

ירידתה ועלייתה של הבטחת נישואין

נילי כהן *

- א. פרדוקס החוזה ומשל אודיסאוס: שעבוד העתיד על ידי ההווה
- ב. הבטחת הנישואין של לבן ליעקב ושעבוד האישה בעבר
- ג. חירות ושוויון בחיי הנישואין ומשפחות חדשות
- ד. הבטחת נישואין בראי הנישואין
- ה. משפט, ספרות, היסטוריה – תהילה, רמברנדט, ויקטוריה
- ו. ירידתה של הבטחת נישואין
- ז. המשפט הישראלי – מעמדה החוזי של ההבטחה והסייג לתחולתה
- ח. פלונית – עלייתה של הבטחת הנישואין
 1. עובדות
 2. הכשרתה של ההבטחה
 3. הסרת הסייג – תביעה כלפי מבטיח נשוי
 4. הערכה
 5. ליברליות או שמרנות?
 - ט. נישואי אודיסאוס וסוף דבר

א. פרדוקס החוזה ומשל אודיסאוס: שעבוד העתיד על ידי ההווה

חוזה הוא ביטוי נעלה במיוחד לערך של כבוד האדם, המבוסס על הסכמה פרטית בין שניים, שהמדינה, באמצעות בתי המשפט שלה, מכירה בו ואוכפת אותו. החוזה מגלם את הערכים הנעלים ביותר של החברה: הוא מגלם את שאיפתו של הפרט, אך בהיותו מכשיר המשמש לפחות שני צדדים, הוא מגלם גם סולידריות ושיתוף פעולה. דיני חוזים קובעים מהם תנאי התוקף ההופכים הסכמה לחוזה.

* פרופסור, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב. מופקדת הקתדרה לדיני חוזים השוואתיים על שם בנו גיטר. אני מודה לד"ר דפנה הקר על הערותיה המועילות ולגיא רוב על סיועו החשוב במחקר. מאמר זה מבוסס על הרצאות שניתנו בפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל-אביב, האחת, לזכרו של עורך דין דן אחיעזר ז"ל ב-3 בספטמבר 2004; השנייה, במסגרת המכון להשתלמות עורכי דין, מועדון משפט וספר, ב-3 בנובמבר 2005.

הם קובעים מה הסנקציות המוטלות על מי שמפר חוזה, ומה היחס בין ערכיה של המדינה להסכמות פרטיות בין אנשים. לא כל הסכמה ולא כל הבטחה היא חוזה מחייב. לעתים אין הצדדים רוצים לתת תוקף מחייב להסכמה שביניהם, ולעתים המדינה אינה רואה לנכון לתת תוקף מחייב להסכמה הפרטית. רשימה זו תתמקד בשאלת היחס בין חוזה לרגש או בין חוזה לאהבה, בהקשר של חוזה נישואין ובעיקר הבטחת נישואין; היא תבחן אם ראוי לתת תוקף להסכמות פרטיות מסוג זה, ובאיזה היקף; היא תבחן מה היחס בין הסכמה פרטית בעניין זה לבין ערכיה של החברה.

צינתי כי חוזה הוא פעולה רצונית שלה שותפים שני צדדים, המבקשים לכוון עצמם מרצונם זה כלפי זה. אכן, זהו פרדוקס החוזה: פעולה שכולה נטועה ברצון חופשי הופכת מכוח אותו חופש – למחויבות, למעין שעבוד. חוזה הוא כלי שבו ההווה משעבד את העתיד; כלי שבו רצון חופשי מוקדם משעבד רצון מאוחר. מאז ומעולם התלבטו הוגים בשאלה, מהם גבולותיו של הרצון החופשי. למשל, האם מי שהשתעבד לרצונו שלו נותר כבול לרצונו המקורי, או שמא יכול הוא להתיר עצמו מהשעבוד? הבה ניזכר בסיפור הידוע על אודיסאוס והסירנות, המשמש בסיס לדיון בשאלה של הרצון החופשי¹. אודיסאוס שט בספינתו עם מלחיו. הוא יודע שעתיד הוא בקרוב להיתקל בסירנות. הסירנות משתמשות בקולן הקסום לפיתוי. הן חיות בים, ומושכות בשירתן את לב המלחים כדי להטביעם במעמקים. אודיסאוס מורה למלחיו שכאשר יגיעו למקום המפגש עם הסירנות, הם יאטמו את אוזניהם בדונג, ואותו – את אודיסאוס – הם יכבולו באזיקים לתורן הספינה. הוא מתרה בהם שאפילו יורה להם להתירו מאזיקיו, אל להם לשעות לבקשתו. אכן הסירנות המפתות גורמות לאודיסאוס לפקוד על מלחיו להתיר את כבליו, אך הם במצוותו המקורית הוסיפו עליו חבלים וקשרו אותו היטב, וכך גברו על הסכנה.

סיפורו של אודיסאוס מציג קונפליקט בין רצון מוקדם לרצון מאוחר, שבו גובר הרצון המוקדם משתי סיבות: ראשית, הרצון המאוחר אינו חופשי – מקורו בפיתוי הסירנות; ושנית, הרצון המאוחר יגרום לתוצאה הקטלנית של מות אודיסאוס ומלחיו. אודיסאוס מבקש אפוא להתעלם מרצונו המאוחר, הלא חופשי, לא רק כדי להגן על עצמו, אלא גם בשל שיקולים פטרנליסטיים ראויים.

סיפור אודיסאוס אינו נטוע בהקשר חוזי. אך גם בהקשרים חוזיים מובהקים יגבר הרצון המוקדם להיות מחויב בחוזה על פני הרצון המאוחר של מי מהצדדים להשתחרר ממנו, אלא אם כן יבקשו שני הצדדים להשתחרר ממנו. זהו, כאמור, פרדוקס החוזה: חוזה הוא כלי שבו ההווה משעבד את העתיד; שבו רצון חופשי מוקדם משעבד רצון מאוחר.

1 הומרוס אודיסאה (ש' טשרניחובסקי תרגום, 1987) 223, שיר שנים-עשר, שורות 165–200. סיפור אודיסאוס והסירנות שימש בסיס לדיון ברב רציונליות והעדפות סותרות בין זמניות: J. Elster *Ulysses and the Sirens: Studies in Rationality and Irrationality* (Cambridge, New York, 1979) esp. pp. 36–111.

ב. הבטחת הנישואין של לבן ליעקב ושעבוד האישה בעבר

סיפור אודיסאוס והסירנות מדגים את השתעבדותו של אדם לרצונו המקורי, תוך שהוא שולל מעצמו את זכות החרטה בעתיד. שאלה אחרת היא, האם יכול אדם להשתעבד לאחר (במובן המילולי) תוך שהוא שולל מעצמו מראש את זכות החרטה בעתיד. בניגוד לשעבוד הקודם, שהוא בעיקרו של דבר שעבוד לרצון אישי, מוגבל וזמני הקשור לנסיבות מסוימות, כאן מדובר בשעבוד לרצונו של אחר בהיקף בלתי מוגבל ולזמן ארוך, לעתים לא קצוב כלל. בעבר השיבו על השאלה בחיוב, שהרי מוסד העבדות נחשב לגיטימי, למעשה, חלק מהסדר החברתי. כיום התשובה היא שלילית. השתעבדות כלשהי לאחר מנוגדת לתקנת הציבור, והיא בטלה². כידוע, עם שינוי הזמנים, משתנים הערכים, ועמם משתנים הכללים. אבל לצורך הדיון שלנו, נחזור לתקופת האבות, שבה הייתה עבדות חלק מהסדר החברתי, כדי לבחון את סיפור עבדותו של יעקב ללבן, הכרוך בהפרת הבטחת נישואין³. יעקב השתעבד ללבן, דודו, במשך שבע שנים בעבור רחל, בתו הצעירה של לבן. מה שבעינינו נראה כתקופת שעבוד ארוכה, נראה בעיני יעקב "כימים אחדים"⁴. כה רבה הייתה אהבתו לרחל. בתום התקופה ביקש יעקב את רחל, לאשתו, "כי מלאו ימי"⁵. אולם לבן הערים על יעקב. וכך מספר המקרא: "ויהי בפקר והנה הוא לאה ויאמר אל לבן: מה זאת עשית לי, הלא ברחל עבדתי עמך ולמה רימיתני? ויאמר לבן: לא יעשה כן במקומנו לתת הצעירה לפני הבכירה"⁶. לבן מוכן לתת ליעקב גם את רחל לאישה, אבל לשם כך על יעקב להשתעבד שבע שנים נוספות⁷. כאשר אנו בודקים את העסקה בעיניים מודרניות, היא נראית תמוהה. לפנינו חוזה, שבו משתעבד יעקב ללבן תמורת הבטחתו של לבן להשיא את בתו ליעקב.

A.T. Von Mehren "A General View of Contract" *International Encyclopedia of Comparative Law* (Cambridge, Mass., vol. XII: Contracts in General, Ch. 1, A.T. Von Mehren ed., 1982) 20–21, esp. n. 99. בטלות חוזה כזה במשפט הישראלי מבוססת על ס' 30 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג–1973 (להלן: "חוק החוזים").

3 בראשית, כט, יד–ל.

4 שם, כט, כ.

5 שם, כט, כא.

6 שם, כט, כה–כו.

7 שם, כט, כז, ל. לקריאה מעניינת ומגוונת בסיפורן של רחל ולאה ראו ש' הראבן "שבחי לאה" קוראות מבראשית — נשים ישראליות כותבות על נשות ספר בראשית (ר' רביצקי עורכת, 2001) 207; ח' פדיה "בארה של רחל: פשט, רמז, דרש וסוד בסיפורי רחל", שם, בע' 216; ת' אלכסנדר "השבעה שהופרה: סיפור חולדה ובור", שם, בע' 234; ר' רוזנברג "ארכיטיפים של בחירה ומשפחה", שם, בע' 246. אך ראו עמדתו של יהודה עמיחי (י' עמיחי שירים 1948–1962 [תשכ"ה] 264, מרובע טו) שלפיה "בוקר עכשיו והנה את לאה, אמש היית רחל. לא לבן רימה אותי בחושך הליל. זה תמיד כך יהיה. זו דרך תבל: / עכשיו את לאה ואמש היית רחל". השיר צוטט על ידי השופטת בן-פורת בע"פ 817/76 דנינו נ' מ"י, פ"ד לא(3) 645, 651–652, שבו הורשע בעברה של קבלת דבר במרמה גבר נשוי, שהציג עצמו גרוש, ועל-כן הביא את פלונית להתמסר לו מינית.

לבן ויעקב קבעו כי הבת היא רחל. אבל במהלך קיומו של החוזה אירעה תקלה: לבן הפר בתרמית את הבטחתו ומסר ליעקב את לאה במקום את רחל. באספקלריה מודרנית ברור שיעקב, שנתן ללבן את התמורה המלאה עבור רחל, אינו חייב לקחת את לאה. החוזה הוא שעבודו של יעקב תמורת רחל, ולא תמורת לאה. ברור גם שהבטחת נישואין אינה חוזה למכירת נכס בר-חליפין: מכונית אחת יכולה להתליף מכונית אחרת; לעומת זאת, בת זוג אחת אינה יכולה לשמש תחליף לבת זוג אחרת. מיותר לומר שהזהות האישית היא מרכיב מרכזי של הבטחת הנישואין.

מדוע אפוא כבול יעקב ללאה? התשובה לכך נעוצה בערכי החברה דאז ובמנהגיה: יעקב ולאה מימשו פיזית את הקשר ביניהם. מימוש זה מקורו היה בטעות, פרי הטעיה. אולם הוא התרחש. היה כאן מעשה קניין. וכיוון שהתרחש, אין ממנו דרך חזרה.⁸ הקשר הפיזי מאפיל במקרה זה על כוונתו של יעקב, ולכן, למרות ההטעיה של לבן, הפכו הנישואין בין יעקב ללאה תקפים.

והנה תמיהה נוספת הנוגעת לחוזה שעשה יעקב עם לבן: זוהי הבטחה לנישואין בין יעקב לרחל, אך רחל אינה צד לו. משתמע שהכלה, הבת, היא כעין נכס של אביה, ולו הזכות למסרה למי שיחפוץ. אכן אבי המשפחה נחשב בעל הקניין באשתו, בילדיו ובעבדיו, וככזה יכול היה לעשות בהם עסקאות. ביטוי אחר לזכותו של האב בכני משפחתו מצוי בַּפֶּלֶל, שהיה תקף עד תחילת שנות השמונים של המאה העשרים במשפט האנגלי, המקנה לאב זכות תביעה בנוזיקין כלפי מי שפגע באשתו, בילדיו ובעבדיו בשל אבדן שירותיהם. זכות התביעה עמדה לאב בלבד ולא לבני משפחתו או לעובדיו, אף שהם אלה שנפגעו, משל היו רכושו.⁹ יתר על כן, אבי המשפחה זכאי היה לתבוע מעביד מתחרה ששידל את עובדו או מחזר ששידל את אשתו לעזוב אותו. אין צריך לומר שתביעה כזו עמדה במשך שנים רבות רק לזכות הבעל ולא לזכות האישה.¹⁰ ועוד: הנישואין שיקפו את זכותו הרכושית של הבעל באישה, את שליטתו בה ואת תלותה בו. הם שעבדו את האישה לבעלה,

8 בדומה לנטילת הברכה מיצחק על ידי יעקב. ראו נ' כהן "משפט וספר" עיוני משפט טז (תשנ"ב) 435; לדין כולל ב"מרמה ופירותיה" במקרא ראו ד' פרידמן הרצחָתָּה וגם ירשָׁה: משפט מוסר וחברה בסיפורי המקרא (תש"ס) 85-92.

9 התביעות הללו נקראו במקור *per quod servitium amisit* (אבדן שירותי האישה), והן בוטלו ב־Administration of Justice Act 1982 § 2(c)(1). לפירוט ראו נ' כהן גרם הפרת חוזה (תשמ"ו) 7-9, 249-252.

10 *Winsmore v. Greenbank* (1745) 125 ER 1330. לאחר מכן הוענקה בהיסוס עילת תביעה גם לאישה בגין שידול בעלה: *Gray v. Gee* (1923) 39 TLR 429. מתביעות השידול צמחה במשפט האנגלי במאה התשע־עשרה התביעה של גרם הפרת חוזה, ראו כהן, לעיל הערה 9, בע' 7-8. תביעות השידול בוטלו ב־Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act 1970, Ch. 4, § 4, 5 (Eng.) 33, ראו כהן, לעיל הערה 9, בע' 249 הערת שוליים 2. לדין מחודש בעולות ככלי לשמירה על "טוהר המשפחה" ראו: W.R. Corbett "A Somewhat Modest Proposal to Prevent Adultery and Save Families: Two Old Torts Looking for a New Career" 33 *Ariz. St. L.J.* (2001) 985.

שעבוד שהבטיח את מחייתה, אבל במוכן אחר הם היו שעבוד הדדי של הבעל והאישה זה כלפי זה, ובשיטות מסוימות – למשל בנישואין קתוליים – הם מהווים שעבוד לכל החיים, ללא אפשרות חרטה, יהא טבעם של הנישואין אשר יהא.

ג. חירות ושוויון בחיי הנישואין ומשפחות חדשות

אלא שמאז נישואיו של יעקב ללאה ולרחל ובמשך המאות הרבות שחלפו מאז, עבר מוסד הנישואין, לפחות בעולם המערבי, תהפוכות דרמטיות. בת אינה רכוש של אביה, ואישה אינה רכוש של בעלה, והאיחוד הנצחי בין בעל לאישה יכול להיות זמני.

אם בעבר נתפסו הנישואין כהסדר פטריארכלי-רכושי, שעיקרו הבאת ילדים לעולם, ואשר סיפק עוגן כלכלי ומעמד חברתי לנשים, שעליהן היה נטל גידול הילדים והטיפול בענייני הבית, היום שונה הדבר. קשר הנישואין מושתת על שוויון ועל האוטונומיה של הרצון של שני בני הזוג¹¹, וביגמיה אינה אפשרית יותר¹². הנישואין הפכו להסדר הממסד יחסי אהבה בין בני זוג על בסיס שוויוני¹³. במוסד הנישואין התחולל במרבית המדינות – לא אצלנו – תהליך של חילון: מחיק הדת לחיק המדינה¹⁴. הנישואין הפכו מקשר סגור, שזכות החרטה אינה קיימת בו או שהיא מוגבלת מאוד ומושתתת על עילה או על אשמה, לקשר פתוח, הכולל זכות חרטה לכל צד, אפילו ללא עילה (כאמור, לא אצלנו)¹⁵. והמהפכה בעיצומה, לא רק לגבי הזכות לצאת מקשר הנישואין, אלא גם לגבי זכות הכניסה אליו: זו הורחבה והוחלה בחלק, קטן אמנם, ממדינות העולם המערבי גם על בני זוג בני אותו מין¹⁶.

11 ראו ש' ליפשיץ הסדרה חוזית של יחסים זוגיים במשפט האזרחי (עבודת דוקטור, אוניברסיטת בר-אילן – החוג לפילוסופיה, תשס"ב). לתפיסת הנישואין כ"חווה יחס" ראו: E.S. Scott & R.E. Scott "Marriage as Relational Contract" 84 Va. L. Rev. (1998) 1225.

12 הביגמיה הוגבלה על ידי חרם דרבנו גרשום אצל יהודי אשכנז וצאל חלק מיהודי ספרד, אך קיימים מקרים שבהם מתיר הדין הדתי לגברים לשאת אישה נוספת. ראו א' וסטרייך תמורות במעמד האישה במשפט העברי: מסע בין מסורות (תשס"ב). לניתוח עברת הביגמיה כממד השוואתי תוך התייחסות לספרו של וסטרייך ראו ש' ליפשיץ "שוויון בנישואים, הזכות להתגרש ואוטונומיה קהילתית: הרהורים בעקבות תמורות במעמד האישה במשפט העברי" עיוני משפט כז (תשס"ג) 139.

13 לניתוח מעניין ראו י' מרין "על התמורות בקשר בין אהבה לנישואין" משפטים על אהבה (א' בן-נפתלי וח' נוה עורכות, תשס"ה) 227.

14 D. Coester-Waltjen & M. Coester "Formation of Marriage" *International Encyclopedia of Comparative Law* (Boston, vol. IX: Persons and Family, Ch. 3, M.A. Glendon ed, 1997) 3.

15 לתאור מפורט ראו ש' ליפשיץ "ברצוני להתגרש ומייד! על ההסדרה האזרחית של הגירושים" עיוני משפט כז (תשס"ה) 671.

16 י' מרין "נישואין בין בני זוג מאותו המין והכשל שבאלטרנטיבות לרגולציה משפטית של זוגיות חד-מינית" המשפט ז (תשס"ב) 253; מ' טמיר (יצחקי) "הזכות לשוויון של הומוסקסואלים ולסביבות" הפקליט מה (תש"ס) 94; א' בלכר-פריגת "על זכויות, גבולות ומשפחה" עיוני משפט כז (תשס"ד) 539; ח' גולדשמידט "תעודת הזהות המפוספסת של

אפילו בשיטתנו, שבה נשלטים הנישואין על ידי הדין הדתי, ובה, לצערנו, לא כל אזרח זכאי לממש את הזכות לנישואין, מצאו כתי המשפט והמחוקק דרך להרחיב את זכות הכניסה על ידי ההכרה במוסד של הידועים בציבור, שהוא מעין נישואין דה פקטו. מוסד זה פותר חלק מהבעיות הכרוכות בהגבלות שמטיל הדין הדתי על הזכות לנישואין ועל זכות הגירושין. מי שלא זכאי להתחתן, יכול לזכות בחלק ניכר מטובות ההנאה הכרוכות בקשר הנישואין על ידי חיים בצוותא עם בת זוג. ומי שאיננה יכולה להתגרש, עשויה להתגבר חלקית על המכשול המונע ממנה להתחתן, על ידי חיים בצוותא עם בן זוג¹⁷. יתר על כן, אחדות מהזכויות של הידועים בציבור הוחלו אצלנו גם לטובתם של בני זוג חד-מיניים: כך, בן זוג של עובד הורשה לקבל טובת הנאה מהמעביד¹⁸; ובת זוג הורשתה לאמץ את ילדיה של חברתה לחיים¹⁹.

אזרח מוסד הנישואין, פתיחתו לקבוצות חדשות, הניתוק בין הורות לנישואין²⁰, ההכרה בנישואין לא פורמליים לצד נישואין פורמליים, והקלות היחסית שבה ניתן להתירם, הם ביטוי מובהק לזכויות האדם, לחופש המצפון, לחירות הפעולה, לאוטונומיה של הפרט ולשוויון. הרחבתה של החירות להתחייב בנישואין פועלת במקביל להרחבתה של הזכות להתחרט ולצאת מהם.

הזכות להתחרט, כלומר היכולת לצאת מקשר לא רצוי, נראית היום מובנת מאליה. נישואין לנצח נראו טבעיים למדי בתקופה שבה תוחלת החיים עמדה על שלושים, ארבעים שנה. תוחלת החיים עלתה במאה השנים האחרונות באופן דרמטי, והיא עוד צפויה לעלות. כמהלך השנים הארוכות שאנו עוברים מיום לידתנו עד יום מותנו, אנו משנים בחירות, העדפות, אפשר אף לומר זהויות. האנשים, שהיינו בגיל עשרים, שונים מאלה שהפכנו להיות בגיל ארבעים. בעקבות זאת, גם הבחירות הרגשיות שעשינו בגיל עשרים יכולות לעבור תהפוכות. אבל אפשר לשנות העדפות לא רק לאחר עשרים שנה, אלא גם תוך זמן קצר, במיוחד כשמדובר בהעדפות בתחום הרגש. העולם כולו עובר תהליך של מעבר מגירושין-על-פני-אשמה לגירושין-על-פני-דרישה²¹.

משפחת ישראל' – השלכות משפטיות של הפסיקה בנוגע לאימרוץ על ידי זוג חד-מיני" המשפט ז (תשס"ב) 217; י' ביטון "השפעתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו על מעמדם של זוגות חד-מיניים" קריית המשפט ב (תשס"ב) 401; י' יונאי "הדין בדבר נטייה חד-מינית – בין היסטוריה לסוציולוגיה" משפט וממשל ד (תשנ"ח) 531.

17 לדין מפורט ומעניין ראו ש' ליפשיץ הידועים-בציבור בראי התאוריה האזרחית של דיני המשפחה (תשס"ה).

18 בג"ץ 721/94 אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ, פ"ד מח(5) 749; א' הראל "עלייתה ונפילתה של המהפכה המשפטית ההומוסקסואלית", המשפט ז (תשס"ב) 195.

19 ע"א 10280/01 ירוסי-חקק נ' הי"מ, נט(5) 64.

20 פ' שיפמן "על המשפחה החדשה: קווי פתיחה לדין" עיוני משפט כח (תשס"ה) 643, 670-658.

21 ליפשיץ, לעיל הערה 15.

ביטוי מעניין, אם כי חלקי, למגמות הללו מצוי אצלנו בפקודת הנזיקין [נוסח חדש] (להלן: "פקודת הנזיקין"). לפי סעיף 62 לפקודת הנזיקין, מי שגורם להפרת חוזה מחייב, צפוי להיתבע על ידי הנפגע, ולהיות מחויב בפיצויים בשל גרם הפרת החוזה. תאורטית, מי שגורם לאישה להפר את חיובי הנישואין צפוי להיתבע על ידי הבעל בשל גרם הפרת חוזה הנישואין. אולם סעיף 62(ב) לפקודת הנזיקין קובע לכך סייג. על פי סעיף זה חוזה נישואין אינו נחשב לחוזה מחייב כדין. כלומר, אם פלוני משדל אישה לעזוב את בעלה, אין לבעל עילת תביעה כלפי פלוני, שפגע בנישואיו. מה שנתפס בעבר כקשר קנייני, כרכוש של הבעל שזיכה אותו בתביעה כלפי צד שלישי בשל הפגיעה באשתו, הפך היום לקשר שהוא חזק פחות מקשר חוזי רגיל: קשר זה אינו זוכה למה שזוכה בו כל זכות חוזית רגילה, כלומר להגנה מפני פגיעתו של הצד השלישי²².

ההבנה שקשר הנישואין מקורו בחירות הרגש, גורמת לכך שצד שלישי שגרם להתרת הקשר, אינו אחראי כלפי בן הזוג הנפגע. אמנם קיימת בעניין זה אסימטריה בין אחריותו של הצד לקשר הנישואין לבין אחריותו של הצד השלישי: הצד לקשר הנישואין אחראי בשל הפרת חיוביו הנובעים מהנישואין, אולם לצד השלישי, שאינו נשוי, ואינו כבול לציווייו של הדין הדתי בעניין זה, מוקנית חירות לפגוע בקשר חוזי קיים. מדובר בעניין שבלב, שבו יש לשמר לצדדים (או לפחות לצד השלישי) חופש פעולה.

ד. הבטחת נישואין בראי הנישואין

אעבור עתה לדון במעמדה של הבטחת נישואין במשפט הישראלי. אציג את מסכת הדינים לגביה ואת היחס בינה לבין מוסד הנישואין. אעסוק בשאלות: כיצד השפיעו השינויים הדרמטיים שעברו על מוסד הנישואין, על הבטחת הנישואין? מה מעמדה של הבטחה כזו אצלנו? כיצד נעשה האיזון בין מחויבות להרטה בעניין זה וכיצד ראוי לעשותו?

הבטחת נישואין נחשבה בישראל מאז ומתמיד חוזה מחייב²³. ככלל נראה

22 ראו בש"א (פ"ת) 00920/06 בדהני נ' אליהו (טרם פורסם), שבו נדחתה תביעתה של אישה נשואה כלפי אישה אחרת, שלטענת התובעת, גרמה להרס נישואיה. מעניין הוא שהן נישואין והן יחסי עבודה מוצאים מכלל התחולה הרחבה של גרם הפרת חוזה (ס' 62(ב) לפקודת הנזיקין קובע כי "היחסים הנוצרים על ידי נישואין לא ייחשבו כחוזה, ושבתיה והשבתה לא ייחשבו כהפרת חוזה"). קשרים שהיו חזקים ביותר והקנו זכויות מעין רכושיות לבעל ולמעביד הפכו עם השנים לקשרים המושתתים על חירות ועל שוויון לאישה ולעובד, ובעקבות כך ובשל אופיים האישי, חלשים יותר מיחסים חוזיים רגילים. נ' כהן "סטטוס, חוזה וגרם הפרת חוזה" הפרקליט לט (תש"ן) 304.

23 לדיון מפורט ראו פ' שיפמן "הבטחת נישואין — חוזה מחייב?" משפטים יג (תשמ"ג) 104 (להלן: "הבטחת נישואין — חוזה מחייב?"); פ' שיפמן דיני המשפחה בישראל (מהדורה שנייה, תשנ"ה, כרך א) 194–223 (להלן: "דיני המשפחה בישראל"); ע' גרוסקופף וס' חלבי

שהבטחת הנישואין צריכה להוות מעין כבואה של קשר הנישואין עצמו. אם להשתמש בביטוי טכני מעולם החוזים, ניתן לומר כי היחס בין הבטחת נישואין לנישואין דומה במובן מסוים ליחס בין זיכרון דברים לחוזה מחייב. הבטחת נישואין היא מעין זיכרון דברים לקראת החוזה המחייב, הוא חוזה הנישואין. זיכרון דברים נחשב חלש מהחוזה הסופי, ולא תמיד ניתן לו תוקף מחייב. הכול תלוי בכוונת הצדדים ובגמירת דעתם²⁴. כך גם לגבי הבטחת נישואין. ציינתי קודם שפקודת הנוזיקין מאפשרת לצד שלישי לגרום להפרת חוזה הנישואין עצמו²⁵. לא ייפלא שהפסיקה פירשה את החריג לתביעה של גרם הפרת חוזה כחל לא רק על חוזה הנישואין עצמו אלא גם על הבטחת נישואין. במקרה אחד, שבו שידלו הורים את בנם לא לשאת לאישה את חברתו, נדחתה תביעתה של החברה כלפי ההורים. הנימוק לכך היה, שאם מותר לגרום להפרתו של קשר הנישואין עצמו, מקל וחומר ניתן לעשות זאת לגבי הקשר החלש יותר, הוא הבטחת הנישואין²⁶. התחושה העולה היא שכמו בנישואין עצמם, ואולי אף יותר מכך, עדיפה חירות הרגש על השעבוד למחויבות, ומכאן גם משתמע כי אף אם ניתנה הבטחה, אין זה ראוי לתת לה תוקף מלא, ואולי ראוי שלא לתת לה תוקף כלל.

יצוין כי אף שהבטחת נישואין היא עניין שקשור באופן טבעי בנישואין, הדין החל עליה במשפט הישראלי אינו הדין האישי. סוגיית התוקף של הבטחת נישואין נחתכה על פי עקרונות המשפט המקובל, והיא חלק מהמשפט האזרחי²⁷. מכאן שהבטחת נישואין אינה נחשבת כ"ענייני נישואין" הכפופים לסמכותו של בית הדין הרבני, והיא נדונה בבתי המשפט האזרחיים²⁸. במובן זה קיימת אסימטריה — לפחות פוטנציאלית — בין הנוקשות המאפיינת את דין הנישואין הדתי לבין האופן שבו ניתן להתייחס להבטחת נישואין, הנוטעה כולה במשפט האזרחי. פיתוח הדין לגבי הבטחת נישואין יכול לקלוט את התמורות שהתחוללו במוסד הנישואין בעולם המערבי, לרבות חירות היציאה הטמונה בו כיום. הבטחת נישואין יכולה אפוא לשקף את כבואתם של הנישואים הרצויים במדינת ישראל, ולהוות להם סימן מקדים, אך

"הפרה של הבטחת נישואין: מדגם 'הפיתוי הגברי' לרגם 'שכרון הלב' משפטים על אהבה, לעיל הערה 13, בע' 107.

24 ד' פרידמן ונ' כהן חוזים (תשנ"א, כרך א) 291–311, ס' 8.22–8.43.

25 ראו לעיל הטקסט הנלווה להערה 22.

26 המר' (י"ם) 1380/72 רונברג נ' חזן, פ"מ תשל"ד(1) 469. לדיון בתביעה החוזית בגין הפרת הבטחת נישואין: ע"א 473/75 רון נ' חזן, פ"ד לא(1) 40. לביקורת ראו ר' גביון "אכיפת המוסר, פיצויים בגין הפרת הבטחת נישואין וחובת ההנמקה" משפטים ח (1978) 282; לתגובה ראו א' שוחטמן "עוד לשאלת החיוב בפיצויים על הפרת הבטחת נישואין" משפטים ט (תשל"ט) 109.

27 שיפמן, דיני המשפחה בישראל, לעיל הערה 23, בע' 194; גרוסקופף וחלבי, לעיל הערה 23, בע' 110. אך התביעות הנוגעות להבטחת נישואין אינן נכללות בגדר סמכותו של בית המשפט לענייני משפחה, ערכאה הנראית מיומנת לדון בהן.

28 ת"א (ת"א) 1279/54 ברגהויז נ' זילבר, פ"מ י 380; בד"מ 1/55 סידים נ' סידים, פ"ד יב 1143, 1121.

כפי שנראה בהמשך, הקשיח בית המשפט זה לא מכבר את אופייה המחייב של הבטחת הנישואין, ובאופן סמלי הפך אותה למעין בבואה של הנישואים הנוהגים אצלנו.²⁹

ה. משפט, ספרות, היסטוריה – תהילה, רמברנדט, ויקטוריה

אציג בקצרה את עמדת המשפט העברי לגבי הבטחת נישואין: בזמנו התלבט המשפט העברי בשאלה אם בכלל יש תוקף משפטי מחייב להבטחת נישואין. הקושי נבע מהעובדה שהבטחה כזו מלווה בקניין דברים, שאינו נחשב לקניין מספיק לצורך כריתת חוזה. במשך השנים התגברו על הקושי על ידי כך שכל צד הוסיף להתחייבות לשאת את הצד השני גם התחייבות כספית, למקרה של הפרת ההבטחה. וכדי להוסיף תוקף להבטחה נהגו בשלהי ימי הביניים להטיל חרם על מי שמפר אותה.³⁰

יתר על כן, הבטחת נישואין נחשבה מחייבת במישור המוסרי, עד כדי כך שההשגחה העליונה מתגייסת כדי לפעול למימושה. במסכת תענית ח מובאת האגדה הידועה על החולדה והבור³¹, שזה סיפור המעשה שלה:

“מעשה בכחור אחד שנתן אמונתו לריבה אחת שישאנה, אמרה: מי מעיד? והיה שם בור אחד וחולדה, אמר הבחור: בור וחולדה עדים בדבר. לימים עבר על אמונתו ונשא אחרת, והוליד שני בנים. אחד נפל לבור ומת, ואחד נשכתו חולדה ומת. אמרה לו אשתו: מה מעשה הוא זה שבנינו מתים במיתה משונה? ואמר לה: כך וכך היה המעשה.”

29 ע"א 5258/98 פלונית נ' פלוני, פ"ד נח(6) 209 (להלן: פרשת פלונית), ראו להלן הטקסט הנלווה להערה 69 ואילך.

30 לפירוט ראו י' קפלן “הפרת הבטחת נישואין” ויהי בבקר והנה היא לאה” דעת – אתר לימודי יהדות ורוח 186 (פרשת ריצא, תשס"ה) [<http://www.daat.ac.il/mishpat-ivri/skirot/>] (last visited on 25.4.2007) [186-2.htm]; ב' שרשבסקי דיני משפחה (מהדורה רביעית, תשנ"ג) 24–16. פרשה ידועה של הפרת הבטחת נישואין, למעשה של ביטול אירוסין, בקהילה היהודית שהתרחשה במאה השש-עשרה באיטליה, היא זו של בני הזוג שמואל ונטורוצו וחמר תמרי. הפרשה הייתה כרוכה בהטלת חרם על הארוס, היא הסעירה חלק גדול מהקהילות באיטליה והגיעה גם לערכאות גויים: ש' סימונסן “שערורית הגט תמרי-ונטורוצו” תרבין כח (תשי"ט) 375; צ' גרטנר “פרשת הגט תמרי-ונטורוצו – גילויים חדשים מבית מדרשו של מרן היבית יוסף” מוריה 16 ג-ד (תשמ"ח) ט; ר' בונפיל “זוטות לפרשת הגט תמרי-ונטורוצו” ספר יובל לשלמה סימונסן (תשנ"ג) יט. במקרה דנן חויב בן הזוג לתת גט לבת זוגו אף על פי שבני הזוג היו רק מאורסים. השוו לכלל במשפט הקנוני, שבו הייתה שקולה הבטחת הנישואין לנישואין עצמם, להלן הערה 36. אני מודה ליעל אוקון, מהמכון לתצלומי כתבי יד עבריים בבית הספרים הלאומי והאוניברסיטאי, על שהפנתה אותי לפרשה מעניינת זו ולאסמכתאות, וכך, לתומר שטיירמן, עוזר מחקר בקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב, על סיועו בנקודה זו. 31 תענית, ח, א. להרחבה ראו אלכסנדר, לעיל הערה 7, בע' 236. אני מודה לסופר עמוס עוז על ההפניה לסיפור החולדה והבור.

אצל רש"י — הסיפור מסתיים כאן. למעשהו של הבחור אין תקנה. הנוסח של בעלי התוספות שונה:

"מעשה היה בנערה אחת, הייתה רוצה לילך לבית אביה, והיה בור בדרך ונפלה. ובא בחור אחד, ואמר: אם אני אעליך תנשאי לי? אמרה לו: הן. ונשבעו ביניהן שהוא לא ישא אישה אחרת, והיא לא תנשא לאיש אחר [...]. וסיפר לאשתו כל המעשה. אמרה לו: אם כן חזור וקחנה. וכתב לה גט, והלך ונשא את הבתולה".

על פי בעלי התוספות, שמר הבחור על כבודה של הבתולה ולא פיתה אותה. על פי רש"י הסיפור אינו ברור בנקודה זו³². מכל מקום, הלקח של הסיפור ברור. הבטחת נישואין ניתנת פעמים רבות באופן אינטימי-פרטי. קשה מאוד לצבור הוכחות קבילות כדי להראות שאמנם ניתנה הבטחה כזו. כאשר הבחור בסיפורנו הבטיח לבתולה לשאתה לאישה, אולי לא התכוון לכך ממש, אם הסתמך על כך שהחולדה והבור יהיו עדים להבטחה. ואילו הבתולה, גם אם קיוותה שכוונתו של הבחור רצינית, מן הסתם יכלה להבין שאם יפר הבחור הבטחתו, יקשה עליה להציג בבית משפט את החולדה והבור כעדיה.

אבל בבית דין של מעלה, הדברים שונים. העלבון הכרוך בהפרת הבטחת נישואין הוא אחד החטאים החמורים ביותר. המלבין פני חברו ברכים יורד לגיהינום ואינו עולה, כאילו שופך דמים³³. בכל מקרה ההשגחה האלוהית פועלת, והיא יכולה להסתייע אף בחולדה ובבור. מכאן שהואיל והנישואים של מפר הבטחה עם אשתו מקורם בחטא — חטא ההפרה של הבטחת הנישואין לריבה שהוליד עלבון קשה — הם לא יצלחו. כל צאצא חשוף לסכנת מיתתו. העונש האלוהי יכול להיות מוסר רק לאחר תיקון העוול, כלומר רק לאחר ביטול הנישואין על ידי מתן גט לאישה ומימוש ההבטחה המקורית לריבה.

ובאותו הקשר ראוי להיזכר בסיפורו הידוע של עגנון "תהילה"³⁴, שכל ציר עלילתו נסב על הפרת הבטחת נישואין. על תהילה רובצת קללה שמקורה בהפרת אירוסייה לשרגא, חתנה. האירוסין הופרו במצוות אביה, שגילה ששרגא חסיד, בעוד

32 אלכסנדר מציגה גרסה נוספת של ר' נתן בן-יחיאל, שבו הנערה מיממתה ירדה לבור כדי להרוות צימאונה, עובר אורח סובר שהיא שָׂדָה, היא נשבעת שהיא בת אנוש, והוא סוחט ממנה הבטחת נישואין. לאחר מכן היא מצפה למימוש השבועה, דוחה את מחזוריה, ומעמידה פני מטורפת. וכאשר מסביר הבעל לאישה את סוד העבר, היא יוזמת גירושין. אלכסנדר, לעיל הערה 7, בע' 237–239. עוד גרסה שמציגה אלכסנדר היא זו של ר' יעקב כולי מהמאה השמונה-עשרה, הקושרת, גם על דרך ההנגדה, את סיפור החולדה והבור עם סיפורם של יעקב, רחל ולאה. אלכסנדר, לעיל הערה 7, בע' 239–245.

33 בבא מציעא נח, ב 245.

34 ש"י עגנון "תהילה" עד הנה (1994) קצת. הבעיה של העונש בשל הפרת הבטחת נישואין חוזרת אצל עגנון ב"שבועת אמונים", שם בע' רטז, וכן ב"בדמי ימיה" על כפות המנעול (1978) ה, וב"סיפור פשוט", שם, בע' נה.

הוא היה מתנגד, שלא יכול היה להעלות על דעתו שבתו תינשא לחסיד. היא נישאה לאחר (שהיה מתנגד והפך לחסיד), אך פקדו אותה צרות: בעלה מת, בנה חלה בך בך (קללת החולדה) ובן אחר נפל לתוך ביצה, שקע וטבע בה (סיפור הבור). האסונות הללו באו כעונש על עלבוננו של שרגא, וכמו בסיפור החולדה והבור זהו עונש משמים על הפרת ההבטחה, שעליה מבקשת תהילה לכפר על ידי חוזה למחילה הדדית עם שרגא, שתוקפו בעולם הבא.

כאמור, הסנקציה על הפרת הבטחת נישואין לא הייתה רק בידי שמים. הבטחת נישואין נחשבה למחייבת בכל שיטות המשפט, ורבים הם המקרים שבהם נדונה תביעה כזו.

תביעה מפורסמת כזו הוגשה בשנת 1648 כאמסטרדם על ידי אישה בשם חירטייה דירקס, נגד ענק הציור רמברנדט³⁵. חירטייה, שהייתה אלמנה, טיפלה באשתו של רמברנדט, ססקיה ובכנם טיטוס, והיא נאותה לחיות עם רמברנדט לאחר פטירתה של ססקיה, משהבטיח לה רמברנדט שיישא אותה לאישה. רמברנדט הפר את ההבטחה, חירטייה הגישה נגדו תביעה, ובית המשפט חייב אותו לשלם לה מזונות עד סוף ימיה. כעבור כשנתיים החליט רמברנדט שדמי המזונות גבוהים מדי, והוא קשר קשר עם אחיה ושכניה של חירטייה להעביר אותה למוסד לתיקן נשים – בין בית כלא למוסד לחולי רוח – שדמי האשפוז שלו היו נמוכים יותר מדמי המזונות. לענייננו ניתן לומר, שבית המשפט ההולנדי ראה את הבטחת הנישואין כשקולה לנישואין עצמם, והוא הטיל על רמברנדט, שלא היה בעלה של חירטייה, חובה לזון אותה למשך כל חייה, כאילו הייתה אשתו³⁶.

תביעות בשל הפרת הבטחת נישואין היו שכחות למדי במהלך המאות השמונה-עשרה והתשע-עשרה. הסיפור של חירטייה דירקס חזר על עצמו בגרסאות שונות: את התביעות הגישו לרוב נשים נגד גברים, שבמקרים רבים פיתו אותן לקשר מיני תמורת הבטחת נישואין, ולאחר מכן חזרו בהם. ספר הבודק את הנושא בתקופה הוויקטוריאנית³⁷ מציג את הנתונים הבאים: 875 תביעות בשל הפרת הבטחת נישואין הוגשו בין השנים 1750 ל-1970, מרביתן בין השנים 1850

35 B. Haak *Rembrandt: His Life, Work and Times* (London, 1969) 216–217.
 36 על פי המשפט הקנוני הייתה הבטחת נישואין שקולה לנישואין עצמם, ובמשפט הקנוני העתיק כפי נישואין של משורכים: R.H. Helmholz *Marriage Litigation in Medieval England* (Cambridge, 1973) ch. II, 25–73; פסיקתם של פיצויי קיום היא תחליף לאכיפת הנישואים. אצל Haak מובא פסק הדין שדן בעניין תביעתה של חירטייה דירקס נגד רמברנדט, וממנו עולה כי חירטייה דרשה כי רמברנדט יישא אותה לאישה, ולחלופין תבעה ממנו מזונות. השופטים מצווים על הנתבע (על רמברנדט) בפסק הדין "במקום" (כלומר במקום נישואין) לשלם לתובעת סכום של 200 גילדס לשנה לכל חייה. Haak מציין כי בכך נמלט רמברנדט, שבינתיים התאהב בהנדריקיה שטופלס (שבאה לסייע לחירטייה בעבודות הבית), מחובתו לשאת את חירטייה לאישה. ראו: Haak, *supra* note 35, at p. 217. לעניין הכלל הכנסיתי ראו גם סקירתו של השופט קיסטר בע"א 401/66 מרום נ' מרום, פ"ד (1) 682–685.
 37 G. Frost *Promises Broken, Courtship, Class and Gender in Victorian England* (Virginia, 1995).

ל-1900; רוב התביעות הוגשו על ידי נשים מהמעמד הבינוני והנמוך, ברובן רווקות; התובעות שיחקו את תפקיד הקרבן, והשופטים וחבר המושבעים – גברים – פסקו בדרך כלל לטובת הנשים, כל זמן שמילאו את תפקידן כיארת; תביעות כאלה הציעו פורום לנשים מהמעמד הבינוני-נמוך, שאליו לא יכלו להגיע באנגליה הוויקטוריאנית בשל מעמדן ובשל מגדרן: הן לא יכלו לשמש שופטות או עורכות דין, או אפילו חברות בחבר מושבעים. אבל הן יכלו להצטיין כתובעות וכעדות, בשטף הדיבור שלהן ובחכמתן, ובמקרים רבים האפילו על הגברים-הנתבעים; התביעה אפשרה להן לנקוט יזמה, ורבות מהן נטלו את ההזדמנות והצליחו בתביעתן³⁸.

בעולם המערבי, קרוב לוודאי עד מלחמת העולם השנייה, ואולי אף לאחר מכן, היו נשים אמורות להגיע בתולות לנישואין. אבדן הבתולים בעקבות הבטחת הנישואין גרם לפגיעה במעמדה של האישה, שכבר לא יכלה להציע עצמה זכה וטהורה לאחר. אכן במקרים שבהם פותחה האישה היה סכום הפיצויים גבוה בהרבה מהמקרים שבהם לא היה פיתוי. המשפטים עצמם הפכו להיות מופע ציבורי מושך קהל: בתקופה שהצטיינה בפוריטניות מינית ובפעילות נמרצת של הצנזורה בנושאים של צנעת הפרט, הפכו כתי המשפט, שבהם התבררו תביעות כאלה, במות פומביות, שחשפו באופן גלוי, חי וללא מגבלות, פרטים אינטימיים הנוגעים לניסיונה או להיעדר ניסיונה של התובעת³⁹.

ו. ירידתה של הבטחת נישואין

בשלב מסוים ובהדרגה החלו להתייחס לתביעות בגין הפרת הבטחת נישואין כאל תביעות סחטניות, וכאיום על מוסד הנישואין ועל ערכי המשפחה⁴⁰. כל זה הושפע, כמובן, מהתהליכים הדרמטיים הנוגעים לזכויות האזרח ולמעמד האישה. עצמאותן המשפטית והכלכלית של נשים, השליטה על ההולדה והחופש המיני בעקבותיה, כמו גם הכרסום באופיים הפורמלי ובנוקשותם של הנישואין עצמם, הביאו לשינויים גם במעמדה של הבטחת נישואין⁴¹.

כיום – לפחות לפי הדגם בעולם המערבי – מושחתים הנישואין על רגש ואהבה, וחשיבותם של אלה עולה לאין ערוך על הצד הרכושי או על שיקולי הילודה. נישואין לבן זוג אינם תמיד משענת כלכלית ומעמד חברתי לאישה. נישואין אינם בהכרח הקריירה היחידה הפתוחה לאישה. הרכוש שהאישה מביאה אתה לנישואין אינו עוד בתוליה. הורות אינה תלויה בהכרח בנישואין. מכאן שהפרת הבטחת נישואין, אפילו קדמו לה חיים משותפים בין בני הזוג, אין משמעותה בהכרח כי נגרם נזק רכושי לאישה או כי נפגם שמה הטוב. יתר על כן, מסגרת של

38 Frost, *ibid*, at pp. 9–10

39 על בית המשפט כתאטרון ציבורי ראו: Frost, *ibid*, at pp. 25–39

40 M.F. Brinig "Rings and Promises" 6 *J.L. Econ. & Org.* 203 (1990)

41 Frost, *supra* note 37, at pp. 172–177

חיים משותפים שבסיסם אהבה יכולה להתקיים בנפרד מנישואין, כשם שגם הורות יכולה להיות מנותקת מנישואין. זוגות רבים אינם ממהרים כיום להינשא. חברות אינטימית, ואפילו חיים יחד, אין משמעותם בהכרח כי ניתנה הבטחת נישואין מצד בת או בן הזוג. במקרים רבים חיים זוגות יחד כידועים בציבור, אך ללא כוונה להתחתן, וממילא אף ללא כוונה להבטיח נישואין זה לזה.⁴²

הפלורליזם של המסגרות האינטימיות, ירידת הפורמליזם בכל מה שנוגע לעיצובן של אותן מסגרות ומרכזיותה של האהבה ביחסים אלה השפיעו בהכרח גם על מעמדה של הבטחת נישואין. הבטחה זו אינה ניתנת בדרך כלל באופן פורמלי, ובנסיבות האינטימיות שבהן מדובר לא קל להציג ראיות חותכות לקיומה.⁴³ אפילו נחה דעתנו כי ניתנה הבטחה כזו, קיים קושי לקבוע מיהו הנושא באחריות בשל הפרת ההבטחה: האם מפר ההבטחה הוא זה שהחליט לא לשאת את חברתו, ואולי דווקא בת הזוג גרמה לו בהתנהגותה להתנער בצדק מן ההבטחה?⁴⁴

ובכלל, האם רצוי שהמדינה, באמצעות בתי המשפט, תפלוש לתחום כה אינטימי?⁴⁵ במילים אחרות, האם ראוי שהבטחה כזו תהיה מחייבת או שמוטב להשאיר את ההחלטה בעניין זה לצדדים בלבד, ולאפשר להם חרטה מלאה בלא שחרב דמוקלס בדמותה של תביעת פיצויים תרחף מעל ראשם?

הטלת אחריות על מפר הבטחת נישואין עשויה להמריץ אותו לשאת את בת זוגו, אפילו מאס בה, וזאת כדי להשתחרר מעולה של התביעה בגין הפרת ההבטחה. וכאן השאלה: האם כלל שממריץ נישואים שבסיסם רעוע מלכתחילה הוא כלל רצוי? האם כלל כזה אינו מעודד סחטנות נוכח העובדה שתביעה כזו, גם אם הנתבע צח כשלג, יש בה משהו מכתים? אכן, בפסק דין משנות השישים (שבו דווקא תבע גבר אישה שהפרה כלפיו את הבטחת הנישואין), ציין השופט זילברג

42 בתמ"ש (ת"א) 29491/01 ק. פ. נ' ב. א. (לא פורסם), דינים משפחה ב 384, סירב בית המשפט להסיק מקיומם של חיים משותפים במשך חודשים ספורים כי בני הזוג היו ידועים בציבור, וכן כי ניתנה הבטחת נישואין על ידי הגבר. וקיימת טענה כי להיטותו של המחוקק להבטיח לידועים בציבור זכויות של כעין נשואים כופה עליהם, למעשה, נישואים נגד רצונם: ליפשיץ, לעיל הערה 17, בע' 72–74.

43 על קשים אלה ראו דברי השופטת פרוקצ'יה בפרשת פלונית, לעיל הערה 29, בע' 236–238.
44 שיפמן "הבטחת נישואין – חוזה מחייב?", לעיל הערה 23, בע' 121–122. התביעה מבוססת על הפרה, אלא שכל הבטחה חוזית כפופה לכללים היכולים לשחרר את המבטיח מהתחייבותו. למשל, הפרה מוקדמת של התובע בחוזה מסחרי רגיל יכולה לשמש צידוק לאי-קיומו של החוזה על ידי הנתבע. כמו כן אי-גילוי עובדה חשובה על ידי התובע יכולה לשמש צידוק לאי-קיום על ידי הנתבע. כך גם לגבי הפרתה של הבטחת נישואין. למשל בע"א 416/91 ממ"נ טרייקי, פ"ד (2) 652, 658–659 (להלן: פרשת ממ"נ), נקבע שהטעיה או תרמית או אי-קיומו של תנאי להבטחה יכולים להביא לשחרורו של המבטיח מהבטחתו (אלה לא התקיימו במקרה האמור).

45 פרידמן וכהן, לעיל הערה 24, בע' 367–370; כהן, לעיל הערה 22. השוו: M.M. Shultz "Contractual Ordering of Marriage: A New Model for State Policy" 70 Cal. L. Rev. (1982) 204; Scott & Scott, *supra* note 11

כי התביעה בגין הפרת הכטחת נישואין "היא ממין התביעות שאינן אהודות ביותר [...] יש בה, כמעט תמיד, משהו מן הדוחה"⁴⁶.

במדינות רבות בעולם ביטלו בתהליך הדרגתי, שתחילתו בשנות השלושים בארצות-הברית את עילת התביעה בשל הפרת הבטחת נישואין⁴⁷. המחוקק האנגלי קבע בשנת 1970 כי הבטחת נישואין אינה חוזה מחייב⁴⁸, וכך בכך נקבע בחקיקה הסדר של פיצוי בגין הוצאות שצד הוציא בעקבות ההבטחה והסדר להשבת מתנות⁴⁹. בתביעה זו ראה המחוקק הד לימים עברו, ששיקפו את מעמדה המשפטית-חברתי הנמוך של האישה, ימים שחלפו לבלי שוב. המשמעות של נטילת התוקף המחייב של הבטחת הנישואין היא שהמבטיח או המבטיחה משועבדים לדבר אחד: לרגשותיהם. הם אינם משועבדים להבטחתם. למדינה — באמצעות בתי המשפט — אין עניין לעסוק בהבטחות מסוג זה כשלעצמן. אמנם אין התעלמות מהצורך להסדיר את המחלוקות הכספיות שהתעוררו בעניין זה, אך זאת בלי קשר לשאלת ההפרה והאשמה הכרוכה בכך. מעניין לציין כי במאמר משנת 1990⁵⁰ מציגה המחברת, מרגרט בריניג (Brinig), קורלציה מאירת עיניים בין התנהגות השוק האמריקני בכל הנוגע לרכישת טבעות יהלומים לצורך אירוסין לבין מעמדה המפוקפק של התביעה בשל הפרת הבטחת נישואין. מסתבר שהחל משנות השלושים חלה עלייה פנומגלית ברכישת טבעות יהלום לצורך אירוסין. המחברת מציינת כי עשויים להיות לכך כמה הסברים, כגון ירידת מחיר היהלומים או — בעקבות מפולת הבורסה בניו-יורק בשנת 1929 — רצון להשקיע ברכוש מיטלטל, ולא בניירות ערך המוחזקים בכנקים, שעלולים להתמוטט. אך ההסבר המשכנע ביותר לעלייה הדרמטית בשנים 1935–1960 נעוץ, לדעת המחברת, בביטולה של התביעה בגין הפרת הבטחת נישואין. ביטול התביעה יצר צורך במעין בטוחה פרטית למקרה של הפרת ההבטחה. טבעת היהלום, שאמורה להישאר בידיה של האישה אם בן

46 ע"א 461/64 טמסיט נ' פחימה, פ"ד יט(4) 129, 131 (להלן: פרשת טמסיט).

47 לסקירה השוואתית בעניין זה ראו פסק דינו של השופט ריבלין בפרשת פלונית, לעיל הערה 29, 229–231.

48 "Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act 1970, Ch. 33 § 1 (Eng.)" "Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act 1970". חוק זה ביטל גם את תביעת השידול, שמקורה בתפיסה כי האישה היא קניינו של הבעל. לעיל הערה 10. הפעילה של הפרת הבטחת נישואין בוטלה גם באירלנד, ראו: § 2, Family Law Act 1891. ס' 4 לאותו חוק אירי קובע הסדר להשבת מתנות וס' 7 מסדיר את נושא ההוצאות. וכן בקסוטלנד: Law Reform (Husband and Wife) (Scotland) Act 1984. לגבי השבת מתנות האירוסין ראו: R. Tushnet "Rules of Engagement" 107 *Yale L. J.* (1998) 2583; A.D. Glassman "I Do! Or Do I? A Practical Guide to Love, Courtship, and Heartbreak in New-York — or — Who Gets the Ring Back Following a Broken Engagement" 12 *Buff. Women's L.J.* (2004) 47.

49 Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act 1970, §§ 2, 3. ראו ד' פרימר "השבת מתנות אירוסין בגין הפרת הבטחת נישואין לאור החקיקה האזרחית החדשה" משפטים י (תש"ם) 329.

50 Brinig, *supra* note 40.

זוגה יפר את ההבטחה, משמשת בטוחה כזו. והנה מסתבר שמאז שנת 1960 שוב חלה ירידה בשוק האמריקני ברכישת טבעות יהלום לצורך אירוסין, והסיבה לכך ברורה: נשים נכנסו לשוק העבודה, יחסים מיניים הפכו בלתי תלויים בנישואין או בהבטחה להם, והצורך בבטחה או בעירבון שיבטיחו את מימוש ההבטחה, כבר אינו חיוני. תעשיית היהלומים אינה נשענת כיום על טבעות אירוסין, אלא על תכשיטים אחרים, למטרות אחרות.

ז. המשפט הישראלי – מעמדה החוזי של ההבטחה והסייג לתחולתה

סביב הרקע הזה לגבי מעמדה של הבטחת נישואין נחזור לפסיקה הישראלית. ציינתי כי הבטחת נישואין נחשבת חוזה מחייב, אך לאמתו של דבר, לא חלים עליה הכללים החוזיים הרגילים.

ראשית, נוכח אופייה האישי, אין לצוות על אכיפתה⁵¹. שנית, הפיצוי בגין הפרתה אינו פיצויי קיום, שיעמיד את התובעת במצב שבו הייתה, לו היה בן זוגה נושא אותה לאישה, אלא פיצויי הסתמכות, המאפיינים פיצויים שנפסקים בגין הפרת הבטחה שאינה חוזה. למשל, מי שחוזר בו שלא בתום לב ממשא ומתן⁵², צפוי בדרך כלל לשלם פיצויי הסתמכות, כלומר פיצויים שיעמידוהו במצב שקדם למשא ומתן⁵³, להבדיל מפיצויי קיום, שאמורים להעמידו במצב שהיה לו קיים החוזה⁵⁴. הפיצויים שבתי המשפט פוסקים בגין התביעה, עיקרם הנזק הממשי שנגרם – הוצאות בפועל, ואילו על הנזקים הכלליים, שעניינם צער ובושה, נפסקים סכומים נמוכים למדי⁵⁵.

מכאן, שלו הייתה תובעת חירטייה דירקס את רמברנדט בבית משפט ישראלי היא הייתה זוכה לסכום מסוים בגין הצער שנגרם לה ואף על הנזק הממשי שנגרם לה; אך נראה שלא הייתה יכולה לקבל פיצוי בגין המזונות שנמנעו ממנה, כפי שנפסק לה.

שלישית, כפי שציינתי לעיל, הבטחת נישואין אינה זוכה להגנה הנוזיקית המוענקת בדרך כלל לזכות החוזית באמצעות העוולה של גרם הפרת חוזה הקבועה בסעיף 62 לפקודת הנוזיקין⁵⁶.

51 ס' 1(3) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970 (להלן: "חוק החוזים – תרופות").

52 ס' 12 לחוק החוזים.

53 פרידמן וכהן, לעיל הערה 24, בע' 621-642.

54 אם כי לפי הפסיקה האחרונה יש לבתי המשפט סמכות במקרים נדירים לפסוק גם פיצויי קיום. ע"א 6370/00 קל בנין בע"מ נ' ע.ר.מ. רעננה לבניה והשכרה בע"מ, פ"ד נו(3) 289 (להלן: פרשת קל בנין). על עמדתו של הנשיא ברק בעניין זה, אשר השאירה פתוחה בפרשת פלונית, ראו להלן הערה 76.

55 גרוסקופף וחלבי, לעיל הערה 23, בע' 116.

56 לעיל הטקסט הנלווה להערות 25-26.

הבטחת נישואין נמצאת בתחום הסֵפֶר של דיני התוזים. היא אינה זוכה להגנה חזקה בין הצדדים (ללא אכיפה; ללא פיצויי קיום); והיא אף אינה זוכה להגנה מפגיעה על ידי צד שלישי. זוהי זכות חוזית חלשה, המנסה לשקף איזון עדין בין המחויבות להבטחה שניתנה, לבין חופש הפעולה בעניינים שברגש. אך אפילו התוקף המחייב החלקי של ההבטחה עורר ביקורת, שהלכה והעצימה בשנים האחרונות, במיוחד לאור עמדתו של פנחס שיפמן, שהעלה את הבעיה הכרוכה בתביעה זו, והציע את ביטולה ההדרגתי⁵⁷.

במאמר מעניין מצביעים עופר גרוסקופף וסלה חלבי על השינוי בעמדתה של הפסיקה בטיפול המשפטי בתביעות אלה, הנובע, בין השאר, מהתמורה שהתחוללה במעמד האישה ובקורדים המוסריים הנוגעים ליחסי נשים-גברים⁵⁸. לטענתם, השינוי משקף מעבר מדגם "הפיתוי הגברי" שבו ראוי להגן על האישה שנפלה קרבן לפיתוי גברי, לדגם "שברון הלב". על פי דגם זה, שאלת צניעותה של האישה הפכה ללא רלוונטית. אין כל בוששה בהתמסרות, ולכן אין צורך לפסוק פיצוי כללי בגין "בושה". שינויים אלה עוררו בירת-שאת את שאלת הצידוק לקיומה של התביעה.

מבקריה של התביעה בפסיקה חזרו והצביעו על שאין היא מתיישבת עם החופש הרגשי⁵⁹, שהיא מעוררת בעיות הוכחה קשות והיא פותחת פתח לסחטנות. עם זאת, למרות סימני השאלה הקשים שהועלו, חזרה הפסיקה הישראלית בשנות התשעים של המאה הקודמת וקבעה את ההלכות הבאות: ראשית, הבטחת נישואין עדיין

57 שיפמן, לעיל הערה 23.

58 גרוסקופף וחלבי, לעיל הערה 23.

59 שם, בע' 113 הערת שוליים 23. גרוסקופף וחלבי מציינים שאין סתירה בין חירות הנישואין לקיומה של העילה בגין הפרת ההבטחה. אולם השאלה היא עד כמה חירות מבקשת השיטה המשפטית להבטיח. משמעותה של חירות מלאה היא שאין להטיל כלל אחריות משפטית. מובן שפתרון ביניים המבטיח חירות חלקית, הוא זה הפוטר מאכיפה ומסתפק בהטלת פיצויי קיום. פתרון המבטיח אף חירות גדולה יותר, הוא זה המטיל רק פיצויי הסתמכות (כמו הכלל הנוהג לגבי הבטחת נישואין). כאמור, חירות מלאה אינה מתיישבת עם מחויבות חוזית, ולו חלקית. חירות מלאה משמעותה שלמתחייב זכות חרטה ללא קשר לעמדת הצד השני או המדינה. הדבר קשור קשר הדוק לנטייה לאפשר חירות יציאה ללא עילה מקשר הנישואין עצמו. אם הנטייה כיום היא לאפשר את פירוק הנישואין על פי רצון אחד מן הצדדים, ניתן לטעון שראוי – מקל וחומר – להעניק חירות יציאה דומה גם לכל אחד מבני הזוג טרם נישואיהם. חירות כזו משמעותה היעדר מחויבות חוזית אף לא לתשלום פיצויים. שאלה היא אם חירות כזו אינה רלוונטית גם לגבי חוזה הנישואין עצמו, במובן זה שייקבע שנישואין אינם מהווים חוזה, ואין להם תוקף משפטי מחייב (השוו ס' 62(ב) לפקודת הנישואין, שקובע זאת רק לגבי אחריותו של צד שלישי: לעיל הטקסט הנלווה להערה 22). ככל הנוגע לחירות היציאה – אכן זה הכלל שנוטים לאמצו במערב. אך בכל הנוגע לשאלות של מסגרת החיים המשותפת (שלרוב אינה קיימת במערכות המולידות הבטחת נישואין, ואם היא קיימת היא עשויה לעורר בעיות הכרוכות בזכויותיהם של ידועים בציבור – לעיל הערה 42), התשובה בעיניי היא שלילית נוכח מורכבותה של מסגרת החיים המשותפת הכרוכה בהיבטים של רכוש, ולעתים קרובות בשאלות הנוגעות לגידול ילדים. לדיון מעניין בנישואין כקהילה ליברלית שוויונית הכפופה להסדרים משפטיים המקדמים ערכים אלה (הדיון מתמקד בהסדרי הרכוש), ראו ח' דגן קנין על פרשת דרכים (תשס"ה) 439–511.

מחייבת במשפט הישראלי. אמנם רצוי לחולל שינוי במעמדה, ולבטלה, אך מי שמוסמך לערוך שינוי כזה הוא המחוקק, ולא בתי המשפט.⁶⁰

שנית, הבטחת נישואין של בן זוג נשוי אינה תקפה, בהיותה מנוגדת למוסר ולתקנת הציבור, אלא אם כן יוכח כי בעת מתן ההבטחה היו חיי הנישואין של המבטיח מעורערים ללא תקנה⁶¹. עם זאת, אם יסתבר כי בעת מתן ההבטחה הסתיר המבטיח את עובדת היותו נשוי, תוכל מקבלת ההבטחה לתבעו בנוזיקין בשל תרמית או מצג שווא.⁶²

כיצד ניתן להסביר את הכלל האחרון ואת חריגיו? חריג התרמית מוכן: מקבל ההבטחה תם הלב אינו שותף לפגיעה בקשר הנישואין שעליו אינו יודע, ולכן תקנת הציבור לא תפעל נגדו, ודאי לא במישור של דיני הנוזיקין שעליו הוא משתית את תביעתו.⁶³

ואשר לחריג הנוגע למקרה שבו הנישואין מעורערים: הבטחת נישואין על ידי בן זוג נשוי אינה תקפה, כי היא פוגעת במוסד הנישואין. היא אף מהווה הכנה לקשר ביגמי. אך כאשר חיי הנישואין של המבטיח כבר מעורערים, ברור שאין ההבטחה לשאת את בת זוגו לאישה, מסכנת אותם. אף אין חשש שבמצב זה יהיה פיתוי להמשיך בשני הקשרים במקביל, כך שיינתן תוקף מעשי למעין ביגמיה.

בעניין זה יש להעיר כי במשפט הישראלי קיים לא אחת קושי להשתחרר מקשר הנישואין בשל מגבלות המוטלות מכוח דין. המוסד של ידועים בציבור הנותן תוקף לנישואין דה-פקטו שאינם יכולים להתממש דה-יורה, נולד מתוך כורח, קרי המגבלות על החופש לצאת מקשר הנישואין. בית המשפט מוכן לתת תוקף למוסד של ידועים בציבור, גם אם בני הזוג נשואים לאחרים. ההנחה אז היא שחיי הנישואין שלהם מעורערים. בפועל מתקיים כאן מצב של מעין ביגמיה: נישואין דה-יורה (שאינם ממומשים והם ריקים מכל תוכן) ונישואין דה-פקטו

60 ע"א 647/89 שיפברג נ' אבטליין, פ"ד מו(2) 169, 176; פרשת ממך, לעיל הערה 44, בע' 657; בעקבות שיפמן, דיני המשפחה בישראל, לעיל הערה 23, בע' 204 וכן שיפמן "הבטחת נישואין – חוזה מחייב", לעיל הערה 23, בע' 112. המשמעות המעשית העיקרית של ביטולה המומלץ של העילה היא, בדומה למצב באנגליה, שלא תהיה תביעה על נזקים לא ממוניים (בעיקר נזק נפשי), אך עדיין תתאפשר תביעה להשבת מתנות ולפיצוי כגין הוצאות שצד הוציא לטובת מיום החתונה המשותף ובהסתמך עליו: לעיל הטקסט הנלווה להערות 48–49.

61 ע"א 337/62 ריזנפלד נ' יעקובסון, פ"ד יז 1009; ע"א 563/65 יגר נ' פלביץ, פ"ד כ(3) 244; ע"א 4/66 פרץ נ' הלמוט, פ"ד כ(4) 337; ע"א 116/75 חאיק נ' ספיה, פ"ד לא(1) 90 (להלן: פרשת חאיק).

62 ע"א 174/65 ברש נ' שדה, פ"ד כ(1) 617, 627–628 בפסק דינו של השופט קיסטר; ע"א 609/68 נתן נ' עבדאללה, פ"ד כד(1) 455 (להלן: פרשת נתן); ע"א 386/74 פלוני נ' אלמונית, פ"ד ל(1) 383.

63 הדבר דומה לאי-חוקיות הידועה לצד אחד בלבד. במקרה זה עשוי החוזה להיחשב תקף כלפי הצד התם, ולבטל כלפי הצד האשם. ע' גרוסקופף "חוזה פסול" חוזים (תשס"ד, ד' פרידמן ונ' כהן עורכים, כרך ג) 487–494.

(שהם הנישואין "האמיתיים")⁶⁴. אמנם לא תמיד מוכן המחקק להסכין עם מצב זה. לכן לעתים מוגבלת הגדרת הידועים בציבור למקרה שכן הזוג אינו נשוי, כמו, למשל, במקרה של הענקת זכויות מכוח ירושה⁶⁵. אך במקום שהמחקק אינו דן בכך, מוכנים בתי המשפט להעניק זכויות של ידועים בציבור גם במקרה שבו נשואים בני הזוג לאחרים⁶⁶. המקרה של הבטחת נישואין מעורר בעיה מקבילה: כדי להימנע ממתן תוקף למצב מעין-ביגמי או להכנה למצב מעין-ביגמי, מוכנים היו בתי המשפט להכיר בכוחה המחייב של הבטחת נישואין, רק כאשר נישואי המבטיח היו מעוררים, אך לא במקרה שבו הנישואין תקינים.

ניתן, כמובן, לתהות אם אין בהבטחת נישואין על ידי אדם נשוי משום עדות על נישואיו המעוררים⁶⁷, אולם בתי המשפט הבהירו כי חוקיות ההבטחה תלויה בנסיבות: אם בעת מתן ההבטחה היו חיי הנישואין של המבטיח מעוררים מן היסוד, ללא תקווה לשיקומם, ההבטחה חוקית. אך אם עדיין היה סיכוי לקיום הקשר בין בני הזוג, ולא פסה התקווה לאיחוי הקרע ביניהם, הרי הבטחת הנישואין היא בלתי מוסרית ומנוגדת לתקנת הציבור⁶⁸.

ח. פלונית – עלייתה של הבטחת הנישואין

1. עובדות

הלכה אחרונה זו בדבר בטלות הבטחת נישואין שניתנה על ידי גבר נשוי, הייתה תקפה עד לפני כשנה. בראשית חודש יולי 2004, בע"א 5258/98 פלונית נ' פלוני⁶⁹, פסק בית המשפט העליון פה אחד לעניין זה (אם כי בדעת רוב לעניין התוצאה הסופית) כי הבטחת נישואין שנתן פלוני לפלונית, בהיותו נשוי לאחרת, מחייבת, אפילו לא היו יחסי הנישואין של המבטיח מעוררים.

ואלו העובדות: פלונית שימשה מזכירה במפעל סיגריות בלוד, ופלוני נשוי ואב לילדים, עבר שם כמנהל מחלקה. נוצר ביניהם קשר. פלונית התחנתה, נולד לה ילד, אך מרבית תקופת הנישואין חייתה בנפרד מבעלה. פלוני פרנס אותה, קנה לה רכב והרעיף מתנות על בנה. הוא עודד אותה להתגרש מבעלה ואף מימן את שכר עורכי דינה בהליך הגירושי. הוא הבטיח לה כי לאחר שתתגרש מבעלה, יתגרש הוא מאשתו, ויחד יבנו קן משפחתי. אף שהתגרשה מבעלה, לא מימש פלוני את הבטחתו. למרות זאת, נמשך ביניהם הקשר, תוך שהוא מקנא לה, ומסכל כל ניסיון התנתקות מצדה. לאחר גירושיה הרתה לפלוני, בפעם החמישית, ובניגוד

64 ליפשיץ, לעיל הערה 17, בע' 267–360.

65 ס' 55 לחוק הירושה, תשכ"ה–1965.

66 ע"א 384/61 מ"י נ' פסלר, פ"ד טז 102; ע"א 233/98 כץ נ' קרן מקפת, פ"ד (נד) 493.

67 ראו דברי הנשיא ברק בפרשת פלונית, לעיל הערה 29, בע' 223.

68 ע"א 649/70 הלמוט נ' פרץ, פ"ד כה(2) 35, 40; פרשת חאיק, לעיל הערה 61, בע' 92.

69 פרשת פלונית, לעיל הערה 29.

לארבע הפעמים הקודמות שבהן ביצעה הפלה, הפעם ביקשה לקיים את ההיריון. על רקע זה חזר בו מהסכמתו לשאתה לאישה. היא ילדה בת, שהוכרזה כבתו. בשלב זה נותק ביניהם סופית הקשר. פלונית ביקשה לחיבור בפיצויים בגין הנזק שנגרם לה בשל הפרת ההבטחה: אלף שקל לחודש עד שתינשא או סכום כללי של 35,000 ש"ח. בית משפט השלום חייב את פלוני לשלם לפלונית 35,000 ש"ח. בית המשפט המחוזי ביטל בדעת רוב את הפסק בקבעו שאין תוקף להבטחת נישואין שניתנה על ידי גבר נשוי, שנישואיו אינם מעוררים, שכן הדבר נוגד את תקנת הציבור⁷⁰. בית המשפט העליון בדעת רוב (השופטים ברק ופרוקצ'יה) אימץ את דעת המיעוט של השופטת רובינשטיין בבית המשפט המחוזי, שקבעה אמנם כי רצוי שהמחוקק יבטל את העילה של הפרת הבטחת נישואין, אך כל עוד לא בוטלה, הבטחת הנישואין מחייבת, אפילו ניתנה על ידי גבר נשוי. בית המשפט פסק לפלונית סכום כולל של 35,000 ש"ח, בעיקר בשל הסבל הנפשי שנגרם לה.

2. הכשרתה של ההבטחה

פסק הדין בפרשת פלונית סיפק לדעת הרוב הזדמנות להציג אידאולוגיה חדשה, מפתיעה במובן מה, בהתחשב בעמדתה הקודמת של הפסיקה, בכל הנוגע למעמדה של הבטחת נישואין. אם בעבר נחשבה העילה של הפרת הבטחת נישואין מוקצית מחמת מיאוס ועל גבול הלגיטימיות, דעת הרוב מעניקה לגיטימציה מלאה להבטחה ולתביעה בגין הפרתה. דעת הרוב אינה מטילה ספק בכך שהבטחת נישואין מחייבת ותקפה במשפטנו. כך גם ראוי, סובר הנשיא ברק. הוא אינו פונה למחוקק כדי שיבטלה⁷¹. הנשיא ברק — שבפסיקתו קו עקבי למדי של הרחבת שפיטות והגדלת תחומי אחריות⁷² — מדגיש כי ראוי לתת תוקף מחייב להבטחה כזו ככל הבטחה חוזית אחרת, שכן דיני החוזים אינם נעצרים "על סף הבית המשפחתי"⁷³. הוא מטעים ש"אין הצדקה לחשוף מי מבני הזוג לנזקים הנובעים מהפרת ההתחייבות בלי שהמשפט יבוא לעזרתם. העלויות והנזקים אינם צריכים ליפול באופן אקראי על אחד הצדדים (בדרך כלל הצד החלש), כי אם לפי כללי האחריות החוזיים"⁷⁴. כך גם

70 ע"א (ת"א) 166/96 גרינשטיין נ' בן שושן-איטס (לא פורסם), דינים מחוזי כו(8) 362.

71 אם כי השופטת פרוקצ'יה מציינת כי בעבר פנו שופטים למחוקק לשם כך. פרשת פלונית, לעיל הערה 29, בע' 235. אולם הנשיא ברק פונה למחוקק בלשון רפה בשאלה אחרת, והיא מהן הנסיבות שבהן הבטחת נישואין על ידי אדם נשוי תיחשב מנוגדת לתקנת הציבור. שם, בע' 224.

72 דוגמאות אחדות מהתחום של דיני חוזים: הרחבת האחריות בשל הפרת חובת תום הלב במשא ומתן: ד"נ 22/82 בית יולס בע"מ נ' רביב משה בע"מ, פ"ד מג(1) 441; ע"א 579/83 זוננשטיין נ' אחים גבסו בע"מ, פ"ד מב(2) 278; פרשת קל בנין, לעיל הערה 54; הרחבת האחריות בדיני זיכרון דברים: ע"א 692/86 בוטקובסקי נ' גת, פ"ד מד(1) 57 (השופט ברק הסכים לעמדה המרחיבה); והרחבת השפיטות של הסכמים פוליטיים: בג"ץ 1635/90 זרד'בסקי נ' ראש הממשלה, פ"ד מה(1) 749.

73 פרשת פלונית, לעיל הערה 29, בע' 220.

74 שם, שם.

השופטת פרוקצ'יה: "אין טעם מוסרי, חברתי או משפטי להוצאת הבטחת נישואין מתחום התפרשותו של המשפט [...] העילה החוזית בגין הפרת הבטחת נישואין ראויה היא אפוא ונחוצה כמענה למצבים שבהם כן־זוג נפגע מהפרת הבטחה"⁷⁵. נכון שמדובר בחוזה מיוחד: ייחודו לפי הנשיא ברק הוא שאין הפרתו מהווה עילת אכיפה, ועליו להסתפק בפיצויים (בגין נזק ממוני ושאינו ממוני)⁷⁶. הערפל הכרוך בהבטחות מסוג זה וחירות הרגש לא שימשו נימוקים מספיקים לצמצום התביעה. העובדה שהנישואים עצמם אינם שעבוד, ושניתן להשתחרר מהם ללא פיצוי⁷⁷, לא שכנעה את שופטי הרוב, שראוי להחיל כלל דומה גם על הבטחת נישואין, שהיא חוזה חלש יותר מנישואים. התוצאה מפתיעה בשני מובנים: המובן הראשון הוא פורמלי – היא עומדת בניגוד מוחלט לעמדתה העקבית של הפסיקה של שנות התשעים. המובן השני הוא מהותי – בתקופה המתאפיינת בחתירה להרחבת הזכות להשתחרר מקשר הנישואין עצמו, מתחזק באופן פרדוקסלי מעמדה של הבטחת נישואין בצורה ניכרת על ידי צמצום חירות היציאה ממנה. אכן שופט המיעוט ריבלין משקף את הקו העקבי של הפסיקה של שנות התשעים, והוא גם מבטא את הערכים המהותיים שביסוד ההסתייגות מתביעה זו. הוא מדבר על הסתירה בין תוקף ההבטחה לצו הלב, ועל הקושי להחיל אמות מידה חוזיות על ענייני רגש. הוא ממליץ למחוקק לבטל את כוחה החוזי המחייב של הבטחת הנישואין ולאפשר תביעה להשבת הוצאות ההכנה לנישואין והמתנות שניתנו לקראתם. בשלב הנוכחי כל עוד לא התערב המחוקק, עומדת העילה. אך אין לפצות, לדעתו, על נזק נפשי. כשם שאין ראש נזק כזה במקרה גירושין (שם יכול הסבל להיות חמור פי כמה), מקל וחומר גם לא במקרה של הבטחת נישואין. במקרים מיוחדים כאשר בהפרת ההבטחה כרוך מצג שווא, הוא מוסיף, ניתן להעניק פיצוי על סבל נפשי במסגרת דיני הנזיקין, אך לא במקרה דנן⁷⁸.

3. הסרת הסייג – תביעה כלפי מבטיח נשוי

עד כה על עצם מעמדה של הבטחת נישואין. נעבור עתה לבדוק כיצד הצדיק בית המשפט תוקפה של הבטחה שניתנה על ידי גבר נשוי (לעניין זה לא הייתה הבחנה בין דעת הרוב לדעת המיעוט). האם עולה הדבר בקנה אחד עם מעמד הנישואין

75 שם, בע' 235–236.

76 אולם בניגוד לשופטת פרוקצ'יה הגורסת כי הפיצויים הראויים הם פיצויי הסתמכות (בגין נזק ממוני ושאינו ממוני), שם, בע' 238–239, משאיר הנשיא ברק עניין זה סתום, בדונו בפיצויים סתם, שם, בע' 220. כך נפתח פתח להעניק אף פיצויי קיום במקרים המתאימים, כפי שנעשה לגבי ס' 12 לחוק החוזים. ראו פרשת קל בנין, לעיל הערה 54.

77 ע"א 264/77 דרור נ' דרור, פ"ד לב(1) 829, 832; פרשת פלונית, לעיל הערה 29, בע' 233–234 בפסק דינו של השופט ריבלין. אולם בהסדר הרכוש הנלווה לגירושין מן הסתם, מובאת בחשבון העובדה שהאישה, למשל, ננטשה על ידי בעלה.

78 פרשת פלונית, לעיל הערה 29, בע' 231–234. זאת, בעקבות שיפמן, דיני המשפחה בישראל, לעיל הערה 23, בע' 198–199.

במשפט הישראלי? ומה לגבי העובדה שמתן תוקף להבטחת הנישואין של פלוני עומד בסתירה בולטת להתחייבותו כלפי אשתו?

וכך אומר הנשיא ברק: ראשית, "בגישה החברתית ביחס לסיום קשרי נישואין ולתופעת הגירושין חלו תמורות משמעותיות [...] ישנה הכרה בכך שגירושין הפכו חלק ממצאות החיים [...] גם הסלידה מפני קשר זוגי מחוץ לנישואין אינה משקפת את גישתה של החברה הישראלית של היום"⁷⁹.

שנית, ראוי להפעיל חזקה כי כאשר אדם נשוי מתחייב להתגרש ולשאת אדם שלישי, נישואיו אינם תקינים, וזאת כדי למנוע חיטוט מיותר בפרטים אינטימיים⁸⁰. שלישית, אין להעניק חסינות לאדם נשוי היוצר קשרים מחוץ למסגרת הנישואין תוך פיזור הבטחות. "הפטור אף נותן הכשר להתנהגות זו, באשר הוא מטיל את ההפסדים והסיכונים כולם על הצד האחר"⁸¹.

רביעית, "גם החובה לעמוד בדיבור ולקיים הבטחה מעוגנת בתקנת הציבור"⁸². ההנמקה הראשונה מעוררת קושי: אם חלה ליברליזציה בכל הנוגע לגירושין, האם לא ראוי להחיל ליברליזציה מקבילה גם בשלב הקודם לנישואין ולאפשר יציאה קלה מקשר חלש יותר מנישואין? ההנמקה השנייה, המבקשת להימנע מחיטוט מיותר בפרטים אינטימיים, נשמעת, לכאורה, משכנעת. היא מבקשת למנוע מצב שבו יהפוך בית המשפט לכמת תאטרון הפורשת באופן אינטימי את חיי הנישואין של מפר הבטחה. אך כלום ניתן להימנע כתביעה מסוג זה מחיטוט בפרטים אלה? סביר להניח שנתבע נשוי שיתכחש להבטחתו ירצה להצביע על תקינות נישואיו כדי לשכנע שלא הבטיח מאומה, ואילו התובעת תבקש להצביע על נישואיו המעורערים כדי לשכנע שאמנם ניתנה הבטחה. ספק אפוא אם החלתה של התביעה על הבטחתו של בן זוג נשוי תמנע אותו חיטוט מיותר, שבית המשפט כה חרד מפניו.

ההנמקות השלישית והרביעית דומות: הן מעוגנות ברעיון של קדושת ההבטחה וההגנה על הסתמכותו (נזקיו) של מקבל הבטחה. אך זו הרי כל השאלה כולה: לא לכל הבטחה ניתן תוקף מחייב, ולא כל הסתמכות מטילה אחריות על מי שגרם לה. האם ראוי לתת להבטחות מסוג זה תוקף מחייב?

4. הערכה

הנשיא ברק מציין כי "ההגנה על מוסד הנישואין לא תבוא בדרך של הקרבת זכויותיו של קורבן להפרת הבטחת נישואין"⁸³. במילה "קורבן" נעשה שימוש ניטרלי, אך ברור שהכוונה היא לתובעת, כאישה. ראינו כי העילה של הפרת הבטחת

79 פרשת פלונית, לעיל הערה 29, בע' 222–223.

80 שם, בע' 223.

81 שם, בע' 224.

82 שם, שם.

83 שם, בע' 223.

נישואין היא עילה שיוחדה בפועל לנשים. בישראל הוגשו תביעות כאלה לרוב על ידי נשים. בארבעים וחמש השנים האחרונות הוגשה בצרפת תביעה אחת כזו על ידי גבר⁸⁴. התביעה נדחתה. לייחודה של התביעה לנשים סיבות רבות, שעליהן דיברנו קודם, הנעוצות במבנה החברתי הישן, שהיה מבוסס על תלותן של נשים בגברים, על אי-השוויון החברתי והכלכלי בין גברים לנשים ועל קידוש מיתוס הבתולין. הפרת הבטחה כזו, במיוחד לאחר קיומו של קשר אינטימי בין בני הזוג, אכן פגעה בעבר נואשות בסיכוייה של האישה להינשא.

האם ראוי לשמור על עילה כזו גם כיום? היש מקום דווקא בעידן שלנו לחזק את העילה של הפרת הבטחת נישואין ולהרחיבה, גם במקרים שבהם בעבר היא נדחתה על הסף? היש הצדקה לכך בחברה, שערכיה הם חופש הפרט, שוויון בין המינים, ושבה נפוצים שליטה על ההולדה וחופש מיני?

סימני השאלה גדולים מאוד. עמדת הרוב, התומכת באופן חדר-משמעי בעילה, נשענת על בסיס מוסרי-קנטיאני, כלומר על הערך המחייב כשלעצמו של ההבטחה. באופן טכני – מציינ הנשיא ברק – אפילו נוגדת ההבטחה את תקנת הציבור, מאפשר הדין – סעיף 31 לחוק החוזים – לתת סעד של קיום החוזה, אם הנפגע קיים את חלקו על פי החוזה, ומוצדק לעשות כן. ברור שאין לאכוף על פלוני לקיים את חלקו בחוזה, אך ניתן לחייב אותו בפיצוי כתחליף לאכיפה⁸⁵. כאן פלוגית מילאה את חלקה בהסכם⁸⁶. "הצדק דורש – וקשה לתאר מקרה קיצוני מהמקרה שלפנינו – כי המערערת תפוצה על נזקיה"⁸⁷.

עמדת הרוב רואה בנפגעת קרבן של הפרת ההבטחה. הנפגעת היא קרבן נסיבותיה האישיות, אבל גם קרבן חברתי. למרות החתירה לשוויון קיימים עדיין פערים חברתיים וכלכליים נרחבים בין גברים לנשים. ערך השוויון אינו מופנם⁸⁸. חופש מיני אינו נחלת כל המגזרים, ובעניין זה קיים עדיין מוסר כפול. בחברה הישראלית מוקנה מעמד מרכזי למשפחה, ורווחות גישות הרואות עדיין בנישואין כלי למימוש עצמי של נשים, ובנכונות לחיים משותפים מצד האישה – תמורה, שלא הייתה ניתנת אלמלא הבטחת הנישואין. בחברה רבת-תרבותית כשלנו השלכותיה

84 שם, בע' 228, בפסק דינו של השופט ריבלין. לגבי גברים תובעים ראו להלן הטקסט הנלווה להערות 100–102.

85 הסעד אינו קבוע בס' 31 לחוק החוזים, והוא פרי פרשנות. ראו גרוסקופף, לעיל הערה 63, בע' 629–632.

86 פרשת פלונית, לעיל הערה 29, בע' 224–226 בפסק דינו של הנשיא ברק. שם, בע' 226.

88 לטענה כי גם בחברה המערבית של ימינו מוסד הנישואין אינו מושתת על שוויון והוא מדא נשים ראו ד' הקר "מעבר ל'בתולה זקנה' ול'סקס והעיר הגדולה': רווקות כאפשרות חשובה לנשים ויחסו של המשפט הישראלי אליה" עיוני משפט כח (תשס"ה) 903. אלא שכפי שמצביע המאמר, למרות הביקורת על מוסד הנישואין, אופציית הנישואין עדיין נחשבת עדיפה, ודרושים שינויים ניכרים כדי להפוך רווקות לאופציה נדרשת. למרכזיות של המשפחה בחברה הישראלית ראו ס' פוגל-ביז'אוי "משפחות בישראל: בין משפחתיות לפוסט-מודרניות" מין, מגדר, פוליטיקה (1999) 134–135, 162–163.

של הפרת הבטחת נישואין אינן אחידות, והן יכולות להיות הרוט-גורל לנשים לא מעטות⁸⁹.

הטרדות מיניות של נשים על ידי גברים במקומות עבודה הן עניין שכית. כל נשכח שפלוני במקרה שלנו היה מנהל במפעל הסיגריות, שבו עבדה פלונית כעובדת זוטרה יותר. נכון שפלונית החלה בקשר בידועה כי פלוני נשוי. היא נטלה על עצמה סיכון, אך פלוני הבטיח לה כי יישא אותה לאישה. מבחינתו של פלוני נוח היה לו עם מצב של ביגמיה דה־פקטו על פי תנאיו. אך תקופת האבות חלפה זה מכבר, ובית המשפט מציב תמרוך אזהרה לגברים נשואים האומר: גברים, היזהרו בהבטחותיכם.

האיזון בין שעבוד־לרגש־שחלף לבין חרטה־מחויבות־להבטחה נשמר בצורה הולמת: אין כופים, חלילה, על המבטיח לגרש את אשתו ולשאת את פלונית; כפייה כזו היא לא רק פגיעה אנושה במוסד הנישואין לטובת מחויבות מאוחרת, חלשה יותר; היא בראש ובראשונה פגיעה קשה בחירות הפרט. גם אין מטילים על פלוני פיצוי שיעמיד את פלונית במצב שבו הייתה, לו הייתה ההבטחה מתממשת. פלוני אינו חייב במזונותיה של פלונית. פלונית דרשה 1000 ש"ח לחודש עד שתינשא לאחר, ולא קיבלה זאת. ומצד שני, אין מאפשרים התנערות מלאה מההבטחה: על המבטיח לפדות את החרטה בתשלום פיצויים כלליים בגין הצער, פיצוי בסכום לא גבוה במיוחד.

מכיוון אחר, פסק הדין בפרשת פלונית הוא נסיגה. הוא מבטא את רוחות העבר, שבהן נשים יכולות, כביכול, לממש את עצמן באמצעות נישואין. הוא פותח פתח לסחטנות. הוא מתעלם מההבטחות שהיו כלפי האישה החוקית. האם לפי פסק הדין עשויה לעמוד עתה עילת תביעה לאישה החוקית כלפי הבעל שהפר את ההבטחה לחדול מהקשר עם בת הזוג? האם שתי ההבטחות הסותרות יכולות לעמוד בעיני? ואולי ראוי להעניק עדיפות דווקא להבטחה כלפי האישה החוקית?

בית המשפט נשאר ניטרלי בעניין זה. ההבטחות הסותרות של הבעל כלפי אשתו וכלפי בת הזוג בעיני עומדות, כאילו היה מדובר בעסקאות נוגדות למכירת נכס. עקרונית, במצב זה, הראשונה עדיפה, אך כללי העסקאות הנוגדות אינם חלים כאשר מדובר בחוזים שלא ניתן לאכוף אותם⁹⁰. הואיל וממילא לא ניתן לאכוף לא את הנישואין ולא את ההבטחה, הבעל הוא שיחליט איזו מבין ההתחייבויות לקיים. אך מכל מקום, כמו לגבי כל עסקה נוגדת, המתחייב חייב לפצות את מי שכלפיו לא

89 כפרשת נתן, לעיל הערה 62, בע' 466, מציין השופט ברנזון כי התובעת במקרה דנן נפגעה קשות מהפרת ההבטחה על ידי בן זוגה, באמרו כי "בעדה הבכלית, שאליה היא משתייכת, ובחוג קרובי משפחה, ניזק שמה הטוב, והיא ממש מנודה מקרבם [...] סיכוויה להינשא פחתו בהרבה [...] גם בשל המושגים השוררים בסביבתה ובעדה שאליה היא משתייכת".

90 לשאלת היחס בין אכיפה ועדיפות בחוזים לבין העברת נכסים ראו נ' כהן התערבות ביחסים חוזיים (תשמ"ו) 208-215.

קיים את ההתחייבות. הבעל החליט לקיים את התחייבותו כלפי אשתו, ולכן עליו לפצות את בת זוגו הננטשת.

5. ליברליות או שמרנות?

לפסק הדין בפרשת פלונית שני רכיבים חדשניים: האחד, זה המכיר ללא סייג בעילה של הפרת הבטחת נישואין והופך אותה לכשרה למהדרין; השני, זה המכיר בה גם כאשר המבטיח נשוי לאחר.

מה המגמה שמבטא בית המשפט? האם הוא מבטא עמדה ליברלית או שמרנית? כאשר לרכיב הראשון – לכאורה, עצם ההכרה בתביעה בשל הפרת הבטחת נישואין עולה בקנה אחד עם העיקרון הליברלי של חופש החוזים, המבקש להעניק לצדדים את החירות לכבול את עצמם בחוזה. מצד שני, הכרה בתביעה כזו אינה עולה בקנה אחד עם עמדה ליברלית המבוססת על חירות הרגש ועקרון השוויון בין המינים והדוחה מעורבות של המדינה בעניין זה. במילים אחרות, על פי גישה זו ראוי למקם את הבטחת הנישואין בתחום החירות המלאה של הפרט, ולא לייחס לה תוקף משפטי מחייב⁹¹.

ובאשר לרכיב השני, על פי העמדה המסורתית-שמרנית, שבה ערך המשפחה עדיף, אין מקום לתביעה בשל הסתירה בין ההבטחה לבין נישואיו של המבטיח. מצד אחר, משקף פסק הדין בעניין רכיב זה עמדה ליברלית, שבו יכולות לעמוד זו בצד זו מחויבותו של הבעל כלפי אשתו והבטחתו כלפי בת זוגו. ההכרה בתוקפה של ההבטחה מאשרת את חירותו של הבעל לממש את רגשותיו ולהגשים את עצמו, למרות המחויבות הנובעת מקשר הנישואין. היא מכירה בכך שמוסד הנישואין מורכב ופגיע. אך דווקא מכיוון זה, ובהסתמך על כך שפלוני "לא הצביע על כך שהבטחת הנישואין הביאה לפגיעה ביחסיו עם בת הזוג החוקית"⁹², אפשר לומר שבית המשפט מחזיר אותנו שנים רבות אחורה, שכן באופן משתמע ניתנת כאן גושפנקא לביגמיה בפועל⁹³.

הערכתי את פסק הדין בפרשת פלונית אינה חד-משמעית. היא כרוכה בשאלה מה תפקידו של הכלל המשפטי: האם עליו להגיב למצב קיים או לשמש תמריץ לשינוי⁹⁴? בהקשרנו, כלל המחייב (בדרך כלל גברים) בשל הפרת הבטחת נישואין משקף במקרים רבים את הפער במעמדם של נשים וגברים בחברה בכלל, ובפרט

91 זאת להבדיל מהנישואין עצמם, לעיל הערה 59. לעמדה שלפיה ההכרעה ברבר הגורה הראויה להישאר בתחום חירות הפרט היא הכרעה פוליטית, שמוטית לרעת נשים, ראו: F.E. Olsen "The Myth Of State Intervention in the Family" 18 *U. Mich. L.J. Reform* (1985) 835.

92 פרשת פלונית, לעיל הערה 29, בע' 225.

93 יחסי מין שמקיים גבר נשוי מחרץ לנישואים אינם מהווים בדרך כלל עילה לגט, ואילו אישה המקיימת יחסי מין עם מי שאינו בעלה תגורש, תאבד את זכויותיה הממוניות וילד שיוולד בעקבות יחסים אלה ייחשב ממזר. ראו ר' הלפרין (קדרי) "בגידת הבעל כעילה לכפיית גט" מחקרי משפט ז (תשמ"ט) 297.

94 השוו ליפשיץ, לעיל הערה 17, בע' 217.

בכל הנוגע לקשר הנישואין ולציפיות ממנו. כלל כזה מגיב למצב הקיים. הוא אמנם מקבע סטריאוטיפ, שנשים היו רוצות להשתחרר ממנו, אך הוא מוצדק כל עוד אין השוויון המיוחל ממומש. אכן, מחקר שנערך בארצות-הברית שבה ברוב המדינות בוטלה העילה, מצביע על כך שהמהלך של ביטול העילה של הפרת הבטחת נישואין פגע באינטרסים "רכושיים" של נשים רבות, ותועלתו אינה ברורה⁹⁵. דעת הרוב בפסק הדין בפרשת פלונית מגיבה על המצב הקיים. במצב זה שבו רעיון השוויון אינו מוגשם במלואו, ובקבוצות מסוימות, מסורתיות, אף אין סיכוי להגשימו בקרוב, נשים הן, לעתים קרובות, קרבנות ראויים להגנה מפני הפרת הבטחת נישואין.

לעומת זאת, כלל המבטל את העילה של הפרת הבטחת נישואין מעניק לבני הזוג את הסמכות להחליט אם לממש את נישואיהם בעקבות ההבטחה, זאת ללא סנקציה וללא מעורבות מדינתית. תיקונו של הלב השבור לא יהיה באמצעות תביעה כספית אלא באמצעות התנתקות רגשית מהפרשה הכאובה. כלל כזה ממריץ שינוי, והוא מבקש לשקף מצב רצוי שבו נשים, כמו גברים, לא תהיינה תלויות בנישואין כדי לבסס את מעמדן. שאלה גדולה היא אם מוצדק להחילו שעה שהתנאים המוקדמים להחלתו – שוויון בפועל בין גברים לנשים – עדיין לא הבשילו, ושעה שקיימות קבוצות נרחבות באוכלוסייה שאינן מקבלות את האידאולוגיה שביסודו. פסק דינו של המיעוט בפרשת פלונית המבקש לבטל את העילה, או למצער לצמצמה, משמש תמריץ לשינוי מיוחל, שבו יחדלו נישואין לשמש תכלית חייהן של נשים, אך התנאים העובדתיים לתחולתו רחוקים מלהתקיים במלואם. הכלל המגיב והכלל המתמרץ עומדים בסתירה זה לזה. קבוצות רבות של נשים זקוקות להגנתה של העילה, וקבוצות אחרות של נשים מתייחסות לעילה כמקבעת באופן בעייתי ובלתי מוצדק את דימוין החברתי הנמוך של נשים כזקוקות לחסדי הנישואין כדי לייצב את מעמדן. אם נבטל את העילה, נחזק את דימוין העצמי של הנשים, אך נפגע באלה הזקוקות להגנתה; אם נתמיד בקיומה, נפגע בדימוין של הנשים⁹⁶. אולם בדומה למצב באנגליה הוויקטוריאנית שבה פרחת התביעה בשל הפרת הבטחת נישואין, ניתן לומר שגם כיום מאפשרת התביעה לנשים לצאת ממעמד הקרבן – על ידי עצם הגשת התביעה – אם כי תוך דקויות בדימוי הקרבן, המעוגן לא אחת במציאות⁹⁷.

⁹⁵ Tushnet, *supra* note 48.

⁹⁶ לבעיה מקבילה בהקשר של טיפול באלימות נגד נשים ראו ל' בילסקי "נשים מוכות: מהגנה עצמית להגנת העצמיות" פלילים 1 (תשנ"ח) 5, 42–47. לתאוריות של הפמיניזם הצבעוני על עיצוב כללים לאור המגוון בחיי נשים המשתייכות לקבוצות חברתיות שונות ראו: A.P. Harris.

⁹⁷ 581 (1989–1990) 42 *Stan. L. Rev.* "Race and Essentialism in Feminist Legal Theory". לעמדה שלפיה הוצאתן של המסגרות האינטימיות מתחומי התחולה של דיני חוזים מנציחה את מעמדן החלש של הנשים, וכי לכן ראוי להחיל על יחסים אלה נורמות חוזיות מתאימות (דוגמת אלה הנוטלות מהמדל של חוזי יחס) ראו: H. Keren "Can Separate Be Equal: Intimate Economic Exchange and the Cost of Being

מה קרה בעקבות פרשת פלונית? הספקות שהשמיעה הפסיקה בעניין הלגיטימיות של התביעה הוסרו על ידי שופטי הרוב באופן חד-משמעי ובקשה לדין נוסף בעניין זה נדחתה.⁹⁸

רף הכושה שבחשיפת החיים האינטימיים של אוהבים לשעבר, הורד. בעקבות פרשת פלונית, המסמן את תחייתה של התביעה בשל הפרתה של הבטחת נישואין, מורגשת התעוררות בכל הנוגע להגשת תביעות כאלה. נשים תובעות בהצלחה גברים נשואים בשל הפרת הבטחה⁹⁹, ואף גברים מאוכזבים תובעים נשים שעזבו אותם.¹⁰⁰ בעבר ציין השופט זילברג שתביעות כאלה אינן אהודות, בייחוד כאשר הן מוגשות על ידי גבר נגד אישה.¹⁰¹ פסק הדין בפרשת פלונית החיה את העילה בפועל לטובת נשים, אך בשם עקרון השוויון אין היא יכולה להיתפס עוד כדוחה, גם אם התביעה מוגשת על ידי גברים. התודעה החברתית מקשרת בין התביעה בגין הפרה של הבטחת נישואין לבין תפיסת הנשים כקרבן או כמי שהנישואין משמשים עבורן (בניגוד לגברים) כלי למימוש מעמדי-חברתי-כלכלי.¹⁰² האם מוביל השוויון בהדרגה גם להפיכתם של גברים (מסוימים) לקרבנות?

Special” 119 *Har. L. Rev. F.* (2006) 19 (replying to J. E. Hasday “Intimacy and Economic Exchange” 119 *Har. L. Rev.* (2005) 491). [<http://www.harvard/awreview.org/forum/issues/119/dec05/keren.pdf>]

98 דניא 8484/04 פלוני נ' פלונית (לא פורסם). אולם בע"א (חי') 2572/04 קפטא נ' אברהם (טרם פורסם), תקדין מחוזי 2005(1) 8091, שנפסק לאחר פרשת פלונית, ואשר בו חויב גבר בתשלום פיצויים בשל הפרת הבטחת נישואין לחברתו (התנהגותו הוגדרה "נלוזה"), אמר השופט סוקול, אחד השופטים להרכב: "המילה האחרונה בסוגיה זו טרם נאמרה ולכן ראוי לקבוע הוראת דין מפורשת המסדירה את העילה [...] עם זאת וכל עוד לא שונה הדין, אנוסים אנו לפסוק בהתאם להלכה כפי שנקבעה". וראו ב' דון-חייא "מזנות ומזונות – חיוב מזונות וטענת אי-נאמנות" דעת – אתר לימודי יהדות ורוח 259 (תשס"ו) (last visited on 25.4.2007) [<http://www.daat.ac.il/mishpat-ivri/skirot/259-2.htm>]. בסוף דבריו מציין דון-חייא: "ימים יגידו אם נאמרה המילה האחרונה בנושא זה".

99 ת"א (שלום ת"א) 40553/99 רביבו נ' כספי (טרם פורסם), דינים שלום נד 503.
100 תמ"ש (י"ם) 6011/03 מ.ק. נ' ל.ג. (טרם פורסם), דינים משפחה ג 055. התביעה נדחתה; ת"א (חד') 3319/02 ספרא נ' גרוסברג (טרם פורסם), דינים שלום נג 849. התביעה התקבלה; ת"א (י"ם) 5487/03 איילון נ' אביי (טרם פורסם), פדאור 04(25) 167 (סכום הכסף שמשך התובע מחשבונם המשותף של בני הזוג, פריטי הריהוט המשותפים שהותרו אצלו ודמי מכירת הרהיטים המשותפים שנשארו אצלו – כל זה עלה על הנזק הממוני והלא-ממוני שנגרם לו, ולכן נדחתה התביעה). וראו גם ת"א (כ"ס) 6754/02 לבנת נ' לאופר (טרם פורסם), דינים שלום ל 112, שניתן לפני פרשת פלונית.

101 פרשת טמסיט, לעיל הערה 46, בע' 131. באשר ליחסה הכללי של הפסיקה לתובעים גברים, ראו גרוסקופף וחלבי, לעיל הערה 23, בע' 126–128.

102 על ההטיה המגדרית של התביעה ראו שיפמן "הבטחת נישואין – חוזה מחייב?", לעיל הערה 23, בע' 109–110; השופט ריבלין בפרשת פלונית, לעיל הערה 29, בע' 228: "העילה משמשת [...] ככלי פסול לקיבוע מעמדה של האישה, להבדיל מהגבר, כמי שנדרשת לקשר הנישואין על-מנת להגשים את עצמה". אולם אם אמנם זו המציאות, וכל עוד לא הגענו לשוויון בעניין זה, נזקיקה של נשים מהפרת הבטחה כזו גדולים יותר מאלה של גברים; אין להתפלא על כך שרוב התביעות מוגשות על ידן, ואין זה ברור אם אכן הגיעה העת לבטלה.

ט. נישואי אודיסאוס וסוף דבר

פתחנו באודיסאוס. הבה נחזור אליו ונסיים בו ובנישואיו. בעולם פוסט־מודרני של התנגשות ערכים בלתי פוסקת, של תמורות במוסר ובמוסד הנישואים, אולי חשים אחדים מאתנו געגועים לימים של פעם, למשל, לפנלופה, שבמשך עשרים השנה שבהן המתינה לשובו של בעלה, אודיסאוס, ממלחמת טרויה וממסעותיו בעולם, היא דחתה את כל מחזוריה, בטענה שעליה להשלים את טוויית התכריכים לחותנה. וכדי שלא תושלם העבודה, הייתה פורמת בלילה את מה שטוותה במשך היום¹⁰³. לפנלופה לא היה קונפליקט בין רצון מוקדם למאחר. עשרים השנים שחלפו לא שינו את העדפותיה, בחירותיה וזהותה. פנלופה בחרה בשעבוד לרצונה המקורי, במחויבות לבעלה, ודחתה את החופש שזימנו לה הנסיכות ואת הזכות להתחרט. היא אכן מהווה סמל הנאמנות. אך בפרשנות פוסט־מודרנית, במיוחד נוכח החופש שהותר לעצמו בעלה במהלך מסעותיו במשך השנים, האם לא נוכל לומר שגם היא, כמו אשתו של פלוני וכמו פלונית, הייתה קרבן הנסיכות והחברה¹⁰⁴ ?

103 הומרוס, לעיל הערה 1, בע' 359, שיר השעה־עשר, שורות 136–151.
104 בדימוי של פנלופה הממתינה לבעלה נעשה שימוש שכיח כדי לתאר את האישה כקרבן. וכך מתארת המשוררת מ' בז'רנו בשירה "פנלופ ואודיסאוס" תדרים (תשס"ה) 150, את מעמד הפרדה בין אודיסאוס לפנלופה:
" יחוסר היכולת ללגלג והרצון ללגלג לך
שיום נסיעה למרחקים' את אומרת,
אודיסאוס מפנלופ.
אודיסאוס אל פנלופ,
בעגינות".

ראו גם מ' קרומר־נבו "מפנלופה למירי: תרומת הגישה הפמיניסטית לסוגיית נשים במצוקה כלכלית וחברתית עמוקה ומתמשכת" חברה ורווחה: רבעון לעבודה סוציאלית 22 (תשס"ג) 433; E.K. Spahn "Waiting for Credentials: Feminist Theories of Enforcement"; 44 *Am. U. L. Rev.* (1995) 1053, 1066; M. Angel "Susan Glaspell's Trifles and A Jury of Her Peers: Woman Abuse in a Literary and Legal Context" 45 *Buff. L. Rev.* (1997) 779, 840–841. ראו עוד מ' אטווד פנלופאה (ש' פרמינגר הרגום, 2005), שבמוקדו יחסי פנלופה עם משרותיה.