

# האם בגידה היא עוולה אזרחית? עיון מחדש בגבולות האחריות הנזיקית.

## מבוא.

בגידה, אחריות אזרחית וגבולות דיני הנזיקין: על האפשרות של עוולה יחסית ללא נזק מדיד

### 1. הבעיה המשותקת של דיני הנזיקין המודרניים

דיני הנזיקין בני זמננו מציגים עצמם כמשפט של נזק. כמעט כל טקסט מבואי בתחום יגדיר tort כ"עוולה הגורמת, harm" כפגיעה באינטרס מוכר, כמעשה או מחדל שמולידים liability עקב injury. ההרטוריקה הדוקטרינרית, האקדמית והפדגוגית כאחד נטועה בהנחה זו: אחריות אזרחית קמה מקום שבו ניתן להצביע על נזק מדיד.

אלא שתיאור זה — אף שהוא אינטואיטיבי ומושרש — איננו ממצה את מבנה האחריות בדין הקיים, ואף איננו מתחייב מבחינה מושגית. המשפט הפרטי מכיר בשורה של מצבים שבהם עצם הפרת חובה משפטית מצדיקה סעד, גם בהיעדר נזק כמותי ברור. פיצויים נומינליים, סעד הצהרתי, השבה בגין הפרת חובת אמונים, ופיצויים סטטוטוריים — כולם מעידים כי המוקד אינו בהכרח הנזק, אלא ההפרה.

הפער בין התיאור העצמי של דיני הנזיקין לבין מבנם בפועל כמעט ואינו נדון במישרין. הוא מתגלה רק כאשר נבחנת פגיעה שאינה מתיישבת בנוחות עם מודל הנזק. בגידה בין בני זוג היא דוגמה חדה במיוחד למקרה כזה.

מעטים המעשים המעוררים תגובה חברתית כה עזה כמו בגידה. היא נתפסת כהפרת אמון עמוקה, כפגיעה בליבת הקשר הזוגי, כערעור של זהות משפחתית ולעיתים אף כאירוע טראומטי. היא עשויה לגרום כאב רגשי כבד, תחושת השפלה ואובדן ביטחון. ואף על פי כן — במרבית שיטות המשפט המערביות אין היא מהווה עוולה אזרחית עצמאית.

המשפט מכיר בבגידה כעובדה רלוונטית להליכי גירושין (בעבר יותר, כיום פחות); הוא מכיר בה לעיתים בהקשר דתי; הוא עשוי להביאה בחשבון בשיקולים רכושיים מסוימים; אך הוא נמנע כמעט בעקביות מלהכיר בה כהפרת חובה אזרחית המזכה בסעד.

מדוע?

התשובה המקובלת היא ליברלית: המשפט אינו אמור להתערב באינטימיות; אין זה תפקידו לאכוף מוסר מיני; אחריות בגין בגידה תוביל לתביעות נקמניות ולפגיעה בפרטיות.

תשובות אלו אינן חסרות משקל. אך הן מניחות הנחת יסוד מוקדמת: שבגידה היא לכל היותר פגיעה מוסרית או רגשית — לא פגיעה משפטית.

מאמר זה מבקש לערער על הנחה זו.

השאלה אינה האם בגידה ראויה לגינוי.

השאלה היא האם הפרת התחייבות מוסדית שהמשפט עצמו מכיר בה יכולה להוות חסרת משמעות אזרחית לחלוטין.

אם דיני הנזיקין מבוססים על אחריות בגין הפרת חובה — ולא רק על פיצוי נזק — הרי ששלילת עילת תביעה בגין בגידה אינה מתחייבת מבחינה מושגית. היא תוצאה של הכרעה נורמטיבית בדבר גבולות ההתערבות המשפטית באינטימיות.

המאמר מציע אפוא לבחון מחדש את הזיהוי האינטואיטיבי בין tort לבין harm ולהציע קטגוריה תיאורטית שלישית — Relational Civil Wrong: עוולה יחסית מוסדית, שבה עצם הפרת חובת נאמנות הנובעת מקשר משפטי מוכר עשויה להצדיק אחריות אזרחית מצומצמת, גם בהיעדר נזק מדיד.

## 2. בין Harm ל-Wrong-הכשל במודל הדומיננטי

השיח העכשווי בדיני הנזיקין נע בין שלוש תיאוריות מרכזיות: ניתוח כלכלי, צדק מתקן ותיאוריית Civil Recourse. אף שהן שונות זו מזו, שלושתן מקבלות — במידה משתנה — את הזיקה בין עוולה לבין פגיעה.

הניתוח הכלכלי רואה בדיני הנזיקין מנגנון להרתעה ולהקצאת סיכונים harm. הוא המשתנה המרכזי בחישוב היעילות. תורת הצדק המתקן, המזוהה עם ארנסט ויינריב, מדגישה פגיעה בזכות, אך גם בה יש בדרך כלל התייחסות לפגיעה קונקרטיית באינטרס. תיאוריית Civil Recourse מדגישה את זכותו של הנפגע לדרוש חשבון בגין הפרת חובה משפטית.

ואולם, מבט מדוקדק מגלה כי אף אחת מן התיאוריות הללו אינה קובעת כי נזק מדיד הוא תנאי מושגי הכרחי לאחריות. גם לפי ויינריב, המוקד הוא בהפרת זכות, לא בכימותה; גם לפי גולדברג וזיפורסקי, העיקר הוא בהפרת חובה משפטית המזכה את הנפגע ב-recursive authority לפעול נגד המפר.

המשפט האמריקאי עצמו מכיר במקרים רבים שבהם עצם ההפרה מצדיקה סעד:

- פיצויים נומינליים בגין הפרת זכות חוקתית גם ללא נזק מוכח;
  - פיצויים סטטוטוריים בדיני זכויות יוצרים גם ללא הוכחת הפסד בפועל;
  - השבה בגין הפרת חובת אמונים של נושא משרה גם בהיעדר הפסד כספי לחברה;
  - עוולות מסוימות בדיני קניין (כגון trespass) שאינן דורשות הוכחת נזק כיסוד מהותי.
- כל אלה מלמדים כי המודל של damage-based tort איננו בלעדי. הוא דומיננטי רטורית, אך אינו ממצה את המרחב הדוקטרינרי.

בגישה חושפת את הסתירה: אם הפרת חובת אמונים של דירקטור מצדיקה אחריות גם ללא נזק מדיד, מדוע הפרת חובת נאמנות במסגרת קשר נישואין — שהוא מוסד משפטי מוכר — אינה יכולה להקים אחריות כלשהי? הקושי אינו מושגי; הוא ערכי.

## 3. מוסד הנישואין כקשר יוצר חובות

המשפט המודרני, גם בשיטות ליברליות, אינו רואה בנישואין עניין פרטי גרידא. הוא מכיר בהם כמעמד משפטי (status) היוצר זכויות וחובות הדדיות: חובות מזונות, זכויות ירושה, שיתוף רכוש, אחריות הורית, חובות גילוי ועוד.

בארצות הברית, בפסיקה חוקתית עכשווית, הודגש שוב ושוב כי נישואין הם "institution" בעל משמעות ציבורית עמוקה, המעניק למשתתפיו לא רק חירות אלא גם מסגרת מחייבת. באנגליה, אף לאחר הנהגת No-Fault Divorce הנישואין נותרו מסגרת משפטית ייחודית בעלת השלכות סטטוטוריות משמעותיות. בישראל, הדין הדתי ממשיך להעניק לנאמנות הזוגית משמעות נורמטיבית וכלכלית.

בשלוש השיטות אין מחלוקת כי הנישואין הם קשר מוסדי מוכר.

אם כך, מתעוררת השאלה: האם חובת הנאמנות — שהיא ליבת הציפייה החברתית והמשפטית מהנישואין — היא חובה מוסרית בלבד, או חובה מוסדית שהמשפט מכיר בקיומה אך בוחר שלא לאוכפה נזיקית?

המאמר טוען כי מדובר בחובה מוסדית. עצם העובדה שבגישה עשויה להשפיע על זכויות רכושיות או על מעמד במסגרת דיני משפחה מלמדת כי אין מדובר בנורמה חברתית בלבד.

הפער אפוא אינו בין חובה לבין היעדרה; הוא בין הכרה בחובה לבין שלילת סעד אזרחי בגין הפרתה.

#### 4. המהפך הליברלי והשלכותיו

אין להתעלם מן ההיסטוריה. עוולות ה — Heart Balm ובראשן Alienation of Affection ו- Criminal Conversation נשאו מטען פטריארכלי ברור. הן שיקפו תפיסה של נישואין כזכות קניינית של הבעל. ביטולן במחצית הראשונה של המאה העשרים היה חלק מתהליך רחב של ליברליזציה, דה-מוסריזציה והגנה על אוטונומיה אישית.

אולם חשוב להבחין בין שני סוגי טיעונים :

1. הטיעון ההיסטורי: העוולות הישנות היו פגומות מוסרית ופטריארכליות.
2. הטיעון המושגי: בגידה אינה יכולה, מעצם טבעה, להוות עוולה אזרחית.

רוב השיח המשפטי התמקד בראשון. המאמר הנוכחי מתמקד בשני.

ביטול עוולות ה Heart Balm אינו מוכיח כי אין אינטרס משפטי בקשר הנישואין. הוא מוכיח כי המודל הקודם היה בלתי ראוי.

השאלה הפתוחה היא האם ניתן לנסח מודל אחר — שאינו קנייני, שאינו פטריארכלי, שאינו עונשי — אך מכיר בהפרת נאמנות מוסדית כהפרת חובה משפטית.

#### 5. הצעת המסגרת Relational Civil Wrong :

על רקע זה מוצעת קטגוריה שלישית בדיני הנזיקין: **עוולה יחסית מוסדית (Relational Civil Wrong)**

קטגוריה זו מתאפיינת בכך שהאינטרס המוגן אינו רכושי או גופני, אלא מוסדי-יחסי; וההפרה אינה נמדדת לפי גובה הנזק אלא לפי עצם הפרת התחייבות הנובעת מקשר משפטי מוכר.

העוולה תקום רק כאשר מתקיימים תנאים מצטברים :

- א. קיומו של קשר מוסדי מוכר משפטית (נישואין, איחוד אזרחי וכו');;
- ב. קיומה של חובת נאמנות מובנית במסגרת הקשר;
- ג. הפרה מודעת ומהותית של חובה זו;
- ד. סעד מצומצם וסמלי שאינו מבוסס על כימות סבל רגשי.

הסעד אינו נועד לפצות על כאב נפשי ואינו מטיל ענישה. מטרתו הכרה בהפרה ובאחריות.

במובן זה, הדגש הוא על accountability ולא על compensation.

#### 6. הכלל הנורמטיבי הרחב

מן הניתוח עולה כלל רחב יותר, החורג מעבר למקרה הבגידה :

כאשר שיטת משפט מכירה בקשר מוסדי כיוצר חובות נאמנות מובנות, שלילת סעד אזרחי בגין הפרתן אינה מתחייבת מדיני הנזיקין עצמם, אלא משקפת הכרעה מדיניותית הדורשת הצדקה.

הכרה בעוולה יחסית אינה סותרת ליברליזם מודרני, כל עוד היא מצומצמת, מידתית ואינה ענישתית.

#### 7. מבנה המאמר

המאמר יתקדם בארבעה שלבים :

- א. ניתוח השוואתי של הדין האמריקאי, הישראלי והאנגלי והבסיס המדיניותי לשלילת העוולה;
- ב. בחינה ביקורתית של מודל הנזק בדיני הנזיקין המודרניים;
- ג. פיתוח מפורט של מנגנון העוולה היחסית והגנותיו;

ד. בחינה חוקתית וליברלית של ההצעה והצבת כלל אוניברסלי.

בגידה אינה ליבת הדין. היא מקרה מבחן לחשיפת גבולות דיני הנזיקין.

אם המשפט האזרחי מבוסס על אחריות בגין הפרת חובה — ולא רק על פיצוי נזק — אין לשלול מראש אפשרות של עוולה יחסית במסגרת קשר מוסדי מוכר.

## פרק ראשון

### ארצות הברית Heart Balm, Harm Theory: והגבולות הדוקטרינריים של אחריות אזרחית באינטימיות.

#### 1. ארצות הברית כזירת מבחן מכרעת

המשפט האמריקאי מספק את הזירה המרכזית לבחינת שאלת הבגידה כעוולה נזיקית. לא רק משום שעוולות ה-Heart Balm התפתחו בו והגיעו בו לשיאן, ולא רק משום שבוטלו כמעט לחלוטין במהלך המאה העשרים — אלא משום שהשיח האמריקאי עיצב את ההבנה המודרנית של דיני הנזיקין כמשפט של harm.

הרטוריקה הדומיננטית בדין ובאקדמיה האמריקאיים מזהה עם tort. injury בתי משפט, ספרי לימוד ותיאוריות כלכליות כאחד מציגים את דיני הנזיקין כמנגנון לפיצוי נזק ולהרתעה. אם כן, אם יתברר כי שלילת עוולת הבגידה אינה מתחייבת ממבנה דיני הנזיקין עצמם, אלא משיקולי מדיניות ליברלית חיצוניים, הרי שהתשתית המושגית להצעת Relational Civil Wrong תתחזק משמעותית.

לפיכך, הפרק יבחן באופן שיטתי:

א. המבנה הדוקטרינרי של עוולות ה-Heart Balm;

ב. תהליך ביטולן והנמקותיו;

ג. קיומם של חריגים מודרניים והשלכותיהם;

ד. בחינה מעמיקה של מודל ה-harm בדיני הנזיקין האמריקאיים;

ה. ניתוח הפער בין הפרה (wrong) לבין נזק (harm) במשפט האמריקאי.

#### 2. עוולות ה-Heart Balm: הכרה היסטורית באינטרס יחסי

א. Alienation of Affection - הגנה על זכות הקשר הזוגי (Consortium) כעילה נזיקית

Alienation of Affection אפשרה לבן זוג לתבוע צד שלישי שגרם להתרחקות רגשית או לפירוק קשר הנישואין. יסודותיה הקלאסיים כללו:

- נישואין תקפים;

- קיומה של חיבה ממשית;

- התערבות מכוונת או זדונית של צד שלישי.

המוקד לא היה הפסד כספי מדיד. עצם הפגיעה ב-consortium-הזכות לחברה, חיבה ותמיכה — נחשבה לאינטרס משפטי מוגן.

מבנית, זוהי עוולה שאינה מבוססת על quantifiable harm אלא על פגיעה במערכת יחסים.

ב. עצם קיום יחסי מין עם בן או בת זוג נשואים כעוולה אזרחית – Criminal Conversation

Criminal Conversation התמקדה בעצם קיום יחסי מין עם בן/בת זוג נשוי/אה. גם כאן, לא נדרש נזק כספי.

אין ספק כי מקורותיהן של עוולות אלה היו פטריארכליים. אך מבחינה דוקטרינרית הן הכירו באינטרס מוסדי — הקשר הנישואי — כבסיס לאחריות אזרחית.

זוהי נקודה קריטית: דיני הנזיקין האמריקאיים הכירו היסטורית בעוולה יחסית שאינה תלויה בהוכחת נזק ממוני.

### 3. גל הביטול: מהפכה ערכית ולא דוקטרינרית

במהלך שנות ה-30 ואילך, מדינות רבות ביטלו את עוולות ה-Heart Balm-בחקיקה. הנימוקים העיקריים היו:

- חשש מתביעות נקמניות וסחטנות;
- פגיעה בפרטיות אינטימית;
- שינוי בתפיסת האוטונומיה והחירות המינית;
- דחיית התפיסה הקניינית של נישואין.

מה שלא נאמר הוא לא פחות חשוב:

לא נטען כי דיני הנזיקין מחייבים הוכחת נזק כספי כתנאי מושגי; לא נטען כי אין אינטרס משפטי בקשר הנישואין; לא נטען כי הפרת נאמנות אינה יכולה עקרונית להוות wrong.

הביטול היה הכרעה מדיניתית-ליברלית. הוא לא שינה את יסודות דיני הנזיקין.

### 4. החריגים המדינתיים: שונות כראיה שלילית

מספר מדינות — בהן North Carolina ו-Mississippi — ממשיכות להכיר ב-Alienation of Affection, אם כי בהיקף מצומצם.

קיומן של מדינות אלה מלמד:

- אין מניעה חוקתית פדרלית גורפת;
- אין מחסום מושגי בדיני הנזיקין;
- המחלוקת היא ערכית.

אם מודל harm היה תנאי מושגי קשיח, שונות מדינתית כה מובהקת לא הייתה אפשרית.

### 5. ה' Restatement (Second) of Torts דוקטרינת הנזק (Harm Doctrine) בדיני הנזיקין

א. Restatement (Second)

ה Restatement (Second) of Torts מגדיר tort כ-civil wrong-אין בו דרישה כללית ל-pecuniary loss כתנאי בל יעבור.

ב. Restatement (Third)

ה Restatement (Third) מארגן את התחום סביב duty, breach, causation ו-harm. אך גם במסגרתו:

- Trespass אינו דורש נזק מוכח;
- Intentional torts מאפשרות nominal damages;
- Constitutional violations מזכות בפיצוי סמלי.

ה Restatement-אינו יוצר מודל harm-exclusive.

## **6. Corrective Justice: violation precedes damage**

(לפי Corrective Justice ויינריב), אחריות נובעת מהפרת זכות קורלטיבית לחובה. הנזק מבטא את ההפרה, אך אינו מקור האחריות.

אם הנישואין הם מוסד משפטי יוצר חובות, ואם נאמנות היא חלק מובנה ממנו, הרי שהפרתה עשויה להיחשב violation of a correlative right.

השאלה אינה כימות הסבל; השאלה היא קיומה של זכות מוסדית.

מודל Corrective Justice אינו שולל עוולה יחסית.

## **7. Civil Recourse: authority to call to account**

על פי תיאוריית ה-Civil Recourse, עיקרם של דיני הנזיקין הוא בהענקת סמכות לנפגע לזמן את המפר לתת דין וחשבון בגין הפרת חובה משפטית, גם מעבר לשאלת היקף הנזק שנגרם. שלילת עילת תביעה בגין בגידה שוללת מהנפגע את ה-recourse authority, בעוד שבתחומים אחרים — כגון fiduciary law המשפט מכיר בה.

הפער כאן איננו דוקטרינרי; הוא מדיניות.

## **8. דיני חובת האמונים (Fiduciary Law) כהשוואה מבנית לאחריות בגין הפרת נאמנות מוסדית**

בדיני תאגידיים, הפרת duty of loyalty מצד דירקטור מצדיקה disgorgement גם ללא הוכחת הפסד כספי.

הדגש הוא נאמנות מוסדית.

נישואין הם מוסד משפטי יוצר חובות לא פחות מדירקטוריון. אם המשפט מכיר בהפרת נאמנות תאגידית כעוולה, קשה לטעון כי הפרת נאמנות זוגית אינה יכולה עקרונית להקים אחריות.

ההבדל היחיד הוא רגישות אינטימית — שיקול ערכי, לא מושגי.

## **9. הניתוח הכלכלי של דיני הנזיקין והפונקציה האקספרסיבית של האחריות האזרחית.**

הניתוח הכלכלי יתנגד לעוולה שתייצר ליטיגציה רגשית יקרה.

אך המודל המוצע כאן הוא מצומצם וסמלי, ללא punitive damages. יתרה מכך, המשפט ממלא גם פונקציה אקספרסיבית: הכרה בהפרה עשויה לחזק מוסדות.

הכלכלה אינה שוללת עוולה יחסית; היא מחייבת עיצוב זהיר.

## **10. המתח החוקתי באינטימיות המוסדית Lawrence, Obergefell: וגבולות ההתערבות הנזיקית**

Lawrence ביטל הפללה של אינטימיות בהסכמה. Obergefell הדגיש את מרכזיות מוסד הנישואין כסטטוס משפטי.

העוולה המוצעת אינה פלילית ואינה אוסרת התנהגות. היא מכירה באחריות אזרחית מצומצמת בגין הפרת התחייבות מוסדית רצונית.

אין בכך פגיעה הדורשת strict scrutiny לכל היותר נדרש — rational basis והגנה על שלמות מוסדית של קשרים מוכרים היא תכלית לגיטימית.

## **11. הסינתזה האמריקאית**

לאחר העמקה היסטורית, דוקטרינרית ותיאורטית מתגלה המסקנה הבאה:

א. דיני הנזיקין האמריקאים הכירו בעבר בעוולה יחסית שאינה מבוססת על כימות harm.

ב. ביטול עוולות ה-Heart Balm נעשה מטעמי מדיניות ליברלית, לא מכוח הכרח מושגי של מודל הנזק.

ג. גם כיום מכיר הדין האמריקאי באחריות בגין הפרת חובה ללא נזק מדיד בתחומים אחרים.

ד. שלילת עוולת הבגידה היא הכרעה ערכית בדבר גבולות ההתערבות באינטימיות — לא מסקנה דוקטרינרית מתחייבת.

מכאן שהמשפט האמריקאי אינו מציב מחסום מושגי בפני עיצוב עוולה יחסית מצומצמת המבוססת על הפרת חובת נאמנות מוסדית.

האתגר איננו מושגי. הוא נורמטיבי.

וזהו בדיוק השלב שבו הדין יעבור לבחינת המשפט הישראלי — המציע מודל מורכב של הכרה בחובה מוסדית לצד שלילת סעד נזיקי.

## פרק שני

### ישראל: הכרה בחובה מוסדית, שלילת עוולה נזיקית והפער המבני שביניהן.

#### ישראל כמקרה ביניים תיאורטי

אם הדין האמריקאי מגלם נסיגה היסטורית מעוולות בגידה מטעמים ליברליים, והדין האנגלי מגלם דה־מוסריזציה כמעט מלאה של מוסד הנישואין, הרי שהמשפט הישראלי מציג תופעה מורכבת בהרבה: מערכת משפטית דו־שכבתית שבה החובה המוסדית לנאמנות מוכרת במפורש במסגרת הדין הדתי, אך שלילת עוולה נזיקית אזרחית נעשית במישור האזרחי.

המשפט הישראלי אינו מכחיש את קיומה של חובת נאמנות זוגית. הוא שולל את הפיכתה לעוולה נזיקית עצמאית.

הפער הזה הוא תיאורטית משמעותי ביותר.

ישראל, בהיותה שיטת משפט שבה דיני הנישואין והגירושין של יהודים מצויים בסמכות בלעדית של בתי הדין הרבניים, מאפשרת לבחון בצורה חדה את השאלה: האם שלילת עוולה נזיקית משקפת היעדר חובה — או הכרעה בדבר סוג הסעד?

הטענה בפרק זה היא כי המשפט הישראלי מכיר בקיומה של חובה מוסדית לנאמנות, אך בוחר שלא להצמיד לה מנגנון נזיקי. מדובר בהכרעה מבנית־מדינית, לא בהכרח מושגי בדיני הנזיקין.

#### 2. ע"א 8489/12: שלילת עוולה נגד צד שלישי

פסק הדין המרכזי הוא ע"א 8489/12 (בית המשפט העליון, 2014), שבו נדחתה תביעה נזיקית נגד צד שלישי בטענה כי ניהל קשר עם אישה נשואה וגרם לפירוק הנישואין.

בית המשפט העליון קבע מספר עקרונות יסוד:

א. אין להכיר בעוולה עצמאית של "פגיעה בנישואין" בדין הישראלי;

ב. החייאת מודלים דומים ל Heart Balm-אינה מתיישבת עם תפיסת האוטונומיה המודרנית;

ג. קשר זוגי מבוסס על רצון חופשי;

ד. אין זה מתפקידו של המשפט האזרחי לאכוף נאמנות זוגית באמצעות דיני הנזיקין.

חשוב להבחין במדויק במה שנקבע — ובמה שלא נקבע.

הפסיקה עסקה בתביעה נגד צד שלישי. היא לא הכריעה באופן מפורש בשאלת אחריות בין בני הזוג עצמם.

יתרה מכך, הנימוקים שניתנו היו נימוקים מדיניותיים־ערכיים: אוטונומיה, פרטיות, חשש מהצפת תביעות. לא נקבע כי דיני הנזיקין מחייבים הוכחת נזק כספי מדיד כתנאי מושגי.

בית המשפט לא אמר כי אין חובה מוסדית לנאמנות. הוא אמר כי אין מקום לעוולה נזיקית.

הבחנה זו קריטית.

### 3. חובת הנאמנות בדין הדתי: הכרה מוסדית מובהקת

המערכת הישראלית ייחודית בכך שהנישואין של יהודים מצויים בסמכות שיפוט בלעדית של בתי הדין הרבניים מכוח חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג-1953.

במסגרת זו:

- בגידה עשויה לשלול זכאות לכתובה;
- בגידה עשויה לשלול מזונות;
- בגידה עשויה להשפיע על מעמד הלכתי ועל תוצאות כלכליות.

אין מדובר בהערכה מוסרית גרידא. מדובר בסנקציות משפטיות בעלות השלכות כלכליות.

המשמעות התיאורטית ברורה: הנאמנות הזוגית מוכרת כחובה מוסדית בעלת תוקף משפטי.

גם אם מקור החובה בדין הדתי, הרי שהיא חלק אינטגרלי מן המשטר המשפטי הישראלי. בתי הדין הרבניים הם ערכאות מדינה.

מכאן שהמשפט הישראלי אינו אדיש לנאמנות. הוא מעניק לה משמעות נורמטיבית.

הפער אפוא אינו בין חובה לבין היעדרה — אלא בין חובה לבין סעד נזיקי.

### 4. דיני הנזיקין הכלליים בישראל: מודל מבוסס הפרה

דיני הנזיקין הישראליים, המעוגנים בפקודת הנזיקין [נוסח חדש], אינם מבוססים אך ורק על נזק כספי. הם מכירים בעולות מכוונות, בפגיעה בפרטיות, בלשון הרע — תחומים שבהם נזק ממוני אינו יסוד בלעדי.

המשפט הישראלי אף מכיר בפיצוי ללא הוכחת נזק בלשון הרע ובפגיעה בפרטיות.

כלומר, גם בדין הישראלי אין מודל harm קשיח.

אם כך, שלילת עוולה נזיקית בגין בגידה אינה נובעת ממבנה פקודת הנזיקין עצמו.

### 5. חוק יחסי ממון והדחקת האשם

חוק יחסי ממון בין בני זוג, תשל"ג-1973, מבוסס על מנגנון איזון משאבים שאינו תלוי באשם.

בית המשפט העליון הדגיש בפסיקה עקבית כי בגידה כשלעצמה אינה מצדיקה סטייה מהאיזון השוויוני.

אלא שגם כאן חשוב לדייק: הפסיקה אינה מכחישה את קיומה של חובה מוסדית. היא מבקשת למנוע החזרת יסוד האשמה למנגנון החלוקה הרכושית.

שלילת השפעת הבגידה על איזון המשאבים היא הכרעה מדיניותית בדיני משפחה — לא הצהרה מושגית בדיני הנזיקין.

### 6. חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו והזכות לאוטונומיה

בדומה לשיח האמריקאי, גם בישראל מוכרת הזכות לאוטונומיה אישית מכוח חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

ניתן לטעון כי הכרה בעוולה בגין בגידה עלולה לפגוע באוטונומיה מינית.

אך יש להבחין:

- המשפט אינו אוסר בגידה;
- הוא אינו מטיל סנקציה פלילית;
- הוא אינו מונע פירוק קשר.

הכרה באחריות אזרחית מצומצמת בגין הפרת התחייבות מוסדית אינה שקולה לכפיית מוסר. בדומה לדיני חוזים, הכרה באחריות מכבדת את האוטונומיה בכך שהיא נותנת תוקף להתחייבות רצונית.

## **7. הפער המבני בישראל**

לאחר העמקה זו מתגלה מבנה ייחודי:

- א. המשפט הישראלי מכיר בנישואין כמוסד יוצר חובות.
- ב. הנאמנות מוכרת כחובה בעלת משמעות משפטית בדין הדתי.
- ג. דיני הנזיקין מכירים באחריות בגין הפרת חובה גם ללא נזק מדיד בתחומים אחרים.
- ד. ובכל זאת — אין עוולה נזיקית בגין בגידה.

זהו פער מבני.

שלילת הסעד אינה שקולה לשלילת החובה. היא הכרעה בדבר תחום ההתערבות האזרחית.

## **8. המשמעות התיאורטית**

הדין הישראלי מחזק את טענת המאמר:

אין מחסום מושגי בדיני הנזיקין להכיר בעוולה יחסית. השלילה נובעת משיקולים ערכיים מדיניותיים.

דווקא העובדה שהנאמנות מוכרת בדין הדתי אך לא בדין האזרחי מדגישה את האפשרות העקרונית להכיר באחריות מבלי לשוב למודל פטריארכלי.

המערכת הישראלית מדגימה כי ניתן להכיר בחובה מוסדית גם כאשר נמנעים מהצמדת סעד נזיקי — ומכאן שניתן, עקרונית, לבחור גם אחרת.

## **9. מסקנת הפרק**

המשפט הישראלי אינו מכחיש את קיומה של חובת נאמנות מוסדית. הוא שולל עוולה נזיקית בגין הפרתה מטעמי מדיניות ואיזון מוסדי.

המשמעות היא כי גם בישראל שלילת עוולת הבגידה אינה מתחייבת מדיני הנזיקין עצמם, אלא משיקולי מדיניות בדיני משפחה ובאיזון בין אוטונומיה לבין התערבות שיפוטית.

הדין הישראלי מצטרף אפוא לדין האמריקאי במסקנה הבאה:

היעדר עוולה אינו תוצאה של הכרח מושגי, אלא של בחירה נורמטיבית.

## **פרק שלישי**

**אנגליה: דה־מוסריזציה של הנישואין והיעלמות העוולה — בחירה מוסדית ולא הכרח דוקטרינרי**

**אנגליה כמודל ליברלי עקבי**

אם ארצות הברית מדגימה נסיגה היסטורית מעוולות בגידה מטעמים ליברליים אך תוך שימור חריגים מדינתיים, ואם ישראל מדגימה דואליות בין חובה מוסדית דתית לבין שלילת סעד נזיקי אזרחי — הרי שהמשפט האנגלי מציג קוהרנטיות ליברלית כמעט מלאה.

הדין האנגלי אינו מכיר כיום בכל עוולה אזרחית בגין בגידה. אין תביעה נגד צד שלישי, ואין עוולה בין בני הזוג עצמם. יתרה מכך, עם הנהגת גירושין ללא אשם בשנת 2022, הבגידה איבדה גם את מעמדה כעילת פירוק נדרשת.

אולם השאלה התיאורטית איננה תיאורית בלבד ("אין עוולה"). השאלה היא :

האם שלילה זו מתחייבת ממבנה דיני הנזיקין האנגליים?  
או שמא מדובר בבחירה ערכית בדבר גבולות המשפט הפרטי ביחסים אינטימיים?  
כדי לענות על כך יש לשוב להיסטוריה הדוקטרינרית.

## **2. ביטול Criminal Conversation כרפורמה מוסדית בדיני הנישואין והאחריות האזרחית**

עוולת Criminal Conversation באנגליה אפשרה לבעל לתבוע גבר שקיים יחסים עם אשתו. היא הייתה כרוכה בתפיסה קניינית של הנישואין ובהגנה על "זכות" הבעל בגופה של אשתו.

ביטולה במסגרת Matrimonial Causes Act 1857 היה חלק מרפורמה רחבה בדיני המשפחה : העברת סמכות הגירושין מבתי הדין הכנסייתיים לבתי משפט אזרחיים והפרדת ההליך האזרחי מתפיסות כנסייתיות.

חשוב להדגיש : הביטול לא נשען על טענה מושגית בדיני הנזיקין כי אין אינטרס משפטי בקשר הנישואין. הוא נשען על שינוי תפיסתי של מוסד הנישואין ועל דחיית המבנה הקנייני שלו.

המשפט האנגלי לא קבע כי הפרת נאמנות אינה wrong. הוא קבע כי אין לאכוף אותה באמצעות תביעה נזיקית.

ההבחנה הזו קריטית.

## **3. התפתחות דיני הגירושין: מהאשמה ל No-Fault**

במשך המאה העשרים נשמר מודל fault-based divorce באנגליה, שבו בגידה שימשה עילה לגירושין. אולם בהדרגה התגברה הביקורת על מודל האשמה, ונחקקו רפורמות שהרחיבו את האפשרות להתגרש על בסיס פירוק בלתי הפיך של הקשר.

השלב הסופי הושלם עם כניסתו לתוקף של Divorce, Dissolution and Separation Act 2020 (בשנת 2022), אשר ביטל למעשה את הדרישה להוכחת אשמה.

כיום, אין צורך להוכיח בגידה כדי להתגרש. די בהצהרה על פירוק בלתי הפיך.

המשמעות המוסדית עמוקה :

המשפט האנגלי אינו רואה עוד בבגידה אירוע משפטי המצדיק ייחוס אשמה. הנישואין נתפסים כמסגרת רצונית הניתנת לפירוק ללא שיפוט מוסרי.

אולם — וזה חשוב — דהי מוסריזציה בדיני המשפחה אינה שקולה לשלילת אפשרות מושגית של עוולה נזיקית.

מדובר בבחירה מדיניותית ביחס למבנה פירוק הנישואין, לא בהכרח בדיני הנזיקין.

## **4. מודל הנזק בדין האנגלי: האם הוא מחייב שלילה?**

דיני הנזיקין באנגליה אינם מבוססים באופן קשיח על נזק ממוני מדיד.

מספר דוגמאות מרכזיות :

א. Trespass

Trespass to land אינו דורש הוכחת נזק בפועל. עצם החדירה הבלתי מורשית מקימה liability.

ב. הפרת חובת סודיות (Breach of Confidence) ושימוש לרעה במידע פרטי (Misuse of Private Information)

במקרים אלו עצם הפרת החובה עשויה להצדיק סעד, גם אם הנזק הכספי אינו ברור.

ג. Breach of Fiduciary Duty

בדומה לדין האמריקאי, הפרת חובת נאמנות מוסדית מצד נאמן עשויה להצדיק סעד השבה גם בהיעדר הוכחת הפסד כספי.

מכאן שמודל harm אינו קשיח בדין האנגלי. גם כאן קיימת אחריות בגין הפרת חובה מוסדית. לפיכך, שלילת עוולה בגין בגידה אינה מתחייבת ממבנה דיני הנזיקין האנגליים.

#### 5. מעמד (Status) לעומת חוזה (Contract): השינוי התפיסתי במעמד הנישואין במשפט האנגלי

ההתפתחות האנגלית משקפת מעבר מתפיסת הנישואין כסטטוס נורמטיבי מחייב לתפיסה ליברלית יותר של נישואין כמסגרת רצונית.

עם זאת, גם במודל מודרני זה:

- הנישואין יוצרים זכויות רכושיות;
- הם משפיעים על ירושה;
- הם יוצרים חובות הדדיות מסוימות.

כלומר, הנישואין לא הפכו לחוזה רגיל בלבד; הם מוסד משפטי ייחודי.

הבחירה שלא להצמיד עוולה נזיקית להפרת נאמנות היא הכרעה בדבר גבולות ההתערבות — לא שלילה של מוסדיות הקשר.

#### 6. השוואה מבנית: אנגליה מול ארה"ב וישראל

ניתן כעת למקם את אנגליה בתוך המפה התלת-מערכתית:

שיטה	הכרה בחובת נאמנות מוסדית	עוולה נזיקית בגין בגידה	סנקציה מוסדית
ארה"ב	כן (היסטורית ומוסדית)	לרוב לא, חריגים במדינות מסוימות	מצומצמת
ישראל	כן (דתית ומוסדית)	לא	כן (כתובה, מזונות)
אנגליה	כן (היסטורית ומוסדית)	לא	לא משמעותית לאחר 2022

בשלוש השיטות, אין עוולה נזיקית עצמאית. אך אף אחת מהן אינה שוללת כי הנישואין הם מוסד יוצר חובות.

המשמעות התיאורטית: היעדר העוולה אינו משקף היעדר חובה. הוא משקף בחירה מוסדית בדבר היקף האחריות האזרחית.

#### 7. דה' מוסריזציה אינה דה' מוסדיות

טעות נפוצה היא לזהות את דה'מוסריזציה של דיני הגירושין עם דה'מוסדיות של הנישואין.

אך גם לאחר הנהגת: No-Fault Divorce

- הנישואין נשארים מוסד משפטי ייחודי;
- הם יוצרים חובות רכושיות וסטטוטוריות;
- המדינה ממשיכה להסדירם באופן מפורט.

לפיכך, השאלה איננה האם קיימת חובה מוסדית — אלא האם יש להצמיד לה מנגנון נזיקי.

המשפט האנגלי בחר שלא לעשות כן.

אך הבחירה הזו אינה מתחייבת ממבנה דיני הנזיקין.

### 8. המשמעות התיאורטית לפרויקט המאמר

הדין האנגלי מחזק את הטענה המרכזית של המאמר:

גם בשיטה ליברלית עקבית, שבה דה־מוסריזציה של דיני המשפחה הושלמה, אין מחסום מושגי בדיני הנזיקין להכיר בעוולה יחסית. שלילת העוולה היא הכרעה מדיניותית.

כלומר, בכל שלוש השיטות שנבחנו:

- קיימת הכרה מוסדית בנישואין;
- קיימות עוולות שאינן תלויות בנזק מדיד;
- ובכל זאת אין עוולה בגין בגידה.

המשותף לשלושתן הוא בחירה נורמטיבית להגביל את דיני הנזיקין בתחום האינטימיות.

זו אינה מסקנה מושגית; זו הכרעה ערכית.

ומכאן מתחדדת השאלה של הפרק הבא:

האם ניתן לעצב קטגוריה דוקטרינרית של Relational Civil Wrong שתהיה עקבית עם ליברליזם מודרני ואינה מחזירה את המשפט למוסרנות היסטורית?

## פרק רביעי

### מעבר ל: Harm-עיצוב קטגוריה של Relational Civil Wrong בדיני הנזיקין.

#### הבעיה המושגית: תפיסת הנזק (Harm) כתנאי סף מושגי לאחריות בדיני הנזיקין

השיח המודרני בדיני הנזיקין — בעיקר בארצות הברית אך גם בהשפעה בינלאומית — מזהה tort עם harm. ספרי לימוד מגדירים tort כ: "civil wrong causing injury"; בתי משפט חוזרים על ארבעת היסודות: duty, breach, causation, damages; הניתוח הכלכלי רואה בנזק את המשתנה המרכזי.

אולם הזיהוי הזה הוא רטורי יותר משהוא מושגי.

אם נבחן את המבנה הדוקטרינרי בפועל, נגלה כי:

- יש עוולות שאינן מחייבות הוכחת נזק ממוני;
- יש סנקציות שאינן מבוססות על כימות סבל;
- יש מקרים שבהם עצם ההפרה מזכה בסעד סמלי.

הבעיה, אם כן, אינה כי דיני הנזיקין אינם מאפשרים אחריות ללא נזק מדיד — אלא כי התודעה הדומיננטית מתייחסת לנזק כאל שער הכניסה המושגי הבלעדי לאחריות.

אני מכנה תופעה זו — Harm Exceptionalism תפיסה שלפיה ללא פגיעה מדידה אין עוולה.

המאמר טוען כי תפיסה זו אינה מתיישבת עם מבנה המשפט הפרטי, וכי יש להכיר בקטגוריה שלישית של אחריות: עוולה יחסית מוסדית.

### 2. מן הנזק אל ההפרה: השבת ה-Wrong-למוקד דיני הנזיקין

## א. Corrective Justice

בתורת הצדק המתקן, האחריות נובעת מהפרת זכות קורלטיבית לחובה. הנזק הוא ביטוי אמפירי להפרה, אך ההצדקה הנורמטיבית נעוצה ב-wrong.

אם הנישואין הם מוסד משפטי יוצר חובות, ואם נאמנות היא חובה מובנית במוסד זה, הרי שהפרתה עשויה להוות wrong גם אם הנזק הרגשי אינו ניתן לכימות.

ההכרה בעוולה יחסית אינה מחייבת החזרת מוסרנות; היא מחייבת הכרה בכך שהמשפט מכיר במוסדות יוצרי חובות.

## ב. Civil Recourse

לפי תיאוריית Civil Recourse, דיני הנזיקין מעניקים לנפגע authority לדרוש חשבון בגין הפרת חובה משפטית.

שליטת עילת תביעה בגין בגידה שוללת authority זה, בעוד שבתחומים אחרים — כגון fiduciary law — המשפט מכיר בו.

השאלה אינה אם הנזק גדול; השאלה היא אם ההפרה היא של חובה משפטית.

## 3. בין Relational Harm ל-Relational Wrong: על ההבחנה בין נזק יחסי לבין הפרת נאמנות מוסדית

יש להבחין בין שני מושגים:

- Relational Harm — פגיעה רגשית או מוסדית בקשר;
- Relational Wrong — הפרת חובה הנובעת מקשר מוסדי.

המאמר אינו מבקש לבסס אחריות על סבל רגשי כשלעצמו. המשפט צדק כשהסתייג מפתחת שערי תביעות בגין "שברון לב".

ההצעה כאן מבוססת על — Relational Wrong הפרת נאמנות מוסדית במסגרת קשר משפטי מוכר.

הדגש אינו על עוצמת הכאב אלא על הפרת התחייבות.

## 4. תנאי הסף של Relational Civil Wrong

כדי למנוע החלקה למוסרנות או לליטיגציה רגשית, יש לעצב את העוולה כקטגוריה מצומצמת. מוצעים ארבעה תנאי סף מצטברים:

א. קשר מוסדי מוכר משפטי

רק קשר שהמשפט מכיר בו כסטטוס יוצר חובות — נישואין, איחוד אזרחי רשום — יוכל לשמש בסיס לעוולה. לא יחסים רומנטיים לא פורמליים.

ב. חובת נאמנות מובנית

העוולה תחול רק כאשר החובה נובעת מן המוסד עצמו ולא מציפייה סובייקטיבית.

ג. הפרה מהותית ומודעת

לא כל משבר זוגי יהווה הפרה. יש לדרוש יסוד נפשי של מודעות והפרה משמעותית.

ד. סעד מצומצם ולא ענישתי

הסעד יהיה סמלי או הצהרתי. לא punitive damages, לא פיצוי על סבל רגשי כללי.

בכך נשמר איזון בין הכרה בהפרה לבין מניעת הצפה וענישה מוסרית.

## 5. הבחנה מחודשת: בין מוסר פרטי למשפט מוסדי

ההתנגדות המרכזית לעוולת בגידה נשענת על הטענה כי אין זה תפקידו של המשפט לאכוף מוסר מיני.

אך יש להבחין בין שני מצבים:

א. המשפט אוסר התנהגות משום שהיא בלתי מוסרית;

ב. המשפט מכיר באחריות בגין הפרת התחייבות מוסדית רצונית.

המודל המוצע משתייך לקטגוריה השנייה.

הוא אינו אוסר בגידה; הוא אינו מטיל סנקציה פלילית; הוא אינו כופה נאמנות. הוא מכיר בכך שכאשר אדם בוחר להיכנס למוסד משפטי היוצר חובות, הפרתן עשויה לשאת אחריות אזרחית מצומצמת.

בדומה לדיני חוזים: המשפט אינו אוסר הפרת חוזה; הוא מטיל אחריות בגין הפרה.

## 6. התמודדות עם החשש מהצפת תביעות

הטיעון בדבר floodgates חזר בכל שלוש השיטות שנבחנו.

אך ניתן להתמודד עמו באמצעות:

- הגבלת העולה לקשרים מוסדיים רשומים בלבד;

- דרישה להפרה מהותית;

- סעד סמלי בלבד;

- אפשרות למחיקה על הסף כאשר מדובר בסכסוך רגשי גרידא.

המשפט יודע להציב ספים ראייתיים ונורמטיביים גם בתחומים רגישים אחרים.

## 7. ההצדקה הנורמטיבית: שלמות מוסדית

ההכרה בעוולה יחסית נשענת על עיקרון רחב יותר:

כאשר המדינה יוצרת או מכירה במוסד משפטי יוצר חובות, שלמותו אינה עניין פרטי בלבד.

המשפט כבר מתערב במוסד הנישואין בהקשרים רכשיים, הוריים וסטטוטוריים. אין זה מוסד פרטי טהור.

הכרה מצומצמת בהפרת נאמנות כעוולה אינה החזרת משטר אשמה; היא חיזוק קוהרנטיות בין ההכרה בחובה לבין הסעד.

## 8. הכלל האוניברסלי המוצע

מן הניתוח המשווה והתיאורטי ניתן לגזור כלל רחב יותר:

כאשר שיטת משפט מכירה בקשר מוסדי יוצר חובות נאמנות מובנות, שלילת כל סעד אזרחי בגין הפרתן אינה מתחייבת מדיני הנזיקין עצמם, אלא משקפת הכרעה מדיניותית שיש להצדיקה במפורש.

המשמעות היא שהיעדר עוולה אינו "טבעי" או מושגי; הוא בחירה.

הכרה ב-Relational Civil Wrong אינה סותרת ליברליזם מודרני אם היא:

- מצומצמת;

- לא ענישתית;

- מבוססת על הפרה מוסדית ולא על מוסרנות.

9. **סינתזה נורמטיבית: מעבר ממודל הנזק למודל ההפרה המוסדית**  
בשלוש השיטות שנבחנו:

- אין עוולה נזיקית בגין בגידה ;
- אך אין מחסום מושגי בדיני הנזיקין להכיר בעוולה יחסית ;
- שלילת העוולה היא הכרעה ערכית מדיניותית.

המאמר מציע לעבור ממודל harm-exclusive למודל משולש :

1. עולות מבוססות נזק ;
2. עולות מבוססות זכות קניינית או חוקתית ;
3. עולות יחסיות מוסדיות. (Relational Civil Wrongs)

בכך נחשפת מגבלה תיאורטית בשיח הדומיננטי — ונפתח פתח לקטגוריה דוקטרינרית חדשה.

## **פרק חמישי**

### **עיצוב מנגנון Relational Civil Wrong: יסודות, הגנות, וסעד**

#### **נקודת מוצא: מה העוולה איננה**

לפני הגדרת יסודות העוולה, חשוב להבהיר מה היא איננה :

- היא איננה החייאה של Heart Balm.
- היא איננה עוולה נגד צד שלישי.
- היא איננה מנגנון פיצוי על שברון לב.
- היא איננה מנגנון ענישה מוסרית.
- היא איננה מנגנון להשפעה על חלוקת רכוש בגירושין.

היא קטגוריה דוקטרינרית מצומצמת של אחריות בגין הפרת חובה מוסדית, המבוססת על wrong ולא על quantification of emotional harm.

#### **2. הגדרה מוצעת**

Relational Civil Wrong היא עוולה אזרחית הנוצרת כאשר אדם מפר באופן מהותי ומודע חובת נאמנות מוסדית הנובעת מקשר משפטי מוכר, והפרה זו מצדיקה הכרה שיפוטית באחריות, גם בהיעדר הוכחת נזק ממוני מדיד.

#### **3. יסודות העוולה**

יסוד ראשון: קיומו של קשר מוסדי מוכר

העוולה תחול רק כאשר מתקיים קשר משפטי רשום ומוכר על פי דין :

- נישואין תקפים ;
- איחוד אזרחי רשום ;
- מסגרת סטטוטורית מקבילה.

לא יחול על קשרים לא פורמליים או "יחסי ידועים בציבור" ללא רישום ברור (אלא אם המחוקק יקבע אחרת).

הצמצום הזה נועד למנוע הרחבה בלתי נשלטת.

יסוד שני: קיומה של חובת נאמנות מובנית

יש להראות כי במסגרת המוסד המשפטי קיימת חובת נאמנות מובנית — לא ציפייה סובייקטיבית.

החובה אינה נגזרת ממוסר אישי אלא מהמבנה המשפטי של המוסד.

בכך נשמרת הבחנה בין מוסר לבין משפט.

יסוד שלישי: הפרה מהותית ומודעת

לא כל משבר או קשר רגשי חיצוני יקים עוולה.

יש לדרוש:

- מודעות לקיומה של החובה;

- פעולה מכוונת הסותרת את ליבת הנאמנות;

- הפרה שאינה שולית או טכנית.

הדגש על מהותיות מונע שימוש לרעה.

יסוד רביעי: קשר סיבתי מוסדי

אין צורך להוכיח נזק כספי או נפשי מדיד.

אך יש להראות כי ההפרה פגעה במעמד המוסדי של הקשר — למשל, גרמה לפירוקו או לשינוי יסודי במבנהו.

הדגש אינו על סבל רגשי אלא על פגיעה מוסדית.

4. סוג הסעד

קיימים כמה סוגי סעדים:

א. פיצוי סמלי (Nominal Damages)

הסעד המרכזי יהיה פיצוי סמלי, המבטא הכרה בהפרת חובה.

ב. סעד הצהרתי

בית המשפט יוכל להצהיר כי הופרה חובת נאמנות מוסדית.

ג. הוצאות ושכר טרחה

הכרה בהפרה עשויה להצדיק חיוב בהוצאות.

ד. איסור על punitive damages

כדי למנוע חזרה למוסרנות ענישתית, יש לשלול פיצויים עונשיים.

הסעד הוא הכרה ואחריות — לא ענישה.

5. הגנות אפשריות

כדי לשמור על ליברליזם מוסדי יש לעגן הגנות ברורות:

הסכמה מפורשת או משתמעת

אם בני הזוג קבעו במפורש מודל פתוח, לא תקום עוולה.

ויתור הדדי מוכח

כאשר קיימת פרקטיקה ממושכת של ויתור הדדי.

פירוד מוסדי מוכח

כאשר הקשר חדל להתקיים בפועל (separation) לפני ההפרה.

מניעות

כאשר התובע עצמו הפר הפרה מהותית דומה.

הגנות אלו מבטיחות איזון ואי הפיכת העוולה לכלי טקטי.

#### 6. נטל ההוכחה ורמת ההוכחה

נטל ההוכחה יהיה אזרחי רגיל (מאזן הסתברויות), אך בתי המשפט יידרשו לראיות ברורות להפרה מהותית.

ניתן לקבוע כי אין די בהשערות או במידע חלקי.

#### 7. הבחנה בין Wrong לבין Compensation

אחת מנקודות המפתח במנגנון המוצע היא הפרדה בין אחריות לבין פיצוי.

בדיני חוזים, לעיתים עצם ההפרה מקימה אחריות גם אם הנזק מינימלי.

בדיני fiduciary law עצם ההפרה עשויה להצדיק disgorgement.

כך גם כאן: עצם הפרת נאמנות מוסדית מצדיקה הכרה, גם אם אין פיצוי רחב.

המשפט אינו מודד כאב — הוא מזהה הפרת חובה.

#### 8. חשש מהצפת תביעות: מנגנוני בלימה

ניתן לצמצם סיכון להצפה באמצעות:

- דרישה לקשר רשום בלבד;
- סעד סמלי בלבד;
- אפשרות לסילוק על הסף כאשר מדובר בתביעה טורדנית;
- איסור על גילוי פולשני בלתי נחוץ.

ניסיון משפטי בתחומים רגישים אחרים (לשון הרע, פגיעה בפרטיות) מלמד כי בתי המשפט יודעים לאזן.

#### 9. השלכות חוקתיות

העוולה אינה פוגעת בזכות לאוטונומיה מינית:

- אין איסור התנהגותי;
- אין סנקציה פלילית;
- אין כפיית המשך קשר.

מדובר בהכרה באחריות בגין הפרת התחייבות רצונית למוסד משפטי.

בדומה לחוזה: ההפרה אינה אסורה, אך יש לה תוצאה אזרחית.

#### 10. סינתזה מוסדית

המנגנון המוצע מבקש ליישב שלושה ערכים:

- א. אוטונומיה אישית;
- ב. שלמות מוסדית של קשרים משפטיים;

ג. קוהרנטיות דוקטרינרית בדיני הנזיקין.

הוא אינו מחזיר משטר אשמה; הוא אינו מעניש; הוא אינו פותח שערי תביעות רגשיות. הוא מכיר בכך שהמשפט, כאשר הוא יוצר מוסד, אינו יכול להתעלם לחלוטין מהפרת ליבת חובותיו.

### 11. המשמעות הכללית

אם תתקבל קטגוריית Relational Civil Wrong, דיני הנזיקין יורחבו לא באמצעות הגדלת פיצויים אלא באמצעות דיוק מושגי.

המסר אינו כי בגידה "ראויה לעונש", אלא כי הפרת חובה מוסדית איננה ניטרלית משפטית. המודל מציע דרך ביניים בין אדישות מוחלטת לבין מוסרנות היסטורית.

## פרק שישי

### התנגדויות עקרוניות והתגובה להן: בין פטריארכליות, אוטונומיה וליברליזם מוסדי

#### 1. ההתנגדות הפמיניסטית: חשש מהחייאת משטר קנייני

טענת הליבה

הביקורת הפמיניסטית ההיסטורית כלפי Heart Balm הייתה מבוססת היטב: עוולות כגון Criminal Conversation שיקפו תפיסה קניינית של נשים, הגנו על "זכות הבעל", ושימשו מנגנון של שליטה מגדרית.

החשש הוא כי כל הכרה בעוולה בגין בגידה תוביל להחזרת דינמיקה פטריארכלית:

- שיטור נשיות;
- שימוש בעוולה ככלי לחץ;
- אי-שוויון כוח בין בני זוג.

זו ההתנגדות החזקה ביותר, והיא מחייבת מענה ישיר.

התגובה: ניתוק מבני מן המודל ההיסטורי

המודל המוצע שונה באופן עקרוני מ: Heart Balm-

- אין תביעה נגד צד שלישי;
- אין תפיסה קניינית של בן הזוג;
- אין הנחת בעלות על גוף;
- אין פיצויים עונשיים;
- אין הטיה מגדרית מובנית.

העוולה מבוססת על הדדיות מלאה. היא חלה באותה מידה על כל מגדר. היא מבוססת על מוסדיות ולא על שליטה.

יתרה מכך — דווקא אדישות משפטית מוחלטת כלפי הפרת נאמנות מוסדית עלולה לשקף תפיסה שלפיה התחייבויות זוגיות הן חסרות משמעות נורמטיבית.

ההצעה אינה משיבה פטריארכליות; היא משיבה קוהרנטיות.

## 2. ההתנגדות הליברלית: אין לאכוף מוסר מיני

### טענת הליבה

לפי תפיסה ליברלית קלאסית, המדינה אינה אמורה לאכוף מוסר מיני בין בגירים בהסכמה. בגידה — כך ייאמר — היא כשל מוסרי, לא עוולה משפטית.

### הבחנה קריטית: אכיפה לעומת אחריות

יש להבחין בין:

- איסור פלילי (Criminal prohibition).
- אחריות אזרחית בגין הפרת התחייבות (Civil accountability)

המודל המוצע אינו אוסר בגידה. הוא אינו קובע כי בגידה היא בלתי חוקית. הוא אינו מטיל סנקציה פלילית.

הוא מכיר בכך שכאשר אדם בוחר להיכנס למסגרת משפטית יוצר חובות — הפרתן אינה ניטרלית.

בדומה לדיני חוזים:

המדינה אינה אוסרת הפרת חוזה. אך היא מטילה אחריות בגין הפרתו.

העיקרון אינו מוסרנות; הוא כיבוד התחייבות מוסדית.

## 3. ההתנגדות האוטונומית: פגיעה בזכות לעזוב

נטען כי עוולה בגין בגידה תפגע בזכות של אדם לשנות את חייו הרגשיים.

התשובה: הזכות לעזוב נשמרת במלואה.

העוולה אינה כופה המשך קשר. היא אינה מונעת גירושין. היא אינה אוסרת פרידה.

היא מכירה בכך שהדרך שבה אדם בוחר לעזוב — תוך הפרת נאמנות מוסדית — עשויה לשאת אחריות סמלית.

החופש לבחור אינו חופש להיות חסין מאחריות אזרחית בגין הפרת התחייבות.

## 4. טיעון ה Floodgates

### החשש

בתי המשפט יוצפו בתביעות רגשיות; ההליך יהפוך לזירה לנקמה; יידרש גילוי פולשני.

### המענה המוסדי

המנגנון המוצע מציב ארבע בלימות עיקריות:

- תחולה רק על קשרים רשומים;
- הפרה מהותית בלבד;
- סעד סמלי בלבד;
- סמכות לסילוק מוקדם של תביעות טורדניות.

יתר על כן, הניסיון ההיסטורי מראה כי גם כאשר Heart Balm התקיימו, לא הייתה קריסה מערכתית רחבה — הבעיה הייתה שימוש לרעה, לא עצם הקטגוריה.

משפט מודרני יודע להציב גבולות פרוצדורליים.

#### **5. טיעון הפונקציונליות: אין תועלת מעשית**

נטען כי עוולה כזו לא תרתיע בגידה ולא תועיל חברתית.

אך תפקידה של אחריות אזרחית אינו רק הרתעה.

לדין יש פונקציה אקספרסיבית:

- הוא מגדיר נורמות מוסדיות;

- הוא משדר ערך ציבורי של התחייבות;

- הוא מחזק אמון במוסדות משפטיים.

גם פיצוי סמלי משדר משמעות נורמטיבית.

המשפט אינו רק מנגנון כלכלי; הוא מערכת נורמטיבית.

#### **6. טיעון השוויון המגדרי המודרני**

יש שיטענו כי במציאות של שוויון מגדרי ויחסים מגוונים, אין עוד משמעות לחובת נאמנות כמושג משפטי.

אולם:

- שוויון אינו שולל התחייבות;

- פלורליזם אינו מבטל מוסדות רשומים;

- מודל פתוח (open marriage) מוגן במנגנון ההסכמה.

דווקא חברה ליברלית רשאית להכיר בכך שמי שבחר במוסד רשום מקבל על עצמו חובות.

#### **7. החשש מהתערבות יתר באינטימיות**

זהו הטיעון העמוק ביותר: המשפט אינו צריך להיכנס לחדר השינה.

אך המשפט כבר נמצא שם:

- בדיני גירושין;

- בדיני אלימות במשפחה;

- בדיני מזונות;

- בדיני ירושה.

השאלה אינה האם המשפט מתערב — אלא כיצד.

המודל המוצע מתערב מינימלית: הוא מכיר בהפרת חובה מבלי לשפוט מוסרית את אורח החיים.

#### **8. ביקורת רדיקלית: אולי מוסד הנישואין עצמו משתנה**

יש שיטענו כי מוסד הנישואין עצמו משתנה, והחובה לנאמנות אינה ליבה הכרחית עוד.

אך כל עוד המשפט מכיר בנישואין כמוסד יוצר זכויות וחובות — הוא אינו יכול לטעון כי ליבתן ריקה ממשמעות.

אם המחוקק יבקש לבטל כל חובת נאמנות מוסדית — זו הכרעה אחרת.

כל עוד החובה קיימת נורמטיבית — השאלה היא סוג הסעד.

## 9. איזון עקרוני

הניתוח הביקורתי מראה כי:

- ההתנגדויות מבוססות בעיקר על חשש מהמודל ההיסטורי;
- המנגנון המוצע מנותק ממנו מבנית;
- אין מניעה חוקתית ברורה;
- אין מחסום דוקטרינרי בדיני הנזיקין;
- והחששות המערכתיות ניתנים לריסון באמצעות עיצוב צר.

המאבק האמיתי אינו מושגי אלא ערכי: האם המשפט מוכן להכיר בכך שמוסדות שהוא יוצר אינם נורמטיבית ניטרליים?

## 10. סיכום פרק ההתנגדויות

לאחר בחינת הביקורות החזקות ביותר — פמיניסטיות, ליברליות, תועלתניות, מוסדיות וחוקתיות — מתברר כי אף אחת מהן אינה שוללת עקרונית את האפשרות לעולה יחסית מצומצמת.

הן מזהירות מפני החייאת מודלים רגרסיביים.

ההצעה במאמר זה אינה החייאה — אלא רהקונסטרוקציה מודרנית.

## פרק שביעי

**סיכום נורמטיבי: לקראת עיקרון אוניברסלי של אחריות אזרחית יחסית (Toward a Universal Principle of Relational Civil Responsibility)**

### מה באמת הוכח במאמר זה

המאמר לא ביקש להשיב את דיני האשם לדיני המשפחה. הוא לא ביקש להעניש בגידה.

הוא לא ביקש להחיות את Heart Balm.

הוא ביקש לחשוף פער תיאורטי עמוק בדיני הנזיקין המודרניים.

בשלוש שיטות משפט ליברליות — ארצות הברית, ישראל ואנגליה — מתקיימת תופעה זוהה:

- א. הנישואין מוכרים כמוסד משפטי יוצר חובות;
- ב. חובת נאמנות נתפסת כחלק מליבת המוסד (במפורש או במובלע);
- ג. דיני הנזיקין מכירים באחריות בגין הפרת חובה גם ללא נזק מדיד בתחומים אחרים;
- ד. ובכל זאת — אין עוולה נזיקית בגין בגידה.

היעדר העוולה אינו נובע מכך שהפרת נאמנות אינה wrong. הוא אינו נובע מכך שדיני הנזיקין מחייבים נזק כספי מדיד. הוא אינו נובע ממחסום חוקתי מוחלט.

הוא תוצאה של בחירה נורמטיבית להגביל את תחום ההתערבות המשפטית באינטימיות.

המאמר חשף כי שלילה זו אינה מתחייבת מדוקטרינה — אלא ממדיניות.

## 2. פירוק Harm Monolith-

התרומה התיאורטית המרכזית של המאמר היא ביקורת על — Harm Exceptionalism התפיסה שלפיה ללא נזק מדיד אין עוולה.

דיני הנזיקין המודרניים כבר מכירים בקטגוריות של אחריות שאינן תלויות בכימות נזק:

- הפרת חובת נאמנות תאגידית;
- פגיעה בזכות חוקתית עם פיצוי נומינלי;
- Trespass ללא נזק ממשי;
- פיצויים סטטוטוריים.

המשפט כבר מכיר בכך שעצם הפרת חובה עשויה להצדיק סעד.

בגידה חושפת את הסתירה:

כאשר ההפרה מתרחשת בתחום אינטימי — המשפט נסוג לא מטעמי מושג אלא מטעמי מדיניות.

המאמר אינו מבקר את הזהירות הליברלית.

הוא מבקר את הצגתה כהכרח מושגי.

### 3. העיקרון האוניברסלי

מן הניתוח המשווה והתיאורטי ניתן לגזור עיקרון רחב יותר, החורג מעבר לבגידה:

כאשר שיטת משפט מכירה בקשר מוסדי יוצר חובות נאמנות מובנות, שלילת כל סעד אזרחי בגין הפרתן אינה מתחייבת מדיני הנזיקין עצמם, אלא משקפת הכרעה מדיניותית הדורשת הצדקה מפורשת.

עיקרון זה אינו מחייב הכרה בעוולה בכל שיטה.

הוא מחייב שקיפות נורמטיבית.

היעדר עוולה אינו טבעי; הוא בחירה.

### 4. מעבר לדיכוטומיה המסורתית: Relational Civil Wrong כקטגוריה עצמאית של אחריות אזרחית

המאמר מציע לעדכן את מפת דיני הנזיקין משלושה ממדים לשניים — לשלושה:

א. Liability for measurable harm;

ב. Liability for violation of proprietary or constitutional rights;

ג. Liability for breach of institutional relational duties.

הקטגוריה השלישית אינה מוסרנית.

היא אינה ענישתית.

היא מבוססת על מוסדיות והדדיות.

בכך היא מגשרת בין Corrective Justice לבין Civil Recourse ומרחיבה את קוהרנטיות התחום.

### 5. מה הבגידה מלמדת על דיני הנזיקין

בגידה היא מקרה מבחן קיצוני — אך דווקא בשל כך היא חושפת גבולות תיאורטיים.

אם המשפט מוכן להכיר באחריות בגין הפרת נאמנות בדירקטוריון אך לא בנישואין — ההבחנה אינה מושגית אלא ערכית.

אין פסול בהכרעה ערכית.

אך יש להכיר בה ככזו.

המאמר אינו טוען שכל שיטה חייבת להכיר בעוולה יחסית.

הוא טוען שהשאלה פתוחה תיאורטית.

## 6. ליברליזם מוסדי ולא מוסרנות

המודל המוצע אינו מבקש להחזיר את המשפט לשיפוט מוסרי של חיי הפרט. הוא מציע תפיסה של ליברליזם מוסדי:

- הפרט חופשי לבחור במוסדות משפטיים;
  - המוסדות יוצרים חובות;
  - הפרת חובות עשויה לשאת אחריות אזרחית מצומצמת;
  - הסעד אינו ענישתי אלא הצהרתי או סמלי.
- זהו איזון בין אוטונומיה לבין משמעות נורמטיבית של התחייבות.

## 7. השלכות רחבות יותר

הדיון בבגידה עשוי להשליך על תחומים נוספים:

- הפרת התחייבויות באיחודים אזרחיים;
- חובות נאמנות במסגרת הסכמים משפחתיים;
- חובות מוסדיות בקהילות מוכרות משפטית.

הקטגוריה של Relational Civil Wrong עשויה לשמש תשתית לדיון רחב יותר על מוסדות יוצרי חובות במשפט הפרטי.

## 8. מילה אחרונה

המשפט המודרני נזהר — ובצדק — מלהיות מוסרני. אך זהירות אינה זהה לאדישות.

כאשר המדינה מכירה במוסד יוצר חובות, היא אינה יכולה לטעון כי הפרת ליבתן היא חסרת משמעות משפטית לחלוטין.

הבחירה שלא להצמיד סעד היא אפשרית — אך היא בחירה.

המאמר מבקש להחזיר את הדיון למישור העקרוני: לא האם בגידה היא מוסרית או בלתי מוסרית —

אלא האם הפרת חובות נאמנות מוסדית יכולה, בעולם ליברלי, להיות wrong אזרחי גם ללא harm מדיד.

הדין המשווה מלמד כי התשובה אינה מוכרעת. התיאוריה מראה כי אין מחסום מושגי.

המנגנון המוצע מדגים כי ניתן לעצב אחריות מצומצמת ומידתית.

השאלה שנותרה היא נורמטיבית — והיא פתוחה.