

# בג"ץ הבוגדת ורובין הוד

## הרב יאיר קרטמן, ראש בית המדרש

יער שרווד היה המקום שבו פעל רובין הוד. רובין הוד, דמות עממית אנגלית ספק אמיתית, שדד מעשירים כסף ללא דין ומשפט, רק כי בעיניו זה היה הצדק. מאות שנים אחריו הופיעו בישראל רובין הודים חדשים, אלא שהפעם הם עטו על עצמם גלימות שופטים.

בג"ץ הבוגדת הוא תיק בדיני משפחה שהפך לדגל ההפיכה השיפוטית בתחום זה כאשר הגדיר את הבגידה בתוך המשפחה כמעשה לגיטימי.

ביסוס התא הראשוני של החברה על בוגדנות הוא מסר לחברה כולה, אך זהו רק אחד מההיבטים של פסיקה זו. התיק עוסק בחלוקת רכוש בעת גירושין ובהשלכות של חוסר נאמנות מינית על המשטר הממוני של המשפחה. בהליך חריג של דיון נוסף בהרכב של תשעה שופטים, ביטל בית המשפט העליון פסק דין של בית הדין הרבני הגדול. בדעת מיעוט ניסה השופט סולברג לעצור את התהליך: "מוטב היה להצטמצם לדל"ת אמותיו של העניין, שאלה פרטניות... מבלי להרחיבו מעבר לממדיו הטבעיים... הנר דולק, ניתן עוד לתקן, למשוך ידינו מהתערבות בפסק הדין... אני סבור כי אין עילה בדין לקיים דיון נוסף", אולם דעת הרוב דהרה הלאה "ללבות גחלת לוחשת" – כפי שהגדיר זאת סולברג.

במאמר זה אתיחס לשלושה היבטים שבהם בג"ץ הבוגדת גרם נזק: א. מתן לגיטימציה לניאוף. ב. רמיסת הכנסת ופסיקה בניגוד לחוק מפורש. ג. רמיסת בתי הדין הרבניים ונישולם מסמכות.

### א. לגיטימציה לניאוף

במשך שנים הלך והמעית בית המשפט בחומריתה של בגידה בחיי הנישואין. לפי דברי השופטת חיות בפסק הדין הנוכחי, נישואין אינם כוללים נאמנות מינית. אם כן לשם מה מתכנסים בני הזוג? לפי חיות ודעת הרוב, לא כדי לחיות ביחד באמון הדדי. לא תנאף? תשכחו מזה.

בפסק הדין הפליג בג"ץ הרבה יותר מכך, והכין תשתית לכך שגם אם בני הזוג יצהירו מפורשות שהם מייסדים את נישואיהם על נאמנות מינית, ההצהרה תיפסל. בדעת מיעוט טען השופט שטיין, כי אם בני זוג מצהירים מפורשות שהקשר ביניהם בנוי על נאמנות יש לכבד זאת, אבל השופטת חיות לא קיבלה את עמדתו. לדבריה: "השאלה אם יש מקום להכיר באפשרות כי בני הזוג יסכימו במפורש על תנאי לפיו השיתוף הזוגי ביניהם, ככל

שיתגבש, יתבטל במקרה של אי-נאמנות מינית – היא שאלה סבוכה כשלעצמה"<sup>1</sup>. במילים פשוטות: איני מקבלת את עמדתך.

את מה שרמזה חיות כתב מפורשות השופט הנדל: "הדין מכיר בכך שתקנת הציבור עשויה לגבור על הרצון החופשי", כלומר, גם אם תצהירו מפורשות על אמון כבסיס לנישואין - נבטל זאת והוסיף: "כשבהסכם נקבע מפורשות כי במקרה של הפרת ברית הנישואין הזכויות בדירה ישובו לידי בעליהן המקוריים, טענה אפשרית היא כי תניה כזו מנוגדת לתקנת הציבור, שכן היא קובעת סנקציה כלכלית ביחס להתנהגות אישית ואינטימית, תוך פגיעה בחירותו של מי שעליו מוטל ה'איסור' ובאוטונומיה החופשית שלו"<sup>2</sup>. השופט הנדל אמנם לא הכריע סופית, אבל בהחלט סימן כבר את הדרך: כבוד האדם וחירותו מנפץ את "לא תנאף".

מה שמפתיע, או שלא, הוא שבית המשפט אימץ בכך את תפיסת ארגוני הקצה של הפמיניזם הרדיקלי. אפילו ארגוני הפמיניזם הדתי שהצטרפו כידידי בית המשפט לא העזו לטעון את הטיעון הזה. למעשה בית המשפט מבהיר כי מחויבות של בני זוג זה כלפי זה אינה מוסרית. אין שום יכולת לחייב אדם להיות נאמן לאדם אחר בהיבט הגופני. במילים פשוטות האיסור "לא תנאף" אינו מוסרי, וגם אם תבחרו, כבני זוג, לבסס עליו זוגיות - בג"ץ יבטל אותו.

## ב. רמיסת הכנסת

כאשר בני זוג מתגרשים, הנכסים שלהם מחולקים על פי החוק. החוק נחקק בשנת 1973 ונקרא "חוק יחסי ממוין". משמעותו היא כי נכסים שהם תוצאה של מאמץ משותף בחיי הנישואין יאוזנו בין בני הזוג. בנוסף קובע החוק כי נכסים חיצוניים למאמץ המשפחתי, כלומר, שאינם חלק מחיי הנישואין אלא ירושה או מתנה, ונשארו רשומים על שם מי שקיבלם במהלך חיי הנישואין - מוחרגים מאיזון, כלומר לאחר גירושין יהיו שייכים לבעליהם המקוריים. כך קבע המחוקק: "עם התרת הנישואין... זכאי כל אחד מבני הזוג למחצית שווים של כלל נכסי בני הזוג - למעט נכסים שהיו להם ערב הנישואין או שקיבלו במתנה או בירושה בתקופת הנישואין".

המחוקק לא אמר את דברו סתם; הוא ביטל בזה פסיקת בג"ץ שקדמה לחוק. התהליך היה כזה: ראשית, חקיקה של בית המשפט בשם "הלכת השיתוף". איך בג"ץ יכול לחוקק חוקים? הוא לא יכול, אבל הוא מחוקק בפועל, ומכנה זאת "חקיקה שיפוטית". לאחר מכן חוקקה הכנסת את חוק יחסי ממוין, שביטל את הלכת השיתוף במטרה לאזן בין הצורך בחלוקת רכוש ובין שמירה על זכות הקניין ועל ודאות הקניין, ומניעת מוטיבציית

<sup>1</sup> סעיף 52 בדברי השופטת חיות.

<sup>2</sup> סעיף 6 לדברי השופט הנדל.

יתר לגירושין. אולם המשפטנים לא ראו בעין יפה את חוק הכנסת. לגביהם הלכת השיתוף של בג"ץ הייתה תיקון עולם הרואי וחוק יחסי ממון הוא תקלה היסטורית. לכן המציא בג"ץ הלכה עוקפת חוק, וקרא לה "השיתוף הספציפי". לפי השיתוף הספציפי, ישנם מצבים שבהם גם נכס שניתן בירושה או במתנה לאדם ונשאר רשום על שמו בטאבו, עובר לבן הזוג בעת הגירושין.

במשך שנים לא היה ברור על מה מבוססת הלכת השיתוף הספציפי הלכה זו נגועה בבעיות משפטיות רבות; אחת מהן מתחום הקניין הפרטי. לדוגמה, הורים קונים דירה לבתם ורושמים אותה על שמה על מנת לוודא שהנישואין עולים יפה. שנתיים אחר כך בני הזוג עורכים שיפוצים בדירה ושנה לאחר מכן הם מתגרשים. על פי הלכת השיתוף הספציפי הדירה תתחלק ביניהן באופן שווה. מקרה כזה נקרא "מלכודת קניינית". השופט שטיין כינה את יישום הלכת השיתוף הספציפי בבתי המשפט רובין הוד, תוך שהוא מסתייג מעצם היכולת של בג"ץ לחוקק בעצמו: "סמכות החקיקה השיפוטית, ככל שזו קיימת, איננה מקנה לשופטים את הכוח לשנות את מצב העולם הקנייני על ידי חלוקה יזומה של רכוש פרטי. מערכת המשפט שלנו איננה יער שרווד, ומי שפועל במסגרתה כשופט או כדיין איננו רובין הוד שלוקח מעשיר ונותן לעניי"<sup>3</sup>.

מטרת הבג"ץ הייתה כאמור לבסס את השיתוף הספציפי. בית הדין הרבני הגדול התייחס להלכת השיתוף הספציפי תוך ניסיון לסנכרן בינה לבין חוק יחסי ממון. בית המשפט זיהה שבית הדין נצמד לחוק ולעקרונות הטמונים בו, ומיהר לעגן את עליונות בג"ץ על החוק. כך כתב השופט עמית בפסק הדין: "גם בעניין השיתוף הספציפי, נראה כי שוררת תמימות דעים בקרב חברי ההרכב, למעט חברי, השופט א' שטיין, וגם כאן יצא הציבור נשכר מהדיון הנוסף שהבהיר ותחם את גבולותיה של ההלכה בנושא זה"<sup>4</sup>. בלשון פשוטה הכנסת היא קלקול עולם ובג"ץ הוא תיקון עולם - ובג"ץ קובע. בפסק הדין אנחנו מקבלים הצצה לאופן שבו שולל בג"ץ את כוחה של הכנסת לחוקק חוקים שמשפיעים על חייו באופן מעשי.

## ג. רמיסת עצמאות בית הדין הרבני

על פי החוק במדינת ישראל, בתי הדין הרבניים הם רשות משפטית נפרדת שאינה כפופה לבג"ץ. העיקרון נוסח כך: "הדין הולך אחר הדיין", כלומר, דיינים אמורים לדון על פי דיני התורה, למעט אם יש הוראת חוק מפורשת המופנית אליהם, אולם אהרון ברק כופף את בית הדין הרבני לבג"ץ בניגוד לחוק ולנוהג במדינת ישראל. לפסק הדין שחולל את

<sup>3</sup> פסקה 28 לדברי השופט שטיין.

<sup>4</sup> פסקה 1 לדברי השופט עמית.

המהפכה הזאת קוראים בג"ץ בבלי. מאז אנחנו מצויים בתהליך הולך וגובר של קיצוץ סמכויות בית הדין הרבני על ידי בג"ץ בתחומים רבים נוספים.

ביחס לחלוקת ממון בגירושין, בתי הדין הרבניים דנו מאז בג"ץ בבלי על פי העקרונות שהתווה בית המשפט העליון, אולם ניסו לכל הפחות להביא בחשבון גם עקרונות מסוימים מדין התורה. בג"ץ הבוגדת רצה לוודא שאפילו ברקע לא חושבים הדיינים על פי עקרונות התורה; בפסק הדין הרבני הזכיר אחד הרבנים את הבגידה כמרכיב בחיי הנישואין כהערת אגב שלא הכריעה למעשה וזו הייתה הסיבה המרכזית לכך שבג"ץ יצא לדרך כדי ליישר את בית הדין הרבני. בלשון פשוטה בג"ץ מונע מהדיינים שיקול דעת ולמעשה הופך אותם לקבלני משנה לפסיקתו. כך סיכם השופט עמית את הצורך האמיתי בהליך הדיון הנוסף: "גם הלכות מושרשות ניתן לתקף מעת לעת, מקום שבו מנסים לערער ולהרהר אחריהן (בית הדין הרבני - י.ק.) או כאשר נוצרת אי בהירות לגבי תוקפן".

כעת משבג"ץ הבוגדת הוא עובדה מוגמרת, היכולת הציבורית להשפיע עליו עוברת, ראשית כול, בניתוח פסק הדין והבנת השלכותיו. מערכת משפט זקוקה לאמון ציבורי, והבנת הנזק הטמון בפסקי בג"ץ היא הדרך ליצור חוסר אמון בצדק שלו. אם הציבור יבין את הנזק, הוא יוכל לתת כוח לנבחרי הציבור לתקן את הטעון תיקון.