

## גירושים ללא מדיניות גירושים: על ההסדרה האזרחית הראויה של "גירושים למעשה"

מאת  
שחר ליפשיץ\*

### תקציר

מאמר זה עוסק ביחסו המתגבש של המשפט האזרחי בישראל לבני זוג, "גירושים למעשה", שלא התגרשו באופן רשמי. המאמר דן במגמה, המתגבשת בחקיקה, בהוראות מנהליות ובפסיקה, במגוון תחומים, לייחס ל"גירושים למעשה" תוצאות משפטיות-אזרחיות של גירושים משפטיים. בשיח המשפטי הקיים, הן במחקר והן בשדה, מתגבשת תמיכה במהלך זה מתוך עמדה פונקציונלית התומכת במשפט מבוסס מציאות. על פי גישה זו, מדובר במהלך שיש לקדמו ללא קשר לביקורת האזרחית על דיני הגירושים הדתיים, ומבלי לקחת בחשבון את הסיבות לכך שבני זוג שהינם "גירושים למעשה" לא התגרשו באופן משפטי. בניגוד לכך, לשיטתי, הנכונות המסתמנת של המשפט האזרחי לוותר, במגוון רחב של תחומים, על הגירושים ההלכתיים-משפטיים ולהסתפק ב"גירושים למעשה", ניתנת להצדקה רק כאשר נלקחים בחשבון הקשיים שמעוררים דיני הגירושים הדתיים והרצון להציב להם חלופה אזרחית-חילונית. לכן, המאמר מציג עקרונות המבוססים על התאוריה האזרחית המודרנית של דיני הגירושים, ומציע דרכים ליישם על הסדרתם של "גירושים למעשה" בישראל, תוך התייחסות לנסיבות אי הגירושים של בני הזוג הספציפיים. המאמר מתייחס לגישה זו כלפי הסדרת ה"גירושים למעשה" כגישת התחליף החילוני לגירושים. המאמר מזהיר שישום גישה פונקציונלית שתתעלם מתפקידם של ה"גירושים למעשה" כתחליף חילוני לגירושים הדתיים, ושתתייחס ל"גירושים למעשה" כגירושים

---

\* פרופ' מן המניין וראש מרכז מנומדין למשפט יהודי ודמוקרטי, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן. אני מודה לאבירים הנדל, אריאל בנדור, רות זפרן, רם ריבלין, רב פרימר, לילך לוריא, שירי רגב-מסלם, איילת בלכר-פריגת, הילה שמיר ונפתלי שילה על הערות לטיטוטות קודמות. תודתי נתונה גם לעורכת הדין מוריה בקשי ולמשנה ליועץ המשפטי לממשלה, ארו קמיניץ, שהגיבו למאמר בכינוס מיוחד של הפורום לשיתוף פעולה בין האקדמיה למשרד המשפטים. תודתי נתונה גם למשתתפי הכינוס הנ"ל, כמו גם לשופטי בית המשפט לענייני משפחה שהמאמר הוצג בפניהם בהשתלמות שופטים, על הערות חשובות שהעירו. תודה גם לטל אייל-ליפשיץ ולאמיר פינקוס על העזרה המסורה במחקר, לעורכת הראשית של "עיוני משפט" תמר קריכלי-כץ, לעורך ענבל תמיר ולחברי המערכת תמר בן עוזר, אלון עובדיה ומיה פרנקל על עבודת עריכה מעולה.

ללא התחשבות בזהות הסרבן ובנסיבות הסרבנות, עלולה לתמרץ סרבנות גט ולפגוע במסורבי הגט. לצד זאת, המאמר נדרש לשיקולים סוציאליים ומוסדיים המכבידים לעיתים על מימוש גישת תחליף הגירושים החילוני בהקשר של "גירושים למעשה". לכן, מוצעות דרכים לאזן בין העקרונות הממוקדים במדיניות הראויה של דיני הגירושים, המגשימים את תפקידם של ה"גירושים למעשה" כתחליף גירושים חילוני, לבין השיקולים המוסדיים והחברתיים. לאור האיזונים הללו מנותחות, ולעיתים אף מבוקרות, המגמות המסתמנות בישראל, ומוצע מודל שיטתי להסדרה האזרחית הראויה של "גירושים למעשה" בישראל.

- 7 מבוא: על ההסדרה המשפטית של "גירושים למעשה"
- 15 א. עקרונות להסדרה אזרחית ראויה של "גירושים למעשה"
- 15 1. עיקרון ראשון: גיבוש אמות מידה אזרחיות
- 22 2. עיקרון שני: הבחנה בין סרבנים ומסורבים
- 25 3. עיקרון שלישי: הכרה מוגבלת בסרבנות כלכלית מוצדקת
- 28 4. איזון בין העקרונות לבין שיקולים סוציאליים ומוסדיים
- 31 ב. הסדרתם האזרחית של "גירושים למעשה": ניתוח המגמות בראי הדין הראוי
- 31 1. מעמד המשפטי של "גירושים למעשה" ביחסיהם עם הרשויות
- 32 (א) הענקת הטבות במהלך חיי בני הזוג
- 37 (ב) גמלאות וקצבאות שאירים הניתנות לאחר חיי בני הזוג
- 37 (1) הזכות לגמלה של ה"גרוש למעשה"
- (2) הזכות לגמלה של בת זוגו החדשה של סרבן הגט ה"גרוש למעשה"
- 38 לאחר מותו
- 42 2. ירושה
- 47 3. מעמד המשפטי של "גירושים למעשה" ביחסים ביניהם
- 47 (א) יחסי רכוש
- 48 (ב) מזונות אישה
- 52 סיכום ומשוב

## מבוא: על ההסדרה המשפטית של "גירושים למעשה"

מאמר זה עוסק ביחסו של המשפט האזרחי בישראל לכני זוג, "גירושים למעשה", שלא התגרשו באופן רשמי. המאמר דן במגמה, המתגבשת בחקיקה, בהוראות מנהליות ובפסיקה, במגוון תחומים, לייחס ל"גירושים למעשה" תוצאות משפטיות-אזרחיות של גירושים משפטיים. בשיח המשפטי הקיים, הן במחקר והן בשדה, מתגבשת תמיכה במהלך זה מתוך עמדה פונקציונלית התומכת במשפט מבוסס מציאות. על פי גישה זו, מדובר במהלך שיש לקדמו ללא קשר לביקורת האזרחית על דיני הגירושים הדתיים, ומבלי לקחת בחשבון את הסיבות לכך שבני זוג שהינם "גירושים למעשה" לא התגרשו באופן משפטי. בניגוד לכך, לשיטתי, הנכונות המסתמנת של המשפט האזרחי לוותר, במגוון רחב של תחומים, על הגירושים ההלכתיים-משפטיים ולהסתפק ב"גירושים למעשה", ניתנת להצדקה רק כאשר נלקחים בחשבון הקשיים שמעוררים דיני הגירושים הדתיים והרצון להציב להם חלופה אזרחית. לכן, המאמר מציג עקרונות המבוססים על התאוריה האזרחית המודרנית של דיני הגירושים, ומציע דרכים ליישם על הסדרתם של "גירושים למעשה" בישראל תוך התייחסות לזהות הסרבן ולנסיבות אי הגירושים של בני הזוג הספציפיים. המאמר מבהיר שבעוד שהסדרה אזרחית של "הגירושים למעשה" על פי העקרונות המוצעים היא מהלך ראוי, יישום גישה פונקציונלית שתתייחס ל"גירושים למעשה" כגירושים ללא התחשבות בזהות הסרבן ובנסיבות הסרבנות עלול לתמרץ סרבנות גט, ולפגוע בדרך לא צודקת במסורבי הגט. לצד זאת המאמר נדרש לשיקולים סוציאליים ומוסדיים המכבידים לעיתים על מימוש מדיניות אזרחית ראויה של דיני הגירושים בהקשר של "גירושים למעשה", ומציע דרכים לאזן בין העקרונות הממוקדים במדיניות הראויה של דיני הגירושים לבין השיקולים הללו. לאור האיזונים הללו מנותחות, ולעיתים אף מבוקרות, המגמות המסתמנות בישראל, ומוצע מודל שיטתי להסדרה האזרחית הראויה של "גירושים למעשה" בישראל.

אפתח בסקירה קצרה של המחקר בתחום, ומתוכה תובהר נחיצות המאמר וחידושו. במאמר בעל השפעה שנכתב לפני 25 שנה הציג פנחס שיפמן כלים שפותחו במשפט האזרחי ושנועדו לשיטתו להעניק תוצאה אזרחית דמוית גירושים גם כאשר בני הזוג לא התגרשו.<sup>1</sup> שיפמן כינה כלים אלה "תחליפי גירושים".<sup>2</sup> לדעתו, במקרים שבהם בפועל התמוטטו יחסי בני הזוג, על המשפט האזרחי להירתם וליתן גושפנקא למציאות הממשית, וזאת כאמצעי להקלת מצוקת הגירושים בישראל.<sup>3</sup>

- 1 ראו פנחס שיפמן "על תחליפי גירושין תוצרת בית המשפט האזרחי" ספר לנדוי כרך ג 1607 (אהרן ברק ואליעזר מזוז עורכים) (להלן: שיפמן תחליפי גירושים); כתיבה דומה ניתן לראות בפנחס שיפמן דיני המשפחה בישראל כרך א 424-439 (מהדורה שנייה 1995) (להלן: שיפמן דיני משפחה); להתייחסות לידועים בציבור כתחליף גירושים, ראו גם אריאל רוזן-צבי דיני המשפחה בישראל בין קודש לחול 303 (1990).
- 2 שיפמן תחליפי גירושים, שם, עסק בצווי הרחקה, בדיני המזונות, בפירוק שיתוף בדירת המגורים ובדיני הידועים בציבור.
- 3 בכתיבתו המקורית של שיפמן, ברורה ההתייחסות לתחליפי הגירושים כאמצעי להקלה על מסורבי הגט וכאמצעי להגשמה אזרחית של מדיניות גירושים ללא אשמה. ראו למשל שיפמן דיני משפחה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 428: "ככל שסמכותו של השופט האזרחי מגעת, עליו להושיט

כעשור לאחר פרסום מאמרו של שיפמן טענתי שאם אכן נועדו תחליפי הגירושים לסייע למסורבי הגט יש לפתח את התחליפים רק למען אלה שבני זוגם מסכלים את האפשרות להתגרש. כהמשך לכך ביקרתי את העובדה שבמרבית המקרים לא פעלו בתי המשפט על פי אמת מידה זאת, ועל כן ניתנו תחליפי הגירושים מבלי להבחין בין הצד הסרבן לבין הצד המסורב, ואף הבעתי את החשש שבכך יהפכו תחליפי הגירושים לתמריץ לסרבנים.<sup>4</sup> כהמשך לביקורת על המצב הקיים הצעתי דרכים לשפר את ההסדרה של תחליפי הגירושים שפותחו במשפט הישראלי באופן שיגשים מדיניות אזרחית ראויה של דיני הגירושים.<sup>5</sup>

לאחרונה התחדש העניין המקרי בנושא. בהתבסס על ממצאי מחקרי, שלפיהם לא הבחינה הפסיקה בין מסורבים לסרבנים, דחתה איילת בלכר-פריגת את ההתייחסות להסדרה האזרחית של "גירושים למעשה" כתחליף גירושים הממוקד ככשלים בדין הדתי. חלף גישה זו טענה בלכר-פריגת כי יש לפרש את המגמות בפסיקה כאימוץ של גישה פונקציונלית המעדיפה להתמקד בתוכן המהותי של הקשר על פני סיווגו המשפטי.<sup>6</sup> בלכר-פריגת התמקדה בהסבר הפסיקה כמשקפת גישה פונקציונלית, אך נמנעה מהצגת עמדה נורמטיבית ברורה בדבר הדרך הראויה להסדרת הגירושים למעשה. לעומת זאת, דומה כי בכתיבתו המאוחרת נסוג שיפמן מעמדתו המוקדמת והוא מביע תמיכה נורמטיבית בגישה הפונקציונלית המנתקת בין ההסדרה האזרחית הראויה של "הגירושים למעשה" לבין הביקורת על הדין הדתי והצורך להציב לו חלופה אזרחית המגשימה מדיניות ראויה של דיני גירושים.<sup>7</sup>

- ברוח נדיבה תרופות אזרחיות חלופיות, שיש בהן כדי להקהות את העוקץ מכשלון התרת הנישואים בדרך הדתית". בהמשך הוא כותב על הצורך להקטין למינימום את נזקיו של מסורב הגט, ועל כך שיתכן ששימוש נרחב בתחליפי הגירושים יתרמו לכך שהתפיסה החברתית של גירושים דה־פקטו תתקרב לתפיסה החברתית של הגירושים.
- 4 ראו שחר ליפשיץ הידועים-בציבור בראי התיאוריה האזרחית של דיני המשפחה 275-299 (2005) (להלן: ליפשיץ הידועים בציבור).
- 5 ראו שחר ליפשיץ "ברצוני להתגרש ומייד! על ההסדרה האזרחית של הגירושים" עיוני משפט כח 671, 741-771 (2005) (להלן: ליפשיץ "ברצוני להתגרש").
- 6 ראו Ayelet Blecher-Prigat, *Echoes of Nonmarriage*, 51 ARIZ. ST. L.J. 1213, 1231-1237 (2019) (להלן: בלכר-פריגת). בלכר-פריגת מתבססת בין היתר על ממצאי מחקרי שלפיהם הפסיקה לא הבחינה בין מסורבים לסרבנים. עם זאת, בעוד שאני ראיית בכך מקור לביקורת על הפסיקה שלא יישמה כראוי את תפקיד ההסדרה האזרחית של ה"גירושים למעשה" כתחליף גירושים, בלכר-פריגת רואה במדיניות זו ביטוי לכך שה"גירושים למעשה" אינם משמשים תחליף גירושים, אלא ביטוי לגישה הפונקציונלית המתמקדת במהות הקשר.
- 7 ראו למשל מאמרו של שיפמן "על המשפחה החדשה: קווי פתיחה לדיון" עיוני משפט כח 643 (2005) (להלן: שיפמן משפחה חדשה), שבו עסק בהרחבה במתח בין מה שהוא כינה גישה דוגמטית-נורמטיבית המבוססת על המצב המשפטי הרשמי לבין גישה פונקציונלית וריאלית התומכת במשפט מבוסס מציאות, הן לגבי היחס לידועים בציבור והן לגבי היחס לפרידה שאינה מלווה בגירושים. עם זאת, קריאה מדוקדקת של שיפמן תגלה שמפעם לפעם אף ניתוחו המאוחר חוזר לטרמינולוגיה המוקדמת של תחליפי נישואים וגירושים ולתפיסת ההסדרה האזרחית כמגיבה לליקויים בדין הדתי. תמיכתו של שיפמן בגישה ריאליסטית הופכת ברורה עוד יותר במאמר שכתב לאחרונה. ראו פנחס שיפמן "זוגיות יחד ולחוד – אוטונומיה בתוך אינטימיות" משפט ועסקים כד 341, 344-345 (2021) (להלן: שיפמן זוגיות יחד ולחוד).

במאמרם "המגמה המתפתחת של 'גירושים ללא גירושים'",<sup>8</sup> רות הלפרין-קדרי ובנימין שמואלי מבקשים לפסוע בעקבות כתיבתו המקורית של שיפמן.<sup>9</sup> הם מציגים בהרחבה שני פסקי דין של ערכאות דיוניות מן התקופה האחרונה, האחד של בית הדין האזורי לעבודה שעסק בחידוש גמלה לאלמנה שנישאה ונפרדה פרידה קבועה שלא לוותה בגירושים מבן זוגה, והאחר של בית הדין הרבני האזורי שהצהיר, מתוך כוונה שהצהרה זו תשמש את האישה כלפי נושים של הבעל, על העדר שותפות בחובות בין בני זוג "גירושים למעשה".<sup>10</sup> הם מייחסים לפסקי הדין הללו חשיבות רבה, משום שלשיטתם הם הראשונים שעסקו במשמעות של "גירושים למעשה" ביחסים שבין ה"גירושים למעשה" לבין הרשויות, להבדיל מהיחסים הפנימיים בין הצדדים. כמו כן, הם סבורים שאלו הם פסקי הדין הראשונים שבהם אמרה המערכת המשפטית את דבריה לגבי האפשרות לנתק בין הגירושים הדתיים לתוצאותיהם האזרחיות באופן מפורש.<sup>11</sup> נוסף על כך, הם מצביעים על התפתחויות משפטיות שחלו בשני העשורים האחרונים בהסדרת היחסים הפנימיים בין ה"גירושים למעשה"<sup>12</sup> המרחיבות את תחילפי הגירושים שתוארו במחקר המוקדם למציאות משפטית כוללת. במציאות זו נתנתקנה

- 8 רות הלפרין-קדרי ובנימין שמואלי "המגמה המתפתחת של גירושים ללא גירושים" עיוני משפט מב 597 (2020) (להלן: הלפרין-קדרי ושמואלי).
- 9 שם, בעמ' 600: "במובן מסוים אנו ממשיכים במאמר זה את כתיבתו של פרופ' פנחס שיפמן", ובהמשך הדברים: "לבעוד ששיפמן תאר בזמנו מקבץ של פתרונות מעשיים ספורדיים, מנותקים זה מזה [...] אנחנו מבקשים להראות כיצד עם השנים נוספו על אותם פתרונות ספורדיים מהלכים חקיקתיים ושיפוטיים כאחד שניתן לראותם כרצף עקבי של הכרה מודעת ומכוונת בזוגיות שהסתיימה בפועל כגירושים לכל דבר...".
- 10 האחד, של בית הדין לעבודה שהעניק לפרודה מסורבת גט זכויות מביטוח לאומי, כאילו התגרשה. ב"ל (אזורי ת"א) 15-09-29729 בסה קרעון – המוסד לביטוח לאומי (פורסם בבנו, 14.12.2017) (להלן: פרשת בסה). פסק הדין עסק באלמנה שחדלה לקבל קצבת שאירים משנישאה בשנית, אולם לאחר שנפטר בעלה השני לא הסכים הביטוח הלאומי לחדש את הגמלה מהבעל הראשון, שכן לא התגרשה באופן פורמלי; והאחר, תיק (אזורי י"ם) 622918/19 (לא פורסם, 19.10.2017) שעסק בסיום השיתוף בחובות בין בני זוג לצורך קבלת אישור אל מול הערייה שביקשה להיפרע מהאישה בגין חובות שמקורן בפעילות הבעל לאחר הגשת תביעת הגירושים. על מנת לחדר את החידוש שבכתיבתם על פני זו של שיפמן, הכותבים טוענים: "בעוד אנו שמים את הדגש בהשלכות החדשניות של הפסיקה האחרונה, הפועלות במישור היחסים שבין בני-הזוג לבין רשויות המדינה, שיפמן, וכמוהו גם המהלכים החקיקתיים והשיפוטיים שבאו לאחר כתיבתו, התמקדו רק בהיבטים הפנימיים למערכת הזוגית...". ראו הלפרין-קדרי ושמואלי, לעיל ה"ש 8, בעמ' 600; ובעמ' 618, שם: "אומנם קדמו לשני פסקי-הדין הללו חוליות קודמות בשרשרת [...] אך חוליות אלה התכנסו למישור היחסים הפנימיים שבין בני-הזוג...". לדעת הלפרין-קדרי ושמואלי, שם, בעמ' 599-600 ו-603, חידוש נוסף של פסקי הדין הללו הוא בשיום של התופעה של פרידה כגירושים.
- 12 ראו הלפרין-קדרי ושמואלי, לעיל ה"ש 8, בעמ' 618-629, שם הם מזכירים תיקונים לחוק יחסי ממון ולפקודת הראיות, וכן פסיקה דיונית המכירה לצורך דיני הירושה בפירוד כגירושים. עוד הם עוסקים בהתייחסות לפסק דין רבני המחייב בגירושים כגירושים לצורך דיני מזונות ולמעמד הכפול של נשואים כידועים בציבור.

התוצאות המשפטיות-אזרחיות של הגירושים מהסטטוס הדתי ותנבענה ישירות מהמצב העובדתי של חיים למעשה כגרושים, מהלך שעליו הם מברכים ושל השלמתו הם מייחלים.<sup>13</sup> ההבחנה המוצעת על ידי הלפרין-קדרי ושמואלי בין הפסיקה הישנה, הממוקדת ביחסי הפנים של בני הזוג, לבין שתי הפסיקות הדיוניות החדשות, שהן הראשונות כביכול הנוגעות גם ליחסים שבין ה"גרושים למעשה" לרשויות ולצדדים שלישיים, אינה מדויקת. ראשית, חלק ניכר מהפסיקות "המוקדמות" שכווננו את ההכרה הישראלית ב"גירושים למעשה", ושהמחקר המוקדם התייחס אליהם בהרחבה, עסקו במישור היחסים שבין בני הזוג לצדדים שלישיים, ובהם הרשויות.<sup>14</sup> שנית, הם אינם מזכירים דברי חקיקה<sup>15</sup> ופסיקה משמעותית של בית המשפט העליון<sup>16</sup> מן העשור האחרון שעסקו במשמעותה של פרידה בין בני זוג אשר אינה

13 ראו הלפרין קדרי ושמואלי, לעיל ה"ש 8, בעמ' 634-637. ראו, למשל, את משפט הסיום של המאמר "הגיעה העת לביסוס מעמדם של הידועים בציבור כגרושים או של הגרושים ללא גירושים – אלה שהם גרושים בפועל ולמעשה, גם ללא גירושים רשמיים".

14 כך, למשל, פסק דינו של בית הדין לעבודה, ע"א 384/61 מדינת ישראל נ' פסלר, פ"ד טז 102 (1962) (להלן: פרשת פסלר), המהווה את פסק הדין הפרדיגמטי שעל בסיסו פיתח שיפמן את המונח "תחליפי גירושים" בהקשר של ידועים בציבור הנשואים לאחרים, עסק בזכות ידועה בציבור, שהתאלמנה מן הידוע בציבור שלה, לגמלה. כלומר, פסק הדין עסק ביחסים שבין הידועה בציבור לרשויות המדינה ולא ביחסים הפנימיים שבינה לבין בעלה; אף בג"ץ 6086/94 נורי נ' הממונה על מרשם האוכלוסין, פ"ד מט(5) 693 (1996) ובג"ץ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים, פ"ד מז(1) 749 (1993) (להלן: פרשת אפרת), שעסקו באפשרות של אישה נשואה להחליף את שם משפחתה לשם משפחתו של הידוע בציבור שלה, עסקו ביחסים עם הרשויות; אף פרשת ע"א 233/98 כץ נ' קרן מקפת, פ"ד נד(5) 493 (2000) (להלן: פרשת קרן מקפת), שבה העדיף בית המשפט העליון את זכות הידועה בציבור על חשבון האישה הנשואה, עסקה ביחסים המורכבים שבין האישה הידועה בציבור וקרן הפנסיה. כל פסקי הדין הללו זכו לדיון נרחב במחקר המוקדם.

15 הלפרין-קדרי ושמואלי, לעיל ה"ש 8, מזכירים את התיקון לחוק הראיות שעסק במעמדם של פרודים. ראו חוק לתיקון פקודת הראיות (מס' 16), התשע"ו-2015, ס"ח 308, שהתייחס בנסיונות שונות לפרודים כגרושים, ומייחסים לו חדשנות רבה. מאידך גיסא, מאמרם מתעלם משורה של דברי חקיקה ותיקוני חקיקה מן העשורים האחרונים שעסקו במעמדם של פרודים כגרושים. ראו, למשל, את הגדרת "הורה יחיד" בחוק סיוע למשפחות שבראשן הורה עצמאי, התשנ"ב-1992 (להלן: חוק הסיוע למשפחות חד הוריות), הקובע אמות מידה אימתי "גרוש למעשה" ייחשב כגרוש, ואף את התיקון משנת 2013 לסעיף 10(ה) לחוק משפחות חיילים שנספו במערכה (תגמולים ושיקום), התש"י-1950 (להלן חוק משפחות חיילים). לדברי חקיקה נוספים העוסקים ביחסים שבין בני זוג "גרושים למעשה" לרשויות, שלא נדונו, ראו להלן, פרק ב.1.

16 ראו במיוחד פרשת ע"א 5271/10 בן חיים נ' קיבוץ גבעת חיים איחוד (פורסם בנבו, 1.10.2013) (להלן: פרשת גבעת חיים), שבה נערך דיון מפורט בשאלה אימתי תכונה הרשויות בבני זוג פרודים שלא התגרשו כיחידים, ובפסקי הדין ודברי החקיקה הרבים המאזכרים בה. ראו במיוחד את הדיון המקיף בחוות דעתה של השופטת ארבל בעניין, והכרעתה בפסקה 22 לפסק דינה, כי יש להתייחס לבני זוג פרודים כגרושים, תוך שהיא טוענת: "בשורה ארוכה של דברי חקיקה, ישנה התייחסות מובהקת לבני-זוג פרודים, ולצרכים מסוימים המחוקק אף הבהיר במפורש כי יש להחריגם מגדר 'בני-זוג'. משמעות הדבר היא שהמחוקק למעשה הכיר במשמעויות המשפטיות

מלווה בגירושים, לצורך יחסיהם עם הרשויות, נושא שבו ביקש מאמרם להתמקד. שלישית, הצדדים לפסק דינו של בית הדין הרבני שבו נקבע כי האישה אינה שותפה לחובות האיש שנוצרו לאחר פרידתם היו בני הזוג ולא הרשויות, ופסק הדין משקף יישום מובן מאליו של הדין העוסק ביחסים הכלכליים הפנימיים בין הצדדים.<sup>17</sup> לבסוף, אף השיום של ההתייחסות לפרידה קבועה כגירושים לצרכים אזרחיים אינה חידוש של פסקי הדין הללו.<sup>18</sup> ועדיין, אני מסכים שבמהלך שני העשורים האחרונים הורחבו במידה ניכרת המצבים שבהם המשפט

ובתוצאות הגזרות מהמצב העובדתי של פירוד בין בני-זוג נשואים, וזאת, אף לפני שהושלם הליך הגירושין". יש להודות, אם כן, שטענת הלפריין-קדרי ושמואלי, לעיל ה"ש 8, בעמ' 599, שלפיה "אלה הן, ככל הנראה שתי ההחלטות השיפוטיות הראשונות שבהן נקבע כי על רשויות המדינה להתעלם מן הרישום של בני-זוג כנשואים במרשם האוכלוסין, ולהתייחס אליהם כאל גרושים לצורך היבטים כלכליים מול הרשויות", אינה מדויקת. ראו עוד דיוננו בפרשה זו, להלן, פרק ב.1. (א).

17 ראשית, על פי ס' 4 לחוק יחסי ממון בין בני זוג, התשל"ג-1973, ס"ח 267 (להלן: חוק יחסי ממון), בני הזוג אינם חבים זה בחובותיו של זה אפילו במהלך הנישואים. שנית, הלכת השיתוף בחובות ככלל חלה קורלטיבית לשיתוף בזכויות. כלומר, רק חובות שצמחו בתקופה שבה בני הזוג נחשבים כשותפים בנכסים נחשבים כחובות משותפים. לגבי השיתוף בנכסים ובזכויות, קיימת פסיקה מורשתת הרואה הגשת תביעה ו/או פירוד פיזי בין בני הזוג כמסיימים את השיתוף הכלכלי בין בני הזוג. ראו, למשל, ע"א 5640/94 חסל נ' חסל, פ"ד (4) 250 (1997) וע"א 6557/95 אבנרי נ' אבנרי, פ"ד נא(3) 541 (1997). פסיקה זו אומצה על ידי בתי הדין הרבניים במקרים רבים. ראו, למשל, תיק (אזורי ת"א) 1076453/3 פלוני נ' פלונית (02.10.2018), הרואה בהרחקה עקב אלימות את מועד הפסקת השיתוף, ותיק (אזורי ים) 1197559/13 פלוני נ' פלונית (12.03.2020), הקובע את הפירוד הפיזי כמועד הפסקת השיתוף. משום כך, אני מתקשה להבין מה החידוש בקביעת בית הדין שהחל מהגשת תביעת הגירושים אין הצדדים נחשבים עוד כשותפים בחובותיהם.

18 ראו למשל את הציטטה שהובאה לעיל בה"ש 16 מפרשת גבעת חיים על היחס בין המצב העובדתי של הגירושים לתוצאותיו המשפטיות. כמו כן ראו שם, בפס' 32 לפסק הדין: "עוד יש לציין, כי פועלה של ההכרה בבני-זוג נשואים כפרודים, המשקפת מודעות לכך שהיחסים נותקו למעשה, הוא הפוך לפועלה של ההכרה בבני-זוג כידועים בציבור, המשקפת מודעות לכינונם של היחסים. לפיכך, בעוד שבמקרה של ידועים בציבור, ההשוואה המתבקשת הינה לבני-זוג נשואים, דומה כי במקרה של פרודים, ההשוואה המתבקשת היא לבני-זוג גרושים". בהמשך הדברים, פסק הדין בפרשת גבעת חיים עוסק בהרחבה בשאלה אימתי ייחשב פירוד כגירושים, ובין היתר הוא מתבסס על כתיבה אקדמית העוסקת במדיניות האזרחית הראויה של דיני הגירושים הללו. לנוכח הדיון המעמיק שנערך בפסק הדין הנ"ל בנושאים הללו, אין לקבל את טענתם של הלפריין-קדרי ושמואלי, לעיל ה"ש 8, שהפסיקה הדינית היא הראשונה ששיימה את המעמד של בני הזוג הפרודים כגרושים. למקרה מוקדם נוסף שבו שיים בית המשפט לענייני משפחה את מצב הפירוד כגירושים לצרכים אזרחיים ראו את דבריו של השופט שוחט בתמ"ש (ת"א) 1720/00 פ. ל. נ. ג. ת. בפס' 7ג' המתייחס גם לפסיקה מוקדמת יותר של בית המשפט העליון בעניין: "במצב הדברים בפרשת סבג יש לראות את האשה הראשונה כבעלת מעמד כפול – באופן פורמלי על פי הדין הדתי עדיין נשואה למנוח אך לצורך הדין האזרחי, דיני הירושה, יש לראותה כגרושה שאין לה זכויות בירושתו של המנוח".

הישראלי בחקיקה ובפסיקה נכון לייחס ל"גירושים למעשה" תוצאות אזרחיות של גירושים, ושאונו מתקרבים למסה הקריטית המאפשרת לדבר על מוסד של "גירושים למעשה" בישראל. על כן, אני מברך על הכתיבה החדשה שזיהתה את המגמה המתפתחת והפנתה שוב את הזרקור לעבר התופעה המתחדשת. אולם, זיהוי לחוד והערכה והצדקה לחוד. במאמר זה, הממוקד בדין הראוי, אבקש לשכנע כי על מנת שההסדרה האזרחית של המוסד "גירושים למעשה" בישראל תפעל בכיוון מועיל ורצוי ולא חלילה מזיק, נדרשת הקפדה על שלושה עקרונות המשלימים זה את זה ומשקפים את תפקידו של מוסד ה"גירושים למעשה" כתחליף אזרחי לגירושים הדתיים.

ראשית, לצורך הצעת תחליף אזרחי לגירושים הדתיים, המשפט האזרחי נדרש לקבוע אמות מידה אזרחיות-עצמאיות שתגדרנה מי נחשב "גרוש למעשה" לצרכים אזרחיים, ושתחלפנה את אמות המידה הקבועות בדין הדתי ובפסיקת בתי הדין הדתיים. גיבוש אמות מידה כאלה חייב להיות מלווה בדיון מעמיק במדיניות האזרחית של דיני הגירושים, כפי שהיא התפתחה בארצות שבהן קיימים נישואים אזרחיים, תוך הטמעתה בשינויים המחויבים למציאות הישראלית ולערכי המשפט האזרחי בישראל (להלן: "העיקרון הראשון").

שנית, לנוכח הניתוח האזרחי, שמסקנותיו תומכות במדיניות המאפשרת גירושים ביוזמה חד-צדדית ללא אשמה, נדרשת מדיניות אזרחית עקבית המבחינה בין סרבני הגט למסורבי הגט. בכפוף להריגים שיידונו בהמשך, יש לאפשר רק לאחרונים ליהנות מהתוצאות החיוביות של מוסד ה"גירושים למעשה" (להלן: "העיקרון השני"). מדיניות משפטית שתאפשר לסרבנים ליהנות מיתרונות של "גירושים למעשה" ומנגד תשלול ממסורבים וממסורבות גט הטבות של נישואים, תהפוך את מוסד ה"גירושים למעשה" למוסד המחזק אי צדק ומתמרץ סרבנות גט. שלישית, אף ההגדרה הנורמטיבית של "סרבנות" אינה יכולה להתבסס אך ורק על הדין הדתי ועל פסקי דין של בתי דין דתיים, או אפילו על אינטואיציות אזרחיות. יישום אינטואיטיבי של מדיניות "גירושים ללא אשמה", כאשר הוא אינו מלווה בחשיבה על ההיבטים המגדריים של מדיניות כזו, מוביל פעמים רבות לא רק לתוצאות קשות עבור מסורבות הגט, אלא גם לפגיעה כלכלית בנשים העומדות על הזכויות המגיעות להן על פי דין, ושבמבט פורמלי-טכני עשויות להיות מוצגות כסרבניות. משום כך יש להבחין בין השאלה העובדתית-טכנית, מי מנע ברגע נתון את הגירושים, לבין השאלה הנורמטיבית אל מי ראוי להתייחס כסרבן מן הבחינה המשפטית (להלן: "העיקרון השלישי").

לכסוף, יש לאזן בין שלושת העקרונות דלעיל, הממוקדים בתפקידם של ה"גירושים למעשה" כתחליף גירושים, לבין הגישות הפונקציונליות המדגישות את ההיבט המגיב של המשפט המבקש לתת מענה למציאות כפי שהיא.<sup>19</sup> מתח זה מתעורר במיוחד במקרים שבהם

19 למתח הכללי ראו אריאל פורת "שיקולי צדק בין הצדדים לחוזה ושיקולים של הכוונת התנהגויות בדיני החוזים של ישראל" עיוני משפט כב 647 (1999); כן ראו, בהקשר של דיני המשפחה, איילת בלכר-פריגת "מה למשפט ולמשפחה?" האם המשפט חשוב? 235, 239 (משפט, חברה ותרבות, דפנה הקר ונטע זיו עורכות, 2010). עם זאת יש לשים לב שבניגוד לתיאור של פורת, המציג מתח בין שיקולים תמריציים הממוקדים בעתיד לבין שיקולי צדק הממוקדים בעבר, גישתי המדגישה את תפקיד ה"גירושים למעשה" כתחליף גירושים כוללת שלושה היבטים: (1) תמריץ של בני הזוג הקונקרטיים להתגרש, (2) הכוונת התנהגות עתידית כנגד סרבנות, (3) עשיית צדק עם מסורבי הגט. ההיבט האחרון של הגישה ממוקד, אם כן, בשיקולי צדק



יישום נוקשה של מדיניות אזרחית של דיני הגירושים, השוללת מסרבן מעמד של גרוש ובכלל זה הכרה בזוגיות חדשה, עלולים לשלול מבן זוגו החדש של הסרבן זכויות סוציאליות נצרכות, במיוחד לאחר מותו של הסרבן.<sup>20</sup> עוד יש לתת את הדעת לשיקולים מוסדיים הנוגעים ליישום העקרונות הלכה למעשה, כאשר ההתדיינות נערכת אל מול הרשויות, אשר אינם בקיאים בנבכי היחסים שבין הצדדים, ובמיוחד כאשר ההתדיינות נערכת לאחר מות בני הזוג ה"גרושים למעשה", או מי מהם.

המשפט הישראלי, כמו גם הספרות המשפטית הקיימת, לא נתנו את הדעת די הצורך לחינויותם של שלושת העקרונות העוסקים בתפקידם של ה"גירושים למעשה" כתחליף גירושים אזרחי, ולדרך הראויה לשלבם עם שיקולים סוציאליים ומוסדיים, הן לצורך אפיון והערכת ההתפתחויות המתגבשות<sup>21</sup> והן לצורך עיצוב מדיניות עתידית

הקשורים להתנהגות הצדדים בעבר, ולא דווקא בהכוננת התנהגות עתידית. אל מול שלושת התפקידים הללו של גישת "תחליף הגירושים" עומדת הגישה הפונקציונלית המבקשת לבחון לגופה את המציאות שבה התפרק קשר הנישואים, מבלי להתייחס לנסיבות אי הגירושים.

יש להדגיש כי הגישה הפונקציונלית רלוונטית גם במקרים נוספים, כגון דיני הירושה, שבהם נטען שתכלית החוק הקונקרטי, למשל במקרה של דיני הירושה, הגשמת הרצון המשוער של המנוח תתקיים באופן טוב יותר אם תגיב למציאות הממשית ולא להגררה הפורמלית. עם זאת, הגישה המוצעת במאמרי סבורה שעוצמתם של השיקולים הנובעים מתפקידם של ה"גירושים למעשה" כתחליף גירושים, או ליתר דיוק ההשלכות הבלתי נמנעות של מצב זה על בחינת הצדק היחסי בין הצדדים ושיקולי הכוונת התנהגות, מוליקים לכך ששיקולים אלה צריכים להנחות את ההסדרה האזרחית למעט במקרים חריגים שבהם מתעוררת הצדקה סוציאלית משמעותית.

כך הבהיר פרופ' שיפמן, במאמרו המכונן, לעיל ה"ש 1, שתחליפי הגירושים נחוצים עבור מסורבות הגט. אולם במחקרו לא נערכה בדיקה האם בפועל, לנוכח העובדה שהפסיקה אינה מבחינה בין סרבן למסורב, התחליפים הללו אינם משמשים בלא משים כתמריץ לסרבנים; הלפרין-קדרי ושמואלי מאמצים ככל הנראה את עמדתו של שלפיה המוסד של "גירושים למעשה", או בטרמינולוגיה המוצעת על ידם "גרושים ללא גירושים", אמור לשרת את המסורבים ולא את הסרבנים. ראו הלפרין-קדרי ושמואלי, לעיל הערה 8, בעמ' 599, וכן, בהמשך הדברים, ראו שם בעמ' 635. אף הדיון המעניין בעניין התמריצים הנערך שם, בעמ' 630-634, שבו הם מבקשים לשלול מסרבני גט זכויות של נשואים, המהדהד את כתיבתו של פרופ' שמואלי, ראו Benjamin Shmueli, *Sticks, Carrots, or a Hybrid Mechanism: The Test Case of Refusal to Divorce*, 18 INT'L J. CONST. L. 893-919 (2020), מעיד על כך שברמת הדין הראוי הכותבים מסכימים שברוב הגדול של המקרים, ובוודאי באלה המערבים הטבות כלכליות, אין זה נכון לאפשר לסרבן הגט ליהנות מהטבות כלכליות הנובעות ממעמד של גרוש. עם זאת, קיימת במאמר גם נימה שונה הרואה ב"גרושים ללא גירושים" מוסד המבטא משפט מוכון מציאות, וכזוה רגיש פחות להתמודדות עם תופעת סרבנות הגט. הכותבים אף מודגשים שהיבט זה קודם לרצון לסייע למסורבות הגט, ראו הלפרין-קדרי ושמואלי, לעיל ה"ש 8, בעמ' 600. בין כך ובין כך, ברמה של אפיון הדין הקיים אין המאמר מבחין בדרך מספקת בין פסקי דין וחקיקה שבהם ההבחנה בין מסורבים וסרבנים קיימת לבין מקרים שבהם הבחנה זו נעדרת, ואינו מציב קריטריונים אימתי הבחנה זו נחוצה ומתי ניתן לוותר עליה. יתרה מזו, חלק מפסקי הדין המצוינים במאמר, בנימה חיובית, כאבני הדרך של המהלך לפיתוח המוסד של "גרושים ללא גירושים", העניקו לסרבני הגט מעמד ויתרונות של גירושים, ובכך תרמו דווקא לסרבנות הגט. ראו במיוחד

ראויה.<sup>22</sup> לנוכח חשיבותו של מוסד ה"גירושים למעשה", והעובדה שמדובר במוסד דינמי שניתן וצריך להשפיע על דרך התגבשותו, אבקש לפתוח פתח לתיאור מדויק יותר של המציאות המשפטית ושל מגוון השיקולים המתעוררים, ומתוך כך לעורר לתקינות שעודם נדרשים. לשם כך אציג ואנמק בפרק א את העקרונות, האיזונים ושיקולי המדיניות שאמורים, לדעתי, להנחות את ההסדרה האזרחית של "גירושים למעשה". כהמשך לכך, בפרק ב אציע ניתוח מחודש ונרחב של פסיקה וחקיקה מן העשורים האחרונים העוסקים בהיבטים שונים של ההסדרה האזרחית של ה"גירושים למעשה", אתאר את הדרך שבה התפתחויות אלה משתלבות עם הלכות קודמות ועם חידושים נוספים בתחום דיני המשפחה, ואסביר כיצד העקרונות המוצעים מסייעים לאפיון המגמות הקיימות וכיצד ניתן להשתמש בהם לצורך עיצוב ראוי של הסדרה עתידית.<sup>23</sup> כפי שמתרחש באופן תדיר במחקר משפטי, היישום המדויק של העקרונות הכלליים ידרוש כוונן נוסף והתאמה להקשרים הנקודתיים. בה בעת, בהיוון

את ההתייחסות האוהדת לפרשת פסלר אצל הלפרין-קדרי ושמואלי, לעיל ה"ש 8, בעמ' 629. שלא ככותבים המדחיקים את המגמה השלטת במשפט הישראלי שלא להבחין בין סרבנים למסורבים, בלכר-פריגת, לעיל ה"ש 6, מודעת היטב למגמה והיא רואה בה אינדיקציה לכך שיחסו של המשפט הישראלי ל"גירושים למעשה" משקף גישה פונקציונלית ולא חלופה אזרחית לדיני הגירושים הדתיים. ברמה התיאורית, הדרך שבה בלכר-פריגת מאפיינת את הדין הקיים משתלבת עם ממצאי מחקרי המוקדם שלפיהם הפסיקה אינה מבחינה בין סרבן ומסורב, ועל כן אינה משקפת את תפיסת תחליף הגירושים. עם זאת, ברמה הנורמטיבית, בחלק א.1 אסביר מדוע גישה פונקציונלית שאינה מלווה ברצון לכונן את המוסד של "גירושים למעשה" כתחליף גירושים אינה יכולה להצדיק מגמה נרחבת של צמצום הפער בין "גירושים למעשה" לגירושים להלכה. כהמשך לכך, בחלק א.2 אסביר מדוע יש לבקר את אי ההבחנה של המשפט הישראלי בין סרבנים למסורבים אף לפי הגישה הפונקציונלית, ובוודאי שעל פי גישת תחליף הגירושים. ראו בין היתר את הדיון בהבחנה בין סרבנים ומסורבים לעיל ה"ש 21; כן ראו להלן ה"ש 52, את הדיון לגבי הדרישה להציב אמות מידה אזרחיות כתחליף מלא לדין הדתי; כן ראו את הוויכוח לגבי מעמדו של פסק דין לחיוב גירושים והצדקתה של סרבנות כלכלית בדיני המזונות שיידון בהרחבה להלן בפרק ב.3. (ב). מעבר למחלוקות הנקודתיות בספרות הקיימת, לא התקיים ניתוח שיטתי של המופעים השונים של "גירושים למעשה" לנוכח התיאוריה האזרחית של דיני הגירושים, ולא הוצעו אמות המידה הנדרשות לצורך האיזון בין ההיבט המכוון הממוקד בתפקידם של ה"גירושים למעשה" כתחליף גירושים אזרחי לבין ההיבט המגיב ושיקולי המדיניות הסוציאליים.

הדיון בעקרונות מבוסס כמובן על מחקר קודם שנערך בדבר המדיניות האזרחית הראויה של דיני הגירושים, ועל דיני הידועים בציבור. ראו לעיל, ה"ש 4-5. עם זאת, הדרך המסוימת שבה הוצגו העקרונות, ההתמודדות עם הקולות הנוספים שהוצעו במחקר, ובכלל זה הצורך לאזן בין שיקולי גירושים אזרחיים לבין גישת המשפט המגיב למציאות, וודאי שיישומם של העקרונות הכלליים לקבוצה החשובה של סוגיות מתפתחות במשפט הישראלי אשר טרם זכו לדיון במחקר, נערכים באופן מקורי עבור המאמר הנוכחי. נוסף על כך, בהיוון חוזר המתקיים בין התיאוריה והמציאות, הניתוח החדשני של הפסיקה והחקיקה הקיימת מסייע ללטש את העקרונות עצמם ולהציג מודל ראוי להסדרה אזרחית עתידית המוסיף בהיבטים רבים על זה שהופיע במחקריי הקודמים.

חוזר, לעיתים הדיון בהקשרים השונים יחדד מעט את העקרונות עצמם ואת הבנת המורכבות שביישומם. בדינימיקה זו נשוב ונעסוק בחלק המסכם של המאמר.

## א. עקרונות להסדרה אזרחית ראויה של "גירושים למעשה"

### 1. עיקרון ראשון: גיבוש אמות מידה אזרחיות

במוקד ההסדרה האזרחית של המוסד "גירושים למעשה" עומד הניתוק בין הדין הדתי והסטטוס ההלכתי של בני הזוג, כנשואים שנישואיהם יפקעו רק עם הגירושים ההלכתיים-המשפטיים הפורמליים, לבין התוצאות האזרחיות של הגירושים שיוחלו בהתאם למציאות בפועל, גם במצבים שבהם הצדדים עדיין נחשבים כנשואים מן הבחינה ההלכתית. בהקשרים משפטיים שונים מערכות משפט מציבות דרישות משפטיות פורמליות, אך הן נכונות להגיב למציאות בשטח גם כאשר הדרישות הללו אינן מתקיימות.<sup>24</sup> בישראל, גישה כזו זוכה לרוח גבית משיטת הפרשנות התכליתית המעדיפה התבוננות על מהותם של דברים ומפחיתה בחשיבותן של דרישות פורמליות.<sup>25</sup> במידה מסוימת ניתן לתאר את ההסדרה האזרחית של מוסד הידועים בציבור בעולם המערבי מנקודת מבט זו, ומפתה לחשוב גם על ההסדרה האזרחית של "גירושים למעשה" מנקודת מבט דומה.<sup>26</sup> עם זאת, דווקא דיני הידועים בציבור ממחישים שהתפיסה של משפט המגיב למציאות אינה מספיקה כשלעצמה בכדי להצדיק התעלמות נרחבת מדיני הנישואים והגירושים הפורמליים, ובוודאי שלא השוואה מוחלטת של התוצאות המשפטיות של נישואים וגירושים להלכה עם התוצאות של נישואים ו"גירושים למעשה". כך, בחינה של דיני הידועים בציבור, הנהוגים במרבית העולם המערבי, תגלה שכמעט בכל המדינות נשמר פער משמעותי בין היקף הזכויות והמחויבויות של בני זוג נשואים לבין אלו הקיימים בין ידועים בציבור, ושפער זה מתקיים ביתר שאת בכל הקשור למערך הזכויות כלפי הרשויות.<sup>27</sup> לפער זה הצדקות רבות, הן מסיבות מעשיות של קידום

24 למתח בין צורה ומהות ולהיגיון המהותי שבעמידה על דרישות פורמליות ראו, L. L. Fuller, *Consideration and Form*, 41 COLUM. L. REV. 799 (1941); וראו גם שיפמן, לעיל ה"ש 7, הדין ארוכות במתח שבין גישות פורמליסטיות לגישות ריאליסטיות בדיני המשפחה.

25 ראו למשל ע"א 2000/97 לינדרון נ' קרנית – קרן לפיצוי נפגעי תאונות דרכים, נה(1) 12 (1999), שבו על בסיס גישת הפרשנות התכליתית הוכרה זכותם של ידועים בציבור לפיצוי במקרה של היפגעות בני זוגם בתאונת דרכים.

26 ראו על כך בלכר-פריגת, לעיל ה"ש 6, הטוענת שהאופי הפונקציונלי של דיני הידועים בציבור בישראל השפיע על נכונות המשפט הישראלי לאמץ גישה פונקציונלית גם בהקשר של "גירושים למעשה" שאינם מלווים בגירושים משפטיים; כאמור, אף כתיבתו המאוחרת של פרופ' שיפמן נוטה לכיוון זה, ראו בשני מאמריו של שיפמן שהוזכרו לעיל, ה"ש 7.

27 לדיון בדיני הידועים בציבור בארצות הברית ראו Shahar Lifshitz, *Married Against Their Will? Toward a Pluralist Regulation of Spousal Relationships*, 6 WASH. & LEE L. REV. 1565 (2009) (להלן: *Shahar Lifshitz, Married Against Their Will*); עוד ראו Grace G. Blumberg, *The Regularization of Non-marital Cohabitation: Rights and Responsibilities* Courtney, *in the American Welfare State*, 76 NOTRE DAME L. REV. 1265 (2001) ולאחרונה, *Nova Scotia*; כן ראו בקנדה, G., *Joslin Family Choices*, 51 ARIZ. ST. L.J. 1285 (2020).

וראות ומניעת מניפולציות, הן מסיבות מהותיות ובכללן מניעת הפולשנות הכרוכה בדרישת ראיות על המצב העוברתי של יחסי הצדדים, כמו גם מתן אפשרות לצדדים לבטא באופן ברור את כוונתם. לבסוף, הבחנה בין נשואים לבין ידועים בציבור מוצדקת מנקודת מבט ליברלית-פלורליסטית, המבקשת לגוון את מבחר האופציות העומדות בפני בני זוג על ידי הבנייתם של מוסד הידועים בציבור ומוסד הנישואים כמוסדות שונים.<sup>28</sup> לעומת זאת, היקף הזכויות חסר התקדים של ידועים בציבור בישראל והנכונות של המשפט הישראלי לצמצם את הפער בין דיני הידועים בציבור לבין דיני הנישואים<sup>29</sup> משקפים את העובדה שההסדרה האזרחית של מוסד הידועים בציבור בישראל משלבת בין שיקולי מדיניות ייחודיים לישראל, שבה מוסד הידועים בציבור נתפס כתחליף אזרחי לנישואים הדתיים עבור מי שאינו יכול או אינו רוצה להינשא בנישואים דתיים, לבין שיקולי מדיניות אזרחיים-אוניברסליים שבמרכזם גישה פונקציונלית המגיבה למציאות על פי מהותה.<sup>30</sup> במילים אחרות, דיני הידועים בציבור בישראל אינם יכולים להיות מובנים, ובוודאי שלא מוצדקים, אלא כאשר נלקחת בחשבון הביקורת האזרחית על תוכני דיני הנישואים הדתיים ובמידה רבה על עצם ההזדקקות של אדם חילוני לעריכת נישואים דתיים.

ברוח דומה, ובתוקף רב יותר, אני סבור שלא ניתן להצדיק את הנכונות המסתמנת של המשפט הישראלי להתעלם מכך שבני הזוג ה"גרושים למעשה" לא התגרשו באופן פורמלי על ידי טיעוני מדיניות אוניברסליים, המבקשים מן המשפט להגיב לתוכן הממשי של הקשר ולא למאפייניו הפורמליים. ראשית, ההצדקות הקונבנציונליות להקפדה על דרישות פורמליות, כגון הרצון להימנע ממניפולציות, שיקולים ראייתיים התומכים בהגדרות פורמליות ובכללם מניעת הפולשנות הכרוכה בדרישת ראיות על המצב העוברתי של יחסי הצדדים, כמו גם מתן אפשרות לצדדים לבטא באופן ברור את כוונתם, קיימים במקרה של גרושים כפי שהם

28 של בית המשפט העליון שהפליה בין ידועים בציבור לנשואים היא חוקתית); למבט השוואתי עם אירופה, ראו Shahar Lifshitz, *A Liberal Analysis of Western Cohabitants Law*, in FAMILY FINANCE 305 (Bea Verschraegen ed., Jan Sramek Verlag 2009).

28 ראו שם, Shahar Lifshitz, *Married Against Their Will*.

29 על היקף הזכויות הרחב הניתן לידועים בציבור ביחסיהם מול הרשויות, על צמצום הפער בין המחויבויות הפנימיות בין בני זוג נשואים לבין המחויבויות הדדיות בין הידועים בציבור ועל אמות המידה המרחיבות את ההגדרה מיהם ידועים בציבור עמדתי בספרי על הידועים בציבור, לעיל ה"ש 4, בעמ' 23-30.

30 בספרות המשפטית בישראל מוכרת ההתייחסות לידועים בציבור כתחליף לנישואים. ראו למשל רוזן-צבי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 303-306. בספרי על הידועים בציבור, לעיל ה"ש 4, עמדתי על כך שההסדרה האזרחית של מוסד הידועים בציבור בישראל משלבת בין שיקולי מדיניות ייחודיים לישראל, שבה מוסד הידועים בציבור נתפס כתחליף אזרחי לנישואים הדתיים, לבין שיקולי מדיניות אזרחיים-אוניברסליים, שבין היתר קשורים ברצון לעצב מערכת משפט המגיבה למציאות. התפקיד הכפול של מוסד הידועים בציבור בישראל הבהיר את היקף הזכויות הרחב הניתן להם, ואת אמת המידה הגמישה המרחיבה את ההכרה בידועים בציבור. בהקשר של תפקידם של דיני הידועים בציבור בישראל, ובכלל זה שני התפקידים שצוינו, ראו גם שיפמן תחליפי גירושים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 156-193.

קיימים במקרה של נשואים. אוסיף ואטען שמנקודת מבט נורמטיבית, ההצדקה האוניברסלית לעיצוב מערכת משפט מבוססת מציאות, העוקפת את הדרישות הפורמליות באשר לגירושים, נמוכה יותר מההצדקה המקבילה במקרה של נישואים. ככל שמדובר בבני זוג החיים יחדיו ללא נישואים, ניתן לגרוס שגם במערכת משפט שבה הנישואים הם אזרחיים, ושבה מגבלות על כשירות לנישואים מצומצמות,<sup>31</sup> יש לכבד בחירה של אנשים הנרתעים ממיסוד משפטי של יחסיהם בכלל, וממוסד הנישואים בפרט. על כן, אל לו למשפט להתעלם מבחירה זו או לתמרץ בני זוג לבחור בנישואים על ידי שלילת זכויות הנובעות מהקשר הממשי ביניהם.<sup>32</sup> לעומת זאת ניתן לצפות ממי שבחרו ביוזמתם להינשא, ובכך ביקשו לחסות בצל המוסד המדינתי של הנישואים, לסיים באופן ממוסד את יחסיהם, באופן שיקדם יציבות וודאות וימנע מניפולציות והתדיינות. ודאי שמערכות משפט אזרחיות המציבות תנאים אזרחיים, הנדרשים לצורך הכרה בגירושים, כגון חובת השתתפות ביעוץ ו/או התאמת הסדרי הגירושים לטובתם של ילדים, יחסו לתת תוקף מלא ל"גירושים למעשה" של בני זוג שלא מילאו אחר הדרישות הללו. אף ברמה המשפטית-פוזיטיבית קיים הבדל משמעותי בין "נישואים למעשה" לבין "גירושים למעשה". כך, בעוד שהכרה בזכויות ידועים בציבור נפוצה בארצות מערביות רבות, אף שבהיקף מצומצם מזה הקיים בישראל, התייחסות אזרחית ל"גירושים למעשה" כגירושים, ובוודאי במתכונת נרחבת,<sup>33</sup> כמעט אינה מוכרת במקומות אחרים בעולם

- 31 זהו לכאורה המצב במדינות הנותנות מעמד גבוה לזכות לנישואים. ראו בהקשר זה כמובן את הלכת *Obergefell v. Hodges*, 135 S. Ct. 2584 (2015).
- 32 גם לאחר הלכת *Obergefell v. Hodges*, יש להישמר מהפלית קשרים אינטימיים שאינם מבוססי נישואים. ראו *Melissa Murray, Obergefell v. Hodges and Nonmarriage Inequality*, 104 CALIF. L. REV. 1207, 1211–1216 (2016). ודוק, *Murray*, ואחרים כופרים בעצם הלגיטימציה של המדינה להבחין בין נשואים וידועים בציבור ו/או לתמרץ בני זוג להינשא. טענות בטקסט צנועה יותר. בעיניי, גם אם יש הצדקה להבחנה בין נשואים לבין ידועים בציבור, על המשפט להפגין בכל זאת הבנה לבחירות של בני זוג לא להינשא או למציאות חיים כזו, ולשקף זאת על ידי מתן זכויות מסוימות בדיעבד לידועים בציבור.
- 33 ראו בהקשר זה: *Jeannie Suk, Criminal Law Comes Home*, 116 YALE L.J 2, 57 (2006): "Our legal system has no counterpart to common law marriage in the divorce realm. Couples who want to end a legal marriage cannot become divorced by living as if divorced; they must seek a formal legal divorce". כן ראו *MARY ANN GLENDON, THE TRANSFORMATION OF FAMILY LAW*, 148 (1989) לגירושים פורמליים; אף *Adam J. Hirsch, Inheritance on the Fringes of Marriage*, U. ILL. L. REV. 235, 265–266 (2018) פרידה שאינה מלווה בגירושים אינה שוללת את זכותו של בן הזוג על פי צוואה (זאת בניגוד לגירושים, הקובעים חוקה כמעט בלתי ניתנת לסתירה שלפיה ההורשה לבן הזוג בוטלה גם אם הצוואה לא בוטלה באופן פורמלי). אף הקוד האחיד בארצות הברית, UNIF. PROBATE CODE § 2-802(A) (amended 2010), 8 pt. 1 U.L.A. 322 (2013) שורר לצורך קבלת ה־Elective Share (החלק הניתן לבן הזוג השורר במקרה מוות גם אם הורר בצוואה). בה בעת הקוד מדגיש שפרידה אינה נחשבת כגירושים. עם זאת, לצד הקו הברור והעקבי שלפיו נדרשים גירושים פורמליים, *Suk*, שם, בעמ' 42–66, מציגה ומבקרת פרקטיקה שאותה היא מכנה *de-facto divorce*, "גירושים למעשה", שבאמצעותה המשפט הפלילי בכמה

המערכי.<sup>34</sup> עובדה זו תומכת במסקנה שההצדקה המרכזית להתפתחות ההסדרה האזרחית של ה"גירושים למעשה" בישראל הינה הביקורת האזרחית על עצם ההזדקקות לדין הדתי ועל אמות המידה הקבועות בדין הדתי הקיים.<sup>35</sup> אם היה המשפט האזרחי מזדהה עם תכניו של הדין הדתי ועם עצם ההזדקקות לגירושים הדתיים, הוא לא היה מאפשר לעקוף דרישות אלה באמצעות הכרה רחבה כל כך ב"גירושים למעשה" כגירושים. משום כך, יש להודות שההכרה ב"גירושים למעשה" כגירושים לכל דבר ניתנת להצדקה רק כאשר נלקחת בחשבון הביקורת האזרחית על דיני הגירושים הדתיים והצורך לבסס תחליף גירושים אזרחי. לכן, על מי שמבקש להציע תחליף אזרחי לגירושים הדתיים, באמצעות ההסדרה האזרחית של ה"גירושים למעשה", מוטל לקבוע אמות מידה אזרחיות-עצמאיות שתחלפנה את אמות המידה הקבועות בדין הקיים. גיבוש אמות מידה כאלה חייב להיות מלווה בדין מעמיק במדיניות האזרחית של דיני הגירושים, באופן שישקף את ערכי המשפט האזרחי בישראל בתחומים

מערכות משפט בארצות הברית עושה שימוש נרחב בצווי הרחקה הניתנים במסגרת העיסוק באלימות במשפחה, והשוו לתיאור של שיפמן, לעיל ה"ש 1, בעמ' 427-431, הדין בתפקידם של צווי הרחקה כתחליף גירושים. היבט נקודתי נוסף שבו ניתן להצביע על התייחסות מובחנת לפרידה קבועה כגירושים ניתן למצוא בפסק דין 592-593, *United States v. Byrd*, 750 F.2d 585, (7th Cir. 1984), שבו סבר בית המשפט שדברים שהוחלפו בין בני זוג פרודים באופן קבוע אינם מוגנים כ"Communication Confidential"; כן ראו בהקשר זה את, *United States v. Singleton*, 260 F.3d 1295, (11th Cir. 2001), שבו נקבעו אמות מידה בשאלה מהו פירוד קבוע, ובין היתר קיימת התייחסות להגשת תביעת גירושים; התייחסות נקודתית נוספת למצב של פרידה קבועה מסתמנת בעקרונות המוצעים של ה" *The American Law Institute Principles of the Law of Family Dissolution: Analysis and Recommendations* (2002) (להלן: ה"ALI). על פי העקרונות שהוצעו, בניגוד לדין הקודם, יהיו מצבים שבהם גם בן זוגו של אדם נשוי יזכה לסעד כלכלי מסיבות סוציאליות, ראו שם, סעיף 6.01, תת-סעיף (5) ובהערות הרשמיות לטקסט. עם זאת, העקרונות המוצעים עומדים על כך שהזכויות הללו תתייחסנה כולן לתקופה שאחרי הפרידה, ושהן לא תפגענה בשום דרך בזכויות, לרבות זכויות סוציאליות, של בן הזוג החוקי. נוסף על כך, העקרונות הללו לא אומצו במרבית המדינות בארצות הברית. לניצנים של הכרה במשמעות המשפטית של פרידה לעניין דיני הירושה ראו Hirsch, שם, בעמ' 267-268, המציין שבניגוד למצב הקיים ברוב המדינות שבו פרידה, ואפילו הליך גירושים, אינם משנים לעניין דיני הירושה, בניו ג'רזי בן הזוג השורר מפסיד את זכותו ל-"elective share" אם לפני מות הנפטר היה הליך גירושין או נסיבות שהיו מובילות לצו גירושין, כגון שהצדדים החלו בהליך גירושין אך לא הספיקו להשלימו. נוסף על כך, על פי הסקירה המובאת שם, באורגון "אם בני הזוג גרו בנפרד, בין אם היה צו גירושין ובין אם לאו, ביהמ"ש יכול לשלול את זכות ה-"elective share או להפחיתה לסכום כזה שבית המשפט יקבע כסביר והולם".

34 להמחשת דבריי, ולו לצורך הקוריו, אציין שלצד המחקר העצמאי שערכתי בספרות המשפטית ושאליו התייחסתי בהערה הקודמת, פניתי לעמיתים חוקרים ופעילים בשדה מארצות הברית, אנגליה וגרמניה ושאלתי אותם על מעמדם המשפטי של "גירושים למעשה" במדינות שבהן הם פועלים. רובם המכריע התקשו להבין את השאלה או לזהות "גירושים למעשה" כקטגוריה משפטית מובחנת.

35 ראו בהקשר זה גם את ניתוחו של שיפמן, דיני משפחה, לעיל ה"ש 1, וכן שיפמן תחליפי גירושים, לעיל ה"ש 1.

רלוונטיים. אף לשימוש במבט השוואתי לדרך שבה התפתחו דיני הגירושים בארצות שבהן קיימים נישואים אזרחיים, תוך הטמעתה בשינויים המחויבים למציאות הישראלית, עשויה להיות תרומה משמעותית לפיתוח מדיניות אזרחית-עצמאית של דיני הגירושים.<sup>36</sup> מהן, אם כן, אמות המידה האזרחיות הראויות להסדרת הגירושים שמהן יש לגזור את ההסדרה של מוסד ה"גירושים למעשה"? בעניין זה עסקתי בהרחבה במקום אחר, והוא מעורר סוגיות ועניינים רבים שהם מעבר לנדרש לצורך המאמר הנוכחי. משכך, בפרק זה אתמצת, בהקשרים השונים שבהם אעסוק, את השורות התחתונות הנדרשות לצורך ביסוס עקרונות הפעולה, והרוצה להרחיב ולהשכיל יעיין שם.<sup>37</sup>

אבן הראשה של מדיניות אזרחית ראויה של דיני גירושים נעוצה במתן אפשרות לכל אחד מבני הזוג להחליט על סיום קשר הנישואים, ללא צורך בהסכמת בן זוגו וללא צורך בהצדקת רצונו להתגרש,<sup>38</sup> משטר המכונה "גירושים ביוזמה חד-צדדית ללא אשמה" ובלעז unilateral no fault divorce. התמיכה האזרחית במשטר של "גירושים ביוזמה חד-צדדית ללא אשמה" מורכבת משיקולים מעשיים שלפיהם משהתמוטטה מערכת יחסים אין טעם בשימור הקליפה המשפטית;<sup>39</sup> מתפיסה ערכית שלפיה כחלק מהאוטונומיה של הפרט לכל בן זוג עומדת הזכות לסיים מערכת יחסים שאינו חפץ בה;<sup>40</sup> ומהתנגדות מוסדית וערכית לשילוב שיקולי אשמה בהליך הגירושים.<sup>41</sup> בנוסף, היא משקפת ערכים של שוויון מגדרי.<sup>42</sup> כד בכד, עם המחויבות למודל של "גירושים ביוזמה חד-צדדית ללא אשמה", מדיניות ראויה של דיני הגירושים אין משמעה מתן מענה מיידי לדרישה של כל צד להתגרש. אדרבה, הרצון להבנות את הנישואים כמחויבות ארוכת טווח, הצורך למנוע פירוק לא שקול של קשר הנישואים, כמו גם הצורך בהענקת תקופת התאוששות והסתגלות לבני הזוג ולילדיהם, תומכים בהגדרת תקופת המתנה סבירה בין דרישת הגירושים למימושם בפועל.<sup>43</sup> מנגד, שיקולי הגנה על ילדים למשפחות גרושות ובכפוף לסייג שיידון בחלק הבא, ומצוקתם של בני הזוג שאינם מעוניינים להתגרש, אינם מצדיקים מנקודת המבט האזרחית את מניעת הגירושים, או אפילו את עיכובם לתקופה ממושכת מאוד.<sup>44</sup> למדיניות זו השלכות משמעותיות על העיצוב הראוי של ההסדרה האזרחית של מי ש"התגרשו למעשה". בעיניי, כחלק מן הרצון לבסס את ה"גירושים למעשה" בנסיבות המתאימות כתחליף אזרחי לגירושים הדתיים, יש

36 לצורך בפיתוח המדיניות האזרחית של דיני הגירושים שתלווה את תחליפי הגירושים המתפתחים בישראל ואת דיני הגירושים של מי שנישאו בנישואים אזרחיים, ראו ליפשיץ "ברצוני להתגרש", לעיל ה"ש 5, בעמ' 742.

37 שם.

38 שם, בעמ' 680-688.

39 שם, בעמ' 694-695 ו-699-700; כן ראו פנחס שיפמן שפה אחת ודברים אחרים: עיונים במשפט, הלכה וחברה 194-196 (2012).

40 ראו ליפשיץ "ברצוני להתגרש", לעיל ה"ש 5, בעמ' 695-696.

41 שם, בעמ' 697-699; כן ראו שחר ליפשיץ "שיפוט מוסרי של התנהגות מינית בנישואים: אוטונומיה ר'משילות' בעקבות בג"ץ 4602/13 עיוני משפט מג 5 (2020).

42 ראו ליפשיץ "ברצוני להתגרש", לעיל ה"ש 5, בעמ' 711-715.

43 שם, בעמ' 708-711.

44 שם, בעמ' 728-732.

לעמוד על כך שהקביעה אימתי יוגדרו בני זוג נשואים כגרושים לצורך אזרחי תוגדר בחקיקה אזרחית ו/או על ידי בית המשפט האזרחי בהתאם לקריטריונים אזרחיים מהותיים המשקפים את העובדה שלפחות אחד מן הצדדים נחוש בדעתו לסיים את הקשר, וזאת בכפוף לצורך להבטיח תקופת הסתגלות ראויה לבני הזוג ולילדיהם. משך תקופת ההסתגלות וגמישותה לנוכח הנסיבות הספציפיות של המקרה ישתנו בהתאם להקשר האזרחי הספציפי הרלוונטי, דהיינו, תכלית החקיקה הקונקרטית שלגביה נדרשת הסדרה אזרחית של "גירושים למעשה". לתפיסה המבקשת להסדיר את ההסדרה האזרחית של ה"גירושים למעשה" על מדיניות אזרחית ראויה של דיני הגירושים היבט נוסף. בכפוף לאמור בחלק הבא, בדבר שלילת הזכויות הנובעות מ"גירושים למעשה" מבן הזוג הסרבן, יש לעמוד על כך שעצם ההכרעה האם להתייחס לבני הזוג כגרושים מן הבחינה האזרחית לא תותנה<sup>45</sup> בהכרעה או בצו שיפוטי של בית הדין הרבני המחייב, המצווה או הממליץ להתגרש.<sup>46</sup> כאמור, במוקד התפיסה האזרחית של גירושים ניצבת ההכרה בכך שלכל אחד מבני הזוג עומדת הזכות לסיים את הקשר על פי רצונו.<sup>47</sup> לעומת זאת דיני הגירושים הדתיים בכלל, ובדין הדתי היהודי בפרט, הקשו בעבר מאוד על האפשרות לקבל גט ללא שיתוף פעולה של שני הצדדים.<sup>48</sup> אומנם, הנכונות להסתפק בפסקי דין של בתי הדין הרבניים ולא לדרוש גירושים בפועל טומנת בחובה הקלה עבור מסורבי ומסורבות הגט. נוסף על כך, בשנים האחרונות ניכרת בבתי הדין הרבניים מגמה ברוכה שבמסגרתה חלק מן הדיינים נכונים לאמץ עמדות הלכתיות המאפשרות לצוות על גירושים או לחייב בגירושים במקרים של התמוטטות בלתי הפיכה של הקשר, או אפילו במצבים שבהם אחד מבני הזוג מואס בן זוגו.<sup>49</sup> ועדיין, מדובר בראשית מגמה שלא כל

45 על מנת להקל על התהליך הראייתי של קביעת זהות הסרבן, אני מקבל שהחלטה של בית הדין הרבני תוכל לשמש כאחת החלופות המעידות על קיום פירוד ועל קיומה של סרבנות, אך אין לאפשר מצב שבו העדרה יהווה חסם בפני הכרזה אזרחית על מצב של "גירושים למעשה", או שהוא ימנע בחינה אזרחית לגופו של עניין של נסיבות הסרבנות ושל זיהוי הסרבן.

46 בפסיקת בתי הדין הרבניים קיימת הבחנה בין ארבע רמות של פסקי דין לגירושים: כפייה לגט, חיוב בגט, מצווה והמלצה. ראו עמיחי רדזינר ואבישלום וסטרייך "מהפכנות ושמרנות בפסיקת בית הדין הרבני – על אכיפת גירושין בטענת 'מאיס עלי' " **עיוני משפט** מב 639, 684–651 (2019) (להלן: רדזינר ווסטרייך).

47 להצבת זכות היציאה מן הקשר הזוגי כאחד המאפיינים הבולטים של דיני המשפחה המודרניים ראו ליפשיץ "ברצוני להתגרש", לעיל ה"ש 5; וכן C.J. Frantz & H. Dagan, *Properties of* Karin Carmit Yefet, *Unchaining Marriage*, 104 COLUM. L. REV. 75 (2004) כמו כן ראו *The Agunot: Enlisting the Israeli Constitution in the Service of Women's Marital Freedom*, 20 YALE J.L. & FEMINISM 441 (2009).

48 יחיאל קפלן "מגמה חדשה בנוגע לקיום פסקי־דין של גירושין: שיקולי מדיניות לאור עקרונות המשפט העברי וחוקי היסוד" **מחקרי משפט** כא 609 (2005); בנימין שמואלי "סרבנות גט – עילה נשית, גברית או עצמאית המאפשרת לפצות גם גברים מסורבי גט? בין צדק חלוקתי, צדק מתקן והגברת כוח המיקוח של המסורבת" **עיוני משפט** לט 545 (2016) Ram Rivlin, *Religious Norms Between Ethics and Law: The Death and Afterlife of Jewish Divorce Law*, 4 OXFORD J. L. & REL. 469 (2015).

49 ראו שי זילברברג ועמיחי רדזינר "תחייתה של עילת 'מות הנישואין': שיטת רבינו ירוחם בבית הדין הרבני" **משפטים** מט 113, 126–157 (2019); רדזינר ווסטרייך, לעיל ה"ש 46; למופעים



הדיינים שותפים לה.<sup>50</sup> בין כך ובין כך, אמות המידה ההלכתיות, המייחסות חשיבות לאשם בהרס הנישואים,<sup>51</sup> אינן זהות בהכרח לאלו האזרחיות הרואות, כאמור, בסיום הנישואים זכות של כל אחד מן הצדדים. על כן, הדרישה שהתייחסות אזרחית ל"גירושים למעשה" כגירושים תותנה בהכרעה שיפוטית רבנית עלולה לחתור תחת המוסד האזרחי של "גירושים למעשה" ומחויבותו לגירושים ביוזמה חד-צדדית ללא אשמה. משכך, הגם שפסק דין של בית דין רבני המורה על גירושים עשוי להוות אינדיקציה לכך שהיחסים התמוטטו, באותם מקרים שבהם על פי הקריטריונים האזרחיים ראוי לאפשר את סיום הנישואים, אין להמתיך לפסק דין של בית הדין הרבני ויש לייחס ל"גירושים למעשה" את התוצאות האזרחיות של הגירושים.<sup>52</sup>

מוקדמים של התפיסות הללו בהיסטוריה ההלכתית ראו אבישלום ווסטרייך הזכות לגירושין: גירושין ללא אשם במסורת היהודית (2014); כן ראו Elimelech Westreich, *The Rise and Decline of the Law of the Rebellious Wife in Medieval Jewish Law*, 12 JEWISH L. ASSOCIATION STUD. 207 (2002).

50 ראו על כך את התבחינים בין עמדות שונות של דיינים המוצעות אצל זילברברג ורזינר שם, וכן רזינר ווסטרייך שם.

51 לניתוח עומק של קו חשיבה בבתי הדין הסבור כי יש הצדקה להתנגדות לגירושים כאשר אינם מעוגנים בעילה ראו Ram Rivlin, לעיל ה"ש 48. בעניין זה מתבקשת כמובן ההפניה לבג"ץ 4602/13 פלוגית נ' בית הדין הרבני האזורי בחיפה (פורסם בנבו, 18.11.2018) (להלן: בג"ץ האשמה) ולדג"ץ 8537/18 פלוגית נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים (פורסם בנבו, 24.6.21). ראו בהקשר זה עוד שחר ליפשיץ "שיפוט מוסרי של התנהגות מינית בנישואים, אוטונומיה ו'משילות' בעקבות בג"ץ 4602/13 עיוני משפט מג 5 (2020) (להלן: ליפשיץ "אשמה"); חנוך דגן ודפנה הקר "הלכת השיתוף הספציפי – לקראת המערכה הרביעית בבג"ץ 4602/13 מחקרי משפט לב 519 (2019); כן ראו מאמרם של יצחק כהן ואמל ג'בארין "יחסים מחוץ לנישואים כשיקול בחלוקת הרכוש המשפחתי – עיון מחודש במשפט הישראלי" משפט ועסקים טז 465 (2013). ודוק, הגם שפסקי הדין הרבניים, המהווים בסיס לבג"ץ האשמה והנדונים במאמרים שהוזכרו, עוסקים ביחסים הכלכליים בין בני הזוג ולא בדיני הגירושים, הם משקפים תפיסת עולם שלפיה אין לאף אחד מבני הזוג זכות קנויה לסיים את הנישואים. ראו על כך ליפשיץ "אשמה", שם, וכן במאמרם הנ"ל של כהן וג'בארין. עוד ראו ברכיהו ליפשיץ "תוכן וקליפה בהלכת שיתוף הנכסים (בעקבות בג"ץ 1000/92 בבלי נ' בית-הדין הרבני הגדול ואח)" המשפט ג 239, 256 (1996): "המשפט העברי עשה שימוש בזכויות הקניין והחיוב כדי להעניש את האשם באבדן שלום-בית וכישלון חיי-המשפחה וכדי להרתיע מי שעלולים להביא לכשלון ולאובדן כאלה"; השו"ג ל- Mason Cole, *Marriage and Divorce*, 10 GEO. J. GENDER & L. 801, 810 (2009): "The fault divorce system treated marriage as a binding contract that was irrevocable unless one or both parties committed marital misconduct"

52 בניגוד להמלצתי, מהתיאור במאמרם של הלפרין-קדרי ושמואלי, לעיל ה"ש 8, עולה עמדה דו-ערכית של הפסיקה הדיינית שמתוארת במאמר, וייתכן גם שקיימת עמימות לגבי עמדתם הנורמטיבית של הלפרין-קדרי ושמואלי עצמם לגבי מועד ההכרה בבני זוג פרודים כגירושים, ובפרט לגבי התלות של הכרה כזו בצו של בית הדין הרבני המצווה על בני הזוג להתגרש, או מחייב אותם לעשות כן. ראו הלפרין-קדרי ושמואלי, שם, בעמ' 614-617. כך, בהקשר של פסק דינו של בית הדין לעבודה בפרשת בסה, הלפרין-קדרי ושמואלי מבקרים את נקודת הזמן המאוחרת שממנה נקבעה זכאות האלמנה לקצבה כאילו התגרשה. לדעתם, במקרה זה

לסיום חלק זה אציין שהצורך בגיבוש מדיניות אזרחית-עצמאית כלפי "גירושים למעשה" מתקיים לא רק על פי התפיסה הרואה בהסדרה האזרחית של ה"גירושים למעשה" ביטוי למעמדם כתחליף גירושים אזרחי, אלא גם על פי התפיסה הרואה בהם ביטוי למשפט המגיב למציאות. על פי הגישה האחרונה, הצורך להתייחס לבני הזוג כגרושים אינו נובע מהביקורת על הדין הרתי, אלא מהרצון לתת מענה משפטי למציאות שבה בני הזוג אינם מתפקדים כנשואים. ברם, ההחלטה מהן הנסיבות העובדתיות שבעטיין ניתן להתייחס לבני זוג כגרושים, והמצדיקות ויתור על הדרישה לסיום פורמלי של הנישואים המשפטיים, הינה החלטה נורמטיבית המחייבת הפעלה של שיקולי מדיניות אזרחית. משכך, גם על פי התפיסה הרואה בהסדרה אזרחית של "גירושים למעשה" ביטוי לתפיסת משפט מבוסס מציאות, הקריטריונים לבחינת "גירושים למעשה" חייבים להתבסס על ניתוח המציאות, בהתאם לאמות המידה האזרחיות הרלוונטיות ולא על קיומו של צו הניתן על ידי בית דין רבני.

## 2. עיקרון שני: הבחנה בין סרבנים ומסורבים

בפרשת פסלר<sup>53</sup> קבע בית המשפט העליון לראשונה שאישה שנשואה באופן חוקי, אך חיה למעשה עם בן זוג חדש המוגדר כידוע בציבור, תהא זכאית, במקרה שבן זוגה החדש נפטר, לסעדים המגיעים ברגיל לידועה בציבור שהתאלמנה. לכן קבע בית המשפט העליון

היה מקום להתייחס לחיוב הבעל בגט על ידי בית הדין הרבני כנקודת הציון המתאימה. עם זאת, בהתאם למדיניות המכונה על ידי שמואלי "הדור השני של תביעות הנזיקין בגירושים", ראו בנימין שמואלי "הדור הבא של תביעות נזיקין בגין סרבנות גט כדי להשיג את הגט ו'כלל האחריות' של קלברזי ומלמד" משפטים מא 153 (2011), הלפרין-קדרי ושמואלי מציעים כי אף שהגדרה של בני הזוג כגרושים מותנית בצו רבני, מועד התחולה יוכל להיות בתאריך מוקדם יותר. לעומת זאת, דווקא מפסק דינו של בית הדין הרבני, לעיל ה"ש 10, הם מסיקים אפשרות מרחיקת לכת יותר, שבעיניי היא כאמור האפשרות הראויה, ולפיה אין צורך בצו שיפוטי של בית הדין לצורך הגדרת בני הזוג כגרושים לעניין האזרחי. ראו שם, בעמ' 615-616. אפשרות זו מקבילה למה ששמואלי במאמרו הנ"ל, בעמ' 199-205, מכנה "הדור השלישי" המאפשר תביעה נזיקית גם ללא צו של בית דין רבני. עם זאת, במקרה המדובר נתן בית הדין צו לכפיית גירושים, והבעל אכן נאסר. על כן, לא ניתן להסיק ממנו את שביקשו הכותבים כאילו תביעת גירושים לבה, גם כאשר אין היא נענית בצו שיפוטי של בית הדין, עשויה להיחשב כשלעצמה כמועד להגדרה אזרחית של בני הזוג כגרושים. דיון נוסף במועד האזרחי לקביעת הפרידה נערך אצל הלפרין-קדרי ושמואלי, לעיל ה"ש 8, בעמ' 626-629, לגבי מזונות אישה. הם משבחים פסקי דין שדרשו חיוב גט כתנאי להפסקת חובת המזונות, כפי שארחיב להלן, בפרק ב.3.(ב). מנקודת המבט האזרחית יש מקום להעדיף את העמדה הקובעת את הפסקת המזונות על פי קריטריונים אזרחיים-עצמאיים, מבלי להזדקק לפסק דין של בית הדין הרבני. עוד ראו בעניין, שיפמן דיני משפחה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 427-428, הממריץ את בתי המשפט האזרחיים לעסוק בנושאים הללו מתוך רצון לתקן עיוותים בדין הרתי. לא מפתיע, אם כן, שבהקשר של דיני המזונות שיפמן מבקר את בתי המשפט האזרחיים שכבלו את עצמם בהקשר של סוגיית מזונות המעוכבת לפסקי הדין של בתי הדין הרבניים, והוא סבור שעליהם לפרש את דיני המזונות באופן עצמאי. ראו שיפמן דיני משפחה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 432-433; וכן, פנחס שיפמן "המשפט העברי בפסיקת בתי המשפט" שנתון המשפט העברי יג 371, 372-373 (התשמ"ז).

פרשת פסלר, לעיל ה"ש 14. 53

במקרה הנדון שהאישה תהיה זכאית לגמלת שאירים כידועה בציבור של המנוח, חרף היותה נשואה לאדם אחר. פסק דין זה זכה לביקורת בשל הטענה שההכרה באפשרות של אדם נשוי להיחשב כידוע בציבור יוצרת למעשה ביגמיה מהותית.<sup>54</sup> לנוכח הביקורת סבר פרופ' שיפמן שההצדקה למהלך כזה היא הרצון ליצור תחליף גירושים לצורך פתרון מצוקתם של מסורכי הגט.<sup>55</sup> בספר "הידועים בציבור בישראל בראי התיאוריה האזרחית של דיני המשפחה"<sup>56</sup> נטען שדווקא המודעות לייחודם של דיני הגירושים בישראל אמורה הייתה לצמצם את ההכרה במעמד של אדם נשוי ובן זוגו שאינו נשוי לו כידועים-בציבור למקרים שבהם הסיבה למעמד הכפול (כידוע בציבור וכנשוי) היא סירובו של בן הזוג החוקי של הידוע בציבור להתגרש.<sup>57</sup> במקרים אלה, ההכרה בקשר החדש אכן משמשת תחליף גירושים המספק פתרון אזרחי לקושי שהדין הדתי מציב. אולם במקרים שבהם הידוע בציבור הוא שמונע את הגירושים, אין כל הצדקה להכיר בקשר החדש שיצר. אדרבה, סוג זה של הכרה עלול להקל על אדם המסרב להתגרש לעגן את בן זוגו החוקי, ובו בזמן ליצור קשר אלטרנטיבי המוכר על ידי המדינה. על רקע זה ביקרתי את העובדה שבפסיקה הישראלית לא נעשתה הבחנה בין ידועים בציבור "סרכנים" לבין ידועים בציבור "מסורכים", ואת ההכרה באפשרות של אדם נשוי לקבל זכויות של ידוע בציבור אשר לא סויגה בתנאי שהמבקש להיחשב כידוע בציבור לא יהיה מי שמנע את הגירושים.<sup>58</sup> יתרה מזו, בפרשת פסלר<sup>59</sup> לא מצא בית המשפט לנכון להבהיר מדוע לא התגרשו בני הזוג על אף הפירוד הממושך. ברם, מדברים שנכתבו על הפרשה מתברר שדווקא גברת פסלר הייתה זו שמנעה מן הצדדים להתגרש,<sup>60</sup> ולמרות זאת אפשר לה בית המשפט ליהנות מזכויות של ידועה בציבור ולקבל גמלת אלמנה כאשר נפטרה בן זוגה, אף על פי שבמשך כל השנים עיגנה את בעלה. אני סבור כי קשה למצוא טעם הגיוני דתי-מסורתי או אזרחי-ליברלי (למעט הסייג העוסק בהצדקות הכלכליות לסרבנות, שבו ארון בחלק הבא) שיצדיק מצב עניינים שבו אדם שימנע מבן זוגו להתגרש מחד גיסא, מאידך גיסא יחיה כבן זוגו של אדם אחר, ויוכל ליהנות ממעמד ומזכויות הן כאדם נשוי והן

54 ראו, למשל, מנחם אלון חקיקה דתית: בחוקי מדינת ישראל ובשפיטה של בתי משפט ובתי הדין הרבניים 122-125 (התשכ"ח) (להלן: מנחם אלון החקיקה הדתית). אלון אף טען בשם המדינה כנגד מהלך זה בכובעו כמשנה ליועץ המשפטי לממשלה.

55 ראו שיפמן דיני משפחה לעיל ה"ש 1, בעמ' 436-437.

56 ראו ליפשיץ הידועים בציבור, לעיל ה"ש 4, בעמ' 275-300.

57 שם.

58 כפי שהודגם בספר הנ"ל, שם, בעמ' 275-279, בחלק ניכר מפסקי הדין שעסקו בידועים בציבור נשואים לא טרחה הפסיקה לציין מה הסיבה לכך שלא נערכו גירושים באופן רשמי. יתרה מזו, גם בפסקי הדין שבהם צוינה סיבת אי הגירושים, עניין זה נעשה כמעט בדרך אגב, וודאי שהציון של פסקי הדין הללו לא התבסס על כך. לניצנים ראשוניים של מגמה שונה ראו שם, בעמ' 295-299.

59 פרשת פסלר, לעיל ה"ש 14.

60 עניין זה אינו מצוין במפורש בעובדות פסק הדין (כפי שהזכרתי לעיל, בתי המשפט לא ייחסו בדרך כלל חשיבות לשאלה מי מנע את הגירושים, ולעיתים הם גם לא ציינו זאת בחלק העובדות). עם זאת, הוא מאוזכר בספרו של מנחם אלון החקיקה הדתית, ראו לעיל, ה"ש 54.

כידוע בציבור. עניין זה מעצים את הקשיים שמעוררים דיני הגירושים בישראל ולא מחליש אותם, שכן הוא עלול לתמרץ סרבנות גט.

הביקורת על יחסה של הפסיקה לידועים בציבור נשואים, וחשוב מכך, המסקנות הנורמטיביות העולות ממנה, נכונות גם לגבי כלים משפטיים נוספים שהמשפט האזרחי נוקט כדי לייחס תוצאות אזרחיות של גירושים ל"גירושים למעשה". כך, למשל, התייחס בעבר פרופ' שיפמן במאמרו על תחליפי הגירושים לסעדים של פירוק שיתוף מהיר בדירת המגורים והפסקת חובת מזונות במקרה של פירוד ממושך, כסעדים המבקשים לעודד הפרדה פיזית וגירושים כלכליים בין הצדדים.<sup>61</sup> מנקודת המבט המבקשת להשתית את דיני הגירושים האזרחיים בישראל על מודל של גירושים ביוזמה חד-צדדית ללא אשמה יש לפתח "תחליפי גירושים", ובהקשר של הדיון במאמר הנוכחי להסדיר את מוסד ה"גירושים למעשה" כאילו דובר בגירושים משפטיים רק למען אלו שבני זוגם מסכלים את האפשרות להתגרש.<sup>62</sup> בפרק הבא נבחן לנוכח שיקול מדיניות זה, ובכפוף לסייג המכיר במצבי סרבנות כלכלית מוצדקת, שיידון בחלק הבא של פרק זה, האם הביקורת שהוטחה בתחליפי הגירושים המקוריים חלחלה לעיצוב המתגבש של ההסדרה האזרחית של ה"גירושים למעשה", וזאת הן במישור היחסים הפנימיים בין הצדדים והן במישור היחסים שבינם לבין הרשויות.

בחלק הקודם טענתי כי הנכונות האזרחית להכיר ב"גירושים למעשה" צריכה להתבסס על מדיניות אזרחית-עצמאית של גירושים, לפיכך אל לה להמתין לפסקי דין של בתי הדין הרבניים כתנאי להכרה ב"גירושים למעשה". במבט ראשון נראה שהדרישה שהוצבה בחלק הנוכחי למנוע מסרבני גט את האפשרות להרוויח מן ההיבטים המשפטיים החיוביים של הגירושים מותחת קו בין ההליך האזרחי לבין ההליך הדתי, ובכך היא חותרת תחת הרצון להפוך את המוסד של "גירושים למעשה" למוסד אזרחי-עצמאי. עם זאת, מחשבה נוספת על הנושא תוביל לתוצאה שונה. ביסוד המחויבות האזרחית ל"גירושים ללא אשמה ביוזמה חד-צדדית" עומדת ההכרה כי זכותו של כל בן זוג לסיים קשר נישואים מעוניין בו. לסיום קשר הנישואים הדתי השלכות רבות, הן ברמה הסובייקטיבית על התודעה של בני הזוג כגרושים, והן ברמה המשפטית כמתן היתר לקשר נישואים חדש. משכך, הן שיקולי צדק והן שיקולי הכוונת התנהגות מוליכים לכך שמי שמבקש למנוע מבן זוגו את החופש לסיים באופן מלא את הקשר הזוגי שביניהם לא יוכל ליהנות בו בזמן ממעמד של "גרוש למעשה".<sup>63</sup> עד כה הסברתי מדוע ההבחנה בין סרבנים ומסורבים חיונית, כמעט הייתי אומר מוכנת מאליה, על פי הגישות המדגישות את תפקידם של "הגירושים למעשה" כתחליף גירושים. אולם, לטעמי, גם על המצדדים בגישה הפונקציונלית לתת מקום להבחנה האמורה. אכן, גם

61 ראו שיפמן תחליפי גירושים, לעיל ה"ש 1.

62 ראו ליפשיץ הידועים בציבור, לעיל ה"ש 4, בעמ' 281-294; וכן, ליפשיץ "ברצוני להתגרש", לעיל ה"ש 5, בעמ' 743-752.

63 דומה שבנושא זה מתבקשת הפניה לחוקי הגט במדינות שבהן נישואים וגירושים נערכים באופן אזרחי, ועדיין המשפט האזרחי מציב תנאי לגירושים האזרחיים שיתוף פעולה עם הגירושים הדתיים. ראו על כך, למשל, את חוקי הגט בניו יורק; N. Y. Dom. Rel. Law §253 (McKinney 1999 & Supp. 2010); N. Y. Dom. Rel. Law §236B(5)(h), (6)(d) (McKinney Suzanne Last Stone, *Intervention of American Law in* ראו 1999 & Supp. 2010).  
*Jewish Divorce: A Pluralist Analysis*, 34 *ISR. L. REV.* 170 (2000)

אם המוטיבציה המרכזית של המשפט האזרחי בהתייחסות ל"גירושים למעשה" כגירושים נעוצה בגישה מהותית-פונקציונלית לנישואים ובתפיסה שלפיה נישואים שהתפרקו אינם נחשבים עוד כנישואים, אין המשפט האזרחי יכול להתעלם ממצבים שבהם הכרה ב"גירושים למעשה" כגירושים, גם אם היא עשויה להיות מוצדקת על פי ניתוח תכליתי של חוק נקודתי, מתמדת בסופו של דבר סרבנות. שהרי, היא מאפשרת לסרבן להמשיך בנישואים הדתיים ובה בעת ליהנות מן היתרונות הגלומים במעמד של גרוש ו/או יחיד. במקרים אלה, אם יכיר המשפט האזרחי ב"גירושים למעשה" כגירושים, תוטל עליו האחריות לתמוך סרבנות ולהעמקת הסבל של מסורכי הגט. במקרים שבהם הכרה ב"גירושים למעשה" כגירושים שוללת זכויות המגיעות ברגיל לנישואים, הגישה הפונקציונלית, שאינה מבחינה בין סרבנים ומסורכים, מעוררת קושי הפוך. האם יהיה זה הוגן שמדינה שחוקיה התייחסו למסורב או למסורכת כנישואים חרף רצונם להתגרש, שמנעה ממסורכי הגט להינשא מחדש, ואף קבעה שנישואים כאלה ייחשבו כעבירה פלילית, תחליט באותה נשימה לשלול מהם בכל זאת זכויות של נישואים כאילו היו גירושים? כזכור, בחלק הראשון של פרק זה הבעתי את דעתי שקשה להצדיק מנקודת מבט אוניברסלית שיטת משפט מוכוונת מציאות שתתעלם לחלוטין מהמעמד המשפטי הפורמלי של הנישואים ותשווה לחלוטין את מעמדם המשפטי של "גירושים למעשה" עם מעמדם המשפטי של גירושים. ברם, מן הניתוח בפרק הנוכחי עלה שגם אם הייתה הצדקה משפטית תאורטית לגישה מוכוונת מציאות כזו, הרי שיישומה בהקשר הישראלי, בהתעלם מדיני הגירושים הדתיים ומן ההבחנה הנדרשת בין סרבנים למסורכים, עלולה להוביל לתוצאות קשות.

### 3. עיקרון שלישי: הכרה מוגבלת בסרבנות כלכלית מוצדקת

בדיני הגירושים המודרניים, ובמיוחד במודל של "גירושים ללא אשמה ביוזמה חד-צדדית", הוטחה ביקורת מגדרית.<sup>64</sup> ביקורת זו חשפה שלצד החסרונות המובנים של מערכות דיני הגירושים, הדורשות הסכמה של שני בני הזוג כתנאי לגירושים, מתן האפשרות לנשים חלשות כלכלית להתנגד לגירושים טמנה בחובה הגנה כלכלית על נשים אלו שיכלו לבחור בהמשך בהגנה הכלכלית שניתנה להן בנישואים, ולחלופין, להתנות את הסכמתן להתגרש בקבלת תחליף להגנה זו. לעומת זאת, מודל המאפשר גירושים לפי דרישה של צד אחד חושף צדדים חלשים בנישואים, לגירושים ביוזמה חד-צדדית שאינה מלווה בהגנה כלכלית המגיעה להם. יש הסבורים שבעקבות הביקורת יש לסגת מן המודל.<sup>65</sup> מסקנתי שונה. במחקר שהוקדש למדיניות האזרחית הראויה כלפי דיני הגירושים טענתי שגם מנקודת המבט המגדרית אין הכרח לשנות את דיני הגירושים ולאפשר לצד החלש כלכלית להתנגד לגירושים. אדרבה,

64 ראו, למשל, LENORE J. WEITZMAN, THE DIVORCE REVOLUTION: THE UNEXPECTED SOCIAL AND ECONOMIC CONSEQUENCES FOR WOMEN AND CHILDREN IN AMERICA (1985); לביקורת מגדרית המשלבת את נקודת המבט הכלכלית ראו, Margaret F. Brinig & Steven M. Crafton, *Marriage and Opportunism*, 23 J. LEGAL STUD. 869 (1994); לה ראו ליפשיץ "ברצוני להתגרש", לעיל ה"ש 5, בעמ' 711-722.

65 ראו למשל A.M. PARKMAN, NO-FAULT DIVORCE: WHAT WENT WRONG? (1992). כן ראו באופן מתון יותר Brinig & Crafton, לעיל ה"ש 64.

הדיון שנערך בהביר כי רפורמות כלכליות בתחומים שונים, כגון התייחסות להון אנושי וכושר השתכרות עתידי כנכס בר חלוקה, פיצויים בשל הפסדי קריירה, סטייה מחלוקה מחצה על מחצה לטובת צד חלש ופיתוח דיני המזונות לאחר הגירושים, עדיפות על הקשחת דיני הגירושים.<sup>66</sup> לשמחתי, חלק מן הכלים הכלכליים הללו החלו להיקלט במשפט הישראלי.<sup>67</sup> ככל שמגמה זו תימשך ובני ובנות זוג חלשים כלכלית יקבלו הגנה כלכלית הוגנת גם לאחר הגירושים, אזי סירוב להתגרש, גם כאשר הוא לגיטימי על פי הדין הדתי, לא יהיה מוצדק מן הבחינה האזרחית. על כן ראוי יהיה להתייחס, בהתאם לקווים המנחים שהוצעו בחלק הקודם שקרא להבחין בין סרבנים ומסורבים, למי שמנע את הגירושים למרות "גירושים למעשה" כסרבן, ולתייחס לכך את התוצאות המשפטיות הנדרשות. ברם, במציאות המשפטית הנוהגת בישראל, השימוש בכלים משפטיים אלה עודנו בראשית דרכו,<sup>68</sup> ואף כאשר המחוקק פותח את הפתח לשימוש בהם בתי המשפט עושים זאת ביד קמוצה.<sup>69</sup> כנסיבות הללו שב תוקפה של הביקורת המגדרית, הסבורה כי מודל המאפשר "גירושים ביוזמה חד-צדדית ללא אשמה" ומותיר את הצד החלש כלכלית ללא הגנה איננו ראוי מנקודת המבט האזרחית. לדברים אלה חשיבות רבה לצורך עיצוב המוסד האזרחי של "גירושים למעשה". חשבו למשל על אישה התלויה כלכלית כבעלה וזכאית למזונות אישה על פי הדין הדתי, ומשום כך היא חוששת להתגרש, שכן לאחר הגירושים ינותק הקשר הכלכלי בין בני הזוג. בעולם משפטי אידיאלי יעשה בית המשפט שימוש במנגנונים הכלכליים שצוינו לעיל, ומשכך לא תהיה לאישה כזו לגיטימציה אזרחית לסרבנות גט. ברם, במציאות הקיימת, במקרים שבהם דיני הרכוש הזוגי הקיימים אינם נותנים מענה מספק, גם אם ברמה העובדתית האישה הייתה זו שמנעה את התרחשות הגירושים, איני משוכנע שמנקודת המבט הנורמטיבית ניתן להתייחס לאישה כסרבנית ולהפעיל לגביה את המכניזם שתואר בסעיף הקודם. הנה כי כן, בניגוד

66 ראו ליפשיץ "ברצוני להתגרש", לעיל ה"ש 5, בעמ' 722-725.

67 להצגת הרציונל של הכלים המשפטיים הללו ולקריאה לרפורמות אלה במשפט הישראלי, ראו שחר ליפשיץ **השיתוף הזוגי פרקים ח-י** (2016) (להלן: **ליפשיץ השיתוף הזוגי**); כן ראו חנוך הגן **קניין על פרשת דרכים פרק ז** (2005); לאימוץ הכלים הללו בישראל ראו, למשל, בע"מ 4623/04 **פלוגי נ' פלוגי**, פס' 20-23 לפסק דינו של הש' ריבלין (פורסם בנבו, 26.8.2007); אף המחוקק תיקן את חוק יחסי ממון והקנה לערכאות השיפוטיות סמכות לחריגה מחלוקה מחצה על מחצה כדי להביא בחשבון פערים ככושר השתכרות, ראו ס' 28 (2) לחוק יחסי ממון, לעיל ה"ש 17; ראו גם, ס' 240 לדברי ההסבר להצעת חוק יחסי ממון בין בני זוג (תיקון מס' 4) (הקדמת המועד לאיזון המשאבים) התשס"ז-2007, ה"ח 163, המתייחסים לבסיס האקדמי של התיקון; עוד ראו פס' 18-20 לפסק דינו של השופט שילה בתמ"ש (ת"א) 47769-01-12 **פלוגי נ' אלמוני** (פורסם בנבו, 26.8.14) שבהן הוא הציע לאמץ את גישת הצמצום של פערי הכנסות כגישה המנחה להסדרת פערים ככושר ההשתכרות.

68 כך, למשל, בעמ"ס 3151/14 **פלוגי נ' פלוגי**, פס' 46-55 לפסק דינה של הש' ברק-ארוז (פורסם בנבו, 5.11.2015), הציעה השופטת ברק-ארוז לייסד בישראל מוסד של מזונות משקמים שיופעלו גם לאחר הגירושים הדתיים. אולם מדובר באמירת אגב שעדיין לא הפכה להלכה מחייבת.

69 ראו ליפשיץ **השיתוף הזוגי**, לעיל ה"ש 67, בפרק י. ראו במיוחד שם, בעמ' 341-346, שם אני מציג ומבקר את הגישה הקוראת לשימוש מצומצם בסמכויות המוענקות לבית המשפט בסעיף 28) לחוק יחסי ממון.

לתיוג המקובל של מי שאינו משתף פעולה עם הגירושים כסרבן גט וכ"סחטן", ייתכנו מקרים שבהם התניית ההסכמה לגירושים בהגנה כלכלית אמיתית הינה הגיונית.<sup>70</sup> עם זאת, ראוי לשוב ולהדגיש שמקרים אלה מצדיקים הוראת שעה, ושכמדיניות אורחית לטווח ארוך ניתן להצדיק עיכוב נקודתי של גירושים משיקולים שונים, ביניהם מתן תקופת התאוששות והסתגלות רגשית וכלכלית לבני הזוג וילדיהם, אך לא ניתן להצדיק סרבנות קבועה במקרים שבהם הגירושים מלווים בהסדר כלכלי הגון. בפרק הבא, בעת שנדון באמות המידה שעל פיהן יוכרו "גירושים למעשה" כיחידים לצרכים סוציאליים, ועוד יותר בעת שנדון ביחסים הכלכליים בין בני זוג פרודים, ובמיוחד בחובת המזונות, אבקש לתרגם נקודת מבט זו להצעות משפטיות קונקרטיות.

כמצוין בהקשר הישראלי, ההסדרה של ה"גירושים למעשה" התפתחה בעיקר בצילה של תופעת הסרבנות. בהתאם לכך, עיקר הדיון במאמר הנוכחי ממוקד במצבים אלה. עם זאת, קיימים מצבים שבהם מתגבשת הסכמה משותפת של בני הזוג שלא להתגרש חרף ה"גירושים למעשה", כגון מקרים שבהם שני בני הזוג שותפים להתנגדות אידאולוגית לדין הדתי, ומשום כך הם מצרים על בחירתם להינשא על פי הדין הדתי ואינם נכונים להשתתף בטקס דתי של גירושים,<sup>71</sup> או במקרים שבני הזוג נרתעים מהסטטוס "גרוש" מסיבות משפחתיות ו/או חברתיות. ככלל, כפי שציינתי לעיל, בנסיבות שבהן לא מתעוררת בעיה של סרבנות, קיימים שיקולי מדיניות משמעותיים כנגד הכרה רחבה ב"גירושים למעשה" כגירושים משפטיים.<sup>72</sup> עם זאת, ההיבט המגיב של המשפט ובהקשרים מסוימים, כגון במקרה של התנגדות אידאולוגית משותפת לגירושים הדתיים, אף שיקולים של חופש מדת עשויים להצדיק בכל זאת הכרה מסוימת ב"גירושים למעשה" שאינם תוצר של סרבנות כגירושים. המאמר הנוכחי אינו מתמקד במקרים הללו, אולם במהלך הדברים, במיוחד בעת שיישמו העקרונות הכלליים, אתיחס בכל זאת לדרך הראויה להתייחסות למקרים אלה ככל שיתעוררו.

70 לדין בהצדקות השונות לסרבנות ולפתיחת הפתח להצדקות נוספות לסרבנות מעבר לזו הכלכלית ראו Ram Rivlin, *The morality of "get-threats": Withholding divorce as extortion*, 18 INT'L J. CONST. 849 (2020); וכן ראו רם ריבלין "דיני הסכמי גירושין: לקראת פיקוח על טווח המיקוח" משפטים 333 (2019). אולם השוו אורית גן "מסחר בגט: בין חוזים לאי-סחירות" מחקרי משפט לב 797 (2020), אשר סבורה שאין שום לגיטימיות לסרבנות גברית. לעמדות השונות המוצעות במשפט הישראלי בנושא, הן במשפט האזרחי והן בדין הדתי, ראו Rivlin, לעיל ה"ש 48; לשאלת הסימטריה בין סרבנות גברית לסרבנות נשית ראו שמואלי, לעיל ה"ש 48.

71 ראו ההתייחסות למצבים אלה בפרשת אפרת, לעיל ה"ש 14, שעסקה בקשר בין ידועים בציבור שאחד מהם (הגבר) היה פרוד מאשתו והשניים אף חתמו על הסכם פיזור בבית המשפט, אך ככל זאת בחרו שלא להתגרש, ככל הנראה משום שלא ייחסו לכך חשיבות או אפילו בשל התנגדות אידאולוגית לגירושים. ראו את תיאור העובדות בפרשת אפרת, בפס' 1 לפסק דינו של השופט ברק. אין זה מפתיע אם כן שבפרשת אפרת האישה החוקית של הגבר לא התנגדה כלל לשינוי השם ולא היוותה צד להליך.

72 ראו את הדיון שנערך בפרק א.1 בהקשר של העיקרון הראשון ואת הממצאים ההשוואתיים המצוינים שם.

#### 4. איזון בין העקרונות לבין שיקולים סוציאליים ומוסדיים

המסקנה הנובעת מהניתוח שנערך עד כה, שהענקת מעמד של "גרוש למעשה" תותנה בזהות הסרבן למעט במקרים של סרבנות כלכלית מוצדקת<sup>73</sup> (העיקרון השני והעיקרון השלישי לעיל), מעוררת קשיים מהותיים ומעשיים.

**ראשית**, העמדה הנחרצת שלפיה אין לאפשר לסרבן גט לקבל מעמד של "גרוש למעשה" (העיקרון השני) מעוררת קושי מהותי במקרים שבהם התובע הממשי של הזכות איננו הסרבן אלא בן זוגו או בת זוגו החדשים, המעוררים את הטענה לאחר מותו. טלו למשל את המקרה של סרבן גט החי כידוע בציבור עם בת זוג חדשה התלויה בו כלכלית. על פי הניתוח שנערך עד כה, סרבנות לא מוצדקת שוללת את האפשרות להיחשב כידוע בציבור במקביל לנישואים. משכך, במקרה המתואר, התוצאה תהיה פגיעה בבת זוגו החדשה לאחר מותו. פגיעה זו עלולה להיות קשה במיוחד כאשר מדובר בבת זוג התלויה בו, ובשלילתן של זכויות סוציאליות. לפיכך, בסוג זה של מקרים, יש לתת את הדעת גם על הגישה הפונקציונלית, המדגישה את הצורך של המשפט להתחשב במציאות ולהגיב לה גם במחיר מסוים של פגיעה במדיניות האזרחית הראויה של דיני הגירושים, ובתפקידם של ה"גירושים למעשה" כתחליף גירושים.<sup>74</sup> אוסיף ואומר שבמקרה שבו ייפרד הסרבן מבת זוגו החדשה בחייו, אי ההכרה במעמדו כידוע בציבור עשויה לסייע לו בתחומים של יחסי הרכוש ומוזנות, וכך יצא חוטא נשכר.

**שנית**, ברמה המעשית והמוסדית, במקרים שבהם ה"גרוש למעשה" או בת זוגו החדשה תובעים את זכויותיהם מול הרשויות, הדרישה שמחויבותן של הרשויות תותנה בנסיבות אי גירושיו, ובוודאי הדרישה להבחין בין סרבנות לא לגיטימית לבין מקרים של סרבנות כלכלית מוצדקת (העיקרון השלישי), עלולות לעורר קשיים ראייתיים משמעותיים. קושי זה הולך ומתחזק במקרים שבהם ההתדיינות אינה נערכת בחייו של החשוד בסרבנות אלא לאחר מותו, ומנוהלת, כאמור, על ידי בת הזוג החדשה.<sup>75</sup>

73 בספרות המחקר בישראל הועלו עמדות שונות לגבי השאלה האם תיתכנה נסיבות נוספות מעבר לאלו הממוקדות בהגנה כלכלית על המסרב להתגרש שתצדקנה את הסרבנות מנקודת המבט הנורמטיבית. כך, למשל, ריבלין במאמרו, לעיל ה"ש 70, בעמ' 355-357, מעורר את השאלה האם ניתן לראות במצבים מסוימים בסירוב להתגרש, הנובע מחלוקה לא שוויונית של משמורת על הילדים, התנגדות מוצדקת שנועדה להפעיל לחץ על הצד שכנגד להגיע להסדר משמורת הוגן. במסגרת הנוכחית אין בדעתי להזדקק לשאלה תאורטית זאת; אסתפק בכך שאטען שגם אם ייתכנו מקרים נקודתיים שבהם ניתן להצדיק סירוב קבוע, להבדיל מעיכוב נקודתי של תהליך הגירושים, אני מתקשה לחשוב על קטגוריה משמעותית של מקרים מהסוג הזה. משום כך, בהקשר של המאמר הנוכחי, בהתאם למודל שיוצג בפרק הבא, הצדקות הללו יכול להיות מקום אך ורק במסגרת התדיינות בין הצדדים הנוגעת למערכת היחסים ביניהם. לעומת זאת, כפי שאדגיש בפרק הבא, כאשר מדובר ביחסים עם הרשויות האילוצים המוסדיים דורשים התייחסות לקטגוריות ברורות ורווחות.

74 עם זאת, כפי שיוסבר להלן, גם מנקודת המבט המגיבה יש להישמר ממקרים שבהם זכותה של הידועה בציבור (בת הזוג החדשה) תבוא על חשבון זכויות מוצדקות של האישה החוקית.

75 מעניין לחשוב בהקשר של הקשיים הראייתיים המעשיים הללו על טענתו של ריבלין, לעיל ה"ש 70, הן באפשרות לבטל חווי גירושים בדיעבד בשל סחיטה. לדעת ריבלין, בחינה של נסיבות הסרבנות ממרחק זמן לא תהיה יעילה.



אי לכך, יש לעדן את נחרצות הדרישה להבחנה גורפת בין סרבנים למסורבים, בנסיבות שונות של סרבנות, ולהתחשב במשתנים הבאים לצורך הבחנה בין הקשרים משפטיים שונים:<sup>76</sup> (1) נקודת הזמן שבה נתבע המעמד כ"גרוש למעשה": האם מדובר בחיי בני הזוג ה"גרושים למעשה", או לאחר מות מי מהם; (2) האם מדובר ביחסים הפנימיים בין ה"גרושים למעשה" או בתביעה כנגד הרשויות; (3) האם התובע הוא ה"גרוש למעשה", או שמא התובעת היא בת זוגו החדשה של ה"גרוש למעשה" המבקשת ליהנות ממעמד של ידועה בציבור; (4) ובמקרה האחרון, האם הענקת הזכויות לבת הזוג החדשה תבוא על חשבונה של בת הזוג החוקית של ה"גרוש למעשה".

הניתוח שלהלן ידגים כיצד שימוש משולב במשתנים הללו מספק מענה לקשיים המהותיים והמעשיים שהוצגו.

ככל שסוגיית ההכרה במעמד של "גרושים למעשה" מתעוררת בזמן שבני הזוג ה"גרושים למעשה" עודם בחיים, יש לתת משקל מכריע לשיקולי מדיניות הגירושים, הממוקדים בזהות הסרבן ובנסיבות אי הגירושים (העיקרון השני והעיקרון השלישי). זאת, כמתבקש מתפקידם של ה"גרושים למעשה" כתחליף גירושים, מתוך רצון לעודד הסדר גירושים והגן ולסיים את הסרבנות. עם זאת, ברמה המעשית, גם בהקשר זה יש להבחין בין שני תת-מצבים מרכזיים: (1) כאשר מדובר ביחסים הפנימיים בין ה"גרושים למעשה". למשל, כאשר אנו עוסקים בשאלות של רכוש ומזונות בין פרודים, שני בני הזוג והערכאה הדנה בנושא מצוידים במידע שיאפשר להם לטעון הן בקשר לזהות הסרבן והן בקשר לנסיבות הסרבנות. על כן, בנסיבות הללו יש לממש את המדיניות שהומלצה בפרקים הקודמים במלואה. דהיינו, כברירת מחדל יש לשלול מן הסרבן זכויות ויתרונות המוענקים ברגיל כתוצאה מגירושים, וזאת למעט במקרים של סרבנות כלכלית מוצדקת.

(2) כאשר בני זוג נשואים באופן חוקי, ה"גרושים למעשה" תובעים במהלך חייהם, ביחד או לחוד, מעמד, ובעקבות זאת הטבות של גרושים או של יחידים כלפי הרשויות, והשיקול התמריצי עודנו תקף. על כן, באופן עקרוני, הצורך בהבחנה בין סרבן ומסורב (העיקרון השני) והצורך להתחשב בנסיבות הסרבנות (העיקרון השלישי) עודם רלוונטיים. עם זאת, ברמה המעשית, מעורבותה של רשות מעוררת קושי ראייתי, שכן גם אם ניתן לחשוב על פרוצדורה שתטיל על בני הזוג את הנטל להוכיח את זהות הסרבן, קשה לצפות מהרשויות להיכנס לנבכי הקשר שבין בני הזוג. ודאי וודאי שקשה לצפות שרשות מנהלית תעשה עבודה טובה יותר בהקשר של הסדרת היחסים הכלכליים בין בני הזוג מאשר הרשות השיפוטית המקורית שעסקה בכך. לכן, בהקשרים הללו, שבהם הדיון הוא מול הרשויות, יש לוותר על הסייג המכיר בסרבנות כלכלית לגיטימית. זאת במיוחד לנוכח עמדותי בסרבנות כזו מוצדקת רק כהוראת שעה, כל עוד לא יפנים המשפט האזרחי את השינויים הנדרשים בהסדרת היחסים הכלכליים בין הצדדים. משכך, אמליץ לקבוע שעל אדם נשוי המבקש להיות מוכר

76 לפריסה ראשונית של עקרונות אלה ראו ליפשיץ הידועים בציבור לעיל ה"ש 4, בעמ' 354-355. עם זאת, הן שיקולי המדיניות המוצעים, הן טווח המקרים והן מגוון ההצעות במאמר הנוכחי רחבים במידה ניכרת מאלו שאליהם התייחסתי במחקר המקורי, שמוקד אך ורק בידועים בציבור נשואים.

כ"גרוש למעשה", לצורך מתן הטבות הניתנות ברגיל לגרושים או ליחידים,<sup>77</sup> להוכיח לא רק שברמה העובדתית מדובר ב"גירושים למעשה", אלא גם שפעל כנדרש לצורך התרת הנישואים המשפטיים.<sup>78</sup> עם זאת, במקרה שבו בני הזוג מסכימים לפרידה קבועה שאינה מלווה בגירושים, מבלי שמעורבת סרבנות גט, למשל במצבים של התנגדות אידאולוגית לגירושים הדתיים, ניתן להסתפק בתצהיר משותף המאמת הסכמה זו. הכרה ב"גירושים למעשה" בנסיבות אלה, כאשר היא מלווה בדרישה לתצהיר שייערך מבעוד מועד, משלבת בין ההיבט המגיב של המשפט והכבוד לבחירה של הצדדים לבין החששות המעשיים מפני מניפולציה וקשיים ראייתיים הניצבים ברגיל כשיקולים נגד הכרה רחבה ב"גירושים למעשה" כגירושים. נוסף על כך, כפי שהדיון בפרק הבא ידגים, ייתכן שבהקשרים מסוימים ניתן בכל זאת לפתוח פתח מסוים להתחשבות בנסיבות הסרבנות (כפי שיודגם להלן, במקרים שקל לברר נסיבות אלה, או אפילו ליישם את הגישה הפונקציונלית ללא התחשבות בזהות הסרבן במקרים של צורך סוציאלי משמעותי), גם כאשר מדובר ביחסים מול הרשויות, ועל בסיסן להתיר למונע הגירושים, ואפילו סרבן לכאורה, לקבל זכויות של גרוש.

שונים הדברים כאשר הזכויות נתבעות בדיעבד, על ידי אחד מבני הזוג שחיו כ"גרושים למעשה", לאחר מות אחד מבני הזוג, כגון במקרים של ירושה ובדין בגמלאות שאירים שונים. במקרים הללו, האפשרות לעודד הסדר גירושים ולמונע סרבנות במקרה הקונקרטי איננה קיימת עוד. נוסף על כך, נקודת המבט המאוחרת מקשה אף על ההיבט הראייתי. לכן, במקרים הללו ניתן להצדיק עמדה "מגיבה" שלא תתעניין בזהות הסרבן ותבקש לתת תוקף למצב העובדתי כפי שהוא. עם זאת, חרף הפיתוי יש לזכור שאף על פי שלאחר מות אחד הצדדים לא תועיל מדיניות המבקשת להתחשב בנסיבות אי הגירושים למסורב הגט הקונקרטי הניצב בפנינו, היא עשויה בכל זאת להשפיע על התנהגותם העתידית של בני זוג אחרים העומדים בסיטואציה של סכסוך גירושים. נוסף על כך, היא עשויה לעיתים להעניק צדק מאוחר למסורבי ומסורבות הגט. משום כך, לדעתי, בסוג זה של מקרים יש להציע עמדה משפטית מורכבת. ברירת מחדל תהיה שאדם נשוי שלא שיתף פעולה עם גירושיו ההלכתיים לא יוכר כ"גרוש למעשה", ובכלל זה לא יוכל להיות מוכר כידוע בציבור של אדם אחר. עם זאת, על החוק ועל הפסיקה לפתוח פתח, במקרים חריגים, לגישה הפונקציונלית, ובעיקר לשיקולים סוציאליים ולצרכים כלכליים חיוניים שיאפשרו הכרה ב"גירושים למעשה", ללא תלות בזהות הסרבן.

הסתייגות זו, מיישום נוקשה שאינו מכיר בחריגים של ההבחנה בין סרבן למסורב, מקבלת תוקף נוסף כאשר תובע הזכויות כידוע בציבור למרות היותו נשוי איננו הסרבן עצמו (כפי

77 מנגד, במקרים שבהם ההכרה בצדדים כגרושים מן הבחינה המשפטית פועלת לרעתם כבר בחייהם, כגון במקרים נדירים שבהם דיני המס נותנים העדפה לבני זוג נשואים, יש לסייג את הכלל הפונקציונלי המכיר ב"גירושים למעשה" כגירושים בכך שההכרה לא תופעל כנגד מי שפעל כנדרש לצורך התרת הנישואים ונותר נשוי אך ורק בשל סרבנותו של בן זוגו.

78 שאלה מעשית חשובה שיש לתת לה תשובה בהתאם להקשר הספציפי הינה האם יש להטיל על הרשות המנהלית לבחון את הסיטואציה באמצעות המסמכים המוגשים לה על ידי הצדדים, שעשויים לכלול בין היתר הצהרה של הערכאה הדתית המוסמכת על שיתוף הפעולה של הצדדים עם הגירושים, או שיש לדרוש פסק דין של ערכאה שיפוטית רלוונטית, כגון בית הדין לעבודה, במקרה של זכות להיחשב כיחיד לצורך חוק הביטוח הלאומי.

שהיה (בפרשת פסלר), אלא בת זוגו החדשה של הסרבן, התובעת את הזכויות הנובעות מן המעמד כידועה בציבור לאחר מותו של הסרבן. במקרים אלה, הן שיקולי הצדק והן שיקולי הכוונת ההתנהגות שבבסיס ההבחנה בין סרבנים ומסורבים נחלשים, ובה בעת כוחם של הטיעונים הסוציאליים המגיבים עולה. במקרים אלה, ייתכן שבירירת המחדל אמורה להתהפך והכלל יהיה שהידוע בציבור זכאי לזכויותיו מכוח מערכת היחסים בפועל בינו לבין הסרבן הנשוי. עם זאת, גם במקרים אלה יש להקנות לערכאה רלוונטית שיקול דעת שלא להעניק מעמד של ידוע בציבור לבן זוגו של סרבן גט, וזאת מתוך הבנה שגם לבן זוגו של הסרבן או הסרבנית יש אחריות מסוימת, גם אם משנית, למצב, וששיקולי הכוונת ההתנהגות עתידית תומכים בכך שהסרבן ובן זוגו ידעו שלסרבנות עלול להיות מחיר עתיד, שכן הקשר ביניהם עשוי שלא להיות מוכר. בכל מקרה, יש להישמר מהעדפת הזכויות של בן הזוג החדש של הסרבן על פני זכויותיה של בת הזוג החוקית במקרים שבהם זכויות אלה עשויות להיפגע מן ההכרה בזכויות של בת הזוג החדשה.<sup>79</sup>

משהוצגו עקרונות המדיניות הממוקדים בדיני הגירושים ודרכי האיזון בין העקרונות לבין שיקולים סוציאליים ומוסדיים, נפנה לבחינת יישומם במשפט הישראלי.

## ב. הסדרתם האזרחית של "גירושים למעשה": ניתוח המגמות בראי הדין הראוי

### 1. מעמד המשפטי של "גירושים למעשה" ביחסיהם עם הרשויות

בכמה דברי חקיקה,<sup>80</sup> אשר רובם נחקקו או תוקנו במהלך שני העשורים האחרונים,<sup>81</sup> הסדיר המחוקק את יחסן של הרשויות למקרים של "גירושים למעשה". ניתן לחלק את דברי

79 מעניין לציין בהקשר זה שבחלק מהמדינות בארצות הברית אומצה דוקטרינה שמקורה במשפט האזרחי, המכונה Putative Marriage, והיא מאפשרת להחיל את דיני הנישואים על מי שנישא בחושבו בתום לב שכן זוגו הוא רווק. ראו על כך, למשל, *Kindle V. Kindle* 629 So. 2d 176 (Fla. Dist. Ct. App. 1993).

80 ראו ס' 238 לחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה-1995 (להלן: חוק הביטוח הלאומי) תחת הגדרות "אלמן" ו"אלמנה" המתייחס לפרידה של שלוש שנים מתוך חמש כגירושים לצורך ביטוח לאומי. החוק מחריג פרודה המקבלת מזונות, אך הוא אינו מבחין בין סרבן ומסורב. סעיף זה מוליך לכך ש"גירושים למעשה" לא יקבלו גמלת שאירים המגיעה ברגיל לאלמן ולאלמנה. ראו, למשל, דב"ע נב/0-69 (ארצי) ליאון נ' המוסד לביטוח לאומי, פד"ע כד (1) 458 (1992), שבו נאמר בפס' 12 לפסק דינו של השופט אליאסוף: "המונח 'פרד' בין בני-זוג, אינו משקף מצב משפטי-פורמלי בדיני המעמד האישי של יהודים בישראל, משום שאין בדיני התורה מוסד של "separation". על כן, על בית-הדין לעבודה לברוק את מערכת העובדות כדי לבחון ולקבוע האם אכן בני זוג נפרדים האחד ממשנהו"; וכן, ב"ל (ת"א) 10-07-20784 סרגוסי נ' המוסד לביטוח לאומי (פורסם בנבו, 13.9.2012), וב"ל (נצ') 1610/02 עמרן נ' המוסד לביטוח לאומי (פורסם בנבו, 25.1.2004), שבהם נפסק כי מדובר ב"פירוד" בהתאם למבחנים האובייקטיביים, ועל כן התובעות לא נמצאו זכאיות לקצבת שאירים; ראו גם סעיף 38(ג) לחוק שירות המדינה (גמלאות) [נוסח משולב], התש"ל-1970, שקבע לצורך הזכות לגמלה, שאדם שנפרד מאשתו פרידה של קבע דינה כגרושה. עם זאת, סעיף זה בוטל במסגרת הרפורמה בדיני הפנסיה.

81 ראו, למשל, ס' 9(א1)(2)(ב)(2); 9(ג1)(2)(ב)(2); 49(ב); 49(א1)(ב); 49(א1)(ב)(ה) לחוק מיסוי

החקיקה הללו לשתי קבוצות מרכזיות.<sup>82</sup> בקבוצה אחת של דברי חקיקה, ההכרה ב"גרושים למעשה" כגרושים פועלת לטובת בני הזוג ואף העניקה להם במהלך חייהם זכויות הניתנות ליחידים או לגרושים, כלפי הרשויות, אף על פי שלא התגרשו באופן משפטי. בקבוצה השנייה מדובר בדברי חקיקה שעסקו בגמלאות ובקצבאות שאלמנים ואלמנות שהיו נשואים למנוחים בעת מותם וכאים להן. הכרה זו ב"גרושים למעשה" כגרושים שוללת מבני הזוג שהיו "גרושים למעשה" בעת המוות זכויות הניתנות ברגיל למי שהיו נשואים.<sup>83</sup>

### (א) הענקת הטבות במהלך חיי בני הזוג

נפתח בקבוצה הראשונה. בדברי החקיקה הללו<sup>84</sup> קבע המחוקק אמות מידה אזרחיות-עצמאיות כגון פירוד פיזי, כוונה לנתק את היחסים והגשת תביעות משפטיות. זאת, מבלי להזדקק לפסק דין של בית הדין הרבני כתנאי הכרחי. בעוד שהשימוש באמות מידה אזרחיות-אובייקטיביות תואם את המלצות המאמר הנוכחי, ברוב הגדול של דברי החקיקה הללו, למשל בהקשר של כללי החסינות מעדות הקבועים בפקודת הראיות, ובהקשר של הוראות שונות המצויות בדיני המס,<sup>85</sup> לא נערכה הבחנה בין סרבנים לבין מסורבים. לפחות

מקרקעין (שבח ורכישה), התשכ"ג-1963, שלפיהם בני זוג הגרים דרך קבע בנפרד לא ייחשבו לבני זוג ולא תחול עליהם התפיסה הרואה בבני זוג בעלים של כלל הרכוש הרשום על מי מהם, לעניין מס רכישה בדירת מגורים מזכה, לרבות ההסדר בנושא פטור ממס לדירת מגורים יחידה; אף ס' 40(ב)(2) לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש] (להלן: פקודת מס הכנסה), כפי שתוקן בשנת 2011, מעניק הטבות לבני זוג החיים בנפרד. על פי תיקון שנערך בשנת 2014, הוספו לחוק משפחות חיילים שנספו במערכה (תגמולים ושיקום), התש"י-1950, ס' 10(ה) ובו נאמר: "שוכנע קצין התגמולים שחל פירוד בחיי הנישואין של זוג הורים שכולים, רשאי הוא להורות שישולמו לכל אחד מבני הזוג, כל עוד הם חיים בנפרד, תגמול או הטבה כאילו הופקעו הנישואין". החוק קובע, אם כן, אמת מידה אובייקטיבית של פירוד. עם זאת, החוק אינו מבחין בין סרבן ומסורבת. ברם, ייתכן שבנסיבות הקשות שבהן הוא עוסק הדבר הגיוני.

עם זאת, קיימות הוראות חקיקה שלא ניתן לשבחן אותן בקלות לאחת מן הקטגוריות הללו. כך, ס' 8 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971 (להלן: פקודת הראיות), מסיר את החסינות הקבועה בפקודת הראיות מבני זוג פרודים. ככל שחסינות מעדות היא זכות, המקרה מזכיר את הקבוצה השנייה שבה ההתייחסות ל"גירושים למעשה" כגירושים פועלת כנגד בני הזוג. עם זאת, אין מדובר כאן בנסיבות סוציאליות. כמו כן, המאורע מתרחש במהלך חיי בני הזוג ולא לאחר מות אחד מהם. נוסף על כך, אף על פי שבתחומים רבים של דיני המס והרווחה ההכרה ב"גרושים למעשה" כגרושים משרתת אותם, קיימים מקרים נדירים שבהם ההכרה בהם כגרושים פוגעת בהם לא רק לאחר מותם, כפי שקורה לרוב במקרים של גמלאות השאירים והירושה, אלא גם במהלך חייהם. במקרים נדירים אלה לא נעסקו במאמר הנוכחי.

83 ראו, למשל, ס' 238 לחוק הביטוח הלאומי.

84 ראו את ההגדרות הקבועות בחוקים שאליהם התייחסתי, לעיל ה"ש 80-81.

85 ראו הגדרת "בן זוג" בס' 8 לפקודת הראיות: "בן זוג – לרבות הידוע בציבור כבן זוגו, ולמעט מי שחי בנפרד מבן זוגו ואינו מנהל עמו משק בית משותף מתוך כוונה לפרק את חיי המשפחה באופן קבוע, אף אם הם מתגוררים תחת קורת גג אחת". אף ההגדרות בחוקי המס אינם כוללים הבחנה בין סרבנים למסורבים. כיוצא בזה, ברמה המנהלית הפרוצדורלית שלטונות המס דורשים מבן זוג המבקש ליהנות מיתרונות פיסקליים של גירושים להצהיר על כך שהוא חי בנפרד מבן

במקרה של דיני המס מדובר בהחמצה מצערת. כאמור, ההסדרים המיסויים המתייחסים למעמדם של ה"גרושים למעשה" כגרושים נערכים במהלך חייהם של בני הזוג. על כן, שימוש מושכל בהבחנה בין סרבנים ומסורבים במקרים אלה יכול לשמש כלי תמריצי רב תוקף לא רק כשיקול הכוונת התנהגות עתידית, אלא גם עבור הצדדים המעורבים במקרה הנוכחי. משום כך, יש להצר על כך שדיני המס לא אימצו מדיניות המבחינה בין סרבנים ומסורבים.<sup>86</sup> כך, בהקשרים מסוימים, דיני המס העניקו ל"גרושים למעשה" יתרונות של גרושים, למשל בהקשר של מס שבח, שבו התייחסו אל בני הזוג ה"גרושים למעשה" כיחידים ואפשרו לכל אחד מהם ליהנות מפטור דירה יחידה. דיני המס בהקשרים הללו לא שללו את המעמד המשפטי של גרוש ואת ההטבות הנובעות ממנו ממי שמנע את הגירושים, ובכך הפכו את חייהם של סרבני הגט לקלים יותר.<sup>87</sup>

לעומת זאת, בתיקון שנערך לחוק סיוע למשפחות שבראשן הורה עצמאי, התשנ"ב-1992, קבע המחוקק אמות מידה אזרחיות-אובייקטיביות המאפשרות לבן זוג הפרוד במשך שנתיים ליהנות מהטבות הנתונות בדרך כלל לגרושים. נוסף על כך, החוק מקנה את הזכויות הללו רק למי שפועל במטרה להשתחרר מן הנישואים ההלכתיים באופן רשמי, ובכך מסייע להבחנה בין סרבנים ומסורבים.<sup>88</sup> החוק גם רגיש להיבטי המגדר, ועל כן, בנסיבות מסוימות של נשים השוהות במקלט לנשים מוכות, הוא מקצר את תקופת הפרידה עבור אישה מוחלשת,

ווגו ואינו מקיים עימו משק משותף, ולשכנע בכך את פקיד מס הכנסה (ראו טופס 4440 תצהיר דובר נישואים החיים בנפרד). לעומת זאת, החוק וההוראות המנהליות הקיימות אינן דורשות מבן הזוג המבקש ליהנות ממעמד של גרוש להוכיח שפעל להתרת הנישואים המשפטיים.

86 ראו למשל סעיף 40(ב)(2) לפקודת מס הכנסה והוראות החקיקה בפקודת מס שבח, שהוזכרו לעיל, ה"ש 81.

87 אף הלפרין-קדרי ושמואלי, לעיל ה"ש 8, בעמ' 630, מציעים רעיון מעניין לשימוש תמריצי בדיני המס. עם זאת, הם אינם מתייחסים בהקשר זה לדיני המס הקיימים, המעניקים במקרים רבים יתרונות לגרושים, ולעובדה שהם מעניקים מעמד של גרוש ל"גרוש למעשה" מבלי להבחין בין סרבן למסורב, והם אינם מציעים לשנות את ההסדר הקיים בהקשר זה. חרף זאת, הם מציעים לשלול מ"גרוש למעשה" שהוא סרבן גט הטבות מס הניתנות לו כנשוי. מדובר ברעיון מקורי, אולם נדמה לי שבניגוד להצעות המובאות בחלק הזה הרעיון קשה ליישום במציאות הישראלית. ראשית, מבלי להיכנס לדיון מעמיק בדיני המס, יש לזכור שהמעמד כנשוי מקנה הטבות מס במקרים נדירים, כגון הענקת נקודת זיכוי לבן זוג של מי שאינו עובד מסיבות סוציאליות. אולם ברוב המקרים, כגון בהקשר של שאלת "החישוב מאוחד", המעמד כנשוי אינו מקנה הטבות; ראו בהקשר זה את ביקורתו של השופט עופר גרוסקופף על המצב המשפטי הקיים בע"א 4298/18 מנהל מיסוי מקרקעין ת"א נ' בלנק בפס' 20-27 לפסק דין (פורסם בנבו, 20.4.21). מעבר לכך, רשויות המס אינן מודעות, בדרך כלל, לשאלה האם אדם "גרוש למעשה". על כן, המבחנה המעשית, יקשה על הרשויות לערוך ביוזמתן ביורור האם אדם הרשום אצלם כנשוי הוא בעצם "גרוש למעשה" המסורב להתגרש. לעומת זאת, על פי הצעתי, יוטל על מי שמבקש ליהנות מהטבות של "גרוש למעשה", חרף רישומו כנשוי, וכאמור זהו המקרה הטיפוסי, להוכיח לרשויות המס ששיתף פעולה עם הליך הגירושים.

88 ס' 1(2)(א) לחוק כולל את ההגדרה הבאה: "הוא חי בנפרד מבן זוגו תקופה של שנתיים לפחות ופתח בהליך על פי דין להשתחרר מקשר הנישואין ופעל במסגרת הליך זה שנתיים לפחות"; כן ראו סעיף 1(ג) לאותו חוק.

ובמקרים מעין אלו הוא נכון להכיר בה כמסורבת גט אף אם לא פתחה בהליך גירושים.<sup>89</sup> במובנים אלה החוק משקף מדיניות משפטית ראויה. עם זאת, ברצוני להתייחס לכמה צללים בדרך הניסוח של החוק, ועוד יותר בדרך יישומו, ולהציע דרכים לתיקונם. אפתח בדרישה הקבועה בחוק לסיוע למשפחות שכראשן הורה עצמאי, שכתנאי לקבלת המעמד יש לבחון אם המבקש "פתח בהליך על פי דין להשתחרר מקשר הנישואין ופעל במסגרת הליך זה שנתיים לפחות", ולחריג המקצר את תקופת הפרידה הנדרשת במקרה של שהייה במעון לנשים מוכות. הכיוון העקרוני המשתקף בדרישה לפתיחת הליך גירושים הוא נכון, שכן היא מסייעת להבחנה בין סרבנים ומסורבים. עם זאת, הפרשנות הניתנת לסעיף בבתי הדין לעבודה, וייתכן שגם היבטים שונים בניסוח החוק עצמו, דורשים תיקון וכיוון. נפתח בהיבט הפרשני. בתי הדין לעבודה אינם מציגים מדיניות עקבית בהקשר של פרשנות החוק ויישומו. מיעוטם תומכים בפתיחת הפתח לקבלת המעמד של הורה עצמאי אף כלפי מי שלא הגישה תביעת גירושים, ואפילו כלפי מי שערכה את הגירושים לזמן מסוים, בין היתר בשל חששות כלכליים.<sup>90</sup> אולם, דומה שהרוב הגדול של פסקי הדין מסווג מאפשרות זו בשל קריאה פורמליסטית של החוק הקיים, וכן בשל החשש המוסדי לגבי יכולתו של הביטוח הלאומי להבחין בין סוגים שונים של המקרים, ועל כן הזרם המרכזי בפסיקת בתי הדין לעבודה עומד על הדרישה לפתיחת הליך גירושים כתנאי לקבלת ההטבה.<sup>91</sup> יתרה מזו, לעיתים אף ניתנה פרשנות נוקשה לביטוי "פעל במסגרת ההליך", ולכן נשללו ההטבות מנשים שהגישו תביעות גירושים אך לא פעלו באופן נמרץ מספיק למימושם, לדעת בית הדין.<sup>92</sup> בעיניי, לנוכח ההיבט הסוציאלי של החוק והאופי המורכב של הליכי הגירושים בבית הדין הרבני, אין מקום להתעקשות על פעילות רציפה של התובעת במסגרת תביעת הגירושים, ויש להסתפק בעצם הגשתה של תביעה כזו. יתרה מזו, בפרק הקודם עמדנו על כך שלא תמיד מצב עניינים של "גירושים למעשה" נובע מסרבנות של מי מהצדדים. כך, למשל, המציאות של סכסוך גירושים בכלל, ושל הליכי גירושים בין בני זוג בעלי משאבים כלכליים

89 על פי ס' 2(1) לחוק הסיוע למשפחות חד-הוריות, אדם נשוי יוכל להיחשב כהורה עצמאי אם מתקיימת בו אחת משלוש החלופות הבאות: (א) הוא חי בנפרד מבן זוגו תקופה של שנתיים לפחות ופתח בהליך על פי דין להשתחרר מקשר הנישואין, ופעל במסגרת הליך זה שנתיים לפחות (ס' 2(1)(א) לחוק); (ב) היא עגונה, כמשמעותה בס' 1 לחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה-1995 (ס' 2(1)(ב) לחוק); (ג) היא חיה בנפרד מבן זוגה, שהתה במקלט לנשים מוכות 90 ימים לפחות מתוך תקופה של שנים עשר חודשים שתחילתה ביום הראשון לשהותה במקלט כאמור, פתחה בהליך על פי דין להשתחרר מקשר הנישואין ופעלה במסגרת הליך זה במשך שישה חודשים לפחות (ס' 2(1)(ג) לחוק); אולם אישה תהא פטורה מפתיחת הליך כאמור אם המחלקה לשירותים חברתיים אישרה כי יש בכך כדי לסכן את חייה או את חיי ילדה (ראו סיפא של ס' 2(1)(ג) לחוק).

90 ב"ל (נצ') 1058/03 לנדאו נ' המוסד לבטוח לאומי (פורסם בנבו, 18.5.2004).

91 ראו למשל ב"ל (ב"ש) 15855-11-13 פלוגנית נ' המוסד לביטוח לאומי (פורסם בנבו, 31.5.2015); כן ראו ב"ל (חי') 28350-11-16 רוזצקי – המוסד לביטוח לאומי (פורסם בנבו, 11.4.2019).

92 ראו למשל את המקרה המתואר בעב"ל (ארצי) 205/08 שועו נ' המוסד לביטוח לאומי (פורסם בנבו, 13.7.2008), המדגים יישום פורמלי-טכני של הסעיף, ללא כל התחשבות בנסיבות האנושיות הקשות המתוארות בו.

מוחלשים בפרט,<sup>93</sup> מוליכה לכך שבמקרים מסוימים בת זוג תימנע מלהגיש תביעת גירושים, או אפילו תביעת מזונות, בשל חשש מאלימות פיזית, בשל חוסר יכולת כלכלית, בשל חוסר התחלת של התביעות הללו ולעיתים בשל החשש שתביעה כזו תוליך להחרפת היחסים המשפחתיים, ולעיתים היא גם תוביל לנתק בין האבות לילדיהם. לכן, אני תוהה האם אין מקום לריכוך של הניסוח הקיים של החוק, עדיף באמצעות תיקון חקיקה, ובתקופת הביניים באמצעים פרשניים. על פי התיקון המוצע, חלף הדרישה הקיימת להגשת תביעת גירושים ולפעולה אקטיבית במסגרתה, יש להסתפק בהוכחה על קיום נתק קבוע בין הצדדים בתוספת לדרישה שהמבקש שיתף פעולה עם הליך גירושים, ככל שבן זוגו יזם הליך כזה ולא מנע את הגירושים ובכך הפך לסרבן גט. נוסף על כך, יש להרחיב את החריג המקצר את תקופת הפרידה הנדרשת במקרים של שהייה במעון לנשים מוכות גם למקרים נוספים של אלימות קבועה שהופנתה כלפיהם, גם אם לא נמלטו למעון לנשים מוכות.<sup>94</sup> אני תוהה, האם אין זה נכון לפסוע צעד נוסף ובמקרים מסוימים-חריגים לפתוח פתח שיאפשר לבת זוג מוחלשת כלכלית, שהתנגדה במשך זמן מסוים להליך הגירושים, ליהנות מן ההטבות הקבועות בחוק. פתיחת פתח כזה ניתנת להצדקה משתי נקודות מבט. ראשית, היא עשויה להשתלב עם הניתוח המגדרי של דיני הגירושים המלמד על נסיבות שבהן סרבנות כלכלית, וכוודאי עיכוב זמני של הגט, הוא מוצדק (העיקרון השלישי). שנית, היא עשויה להיות מוצדקת במקרים של צורך סוציאלי מיוחד (כמשתלב עם הצורך לאזן את עקרונות הפעולה הממוקדים במדיניות הגירושים עם שיקולים סוציאליים). לי נדמה שקביעת ברירת מחדל קשיחה, הדרושת פתיחה של הליך לסיום הנישואים אך פותחת פתח צר לחריגה ממנה במקרים המתאימים של סרבנות כלכלית מוצדקת, או של התקיימות נסיבות סוציאליות משמעותיות, מתאימה יותר. מכל מקום, עניין זה מציף שוב את הקושי המוסדי ביישום מדויק של מדיניות אזרחית של דיני הגירושים, במסגרת הסדרת המעמד של "גירושים למעשה" אל מול הרשויות.

לסיכום הדיון, באופן אנליטי ניתן היה להציע ארבעה סוגים של הסדרים בהקשר של הגדרת "גרושה למעשה" כגרושה, לצורך קבלת הטבות כהורה יחיד: (1) זניחת ההכרה ב"גירושים למעשה" ודרישה לגירושים פורמליים; (2) אימוץ גישה פונקציונלית מלאה המסתפקת בהגשת תביעות ובקיום פירוד של ממש אך שאינה מבחינה בין סרבנים למסורבים; (3) אימוץ חלקי של גישת תחליף הגירושים המבחינה סרבנים וסרבניות על בסיס שיתוף פעולה עם הגירושים, ללא התייחסות לנסיבות הסרבנות ולקיומה של סרבנות מוצדקת; (4) אימוץ מלא של גישת תחליף הגירושים המבחינה בין סרבנים לסרבניות, ובין נסיבות שונות של סרבנות, תוך הכרה בסרבנות כלכלית מוצדקת. כאמור, מנקודת המבט הממוקדת אך ורק בשיקולים שמקורם בדיני הגירושים, החלופה הרביעית היא הראויה. עם זאת, לנוכח הקושי המעשי שיישום חלופה זו מעורר, כמו גם ההיבטים הסוציאליים המגיבים של המשפט, סברתי שנכון יותר יהיה כי חלופה 3 תשמש כברירת מחדל, אך החוק והפסיקה יפתחו פתח,

93 ראו שירי רגב-מסלם "הרגולציה של המשפחה בחוק הבטחת הכנסה" מחקרי משפט לב 269 (2019).

94 ראו בהקשר זה את הפרשנות הפורמלית-טכנית שניתנה לסעיף בפסק דינו של בית הדין לעבודה בב"ל (ח"י) 11-16-28350-11 רז'צקי – המוסד לביטוח לאומי (פורסם בנבו, 11.4.2019), לעיל ה"ש 91, ועב"ל (ארצי) 85/09 המוסד לביטוח לאומי נ' סנטור דרעי (פורסם בנבו, 8.3.2010).

בכל זאת, ליישום חלופה 4 ולהתחשבות בנסיבות של סרבנות כלכלית מוצדקת ו/או במתן הטבות ללא קשר לנסיבות אי הגירושים במצבים של צורך סוציאלי קיצוני.

לסיום הדיון במעמד המשפטי של "גרושים למעשה" ביחסיהם עם הרשויות במהלך חייהם, אתייחס לפרשת גבעת חיים,<sup>95</sup> שבה ערך בית המשפט העליון את הדיון המקיף ביותר שנערך עד היום בפסיקה בנושא מעמד של "גרושים למעשה", ושטרם זכה להתייחסות במחקר. הטריגר לדיון היה השאלה האם הקצאת יחידות דיור בקיבוץ לבני זוג "גרושים למעשה" תהיה כיחידים, קביעה שתזכה אותם בשתי יחידות דיור. בית המשפט ערך דיון מעמיק בדברי החקיקה הרבים שהסדירו את מעמד של "גרושים למעשה" והסיק מהם שהמחוקק, הלכה למעשה, הכיר במשמעויות המשפטיות ובתוצאות הנגזרות מהמצב העובדתי של פירוד בין בני זוג נשואים, וזאת אף לפני שהושלם הליך הגירושין.<sup>96</sup> מכאן עבר בית המשפט לדיון באמות המידה האזרחיות לקביעת "גירושים למעשה". הוא ערך אנלוגיה בין דיני הידועים בציבור לבין דיני ה"גירושים למעשה", ועל בסיס אנלוגיה זו הציע שעל בני זוג המעוניינים לקבל את המעמד של "גרושים למעשה" להוכיח כי "הם אינם בני-זוג הלכה למעשה, כי הם אינם מקיימים קשר זוגי וכי אינם מנהלים משק בית משותף". בהמשך הדברים הבחין בית המשפט בין בני זוג שבהסכמה החליטו שלא להתגרש בגירושים דתיים,<sup>97</sup> שמהם ראוי לתבוע אישור פורמלי על הסכמתם להיפרד, למשל באמצעות תצהיר,<sup>98</sup> לבין אחרים שלגביהם יש להידרש למאפיינים האובייקטיביים, כגון משך הזמן שבו בני הזוג פרודים,<sup>99</sup> העדרו של חשבון משותף, ניתוק הקשרים הכלכליים בין בני הזוג, קשרים חדשים שרקמו עם בני זוג נוספים ועוד.<sup>100</sup> יתרה מזו, ברוח ההבחנה המוצעת כאן, בין סרבנים למסורבים, ציין בית המשפט כי "יש לוודא כי התייחסותו של אדם להיותו פרוד הינה עקבית בכל ההקשרים הרלוונטיים. ברי כי אין לאפשר לאדם להיבנות, בהקשר מסוים, דוגמת שיוך היחידות לפי החלטה 751, מטענות לפיהן הוא פרוד, ובה בעת לטעון נגד הפרידה בבית משפט, בבית הדין הרבני

95 פרשת גבעת חיים, ראו לעיל, ה"ש 16.

96 ראו שם, בעמ' 20-22.

97 כך למשל כבר בתיאור העובדות התייחס בית המשפט, שם, בפס' 7 ו-8, להתנגדות עקרונית של בני הזוג שבהם עסקה העתירה להשתתפות בטקס גירושים דתי כסיבה לכך שבני הזוג יבחרו להיותר נשואים מן הבחינה המשפטית, למרות סיום הקשר.

98 ראו שם, בעמ' 31: "בנוסף, יש מקום לדרוש כי בני-זוג נשואים המבקשים להיות מוכרים כפרודים לצורך שיוך היחידות, יצהירו בפני עורך דין על פרידתם ועל נכונות העובדות שיפורטו בבקשתם בעניין זה. יוער, כי ייתכנו נסיבות בהן בני-זוג יהיו חלוקים בעניין זה ולא ניתן יהיה להציג תצהיר כאמור. לפיכך, אין לקבוע באופן גורף כי העדרו של תצהיר תמנע בכל מקרה מ'בני-זוג' לזכות בהכרה כפרודים לצורך שיוך היחידות, אלא יש לבחון שאלה זו על-פי מכלול הנסיבות בכל עניין ועניין".

99 בעמ' 31, בית המשפט הציע ברירת מחדל גמישה של שלוש שנים של פירוד. בית המשפט אף עמד על הצורך לשלב שיקולי מדיניות הנוגעים לדיני הגירושים בקביעה אימתית יכיר המשפט האזרחי ב"גירושים למעשה". ברוח זו הזכיר בית המשפט את הגישה המחקרית התומכת בגירושים ללא אשמה, אך חוששת מגירושים חפזים על פי דרישה של צד אחד. בית המשפט הזכיר גם את העמדה שבה תמכתי בעבר ולפיה משך זמן הפירוד יושפע מקיומם של ילדים.

100 ראו שם, בעמ' 29-32.



או בכל הקשר אחר".<sup>101</sup> בכך, פרשת גבעת חיים פותחת את הפתח לגישה הראויה הקובעת אמות מידה אובייקטיביות אזוריות-עצמאיות לפירוד כמתחייב על פי העיקרון הראשון, ובה בעת מבחינה בין סרבנים לבין מסורבים כמתחייב על פי העיקרון השני.

### (ב) גמלאות וקצבאות שאירים הניתנות לאחר חיי בני הזוג

חלק זה בוחן מקרים שבהם השאלה האם "גירושים למעשה" ייחשבו בעיני הרשויות כגירושים נכחת לאחר מות אחד מבני הזוג. על כן, בשלב ההחלטה לא ניתן עוד להשפיע על הגירושים במקרה הקונקרטי. בהתאם לשיקולי המדיניות שהוצגו בפרק הקודם, נבחין בין שני מקרים: (1) מקרים העוסקים בזכות לגמלה של ה"גרוש למעשה". (2) מקרים העוסקים בזכות לגמלה של בת זוג החדשה של ה"גרוש למעשה", לאחר מותו ובמיוחד במקרים העוסקים בעימותים שבין הזכויות לגמלה של בת הזוג החוקית לאלו של בת הזוג החדשה.

#### (1) הזכות לגמלה של ה"גרוש למעשה"

ככל שמדובר בזכות לגמלה של ה"גרוש למעשה", המשפט הישראלי נוקט עד היום את הגישה הפונקציונלית, או את גישת המשפט המגיב למציאות, המתייחסת ל"גירושים למעשה" כגירושים תוך התעלמות מוחלטת מזהות הסרבן ומנסיבות הסרבנות. זוהי רוחה של פרשת פסלר, שנדונה לעיל<sup>102</sup> ושבה העניק בית המשפט לסרבנית הגט ה"גרושה למעשה" את הזכות לקבל את גמלת השאירים של בן זוגה החדש לאחר שנפטר אף על פי שבמשך חייה עדיין הייתה נשואה לבעלה החוקי ושממנו סירבה להתגרש.

בפרשת פסלר נבעה הדרישה של ה"גרושה למעשה" לגמלה מהקשר עם בן הזוג החדש. משום כך, במקרה זה ההכרה בה כ"גרושה למעשה" פעלה לטובתה, שהרי היא אפשרה לה לקבל גמלה כידועה בציבור של בן הזוג החדש (המנוח), אף על פי שלא התגרשה באופן רשמי מהבעל החוקי. לעומת זאת, קיימים מקרים אחרים שבהם הכרה ב"גירושים למעשה" כגירושים פועלת לרעת ה"גרושים למעשה". סעיף 238 לחוק הביטוח הלאומי הוא דוגמה מובהקת לסוג כזה של מקרים. הסעיף עוסק בזכאות לגמלת שאירים. הזכאות מוענקת ברגיל למי שהיו בני זוגם של המנוחים בעת המוות, ועל כן נשללת ממני שהתגרשו. במונחי פרשת פסלר, הדיון בסעיף היה מתעורר לו היה הבעל "החוקי" נפטר וגב' פסלר הייתה דורשת קצבת שאירים כאלמנת הבעל החוקי למרות היותם "גירושים למעשה". הסעיף מדרגים יישום נוסף של הגישה הפונקציונלית מוכוונת המציאות, כמו גם את סכנותיה, והפעם בחקיקה. הסעיף מגדיר לצרכים שונים, שהמשמעותי מתוכם הוא הזכות לקצבת שאירים, פרידה של שלוש שנים מתוך חמש השנים שקדמו למות המנוח, כגירושים. הסעיף מחרג פרודה המקבלת

101 ראו שם, בעמ' 31, שבית המשפט הוסיף וקבע כי "העדר הסבר מניח את הדעת לכך שבני-הזוג לא החלו בהליכי גירושין עשוי, בנסיבות מסוימות, להוות אינדיקציה לכך שאין מדובר בפרידה סופית ואמיתית". בהקשר אחר הזכיר בית המשפט את הביקורת שהטחתי בעבר על הלכת קרן מקפת, לעיל ה"ש 14, שהעדיפה את הידועה בציבור על פני האישה החוקית ללא קשר לנסיבות אי הגירושים, אך לא ברור האם אימץ את הביקורת כהנחיה מעשית לעתיד. ראו שם, בעמ' 26.

102 ראו פרק א.2.

מזונות, אך הוא אינו מבחין בין סרבן ומסורב. משכך, אלמן ואלמנה שהם "גרושים למעשה" על פי ההגדרות שבסעיף לא יקבלו קצבת שאירים כאילו היו גרושים. כפי שהסברתי חזור והסבר, יישום הגישה "הפונקציונלית" במקרים דמויי פרשת פסלר פוגע פגיעה קשה בשיקולי הצדק ובשיקולי הכוונת ההתנהגות העתידית שמקורם בדיני הגירושים, ובכך הוא הופך את מוסד ה"גירושים למעשה" למוסד תומך סרבנות גט. עם זאת, חרף התנגדותי להלכת פסלר, יהיו שיצדיקו את ההלכה בנושא זה, למרות מחירה, בשל שיקולים סוציאליים, כמו גם בשל הקושי להבחין בחלוף הזמן בין סרבנות מוצדקת לסרבנות שאינה מוצדקת. לעומת זאת, בהקשר של סעיף 238 לביטוח לאומי, יישום הגישה הפונקציונלית, השוללת את הזכות לקצבת שאירים מ"גרושים למעשה", ללא הבחנה בין סרבנים למסורבים, פוגע ביכולת של מוסד ה"גירושים למעשה" לתפקד כתחליף גירושים ראוי, ללא כל הצדקה סוציאלית. להפך, הסעיף מוליך לפגיעה קשה במסורבות ובמסורבי גט, שלא היו זכאיות למזונות בתקופה שלאחר הפירוד. מחד גיסא, הם לא יכלו להתחתן כל עוד חיו בני זוגם הסרבנים, ומאידך גיסא, לאחר מותם, הם אינם זכאים לגמלת שאירים כאלמנות או כאלמנים.<sup>103</sup> סוגיית קצבת השאירים של ה"גרושים למעשה" ממחישה, אם כן, את חששו מפני תוצאות שליליות אפשריות של מוסד ה"גירושים למעשה", אם יעוצב בהתאם לגישה הפונקציונלית מבוססת המציאות, ללא התחשבות במדיניות הגירושים. לכן אני ממליץ על תיקון הסעיף ועל הוספת סייג שלפיו "גרוש למעשה" שפעל להשגת גירושים בערכאה הרלוונטית לא ייחשב כגרוש, וזכותו לקצבת שאירים מן הזוג החוקי שממנו לא התגרש עד יום מותו לא תיפגע.

(2) הזכות לגמלה של בת זוגו החדשה של סרבן הגט ה"גרוש למעשה" לאחר מותו כעת נפנה למקרים שבהם מי שמבקש לקבל את גמלת השאירים או מקבילות לה של ה"גרוש למעשה" לאחר מותו איננו הגרוש, אלא בת זוגו החדשה. נושא זה מתעורר בעיקר בהקשר של סוגיית הידוע בציבור הנשוי ובקשר לגמלאות שונות שמקורן בביטוח לאומי, בחוקי הפנסיה ו/או בחוקים ספציפיים נוספים העוסקים בגמלאות נקודתיות.<sup>104</sup> במונחי פרשת פסלר, הדין בהיבט זה היה מתעורר לו נפטרה גב' פסלר ראשונה וכן הזוג החדש (הידוע בציבור) הוא שהיה תובע גמלת שאירים ו/או פנסיה כבן זוג לשעבר של גב' פסלר.

103 ואכן, לצורך המחקר הנוכחי, ערכנו במאגר המשפטי "נבו" חיפוש של פסקי הדין של בית הדין לעבודה שעסקו בסעיף 238 הנ"ל. מבלי להציף את הקוראים באזכורים של עשרות פסקי דין, עיון בפסקי הדין הללו מלמד כי ברוח הגישה הפונקציונלית הם ערכו בדיקה אובייקטיבית של השאלה האם בני הזוג נפרדו, תוך שהם מרגישים שמדובר בשאלה עובדתית ולא משפטית. משכך, ברוב המקרים של פסקי הדין בנושא אין בתי הדין מתייחסים כלל לשאלה מדוע לא התגרשו הצדדים, וודאי שלא ייחסו לה משמעות. על רקע זה בולטת התייחסותו של בית הדין לעבודה בפרשת בסה, לעיל ה"ש 10, בפס' 16-17, לסעיף 238 הנ"ל. פסק דין בסה המשיך את גישת הפסיקה הקיימת בהקשר של הסעיף, עם זאת הוא הציף את הנושא ואת הביקורת על הפגיעה במסורבת הגט.

104 כך, למשל, תמ"ש (ת"א) 1720/00 פ. ל. נ' נ. ת. (פורסם בנבו, 8.5.2003), עסק בגמלה המשתלמת מכוח חוק נכי רדיפות הנאצים לכן זוגו של אדם שנפטר.

עיון בפסיקות בתי המשפט בעשורים האחרונים בנושא המעמד הכפול של אנשים נשואים כידועים בציבור מגלה תמונה מורכבת. מחד גיסא, בניגוד לקו המרכזי בפסיקה שלא הבחין בין סרבנים ומסורבים, נמצאה גם פסיקה דיונית שעסקה בזכותה של ידועה בציבור של אדם נשוי לגמלה, ובעימות המתעורר בהקשר זה בין האישה הנשואה לבין הידועה בציבור, ומתחה במפורש את הקו המקשר בין שאלת הסרבנות ונסיבותיה לבין הזכאות לגמלה.<sup>105</sup> קו חשיבה זה עשוי היה לקבל רוח גבית אף מפסיקת בית המשפט העליון, שבהקשר של היחסים הכלכליים בין ידועים בציבור שאחד מהם נשוי אימצה במפורש את ההבחנה בין סרבנים לבין מסורבים.<sup>106</sup>

מאידך גיסא, ניתן להצביע על פסיקות של בית המשפט העליון העוסקות במקרים של עימותים בין נשים שהיו נשואות למנוח לבין ידועות בציבור שחיו עימו עד למותו, לגבי זכויותיהן לפנסיית השאירים, ומעדיפות באופן עקבי את הגישה "המהותית" הפונקציונלית הרואה בפירוד הקבוע וב"גירוש למעשה" גירושים, ועל כן מעדיפות את זכויות הידועות בציבור. זאת, מבלי להזדקק לסיבת אי הגירושים ולהבחנה בין סרבנים למסורבים.<sup>107</sup> שני פסקי הדין המכוננים בנושא, פרשת קרן מקפת<sup>108</sup> ופרשת אריאל,<sup>109</sup> ניתנו בתקופה שקדמה לחוק לחלוקת חיסכון פנסיוני בין בני זוג.<sup>110</sup> בתקופה זו, על פי דיני הפנסיה, גרושה של עמית הזכאי לפנסיה תקציבית לא הייתה זכאית לקצבת שאירים לאחר מות בעלה, וזאת גם

105 שם העדיף בית המשפט לענייני משפחה את זכות הידועה בציבור לגמלה על פני זכותה של אישה סרבנית גט. כך נימק בית המשפט את דבריו בפס' 7: "הקשר הדברים בפרשת סג הביא את ביהמ"ש למסקנה, כי יש ליתן למונח 'נשוי לאשה' בס' 146 לחוק הירושה פרשנות מהותית על מנת שלא 'תצא חוטאת נשכרת' (האישה הראשונה). כך יש לנהוג גם בענייננו. יש להעדיף את התובעת על פני הנתבעת 1 אשר נמצאה בנתק מוחלט מהמנוח מאז 1966, עת נפרדו, מזה 37 שנים. איזו הצדקה יש להעדיף אותה ולזכותה בגמלה הנרונה, על פני מי שקשרה עמו את גורלה וחלקה עמו את שארית חייה עד למותו?".

106 ראו בפסק דינה של הנשיאה בייניש בבג"ץ 4178/04 פלוני נ' בית הדין הרבני לערעורים, פ"ד סב(1) 235 (להלן: פרשת פלוני), פס' 9 לפסק דינה של הנשיאה בייניש (2006): "לדעה לפיה ראוי כי ההכרה בזכויותיו של ידוע-בציבור הנשוי לאחר, תיגזר מבחינת הטעמים לאי גירושיו, ראו: ספרו הנ"ל של ליפשיץ וליפשיץ הידועים בציבור, לעיל ה"ש 4, בעמ' 352-357]. בהתחשב בכך, אין לשלול מראש קיומן של נסיבות בהן יוכח שיתוף נכסים בין בני-זוג ידועים בציבור, אף כאשר אחד מהם טרם התגרש מבן-הזוג לו הוא נשוי, למשל עקב סרבנות גט מתמשכת ובלתי הוגנת מצידו של בן-הזוג הנשוי לידוע בציבור".

107 ראו פרשת קרן מקפת, לעיל ה"ש 14; וביקורת עליה בספרי הידועים בציבור, לעיל ה"ש 4, בעמ' 275-279. בית המשפט העליון דבק במדיניות הקודמת ונמנע מהתייחסות לזוהות הסרבן ולסיבות אי הגירושים בע"א 1966/07 אריאל נ' קרן הגמלאות של חברי אגוד בע"מ (פורסם נבנו, 9.8.2010) (להלן: פרשת אריאל).

108 פרשת קרן מקפת, לעיל ה"ש 14.

109 בניגוד לפרשת פלוני, לעיל ה"ש 106, שבה הפנה בית המשפט להבחנה שערכתי בין סרבנים ומסורבים וקרא לאמצה, בפרשת אריאל, לעיל ה"ש 107, בית המשפט העליון דבק במדיניות הקודמת ונמנע מהתייחסות לזוהות הסרבן ולסיבות אי הגירושים.

110 ראו חוק לחלוקת חיסכון פנסיוני בין בני זוג שנפרדו, התשע"ד-2014, ס"ח 2466 (להלן: חוק לחלוקת חיסכון פנסיוני).

אם הזכאות לקצבה נוצרה בתקופת החיים המשותפים.<sup>111</sup> משום כך, המשמעות של יישום הגישה הפונקציונלית המתייחסת ל"גרשה למעשה" כגרשה הייתה דרמטית. כל עוד חי הגרוש העמית, הרי שלנוכח דיני הרכוש הזוגי הייתה גרושתו ו/או "גרושתו למעשה" זכאית לחלק בקצבת הפרישה שחושב בהתאם לחלק היחסי שבין תקופת החיים המשותפים לבין תקופת הצבירה של הגמלה. לעומת זאת, עם מותו של העמית, בת הזוג החדשה הידועה בציבור ולא האישה החוקית זכתה במלוא קצבת השאירים, הגם שהזכות לגמלה נצברה בתקופת החיים המשותפים עם האישה החוקית.

לכאורה ניתן להצדיק את תוצאות פסקי הדין הללו בעיקרון של הגשמת רצון המת. שכן, בכל המקרים הללו, המנוח הביע את רצונו שהידועה בציבור ולא אשתו החוקית, שממנה סירב להתגרש, תשמש כמוטבת של קצבת השאירים.<sup>112</sup> אולם, כפי שמיטיב להבהיר בית המשפט בפרשת קרן מקפת, דיני הפנסיה בכלל, ותקנות הקרן הספציפית בפרט, מושתתים על עקרונות של שוויון, רווחה, ערבות הדדית בין החברים ועקרונות סוציאליים. בית המשפט מציין, ובצדק, כי קרנות הפנסיה בשל מטרותיהן הציבוריות והחברתיות מקבלות תמיכה ציבורית בצורות שונות בצד פיקוח על פעילותן. בית המשפט מבהיר כי המחיר לכך הוא נוקשות מסוימת ביכולת של העמית לשנות את תנאי הפנסיה, או אפילו את זהות המוטבים.<sup>113</sup> ברוח זו, בית המשפט גורס כי אין להתיר לחבר בקרן פנסיה לקבוע, בתור מוטב הזכאי לפנסיה, לכל ימי חייו, אדם שאינו נמנה עם השאירים המצוינים בתקנות, או אפילו לשלול זכאות לקצבה מאדם הזכאי לה, מתוך מטרה סוציאלית מובהקת.<sup>114</sup> בית המשפט מציין בהקשר זה את עקרון תום הלב ככלי משפטי שעשוי להגביל את החופש של חברי הקרן לשנות את זהות המוטבים כאמור. אף בפרשת אריאל עסק חלק משמעותי מפסק הדין בתחולת עקרון תום הלב על דיני הפנסיה, ועל כך שעיקרון זה גובר על חופש ההתנאה של הצדדים. על רקע המאפיינים הללו של דיני הפנסיה, אני סבור כי פסיקת בית המשפט, בשתי הפרשיות הללו, שממנה משתמע כי אדם יוכל לעגן את אשתו בחייו ובה בעת לנשל אותה כליל מזכויותיה לאחר מותו, מקוממת במיוחד. להשלמת התמונה אציין כי החוק לחלוקת חיסכון פנסיוני בין בני זוג ערך שינויים משמעותיים בדיני הפנסיה, והמשמעותי ביניהם, לצורכי המאמר הנוכחי, הוא זכאותה של הגרושה (במונחי מחקר זה "האישה החוקית") המבוטחת בשיטה של צבירת זכויות (בז'רגון "פנסיה תקציבית"), לחלק יחסי בקצבת השאירים, התואם ליחס שבין תקופת החיים המשותפים לתקופת הצבירה הכוללת של העמית.<sup>115</sup> משכך, במצב המשפטי השורר כיום, גם "גרשה למעשה" שתיחשב כגרושה על פי החוק תזכה לחלק יחסי בקצבת השאירים כאמור בעבור תקופת החיים המשותפים.<sup>116</sup>

111 ראו משרד המשפטים דין וחשבון הוועדה לחלוקת חסכון פנסיוני בין בני זוג שנפרדו (2010).

112 ראו דיונון בהקשר זה להלן פרק ב.2.

113 פרשת קרן מקפת, לעיל ה"ש 14, פס' 13 לפסק הדין.

114 שם, בפס' 15 לפסק הדין.

115 במקרה של קרן פנסיה הפועלת על פי גישה של צבירת כספים, או בז'רגון פנסיה צוברת, ההגנה על זכותה של הגרושה פשוטה יותר, שכן כבר בעת הגירושים הסכים שנצבר בתקופת החיים המשותפים מחולק לשתי קופות נפרדות. ראו פרק ג לחוק לחלוקת חיסכון פנסיוני.

116 ראו ס' 22 לחוק לחלוקת חיסכון פנסיוני.

בפרק הקודם, בעת שהוצגו עקרונות המדיניות הראויים, פתחתי פתח להכרה בגישה פונקציונלית מבוססת מציאות שאינה מבחינה בין סרבנים למסורבים בכל הקשור לזכויות סוציאליות של בני או בנות הזוג של סרבנים התובעים גמלאות לאחר מותם. עם זאת, סייגתי עמדה זו למקרים שבהם הזכות הנטענת אינה באה על חשבונה של האישה החוקית.<sup>117</sup> לנוכח האמור, ברור שהביקורת על פסקי הדין בעניין קרן מקפת ואריאל, שהעדיפו את הידועה בציבור על פני בת הזוג החוקית גם במקרים של סרבנות, עומדת בתוקפה. לעומת זאת, דומה שהאיוון שיצר המחוקק בחוק לחלוקת חיסכון פנסיוני בין זכותם של הגרושים של העמיתים לזכות של בני או בנות הזוג החדשים, המקנה לגרושים קצבת שאירים בשיעור המתיחס ליחס בין תקופת החיים המשותפים לבין תקופת הצבירה של החיסכון הפנסיוני, מתאים גם בהקשר של ה"גרושים למעשה", ואפילו כשמדובר במסורבים.

עם זאת, החוק לחיסכון פנסיוני והחלוקה ההגיונית המוצעת בו בין הזכות לגמלה של הגרושה וה"גרושה למעשה" לבין הזכות של בת הזוג החדשה, אינו ישים לכל סוגי הגמלאות. לכן, מתעורר החשש שהקו המרכזי של הפסיקה, כפי שהוא משתקף בהלכות קרן מקפת ואריאל, אשר מתעלם לחלוטין משאלת הסרבנות, יוליך לכך שבהקשרים נוספים שהחוק לחיסכון פנסיוני אינו עוסק בהם ושלגביהם יתעורר עימות בין הזכות לגמלה של האישה החוקית, שהיא "גרושה למעשה", לבין הזכות לגמלה של האישה החדשה הידועה בציבור, תועדף הזכות של הידועה בציבור גם כאשר זכות זו תבוא על חשבונה של הזכות של האישה החוקית לגמלה.<sup>118</sup>

לקראת סיום החלק הנוכחי, ברצוני להציג נקודת מבט נוספת על דיני הפנסיה, ואולי בעקבות זאת להציע תיקון חקיקתי נוסף.

כזכור, בחלק הקודם סברתי שיש חשיבות רבה לנקודת הזמן שבה נתבעת ההכרה כ"גרוש למעשה". טענתי שככל שההכרה מתעוררת בזמן שבני הזוג הנשואים עודם בחיים יש לתת משקל רב יותר לנסיבות אי הגירושים, וזאת מתוך רצון לעודד הסדר גירושים הגון (העיקרון השלישי). אולם כאשר הזכויות נתבעות בדיעבד לאחר מות אחד מהצדדים, למשל במקרים של גמלאות וקצבאות, האפשרות לתמרץ הסדר כזה כבר אינה רלוונטית (השיקולים המוסדיים). עוד הצבעתי על כך שחלוף הזמן יקשה על ביורר נסיבות אי הגירושים ועל הצורך להגן על בת הזוג החדשה, שלא תמיד מודעת לנסיבות הללו. לכן סברתי שבהקשרים הללו, שהם ההקשרים הטיפוסיים שבהם מתעוררים סכסוכים לגבי גמלאות, יש לתת משקל רב לגישה הפונקציונלית.

117 ראו לעיל, בפרק א.4; כמו כן ראו את העקרונות המוצעים על ידי ה-ALI בארצות הברית הנכונים להכיר בשותפות ביתית בין אדם נשוי לבת זוג חדשה אך עומדים על כך שזכויות האישה החוקית לא תיפגענה. ראו ALI, לעיל ה"ש 33.

118 מעניין שבעוד שבחוק לחיסכון פנסיוני מוצע מודל של חלוקה בין הגמלאות, ס' 258 לחוק הביטוח הלאומי קובע שמבוטח שהניח אחריו יותר מאלמנה אחת תהיה כל אחת מהן זכאית לגמלת שאירים כאילו היא אלמנה יחידה. יישום סעיף זה, במקרה דנן, פותח פתח למצב שבמסגרתו הן מסורבת הגט והן הידועה בציבור החדשה תזכינה לגמלה. עם זאת, אפשרות זו רלוונטית במקרים של כיס עמוק, דוגמת זו של הביטוח הלאומי, אך אינה ישימה לכלל הגמלאות.

אולם, בהקשר זה, קיים הבדל משמעותי בין גמלאות המשתלמות מכוח דיני הפנסיה לבין גמלאות נוספות. ככל שמדובר בדיני הפנסיה ניתן לדרוש, וכפי שמלמדת פרשת אריאל דרישה כזו אכן קיימת במרבית התקנונים של חברות הפנסיה, שהודעה על כך שפלוגי או פלוגית הם ידועים בציבור של העמית ולכן ייחשבו למוטב תועבר לקרן הפנסיה בחיי העמית.<sup>119</sup> כהמשך לכך, אני מציע לתקן את החוק הקיים ולקבוע בחקיקה חדשה חובה שתוטל על קרן הפנסיה ו/או על המדינה, במקרים שבהם מדובר בפנסיה מן המדינה, להעביר הודעה כזו הן לבן הזוג החדש והן לבן זוגו הנשוי של העמית. כהמשך לכך, יש לקבוע תקופת זמן שבה יוכל בן זוגו "החוקי" של ה"גרוש למעשה" לפנות לערכאה רלוונטית ולמנוע את שינוי המוטב בטענה שהוא מסורב או מסורבת גט. במקרה כזה יוזמנו העמית ובת/בן זוגו החדשים להליך שיפוטי, ובעקבותיו תקבע הערכאה הרלוונטית האם לאפשר לבן או לבת הזוג החדשים של העמית להירשם כמוטב. לצורך זאת, על הערכאה הרלוונטית לקבוע שהעמית לא היה זה שמנע את הגירושים. בדרך זו יוקדם העימות בין הידועה בציבור (האישה החדשה) והאישה הנשואה החוקית, וכך תושגנה ארבע מטרות: (1) בזמן אמת וכאשר כל הצדדים המעורבים נוכחים יונגש לערכאה השיפוטית מלוא המידע הרלוונטי; (2) ההתחשבות במדיניות של דיני הגירושים תשפיע לא רק מכאן ולהבא אלא גם על האפשרות למנוע סרבנות במקרה הקונקרטי; (3) תושג ודאות משפטית וכל אחד מבני הזוג המתחרים ידע מה מעמדו; (4) יוסר החשש שבן הזוג החדש אינו מודע לנסיבות אי הגירושים.

## 2. ירושה

חוק הירושה מעניק זכויות ירושה משמעותיות לבן זוגו של המנוח, וזאת כמובן בכפוף לזכותו של המנוח לערוך צוואה. בשנים האחרונות, חלק משופטי בית המשפט לענייני משפחה מאמצים פרשנות "מהותית" פונקציונלית של הגדרת "בן זוג" בחוק הירושה, ובהתאם לה הם מתייחסים לבני זוג שהיו "גרושים למעשה" כגרושים. לנוכח התייחסות זו הם שוללים את זכות "השורד" לירושת בן זוגו.<sup>120</sup> ברם, כהמשך לנטייה של הפסיקה בהקשרים אחרים שלא להתייחס לזהות הסרבן, אף בהקשר של דיני הירושה, ברוב המכריע של פסקי הדין

119 ראו פרשת אריאל, לעיל ה"ש 107, פס' 2 לפסק דינו של השופט דנציגר.

120 ראו תמ"ש (משפחה י"ם) 57918-06-15 ע.ח.פ.נ' ר.פ. (פורסם בנבו, 18.2.2016); ת"ע (משפחה חי') 12601-03-09 פלוגית נ' פלוגי (פורסם בנבו, 2.11.2009); עורד ראו תמ"ש (משפחה נצ') 34273-05-15 מ.ג.נ' ר.א. (פורסם בנבו, 3.5.2017). שלושת פסקי הדין הללו מובאים על ידי הלפריץ-קררי ושומאלי, לעיל ה"ש 8, בעמ' 621, כאינדקציה למגמה החדשה. עם זאת, יש להודות כי רוב פסקי הדין הדיוניים עודם מקבלים את ההגדרה הפורמלית-טכנית של "נשוי" לצורך חוק הירושה, והם רואים "גרושים למעשה" כנשואים. ראו, למשל, את הפסיקה הדיונית מן השנים האחרונות: עמ"ש (ת"א) 38845-10-12 פלוגית נ' ל.א. (פורסם בנבו, 7.1.2015); תמ"ש (משפחה נצ') 34273-05-15 מ.ג.נ' ר.א, שם; ת"ע (חי') 27239-07-13 עיזבון המנוחה ש' ק' ז"ל נ' נ' (פורסם בנבו, 19.2.2017); תמ"ש (ראשל"צ) 33818-05-11 ד.ש' נ' ח.ש. (פורסם בנבו, 2.10.2013); ת"ע (ת"א) 54778-12-13 עזבון המנוח ה' י' ז"ל נ' ל' ר' ה' (פורסם בנבו, 3.12.2018); תמ"ש (בש) 50714-04-17 ש' נ' נ' (פורסם בנבו, 28.10.2019).

שבהם יושמה הגישה המהותית לא הבחינו בתי המשפט בין סרבנים למסורבים.<sup>121</sup> כך, בעניין פלונית נ' פלוני,<sup>122</sup> דובר על אישה שעזבה את הבית וביקשה להתגרש. בבית המשפט לענייני משפחה חתמו הצדדים על הסכמה להתגרש, אולם בפועל סירב הבעל להתגרש. בית הדין סירב לחייב, או אפילו לצוות על הבעל להתגרש, מאחר שראה את האישה כ"מורדת" וכמי שפירקה את הנישואים ללא סיבה. בית המשפט לענייני משפחה הדהד את הרטוריקה של בית הדין הרבני, שהאשים את האישה בפירוק קשר הנישואים, הפעיל את המבחן "המהותי" פונקציונלי המציג את בני הזוג כ"גרושים למעשה", ושלל מן האישה את זכותה כיורשת. הגנה כי כן, מדובר במקרה מובהק שבו נותרו הצדדים נשואים בשל סירובו של הבעל החוקי המנוח להתגרש,<sup>123</sup> ועדיין, בית המשפט לענייני משפחה הפעיל את המגמה המהותית המרחיבה ושלל ממסורבת הגט את זכויות הירושה המגיעות לה כאלמנה. מקרה זה חושף הקשר נוסף שבו מדיניות המרחיבה את ההכרה האזרחית ב"גירושים למעשה" כגירושים עלולה לפעול דווקא כנגד מסורבות הגט.<sup>124</sup> משום כך, לשיטתי, לעמדה העקרונית התומכת באפשרות לפרשנות מהותית של המונח "בן זוג" בחוק הירושה יש להוסיף הסתייגות שלפיה הפרשנות המהותית מוכוונת המציאות המתייחסת ל"גרושים למעשה" לא תחול במקרים שבהם סרבן הגט הוא שנפטר, ושהתייחסות ל"גירושים למעשה" כגירושים תוביל להדרת מי שביקש להתגרש וסורב על ידי המנוח. בדרך זו יבחין הדין<sup>125</sup> בין מקרים שבהם נפטר המסורב, כמו גם מקרים של הסכמה משותפת לסיים את הקשר אך לא להתגרש, הסכמה שקיבלה ביטוי אובייקטיבי ברור שבהם ראוי להפעיל את הגישה המהותית לבין מקרים שבהם נפטר סרבן הגט ושבהם יש לדבוק בהגדרת הנישואים הפורמלית. במקרים מן הסוג הראשון, יישום הגישה הפונקציונלית, המבקשת להתייחס למהות הקשר, ובהקשר של דיני הירושה להגשים

121 כך, למשל, מתוך שלושה פסקי הדין המובאים במאמרם של שמואלי והלפרין קררי, לעיל ה"ש 8, כמסמנים את המגמה החדשה, רק באחד מהם התייחס בית המשפט לעובדה שהמנוחה הייתה מסורבת גט כסיבה לדחיית התביעה של בן הזוג הסרבן. תמ"ש (משפחה י"ם) 57918-06-15 (פורסם בנבו, 18.2.2016).

122 ת"ע (משפחה חי') 12601-03-09 פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 2.11.2009).

123 באופן מתמיה, הלפרין-קררי ושמואלי, לעיל ה"ש 8, בעמ' 621, מאפיינים מקרה זה כמקרה שבו "אין התייחסות לסיבה לפירודם של בני-הזוג, ולא נבחן קיומה של סרבנות גט מצד מי מהם". אולם עיון בעובדות פסק הדין יגלה, כאמור, שבית המשפט התייחס גם התייחס לנסיבות אי הגירושים ובכך אימץ את הגישה המהותית כנגד מסורבת הגט, עניין הממחיש את הקושי הניצב בפני תומכי הגישה המהותית שאינם רגישים מספיק לתוצאות הקשות שעלולות להיגזר ממנה.

124 ודוק, בדומה לביקורת על ס' 238 לחוק הביטוח הלאומי, גישת משפט מבוססת מציאות ניתנת להצדקה מסיבות סוציאליות, אך כאשר התוצאה שלה היא פגיעה דווקא במסורבי ומסורבות הגט – אין להכיר בה.

125 למקרה שבו פעל בית המשפט כראוי וייחס חשיבות לזהות הסרבן, ראו לאחרונה תמ"ש (ת"א) 3688-09-18 א.ק. נ' ע.ק. (פורסם בנבו, 6.4.2020). אוסיף ואזכיר מקרה נוסף שבו הסכימו הצדדים על הגירושים, אולם הבעל נפטר בנסיבות טרגיות בטרם מומשה הסכמתם. במקרה זה הפעיל בית המשפט, ובצדק, את המבחן המהותי. ראו ת"ע (חי') 2120/08 עזבון המנוח פלוני ז"ל נ' פלונית (פורסם בנבו, 20.1.2010).

את רצונו הממשי של המנוח ומניחה שמסורב הגט, כמו מי שהסכימו על סיום היחסים במשותף, לא מתכוונים להוריש את רכושו לכן זוגו החוקי, משתלבת עם הגישה המבקשת לעשות צדק עם מסורבי הגט. לעומת זאת, לשיטתי, במקרים דוגמת פלונית נ' פלוני הנ"ל, העוסקים במסורב או במסורבת גט, המבקשים לרשת את בן זוגם שסירב להתגרש, כאשר המנוח סירב לגירושם במהלך חייו, שגה בית המשפט בכך שהפעיל את הגישה המהותית, ועל הדין להחשיב את מסורבי הגט כבני זוג של הסרבן גם במותו כפי שהיה בחייו, בהתאם להגדרה הפורמלית.<sup>126</sup>

לקראת סיום הדין בדני הירושה, אזכיר כי במסגרת הצעת חוק דיני ממונות, ובעקבות ועדת טירקל שעסקה בתיקונים הנדרשים לחוק הירושה, הוצע לאמץ בהקשר של דיני הירושה את הגישה הפונקציונלית-מהותית ללא הבחנה בין סרבנים ומסורבים. על פי ההצעה, תקופה של שלוש שנים של פירוד המלווה בכוונה לסיים את הקשר מצד מי מהצדדים תפקיע את מעמדם כבני זוג לצורך חוק הירושה.<sup>127</sup> בעוד שבתחומים אחרים שבהם עסקנו ביקרתי בחריפות יישום של גישה פונקציונלית שאינה מלווה בהבחנה בין סרבנים למסורבים, בתחום דיני הירושה ניתן להבין גם עמדה שונה. על פי עמדה זו, במצבי ירושה, בשונה מתחומים אחרים שבהם עסקנו, יש להתמקד בהיבט הפונקציונלי של המשפט, ולפיו רצונו המשוער של בן הזוג הסרבן היה להדיר את המסורב, ומנגד אין להתייחס לתפקידם של ה"גירושים למעשה" כתחליף גירושם ולהבחנה בין מסורבים וסרבנים. הגיונה של הטענה נובע מהנסיבות הייחודיות של דיני הירושה. ההצדקה המרכזית לגישת תחליף הגירושים היא מניעת סרבנות, אולם במצבי ירושה לא ניתן למנוע את הסרבנות במקרה הנקודתי. נוסף על כך, ניתן לטעון שחופש הציווי הקיים במשפט הישראלי מחליש גם את היבט הכוונה ההתנהגות לגבי זוגות עתידיים, שכן ממה נפשך, אם סרבנים מודעים לכלל המשפטי – הם ידירו את בני זוגם המסורבים באמצעות צוואה, ולעומת זאת אם אין הם מודעים אליו – לא יהיה ניתן לכוון את התנהגותם באמצעות כלל זה. לא אכחיש שמדובר בטיעונים בעלי תוקף. עם זאת, אני סבור שלגישת תחליף הגירושם ולהבחנה בין סרבנים ומסורבים יש גם היבטים של צדק ושל חינוך. על פי גישה זו, אין זה הוגן שמסורבת גט שלאורך חייו של הסרבן שילמה את המחיר על מעמדה כנשואה תוכר לאחר מותו כגרושה. כיוצא בזאת, אין זה צודק להעמיד בפני הסרבן "שירות" של הגשמת רצונו המשוער, כאשר לא טרח לערוך צוואה תוך פגיעה במסורבת הגט. לכך יש להוסיף שלגישה המהותית, ולהתייחסות לסרבן ה"גרוש למעשה" כגרוש, השלכה רוחבית על מקרים אחרים. מאידך גיסא, לגינוי כלפי הסרבן, המשתקף בין היתר ביישום הלא-סימטרי של הגישה המהותית, משמעויות חינוכיות שעשויה להיות להן

126 אציין כי בשלב הערעור בוטל בהסכמה פסק הדין בעניין פלונית נ' פלוני, לעיל ה"ש 122, כאשר באופן חריג ציינו שתיים מן השופטות בבית המשפט המחוזי שהוא כולל שגיאות בתוצאה ובנימוקים. ראו עמ"ש (חי') 934-01-10 פלונית נ' פלוני (המנוח) (פורסם בכנו, 4.3.2010). השופטות לא פירטו לאילו שגיאות הן מכוונות, ואני רוצה לקוות שאין הן מסתייגות מעצם השימוש בפרשנות המהותית של הגדרת בן זוג אלא רק מיישומה כנגד מסורבת גט המואשמת על ידי בית הדין בפירוק הנישואים.

127 ראו ס' 693 להצעת חוק דיני ממונות, התשע"א-2011, ה"ח הממשלה 712. על פי ההצעה, תקופה של שלוש שנים של פירוד המלווה בכוונה לסיים את הקשר מצד מי מהצדדים תפקיע את מעמדם כבני זוג לצורך חוק הירושה.



השלכה עתידית על ההתקבלות החברתית של מושג הסרבנות. לכן, לשיטתי, ראוי להוסיף סייג לתיקון המוצע המבהיר כי בן זוג "גרוש למעשה" ייחשב בכל זאת כבן זוג במקרה של סרבנות גט. יצוין שבתזכיר לתיקון חוק הירושה שהופץ לאחרונה על ידי משרד המשפטים<sup>128</sup> התווספה להגדרת הפירוד, שכללה כבר בנוסח המוקדם התייחסות לכוונת הצדדים או מי מהם לנתק את הקשר, ההנחה כי "כוונת הצדדים תיבחן בין היתר בשים לב למשך הפירוד, התנהגות הצדדים וקיומו של הליך להתרת נישואין".<sup>129</sup> הגם שהגדרה זו אינה כוללת באופן מפורש את ההבחנה בין סרבנים ומסורבים כנדרש על פי גישת תחליף הגירויים, היא פותחת פתח לפרשנות משפטית שתאפשר חריגה מהגישה הפונקציונלית כנדרש בהתאם לגישה שבה אוהז מאמר זה,<sup>130</sup> ועל כך יש לברך.<sup>131</sup>

- 128 ראו תזכיר הצעת חוק הירושה (תיקון), התשפ"א-2021: <https://bit.ly/3AmgjO2>.
- 129 ראו שם, בס' 2 לתזכיר החוק, המציע הגדרה זו במסגרת ס' 1א המוצע לחוק המתוקן.
- 130 ביום 17.12.2020 התקיים מפגש של פורום האקדמיה ומשרד המשפטים, פורום שהוקם ביוזמה משותפת של היועץ המשפטי, ד"ר אביחי מנדלבלית, והפקולטה למשפטים באוניברסיטת בר-אילן, ובו הוצגה טיוטה מוקדמת של המאמר בפני המשתתפים. הגיב לה, בין היתר, המשנה ליועץ המשפטי לעניינים אזרחיים, ארז קמיניץ, והתפתח דיון מרתק בנוגע לשאלה האם נכון לשלב במסגרת דיני הירושה הבחנה בין סרבנים למסורבים, או שמא גישה פונקציונלית מלאה ראויה יותר. הניסוח הקיים של תזכיר החוק שנערך ופורסם לאחר קיום הדיון חורג מהנוסח של הצעת חוק דיני הממונות, שנקטה את הגישה הפונקציונלית. הגם שאף הניסוח הקיים אינו מאמץ את עקרון הפעולה המבחיין בין סרבן למסורב במלואו, הוא פותח פתח פרשני רחב לשילוב עיקרון זה. אני מקווה שהניסוח הסופי של הצעת החוק יפסע צעד נוסף ויעמוד במפורש על הקשר שבין זהות הסרבן לבין הנכונות לנקוט גישה מהותית הרואה פירוד כגירויים.
- 131 להשלמת התמונה בדבר המודלים האפשריים לתיקון חוק הירושה אוזכר גם את הצעת חוק הירושה (תיקון – אי תחולה על בני זוג פרודים), התשע"ח-2018, פ/5451/20. חידושה של הצעה זו, שעל פי האמור בה השתתף בניסוחה מרכז רקמן הפועל בפקולטה למשפטים באוניברסיטת בר-אילן, הינו בכך שבן זוג פרוד לא יוכל לרשת. הגדרת בן זוג פרוד על פי ההצעה אינה נקבעת בהתאם לקריטריונים אובייקטיביים, כגון תקופת פירוד ממושכת, אלא רק בהתאם לשתי חלופות המבקשות לזהות סרבנות גט. על פי חלופה אחת, "פרוד" הוא מי שנפסק נגדו בבית דין רבני בפסק דין או בהחלטה כי עליו לתת גט או לקבל גט. על פי החלופה השנייה, "פרוד" הוא מי שהוגשה נגדו תביעה לגירויים או להתרת נישואים וחלפה שנה מיום הגשת הבקשה. כאמור, בניגוד להצעת חוק הממונות של משרד המשפטים, הצעה זו אכן נותנת מקום להבחנה בין סרבנים למסורבים, ובכך יתרונה על הצעת משרד המשפטים. עם זאת, בעיניי, הקריטריון הראשון לסרבנות הוא צר מדי, שכן הוא מתבסס אך ורק על הכרעות שיפוטיות של בית הדין. ראו ביקורת בעניין זה, לעיל ה"ש 52. לעומת זאת, הקריטריון השני הוא רחב מדי. הגדרת אדם כסרבן גירויים אם לא נענה לתביעת גירויים בטווח זמן של שנה לאחר שהוגשה אינה רגישה למדיניות האזרחית המבקשת למנוע הליכי גירויים חפוזים, והיא עלולה לפגוע במיוחד בנשים חלשות כלכלית הנזקקות לזמן הסתגלות לגירויים. לכן, אם תתקבל ההצעה, המשמעות היא שאישה שהוגשה כנגדה תביעת גירויים והגט לא סודר תוך שנה תוגדר כסרבנית. אומנם ההגדרה הנקודתית היא לצורך חוק הירושה, אולם להגדרה כזו עלולות להיות השלכות רחוב קשות גם לתחומים נוספים. משום כך, בסופו של דבר אני סבור שהנוסח המוצע בתזכיר חוק הירושה הקיים עדיף על פני הצעה זו.

אוסף ואומר שתהיתי האם ראוי לתת ביטוי גם לנסיבות של סרבנות כלכלית מוצדקת במסגרת דיני הירושה (העיקרון השלישי). על פי אפשרות זו, לצד הכלל המגשים את הגישה הפונקציונלית הקובע ש"גרוש למעשה" לא ייחשב כבן זוג, ולצד החריג הקובע ברוח העיקרון השני של גישת תחליף הגירושים ש"גרוש למעשה" של מי שמנע את הגירושים ייחשב כבן זוג ויירש את בן זוגו הסרבן, ייקבע גם חריג לחריג שלפיו ה"גרוש למעשה" של מי שמנע את הגירושים מסיבות כלכליות מוצדקות ייחשב בכל זאת כגרוש ולא יירש את בן זוגו. מאחר גיסא, חריג לחריג כזה משקף מדיניות ראויה של דיני הגירושים ומונע גינוי כסרבן למי שמנע את הגירושים באופן מוצדק. שנית, מנקודת המבט של דיני הירושה חריג לחריג כזה המדיר את הגרוש למעשה של מי שמנע את הגירושים באופן מוצדק משתלב עם רצונו המשווער של המנוח. נוסף על כך, מנקודת המבט המוסדית, בשונה מן המקרים שבהם הצד השני להתדיינות הוא הרשויות, שאינן בקיאות בנבכי היחסים בין הצדדים, במקרה של הירושה אם יבקשו יורשי המנוח הסרבן להעלות את הטענה שמדובר בסרבנות מוצדקת יוכל ה"גרוש למעשה" המסורב לכאורה, שעודנו בחיים, להתגונן בפני הטענה ולהביא בפני בית המשפט את נקודת מבטו. מאידך גיסא, מנקודת המבט המעשית אין להתעלם מהסיכוך שחריג לחריג כזה יוסיף לדין. נוסף על כך, הפגיעה הצפויה במנוח שמנע את הגירושים מסיבות מוצדקות אינה קשה, שכן יכול היה בזמן אמת לערוך צוואה ועל כן יש היגיון בעמדה שאם בחר להיוותר נשוי לבן זוגו, ואפילו עשה זאת מסיבות מוצדקות, עליו לשאת בתוצאות של בחירה זו. נטייתו האישית, וזאת מבלי לקבוע מסמרות בעניין, הינה לטובת הגישה הראשונה המקנה לבית המשפט שיקול דעת להחיל את הגישה הפונקציונלית ולהגשים את רצונו המשווער של המנוח הגרוש למעשה, במקרה שבו מנע המנוח את הגירושים בנסיבות מוצדקות. עם זאת, אני מבין גם את הגיונה של גישה מתחרה שלפיה בדומה לדיונים אל מול הרשויות אף בהקשר של דיני הירושה ראוי לדבוק בהבחנה פורמלית המתייחסת למונע הגירושים כסרבן (העיקרון השני), מבלי לתת ביטוי לנסיבות הסרבנות כנדרש על פי העיקרון השלישי שהוצב במאמר. אצייין שהניסוח הקיים של תזכיר הצעת חוק הירושה, המנוסח באופן גמיש, פותח פתח לגישה שתבקש להתייחס לא רק לזהות הסרבן אלא גם לנסיבות הסרבנות. אחדד שבכל מקרה לדעתי אין מקום לחרוג מן הגישה הפונקציונלית כאשר המנוח היה המסורב, אך בן הזוג ה"שורד" מבקש לשכנע שהוא מנע את הגירושים מסיבות מוצדקות ועל כן הוא זכאי לרשת את המנוח חרף היותם "גרושים למעשה". במקרה כזה, הגישה הפונקציונלית תגשים היטב את הרצון המשווער של המנוח. נוסף על כך, במקרה כזה השיקולים החברתיים הממוקדים בגינוי חברתי של סרבני הגט ומצדיקים את עצם ההבחנה בין סרבנים ומסורבים אינם רלוונטיים, שכן גם אם לא ניתן לגנות את מונע הגירושים אין להתייחס למנוח שרצה בגירושים כאל סרבן הראוי לגינוי. לבסוף, במקרה זה טיעון ההגינות שלפיו אין זה הוגן מצד המדינה להתייחס למי שנמנע ממנו להתגרש ולהינשא מחדש בזמן אמת כאל גרוש לאחר פקיעת הנישואים, כאשר הגירושים פועלים לרעתו, אינו רלוונטי.

## 3. מעמד המשפטי של "גרושים למעשה" ביחסים ביניהם

## (א) יחסי רכוש

לאחר כמה חלקים ביקורתיים, או ביקורתיים למחצה, הגיעה העת למעט אופטימיות. תיקון מס' 4 לחוק יחסי ממון<sup>132</sup> שניתק בין הגירושים הכלכליים לגירושים הדתיים ומאפשר להקדים את מועד האיזון בקרות אירועים המשקפים אמות מידה אזרחיות לגירושים, מהווה מקרה מוצלח של הסדרה אזרחית ראויה של "גירושים למעשה".<sup>133</sup> התנאים האזרחיים המוצבים בחוק יחסי ממון כתנאי להקדמת איזון המשאבים ועריכת הגירושים הכלכליים העוסקים בפירוד פיזי, בהגשת תביעות ובקרת ביחסים, ונכונים להקדים את משך הזמן הקבוע בהם במקרים של אלימות,<sup>134</sup> משקפים בדרך כלל איזון ראוי בין המחויבות העקרונית הראויה למודל המאפשר גירושים ללא אשמה ביוזמה של כל אחד מהצדדים, לבין השיקולים הציבוריים-אזרחיים התומכים ביציבות הנישואים ומתנגדים לפירוק חפוז של הקשר הזוגי.<sup>135</sup> יתר על כן, ברוח העמדה הסכורה שטובתם של ילדים אינה יכולה להצדיק מדיניות המונעת כליל את הזכות של כל צד ליוזם גירושים אך היא יכולה, וצריכה, להשפיע על הדרך שבה מתבצעים הגירושים בכלל, והגירושים הכלכליים-האזרחיים בפרט, החוק כולל מנגנונים המאפשרים התחשבות בטובתם של ילדים בעת הגירושים הכלכליים.<sup>136</sup> זאת ועוד; כמענה לחששות שתחליפי גירושים אזרחיים יפעלו דווקא לטובת סרבנים כָּלל התיקון מכניזם המאפשר למנוע מהסרבן ליוזם מהלך של גירושים כלכליים.<sup>137</sup> ואכן, מכניזם זה יושם בכמה מקרים על ידי הערכאות הדיוניות.<sup>138</sup> יתרה מזו, הגם שבאופן פורמלי המכניזם הקבוע בחוק יחסי ממון רלוונטי רק במקרים של איזון משאבים, נמצאו מקרים שבהם מכניזם זה הורחב גם לפירוק שיתוף קנייני.<sup>139</sup> בכך נפתח הפתח למתן מענה לקושי שנוצר כאשר דיני פירוק

132 ראו חוק יחסי ממון בין בני זוג (תיקון מס' 4), התשס"ט-2008, ס"ח 2186 (להלן: חוק יחסי ממון).

133 ראו שחר ליפשיץ "יחסי משפחה וממון: אתגרים ומשימות בעקבות תיקון מס' 4 לחוק יחסי ממון" חוקים א' 227 (2009) (להלן: ליפשיץ "יחסי משפחה וממון").

134 סעיפים 5א (א) ו-5ב לחוק יחסי ממון.

135 ראו הדיון בסעיפים אלה אצל ליפשיץ "יחסי משפחה וממון" שם, בעמ' 233-241.

136 בהמשך הדברים, שם, בעמ' 306-310.

137 סעיפים 5א (ג) ו-5ד לחוק יחסי ממון; ודיוני בהם, שם, בעמ' 241-243.

138 ליישום המכניזם בפסיקה הדיונית, ראו תמ"ש (פ"ת) 11-05-38559 ת. ס נ' ד. ס (פורסם בנבו, 12.12.2013) ותמ"ש (ת"א) 13-03-33489 פלוגית נ' פלוני (פורסם בנבו, 12.3.2015). ליישום מעניין של המכניזם בפסיקה הרבנית ראו, לאחרונה, את פסק דינו של בית הדין הארצי הגבוה תיק 1073494/4 פלוגית נ' פלוני (טרם פורסם, 7.6.2020). במקרה זה, אף על פי שלא נפסק עדיין חיוב גט, אך ככל הנראה דובר על פירוד ממושר, סבר בית הדין שאישה המונעת פירוק שיתוף בדירת המגורים לא תוכל בה בעת לתבוע איזון משאבים. בית הדין עשה שימוש בעקרון תום הלב לצורך כריכת העניינים יחדיו.

139 להצעה ליישם את המכניזם הקבוע בסעיפים 5א (ג) ו-5ד בחוק יחסי ממון גם לגבי פירוק שיתוף קנייני בדירת מגורים הרשומה על שם שני בני הזוג, ראו ליפשיץ "יחסי משפחה וממון", לעיל ה"ש 133, בעמ' 245-246. לפסיקה הפועלת ברוח זו ראו תמ"ש (נצ') 10-10-18218

השיתוף הקלו על סרבני גט למנוע את הגירושים הדתיים בבית הדין, ובו בזמן לדרוש ולקבל פירוק שיתוף.<sup>140</sup>

סבורני כי הדגם שבחר המחוקק בחוק יחסי ממון, המגדיר קריטריונים אורחיים-עצמאיים לצורך הכרזה על גירושים כלכליים, ובה בעת קובע מכניזם המבחין בין סרבנים ומסורבים, הוא הדגם הראוי לאימוץ גם בהקשרים הנוספים שבהם מתגבשת ההסדרה האזרחית של "גירושים למעשה". לתיקון לחוק יחסי ממון רכיב נוסף בר חשיבות לענייני רכוש. סעיף 5א (ד) רישא לתיקון קובע כי: "בית המשפט או בית הדין שנתן פסק דין לאיזון המשאבים רשאי לעכב את ביצועו אם סבר כי המבקש פועל בחוסר תום לב בעניין התרת הנישואין"; בה בעת, סעיף 5א (ד) סיפא קובע כי: "ואולם לא יראו סירוב של המבקש לוותר על זכויות שהוא או ילדו זכאים להן על פי דין, כחוסר תום לב". בכך הסעיף פותח פתח להבחנה בין סחטנות לבין התנגדות מוצדקת לגירושים שאינם מלווים בהגנה כלכלית.<sup>141</sup> ברם, הפסיקה הקיימת ממעטת לעשות שימוש בסיפא של הסעיף,<sup>142</sup> וביחד עם המגמות המסתמנות בדיני המזונות הדבר עלול לפגוע בנשים תלויות כלכלית. לכך אנו עוברים כעת.

### (ב) מזונות אישה

בעוד שהתיקון לחוק יחסי ממון מדגים שימוש מוצלח בהסדרה האזרחית של "גירושים למעשה", דיני מזונות אישה מדגימים את הסכנות שבמוסד אם יישומו לא ילווה בחשיבה

ש.א.ש נ' ג' א' ש (פורסם בנבו, 28.8.2012) וע"מ (י"ם) 821/05 ש.א. נ' ש.ג. (פורסם בנבו, 12.11.2006); השופט דרורי מפעיל פירוק שיתוף המבוסס על חזקת השיתוף, בכפוף לעקרון תום הלב הפועל כנגד הסרבן.

140 למגמה מוקדמת של נכונות למתוח קו בין דיני פירוק שיתוף קנייני לבין שאלת סרבנות הגט ראו, למשל, דברי שופט בית המשפט המחוזי פורת בבר"ע (ת"א) 63/98 לפיד נ' לפיד (לא פורסם, 14.7.1998), המצוטטים בספרי הידועים **בציבור** (לעיל ה"ש 4), בעמ' 297: "יש לבחון את התנהגות מי שמבקש את עיכוב הפירוק, אם דרך משל המקרה מתאים לגירושין, והאשה אשר מבקשת להשהות את הפירוק מסרבת ללא הצדקה לקבל גט או פועלת לגרימת סחבת בהליכי גירושים או בהליכים אחרים וכך גורמת להרחקת המועד המתאים בו ניתן להחליט על איזון המשאבים – לא יעוכבו הליכי הפירוק".

141 ראו ס' 5א(ד) לחוק יחסי ממון; להצעת אמות מידה ליישומן, ראו ליפשיץ "יחסי משפחה וממון", לעיל ה"ש 133, בעמ' 243; כן ראו לעיל, פרק א.3.

142 בחיפוש אזכורי חקיקה במאגר המשפטי "נבו" אותרו 11 פסקי דין המאזכרים את סעיף 5א(ד), רק ארבעה מתוכם מתייחסים לסיפא של הסעיף. בתמ"ש (ת"א) 13-03-33489-03 פלונית נ' פלוני, לעיל ה"ש 138, הועלה לדיון הסיפא של הסעיף ונדחה; בתמ"ש (פ"ת) 11-05-38559-05 ת.ס נ' ד.ס (פורסם בנבו, 1.12.2013) ותמ"ש (נצ') 10-10-18218-10 ש.א.ש נ' ג' א' ש (פורסם בנבו, 28.8.2012) התייחסו השופטים לסיפא של הסעיף באופן עקיף וקבעו כי סירוב האישה לקבלת הגט אינו לגיטימי מבחינה אזרחית ואף עולה לכדי חוסר בתום לב; לעומת זאת בעמ"ש (חי') 14-01-9628 ח'ט' נ' ח'ט (פורסם בנבו, 16.3.2014) הוחזר המקרה לדיון בבית המשפט לענייני משפחה היות שנקבע כי הוא לא בחן את טענתה החלופית של האישה כי עומדת לה טענת הגנה. לאמור, כי אם תתגרש תיפגע זכותה לקבלת קצבת שאירים במקרה של פטירת המשיב.

שיטתית על המדיניות האזרחית הראויה של דיני הגירושים. במחקרו המקורי של שיפמן, כמו גם במחקרים נוספים שעסקו בתחליפי הגירושים, הוצגו דרכים שונות שבאמצעותן קביעת מזונות אישה מחד גיסא, והפסקתם מאידך גיסא, עשויים לייצר תחליפי גירושים עבור מי שלא התגרשו.<sup>143</sup> הלפרין-קררי ושמואלי בחרו לעסוק בהיבט נוסף שבאמצעותו דיני המזונות תורמים לגיבוש ההבחנה בין הסטטוס הדתי כנשואים לבין התוצאות המשפטיות כגרושים. לצורך זאת הם שבים להלכת פורר הוותיקה, שבה נקבע כי עצם חיוב הגט, גם אם בני הזוג לא התגרשו בפועל, מפקיע את מחויבות הבעל לזון את אשתו. הם מתייחסים גם להלכה מן הזמן האחרון של בית משפט העליון בבע"ם 3151/14 שלמרות חילוקי הדעות בעניינים אחרים הוסכם בה על ידי כל השופטים כי חיוב הגט על ידי בית הדין הרבני מפקיע את חובת המזונות. מכך הם מסיקים שחיוב הגט וניתוק המחויבות הכלכלית שבעקבותיו יוצרים מציאות של "גירוש ללא גירוש" גם אם הצדדים לא התגרשו בפועל, ומתארים את פסקי הדין הללו כנדרש חשוב בביסוס היסודות להסדרה האזרחית של "גירוש למעשה".<sup>145</sup> ברם, עיון בפסק הדין פורר ובע"ם 3151/14 הנ"ל, בראי העקרונות שהוצעו במאמר הנוכחי להסדרתם של "גירוש למעשה", עשויים להעשיר את התמונה המתקבלת ולהמחיש שוב את הסכנות הטמונות במעבר לגישה פונקציונלית שלפיה "גירוש למעשה" ייחשבו כגירושים לכל דבר ועניין, כאשר גישה זו אינה מלווה בעקרונות ובמנגנונים המוצעים במאמר הנוכחי. נפתח בפסק דינו של בית המשפט העליון בבע"ם 3151/14. מדובר בפסק דין חשוב מאוד שזכה עד היום להתייחסויות נקודתיות במחקר<sup>146</sup> אך טרם זכה לניתוח מקיף. פסק הדין עסק בבני זוג שחיו בפירוד והאישה סירבה להתגרש. בית הדין הרבני נמנע מלחייב את האישה בגט. לעומת זאת, בית המשפט לענייני משפחה סבר כי למרות פסיקת בית הדין הרבני יש לראות באישה סרבנית גט. כהמשך לכך קצב בית המשפט את מזונות האישה מכוח עקרון תום הלב. המקרה הגיע לבית המשפט העליון ובו הציגו שלושת השופטים שלוש עמדות השונות מהותית זו מזו.

השופטת דפנה ברק-ארז סברה כי רק בית הדין הרבני מוסמך להכריז על אדם כסרבן גט. משכך, בהיעדרו של פסק דין רבני המחייב או מצווה בגירושים היא דחתה את האפשרות לקצוב את המזונות מכוח עקרון תום הלב. השופטים רובינשטיין וזילברטל חלקו על עמדת השופטת ברק-ארז בשאלת הסמכות. לשיטתם, מכוח עקרון תום הלב, בתי המשפט האזרחיים רשאים לשלול מאישה נשואה את מזונותיה אם התרשמו כי הנישואין הסתיימו בפועל וכי האישה מסרבת לקבל את הגט משיקולים שאינם מוצדקים, גם בהיעדר קביעה של בית הדין הרבני שהאישה מחויבת בגט.

143 להיבטים שונים שבהם דיני מזונות אישה משמשים כתחליף גירושים, כגון מתן אפשרות לאישה לעזוב את בית המגורים מבלי לפגוע בזכותה למזונות, ראו שיפמן דיני משפחה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 431-433, המצביע על כך שכדרך זו דיני המזונות מסייעים להפרדה פיזית בין בני הזוג; כמו כן, ראו את הדיון באפשרות להפקעת חובת המזונות ובכך לנתק את המחויבות הכלכלית בין בני הזוג במקרה של פרידה ממושכת, אצל ליפשיץ הידועים בציבור, לעיל ה"ש 4, בעמ' 291-294 ובעמ' 350-352.

144 ראו בע"ם 3151/14 פלונית נ' פלוני, לעיל ה"ש 68.

145 ראו הלפרין-קררי ושמואלי, לעיל ה"ש 8, בעמ' 626-627.

146 ראו, למשל, ההתייחסות אליו אצל ריבלין, לעיל ה"ש 70, בעמ' 354-356.

אולם בשלב זה התפצלה דרכם. השופט רובינשטיין סבר שבמקרה שהנישואין באו לקיצם המהותי, והאישה מעכבת את הגירושין, כדין פסקו ביהמ"ש לענייני משפחה וביהמ"ש המחוזי אחריו מזונות לתקופה קצובה. לעומת זאת, השופט זילברטל מאמץ את עמדתו כי במקרים מהסוג הנדון אין להסתפק בבחינה טכנית של זהות הסרבן, ויש להעמיק ולבחון גם את נסיבות הסרבנות.<sup>147</sup> במקרה המסוים, לנוכח היעדר הגנה כלכלית מספקת, לא ניתן לראות את סירובה של האישה להתגרש כחוסר תום לב. משום כך, בסופו של דבר, הצטרף השופט זילברטל לשופטת ברק-ארוז וקבע שיש לקבל את הערעור ולהימנע מקציבת המזונות. מנקודת המבט הרואה בהפסקת המזונות, במקרה של פירוד ממושך, אמצעי לייצור גירושים כלכליים, גם ללא גירושים דתיים, אני סבור שיש להעדיף את עמדות השופטים זילברטל ורובינשטיין, המאפשרים לבית המשפט לענייני משפחה להפעיל את עקרון תום הלב ולהכריז על סרבנות גט וקציבת מזונות, על פני זו של השופטת ברק-ארוז הסבורה שבית המשפט האזרחי אינו רשאי לעשות כן כל עוד בית הדין הרבני לא פסק בעניין. אכן, כפי שהבהרתי לעיל, ההסדרה האזרחית של מצבי "גירושים למעשה" חייבת להתבסס על מדיניות אזרחית עצמאית. דיני המזונות מהווים נדבך חשוב של המוסד הזה, וכאשר הם מיושמים בבית המשפט האזרחי אין להסכים שהפעלתם תותנה בצו של בית הדין הרבני.<sup>148</sup> בה בעת, לנוכח עמדתו כי יש להפעיל את ההסדרה האזרחית של "גירושים למעשה" לאורה של המדיניות האזרחית, הלוקחת בחשבון את הביקורת המגדרית על דיני הגירושים המודרניים, אבקש להצטרף לעמדתו של השופט זילברטל שהמקרה לא התאים להכרזה על סרבנות ולהפסקת המזונות. אכן, עיון בנסיבות המקרה מגלה שמדובר במקרה מובהק של נישואים שבהם נגהה חלוקת תפקידים מסורתית. בעת הגירושים, הבעל שהיה בעל קביעות בחברה מבוססת ויציבה הרוויח סכום שבית המשפט העריך אותו כנע בין 15,000 ₪ ל-17,000 ₪ לחודש, ואילו האישה, שהייתה כבת 50 וללא ידע ו/או ניסיון מקצועי, לא השתכרה כלל. אכן, בדיוני במדיניות הראויה של דיני הגירושים עמדתו על כך שעדיפה גישה המתקנת עיוותים כלכליים באמצעות דיני הרכוש הזוגי על פני מתן לגיטימציה לסרבנות גט. ברם, מסתבר שבמקביל להליך של תביעת המזונות התנהל בין הצדדים גם הליך רכוש. במסגרת הליך זה, למרות פערי ההשתכרות הניכרים בין בני הזוג, דחה בית המשפט לענייני משפחה את תביעת האישה להפעיל את סעיף 2(8) לחוק יחסי ממון ולתת לה חלק עודף ברכוש המשפחתי המשותף. בית המשפט סבר כי משכורת הבעל והקביעות שלו בחברת החשמל אינם מהווים נכס, והדהר את המגמה של בתי המשפט לענייני משפחה לתת פרשנות מצמצמת לסמכותו על פי הסעיף. במקביל פסק בית המשפט לענייני משפחה בהליך הרכושי כי הפנסיה התקציבית של הבעל תחולק רק לאחר שיפרוש לגמלאות.<sup>149</sup> התוצאה המצטברת של החלטות בית המשפט למשפחה הינה שאם הייתה מסכימה האישה לגירושים, וממילא

147 ראו בע"מ 3151/14, לעיל ה"ש 68, פס' 11 לפסק דינו של השופט זילברטל. הוא מקשר, ובצדק, בין עמדתו במקרה הנוכחי לבין סעיף 5א(ד) לחוק יחסי ממון שאותו הזכרתי לעיל, ושלפי פרשנותי מבחין בין סרבנות מוצדקת לסרבנות שאינה מוצדקת.

148 להצדקת עיקרון זה ראו לעיל, פרק א.1. כן ראו הדיון בנושא בפרק הסיכום.

149 ראו תמ"ש (ת"א) 33489-03-13 מ.ל.ל. מ.ל.ל. (פורסם בנבו, 11.3.2015), ראו גם תמ"ש (ת"א) 33489-03-13 פלונית נ' פלוני, לעיל ה"ש 138.

לפקיעה המיידית של חובת הבעל למזונות, הייתה נותרת חסרת כל מקור פרנסה עד צאת הבעל לגמלאות. בנסיבות הללו, אין לגנות אותה על כך שכל עוד לא חייב אותה בית הדין הרבני להתגרש היא לא הסכימה לכך מיוזמתה. משום כך, עמדתו של השופט זילברטל, המקבל עקרונית את הסמכות של בתי המשפט האזרחיים להתייחס לאישה כסרבנית, ולקצוב את מזונותיה מכוח עקרון תום הלב, אך סבר שהכרזה שכזו אינה ראויה במקרה הספציפי, נראית לי כעמדה הראויה מבין שלוש העמדות שהוצגו בפסק הדין.

אוסף ואומר שכמדיניות עתידית, ברצוני להציע עמדה רביעית המשלבת בין פסק דינו של השופט זילברטל לבין הערת האגב של השופטת ברק-ארז שתמכה בקביעת מזונות משקמים שיחולו בתקופה שלאחר הגירושים.<sup>150</sup> על פי השילוב המוצע, על בית המשפט לפסוק לאישה מזונות משקמים משמעותיים לתקופה שבין הגירושים לבין יציאת הבעל לגמלאות, ומגד לשלול מהאישה את המזונות הדתיים אם תתמיד בסירובה להתגרש. ברם, השופטת ברק-ארז תמכה בקביעת מזונות משקמים אך במקביל פסקה שעד למתן הגט המזונות הדתיים יימשכו, ובכך אפשרה למעשה לאישה להמשיך בסרבנות, גם ללא צידוק כלכלי. השופטת ברק-ארז סברה שעצם פסיקת המזונות המשקמים, גם אם לא תלווה בביטול המזונות הדתיים, תפחית את התמריץ לסרבנות. לכך אני מסכים כמובן. ועדיין קיימים מקרים של נשים המסרבות להתגרש מטעמים מגוונים, רגשיים ואחרים, שגם אם ניתן יהיה להבינם<sup>151</sup> אין להצדיקם מנקודת המבט האזרחית המחויבת לגירושים ביוזמה חר־צדדית ללא אשמה. לכן, לטעמי, במקביל לפסיקת המזונות המשקמים יש להורות שאם תסרב האישה להתגרש יפקעו המזונות הדתיים. לנוכח פסיקה משולבת כזו, אם הייתה האישה מסרבת להתגרש היה ניטל הצידוק הכלכלי של הסרבנות, ומשכך היה מקום להכריז עליה כחסרת תום לב ולשלול ממנה את המזונות. לעומת זאת, אם הייתה מסכימה להתגרש הייתה זכאית להגנה הכלכלית שלה היא ראויה.

הדין בבע"ס 3151/14 הדגים, אם כן, את הצורך להסדיר מצבים של "גירושים למעשה", בהתאם לחשיבה אזרחית עצמאית ומורכבת המעודדת הסדרי גירושים הגונים מבלי להמתין לפסק דין של בית הדין הרבני המורה על גירושים. פרשת פורר מדגימה מצב הפוך שבו, במצבים מסוימים, מדיניות אזרחית ראויה תוביל לכך שבית המשפט האזרחי יתעלם דווקא מפסק דין רבני שבו נקבע חיוב גירושים.<sup>152</sup> בפרשת פורר<sup>153</sup> דובר במקרה של כוהן וגרושה שנישאו באיטליה בטקס דתי-פרטי התקף הן על פי המשפט ההלכתי, למרות האיסור הטמון בנישואים הללו, והן על פי המשפט האזרחי האיטלקי. ברם, רק בשל העובדה שמדובר בנישואי איסור, קבע בית הדין בנוהל חפוז כי על בני הזוג להתגרש וכי הבעל אינו חייב במזונות. בית המשפט העליון סבר שהקביעה בנושא חיוב הגירושים, אף על פי שהצדדים

150 ראו בע"ס 3151/14, לעיל ה"ש 68, פס' 50 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז.

151 וכאן מתבקש כמעט להזכיר את המאמר Lloyd Cohen "Marriage, Divorce and Quasi Rents; or 'I Gave Him the Best Years of My Life'" 16 J. LEGAL STUD. 267 (1987).

152 למקרים נוספים שבהם כהמשך לחיוב גט בבית הדין הרבני קבע בית המשפט האזרחי שפקעה חובת המזונות, ראו ליפשיץ הידועים בציבור, לעיל ה"ש 4, בעמ' 294; וראו שחר ליפשיץ "דיני המשפחה בעידן האזרחי: מדיני הנישואים של מי שנישאו מחוץ לגבולות המדינה אל היום שאחרי כינונם של נישואים אזרחיים בישראל" משפט ועסקים י 447 (2009), בעמ' 460-461.

153 ע"א 592/83 פורר נ' פורר, פ"ד לח(3) 561 (1984) (להלן: הלכת פורר).

לא התגרשו, היא קונסטטיטוטיבית. לכן הוא קבע בחירוק שיניים בפסקה שנכנסה לפנתאון של דיני המשפחה בישראל: "התוצאה היא, שלאחר נישואין אלה שהבעל נשא את האישה בדיעת האיסור ובניגוד לו, יוצאת האישה, המחויבת בגרושין, ללא זכות למזונות ועם פיצוי פעוט בלבד, שגם הוא נפסק לה לא בזכות אלא בחסד. תוצאה זו היא בלתי נסבלת מבחינת השקפתו של האדם החילוני, אך היא בלתי נמנעת על-פי דין תורה, וחזקה עלינו מצוות המחוקק, כי דין תורה הוא הקובע לעניין זכות המזונות".<sup>154</sup>

בניגוד למהלך שנערך בפרשת פורר, בפרשות מאוחרות יותר השכיל בית המשפט העליון לפתוח פתח לפסיקת מזונות גם לאחר פסק דין רבני לחיוב גט, וזאת הן במקרים של נישואים אזרחיים<sup>155</sup> והן במקרים של נישואים דתיים רגילים.<sup>156</sup> על רקע זה, אני תמה על החזרה להלכת פורר ומתנגד לדרישה נחרצת להפסקת המחויבות הכלכלית בין בני הזוג בכל מקרה של חיוב גירושים בפסק של בית הדין הרבני. להפך, כאמור בראשית הדברים, ההסדרה האזרחית של "גירושים למעשה" צריכה להתבסס על יסודות אזרחיים עצמאיים. יסודות אלה עשויים להוביל להפסקת חובת המזונות גם ללא פסק דין של בית הדין הרבני, ומנגד, במקרים מסוימים להוביל להמשכתם גם לאחר פסק דין המחייב בגירושים.

## סיכום ומשוב

מאמר זה עסק במגמה המסתמנת של ייחוס תוצאות משפטיות-אזרחיות ל"גירושים למעשה", כאילו היו גירושים הלכתיים. טענתי שמגמה זו אינה ניתנת להצדקה במשקפיים אוניברסליות ומתוך תפיסה של משפט מבוסס מציאות, המעדיפה את מהות הקשר על פני הגדרתו הפורמלית, מבלי שנלקח בחשבון תפקידם של ה"גירושים למעשה" כתחליף גירושים אזרחי. כהמשך לכך, טענתי שההכרה בתפקידם של ה"גירושים למעשה" כתחליף

154 ראו שם, הלכת פורר, פס' 8 לפסק דינה של השופטת נתניהו.

155 ע"א 4590/92 כהנא נ' כהנא (לא פורסם, 30.1.1994); ראו גם את ע"א 566/81 שמואל נ' שמואל, פ"ד לט(4) 399 (1985), ואת ניתוחו של פרופ' שיפמן להלכה זו, פנחס שיפמן "על הזכות להתגייר, על הזכות להתגרש ועל חובת ההכרעה" משפטים טז 212 (תשמ"ו). כמו כן ראו ליפשיץ "דיני המשפחה בעידן האזרחי: מדיני הנישואים של מי שנישאו מחוץ לגבולות המדינה אל היום שאחרי כינונם של נישואים אזרחיים בישראל" לעיל ה"ש 152, בעמ' 462-467.

156 ראו ע"א 904/91 כהן נ' כהן (פורסם בנבו, 31.12.91) שבו נקבעה חובת מדור למרות פסק דינו של בית הדין הרבני שחייב את האישה לקבל גט; כמו כן ראו, באופן מעורר יותר, בפסק הדין בעניין רע"א 4982/92 טביב נ' טביב, פ"ד מח(3) 390 (1994), שבו החזיר בית המשפט את התיק לבית המשפט המחוזי על מנת שידון בחובת הבעל לזון את אשתו ולא קבע באופן נחרץ שלנוכח חיוב האישה בגט פקעה חובת המזונות; וראו בהקשר זה את הניתוח של פסקי הדין אצל רות הלפרין-קדרי "דיני משפחה אזרחיים נוסח ישראל – לקראת השלמה: על הכבוד, הצדק, השוויון והכוונה יושתתו מעתה דיני משפחה" מחקרי משפט יז 105, 113-120 (2001); ראו גם ביקורת (החלקית) על עמדתה של הכותבת בספרי הידועים בציבור, לעיל ה"ש 4, בעמ' 288-291 ו-351-352; ביקורת שלפיה לא ניתן לשבח את פסקי הדין שפתחו פתח להמשך חיוב המזונות גם כאשר על פי הדין הדתי היה מקום להפסיקם ללא בחינה של זהות הסרבן ונסיבות הסרבנות.



גירושים מחייבת את הסדרתם בהתאם לשיקולי מדיניות שמקורם בדיני הגירושים האזרחיים, ובראשם המחויבות למודל גירושים המאפשר גירושים ביוזמה חד-צדדית ללא אשמה. אולם בעוד שהמחויבות למודל גירושים ביוזמה חד-צדדית דורשת כי תחליפי הגירושים יוענקו אך ורק למסורבי הגט, דיוננו לימד ששיקולים נוספים עשויים לתת מקום גם לנסיבות הסרבנות, ועל כך שלפחות במציאות הקיימת בישראל לא ניתן לשלול לחלוטין אפשרות של סרבנות כלכלית מוצדקת.

משום כך, פנינו לבחון בהקשרים משפטיים שונים כיצד ניתן להסדיר את ה"גירושים למעשה" לנוכח עקרונות המדיניות שאותרו. אולם התרגום של העקרונות התאורטיים שיקולים היו להפוך את הסדרת ה"גירושים למעשה" לתחליף גירושים הולם למציאות המורכבת בישראל נתקל בבעיות מהותיות ומעשיות. ברמה המהותית, עמדנו על הצורך לאזן בין שיקולי המדיניות שמקורם בתפקיד של מוסד ה"גירושים למעשה" כתחליף גירושים לבין ההיבטים הסוציאליים המתעוררים. עוד עמדנו על הקושי המעשי של רשויות שונות לברר, לעיתים שנים רבות לאחר סכסוך הגירושים ולעיתים לאחר מות אחד מהצדדים, את זהות הסרבן, ועל הקושי המיוחד שמעורר הצורך להבחין בין סרבנות רגילה לבין סרבנות כלכלית מוצדקת.

הקשיים הללו כמעט מפתים לנקוט אחת משתי אפשרויות קיצוניות: האחת, "לשחק" על פי הכללים הנהוגים שעל פיהם גירושים בישראל נקבעים על פי הדין הדתי, ולזנוח את המהלך של ההכרה ב"גירושים למעשה" כגירושים. האחרת, לאמץ גישה פונקציונלית מלאה המסתפקת בהגשת תביעות ובקיום פירוד של ממש לצורך הגדרתם של בני זוג "גירושים למעשה" כגירושים, אך אינה מבחינה בין סרבנים למסורבים.

ברם, שתי האפשרויות הללו אינן משביעות רצון. על פי הגישה הראשונה, על המשפט האזרחי לעצום את עיניו לנוכח הרכיבים הדתיים של דיני המשפחה בישראל ולנער את חוצנו מהמצוקות שהם מעוררים. לא זו הדרך שבחר בה המשפט הישראלי. בעיניי, אף ברמה הנורמטיבית הערכית, אין המשפט האזרחי רשאי לעשות זאת, בוודאי שלא בתחומים שהוא אמון על הסדרתם על פי דין. אולם, במציאות המשפטית הקיימת בישראל מדובר בשאלה תאורטית. בפועל, המשפט האזרחי בישראל כבר חצה את הרוביקון ובתי המשפט נטלו על עצמם, לעיתים לברם ולעיתים בליווי של המחוקק, את המשימה של פיתוח דיני משפחה אזרחיים.<sup>157</sup> זוהי משימה מורכבת ומאתגרת, ועם זאת חיונית. הסדרתם של ה"גירושים למעשה" היא חלק בלתי נפרד ממשימה זו. הגישה השנייה, הפונקציונלית, המתייחסת בכל מקרה ומקרה ל"גירושים למעשה" כגירושים במנותק מזהות הסרבן ונסיבות הסרבנות, מובילה במקרים רבים להחרפת המצוקות שדיני הגירושים מעוררים, לתמרוץ סרבנות גט ולתוצאות לא צודקות כלפי מסורבי ומסורבות גט. ייתכן שברמה הפוליטית גלומות בה יתרונות מסוימים, שכן היא מסווה את המעורבות האזרחית הערכית, אולם התועלת הפוליטית,

157 שחר ליפשיץ "דיני זוגיות חילוניים ביוכל הבא בין 'ליברטריאניזציה' ובין בית המשפט 'המחשק' " מחקרי משפט יז 159 (2001); אריאל רוזן-צבי "בתי-הדין הרבניים, ההלכה והציבור: גשר צר מאוד" משפט וממשל ג 173 (תשנ"ה); אף התפתחות של תביעות נזיקין בגין סרבנות גט (ראו בנימין שמואלי "הדור הבא של תביעות נזיקין בגין סרבנות גט כדי להשיג את הגט ו'כלל האחריות' של קלברזי ומלמד", לעיל ה"ש 52) מהווה חלק בלתי נפרד מן המגמה.

ככל שקיימת כזו, אינה מצדיקה את הנזקים המעשיים הקשים שהגישה הזו עלולה להוביל אליהם ושעליהם הצבענו בהרחבה בהקשרים השונים של הדיון במאמר.

לנוכח האמור בחרנו בגישה שלישית, מורכבת ומאתגרת. עם זאת, לדעתנו, היא זו שמספקת את המענה המוצלח ביותר למצב המורכב. כאשר הדבר אפשרי, יש ליישם במלואם את העקרונות העולים מתפקידם של ה"גירושים למעשה" כתחליף גירושים, ולתת משקל הן לזהות הסרבן והן לנסיבות הסרבנות. כך המלצנו לפעול בהקשר של דיני הרכוש והמזונות. אם תתקבל הצעתנו בהקשר של הקדמת הדיון בזהות המוטב, כך יש לנהוג גם לגבי דיני הפנסיה. לעומת זאת בתחומים אחרים, שבהם התייחסות ל"גירושים למעשה" כגירושים מתנהלת אל מול הרשויות, סברנו כי ראוי לנקוט אימוץ חלקי של גישת תחליף הגירושים, המבחינה בין סרבנים וסרבניות על בסיס שיתוף פעולה עם הגירושים וזהות הסרבן, אך ללא התייחסות לנסיבות הסרבנות ולאפשרות של סרבנות כלכלית מוצדקת. עמדה זו נסמכה בין היתר על ההנחה שהמקום הנכון לתיקון עיוותים כלכליים הוא דיני הרכוש ועל ידי בית המשפט למשפחה, ולא כעבור שנים על ידי רשויות מנהליות. על כן סברנו שיש לתקן את דיני המס הקיימים ולהכיר באפשרות של "גירושים למעשה" לזכות בהטבות מס של גירושים רק אם שיתפו פעולה עם הגירושים. בדומה לכך סברנו שבחוקים סוציאליים המקנים זכויות לראשי משפחה יחידים יש להגביל את ההכרה ב"גירוש למעשה" כיחיד למקרים שבהם אין מדובר בסרבן גט. עם זאת במקרים הללו, בשל ההיבט הסוציאלי, סברנו שיש לפתוח פתח מסוים גם להתחשבות בנסיבות הסרבנות, כאשר ניתן לברר, וכן לנסיבות סוציאליות קיצוניות שעשויות להצדיק הענקת הטבות של גירושים ל"גירוש למעשה", בהתאם לגישה הפונקציונלית, אף על פי שלא שיתף פעולה עם הליך הגירושים. בדומה לכך, במקרים שבהם התייחסות ל"גירושים למעשה" כגירושים פועלת כנגד ה"גירוש למעשה", למשל במקרים שבהם פרידה לפני מות בן הזוג שוללת זכויות ירושה וזכויות לגמלאות, סברנו כי לא יהיה זה הוגן להפעיל מדיניות כזו נגד מסורבי גט, ועל כן יש להחריגם. לבסוף, נדונו המקרים העוסקים בזכויות בני הזוג של "גירושים למעשה" סרבנים, הן בפני עצמם והן כאשר הם עומדים בעימות עם הזכויות של בנות ובני הזוג המסורבים. במקרים מורכבים אלה הצגנו שילובים שונים בין ברירת המחדל התומכת בהענקת תחליפי הגירושים, ובכלל זה ההכרה בזוגיות חדשה רק למסורבי הגט, זאת הן משיקולי צדק כלפי המסורבים והן כשיקול מכוון התנהגות לגבי זוגות נוספים בעתיד, לבין שיקולים סוציאליים המתמקדים במצוקה הקיימת, בתלות למעשה בין בני הזוג החדשים למסורבים, ותוך שנלקחת בחשבון האחזיות המשנית של בני הזוג החדשים לסרבנות. הפתרונות שהוצעו במאמר זה אינם מושלמים. אולם, האויב של הטוב הוא הטוב ביותר, וכבר אמרו חז"ל "לא עליך המלאכה לגמור ואין אתה בן חורין להיבטל ממנה".