

על זוגיות ועל ירושה, על עיגון ועל פירוד: להגנתה של הגישה הפונקציונלית

מאת
פנחס שיפמן*

- מבוא.....1
ב. ההגדרה החדשה של הזוגיות: מה נשתנה ומה לא נשתנה.....6
ג. מבט ביקורתי על הידועים בציבור: בין תעודת לידה לתעודת בגרות.....8
1. הגדרת הידועים בציבור.....8
2. סרבנות גט ומקומה בדיני הירושה.....12
סיכום.....19

מבוא

ברשימה זו, אני מבקש להגן על ההגדרה המחודשת של הזוגיות לצורך חוק הירושה, כפי שמצאה ביטוי בתזכיר. למען הגילוי הנאות: כחבר בוועדת טירקל שעיבדה את הנוסח החדש של החוק המוצע, גיבשתי את עיקרי ההצעה הנדונה והבאתי אותם בפני הוועדה, אשר לשמחתי אישרה אותם. ידידי, פרופ' שחר ליפשיץ, מנתח את ההצעה, ומוצא בה מעלות, אך גם חסרונות. כדי שניתן יהיה להתמודד עם טיעוניו,¹ נראה לי שמוטב לפרוס תחילה את ההתפתחויות התחיקתיות והפסיקתיות בנושא זה. בדרך זו ניתן להבין מה נשתנה, ומה לא נשתנה, לפי המוצע בהגדרה החדשה. לאחר מכן, אקדיש את עיקר הדיון לניתוח ביקורתי של הידועים בציבור ולשיקולים העקרוניים המתלווים לתפיסת הזוגיות, תוך פיתוח הטענה שיש לשים דגש על הגישה הפונקציונלית הבוחנת את יחסי הצדדים למעשה, תוך הכללת מערכת יחסים זוגית בעלת כוונת קביעות, מצד אחד, ותוך הוצאת מערכת יחסים זוגית שכבר התפרקה ובה הצדדים חיים בפירוד. בהמשך דבריי אנסה להראות שבתחום דיני הירושה, שוב מתוך

* פרופסור אמריטוס, הפקולטה למשפטים. האוניברסיטה העברית בירושלים.
1 שחר ליפשיץ "מיהו בן זוג: הערות להגדרת בן זוג בהצעת חוק הירושה" פורום עיוני משפט מו 1 (תשפ"ב); שחר ליפשיץ "גירושים ללא מדיניות גירושים: על ההסדרה האזרחית הראויה של 'גירושים למעשה' עיוני משפט מה 5 (2022) (להלן: ליפשיץ, גירושים ללא מדיניות גירושים).

אותה גישה פונקציונלית, אין מקום למנוע זכויות מידועים בציבור על סמך הטענה שאחד הצדדים היה סרבן-גט.

לצורך בחינת ההתפתחויות שחלו בעניין זה, יש לפנות תחילה להצגת הרקע שקדם לחוק הירושה, תשכ"ה-1965. ברקע זה משתקף יחס דו-ערכי כלפי השימוש בדין הדתי בעניין זכויות הירושה של בן-הזוג. מצד אחד, הזכות לירושה, בהעדר צוואה, נקבעת על פי הדין האזרחי, ועל פיו בלבד. עם זאת, כדי לזהות מי הוא זה ואיזה הוא בן-הזוג, יש לפנות לדין הדתי. לשון אחרת: הפניה לדין הדתי היא לשם המטרה המצומצמת של קביעת בן הזוג, ואין נפקא מינה אם אותו דין דתי מכיר, או שאינו מכיר, בזכותו של אותו בן-זוג לרשת את המוריש.² המבחן היחיד לקיומו של קשר הנישואין - כך נקבע בפסיקה - הוא אם האישה היתה זקוקה לגט מן האישי.³ בהתאם לכך, נקבעו בפסיקה מספר הלכות: ראשית, גם אם לפי הדין היהודי הצורך בגט הוא רק מטעמי ספק, די בכך, למטרות החוק האזרחי, שהאישה תוכר כבת-זוגו של המנוח. בית המשפט האזרחי יצר קונסטרוקציה חילונית המשתמשת בהלכותיו של הדין הדתי, אך נותנת להם אינטרפרטציה עצמאית. המרתק בפסיקה זו שנטייתו של הדין הדתי לחומרא המצריכה גט בספק קידושין שירתה, ושיחקה לידיים, של מטרה ליברלית המכירה בזכויות האלמנה שהיתה בת-זוגו של המנוח, למעשה אם לא להלכה. כמובן שההכרה בידועים בציבור בחוק הירושה הפקיעה את הרלבנטיות מרוב המקרים בהם היה צריך קודם לכן להיכנס לפלפולים ולחקירות מרוקדות בדין הדתי.⁴ שנית, ההישענות על המבחן הפורמלי הרואה את חזות הכל בשאלה אם האישה היתה זקוקה לגט, הביאה לכך שגם כאשר קיבל האיש היתר לישא אישה שניה, הרי בהעדר צוואה יזכו שתי הנשים בחלק שווה בירושה, וזאת מפני שהיתר לא מפקיע, כשלעצמו, את זיקת האישות הפורמלית של האיש עם האישה הראשונה כל עוד לא קיבלה גט ממנו.

חוק הירושה קבע מסלול נוסף של זוגיות, דהיינו זוגות החיים "חיי משפחה במשק בית משותף",⁵ מבלי שהם נשואים זה לזה, תופעה המוכרת יותר כידועים בציבור. מסלול זה מבטא תפיסה מהותית-פונקציונלית של הזוגיות המגדירה זוגיות לפי מערכת היחסים המתקיימת בפועל בין הצדדים. עם זאת, חוק הירושה אינו מבטל את

² ע"א 603/65 פלדמן נ' פלדמן פ"ד כ(2) 465 (1966). לניתוח ביקורתי של הלכה זו, ראו: פנחס שיפמן ספק קידושין במשפט הישראלי (תשל"ה), עמ' 126 ואילך.

³ ע"א 524/87 היועץ המשפטי לממשלה נ' ביהם פ"ד מג(3) 485 (1989). כתוצאה מכך גרוש וגרושה ששבו לחיות יחד מזכים את הצדדים בירושה על פי דין בעטיו של הספק אם חידוש חיי האישות לא נועד להחיות את זיקת האישות. ראו: פנחס שיפמן "גרושה הזכאית לרשת את בעלה הקודם" הפרקליט כח 481 (תשל"ב-תשל"ג).

⁴ ראו למשל ד"ר 14/66 פלדמן נ' פלדמן פ"ד כ(4) 693 (1966), בו התעמק השופט זילברג בשאלה האם החיוב בגט של זקוקת-חליצה שנישאה ללא חליצה הוא חומרא מדרבנן, ומעיקר הדין אין הקידושין תופסים, או שמא הספק הוא 'ספק גמור' מן התורה. השופט זוסמן דחה בזעף חקירה זו, בקובעו כי למטרות המשפט האזרחי מבחן התוצאה, דהיינו החיוב בגט, הוא הקובע.

⁵ סעיף 55 לחוק הירושה, התשכ"ה-1965, ס"ח 63 (להלן: חוק הירושה או החוק).

התפיסה המעמידה את הזוגיות על תוקפם של נישואין, מה שניתן לכנות תפיסה דוגמאטית-פורמאלית. התפיסה הדוגמטית-פורמאלית של הזוגיות, באה לידי ביטוי בכמה מובנים: ראשית, הידועים בציבור אינם זוכים אם אחד מהם נשוי לאחר. שנית, כן-הזוג הנשוי ממשיך לרשת גם אם נפרד מבן-זוגו, כל עוד לא התגרשו כדין. שלישית, אדם הנשוי לכמה נשים, כל אלמנותיו יתחלקו בירושתו.⁶ רביעית, ההכרה בידועים בציבור מוגבלת, לפי לשון החוק, לאיש ואישה, ניסוח שלפי לשונו מוציא מכלל תחולתו זוגות מאותו המין.

עם זאת, פיתוח פסיקתי קירב במקצת את זכויות הירושה לעבר מבחן אזרחי שבחלק מן המקרים לפחות נשען על תפיסה מהותית, ולא פורמלית, של הזוגיות. ראשית, הפסיקה הרחיבה את מעגל הנשואים וכללה בו גם אנשים שנישאו בנישואין אזרחיים מחוץ לישראל. בשלב ראשון, הייתה ההכרה מוגבלת לבני-זוג שנישאו בנישואין אזרחיים בהיותם אזרחים זרים. הכרה זו נשענה על כך שרכישת האזרחות הישראלית איננה אירוע המפקיע מאדם נישואין שנערכו כדין בחסותה של שיטת משפט זרה, ולכן יש להחיל על אדם את דין הנישואין שחל עליו בשעת מעשה, ובהיותו אזרח זר חל עליו באותה שעה המשפט הלאומי שלו, כלומר דין אזרחותו.⁷ אבל בשלבים מאוחרים יותר של התפתחות הפסיקה, לא הוגבלה ההכרה בנישואין אזרחיים להתנגשויות בינזמניות ולמניעת תחולתו למפרע של הדין הדתי. היא השתרעה גם על התנגשויות בינמדינתיות או בינמרחביות. גם נישואין אזרחיים שנערכו על ידי אזרחי המדינה ותושביה זכו להכרה לצורך חוק הירושה, תוך שבית המשפט הסתפק בתוקפם של הנישואין על פי דיני המדינה שבה נערכו. לשון אחרת: בשלב ראשון, בית המשפט בלם את תחולתו הרטרואקטיבית של הדין הדתי, בכך שהחיל על נישואין את המשפט הלאומי, קרי דין אזרחותם, של אזרחים זרים ולא את המשפט הישראלי והדין הדתי החל מכוחו, הגם שהצדדים הפכו בינתיים להיות אזרחים ישראליים. בשלב שני, ריסן בית המשפט את תחולתו האקס-טריטוריאלי של הדין הדתי, בכך שהוגבלה תחולתן של הדין הדתי לנישואין הנערכים בישראל, הגם שמדובר באזרחי הארץ ותושביה. בפסיקה זו נטה בית המשפט למסקנה גורפת של תחולת הנישואין האזרחיים לפי דיני המדינה בה נערכו, בין בשאלות צורניות ובין בשאלות מהותיות החודרות לכושרם של הצדדים להינשא. אם כן, בסופו של דבר, מצא בית המשפט ששיקולים ספציפיים של חוק הירושה מחייבים את המסקנה אליה הגיע, ולכן אין הכרח לקבוע את ההשקפה האמורה בתור תקדים כללי.⁸ בראש שיקולים ספציפיים אלה עומד הרעיון שיש להגשים את כוונתו המשוערת של המנוח, והצורך להגן על התא המשפחתי, ואין לזנב בתחולתם של שיקולים אלה בשל התנגדותו של הדין הדתי לנישואין נוגדי-דת, כגון נישואין לבני דתות אחרות.

⁶ סעיף 146 לחוק.

⁷ זו ההלכה שנקבעה עוד בפרשת ע"א 191/51 סקורניק נ' סקורניק פ"ד ח(1) 141 (1954).

⁸ בע"מ 9607/03 פלוני נ' פלונית פ"ד סא(3) 726 (2006).

שנית, הפסיקה התמודדה עם הסיטואציה של מספר אלמנות האוחזות בירושה אחת. בספרות המשפטית הוצע לקבוע מבחן מהותי להעדפת האישה עמה גר המנוח בפועל לעומת האישה שהמוריש קיבל היתר לשאת אישה אחרת על פניה.⁹ מבחן מהותי זה שוב אינו רואה את חזות הכל בשאלה אם האישה הראשונה זקוקה לגט. הוא רואה בהחלטה לתת היתר נישואין משום גירושין במובן המהותי, פונקציונלי, הגם שהנישואין לא נותקו פורמלית על ידי גט.¹⁰

במבט צר, אין להפריז בחשיבותה של החלטה זו. היא מיועדת לפסוק בסכסוך יוצא-דופן שבו שתי נשים מתחרות על המעמד של אשת המנוח, והיא נשענת על ההבנה שהיתר הנישואין בדין היהודי ממלא למעשה תפקיד של גירושין.¹¹ אך במבט רחב, מכילה החלטה זו את הזרעים מהם עשוי לגדול ולפרוח מבחן מהותי, פונקציונלי, בכל הקשור להגדרת המשפטית של הזוגיות בדרך כלל. ניתן ללכת עמו צעד נוסף ולומר כי בני-זוג שנפרדו זה מזה, על אף שלא התגרשו כדת וכדין, אינם בחזקת בני-זוג במובן המהותי.¹² לעניין זה, ניתן להסתמך על הדעות בדין היהודי לפיהן כאשר אף אחד מבני הזוג אינו חפץ בהמשך הקשר, הרי בעובדה זו כשלעצמה יש לראות משום עילה לחיוב בגירושין.¹³ הרעיון המשלים הוא שיש לראות זיקת אישות שדינה היה להסתיים כאילו כבר הסתיימה, על משקל האמרה הידועה בדיני היושר: *equity looks on that as done which ought to be done* (דיני היושר רואים מה שמן הדין היה לעשותו כאילו כבר נעשה).

וגם בדין היהודי עצמו, מוצאים אנו שיטות ורעיונות המעמידות את הזכות של האיש לרשת את אשתו על זיקת האישות המעשית הקיימת ביניהם, מה שבא למעט בני זוג שכבר נפרדו בפועל. וכך, למשל, אומר הרשב"ם ש"מי שמתה אשתו מתוך קטטה, שיש בדעתו לגרשה, שוב אינו יורשה",¹⁴ ואף שרבים החולקים על גישה זו,¹⁵ בכל זאת נקבע על ידי הרמ"א כי "המורד על אשתו או מדירה ואינו נוהג עמה מנהג אישות, יש

⁹ פנחס שיפמן "מספר אלמנות האוחזות בירושה אחת" הפרקליט כט 288 (תשל"ב).
¹⁰ ע"א 247/97 סבג נ' סבג פ"ד נג(4) 49 (1999), וכן ראו בע"מ 9607/03 הנזכר לעיל בה"ש 8, בעמ' 744, המאמץ, בעקבות הלכת סבג והמאמר הנ"ל, את הפרשנות המהותית: "פרשנות מהותית של המונח 'בן זוג' מצדיקה שלא לראות בה בת זוג הזכאית לרשת לפי סעיף 11 לחוק".

¹¹ ראו ספרי: פנחס שיפמן על דיני המשפחה בישראל כרך א (מהדורה שניה, 1995).
¹² ראו עוד בנושא זה: רות הלפרין-קדרי ובנימין שמואלי "המגמה המתפתחת של גרושים ללא גירושין" עיוני משפט מב 587 (2020).

¹³ הכוונה במיוחד להלכת רבנו ירוחם שקונה לאחרונה מהלכים בבתי הדין הרבניים. ראו: שי זילברברג ועמיחי רדזינר "תחייתה של עילת מות הנישואין - שיטת רבנו ירוחם בבית הדין הרבני" משפטים מט 113 (2019).

¹⁴ רשב"ם, בבא בתרא קמו, ע"ב, ד"ה נפלה.

¹⁵ הרא"ש מקשה על הרשב"ם "מי הפקיע ירושתו, אם הוא שנואה? אטו אב שבנו שנואה לא יירשנו"? : הרא"ש, בבא בתרא פרק ט, סימן טז.

אומרים דאם מתה אינו יורשה"¹⁶. המבחן המהותי המבקש להתעלם מהכלל הדוגמטי-פורמלי ומעדיף להתמקד במציאות-בפועל מוצא ביטוי מפתיע במקורות הדין היהודי גם בהקשרים אחרים, כגון בקביעה שיש 'מנהג אישות' בנישואין של יהודי עם אשתו הנכרית, על אף שנישואין ביניהם אינם תופסים,¹⁷ או שיהודי שהמיר דתו לא נחשב בלשון-בני-אדם כיהודי חרף הכלל שאין אדם יכול לצאת מיהדותו, ו"ישראל אף על פי שחטא ישראל הוא"¹⁸.

כמובן שהלכות אלו אינן מחייבות את בית המשפט האזרחי שכאמור לעיל אינו פונה לדין הדתי בשאלת הזכאות לרשת, להבדיל מן השאלה מי הוא בן הזוג, ומה גם שלפי הדין היהודי אין האישה יורשת כלל את בעלה ועליה להסתפק במזונות מן העיזבון או בכתובתה.¹⁹ כמו כן הנחת היסוד במשפט המדינה המעלה על נס את חופש

¹⁶ רמ"א, אבן העזר, סימן צ, סעיף ה. ראו בעניין זה שמואל שמעוני "הרהורים על ירושת בן הזוג" **פרשת השבוע** 420 (פרשת פנחס תשע"ג).

¹⁷ שו"ת שבות יעקב, חלק א', סימן כ', שם נפסק שאין אדם נפטר מאיסור חמץ שעבר עליו הפסח על ידי הקניית חמצו לאשתו הנכריה הואיל ואף על פי שהנישואין ביניהם אינם תופסים, קובע המצב העובדתי של יחסי האישות ביניהם, בו בפועל אין להבדיל בין נכסיו לנכסיה. המדהים הוא קביעתו של המשיב ר' יעקב ריישר (מרבני אשכנז, פוסק ומחבר, נולד בפראג המאה ה-17), שאף שאין הנישואין תופסין בנכרית, בכל זאת, יש ביניהם "מנהג אישות".

¹⁸ בשו"ת רבי ישראל בן חיים מברונא (גרמניה, המאה ה"ט) מביא בשם רבי ישראל איסרלין שהתיר לאחד שנדר שלא לשחק עם שום "יהודי" לשחק עם ישראל מומר ד"משומד לא איקרי יודי (יהודי), אע"פ שחטא ישראל הוא מכל מקום לא איקרי יודי ולא חל עליו הנדר": שו"ת מהר"י ברונא, סימן קלה. הרעיון שמבחינת הדין היהודי עצמו מומר לא נכנס לתואר 'יהודי' בלשון בן-אדם מפקיע, כמדומה, את הפיצול שבית המשפט יצר - בפרשת רופאייזן ומאוחר יותר בפרשת שליט - בין יהודי במשמעות הדתית לבין יהודי במשמעות החילונית. הפיצול הוא בין רמות שונות של הקשר בדין היהודי עצמו.

¹⁹ לא כאן המקום לדון בבעיה הדתית הנוצרת עקב הפער הקשה שנוצר בעניין זה בין ההלכות הקדומות לבין המציאות החברתית. מה אירוני הדבר שבתי הדין הרבניים מבקשים לגשר על פני פער זה בכך שהם מסגלים את החוק האזרחי, השייוני, בהעמידם פנים כאילו הוא נכפה עליהם הר כגיגית והם נאלצים לאמצו בהסכמת הצדדים, בעוד שהם היו רשאים לפעול לפי הדין הדתי. שהרי לפי סעיף 155 לחוק הירושה הסכמת הצדדים לשיפוט כמוה כהסכמה להחלת הדין הדתי. אבל איש לא מעלה על הדעת בבתי הדין הרבניים לחזור להלכות המפלוג בדיני הירושה היהודיים, ומה טוב ומה נעים שהחוק החילוני כופה כביכול עליהם סטיה מהדין הדתי, סטיה שהם מפנימים אותה ומקבלים אותה בלב שלם. לניתוח ביקורתי של הסוגיה, ראו Pinhas Shifman, *Inheritance, in THE JEWISH POLITICAL TRADITION: VOLUME III: COMMUNITY* 203 (Michael Walzer et al. eds., 2018).

הציווי אינה מוכרת בדין היהודי שעל פיו המתנה על הלכות הירושה,²⁰ לא עשה כלום, אלא כדי להנחיל ירושה כרצונו, ולשנות חלוקת הירושה מהסדר שנקבע לפי דין תורה, עליו לנסח את צוואתו בלשון מתנה הניתנת מחיים ולא בלשון צוואה הניתנת לאחר מיתה. ובכל זאת, הדעות בדין היהודי המסרבות להתכחש ליחסי האישות בפועל בין הצדדים, ואינן מתגדרות רק בזיקה הפורמלית, יכולות לשמש מקור להשראה משפטית גם במשפט האזרחי.

לשאלת בני-זוג פרודים, ללא גירושין, נחזור בהמשך. אך נציין כי בית המשפט העליון עדיין דבק בדרך כלל במבחן הפורמלי ומסרב לשלול זכויות ירושה מבני זוג פרודים על פי מבחן מהותי. כפי שנפסק בבע"מ 4532/20: "יש לפרש את המונח 'בן-זוג' לעניין הוראות סעיפים 10-11 לחוק הירושה כמתייחסות לסטאטוס הפורמאלי שלהם, מבלי שיש ליחס משמעות לטיב מערכת היחסים". הצעת חוק הירושה הנדונה יכולה לשמש עוגן לתפנית משפטית ראויה המגינה על התא המשפחתי שהיה קיים בפועל ומגשימה את רצונו המשווער של המוריש.

בבואנו לסכם את דברינו עד כה, ניתן לומר שמצד אחד מכיר המחוקק בקיומה של מערכת יחסים המתקיימת בפועל בין בני-זוג, הגם שאינם נשואים זה לזה, אך מצד שני המשך קיומם הפורמאלי של נישואין יכול לשמש יסוד להענקת זכות ירושה לבני-זוג פרודים, כשם שיש בו כדי להכשיל מתן זכות בירושה לידועים בציבור אם אחד מהם, או שניהם, נשואים עדיין פורמאלי, לבני-זוג אחרים.

ב. ההגדרה החדשה של הזוגיות: מה נשתנה ומה לא נשתנה

ההגדרה המחדשת של הזוגיות שבאה לידי ביטוי בתזכיר מבקשת לגבש תפיסה קוהרנטית הלוכדת בבת אחת מספר מצבים ומעצבת אותם לפי תפיסה אחידה. ראשית, היא מבקשת להעמיד את ההכרה בידועים בציבור על קשרי-אישות ארוכי-טווח בהם יש לבני הזוג כוונה של קביעות, תוך שהיא מוציאה מכלל תחולה קשרים קצרים בהם בני הזוג טרם גיבשו החלטה אם ברצונם לקיים מערכת יחסים זוגית לטווח הארוך. בני-זוג אלה מקיימים מערכת יחסים שהיא בבחינת זוגיות-של-מבחן trial marriage. מבחינתם, אין זה מוצדק לצקת לתוך הזיקה הרופפת ביניהם כוונה חסרה של קביעות שרק היא עשויה להצדיק השוואת ידועים בציבור לבני זוג נשואים לצורך דיני הירושה. זיקה רופפת זו אינה אומרת שאין בקשר ביניהם נבט של גדילה וכוח להתפתח בעתיד לכלל קשר של קבע. כל שהיא אומרת שבאותה נקודת זמן טרם התעצמה הכוונה המשותפת והתייצבה לקשר קבוע כזה.

²⁰ כאמור עוד במשנה, בבא בתרא, פרק ח, משנה ה: "האומר איש פלוני בני בכור לא יטול פי שנים, איש פלוני בני לא יירש עם אחיו, לא אמר כלום, שהתנה על מה שכתוב בתורה", ולעומת זאת בהמשך: "הכותב את נכסיו לאחרים והניח את בניו, מה שעשה עשוי, אבל אין רוח חכמים נוחה הימנו. רבן שמעון בן גמליאל אומר, אם לא היו בניו נוהגים כשורה, זכור לטוב".

שנית, ההגדרה מבקשת להחיל אותו מבחן של קביעות במצב ההפוך שבו בני הזוג נפרדו, ולא אתו פירוד מתלווה כוונה של קביעות. אף בהקשר זה מתבקש להבחין בין פירוד זמני שלא מתלווה אליו כוונה לניתוק קבוע לבין פירוד שכבר הפך להיות עובדה מוגמרת הגם שלא הבשיל לכלל גירושין פורמאליים. בשני המצבים, הקובע והמכריע הוא תוכנו המהותי של הקשר בין הצדדים ולא תיוגו הפורמאלי. שלישית, כדי לצקת ליסוד הסובייקטיבי של כוונת הקביעות, בין בחיים יחד ובין בחיים בנפרד, מימד אובייקטיבי של קונקרטיזציה ודיוק, מתווסף מבחן-עזר הקוצב שלוש שנים כתקופת-סף המכניסה, או מוציאה, בני-זוג לכלל ידועים בציבור. היא אמנם לא נוקשה, ושיקול-דעת של בית המשפט עשוי להגמיש את התקופה ולקצרה, אם אמנם כך מתבקש מן הנסיבות הפרטניות של מקרה מסוים. רביעית, בעוד שלפי הדין הנוהג נישואין כדין של הידועים בציבור לבני-זוג אחרים עלולים להכשיל את זכויותיהם ההדדיות, נישואין שכבר התרוקנו מתוכנם, בהיות הצדדים להם פרודים כאמור, לא ישמשו מחסום להכרה בידועים בציבור. חמישית, הגישה המהותית אף מחייבת להכליל בגדר ההגדרה של מי שחי חיי משפחה במשק בית משותף מבלי להגביל את הזכאות לאיש ואישה, וגם בני-זוג מאותו המין נכנסים בגדר זה. ששית, הגישה הריאליסטית המונחת ביסוד ההצעה מייטרת את הצורך שפעם היה אולי קיים לעטוף את הזכאות לירושה בפיקציה של מעין-צוואה, והיא מתנסחת בקביעה פשוטה וישירה המשווה בין הידועים בציבור לבני-זוג נשואים. אותה פיקציה של מעין-צוואה ביקשה לומר שרואים את הנותר בחיים כאילו ציווה לחברו את החלק שאותו אדם היה עשוי לזכות בו אילו היו נשואים זה לזה כדין. פיקציה זו שבאה, כנראה בעליל, להמתיק את הפגיעה כביכול במוסד הנישואין, ואת השינוי המהפכני בשעתו של השינוי, שוב אינה נראית כדרושה היום כאשר המוסד של הידועים בציבור השתרש בתודעת הציבור.

למותר אולי לציין שגם לפי ההצעה הנוכחית, לא הרי בני-זוג נשואים כהרי הידועים בציבור. הנשואים זוכים בירושה על פי דין מתוקף הנישואין שביניהם, ואילו על הידועים בציבור להוכיח כוונת קביעות המוכחת כרגיל על ידי תקופת-שלוש-השנים. בני-זוג נשואים אינם מפסידים זכויות בירושה כתוצאה מפירוד קצר, ואילו ידועים בציבור חשופים לאבדן זכויותיהם אם הפסיקו לחיות יחד, גם אם היתה ההפסקה קצרה.

ג. מבט ביקורתי על הידועים בציבור: בין תעודת לידה לתעודת בגרות

1. הגדרת הידועים בציבור

בעבר היו שופטים שביקשו להבליט קושי חמור בהגדרת המושג ידועים בציבור.²¹ אך יש יסוד להניח שהצגת קושי זה היא כסות-עיניים הבאה להסתיר ולהסוות קושי עמוק יותר, והוא הסתייגות אותם שופטים מעצם ההכרה בידועים בציבור שנתפסה בעיניהם כחתימה מתחת למוסד הנישואין.²² התפיסה הרווחת ביקשה להרגיע את ההתנגדות להכרה בידועים בציבור בטענה שהכרה זו היא בבחינת הכרח-בל-יגונה, כלומר מתחייבת מן האילוצים הנובעים מחומרותיו של הדין הדתי. כך, למשל, התבטא השופט ויתקון בשעתו שכאשר נתקלים בני-הזוג בקושי להתחתן זה עם זה, אין הוא מוצא פגם בהחלטתם לחיות כידועים בציבור בהיות דבר זה הכרח בל יגונה: "אין לבוא בתרעומת על בני-אדם, אשר בלית ברירה בוחרים בצורה זו של חיים משותפים".²³ אך מתקבל יותר על דעתי שהפניית האשמה, לדין הדתי, לא הייתה, לעיתים, אלא גולת-הרגעה שנועדה להשתיק את פיות המתנגדים, בעוד שלאמיתו של דבר ההכרה בידועים בציבור ניוונה מאידיאולוגיה המזלזלת בנישואין פורמליים ומעלה על נס אהבה שאינה תלויה ברישומים ותעודות. נראה לי שלייחס למחוקק, עוד בצעדיו הראשונים המכירים בידועים בציבור, רצון לתקן את עיוותי הדין הדתי, מתכחש למניעים האמיתיים שהדריכו את המחוקק. כפי שנראה להלן, היו שופטים שהעמידו את החקיקה בנושא זה כפועל-יוצא של שיקולי רווחה היפיים לכל מדינה ומדינה. מכל מקום, גם אם ההכרה בידועים בציבור קנתה בתחילה את הלגיטימציה שלה כהכרח-בל-יגונה בשל חומרותיו של הדין הדתי, הרי במהלך הזמן היא התקבעה בתודעת הציבור ובפסיקת בתי המשפט כחלופה לגיטימית בין לפסולי חיתון ובין לפנויי חיתון.

הקושי בהגדרת ה"ידועים בציבור" נובע בין היתר מכך שמושג זה משמש קורת-גג משותפת לתופעות שונות שכולן דרות מתחתיו, אף על פי שהן מייצגות סיטואציות

²¹ למשל השופט זילברג בפרשת ע"א 42/65 דרדיאן נ' עמידר, פ"ד יט (3) 259, 261 (1965): "הגדרתה המשפטית המדויקת של הידועה בציבור כאשתו היא קשה כקריעת ים סוף, או בלתי אפשרית כפתרון בעיית ריבוע העיגול. ניתנו לנו שלושה נתונים: ידועה, בציבור, כאשתו, ולא נתפרש לנו לא מקורו של היידע, לא זהותו של הציבור, ואף לא מהותה של האישות שהציבור-היודע מייחס לזוג הבלתי נשוי. הווה אומר: משלושה נעלמים עלינו לעשות נגלה אחד".

²² ראו דבריו של השופט זילברג בפע"א 337/62 ריזנפלד נ' יעקובסון, פ"ד י"ז 1009 (1963), בעמ' 1021, הגורס קיומה של סטיגמה רווחת בציבור לגבי יחסים מחוץ לנישואין. לעומת זאת, השופט ברנזון בפרשת ע"א 621/69 נסיס נ' יוסטר פ"ד כד (1) 617 (1970) לא מצא קושי בהצגת היסודות הנדרשים להגדרת הידועים בציבור, תוך גישה חיובית, משתמעת, ליחסים מעין אלה.

²³ בג"ץ 73/66 עליזה זמולון נ' שר הפנים פ"ד כ(4) 645, 660 (1966).

נבדלות. לא הרי בני-זוג החיים יחד בתקופת מבחן, קצרה, כהרי בני-זוג החיים יחד דרך קבע ובכוונת קביעות במשך תקופה ממושכת. לא הרי בני-זוג החיים חיי משפחה מלאים במשק בית משותף כהרי בני-זוג החיים ביחד ולחוד, תוך שהם מבקשים לשמור על האוטונומיה שלהם יחד עם רצונם באינטימיות.²⁴ לא הרי בני זוג שמערכת היחסים ביניהם החלה בגיל מבוגר והיא פרק ב' בחייהם, לאחר שהתאלמנו או שהתגרשו, כהרי זוג צעיר המכונן קשרים קבועים ללא נישואין, אך לא מותר בהכרח על הבאה לעולם של ילדים משותפים. אבחנה נוספת בין שתי סיטואציות שונות נעוצה בהבדל בין פסולי-חיתון המנועים מלהינשא כדת וכדין לבין פנויי חיתון שבמתכוון, ומטעמים אידיאולוגיים, נמנעים מלנצל את האפשרות הנתונה בידם להינשא. אמנם חוששני שלעיתים אנו מפרזים בחשיבותה של אבחנה זו, שכן גם פסולי-חיתון יכולים להינשא בטקס אזרחי מחוץ לישראל. מכל מקום, גם להקשר בו מתעוררת שאלת זכויות הידועים בציבור חשיבות רבה. למשל, לא הרי זכויות וחובות הדריות של בני הזוג כהרי זכויותיהם כלפי צדדים שלישיים. לא הרי זכויות סוציאליות כהרי זכויות ירושה. להלן, נבקש להבליט במיוחד את האבחנה בין זכויות עם מותו של אחד מבני הזוג במסגרת דיני הירושה לבין זכויות בחיי בני הזוג.

פרופ' ליפשיץ יוצא מתוך ההנחה שיש לשמור על חיץ ברור בין הנישאים כדין לבין הידועים בציבור. ואחד השיקולים המרכזיים בהשקפתו נעוץ בצורך להגן על ציפיות הצדדים. בחירת בני-הזוג בחיים משותפים מלמדת, לדעתו, על הרצון להימנע מקשר מחייב.²⁵ גם אני חשבתי כך בעבר, אך היום אני חושב שזו מסקנה פשטנית מדי וכוללנית מדי שאינה מגובה על ידי נתונים עובדתיים. אכן, בשעה שהחלו הצדדים

²⁴ ראו מאמרי: פנחס שיפמן "זוגיות יחד ולחוד - אוטונומיה בתוך אינטימיות" **משפט ועסקים** כד 341 (2021).

²⁵ השקפתו הנדונה פותחה בספרו: שחר ליפשיץ **הידועים-בציבור בראי התיאוריה האזרחית של דיני המשפחה** (2005). בבע"מ 2478/14 **פלוגיני נ' פלוגיני** (נבו, 20.8.15) מאמץ בית המשפט העליון את ההשקפה לפיה העובדה שבני זוג לא נישאו לא מלמדת כשלעצמה על העדר כוונה מצדם לקשר מחייב. אך יש לתהות על ההלכה שנקבעה ברע"א 5096/21 **פלוגיני נ' ש. שלמה חברה לביטוח בע"מ ואח'** (נבו, 15.12.21). לדעת השופטת יעל וילנר המבחן לבחינת השאלה אם בני זוג הם ידועים בציבור הוא מבחן סובייקטיבי הבוחן את אומד דעת הצדדים אם החליטו, בין במפורש ובין במשתמע, "להחיל על עצמם את מרבית התוצאות האזרחיות-כלכליות של מוסד הנישואין והשלכות הגירושין. מבלי לקבל מעמד של נישואין". על כך יש להעיר שהמבחן הוא אובייקטיבי, דהיינו אם בני הזוג חיים יחד במשק בית משותף, וגם סובייקטיבי, דהיינו אם הם רואים עצמם כבני זוג מתוך כוונה של קביעות. אך כוונה זו אינה אומרת בהכרח רצון להחיל משטר משפטי של נישואין. בני זוג החיים יחד אינם חושבים תמיד במושגים משפטיים ואינם מודעים תמיד להשלכות המשפטיות של יחסיהם. השאלה אם יש להחיל תוצאות אזרחיות על הקשר בין הצדדים היא מסקנה משפטית של בית המשפט לאחר שבחן את טיב מערכת היחסים בין בני הזוג מבחינה אובייקטיבית וסובייקטיבית כאחת.

לחיות יחד, מותר להניח שטרם גיבשו לעצמם החלטות סופיות לגבי טיבה של מערכת היחסים שביניהם. ואולי כבר מלכתחילה ציפיות בני הזוג היו שונות. האיש וציפיותיו והאישה וציפיותיה. מכל מקום, ככל שיחסי הצדדים נמשכו והתעצמו אפשר שהחלו כבר להתפתח ציפיות אחרות המתחזקות ככל שהקשר נמשך ונבנה לאורך זמן. לשון אחרת, לא תעודת הלידה של מערכת היחסים הזוגית היא אשר קובעת את טיבה ואת מהותה אלא תעודת הבגרות המבטאת את מה שהבשיל לאורך זמן באותה מערכת בחלוף תקופה ממושכת.²⁶

ההכרה בידועים בציבור לצורך דיני הירושה עמנו קרוב לששים שנה. אפשר היה לחלוק על רציונותה ונחיצותה. ואפשר היה לברך עליה. ההגדרה החדשה בתזכיר אינה משנה דבר בעצם ההכרה בידועים בציבור. היא רואה אותה כנכס צאן ברזל של המשפט הישראלי, אף אם בזה דרכו נפרדת משיטות משפט רבות. אינני מקבל את הטענה שההצעה הנדונה סוגרת פער שקודם היה קיים בין הידועים בציבור לבין הנשואים כדין. אדרבא, ההצעה מצמצמת את ההכרה בידועים בציבור ומעמידה אותה על קשרים קבועים, למעט יחסים שאין עמם כוונה של קביעות. הכוונה הייתה להעמיד את תקופת שלוש השנים כתנאי סף, אשר ניתן לקצרה רק במקרים חריגים. הרעיון המונח ביסודה של ההצעה הוא רעיון ריאליסטי הטוען שתעודות ורישומים כבודם במקומם מונח, אבל אין הם חזות הכל. יחסים דמויי-נישואין יכולים להתעצב ולהתגבש לקשר עוצמתי, שאסור להתעלם ממנו. על כך עמד על כך, עוד לפני שנים רבות, השופט חיים כהן בפרשת פסלר:

“אשה שנתנה לאיש פלוני את אונה ואת עונתה, את מעשי ידיה ואת אהבת ליבה, שנשאה אותו בסבלו ועודדה אותו בצרתו - למה יגרע חלקה, לעניין אותן טובות ההנאה הסוציאליות למיניהן, אך באשר אין בידה תעודת נישואין. המדינה שוקדת על מתן זכויות אלו לאלמנות, לא באשר נישאו לבעליהן כדת וכדין, אלא באשר שכלו את מפרנסיהן, אם בפועל ואם בכוח, ובאשר רכשו להן כלפי מפרנסיהן אלה, בעמל כפיהן ובמסירות נפשן, זכויות שהמדינה מכירה בהן ודואגת למימושן. לפי החוקים המקנים זכויות אלו, הרי הן תלויות לא בקיום דין פלוני ולא בקיום רישום פלמוני; הן מותנות בכך שאמנם חיה האשה עם אותו האיש תקופה ממושכת, ולהוכחת חיים אלה דייה בידיעת הציבור שהם כאילו בעל ואשה.”²⁷

אמנם אפשר לתמוה על השפה של השופט שאמנם בעיקרה מתיימרת להיות שפה ליברלית-מתקדמת, אך עם זאת שוזרת לתוכה ומשרבבת בה מושגים ארכאיים הלקוחים מעולמה של המסורת הדתית, כגון 'עונה' או 'מעשה ידיה', ואשר מבליעים

²⁶ השוו: דניאל פרידמן "הידועה בציבור במשפט הישראלי" עיוני משפט ג 459 (תשל"ג-תשל"ז).

²⁷ 384/61 מדינת ישראל נ' פסלר טו 102, 109 (1962).

תפיסות עתיקות-יומין על תפקידי בני הזוג. גם ההצגה של האישה כ'נותנת' מעמידה אותה במערכת מושגית ארכאית אשר רחוקה מהשקפות בנות-זמננו על שיתוף זוגי ואחריות הדדית.

ויכול להיות שהרטוריקה לחוד ומניעי הפסיקה לחוד, דהיינו שעל אף הכחשותיו הנמרצות של השופט בפסק-דינו, מה שהמריץ אותו היה הרצון לתקן ליקויים הנובעים מחומרותיו של הדין הדתי,²⁸ ולא להעמיד תפיסה חדשה על מהות האישות. אבל בעיקרו של דבר, מתרחקת גישתו של השופט חיים כהן מן התפיסה הדוגמאטית המבקשת לקבע את מעמדם וזכויותיהם של בני-הזוג על פי תעודות ורישומים, ובונה תפיסה ריאליסטית הבוחנת את החיים הממשיים שנוצרו בין בני הזוג. אותה תפיסה ריאליסטית מזינה את הרעיון שכובש יותר ויותר את הלבבות בארצות המערב, ועל פיה משעה שנכשלו הנישואין ללא תקנה, מוטב שיאשר בית המשפט לכל אחד מבני הזוג לצאת מן הנישואין, בלי קשר. לשיקולים ערכיים המתנסחים במושגי אשמה.

עיקר טענתי היא שאין זה מתפקידו של המשפט להחזיר את עטרת הנישואין ליושנה. המשפט הולך בעקבות החיים, אמנם בצעדים מדודים ובזהירות, ולא אחר כל אופנה חולפת. אך אין הוא קופא על שמריו, ואין הוא נושא עיניו אחורה למציאות חברתית שכבר התרחקה מאתנו. ככל שיותר ויותר בני-זוג חיים יחד כבני-זוג, לא תוכל המערכת המשפטית להעלים עיניה מכך. עם זאת, מוטל עליה לעבד קונסטרוקציות משפטיות מורכבות כדי לתת מענה לנסיבות המיוחדות של כל מקרה ומקרה, ולציפיות האינדיבידואליות של כל זוג וזוג, ללא קביעות דוגמאטיות אפריוריות השוללות מבני-זוג שלא הייתה מניעה לנישואין מצדם את כוונתם לקשר בעל תוצאות משפטיות. בעוד שהמערכת המשפטית צריכה לעודד פלורליזם משפטי המכיר בדפוסים שונים של זוגיות המותאמים לציפיות הצדדים, אל לה לטפח מודל של זוגיות המשחרר את הצדדים לו מכל מחויבות, כשלמעשה לרוב הכוונה היא לשחרור הגבר מאחריותו כלפי האישה. יתכן שהדבר מתיישב עם ציפיותיו, אך ספק גדול אם הדבר עולה בקנה אחד עם ציפיות האישה. הצד השני של המטבע הוא, כמובן, לא להיחפז ולפרוס חופת מעין-נישואין מעל ראשם של בני-זוג שחיהם המשותפים היו קצרים וטרם הבשילו כוונה לקשר קבוע. רעיונות אלה הזינו את ההצעה להגדרה מחודשת של הזוגיות בתזכיר הנדון.

²⁸ כך אמנם התבטא השופט חיים כהן בשיטה עם עיתונאי לאחר פרישתו. ראו חיבורי: פנחס שיפמן מי מפחד מנישואין אזרחיים (מהדורה שניה 2000).

2. סרבנות גט ומקומה בדיני הירושה

פרופ' שחר ליפשיץ מבקש להבחין בין הגישה האוניברסלית לידועים בציבור לבין הגישה הפרטיקולרית. הגישה הראשונה, לשיטתו, איננה תומכת בטשטוש האבחנה בין בני-זוג נשואים כדת וכדין לבין בני-זוג החיים יחד ללא נישואין. לעומת זאת, שיקולים הנעוצים בשיטה המיוחדת של מדינת ישראל מצריכים התייחסות לידועים בציבור ולהכרה בהם כתחליף גירושין, אך מכאן נובע לדעתו שמן הדין להבחין, לעניין ההכרה בידועים בציבור, בין בני-זוג מעגנים, שאין זה ראוי וצודק שנאשר להם זכויות בירושה, לבין בני-זוג עגונים, שמתבקש לתת להם סעד בשל מצוקתם. ועל כך אני מבקש להעיר כדלקמן. ראשית, לגבי עצם האבחנה בין הגישה האוניברסלית לגישה הפרטיקולרית: לא ראיתי שלדעתו מן הראוי שלא להכיר בזכויות ירושה של בני-זוג החיים יחד במשך תקופה ארוכה, אלא שהוא מסתפק בדרישה להחמרת תנאי הסף להכרה בהם. ומצד שני, לא ראיתי שהוא מציע להנמיך את תנאי הסף לגבי ידועים בציבור שיש מניעה לנישואיהם. ולגבי האבחנה בין מעגנים לבין מעוגנים, יש לומר כי

מה שפרופ' שחר ליפשיץ, בעצם, מבקש הוא להחזיר אחורה את מערכת המשפט כדי שתשקול שיקולי אשמה, ומציע שהיא תסנן בין מקרים שונים על פי השאלה אם הידועה בציבור, או הידוע בציבור, עיגנו את בן-זוגם הקודם, או שמא הם עצמם היו מעוגנים. לשיטתו, מי שמעגן את בן-זוגו ומונע ממנו גט, אינו יכול להיחשב כידוע בציבור של בן-זוג אחר. אכן, אין להכחיש שיש טעם באבחנה זו. אני רואה את הערתו של פרופ' שחר ליפשיץ בנושא זה כתרומה חשובה לדיון על 'תחליפי גירושין' אשר אסור שישמשו כעידוד לסרבנות. בדומה לכך קבע "חוק הגט" בניו-יורק שהמונע גט מבן-זוגו אינו יכול לתבוע גירושין אזרחיים המשחררים אותו אזרחית, אך מותרים את בן-זוגו כלוא בקשר הדתי. אף אני רואה בעיה קשה בכך שהמחוקק האזרחי, בהכרתו הנרחבת בידועים בציבור, שופך שמן על מדורת העגינות שהדין הדתי הציט אותה. אך דווקא לגבי זכויות ירושה המתגבשות סופית עם מותו של המוריש, מתגנבים בלבי ספיקות חמורים אם ניתן, ואם ראוי הדבר, לפשפש בנסיבות החיים המשותפים כדי לדלות משם הערכה ערכית, אחורנית ולמפרע, בשאלה מי היה אשם בכך שהנישואין לא הותרו על ידי גט. ואלו הן ספקותיי:

ראשית, ברוב המקרים, אני לא בטוח שניתן לקבוע, במרחק של זמן וכדיעבד, מי היה המעגן ומי היה המעוגן, מי הסרבן ומי הוא המסורב. הסתכלות על סכסוכי-גירושין של בני-זוג מלמדת שכעבור זמן לא ארוך מתנדף הסיכוי להשבת שלום הבית, ובני הזוג, בעצם מלחמת ההתשה ההדדית שהם מנהלים, משלימים, תרתי משמע, את התהליך הנפשי של גירושין פסיכולוגיים, ומוכנים לגרש או להתגרש. אך השלב הטיפוסי הבא הוא המאבק על תנאי הגירושין, ואדם מבקש להפיק יתרונות כלכליים ואישיים מעמדה טאקטית המתנגדת לגירושין. כמובן לכך מתלווים כרגיל גם גורמים אמוציונליים דוגמת שנאה וקנאה, אכזבה ותסכול, כעס ומרירות המעצימים את הסכסוך. אבל ההתנגדות לגירושין, ברוב המקרים, איננה מוחלטת, אלא היא מתנסחת ומושמעת כהסכמה מותנית בתנאים ממוניים ואחרים. יש גישה בפסיקה הרבנית - בעייתית מאד כשלעצמה - שהצבת תנאים שבידי הצד האחר לקיימם איננה בגדר

סרבנות.²⁹ אבל הקושי הגדול הוא לקבוע איזה תנאים סבירים ולגיטימיים ואיזה לא. במרחק של זמן, ובדיעבד כששני בני הזוג אינם עוד לפנינו, הופכת שאלה זו לקשה שבעתיים. כך, למשל, האם אישה המוכנה לקבל גט רק בתנאי שהאיש יוותר על חלקן בדירה, או חלק מחלקו, בטענה שמן הראוי להתחשב בעול גידול הילדים הנופל בעיקרו עליה, משמיעה דרישה לגיטימית. אם כן, סירוב לקבל דרישה זו מצד האיש הופך אותו למעגן, ואם לא, היא המעגנת. ואולי איש מהם איננו מעגן או מעוגן. ומה יהיה דינו של איש המסרב לתת גט כל עוד לא תוותר האישה על חלקה בדירת המגורים, בטענה שהדירה מומנה כולה על ידי הוריו, והיא ניתנה לבני-הזוג במתנה מתוך הנחה שהנישואין יאריכו ימים, אך למעשה הם התפרקו לאחר תקופה קצרה בלבד. לא פעם, במהלך המשא ומתן, עמדות הצדדים מתחלפות: לעיתים מתרחש הדבר בשל ההכפכות של הרגש, כגון נקמנות או קנאה, וכדברי הנביא "עקב הלב ואנוש הוא מי ידענו?"³⁰ לעיתים, בא הדבר מתוך גישה טאקטית המקווה לשפר עמדות בזירת ההתמקחות בין הצדדים. לעיתים, מחוסר עניין אמיתי, זונחים שני הצדדים את המאבק על השגת גט דתי, ופונים כל אחד לדרכו מבלי שרואים עצמם מנועים מלפתוח בחיים חדשים. לכן, הדיכטומיה בין מעגנים למעוגנים לא הולמת בהרבה מקרים את המציאות. גם שחר ליפשיץ גורס שכאשר סרבנות הגט באה מטעמים כלכליים יש לבחון אם היא מוצדקת אם לא, אך לא מציע מבחן חד-משמעי לבדיקתה של שאלה זו, והוא מבקש להקנות לערכאה השיפוטית שיקול-דעת כיצד לנהוג. אך מערכת השיקולים המורכבת שהוא מציע להתחשבות בנסיבות האינדיבידואלית של כל מקרה,³¹ יפה לענייני מזונות וזכויות אחרות, אך אינה יפה לענייני ירושה.

חייבים אנו להודות שלא התמודדנו במשפט הישראלי עם הכשלים הטמונים בשיטה הנוהגת ביחסי ממון בין בני זוג. כידוע, שיטה זו בישראל מורכבת למדי. חוק יחסי ממון בין בני זוג, תשל"ג-1973 (להלן: חוק יחסי ממון), מחיל על בני-זוג, בהעדר הסכם ממון הקובע אחרת, את הסדר איוון המשאבים על פיו מוטל חיוב על בן הזוג שנכסיו מרובים לשלם לצד האחר את מחצית ההפרש בין נכסיהם. אך חוק זה לא ביטל, על כל פנים לגבי זוגות שנישאו לפני 1974, את חזקת השיתוף שנהגה קודם לכן בפסיקה, ואשר על פיה חזקה על בני זוג החיים יחד ששיתפו ביניהם שווה בשווה את נכסיהם. ואולם לרוב מוכרעים יחסי בני הזוג המתגרשים זה מזה בהסכמת הצדדים, וכפועל-יוצא מהצורך בהסכמה לגבי הגט. ההתחשבות בכושר ההשתכרות המוגבר של אחד מבני הזוג שהושג כתוצאה ממאמץ משותף של שניהם היא תיקון חלקי בלבד של הפערים ביכולת הכלכלית של שניהם. אלמלא הדרישה להסכמה לגבי הגט ותנאי הגט, היינו אף אנו נחשפים לתופעה של התרוששות נשים וילדים בעטיו של פירוק הקשר

²⁹ השיטה המיוחסת למהרשד"ם ששנויה במחלוקת בין חכמי ההלכה. ראו ספרי: פנחס שיפמן **שפה אחת ודברים אחדים: עיונים במשפט, הלכה וחברה** (2012), עמ' 126 ואילך.

³⁰ ירמיהו י"ז, ט.

³¹ ליפשיץ, גירושים ללא מדיניות גירושים, לעיל ה"ש 1, עמ' 26 ואילך.

המשפחתי. מכאן שטרם גיבשנו לעצמנו קני-מידה ברורים על פיהם ניתן להגדיר מה הן דרישות מוצדקות ומה הן דרישות בלתי מוצדקות שלפיהן נוכל להציב אדם במשבצת המתאימה כמעגן או כמעוגן. גם ההנחה שהעובדה שלא סודר גט הייתה קריטיית לצדדים לא תמיד נכונה. בסופו של ניתוח, מעוכבת גט היא אישה הרואה עצמה מעוכבת וכמי שאינה יכולה להסיר בכוחות עצמה את האזיקים שהדין הדתי כבל אותה בהם, ויתכן שאישה זו או אחרת נותרה שוות-נפש לצורך בהתרה דתית של הקשר. אך גם בעניינה של אישה הרואה עצמה מעוכבת-גט, יש לבחון אם מצבה ניתן לתיקון במסגרת דיני הירושה.

אכן, חשוב לשמור על שיקול-דעתו של בית המשפט הבוחן את הנסיבות של בני-הזוג העומדים לפניו, ושופט נכון ישכיל, על פי כלים משפטיים מתאימים, שלא להעניק תמריץ לסרבנות. אך כוחם של דברים אלה יפה לדיון במזונות אשר ממלאים במציאות המשפטית לא רק תפקיד סוציאלי של תמיכה באישה הנוזקת, אלא אף יותר מכך תפקיד של תמריץ למתן גט, שהרי עם הגירושין משתחרר האיש מחובתו למזונות. תפקיד זה משתקף לא רק במציאות המשפטית אלא בדין היהודי עצמו המכיר, למשל, במושג של 'מעוכבת מחמתו להינשא'³² כמו גם בשלילת מזונות מנישואין אסורים אם האיש מוכן לתת גט. כמובן, יש להיזהר משימוש לרעה בזכות למזונות ומניצולה לרעה כאשר האישה היא המסרבת להתגרש, ואין טעמים סוציאליים המצדיקים חיוב האיש במזונותיה. אך שוב יש לחזור ולומר ששופט נכון ששני בני הזוג ניצבים לפניו ישכיל ויידע לבחון ולהעריך לעומק את מערכת היחסים המורכבת בין הצדדים, ולנווט את פסיקתו בהתאם לכך. לפסיקתו יהיה כוח ממריץ-התנהגות כלפי הצדדים: הוא עשוי לפסוק מזונות גבוהים כדי ללחוץ על הגבר אם הוא סרבן-גט, ולהפחית, או אפילו לשלול מן האישה את מזונותיה אם היא הסרבנית. לא כאן המקום להיכנס לכלים המשפטיים בהם ניתן לעשות שימוש לצורך זה. שימוש מושכל בכלל של 'מעוכבת מחמתו להינשא' המאפשר שלא להביא בחשבון את השתכרות האישה, הוא אחד מהם³³. פירוש מתאים לסעיף 2 של חוק המזונות באופן המקנה לבית המשפט שיקול דעת בקביעת המזונות, הוא כלי נוסף³⁴ כמו גם השימוש בעקרון תום הלב כאשר בית המשפט משוכנע שאין תוחלת לנישואין והאישה היא סרבנית-גט.³⁵

³² מושג זה משמעותו שבעל המעגן את האישה ומסרב לתת לה גט יהיה חייב במזונותיה, גם אם הוא פטור מהם בנסיבות רגילות, כגון שהאישה משתכרת די צרכה מעבודתה. עצם העובדה שהוא מונע מן האישה להינשא לאחר, מצמיח חיוב עליו למזונותיה, וזאת כדי להמריץ אותו לגרשה.

³³ ראו, למשל, ע"א 127/80 מילר נ' ברקוביץ, פ"ד לד(4) 219, 223 (1980); ע"א 664/82 סלומון נ' סלומון פ"ד לח(4) 365, 372 (1984).

³⁴ לא כאן המקום לדון בקשיים שהלכת חקק יוצרת בעניין זה. ראו ע"א 596/89 חקק נ' חקק פ"ד מה(4) 749 (1991).

³⁵ בע"מ 3151/14 פלוגית נ' פלוגי (נבו, 5.11.15).

יש מקום לומר ששיקולים אלה יפים גם כאשר עולה לדיון יחסי הממון בין הצדדים. באותה העת שני הצדדים ניצבים לפני השופט ועליו להגיע לאיזון ראוי בין שניהם, תוך שהוא אמור להביא בחשבון, בגבולות מדודים, לא רק את תרומתם לרכוש המשפחתי אלא גם את צרכיהם ובמקרים חריגים אף את התנהגותם. שיקול-דעת להתחשב בנסיבות מיוחדות לשם סטייה מאיזון המשאבים, הוקנה לבית המשפט בהוראה מפורשת בחוק.³⁶ לא למותר לציין שאף שלשון החוק משתרעת תקופת האיזון עד לפקיעת הקשר בין הצדדים עם הגירושין, קיצרו בתי המשפט את התקופה עד לפירוד-כפועל, מכוח ההוראה האמורה, ולא נזקקים, כרגיל, לשיקולי אשמה בסוגיה זו. אך דומני שניתן לומר בבטחה שבכוא העת לפסוק בדבר זכויות הירושה, אין לשיקולים אלה שוב מקום. כיוון שאחד מבני-הזוג כבר נפטר, לא ניתן לצלול בדרך כלל למים העמוקים של יחסיהם בעבר ולהטיל שיפוט ערכי בדבר סרבנות הגט אם היתה. האם במרחק של שנים רבות, ניתן לקבוע אם התנאים שהציב צד אחד, ושהצד השני סירב לקבלם, היו סבירים והוגנים? האם ראוי הדבר שירשי בני הזוג יתדיינו ביניהם בשלב זה מי מההורים נהג כהלכה במשא ומתן ביניהם על תנאי הגט אשר בושש לבוא? כאמור, אין זו תופעה נדירה שהמשא ומתן בין הצדדים עבר מהפך, והיוצרות התחלפו, למשל, האישה שדרשה גט וסורבה לקבלו, מוצאת עצמה מאוחר יותר במצב בו האיש מבקש גט והיא אשר מסרבת עתה לקבל את הגט. מה יפסוק בית המשפט? ובכלל, גם אם ניתן לייחס אשמה לאחד הצדדים ולתלות בצווארו, ובצווארו בלבד, את הקולר, מה טעם לבוא אתו חשבון, או עם בן-זוגו לחיים (שאחריותו, לכל היותר, משנית בלבד), ולגמול לו כרעתו כביכול, כאשר אבד כבר הכלח על סוגיית הגט, ואין לשיפוטיות בעניין זה כוח של עיצוב-התנהגות כלפי העתיד. כפי שנסביר להלן, אין להניח שהתנהגותו של סרבן-גט עשויה להיות מושפעת מעמדה זו או אחרת אותה ינקוט בית המשפט בשאלת הירושה. לכל היותר, אם יהיה מודע לכך, יכתוב צוואה מתאימה.

אפשר ללמוד בעניין זה מהדין היהודי המבקש לשלול את זכותה של האישה למזונות כאשר נישאו הצדדים בנישואי איסור, כגון כהן וגרושה, וזאת כדי "שלא תתעבב אצלו", דהיינו כדי שלא לתמרץ את האישה להמשיך ולקיים את הנישואין, שכן הוא בחזקת "עמוד והוצא קאי", כלומר כפוף לחובה לגרש את האישה. אבל לאחר מותו, אם לא גירש את האישה, היא זכאית למזונות הואיל והאפקט מכוון ההתנהגות שוב לא קיים.³⁷ באותה מגמה, גם בית המשפט העליון נתן פרשנות מצמצמת להוראה בחוק הירושה,³⁸ על פיה שלילת מזונות מחיים מביאה לכך שהאלמנה מפסידה את זכותה למזונות מן העזבון, שכן אין זה הולם שירשיו יתדיינו לאחר מותו עם האלמנה

³⁶ סעיף 8 לחוק יחסי ממון.

³⁷ שולחן ערוך, אבן העזר, סימן קטן, סעיף א.

³⁸ סעיף 57(ב) לחוק הירושה: "בן-זוג שערב מות המוריש נשללה ממנו זכותו לקבל מזונות ממנו, אינו זכאי למזונות מעזבונו".

אם היתה בחזקת מורדת, או חייבת בגט, ומה היה טיב יחסיה עם המוריש.³⁹ ובדומה לכך הבחין בית המשפט העליון בין נישואין פרטיים שההכרה בהם מתבקשת בחיי הצדדים והאינטרס הציבורי מחייב את שלילתם, לבין נישואין פרטיים שההכרה בהם מתבקשת לאחר מות אחד הצדדים, ואשר שוב לא ניתן לבית המשפט אלא לאשר בדיעבד את קיומם.⁴⁰ יפים לעניין זה דברי השופט זילברג "כשם שאין רחמים בדין, כך אין רוגז בדין".⁴¹

אומר פרופ' שחר ליפשיץ שיש ערך לשיקולי חינוך ומוסר גם כאשר קצרה ידו של בית המשפט לעצב בדרך זו את התנהגותם של הצדדים. זו הייתה ועודנה טענתם של המתנגדים לגירושין ללא אשמה המתקוממים כנגד התופעה שבין-זוג שהוא עצמו אשם במשבר הזוגי, יוכל לצאת מן הנישואין חד צדדית וללא הסכמת בן-זוגו. אבל התשובה הניצחת לטענה זו היא שאין טעם, בשם שיקולי מוסר, אמיתיים או מדומים, לכפות על אדם המשך קיומם של נישואין שאין הוא חפץ בהם. כך, למשל יטען הטוען מדוע יש להרשות לאדם שבגד בבן-זוגו והתעלל בו, לצאת מן הנישואין מכוח רצונו החד-צדדי. אבל הגישה הראליסטית מחייבת לקבל את המציאות כפי שהיא ללא אשליות שבידי בית המשפט לשנותה. והוא הדין גם בעניין שלפנינו בו עלינו לקבל, לצורך דיני הירושה, את התא המשפחתי כפי שנוצר והתקיים בפועל. בעיניי זו תמימות להניח שהסרבן ובן-זוגו יידעו שלטרבנות יהיה מחיר עתידי, ודבר זה עשוי להשפיע לטובה על סרבני-גט.⁴² יש לומר שאם הם יהיו מודעים לכך, הם יזדרזו לכתוב צוואה מתאימה, ואף שחר ליפשיץ אינו מציע בנסיבות כאלה להתנכל לעקרון חופש הציווי. גם קביעה האומרת שיש להעדיף את האישה החוקית על פני יריבתה הידועה בציבור מתעלמת מכך שהנישואין החוקיים אורכים לעיתים תקופה קצרה, בעוד שהיחסים דמויי הנישואין נמשכים לעיתים שנים רבות מאד. בל נשכח שהאישה החוקית אמורה לקבל את זכויותיה מכוח הדינים החלים על יחסי ממון בין בני-זוג, ואין מקום לפצות אותה שוב מכוח דיני הירושה הבאים לשקף את רצונו המשוער של המוריש.

ועוד יש לומר: בעוד שבפסיקת מזונות מחיים אמור בית המשפט להפעיל את שיקול-דעתו, ופסיקתו אף עשויה להשתנות מעת לעת לפי שינוי הנסיבות, ואף יש לו אולי כלים לחדור לעומק הסבך הרגשי והאישי בין הצדדים, שונה הדין בפסיקת ירושה. נפילת הירושה היא מידית עם מות המוריש. עם המוות עובר העזבון ליורשים מכוח כללים מוגדרים היטב וקבועים מראש. בית המשפט לא אומד את דעתו של המוריש לאן ניתן לשער שהיה מעביר את עזבונו. הוא פועל לפי כללים סטנדרטיים, כללי הירושה על פי דין, המבקשים להשיג צדק סטטיסטי שלא בהכרח מותאם לנסיבות. לו היה מתבקש בית המשפט להפעיל שיקול-דעת כדי לאמוד את רצון המוריש, לא היה לדבר סוף, ומנת חלקנו הייתה שרירותיות ללא קץ. לכן, אין בהם, בכללי הירושה על

³⁹ ע"א 134/70 שרלוטה לוי נ' עיזבון יוסף לוי פ"ד כד (2) 720 (1970), פסק-דינו של השופט חיים כהן.

⁴⁰ בג"ץ 130/66 שגב נ' בית הדין הרבני האזורי צפת פ"ד כא (2) 505 (1967).

⁴¹ ע"א 238/53 כהן ובוסליק נ' היועץ המשפטי לממשלה פ"ד ח 4, 35 (1954).

⁴² ליפשיץ, גירושים ללא מדיניות גירושים, לעיל ה"ש 1, עמ' 28.

פי דין, מקום תפיסה כלל לשיקול-דעת, ואין אתה יכול, בהגדרת זכויות הירושה, לתת את דברך לשיעורין. לשון אחרת, לא ניתן לתלות את המעבר הקנייני של העיזבון הנופל מידי הירושים עם מות המוריש בקטיגוריות רופפות ומעורפלות התלויות בשערה, או בהשערה, לגבי התנהגות הצדדים.

גם כאשר על בית המשפט לקבוע אם התקיימו תנאיו של סעיף 55 של החוק, ואפשר לומר כי הערכת היסודות עליהן בנויה הזכאות לפי סעיף זה כורכת מידה מסוימת של שיקול-דעת, אין זה שיקול-דעת במובן החזק שבו השופט בן-חורין לבחור בחלופה הנראית בעיניו, אלא הערכה אם התקיימו היסודות הקבועים בחוק. מה שאין כן בקביעה מי עיכב את הגירושין, אשר כפי שראינו מצריכה החלטה ערכית מצד בית המשפט כיצד לשפוט את התנהגות הצדדים.

ואחרון אחרון, מכריע: נקודת המוצא של דיני הירושה בישראל היא עקרון חופש הציווי. בניגוד לשיטות משפט קונטיננטליות, לא שומר הדין לקרובי משפחה של המוריש חלק של חובה המשוויין מפני התנאה נוגדת בצוואה. יתרה מזאת, חוק הירושה מבקש לוותר על פורמליות נוקשה בבואו לבחון תוקפה של צוואה, ואין הוא מנסה להתככל לחופש הציווי על ידי עמידה על כללים נוקשים העלולים להביא לפסילתה של צוואה שנכשלה מלמלא אחר כל הדרישות הצורניות, פסילה העשויה להחיות בכך את כללי הירושה על פי דין. מכאן שגם כללי הירושה על פי דין אמורים להיות ביטוי משוער של רצונו של המוריש, ואין להגניב לתוכם שיקולי אשמה, המבקשים להעניש את המוריש הסורר.

אכן, ההסדר הדיספוזיטיבי שחוק הירושה, כמו גם התזכיר הבא לתקנו, בא להשמיע ולקבע בתודעת הציבור מסר ערכי מעצב התנהגות. הסדר זה קובע הוראות הנועדות לשקף את שראוי וצודק שיחול. כך, למשל, מורה החוק שאין להפלות לרעה ילדים מחוץ לנישואין, ושילדי בני הזוג חולקים ביניהם בשווה. בכך מבטא המחוקק את השקפתו הערכית בדבר ההסדר הרצוי ומטיל על הרוצה לסטות מכך את הנטל לכתוב צוואה. אך אין לומר שההסדר זה של המחוקק מתנגש עם מה שרוב בני-אדם היו מצפים שיחול על עיזבונם. חלק אחר של ההסדר הדיספוזיטיבי בא להתמודד עם הקושי שאין לדעת בדיוק מה היה רוצה המוריש, ולכן מנסה המחוקק לגבש הסדר ממוצע, מפשר. הדבר בא לידי ביטוי בכך שבן-זוגו של אדם יורש חלק נכבד מעזבונו, חלק אשר משתנה בהתאם לזהות הירושים המתחרים עמו. וכאן שוב הרשות נתונה בידי המצווה לעצב את חלוקת העזבון כרצונו. כללית ניתן לומר שעל המחוקק לאזן בין רצונו לקבוע מסר ערכי מעצב לבין שאיפתו להתחקות אחר הרצון המשוער של רוב המורשים. כאשר הרצון המשוער של רוב המורשים ברור, ספק אם יש מקום לנסות ולסכלו על ידי הסדר דיספוזיטיבי, אשר בלאו הכי ניתן להתנות עליו בהתנאה נוגדת, כלומר צוואה, על ידי המוריש.

אם נחזור לבני-זוג פרוודים, הרי אם היה המוריש מודע לברירת המחל, היה כותב צוואה המגשימה את רצונו. ללא ספק, רצונו המשוער לא היה להמשיך ולשמור על ירושת בן-זוגו ממנו נפרד פירוד סופי ומוחלט, הגם שלא התגרש ממנו כדת וכדין. הדין הדיספוזיטיבי המעניק את זכות הירושה לבן-הזוג עמו חי המוריש בפועל דרך קבע,

לא בא לתת שירות מיטיב לסרבני-גט אלא לשקף, שיקוף אמיתי, את רצונם המשוער בהנחלת עזבונם לאחר מותם. אם נכשל המשפט במאבק כנגד סרבני-הגט בחיי בני-הזוג, אין טעם ואין צורך עוד, לנקום במי שנהג בשעתו שלא כהלכה. ואם כתב המוריש צוואה המדירה את בן-זוגו להלכה מלרשת אותו, נכבד את רצונו, ולא נבוא עמו חשבון על שנהג בבן-הזוג שלא כהלכה. שיטת משפט המתנכלת לאלה שלא היו מודעים לצורך החיוני לכתוב צוואה, היא בבחינת גיבורה על חלשים. לו היתה נאמנה לדרכה לכוון התנהגות, היה עליה להטיל סייגים מתאימים על חופש הציווי עצמו.

טול, לדוגמא, סכסוך ירושה שעלה בשנת 2008 בבית המשפט לענייני משפחה בתל-אביב.⁴³ המנוח שעל ירושתו התדיינו הצדדים היה נשוי לתובעת מבלי שהתגרש ממנה. ארבע שנים לאחר נישואי הצדדים הם החליטו להתגרש, הגיעו להסכם גירושין, אך המנוח לא הגיע למועד הדיון שנקבע בבית הדין הרבני, עזב את הארץ וניתק עמה קשר (לכל היותר היו ביקורים מצידו מספר שנים, אך ברור כי למעלה משלושים שנה הנתק היה מוחלט). זמן מה לאחר מכן, החלה התובעת לחיות כידועה בציבור עם גבר אחר עמו חייתה שלושים ושש שנים. היא מצדה לא המשיכה לפעול לצורך התרת הנישואין בינה לבין המנוח, ולא פנתה לבית הדין הרבני לאחר עזיבתו של המנוח את הארץ. בנסיבות אלו פסק בית המשפט, מפי השופטת שפּרה גליק, כי חרף העובדה שהתובעת הייתה נשואה על פי הדין הדתי למנוח, אין היא זכאית לרשת אותו, הן לאור הנתק הממושך ביניהם המוציא אותה מהגדרת 'בן-זוג' במובן המהותי והן לאור העובדה שהייתה ידועה בציבור של אדם אחר במשך שלושים ושש שנים. בית המשפט המחוזי ביטל החלטה זו, אך בדיון בבקשת ערעור לבית המשפט העליון הושגה פשרה. יושם לב שלו היינו פועלים לפי המבחן הפורמאלי של הזוגיות, לא היה מקום לשלול מן האישה את זכויותיה כאלמנתו של המוריש, ובה בשעה אם היתה תובעת זכויות ירושה מן הגבר השני עמו חייתה, הרי בהעדר צוואה היו נישואיה הפורמאליים למנוח מכשילים את זכותה לרשת את הגבר השני. התפיסה הריאליסטית טוענת שבנסיבות של פירוד ממושך, קליפת הנישואין שכבר התרוקנה כליל מתוכנה, אינה יכולה לשמש כלי להשגת זכויות, כשם שאינה יכולה לשמש מכשול לרכישת זכויות חדשות.⁴⁴ קשיים כלכליים, ונסיבות אישיות, יכולות לרפות ידיו של אדם להסדיר את מעמדו על ידי גירושין פורמליים. בארצות הברת, כונה הפירוד כ'גירושין של האדם העני'. כינוי זה מעיד על רשותו של בית המשפט, ואף של חובתו, להסתכל על טיבו האמיתי של קשר-ללא-קשר, הגם שהצדדים לא טרחו לנתקו פורמלית.

זאת ועוד אחרת: בתיק שהוצג לעיל, אם היינו מבקשים להפעיל מבחן ברירה כמוצע על ידי פרופ' ליפשיץ היה מקום לראות באישה עגונה, שהרי הגבר הוא אשר הכשיל את ביצוע הגירושין המוסכמים בבית הדין הרבני. לא אכנס לשאלה כיצד יש להעריך את העובדה שהאישה לא פעלה להשגת הגט, כי ממילא פרשה זו מלמדת ששאלות אלו איבדו את חשיבותן ואת ערכן. הוא אשר אמרנו: בחלוף השנים, גם

⁴³ ת"ע 108091/08 **עזובן המנוח י.א. ז"ל נ.ד.א.** (נבו, 11.8.2012).

⁴⁴ ראו עוד בעניין זה: הלפרין-קדרי ושמואלי, לעיל ה"ש 12;

אהבתם גם שנאתם של בני-הזוג כבר אבדה, ואין טעם לפשפש ולמשמש בהן כדי לבוא חשבון עם מעכבי-גט והנלווים עליהם.

סיכום

קיצורו וסיכומו של דבר: השימוש במבחן הפונקציונלי הבוחן את המהות הריאלית של הקשר בין צדדים חיוני בשיטת-משפט שהשילה מעל עצמה את שרידי הפורמליזם ומתמקדת במאמץ לאתר את כוונתו האמיתית של המוריש. כללי הירושה על פי דין אמורים לשקף את הרצון המשוער של רוב בני-אדם ואין הם אמורים לשאת על גבם מטענים ערכיים המבקשים ללמד את המוריש כיצד היה עליו לנהוג, כאשר כוונתו הייתה בעליל שונה ורק איתרע מזלם של יורשיו שהוא נמנע מלערוך צוואה. בהתאם לכך גובשו הכללים הכלולים בתזכיר לחוק הירושה שמטרתם לסנן מרשימת הזכאים בני-זוג שמערכת היחסים ביניהם טרם התגבשה לכלל קשר קבוע, וכן בני-זוג שעדיין נשואים להלכה אך אינם בני-זוג למעשה. הענקת זכות ירושה לבן-זוג שנפרד והתנתק סופית מחברו היא בגדר אבן-נגף מכשילה. מצד שני, מטרת ההצעה היתה לכלול ברשימת הזכאים בני-זוג ידועים בציבור להם עדיין יש בן-זוג פורמלי, וכן מי שחי חי משפחה במשק-בית משותף גם אם מדובר בבני-זוג מאותו המין.

האבחנה בין מעגנים ומעוגנים לפיה המעגן לא יוגן והמעוגן יפוצה מושכת את הלב בהשקפה ראשונה. אך לכשנתעמק יותר ניווכח לדעת שאבחנה זו שהיא אולי יפה בהקשרים אחרים אינה הולמת את דיני הירושה. היא פשטנית מדי, רחוקה בעליל מכוונתו המשוערת של המוריש, ואינה יכולה להכיל את המורכבות והמסובכות של סכסוכים משפחתיים אשר לאחר מות המוריש אבד עליהם הכלח.