

## הבטחת נישואין – חוזה מחייב:

### ד"ר פנחס שיפמן \*

- א. מבוא. ב. המדיניות המשפטית הרצויה. 1. מכשיר לסתיסה. 2. אפליית הגבר. 3. חירות הנישואין. 4. ביטול או צמצום? ג. המכשירים המשפטיים לשלילת תוקפה של הבטחת נישואין כחוזה. 1. כוונה ליצירת יחסים משפטיים. 2. האם הבטחת נישואין היא נושא אפשרי להתקשרות חונית? 3. תקנת הציבור. ד. המכשירים המשפטיים לשלילת מענה של הפרת חוזה. 1. חזרה מהבטחה ללא הפרת החוזה. 2. מהי התנהגות השקולה לחזרה מהבטחת נישואין? ה. סער משפטי מחוץ לחוזה: חלוקת הנזקים בין הצדדים. 1. סיכום.

### א. מבוא

כידוע, הבטחת נישואין איננה נחשבת עניין של המעמד האישי, ולכן איננה נידונה על-פי הדין האישי, כשם שאיננה נחונה לסמכותו של בית הדין הדתי.<sup>1</sup> לכאורה, ניתן היה לכלול תביעה על הפרת הבטחת נישואין במסגרת המושג "ענייני נישואין", ואולם הלכה פסוקה היא ש"ענייני נישואין" הם אך ורק אותם עניינים הקשורים למעמד הנישואין, או הנובעים ממנו.<sup>2</sup> ואילו הבטחת נישואין קודמת לקשירת קשר הנישואין, ואיננה משפיעה על מעמדם של הצדדים,<sup>3</sup> ולכן יש לראותה כנופלת בתחום המשפט האזרחי הכללי.<sup>4</sup>

- \* מרצה בכיר, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים.  
1 ת"א (ת"א) 1279/45 ברגהויו נ' זילבר, פ"מ 380: מ' זילברג, המעמד האישי בישראל (ירושלים, תשכ"א) 14-17; י' שרשבסקי, דיני משפחה (ירושלים, מהדורה שנייה, תשכ"ו) 16-17. בע"א 473/75 רון נ' חזן, פ"ד לא (1) 40, 47. מציג השופט שרשבסקי עניין זה כשאלה פתוחה, אך דומה שלכך לא היה מקום. ראה: רות גביוון, "אכיפת המוסר, פיצויים בגין הפרת הבטחת נישואין וחובת ההגמקה", משפטים, ח' (תשל"ח) 282, 287-286.
- 2 בד"מ 1/50 סידם נ' ירשכ ראש ההוצאה לפועל ואח', פ"ד ח 1020, 1031-1032; בד"מ 1/55 סידם נ' סידם, פ"ד יב 1121, 1137-1140.
- 3 בד"מ 1/55 בעמ' 1143; ע"א 401/66 מרום נ' מרום, פ"ד כא (1) 673. לעומת זאת, תביעה על הפרת הבטחת גירושין, כלולה במושג "ענייני נישואין וגירושין", כיוון שעניינה שינוי בקשר נישואין שכבר נקשר. ראה ע"א 401/66 הנ"ל.
- 4 אין זאת אומרת שמן הנמנע לפנות לדין האישי של הצדדים, אם יש יסוד להנחה

הגישה הננקטת כלפי שידוכין איננה אחידה בקרב שיטות המשפט והיא נעה מן ההשקפה השוללת תביעה זו מכל-וכל אל ההשקפה הרואה בשידוכין חוזה מחייב לכל דבר. בתווך אפשר להבחין בגישות ביניים המוכנות. למשל, להעניק סעד לעתים רק על הנוקים הממשיים או במסגרת עוולות ספציפיות של דיני הנוקין.<sup>5</sup>

במשפט המקומי לא נוכל לשבחן הפרת הבטחת נישואין — פרט לגסיבות מיוחדות<sup>6</sup> — בין ענייני הנוקין,<sup>7</sup> בהעדר עולה נזיקית מיוחדת שכזאת המוכרת בחוק.<sup>8</sup> הבטחת נישואין יכולה אפוא למצוא מקלט, אם בכלל, רק בין ענייני החווים. ואכן, הפסיקה המקומית, עוד מזמן המנדט, הלכה בעקבות המשפט המקובל האנגלי,<sup>9</sup> לפיו הבטחת נישואין יוצרת חוזה בריתוקף. הפרתו של החוזה זה ללא צידוק גוררת אחריה, לפי הפסיקה, תביעה על מלוא הנוקים שנגרמו לצד האחר, לרבות על הפגיעה ברגשותיו ובכבודו.<sup>10</sup>

יצוין, שגישתו של המשפט המקובל בנושא זה התגבשה הן על רקע של דינים נוצריים קדומים שייחסו קדושה דתית כבר לעצם ההסכמה לנישואין,<sup>11</sup> והן על יסוד

שכונת הצדדים היתה להחיל דין זה. כך, למשל, שטרייטוויין המנוסה לפי דיני ישראל, יש לפרשו על-פי אותו דין (ע"א 31/55 לרר נ' סטרייטוויין ואח', פ"ד י 1274 בעמ' 1280), וזאת לא מפני חלות הדין הדתי על הסכם זה בתור שכזה, אלא מפני שזו היתה, ככל הנראה, כוננת הצדדים (זילברג, לעיל, הערה 1. בעמ' 17; שרשבסקי, לעיל, הערה 1, בעמ' 17—22; ת"א (י"ם) 482/67 אינהורן ואח' נ' רוזנבלט ואח', פ"מ סט 395). תוצאה זו אינה שונה מן המתקבלת בכל חוזה הנערך על יסוד מחשבתם של הצדדים להחיל עליו דין מיוחד שיהיה בגדר המשפט הראוי של החוזה (Proper Law of the Contract). ראה בעניין זה: א' לבונטין, ברירת הדין בחווים עבר-לאומיים (דברי האקדמיה הלאומית הישראלית למדעים, כרך שלישי, חוברת 9) 38 ואילך, והשווה ע"א 99/60 שמואל נ' ישראל, פ"ד יד 1642, 1646. והשווה לבונטין, שם, עמ' 45, הערה 207.

5 לסקירה משווה בעניין זה ראה: L. Palsson *Marriage & Divorce in Comparative Conflict of Laws* (Leiden, 1974) 113 et seq.

6 הכוונה לעולת התרמית על-פי סעיף 56 של פקודת הנוקין (נוסח חדש). על כך ראה להלן.

7 לגבי העולת המיוחדת של גרם הפרת חוזה הדגיש המחוקק, שאין לראות בנישואין לצורך העולת ההיא משום חוזה. ראה סעיף 62 לפקודת הנוקין (נוסח חדש). וראה: המ' 1380/72 רוזנברג נ' חזן, פ"מ פ"א 469, שם נדחתה תביעה של אשה כנגד הוריו של צעיר ששידלו את בנם להפר הבטחת נישואין.

8 כידוע, הלכה פסוקה היא שעולות הנוקין המופיעות בפקודת הנוקין הן בגדר "רשימה סגורה". ראה: ע"א 153/54 זירר נ' היועץ המשפטי, פ"ד י 1246, 1249, ופסקים רבים אחרים. וראה: ג' סדסקי (עורך), דיני הנוקין (ירושלים, תשל"ז) 112—116. לאור גישתנו, שהפרת הבטחת נישואין איננה, כשהיא לעצמה, מעשה בלתי סביר, אין מקום לדון כאן באפשרות להסתמך בנושא זה על עולת הרשלנות.

9 על גישת המשפט המקובל בנושא זה ראה: E. L. Johnson, *Family Law* (London, 1965) 15—28; White, "Breach of Promise of Marriage" 10 *L.Q.R.* (1894) 133.

10 על התפתחות הפסיקה הארץ-ישראלית בנושא זה ראה: ברגהווי נ' זילבר (לעיל, הערה 1) וראה גם שרשבסקי, (לעיל, הערה 1) 17—22.

11 לפי הדין הקנוני הקדום הושלמו נישואין על-ידי הסכמת בני הזוג להינשא, ורק בשלב מאוחר יותר (תיקון ה-Tridentinum משנת 1563), נדרשה נוכחות איש כמורה כדי ליתן

ההשקפה שלגישואין נועד גם תפקיד כלכלי, למשל, בשיפור מצבו הכלכלי והחברתי של בן הזוג שבא ממעמד נמוך יותר.<sup>12</sup> בהתחשב בכך אפשר היה להעלות את השאלה האם קליטת הדינים האנגליים, לפי סימן 46 לדבר המלך במועצה, עולה בקנה אחד עם תנאי הארץ ותושביה. מכל מקום, בתי המשפט לא הלכו בדרך זו.<sup>13</sup> וייתכן שהושפעו גם מכך שהדין היהודי מכיר בתביעות על ביטול שידוכין.<sup>14</sup>

בינתיים בוטלה באנגליה גופה תביעה זו מכל וכל בדרך של חקיקה,<sup>15</sup> ואילו חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג—1973,<sup>16</sup> קבע את עצמאותו של חוק החוזים הישראלי, תוך ביטול הזיקה למשפט המקובל.<sup>17</sup> מפנה זה בדיני החוזים פותח בפני המשפט המקומי פתח — שעד כה התעלמו ממנו<sup>18</sup> — לנקוט עמדה משלו כלפי תביעה על הפרת הבטחת גישואין. עמדה זו יש לגבש, בהעדר הסדר מיוחד לבעיה הנדונה בחוק החדש, מתוך עקרונות כלליים של דיני החוזים ועל יסוד בדיקה יסודית, מחדשת, של השיקולים השונים הקשורים למדיניות המשפטית הרצויה בתחום זה.

ברם, הפסיקה, מאז חוק החוזים, המשיכה ללכת מעשה שגרה, מכוח האינרציה כביכול, בתלם הפסיקה הקודמת, ולא נתנה כלל את דעתה לשאלה אם אין מקום לבחון את כל הסוגיה מחדש, במיוחד נוכח שינוי התפיסה המשפטית בנושא זה בארצות

תוקף לטקס. ההבחנה שנקבעה לכתחילה היתה בין הסכמה להיות נשואים בהווה (*sponsalia per verba de praesenti*) ובין הבטחה לגישואין בעתיד (*sponsalia per verba de futuro*). תביעה על הפרת הבטחה להינשא נדונה בבתי הדין הכנסייתיים, ואלה היו מוכנים לחייב את המפר למלא אחר הבטחתו. בשלב מאוחר יותר הסתפקו בתביעת פיצויים על הפרה. ראה: Abbo, *The Sacred Canons* (St. Louis, 1952): Vol. II, p. 333 et seq; Pollok & Maitland, *History of English Law* (Cambridge, 1923, vol. II, pp. 364—385).

12 לעניין זה ראה: H. H. Clark, *The Law of Domestic Relations in the United States* (Minn., 1968).

13 ראה במיוחד: ע"א 129/42 נארום נ' ארם (פל"ד 1942, 707) ופרשת ברגהויז נ' זילבר (לעיל, הערה 1).

14 אבל לעניין זה יש לציין שני שיקולים ראשית, לשידוכין (או ה"תנאים") היה תוקף רק אם נערכו בצורה מיוחדת הדרושה לפי הדין היהודי. שנית, המגמה העומדת מאחורי השידוכין הסורמליים היתה לקשור את הצדדים בקשר מחייב. מגמה זו היא זרה למגמה המודרנית. הדורשת כריתת ברית גישואין מתוך חירות מלאה. על שיקול זה נרחיב את הדיבור להלן.

15 Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act 1970. עם זאת, נקבעו הוראות לגבי חלוקת רכוש שהצדדים הספיקו לרכוש וכן לגבי החזרת מתנות. ראה בנושא זה: P. M. Bromley, *Family Law* (London, 1981) 18—21.

16 סעיף 63 לחוק.

17 חוק יסודות המשפט, תשמ"ם—1980, סעיף 2(א), קבע את ביטול הזיקה למשפט המקובל בדרך כלל. ואולם לפי סעיף 2(ב) אין בביטול הזיקה למשפט המקובל כדי לפגוע במשפט שנקלט בארץ לפני תחילת חוק זה. עם זאת, יש להתחשב במגמה הכללית של הינתקות מן המשפט המקובל שבאה לידי ביטוי בחוק זה.

18 אבל ראה ההתייחסות העקיפה לשאלה זו אצל גביוון (לעיל, הערה 1). שם הערה 2, ובעקבותיה אצל א' שוחסמן. "עוד לשאלת החיוב בפיצויים על הפרת הבטחת גישואין", משפטים, ט (תשל"ט) עמ' 109, הערה 12, ואצל ד' פרימר, "השבת מתנות אירוסין בגין הפרת הבטחת גישואין לאור החקיקה האזרחית החדשה", משפטים, י (תשמ"ג) 329, 330.

אחרות. אמנם, בדיקת הפסיקה של בית המשפט העליון בנושא זה מגלה, שבשנים האחרונות פורסמו רק פסקים מעטים העוסקים בסוגיה<sup>19</sup>. מכאן אפשר להגיע, אולי, למסקנה השטחית לפיה בפועל מונח נושא זה בקרו זווית מבודדת, וכלל אינו תופס מקום חשוב במציאות המשפטית. ולא היא. ראשית, חלק מפסקי הדין שניתנו בשנים האחרונות בנושא זה על-ידי בית המשפט העליון לא פורסמו מחמת שלא חידשו שום חידוש עקרוני<sup>20</sup>. שנית — והוא העיקר — ניתן להבחין בנטייה ברורה להסדר התדיינות בנושא זה מחוץ לבתי המשפט, נטייה המושפעת, כמובן, מן המצב המשפטי הקיים. לפיו הפרת הבטחת נישואין מקנה זכות תביעה. לגורם זה עוד נחזור בהמשך הדברים. במאמר זה אני מבקש להראות שמבחינת המדיניות המשפטית הרצויה ניתן לחלוק על הדעה הרואה בהבטחת נישואין משום חוזה משפטי מחייב. המחיר החברתי שאנו משלמים בעבור הכרה בתביעה זו הוא, להערכתני, כבד מדי, ופרט למקרי תרמית, יש לחתור לביטולה ההדרגתי של התביעה. בטווח הקצר, יש לבדוק יפה כל תביעה לפי נסיבותיה המיוחדות. אם אמנם התכוונו הצדדים ליצור חוזה משפטי מחייב. גם אם כך הוא, יש להגביל את הפיצוי הניתן לנזקים הממשיים שהתובע סבל מהם. ואילו לטווח הארוך, מן הראוי לבטל את התביעה החוזית מכל-יכול. לצורך זה יש לעבד מכשירים משפטיים מתאימים, שעליהם נבקש לתת את הדעת במאמר זה.

ואולם כדי לקבוע עמדה, אם רצוי לבטל את התביעה החוזית, יש לאתר את התחומים שבהם ישמיע הביטול הלכה למעשה. כפי שכבר נרמז, הרי, בנסיבות מיוחדות, אין צורך להיזקק לעילה החוזית, אלא ניתן להסתמך על דיני הנוזקין. הכוונה היא לעולת התרמית<sup>21</sup>, שאליה ניתן להיזקק כאשר המבטיח כלל לא חשב בתום לב, עוד בשעת מתן ההבטחה, למלא אחריה<sup>22</sup>.

הוא הדין — כך נראה לי — כאשר תחילתה של ההבטחה היתה אמנם בתום-לב, אלא שהמבטיח, בשלב מאוחר יותר, חזר בו, אך בשתיקתו המשיך להוליך שולל את הצד השני שהבטחתו עומדת בעינה<sup>23</sup>. במקרה זה, שתיקתו של המבטיח כמוה כמצג מחודש שאמנם עדיין הוא מוכן לקיים את ההבטחה המקורית. מצג זה, אם היה כוון, מניח יסוד לתביעה בגין תרמית, וזאת על יסוד ההלכה כי "מי שהציג לחבירו מצב דברים שהיה נכון בשעת הצגתו, אך השתנה שינוי מהותי בטרם פעל הלה על יסוד

19 ע"א 58/73 שקד נ' זילברפרב, פ"ד כט(1) 151; ע"א 386/74 פלוני נ' אלמונית, פ"ד ל(1) 383; ע"א 149/75 האיך נ' פפיה, פ"ד לא(1) 90; ע"א 473/75 רון נ' חזן, פ"ד לא(1) 40; ע"א 545/77 פלוני נ' פלונית, פ"ד לב(2) 393.

20 מבין פסקי דין שלא פורסמו הצלחתי לאתר את אלה: ע"א 554/75 בראוי נ' מרים, תקציר פסקי דין ("סביר"), יא 235; ע"א 433/75 פלוני נ' פלנית, "סביר", יא 452; ע"א 115/76 פלוני נ' פלונית ואח', "סביר", יא 547; ע"א 724/79 עמאר נ' סעיד, "סביר", יז 281.

21 פקודת הנוזקין (נוסח חדש), סעיף 56.

22 ראה, למשל: ע"א 609/68 נתן נ' עבדאללה, פ"ד כד(1) 455. לתביעה על יסוד העילה הנוזקית יש יתרון נוסף, כי לפי גישת חלק מן השופטים אין טענת אי-חוקיות יכולה לסכלה, להבדיל מתביעה על יסוד העילה החוזית. ראה ע"א 609/68 הנ"ל, וכן: ע"א 360/69 אבוטכול נ' קליגר, פ"ד יט(1) 429.

23 על בעיות ההיצג ה"פסיבי" לגבי עולת התרמית ראה: ע' בר-שירה, התרמית (דיני הנוזקית, העוולות השונות, בעריכת ג' טוסקי, המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי, ירושלים, 1979) 8-9.

מצגו, חייב לגלות לחבירו את שינוי המצב, אם יש בו כדי לעשות המצג הראשון — הנחשב כנמשך — לבלתי נכון"<sup>24</sup>. לפיכך נעסוק בעיקר באדם שלא הוליד שולל את הצד האחר, כלומר הבטיח נישואין בתום לב ובכנות. אך בינתיים סר בעיניו חינו של הצד האחר, ומשהתחרט הודיע על כך לחברו ללא שהיות. נוסף לכך יש לציין, שאין צורך להיזקק לעילה החוזית של הפרת ההבטחה, לצורך החזרת המתנות שהתליפו הצדדים ביניהם. דומה, שיש יסוד מספיק בהוראות חוק המתנה להחזרת מתנות אלה, כי אפשר לראות בהן מתנות על תנאי שיתקיימו נישואין בעתיד<sup>25</sup>, ומשבטל התנאי, בטלה המתנה ויש להשיבה<sup>26</sup>. ואולם, יש ויש צורך להיזקק לעילה החוזית לשם שיפוי הצד האחר הן על נזקיו המיוחדים והן על נזקיו הכלליים. לגבי עילה זו יש להתביר שלא בהבטחה חד-צדדית קא עסקינן<sup>27</sup>, אלא לכאורה בחוזה שנקשר בדרך של הצעה וקיבול, כלומר בפועל בהבטחתם ההדדית של שני הצדדים להינשא זה לזה. האם יש לראות בהבטחה הדדית זו משום חוזה מחייב? זה הוא לב השאלה שנעסוק בה.

### ב. המדיניות המשפטית הרצויה

בדרך כלל נוטים להצדיק תביעה על הפרת הבטחה נישואין בטענה שלא מן המידה הוא להתיר את הנפגע ללא כל סעד משפטי, לאחר שבתום-לב סמך על ההבטחה, ובמיוחד אם שינה את מצבו על פיה, וניזוק קשות מהפרתה. ואולם, דומה שהמשקל המצטבר של שיקולים חשובים, מבחינת המדיניות המשפטית הרצויה, מכריעים את הכף לרעתה של תביעה זו, או לפחות לצמצומה הדראסטי. שיקולים אלה נפרט להלן.

#### 1. מכשיר לסחיטה

שיקול אחד שאין לזלזל בחשיבותו הוא, שבתביעה על הפרת הבטחה נישואין כרוכה הסכנה של שימוש לרעה, היינו של ניצולה לשם סחיטת כספים — יש אנשים אשר מחשש שפרטים אינטימיים הנוגעים להם ייודעו ברבים יהיו מוכנים לשלם את דמי

24 ע"א 309+44/66 לקי דרייב נ' הרין, פ"ד כא(1) 576, בעמ' 583. והשווה הערה 52 להלן.

25 ראה: מ"א ראבילו, חוק המתנה, תשכ"ח—1968 (פירוש לחוקי החוזים, בעריכת ג' טדסקי, המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי, ירושלים, 1979) 45—46. וראה עוד מאמרו של פרימר שנוכר לעיל (הערה 18).

26 עם זאת, לא כל מתנה יש לראותה כחוזרת. למשל, אם נתן החבר לחברתו מתנה ליום הולדתה, אין לראות בכך מתנה שניתנה רק לרגל הנישואין. לשון אחרת, אפשר לראות, לפי הנהוג ובהתאם לנסיבות העניין, אי אלה מתנות כבלתי מותנות בנישואין שיערכו בעתיד. אבל אם, למשל, נקנתה כמתנה דירה שהיתה מיועדת להיות דירת הנישואין של הצדדים, אין ספק שהכוונה היתה למתנה על תנאי.

27 הבטחה חד-צדדית אינה מוכרת בדיון המקומי כיצורת חיוב משפטי. ראה: G. Shalev, "Administrative Contracts", 14 *Isr. L. Rev.* (1979) 444, 426—463.

המטרה, אפילו כאשר התביעה אינה מבוססת<sup>28</sup>. אכן, המשפט איננו מושך את ידיו מטיפול בתביעה רק מפני שקיומה יוצר, לעתים, חשש מסחיטה בהיתה כרוכה בנושא אינטימי. למשל, קיומה של עבירת אונס עלול לפתוח פתח לטפילת אשמת-שוא, בין היתר, מתוך סחטנות. ואולם, אין לשכוח שבאישום כזה מופעלת המסגרת של התביעה הכללית המצמצמת, אם כי לא מבטלת, סכנה זו, להבדיל מתביעה על הפרת הבטחת נישואין המוגשת כתביעה פרטית. התשובה, שחוקה על בית משפט שידע לנער את חוצנו מתביעות סחטניות חסרות יסוד, איננה תשובה, משום שעצם קיומה של תביעה זו בידי התובע הפוטנציאלי משמש מכשיר לסחיטה לגבי פרשיות אשר, כאמור לעיל, כלל לא יגיעו לדיון שיפוטי. יצוין, שהחשש מסחיטה איננו נעלם בהכרח גם אם יינקטו צעדים מתאימים למניעת פרסום הדיון. נניח, למשל, שגבר החליט לנתק את קשריו עם חברתו ולשאת לאשה צעירה אחרת, אשר, אולי, כלל לא ידעה על היכרותו הקודמת. האם אין זה סביר להניח שהיה מוכן לשלם אפילו סכום כסף גבוה כדי להימנע מעצם החיטוט הבלתי-נעים בפרשייה אינטימית. ואולי גם מחשיפתה לפני אשתו החדשה? לעומת זאת, אם תביעה על הפרת נישואין לא היתה מוכרת, דרישה לתשלום "דמי לא יחרץ" כדי להשתיק את פרסום הפרשה היתה נחשבת עבירה פלילית.

אכן, החשש מניצולה לרעה של תביעה זו איננו, כשלעצמו, בגדר שיקול מכריע, כיוון שניתן לטעון שלא מן המידה הוא, רק מחמת החשש מתובעים לא הגונים, לנעול את הדלת בפני תובעים הגונים באמת ובתמים. אבל לשיקול זה, החשש מסחיטה, מצטרפים שיקולים נוספים.

## 2. אפליית הגבר

פגם חמור אחר בתביעה זו במתכונתה הנוכחית הוא, שיש בה משום אפליה לרעת הגבר. למעשה, רק אשה יכולה להצליח בתביעה זו הצלחה של ממש, ואילו גבר יאלץ להסתפק, במקרה הטוב, בנוק נומינלי בלבד<sup>29</sup>. כך פסק בית המשפט העליון בדונו

28 שיקול זה היה אחד השיקולים העיקריים שהניעו חלק מן המדינות בארצות הברית עוד כאמצע שנות השלושים של המאה הזאת לבטל תביעות שמטרתן להעניק "מרפא ללב" ("Heart Balm"). ראה: קלארק (לעיל, הערה 12) 15—22; W. Wadlington & G. Paulson, *Domestic Relations* (N.Y., 1978) 96—101. כתוצאה מחוקים אלה כיום כמעט אכזר הכלח על התביעה בארצות הברית. לפי דברי אחד המחברים, ביטלו 21 ממדינות ארצות הברית את התביעה ושתי מדינות צימצמו באורח דראסטי. מעניין, שגם ביתר המדינות נמסר רק על תשע תביעות שהוגשו בעשר השנים האחרונות, ומתוכן הוכתרו בהצלחה רק שלוש. ראה: 48—49 J. Areen, *Family Law* (N.Y., 1978). עם זאת, הכרה עקרונית בתביעה זו עדיין הושגה, ברוב דעות, בפרשת *Standard v. Bolin* 88 Wash. rd 614 (in: Wadlington & Paulson, *ibid.*, 97—96) (1977).

29 תביעות של גברים בבריטניה על הפרת הבטחת נישואין ידועות רק עד המאה ה-19, אך לא לא ב-180 השנים האחרונות. ראה התקדימים המובאים אצל ג'ונסון (לעיל, הערה 9) 15. אף בארצות הברית נדירות ביותר תביעות גברים. ראה קלארק (לעיל, הערה 12) 5.

בתביעה שהגיש גבר נגד אשה על שהפרה את הבטחתה להינשא לו<sup>30</sup>. "המוסר הכפול" שעליו בנויה אפליה זו אינו נראה מוצדק. ההבטחה אינה יכולה לחייב רק צד אחד, והשיקולים השליליים שבתביעה זו פועלים גם כאשר האשה היא התובעת. ואולם, דומה, שבמובלע פועל בית המשפט לפי ההנחה שלגבר לא נגרם שום נזק נפשי כתוצאה מזניחתו בידי האשה<sup>31</sup>. לא תמיד הנחה זו נכונה, וחוששני שבית המשפט, במודע או שלא במודע, מעניק גושפנקא לסטריאוטיפים שאינם הולמים תמיד את המציאות, ושאינם יכולים לשמש תחליף לבדיקה אינדיווידואלית של כל מקרה לפי נסיבותיו. להלכה ניתן לומר, שפגם זה ניתן לתיקון. אם בית המשפט יקפיד לשמור על השוואת מעמדם של הצדדים בתביעה זו. אבל השוואה שכזאת ללא ספק אינה הולמת עוד את ההשקפות החברתיות המקובלות. איש איננו מציע להפיה מחדש רוח חיים בתביעות של גברים בגין הפרת הבטחת נישואין, ולא ניתן לדעת להחזיר את מחוגי השעון אחורנית בעניין זה. תביעות של גברים על הפרת הבטחת נישואין אבד עליהן הכלח. לכן, מוטב להסיק את המסקנה הבלתי נמנעת: ביטול התביעה, או צמצומה, גם כאשר האשה היא התובעת.

### 3. חירות הנישואין

ואחרון-אחרון הוא מכריע: לפי התפיסה המקובלת כיום בחברה חופשית בחירת בני זוג היא הכרעה אישית-אינטימית העשויה להשתנות ללא סיבה ראצינלית. הכרעה זו היא פועל-יוצא של אותו תהליך מורכב המכונה "אהבה", ובתור שכזאת עליה להיות נקיה מכל לחץ חיצוני וחופשית מכל התערבות זרה. לשון אחרת: על אדם להיות בן-חורין לחזור בו מהבטחת נישואין לפני שזו מומשה באמצעות עריכת הנישואין עצמם<sup>32</sup>. אמנם, איש אינו מעלה על הדעת לכפות אדם להינשא למי שאיננו חפץ בו

על תביקורת כלפי תביעה זו, מהיבט זה ומשיקולים אחרים, ראה הספרות בנושא זה בארצות הברית: N. P. Feinsinger, "Legislative Attack on Heart Balm" 33 *Mich. Law Review* (1935) 977; Brown, "Breach of Promise Saints", *Univ. H. F. Wright*, "The Action: *of Pennsylvania L. Rev.* (1929) 474; *for Breach of the Marriage Promise*", 10 *Virginia L. Rev.* (1924) 361

30 ע"א 461/49 ממטיב ג' פתיחה, פ"ד יט(4) 129. ד"ר גביון רואה בפסק דין זה דוגמה לפסיקה פיצויים לבת". ראה מאמרה (לעיל, הערה 1), בעמ' 289, הערה 21.

31 ראה בעניין זה ע"א 729/79 עמאר ג' סעיד (לא פורסם, מובא ב"סביר", כרך יו, עמ' 281). לפי המובא בתקציר, מוסבר הטעם לכך שבתביעות נשים נפסקו פיצויים "משמעוטיים" יותר מאלה שנפסקו לגברים בכך ש"ניסיון החיים מראה שהפרת הבטחת נישואין גורמת בדרך כלל נזק כללי חמור יותר לאשה מאשר לגבר".

32 יש לציין שההגנה על חירויות מסוימות מוצאת לה במשפט, לעתים קרובות, ביטוי בשלילת האפקטיביות של חוזה הכולל התחייבות להשתמש בחירות זו בדרך מסוימת. השווה לכך את עקרון חופש הצוואה שבא לידי ביטוי לא רק בשלילת האפקטיביות של הוראה מגבילה בצוואה נוגדת (חוק הירושה, תשכ"ה—1965, סעיף 27(ב)), אלא גם בשלילת ערכה המשפטית של "התחייבות לעשות צוואה, לשנותה או לבטלה או שלא לעשות אחת מאלה" (סעיף 27(א) לחוק הנ"ל). וראה על כך: ע"א 155/73 שרון ג' ליכוב ואח', פ"ד כח(2) 673, 676.

בלב שלם, ואולם בכל זאת הרעיון העומד מאחורי תביעה על הפרת הבטחת נישואין הוא, שהמפר התנהג בצורה אסורה, שלילית, בכך שפעל בניגוד להתחייבויותיו החוזיות. כלומר, מן הראוי היה לקיים את ההבטחה, אפילו בעלמה מאוחר יותר התיבה והאהבה בין הצדדים.<sup>33</sup> אמנם אינני מקבל את הטענה שבהטלת חובת פיצויים אנו מעמידים אדם בפני הדילמה האם להעדיף נישואין שאינו חפץ בהם או תשלום פיצויים שהוא מתקשה לשאת בו.<sup>34</sup> דילמה כזאת לא תהיה בדרך כלל דילמה מעשית, אלא אם כן סכום הפיצויים יהיה גבוה מאוד. ואולם, יותר חשובה בעיני ההערכה המוסרית המובלעת בעצם ההכרה בתביעה על הפרת הבטחת נישואין, כלומר, שנות לו לאדם, ומוטב לו, לישא בת זוג, אפילו האהבה שוב אינה שוררת ביניהם, ובלבד שלא יחלל הבטחת נישואין. הערכה מוסרית דומה עדיין רווחת בכמה חוגים מסורתיים, שבעיניהם עריכת שידוכין קושרת את הצדדים כמעט כמו הנישואין עצמם,<sup>35</sup> אך מבחינתם אין הנישואין פועל-יוצא של אהבת בני הזוג, אלא של "שידוך" שאין להפר אותו ללא נימוקים כבדי-משקל. אבל ללא ספק טמונה סכנה בעריכת נישואין מתוך רגש של חובה, ללא כל רגש של חיבה. "תוחלת החיים" של נישואין כפויים כאלה תהיה כמדומה קצרה מאוד.<sup>36</sup>

#### 4. ביטול או צמצום?

פירטנו לעיל את עיקרי השיקולים שהנחו מחוקקים במדינות מערביות לבטל כלי תביעה בגין הפרת הבטחת נישואין.<sup>37</sup> ואולם, בסופו של דבר, גורלה של תביעה כזו

33 בע"א 461/64 טמטיט נ' כחימה, פ"ד יט(4) 129 הזכיר בית המשפט שיקול זה לשלילת תביעה בגין הפרת הבטחת נישואין שהגיש גבר. אבל למעשה אין כל נפקא מינה לעניין זה אם התובע הוא גבר או אשה.

34 כך גרס בית המשפט בפרשת ברגהויו נ' זילבר (לעיל, הערה 1) 386.

35 זו היתה הגישה בחברה היהודית בימי הביניים. שמצאה את ביטוייה בהטלת "חרם הקהילות" על המפר הבטחת נישואין. יסודה של גישה זו בתפיסה שעריכת שידוכין איננה בעיקר עניין לצדדים עצמם כי אם למשפחותיהם. החוזר בו משידוכין כמזהו כמטיל דופי במשפחתו של הצד האחר, ראה: י' כץ, מסורת ומשבר (ירושלים, תשי"ח) 163-175. וראה עוד: ע"א 40/66 מרום נ' מרום פ"ד כא(1) 673, 686.

36 השוהה שר"ת חתם סופר, סי' קי"ב, מובא גם בפתחי תשובה על שו"ע, אה"ע מ"ב, א'. לפיהם אין לכפות אדם לקדש אשה, גם מן הטעם שלא יהיה שלום ביניהם. וראה גם דברי הספר בקש שלמה שהביא לעניין זה השופט קיסטר בפרשת מרום נ' מרום, שם.

37 לעיקרון של חופש הנישואין. ראה: W.W. Buckland, *Textbook of Roman Law* (Cambridge, 1963) p. 112, note 7; A.M. Rabello, "Divorce of Jews in the Roman Empire", *The Jewish Law Annual*, Vol. IV, 79; H. F. Jolowicz, *Roman Foundations of Modern Law* (Oxford, 1957) 149-150. וזו גם הגישה העקרונית של המשפט הצרפתי. ראה: פלסון (לעיל, הערה 5) 114 "Breach of Promise in Private International Law", 14 *New York Univ. L. Rev.* (1936) 451, 453-454. הנטייה החדשה של שיטות משפט רבות היא לשלול תביעה לפיצוי בגין הבטחת נישואין. ראה, למשל, על השינוי בנירילנד ההערה ב-18 *International &*



בישראל מן הדין שייחרץ על-פי ההשקפות החברתיות השוררות אצלנו. לגבי בריטניה נאמר, ששום אשה מכובדת לא היתה מעלה על דעתה להגיש תביעה על הפרת הבטחת נישואין<sup>88</sup>. ביטולה של התביעה בידי המחוקק האנגלי בא אפוא לאשר ולתת תוקף למציאות חברתית שהיתה קיימת בלאו הכי מזה זמן רב. לעומת זאת, דומה שלא אטעה אם אומר שבישראל במגזרים אחדים של החברה מייחסים להבטחת נישואין ערך כה חזק, בייחוד אם היתה מלווה ביחסי מין ובהיריון האשה, עד שספק אם המשפט יכול וצריך להתעלם כליל מגישה זו. לשון אחרת, השאלה היא כלום אין המשפט צריך לכוון התנגדות חברתית כה חזקה להפרת ההבטחה לאפיקים לגיטימיים? שאם לא יעשה כן יהיה עליו ליטול עליו את הסיכון שביטול כל סעד משפטי אולי יגרום לחץ בדרכים בלתי חוקיות. דומה שאצלנו, להבדיל ממדינות אחרות, טרם בשלו התנאים לביטולה המוחלט, המידי, של תביעה זו, אף-על-פי שיש מקום לדעתי לחתור לביטולה ההדרגתי. בטוח הקצר ניתן יהיה להסתפק בהכרה המוגבלת בנוזקים הממשיים שצד אחד נשא בהם בעקבות חזרתו של הצד האחר, תוך שלילת האפשרות לתביעה בגין נזק נפשי. צמצום הסעד לנוזק הממשי יש בו, אולי, כדי להקהות את העוקץ של השיקולים העקרוניים נגד ההכרה בתביעה על הפרת הבטחת נישואין.

ואולם, יש לקוות שבמרוצת הזמן תתגבש המסקנה שאין לראות בהבטחת נישואין משום חוזה כל עיקר, ואילו הנוזקים הממשיים, שאירעו כתוצאה מביטול תכניתם של הצדדים להינשא, יחולקו בין שני הצדדים שווה בשווה, ללא קשר לשאלת "אשמתם" כביכול. אם מקבלים, עקרונית, גישה זו מבחינת המדיניות המשפטית הרצויה, השאלה היא, כמובן, האם ניתן לעגנה במשפט הפוזיטיבי, ללא שינוי מפורש בחוק הקיים. נראה לי, שהתשובה על כך חיובית. רוצה לומר: ניתן לשנות את הפסיקה בנושא זה באמצעות פיתוח אפיקים נאותים שעד כה לא הוקדשה להם תשומת לב מספקת. להלן נבחון מספר מסגרות שבהן תיבדק התביעה.

### ג. המכשירים המשפטיים לשלילת תוקפה של הבטחת נישואין כחוזה

#### 1. כוונה ליצירת יחסים משפטיים

לפי חוק החוזים לא כל הסכמה היא בגדר חוזה. כידוע, נדרשת גם גמירת דעתם של הצדדים ליצור חוזה<sup>89</sup>. לשון אחרת, תנאי הוא שהצדדים התכוונו ליצור יחסים

494 *Comparative Law Quarterly* (1969). על השינוי באונטאריו, קנדה, ראה הערה ב' 20 *International & Comparative Law Quarterly* (1971) 360 (Ontario Law Reform Commission, Vol. V, pp. 1—19). גישה דומה אנו מוצאים בחוק הנישואין הנורווגי מ-1918, בחוק הנישואין הדני מ-1969, ובחתיקה חדשה במדינות מזרח אירופה. ראה פלסן (לעיל, הערה 5) 114—115.

38 ראה המ' 456/45 ת"א 463/42 (פמ"ן 1946, 569, 571). וראה בעניין זה: Law Commission (No. 26, Breach of Marriage Promise, 1969).

39 חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג—1973, סעיף 2.

משפטיים, להבדיל מהתקשרות חברתית גרידא<sup>40</sup>. כוונה ליצירת יחסים משפטיים מתקשרת עם האפשרות הגלומה בהסכם, במפורש או מכללא. לפנות לבית המשפט לשם קבלת סעד, בגין הפרת המוסכם. לפי הדין האנגלי לא היה צורך להוכיח במיוחד ובמפורש הסכמה ליצירת יחסים משפטיים, אלא עצם ההבטחה הייתה מסתמא מכוונת ומיועדת לכך<sup>41</sup>. דומה שמעתה, היינו לפי החוק החדש, מותר לצפות לכך שבתי המשפט יבדקו כל מקרה לפי נסיבותיו אם אמנם התכוונו הצדדים ליצור יחסים משפטיים אם לאו.

אמנם גם לפני חוק החוזים נדרשה כוונה ליצירת יחסים משפטיים כתנאי ליצירתו של חוזה. ואולם בתי המשפט, בהיגררם אחרי נטיותיו האמורות של הדין האנגלי בנידון זה<sup>42</sup>, לא עשו שימוש יעיל במכשיר משפטי זה, בכל הקשור לתביעות על הפרת הבטחת נישואין.

ללא ספק, מקום שההבטחה לבשה צורה פורמלית יש בכך כדי להעיד על קיומה של כוונה ליחסים משפטיים. לעומת זאת, נראה שאין להיחפו להסיק על קיומה של כוונה מתייבת כאשר ההתקשרות לא התגבשה גיבוש פורמלי. אם לא נאמר כן, אנו חושפים כל חיזור של הגבר אחרי אשה ולהיפך לסכנה שמא התנהגות הצדדים תתפרש, בשלב מן השלבים, כהבעת הבטחת נישואין מכללא, מבלי ששניהם, או לפחות אחד מהם, היו ערים למלוא משמעות הדבר<sup>43</sup>. מתקבל על הדעת, שבשלב מוקדם של היחסים, שבו אמנם הביעו הצדדים את אהבתם ההדדית והתליטו להינשא. אך טרם החלו בהכנות ממשיות לכך, אין בהכרח כוונה ליצירת יחסים משפטיים. לעומת זאת, בשלב שבו הוצאו הוצאות ונעשו התחייבויות הקשורות בעריכתם העתידה של הנישואין, ול- התקשרות בין הצדדים יש לא רק משמעות אמוציונלית אלא גם משמעות כלכלית, יש מקום, אולי, לייחס לצדדים כוונה ליצור יחסים משפטיים. ייתכן גם, שיש לייחס משקל מכריע לעובדה שהצדדים כבר נרשמו לנישואין (למשל, במשרד הרבנות), ובכך באה כוונתם להינשא לידי ביטוי פורמלי ממשי וניתן להסיק מכך כוונה משפטית<sup>44</sup>. אבל מסקנות אלה אינן הכרחיות. בבואנו לשקול אם מן הדין לייחס לצדדים כוונה ליצור יחסים משפטיים אין להתעלם, בין יתר הנסיבות, מן החוג החברתי שהצדדים

40 ג' שלו, כריתת חוזה (פירוש לחוקי החוזים, בעריכת ג' טדסקי, המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי, ירושלים, 1978).

41 ראה פרשת ברנהויז נ' זילכר (לעיל, הערה 1) 390—391.

42 לעומת זאת, שלל המשפט המקובל קיומה של כוונה ליצירת יחסים משפטיים בהסכמים "משפחתיים" אחרים, כגון, הסכם בעל לשלם לאשתו סכום כסף בעת מגוריה בנפרד ממנו. ראה: *Balfour v. Balfour* [1919] 2 K.B. 571.

43 השוזה ע"א 460/67 פלוני נ' פלונית, פ"ד כב(1) 157, שם הודגש שגדרשת זהירות בהערכת הראיות להוכחתה של הבטחת נישואין, כי אין דבר קל מהמצאת סיפור כוזב על מתן הבטחת נישואין.

44 השווה גישתו של המשפט התולנדי, לפיה הבטחת נישואין איננה מקנה זכות תביעה לפיצויים על הפרתה, אלא אם כן כבר פורסם רשמית על מועד הנישואין (כגדרש לפי החוק). במקרה זה ניתן לתבוע את המפר על הנוק הממשי שנגרם. ראה: *D.C. Fokkema et al. (eds.), Introduction to Dutch Law for Foreign Lawyers* (Kluwer, 1978)

באים ממנו. ההשקפה, שהבטחת נישואין מחייבת את הצדדים, מקובלת בכמה חוגים מסורתיים שבהם גם נהוג לערוך שידוכין (או "תנאים") פומביים.<sup>45</sup> בשכבות חברתיות אחרות עשויים לגרוס, שהבטחת נישואין אינה אלא תכנית שהצדדים גיבשו לעצמם, מבלי שהעלו על הדעת ליצור חוזה משפטי מחייב. מכל מקום, זו עשויה להיות ההשקפה שאותן שכבות מחזיקות בה בכנות, להבדיל מדעה שאדם יבקש לסגל לעצמו לצורכי תביעה משפטית תוך ניצול לרעה של המצב המשפטי הקיים.

## 2. האם הבטחת נישואין היא נושא אפשרי להתקשרות חוזית ?

ואולם, אפשר להציע מכשיר משפטי אחר ששימוש יעיל בו עשוי להוביל למסקנה שהבטחת נישואין, על-פי פירושה הנכון, אינה כלל נושא אפשרי להתקשרות חוזית. בתי המשפט יצאו, בדרך כלל, מתוך הנחה שתוכנה של ההבטחה אינו אלא עריכת נישואין בעתיד. מבחינה זו אין שמץ של פסול בעובדה, שלעתים רואים בנישואין עצמם משום חוזה. מכל מקום, אין לומר שהבטחה לעשיית חוזה שכזה מעצם מהותה חסרה "מסוימות" הדרושה לחוזה — כי בסופו של דבר תוכנו של מוסד הנישואין קבוע בדין, אף-על-פי שהכניסה אליו יסודה בהסכמה הדדית.<sup>46</sup> ואולם, רצוני לחלוק על התנחה לפיה מתמצה הבטחת נישואין בהבטחה לעריכת טקס נישואין בעתיד. עריכת הטקס היא, כרגיל, הקליפה החיצונית של ההתקשרות, אך אין להתעלם מן התוכן הפנימי הקובע, דהיינו חיים משותפים בצוותא על יסוד אהבה הדדית. בחיים משותפים אלה, אישיותם והתנהגותם של הצדדים היא מרכיב מכריע, ואהבתם היא הטעם לכל ההתקשרות. יסודות אלה, הקשורים קשר בל יינתק עם עצם עריכת הטקס, אינם עניין לחוזה. אי אפשר להתחייב לאהוב, כשם שאי אפשר להתחייב להיות בעל סגולות אישיות אלה או אחרות. לכן, הבטחת נישואין — אם תופסים אותה במובן זה — איננה חוזה, ואיננה יכולה להיות חוזה. דוגמאות אחדות יועילו, כמדומה, להוכיח את הדבר. נניח, שאדם מבטיח לאשה לשאתה, אך בשלב מאוחר יותר, כאשר הוא מתבקש לקיים את ההבטחה, תשובתו היא שהוא מוכן להינשא לאותה אשה, אך יעובנה מיד לאחר החופה ולא יהיה אתה כלל כבעל ואשה. לכאורה, לא הפר האיש את הבטחתו להינשא לאותה אשה, כי את המוטל עליו מכוח הבטחתו הוא מוכן ומזומן לקיים. ואולם, האם באמת התכוונו הצדדים לטקס נישואין ותו לא ? ניתן לטעון, שהבטחת נישואין טומנת בחובה בבירור הסכמה לחיי נישואין, ואין לפרשה כתבטחה לעריכת נישואין ריקים מתוכן. אם רצונו ליתן תוקף להסכמה זו, לכאורה אין מגוס מלקבוע שגבר המודיע מראש שאינו מוכן לחיות חיי אישות עם האשה שהבטיח לה נישואין, מפר בזה "הפרה צפויה"<sup>47</sup> את ההבטחה, אפילו אם הוא מוכן לשאתה לאשה, כי סוף סוף "הכל יודעים כלה למה נכנסת לחופה..."<sup>48</sup>

45 על השידוכין בדין היהודי ראה: רודנר, משפטי אישות (ירושלים, תש"ט) ז'—י"ג.

46 על מושג החוזה לעניין הנישואין וההבטחה לנישואין ראה: ג' טדסקי, מפות במשפט (המכון למחקר חקיקה ולמשפט השוואתי, ירושלים, תשל"ח) 96—71.

47 חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א—1970, סעיף 17; והשווה *Frost v. Knight* (1872) L.R. 7 Ex III. וכן: קלארק (לעיל, הערה 12) 5 והתקדימים המובאים שם (הערה 27).

48 שבת ל"ג, א.

אכן, לדעה זו אפשר למצוא ביטוי בפסיקה. בחביעה על הפרת הבטחת נישואין שהגישה אשה יהודייה נגד ערבי-נוצרי קבע בית המשפט העליון, ברוב דעות, כי משלא הוסכם לגבי הדרך שבה ייערכו הנישואין העתידיים, אין לפנינו הסכם מסוים כל עיקר, כי העדרו של אלמנט זה הוא דבר חשוב ומהותי היוורד לשורשו של עניין<sup>49</sup>. ואולם, לדעת המיעוט, מפי השופט חיים כהן, אין חסרון זה מעלה או מוריד דבר כי:

"המדובר הוא בהצעה לחיי נישואין של איש ואשתו... השאלה כיצד והיכן ואימתי יערכו את טכס הנישואין, שאלה שולית וטכנית היא אשר אין לה ולא כלום עם קיום ההחלטה העקרונית, ההסכם היסודי, "לכרות ברית חיים עם האשה אשר אהבת" (ההדגשות שלנו. פ"ש)<sup>50</sup>.

גם אם אין מקבלים דעה זו על קרבה ועל כרעיה ואין מיייתרים לגמרי את משמעותו של הטקס, קשה שלא להסכים כי החיים המשותפים הם לפחות גם חלק מהותי מן ההבטחה.

ואולם, האם כריתת "ברית חיים עם האשה אשר אהבת"<sup>51</sup> נתפס במושג חוזה? כאן עולים בדעתנו ספקות חמורים. אם אמנם כך הוא, יכול בן-יוג נשוי לתבוע את חברו שזנח אותו על שהפר בזה "חוזה" לחיות יחד כבעל ואשה, חוזה שהיה טמון בחובה של ההבטחה להינשא אשר קדמה לעצם עריכת הנישואין. ואולם, תביעה חוזית כזאת איננה מקובלת, אפילו אם לא מומשו הנישואין מלכתחילה<sup>52</sup>. אפשר לנסות

49 ע"א 545/77 פלוני נ' פלונית, פ"ד (לב) 393.

50 שם, בעמ' 399. אך השווה פסק דינו של השופט ח' כהן בע"א 405/68 בלאתי נ' אוזן, פ"ד (כב) 1003. שם נפסק כי אדם קיים הבטחת נישואין, ועל-ידי זה זכה בנדוניה שהובטחה לו אגב כך, עליידי עצם עריכת הטקס. השופט דחה את הטענה כי: "המערער התחייב לשלם את הכסף לא תמורת טכס הנישואין, כי אם תמורת חיי הנישואין".

51 השווה דברי בית המשפט האנגלי בפרשת *Kremezi v. Ridgway* (1949) 1 All E.R. 662, 664: "...I would say that, while it is true that this Particular type of contract — the exchange of mutual promises to marry — ends, so far as legal enforcement is concerned, on the performance of the marriage ceremony, none the less the performance which the parties contemplate at the time they exchange mutual promises is not exhausted by the performance of a mere ceremony. I am quite sure that no young woman, when she accepts a proposal of marriage and a contract is formed, would be satisfied if she were told that all the young man is undertaking by the promise is to go through a form of a ceremony with her. What the parties intend is an exchange of mutual promise to become one another's spouses—to become husband and wife with E. L. Johnson, *Family Law* (London, 1965) 15—16 all that that should entail" גם: E. L. Johnson, *Family Law* (London, 1965) 15—16

52 בפרשת *Langley v. Schumacker* 46 Cal. 2d 601, 297 P. 2d 977 (1956) הגישה אשה תביעה לפיצויים נגד אדם על שהוליד אותה שולל בהבטיחו שיחיה עמה חיי אישות כבעל ואשה אחרי שיינשא. הוא אמנם נשא אותה לאשה, אך סירב לחיות עמה ותודיע לה שלעולם לא יהיה אתה כבעל ואשה. בית המשפט גרס, שתביעה זו איננה נחשבת כתוצאה מן החוק שהתקבל בקליפורניה, המבטל עילת תביעה בגין "הפרת הבטחת נישואין". לדעת בית המשפט בוטלה העילה החוזית, אך לא בוטלה תביעה אפשרית

ולהסביר זאת בנימוק שרואים הבטחת נישואין כנבלעת ומתמוגת בעריכת טקס נישואין על כל פנים אם אותו טקס נישואין הועיל ליצור נישואין תקפים<sup>53</sup>. אבל שיקול זה איננו מסביר תופעה אחרת, דהיינו שאין המשפט מעניק סעד על הפרת "חווה" לחיות יחד כבעל ואשה מחוץ למסגרת הנישואין. לא שמענו, למשל, שתוכר תביעה חוזית מצד מי שהיה "ידוע בציבור" כנגד בן-זוגו בגין הפסקת החיים המשותפים ביניהם<sup>54</sup>, או אפילו תביעה על הפרת הבטחה לחיות בעתיד בתור "ידועים בציבור כנישואים". תביעה כזאת איננה מוכרת גם כאשר היתה כוונת הצדדים בהתחלה לקשר קבוע ולא דווקא ל"אהבה חופשית". כוונה לקשר קבוע שזכה גיתן להסיק, למשל, כאשר ההחלטה על חיים משותפים ללא נישואין נפלה בדלית ברירה, עקב מגבלה דתית על עריכת נישואין כדת וכדין.

נראה, שהנימוק המכריע לכך הוא שאין לתפוס חיים משותפים בין בני-זוג כיסוד המנותק מן האיחוד הרגשי ביניהם. העובדה, שלגבי בני-זוג העומדים להינשא נוסף יסוד בעל משמעות אופרטיבית כביכול, דהיינו עריכת הנישואין עצמם, איננה אומרת

בניקין על יסוד תרמית כאשר אדם מבטיח הבטחה מבלי להתכוון מראש לקיימה. יש לציין, שבמדינות אחרות נפסק כי אין לעקוף את המדיניות העומדת מאחורי ביטול התביעה על-ידי המרת התביעה החוזית בעילה נזיקית. ראה המקורות המובאים אצל התלטה בפרשת *Langley v. Schumacker* על יסוד הרעיון, שלא היה מקום להסדיר את התביעה כהפרת הבטחת נישואין, אם נישאו הצדדים בנישואין תקפים (אף שכפוף לתביעת ביטול אפשרות, למשל, מחמת סירוב לממש את הנישואין, כפי שהיה במקרה הנ"ל). לפי דעה זו, התביעה היתה לאמיתו של דבר תביעה לפיצויים על הפרת החובה לחיי אישות הנובעת מנישואין (ראה הערה ב" 1098 (1951) *Harvard L. Rev.*).

53 יש מקום לומר, שמשמעותה האמיתית של הבטחת נישואין איננה רק ל שא ת אשה, אלא גם להיות נשוי לה. כך נפסק בבריטניה בפרשת *Shaw v. Shaw* [1954] 2 Q.B. 429. בעניין זה התברר לאשה, רק אחרי פטירתו של הגבר שאותו חשבה לבעלה, כי הנישואין שנערכו ביניהם עשרות שנים קודם לכן כלל לא תפסו, מפני שאותו אדם היה נשוי כל העת לאשה אחרת. וטקס הנישואין שערך עמה הוא אפוא טקס ביגמי ובטל מעיקרו במבט ראשון ניתן היה לחשוב שאין מנוס מכך שאותה אשה תצא וידיה על ראשה, ושהיא אינה יכולה, למשל, לתבוע זכויות בעיזבון המנוח בתור אלמנתו החוקית. ואולם בית המשפט פסק, שהמנוח הפר את הבטחתו להיות נשוי לתובעת, ולכן עיזבונו חייב לפצותה על הנזק שנגרם לה, דהיינו שלילת זכויותיה כאלמנת המנוח, והיא תקבל אותם אפוא כפיצוי על הפרת הבטחה. על הדרכים להגנה על זכויותיו של אדם שנישא בתום-לב בנישואין בטלים ראה מאמרי: "מונחות האשה בנישואין בטלים", משפטים, ו (תשל"ו) 514. על האפשרות לתבוע על יסוד תרמית, כאשר אדם הטעה אשה שהוא עורך עמה נישואין תקפים, בעוד שהנישואין היו בטלים כיוון שלא נערכו בצורה הדרושה, ראה: *Tuck v. Tuck* 14 N.Y. 2d 341 200 N.E. 2d 554 (1964).

54 ראה, למשל, דברי השופט ברנזון, בע"א 563/65 יגר ג' תלביץ ואח', פ"ד כ(3) 244, 247: "פעם ידועים בציבור כבעל ואשה, לא לעולם הם כבעל ואשה... אם אחד מהם אינו רוצה להמשיך בחיים המשותפים, אין לכפותם עליו. או מקיץ הקץ על מה שהיה ונשאל רק מה שהוסכם ביניהם...". אין בכך כדי לשלול אפשרות לתביעת מונוות על פי הסכם, מפורש או מכללא, או אפשרות לתביעה על נזק שנגרם לאשה שסולקה בצורה פתאומית מן הבית. ראה: ע"א 805/82, זרפנו ג' כהן (טרם פורסם).

שיסוד זה עומד בבדידותו או שניתן לתלוש אותו מן המסכת הרגשית שבה הוא נתון, ולהציג אותו בנפרד בתור חוזה כביכול הנותן מקום לתביעה משפטית על הפרתו. נניח, למשל, שצער וצעירה הגיעו לכלל החלטה להינשא. לפני הגיע מועד הנישואין גודע לצער בעקיפין שחברתו כלל איננה אוהבת אותו והיא רוצה להינשא לו רק בגלל כספו. כיוון שכך, חוזר בו האיש מן הנישואין. בתגובה על כך מגישה נגדו האשה תביעה על הפרת הבטחת נישואין. מן הבחינה הפורמלית, מניעה של האשה אינם מעלים ואינם מורידים. אבל נראה בבירור, שאין להתעלם מן המשמעות האמוציונלית של ההתקשרות, ומגישתה של האשה. ואכן, כך פסק בית משפט בארצות הברית במעשה דומה<sup>55</sup>, וכך הציג בית המשפט את תוכנו של "חוזה הנישואין" שהבטחה להתקשר בו הופרה:

"In a contract of marriage, certain implied conditions are inherent in it, unless expressly eliminated therefrom. They are that the parties enter into it with the understanding that they love, cherish, and respect each other. Each is entitled, upon the consummation of the marriage, to the loving comfort and society of the other".

אבל האם הבטחות לאהוב, להוקיר ולכבד הן הבטחות שניתן להגדירן כחוזה? אם כך הדבר, אזי לכאורה, בנסיבות דלעיל, היה הגבר יכול לתבוע בגין הפרת הבטחת נישואין, כיוון שהאשה התנערה מן ה"חובה" שקיבלה על עצמה בעת הבטחת הנישואין לאהוב את הבעל לעתיד, להוקירו ולכבדו. אכן, פסק דין ניתן לאבחון בנימוק שבאותה פרשה הסתירה האשה את רגשותיה כלפי הגבר, והסתירה זו עלתה לכדי תרמית<sup>56</sup>. אך כיצד יש לפסוק את הדין כאשר אדם פועל בגילוי לב?

נניח, למשל, שאדם אומר לאשה בכנות שהוא מוכן לשאתה "כמי שכפאו שד", כלומר כדי למנוע מעצמו תביעות משפטיות, אך איננו אוהב אותה עוד, ולא יאהב אותה בעתיד, ואין שום סיכוי שהם יחיו יחד חיים מאושרים. ספק אם נערה נבונה תהיה מוכנה להינשא לאדם זה לאחר שמיעת הצהרה שכזאת. אך האם תוכל לתבוע אותו על הפרת הבטחת נישואין? הוששני שלא. מן הבחינה הפורמלית, לא הפר האיש את הבטחתו. שהרי היה מוכן לשאתה לאשה, ומן הבחינה המהותית, אין אדם יכול להיתבע לדין רק משום השינוי שחל ברגשותיו.

דוגמה זו לא על עצמה בלבד יצאה ללמד אלא על הבעיה כולה. מסקנתנו: התוכן הממשי של ההבטחה אינו עניין לחוזה כל עיקר. עריכת טקס הנישואין היא אך ורק הקליפה החיצונית שקשה להשיל אותה מן התוכן הפנימי של ההבטחה. כלומר הסכמה

55 ראה: *Parks v. Marshall* 322 Mo. 218, 14 S.W. 2d 590, 595 (1929) וראה הערה על פסק דין זה ב-486 A.L.R. 26

56 ראה דברי בית המשפט שם: "If, then, the plaintiff, at the time of entering into the contract, did not love the defendant or detested the thought of living with him, or discovered it before the ceremony, it was at least her duty to tell him, and if she did not do so, her conduct was tantamount to a fraud on him". (ההדגשה איננה במקור).

לחיות יחד כבעל ואשה על יסוד אהבה הדדית. הסכמה זו איננה נושא אפשרי להתקשרות חוזית.

עד עתה לא היו בתי המשפט מוכנים ללכת בדרך זו. ייתכן שבמובלע הם העדיפו את הגישה הפורמלית הרואה את החלק האופרטיבי של הבטחה נישואין בעריכת טקס נישואין ותו לא. כדי להשתחרר מן ה"משקע" שנוצר על-פי הדין הקודם, מוטב, אולי, לנקוט בשלב ראשון גישה פחות גורפת המתמקדת בכירור כוונתם הספציפית של הצדדים, ובשלב שני להגיע למסקנה כוללת יותר.

### 3. תקנת הציבור

גולת הכותרת של התפתחות הפסיקה לטווח הרחוק עשויה להיות שלילת חוקיותה של הבטחת נישואין בתור חוזה. בשלב זה יש להעיר, שאין בחוק החוזים ביטול מפורש של תביעה על הפרת הבטחת נישואין. כפיפותו של כל חוזה לעקרון תקנת הציבור היתה מקובלת גם לפני חוק החוזים, ובתי המשפט יצקו במושג "תקנת הציבור" תוכן העולה בקנה אחד עם השקפותיהם החברתיות<sup>57</sup>. אין לומר שמושג זה, והערכים שהוא בא לשרת, השתנו כתוצאה מן החוק החדש. אכן, להלכה אפשר לומר שהשיקולים העקרוניים שהוזכרו לעיל, ובראשם הדרישה לכריתת ברית נישואין מתוך חירות מלאה, יש בהם כדי לפסול את חוקיותה של הבטחה בתור חוזה מחייב<sup>58</sup>. אבל אין להניח שבשלב זה יילכו בתי המשפט בדרך זו. התביעה מושרשת היטב במשפט המקומי, ודומה שעקירתה מן השורש איננה עניין ל"חקיקה שיפוטית" אלא למחוקק בכבודו ובעצמו. שתיקתו של זה, בחוק החוזים החדש, אומרת דרשני<sup>59</sup>.

עם זאת, "תקנת הציבור" איננה מושג סטטי. התפתחויות חברתיות ומשפטיות שונות עשויות לסלול את הדרך לשינוי הדרגתי של הגישה הנקטת בנושא זה. ואולם בשלב זה קשה כמדומה, לקפוץ מן ההשקפה המכירה בתביעה על הפרת הבטחת נישואין להשקפה המנוגדת לה, הרואה בתביעה כזאת פגיעה ב"תקנת הציבור".

## ד. המכשירים המשפטיים לשלילת טענה של הפרת החוזה

### 1. חזרה מהבטחה ללא הפרת החוזה

אבל גם אם נצא מתוך הנחה שנקשר חוזה בין הצדדים, כתוצאה מהבטחתם ההדדית להינשא, אין חזרה מאותו חוזה נחשבת בהכרח כהפרתו. לפי המשפט האנגלי רק מקום

57 סעיף 64 של ספר החוקים העותומני לפרוצדורה אזרחית: ע"א 461/62 צ"ם נ' מויאר, פ"ד יז 1419.

58 השווה דברי פלסין (לעיל, הערה 5) 136. לפיהם יש להטיל ספק גדול אם פיצויים רחבים בגין הפרת הבטחת נישואין שניתנו על-ידי בתי משפט אנגליים ואמריקניים לא ייחשבו כפוגעים בתקנת הציבור בשיטות משפט קונטיננטליות שהדין הפנימי שלהן גוקס גישה מצמצמת על יסוד עקרון חופש הנישואין.

59 השווה את ההוראות המפורשות בחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, לעניין חוזה של משחק, הגרלה או הימור (סעיף 32), ולעניין חוזה למתן ציונים (סעיף 33).

שההבטחה הופרה ללא צידוק הונח יסוד לתביעת פיצויים. הצידוק להפרה נקבע לפי אמות-מידה אובייקטיביות כביכול, שעל-פיהן קבע בית המשפט את זכותו של אדם לחזור בו מן ההבטחה.<sup>60</sup> קביעות דומות לגבי צידוקים מעין אלה אפשר למצוא בדין היהודי.<sup>61</sup> הקונסטרוקציה המשפטית הקובעת את הצידוק בשיטות אלה היא, לאמיתו של דבר, תנאי מכללא המיוחס לצדדים.<sup>62</sup>

אלא שכיום שוב אין בית המשפט קשור בדין האנגלי, כשם שלא היה קשור בעבר לדין היהודי. אף הדוקטרינה של תנאי מכללא ספק אם היא תופסת כיום בדיני החוזים הישראליים, ויש להיזקק לפרשנות ההסכם המסוים כדי לעמוד על כוונתם הספציפית של הצדדים, מבלי לקבוע הלכות כלליות בנושא זה.<sup>63</sup>

כאשר הצידוק הנטען נעוץ בנתון עובדתי שלא היה ידוע לצד השני בשעת מתן ההבטחה, עשויים לחול הכללים לגבי פגמים בכריתת חוזה לפי חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג—1973. למשל: צעיר החליט לחזור בו מהבטחת נישואין לאחר שהתברר לו כי הצעירה, שבטעות חשב כי בת גילו היא, מבוגרת ממנו במספר שנים. טעותו של הצעיר לא היתה תוצאה של הטעיה מצד "הצעירה", אם כי היא ידעה שחברה טועה לגבי גילה האמיתי, אלא אם כן נצא מתוך הנחה שעל הצעירה היה לגלות לו את גילה האמיתי. אם לא נגרוס את קיומו של נטל גילוי שכזה, תתעורר השאלה האם הטעות היתה "יסודית", כלומר אם ניתן להניח שלולא אותה טעות לא היה אותו צעיר מתקשר "בחווה"<sup>64</sup>, דהיינו מבטיח נישואין. במקרה זה נדרשת הנחה היפותטית, שקשה לראות כיצד על בית המשפט לקבוע אותה באורח אובייקטיבי.<sup>65</sup>

אך הבעיה העיקרית, שבה אנו מתרכזים עתה, מתעוררת כאשר הצידוק להפרה נעוץ בהתרחשויות שלאחר מתן ההבטחה. למשל: אחרי מתן ההבטחה נהגה הצעירה מתוך זלזול בולט בהוריו של הצעיר. האם התנהגות זו תשמש הצדקה לחזרה מן ה"חווה"? בעבר נקבע הצידוק להפרה על-פי פגמים "אובייקטיביים" שנתגלו במשך או במשפחתו. רוצה לומר, שאדם "סביר", במקומו של המבטיח, אף הוא היה נוהג כמוהו, ולא היה רואה עצמו קשור בהבטחתו. אבל ההנחה שיש בעניין זה קני-מידה סבירים

60 ג'ונסון (לעיל, הערה 9) 23—29.

61 למשל, "אם המירה אחות המשודכת או אם נשטתית המשודכת או אם זינתה המשודכת או אם זינתה אחות המשודכת או אם קלקל המשודך מעשיו" (כגון שמשחק בקלפים או משתכר וכדומה). ראה: שו"ע אה"ע, נ' ה', ופ"ז, שם. ס"ק ח'. וראה גם: שו"ע ורימא יו"ד, רכ"ה, מ"ג, ושו"ע יו"ד, רל"ו, ר'. יש לשים לב לפגם "המשפחתי" הנעוץ בהתנהגות אחד מבני משפחתה של המשודכת (או המשודך), כדברי הט"ו שם: "ונראה שהוא הדין אם זינתה אחותה והיתה אשת-איש הוה פגם גדול או אפילו היתה פנויה והרתה לזנונים יש גם בזה פגם גדול...".

62 "דאנן סהדי שאם היה יודע שדבר זה עתיד ליעשות לא היה משדך בנו לבתו והוי כאילו פירש מעיקרא בשעת מעשה שאם יארע דבר כזה שיתבטלו השידוכין..." (טור אה"ח נ').

63 ראה סעיף 25 של חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג—1973. ואולם, לפי סעיף 26 ניתן להשלים פרטים "לפי הנוהג המקובל בחוזים מאותו סוג".

64 ראה סעיפים 14, 15, לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג—1973. וכן: ג' שלו, פגמים בכריתת חוזה (פירוש לחוקי החוזים, בעריכת ג' טדסקי, המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי, ירושלים, 1981).

65 אבל השווה ע"א 242/62 בשארי נ' לוי, פ"ד טז 2738.



הניתנים לזיהוי אובייקטיבי איננה תמיד גבוהה. כידוע, הנטייה בעולם המערבי כיום היא לזנוח את מבחן האשמה בקביעת הזכות לגירושין. אחד השיקולים הוא, שלא ניתן לייחס אשמה רק לאחד הצדדים ולתלות בצווארו בלבד את אשמת הקרע. כישלון הנישואין ללא תקנה הוא תופעה מורכבת ומסובכת שלא תמיד ניתן להתחקות אחר גורמיה, ומכל מקום אין לזהות גורמים אלה עם הסימנים החיצוניים של הקרע.<sup>66</sup> הוא הדין, ועוד מקל וחומר, להחלטה המוקדמת על בחירת בן-הזוג. כבר הוזכר שזו היא החלטה אינטימית, סובייקטיבית, הניתנת לשינוי ללא כל סיבה ראציונלית החשופה לביקורת. אינני רואה אפוא דרך סבירה לפיה יקבע בית המשפט, באורח אובייקטיבי כביכול, מה מצדיק, ומה איננו מצדיק, חזרה מהבטחת נישואין.

ניתן לומר, שעל בתי המשפט לנקוט גישה מרחיבה לעניין הצידוק, כלומר עליהם לייחס לצדדים, לפחות בחלק מן המקרים, כוונה שכל אחד מהם יוכל לחזור בו, ללא חובת פיצויים, אם שוב לא ירחוש אהבה וחיבה לצד שכנגד. אבל גישה זו כמעט שקולה לדעה השוללת בכלל כוונה ליצירת יחסים משפטיים במקרה המסוים.<sup>67</sup> אם אין מקבלים זאת, אפשר אולי להשתמש בהוראת ה"סיכול" לפי סעיף 18 של חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א—1970. יתרונה של גישה הסיכול, לעומת דוקטרינת הצידוק, שאין היא מותירה את הנפגע ללא כל סעד: במקרה זה רשאי בית המשפט לחייב את המפר בשיפוי הנפגע על "ההוצאות הסבירות שהוציא ועל ההתחייבויות שהתחייב בהן באופן סביר לשם קיום החוזה".<sup>68</sup>

ואולם, הקושי נעוץ בכך שפטור בשל סיכול החוזה רגילים אנו לייחס לאונס בידי שמים, כלומר לנסיבות אובייקטיביות אשר למפר לא היתה שליטה עליהן.<sup>69</sup> בעוד שבמקרה שלפנינו ההפרה היא תוצאה של רצונו הסובייקטיבי של האישה. אך ניתן לומר, שהרצון האישי המתלווה לנישואין הוא חלק מהותי מן העניין. יכול אדם לקיים חוזה מסחרי, למשל אם יספק את הסחורה המובטחת, והעובדה שהוא עושה זאת מתוך אי-רצונו איננה מעלה ואינה מורידה לגבי עצם קיום החוזה. אבל כאשר אדם נושא אשה, שבשעתו חשב שהוא אהב אותה ואילו כיום היא מאוסה בעיניו, קיום החוזה, אף אם הוא אפשרי בכלל,<sup>70</sup> מכל מקום שונה בצורה יסודית מן המוסכם מראש. ייתכן

66 על המפנה לקראת "גירושין ללא אשמה" בעולם המערבי ראה: M. Rheinstein, *Marriage Stability, Divorce and the Law* (Chicago & London, 1972); M. A. Glendon, *State, Law & Family* (Amsterdam, 1977) 189—244; A. G. Chloros (ed.), *The Reform of Family Law in Europe* (Kluwer, 1978). וראה דברינו להלן, ליד הערה 80.

67 אמנם ניתן לומר, שהמשמעות המחייבת של "החוזה" במקרה זה היא שיש להודיע ללא שהיות לצד השני על העדר כוונה לבצע את ההבטחה. אולם למסקנה זו ניתן להגיע גם על יסוד עוללת התרמית. ראה המובא לעיל, ליד הערה 23.

68 לפירוש הוראה זו ראה: א' ידין, חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א—1970 (פירוש לחוקי החוזים, בעריכת ג' טדסקי, המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי, ירושלים, 1978).

69 ראה טדסקי (לעיל, הערה 46), 106, 131 ואילך.

70 אף אם רואים את החוזה כמתייחס לעריכת נישואין, עלול אונס שיוטל על הגבר לשלול את תוקפם. ראה הדעות השונות בעניין זה בשו"ע אה"ע, מ"ב, א' ופ"ז שם, ס"ק(ב) וכן פתחי תשובה, שם, ס"ק(2) ופתחי תשובה על שו"ע אה"ע, ג' י, ס"ק(ח).

שאינן כאן שוני יסודי אם רואים את ההבטחה כמתייחסת לעריכת טקס בעלמא. אך כאן אני חוזר לדעה שכבר תבעתי לעיל, לאמור, שתוכן ההבטחה הוא החיים המשותפים שבין הצדדים על יסוד אהבה הדדית. בדעה זו מחזיק אחד מן המתברים בארצות הברית שעסקו בנושא זה:

"...the mere performance of the marriage ceremony is not the object of the agreement at all. If the parties contract for anything it is for mutual affection and happiness. When this is no longer possible, through the fault of neither party the doctrine of impossibility of performance should excuse a breach. To hold otherwise is to enforce the form and neglect the substance..."<sup>71</sup>

## 2. מהי התנהגות השקולה לחזרה מהבטחת נישואין?

זאת ועוד אחרת: לא מיד ניתן לקבוע בצורה חד-משמעית מי "הפר" את החוזה. אמנם, אם נוקטים מבחן פורמלי, אנו מצטמצמים בבדיקת השאלה מי הודיע ראשון לחברו על חוסר רצונו להינשא. אבל מבחן זה איננו משיב רצון. לפי זה יוכל אדם להתנהג בדרך שתביא להסתלקותו של חברו ממחשבה על נישואין עמו, מבלי שתרכיב על הראשון כל אחריות משפטית.

נניח שאדם מבקש לחזור בו מהבטחתו, אך חושש מתביעה משפטית שתוגש נגדו. אם יתכחש בגלוי להבטחתו ויחזור ממנה בפה מלא, יסלול בזה את הדרך לתביעה נגדו. האם לא מוטב לו לנהוג מן השפה ולחופץ כמי שמוכן למלא אחר ההבטחה, אך להתנהג בדרך שהצד האחר יהיה מעוניין להסתלק מן ההבטחה? יכול הוא לשנות את טעמו והליכותיו ולנהוג בדרך זרה ומוזרה שתרתיע את הצד השני מן המחשבה על חיי נישואין עמו.

ואולם, אם מבקשים אנו לנקוט מבחן מהותי, כלומר מוכנים אנו לקבוע שאדם הפר הבטחת נישואין, אם התנהג בדרך שגרמה, באורח מוצדק, לצד השני לסרב לנישואין? הרי שאנו יוצאים מתוך הנחה שהבטחת נישואין כוללת לא רק הבטחה לעריכת טקס נישואין. אלא גם לאלמנטים נוספים שספק אם הם ניתנים להתחייבות חוזית בכלל. על נקודה זו כבר עמדנו לעיל. כעת רצוננו להדגיש שוב את הקושי בשיפוט ערכי מצד בית המשפט במה שקשור לקביעת הצידוק הנגזרת מהערכת התנהגותם של הצדדים.<sup>72</sup>

71 רייס (לעיל, הערה 29) 371.

72 ראה: ג' טדסקי, מחקרים במשפטנו הפרטי (ירושלים, 1958) 282–283. פרופ' טדסקי מציע לחייב בפיצוי על הפרת הבטחת נישואין לא רק את המסרב לנישואין, אלא גם מי שהתנהגותו גרמה לכך שהצד השני יסרב. הפיצוי הניתן בכל מקרה צריך להיות מוגבל לדעתו של פרופ' טדסקי, לנזקים המיוחדים.

73 לא כאן המקום לעמוד על הבעיות הנובעות מאכיפת מוסר מצד בית המשפט בהקשר זה. ראה גביוון (לעיל, הערה 1) 288 ואילך.

לשון אחרת: ייתכנו סיטואציות שבהן אי אפשר לייחס "אשמה" לצד אחד והצדקה לצד האחר ואף אין טעם לקבוע, על-פי חלוקה זו לשחור לבן, את האחריות לנזקים הנובעים מביטול הנישואין.

אכן, לגבי הדוגמה שניתנה לעיל ניתן היה לומר שהאיש פעל שלא בתום-לב. אמנם לא בנקל ניתן לקבוע שאדם ששינה את טעמו והליכותיו הפר הבטחת נישואין, אם למראית-עין הוא מוכן לקיים את הבטחתו. ואולם, אולי ניתן להסתמך על כך שבקיטו של חיוב הנובע מחוזה חייב אדם לנהוג "בדרך מקובלת ובתום-לב"<sup>74</sup>.

אבל הבעיה העיקרית איננה טכסית אלא מהותית. נניח, שבאמת ובתמים שינה אדם את דרכו ואמונותיו. למשל, בשעת ההבטחה היו שני הצדדים חילוניים ללא כל זיקה לדת ולמסורת, והנה החליט הגבר ל"חזור בתשובה", לפנות עורף לדרכו הקודמת, להתמסר ללימוד תורה, ולהקפיד על שמירת מצוות קלה כחמורה. הוא מוכן לכבד את הבטחתו להינשא לחברתו; הוא אף הפץ בכך מאוד. אלא שהצעירה נסוגה בה מכוונתה להינשא לאותו אדם, בגלל התפנית הפתאומית שחלה בהשקפת עולמו ובאורח חייו. האם יוכל האיש לתבוע אותה על הפרת הבטחת נישואין? דומה שלא. במקרה זה אפשר בהחלט להצדיק את סירובה של הצעירה להינשא לו, כי חיי הנישואין שציירה לעצמה מראש היו שונים לגמרי ממה שצפוי עתה. ואם סבלה אותה צעירה מנזקים כלכליים, אין לכאורה בסיס לפצותה עליהם, כי אין לייחס לצעיר הפרת הבטחת נישואין.

אם נשנה את עובדות המקרה ייתכן שתשתנה התוצאה. נניח שהצעיר, לאחר שנוכח לדעת שאין לגשר על הפער שנפער בינו כ"חזור בתשובה" ובין חברתו החילונית, הודיע לה על סירובו לבוא עמה בברית הנישואין, אבל גם הצעירה החליטה בלבה שלא להינשא לו. במקרה זה יש מקום, לכאורה, לפיצוי על נזקה של הצעירה על יסוד הפרת הבטחת נישואין מצד הצעיר. ואולם המסקנה מותרת קושי כפול: ראשית, האם לא ניתן לראות בחזרה זו חזרה מוצדקת כיוון שבצדק לא היה סיכוי אובייקטיבי לחיים משותפים?<sup>75</sup> שנית — וזהו אולי העיקר — אין זה ברור מדוע יש חשיבות מכרעת, לעניין האחריות בפיצויים, לשאלה מי הסיק ראשון בפומבי את המסקנה המתבקשת. הבלתי-נמנעת, מן הסיטואציה שנוצרה, כלומר שאין טעם להגשמת התכנית לנישואין.

קיצורו של דבר: קביעת ה"צידוק" היא בעייתית כשלעצמה. אף אם פותרים אותה בדרך זו או אחרת, ופותרים מחמת זאת אדם מאחריות לנזקי הצד האחר, אין בכך כדי לפצותו על נזקיו הוא. מתבקש אפוא פתרון אחר, המנתק את בעיות הנזק מקביעת הצידוק.

### ה. סעד משפטי מחוץ לחוזה: חלוקת הנזקים בין הצדדים

לכאורה ניתן היה לחשוב, שהתוצאה שהגענו אליה היא: אין מקום, בטווח הארוך,

74 חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, סעיף 34. וראו בג"צ 59/80 שירותי תחבורה ציבוריים באר"ש בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים, פ"ד לה(1) 828.

75 אם ניתן לראות בכך חזרה מוצדקת, אין היא מזכה בפיצויים. ואולם אפשר לראות את החוזה כמסוכל. במקרה זה לא נשלל, כאמור לעיל, הפיצוי.

לתביעה כלשהי בגין ביטול הבטחת נישואין, אף אם סבלו הצדדים, או אחד מהם, מנזקים מיוחדים. ולא היא. ביטול הסעד החוזי אינו אומר ביטול כל סעד משפטי. כאמור, נראה שיש לזנוח את הדעה שהבטחת נישואין היא חוזה מחייב, וכתוצאה מכך יש לזנוח את העיסוק בשאלה מי הפר את החוזה והאם היתה ההפרה מוצדקת. אך אין בזניחה זו כדי להשמיט בהכרח את הבסיס לשיפוי על הנזק הכלכלי שנגרם לצדדים, אף באותם מקרים — ובהם אנו מצטמצמים במסגרת מאמר זה — ששניהם פעלו בתום-לב. אם יוצאים מתוך הנחה שלא נכרת חוזה, הרי הפתרון המוצע הוא חלוקה שווה-בשווה של ההוצאות הסבירות שהוציאו הצדדים וההתחייבויות שהתחייבו בהן באופן סביר לשם עריכת הנישואין.

חלוקה שווה זו נשענת על ההנחה שהוצאות שהוציאו הצדדים וההתחייבויות שנטלו על עצמו בקשר לעריכתם העתידה של הנישואין הוצאו ונעשו בידי שני הצדדים במשותף. הנחת שיתוף זו דומה לחוקה שבתי המשפט השתמשו בה לגבי זוגות נשואים החיים יחד בשלום ובהרמוניה.<sup>76</sup> נראה, שבעיקרון אפשר לקבלה גם לגבי זוגות המתכננים שיתוף ביניהם.<sup>77</sup> אלה אמנם טרם הספיקו לרכוש נכסים במאמץ משותף, אבל כבר הוציאו הוצאות הקשורות לשיתוף ביניהם בעתיד. הוצאות אלה נועדו לשמש ולשרת את שני הצדדים, כי מטרתם היתה קידום התכנית המשותפת, כלומר עריכת הנישואין. לפיכך דומה שיש הצדקה לחלק הוצאות אלה בין שני הצדדים שווה בשווה. אמנם ייתכן מאוד שהצדדים הסכימו שאחד הצדדים ישא בהוצאות לבדו, אך כיוון שההוצאה שימשה את שני הצדדים, אין פירוש הדבר אלא שאותו צד התכוון לתת מתנה לצד השני, כלומר שהוא ישא במחצית החלה על חברו. אך אותה מתנה היתה מותנית בעריכתם העתידה של הנישואין. משלא נערכו הנישואין בטלה המתנה והנותן זכאי להשבת המחצית.<sup>78</sup>

לדוגמה: גבר הזמין אולם ותזמורת ואף מסר להדפסה הזמנות — הכל לשם עריכתם העתידה של הנישואין. ברגע האחרון חזרה בה האשה מהסכמתה לנישואין עקב סכסוך שפרץ בין השניים שבמהלכו הטיח בה הגבר עלבונות. לדעתו, אין צורך להזיקק לשאלה מי הפר את "החוזה" והאם היתה ההפרה מוצדקת או לא. ניתן לומר, שהגבר, בהתקשרו עם בעל האולם, עם אנשי התזמורת ועם בעל בית-הדפוס, פעל הן בשם עצמו והן כשליח של האשה. כיוון שכך, תחול הוראת סעיף 11 של חוק השליחות, תשכ"ה—1965, לפיה "השולח חייב לשפות את השליח על ההוצאות הסבירות שהוציא ועל ההתחייבויות שהתחייב בהן באופן סביר עקב השליחות". כיוון שהשליחות מצטמצמת בהיקפה וכיוון שהגבר פעל גם למענה, ממילא יצטמצם השיפוי למחצית ההוצאות וההתחייבויות. אבל גם אם נאמר שהגבר פעל רק למען עצמו, כיוון שביחסים בינו ובין האשה הסכים ליטול על עצמו בלבד את ההוצאות, אין לפרש זאת, כאמור, אלא כמתנה

76 על חוקת השיתוף ראה לאחרונה: ע"א 630/79 ליברמן נ' ליברמן, פ"ד לה(4) 359 והתקדימים המובאים שם.

77 החלת ההוראות לגבי יחסי ממון בין בני זוג, בחלוקת הרכוש בין צדדים שביטלו את השידוכין ביניהם, אנו מוצאים בבריטניה ב-Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act, 1976.

78 ראה המובא ליד הערות 25—26 לעיל.

על-תנאי. לשון אחרת: ביחסים בין האיש לצד ג', הגבר אחראי באופן בלעדי. ביחסים בין האשה והאיש, תקום חובת השבה עקב התבטלות התנאי המביאה לביטול המתנה. שאלה זו תלויה במידה רבה בהערכת כוונת הצדדים כפי שהיא משתקפת בנסיבות העניין המסוים ובשיקול דעתו של בית המשפט. אין זה מן הנמנע שבמקרים שבהם לא ייראה צודק בעיני בית המשפט שאדם שחזר בו מהבטחת נישואין יוכל לדרוש השתתפות כספית מבן-הזוג על נזקיו, יעניק אולי בית המשפט ל"תנאי" המזכה בהשבה משמעות מגבילה יותר. כלומר יוציא מתחולתו מקרים שבהם התובע היה אחראי בעצמו לאי עריכת הנישואין.

### ו. סיכום

יש להחזיר לתקופת החיזור בין גבר לאשה את התפקיד שנועד לה, כלומר היכרות אינטימית שבמהלכה עליהם לשקול ולהחליט אם להתקשר זה לזו אם לאו. חשוב ביותר להחזיר את ההכרה שהצדדים הם בני-חורין לחזור בהם, ולבטל תכנית-נישואין, אם לבם אינו שלם עם ההחלטה הגורלית של בחירת בן-הזוג. הבטחות, יחסי מין והכנות כלכליות ונפשיות אסור שישפיעו על מי ששוקל מחדש את כוונתו הקודמת להינשא לבן-זוג מסוים.

גישה זו איננה הזמנה לרמאים ולנוכלים, משום שתביעות בגין תרמית ניתן להגיש במסגרת דיני הנויקין. עם ביטול התביעה החוזית ניתן לחדד את ההבחנה בין מקרה של אדם שפעל בתום-לב ובין מקרה של אדם שפעל בזדון. אף הדרך להשבת מתנות איננה נחסמת על-ידי ביטול התביעה החוזית. ואולם, ההצדקה המקובלת להכרה בהבטחת נישואין כחווה מחייב היא, שאין לשלול מאדם (קרי, למעשה, אשה) סעד משפטי לאחר שנפגע קשה מהפרת ההבטחה. דומני שיש בטענה זו לא מעט מן ההתחסדות. אכן, אין ספק שאשה כזאת עשויה להיפגע קשות, מבחינה רגשית ונפשית, מכך שנכזבה תחלתה להינשא לאהובה. אין כל ספק שהפיצוי הכספי הצנוע הניתן כיום בבית המשפט בגין הפרת הבטחת נישואין איננו מפצה את הנערה על אכזבתה ומפח נפשה. ייתכן שנערה כזאת מוצאת בתביעתה פורקן לרגשות של נקמה, מרירות, קנאה ושנאה שהצטברו בלבה עקב הפרת ההבטחה, שהרי בעצם הקביעה שאדם הפר הבטחת נישואין טמונה הבעת מורת רוח וגינוי מוסרי על התנהגותו. אך בכך אני מוצא את עיקר הנזק מבחינת האינטרס החיוני הנראה בעיני עדיף, והוא הופש הנישואין. המשפט איננו חברת ביטוח לאהבה נכזבת, והסיכון שאדם יחזור בו מהבטחתו צריך להיות סיכון מתושב מראש. בסיכון זה, כפי שראינו, צריכים לשאת שני הצדדים במידה שווה.

ואולי אפשר להביא הקבלה מהתפתחויות משפטיות לגבי מוסד הנישואין עצמו. כיום המגמה בעולם המערבי היא שאין להכביד על פירוק קשר הנישואין, וזאת ללא קשר לשאלת ה"אשמה", אם בפועל נכשלו ללא תקנה חיי הנישואין של בני הזוג<sup>79</sup>. מגמה זו מוצאת בעקיפין את ביטויה במשפטנו, למשל, בקביעה שאין לפסול הבטחת נישואין כבלתי-חוקית, הגם שנותנה הוא אדם גשוי, אם נישואיו כבר היו מעוררים

79 ראה המקורות המובאים בהערה 66 לעיל.

מיסודם<sup>80</sup>. אכן, הזכויות הכלכליות של הצדדים נשמרות מתוך שאיפה עקרונית להגיע להשוואה רכושית בין בני הזוג<sup>81</sup>. עם זאת לא מקובלת תביעה על הפגיעה הרגשית הנגרמת לאחד הצדדים מפני שהצד האחר זנח אותו. אם בנישואין כך, בשלב שבו הצדדים עדיין אינם נשואים, על אחת כמה וכמה<sup>82</sup>.

נותרה השאלה אם, למרות השיקולים דלעיל, אין מקום לפצות אדם על הנזקים הכלכליים שסבל מהם. כאן יש לחזור ולהדגיש שמנוק כלכלי עשוי לסבול גם הצד שהחליט לחזור בו. נראה לי, שיש לנתק את שאלת הנזק משאלת ה"אשמה", לא רק משום שקביעת אשמה היא בעייתית כשלעצמה, אלא גם משום שהיא במובלע מייחסת אחריות מוסרית שלילית לאדם המבקש לחזור בו מהבטחת נישואין. הפתרון המוצע הוא חלוקת הנזקים הממשיים שווה בשווה בין הצדדים, ובלבד כמובן שאיש מהם לא פעל במרמה.

אולם ספק אם ניתן לחולל מהפיכה בתחום זה. מטעמים שונים שכבר הוזכרו עדיף, אולי, להתקדם כהדרגה לקראת הפתרון הרצוי. בשלב ראשון, מוצע לעשות שימוש יעיל יותר באפשרות שלא לייחס לצדדים, בנסיבות מהאימות, כוונה ליצור יחסים משפטיים. אף אם ניתן להניח שזו היתה כוונתם, מוצע לצמצם את הפיצוי לנזקים הממשיים בלבד. דבר זה ניתן להיעשות או מכוח הפעלת שיקול דעתו של בית המשפט בפיצוי כל זקק לא-ממוני<sup>83</sup>, או כפועל-יוצא של ראיית התווה כמסוכל עקב השינוי שחל ברגשותיו של המפר. בשלב נוסף של התפתחות הפסיקה ניתן ללכת בדרכים האחרות שכבר הוצעו, שהעיקרית שבהן היא שלילת האופי החוזי של ההתקשרות, שתוכנה האמיתי הוא עניין לרגש ולא לתווה.

80 ראה בעניין זה מאמרי "Marriage & Cohabitation in Israeli Law" 16 *Isr. L. Rev.* (1981) 439.

81 עקרון השוויון בין בני זוג בכל הנוגע ליחסי ממון מוצא את ביטויו בהסדר "איזון המשאבים" לפי חוק יחסי ממון בין בני זוג, תשל"ג-1973. בנסיבות מיוחדות אמנם רשאי בית המשפט, לפי שיקול דעתו, לסטות מעקרון השוויון (סעיף 8 לחוק הנ"ל). אך כוחו של בית המשפט להביא בחשבון שיקולים לא-כלכליים הנוצעים בהתנהגותם של בני הזוג נראה מצומצם למדי. ראה את הדיון ההשוואתי בנושא זה אצל Gray, *Reallocation of Property on Divorce* (Cambridge, 1977) 203-277.

82 השווה דעת המיעוט של השופט אוטר (Utter) בפרשת *Stanard v. Bolin* (1977) 88 Wash. 2d 614.

83 חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970, סעיף 13, וראה, למשל, המ' 656/76 תאיק ב' כפיה (לעיל, הערה 19).