

המבקשת

שדולת הנשים בישראל, ע"ר 580085686

על-ידי בא-כוחם עוה"ד חגי קלעי ו/או גלי זינגר ו/או אוהד רוזן
שכתובתם למשלוח כתבי בי-דין:
רחוב מזא"ה 22א, תל אביב-יפו
טלפון: 03-9070770, פקס: 077-9070771

(להלן: "המבקשת להצטרף")

בעניין

פלונית

ע"י ב"כ עו"ד איל מנחם
משדרות המגינים 53, חיפה
טל: 04-8525313; פקס: 04-8525314

וע"י עו"ד שי זילברברג ו/או עו"ד עדי רז ו/או
אוסנת פרינץ
מהתוכנית לסיוע משפטי לנשים בענייני משפחה
מרכז רקמן לקידום מעמד האשה
הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר אילן
טל: 03-5318895; פקס: 03-7360499

(להלן: "המבקשת")

נגד

1. בית הדין הרבני הגדול בירושלים
2. בית הדין הרבני האזורי בחיפה
3. פלוני

ע"י ב"כ ברוך אבוקרט
רח' זבולון 3, קריית אתא
טל: 077-4950200; פקס: 077-4950201

(להלן: "המשיבים")

בקשה להצטרף כידיד בית משפט

1. בית המשפט הנכבד מתבקש להתיר למבקשת להצטרף, שדולת הנשים בישראל, להצטרף להליך שבכותרת במעמד של ידידת בית משפט. זאת, **נוכח המומחיות הייחודית שיש למבקשת בשאלות העומדות על הפרק, ונוכח ההשלכות הרחוביות של ההליך הנוכחי, החורגות מעניינם הפרטני של הצדדים להליך.**
2. יצוין, כי כפי שיפורט, המבקשת להצטרף מעוניינת לפרוס בפני בית המשפט הנכבד את התשתית העובדתית והטיעון המשפטי הדרושים לצורך הכרעה רחובית בשאלות המתעוררות במסגרת הדיון הנוסף, ואין לה כל עמדה באשר לנסיבות הקונקרטריות של ההליך נושא הדיון הנוסף עצמו.
3. בהמשך לכך, למבקשת להצטרף אין כל עניין פרטני בהליך, והיא אינה צפויה להפיק כל טובת הנאה מתוצאת ההליך. ייצוגה של המבקשת להצטרף נעשה בהתנדבות וללא תמורה.
4. כבר בשלב זה יצוין כי המבקשת להצטרף היא עמותה העומדת בחוד החנית של קידום זכויות נשים לשוויון, לכבוד ולאוטונומיה, בין היתר בכלים משפטיים וציבוריים.
5. מכאן, לבקשה לגופה.

פתח דבר ועיקרו

6. עניינו של ההליך דנן בפסק דינו של בית המשפט העליון בהרכב שלושה בבג"ץ 4602/13, 4780/17 **פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול** (18.11.2018) (להלן: "**פסק הדין**"). דעת הרוב (כב' השופטים מינץ ושטיין) מצאה כי אין מקום להתערב בפסק דינו של בית הדין הרבני הגדול, בעוד שדעת המיעוט (כב' השופט עמית) מצאה כי בית הדין הרבני הגדול חרג מסמכותו בכך ששקל שיקולים מתחום הדין הדתי במסגרת הכרעה בסכסוך ממוני עליו חל הדין האזרחי בלבד.
7. כמפורט ב**פרק א** להלן, בפסק הדין נקבעה במפורש הלכה חדשה, הן במישור הדין המהותי והן במישור הדין הפרוצדורלי.
8. בתמצית, **במישור המהותי**, עניינה של ההלכה החדשה **בשינוי ופיתוח הלכת השיתוף הספציפי בנכסים**. נפסק, כי בנוגע לשיתוף בנכס ספציפי שאינו רשום על שם שני בני הזוג, בית המשפט יקרא תנאי מתלה מכללא לתוך מוסד הנישואין, במסגרתו השיתוף הספציפי יפקע במקרה של אי נאמנות מינית (גם אם זו אירעה לאחר שנוצר השיתוף הספציפי).
9. הלכה זו מנוגדת לעמדה הברורה של המחוקקים המפרידה בין שיקולי אשם להיבטים הממוניים בפרידה, כמו גם מנוגדת לפסיקותיו של בית המשפט העליון שעל פיהן אין שוקלים שיקולי אשם בקשר לאיזון המשאבים בין בני הזוג (השיתוף הכללי) ואין מאפשרים תביעות ממוניות בין בני זוג בגין אי נאמנות מינית.
10. **במישור הדיוני**, פסק הדין צמצם את עילות ההתערבות של בית המשפט העליון בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק בפסיקה של בית הדין הרבני הגדול.
11. **באשר לעילת ההתערבות מכוח חריגה מסמכות**, פסק הדין קבע כי אין די בכך שאחד מדייני ההרכב חרג מסמכותו על מנת להקים עילת התערבות, וכי על העותר להוכיח שרוב מבין דייני ההרכב חרגו מסמכות. זאת, בשונה מהפסיקה שעל פיה די בשיקול זר בהחלטה המנהלית על מנת להביא לבטלותה, לא כל שכן מקום בו מדובר בחריגה מסמכות של דיין במסגרת טריבונל שיפוטי.
12. **באשר לעילות ההתערבות מכוח טעות גלויה על פני הפסק ושיקולי צדק**, קבע בית המשפט כי מקום בו לא נמצאה עילה מכוח חריגה מסמכות, לא יתערב הוא מכוח שתי העילות של טעות גלויה על פניה הפסק ושיקולי צדק (ולמעשה, עילות אלו רוקנו מתוכן). זאת, בניגוד לפסיקה הרבה בקשר לעילות אלו, העומדות כעילות על רגליהן שלהן ואינן תלויות בשאלת הסמכות.
13. להלכה זו השלכות רוחב חברתיות וכלכליות הרות גורל, וזאת בשלושה מישורים:
 - א. **ראשית** – אפילו אם תתקבל עמדת דעת הרוב כי ההלכה החדשה מקורה בדין האזרחי, ולא בדין הדתי, מדובר בהלכה שמשמעותה קשה ביותר עבור נשים בהליכי הגירושין. מציאות החיים דהיום היא שמרבית הנכסים וההון בתא המשפחתי, לרבות דירת מגורים, זכויות בעסק ואף חשבונות בנק, מוחזקים בידי הגבר.
 - ההלכה עצמה, קוראת לתוך מוסד הנישואין תנאי מתלה מכללא, שעל פיו יבוטל כל שיתוף בנכס ספציפי שנוצר במקרה של אי נאמנות מינית (לרבות אי נאמנות מינית לאחר היווצרות השיתוף), כל זמן שהשיתוף הספציפי לא מצא ביטוי ברישום משותף של הנכס.
 - זאת, בשונה מההלכה שהייתה נהוגה עד לפסק הדין, שבמסגרתה יבוטל שיתוף ספציפי או כללי רק במקרים קיצוניים ביותר, בהם בן הזוג שאינו זכאי לנכס מכוח השיתוף הכללי היה לא נאמן באופן היורד לליבת הקשר הזוגי, וזאת - קודם להיווצרות השיתוף הספציפי.
 - ההלכה החדשה שנוצרה בפסק הדין, משמעותה באופן מעשי פגיעה בנשים בהליכי גירושין. פגיעה זו

מתחדדת נוכח העובדה שפרקטיקות פוגעניות בהרבה, דוגמת אלימות פיזית, מינית וכלכלית כלפי נשים, לא נקבעו ככאלה ששוללות את כוונת השיתוף הספציפי או הכללי.

הפגיעה הנגרמת מההלכה החדשה חמורה במיוחד בהתחשב בכך שבית הדין הרבני הגדול סירב להתחשב לצורך איזון הנכסים בעבודה במשק הבית, עבודה המאפיינת בעיקר נשים, והתייחס רק לתרומה המוניטרית של בני הזוג למשק הבית. בפשטות, בן הזוג לא נדרש להשיב לאשתו מחצית מהשווי של שעות העבודה שהשקיעה לאורך שלושים שנים במשק הבית המשותף.

בהמשך לכך, אפילו הייתה הקצאת ההון בתאים המשפחתיים שוויונית, ההלכה החדשה פוגעת פגיעה חמורה באוטונומיה של הפרט, ומכפיפה להסדרה חוזית היבטים הכרוכים בליבת האוטונומיה של בני הזוג. למעשה, ההסדר מכללא שעוצב על ידי בית הדין הרבני ואושר על ידי בית המשפט העליון בפסק הדין, הוא הסדר אשר ספק אם היה מקום לאפשר אותו אפילו היו בני הזוג קובעים אותו במפורש בהסכם, משמדובר בהסדר הנוגד את תקנת הציבור, ואת זכות הפרט לפרטיות ואוטונומיה.

זאת ועוד, פסק הדין קובע את התנאי המתלה מכללא כאמור כחזקה שיפוטית, ומטיל על הטוען להעדרו של התנאי המתלה מכללא את נטל ההוכחה להוכיח כי נסיבות הזוגיות מלמדות על העדר כוונה לשלול את השיתוף הספציפי במקרה של אי נאמנות מינית.

ב. **שנית** – ההלכה החדשה צמצמה בצורה משמעותית את עילת ההתערבות מכוח חריגה מסמכות, רוקנה מתוכן את עילת ההתערבות מכוח טעות גלויה על פני פסק הדין, ואת עילת ההתערבות מכוח הפגיעה בעקרונות הצדק הטבעיים. בהתאם להלכה הפסוקה, התערבותו של בית המשפט הגבוה לצדק בהכרעות של טריבונלים עצמאיים, בהם בית הדין הארצי לעבודה, בית הדין הרבני הגדול ובית המשפט הצבאי לערעורים, תעשה רק במשורה. יחד עם זאת, בהתאם להלכה הפסוקה עד לפסק הדין נושא הבקשה לדיון נוסף, ככל שהדיון בטריבונל הייחודי סמוך יותר לדין הכללי ואינו בתחום מומחיות ייחודי, וככל שהדיון בטריבונל הייחודי קרוב יותר במהותו לסוגיות חוקתיות ולזכויות אדם בסיסיות, כך יהיה מרחב הביקורת השיפוטית רחב יותר.

בית המשפט בפסק הדין סטה מהקו הברור שבפסיקת בית המשפט הגבוה לצדק בכל הנוגע להתערבות בהכרעה של טריבונל מקצועי, ועשה זאת באופן גלוי ומוצהר.

סטייה זו מההלכה הפסוקה, וגיבושה של ההלכה המצמצמת החדשה, משמעותה צמצום משמעותי בהיקף ההגנה על זכויות אדם. היא מקנה לטריבונלים מקצועיים את הסמכות להכריע בסוגיות שנושאות אופי מובהק של זכויות אדם, תוך חסינות מפני ביקורת שיפוטית של בית המשפט העליון, ויוצרת "מובלעות" של משפט מקצועי המנותקות מהמשפט החוקתי הכללי החל במדינת ישראל.

משמע, אימוצה של הלכה זו, בין אם ביחס לבתי הדין הרבניים בפרט, ובין אם ביחס לכלל הטריבונלים המקצועיים, משמעותה פגיעה קשה בהגנה על זכויות אדם, ובהרמוניה של המשפט החוקתי, החולש על כלל הערכאות והרשויות בישראל.

ג. **שלישית** – להלכה החדשה, ולצמצום מרחב ההתערבות של בית המשפט העליון בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק בפסקי דין של בית הדין הרבני הגדול השלכה קשה על ציבור המתדיינות, בהתחשב במאפייני מערכת בתי הדין הרבניים.

מערכת בתי הדין הרבניים היא מערכת אשר באופן קטגורי אינה כוללת נשים כחברות בהרכב הדין בענייני המתדיינים השונים. בכך, יש משום פגיעה בזכותן של נשים להליך הוגן, ובפרט, בזכותן למשפט

בפני חברות אותה הקבוצה החברתית ממנה הן מגיעות.

הדברים נכונים בבחינת מקל וחומר בהינתן ההכשרה של הדיינים בבית הדין הרבני, המבוססת על הדין הדתי, הקובע נורמות התנהגות שונות לגברים ולנשים ושנורמת הבסיס שלו אינה הזכות החוקתית לשוויון, לאוטונומיה ולחירות.

בהקשר זה, הגם שבית המשפט מצא, עד לעת הזו, שאין מקום לבחון את חוקתיות הוראות חוק בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), התשי"ג-1951, חלה עליו החובה לפעול במישור הפרשני ככל האפשר במסגרת החוק על מנת לצמצם את היקף הפגיעה בזכויותיהן של נשים בשל הכפפתן לטריבונול שמורכב מגברים בלבד, ושאינו מחויב באופן בלעדי לעקרונות החוקתיים הכלליים.

משכך, **ההלכה החדשה עומדת בניגוד חד וחריף לחובה שהטילה הכנסת בכובעה כרשות המכוננת על בית המשפט העליון בסעיף 11 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.**

ויצוין, כי לעמדת המבקשת להצטרף, ככל שתיוותר הפרשנות החדשה על כנה, משמעות הדבר יהיה שיטתו הכרח לקבוע כי הוראות חוק שיפוט בתי דין רבניים המאפשרות את הכפפת מי שאינם מעוניינים בכך לטריבונול זה, עומדות בניגוד לערכי היסוד של השיטה ובטלות.

14. מהטעמים האמורים, **עמדת המבקשת להצטרף היא כי ההלכה החדשה שנפסקה בפסק הדין פוגעת פגיעה קשה ביותר בזכויות נשים בהליכי גירושין, כמו גם בהיקף ההגנה הכללי על זכויות אדם בישראל, ודינה בטלות.**

15. בית המשפט הנכבד יתבקש:

- א. לצרף את המבקשת להצטרף כידידת בית משפט;
- ב. לקבל את עמדת המבקשת להצטרף שעל פיה דין פסק הדין – בטלות;
- ג. לקבוע כי **הדין האזרחי אוסר על מתן משקל לשיקולים המצויים בליבת האוטונומיה של הפרט ובהן פרקטיקות מיניות של בני הזוג במסגרת בחינת כוונת שיתוף בנכס ספציפי** (למצער, כי ההתחשבות בשיקול זה מותרת רק במקרים חריגים וקיצוניים ביותר);
- ד. לקבוע כי חל איסור על בית הדין הרבני לשקול שיקולים מתחום הדין הדתי בבואו להכריע בסכסוך ממוני בין בני זוג;
- ה. לקבוע כי המבחן שיפעיל בית המשפט העליון בבואו לבדוק האם נשקלו שיקולים מתחום הדין הדתי במסגרת הכרעה של בית הדין הרבני יהיה מבחן של **ביקורת שיפוטית מוגברת**, נוכח החשש המובנה לפגיעה בזכויות נשים הנוצר הן בשל העדרן מחבר הדיינים, הן נוכח הכשרתם של הדיינים שאינה מבוססת על הדין האזרחי.
- ו. לקבוע כי במקרה הקונקרטי מתקיימים הטעמים להתערבות בפסק דינו של בית הדין הרבני הגדול, הן מטעמי חריגה מסמכות ושיקולים זרים, הן מטעמי קיומה של טעות גלויה על פני הפסק, והן נוכח הפגיעה הקשה בעקרונות הצדק הטבעי וזכויות האדם, ולבטל את פסק דינו של בית הדין הרבני הגדול;

16. סדר דיונו יהיה כמפורט להלן.

17. **בפרק הראשון**, נעמוד על הטעמים המצדיקים את צירוף המבקשת להצטרף כידידת בית משפט בהליך דין.

18. **בפרק השני**, נעמוד על טיבה של ההלכה החדשה שנפסקה בהליך.

19. **בפרק השלישי**, נתמקד בחידוש ההלכתי במישור הדין המהותי, ונעמוד על הפגיעה הקשה בזכויות נשים, ובזכויות אדם בכלל, שתיוותר ההלכה החדשה על כנה, הן בהיבט של הפגיעה בשוויון והן בהיבט של הפגיעה באוטונומיה.

20. **בפרק הרביעי**, נתמקד בחידוש ההלכתי במישור הדין הפרוצדורלי, ובפגיעה בהגנה האפקטיבית על זכויות אדם ובזכותן של נשים להליך הוגן הנגרמת מצמצום עילות ההתערבות של בג"ץ בפסיקתם של טריבונלים מקצועיים בכלל, ובית הדין הרבני בפרט.

א. המבקשת להצטרף עומדת בתנאים לצירוף להליך כ"ידידת בית משפט"

21. הלכה פסוקה היא כי בית המשפט מוסמך לקבל התייחסות צד להליך במעמד של "ידיד בית משפט". זאת, במקרים בהם מתעורר במסגרת הליך פרטני צורך להכריע בסוגיות בעלות השלכות רחב, ולמבקש ההצטרפות מומחיות או תרומה ייחודיים בהקשר לשאלות המתעוררות, החורגות מעניינם של הצדדים להליך (ראו לדוגמא: מ"ח 7929/96 קוזלי נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(1) 529 (1999)).

22. במסגרת התנאים לבחינת בקשת הצטרפות **"יש לבחון את מהות הגוף, מומחיותו, ניסיונו והייצוג שהוא מעניק לאינטרס בשמו הוא מבקש להצטרף להליך; סוג ההליך והצדדים לו; ומהות הסוגיה העומדת להכרעה"** (רע"ב 7244/09 בושנאק נ' שירות בתי הסוהר (5.10.2009) וראו אסמכתאות שם).

23. במקרה דנן, מתקיימים כל התנאים לאישור הצטרפות המבקשת להליך כידידת בית המשפט.

24. **באשר לזהות המבקשת להצטרף** - המבקשת להצטרף היא עמותה עצמאית ובלתי מפלגתית, הפועלת מזה 34 שנים לקידום זכויות נשים ושוויון מגדרי. שדולת הנשים ביססה במהלך השנים את מעמדה כאוטוריטה בתחום קידום זכויות נשים וכמייצגת האינטרס הציבורי, החברתי והמשפטי בפעילות למען זכויות נשים, במניעת הפגיעה בנשים והפליה על רקע מגדרי. שדולת הנשים היא אחד מהארגונים הישראליים המעטים אשר זכו למעמד מייצג במועצה הכלכלית-חברתית של האו"ם (ECOSOC) בתחום זה. מעמד זה מעניק משנה תוקף לפעילותה ומאפשר הפעלת לחץ על הממשלה לקיים את התחייבויותיה על פי האמנות הבינלאומיות בכל הנוגע לזכויות נשים.

25. שדולת הנשים חרטה על דגלה את המאבק למען זכויות נשים, באשר הן נשים, ואת ההגנה עליהן, ופועלת ללא לאות לקידומן של נשים ומניעת הפגיעה בהן באמצעות חקיקה, קידום מדיניות, העלאת המודעות הציבורית, חינוך ומחקר, וכן ייצוג בבתי משפט - הן על ידי הגשת עתירות לבג"ץ כעותרת ציבורית והן על ידי הצטרפות להליכים קיימים כ"ידידת בית משפט".

26. העתירות שהוגשו על ידי שדולת הנשים כעותרת ציבורית לבית המשפט העליון ולבתי משפט אחרים קבעו מסמרות בכל הנוגע לזכויות נשים, והתוו את ההלכה הקיימת כיום בכל הנוגע לקידום שוויון בין המינים. בכלל זה, נזכיר את בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94 (1995), בעניין קבלת נשים לקורס טיס (יחד עם ארגונים נוספים); בג"ץ 453,454/94 שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מח(5) 501 (1994), בעניין חובת הייצוג ההולם לנשים במינוי דירקטורים ברשות הנמלים והרכבות; בג"ץ 2671/98 שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נב(3) 630 (1998), בעניין חובת הייצוג ההולם לנשים במינוי לתפקיד סמנכ"ל למנהל, תקשוב ומערכות מידע במוסד לביטוח לאומי; דב"ע נו / 3-129 פלוטקין נ' אחים אייזנברג בע"מ (8.9.1997), בעניין אפליה מחמת מין בקבלה לעבודה; בג"ץ 891/01 עובייד נ' השר לענייני דתות, פ"ד נה(3) 857 (2001), בעניין הצורך בייצוג הולם ושוויוני לנשים בשירות המדינה והצורך למנות אישה למשרת קאדי (יחד עם ארגונים נוספים); בג"ץ 1129/06 פלוני נ' בית הדין השרעי לערעורים (5.6.2006), בעניין חובת בתי הדין הדתיים, ובכלל זה בית הדין השרעי, לכבד את חוקי המדינה, ובכלל זה חוק הכשרות המשפטית והאפוסטרופוסות וחוק שיווי זכויות האישה, בהקשר של משמורת קטינים (יחד עם ארגונים נוספים); בג"ץ 8756/07 עמותת "מבוי סתום" נ' הוועדה למינוי דינים (3.6.2008), בעניין חוקיות הליך מינוי דינים לבתי הדין הרבניים (יחד עם ארגונים נוספים); בג"ץ 5699/07, 5747 פלונית (א') נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סב(3) 550 (2008), כנגד החלטת

היועמ"ש לערוך הסדר טיעון עם משה קצב בנוגע לאישומים בביצוע עבירות מין בעובדות שהיו כפופות למרותו (יחד עם ארגונים נוספים); בג"ץ 5755/08 **ארן נ' ממשלת ישראל** (20.4.2009), בעניין הייצוג ההולם לנשים במינוי לתפקיד מנכ"ל הרשות למלחמה בסמים; בג"ץ 5158/09 **ארן נ' ממשלת ישראל** (7.1.2010), גם הוא בעניין הייצוג ההולם לנשים במינוי לתפקיד מנכ"ל הרשות למלחמה בסמים; בג"ץ 5660/10 **עמותת איתך – משפטניות למען צדק נ' ראש ממשלת ישראל**, פ"ד סד(1) 501 (2010), בעניין מינוי אישה לוועדה ציבורית לבדיקת האירוע הימי מיום 31.5.2010 - ועדת טירקל (יחד עם ארגונים נוספים); בג"ץ 1758/11 **גורן נ' הום סנטר (עשה זאת בעצמך) בע"מ** (17.5.2012), בעניין פערי שכר בין עובדת לעובד בגין עבודה שווה או שוות ערך באותו מקום עבודה; בג"ץ 151/11 **המרכז לקידום מעמד האישה ע"ש רות ועמנואל רקמן נ' שר המשפטים** (27.12.2011), בעניין הליך בחירת מנהל לבתי הדין הרבניים ופרשנות סעיף 13 לחוק הדיינים כמאפשר לנשים להציג את מועמדותן לתפקיד (יחד עם ארגונים נוספים); ע"ע (ארצי) 13359-12-13; 16196-12-13 **מענית – עיתונאי - אלמונית** (31.7.2014), בעניין פרסום שם חברה שנפסק לגביה כי הפרה את חובותיה מכוח החוק למניעת הטרדה מינית וכי נציגיה התנכלו לעובדת שלה, כשערעור תלוי ועומד; ע"ע (ארצי) 1842-05-14 **עיריית ירושלים נ' קיזר** (28.12.2016), בעניין פערי שכר בין נשים וגברים בעיריית ירושלים; סע"ש (ב"ש) 12554-06-14 **אלאשולי נ' חברת נמל אשדוד** (29.3.2017), בעניין פערי שכר בין נשים וגברים בנמל אשדוד; עת"מ (י-ם) 3045-10-17 **שדולת הנשים בישראל נ' משרד התיירות** (14.2.2018), בעניין הפרדה מגדרית בקורסים של משרד התיירות להכשרת מורי דרך למגזר החרדי; סע"ש (י-ם) 8822-02-18 **שדולת הנשים בישראל נ' מדינת ישראל – נציבות שירות המדינה** (6.8.2018), בעניין אפליה על בסיס מין והפרדה מגדרית בשירות המדינה (תכנית משפיעים – חרדים לשירות המדינה), ועוד.

27. בנוסף, שדולת הנשים הגישה את עמדתה כ"ידידת בית משפט" בתיקים רבים, ובתי המשפט התירו לשדולת הנשים להתייצב בהליכים שונים במעמד "ידידת בית המשפט", להביא את טיעוניה בסוגיות שהתעוררו באותם הליכים, ולתרום מניסיונה ומומחיותה בסוגיות שהתעוררו. בין היתר, ניתן למנות את ההליכים הבאים בהם הגישה שדולת הנשים עמדת ידיד בית משפט: בג"ץ 6500/17 **תירוש נ' המועצה להשכלה גבוהה**, בעניין ההפרדה המגדרית באקדמיה (יחד עם ארגונים נוספים) (טרם הוכרע); עת"מ (ת"א) 50491-06-18 **האגודה למען הגאולה האמיתית והשלמה נ' עיריית תל אביב – יפו** (יחד עם ארגונים נוספים) (24.6.2018), בעניין הפרדה מגדרית באירוע "משיח בכיכר" בכיכר רבין בתל-אביב; ה"פ (ת"א) 27697-06-18 **עמותת רומח אבירים סיוף עכו נ' איגוד הסיוף בישראל** (16.7.18) בעניין הפליית נשים בספורט על רקע היריון ולידה; בש"א 1689/06 **קתה נ' אורות ישראל מכללה אקדמית לחינוך** (25.5.2006), בו נדונה סוגיית פיטוריה של מורה בשל פעילותה הציבורית למען נשים בשעות שלאחר שעות העבודה; בר"ע 806/06 **פינטו נ' חברת השמירה בע"מ** (4.3.2007), בעניין גילוי מסמכים (יחד עם ארגונים נוספים); בר"ע 658/08 **הסתדרות מדיצינית הדסה נ' שמעון** (25.11.2008), בעניין בקשה לדחיית מועדי הוכחות בשל חופשת הלידה הצפויה של עורכת הדין המייצגת; וכן ס"ע 47003-12-11 **אלחנני נ' מדינת ישראל - הרשות הממשלתית למים וביוב** (17.6.13) בעניין יישום חובת הייצוג ההולם בדרגות הבכירות בשירות המדינה, פרשנותו של חוק שכר שווה לעובד ועובדת וכן לגבי סמכותה של נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה לפעול במקרים כגון אלה, ועוד.

28. שדולת הנשים אף פועלת לקידומן של נשים באמצעות חקיקה. בין היתר, יזמה השדולה את התיקון לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה, התשמ"ח – 1988, המאפשר לארגוני הנשים לתבוע מעביד על אפליה של עובדת, וכן יזמה, ניסחה וקידמה בשנת 2005 את הצעת החוק שהביאה בסופו של יום להקמת נציבות שוויון הזדמנויות, כגוף המבצע אכיפה אזרחית בתחום השוויון. כמו כן, שדולת הנשים מפעילה קו פתוח למתן מענה לפניות של נשים, במסגרתו ניתן ייעוץ משפטי חינם בסוגיות מגדריות. שדולת הנשים אף מפעילה מערך אכיפה, במסגרתו ניתן ייצוג משפטי בערכאות המשפטיות השונות, בסוגיות מגדריות שונות, ובין היתר על רקע אפליה מגדרית. במסגרת זו, שדולת הנשים, לאורך השנים, היתה מעורבת בעשרות הליכים משפטיים בתחום.

29. בנוסף לכל אלה, לאורך השנים שדולת הנשים יזמה פרויקטים ותוכניות רבות לקידומן של נשים והעלאת מודעות, ביניהן: תכנית "שוות ערך" - פרויקט תלת שנתי במימון האיחוד האירופי, במסגרתו משתפים פעולה מספר ארגונים, ששדולת הנשים ביניהם, במטרה לפעול למיגור פערי שכר ע"י מחקר ועיבוד נתוני שכר.
30. **התרומה הפוטנציאלית של העמדה המוצעת:** המבקשת להצטרף סבורה שהצטרפותה תהווה תרומה חשובה לסוגיות שהתעוררו בהליך. בכל הצניעות, המבקשת להצטרף סבורה כי היא בעלת ניסיון ומומחיות בולטים בכל הסוגיות העולות בהליך זה, ובאשר לניתוח הנתונים העובדתיים והמשפטיים הנדרשים בעניין. בנסיבות אלה, צירוף המבקשת להצטרף כ"ידידת בית המשפט" יאפשר לבית המשפט הנכבד לדון בצורה רחבה וכוללת, על בסיס הניסיון המצטבר של שדולת הנשים בסוגיות הספציפיות המונחות לפתחו.
31. **באשר לטיב ההליך וזהות הצדדים** - בהליך שלפנינו עולות שאלות כבדות משקל בעלות השלכות רוחב על כלל ציבור הנשים בישראל. ברי, כי במסגרת הליך של דיון נוסף, ומעצם הגדרתו, ישנה חשיבות עליונה לכך שתפרס בפני בית המשפט הנכבד תמונה רחבה ומלאה ככל הניתן של הסוגיות המונחות לפתחו, של משמעותן בהקשר הרחב, וזאת הן בבואו להכריע בשאלת אישור קיומו של הדיון הנוסף, והן בהכרעתו בדיון הנוסף עצמו, ככל שקיומו יאושר. בקשה זו מוגשת בטרם התקיים דיון לגופו של עניין ובטרם התקבלו הכרעות בסוגיית העומדות לפתחו של בית הדין. צירוף שדולת הנשים, כגורם שיכול ליתן עמדה לגבי הנתונים שעולים בהליך ולגבי הסוגיות הספציפיות שעולות בו כאמור, יסייע להכרעה בשאלות כבדות המשקל שמתעוררות בהליך, ומנגד, הצירוף לא יכביד או יגרום לעיכוב בבירור ההליך.
32. **באשר למהות הסוגיה העומדת להכרעה** - כפי שיפורט להלן, ההליך הנוכחי מעורר סוגיות רוחביות, בעלות השפעה על כלל ציבור הנשים בישראל, ואשר נוגעות לליבת זכויות האדם שלהן. להחלטת בית המשפט הנכבד בהליך זה תהיה השלכה מרחיקת לכת על כלל ציבור המתדיינות במדינת ישראל. בהקשר זה, למותר לציין כי ממילא, ככל שתתקבל הבקשה לקיום דיון נוסף (והמבקשת להצטרף סבורה שדינה להתקבל) משמעות הדבר היא שאף לגישת בית המשפט הנכבד עסקינן בסוגיה ציבורית בעלת חשיבות מהמעלה הראשונה. יתרה מכך, ממילא בנסיבות אלו לא יהיה בצירופה של המבקשת להצטרף כדי להכביד בכל דרך על ניהול ההליך.
33. לאור כל האמור, בשל היותה של שדולת הנשים בעלת ידע רב ומומחיות בנושאים הרלבנטיים ובשאלות כבדות המשקל העולות במסגרת הליך זה, לא יכול להיות ספק שצירופה להליך כ"ידידת בית המשפט" יתרום הן לדיון עצמו והן לאינטרס הציבורי.

ב. החידוש ההלכתי בפסק הדין

34. שתי שאלות נדונו והוכרעו בצורה מפורשת במסגרת פסק הדין, המהוות חידוש הלכתי. במישור של **הדין המהותי**, שונתה ההלכה בקשר למשמעות שיש ליחס לאי נאמנות מינית בהליכי גירושין וחלוקת רכוש. **במישור הפרוצדורלי**, צומצמה עילת ההתערבות של בג"ץ בפסקי דין של בית הדין הרבני הגדול במקרים של טעות גלויה על פני הפסק ומשיקולים של פגיעה בעקרונות הצדק הטבעיים, ונקבע תנאי נוסף לעילת ההתערבות של בג"ץ במקרים של חריגה מסמכות, הוא כי על העותר להוכיח שרוב מבין הדיונים חרגו מסמכותם.
35. **מבחינת הדין המהותי**, ההלכה בכל הנוגע לזיקה שבין זכויות רכושיות לבין אי נאמנות מינית עד לפסק הדין הייתה כי:

א. אין לאי נאמנות מינית כל השפעה על **שיתוף כללי** בנכסי בני הזוג;

ב. אין לאי נאמנות מינית כל השפעה על **שיתוף בנכס ספציפי** שנוצר קודם לאי הנאמנות המינית, בין אם השיתוף מצא ביטוי ברישום ובין אם לאו (ונציין כי ישנם נכסים רבים שכלל לא ניתן לרשום אותם

במרשם כלשהו, ולגביהם תמיד לא יהיה ביטוי רישומי לשיתוף הספציפי);

ג. במקרים של אי נאמנות מינית שקדמה להיווצרות השיתוף הספציפי, במקום בו אי הנאמנות יורדת לליבת הקשר הזוגי והיא שיטתית ונמשכת, יכול שיהיה בה כדי להשפיע על הזכויות הרכושיות של בן הזוג שלא היו לו זכויות מלכתחילה בנכס, וזאת – בין אם השיתוף הספציפי נרשם ובין אם לאו.

36. זאת, נוכח העיקרון הברור שקבע בית המשפט העליון בהלכה הפסוקה שעל פיו:

"אין לבגידת מי מבני הזוג נפקות בשאלת השיתוף ברכוש או איזון המשאבים" (ע"א 8489/12 פלוני

נ' פלוני (29.10.2013) (להלן: בג"ץ 8489/12))

37. עקרון זה נלמד על ידי בית המשפט העליון בין היתר מכך שהמחוקקים עצמם קבעו כי לא תתאפשר עילה נזיקית פרטיקולרית במקרה של אי נאמנות מינית, כמו גם מהעדר כל התייחסות לאי נאמנות מינית בחוק יחסי ממון. משמע, כוונת המחוקקים הברורה הייתה לנתק את הזיקה שבין נאמנות מינית לזכויות רכושיות. כוונה זו של המחוקקים עולה בקנה אחד, כפי שיוסבר בפירוט בפרקים העוקבים, עם עקרונותיה החוקתיים של מדינת ישראל וזכותן של נשים לכבוד, שוויון ואוטונומיה, ובית המשפט העליון פסע, עד עתה, יד ביד עם כוונת המחוקקים הברורה והגלויה.

38. בהקשר זה, נציין בנוגע לחריג האמור בסעיף 35.ג. כי בפועל טרם התגלה הסכסוך שהסתיים בפסק דין (שפורסם במאגרים) שבו נקבע כי בשל אי נאמנות היורדת לשורש הזוגיות יש לשלול שיתוף ספציפי שנוצר לאחר מכן.

39. משאין ההליך הנוכחי נסוב סביב השאלה באילו נסיבות חמורות בכל זאת תוכל אי נאמנות מינית להביא לשלילת זכויות קנייניות וחוזיות שנוצרו לאחריה, נאמר רק בקצירת האומר כי מובן כי יש לפרש את התנאי האמור כחל רק במצבים שבהם אי הנאמנות הביאה לפגיעה באינטרס הרכושי של בן הזוג שהביא את הנכס לתא המשפחתי. למשל, במקרה שבו אישה מקיימת תא משפחתי עם גבר הנשוי לה ומביאה לתוך הזוגיות דירת מגורים בירושה, ובמקביל הגבר מקיים תא משפחתי אחר עם אישה אחרת, באופן שמדלל את רכושה של אשתו, אפשר שיהיה בזה טעם כדי לשלול את חזקת השיתוף הספציפי בדירת המגורים. בדומה, במקרים של טרור כלכלי בתא המשפחתי, או של יצירת מציאות של אלימות והשפלה המונעים מהאישה יכולת השתכרות ממשית מחוץ לתא המשפחתי, יש הצדקה לזיקה בין ההתנהגות של בן הזוג לבין הזכויות הרכושיות שלו בנכסים שהוצאו על ידי האשה לתא המשפחתי.

40. עם זאת, מובן כי בגידה סתם, שאין לה השלכות רכושיות, אינה יכולה להצדיק פגיעה בשיתוף ספציפי שנוצר (אף אם היא קדמה להיווצרות השיתוף הספציפי). זאת, גם אם מבחינה רגשית אפשר שהיא קשה ביותר (וכל זוג – ונסיבותיו הייחודיות).

41. ההלכה החדשה שינתה בצורה מפורשת את ההסדר החל במשפט הישראלי בכל הנוגע לזיקה שבין זכויות רכושיות וממוניות לאי נאמנות מינית.

42. בפשטות, בעוד שהמחוקקים ביקשו במפורש להוציא את שאלת הנאמנות המינית מאיזון המשאבים, ובית המשפט בהלכות הפסוקה פסע במשעול שסללה הכנסת, **ההלכה החדשה הפכה את הקערה על פיה, והחזירה את שאלת האשם למעמד הבכורה בכל הנוגע לחזקת השיתוף בנכס ספציפי.**

43. על פי ההלכה החדשה:

א. אין לאי נאמנות כל השפעה על שיתוף כללי בנכסי בני הזוג (כפי שהיה קודם לפסק הדין);

ב. במקרה שבו שיתוף ספציפי לא הסתיים ברישום – יש לקרוא תנאי מתלה מכללא לתוך מוסד הנישואין של בטלות כל שיתוף ספציפי שנוצר, בין אם הוא נוצר, מבחינה עובדתית, קודם לאי הנאמנות המינית ובין אם לאחר מכן;

- ג. במקרה שבו שיתוף ספציפי הסתיים ברישום – יותר ההסדר שקדם לפסק הדין, כמתואר בסעיף 35.ג. לעיל.
44. בהקשר זה, יצוין כי כב' השופט שטיין, בפסק דינו, קבע את הדברים בצורה ברורה ומפורשת, ואין מדובר רק במשמעות משתמעת מפסק הדין. כך, על פי פסק הדין:
- "הסכם מכללא, שכאמור נגזר מדפוס החיים בו בחרו בני הזוג, יכול גם לקבוע כי הענקת שותפות שוות-זכויות בנכס לבן זוג תבטל במקרה של 'בגידה'" (פסקה 12 לפסק דינו).
45. יש להדגיש, כי פסק הדין אליו מפנה כב' השופט שטיין כתימוכין לעמדתו בהלכה הפסוקה, בבג"ץ 609/92 **בעהם נ' בית הדין הרבני הגדול לערעורים**, פ"ד מז(3) 288 (1993), ניתן לפני הלכת **בבלי**. משכך, באותו פסק דין הוסכם כי אין תחולה לדין האזרחי על חלוקת הרכוש בין בני הזוג וכי על בית הדין הרבני היה לפסוק בהתאם לדין תורה. השאלה שהתעוררה שם הייתה האם ניתן לקבוע מכללא, בהתאם לדין תורה, תנאי שעל פיו שיתוף שנרשם יבוטל במקרה של בגידה, ובית המשפט העליון פסק כי בהתאם לדין תורה, אפשר שתבוטל הענקה רשומה במקרה שכזה.
46. מובן, כי אין בפסק הדין בעניין **בעהם** כדי להשפיע על ההלכה החדשה שנפסקה כאן. ראשית, מהטעם שמאז הלכת **בבלי** אין בתי הדין רשאים להכריע עוד בענייני ממון בהתאם לדין תורה, וממילא, אין מקום להידרש לפרשנות הלכתית של דיני הענקה; ושנית, מהטעם שבעניין **בעהם** דובר על ביטול שיתוף שנרשם (ואין כל מחלוקת כי גם על פי ההלכה החדשה, לא ניתן לבטל שיתוף שנרשם מהטעם שמי מבני הזוג לא היה נאמן).
47. מכל מקום, לא יכול להיות חולק על כך שמדובר בהלכה חדשה בעלת השלכות רחב שלא ניתן להפריז בהן. זאת, שכן הרוב המוחלט של הנכסים לגביהם יש לבחון קיומה של חזקת שיתוף ספציפית הם דירות מגורים, ובמרבית המקרים, גם לאחר שנוצר השיתוף הספציפי, אין בני הזוג פונים לשינוי הרישום באופן פורמאלי בטאבו. נכסים רבים אחרים, לגביהם יכול להיווצר שיתוף ספציפי, אינם כלל נכסים הרשומים במרשם כלשהו.
48. משמע, ההלכה החדשה מעצימה את המעמד של אי נאמנות מינית בקביעת הזכויות הרכושיות של בני זוג בקשר לנכס המרכזי המצוי בבעלותם, הוא דירת המגורים, ככל שדירת המגורים אינה חלק מהרכוש המשותף הכללי.
49. נציין, בהקשר זה, כי ההלכה החדשה לא קבעה הוראות לעניין בירור טענות לאי נאמנות מינית, או רף חומרה שרק בהתקיימו יקרא התנאי המתלה מכללא לתוך מוסד הנישואין. בדומה, ההלכה החדשה לא קבעה האם ישנן התנהגויות אחרות, אשר כשלעצמן אינן בעלות השפעה כלכלית על התא המשפחתי, אשר יצדיקו אף הן קריאה של תנאי מכללא לתוך מוסד הנישואין המבטל שיתוף ספציפי בנכסים שאינם רשומים על שם שני בני הזוג.
50. ההלכה הדינית שנקבעה על ידי בית המשפט העליון בפסק הדין היא צמצום עילות ההתערבות בפסיקתם של טריבונלים מקצועיים בכלל, ובית הדין הרבני בפרט, לרבות במקרים שההליך מעורר שאלה של פגיעה בזכויות אדם.
51. במסגרת זו, דעת הרוב בפסק הדין נושא הדיון הנוסף צמצמה את עילות ההתערבות בשני מובנים.
52. **ראשית**, היא צמצמה את עילת ההתערבות במובן זה שעילות ההתערבות מכוח טעות גלויה על פני הפסק והתערבות נוכח פגיעה בצדק הטבעי רוקנו למעשה מתוכן, שכן על פי פסק הדין עילות התערבות אלו הוכפפו לשאלת החריגה מסמכות והן אינן עומדות על רגליהן שלהן.
53. **שנית**, ואולי חשוב יותר, דעת הרוב בפסק הדין קבעה בצורה מפורשת כי גם אם הוכח שאחד מבין הדיינים חרג מסמכותו, די בכך ששני הדיינים האחרים לא חרגו מסמכותם על מנת "להכשיר" את פסק דינו של בית הדין הרבני הגדול.
54. כך, כב' השופט מינץ עמד, בפסקה 8 לפסק דינו, על כך כי:
- "למרות שהדין נהרי קבע כי מעשה הבגידה יוצר 'כוונת אי שיתוף של בעל הנכס כלפי מי שבגד בו'

(על דרך למידה של קל וחומר), אין מקום כדי לומר כי מסקנת דעת הרוב בבית הדין הייתה נגועה בשקלול נסיבות שאינן רלוונטיות לעניין, או כי בית הדין החיל את הדין הדתי על יחסי הממון הקיימים בין בני הזוג".

55. משמע, לגישת כב' השופט מינץ, בהסכמת כב' השופט שטיין, מקום בו אחד מבין השופטים פסק תוך חריגה מסמכות, אין בכך כדי להביא לקביעה כי פסק הדין כולו ניתן תוך חריגה מסמכות.
56. כפי שידון להלן, לא זו בלבד שהלכה חדשה זו סוטה הן מהמדיניות הכללית בכל הנוגע להתערבות בפסיקתם של טריבונלים מקצועיים, והן מהמדיניות בכל הנוגע לבתי הדין הרבניים, אלא שהיא גם משפיעה באופן ממשי על הדין המהותי. זאת, שכן ההלכה עד היום, בנוגע לכלל הטריונלים המקצועיים, היא שככל שההליך מעורר שאלה מובהקות יותר של זכויות אדם, ולא שאלה שבמקצועיות, כך יהיה מתחם ההתערבות של בית המשפט העליון רחב יותר, שכן זוהי ליבת מומחיותו, כמו גם נוכח החשיבות הראשונה במעלה של ההגנה על זכויות אדם. פסק הדין הפך את המגמה האמורה על ראשה, ומשמעותו המיידית – מתן מרחב רחב יותר להחלטות הפוגעות באופן בלתי מידתי בזכויות אדם בטריונלים המקצועיים.
57. בהקשר של בתי הדין הרבניים, אשר הדיינים בהם הם גברים בלבד, ואשר הכשרתם המקצועית אינה מבוססת על הדין הכללי אלא על מערכת כללים דתית המפלה נשים באופן מובנה, מדובר בפגיעה חמורה במיוחד, היורדת לשורש זכותן של נשים להליך הוגן.
58. יתרה מכך, הקביעה כי אין בחריגה מסמכות של דיין מדייני ההרכב כדי להשליך על תוקף פסק הדין של ההרכב מנוגדת להלכה הפסוקה, שעל פיה הסעד במקרה של חריגה מסמכות הוא בטלות. בהמשך לכך, ההלכה החדשה אף מנוגדת להלכות בקשר למתן מקום לשיקולים זרים בהחלטה מנהלית, הקובעות כי די בכך שנשקלו שיקולים פסולים על מנת להקים עילה להתערבות שיפוטית, אף אם חלק מהשיקולים (ואפילו אם עיקרם) לא היו פסולים.
59. למעשה, לפי ההלכה החדשה, גם במקום בו אחד משופטי ההרכב היה נגוע בניגוד עניינים, או שקל שיקולים אסורים במפורש ובגלוי, לא יהיה בכך כדי להביא לבטלות ההכרעה השיפוטית או לחייב קיום דיון מחודש בפני טריבונל הפועל בגדר סמכויותיו.

ג. הדין המהותי - ההלכה החדשה פוגעת בצורה קשה ביותר בזכויות נשים וכן בהגנה

על זכויות אדם בכלל

60. כפי שידון להלן, קשה להפריז במשמעותה של ההלכה החדשה שנפסקה במישור הדין המהותי על זכויות נשים וזכויות אדם בכלל.
61. נוכח מורכבות הסוגיה, יהיה זה סדר דיוננו.
62. **פרק ג.1.** נעמוד על המסגרת הנורמטיבית לדיון, על מהותו של המוסד המשפטי "נישואין", על ההיבטים המוסדיים והחוזיים שבו ועל אופן השפעתו על נשים.
63. **פרק ג.2.** נעמוד על ההשפעה של ההלכה החדשה על קניינן של נשים אפילו אם הייתה מוחלת בצורה שיויונית על גברים ונשים. נראה, כי נוכח נתוני הרקע הבלתי שוויוניים, תוצאותיה של ההלכה החדשה יהיו פגיעה רבה יותר בנשים בהליכי גירושין, לעומת גברים (בנוסף על הפגיעה הכלכלית הנגרמת לשני בני הזוג בשל הליך הגירושין).
64. **פרק ג.3.** נעמוד על ההתעלמות של ההלכה החדשה מעקרון המאמץ המשותף שנקבע בפסיקתו של בית המשפט העליון, ומתרומה לא מוניטרית של בני זוג למשק הבית. נראה, כי נוכח חלוקת העבודה הנפוצה בין בני זוג, משמעות התעלמות זו מתרומה לא מוניטרית למשק הבית במסגרת ההלכה החדשה היא דחיית טענות של נשים

לזכויות רכושיות מכוח שיתוף ספציפי במידה רבה יותר מטענות כאלו מפי גברים. קרי, כי במישור התוצאתי ההלכה תפגע בזכויות הרכושיות של נשים במידה רבה יותר מבזכויות רכושיות של גברים.

65. כפי שיפורט בשני פרקים אלו, המסקנה המחויבת היא כי תוצאתה של ההלכה החדשה – פגיעה בשוויון בין גברים ונשים בהליכי גירושין.

66. **פרק ג.4.** נפנה לבחינת פגיעתה של ההלכה החדשה בזכות לאוטונומיה. נראה, כי הטלת סנקציות רכושיות בגין פרקטיקות מיניות מקורה בתפיסה פטריארכלית של חובותיהן המיניות של נשים לבעליהן. עוד נראה כי עמדת המחוקקים בישראל ברורה, והיא ניתוק בין אשם בגין אי נאמנות מינית לבין הזכויות הממוניות. מטעם זה קבעו המחוקקים במפורש כי השיתוף הכללי לא יהיה כפוף לשיקולי אשם, וכי לא תחולנה עולות פרטיקולריות בגין אי נאמנות מינית. מטעם זה קבע אף בית המשפט הנכבד כי לא ניתן להגיש תובענות מכוח עולות נזיקיות כלליות בקשר להתנהגות מינית של בני זוג. מאותם הטעמים, מכוח הזכות לאוטונומיה, יש לקבוע כי גם בנוגע להלכת השיתוף הספציפי אין לקשור בין אשם לבין זכויות רכושיות.

67. להשלמת הדיון במישור הדין המהותי, **פרק ג.5.** נפנה לבחון את הקונסטרוקציה המשפטית בה עשה שימוש בית המשפט הנכבד בפסק הדין. נראה, כי בית המשפט קבע חזקה משפטית בדבר קיומו של תנאי מתלה מכללא במוסד הנישואין שעל פיו תוצאת אי נאמנות מינית תהיה בשלילת הזכאות בנכס מכוח שיתוף ספציפי. נעמוד על כך, שאפילו אם היה מקום לאפשר קביעת ממצא עובדתי בדבר קיומו של תנאי מכללא כאמור, ודאי שאין מקום לקבוע מבחינה נורמטיבית כי קיימת חזקה של קיומו של תנאי מתלה.

68. לאחר מכן, **פרק ג.6.** נסכם דיוננו בדין המהותי.

1.ג. יצירת חזקה של כוונת אי שיתוף במקרה של אי נאמנות בן זוג פוגעת בצורה קשה בזכות החוקתית לשוויון של נשים ובזכות החוקתית לאוטונומיה

69. בספרה המונומנטלי **The Sexual Contract** עמדה קארול פאטמן (Pateman) על התפתחותו של מוסד הנישואין כמוסד חוזי. בעוד שעד למאות ה-17 וה-18 במוקד תפיסת הנישואין עמד תפקידו של אבי המשפחה כפטריארך, כמקור ממנו נשאבת סמכותו של הגבר על אישתו, ילדיו ומשק הבית (לרבות משרתים ועבדים), עלייתה של הדוקטרינה החוזית כמקור הצדקה נורמטיבית, הביאה להבנה מחודשת של מקור הסמכות בתא המשפחתי כנובעת מההתקשרות החוזית שבין הגבר לבין אשתו, משרתיו ועבדיו.

70. יחד עם זאת, כפי שמציינת פאטמן, עצם המעבר משיטת הצדקה נורמטיבית המבוססת על "טבעיות" התא המשפחתי ומעמד האב (הפטריארך) בתוכו, לשיטת הצדקה נורמטיבית חוזית, אין משמעותה כי חוזה הנישואין הפך למקור נורמטיבי המבטיח את השוויון והחירות של נשים. כך, היא מציינת כי:

"Modern marriage and employment are contractual, but that does not mean that, substantively, all resemblance to older forms of (unfree) status have vanished. **Contract is the specifically modern means of creating relationships of subordination, but, because civil subordination originates in contract, it is presented as freedom**" (p. 118).

71. פאטמן עמדה על כך שמאפייני ההכפפה המגדרית הקשורה בקשר הנישואין, אשר התקיימו לפני השינוי הפרדיגמתי והסדרת הנישואין על יסוד חוזי, המשיכו להתקיים לאחר המעבר להבנת הנישואין כמערכת יחסים חוזית. מאפיינים אלו כללו, במרוצת המאה ה-19 וה-20, את החלוקה של העבודה על בסיס מגדר, את חובתה של האישה לביצוע עבודות משק הבית ואת ייעודו של תפקיד זה לה בלבד; את זכות הגבר לקניינה של האישה

וזכותו לשליטה בקניין המשותף; את זכות הגבר למימוש הנישואין (conjugal rights); ואת זכות הגבר לנאמנות מינית של האשה.

72. זכויות אלו לא היו רק בגדר הסכמות "רצוניות" בין הצדדים, אלא הקנו סעדים ממשיים. מכוחם, עד לעשורים האחרונים לא היה אונס בתוך התא המשפחתי דבר עבירה; פגיעה באישה יכולה הייתה להקנות לגבר זכות לפיצוי בגין אובדן זכויותיו המיניות ושירותי משק הבית; ואי ציות, בכל אחד מהמישורים הקנה לבעל זכות לסעדים מול אישתו (לרבות, בתקופות מסוימות, הזכות לכלוא את אשתו) כמו גם הקים סנקציות אזרחיות (בהליכי גירושין) ופליליות (ראו פאטמן, עמ' 187-117).

73. מבנה שליטה זה, הגם שחוזי, הוא שהביא לאמירתו המפורסמת של ג'ון סטוארט מיל כבר באמצע המאה ה-19 כי:

"כל הגברים, מלבד האכזריים ביותר, מבקשים שהאישה הקרובה להם מכול לא תהיה שפחה מתוך כפייה אלא מתוך רצון; לא סתם שפחה, אלא שפחה חביבה. לפיכך הם עושים כל מה שניתן כדי לשעבד את רוחן... אדונייהן של הנשים רוצים יותר מציינות גרידא והם מנתבים את כל העוצמה שבחינוך להשגת מטרתם. כבר משנות חייהן הראשונות מחונכות הנשים להאמין שהאידיאל של דמותן מנוגד לחלוטין לזה הגברי. דמותן אינה מתאפיינת ברצון עצמי ובשלטון באמצעות שליטה עצמאית, אלא בכניעה ובציות לשלטונו של האחר. כל כללי המוסר מורים להן שזו חובתן..." ג'ון סטוארט מיל, **שעבוד האישה** 69 (תרגום לעברית, 2009).

74. יתרה מכך, כפי שמציינת פאטמן, **הגם שמבחינה עיונית שיטת המשפט עברה מתפיסה של הנישואין כסטטוס "טבעי" לתפיסה חוזית של הנישואין, הרי שבמרבית המקרים לא חל שינוי מהותי באופן ההסדרה של הנישואין**. כאשר הצדדים לא עורכים הסכם טרום נישואין, כלל לא מתקיימים היסודות של גמירות הדעת והמסוימות, המאפיינים חוזים, ולמעט האקט ההצהרתי של עצם הכניסה למוסד הנישואין, בני הזוג מותרים את מלוא עיצובה של מערכת היחסים ביניהם להסדרה המדינתית.

75. בנוסף, התפיסה החוזית של הנישואין, הגם שלכאורה פוטרת את המדינה מבחינה נורמטיבית של מערכת היחסים (מאחר שלכאורה – מדובר בביטוי של הרצון העצמי ותפיסת הטוב האינדיבידואלית של הצדדים לחוזה) אינה עולה בקנה אחד עם שני עקרונות מהותיים של חופש החוזים.

76. ראשית, היא אינה עולה בקנה אחד עם העיקרון שעל פיו ישנן סוגיות שאינן ניתנות להסדרה במסגרת חוזית שכן קמה לגביהן חזקה שהן אינן מכוח רצון חופשי. לדוגמה, לא היה עולה על הדעת לכבד חוזה עבודה שבו צד אחד מתחייב לעבוד ללא תמורה כלשהי על עבודתו, הגם שזהו הרכיב הבסיסי בחלק ניכר מחוזי הנישואין. בדומה, חוזה בין צדדים שאינם בני זוג נשואים, הכולל התחייבות לקיום יחסי מין או שליטה (בין אם חד צדדית ובין אם הדדית) בפרקטיקות המיניות של הצדדים לחוזה, היה חוזה בלתי אכיף בכל הקשר שאינו הקשר של נישואין.

77. שנית, היא אינה עולה בקנה אחד עם העקרון של חירות ההתקשרות בחוזים, חירות הנתונה בצורה שווה לכלל הציבור. כך, הזכות לחופש חוזים כוללת את הזכות של כל אדם להתקשר בחוזה כל עוד החוזה חוקי. במילים אחרות, הזכות לחופש חוזים אינה מאפשרת יצירת מוסדות חוזיים הפתוחים רק לחלק מהאוכלוסייה, ולא לכלל האוכלוסייה.

78. במקרה של נישואין, התנאי הבסיסי האמור, של גישה שווה לכלל האוכלוסייה, אינו מתקיים. הכניסה למוסד הנישואין מוגבלת (בישראל, על בסיס דתי) כמו גם היציאה מהם, והדין אינו מאפשר יצירת מערכת יחסים חוזית שזהה לנישואין שלא במסגרת של נישואין. בפשטות, אף אם שני אנשים יכרתו חוזה מפורט ורב סעיפים המקנה זכויות כלכליות שונות האחד לשני, הדומות לזכויות הכלכליות הנוצרות במסגרת נישואין, חוזה כזה לא יביא

להתייחסות של המדינה לצדדים לחוזה באופן דומה להתייחסות לזוג נשוי, הן בקשר כלכלי (לדוגמא, במתן הטבות מס) והן בהקשר למעמד מול רשויות מנהליות.

79. אם כן, המעבר הרטורי מהצדקה המבוססת על תפיסת הנישואין כסטטוס להצדקה המבוססת על תפיסת הנישואין כחוזה אינו נותן מענה מהותי לאתגרים שביסוד המבנה המשפטי שהוא הנישואין. זאת, שכן "חוזה" הנישואין אינו דומה כלל ועיקר ל"חוזה" במובנו המקובל, ולו היה נבחן ברצינות באספקלריה של דיני החוזים, ספק אם היה עומד בתצורתו הנוכחית.

80. מבלי להרחיב עוד, בשלב זה, חשובה לעניינינו התובנה, כי **בין אם במסגרת פרדיגמה שביסודה תפיסת הנישואין כסטטוס, ובין אם במסגרת פרדיגמה חוזית מכללא (ללא הסכם מפורש), שתי שאלות ליבה שולטות בכיפה:**

א. כיצד משפיע העיצוב של מוסד הנישואין על השוויון בין המינים?

ב. כיצד משפיע העיצוב של מוסד הנישואין על האוטונומיה הנתונה לכל אחד מבני הזוג?

81. ברי כי לצד שתי שאלות אלו, שאלה נוספת המתעוררת היא כיצד על מערכת המשפט להתייחס להסכמים מפורשים שכרתו בני הזוג מקום בו ההסכמים מעגנים תפיסת עולם פטריארכלית, הפוגעת בשוויון ובזכות לכבוד ואוטונומיה (עקרונות החולשים גם על החוזה הפרטי, מכוח תקנת הציבור). מאחר שההליך הנוכחי אינו עוסק במקרה של הסכמה מפורשת של בני זוג, נשאר סוגיה נכבדה זו לעת הצורך, הגם שמובן שהעקרונות שיפורטו להלן נכונים גם למקרה של הסכמה מפורשת הפוגעת בזכויות לכבוד ולשוויון.

82. במרוצת שלושים השנים האחרונות, מאז פרסמה פאטמן את ספרה, חלו תמורות משמעותיות במוסד הנישואין. יחד עם זאת, השוני המהותי של מוסד זה ממערכת יחסים חוזית אחרת נותר. גם כיום, מוסד הנישואין הוא מוסד מדינתי, שאין לרבים גישה אליו, אשר אינו משקף רק את חופש הרצון של הצדדים אלא גם את תפיסת הטוב של המדינה ומערכת ערכיה, ואשר לרוב (ובפרט – כאשר הצדדים לא כרתו הסכם טרום נישואין) תוכנו מוכתב על ידי המדינה ומוסדותיה, ולא על ידי הצדדים עצמם.

83. נפנה, אם כן, לבחינת ההלכה החדשה שנפסקה באספקלריה של שני רכיבים אלו של מוסד הנישואין – השוויון והאוטונומיה. נראה, כי **ההלכה החדשה מנציחה ומעצימה את חלוקת הקניין הלא שוויונית על בסיס מגדר בחברה, ומשכך, היא משמרת את מוסד הנישואין כמוסד המבוסס על עמדה פטריארכלית.** עוד נראה כי **ההלכה החדשה פוגעת בזכות לאוטונומיה בכלל ושל נשים בפרט.** פגיעה זו אף היא משמרת את הסדר הפטריארכלי, הרואה בנשים ובמיניותן כמושא למשפט והסדרה.

2.ג. בהינתן חלוקת ההון הנפוצה בתאים משפחתיים כיום – משמעות ההלכה היא

שלילת קניין מנשים

84. **מציאות החיים דהיום היא שמצבן הכלכלי של נשים לאחר גירושין מורע הן ביחס למצבן כשהיו נשואות, והן ביחס למצבן הכלכלי של גברים לאחר גירושין.** כפי שיפורט להלן, מחקרים מראים כי גירושין משפיעים לרעה על מצבן הכלכלי של נשים, הרבה יותר מאשר על גברים. דירת המגורים מהווה את הנכס המרכזי והעיקרי של בני זוג. בנסיבות אלה, שלילת דירת המגורים מנשים פירושה שלילת קניינן העיקרי של נשים ופגיעה כלכלית אנושה בהן. הפגיעה בנשים גדולה במיוחד, על רקע העובדה כי מצבן הכלכלי של נשים מורע ממילא באופן משמעותי בעקבות גירושין, וביחס לגברים בפרט.

85. זאת ועוד: **חלק ניכר מהנכסים הכלכליים המשמעותיים הנצברים במהלך החיים המשותפים של בני זוג, לרבות שכר, זכויות פנסיוניות, נכסי קריירה, זכויות בעסק ואף חשבונות בנק, מוחזקים בדרך כלל בידי הגבר.** בנסיבות אלה, ההלכה עצמה, היוצרת חזקת אי שיתוף בנוגע לנכסים המוחזקים על ידי אחד מבני הזוג במקרה

של אי נאמנות מינית בכל תקופה קודם לפרידת בני הזוג, משמעותה באופן מעשי פגיעה בנשים בהליכי גירושין. פגיעה זו מתחדדת נוכח העובדה שפרקטיקות פוגעניות בהרבה, דוגמת אלימות פיזית, מינית וכלכלית כלפי נשים, לא נקבעו ככאלה ששוללות את כוונת השיתוף.

86. לאחרונה אף אישר בית הדין הרבני הגדול פסק דין של בית הדין הרבני ברחובות, בו אשה שבגדה נושלה מרכושה, **באופן שנקבע כי דירה משותפת, שהיתה רשומה על שם בני הזוג בחלקים שווים וכן רוב הכספים שהיו בחשבון המשותף ורכוש נוסף יועברו בשלמות לגבר, משום שהאשה בגדה בבעלה.** בית הדין הרבני הגדול אימץ את פסק הדין של בית הדין הרבני האזורי, שהתבסס על הקביעה כי לעותרת דין מורדת, המאבדת את מתנותיה. במלים אחרות, אשה שבגדה עלולה לאבד לא רק רכוש שהובא מחוץ לנישואין על ידי הבעל, אלא כל רכוש שהוא, אפילו כזה שנצבר במהלך החיים המשותפים ואפילו כזה הרשום על שמה. בית המשפט העליון, בשבתו כבג"צ, אמנם החזיר את התיק לדיון בבית הדין הרבני הגדול, בהרכב מורחב, אולם הסכנות העולות מפסק הדין האמור ברורות וחמורות (בג"ץ 3092/18 פלוני נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים (10.12.2018)).

87. כך, בנוסף לנכסים שהיו בבעלות אחד מבני הזוג טרום הנישואין, ונכסים שניתנו לו במתנה או בירושה במהלך חיי הנישואין, מצויים כיום בסכנה גם נכסים של אשה שנצברו במהלך חיי הנישואין, ואף כאלה הרשומים גם על שמה. **במהלך החיים המשותפים של בני זוג, ברוב המקרים גבר צובר, באופן משמעותי, יותר נכסים מהאשה.** השכר שלו יותר גבוה, הזכויות הפנסיוניות שלו יותר גדולות, נכסי הקריירה שלו יותר גדולים, ועוד. בנסיבות אלה, נישולן של נשים מרכוש על רקע בגידה, היא קשה ביותר עבור נשים. זאת, בין אם מדובר בנכסים חיצוניים, כמו דירת מגורים, שמהווה חלק מאיזון המשאבים בהתקיים כוונת שיתוף ספציפי, ובין אם מדובר בנכסים שיש לאזנם לפי החוק, בין אם הם רשומים רק על שם אחד מבני הזוג ובין אם הם רשומים על שני בני הזוג.

ג.2.א. גירושין משפיעים לרעה על מצבן הכלכלי של נשים לאחר גירושין, הרבה יותר מאשר על

גברים

88. השפעה שלילית נוספת שיש לפסק הדין היא על מצבן הכלכלי של נשים לאחר גירושין. גירושין משפיעים לרעה על מצבן הכלכלי של נשים, הרבה יותר מאשר על גברים. נוכח העובדה שדירת מגורים מהווה, ככלל, את הנכס העיקרי של בני הזוג, הרי שאם פסק הדין יישאר על כנו, יש בכך כדי להגביר, באופן משמעותי, את הסיכון של נשים להיחפז לעניות, בעקבות גירושין, ואת הפער בין לבין גברים בהקשר זה.

89. במחקר שנערך ממש לאחרונה, על-ידי ד"ר ענת הרבסט-דבי, ד"ר מירי אנדבלד וד"ר עמית קפלן¹, ושהוצג בכנס שנערך בחודש ספטמבר 2018 בליסבון, פורטוגל, נבחנה ההשפעה של גירושין על הסיכון להיות עני בישראל, ועל ההבדלים בהשפעה כתלות של מגדר, נמצא כי גירושין מגבירים את הסיכון לעוני אצל נשים באופן ניכר לעומת הגברים.² עוד נמצא כי לפי חלק מהמודלים בהם נעשה שימוש, גירושין לא רק שלא מגדילים את הסיכון לעוני אצל גברים אלא אף מקטינים אותו.³ **המחקר מראה כי הסיכוי של אישה גרושה להתדרדר לעוני גבוה פי 1.5 משל אישה נשואה.** לעומת זאת, גירושין מפחיתים ב-20% את הסיכויים של גבר להפוך לעני לעומת גבר נשוי.⁴

90. זאת ועוד: המחקר מצא כי תלות כלכלית בנישואים יוצרת עוני סמוי הנובע מהמבנה החברתי וחלוקה בלתי

1

Herbst-Debby, Anat, Endeweld, Miri and Kaplan, Amit. "Divorce and Widowhood Penalty in Terms of Poverty Risks: Gender and Welfare Policy." Presented at the 15th Annual Conference of ESPAnet, Lisbon, September 2018. (להלן: "הרבסט-דבי, אנדבלד, קפלן").

² הרבסט-דבי, אנדבלד, קפלן, בעמ' 19.

³ שם, בעמ' 19.

⁴ שם, בעמ' 16.

שוויונית של המשאבים בתוך המשפחה.⁵ כמו-כן, בעת הגירושין, היות ונשים באופן אופייני הן בעלות המשמורת, ממשיכות להיות להן הוצאות גבוהות מאלו של אבות גרושים בניהול במשק הבית.⁶ נוכח העובדה כי בישראל, ברוב מקרי הגירושים הילדים נשארים במשמורת אצל האם, בעיקר כאשר הילדים צעירים, דבר זה מגביר את הסיכויים של אישה גרושה ובעלת המשמורת להתדרדר לעוני.⁷

91. גם במחקר שנערך על-ידי ד"ר חיה שטייר וד"ר עליזה לוי⁸, שהתמקד בהבדלים המגדריים בקשיים כלכליים בהקשר של המצב האישי, נמצא כי נשים חוות עוני וקשיים נוספים בעקבות גירושים, ואילו גברים, על אף שעלולים לספוג "קנס גירושים", בעיקר לאחר מספר שנים של גירושין, לא יתדרדרו לעוני בעקבות קשיים אלו.

92. בכל הנוגע לנושא הדיור, נמצא כי נשים וגברים כאחד ייאלצו, בעקבות גירושים, לעבור לבתים פחות יקרים. עם זאת, **נשים אשר מהוות את המשמורניות העיקריות ייאלצו ככל הנראה לעבור לבית גדול יותר מגברים גרושים ויידרשו ליותר ריהוט ומוצרים לשימוש ביתי. כפועל יוצא, הנשים יחוו יותר קשיים כלכליים כתוצאה מהגירושין גם בהקשר הזה.**⁹ עוד נמצא כי נשים גרושות נמצאות בראש טבלת ה"קשיים" בכל המדדים שנבחנו: צרכים בסיסיים, מגורים ובריאות.¹⁰ כמו-כן, לנשים גרושות יש את ההסתברות הגבוהה ביותר מכל קבוצה אחרת להיות עניות. כ-23% מהנשים שהן "גרושות טריות" (פחות מ-5 שנים) ו-25% מהנשים שהתגרשו מבין ה"גרושות הותיקות" (מעל 5 שנים) חיות במשקי בית עם הכנסה נמוכה לראש. מצב דומה קיים רק אצל 6% מהגברים הגרושים הטריים, ו-10% מבין הגברים הגרושים הוותיקים.¹¹

93. בספרות המחקרית תוארו גורמים רבים להשלכות הכלכליות של גירושין, ולפעמים הכלכליים בין נשים וגברים אחרי הגירושין:

"מבין ההסברים הרבים המופיעים בספרות לפערים הכלכליים בין נשים לגברים אחרי גירושים, אלה שרלבנטיים גם לישראל כוללים חלוקת תפקידים מגדרית במשפחה בזמן הזוגיות והפליית נשים בשוק העבודה, המובילות להכנסה נמוכה יחסית של האם; משמורת פיזית בלעדית של האם, אשר מונעת מהאם את האפשרות להשתלב בשוק העבודה ומחייבת דירה גדולה וציוד רב יחסית; סכומי מזונות ילדים לא-מספקים ואי-עמידה בתשלומי המזונות מצד האבות; שיעור גירושים גבוה יחסית בקרב המעמדות הנמוכים; ומדיניות ממשלתית שאינה כוללת רשת ביטחון סוציאלי מספקת" - דפנה הקר ורות הלפרין-קדרי "כללי ההכרעה בסכסוכי משמורת - על סכנותיה של אשליית הדמיון ההורי במציאות ממוגדרת", **משפט וממשל** טו תשע"ג, 91, בעמ' 155-156 וההפניות שם (להלן: "הקר והלפרין-קדרי").

94. בנוסף, העדרם של מזונות אישה לאחר גירושים וסחטנות כלכלית בגט, מעצימים אף הם את הסכנה לעוני של נשים לאחר גירושים (**הקר, הלפרין-קדרי**, בעמ' 157, וההפניות שם). לדיון נוסף במצבן הכלכלי של נשים לאחר הגירושין, ולהשפעות של מצבן הנחות במהלך חיי הנישואין אשר בא לידי ביטוי בעת הגירושין, ראו גם דפנה הקר **הורות במשפט - עיצוב הסדרי משמורת וראייה בגירושים** (2008) בעמ' 54 וההפניות שם; רות הלפרין-קדרי, "מזונות אישה: מתפישה של שונות לתפישה של (אי)שוויון", **משפט וממשל** ז' 767, 782-800 (2004); שחר ליפשיץ, "על נכסי עבר, על נכסי עתיד ועל הפילוסופיה של חזקת השיתוף" **משפטים** לד 627, 728-729 (2005).

⁵ שם, בעמ' 6.

⁶ שם, בעמ' 6.

⁷ שם, בעמ' 19.

⁸Alisa C. Lewin, Haya Stier "Marital status, gender, and material hardship: Evidence from Israel", **Advances in Life Course Research**, Vol 35 (March 2018) 46, 54. (להלן: "לוי-שטייר")

⁹ לוי-שטייר, בעמ' 48.

¹⁰ לוי-שטייר, בעמ' 50.

¹¹ לוי-שטייר, בעמ' 50.

95. גם בית המשפט העליון כבר הכיר בתופעה של הרעה במצבן הכלכלי של נשים לאחר גירושין, בבע"מ 4623/04 **פלוני נ' פלונית** (26.8.2007) (להלן: "**ענין פלוני**"), שם קבע, בין היתר על רקע זה, כי יש להחיל את חזקת השיתוף גם על נכסי קריירה. בהקשר זה נקבע כי:

"בספרות הזרה מתוארת תופעה של הרעה במצבן הכלכלי של נשים לאחר גירושין והיווצרות פער משמעותי בינן לבין גברים. [...] יש שקושרים תופעה זו לכך שנשים מקבלות אמנם מחצית מהנכסים המוחשיים במסגרת הגירושין, אך הן נותרות עם מקורות פרנסה עתידיים פחותים מאלה של בני-זוגן, אשר פיתחו את כושר השתכרותם במהלך הנישואין. ברי כי שיפור כושר ההשתכרות של אחד מבני הזוג במהלך הנישואין עשוי ליצור פער מבחינת היכולת הכלכלית של בני הזוג. מסגרת הנישואין, על דרך הכלל, היא מסגרת שוויונית. בני הזוג פועלים יחד כשווים, במאמץ משותף. שוויון זה, לפחות בחלקו, צריך להישמר גם כאשר ניתק הקשר הזוגי" (בפסקה 15 לפסק הדין).

96. בנסיבות אלה, ברור כי לפסק הדין השלכה דרמטית על מצבן הכלכלי של נשים לאחר גירושין, ואם יישאר על כנו, מצבן הכלכלי של נשים לאחר גירושין, המורע ממילא, יורע עוד, באופן משמעותי ביותר.

ג.2.ב. השכר הפנסיוני של גברים יותר בממוצע ב-25% מהשכר הפנסיוני של נשים

97. כפי שנראה בפרק זה, גם הפער בין הפנסיה שמקבלות נשים לזו שמקבלים גברים הוא עצום. בדו"ח מיום 31.10.2018, מאת ד"ר לילך לוריא, שהוגש לאחרונה למוסד לביטוח לאומי¹², בוחנת ד"ר לוריא את פער הפנסיה המגדרי בישראל. כפי שעולה מהדו"ח, מבדיקה שערכה חברת מנורה מבטחים פנסיה וגמל, המנהלת קרן פנסיה בת מיליון עמיתים, עלה כי הפערים בפנסיה עומדים על 25% בממוצע פחות לנשים. בעוד השכר המבוטח הממוצע לאישה בקרן עמד בשנת 2017 על 6,879 ש"ח, שכרו המבוטח הממוצע של גבר עמד על 8,073 ש"ח. שיא פערי הפנסיה נמצאו בקבוצת הגיל של נשים וגברים בני 50 ומעלה.¹³ עוד עולה מהספרות המחקרית בנושא כי פער הפנסיה המגדרי גדול באופן מהותי מפערי השכר בין נשים לגברים בעת שהם נמצאים בשוק העבודה.¹⁴

98. בנוסף לפער בגובה השכר הפנסיוני כאמור, הרי שישנם גם פערים מגדריים בשיעור שמהווה הפנסיה מתוך השכר המבוטח. כך, ממחקר שערכו שרית מנחם-כרמי ואביה ספיבק¹⁵, עולה כי בקרנות הפנסיה החדשות גברים צפויים לקבל קצבת פנסיה בגובה של 39% בממוצע משכרם טרם הפרישה, ואילו נשים צפויות לקבל קצבה בגובה של 31% בממוצע בלבד משכרן טרם הפרישה.

99. בנסיבות אלה, כאשר חלק משמעותי מהנכסים הנצברים במהלך החיים המשותפים של בני זוג, רשומים על שם הגבר, הרי משתיוותר על כנה ההלכה, היוצרת חזקת אי שיתוף בנוגע לנכסים המוחזקים על ידי אחד מבני הזוג במקרה של אי נאמנות מינית בכל תקופה קודם לפרידת בני הזוג, משמעותה באופן מעשי פגיעה בנשים בהליכי גירושין.

100. **מהמרבחה** – על בסיס האמור, שתי מסקנות עיקריות עולות מהמחקר האמפירי:

א. **ראשית**, המחקר האמפירי מביא למסקנה כי נכסי הזוגיות מחולקים באופן מובהק באופן לא שוויוני, ומרבית הנכסים, ובעיקר – הנכסים הלא ממוניים (דוגמת כושר השתכרות), או נכסים הקשורים בפרנסת משק הבית (דוגמת קרן פנסיה) מצויים בשליטתו של הגבר, גבוהים באופן מובהק ומשמעותי אצל הגבר לעומת האשה, ורשומים על שמו של הגבר;

¹² ד"ר לילך לוריא, "מגדר ופרישה – שוויון בהסדרי הפנסיה המדינתית והתעסוקתית: דו"ח מסכם", מוגש לביטוח הלאומי (31.10.18).

¹³ ד"ר לוריא, בעמ' 5.

¹⁴ ד"ר לוריא, בעמ' 5.

¹⁵ שרית מנחם-כרמי ואביה ספיבק "קרנות הפנסיה החדשות: בחינת יחס התחלופה והתנהלות המבוטחים" - המרכז לפנסיה, ביטוח ואוריינות פיננסית, יולי 2018.

ב. **שנית**, המחקר האמפירי מביא למסקנה כי חרף כללי החלוקה השוויוניים לכאורה הקיימים בדין, בפועל חלוקת הרכוש והמשאבים בין בני הזוג אינה שוויונית בכלל ובשים לב לנטל גידול הילדים בפרט, באופן שגורם לכך שעצם הליך הגירושין מחמיר את המצוקה הכלכלית של נשים במידה רבה יותר, באופן משמעותי, לעומת הפגיעה שחווים בני זוגם לשעבר, אם בכלל.

101. מכאן, המשמעות ההכרחית היא שכל הסדר המביא להחרגת נכסים ממסת הנכסים המשותפת של בני הזוג, אפילו אם הוא כשלעצמו שוויוני, יוצר תוצאה המפלה נשים על בסיס מגדר. זאת, נוכח חלוקת המשאבים הלא שוויונית מלכתחילה.

102. זהו המצב גם בענייננו – אפילו הייתה ההלכה החדשה בעלת תחולה שווה על גברים ונשים, ולא היו שיקולים דתיים כלשהם בבסיסה, משמעותה התוצאתית היא הכבדה ופגיעה בנשים, והנצחת והעצמת אי השוויון הכלכלי בין גברים ונשים בחברה.

ג.3. ההתחשבות בתרומה המוניטרית בלבד של בני הזוג לשיתוף הנכסי - פסולה

ומפלה

103. בפרק הקודם עמדנו על כך שההלכה החדשה, אפילו היה הכלל במסגרתה שוויוני לחלוטין, יוצרת אי שוויון כלכלי מהותי בין גברים ונשים, מאחר שחלוקת ההון בתא המשפחתי אינה שוויונית מלכתחילה.

104. עוצמת אי שוויון זה משמעותית במיוחד, מאחר שבמסגרת ההלכה החדשה נקבע כי התרומה של בני הזוג למשק הבית המשותף תיבחן רק בערכים של תרומה מוניטרית. במילים אחרות, **בית הדין הרבני הגדול קבע כי תרומה בערכים שאינם מוניטריים, דוגמת עבודה במשק הבית, לא תילקח בחשבון בבחינת מערכת היחסים בין בני הזוג, והשיתוף בנכסים – הכללי והספציפי.**

105. כך, בנסיבותיו של המקרה הקונקרטי, קבע בית הדין הרבני הגדול שלא התקיימה כוונת שיתוף ספציפי בדירת המגורים, קביעה שנשמכה על כך שבזמן שנעשה השיפוץ בבית המגורים האשה כלל לא עבדה, והכספים לשיפוץ הובאו על ידי הבעל. **בית הדין הרבני הגדול התעלם מחלקה של האשה במאמץ המשותף, מתרומתה של האשה בגידול הילדים, הטיפול בהם ובניהול משק הבית, שקל רק את התרומה המוניטרית של בני הזוג, ועל רקע זה נישל את האשה מבעלות בדירת המגורים של בני הזוג. זאת, בניגוד מוחלט להלכות הבסיסיות ביותר של הלכת השיתוף, ולמאמץ המשותף העומד בבסיס הלכות אלה.**

106. יצוין, כי התעלמות זו, וההתייחסות לתמורה המוניטרית בלבד למשק הבית, אינה במסווה ואינה בטעות. היא בליבת פסק הדין. כך, ציין הדיין אלמליח:

"אני כשלעצמי סבור כי לא היתה כאן כוונת שיתוף כלל וזאת בדגש על כך שהכספים מהם בוצע השיפוץ היו כספיו של הבעל. סבור אני כי במצב דברים זה לא ניתן ללמוד מכאן את רצונו של הבעל לשתף את האשה בנכס שהרי הכספים הינם בבעלותו והנכס הוא בבעלותו ומדוע נאמר כי התבססה כאן עילת שיתוף כל שהיא" (ההדגשות אינן במקור).

107. וכן, הדיין עמוס:

"זאת ועוד הצדדים חלוקים מאיזה כספים אכן נעשו אותם שיפוצים, בעוד שהמשיבה טוענת כי הם נעשו מכספים משותפים, המערער טוען כי בזמן השיפוץ הראשון המשיבה כלל לא עבדה ואם כן על איזה כספים היא מדברת".

108. ונדגיש, לו אכן אי הנאמנות הנטענת הייתה מצדיקה את ביטול כלל ההענקות שהוענקו על ידי בני הזוג זה לזה וזו לזה – היה מקום לדרוש מבן הזוג השבה (בערכים מוניטריים) של שנות עבודה רבות שהשקיעה האשה במשק

הבית, השקעה שהיוותה תנאי על מנת לאפשר לו לצאת לעבוד מחוץ למשק הבית.

109. מובן, כי אין בפסק הדין של בית הדין הרבני הגדול כל זכר להשבה מסוג זה.

110. **ההתעלמות מ"עבודה שקופה" של נשים במשק הבית מחריפה את אי השיויון שיוצרת ההלכה החדשה, הנחזית במבט ראשון להיות בעלת תחולה שוויונית.**

111. ככלל, העבודה במשק הבית ובגידול הילדים, היא עבודה שהנשים הן אלה שנושאות בה, באופן מובהק, יותר מאשר הגברים. על רקע הפערים המגדריים הקיימים הלכה למעשה בין גברים ונשים בכל הכרוך בחלוקת הנטל המשפחתי של פרנסה, גידול הילדים וניהול משק הבית במהלך החיים המשותפים של בני הזוג, ונוכח המשמעויות הכלכליות האדירות שיש לפערים אלה, הבאות לידי ביטוי מובהק בפירוק קשר הנישואין, הרי שהמשמעות של ההלכה החדשה ומתן משקל לתרומה המוניטרית בלבד, היא פגיעה חמורה נוספת בנשים.

ג.3.א. עבודות שקופות וחלוקת התפקידים במשק הבית

112. כפי שנראה בפרק זה, התפיסה הרווחת, לפיה נשים עובדות פחות שעות מגברים, שגויה. בממוצע, נשים אכן נמצאות פחות שעות בשוק התעסוקה ועובדות פחות שעות בשכר, אך כאשר לוקחים בחשבון את כלל העבודות שנים מבצעות התמונה משתנה. בישראל, ובכל העולם, נשים הן אלה אשר מקדישות זמן רב יותר לעבודות הבית והטיפול בבני המשפחה ומבצעות ללא תשלום עבודות בעלות ערך כלכלי רב.

113. לאחרונה פרסמו מכון ון ליר בירושלים ו"שוות: המרכז לקידום נשים בזירה הציבורית" דו"ח מחקר למוסד לביטוח לאומי בנושא "עבודות שקופות" בישראל.¹⁶ מחברות המחקר, ד"ר עמית קפלן וד"ר מהא כרכבי-סבאח, מציינות כי בחברה הקפיטליסטית מקובלת תפיסה מצומצמת של עבודה אשר מביאה להערכת-חסר של עבודות המבוצעות על ידי נשים בכלל, ובפרט כאשר מדובר בעבודות אשר אינן מתוגמלות בשכר. הממצאים העיקריים של המחקר הם שנים הן אלו המבצעות את רוב העבודות השקופות הקשורות במשק הבית, בטיפול בילדים, ובטיפול בבני משפחה אחרים, שביצוע העבודות השקופות מאלץ את הנשים להתמודד עם עומס, גמישות מעטה וריטואליות ושהחלוקה המגדרית הבלתי שוויונית של העבודות השקופות חוצה גבולות אתניים, מעמדיים ולאומיים.

114. הכלי העיקרי הקיים היום למדידה ולכימות של העבודות השקופות הוא "סקר תקצוב זמן" (Time Use Survey). סקר זה בודק כמה זמן מקדישים הנסקרים לביצוע פעילויות שונות: עבודה בשכר, עבודה בבית, התנדבות, פעילויות פנאי וכו'. מדינות רבות מבצעות מדידה זו, אך נכון להיום ישראל אינה אחת מהן.

115. על מנת לקבל תמונת מצב בנוגע לחלוקת התפקידים המגדרית במשקי הבית בישראל ניתן להסתכל על שני המחקרים הבאים: מחקר שפורסם בשנת 2015 על ידי משרד הכלכלה¹⁷, בדק את חלוקת התפקידים במשקי הבית בישראל באמצעות סקר שהופץ בקרב כ-1000 נשים, אימהות לילדים קטנים. לפי המחקר, כ-5% בלבד מהמקרים האב הוא האחראי העיקרי למטלות משק הבית, כ-22% מהמקרים המטלות מתחלקות בצורה שוויונית וב-73% מהמקרים עיקר המטלות או כולן מוטלות על האם.

116. עוד עולה מהמחקר כי בכל המגזרים קיים אי שוויון מגדרי בחלוקת התפקידים במשק הבית, אך נשים מהמגזר הערבי מדווחות על אי השוויון הגדול ביותר. כ-13% מהנשים הערביות דיווחו כי החלוקה מתבצעת באופן שווה, לעומת 22.7% מהנשים היהודיות. בקרב הנשים היהודיות, המגזר השוויוני ביותר מבחינה זו הוא המגזר החרדי. 30.2% מהנשים החרדיות דיווחו כי המטלות מתחלקות באופן שווה או מוטלות בעיקר על האב, לעומת 28.4% מהחילוניות, 27.7% מהדתיות ו-25.6% מהמסורתיות.

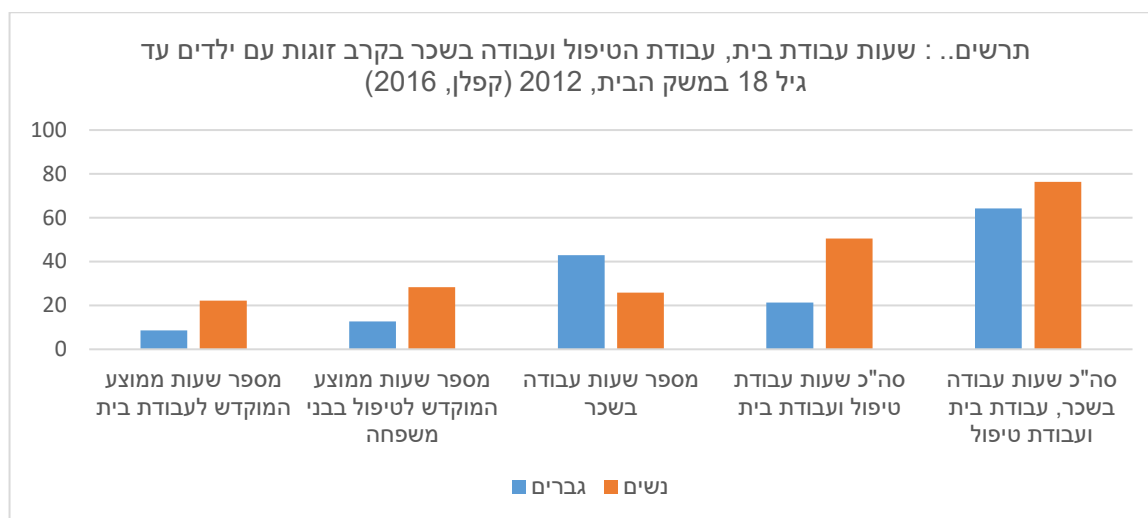
117. **המחקר של משרד הכלכלה חושף גם את הקשר ההפוך בין עבודה בשכר לעבודה בבית.** המחקר מראה כי ככל

¹⁶ <https://www.btl.gov.il/Mediniyut/BakashatNetunim/dohot/Documents/kaplan.pdf>

¹⁷ <https://employment.molsa.gov.il/Research/Documents/X13046.pdf>

שחלקה היחסי של האם בהכנסת משק הבית גדול יותר, כך הולך וגדל שיעור משקי הבית השוויוניים. ב-11.4% ממשקי בית בהם הכנסת האם עומדת על 10,000 ₪ לחודש, האבות נושאים בעיקר עבודות משק הבית, לעומת 2.1% ממשקי הבית בהם שכרה של האם עומד על 4,000 ₪ או פחות. עוד עולה מהסקר, כי ככל שהאב מבצע חלק גדול יותר ממטלות משק הבית כך עולה מספר השעות שהאם עובדת בשוק העבודה בשכר.

118. נתונים נוספים הנוגעים למספר השעות אותם מקדישים נשים וגברים לעבודה בבית ולעבודה בשכר ניתן למצוא בעיבוד סקר בינלאומי רחב היקף משנת 2012, שערכה ד"ר עמית קפלן עבור מכון ון ליר¹⁸. הממצאים מראים כי נשים משקיעות בעבודות הטיפול ומשק הבית 50.5 שעות בשבוע, לעומת 21.3 שעות שמשקיעים גברים. בשוק העבודה בשכר, לעומת זאת, נשים דיווחו שהן משקיעות בממוצע 25.8 שעות בלבד לעומת 42.9 שעות שמשקיעים גברים.



119. בנסיבות אלה, לאור העובדה שנשים הם אלה שנושאות בעיקר הנטל הכרוך בניהול משק הבית ובגידול הילדים, הרי שמשמעות הפסיקה נשוא הליך זה, והתעלמות מענין זה בשקילת כוונת השיתוף הספציפי, ומתן משקל רק לתרומה המוניטרית, מהווה פגיעה קשה בנשים.

ג.3.ב. ההתעלמות מהתרומה שאינה מוניטרית מנוגדת לעקרון המאמץ המשותף ולהלכת השיתוף

120. כידוע, הלכת השיתוף קובעת חזקה לפיה "בני זוג החיים בצוותא ומקיימים משק בית משותף, הרכוש שנצבר במשך חייהם המשותפים הוא רכושם המשותף המתחלק ביניהם בחלקים שווים, גם אם הוא רשום רק על שם אחד מהם, והוא כל עוד אין ראיות על כך שנתגבשה ביניהם כוונה אחרת" (הלכת **בבלי**, בעמ' 252-253).

121. ראשיתה של ההלכה בשנות ה-60 של המאה הקודמת, כשהפסיקה הכירה במאמץ המשותף של בני הזוג, ובכך שבמשק בית משותף כל אחד תורם את חלקו, והנכסים, שהם תוצאה של אותו מאמץ משותף, נחלקים לפיכך בין שני בני הזוג, במידה שווה. עמד על כך, השופט ברנזון, שהיה מראשוני מפתחיה של הלכת השיתוף, בע"א 300/64 **ברגר נ' מנהל מס עזבון**, פ"ד יט(2) 240 (1965), כשקבע כי:

"המאמץ המשותף הנדרש הוא לאו דוקא השתתפות כספית של כל אחד מבני הזוג הבאה מהכנסות או מרווחים שלו. אף במקרה שאשה אינה עובדת מחוץ למשק ביתה ואין לה הכנסה מנכסיה שלה, אלא שהיא מנהלת את משק הבית ותורמת את חלקה לקיום המשפחה, לרבות חינוך ילדי הזוג,

אפשר לראות בכך מאמץ מצדה לא פחות ממאמצו של הבעל המשתכר בחוץ מעבודה או מניהול עסק. הכנסות הבעל במקרה כזה מתאפשרות במידה רבה על-ידי עבודת האשה בבית וניתן לראות בהכנסות אלה פרי מאמץ משותף של בני הזוג" (עמ' 246).

122. גם בע"א 630/79 ליברמן נ' ליברמן, פ"ד לה(4) 359 (1981), נפסקו דברים ברוח זו :

"אין להקל ראש ולהמעט בתרומה הנכבדה, שתורמת בת הזוג לצמיחת הנטע המשפחתי ולבלבובו בעשייתה החיובית והברוכה בביתה פנימה; ניהול משק הבית, סיפוק כל צרכיו של הבעל וצורכי הילדים, גידול הילדים וחינוכם, יצירת אותו קן חם לחיי המשפחה - בכל אלה יש תרומה של ממש ליצירת אווירה טובה, המסייעת בקידום הישגי המשפחה גם בתחום הכלכלי. ניתן לומר, כי עשיית האשה בבית ופעילות הבעל בעסקיו הן כשתי זרועות הפועלות יחדיו, החובקות את גזעו האיתן של קן המשפחה על כל מרכיביו ומשתלבות זו בזו. אשר על-כן, אם יוכח, כי בני הזוג חיו יחדיו לאורך זמן באורח הרמוני, כשבת הזוג משתתפת במאמץ המשותף בביתה פנימה, בעוד הבעל דואג לצורכי הבית בעסקי יום יום, ייאמר עליהם, כי חזקה שהתכוונו לכך, כי רכושם יהיה מקורו אשר יהיה, יעמוד לקניינם המשותף" (בעמ' 365). לענין זה ראו גם ע"א 253/65 בריקר נ' בריקר, פ"ד כ(1) 589 (1966); ע"א 135/68 בראלי נ' מנהל מס עזבון, פ"ד כג(1) 393 (1969), וכן . ראו גם: מ' שאוה הדין האישי בישראל (כרך א, מהדורה רביעית, 2001) (196-191).

123. עמד על כך גם כב' השופט טירקל, כשקבע כי :

"מטרתה של חזקת השיתוף היא צדק חברתי המבוסס על שוויון בין המינים, והיא נובעת מההשקפה כי שני בני הזוג תורמים, כל אחד לפי דרכו, במידה שווה לרווחת המשפחה. תרומתו של כל אחד מבני הזוג איננה בהכרח תרומה כספית ממקורות חיצוניים להכנסות ולרווחים הנצברים בקופה המשותפת; יכול שתהיה תרומה של עבודות בית, טיפול בילדים ובחינוכם, ואף על-ידי קיומו וטיפולו של בית משותף - במשמעותו הגשמית, הרוחנית והרגשית - כך שבן הזוג השני יכול לעבוד מחוץ לבית בלי שעול טרדותיו יהיה עליו" (ע"א 5640/94 חסל נ' חסל, פ"ד נד(4) 250, 254 (1997)).

124. בית משפט נכבד זה כבר היטיב לתאר את הפער בבעלות בנכסים בין נשים וגברים המנהלים משק בית משותף, והיטיב לבטא את האופן שבו מקומו של המשפט לגשר על הפער הזה, תוך שמירה על עקרון השוויון, והגנה על זכויותיהן של הנשים, ובכלל זה שמירה על קניינן. בהקשר זה קבע בית משפט נכבד זה בהלכת בבלי כי :

"גישה 'ניטראלית' לחיים המשותפים משמעותה הפליה למעשה כלפי האשה. לרוב היא אינה מנהלת משא ומתן עם צד שלישי לרכישת הנכסים; אלה לרוב אינם נרשמים על שמה. התוצאה היא אפוא, כי הבעל הופך להיות בעל הנכסים. רק התחשבות בחיים המשותפים כמעניקה קניין משותף עשויה לאזן את התוצאה ולהביא לשוויון בין הצדדים. רק כך ניתן יהא ליתן ביטוי לפועלה של האשה בביתה פנימה ולאחריות הרובצת עליה לגידול הילדים וחינוכם. רק בדרך זו ניתן יהיה להגשים את התפיסה, כי 'עשיית האשה בבית ופעילות הבעל בעסקיו הן כשתי זרועות הפועלות יחדיו, החובקות את גזעו האיתן של קן המשפחה על כל מרכיביו ומשתלבות זו בזו. עמדתו של המשפט העברי, שאינו מוכן להתחשב בחיי השיתוף כמקור לכוונת שיתוף, מפלה, הלכה למעשה, את האשה" (בסעיף 21 לפסק הדין).

125. גם בענין פלוני, התייחס בית המשפט לפערים המגדריים הקשורים לנכסי בני הזוג המנהלים משק בית משותף, ולהלכת השיתוף הבאה לגשר על פערים אלה :

"חזקת החלוקה השוויונית של הרכוש מבטאת את התפישה הערכית לפיה אין להגדיר באופן נוקדני את תרומתו של כל אחד מבני הזוג לתא המשפחתי, בהתאם לתג-המחיר שמצמיד לה השוק. בני הזוג עשויים לשאת בתפקידים שונים במסגרת הקשר הזוגי והמשפחה בכללותה. תפקידים אלה

עשויים להיות מושפעים מן ההטיה המגדרית. זאת ועוד, חלק מן התפקידים שממלאים בני הזוג זוכים לשווי-שוק נמוך יחסית, ואחרים כלל אינם ניתנים לאמידה בערכים ממוניים. אולם, גם אם פועלים בני הזוג באתרים שונים, תרומתם לתא המשפחתי, על דרך הכלל, שווה. קשר זוגי אינו נסב – ולא ראוי שייסוב – על התחשבות בגין ה"השקעה" שהשקיע כל אחד מבני הזוג וה"תשואה" הכספית שזו הניבה. לאור זאת, ולאור החשש משעתוק אותה הטיה מגדרית, הכלל הוא כי בהעדר הסכמה אחרת, אין צד אחד זכאי יותר מהאחר למשאבי הנישואין (ח' דגן קניין **על פרשת דרכים** (תשס"ה) 468-472)" (סעיף 9 לפסק הדין).

126. בנסיבות אלה, ההלכה החדשה שנקבעה בפסק הדין, כשדירת המגורים של האשה נשללה ממנה תוך התעלמות מחלקה במאמץ המשותף וייחוס חשיבות רק לתרומה המוניטרית של בני הזוג, מנוגדת בתכלית להלכות אלה, ולעקרונות העומדים בבסיסן. ויודגש: גם אם על הפרק עומדת בחינת כוונת השיתוף הספציפי בנכס, בנוגע לנכס שהביא הבעל לנישואין ושהיה בבעלותו טרום הנישואין, הרי שתרומתה של האשה לשיפוץ בית המגורים ולהשבחת הנכס, נעשתה במהלך החיים המשותפים, וגם מטעם זה יש להחיל עליה את הלכת השיתוף.

127. **התעלמות מעקרון המאמץ המשותף של בני הזוג בבחינת קיומה של כוונת שיתוף ספציפי מהווה הפליה קשה של נשים.** כפי שעקרון המאמץ המשותף עומד בבסיס הלכת השיתוף במקרים בהם היא חלה, עליו לחול, ללא כל הבחנה ובאותה מידה, כשבוחנים כוונת שיתוף ספציפי בנכס, בנוגע לנכסים עליהם חל חוק יחסי ממון, כאשר נבחנת התרומה לגביהם במהלך חיי הנישואין. במלים אחרות, החזקה לפיה בני זוג החיים בצוותא ומקיימים משק בית משותף, הרכוש שנצבר במשך חייהם המשותפים הוא רכושם המשותף, שמתחלק ביניהם שווה בשווה, בין אם הוא רשום על שניהם ובין אם רשום רק על שם אחד מהם, חלה גם בנוגע לנכסים שהובאו מחוץ לנישואין, הרשומים על אחד מבני הזוג, וזאת כאשר המאמץ המשותף לגבי השבחתם נעשה במהלך ניהול החיים המשותפים וקיום משק הבית המשותף, וביחס למאמץ זה.

ג.4. הוספת תנאי מתלה מכללא של בטלות שיתוף ספציפי במקרה של אי נאמנות

מינית פוגעת בזכות לאוטונומיה ומנוגדת לתקנת הציבור

128. עמדנו, עד כה, על כך שכל כלל משפטי, השולל חלוקה שוויונית בנכס המוחזק על ידי מי מבני הזוג, אף אם הוא נחזה להיות "עיוור למגדר" יוצר הפליה בפועל. זאת, מאחר שמלכתחילה חלוקת הרכוש, והבעלות על הרכוש, במשק הבית אינה שוויונית ומרבית ההון מוחזק על ידי גברים (בין היתר, מהטעם שלרוב, הם המפרנסים העיקריים בעוד שהנשים מחזיקות בנטל ניהול משק הבית וגידול הילדים).

129. עוד עמדנו על כך שכל כלל משפטי המתחשב רק בתרומה מוניטרית, ולא במכלול התרומה למשק הבית המשותף לרבות "עבודה שקופה" במשק הבית, מפלה נשים. זאת, שככלל, מרבית עבודת הבית מבוצעת בפועל על ידי נשים.

130. שני רכיבים אלו של אי שוויון, הקיימים שניהם בכלל המשפטי שנקבע על ידי בית הדין הרבני הגדול, ואושרר בפסק הדין, אינם תלויים במניע לשלילת החלוקה השווה של הנכסים בין בני הזוג. די בהם, כדי להביא לביטול פסק הדין ולקביעת הלכה ברורה, כי הזכות לשוויון על בסיס מין מצדיקה פרשנות מצמצמת להסדרים המקטינים את היקף השיתוף בין בני הזוג, וכי הזכות לשוויון מחייבת הכרה במלוא ההשקעה של בני הזוג בתא המשפחתי, לרבות עבודה ללא שכר במשק הבית.

131. רובד שלישי של ההלכה החדשה, הוא בטעם לשלילת הזכאות לשיתוף בדירת המגורים, הוא אי נאמנות מינית (אשר לצורך דיונו, נניח שהוכחה, הגם שמעיון בפסקי הדין של הערכאות הקודמות, עולה כי אין הדבר כך).

132. למעשה, הקביעה בהלכה החדשה היא שיש לקרוא מכללא לתוך מוסד הנישואין תנאי מתלה שעל פיו במקרה

של אי נאמנות מינית יהיה כל שיתוף ספציפי שנוצר במהלך חיי הנישואין – בטל מדעיקרא.

133. וברי, כי מאחר שעסקינן בתנאי מתלה מכללא, מקום בו אין אינדיקציה לכוונת בני הזוג מלכתחילה, מדובר בתנאי המשקף את תפיסת בית המשפט באשר להתנהגות משוערת של "בן הזוג הסביר".
134. משמע, במקרה שבו אין כל הסכם מפורש בין בני הזוג, לכאורה לא מתעורר מתח בין כוונת הצדדים הקונקרטיים לעמדה הנורמטיבית של בית המשפט, והעמדה הנורמטיבית של בית המשפט היא זו שמכתיבה את החוזה המשוער שבית המשפט מניח שהצדדים היו כורתים לו היו נדרשים לסוגיה טרם נישואיהם.
135. השאלה, אם כן, היא האם ראוי מבחינה נורמטיבית לקרוא לתוך מוסד הנישואין תנאי מתלה מכללא של העדר כוונת שיתוף ספציפי במקרה של אי נאמנות מינית.
136. לשאלה זו נפנה עתה. כפי שנראה, אין זה ראוי, מבחינה נורמטיבית, לקרוא מכללא לתוך מוסד הנישואין תנאי שכזה, הן מטעמי שוויון והן מטעמי אוטונומיה.
137. יתרה מכך, נראה כי קריאתו של התנאי האמור מכללא לתוך מוסד הנישואין, בזמן שהתנהגויות פסולות אחרות חמורות לא פחות, דוגמת התעמרות רגשית וכלכלית, ואף אלימות בתא המשפחתי, אינן מביאות לאותה תוצאה רכושית, מחריפה את אי השוויון המגדרי שבמוסד הנישואין.

ג.4.א. מוסד הנישואין והאיסור על בגידה – המשפט המשווה

138. עצם קביעתו של איסור על בגידה בדין, בין אם בחקיקה פלילית או אזרחית, או בפסיקה, מהווה למעשה שיבה למודל טרום חוזי של הנישואין, בו עיצבה המדינה את ה"נישואין הראויים" על יסוד תפיסה של התא המשפחתי ה"טבעי". שורשיהם של איסורים אלו קשורים במישרין לראייתה של האישה כשייכת לבעל, והגם שבמרוצת השנים הופחת המשקל שניתן לנאמנות מינית בהליכים משפטיים הקשורים בפירוק התא המשפחתי, וחלו תמורות באופן יישום הכללים בדבר אי נאמנות מינית, האתגר לנתק את הזיקה במוסד הנישואין בין התנהגות מינית לבין זכויות רכושיות ואחרות, עודו קיים.
139. מבין ההסדרים המשפטיים העוסקים באי נאמנות מינית, בולט האיסור הפלילי על בגידה. הגם שאט אט מתרבות המדינות שמוחקות איסור זה מספר חוקיהן, טרם הושלמה המלאכה בעניין זה והוא עודו קיים במדינות שונות. איסור זה, לא זו בלבד שמקנה זכות לגירושין (במשטרים בהם תנאי לגט הוא קיומו של אשם של מי מבני הזוג) אלא אף מאפשר העמדה לדין של הבוגדים, ונותן לזכות לנאמנות מינית מעמד נורמטיבי. הגם שאיסור זה כיום מוחל הן על גברים הן על נשים, הנטל העיקרי של האיסור מופעל על נשים. כך, מציינים לדוגמה זלשיין (Zalesne) ודקסטר (Dexter):

"Not surprisingly, then, adultery, which violates the sacred bonds of marriage, is still a criminal act in twenty-one states (although rarely enforced), 109 and still very much considered a sin by many. The criminalization of certain types of sexual activity within a marriage is a vestige of the historical view that adultery is not simply "a breach of the nuptial vow" but rather "a crime against society". [...].

Courts frequently base their judgments on this moral denunciation. For example, in 1981, a state appellate court in Louisiana upheld a verdict that found a mother "morally unfit" to have custody of her young daughter because the mother, while married, engaged in a course of open and public adultery in disregard of generally accepted moral principles.¹

11 Courts also consider adultery as marital fault weighing against the adulterer when

determining equitable distribution. For example, in 2011, an appellate court in Mississippi upheld a trial court's verdict that awarded the husband ninety percent of marital property after "weigh [ing] [the wife's adultery] heavily against [her]." The use of adultery as marital fault extends to alimony as well. In 2014, an appellate court in South Carolina found that a trial court acted within its discretion when it denied alimony to a wife because her husband presented sufficient corroborating testimony to demonstrate that she had committed adultery" Deborah Zalesne; Adam Dexter, From Marriage to Households: Towards Equal Treatment of Intimate Forms of Life, 66 **Buff. L. Rev.** 909, 936-938 (2018).

140. בגידה, ואף קיום מערכת יחסים עם אחר לאחר סיום הנישואין, נתפסה אף בעבר כנסיבה מקלה במקרים של רצח נשים על ידי בני זוג, בישראל ובעולם (ראו אורית קמיר, "איך הרגה הסבירות את האשה: חום דמם של "האדם הסביר" ו"הישראלית המצויה" בדוקטרינת הקנטור בהלכת אזואלוס" **פלילים** ו 137 (1998); **מילר**, 427, 452-458).

141. בראשיתם, שורשיהם הברורים של האיסורים, הפליליים והאזרחיים, על בגידה, מצויים בתפיסה פוריטנית, הרואה באישה רכושו של הבעל, ומבטיחה, באמצעות הדין, את צניעותה של האישה. מטעם זה, ועל יסוד ההנחה שאישה לא תוכל באופן רצוני לקיים יחסי מין עם אדם שאינו בעלה, לצד האיסור הפלילי ניתנו בידי הגבר זכויות תביעה בגין הסגת גבול ובעילה של גרימת ניכור ופגיעה בחיבה (Alienation of affection), נגד מי שעימו קיימה האישה יחסי מין (Alyssa Miller, Punishing Passion: A Comparative Analysis of Adultery) Laws in the United States of America and Taiwan and their Effects on Women, 41 *Fordham Int'l L.J.* 425, 429-430 (2018) (להלן: **מילר**)).

142. הגם שמרבית מדינות ארצות הברית ביטלו את עילת התביעה הנויקית בגין בגידה, נגד האישה ונגד מי שקיימה עימו יחסי מין, הרי שאחרות ממשיכות ומקיימות עילת תביעה זו, תוך שהנימוק הממוגדר – שמירה על צניעות האישה, התחלף בנימוק שיוצר לכאורה (ולכאורה בלבד) שיוויון מגדרי, של שמירה על מוסד הנישואין (ראו **מילר**, 431, 435 וההפניות שם).

143. יתרה מכך, אף בחלק מהמדינות בהן צומצמה או בוטלה עילת התביעה בגין בגידה כעילה נזיקית עצמאית, ממשיכה התפיסה הנורמטיבית של בגידה כהפרה של ערך חברתי (במנותק מההסכמות הקונקרטיות של בני הזוג) לשלוט בהסדרים הממוניים שבין בני הזוג בפרידה, ובכלל זאת חלוקת המזונות והרכוש (משטר משפטי אשר, כאמור לעיל, גורם לחלוקה לא שיוויונית של משאבים נוכח תנאי הפתיחה הלא שוויוניים של הצדדים בגירושין, והעובדה כי על דרך הכלל הכנסת האישה תהיה נמוכה יותר, והיא זו שתהיה זכאית למזונות או שאלו ישללו ממנה).

144. כך, מציינת מילר כי :

"The potential repercussions of an adultery-related fault divorce (or even a showing that one's spouse was unfaithful in a no-fault divorce) were and continue to be largely negative toward the adulterous spouse, and even more toward an adulterous wife due to the nature of marital dependency in the United States. First, depending on the jurisdiction, adultery may affect spousal support (alimony). In four states, adultery is a complete bar to alimony, and some states use adultery as a factor in determining how much alimony to award a

spouse. Adultery may also influence the division of marital property. Thus, an aggrieved spouse may receive the advantage of limiting support for the adulterous spouse if the adulterous spouse is the under-earner. As women are more likely to be dependent spouses or in need of assistance after divorce, this fault based policy economically disadvantages women in divorce proceedings. Second, a wife's adultery was historically seen as proof of parental unfitness in child custody proceedings: if a mother's life is "dominated by the carnal desires of the flesh," it would influence the child's life and character. Though adultery no longer creates a "presumption of unfitness" in child custody matters, courts may still deny an adulterous spouse custody if the adultery had a detrimental effect on the children or through a showing that the adultery contributes to the parent's moral unfitness" (p. 432-433).

145. מבלי להרחיב עוד בקשר לשיטות המשפט המשווה – הפניה אליו מלמדת כי שורשי הקשר שבין נאמנות מינית לבין חלוקת רכוש נטועים בתפיסה שעל פיה מיניותה של האישה שייכת לבעלה. בד בבד עם ההכרה בשוויון של נשים, ניכרת המגמה ברורה של צמצום הזיקה שבין התנהגות מינית לבין חלוקת הרכוש.

146. יתרה מכך, העיון בדין במדינות המשפט המשווה מצביעה על הקשר הישיר בין דיכויין ההיסטורי של נשים לבין עילות התביעה השונות הקושרות בין חלוקת הרכוש לבין הפרקטיקות המיניות של בני הזוג, ומלמדת כי הגם שהרטוריקה, במקומות שבהם נותרה זיקה זו, הפכה שוויונית יותר, מדובר בהסתרה בלבד של אי השוויון המגדרי שעל בסיסו עוצב מוסד הנישואין מלכתחילה.

ג.4.ב. אין מקום לקרוא לתוך הדין הישראלי סנקציה רכושית על אי נאמנות מינית

147. בעוד שבדינים הזרים שנסקרו, המחוקקים קבעו הוראות חוק העוסקות בהשפעה המשפטית של אי נאמנות מינית, בישראל אין הדבר כך. המחוקקים בישראל בחרו, במוזע ובמכוון, להציב את מדינת ישראל בשורה אחת עם המדינות המקדמות, ולנתק בין שיקולי אשם לזכויות רכושיות. בכך, הם פעלו בהתאם למגמה העולמית בסוגיה זו.

148. בתוך כך, אין ספק, שהדין בישראל מפריד הפרדה מוחלטת בין הדין הדתי, להסדר הרכושי החל על בני הזוג המוסדר בדין האזרחי. לא בלבד שאין בדין הישראלי כל הוראה פלילית האוסרת על אי נאמנות מינית, אלא שהמחוקקים מצאו לנכון במפורש לשלול את עילת התביעה הנזיקית הפרטיקולרית בקשר לאי נאמנות מינית או הפרת חוזה הנישואין.

149. בהמשך לכך, הדין האזרחי אינו כולל כל הוראה העוסקת בהשפעה של אי נאמנות מינית על זכויות רכושיות של בני הזוג.

150. חוק יחסי ממון עצמו, בכל הנוגע לנכסי הזוגיות, נעדר כל שיפוטיות נורמטיבית של התנהגותם של בני הזוג. משכך, הלכה פסוקה היא כי:

”על פי שיטת המשפט הישראלית, אין מקום להתחשבות באשם של מי מהצדדים בעת איזון המשאבים” (ראו לדוגמא: בג”ץ 1370/18 פלונית נ’ בית הדין הרבני האזורי חיפה (29.4.2018) (להלן: בג”ץ 1370/18)).

151. במסגרת זו, סעיף 8 לחוק יחסי ממון, הוא המאפשר לבית המשפט או בית הדין להפעיל שיקול דעת בשאלת איזון המשאבים. בליבתו, נועד סעיף זה על מנת להבטיח הגינות באיזון המשאבים במישור הממוני. כך, לדוגמא,

מאפשר הסעיף מתן חלק משמעותי יותר מהרכוש לבין הזוג שהשקיע ברכוש המשותף כספי ירושה או מתנה, שלו היו נשמרים בנפרד היו מוחרגים מאיזון המשאבים הכללי (ראו לדוגמא בג"ץ 1370/18).

152. יחד עם זאת, ההלכה הפסוקה והברורה של בית המשפט הנכבד היא כי אין להחזיר באמצעות סעיף 8 לחוק יחסי ממון את יסוד האשם לחלוקת המשאבים בין בני הזוג.

153. מטעם זה, קבע בית המשפט הנכבד בצורה מפורשת כי לא תותר תביעה נזיקית של בן זוג בגין ניאוף של בן זוגו, וציין :

"טעמים חזקים שבמדיניות משפטית שוללים לטעמי הכרה בניאוף כעילה נזיקית או חוזית, הן בין בני הזוג בינם לבין עצמם והן בין מי מבני הזוג לבין צד שלישי. לצד האינטרס החשוב של שמירה על התא המשפחתי, יש לזכור כי אנו עוסקים בתחום המעוגן בחיי הרגש. **בגידה לחוד, ותוצאות ממוניות לחוד**. כפי שאין לבגידת מי מבני הזוג נפקות בשאלת השיתוף ברכוש או איזון המשאבים (ראו, לדוגמה, ע"א 264/77 דרור נ' דרור, פ"ד לב(1) 829, 832 (1978); בג"ץ 8928/06 פלונית נ' בית הדין הרבני[פורסם בנבו] (8.10.08)); וכפי שאין להחיל על החוזה המשפחתי קני מידה חוזיים-מסחריים (דברי השופט ריבלין בעניין פלונית בפסקה 6), כך גם אין להחיל בנושאים אלו סטנדרטים של דיני נזיקין, ובנקודה זו אנו חוזרים להוראת סעיף 62(ב) לפקודת הנזיקין עליה עמדנו לעיל.

ומזווית נוספת: **המשפט הולך ומנתק את שאלת האשם מהנושאים הממוניים**, ולא בכדי תיקון מס' 4 (התשס"ט-2008) לחוק יחסי ממון, התשל"ג-1973, מאפשר כיום איזון משאבים עוד לפני פקיעת הנישואין. **הכרה בעילת תביעה ביחסים שבין הצד הנבגד לבין הצד השלישי, עלולה להחזיר דרך החלון את יסוד ה"אשם" אשר הוצא מן מהבית מן הדלת הראשית, תוצאה בלתי רצויה בעליל**" (בג"ץ 8489/12, פסקאות 9-10)

154. בדומה, קבע בית המשפט העליון כי לא ניתן יהיה להגיש תביעות נזיקיות אף בקשר לאי נאמנות מינית קודם לנישואין, מאותם הטעמים ממש (ראו: בע"מ 7939/17 פלוני נ' פלונית (9.11.2017)).

155. משהטעמים המצדיקים את הניתוק שבין היחסים הממוניים לבין מערכת היחסים הרגשית והבין-אישית פורטו בהלכה שנקבע בבג"ץ 8489/12, אין מקום להרחיב בהם. מדובר בעניינים מובהקים שברגש, הקשורים למערכת יחסים אינטימית, ומבוססים על אין ספור אינטראקציות בין בני הזוג לאורך שנות חייהם המשותפים.

156. אך הטעם העיקרי לדחיית עקרון האשם בחלוקת הרכוש של בני הזוג אינו במורכבות מערכת היחסים (וחוסר הרצון לברר רגשות ותחושות במסגרת שיפוטית) אלא בכך שהחירות לבחור עם מי, מתי ובאילו תנאים לקיים יחסי מין היא חלק בלתי נפרד מהאוטונומיה של הפרט. קשה לדמיין רכיב מהותי ומרכזי יותר בזכותו של אדם לאוטונומיה, מאשר החירות לבחור, בכל רגע נתון, כיצד לממש את מיניותו. חירות זו אינה יכולה להיות מושא להסדרה בחוזה, וודאי שאין מקום לקבוע כי ניתן, באמצעות הקונסטרוקציה של חוזה מכללא, לצמצמה.

157. במילים אחרות, **קביעה חוזית שעניינה הטלת מגבלות על התנהגות מינית של אישה או איש פוגעת בתקנת הציבור משהיא מהווה פגיעה חמורה בליבת הזכות לאוטונומיה**. במסגרת זו, אין נפקא מינה אם מדובר בסנקציה ישירה, דוגמת הטלת קנס או חבות נזיקית על בן זוג בגין פרקטיקות מיניות כאלה ואחרות, ובין אם מדובר בסנקציה עקיפה, בדמות ביטול זכויותיו הרכושיות שנוצרו במערכת היחסים הזוגית.

158. למעשה, ממש כפי שלא היה עולה על הדעת לכבד חוזה המתנה זכויות רכושיות של בן זוג בקיום יחסי מין עם בן הזוג השני, וממש כפי שהתפיסה כי קיימת לאישה חובה לספק את רצונותיו המיניים של בן זוגה בטלה ועברה מין העולם, אין מקום לאפשר חוזה המתנה זכויות רכושיות בכל פרקטיקה מינית אחרת או הימנעות ממנה.

159. מקל וחומר, שאין מקום ליצור, בדרך של חקיקה שיפוטית, תניה מכללא בחוזה הנישואין, הקובעת כי אי נאמנות

מינית תביא לשלילת זכויות רכושיות שנוצרו מכוח שיתוף ספציפי.

160. ויודגש – שופטי בית הדין הרבני הגדול, ושופטי הרוב בפסק הדין נשוא הבקשה לדיון נוסף, לא קבעו כי הוכחה כוונת הצדדים לקיומו של תנאי מתלה שכזה. אלא שהם קבעו כי מטעמים נורמטיביים, וכל זמן שלא הוכח ההיפך, יש לקרוא תנאי מכללא לתוך מוסד הנישואין, שבמסגרתו במקרה של אי נאמנות מינית יישללו הזכויות הרכושיות של בין הזוג מכוח שיתוף ספציפי בנכס לא רשום.

ג.5. אפילו היה מקום לבחון שיקולי אשם בקשר לשיתוף ספציפי בנכס, אין מקום לקבוע חזקה משפטית בדבר כוונת הצדדים לשלילת שיתוף ספציפי במקרה של אי

נאמנות מינית

161. להשלמת דיונונו, במישור הדין המהותי, יש להידרש עוד להיקף תחולתה של ההלכה החדשה.

162. כפי שפורט לעיל, בית הדין הרבני, ודעת הרוב בפסק הדין נשוא הבקשה לדיון נוסף, לא בחנו בפועל האם הוכחה כוונה מכללא של בני הזוג לקבוע תנאי מתלה לשיתוף ספציפי - של שמירה על נאמנות מינית.

163. מובן, כי לו הייתה מבוצעת בחינה מסוג זה, היה על בית הדין אף לקבוע ממצאים, לדוגמא, בשאלה האם בני הזוג התכוונו מכללא שכל אי נאמנות תביא לביטול השיתוף הספציפי, האם התכוונו שביטול השיתוף הספציפי יהיה גם במקרה של אי נאמנות לאחר ההיפרדות וטרם חלוקת הרכוש וכדומה.

164. אלא שהן בית הדין הרבני, והן דעת הרוב בפסק הדין, לא עיצבו את התנאי המתלה מכללא שנקרא לתוך מוסד הנישואין על נסיבותיהן הפרטניות של בני הזוג וכוונתם, אלא **קבעו תנאי מתלה נורמטיבי, שחזקה שחל למעט אם הוכחה כוונה אחרת של בני הזוג.**

165. כב' השופט שטיין עמד על כך בפסק דינו, בציינו כי כאשר בני הזוג מלכתחילה הסכימו למערכת יחסים אחרת, לא תקום החזקה האמורה (ראו פסקה 12 לפסק דינו).

166. כפי שפורט לעיל, לגישת המבקשת להצטרף אין מקום לקרוא מכללא לתוך מוסד הנישואין תנאי מתלה מסוג זה כלל ועיקר, ואין מקום לאפשר הבאת ראיות לתמיכה בטענה לקיומו של תנאי שכזה.

167. אלא שאפילו אם היה מקום **לאפשר** לצדדים לטעון לקיומו של תנאי מתלה מכללא, עדיין לא נובעת מכך המסקנה כי חזקה שמתקיים תנאי כזה למעט אם הוכח ההיפך.

168. בהקשר זה, בהתאם לסדרי הדין הרגילים, "המוציא מחברו עליו הראיה" (ראו מהעת האחרונה: ע"א 4250/15 **חברה פלונית נ' פלוני** (25.7.2018)).

169. יחד עם זאת, כאשר הנתבע מסכים לעובדות המקימות את עילת התביעה של התובע, אך מבקש להוסיף טענות משפטיות ועובדתיות המצדיקות לטענתו את דחיית התביעה, מדובר בטענת "הודאה והדחה". הנטל להוכחת טענה מסוג זה היא על הטוען אותה (ראו לדוגמא: ע"א 11100/02 **חצור נ' דותן**, פסקה 18 (16.2.2004)).

170. בהמשך לאמור, הגם שאין חולק כי בית המשפט רשאי לשנות מנטלי ההוכחה המקובלים, ולקבוע חזקות יצירות הפסיקה, שינוי נטלי ההוכחה הקבועים בדין ובפסיקה יעשה רק במשורה, בנסיבות ייחודיות ועל בסיס טעמים נורמטיביים מוצקים ואיתנים (ראו והשוו: ע"א 6490/97 **אלחג' נ' אבו עקל**, פ"ד נג(2) 49 (1999); .

171. במקרה הנוכחי, לא זו בלבד שפסק הדין קבע כי ניתן לטעון לקיומו של תנאי מתלה מכללא במוסד הנישואין שעל פיו במקרה של אי נאמנות מינית יפקע למפרע כל שיתוף ספציפי בנכס בין בני הזוג, **אלא שבית המשפט אף קבע כי זוהי ברירת המחדל.**

172. כך, בפסק הדין (כמו גם בפסקי הדין של בתי הדין הרבניים) לא נקבע כי הבעל הוכיח קיומו של תנאי מתלה

מכללא כאמור. אלא כל שנקבע הוא שלא הוכח שבני הזוג התכוונו להימנע מקיומו של תנאי מתלה מכללא, וכי ככל שיוכח במקרה של זוג פלוני העדר כוונה לכלול תנאי מתלה בהסכם הנישואין, לא יהיה באי נאמנות מינית כדי לפגוע בשיתוף בין בני הזוג.

173. בפשטות – פסק הדין הקים חזקה משפטית ניתנת לסתירה שעל פיה בני זוג התכוונו לכלול תנאי מתלה המבטל כל שיתוף ספציפי במקרה של אי נאמנות מינית (לרבות אי נאמנות מינית לאחר התגבשות השיתוף הספציפי).

174. לא יכולה להיות מחלוקת, כי בפסק הדין לא ניתנו כלל טעמים לקביעתה של חזקה משפטית זו.

175. יתרה מכך, העיון בשיקולים שנקבעו בפסיקה לעניין זה מלמד כי אין מקום לקביעתה של חזקה כאמור. **ראשית**, מהטעם שהדין עצמו קובע במפורש כי נטל הראיה במקרה של טענת "הודאה והדחה" יוטל על הטוען טענה זו. **שנית**, מהטעם שכוונת המחוקקים הברורה בפסיקה הייתה לנתק את הזיקה בין זכויות ממוניות לבין אשם והתנהגותם המינית של בני הזוג. **שלישית**, מאחר שהטלת הנטל על הטוען לקיומה של תניה כאמור עולה בקנה אחד גם עם התפיסה החוזית של הנישואין, שעל פיה יש ללמוד את נסיבות החוזה מהתנהגות בני הזוג. **ורביעית**, מהטעם שגם סדרי הדין יצירי הפסיקה כפופים לחובתו של בית המשפט לכבד את הוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. משכך, כאשר מפותחת הלכה דיונית על בית המשפט לבכר את קידומה של הפרוצדורה שמרחיבה את ההגנה על הזכויות החוקתיות של המתדיינים ולא מצמצמת אותה. במקרה הנוכחי, קביעה כי ככל שניתן כלל להוכיח כוונה מכללא להכללת תנאי מתלה במוסד הנישואין השולל זכויות רכושית בשל אשם של מי מבני הזוג, יהיה נטל ההוכחה על הטוען לכך, היא הקביעה המגשימה בצורה טובה יותר את הזכות לאוטונומיה של בני הזוג, כמו גם את הזכות של נשים לשוויון ולכבוד מאשר היפוך נטל ההוכחה.

6.ג. סיכום ביניים והדין הרצוי במישור המהותי

176. בפסק דינו, מפנה כבי' השופט שטיין לפסיקה קודמת של בית המשפט העליון, שניתנה לפני הלכת בבלי וקבעה כי במסגרת הדין הדתי, ניתן לקבוע שבני הזוג כללו בהסכם הנישואין תנאי מכללא שעל פיו במקרה של אי נאמנות מינית יפקע השיתוף הרכושי (לרבות ברכוש שנרשם על שם שני בני הזוג).

177. ההלכה החדשה, לא זו בלבד שמצדיקה דיון נוסף מפאת קשיותה, אלא אף מצדיקה דיון נוסף שכן במשיכת קולמוס היא הפכה שורה ארוכה של הלכות פסוקות. בכללן, הפסיקה הענפה הקובעת כי אין להתחשב בשיקולי אשם במסגרת חלוקת רכוש בין בני זוג והפסיקה הקובעת כי את קיומה של כוונת שיתוף בנכס ספציפי יש לבחון לאור מכלול התרומה של בני הזוג לתא המשפחתי, לרבות עבודת הבית.

178. הראינו, כי בחינת ההלכה מבעד למשקפי הזכות לשוויון מלמדת כי תוצאתה של ההלכה החדשה היא החרפת אי השוויון והפגיעה בזכויות הממוניות של נשים.

179. **ראשית**, הראינו כי חלוקת ההון בתא המשפחתי מלכתחילה אינה שוויונית, ומשכך, כלל משפטי השולל ממי מבני הזוג את זכויותיו במחצית הרכוש שנוצר לגביו שיתוף ספציפי, בכלל ומטעמי אשם בפרט, משפיע בצורה חמורה יותר על זכותיהן הרכושיות של נשים מאשר על אלה של גברים.

180. **שנית**, הראינו כי חלוקת העבודה בתא המשפחתי מלכתחילה אינה שוויונית, ומשכך, כלל משפטי המתעלם מעבודות משק הבית המשותף וגידול הילדים, כמו גם עבודות אחרות שאינן בתשלום, במסגרת בחינת קיומו של שיתוף ספציפי משפיע בצורה חמורה יותר על זכויותיהן הרכושיות של נשים מאשר על אלה של גברים.

181. שני היבטים אלו של אי השוויון על בסיס מין הנוצר עקב ההלכה החדשה בולטים במיוחד, נוכח היות ההלכה החדשה כזו המצמצמת את השיתוף בנכס ספציפי במקרה של אי נאמנות מינית בלבד, תופעה הנפוצה בקרב שני המינים, אך שהסנקציות בגינה מוטלות בעיקר על נשים.

182. יתרה מכך, התוצאה של ההלכה החדשה ואי השוויון שעלול להיווצר מכוחה בולט גם על רקע העובדה שפרקטיקות חמורות בהרבה, דוגמת אלימות כלכלית ורגשית על רקע מגדרי (ואפילו אלימות פיזית), המופעלות באופן מובהק ומשמעותי הרבה יותר מצד גברים כלפי נשים, אינן מביאות לתוצאה של שלילת הזכאות של גברים ברכוש המשותף, בין אם במסגרת איזון המשאבים ובין אם במסגרת של שיתוף בנכס ספציפי.
183. טעמים אלו מצדיקים, כשלעצמם, את ביטול ההלכה שנפסקה, וקביעה כי בכל הנוגע לשיתוף בנכס ספציפי, בדומה לאיזון משאבים כללי ולהליכים ממוניים אחרים (נזיקין) בין בני זוג, אין לאשם השפעה על הזכויות הרכושיות.
184. הדברים הם בבחינת מקל וחומר על רקע ההתנהגות אשר בה עוסקת ההלכה החדשה, ואשר נקשרת במסגרת ההלכה החדשה לזכויות הממוניות של בני הזוג.
185. פרקטיקות מיניות מצויות בליבת האוטונומיה של האדם. אין לאדם חובה לקיים יחסי מין עם אחר, ואין מקום למנוע משני בגירים כשירים המעוניינים בכך לקיים יחסי מין לפי רצונם.
186. התנהגות מינית של בני זוג יכולה להיות תוצר של האמון ביניהם, אי האמון ביניהם, משיכה לאחרים או העדרה, ויכולה להיות הדדית או חד צדדית.
187. כל אלו הם דברים שבין בני הזוג, שאין מקום למשפט להתערב בהם ולאכוף אותם.
188. אלא שההלכה החדשה משמעותה בדיוק כי המשפט עתיד להתערב במיניות האדם, וכי בני זוג עלולים לאבד את זכותם בנכס שנוצר לגביו שיתוף ספציפי בגין פרקטיקה מינית כזו או אחרת.
189. ניתן לדמיין כי בעקבות פסק הדין, לצד הצורך להגדיר מהי בגידה, יידרשו בתי המשפט לעסוק בשאלות מסוג שטרם נודע, דוגמת "האם הבגידה הייתה מוצדקת על רקע התנהגות הנבגד", מהי "בגידה חמורה" וכיצד מוכיחים הסכמה לבגידה, העלמת עין מבגידה או רשלנות של בן הזוג הנבגד מלגלות את דבר קיומה של הבגידה.
190. אשר על כן, הראינו שההלכה החדשה אף פוגעת בלב ליבת הזכות לאוטונומיה, ואף מטעם זה – דינה בטלות.
191. להשלמת התמונה, הראינו כי כברת הדרך הנוספת שהלך בה בית המשפט בפסק הדין נשוא הדיון הנוסף, שעל פיה חזקה שמתקיים במוסד הנישואין תנאי מתלה של ביטול שיתוף ספציפי במקרה של אי נאמנות מינית, נעדרת כל הצדקה עיונית, מנוגדת לכוונת המחוקקים, ומצמצמת את היקף ההגנה של המשפט על זכויות חוקתיות לכבוד, לאוטונומיה ולשוויון.
192. משמע, אפילו אם היה מקום להכיר בקיומו של תנאי מכללא השולל שיתוף ספציפי במקרה שתנאי כזה הוכח במישור העובדתי, ודאי שאין מקום להפוך את נטלי ההוכחה, לקבוע חזקה של קיומה של תניה כאמור.
193. משכך, לגישת המבקשת להצטרף, יש לקבוע במישור הדין המהותי כי גם בקשר לשיתוף בנכס ספציפי, אשם לחוד ורכוש לחוד. משמע, **כי מקום בו הוכח שיתוף ספציפי, לא תושפע הזכאות לרכוש המשותף מהפרקטיקות המיניות של בני הזוג, יהיו הן מקובלות או חריגות, יפות או כעורות.**
194. ונציין, הלכה שכזו היא היחידה העולה בקנה אחד עם קביעותיו של בית המשפט הנכבד כאן, כי בכל הנוגע לאיזון המשאבים אין מתחשבים בשאלת האשם, וכי בכל הנוגע לתביעות נזיקיות, אין מאפשרים פיצוי כספי בין בני זוג בגין התנהגות מינית לא ראויה.

ד. שגה בית המשפט בהחלטתו לצמצם את עילות ההתערבות של בג"ץ

195. דיוננו, עד כה, התמקד בדין המהותי, ובצורך לשנות את ההלכה החדשה שנפסקה בפסק הדין בהקשר זה.
196. כפי שנפרט בפרק זה, הצורך להתערב בהלכה החדשה שנפסקה קיים גם במישור הפרוצדורלי, כטעם נפרד, העומד על רגליו שלו.

197. בהקשר זה, פסק הדין חידש שני חידושים בעלי השלכות רוחב שקשה לתארן.
198. ראשית, פסק הדין צמצם את עילות ההתערבות בהחלטות טריבונלים מקצועיים בכלל, והחלטות בית הדין הרבני הגדול בפרט, ולמעשה – איין לחלוטין את עילות ההתערבות מטעמים של טעות גלויה על פני הפסק, ומהטעם של פגיעה בכללי הצדק הטבעיים וזכויות אדם.
199. צמצום זה בעילות ההתערבות של בית המשפט הגבוה לצדק פוגע בהגנה האפקטיבית על זכויות אדם בכלל ועל זכויות נשים בפרט. זאת, הן בהקשר הכללי, משצמצום עילת ההתערבות יוצר איים שבהם עוצמת תחולת המשפט החוקתי של ישראל – פחותה, והן בהקשר הקונקרטי, משהטריבונל המשפטי בבתי הדין הדתיים הוא טריבונל אשר מלכתחילה מורכב מגברים בלבד, ושטעם זה מוצדק לבחון בקפידה מוגברת את החלטותיו, מקום שיש להחלטות השפעה משמעותית על נשים ככלל, וביחס לגברים בפרט.
200. שנית, פסק הדין קבע הלכה פורצת דרך, שעל פיה לא חלה דוקטרינת הבטלות (המוחלטת או היחסית) מקום בו נתקבלה החלטה של טריבונל משפטי, שחלק מחברי הטריבונל קיבלו מטעמים פסולים ואסורים.
201. ונדגיש, כבי' השופט מינץ מציין במפורש, בפסק דינו, כי גם לשיטתנו אחד משלושת חברי הרכב הדיינים שקל שיקולים מהדין הדתי, שהם אסורים במובהק (משלא שונתה הלכת בבלי). אלא שלשיטתנו, בהסכמת כבי' השופט שטיין, לא נפל דופי בפסק הדין חרף זאת (קרי, אין מקום בכלל לבחון האם הסעד הנכון הוא בטלות ההחלטה או בטלות יחסית, מאחר שבית המשפט קבע ששקילת שיקולים זרים על ידי דיין בטריבונל שיפוטי אינה מקימה עילת התערבות בהחלטה).
202. לגישת המבקשת להצטרף, חידוש הלכתי זה, על שני חלקיו, אינו ראוי ודינו בטלות.

ד.1. צמצום עילת ההתערבות של בג"ץ בפסיקה של טריבונלים מקצועיים פוגע בהגנה

על זכויות אדם

203. בהתאם להלכה הפסוקה, התערבותו של בית המשפט הגבוה לצדק בהכרעות של טריבונלים עצמאיים, בהם בית הדין הרבני הגדול, בית הדין הארצי לעבודה ובית המשפט הצבאי לערעורים, תיעשה במשורה. יחד עם זאת, בהתאם להלכה הפסוקה עד לפסק הדין נשוא הבקשה לדיון נוסף, ככל שנושא הדיון בטריבונל הייחודי סמוך יותר לדיון הכללי ואינו בתחום מומחיות ייחודי של הטריבונל העצמאי, וככל שהדיון בטריבונל הייחודי קרוב יותר במהותו לסוגיות חוקתיות ולזכויות אדם בסיסיות, כך יהיה מרחב הביקורת השיפוטית רחב יותר.
204. כך, ההלכה העקרונית, החלה על כלל הטריבונלים המקצועיים והייעודיים (שם נפסקו הדברים בקשר לסמכות בית הדין הצבאי לערעורים), היא כי:

”אכן, אין בית-משפט זה נוטל לעצמו סמכות של ערכאת ערעור, ואין הוא מרבה להתערב בשיקול-דעתם ובהחלטותיהם של ערכאות, בתי-דין וטריבונלים לסוגיהם. ואולם, 'סמכותו של בית-משפט זה משתרעת על כל מקרה בו גוף, הפועל על-פי דין, חורג מסמכותו או נמנע מלהשתמש בסמכותו או עושה טעות משפטית העולה מתוך כל החומר שהיה לפניו, או פועל בניגוד לעיקרי הצדק הטבעי”

(בג"ץ 144/86 הלוי נ' בית הדין הצבאי לערעורים, פ"ד מ(2) 309, 322 (1986))

205. בדומה, נקבע (שם, בקשר לעילת ההתערבות בפסק דין של בית הדין הארצי לעבודה) כי:
- ”במרוצת השנים נפסק כי אמת מידה מרכזית להתערבות היא חשיבותה הציבורית הכללית של הבעיה, השלכות הרוחב שנודעות לה, או עקרוניות הסוגיה המתעוררת. כמו כן, בית משפט זה נותן משקל לשאלה האם הטענה נסבה על שאלות שבהן יש לבית הדין לעבודה מומחיות מיוחדת (בג"ץ 7333/15 פלוני נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים (7.3.2016)) פסקה 14 לפסק דינה של כבי'

השופטת ברק-ארז, וראו עוד: בג"ץ 1758/11 גורן נ' הום סנטר (עשה זאת בעצמך) בע"מ (15.5.2012) פסקה 10 לפסק דינה של כב' הנשיאה (בדימוס) ביניש)).

206. בפסק הדין סטה בית המשפט הנכבד מהקו הברור שבפסיקת בית המשפט הגבוה לצדק בכל הנוגע להתערבות בהכרעה של טריבונל מקצועי, ועשה זאת באופן גלוי ומוצהר.

207. למעשה, **בפסק הדין צמצם בית המשפט הנכבד את עילות ההתערבות בהחלטות של טריבונלים מקצועיים אך ורק לעילת הסמכות**. משכך, משקבעו שופטי הרוב כי לא התקיימה חריגה מסמכות וכי פסק הדין מושתת על הדין האזרחי, דחו את העתירה.

208. כידוע, משך שנים קבע בית המשפט העליון הנכבד כי קיימת עילת התערבות לא רק במקרה של חריגה מסמכות אלא גם במקרה של טעות גלויה על פני פסק הדין, וגם במקרה ששיקולי צדק מחייבים זאת, ומשכך יש מקום לבטל את ההלכה החדשה שנפסקה.

209. **סטייה זו מההלכה הפסוקה עד כה, ואימוצה של ההלכה המצמצמת החדשה, משמעותה צמצום משמעותי בהיקף ההגנה על זכויות אדם, ובכלל זה הזכות לשוויון, לכבוד ולקניין**. היא מקנה לטריבונלים מקצועיים את הסמכות להכריע בסוגיות שנושאות אופי מובהק של זכויות אדם, תוך חסינות מפני ביקורת שיפוטית של בית המשפט העליון, ויוצרת "מובלעות" של משפט המנותקות מהמשפט החוקתי הכללי החל במדינת ישראל (לדיון נרחב בענין זה, ראו רות הלפרין-קדרי, "פלורליזם משפטי בישראל: בג"צ ובתי הדין הרבניים בעקבות בבלי ולב", עיוני משפט כ(3) 683 (1997)).

2.ד. צמצום עילת ההתערבות של בג"ץ בפסיקה של בתי הדין הרבניים פוגע בזכות

החוקתית של נשים להליך הוגן הן בכוח והן בפועל

210. צמצום עילות ההתערבות של בג"ץ בהחלטות של טריבונלים מקצועיים הוא בעל משמעות קשה במיוחד בכל הנוגע לבתי הדין הרבניים. זאת, הן מהטעם שמלכתחילה, האתוס הדתי של בתי הדין הרבניים הוא אתוס מוטה מגדר ואשר מעמדן של נשים פחות בו, והן מהטעם שהעדרן של נשים מהטריבונלים השיפוטיים מעורר סיכון מוגבר לפגיעה בזכותן להליך הוגן.

211. נפנה, אם כן, לדיון בשני היבטים אלו.

2.ד.א. האתוס הדתי של בתי הדין הדתיים מחייב ביקורת שיפוטית מוגברת על החלטותיהם

212. אין ולא יכולה להיות מחלוקת, כי הדין הדתי מתייחס בצורה שונה לגברים ונשים, ואינו עולה בקנה אחד עם עקרונות השוויון, האוטונומיה והחירות בדין הכללי.

213. יתרה מכך, ההכשרה המקצועית של דייני בית הדין הרבני היא הכשרה המבוססת בעיקרה על הדין הדתי. קרי, המסד המשפטי העיקרי המוכר להם, ומשמש עבורם מקור השראה, אינו המשפט האזרחי, שבהתאם לו הם מחויבים לפסוק.

214. משמע, **אפילו אם היו נשים דיינות בבתי הדין הרבניים, נוכח ההכשרה והרקע של הדיינים, היה מתעורר חשש ממשי כי פסיקה, אף אם היא עוטה את שפת המשפט האזרחי, תשאב השראה (או יותר מכך) מהדין הדתי, תוך הכפפת נשים למשטר משפטי שמעמדן נחות בו באופן מובהק, שהן אינן מעוניינות בו, ואשר לא ניתן לקיימו במערכת משפט דמוקרטית**.

215. חשש זה הוכר בפסיקה פעם אחר פעם.

216. בהקשר זה, נזכיר את הדברים שנאמרו בהלכת בבלי, כשבית המשפט העליון התערב בפסק הדין של בית הדין הרבני, תוך שהוא קובע דברים אלה:

"המשפט האזרחי הכללי מבטא את זכויות האדם הבסיסיות: הוא מכיר בחופש ההתקשרות

(באמצעות חוקי החוזים). הוא מגן על זכות הקניין (מכוח דיני הקניין). הוא שומר על השלמות הגופנית (על-ידי דין הנזיקין). הוא מבטיח את השם הטוב (בחקיקה האוסרת על לשון הרע). המשפט האזרחי קובע אפוא את זכויותיו וחובותיו של הפרט כלפי כל פרט אחר. הוא מגדיר מהו "הרכוש" של אדם בשיטת המשפט. על פיו מוכרע מה ש"יש" לפרט ומה ש"מגיע" לו. רכוש זה ניתן ליטול ממנו ללא הסכמתו (המפורשת או המשתמעת) רק מכוח הוראות מפורשות בחקיקה. חקיקה זו צריכה להלוט את ערכיה של מדינת ישראל (כמדינה יהודית ודמוקרטית). היא צריכה להיות למטרה ראויה. אסור לה לחרוג מהמידה הדרושה (ראה סעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו). **אין זה עולה בקנה אחד עם תפיסות יסוד אלה, כי המעבר מבית-משפט אזרחי לבית-דין דתי יביא לאובדן של זכויות בסיסיות אלה או לפגיעה בהן. אין לאפשר "הפקעת" הזכויות האזרחיות הללו, בלא הוראת חוק מפורשת המקיימת את הדרישות הקבועות במבנה החוקתי שלנו" (הלכת בבלי, בעמ' 248).**

217. כך גם, בבג"צ 3914/92 לב נ' בית הדין הרבני האזורי, פ"ד מח(2) 491 (1994) (להלן: "הלכת לב"), ביטל בית המשפט העליון צו עיכוב יציאה מן הארץ שהוציא בית הדין הרבני כנגד אשה, לאור הפגיעה בזכויות החוקתיות שלה, ומתוך הרצון לשמור על אחידות השיטה המשפטית. בהקשר זה קבע בית המשפט הנכבד (כב' המשנה לנשיא (כתוארו אז) ברק) כי:

"כל שימוש של בתי הדין הרבניים בסמכותם הטבועה חייב להיעשות מתוך שמירה על זכויות האדם. אכן, כל אדם המתדיין בבתי הדין הרבניים מתייצב לפניו כשהוא נושא בכליו את מלוא זכויות האדם שמהן נהנה כל אדם בישראל. שיטת המשפט בישראל מבטיחה לכל אדם זכויות אדם. זכויות אלה עומדות לו בפני כל ערכאה שיפוטית. המעבר מערכאה שיפוטית "אזרחית" ל"דתית" אין בכוחו להביא לאובדן או לשלילה של זכויות אדם בסיסיות. [...] אכן, **ההבטחה בדבר זכויות האדם היא כללית, והיא חלה בכל היחסים ובפני כל הערכאות. בית-דין דתי אינו פועל בחלל**. הוא פועל במסגרת שיטת המשפט הישראלית הכללית". (סעיף 145 לפסק הדין).

218. השארת פסק הדין נשוא הבקשה לדיון הנוסף על כנו, בין אם ביחס לבתי הדין הרבניים בפרט, ובין אם ביחס לכלל הטריבונלים המקצועיים, משמעותה פגיעה קשה בהגנה על זכויות אדם, ובהרמוניה של המשפט החוקתי, החולש על כלל הערכאות והרשויות בישראל.

219. **באופן ספציפי, לאור היעדר הסימטריה בין הנורמות החלות על גברים לעומת אלה החלות על נשים על-פי הדין הדתי, הרי שלצמצום מרחב ההתערבות של בית המשפט העליון בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק בפסקי דין של בית הדין הרבני הגדול השלכה קשה במיוחד על ציבור הנשים המתגרשות (להבדיל מציבור הגברים המתגרשים).**

220. כידוע, אחד העקרונות שהובילו להלכת בבלי הוא הרצון לשמור ולהגן על זכויות הנשים, הן מכוח עקרון השוויון בין המינים והן מכוח חוק שיווי זכויות האשה, התשי"א-1951. על רקע אלה, מחויבים גם בתי הדין הרבניים לפסוק בכל ענין, שאינו ענייני המעמד האישי, בהתאם לעקרון השוויון הקבוע בסעיף 1 לחוק שיווי זכויות האשה, ואין הם רשאים להפלות נשים.

221. כאשר בית הדין הרבני פועל בניגוד להלכת בבלי, ושוקל שיקולים בעלי אופי דתי, דוגמת אי נאמנות מינית, כאשר הוא דן בענייני רכוש, הרי שהפגיעה בנשים ובשוויון היא חמורה במיוחד. זאת, לאור העובדה כי באופן מובנה, גברים ונשים אינם שווים בפני בית הדין בהקשר של הדין הדתי, דבר הבא לידי ביטוי, בין היתר, בעילות גירושין שונות בין נשים וגברים, וייחוס משמעות שונה לחלוטין בין אי נאמנות מינית של אשה לעומת זו של גבר.

222. בהקשר זה נפסק בהלכת בבלי נפסק כי:

"עמדתו של המשפט העברי, שאינו מוכן להתחשב בחיי השיתוף כמקור לכוונת שיתוף, מפלה, הלכה

למעשה, את האישה. התוצאה היא אפוא, כי חוק שיווי זכויות האשה - החל במפורש על בית הדין הרבני - מצמצם את החופש הנתון לבית הדין הרבני בעיצוב הזכויות ברכוש שנצטבר במשך חיי הנישואין. על בית הדין הרבני לנהוג שוויון בחלוקתו של רכוש זה. משמעות הדבר הינה, כי עליו לחלקו שווה בשווה בין בני הזוג, ובלבד שהוא נצבר תוך חיי משפחה תקינים, ותוך מאמץ משותף של בני הזוג, גם אם האישה פעלה בביתה פנימה והבעל פעל ביחסי החוץ" (הלכת **בבלי**, עמ' 242-243 לפסק הדין).

223. כך גם, בבג"ץ 6650/04 **פלונית נ' בית הדין הרבני האזורי בנתניה**, פ"ד סא(1) 581 (2006), הגיעה לפתחו של בית המשפט העליון שאלת תחולתו של הזכות לפרטיות וחוק הגנת הפרטיות בבתי הדין הרבניים, כאשר בית הדין הרבני התיר לגבר להגיש כראייה תמונות של אשתו עם גבר אחר, על מנת להוכיח כי האשה נואפת. האשה עתרה לבית המשפט העליון בבקשה שלא להתיר את השימוש בראיות, בשל הפגיעה בפרטיותה ובכבודיה. בית המשפט העליון התערב בפסק דינו של בית הדין הרבני, ביטל את פסקי הדין הרבניים, כשהוא קובע כדלקמן:

"האם יש מקום להתיר את השימוש בתמונות בהליך שבפני בית הדין הרבני? לדעתי התשובה היא בשלילה. האיזון בין השיקולים שיש לקחתם בחשבון נוטה באופן ברור לפסילת התמונות כראיה במשפט. בפרשה שלפנינו, ההפרה היא חמורה ביותר. היא פוגעת בליבה של הפרטיות; היא חודרת למערכות העדינות ביותר הקובעות את אישיותו של האדם; היא פוצעת את ה"אני" המוגן בפני עין הזולת; היא פלישה להוויה האינטימית ביותר של האדם. וכי ניתן לחשוב על פגיעה קשה יותר בזכותו של אדם "לפרטיות ולצנעת חייו" (סעיף 7(א) לחוק-יסוד: כבוד האדם), מהתפרצותה של קבוצת אנשים לביתו וצילומו ללא הסכמתו כשהוא מקיים יחסים אינטימיים עם זולתו..." (סעיף 34 לפסק הדין).

224. בבג"צ 3856/11 **פלונית נ' בית הדין השרעי העליון לערעורים** (27.6.2013), התייחס בית המשפט הנכבד באריכות לחובה המוטלת על מערכת המשפט לפעול למיגור האפליה נגד נשים והפגיעה בהן, ועל החובה להגן על הזכות החוקתית לשוויון, במיוחד בהקשר של פגיעה בנשים בעניינים הקשורים לבתי הדין הדתיים, בהם יש פגיעה מובנית בנשים. בהקשר זה נקבע כי:

"אחד התחומים הרגישים בהם נאלץ בית המשפט להתמודד עם אפליית נשים הוא זה הנושק או הנוגע ישירות לענייני הלכה, דת ומדינה. עם זאת, **מדובר בתחום בו עדיין נותרה אפליית נשים, גם ברובד ההצהרתי והעקרוני, חלקה מוגן על ידי החקיקה, ועל בית המשפט לתמרן את דרכו באופן המכבד את הכרעת המחוקק, אך תוך מחויבות מירבית לעיקרון הבסיסי ולזכות החוקתית לשוויון האישה. בפרט אמורים הדברים כאשר מדובר במוסדות ציבור ומדינה אשר כלל הציבור נזקק לשירותיהם, ואין ביכולתו להימנע מקבלת שירות ממוסדות אלו. נקודת המבט בנוגע לאפליית נשים תהיה שונה כאשר מדובר בבן קהילה הבוחר להשתייך אליה, ולקבל את כלליה והכרעות מוסדותיה, וזאת בהשוואה למוסד ציבורי אשר אין הציבור יכול לבחור האם להיזקק לשירותיו אם לאו [...].** כאשר אנו ממקדים מבטנו אל בתי הדין הדתיים הקושי מתעצם, שכן **במוסדות אלו ישנה אפליה המובנית בתוך המערכת.** זאת, בעיקר מעצם מינוי תפקידים שיפוטיים מקרב המין הגברי בלבד, מינויים אשר לכאורה מוגנים על ידי החוק, כפי שנראה בהמשך. לצד זאת נשמעות לא אחת טענות כי הדין הדתי עצמו יוצר פעמים רבות אפליית נשים, וכי למצער מבחינה תוצאתית ישנה פעמים רבות הטיה כלשהי לרעת הנשים בגופים אלו" (סעיפים 26-27 לפסק הדין).

225. **מהמרובה** – יש לקבוע כי האתוס של הדין הדתי, המשמש כמקור ההשראה העיקרי ובהכשרה המשמעותית ביותר של הדיינים בבית הדין הרבני, מחייב הקפדה יתירה כי לא יעשה שימוש, במישרין או בעקיפין, בדין הדתי מקום בו הדבר אסור.

226. בהקשרנו, נוכח האתוס הדתי האמור, שאינו מקיים שוויון זכויות לנשים, יש להקפיד הקפדה יתרה כי לא ינתן כל מקום, לא בגוף הדברים ולא למעלה מן הצורך, לדין הדתי בבחינת ההסדרים הממוניים החלים על בני הזוג.

ד.2.ב. העדרן של נשים מהטריבונל השיפוטי מחייב הקפדה מוגברת על קיומו של הליך הוגן

227. בהמשך לאמור, וכחשלמה לתמונה, נזכיר כי בבתי הדין הרבניים מכהנים כדיינים גברים בלבד.

228. משמע, מדובר במקרה מובהק וקיצוני ביותר של דפציט דמוקרטי, במסגרתו נדרשות נשים ליתן דין וחשבון בפני טריבונל שהן לא נוטלות בו חלק.

229. דפציט דמוקרטי זה מקורו בחקיקה ראשית, שחוקתיותה אינה עומדת במוקד ההליך הנוכחי. יחד עם זאת, מרגע שזהו מבנה המערכת המשפטית, יש ליתן לדבר את המשמעות המתאימה בכל הנוגע להיקף הביקורת השיפוטית על החלטות בתי הדין הרבניים הנעשית על ידי בית המשפט הגבוה לצדק.

230. בהקשר זה, לא יכולה להיות מחלוקת כי הזכות להליך הוגן היא זכות חוקתית על-חוקית, בין אם מקורה בעקרונות היסוד של השיטה (או אז יכול להתעורר ספק באשר לחוקתיות הסדר המחייב אדם להישפט בפני טריבונל שבו אינו יכול לקחת חלק) או בהוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (ראו לדוגמא: בג"ץ 8425/13 מדיניות הגירה ישראלית נ' ממשלת ישראל (22.9.2014) פסקאות 170-169).

231. בהמשך לאמור, כבר בבג"ץ 3856/11 שצוטט לעיל, עמד בית המשפט הנכבד על כך שהיות הדיינים כולם גברים מעורר חשש מוגבר לפגיעה בזכויות נשים.

232. חשש זה מוכר אף במשפט המשווה. כך, במרבית המדינות המקיימות משפט באמצעות מושבעים קיימת זכות חוקית לייצוג הולם של הקבוצה החברתית אליה משתייכים המתדיינים בקרב המושבעים. בארצות הברית, בה לזכות זו מעמד חוקתי, עמד בית המשפט העליון על הפגם המהותי בהליך השיפוטי הנוצר מהדרתה של קבוצה חברתית מובחנת מקרב גורמי ההכרעה.

233. כך, ציין בית המשפט העליון בארצות הברית כי:

"When any large and identifiable segment of the community is excluded from jury service, the effect is to remove from the jury room qualities of human nature and varieties of human experience, the range of which is unknown and perhaps unknowable" (Peters v. Kiff, 407 U.S. 493, 503 (1972)).

234. גם בישראל, עמדו המחוקקים על החשיבות הרבה שישנה לייצוג של נשים מכלל קבוצות האוכלוסיה בקרב מקבלי ההחלטות. מטעם זה, שורה ארוכה של דברי חקיקה קבעו חובה מפורשת ליצוג הולם. ראשונה להוראות אלו, הוראת סעיף 6 לחוק שיווי זכויות האשה, התשי"א-1981, הקובעת כי: "בגוף ציבורי ובוועדות המכרזים והמינויים של גוף ציבורי, יינתן ביטוי הולם בנסיבות הענין, לייצוגן של נשים בסוגי המשרות ובדירוגים השונים בקרב העובדים, ההנהלה, הדירקטוריון והמועצה, ובלבד שאם לצורך ביצוע הוראה זו נדרשת העדפת אישה, תינתן העדפה כאמור אם המועמדים בני שני המינים הם בעלי כישורים דומים" (וראו עוד בעניין זה: יופי תירוש, "ייצוג הולם לבני שני המינים בשירות המדינה תיקון מס' 7 לחוק שירות המדינה (מינויים), תשי"ט 1959 - פרשנותו וקווי יסוד ליישומם משפטים 183 (2000); יופי תירוש, ענת טהון אשכנזי, "ייצוג הולם של מגוון נשים בגופים לעיצוב מדיניות לאומית משפט וממשל 171 (2013)).

235. כאמור, בענייננו, ההליך אינו נסוב סביב עצם הפגם שבהעדרן של נשים מהטריבונל השיפוטי בבית הדין הרבני. יחד עם זאת, להעדר זה משמעות דיונית.

236. מקום בו אין נשים בקרב הדיינים, יש מקום לקבוע שישנו חשש מוגבר מפני היות ההליך השיפוטי הליך שיפוטי שאינו הוגן.

237. משכך, יש לקבוע כי רף הביקורת השיפוטית על החלטות בתי הדין הרבניים, במסגרת הדיון בבג"ץ, יהיה רף של ביקורת מוגברת, על מנת להבטיח כי לא נפל כל דופי בהגינות ההליך המשפטי, ולא נפגעו זכויותיהן של נשים להליך הוגן.

ד.3. חריגה מסמכות של אחד מדייני ההרכב מהווה פגם בתקינות ההחלטה כמכלול

238. כב' השופט מינץ, שכתב את דעת הרוב בפסק הדין, קבע בפסקה 18 לפסק הדין כי:

"על פניו, במקרה שלפנינו חיו בני הזוג בהרמוניה במשך שנים רבות, ובהתאם לדין אין מקום לזקוף את בגידתה הנטענת המאוחרת של העותרת לשלילת השיתוף בנכסים שהתגבש קודם לכן. אלא שבעניין זה, אין בידי להסכים לעמדתו של חברי השופט עמית, לפיה שלושת דייני בית הדין הרבני הגדול התחשבו בבגידה בתוך מכלול השיקולים לשלילת השיתוף בנכס ואף היא זו אשר הטתה את הכף לחובת העותרת. להשקפתי, מתוך דברי הדיינים עמוס ואלמליח ונימוקיהם נלמד כי מסקנה זו נתקבלה במנותק לבגידה. כך, אף שהדיין עמוס הפליג לעבר הדין העברי, הוא הגיע למסקנה כי לא התגבש שיתוף בנכס עובר לדיון בבגידת העותרת. הוא אף הדגיש בחוות דעתו, כי ההתייחסות לבגידה היא בנוסף ומעבר לנדרש בחוות דעתו הבסיסית, כאשר הדיון ב"פן ההלכתי", כפי שהגדיר אותו, נאמר בשולי הדברים. גם הדיין אלמליח פסק בהתאם לדין האזרחי, ובחוות דעתו אינו מזכיר כלל את בגידתה של העותרת מתוך מכלול שיקוליו לשלילת השיתוף בנכס. על כן, למרות שהדיין נהרי קבע כי מעשה הבגידה יוצר "כוונת אי שיתוף של בעל הנכס כלפי מי שבגד בו" (על דרך למידה של קל וחומר), אין מקום כדי לומר כי מסקנת דעת הרוב בבית הדין הייתה נגועה בשקלול נסיבות שאינן רלוונטיות לעניין, או כי בית הדין החיל את הדין הדתי על יחסי הממון הקיימים בין בני הזוג. אשר על כן, בית הדין לא חרג מסמכותו בפסק דינו".

239. לעמדה זו הצטרף במפורש כב' השופט שטיין.

240. משמע, דעת הרוב בפסק הדין קבעה כי אחד משלושת הדיינים שנתנו את פסק הדין חרג מסמכות (הדיין נהרי). יחד עם זאת, על פי ההלכה שנפסקה בפסק הדין, על מנת שתקום עילת להתערב בפסק הדין מהטעם של חריגה מסמכות, יש להוכיח שלפחות שניים מבין הדיינים פעלו תוך חריגה מסמכות.

241. במילים אחרות, מעתה, וככל שפסק הדין יוותר על כנו, משמעות הדבר היא שעל הטוען לחריגה מסמכות להוכיח לא רק שהחלטה הנתקפת התקבלה תוך חריגה מסמכות, אלא גם, ובנוסף, שבהעדר השיקול הזר או הפסול ההחלטה הייתה שונה.

242. בטרם נעבור למשמעויותיה של הלכה חדשה זו, יש להדגיש שהיא עומדת בניגוד לפסיקה הענפה בקשר לתוקפה של החלטה שנתקבלה תוך שנשקלו במסגרתה שיקולים זרים.

243. במסגרת זו, כבר בראשית דרכו עמד בית המשפט העליון על האבחנה בין "טעות" של ערכאה דיונית, ובין חריגה מסמכות. כך, בבג"ץ 203/57 רובינסקי נ' הפקיד המוסמך לפי חוק בתים משותפים, פ"ד יב 1668 (1957) קבע כב' השופט אגרנט כי:

"הנני סבור כי המבחן הנכון ששומה עלינו להיזקק לו בענייננו הוא להשיב על השאלה, אם התפקיד שמילא בית-המשפט המחוזי, בהחליטו לתקן את צו הרישום בצורה הנזכרת, הוא הוא תפקיד שהוטל עליו על-פי החוק. אם התשובה לשאלה זו היא: כן, כי אז אין מנוס מהמסקנה, שלא חרג מתחום סמכותו בתתו את החלטה האמורה, אפילו אם יסודה בפירוש מוטעה של סעיף 21(א) לחוק בתים משותפים. במלים אחרות, השקפתי היא כי יש לפתור את בעיית הסמכות שנתעוררה, על-פי הגישה: מהי הפונקציה שהוטל על בית-המשפט המחוזי לקיים, והאם היה מקיים פונקציה זו בעת שהחליט לתקן את צו הרישום כפי שתיקנו, ולא על-פי הגישה: מהו תוכן הצו שנתן הלה ואם תוכן

זה עולה בקנה אחד עם ההגדרה של 'צו רישום' בחוק".

244. בהמשך לכך, בבג"ץ 2222/99 **גבאי נ' בית-הדין הרבני הגדול**, פ"ד נד(5) 401 (2000) עמד בית המשפט הנכבד על האבחנה בין חריגה מסמכות לבין טעות בפסק הדין, לעניין היקף ההתערבות של בית המשפט העליון בפסק דין של בית הדין הרבני הגדול.

245. נפסק, כי :

"העניין שלפנינו נופל לגדרם של אותם מקרים שבהם נמנע בית-הדין הדתי מלהחיל כלל של הדין המהותי האזרחי המחייב אותו בעניין הנדון לפניו. יש המסווגים הימנעות כזו כחריגה מסמכות של בית-הדין הדתי וממקדים את תחום התערבות בג"ץ בהוראת סעיף 15(ד)(4) לחוק-יסוד : השפיטה. **על-פי סיווג זה, נחזית החלטת בית-הדין אשר חרזה מסמכות כבטלה מעיקרה**, וכך ראה את פני הדברים בית-המשפט בהילכת בבלי.

לעומת זאת יש הרואים בהחלטת בית-דין הרבני הסוטה מדין אזרחי מחייב עניין הנופל לגדרו של סעיף 15(ג) לחוק-יסוד : השפיטה, וככזה, עניין הנכלל בגדר אותם מקרים שבהם רואה בית-המשפט צורך לתת סעד למען הצדק.

להבחנה זו בין עילות ההתערבות של בג"ץ על-פי חלופות שונות שבסעיף 15 לחוק-יסוד : השפיטה עשויה להיות השלכה על קביעת גדרה והיקפה של התערבות בג"ץ במעשה השיפוטי העומד לדיון. שהרי, אם מדובר בהחלטת בית-הדין החורגת מסמכות מאחר שלא יישמה לפרטיה את הילכת השיתוף האזרחית, דינה של החלטה כזו ייגזר בדרך-כלל לביטול. לעומת זאת אם יסווג העניין בגדר מקרה שיש לתת לגביו סעד למען הצדק, כי אז נתון שיקול-דעת רחב לבחון את מהות התוצאה שאליה הגיע בית-הדין ולהעמידה במבחן הצדק גם אם לא יושמו בדוקנות כל פרטי הדין האזרחי המתחייב בנתיב שנבחר להשגתה.

אנו פטורים מלהכריע במקרה זה בין הגישות השונות לעניין עילת ההתערבות הרלוונטית של בג"ץ, שכן על-פי כל אחת מהן נראה כי אין ההחלטות שניתנו על-ידי בתי-הדין הרבניים יכולות לעמוד. אם נסווג בענייננו את הסטייה מהילכת השיתוף כחריגה מסמכות, כי אז דינן של ההחלטות להתבטל. אולם גם אם נסווג את הסטייה

כעניין שיש לתת לגביו סעד למען הצדק, נראה כי אין מנוס מביטול ההחלטות משאין בסיס לומר כי בית-הדין השתית את חלוקת הרכוש בין בני-הזוג על אמת-מידה שוויונית".

246. במקרה הנוכחי, **לגישת דעת הרוב** (כמו גם על פי דעת המיעוט) אחד משלושת הדיינים פעל **בחריגה מסמכות** שכן חרג מהפונקציה שנקבעה לו בחוק ושקל שיקולים מתחום הדין הדתי בסכסוך ממוני.

247. משמע, הכרעתו של אחד משלושת הדיינים בטלה. מובן, כי במצב דברים זה פסק הדין כולו בטל.

248. יחד עם זאת, דעת הרוב מצאה כי חרף החריגה מהסמכות של אחד מהדיינים, אין בכך כדי לבסס עילת התערבות.

249. ויודגש – אין מדובר במצב שבו נקבע כי עומדת לעותרת עילה אך הסעד הוא של בטלות יחסית. קביעתו של בית המשפט בפסק הדין היא כי לא עומדת כלל עילה.

250. נזכיר, בהקשר זה, כי בהתאם להלכה הפסוקה, אסור לרשות לשקול שיקולים זרים או לפעול בחריגה מסמכות, גם אם לצד שיקולים אלו היא שוקלת שיקולים ראויים (ראו לדוגמא : ע"פ 768/80 **ש' שפירא ושות'**, **חברה קבלנית בנתניה בע"מ נ' מדינת ישראל**, פ"ד לו(1) 337 (1981)). יתרה מכך, די בחשש לקיומם של שיקולים זרים על מנת להביא לבטלות החלטה מנהלית (בג"ץ 2671/98 **שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה**, פ"ד נב(3) 630 (1998)).

251. הדברים הם בבחינת מקל וחומר מקום בו עסקינן בהחלטה שיפוטית – במקרה של הרכב דיינים, השפעת כל

אחד מהדיינים אינה מתמצה רק בפסק דינו. כל אחד מהדיינים מעורב בניהול ההליך, יושב בהתייעצויות הדיינים, מחווה דעתו באוזני רעיו, ומקיים עימם שיח פתוח ומלא, ואף לעתים, וכפי שאירע במקרה הנוכחי, משנה את פסק דינו בעקבות פסקי הדין של הדיינים האחרים.

252. בנסיבות אלו, לא ניתן להבחין בין ההכרעה של הדיין שדבק בהחלטתו פגם של חוסר סמכות, ובין ההכרעות של הדיינים האחרים, שהתגבשו יחד לפסק הדין.

253. משמע, יש לקבוע כי מקום בו חרג אחד מדייני ההרכב מסמכות (בפרט, מקום בו ההחלטה ניתנה פה אחד) דין ההחלטה כולה – בטלות.

ד.4. הדין הרצוי במישור הפרוצדורלי – ביקורת שיפוטית מוגברת במקרה של חשש

למתן משקל לשיקולים דתיים בסכסוך ממוני

254. מהמרובה, העולה הוא כי פסק הדין חידש שני חידושים במישור הפרוצדורלי, החורגים מההלכה שהייתה נהוגה עד כה.

255. ראשית, בנוגע לעילת ההתערבות מכוח טעות גלויה על פני פסק הדין ושיקולי צדק, פסק הדין איין למעשה עילות אלו, וקבע כי התערבות בג"ץ תיעשה רק במקרה של חריגה מסמכות.

256. שנית, בנוגע לעילת ההתערבות מכוח חריגה מסמכות, פסק הדין קבע כי אין די בהוכחת חריגה מסמכות של אחד מחברי הרכב הדיינים, ויש להוכיח בנוסף כי רוב מבין הדיינים פעל תוך חריגה מסמכות.

257. כפי שהוסבר לעיל, טעמים כבדי משקל מצדיקים את היפוך שני הרכיבים של ההלכה החדשה האמורה.

258. באשר לעילת ההתערבות מכוח טעות גלויה על פני הפסק ומכוח שיקולי הצדק - ישנה הצדקה להרחיב את היקף ההתערבות השיפוטית, מקום בו אין מדובר במומחיות ייחודית של הטריבונל לו ניתנה הסמכות להכריע בעניין.

259. יתרה מכך, נוכח מאפייני בית הדין הרבני, שאין בו נשים דיינות, ואשר ההכשרה המקצועית של הדיינים מבוססת על אתוס שאינו שוויוני, יש לקבוע רף ביקורת מוגבר בכל הנוגע להחלטות של בית הדין הרבני אשר יש להן השפעה על השוויון בין המינים. זאת, שכן במצב הדברים המתואר ישנו חשש מובנה וממשי לפגיעה בזכותן של נשים להליך הוגן, חשש שיש לאיינו בדרך של ביקורת שיפוטית קפדנית.

260. באשר לעילת ההתערבות מכוח חריגה מסמכות – יש לקבוע כי במקום בו אחד מחברי הרכב הדיינים חרג מסמכותו, יש בכך כדי להביא לבטלותה של ההחלטה כולה, ואין להטיל על הנפגע מההחלטה להוכיח שרוב חברי הרכב הדיינים חרג מסמכותו.

סוף דבר

261. על יסוד כל האמור, מתבקש בית המשפט הנכבד לצרף את המבקשת להצטרף להליך במעמד ידידת בית משפט, להורות על קיומו של דיון נוסף בפסק הדין ולאחר מכן לבטל את ההלכה החדשה שנפסקה בפסק הדין.



גלי זינגר, עו"ד



חגי קלעי, עו"ד

ב"כ המבקשת להצטרף

היום, 17 בפברואר 2019