

כללי פסילת שופטים בשל הכרות קודמת - הגישות השונות של המשפט הישראלי ושל המשפט העברי כב' השופט (בדימוס) ד"ר אברהם טננבוים, בית משפט שלום ירושלים

מבוא



סקירה מהירה תראה כי יש שוני מהותי בהלכות פסילת שופטים בין המשפט הישראלי לבין דרישות המשפט העברי. המשפט הישראלי סבור כי מעבר למספר מקרים המפורטים בחוק, פסילת שופט תיעשה במקרים נדירים, שכן חזקה על השופט שיכול הוא לשפוט באובייקטיביות ובמקצועיות, גם אם ישנה הכרות כלשהי. במשפט העברי לעומת זאת הסברה הפוכה היא וגורסת כי בכל מקרה של הכרות, אפילו דלה, עדיף כי הדיין יפסול את עצמו. זאת בגלל ההנחה שאנו כנראה מוטים הרבה יותר משאנו חושבים כי אנו מוטים. ברשימתנו הקצרה נעסוק בגישות השונות.

התיאוריה בבסיס המשפט הישראלי - השופט כמקצוען שאיננו מושפע

הן בפסיקה והן בספרות המתייחסת לשופטים, ישנה מעין דמות של 'השופט הסביר' (או ליתר דיוק, 'השופט האידיאלי'). זו מופיעה בעיקר בספרות שנכתבה על ידי שופטים.¹ על פי דעה זו מדובר בשופט/ת מקצועי/ת, בעל/ת ניסיון רב ויכולת מוכחת להפריד בין המוץ ולבין התבן, בין אומרי האמת לבין דוברי השקר, בין רגשות לעובדות, וכד'. אי אפשר לכן להתעלם מהניסיון שרוכשים שופטים היושבים על כס המשפט תקופה ארוכה. הם שומעים טענות רבות ומגוונות, חשופים למכלול עדים שונים ומשונים, נתקלים באינספור נאשמים, ובעלי דין, לומדים להתמודד עם עורכי דין מכל הסוגים, וכד'. כשם שכולם יסכימו שניסיון הרופא או כל בעל מקצוע אחר משפר ומיטיב את יכולתו, כך גם השופטים. במיוחד כשהאובייקטיביות היא לב ליבו של ההליך השיפוטי. גישה זו מבוטאת לפעמים בצורה קיצונית. כך, למשל אמרה שופטת מבית המשפט העליון:

"האמת היא, גם אילו בני היה מופיע לפניי כעורך דין, לא היה לי שום קושי לדחות את התביעה אם היה מקום לעשות זאת. אם שופט אינו יכול לנהוג כך, הוא לא צריך להיות שופט... ברגע ששופט לובש את גלימת השופט, הוא מקבל אחריות כל כך כבדה, שחלק ממנה זה לא להיות מושפע משום יחסים אישיים".²

גישה 'מקצועית' זו בנתה את ההלכה במשפט הישראלי.

ההלכה בישראל היא חד משמעית וקובעת כי רק **חשש ממשי למשוא פנים מהווה סיבה לפסילה**. הכיוון ברור. בדרך כלל ערעורי פסילה יידחו אלא במקרים מיוחדים. במקרים של הכרות קודמת הרי אם השופט/ת לא פסלו את עצמם, העליון יימנע מלהתערב אלא במקרים קיצוניים, בעיקר כאשר השופט/ת היו קשורים לאחד הצדדים בדרך פורמלית שהיא.

פסילת דיין במשפט העברי עקב הכרות

הגישה במשפט העברי מחמירה הרבה וקוראת לפסילה גורפת יחסית. נראה שחז"ל בחנו את הסוגיה בדרך אינטואיטיבית ומקורית. גישתם של החכמים הייתה לבחון את עצמם במצבים של הכרות וניגוד אינטרסים, ולשאול האם הם מרגישים מוטים או לא? מסקנתם הייתה כי הם אכן מוטים ולכן חובה עליהם לפסול את עצמם. ישנו דוגמאות רבות לכך בספרות ההלכתית ונתחיל בשני סיפורים תלמודיים שנביאם בקצרה.

לר' ישמעל בר' יוסי היה אריס שהיה מגיע אחת לשבוע ומביא לו סל פירות מגנו בערב שבת. יום אחד הגיע האריס ביום חמישי. שאל אותו ר' ישמעל "למה הגעת ביום שונה?" ענה לו האריס "יש לי היום דין אצלך אז בהזדמנות זאת הבאתי גם את הפירות". אמר לו ר' ישמעל, "אני פסול לך לדין, לך לדיינים אחרים". הלך ר' ישמעל לשמוע את המשפט ושמע את אריסו. אמר ר' ישמעל בליבו "הלוואי ויטען כך וכך ואז יצליח בדינו". תוך כדי מחשבה זו לטובת אריסו תפס ר' ישמעל את עצמו ואמר "מדוע אני בכלל מקווה שהוא יזכה ולא יזכה הצודק מביניהם? ואמר "תיפח רוחם של מקבלי שוחד, ומה אני שלא נטלתי ממנו כלום, ואם נטלתי שלי נטלתי, כך מקבלי שוחד על אחת כמה וכמה". במלים אחרות, הוא הגיע למסקנה שעצם ההכרות גורמת להטייה לטובת הצד המוכר.³

סיפור דומה מופיע אצל דיין אחר שהיה גם כהן (גם הוא בשם ר' ישמעל אך ר' ישמעל בן אלישע). לרבי **ישמעל בן אלישע** הופיע אדם שביקש לתת לו את ראשית הגז (שלפי ההלכה נותנים לכהן). שאל אותו ר' ישמעל "מהיכן הוא ולמה באת אלי דווקא, וכי לא היה לך כהן במקומך לתת לו את ראשית הגז?" ענה לו האדם שיש לו דין בבית הדין. כמובן שר' ישמעל הודיעו כי אינו יכול לדונן, סירב לקבל את ראשית הגז, והעבירו לדיין אחר. אך הוא הלך לשמוע את הדין ומצא עצמו מקווה שאותו אדם יזכה. זאת למרות שבפועל לא קיבל דבר, ואף אם היה מקבל היה זה בזכות ולא בחסד.⁴

3 מסכת כתובות דף קה' עמ' ב. הסיפור מופיע בארמית והתרגום לעברית הוא תרגום חופשי שלי.
4 שם, גם כאן התרגום שלי.

1 דוגמא טובה היא ספריו של פרופ' אהרון ברק שיקול דעת שיפוטי (1987) ושופט בחברה דמוקרטית (2004).
2 ראו: אליחי שילה ואח' ללא גלימה: שיחות עם שופטי בית המשפט העליון (2017), עמ' 210.

באותה צורה מסבירה הגמרא מדוע אסור לדין ליטול שוחד אפילו כדי לתת דין אמת וצודק על פי דעתו. וזאת לשונה. "אמר רבא, מאי טעמא דשוחדא?" דהיינו, מדוע אסור ליטול שוחד כדי לזכות את הזכאי ולחייב את החייב? והוא עונה במקום "כיון דקביל ליה שוחדא מיניה, איקרבא ליה דעתיה לגביה, והוי כגופיה, ואין אדם רואה חובה לעצמו".⁵ ובעברית, ברגע שהדין מקבל שוחד ממישהו, מיד הוא נוטה אליו בדעתו, והופך קרוב אליו וכאילו כמותו, ואדם נוטה להצדיק את עצמו. ממילא, עצם קבלת השוחד גורמת להטיה הפוגעת ביכולת הדין לדון ועליו לפסול את עצמו.

נעיר שמקרים אלו של 'שוחד דברים' שנראים מעט קיצוניים מצויים במחלוקת ראשונים.¹⁰ ישנם ראשונים הסבורים כי חכמים החמירו על עצמם ממידת חסידות ובפועל יכלו לדון במקרים אלו. לעומת זאת ישנם אחרים כהרמב"ם למשל הסבורים שההלכה היא שגם שוחד דברים פוסל דין.¹¹

ההלכות המקוריות התייחסו בדרך כלל ליחס שבין הדיינים לבעלי הדין ולא ליחס שביניהם לבין מורשיהם (עורכי דינם). זאת מהסיבה הפשוטה שבעבר בעלי הדין ייצגו את עצמם והשימוש בטוענים מקצועיים היה מוגבל ('מורשים' בשפה ההלכתית וכיום 'עורכי דין'). בתחילת התופעה של ייצוג בעלי דין כאשר שימוש במורשים לא היה נפוץ, ההלכה המקובלת הייתה כי דין איננו צריך לפסול עצמו עקב היכרותו עם המורשה אלא אם כן שכרו של המורשה היה תלוי בתוצאות המשפט (שאו, שכרו של המורשה תלוי בהחלטת הדין ישירות). אולם עם השנים ועם התפתחות מעמד של עורכי דין ('מורשים מקצועיים' שזו פרנסתם), השתנתה ההלכה. **כיום מקובל כי דינם של אלו כדין בעלי דין ומן הראוי שהדין יפסול עצמו**¹².

ריבוי בקשות פסילה

למרות הדעה הראשונית התומכת בפסילת הדין במקרים רבים, הרי פסילה זו צריכה להיעשות תוך כדי שקילת האינטרסים של כל הצדדים ובזהירות. זאת כדי למנוע מבעלי הדין המעוניינים בהתמשכות הדין לבקש אינסוף פסילות רק כדי להאריכו. היו אף שהזהירו מפני פסילת יתר של דיינים בנימוק שאם זו תתאפשר, לא יוכלו העשוקים להגיע לבית דין היות והעושקים יבקשו

באותה צורה מסבירה הגמרא מדוע אסור לדין ליטול שוחד אפילו כדי לתת דין אמת וצודק על פי דעתו. וזאת לשונה. "אמר רבא, מאי טעמא דשוחדא?" דהיינו, מדוע אסור ליטול שוחד כדי לזכות את הזכאי ולחייב את החייב? והוא עונה במקום "כיון דקביל ליה שוחדא מיניה, איקרבא ליה דעתיה לגביה, והוי כגופיה, ואין אדם רואה חובה לעצמו".⁵ ובעברית, ברגע שהדין מקבל שוחד ממישהו, מיד הוא נוטה אליו בדעתו, והופך קרוב אליו וכאילו כמותו, ואדם נוטה להצדיק את עצמו. ממילא, עצם קבלת השוחד גורמת להטיה הפוגעת ביכולת הדין לדון ועליו לפסול את עצמו.

בצורה דומה לרבא אמר רב פפא "לא לידון איניש דינא למאן דרחים ליה, ולא למאן דסני ליה, לפי שדרחים ליה לא חזי ליה חובה, וסני ליה לא חזי ליה זכותא".⁶ ובעברית, **אדם איננו יכול לדון את מי שהוא אוהב ואת מי שהוא שונא**. ולא בגלל החשש שידון בכוונה דין מעוות. אלא שברגע שהוא מחבב מישהו קשה לו לחשוב על נימוקים לחייבו, וברגע שהוא מתעב צד, קשה לו לחשוב על נימוקים לטובתו.

שוחד במשפט העברי איננו רק בכסף ו/או טובות הנאה ברורות והגמרא מדברת על 'שוחד דברים' שיכול להיות גם מתן כבוד ו/או עזרה בעניינים קלים. בלשון הברייתא "תנו רבנן: נאמר בתורה (שמות כג, ח): "ושוחד לא תקח", אינו צריך לומר לשוחד ממון אלא אפילו שוחד דברים נמי אסור, מדלא כתיב בצע לא תקח".⁷ דהיינו, הפסוק אומר לא לקחת שוחד אך לא מדבר על כסף דווקא. משמע לכן ששוחד יכול להיות לאו דווקא בכסף או בטובות הנאה אלא במעשים ו/או דיבורים. הגמרא שואלת ומסבירה מהו שוחד דברים. ובלשונה: "היכי דמי שוחד דברים? כי הא דשמואל הוה עבר במברא. אתא ההוא גברא, יהיב ליה ידה. אמר ליה שמואל: מאי עבידתך? אמר לי, דינא אית לי. אמר ליה, פסילנא לך לדינא". ובעברית. שואלת הגמרא מהו שוחד דברים? ומשיבה, **כגון המקרה של שמואל שעבר בגשר. היה שם איש שעזר לו וסמכו**. שאל אותו שמואל מה מעשיך בימים אלו? (מטעמי נימוס). אמר לו אותו האיש, יש לי דין לפניך. אמר לו שמואל, אני פסול לדון אותך. והגמרא ממשיכה שם ונותנת עוד כמה דוגמאות קיצוניות לכך. דהיינו, אפילו מקרה קיצוני שבו כל שעשה אחד מבעלי הדין הוא לעזור מעט לדיין, כבר הרגיש הדין שאיננו יכול לדון במקרהו בצורה אובייקטיבית, ופסל את עצמו.

השולחן ערוך פוסק בעניין זה וקובע בלשונו לגבי שוחד דברים כי "וכשם שהלוקחו עובר בלא תעשה כך הנותנו עובר בלפני עיוור לא תיתן מכשול ולא שוחד ממון בלבד

5 שם.

6 שם.

7 ברייתא היא כידוע מאמר של תנאים שלא הוכנס למשנה שנערכה בשנת 200 לספירה. מכאן שההלכה זו של שוחד דברים היא קדומה וידועה מימים ימימה.

8 חושן משפט, הלכות דיינים סימן ט סעיף א'.

9 ספר מאירת עיניים הוא פרשנות על השולחן ערוך שנכתבה על ידי הרב יהושע פלך-כץ (פולניה, המאה השש עשרה).

10 סיכום הדעות השונות מופיע אצל הב"ח ('בית חדש' - הרב יואל סירקיס, פולניה המאה ה - 16) בפרשנותו על הטור (חושן משפט הלכות דיינים סימן ט'), וכן אצל החיד"א בספר ברכי יוסף חלק חושן משפט סעיף ז' (הרב חיים יוסף דוד אזולאי, המאה - 18, ישראל).

11 בלשון הרמב"ם: "כל דין שיושב ומגדל מעלתו כדי להרבות שכו לחזניו ולסופריו הרי הוא בכלל הנוטים אחרי הבעע וכן עשו בני שמואל ולכן נאמר להם ויטו אחרי הבעע ויקחו שחד ולא שחד ממון בלבד אלא אפילו שחד דברים" משנה תורה, ספר שופטים, הלכות סנהדרין, פרק כג' הלכה ג'.

12 על ההתפתחות בעניין זה ראו: אבי וינרוט "פסול דין עקב קרבה בינו לבין בא כח אחד הצדדים", תחומין ל"ו (תשע"ו) עמ' 359-363.

התבקשו המשתתפים להעריך את ערכן האומנותי של יצירות אומנות אשר הגיעו משתי גלריות. על כל תמונה הופיע שם הגלריה שהתמונה שייך אליה. למשתתפים נאמר, דרך אגב ולכאורה במקריות, כי אחת מהגלריות תרמה את הסכום הדרוש לניסוי. לא היה שום קשר בין הבחירה שעשו המשתתפים לתגמול שקיבלו עקב הניסוי, וכמובן שלא היה קשר בין הבחירה שעשו לבין הגלריה שתרמה לניסוי. למרות זאת, עלה מהניסוי שהמשתתפים דירגו את תמונותיה של הגלריה שמימנה את הניסוי כבעלות עדיפות אמנותית.¹⁷

ניסוי זה מעיד לדעת אריאלי על כך שכאשר מאן דהוא עושה טובה כלשהי לאחר, ואפילו כאשר אין הוא מבקש דבר בתמורה, ואפילו כאשר מעשי האחר כלל אינם קשורים לאותה הטובה, האחר כבר מוטה לטובתו. לא פחות מטרידה היא העובדה שעולה מניסויים אלו לפיה אנשים כלל אינם מודעים להטיה והינם משוכנעים למעשה שאינם מוטים וכי החלטותיהם הינן אובייקטיביות לגמרי.

בהמשך לכך מנתח אריאלי מה קורה כאשר מתקיים 'גילוי נאות'. בניסוי המנותח על ידי, היה על המשתתפים להעריך כמות של מטבעות הכסף בצנצנות וכל שהערכתם הייתה קרובה למציאות (בין גבוהה בין נמוכה) תמורתם עלתה. המשתתפים חולקו לשתי קבוצות - 'מעריכים' ו - 'יועצים'. ל'יועצים' היה יותר ידע על מספר המטבעות מאשר למעריכים (היה להם יותר זמן לבחון את הצנצנות, הם קיבלו מידע על ממוצע מספר המטבעות בכל הצנצנות, ועוד). גם ה'יועצים' קיבלו תמורה לפי תוצאות ה'מעריכים' ולכן לא היה ניגוד אינטרסים בין שתי הקבוצות. אלא שכאשר שונו כללי המשחק וקבוצת היועצים החלה לקבל את שכרה ביחס הפוך להערכת קבוצת ה'מעריכים', נוצר ניגוד אינטרסים מובנה בין הקבוצות. הניסוי מראה כי בשלב זה החלו ה'יועצים' לתת ל'מעריכים' עצות גבוהות יותר.¹⁸ הנקודה המטרידה בהקשר של גילוי נאות קשורה למחקר שבו ה'יועצים' הצהירו מראש והודיעו ל'מעריכים' על ניגוד האינטרסים. דומה שברגע שה 'יועצים' הודיעו על כך, הם חשו שהם 'פטר' עצמם, ולו חלקית, מחובת הדאגה ל'מעריכים'. הם הרגישו חופשיים יותר להתעלם מניגוד האינטרסים. דווקא אחרי אותו 'גילוי נאות', ה'יועצים'

תמיד את פסילת הדיינים.¹³ גם בתי הדין הממלכתיים בישראל זהירים בפסילת עצמם פשוט בגלל נקודה זו ממש.¹⁴

ניגוד ענינים

ההלכה התייחסה גם לעניין ניגוד האינטרסים וגם כאן לא נשאה פנים לאיש. כך למשל ישנה הלכה כי כהן גדול לא ישב בסנהדרין המחליטה אם לעבר את השנה אם לאו. ומדוע? מסבירה הגמרא "משום צינה", ורש"י על המקום מסביר "אינו רוצה שתתעבר שנה מפני הצינה שצריך לטבול ולקדש ביום הכפורים חמש טבילות ועשרה קידושין ואם תתעבר שנה הרי תשרי במרחשון וצינת מרחשון תהיה בתשרי".¹⁵ דהיינו, הכהן הגדול יודע שאם יעבר את השנה, ייתכן ועבודתו ביום כיפור תהיה קשה שכן אם תתעבר השנה, יום כיפור הבא ייכנס יותר לתוך החורף, ויהיה קר יותר. לכאורה ניתן היה לסבור שהכהן הגדול ידע להתעלם מהאינטרס האישי שלו, אך הגמרא אומרת שלא היא.

הנקודה החשובה לענייננו היא הדרך 'המעין אמפירית' בה הגיעו חכמי ההלכה למסקנותיהם. קרי, מתוך הבנתם וראייתם כי הם מוטים למרות שמלכתחילה לא חשבו כך, הגיעו להלכות מחמירות בענייני שוחד דברים ופסילת דיינים. מעניינת היא העובדה כי תובנותיהם בדבר ההטיות מתאימות (לפחות חלקית) לידוע היום למדענים העוסקים בכך.

ניסויים אמפיריים על הטיות לא מודעות

הניסויים האמפיריים תומכים בגישת חז"ל. נתמקד על שניים מהם העוסקים במידת ההשפעה הלא מודעת של ניגוד אינטרסים וטובות הנאה. שניהם נערכו על ידי דן אריאלי, חוקר ידוע היטב בתחום.¹⁶ באחד הניסויים

13 שו"ת המהריק שורש כא' (ר' יוסף קולון, איטליה, המאה ה'ט"ו): "מאחר שהוכחנו שכשרים לדון... אין לומר שמפני החומרא שיש לו [לדין פלוני]... להסתלק מן הדין. אלא אדרבא, יש לו להשתדל בדיון, שלא לדלות הרמאים... ומידת חסידות הוא שהיו מחמירים על עצמם... אבל במקום שהחומרא באה לידי הפסד לאחרים, פשיטא ופשיטא שאין מקום לחומרא זו. אדרבא, מחויב כל אדם להציל חברו מהפסד ונזק, ועשוק מידי עושקו. וכן משמע גם לשון מחמירים על עצמם דווקא שאין הדבר נוגע לאחרים". נציין שבמקרה שלפני המהריק הנתבעים התנגדו לדין לפני הדיין וטענו כי הוא פסול לדונם עקב נגיעה שיש לו.

14 ראו למשל: פסק הדין של בית הדין הרבני האיזורי בירושלים תיק 1392/ל"ד (פס"ד רבניים כרך יא' עמ' 309); החלטת בית הדין האיזורי ת"א-יפו בתיק מספר 1-21-9196 מיום 21.3.20019; החלטתו של בית הדין הרבני הגדול בתיק 1071670/1 מיום 13.4.2016 (כ"ב הרב הישריק).

15 מסכת סנהדרין דף י"ח ע"ב ב'.

16 דן אריאלי **האמת על באמת** 73 (הוצאת דביר, תשע"ג-2013). לסקירת ספרות מעמיקה ומעודכנת של ההטיות שנגרמות עקב ניגודי אינטרסים ראו:

Yuval Feldman, Behavioral Ethics Meets Behavioral Law and Economics, in THE OXFORD HANDBOOK OF BEHAVIORAL ECONOMIC AND THE LAW 664 (Eyal Zamir & Doron

(Teichman eds., 2014
Ann H. Harvey, Ulrich Kirk, George H. Denfield & P. 17
Read Montague, Monetary Favors and Their Influence on
Neural Responses and Revealed Preference, 30 Journal of
(Neuroscience 9597 (2010).

18 סטית ה'יועצים' היתה מתונה על מנת שה'מעריכים' עדיין יתייחסו אל עצותיהם ברצינות, וגם מפני שהמחקר מראה שאנשים "מעגלים פינות" אך עושים זאת בצורה שאינה גורפת מדי. (מהמחקרים עולה כי הנטייה הטבעית היא 'לעגל פינות' עד לנקודה שבה המעגל עדיין מרגיש נוח עם עצמו. קרי, אנשים מוכנים לשקר ולרמות אך לא יותר מדי ועד לנקודה שבה עדיין יוכלו לתרץ לעצמם את מעשיהם ולהרגיש בנוח).

תמיד ניתן להימנע מכך. ממילא מה שנותר הוא להיות מודע לקיומן של ההטיות הבלתי נמנעות במקרים מעין אלו, ואולי לנסות להימנע ממצבים אלו עד כמה שניתן.²⁰

סוף דבר:

הצגנו שתי גישות שונות לפסילת שופטים עקב הכרות. הראשונה היא גישת המשפט הישראלי שמתבססת על עקרונות תיאורטיים וחשיבה מופשטת. השנייה היא גישת המשפט העברי שמתבססת על ניסיונם האישי של הדיינים. מסתבר, כי ניסיונות אמפיריים תומכים בבירור וחד משמעית בגישה ההלכתית (הגיוני, היות וזאת ניסתה לבחון זאת מעשית, אם כי בכלים ראשוניים).

שני דברים ניתן ללמוד מכך לדעתנו. ראשית, יש מקום לשיקול שינוי בדיני הפסילה במשפט הישראלי. שנית, בכלל בתחום המשפט, מן הראוי לבסס את החקיקה והפסיקה על ממצאים אמפיריים מוכחים, ולא על רעיונות תיאורטיים שמהימנותם איננה ברורה.

20 דן אריאלי **האמת על באמת** 90 (הוצאת דביר, תשע"ג-2013).

נתנו למעריכים הערכות גבוהות עוד יותר מאשר במקרים שבהם לא היה גילוי נאות. אכן, **הגילוי הנאות גרם לכך ש'המעריכים' גילו יתר זהירות כלפי עצות 'היועצים' אך, ובכך העיקר, ה'מעריכים' בוודאי לא גילו זהירות מספקת ברמה שהיה בה כדי להתמודד עם ניגוד האינטרסים של 'היועצים'**^{19,2}

יודגש כי מחקרים אלו הם ראשוניים ואריאלי עצמו אינו סבור כי יש צורך לוותר על הגילוי הנאות. אלא שנראה בבירור שאין די בגילוי הנאות כדי לנטרל את הבעייתיות שבניגוד האינטרסים המובנה ויש להיזהר מלראות בו פתרון אידיאלי. אריאלי מצייין כי הפתרון ההגיוני (והתיאורטי) הוא כמובן להימנע מניגוד אינטרסים כליל אולם בפועל החיים מורכבים מאינטרסים משולבים ולא

Daylian M. Cain, George Lowenstein & Don A. Moore, 19 When Sunlight Fails to Disinfect: Understanding the Pervers Effects of Disclosing Conflicts of Interest, 37 (Journal of Consumer Research (2011

רישום הדירה על שם בני הזוג כאשר אחד מהצדדים מימן יותר ממחצית הדירה* עו"ד פרופ' הרב יצחק כהן, מנהל אקדמי, הפקולטה למשפטים הקריה האקדמית אונו, קמפוס ירושלים.

גדול יותר ממחצית הדירה, אולם הדירה נרשמת בשווה בשל המנהג, בשל דרישות הבנקים למשכנתאות, או מחמת הקושי הרגשי מול בן הזוג המממן חלק קטן יותר מהדירה.

הסעיף ההלכתי המרכזי העוסק בסוגיית החזרת מתנות קובע: "הנותן מתנה לאשתו, אף על פי שהוא מגרשה מדעתו, זכתה במתנתה. הגה: נראה לי כאן טעות, אלא כך ראוי להיות: אף על פי שמגרשה שלא מדעתה, כגון שסרחה עליו, אפילו הכי מתנתו שלה... כל שאינן דברים שהם מלבושים או תכשיטים העשוין להתנאות בהם."²¹

כלומר, מתנה שנתן האיש לאישה אינה חוזרת אליו גם אם הגירושין אירעו באשמתה. אולם מדובר רק במתנות שאינן מלבושים או תכשיטים. הנימוק לכך הוא כי בגדים ותכשיטים העשויים לנוי האשה, דעתו של האיש ליתנם רק כדי שתתקשט בהם כל זמן שהם יחד. לפיכך, אם ייפרדו יחזרו מתנות אלו לרשות האיש. לעומת זאת, מתנות שאינן עשויות ללבוש או לנוי, אינן חוזרות. הנימוק לכך הוא כי הנותן מתנה לחברו, לא לוקח ממנו ערבים שימשיך לאהוב אותו לעד. כלומר, מתנות מסוג זה ניתנות על דעת שלא תחזרנה.³

השאלה בה התחבטו פוסקי ההלכה היא אם דינה של

עובדות המקרה: בהליך גירושין טענה האישה כי אביה מימן בזמן נישואיה כשמונים אחוז מערך דירת המגורים.¹ לטענתה המימון ניתן כהלואה לבני הזוג ולכן עליהם להשיבו לאביה. לעומתה, טען הבעל כי האב נתן את המימון לדירה בתורת מתנה לשני בני הזוג שווה בשווה, וכפי שגם משתקף בטאבו, ולכן יש לחלק את הדירה בשווה ולא לפי יחסיות המימון. אב האישה טען כי נתן את המימון לדירה כהלואה וכי אמר זאת לבתו ולא לבעל. עוד הוסיף כי הוא סייע לבני הזוג רבות, וכי לא תיאר לעצמו שהם יתגרשו, אולם לא התנה את המימון בשום תנאי. האישה הוסיפה וטענה כי בני הזוג נאלצו לרשום את הדירה בשווה בשל ההלוואה המותנית. בנוסף, היא חששה שאם תעלה את הדרישה לרישום שלא מחצית במחצית יתערער שלום הבית. לדבריה, גם אם נקבל את הטענה כי הרישום השווה בין הצדדים מלמד על מתנה, הרי שזו מתנה בטעות הואיל והאב לא ידע כי האישה נהג להכותה.

למעט העובדה האחרונה, המקרה בפנינו משקף לדעת לא מעט מקרים, לפיהם אחד מבני הזוג מממן חלק



2 שולחן ערוך, אבן העזר סימן צט סעיף ב.
3 חלקת מחוקק, אבן העזר סימן צט ס"ק ז.

1 תיק 938828/10 (אז' י-ם) פלוגית נ' פלוגי (נבו, 19.9.2017).