנגדם בשל כך.

3. גדימת הנזק

שני היסודות האחרונים שהובחתם נתוצה לשם גיבושה של עוולת הרשלנות הם, בירוע, גזק וקשר סיבתי בין ההתרשלות לבין אותו נזק. בתת-פרק זה נתמקד בזיהוי הנזק, שכן לאחר זיהוי ה"גזק" (על-פי הגדרתו של מונח זה בסעיף 2 לפקורת הגזיקין), סוגיית הקשר הסיבתי אינה אמורה לעורר קושי מיותר. זיהוי הגזקים הברתי אף לצורך שומת הפיצויים. נראה לנו כי ברוב המכריע של המקרים, הנזק היחיד (או לפחות העיקרי) שמסורבת-גט תובל לבסס עליו את תביעתה הוא נזק בלתי-ממוני טהור. ניתן אומנם לחשוב על מקרים שבהם אי-מתן הגט יסב לאשה נזקים ממוניים. לרוגמה: אם האשה מבקשת להינשא לאדם שמצבו הכלכלי גבוה במידה ניכרת מזה של סרבן-הגט, גגרם לה גזק כלכלי בשיעור הפער בין רמת החיים שהיתה גהנית ממנה אילו קיבלה גט לבין רמת חייה הגובחית. לעיתים רחוקות ייגרם לאשה גם גזק גופני ממש (כאשר הסרכנות הממושבת פוגעת בבריאותה). אולם, באמור, ברוב המכריע של המקרים הנזק היחיד יהא בלתי-ממוגי טהור. בתמ"ש (י"ם) 3950/00, שאותו הזכרנו בפרק ב, גאמר כי האשה תובל לתבוע את אישה בעילה של פגיעה באוטונומיה. דאינו כי סברה זו בטעות יסורה. עילה עצמאית של "פגיעה באוטונומיה" אין. מאידך גיסא, קיימת אפשרות לפסוק פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה בראש-נזק בתביעת דשלנות. ההכרה בראש-גזק זה נעשתה אצלנו, לראשונה, בעניין דעקה.²⁷⁰ השופט אור אומר שם:

"אגי סבור... כי יש לראות גם בפגיעה בכבודו של אדם ובזכותו לאוטונומיה, הטבועה בביצוע פרוצורה רפואית בגופו שלא בהסכמתו המורעת, משום נזק בד פיצוי דיני הנזיקין. הפגיעה, שלא ברין, בדגשותיו של אדם בתוצאה מאי כיבוד זכותו היסורית לעצב את חייו בדצוגו, מהווה פגיעה ברווחתו של אותו אדם, והיא נבגסת לגרר הגדרת 'נזק' האמורה. זאת, בין שנראה בה משום פגיעה ב'גוחותו' של אדם, ובין שנראה בה משום 'אברן או חיסור ביוצאים באלה', כלשון הגדרת גזק בסעיף 2 לפקורת... זכותו של כל אדם בשיר היא שהקהילה וחבריה יכברו את דצוגו בכל הגוגע לדברים החשובים לו, כל עור אין הוא פוגע באחרים. הרבר

269 ראו: J.W. Harris *Legal Philosophies* (London, 2nd ed., 1997) 44 (מזכיר כי בנת'האס (Bentham) הכניס לתחשיב התועלתני את ה"pleasures of malevolence").

270 לעיל הערה 39.

מתחייב מן ההכרה בערך האדם וכהיותו של כל אדם בן חורין. ההפרה של זכות יסודית זו שלא על פי כוח או זכות שבדין, פוגעת פגיעה קשה ברווחתו של הפרט, ומגבשת נזק בר פיצוי בנויקן.²⁷¹

בנסיבות אותו מקרה דובר כאשה שנותחה מבלי שנתנה את הסכמתה מדעת לניתוח. הניתוח הסב לה אומנם נזק, אך נקבע כי לא היתה התרשלות בעצם ההחלטה לבצע את הניתוח, כאופן ביצועו או בטיפול שקיבלה האשה אחריו. התרשלותו של הרופא התמצתה איפוא בכך שהוא לא מסר לאשה מדאש את מלוא המידע הדלונסי על-אודות הטיפול שניתן לה. עוד נקבע שאילו נמסר לה מלוא המידע, היא היתה מסכימה לטיפול, ומבאן שלא התקיים קשר סיבתי עובדתי בין ההתרשלות שבאי-מסירת המידע לבין הנזק שנגרם בתוצאה מן הטיפול. מאידך גיסא נפסק כי אי-מסירת המידע גרמה למסופלת נזק מן הסוג של "פגיעה באוטונומיה". חשוב להבהיר ולהדגיש כי הריון בולו התמקד בפגיעה בזכותו של המטופל לא לקבל טיפול רפואי בלי הסכמתו המודעת. ההלכה מתמקדת ב"פגיעה בכבודו של אדם ובזכותו לאוטונומיה, הסכמה בביצוע פדוצדודה רפואית בגופו שלא בהסכמתו המודעת", ורוב שיקולי המדיניות נגד הטלת אחריות בגין הפגיעה באוטונומיה, אשר נידונו ונדחו על-ידי בית-המשפט, נגעו בסיסואציה המיוחדת של היעדר הסכמה מדעת לטיפול רפואי. ניתן לפיכך לטעון כי ההכרה בראש-הנזק האמור מוגבלת לאותה הסיסואציה.

אלא שבעניין תנובה²⁷² הבהיר בית-המשפט העליון כי "פגיעה באוטונומיה" עשויה להתקיים גם בנסיכות אחרות. באותו מקרה נקבע כי נזק מן הסוג האמור נגרם לאדם שדבש חלב שהוחרד אליו סיליקון מבלי שהצדבניס ידעו על כך, אך הוא לא נפגע בגופו בשל השימוש כחלב. בית-המשפט קבע, מפי השופט נאור, כי הסעיה כדבר תבולת החלב היא לבאודה בגרד פגיעה באוטונומיה של הפרט. זכותם של צדבניס היא לקבוע מה יבניסו לפיהם ולגופם וממה יימנעו. לדוגמה: שומר בשדות שגילה בדיעבד כי המזון שנמכר לו במזון בשך אינו כזה יחוש בוודאי תחושה של "גועל ופגיעה באוטונומיה שלו". הוא הדין באדם שביקש לצרוך מזון דל-שומן או דל-קלוריות והסתבר לו כי מזון שנחזה במתאסי להעדפותיו ונדבש על-ידי אינו כזה. בכל המקרים הללו, ובמקרים אחרים שניתן להעלות על הדעת, "ישנה פגיעה באוטונומיה של הפרט, אף שאין עמה נזק גוף או סבנה ממשית לנזק גוף. לבל צדבן וצדכן העדפות בנוגע למזונותיו, העדפות המבסאות לעיתים את האידיאולוגיה בה הוא מאמין בדרך לחייס נבונים או בדיאייס".²⁷³

271 פסקה 21 לפסק-הדין (ההרגשה שלנו - 'ק' ור' פ').

272 לעיל הערה 84.

273 פסקה 10 לפסק-דינה של השופטת נאור. שופטת המיעוט פדוקציה מצדדת כהשקפה שלפיה הטעיית הצדכן כחט לתכונותיו של המוצר שנמכר לו עשויה לעלות כדי פגיעה באוטונומיה, הגם שאין היא מטכימה למטקנתה הקונקרטיית של השופטת נאור משום שלדידה, לא הוכיח התובע העדפה מוגדרת וכרודה לרכוש מוצר כעל תכונות מטוימות

יטען הטוען שגם לאחר פסק־הדין בעניין תנובה, ההכרה בראש־הנזק של פגיעה באוטונומיה עודנה מוגבלת אף־על־פי שההגבלה מצויה עתה בדרגת הפשטה גבוהה יותר. הן בעניין דעקה והן בעניין תנובה הפר הנתבע את חובתו למסור לתובע מידע שהיה נחוץ לאחדון לשם קבלת החלטה מושכלת. בשני המקרים לא נגדם נזק לגופו, לרבושו או לממונו של התובע, ונזקו היחיד התבטא בכך שנשלל ממנו מידע שהיה עשוי לשנות את החלטתו. ברגע שנשלל מן המטופל המידע הררוש באופן סביר לשם קבלת החלטה ברבר טיב הטיפול שיינתן לו, נשללה ממנו למעשה האפשרות לבחור את הטיפול שנראה בעיניו בטוב ביותר. באופן רומה, שלילת המידע הררוש לצרבן באופן סביר ברי להחליט אם לרבוש מוצר מסוים אם לאו נוטלת ממנו את היכולת לבחור את המוצר המתאים להערפותיו האינריוורואליות. מבחינה פורמלית, הבחירה בין דרבי טיפול שונות ובין מוצרים שונים עורנה אפשרית, אולם היעדר מידע מדויק על יתרונותיה וחסרונותיה של בל אחת מן החלופות מרוקן את אפשרות הבחירה מתוכן מהותי. ניתן איפוא לטעון כי ההכרה בראש־הנזק של פגיעה באוטונומיה מוגבלת למקרים שבהם נשלל מן התובע מידע מהותי שהיה ררוש לו לשם בחירה בחלופה התואמת את שאיפותיו, את העדפותיו ואת אמונותיו. עניינה של מסורבת־גט אינו נכנס להגררה זו.

אנו מסכימים כי הנזק שנגרם למסורבת־גט שונה מנזקה של המטופלת בעניין דעקה ומנזקו של הצרבן בעניין תנובה; אולם אין זאת אומרת שלא ניתן לראות בו משום "פגיעה באוטונומיה". נראה לנו כי בהשוואה לשני המקרים שהוזכרו, המקרה שאנו עוסקים בו עתה הינו מקרה מובהק הרבה יותר של פגיעה באוטונומיה. בעוד שמן התובעים בעניין רעקה ותנובה נשלל מידע שהיה עשוי להשפיע על גיבוש רצונם, הרי שבענייננו מצוי בירי התובעת בל המידע הררוש לה לשם גיבוש הרצון, אך נשללת ממנה האפשרות להוציא את רצונה אל הפועל. האיש אינו מאפשר לה להינשא לאחר או להביא ילדים לעולם. לא זו אף זו: הפגיעה ביכולתה של האשה להגשים את רצונה נוגעת במרביבים מרבוים ומהותיים של השאיפה להגשמה עצמית: קיום קשר זוגי והורות.²⁷⁴ מרובר בפגיעה קשה ומהותית בחופש הבחירה של הפרט; קשה הרבה יותר מאי־מסירת המידע בעניין דעקה ובעניין תנובה.²⁷⁵

דווקא, כפי שמתקיימת אצל שומד בשרות, אצל אדם הצורך מוזן אורגני מטעמי בריאות או אצל שומד־משקל (פסקות 13–15 לפסק־דינה).

274 להברה בחשיבותן של החלטות בענייני זוגיות והודאות להגשמה העצמית ראו, למשל, ע"א 5587/93 נחמני נ' נחמני, פ"ד מט(1) 485, 499, מפ"י השופטת שטרסברג־כהן: "האוטונומיה להקמת משפחה, לתכנון משפחה ולהולדת ילדים היא תחום של צנעת הפרט. חירותו של אדם כוללת את חירות ההחלטה העצמאית בענייני נישואין, גירושין, הולדה, ובכל נושא אחר מתחום צינעת הפרט והאוטונומיה של הפרט." והשוו בארצות־הברית: *LaFleur, supra note 35*, at pp. 639–640: "freedom of personal choice in matters of marriage and family life is one of the liberties protected by the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment".

275 ורוק: על־פי פסיקתו של השופט אוד בעניין רעקה, "ההפרה של זכות יסודית זו שלא

מבל מקום, בענייננו אין צורך להגדיר את נוקה של מסורבת-גט ב"פגיעה באוטונומיה". ראיית סבלה של האשה ב"נוק" והאפשרות לתבוע פיצוי בגינו לא היו ואינן תלויות בנכונות להביד בראש-הגזק החדש, שבן הסבל האמור הוא מסוג הנזקים המוכרים במשפטנו בלאו הכי זה עשרות שנים. בבר ראינו לעיל כי בעניין גודרון קבע בית-המשפט העליון שגם נוק לא-מוחשי טהור הוא "נוק" לצורך הפקודה, וכי ניתן לפסוק פיצוי בגינו. באופן דומה קבע בית-המשפט, בסיטואציה המהווה את תמונת-הראי לסיטואציה בה עסקינן, כי הסבל הנפשי שנגרם לאשה שגורשה בעל-בורחה מהווה אף הוא "נוק" בר-תביעה.²⁷⁶ חשוב להרגיש כי מעולם לא הוטל אצלנו ספק בכך שנוק לא-מוחשי הוא "נוק" (ובלבד שניתן להוביחו). עיקר הדיון המשפטי נסב סביב שאלת קיומה של חובת זהירות שעניינה מניעת נזק בזה. הצער, הרבדוך, המועקה, הלחץ, התסבול, העצבנות, החרדה, הפחד והבושה שהם מנת-חלקה של מסורבת-גט טיפוסית הם בלי ספק "נזקים" לצורך הפקודה. אין צורך לתת להם בותרת ססגונית על-מנת שייחשבו לבאלה.²⁷⁷

המושג של "פגיעה באוטונומיה" היה יכול להיות, לדעתנו, בעל ערך-מוסף אילו התייחס למרכיב האובייקטיבי של הפגיעה בזכות (בלי קשר למירת הסבל הסובייקטיבי שנגרם בגינה). לשון אחר: בית-המשפט היה יכול לראות בזכותו של בל אדם להגשים את רצונו "נבס" שבל גריעה ממנו עולה כרי "נוק" (בריוק כמו פגיעה בנבסים אחרים). בנסיבות אלה היה ניתן לומר שאבן נגרם למסורבת-גט נוק של "פגיעה באוטונומיה", אולם לא בנוק בלבדי או עיקרי, אלא בנוק לא-ממוני אובייקטיבי המצטרף לנזקים הבלתי-ממוניים הסובייקטיביים (הסבל, התסבול וכולי). דא עקא, לפי שעה הדין הישראלי רואה בנוק של "פגיעה באוטונומיה" נוק סובייקטיבי שעניינו ב"פגיעה, שלא כדון, בדגשותיו של אדם" (כדברי השופט אור בעניין דעקה).

על פי בוח או זכות שבדין, פוגעת פגיעה קשה ברווחתו של הפרט, ומגבשת נזק בר פיצוי בנויקין". הואיל ואנו עוסקים במקרים שבהם הויב האיש על-ידי בית-דין לתת גט, אין לו בוח או זכות שבדין לפגוע באוטונומיה של אשתו. סרבנותו היא עתה בניגוד להוראת הרין, ולא בהתאם לה.

276 ע"א 1730/92 מצראווה נ' מצראווה, תק-על (דצמבר 2004) 95(1) 1218, בפסקה 9 לפסק-דין של השופט גולדברג. באותו מקרה רובר אומנם בתביעה על הפרת חובה חקוקה, אולם מבחינת יסוד הנזק אין הברל בין שתי העולות. מרובר בתמונת-הראי לסיטואציה שאנו עוסקים בה, מכיוון שענייננו הוא באדם המסרב ליתן גט לאשתו חרף רצונה, בעור שבעניין מצראווה רובר באדם שגירש את אשתו נגר רצונה.

277 אנו עדים לבך שאת ביקורתנו זו ניתן להפנות גם נגר השימוש במושג "פגיעה באוטונומיה" בפסקי-הדין בעניין רעקה ובעניין תנובה.

ד. תביעה בגין הפרת חובה חקוקה

1. הגדרת תחום הדיון

העוולה של הפרת חובה חקוקה מוגדרת בסעיף 63(א) לפקודת הנזיקין בוז הלשון: "מפר חובה חקוקה הוא מי שאינו מקיים חובה המוטלת עליו על-פי בל חיקוק – למעט פקודה זו – והחיקוק, לפי פירושו הנכון, נועד לטובתו או להגנתו של אדם אחר, וההפרה גרמה לאותו אדם נזק מסוגו או מטבעו של הנזק שאליו נתכוון החיקוק; אולם אין האדם האחד זכאי כשל ההפרה לתרופה המפורשת בפקודה זו, אם החיקוק, לפי פירושו הנכון, התכוון להוציא תרופה זו."

מקובל בפסיקה להתייחס לעוולה בבעלת חמישה יסודות פוזיטיביים ויסוד נגטיבי אחד.²⁷⁸ בחיבור הפרשנות היחיד שנכתב על העוולה עד כה הבחינה המחברת בין שבעה יסודות.²⁷⁹ נראה לנו, עס זאת, בי פירוק מלא של העילה מניב תשעה מרכיבים. על-מנת לבסס תביעה בעילה זו התובע נדרש להוכיח את קיומם המצטבר של היסודות הכאים: (1) קיומה של חובה; (2) החובה מעוגנת בחיקוק; (3) החיקוק אינו פקודת הנזיקין; (4) החיקוק מיועד לטובתו או להגנתו של אדם אחר; (5) הנתבע הפר את החובה; (6) התובע סבל נזק; (7) הנזק הוא מסוגו או מטבעו של הנזק שהחיקוק התכוון אליו; (8) קשר סיבתי בין הפרת החובה לנזק. אם הוביח התובע את היסודות הללו, קמה לו זכות לפיצוי, אלא אם יראה הנתבע שהחיקוק התכוון להוציא תרופה אורחית (זה היסוד התשיעי, ה"נגטיבי", של העוולה). כתמ"ש (י"ס) 9101/00 ציין סגן הנשיא מרבוס כי ייתכן שניתן לבסס את תביעתה של מסורכת-גט גס על הפרתה של החובה לציינת להוראה שניתנה על-ידי בית-משפט, הקבועה בסעיף 287 לחוק העונשין.²⁸⁰ עס זאת לא בחן השופט כאופן שיטתי ויסודי אם מתקיימים בענייננו יסודות העוולה של הפרת חובה חקוקה. הטעם לכך הוא שהחלטה עוסקת כל כולה בבקשתו של הבעל הנתבע למחוק את התביעה על הסף, ולשם דחיית הבקשה די בקיומה של אפשרות תיאורטית, אפילו קלושה, לזובייתו של התובע בסעד על-יסוד העובדות המפורטות בבתב-התביעה.²⁸¹ דעתנו היא כי האינטואיציה הראשונית של השופט מרכוס היתה נכונה; אולם שלא במותו, איננו רשאים להסתפק בהצגה פשטנית של אפשרויות תיאורטיות. אנו נדרשים אפוא להשלים את המלאכה שבה החל השופט המלומד, ולבחון אם מתקיימים בענייננו יסודות העוולה של הפרת חובה חקוקה. מטבע הדברים, נתמקד ביסודות שטמון בהם הפוטנציאל להבשלתן

278 דאו, לאחרונה, ע"א 7130/01 סולל כונה כנין ותשתיות כע"מ נ' אלתא תעשיות אלקטרוניקה כע"מ, פ"ד נח(1) 1, 14 (והאסמכתות המובאות שם).

279 ע' כר-שירה הפרת חובה חקוקה (מהרדה שנייה, ג' סדסקי עורך, מאת ד' לוינסון-זמיר, תשמ"ט) 21 ואילך.

280 פסקה 4.ג.8 להחלטה.

281 י' זוטמן סדרי הדין האזרחי (מהרדה שביעית, ש' לוי עורך, 1995) 387.

של תביעות מן הסוג הנידון, ולא נרחיב את הדיבור על יסודות שאינם מעוררים קושי בזה. לא נעסוק בלל בשאלת קיומו של נזק, הואיל ושאלה זו נידונה בהרחבה בפרק הקודם.

2. החובה החקוקה המוטלת על הבעל

סעיף 287 לחוק העונשין מורה:

"המפר הוראה שניתנה בשורה מאת בית משפט או מאת פקיד או אדם הפועל בתפקיד רשמי ומוסמך לאותו עניין - דינו מאסר שנתיים."

פסק-דין המורה לאיש ליתן גט לאשתו הוא בגדר הוראה שניתנה בשורה על-ידי בית-דין רבני, ואי-מתן הגט הוא בגדר הפרה של הוראה זו. השאלה הפרשנית הראשונה שאנו נדרשים להתמודד עמה בדי לבחון את אפשרות השימוש בסעיף 287 במקור לחובה החקוקה היא אם הדיבור "בית משפט" בולל גם בית-דין רבני. שאלה זו נידונה והובדעה בע"א 741/83 גדרון נ' מ"י,²⁸² באותו מקרה הורה בית-הדין הרבני לאשה למסור לבן-זוגה את בתם המשותפת. האשה הפרה את הצו והורשעה על-ידי בית-משפט השלום בעברה לפי סעיף 287. ערעורה לבית-המשפט המחוזי נדחה ברוב דעות. בעדעור לבית-המשפט העליון טען בא-בוחה, בין היתר, כי הצירוף "בית משפט" בסעיף 287 אינו בולל בית-דין רבני. לתמיכה בטענתו הפנה עורך-הדין לסעיפים אחרים בחוק העונשין שבהם ראה המחוקק להבחין בין "בית משפט" ל"בית דין", בגון סעיפים 265 ו-266. בית-המשפט העליון דחה את הטענה. העובדה שבסעיפים אחרים, בחוק העונשין (ובן בחוקים אחרים, דוגמת חוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984²⁸³) אין המונח "בית משפט" בולל "בית דין" אינה מעלה ואינה מודיעה, שכן המחוקק לא נקט קו-אחיד בשאלת המינוח האמורה. כך, למשל, בסעיף 264 לחוק העונשין, שעניינו הבשלת עיקול, דיבר המחוקק בלשון "בית משפט" ואין בל ספק שהתכוון גם לבית-דין; ואף לצורך חוקים אחרים היה בית-המשפט העליון מוכן לקבוע כי המונח "בית משפט" משתרע גם על בתי-דין. אחידות, מכל מקום, אין.

לגוף העניין קבע בית-המשפט כי המונח "בית משפט" בסעיף 287 כולל גם בית-דין. פרשנות זו נתמכת על-ידי שלושה טעמים. ראשית, בשורה של פסקי-דין הניח בית-המשפט העליון באופן עקבי, בהנחה מובנת מאליה, שסעיף 143 לפקודת החוק הפלילי, 1936,²⁸⁴ אשר קדם לסעיף 287, מתייחס גם לבית-דין דתי. שנית, בסעיף 143 לפקודת החוק הפלילי השתמש המחוקק המנדטורי במונח "court", המתייחס הן לפי הגדרתו בפקודה זו ובפקודת הפרשנות ("a court of competent jurisdiction") והן לפי השימוש שנעשה בו בדבר המלך במועצה על ארץ-ישראל, 1922 (סימן 51), גם לבתי-דין דתיים. שלישית, פרשנותו המצמצמת של בא-בוח המערערת מניבה תוצאה בלתי-מתקבלת על

282 פ"ד לח(2) 698, בפסקה 4 לפסק-הדין (להלן: עניין גדרון).

283 ס"ח 198.

284 ע"ר תוס' 1.

הרעת, שלפיה ניתן להעמיר לדין מי שמפר הודאה של בית־משפט שלום או הוראה של "פקיד או אדם הפועל בתפקיד רשמי ומוסמך לאותו ענין", אך מי שמפר צו של בית־דין רבני אינו צפוי לשום סנקציה פלילית בשל ההפרה. סיבוכו של דבד: סעיף 287 מחייב בל ארם לציית להוראות שניתנו לו על־ידי בית־דין רבני.

אלא שבאן מתעורר קושי נוסף. בכך ציינו לעיל שלפסקי־דין של גירושין יש אופי מיוחד. לא ניתן להוציאם אל הפועל בפי שמוציאים לפועל פסקי־דין אחרים. הטעם לכך הוא שהגט צריך להינתן ברצונו של האיש. בל ניסיון לכפות מתן גט בניגוד לעקרונות ההלכתיים עלול להפוך את הגט למעושה שלא ברין. יתד על־בן: גם בנסיבות שבהן ניתן – על־פי בללי המשפט העברי – לעשות שימוש באמצעי בפייה ישירים או עקיפים, בדי, על רקע פרשנות תבליתית של מערך החקיקה, בי הבפייה אמורה להיעשות אך ורק באמצעות הסנקציות הקבועות בסעיף 6 לחוק שיפוט בתי־דין רבניים ובחוק בתי־דין רבניים (קיום פסקי־דין של גירושין), וכפוף לסייגים ולמגבלות הקבועים באותם חיקוקים. לאור הנחות־יסוד אלה, לא ניתן לכפות על סרבן־גט לציית לפסקי־דין של בית־הדין הרבני באמצעות סעיף 287 לחוק העונשין.²⁸⁵ האם מתבקשת מבאן המסקנה בסעיף 287 אינו מטיל חובה על מי שבית־דין רבני הורה לו ליתן גט פיסורין לאשתו? תשובה חיובית לשאלה זו היתה שומטת את הקרקע מתחת לתביעה בגין הפרת חובה תקוקה הנסמכת על סעיף 287; אולם רומה בי זו אינה התשובה הנכונה. העוברה שלא ניתן להעניש את מפר החובה התקוקה על־פי החיקוק מבוגן־החובה אין פירושה שהחובה אינה מוטלת עליו. יש להבחין בין שאלת עצם קיומה של החובה (שהיא המעניינת אותנו באן) לבין שאלת קיומה של סנקציה בגין הפרת החובה. חיקוק מסויס יכול להטיל על אדם חובה מבלי להטיל עליו, מטעם זה או אחר, סנקציה בלשהי אם הפר אותה. היעדר הסנקציה אינו שולל את קיומה של החובה. ואומנס, בית־המשפט העליון הניח בפסיקה עקבית, מבלי לרוץ בעניין לגופו, שגם חובה שהחיקוק שהיא מוגדרת בו אינו מסיל סנקציה בגין הפרתה היא בגרד "חובה" לצורך סעיף 63 לפקודת הנויקין.²⁸⁶

הבעיה המתעוררת במקרה דנן שונה מעט מזו שנירוונה על־ידי בית־המשפט העליון. בפסיקה הנזכרת לעיל התייחס בית־המשפט לחיקוקים המטילים חובות "חסרות שיניים", שאיש אינו צפוי לסנקציה בגין הפרתן, דוגמת סעיף 5 לחוק יישוב סבסובי עבודה, התשי"ז-1957,²⁸⁷ וסעיף 5 לפקודת הקרקעות (רבישה לצרבי ציבור), 1943.²⁸⁸ ניתן לבאורה לטעון שבאשר החיקוק אבן מטיל סנקציה על אדם שלא פעל על־פי הוראתו אלא אם אותו אדם משתייך לקבוצה מסוימת, הבחנה זו מבטאת את בוונת המתוקק לא להחיל

285 על־פי אותו היגיון לא ניתן לכפות על האיש לציית לפסקי־הדין באמצעות פקודת בזיון בית המשפט, הא"י 356 (להלן: פקודת בזיון בית־המשפט).

286 ע"א 457/64 מנטל נ' עיריית פתח תקוה, פ"ד יט(1) 540 (להלן: עניין מנטל); ע"א 672/66 דגיני נ' רשות הפיתוח, פ"ד כא(1) 365. השוו בד־שידה, לעיל הערה 279, בע' 22-23 (במיוחד בהערת־שוליים 74).

287 ס"ח 58.

288 ע"ר 32. ראו עניין מנטל, לעיל הערה 286.

את החובה על אנשים מאותה קבוצה. ההיגיון העומד ביסורה של טענה זו אינו נסתר מעינינו; אלא שבמקרה רנן אין היא רלוונטית בלל, מביוון שלא ניתן לומר שסרבן-גט, בניגוד לאנשים אחרים שאינם מציינים להודאה שיפוטית, אינו צפוי לסנקציה בגין הפרתה של החובה הקבועה בסעיף 287. אף-על-פי שלא ניתן לבפות על הסרבן את חובת הציות לפסק-דינו של בית-הדין הרבני באמצעות העונש הקבוע בסעיף זה, ניתן לבפות עליו את קיום החובה באמצעים אחרים (בגון חוק בתי-דין דבניים (קיום פסקי-דין של גירושין)). פירוש הרבר הוא שהמחוקק לא ביקש להימנע מהטלת החובה הבללית לציות לפסקי-דין על מי שחויב לתת גט לאשתו, אלא להגביל, מטעמי זהירות, את הסנקציות שניתן להטיל על אותו אדם בגין הפרתה בל עור ההפרה נמשכת. מבאן שחוסר האפשרות לבפות על סרבן-גט ציות לחובה הקבועה בסעיף 287 באמצעות העונש הקבוע באותו סעיף אינו מעיד על בוונה לפטור אותו מן החובה גופא.

אשר לאפשרות להעמיד את הסרבן לדין לפי סעיף 287 עצמו לאחר השלמת הליך הגירושין, נראה לנו כי אפשרות זו אינה רצויה. נבון שבשלב זה אין ההליך הפלילי מיועד לאלץ את האיש ליתן גט, אלא להענישו על אי-הציות לצו שיפוטי בעבר; אלא שמריניות של העמדה לדין בריעבר עלולה לגרור אחת משתי תוצאות; או שהאיום בסנקציה פלילית לאחד מתן הגט יניע את הסרבן להתמיד בסירובו (בדי להתחמק מן האישום הפלילי), או שהאיום יניע אותו למהר לתת גט שתוקפו מוטל בספק (משום שניתן בצילו של איום).

3. גבולות החובה החקוקה

שתי השאלות העיקריות בתביעות על הפרת חובה חקוקה – בכל השיטות שעילה בוז מוברת בהן – הן אם החיקוק שהופר נועד להגן על התובע או על אנשים מסוגו ולמנוע נזק מן הסוג שאידע בפועל.²⁸⁹ השאלה המרכזית בענייננו היא, לפיכך, אם סעיף 287 לחוק העונשין נועד להגנתן של מסורבות-גט. הסעיף אינו מציין במפורש מיהו בעל האינטרס המוגן על-ידיו. דומה עם זאת כי לפחות אחת ממטרותיו היא להגן על האינטרס הציבורי בקיום הוראות של רשויות מוסמכות. הציות להוראות אלה מתחייב מעקרון שלטון-החוק. סעיף 287 נועד אס-כן להגן על הציבור בבללותו. לבאורה, אין בכך ברי לשלול את המסקנה שהסעיף נועד גם לטובתם של פרטים. סעיף 63(ב) לפקודת הנויקין מודה: "לעניין סעיף זה דואים חיקוק באילו נעשה לטובתו או להגנתו של פלוני אם לפי פירושו הנכון הוא נועד לטובתו או להגנתו של אותו פלוני או לטובתם או להגנתם של

289 ראו, למשל, במשפט המקובל; Clerk & Lindsell, *supra* note 70, at pp. 622–625; F. Trindade & P. Cane *The Law of Torts in Australia* (3rd ed., 1999) 686 J. Herbots "Economic Loss in the Legal Systems of the Continent" *The Law of Tort – Policies & Trends in Liability for Damage to Property and Economic Loss* (M. Furmston ed., London, 1986) 137, 149; K. Opoku "Delictual Liability in German Law" 21 *Int. & Comp. L. Q.* (1972) 230, 234; B.S. Markesinis *The Law of Torts: A Comparative Introduction* (3rd ed., 1997) 890–892

בני אדם בכלל [ההדגשה שלנו – י' ק', ד' פ'] או של בני אדם מסוג או הגדר שעמם נסנה אותו פלוני. מבאן שגם חובה המיוערת להגן על כל הפרטים בולם עשויה להיחשב למיוערת לטובתו של היחיד. אולם אם כך הדבר, אימתי לא ניתן לדאות בחובה החקוקה חובה המיוערת להגנתו של הפרט? על כך אומר השופט ברק בעניין ועקנין:²⁹⁰

"לבאורה, כל חיקוק נועד, בסופו של דבר, לטובתו ולהגנתו של הפרט, שהרי אין המדינה קיימת אלא למען פרטיה. דומה שפילוסופיה משפטית זו אינה מסייעת לנו בפירושה של הודאת סעיף 63... הודאה זו מבחינה בין חיקוקים, שנועדו לטובתו או להגנתו של היחיד, לבין חוקים, שלא נועדו לטובתו או להגנתו של היחיד. להבחנה זו עלינו ליתן תוקף. נראה לי, כי חיקוק בא לטובתו או להגנתו של אחר, אם אותו חיקוק קובע גודמות ודמות התנהגות, אשר נועדו להגן על האינטרסים של הפרט. בנגד חיקוק מסוג זה באים אותם חיקוקים, אשר לא נועדו להגן על האינטרסים של הפרט. ביניהם ניתן לבלול אותם חיקוקים, שבאו להגן על האינטרסים של המדינה, של הממשלה, ושל מידקם החיים הקולקטיביים ואורחות חיי האומה."

על-פי תפיסה זו נרמה כי חובה המיוערת בלבולה להבטיח את שלטון-החוק אינה יכולה להיחשב למיוערת לטובתו של אדם מסוים. חובה בזו מיוערת להגן על מידקם החיים הקולקטיביים ואורחות חיי האומה, ולא על אינטרס פרטי מובהק, אלא שבכך אין כדי לשלול את המסקנה שסעיף 287 מיועד, בין היתר, לטובתן של מסורבות-גט. להודאה פלונית יש לעיתים קרובות מטרה בפולה, והיא בוללת בחובה הן בוונה להגן על האינטרסים של כל פרט ופרט – או סוג של פרטים – והן בוונה להגן על האינטרסים של הציבור בכללותו.²⁹¹ בזה הוא המקרה דנן. נוסף להגנה על שלטון-החוק, נראה כי סעיף 287 בא להבטיח (יחד עם אמצעים אחרים, דוגמת פקודת ביון בית-המשפט וחוק ההוצאה לפועל, התשכ"ו-1967²⁹²), שובייתו של פלוני במשפט או בהליך-ביניים לא תהא דיקה מתוכן. הסעיף מיועד להגן על האינטרס של הצד שלטובתו ניתנה ההוראה על-ידי בית-משפט או בית-דין בקיומה של ההוראה. ובפרט החובה לקיים את הודאתו של בית-הדין הרבני לבעל ליתן גט לאשתו מיוערת, בלי ספק, לטובתה של האשה.²⁹³

290 לעיל הערה 68, בפסקה 36 לפסק-הדין.

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

292 ס"ח 116.

293 השוו תמ"ש (י"ס) 9101/00, לעיל הערה 13, בפסקה 4.ג.8 להחלטה. בתמ"ש (י"ס) 19270/03, לעיל הערה 17, בפסקה 38 לפסק-הדין, נטה השופט הבהן למסקנה הפוכה (הגם שלא הכריע ברבר). את הטעמים לדחיית נימוקיו בהקשר זה כבר הסברנו למעשה בגוף המאמר.

השאלה השנייה היא אם הפרת החובה הקבועה בסעיף 287 על-ידי הבעל נודמת למסורבת-הנט נזק מסוגו של הנזק שאליו התכוון החיקוק. שאלה רומה התעוררה לפני בית-המשפט העליון בעניין סולטאן.²⁹⁴ באותו מקרה רובד באיש מוסלמי שנירש את אשתו הסוסלמית בעל-בורחה מבלי שהיה בירו פסק-דין של בית-הדין השרעי המחייב את האשה להתיר את קשר הנישואין, וזאת בניגוד להוראת סעיף 181 לחוק העונשין.²⁹⁵ אף שמעשהו של האיש עלה ברי עברה, תפסו הנידושים לפי הדין השרעי ושללו מן האשה את זכויותיה באישה נשואה. בית-המשפט העליון נדרש, בין היתר, לשאלת היותו של הנזק שנגרס לאשה "מסוגו או מטבעו של הנזק שאליו נתכוון החיקוק", והשיב בזה הלשון:

"משאמדנו באן, שהוראת סעיף 181 לחוק העונשין נועדה לא רק למען האינטרס החברתי הבללי אלא גם לטובתה ולהננתה של האשה, שבעלה מנרשה בעל-בורחה, עולה מבאן גס התשובה, כי הנזק, אותו ביקש החיקוק הנרון למנוע, הוא הנזק, שנגרס לה בתוצאה מגידושיה אלה, משינוי מעסדה מאישה נשואה לאישה גרושה, ללא שהוצא פסק-דין של בית-משפט או של בית-דין סוסמך, שחייבה בנידושיין."²⁹⁶

באופן רוסה ניתן לומר כי הואיל וסעיף 287 נועד להגן לא רק על האינטרס הציבורי בקיום הוראות שיפוטיות, אלא גם על מי שלטובתו ניתנה הוראה בזה (להלן: המוטב המיועד), הנזק שביקש החיקוק לחסוך הוא הנזק שנגרס למוטב המיועד בתוצאה מאי-הציות להוראה. הנזק שהתכוון המחוקק למנוע הוא ההפרש בין המצב שהמוטב המיועד מצוי בו בשל אי-הציות להוראה למצב שבו היה מצוי אילו קויימה. ובענייננו: הנזק שהחיקוק היה אמוד למנוע הוא הפער השלילי בין מצבה של הסעובבת מחמת בעלה להינשא למצבה של גרושה.

4. היעדר בוונה להוציא תרופה אזרחית

השאלה האחרונה שאנו נדרשים להשיב עליה היא אם סעיף 287 התכוון "להוציא תרופה אזרחית". בישראל, שלא כמו בגרמניה, הפרתו של חיקוק שנועד להגן על התובע או על אנשים מסוגו מפני נזק מן הסוג שאירע אינה מבטיחה פיצוי לנפגע מן ההפרה.²⁹⁷ אולם שלא כמו באנגליה, אין התובע הישראלי נדרש להראות שהחיקוק הספציפי שהופר נועד להעניק לנפגע מן ההפרה סעד אזרחי. נקודת-המוצא היא שכל חיקוק המקיים את

294 לעיל הערה 291.

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

296 עניין סולטאן, לעיל הערה 291, בע' 180.

297 לגבי המצב בגרמניה דאו סעיף 2823(2) ל-BGB ופירושו אצל: Markesinis, *supra* note 289, at p. 891.

דרישותיו של סעיף 63(א) רישא לפקודת הנזיקין נועד להעניק סעד אורחי, אלא אם הוכח אחרת.²⁹⁸ כענייננו, סרכן-הגם עשוי לנסות לסעון שסעיף 287 התבוון להוציא תרופה אורחית. ניתן לחשוב על שלושה נימוקים אפשריים לטענה זו, אך כולם כלת-משכנעים. הנימוק התלש מכולם הוא שהטלת סנקציה פלילית על מפר החוכה הקבועה כסעיף 287 מכטאת את כוונת המחוקק לא להסיל על המפר סנקציות אחרות זולתה. נימוק זה מתיישב לכאורה עם הנתתו הבסיסית של המשפם האנגלי, ולפיה, כאשר התיקוק מטיל תובה ואובף את קיומה כאמצעות סנקציה פלילית, אין לאכוף את קיומה כדרך אחרת.²⁹⁹ הכלל כפוף אומנם לשני תריגים שהיקף תחולתם הפוסנציאלי רחב למדי,³⁰⁰ אך הנתת-היסוד עודנה כעייתית מכתינתו של הקורכן הסיפומי של מעשה עברה. אצלנו, לעומת זאת, הלכה דכת שנים היא שהטלת סנקציה פלילית אינה מצביעה על כוונה לשלול סעד אורחי.³⁰¹ אדרכה: רוכ התיקוקים שעליהם נממכו תביעות בגין הפרת חוכה תקוקה היו כאלה שבהם נקבעה החובה בתיקוק המטיל סנקציה עונשית כגין ההפרה, כגון תקנות הכסיות כעבודה,³⁰² חוק התכנון והכניה, תשכ"ה-1965 (לדכות תוכניות מתאר שהוצאו מכות), פקודת כיסוח רככ מנועי [נוסח חדש], תשל"ל-1970,³⁰⁴ תקנות התעבורה, תשכ"א-1961,³⁰⁵ וחוק העונשין.³⁰⁶ מן הבחינה העיונית, תיקוק הסכוון להגן על אינסרס של הפרם אינו מגשים את ייעודו כאופן מלא על-ידי הטלת סנקציה עונשית על מי שפגע כאותו אינסרם. ההגנה האופסימלית על האינסרם צריכה לבלול את השכת מצכו של הניזוק לקדמותו כמקרה של פגיעה. לכן, ההנתה צריכה להיות שאם תיקוק עונשי נועד להגן על פרסם מפני נזקים מסוימים, אין התיקוק מתכוון לשלול תרופה לפי סעיף 63. ניתן לומר כי העוולה של הפרת חוכה תקוקה כאה להשלים את ההוראות העונשיות. אותן הוראות מגדירות את האינסרסם הראויים להגנה ומספלות בהיבט הציבורי של פגיעה

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

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

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

301 עניין סולטאן, לעיל העדה 291, בפסקה 8 לפסק-הדין; עניין קני בתים בע"מ, לעיל העדה 291, בע' 751-752 מפי השופט בן-יאיר (אגב אורחא).

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

303 ע"א 416/58 ג'דעון נ' סלימאן, פ"ד יג(2) 916, 923; ע"א 711/82 י' בלומנטל ביי"ח בע"מ נ' תיכון, פ"ד לט(2) 477; ע"א 273/80 מדינה נ' כהן, פ"ד לו(2) 29; עניין קני בתים בע"מ, לעיל העדה 291, בפסקה 6 לפסק-דינו של השופט בן-יאיר.

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

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

306 עניין סולטאן, לעיל העדה 291.

בהם, והעוולה של הפרת חובה חקוקה מספלת כהיבט הפרטי של הפגיעה. על כל פנים, בענייננו לא ניתן ממילא להפעיל נגד סרבניגט את הסנקציה הקבועה בסעיף 287 מטעמים שהובחרו לעיל; ובהיעדר סנקציה פלילית, אין כל חשיבות לשאלה אם סנקציה פלילית מוציאה תרופה אודחית אם לאו.

הנימוק השני הוא שהמחוקק קבע - בחוק שיפוט בתי-דין דבניים ובחוק בתי-דין דבניים (קיום פסקי-דין של גידושין) - רשימה מפורטת של אמצעים לאכיפה של חובת הציות של הבעל לפסקי-דינו של בית-הדין הדבני, ובכך הבהיר כי אין לעשות שימוש באמצעים אחרים, לרבות סעדים אודחיים, לשם כפיית ציות באמור.³⁰⁷ נכון שלפי סעיף 63 לפקודת הנויקין אין הנפגע זכאי לפיצוי אם החיקוק שהופר התכוון להוציא סעד אודחי בעוד האמצעים לאכיפת פסקי-דין של גירושין מצויים מחוץ לחיקוק שהופר; אבל כאשר כוחנים את "בוונתו"³⁰⁸ של סעיף 287, לא ניתן להתעלם מן המערך הכולל של החקיקה. ההנחה הפרשנית היא שצדיבה להתקיים הרמוניה חקיקתית בתוך מערכת החקיקה, באופן שהפירוש שיינתן לחיקוק מסוים יישור "נאמנה עם רקמת החקיקה ויהא לגוף אחד, שלם, עמה".³⁰⁹

התשובה העיקרית לטענה זו היא שהמחוקק התכוון אומנם ליצוד רשימה סגורה של אמצעים לכפיית ציות לפסקי-דין של גידושין, אך הסעד שהאשה מבקשת אינו אמצעי כזה (או לפחות אינו מיועד אך ורק לכפיית ציות). מסרתו לתקן את העוול שעשה הבעל עד למועד הדיון בתביעה, הגם שאחת מתוצאות-הלוואי שלו עשויה להיות הגברת הנכונת ליתן גט. יתר על-כן, השימוש באמצעים המיוחדים לכפיית גס נתון תמיד לשיקול-דעתה של ערבאת שיפוט דתית, שלא תעשה בהם בהכרח שימוש. פירוש הדבר הוא שאם נשלול מן האשה את הסעד האודחי של תביעת נזיקין, אין מובסחת הגנה בלשהי לאינסדרס שלה. תוצאה זו הינה בלתי-הגיונית בעליל. לבסוף, האמצעים לכפיית הגידושין המסודרים בידי בית-הדין הדתי אינם רלוונטיים עוד לאחר שהגט ניתן והתקבל. אם האשה מגישה את תביעת הנויקין לאחר מתן הגט, ברי כי אין עומדים לדשותה ה"אמצעים" הקבועים בחוק שיפוט בתי-דין דבניים ובחוק בתי-דין רבניים (קיום פסקי-דין של גידושין). אין זה מתקבל על הדעת לשלול ממנה את הסעד האודחי על-יסוד טענה בדבר קיומם של סעדים חלופיים באשר סעדים כאלה אינם קיימים כלל. דעתנו היא, לפיכך, כי אין בקיומם של מנגנונים חיצוניים המסורים בידי בית-דין דתי לאכיפת החובה הקבועה בסעיף 287 על סרבניגט כדי להצביע על בוונה לשלול מן האשה - באופן גורף - את הובות לפיצוי על סבלה בכית-המשפט האודחי.

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

308 השתמשנו במלה "בוונה" מפני שהיא תואמת את לשונו של סעיף 63 לפקודת הנויקין. בהקשר זה מדובר במלה נרדפת ל"תבליט".

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

עם זאת ברי בי על-ידי התניית השימוש בבל אחת מן הסנקציות שניתן להפעיל נגד סרבני-גט בהחלטה של בית-דין רבני התבוון המחוקק לסלק את החשש מפני גט מעושה שלא בדין.³¹⁰ ואם אלה הם פני הרברים, ודאי שהתבוון "להוציא תרופה אזרחית" שעלולה לגרום למתן גט מעושה שלא בדין. עלינו להבטיח איפוא שההכרה בזכות תביעה אזרחית בגין הפרתו של סעיף 287 לא תסבל תבלית זו. לשם כך יש להגביל את נסיבות הגשתה של תביעת הנזיקין בעילה של הפרת חובה חקוקה ואת גובה הפיצוי שניתן לפסוק בה בהתאם לעקרונות שעמרנו עליהם לעיל.

הנימוק השלישי הוא שלסובת הנפגע ממעשה עברה עומרת זכות לפיצוי מבוח סעיף 77 לחוק העונשין. הסעיף מורה כי אם הורשע אדם, בית-המשפט רשאי לחייבו לשלם למי שניזוק על-ידי העברה שבה הורשע סבום מסוים בפיצוי על הנזק והסבל שנגרמו לו. אף שמבחינה "גיאוגרפית" הסעיף מצוי בממלכת העונשין, אין ספק שהוא מעניק סעד בעל אופי אזרחי.³¹¹ ניתן למעון שאם נתן המחוקק את דעתו על תרופה אזרחית לאדם שנפגע מהפרת החובה הקבועה בחיקוק פלוני, וקבע שסעד בזה יינתן בתנאים מסוימים ותחת הגבלות מסוימות, הרי שהתבוון בכך בי לא יינתן לנפגע מן ההפרה סעד אזרחי נוסף מכוח סעיף 63 לפקודת הנזיקין, שכן קבלתה של תביעה לפי סעיף 63 תרוקן מתובן את התנאים והמגבלות לפסיקת פיצוי לפי החיקוק הספציפי.³¹²

נראה לנו עם זאת כי בחקיקתו של סעיף 77 לא התכוון המחוקק לשלול מן הנפגע מהפרת החובות הקבועות בחוק העונשין את זכות התביעה בגין הפרת חובה חקוקה כאשר מתקיימים יסודותיה של עוולה זו. נהפוך הוא. הנחת-המוצא של המחוקק היתה שהסעד הקבוע בסעיף 77 הינו בלתי-ממצה.³¹³ בראש ובראשונה מדובר בתרופה הנתונה לשיקול-דעתו של בית-המשפט (כאשר המגמה היא לא להשתמש בסמכות דרך שגרה³¹⁴). הנפגע אינו זכאי לפיצוי. קשה להאמין שבחקיקתו של סעיף 77 התכוון המחוקק לשלול מאדם

310 דאו גס עניין רפאלי, לעיל הערה 232, בע' 208.

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

312 השוו בר-שידה, לעיל הערה 279, בע' 73.

313 בית-המשפט העליון לא דן כלל בהשפעתו האפשרית של סעיף 77 על עילת-התביעה בנוזיקין אף-על-פי שנדרש לתביעות בגין הפרת חובה חקוקה שנסמכו על הוראות בחוק העונשין (עניין סולטאן, לעיל הערה 291). בשתיקתו של בית-המשפט ניתן לראות משום דאיה לכאורה לכך שסעיף 77 אינו מעיד על כוונה להוציא תרופה לפי סעיף 63 לפקודת הנזיקין. מובן שאנו לא נסתפק בדאיה לכאורה. בר שירה, שם, בע' 78, מציג נימוקים נוספים התומכים לכאורה במסקנתנו. איננו מביאים את נימוקיה העיקריים בגוף הטקסט מכיוון שהם נראים לנו "טכניים" מדי ולא לגמדי משכנעים. עיינו והשוו עניין גורדון, לעיל הערה 78, בע' 127-128 (סמכותו של בית-המשפט לפצות נאשם שזוכה לפי סעיף 80 לחוק העונשין אינה שוללת מאותו אדם את הזכות לתבוע פיצוי מלא בעילת דשלנות).

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

שנפגע על-ידי מעשה עוולה את הזכות לתרופה.³¹⁵ שנית, גובה הפיצוי שניתן לפסוק לפי אותו סעיף בפרק לתקרה נמוכה למדי (84,400 ש"ח). ההנחה הפרשנית צריכה להיות שבאשר סבוס הפיצוי הקבוע בחיקוק מסויס בפרק לתקרה, ארס שקיבל פיצוייס מבוחו יבול לתבוע - בעילת נזיקין מסורתית - את השלמת הפיצוי עד לגובה הנזק שנגרם לו, אלא אם אותו חיקוק אוסר על כך במפורש.³¹⁶ הנחה זו הינה פרשנית בללית, ואינה תלויה בנסיבותיהם של מקרים קונקרטיים. במילים אחרות: לא ניתן לפרש את סעיף 77 במתבון להוציא תרופה אזרחית הואיל וייתבנו מקרים שבהם הסבוס שייפסק מבוחו לא יבסה את מלוא הנזק. העובדה שיייתבנו גם מקרים שבהם הסבוס שייפסק מבוחו יבסה את מלוא הנזק אינה צריכה לשנות את פירושו, שהוא - באמוד - בעל תחולה בללית. שלישיית, לקורבן (או לשאיריו) אין בל זכות להציג דאיות לגבי גובה הנזק שנגרם לו (או להם) לפני ההברעה בעניין עצם פסיקת הפיצוי לפי סעיף 77 ובעניין גובהו.³¹⁷ ושוב, קשה להניח שהמחוקק התבון לשלול מן הנפגע על-ידי מעשה עוולה את הזכות האוניורסלית האלמנטרית לטעון את טענותיו ולהוביח את נזקו. רביעית, פסיקת פיצויים לפי סעיף 77 מותנית בהרשעה. פידוש הדבר הוא שללא העמדה לדין או בלית הרשעה לא ניתן לפסוק פיצוי על-פיו. פיצוי התלוי בשיקול-הדעת של רשויות התביעה באופן ניהול ההליך על-ידי מי שאינו בעל עניין ישיר בסעד האזרחי ובהובחת העובדות המקימות את העילה מעבר לספק סביר אינו יכול להיות סער אזרחי ממצה. בענייננו, התניית הפיצוי בהרשעה הינה בעלת חשיבות מיוחדת, מביוון שבפי שהסברנו לעיל, לא ניתן להעמיד את הסרבן לדין לפי סעיף 287, ועל-בן איאפשר לפסוק לאשה פיצוי לפי סעיף 77. לא ניתן אמ-בן

315 ראו: *Groves v Lord Wimborne* [1898] 2 Q.B. 402. באותו מקרה הטיל החוק קנס על מפר החובה וקבע שמזכיר המרינה רשאי להעביר את הקנס או את חלקו לקורבן העברה. העוברה שהתשלום לנפגע הוא עניין שבשיקול-רעת (ולא בגדר זכות) היתה אחר השיקולים שהוליכו את בית-המשפט למסקנה בי המחוקק לא התבון לשלול תרופה אזרחית. חשוב להדגיש, עם זאת, בי במקרה *Groves* דובר בסמכות להעביר לנפגע את הקנס שהוטל בגין הפרת החובה, ולא בסמכות לפסוק לו פיצוי על נזקו. העוברה שהקנס נקבע לפי חומרת העברה, ולא לפי גובה הנזק, היוותה חיווק נוסף, בכד-משקל, למסקנה האמורה.

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

317 לעיתים קרובות אין הנפגע מורע בלל לבך שבית-המשפט מתבון לעשות שימוש בסמכות הנתונה לו לפי סעיף 77. כך הרבר, למשל, באשר ההליך הפלילי מסתיים בהודאת הנאשס לאחר ההקראה.

לומר שעומד לרשותה של מסורבת-גט סעד אזרחי חלופי; ואם כך הדבר, הטענה בי סעד אזרחי חלופי מעיד על בוונה לשלול תביעה אזרחית על-יסוד סעיף 63 נעשית ממילא בלתי-רלוונטית.

סיכום

במאמר זה ניסינו להראות כי מסורבת-גט תובל לתבוע מבין-זוגה פיצויי נזיקין בערבאה אזרחית בגין הסבל שנגרם לה מחמת סרבנותו. ציינו כי יש רגליים לסברה שבית-המשפט לענייני משפחה מוסמך לדון כתביעה כזו. לאחר-מכן הראינו כי למסורבת-גט עומדות, לבאורה, שתי עילות-תביעה: רשלנות והפרת חובה חקוקה. עם זאת הסברנו כי יש להגביל את זכות התביעה של מסורבת-גט לפחות לפני מתן הגט ובל עוד היא מעוניינת בקבלת גט תקף כהתחשב בעקרונות-היסוד של המשפט העברי בענייני גירושין, לנוכח החשש שמא הגט שיינתן לה כעקבות פסיקת פיצויי נזיקין בלי המגבלות הללו יהא מעושה שלא בדין. הצבת מגבלות שמקורן במשפט העברי נועדה אם-כן להבטיח ששברה של האשה (פיצויים) לא ייצא בהפסדה (גט מעושה); והיא בת-ביצוע בשתי העילות, מביוון שמרבו-הבווד בעוולות המסגרת אינו בקיום יסודות עוכדתיים, אלא ב"תפיסה המשפטית של היקף האחריות בנוזיקין".³¹⁸

אימתי אס-בן תובל מסורבת-גט לזכות בפיצוי? במקרים שבית-הדין הרבני פוסק בהם ש"כופין" על הבעל לגרש את האשה ניתן, על-פי עקרונות המשפט העברי, להטיל עליו סנקציה במסגרת משמעותית. אלא שמקרים אלה נדירים המה. בדרך-כלל פסקי-דין של גירושין הם מדרגה נמוכה יותר. גם במקרים שבית-הדין פוסק בהם כי האיש "חייב" לגרש את האשה ניתן, לדעת פוסקים חשובים, להטיל עליו סנקציות מסוימות (אם כי לא את כל הסנקציות שניתן להטיל בדרגת "כופין"). מאידך גיסא, הטלת סנקציות על סרבני-גט בשדרגת פסק-הדין של גירושין היא "מצווה" או "המלצה" לגרש מעוררת חשש משמעותי מפני גט מעושה שלא בדין. על-בן סברנו שדאוי לאפשר את זכות התביעה בנוזיקין בשפסק-הדין של גירושין הוא בדרגת "כופין" או "חייב" לגרש.

מקרים שבהם ניתן פסק-דין של גירושין בדרגת "כופין" אינם מעוררים קושי מיוחד, שכן השימוש בכל אמצעי הבפייה הבספיים מותר בנסיבות אלה. באשר ניתן פסק-דין בדרגת "חייב" אין כל ודאות שניתן להשית על האיש נטל ממוני בגין סרבנותו, אך ניתן, עקרונית, להשתמש בטכניקה של בפייה בדרך בררה המבוססת על חיוב האיש בקיום חובה המוטלת עליו ממילא על-פי המשפט העברי כל עוד הנישואין נמשכים, בגון חובת תשלום המזונות. הצענו שבית-משפט אזרחי הן בתביעת נזיקין של מסורבת-גט יפסוק פיצויים על-פי אמות-מידה המקובלות במשפט העברי ביחס לפסיקת מזונות, וכך יובל בית-הדין הרבני, שיתבקש לאחר-מכן לסדר את הגט, לראות בהטלת האחריות משום בפייה בדרך בררה שאינה פוגעת בתוקף הגט.

הצעה זו מעוררת שתי קושיות ברורות זו בזו. ראשית, האשה זכאית ממילא למזונות כל עוד לא ניתן הגט. אם כך, במה תועיל לה זכות תביעה כנוזיקין המבוססת על חובת

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

המוזנות? תשוכתנו לשאלה זו נסמכת על פסיקת הרב הרצוג. לדידו, ניתן לחייב את הסרכן כתשלום מוזנות "מוגדלים שאינם מופרזים", דהיינו מוזנות דגילים בצירוף סכום כסף שעל-סמך האמצעים הפיננסיים של הסרכן אינו ככד מנשוא ("מהדס"). תוספת בשיעור זה לחיוב המוזנות אינה אמורה לפגוע כתקופו של הגט שיינתן לאחר-מכן. הצעתנו היא לפיכך שבית-משפט אזרחי יפסוק פיצויי נוזיקין ששיעורם כשיעור הרביב העונשי במוזנות עונשיים, בלומר אותו סכום שניתן להוסיף למוזנות כך שיהיו מוגדלים אך לא מופרזים לפי גישתו של הרב הרצוג.

שנית, השימוש באמצעי לחץ נגד סרכן-גט צריך להיעשות, ככלל, על-ידי בית-הדין הרבני וכהתאם לדין העכדי. גם הרב הרצוג התייחס ל"הגדלה" של סכום המוזנות על-ידי בית-דין רבני, ולא להטלת אחריות בנוזיקין על-ידי ערכאה אזרחית. עם זאת, פוסק חשוב חיונה רעה שבאשר ערכאה אזרחית מטילה על האיש חובת תשלום מוזנות לפי הדין האזרחי, חיוב זה אינו מעודר חשש מפני גט מעושה שלא כדין כל עוד הסכום הנפסק קטן משיעור המוזנות שכית-דין רבני היה יכול להטיל על האיש כנסיכות אלה, וזה לו או גדול ממנו אך כמקצת.³¹⁹ בענייננו, כית-המשפט האזרחי מתבקש אומנם לפסוק פיצויי נוזיקין, ולא לקבוע את שיעור המוזנות המגיעים לאשה; אכל הואיל ועל-פי הצעתנו, פיצויי הנוזיקין יפסקו כמתבונת של מוזנות, ושיעורם ייקבע תוך זיקה לסכום שניתן לפסוק על-פי המשפט העברי, יובל בית-הדין הרבני – כאשר יתבקש לסדר את הגט – להתייחס לפיצויים כאל מוזנות (וכיתר דיוק, כאל תוספת מוזנות), ופסיקתם לא תעודר את החשש מפני גט מעושה שלא כדין.

כדי להסיר ספק כבוגע לתוקפם ההלכתי של גיטין, יחיאל קפלן סכור בי רצוי שייקבעו בחוק אמות-מידה לפסיקת פיצויי נוזיקין בגין סרבנות-גט, הן לעניין הנסיכות שבהן ניתן לפסוק פיצויים באלה (בגון דרגת פסק-הדין של גירושין) הן לעניין הסכום שניתן לפוסקו והן לגבי אופן התשלום. תחת הסדר כזה יהיה ניתן להתייחס לפסיקת פיצויי נוזיקין על-ידי ערכאה אזרחית באל פעולה הנעשית כשליחותו של בית-הדין הרבני לשם קיום פסק-דינו בעניין הגירושין. רונן פרי סבור, לעומת זאת, כי אין צורך בחקיקה, וכי יצירת המודעות של הערכאות האזרחיות לקשיים ולפתרונם האפשרי במסגרת דיני הנוזיקין הקיימים מספיקה.

אנו מקווים שהרכנים והדיינים בבתי-הדין הרבניים לא ישללו על הסף את השימוש כתביעות נוזיקין על-ידי מסורבות-גט בפוף למגבלות ההלבתיות שבוארו לעיל. פוסקי הלכה חשוכים כתכו בי יש לגלות דגישות מיוחדת למצכן של מסורכות-גט, וניסו לפתח פתרונות יצירתיים להקלת מצוקתן.³²⁰ אנו מאמינים שגם יישום הצעתנו יוכל לתרום לפתרון של כעיה זו.

319 ראו לעיל העדה 194 והסקסם הנלווה.

320 ראו בהקשר זה גם פסק-הדין שניתן לאחרונה בבג"צ 6751/04 סבג נ' בית הדין הרבני הגדול לערעורים (ניתן כיום 29.11.2004 – טרם פורסם). בפסק-דינם של השופטים פרוקציה ודובינשטיין ניתן למצוא דיון בשיטות השונות שנעשה בהן שימוש בישראל ובאצות אחרות, ובין היתר על-ידי פוסקי הלכה, לשם פתרון כעיתן של מסורבות-גט. פסק-דין זה ניתן לאחר שעריכת המאמר הושלמה.
