

סוגיה ליברלית מופקרת: האם להפליל, להסדיר או להפקיר "בגידה" מינית בנישואין?

אסף הרדוף*

בערכאות דתיות בישראל, ניאוף משליך באופן דרמטי על זכויות הצדדים, בעיקר נשים. בערכאות חילוניות, ניאוף ככלל אינו רלוונטי. דיכוטומיה זו הפכה את הניאוף לעוד סמל למאבק בין דת וחילונות, בין "יהודית" ל"דמוקרטית". אילו ניאוף היה פעולה בלתי-פוגענית בעליל, העמדה "הדמוקרטית" או הליברליסטית הייתה קלה להצדקה. אולם ניאוף הוא פעולה פוגענית בעליל.

באמצעות מודל הפללה והסדרה נורמטיבי, המאמר בוחן אם ראוי להפליל יחסי מין בהסכמה בין אדם נשוי לאחר שאינו נשוי לו, להסדירם או להתעלם מהם משפטית (להפקירם). בכך הוא מציע שתי נקודות מבט ייחודיות וחדשניות: בחינה נורמטיבית ביקורתית להסדרה המשפטית של הניאוף מזווית חילונית, דמוקרטית וליברלית; ואספקלריה פלילית על סוגיה שכיום נדונה בישראל כמעט רק בדיני המשפחה, ולעתים נדירות נזכרת כלא רלוונטית בדיני הנזיקין ובדיני החוזים.

המאמר מצביע על הפגיעות הערכיות הכרוכות בניאוף, על שאלת האכיפה הפלילית הפוטנציאלית שלו, על דמיונו ל"בגידה" מינית גם ללא נישואין, על הסדרה משפטית חלופית ועל החסרונות הכרוכים בכל צורת הסדרה. כמסקנה, המאמר מציע ליצור הסדרה אורחית, לא של "ניאוף", אלא של "הפרת בלעדיות מינית". בהינתן ציפייה לבלעדיות מינית, בין במסגרת נישואין ובין במסגרת מערכת יחסים רומנטית שאינה מוסדרת בחוק, הפרתה תהיה עשויה לייצר עילה לסנקצייה אורחית, חוזית או נזיקית.

- א. מבוא. ב. נישואין, ניאוף והפללה. ג. מודל הפללה: שלב הפוגענות;
1. על שלב הפוגענות; 2. הגנה על מוסד הנישואין; 3. הגנה על הנאף;
4. פגיעותיו של הניאוף – סיכום. ד. מודל הפללה: שלב התכליתיות;

* דוקטור, מרצה בכיר, המכללה האקדמית צפת; מאז 2009 מלמד וחוקר דיני עונשין, סדר דין פלילי, דיני ראיות והפללה; לשעבר תובע וסנגור בפרקליטות הצבאית; מפעיל ערוץ היוטיוב "משפטים בקטנה". אני מקדיש את המאמר לחברי האהוב אסף זגורי, שותפי הקרוב לספסלי התואר הראשון בעבר, וכיום שופט בית המשפט לענייני משפחה העוסק בתחום המורכב והתובעני הזה מאז 1999, ומודה לו על הערותיו הביקורתיות טיוטה הראשונה למאמר. תודה גדולה גם למערכת המשפט ולשופטת החיצונית על הערות נהדרות שהובילו לשיפור המאמר, ולעורכת הלשונית על חידודה. האחריות לכל טעות שנפלה במסגרת המאמר – עליי בלבד. מחכה לתגובות: asafhardoof@gmail.com

1. על שלב התכליתיות; 2. אכיפות של ניאוף; 3. ניאוף במבחן צרות-היתר.
- ה. **מודל ההפללה: שלב החלופיות**; 1. על שלב החלופיות; 2. ניאוף במבחן החלופיות. ו. **מודל ההפללה: שלב המאזן**; 1. על שלב המאזן; 2. מאזן הניאוף: הפללה ומחירה; 3. מאזן הניאוף: הסדרה אזרחית ומחירה; 4. מאזן הניאוף: הפקרה משפטית ומחירה. ז. **מסקנות**. ח. **סיכום**.

א. מבוא

היחס לניאוף בדין הישראלי נחלק לשניים. בערכאות דתיות, כבית הדין הרבני, הניאוף משליך באופן דרמטי על זכויות הצדדים, בעיקר נשים:¹ שלילת הכתובה והמזונות של נואפת, הכרה בילדיה כממזרים, מניעותה להינשא בעתיד ועוד.² בערכאות חילוניות, לא רק שניאוף אינו דרמטי, הוא ככלל אינו רלוונטי.³ הדבר מתמצה במימרה שבעת חלוקת הרכוש אין דינם בשאלה מדוע פורק הקשר בכלל, ובניאוף בפרט,⁴ כחלק מתפיסה כוללת של "גירושין ללא אשם".⁵

- 1 ההטיה המגדרית של הסדרת הניאוף אינה המצאה ישראלית, כמפורט בהמשך. תוצאה אפשרית היא הנפת דגל השוויון המגדרי כנגד האפשרות של הסדרת הניאוף.
- 2 רות זפרן "סקס שקרים ווידאוטייפ": על הגנת הפרטיות בהליכים המתנהלים בבתי הדין הרבניים **משפט וממשל** ז' 813, 820–821 (2005); יחיאל ש' קפלן "דיני המשפחה בעידן של מדיניות חדשה" **דין ודברים** ו' 259, 322–324 (2011); בג"ץ 5676/12 **פלונית נ' בית הדין הרבני האזורי ירושלים** (פורסם בנבו, 12.4.2015). ההשלכות על גברים צנועות יותר. למשל, דחיית תביעה לגירושין כשהאישה מתנגדת לגירושין לאחר ניאוף הבעל; או חיוב הבעל הנואף בתשלום הכתובה מתוך העיקרון "שלא תהיה קלה בעיניו". לפי פרשנות מילולית של חוק המזונות המוסלמי, אישה שנאפה זכאית למזונות, ובלבד שתהיה מרותקת לבית בעלה בחובת ריתוק, "אלא יחת'יבאס". אלא שבית דין שרעי לערעורים פירש את חובת הריתוק גם כחובת נאמנות לבעל ושלל מזונות מאישה נואפת. גם בדין הכנסייתי נהוג לשלול מזונות מאישה מורדת שהיא "נאשז", כאשר אחת הדרכים למרוד היא ניאוף. ראו המ"ש (משפחה טב') 2988-06-09 **מ"ה נ' א"ה** (פורסם בנבו, 18.8.2011).
- 3 במרידת אישה מחמת ניאוף היא מאבדת מזונות אישה גם בבית המשפט לענייני משפחה, משום שזכותה לקבלת מזונות נדונה על פי המשפט העברי גם בערכאה אזרחית. ע"א 761/88 **פרידמן נ' פרידמן**, פ"ד מג(4) 505 (1989); רע"א 4982/92 **טביב נ' טביב**, פ"ד מח(3) 390, 394 (1994).
- 4 ע"א 264/77 **דרור נ' דרור**, פ"ד לב(1) 829, 832 (1978); ע"א 384/88 **זיסרמן נ' זיסרמן**, פ"ד מג(3) 209, 205 (1989); בג"ץ 8928/06 **פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול לערעורים**, פ"ד סג(1) 271 (2008) (להלן: **עניין פלונית** 1); בע"מ 7272/10 **פלונית נ' פלוני**, פס' 24 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז (פורסם בנבו, 7.1.2014) (להלן: **עניין פלוני** 1); בג"ץ 4602/13 **פלונית נ' בית הדין הרבני האזורי בחיפה**, פס' 7–8 לפסק דינו של השופט עמית, פס' 10 לפסק דינו של השופט שטיין (פורסם בנבו, 18.11.2018) (להלן: **עניין פלונית** 2).
- 5 אבשלום וסטרייך **הזכות לגירושין: גירושין ללא אשם במסורת היהודית** (יהושע גרינברג עורך, 2014).

סוגיה ליברלית מופקרת: האם להפיל, להסדיר או להפקיר "בגידה" מינית בנישואין?

הדיכוטומיה המובהקת הפכה את הניאוף לעוד סמל למאבק בין דת לחילונות, בין "יהודית" ל"דמוקרטית".⁶ ככתוב לעיל, "נציגת היהדות" נאבקה בניאוף ובהטלת סנקציות כלכליות ואחרות; ו"נציגת הדמוקרטיה" למעשה מגינה על הניאוף בשם הליברליזם, בין היתר בתפיסה שהסדרתו משקפת פולשנות יתרה של המדינה, ולפיכך עדיפה הפקרתו המשפטית. אילו ניאוף היה פעולה בלתי-פוגענית בעליל, העמדה "הדמוקרטית", או הליברליסטית, הייתה קלה להצדקה. אולם ניאוף אינו ניתן לתיאור כפעולה בלתי-פוגענית בעלי, אלא להפך, הוא פעולה פוגענית בעליל, וכל שדרוש להסכמה אינטואיטיבית הוא לדמיין את בן זוגנו נואף בסתר. מאמרי לא יסתפק באינטואיציה, אלא יצביע על סיבות נורמטיביות התומכות בהפלת ניאוף, ולמצער בהסדרתו המשפטית.

בחירתנו לקיים בדיני המשפחה משטר גירושין ללא אשם, הוותיקה והאיתנה, אינה משליכה על השיח הפלילי, שעקרון האשמה בו הוא מרכזי.⁷ הואיל והשיח המשפטי בישראל על ניאוף מתקשר לדיונים שיפוטיים, הוא נערך באופן בלעדי כמעט לגמרי בדיני המשפחה. גם בענף זה, הספרות המשפטית הישראלית בנושא דלה וישנה ברובה,⁸ לעומת ספרות עשירה ועדכנית במדינות אחרות. השדה הפלילי הישראלי הותיר את הניאוף הרחק מחוץ למסגרתו. אולם לסבורים ששאלת ההפללה (criminalization) של הניאוף היא תרגיל אקדמי תמוה יובהר בהמשך שהפללה כזו משקפת היסטוריה מתמשכת, ואפילו שרירה וקיימת, בדמוקרטיה מודרניות.

הבהרה טרמינולוגית נחוצה: המונח "ניאוף" אינו פורמלי במשפט הישראלי ואינו מוגדר או אפילו מופיע בחוק.⁹ לצורך המאמר, "ניאוף" יוגדר כקיום יחסי מין בהסכמה בין אדם נשוי לבין אחר שאינו נשוי לו (adultery), בשונה מקיום יחסי מין שלא במסגרת נישואין (fornication). האחרון הוא מעשה שאין לו כינוי עצמאי בעברית, ודאי משום שאינו מוסדר כלל, ואף מקובל מאוד חברתית וכשיוזכר במאמר יכונה "מין חופשי".¹⁰ שאלת המחקר היא אם ראוי להפיל יחסי מין בהסכמה בין אדם נשוי לאחר שאינו נשוי לו, להסדירם או להתעלם מהם משפטית (להפקירם). מאמרי מרים את הכפפה הזנוחה לראשונה בישראל ובוחרן באופן נורמטיבי ונאליטי אם וכיצד ראוי להתייחס משפטית לניאוף: להפיל, או

6 ראו מנחם אלון "דרך חוק בחוקה: ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית לאור חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו" **עיוני משפט** יז 659 (1993).

7 ראו מרדכי קרמניצר "עקרון האשמה" **מחקרי משפט** יג 109 (1996); בועז סג'ורו **ביקורת דיני העונשין הישראליים** 72-74, 96, 113-114 (2020).

8 פלטיאל דייקן "חשד בגידה כעילה לגירושין" **הפרקליט** יח 367 (1962); רות הלפרין-קדרי "בגידת הבעל כעילה לכפיית גט" **מחקרי משפט** ז 297 (1989); אליאב שוחטמן "בגידה וחיים עם 'ידועה' בציבור: עילה לכפיית גט?" **משפחה במשפט** א 259 (2007). למאמר עדכני העוסק בהסדרת יחסי מין בין בני זוג ובהסקתם של הסדרים המותנים באשמה מינית ראו שחר ליפשיץ "שיפוט מוסרי על התנהגות מינית בנישואים, אוטונומיה ו'משילות' בעקבות בג"ץ 4602/13 **עיוני משפט** מג 5 (2020) (להלן: ליפשיץ "שיפוט מוסרי").

9 מאגרי החיפוש המשפטיים לא איתרו בחקיקה את המילים "ניאוף", "נאף", "נואפת" וכדומה. פניתי לאקדמיה ללשון לברר אם קיים מונח עברי המבדיל בין adultery לבין fornication ונעניתי כי הצירוף "יחסים מחוץ לנישואים" מקובל כדי לתאר יחסים בין בני זוג שאינם נשואים, אולם אין זה מקובל להשתמש בצירוף האמור עבור אנשים החיים בזוגיות ללא נישואין.

לצמצמו באמצעות הסדרה אזרחית או להתעלם ממנו. המבחן ייערך באמצעות מודל שיוצג בקצרה לאורך המאמר, "סולם ההפלה", באופן שימחיש כיצד שימוש במודל הפלה עיוני יכול להאיר ולהעשיר סוגיה שכיום אינה פלילית כלל. למעשה, הבחינה אם להפלה התנהגות היא חלק מבחינה רחבה יותר, אם להסדיר סוגיה באמצעות המשפט. כלומר, סולם ההפלה אשר יוצג ויושם לאורך המאמר הוא בעצם סולם ההסדרה. הפער בין הפלילי לבין האזרחי אינו תמיד גדול: ערכים מוגנים אינם נחלתו הבלעדית של המשפט הפלילי; וכך גם רכיבים חשובים אחרים במשפט הפלילי.

מאמרי מציע שתי נקודות מבט ייחודיות וחדשניות. האחת היא בחינה נורמטיבית ביקורתית להסדרה המשפטית של הניאוף, מזווית חילונית, דמוקרטית וליברלית. מאמרי אינו עוסק בשם שבין יהודית לדמוקרטית או בשאלות פוליטיות ואינו תוקף את עמדת הערכאות הדתיות או החילוניות, אלא לכל היותר מציין אותן לצד הדיון הנורמטיבי התאורטי. באספקלריה ליברלית, המאמר מעלה הצדקות מפורטות למאבק משפטי בניאוף, אף שהוא מכיר בחסרונותיו המגוונים של מאבק כזה.

נקודת המבט הייחודית השנייה היא מבט פלילי על סוגיה שכיום נדונה בישראל כמעט רק בדיני המשפחה, ולעיתים נדירות נזכרת כלא רלוונטית בדיני הנזיקין ובדיני החוזים.¹¹ מאמרי מפר את הבלעדיות האמורה, מבחינה נורמטיבית ודוקטרינרית. שיח ההפלה מסוגל לבחון ולהאיר באופן ערכי סוגיות מענפים אחרים לקראת מסקנה שהמשפט הפלילי מתאים יותר להתמודד עימן; שהענפים האחרים הם המתאימים; או שלא נדרשת הסדרה משפטית כלל. כשסוגיה נדונה בענף אחד בלבד, פרספקטיבה מענף משפטי שונה, המשוחררת מכבלי הדוקטרינה של הענף אחד, עשויה לספק תובנות והארות בכליה וגישותיה.

גוף המאמר יכלול חמישה פרקים קצרים. פרק ב יפתח בהצגת ההפלה של הניאוף במדינות שונות בעולם. לאחר מכן תוצג שאלת ההפלה הנורמטיבית, ויוזכר מודל הפלה דמוקרטי, שרשרת/סולם ההפלה, הכולל ארבעה סוגי מבחנים מפורטים: פוגענות, תכליתיות, חלופיות ומאזן. בארבעת הפרקים הבאים יוצג כל שלב בסולם ההפלה באופן עצמאי תמציתי, ומייד ייושם באשר לניאוף. פרק ג יציג את שאלת הפוגענות, העוסקת בפגיעה הערכית של ההתנהגות הנדונה, יבחן טענות הנוגעות לפוגענות הניאוף, ידחה את הטענה המופשטת שעניינה הגנה על מוסד הנישואין, ויתמוך בטענות הקונקרטיות שעניינן הגנה על הנאף. פרק ד יציג את שאלת התכליתיות, יכולתו של המשפט הפלילי למנוע את הפגיעה הערכית שזוהתה, ויראה שהמשפט הפלילי מסוגל לאכוף עבירה עיונית של ניאוף מחד גיסא, אך שעבירה כזו תסבול מצרות יתר לנוכח אי-הסדרה של התנהגויות פוגעניות רבות נוספות מאידך גיסא. פרק ה יציג את שאלת החלופיות, התרה אחר פתרונות לפוגענות מחוץ למשפט הפלילי, ויראה שקשה להסיר תנאים חיוניים ותמריצים חיוביים לניאוף, אך ניתן לייצר תמריצים משפטיים שליליים שיצמצמו את הניאוף. פרק ו יציג את שאלת המאזן, המתמקדת בחסרונות ההפלה וההסדרה המשפטית האזרחית, ויצביע על המחיר הערכי הצפוי מהפלת ניאוף ומהסדרתו. בסיכום

11 גם בארצות הברית, שבחלקים ממנה הניאוף מופלל, חוקרי הפללת הניאוף אינם אנשי המשפט הפלילי ובוודאי שאינם חוקרי הפלה שיטתיים.

סוגיה ליברלית מופקרת: האם להפלייל, להסדיר או להפקיר "בגידה" מינית בנישואין?

אטעים שגם אם להסדרת הניאוף יש חסרונות, הבחירה שלא להסדירו אינה מובנת מאליה וראויה לשיח ביקורתי, ולא לתפיסה הדוגמטית שלפיה הוא אינו רלוונטי מפאת ניתוקו מהדוקטרינה.

ב. נישואין, ניאוף והפללה

כמו ההיסטוריה של מוסד הנישואין בכללותו, ההיסטוריה של עבירת הניאוף היא ותיקה ובעלת שורשים דתיים עמוקים,¹² לרבות כדיבר השביעי, "לא תנאף".¹³ תרבויות עתיקות רבות הענישו נואפים.¹⁴ לאחר התפשטות הנצרות, המשפט המקובל הפסיק להסדיר את הניאוף והעביר את הטיפול בו לבתי המשפט הכנסייתיים.¹⁵ בארצות הברית, הפללת הניאוף הייתה רחבה¹⁶ ובשלב מסוים אף כללה עונש מוות בצידה¹⁷ או לחלופין עונש מלקות וצריבת אות קין (Scarlet Letter) על הנואף.¹⁸ לצד ההפללה של מין חופשי,¹⁹ עבירת הניאוף יצרה מקלט בטוח יחיד לקיום יחסי מין: נישואין.²⁰ כשהחברה נהייתה ליברלית ומתירנית,²¹ אכיפת האיסור דעכה

- Jeremy D. Weinstein, *Adultery, Law, and the State: A History*, 38 HAST. L.J. 195, 225 (1986); C. Quince Hopkins, *Rank Matters but Should Marriage: Adultery, Fraternalism and Honor in the Military*, 9 UCLA WOMEN'S L.J. 177, 189 (1999); Katherine Annuschat, *An Affair to Remember: The State of the Crime of Adultery in the Military*, 47 SAN DIEGO L. REV. 1161, 1166–1167 (2010); Andrew D. Cohen, *How the Establishment Clause Can Influence Substantive Due Process: Adultery Bans After Lawrence*, 79 FORDHAM L. REV. 605, 638 (2010); JoAnne Sweeny, *Undead Statutes: The Rise, Fall, and Continuing Uses of Adultery and Fornication Criminal Laws*, 46 LOY. U. CHI. L.J. 127, 132–133 (2014); Krista Bordatto, *The Crime Behind the Bedroom Door: Unequal Governmental Regulation of Civilian and Military Spouses*, 26 HASTINGS WOMEN'S L.J. 95, 97–98 (2015); Alyssa Miller, *Punishing Passion: A Comparative Analysis of Adultery Laws in the United States of America and Taiwan and their Effects on Women*, 41 FORDHAM INT'L L.J. 425, 428 (2018).
- 12 שמות כ 13; דברים ה 17.
- Gabrielle Viator, *The Validity of Criminal Adultery Prohibitions After Lawrence v. Texas*, 39 SUFFOLK U. L. REV. 837, 840 (2006); Cohen, לעיל ה"ש 12, בעמ' 612.
- 13 שם, בעמ' 612–613; Weinstein, לעיל ה"ש 12, בעמ' 207, 225; Sweeny, לעיל ה"ש 12, בעמ' 132; Viator, לעיל ה"ש 14, בעמ' 840; Bordatto, לעיל ה"ש 12, בעמ' 98.
- 14 Annuschat, לעיל ה"ש 12, בעמ' 1167; Susan A. Jacobsen, *Private Affairs: Public Employees and the Right to Sexual Privacy*, 68 CLEV. ST. L. REV. 811, 815 (2020).
- 15 Hopkins, לעיל ה"ש 12, בעמ' 187; Annuschat, לעיל ה"ש 12, בעמ' 1167; Weinstein, לעיל ה"ש 12, בעמ' 225. עונש מוות בגין ניאוף היה בשלב מסוים גם נחלתו של המשפט העברי. ראו דייקן, לעיל ה"ש 8, בעמ' 367.
- 16 Cohen, לעיל ה"ש 12, בעמ' 613; Miller, לעיל ה"ש 12, בעמ' 428.
- 17 Linda S. Anderson, *Marriage, Monogamy, and Affairs: Reassessing Intimate Relationships in Light of Growing Acceptance of Consensual Non-Monogamy*, 22 WASH. & LEE J. CIVIL RTS. & SOC. JUST. 1, 14 (2016).
- 18 Edward Stein, *Adultery, Infidelity, and Consensual Non-Monogamy*, 55 WAKE FOREST L. REV. 147, 157 (2020).
- 19 Sweeny, לעיל ה"ש 12, בעמ' 136, 147–149.

במאות השמונה עשרה והתשע עשרה, ולצד זאת, העלייה בסחיטה כלפי נואפים אף הובילה להמלצה של הקוד הפלילי לדוגמה להתיר ניאוף.²² אף שמדינות אמריקאיות רבות ביטלו את עבירת הניאוף, ברבות אחרות עבירת הניאוף עדיין קיימת, לרוב תחת עונש קל לצידה.²³ נכון לראשית שנות העשרים של המאה העשרים ואחת, כמעט עשרים מדינות אמריקאיות עדיין מפלילות ניאוף.²⁴ העבירה אינה נאכפת במשך עשורים,²⁵ למעט במסגרת הצבא.²⁶ חרף זאת, ההערכה הרווחת היא שהעבירה אינה צפויה להיעלם מספרי החוקים.²⁷ לעצם האיום במשפט הפלילי יש משמעות ממשית.²⁸ בישראל הניאוף אינו מוסדר בחקיקה כלל, לא כל שכן מופלל. הדבר בשום אופן אינו נובע מתפיסה ישראלית שלפיה אין קשר בין משפט פלילי לנישואין. קיימות בישראל עבירות פליליות מגוונות הקשורות לנישואין, דוגמת ריבוי נישואין, בסעיף 176 לחוק העונשין, התשל"ז-1977;²⁹ עבירות הנוגעות לגיל הנישואין;³⁰ ועבירה של אירישום של נישואין

- 22 שם, בעמ' 144; Weinstein, לעיל ה"ש 12, בעמ' 226; Annuschat, לעיל ה"ש 12, בעמ' 1167–1168; Miller, לעיל ה"ש 12, בעמ' 428–429.
- 23 שם, בעמ' 434; Mark Strasser, *Sex, Law, and the Sacred Precincts of the Marital Bedroom: On State and Federal Right to Privacy Jurisprudence*, 14 Notre Dame J. L. ETHICS & PUB. POL'Y 753, 779 (2000); Deborah L. Rhode, *Adultery: An Agenda for Legal Reform*, 11 STAN. J.C.R. & C.L. 179, 181 (2015); Anderson, לעיל ה"ש 19, בעמ' 15; Cohen, לעיל ה"ש 12, בעמ' 615–613; Bordatto, לעיל ה"ש 12, בעמ' 99.
- 24 המדינות הן: אלבמה, אריזונה, פלורידה, ג'ורג'יה, אילינוי, קנזס, מריילנד, מיסיסיפי, ניו יורק, צפון קרוליינה, דרום קרוליינה, צפון דקוטה, וירג'יניה, רוד איילנד, איידהו, מישיגן, מינסוטה, אוקלהומה וויסקונסין (בחמש האחרונות עבירה מסוג felony). ראו Stein, לעיל ה"ש 20, בעמ' 148–149; Jacobsen, לעיל ה"ש 16, בעמ' 815–816.
- 25 שם, בעמ' 816, 820; Kathryn Pfeiffer, *Virtual Adultery: No Physical Harm, No Foul?* 46 U. RICH. L. REV. 667, 674 (2012); Rhode; RICH. L. REV. 667, 674 (2012); Anderson, לעיל ה"ש 19, בעמ' 15; Cohen, לעיל ה"ש 12, בעמ' 614; Stein, לעיל ה"ש 20, בעמ' 149. לעומת זאת במדינות מסוימות אכן קיימת אכיפה. ראו Miller, לעיל ה"ש 12, בעמ' 460; Annuschat, לעיל ה"ש 12, בעמ' 1168.
- 26 שם, בעמ' 1170–1174, 1198; Hopkins, לעיל ה"ש 12, בעמ' 204–205, 234; Bordatto, לעיל ה"ש 12, בעמ' 101.
- 27 Anderson, לעיל ה"ש 19, בעמ' 15; Cohen, לעיל ה"ש 12, בעמ' 615; Stein, לעיל ה"ש 20, בעמ' 183; Sweeny, לעיל ה"ש 12, בעמ' 170.
- 28 שם, בעמ' 152, 154; Jacobsen, לעיל ה"ש 16, בעמ' 828; Viator, לעיל ה"ש 14, בעמ' 845.
- 29 ס"ח 226. דוגמאות לאכיפה: ת"פ (שלום כ"ס) 13-10-24591-10 מדינת ישראל נ' חג יחיא, פס"ב (פורסם בנבו, 17.2.2016); רע"פ 6413/19 אבו טקיק נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 23.10.2019); ת"פ (שלום ב"ש) 18-02-10823 פרקליטות מחוז דרום נ' אלעתמין (פורסם בנבו, 4.3.2020).
- 30 ס' 2 לחוק גיל הנישואין, התש"י-1950 יוצר עבירות עוון שונות, שאכיפתן דלה ונספחת לעבירות מין. ראו ע"פ (מחוזי נצי') 1271/06 מדינת ישראל נ' סביחיה (פורסם בנבו, 23.10.2007); בש"פ 4180/13 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 4.7.2013); ע"פ 8630/14 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 19.2.2017). נישואי קטינים היו מותרים בעבר ברחבי העולם. לסקירה היסטורית משווה ראו Erin K. Jackson, *Addressing the Inconsistency Between Statutory Rape Laws and Underage Marriage: Abolishing Early Marriage and Removing the Spousal Exemption to Statutory Rape*, 85 UMKC L. REV. 343, 347–356 (2017).

סוגיה ליברלית מופקרת: האם להפלייל, להסדיר או להפקיר "בגידה" מינית בנישואין?

וגירושיין.³¹ עבירות אחרות מתקשרות לנישואין, דוגמת "בעילה אסורה בהסכמה"³² ו"הפרת הוראה חוקית", שעשויה להיאכף בקשר לסרבנות גט.³³ קיומם של משפט פלילי וכליאה בקשר למוסד הנישואין במישרין ובעקיפין אינו מצדיק הפללה נוספת; שאלת המחקר היא נורמטיבית, לא דוקטרינרית. עדיין חשוב לזכור שאף בישראל, הפללה ונישואין אינם מנותקים לחלוטין, ובמדינות שונות בעולם גם ההפללה והניאוף.

מבחינה נורמטיבית, הפללה בוחנת אם ראוי לאסור סוג התנהגות מסוים באמצעות המשפט הפלילי.³⁴ כל עבירה בספר החוקים משקפת הווייה אנושית שהופללה, יש לקוות לאחר חשיבה שיטתית, סדורה ויסודית. במקביל, מרבית ההוויות האנושיות אינן מופללות ולא מצאו דרכן לדין הפלילי. האם היוותרותן מחוץ לספר החוקים משקפת חשיבה שיטתית, סדורה ויסודית, או מעידה שחלק הארי של הדין אינו אלא מומנטום היסטורי,³⁵ תרבותי³⁶ ופוליטי?³⁷ בהמשך למודלים הקודמים ולשיח המחקרי בנושא, הצעתי בעבר מודל הפללה,³⁸ שגם חובר למשפט החוקתי בישראל.³⁹ המודל מחלק את שאלת ההפללה לארבע סוגיות ראשיות. הראשונה היא הפוגענות: האם ועד כמה סוג ההתנהגות שמבקשים להפלייל כרוך בפגיעה ערכית או בנזק. השנייה היא התכליתיות: האם המשפט הפלילי מסוגל לצמצם את סוג ההתנהגות וסוג הפגיעה או הנזק שלעיל, הן במובן יכולתו לאכוף איסור פוטנציאלי על ניאוף והן במובן סיפוק הגנה מפני התנהגויות אחרות שגורמות לפגיעות ערכיות דומות. השלישית היא החלופיות: האם ניתן לצמצם כאמור בפתרונות שאינם פליליים. לבסוף, המאזן מעריך את חסרונותיהם של הפתרונות המגוונים, לקראת בחירה הסדרתית מושכלת. כל סוגיה ראשית מתפצלת לשאלות משנה מגוונות, שרק לאחר מענה על כולן ניתן להשיב באופן מעמיק אם ההפללה ראויה.

אף שלא אגן על המודל במאמרי זה, אציין שהשימוש בו אינו אלא דרך לבחינה שיטתית, סדורה ושלמה של שיקולי הפללה. למעשה, אין מדובר במודל הפללה גרידא, אלא במודל הסדרה, כלי נורמטיבי המותאם למשטר דמוקרטי שניתן ליישום לגבי כל סוג התנהגות אנושי

31 ס' 7 לפקודת הנישואין והגירושיין (רישום), חא"י ב 876, 877. עבירה זו אינה נאכפת כלל.
32 ס' 346 לחוק העונשין אוסר על בעילתה של אישה בין הגילים 14 עד 16, אלא אם היא נשואה לבועל, ובעילה תוך הבטחת שווא לנישואין.
33 שם, ס' 287, אשר יוצר את העבירה האמורה, ואילו ס' 1 לחוק בתי דין רבניים (קיום פסקי דין של גירושיין), התשנ"ה–1995, ס"ח 139, מסמך בתי דין רבניים להטיל צו הגבלה בדרכים מגוונות, לרבות כליאה. לאכיפת ס' 287 לחוק העונשין בקשר לצווים רבניים ראו הנחיית פרקליט המדינה 2.24 "מדיניות העמדה לדין וענישה בגין אי קיום צו שיפוטי של בית הדין הרבני למתן או קבלת גט" 3–2 (10.11.2016); בג"ץ 308/17 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 17.7.2017); ת"פ (שלום י-ם) 11271-09-18 מדינת ישראל נ' גורודצקי (פורסם בנבו, 17.1.2019).
34 HERBERT L. PACKER, THE LIMITS OF THE CRIMINAL SANCTION 17 (1968)
35 יורם שחר "משפט פלילי ותרבות בישראל", פלילים ז 77, 81 (1999).
36 שניאור זלמן-פלר יסודות בדיני עונשין כרך א 116–117 (1984).
37 ANDREW ASHWORTH, PRINCIPLES OF CRIMINAL LAW 23, 52 (5th ed. 2006).
38 אסף הרדוף הפשע המקוון פרק ראשון (2010).
39 אסף הרדוף "פסקת ההפללה: טיעון חוקתי נגד הפללה: על גבולות המשפט הפלילי וגבולות פסקת ההגבלה" משפטים מב 243, 271–291 (2012).

פוגעני. אף שכבר בחנתי שאלות הפללה לגבי התנהגויות מגוונות,⁴⁰ במאמר זה לראשונה אבחן שאלת הפללה של התנהגות הרחוקה ביותר מזרועו של המשפט הפלילי הישראלי. במגמה לקצר, חלף הצגת המודל במפורט בהתחלה, אציג כל שלב בקצרה ואיישמו מיד לגבי ניאוף, במגמה להאירו נורמטיבית.

ג. מודל ההפללה: שלב הפוגענות

1. על שלב הפוגענות

שאלת ההפללה נפתחת באיתור הפגיעה הערכית הנגרמת מסוג התנהגות. בספרות המערבית הדבר מתחבר לעקרון הנזק,⁴¹ בהמשך להצעת מיל (Mill) להגביל שימוש בכוח המדינה למטרת מניעת נזק לאחר.⁴² ההמשגה בישראל שונה ומתמקדת ב"ערכים מוגנים".⁴³ בשתי צורות השיח קיים קושי גדול בנוגע לעמימות. קשה למצוא הגדרה בהירה למונח "נזק".⁴⁴ ניתן לתאר כמעט כל דבר כנזק,⁴⁵ וכמעט כל פעולה כמזיקה.⁴⁶ בשיח הישראלי הערכי עולה

- 40 אסף הרדוף "בשם הילד: שינויים בהרגלי ההפללה: על תיקון 118 לחוק העונשין והאיסור לצפות בחומר תועבה" **מאזני משפט** י 209, 238–219 (2015); אסף הרדוף "הימור מסוכן: מבט נורמטיבי ביקורתי בדיכוטומיה פרטי-ציבורי במשטר ההימורים הישראלי" **משפט וממשל** יח 157, 189–170 (2017); אסף הרדוף "צילום חכם: האם צילום מחשב ללא רשות ראוי להוות עברה פלילית?" **משפטים על אתר** יב 133, 135–145 (2019); אסף הרדוף "טיפול פלילי: איסור חולה: מבט ביקורתי בהפללה של הפצת מחלות פוטנציאלית" **משפט וממשל** (צפוי להתפרסם ב־2021) (להלן: הרדוף "טיפול פלילי"); Asaf Harduf & Mohammed S. Wattad, *The Law of Rights and the Law of Wrongs: Criminalizing Adult Incest*, 55 CRIM. L. BULLETIN 955, 961–979 (2019).
- 41 Lindsay Farmer, *Criminal Wrongs in Historical Perspective*, in THE BOUNDARIES OF THE CRIMINAL LAW 214, 214 (R.A. Duff et al. eds., 2010); Darryl Brown, *History's Challenge to Criminal Law Theory*, 3 CRIM. L. & PHIL. 271, 278–282 (2009); Shlomit Wallerstein, *Criminalising Remote Harm and the Case of Anti-Democratic Activity*, 28 CARDOZO L. REV. 2697, 2699 (2007).
- 42 JOHN STUART MILL, ON LIBERTY AND THE SUBJECTION OF WOMEN 13 (photo. reprt. 1996) (1879).
- 43 מרדכי קרמניצר "הערות לחקיקה: האם חסרי עבירות אנחנו על הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 13), תש"מ–1980?" **משפטים** יג 159, 160 (1983) (להלן: קרמניצר "הערות לחקיקה"); חאלד גנאים, מרדכי קרמניצר ובוועז שנור **לשון הרע: הדין המצוי והרצוי** 25, 27–28 (2005); רע"פ 2660/05 **אונגרפלד נ' מדינת ישראל**, פס' 16 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 13.8.2008).
- 44 NINA PERŠAK, CRIMINALISING HARMFUL CONDUCT: THE "LEWIS" PRINCIPLE, ITS LIMITS AND CONTINENTAL COUNTERPARTS 14, 60–61, 71, 77–91 (2007).
- 45 Bernard E. Harcourt, *The Collapse of the Harm Principle*, 90 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 109, 110–113 (1999).
- 46 Andrew Von Hirsch, *Extending the Harm*; 271–270, 267–266 **בעמ' 34**, לעיל ה"ש 34, Packer 'Principle: Remote' Harms and Fair Imputation, in HARM AND CULPABILITY 259, 260–264
- המשפט כן | תשפ"ב 96

סוגיה ליברלית מופקרת: האם להפלייל, להסדיר או להפקיר "בגידה" מינית בנישואין?

קושי זהה: אין רשימה ברורה, ממצה וחדה לערכים, ובוודאי אין מסגרת ברורה שתסביר מה נחשב כפוגע בערך ומה לא.⁴⁷ ממילא, הגנה על ערכים אינה מיטיבה לכוון ולשרטט את גבולות המשפט הפלילי משום שגם ענפי המשפט האחרים מגלמים ומשקפים ערכים.⁴⁸ סולם ההפללה עוקף את הבעיה ומציב דרישות שקיפות ולוגיות. שלב "הפוגענות" בוחן אם סוג ההתנהגות כרוך בנזק או פגיעה ערכית. חלף הגדרה מופשטת למונחים אלה, המודל מבקש הצהרה מצד תומכי ההפללה על אודות הפגיעות הערכיות הנגרמות מסוג ההתנהגות. ההצהרה פותחת מייד דלת ביקורתית ראשונה, המאפשרת לטעון שהפגיעה הערכית הנטענת אינה פגיעה כלל, או שאינה חמורה דיה להצדקת הפללה. לאחר ההצהרה, תומך ההפללה מתבקש לתאר קשר סיבתי משכנע בין סוג ההתנהגות שעל הפרק לבין הנזק המוצהר.⁴⁹ בעולם אידיאלי, הקשר יבוסס אמפירית.⁵⁰ בעולם פרגמטי יותר, הדוחה טענות אינטואיטיביות על קשר סיבתי, נדרש לפחות קשר לוגי לביסוס הפגיעה. ככל שתיאור המהלך הסיבתי מפורט ושקוף, הוא יכול להיטיב לשכנע, אך גם ניתן ביתר קלות לאתר חורים וקשיים בו. איזו פגיעה מחולל הניאוף? ראשית, אבקש להבהיר כי דיון ההפללה אינו מתבסס בשום אופן על טענות מוסריות. מוכרים לי היטב טיעונים להימנע מהסדרה משפטית על רקע מוסר בכלל,⁵¹ ולהימנע מהפללה משפטית על רקע זה בפרט.⁵² למעשה, סבורני שתיאור פעולה כסוגיה "מוסרית" גרידא אינו אלא טיעון ערכי בתחפושת, שלפיו הפעולה אינה ראויה להסדרה. מבחינה לשונית, אין קושי לתאר כל פעולה במשקפיים ערכיים, בין כזו שראויה להפללה או הסדרה ובין כזו שלא. מוטב להתרחק משפת המוסר המעורפלת והמעורפלת, העמומה והמעמעמת, על הנחותיה הנסותרות ועל הטשטוש הערכי שהיא משקפת, מנציחה ומקדמת. מבחינה דוקטרינרית, בחינה ערכית תואמת את השיח המשפטי בישראל בכלל והשיח הפלילי בפרט; מבחינה נורמטיבית, היא מקדמת שקיפות, דיוק אנליטי ובחינת עקיבות ערכית. שנית, בזמנים מוקדמים בבריטניה, הניאוף נחשב כעבירה נגד המונוגמיה.⁵³ בימי הקולוניאליזם האמריקאי, העבירה נתפסה כמתקפה נגד המוסריות והצניעות, והאכיפה עודדה נאמנות זוגית

(A.P. Simester & A.T.H. Smith eds., 1996); Claire Finkelstein, *Is Risk a Harm?*, 151 U. PA. L. REV. 963, 966-970 (2003); Douglas Husak, *What Moral Philosophers might Learn from Criminal Theorists*, 36 RUTGERS L. J. 191, 192-193 (2004).

47 עניין זה, בתורו, מייצר גם קושי פרשני מובנה בדיון המהותי, ראו אסף הרדוף "פרשנות תכליתית או מצמצמת, או שמא תכליתית ומצמצמת? סעיף 34 כחוק העונשין ועמימותן של הלשון, התכלית והפגיעה" **ספר גרוניס** (אהרן ברק ואח' עורכים, צפוי להתפרסם ב-2021).

48 אסף הרדוף **עברת הגנבה** 109 (2014).

49 GEORGE P. FLETCHER, BASIC CONCEPTS OF CRIMINAL LAW 61 (1998)

50 DOUGLAS HUSAK, OVERCRIMINALIZATION: THE LIMITS OF THE CRIMINAL LAW 145, 150, 153 (2008).

51 יצחק זמיר "משפט, אתיקה וכללי אתיקה לשופטים" **ספר מישאל חשין** 309, 316-317 (אהרן ברק, יצחק זמיר ויגאל מרזל עורכים, 2009).

52 פיינברג הקדיש ארבעה כרכים לבחינת עקרונות הפללה, מהחזק אל החלש, כאשר הכרך האחרון עסק בעיקרון החלש מכל, המוסרנות המשפטית, המאפשרת שימוש בדיון הפלילי כדי לשמר דרך חיים מסורתית, לאכוף מוסר, למנוע השגת רווח באמצעות עוול, ולשפר את האופי האנושי. JOEL FEINBERG, THE MORAL LIMITS OF THE CRIMINAL LAW: HARMLESS WRONGDOING 3 (1990).

53 Weinstein, לעיל ה"ש 12, בעמ' 208.

וביקשה למנוע לידת צאצאים של זרים.⁵⁴ העמדה לדין בגין ניאוף (ולעיתים גם בגין מין חופשי) נעשתה לעיתים כדי לאלץ אבות לילדים מחוץ לנישואין לספק את צורכיהם, חלף הישענות על משאבי ציבור.⁵⁵ רציונל נוסף היה להציע ענישה פלילית כחלופה לנקמה פרטית.⁵⁶

הסברה שהרציונלים הללו מיושנים אין פירושה שהעבירה נעדרת הצדקה מודרנית.⁵⁷ רציונלים מודרניים מכוונים לרוב להגנה ערכית על מוסד הנישואין מחד גיסא, ולהגנה ערכית על בן הזוג שלא נאף (להלן: הנאף) מאידך גיסא.⁵⁸ אבחן בקצרה את הראשון ובאריכות את השני.

2. הגנה על מוסד הנישואין

רציונל אפשרי להפללת הניאוף הוא הגנה על מוסד הנישואין.⁵⁹ השיח הפסיקתי הישראלי בהפללת ריבוי נישואין קישר בעבר בין ריבוי נישואין לבין פגיעה ביסודות המשטר.⁶⁰ אף שלמוסד הנישואין הציבורי שורשים דתיים עמוקים, ביסוס הפללה על הפגיעה בו הוא מפקפק. בעוד שלמוסדות משפטיים שונים יש משרדים ונציגים ממשלתיים שחשופים לפגיעה בידי פרטים, "מוסד" הנישואין אינו אלא רעיון, הכרזה משפטית היוצרת סטטוס משפטי מופשט.⁶¹ פנייה לדין הפלילי כדי להגן על סטטוס מופשט נראית בעייתית. כיצד יכול אדם לפגוע בסטטוס מופשט? האם פעולות אנושיות יכולות לאיין סטטוס או להפחיתו? ניאוף עלול להוביל לסיום נישואין, אף שהוא גם עשוי להוביל לחיזוקם.⁶² בכל מקרה, החוק יוצר סטטוס וקובע את משמעויותיו והשלכותיו, וכל אלה אינם ניתנים לפגיעה בידי הפרט, אלא אם החוק מתיר זאת. באופן מופשט פחות, ניאוף אינו פוגע בסטטוס הנישואין משום שהנישואין עדיין

- 54 שם, בעמ' 225–226, Sweeny; לעיל ה"ש 12, בעמ' 136, 147, Cohen; לעיל ה"ש 12, בעמ' 613, 646–647, Jacobsen; לעיל ה"ש 16, בעמ' 819–820, Bordatto; לעיל ה"ש 12, בעמ' 98; Anderson, לעיל ה"ש 19, בעמ' 14.
- 55 שם.
- 56 Weinstein, לעיל ה"ש 12, בעמ' 202–203, 211, Jacobsen; לעיל ה"ש 16, בעמ' 819, Hopkins; לעיל ה"ש 12, בעמ' 187–188, Annuschat; לעיל ה"ש 12, בעמ' 1166.
- 57 Lance McMillian, *Adultery as Tort*, 90 N.C.L. REV. 1987, 1998–1999 (2012).
- 58 Miller, לעיל ה"ש 12, בעמ' 435, Viator; לעיל ה"ש 14, בעמ' 857–858.
- 59 שם, בעמ' 856–858; Martin J. Siegel, *For Better or for Worse: Adultery, Crime & the*; 856–858; Rhode; *Constitution*, 30 J. FAM. L. 45, 87 (1991). לעיל ה"ש 23, בעמ' 188.
- 60 ראו ע"פ 185/82 גודה נ' מדינת ישראל, פ"ד לז(1) 85, 89–90 (1982); ע"פ 392/80 מדינת ישראל נ' הלוי, פ"ד לה(2) 698, 700 (1981); ת"פ (שלום עכו) 2250-07 פרקליטות מחוז חיפה נ' חמאד, פס' 8 (פורסם בנבו, 21.10.2009); ת"פ (שלום פ"ת) 31077-05-10 מדינת ישראל נ' דאוד, פס' 5 (פורסם בנבו, 4.9.2011); ת"פ (שלום י-ם) 8214-08 פרקליטות מחוז ירושלים נ' דבש, פס' 7 (פורסם בנבו, 20.5.2012); ת"פ (שלום כ"ס) 24591-10-13 מדינת ישראל נ' חג יחיא, פס' 8 (פורסם בנבו, 17.2.2016).
- 61 שרון שקרג'י כללי ברירת הדין בענייני נישואין וגירושין לאור השינויים שחלו בדין המהותי 183 (2015).
- 62 Strasser, לעיל ה"ש 23, בעמ' 783, 786.

סוגיה ליברלית מופקרת: האם להפיל, להסדיר או להפקיר "בגידה" מינית בנישואין?

תקפים משפטית, כל עוד החוק לא קבע אחרת.⁶³ אנשים נשואים הנחשפים לניאוף של אחרים אינם מושפעים מכך כלל, כפי שאינם מושפעים מנישואין של אחרים.

3. הגנה על הנאף

אף שיחסי המין הכלולים בניאוף נעשים בין אנשים המסכימים לפעולה, אין קושי מושגי להצביע על נפגע מהפעולה שאינו מסכים לה: הנאף.⁶⁴ בין שהניאוף ראוי להיות מוסדר ובין שלא, הוא אינו פעולה חסרת קורבן. אין פירוש הדבר שבנאף אין כל בדל אשמה,⁶⁵ לא כל שכן במאהב.⁶⁶ בהתמקדות בנשוי הנאף ניתן להמשיג שלוש פגיעות ערכיות: פגיעה רגשית-נפשית; פגיעה באמון וביושר; ופגיעה באוטונומיה המינית.

(א) פגיעה רגשית-נפשית

אף שהמשפט מצטיין יותר בהמשגת פגיעות בגוף או בקניין, ופחות בהמשגת פגיעות רגשיות-נפשיות,⁶⁷ הגנה על פרטים מפגיעה קשה ברגשותיהם, תחושותיהם ונפשם אינה זרה למשפט הפילי. ⁶⁸ רגשות ותחושות הם האופן שבו אדם חווה את חייו והם משקפים חלק חשוב בנפשו, והיעדר הגנה משפטית לאלה אינו הגיוני. האומנם ניאוף גורם פגיעה רגשית-נפשית?

הגילוי על אודות הניאוף לעיתים הרסני ומצלק,⁶⁹ אולי גם מבייש.⁷⁰ ראייה אחת לאפקט הרגשי עולה מהתגובות של ננאפים מסוימים. גילוי ניאוף של נשים לעיתים מוביל לרציחתן

63 ס' 2 לחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), התשי"ג-1953, ס"ח 165, קובע שתוקף הנישואין ייקבע על פי הדין הדתי.
64 Cohen, לעיל ה"ש 12, בעמ' 646-647.
65 Strasser, לעיל ה"ש 23, בעמ' 783; וכן ליפשיץ "שיפוט מוסרי", לעיל ה"ש 8, בעמ' 80.
66 McMillian, לעיל ה"ש 57, בעמ' 2006-2008.
67 השוו לדין על סירוב המשפט הפרטי לפצות קורבנות בגין נזק רגשי ולטענה שחוסר ההתייחסות לנזקים רגשיים אינו מוצדק, פוגע בקורבנות וכולל אפקט חברתי רעיל: Hila Keren, *Valuing Emotions*, 53 WAKE FOREST L. REV. 829 (2018).
68 השוו לעבירת האונס: לסלי סבה "עברת האונס: מגמות משפטיות וקרימינולוגיות" פלילים ג 46, 58-59 (1992); אסף הרדוף "אמת וצדק, ניפוי או ריפוי, אונס חוזר ואונס משחזר: השיפת קרבנות בלתימודעים למעשה הפשע בתחנת המשטרה: בעקבות תפ"ח 9232-07-15 "המשפט ברשת": זכויות אדם: מבזקי הארות פסיקה 57, 5, 15-16 (2016); Rigel Oliveri, *Statutory Rape Law and Enforcement in the Wake of Welfare Reform*, 52 STAN. L. REV. 463, 479 (2000); Katharine K. Baker, *Why Rape Should Not (Always) Be a Crime*, 100 MINN. L. REV. 221, 227-228 (2015).
69 Miller, לעיל ה"ש 12, בעמ' 430; Sweeny, לעיל ה"ש 12, בעמ' 142-143; Anderson, לעיל ה"ש 19, בעמ' 14-15; Viator, לעיל ה"ש 14, בעמ' 844, 856, 860; Rhode, לעיל ה"ש 23, בעמ' 188. טיעונים בדבר נכות נפשית או נזק נפשי מועלים בידי ננאפים גם בישראל, ואפשר שהסיבה למיעוטם היא סירוב המשפט הישראלי לתת להם נפקות: ע"א 8489/12 פלוני נ' פלוני, פס' 1 לפסק הדין של השופט עמית (פורסם בנבו, 29.10.2013) (להלן: עניין פלוני 2); תמ"ש (משפחה פ"ת) 19229-07-11 פלוני נ' פלוני, פס' 40, 54, 59, 100 (פורסם בנבו, 14.12.2015).
70 השוו שוחטמן, לעיל ה"ש 8, בעמ' 271.

בידי הבעל אחוז הקנאה.⁷¹ האלימות המשפחתית היא מגפה מגדרית, בעלים נגד נשים.⁷² בארצות הברית, טענות על קנטור עשויות להוביל להפחתה בעונש הרוצח, לגילוי הבנה ממערכת המשפט לסערה הנפשית שהייתה כרוכה בגילוי הניאוף.⁷³ למי שסבור שהכרה כאמור היא נחלה זרה, אזכיר את פרשת **אזואלוס**, מפסקי הדין המפורסמים בישראל בנוגע לרצח והמפורסם ביותר בנושא הקנטור. הנשיא ברק התייחס באריכות לאובדן השליטה העצמית שחוזה הנאשם בגין הגילוי המתריס על הניאוף.⁷⁴ אומנם הניאוף הטיפוסי אינו מכוון להתריס, אך ברי שלא ההתרסה היא העיקר אלא הניאוף.

כמובן, אנשים נורמטיביים אינם מגיבים לניאוף באלימות, לא כל שכן ברצח. עדיין, רבים מהם נפגעים רגשית. בשום אופן איני גורס שקטילה בעקבות ניאוף נוראית פחות בשל כך. רעיון הקנטור הוא רעה חולה שיש לפטור מהעולם, ואדם ממוצע לעולם לא יגיב לניאוף באלימות.⁷⁵ בד בבד, איני רואה כיצד ניתן לראות בניאוף פעולה חסרת משמעות משפטית במציאות שבה בית המשפט העליון מתאר בפירוט את כאבו הרגשי של הנאף, לקראת ירידת מדרגה משפטית דרמטית ביותר בהמשגת מעשה הקטל, מרצח להריגה.⁷⁶

הפגיעה הרגשית שעולה מניאוף קשה ביותר, אלא שהמשפט טרם המשיג אותה.⁷⁷ אומנם ניתן לגרום שהואיל והניאוף כנראה נפוץ למדי,⁷⁸ הוא סיכון שלוקח כל אדם הנכנס לזוגיות, אולם אין זה טיעון מספק כנגד הסדרה. פעולות רבות בחיי המשפחה מוסדרות חרף היותן צפויות או אפשריות, דוגמת גירושין. בנוסף, קשה להיות מושקע רגשית במערכת יחסים לצד שמירה על מוכנות מתמדת להיפגע עמוקות מבן הזוג: אמון, ביטחון ואהבה אינם מתיישבים עם פחד, ספקנות ודריכות. בעיניי, טיעון שפגיעת הניאוף אינה חמורה מתקשר בראש

71 Miller, לעיל ה"ש 12, בעמ' 452–453.

72 Hopkins, לעיל ה"ש 12, בעמ' 197–201.

73 Weinstein, לעיל ה"ש 12, בעמ' 227–230; Miller, לעיל ה"ש 12, בעמ' 453–456; Rhode, לעיל ה"ש 23, בעמ' 202.

74 ראו ע"פ 3071/92 **אזואלוס נ' מדינת ישראל**, פ"ד נ(2) 573, פס' 10–11 לפסק דינו של הנשיא ברק (1996): "רק כאשר המערער ראה כמו עיניו את השכן נושק לאשתו, ורק כאשר שמע כמו אוזניו את דברי השכן, בנוכחות אשת המערער, כי 'הנה זה אמת, אתה יכול לקפוץ', רק אז חדרה בו ההכרה כי האמת לאמיתה היא בגידת אשתו. אמת זו נחתה עליו כרעם ביום בהיר. עיניו השכחו. עולמו חרב. הוא נטל את נשקו וירה בשכן ובאשתו שלו. פעולתו נעשתה מתוך איבוד השליטה העצמית. כוונת הקטילה הייתה ספונטאנית. הוא פעל ללא יישוב דעת... דמו של הישראלי המצוי ודמה של הישראלית המצויה עלול לרתוח, כאשר הם רואים את בת הזוג או את בן הזוג בבגידה, וכאשר מעשה הבגידה מכוון כל כולו ללמד על מעשה הבגידה".

75 אורית קמיר "איך הרגה הסבירות את האישה: חוס דמם של 'האדם הסביר' והישראלית המצויה" בדוקטרינת הקנטור בהלכת אזואלוס "פלילים" ו 137, 163–166, 173 (1997); אסף הרדוף "טרילוגיה של רצח א': על הקנטור: בין הסובייקטיבי, האובייקטיבי והנורמטיבי" **משפט מפתח** 5, 155, 159–161 (2019).

76 כניסוח העבירות לפני הרפורמה בעבירות ההמתה: חוק העונשין (תיקון 137), התשע"ט–2019, ס"ח 230, 232–230; וכן הצעת חוק העונשין (תיקון 124) (עבירות המתה), התשע"ו–2015, ה"ח 166.

77 השו"ל לשולמית אלמוג לקראת המשגה של קלון חברתי 13 (2009).

78 Stein, לעיל ה"ש 20, בעמ' 165–168; Anderson, לעיל ה"ש 19, בעמ' 16–17.

סוגיה ליברלית מופקרת: האם להפיל, להסדיר או להפקיר "בגידה" מינית בנישואין?

ובראשונה למציאות מתמשכת שבה הניאוף אינו מוסדר, ובמציאות כזו אין זה מפתיע לגלות יחס חברתי סלחני לניאוף כאשר הוא נעשה בידי זרים וכלפי זרים.⁷⁹ לנאף חסרים כלים לשוניים וחברתיים לתיאור הפגיעה שחווה בכותרת חדה, להמשגת קורבנותו.⁸⁰ טיעון חזק יותר נגד הפוגענות הוא שהקשר הסיבתי בין הניאוף לבין הפגיעה אינו מוחלט. מצד אחד, מקרים רבים של ניאוף ודאי שאינם מתגלים בידי הנאף, ומשכך אינם מובילים לפגיעה רגשית-נפשית בו, אף שלעיתים די בקנאה כדי לייצר נזק רגשי.⁸¹ מצד אחר, ודאי קיימים מקרים של ניאוף מיודע ומוסכם, כשבן הזוג הנאף מסכים לניאוף, ואולי גם נואף בעצמו, שאז לא ניתן להצביע על פגיעה רגשית-נפשית, ודאי לא בעוצמה דומה.⁸² גם במצב שהנישואין תקפים משפטית, אך עלו על שרטון והובילו לפרדה, האפקט הרגשי של הניאוף פוחת.⁸³ לעומת זאת כשניאוף אינו מיודע ואינו מוסכם, כשהנישואין לכאורה ממשיכים כסדרם וכשהניאוף נחשף בהמשך, ניתן לצפות לפגיעה רגשית-נפשית עוצמתית בפרט החי בחברה המוקירה את מסגרת הנישואין ואת הבלעדיות הכרוכה בה.

(ב) פגיעה באמון וביושר

אמון ויושר, ערכים מוכרים,⁸⁴ זוכים להגנת המשפט הפלילי בהקשרים מסוימים,⁸⁵ לרבות בהקשר משפחתי,⁸⁶ שבו הם ערך חשוב.⁸⁷ האמון ודאי נפגע קשות כשאדם פועל בסתר ועושה פעולה שהוא יודע שכן זוגו היה מתנגד לה, נפגע ממנה ומגיב באופן שאינו רצוי לנואף. לעומת הפגיעה הערכית הראשונה שתוארה, ערך האמון נפגע באופן עצמאי, המנותק משאלת החשיפה של הניאוף. הקשר הסיבתי חזק מאוד, והסיבה העיקרית שאינו מוחלט נוגעת לתרחיש הלא טיפוסי, ניאוף בהסכמת הנאף.⁸⁸ כמובן, גם ניאוף גלוי ומתריס, שלא בהסכמה, פוגע באמון ואף משפיל את הנאף.

- 79 שחר אלדר "ערך האמון והמשפט הפלילי בישראל" *חובות אמון בדין הישראלי* 215, 241 (רות פלאטרשנער ויהושע שגב עורכים, 2016).
- 80 השוו לשינוי בשיח שיצר החוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1988: אורית קמיר "מקץ עשרים שנה: המאבק בהטרדה מינית באקדמיה מחייב דבקות בתמונה הגדולה וגם דיוק בפרטים" *מעשי משפט* ט(2) 81, 82 (2018).
- 81 דניאל דריי "קנאה בין בני זוג: הרסנית או חיובית?" *Ynet* – יחסים (18.9.2011) www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4123531,00.html.
- 82 Viator, לעיל ה"ש 14, בעמ' 857; Stein; לעיל ה"ש 20, בעמ' 178–179.
- 83 Annuschat, לעיל ה"ש 12, בעמ' 1193–1194.
- 84 Caroline Forell & Anna Sortun, *The Tort of Betrayal of Trust*, 42 U. MICH. J. L. REFORM (2009) 557, 564–566.
- 85 יובל קרניאל *הפרת אמונים בתאגיד: במשפט האזרחי והפלילי* פרק שני (2001); אלדר, לעיל ה"ש 79.
- 86 שם, בעמ' 237–242.
- 87 Margaret F. Brinig, *Book Review of Rhode, Adultery, Infidelity and The Law: Adultery, Trust and Children*, 95 TEX. L. REV. 611, 623–625 (2017).
- 88 Stein, לעיל ה"ש 20, בעמ' 152, 154–155.

מנגד, ערך היושר אינו נפגע באופן כה מובהק. הפגיעה בו פריפריאלית ומתקשרת לבחירת הנואף הטיפוסי להסתיר את מעשיו מבן זוגו.⁸⁹ שקרים ודאי מתלווים לניאוף, לפני המעשה או אחריו.⁹⁰ פגיעה בערך היושר מפירה את האוטונומיה של הפרט, המסתמך על השקר.⁹¹ בספרות המשפטית הועלה הטענה שהשקר פסול מבחינה ערכית ואף ראוי להפלה, לפחות בהקשרים מסוימים.⁹² שקרים ואולי אף הטעיות⁹³ ואיגילוי⁹⁴ מצד בן הזוג בסוגיה זו הם מהותיים.⁹⁵

(ג) פגיעה באוטונומיה המינית

אף שההמשגה של הפגיעה באוטונומיה המינית כרציונל להפלה ותיקה ומוכרת, לא כן חיבורה לענייננו. האוטונומיה המינית נתפסת כערך המוגן הדומיננטי בעבירות המין.⁹⁶ היא זוכה לנתח בולט בדיון האקדמי העשיר בעבירת האונס, בנוגע לבחירה עם מי לקיים יחסי מין, ובעיקר עם מי לא.⁹⁷ חרף הדמיון ביניהן, עבירות המין בכלל, ועבירות האונס בפרט, מגוונות ואינן עשויות מקשה אחת. הן מתארות קשת רחבה של פגיעות באוטונומיה המינית וברכיב ההסכמה המבטא אותה – כפיית הסכמה בכוח, היעדר כל הסכמה, פגם בכשרות המסכים

- 89 שם, בעמ' 154.
- 90 Hopkins, לעיל ה"ש 12, בעמ' 255; ליפשיץ "שיפוט מוסרי", לעיל ה"ש 8, בעמ' 73, 89. לחיבור קצר בין יושר, מרמה וניאוף ראו מרדכי קרמניצר **המרמה הפלילית** 34 (2009).
- 91 Helen Norton, *Lies and the Constitution*, 2012 SUP. CT. REV. 161, 187–188 (2012); Helen Norton, *The Government's Lies and the Constitution*, 91 IND. L.J. 73, 79 (2015) (להלן: Bryan H. Druzin & Jessica Li, *The Criminalization of Lying: Under What Circumstances, If Any, Should Lies Be Made Criminal?*, 101 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 529, 535 (2011).
- 92 Patricia J. Falk, *Not Logic, but Experience: Drawing on Lessons from the Real World in Thinking About the Riddle of Rape-by-Fraud*, 123 YALE L.J. F. 353, 361–369 (2013); Irina D. Manta, *Tinder Lies*, 54 WAKE FOREST L. REV. 207, 218–220 (2019).
- 93 Stuart P. Green, *Lying, Misleading, and Falsely Denying: How Moral Concepts Inform the Law of Perjury, Fraud, and False Statements*, 53 HASTING L.J. 157, 162–168 (2001); Allison Douglis, *Disentangling Perjury and Lying*, 29 YALE J. L. & HUMAN. 339, 343–344 (2017).
- 94 Jed Rubenfeld, *The Riddle of Rape-by-Deception and the Myth of Sexual Autonomy*, 122 YALE L.J. 1372, 1416 (2013); Aeyal Gross, *Gender Outlaws Before the Law: The Courts of the Borderlands*, 9 DUKEMINIER AWARDS: BEST SEXUAL ORIENTATION & GENDER IDENTITY L. REV. 159, 165 (2010).
- 95 Stein, לעיל ה"ש 20, בעמ' 181.
- 96 Ben A. Mcjunkin, *Deconstructing Rape by Fraud*, 28 COLUM. J. GENDER & L. 7 (2014); Stuart P. Green, *Lies, Rape, and Statutory Rape*, in *LAW AND LIES: DECEPTION AND TRUTH-TELLING IN THE AMERICAN LEGAL SYSTEM* 194, 206 (Austin Sarat ed., 2015); Elizabeth Hanus, *Rape by Nonphysical Coercion: State v. Brooks*, 64 KAN. L. REV. 1141, 1144 (2016).
- 97 Corey Rayburn Yung, *Rape Law Fundamentals*, 27 YALE J. L. & FEMINISM 28 (2015); Falk, לעיל ה"ש 92, בעמ' 365; Hanus; L. & FEMINISM 28 (2015), לעיל ה"ש 96, בעמ' 1144.

סוגיה ליברלית מופקרת: האם להפלייל, להסדיר או להפקיר "בגידה" מינית בנישואין?

והסכמה שלא מדעת.⁹⁸ בישראל סעיף 345(א)(2) לחוק העונשין מפליל בעילת אישה שהושגה בהסכמתה, במרמה לגבי מיהות העושה או מהות המעשה, מה שמכונה "אינוס במרמה"; וסעיף 348(א)(1) לחוק העונשין מפליל בהתאמה מעשה מגונה בהסכמה שכזו. המשפט האנגלר-אמריקאי כולל עבירת אינוס במרמה צרה, המתמקדת בהתחזות לבן-זוג בחסות החשכה (ובמעשה מיני באמתלה רפואית),⁹⁹ כשהאיסור נולד במגמה לחלץ ממלתעותיו של האיסור הפלילי על ניאוף את מי שקיימה יחסי מין עם גבר שהתחזה לבן-זוגה.¹⁰⁰

אף שאיני מעלה טיעון פרשני בעד תחולת האיסורים הללו על ניאוף, מבחינה ערכית הניאוף עשוי לשקף פגיעה קשה באוטונומיה המינית של הנאף. איני ממשיג את האוטונומיה של הנאף ככוללת זכות לבלעדיות על המגע המיני עם הנאף; המשגה כזו אינה מתיישבת עם סטנדרט דמוקרטי ליברלי. כוונתי שלפחות במצבים רבים, שבהם הנאף פועל בסתר, הוא גם ימשיך לקיים יחסי מין עם הנאף. בנוסף לפגיעות בנאף שתוארו לעיל, כעת האוטונומיה המינית שלו נפגעת, בקיימו יחסי מין עם הנאף בלי לדעת את התמונה השלמה. ייתכן שנאפים מסוימים, גם אילו ידעו על הניאוף, היו בוחרים לקיים יחסי מין עם הנאף, או למצער להישאר עימו בקשר לנוכח שיקולים משפחתיים ואחרים, ובמובן זה הפגיעה באוטונומיה המינית שלהם אינה מתקיימת. אולם ניתן לשער שרבים אחרים, אילו ידעו על הניאוף, היו מנתקים קשר, מגע או למצער מגע מיני עם הנאף. הפגיעה באוטונומיה של האחרונים אינה מחייבת גילוי מאוחר על הניאוף, אף שברור שגילוי כזה יוביל לפגיעה רגשית-נפשית, החורגת מגבולות הפגיעה שתוארה בתחילת הפרק. לא די שאדם חווה סערת רגשות בגין הניאוף, הוא עשוי לחוות השפלה וכעס עצמאיים בגין המחשבה ששכב עם הנאף, אולי אף רגשות אשם.¹⁰¹ לעומת זאת, הניאוף הגלוי נוטה שלא לפגוע באוטונומיה המינית משום שהנאף יודע על הניאוף ויכול לבחור מדעת להימנע מלקיים יחסי מין עם הנאף.

מעבר לפגיעה המובהקת באוטונומיה המינית, הנאף עלול להעמיד את הנאף בסיכון הדבקה במחלה משום שהנאף מצפה לבלעדיות ביחסי המין, ולפיכך אינו מבצע מין מוגן.¹⁰²

98 Green, לעיל ה"ש 96, בעמ' 212–214; Luis E. Chiesa, *Solving the Riddle of Rape-by-Deception*, 35 YALE L. & POL'Y REV. 407, 422–423 (2017); אסף הרדוף "אינוס מרחוק או רחוק מאינוס? על מחוקק אדיש, על תביעה יצירתית ועל דיני האונס, מטרם וגבולותיהם" עלי משפט יג 65, 94–95 (2016).

99 Rubinfeld, לעיל ה"ש 94, בעמ' 1397–1402.

100 Mcjunkin, לעיל ה"ש 96, בעמ' 13–15.

101 תחושת אשמה מצד הקורבן עשויה לעלות בעבירות מין שונות. ראו Baker, לעיל ה"ש 68, בעמ' 255; Alena Allen, *Rape Messaging*, 87 FORDHAM L. REV. 1033, 1036, 1061–1062 (2018); שם, בעמ' 1033, 1041–1040; הלפרין-קדרי, לעיל ה"ש 8, בעמ' 318; שוחטמן, לעיל ה"ש 8, בעמ' 271, 302. על האפשרות להדבקה כשיקול הפללה ראו Benjamin F. Neidl, *The Lesser of Two Evils: New York's New HIV/AIDS Partner Notification Law and Why the Right of Privacy Must Yield to Public Health*, 73 ST. JOHN'S L. REV. 1191, 1196–1238 (1999); Mary Graw Leary, *Affirmatively Replacing Rape Culture with Consent Culture*, 49 TEX. TECH L. REV. 21 (2016); בישראל ראו ס' 218 לחוק העונשין; הרדוף "טיפול פלילי", לעיל ה"ש 40.

4. פגיעותיו של הניאוף – סיכום

בחנתי לעיל שני סוגים ראשיים של פגיעה ערכית הכרוכה בניאוף. אף שלפי ערכי מוסד הנישואין אינו ראוי להגנה משפטית כלל, כפי שיוזכר בהמשך, הרי שמי שסבור אחרת – אינו צריך להתעלם מפגיעתו הסמלית של הניאוף במוסד זה. לעומת זאת הסוג העיקרי השני של הפגיעה הערכית שנבחן, הסובב סביב פגיעה בפרט הננאף, אינו סמלי כלל ובמובן זה הוא חזק בהרבה. ניאוף הוא התנהגות פוגענית ביותר שעוברת בלי קושי את שלב ההפללה הראשון. כאשר ניאוף שנעשה ללא הסכמת הננאף מתגלה, הוא מוביל לפגיעה רגשית נפשית עזה. כאשר הוא נעשה ללא הסכמת הננאף אך אינו מתגלה, עדיין ניתן לגרוס שהוא פוגע קשות בערך האמון. כאשר הוא מוביל לשקרים, הוא פוגע בערך היושר. כאשר הוא נעשה לצד יחסי מין עם הננאף בלי שהאחרון יודע על הניאוף, ותוך המשך קיום יחסי מין עימו, הוא פוגע באוטונומיה המינית.

ד. מודל ההפללה: שלב התכליתיות

1. על שלב התכליתיות

אפיון סוג התנהגות כפוגעני מספק סיבה ערכית להסדירו ולצמצמו, אך אינו מצדיק את קריאת הדין הפלילי לדגל, שהרי אין בכוחו של האחרון לפתור כל בעיה ערכית חברתית או להיאבק ביעילות בכל סוג התנהגות פוגעני.¹⁰³ התכליתיות, על שני מבחני המשנה שלה, בוחנת אם הדין הפלילי מסוגל להציע פתרון לבעיית הפוגענות שזוהתה לעיל.

מבחן המשנה הראשון הוא האכיפות: האם הדין הפלילי מסוגל לממש את שיטות הפעולה שלו ולצמצם את סוג ההתנהגות שלעיל. המבחן בודק יכולת (שלצידה מוטיבציה) של הרשויות ומתפצל לשלוש תת-שאלות. על רשויות האכיפה לאתר את סוג ההתנהגות המופלל ולתפוס את האחראים לו; ולאסוף ראיות המספיקות לאישום ולהרשעה; לבסוף, על בית המשפט להביא לצמצום סוג ההתנהגות באמצעות ענישה.¹⁰⁴ מי שחושב שעל הדין הפלילי לאכוף, ולא רק להכריז, צפוי לבחון את שאלת האכיפות¹⁰⁵ בהבנה הענווה שהמשפט הפלילי אינו מסוגל לצמצם כל סוג התנהגות.¹⁰⁶

JONATHAN SCHONSHECK, ON CRIMINALIZATION: AN ESSAY IN THE PHILOSOPHY OF THE 103
 , לעיל ה"ש 50, HUSAK; 422–421 בעמ' 85, לעיל ה"ש 85, קרניאל, לעיל ה"ש 74 (1994) CRIMINAL LAW 70, 74
 בעמ' 146–145.

Paul H. Robinson & John M. Darley, *The Utility of Desert*, 91 NW. U. L. REV. 453, 454– 104
 456 (1997); Neal Kumar Katyal, *Deterrence's Difficulty*, 95 MICH. L. REV. 2385, 2386,
 2389–2492 (1997); Dan M. Kahan, *Between Economics and Sociology: The New Path of*
Deterrence, 95 MICH. L. REV. 2477, 2489–2490, 2496 (1997).

Dan M. Kahan, *What Do Alternative* ראו המשפטית הפלילית. 105
Sanctions Mean?, 63 U. CHI. L. REV. 591, 598–601 (1996); Paul H. Robinson, *Why does*
the Criminal Law Care what the Layperson Thinks is Just? Coercive versus Normative
Crime Control, 86 VA. L. REV. 1839, 1866 (2000).

.William J. Stuntz, *Self-Defeating Crimes*, 86 VA. L. REV. 1871, 1897 (2000) 106

סוגיה ליברלית מופקרת: האם להפלייל, להסדיר או להפקיר "בגידה" מינית בנישואין?

מבחן המשנה השני של התכליות הוא ההפללה המספיקה או מבחן צרות־יָתֵר. הוא מציג דרישה שאינה מאפיינת את הדין הפלילי, הדין בבית משפט ואפילו הדין האקדמי בהפללה קונקרטי: מבט בתמונה רחבה יותר, כביקורת עקיבות. אם סוגי התנהגות אחרים גורמים פגיעה ערכית דומה, במידה דומה, במהלך דומה, אך זוכים ליחס משפטי שונה ואינם מופללים – קטנה ההצדקה להפלייל רק את סוג ההתנהגות שעל הפרק. המבחן מעודד יחס משפטי דומה לתופעות דומות בפוגענותן.

בעיה באחד ממבחני המשנה שלעיל פירושה שבמובן מכשירני, להבדיל מהמובן הערכי של הפוגענות, הפללה לא תוכל להשיג את מטרתה, צמצום סוג ההתנהגות שעל הפרק (בעיה באכיפות) או צמצום הפגיעה הערכית שבגינה מתבקשת הפללה (צרות־יָתֵר). התכליתיות מספקת הצדקה מכשירנית תועלתית להפללה.

2. אכיפות של ניאוף

אפילו אם מוצדק לאסור ניאוף, אין פירוש הדבר שהדין הפלילי מסוגל להילחם בו ביעילות, באופן כללי,¹⁰⁷ או שבכוחו להגן על מוסד הנישואין מפני פגיעת הניאוף, באופן קונקרטי.¹⁰⁸ בכל זאת, במציאות דמיונית, שבה הניאוף הוא עבירה פלילית, שאינה סמלית וחלשה גרידא,¹⁰⁹ האם וכיצד ניתן בכלל לאכוף אותה? הואיל ובישראל מדובר באיסור היפותטי, השאלה מאלצת אותנו לפתח אסטרטגיה לצמצום הניאוף באמצעות המשפט הפלילי.¹¹⁰ מבחינת רשויות האכיפה, עליהן לפתח יכולות לאתר ניאוף, לאסוף ראיות מספיקות לאישום ולהרשעה ולהביא את הנואפים לדין. האם בכוחן לעשות זאת? מצד אחד, בתי המשפט הפליליים דנים בשאלה העובדתית של קיומם של יחסי מין כדבר שבשגרה, לרבות יחסי מין שנעשו בהסכמה שהמשפט אינו מכבד, כמו אינוס במרמה ואינוס סטוטורי בסעיפים 345(א)–(2)–(3) לחוק העונשין. מצד אחר, הקורבן בניאוף אינו שותף ליחסי המין ואינו יכול לדווח עליהם מעצם היותם, משום שבמקרה הטיפוסי הוא אינו יודע עליהם בזמן אמת ואפילו אינו נוכח ב"זירת הפשע". המין נעשה בהסכמת הצדדים לו, ולשניהם יש הניעה להסתירו, שרק תגדל במשטר הפללה. אולם כבר קיימות עבירות ללא קורבן ישיר שניתנות לאכיפה. למשל, סחר בסמים מסוכנים או בנשק הוא פעולה שלשני הצדדים יש הניעה דומה לגביו, וכמוהו גם נתינת שוחד וקבלתו.¹¹¹ בדומה, וביתר שאת, בגילוי עריות בין בגירים קיים תמריץ עצום להסתיר את המעשה מהמדינה, מהסביבה ומהמשפחה.¹¹²

107 Viator, לעיל ה"ש 14, בעמ' 859.

108 Miller, לעיל ה"ש 12, בעמ' 465–467; Strasser, לעיל ה"ש 23, בעמ' 781.

109 שם, 781–782; Sweeny, לעיל ה"ש 12, בעמ' 170.

110 לכלים הללו יש מחיר, שיידון בשלב ההפללה האחרון. לעת עתה די בבחינת יכולת.

111 ע"פ 4115/08 גלעד נ' מדינת ישראל, פס' 5 לפסק דינו של השופט דנציגר (פורסם בנבו, 24.1.2011).

112 Harduf & Wattad, לעיל ה"ש 40, בעמ' 955, 973, 978. גילוי עריות בין בגירים שאחד מהם מתחת גיל 21 הוא עבירה פלילית בישראל, כעולה מס' 351(ב) לחוק העונשין.

איתורו של משגל מוסכם אינו פשוט, לנוכח אופיו הפרטי.¹¹³ מערכת המשפט עשויה לדרוש ראיות ישירות למעשה¹¹⁴ ולייצר סטנדרט ראייתי גבוה.¹¹⁵ אולם לפחות לעיתים, ניאוף מותר אחריו ראיות. השותפים לניאוף עשויים לשתף אחרים במעשיהם, ואלה עשויים להעיד בפני רשות.¹¹⁶ בני זוג חשדניים עשויים לדווח למשטרה על החשדות ולספק ראיות לתימוכין. לרשויות האכיפה קיימים כלי פלישה לפרטיות, כהאזנת סתר, איכון, חדירה לחומר מחשב, וכל זאת במצטבר לסמכויות חקירה ותשאול.

איתורו של כל ניאוף וניאוף כמובן אינו אפשרי, כשם שאין אפשרות כזו בכל עבירה אחרת. עם זאת, ברור שניתן לאתר נואפים, בין היתר משום שכבר כיום הם מאותרים, למרות מאמציהם להסתתר. מניעי ההסתרה עשויים להיות משפטיים, בהתקשר לדיני המשפחה,¹¹⁷ דתיים או חברתיים-אישיים. חרף המאמץ לשמור על הניאוף דיסקרטי, מקרים רבים של ניאוף נחשפים, ממניע זהה של הננאף: משפטי, דתי או חברתי-אישי.

לאחר איתור ניאוף ונואפים, נותרה משימה משפטית חשובה: לצמצם את הניאוף באמצעות ענישה פלילית (ובהסדרה אזרחית, באמצעות סנקציות משפטיות אחרות). ענישה אינה מעלימה תופעות פליליות פוגעניות, כפי שמעשי הרצח והאונס שממשיכים לפקוד את עולמנו מוכיחים. הרתעת הניאוף באמצעות המשפט הפלילי ודאי תהיה מוגבלת.¹¹⁸ עדיין ייתכן שבכוחה לצמצם את הניאוף, בהוסיפה שיקול העשוי להיות מכריע אצל נואפים פוטנציאליים. יש המוכנים לנאוף חרף הפגיעה בבן הזוג, המוכנים ומעוניינים לפרק מערכת נישואין, המדחיקים את הפגיעה הכרוכה במעשיהם, המוכנים להסתכן בסנקציות דתיות. אולם ניתן לשער שלפחות חלקם יימנעו מניאוף אם יוגדר כעבירה פלילית, מפאת חששם מהרשעה וענישה בידי המשפט הציבורי המדינתי.¹¹⁹ יתרה מזו, הפללת הניאוף עשויה לספק מענה לרגש השלילי של הקורבן ולתחושת הנקם שלו,¹²⁰ יצר נפוץ למדי גם בחברה המודרנית.¹²¹ בהיעדר הפללה, ולמצער הסדרה אזרחית של הניאוף, הננאף מפנים שהמשפט אינו מגן עליו, אינו מכיר בעוול שנעשה לו ואינו נותן תוקף לתחושת הקורבנות שלו ולפיכך הוא עלול לספק למעשה הניאוף מענה עצמאי, שבתורו עלול להיות אלים ופלילי.¹²²

113 Miller, לעיל ה"ש 12, בעמ' 466.

114 שם, בעמ' 444; דייקן, לעיל ה"ש 8, בעמ' 368–369. מנגד ראו שוחטמן, לעיל ה"ש 8, בעמ' 273–272.

115 Pfeiffer, לעיל ה"ש 26, בעמ' 674–675; Sweeny, לעיל ה"ש 12, בעמ' 156–157, 160–169.

116 השו"ש שוחטמן, לעיל ה"ש 8, בעמ' 275–276.

117 זפרן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 826–827.

118 Jacobsen, לעיל ה"ש 16, בעמ' 829.

119 Tom R. Tyler, Why Do People Obey the Law (2006).

120 על תחושת הנקם הזו ראו אלון הראל "ייעילות וצדק במשפט הפלילי" **משפטים** כב 499, 514 (1993).

121 אסי טבקה "על דם, צדק, נקמה ודמעות: על 'מיכאל קולהאס' מאת היינריך פון קלייסט" **המשפט** ח 711, 722 (2003).

122 לדוגמה "קשה לצפייה: תפס את אשתו ואחיו במיטה: ורצח אותם" **וואלה – חדשות** (8.11.2018) <https://news.walla.co.il/item/3198758>

סוגיה ליברלית מופקרת: האם להפלייל, להסדיר או להפקיר "בגידה" מינית בנישואין?

לסיכום, סבורני שניאוף בהחלט עומד במבחן האכיפות. ניתן לאתרו חרף מגמת ההסתרה המאפיינת אותו, ניתן לאסוף ראיות לביצועו וניתן לצמצמו באמצעות הרשעה וענישה.

3. ניאוף במבחן צרות-היתר

מבחן צרות-היתר מתכתב לא עם פרקטיקות שיטור וענישה, אלא עם ערכים. שלושת סוגי הפגיעה הערכית שהועלו בפרק ב חוזרים לשולחן, בחיפוש סוגי התנהגות אחרים שגורמים להם ובבחינת עקיבותו של היחס המשפטי לתופעות פוגעניות. ככל שהפגיעות הערכיות שהועלו מופשטות יותר, מבחן צרות-היתר מציב אתגר קשה יותר ונדרשת הצדקה להיאבק באופן חלקי בתופעה פוגענית רחבה. אף שמבחן צרות-היתר אינו משקף חלק רחב בשיח המשפטי ואף האקדמי, הרי שבנוגע לניאוף זהו מבחן מפתח, אולי אפילו מבחן מכריע.

אם אנו סבורים שמוסד הנישואין פגיע למעשים פרטיים, עלינו לשקול מעשים נוספים שעלולים לפגוע בו. ראשית, ניתן לגרוס שעצם קיומן של חלופות לנישואין, כמגורים משותפים ופוליאמוריה,¹²³ פוגע במוסד הנישואין, וכך גם מין חופשי.¹²⁴ שנית, ניתן להציע שגם פעולות אחרות שנעשות בידי נשואים פוגעות במוסד הנישואין, כזלזול והזנחה של בן הזוג. שלישית, עצם האפשרות המשפטית לסיום הנישואין – ניתנת להמשגה כעלבון לנישואין. בעידן שבו הנישואין אינם עוד מוסד משפטי קבוע באופן מובנה, הפנייה למשפט הפלילי כדי להגן עליו נראית אנכרוניסטית.¹²⁵ השכיחות של גירושין, משפחות חד-הוריות, מגורים משותפים ללא נישואין, מין חופשי וכדומה מלמדת על שינוי מהותי בגישת הציבור כלפי נישואין.¹²⁶

כאמור בפרק ב, איני סבור שהגנה על מוסד הנישואין מצדיקה פנייה למשפט הפלילי. באותו פרק תוארו שלושה סוגי פגיעות ערכיות קונקרטיות שניאוף גורם: פגיעה רגשית-נפשית; פגיעה באמון וביושר; ופגיעה באוטונומיה המינית. האם רק ניאוף גורם להן?

רגע לפני שאתייחס לכל אחת בנפרד, אתייחס למכלול ואזכיר התנהגות הדומה בעליל לניאוף והמכונה בשפה היומיומית "בגידה" (ובלעז cheating).¹²⁷ כוונתי למצב שבו צד למסגרת רומנטית או מינית, הכוללת הסכמה מפורשת או ציפייה משתמעת לבלעדיות מינית, מבצע מגע מיני בלי הסכמת הצד האחר ובלי ידיעתו: הפרת בלעדיות מינית. מבחינת הדין הדתי, אף אם קיים איסור עצמאי אחר על קיום יחסי מין מחוץ למסגרת של נישואין, הפגיעה

123 פוליאמוריה אינה מונח מאוד שגור בישראל. המונח מתאר מערכת יחסים רומנטית אוהבת (ולא מינית גרידא) עם יותר מאדם אחד בו זמנית.

124 Sweeny, לעיל ה"ש 12, בעמ' 147; Thomas Buck Jr., *From Big Love to the Big House: Justifying Anti-Polygamy Laws in an Age of Expanding Rights*, 26 EMORY INT'L L. REV. 939, 993–994 (2012).

125 Anderson, לעיל ה"ש 19, בעמ' 19.

126 Keith E. Sealing, *Polygamists Out of the Closet: Statutory and State Constitutional Prohibitions Against Polygamy are Unconstitutional Under the Free Exercise Clause*, 17 GA. ST. U. L. REV. 691, 745–747 (2001); Ashley E. Morin, *Use it or Lose it: the Enforcement of Polygamy Laws in America*, 66 RUTGERS L. REV. 497, 517, 526 (2014).

127 איני אוהד את המונח "בגידה", והסיבה העיקרית לכך היא צרות-היתר. ניתן לבגוד בבן זוג בלי קשר לניאוף ומין וניתן לבגוד גם בבני משפחה אחרים, בחברים וכדומה. הטרימינולוגיה אינה מהותית, אלא מכשיר לבחינת הרעיון המהותי.

המיוחדת הכרוכה בניאוף מתקשרת לנורמה הדתית הנולדת בעקבות טקס נישואין, שנערך לפי כללי הדת. מנקודת מבט ליברלית, כללי הדת אינם קשורים לשאלת הפוגעות, ולמעשה אפילו הנישואין וההכרה המדינתית משפטית בהם אינם חלק הכרחי בה. הפגיעה הרגשית-נפשית, הפגיעה באמון וביושר והפגיעה באוטונומיה המינית מתרחשות גם בקרב מי שנישא בחתונה אזרחית, בקרב מי שערך טקס נישואין סמלי, בקרב ידועים בציבור ואף בקרב אנשים המצויים במערכת יחסים רומנטית בלעדית במשך פרק זמן שאינו זניח.¹²⁸ מבחינה ליברלית, במציאות שבה ציפייה לבלעדיות מינית משקפת נורמה חברתית רחבה, ואפילו ברירת מחדל, בקרב הציבור כולו, לרבות החילוני, לעניין כל הפגיעות הערכיות שנדונו, קשה להבחין בין נשואים ושאינם-נשואים. אף אם יהיה מי שיציע שהחתונה מחזקת את הציפייה לבלעדיות ולפיכך את הפגיעות הנגזרות מהניאוף, קיימת ציפייה חברתית חזקה ורחבה לבלעדיות גם ללא נישואין כמוכך המשפטי. אף שניתן וראוי לתהות מדוע גם ליברלים מצפים לבלעדיות מינית, המתכתבת בתורה עם תפיסה רכושית של זוגיות ומיניות, הרי שבהינתן הציפייה, הפרתה מובילה למגוון פגיעות ערכיות.

פרט לתשלובת הזוהה של הפגיעות הערכיות בין ניאוף ל"בגידה", כל אחת מהפגיעות הערכיות שנדונו עולה בהקשרים נוספים. הראשונה מופשטת וכללית מאוד, ולכן גם שכיחה מאוד. מי שסבורה שפגיעה רגשית-נפשית מצדיקה הפללה כשלעצמה, שומה עליה לבחון סוגי התנהגות נוספים המחוללים אותה. אין קושי להצביע על שלל התנהגויות המובילות לפגיעה רגשית-נפשית, חלקן מופללות וחלקן לא. בין המופללות ניתן לציין עבירות היוצרות טראומה רגשית, אונס כדוגמה מובהקת,¹²⁹ ולצידו שוד¹³⁰ וגרימת חבלה חמורה.¹³¹ טראומה עשויה להיווצר גם ללא תקיפה פיזית. למשל התחושה של מי שביתו נפרץ קשה מטלטלת, מפחידה וטראומטית.¹³² טראומה עשויה להיגרם מגילוי בדיעבד של פגיעה בפרטיות הנובעת מתיעוד

128 Stein, לעיל ה"ש 20, בעמ' 151–154.
 129 ראו למשל ע"פ 4910/13 ג'אבר נ' מדינת ישראל, פס' 5 לפסק דינו של השופט דניצגר (פורסם בנבו, 29.10.2014); ע"פ 4876/15 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 9 לפסק דינו של השופט סולברג (פורסם בנבו, 3.12.2015). כן ראו Jamie R. Abrams, *The #MeToo Movement: An Invitation for Feminist Critique of Rape Crisis Framing*, 52 U. RICH. L. REV. 749, 789–790 (2018); Baker; Alena Allen, *Rape Messaging*, 87 FORDHAM L. REV. 1033, 1075 (2018); לעיל ה"ש 68, בעמ' 254–253, Leary; לעיל ה"ש 102, בעמ' 22–21, Yung; לעיל ה"ש 97, בעמ' 20–21.
 130 ראו למשל ע"פ 7908/09 חסן נ' מדינת ישראל, פס' ז, י"ט (פורסם בנבו, 9.2.2010); ע"פ 1864/11 דוידוב נ' מדינת ישראל, פס' 7 (פורסם בנבו, 7.11.2012); ת"פ (מחוזי מר') 18-01-18 מדינת ישראל נ' אבו גאבר, פס' 9 (פורסם בנבו, 12.3.2019); ת"פ (מחוזי י-ם) 18-05-18 מדינת ישראל נ' פלוני, פס' 15 (פורסם בנבו, 1.5.2019).
 131 למשל תפ"ח (מחוזי ת"א) 11-05-34398 מדינת ישראל נ' בכר, פס' 6, 16 (פורסם בנבו, 22.7.2014); ת"פ (מחוזי חי') 13-12-13 מדינת ישראל נ' הילאלי 3 (פורסם בנבו, 30.4.2014); תפ"ח (מחוזי ב"ש) 17-06-67502 מדינת ישראל נ' פרץ 7–8 (פורסם בנבו, 14.1.2020).
 132 למשל ע"פ 46/84 מדינת ישראל נ' סבח, פ"ד לח(4) 752, 753 (1984); ת"פ (מחוזי י-ם) 3827/02 מדינת ישראל נ' ולרו, פס' 12 (פורסם בנבו, 16.12.2003); ת"פ (שלום עכו) 12-11-36521 מדינת ישראל נ' עבד, פס' 23 (פורסם בנבו, 30.10.2012).

סוגיה ליברלית מופקרת: האם להפלייל, להסדיר או להפקיר "בגידה" מינית בנישואין?

והפצה של מין שנעשה בהסכמה.¹³³ בין הלא מופללות ניתן לציין עלבונות קשים, איחולי רע, השפלות אישיות, דחיות רומנטיות, פרדה רומנטית, ביקורת אישית ממוטטת ועוד. מבחן צרות-היתר אינו תובע הפללה של כל סוג התנהגות פוגעני, אלא דורש יחס עקיב. עקיבות ניתנת להשגה גם בהצבעה על שוני רלוונטי בין המופלל למותר. מה מיוחד בפגיעה הרגשית-נפשית בניאוף המצדיק הפללה במציאות שבה פגיעות רגשיות-נפשיות רבות אינן מופללות ואף אינן מוסדרות משפטית? ייתכן שהתשובה נובעת מזוהות הפוגע, ממסגרת הפגיעה, מההקשר המיני ועוד; ייתכן שאין הצדקה כאמור, משום שידובר ב"הפללה סלקטיבית"; וייתכן שהפגיעה הרגשית נובעת בכלל מהפגיעה הערכית הבאה, כלומר היא אינה פגיעה ערכית עצמאית, אלא רק תוצאה של הפגיעה שתוזכר מיד.

הפגיעה הערכית השנייה שתוארה היא באמון ויושר. הפרת אמונים, עבירה פלילית בסעיף 284 לחוק העונשין, עוסקת בעובד ציבור בלבד. גם מעבירות אחרות משתמעת הפרת אמונים ציבורית וחוסר יושר, דוגמת עבירת קבלת השוחד בסעיף 290 לחוק העונשין.¹³⁴ עבירות אלה מגינות על אמון הציבור, אמון מופשט ושאינו קונקרטי. קבלת דבר במרמה בסעיף 415 לחוק העונשין ניתנת לחיבור לערך היושר ולאמון קונקרטי, גם אם זמני, שנפגע מהמרמה, בין בהקשר פרטי ובין בהקשר ציבורי, לצד פגיעה טיפוסית בקניין.¹³⁵ לעומת זאת, הדין הפלילי אינו מפליל מרמה ואמירת שקר באופן כללי, או אפילו בעקיבות.¹³⁶ אין בישראל הפללה כללית של שקרים, ובוודאי שאין הפללה כללית של הפרת אמון. גם אם נחدد את הפגיעה לאור זהות הפוגע, עדיין הפללה של ניאוף תסבול מצרות-יתר. שקרים והפרת אמון בתא המשפחתי אינם עבירה, אפילו כשהשקרים מהותיים והפרת האמון קשה. אין בנמצא עבירות מרמה והפרת אמונים במשפחה או עבירות בגידה במשפחה שיקבילו לעבירות הבגידה במדינה.¹³⁷ הפגיעה הערכית השלישית היא באוטונומיה המינית. הערך מוגן במשפט הפלילי, בפרק עבירות המין בחוק העונשין, אך לא באופן שלם. למשל, החוק אינו מפליל יחסי מין מעצם קיומה של הייררכייה,¹³⁸ מין שהופק בשקר הנוגע לאמצעי מניעה¹³⁹ ועוד.¹⁴⁰

- 133 ת"פ (שלום כ"ס) 51283-09-14 מדינת ישראל נ' הדר, פס" 7 (פורסם בנבו, 16.11.2015). כן ראו ע/41/17 (ערעורים צה"ל) התובע הצבאי הראשי נ' סמל בן טבע (פורסם בנבו, 24.7.2017).
- 134 ע"פ 122/84 מנצור נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(4) 102, 94 (1984); דנ"פ 10987/07 מדינת ישראל נ' כהן, פ"ד סג(1) 644, 685, 688 (2009); ע"פ 4190/13 סמואל נ' מדינת ישראל, פס" 130 (פורסם בנבו, 18.11.2014).
- 135 למשל ע"פ 644/79 מדינת ישראל נ' לבנת, פ"ד לד(2) 417, 419 (1980).
- 136 Druzin & Li, לעיל ה"ש 91, בעמ' 532.
- 137 אלדר, לעיל ה"ש 79, בעמ' 240.
- 138 Michal Buchhandler-Raphael, *Criminalizing Coerced Submission in the Workplace and in the Academy*, 19 COLUM. J. GENDER & L. 409, 422–429 (2010); Catharine A. MacKinnon, *Rape Redefined*, 10 HARV. L. & POL'Y REV. 431, 463 (2016).
- 139 Nicole A. Faille, *Erasing Gender Privilege in Nonconsensual Procreation: An Argument for an Equitable Change to the Law Regarding the Unauthorized Use of Sperm*, 48 SUFFOLK U. L. REV. 429, 430–431, 437–438 (2015); Alexandra Brodsky, *Rape-Adjacent: Imagining Legal Responses to Nonconsensual Condom Removal*, 2017 COLUM. J. GENDER & L. 183, 185–210 (2017).
- 140 Martha Chamallas, *Consent, Equality, and the Legal Control of Sexual Conduct*, 61 S. CAL.

ריבוי התופעות הבלתי מופללות ובלתי מוסדרות חרף פגיעתן הערכית מציב קושי ממשי לתמוך בהפללת הניאוף. אולם אין זאת אומרת שהטיעון בעד הפללה קורס. למען ההגינות ראוי להדגיש שאותו קושי עולה באשר לעבירות קיימות, שהערכים שעליהם הן מתיימרות להגן נפגעים גם משלל התנהגויות שאינן מופללות. צרות־יתר היא מאפיין שכיח מאוד באיסורים פליליים, וקיימות דוגמאות רבות לכך שהערך המוגן המשוער שבבסיס האיסור – אינו מוגן במקרים רבים, אך אינו מביא לקריסת האיסורים.¹⁴¹ הדבר מחליש את תוקפו הערכי של האיסור, אך אינו מאיין אותו. מבחן צרות־יתר מעודד יחס משפטי דומה לתופעות דומות, ולפיכך אם גילינו תופעות פוגעניות נוספות – ניתן לשקול להפליל גם אותן. בכל אופן, כדי לקבל החלטה מושכלת יש להמשיך ולבחון את יתר שיקולי ההפללה.

ה. מודל ההפללה: שלב החלופיות

1. על שלב החלופיות

לאחר שהפוגענות של סוג התנהגות הציבה סיבה ערכית להפללתה, יכולתו של המשפט הפלילי לצמצמו הציבה סיבה מכשירנית להפללה. עדיין מוקדם להסיק שנדרשת הפללה, משום שייתכן שקיימת דרך יעילה ופחות קשה לבלום את הפוגענות. ניתן להציע, שאת הסנקצייה הפלילית, האיום הקשה ביותר של המשפט,¹⁴² ראוי לשמור למקרים החשובים.¹⁴³ עקרון השיוויון (The ultima ratio principle), שלפיו על הדין הפלילי לשמש כמוצא אחרון,¹⁴⁴ דורש שנתור אחר חלופות מידתיות.¹⁴⁵

שלב החלופיות בסולם ההפללה מצביע על שלוש זוויות לאיתור חלופות. לאחר הבנת המהלכים הסיבתיים בשלב הפוגענות, קל יותר לנסות ולאתר נקודות פוטנציאליות לקטיעת המהלך הסיבתי באופן שימנע הגעה לחוליה הפוגענית. הזווית הראשונה עניינה חוליות סיבתיות שנתרו עד כה מחוץ לתמונה, אלה שקודמות להתנהגות הנבחנת ומציבות לה תנאים חיוניים לסוג ההתנהגות המופלל. אם למשל נצליח להסיר מהתמונה כלים לביצוע עבירה או להסיר תמריצים חיוביים המעודדים אותה, נוכל למנוע את התרחשותה. הזווית השנייה לעצירת הפוגענות סובבת סביב המהלך הסיבתי שנבחן בשלב הפוגענות, בחיפוש שלב ביניים שיאפשר לקטוע את המהלך שבין סוג ההתנהגות הנבחן (בעניינו ניאוף) לבין הפגיעה הערכית (למשל

L. REV. 777, 831–832 (1988); Russell L. Christopher & Kathryn H. Christopher, *Adult Impersonation: Rape by Fraud as a Defense to Statutory Rape*, 101 NW. U. L. REV. 75, 1416, 1408–1406, 1402 בעמ' 94, לעיל ה"ש 94, Rubinfeld; 89–90, 98–99 (2007).

141 על בעיה זו הרחבתי במקום אחר: אסף הרדוף "שיעור מהדור סם: משפט פונקציונלי, אנלוגיה מפלילה ועקרון יסוד מזכה" **משפטים על אתר יז** (צפוי להתפרסם ב־2021).

142 קרמניצר "הערות לחקיקה", לעיל ה"ש 43, בעמ' 160–161.

143 PACKER, לעיל ה"ש 34, בעמ' 250.

144 JEREMY BENTHAM, *THEORY OF LEGISLATION* 199 (8th ed. 1975).

145 Nils Jareborg, *Criminalization as Last Resort (Ultima Ratio)*, 2 OHIO ST. J. CRIM. L. 521, 524–525 (2005).

סוגיה ליברלית מופקרת: האם להפיל, להסדיר או להפקיר "בגידה" מינית בנישואין?

הפגיעה באמון). לבסוף, הזווית השלישית מבקשת להציע לסוג ההתנהגות שעל הפרק תמריצים שליליים, השונים מאלה שמייצר המשפט הפלילי, דוגמת סנקציות אזרחיות. באמצעות מניעת ההתנהגות או מה שנובע ממנה, שלוש הזוויות שואפות לאותה תוצאה: מניעת הפגיעה הערכית. כמובן, לא כל זווית מציעה פתרון לכל בעיה.

2. ניאוף במבחן החלופיות

חיפוש יסודי אחר חלופות מצריך מסגרת רחבה מאוד, שלא אוכל לפתח כאן, ופנייה לענפי משפט רבים, שלא אוכל להציג במגבלות היריעה. לצד זאת אבהיר שהחלופות הנבחנות אינן עוסקות רק בהסדרה חוזית ונזיקית פוטנציאלית, הסדרה שאולי נראית הגיונית יותר מן הטעם שכבר זכתה להתייחסות פסיקתית קצרה בישראל. חלופות ההפלה שהמודל בוחן אינן מבטאות רק דרישות כלכליות שהועלו בידי נאפים קונקרטיים בדיעבד, אלא גם הסדרה מונעת והסדרה מטפלת.

אפתח בהתייחסות לפגיעה במוסד הנישואין. ניתן לגרוס שאם מוצדק שהמדינה תיתן תוקף ליחסים רומנטיים באמצעות הכרה בקשר הנישואין, אז מוצדק שהיא תגן עליו.¹⁴⁶ אולם ניתן להציע היגיון הפוך: המדינה אינה צריכה להכיר כלל במערכות יחסים רומנטיות ואינה צריכה להגן על מעמדן המשפטי כאילו הוא נושא ערך עצמאי. אם המדינה תבטל את סטטוס הנישואין המשפטי, לא יהיה ניתן לפגוע בו.¹⁴⁷

מה באשר לפגיעות האישיות? הואיל וניאוף אינו מצריך כלים או תנאים מיוחדים, אלא רק מפגש אינטימי בין שני אנשים, קשה להסיר תנאים חיוניים לו. את התמריצים החיוביים המעודדים אותו – דוגמת משיכה מינית לאחרים, תשוקה ורומנטיקה מחוץ לנישואין – ודאי קשה מאוד להסיר, לאור דחפים ביולוגיים חזקים מזה ועניין חברתי-תרבותי-כלכלי רחב מאוד במין מזה.¹⁴⁸ מרבית האנשים נמשכים מינית גם לאחרים ועשויים לבקש לממש את המשיכה, בעיקר כשהזוגיות שלהם דלה במיניות או מצויה בבעיות.¹⁴⁹ אם המשפט מעוניין, בכוחו לנסות ולרתום את עולם החינוך וההסברה כדי לנסות ולצמצם את האטרקטיביות של הניאוף או לדחוף את הנורמות החברתיות למאבק. בכוחו גם לסכסד טיפול זוגי, אם יבחר בכך. עם זאת ניהול רומן עשוי לקרות גם למי שמבקש לעבוד כדי לשמר את נישואיו.¹⁵⁰ שאיפה לניאוף וביצוע ניאוף אינם חופפים.¹⁵¹

קטיעה של המהלך הסיבתי שתואר בשלב הפוגענות אינה פשוטה. אם הניאוף נעשה בגלוי ובידיעת הננאף, נעלמות הפגיעה באמון, באוטונומיה המינית וביושר. פגיעה רגשית-נפשית עדיין אפשרית, אך ייתכן שתפחת אם הניאוף יהיה גלוי. ככל שהמשפט יעודד בהצלחה "גילוי

146 McMillian, לעיל ה"ש 57, בעמ' 2010–2015.

147 שקרגי, לעיל ה"ש 61, בעמ' 205–244, 285–326.

148 אסף הרדוף "יצירה פלילית מתועבת: קניין רוחני פוגש משפט פלילי, פורנוגרפיה פוגשת את דיני

התועבה" מאזני משפט יב 237, 256–259 (2019).

149 Stein, לעיל ה"ש 20, בעמ' 153–154.

150 Miller, לעיל ה"ש 12, בעמ' 426.

151 Stein, לעיל ה"ש 20, בעמ' 154.

נאות" בניאוף, למשל במאבק בניאוף סמוי בלבד, יפחתו הפגיעות הערכיות הנובעות מניאוף סמוי ושאינו מוסכם. עם זאת, קשה לדמיין מצב שכזה במציאות שבה המשפט עדיין מעודד מונוגמיה ודוחף אליה בשיטתיות בהקשרים מגוונים.¹⁵²

אף שקשה להסיר תנאים ותמריצים חיוביים לניאוף ואף שקשה לקטוע את הקשר הסיבתי שבין הניאוף הטיפוסי והסמוי לבין הפגיעות הערכיות שלעיל, ניתן להילחם בניאוף באמצעות יצירת תמריצים שליליים מאוחרים לו. זו למעשה פעולתו של הדין הדתי, הרוותם סנקציות כלכליות ואחרות כדיעבד ומייצר תמריץ שלילי לנואפים פוטנציאליים עתידיים,¹⁵³ ולמען הדיוק, בעיקר לנואפות פוטנציאליות.¹⁵⁴ אף שהדין הדתי מוגבל לערכאות דתיות ואינו ניתן להחלה באשר למי שאינם בסמכותו, הסדרה אזרחית היא אפשרית.

בארצות הברית מרבית המדינות מסדירות ניאוף: בשלילת מזונות, בחלוקת רכוש, במשמורת ילדים, בירושה, בשלילת כספי פנסיה, בסירוב להשכרה, במניעת תעסוקה, במניעת הגירה ועוד.¹⁵⁵ החוק מציע כלים מגוונים, וייתכן שדיני הנזיקין יכולים להתאים למשימה.¹⁵⁶ בישראל, ללא הסמכה מפורשת מהמחוקק, בית המשפט העליון דחה את האפשרות לתובענה נזיקית בגין עוולת הרשלנות של אדם כנגד מי ששכב עם אשתו.¹⁵⁷ אולם ניתן לייצר בחוק עוולות מתאימות. במדינות אחרות עוולות נזיקיות באשר לניאוף התקיימו זמן רב.¹⁵⁸ מדינות אחדות בארצות הברית עדיין מאפשרות תביעות נזיקין לפיצויים בגין אובדן החיבה הזוגית, תביעות "Heart Balm".¹⁵⁹ מדינות מסוימות מתירות תביעה נזיקית בשם "Criminal Conversation", שבה הננאף תובע את המאהב.¹⁶⁰ ניתן לרתום את דיני הנזיקין כדי להיאבק בניאוף ולחייב את הנואף והמאהב בפיצויים וכך לייצר תמריץ שלילי לביצוע ניאוף. אף שכסף אינו מרפא ללב שבור והפיצוי הנזיקי אינו מתקן את הנזק, הוא עדיין עשוי לקדם מטרות משפטיות.¹⁶¹ ייתכן שדיני הנזיקין יצליחו להרתיע.¹⁶² ייתכן גם שעלינו לחשוב כיצד לפתח סוג חדש של תרופות, שיכללו דרכים לפיצוי רגשי אמיתי.

- Casey E. Faucon, *Marriage Outlaws: Regulating Polygamy in America*, 22 DUKE J. GENDER L. & POL'Y 25 (2014) 152
- ליפשיץ "שיפוט מוסרי", לעיל ה"ש 8, בעמ' 65. 153
- זפרן, לעיל ה"ש 2; קפלן, לעיל ה"ש 2. 154
- Anderson, לעיל ה"ש 19, בעמ' 16; Miller, לעיל ה"ש 12, בעמ' 433–429; Jacobsen, לעיל ה"ש 16, בעמ' 822; Viator, לעיל ה"ש 14, בעמ' 845; Rhode, לעיל ה"ש 23, בעמ' 200–190; Stein, לעיל ה"ש 20, בעמ' 150–149, 158–161. 155
- McMillian, לעיל ה"ש 57, בעמ' 1996–1997. 156
- עניין פלוני 2, לעיל ה"ש 69, פס' 6 לפסק דינו של השופט עמית: "ההתחייבות בין בני זוג לקבל על עצמם את האיסור של "לא תנאף" היא במישור החברתי-מוסרי-דתי, אך אין לייבאה אל תוך המשפט. הדין הנזיקי אינו חרב התלויה מעל מיטת בני הזוג, ועוולת הרשלנות אינה "הנוסע השלישי" הנחבא בין הסדינים, בבחינת נטע זר אשר עלול לפתע להתעורר מתרדמתו ולרמוס את הפינות האינטימיות-רגשיות ביותר של בן אנוש". 157
- Weinstein, לעיל ה"ש 12, בעמ' 218–220. 158
- Stein, לעיל ה"ש 20, בעמ' 149, 158, 160–161. 159
- Rhode, לעיל ה"ש 23, בעמ' 196–197. 160
- McMillian, לעיל ה"ש 57, בעמ' 2003–2004. 161
- שם, בעמ' 2001–2002. 162

סוגיה ליברלית מופקרת: האם להפיל, להסדיר או להפקיר "בגידה" מינית בנישואין?

בדומה, דיני החוזים בישראל טרם אפשרו להתייחס לניאוף.¹⁶³ אין זאת אומרת שלא ניתן להתאימם לכך. אם הבחירה בזוגיות או בנישואין משקפת ציפיות שהמשפט מגן עליהן בהקשר כלכלי, האם כה מופרך שיגן עליהן בהקשר רגשי, שלפחות לעיתים עוסק גם הוא ב"חווה הזוגי",¹⁶⁴ בקח ותן הרומנטיים? אף אם חלק קטן מהאוכלוסייה אינו מחזיק בה,¹⁶⁵ הציפייה הרווחת לבלעדיות רומנטית ומינית, כחלק מהציפיות הרגשיות החשובות בקשר זוגי, אינה זניחה לעומת ציפיות כלכליות, כאשר בניגוד לראשונות, האחרונות דווקא זוכות להגנה משפטית בקשר לתא המשפחתי.¹⁶⁶ ניאוף בהחלט ניתן להמשגה כפגיעה בחווה הנישואין.¹⁶⁷ לסיכום, בין סוגי ההסדרה האזרחית בולטות שתי חלופות הפללה שנראות בעלות פוטנציאל לצמצם את הניאוף באופן יעיל, מצד אחד, ומידתי יותר לעומת המשפט הפלילי, מצד אחר. הכרה בעוולה נזיקית מתאימה יכולה לצמצם את הניאוף באמצעות הרעתו הכלכלית, וכמוה גם הכרה בעילה חוזית.

ו. מודל ההפללה: שלב המאזן

1. על שלב המאזן

ניתוח הפללה נפתח בבחינה אם מדובר בסוג התנהגות פוגעני. השלבים הבאים בחנו פתרונות אפשריים: המשפט הפלילי מזה, חלופות הפללה מזה. בשלב המאזן יש לבחור את הפתרון המוצלח ביותר, לאחר עמידה על ההשלכות השליליות של הפתרונות. אף שהאזון הוא פיקציה של אובייקטיביות,¹⁶⁸ ניתן לצמצם את השרירותיות וההטיה של הבחירה, בהמשגה מפורטת של ההשלכות השליליות של הפתרונות.

163 עניין פלוני 2, לעיל ה"ש 69, פס' 9 לפסק דינו של השופט עמית. לעומת זאת ראו שם, פס' 3 לפסק דינו של השופט דנציגר. בפרשה מאוחרת נכתב: "הסכם מכללא, שכאמור נגזר מדפוס החיים בו בחרו בני הזוג, יכול גם לקבוע כי הענקת שותפות שוות-זכויות בנכס לבן זוג תבטל במקרה של 'בגידה'". ראו עניין פלוני 2, לעיל ה"ש 4, פס' 12 לפסק דינו של השופט שטיין.

164 שחר ליפשיץ "הסדרת החווה הזוגי במשפט הישראלי: מתווה ראשוני" קריית המשפט ד 271 (התשס"ד).

165 למשל Maura Strassberg, *Symposium: Lawyering for the Mentally Ill: The Crime of Polygamy*, 12 TEMP. POL. & CIV. RTS. L. REV. 353, 413-415 (2003); Sally F. Goldfarb, *Legal Recognition of Plural Unions: Is a Nonmarital Relationship Status the Answer to the Dilemma?*, 58 FAM. CT. REV. 157, 163 (2020).

166 למשל חוק יחסי ממון בין בני זוג, התשל"ג-1973; חוק הירושה (תיקון מס' 12) (צוואות הודיות), התשס"ה-2005. ראו גם שחר ליפשיץ "יחסי משפחה וממון: אתגרים ומשימות בעקבות תיקון מס' 4 לחוק יחסי ממון" חוקים א 227, 231 (2009).

167 Miller, לעיל ה"ש 12, בעמ' 431-432.

168 T. Alexander Aleinikoff, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, 96 YALE L.J. 943, 972 (1987); מיכאל בירנהק "הנדסה חוקתית: המתודולוגיה של בית המשפט העליון בהכרעות ערכיות" מחקרי משפט יט 591, 595-596 (2003).

“פגיעת האיסור” היא המחיר הערכי המסתמן מעצם קיומו של האיסור והיא כוללת בראש ובראשונה את שלילת החירות העיונית או האינטרס של הפרט לנהוג באופן הרצוי בעיניו.¹⁶⁹ אם האיסור סובב סביב מוצר צריכה או שירות, פגיעה נלווית נובעת מיצירת שוק שחור, חיזוק הפשע המאורגן ולעיתים גם הסבת פגיעות ערכיות קשות.¹⁷⁰ “פגיעת האכיפה” היא המחיר הצפוי מאכיפת האיסור בהתאם לאסטרטגיית האכיפה שפותחה בשלב האכיפות, לרבות פגיעות בחשודים, במורשעים ובסביבתם המשפחתית והחברתית; וכן עלות כלכלית הנובעת מתפעול האכיפה כשיטור, חקירה, תביעה, שפיטה, ענישה ושיקום.¹⁷¹ העמקת העיסוק של המשפט הפלילי ביחידה המשפחתית כוללת השלכות שליליות.¹⁷² גם לחלופות הפללה יש השלכות שליליות, למשל דיני הנזיקין פוגעים בקניין, ודיני המס עלולים לייצר שוק שחור. לאחר זיהוי ההשלכות השליליות, ייבחר הפתרון ההסדרתי המיטבי: הפללה, הסדרה אזרחית או הפללה לצד הסדרה אזרחית. בהנחה שהפתרונות כוללים מחיר העולה על התועלת של פתרון הבעיה (צמצום הפוגענות), ניתן לבחור שלא לפתור את הבעיה, קרי: להפקירה מבחינה משפטית, להימנע מהתערבות מדינתית. סולם הפללה הוא סולם הסדרה המאפשר לזהות בעיות, פתרונות אפשריים וחסרונות שלהם לקראת בחירה הסדרתית, שגם אם תהיה מוטה, לפחות תגיע בסופו של תהליך גלוי.

2. מאזן הניאוף: הפללה ומחירה

פגיעת האיסור המובהקת היא שלילת החירות, האינטרס או האוטונומיה לניאוף. האינטרס בחירות עשוי להתקשר לתפיסתנו את הפעולה כמועילה או חיובית.¹⁷³ הפללת הניאוף שוללת את האוטונומיה למימוש עצמי בהקשר רומנטי ומיני.¹⁷⁴ ברור שרבים מעריכים את האוטונומיה הזו, לאור שכיחות הניאוף. הפגיעה באוטונומיה מחריפה אם נפליל גם ניאוף בהסכמת הנאף.¹⁷⁵ מנגד, ניתן להציע שמי שהתשוקה למין בוערת בקרבו יכול פשוט להתגרש, לשאת את בן זוגו בתחושותיו או להימנע מנישואין מלכתחילה.

JOEL FEINBERG, THE MORAL LIMITS OF THE CRIMINAL LAW: HARM TO OTHERS 7–8 (1984); 169
Miriam Gur-Arye, *Comments on Douglas Husak's Overcriminalization*, 1 JRSLM. REV.
LEGAL STUD. 21, 33 (2010).

William J. Stuntz, *Self-Defeating Crimes*, 86 VA. L. REV. 1871, 1886–1887 (2000) 170

בג"ץ 5699/07 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 38 לפסק דינו של השופט לוי (פורסם
בנבו, 26.2.2008). 171

לשיח ביקורתי ראו ליאור ברשק ודנה פוג' "בין פרטי לציבורי: המשפט הפלילי והמשפחה
בעקבות ע"פ 4596/98 פלונית נ' מדינת ישראל" מחקרי משפט כ 7 (2003). 172

Ariel L. Bendor & Hadar Dancig-Rosenberg, *Unconstitutional Criminalization*, 19 NEW
CRIM. L. REV. 171 (2016) 173

Inbred Obscurity: Improving Incest Laws in the Shadow of the Sexual Family, 119 השו
HARV. L. REV. 2464, 2467 (2006); Y. Carson Zhou, *The Incest Horrible: Delimiting the
Lawrence v. Texas Right to Sexual Autonomy*, 23 MICH. J. GENDER & L. 187, 206–211
(2016). 174

Stein, לעיל ה"ש 20, בעמ' 172–177, 182. 175

סוגיה ליברלית מופקרת: האם להפלייל, להסדיר או להפקיר "בגידה" מינית בנישואין?

הפללה בעניינים שכאלה חודרת עמוק לפרטיות ופוגעת בכבוד.¹⁷⁶ שיקול השוק השחור אינו רלוונטי, משום שהניאוף הטיפוסי אינו שירות או מוצר, וממילא נעשה ברגיל "במחותרת".¹⁷⁷ אולם ייתכן שהפללת הניאוף ואפילו הסדרה אזרחית תהפוך אותו אטרקטיבי יותר, בבחינת פרי אסור.¹⁷⁸

השלכות שליליות אחרות הן שההפללה עלולה להוביל לפגיעה בערך שעליו היא מבקשת להגן. למשל, במקום לקדם יושר, הפללת הניאוף עלולה לקדם אייזור, לצמצם את הסיכוי לתקשורת פתוחה בנישואין¹⁷⁹ ואפילו לעודד בעקיפין את מעשה הניאוף.¹⁸⁰ פגיעת האכיפה עניינה ההשלכות השליליות המגוונות של אסטרטגיית האכיפה. האחת היא פגיעה בכבוד הנובעת מההרשעה ופגיעה מעשית בחירות התנועה באמצעות כליאה. השנייה היא פגיעות בחשודים, לרבות כאלה שהתבררו כחפים, במהלך השיטור, ומתחברת לתפיסה שלא ראוי שהמשפט הציבורי יפלוש לחדר המיטות.¹⁸¹ השלישית היא משאבי האכיפה, שבהכרח באים על חשבון אכיפת איסורים אחרים.¹⁸²

3. מאזן הניאוף: הסדרה אזרחית ומחירה

גם חלופות ההסדרה כרוכות בפגיעה, כפי שממחיש הדין האישי בישראל. כל הסדרה המבקשת לצמצם סוג של התנהגות באמצעות סנקציות – פליליות או אזרחיות – פוגעת באוטונומיה האנושית. בדומה להפללה, גם הסדרה אזרחית של אותה סוגיה עלולה להפוך אותה אטרקטיבית יותר, מצד אחד, ולהוביל לפגיעה בערך שאותו היא מבקשת להסדיר, מצד אחר. מעבר לכך, הטלת סנקציות כלכליות בגין ניאוף פוגעת בקניין. הדיון השיפוטי בניאוף ודאי כרוך בפגיעה בכבוד. הדרישה להוכחות משפטיות הובילה להתפתחות פרקטיקות פוגעניות של איסוף ראיות.¹⁸³ צילום מעשה ניאוף, הפוגע בפרטיות פגיעה קשה, נעשה בישראל בגין

176 Zhou, לעיל ה"ש 174, בעמ' 217, 228.

177 אף שהפשע המאורגן מרוויח מתופעת הזנות, ואף שניתן לבצע ניאוף בעזרת שירותי זנות, השירות הנמכר הוא זנות, ולא ניאוף.

178 השו"ר Brett H. McDonnell, *Privacy Rights In A Post Lawrence World: Responses To Lawrence V. Texas: Is Incest Next?*, CARDOZO WOMEN'S L.J.263, 337, 350, 353-354 (2004).

179 Strasser, לעיל ה"ש 23, בעמ' 782.

180 Stein, לעיל ה"ש 20, בעמ' 177.

181 ליאור ברשק "כבוד האדם בבית המשפט למשפחה: ביקורות נוספות על חוות הדעת המקצועיות" *דין ודברים* יב 71, 127-128 (2019). יודגש שהמשפט האזרחי מוכן להיכנס לחדר המיטות בהקשרים מסוימים: ליפשיץ "שיפוט מוסרי", לעיל ה"ש 8, בעמ' 88. גם המשפט הפלילי נכנס לחדר זה לא אחת כשהוא סבור שהמעשה המיני, לרבות כזה שנעשה בהסכמה, כרוך בפגיעה ערכית.

182 Strasser, לעיל ה"ש 23, בעמ' 781; Rhode, לעיל ה"ש 23, בעמ' 190; Viator, לעיל ה"ש 14, בעמ' 840.

183 שם, לעיל ה"ש 14, בעמ' 859; Pfeiffer, לעיל ה"ש 26, בעמ' 675.

מוטיבציה משפטית הוכחתית בבית הדין הרבני.¹⁸⁴ לעיתים לצילום קודמת או נלווית פגיעה פלילית בזכויות וערכים נוספים, דוגמת הכבוד ושלמות הגוף, ובאופן אבסורדי, יש והמניע המשפטי להוכיח ניאוף – מוביל בעצמו לניאוף, משום שלנאוף יש אינטרס שהניאוף יימשך כדי שיוכל לתעדו ולהפיק מהתיעוד תועלת משפטית.¹⁸⁵ ראוי להדגיש שאיסוף ראיות פולשני באשר לניאוף קורה גם בלי קשר להסדרה משפטית של ניאוף. הואיל והניאוף הוא סוגיה חברתית ואישית חשובה, לא נדרשת מוטיבציה משפטית לרצות לברר אם בן הזוג נואף. מחוץ לעולם הפוליאמוריה, קשה לשער שרבים האנשים שאדישים לניאוף של בן זוגם, וניתן אף לשער שלא מעטים מוכנים לפגוע בפרטיותו של בן זוגם כדי לבחון את נאמנותו, פגיעה שבעצמה ניתנת לתיאור כהפרת אמון.

אם הניאוף יומשג כרעיון בעל משמעות משפטית, פרקטיקות כאלה ואחרות צפויות להתפשט עוד יותר בקרב בני זוג החושדים בניאוף ולהוביל לפגיעה ערכית, אפילו כלפי "חשודים" בניאוף על לא עוול בכפם. הפגיעה תגיע גם לאולם בית המשפט ותקצין שם.¹⁸⁶ הליכים אזרחיים בנוגע לניאוף עשויים להיות משפילים לכל המשתתפים.¹⁸⁷ אולם ההליך האזרחי לא יתחיל בלי בחירה של הננאף, עניין שעשוי לעלות כתנאי גם בהקשר הפלילי,¹⁸⁸ ויותר יתיר שליטה לקורבן.¹⁸⁹ קורבן שחש שהגשת תלונה או תובענה אינם מידתיים לעוול שחוה – יימנע מכך.

הן הפללה והן הסדרה אזרחית של ניאוף עשויות לצמצם בהצלחה את הפגיעות הערכיות ברגש ובנפש, באמון וביושר ובאוטונומיה המינית. הסדרה נזיקית או חוזית נראית מידתית יותר מהמשפט הפלילי, משום שאינה מכניסה לתמונה את המשטרה והתביעה, על כוחן הגדול וכליהן הפוגעניים המגוונים, ושוללת את השימוש בכלי המאסר. לטוב ולרע, הסדרה כזו מורידה מהפרק גם את הגינוי של המשפט הציבורי.¹⁹⁰ גם היא מגלמת התערבות מסוימת בחופש הפרט, ואף עלולה להרתיע נישואין,¹⁹¹ אם כי דיני המשפחה ממילא מלאים התערבויות

184 זפרן, לעיל ה"ש 2; בג"ץ 6650/04 פלונית נ' בית הדין הרבני האזורי בנתניה, פ"ד סא (1) 581 (2006); קפלן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 322–326.
 185 בפרשה מפורסמת בדיני העונשין, בעל שידל אנשים לשכב עם אשתו, נכנס עם חבריו לדירה כדי לצלמה, משך אותה מהדירה בעירום וצילמה. ראו ע"פ 63/58 עג'מי נ' היועץ המשפטי, פ"ד יג 421 (1959). תופעות דומות לא עזבו את עולמנו: ע"פ 5026/97 גלעם נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 13.6.1999).
 186 McMillian, לעיל ה"ש 57, בעמ' 2021–2022. כן ראו ליפשיץ "שיפוט מוסרי", לעיל ה"ש 8, בעמ' 75.
 187 Weinstein, לעיל ה"ש 12, בעמ' 227.
 188 Anderson, לעיל ה"ש 19, בעמ' 14–15; Rhode, לעיל ה"ש 23, בעמ' 182; Miller, לעיל ה"ש 12, בעמ' 466; Viator, לעיל ה"ש 14, בעמ' 844.
 189 שם, בעמ' 854.
 190 John C. Coffee Jr., *Does "Unlawful" Mean "Criminal"?: Reflections on the Disappearing Tort/Crime Distinction in American Law*, 71 B. U. L. REV. 193, 193–194 (1991); Michael C. Harper, *Comment on the Tort/Crime Distinction: A Generation Later*, 76 B. U. L. REV. 23, 24–26 (1996); Paul H. Robinson, *The Criminal-Civil Distinction and the Utility of Desert*, 76 B. U. L. REV. 201, 205–208 (1996).
 191 אלדר, לעיל ה"ש 79, בעמ' 240–241.

סוגיה ליברלית מופקרת: האם להפלייל, להסדיר או להפקיר "בגידה" מינית בנישואין?

דרמטיות. ייתכן שהמשפט אינו נחוץ לגינוי, משום שגם בימינו, ניאוף זוכה לגינוי חברתי רחב,¹⁹² אפילו כשהוא נעשה בהסכמת הננאף.¹⁹³ קושי עיקרי נוגע למיקום הגאומטרי של הדיון. לעומת עוולות והפרות חוזה טיפוסיות, מסגרת הדיון בניאוף צפויה להיות סיום הקשר הזוגי, משום שלפחות במקרים רבים גילוי הניאוף כה פוגע, עד שאין בכוחו של הננאף וברצונו לשקם את הקשר. אייחורה מצד הנואף בעוול שנגרם לננאף ואייחורה משפטית בעוול זה – עשויות לצמצם את הסיכוי לשלום בית.¹⁹⁴ סיום הקשר עשוי לכרוך שאלות מגוונות של חלוקת רכוש, משמורת וכדומה. בישראל הערכאות החילונית שבות ומדגישות שמוסד הגירושין הקיים אינו מתעניין בשיקולי אשם, ומשכך אין משמעות לניאוף.¹⁹⁵ הסדרה אזרחית של הניאוף תשליך בהכרח על הרעיון ותפתח דלת לשאלות נוספות, שדות מוקשים שבתי המשפט הכתירו כלא רלוונטיים ונמנעו מלהלך בהם ולהחיל עליהם את ערכי המשפט.¹⁹⁶ אולם כאמור, עצם העיסוק בסוגיות משפחתיות מגוונות בהתקשר לכלכלה משקף בחירה מדינתית להתערב בחיי פרטים כדי להגשים ערכים מגוונים.

בעידן ארוך שבו הניאוף אינו מוסדר, כל שינוי מצדיק הכרזה ברורה של המחוקק ותקופת הסתגלות ציבורית ומשפטית, וכמובן דוקטרינרית, רובד שבו המאמר לא עסק.¹⁹⁷ אך התפיסה שלפיה לפן האינטימי במערכות יחסים אין ולא אמורה להיות נפקות בתביעות בין בני זוג¹⁹⁸ אינה גזרת שמיים, ובכוחה של מערכת המשפט לשנותה. הסדרת הניאוף תפתח דלת להסדרת התנהגויות פוגעניות נוספות.¹⁹⁹ נדרשת בנושא חשיבה שיטתית ורחבה על האפשרות לתובענות נזיקיות נגד בני משפחה.²⁰⁰

לבסוף, בכל הסדרה עלינו לוודא שהמשפט לא יקדם, לא יאפשר ולא יסבול אישוויון מגדרי, המאפיין הפללה והסדרה אזרחית של ניאוף במדינות זרות (ובישראל).²⁰¹ במדינות אחרות נשים נואפות נענשות בשיעור גבוה יותר מגברים נואפים וסובלות מנזק חברתי כבד

- 192 McMillian, לעיל ה"ש 57, בעמ' 1996–1997; Miller, לעיל ה"ש 12, בעמ' 434–435; Stein, לעיל ה"ש 20, בעמ' 148, 170.
- 193 שם, בעמ' 169.
- 194 ראו ע"א 1581/92 ולנטין נ' ולנטין, פ"ד מט(3) 441, 458 (1995): "סיום חיי נישואין בגירושין הוא קצה קרחון שמתחתיו מערכת יחסים בין-אישית שקרסה, ועמה קורסים כל אותם יסודות שמערכת כזו בנויה עליהם, כמו אהבה, נאמנות, מחויבות ועוד".
- 195 עניין דרור, לעיל ה"ש 4; עניין זיסרמן, לעיל ה"ש 4; עניין פלונית 1, לעיל ה"ש 4; עניין פלונית 2, לעיל ה"ש 4.
- 196 למשל בנימין שמואלי "תביעות נזיקין בין בני-זוג: התדיינות או חסינות?" מחקרי משפט כז 139, 174–172 (2011).
- 197 לדיון דוקטרינרי מפורט (לצד דיון נורמטיבי) ראו ליפשיץ "שיפוט מוסרי", לעיל ה"ש 8, בעמ' 45 ואילך.
- 198 זפרן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 821.
- 199 דוגמת הסתרת מידע חשוב לפני נישואין. ראו בעמ' 7939/17 פלוני נ' פלונית, פס' 8 (פורסם בנבו, 9.11.2017).
- 200 שמואלי, לעיל ה"ש 196.
- 201 Sweeny, לעיל ה"ש 12, בעמ' 136; Bordatto, לעיל ה"ש 12, בעמ' 104; ליפשיץ "שיפוט מוסרי", לעיל ה"ש 8, בעמ' 75–76; Jacobsen, לעיל ה"ש 16, בעמ' 819, 829.

יותר.²⁰² אפילו ההשלכות החברתיות של ניאוף קשות יותר לנשים מגברים, כולל ביוש ופורנוגרפיית נקם.²⁰³ משטר דמוקרטי אינו יכול להתיר זאת, לא כל שכן להיות חלק מהבעיה.

4. מאזן הניאוף: הפקרה משפטית ומחירה

אם איננו יכולים לייצר משטר משפטי שוויוני, ייתכן שעלינו לוותר על הסדרה משפטית. ניתן לוותר גם בגין תפיסה שלא ראוי להטיל מגבלות משפטיות על הניאוף ולפגוע בזכויות, בחירויות ובאינטרסים שהוא מגלם. מרבית הפעולות האנושיות אינן עניין משפטי ואינן ראויות להיות כזה.²⁰⁴ הבחירה המשפטית להתעלם מסוגיה, להותיר פעולה אנושית בלי בדל הסדרה, ודאי לגיטימית בשעה שהפעולה אינה פוגעת באחרים. גם כשמדובר בפעולה פוגעת, לעיתים הסדרה המשפטית פוגעת אף יותר. הסיכוי לבחירה מושכלת של מערכת המשפט להפקיר סוגיה נתונה גדל כשהפקרה המשפטית נעשית מתוך חשיבה שיטתית, ולא פחות חשוב, חשיבה חוזרת, וקטן כשההתעלמות משקפת מומנטום של שיטת משפט קודמת, וכשלאורך השנים הסוגיה נותרה לא רק מופקרת משפטית, אלא גם מופקרת מחשבתית.

להפקרה משפטית בעניינינו יש מחיר ברור: המשך הפגיעות הערכיות באין מפריע. ייתכן גם שכפי שהסדרה משפטית מתעללת רגשות שליליים לכדי סנקציות סדורות פורמליות, כך הפקרה משפטית מתעלמת מהרגשות הללו, ואלה, בתורם, עלולים להצטבר ולהתפרק בצורה אלימה, כפי שתואר לעיל. הפקרה הנעשית בשמו של כיבוד האוטונומיה האישית²⁰⁵ לא רק מתעלמת מהפגיעות הערכיות בננאף, אלא גם מתעלמת מכך שהננאף הפועל על סמך מידע כוזב והנחות סרק – אינו יכול להגשים את רצונותיו האמיתיים במצב שכזה, כלומר האוטונומיה האישית שלו נפגעת.²⁰⁶

המשך ההפקרה המשפטית של הניאוף מותיר תהיות קשות על שרירות המשפט או אקראיותו: בחירתו להפלייל התנהגויות פוגעניות נתונות, להסדיר התנהגויות פוגעניות מסוימות במשפט האזרחי ולהפקיר התנהגויות פוגעניות אחרות. נולדנו למציאות שבה הניאוף אינו מוסדר בחוק וחינו רק במציאות שבה ניאוף הוא חוויה שמותר להשתתף בה וצריך לסבול אותה. אף שקו מחשבה זה אינו נורמטיבי, לא ניתן באמת להתנתק ערכית, רגשית ושכלית מהעולם הקיים, מהתרבות וממסורות ממושכות. אם אנו מסוגלים לסבול את פגיעותיה של תופעה כזו, כפי שאנו סובלים תופעות פוגעניות אחרות שאינן מוסדרות משפטית, אולי אנו מסוגלים לסבול תופעות פוגעניות אחרות ולהפקירן משפטית? האם ההמשגה והמאבק המשפטי בתופעה פוגענית הם חלק ממה שמגביר את תחושת פגיעתה, והאם ההפקרה

202 שם, בעמ' 820.

203 ראו Miller, לעיל ה"ש 12, בעמ' 445–448.

204 "ראוי לציבור המתדיינים בארצנו, אשר הולך וגדל עם השנים, להפנים כי ההליך המשפטי אינו תרופה לכל מכאוב". עניין פלוני 2, לעיל ה"ש 69, פס' 8 לפסק דינו של השופט עמית.

205 ליפשיץ הרחיב על טיעון האוטונומיה כבסיס להתנגדות לייחוס תוצאות כלכליות לאשם מיני, אך באותה נשימה הבהיר שעמדתו מהוססת יותר באשר לאפשרות לייצר תוצאות כלכליות לאשמה מינית כעוול עצמאי. ראו ליפשיץ "שיפוט מוסרי", לעיל ה"ש 8, בעמ' 79.

206 Norton, *Lies and the Constitution*, לעיל ה"ש 91; Norton, *The Government's Lies and the Constitution*, לעיל ה"ש 91; Druzin & Li, לעיל ה"ש 91.

סוגיה ליברלית מופקרת: האם להפלייל, להסדיר או להפקיר "בגידה" מינית בנישואין?

המשפטית של תופעה פוגענית היא חלק ממה שמגביר את כוחנו האישי להתמודד עמה? אלה שאלות מורכבות שמצריכות מחקר עצמאי.

אם גישתנו היא גישת ההפקרה, איננו צריכים להשלים עם הסדרת הניאוף בשום ערכאה. כידוע, בתי דין דתיים אינם פועלים מכוח הדת, אלא מכוח המשפט. כרשות מדינתית הרוחמת את משאביה של המדינה וכוחה, הם מוגבלים מושגית ומשפטית. מי שסבור שאין להסדיר ניאוף, שומה עליו לשלול מהערכאות הדתיות את הסמכות לדון בניאוף, להפקיע את הסוגיה מתחומי המשפט לחלוטין ולהותירה לדת ולמוסדותיה הלא פורמליים. זאת, משום שכיום הניאוף כבר מוסדר, תוך פגיעה בזכויות, חירויות, תוך הרתעת נישואין פוטנציאלית וכדומה, והכול באופן מיני. ערכאות דתיות וולונטריות יוכלו לדון בתיקים ובשאלות שהצדדים הסמיכו אותן לכך ולייצר תוצאה שהצדדים מסכימים להיתכנותה, זאת ותו לא.

ז. מסקנות

המאמר בחן אם ניאוף ראוי להפלייל, להסדרה או להפקרה משפטית. מדובר בהתנהגות פוגענית בבירור, והמשפט הפליילי והאזרחי עשויים להציע פתרונות אפקטיביים לבלמתה, אך עם השלכות שליליות ערכיות ומחיר כלכלי. אם אנו סבורים שהפתרונות מהווים התערבות יתר בחיי הפרט, בזכותו לבוא במגע מיני עם כל פרטנר מעוניין, גם בעשותו זאת בסתר ותוך הפרת הציפייה של בן זוגו לבלעדיות, החלת הדין האישי באשר לניאוף בערכאות דתיות הפועלות מכוח חוק מדינה מהווה גם היא התערבות יתר. הבחירה המדינתית להקים ערכאות דתיות – מפוקפקת כשלעצמה, ומי שמבקש לחיות לפי כללי הדת והשלכותיה חופשי לעשות כן מחוץ למשפט. בד בבד, יש לזכור כי רבים הבאים בשערי בתי הדין הדתיים – אינם דתיים כלל, והטלת סנקציות עליהם בשמה של דת – מוקשית. אולם מובן שבעיות אלה רחבות בהרבה מסוגיית הניאוף ומוכרות היטב בדיני המשפחה.

בתום המסע המחקרי, המסקנה הראויה אינה מובנת מאליה. חרף פוגענותו הברורה של הניאוף, הפללתו נראית בלתי מידתית. בהתלבטות שבין הסדרה אזרחית כלשהי לבין הפקרה משפטית, שתיהן מותרות תחושה בלתי נוחה. דיון שיפוטי על המשמעות הנזיקית או החוזית של ניאוף ייעשה ודאי בעיקר בבית המשפט לענייני משפחה במסגרת סכסוך גירושיני, ופתיחת שערי הדין לכך מזמינה פתיחת שערים נוספים להתערבות המשפט במערכות יחסים רומנטיות. אף ששערים אחרים ודאי מגלמים אף הם סוגיות ערכיות חשובות, העמקת ההתערבות של המשפט בחיי הזוגיות כוללת השלכות רבות, שלפחות חלקן אינן חיוביות. אולם אותה אמירה תקפה גם לגבי התערבויות קודמות של המשפט בחיי הפרט והמשפחה, שכבר התבססו בדין. המשפט מסדיר קשת רחבה של הוויה אנושית בהקשרים משפחתיים. מעצם השם "דיני משפחה" וההכרה בענף זה כעצמאי נגזרת התערבות שיטתית ומגוונת של המשפט בתא המשפחתי, באמצעות הכרה משפטית בכוח וכינונו הפורמלי מחד גיסא, ובאמצעות הגבלת חופש פעולה של גורמים בתא המשפחתי ובאמצעות יצירת חובות ואיסורים מאידך גיסא. חוק

הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב–1962 מכיר ואף מכונן כוח רחב ועמוק של ההורה לשליטה בחיי ילדיו.²⁰⁷ במקרים מסוימים, דוגמת סכסוכים בין הורים, המשפט מסדיר את סוגיית המשמורת של הילדים ואת סוגיית המשאבים הכרוכים בכך, מזונות ילדים.²⁰⁸ גם ללא ילדים המשפט מסדיר חלוקת משאבים בין בני זוג שנפרדו.²⁰⁹ דיני הירושה כוללים הסדרה של הוויה אנושית משפחתית, למשל באמצעות יצירת ברירות מחדל באשר לזהות היורשים בהתאם לקשרי משפחה וזוגיות.²¹⁰ הכוח ההורי מוסדר ומוגבל משפטית לעיתים באמצעות חובות ואיסורים. דיני החינוך מחייבים מסגרת חינוכית כזו ואחרת, על חשבון הבחירה של המשפחה.²¹¹ המשפט הפלילי קובע עבירות העוסקות בגידול ילדים, כמו השארת ילד בלא השגחה, הזנחת ילד ואחרות.²¹² וקובע עבירות מין מיוחדות במסגרת המשפחתית, לאחר גיל ההסכמה ולעיתים אפילו לאחר גיל הבגרות.²¹³ דיני הראיות מכשירים ומחייבים עדויות מסוימות במשפט של אדם כנגד בן משפחתו, ברצונו ואף בניגוד לרצונו.²¹⁴ ודאי ניתן לפרט דוגמאות רבות נוספות.

חרף ההתלבטות, אני נוטה לתמוך בהסדרה אזורית, אך לא של "ניאוף", כי אם של "הפרת בלעדיות מינית". בכל מצב שבו קיימת ציפייה לבלעדיות מינית, בין במסגרת נישואין ובין במסגרת מערכת יחסים רומנטית שאינה מוסדרת בחוק, הפרתה עשויה לייצר עילה לסנקציה אזורית.

דיני החוזים הם מסגרת מתאימה במובן שהמחויבות לבלעדיות שעונה על הסכמה מפורשת או מכללא. אם אין הסכמה כזו, למשל כאשר צד מודיע מראש שאינו מתחייב לבלעדיות מינית, אין גם הפרת חוזה. עבור דיני החוזים, ניסוח של הסכם מפורש בנושא הוא אידיאלי, כולל סעיף התרופות.²¹⁵ בהיעדר התייחסות לסוגיה בהסכם מפורש, ניתן לייצר חזקה שלפיה בקשרים מסוימים יש ציפייה משתמעת לבלעדיות, שהפרתה היא עילה לתביעה חוזית. קשרים אלה עשויים להיות נישואין פורמליים, קיומו של משק בית משותף מעל פרק זמן מסוים (חרף השרירות ההכרחית בכך) וכדומה. בקשרים שאינם פורמליים ואינם ממושכים או אינם שעונים

207 חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב–1962, ס"ח 120.

208 ישראל צבי גילת "כלום טובת הילד" הוא שיקול-על לפי המשפט העברי בסכסוך שבין הורים על משמורת ילדם? "מחקרי משפט ח 297 (1990); ישראל צבי גילת דיני משפחה – יחסי הורים וילדים: מזונות, יחסי ממון, משמורת וחינוך (2000); יואב מזא"ה "משמורת ילדים": מושג מהותי או כותרת חלולה? "מחקרי משפט כח 207 (2013); יואב מזא"ה "מזונות ילדים: בין מיתוס למציאות: הדין הדתי, הפסיקה ומה שביניהם" דין ודברים יא 501 (2018).

209 חוק יחסי ממון בין בני זוג, התשל"ג–1973, ס"ח 267; ורדה שוורץ מזונות: הליכי גבייה בלשכת ההוצאה לפועל 39–46 (2014); שחר ליפשיץ השיתוף הזוגי 285–303 (2016).

210 ס' 10–16 לחוק הירושה, התשכ"ה–1965, ס"ח 63.

211 חוק לימוד חובה, התש"ט–1949, ס"ח 287.

212 ס' 361–365 לחוק העונשין.

213 שם, ס' 351.

214 ס' 5 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א–1971; אסף הרדוף "בעל נגד אישה, אמת נגד משפחה, או: המבט הרביעי על כשרות להעיד במשפט הפלילי" דין ודברים ג 273 (2007).

215 השוו ליפשיץ "שיפוט מוסרי", לעיל ה"ש 8, בעמ' 44; דיני החוזים מתאימים גם במובן החשיבות שהם מייחסים לתום הלב. ראו שם, בעמ' 73.

סוגיה ליברלית מופקרת: האם להפלייל, להסדיר או להפקיר "בגידה" מינית בנישואין?

על משק בית משותף עדיין יוכל הצד הנפגע לנסות ולהוכיח ציפייה קונקרטיה לבלעדיות. בד בבד, צעדים גלויים לסיום מהותי של הקשר הפורמלי – למשל עזיבת הבית המשותף – יאינו את בסיס ההסכמה לבלעדיות מינית מכאן ואילך. כלומר, במצב של ניאוף פורמלי, כמו פירוד לפני גירושין וכמו עגינה, לא יהיה תוקף להסכמה החוזית המוקדמת לבלעדיות מינית. איני מעלה על הדעת חוזה בלתי הפיך בהקשר זה: במצבי פירוד הפגיעות הערכיות שתוארו במאמר אינן מתקיימות.

גם דיני הנזיקין מייצרים מסגרת פוטנציאלית קורצת, שתאפשר לננאף לתבוע, אם יצליח לבסס שהניאוף הסב לו נזק נפשי. רצוי שהמחוקק יפתח עולה מיוחדת, אף שניתן להסתפק ולהפסיק לחסום טיעונים כאלה לאור בסיסם וחיבורם לניאוף. דיני הנזיקין כבר מכירים בנזק נפשי בהקשרים שונים.²¹⁶ יתרום של דיני הנזיקין בהקשר זה הוא כפול. מצד אחד, הם מאפיינים את הפגיעה לא באופן מופשט, הפרת ציפייה, אלא באופן קונקרטי, הפגיעה הרגשית הרומנטית. מצד אחר, הם עשויים לאפשר לתבוע לא רק את הניאוף, אלא אף את המאהב, במצב שהאחרון ידע על הפרת הבלעדיות המינית ולכן מוצדק לראות בו אחראי.

תהא התגובה המשפטית לניאוף כאשר תהא, ניתן לחלוק עליה: ההפקרה המשפטית של הניאוף במשטר דמוקרטי אינה מובנת מאליה, ורחוק מכך. הדברים מתחדדים לאור בחירת המשפט להסדיר מערכות יחסים רומנטיות ומיניות, מראש ובדיעבד, להסדיר נישואין במקום להותיר זאת לדת או לחברה, לקדם את המונוגומיה ולהסיג צורות אחרות של מערכות יחסים, דוגמת ריבוי נישואין.

ח. סיכום

פיצול דיני המשפחה בישראל לערכאות חילוניות ולערכאות דתיות מייצר סכיוזופרניה משפטית בעלת ביטויים מגוונים, שהאחד מהם נוגע לניאוף. הדין הדתי מתייחס בחומרה רבה לניאוף, מטיל סנקציות כנגד צד אחד, בעיקר נשים, ולטובת הצד האחר, בעיקר גברים. לעומת זאת, הדין החילוני הכריז שוב ושוב שניאוף הוא פשוט non-issue, סוגיה משפטית מופקרת. סכיוזופרניה משפטית זו הובילה לכך שהמחנה החילוני מגן על ניאוף ופוטרו כלאחר יד, כפעולה חסרת משמעות והשלכות. אולם ניאוף אינו פעולה כזו, ורחוק מכך.

מאמרי ביקש להאיר את הניאוף משתי זוויות שאינן עולות כלל במשפט הישראלי. האחת היא בחינה ערכית להסדרת הניאוף, מזווית חילונית, דמוקרטית וליברלית, בשאיפה להאיר שטח מת (blind spot) שאינו זוכה לפרספקטיבה ביקורתית. השנייה היא התבוננות בניאוף במשקפיים שכמעט לא יעלה על הדעת להשתמש בהם בהקשר זה, ואומנם הדבר טרם עלה על הדעת בישראל – משקפי המשפט הפלילי, בשאיפה לפתוח ערוץ בין ענפי משפט שאינם נוטים להיזון הדדי. כל זאת עשה המאמר באמצעות מודל נורמטיבי דמוקרטי הבוחן באופן אנליטי וביקורתי את ההפללה וההסדרה המשפטית של סוג התנהגות, סולם ההסדרה. זו הפעם

216 בג"ץ 1347/18 פלונית נ' בית הדין הארצי לעבודה (פורסם בנבו, 23.7.2019).

הראשונה שבה רתמתי את הסולם כדי לבחון תופעה שלכאורה רחוקה ביותר מהמשפט הפילי הקיים בישראל, אף שהודגש שהניאוף עדיין מופלל במדינות לא מעטות בעולם. סולם ההסדרה הראה בשלב הראשון שניאוף הוא התנהגות פוגענית בבירור. הוא פוגע באופן סמלי במוסד הנישואין המשפטי, פגיעה שבעיניי זניחה הן משום שאיני תומך בהפללה סמלית והן משום שאני תופס את המוסד הזה כמיותר.²¹⁷ לעומת זאת ניאוף פוגע באופן ישיר בנאף, בהובילו במקרים רבים לפגיעה רגשית נפשית עזה, לפגיעה קשה בערך האמון, לפגיעה בערך היושר ולפגיעה באוטונומיה המינית.

בשלב השני הראה סולם ההסדרה כי המשפט הפילי יכול להילחם באופן יעיל בניאוף, באמצעות הישענות על שיטות הפעולה המקובלות שלו. בכוחו לאתר ניאוף ונאפים, לאסוף ראיות כלפיהם, להעמידם לדין, להרשיעם, להענישם ולצמצם את הניאוף. אולם הסדרת הניאוף תוך התעלמות מהתנהגויות אחרות שפוגעות בערכים האמורים – נראית צודקת פחות. הפתרון לכך אינו חייב להוביל להתעלמות גם מהניאוף ויכול להיות גם הפללה של התנהגויות אחרות. ההתנהגות הדומה מכל לניאוף היא הפרת בלעדיות מינית הנעשית מחוץ לנישואין, והיא זו שסביבה צריכה לסבוב נקודת המבט הליברלית.

בשלב השלישי הראה סולם ההסדרה כיצד ניתן להתמודד עם הניאוף בכלים אזרחיים. בין הכלים שנבחנו, שניים בלטו כחזקים בפוטנציה: דיני הנזיקין ודיני החוזים, המסוגלים לכאורה להוביל לצמצום הניאוף ופוגענותו באמצעות סנקציות כלכליות מרתיעות.

בשלב הרביעי הראה סולם ההסדרה את החסרונות של כל אחת מהגישות שעלו לאורך המאמר: הפללה, הסדרה אזרחית והפקרה משפטית. ההפללה כרוכה בפגיעה באוטונומיה של הפרט, ואכיפתה מובילה לפגיעות נוספות בפרט, בפרטיותו, בכבודו ובחירותו. גם הסדרה אזרחית כרוכה בפגיעות דומות, אף שאולי פחותות, וכן בקשיים מעשיים הנוגעים למיקום הגאומטרי של הדיון ובקשיים שנוגעים לפתיחת חזיתות דיון נוספות. לבסוף, הפקרה משפטית מותירה על כנה תופעה פוגענית, ואולי גם תופעות לוואי של התעלמות המשפט ממנה, ומעידה על שרירות המשפט ואוזלת ידו.

בין שלוש הגישות, אני נוטה לצדד בהסדרה אזרחית. הסדרה כזו לא תכתב באופן בלעדי עם ניאוף, אלא תתמקד בהפרת בלעדיות מינית. היא תישען על ציפייה חוזית מתמשכת מפורשת או משתמעת לבלעדיות כזו, ולחלופין או במצטבר על הנזק הנפשי הרגשי שגורמת הפרה של ציפייה כאמור.

ניתן להעריך כי היחס המשפטי החילוני לניאוף לא ישתנה, לאחר עשרות שנים שבהן בתי המשפט החילוניים הכריזו עליו כ-*non-issue* והבהירו את רצונם שלא להיכנס למישורים אלה. אם נבחר כצפוי להמשיך ולהפקיר משפטית את הניאוף ואם אנו סבורים שאל לדין הדתי להטיל סנקציות משפטיות בגין ניאוף (ואפילו אם נמשיך להסכים לסכיוזופרניה זו), ההגנה על ניאוף ונאפים אינה דגל שהמחנה הדמוקרטי, הליברלי או החילוני צריך להניף גבוה.²¹⁸ הדגל היחיד

217 אסף הרדוף "האהבה לא צריכה חתונה" Ynet – דעות (19.8.2014) www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4560116,00.html

218 גם דגל השוויון המגדרי אינו נראה רלוונטי במשטר שמסדיר ניאוף באופן מגדרי שוויוני. כל עוד ערכאות מפלות בין נאפים לנואפות, השוויון המגדרי נפגע.

סוגיה ליברלית מופקרת: האם להפיל, להסדיר או להפקיר "בגידה" מינית בנישואין?

שניתן להניף להגנת הניאוף הטיפוסי והסמוי, דגל הסובלנות, אינו מובן מאליו בענייננו. אף שהסובלנות היא ערך ראוי וחשוב במיוחד במשטר דמוקרטי, היא מאבדת מכוחה באשר לפגיעה באחר. גם אם החיים האנושיים המודרניים לא ציידו אותנו בהמשגה לשונית ובתפיסת קורבנות משפטית כאשר אנו ננאפים, ניאוף כרוך בעוול גדול הנעשה בידי האדם הקרוב ביותר אלינו. אף שצורות עוול רבות אחרות אינן מוסדרות משפטית, בחירת הדין להוסיף ולהתעלם מעוול גדול מפקירה את קורבנותיו ואומרת להם שהם לבד מבחינה משפטית. בחירה זו אולי משקפת מידתיות, אך זו מידתיות שעוול בצדה. הניאוף ופגיעות רומנטיות רגשיות נותרים זנוחים, בעוד זה כביכול מובן מאליו ומוצדק לגמרי שהמשפט יעסוק בסכסוכי רכוש משפחתיים. נראה שנעים יותר להיענות להזמנה להיכנס לארנק המשפחתי מאשר להיענות להזמנה להיכנס לחדר המיטות.