

## אשמה בהסכמה? חוזים זוגיים הקובעים השלכות רכושיות לבגידה, והליברליזציה של דיני המשפחה

מאת

שחר ליפשיץ\* ורם ריבלין\*\*

תהליך הליברליזציה של דיני המשפחה, ששינה את דמותם של דיני הזוגיות במדינות המערב, כלל שתי מגמות עיקריות: האחת, חלה ירידה במקומם ובחשיבותם של שיקולי אשמה הקשורים להתנהגותם המינית של הצדדים, אם בקשר לעצם האפשרות להתגרש ואם בקשר לתוצאות הכלכליות של הפרדה; השנייה, חלה עלייה בחשיבותם ובמרכזיותם של הסכמים זוגיים, כלומר ביכולתם של בני זוג לקבוע ביניהם, בהסכם פרטי הנאסף באמצעות המשפט, הסדרים הנוגעים לחיי המשפחה שלהם ולתוצאות הכלכליות של פירוקם. ברוב ההקשרים שתי מגמות אלו צועדות יד ביד ומשקפות ערכים של אינדיווידואליזציה ושל התפרקות ממבנים מסורתיים שבמסגרתם נתפסו הנישואין כמוסד ציבורי המסדיר את חיי המשפחה לפי תפיסות מוסריות של צורת החיים הראויה, ובייחוד בתחום היחסים בין המינים. אלא שבהקשר אחד מעוררות שתי מגמות אלו לא השלמה והשתלבות אלא דווקא סתירה והתנגשות. זהו מקרה שבו צדדים למערכת זוגית מבקשים לקבוע ביניהם, בחוזה, כי יחסים שביניהם תהינה השלכות כלכליות לשיקולים הקשורים להתנהגותם במישור המיני, ובייחוד לאינאמנות מינית. מהי ההסדרה המשפטית הראויה של הסכמים כאלה? האם על המשפט להתיר התחשבות בשיקולי אשמה במסגרת חלוקת הרכוש, כאשר מקורה בהסכמה מפורשת של הצדדים?

חלק משפטי הרוב ב"דנג"ץ הבגידה" עוררו שאלה זו, אך העדיפו שלא להכריע בה. המאמר הנוכחי מבקש להיענות לאתגר ולהציע פתרון לנושא מנקודת המבט הליברלית. המאמר טוען כי אין להכריע בסוגיה זו לפי עוצמתם היחסית של שיקולים בזכות "רידת האשמה" אל מול שיקולים בזכות "עליית החוזים". במקום תפיסה זו המאמר מציע מתודולוגיה חדשנית, הקרובה לזו המוכרת בעולמות הגישור, המבקשת להבחין בין טעמים שונים העומדים מאחורי כל עמדה כדי לחשוף את ההיקף האמיתי של המחלוקת. ברוח זו המאמר מנתח בהרחבה את השיקולים השונים שעמדו מאחורי שתי מגמות הליברליזציה של דיני המשפחה ומראה כי התמיכה בכל אחת מן המגמות נשענת על טיפוסים ליברליים שונים. אם כך, תחת ויכוח בין מתנגדי אשמה לבין תומכי חוזים ניתן להפגיש – כניסוי מחשבתי – בין טיפוסים ליברליים שונים לבין מקביליהם מן העבר השני. מפגש כזה מגלה כי בין המחויבים לליברליזם משיקולים של ניטרליות ופולורליזם לבין מקביליהם, או בין המחויבים לליברליזם משיקולים של חירות ושוויון לבין מקביליהם, אין מתעוררת מחלוקת אלא דווקא נוצרת הסכמה. לצד בירור המחלוקת האידאולוגית המאמר עומד על האופנים

\* פרופ' שחר ליפשיץ הוא פרופ' מן המניין בפקולטה למשפטים באוניברסיטת בר-אילן.

\*\* רם ריבלין הוא מרצה בכיר בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים.

אנו מודים לליאורה דהן-כץ, לעדי איל, לאורי אהרונוסון ולמשתתפי הסמינרים המחלקתיים באוניברסיטה העברית בירושלים ובאוניברסיטת בר-אילן על הערותיהם לטיטות קודמות, ולהלל בילואר על עזרה במחקר.

המורכבים שבהם משתלבים בתמונה גם שיקולים פרגמטיים ומערכתיים התוחמים את התנאים ואת הנסיבות לאכיפה לגיטימית של הסכמי אשמה. המאמר אפוא מציע מנגנונים שונים והקשרים שונים המובילים להתכנסות של כמה עמדות לכלל תפיסה מוסכמת. המאמר מדגים את מסקנותיו תוך כדי התמקדות בכמה מקרי מבחן בוערים במשפט הישראלי ומחוצה לו. לצד המסקנות הנורמטיביות חושף הדיון אפשרות להבנה מעמיקה ורביגונית יותר של תהליך הליברליזציה של דיני המשפחה.

**מבוא: הבעיה והאתגר. א. ליברליזציה מינית – ירידת שיקולי האשמה בקביעת התוצאות הכלכליות של גירושין.** 1. מדוע אשמה יכולה להיות רלוונטית לתוצאות רכושיות בעולם של גירושין ללא אשמה? קלסיפיקציה. 2. הצדקות לליברליזציה בתחום האשמה המינית: אנטומיה. 3. כמה טיפוסים של ליברל מיני. ב. ליברליזציה חזונית – עלייתם של ההסכמים **בדיני המשפחה.** 1. ההתנגדות המסורתית לאכיפת חזוים זוגיים. 2. הצדקות לליברליזציה באכיפת חזוים זוגיים – אנטומיה. 3. כמה טיפוסים של ליברל חזוימשפחתי. ג. הליברלים החזויים והליברלים המיניים נפגשים. 1. מבוא מתודולוגי: כיצד נכריע במתח? 2. שולחן ראשון – הניטרליסטים והפלורליסטים. 3. שולחן שני – תומכי חירות ואוטונומיה. 4. שולחן שלישי – הפמיניסטים: שוויון וצדק מגדרי. 5. שולחן רביעי – פרודנטיאליות, רווחה וגבולות ההתנאה. 6. שולחן חמישי – מוסדי-מערכתי. 7. סיכום. ד. **מסקנות, הכרעה והשלכות.** 1. הערכת מצב מחודשת. 2. שלושה סוגי מנגנונים. 3. שלוש השלכות והרחבות להקשר הישראלי. ה. סיכום.

## מבוא: הבעיה והאתגר

ביובל האחרון התרחשה מהפכה דרמטית בדיני הזוגיות במדינות המערב, המתוארת תדיר כהליך של ליברליזציה בדיני המשפחה.<sup>1</sup> מהפכה זו לא פסחה על האגף ה"אזרחי" של דיני הזוגיות בישראל.<sup>2</sup> שתיים מן המגמות העיקריות שאפיינו את "המהפכה הליברלית" הן ירידה במקומם ובחשיבותם של שיקולי אשמה הקשורים בהתנהגותם המינית של הצדדים, ועלייה בחשיבותם ובמרכזיותם של הסכמים זוגיים, הן בין בני זוג נשואים והן כתהליף להסדרה רשמית של הזוגיות. שיקולי אשמה איבדו כמעט כל מעמד בקשר לעצם האפשרות

1 MARY A. GLENDON, THE TRANSFORMATION OF FAMILY LAW: STATE LAW AND FAMILY IN THE UNITED STATES AND WESTERN EUROPE (1989); JOHN WHITE, FROM SACRAMENT TO CONTRACT: MARRIAGE, RELIGION, AND LAW IN THE WESTERN TRADITION (2nd ed. 2012); Harry Willekens, *Long Term Developments in Family Law in Western Europe*, in THE CHANGING FAMILY: INTERNATIONAL PERSPECTIVES ON THE FAMILY AND FAMILY LAW 47, 56 (John Eekelaar & Thandabantu Nhlapo eds., 1998); Shahar Lifshitz, *The Liberal Transformation of Spousal Law: Past, Present and Future*, 13 THEORETICAL INQ. L. 15 (2012) (להלן: Lifshitz, *The Liberal Transformation*).

2 להשתקפות המגמה במשפט הישראלי ראו שחר ליפשיץ "דיני זוגיות חילוניים ביובל הבא: בין 'ליברטריאניזציה' ובין בית המשפט 'המחשק'" **מחקרי משפט** יז 159 (2001) (להלן: ליפשיץ "דיני זוגיות חילוניים").

להתגרש,<sup>3</sup> וההתחשבות בהם פחתה מאוד גם בקשר לקביעת התוצאות הכלכליות של הגירושין.<sup>4</sup> הסכמים בין בני זוג, שנתפסו בעבר כמנוגדים לתקנת הציבור, נאכפים כעת בכל שיטות המשפט המערביות, והצדדים נתפסים כרשאים להתנות על התוצאות הכלכליות של פרדתם, ולעיתים אף לקבוע הסדרים הנוגעים למהלך הזוגיות ביניהם.<sup>5</sup> שתי מגמות אלו ניכרות גם במשפט האזרחי בישראל: הסכמי ממון נקבעו בחוק כדרך עיקרית להסדרת התוצאות הכלכליות של גירושין,<sup>6</sup> והמשפט האזרחי פיתח חלופות מוסכמות לזוגיות מחוץ לנישואין.<sup>7</sup> בדומה, הגם שלבד ממקרים מיוחדים הגירושין עצמם נערכים בבתי הדין הדתיים, רק לאחרונה חיזק בית המשפט העליון את מחויבותו של המשפט הישראלי, ובכלל זה בתי הדין הרבניים, להיעדר תוצאות כלכליות של שיקולי אשמה מינית במסגרת מה שנודע כדנג"ץ "הבגידה".<sup>8</sup> אף שתיאור מדויק ומלא של שני התהליכים מראה כי הם אינם מתרחשים באותה עוצמה בכל שיטות המשפט ובכל ההקשרים,<sup>9</sup> אין חולק כי כתמונה רחבה מדובר בחלק ממהלך כולל ששינה את פניהם של דיני הזוגיות.

- 3 Lynn D. Wardle, *International Marriage and Divorce Regulation and Recognition: A Survey*, 29 FAM. L.Q. 497 (1996). כן ראו שחר ליפשיץ "ברצוני להתגרש ומייד! על ההסדרה האזרחית של הגירושין" **עיוני משפט** כח 671 (2005) (להלן: ליפשיץ "ברצוני להתגרש").
- 4 Ira Mark Ellman, *The Place of Fault in a Modern Divorce Law*, 28 ARIZ. ST. L.J. 773 (1996). זוהי המדיניות המרכזית של ה-PRINCIPLES OF THE L. OF FAM. DISSOLUTION: ANALYSIS AND RECOMMENDATIONS 42–64 (AM. L. INST. 2002) (להלן: ALI). עוד ראו Ayelet Hoffmann Libson, "Not My Fault": *Morality and Divorce Law in the Liberal State*, TUL. L. REV. 93 (2019). התפתחות מעין זו מאפיינת שיטות משפט רבות. למגמה דומה באוסטרליה ראו Killick v. M.T. v. J.-Y.T., 2008 SCC 50, [2008] 2 S.C.R. 781; ובקנדה, Killick, (1996) 21 Fam LR 331. Frick v. Frick, 2016 ONCA 799, 132 OR (3d) 321.
- 5 Marjorie M. Shultz, *Contractual Ordering of Marriage: A New Model for State Policy*, 70 CAL. L. REV. 204, 213–216 (1982); CONTRACTUALISATION OF FAMILY LAW – GLOBAL PERSPECTIVES (Frederik Swennen ed., 2015); Maria Neave, *Private Ordering in Family Law: Will Women Benefit*, in PUBLIC AND PRIVATE: FEMINIST LEGAL DEBATES 145, 146 (Margaret Thornton ed., 1995). להצטרפותה של אנגליה למגמה ראו [2009] Radmacher v. Granatino, EWCA (Civ) 649. בנוגע לחופש החוזי מחוץ לגבולות הנישואים ראו Shahar Lifshitz, *A Liberal Analysis of Western Cohabitation Law*, in FAMILY FINANCE 305 (Bea Verschraegen ed., 2009); Catherine Brown & Kyle T. Gardiner, *The Rights of Unmarried Cohabitants in Canada*, 24 TRUSTS & TRUSTEES 86 (2018). עוד ראו Courtney G. Joslin, *Family Choices*, 51 ARIZ. ST. L.J. 1285 (2019). להרחבה ובכלל זה דיון על הביקורת כלפי המגמה והגבולות מסוימות לחופש החוזים ראו את הדיון בפרק ב.1, הטקסט הסמוך לה"ש 74–81.
- 6 ראו ס' 1–2 לחוק יחסי ממון בין בני זוג, התשל"ג–1973. מובן שחופש החוזים אינו מוחלט, והוא דורש התאמות והגבלות המותאמות להקשר המשפחתי. ראו שחר ליפשיץ "הסדרת החוזה הזוגי במשפט הישראלי: מתווה ראשוני" **קריית משפט** ד 271 (2004) (להלן: ליפשיץ "הסדרת החוזה הזוגי"); רם ריבלין "דיני הסכמי גירושין: לקראת פיקוח על טווח המיקוח" **משפטים** מח 333 (2019); אורית גן "מסחר בגט: בין חוזים לאי־סחירות" **מחקרי משפט** לב 797 (2020).
- 7 שחר ליפשיץ **הידועים בציבור בראי התיאוריה האזרחית של דיני המשפחה** (2005) (להלן: ליפשיץ **הידועים בציבור**).
- 8 דנג"ץ 8537/18 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים (נבו) 24.6.2021. (להלן: דנג"ץ הבגידה).
- 9 כך למשל, בהקשר למגמה של ירידת האשמה המינית, הדין האנגלי עדיין פותח פתח להתחשבות כזו במקרים מסוימים. ראו Wachtel v. Wachtel, [1973] Matrimonial Causes Act 1973, §25(2) (UK).

את מהלך הליברליזציה ניתן לתאר כסיפור מסגרת לשלושה סיפורי משנה המתרכזים בהפרטה, באינדיווידואליזציה ובשוויון.<sup>10</sup> במונחי הפרטה, הן ירידת האשמה ובוודאי עליית החוזים משקפות מעבר מתפיסת הנישואין כמוסד ציבורי המוסדר במשפט המדינה לפי ערכים מוסריים משותפים ולפי אינטרסים ציבוריים, לתפיסת הנישואין כקשר פרטי המוסדר בידי הפרטים המעורבים לטובת אושרם שלהם<sup>11</sup> וללא שיפוט מוסרי מצד המדינה.<sup>12</sup> במונחי אינדיווידואליזציה שני התהליכים משקפים מעבר מגישה הרואה במשפחה יחידה, לכוז התופסת את הזוגיות כמורכבת משני פרטים נפרדים ואוטונומיים הרשאים להתנתק זה מזה לפי רצונם, והרשאים לקבוע את תנאי חייהם במשא ומתן ביניהם.<sup>13</sup> במונחי שוויון, שני התהליכים משקפים מעבר ממערכת משפטית מבוססת ציפיות מגדריות מסורתיות וכפיפות של נשים לגברים, למערכת הדוחה נורמות היסטוריות מפלות ומחויבת לשוויון בין המינים ולתפיסת שני בני הזוג כשותפים שווים, בבית ומחוץ לה.<sup>14</sup>

EWCA (Civ) 10 (Eng.) עם זאת, דומה שבהמשך הדרך צמצם הדין האנגלי באופן משמעותי את מקומם של השיקולים הללו. ראו למשל 24 UKHL [2006] Miller v. Miller, וכן בפסיקה המאוחרת יותר: 408 EWCA (Civ.) [2017] Sharp v. Sharp. אף בארה"ב קיימים הברלי גישות משמעותיים בין מדיניות שונות. ראו למשל Peter Nash Swisher, *Marriage and Some Troubling Issues with No-Fault Divorce*, 17 REGENT U. L. REV. 243 (2004); Robin Fretwell Wilson, *Beyond the Bounds of Decency: Why Fault Continues to Matter to (Some) Wronged Spouses*, 66 WASH. & LEE L. REV. 503 (2009). לסקירה של הקולות השונים ראו בין היתר יצחק כהן ואמל ג'בארין "יחסים מחוץ לנישואין כשיקול בחלוקת הרכוש המשפחתי – עיון מחודש במשפט הישראלי" **משפט ועסקים** טז (2013) 465, 486–496, 497–504.

10 Lifshitz, *The Liberal Transformation*, לעיל ה"ש 1. בהקשר הישראלי ראו ליפשיץ "דיני זוגיות חילוניים", לעיל ה"ש 2. עם זאת, הן בהקשר של הסיפור המערבי והן בהקשר של הסיפור הישראלי, מציג ליפשיץ לצד התמונה המקובלת גם גוונים מורכבים יותר מזה המשתקף בסיפור המקובל של הליברליזציה.

11 Jana B. Singer, *The Privatization of Family Law*, 1992 WIS. L. REV. 1443

12 Carl E. Schneider, *Marriage, Morals and the Law: No-Fault Divorce and Moral Discourse*, 2 UTAH L. REV. 503 (1994). ליישומה בישראל ראו ליפשיץ "דיני זוגיות חילוניים", לעיל ה"ש 2, בעמ' 211–225. לביקורת או למצער להסתייגות ראו שם בעמ' 227–230. עוד ראו Libson, לעיל ה"ש 4; רות הלפרין-קדרי "שיקולי מוסר בדיני משפחה וקריאה פמיניסטית של פסיקת המשפחה בישראל" **עיונים במשפט מגדר ופמיניזם** 651, 683–699 (דפנה ברק ארז ואח' עורכות, 2007). דומה שבעוד שהלפרין-קדרי סבורה כי יש מקום לשיקולי אשם בתחומים שאינם מיניים כגון אלימות, ליבזון סבורה שיש לפתוח את הפתח במקרים מסוימים להתחשבות גם בשיקולי אשם מיני במובן המסורתי יותר.

13 Janet L. Dolgin, *The Family in Transition: From Griswold to Eisenstadt and Beyond*, 82 GEO. L.J. 1519, 1526 (1994); Elizabeth S. Scott, *Rehabilitation Liberalism in Modern Divorce Law*, 1994 UTAH L. REV. 687, 687; Brenda Cossman, *A Matter of Difference: Domestic Contract and Gender Equality*, 28 OSGOODE HALL L.J. 303 (1990).

14 Herma H. Kay, *Equality and Difference: A Perspective on No-Fault Divorce and Its Aftermath*, 56 U. CIN. L. REV. 1 (1987); June Carbone & Margaret F. Brinig, *Rethinking Marriage: Feminist Ideology, Economic Change and Divorce Reform*, 65 TUL. L. REV. 953,

אם כן, שתי המגמות הבולטות המתוארות – ירידת קרנה של האשמה ועליית קרנם של החוזים – נראות כמתיישבות ומשלימות זו את זו במהלך הליברליזציה של דיני המשפחה. אלא שבהקשר אחד מעוררות שתי מגמות אלו לא השלמה והשתלבות אלא דווקא סתירה והתנגשות. כוונתנו למקרה שבו אל מול דין רקע שהפנים את הנורמות המודרניות וביטל את הרלוונטיות הרכושית של התנהגות מינית, צדדים למערכת זוגית מבקשים לקבוע ביניהם, בחוזה, נורמות הקשורות דווקא לעולם הישן, כלומר לקבוע כי ביחסים ביניהם תהיינה השלכות כלכליות לשיקולים הקשורים באשמה של מי מהם, לרעתו של מי שנהג באופן פסול.<sup>15</sup> במקרה כזה, שאותו נכנה כאן "הסכמי אשמה", נראה שיש התנגשות בין שתי המחויבויות של דין המשפחה הליברלי עצמו: מצד אחד מדובר בהסכם המסדיר את היחסים הרכושיים בין בני הזוג לפי רצונם ולפי ערכיהם, תופעה הזוכה להכרה ולתמיכה גוברת, ומצד שני, יש בהסכם כזה ניסיון להשיב את דיני המשפחה אל חדר המיטות של בני הזוג ואל עיסוק בשיפוט מוסרי של התנהגותם הזוגית, תופעה שזכתה להתנגדות חריפה. האם ראוי לאפשר לצדדים לכרות הסכם כזה ולשיטת המשפט – לאוכפו? איזו מגמה ראוי שתגבר על רעותה?

דרך אחת לחתור לפתרון הבעיה היא התמקדות במשקל היחסי של שני התהליכים והכרעה לטובתו של התהליך החשוב יותר. כך, אפשר להתלבט בשאלה אם חשוב לקדם את האוטונומיה של הצדדים לעצב את החוזה כרצונם, ברוח חופש החוזים, יותר משחשוב להדגיש את התפיסות המודרניות המתנגדות למקומה של אשמה בדיני הזוגיות. בעקבות ההחלטה איזה תהליך חשוב יותר, או איזה ערך (למשל "אוטונומיה" או "פרטיות") חשוב יותר, נוכל להכריע את דינם של הסכמי האשמה, אם בדרך של הכרעה חד-משמעית לטובתו של אחד הכיוונים, ואם בדרך של בניית נוסחת איזון או פשרת ביניים שתביא לידי ביטוי את המשקל היחסי של שני הצדדים כשהיא מבטאת ויתורים מצד שניהם.

מבט אל הדין הקיים במדינות שנסוגו מהתחשבות באשמה בקובען את התוצאות הכלכליות של הגירושין, ועיון בכתיבה האקדמית המקובלת, מגלה כמה עמדות טיפוסיות המשקפות את דרכי החשיבה שהזכרנו. מחד, לפי עמדה רווחת אצל מעצבי משפט מן הכיוון הליברלי בארצות הברית ובקנדה התנגדות להתחשבות באשמה מינית משמיעה מיניה וביה התנגדות גם להסכמים הקובעים התחשבות כזו.<sup>16</sup> עמדות אלו מניחות שאותם

961–982 (1991); Jana B. Singer, *Divorce Reform and Gender Justice*, 67 N.C. L. REV. 1103, 1110–1111 (1989).

15 ככל הידוע לנו, טרם נערך מחקר אמפירי הבוחן את שכחותם של הסכמי אשמה בעולם המערבי או בישראל. עם זאת בפרק ד.3 הובאו כמה דוגמאות של הסכמים רווחים יחסית, כגון הסכמי "שלום בית, ולחלופין גירושין" כמו גם הסכמים המחילים שיפוט ומשפט דתי והכוללים ברגיל מאפיינים של הסכמי אשמה מינית. נוסף על כך, בהקשר הישראלי אין לשלול תרחיש שבו כתגובת נגד למגמות "ליברליות" של הדין האזרחי תפתח תגובת נגד שתכלול עידוד התקשרות בהסכמי טרום נישואים הכוללים בין היתר סעיפי אשמה מינית. משום כך, מלבד החשיבות התאורטית של המאמר, הוא עוסק גם בסוגיות שגם המשפטן המעשי עשוי להידרש להן.

16 ראו למשל D'Andrade v. Schrage, 2011 ONSC 1174, [2011] O.J. No. 859: "it is important to consider the purpose of the contract in question. It is not to enforce personal obligations such as the duty to remain faithful or the commitment to remain in the relationship. While people may feel that these obligations are part of the marriage 'contract', these are not the obligations

נימוקים ואותה עוצמת התנגדות צריכים לחול בשני המקרים, בין שמקור ההתחשבות באשמה הוא כברירת המחדל של החוק, ובין שמקורה בהסכם בין הצדדים. ברוח העמדות הללו, הביע השופט הנדל ב"דנג"ץ הבגידה" עמדה מתונה יותר: לגישתו, השיקולים הנטועים בבסיס התנגדות להתחשבות באשמה מינית, כאשר זו אינה מעוגנת בהסכם, הינם חלק מ"תקנת הציבור", ועל כן תקפים גם כנגד אכיפת הסכמים שבהם הביעו הצדדים את רצונם שהתוצאות הכלכליות של יחסיהם יושפעו מאשמה מינית.<sup>17</sup> בניגוד לעמדה זו הביע השופט שטיין באותו המקרה עמדה הפוכה, ולפיה מנקודת מבט ליברלית, חופש החוזים הוא הערך העיקרי שצריך להנחות את דיני המשפחה המודרנית. על פי השופט שטיין, בשל עיקרון זה, המבוסס על החשיבות המכרעת של ערך האוטונומיה של הפרט, על המשפט לגבש עמדה שוות נפש כלפי תוכנם של הסכמים בין בני זוג, ומשום כך יש לאכוף הסכמים שבהם ביקשו בני זוג לייחס תוצאות כלכליות לאשמה מינית.<sup>18</sup> ברוח הגישות המבקשות לאזן בין הערכים הסותרים, שופטים אחרים בדנג"ץ הבגידה הציגו עמדת ביניים המבחינה בין הסכמים משתמעים, שאותם אין לאכוף, לבין הסכמים מפורשים, שאותם יש לכבד.<sup>19</sup> אף בהקשר של דיני המתנה העמדה הרווחת בפסיקה הישראלית היא כי התניית מתנה בהיעדרה של אשמה מינית תיאכף רק במקרה של תניה מפורשת.<sup>20</sup>

חרף ההבדלים בין הגישות הטיפוסיות שהוצגו, כולן חולקות את ההנחה שתמיכה בחופש החוזים מובילה מיניה וביה לתמיכה באכיפת הסכמי אשמה, ומנגד, שהשיקולים המנחים את ההתנגדות לאשמה מינית כשיקול שמקורו בדין, אמורים לחול גם במקרה של אשמה מינית שמקורה בהסכם. משום כך העמדות הללו שותפות לעמדה שלפיה המקרה של

"that domestic contracts are meant to deal with". כן ראו ALI, לעיל ה"ש 4, para 7.08 (2) וכן cmt (b)(1).

- 17 ראו דנג"ץ הבגידה, לעיל ה"ש 8, פס' 6 לחוות דעתו של השופט הנדל. עם זאת בסופו של דבר בחר השופט הנדל שלא להכריע בסוגיה. אף נשיאת בית המשפט העליון השופטת חיות עוררה את שאלת אכיפתם של הסכמי אשמה מפורשים אך הותירה אותה בצריך עיון. ראו שם, פס' 51 לפסק דינה של הנשיאה חיות. להסתייגות מאכיפת הסכמי אשמה ראו גם חנוך דגן ודפנה הקר "הלכת השיתוף הספציפי – לקראת המערכה הרביעית בבג"ץ 4602/13" **מחקרי משפט** לב 519, 532–534 (2019).
- 18 ראו בג"ץ 4602/13 **פלונית נ' בית הדין הרבני האזורי בחיפה**, פס' 7–12 לפסק דינו של השופט שטיין (נבו 18.11.2018) (להלן: בג"ץ הבגידה), וכן את עמדתו של השופט שטיין בדנג"ץ הבגידה, לעיל ה"ש 8, פס' 47–50 לפסק דינו. אף בפסיקה הדיונית מצאנו לפחות מקרה אחד שבו הכריע בית המשפט שיש ליתן תוקף להסכמה הקובעת תוצאות לאשמה מינית. ראו עמ"ש (מחוזי ת"א) 20091-05-13 **פלונית נ' פלוני**, חוות הדעת של השופט שנלר (נבו 15.3.2015). לעמדה מרחיקת לכת יותר, ולפיה למעט מקרים שבהם הוסכם אחרת, ברירת המחדל היא שבכל נישואים או קשר אינטימי קיימת התחייבות חוזית שלא לנאוף, ראו: אסף הרדוף "סוגיה ליברלית מופקרת: האם להפיל, להסדיר או להפקיר 'בגידה' מינית בנישואין?" **המשפט** כז 89, 107–108 (2021).
- 19 ראו דנג"ץ הבגידה, לעיל ה"ש 8, פס' 17–18 לפסק דינה של השופטת ברק ארז, שבו הסבירה שנימוקים דומים לאלו הניצבים נגד שילוב שיקולי אשמה מינית בקביעת התוצאות הכלכליות של הגירושין ניצבים נגד מתן הסקת הסכם מכללא המקנה תוקף לשיקולים אלה. עם זאת בסופו של דבר סברה השופטת ברק ארז שאין לאכוף הסכמי אשמה מינית רק כאשר התניות העוסקות באשמה מינית לא הוסכמו במפורש על ידי הצדדים.
- 20 ראו ע"א 384/88 **זיסרמן נ' זיסרמן**, פ"ד מג(3) 205 (1989); ע"א 343/87 **פרי נ' פרי**, פ"ד מד(2) 154 (1990).

הסכמי אשמה מעורר סתירה בין שני התהליכים, ולכן יש להעדיף אחד מהם או לנסות למצוא כאמור נוסחת איזון. במאמר הנוכחי נציג מסגרת חשיבה אפשרית אחרת שלפיה ייתכן שההצדקות להתנגדות הליברלית לשילוב שיקולי אשמה נחלשות, לפחות בחלקן, כאשר מקור שיקולי האשמה הוא בהסכמת הצדדים. מנגד נבחן את האפשרות שלפיה הסיבות לתמיכה בעליית חופש החוזים בהקשר הזוגי אינן ישימות, לפחות בחלקן, כאשר מדובר על הסכמי אשמה מינית. לשם הצגתה של מסגרת חשיבה זו נבקש להיעזר באוצר המילים הלקוח מעולמו של הגישור, ולחשוב – מטאפורית – על תומכי עליית קרנם של החוזים ועל תומכי ירידת קרנה של האשמה כשני צדדים המבקשים להכריע את הסכסוך שהתגלע ביניהם סביב הסכמי אשמה. לפי מודל זה, ניתן לאתר מקרים שבהם קונפליקט בין צדדים ניצים עשוי לבוא על פתרונו באופן שמביא לידי ביטוי מלא את האינטרסים של שני הצדדים, תוך כדי הגנה מלאה או כמעט מלאה על הערכים ועל העקרונות המשוקעים בכל אחד מן התהליכים המתנגשים.<sup>21</sup> במקרה כזה הקונפליקט בא על פתרונו לא בדרך של ניצחון או ויתור כואב אלא בדרך של חשיפת המניעים של כל אחד מן הצדדים והצבעה על כך שבמבט קפדני יותר עמדות היסוד של הצדדים אינן מתנגשות כלל זו בזו. ברוח מתונה יותר, אף אם שיטה זו אינה פותרת כליל כל קונפליקט, היא עשויה להגן על עיקר האינטרסים של כל צד, באפשרה חתירה להכרעה החורגת ממשחק סכום אפס, ובאפשרה להבחין בין האינטרסים שבליבת עמדתו של כל צד, אינטרסים אחרים שעליהם ניתן להתפשר ביתר קלות, והקשרים אחרים שבהם ויתור אינו נושא כל מחיר מנקודת מבטם האמיתית של הצדדים.

המטאפורה הגישורית תתווה גם את מהלך הדיון. בירור היקף העימות בין הצדדים מצריך הבנה מעמיקה ואינטימית של כל אחד מהם בפני עצמו. לצורך כך נפתח בהבהרה שיטתית של שתי העמדות. פרק א יציג את עמדת "ירידת האשמה". לשם הצגת עמדה זו, נפתח בבחינת השיקולים האפשריים בזכות התחשבות באשמה בקביעת התוצאות הכלכליות של גירושין גם בעולם אזרחי המחויב למודל של גירושין ללא אשמה, ונעבור לדיון אנליטי שיבהיר את הנימוקים הליברליים הדוחים שיקולים אלו. פרק ב יציג תמונה מקבילה של התפיסה התומכת ב"עליית החוזים". רק לאחר הבהרה מלאה של עמדתם של שני הצדדים יוקדש פרק ג למפגש ביניהם ולבחינת היקף העימות הממשי בין הצדדים והיכולת להוביל לבריתות, להסכמות, לויתורים או לפשרות. לבסוף, בפרק ד נדון בהשלכות המעשיות של הטיעון, דרך בחינת אופנים מעשיים שבהם ניתן לצמצם את

21 להצגת המשל הקאנוני בדבר הכרעה בין צדדים הניצים על תפוז, המבוסס על כך שאחד הצדדים נדרש אל המיץ ואילו האחר אל הקליפות (ולכן כל צד יכול לזכות במלוא מאווייו, ללא צורך בחלוקת התפוז), ראו Deborah M. Kolb, *The Love for Three Oranges Or: What Did We Miss About Ms. Follett* in the *Library*, 11 *NEGOT. J.* 339 (1995). ראו גם ROGER FISHER, WILLIAM URY, & BRUCE PATTON, *GETTING TO YES: NEGOTIATING AGREEMENT WITHOUT GIVING IN* (2011). לביקורת על הגישות הגישוריות הממוקדות באינטרסים ולהדגשת ההיבט הזהותי והנרטיבי שבגישור ראו Michal Alberstein, *The "Law of Alternatives": Conflict Resolution as the Art of Reconstruction*, 70 *STUDIES IN LAW, POLITICS, AND SOCIETY* 149 (2016); Michal Alberstein, *Experimenting with Conflicts Constructively: In Search of Identity for the Field of Conflict Resolution*, *INT'L J. OF CONFLICT ENGAGEMENT & RESOLUTION* 135 (2013).

המחלוקת והתמקדות ביישומו של הדיון בשלושה מקרי-מבחן רווחים שבהם מתעוררת הדילמה של הסכמי אשמה.

לפני שנתחיל חשוב להגדיר במדויק את תחומי של המאמר. ראשית, למען הבהירות, נתמקד כאן רק באשמה מינית, כלומר התנהגות שיכולה להיחשב "ניאוף" או "בגידה" של אחד מבני הזוג. שאלות הנוגעות לסוגים אחרים של אשמה, כמו אלימות<sup>22</sup> או אשמה כלכלית,<sup>23</sup> קשורות הן למצב משפטי שונה והן למערכת שיקולים אחרת, ולפיכך ייוותרו מחוץ לדיון הנוכחי. שנית, ענייננו כאן בנקודת המבט האזרחית-ליברלית על הסוגיה. לפיכך דיוננו יניח את המעבר למשטר גירושין ביוזמה חד-צדדית ואת חוסר היכולת להתנות עליו בהסכם.<sup>24</sup> אנו מתמקדים בהסכמה על השלכתה של אשמה מינית על זכויותיהם הכלכליות של בני הזוג, אם בדרך של יצירת תלות בין אופן הפעלת דיני הרכוש הזוגי לבין התנהגות במישור המיני, ואם בדרך של קביעת קנסות עצמאיים שאינם חלים בזמן הפרדה דווקא, או בקשר לרכוש המשפחתי דווקא. שלישיית, לצורך חידוד הדיון לא נתייחס למקרים שבהם התוצאה הרכושית של ההסכם יכולה להוביל את אחד הצדדים לחרפת רעב, מצב שיוסיף לדיון שיקול כבד משקל העלול לערפל כל שיקול אחר.<sup>25</sup> נמקד את הדיון אפוא במצב שבו לפי תנאי ההסכם אומנם הצד האשם ייפגע מבחינה רכושית, אך ייוותרו לו משאבים מספקים לצרכיו הקיומיים.

מכאן נגזרות גם מטרות המאמר. ראשית, המאמר מתמקד בשאלה הנורמטיבית בנוגע ליחס המשפטי הראוי להסכמים המבקשים לקבוע תוצאות רכושיות להתנהגות מינית של הצדדים במהלך הקשר הזוגי ביניהם. לצורך כך ננתח, במבט עדכני, את ההתנגדות לאשמה

22 ראו בע"מ 7272/10 פלוני נ' פלוני (נבו 7.1.2014).

23 להבחנה בין אשמה כלכלית למינית ראו ALI, לעיל ה"ש 4, בס' 4.10; M.T. v. J.-Y.T., 2008 SCC; [2008] 2 S.C.R. 781, [50]. לדיון בנושא בישראל ראו תמ"ש (משפחה ת"א) 23025-06-10 נ' א' (נבו 18.5.2012).

24 להצדקות האזרחיות למהלך המאפשר גירושין ללא אשמה ראו ליפשיץ "ברצוני להתגרש ומייד", לעיל ה"ש 3. עם זאת במאמר זה ליפשיץ מבחין בין עצם התמיכה במדיניות המאפשרת גירושין ביוזמה של צד לבין הצורך בתכנון הליך גירושין מאוזן. נציין ששאלות הנוגעות לקביעה חוזית המקשיחה את משטר הגירושין עצמו, כלומר מבקשת להפוך את הגירושין עצמם לתלויים באשמה, נדונו בארצות הברית בשנות התשעים סביב הניסיון של יצירת משטר של נישואי ברית (covenant). ככלל, אנחנו מתרשמים שהעמדה הליברלית הרווחת סבורה שאין לאכוף הסכמים הכוללים הקשחה ניכרת של האפשרות לזום את הגירושין עצמם. בהקשר זה ראו בין היתר Brian Bix, *The ALI Principles and Agreements: Seeking a Balance Between Status and Contract*, in RECONCEIVING THE FAMILY: CRITIQUE ON THE AMERICAN LAW INSTITUTE'S PRINCIPLES OF THE LAW OF FAMILY DISSOLUTION 372, 377 (Robin Fretwell Wilson ed., 2006); Eric Rasmussen & Jeffrey Evans Stake, *Lifting the Veil of Ignorance: Personalizing the Marriage Contract*, 73 IND. L.J. 453 (1998); Jamie Alan Aycocock, *Contracting Out of the Culture Wars: How the Law Should Enforce and Communities of Faith Should Encourage More Enduring Marital Commitments*, 30 HARV. J.L. & PUB. POL'Y 231 (2006). עם זאת בנושא זה לא נעסוק במאמר הנוכחי, והדיון יניח שזו העמדה הליברלית המקובלת ויתמקד כאמור בשאלת היחס הראוי, מנקודת מבט ליברלית, להסכמים הקובעים תג מחיר כלכלי לאשמה מינית.

25 וראו בהקשר זה את החשש הסוציאלי שהעלטה השופטת ברק ארו בדנג"ץ הבגידה, לעיל ה"ש 8, פס' 10 לפסק דינה.

ואת עליית החוזים דרך התמודדות מסודרת עם אתגרים וביקורות שהוצבו בפניהם במהלך השנים. אולם מטרת הדיון חורגת מהכרעה בשאלה מקומית זו. העיון בהתנגשות בין שני פניה של מהפכת הליברליזציה של דיני המשפחה – ירידת האשמה ועליית החוזים – מאפשר להציע, ברטרופסקטיבה, הבנה רב-ממדית של תהליך הליברליזציה כולו ושל הכוחות והשיקולים השונים שפעלו ופועלים במסגרתו. מבחינה זו, הסכמי אשמה הם לא רק סוגיה עצמאית אלא גם נייר לקמוס לזיהוי העמדה המדויקת שאותה עשויים קולות שונים לנקוט במסגרת המגמה הכללית של הליברליזציה בדיני המשפחה. ניתוח עמדות אלו והיחס ביניהן עשוי לשמש מפתח לדרך ההתמודדות עם דילמות נוספות המתעוררות נוכח ריבוי קולות מעין זה.

בטרם נצא לדרך נבקש לחדד היבט מתודולוגי של המאמר הקשור לזיקתו לישראל. נישואין וגירושין של יהודים בישראל נערכים על פי דין תורה, והיבטים רבים של דיני המעמד האישי מוסדרים בדין דתי ונדונים בבתי הדין הדתיים. עם זאת בצילו של הדין הדתי התפתחו בישראל גם דיני משפחה אזרחיים.<sup>26</sup> בשל מצב עניינים זה חלק ניכר מהשיח האזרחי נערך בצילו של הדין הדתי ובהקשר של המאבק המוסדי בין הערכאות הדתיות לבין בתי המשפט האזרחיים,<sup>27</sup> בדרך המקשה על פיתוח חשיבה אזרחית עצמאית בתחום דיני המשפחה.<sup>28</sup> דג"ץ הבגידה שהוזכר בפסקאות הקודמות הוא דוגמה טיפוסית למהלך כזה שבו דיון בסוגיות אזרחיות של שיתוף בנכסים "חיצוניים" ו"אשמה" מינית, סוגיות העומדות בפני עצמן כסוגיות אזרחיות, מתקיים בעקבות פסק דין של בית הדין הרבני, ומשום כך חלק ניכר ממנו ממוקד בשאלת הפיקוח השיפוטי על בית הדין הרבני, ואף החלקים העוסקים בשאלות האזרחיות העצמאיות מושפעים מן ההקשר הכללי של הדיון. בניגוד לסוג זה של דיונים, מאמר זה יבקש לנקוט מתודולוגיה המבקשת, לפחות בשלב ראשון, להתנתק מן ההקשר הישראלי הנקודתי, ובמיוחד מן המאבק הדתי-חילוני, ולבחון את הסוגיות המתעוררות במשקפיים "אזרחיים" המחויבים באופן בסיסי לעקרונות הליברליים המערביים המנחים ברגיל את המשפט הישראלי. מובן שמתודולוגיה זו דורשת

26 ליפשיץ "דיני זוגיות חילוניים", לעיל ה"ש 2; רות הלפרין-קדרי "דיני משפחה אזרחיים נוסח ישראל – לקראת השלמה: על הכבוד, הצדק, השוויון והכוונה ישתתפו מעתה דיני המשפחה" **מחקרי משפט** יז 105 (להלן: הלפרין-קדרי "דיני משפחה אזרחיים נוסח ישראל"); פנחס שיפמן "ארבעים שנה לדיני המשפחה – מאבק בין דין דתי לבין חוק חילוני" **משפטים** יט 847 (1990); אריאל רוזן-צבי **דיני משפחה בישראל בין קודש לחול** (1990).

27 על מאבק זה קיימת ספרות משפטית ענפה ראו למשל הלפרין-קדרי "דיני משפחה אזרחיים נוסח ישראל", לעיל ה"ש 26, בעמ' 108–113; רות זפרן "מירוץ הסמכויות 'חי ובוועט': מ'ניצחון בנקודות' של מערכת השיפוט האזרחית בענייני משפחה להתעצמות מחודשת של מערכת בתי הדין הרבניים" **משפטים** מג 571 (2013) (להלן: זפרן "מירוץ הסמכויות"); פנחס שיפמן "בתי-הדין הרבניים – לאן?" **משפט וממשל** ב 523 (1995). כן ראו לאחרונה אבישלום וסטרייך "שלושה צמתים ביחסי בית הדין הרבני ובית המשפט האזרחי: מזוונות ילדים, שיתוף רכוש והחוק להסדר התדיינויות בסכסוכי משפחה" **משפטים** נב 217 (2022) (להלן: וסטרייך "שלושה צמתים").

28 לניתוח ביקורתי של תהליך זה ראו ליפשיץ "דיני זוגיות חילוניים", לעיל ה"ש 2.

התאמה בטרם ייושמו המסקנות הנגזרות מן הניתוח הליברלי הכללי בהקשר הישראלי הנקודתי, וכך נעשה גם במאמר הנוכחי.<sup>29</sup>

## א. ליברליזציה מינית – ירידת שיקולי האשמה בקביעת התוצאות הכלכליות של גירושין

לשם הבנה מלאה של העמדה הליברלית בדבר ירידת שיקולי אשמה בהקשר הרכושי ראוי להתחיל בניתוח מסודר של העמדה התומכת בהתחשבות כזו. לא נציג כאן תיאור היסטורי של עלייתה ונפילתה של ההתחשבות באשמה, אלא נבקש לערוך את הדיון לפי מפתח אנליטי: נבחין בין שיקולים שונים העשויים להוביל להתחשבות כלכלית באשמה גם בעולם המחויב לעיקרון שלפיו הגירושין עצמם יוכלו להתבצע ביוזמה של כל צד ללא צורך בהוכחת אשמה. אחר כך נבחין בין קווי טיעון שונים המתנגדים לשיקולים אלו, מנקודת המבט הליברלית.

### 1. מדוע אשמה יכולה להיות רלוונטית לתוצאות רכושיות בעולם של גירושין ללא אשמה? קלסיפיקציה

הנחת היסוד של הדיון הנוכחי היא עולם משפטי המאפשר את פירוק הנישואין ביוזמה חד-צדדית וללא אשמה, כלומר עולם שמכיר ביכולתו של כל אחד מבני הזוג לפרק את קשר הנישואין גם ללא הצבעה על התנהגות פסולה מצד משנהו. לכאורה, נטישת התלות של גירושין באשמה מבטאת נסיגה מן הפיקוח על התנהגות הצדדים במהלך הקשר ומתן הכשר לרצונו של כל פרט להביא את הקשר לסימומו. מהו המקום, במסגרת כזו, לקבוע רלוונטיות כלכלית לבגידה של אחד מן הצדדים? שני קווי מחשבה עיקריים רלוונטיים כאן, ונכנה אותם בקצרה: "חלופת האחריות לסיום הנישואים" ו"חלופת העוולה העצמאית".

#### (א) אשמה מינית כמטילה אחריות על סיום הנישואים

החלופה הראשונה מתמקדת בשאלת אחריותו של הצד ה"בוגד" לסיום קשר הנישואין בין הצדדים. לפי עמדה זו, אף שהמשפט אינו מונע את הגירושין, אין נובע מכך שהמשפט נדרש להיות שווה נפש לשאלת האחריות לפירוק הקשר הזוגי או לוותר על יסוד המחויבות ארוכת הטווח הטמונה בנישואין. מבחינה זו, עמדה אפשרית תטען שאף אם לא ניתן לאכוף את הנישואין (כלומר להגן עליהם בכלל קניין או במונחים חוזיים בסעד של אכיפה), ניתן לדרוש פיצוי על פירוק הקשר, הנתפס לפי עמדה זו כהפרת המחויבות החוזית המשתקפת בהתחייבות הנישואין (כלומר להגן על הנישואין בכלל אחריות).<sup>30</sup> אם כך, כשניתן לזהות

29 להדגמת המתודולוגיה ראו ליפשיץ הידועים **בציבור**, לעיל ה"ש 7, בעמ' 275–299; ליפשיץ "ברצוני להתגרש", לעיל ה"ש 3.

30 להבחנה הקלאסית בין כללי קניין ואחריות ראו Guido Calabrese & A. Douglas Melamed, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, 85 HARV. L. REV. 1089 (1972); לדיון קלאסי ברוח זו בהקשר של דיני הגירושין ראו Margaret F. Brinig & June Carbone, *Reliance Interest in Marriage and Divorce*, 62 TUL. L. REV. 855 (1988); Antony W.

אחראי לפירוק הקשר (לצד מקרים שבהם הנישואין "מתים בעצמם"), יש מקום להטיל עליו את העלויות של פירוק הקשר. לפי עמדה זו ניתן לזהות התנהגות של ניאוף או בגידה כדוגמה פרדיגמטית להתנהגות פסולה המשקפת אחריות לפירוק הקשר, בין שיוזם הפירוק הוא הצד הבוגד ובין שהיוזמה לפירוק באה מצידו של הצד הנבגד.<sup>31</sup> עמדה שונה תתמקד בבגידה לא כמקרה רגיל של משבר בנישואין אלא כמקרה ייחודי המשקף סיכון אף ליחסים זוגיים מתפקדים. לפי עמדה זו, לעומת יוזמה לפירוק הקשר הזוגי, המשקפת מיניה וביה את סיומה של מערכת היחסים או את "מות הנישואין", ועל כן אין ליחס לה משמעות משפטית,<sup>32</sup> בגידה היא דוגמה מרכזית לנסיבות שבהן לעיתים גם מערכת יחסים מתפקדת ותקינה עלולה להינזק,<sup>33</sup> כלומר עשויה לשקף מקרה של "רצח הנישואין" בידי אחד מן הצדדים.<sup>34</sup> כך או כך, הפסול העקרוני שבבגידה הוא האחריות לפירוקו של הקשר הזוגי, וממילא התוצאה הרכושית משקפת את האחריות לנזק הטמון בפירוק הקשר.<sup>35</sup>

Dnes, *Application of Economic Analysis to Marital Law: Concerning a Proposal to Reform the Discretionary Approach to the Division of Marital Assets in England and Wales*, 19 INT'L REV. L. & ECON. 533, 535-538 (1999).

31 לתפיסה זו במשפט העברי, ולהדגמה כיצד בתי הדין הרבניים בוחנים באשר לדיני הכתובה את שאלת האשם המיני כחלק משאלה רחבה יותר של זהות האשם בפירוק הקשר, ראו את הניתוח שנערך במאמר שחר ליפשיץ "שיפוט מוסרי של התנהגות מינית בנישואים: אוטונומיה ו'מישילות' בעקבות בג"ץ 4602/13 "עיוני משפט מג 5, 65-67 (2020) (להלן: "ליפשיץ שיפוט מוסרי"). כן ראו וסטרדיין "שלושה צמתים", לעיל ה"ש 27, בעמ' 251.

32 מעניין בהקשר זה שאף בישראל מסתמנת מגמה שלפיה בהקשר של הגירושין עצמם מקבלים הדיינים את הרעיון של מות הנישואים כעילה מספקת לצורך הגירושין. ראו שי זילברברג ועמיחי רדזינר "תחייתה של עילת 'מות הנישואין': שיטת רבינו ירוחם בבית הדין הרבני" *משפטים* מט 113, 126-157 (2019); אבישלום וסטרדיין ועמיחי רדזינר "מהפכנות ושמרנות בפסיקת בית הדין הרבני – על אכיפת גירושין בטענת 'מאיים עלי' " *עיוני משפט* מב 639, 651-684 (2020); Ram Rivlin, *Religious Norms Between Ethics and Law: The Death and Afterlife of Jewish Divorce Law*, 4 OXFORD J. L. & RELIGION 469 (2015).

33 ראו אסתר פרל *סיפור מהצר – בחינה מחדש של הווגיות המודרנית* פרק 9 (2019).

34 ניואנס אחר רואה את עיקר הפסול בהפרת הנורמות הקובעות את פרודורת הסיום של הקשר. לפי תפיסה זו, על צד השוקל לפרק את נישואיו לטובת מערכת יחסים עם אחר, לתת לבן זוגו הזדמנות לשיקום הקשר בטרם ינקוט פעולות חד-צדדיות ובלתי הפיכות. לפי גרסה זו, מתן הזדמנות לשיקום היחסים הוא גם מנגנון להבחין בין יציאה חד-צדדית מתוך קשר מתפקד או ניתן להצלה, לבין פירוקו של קשר כושל שגווע משכבר.

35 זו הייתה עמדתו של בית הדין הרבני שנדונה בבג"ץ 8928/06 *פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול לערעורים בירושלים*, פ"ד סג(1) 271 (2008) (להלן: "בג"ץ הבגידה למפרע). על פי בית הדין, ההצדקה להתחשבות בשיקולי האשמה המינית קשורה לנזק הנגרם מפירוק המשפחה. לדיון בתוצאות הכלכליות העגומות הכרוכות בגירושין, שעיקרן בויתור על היתרון לגודל ובצורך לממן שני משקי בית מאותם משאבים, נוסף על הוצאות מיוחדות הקשורות לעיתים לטיפול בהשלכות המשבר על ילדי בני הזוג, ראו Brinig & Carbone, לעיל ה"ש 30.

**(ב) בגידה כעוולה עצמאית**

החלופה השנייה אינה מתמקדת בהשפעת הבגידה על סיוס הנישואין אלא רואה בה התנהגות בעייתית כשלעצמה.<sup>36</sup> לפי עמדה זו, אף שלכל אחד מבני הזוג עומדת, מנקודת מבט ליברלית, זכות בלתי מוגבלת לסיים את הנישואין מכל סיבה שהיא, שמירה על נאמנות מינית היא חלק מן המחויבות הזוגית במהלך הקשר, והפרת מחויבות זו היא עוולה המצדיקה פיצוי של הצד האחר.<sup>37</sup> לפי גרסה מסורתית, הפרת דרישת האקסקלוסיביות המינית היא עוולה מוסרית ודתית עצמאית, המתמקדת בפגיעה במעמדו ואולי אף בכבודו (במובן honor) של בן הזוג. על פי גישה זו, לפיצוי הכלכלי תפקיד כפול: הוא נועד הן לפצות את הנבגד הקונקרטי על הנזק שנגרם לו, והן לשדר מסר חברתי על חשיבות הנאמנות בנישואים.<sup>38</sup>

36 חשוב לראות כי תפיסות שונות בדבר הפסול הטמון בבגידה עשויות להוביל לתפיסות שונות בדבר הגדרתה של בגידה. כך למשל ייתכן שיש פער בין התנהגות מתמשכת או חד-פעמית; בין התנהגות שעיקרה במערכת יחסים בעלת אופי נפשי (כגון התאהבות או ניהול קשר רומנטי) אל מול התנהגות שעיקרה באינטראקציה פיזית מזדמנת; בין בגידה שאירעה לאחר סכסוך בין בני הזוג או לאחר התרופפות הקשר אל מול בגידה שהובילה לסכסוך, וכן הלאה. הבחנות אלה הוצגו בידי חלק משופטי ההרכב בדנג"ץ הבגידה. כך, השופט עמית והנשיאה חיות פתחו את הפתח למתן גושפנקה לשיקולי אשמה מינית כאשר מדובר בבגידה ממושכת העולה כדי חיים כפולים. ראו בג"ץ הבגידה, לעיל ה"ש 18, פס' 14 לפסק דינו של השופט עמית; דנג"ץ הבגידה, לעיל ה"ש 8, פס' 3 לפסק דינו של השופט עמית, ופס' 49 לפסק דינה של הנשיאה חיות. שופטים אחרים הסתייגו מהבחנות אלה. ראו למשל שם, בפס' 14 לפסק דינו של השופט שטיין, בפס' 10 לפסק דינו של השופט מינץ, ובפס' 15 לפסק דינה של השופטת ברק ארו. ואף אנו נשוב אליהן בהקשרים מסוימים בהמשך הדיון.

37 ראו למשל Peter Nash Swisher, *Marriage and Some Troubling Issues with No-Fault Divorce*, 17 REGENT U. L. REV. 243 (2005). לטענה כי יש לבסס עילת תביעה כזו בישראל ראו הרדוף, לעיל ה"ש 18.

38 וראו בהקשר זה את דבריו של הדיין נהרי בעניין (הרבניים ירושלים) 1125089 **פלוני נ' פלוני** 60-70 (נבו 26.3.2018) (המכונה גם פסק דין "המרידה"): "בית הדין דן ופוסק ומתווה את הדרך הראויה ביותר לחיזוק התא המשפחתי, בחינת 'בית' הוא מבצרי', לביסוסה של מערכת נישואין בריאה. ידע גם ידע כל מי שמתכוון למרוד בבן או בבת זוגו שלא יקבל מתנה שניתנה במסגרת חיי הנישואין מבן או מבת זוגו, שמתנה זו ניתנה לו על דעת חיים משותפים ללא מרידה. יש כאן תנאי מכליל ברור המבוסס על אדני ההלכה החוק והצדק הטבעי, שמתנה זו ניתנה כל עוד לא הייתה מרידה (המוגדרת כמרידה בעיני בית הדין) במערכת הנישואין, והמורד – לא יעלה בידו זממו ולא יצא עם רכוש שניתן לו כמתנה, לבן זוג זר שעיימו בחר לחלוק את חייו החדשים, בגדר של 'ועזבו לאחריהם חילם' (תהלים מט, יא). כל דרך אחרת כמיה כעידוד לפירוק התא המשפחתי ולפירוק החברה הישראלית מערכים בסיסיים של צדק ויושר. יש בה פגיעה מהותית בזכויות הבסיסיות ביותר של נותן מתנה במערכת נישואין. אפשר לראות זאת, כהנהגה של 'מיטה יהודית' כנגד הנהגה של 'מיטת סדום' – בחינת 'הרצחת וגם ירשת'. נוסף ונאמר: בדיברה העשירית שבעשרת הדיברות נאמר: 'לא תחמד בית רעך, לא תחמד אשת רעך ועבדו ואמתו שורו וחמרו וכל אשר לרעך' (שמות כ, יד). קשר ישיר יש בין הציווי 'לא תחמד בית רעך' לבין הציווי 'לא תחמד אשת רעך' והוא שלא יחשוב איש לחמוד בית רעהו באמצעות חמדה של אשת רעהו כדי לעשוק את נכסיו של רעהו. רעיון מוסרי טמון בדיברה זו: לא ייתכן לגזול ממון של חברו באמצעות חמדת אשת רעהו והוא הדין גם להפך. רעיון ומסר זה היה נגד עיני והנחה אותי במתן הכרעתי להוציא את האמת והצדק לאור עם התשתית ההלכתית והמשפטית ששימשה את בית הדין בפסק הדין".

לעומת עמדה זו, לפי גרסה מודרנית יותר, העוולה ממוקדת במרמה ובהפרת האמון של בן הזוג,<sup>39</sup> כלומר היא משקפת נטל על בן הזוג המבקש לחרוג מדרישת הנאמנות לרכוש את הסכמתו של בן הזוג או לסיים את קשר הנישואין בטרם יעבור למערכת יחסים חדשה.<sup>40</sup> גם במסגרת חלופה זו ניתן לזהות כמה ניואנסים. לפי האחד, העוולה מתמצה בהפרת הנורמה הזוגית או במרמה המתלווה אליה, וממילא הנזק הטמון בה הוא בעיקרו הנזק הנפשי הנלווה להפרת האמון.<sup>41</sup> לפי ניואנס אחר, הבגידה והמרמה הצמודה לה מזיקות בעיקר בפרק הזמן שבין התרחשות הבגידה לבין גילויה וחשיפתה (ולכן הנזק מתגבש בעיקר כאשר הבגידה מתגלה רק בחלוף זמן). לפי תפיסה זו, הצד הנבגד, שהסתמך על הנישואין מתוך מצג שווא של בן הזוג, ואולי אף הקריב למען הקשר הזוגי מתוך הישענות על אותו מצג, זכאי לפיצוי בגין הקרבתו או הסתמכותו במהלך אותה תקופה. עמדה דומה מתרכזת באופן שבו הבגידה משקפת חתירה תחת השותפות הזוגית, וממילא הבוגד אינו זכאי ליהנות מפירות הקשר הזוגי שנצרכו במהלך תקופת הבגידה. עמדה אחרונה זו מובילה לטענת מגן המאפשרת לצד הנבגד להימנע מלחלוק עם בן זוגו את הרכוש שצבר הנבגד במהלך תקופת המרמה.<sup>42</sup>

## 2. הצדקות לליברליזציה בתחום האשמה המינית: אנטומיה

לאחר שסקרנו את הנימוקים ואת ההצדקות העשויים להיות בבסיס קביעתן של השלכות רכושיות של אשמה מינית, נפנה לנתח את ההתנגדויות הליברליות להצדקות הללו ואת השיקולים שבבסיס ההימנעות מקביעת תוצאה רכושית למקרים של בגידה.<sup>43</sup>

39 ראו הרדוף, לעיל ה"ש 18, המתייחס הן לפגיעה בכבוד והן לפגיעה באמון כמצדיקות כינון עילת תביעה בשל ניאוף. עוד ראו Libson, לעיל ה"ש 4, הסבורה כי במקרים קיצוניים של בגידה שהיא בבחינת הפרת אמון יש מקום לאפשר התחשבות בה בקביעת התוצאות הכלכליות של הגירושין.

40 למעבר בין פגיעה עצמאית לבין פגיעה המתמקדת בהפרת אמון ראו Michael J. Wreen, *What's Really Wrong with Adultery*, 3(2) INT'L J. APPLIED PHIL. 45, 45-49 (1986); Don Marquis, *What's Wrong with Adultery?*, in WHAT'S WRONG? APPLIED ETHICISTS AND THEIR CRITICS (David Boonin & Graham Oddie eds., 2005).

41 Barbara Bennett Woodhouse & Katharine T. Bartlett, *Sex, Lies, and Dissipation: The Discourse of Fault in a No-Fault Era*, 82 GEO. L.J. 2525 (1994); Margaret F. Brining, *Adultery: trust and Children*, 95 TEX. L. REV. 611 (2017).

42 להצעה ברוח זו ראו כהן וג'בארין, לעיל ה"ש 9, בעמ' 497-499. לדחייתה ראו בג"ץ 8463/19 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים (נבו 24.10.2022). (להלן: בג"ץ הבגידה המתמשכת).

43 דיון נרחב בהצדקות האזרחיות הניצבות נגד התחשבות בשיקולי אשמה מינית בעת קביעת התוצאות הכלכליות של הגירושין נערך אצל ליפשיץ "שיפוט מוסרי", לעיל ה"ש 31, בעמ' 65-76, שם הוזכרו (1) הטיעון האינדיווידואליסטי בדבר חופש היציאה (המכוון בעיקרו נגד הגרסה הרואה באשמה מינית אינדיקציה לאשם בסיום הקשר), (2) החשש משיפוט מוסרי בתחומים אינטימיים, (3) מורכבות הזיהוי של האשם, (4) הרתיעה מהכאב הכרוך בפולשנות לחיי המשפחה ו-(5) החשש ממוסר כפול שמקורו בדין הדתי המבחין בין גברים לנשים. טיעונים אלה קיבלו ביטוי בחוות הדעת של השופטים השונים בדג"ץ הבגידה, לעיל ה"ש 8. ראו בעיקר חוות הדעת של השופטים ברק-ארז ומלצר. המאמר הנוכחי, המשקף את החשיבה המשותפת העכשווית של שני הכותבים, מבקש לצעוד אל מעבר ליסודות שהונחו במאמר האמור הן באשר לחידוד ההבחנה בין הסוגים השונים של האשמה, הן באשר לניתוח השיקולים הליברליים הניצבים כנגד שיקולים אלה, ובמיוחד באשר לדרך שבה המפגש של שיקולים אלה עם ההקשר החוץ מסייע בחשיפת מתחים והבדלים פילוסופיים בין תפיסות ליברליות שונות.

נפתח במסורת הליברלית, שלפיה עצם העיסוק המשפטי בנעשה בהסכמה בחדר המיטות של הצדדים, כלומר במרחב האישי ובהתנהגות הביתית שלהם, והגדרת המתרחש שם כהפרה או עוולה, חורג מתחום ההתערבות הלגיטימי של המדינה. אלו שאלות אינטימיות שאינן עניינה של המדינה, כלומר אינן בתחום ההולם את מרות הרוב על היחיד או את כוח הכפייה המדינתית, אלא תחום ההולם את הכרעתו האישית של הפרט או את תחומם של המוסר או הדת. לפי עמדה זו, הפעלה נכונה של תפיסת האחריות לסיום הקשר או של תפיסת העוולה העצמאית מחייבת תפיסה מקיפה של מותר ואסור בקשר הזוגי, כמו של נורמות התקשורת בין בני הזוג והדרישה לתמיכה, לחברות, לקרבה נפשית וגופנית ושל היחסים ביניהן. כל אלו אינם עניינה של המדינה או של כוח הכפייה הציבורי, אלא עניינה של הפרט או לכל היותר של הקהילה המקומית.<sup>44</sup> ההתנגדות הליברלית העקרונית לקביעת נורמות משפטיות המסדירות את היבטיהם האינטימיים של היחסים הזוגיים מתחדדת כאשר כעניין של עובדה סוציולוגית יש שונות חברתית גדולה באשר לציפיות ממוסד הנישואין, הן מבחינת הציפייה להתמשכות הנישואין עד "שהמוות יפריד בינינו" והן מבחינת מידת הטולרנטיות כלפי חוסר נאמנות מינית.<sup>45</sup>

ואכן, העמדות המבקשות להטיל אחריות על האשם המיני הן בשל אחריותו לסיום הקשר והן כעוולה עצמאית נשענות על תפיסות מוסריות שנויות במחלוקת. נפתח בשאלת האשם בפירוק הקשר. לפי עמדה חברתית אפשרית, הנשענת על התמקדותה של תפיסת הנישואין הליברלית באושרו האישי של הפרט, ראוי להתנגד להטלת כל עלות על פירוק קשרי נישואין. מנקודת מבט תועלתנית, פירוק כזה הוא מעין "הפרה יעילה" רצויה: אין טעם לשמר קשרי נישואין לא רצויים, וממילא אין פסול מוסרי בפירוק הנישואין ביוזמה חד-צדדית, ולכן האחריות לפירוק אינה בעיה.<sup>46</sup> מנקודת מבט הממוקדת בערך האוטונומיה, הפרט אינו נדרש, ודאי שלא מבחינה משפטית, להקריב את אושרו למען זולתו, וממילא זכותו של כל אחד מבני הזוג לפרק את הקשר לפי רצונו.<sup>47</sup> את קשר הנישואין יש להבין ולעצב לא כחוויה "עד שהמוות יפריד בינינו" או עד שיסתיים בהפרה, אלא כחוויה שלא נקבע מועד לסיומו, וכל אחד מן הצדדים יכול אפוא להתירו בהודעה למשנהו.<sup>48</sup>

44 השוּוּ Jeremy Waldron, *Legislation and Moral Neutrality*, in LIBERAL RIGHTS: COLLECTED PAPERS 1981–1991 143 (Jeremy Waldron ed., 1993).

45 כשמדובר במחלוקת חברתית, הדרישה לניטרליות היא אפוא לא רק ל- exclusion of ideals from political justification אלא גם לכך ש- the state should not take sides between different conceptions of the good.

46 ראו JOSEPH RAZ, *THE MORALITY OF FREEDOM* 108–109 (1986). Ira Mark Ellman & Sharon Lohr, *Marriage as Contract, Opportunistic Violence, and Other Bad Arguments for Fault Divorce*, U. ILL. L. REV. 719 (1997).

47 להצבת זכות היציאה מן הקשר הזוגי כזכות יסוד ראו ליפשיץ "ברצוני להתגרש", לעיל ה"ש 3, בעמ' 695–696; Carlyn J. Frantz & Hanoch Dagan, *Properties of Marriage*, 104 COLUM. L. REV. 75, 86 (2004).

48 על הלך רוח זה ראו למשל Karen Turnage Boyd, *The Tale of Two Systems: How Integrated Divorce Laws Can Remedy the Unintended Effects of Pure No-Fault Divorce*, 12 CARDOZO J.L. & GENDER 609, 616 (2006).

לפי גרסה אחרת, לא ניתן כלל לדבר על צד אחד האחראי לפירוק הקשר כמעול או כמפר, אלא יש לראות בשני הצדדים אחראים למשבר ביניהם. התפיסה העמוקה מאחורי עמדה זו, המתמקדת בקשר הזוגי כמתאפיין בקרבה בין בני הזוג, רואה בפירוק הקשר כדבר שנובע מן המרחק הנפער בין בני הזוג, ולא מן המרחק של התנהגותו של מי מהם מנקודת קבוע או ראשית צירים נתונה, הנובעת מנורמות חיצוניות המצופות מן הצדדים. ממילא אין מובן לדיבור על צד אחד האחראי למרחק יותר מן הצד האחר, ממש כשם שאין טעם לדון בשאלה איזה שרוך נעל אחראי להתפרקות הקשר בין השרוכים.

אף העמדה הרואה בבגידה עוולה עצמאית, שאינה תלויה באחריות לפירוקו של הקשר, נשענת על עמדה מוסרית שנויה במחלוקת. לספקות המוטלים בתפיסה הרואה בבגידה עוולה עצמאית כמה גוונים: מנקודת המבט הסוציולוגית, ניתן לטעון שתפיסת הבגידה כהפרת אמון נשענת על ציפייה הדדית מובנת מאליה לנאמנות מינית במהלך הנישואין, אך ספק אם ציפייה כזו אכן תואמת את תודעתם הממשית של כל הזוגות דהיום,<sup>49</sup> כפי שמשתקף בדיונים רווחים בספרות<sup>50</sup> או בתרבות הפופולרית בדבר חסרונותיה של המונוגמיה.<sup>51</sup> מנקודת המבט הנורמטיבית, התנהגותו המינית של הפרט היא בגרעין פעילותו הפרטית, שעליה אין הוא נדרש לתת דיון וחשבון לאיש, ובוודאי לא למדינה. ממילא, אל לה למדינה לעצב התנהגות מינית, ובכלל זה להגדיר בגידה כעוולה משפטית כל עוד מדובר בהתנהגות

49 MARK REGNERUS, CHEAP SEX: THE TRANSFORMATION OF MEN, MARRIAGE, AND DEBORAH ANAPOL, POLYAMORY IN THE 21ST CENTURY: MONOGAMY ch. 5 (2017) והשוו; LOVE AND INTIMACY WITH MULTIPLE PARTNERS (2010). לנתונים, המדגימים נכונות הולכת וגוברת למערכות יחסים לא מונוגמיות ראו Nichole Fairbrother, Trevor A. Hart & Malcolm Fairbrother, *Open Relationship Prevalence, Characteristics, and Correlates in a Nationally Representative Sample of Canadian Adults*, 56 THE J. OF SEX RESEARCH 695 (2019); Ethan Czuy Levine et al., *Open Relationships, Nonconsensual Nonmonogamy, and Monogamy Among U.S. Adults: Findings from the 2012 National Survey of Sexual Health and Behavior*, 47 ARCHIVES OF SEXUAL BEHAVIOR 1439 (2018); Edward Stein, *Adultery, Infidelity, and Consensual Non-Monogamy*, 55 WAKE FOREST L. REV. 147, 178-179 (2020) Amy C. Moors, *Has the American Public's Interest in Information Related to Relationships Beyond "The Couple" Increased Over Time?*, 54 J. OF SEX RESEARCH 677 (2017); "הכול פתוח: זוגיות פתוחה – למי זה מתאים?" רשת 13 <http://tinyurl.com/4n2xzfzn> (6.10.2020); אילנה מסר "הסיבה לבגידות: מונוגמיה אינה טבעית לבני אדם" YNET <http://tinyurl.com/3y56ymwk> (23.10.2005); צאלה קוטלר הדרי "מונוגמיה זה פאסה? למה המודל של אבא, אמא, שני ילדים וכלב כבר לא עובד להרבה מאוד אנשים" גלובוס <http://tinyurl.com/3ptda7k2> (14.12.2019). בהקשר שונה ראו אויה אבורביעה "הפוליגמיה במשפט הישראלי: לקראת גישה היברידית" מעשי משפט יא 53 (2020).

50 Elizabeth F. Emens, *Monogamy's Law: Compulsory Monogamy and Polyamorous Existence*, 29 N.Y.U. REV. L. & SOC. CHANGE 277 (2004); Natasha McKeever, *Is The Requirement of Sexual Exclusivity Consistent With Romantic Love?*, 34 J. OF APPLIED PHILOSOPHY 353 (2017); Harry Chalmers, *Is Monogamy Morally Permissible?*, 53 J.L. VALUE INQUIRY 225 (2019); Hallie Liberto, *The Problem with Sexual Promises*, 127 ETHICS 383 (2017).

51 Jenny van Hooff, *An everyday affair: Deciphering the Sociological Significance of Women's Attitudes Towards Infidelity*, 65 THE SOCIOLOGICAL REV. 850 (2017).

רצונית ומוסכמת על השותפים המידיים לה. במונחי אוטונומיה ניתן לגרוס שערך האוטונומיה ניצב לא רק כנגד הגבלת הזכות של אדם לסיים את קשר הנישואים אלא גם כנגד כל ניסיון חברתי למשטר את התנהגותו המינית של הפרט.<sup>52</sup>

לפי גוון אחר, קיצוני עוד יותר, הפרת נאמנות מינית אינה ראויה להיתפס כעוולה לא רק מן הבחינה המשפטית אלא גם מבחינה חברתית. למעשה, בעיצוב ראוי ועדיף חברתית של מוסד הנישואין, היה ראוי לאפשר לכל אחד מבני הזוג "להתאווור" במערכות יחסים אינטימיות מחוץ לנישואין, דווקא כדי לאפשר להם לשמור על יציבות הקשר החשוב באמת, הממוקד בשיתוף פעולה כלכלי ובגידול ילדים משותף.<sup>53</sup> לפי תפיסה זו, מוטב לעצב את הנורמות החברתיות שיהיה בהן כדי לאפשר לבני זוג לקיים יחסים מזדמנים עם אחרים ולהימנע מעולם בו הידרדרות במשיכה המינית בין בני הזוג תוביל בהכרח לפירוק המשפחה, הכרוך בפגיעה כלכלית ובפגיעה בילדים. אם כך, אף שרצוי לעודד בני זוג לנהוג בגילוי לב זה עם זה ולקבוע הסדר מסוג זה בהסכמת שני בני הזוג, אין מקום לנצל את כוחו של המשפט כדי למצות את הדין עם בן זוג שהפר חובה שספק אם ראוי לשמרה. למעשה, אולי אף מוטב כי המשפט יעודד אזרחים לפתח אדישות כלפי התנהגותם המינית של בני זוגם, דווקא כדי לייצב את הקשר המשפחתי ולהגן עליו.<sup>54</sup>

גם בעיני מעצבי משפט ליברליים שאינם מאמצים במלואן את התפיסות האמורות, או אפילו נרתעים מרובן לחלוטין, הדגמת האופן שבו תפיסת הבגידה כעוולה או כהפרה קשורה לתפיסות כוללות אודות חיי הנישואין הטובים – הן מבחינת התועלת שבפירוק קל של הקשר הזוגי, הן מבחינת התועלת שבמתן מרחב לבני הזוג לניהול קשרים אינטימיים מחוץ למסגרת הנישואין – מאפשרת לשוב אל תפיסה ניטרלית-פלורליסטית. לפי עמדה זו, לא ראוי שהמדינה תכריע בין תפיסות חיים טובים שונות. מבחינה זו, הימנעות מקביעת תוצאות רכושיות לבגידה היא הימנעות מכניסה אל המחלוקת הציבורית: היא אינה קובעת בהכרח כי מדובר בהתנהגות ראויה אלא רק נמנעת מהבעת עמדה מתוך הכרה בקוצר ידה של המדינה להכריע במחלוקות כאלו עבור אזרחיה. עמדה זו מתיישבת גם עם רצון לעודד חלופות שונות של תפיסות "חיים טובים", או עם מתן ביטוי להעדפות של פלחי אוכלוסייה שונים, באופן המאפשר להם לבטא את תפיסות העולם ואת הערכים המקובלים עליהם, מחוץ להישג ידו של הכוח המדינתי הכופה אחידות.

אל הרתיעה מעיסוק משפטי בבגידה מצטרפת גם נקודת המבט המסתייגת מהתמקדות בהתנהגות מינית מתוך שיקולים של שוויון מגדרי. עמדה זו היא כמעט מובנת מאליה בישראל, שבה ענייני נישואין וגירושין מוסדרים בדין הדתי המבוסס במפורש על מוסר מיני

52 טיעון ברוח זו הופיע בנייר עמדה שהגישה שדולת הנשים לבית המשפט העליון בדנג"ץ הבגידה. ראו ס' 159–156 לבקשה להצטרף כידיד בית המשפט בדנג"ץ 8537/18 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים (נבו 17.2.2019) (להלן: בקשת ההצטרפות של שדולת הנשים).

53 מגמה זו קשורה בגינוי של רגשות הקנאה שבן הזוג הנבגד עשוי לחוש, והצגתם כמפוקפקים מבחינה אתית. ראו שחר ברלוביץ "קנאה רומנטית: איך מתמודדים איתה ומה היא יכולה ללמד אותנו?" הארץ 9.5.2021, <http://tinyurl.com/yppy7ver>, והמקורות בה"ש 50 לעיל.

54 טענה כי התרבות ההגמונית הרואה בגידה בשלילה מגדילה את הנוק שגורם אירוע כזה ליחסים בין בני הזוג ומכבידה על יציבותם של קשרים ראו Natasha McKeever, *Why, and to What Extent, is Sexual Infidelity Wrong?*, 101 PACIFIC PHIL. Q. 515, 529–534 (2020).

כפול בין גברים לנשים.<sup>55</sup> ברם ביסודה של הגישה קיימת התנגדות עמוקה לשיקולי אשם מיני גם כאשר פורמאלית הם נחווים כסימטריים. לפי עמדה זו, מנקודת מבט מגדרית יש להתעקש על עיצוב חדש של מוסד הנישואין שלא יתמקד בהתנהגות המינית של הצדדים. על פי טיעון זה, העיסוק בהתנהגות מינית הוא בעיקרו עניין של שליטה פטריארכלית ולא של שמירת מוסר או יחסי אמון. ואכן, בעבר התמקדו דיני המשפחה במשטור המיניות, עמדה שניתן לתלותה בהשפעת הדתות או בנסיבות החיים שלא כללו אמצעי מניעה או מנגנוני יחסין מדעיים. המעבר מדגש זה אל התמקדות במחויבות כלכלית, בתמיכה נפשית ובשיתוף פעולה בגידול ילדים הוא אחד מן ההישגים הגדולים של המאבק לשוויון בין המינים. הימנעות מקביעת תוצאה משפטית להתנהגות מינית היא אפוא הימנעות מצעידה לאחור בהיסטוריה לעידן הקודם שבו דיני הנישואין והגירושין תפקדו כמנגנון של שליטה פטריארכלית. לפיכך הימנעות זו מוצדקת בתפקיד המכווין של המשפט, המתמקד בעיצוב גבולותיהם של מוסדות חברתיים שלמדינה אינטרס בעיצובם, ובהנעת אנשים להשתתף בהם.<sup>56</sup> לכל אלה ניתן להוסיף גם שיקול מעשי שלפיו אם יופעלו שיקולי האשם המיני כטיעון הגנה נגד תביעות לשותפות ברכוש, הדבר יפעל נגד נשים שברגיל הן הנהנות מדיני הרכוש הזוגי.<sup>57</sup>

אל השיקולים האידאולוגיים-עקרוניים מצטרפת הבנת גבולותיו של המשפט מבחינת התועלת שיפיקו הצדדים ממעורבותו במערכת היחסים שביניהם, מתוך תפיסה מעשית-פרגמטית הממוקדת ברווחתם של הפרטים עצמם. לפי עמדה זו, גם אם יש פסול בבגידה, מוטב להניא בני זוג מעיסוק בכך במסגרת המשפט ולנתב את ההתמודדות הנפשית עם האירוע לאפיקים חוץ-משפטיים, כגון אל המרחב הטיפולי. לפי עמדה זו, ניהול הליך משפטי לאחר הבגידה הוא מעין "גירוד בפצע" שיחריף את הנזק הנפשי הטמון בבגידה

55 למוסר הכפול המאפיין את דיני הגירושין בישראל ראו למשל רות הלפרין-קדרי "בגידת הבעל כעילה לכפיית גט" **מחקרי משפט** 297 ז (1989). כן ראו ליפשיץ "ברצוני להתגרש", לעיל ה"ש 3, בעמ' 746-748. למוסר הכפול כסיבה להתנגדות לקביעת התוצאות הכלכליות של הגירושין על בסיס אשמה ראו ליפשיץ, "שיפוט מוסרי", לעיל ה"ש 31, בעמ' 75-76. לניתוח הסטנדרט הכפול שרווח בעולם המערבי בקשר ליחס המשפטי לניאוף ראו DEBORAH L. RHODE, ADULTERY: INFIDELITY AND THE LAW 25-43, 33, 41, 245, 256 (2016); JEAN DUNCOMBE ET AL., THE STATE OF AFFAIRS: EXPLORATIONS IN INFIDELITY AND COMMITMENT ch. 6-7 (2004).

56 Carl. E. Schneider, *The Channeling Function in Family Law*, 20 HOFSTRA L. REV. 495 (1992); איילת בלכר-פריגת "מה למשפט ולמשפחה?" **האם המשפט חשוב** 297-291, 275 (דפנה הקר ונטע זיו עורכות 2010).

57 ראו את דברי השופטת ברק ארו בדנג"ץ הבגידה, לעיל ה"ש 8, בפס' 10, אולם השוו ליפשיץ "ברצוני להתגרש", לעיל ה"ש 3, בעמ' 711-726, המציג היבטים שונים ומנוגדים של השפעתם של שיקולי אשמה בהקשר המגדרי. ראו גם הרדוף, לעיל ה"ש 18, בעמ' 99-104, הטוען כי נשים הן הנבגדות הטיפוסיות, ומשום כך אי-הנכונות לייחס תוצאות לאשמה פוגעת בהן. עוד ראו דיונונו להלן בפרק ד.3(ב)3(3) בעניין הכתובה, החושף תמונה מורכבת בקשר להשפעתם של שיקולי אשם על הזכות לכתובה.

במקום להיטיב אותו. מוטב לצדדים להתמקד בעתיד ובהתאוששות מן המשבר ולא לנסות לחפש צדק והכרה באולמות המשפט, מה שיכביד על אותה התאוששות.<sup>58</sup>

עמדה קרובה מדגישה את חוסר יכולתו של המשפט להשיג את המטרה הרצויה לבני הזוג גם אקס אנטה, כלומר את חוסר התוחלת שבניסיון להשפיע באמצעות המשפט על התנהגותם המינית של הצדדים. לפי עמדה זו, מתן ביטוי לבגידה הוא לכאורה מנגנון המעודד את הצדדים לשמור אמונים זה לזה כדי להימנע מן הסנקציות המשפטיות הצמודות לבגידה. אלא שנאמנות מינית המושגת אך ורק מכוח אימתו של הדין אינה בעלת ערך, כלומר היא אינה מקדמת את המטרה שאותה מבקשים הצדדים להשיג. לו היה בן הזוג יודע כי בת זוגו שומרת לו אמונים רק כדי להגן על חלקה ברכוש המשפחתי, היה הדבר שולל מנאמנותה כל ערך בעיניו.<sup>59</sup> ממילא, אין מקום להשתמש במשפט כמנגנון לעידוד נאמנות. התנגדויות אלו מוחרפות כאשר נשים את ליבנו אל המגבלות הנובעות מן הצורך בהפעלה מוסדית של הדין ובאכיפתו. ראשית, צופה חיצוני יתקשה לאתר נכונה את זהותו של האחראי לפירוק הקשר הזוגי או של מי שנתפס כמעוול, ולבודד את מעשה הבגידה אל מול הרקע הכללי של היחסים. לפי עמדה זו, מעשה הבגידה הוא פעמים רבות בבחינת "קצה הקרחון" של המשבר ביחסים בין הצדדים, וממילא אין לראות במי שהפר חובות נאמנות מינית את מי שאחראי לפירוק הקשר, ולא ניתן להבחין הבחנה אמינה בין הבאה לפירוק הקשר לבין הכרזה על התפרקותו.<sup>60</sup> בדומה לזה, גם הבנתה של הבגידה כעוולה עצמאית קשורה בהערכה הוליסטית של מכלול היחסים וההבנות בין הצדדים. בנסיבות מסוימות ייתכן שניתן לראות בצד ה"בוגד" בעל הצדקה, או לפחות פטור למעשהו, על רקע מצב היחסים בין הצדדים. ברוח דומה, בתקופות של פירוד וריחוק או בשל התנהגות מחפירה של אחד הצדדים, ניתן לראות בצד הנבגד בעל "אשם תורם" שהוביל להתרחשויות. היבט קרוב קשור גם לקושי להגדיר בבירור מהי ההתנהגות הפסולה. לעיתים אותה התרחשות עשויה לזכות לפרשנות שונה אצל כל אחד מן הצדדים או אצל הצופה.<sup>61</sup> אם כך, צופה חיצוני יתקשה לקבוע באילו תנאים תיחשב הבגידה לעוולה מצד בן הזוג הבוגד, או לקבוע את היקף הפסול הטמון בה, ועל אחת כמה וכמה את היקף תרומתה לפירוק הקשר. היבט זה, המערב שיקול נורמטיבי עם שיקול אפיסטמי, מחדד את הדרישה

58 טיעון זה שב ומופיע בפסיקותיו של השופט עמית. ראו בפסק דינו בדנג"ץ הבגידה, לעיל ה"ש 8; ע"א 8489/12 פלוני נ' פלוני, פס' 8 לפסק דינו של השופט עמית (נבו 29.10.2013), שם דחה השופט עמית את האפשרות לבסס תביעה בעוולה אזרחית על בגידה.

59 קו טיעון זה מקביל לדיון הקלאסי של ג'ון לוק על ערכה של הסובלנות, ועל חוסר התוחלת בכפייה מדינתית של אמונה דתית. ראו ג'ון לוק **איגרות על הסובלנות** (יורם ברונובסקי מתרגם 1990).

60 Ellman & Lohr, לעיל ה"ש 46, בעמ' 735; Laura Bradford, *The Counterrevolution: A Critique of* ; 49 STAN. L. REV. 607, 613 (1997) *Recent Proposals to Reform No-Fault Divorce Laws*; ליפשיץ "שיפוט מוסרי", לעיל ה"ש 31, בעמ' 75. ראו גם את דעותיהם של השופטים ריבלין בבג"ץ הבגידה למפרע, לעיל ה"ש 35, ומלצר בדנג"ץ הבגידה, לעיל ה"ש 8.

61 כך למשל ניתן להחזיק בעמדות מגוונות כלפי מקרים כמו רומן וירטואלי, קשר אפלטוני או לחלופין קשר גופני נטול היבטים רגשיים. ראו פרל, לעיל ה"ש 33, בפרק 2. על הקושי להבחין בין בגידה מינית לבין פגיעות אחרות במערכות היחסים ראו דנג"ץ הבגידה, לעיל ה"ש 8, פס' 9 לפסק דינה של השופטת ברק ארז; הלפרין-קדרי "שיקולי מוסר", לעיל ה"ש 12.

לניטרליות של המדינה ומעצים את הנזק הצפוי לצדדים ולפרטיותם מחיטוט שיפוטי בחייהם.

על כל אלו מתווספים שיקולים מערכתיים-מוסדיים המתמקדים בגופים ובאורגנים המפעילים את המשפט. אף אם השיקולים הנזכרים מעלה מתעוררים בעוצמה שונה במקרים שונים, העובדה כי המערכת המשפטית נדרשת להכללה יכולה להסביר מדוע מוטב להימנע מקו פעולה שיכול להיטיב לעיתים אך להזיק במקרים רבים אחרים. לצורך כך יש להביא בחשבון גם את תפקוד ההסדר המשפטי בפועל, כלומר את הצורך לקיים מערכת משפטית שתשמע ראיות ותקבע עובדות בעניין הנדון. בשל המורכבות הנלווית אל נושאים אלו ואל הזיהוי המדויק של ההתרחשות והקשרה, צפויה המערכת המשפטית ללקות בחוסר אמינות ולהגיע לזילות של מערכת המשפט המוצבת בעמדת ה"מציצן" ונדרשת לעסוק ביחסים אינטימיים של פרטים. על זאת נוסף גם החשש לפגיעה קשה בפרטיותם של הצדדים – התובע והנתבע כאחד – והחשש ליצירת תמריצים דיוניים רעים, כגון הטחת האשמות בבגידה באופן תדיר.<sup>62</sup>

השיקולים לעיל התמקדו בטענה שאין מקום לקבוע תוצאה רכושית לחוסר נאמנות, משום שהתנהגות כזו אינה ראויה להיחשב לעוולה או להפרה, או שלא ניתן לזהות כראוי את ההתנהגות האמורה. עם זאת גם אם צלחנו את המכשולים הללו, עדיין נותר לבחון מהו הנזק שבגיננו מתבקשת ההשלכה הרכושית של ההתנהגות המינית. כפי שהראינו בתת-הפרק הקודם, חלופת האחריות לפירוק ממקמת את שאלת הנזק בשאלת השלכות של הפרדה והצורך לחלק אותן בין בני הזוג. מנגד, החלופה הרואה בבגידה עוולה עצמאית מעוררת קושי בתחום הגדרתו המדויקת של הנזק. נזקים העלולים לנבוע מהסתמכות או מהקרבה מצידו של בן הזוג הנבגד, או מטענה בדבר חוסר זכאותו של הבוגד ליהנות מפירות הקשר הזוגי, מוגבלים מטבעם לתקופה שבין הבגידה לבין גילויה, וממילא אינם חלים במקרה שבו הבגידה התגלתה סמוך להתרחשותה. הנזק העיקרי נותר אפוא הנזק הנפשי הנלווה לחשיפת הפרת האמון ולמשבר הנלווה אליה.

היבט זה מעורר קושי נוכח מוגבלותו הכללית של המשפט להתמודד כראוי עם נזקים נפשיים ועם כימותם, בעיה המחריפה נוכח קשיי הזיהוי שנדונו לעיל ונוכח השונות והייחודיות של מערכת היחסים של כל זוג וזוג. אף שלעיתים ניתן לחשוב על נימוקים בזכות התחשבות בנזקים לא ממוניים בנסיבות מסוימות,<sup>63</sup> התחשבות זו היא מוגבלת בהיקפה. בהקשר הנוכחי, בעיקר אם נדחה את הלגיטימיות של החלופה הרואה בהשלכה הרכושית פיצוי על עצם פירוק הקשר, מצטרף אל הקושי הכללי גם קושי מוסדי נוסף: החשש שבפועל ייטו בתי המשפט להתמודד עם קשיי ההערכה של הנזק הלא-ממוני בדרך של היצמדות למסורת וקביעת פיצויים המשקפים למעשה אחריות לפירוק. במילים אחרות, העוולה העצמאית עלולה להתברר כמסכה המסתירה למעשה תביעות בגין אחריות לפירוק,

62 ראו רות זפרן "סקס שקרים ווידאוטייפ": על הגנת הפרטיות בהליכים המתנהלים בבתי הדין הרבניים" **משפט וממשל** ז 813 (התשס"ה).

63 Samuel A. Rea Jr., *Efficiency Implications of Penalties and Liquidated Damages*, 13 J. LEGAL STUD. 147 (1984). לביקורת על הדיכוטומיה בין משפט ורגשות ראו Hila Keren, *Valuing Emotions*, 53 WAKE FOREST L. REV. 829 (2018).

הן מצידם של התובעים והן מצידם של בתי המשפט העלולים להיענות לתביעות אלו ולקבוע פיצוי לא מוצדק. כך תוטל עלות כבדה על פירוקם של קשרים, ויסוכלו המטרות שתוארו לעיל שעליהן נשענת נטייתו של הדין להתיר יציאה חד-צדדית ללא אשמה ממערכות נישואין שאינן רצויות עוד למי מן הצדדים.

### 3. כמה טיפוסים של ליברל מיני

בראשית המאמר תיארו את המהלך ההיסטורי של ליברליזציה בהתייחסות המשפטית לאשמה מינית. אולם האנליזה שערכנו בפרק הנוכחי לטיעונים השונים בזכות נסיגה משיקולי אשמה מלמדת כי ניתן למעשה לאתר בתוך ההתנגדות המודרנית כמה טיפוסים שונים ומובחנים של תפיסות ליברליות. ניתן לאפיין טיפוסים אלו בחלוקה לחמישה אבות-טיפוס עיקריים:

**הטיפוס הראשון** הוא הליברל הניטרלי-פלורליסטי. עמדה זו מתמקדת בקוצר ידה של המדינה לקבוע נורמות בתחום לא לה, או להכריע במחלוקות אודות תפיסת החיים הטובים. תת-גרסה שלה מתמקדת ביתרון העשוי לצמוח מכמה תפיסות חיים החיות זו לצד זו, או מן הצורך לתת לקבוצות תרבותיות שונות לממש את תפיסותיהן ואת מסורותיהן. לפי עמדה זו, אל לו למשפט להתערב בתחום הפרטי של התנהגות מינית (מוסכמת), בייחוד בשל היעדרו של קונצנזוס חברתי בדבר הערכים שעליהם ראוי להשתית את הקשר הזוגי ואת ההתנהגות המינית, ובשל מגוון חברתי-תרבותי בתחום זה.

הטיפוסים השני והשלישי הם גוונים של עמדה ליברלית אידאולוגית. הטיפוס השני הוא ליברל המתרכז בערכה של **חירות ואוטונומיה**, עמדה המזוהה לעיתים עם הליברליזם הפרפקציוניסטי מבית מדרשו של יוסף רז.<sup>64</sup> לפי תפיסה זו, המרוממת את ערכם של אינדיווידואליזם, של אותנטיות ושל מימוש עצמי, אין מקום לכבול אדם לקשר זוגי שאינו רצוי לו, ויש ערך אף בהימנעות מהגבלה על חירות המינית של הפרט. לפי עמדה זו, המדינה רשאית לקדם תפיסות טוב ולקחת חלק בשוק העמדות, אלא שבמסגרת תפיסות הטוב הראויות לקידום יש מקום מיוחד לחירותו של הפרט לעצב את חייו כרצונו, ובכלל זה החירות להתנתק ממסגרות ומכבלים הפוגעים באושרו ובזהותו. גוון מיוחד של עמדה זו מדגיש את המרכזיות של החירות המינית כזירה לחקירה ולמימוש עצמי הנדרשת להיות נקייה ממגבלות כופות. הטיפוס השלישי הוא ליברל ממוקד ב**שוויון** ובייחוד **בצדק מגדרי**. עמדה זו מתרכזת בחשיבותו של שוויון בין אנשים, ובייחוד שוויון בין המינים, ולאורה גוזרת את מוסד הנישואין ואת הנורמות החולשות עליו מתוך רגישות להכפפה ולפערי כוחות בין המינים, ולצורך להבטיח את מעמדם השווה של גברים ונשים. תפיסה זו, שבחלקה קרובה לגרעין הליברלי ובחלקה אינה נדרשת לו, תתמקד אפוא בצורך להימנע מהצבתו של פיקוח על המיניות במוקד ההסדרה המשפטית של היחסים המשפחתיים בשל אופיו של התחום כמתאפיין, היסטורית, כתחום של שליטה גברית בנשים. בדומה לזה, מטעימה עמדה זו את החשש להפעלת מוסר מיני כפול, כמו גם את החשש מהשלכות רכושיות לא-שוויוניות של מתן ביטוי משפטי לאשמה, מה שיוכיל לפגיעה שיטתית בנשים.

64 RAZ, לעיל ה"ש 45.

שני הטיפוסים האחרונים מציגים נימוקים התומכים בליברליזציה מינית ללא מחויבות אידאולוגית לערכים שבבסיס הפילוסופיה הליברלית כולה. כך, הטיפוס הרביעי של נימוקים בזכות הנסיגה משיקולי אשמה מתבסס על נימוקים פרגמטיים הממוקדים ברווחת הפרט. עמדה זו מחדדת את הפער בין רדיפת הצדק בעזרת המשפט לבין התועלת הגלומה לפרט בפנייה לשיח טיפולי ובמבט אל העתיד, תחת חיטוט בפצעי העבר. בדומה לזה, הטיפוס החמישי של שיקולים בזכות ביטול מעמד של שיקולי אשמה שם את הדגש על שיקולים מערכתיים-מוסדיים. הוא מטעים את חוסר הכשירות המוסדי של רשויות המשפט להתמודד כהלכה עם סכסוכים על אשמה, בהדגשת הנזק הטמון בכך הן לפרטים עצמם (ובכך יש המיון בינו לבין הטיפוס הקודם) והן למערכת המשפטית ולמעמדה. שתי עמדות אחרונות אלו אינן מחויבות לתפיסה ערכית ליברלית (באשר למשקלם של חירות או שוויון) ואף לא לתפיסה פוליטית ליברלית בדבר גבולות מרותה של המדינה. עם זאת שתיהן מבוססות על שיקולים כבדי משקל נגד הסדרה משפטית של חיי המשפחה הנותנת משקל לחוסר נאמנות מינית במסגרת היחסים הרכושיים.

אם כן, לסיכום, עיון בנימוקים השונים נגד התחשבות באשמה מעלה כי מאחורי הנימוקים השונים מסתתרים טיפוסים שונים, העשויים להחזיק בעמדות שונות מבחינה ערכית ומעשית. אין צורך לומר שחלוקה זו אינה מוציאה, כלומר שאדם אחד עשוי להחזיק בעמדות המשויכות – לפי המיון שהצענו – ליותר מטיפוס אחד. כך למשל ניתן להחזיק גם בתפיסה שראוי שהמדינה תמשוך את ידה מתחום הפרט, וגם בעמדה שלפיה בתי המשפט אינם כשירים מוסדית לפעול בתחום זה ביעילות ובאמינות. עם זאת ההבחנה בין הטיפוסים השונים מאפשרת להבין את המחלוקת הבנה מקיפה ומעמיקה, הבנה שתשרת אותנו בבואנו אל השלב העיקרי של הדיון. אך בטרם נפנה לשלב זה, בשלה השעה לערוך היכרות מעמיקה עם המהלך השני המאפיין את הליברליזציה של דיני המשפחה: הליברליזציה החוזית.

## ב. ליברליזציה חוזית – עלייתם של ההסכמים בדיני המשפחה

### 1. ההתנגדות המסורתית לאכיפת חוזים זוגיים

באופן מסורתי, התבססה ההתנגדות הציבורית והמשפטית להסדרה חוזית של חיי המשפחה על שתי טענות מרכזיות הנדמות על פני הדברים כסותרות: לפי עמדה אחת, אין לאכוף הסכמים משפחתיים משום שנורמות אלו אינן עניין פרטי, ואילו לפי הטענה האחרת, אל לו למשפט להתערב בהסכמות בין בני הזוג דווקא משום פרטיותם היתרה. נסביר: לפי העמדה הראשונה, הסדרה פרטית איננה מתאימה לחיי המשפחה, שכן המשפחה – כמוסד חברתי-ציבורי – צריכה להיות מוסדרת באמצעות נורמות ציבוריות. על דיני המשפחה לשקף תפיסה מוסרית של צורת החיים הראויה, ותפיסת עולם בנוגע לתפקידי המגדר והיחסים בין המינים, ולקדם אינטרסים ציבוריים הנוגעים ליציבות החברה וללכידותה, לשמירה על היוחסין, ולהגנה על יציבות התא המשפחתי ועל עצמאותו.<sup>65</sup> מנגד, לפי

65 להיבט הציבורי של ההסדרה המסורתית של היחסים הזוגיים ולנטייה להעדיף הסדרים קונגטיים בתחום זה ראו Brian Bix, *Bargaining in the Shadow of Love: The Enforcement of Premarital*

העמדה השנייה, ההתנגדות למתן תוקף משפטי להסכמות בין בני משפחה מעוגנת דווקא בכך שחיי המשפחה אינם עניין ציבורי אלא עניין פרטי,<sup>66</sup> בשני מובנים שונים: במובן אחד, חלק מן הנושאים המשפחתיים הם פרטיים במובן זה שהם אינם עניין למשפט לענות בו, שכן הם מבוססים על אהבה וחובה ולא על יחסים משפטיים;<sup>67</sup> במובן אחר, קרוב, חלק מן העניינים המשפחתיים נתפס כחוסה תחת האוטונומיה של היחידה המשפחתית הזכאית לעצמאות מפני מעורבותו של הדין או המדינה, ולכן על המשפט לעצור לפני חצייתו את סף בית המגורים.<sup>68</sup>

## 2. הצדקות לליברליזציה באכיפת חוזים זוגיים – אנטומיה

במסגרת מהלך הליברליזציה של דיני המשפחה בעשורים האחרונים של המאה העשרים נסוגה התנגדות זו בשל כמה וכמה שינויים חברתיים ואידאולוגיים, שהובילו לעלייה בכוחם של הסכמים במשפחה בכלל ובין בני זוג בפרט. מגמה זו הובילה לתמיכה רוחת בהסדרה הסכמית של יחסים זוגיים ברוב שיטות המשפט המערביות<sup>69</sup> והגיעה עד כדי כתיבה אקדמית המבקשת להמיר את דיני המשפחה כולם בהסדרה חוזית, או כזו הרואה בחוזה המשגה טובה של דיני הזוגיות עצמם.<sup>70</sup> הגישה המתירנית כלפי הסכמים משפחתיים נשענה על כמה טעמים עיקריים: ראשית, על נסיגה של המדינה מן היומרה להסדיר במלואם את החיים המשפחתיים, או לקבוע תנאים קשיחים לגיימיזציה של יחסים זוגיים. לפי תפיסה זו, זכותם של פרטים לעצב את חיי המשפחה שלהם כראות עיניהם, ואל לו לציבור לקבוע נורמות מוסריות החולשות על חייו של הפרט בתחום שאינו מזיק לאחר. חיי המשפחה הם זירה למימוש תפיסת טוב שאין להכתיבה בעזרת כוח הכפייה המדינתית, וממילא יש להותיר לצדדים לקבוע את תכניה המדויקים של מערכת היחסים שלהם, בין היתר באמצעות התקשרות בחוזים. בדומה לזה, נשענה מגמה זו גם על ההכרה בחשיבותם של מגוון

Agreements and How We Think about Marriage, 40 WM. & MARY L. REV. 145, 148–156 (1998); ליפשיץ "הסדרת החוזה הזוגי", לעיל ה"ש 6, בעמ' 274–275.

66 להיבט הפרטי של חיי המשפחה כהצדקה לאי-אכיפת הסכמים ראו שם.

67 Marsh Garrison, *Marriage: The Status of Contract, An Essay on Weitzman's The Marriage* (1983) ראו Contract, 131 U. PA. L. REV. 1039, 1051 (1983); ליפשיץ "הסדרת החוזי הזוגי", לעיל ה"ש 6, בעמ' 291–292.

68 ראו Balfour v. Balfour, [1919] 2 KB 571, ואת הניתוח של פסק הדין אצל Stephen Hedley, *Keeping Contract in its Place – Balfour v. Balfour and the Enforceability of informal Agreements*, 5 OXFORD J. LEGAL STUD. 391 (1985). וכאן יש להזכיר כמובן את הביקורת הנורמטיבית והמושגית כלפי תפיסת אי-ההתערבות: Frances E. Olsen, *The Family and The Market: A Study of Ideology and Legal Reform*, 96 HARV. L. REV. 1497 (1983).

69 ראו במקורות בה"ש 5 לעיל.

70 LENORE J. WEITZMAN, *THE MARRIAGE CONTRACT: SPOUSES, LOVERS, AND THE LAW* (1981); Shultz; לעיל ה"ש 5; Martha L. Fineman, *Contract Marriage and Background Rules*, in ANALYZING LAW: NEW ESSAYS IN LEGAL THEORY 183 (Brian Bix ed., 1998). אולם השוו לעמודות המאופקות יותר המוצגות על ידי Elizabeth F. Emnes, *Regulatory fictions: On Marriage and Countermarriage*, 99 CAL. L. REV. 235 (2011); Elizabeth S. Scott, *A World without Marriage*, 41 FAM. L.Q. 537 (2007).

ופלורליזם. לפי עמדה זו יש כמה סגנונות לגיטימיים של חיים משפחתיים, ואין לבצע האחדה בכוח של טעמים שונים, או להניח ש־one size fits all;<sup>71</sup> שנית, בהיותה של האוטונומיה ערך חברתי מרכזי, יש לארגן את החיים המשפחתיים עצמם באופן הממוקד בקידום האינטרסים של הפרטים המרכיבים אותה, ובפיתוח האוטונומיה של כל אחד מבני המשפחה.<sup>72</sup> מתן אפשרות לצדדים לעצב את מערכת היחסים שלהם בדרך של משא ומתן מכיר בנבדלותם זה מזה ומכיר בזכותו של הפרט לכונן בעצמו את מסגרות חייו, הן כלפי בן זוגו והן כלפי החברה; שלישית, התמקדות בבני הזוג כפרטים מציבה את המשפחה כמי שנועדה בראש ובראשונה לקדם את רווחתם של הפרטים המרכיבים אותה, וממילא הדעת נותנת כי יש לתת להם קדימות בעיצוב ההסדרים הרצויים להם ובהתאמתם לצורכיהם ולנסיבותיהם הקונקרטיות.<sup>73</sup> לבסוף עמדה זו נשענת על מחויבות לשוויון בין המינים, שכלל הן רתיעה מביסוסן של נורמות משפחתיות על תפקידי מגדר קבועים והן כיבוד יכולתן של נשים לפעול כסוכנות (agents) הקובעות במסגרת הסכמת את אופיים של חי המשפחה שלהן.<sup>74</sup>

עם זאת דווקא מנקודת המבט של היחסים בין המינים עורר מהלך הליברליזציה ההסכמת גם חששות. ראשית, נטען כי הפקרת הנורמות המשפחתיות למשא ומתן בין הצדדים יחשוף צדדים חלשים, ובעיקר נשים, לפערים ביכולת המיקוח ובעמדות המוצא, מה שינציח תלות ויאפשר ניצול של פערי כוחות ומידע או ניצול לרעה של יחסי אמן.<sup>75</sup> מכאן עלולה לנבוע חשדנות כלפי הסדרים חוזיים המניחה כי הסדרים כאלו סופם להעביר זכויות לפי כיוון יחסי הכוחות, כלומר להעביר זכויות המוקנות לנשים לידיהם של גברים.<sup>76</sup> עמדה נגדית מבקשת להתנער מסימון אוטומטי של נשים כמי שזקוקות מטבען להגנת המשפט ומבקשת להדגיש דווקא את כוחן להיבנות מהסכמות שישרתו את טובתן ואת

71 לתמיכה נמרצת במיוחד בהכרה בהסכמים זוגיים ראו Jeffrey Evans Stake, *Mandatory Planning for Divorce*, 45 VAND. L. REV. 397 (1992); Kaylah Campos Zelig, *Putting Responsibility Back into Marriage: Making a Case for Mandatory Prenuptials*, 64 U. COLO. L. REV. 1223 (1993) עור ראו J. Mark Ramseyer, *Toward Contractual Choice in Marriage*, 73 IND. L.J. 511 (1998); Rasmusen & Stake, לעיל ה"ש 24.

72 למגמה הליברלית של תמיכה בהסדרים חוזים בתחום המשפחה ראו ליפשיץ "הסדרת החוזה הזוגי", לעיל ה"ש 6, בעמ' 275-276; Lifshitz, *The Liberal Transformation*; לעיל ה"ש 1.

73 WEITZMAN, לעיל ה"ש 70 (בכיוון של תרומה לרווחת הפרטים); Mary Anne Case, *Enforcing Bargains in an Ongoing Marriage*, 35 WASH. U. J. L. & POL'Y 225 (2011); Robert H. Mnookin, *Divorce Bargaining: The Limits on Private Ordering*, 18 U. MICH. J. L. REFORM 1015, 1018-1019 (1985); Rasmusen & Stake, לעיל ה"ש 24; Shultz, לעיל ה"ש 5, בעמ' 219-213.

74 Weitzman, לעיל ה"ש 70; Lifshitz, *The Liberal Transformation*, לעיל ה"ש 1, בעמ' 26-28; Shultz, לעיל ה"ש 5, בעמ' 252.

75 Penelope Eileen Bryan, *Women's Freedom to Contract at Divorce: A Mask for Contextual Coercion*, 47 BUFF. L. REV. 1153 (1999); Gail Frommer Brod, *Premarital Agreements and Gender Justice*, 6 YALE J.L. & FEMINISM 229 (1994); Judith T. Younger, *Lovers' Contracts in the Courts: Forsaking the Minimum Decencies*, 13 WM. & MARY J. WOMEN & L. 349 (2007)

76 לתיאור כללי של החשש ראו ליפשיץ "הסדרת החוזה הזוגי", לעיל ה"ש 6, בעמ' 275-276. להתממשות החשש בהקשר הישראלי ראו שם, בעמ' 286-291; ריבלין, לעיל ה"ש 6; גן, לעיל ה"ש 6.

התקווה לשינויים צפויים במעמדן של נשים.<sup>77</sup> בתווך ניתן למצוא עמדות ביניים מתונות יותר, המבקשות להתמודד עם החששות בעזרת התייחסות ייחודית להסכמים משפחתיים, אם בעזרת ליווי ופיקוח משפטי בשלב הכריתה והאכיפה, ואם בעזרת יישום מתאים של דוקטרינות חוזיות כלליות ברגישות לפערי כוחות ולסכנות הייחודיות המאפיינות יחסים כאלו. בדומה לזה, ניתן למצוא עמדות המבקשות להתאים את רעיון האוטונומיה להקשר ההתייחסותי (relational) של החיים המשפחתיים, למשל דרך הדגשת חובת תום הלב בין הצדדים והיחסים המיוחדים השוררים ביניהם.<sup>78</sup>

לצד התמיכה הרחבה בהסדרה הסכמית של ההיבטים הכלכליים המלווים את פירוק הנישואין התגלעה מחלוקת ייחודית בדבר הסכמים המבקשים להסדיר את מהלך חיי הנישואין. הסתייגות מהסכמים אלו נשענה, ראשית, על עוינות ליומרתו של המשפט להסדיר את היחסים הביתיים עצמם ועל הרצון להותיר תחומים מחוץ להישג ידו של המשפט כדי שאלו יוסדרו בעזרת מערכות אחרות כמו תרבות, דת או מוסר. לפי תפיסה זו, אף אם הצדדים הם יחידים אינדיווידואליים ולא יחידה לכידה, יש טעם בהסגת תחומו של המשפט מן המרחב האישי-אינטימי. גישה זו מדגישה כי גם אם לכאורה מקור ההסדר החוזי הוא בצדדים עצמם, מתן תוקף משפטי להסדר ופנייה אל המדינה לשם אכיפתו כרוכים, מיניה וביה, בקביעה ציבורית של נורמות המפקיעה למעשה את השליטה בחוזה מדיהם של הצדדים הרשמיים לו.<sup>79</sup> בדומה לזה, הועלה החשש שמסגרת יחסים חוזית-משפטית תחטא לאופייה של מערכת היחסים הזוגית באוכפה עליה עולם מושגים אינדיווידואליסטי-אטומיסטי המתנכר לאופי ההתייחסותי-אינטימי של הקשר הזוגי.<sup>80</sup> לפי עמדה אחרת, מהלך החיים הזוגי אינו עניין חשוב מספיק כדי שהמשפט, כלומר השימוש במשאבים ציבוריים ליישוב סכסוכים, יידרש אליו. די לבני הזוג באופציית היציאה מקשר שאינו רצוי להם, ואל לו למשפט לבקש לנהל את חיי הזוגיות של בני זוג שאינם משכילים לעשות זאת בכוחות עצמם.<sup>81</sup> בגרסה אחרת נטען כי אף אם ניהול החיים הזוגיים הוא חשוב, הכלים המשפטיים אינם מתאימים לניהול יעיל של סכסוכים בתחום זה, ולכן מעורבות משפטית

77 ראו למשל את הציטוט הבא מפסק הדין בעניין Simeone v. Simeone, 581 A.2d 162, 165 (Pa. 1990): "society has advanced, however, to the point where women are no longer regarded as the 'weaker' party in marriage, or in society generally"

78 לעמדה עקרונית כזו בנושא ראו Elizabeth S. Scott & Robert E. Scott, *Marriage as Relational* (1998) 1302 (n. 174), 1263–1284, 1225, 84 VA. L. REV. *Contract*; Bix, לעיל ה"ש 65, בעמ' 183–200. להצעות ברוח זו בהקשר הישראלי ראו ליפשיץ "הסדרת החוזה הזוגי", לעיל ה"ש 6, בעמ' 347–353. במישור הפוזיטיבי, כמה מנגנונים המוצעים ב-ALI, לעיל ה"ש 4, בס' 7.04, 7.05, משקפים את המגמה המרחיבה את החופש החוזי בהקשרים המשפחתיים אך בה בעת מבקשת לכוון מנגנונים מיוחדים כדי להתאים את דיני החוזים לאתגרים המיוחדים של היחסים המשפחתיים.

79 Morris R. Cohen, *The Basis of Contract*, 46 HARV. L. REV. 553, 591 (1933).

80 ראו למשל Cossman, לעיל ה"ש 13; Marcia Neave, *Resolving the Dilemma of Difference: A Critique of the Role of Private Ordering in Family Law*, 44 U. TORONTO L.J. 97 (1994). דאגה זו משותפת הן לעמדות פמיניסטיות-תרבותיות והן לעמדות קהילתניות שעמדו על חלוקת הבית-שוק.

81 דניאל פרידמן ונילי כהן **חוזים** כרך א פרק תשיעי (מהדורה ראשונה 1991); Saul Levmore, *Love It or Leave It: Property Rules, Liability Rules, and Exclusivity of Remedies in Partnership and Marriage*, 58 LAW & CONTEMP. PROBS. 221 (1995).

עלולה להיות רווית טעויות, וסופה אף לפגוע במערכת השיפוטית וביכולתה לקיים את תפקידיה האחרים.

מנגד, קולות אחרים עמדו על היכולת ועל הצורך לאפשר את ההכרה המשפטית גם בהסכמים החולשים על ניהול חיי הנישואין. ראשית נטען כי חשוב להחיל עקרונות צדק גם בתוך המסגרת המשפטית. לפי הטענה, תפיסת המרחב הביתי כמרחב נעלה על שיקולי צדק, או צדדי מכדי שעקרונות הצדק יענו בו, משרתת למעשה משטר מסורתי של דיכוי נשים בידי בעליהן. שגשוגו של המרחב האינטימי תלוי דווקא בנקודת בסיס של הקצאת זכויות צודקת.<sup>82</sup> יתרה מזאת, דווקא מנקודת מבט פמיניסטית חשוב להדגיש את אופי היחסים המשפחתיים ככאלו המבוססים על תמורות הדדיות, דבר שמאפשר לכל הצדדים להסתמך על החיובים ההדדיים ולקבל הכרה בערכן של תמורות ביתיות שבאופן מסורתי נחשבו ל"שקופות".<sup>83</sup> בדומה, נטען כי דווקא במרחב הביתי ראוי להקפיד במיוחד על נורמות של יושר, אמון והוגנות, ואם כך, סילוק המשפט מן המרחב הביתי חותר תחת האופי ההתייחסותי של מערכת היחסים במקום לחזק אותה.<sup>84</sup> דווקא מתן אפשרות להתחייבות חוזית באשר לאופן ההתנהגות במרחב המשפחתי מאפשר לצדדים ליצור מצגים אמנים ולאותן זה לזה על כוונותיהם האמיתיות ועל ציפיותיהם ההדדיות. לבסוף נטען כי לא נכון שהמשפט אינו מתאים לניהול מערכות היחסים המשפחתיים, שכן המשפט – כלומר קביעת הנורמות הבסיסיות – פועל גם מחוץ לבתי המשפט, מאפשר הסכמות ומשאים ומתנים העשויים להיות בעלי ערך תרפויטי, ומעניק בסיס לשיתוף פעולה או לגישור.<sup>85</sup>

### 3. כמה טיפוסים של ליברל חוזי-משפחתי

סקרנו כמה נימוקים שעמדו מאחורי מהלך הליברליזציה בהתייחסותם של דיני המשפחה לחוזים משפחתיים, כמו גם מחלוקות וניואנסים שונים בקרב עמדה זו. האנליזה של נימוקים אלו מגלה כי ממש כמו בפרק הקודם, גם כאן ניתן לחלק את הטיעונים ואת הנימוקים השונים לחמישה סוגים עקרוניים של טיפוסים טענות. טיפוסים אלו מובחנים זה מזה באופן המשתקף לא רק בעמדות שונות שאותן הם מאמצים כלפי הנושא שעל הפרק, כפי שראינו, אלא גם מבחינת התשתית התאורטית והנורמטיבית שעומדת מאחורי עמדתם.

הטיפוס הראשון מתמקד בחובת המדינה להניח לפרטים לבחור בעצמם ולעצמם את אופן החיים המשפחתיים שלהם בדרך המשקפת את תפיסת החיים הטובים שלהם, שכן קביעת נורמות בתחום זה חורגת מן התחום שאותן הם מאמצים כלפי הנושא שעל הפרק, כפי שראינו, אחר מדגיש את החשיבות במתן האפשרות לקבוצות מיעוט לבטא את תפוסותיהן או

Jeremy Waldron, *When Justice Replaces Affection: The Need for Rights*, 11 HARV. J.L. & PUB. POL'Y 625, 631–636 (1988). ראו גם Susan Moller Okin, *Justice, Gender, and the Family* (1989).

Katharine B. Silbaugh, *Marriage, Contracts and the Family Economy*, 93 NW. U. L. REV. 65, 93 (1998); Martha M. Ertman, *The Business of Intimacy: Bridging the Private-Private Distinction*, in *FEMINISM CONFRONTS HOMO ECONOMICUS: GENDER, LAW, AND SOCIETY* 467 (Martha Albertson Fineman & Terence Dougherty eds., 2005).

JILL ELAINE HASDAY, *INTIMATE LIES AND THE LAW* 214–215 (2019)

Case 73, לעיל ה"ש 73.

לאפשר מגוון צורות חיים שיעמדו לבחירתו של הפרט. זהו אפוא ליברל **ניטרליסט-פלורליסט**. הטיפוס השני מתמקד בחשיבותם של חוזים כמנגנון לעיצוב התפיסה של בני זוג כאינדיווידואלים נפרדים הקובעים לעצמם אוטונומית את מסגרות חייהם, ואינם נדרשים להכפיף את רצונותיהם ואת טובתם לטובת המסגרת המשפחתית או החברתית. הפקדת הפרטים על עיצובו של מוסד חברתי מרכזי שכזה מבטאת את המרכזיות של האוטונומיה המוקצית לפרטים. אם כן, זהו **ליברל של חירות ואוטונומיה**. טיפוס שלישי של שיקולים התרכז בהשפעתם של הסכמים משפחתיים על מעמדן של נשים. הדגשת האישה כצד שווה ותפיסת החוזה ככלי להעצמת כוחן של נשים, לצד החשש מהשלכותיו של הכלי החוזי ומפערים בכוח מיקוח, וממילא הסתייגות מכלי זה, קשורים שניהם אל התמקדות במעמד האישה ובשוויון בין המינים. תפיסה קרובה מתרכזת בהדגשת נקודת המבט הפמיניסטית בדבר חובת המדינה להבטיח צדק גם בתוך הבית פנימה והטעמת החשיבות של חיי המשפחה כזירה הראויה להגנה משפטית והרואה בחוזה מכשיר המשחרר את הפרטים מציפיות מגדריות או מאפשר להם לזכות בהכרה על מילוי משימותיהם הביתיות. זהו אפוא טיפוס אשר בראש מעייניו נמצאים **שוויון וצדק מגדרי**.

טיפוס רביעי של שיקולים התרכז ביכולתו של הכלי החוזי לתרום לקידום מטרותיהם ורווחתם של הפרטים, היודעים לזהות טוב יותר מן המתכנן החברתי את המנגנונים שיקדמו את רווחתם. לשיקולים אלו נלוו גם ספקות והסתייגויות בדבר התאמתו של המשפט ככלי לרגולציה של ההתנהלות המשפחתית השוטפת מתוך גישה **פרגמטית** המביטה אל האופנים המעשיים שבהם עשוי המשפט להשיג את מטרותיו. לשיקולים אלו הצטרפו גם שיקולים מטיפוס **חמישי** אשר תמך את הסתייגותו מחוזים החולשים על ההתנהלות הביתית השוטפת בשיקולים **מוסדיים ומערכתיים**, החל מן הצורך להשתמש במשפט לקידום אינטרסים ציבוריים ולא גחמות פרטיות, דרך ספקות בדבר יכולתו המוסדית של המשפט לפעול בתוך התא המשפחתי באופן הנשען על קביעת עובדות מהימנה, על אכיפת נורמות יעילה או על פיצוי אפקטיבי על סוג הנזקים הנובעים ברגיל מן ההתנהלות המשפחתית. כפי שראינו לעיל, עוצמתם של שיקולים אלו והתוצאה הנובעת מהם שנויות במחלוקת, אך על שני הצדדים במחלוקת זו מוסכם כי שאלות מוסדיות ומערכתיות משפיעות על ההכרעה, כלומר שטיפוס שיקולים חמישי זה ראוי להשפיע על עמדת הצדדים בנוגע לחוזים משפחתיים. אכן, כפי שהקורא הנבון כבר הבחין בשלב זה, יש דמיון רב בין חמשת הטיפוסים שאיתרנו מאחורי מהלך עליית החוזים המשפחתיים ובין חמשת הטיפוסים שאפיינו את מהלך הליברליזציה בתחום ירידת האשמה. מבט קרוב וקפדני על כל אחד משני המהלכים מגלה כי הם נשענים למעשה על קווי טיעון שונים ומגוונים. אכן, קווי טיעון אלו מתלכדים מאחורי התוצאה הסופית של ירידת האשמה או עליית החוזים, אך קיים הבדל עמוק ביניהם מבחינת המחויבות הערכית והאידיאולוגית. במבט ראשון העובדה שהמחנות אינם הומוגניים הופכת את אתגר יישוב המחלוקת בין המחנות בהקשר של הסכמי אשמה למורכב יותר. עם זאת דווקא העובדה שבין הטיפוסים השונים המרכיבים כל אחד מן המחנות יש דמיון של ממש עשויה לפתוח פתח לגישה חדשה ליישוב המחלוקת.

## ג. הליברלים החוזיים והליברלים המיניים נפגשים

### 1. מבוא מתודולוגי: כיצד נכריע במתח?

אחרי שבפרקים הקודמים הכרנו מקרוב את הליברל המיני ואת הליברל החוזי, בשלה השעה לעסוק בשאלת מעמד של הסכמי אשמה, כלומר הסכמים המבקשים לחרוג מברירת המחלוקת ולתת ביטוי רכושי לאשמה מינית בהתנהגותם של בני הזוג. במבט ראשון אפשר היה לחשוב כי יש כאן עימות בין שני מחנות: בין מי שנגד אשמה לבין מי שבעד חוזים. לפי עמדה זו, הכרעה שתקבל לפי החשיבות היחסית שראוי לתת לכל אחד מן המחנות, כאשר המחנה החזק יותר יגבר; או שההכרעה שתקבל בדרך של איזון בין המחנות אגב ביטוי למשקלם היחסי. תחת זאת הצענו במבוא לבחון את האפשרות של פשרה גישורית, כלומר לחתור למציאת ההקשרים שבהם עמדות הצדדים אינן מתנגשות כלל, או למצער שניתן ליישבן ללא מחיר כבד לאף אחד מן הצדדים. לאחר העיון בפרק הקודם גילינו כי ראוי לחשוב על הליך מעין-גישורי שכזה כגישור בין קבוצות או קהילות הטרוגניות, ולא כיישוב סכסוך בין פרטים או בין מחנות הומוגניים.

אלא שעיון מדוקדק בסוג הנימוקים העומד מאחורי כל אחת מן העמדות חשף לפנינו תמונה חדשה, שראויה להוביל למפנה אסטרטגי בנוגע לדרך הראויה לדון בשאלה שעל הפרק. למעשה, כפי שראינו, כל אחד מן המחנות מתאפיין בטיעונים שונים המתאימים לחמישה ארכיטיפוסים של חשיבה ליברלית: חמישה טיפוסים של "ליברל מיני" ולמולם חמישה טיפוסים של "ליברל חוזי", המגלים דמיון מפתיע ביניהם. במידה רבה הקרבה הרעיונית בין כל אחד מן הטיפוסים לבין הטיפוס המקביל לו מן המחנה השני גדולה מן הקרבה הרעיונית בין הטיפוסים השייכים לכל אחד מן המחנות המקוריים לבין עצמם. אם כך, הוויכוח הערכי כאן אינו בשאלה אם יש חשיבות יתר למעמד של הסכמים משפחתיים, או שמא חשיבות יתר להסתייגות מאשמה. בסיס הוויכוח הוא נקודת המוצא של שני המהלכים גם יחד, שאלה הקשורה לזהותו של הטיפוס הליברלי התומך בכל אחד משני המהלכים. אפיון זה חושף לפנינו קיומו של אוסף מורכב של בריתות ומחלוקות אפשריות בין חמשת סוגי הטיפוסים. במילים אחרות, העיון העלה כי הדרך הנכונה לדון במעמד הנורמטיבי של הסכמי אשמה היא לחלק את הדיון לא על בסיס התוצאה שאליה מחויבת מראש כל עמדה כלפי השאלה כשהיא עומדת לעצמה (תמיכה בליברליזציה מינית או בליברליזציה הסכמית) אלא לפי הטעמים שבבסיסה של תמיכה זו, העשויים להוביל למסקנה חדשה במקרה המיוחד שבמוקד דיוננו. ניתוח כזה ניתן להמשיל להליך של בניית הסכמות בחברה רבגונית ולא לעימות בין שני מחנות.<sup>86</sup>

ברוח זו הדיון בהמשך המאמר ינקוט מתודולוגיה דו-שלבית: בשלב הראשון, בפרק הנוכחי, יבקש הדיון לקבץ את זוגות הטיפוסים הליברליים, משני המחנות, סביב "שולחנות דיון" המתאימים למחויבות הערכית הבסיסית שלהם: שולחן אחד לטיפוס בעל המחויבות לניטרליות; שולחן אחר למחויבים אידאולוגית לאוטונומיה, וכן הלאה. בכל אחד

86 על תהליך של בניית הסכמות במובחן מגישור ראו LAWRENCE SUSSKIND, SARAH MCKEARNEN & JENNIFER THOMAS-LAMAR, THE CONSENSUS BUILDING HANDBOOK: A COMPREHENSIVE GUIDE TO REACHING AGREEMENT (1999).

מ"שולחנות דיון" אלו נבחן את ההכרעה הראויה בדילמה של הסכמי אשמה, אם בדרך של איזון והכרעה בין שיקולים נוגדים, ואם בדרך של "פשרה גישורית" שתאפשר למצוא עמק שווה בין נציגי שתי העמדות על בסיס השפה המשותפת ביניהם. בשלב השני, בפרק הבא, נקבץ יחדיו את מסקנות כל אחד מדיוני המשנה שנערכו סביב כל אחד מן השולחנות, ונבחן את היכולת לגבש על בסיסן של אוסף מסקנות אלו את המסקנה הכוללת או את המתווים האפשריים לקראת מסקנה כזו.

## 2. שולחן ראשון – הניטרליסטים והפלורליסטים

סביב השולחן הראשון נבקש לאסוף את הליברל המיני שהתנגד למתן ביטוי לאשמה משיקולים של ניטרליות והצורך של המדינה להימנע מעמדה כלפי החיים הטובים ותפיסות של מיניות בפרט (הליברל המיני הניטרלי-פלורליסטי) עם הליברל החוזי אשר ראה בהסכמים משפחתיים ביטוי הולם לעמדה הניטרלית של המדינה (הליברל החוזי הניטרלי-פלורליסטי). הפגישה סביב שולחן זה היא דוגמה ברורה ומובהקת לכך שלמעשה אין מדובר בהכרח בשני צדדים ניצים, משום שכפי שניתן לראות בנקל, הנימוקים שהיו בבסיס התנגדותו של הליברל המיני הניטרלי-פלורליסטי להתחשבות באשמה מאבדים את כוחם לחלוטין כאשר מקור הנורמה התומכת בהתחשבות באשמה היא בהסכם בין הצדדים. ראשית, הדאגה בעלת האופי הסוציולוגי בדבר חוסר יכולתה של המדינה להעריך את טעמם של אזרחיה בעניין נאמנות מינית (הן כאינדיקציה לאחריות סיום הקשר והן כעוולה עצמאית) בטלה לחלוטין כשהמקור להתחשבות באשמה הוא ברצון הצדדים עצמם, בין שנקודת המוצא היא שהמדינה אינה יודעת את העדפות אזרחיה, ובין שברשות המדינה יש הכללה טובה ואמינה, אך הכלי ההסכמי מאפשר לקבוצות מיעוט לחרוג ממנה. למעשה, מנקודת מבט זו צפוי הליברל המיני הניטרלי-פלורליסטי לשמוח בכלי החוזי (ולא רק להשלים עימו), שכן החוזה מעניק לו כלי לזיהוי אפקטיבי של הפרטים העומדים לפניו ופותר אותו מן הצורך בפנייה לברירת מחדל רובנית.

שנית, גם הדאגה הנורמטיבית, שלפיה אין באפשרותה או מתפקידה של המדינה לקבוע את תפיסת החיים הטובים ואת תוכן הקשר הזוגי, בייחוד בענייני אשמה, אינה חלה כלל כאשר מקור הנורמות והערכים הוא בצדדים עצמם, כלומר כאשר אין מדובר בקביעה חברתית של השלטון אלא במתן תוקף להעדפותיהם של הפרטים.<sup>87</sup> יתרה מזאת, בעוד מנקודת מבטו של הליברל המיני המקור ההסכמי שמט את הקרקע מתחת להתנגדות, הרי שמנקודת המבט שמנגד – זו של הליברל החוזי – הסכם כזה עשוי להיות בסיס לתמיכה נלהבת, כלומר לא רק להיתר אלא אף לעידוד. תמיכה כזו נובעת משיקולים של פלורליזם

87 מנקודת מבטו של הליברל החפץ בחירות, נקודה זו עלולה לעורר חשש מעמדתה הערכית של המדינה. כפי שלימד הדיון הקלאסי של Cohen, לעיל ה"ש 79, אכיפת חוזים אינה פעולה ניטרלית, אלא כזו המשקפת את הבחירה לאכוף את החוזה, להשלימו ולפרשו, בחירות הנשענות כולן על עמדה ציבורית. לפיכך החשש הוא שהסדרה הסכמית של סוגיות כאלו תיתן למדינה דריסת רגל בקביעת הנורמות במרחב הביתי. אלא שמנקודת מבט זו, כפי שציינו, כזו עדיפה החשיפה למעורבות המדינתית בדרך החוזית על פני כפיפות לברירת המחדל שאינה מכבדת את טעמיו כלל. את היקף המעורבות המדינתית ניתן לצמצם באמצעות הרחבת דרישת המסוימות.

ומגוון המבקשים להעמיד לזכות האזרחים יכולת בחירה בין כמה חלופות וסגנונות חיים בנושא חשוב ומרכזי כמו אופי היחסים הזוגיים; כמו גם משיקולי רב-תרבותיות שעיקרם במתן אפשרות לקבוצות תרבותיות שונות לפעול כל אחת לפי תפיסתה (אף אם אין ערך במגוון המוסדות כשלעצמו, כלומר שהצורך לאפשר מגוון מוסדות הוא תגובה למציאות של ריבוי טעמים או לשרידותה של עמדה שמרנית, שכשלעצמה אינה רצויה בהכרח). אם כך, כל עוד תפיסה המייחסת חשיבות לנאמנות מינית נחשבת לעמדה בעלת ערך או לעמדה נוכחת, ובוודאי כאשר היא משקפת העדפה של קבוצת מיעוט תרבותית, מתן ביטוי לתפיסה כזו נובע ממחויבות לתפיסות יסוד ליברליות שעניינן חובת הניטרליות של המדינה. למעשה, כפי שראינו בפרק א, חלק מן המחויבות המודרנית לנסיגה מאשמה נעוצה באידאולוגיה מקיפה בנוגע לחיים הטובים. הזכות של הפרט – אם כאדם פרטי ואם כחלק מקבוצה – לסטות מן האידאולוגיה של קבוצת הרוב במסגרת הסכם שכרת לעצמו היא ביטוי מופת לערכים ליברליים, כלומר מבטאת את המחויבות הליברלית לחירותו של המיעוט לעמוד על דעתו ועל אמונותיו מול תפיסות הרוב.

מסקנה דומה נובעת גם מזווית אחרת, הקשורה להשפעת החוזה על אופיו העקרוני של המבט הליברלי על תוכני האשמה. מנקודת מבט ליברלית ראשונית, שאלת ההתנהגות המינית נתפסת תדיר כשאלה של אכיפת מוסר,<sup>88</sup> שאל לה למדינה לענות בה, אולם עיגונה של ההתחשבות בבגידה בהסכם בין הצדדים הופך אותה משאלה של מוסר פרטי (private morality) לשאלה של הוגנות או הסתמכות. מהלך כזה משתלב במהלך המודרני הכללי שהעביר את המוקד בדבר הפסול הטמון בבגידה מן המחויבות העקרונית לקשר הנישואין אל התמקדות בהפרת האמון של בן הזוג.<sup>89</sup> במובן זה, עמדתו של המשפט כלפי הבגידה היא גם ניטרלית לתוכן: הבגידה פסולה בעיני המשפט אך ורק משום שהצדדים קבעו אותה כפסולה ביניהם,<sup>90</sup> והפרת אמון ביחסים קרובים היא פעולה שאיננה באותו תחום מוגן של self-regarding action, המוגן מהתערבות לגיטימית של המדינה. לפיכך המסקנה היא כי בעיני ליברל-ניטרלי-פלורליסטי החוזה הופך את התמונה הנורמטיבית, בשומטו את הקרקע מתחת לשיקולי הנגד ומעמיד שיקולים חדשים בזכות ההתחשבות בהתנהגות מעין זו.

אם כך, העיון מגלה כי אף שבמבט ראשון נראית מחלוקת בין מחויבות נגד אשמה למחויבות להסכמים, הרי שמנקודת מבטו של ליברל ניטרלי-פלורליסטי אין נוצרת כל התנגשות כשמדובר בהסכמי אשמה. במקרים כאלו מתגלה כי הליברל המיני "חוצה את הקווים" ומוצא בליברל החוזי בן ברית: לא זו בלבד שאין לליברל המיני עילה להתנגד להסכמים כאלו, ייתכן שהוא אף יבקש לעודדם. היפוך זה משתלב בשינוי החברתי ביחס לאשמה. במצב הקלאסי ירדת האשמה בדיני המשפחה התמקדה בשאיפת החירות של מיעוט אל מול ערכי הרוב השמרני, ואילו בתנאים החברתיים הנוכחיים מציבים הסכמי האשמה נקודת מבט הפוכה, של מיעוט המבקש להתנער מן הנורמה הציבורית הרווחת. אין פלא אפוא כי מי שמחויב לחירות הפרטים מול נורמות ציבוריות רווחות, ישנה את עמדתו. במונחי הדיון לעיל, מדובר כאן בפשרה גישורית מושלמת שאינה מצריכה אף אחד מן

88 H.L.A. HART, LAW, LIBERTY AND MORALITY (1963)

89 Marquis, לעיל ה"ש 40.

90 השוו לעמדת השופט שטיין בדנג"ץ הבגידה, לעיל ה"ש 8.

הצדדים לוותר על ערכיו או על היקר לו. אם כך, כל עוד הסכמים כאלו משקפים היטב את רצונם האמיתי של הצדדים להסכם, ה"שולחן" הניטרלי-פלורליסטי מאוחד בעמדתו הסובלנית כלפי הסכמי אשמה, ואולי אף יבקש לתמוך בקיומה של חלופה מעין זו ולעודד אותה.

### 3. שולחן שני – תומכי חירות ואוטונומיה

בפרק הראשון ראינו את נימוקי ההתנגדות של מי שכינינו הליברל המיני, תומך החירות והאוטונומיה, מבית מדרשה של התפיסה הליברלית-פרפקציוניסטית. לפי עמדה זו, הנימוקים המסורתיים בעד התחשבות באשמה מצויים במתח ישיר עם תפיסות יסוד ערכיות מרכזיות. כך למשל אם קביעת מחיר לאשמה יוצרת הכבדה על פירוק הקשר הזוגי או אף משקפת זיהוי של האחראי לפירוק זה, קביעה כזו מתנגשת ישירות עם המרכזיות של האוטונומיה של הפרט בעיצוב קשריו הזוגיים, ושל הדגש הראוי על זכות היציאה (exit) של כל אחד מבני הזוג מקשר זוגי שהוא אינו חפץ בו עוד, זכות שנועדה לאפשר לפרט מימוש עצמי ולעודד מערכת זוגית שבה כל אחד מבני הזוג נדרש לדאוג שמשנהו יהיה מרוצה מן הקשר.<sup>91</sup> אף התפיסה שלפיה מחיר לאשמה משקף עוולה עצמאית מתנגשת עם החשש שעוולה כזו אינה משקפת נזק עצמאי (וממילא היא חשודה בנסיגה לפיצוי על סיום הקשר), ואף עם המרכזיות של החירות המינית וזכותו של כל פרט לממש את עצמו ואת העדפותיו ללא מגבלה, וכן עם הרצון להעביר את מוקדו של מוסד הנישואין מפיקוח על התנהגותם המינית של הצדדים להתמקדות בתמיכה זוגית נפשית וכלכלית ובהורות משותפת יציבה לטובת הזוג וילדיו.<sup>92</sup>

האם עמדה זו משתנה כשמקורה של התלות באשמה הוא ברצונם של הצדדים כפי שהובע בהסכם? דומה כי יש להשיב בשלילה על שאלה זו. הסכם כזה, במינוחים חוזיים, עשוי להיחשב לחוזה הנוגד את תקנת הציבור, משום שהוא מתנגש עם ערכים ציבוריים בדבר דרך החיים הראויה,<sup>93</sup> כי גם במודל החוזי תוצאתו של ההסדר היא הגבלה על אפשרות סיום הקשר או על מימוש החירות המינית. ממילא, לו ישנה התנגדות פרפקציוניסטית למוסד נישואין שמטיל נטל על המעוניין לצאת ממנו, או לחיים זוגיים המגבילים יתר על המידה את חירותם המינית של בני הזוג, תורף ההתנגדות נעוץ בגודלם ובעוצמתם של הנטל או של המגבלה ולא במקורם: מחיר גבוה עלול לתפקד בפועל כמגבלה מעשית, ולמעשה אף קביעת מחיר כלשהו מצריכה לזהות כעוולה פסולה התנהגות שהיא לגיטימית מנקודת מבט ליברלית.<sup>94</sup> אם כן, אף אם העובדה שהצדדים מעוניינים בהסדר כזה יכולה להיחשב לשיקול נוגד שהליברל המיני נדרש להתחשב בו, אין בה כדי לחתור תחת בסיס התנגדותו העקרונית כפי שפורטה לעיל. למעשה, כשמחיר האשמה

91 ראו לעיל ה"ש 47-48, שבהן עסקנו בתפיסת החיים הטובים המשתקפת במדיניות גירושין ללא אשמה.

92 ראו לעיל ה"ש 33, 48-54 והטקסט המתייחס אליהן, שבהן עסקנו בתפיסת החיים הטובים המשתקפת בדחיית הבגידה כעוולה עצמאית.

93 זה היה הלך המחשבה שהנחה את השופט הנדל בדנג"ץ הבגידה, לעיל ה"ש 8, בפס' 6 לפסק דינו (אף כי הוא בחר לבסוף שלא להכריע בנושא).

94 ראו בהקשר זה ALI, לעיל ה"ש 4, בס' 7.08(3) cmt. c.

מקורו בהסדר פרטי של הצדדים המצביע עליה כעל עוולה עצמאית, עשוי הדבר דווקא להחריף את החשד שלפיו הסדר זה נועד להסוות רצון להגביל את היציאה מן הקשר ולא רק את ההתנהגות במהלכו. אם כך, בניגוד לחברו, הליברל הניטרלי, שהתנגדותו נשמטה בשל הסדרה חוזית של שאלת האשמה, הליברל המיני הפרפקציוניסט נותר על עומדו נוכח ההתנגשות החזיתית בין הערכים שלהם הוא מחויב לבין ההסדר שאותו מבקשים הצדדים להסכמי האשמה לייסד. אפשר היה אפוא לצפות להתנגשות בין הליברל המיני לבין רעהו – הליברל החוזי!

אולם בעוד ב"שולחן" הקודם גילה הליברל המיני כי בהתבסס על בחינה מעמיקה של השיקולים המניעים אותו, התנגדותו לאשמה נחלשת כאשר מדובר בהסכם, ב"שולחן" הנוכחי נראה כי צפויה דינמיקה הפוכה. נראה כי דווקא הליברל החוזי הפרפקציוניסט עשוי לגלות כי בהקשר של הסכמי אשמה המוטיבציה שלו לתמוך בהסדרה הסכמית פוחתת, ואולי אף מתאינת, דווקא משום הישענותה של עמדתו שלו על ערכה של אוטונומיה. הטעם לכך הוא שבעיניים ליברליות הממוקדות באוטונומיה הסכמי האשמה עלולים לשקף כבילה עצמית פסולה. כדי להציג עמדה זו בבהירות, נפתח בדיון בהסכמים שפועלם הוא הגבלה על חירות היציאה ונעבור להסכמים המגבילים את ההתנהגות המינית במהלך הקשר. ניוזר, ראשית, כי עמדה מקובלת מתנגדת להקשחה הסכמית של משטר הגירושין עצמו, כלומר להתנאה שתשלול מן הצדדים את זכות היציאה החד-צדדית מן הקשר.<sup>95</sup> הסכם השולל מבן זוג את זכות היציאה נתפס לפי עמדה זו כשיעבוד עצמי מופרז, הדומה במבנהו לחוזה למכירה עצמית לעבדות הזכור מן הדוגמה המיליאנית. היבט נוסף קשור לאפשרות של שינוי עצמי, כלומר לחשש מכבילה עצמית שתחול על העתיד הרחוק אשר בו אותו אדם צפוי לעיתים לשנות את טעמיו, את תפיסותיו ואת עמדותיו.<sup>96</sup> אם כך, דווקא מנקודת ראות ליברלית-חוזית פרפקציוניסטית, התומכת בהסכמים מתוך מחויבות לאוטונומיה אישית, יש מקום להסתייג מהסכמים מגבילים כאלו. מנקודת ראות זו, מחיר כלכלי גבוה שיוצמד לסיום הנישואין, כמוהו כמגבלה אפקטיבית על סיום הקשר.<sup>97</sup> יתר על כן, מלבד עמדה ממוקדת-אוטונומיה כללית, הליברל החוזי הפרפקציוניסט בהקשר המשפחתי נועץ את עיקרה של התמיכה בהסכמים משפחתיים בהגנה על כל אחד מבני הזוג כאינדיווידואל עצמאי. מוקדו של מהלך האינדיווידואליזציה של דיני המשפחה אינו בהצבת גבול בין הבית לבין החברה, אלא במיטוט חומות הבית והדגשת אופיו של הקשר הזוגי כקשר בין שני פרטים עצמאיים. ממילא הסתייגות מהסכמים המגבילים את זכות היציאה מקשרים נובעת ישירות מתוך תמונת עולמו של הליברל החוזי הפרפקציוניסט. עמדה דומה עשויה לנבוע מנקודת מבטו של הליברל החוזי הפרפקציוניסט גם מהעמדה החלופית, הרואה את מוקד ההתנאה לא בסיום הקשר אלא בניהול של התנהגות הפרטים

95 ראו לעיל ה"ש 24.

96 Melvin A. Eisenberg, *The Limits of Cognition and the Limits of Contracts*, 47 STAN. L. REV. 211 (1995); Edna Ullmann-Margalit, *Big Decisions: Opting, Converting, Drifting*, 58 ROYAL INSTITUTE PHILOSOPHY SUPPLEMENT 157 (2006).

97 אשר לשאלה עד כמה צריכה התוצאה הרכושית להיות משמעותית, אם בכלל, השוו לדין בפרק א.2 להלן. שאלה אחרת נוגעת להבחנה בין שלילת הטבה לבין שלילת זכות. סוגיה רחבה זו תידון בהמשך, בפרק ד.3(ב) להלן.

במהלך הנישואין, כלומר רואה בתוצאה הרכושית כנובעת ממעין עוולה עצמאית. לפי עמדה זו, הטלת מחיר משפטי על התנהגותו המינית של הפרט במהלך הקשר, גם ללא קשר לשאלת אופן סיומו, עשויה להיחשב לפגיעה באוטונומיה שלו, דווקא בשל חשיבותה היתרה של החירות המינית. כך לדוגמה, בהקשרים של חזרה מהסכמה למגע מיני, ברור כי יש להגן על חירותו של כל אדם לנהוג לפי העדפתו הנוכחית ולא לפי התחייבות קודמת.<sup>98</sup> הקשרים דומים המחדדים את החשיבות היתרה של חירות מינית מנקודת מבט של האוטונומיה של הפרט הם מצבים שבהם מבקש בן זוג לבחון את נטייתו המינית במהלך הקשר או האופן שבו יש להביט על אכיפתו של נדר נזירות. לפי עמדה מעין זו, ראוי להגן על מרחב של פרטיות הנתון לכל אדם, כאשר במרחב זה התנהגותו – ממש כמו חופש המחשבה שלו – נדרשים להיות חסינים ונקיים לחלוטין מן הצורך לדווח לזולת או לשאת במחיר כלשהו, שכן היענות לדרישות כאלו תקפח את האוטונומיה של אותו אדם. גם כאן קשורה העמדה לא רק בתפיסתו הכללית של הליברל אלא גם בעמדתו כלפי היחידה המשפחתית, המדגישה את נפרדותם של כל אחד מן הפרטים השותפים לקשר הזוגי ורואה בהם זכאים לתחום עצמאי הראוי להגנה גם איש מרעהו.<sup>99</sup> על אחת כמה וכמה שעמידה בפני רשויות המשפט או נשיאה בסנקציה משפטית בגין פלישה לאותו תחום עצמאי ייחשבו לקיפוח האוטונומיה של בן הזוג.<sup>100</sup>

מנגד, חשוב לציין כי לא כל עמדה ליברלית המחויבת לערכה של אוטונומיה בהקשר החוזי או לנפרדותם של הפרטים בקשר הזוגי נדרשת לאמץ גם את תפיסת העולם הקונקרטי המזהה חשיבות יתרה במימוש עצמי במישור המיני. לצד עמדה הרואה במוקד האוטונומיה חירות, עמדה חלופית תראה במוקד האוטונומיה דווקא את יכולתו של הפרט לקבל עליו מחויבות, הנובעת מהכרעתו העצמית. מובן זה של אוטונומיה, כריבונות הקשורה ל־self-legislation, עשוי דווקא לדחות את תמונת העולם של הליברל המיני ולראות בה כזו הממוקדת בעונג ובכניעה לדחפים אל מול עמדה אוטונומית של ממש שעניינה בחיים של מחויבות לעקרונות ולערכים המתאפיינים דווקא באיפוק ובמחויבות. מנקודת מבט זו, החווה הוא מכשיר המאפשר לפרטים לממש את ערכיהם ואת עקרונותיהם בדרך של יצירת מרחב נורמטיבי עצמאי הדורש מהם לעמוד בדיבורם. מקורה של ההגבלה העצמית בהסכם מרפא לפי עמדה זו את הפגיעה במרחב הפרטי, והעובדה שמגבלה זו נועדה לשרת את טובתו העצמית של כל אחד מן הפרטים השותפים לנישואין מותירה את העמדה בתוך המרחב הליברלי.<sup>101</sup> לפי תפיסה זו, אף שזכותו של כל אחד מן הפרטים לסיים את הנישואין לפי רצונו, בידם של הצדדים לקבוע כי התנהגויות מסוימות העלולות להביא

98 Liberto ; ALAN WERTHEIMER, CONSENT TO SEXUAL RELATIONS (2003) לעיל ה"ש 50.

99 השוו בהקשר זה את עמדת ברק בפסק הדין בבג"ץ 6650/04 פלונית נ' ביה"ד הרבני האזורי נתניה, פ"ד סא(1) (2006), שלפיה "האוטונומיה של הפרט היא גם אוטונומיה כלפי בן הזוג. הפרטיות של הפרט, היא גם פרטיותו כלפי בן זוגו".

100 וראו בהקשר זה את ס' 147–160 לבקשת ההצטרפות של שדולת הנשים, לעיל ה"ש 52, שהוגשה לקראת הדיון בדנג"ץ הבגידה, וטענה שיש לדחות כל הסכם המייחס תוצאה להתנהגות מינית בשל ההיבט הממשטר.

101 Elizabeth S. Scott, *Rational Decision-making about Marriage and Divorce*, 76 VA. L. REV. 9 (1990).

לקצם גם קשרים זוגיים טובים ומיטיבים, ייראו בעיניהם כפסולים. לפיכך הצדדים זכאים לבנות מנגנון שמטרתו לסייע לצדדים להימנע מהם כל עוד מנגנון זה אינו שולל למעשה את זכות היציאה אלא רק מתמרץ אותם לנהוג באופן התומך בקשר. אם כך, שיטת משפט האוכפת מחויבות כזו דווקא מכבדת את האוטונומיה של נתיניה, במובן זה.

לסיכום, המקרה של הסכמי אשמה חושף שונותיות בתוך תפיסת ערכן של חירות ושל אוטונומיה. מן העבר האחד, תפיסה ליברלית המדגישה מימוש עצמי, אותנטיות ובחירה מתמדת מובילה למסקנה שלפיה הליברל החוזי יצטרף לחברו הליברל המיני בהתנגדות להסכמי אשמה, שכן תמיכה בהסכמים כאלו אינה מתיישבת עם העקרונות אשר הביאו אותו לתמוך בהסכמים משפחתיים מלכתחילה. לעומת זאת עמדה ליברלית אחרת, הרואה בחוזה מכשיר ליצירת מחויבות, כבילה עצמית ומתינות, דווקא מחדדת את המחלוקת בין הליברל המיני לליברל החוזי, והדבר קורא להכרעה בין עמדותיהם הנגדיות.

לצד המחלוקת העקרונית בדבר חירותם המינית של הפרטים, המדגישה את החשיבות היתרה המוקנית לשאלות של התנהגות מינית במהלך הנישואין ומחדדת את ההתנגדות הליברלית להסכמי אשמה, מחויבות נוספת של הליברל המיני נובעת דווקא מתפיסה אקספרסיבית המבקשת למעט בחשיבותה של ההתנהגות המינית ושאלות של מוסר מיני בכלל, במסגרת דיני המשפחה, כאמצעי לעיצוב התפיסה הציבורית של מוסד הנישואין. עמדה זו ממוקדת ברצון להרחיק את מוקד מוסד הנישואין משאלות מעין אלו, הן משיקולים הקשורים בשוויון מגדרי (שאליהם נשוב בתת-הפרק הבא) והן כדי לחזק את יציבות הקשר הזוגי לטובת בני הזוג ולטובת ילדיהם (כך, בהיפוך אירוני מרהיב, השתנה מעמדו של שיקול היציבות משיקול בעד התחשבות באשמה לשיקול נגד התחשבות כזו). במבט ראשון עשוי היה אפוא להתגלע קונפליקט בין העמדה הליברלית המינית (המתנגדת) לבין העמדה הליברלית החוזית (התומכת לכאורה). עם זאת במבט שני, ייתכן שגם בהיבט זה יריעת המחלוקת צרה יותר. מנקודת המבט של השפעה על המוסד החברתי הכללי יש מקום להבחין בין הסדר שמקורו בברירת המחדל של המחוקק לבין הסדרים פרטניים של בני זוג, בייחוד אם היקפם מוגבל.<sup>102</sup> ממילא הליברל המיני יוכל לגלות סובלנות ולהסכים להיקף מוגבל של הסכמי אשמה כל עוד אלו אינם מאיימים על התפיסה הציבורית הרווחת של חיי המשפחה. מן העבר השני, דווקא הליברל החוזי עשוי לגלות סובלנות כלפי ההתערבות בהסכמי אשמה משיקולים הקשורים בעיצוב התפיסה הציבורית בדבר מוסד הנישואין, או למעורבות מדינתית בהשפעה על התנהגות האזרחים, משום שכאמור, המחשבה שהכלי החוזי נועד לקדם תפיסה ליברלית של חיים טובים ולהעניק לצדדים חלופות טובות נעוצה עמוק בתוך התפיסה של הליברל החוזי הפרפקציוניסט, הרואה את תפקיד דיני החוזים בייצור מוסדות חברתיים ראויים ולא בהגנה על כל גחמה של פרטים.<sup>103</sup> אם כך, אשר לשיקול העקרוני, הממוקד בערך החירות המינית, ראינו דינמיקה סוערת של כריתת ברית עם ליברל חוזי המחזיק בעמדה מינית מתירנית או חידוד המחלוקת עם הליברל החוזי המחזיק בעמדה שמרנית יותר בעניין אתיקה מינית. לעומת זאת באשר לשיקול

102 למנגנונים המאפשרים להגביל את ההיקף של הסדרים פרטיים כאלו ראו את הדין בפרק 2.ד להלן.  
103 HANOCH DAGAN & MICHAEL HELLER, THE CHOICE THEORY OF CONTRACTS 1-17, 41-48 (2017).

המתרכז בעיצוב מוסד הנישואין מסתמנת דינמיקה של פשרה המתכנסת למרכז, ובמסגרתה הן הליברל החוזי הן הליברל המיני יחיו בשלום עם ניסיון של הדין לעצב את הסכמותיהם של הפרטים ולכוון אותם נגד הסכמי אשמה, ושניהם יחיו בשלום אף עם רצונה של קבוצה מוגבלת לסטות מכיוון זה כל עוד סטייה זו אינה חותרת תחת התפיסה החברתית המרכזית. לסיכום, הליברל החוזי עשוי להיות שותף גם לתמונת העולם של הליברל המיני, המתרכזת בחירות ובהיעדר כבילה. במקרה כזה מתברר כי אין שום מתח בין מחויבותו הערכית בשאלות של זכות היציאה מנישואין או של חשיבות הספירה המינית לבין מחויבותו הערכית בקשר לחשיבותם של חוזים בשדה המשפחתי. מנגד, הבחנו כי עמדה זו אינה הכרחית, כלומר תפיסה ליברלית חוזית עשויה להיות קוהרנטית גם אם היא דוחה את תפיסותיו הפרטיקולריות של הליברל המיני, כולן או חלקן. כך או כך, אשר להיבט הקשור לעיצוב מוסד הנישואין, הרי שאף שיש פער בין שתי העמדות, ישנו גם מצע משותף המרכז את שתי נקודות המבט ומאפשר להן להגיע לפשרה סביב תמיכה מדינתית אקטיבית במוסד נישואין מזן אחד,<sup>104</sup> שלצידה סובלנות מוגבלת כלפי סטייה ממוסד זה בהיקף כזה או אחר. זאת ועוד, כחלק מן המחויבות הליברלית של שני הצדדים, שניהם אינם עיוורים לעלותה של כפיית הסדרים על צדדים בניגוד לרצונם המפורש. גם מבחינה זו אפוא יש טעם באימוץ מנגנון מפורש, אף אם בגינו לא יבואו הצדדים על מלוא סיפוקם.

#### 4. שולחן שלישי – הפמיניסטים: שוויון וצדק מגדרי

בפרק הקודם עסקנו בנקודת מבטו של מי שמחויב לליברליזם פרפקציוניסטי, המוגדר סביב מרכזיות ערכה של חירות הפרט ושל האוטונומיה שלו. בפרק זה נעסוק בסוג נוסף של שיקולים אידאולוגיים שמקורם במחויבות לשוויון ולצדק מגדרי בתוך המשפחה. גם כאן ננסה לבחון כיצד משתנה העמדה המתנגדת להשפעת אשמה כאשר מקור ההתחשבות באשמה הוא בהסכם בין הצדדים, וכיצד מושפעת העמדה המצדדת בהתנאה חוזית כאשר תוכן החוזה הוא קביעת נפקויות רכושיות להתנהגותם של הצדדים במישור המיני. כזכור, שני נימוקים עיקריים היו בבסיס ההתנגדות הפמיניסטית להתחשבות באשמה. שיקול ראשון, עקרוני, הצביע על הבעייתיות של הצבת המיניות בלב מערכת היחסים המשפחתית בשל ביקורת שהדגישה את אופיו הפטריארכלי של הפיקוח המשפטי על המיניות כעניין הממוקד בשליטה ובהכפפה (ולא בצניעות, בנאמנות או במוסר). לפי גישה זו, ההתנגדות אינה נעוצה בתוכן המדויק של הנורמה המשפטית אלא בעצם העיסוק בתחום המיני, המאופיין כתחום של שליטה גברית בנשים. שיקול שני, אינסטרומנטלי, הדגיש את החשש, המעוגן בנתונים החברתיים, להפעלתו של מוסר מיני כפול אשר יאסור על נשים מה שמותר לגברים. חשש אינסטרומנטלי נוסף קשור במציאות הסוציולוגית שבה מרבית הרכוש הזוגי עודנו רשום על שם גברים, ועל כן נשים הן בדרך כלל התובעות על פי הדינים

104 תמיכה כזו יכולה לשאת למשל אופי של ברירת מחדל דביקה. ראו על כך למשל, Julian Nyarko, *Stickiness and Incomplete Contracts*, 88 U. CHI. L. REV. 1 (2021). כן ראו דגן והקר, לעיל ה"ש 17, בעמ' 534–535 (על ברירת מחדל דביקה); או לייצר דחיפה המשפיעה על תודעת הצדדים. ראו RICHARD H. THALER & CASS R. SUNSTEIN, *NUDGE: IMPROVING DECISIONS ABOUT HEALTH, WEALTH, AND HAPPINESS* (2008). כן ראו להלן ה"ש 173–179.

הללו. לנוכח מציאות רווחת זו, מגבלות על יישום דיני הרכוש הזוגי במקרים של אשמה מינית עלולות לפגוע בנשים. מנקודת המבט האינסטרומנטלית ראוי אפוא להתנגד לכינונו של מוסד משפטי שיש לו נטייה לפעול בכיוון של דיכוי ואפליה של נשים, או שעלול להוביל לפגיעה רכושית בנשים. שני נימוקים אלו, יחדיו, הובילו את ההתנגדות הפמיניסטית לקביעת תוצאות רכושיות לאשמה מינית במהלך הנישואין.<sup>105</sup>

כיצד משתנה נקודת מבט זו כאשר מקורה של ההתחשבות באשמה הוא בהסכם בין הצדדים? דומה כי שני ענפיו של הטיעון עומדים איתן גם במקרה כזה. הטיעון העקרונתי, הנעוץ בהסתייגות כוללת מארגון הדין סביב התנהגות מינית, אינו משתנה בעקבות ההסכם, בייחוד ככל שנראה את הקושי האמור כעניין המעורר בעיה מעמדית החורגת מד' אמותיהם של בני הזוג. למעשה, ייתכן כי קביעה הסכמית של פרטי ההתנהגויות שיש להן השלכה רכושית דווקא תחריף את בעיית המשטור והשליטה שממנה מסתייגת עמדה זו. תוצאה דומה נובעת גם מן הטיעון האינסטרומנטלי-תוצאתני. אם ההתחשבות באשמה תהיה תלויה בהסכמתם של הצדדים, גובר החשש כי עיקר הביקוש להסכם כזה יהיה מצד גברים שיבקשו לשלוט בהתנהגות נשותיהם. ממילא יש חשש שניסוח הסכמים כאלו, או אופן הפעלתם, יטילו חובה לא סימטרית על גברים ועל נשים, מה שישקף מוסר מיני כפול: בעיקר גברים הם אלו שידרשו "סעיפי נאמנות"; בעיקר גברים הם שיטרחו לברר ולבלוש אחר התנהגותן המינית של בנות זוגם, ואולי אף בתי משפט יפעילו את ההסכמים אחרת ויבדילו בין גברים לנשים.<sup>106</sup> ממילא נגיע למצב שבו המשפט אוכף בפועל נורמות שונות לגברים ולנשים, אפילו אם ההסכם ינוסח באופן סימטרי. בכך יובילו הסכמים אלו הן לאכיפת תפקידים מסורתית הן לקיפוח האינטרסים הרכושיים של נשים. יתרה מזאת, תליית הנורמה בהסכם חושפת את תוכנה לפערים הכלליים בכוח המיקוח בין גברים לנשים, ומבחינה זו עמדה זו עשויה להיות חשדנית כלפי הסדרה הסכמית בכלל וכלפי הסדרה הסכמית של תחום שיש בו פערים בין המינים בפרט, כעלולה לקדם את טובתם של גברים יותר מאשר את הטוב הכללי.<sup>107</sup>

אם כן, במבט ראשון נראה כי הקונפליקט בין מתנגדי האשמה לבין תומכי ההסכמים נותר בעינו, ואולי אף החריף. יש מתח בין מחויבות לסילוקה של אשמה מינית מן ההסדרה המשפטית של חיי המשפחה לבין התמיכה הפמיניסטית בחוזים, המדגישה את חשיבותם של חוזים להשגת עצמאות ואוטונומיה (בייחוד לנשים), או המטעימה את חשיבותה של כניסת נורמות חוזיות אל המרחב הביתי תוך כדי פירור ההבחנה פרטי-ציבורי, ושל הסתייגות מן הנורמה המסורתית אשר הותירה את בית המגורים כמרחב חסין משיקולים של צדק והוגנות. נראה אפוא כי בתוך החשיבה הפמיניסטית עצמה נוצר ססע בין שתי המחויבויות הסותרות: נגד אשמה, ובעד חוזים; כאשר המחנה העומד על התנגדותו

105 ראו לעיל פרק א.2, ליד ה"ש 55-57.

106 ראו לעיל ה"ש 55, והשוו לאורית קמיר "ואם בעל – קנה": סיפורי 'בעילה' ו'היבעלות' בחוק העונשין" פלילים ז 121, 150-153 (1998).

107 מנקודת מבט זו, העמדה המתנגדת להסכמי אשמה עשויה להיות קרובה ברוחה לעמדה פמיניסטית המתנגדת להסכמים באופן כללי, ורואה בהם סכנה לקיפוח נשים. ראו Bryan, לעיל ה"ש 75.

לשיקולי אשמה מוצא כברית דווקא את המחנה המגלה חשדנות כלפי הסדרים חוזיים ביחסים בין המינים.

עם זאת במבט שני נראה כי גם כאן – ממש כמו בפרק הקודם – ניתן לתאר דינמיקה מורכבת יותר: ראשית, נראה כי חלק מן התמיכה הפמיניסטית הכללית בחוזים משפחתיים נשחקת לחלוטין כאשר תוכנו של החוזה קשור באשמה מינית. עמדה זו, הרואה בהסכמים בתוך המשפחה לא רק כלי לקידום אוטונומיה אלא בעיקר כלי להשגת צדק והוגנות בספרה הביתית, עשויה לחזור בה מתמיכתה בהסכמים כאשר תוכנם, או למצער תוצאתם הצפויה, אינם מקדמים עקרונות של צדק ושוויון. לפי עמדה זו, התמיכה בהסכמים משפחתיים משיקולים פמיניסטיים אינה חלה כלל על סוג הסכמים כזה, הן בשל אופיים הממשטר הן בשל תוצאותיהם הצפויות. ממילא אין כל קונפליקט בין מחנה "אנטי-אשמה" למחנה "פרו-חוזים", שכן המחנה הפרו-חוזי אינו תומך כלל בהסדרה חוזית כשמדובר בהסכמי אשמה. נהפוך הוא, בין מתנגדות האשמה הפמיניסטית לבין תומכות החוזים הפמיניסטיות, ששתיהן נשענות על צדק ושוויון, יש ברית ולא קונפליקט. ברית זו מקבילה לברית שנדונה לעיל בין הליברל החוזי הפרפקציוניסט לבין הליברל המיני הפרפקציוניסט, אך הפעם לא על בסיס מחויבות לערכה של החירות אלא על בסיס מחויבות לערכו של השוויון. התנגדות לחוזים כאלו אינה מצריכה שום ויתור אידאולוגי מצד הליברלית החוזית הפמיניסטית מטיפוס זה.

לצד תפיסה זו, המבטאת היפוך צד שבמסגרתו העמדה הפרו-חוזית הופכת למתנגדת פעילה, ניתן לסרטט כמה קווי מתאר לעמדות פשרה המשקפות הן הסתייגות מאשמה והן כיבוד של עקרונות חוזיים בתוך המשפחה. כך למשל לעומת גרסה רדיקלית של ההתנגדות העקרונית למשטור המיניות, כפי שתוארה לעיל, המתנגדת בחריפות לכל ביטויים של אשמה מינית במסגרת הדין,<sup>108</sup> עמדה עקרונית אחרת, שאינה רואה בתחום המיני דווקא את הבסיס האולטימטיבי לדיכוי הפטריארכלי, עשויה לגלות נכונות יתר להתגמש בתפיסתה כשמקור ההגבלה הוא בהסכמת הצדדים. אכן, ברירת מחדל מערכתית המעניקה תוקף להתנהגותם המינית של צדדים משקפת משטור בעל אופי פטריארכלי, אך כאשר מדובר בהסכמה חוזית, נקבעות הנורמות "מלמטה למעלה" לפי רצונם של הפרטים. מתן תוקף להתנאה כזו עשוי לשקף מחויבות לתחולתן של נורמות כלליות (כמו החובה לקיים הבטחות ולשמור אמונים) גם בתוך מערכת היחסים האינטימית באופן שמסית את המוקד מאופיין הפטריארכלי,<sup>109</sup> וניתן לראות בו דווקא מנוף לשינוי תפיסות חברתיות מסורתיות ותיקונן בעזרת הכלי ההסכמי.<sup>110</sup> אם כך, עיגונה של הנורמה בחוזה בין הפרטים הופכת

108 להדגמה של תפיסה כזו ראו Catharine MacKinnon, *Feminism, Marxism, Method, and the State: Toward Feminist Jurisprudence*, 8 SIGNS 635 (1983). נציין כי העמדה של מקינון מאופיינת בביקורת נוקבת על הליברליזם בכלל ועל מקומן של הסכמות חוזיות בפרט. משום כך יש להבחין בין גישתה הרדיקלית לבין העמדות הנדונות במאמר הנוכחי שאינן מסויגות בהכרח מן החשיבה הליברלית (ובייחוד מן הליברליזציה של דיני המשפחה) אך מאופיינות בהתנגדות עקרונית ברמה זו או אחרת של קיצוניות כלפי משטור יחסים מיניים.

109 HASDAY, לעיל ה"ש 84.

110 Ertman, לעיל ה"ש 83, התומכת מנקודת מבט פמיניסטית בהרחבת ההסדרה החוזית של תחומים משפחתיים שונים. ראו עוד בנושא זה Albertina Antognini & Susan Frelich Appleton *Sexual*

אותה מנורמה חברתית דכאנית לשאלה של הוגנות במישור הביתי, ובלבד שהנורמות עצמן אינן משקפות חוסר צדק מגדרי, וכאשר הובטח כי הכניסה להסכם אכן משקפת את הבחירה הוולונטרית של שני הצדדים גם יחד.

יתרה מזאת, גם עמדה המתנגדת להתחשבות באשמה משיקולים מעמדיים עשויה לזהות את החשיבות שבהכרה באוטונומיה של נשים לקדם את רווחתן ואת רצונותיהן במסגרת הסכם. מבחינה זו יש מתח בין השיקול המעמדי לבין המחויבות לחירותן של נשים, לרבות החירות לקדם אינטרסים עצמאיים החשובים לאישה הקונקרטית על חשבון אינטרסים מעמדיים של כלל ציבור הנשים.<sup>111</sup> אם כך, גם עמדה זו תוכל להתפשר כל אימת שהפגיעה באינטרסים המעמדיים תמותן, ותובטח התועלת לפרט. לבסוף, ההתנגדות האינסטרומנטלית לשיקולי אשמה, הנעוצה בחשש מתוצאות ההסדרים, עשויה להגיע לעמק השווה עם עמדה פרו-חוזית מפוכחת המכירה במגבלותיו של המנגנון החוזי תוך כדי תמיכה בחלופות המערבות פיקוח על הכריתה ועל תוכן ההסכמים. פשרה זו היא בעלת אופי פונקציונלי – ניתן להסכים לקיומם של הסכמים בעלי תוכן כזה אך לא תוכן אחר, או הסכמים שנכרתו בתנאים כאלו (המבטיחים בחירה והיעדר ניצול) אך לא אחרים. לדיון בפרטים של הסדרים מעין אלו נשוב בפרק ד.

## 5. שולחן רביעי – פרודנטיאליות, רווחה וגבולות ההתנאה

זכור, בין השיקולים שהיו בבסיס התנגדותו של הליברל המיני להשפעה רכושית של אשמה היו גם שלל שיקולים פרודנטיאליים, כלומר כאלו המתמקדים ביכולתו של הפרט הנדון לדאוג לרווחתו, ומתרכזים בטענה שהסדר הנותן ביטוי לאשמה לא יקדם את רווחתם של הפרטים הכפופים לו. שיקולים אלו נובעים מהצטרפותם של כמה טעמים: ראשית, התרכזות בבגידה לאחר שהתרחשה היא בבחינת חיטוט בפצע שמוטב להימנע ממנו במישור הרווחה הנפשית של הפרט. השלכה זו מחריפה כשאת החיטוט מבצעים בהליך משפטי, על מכלול מאפייניו הקשים והפולשניים. נוסף על זה נטען כי פיצוי רכושי לא יעניק לנפגע את הסעד הרצוי לו ולא יועיל לו כלל לאחר הפגיעה. גם מראש, מנקודת מבט אקס אנטה, הסכם שימנע מבן זוג לבגוד באמונו של בן זוגו אך ורק מאימת הסנקציה הכספית לא יעניק לבני הזוג נאמנות בעלת ערך, וממילא לא ישיג את המטרה שאותה מבקשים בני הזוג לקדם. לבסוף, הליך משפטי שיתמקד בהיבטים אינטימיים של חיי בני הזוג סופו לפגוע בפרטיות שלהם, וגם מבחינה זו קביעת תוצאה רכושית להתנהגות במישור המיני יצא שכרה בהפסדה. לאור כל אלו, קביעת משטר הרכוש ללא כל תלות באשמה היא החלופה העדיפה יותר מנקודת מבטם של הפרטים.<sup>112</sup>

Agreements, 99 WASH. U. L. REV. 1807 (2022), המציגות אף הן ניתוח מסווג בהרחבת ההסדרה החוזית של המיניות.

111 אינטרס זה הוא בעל אופי כפול: ראשית, ייתכן כי נשים יבקשו להשתמש בהסכמים כאלו כדי להניא את בני זוגן מבגידה. שנית, ברוח הדיון של Silbough, לעיל ה"ש 83, הסכמי אשמה יאפשרו לנשים "למסחר" את הציפייה מהן לשמור על אקסקלוסיביות מינית, כלומר לקבל עליה תמורה או התחייבות נגדית תחת הענקתה בחינם ובאופן שקוף.

112 ראו לעיל פרק א.2, ליד ה"ש 57-61.

כיצד משתנה עמדה זו כשהרצון לקבוע תוצאה רכושית להיבטי אשמה נובע מקביעתם של הצדדים עצמם? האם המדינה רשאית לקדם את רווחתו של הפרט גם נגד רצונו המפורש? התמודדות עם שאלה זו מצריכה אותנו להבחין בין הקשרים שבהם ההסכם משנה את עצם הפגיעה ברווחתו של הפרט או את היקפה, לבין הקשרים שבהם אין שינוי בעוצמת הפגיעה ברווחתו של הפרט, אולם העובדה שפגיעה זו נובעת מהחלטתו העצמאית משנה את הלגיטימיות של התערבות בבחירותיו.

דוגמה להקשר שבו ההסכם משנה את עוצמת הפגיעה ברווחת הפרט היא השלכת ההתחשבות באשמה על רווחת הצדדים במונחי פרטיות, כשמקורה בהסכם בין הצדדים. אכן, הצורך בקביעה שיפוטית בענייניהם הפרטיים של הצדדים יוביל לפגיעה בהם, הן בבן הזוג המואשם והן – לעיתים – בבן הזוג השני, אשר פרטים אינטימיים עליו ייחשפו לעין כול הן לצורך הוכחת אשמת בן זוגו והן לצורך הפרכתה של טענת אשם תורם ודומותיה, שעשויות להיות מוטחות בבן הזוג הנבגד. עם זאת כאשר מקור הפגיעה הוא בהסכם, ניתן לטעון כי יש בכך כדי לרכך את הפגיעה, למצער לפי הבנה אפשרית אחת של רעיון הפרטיות. אם נבין את רעיון הפרטיות כמבוסס על שליטה,<sup>113</sup> הסכמה משנה את טיב הפגיעה ומעמעמת אותה. הפגיעה בבן הזוג המאשים תיותר בשליטתו (שכן ברצותו יאשים ויספוג את הפגיעה וברצותו יימנע מכך), ואף הפגיעה בבן הזוג המואשם תתרכך, שכן אף שהסכמה מראש אינה שוות מעמד להסכמה נוכחית, היא מותרת בידי הנפגע שליטה רבה יותר על הפגיעה בפרטיותו, שכן זו נובעת מבחירתו העצמאית.

הקשר נוסף שבו עשוי ההסכם לשנות את עצם ההשלכות של ההתחשבות באשמה קשור להבדל שבין האפקט ההתנהגותי של התחייבות עצמית לבין ציות לנורמה חיצונית.<sup>114</sup> לעיל טענו כי נאמנות המבוססת אך ורק על ציות לחוק אינה צפויה להשיג את התוצאה הרצויה לצדדים, שהיא חיים המבוססים על רגש נאמנות אותנטי. אולם ייתכן שכאשר מקור ההתחייבות הוא בצדדים, יש בהתחייבות כדי לתרום להשגת התוצאה המקווה. ראשית, התחייבות כזו עשויה להשפיע לא רק על התנהגותם של הפרטים אלא גם על עמדותיהם, כלומר להוביל את הצדדים לאמץ הלך רוח וקו התנהגות העולים בקנה אחד עם התחייבותם הרצונית.<sup>115</sup> שנית, הימנעות מבגידה מאימת החוק אינה משקפת נאמנות אותנטית, ולעומתה הימנעות הנעוצה בהתחייבות פרטית משקפת בעצמה רגש של מחויבות ונאמנות, וממילא אינה חסרת תועלת מבחינת התרומה למטרה המקווה.

הקשרים אחרים אינם מפחיתים בהכרח את עוצמת הפגיעה, אולם מחדדים את האתגר שבהתערבות המגבילה את הפרט בשם רווחתו שלו. במבט ראשון, דומה כי עמדה ליברלית מחויבת להימנעות מקביעה פטרנליסטית המתיימרת לדעת טוב יותר מן האזרח כיצד לקדם את טובתו, בייחוד כאשר האזרח מתעקש על בחירתו. תפיסה זו נעוצה הן בכך שעמדתו הנוגדת של האזרח היא טעם לפקפק בשיפוטה של המדינה באשר למה טוב לאותו אזרח, והן בכך שעצם הכפייה של עמדה בניגוד להעדפתו המפורשת של האזרח מערבת מחיר

113 מיכאל בירנהק [מרחב פרטי] הזכות לפרטיות בין משפט לטכנולוגיה 89–108 (2010).

114 Yuval Feldman & Doron Teichman, *Are All Contractual Obligations Created Equal?*, 100 *GEO. L. J.* 5 (2011).

115 שם.

במונחי רווחה ובמונחי הפגיעה באוטונומיה של הפרט, אף במקרים שבהם שיפוטה של המדינה אמיתי. מבחינה זו, הליברל המיני הפרגמטיסט, התומך את התנגדותו לשיקולי אשמה ברווחתו של הפרט, גדרש לשנות את עמדתו הראשונית כאשר מדובר בהתחשבות באשמה שמקורה בבחירה של הצדדים עצמם.

עם זאת גם במרחב הליברלי ניתן למצוא לעיתים הצדקות, בעוצמה שונה, להתערבות פטרנליסטית בבחירות לא טובות של פרטים, לטובתם של הפרטים עצמם, במיוחד כאשר יש טעמים ספציפיים להאמין במגבלות כוחו של הפרט לזהות את קו הפעולה שמקדם את מטרותיו. עמדה זו משותפת גם לליברל חוזי מפוכח המודע למגבלותיה של יכולת הבחירה של הפרט, בייחוד בהקשרים שבהם הוא סובל ממגבלות קוגניטיביות או מפגמים אחרים ביכולת ההכרעה.<sup>116</sup> אתגר גדול לבחירתו של הפרט, או לוולונטריות ולמודעות שבבסיסה, כרוך ביכולת להכריע מראש בנוגע לתוצאתה של פעולה עתידית, משני היבטים מרכזיים: ראשית, הצדדים הקובעים בהסכם קדם-נישואין את התוצאה הרכושית של התנהגותם העתידית עשויים ללקות באופטימיות יתר באשר לרצון של כל אחד מהם לנקוט התנהגות זו, או באשר להסתברות שבן הזוג השני יחפוץ בכך בעתיד; שנית, ההתחייבות מתימרת להגביל את פעולתו של עצמי עתידי שונה, בתנאים שבהם הצדדים עלולים להתקשות ביכולתם לצפות את העדפותיהם העתידיות. האתגר מתחזק לאור הטענה הרווחת שהעדפות בתחום ההתנהגות המינית, בתחום החשק המיני או בתחום הנטייה המונוגמית נוטות להיות דינמיות על פני זמן.<sup>117</sup> ברוח דומה ניתן לחשוש כי הצדדים ישגו בהערכתם את המחיר שיתלווה לחיטוט בפצע הפרת הנאמנות (מתוך נטייה להדחקתו או מתוך היעדר התנסות בחוויה כזו), או אף לשגות בתשובתם לשאלה מה תהיה העדפתם העתידית בבחירה שבין פירוק הקשר בגלל הבגידה לבין שימורו, או בין פרידה בדרכי שלום לבין השאיפה לגמול לבן זוגם על התנהגותו הפסולה. בשל אתגרים אלו ייתכן שהגבלה על הסכמים מטעמים פטרנליסטיים תהיה מקובלת גם על הליברל החוזי.

נימוק נוסף לזכותה של התערבות פטרנליסטית בהקשר זה הוא שמגבלה על הסכמי אשמה אינה נובעת מפקפוק במטרותיו של הפרט אלא רק מסייעת לו להתאים בין אמצעים לבין מטרות. לפי טענה זו, בניגוד להתערבות במטרותיהם של פרטים או בערכים שבהם הם מאמינים, המחודדת את הקונפליקט בין הליברל המיני לבין הליברל החוזי, הרי שהמקרה הנוכחי מתרכז בהתאמה בין מטרותיו של הפרט עצמו (שהן חיי נישואין המבוססים על נאמנות מינית) לבין האמצעים שאותם בחר למען מטרה זו. אם אכן לא ניתן להשיג את הערך המבוקש – נאמנות – בדרך של הטלת אימה מפני סנקציה משפטית, הרי שיש מקום להתערב בבחירתו של הפרט לא מתוך הסתייגות מעמדתו הערכית בעד נאמנות מינית אלא דווקא מתוך תמיכה בה, אך תוך כדי הגנה על הפרט מפני תוצאותיה של בחירה שגויה שאינה מבחינה בהיעדרו של קשר רציונלי בין האמצעי הנבחר לבין המטרה. מדובר אפוא

116 Eisenberg, לעיל ה"ש 96.

117 Stephen B. Levine, *The Nature of Sexual Desire: A Clinician's Perspective*, 32 ARCH. SEX. BEHAV. 279 (2003); Dietrich Klusmann, *Sexual Motivation and the Duration of Partnership*, 31 ARCH. SEX. BEHAV. 275, 279–285 (2002); Chien Liu, *A Theory of Marital Sexual Life*, 62 J. MARRIAGE & FAMILY 363 (2004).

בהתערבות בשיפוטו העובדתי של הפרט ולא בשיפוטו הערכי, התערבות שהיא בעייתית פחות מנקודת מבט נורמטיבית-ליברלית.<sup>118</sup>

לסיכום, כל עוד מדובר ב"שולחן" שאליו הסבו הליברל המיני והליברל החוזי הפרגמטיים, הממוקדים בקידום רווחת הפרט, דומה כי בהקשר של הסכמי אשמה לא נותר ביניהם כל קונפליקט, שכן שניהם גם יחד יגויסו לעבודת צוות שתתמקד בשאיפה להבטיח את רווחתו של הפרט תוך כדי איזון בין מתן ביטוי לבחירתו הרצונית והמודעת ויכולתו לקדם את מטרותיו לטובת עצמו, לבין התחשבות במגבלות העלולות להוביל את הפרט לפגוע ברווחתו בדרך של בחירות שגויות. התוצאה היא מוכנות להביט בחשדנות על הסכמות כאלו וללוות אותן בפיקוח הליכי או להגביל הסכמים אלו לנסיבות קונקרטיות,<sup>119</sup> ומנגד הכרה בזכותו של פרט עקשן ליישם את בחירתו הרצונית והמודעת כאשר יש בה, לדעתו, כדי לקדם את רווחתו. על זה יש להוסיף שתי הערות אזהרה הנעוצות במחויבות ליברלית לתפיסה לא אינסטרומנטלית של ערכה של אוטונומיה: ראשית, עמדה כזו תטעים את החשיבות שבמתן מרחב בחירה אישי לפרט גם במחיר של בחירה שגויה מצידו; שנית, עמדה כזו תחשוך כי מאחורי הפיקוח ההליכי הממוקד לכאורה ברווחתו של הפרט ובאמצעים שהוא בוחר כדי להשיג את מטרותיו עלולה להסתתר מוטיבציה להתערב משיקולים פרפקציוניסטיים במטרות שאותן בוחר הפרט לעצמו, ולקבוע לו עולם ערכי ריכוזי שאותו הוא דוחה. דאגות אלו יבואו על ביטוין כאשר נעבור לשאלת המסקנות, להלן בפרק ד.

## 6. שולחן חמישי – מוסדי מערכת

אל השולחן החמישי נאסף את מכלול העמדות המתרכזות לא בהסכמי האשמה כשלעצמם אלא במגבלות ובאתגרים הנובעים מן הצורך להוציא אותם אל הפועל בעולם הממשי בעזרת מנגנונים שיפוטיים שישמעו ראיות, יקבעו עובדות ויאכפו את ההסכמים. נחלק שיקולים אלו לשני מחנות: המחנה הראשון, שבו נעסוק בסעיף (א), מתמקד ביכולת להפעיל את ההסכם ולהשיג את התועלות הגלומות בו. המחנה השני, שבו נעסוק בסעיף (ב), מתמקד בהשלכות העקיפות של היזקקות להסכמים כאלו ובנזקים העלולים להיגרם למערכת המשפט. בשני המקרים העמדה המערכתית-מוסדית מצידו של הליברל החוזי הייתה מראשיתה עמדה מסויגת. מבחינה זו, "שולחן" זה משקף דינמיקה שונה מעט, שבה מתנגדי האשמה המוסדיים פוגשים כאן את אלו שתמיכתם בחוזים משפחתיים מסויגת בשיקולים מוסדיים כבר מלכתחילה. נותר רק לבחון מה תהיה עמדתם בנוגע למקרה הקונקרטי שעל הפרק: הסכמי אשמה.

### (א) שיקולים תפעוליים: בעיית ידע, הכללה, זיהוי וכימות

הדיון עד לשלב זה התמקד בהשפעת ההסכם על רצייתו של התחשבות באשמה במסגרת היחסים הרכושיים בין בני הזוג. בתוך כך ראינו כי אחת ההתנגדויות להתחשבות באשמה

Gerald Dworkin, *Paternalism*, in THE STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY (Edward N. Zalta ed., Fall 2020 ed.) 118

119 ראו את הדיון בהסכמי פיוס בפרק ד.3 (ג) להלן.

במסגרת המשפט נעוצה בקשיים להחיל נורמה אחידה על אוכלוסייה מגוונת, או לזהות נכונה את העדפותיהם של הפרטים העומדים לפנינו, כמו גם לזהות נכונה את ההתנהגות הפסולה הראויה להתחשבות ולהצמיד מחיר הולם להתנהגות זו במונחי קביעת שיעור הנזק. כיצד משתנה עמדה זו כשמקורה של ההתחשבות באשמה הוא בהסכם שנכרת בין הצדדים? דומה כי ככל הנוגע לשאלת ההכללה או לבעיית זיהוי העדפותיהם של הפרטים, הסכם פותר את הבעיה מראשיתה. כלל ברירת מחדל הקובע אי-התחשבות באשמה, ולצידו יכולת התנאה, יאפשרו לצדדים הרוצים בכך לסמן למערכת המשפט את העדפותיהם ולפלא את האוכלוסייה הכללית לפי גישתה למרכזיות האשמה במערכת היחסים. בית המשפט יכול אפוא לדעת מיהו הזוג העומד לפניו ומהן עמדותיו, ולהתאים נורמה שונה לזוגות שונים. אם כך, גם אם הסדר כזה אינו רצוי לרוב, הוא יוכל לשרת את המיעוט שחפץ בו, באופן ההולם את הציפיות של הפרטים הן בנוגע לתפיסת הנישואין והן בנוגע למחיר שאותו ברצונם לשאת לצורך בירור שאלת אשמתם (במונחי פרטיות למשל). הליברל המיני שבסיס את התנגדותו הכללית על השיקולים המערכתיים הללו אמור אפוא לסגת לחלוטין מהתנגדותו אם הצדדים מדווחים לנו על ייחודם ועל העדפותיהם בדרך של הסכמה חוזית.

התמונה מורכבת מעט יותר באשר לשאלת הזיהוי, כלומר יכולתה של המערכת המשפטית להפעיל ולאכוף הסדר התלוי באשמה נוכח הקושי לזהות אל נכון מהי בדיוק ההתנהגות הפסולה ומיהו האחראי לה בתוך מערכת יחסים זוגית שלמה ומורכבת. לפי עמדה זו, אף אם התחשבות באשמה מוצדקת לגופה, אין בכוחו של בית המשפט לזהות מיהו הצד האשם, ובייחוד אין לזהות "בגידה" עם אחריות לפרידה. למראית עין, קושי זה נותר אף אם מקור הדרישה להתחשבות הוא ברצון הצדדים, שכן אף אם הצדדים עצמם יחפצו שבית המשפט יאתר את האשם בפירוק הקשר או את המעוול במערכת היחסים, לא ניתן להפעיל הסדר כזה באופן מעשי בשל קוצר ידו של בית המשפט בבירור העובדות הרלוונטיות. עניין זה מחדד את הקושי של המשפט ושל מערכת בתי המשפט לעסוק בענייני אשמה ואת החשש שבסופו של דבר ייאלצו להפעיל קריטריונים גסים ואחידים שאינם מתאימים למקרה הקונקרטי.

אומנם ממבט שני ניתן לחשוב על שני קווי טיעון המרכיבים את בעיית הזיהוי כשמקורו של ההסדר הוא ברצון הצדדים – באותם מקרים שבהם ההסכם עצמו מתמודד עם בעיית הזיהוי בדרך של הגדרה מדויקת של ההתנהגות שהצדדים רואים בה התנהגות פסולה. הגדרה כזו יכולה להישען על כל אחד משני שיקולים אפשריים. ראשית, בני הזוג יכולים להשתמש בהסכם כדי להגדיר את הקווים האדומים שלהם, כלומר את אותן התנהגויות הנראות בעיניהם פסולות ללא קשר לשאלה אם אפשר היה לתלות אותן בקונטקסט הרחב והמורכב של מערכת היחסים. אם כך, אף ש"בגידה" היא פעמים רבות תוצאה של נסיבות מורכבות ביחסים בין הצדדים שיש קושי לזהות בבירור את האחראי להן (טענת "קצה הקרחון"), הצדדים רשאים לקבוע כי התנהגות כזו אינה קבילה בעיניהם, כפי שהמשפט מסרב, ובצדק, להתייחס לנסיבות שקדמו לנקיטת אלימות בתוך המשפחה. בכך מגלים לנו הצדדים כי בעיניהם התנהגות כזו היא עוולה עצמאית חמורה, או שיש בה חציית גבול המציבה את המפר בעמדת האחראי להתמוטטות הקשר. לפי קו טיעון שני וקרוב, אף אם הצדדים אינם מתכחשים למורכבות האופפת את הבגידה, הם עשויים לבקש לקבוע נקודות

ציון מדויקות שיאפשרו למשפט להתערב באופן ניהול היחסים, דווקא כדי להתמודד עם קשיי הזיהוי, כפי שחודד בכתיבה המשפטית הכללית של הזרם הנאו-פורמליסטי בדיני החוזים. קביעה כזו מביאה בחשבון את קשייו המוסדיים של בית המשפט, ומנסה לתת לקביעה שיפוטית לא-מושלמת העדיפה מבחינת הצדדים על התעלמות מוחלטת מן התחום כולו, התעלמות שגם בה טמונה טעות.<sup>120</sup> אם כן, באותם מקרים שבהם הצדדים עצמם הגדירו בבירור את ההתנהגות הפסולה, נעקר הקושי המוסדי הכרוך בעיית הזיהוי. אומנם במקרים שבהם בעיית המסוימות לא באה על פתרונה במסגרת ההסכם, והצדדים הסתפקו בהותרת קביעתו של תוכן ההתנהגות הפסולה לבית המשפט, בעיית הזיהוי אכן נותרת על עומדה.

הדברים מורכבים יותר ככל הנוגע לקושי מערכת-מוסדי נוסף הטמון באתגר ההערכה והכימות של הנזק האמור לקבוע את היקף ההתחשבות הרכושית בהתנהגות הפסולה. זכור, בהנחה שלא ראוי לקבוע מחיר לפירוק הקשר (הנתפס כשלעצמו כלגיטימי), הציעו תומכי האשמה לראות בבגידה עוולה עצמאית בת-פיצוי.<sup>121</sup> הליברל המיני המוסדי טען כי אין מקום להתחשבות כזו, שכן הבגידה כעוולה עצמאית אינה נושאת נזק ממשי, או שהנזק הנלווה לה הוא כולו בתחום הרגשי, שאין בכוחו של בית המשפט לשום ולהעריך נכונה.

כיצד משתנה עמדה זו כאשר מקורה של ההתחשבות באשמה הוא בהסכם בין הצדדים? במבט ראשון נראה כי הצדדים עצמם יכולים לא רק לסמן את חשיבותו של הנושא בעיניהם, אלא גם להצמיד לו מחיר לפי הנראה בעיניהם, ובכך להקל את נטל השומה שהיה מוטל ברגיל על בית המשפט. אם כן, באותם הסכמים הקובעים במפורש את היקף התוצאה הרכושית, ושאינם מותירים מלאכה זו לבית המשפט, נראה לכאורה כי בעיית ההערכה והכימות באה על פתרונה.<sup>122</sup> אולם דווקא כאן עשוי להתעורר חשש דווקא מנקודת המבט של דיני החוזים הכלליים, הנוטים להסתייג מפיצויים עונשיים, ובתוכם גם מפיצוי עונשי מוסכם.<sup>123</sup> החשש הוא שהפיצוי שייקבע בין הצדדים לחוזה ישקף למעשה לא את הנזק

120 להצדקות הנאו-פורמליסטיות לפרשנות מילולית של חוזים ראו, Alan Schwartz & Robert E. Scott, *Contract Interpretation Redux*, 119 YALE L.J. 926 (2010). בתוך כך, ניתן לקבוע סטנדרט **ראייתי** שיסייע לקבוע עובדות נכונה, או לקבוע עובדה מספיקה (למשל הסתפקות ב"יחוד", הסתפקות בראיה מסוימת שתיחשב חד-משמעית וקונקלוסיבית).

121 לפי עמדה זו, אם יש **בעיית הבחנה** בין הסכם לפיצוי על עוולה עצמאית לבין הסכם לפיצוי על סיום הקשר, ויש סיבה להתנגד להסכם לפיצוי על סיום הקשר, אזי יש סיבה להתנגד להסכם לפיצוי על עוולה עצמאית.

122 Rea, לעיל ה"ש 63.

123 ראו למשל ע"א 156/82 **ליפקין נ' דור הזהב בע"מ**, פ"ד (ט) 85, 98 (1985), שם קבע בית המשפט כי "אין כל שיקול שבמדיניות משפטית לטובת הציבור להתערב ולמנוע התניות מסוג זה [פיצויים מוסכמים], כל עוד מטרתן תרופתית ואין בהן לא עונש כלפי המפר ולא עושק כלפי הנפגע". למגמה דומה בארצות הברית ראו RESTATEMENT (SECOND) OF CONTRACTS §355 (Am. L. Inst. 1981), המתייחס ל-"punitive damages: punitive damages are not recoverable for a breach of contract unless the conduct constituting the breach is also a tort for which punitive damages are recoverable". כן ראו בהקשר לפיצויים מוסכמים שם, §356(1). לניתוח הסוגייה במחקר ראו Polinsky & Steven Shavell, *Punitive Damages: An Economic Analysis*, 111 HARV. L. REV.

הצפוי בעיניהם אלא מנגנון עונשי שתכליתו לפגוע במפר ולהרתיע אותו יתר על המידה. בהקשר הנוכחי, מלבד הנימוקים הרגילים המסתייגים מפיצוי עונשי מוסכם מתעורר גם החשש כי הצדדים מסווים בעזרת הפיצוי הצמוד לבגידה את רצונם האמיתי להצמיד מחיר למי שנראה בעיניהם אחראי לפירוק הקשר, עמדה שיש טעם להסתייג ממנה, כאמור לעיל. אם כן, דומה כי בעיית ההערכה והכימות באות על פתרון רק כאשר הצדדים קבעו בעצמם את היקפו של המחיר הצמוד לבגידה ובנסיבות שבהן יש מקום להניח כי אכן מדובר בזק אמיתי הנובע מן ההקשר הקונקרטי של ההתנאה,<sup>124</sup> וכמובן כל אימת ששאלת הוולונטריות של החוזה באה על פתרונה בדרך של פיקוח הליכי הולם.

### (ב) שיקולים מערכתיים: יעילות, אינטגריטי ומעמד בתי המשפט

בסעיפים הקודמים דנו בהתנגדות הליברלית להתחשבות באשמה הנעוצה בפגיעה בפרטיות הצדדים ובקשיי הזיהוי של עובדות רלוונטיות בהקשר זה. אולם לצד הפגיעה בצדדים חידדה העמדה הליברלית גם את הפגיעה המוסדית האפשרית בבית המשפט. לפי תפיסה זו, ניהול הליכים סביב שאלות של נאמנות מינית יכביד על ההליך הדיוני במונחי זמן ומשאבים. חוסר אמינות שיטתי בקביעת העובדות או עיסוק בשפיר ובשליה של יחסים אינטימיים בין בני הזוג המעמיד את בית המשפט בעמדת ה"מציצן" וחושף טפח מעולמם האינטימי של השופטים עצמם, יובילו לחוסר אמון בבתי המשפט ולזילות המוסד השיפוטי. בעיות אלו אינן נפתרות באמצעות הסכמת הצדדים, שכן הן מתמקדות בפגיעה בבית המשפט, וממילא התנגדותו של הליברל המיני להתחשבות באשמה אמורה לעמוד בעינה גם אם מקורה של התחשבות זו הוא בהסכם. עם זאת ייתכן שהסדרים מן הסוג שתואר לעיל, שירככו את קשיי הזיהוי ואת הפולשנות הטמונה בהם, עשויים למתן את הקושי באותם הסכמים הקובעים הסדרים כאלו. אומנם ייתכן שבין פולשנות לבין מהימנות מתקיים טרייד-אוף, כלומר שוויתור בתחום הפולשנות יגדיל את בעיית המהימנות, שכן בית משפט יתקשה לזהות את האשם אם לא ייחשף למידע הרלוונטי. ממילא תורף התנגדותו של הליברל המיני חל גם על הסכמי אשמה, ללא שינוי של ממש מהתנגדותו הראשונית, ולפיכך צפוי לכאורה קונפליקט בין עמדה זו לבין עמדתו של הליברל החוזי.

אלא שבמבט שני דומה כי גם כאן מסתבר שחלק מן הקונפליקט מתעמעם דווקא מצידו של הליברל החוזי, כלומר שלמצער חלק ממחנה הליברלים החוזיים התומכים בהסדרה הסכמית של יחסים משפחתיים מאמצים למעשה עמדה מערכתית-מוסדית המתיישבת עם התנגדות להסכמי אשמה תחת תמיכה בהם. כפי שראינו בפרק ב, עמדה מרכזית בדיני החוזים מתנגדת מראש לעיסוק בזוטות ובנושאים שאינם כלכליים, ומדגישה את אופיו של החוזה כמוסד ציבורי שאינו מתמקד באכיפת הבטחות פרטיות אלא בקידום אינטרסים ציבוריים.<sup>125</sup> בדומה, גם בקרב התומכים בהסדרה הסכמית של ענייני משפחה היו מי שביקשו להגביל הסכמים כאלו להסדרת משטר הרכוש ותו לא אגב רתיעה מניסיון להסדיר

Kenneth W. Clarkson, Roger LeRoy Miller & Timothy J. Muris, : השו"ל: 869 (1998)

*Liquidated Damages vs. Penalties: Sense or Nonsense?* 1978 Wis. L. Rev. 351

124 ראו את הדיון בהסכמי פיוס בפרק 3.ד (ג) להלן.

125 לעיל, בפרק ב.1, סביב ה"ש 65.

את התנהגותם של הצדדים במהלך הנישואין.<sup>126</sup> שני טיפוסים אלו של הליברל החוזי רואים אפוא עין בעין עם הליברל המיני את ההתנגדות המוסדית לעיסוק בהסכמי אשמה. ממילא הקונפליקט בין הליברל המיני לבין הליברל החוזי המפנים מגבלות מוסדיות מצומצם בהיקפו. אם כך, דומה כי בר-הפלוגתא היחיד שעודנו תומך בהסכמי אשמה מול הביקורת המוסדית הוא אותו טיפוס של ליברל-חוזי-משפחתי החפץ בהכנסת המשפט למרחב הביתי.<sup>127</sup> לפיכך טיפוס זה נדרש להתמודד עם השיקולים המוסדיים שנוכרו, ובמבט ראשון נראה כי הוא יידרש למתן את עמדתו ולרכך אותה בשל המחירים המוסדיים הטמונים בעיסוק שיפוטי בענייני אשמה כפי שתוארו לעיל.

אלא שהתעמקות בשיקולים העקרוניים שבבסיס עמדה זו מגלה כי במקום מיתון וריכוך מתעוררת דווקא מחלוקת חזיתית וחריפה. כפי שראינו, העמדה התומכת בחוזים משפחתיים החולשים על ההתנהגות המשפחתית נשענה על תפיסה פמיניסטית המסתייגת משיקולים מוסדיים אלו המבוססים על הנחות יסוד הזרות לתפיסת העולם שלה. מנקודת מבט זו, הדאגה לשיקולי יעילות חשודה בעצמה בהתבססות על ההנחה – המוכחשת בתוקף – שלפיה עניינים משפחתיים הקשורים למרחב האינטימי הם פחותים בחשיבותם, ולכן הם אינם ראויים להקצאת זמן ומשאבים ציבוריים. בדומה, אף החשד מזילות מעמדו של בית המשפט בשל עיסוק במערכת היחסים האינטימית של הצדדים עלול להיפתס כמשקף בעצמו סדר יום גברי המסמן את המרחב האישי-ביתי כמרחב לא מכובד שלא ראוי לענות בו. אם כך, אף שלפי טיפוס ליברל-חוזי-משפחתי כזה עדיין עשוי להיות מחיר מוסדי מסוים לעיסוק בתחום, בשל החשש לאמינות הקביעות העובדתיות, הרי שעיקרה של ההתנגדות המוסדית מצוי בקונפליקט ישיר עם המחויבויות העקרוניות של טיפוס זה, ומבחינה זו תמיכתו בהסכמי אשמה עשויה לעמוד בעינה.

לסיכום, כמו בסעיף הקודם, שבו עסקנו תחת שולחן זה, גם כאן מסתבר כי לפחות באשר לחלק מן הצדדים הניצים, שני המחנות מגיעים לעמק השווה מתוך בירור מעמיק של עקרונותיהם שלהם, אם בדרך של שיכוך החששות של הליברל המיני ואם בדרך של חשיפת העובדה שאף הליברל החוזי מסתייג מהסכמים כאלו. עם זאת הקונפליקט עם טיפוס מסוים של ליברל חוזי-משפחתי מתחדד ונותר על כנו.

## 7. סיכום

לסיכום פרק זה ניזכר בקצרה במסקנות הנובעות מכל אחד משולחנות הדיון ונמייין אותן לשלוש קבוצות עיקריות: תמיכה בהסכמי אשמה, התנגדות להסכמים כאלו ועמדת ביניים המתנה את תמיכתה בהסכמים כאלו בתנאים שונים או מגבילה אותה לנסיבות מסוימות. נפתח בשולחן הניטרלי-פלורליסטי. בחינת השיקולים שבבסיס עמדות אלו הובילה לכלל מסקנה של תמיכה בהסכמי אשמה באופן המשקף ברית בין שתי המגמות (נגד אשמה ובעד חוזים). מנגד, הן בשולחן הפרפקציוניסטי והן בשולחן הפמיניסטי עלתה התנגדות מובהקת

126 שם; בפרק ב.2, סביב ה"ש 78.

127 כזכור, כפי שראינו בפרק ג.4, אף מתוך המחנה התומך בהסכמים המסדירים את מהלך הנישואין משיקולים פמיניסטיים, מחנה גדול מסתייג מיניה וביה מאכיפת הסכמי אשמה מתוך החשש לפגיעה של הסכמים כאלו בשוויון בין המינים. אם כך, קבוצת בני-הפלוגתא המתוארת כאן היא תת-קבוצה של קבוצת תומכי הסדרת מהלך הנישואין.

שבמסגרתה נחשף כי אותם שיקולים שבבסיס התנגדות לאשמה תקפים לא פחות גם כאשר מקור ההתחשבות באשמה הוא בהסכם בין הצדדים. עם זאת בשני שולחנות אלו זיהינו גם פיצול אפשרי, כלומר בתוך כל אחד ממחנות אלו תיארונו גם עמדה נוגדת. במחנה הפרפקציוניסטי נשמעה עמדתו של מי שתומך בהסדרה חוזית וסבור כי ביטויה ההולם של אוטונומיה הוא דווקא ביכולת הכבילה העצמית המשקפת איפוק ומחויבות, או מי שמאמין כי הדגש על עיצוב הנישואין כמבוססים על אוטונומיה בא לידי ביטוי מספק בעיצוב ברירת המחל של הדין. במחנה הפמיניסטי נשמעה העמדה שלפיה תמיכה בהסדרה חוזית של החיים הביתיים משמיעה גם את יכולתם של בני זוג לתת ביטוי חוזי להתחייבויות ביתיות שלא זכו להכרה ולהגנה של המשפט שכן נהוג היה לראות בהן פעולות המבוססות על אלטרואיזם וחיבה. אם כך, משני שולחנות אלו צמחה גם עמדה אפשרית התומכת בהסכמי אשמה. אלא שגם בשני מקרים אלו התמיכה אינה גורפת: ייתכן שהתמיכה בהסכמי אשמה תהיה תלויה בתכנים ספציפיים של ההסדר המוצע, או שלמצער לא תחול על חלק מן ההסכמים האפשריים, ולכן שתי עמדות אלו שייכות למעשה לקבוצה השלישית. לקבוצה שלישית זו שייכים גם בני השולחן הרביעי, ממוקד הרווחה (הפרודנטיאלי), התומכים בהסכמים כאלו רק כפוף לפיקוח שיבטיח רצוניות ויגן על פרטים מפני בחירות גרועות. לבסוף, בני השולחן המוסדי מתפצלים גם הם לשני מחנות התואמים את שני השיקולים המרכזיים שעמדו מראש בבסיס עמדתם: המחנה המתמקד במגבלות הידע וההכללה תומך בהסכמים כל עוד ההסכם מתמודד בהצלחה עם בעיות אלו (כלומר משתייכים לקבוצה השלישית), ולעומתו המחנה המתמקד במעמד בתי המשפט מתנגד בעיקרו להתחשבות באשמה גם אם מקורה בהסכם, ומשתייך אפוא לקבוצה השנייה. טבלה 1 מבקשת להמחיש בצורה גרפית את המסקנות הללו.

טבלה 1 סיכום הדין בשולחנות הנפרדים

מסקנת השולחן	ליברל חוזי	ליברל מיני	ניטרלי-פלורליסט
תמיכה באכיפת הסכמי אשמה מינית.	תמיכה בהסכמים זוגיים, ובכלל זה הסכמי אשמה מינית.	כאשר מקור הנורמה בהסכמת הצדדים, הסיבה המקורית להתנגדות אינה רלוונטית.	ניטרלי-פלורליסט
ככלל, התנגדות להסכמי אשמה מינית. נכונות לתמיכה בתנאים, במקרים של הסכמים שאינם פוגעים עמוקות בחירות ו/או הסכמים מוגבלים לקבוצה מצומצמת שאינם חותרים תחת העיצוב הראוי של הנישואים.	<p><b>מבחינת גישת החירות הממוקדת בפרט:</b> נכונות עקרונית לקבל את התנגדות הליברל המיני מטעמי חירות, למעט ליברל הרואה בהגבלה עצמית מימוש האוטונומיה.</p> <p><b>מבחינת גישת החירות הממוקדת במוסד:</b> התחשבות בהתנגדות המבוססת על שיקולים חברתיים כאשר לעיצוב מוסד הנישואים.</p>	התנגדות עקרונית להסכמי אשמה מינית בשל הפגיעה בחירות היציאה, בחירות המינית ובעיצובו הראוי של מוסד הנישואים.	פרפקציוניסטי

מסקנת השולחן	ליברל חוזי	ליברל מיני	פמיניסט – עקרוני
התנגדות גורפת להסכמים.	חרף התמיכה העקרונית בהסכמים נכונות להשלים עם ההתנגדות, למעט גישות המתנגדות להותרת מרחבים ביתיים לא שפייטים.	ההתנגדות המקורית לאשם מיני נשמרת גם כאשר מדובר בהסכם (1) נגד משטור מיניות (2) חשש ממוסר כפול (3) פגיעה תוצאתית בנשים.	פמיניסט – אינסטרומנטלי
הסכמה על תמיכה בתנאים שנועדו להבטיח הסכמה מודעת ומיתון הפגיעה בבני הזוג.	ככלל אהדה כלפי ההסכמים הללו, אך נכונות לאמץ המנגנונים הנדרשים על ידי הליברל המיני לצורך תמיכה בהסכמים.	נכונות עקרונית להתגבר על ההתנגדות המקורית ולתמוך בהסכמים כל עוד יגובשו מנגנונים שמטרתם התגברות על הטיות וחיזוק ההסכמה המודעת.	שיקולי רווחת פרט
התנגדות גורפת מצד אלו הממוקדים בהיבטים מוסדיים. הסכמה על תמיכה בתנאים מצד הממוקדים בבעיות הזיהוי וההכללה.	אימוץ המנגנונים שנועדו להתגבר על בעיות זיהוי והכללה.	מיתון ההתנגדות המקורית המבוססת על בעיות זיהוי והכללה.	מערכתי – זיהוי והכללה
בתנאים מצד הממוקדים בבעיות הזיהוי וההכללה.	נכונות לקבל את ההתנגדות המבוססת על היבטים מוסדיים.	המשך ההתנגדות המבוססת על היבטים מוסדיים של אינטגריטי ויעילות.	מערכתי – הנזק למערכת

#### ד. מסקנות, הכרעה והשלכות

##### 1. הערכת מצב מחודשת

בפרק המבוא עמדנו על כך שהעמדות הרווחות בשיח המשפטי חולקות את ההנחה שתמיכה בחופש החוזים מובילה מיניה וביה לתמיכה באכיפת הסכמי אשמה, ומנגד, שהשיקולים המנחים את ההתנגדות לאשמה מינית כשיקול שמקורו בדין אמורים לחול גם במקרה של אשמה מינית שמקורה בהסכם. אל מול העמדות הללו הוצגה השערה אפשרית, ולפיה ההצדקות להתנגדויות הליברליות לשילוב שיקולי אשמה נחלשות, לפחות בחלקן, כאשר מקור שיקולי האשמה הוא בהסכמת הצדדים. ומנגד, הסיבות לתמיכה בעליית חופש החוזים בהקשר הזוגי אינן ישימות, לפחות בחלקן, כאשר מדובר על הסכמי אשמה מינית. הניתוח שנערך בפרקים הקודמים אישש את השערותנו וחשף שבמקרים רבים העמדה העקרונית כלפי הסכמים זוגיים או אשמה מינית משתנה לפי מקור הנורמה או לפי תוכן ההסכם הזוגי, מה שמאפשר לליברלים חוזיים ולליברלים מיניים לשלב ידיים ולהסכים על יחסם להסכמי אשמה מינית. בה בעת הציפייה שהמהלך המחקרי יוביל לפשרות גישוריות החושפות מתחמי הסכמה ליברליים רחבים בנוגע ליחס להסכמים זוגיים התממשה חלקית

בלבד. אכן, הליברל ה"חוזי" והליברל ה"מיני" המקוריים היו נכונים במקרים רבים להסכים על יחס כלפי הסכמים זוגיים. ברם לצד זאת נחשפו חילוקי דעות חדשים ועקרוניים יותר בנוגע ליחס להסכמים זוגיים, חילוקי דעות שמקורם לא ביחס להסכמים זוגיים או לאשמה מינית אלא בנוגע לתפיסות עומק ליברליות יסודיות יותר בכלל ולהסדרה משפטית של היחסים הזוגיים בפרט. בהתאם, נחשפו חמישה אבות טיפוס של שיקולים ליברליים: ניטרלי-פלורליסטי, פרפקציוניסטי, פמיניסטי, ממוקד שיקולי רווחה אישית וממוקד בשיקולים מערכתיים. נותחו העמדות והשיקולים הנובעים מעמדות היסוד הללו כלפי הסוגיה של הסכמי אשמה מינית, ואת הפרק הקודם סיימנו בשלוש עמדות, הנגזרות כל אחת מן המחויבויות העקרוניות של כל אחד מן הטיפוסים הליברליים שאופיינו במהלך הדיון: תמיכה בהסכמי אשמה, התנגדות גורפת ותמיכה בתנאים שפורטו ולפי השיקולים המנחים. לנוכח מהלך הדיון, ובמיוחד לנוכח המסקנה שהיחס המשפטי להסכמים מיניים קשור לתפיסות עומק יסודיות הקשורות להשקפת העולם הליברלית המדויקת, אפשר היה לכאורה להסתפק בדיון שנערך עד כה ולסכם את המהלך המחקרי. על פי הלך רוח זה, תפקידו של המאמר התמצה בחשיפת השיקולים הליברליים השונים, בתפיסות העומק שהם מייצגים ובהצגת השלכותיהם המעשיות על השאלה הקונקרטית של הסדרת הסכמי האשמה. מכאן שיש להניח לקוראים לבחור את המסקנה המעשית שבה הם תומכים לפי תפיסות העומק הליברליות שהם אווזים בהן והשיקולים הנגזרים מהן. ייתכן שמנקודת המבט התאורטית הטהורה זוהי הבחירה הנכונה. ברם חרף הפיתוי לנהוג בדרך זו סברנו כי הדיון שנערך מאפשר לפסוע צעד נוסף שיאפשר בכל זאת למעצבי המשפט לחתור לגיבוש מסקנה מעשית כוללת שאליה ניתן להגיע תוך כדי הבאה בחשבון של כמה מן העמדות שעלו מנקודות המבט השונות גם אם לא את כולן. במילים אחרות, נבקש להפגיש בין הנציגים של כל אחת מן העמדות או ה"שולחנות" כדי לבחון את האפשרויות במסגרת ניסיון לגבש הסדרה מעשית של הנושא. לצורך זאת, בחלקו הראשון של הפרק יוצגו כמה מנגנונים שיש להם פוטנציאל להוביל להסכמות רחבות יחסית ולהתמזגותם המעשית של שיקולים ערכיים שונים למסקנה מעשית קרובה. מטבע הדברים שלב זה עשוי לכלול שיתוף פעולה, כלומר קביעת הסדרים שיהיו מקובלים ללא הסתייגות על בעלי עמדות שונות. לצד הסדרים אלו עשוי שלב זה לכלול גם הסדרי פשרה קלה, כלומר הסדרים בהם כל צד מוכן להסכים להסדרים מיותרים בעיניו כדי לקדם את מטרותיו של חבריו, ואף הסדרי פשרה כואבת, כלומר הסדרים שבהם צד יהיה מוכן לשלם מחיר כדי להגיע לפתרון המוסכם על חבריו. לבסוף, כפי שנראה להלן, לעיתים הסדרים שישרתו צד אחד בדיון דווקא יגביהו את המחיר בעיניו של צד נוגד. במקרים מן הסוג האחרון לא יהיה מנוס מבחירת צד, כלומר מהכרעה מעשית שתעדיף עמדה אחת על פני רעותה. במקרים אלה יהיה צורך להשתחרר מן המטאפורה המאנישה את השיקולים ולזכור שאין מדובר בספירת ראשים ובהכרעה דמוקרטית אלא בהכרעה ערכית התלויה בתפיסת העולם המקורית של הבוחר ובמשקל היחסי שהוא מעניק לשיקולים השונים, כמו גם במשא ומתן ממשיים הראויים להתקיים בזירה הציבורית האמיתית. בחלקו השני של הפרק נדגים את פוטנציאל ההתמזגות וההיפרדות של שיקולים שונים באשר לכמה מקרי מבחן רווחים הרלוונטיים במיוחד למשפט הישראלי.

## 2. שלושה סוגי מנגנונים

לצורך הדיון, וכדי למצוא מכנה משותף רחב ככל האפשר, נפתח בנקודת מבטו של המחנה שאותו תיארו כ"מסכים בתנאים", כלומר משלים עם הסכמי אשמה כפוף להסתייגויות, לדרישות או לתנאים-קדם. נבחן אם תנאים אלו נסבלים על מחנה התומכים ומקחים את התנגדותו של מחנה המתנגדים.<sup>128</sup> את התנאים הללו ניתן לחלק, לצורך הדיון, לשלושה ענפים מרכזיים של אופני אסדרה אפשריים. ניתן ראשית לחלק, כמקובל,<sup>129</sup> לענף המתרכז בפיקוח על הליך כריתתם של הסכמים, ולענף המתמקד בהגבלת תוכנם של ההסכמים. נוסף על זה, ניתן להעלות על הדעת גם דרך אסדרה נוספת שלא זכתה עד כה לדיון מקיף ככל הידוע לנו. דרך זו אינה מתמקדת בנסיבות כריתתו או תוכנו של כל הסכם והסכם, אלא בשאלת מידת התפוצה של הסכמים אלו בחברה נתונה. כל אחת מדרכי אסדרה אלו עשויה להיתמך בשיקולים שונים, ולעיתים גם לעורר מתח בין שיקולים נוגדים. לפיכך נפרט בעניינו של כל אחד מסוגי האסדרה את השיקולים השונים העשויים לעמוד מאחורי נקיטתו, ואת ההסדרים המעשיים הנדרשים להיגזר ממטרות אלו.

### (א) מנגנון הליכי-פרוצדורלי

בארגו הכלים האסדרתי הנוגע לתהליך הכריתה, ניתן למנות כמה כלים אפשריים המקובלים בדיני החוזים. ראשית, ניתן להתנות את כריתת ההסכמים במנגנונים המוודאים כי הצדדים מודעים היטב לתוכן הסכמתם, וכי הם קיבלו את ההחלטה בצורה שקולה ואחראית. כך למשל ניתן לדרוש כי לשני הצדדים יינתן מידע הולם (מן הסוג שיוודא כי הם אינם סובלים מהערכת חסר של סיכונים או התרחשויות עתידיות), פרק זמן הולם לקבל החלטה בדבר רצונם להיכנס להסכם, ואף ייצוג משפטי נפרד שיוודא כי ההסכם מתיישב עם האינטרסים של כל אחד מהם. יתר על כן, ניתן להוסיף למנגנונים אלו גם מעורבות שיפוטית בהסכם, אם בדרך של התנאת תוקפו של ההסכם באישור שיפוטי שיוודא כי הצדדים מודעים לתוכן ההסכם ומסכימים לתוכנו באופן חופשי, כמקובל בהסכמי ממון שנכרתו לאחר הנישואים, ואם בבחינה שיפוטית של פגמים בכריתה שתופעל לעת הדרישה לאכוף את ההסכם.<sup>130</sup>

128 למגמה רווחת בדיני המשפחה המודרניים להעדיף מנגנוני פיקוח פרוצדורליים ומהותיים על פני שימוש בחקיקה כופה ראו William N. Eskridge, *Family Law Pluralism: The Guided-Choice Regime of Menus, Default Rules, and Override Rules*, 100 GEO. L.J. 1881 (2012).

129 Arthur Allen Leff, *Unconscionability and the Code: The Emperor's New Clause*, 115 U. PA. L. REV. 485 (1967); Jeffrey L. Harrison, *Defects in Consent and Dividing the Benefit of the Bargain: Recent Developments*, 53 U. LOUISVILLE L. REV. 193 (2015); איל זמיר "צדק פרוצדורלי וצדק מהותי בדיני חוזים: עושק וכפייה כמקרי מבחן" **עלי משפט** יג 7 (2016). לביקורת על הסתפקות במנגנוני ביקורת פרוצדורליים ראו Duncan Kennedy, *Form and Substance in Private Law Adjudication*, 89 HARV. L. REV. 1685, 1691 (1976).

130 ראו בעניינים אלה ס' 1–2 לחוק יחסי ממון בין בני זוג. לסקירה של המנגנונים הפרוצדורליים המקובלים בארצות הברית לבחינת הסכמים משפחתיים ראו Premarital and Marital Agreements Act § 9 (Unif. ALI; L. Comm'n 2012), לעיל ה"ש 4, בס' 7.04. כן ראו Bix, לעיל ה"ש 65, בעמ' 175–188; Linda J. Ravdin, *Postmarital Agreements: Validity and Enforceability*, 52 FAM. L.Q. 245, 247–248, 263–265 (2018).

שימוש במנגנונים התהליכיים האמורים עשוי להקהות את החששות של כמה מהזרמים הליברליים כלפי הסכמי אשמה מינית, ובכך לאפשר להם לחבור לעמדה התומכת בהסכמים הללו מלכתחילה. ראשית, מנקודת המבט הפמיניסטית-אינסטרומנטלית, הממוקדת בתוצאות המשוערות של הסכמים כלפי נשים, המנגנונים שצוינו אמורים להתגבר על החששות שהסכמי אשמה מינית יובילו לניצול לרעה של פערי כוחות ומידע בין בני הזוג, ולפיכך יפגעו בנשים. יתרה מזאת, השימוש במנגנונים אלה נובע ישירות מן החשש, שהציגה העמדה הפרודנטיאלית, שיש מקום להתערבות פטרנליסטית שתמנע מבני הזוג לכרות הסכמי אשמה שלא ייטיבו עימם. חשש זה נובע מן הקושי האפשרי הטמון באופטימיות יתר של הצדדים במועד הכריתה, ביכולתם לצפות את העדפותיו של עצמי עתידי, בהערכת המחיר הטמון במעורבות שיפוטית בחייהם האישיים בעת סכסוך או ביכולת להשיג את המטרה המבוקשת – נאמנות מינית – דרך הצמדת סנקציה משפטית.<sup>131</sup> נוסף ונציע כי בהתחשב בחששות הייחודיים המתעוררים בהקשר של הסכמי אשמה מינית, אין להסתפק בהליך האישור הרגיל הממוקד בבחינת המודעות וההסכמה, ויש להנחות את הגורם המאשר להביא למודעות בני הזוג את הסיכונים המיוחדים בהסכמים הללו. מנקודת מבט זו אפוא שימוש מותאם במנגנונים התהליכיים, הגם שאינו מאיין לחלוטין את החששות, מרכז את הדאגה ועשוי לאפשר למחזיקים בעמדה זו להצטרף למחנה התומכים באכיפתם של הסכמי אשמה.

עמדה מורכבת יותר נובעת מנקודת מבטו של המחנה הפרפקציוניסטי הממוקד באוטונומיה. אף שבשלב ראשוני התנגדה עמדה זו להסכמי אשמה המגבילים את חירותם של הצדדים להם, שימוש במנגנונים תהליכיים עשוי לרכז את ההתנגדות. שימוש במנגנונים התהליכיים יוביל לכך שצדדים להסכמי אשמה מעין אלו יהיו רק בני זוג עקשנים שחפצם לכרות הסכם כזה יבוסס לא רק על החלטה רצונית ומודעת אלא גם על מוכנות לעמוד במחירים הצמודים להליך האישור המכביד. מנקודת מבט של דאגה לאוטונומיה יהיה בכך כדי לשים משקל נוסף על כף המאזניים הנגדית, שלפיה משקף ההסכם האמור את הכרעתם הרצונית של הצדדים לה. גם אם אין בכך כדי לגייס את תמיכתו של הפרפקציוניסט או לרכז את התנגדותו הראשונית, די בכך כדי להציג בבהירות את הקושי הטמון בכפייה מדינתית המטילה מגבלות על פרטים ולחדד את עוצמת הכפייה הטמונה בהגבלתם של הסכמים כאלו, כלומר להשפיע על עוצמתו של השיקול הנוגד. אם כך, נקיטת מנגנונים תהליכיים מכבידים עשויה לשכנע את הפרפקציוניסט לבלוע את הצפרדע ולהשלים עם אכיפתם של הסכמים כאלו מתוך הכרה בערכם של השיקולים הנוגדים. אף כי גם ההתנגדות הפמיניסטית עשויה להיות מרוככת בעזרת מנגנונים אלו, אין להכחיש שמנקודת מבט זו עצם הסדרת המיניות מעוררת קושי עקרוני, ועל כן ייתכן שעמדות פמיניסטיות לא יסכימו לכבד הסכמי אשמה מינית גם כאשר הם מגובים בביקורת תהליכית מוקדמת.

דווקא מנקודת המבט הניטרליסטית-פלורליסטית עשויה לנבוע עמדה מפתיעה. במבט ראשון, בני קבוצה זו הביעו תמיכה בכיבוד הסכמי אשמה, ולפיכך ניתן לצפות, מקל וחומר, כי הם יצטרפו לתמיכה בהסכמים שעברו ביקורת הליכית, שכן זו נראית כמחזקת את

131 ראו לעיל בפרק ב.2, סביב ה"ש 74-78.

רצונותיו של ההסכם, שהייתה בבסיס תמיכתם מלכתחילה. עם זאת נקודת מבט זו עשויה לגלות חשדנות כלפי הפיקוח ההליכי הנזכר. אם התמיכה הניטרליסטית הייתה נעוצה בעיקרה ברצון להוציא את החיים המשפחתיים מתחום מעורבותה של המדינה ולכבד את הבחירה הערכית של הפרטים ללא קביעה מלמעלה של תפיסת טוב פרטיקולרית, עשויים בני קבוצה זו לחשוש כי תחת הכסות של ביקורת הליכית תתקבל למעשה מעורבות מדינתית ערכית שתבקש לקדם תפיסות טוב מערכתיות על פני רצונם של הצדדים. כך למשל הכפפת ההסכם לאישור שיפוטי עלולה להוביל שופט להימנעות מאישור הסכם שאינו תואם את תפיסתו האישית או את תפיסת הרוב בחברה הכללית או בתרבות ההגמונית. בדומה, בית משפט המסתייג מתוכן ההסכם צפוי לגלות בו פגמים בכריתה בקלות יתרה. אם כך, נקודת מבט המתרכזת בזכותו של הפרט העצמאי לבור לו בעצמו את דרכו בעניינים הנוגעים בתפיסות טוב פרטית תבקש לעמוד על כך שהפיקוח ההליכי לא יגלוש לפיקוח על התוכן שיפגע בחירותם של הפרטים. עמדה זו מזכירה לנו כי להכבדה ההליכית יש גם מחיר מנקודת מבט ליברלית, ואם כך, על מעצבי הדין להכריע אם להעדיף מנגנוני פיקוח רכים בעלי גוון טכני, כעולה מן החשיבה הניטרלית, או שמא לעמוד על מנגנוני פיקוח עוצמתיים ועמוקים, כנדרש מן החשיבה הפרודונטיאלית ואולי גם הפרפקציוניסטית והפמיניסטית-אינסטרומנטלית.

### (ב) פיקוח תוכני-מהותי

גישה אחרת לפיקוח על הסכמים היא הגבלה המתמקדת בתוכן החוזה, אם בשלב הכריתה ואם בשלב ההפעלה. כך למשל ניתן לבחון את הוגנות תנאיו של ההסכם או להגביל סוגי הסכמים מסוימים המצויים במתח עם שיקולים של תקנת הציבור.<sup>132</sup> אף בהקשר של הסכמי אשמה באות בחשבון הגבלות תוכניות מעין אלו, העשויות לנבוע מן ההתנגדויות השונות שאותן תיארו לעיל. לצורך בחינת המגבלות התוכניות יש להיזכר בקצרה בטעמים תלויי התוכן שהיו בבסיס ההתנגדויות האפשריות להסכמי אשמה אצל אותו מחנה שהיה מוכן לקבל הסכמי אשמה כפוף לתנאים, או בטעמי התנגדות שריכזם יאפשר למתנגדים לרכך את התנגדותם.

נפתח בשיקולים המתרכזים בדאגה לשוויון בין המינים. פיקוח על תוכן החוזה יוכל לוודא כי ההסכמים יבוססו על שוויון באופן שימנע מימוש חד-צדדי של הסכמים כאלו לטובת פיקוח גברי על מיניות נשית או מוסר מיני כפול, הן בתנאי ההסכם והן באופני אכיפתו. פיקוח כזה עשוי להסיר כמעט במלואו את החשש האינסטרומנטלי, שלפיו הסכמי אשמה יאכפו תפקידי מגדר מסורתיים או שיובילו לפגיעה רכושית דווקא בנשים.<sup>133</sup> אף מנקודת המבט העקרונית, שהתמקדה בהצבת המיניות במוקד מערכת היחסים כפרקטיקה

132 ראו זמיר, לעיל ה"ש 129; Menachem Mautner, *A Justice Perspective of Contract Law: How*; 10 TEL AVIV U. STUD. L. 239 (1990) *Contract Law Allocates Entitlements*; והשוו גבריאלה שלו "חופש וצדק ביני חוזים" *שנתון משפט העבודה* ה' 153 (התשנ"ה). ליישום הגישה באשר לחוזים משפחתיים ראו ריבלין, לעיל ה"ש 6. בארצות הברית, באשר להסכמי קדם-נישואים ראו Bix, לעיל ה"ש 65; באשר להסכמים פוסט-נישואים ראו Ravdin, לעיל ה"ש 130; ALI; לעיל ה"ש 4, בס' 7.05. 133 בהקשר זה ראו את עמדתו של הרדוף, לעיל ה"ש 18, בעמ' 117–118, המתנה את תמיכתו באשמה מינית כעילה לתביעה אזרחית כך שאמות המידה יופעלו באופן שווה בין גברים ונשים.

פטריארכלית שעניינה שליטה והכפפה, עשויה ההקפדה על שוויון להקהות במקצת את עוקצה של ההתנגדות ולהקל על המחזיקים בעמדה זו במלאכת הפשרה. עם זאת ראוי להודות שמי שמאמץ עמדה טהרנית המתנגדת מטעמים פמיניסטיים לכל משטור משפטי של המיניות יעמוד בהתנגדותו גם כאשר התוכן המעשי של ההסכם אינו פוגע בנשים. מערכת שיקולים נוספת ממוקדת באוטונומיה, כלומר במגבלה שמשיתים הסכמים כאלו על סיום מערכות יחסים או על החירות המינית. ראשית, עוצמת ההתנגדות עשויה להיות רגישה לפרטי ההסכם. כך למשל יש פער בין הסכם המטיל אחריות כלכלית על מי שמבקש לממש את אופציית היציאה מן הקשר הזוגי או על מי שנמצא אשם בפירוק הקשר לבין הסכם שמבקש אך ורק להסדיר את פרוצדורת היציאה, כלומר לדרוש מבן זוג המבקש לפרק את קשר הנישואין להמתין עם קשר חדש עד לאחר פירוקו הראוי של הקשר הראשון. בדומה, ניתן לתחום את הפעלת ההסכם לפי מידת המגבלה על החירות המינית הטמונה בו באופן שיבחין למשל בין הגבלה על אירוע מזדמן ואגבי לבין מערכת יחסים שמשקפת מימוש עצמי עמוק יותר, כגון מימוש של נטייה מינית שונה. שנית, ניתן לזהות רמות שונות של פגיעה בחירות היציאה או בחירות המינית לפי שיעורו ולפי אופיו של הקנס המושת על הצד המפר את ההסכם. כך, מלבד שאלת גודלה (היחסי או המוחלט) של ההשלכה הרכושית ניתן להבחין בין השלכה שהיא שלילת הטבה להשלכה השוללת זכאות.<sup>134</sup> הקלת הנטל (בדרך של מחיר נמוך או שלילת הטבה בלבד) מתמודדת ישירות עם הקושי האינסטרומנטלי הטמון בחשש להכבדה על החירות ומחלישה במידת מה את עוצמת ההתנגדות העקרונית לעצם הכללתה של מגבלה כזו בהסדר בין הצדדים.

עם זאת חשוב להבחין כי מגבלות תוכניות מסוגים שונים עשויות לרתום לעגלת התמיכה בהסכמים גם עמדות שהביעו התנגדות בשלב הראשון, עצם הפיקוח על התוכן עלול לעורר התנגדות חדשה דווקא מצד המחנה שהביע תמיכה ראשונית בהסכמים אלו, כלומר המחנה הניטרליסטי, ובעיקר הגוון הליברטריאני של מחנה זה. מנקודת ראות זו, ניתן להשלים עם פיקוח הליכי המותיר את עיקר ההכרעה בידי הצדדים עצמם, אולם פיקוח על תוכן החוזה משקף התערבות מדינתית סובסטנטיבית הנשענת על תפיסות ערכיות ציבוריות, מה שיסכל בדיוק את מה שניסתה עמדה זו להשיג בעזרת הפנייה להסכמים פרטיים. מבחינה זו אין מדובר במחיר נסבל אלא במחיר החותר תחת המטרות המרכזיות והמחויבויות העיקריות שבבסיס התפיסה. למעשה, החשש מפני פיקוח עודף על תוכן ההסכמים עלול להוביל את הניטרליסטי-הליברטריאן לחשוש מהסדרה משפטית של הסכמי אשמה בדיוק בשל הרצון למנוע מן המדינה להפקיע מן הפרטים את השליטה במרחב האישי-משפחתי שלהם. דומה אפוא כי שאלת המגבלה התוכנית עלולה לעורר קונפליקט הדורש הכרעה בדרך של העדפת עמדה כזו או אחרת ולא בדרך של הגעה לפשרה מוסכמת. סוג נוסף ושונה של מגבלות תלויות תוכן קשור למערכת השיקולים השלישית, שעניינה בהתנגדות המוסדית. כזכור, ההתנגדות המוסדית להסכמי אשמה נשענה על שני שיקולים עיקריים: הקושי המערכתי במונחי יעילות ואינטגרטי, והקושי בידע והכללה (ואליו מצטרף גם חשש בעל אופי פרודנטיאלי לפגיעה בפרטיותם של הצדדים). גם כאן מנגנונים חוזיים

134 ראו בהרחבה בפרק ד.3(ב) להלן.

מסוימים עשויים לרפא, או למצער להחליש, את עוצמת ההתנגדות. כך, התנגדות הטמונה ברצון להימנע מעיסוק בזוטות או בעניינים שאינם בליבו של האינטרס הציבורי, או כזו הנובעת מרצון להימנע מזילות המוסד השיפוטי בשל עיסוק בעניינים שבינו לבניה, עשויה להתבטל, או למצער להיחלש, במקום שבו הצדדים כוללים בהסכם מנגנוני יישוב סכסוכים שהודות להם לא תתבקש מעורבות של בתי המשפט המדינתיים. כך הוא כאשר הצדדים מבקשים להסדיר את התדיינותם לפני בורר או בית דין פרטי, נושא שנשוב אליו להלן.<sup>135</sup> במקרים אלו חוסר התערבות של בית המשפט הציבורי יוביל לכיבודם של הסכמים ולא להימנעות מהם, ואם כך מנקודת מבט זו, אין מניעה לשאת את קיומם של הסכמים מעין אלו כל אימת שהם אינם דורשים משאבים ומעורבות שיפוטיים.

בדומה, מידת המשאבים השיפוטיים המוקדשים לטיפול בהסכמים רגישה גם להיקף המסוימות המאפיין אותם, כלומר למידת הפירוט שבה הגדירו הצדדים את ההתנהגות הפסולה בעיניהם ואת השלכותיה. היקף רחב של פירוט או הגדרה מדויקת של ההתנהגות האסורה עשויים לרכך אף את היקף הפולשנות והפגיעה בפרטיות, כמו גם את בעיית הידע וההכללה, כפי שנדון לעיל.<sup>136</sup> אם כך, הגבלה על תוכן ההסכמים המותרים באופן שידרוש מהם לחסוך לבית המשפט את הצורך בזיהוי רצונם המדויק של הצדדים ובאפיון ההתנהגות הפסולה בעיניהם, או אף הגבלה להסכמים שאינם דורשים מעורבות שיפוטית או משאבים ציבוריים לשם הפעלתם, אמורה לרכך את ההתנגדות המבוססת על שיקולים מערכתיים ומוסדיים או על שיקולים של פגיעה בפרטיות ולאפשר למחזיקים בעמדות המתוארות להצטרף לתמיכה בלגיטימיות של הסכמי אשמה מעין אלו.

מעניין להבחין כי לעומת מנגנוני הפיקוח התוכני שנדונו למעלה ושעוררו את חמתו של הניטרליסט-ליברטריאן, דומה כי המנגנונים המוצעים מנקודת המבט המערכתית-מוסדית דווקא יהיו מקובלים עליו ואולי אף רצויים על ידיו. העברת יישום ההסכם לידי הפרטים באופן שאינו דורש מעורבות שיפוטית מתיישבת עם רצונו להותיר את השליטה בהסכמים בידי הפרט או בקהילתו המצומצמת. גם דרישה למסוימות ולהגדרה מדויקת של תנאי ההסכם המפורשים משתלבת בחזון המותר את השליטה בפרטי החוזה בידי הצדדים ומגבילה את היקף המעורבות השיפוטית בקביעת תנאי ההסכם, בחוסמה ערוצים של חלחול ערכים ציבוריים אל תוך מערכת היחסים הפרטית שאותה קבעו הצדדים לעצמם.<sup>137</sup> מבחינות אלו מנגנוני ההתאמות התוכניות שנשענו על הרגישות המערכתית-מוסדית אינם רק מקובלים על הניטרליסט: הם עשויים למצוא בו בעל ברית ותומך נלהב.

אומנם התאמות אלו מרככות את הבעיה מנקודת מבטו של הליברל המערכתית-מוסדי וזוכים לתמיכתו של הליברל הניטרליסט, אולם הן עלולות להחריף את הבעיה מנקודת המבט הפמיניסטית, העלולה לראות בפירוט יתר או בהגדרה מדויקת של ההתנהגות

135 ראו את הדיון בפרק ד.3(א) להלן.

136 לעיל ה"ש 123.

137 על פירוש והשלמה כמנגנון חלחול כזה ראו Eyal Zamir, *The Inverted Hierarchy of Contract Interpretation and Supplementation*, 97 COLUM. L. REV. 1710 (1997); איל זמיר **פירוש והשלמה**

**של חוזים** 57–15 (1996); איל זמיר "פירוש חוזים: תאוריה, דין, עובדות וערכים" **משפטים** נא 81, 120–114 (2021).

הפסולה דווקא מחיר במונחים של משטור ושליטה. הסכם הקובע במפורט את גבולות המותר והאסור פותר את בעיית הידע והזיהוי מנקודת המבט השיפוטית, אולם הוא מטיל את הצדדים אל תוך מערכת יחסים המעניקה לכל אחד מהם שליטה ספציפית באופני ההתנהגות של זולתו. מבנה שליטה כזה חשוד בפעולה לא-סימטרית לאורך קווי המגדר (אף אם הוא ינוסח באופן סימטרי), ולכן המשפט ימצא את עצמו נותן כלי פיקוח בידי גברים שתלטיניים המבקשים להצר את צעדיהן של בנות זוגם. בדומה, גם העברת האכיפה של ההסכמים למנגנונים חוץ-שיפוטיים אשר פתרה את קשיי היעילות או האינטגריטי עלולה להחריף את החשש הפמיניסטי מניצול של פערי כוחות או הפקרת הזירה לגורמים שאינם מחויבים לשוויון. לבסוף, עצם ההסתייגות המוסדית מעיסוק בתחום ההתייחסותי-אינטימי מצויה במתח ישיר עם התובנה הפמיניסטית הבסיסית בדבר החשיבות של מתן כבוד לתחומים אלו ושל ההתעקשות על הצורך להימנע מחסינות המרחב הביתי בפני נורמות של צדק והגינות. אם כן, גם במקרה זה נדרשת בסופו של דבר הכרעה ערכית בין השיקולים השונים לפי תפיסות העולם שתוארו.

### (ג) היקף התפוצה

לצד האפשרות לפיקוח על אופן כריתת ההסכם או על תוכנו של ההסכם ניתן להציע מנגנון פשרה אחר שעשוי לאפשר לחלק מן המתנגדים להשלים עם קיומם של הסכמי אשמה. מנגנון זה, שאומנם אינו נפוץ בספרות החוזית אך ניתן לשאול אותו מתחומי משפט אחרים,<sup>138</sup> מתמקד בהיקף התפוצה של התופעה, כלומר בשאלה עד כמה הסכמים כאלו רווחים בחברה או עשויים להיות רווחים בה. במילים אחרות, בניגוד להקפדה על אופן הכריתה (שטופל במסגרת המנגנונים התוכניים) ניתן לפקח על היקף הכריתה. פיקוח כזה עשוי לנבוע מתוך שאיפה להשיג שני יעדים אפשריים: ייתכן כי הסכמים כאלו ייחשבו ללגיטימיים כל עוד היקף תפוצתם אינו רחב, ומבחינה זו ניתן לקבוע מעין מכסה לכמות ההסכמים המותרת או לחתור לצמצומה. חלופה אחרת היא התמקדות בשאלה עד כמה עלול הסכם כזה לזכות בתפוצה רחבה ולהתפשט בחברה כאשר בשדה קוצים, כלומר להתמקד לא בהבטחתה של כמות נתונה אלא בשאלה עד כמה חלקלק המדרון לקראת התפשטות רחבה, או עד כמה הפנייה להסכמים כאלו עלולה להיות "מידבקת". לפי עמדה זו, אם אכן מתעורר חשש לתפוצה רחבה, יש מקום להימנע מעצם האפשרות לערוך הסכמים מעין אלו, אפילו בהיקף מצומצם. נכונות להגביל את היקף התפוצה של הסכמי אשמה בלי להכחיד אותם לחלוטין עשויה להתיישב עם כמה נקודות מבט שראינו. נפתח בנקודות המבט האידאולוגית, המבקשת לעצב את מוסד הנישואין כמוסד המבוסס על חירות ושוויון, ולנתק את הקשר המסורתי בין

138 בענפי משפט אחרים ניתן למצוא הסדרים המופעלים רק כאשר רמת הפעילות חוצה רף מסוים. כך למשל דיני התחרות מתייחסים להסכמי בלעדיות לפי היקף התפוצה שלהם או לפי היקף השווקים שהם מכסים (השוו *United States v. Visa USA Inc.*, 344 F.3d 229 (2d Cir. 2003)). הסדרים בעלי מבנה דומה מקובלים לעיתים גם בקשר למדיניות הגירה או קליטת פליטים, וכמובן בהחלטות על מדיניות אכיפה (למשל בעבירות הסתה, תכנון ובנייה ועוד).

נישואין לבין פיקוח על מיניות.<sup>139</sup> לפי תפיסה זו, מלבד שאלת ההשפעה על בני זוג הנתונים בסכסוך, עיצוב משפטי של מוסד הנישואין הוא בעל השלכות חברתיות רחבות הפועלות על כל בני הזוג הנישאים. לפיכך יש טעם להעביר את מוקד החיים הזוגיים ממנגנון למשטור מיניות אל עבר התמקדות בשיתוף פעולה כלכלי, תמיכה נפשית-חברית ושותפות בגידול הילדים. אם כך, הדגש כאן הוא על ההשפעה הרחבה של המשפט על התפיסות הציבוריות אגב הישענות על הערך האקספרסיבי של המשפט, אם בהצהרותיו ואם באופי המוסדות שהוא מייצר.<sup>140</sup> אם כך, אף אם עמדה כזו תבקש לארגן את המוסד החברתי של נישואין סביב קווי המתאר שתוארו, היא תוכל לגלות במידת מה סובלנות לסטייה מוגבלת ממודל זה כל עוד ברירת המחדל שמאחוריה עומד המחוקק מכוונת אל מודל הנישואין הראוי, וכל עוד היקף הסטייה, במונחים כמותיים, אינו גדול דיו כדי להשפיע על התפיסה הציבורית את אופיו החברתי של המוסד. מבחינות אלו נכונות ליברלית להשלים עם היקף מוגבל ומצומצם של הסכמי אשמה משקפת פשרה גישורית, כלומר פשרה שאינה נושאת ויתור גדול מנקודת מבטה של עמדה ליברלית זו.

עמדה ייחודית קשורה לנקודת המבט הפלורליסטית, כלומר אותה עמדה אשר מבקשת לעגן את הניטרליות של המדינה ברצון להבטיח את קיומן ואת שגשוגן של צורות חיים שונות, אם כדי לאפשר לכל פרט בחירה משמעותית בין חלופות, ואם על מנת לאפשר לקבוצות תרבותיות שונות לחיות יחד במסגרת משפטית-חברתית אחת. עמדה זו, על שתי חלופותיה, לא רק תשלים עם קיומם של הסכמי אשמה בהיקף נתון, אלא אף עשויה לברך על כך ואולי אף לתמוך בקימומה של אופציית הבחירה בהסכמים כאלו, דווקא משום שאלו משקפים תפיסת נישואין ומשפחה הנשענת על בסיס ערכי שונה מזה של מוסד המשפחה הליברלי כפי שתואר לעיל. עם זאת אף שעמדה פלורליסטית תבקש לתמוך בקיומן של מגוון אפשרויות, תמיכה זו תוגבל למקרים שבהם אין חשש שעמדה אחת תדחק לחלוטין את רגליה של עמדה אחרת, או – לפי החלופה הרב-תרבותית – תחרוג מגבולותיה של קבוצת המיעוט התרבותית ותשפיע על התפיסות הרווחות בקבוצת הרוב.<sup>141</sup> אם כך, נקודת המבט הפלורליסטית תהיה רגישה לא רק לשאלת היקף התופעה של הסכמי אשמה אלא גם להיקף החשש שתופעה זו תתפשט בלא שליטה ותוביל לפגיעה במגוון או ביחסים החברתיים.<sup>142</sup> אך גם מנקודת מבט זו, הסדרת היקף התופעה איננה ויתור או פשרה אלא מימוש של הערכים והמאויים של התפיסה הפלורליסטית עצמה.

בעוד עמדות אחרונות אלו יכולות לתמוך בתופעה של הסכמי אשמה בהיקף מוגבל, או למצער להשלים עימה, התנגדותן של עמדות אחרות עומדת בעינה. אלא שגם מנקודות מבט אלו, התומכות כשלעצמן בהכחדה מוחלטת של הסכמים כאלו, תיתכן נכונות לסבול היקף צר של חריגה ממה שנתפס כמצב הרצוי, בוודאי כאשר חריגה זו נשענת על עמדה עיקשת

139 לעיל ה"ש 47-48, 52-54.

140 לעיל פרק א.2, סמוך לה"ש 57.

141 כך למשל מתעורר חשש שהאפשרות לכרות הסכמי אשמה תקרין על זוגות אחרים באופן שיהפוך נישואין ללא הסכם כזה להצהרה על חוסר נאמנות מינית. בתנאים חברתיים-תרבותיים מסוימים די בכך כדי להוביל מעגלים רחבים להיזקק להסכמים מעין אלו, אף אם לא היה להם ביקוש מלכתחילה.

142 חשש זה עשוי לנבוע מאופייה השמרני של החברה או מסוג היחסים בין פלחי האוכלוסייה. להרחבה ראו את הדין במקרה הבוחן של בתי דין דתיים, להלן בפרק ד.3(א), סביב ה"ש 146.

של קבוצה קטנה, וכאשר המחיר של אכיפת עמדת הרוב על קבוצת המיעוט כרוך בחיכוך גבוה ויקר. לתפיסה כזו עשויים להיות שותפים הן אלו המתנגדים להסכמי אשמה על בסיס אידאולוגי<sup>143</sup> והן אלו המבססים את התנגדותם העקרונית על שיקולים מערכתיים הקשורים לתפקודם של בתי המשפט. אם כך, אף שכאן מדובר בויתור של ממש ולא בפשרה גישורית, ניתן לחשוב על מנגנונים מבוססי הגבלת היקף כעל צעד בכיוון הנכון לקראת גיבוש העמדה הליברלית הכוללת כלפי הסכמי אשמה.

כיצד ניתן, מבחינה מעשית, לממש הגבלות מבוססות היקף? לכאורה, דרך המלך היא לאחוז את השור בקרניו ולקבוע מכסה כמותית שתגביל את היקף התפוצה של הסכמים כאלו. אלא שמלבד הקשיים הנובעים מאתגר החלוקה הצודקת של מכסה כזו (בהנחה שהביקוש להסכמים כאלו יעלה על המכסה המוצעת) הפתרון של מכסה אינו הולם מכמה בחינות עיקריות. ראשית, הוא אינו מסנן את הנוקקים להסכמים כאלו על בסיס עוצמת העדפתם, ולכן עלול להותיר את הקונפליקט עם קבוצות עקשניות במיוחד בעינו. שנית, מנגנון כזה אינו מדכא את הביקוש. למעשה, הוא עלול להוביל לתוצאה הפוכה ולפיה הסכמים כאלו יחשבו לפתרון נחשק שרק מעטים זוכים בו, וכך לפעול נגד המגמה האקספרסיבית כפי שתוארה לעיל. לבסוף, הוא אינו מתאים כלל למוטיבציות הרב-תרבותיות המבקשות לקשר את תפוצת הסכמים למעגלים החברתיים-תרבותיים השונים. מבחינה אחרונה זו, המנגנון העדיף הוא מנגנון שיאפשר את השימוש בהסכמים האמורים רק בגדריה של קבוצת המיעוט הנתונה כל אימת שניתן לזהות בבהירות את גבולותיה של הקבוצה.

בשל הקשיים הטמונים במנגנון של מכסה ניתן להציע שתי חלופות עיקריות: לפי האחת, ינסה המשפט לצמצם ככל האפשר את תפוצת הסכמים באמצעות הצבת מכשולים בפני המבקשים להיזקק להם, שיובילו להקטנת הביקוש להסכמים כאלו כמו גם לביטוי המסר הציבורי הרואה בחלופה זו חריג לא רצוי. עקרונית, אפשר היה לחשוב על מנגנוני הכבדה כגון גביית מס או אגרה מן המבקשים לכרות הסכמים מעין אלו. עם זאת מבחינה מעשית חשוב להבחין כי המנגנונים הפרוצדורליים והתוכניים שנזכרו לעיל מתפקדים למעשה גם כמנגנוני הכבדה, שכן הם מטילים עלות על ההיזקקות להסכמים, ומבחינה זו ניתן להסתפק בהם תוך כדי מתן תשומת לב לתפקידם העקיף בצמצום היקף ההיזקקות להסכמי אשמה, ולאופן שבו הם משקפים הסתייגות ציבורית מחלופה זו. אם נשוב לדנג"ץ הבגידה אנו סבורים שברוח זו ניתן לפרש את עמדת הרוב, שלפיה, גם אם ניתן לשקול הכרה בהסכמי אשמה מפורשים, אין לאפשר הכרה בהסכמים משתמעים כאלה גם אם הם עולים

143 טענה זו נכונה הן מבחינת הדאגה לחירות והן מבחינת הדאגה לשוויון. עם זאת ביקורת פמיניסטית על משטר הנישואין עשויה להיות רגישה במיוחד לעובדה שפרקטיקה מסוימת נוהגת בקבוצת מיעוט דווקא, עובדה המחדרת את היותן של נשות קבוצה זו בבחינת "מיעוט בתוך מיעוט". ראו AYELET SHAHAR, MULTICULTURAL JURISDICTIONS: CULTURAL DIFFERENCES AND WOMEN'S RIGHTS (2001) 55-57; שחר ליפשיץ "רב-תרבותיות ליברלית-פוליטית כתרופה ליחסי דת ומדינה בישראל" **משפטים** מ' 887, 902 (2011); MICHAEL KARAYANNI, A MULTICULTURAL ENTRAPMENT: RELIGION AND STATE AMONG THE PALESTINIAN-ARABS IN ISRAEL 102-107 (2021). עם זאת גם עמדה זו נדרשת להביא בחשבון את המחיר הטמון בחיכוך גבוה או בקשיי האכיפה של המדינה.

לכאורה מנסיבות העניין.<sup>144</sup> עמדה דומה משקפת גם הפסיקה בישראל, העוסקת בדיני המתנה, ולפיה יש להכיר בתנאי מפסיק המתייחס להתנהגות הצדדים לאחר קבלת המתנה רק אם תניה כזו הופיעה במפורש בהסכם שבין הצדדים.<sup>145</sup>

לצד החלופה המתמקדת בצמצום כולל של היקף ההיזקקות להסכמי אשמה ניתן לחשוב גם על חלופה המתמקדת בהכרעה בינארית בנוגע ליחס להסכמים כאלו שתהיה מבוססת על התנאים החברתיים הנתונים בקשר לחשש להתפשטות התופעה. כך למשל ייתכן שניתן לסבול כמות מסוימת של הסכמים כאלו בחברה שבה היזקקות להסכמים תהא נחלתם של מתי מעט, אך להימנע מפתחת אפשרות זו אף למעטים כל אימת שבתנאי החברה הנתונים יש חשש שהסכמים כאלו יהפכו לדרך המלך במעגלים רחבים. בהקשר הישראלי יש לתת את הדעת על היקפה של האוכלוסייה שאינה מחויבת לערכים ליברליים. זאת ועוד, ניתן להעלות את החשש שמתן גושפנקה להסכמי אשם, ואפילו אם גושפנקה זו תצומצם אך ורק להסכמים מפורשים, עשוי להוביל למיזמים חברתיים של החתמה סיטונאית של בני זוג על הסכמים כאלה בעידוד של גורמים דתיים באופן שעלול להפוך הסכמים כאלה להסכמים נפוצים. מבחינה זו יש להתאים את המנגנון למבנה חברתי העשוי להשתנות ממקום למקום ומזמן לזמן, וללוות את ההתאמה במכניזם לעמידה על המשמר, שתוודא את התאמתו הנמשכת של המנגנון לתנאי החיים ולנטיות הרווחות. בפרק הבא נבקש להדגים עניינים אלה.

#### (ד) סיכום

בתת-פרק זה ראינו כי חרף השוני בעמדות המוצא ניתן לחשוב על מנגנונים שונים שיזכו לתמיכה רחבה מצד מרבית טיפוסי העמדות הליברליות שסקרנו, אם בדרך של עקיפת הבעיות ואם בדרך של ריכוזן. הצבת תנאים הליכיים ותוכניים לכריתתם של הסכמי אשמה תיצר ברירת מחדל דביקה שתשקף את התפיסה הציבורית, תשמש כהינד (nudge) שיכוון את האזרחים לקראת צורת החיים הרצויה מנקודת מבט ליברלית, תתמודד עם הקשיים והחששות מפני חופשיות הבחירה ותוצאות ההסכם, כמו גם תוביל מיניה וביה להגבלה של תפוצתם של הסכמים כאלו. כפי שראינו, סביב חלק ממנגנונים אלו ניתן לתאר התקבצות של עמדות יסוד שונות, ואילו חלק אחר משקף דווקא קונפליקט המצריך הכרעה, שכן פתרון

144 ראו למשל בדנג"ץ הבגידה, לעיל ה"ש 8, פס' 18 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז. בכתיבה האקדמית על בג"ץ הבגידה נמתחה ביקורת על עמדת השופט שטיין, שהתייחס לקיומה של תניה העוסקת בנאמנות מינית כהכרעה עובדתית של בית הדין הרבני, והתעלם מן העובדה שבמקרה הקונקרטי לא דובר על הסקת תניה מן הנסיבות אלא על קביעת ברירת מחדל כללית, או בלשונו של בית הדין אומדנה. לביקורת זו ראו ליפשיץ "שיפוט מוסרי", לעיל ה"ש 31; דגן והקר, לעיל ה"ש 17. ביקורת זו אף אומצה בידי שופטי הרוב (ראו במיוחד בפסק דינם של השופטים הנדל ומלצר בדנג"ץ הבגידה, לעיל ה"ש 8). אולם בחלק זה אנו טוענים טענה מרחיקת לכת יותר, ולפיה גם כאשר מדובר בהסקת תנאי משתמע על בסיס הנסיבות הקונקרטיות, אין לכבד תנאי כזה, בין היתר מתוך רצון לצמצם את היקף התופעה (ודומה כי זו הייתה עמדתה של השופטת ברק-ארז בדנג"ץ הבגידה). וראו בהקשר זה שחר ליפשיץ "אחרית דבר – מה למדנו מדנג"ץ הבגידה" **מחקרי משפט** לה (1) (צפוי להתפרסם) (להלן: ליפשיץ "אחרית דבר").

145 ראו עניין **זיסרמן** ועניין **פרי**, לעיל ה"ש 20, והשוו לדעת המיעוט של השופט לנדוי שלפיה ניתן להכיר גם בתניה משתמעת.

בעיה של עמדה אחת דווקא מעורר קושי חדש מנקודת מבטה של עמדה אחרת, תופעה המתעוררת מטבע הדברים בעיקר בקצוות האידאולוגיים של הדיון, לעומת השיקולים המעשיים והפרגמטיים שהם נוחים יותר, מטבעם, להסדרה בדרך של פשרה. טבלה 2 ממחישה את הדינמיקות שתוארו.

שני סוגי הדינמיקות הללו – זו המאפשרת התכנסות סביב מנגנוני פתרון מוסכמים וזו החושפת את המחלוקות האידאולוגיות היסודיות באופן הקורא להכרעה ביניהן, לפי העדפותיו הערכיות של המכריע – יודגמו בתת-הפרק הבא, דרך התמקדות בשלוש אימפליקציות של הדיון בהקשרים חשובים מבחינה מעשית. הדוגמה הראשונה היא דינם של הסכמי אשמה מינית המפנים את הדיון בעניינם של בני הזוג לטריבונול דתי, בייחוד בחברה רב-תרבותית. הדוגמה השנייה היא של הסכמי הענקה חד-צדדים המותנים בנאמנות מינית, ובכלל זה הכתובה בדין הדתי היהודי. הדוגמה השלישית היא של "הסכמי פיוס", כלומר הסכמים בין בני זוג הנערכים לאחר משבר ביניהם, כאשר המשבר נעוץ בעיקרו בהפרת הנאמנות המינית מצד מי מהם, וההסכם מבקש לשקם את מערכת היחסים אגב יצירת מנגנון עתידי שיגן על בן הזוג הנבגד מפני התנהגות חוזרת מעין זו. הגם שחלק מן הדוגמאות שיובאו חורגות במקצת מהמקרה הפרדיגמטי של הסכם אשמה מינית מפורש, מדובר במקרים בעלי חשיבות מיוחדת להקשר הישראלי שעשויים להמחיש את הדינמיקה התאורטית שנותחה בפרקים הקודמים וכן לסייע למעצבי המשפט ליישם את השיקולים השונים שהועלו.

## טבלה 2. השפעת המנגנונים על העמדות ועל השיקולים

הגבלת היקף	תוכני	פרוצדורלי	ניטרלי פלורליסט
יסכים, ומנקודת מבט פלורליסטית אפילו יתמוך.	מתנגד מן ההיבט הליברטריאני להגדלת מעורבות מדינה. עשוי לתמוך בהסדרים מהותיים המצמצמים מעורבות המדינה.	עשוי להסכים למנגנונים מוודאי הסכמה אך חשדן במקרים של הסדרים הגולשים לפיקוח מהותי.	ניטרלי פלורליסט
מנקודת המבט הממוקדת בעיצוב מוסד הנישואים עשוי להסיר התנגדות. מנקודת המבט של דאגה לחירות הפרט ממתן התנגדות אך אינו מבטלה לחלוטין.	כשמדובר בפיקוח תוכני המצמצם הגבלה על חירות, כגון צמצום התוצאה המעשית של הרשמה מינית, ימתן התנגדותו ואולי גם יסירה.	יסודות ההתנגדות עוים קיימים בשל ההיבט המהותי, אך עשויים להתמתן בין היתר בשל התחזקות השיקול הנוגד הממוקד באוטונומיה כהתחייבות מודעת.	פרפקציוניסטי
עומד בהתנגדותו.	עומד בהתנגדותו, ובמקרה שבו הפיקוח על התוכן קשור בהגברת המסוימות, ההתנגדות מועצמת בשל הגברת המשטור.	עומד בהתנגדותו.	פמיניסט – עקרוני

הגבלת היקף	תוכני	פרוצדורלי	
עומד בהתנגדותו, וכשהמשמעות של צמצום ההיקף היא חשיפת נשים בקהילות מייעוט, מעצים את ההתנגדות.	כשהפיקוח ממוקד בהגנה על נשים ובשלילת מוסר כפול, מסיר התנגדותו. כשהתוכן הוא הפרטה, מעצים התנגדותו.	ממתן התנגדותו	<b>פמיניסט – אינסטרומנטלי</b>
ימתן התנגדותו ואולי יסירה.	מנגנונים המפקחים על התוכן ימתנו התנגדותו ואולי יובילו להסרתה.	נכון להסכים אם הפרוצדורות ימוקדו בידע ובהערכת סיכונים.	<b>שיקולי רווחת פרט</b>
	במקרה של פיקוח ממוקד פירוט המקטין בעיית הזיהוי והיישום עשוי להסיר התנגדותו.	עשוי להסיר התנגדותו.	<b>מערכתי – זיהוי והכללה</b>
עשוי למתן התנגדותו.	במקרה של פיקוח על רמת פירוט או העברה לגופים פרטיים עשוי להסיר התנגדותו.	עומד בהתנגדותו.	<b>מערכתי – הנזק למערכת</b>

### 3. שלוש השלכות והרחבות להקשר הישראלי

#### (א) הסכם הקובע פנייה לבית דין דתי

אחת התופעות הרווחות בדמוקרטיה מערבית בעשרות השנים האחרונות, בייחוד בחברות שבהן יש מייעוטים דתיים משמעותיים, היא שאיפה של צדדים להסדיר את ענייני המשפחה שלהם בפני טריבונלים דתיים (ובמשמע, לפי דין דתי).<sup>146</sup> במרבית המדינות מדובר

146 DAPHNA HACKER, LEGALIZING ; לעיל ה"ש 143; AYELET SHAHAR, לעיל ה"ש 143; FAMILIES IN THE ERA OF BORDERED GLOBALIZATION 95–101 (2017); Brian H. Bix, *Marriage Agreements and Religion*, 2016 U. ILL. L. REV. 1665; Ayelet Shachar, *Privatizing Diversity: A Cautionary Tale from Religious Arbitration in Family Law*, 9 THEORETICAL INQ. L. 573 (2008); Marie Ash & Anissa He'lie, *Realities of Religio-Legalism: Religious Courts and Women's Rights in Canada, The United Kingdom, and the United States*, 20 U. CAL. DAVIS J. INT'L L. & POL'Y 139 (2014); MICHAEL J. BROYDE, SHARIA TRIBUNALS, RABBINICAL COURTS, AND CHRISTIAN PANELS: RELIGIOUS ARBITRATION IN AMERICA AND THE WEST (2017). לניתוח התופעה בישראל ראו רות הלפרין-קדרי "פלורליזם משפטי בישראל: בג"צ ובתי-הדין הרבניים – בעקבות בבלי ולב" עיוני משפט כ 683 (1997) (להלן: הלפרין-קדרי "פלורליזם שיפוטי"); Daphna Hacker, *Religious Tribunals in Democratic States: Lessons from the Israeli* ; 145–99 בעמ' Karayanni ; *Rabbinical Courts*, 27 J.L. & RELIG 59 (2012); IDO SHAHAR, LEGAL PLURALISM IN THE HOLY CITY: COMPETING COURTS, FORUM SHOPPING, AND INSTITUTIONAL DYNAMICS IN JERUSALEM ch. 2–3 (2015). בדיון הנוכחי לא נעסוק בתופעה קרובה, שהיא פנייה לסמכות דתית כדי ליישב את הסכסוך באופן אלטרנטיבי בדרך של גישור או פנייה אל סמכותו הרוחנית של מנהיג קהילתי (השוו רם ריבלין "רב, דיין, כהן: טיפולוגיה של שיפוט רבני ובעיית העגינות" **שנתון המשפט העברי** לא 261 (התשפ"ב)). ענייננו כאן הוא בפנייה אל מנגנון פנים-דתי העוסק במובהק בהחלת נורמות דתיות על חלוקת הרכוש בין הצדדים. בדומה לזה, לא

בטריבונלים דתיים "פרטיים". לעומת זאת בישראל, לצד בתי דין דתיים פרטיים הפועלים מכוח הסכמת הצדדים,<sup>147</sup> בתי דין דתיים פועלים בתחומים שונים מכוח סמכות המדינה. במקרה של יהודים דנים בתי הדין הרבניים ביחסי הרכוש של בני הזוג מכוח הלכת הכריכה גם בהיעדר הסכמה של שני בני הזוג, ובמקרה כזה הם נדרשים להפעיל את הדין האזרחי.<sup>148</sup> נוסף על כך, דנים בתי הדין הרבניים בגביית הכתובה הנתפסת כחלק מענייני הנישואים והגירושין, ובהקשר זה הם מיישמים את הדין הדתי.<sup>149</sup> בעבר נהגו בתי הדין הרבניים הממלכתיים לדון ביחסי הרכוש של בני הזוג מכוח הסכמת הצדדים, בין היתר בטענה שהם עושים זאת כבוררים.<sup>150</sup> פרקטיקה זו נאסרה בבית המשפט העליון.<sup>151</sup> דינמיקה דומה התחוללה כאשר לבתי הדין השרעיים.<sup>152</sup> לנוכח הכרעות בית המשפט העליון בעניין זה מועלות בציבוריות הישראלית מפעם לפעם הצעות שלפיהן תוכר זכותם של בתי הדין הדתיים המדינתיים לדון בענייני רכוש מכוח הסכמת הצדדים.<sup>153</sup>

במסגרת הנוכחית לא נעסוק במקרים שבהם סמכות בתי הדין כפויה לפחות על אחד מבני הזוג, ונתמקד במקרים שבהם סמכות בית הדין הפרטי או הממלכתי לדון בהסכם הכולל התייחסות להסכמה מינית מבוססת על הסכמת הצדדים. בשיח המשפטי הנוכחי קיים עיסוק רב בתופעה רחבה יותר של העברת הדיון בהליכים בין בני זוג לערכאות דתיות, בדרך כלל תוך החלת הדין הדתי על יחסיהם.<sup>154</sup> תופעה זו זכתה למנעד של תגובות נורמטיביות,

נדון כאן באכיפה אזרחית של הסכמים דתיים כהסכמי כתובה או מוהר אלא אך ורק באכיפתם באמצעות מוסדות דתיים. לאכיפה של הסכמי מוהר בבתי המשפט האזרחיים כשלעצמם ראו James A. Sonne, *Domestic Applications of Sharia and the Exercise of Ordered Liberty*, 45 SETON HALL L. REV. 717, 733 (2015); Odatalla v. Odatalla, 810 A. 2d 93, 97 (N.J. Super. Ct. Ch. Div. 2002); Akileh v. Elchahal, 666 So. 2d 246, 248–49 (Fla. Dist. Ct. App. 1996); *In re Altayar & Muhyaddin*, 139 Wash. App. 1066 (Wash. Ct. App. 2007); Ann Laquer Estin, *Toward a Multicultural Family Law*, 38 FAM. L.Q. 501, 521–522 (2004); Emily Thompson & F. Soniya Yunus, *Choice of Laws or Choice of Culture: How Western Nations Treat the Islamic Marriage Contract in Domestic Courts*, 25 WIS. INT'L L.J. 361 (2007)

147 ראו למשל עמחי רדזינר "גט בהשגחת הבר"ץ: ענייני נישואין וגירושין" בבתי דין הרדיים פרטיים "משפט, חברה ותרבות א 69 (2018).

148 ראו ס' 3 לחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), התשי"ג–1953; בג"ץ 8497/00 פייג-פלמן נ' פלמן, פ"ד נז(2) 118, 132 (2003); בג"ץ 1000/92 בבלי נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד מח(2) 221, 246–247 (1994).

149 ראו וסטריין "שלושה צמתים", לעיל ה"ש 27; פרק ד.2(ב)(3) להלן, סמוך לה"ש 186.  
150 למאבק הסמכויות בין בתי הדין הרבניים הפרטיים לבתי הדין הממלכתיים ראו עמחי רדזינר "בית-הדין הרבני בין בג"ץ לבר"ץ: השפעת בג"ץ על מעמדו ההלכתי של בית-הדין הרשמי" *משפט וממשל* יג 271 (2012).

151 בג"ץ 8638/03 אמיר נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים, פ"ד סא(1) 259 (2006).

152 ראו בג"ץ 7212/09 פלונית נ' פלוני (נבו 3.7.2013).

153 להצעות אלה ראו למשל רדזינר, לעיל ה"ש 150, בעמ' 276. לאפשרות שלפיה הסכמת הצדדים, אף בהסכם קדם-נישואין, תשפיע על סמכות השיפוט בשלב הגירושין (ולו בדרך של השפעה על מבחני הכריכה). השוו לעמדת השופט ג'ובראן בבג"ץ 6929/10 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד סו(2), פס' 38 לפסק דינו (2013).

154 ראו המקורות המצוינים לעיל בה"ש 146. להבחנה בין התיאור הסוציולוגי של הפלורליזם השיפוטי להערכתו הנורמטיבית ראו את הוויכוח בין איסי רוזן-צבי לרות הלפרין-קדרי: הלפרין-קדרי "פלורליזם

הנעה מהתנגדות חריפה המחריגה טריבונלים כאלו מהסדרי הבוררות הרגילים,<sup>155</sup> לגישה המגלה נכונות לאכוף הסדרים כאלו ואף לתמוך בהם,<sup>156</sup> דרך עמדת ביניים המבקשת להגביל תופעה זו ולפקח עליה, אך מוכנה להתירה בתנאים נוקשים של התאמה לתקנת הציבור ולהגנה על זכויות נשים.<sup>157</sup> במדינות שבהן נהוגה הפרדת דת ומדינה עיקר הדיון בשאלה זו נשען בדרך כלל על שאלות כלליות בנושא יחסי דת ומדינה, ובייחוד שאלה של איסור מיסוד הדת (disestablishment).<sup>158</sup> היבטים אחרים של הדיון מתמקדים בשאלות כלליות על מחויבות לשוויון מגדרי ועל חששות בדבר הוולונטריות של פנייה להסדרים כאלו במסגרת חברות דתיות הדוקות.<sup>159</sup> בהקשר הישראלי היו שדנו בה גם בהקשר של הגדרתה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית ויחסה למיעוטים.<sup>160</sup>

- שיפוטי", לעיל ה"ש 146; איסי רוזן-צבי "סובייקט, קהילה ופלורליזם משפטי" עיוני משפט כג 539, 552-557 (2000); רות הלפרין-קדרי "עוד על פלורליזם משפטי בישראל (בעקבות מאמרו של איסי רוזן צבי 'סובייקט, קהילה ופלורליזם משפטי')", עיוני משפט כג 559 (2000).
- Lindsey E. Blenkhorn, *Islamic Marriage Contracts in America Courts: Interpreting Mahr Agreements as Prenuptials and Their Effect on Muslim Women*, 76 S. CAL. L. REV. 189, 191 (2002); Karen Lugo, *Sharia Law in American Courts: American Family Law and Sharia-Compliant Marriages*, 13(2) ENGAGE 79 (2012) לחקיקה בקנדה הניצבת נגד הכרה בהסכמים המפנים לבוררות דתית ראו HACKER, לעיל ה"ש 146, בעמ' 95; Lorraine E. Weinrib, *Ontario's Sharia Law Debate: Law and Politics Under the Charter*, in LAW AND RELIGIOUS PLURALISM IN CANADA 239, 250-258 (Richard Moon ed., 2008). לביקורת על הכרה בהסדרי בוררות באנגליה ראו Samia Bano, *Islamic Family Arbitration, Justice and Human Rights* Britain, 1 L. SOCIAL JUSTICE & GLOBAL DEVELOPMENT 1 (2007).
- Avitzur v. Avitzur, 58 N.Y.2d 108, 459 N.Y.S.2d 572, 446 N.E.2d 136 (1983); Ann Laquer Estin, *Embracing Tradition: Pluralism in American Family Law*, 63 MD. L. REV. 540 (2004) כן ראו Faisal Kutty, *The Myth and Reality of 'Shari'a Courts' in Canada: A Deadly Opportunity For the Indigenization of Islamic Legal Rulings*, 7 U. ST. THOMAS L.J. 559, 566-572 (2010).
- ראו AYELET SHAHAR, לעיל ה"ש 143, בעמ' 117-145, המציעה מודל של "transformative accommodation" התומך בהכרה חלקית בטריבונלים דתיים פרטיים המותנית באימוץ נורמות שוויוניות יותר בטריבונלים הללו. כן ראו Hacker, לעיל ה"ש 146, בעמ' 98-101.
- Ilene H. Barshay, *The Implications of the Constitution's Religion Clauses on New York Family Law*, 40 HOW. L.J. 205 (1996); Kent Greenawalt, *Religious Law and Civil Law: Using Secular Law to Assure Observance of Practices with Religious Significance*, 71 S. CAL. L. REV. 781, 810-839 (1998); Edward S. Nadel, *New York's Get Laws: a Constitutional Analysis*, 27 COLUM. J.L. & SOC. PROBS. 55, 55-100 (1993) ראו גם Chaim Z. Malinowitz & Michael J. Broyde, *The 1992 New York Get Law: An Exchange*, 31(3) TRADITION 23 (1997); Joel A. Nichols, *Multi-Tiered Marriage: Ideas and Influences from New York and Louisiana to the International Community*, 40 VAND. J. TRANSN'L L. 135, 153-163 (2007) בהקשר הקנדי ראו Lisa Fishbayn, *Gender, Multiculturalism and Dialogue: The Case of Jewish Divorce*, 21 CAN. J. L. & JURISPRUDENCE 71 (2008).
- ראו בנושאים הללו, בין היתר: הלפרין-קדרי "פלורליזם שיפוטי", לעיל ה"ש 146; AYELET SHAHAR, לעיל ה"ש 143; Hacker, לעיל ה"ש 146.
- KARAYANNI, לעיל ה"ש 143, בעמ' 99-145; IDO SHACHAR, לעיל ה"ש 146, בפרק 2.

אלא שפנייה לחלוקת הרכוש לפי דין דתי או להכרעתו של טריבונל דתי חושפת את הצדדים, כעניין טיפוסי, להכרעה רכושית הרגישה לשיקולי אשמה, מתווה רווח בדתות שונות. אם כך, הסכמים המפנים לדין דתי הם גם מקרה פרטי של הסכמי אשמה. יש טעם אפוא לחשוב עליהם גם מנקודת מבט זו. אגב בידוד אספקט זה מן ההיבטים האחרים של הדילמה. ודאי שבמקרה שבו הפניית הצדדים לדיון בדין הדתי נעשית בהסכם הקובע במפורש התייחסות לשיקולי אשמה יש צורך להתייחס לנושא מנקודות המבט שתוארו העוסקות בהסכמי אשמה. לפיכך נדון במקרה לאור חמשת השיקולים העיקריים שהצגנו בפרק הקודם, בהדגשת הנכונות לאמץ מנגנוני הפשרה שנדונו בפרק הנוכחי, מנקודת מבט של כל אחת מן העמדות.

נפתח בעמדה שאותה אפיינו לעיל כעמדה הניטרליסטית-פלורליסטית. הרצון של המשתתפים לקבוצות מיעוט דתיות להיזקק לשיפוט דתי בענייני המשפחה שלהן מחדד עד כמה שאלת מעמדה של האשמה בדיני המשפחה היא עניין של מלחמת תרבות המשקפת מחלוקת מוסרית עמוקה.<sup>161</sup> מבחינה זו מתחזקת הדרישה מן המדינה להימנע מלהכריע במחלוקת מוסרית זו. בדומה, מתחזקת התפיסה בדבר החשיבות של שיח פתוח וסגנונות חיים שונים, המזוהה עם העמדה הפלורליסטית,<sup>162</sup> כמו גם הרצון להגן על רב-תרבותיות עבה, כלומר לאפשר לקבוצות מיעוט מרחב שבו בני הקבוצה רשאים לשמר את תרבותם ואת ערכיהם. אם כך, עמדה זו צפויה לתמוך בהסכמי שיפוט דתי, ובישראל גם במתן סמכות לבתי הדין הדתיים לדון בהסכמה ביחסי הרכוש הזוגיים, וממילא להביט בחשדנות על מנגנוני הצמצום שנדונו לעיל כל עוד אלו משקפים צד אחד במלחמת התרבות.<sup>163</sup> במשקפיים צופים פני עתיד ייתכן שגישה כזו אף תתמוך בהצעה שהועלתה בעבר בספרות, ולפיה אם יכוננו בישראל נישואים אזרחיים, יוכפפו מי שנישאו בנישואים דתיים לבתי הדין הדתיים לא רק בענייני הגירושין אלא גם בענייני הרכוש, ובכלל זה לשיקולי האשמה.<sup>164</sup>

נקודת מבט שונה מגיעה משני הכיוונים האידאולוגיים העיקריים: העמדה הפרפקציוניסטית המתמקדת בחירות והעמדה הפמיניסטית המתמקדת בשוויון. נקודת מבט זו תבקש ראשית להבטיח כי מגבלות ישירות על תוכן ההסכם לא "ייכנסו בדלת האחורית" בדרך של הסכם בוררות, המייבא למעשה את הנורמות הפסולות בדרך של מנגנון דיוני.

161 BROYDE, לעיל ה"ש 146, בפרק א.

162 השו"ש, בעמ' 261.

163 אומנם תפיסה ניטרליסטית הנשענת על מחויבות ליברטריאנית עשויה להסתייג מהסכמים שאינם משקפים הכרעה עצמאית-פרטית אלא מחויבות קבוצתית או הכפפה עצמית לשיפוטם של גופים כותניים אחרים.

164 "שיטת המסלולים" היא זו המזוהה עם הצעתו של אריאל רוזן-צבי. ראו אריאל רוזן-צבי "בתי-הדין הרבניים, ההלכה והציבור: גשר צר מאוד" **משפט וממשל** ג 173 (התשנ"ה). גביון ומדן הציעו שבני הזוג הנישאים יקבעו את ההסדר הרכושי שיחול עליהם ואת הערכאה שתדון בו. ראו יואב ארציאלי **אמנת גביון-מדן: עיקרים ועקרונות** 36 (2003). אבישלום וסטרייך ופנחס שיפמן **מסגרת אזרחית לנישואין וגירושין בישראל** 63 (רות גביון עורכת 2012) מציעים כי הסכמה להתדיינות בבית הדין הדתי תהיה כפופה למחויבות של זה לערכים של שוויון בתחום האזרחי. עם זאת לא ברור אם מחויבות זו כוללת רק את המחויבות לחלוקה שווה של הרכוש או גם להיעדרם של שיקולי אשמה. השו"ש גם אבישלום וסטרייך "בחזרה לעתיד: על עיצובם של הנישואין והגירושין האזרחיים בישראל" **דין ודברים** י 69, 87 (2017).

הפריזמה של הסכמי האשמה מדגישה עד כמה דיון בחלוקת הרכוש נשען למעשה, ברבדיו העמוקים, על שאלות יסוד בדבר היקפה של החירות המינית וזכות היציאה מן הנישואין. מנקודת מבט פמיניסטית הקושי הטמון בהתרכזות בהתנהגות המינית של הצדדים מחריף בשל נטייתן של הנורמות הדתיות לשקף מוסר מיני כפול, ולאור הפרקטיקה הרווחת, שלפיה טריבונלים דתיים מאוישים בגברים בלבד, אם כעניין עקרוני (כמו למשל במקרה היהודי) ואם כעניין מעשי. למותר לציין שהתנגדויות אלה רלוונטיות הן כטיעון המכוון נגד הכשרת טריבונלים דתיים כבוררים פרטים,<sup>165</sup> והן בהקשר הישראלי נגד מתן סמכות לבתי הדין המדינתיים לדון מכוח הסכמת הצדדים.<sup>166</sup>

עמדה מורכבת יותר נובעת מן האספקט של התפיסה הפרפקציוניסטית המתרכז באופיים של הנישואין כמוסד חברתי ובהיבט האקספרסיבי של הנורמה המשפטית. מבחינה זו, העובדה שהנורמות תלויות האשמה אינן חלק מפורש מן ההסכם אלא נובעות ממנו בעקיפין, מרככת את הקושי. כך גם כאשר ההסדר מוגבל מראש לקבוצת מיעוט, מה שמשקף את אופיו של המוסד החברתי הראשי אל מול החריג המתאים למי שאינם חלק מלא מערכיה של קהילת הרוב, כאשר המוסד הראשי מאושרר דווקא דרך חריגותו של ההסדר המשני. לבסוף, העובדה שדרך היישום של הסכמים אלו נעוצה במנגנון פרטי ואינה עוברת במוסד ציבורי-מדינתי רשמי, מאפשרת גם היא לשמור על המסר בדבר צורת הנישואין ההולמת ולהימנע מפגיעה בתפיסה החברתית של מוסד המשפחה. עם זאת מנקודת מבט זו יש לעמוד על המשמר מפני מקרים שבהם השפעת המודל הדתי של המשפחה תדחוק את רגליו של המוסד האזרחי. כך הוא למשל כאשר קבוצת הנזקקים לשיפוט דתי היא רחבה דייה כדי להשפיע על התפיסה הרווחת של מהו התקין והמקובל. בדומה, חשש זה רגיש לא רק לגודל הקבוצה אלא גם למובחנות שלה ולקשיחות הגבולות שלה. למשל, אם שיפוט דתי מאפיין קבוצת מיעוט מובחנת (למשל בני דת מיעוט), ניתן לשמר את המודל הציבורי בטוהרתו, אולם אם מדובר בחברה שבה תהליכי חילון והדתה אינם יציבים, ויש חשש להצטרפות רחבה אל המודל הדתי, יש מקום לנקוט הגנה תקיפה יותר על המודל הליברלי ולהגביל את היכולת להיזקק למנגנונים אחרים. יתר על כן, מנקודת מבט של שוויון מגדרי מתעוררת הרגישות לגורלן של מי שהן בבחינת "מיעוט בתוך מיעוט", כלומר מעמדן של נשים בתוך קבוצת המיעוט. למותר לציין שהמעמד המדינתי של בתי הדין הדתיים וזמינותם הרבה מעצימים את החששות המוצגים בפסקה זו. על כן מנקודת המבט הליברלית מתעורר חשש כבד שהענקת סמכות לבתי הדין הדתיים הממלכתיים, ולו מכוח הסכמה, תוביל לסחף בכיוון בתי הדין הללו באופן החותר תחת הרצון הליברלי לעצב את הנישואים במנותק משאלת הבגידה. המעמד המדינתי של בתי הדין הדתיים מעצים גם את החשש שלפסקי הדין שלהם ולטיב השיח שבהם תהיה משמעות הצהרתית רבה מזו הקיימת לדיונים בבתי דין פרטיים בדרך שעלולה להוביל לשינוי אופי הנישואים בחברה הישראלית. עמדה מורכבת עולה גם מן התפיסה הרביעית, המתרכזת ברווחתו של הפרט ובגבולותיה הראויים של התערבות פטרנליסטית. מצד אחד הבחירה בשיפוט דתי מעוררת

165 ראו ההתנגדויות בקנדה ובאנגליה שהוזכרו לעיל בה"ש 155.

166 להצעות אלה בתקופה האחרונה ראו למשל הצעת חוק שיפוט בתי דין דתיים (בוררות), התשפ"ג-2023, פ/1178/25. וכן הצעת חוק שיפוט בתי דין דתיים (בוררות), התשפ"ג-2023, פ/1579/25.

כאמור ספקות כלליים בדבר מידת הוולונטריות של הבחירה נוכח לחץ קהילתי או חברתי. יתר על כן, העובדה שמדובר בבחירה כוללת המשקפת עסקת חבילה של מכלול הנורמות הדתיות מעוררת חשש שמא הבחירה אינה נשענת על העדפה פרטנית וקונקרטיית ביחס לחשיבותה של אשמה ביחסים הרכושיים, ומבחינה זו מעוררת ספק בנוגע לשאלה אם הפרט יודע טוב יותר מן המדינה מהי החלופה העדיפה מבחינתו.<sup>167</sup> מנגד ניתן לטעון כי הסתמכות הוליסטית על המסורת משקפת דווקא גמירות דעת עמוקה יותר בנוגע למכלול הערכים והעקרונות המשוקעים בתפיסת הנישואין המסורתית. יתר על כן, לעומת ההתנגדות הפטרנליסטית הרגילה להסכמי אשמה שנשענה בין השאר על חשש מאופטימיות יתר או מהסדרת מצבו של עצמי עתידי שונה, דומה כי טיעונים כאלו נדרשים ליתר צניעות אל מול מודל המבוסס על פתרון המעוגן במסורת, השואב את תבונתו ממה שניתן לתיאור כ"חוכמת הדורות" או ניסיון רב־דורי מצטבר.

לסיום, מנקודת המבט המערכתית־מוסדית המתרכזת ביעילות ובהגנה על מעמד בתי המשפט, דומה כי עולה תמיכה מסוימת בפנייה לטריבונלים דתיים, לפחות כל עוד מדובר בטריבונלים פרטיים, ובמקרים שבהם הליכי האישור של פסקי בורות אלו אינם דורשים מעורבות יתרה מבתי המשפט. הסכמים כאלו אינם דורשים מערכאות השיפוט להשחית את זמנם על מה שעשוי להיראות כ"זוטות", ואינם תובעים מערכאות השיפוט לחדור אל חייהם האישיים של הצדדים ולזהם את ידיהם בפרטים מעולמם האינטימי של בני הזוג. אם כך, אין פגיעה בזמן השיפוטי או באינטגרטי המוסדי, וממילא אין מקום להתנגד להסכמים כאלו ואולי אף יש לעודדם. עמדה זו חושפת בבירור את המתח האינהרנטי שבין העמדה המערכתית־מוסדית לבין התפיסה הפמיניסטית, כפי שתוארה לעיל, שכן היא מדגימה בבירור כיצד שיקולים של יעילות ושל אינטגרטי מוסדי עלולים להוביל להפקרת תחומי חיים חשובים לתחום הפרוץ של השיפוט הלא רשמי.

לסיכום, המקרה של הסכמים המפנים את בני הזוג לשיפוט לפני טריבונל דתי מבהיר עד כמה נוקבת היא המחלוקת בין העמדות הליברליות השונות שתוארו במאמר. גישות ליברליות המדגישות את הניטרליות המדינתית כמו גם גישות רב־תרבותיות עשויות לנטות להסכמים כאלה, הן כאשר מדובר בטריבונלים פרטיים ואפילו כאשר מדובר בבתי דין מדינתיים, ובלבד שיובטח באמצעים שנדונו שהפנייה אליהם היא בהסכמה אמיתית. גישות המתמקדות בחששות המערכתיים מפני עיסוק בשיקולי אשמה וגישות הממוקדות בהשלכות של הסכמי אשמה על העיצוב החברתי הכללי של מוסד הנישואים עשויות אף הן לתמוך בהפניה לטריבונלים דתיים פרטיים. לעומת זאת גישות אידאולוגיות הממוקדות בשוויון מגדרי ובערך האוטונומיה יתנגדו לא רק להסכמי אשמה הנדונים בבתי המשפט האזרחיים אלא גם, ואולי אפילו ביתר שאת, להסכמים המפנים את בני הזוג לטריבונלים דתיים הצפויים להפעיל שיקולי אשמה ללא כל ביקורת משפטית אזרחית.

167 במובן זה הסכם הכולל התייחסות מפורשת לאשמה מינית והליך פיקוח המתייחס קונקרטיית להוראות הקשורות באשמה מרכז את הקשיים הקיימים מנקודת מבטם של הממוקדים ברווחת הפרטים.

**(ב) הבחנה בין שלילת הטבה לשלילת זכות: על מתנות, על הלכת השיתוף הספציפי ועל****הכתובה**

בסעיף הקודם עמדנו על מצבים המעוררים קושי מיוחד מצד הגישות האידאולוגיות להשלים עם הסכמי אשמה. בחלק זה נצביע על מצבים אפשריים הפותחים פתח לתמיכה בכיבוד הסכמים כאלה דווקא מנקודות מבט אלה. נעסוק במקרים שבהם על פי הסכמת הצדדים האשמה המינית אינה שוללת מבין הזוג זכות שהיה זכאי לה מלכתחילה לנוכח אשמו המיני, אלא להפך – ההסכם מעניק לבן הזוג זכות חדשה שהוא לא היה זכאי לה מלכתחילה, אך הוא מתנה את הענקת הזכות החדשה בנאמנות מינית. כזכור, בבג"ץ הבגידה הבחין השופט שטיין בין נטילת נכס בראיון על בסיס אשמה מינית ככזו שאין לתת לה תוקף, לבין הענקה מותנית של נכס שאינו בראיון לפי הלכת השיתוף הספציפי, שיש לכבדה.<sup>168</sup> ההתייחסות להלכת השיתוף הספציפי כמבוססת על הסכמה בכלל ועל הענקה חד-צדדית בפרט, שנויה במחלוקת.<sup>169</sup> על כן לצורך העיסוק האנליטי בהבחנה בין הענקה לבין נטילה נמקד תחילה את דיוננו במקרה של מתנה מובהקת, ורק בשלב השני נדון בשיתוף הספציפי, על מורכבותו המיוחדת. לבסוף נדון בסוג שלישי של הענקות ייחודיות למשפט הישראלי כפי שהוא חל על בני העדה היהודית המתעורר במקרים של כתובה.

**(1) מתנות מובהקות**

נפתח במקרה מובהק של מתנה, למשל מקרה של "מעניק" המקנה לבן זוגו זכויות בנכס שבבעלותו אך מתנה את תוקף המתנה בכך שמקבל המתנה ישמור על נאמנות מינית כלפיו. לצורך הדיון חשבו על מעניק הנכון להעניק לבן זוגו יותר ממחצית שוויים של הנכסים בני-האיוון, ובלבד שבן זוגו ישמור על נאמנות מינית עד לפקיעת הנישואים. נוסף על כך, חשבו על מעניק המקנה לבן זוגו נכס שעל פי הכללים המקובלים אינו נכס בראיון, ואף הלכת השיתוף הספציפי לא חלה עליו, למשל נכס שאינו דירת מגורים, שהתקבל בירושה ושהחזק בנפרד מיתר נכסי המשפחה. שוו בנפשכם שהמעניק קבע מפורשות, בעת יצירת המתנה, שהמתנה תפקע בדיעבד בכל מקרה של אי-נאמנות מינית מצד מקבל המתנה. האם לאורם של שיקולי המדיניות שהוצבו ניתן להצדיק את ההבחנה בין אשמה מינית השוללת הענקת נכס שלמעניק לא הייתה בו זכות מלכתחילה לבין אשמה מינית המובילה לנטילת זכות קיימת? עיון בסוגיה מנקודת המבט הניטרלית, זו התומכת ברגיל במתן תוקף משפטי להסכמי אשמה, יעלה שבמישור ההסכמי ההבחנה בין הענקה ונטילה עשויה להשפיע לכל היותר על דרך הסקתו של הסכם משתמע המתנה נטילה או נתינה באשמה מינית. כך למשל על פי גישתו של השופט שטיין בבג"ץ הבגידה, הסקת הענקה מותנית צריכה להתמקד באומד דעתו של המעניק, ואילו הסקת נטילה מותנית צריכה להתמקד באומד הדעת המשותף לשני הצדדים.<sup>170</sup> לעומת זאת במקרה של הסכמים מפורשים אין להבחין בין המקרים, שכן על הליברל הניטרלי לכבד כל הסכם העוסק באשמה מינית, הן

168 ראו את פסק דינו של השופט שטיין בדנג"ץ הבגידה, לעיל ה"ש 8.

169 ראו להלן ה"ש 180–184.

170 ראו בבג"ץ הבגידה, לעיל ה"ש 18, בס' 10–13 לפסק דינו של השופט שטיין. וראו גם את הניתוח של ליפשיץ על עמדה זו: ליפשיץ "שיפוט מוסרי", לעיל ה"ש 31, בעמ' 33–40.

כאשר מדובר בנתינה והן כאשר מדובר בנטילה. ההבחנה בין נתינה לנטילה מעוררת קושי הפוך בקרב הגישות המסתייגות מהסכמי אשמה מינית, שכן רבות מן ההסתייגויות מהסכמי אשמה מינית שמקורן בשיקולי רווחת הפרט ובשיקולים מערכתיים הן בעלות תוקף גם כאשר מדובר בהסכמי אשמה מינית מותנים. כך למשל החשש מפני עיסוק במיניות המלווה בפולשנות, בחיטוט בפצע ובפגיעה בפרטיות, רלוונטי לא רק כשמדובר בהסכמי נטילה אלא גם כאשר מדובר בהסכמי הענקה, שכן גם הסכמים אלה מאלצים את בית המשפט לחטט בהתנהגות המינית של בני הזוג כדי לקבוע אם התקיים התנאי העוסק באשמה המינית. בדומה לכך, אף החששות המערכתיות מפני הקושי של בתי המשפט לזהות ולהגדיר אשמה מינית והטענות בדבר הנזק המערכתי הנובע מעצם העיסוק בסוגיות הללו מתעוררים גם כאשר מדובר בהסכמי הענקה ולא רק בהסכמי נטילה. הינה כי כן, נראה כי אין בסיס להבחנה בין הסכמי הענקה להסכמי נטילה – לא אצל התומכים בהסכמי האשמה המינית ולא בקרב המסויגים מהם מטעמי רווחת הפרט או מטעמים מערכתיים.

לעומת זאת חלק מן הגישות האידאולוגיות שעד כה הפגינו את ההתנגדות הקשיחה ביותר להסכמי אשמה מינית עשויות להבחין בין נטילה להענקה ולרכך את התנגדותן במצבי הענקה. מנקודת המבט הממוקדת באוטונומיה של הפרט נראה כי הפגיעה בחירותו של מקבל המתנה בשל האיום לשלול את המתנה במקרה של בגידה עתידית מצומצמת מהפגיעה בחירותו של מי שצפוי לאבד זכות קיימת במקרה של בגידה. ראשית, בספרות הפילוסופית העוסקת בכפייה קיימת עמדה מושרשת המבחינה בין הצעה המרחיבה את מגוון האופציות העומדות לפני הניצע (ועל כן אין לראות בה כפייה), לבין איום המצמצם את מגוון האופציות הללו.<sup>171</sup> על פי הבחנה זו, ניתן לגרוס שהענקה המותנית בנאמנות מינית אינה פוגעת בחירות של מקבל ההענקה "לבגוד", אלא רק מוסיפה למגוון האופציות העומדות לפניו את האפשרות לשמור על נאמנות מינית, ובכך לקבל את המתנה שלא היה זכאי לה מלכתחילה. לעומת זאת נטילה מותנית באשמה מינית מצמצמת את מגוון האופציות העומדות לפני בן הזוג, שכן ההסכם המותנה מטיל עלות על חלופה שעמדה לפניו מלכתחילה (לקבל את זכויותיו מכוח דיני הרכוש הזוגי גם ללא שמירה על נאמנות מינית). אף בספרות הפסיכולוגית הממוקדת בתודעתם של בני האדם מוכרת הבחנה בין נטילה להענקה, כאשר נטען שהאיום שחווים בני אדם במקרה של הפסד הענקה קטן מן האיום במקרה של שלילת זכות.<sup>172</sup> לנוכח הבחנה זו ניתן לטעון שהחשש מפני הפסד הענקה פוגע בחירות של מקבל המתנה לסיים את קשריו הזוגיים או לממש את מאווייו המיניים פחות מאשר האיום להפסיד את אשר כבר קיבל. משכך, מנקודת המבט המבקשת לשמר את האוטונומיה של מקבל המתנה והחוששת מפגיעה בחירותו המינית, ניתן להשלים עם הסכמי אשמה מינית המצומצמים לשלילת הענקה, אך אין לקבל הסכמי אשמה המבקשים ליטול מהבוגד את אשר כבר זכה בו.

171 לסקירה ולהפניות ראו Scott Anderson, *Coercion*, THE STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY (Edward N. Zalta ed., 2021), <http://tinyurl.com/bddefdky>, בעיקר בסעיף 2.2.

172 לסקירה מעמיקה של הספרות הפסיכולוגית על ההבחנה ולהשפעותיה הנורמטיביות על תחומים שונים של המשפט ראו Eyal Zamir, *Loss Aversion and the Law*, 65 VAND. L. REV. 829 (2012); ZAMIR & DORON TEICHMAN, *BEHAVIORAL LAW AND ECONOMICS* 270 (2018).

עם זאת יש להודות שמנקודת המבט ההתנהגותית ההבחנה בין נתינה לנטילה אינה חדה, והיא פגיעה להבניות או מניפולציות.<sup>173</sup> חשבו למשל על ההבחנה בין שני המקרים האלה: הראשון עוסק במתנה שכבר ניתנה אך הותנתה בתנאי מפסיק-מפקיע שלפיו המתנה תפקע במקרה של בגידה; השני עוסק במתנה שעל פי תנאיה תעבור לבעלות המקבל רק בסיום הנישואים רק במקרה שבו לא יבגוד. מנקודת המבט הפילוסופית הממוקדת בהבחנה בין הצעה המרחיבה את האופציות העומדות לפני המקבל לבין איום המצמצם את האופציות הללו, אין להבחין בין המקרים הללו, שכן בשניהם המתנה רק הרחיבה את מגוון האפשרויות העומדות לפניו. שונים הדברים מנקודת המבט הפסיכולוגית-התנהגותית: במקרה הראשון, מבחינת התודעה של מקבל המתנה הידיעה שאשמה מינית תגרום לפקיעת המתנה שכבר התקבלה עלולה להציב מחסום תודעתי רב-משמעות בפני אפשרותו לממש את חירותו המינית. לעומת זאת אם צודק הניתוח ההתנהגותי שלפיו אובדן רווח עתידי אינו שקול כנגד הפסד מה שכבר קיים ברשות המקבל, אזי התניה השוללת את השתכללות המתנה מלכתחילה עשויה להציב מחסום גבוה פחות בפני מקבלי מתנה פוטנציאליים בנוגע למימוש חירותם המינית.<sup>174</sup>

עד כה עסקנו בהבחנה בין נתינה לנטילה מנקודת מבטו של מקבל המתנה, והראינו את הגיונה מחד ואת מורכבותה מאידך. אולם גישות הממוקדות באוטונומיה אמורות לכבד לא רק את האוטונומיה של מקבל המתנה אלא גם את זו של מעניק המתנה. מנקודת מבט זו, קיים קושי לאכוף על בעלים של נכס לממש הבטחה להעניק נכס המצוי בבעלותו המלאה, כאשר הבטחה זו עצמה הותנתה בתנאי שלא התקיים, והנכס אפוא יוענק בניגוד לרצונו. על כן מנקודת המבט הממוקדת בערך האוטונומיה ניתן לטעון שאפילו אם התניית ההענקה באשמה מינית דינה להתבטל בשל הפגיעה של התניה כזו בחירותו של מקבל המתנה, ועל כן בתקנת הציבור, המשמעות של הביטול צריכה להיות אי-אכיפה של ההענקה המותנית מלכתחילה, בין שהתנאי התממש ובין שלא, ולא הותרת ההענקה על כנה גם אם התנאי המקדמי להענקה (שמירה על נאמנות מינית) לא התממש.<sup>175</sup> עם זאת ראוי להודות שלפחות

173 על האפשרות "להנדס" תודעה באמצעות הבניות משפטיות שונות של הענקות לעומת נטילות ראו Richard Brooks, Alexander Stremitzer, Stephan Tontrup & Max Planck, *Framing Contracts: Why Loss Framing Increases Effort*, 168 J. INSTITUTIONAL & THEORETICAL ECON. 62 (2012) והשוו: Yuval Feldman, Amos Schurr & Doron Teichman, *Reference Points and Contractual Choices: An Experimental Examination*, 10 J. EMPIRICAL LEGAL STUD. 512 (2013). עוד ראו

בעניינים הללו: ZAMIR & TEICHMAN, לעיל ה"ש 172.

174 מנגד ניתן לטעון שגם אם העיצוב המשפטי של העסקה הוא כזה שלפיו המתנה המותנית משתכללת רק בפקיעת הנישואים באופן המאפשר לסווג את האשמה המינית כנוטלת הענקה, בחווייה של בן הזוג התיוג המשפטי אינו הגורם המכריע, ואם מדובר בנכס שהמעניק כבר השתמש בו בפועל, או למצער חווה אותו כחלק מנכסי הנישואים, הרי שהחשש לאבד אותו הוא איום השולל זכות. בעניין זה נוסף ונעסוק בחלק הבא בדוננו בהלכת השיתוף הספציפי.

175 במישור הפוזיטיבי הפורמלי נראה שבמקרה של ביטול תנאי העוסק באשמה מינית בשל פגיעתו בתקנת הציבור יש להפעיל על המתנה את סעיף 19 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, הבוחן את האפשרות לביטול חלקי של חוזה שבוטל בשל פגמים בכריתה או בשל פגיעתו בתקנת הציבור. על פי צורת חשיבה זו ניתן לגרוס שאם לפי אומד דעתו של מעניק המתנה, המעניק לא היה נכון להעניק את המתנה מלכתחילה אלא אם הייתה מותנית בתנאי האשמה המינית, אזי במקרה שבו התנאי ייפסל בשל

בדיני הירושה המגמה המקובלת במקרה של תנאים כובלים הסותרים את תקנת הציבור, בין היתר בשל פגיעתם באוטונומיה של הירושים, היא לבטל את התנאי אך להותיר את הצוואה על כנה.<sup>176</sup> משום כך ניתן לטעון שבאותם המקרים שבהם שיקולי מדיניות, ובכללם שיקולי האוטונומיה, תומכים באי-התחשבות באשמה מינית, יש לבטל את התנאי אך להותיר את המתנה על כנה.<sup>177</sup>

מסקנתנו, שלפיה גישה אידאולוגית הממוקדת בחירות עשויה לפתוח פתח מסוים להכרה בהסכמי הענקה המותנים בהתנהגות המינית של המקבל, מובילה לקונפליקט אפשרי בין שתי הגישות הליברליות האידאולוגיות – בין זו הממוקדת בחירות לבין אחותה הממוקדת בשוויון המגדרי. כזכור, הגישה האחרונה מתנגדת להסכמי אשמה מינית, בראש ובראשונה מתוך התנגדות עקרונית למשטור המיניות בכלל ומיניות של נשים בפרט, כמו גם מתוך חששות ליישום אמות מידה לא שוויוניות לגברים ולנשים. התנגדות זו נראית בעלת תוקף גם כאשר מדובר בהסכמי הענקה הממשטרים את ההתנהגות המינית של מקבל המתנה, ובדומה להסכמי נטילה, הם עלולים להיות מיושמים באופן המשקף מוסר מיני כפול. עם זאת עיון מעמיק יותר יגלה כי לפחות במקרים של מתנות מובהקות היחס להסכמי הענקה מותנים מעורר קונפליקט פנימי בין ההיבט העקרוני להיבט האינסטרומנטלי של ההתנגדות הפמניסטית להסכמי אשמה.

כזכור, בדוננו בהתנגדות המגדרית להסכמי אשמה עמדנו על כך שלצד ההתנגדות המגדרית העקרונית למשטור המיניות קיים גם שיקול אינסטרומנטלי ולפיו הסכמי אשמה טיפוסיים, המציבים מחסום בפני זכותו של בן הזוג הלא רשום והאשם מינית לממש את זכותו ברכוש הזוגי, עלולים לפגוע בנשים שהן הנוקדות הטבעיות לדיני הרכוש הזוגי. לכאורה ניתן לטעון שנשים הן הנמענות הטיפוסיות של הסכמי הענקה, ועל כן הכפתם לשיקולי אשמה מינית עלולה לפגוע בנשים. ברם מנקודת המבט האינסטרומנטלית לא ניתן לשלול גם מצב דברים הפוך, שבו שלילת האפשרות להתנות מתנה בהיעדר אשמה מינית עלולה להוביל גברים, שהם הבעלים הטיפוסיים של הרכוש הפרטי, להימנע ממתן

האיום על תקנת הציבור, המתנה בכללותה אמורה להתבטל. לעומת זאת אם ניתן לשער שהמעניק אומנם חפץ מלכתחילה בהתניית המתנה בתנאי, אך היה נכון להעניק את המתנה גם לו ידע שלא ניתן להתנות את התנאי בתנאים, אזי יש להכיר במתנה גם אם התנאי מבוטל.

176 ראו ס' 38 (א) לחוק הירושה, התשכ"ה-1965, שלפיו: "נקבע בצוואה דבר בלתי חוקי, בלתי מוסרי או בלתי אפשרי כתנאי לזכיה או כחיוב לפי סעיף 45, בטל התנאי או החיוב, ואין בכך כדי לבטל את הזכיה שהיתה מותנית או שהחיוב היה מוטל עליה". עם זאת בתזכיר חוק הירושה מוצע להעניק במקרים מסוימים לבית המשפט סמכות לבטל את ההענקה בכללותה במקרה שבו מבוטל התנאי. ראו ס' 38 לתזכיר חוק הירושה (תיקון מס' ...) התשפ"א-2021. עוד ראו בעניינים הללו, Adam J. Hirsch, *Freedom of Testation / Freedom of Contract*, 95 MINN. L. REV. 2180 (2011); RESTATEMENT (THIRD) OF TRUSTS § 29 (2003); William A. Drennan, *Wills, Trusts, Schadenfreude, and the Wild, Wacky Right of Publicity: Exploring the Enforceability of Dead-Hand Restrictions*, 58 ARK. L. REV. 43, 52-56 (2005); Shelly Kreiczer-Levy, *Property's Immortality*, 23 CARDOZO J.L. & GENDER 107 (2016).

177 שיקול מדיניות נוסף בעד ביטול התנאי והותרת המתנה על כנה קשור בחשש שאם תבוטל המתנה מלכתחילה, לא יהיה למקבל המתנה לעולם אינטרס לטעון נגד התנאי, וכך התנאי הסותר את תקנת הציבור עלול בסופו של דבר להיוותר על כנו.

התחייבות להעניק את הנכסים הפרטיים מלכתחילה, דבר שיפגע בסופו של דבר במשאבים העומדים לרשות נשים.<sup>178</sup> על פי קו חשיבה זה, מנקודת מבט אינסטרומנטלית, יש לשלול הסכמי נטילה אך להשלים עם הסכמי נתינה. מנגד, דווקא מנקודת המבט העקרונית יש בהסכמי הענקה חשש לבעייתיות מיוחדת, שכן מובנה בהם שכפול של מנגנון הכוח הכלכלי לטובת שליטה בספרה המינית. מבנה זה מטיבו מעניק כוח עודף למי שבידו המשאבים להעניק, ולפיכך מקציץ את הקושי המקורי הטמון בהסכמים כאלו.

לסיכום, התנגדויות להסכמי אשמה מינית הנעוצות בחששות מעשיים הנוגעים לרווחת הפרט או לשיקולים מערכתיים עומדות בתוקפן גם כאשר מדובר בהענקה מותנית. אף ההתנגדות המגדרית האידאולוגית ניצבת על כנה, ואולי אף מוחרפת, גם כאשר מדובר על מתנה מותנית. לעומת זאת עמדות אידאולוגיות הממוקדות בערך החירות כמו גם גישות פמיניסטיות אינסטרומנטליות עשויות לרכך את התנגדותן להתניות כאלה במקרים של מתנה "מובהקת".

## (2) התניה מפורשת של שיתוף ספציפי באשמה מינית

לנוכח ההבחנות שהוצגו בחלק הקודם ביחסן של הגישות השונות כלפי מתנה המותנית באי-אשמה מינית, נפנה כעת לבחינת המקרה הקלאסי של הלכת השיתוף הספציפי העוסקת בנכס, לרוב דירת מגורים, שאינו בראיזון אך עם השנים, בהתגבש אמות המידה הקבועות בפסיקה, הפך למשותף. כזכור, בבג"ץ הבגידה טען השופט שטיין שלנוכח העובדה שהלכת השיתוף הספציפי עוסקת בהענקה, יש לכבד את רצונו של המעניק להתנות את ההענקה בנאמנותו של מקבל המתנה. דבריו של השופט שטיין באותו המקרה נועדו לבסס את מסקנתו שלנוכח הכרעתו העובדתית של בית הדין הרבני הגדול, שקבע כי כוונת השיתוף של הבעלים הותנתה בנאמנות המינית מצד המקבל, יש לכבד את הכרעתו המשפטית לתת תוקף לכוונה זו. עמדה זו בוקרה לאור העובדה שהכרעת בית הדין לא התבססה על הסכמה מפורשת ואפילו לא על הנסיבות הספציפיות של המקרה אלא על ברירת מחדל עקרונית שקבע בית הדין.<sup>179</sup> אולם מה על מקרה שבו הבעלים הרשום של הדירה, שקדמה לנישואין, הבהיר במפורש בטרם הכניסה למגורים המשותפים שהוא מסכים כי הדירה תהפוך לנכס משותף אך ורק אם בת הזוג לא תפר את חובתה לנאמנות מינית?

במבט ראשון, הצהרה של הבעלים הרשום המתנה את הפיכת הנכס למשותף באשמה מינית, אם הותנתה בזמן אמת בטרם התממש השיתוף והובאה לידיעתו של בן זוגו, שקולה להסכם מתנה הכולל במפורש התניה של המתנה בהסכמה מינית שבו דנו בחלק הקודם. אם כך, מסקנתנו שלפיה גישות אידאולוגיות הממוקדות באוטונומיה כמו גם גישות פמיניסטיות אינסטרומנטליות אמורות לכבד תנאי מפורש שלפיו מתנה מותנית בהיעדר אשמה מינית,

178 לניתוח הכלכלי המבחין בין הסכמי כפייה, שמתן תוקף להם יפגע בטווח רחוק במאוימים עתידיים, לבין מצבים שבהם דווקא אי-אכיפת החוזה תפגע במאוימים עתידיים ראו Oren Bar-Gill & Omri Ben-Shahar, *The Law of Duress and the Economics of Credible Threats*, 33 J. LEGAL STUD. 391 (2004); Shahar Lifshitz, *Distress Exploitation Contracts in the Shadow of No Duty to Rescue*, 86 N.C. L. REV. 317 (2008).

179 ראו ליפשיץ "שיפוט מוסרי", לעיל ה"ש 31, בעמ' 34.

מובילה למסקנה שעל פי הגישות הללו, גם הצהרה מפורשת וברורה כזו של הבעלים הרשום תכובד, ומשום כך לא ייקבע שיתוף ספציפי במקרה של בגידה. ברם מבט שני עשוי להוביל למסקנה שונה. ראשית, הבסיס הרעיוני של הלכת השיתוף הספציפי שנוי במחלוקת.<sup>180</sup> כך, לצד העמדה המבססת את השיתוף הספציפי על הסכמת הבעלים הרשום להעניק לבן זוגו את הנכס החיצוני,<sup>181</sup> יש הסבורים שהלכת השיתוף הספציפי משקפת ערכים נורמטיביים ולא את רצונו של הבעלים הרשום, ועל כן יש להפעילה ללא קשר להסכמת הבעלים הרשום או אפילו נגד הסכמתו המשווערת.<sup>182</sup> אם כן, ברור שעל פי הגישות הללו, התניית השיתוף הספציפי באי-אשמה מינית דומה למקרה של נטילה יותר מאשר למקרה של נתינה, ועל כן אין להקיש מן הנכונות להשלים עם התניית מתנה באי-אשמה מינית להתניה כזו בנוגע לנכס הכפוף לשיתוף הספציפי. שנית, רבים מאלו הסבורים שהלכת השיתוף הספציפי מבוססת על שילוב בין רכיבים הסכמיים לרכיבים נורמטיביים, ושאינן להחיל את הלכת השיתוף הספציפי נגד רצונו המפורש של בן הזוג הרשום, דוחים את הטענה שמדובר בעסקת מתנה, והם סבורים שמדובר בשיתוף שהוא תוצר של יחסים שיש בהם רכיב נכבד של הדדיות, יחסי גומלין והסתמכות.<sup>183</sup> משום כך, אף לפי הגישות הללו, האיום שלפיו השיתוף בדירה יפקע בשל התנהגות מינית דומה לנטילה יותר מאשר להענקה, הן מהבחינה הנורמטיבית והן מן הבחינה התודעתית.<sup>184</sup> שלישיית, גם מבחינת השיקול האינסטרומנטלי, שלפיו חסימת אפשרות להתנות את המתנה בתנאים תוביל להימנעות מהענקה מלכתחילה, נראה כי זכויות מכוח שיתוף ספציפי אינן דומות להענקה רגילה. ראשית, יצירת שיתוף ספציפי אינה דורשת הענקה אקטיבית, אלא די בהצטברות של נסיבות או בהשקעה משותפת כדי ליצור את השיתוף. שנית, שיתוף ספציפי נוצר מכוח מערכת יחסים הדדית הכוללת גם תרומות והשקעות מצד בן הזוג השני, וממילא הנטייה לשלילת השיתוף אינה דומה להימנעות מהענקה טהורה. גם מבחינת שיקול זה אפוא המיכה מסויגת בהסכמי אשמה שבמוקדם

180 השוו שחר ליפשיץ **השיתוף הזוגי** 174–179 (2016); דגן והקר, לעיל ה"ש 17, בעמ' 541–542. לתיאור העמדות השונות בדנצ"ץ הבגידה ראו ליפשיץ "אחרית דבר", לעיל ה"ש 144.

181 כך מנתח השופט שטיין בבג"ץ הבגידה את ההלכה. ראו פסק דינו של השופט שטיין בבג"ץ הבגידה, לעיל ה"ש 18. וככל הנראה, שופטי המיעוט בדנצ"ץ הבגידה אימצו את הבנתו – ראו ליפשיץ "אחרית דבר", לעיל ה"ש 144.

182 להעלאת שתי האפשרויות, ההסכמית והנורמטיבית, כאפשרויות מנוגדות ראו בג"ץ הבגידה, לעיל ה"ש 18, בפס' 18.ה-1 לפסק הדין של השופט עמית). לתמיכה בגישה הנורמטיבית, או למצער לנטייה לטובתה, ראו דנצ"ץ הבגידה, לעיל ה"ש 8, בפסק דינה של השופטת ברק-ארוז; ובצורה חזקה עוד יותר: דגן והקר, לעיל ה"ש 17.

183 לתמיכה בעמדה זו ראו ליפשיץ **השיתוף הזוגי**, לעיל ה"ש 180, בעמ' 189–191. לפרשנות עמדתם של שופטי הרוב בדנצ"ץ הבגידה ברוח זו ראו ליפשיץ "אחרית דבר", לעיל ה"ש 144.

184 חשבו כאמור על המקרה של דירת מגורים שבני הזוג התגוררו בה והשקיעו בה משאבים כלכליים ואנושיים. אנו סבורים כי גם אם ההסכם ינוסח ניסוח משפטי כהסכם מלווה בתנאי מתלה שלפיו השיתוף ישתכלל אך ורק בפקיעת הנישואים ובתנאי שלא הייתה בגידה, הרי שמנקודת המבט ההתנהגותית החשש מאובדן הזכות בבית המגורים הוא איום של ממש על בן הזוג הלא רשום, איום שעשוי להגביל את חירותו בדרך שלא תהיה מקובלת על הליברל האידיאולוג המבקש להגן על חירותו המינית של מקבל המתנה.

הענקה אינה מובילה בהכרח לעמדה דומה כלפי הסכמי אשמה שבמוקדם נכסים שהיו, ללא ההסכם, כפופים לחלוקה מכוח דוקטרינת השיתוף הספציפי. לסיכום, אנו סבורים שגם אם יש מקום לרכך את ההתנגדות להסכמי אשמה מינית במקרים של הענקה טהורה, אין להחיל את הריכוך במקרה של הלכת השיתוף הספציפי. לכן יש להחיל על ההסכמים הללו את מלוא המנגנונים של ביקורת פרוצדורלית, ביקורת מהותית ומגבלות על היקף תפוצה שעליהם המלצנו בפרק הקודם כתנאי לתוקפם. יתרה מזו, לשיטתנו, מכלול הטיעונים שהוזכרו, ובמיוחד הצורך להגן על מקבל המתנה, מחייבים להבחין בין מצבים של הסכמה מפורשת ומפוקחת של שני הצדדים לבין הצהרה של המעניק שהובאה לידיעתו של מקבל המתנה. לכן ודאי שאין להסכים שהצהרה חד-צדדית של הבעלים הרשום, גם אם הובאה לידיעתו של בן זוגו בזמן אמת, ללא הסכם ברור ומפורש שעמד בתנאים שתוארו, תספיק כדי לתת תוקף להתניית שיתוף ספציפי בהתנהגות המינית של בן זוגו של הבעלים הרשום.

### (3) כתובה ו"כפל מבצעים"

בדוננו בהבחנה בין הענקה לנטילה עמדנו על הקונפליקט הפנימי שעשוי להתעורר בהקשר זה בין גישה פמיניסטית עקרונית לבין גישה אינסטרומנטלית יותר הממוקדת ברווחה המעשית של נשים.<sup>185</sup> בהקשר הישראלי, היחס המשפטי לכתובה בבתי הדין הרבניים עשוי להמחיש בדרך נוספת את הקונפליקט הפנימי המגדרי שמעוררת סוגיית הענקה המותנית באשמה מינית. הכתובה היא מסמך המשקף בין היתר התחייבות של גברים לפצות את נשותיהם במקרה של גירושין ביוזמת הבעלים. בישראל האכיפה המשפטית של הכתובה מצויה בתחום סמכותם של בתי הדין הרבניים, והיא כפופה לדין הדתי.<sup>186</sup> עם זאת המבחן ליוזמה לסיום הקשר איננו מבחן טכני אלא מבחן מהותי, ובהקשר זה האשמה המינית מסייעת לזהות את האשם בפירוק הקשר. הרטוריקה המקובלת בהלכה בהקשר זה היא רטוריקה הסכמית, ולפיה אומד דעתו של הבעל המתחייב הותנה באי-אשמה מינית מצד האישה.<sup>187</sup> במבט היסטורי, הכתובה וההתחייבויות הנלוות לה היו הכלי המרכזי להגנה כלכלית על האישה בעת פקיעת הנישואים. ברם במציאות הישראלית של היום, שבה מרבית הנשים זכאיות למחצית הרכוש הזוגי מכוח רישום משותף או דיני הרכוש הזוגי, ללא קשר לאשמה המינית, נשחקה במקרים רבים חשיבותה של הכתובה, וממילא גם של העיסוק באשם המיני. שחיקה זו מודגשת לנוכח הגישה הרווחת בבתי הדין, שלפיה האישה אינה זכאית ל"כפל מבצעים", ועל כן היא זכאית לסכום הגדול מביין סכום הכתובה לזכויותיה

185 על קונפליקט זה בהקשר הנזיקי ראו יפעת ביטון "ההגנה על עיקרון השוויון דיני הנזיקין והאחריות ברשלנות במסגרת יחסי-כוח" **משפטים** לח 145 (2018); יפעת ביטון "עניינים נשיים, ניתוח פמיניסטי והפער המסוכן שביניהם – מענה ליחיאל קפלן ורון פרי" **עיוני משפט** כח 871 (2005).

186 בע"מ 9692/02 **פלונית נ' פלוני**, פ"ד סב(3) 29, פס' 19 לפסק דינה של השופטת ארבל (2007).

187 לניתוח הדרך שבה אשמה מינית משמשת בענייני הכתובה ראו ליפשיץ "שיפוט מוסרי", לעיל ה"ש 31, והדוגמאות שם. ראו גם וסטרייך "שלושה צמתים", לעיל ה"ש 27.

מכוח החוק האזרחי, אך לא לשניהם יחדיו.<sup>188</sup> ברם בשנים האחרונות מתגבש בפסיקה בתי הדין הרבני זרם חשיבה נוסף המאפיין חלק מן הדיינים. לפי עמדה זו, ברירת המחדל אכן שוללת "כפל מבצעים", אולם במקרים של בעלים "אשמים" האישה זכאית לקבל את כתובתה נוסף על חלקה על פי דיני הרכוש הזוגי.<sup>189</sup> מנקודת המבט המתנגדת עקרונית לעיסוק במיניות התפתחות זו, המובילה להתחדשות העיסוק בשאלת האשמה המינית בבתי הדין הרבניים, היא שלילית, ויש להצר עליה, ואולי גם לפעול לצמצומה.<sup>190</sup> לעומת זאת מנקודת מבט אינסטרומנטלית חשוב לראות כי דוקטרינה זו היא למעשה מעין הסכם אשמה הפועל, על דרך ההענקה, אך ורק לטובתן של נשים. כך, במקרה של אשמה מצד הגבר האישה תזכה בחלק עודף על חלקה ברכוש הזוגי, אך גם במקרה של אשמה מצידה (כמו גם במקרה רגיל בו אין צד שאשם בבירור בפירוק הקשר) היא עדיין זכאית לחלקה ברכוש הזוגי, ללא "ענישה" מקבילה. לכן מנקודת מבט אינסטרומנטלית, מאבק בבתי הדין בהיבט זה והכרעה שלפיה התחשבות באשם מיני היא פגיעה לא מוצדקת בחירות, הם מעשה הפוגע, במישור התוצאות, בהיקף המשאבים הכלכליים המועמדים לרשותן של נשים. יתרה מזאת, מעשית פסיקה של הכתובה, נוסף על זכויות לפי הרכוש הזוגי, הופכת את בירור אשמתם של גברים לבעל השלכות משפטיות, ללא תוצאה דומה כשהאשמה היא של נשים. כך, יוצר הדין הישראלי מנגנון מפתיע של הסכם אשמה חד-צדדי המפקח על נאמנותם המינית של גברים בלבד.<sup>191</sup> עם זאת יש להודות שגם אם במישור התוצאתי הנכונות לחייב בעל בוגד ב"כפל מבצעים" פועלת לטובת נשים, עצם מתן תוקף משפטי להתנהגות המינית פותח פתח לבחינת ההתנהגות המינית של נשים, ולו כטענת הגנה של הבעל הבוגד. אם כך, גם בהקשר זה נוצר מתח בין הרצון להימנע מכל מתן תוקף משפטי להתנהגות מינית לבין ההתמקדות בהיבט המגדרי העשויה להחליש את ההתנגדות כשהכלי המשפטי פועל פעולה חד-צדדית, נגד גברים בלבד.

יודגש כי בניגוד להסכמים הטיפוסיים שבהם עסק המאמר הנוכחי, שבהם עניין האשמה המינית נכלל במפורש בהסכם, במקרה של הכתובה ההתייחסות לאשמה המינית בכלל ובמקרה של "כפל מבצעים" בפרט, מבוססת על רטוריקה חזונית ועל הסקת בית הדין באשר לאומד הדעת של הצדדים. עם זאת למרות ההבדל הניכר בין השניים, אין להתעלם מכך שמקרה הכתובה מעורר שאלות דומות לאלו שבהם עסק המאמר הנוכחי. ספציפית, המקרה של הכתובה ו"כפל המבצעים" מדגים את האפשרות שעשויה הייתה להיחוות כתאורטית,

188 ראו את ניתוחו של וסטרייך, שם, בעמ' 250–254. כן ראו לדוגמה את פסיקתם של בתי הדין הרבניים בעניין: (בתי-הדין הרבניים גדול) /1315967 פלוני נ' פלונית (נבו 11.10.2021); (בתי-הדין הרבניים טבריה) /593163 פלונית נ' פלוני (נבו 5.1.2014).

189 ראו לדוגמה (בתי-הדין הרבניים ת"א) /1197346 פלוני נ' פלונית (נבו 3.3.2020); (בתי-הדין הרבניים י-ם) /938923 פלוני נ' פלונית (נבו 7.9.2016); (בתי-הדין הרבניים ת"א) /1245227 פלונית נ' פלוני (נבו 13.12.2020). לזיהוי וניתוח פסיקה רבנית בכיוון זה ראו וסטרייך "שלושה צמתים", לעיל ה"ש 27, בעמ' 255–260.

190 השוו למשל ס' 176–194 לבקשת ההצטרפות של שדולת הנשים בפרשת הבגידה, לעיל ה"ש 52.  
191 אומנם אפשר להציע גם כי במסגרת בירור אשמתו של הגבר יתבקש גם, כטענת הגנה, בירור התנהגותה של האישה. עם זאת במסגרת הדין הקיים הגבר עודנו צפוי ל"קנס" במקרה של אשמה מצידו, ואילו האישה יכולה, לכל היותר, להימנע מתביעת הכתובה ולהסתפק בזכויותיה לפי דיני הרכוש.

של הסכם אשמה חד-צדדי לטובת נשים, הסכם המעורר מתח בין גישות פמיניסטיות המתנגדות עקרונית להסדרה של המיניות בכלל ושל המיניות הנשית בפרט, לבין גישות אינסטרומנטליות הנכונות להשלים עם הסדרה כזו כאשר היא פועלת לטובת נשים. לסיכום, לצד עמדה גורפת המתנגדת לכל ביטוי כלכלי לאשמה מינית, ראינו כי הסכמי הענקה בכלל ושאלת הכתובה בפרט חושפים תמונה מורכבת יותר, המציפה הבדלים בין קווי חשיבה ליברליים שונים ובין השלכותיהם המעשיות. מקרים אלו עשויים להקהות חלק מן ההתנגדות הנעוצה בחירות, ואף חלק מן ההתנגדות הנעוצה בשיקולים של שוויון מגדרי, ודווקא השיקולים הפרגמטיים והמוסדיים אינם משנים את עוצמתם ואת תוקפם.

### (ג) הסכמי פיוס

בניגוד למקרים שנדונו בשני החלקים הקודמים, המדגימים עד כמה רופפת היא ההסכמה בין הזרמים הליברליים השונים, מקרה הדגם הבא, העוסק בהסכמי פיוס, ממחיש את האפשרות של דינמיקה הפוכה של התכנסות לעמדה קרובה מצד מרבית הזרמים הליברליים. לצד הסכמי קדם-נישואין והסכמי גירושין, מקרה מיוחד של הסכמים זוגיים הוא הסכמי פיוס, כלומר הסכמים שנכרתים לאחר משבר ביחסי הצדדים וכרקע להחלטה לשמור על מערכת היחסים ולשקם אותה. בהקשר הנוכחי נתמקד במצבים שבהם עילת המשבר הייתה בגידת אחד מבני הזוג. במקרים כאלו עשויים הצדדים לשאוף לקבוע ביניהם, כתנאי לפיוס, סנקציה על בגידה עתידית כדי להרתיע את בן הזוג הבוגדני מפני התנהגות כזו וכדי לתת תוקף אמיתי להתחייבותו שלא לחזור לסורו. מקרה זה הוא מקרה פרטי מיוחד של הסכם אשמה.<sup>192</sup> העמדה הרווחת בפסיקה הדיונית האמריקאית לא ראתה הסכמי פיוס כקטגוריה מיוחדת והתייחסותה אליהם הייתה שווה לעמדתה בנוגע להסכמי אשמה שנכרתו לפני הנישואין, אולי אף תוך כדי הסתייגות אפשרית מעצם היכולת לכרות הסכמים זוגיים לאחר הנישואים (postnuptial agreements).<sup>193</sup> עם זאת ניתן לזהות בארצות הברית גם קול אחר בפסיקה הנכון בהקשרים מסוימים, ולו בעקיפין, לתת משקל לבגידה בכל הנוגע להסכמי פיוס.<sup>194</sup> משיחות שערכנו עם אנשי שטח נראה שבישראל הסכמים מסוג זה רווחים,

192 במקרים קרובים לזה של הסכמי פיוס מתבצעת בפועל העברה רכושית כתנאי לפיוס וכפיצוי על בגידת עבר, כאשר השאלה הנשאלת היא אם לכבד העברה זו כאשר הצדדים נפרדים בסופו של דבר ראו *Dawbarn v. Dawbarn*, 625 S.E.2d 186 (N.C. Ct. App. 2006). במאמר הנוכחי נתמקד במקרה הפרדיגמטי שבו העברה אינה מתרחשת בעת ההסכם אלא רק בקרות המקרה העתידי של בגידה או פירוד.

193 ראו למשל *Spurlin v. Spurlin*, 716 S.E.2d 209, 211 (Ga. 2011) (המיישם סטנדרט זהה להסכמי פיוס ולהסכמי נישואין או קדם-נישואין); *In re Marriage of Cooper*, 769 N.W.2d 582 (Iowa 2009) (שהכריע כי הסכמי פיוס, או לפחות הסכמי פיוס הקשורים לשאלות של התנהגות, אינם אכיפים). כן ראו Brian H. Bix, *Agreements in American Family Law*, 4 INT'L J. JURISPRUDENCE FAM. 115, 122 (2013). אשר לחשדנות כלפי הסכמים בתוך הנישואין בנוגע להסכמי קדם-נישואין השוו שם, בעמ' 122–123; Uniform Marital Property Act, 1983 sec. 10(f); לעיל ה"ש 130, בעמ' 245–276.

194 כך למשל על פי קו חשיבה זה, הסכמים שבהם בן זוג דרש תמורה כתנאי לנכונות להישאר בקשר מסווגים כהסכמים שנערכו בכפייה, אך נכון לכבד דרישה לווייתור על רכוש בתמורה לחזרה לקשר אם העלה אותה בן הזוג הנבגד. ראו *In re The Marriage of Tabassum and Younis*, 881 N.E.2d 396 (Ill. App. 2007). וראו בהקשר זה *Ravdin*, לעיל ה"ש 130, בעמ' 263–265.

ולפחות במקרה אחד שהגיע לבית המשפט המחוזי בתל אביב ניתן להסכם תוקף ובית המשפט הטעים שאין כל מניעה לאכוף הסכם כזה שמהותו היא הגנה מפני בגידה עתידית.<sup>195</sup> עם זאת ניתן לזהות בפסיקה הדיונית קולות נוספים המסתייגים מהסכמים אלה בכלל או למצער מצמצמים את אכיפתם.<sup>196</sup> כאן נבקש להדגים כי במקרה הייחודי של הסכמי פיוס מצטלבות כמה תכונות העשויות, במשקלן המצטבר, להטות את הכף מנקודות מבט שונות אל עבר התייחסות משפטית ייחודית להסכמים אלו, שתתלכד לכלל תמיכה באפשרות לכרות הסכמים כאלו כפוף לשימוש מושכל במנגנונים שהוצעו לעיל.

דומה כי ההבדל החשוב ביותר בין הסכמי אשמה בכלל להסכמי פיוס מתעורר מנקודת מבטה של העמדה הפרודנטיאלית-פטרנליסטית. עמדה זו התמקדה בחוסר יכולתם של הצדדים לצפות, בשלב הכניסה לנישואין, כיצד יבקשו לנהוג בעת בגידה עתידית, הן מבחינת רצונם לשמור על הקשר הזוגי והן מבחינת העניין שיהיה להם לפנות אל המשפט כסעד מרכזי. לעומת זאת כאשר מדובר בהסכם פיוס, יש להניח כי הצדדים אינם לוקים באופטימיות יתר באשר לסיכויי ההתרחשות של בגידה במערכת היחסים ביניהם. בדומה, הצדדים יכולים לקבוע, על בסיס ניסיונם האישי, הן את השלכותיה של בגידה על מערכת היחסים ביניהם, ואת הנזק הנגרם ממנה, והן את רצונם להתמודד עם הפצע באמצעות המשפט. עמדה זו מתחזקת אף יותר כשתוכן ההסכם אינו מכוון לבגידה עתידית ערטילאית אלא למערכת יחסים מסוימת או דומותיה. חשוב לראות כי שיקול זה מתעורר במלוא עוצמתו בעיקר במקרים שבהם הסכם הפיוס בא בעקבות בגידה של ממש ולא במצבים שבהם חל בין בני הזוג משבר אמון מופשט יותר. כאשר מדובר בבגידה של ממש, אף בלי להיזקק כאן למלוא הפרטים הנדרשים לשם הגדרתה של בגידה כ"ממשית", ניתן להניח כי הצדדים מבינים היטב את החלופות העומדות לפניהם, ובשל כך אין להניח כי הדין מגן עליהם מפני עצמם בהגבילו הסכמי אשמה. אומנם חשוב להתמודד, בכלים של פיקוח הליכי, עם החשש שהסכם כזה נכרת מתוך סערת רגשות או מתוך רגש אשמה רגעי הפוגע בשיפוט הרציונלי של הצדדים.<sup>197</sup>

בדומה, ההיכרות עם נסיבות ההתרחשות הקונקרטית ביניהם עשויה לסייע לצדדים להגדיר בדיוק רב יותר את ההתנהגות הפסולה בעיניהם, ובכך להסיר מבתי המשפט את נטל הפרשנות והבירור העובדתי הפולשני. מבחינה זו הסכמים כאלו הם בעייתיים פחות מנקודת

195 ראו עניין 20091-05-13, לעיל ה"ש 18.

196 ראו שם. כמו כן ראו את פסק דינו של השופט מנחם הכהן בתה"ס 16866-09-13 **פלוגי נ' אלמונית** (נבו 25.6.2018), שטען שיש תוקף להסכם, אבל הפיצוי צומצם על בסיס דיני הפיצויים המוסכמים. ראו גם את פסק דינו של השופט שנלר בעניין ע"מ (מחוזי ת"א) 1277/07 **פלוגי נ' פלוגי** (18.8.2009), שבו התקבלה עילת העושה. לדיון בכך ראו להלן ה"ש 197, והטקסט המתיחס אליה.

197 ואכן, בישראל נמצאו פסיקות דיוניות שבהן התקבלה טענת עושה בהקשר של הסכמי פיוס. ראו למשל פסק דינו של השופט שנלר בעניין 1277/07, לעיל ה"ש 196; כן ראו תה"ס (משפחה ת"א) 963-07-13 **ש"מ נ' ו"מ** (נבו 16.2.2017). פסקי דין אלה בולטים במיוחד לנוכח המציאות שבה מהססת הפסיקה ברגיל להפעיל את הוראת העושה בחוק החוזים, ובמיוחד בהקשר של הסכמי גירושין. ראו ע"א 5490/92 **פגס נ' פגס** (נבו 29.12.1994). לביקורת ראו שחר ליפשיץ "חוזים עושים – השראה אפשרית מן המשפט העברי" **ספר טירקל – פרקי הגות, עיון ומשפט** 157 (אהרן ברק, קארין כרמית יפת ואליקים רובינשטיין עורכים 2020); ריבלין, לעיל ה"ש 6, עמ' 352–353. ליישום דיני הפגמים בכריתה על הסכמי פיוס בארצות הברית ראו Ravdin, לעיל ה"ש 130; Bix, לעיל ה"ש 65.

המבט המערכתית-מוסדית. בנוסף, תפוצתם של הסכמי פיוס, מטבע הדברים, מצומצמת יותר, שכן היא תלויה בהתרחשותן של נסיבות קונקרטיות. ממילא גילוי סובלנות להסכמי פיוס אינו צפוי להכביד על בתי המשפט הכבדה יתרה, ויש בו גם מנגנון להגבלת תפוצתם הכללית של הסכמים כאלו תוך כדי תחימתם לנסיבות מיוחדות שאינן משפיעות על העיצוב החברתי הכללי של מוסד הנישואין והזוגיות. מבחינה זו, מוכנות להתפשר בתחום של הסכמי פיוס עשויה להתיישב גם עם נקודת מבט המתמקדת בעיצובו של מוסד הנישואין. אם כן, כמה נקודות מבט, המרוכזות בעיקר בהיבטים מעשיים ומערכתיים, מתכנסות לטובת תמיכה באפשרות לערוך הסכמי פיוס. מנגד, שלא כבמקרה הדגם הקודם, מנקודת המבט האידאולוגית המתמקדת בחירות או בשוויון אין בהסכמי הפיוס סיבה מיוחדת להתנגדות. למעשה, ייתכן שהתנסות בפירוק הקשר וברצון להתחייב מחדש מציבה משקל שכנגד גם להתנגדות האידאולוגית המבוססת על חירות ואוטונומיה. עמדה דומה עשויה לנבוע אף מנקודת מבטם של שיקולי שוויון, בהתבסס על תמונת מצב עובדתית, שעודנה טעונה בירור,<sup>198</sup> ולפיה הסכמי פיוס רווחים יותר לאחר בגידה של גברים בנשים ולא להפך, וממילא הכרה בהסכמים כאלו תוביל, אינסטרומנטלית, להעברת כספים מגברים לנשים. עמדה אחרונה זו יש לסייג למקרים שבהם הסכמים כאלו אינם כוללים הגבלות התנהגותיות מוגזמות או משטור קיצוני של התנהגות בני הזוג, ואינם מתאפיינים בחוסר סימטריה בין בני הזוג לאורך קווי המגדר. ייתכן גם שבדומה למנגנונים הפרוצדורליים והמהותיים שהצענו בחלקים הקודמים, יש להכיר בהסכמים הללו, אך להעמיד את ההסדר הרכושי שנקבע בהם בסד ביקורת הדוק, כדי להבטיח שהבוגד לא יצא חסר כול בגלל בגידתו, וכדי להתאים את היקף הסנקצייה הרכושית למה שניתן לתיאור סביר כנזק הנובע מן הבגידה.<sup>199</sup> במידה מסוימת, הדין המתפתח בישראל בבתי המשפט הדיוניים מגלה צעדים ראשונים לכיוון זה.<sup>200</sup>

## ה. סיכום

מסקנות הדיון שהצגנו ותרומתו המשוערת נוגעות לכמה מישורים. במישור הראשון, הפוזיטיבי, עסקנו בשאלת ההסדרה המשפטית הראויה של הסכמים המבקשים לקבוע כי למקרה של אי-נאמנות מינית מצד אחד מבני הזוג תהיה השלכה רכושית. חלק משופטי הרוב בדנג"ץ הבגידה עוררו שאלה זו אך העדיפו שלא להכריע בה,

<sup>198</sup> טענה שנשים נבגדות יותר מגברים ראו הרדוף, לעיל ה"ש 18.

<sup>199</sup> וראו בהקשר זה את הדיון שנערך בנושא המנגנונים המהותיים והפרוצדורליים לפיקוח על הסכמי אשמה, בפרק ד.2 לעיל. מחקרנו העלה שבישראל היו מקרים שבהם בתי המשפט אכן הפעילו במידה רבה יחסית את עילות הביטול של טעות ועושה כאשר דובר על הסכמי אשמה שבהם צד הביע נכונות לוותר על חלק ניכר מרכושו כתנאי להסכמת בן זוגו להמשיך בנישואים. ראו לעיל ה"ש 196–197. וראו גם את הסייג שהוצב בתחילת מחקרנו שלפיו אין לכבד באופן גורף הסכמי אשמה במקרים שבהם החלוקה הרכושית שבהסכם מותירה את אחד הצדדים במצב נזק בפרק המבוא לעיל, סמוך לה"ש 25.

<sup>200</sup> כך אף שבדרך כלל נרתעים בתי המשפט משימוש בעילת העושה בכלל ובהקשר של חוזים זוגיים בפרט נמצאו מקרים שבהם יושמה עילה זו בהסכמי "שלום בית ולחלופין גירושין". ראו לעיל ה"ש 196–197. נוסף על כך, בפסק הדין בעניין 13-09-16866, לעיל ה"ש 196, קבע בית המשפט לענייני משפחה בירושלים שהסכמי שלום בית ולחלופין גירושין תקפים, אך התערב בסכום הפיצוי המוסכם בהם.

והמאמר הנוכחי ביקש להיענות לאתגר ולהציע פתרון לנושא מנקודת המבט הליברלית. הראינו שהתפיסה הראשונית שלפיה יש להכריע בסוגיה זו לפי עוצמתם היחסית של שיקולי ירידת האשמה מול שיקולי עליית החוזים, אינה במקומה. במקום תפיסה זו הצענו מתודולוגיה המתמקדת בטעמים שמאחורי העמדות, בניסיון לחשוף את היקף המחלוקת האמיתי. לפי מתודולוגיה זו, הקרובה לזו המוכרת בעולמות הגישור, לעיתים ניתן לחשוף כי צדדים ניצים אינם חלוקים למעשה, וכי ניתן להגיע להכרעת הסכסוך ללא ויתור על עמדות המוצא. ברוח זו הראינו כי אין מחלוקת אמיתית בנוגע להסכמי אשמה בקרב אלו המחויבים לליברליזם משיקולים של ניטרליות ושל פלורליזם, שכן במחנה זה גם המתנגדים להתחשבות באשמה מינית יסירו את התנגדותם כאשר מקור ההתחשבות הוא בהסכם בין הצדדים. בדומה, אך בכיוון ההפוך, רבים מן התומכים בעמדה הליברלית משיקולים של חירות ושל שוויון יהיו מאוחדים בעמדתם המתנגדת להסכמים כאלו, שכן במחנה זה רבים מן התומכים בהרחבת חופש החוזים בהקשר המשפחתי ייסוגו מתמיכתם כאשר מדובר בהסכמי אשמה מינית. אם כך, צדדים ניצים לכאורה נחשפו כשותפים לאותה עמדה מרגע שבו עמדנו על הנימוקים שמאחורי עמדתם. אך גם ההפך הוא נכון: תפיסות שהלכו יד ביד כברת דרך בתחום התמיכה בירידת האשמה או בעליית החוזים התגלו כצדדים יריבים שניטש ביניהם ויכוח מר על היסודות האידאולוגיים שבבסיס שיטתם, וממילא אימצו עמדות מנוגדות בנוגע לגורלם של הסכמי אשמה. לצד בירור המחלוקת האידאולוגית עמדנו גם על האופנים המורכבים שבהם משתלבים בתמונה גם שיקולים פרגמטיים ומערכתיים וראינו כיצד שיקולים אלה מובילים לעמדת אמצע שלפיה לעיתים ראוי לאכוף הסכמי אשמה בתנאים מסוימים.

לנוכח ריבוי העמדות והשיקולים התקשינו להציע חזית ליברלית אחידה שממנה תיגזר תשובה חד-משמעית וכוללת לשאלה אם מנקודת המבט הליברלית יש לאכוף הסכמי אשמה. אם לחשוף "סודות מן המטבח", היה שלב במהלך העבודה על המאמר שבו התפתינו להדגיש דווקא את ריבוי העמדות הליברליות האפשריות ולהמיר את השאיפה להצגת עמדה ליברלית מוסכמת במשימה של גיבוש מפת דרכים רעיונית או אפילו מעין "מבחן רורשאך אינטלקטואלי" המבהיר כיצד העמדה כלפי הסכמי אשמה נובעת ממחלוקת עומק בין תפיסות ליברליות שונות ומשקפת אותה.

ברם בסופו של דבר נוכחנו כי לצד ריבוי הדעות והשיקולים ניתן לחשוב על מנגנונים או על הקשרים הממתנים את המחלוקת באופן שמאפשר גיבוש עמדה מוסכמת שניתן להצדיקה על בסיס מגוון של תפיסות ליברליות נבדלות. ברוח זו עמדנו על כך שעיצוב פרוצדורת כריתה הכוללת הליך אישור מוסדר על ידי גורם שיפוטי עשויה לספק מענה לחששות הפרודנטיאליים ולחששות המגדריים הממוקדים בפערי הכוחות בין הצדדים. המלצנו על פיקוח מהותי על תוכנם של ההסכמים באופן שימתן את הפגיעה בחירות ובשוויון המגדרי, שיגביר את רמת המפורטות של ההסכם ויגדיר את שיעור הפיצוי באופן שיצמצם את העיסוק המערכתית בהם. עוד הצענו מנגנונים מעשיים שעשויים לצמצם את היקף התפוצה של ההסכמים הללו בדרך שתמתן את השפעתם על תפיסת הנישואים הכוללת בחברה. משום כך מסקנה מעשית אפשרית של המאמר היא שניתן לבסס תמיכה ליברלית רחבה באכיפת הסכמי אשמה כאשר הם מגובים במנגנונים שנועדו לפקח על פרוצדורת

הכריתה ועל תוכנם המהותי, ומתוך רגישות להיקף תפוצתם. עם זאת דיוננו העלה שהחזית הליברלית של אכיפת הסכמי אשמה מינית מפורשים המלווים במנגנונים שהוזכרו אינה אחידה, שכן חלק מן ההתנגדויות הליברליות האידאולוגיות עומדות על תילן למרות מנגנוני ההגנה שהוזכרו. יתרה מזו, עמדות ליברליות ניטרליות ופולורליסטיות עלולות להתנגד לסוג מסוים של מנגנונים והגנות הנדרשים על ידי הגישות האידאולוגיות. נוסף על כך, לעיתים מתעורר גם מתח בין גישות מערכתיות המבקשות לצמצם את המעורבות השיפוטית בהסכמים הללו באמצעות הגדרה מפורטת של רכיביהם לבין גישות פמיניסטיות החוששות ממשטור יתר של המיניות.

דיוננו אף הדגים כיצד מקרים מיוחדים של פנייה לטריבונלים דתיים, של הענקות מותנות או של מעמדם של הסכמי פיוס חושפים גם הם מגמות של התלכדות והיפרדות בקרב העמדות הליברליות השונות. ראשית, עמדנו על כך שהמקרה של הסכמי פיוס המותנים בנאמנות מינית עתידית מכהה רבות מן ההתנגדויות הליברליות להסכמי אשמה מינית. על כן כפוף לביקורת פרוצדורלית נוקשה על הליך הכריתה וביקורת מהותית על תוכן ההסכם, סברנו שניתן לתמוך בהסכמים הללו מנקודות מבט ליברליות מגוונות, לרבות כאלה המסויגות מהסכמי אשמה מינית במקרים הקונבנציונליים. נוסף על כך, הוצגו טיעונים ליברליים הנתמכים במרבית נקודות המבט שבהם עסקנו התומכים באפשרות של מעניק מתנה להתנות מלכתחילה ובמפורש את נתינת המתנה בהתנהגות המינית של המקבל. בהקשר זה, עמדנו על ההבחנה בין מקרים של הענקה טהורה לבין הלכת השיתוף הספציפי, וסברנו שבמקרה הטיפוסי של הלכת השיתוף הספציפי אין לאפשר לבעלים הרשום להתנות באופן חד-צדדי את התגבשות השיתוף בנאמנות מינית ללא הסכמה מפורשת ומפוקחת מצד בן הזוג השני.

בהקשר אחר ראינו שהפנייה לטריבונלים דתיים-פרטיים עשויה לצמצם את החששות המערכתיים כמו גם את היקף התפוצה וההשפעה של הסכמי אשמה. עם זאת גם בהקשר זה הקונצנזוס אינו מוחלט, ונחשפו מתחים בין גישות מערכתיות לגישות פמיניסטיות החוששות ממתחמים פרטיים לא מפוקחים. לעומת זאת על פי ניתוחינו, עיצוב מסלול מדינתי דתי הכולל אשמה מינית גם אם הכניסה אליו מותנית בהסכמת הצדדים, יעורר התנגדות כמעט מכל נקודות המבט הליברליות שנדונו. לבסוף, דיוננו בנושא הכתובה, ובעיקר האפשרות להעניק לאישה הנבגדת הן את חלקה ברכוש הזוגי והן את התחייבות הבעל בכתובה, חשף מתח בין הגישות האידאולוגיות השונות. כך, גישות פמיניסטיות אינסטרומנטליות עשויות לתמוך בפיוס הכפול אשר במקרה זה יפעל לטובת האישה הנבגדת. לעומת זאת גישות הממוקדות בחירות כמו גם גישות פמיניסטיות לא אינסטרומנטליות עשויות להתנגד לכך.

במישור השני, ההיסטורי-אינטלקטואלי, הדיון במאמר תורם לחשיבה מחודשת על תהליך הליברליזציה של דיני המשפחה אגב חשיפת הרב-גוניות של תהליך זה. ההתלכדות ההיסטורית סביב התהליכים של ירידת האשמה ושל עליית החוזים מסתירה את מורכבותה של העמדה הליברלית ואת היכולת לספר את סיפור הליברליזציה של דיני המשפחה ביוכל האחרון כסיפורן של עמדות שונות שאפשר שיהיו נתונות במתח זו עם זו. התמקדות בנקודת קצה המעוררת עימות סייעה להבחין בין עמדות ליברליות המבוססות על ניטרליות, על

חירות, על שוויון ועל שיקולים פרגמטיים ומערכתיים, וחשפה את האופן שבו תהליך הליברליזציה הוא מורכב ממה שנראה במבט ראשון. מבחינה זו העיון בסוגיה של הסכמי אשמה מאפשר להעשיר את האופן שבו ראוי לתאר את התהליך ההיסטורי החשוב הזה.<sup>201</sup> סיפור מורכב זה מאפשר מצידו גם פתיחה בדיון נורמטיבי על האופן שבו המחנה הליברלי נדרש לגבש את דעתו. דווקא בימים אלו, שבהם נראה שהעמדה הליברלית בכלל וכלפי דיני המשפחה בפרט, נמצאת לעיתים תחת מתקפה, יש חשיבות לבירור רעיוני ולמנגנון חשיבה וקבלת החלטות שיאפשר את ההתלבטות בין גיבוש מחודש של המחנה הליברלי בתחום דיני המשפחה לבין התפצלות לקבוצות משנה לפי הסוגיות המונחות על הפרק. לשם כך, במישור השלישי ניתן להשתמש במקרה הדגם של הסכמי אשמה גם לבחינת היתכנותו של גיבוש הסכמה פנים-ליברלית בסוגיות נוספות בדיני המשפחה, ואולי אף בתחומים אחרים. הראינו כיצד לצד חשיפתן של חזיתות מחלוקת לכאורית שבהן מתברר כי דווקא יש התלכדות סביב עיקרי הדברים, נחשפות גם סוגיות של מחלוקת עמוקה דווקא באזורים שנדמו כאזורים מוסכמים. ברוח זו הראינו כיצד לעיתים ניתן לגבש עמדה מוסכמת בדרך תאורטית המתמקדת בתרגיל מחשבתי המדמה פשרה מעין-גישורית החושפת את היעדרו של קונפליקט מהותי. לעומת זאת במצבים אחרים אין מנוס מהכרעה דיכוטומית או מהליך של גיבוש הסכמות הנשען על ויתורים ממשיים. הליך כזה, מטיבו, אינו עניין לדיון תאורטי ומופשט אלא להכרעה אישית או פוליטית כאשר כפי שצינו במקרים של שיקולים ערכיים מנוגדים לא ניתן לבסס את ההכרעה על ספירת ראשים ועל הצבעה על פי עיקרון רובני, שלפיו לכל שיקול יש קול אחד. ועדיין, הבירור הרעיוני של העמדות ושל הפערים עשוי לשרת הליך משא ומתן של צדדים אמיתיים בשדה הפוליטי, שבו יוכלו הצדדים לשקול את הרצון ואת הצורך בפשרה אל מול המחיר שבוויתור על עמדות המוצא שלהם. מבחינה זו הדיון במקרה הדגם שבבסיס המאמר מדגים את היכולת לגבש חזית ליברלית רחבה, גם אם לא חובקת כול, במחלוקות שעל הפרק.

בהיזון חוזר, המישור השלישי העוסק בדרך גיבושה של עמדה ליברלית מוסכמת מחזיר אותנו אל המישור הפוזיטיבי ואל המשפט הישראלי. אומנם דנג"ץ הבגידה תרם לביסוס הסכמה כוללת של שופטי בית המשפט העליון, שלפיה בגידה אינה עילה לשלילת זכויות קניין או זכויות מכוח דיני הרכוש הזוגי, ואף תרם לגיבוש ההצדקות הרעיוניות של מדיניות זו. דנג"ץ הבגידה גם הכריע בדעת רוב, כנגד דעתו של השופט שטיין, שלא ניתן להניח כי הצדדים הסכימו להתחשב בשיקולי אשמה מינית בהתבסס על אומדנות כלליות שאינן מעוגנות בנסיבות עובדתיות ספציפיות. עם זאת בתחומים רבים חשף דנג"ץ הבגידה אי-הסכמות עמוקות בקרב השופטים. כך למשל נחלקו השופטים בפסק הדין בדבר האפשרות שאשמה מתמשכת העולה כדי חיים כפולים תוכל לשמש נסיבה רלוונטית לצורך

201 בניגוד לתיאור הליברליזציה כתיאור של הפרטה, ניטרליות וירידה בשיח המוסרי, התפתחה בשיח המחקרי גם גישה מתחרה העומדת על הצורך לספר את סיפור הליברליזציה לא כסיפור של הפרטה אלא כשינוי מוסרי-אידאולוגי. ראו Naomi R. Cahn, *The Moral Complexities of Family Law*, 50 STAN. L. REV. 225 (1997). עמדתנו שונה משתי הגישות גם יחד. לטענתנו, אין מנוס מתיאור רב-ממדי של תהליך הליברליזציה. כפי שהראינו, תהליכים של הפרטה (מבוססי ניטרליות) עשויים לפעול יחד עם שיקולים מוסריים-אידאולוגיים ועם שיקולים אחרים, וגם בקרב השיקולים המוסריים והאידאולוגיים ניתן לזהות גוונים שונים ועמדות שונות אשר הבחנה ביניהם תורמת לתיאור מלא ומדויק של התהליך.

קביעת התוצאות הרכשיות של הנישואים. עוד נחלקו השופטים בשאלה אם אשמה מינית או בגידה שקדמו לכריתת החוזה תוכלנה לבסס טענות של פגמים בכריתה בנוגע למתנות או לשיתוף ספציפי שהתגבש לאחר הבגידה. מניפת העמדות כללה בקצה האחד עמדות המבקשות, לפחות במשתמע, לשלול כל תוקף לטענות הללו, ומנגד, בקצה השני, עמדות המבקשות לתת תוקף לטענות אלה ללא הבחנה קטגורית בין סוגים שונים של בגידות. בתווך ניצבת עמדת אמצע הנכונה לקבל טענות מסוג זה במקרים של בגידה ממושכת העולה כדי חיים כפולים.<sup>202</sup> מחלוקת זו מתקשרת גם למקרים אחרים שנדונו לאחרונה בבית המשפט העליון שנדונו בהם גבולות חופש הגילוי בעניינים אינטימיים<sup>203</sup> ואישיים בין בני זוג.<sup>204</sup>

מלבד דיני הפגמים והכריתה, לבגידות ולחוסר נאמנות שקדמו להתגבשות השיתוף הספציפי עשויות להיות השלכות גם על השאלה אם אכן התגבש שיתוף כזה בזמן אמת. בהקשר דומה ייתכן שבגידות ואי־נאמנות עשויות להשפיע על קביעת מועד הקרע או על האפשרות לקבוע שותפות מוחלשת בתקופה האחרונה של מערכת היחסים.<sup>205</sup> מקרים אלה מתאפיינים בכך שההתייחסות לבגידה אינה מלווה בשיפוט מוסרי כלפי הבורג אלא כנסיבה עובדתית שלעיתים אף עשויה לפעול לטובת ה"בורג". אף שחלק מן השופטים מסכימים עקרונית למקום האפשרי של אשמה מינית בהקשרים הללו, דרך היישום הספציפי עודנה שנויה במחלוקת, והיא מחייבת בירור ערכי שלא נערך במסגרת הדיון בפסק הדין. אף שהמאמר הנוכחי לא עסק בסוגיות הללו, הרשת התאורטית שנפרסה בו, ובכללה ההבחנה בין קווי החשיבה הליברליים השונים כמו גם המתודולוגיה המאפשרת לייצר הסכמות ליברליות, עשויה לתרום לגיבוש החשיבה העתידית של המשפט הישראלי בסוגיות הללו.

202 לניתוח ההסכמות והמחלוקות בין השופטים בדג"ץ הבגידה ראו ליפשיץ "אחרית דבר", לעיל ה"ש 144. ממש לאחר השלמת מאמר זה עסק בית המשפט העליון בנושא בבג"ץ הבגידה המתמשכת, לעיל ה"ש 42, וצמצם את תחולת חריג הבגידה המתמשכת למקרים של חיים כפולים הכוללים ניהול משק בית משותף נוסף.

203 ראו ע"א 1581/92 **ולנטיין נ' ולנטיין**, פ"ד מט(3) 441 (1995), ואת הניתוח לפסק הדין אצל שחר ליפשיץ "הסדרת החוזה הזוגי במשפט הישראלי: מתווה ראשוני" **קרית המשפט** ד 271, 338–342 (2004).

204 ראו בהקשר זה את פסק דינו של בית המשפט העליון בבע"מ 5827/19 **פלוני נ' פלונית** (נבו 16.8.2021). בהרכב מגוון של השופטים וילנר, פוגלמן וסולברג פסק בית משפט פה אחד שיש לדחות על הסף תביעה שהוגשה נגד אדם שלא גילה לבת זוגו מהן נטייתו המינית ואמונתו הדתית, ואולי אפילו רימה אותה בנוגע אליהן. אף במקרה זה אפשר היה לכאורה ליישם את דיני הטעות ההטעיה ותום הלב, אך בית המשפט נמנע מלעשות כן והעדיף לדחות את התביעה על הסף. לקרבה בין השיקולים המתעוררים בשני המקרים ראו למשל שם, בפס' 4 לפסק הדין של השופט פוגלמן ("אגב כך, תיפגע זכותו של הנתבע לפרטיות פגיעה אנושה – בשלילת האוטונומיה שלו לקבוע אלו חלקים מאישיותו הוא מעוניין לחשוף בפומבי").

205 לפתיחת הפתח לאפשרות זו ראו כהן וג'אברין, לעיל הערה 42 וכן בג"ץ 2642/08 **פלונית נ' כב' בית הדין הרבני הגדול לערעורים בירושלים**, פס' 12–13 לפסק דינה של השופטת נאור (8.4.2008). לצמצומה ראו בג"ץ הבגידה המתמשכת, לעיל ה"ש 42.