

יחסי משפחה וממון

אתגרים ומשימות בעקבות תיקון מס' 4 לחוק יחסי ממון

מאת

שחר ליפשיץ*

הקדמה

חוק יחסי ממון בין בני זוג, תש"ל-ג-1973¹ הוא דוגמא מוצלחת להליך חקיקה כושל במיוחד. עובר לחקיקת החוק, הוסדרו יחסי הרכוש בין בני זוג על ידי ההלכה המוכרת כחזקת השיתוף אשר בהתקיים תנאים מסוימים הכירה בשיתוף נכסים המתגבש בין בני זוג במהלך יחסייהם הזוגיים.²

לקראת חקיקת החוק ערך משרד המשפטים מחקר השוואתי מקיף על הנהוג בעולם המערבי,³ שבעקבותיו הועדף הסדר איזון המשאבים, הדוחה את מימוש השיתוף הכלכלי בין בני הזוג לעת גירושים ומוות, על פני הסדר השיתוף המידי אותו הציעה חזקת השיתוף. ברם, למרבה הצער, התעלמו המחוקקים מהבדל דרמטי בין דיני הגירושים בישראל, לבין דיני הגירושים הרווחים בעולם המערבי. בעולם המערבי רווח מודל גירושים ללא אשמה, המאפשר לצד מעוניין לזום ולהשיג גירושים ללא שיתוף פעולה מן הצד האחר.⁴ לעומת זאת, בישראל, דיני הגירושים כפופים לדין היהודי, שלפחות במקרה של בני זוג יהודים, מקשים מאד על השגת גירושים ביוזמה חד צדדית.⁵ השילוב בין הסדר איזון משאבים דחוי לבין דיני הגירושים הדתיים, אפשר ותמרץ את הצד החזק הכלכלית, לרוב הגבר, להתנגד לגירושים או לחלופין להתנות את הגירושים בהסדר רכושי נח מבחינתו. בין כך ובין כך סוכל הליך איזון המשאבים ובעקבות זאת, הפך הסדר איזון המשאבים ללא רלוונטי ולאות מתה.⁶ ניסיונות חקיקתיים, לתקן את המעוות כשלו⁷ ומהלך פסיקתי לשיקום המחויבות של המשפט הישראלי לעקרונות השיתוף הזוגי צלח באופן חלקי.⁸ על

* פרופסור חבר, הפקולטה למשפטים אוניברסיטת בר אילן. מאמר זה הוא מתאבן לקראת ספר נרחב יותר בנושא היחסים הכלכליים בין בני זוג בישראל שאני שוקד על הכנתו. הספר ירחיב בנושאים הנדונים במאמר והוא יעסוק גם בנושאים שהיקפו המצומצם של המאמר הנוכחי אינו מאפשר לעסוק בהם כגון: הסכמים משפחתיים, היחס בין דיני הרכוש לדיני הירושה, השיתוף בחובות, השיתוף ומעמדם של צדדים שלישיים ניהול הרכוש המשפחתי במהלך הנישואים, שיקולי אשמה והיחסים הזוגיים ו- חלוקתם של כספי פנסיה וביטוחי מנהלים הלכה למעשה. תודה לאורי שלומאי על עזרתו למחקר זה.

¹ ס"ח התשל"ג, עמ' 267

² על חזקת השיתוף והאידיאולוגיה שבבסיסה ראו יהושע ויסמן **דיני קניין: בעלות ושיתוף** ב 178 ואילך (תשנ"ז). חנוך דגן **קניין על פרשת דרכים** פרק 7 (2005). שחר ליפשיץ "על נכסי עבר על נכסי עתיד ועל הפילוסופיה של חזקת השיתוף" **משפטים** לד 627 (2004). וכן להלן חלק ב-1

³ ראו דברי ההסבר להצעת חוק יחסי ממון בין זוג, תשכ"ט – 1969 ה"ח 849, 333 שם מתוארת ההיסטוריה החקיקתית.

⁴ ראו על כך שחר ליפשיץ "ברצוני להתגרש ומייד! על ההסדרה האזרחית של הגירושים" **עיוני משפט** כח 671, 688-680 (2005) ו פנחס שיפמן **דיני המשפחה בישראל** כרך א 421-424 (1995). וכן להלן חלק א.

⁵ לדיני הגירושים ההלכתיים והקשיים שהם מערימים בפני בן זוג המבקש להתגרש ללא הסכמת בן זוגו ראו ליפשיץ שם, 741-748.

⁶ ראו פנחס שיפמן, "ואף-על-פי-כן – שיתוף נכסים" **משפטים** כו 399 (תשנ"ו).

⁷ ראו למשל לתזכיר חוק יחסי ממון בין בני זוג (תיקון-איזון המשאבים ודירת המגורים) התשנ"ה-1995) הצעת חוק יחסי ממון בין בני זוג (תיקון המשפט החל על יחסי ממון בין בני הזוג) התשנ"ט-1999) והצעת חוק יחסי ממון בין בני זוג (תיקון-איזון בפקיעת נישואים התשס"ב-2002).

⁸ ראו ע"א 1915/91 **יעקובי נ' יעקובי**, פ"ד מט(3) 529 (1995), בשני המקרים הספציפיים שבהם עסק פסק הדין הוכר אמנם השיתוף בין בני הזוג אך במישור העקרוני רוב השופטים קיבלו את הדעה כי חוק יחסי ממון החליף את חזקת השיתוף

רקע מצב העניינים העגום, ההישג המרכזי והחשוב ביותר של תיקון מס' 4 לחוק יחסי ממון שהתקבל לאחרונה⁹ הנו מתן האפשרות לעריכת איזון המשאבים, במועד המוקדם לפקיעת הנישואים עקב גירוש או מוות. בכך, ניתק המחוקק את התלות בין הגירוש הדתיים לחלוקת הרכוש האזרחית ואפשר מכניזם של "גירוש כלכליים" נפרדים מן הגירוש הדתיים.¹⁰ באופן טבעי, עיקרו של התיקון עוסק בקביעת התנאים והנסיבות המאפשרים את הקדמת מועד האיזון גם לפני הגירוש הדתיים.¹¹ עם זאת, לצד הקדמת מועד האיזון, עוסק התיקון לחוק יחסי ממון, אף כי באופן חלקי, גם בתחומים מהותיים הנוגעים לתוכן האיזון ובכללם, הגדרת היקף הנכסים הכלולים באיזון,¹² האפשרות לחרוג מחלוקה שוויונית של הנכסים עקב פערים בהכנסות עתידיות של בני הזוג¹³ וההתחשבות בשיקולי ילדים במסגרת איזון המשאבים.¹⁴

תיקונו של חוק יחסי ממון, מאושש את המחויבות העמוקה של המשפט הישראלי לשיתוף הזוגי והוא מציב לראשונה את החוק ככלי מרכזי להסדרת היחסים הכלכליים בין בני זוג בישראל. מאמר זה, הנכתב בעקבות התיקון, מבקש לבחון ולחדש את תפיסות היסוד של השיתוף הזוגי בישראל ולנתח לאורך ארבע סוגיות מרכזיות, שיידונו בארבעת חלקי המאמר, שהתיקון לחוק מעורר במישרין ובעקיפין.

החלק הראשון של המאמר יעסוק בנסיבות שבהם מאפשר התיקון לחוק "גירוש כלכליים" באמצעות הקדמה של איזון המשאבים. בעקבות ניתוח של תפיסות אזרחיות מודרניות כלפי דיני הגירוש נטען, שהתנאים המוצבים בחוק יחסי ממון כתנאי להקדמת האיזון משקפים בדרך כלל איזון ראוי בין המחויבות העקרונית למודל גירוש ללא אשמה לבין השיקולים הציבוריים האזרחיים התומכים ביציבות הנישואים ומתנגדים לפירוק חפוז של הקשר הזוגי. על רקע זה נתנגד לאימוץ מודל רדיקלי יותר מהסוג שביטאה חזקת השיתוף המאפשר פירוק מיידי של השיתוף הזוגי לפי דרישת צד אחד בלבד. ברוח גישתנו העקרונית, נציע קריטריונים שונים, לקיצור או הארכת תקופת ההמתנה לקראת הגירוש הכלכליים ונמליץ על דרכים שבהם יוכלו בתי המשפט לנצל את תקופת ההמתנה למיצוי אזרחי של סיכויי שלום הבית ולהתארגנות להורות משותפת לאחר הגירוש. נוסף על כך, נעמוד על המקרים שבהם רצוי בכל זאת ליצור זיקה בין הגירוש הדתיים לגירוש הכלכליים ונציע עקרונות ליישום ראוי של הוראות התיקון לחוק

ודחו את האפשרות לתחולה סימולטנית של שני ההסדרים. נוסף על כך, רוב השופטים דחו את האפשרות להקדמת מועד איזון המשאבים. בכך דחה בית המשפט את שני המסלולים המשפטיים המרכזיים להכרה בשיתוף נכסים גם בטרם הגירוש הדתיים ואפשר לצד המסכל את הגירוש לסכל גם את מימוש השיתוף הזוגי. ברם, יש הטוענים כי פסק הדין בכל זאת איפשר, גם לפני התיקון לחוק יחסי ממון, להמשיך ולהפעיל את שיתוף נכסים על בני זוג שנישאו לאחר 1.1.1974 אף כי באופן מוגבל יחסית על פי עקרונות הדין הכללי ראו על כך בעיקר שיפמן, לעיל הערה 6, וכן רע"א 8672/00 אבו-רומי נ' אבו-רומי פ"ד נו (6) 175 (2002). אנו נוסף ונדון בעניינים אלה בחלק ב (2) להלן.

⁹ ראו **חוק יחסי ממון בין בני זוג** (תיקון מס' 4), התשס"ט-2008 (להלן: חוק יחסי ממון המתוקן).
¹⁰ ראו על כך בדברי ההסבר הצעת חוק יחסי ממון בין בני זוג (תיקון מס' 4) הקדמת המועד לאיזון המשאבים) התשס"ז-2007 ה"ח הכנסת-163 התשס"ז, 240 "בקרב העוסקים בתחום יש הסכמה רחבה אשר באה לידי ביטוי הן בפסיקת בתי המשפט הן בחיבורים אקדמאים והן ביוזמות חקיקה מטעם הממשלה ומטעם חברי הכנסת כי התניית הסדר איזון המשאבים בפקיעת הנישואין היא חולשתו המרכזית של החוק" וראו כל כך גם אריאל רוזן-צבי **דיני משפחה בישראל בין קודש לחול**-156-157 (תש"ן).

¹¹ ראו ס' 5א לחוק יחסי ממון המתוקן.

¹² ראו ס' 5 (ג), שם.

¹³ ראו ס' 8 (2), שם.

¹⁴ ראו סעיפים 6(ד), 6(ד) 4(4) ו-6א, שם.

המאפשרים זיקה זו. לבסוף, נציע להחיל את עקרונות דיני הגירושים המשתקפים בחוק יחסי ממון גם על פירוק שיתוף רגיל של נכסים זוגיים הרשומים על שם בני הזוג. משנסיים את הדיון בהקדמת מועד האיזון נפנה לדון בתכנים המהותיים של האיזון ושל תפיסת השיתוף הזוגי המשתקפת בו.

החלק השני יעסוק בהיקף הנכסים הכלולים באיזון המשאבים על פי חוק יחסי ממון. חלק זה יתייחס לתיקון האחרון אשר הוסיף את נכסי הפרישה, (פנסיות, קרנות השתלמות וכיו"ב) להגדרת הנכסים הכלולים באיזון ולאבחנה הנוקשה שמציע חוק יחסי ממון גם לאחר תיקונו בין **נכסי המאמץ המשותף** (נכסים שנרכשו במהלך הנישואים מעבודתם של בני הזוג) **לבין הנכסים החיצוניים, הפרטיים לכאורה** (נכסי מלפני הנישואים, ירושות ומתנות). כבסיס לדיון בחלק זה, אתאר שלוש תפיסות של שיתוף זוגי שהתפתחו בהקשר "לחזקת השיתוף": (1) "הסכמת מצומצמת" הממוקדת בהגשמת כוונת הצדדים (2) גישה נורמטיבית המבוססת על ערכי הצדק והשוויון וממוקדת בחלוקת תוצרי מאמצם המשותף של בני הזוג ו- (3) גישה קהילתית-קישורית המדגישה את היבטי היחידה והקהילה שביחסים הזוגיים ומוכנה בעקבות זאת להרחיב את גבולות השיתוף מעבר למאמץ המשותף של הצדדים ולהחיל את השיתוף גם על הנכסים החיצוניים.

אטען, כי האבחנה בין נכסי המאמץ המשותף לנכסים החיצוניים, המוצבת בבירור בחוק יחסי ממון, משקפת את הדומיננטיות של הגישה הנורמטיבית הממוקדת במאמצם המשותף של הצדדים בעיצובו המקורי של חוק יחסי ממון. לאחר מכן אבחן את הגישות המשפטיות שפותחו לאחרונה במשפט הישראלי, כמו גם בשיטות משפט אחרות, אשר ברוח המודל הקישורי-יחידתי מבקשות לטשטש אבחנה זו ולהחיל את השיתוף הזוגי גם על נכסים חיצוניים שאינם תוצר המאמץ המשותף של הצדדים. בעקבות ניתוח פילוסופי של ההצדקות השונות למודלים, אציע מודל משולב המאפשר לעיתים הכרה בשיתוף הזוגי גם לגבי נכסים שאינם תוצר המאמץ המשותף אך רגיש יותר לכוונת הצדדים לאורח חייהם. בעקבות אופיו של המודל, הרי שזה מתחם ומגביל את המקרים שבהם ראוי להכיר בשיתוף בנכסים החיצוניים. מעבר לדיון הפילוסופי והתמיכה המהותית במודל המשולב אף אטען, כי מודל זה מבטא באופן נכון יותר איזון גיורספודנטילי ראוי בין דבר המחוקק לפרשנותם של בתי המשפט מאשר הגישה המבקשת להחיל באופן כמעט גורף את השיתוף הזוגי על הנכסים החיצוניים שאינם תוצר מאמץ משותף בהתעלם מכוונת הצדדים ומהוראות המחוקק.

החלק **השלישי**, יעסוק **בסמכות** שהעניק התיקון לחוק לבתי המשפט לסטות מחלוקה שוויונית של הרכוש בהתחשב **בפערים בכושר ההשתכרות** בין בני הזוג עובר לגירושיהם. אפתח בתיאור אמפירי של פערים בכושר ההשתכרות בין בני זוג עובר לגירושיהם, ובתופעת העוני הנשי בעקבות הגירושים המיוחסת לה.

אבחן את הוראת התיקון ואציע דרכים ליישומה הראוי לאורן של ארבע טכניקות משפטיות מרכזיות להתמודדות עם הפערים הללו: (1) חלוקה קניינית של התוספת להון האנושי, המבוצעת כתשלום חוב קבוע או כחלוקת משכורת בתקופה שלאחר הגירושים. (2) התחשבות בכושר ההשתכרות ובצרכים עתידיים של בני הזוג כבסיס לחריגה מחלוקה שוויונית של ההון הרגיל (3)

פיצוי על הפסדי קריירה (4) והטלת חובת מזונות על בסיס צורך. אנתח את ההבדלים הפילוסופיים והמעשיים בין המודלים השונים, אציג את יתרונותיהם וחסרונותיהם ואציע עקרונות ראשוניים לבחירה ו/או שילוב ראוי בין המודלים השונים.

בחלק הרביעי, נעסוק בהוראת התיקון לחוק המורה לעב את חלוקת דירת המגורים במסגרת האיזון כל עוד לא הוסדר מדור חלופי לילדי בני הזוג ובהוראה הכללית יותר שהוסיף התיקון הדורשת להתחשב ברווחת ילדי בני הזוג בעת קביעת הדרך למימוש איזון המשאבים. הדיון בחלק זה יקרא להרחבת השפעתם של **שיקולי ילדים** על הסדרת יחסי הממון בין הוריהם. כך נמליץ כי במקרים המתאימים, שיקולים פסיכולוגיים הממוקדים בצורך של ילדים להורים גרושים ליציבות, יקנו לבתי המשפט סמכות להעניק מעין סעד של "מדור ספציפי" אשר ימנע את מכירת דירת המגורים ויאפשר להורה המחזיק בילד, להמשיך להתגורר בדירת המגורים לתקופה שתקבע גם לאחר עריכת איזון המשאבים והגירושים. עוד נציע כי שיקול הדעת האקוויטבלי, המאפשר לבתי המשפט לחרוג מחלוקה שוויונית של הרכוש המשפחתי, יכלול גם התחשבות בטובתם של ילדים.

בעקבות הדיון, בפערים בכושר ההשתכרות ובשיקולי הילדים, **בחלק האחרון** של המחקר, נצביע על הצורך להעשיר את התפיסות הקיימות לשיתוף הזוגי בגישה נוספת שאכנה אותה **התפיסה המשפחתית**. גישה זו ממשיכה את הגישה הקישורית – יחידתית בכך שהיא מדגישה את הפער בין ההקשר המשפחתי לבין השותפות הקניינית המסחרית. אולם הגישה מנתקת את הסדרת היחסים הכלכליים מן הנגזרת הצרה של דיני השיתוף והקניין ופותחת פתח להחדרתם של שיקולים רחבים יותר בתחום דיני המשפחה. כך, תפיסה זו נותנת מקום רב יותר מן הגישות הקיימות, להכרה באחריות המשותפת של שני בני הזוג לתוצאות הכלכליות של אורח החיים שבו חיו בזמן הנישואים. משום כך, הגישה פותחת פתח לפיצוי על הפסדי קריירה שנגרמו לאחד מן הצדדים גם כאשר ההפסדים הללו לא הניבו באופן ישיר רווח כלכלי לצד השני. נוסף על כך, הגישה מספקת בסיס ערכי, להטלת חובת מזונות זוגית גם לאחר הגירושים. כמו כן הגישה המשפחתית תומכת בהסדרי שיתוף גמישים החורגים מחלוקה שוויונית נוקשה והיא אף עוזרת לפרוץ את הדיכוטומיה המוכרת בין דיני הזוגיות לדיני הורים וילדים ומאפשרת שילוב טבעי יותר של שיקולי טובת ילדים במסגרת דיני הרכוש המשפחתי.

א. הקדמת מועד האיזון ודיני הגירושים האזרחיים

1. הקדמת מועד האיזון והמודל האזרחי של גירושים ללא אשמה

חידושו המרכזי של התיקון לחוק יחסי ממון הנו בהפרדה בין הגירושים הדתיים, לבין הגירושים הכלכליים. לצורך זאת, הוסיף המחוקק לחוק המקורי את סעיף 5א שבו נקבע:

5א. הקדמת המועד לאיזון המשאבים

(א) הזכות לאיזון משאבים לפי סעיף 5 תהיה לכל אחד מבני הזוג אף בטרם פקיעת הנישואין אם הוגשה בקשה לביצועו של הסדר איזון משאבים לפי פרק זה והתקיים אחד מהתנאים המפורטים להלן:

(1) חלפה שנה מיום שנפתח אחד מההליכים האלה:

(א) הליך להתרת נישואין ;

(ב) תביעה לחלוקת רכוש בין בני הזוג, לרבות תביעה לפירוק שיתוף במקרקעין המשותפים לבני הזוג לפי חוק המקרקעין, התשכ"ט – 1969 תביעה לפסק דין הצהרתי בדבר זכויות בני הזוג ברכוש, בקשה לביצוע הסדר איזון משאבים לפי פרק זה או בקשה לפי סעיף 11 ;

(2) קיים קרע בין בני הזוג או שבני הזוג חיים בנפרד אף אם תחת קורת גג אחת במשך תקופה מצטברת של תשעה חודשים לפחות מתוך תקופה רצופה של שנה ; בית המשפט או בית הדין רשאי לקצר את התקופה האמורה בפסקה זו אם ניתנה החלטה שיפוטית המעידה על קיומו של קרע בין בני הזוג.

בכך קבע התיקון לחוק יחסי ממון שלושה מצבים המאפשרים הקדמה של מועד האיזון גם בהעדרם של גירושים דתיים (1) חלוף שנה מיום הגשת סוגים שונים של תביעות משפטיות בין בני הזוג (2) קרע ביחסים הזוגיים¹⁵ (3) תקופת פירוד של תשעה חודשים מתוך שנה. שלוש עילות אלו מאמצות למעשה, במישור הכלכלי, את המגמה הרווחת בעולם המערבי לאפשר גירושים ללא אשמה ביוזמה חד צדדית, unilateral no fault divorce, כאשר מתרחשים אירועים אובייקטיביים המעידים על פרידה או קרע בלתי הפיך.¹⁶

ככלל, אני תומך במהלך המאפשר גירושים ללא אשמה גם כאשר אחד מן הצדדים מתנגד לכך, וזאת משלושה טעמים: על פי הטעם הראשון, אם התמוטטו היחסים בין הצדדים ואחד הצדדים נחוש ברצונו לפרק את התא המשפחתי, אין טעם בשימורה של קליפת נישואים ריקה מתוכן, ועדיפה גישה "מעשית" הנותנת גושפנקה רשמית למציאות שבה בני-הזוג חיים בניתוק.¹⁷ הטעם השני מבוסס על חשיבה ליברלית הרואה בזכות להתנתק מקשרים וממחויבויות ביטוי לאוטונומיה של הפרט¹⁸ ומשום כך היא תומכת בזכות להתנתק מן הקשר הזוגי.¹⁹ לבסוף רתיעתן של שיטות המשפט הליברליות משיפוט מוסרי של התנהגות בני-זוג,²⁰ עשויה אף היא

¹⁵ לשונו של סעיף 5א(א) (2) מסורבלת או למצער כוללת כפילות מיותרת במובן זה. מחד הסעיף מציג קרע או פירוק כשתי חלופות שונות להקדמת האיזון. מאידך בדונו בתקופת הפירוד מציג המחוקק החלטה שיפוטית בדבר קרע כטכניקה לצמצום תקופת הפירוק. אולם לא ברור מדוע נדרש צמצום תקופת הפירוד במקרה של קרע אם קרע מהווה עילה עצמאית כשלעצמו.

¹⁶ על ההתמוטטות בלתי הפיכה של קשר כעילת גירושים המאפשרת למעשה, גירושים ללא אשמה ביוזמה חד צדדית ראו למשל בקוד האחיד בארצות הברית: UNIF. MARRIAGE AND DIVORCE ACT 9A U.L.A. 147 (1987). לניתוח השוואתי של המעבר ממערכת גירושים המבוססת על אשמה למערכת גירושים המאפשרת גירושים ביוזמה חד צדדית, על רקע נסיבות אובייקטיביות וללא הוכחת אשם ראו שחר ליפשיץ **הידועים-בציבור בראי התיאוריה האזרחית של דיני המשפחה** 306-313 (2005).

¹⁷ לטיעון דומה ראו ליפשיץ, לעיל הערה 4 בעמ' 699-700, שיפמן, לעיל הערה 4, בעמ' 42 וכן פנחס שיפמן "על המשפחה החדשה: קווי פתיחה לדיון" **עיוני משפט** כח 655,643 (2005). טיעון זה הנחה במידה רבה את הוועדות האנגליות שהניחו את המסד לרפורמה המודרנית בדיני הגירושים, ראו: Putting Asunder: A Divorce Law for Contemporary Society Report of Group appointed by the Archbishop of Canterbury, (January 1964. London, SPCK, Reform of the Grounds of Divorce -- ; 1966 ראו גם את הדוח הרשמי של הוועדה הממשלתית שפרסמה את הדו"ח, The Field of Choice (1966).

¹⁸ על זכות זו כזכות-יסוד ליברלית ראו, לדוגמה: M. Walzer, *The Communitarian Critique of Liberalism*, 18 POL. THEORY 6, 11-16 (1990). וולצר מאפיין ארבעה ממדים שבהם הליברליזם מדגיש את האפשרות לדינמיות ולהתנתקות. ראו גם דגן והלר: Hanoch Dagan & Micharl .A. Heller, *The Liberal Commons*, 110 YALE L. J. 549, 567-570. (2001).

¹⁹ להצבת זכות היציאה מן הקשר הזוגי כזכות-יסוד ראו: Carolyn .J. Frantz & Hanoch Dagan, *Properties of Marriage*, 104 COLUM. L. REV. 75 (2004). וכן ליפשיץ לעיל הערה 4, בעמ' 695-696.

²⁰ ראו: Carl E. Schneider, *Marriage, Morals, and the Law: No-Fault Divorce and Moral Discourse*, UTAH L. REV. 503 (1994). שחר ליפשיץ "דיני משפחה בישראל בין ליברטריאניזציה לבין בית המשפט המחשק" **מחקרי משפט** ז' 159, פרק א (2002). רות הלפרין קדרי "שיקולי מוסר בדיני משפחה וקריאה פמיניסטית של פסיקת המשפחה בישראל" **עיונים במשפט מגדר ופמיניזם** 651 (2007).

להוליד לאימוץ מודל משפטי המאפשר קבלת גירושים גם ללא הוכחת אשמה.²¹ לאור תמיכתי, במודל האזרחי של גירושים ללא אשמה אני מברך על האפשרות שמעניק התיקון לחוק יחסי ממון להקדמת איזון המשאבים ביוזמה חד צדדית ללא הוכחת אשמה וללא המתנה לגירושים הדתיים.

2. ההתנגדות המוצדקת לפירוק מידי של השיתוף הזוגי

לכאורה, האילוצים המעשיים והערכיים הליברליים, התומכים במודל גירושים ללא אשמה, מצדיקים מודל רדיקלי יותר המכונה גירושים על פי דרישה. מודל זה מאפשר את התרת הנישואים באופן מידי על פי דרישת הצד החפץ בכך ללא בדיקה חיצונית של טיב היחסים של הצדדים ושל סיכויי השיקום של הקשר הזוגי. משמעו של יישום מודל שכזה לתחום היחסים הכלכליים בישראל הינו, העדפת הסדר השיתוף המידי שהציעה חזקת השיתוף על פני המודל שמציע חוק יחסי ממון. הסדר השיתוף המידי מאפשר לכל בן זוג לדרוש ולממש באופן מידי את חלקו בנכסים המשפחתיים,²² ואילו המודל שמציע חוק יחסי ממון, גם בגרסתו המתוקנת, שולל איזון משאבים מידי על פי דרישה של צד, ומחייב תקופת המתנה/פרידה של שנה או הוכחת קרע כתנאי לאיזון.

בניגוד לקו חשיבה זה, אני סבור כי מודל גירושים לפי דרישה איננו מודל ראוי של דיני הגירושים²³ ומכיוון שכך אין לאמצו גם כמודל המנחה לפירוק השיתוף הכלכלי בטרם הגירושים: ראשית, הסדרה אזרחית ראויה של הגירושים חייבת לאזן בין האינטרס הפרטי האינדיבידואלי של הצד המבקש לפרק את הקשר לבין האינטרס הציבורי בהבניית הנישואים כמוסד יציב המשקף מחויבות ארוכת טווח. התרה חפוזה של הנישואים או בהקשר הכלכלי ניתוק מידי של הקשרים הכלכליים בין בני הזוג לפי דרישה של צד, לעומת זאת, מדגישה אך ורק את הצד הפרטי האינדיבידואלי ומתעלמת לחלוטין מן האינטרס הציבורי.²⁴ שנית, ניסיון החיים מלמד, כי אפילו מנקודת המבט של הצדדים, לעיתים דרישת גירושים אינה משקפת התמוטטות אמיתית של הקשר אלא גחמה רגעית של אחד מן הצדדים. על כן, אני סבור כי אין לקבל דרישת

21 ראו ליפשיץ, לעיל הערה 4, עמ' 697-699 אכן, בספרות המשפטית העוסקת בפילוסופיה של גירושים ללא אשמה, אלה התומכים במודל זה משתמשים בטיעונים המזכירים את טיעונינו. ראו, לדוגמה: Joseph Goldstein & Max Gitter, *On Abolition of Grounds for Divorce: A Model Statute and Commentary*, 3 FAM L. Q 75 (1969). גירושים ללא אשמה קשורים לקושי המודרני לאתר את האשם ולרצון להימנע מחודרנות בבדיקת היחסים המשפטיים. ראו גם: John Eekelaar, *The Family Law Bill -- The Politics of Family Law*, 26 FAM. L. 45, 46 (1996). החוק האנגלי החדש על כך שהוא מיישם לראשונה את הפילוסופיה של גירושים ללא אשמה, הגורסת כי על המשפט להימנע משיפוט ערכי של הצדדים. כן ראו: Laura Bradford, *The Counterrevolution: A Critique of Recent Proposals to Reform No-Fault Divorce Laws*, 49 STAN. L. REV. 607, 613 (1997).

22 הזוגיים והן לקושי להגדיר מבחינה מוסרית התנהגויות ראויות. עוד ראו ברוח זו שיפמן, לעיל הערה 4, בעמ' 423. לניתוח זה של פירוק השיתוף על פי חזקת השיתוף ראו גם את דברי השופטת שטרסברג-כהן בפרשת יעקובי, לעיל הערה 8, "חזקת השתוף מאפשרת פירוק השתוף שווה בשווה ללא קשר למצב חיי הנישואין ולמערכת היחסים בין בני הזוג. בית המשפט אינו אמור לבדוק האם אכן התפורר התא המשפחתי, האם יש הצדקה לפרק את השתוף, האם עולה הדבר בקנה אחד עם האינטרס של שני בני הזוג, ומה השפעה יש לפרוק על בן הזוג שאינו רוצה בפרוק חיי הנישואין. פרוק כזה יכול וייעשה לפי דרישתו של כל אחד מבני הזוג, בכל עת, במהלך חיי הנישואין".

23 לביקורת על מודל גירושים לפי דרישה ולנסיגה המסתמנת ממנו בעולם המערבי ראו ליפשיץ, לעיל הערה 4, בעמ' 701-734.

24 עד לאחורונה המשפט הישראלי טרם עסק באופן ישיר בדיני הגירושים האזרחיים אולם בבג"צ 2232/03 פלוגנית נ' ביה"ד הרבני האיזורי בת"א-יפו (לא פורסם, 21.11.2006) שעסקה בגירושי מי שנישא בנישואים אזרחיים, נקבע כי התרת הנישואים של מי שנישאו בנישואים אזרחיים יהיו על פי דין ועקרונות אזרחיים. משום כך, פרשה זו פתחה פתח לפיתוח דיני גירושים אזרחיים נוסח ישראל ואכן, בפרשה זו דן בית המשפט בשיקולים האזרחיים שראוי שינחו את דיני הגירושים (ראו פסקאות 37-38 לפסק הדין). וברוח עמדותינו תמך בית המשפט במודל גירושים ללא אשמה, אך הסתייג ממודל גירושים לפי דרישה ועמד על האינטרס האזרחי בנישואים יציבים ובמניעת התרת נישואים חפוזה. ראו גם את הדיון בפרשה זו אצל אצל פנחס שיפמן "דיני משפחה אזרחיים שיצאו מן הארון: על תרומתו של הנשיא ברק לדיני המשפחה" ספר ברק (עתיד להתפרסם, 2009). ואצל שחר ליפשיץ "דיני משפחה בעידן האזרחי" משפט ועסקים (עתיד להתפרסם, 2009).

גירושים/פירוק שיתוף כלכלי באופן מיידי, ברוח המודל של גירושים לפי דרישה, אלא יש לדרוש טווח זמן מינימאלי משמעותי בין הגשת התביעה לקבלתה על מנת לאפשר את מיצוי האפשרות להחזרת השלום בין בני הזוג. *הסתניגות נספת* ממהלך המאפשר גירושים לפי דרישה קשור להשפעה המשמעותית של גירושים על התפתחותם של הילדים ולרצון לאפשר לילדים זמן הסתגלות הגיוני לגירושים ולתוצאותיהם.²⁵ לטענה זו חשיבות מיוחדת בהקשר של פירוק השיתוף הכלכלי שכן מחקרים העוסקים בהשפעת גירושים על ילדים מצביעים בדרך כלל על מכירת הדירה המשפחתית המהווה כאירוע בעל השפעה מרחיקת לכת על ילדים.²⁶ *לבסוף*, הליך גירושים חפוז אינו מתחשב בצרכי ההסתגלות של בני הזוג החלשים כלכלית, התלויים בבני זוגם.

על רקע השיקולים הללו אני סבור כי התיקון לחוק יחסי ממון אכן מציע איזון ראוי בין המחויבות העקרונית למודל גירושים ללא אשמה לבין השיקולים האזרחיים התומכים ביציבות הנישואים וניצבים כנגד פירוק חפוז של הקשר הזוגי.

3. יישומים מעשיים, הרחבות והצעות לשיפורים

בחלק זה ברצוני להתייחס בקצרה לכמה היבטים נקודתיים בהליך הקדמת איזון המשאבים, ולהציע כמה יישומים מעשיים, הרחבות והצעות לשיפורים, של ההסדר הקיים לאור גישתנו העקרונית.

א. קיצור תקופת ההמתנה

באופן רגיל דורש חוק יחסי ממון המתוקן משבר זוגי בן שנה כתנאי למימוש איזון המשאבים.²⁷ עם זאת, החוק מאפשר לקצר תקופה זו במקרים של קרע²⁸ או אלימות.²⁹ הצורך בקיצור תקופת ההמתנה במקרה אלימות מובן מאליו. אני מקבל גם את ההיגיון העקרוני בקיצור תקופת ההמתנה במקרים שבהם הקרע בין בני הזוג אינו ניתן עוד לאיחוי. עדיין, ניסיונם של שיטות משפט אחרות מלמד כי לעיתים העילה של הרס חיי הנישואים גלשה בסופו של דבר למודל של גירושים לפי דרישה המאפשר התרה קלילה של קשר הנישואים.³⁰ לכן, חשוב להקפיד על כך שקיצור תקופת ההמתנה בת השנה יוותר כחריג ויבוסס על ממצאים אובייקטיביים כגון, תסקיר סעד או התרשמות חד משמעית ומנומקת של בית המשפט בדבר העדר כל סיכוי לשלום בית והעדר צורך בתקופת הסתגלות ושבמקרים הרגילים תשמר התקופה המוגדרת בחוק. לעומת זאת, אין להניח שעצם הדרישה של צד להתגרש גם בתוך תקופת השנה מהווה ראייה נחרצת לקיומו של קרע המצדיק פירוק מיידי של השיתוף.³¹

²⁵ יודגש טענתי בחלק זה איננה כי יש למנוע גירושים בשל טובתם של ילדים. להיפך, במקרים רבים אין זה ברור שמניעת גירושים משקפת את טובתם של ילדים. עם זאת, אין ספק שלגירושים השפעה דרמטית על ילדים ומשום כך, ראוי לבנות הליך גירושים שיביא בחשבון השפעה זו. ראו בעניינים אלה גם ליפשיץ, לעיל הערה 4, עמ' 728-732 וכן להלן פרק ד בפרק העוסק בשיקולי ילדים ודיני הזוגיות.

²⁶ ראו גם על כך להלן בפרק ד הנ"ל.

²⁷ ראו לעיל הערה 15. המתייחסת למקרה של פירוד זוגי של תשעה חודשים מתוך שנה ובמקרה של חלוף שנה מאז הוגשו תביעות משפטיות שונות בין בני הזוג.

²⁸ ראו סעיף 5א(א)(2) לחוק יחסי ממון המתוקן.

²⁹ ראו סעיף 5א(ב), שם, המגדיר הליכים משפטיים המלמדים על אלימות המאפשרת לקצר את תקופת ההמתנה.

³⁰ ראו ליפשיץ, לעיל הערה 4, בעמ' 682 (מתואר מהלך שארע בקליפורניה ובאנגליה שבו הניחו בתי המשפט כי עצם תביעת הגירושים של אחד מן הצדדים משקפת את ההתמוטטות הבלתי הפיכה של הקשר. אף כי לפחות באנגליה מסתמנת גם מגמת נגד).

³¹ מעניין שבע"א 5258/98 פלונית נ' פלוני, פ"ד נח(6) 209 (2004) שעסק בהבטחת נישואים של אדם נשוי הציע השופט ברק הגיון דומה לפיו עצם הבטחת הנישואים של האדם הנשוי מעידה כי קשר הנישואים לא ניתן היה עוד לאיחוי. בהערת אגב, אציין כי ברק בחר להציע תיאוריה זו דווקא בפרשה שהעובדות בה הוכיחו את ההיפך, דהיינו שלמרות הבטחת הנישואים של

ב. הארכת תקופת ההמתנה

בעוד שהמחוקק יצר מסלולי קיצור של תקופת ההמתנה בת השנה הוא לא אפשר מסלולים מקבילים של הארכת תקופה זו. ככלל אני מזדהה עם הרעיון שבחלוף זמן מסוים, ההחלטה על סיום הקשר הזוגי חייבת להיות באופן מוחלט של הצד המבקש להתגרש ואין להעניק לגוף חיצוני ואפילו לבית המשפט זכות וטו על החלטה זו. עם זאת, אני מצר על כך שלא הוענק במסגרת התיקון לחוק שיקול דעת לבתי המשפט שיקול דעת להאריך בכל זאת את תקופת ההמתנה לתקופה מוגבלת שתקבע בחוק על מנת למצות את סיכויי שלום הבית באותם המקרים הנדירים שבהם התרשם בית המשפט שעדיין נותר סיכוי כזה, לאחר תום שנת ההשהיה. שיקול דעת כזה נחוץ במיוחד במקרים שבהם, תסקיר סעד או חוות דעת מקצועית תמצא כי ילדי בני הזוג עדיין אינם בשלים לפירוד סופי וכי נדרשת תקופת המתנה נוספת.³²

ג. תפקידה של תקופת ההמתנה ומעמד התביעה בתקופת זו

סעיף 5א (ה) לחוק המתוקן קובע, כי תביעה לאיזון המשאבים שהוגשה לפני הבשלת הזכות לא תדחה אולם רשאי בית המשפט לעכב את הדיון בה.³³ סעיף זה מקנה לבית המשפט באופן מעשי אפשרות משחק רחבה לגבי פעילותו בתקופת ההמתנה. תקופת ההמתנה משרתת לטעמי שלוש מטרות מרכזיות: (א) מיצוי סיכויי שלום הבית שבין הצדדים (ב) תקופת צינון, הסתגלות והתארגנות לשני בני הזוג ולילדיהם (ג) מתן אפשרות לבני הזוג ולבית המשפט להתמקד בתכנון ההורות המשותפת במנותק מן הדיון הרכושי. אני סבור, כי מטרות אלו אמורים להנחות את פעילות בית המשפט בתקופת ההמתנה. לטעמי, על בית המשפט להנהיג פרקטיקה של ישיבה מקדמית שבה יתרשם מטיבם של יחסי הצדדים ומקיומם אי קיומם של סיכויי ההשלמה. אם התרשם, בית המשפט שהקרע בין הצדדים אינו ניתן עוד לאיחוי כי אז יש הגיון לערוך כבר בתקופת ההמתנה דיונים לגופו של עניין בהסדר הרכושי. לעומת זאת, אם קיים עוד סיכוי לשלום בית כי אז, יש למצות ראשית את סיכויי ההשלמה ורק אז לפנות להליך איזון המשאבים. עם זאת, גם כאשר פני הצדדים הם לגירושם, ניתן לשקול ניצול של תקופת ההמתנה, כתקופת צינון והתארגנות ולתכנון ההורות המשותפת לאחר הגירושם. תוך ניתוק ההיבט הרכושי מיחסי ההורים והילדים.

ד. הזיקה בין הגירושים הכלכליים לגירושים הדתיים

כאמור, ההישג המרכזי של התיקון לחוק יחסי ממון הוא במתן האפשרות לגירושים כלכליים גם לפני הגירושים דתיים. במובן זה, החוק מגשים את חזונו של הפרופסור שיפמן, בדבר פיתוחם של תחליפי גירושים אזרחיים לטובתם של מסורבי ובעיקר מסורבות הגט.³⁴ ברם, כפי שחשפתי בספרי על הידועים בציבור בישראל,³⁵ לרוע המזל במקרים מסוימים דווקא סרבני

האדם הנשוי, האיש נפרד דווקא מן האשה האחרת ובעת המשפט הוא עדיין היה נשוי לבת הזוג המקורית. בהערת אגב נוספת אציין כי דווקא עמדת המיעוט של השופטת ריבלין באותו פסק דין המכיר בזכותו של המבטיח נישואים לשנות את דעתו ומשום כך הוא מצמצם את תכולת התביעה בשל הפרת הבטחת נישואים, ללא קשר לשאלה האם מבטיח נשוי או לא נשוי משקפת גישה ליברלית אינדיבידואליסטית.

³² וראו על כך ביתר הרחבה, להלן בחלק ד במסגרת הדיון בשילובם של שיקולי ילדים במסגרת דיני המשפחה.

³³ ובלשון הסעיף "בקשה לביצוע הסדר איזון משאבים לא תידחה או תימחק בשל כך שטרם חלפה שנה מיום שנפתח הליך כאמור בסעיף קטן (א)(1)(ב). ובית המשפט או בית הדין רשאי לעכב את הדיון בבקשה כאמור".

³⁴ ראו פנחס שיפמן "על תחליפי גירושים תוצרת בית המשפט האזרחי" ספר לנדוי כרך ג' 1607 (אהרון ברק ואח' עורכים, תשנ"ה).

³⁵ ראו: ליפשיץ, לעיל הערה 18, בעמ' 275-300.

הגירושים יזמו את השימוש בתחליפי הגירושים האזרחיים כגון פירוק השיתוף הכלכלי, או ההכרה בזוגיות חדשה באמצעות מוסד הידועים בציבור, למרות שעייגנו את בני/בנות זוגם.³⁶ על רקע מצב עניינים זה הצעתי להבחין בין מעגנים למעוגנים באופן שימנע את יתרונות הגירושים האזרחיים ממי שמונע את הגירושים, ללא סיבה אזרחית מוצדקת.³⁷ למרבה השמחה, התיקון לחוק יחסי ממון מקנה לבית המשפט כלי חשוב ומשמעותי לאבחנה בין מעגנים ומעוגנים. על פי סעיף 5א(ד) לחוק רשאי בית המשפט לעכב את ביצועו של איזון המשאבים, אם סבר כי המבקש פועל בחוסר תום לב בעניין התרת הנישואין. על פי סעיף 5א(ג) לחוק, בית המשפט או בית הדין שנתן פסק דין לאיזון המשאבים רשאי להתנות את ביצועו בטכניקות שונות של שיתוף פעולה להשגת גט. שימוש מושכל בסעיפים הללו, עשוי להוליך לתוצאה הראויה לפיה, מעוגנים ולא מעגנים יוכלו ליזום גירושים כלכליים. בנקודה זו, ברצוני להוסיף, כי בספרי המוזכר אבחנתי בין סרבנות שמקורה בנקמנות אישית או בסחטנות לבין סרבנות שמקורה בהעדר הגנה כלכלית מספקת לבן זוג החלש כלכלית לעת גירושים. גרסתי, כי כל עוד דיני המזונות בישראל נפסקים באופן מוחלט בעת הגירושים, וכל עוד לא פותחו כלים מספיקים להגן על בן זוג שהקריב את כושר ההשתכרות שלו במהלך הנישואים, הרי שאין לגנות בן זוג תלוי כלכלית המסרב להתגרש.³⁸ ברוח אבחנה זו יש לברך על ס' 5א(ד) (סיפא) הקובע שלא יראו סירוב של המבקש לוותר על זכויות שהוא או ילדו זכאים להן על פי דין, כחוסר תום לב המונע את זכות האיזון. עם זאת, לטעמי אימוץ ושימוש מושכל בכלים משפטיים מן הסוג של מזונות לאחר גירושים, חלוקת הון אנושי ופיצוי על הפסדי קריירה, אשר ידונו בהמשך מאמר זה,³⁹ יצמצמו מאד את מצוקתם של בני הזוג התלויים כלכלית ומשום כך הם עשויים לשלול את הלגיטימציה לסרבנות מצד שני בני הזוג.

ה. החלת עקרונות חוק יחסי ממון, על פירוק שיתוף קנייני –

לבסוף, אני סבור כי על בתי המשפט ליישם העקרונות והאיזונים שמציע התיקון לחוק יחסי ממון בעניין הקדמת מועד האיזון גם למקרים של תביעות לפירוק שיתוף קנייני של נכסים הרשומים על שם שני בני הזוג. כך למשל, אני מתנגד נחרצות לפרקטיקה שהייתה נהוגה בעבר בבתי המשפט השלום⁴⁰ ועודנה נהוגה בקרב חלק משופטי בית המשפט לענייני משפחה לקדם פירוק שיתוף חפוז בדירת מגורים הרשומה על שם שני בני הזוג,⁴¹ בהתעלם מן ההיבט המשפחתי של הסכסוך⁴² ומבלי למצות או אפילו להתחשב בסיכוי להשגת שלום בית.⁴³ אכן, אני מודע לכך,

³⁶ ברוח זו ביקרתי את נכונות הפסיקה בעבר להעניק מעמד של ידוע בציבור לאדם נשוי או לבן זוג גם כאשר האדם הנשוי היה זה שמנע את הגירושים מבן זוגו המקורי ראו שם, בעמ' 275-279 ושבתתי פסיקה חדשה החורגת ממדיניות זו ראו שם 98-299.

³⁷ שם, בעמ' 281-295 עמדה זו אומצה ויושמה בפסיקה על ידי כבוד הנשיאה ביניש בבג"ץ 4178/04 פלוני נ' בית הדין הרבני לערעורים (לא פורסם, 13.12.2006) "לדעה לפיה ראוי כי ההכרה בזכויותיו של ידוע-בציבור הנשוי לאחר, תיגזר מבחינת הטעמים לאי גירושיו, ראו: ליפשיץ לעיל הערה 19, בעמ' 352-357). בהתחשב בכך, אין לשלול מראש קיומן של נסיבות בהן יוכח שיתוף נכסים בין בני-זוג ידועים בציבור, אף כאשר אחד מהם טרם התגרש מבן-הזוג לו הוא נשוי, למשל עקב סרבנות גט מתמשכת ובלתי הוגנת מצידו של בן-הזוג הנשוי לידוע בציבור. במקרים כאלה, ברי כי השיתוף הרכושי בין בני-הזוג הידועים בציבור יחול רק בנוגע לאותם נכסים שלבן-הזוג הנשוי לידוע-בציבור אין חלק בהם.

³⁸ ראו את אבחנתי שם, 250-352.

³⁹ ראו להלן פרק ג.

⁴⁰ לפרקטיקה זו ראו: רוזן צבי, לעיל הערה 10, בעמ' 451-450.

⁴¹ לתיאור הגישות השונות הקיימות בעניין בקרב בתי המשפט הנמוכים ראו ע"א 4358/01 בראל נ' בראל, פ"ד נה (5) 856 (2001).

⁴² ראו, למשל, את הדברים הבאים שנאמרו על ידי בית המשפט העליון בע"א 803/93 כליפא נ' כליפא, תק-על 94(2) 710,705 (1994) (להלן: עניין כליפא) בתגובה לטענת בא כוח האישה והילדים כי קשה לראות צדק בהוצאת האישה

שלמרבה הצער במקרים רבים, תביעות שלום בית המוגשות בבתי הדין הרבניים אינן כנות והן מנוצלות להשגת רווחים טקטיים. עדיין, כפי שהובהר בפרק זה, יציבות הנישואים ובכלל זה מיצוי האפשרות לשלום בית, כמו גם מתן תקופת הסתגלות וצינון לבני הזוג ולילדיהם הנם אינטרסים אזרחיים מובהקים. יתרה מזו, דווקא העובדה שהגירושים הכלכליים, בניגוד לגירושים הדתיים, יתבצעו בסופו של דבר אף אם אחד הצדדים יתנגד להם, מקהה את העוקץ מהתנגדות מניפולטיבית לפירוק השיתוף בטענת שלום בית ומאפשרת בדיקה כנה של סיכויי ההשלמה בין הצדדים בטרם יוכרז על פירוק השיתוף. על כן, אני תומך בעמדות הקיימות כבר כיום בפסיקה האזרחית המדגישות את ההקשר המשפחתי של תביעה לפירוק שיתוף⁴⁴ וסבור כי יש להחיל את הוראות חוק יחסי ממון העוסקות בתנאים למימוש איזון המשאבים בשינויים המחויבים גם על פירוק שיתוף בנכסים הרשומים על שם בני הזוג ובמיוחד בדירת המגורים. בדומה לכך אני סבור שיש ליישם על תביעות לפירוק שיתוף קנייניות את המכניזם שנקבע בחוק יחסי ממון המונע מצד לעגן את בן זוגו בבית הדין מחד אך ליזום פירוק שיתוף במקרקעין מאידך.⁴⁵

ב. הפילוסופיה השיתופית והאבחנה בין "נכסי המאמץ המשותף" לנכסים "החיצוניים"

מבוא

בפרק זה נפנה לדיון בתוכן המהותי של איזון המשאבים ולהיקף הנכסים הכלולים בו. סעיף 5 (א) לחוק יחסי ממון מפרט את הנכסים הכלולים באיזון המשאבים, וכלשונו: "עם התרת הנישואין או עם פקיעת הנישואין עקב גירושין או עקב מותו של בן זוג (להלן בחוק זה – פקיעת הנישואין) זכאי כל אחד מבני הזוג למחצית שווים של כלל נכסי בני הזוג, למעט –

- (1) נכסים שהיו להם ערב הנישואין או שקיבלו במתנה או בירושה בתקופת הנישואין;
- (2) גימלה המשתלמת לאחד מבני הזוג על-ידי המוסד לביטוח לאומי, או גימלה או פיצוי שנפסקו או המגיעים על פי חיקוק לאחד מבני-הזוג בשל נזק גוף, או מוות;
- (3) נכסים שבני הזוג הסכימו בכתב ששוויים לא יאוזן ביניהם.

התיקון לחוק הוסיף את ס' 5(ג) שמגדיר את נכסי בני הזוג באופן הבא:

והילדים ממבצרים ולטלטלים לדירות אחרות: "טענה זו אין לה כל אחיזה לא בחקיקה ולא בהלכות של בית משפט זה לפיהן על פירוק שיתוף חלים דיני הקניין, ולצורך פירוק השיתוף דין שני בני הזוג כדין זרים מבחינת זכויות הקניין, כל זמן שאלו רשומות על שם שניהם."⁴³ ראו למשל ראו, למשל, את תמ"ש (כ"ס) 2361/02 בורשטיין נ' בורשטיין, תק-מש 2003 (1) 4 (2003) (להלן: עניין בורשטיין), שם נאמר בפסקה 13 לפסק הדין "על פי הפסיקה יש להיעתר לתביעה למרות קיומם של הליכים בתחום דיני המשפחה. זאת ועוד, תביעות פירוק לא חייבים לעכב אפילו אם אחד הצדדים סבור שיש סיכוי לשלום בית".⁴⁴ נדמה לי כי זו המגמה המשתקפת גם היום בפסק הדין בראל, לעיל הערה 41 וכן בע"א 1692/97 גולדברג נ' גולדברג, תק-על 524 (2) 97 (1997). בנוסף לכך, תיקון 40 לחוק המקרקעין השולל פירוק שיתוף בדירת מגורים ללא הבטחת מדור לילדים צועד אף הוא בכיוון הראוי וראו על כך בהרחבה להלן פרק ד.⁴⁵ ראו ברוח זו את ת"א (י-ם) 223/88 יעקבי נ' יעקבי (טרם פורסם). פרשה זו נדונה אחר כך בערעור משותף עם פרשת קנובלר במה שידוע ב'רגון כפסק דין 'קנובלר יעקובי'. ראו עניין יעקבי, לעיל הערה 8. נדמה לי שזו גם הרוח העולה מפרשות בר אל וגולדברג שהוזכרו בהערה הקודמת.

בסעיף זה, "כלל נכסי בני הזוג" – לרבות זכויות עתידיות לפנסיה, פיצויי פרישה, קרנות השתלמות, קופות תגמולים וחסכונות.

בכך נתן המחוקק גושפנקא לעמדת הפסיקה שעיצבה את חזקת השיתוף, אשר כללה את הנכסים הללו שכונו בספרות "נכסי פרישה" במסת הנכסים המשותפים.⁴⁶ עם זאת, בניגוד לפסיקה המאוחרת העוסקת בחזקת השיתוף אשר החילה את החזקה גם על הון אנושי ועל כושר השתכרות עתידי,⁴⁷ התיקון לחוק לא כלל הון אנושי וכושר השתכרות, לפחות לא באופן מפורש בהגדרת הנכסים העומדים לאיזון. בנוסף לכך, הותיר התיקון לחוק על כנו את האבחנה המרכזית שתבע חוק יחסי מממון בין נכסים רגילים (המכונים ברגיל בספרות המשפטית **נכסי המאמץ המשותף**) הכלולים באיזון הנכסים לבין נכסים מלפני הנישואים, מתנות וירושות (המכונים בספרות הנכסים **החיצוניים**) שאינם כלולים בו.

לכחינת חלוקת ההון האנושי וכושר ההשתכרות יוקדש הפרק הבא. בפרק הנוכחי נתמקד באבחנה שמציע חוק יחסי ממון בין נכסי המאמץ המשותף לנכסים החיצוניים ואת הפילוסופיה השיתופית שהיא מייצגת. ננתח אבחנה זו ואת החלטתו של המחוקק להותירה על כנה אל מול ההסדר המשפטי שהציעה חזקת השיתוף בנושא, ואל מול הסדר השיתוף המבוסס על הדין הכללי שפיתחה הפסיקה בשנים האחרונות.

נפתח בניתוח חזקת השיתוף ונראה כיצד התפתחותה משקפת מאבק בין שלוש תפיסות יסוד מתחרות של השיתוף הזוגי (1) הסכמית מצומצמת, המחילה עצמה על היקף נכסים מצומצם יחסית בהתאם לאומד דעת הצדדים (2) נורמטיבית- מסחרית הממוקדת בנכסי המאמץ המשותף ומחילה עליהם את השיתוף בדרך כמעט קוגנטית ו- (3) קישורית-קהילתית הכוללת, פרט לנכסי המאמץ המשותף, גם נכסים מלפני הנישואים, ירושות ומתנות בתכולת השיתוף, תוך מתן רגישות לכוונת הצדדים ולאורח חייהם. לאחר מכן, נעבור לכחינת הסדר איזון המשאבים הקבוע בחוק יחסי ממון. נטען, כי האבחנה שמציב חוק יחסי ממון גם לאחר תיקונו, בין נכסים שאינם כפופים למנגנון איזון המשאבים (כגון נכסים מלפני הנישואים, ירושות ומתנות), לבין יתר נכסי בני הזוג, הכפופים למנגנון זה, תואמת את השלב השני הנורמטיבי של חזקת השיתוף. בעקבות טענה זו ננתח את הנטייה לכרסם בהוראות חוק יחסי ממון ובפסיקה המאוחרת באמצעות קביעת שיתוף המבוסס על הדין הכללי, ונציע עקרונות למודל משפטי ראוי בנושאים הללו.

1. על הפילוסופיה של חזקת השיתוף ועל היקף הנכסים הכלולים בה

הכלי המרכזי שבאמצעותו פותחה תפיסת השיתוף של המשפט הישראלי הינו חזקת השיתוף. במחקר שהוקדש לחזקת השיתוף עמדתי על שלושה שלבים מרכזיים בהתפתחותה של חזקה זו, ניתחתי את הפילוסופיה שעמדה בבסיס החזקה בכל אחד מן השלבים ואת השפעתה על יישום השיתוף והיקף הנכסים הכלולים בו:⁴⁸

⁴⁶ ראו ע"א 809/90 לידאי נ' לידאי, פ"ד מו(1) 602, 611-612 (1992).

⁴⁷ ראו להלן הערה 124 והדיון הנרחב בנושא בפרק 1.1 ו-2.2 להלן.

⁴⁸ ראו ליפשיץ לעיל הערה 2. הדיון התמציתי בפסקה זו מבוסס על ניתוח ואסמכתאות נרחבות שנערכו במחקר הנ"ל. כפי שהבהרתי שם, אינני טוען לחלוקה דיכוטומית לפיה רק מודל אחד של שיתוף היה פעיל בכל תקופה ותקופה. ההיפך הוא הנכון. במחקרי אני מראה כי לכל המודלים נוכחות ניכרת במשך כל התקופות בפסיקה העוסקת בחזקת השיתוף ולעתים אפילו באותו פסק דין. עם זאת בשנות השישים (עת כוננה חזקת השיתוף) ובמרבית שנות השבעים היה המודל ההסכמי דומיננטי יותר, הן

בשלב הראשון (עד סוף שנות ה-70), התבססה החזקה על **מודל הסכמי** מצומצם המבקש להגשים את רצונם המשוער של בני הזוג,⁴⁹ אך שולל את האפשרות להשתמש בחזקה ככלי חברתי שמטרתו הגשמה של ערכי הצדק והשוויון.⁵⁰ משום כך, בשלב זה הוחלה החזקה רק ביחס להיקף נכסים מצומצם (כך למשל החזקה התמקדה בנכסים משפחתיים, הוחלה בצורה מוחלטת על נכסים עסקיים⁵¹ וכלל לא הוחלה על נכסי פרישה).⁵² יתרה מזו, אפילו לגבי הנכסים המשפחתיים השיתוף לא הוחל כאשר הוא סתר את אומד דעתם של הצדדים⁵³ או אפילו, כפי שביקרתו בעבר,⁵⁴ את אומד דעתו של הבעלים הרשום.⁵⁵ לפיכך, באופן אירוני דווקא במשפחות בעלות אורח חיים פטריאכלי, שבהן ניתן היה לצפות להגנת יתר מן המחוקק על נשים, במקרים רבים, לא הוכרה זכותם של בנות הזוג ברכוש הרשום על שם בעליהם, חרף תרומתן למאמץ המשפחתי.⁵⁶

בשלב השני נשענה החזקה תחילה (בשנות ה-80) במעשים⁵⁷ ולאחר מכן (סוף שנות ה-80 ובתחילת שנות ה-90) ברטוריקה⁵⁸ על **מודל נורמטיבי**. המודל הנורמטיבי משווה בין המשפחה לבין השותפות המסחרית-כלכלית.⁵⁹ השוואה זו מבוססת על המציאות החברתית שבה חיי

ברטוריקה והן בהחלטותיו של בית המשפט, ואילו בסוף שנות השבעים וביתר שאת בשנות השמונים הפך המודל הנורמטיבי לדומיננטי יותר. החל מסוף שנות ה-90 פועל המודל הקישורי קהילתי במקביל למודל הנורמטיבי.

⁴⁹ כך, למשל, בע"א 253/65 **בריקר נ' בריקר**, פ"ד כ(1) 589 (1966), הנחשבת לאחד מן הפרשות המכוננות של חזקת השיתוף, קבע בית המשפט בעמ' 599: "אילו הוצגה לצדדים, בזמן הרלבנטי, השאלה, למי שייך הנכס, כי אז היו עונים: כמובן שהוא שייך לשנינו בחלקים שווים; הווה אומר, שהכוונה לבעלות משותפת בנכס **ניתן להסיקה מכללא** מהתנהגותם של בני הזוג לפי אורח חיי הנישואין שלהם עד לזמן שבו חל הקרע הסופי" (ההדגשה הוספה). עם זאת באותה פרשה בית המשפט כי טעם **חלופי** לרעיון החלוקה השוויונית עשוי להתבסס על ערכים נורמטיביים של יושר ושוויון. על פי בית המשפט, "כאשר לא קיימת הוכחה ברורה בדבר כוונת הצדדים בשאלת הבעלות הנדונה, והעובדות הסובבות את חיי הנישואין הינן כמו אלה שתוארו לעיל, מוצדק להיזקק לעיקרון הטמון ב**דיני היושר**, הוא העיקרון הדוגל ב**שוויון**. כלומר, שיש לחלק את הנכס בין בני הזוג בחלקים שווים". שימו לב לכך שבפרשת **בריקר מוצב הנימוק** הנורמטיבי כעיקרון שיורי הכפוף לנימוק ההסכמי, כן ראו את דברי השופט ברנזון בע"א 633/71 **מסטוף נ' עזבון המנוח מסטוף**, פ"ד כו(2) 569, 569 (1972): "הכלל הגדול בעניין שותפות ברכוש של בני זוג הוא, שהכל תלוי בכוונת הצדדים".

⁵⁰ ראו, לדוגמה, דברי השופט יצחק כהן בע"א 595/69 **אפטה נ' אפטה**, פ"ד כה(1) 561, 569 (1971): "בקביעה למי שייכים הנכסים עלינו להתעלם לחלוטין מהשקפתנו, איך צריך היה לחלק את הנכסים בין בני-הזוג, כי המחוקק לא הסמיך אותנו לבצע חלוקת נכסים לפי מה שנראה לנו לצודק".

⁵¹ ראו למשל את עמדתם של השופט אלון והשופטת בן-פורת בע"א 630/79 **ליברמן נ' ליברמן**, פ"ד לה(4) 359 (1981) "העובדה, שמדובר שלא בנכסי משפחה - ובמיוחד כאשר מדובר בנכסים עסקיים מובהקים כגון בעניין שלפנינו - יש בה כדי לחייב עיון נוסף, אם לפי כל הנסיבות והעובדות שבמקרה פלוני אכן קיימת חזקת שיתוף נכסים". ראו גם את דעותיהם של השופטים יצחק כהן והשופט אלפרד ויתקון בפס"ד אפטה, לעיל הערה 49.

⁵² ראו, למשל, ע"א 724/83 **בר נתן נ' בר נתן**, פ"ד לט(3) 551 (1985) ו- ע"א 44/84 **גלבווע נ' גלבווע**, פ"ד מא(1) 174 (1987).

⁵³ ראו ע"א 511/86 **קנזון נ' קנזון**, פ"ד מג(2) 177 (1988). בית המשפט קבע באותו מקרה: "מכלול הנסיבות העובדתיות שבפנינו, ובמרכזן העובדה שהמנוח היה נשוי בו-זמנית לשתי נשים, לא נתן מקום להיווצרותה של ההנחה, שנוצר שיתוף משאבים בין המנוח לבין המערערת" (בעמ' 187). ראו עוד את ע"א 651/79 **סלמן נ' סלמן**, פ"ד לו(1) 554 (1982), שבו לא הוחלה חזקת השיתוף גם על נכסים שנצברו במשך הנישואים. בית המשפט הבהיר בהקשר זה כי הבעל היה זה שניהל כלכלית את המשפחה, והצדדים - לרבות האשה - לא העלו על דעתם כי קיים ביניהם הסדר של שיתוף.

⁵⁴ על המעבר מרבים ליחיד בניתוח אומד דעת הצדדים על פי המודל ההסכמי ראו ליפשיץ, לעיל הערה 2, בעמ' 685-686.

⁵⁵ ראו אפילו בפרשת ארגוב המאוחרת יחסית. ע"א 26/89 **ארגוב נ' ארגוב**, פ"ד מד(1) 793, 796-797 (1989), שם נאמר: "במקרה שבפנינו קבע בית המשפט בממצאיו שאכן היו חייץ והפרדה כאמור תוך **כוונה ברורה של המשיב שלא לשתף את המערערת בבעלות בדירה**" (ההדגשה הוספה).

⁵⁶ ראו את המקרים המתוארים בפרשיות קנזון, ארגוב וסלמן שהוזכרו בהערות הקודמות.

⁵⁷ על המעבר של חזקת השיתוף מן המודל ההסכמי למודל הנורמטיבי ראו ליפשיץ, שם, בעמ' 698-690.

⁵⁸ ראו בג"ץ 1000/92 **בבלי נ' בית הדין הרבני הגדול**, פ"ד מח(2) 221 (1994) ואת ניתוחו האוהד אצל רות הלפרין-קדרי, "פלורליזם משפטי בישראל: בג"ץ ובתי הדין הרבניים בעקבות בבלי ולב" **עיוני משפט** כ 683, 698-706 (1997) והמבקר אצל- ברכיהו ליפשיץ במאמר: "תוכן וקליפה בהלכת שיתוף הנכסים: בעקבות בג"צ 1000/92 בבלי נ' בית-הדין הרבני הגדול ואח" **המשפט** ג 239 (1996).

⁵⁹ ראו למשל את האנלוגיות מדיני השותפויות שהעלה השופט קיסטר בע"א **בריקר**, לעיל הערה 49, בעמ' 615-616. כן ראו עניין **מסטוף**, לעיל הערה 48, שם קבע בית המשפט (בעמ' 573 לפסק הדין): "השותפות בחיים שוב אינה שותפות של גרשות וחוויות אישיות בלבד, אלא שותפות כלכלית כמעט מלאה". השימוש באנלוגיה בין המשפחה לשותפות המסחרית

המשפחה מתאפיינים במקרים רבים בחלוקת תפקידים שבה אחד (או אחת) מבני הזוג (בדרך כלל הגבר) תורם לרווחת המשפחה באמצעות עבודה מחוץ לבית, ואילו בן הזוג (או בת הזוג) השני (או השנייה) (בדרך כלל האישה) הוא האחראי העיקרי לעבודות הבית וזאת מתוך ויתור מסוים, חלקי או מלא, על קריירה חיצונית.⁶⁰ על פי המודל הנורמטיבי, שיקולי צדק (במובן של הגינות מסחרית)⁶¹ ושוויון⁶² מחייבים משטר משפטי שייתן ביטוי למאמצם המשותף של שני בני הזוג בתפקידיהם השונים לרווחת המשפחה. כלל שיתוף זוגי מוצדק על פי תפיסה זו, בשל העובדה שהוא נותן ביטוי שווה למאמצם המשותף של שני בני הזוג.⁶³

במישור המעשי המעבר מן המודל ההסכמי למודל הנורמטיבי השתקף בשלושה עניינים:

שינוי בתנאי הסף של החזקה - שינוי הכולל את זניחת הדרישה להוכחה ספציפית של כוונת שיתוף, שהייתה נהוגה בעבר, החלשת הדרישה לאורח חיים תקין המזוהה עם הרציונל ההסכמי וחזוקה הדרישה למאמץ משותף המזוהה עם הגישה הנורמטיבית.⁶⁴

שינוי ביכולת לחרוג מן החזקה במקרה ספציפי - שינוי הכולל הקשחה של האפשרות להוכיח כי הצדדים לא התכוונו לשיתוף עד כדי הפיכתה של חזקת השיתוף לדין מעין קוגנטי.⁶⁵

כהצדקה לכלל שיתוף הנכסים מקובל מאד גם בעולם ראו למשל: Sanford N. Katz, *Marriage as Partnership*, 73 NOTRE DAME L. REV. 1251 (2005) וכן את הסקירה אצל ליפשיץ, לעיל הערה 2, בעמ' 645-647.

⁶⁰ ראו למשל את דבריו של השופט דב לוין בעניין ליברמן, לעיל הערה 50, בעמ' 365: "אין להקל ראש ולהמעט בתרומה הנכבדה, שתורמת בת הזוג לצמיחת הנטע המשפחתי ולבלבובו בעשייתה החיובית והברוכה בביתה פנימה... ניתן לומר כי עשיית האישה בבית ופעילות הבעל בעסקיו הן כשתי זרועות הפועלות יחדיו, החובקות את גזעו האיתן של קן המשפחה על כל מרכיביו ומשתלבות זו בזו". ראו גם בע"א 3563/92 **עזבון המנוח גיטלר נ' גיטלר**, פ"ד מח(5) 489, 496-497 (1994): "בעניין זה רואים גם אישה הצופיה הליכות ביתה ואינה מכניסה כסף לקופה המשותפת כשותפה למאמץ הנדרש לרכישת הנכסים שנצברו במהלך חיי הנישואין".

⁶¹ ראו, למשל, את דברי השופט חשין בע"א 806/93 **הדרי נ' הדרי**, פ"ד מח(3) 685,699 (1994): "עיקר יימצא לנו, כדומה, בצורך לנהוג בהגינות, בהוגנות ובצדק בבת הזוג..." (להלן: "פרשת הדרי").

⁶² עקרון השוויון פועל לטובת הסדר שיתופי בכמה מובנים. ראשית, עקרון השוויון מובנו המהותי שולל מצב שבו כלל משפטי מביא באופן שיטתי לידי תוצאה המפלה מגדר מסוים. מאחר שהסדר של הפרדת רכוש ואפילו של חלוקה על בסיס תרומה מחושבת על פי ערך שוק תפגע באופן שיטתי בנשים, עקרון השוויון תומך בחלוקה שווה. על מובן זה של עקרון השוויון למשל, בג' צ' בבלי, לעיל הערה 57, פסק דינו של השופט ברק, בעמ' 243-240. ברק, המקשר בין חזקת השיתוף לחוק שיווי זכויות האישה, מדגיש שגם כלל משפטי ניטרלי עשוי להיחשב מפלה אם תוצאתו היא מפלה. לדיון במשמעות זו של הלכת **בבלי**, ראו רות הלפרין-קדרי, לעיל הערה 58 השימוש בטיעון השוויון מקובל מאוד בשיח המשפטי באנגליה. ראו, למשל, **KEVIN J. GRAY, REALLOCATION OF PROPERTY ON DIVORCE** 30 (1977) והמקורות המצוינים שם, בהערת שוליים 44. לעקרון השוויון, במובן של שלילת יחסים של כפיפות כהצדקה לכלל השיתוף הזוגי ראו גם דגן, לעיל הערה 2, בעמ' 450-456.

⁶³ לכאורה, הרציונל הנורמטיבי עשוי היה לתמוך במשטר אקוויטבילי, המקובל בחלק ממדינות המערב, לפיו כל בן או בת זוג זכאים לתרומתם היחסית להפקת הרווחים והנכסים). אולם בפועל יותר ויותר מדינות מערביות מאמצות בניואנס זה או אחר את כלל החלוקה השווה אשר בדומה לחזקת השיתוף והסדר איזון המשאבים בישראל אינם מנסים לכמת את התרומה הספציפית של כל אחד מבני הזוג. ראו על כך למשל את הסקירה המופיעה על Frantz & Dagan, לעיל הערה 19, בעמ' 100 ואצל J. THOMAS OLDHAM, *DIVORCE, SEPARATION AND THE DISTRIBUTION OF PROPERTY*, § 3.03 (2007). הממוקדים במדינות ארצות הברית וכן את הסקירה שנערכה אצל ליפשיץ, לעיל הערה 2, בעמ' 676-681 לגבי מדינות מערביות נוספות. להסבר מדוע עדיף כלל חלוקה שווה על פני כימות התמורות מנקודת המבט הנורמטיבית, ראו ליפשיץ, שם, 653-657 (עומד על האבחנה בין כימות תרומות לחלוקה שווה המבוססת על מאמץ משותף ותומך במודל האחרון, הן בשל קשיים טכניים לכימות התרומות של בן הזוג הביתי, חשש מהערכת פחת של התרומות הללו, עקרון השוויון במובנו המהותי וההגשמה של רעיון השותפות שבה בהעדר הסכם נוגד אין זה נהוג לכמת את התרומות הספציפיות של השותפים) ראו גם בהקשר של המשפט האמריקאי *Principles of the Law of Family Dissolution: Analysis and Recommendations* (2002) s. 4.09 התומך אף הוא בכלל החלוקה השוויונית. אולם השו: Frantz & Dagan, לעיל הערה 19, (סבורים כי הרציונל הנורמטיבי או בלשונם הרעיון של תרומת בן הזוג הביתי להפקת נכסים, מסביר את הסתיה מכלל של הפרדת רכוש אך אינו יכול להסביר את המחויבות המודרנית לחלוקה שווה של הנכסים שנצברו במהלך הנישואים).

⁶⁴ לעילית רכיב המאמץ המשותף על חשבון רכיב החיים המשותפים הוקדש מאמרו של אריאל רוזן-צבי "חזקת שיתוף הנכסים בין בני-זוג: בין 'אורח חיים תקין' למאמץ המשותף" **עיוני משפט** ז 486 (1980). והשוו לע"א 529/76 **סבירסקי נ' סבירסקי**, פ"ד לא(2) 233 (1977) שבו פעל בית המשפט על פי המודל ההסכמי ועל כן שלל את תכולת החזקה בשל היחסים המקולקלים שבין הצדדים.

שינוי היקף הנכסים הנכללים בחזקה - שינוי הכולל זניחתן של הבחנות שהתבססו על צורות חשיבה הסכמיות, כגון ההבחנה בין נכסים עסקיים ובין נכסים משפחתיים⁶⁶, בין משכורת ובין פנסיה⁶⁷, והתבססות מוחלטת על ההבחנה הנורמטיבית בין נכסי המאמץ המשותף לשאינם כאלו ומכונים לעיתים **נכסים חיצוניים** או **נכסים פרטיים**.⁶⁸ נכסים שהופקו במהלך הנישואים מעבודת בני הזוג, לרבות מאמץ ביתי המאפשר את עבודת בן הזוג החיצוני נחשבים לנכסי המאמץ המשותף ועל כן הם מחולקים בין הצדדים ללא קשר לרישום הפורמאלי. לעומתם, נכסים מלפני הנישואים, ירושות ומתנות, אינם תוצר מאמץ משותף, לכן אין לראות בהם תוצר של השותפות המשפחתית אלא נכסים פרטיים.⁶⁹

השלב השלישי, החל בסוף שנות ה-90 ובו פותח **המודל קישורי-קהילתי** של חזקת השיתוף.⁷⁰ במסגרת שלב זה, מסכימים מרבית השופטים להחיל במקרים המתאימים את חזקת השיתוף גם על "נכסים חיצוניים" שלא הופקו במאמץ משותף של הצדדים.⁷¹ על פי ניתוחינו, מהלך זה משקף את התפתחותה של אידיאולוגיה חדשה המדגישה את ההיבטים הקהילתיים-קישוריים-שיתופיים הלא-מסחרית המקובלת, שבמרכזה הבחנה ברורה בין צדדים נפרדים, מפנה בשלב מסוים בחיי הנישואים את מקומה לצורת חשיבה זוגית, שבמסגרתה מתפתחת אצל הצדדים תודעת היחידה המשפחתית.⁷² התודעה המשפחתית מעודדת תפיסה של "שלי שלך ושלי שלי" ביחסים הזוגיים והיא יוצרת במקרים מסוימים בעייתיות ואפילו אי-רלוונטיות לפנייה למקורות ההיסטוריים של כל נכס, תוך הבחנה בין נכסים משפחתיים ובין נכסים אינדיבידואליים. עם זאת, הפסיקה בנושא הנכסים החיצוניים אינה אחידה וקיימים עדיין שופטים הנרתעים מהחלת חזקת השיתוף על הנכסים החיצוניים ללא הוכחה ספציפית בדבר כוונת שיתוף בנכס החיצוני.⁷⁴

⁶⁵ ראו את הדוגמאות המובאות אצל ליפשיץ, לעיל הערה 2, בעמ' 697-695 בהם הוחלה חזקת השיתוף על נכסי המאמץ המשותף גם כאשר ברור היה שהשיתוף אינו משקף את כוונת הצדדים ובוודאי לא את אומד דעתו של הבעלים הרשום.

⁶⁶ ראו ע"א 488/89 **נופרבר נ' נופרבר** פ"ד מד(4) 293 (1990).

⁶⁷ ראו ע"א 809/90 **לידאי נ' לידאי**, לעיל הערה 49. שם קבע בית המשפט "זכויות הפנסיה נחשבות כחלק בלתי נפרד מן התמורה, שהעובד זכאי לה עקב עבודתו... הזכות הנקנית באופן ישיר או עקיף עקב העבודה, הינה חלק מן השיתוף באותה מידה, שהעבודה ותוצאותיה נחשבות כפרי המאמץ המשותף של בני הזוג".

⁶⁸ אבחנה זו שהייתה ידועה כבר בשלב הראשון ההסכמי של חזקת השיתוף התחזקה עוד יותר בשלב הנורמטיבי. על כן, כשנדונו נכסים מעורבים בפרשת לידאי, שם הפריד בית המשפט בין הקרקע הפרטית לבית שנבנה מכספי המאמץ משותף.

⁶⁹ לסיווג של ירושות ומתנות כנכסים שאינם תוצר המאמץ המשותף ראו ע"א 4151/99 **בריל נ' בריל**, פ"ד נה(4) 709 (2001). לדיון נוסף בכך ראו להלן הערה 108 והטקסט המתייחס להערה זו.

ראו ליפשיץ, לעיל הערה 2, בעמ' 719-702

⁷¹ ראו פרשת הדרי לעיל הערה 61; עניין בריל, לעיל הערה 72; ראו ע"א 2280/91 **אבולוף נ' אבולוף**, פ"ד מז(5) 596 (1993); ע"א 2566/93 **רון-שמחה נ' רון-שמחה** (לא פורסם, 4.4.95) ו- ע"א 1880/95 **דרהם נ' דרהם**, פ"ד נה(4) 865 (1997).

⁷² רציונל זה מזכיר את רציונל הנישואים כקהילה שוויונית ליברלית אותו מציעים דגן ופרנו כמודל הפרשני המוצלח של השיתוף הזוגי עבור המשפט האמריקאי ראו לעיל הערה 19 ולאחרונה גם הישראלי ראו דגן, לעיל הערה 2, 472-461. על פי דגן ופרנו, כלל החלוקה השוויונית משקף את הרצון החברתי לעצב את הנישואים לאורם של ערכי האוטונומיה, השוויון והקהילה.

⁷³ כך למשל בפרשת הדרי, לעיל הערה 61, לצד הרציונלים של צדק, הגינות ושוויון תיאר השופט חשין את יסוד הכוונה ואת אמנת החיים יחדיו שכרתו בני הזוג ביניהם (בין בנישואים ובין שלא בנישואים). בהמשך דבריו ציטט חשין את הפסוק המקראי "על כן יעזוב איש את אביו ואת אמו ודבק באשתו והיו לבשר אחד" (ההדגשות הוספו). ראו עוד, את דברי השופט שמגר בפרשת הדרי, שם, בפסקה 6 לפסק הדין: "חזקת השיתוף היא ביטוי לאורח החיים הבין אישי הנוצר לפי תפיסותינו ביחסים בין בני זוג המקיימים משק בית משותף ומשולבים מאמציהם לכדי מערכת מאוחדת. כאמור, ברבות השנים, נעלמים תחומי ההפרדה, והנכסים – יהא מקורם אשר יהא – הופכים ל'בשר אחד'".

⁷⁴ להבדלים בין השופטים בנושאים הללו ראו למשל את העמדות השונות בפרשות הדרי, שם; עניין דרהם, לעיל הערה 70 ואת הסקירה בפס"ד בריל, לעיל הערה 72.

יתרה מזו, עד לאחרונה,⁷⁵ אפילו שופטים שפסיקתם מתאפיינת במגמה של הרחבת חזקת השיתוף לא החילו את החזקה באופן גורף על הנכסים החיצוניים.⁷⁶ לעניין זה יש השפעה משמעותית על הרכיבים המעשיים של חזקת השיתוף (תנאי הסף, היקף הנכסים והיכולת לסטות מן החזקה) שבהם עסקנו בחלקים הקודמים.

ראשית, בניגוד למגמת צמצום **תנאי הסף** לחזקת השיתוף ככל שמדובר בנכסי המאמץ המשותף ביחס לנכסים הפרטיים, פיתחה הפסיקה תנאי סף חדשים המאפיינים את הנסיבות שבהן תוחל חזקת השיתוף על נכסים אלה. תנאי סף אלו מתייחסים לסוג הנישואים (העדפה לנישואים ראשוניים), לתקופתם (פסקי הדין המרכזיים עסקו בבני זוג שחיו יחדיו מעל שני עשורים ולעיתים דובר אף בבני זוג שנפרדו לאחר יותר מ-30 שנים של קשר לאיכותם, לקיומם של ילדים ולדפוס הכלכלי השיתופי שבו פעלה המשפחה. **שנית**, בהקשר **להיקף הנכסים**, התחדש השימוש בהבחנה ההסכמית בין הנכסים המשפחתיים לבין הנכסים העסקיים בהקשר של הנכסים הפרטיים, וזאת בניגוד לנטייה בפסיקה לזנוח הבחנה זו ככל שמדובר בנכסי המאמץ המשותף.⁷⁷ **נוסף על כך**, בניגוד **לאופי המעין קוגנטי** של חזקת השיתוף "הרגילה", ככל שמדובר בנכסים פרטיים מגלה הפסיקה **רגישות לאומד הדעת** של בני הזוג ובמיוחד של בני הזוג שהנכסים רשומים על שמם ולכוננותם לחלוק את הרכוש הפרטי.⁷⁸

לסיכום, מתקיימים כיום במשפט הישראלי שני מודלים של חזקת שיתוף: מודל נורמטיבי מעין-קוגנטי המופעל על נכסי המאמץ המשותף, ומודל קישורי בעל גון הסכמי המיושם על הנכסים הפרטיים. מודל זה מופעל אך ורק על בני זוג שמתקיימים בהם תנאי הסף הקישוריים, וגם כשמדובר בבני זוג כאלה הוא נכון לחרוג מן השיתוף במצבים שבהם הבעלים הקנייני הבהיר באופן ברור כי אין כוונתו לשיתוף בנכסים הללו.

2. עמדתו של חוק יחסי ממון

א. חוק יחסי ממון כמשקף את השלב הנורמטיבי של חזקת השיתוף

ס' 3 (א) לחוק יחסי ממון קובע כי "לא עשו בני הזוג הסדר ממון, ואם עשו – במידה שההסכם אינו קובע אחרת, יראום כמסכימים להסדר איזון המשאבים לפי פרק זה"

⁷⁵ אולם ראו את דבריה של השופטת דורנר בפרשת **דרהם**, שם בעמ' 877-878: "על-פי השקפתי, יש להחיל את חזקת השיתוף בהיקפה המלא גם על רכוש שמלפני הנישואין. שכן, ככלל, בנישואין הרמוניים הנמשכים שנים רבות נטמע רכוש כזה ברכוש המשותף"

⁷⁶ כך, למשל, אפילו השופט חשין – שהוביל את המגמה להחלת חזקת השיתוף על נכסים פרטיים, ושגישתו כאמור קרובה לתפיסה הקישורית – הדגיש שבניגוד לנכסי "המאמץ המשותף", שביחס אליהם חזקת השיתוף מהווה פרזומפציה מן הדין, החלתה של חזקת השיתוף על נכסים פרטיים טעונה התייחסות לנסיבות ספציפיות של המקרה. ראו על כך בפסק דינו של השופט חשין בעניין **הדרי**, לעיל הערה 60, בפסקה 11 לפסק הדין. ההסתייגות מהחלה גורפת של חזקת השיתוף על נכסים פרטיים ברורה עוד יותר בפסק דינו של השופט שמגר באותו מקרה: "כשלעצמי, ספק אם רצוי לבטל – בשלב זה – באופן גורף את ההבחנה בין נכסים שנרכשו על ידי אחד מבני הזוג לפני הנישואין לבין נכסים שנרכשו על ידי שני בני הזוג לאחר הנישואין". ראו שם, בפסקה 5 לפסק הדין. עוד ראו בפס"ד **בריל**, לעיל הערה 72, בעמ' 716: "הכל, בוודאי יסכימו כי החלה 'אוטומטית' של הלכת השיתוף גם על נכסים חיצוניים לא תהווה דין רצוי". ראו גם את פס"ד בעניין **עזבון המנוח גיטלר**, לעיל הערה 59, שם דחתה השופטת דורנר תביעה להחלת חזקת השיתוף על נכסים "פרטיים" למרות תמיכתה העקרונית בהחלת חזקת השיתוף על סוג זה של נכסים. להתרשמות דומה בדבר הבדלים בין יישומה של חזקת השיתוף על נכסי המאמץ המשותף להחלה על הנכסים החיצוניים ראו דגן, לעיל הערה 2, בעמ' 483-484.

⁷⁷ ראו, למשל, פסקה 5 לפסק דינו של השופט שמגר בפרשת **הדרי**, לעיל הערה 60.

⁷⁸ כך, למשל, בע"א **בריל**, לעיל הערה 72, בעמ' 717 נקבע: "להסכמת בן-זוג, לשתף את בן-זוגו גם בנכסיו החיצוניים, יש, כמובן, משקל מכריע". בהתאם לכך, בע"א 1937/92 **קוטלר נ' קוטלר**, פ"ד מט(2) 233 (1995) למד בית המשפט מהתנהגות האשה על סירובה לשתף את בעלה בכספי ירושה שקיבלת מהוריה. דוגמה נוספת למגמה זו מצויה בעניין **עזבון המנוח גיטלר**, לעיל הערה 59, בעמ' 496 שגם בה למד בית המשפט מסירוב האשה לתת ייפוי-כוח לבעלה בנכסיה הפרטיים על כוונה לא-שיתוף.

אולם, למרות הרטוריקה ההסכמית, ניתן לומר כי באופן מעשי, ההסדר שקובע החוק קרוב בהרבה למודל הנורמטיבי-ולכך שתי אינדיקציות עיקריות. ראשית, חוק יחסי ממון מחיל את הסדר השיתוף על כלל הזוגות הנשואים, ללא קביעת תנאי סף הסכמיים ובנוסף לכך החוק אינו מכיר בהסכמים בעל פה או בהתנהגות המלמדים על כוונה נוגדת שיתוף.⁷⁹ במובן זה החוק תואם את המודל הנורמטיבי של השיתוף, אשר בהעדרו של הסכם ממון, אינו מאפשר סטייה מהסדר השיתוף גם כאשר ברור שהשיתוף אינו משקף את כוונת הצדדים. שנית, היקף הנכסים הכלולים באיזון המשאבים לפני ואחרי תיקונו תואם בדיוק את השלב השני הנורמטיבי של חזקת השיתוף. לאמור, החוק אינו מבחין בין עסק משפחתי לנכס עסקי ובין משכורת לפנסיה⁸⁰ ולעומת זאת הוא מוציא מתכולת האיזון נכסים מלפני הנשואים, ירושות ומתנות.⁸¹

ב. החלת השיתוף על נכסים חיצוניים בפסיקה מכוחו של הדין הכללי

חרף לשונו המפורשת של חוק יחסי הממון מצאה הפסיקה את הדרך להחיל את השיתוף הזוגי גם על הנכסים החיצוניים, מכוח הדין הכללי. הבסיס הראשוני לשיתוף המבוסס על הדין הכללי, נמצא בפסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן בפסק הדין הידוע כפרשת קנובלר – יעקובי.⁸² השופטת שטרסברג-כהן הצטרפה באותו פסק לדין לעמדתם של השופטים טל ומצא אשר התנגדו לגישה הסימולטנית- אשר הוצעה על ידי השופטים שמגר ודורנר-, על פיה ניתן להחיל את חזקת השיתוף במתכונתה המלאה, על יחסי מי שנישאו לאחר 1974. עם זאת, הכירה השופטת שטרסברג כהן, בכל זאת, באפשרות להכיר בהסדר שיתוף זוגי נקודתי, מכח הדין הכללי (בעיקר דיני החוזים והקניין) וזאת תוך ריכוך הדרישות הפורמאליות שקיומן היו מקשות על הכרה בשיתוף כזה בנסיבות לא משפחתיות כאשר הנכס רשום על שם אחד מן הצדדים.⁸³ בפרשות קנובלר-ויעקובי, מדובר היה ברכוש שנצבר ממאמץ משותף של הצדדים ובבני זוג שלא התגרשו, משום שהבעלים, שהיו גם הבעלים הרשומים של הרכוש, התנגדו לגירושים ובכך סיכלו את מימוש איזון המשאבים. לפיכך, בתקופה שלאחר פסק הדין ובטרם תוקן חוק יחסי ממון, הפכו שופטי בתי המשפט לענייני המשפחה את השיתוף מכוח הדין הכללי למקור המרכזי להחלת שיתוף זוגי בנכסי המאמץ המשותף על בני זוג שנישואיהם לא פקעו.⁸⁴ אולם בפרשת אבו רומי, פתחה השופטת שטרסברג-כהן, פתח להרחבה דרמטית של השיתוף המבוסס על הדין הכללי בקבעה שהלוגיקה המאפשרת הכרה בשיתוף מכוח הדין הכללי רלוונטית גם לגבי נכסים חיצוניים

⁷⁹ הסכם כללי הדוחה את הסדר איזון המשאבים נדרש לאישור או אימות כאמור בפרק א לחוק יחסי ממון, הסכמה לגבי נכס ספציפי איננה דורשת אישור שיפוטי אך היא טעונה הסכם בכתב ראו ס' 5 (א) לחוק המתוקן וכן את בג"צ 10605/02 גמליאל נ' בית הדין הרבני, תק על 2003(4) 1318 (2003) שבו מאבחנת השופטת חיות בין דרישת האישור הכללית להסכמי ממון, לבין הדרישה למיעוט נכס ספציפי מתכולת האיזון באמצעות הסכם כתוב.

⁸⁰ להיפך תיקון מס' 4 לחוק יחסי ממון, מבהיר במפורש כי פנסיה כמו גם נכסי פרישה נוספים הם נכס בר איזון ראו ס' 5 (ג) לחוק המתוקן.

⁸¹ ראו ס' 5 (א) לחוק יחסי ממון. סעיף זה היה קיים כבר בנוסח המקורי והוא לא שונה במסגרת התיקון.

⁸² ראו לעיל הערה 8.

⁸³ על פי השופטת שטרסברג כהן, "יש לקבוע את הבעלות לאשורה לפי הדין הכללי, שיפורש בגמישות ובהתאמה למסגרת השיתוף שבה חיים השניים שהרכוש נצבר על ידם. כאן מתקרב הדין הכללי לחזקת השיתוף לפחות ככל שהיתה בתחילת דרכה".
⁸⁴ ראו למשל בתמ"ש (ת"א) 20950/96 משה גלילי נ' רות גלילי (לא פורסם, 3.10.1996) ו- בתמ"ש (ת"א) 21850/96 שמואל תגר נ' פרידה תגר (לא פורסם, 11.9.1996). תמ"ש (ת"א) 20644/96 סטריק נ' סטריק (לא פורסם, 9.2.2004). השופטים בפסיקות הללו, פסעו בנתיב שהצביע עליו הפרופסור שיפמן, לעיל הערה 6, בעמ' 402-406. בהערת אגב, אציין כי שיפמן ראה בנתיב זה נתיב חלופי והוא הצביע גם באפשרות רדיקלית עוד יותר על פיה הלכת הפסק של פרשת קנובלר מאפשרת להחיל את השיתוף גם ללא הוכחת דין כללי מכח הלכת הפסק של פרשת יעקובי. ראו שיפמן, שם. דעה זו מעט שלא יושמה על ידי שופטי הערכאות הנמוכות.

(כגון נכסים מלפני הנישואים). על פי לוגיקה זו, כך סברה, יש להניח שבאופן עקרוני עשוי אדם להסכים לשתף את בן זוגו בנכס הרשום על שמו גם אם נכס זה היה ברשותו לפני הנישואים,⁸⁵ וגם לאחר שבני הזוג כבר התגרשו.⁸⁶

עם זאת, לצד ההכרה העקרונית בהיתכנות השיתוף מכח הדין הכללי, אפילו בנכסים החיצוניים, צמצמה מאד השופטת שטרסברג-כהן את הפתח שנפתח במישור המעשי. שטרסברג-כהן הדגישה, כי כאשר השיתוף מבוסס על הדין הכללי "לא די בעצם קיומם של חיי נישואין משותפים ואפילו נישואים ממושכים המלווים בגידול ילדים."⁸⁷ בפועל באותה פרשה קבע בית המשפט כי לא הוכחה כוונת שיתוף ועל כן באופן מעשי לאישה ולשבעת ילדיה לא הוענקו כל זכויות בדירת המגורים או בנכסי הבעל באופן כללי, לאחר ארבע-עשרה שנות נישואים.

הפסיקה שלאחר ובעקבות פסק דין אבו רומי לא הצטיינה בעיקבות רבה. היו פסקי דין שיישמו במדויק את הלכת אבו רומי ודרשו אינדיקציה פוזיטיבית ספציפית לקיומה של כוונת שיתוף על מנת להחיל את הדין הכללי על נכס מלפני הנישואים.⁸⁸ אולם, כמה פסיקות של בתי המשפט שניתנו לאחרונה מייצגות קו הרואה ב"רוח התקופה" ציווי להחלה מרחיבה של השיתוף הזוגי גם על הנכסים החיצוניים.⁸⁹ בפסקי הדין הללו הוחל השיתוף על נכסים חיצוניים מכוח הדין

⁸⁵ ראו את דברי השופטת שטרסברג-כהן בפרשת אבו רומי, לעיל הערה 8, בעמ' 183: "מעמדתי בעניין יעקובי קנובלר עולה, כי מכוח מסעיף 4 לחוק יחסי ממון, הדין החל על בני הזוג במהלך חיי הנישואין כאשר לזכויותיהם ברכוש הוא הדין הכללי. מכאן, שלכאורה, במסגרת סעיף 4, אין מניעה שבן זוג יטען מכוח דין כללי כלשהו, כי בידי זכויות בדירת מגורים הרשומה על שם בן הזוג האחר ושהיתה בבעלותו ערב הנישואין. לשיטתי, יש טעם להקל על בן הזוג הטוען לבעלות משותפת בדירת המגורים, כאשר זו רשומה רק על שם אחד מהם."

⁸⁶ שהרי נכס משותף לא הופך לנכס פרטי רק בשל העובדה שבני הזוג התגרשו.

⁸⁷ ראו שם, בעמ' 183 נביא את הדברים במלואם "יש טעם להקל על בן הזוג הטוען לבעלות משותפת בדירת המגורים, כאשר זו רשומה רק על שם אחד מהם. עם זאת, לא די בעצם קיומם של חיי נישואין משותפים, אף שהיו ממושכים, כדי לקבוע שיתוף בדירת מגורים מכוח דין כללי, שאם תאמר כן, נמצאת מכניס בדלת אחרות את חזקת השיתוף, שליטתי איננה חלה במקביל לחוק יחסי ממון. סעיף 4 לחוק יחסי ממון קובע מפורשות, כי "אין בכריתת הנישואין או בקיומם כשלעצמם כדי לפגוע בקנינים של בני הזוג, להקנות לאחד מהם זכויות בנכסי השני או להטיל עליו אחריות לחובות השני" (ההדגשות שלי - ט.ש.כ.). על מנת שתוקנה זכויות בדירת מגורים הרשומה על שם בן הזוג האחד לבן הזוג השני, על האחרון להראות נסיבות עובדתיות בנוסף לעצם קיום הנישואין מהן ניתן להסיק - מכוח הדין הכללי - הקניית זכויות בדירת המגורים."

⁸⁸ ראו למשל תא (י-ם) 920/93 מרים הירש נ' יצחק אברהם הירש (על בסיס הדרישה להוכחת כוונת שיתוף ספציפית דוחה בית המשפט תביעת שיתוף במרפאה ומקבל תביעת שיתוף בדירת מגורים שנרכשה לפני הנישואים, על סמך עדויות בדבר הבטחות ספציפיות לשיתוף בדירה זו). ראו גם תמ"ש (חי') 31662/97 מ. ד. נ' מ. ד. (לא פורסם, 2.9.2001) בהעדר אינדיקציה פוזיטיבית לא מוכר שיתוף בנכסים מלפני הנישואים עוד ראו תמ"ש (ת"א) 97580/97 מהדלה נ' מהדלה (לא פורסם, 20.2.2003) (דחיית טענת שיתוף מכח הדין הכללי בנכס שהתקבל בירושה).

⁸⁹ ראו למשל את פסק הדין המנחה של השופט רובינשטיין בב"ע"מ 5939/04 פלונית נ' פלוני, פ"ד נט (1) 665 (2004): "מהו איפוא שיעור הדברים? רוח העידן, פתיחת הדלתות לגישה שאינה "פורמלית" בלבד הנאחזת ברישום הנכס, אלא בוחנת מצבים חברתיים ואישיים למהותם, מרחפת על פני הפסיקה מזה שנים באשר לשיתוף הנכסים גם לגבי נכסים שנרכשו לפני הנישואין, ובמיוחד דירת המגורים". ובהמשך הדברים: "ואכן, ככל שהתוכן המשותף שנוצק לקניין, ובוודאי לדירת המגורים של זוג ומשפחה, משמעותי יותר, וככל שהיתה שותפות נמשכת בחיי הנישואין ולה ביטויים מסוגים שונים, גם אם לא היו החיים הללו "גן של ורדים" בכל עת ובכל שעה, כך מצדיקה ההגינות כי תגבר ההתייחסות לחזקת השיתוף, במיוחד על נכס כמו דירת מגורים, קן המשפחה. בפסק הדין הספציפי עסק השופט רובינשטיין בבני זוג שנישאו ב-66 ועל כן חלה עליהם חזקת השיתוף עם זאת, עקרונות פסק הדין יושמו גם בפסיקה מאוחרת שעסקה בבני זוג הכפופים להסדר האיוון בחוק יחסי ממון. ראו למשל בע"מ 10734/06 פלוני נ' פלונית (לא פורסם, 14.3.07) שבו אישר השופט רובינשטיין מכח הדין הכללי שיתוף בנכס מלפני הנישואים על בני זוג שעל יחסיהם חל חוק יחסי ממון. עוד ראו וביתר הרחבה בפסיקת בית המשפט המחוזי בע"מ (י-ם) 818/05 פלונית נ' פלוני (לא פורסם, 8.5.2006) (פסיקה אשר אושרה בבית המשפט העליון בע"מ 4951/06 פלוני נ' פלונית (לא פורסם, 14.6.2006)): "רוח העידן" כדברי השופט רובינשטיין... הינה להכיר בשיתוף בנכסים, ואף שהובאו לנישואין על ידי צד אחד... זאת כאשר בני הזוג חיים תחת קורת גג אחת במשך שנים כה רבות (שם, 19 שנה של) מבלי שקיים סכסוך גלוי ביניהם, או התבטאות מפורשת של מי מהם ביחס לכוונותיו של צד אחד לשמור לעצמו את הרכוש שהביא עמו בין בעת הנישואין ובין במהלך הנישואין... אמור מעתה, בן זוג שהביא עימו לנישואין דירה, בה בני הזוג מתגוררים, שעה שאין לבן הזוג השני דירה אחרת, יוצר מצג כלפי בן זוגו כי יוכל לשכון לבטח בדירה, וזו תהא רכוש משותף, וזאת משלא נתן סימנים כי בדעתו לשמור על רכושו זה בפקיעת הנישואין. מוסד "הסכם ממון" שיצר החוק, נותן מענה לבן הזוג שאכן דעתו הנחרצת היא לא לשתף את בן זוגו בדירה זו"

הכללי גם בהעדרה של ראייה פוזיטיבית התומכת בכוונת שיתוף.⁹⁰ יתרה מזו, בחלק מפסקי הדין נקבע שיתוף בנכסים החיצוניים גם כאשר משך חיי הנישואים לא היה ארוך במיוחד,⁹¹ ואפילו כאשר היחסים בין הצדדים היו מעורערים⁹² ולעיתים גם כאשר מדובר היה בנכס עסקי.⁹³ העמימות בנושא הסדרת השיתוף בנכסים החיצוניים אינה ייחודית למשפט הישראלי. בארצות הברית למשל, העמדה הקונבנציונלית של מרבית המדינות תואמת את חוק יחסי ממון ומבחינה בין נכסי המאמץ המשותף לנכסים החיצוניים. בהתאם לכך, נכסים מלפני הנישואים, ירושות ומתנות נחשבים כנכסים פרטיים.⁹⁴ עם זאת, עיון מעמיק יותר, מגלה מערך מורכב של דוקטרינות המכרסמות באבחנה החדה בין סוגי הנכסים.

בחלק מן המדינות מצב של ערבוב בין נכסים משותפים לנכסים פרטיים עשוי להפוך נכסים פרטיים למשותפים.⁹⁵ מדינות אחרות, אף כי הן במיעוט יחסית לעמדה הרווחת, מכירות בתנאים מסוימים בהסכם מכללא ההופך נכס פרטי למשותף-במיוחד כאשר מדובר בדירת מגורים או בנכסים משפחתיים אחרים שנעשה בהם שימוש משותף.⁹⁶ גם בספרות המחקר הציעו לאחרונה דגן ופרנו שפירות נכסים מלפני הנישואים, ירושות ומתנות יחשבו כנכסים משותפים. אחרים אף הציעו נוסחה, ההופכת באופן הדרגתי במהלך חיי הנישואים רכוש פרטי לרכוש משותף כפונקציה

במילים אחרות בית המשפט הופך את נטלי ההוכחה הקבועים בחוק יחסי ממון. בעוד שעל פי החוק דווקא הסוטה מן ההסדר בחוק הקובע כי נכסים מלפני הנישואים הנם נכסים נפרדים, חייב להתקשר בהסכם ממון שישקף את כוונתו, על פי פסק הדין הנטל לשלול את השיתוף בדירת המגורים מוטל דווקא על בן הזוג המבקש לממש את הוראות החוק. עוד קודם לכן, בדונה בחזקת השיתוף הציגה השופטת דורנר בע"א **זרהם**, לעיל הערה 74, בעמ' 877-878 מדיניות המטשטשת את האבחנה בין נכסי המאמץ המשותף לנכסים הרגילים. "על-פי השקפתי, יש להחיל את חזקת השיתוף בהיקפה המלא גם על רכוש שמלפני הנישואין. שכן, ככלל, בנישואין הרמוניים הנמשכים שנים רבות נטמע רכוש כזה ברכוש המשותף".
⁹⁰ ראו למשל תמש (ת"א) 27722/01 **ג.ד. ג' נ.ר.** (לא פורסם, 14.10.2007) שבו עצם המגורים המשותפים בדירה והעובדה שהבעל לא הבהיר לאשה שאין מדובר בדירה משותפת הולידו את השופטת לקבוע שיתוף נכסים. ראו גם בתמ"ש (כ"ס) 22780/05 **ת.ד. ג' י.ד.** (לא פורסם, 11.7.2007) (נכונות להחיל שיתוף בדירת מגורים שנתקבלה בירושה מכוח המגורים עצמם וללא אידיקציה של ממש לכוונת שיתוף).

⁹¹ כך בעוד שבפסקי הדין המכוננים של המודל הקישורי עסקו בזוגות שחיו יחדיו 20 או אף 30 שנים בפסקי הדין החדשים גם תקופות של 14 שנים ואפילו היו אלו שנים המלוות במחלוקת ובריבות הספיקו בכדי לקבוע שיתוף בנכסים מלפני הנישואים.
⁹² ראו בתמ"ש, 27722/01 לעיל הערה 90 המחיל הסדר שיתוף על בני זוג שיחסייהם לא היו מן המשופרים. כיו"ב השופט רובינשטיין בפסק דינו המנחה בדבר רוח התקופה (ראו לעיל הערה 89) עסק בבני זוג שעל פי תיאורו חייהם לא היו גן של ורדים.

⁹³ ראו בתמ"ש (כ"ס) 3591/02 **ש.צ. ג' ח.צ.** (לא פורסם, 5.12.2007) שבו קבע בית המשפט "דין שווה אני מוצא בין דירת מגורים לבין נכס אחר שהינו בעל חשיבות כלכלית המהווה נכס משמעותי מתוך כלל רכושם של בני הזוג ואשר עיקר תקופת אחזקתו הייתה במהלך חלק ניכר מתקופת חייהם המשותפים של הצדדים" ובהתאם לכך, חילק מנייה בדין שנרכשה עוד לפני נישואי בני הזוג.

⁹⁴ ראו Shari Motro, *Labor, Luck, and Love: Reconsidering the Sanctity of Separate Property* 102 Nw. U. L. REV. 1623, 1623 (2008).

⁹⁵ על פי הרציונל הנורמטיבי במקרים של נכסים מעורבים כגון קרקע פרטית שעליה נבנה בית ממאמץ משותף יש להפריד בין הרכיבים הפרטיים לרכיבים המשותפים. בדומה לכך, על פי הרציונל הנורמטיבי כאשר נכס נקנה במהלך הנישואים ממקורות שחלקן מאמץ משותף וחלקן פרטיים יש להפריד את הבעלות בנכס בהתאם לרכיבים המקוריים. לתמיכה במתודה כזו על רקע הרציונל הנורמטיבי ראו Thomas Oldham, *Tracing, Commingling, and Transmutation*, 23 FAM. L.Q. 219 (1989-1990). עם זאת אולדהם עצמו מציג גם מקרים של הפעלה חלקית של גישת התחלופה החפצי ולנטייה של בתי משפט מסוימים להחיל על נכסים מעורבים הסדר של שיתוף ראו Oldham, שם, בעמ' 247-248. וכן Oldham, לעיל הערה 66 ב § 11.03. אולדהם ביקר מדיניות זו בעיקר באמצעות הטענות הנורמטיביות שעל פיהם אין היגיון להתייחס לנכס שלא הופק ממאמץ משותף כנכס משותף. עם זאת, באופן מפתיע העלה אולדהם גם טיעון קישורי מסוים כנגד המגמה להחיל על נכסים פרטיים שהועמדו לרשות המשפחה הסדר של שיתוף. על פי אולדהם, התייחסות כזו תעודד בני זוג לנהוג בדרך אגואיסטית שאינה מאפשרת לבני זוגם להשתמש ברכוש המשפחה. ראו שם, בעמ' 246-247. וראו עוד בעניין זה את הצעת ה-ALI, הערה 63, בסעיף 4.06 הקובע ככלל שיטת תחלופה נורמטיבית אך מאפשר בסעיף קטן (4) שם לחרוג מן הכלל הרגיל העוקב אחר המקור המקורי לנכס במקרים שבהם הוכח שכוונת הצדדים הייתה אחרת.
⁹⁶ ראו Oldham הערה 63, לעיל בסעיף 11.02

של משך חיי הנישואים-כך שכל שבני הזוג נשואים זמן רב יותר כך יותר רכוש פרטי הופך לרכוש משותף.⁹⁷

3. הצעת מתווה לקביעת שיתוף בנכסים חיצוניים

על רקע העמימות והעמדות השונות הקיימת בנושא, ברצוני להציע מתווה שלטעמי על המשפט הישראלי לפסוע בו. המתווה שברצוני להציע מבוסס על ניתוח אנליטי, הגוזר את תכני השיתוף הזוגי מן הרציונל העומד ביסודו. המתווה מבחין בין הרציונל ואופי השיתוף המתאים לנכסי המאמץ המשותף לבין הרציונל ואופי השיתוף הרלוונטי לנכסים החיצוניים.

ככל שמדובר בנכסי המאמץ המשותף, השיתוף מבוסס על העקרונות של צדק, הגינות מסחרית, מניעת ניצול ושוויון. מדובר בעקרונות נורמטיביים, שאינם תלויים בכוונתם הצדדים ובאורח חייהם. משום כך, עקרונות אלו מצדיקים מודל שיתוף נוקשה, כמעט קוגנטי, שמציב מגבלות קשות על החריגה מן השיתוף ונכון להחילו גם במצבים שבהם ברור כי אין הוא משקף את כוונת הצדדים.⁹⁸ לעומת זאת, הנכסים החיצוניים אינם תוצר של המאמץ המשותף, והשיתוף בהם מבוסס על המודל הקישורי-קהילתי. מודל זה מנתח את ההבדל בין התודעה הזוגית הטיפוסית אותה הוא מתאר כיחידתית קהילתית לבין החוויה המסחרית האינדיבידואלית הרגילה. על פי המודל הקישורי-קהילתי, על המשפט לשקף ואף לעודד תודעה זוגית מסוג זה, על ידי קביעת ברירת מחדל של שיתוף המדגישה את הביחד הזוגי. אולם, גם אם אורח חיים שיתופי הוא ראוי, וגם אם גישה זו תומכת בעיצוב ברירת מחדל של שיתוף שיחזק אורח חיים כזה, נראה לי כמעט מגוחך לכפות את הרציונל הקישורי על אפס וחמתם של צדדים שאורח חייהם האינדיבידואליסטי אינו מתאים בבירור לתיאור השיתופי-משפחתי. מכאן, שבניגוד לרציונלים הנורמטיביים של צדק ושוויון המבססים חזקת שיתוף בעלת אופי כמעט קוגנטי, הרציונל הקישורי מחייב רגישות גבוהה יותר לכוונתם של הצדדים הספציפיים ולאורח חייהם.⁹⁹ יתרה

⁹⁷ ראו Motro, לעיל הערה 94. אחד החידושים המעניינים בהמלצות ה-American Law Institution, שאושרו לאחרונה, היא ההמלצה לקבוע נוסחה שתאפשר להפוך נכסים פרטיים לחלוטין לנכסים משותפים. הנוסחה שהציע ה-ALI מבוססת על משך הנישואים והזמן שבו הנכס הנדון הוחזק על ידי הצדדים. באמצעות נוסחה זו מאפשר ה-ALI, במקרים מסוימים, להכיר הכרה מלאה בהסדר של שיתוף. ראו בנושא זה ה-ALI, לעיל הערה 63, בסעיף 4.12 ובהערות המחברים על סעיף זה.
⁹⁸ והשוו לניתוחו של השופט מצא בפרשת בריל, לעיל הערה 72, בעמ' 716 "דומה כי שורש המחלוקת בשאלה אם ככלל יש תחולה להלכת השיתוף על נכסים חיצוניים של בני זוג, נעוץ ביסוד התפיסה הרעיונית עליה מבוססת הלכת השיתוף. הסוברים כי הבסיס להחלטה של הלכת השיתוף הוא קיום "הסכם מכללא" בין בני הזוג, ייטו מטבע הדברים לפקפק בצדקת החלטה של הלכת השיתוף על נכסים חיצוניים... להכרעה שונה ניתן, לכאורה, להגיע מנקודת מבט הרואה בהלכת השיתוף ביטוי ל"חזיקה שיפוטית" המבקשת להגשים תפיסה ערכית הנגזרת מעקרונות-על של צדק ויושר..." בניגוד לשופט מצא המזהה את החלטה חזקת השיתוף על נכסים חיצוניים עם תפיסות של הגינות וצדק ואת דחייתה עם תפיסה הסכמית, הניתוח המוצע במחקר זה מבהיר כי דווקא התפיסות המבססות את חזקת השיתוף בדבר הגינות וצדק אינן מצדיקות החלטה של חזקת השיתוף על נכסים חיצוניים, שאינם תוצר מאמץ משותף. לעומת זאת, תפיסה קישורית-קהילתית המעוגנת בכוונת הצדדים תתמוך בהרחבת חזקת השיתוף לגבי הנכסים הללו.

⁹⁹ האמור בסעיף זה מתקשר לאחד מן ההבדלים המשמעותיים שבין גישתי לעניין השיתוף הזוגי לבין גישתם של דגן ופרניץ בעניין זה (ראו לעיל הערה 19). דגן ופרניץ כמעט אינם מתייחסים לרציונל ההסכמה כרציונל המסביר לפחות חלקית את חזקת השיתוף. נוסף על כך, הם דוחים באופן גורף את רציונל "התרומה" של בן הזוג הביתי כרציונל המסביר את המחויבות להסדר השיתוף, ולמעשה הם שוללים את האפשרות לבסס את השיתוף הזוגי על רציונלים נורמטיביים בעלי גוון ליברלי-אינדיבידואליסטי. חלף הרציונלים הללו הם מציעים רציונל, שהם מכנים אותו האידיאל של המשפחה כקהילה שוויונית, הכולל במעורב חלקים המזכירים את הרציונל הנורמטיבי שהוצג במחקר זה (במיוחד המחויבות לשוויון) לצד חלקים המזכירים את הרציונל הקישורי. על אף שגם אני סבור כי אין להסתפק ברציונליים האינדיבידואליסטיים לשיתוף – ומשום כך אני תומך בהתפתחויות האחרונות המשקפות את הרציונל הקישורי – אני סבור שקיים היגיון רב בהבחנה בין הרכיבים הנורמטיביים של השיתוף לבין הרכיבים המבוססים על ההיבטים הקישוריים קהילתיים של המשפחה. לטעמי, הרכיבים המעין-קוגנטיים של השיתוף וההתנתקות מכוונת הצדדים מוצדקים רק במקרים שבהם מעורבים העקרונות הנורמטיביים של צדק

מזו: לטעמי, גם אם מדובר במשפחות המקיימות אורח חיים קישורי, יש לכבד את רצונו של הבעלים הקנייני שלא לשתף את בן זוגו בנכסיו הפרטיים. אכן, ככל שמדובר בנכסי המאמץ המשותף, הערכים הנורמטיביים של צדק ושוויון כופרים למעשה בבעלותו המקורית הבלעדית של הבעלים הרשום על הנכסים הללו. על כן, בהקשר לנכסי המאמץ המשותף, ההכרה בשיתוף אינה מתפרשת כפגיעה בזכויות הקניין של הבעלים הרשום או כנטילה של זכות קניינית קיימת, אלא להפך – היא נועדה לתת תוקף לזכויות שצברו הצדדים עקב מאמצם המשותף ואינן מקבלות ביטוי משפטי ברישום הפורמאלי של הנכסים. בניגוד לכך, ככל שמדובר בנכסים "פרטיים" ובמיוחד בנכסי "העבר", איש לא יכחיש שהבעלות המקורית בהם היא של הבעלים הרשום. על כן, החלת השיתוף על הנכסים הפרטים בניגוד גמור לאומד דעתו של הבעלים הרשום מהווה פגיעה בעייתית בזכויותיו הקנייניות. ספק בעיני אם הערכים המשפחתיים שבבסיס המודל הקישורי יכולים להצדיק פגיעה זו.

מסקנת הדיון שנערך בפסקה הקודמת הייתה כי המודל הקישורי אינו מצדיק החלה של השיתוף על הנכסים הפרטיים בניגוד לכוונתו של הבעלים הרשום. למסקנה זו אני מעוניין להוסיף הסתייגות, לפיה לפחות במקרים של משפחות שחיו באורח חיים קישורי (חיים ממושכים, יחסים תקינים פחות או יותר ואווירה של שיתוף במשפחה), על הבעלים הרשום מוטל להבהיר לבן זוגו כי אין הוא מתכוון לשיתוף בנכסים הפרטיים. אסביר ואנמק: במקרים רבים חיים משותפים לאורך זמן, המלווים בדינמיקה של מאמץ משותף ביחסים תקינים פחות או יותר ובאווירה של שיתוף במשפחה, מוליכים את בן הזוג הלא רשום להסתמך כלכלית על הנכסים הפרטיים של בן זוגו.¹⁰⁰ בחלק מהמקרים הללו הסתמכות זו מוליכה את בן הזוג הביתי להזניח את האינטרסים האישיים הצרים שלו ולפעול לרווחתה המצרפית של המשפחה או אף לטיפול הנכסים הפרטיים של בן זוגו, מתוך הנחה כי כלל נכסי המשפחה, לרבות הנכסים הפרטיים של בן זוגו, ישרתו גם אותו ביום סגריר. במשפט המודרני קיימת מגמה חזקה להגן על מי שהסתמך על מצגו של זולתו גם אם הסתמכות זו לא עלתה כדי חוזה מחייב.¹⁰¹ לפיכך, ברי, שאם הבעלים הרשום של הנכסים הללו היה מודע להסתמכותו של בן הזוג הביתי, וודאי במקרים שבהם הוא עודד אותה או אף ניצל אותה לטובתו, הסתמכות זו עשויה לשמש בסיס להכרה בזכויותיו של בן הזוג השני.¹⁰² מכיוון שכך, אני סבור כי במצבים שבהם המשפחה חיה בדרך קישורית המעודדת הסתמכות, לא יהיה זה הוגן לשלול את תחולת השיתוף בשל כוונת סובייקטיביות שלא קיבלו ביטוי חיצוני ברור. על כן, נראה איפוא, כי אי-החלת השיתוף בנכסים החיצוניים חייבת להתבסס על מצגים

ושוויון. בניגוד לכך, השתתף השיתוף על הערכים הקישוריים-קהילתיים לגיטימית רק כשהערכים הללו נתפסים ככנות על ידי בית המשפט כמשקפים את הכוונה העמוקה של הצדדים (אף כי כוונה זו קשורה, כמובן, בהבניות תרבותיות ומשולבות בה גם תפיסות נורמטיביות) ביחס למשמעותם של היחסים הזוגיים. אכן, כפי שראינו, בישראל, לפחות עד לאחרונה במקרים שבהם חזקת השיתוף מבוססת בעיקר על הערכים הקישוריים והשיתופיים, נחלשים ההיבטים המעין-קוגנטיים ומתגלה רגישות רבה יותר לכוונת הצדדים. הבחנה זו מסבירה את הגמישות הקיימת בהפעלת חזקת השיתוף על נכסים פרטיים לעומת הנוקשות בהפעלתה על נכסי המאמץ המשותף. בניגוד לכך, הבחנה בלתי-מספקת בין תזות הצדק והשוויון לבין התזה הקישורית מוליכה את דגן ופרנץ להפחית בערכה של כוונת הצדדים בחזקת השיתוף, ולאפשר החלה מעין-קוגנטי של החזקה בכלל המקרים. בנוסף לכך, אי ההכרה בתקפם של ברציונלים הנורמטיביים האינדיבדואליסטיים של השיתוף הוליך את דגן ואת פרנץ לדחות את האבחנות המבוססות על המאמץ המשותף ולהחיל את כללי השיתוף הרגיל על פירות נכסים פרטיים שהופקו במהלך הנישואים שלא ממאמץ משותף ועל ירושות ומתנות.

¹⁰⁰ טיעון ההסתמכות כהצדקה להחלת הסדר של שיתוף על נכסים פרטיים הוא דומיננטי מאוד בהנמקות ה-ALI להצעותיהם בנדון. ראו הערה 63 לעיל, סעיף 4.12, ובהערות הרשמיות שם.

¹⁰¹ ראו, למשל, מנחם מאוטנר "יוצרי סיכונים" ו"נקלעי סיכונים" – הגנתו של המסתמך על מצג הזולת בחקיקה האזרחית החדשה" **משפטים** טז 92 (1986).

¹⁰² לטענה כי אינטרס ההסתמכות עשוי לבסס במקרים מסוימים גם זכויות קנייניות ראו Joseph W. Singer, *The Reliance Interest in Property*, 40 STAN. L. REV. 611 (1998). שימו לב כי במקרה של סינגר מדובר בשילוב ליברלי-קהילתני.

אובייקטיבים של הבעלים "הפורמלי", שיבהירו לבן זוגו כי אין הוא יכול להסתמך על הנכסים הללו.¹⁰³ בהערת אגב אציין כי עמדתי זו אף תעודד בני זוג שאינם מעוניינים ביחסי שיתוף לחשוף כוונה זו בפני בני זוגם. גישה זו משתלבת בתאוריה הכלכלית, המבקשת לעצב את החקיקה המרשה בפריזמה שתעודד חשיפת מידע וגילוי בין המתקשרים החוזיים (דין דיספוזיטיבי מעניש), באופן שיבהיר לשני הצדדים בדרך החדה ביותר את התוכן המשפטי של יחסיהם ויאפשר להם להיערך בהתאם.¹⁰⁴

בשורות הבאות ברצוני לגזור מן המתווה העקרוני אותו הצעתי חמישה עקרונות פעולה מעשיים: ארבעת העקרונות הראשוניים עוסקים במשפחות "רגילות" ומשום כך הן מציתות לרצינות הנורמטיבי, הממוקד במאמץ המשותף המשתקף בחוק יחסי ממון. לעומתם, העיקרון החמישי עוסק בנישואים ראשוניים ארוכי טווח ובבני זוג שאורח חייהם מתאים למודל הקישורי. בהתקיים התנאים הללו עקרון פעולה זה, הופך את ברירות המחדל הקבועות בחוק יחסי ממון ומתאים אותם למודל הקישורי ולהגנה על אינטרס ההסתמכות של בן הזוג הביתי.

(1) שימור האבחנה בין נכסי המאמץ המשותף לנכסים החיצוניים לצורך איזון המשאבים- ראשית, יש לכבד את הוראות חוק יחסי ממון ולהבחין בין נכסי המאמץ המשותף לנכסים החיצוניים. ככל שמדובר בנכסי המאמץ המשותף, יש להפעיל את איזון המשאבים, באופן גורף ומכני ללא קשר לכוונת הצדדים, ולאורח/אורך חייהם המשותפים. לעומת זאת, כאשר מדובר בנכסים החיצוניים (נכסים מלפני הנישואים, ירושות ומתנות הניתנות לאחד מבני הזוג), יש לכבד את ההוראה המתייחסת לנכסים הללו כנכסים פרטיים ששוים לא יאוזן. בהערת אגב, אציין כי אינני מקבל בהקשר זה, את הצעתו של פרופסור חנוך דגן להתייחס לירושות ומתנות כנכסים רגילים הכפופים לחלוקה שוויונית במתכונת הרגילה.¹⁰⁵ ברמה הפוזיטיבית, הצעה זו חורגת באופן בוטה מנוסחו המפורש של חוק יחסי ממון,¹⁰⁶ כמו גם מן המקובל בארצות מערביות נוספות.¹⁰⁷ ברמה המהותית, הצעה זו מתעלמת מן העובדה שירושות ומתנות באופן טיפוסי אינן תוצר של מאמץ משותף¹⁰⁸ ומשום כך הרצינות הנורמטיבי המצדיק את הסדר השיתוף הרגיל אינו חל לגביהם.¹⁰⁹

¹⁰³ ואכן, ה-ALI – המבססים את ההכרה בשיתוף בנכסים הפרטיים על רעיון ההסתמכות (ראו לעיל הערה 100) – מאפשרים למנוע את החלת חזקת השיתוף על נכסים פרטיים באמצעות הודעות פורמליות ומפורשות.

¹⁰⁴ לתאוריה זו ראו למשל Ian Ayres & Robert Gertner, *Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules*, 99 YALE L.J. 87 (1989). ליישומה הקונקרטי בתחום חזקת השיתוף והנכסים החיצוניים ראו עקרון הפעולה החמישי להלן בחלק זה.

¹⁰⁵ דגן, לעיל הערה 2, בעמ' 492-494.

¹⁰⁶ הסיווג של ירושות ומתנות כנכסים שאינם תוצר מאמץ משותף נעשה כבר בתקופתה של חזקת השיתוף ראו הלכת בריל, לעיל הערה 72 והוא אף אומץ בס' 5 לחוק יחסי ממון.

¹⁰⁷ הכלל המסורתי בארצות הברית כמו ברוב ארצות המערב מבחין בין נכסי עבודה לבין נכסים מלפני הנישואים, ירושות ומתנות שאינם כלולים ברכוש הזוגי ראו: Shari Motro, *Labor, Luck, and Love: Reconsidering the Sanctity of Separate Property* 102 Nw. U. L. Rev. 1623, 1623 (2008).

¹⁰⁸ אולם ראו Motro, שם הסבורה כי לעיתים גם מתנות וירושות הן תוצר של מאמץ משותף, כגון טיפול או התייחסות הולמת למעניק המתנה או המוריש. לביקורת זו מתייחס גם דגן, לעיל הערה 2, בעמ' 492. אכן, אינני מכחיש כי לעיתים ניתנת מתנה או אפילו הורשה תלויים בהתנהגות ובמאמץ מצד בן זוגו של היורש. ברם, במקרים הללו בדרך כלל המתנות ינתנו לשתי בני הזוג (ולטעמי כאשר ההורשה או המתנה היא אכן תוצר של מאמץ משותף ייחודי של שני בני הזוג, יש לערוך מאמץ פרשני לקרוא את כוונת המוריש או נותן המתנה ככוללת את שני בני הזוג וראו ברוח זו תמ"ש (י-ם) 5921/98 מהריאן נ' מהריאן, פ"מ תש"ס (1) 211 (2000). (בית המשפט מייחס כוונת הורשה משותפת למוריש בצוואה). עדיין, ככלל אצבע

(2) טעם הפרי כטעם העץ - שנית, ככלל, יש לשמר את האבחנה בין נכסי המאמץ המשותף לנכסים החיצוניים גם כאשר מדובר בפירותיהם של הנכסים הללו או בתחליפיהם. לפיכך, בעוד שפירות נכסי המאמץ המשותף יכללו באיזון המשאבים, ריבית על קרן פרטית, עליית ערך של תיק השקעות פרטי או דמי שכירות מדירה פרטית שנשמרו בנפרד מכלל נכסי המשפחה יחשבו כפרטיים ולא יכללו באיזון המשאבים.¹¹⁰ עם זאת, לכלל היסודי, הקובע כי דין הפרי והתחליף כדין העץ יש לקבוע שני חריגים שבהם פירות או תחליפים של נכסים פרטיים יחשבו לנכסים ברי איזון: הראשון, כאשר השבחת הנכס הפרטי דורשת מאמץ מתמשך במהלך הנישואים, כגון טיפול בתיק השקעות על ידי בן זוג המטפל בתיקו האישי כחלק מעבודתו המקצועית, השבחת ערך של חברה פרטית על ידי בעלי מניות העובד גם כמנהל בחברה,¹¹¹ או השבחת והשכרת נדל"ן הנעשית במהלך הנישואים בהיקף רחב הדורש הקדשת זמן רב ומומחיות, יש לראות בתוספת הערך פרי מאמץ משותף שיש לכלול אותם באיזון המשאבים.¹¹² השני, במקרים בהם שיתוף בן הזוג בניהול הנכסים הפרטיים, ערבוב הפירות המופקים מהנכסים הפרטיים או ערבוב תחליפי הנכס הפרטי עם כלל הנכסים הזוגיים, ילמדו על כוונת שיתוף בפירות הנכסים הפרטיים או אפילו בנכסים הפרטים עצמם.¹¹³

(3) הכרה מצומצמת בשיתוף מכוח הדין הכללי המבוססת על אינדיקציה פוזיטיבית לכוונת שיתוף - כהמשך לכלל שסיימנו בו את הנקודה הקודמת, ניתן לקבוע, כי במהלך הנישואים ניתן להכיר בשיתוף הנוצר בנכסים החיצוניים מכוח הסכמת הבעלים הרשום לשותף את בן זוגו בנכסיו, על אף שכוונה זו לא קיבלה ביטוי פורמאלי. עם זאת, ברירת המחדל הקבועה בחוק יחסי ממון הינה שנכס חיצוני הינו נכס פרטי. לכן, בניגוד לאיזון המשאבים ולחזקת השיתוף הקונבנציונלית המופעלים באופן אוטומטי, ללא בדיקת הנסיבות העובדתיות, במקרה רגיל, של שיתוף המבוסס

סביר מקובלת עלי הנחת המחוקק שנכסים הנצברים מעבודה יחשבו כתוצרי מאמץ משותף בעוד שירותים ומתנות לא יחשבו ככאלה.

¹⁰⁹ ואכן דגן, ובמידה רבה גם מוטרו מתנגדים באופן יסודי יותר לעצם ההבחנה בין נכסי המאמץ המשותף לנכסים אחרים, שכן דגן דוחה את רעיון המאמץ המשותף כהצדקה לכלל שיתוף הנכסים. בניגוד לכך, מחקר זה סבור כי רעיון המאמץ המשותף מסביר את הגרעין הקשה של השיתוף הזוגי אף כי לא את הרחבותיו לנכסים החיצוניים. משום כך, מחקר זה מצדיק את האבחנה בין ירושות ומתנות לנכסים שהנם תוצר עבודה של בני הזוג.

¹¹⁰ וראו ברוח דומה בארצות הברית Oldham, לעיל הערה 98, בעמ' 250: "[T]he distinction between separate property and marital property...is perceived by most people as fair. There seems to be general acceptance today that spouses should share the fruits of the marital partnership, but not other property." אולם השוו דגן, לעיל הערה 2, הכופר ברעיון המאמץ המשותף, כמצדיק שיתוף זוגי ומשום כך הוא סבור כי כל רווח שהופק במהלך הנישואים לרבות פירות של נכסים פרטיים יחשב כשותף.

¹¹¹ וראו בנושא זה בהרחבה ראו Thomas J. Oldham, *Separate Property Businesses That Increase in Value During Marriage*, Wis. L. Rev. 585

¹¹² ואכן, בארצות שבהן מקובלת ההבחנה בין נכסים פרטיים לבין נכסים משותפים, מוקדש מאמץ רב למציאת הנוסחה שתאפשר לבודד בין המרכיבים הפרטיים לבין התוספת המשותפת. המבחנים שהתפתחו בהקשר זה מבוססים בדרך כלל על חשיבה נורמטיבית, המניחה כי רק תוספת שמקורה במאמץ המשותף של הצדדים חייבת להתחלק ביניהם. ראו בהקשר זה את פסקי הדין (1909) 156 Cal. 1 (Pereira v. Pereira); 17 Cal. App. 1 (1921) (Van Camp v. Van Camp). כן ראו ALI, לעיל הערה 63, בסעיף 4.05 ו- 5960/95 (ת"א) פלוגים נ' אלמונים (לא פורסם, 29.1.03) (דמי שכירות ליישום גישה זו בהקשר הישראלי ראו תמ"ש (ת"א) 45181/98 פלוגי נ' אלמונית (לא פורסם, 23.6.02) (השקעת הבעל בשיפון מדירה פרטית נחשבים כנכס פרטי).

¹¹³ בנושא זה הצעותי חורגות מן היישום הטכני של הגישה הנורמטיבית כפי שנעשתה בפסק הדין בעניין לידאי לעיל הערה 49 שבו הופרדו החלקים הפרטיים והמשותפים ומתקרבות למודל הקישורי הרואה בערבוב חלק מאותה תפיסה קישורית – יחידתית –קהילתית המאפיינת את היחסים הזוגיים. והשוו לגישות השונות בהקשר לערבוב ותחלוף נכסים משפט האמריקאי שהובאו לעיל הערה 95 וראו גם תמ"ש (ת"א) 45181/98 פלוגי נ' אלמונית (לא פורסם, 23.6.02) (השקעת הבעל בשיפון דירה שהובאה על ידי האשה לנישואים הפכה את כלל הנכס למשותף).

על הדין הכללי, להבדיל מן הנסיבות הקישוריות החריגות אליהן נתייחס בעקרון החמישי להלן, נטל ההוכחה לקיומה של כוונת שיתוף בנכסים חיצוניים יוטל על הטוען לשיתוף. לצורך זה, על הטוען לשיתוף להצביע, כמצוותה של השופטת שטרסברג-כהן, על נסיבות עובדתיות קונקרטיות מעבר לנישואים ולמגורים המשותפים, כגון שיתוף משאבים כללי בין בני הזוג, ערוב כספים ממקורות שונים והצהרות הדדיות מפורשות שמהם ניתן ללמוד על כוונה לשיתוף.¹¹⁴

(4) הגנה על בן זוג מתחלק- רביעית, במקרים שבהם אחד מן הצדדים מיזג את רכושו הפרטי ברכוש המשותף בעוד שבן הזוג השני שמר את רכושו בנפרד יהיה זה לא צודק לחלק את הרכוש הממוזג ולשמר את הרכוש הנפרד כרכוש פרטי. משום כך, במקרים הללו יש להסמיך את בתי המשפט לעשות שימוש בסעיף 8 (1) לחוק,¹¹⁵ על מנת לבודד רכיבים פרטיים במקורם של בן הזוג "הנדיב" שכבר מוזגו בכלל הנכסים ולקבוע ששוים לא יאוזן. במקרים אחרים, מסוג זה כאשר לא ניתן לבודד את הרכיבים הפרטיים שמוזגו בכלל הנכסים ניתן להשתמש בהוראת סעיף 8 (2) לחוק המאפשרת חריגה מחלוקה שווינית, על מנת להגיע לתוצאה צודקת.¹¹⁶

(5) הגנה מיוחדת על בן הזוג המסתמך בהתקיים תנאי הסף הקישוריים -

עקרון הפעולה האחרון שברצוני להציע חורג מן החשיבה הנורמטיבית ומשקף את הלוגיקה הקישורית ואת הצורך בהגנה על ערך ההסתמכות של בן זוג ביתי בנישואים ממושכים. על פי עקרון פעולה זה, ככל שמדובר בדירת מגורים משפחתית, או בנכס משפחתי מובהק אחר ובהתקיים תנאי הסף הקישוריים הכוללים (1) נישואים ראשוניים מלווים בגידול משותף של ילדים, (2) אורח חיים תקין ו- (3) נישואים ממושכים לתקופה העולה על 20 שנים, ברירת המחדל תהיה כי כוונת הצדדים הינה לשיתוף ומשום כך יקבע שיתוף מכוח הדין הכללי. על מנת לשלול את השיתוף על הבעלים הרשום יוטל הנטל להוכיח כי התנהגות הצדדים משקפת כוונת נוגדת שיתוף. לחלופין, על הבעלים הרשום להוכיח כי במהלך הקשר, עוד בטרם בשלה זכותו הקניינית של בן הזוג, הודיע באופן חד צדדי, בדרך אובייקטיבית (רצוי פורמאלית), כי דירת המגורים היא שלו חרף המגורים המשותפים.¹¹⁷ בדומה לכך, במקרים דוגמת אלו שנדונו בפסקי הדין אבולוף¹¹⁸ ודרהם¹¹⁹ שבהם בן הזוג תורם בעבודתו "הביתית" או "החיצונית" לתחזוקתם של

¹¹⁴ והשוו למגמה המסתמנת בחלק מן הפסיקות האחרונות, לעיל הערה 89, לראות בשיתוף כברירת המחדל אפילו במקרה של נכסים חיצוניים.

¹¹⁵ ס' 8 (1) לחוק יחסי ממון המתוקן מסמיך את בית המשפט לקבוע נכסים נוספים על המפורטים בסעיף 5 ששוויים לא יאוזן בין בני הזוג.

¹¹⁶ במיוחד רלוונטי בהקשר זה במקרים אחרים ניתן לעשות שימוש בהוראה הכללית יותר בסעיף 8 (2) לחוק המתוקן המסמיך את בית המשפט לחלק את רכוש הצדדים שלא בדרך של מחצה על מחצה מטעמי צדק.

¹¹⁷ שימו לב כי במקרה של נכס מאמץ משותף הודעה חד צדדית לא תעזור שכן הטענה הנה כי נכס הנרכש ממאמץ משותף שייך מראש לשני הצדדים. לעומת זאת, ככל שמדובר בנכס מלפני הנישואים, ההצדקה לשיתוף הנה הסתמכות בן הזוג הלא רשום, הודעה חד צדדית ברורה מספיקה על מנת לשלול הסתמכות כזו.

¹¹⁸ ראו לעיל הערה 71. בפרשת אבולוף עסק בית המשפט בחנות שהבעל רכש בה זכות דיירות מוגנת לפני הנישואים. בני הזוג חיו בשלום תקופה ממושכת, ובמשך התקופה עזרה האשה מדי פעם בעבודת החנות. נראה לי כי בסוג זה של מקרים, התבססות על הרישום הקנייני בעייתית בכמה מובנים. ראשית, במקרה של עליית ערך, זכותה של האשה למחצית מהשבחת החנות (ובחנות) עשויה להיחשב כמאמץ משותף. מכיוון שכך, במקרה של עליית ערך, זכותה של האשה למחצית מהשבחת החנות במשך הנישואים נובעת מהרציונלים הנורמטיביים של צדק, הגינות ושוויון שנית, גם אם ערכו של הנכס הפרטי לא עלה במשך הקשר הזוגי. עדיין קיימים עסקים (בעיקר עסקים משפחתיים קטנים כגון מכולת שכונתית או חנות הפרחים בפרשת אבולוף) שנדרשת עבודה יומיומית של בעליהם כדי לתחזקם ולשמרם. אני סבור כי במקרים הללו, השתתפות עקיבה וממושכת של בן הזוג הביתי במאמץ המשותף של תחזוק העסק אמורה להבטיח לו – על פי הלוגיקה המנחה את הרציונל הנורמטיבי – את מחצית ההפרש בין הערך הנוכחי של הנכס לבין הערך המשוער של הנכס אלמלא הושקע בו המאמץ המשותף

עסקים פרטיים בעלי גון משפחתי, יש להפעיל מכניזם דומה המניח הסדר שיתוף ומטיל את הנטל על הבעלים הרשום להבהיר לבן זוגו מבעוד מועד ובאופן חד וברור כי השותפות בין בני הזוג מוגבלת למשך הנישואים, וכי במקרה של פירוד הנכס העסקי יחשב פרטי. אם הבעלים הרשום לא עשה כן יוכרז על שיתוף מכח הדין הכללי.

הערה ג'ורספודנטלית -

בשולי הדיון המהותי ברצוני להוסיף למתווה המוצע בפרק זה, גם היבט ג'ורספודנטלי הקשור ביחסי בית המשפט והמחוקק. המבנה המורכב של דיני המשפחה בישראל, והקיפאון הפוליטי הכופה במשך תקופה ארוכה שיתוק על המחוקק בנושא טעון זה, מאלצים לעיתים את בתי המשפט לנקוט באקטיביזם שיפוטי מוצדק על מנת לפתור מצוקות אישיות וכלליות שהדין הקיים אחראי להן. במסגרת זו, הרחיבו בתי המשפט את דיני הידועים בציבור, העמיקו את ההכרה בנישואים האזרחיים מחוץ לישראל ולאחרונה אף פתחו מסלול מזונות אזרחיים המנותק מן הדין הדתי. לפחות במקורו פיתוח השיתוף המבוסס על הדין הכללי היה חלק ממהלך זה. כזכור, השיתוף מכוח הדין הכללי, שהוצג בפסק הדין בעניין קנובלר-יעקובי משמש כתרופה חלקית, למצוקתן של בני זוג (בעיקר נשים) מעוגנים שבני זוגם סכלו את זכותם ברכוש המשפחתי לרבות נכסי המאמץ המשותף באמצעות התנגדות לגירושים. ואכן, בעקבות פסק הדין בעניין קנובלר – יעקובי הפך השיתוף מכוח הדין הכללי לכלי המרכזי שבאמצעותו נקבע השיתוף הזוגי בישראל על בני זוג שנישא לאחר שנת 1974. בתי המשפט פיתחו וחיידו כלי זה וחלק מן השופטים החילו באמצעותו משטר שיתופי רחב על הנכסים החיצוניים חרף הוראות חוק יחסי ממון. אולם התיקון לחוק יחסי ממון, הוא מאורע חשוב ומרגש שבו התגבר המחוקק הישראלי על כבליו ומגבלותיו ובאמצעות הקדמת מועד איזון המשאבים סיפק פתרון למצוקה ולמבוכה שהותיר אחריו חוק יחסי ממון המקורי. במקביל לכך, עסק המחוקק גם בתכנון המהותיים של חוק יחסי ממון, שינה בהם היבטים חשובים אך בחר להותיר את האבחנה בין נכסי המאמץ המשותף לנכסים החיצוניים על כנה. בנסיבות הללו, נדמה לי כי על בתי המשפט לכבד את הכרעת המחוקק גם אם הכרעה זו אינה תואמת חלק מן המגמות שהסתמנו בפסיקה שקדמה לחקיקת החוק.

ברוח הערתי הג'ורספודנטלית, אציין, כי שני עקרונות הפעולה הראשוניים שהצגתי (מיעוט הנכסים החיצוניים ופירותיהם מאיזון המשאבים), מלאו אחר הוראות חוק יחסי ממון ויישמו במדויק את חשיבה הנורמטיבית הממוקדת בנכסי המאמץ המשותף. העקרון השלישי, איפשר אמנם הכרה בשיתוף בנכסים חיצוניים מכוח הדין הכללי, אולם הכרה זו תאמה את הגרסה המצומצמת

במשך הנישואים. **נוסף על כך**, גם אם לא ניתן לראות בעבודתה של גברת אבולוף בבית ובחנות תרומה לרכיב ההוני של החנות, ודאי שהיא משקפת הסתמכות על החנות כמקור כלכלי משותף – הסתמכות שבן זוגה היה מודע לה היטב (אני סבור, למשל, כי נכונותה של גברת אבולוף לעבוד בחנות תקופות ממושכות ללא קבלת שכר משקפת תחושה משפחתית שלפיה החנות מהווה נכס משותף) על כן אני סבור כי ראוי להטיל על מר אבולוף את הנטל להבהיר לאשתו באופן חד וברור כי השותפות בין בני הזוג מוגבלת למשך הנישואים, וכי במקרה של פירוד לא תיחשב החנות כרכושה. לדעתי, במקרים מסוג זה הזקת השיתוף אמורה להיות מופעלת בכל מקרה שבו הבעלים הרשום לא הבהיר כי אין כוונתו לשיתוף.¹¹⁹ לעיל הערה 71. בדומה לפרשת **אבולוף**, גם בפרשת **דרהם** דובר באשה שחיה עם אדם במשך 22 שנים, גידלה את ילדיהם, ניהלה את משק הבית המשותף, עבדה מחוץ לבית ואף השקיעה מעמלה בעסק המשותף. למרות זאת קבע השופט טירקל (בדעת מיעוט) כי מכיוון שמדובר בנכס עסקי שנרכש לפני הנישואים, ומכיוון שלא הוכחה כוונת שיתוף של הבעל, לא תוחל הזקת השיתוף. לי נראה, כי במקרה **דרהם** תרומת האשה בבית ומחוץ לבית לתחזוקת העסק המשותף ולרווחת המשפחה באופן כללי ביטאה הסתמכות שלה על הנכסים המשותפים. מכיוון שכך, גם אם באופן פורמלי דובר בנכסים מלפני הנישואים, במקרה כזה לא היה מקום לגישה המדגישה את אומד דעתו של הבעל – שלא קיבלה ביטוי חיצוני ברור – ומעדיפה אותו על הסתמכות האשה ועל תרומתה.

של השיתוף מכוח הדין הכללי, הרואה בהפרדה כברירת המחדל ודורשת ראייה פוזיטיבית לקיומה של כוונת שיתוף. כפי שהסבירה השופטת שטרסברג-כהן בפרשת יעקבי, יישום זה של דיני השיתוף, תואם את הלוגיקה של סעיף 4 לחוק יחסי ממון הקובע כי הדין הכללי יקבע את טיבם של יחסי הצדדים במהלך הנישואים. העיקרון הרביעי אותו הצעתי, העוסק בהגנה על בן הזוג המתחלק לעומת בן הזוג ששמר את נכסי לעצמו, ממליץ על שימוש בסמכויות המיוחדות הנתונות לבתי המשפט בסעיף 8 לחוק יחסי ממון עצמו ועל כן ברור שעקרון זה אינו עומד בניגוד לחוק. בניגוד לארבעת עקרונות הפעולה הראשונים, העיקרון החמישי הוּפך את ברירת המחדל מפרטית לשיתופית (בהתקיים תנאי הסף הקישורים) ומטיל על הבעלים הרשום את הנטל להבהיר מבעוד מועד את אי הסכמתו לשיתוף, דורש מבית המשפט פרשנות אקטיביסטית יותר להוראות החוק הקיים. משום כך, מטעמים של יציבות וודאות משפטית הייתי ממליץ על תיקון חקיקתי נוסף שיגבש כהוראת חוק את תנאי הסף הקישוריים ואת היפוך הנטלים במקרה של התקיימותם. עם זאת, לטעמי, גם במצב המשפטי הקיים, יישום זהיר של עקרון הפעולה החמישי, המאפשר בסופו של יום לבעלים הרשום למנוע את תחולת השיתוף על ידי הודעה חד צדדית אובייקטיבית ופורמאלית שמזהירה את הצד השני מהסתמכות על נכסיו- מהווה הרחבה סבירה ונצרכת של לוגיקת הדין הכללי. בניגוד לכך, אני חושש שאימוץ וחיזוק העמדות המטשטשות את האבחנה בין נכסי המאמץ המשותף לנכסים החיצוניים ללא המגבלות והיישום הזהיר עליו המלצתי אינן ראויות מהותית ובוודאי שאין אינן משתלבות עם הוראות המחוקק.

4. הגנת בן הזוג "הביתי": צללים ראשונים

בדוננו במודל ההסכמי של חזקת השיתוף עמדנו על כך שעל פי מודל זה לא הוכר השיתוף במצבים שבהם אומד דעתו של הבעלים "הקנייני" (בן הזוג הרשום) לא היה לשיתוף. הסברנו כי עניין זה מחליש מאוד את ההגנה שהעניק מודל זה לנשים שלקחו על עצמן את תפקיד בן הזוג הביתי. לעומת זאת, הדיון במודל הנורמטיבי של חזקת השיתוף הבהיר כי לפחות כשמדובר בנכסי המאמץ המשותף, יהיה קשה מאוד לנשל נשים מזכויותיהן בהיעדר הסכם מפורש ומאושר. יתרה מזו: הדיון בחלקים הקודמים לימד כי שימוש מושכל ברציונל הנורמטיבי-המסחרי וברציונל הקישורי בתוספת לרעיון ההסתמכות, עשוי להוליך להכרה נרחבת בזכויותיהם של בני הזוג הביתיים בנכסים שבמבט ראשון נראים כפרטיים.

עם זאת, ברור כי קיימים מקרים שבהם גם פרשנות מרחיבה של הרציונלים הקיימים אינה מאפשרת החלה של הסדר שיתוף על נכסים פרטיים, גם במקרים של נישואים ממושכים.¹²⁰ הבה נשוב לפרשת **אבו רומי** שבה, כזכור, נפתח הצוהר להפעלת השיתוף מכח הדין הכללי על הנכסים החיצוניים.¹²¹ בפרשה זו, אשה מוסלמית שהייתה נשואה 14 שנים וגידלה 7 ילדים נושלה מבית המשפחה, שנבנה על קרקע פרטית וממשאבים פרטיים של הבעל. האשה הייתה עקרת בית, ובאופן טבעי לא קיבלה במשך הנישואים כל תמורה כלכלית על עבודתה הביתית. בהתחשב בעובדה שמדובר בנכס פרטי, הרי ששיקולי צדק ושוויון קונבציונליים שנשענים על צורת חשיבה עסקית-מסחרית אינם יכולים להצדיק החלת משטר של שיתוף בנכסים על בית המשפחה. בדומה לכך, על רקע המבנה הפטריארכלי של המשפחה כאותו מקרה, קשה לטעון שכוונת הצדדים הייתה

¹²⁰ להדגמת קבוצת מקרים שבהם אפילו שילוב מרחיב של הרציונל הנורמטיבי והקישורי לא מצדיק הכלה של שיתוף קנייני בנכסים מלפני הנישואים ראו ליפשיץ, הערה 2 לעיל, בעמ' 726-728.
¹²¹ הערה 8 לעיל.

לשיתוף או אפילו שנוצרו מצגים שאפשרו לאשה להניח כי יש לה זכויות בדירה. לכן קשה להצדיק טענת שיתוף גם מנקודת המבט של השיתוף המבוסס על הדין הכללי. עם זאת ברור, כי תוצאת פסק הדין, שהשאירה את האשה ללא נכסים וללא מקור השתכרות עתידי, חרף תרומתה למשפחה במשך השנים – היא בלתי-נסבלת. מקרים מסוג זה חושפים את נוקשותה של חזקת השיתוף, המאפשרת להגיב למצוקתן של בנות הזוג הביתיות רק באמצעות חלוקה שוויונית נוקשה ובמידה רבה שרירותית של נכסי העבר. לטעמי, מקרים אלו חושפים את הצורך בפיתוח סעדים משלימים, מעבר לדיני הרכוש והקניין במובנם הצר, כגון פיצוי לבן הזוג על השקעתו במשפחה לאורך שנים או הטלת חובת המזונות לאחר הגירושים. הצורך בפריצת המסגרת הרכושית של השיתוף הקנייני ובפיתוחם של כלים משפטיים אלטרנטיביים, שמטרתם להגן על בני זוג הביתיים, מתחדד עוד יותר בהקשר לדיון בהון האנושי ובפערים בכומר ההשתכרות בין בני הזוג. בכך יעסוק הפרק הבא.

ג. כושר השתכרות ונכסי העתיד

מקרה אבו רומי, איננו ייחודי למשפט הישראלי. מחקרים אמפיריים שעסקו בתוצאות הכלכליות של הגירושים גילו תופעה מטרידה של עוני נשי ושל פערים כבדים ביכולת הכלכלית של נשים וגברים בעקבות גירושים.¹²² ההתמודדות עם תופעה זו מסעירה משפטנים העוסקים בדיני משפחה והיא עומדת במרכזם של רפורמות רבות שגובשו בתחום בשנים האחרונות. דומה כי ניתן לאפיין שלוש גישות מרכזיות בדבר הכלי משפטי הראוי להתמודדות עם הפערים בכומר ההשתכרות בין גברים ונשים בעקבות הגירושים:

- (1) יש הסבורים כי יש להרחיב את המונח "נכס", באופן שיכלול גם את כושר ההשתכרות שנרכש במהלך הקשר הזוגי ויאפשר לחלק אותו בין הצדדים בעקבות הגירושים.¹²³ (להלן: **הכלי הקנייני**).
- (2) לעומתם, יש הרואים **בדיני המזונות לאחר הגירושים**,¹²⁴ ובפיצויים על **הפסדי הקריירה**¹²⁵ ככלי המשפטי הראוי להתמודדות עם הפערים בכומר ההשתכרות.

¹²² ראו LENORE J. WEITZMAN, THE DIVORCE REVOLUTION: THE UNEXPECTED SOCIAL AND ECONOMIC CONSEQUENCES FOR WOMEN AND CHILDREN IN AMERICA 323–56 (1985) המתארת פער משמעותי בין התוצאות הכלכליות של הגירושים בין גברים ונשים. ממצאיה של ויצמן שוחזרו על ידי חוקרים נוספים. ראו למשל את המאמרים המובאים בהקדמת העורכים לספר: ECONOMIC CONSEQUENCES OF DIVORCE- THE INTERNATIONAL PERSPECTIVE (Lenore J. Weitzman & Mavis Maclean eds., 1992).

¹²³ למחקר חלוצי בהקשר זה ראו Joan M. Krauskopf, *Recompense for Financing Spouse's Education: Legal Protection for the Marital Investor in Human Capita.*, 28 U. KAN. L. REV. 379 (1980) שהושג במשך הנישואים בעת שנדונים עניני הגירושים. ראו גם: Weitzman, שם, בעמ' 387-388, Erik V. Wicks, *Professional Degree Divorces: of Equity Positions, Equitable Distributions, and Clean Breaks*, 45 WAYNE L. REV. 1975 (2000). וכן לאחרונה Frantz & Dagan, לעיל הערה 19, בעמ' 133-137, וליפשיץ, לעיל הערה 2, בעמ' ע' 728 ואילך.

¹²⁴ ראו להלן פרק ג.2. (א)

¹²⁵ ראו להלן פרק ג.2. (ב)

(3) **כלי משפטי נוסף שאומץ בשיטות משפט שונות הוא הכלי האקוויטבלי**

המאפשר לבתי המשפט לסטות מחלוקה שוויוניות של הרכוש הזוגי בהתחשב בפערים בכושר ההשתכרות של בני הזוג ובצורכיהם השונים.¹²⁶ בישראל, לאחר שנים שבהם דחו בית המשפט תביעות להחלת חזקת השיתוף על כושר השתכרות, נקבע בפסק דין חדשני של בית המשפט העליון, שהחזקה תחול על מוניטין אישי וכושר השתכרות שנצבר במהלך הנישואים.¹²⁷ סוגיית כושר ההשתכרות אף עלתה בפני מתקני חוק יחסי ממון,¹²⁸ אולם סעיף 5 (ג) שהוסף לחוק במסגרת התיקון, אשר כלל במפורש "זכויות עתידיות לפנסיה, פיצויי פרישה, קרנות השתלמות וקופות תגמולים וחסכונות" בהגדרתם של נכסי בני הזוג, לא התייחס לכושר ההשתכרות. במקום הכללה ישירה של כושר ההשתכרות במסת הנכסים הכפופים לאיזון העדיף המחוקק לשלב את כושר ההשתכרות, ובאופן רחב יותר את מה שכונה נכסי העתיד¹²⁹, בס' 8 לחוק יחסי ממון העוסק בסמכויות מיוחדות של בתי המשפט. לצורך זאת תוקן הנוסח הקודם של סעיף 8 וסעיף 8 (2) לחוק המתוקן קבע כי:

רשאי בית המשפט "לקבוע שאיזון שווי הנכסים, כולם או מקצתם, לא יהיה מחצה על מחצה, אלא לפי יחס אחר שיקבע, בהתחשב, בין היתר, **בנכסים עתידיים, לרבות בכושר ההשתכרות** של כל אחד מבני הזוג";

בכך אימץ המחוקק **כלי אקוויטבלי** המקנה לבתי המשפט שיקול דעת לסטיה מחלוקה שוויונית של נכסי הנישואים. פרק זה יעסוק בנושא המסעיר של חלוקת התוספת לכושר ההשתכרות של בני הזוג בעת גירושיהם ויחולק לשלושה חלקים:

ראשית, נעסוק בכלי הקנייני של חלוקת ההון האנושי; נציג את האפשרויות השונות לחישוב התוספת לכושר ההשתכרות ואת הטכניקות הקיימות למימוש החלוקה ונציע כמה חדשות משלנו; נצביע על ההבדלים המעשיים והערכיים בין הגישות השונות ועל היתרונות וחסרונות של המודל הקנייני באופן כללי; לאחר מכן נעבור לעמדות המתחרות הדוחות את החלוקה הקניינית ומעדיפות על פניה את המזונות ואת הפיצוי על הפסדי הקריירה; לבסוף, נפנה לכלי האקוויטבלי שאומץ בסעיף 8 לחוק יחסי ממון.

עקרונית אני תומך בבחירה של המחוקקים בכלי זה, אולם בהמשך אציע עקרונות ליישומם הראוי. עם זאת אטען, כי התיקון לחוק יחסי ממון לא סתם את הגולל על קביעת שיתוף רכושי- קנייני בנכסי העתיד במקרים המתאימים. בנוסף לכך אציע, כי במקרים רבים יש לגבות ו/או להמיר את החלוקה הרכושית הקניינית או האקוויטבלי במזונות ובפיצוי על הפסדי קריירה. לפיכך מסקנתני

¹²⁶ ראו להלן פרק ג.3.

¹²⁷ ראו בע"מ 4623/04 פלוני נ' פלונית (לא פורסם, 26.8.07) (להלן: פרשת כושר ההשתכרות). שבו הוחלה לראשונה בפועל חזקת השיתוף על כושר השתכרות. עוד קודם לכן, בבע"מ 5879/04 פלוני נ' פלונית, פ"ד נט (1) 193 (2004). בפסק דין חדשני תמך השופט רובינשטיין בהכללת ההון האנושי במסת הנכסים העומדת לחלוקה אף כי לא יישם זאת באופן מעשי בנסיבות אותו המקרה.

¹²⁸ ראו את דברי ההסבר להצעת חוק יחסי ממון תיקון מס' 4 לעיל הערה 7. בעמ' 243-244.

¹²⁹ הצעת החוק אימצה את הביטוי נכסי עתיד אשר נתבע במאמרי על חזקת השיתוף (ראו: ליפשיץ, לעיל הערה 2) ואת הרציונל לצורך בהתחשבות נכסים הללו בעת חלוקת רכושם של הצדדים אשר הוצע שם. ראו את דברי ההסבר להצעת החוק שם: "מוצע להבהיר כי בקביעת היחס האמור תתחשב הערכאה המוסמכת גם **בנכסים העתידיים** של כל אחד מבני הזוג (כגון מוניטין, תארים מקצועיים ניסיון מקצועי וקביעות בעבודה) ובכושר ההשתכרות של אחד מהם. במדינות מערביות גוברת בחקיקה ובפסיקה מגמה של התייחסות לפערים הכלכליים שבין בני הזוג בהליך פירוק הרכוש המשותף, בין היתר, במתן פיצוי חד פעמי או עתי לבן הזוג החלש. פעמים רבות פערים אלה נובעים מכך שאחד מבני הזוג ויתר על התפתחותו המקצועית ועל יכולת ההשתכרות שבצדה, כדי לאפשר לבן הזוג האחר לעשות כן (ראו ליפשיץ, לעיל הערה 2).

הסופית תהיה, כי במקום בחירה נוקשה באחד מן המודלים והכלים המשפטיים, על המשפט הישראלי לפתח ארגז כלים מגוון. לפיכך אציע עקרונות שונים על מנת להתאים את הבחירה ו/או שילוב ראוי בין הכלים השונים לסיטואציה הקונקרטית.

1. הכלי הקנייני: חלוקת התוספת לכושר ההשתכרות

א. הכלי הקנייני ויתרונותיו הרעיוניים

יתרוננו הגדול של הכלי הקנייני הוא בפשטותו הרעיונית: כלל החלוקה השוויונית של הרכוש הזוגי אשר נצבר במהלך הנישואים הינו אבן יסוד של דיני המשפחה בישראל ובעולם. מחקרים כלכליים מצביעים על ההון האנושי, ובכלל זה על כושר ההשתכרות העתידי כנכס הכלכלי המרכזי בעולם המודרני.¹³⁰ הכלי הקנייני, מבקש לזהות את התוספת לכושר ההשתכרות שנצברה במהלך הנישואים ולחלק תוספת זו בין הצדדים. ואכן חלוקה קניינית של כושר ההשתכרות משתלבת היטב עם הרציונאליים המרכזיים המנחים את השיתוף הזוגי בישראל.¹³¹ כך, כלי זה תואם את הרציונאל הנורמטיבי, המבוסס על רעיון המאמץ המשותף ועל שיקולי הוגנות ושוויון מגדרי. מחקרים מלמדים כי בכל העולם וכן בישראל, קיימים הבדלים משמעותיים בדפוסי העבודה של גברים ונשים במשך הנישואים, כך שבמקרים רבים נשים נוטלות על עצמן, באופן מלא או חלקי, את תפקיד בן הזוג הביתי, גם במחיר של ויתור מסוים על פיתוח הקריירה החיצונית. בניגוד לכך, גברים ממעטים ליטול על עצמם תפקידים ביתיים ומשום כך יכולתם לטפח קריירה חיצונית במקביל לחיי נישואים גבוהה יותר.¹³² על כן, במקרים רבים גברים מצליחים לקיים חיי משפחה ואף להגדיל את הונום האנושי במשך הנישואים בזכות תמיכה אינטנסיבית של בנות זוגם, הלוקחות על עצמן את תפקיד בן הזוג הביתי.¹³³ מצב עניינים זה מבסס טיעון התומך בחלוקת כושר ההשתכרות שנצבר במשך הנישואים בין שני בני הזוג, שכן אם התוספת לכושר ההשתכרות שנוצרה במשך הנישואים היא נכס כלכלי, ואם נכס זה הוגדל – בין

¹³⁰ לניתוח כלכלי של מושג ההון האנושי ראו GARY S. BECKER, HUMAN CAPITAL (1964).
¹³¹ ראו בעניין בפסקה 13 לפסק דינו של השופט ריבלין בפרשת כושר ההשתכרות, לעיל הערה 127: "הלכת השיתוף מורה אותנו כי בני זוג המקיימים חיי-זוגיות תקינים - נכס שרכשו במאמץ משותף חזקה שהוא שייך לשניהם בחלקים שווים. לאור הדברים שאמרנו, והדברים שעוד נאמר, איננו רואים טעם של ממש מדוע - על דרך הכלל - לא להחיל את ההיגיון הגלום בחזקה זו גם על ההנאה מ"נכסי קריירה".

¹³² ראו למשל, RUTH HALPERIN-KADDARI, WOMEN IN ISRAEL: A STATE OF THEIR OWN Ch.7 (2004). חשוב להדגיש כי ניתוח זה רלבנטי לא רק במקרים של זוגות שבהם האשה איננה עובדת, אלא גם במקרים של זוגות "שוויוניים לכאורה", שבהם שני בני הזוג עובדים מחוץ לבית. הזכרתי כבר בפרק ב לעיל, כי בהתאם למחקרים סוציולוגיים, כמעט בכל דפוס המשפחה המודרניים קיימים פערים משמעותיים בין גברים לנשים בשכר, בשעות העבודה ובחלוקת המטלות בין הבית לעבודה. ברור אפוא כי במקרים הללו נוצר במהלך הנישואים פער משמעותי בין "נכסי הקריירה" שצברו גברים לבין "נכסי הקריירה" שצברו נשים.

¹³³ חשוב, למשל, על מקרים של רופאים, שבניית כושר ההשתכרות שלהם נמשכת תקופה ארוכה והיא דורשת השקעה אינטנסיבית בלימודים ובעבודה. מכיוון שכך, במקרים רבים הם נזקקים לסיוע משמעותי של בן זוג ביתי. חשוב בהקשר הישראלי על איש צבא בכיר, שבמשך הקריירה הצבאית שלו בן זוג לוקח אחריות כמעט מלאה על גידול הילדים, ונוסף על כך הוא נאלץ לשנות את מקום מגוריו בהתאם למגוריו של איש הצבא. לאחר שחרורו של איש הצבא הבכיר בני הזוג מתגרשים, והמוניטין האישי שצבר איש הצבא והידע המקצועי שלו מאפשרים לו לפצוח בקריירה שנייה כמנכ"ל בחברה ממשלתית או כיועץ לחברה ביטחונית. על פי המשטר המשפטי הקיים, בני הזוג יתחלקו בנכסים שנצברו במשך השירות הצבאי, אך בן הזוג הביתי – שבמקרים רבים נאלץ לוותר על קריירה עצמאית – לא יחלוק עם בן זוגו את ההכנסותיו מתפקדיו החדשים, שאין ספק כי נצברו על סמך המוניטין שרכש בזמן שירותו הצבאי.

היתר בשל מאמציו של בן הזוג הביתי, כי אז ניתן לראות נכס זה כתוצר של השותפות בין בני הזוג ויש לחלק את כושר ההשתכרות כשם שמחלקים נכסים אחרים שנצברו במשך הנישואים.¹³⁴ ודאי שחלוקת כושר ההשתכרות כנכס אף מתחייבת בהתאם מודל הקישורי-קהילתי:¹³⁵ כזכור, הרציונל הקישורי, מטשטש את ההיבט האינדיבידואלי שבנישואים ורואה במשפחה קהילה שיתופית. לכן, המודל מבקש לייצר סביבת עבודה שתאפשר לבני הזוג לקבל החלטות המתחשבות בטובת המשפחה כמכלול, ולא רק בטובתם כיחידים. מכיוון שכך, ברור כי מודל זה דורש כי בן הזוג הביתי שהקריב את הקריירה האישית שלו לטובת המשפחה יהנה מפירות השקעתו.

לכלי הקנייני לטיפול בנכסי העתיד אף כמה יתרונות נוספים אל מול הכלים המתחרים ובמיוחד אל מול תשלום מזונות לאחר גירושים:

ראשית, ברמה ההצהרתית, מזונות המבוססים על צורך נתפסים בדרך כלל כסוג של בקשה סוציאלית. לעומת זאת, חלוקת רכוש קניינית מבהירה כי מדובר בזכות של בן הזוג הביתי ולא בנדבה או צדקה.¹³⁶ **שנית,** בניגוד לדיני המזונות המתמשכים ומשתנים בעצם טבעם, חלוקת רכוש שואפת להגשים את האידיאל המודרני האוטונומי של פרידה חלקה המנתקת את היחסים שבין הצדדים.¹³⁷ **לבסוף,** בהקשר לחזקת השיתוף כבר קבע בית המשפט העליון כי יש לחלק את כושר ההשתכרות בעת הגירושים. על כן, בעוד דיני המזונות והפיצוי על הפסדי הקריירה מצריכים פיתוח כלי משפטי חדש, הכללת כושר ההשתכרות במסגרת הנכסים הניתנים לאיזון תאפשר אחידות בין הסדרת היחסים בין בני זוג הכפופים לחזקת השיתוף להסדרת היחסים בין בני זוג הכפופים לחוק יחסי ממון.

ב. הכלי הקנייני מהלכה למעשה

על מנת ליישם את השיתוף בכושר ההשתכרות הלכה למעשה נדרש המודל הקנייני להתמודד עם שתי משימות: (1) זיהוי וחשוב התוספת לכושר ההשתכרות אותה ניתן להגדיר כנכס משותף¹³⁸ (2) מימוש החלק המשותף. בחלק זה אבחן את דרכי ההתמודדות של המודל הקנייני עם שתי משימות אלו. הדיון בכך ילמד, כי למרות בהירותו התיאורטית, הוצאתו של המודל הקנייני מן הכוח על הפועל, מעוררת קשיים בלתי מבוטלים. חלק מן הקשיים הללו הינם קשיים מעשיים, בעוד קשיים אחרים הנם קשיים נורמטיביים-ערכיים, הקשורים בקונפליקט שבין חלוקת כושר ההשתכרות לבין ערך האוטונומיה.

(1) זיהוי וחשוב התוספת לכושר ההשתכרות

¹³⁴ לטיעון דומה ראו Cynthia Starnes, *Divorce and the Displaced Homemaker: A Discourse on Playing with Dolls, Partnership Buyouts and Dissociation under No-Fault*, 60 U. CHI. L. REV. 67 (1993). על פי סטרנס, בהתאם לדיני השותפויות, הזכות לרווחי השותפות כוללים גם רווחים שהתקבלו לאחר הפירוק, ובלבד שניתן לייחס אותם להשקעות בתקופות מוקדמות יותר במשך השותפות. בהתאם לכך, חלוקת רווחי השותפות חייבת לכלול חלוקת הכנסות של בני הזוג שהתקבלו אחרי הגירושים.

¹³⁵ ראו דגן, לעיל הערה 2, בעמ' 477 וליפשיץ, לעיל הערה 2, בעמ' 732.

¹³⁶ ראו Frantz & Dagan, לעיל הערה 19, בעמ' 108.

¹³⁷ לחשיבות של פרידה חדה ונקייה בחשיבה הליברלית האינדיבידואליסטית ראו לעיל הערות 18-19. וכן להלן פרק ג-2 (א).
¹³⁸ וראו הערתו הריאליסטית של השופט רובינשטיין ב בעמ' 5879/04, לעיל הערה 127 "לדעתי עולה מכל אלה, כי האתגר בנושא דגן הוא כפול רובד, תחילה הגישה העקרונית ואחר כך תרגומה הלכה למעשה לשיטת חישוב הוגנת, ואלה טעוניהם כאמור חשיבה נוספת, שהדעת נותנת כי שעתה תבוא".

בספרות המשפטית היו שהתנגדו לעצם החלת השיתוף הזוגי על כושר ההשתכרות העתידי בשל הקושי להעריך את שוויים של נכסי העתיד. נטען, כי קושי זה עשוי להוליך לכך שחלוקת נכסי העתיד תתבסס על חישובים והערכות ספקולטיביות.¹³⁹ אני סבור כי טיעון זה רחוק מלשכנע, שכן בהקשרים אחרים, למשל בדיני הנזיקין ובדיני הביטוח, נאלץ המשפט להתמודד לא פעם עם הצורך להעריך את כושר השתכרותו העתידי של אדם שנפגע. בהקשרים הללו איש לא יעלה על הדעת שהקושי בהערכת כושר ההשתכרות והממד הספקולטיבי הכרוך בכך ישללו את עצם הדרישה לפיצוי על הפגיעה בכושר ההשתכרות. מדוע, אם כן, הקושי להעריך את כושר ההשתכרות העתידי מונע את ההכרה בו במסגרת חלוקת הרכוש בעקבות הגירושים?¹⁴⁰ ואכן, עיון בפסיקה של מדינת ניו-יורק, בה תארים,¹⁴¹ רשיונות¹⁴², מוניטין אישי¹⁴³ ועליות כושר השתכרות¹⁴⁴ נחשבים כנכס בר חלוקה (להלכה, אף כי לא תמיד למעשה), מגלה כי זו מתבססת באופן שגרתי על חישובים אקטוארים ועדויות מומחים בדבר התועלת העתידית שתופק מעליות הכושר המקצועי במהלך הנישואים, החל מן הגירושים ועד ליציאת בן הזוג לגמלאות. כך למשל בפרשת אובריאן המפורסמת¹⁴⁵ שבה הוכר לראשונה תואר מקצועי (רישיון רפואי) כנכס בר חלוקה, חישוב בית המשפט את התוספת לכושר ההשתכרות של הבעל שרכש את הכשרתו הרפואית במהלך הנישואים ובתמיכת בת זוגו. חישוב כושר ההשתכרות נעשה במקרה זה באמצעות ההפרש בין ההכנסה העתידית הצפויה לרופא מסוגו של מר אובריאן לבין ההכנסה העתידית הממוצעת של בוגר קולג' רגיל, כפי שהיה מר אובריאן בעת הנישואים.¹⁴⁶

אולם, דווקא טכניקת חישוב זו מעוררת טענה מהותית יותר, לפיה ההתחלקות בכושר ההשתכרות שנוצר במשך הנישואים עומדת בסתירה לתפיסה אינדיבידואליסטית, הרואה בהישגיו של אדם תוצר של מאמציו ושל כישורונותיו.¹⁴⁷ על פי טענה זו, כושר ההשתכרות שנוצר במשך שנות הנישואים ויכולת ההשתכרות העתידית הנגזרת ממנו, משקפים למעשה את

¹³⁹ קיימים פסקי דין רבים שבהם הופיע טיעון זה בניסוח זה או אחר. ראו, למשל, Wehrkamp v. Wehrkamp, 357 N.W.2d 264 (S.D. Super. 1984); Drapek v. Drapek 503 N.E.2d 946 (Super. 1987).

¹⁴⁰ השוו: Joyce Davis, *Enhanced Earning Capacity/Human Capital: The Reluctance to Call It Property*, 17 WOMEN'S RTS. L. REP. 109, 118 (1995-96) ("On a daily basis, in courts all over the country, judges and juries calculate the value of various losses and interests").
¹⁴¹ ראו למשל: CH v. RH, 846 N.Y.S.2d 560, 18 Misc.3d 268 (2007) (תואר שני במנהל בריאותי ודוקטורט במנהל של כומר העובד בכנסיה נחשבו כתוספת לכושר ההשתכרות אשר חולק בין הצדדים בעת הגירושים). עוד ראו Wiener v. Wiener 57 A.D.3d 241, 868 N.Y.S.2d 197, (2008) (הבעל זכאי לאחוזים אחוזים מן התוספת לכושר ההשתכרות של אשתו עקב תואר MBA אותו קיבלה במהלך הקשר).
¹⁴² ראו למשל: Spreitzer v. Spreitzer 40 A.D.3d 840, 837 N.Y.S.2d 658, 2007 (הבעל זכאי ל- 20 אחוז מן התוספת למשכורת שהפיקה אחות מרישיון מקצועי שקיבלה במהלך הנישואים).
¹⁴³ ראו למשל: Golub v. Golub 527 N.Y.S. 2d 946 (Sup. 1988) (הבעל זכאי לתוספת לכושר ההשתכרות של אשתו השחקנית).

¹⁴⁴ השוו למשל: Allocco v. Allocco, 578 N.Y.S.2d 995 (super. 1991) (הצלחה במבחנים של שוטר שמוליכים לעלייה בדרגה נחשב כנכס משותף) לעומת Bystricky V. Bystricky 677 N.Y.S. 2d 443 (Sup. Ct. 1998) (עלייה בדרגה לא נחשבה כנכס בר חלוקה).
¹⁴⁵ O'Brien v. O'Brien, 489 N.E. 2d 712 (N.Y., Super. 1985) (הבעל זכאי לתוספת לכושר ההשתכרות של אשתו פרשת אובריאן).

¹⁴⁶ Ira Mark Ellman, *O'Brien v. O'Brien: a failed Reform, unlikely reformers*, 2007 PACE LAW REVIEW 949
¹⁴⁷ Allen M. Parkman, *The Recognition of Human Capital as Property in Divorce Settlements*, 40 ARK. L. REV. 439 (1987).

הכישורים הבסיסיים ואת האיכויות האנושיות של בן הזוג החיצוני עוד לפני הנישואים¹⁴⁸ כמו גם את מאמציו המתמשכים ואת התפתחותו העתידית גם לאחר הגירושים.

ככל שטיעון המאמצים והכישרונות מכוון לשלילה גורפת של חלוקת כושר ההשתכרות אני מתנגד לו. לטעמי, לצד המימד האישי של כושר ההשתכרות במקרים רבים, ההתקדמות המקצועית של אדם מבוססת על סיוע וויתורים מצד בן זוגו. על כן, התעלמות מוחלטת מן המימד הזוגי המשפחתי שבטיפוח הקרירה המקצועית לא תהיה הגונה ואף תהיה מנוגדת ביסודה למימד הקהילתי שבנישואים. עם זאת, טיעון הכישורים והמאמצים האישיים מסייג בכל זאת את היקף ההכרה בנכסי העתיד בכך שהוא מבהיר כי אין לראות בכל עלייה במשכורת במשך הנישואים כביטוי למאמץ המשותף של הצדדים. על כן, נראה, כי על פי טיעון זה, יש צורך להבחין בין הרכיבים שנוספו לכושר ההשתכרות עקב המאמץ המשותף, לבין רכיבים שנוספו בפועל במהלך הנישואים אולם הם מגלמים באופן מהותי כישרון אישי קודם. נוסף על כך, טיעון זה מלמד שיש צורך להתחשב בכך שרכיב משמעותי במשכורתו של אדם מהווה תגמול למאמץ מתמשך. לפיכך, כאשר מחושבת המשכורת שעתידה להתקבל לאחר הגירושים, יש להתחשב בכך שחלק מהמשכורת אינו מבטא את המאמץ המשותף של בני הזוג לפני הגירושים אלא את המאמץ וההתקדמות שעשה בן הזוג החיצוני לאחר הגירושים, לאחר שהיחידה הכלכלית בין בני הזוג התפרקה, ועל כן גם רכיב זה של המשכורת אינו בר-חלוקה.¹⁴⁹

במובנים הללו, ההכרה ברכיבים השונים שמהם מורכב כושר ההשתכרות מבהירה, כי קיימת בעיית "חישוב" נוספת, מהותית יותר, הנובעת מהקושי להפריד בין הרכיב בכושר ההשתכרות המיוחס לכישורו של האדם ולמאמציו המתמשכים אחרי הגירושים (מאמץ שכן הזוג הביתי אינו תורם לו) לבין הרכיב שניתן לייחס אותו למאמץ המשותף שהתקיים במשך הנישואים.¹⁵⁰ קשה למצוא לקושי זה מקבילות בענפי משפט אחרים, והוא מצריך פיתוח טכניקות ייחודיות במסגרת דיני המשפחה.¹⁵¹

¹⁴⁸ לטענה כי שיטות משפט מסרבות להפעיל את כללי השיטוף הרגילים על כושר השתכרות, בגלל תפיסה אינדיבידואליסטית המייחסת לאדם את תוצר מעשיו ורואה בעצם המושג של הון אנושי סוג של שעבוד, ראו Jana B. Singer, *Husbands, Wives, and Human Capital: Why the Shoe Won't Fit*, 31 FAM. L.Q. 119 (1997). טענה זו משתלבת עם הטענה המפורסמת והכללית יותר של Radin כנגד מסחור גורף – *comodification* – של היחסים החברתיים ושל היבטים האישיים בחיי אדם. ראו Margaret Jane Radin, *Market - Inalienability*, 100 HARVARD. L. REV. 1849 (1987).
כן ראו MARGARET JANE RADIN, *CONTESTED COMMODITIES* (1996).

¹⁴⁹ כלפי הטיעון האחרון ניתן להשמיע גם את טיעון הראי, שלפיו לפחות במקרים שבהם ישנם ילדים קטינים ובן הזוג הביתי הוא שמחזיק בהם, גם לאחר הגירושים ממשיך בין הזוג הביתי למלא חלק מהתפקידים הביתיים, ועל כן היבטים שונים של המאמץ המשותף שעליו מבוסס הרציונל הנורמטיבי נמשכים גם לאחר הגירושים. לטיעון מעניין זה ראו Jane Rutherford, *Duty in Divorce: Shared Income as a Path to Equality*, 58 FORDHAM. L. REV. 539 (1990).

¹⁵⁰ זו הייתה גם עמדתו של בית המשפט העליון בפרשת כושר ההשתכרות הערה 127 לעיל, פסקה 22 לפסק הדין: "נקודת המוצא עשויה להימצא בפוטנציאל ההשתכרות של בן-הזוג, המבטא את מימוש נכסי הקריירה שנצברו. אולם פוטנציאל זה, – יש לזכור ולהדגיש – מורכב לא רק מפרי המאמץ המשותף של בני-הזוג, אלא גם, ולעיתים בעיקר, מכישרון אישי, מיכולת הטבועה באדם וממרכיבים נוספים שאין להם תלות בקשר הזוגי. את אלה, וכן את אותו חלק מנכסי הקריירה שיש לייחס לתקופה שלפני תחילת הקשר הזוגי ולתקופה שלאחר סיומו, יש להוציא מגדר חשבון האיזון. החלק שנתרם הוא התוצר של המאמץ המשותף, ואותו יש לחלק ברגיל בין בני-הזוג בחלקים שווים".

¹⁵¹ אולם השוו לציטוט הבא המובא ממאמרם של דגן ופרנו, לעיל הערה 19, בעמ' 112 "We do not deny that such valuations will be difficult. But it will likely be no more burdensome (and the calculations will be no more uncertain) than similar valuations that are currently done, particularly in tort actions". בשלב מאוחר יותר השתכנע דגן, לעיל הערה 2, בעמ' 482 בשוני מהותי בין טכניקות החישוב בין דיני הנוזיקין לדיני המשפחה באמרו "איני חולק על טענתו של ליפשיץ כי הצורך להפריד את מידת הפיתוח של יכולת ההשתכרות בתקופת הנישואים מכישורו של האדם מזה וממאמציו המתמשכים אחרי הגירושים מזה מחייב לחרוג מטכניקות החישוב של כושר השתכרות שפותחו בדיני הנוזיקין" עדיין בסופו של דבר קובע דגן שם, שם "אך לא נראה שמדובר בשוני מהותי שיש בו כדי לשנות את המסקנה הראויה. נראה שגם ליפשיץ מסכים לכך." אכן, אני מסכים לכך, שהקושי לקבוע אמת מידה ברורה להפרדת מרכיבי

לצער, עיון בפסיקה המכירה בכושר השתכרות כנכס ובספרות המלומדים התומכת בכך, מגלה, כי טכניקות מסוג זה טרם התפתחו¹⁵² ומשום כך במקרים רבים האבחנה בין הרכיבים השונים שמהם מורכב כושר ההשתכרות לא נעשית או שהיא נעשית באופן שרירותי ללא קריטריונים אחידים.¹⁵³ אני סבור כי לפחות בחלק מן המקרים, ניתן להציע על בסיס השיקולים שהוצגו בחלק זה טכניקות חישוב מדויקות יותר מאלו שנעשה בהם שימוש כיום בפסיקה האמריקאית. כך למשל, במקרים הטיפוסיים של רופאים ועורכי דין שרכשו את התואר בעת הנישואים שוגים לטעמי בתי המשפט בכך שהם מחשבים את ההפרש בין ההכנסה הצפויה של הרופא עד לפרישתו על סמך נתוניו המקצועיים, לרבות משכורתו הקונקרטיה הידועה בעת הגירושים, לבין הכנסת ממוצעת של בוגר קולג', ללא תואר נוסף.¹⁵⁴ אני סבור כי חישוב מדויק יותר, צריך להביא בחשבון כושר השתכרות פוטנציאלי ולא רק כושר השתכרות בפועל.¹⁵⁵ חישוב שכזה, המתייחס למקרים הטיפוסיים עליהם הצבענו לעיל, אמור היה להתמקד בהפרש בין המשכורת הממוצעת הצפויה של רופא בעל הכשרה דומה לזה של בן הזוג, לבין משכורת ממוצעת צפויה של סטודנט למשפטים או לרפואה בעלי נתוני קבלה דומים לרופא הספציפי. לחלופין ניתן לנטרל מאפיינים ייחודיים הן בכניסה לקשר והן ביציאה ממנו באמצעות חישוב משכורת ממוצעת עתידית של סטודנט ממוצע לרפואה עם משכורת ממוצעת של רופא, מבלי לבחון את הנתונים של

ההון האנושי אינה מצדיקה התעלמות משפטית מהם או אפילו שלילה גורפת של המודל הקנייני לחלוקה. עם זאת, כפי שאטען בהמשך היא עשויה להיות שיקול בבחירת כלים ומודלים אלטרנטיביים במקרים המתאימים.¹⁵² והשוו לדבריו של השופט ריבלין בפרשת כושר ההשתכרות הערה 127 לעיל, פסקה 22 לפסק הדין "אין מתקיימת נוסחה אקטוארית לזיהוי אותו חלק מנכסי הקריירה שהוא פועל יוצא של השיתוף הזוגי. אולם הקושי בהערכת חלקם של בני-הזוג אינו מאיין את הזכאות. שומת תשלומי האיזון תעשה, ממקרה למקרה, וניתן להניח כי התגבשנה במהלך הזמן אמות מידה שתסייענה בהערכת תשלום."

¹⁵³ כך למשל הפסיקה בניו-יורק אינה מבחינה בדרך כלל בין הרכיבים השונים של התוספת לכושר ההשתכרות והיא רואה בכל התוספת נכס בר חלוקה (וראו את ביקורתתי על הפסיקה הנ"ל בהערות 154-158). עם זאת, בפועל, החוק בניו יורק מסמיך את השופטים לחרוג מחלוקה שוויונית של נכסים, כאשר הם מעריכים שתרומת בני הזוג להפקת הנכסים לא הייתה שווה. השופטים הניו-יורקים מרבים להשתמש בסמכות זו בהקשר לתוספת בכושר ההשתכרות. לפיכך עיון בפסיקות בתי המשפט הניו-יורקים מגלה פסקי דין שבהם נוקבים שופטים במקדמים שונים לחלוטין כדי להעריך את תרומת בן הזוג הביתי כאשר לא תמיד ברור מהי אמת המידה לאימוץ המקדם הרלוונטי. השוו למשל את הפסיקות הבאות: פרשת אובראין שבה האשה ומשפחתה היו המפרנסים העיקריים של המשפחה בעת לימודי הרפואה של הבעל. בה נקבע בפסק הדין שהאשה זכאית ל-40 אחוזים מן ההפרש מסך כל ההכנסות העתידיות הצפויות לבעל כמנתח (וזאת על סמך הערכה שאגב לא אומתה במציאות, שהבעל יחזר במסלול התמחות כמנתח) לבין המשכורת הממוצעת שהיה מקבל כבוגר קולג'. בפרשת Spreitzer, הערה 142 לעיל (הבעל זכאי ל-20 אחוז מן התוספת למשכורת שהפיקה אחות מרישיון מקצועי שקיבלה במהלך הנישואים). ובפרשת Wiener, הערה 141 לעיל (שבה התרומה של בן הזוג הביתי הוערכה ב-10 אחוזים מן התוספת להון האנושי) עוד ראו Halaby v. Halaby 289 A.D.2d 657, 734 N.Y.S.2d 271, (2001) N.Y. (שבה קבע בית המשפט כי לא הוכח לא הוכח שאשה תרמה לכתיבת הדוקטורט של הבעל שכן הצדדים חיו בנפרד בעת כתיבתו. כהמשך לכך, קבע בית המשפט שפוסט הדוקטורט, שנכתב בעת שהצדדים שבו לחיות יחדיו תרם ליכולת השתכרות ולכן לא הוכרה זכותה של האשה בכושר ההשתכרות שצבר הבעל במהלך הנישואים). לניסיון לכימות מדויק של תרומת האשה לתואר ראו *marriage of In re Francis* 442 N.W. 2d 59 (Iowa, 1989). בית המשפט עורך תחשיב מדויק של הכנסות הצדדים בזמן לימודי הרפואה של הבעל מוסיף להכנסות האישה את שווי עבודות הבית שהיא הייתה האחראית המרכזית עליהם ומגיעה למסקנה שהצדדים תרמו בחלוקה שווה להפקת התואר. עם זאת, בסופו של דבר קובע בית המשפט מקדם של 70/30 בין הון ועבודה לגבי התואר של הבעל. לכן, בית המשפט העניק לאשה 50 אחוזים ממכפלת הסכום שנקבע כתוספת לכושר ההשתכרות עד לגיל הפנסיה ב-0.3.

¹⁵⁴ ראו את פסיקת בית המשפט בפרשת אובריאן הנל, הערה 145 וכן את הפסיקה בעניין *Guskin v. Guskin* 18 A.D.3d 814, 796 N.Y.S.2d 642, (2005) N.Y. והשוו *In re marriage of Francis* 442 N.W. 2d 59 (Iowa, 1989). חישוב התוספת לכושר ההשתכרות לצורך קביעת מוזנות מפצים) בפסק דין זה הפחית את ההכנסה הצפויה של בוגר קולג' (מצבו של הבעל בעת הנישואים), בשנים שחילפו מהגירושים ועד לצאת הבעל לפנסיה מהכנסתו צפויה של רופא משפחה ממוצע (מעמדו של הבעל בעת הגירושים) מבלי שהובאו נתונים על הכנסתו הספציפית של הבעל.¹⁵⁵ כך למשל חישוב כושר ההשתכרות בידי הניזקין לוקח בחשבון גם יכולת פוטנציאלית, במקרים שבהם מוכח כשרון אישי מיוחד. וראו בעניין זה למשל ע"א 140/00 עזבון המנוח מיכאל אטינגר ז"ל נ' החברה לשיקום ופיתוח הרובע היהודי בעיר העתיקה בירושלים בע"מ, פ"ד נח(4) 486

הרופא הספציפי המביאים לידי ביטוי את מאפייניו הייחודיים.¹⁵⁶ מכל מקום, המצב הקיים שבו משווה החישוב האקטוארי נתונים כללים בזמן הנישואים, שאינם לוקחים בחשבון אפילו את הנתונים האישיים המאפשרים להתקבל לבית הספר לרפואה עם נתונים ייחודיים ביציאה אינו משתלב עם המתווה האנליטי של הגישה.

בדומה לכך, אני סבור שחישוב תוספת ההשתכרות העתידית בזמן הגירושים, חייב להתייחס להערכת המשכורת העתידית על פי הדרגה הקיימת בזמן הגירושים ולא על סמך התפתחות מקצועית הצפויה בעתיד. גם במובן זה טכניקת החישוב שנערך בפרשת אובריאן הייתה שגויה. בפסק דין זה בעת הגירושים, ד"ר אובריאן סיים את לימודי הרפואה אך עדיין לא התמחה בתחום ספציפי. בית המשפט קיבל עדויות כי ד"ר אובריאן מתכנן התמחות כמנתח ובהתאם לכך, אימץ חישוב אקטוארי המתייחסת להכנסה הצפויה כמנתח. אולם חישוב זה איננו צודק משום שההתמחות כמנתח דורשת התפתחות ומאמץ חדש שגברת אובריאן לא תהיה חלק ממנו ומשום כך אין היא זכאית להנות מפירותיו. יתרה מזו, אפילו חישובי כושר השתכרות המבוססים על ממוצעים המראים כמה צפוי להרוויח בעל מקצוע בשנים שיחלפו עד צאתו לגמלאות, מתעלמים ממרכיב ההתקדמות המקצועית הטמון בהמשך עליית המשכורת במהלך השנים, התקדמות מקצועית שכן הזוג אינו שותף לה. על כן נדרש קביעת מקדם ש"קפיא" את מצבו המקצועי הנוכחי של בן הזוג בעת הגירושים וינטרל את ההתפתחות המאוחרת.¹⁵⁷ עם זאת, אני חושש כי גם הנוסחות והדוגמות שאותם הצעתי בחלק זה אינן ממצות את הנושא ובמקרים רבים האבחנה בין כשרון מאמץ משותף ומאמץ אישי הנה סוגיה נורמטיבית ערכית שאינה יכולה להפטר באמצעות נוסחה חישובית-טכנית. כדוגמא, להכרעה הערכית הנדרשת מבתי המשפט, חשבו למשל על ההתייחסות, הראויה לכשרון ייחודי שנתגלה או פרץ במהלך הנישואים. דמיינו לצורך זאת, סטודנט אלמוני לאמנות, המתגרש כעבור 15 שנה כאמן בעל שם עולמי. חישוב התוספת לכושר ההשתכרות באמצעות ההפרש בין כושר ההשתכרות הקונקרטי של האמן בעת הגירושים לכושר ההשתכרות של סטודנט ממוצע לאמנות מבלי לקחת בחשבון את הכישרון הייחודי, יפעל כנגד בעלי הכשרונות הייחודיים. לעומת זאת, חישוב התוספת לכושר ההשתכרות, הלוקח בחישוב כושר ההשתכרות בעת הנישואים, את המשכורת של סטודנטים לאמנות שיתגלו בהמשך כבעלי כשרונות ייחודיים, תפגע בבן הזוג הביתי שהימר על האמן על האלמוני ויתכן שגם תרם להבשלת הכישרון הייחודי מן הכוח אל הפועל. הכרעה בין טכניקות החישוב הללו דורשת הכרעה אידיאולוגית ולא נוסחה חישובית טכנית. לצערי אין ביכולתי להציע נוסחה כללית בנושא זה שתתאים לכל המקרים, אלא נדרשת הכרעה מוסרית ערכית לכל מקרה לגופו על פי נסיבותיו.

(2) מימוש כושר ההשתכרות

אולם, גם אם ניתן יהיה למצוא דרכים יצירתיות להפריד בין המימד האישי והמשפחתי ולהעריך את התוספת לכושר ההשתכרות, עדיין מימוש החלוקה של תוספת זו מתנגש אף הוא עם ערך האוטונומיה. אסביר טענה זו - כושר ההשתכרות איננו נכס קנייני סחיר. לפיכך, לא ניתן

¹⁵⁶ משכורת ממוצעת עתידית של סטודנט ממוצע נמוכה בדרך הטבע מכושר ההשתכרות של רופא ממוצע בשל העובדה שחלק מן הסטודנטים לא מסיימים את הלימודים או זונחים את המקצוע לפני סיום ההתמחות.
¹⁵⁷ עם זאת קשה מאד לכמת איזה חלק בתזרים ההכנסות הצפוי לבעל מקצוע מסוים מגלם את ההון האנושי הנוכחי שלו לעומת המאמץ וההתקדמות העתידית ובמידה רבה כל מקדם שיקבע בעניין זה יהיה מעט שרירותי.

לממש את כושר ההשתכרות של בני הזוג מייד עם גירושיהם של בני הזוג. מכיוון שכך, החלוקה הממשית של כושר ההשתכרות עשויה להיות בשתי דרכים מרכזיות:

על פי הדרך האחת, הממשות באופן המדויק ביותר את התפיסה הקניינית של ההון האנושי, יש לראות את חלקו של בן הזוג הביתי בתוספת לכושר ההשתכרות הפוטנציאלי של בן הזוג החיצוני שנוצר במשך הנישואים, כחוב שערכו נקבע כבר בעת הגירושים.¹⁵⁸ ברם, דרך זו משמעה, כי בן הזוג יאלץ לשלם סכום חודשי קבוע, או לחלופין לשלם סכום חד פעמי בעת הגירושים, המגלם את חלקו של בן הזוג בהכנסתו העתידית המשוערת, גם אם בפועל, מסיבות שונות, הכנסתו הממשית תהיה נמוכה בהרבה. על כן, המשמעות הממשית של גישה זו היא שניטלת האפשרות של בן הזוג החיצוני להחליט כי הוא מעוניין להפחית את קצב עבודתו עד סוף ימיו. נראה, כי מהלך כזה איננו מתקבל על הדעת;¹⁵⁹ במיוחד דרך זו עלולה לגרום חוסר-צדק משווע לבן הזוג החיצוני במקרים שבהם הסיבות לכך שהכנסתו הממשית נמוכה מהכנסתו המשוערת אינן תלויות בו.¹⁶⁰

על רקע הקושי בקביעה הסופית של כושר ההשתכרות כחוב בלתי ניתן לשינוי, היו שהציעו פתרון רדיקלי של חלוקת המשכורת שבן הזוג החיצוני מקבל בפועל גם לאחר גירושי בני הזוג.¹⁶¹ ברם, במקרים רבים יתעורר קושי משמעותי להפריד בין הרכיבים במשכורת המשקפים את כושר ההשתכרות שנצבר במהלך הנישואים לבין הרכיבים המשקפים שינוי מקצועי או הצלחה הנובעת מהתפתחות מאוחרת לגירושים. באופן עמוק יותר, המשך חלוקת כושר ההשתכרות, באמצעות חלוקת המשכורת העתידית מקשה מאוד על היכולת להיפרד במובן המלא, ומשום כך, בדומה לחובת המזונות לאחר הגירושים, גם חלוקת הון אנושי על דרך של חלוקת משכורת עתידית, מנוגדת למחויבות העמוקה של הגישה הליברלית-אינדיבידואליסטית לחופש של יחידים להתנתק מקשרים וממסגרות.

¹⁵⁸ אני מתרשם זו הדרך שבה בוחרים מרבית בתי המשפט בניו-יורק. זו גם הדרך שבה פסע בית המשפט באיווה בפרשת Francis, לעיל הערה 154. בפרשה זו סיווג בית המשפט את התשלומים שלהם זכאית אשת הרופא, בגין תרומתה להפקת התואר כמזונות פיצוי אולם בפועל דרך החישוב של המזונות הללו נעשתה בדיוק בטכניקה הקניינית ובית המשפט אף קבע במפורש כי מדובר בסכומים קבועים מראש שאינם ניתנים לשינוי כמזונות. בישראל, פסק דינו של השופט ריבלין בפרשת כושר ההשתכרות הלך אף הוא בדרך זו בהעדיפו תשלום חד פעמי על פני תשלומים עיתיים.

¹⁵⁹ כקוריוז אציין שבפרשת אוברייאן עצמה, הערכת בית המשפט לגבי כושר ההשתכרות של הבעל נכזבה שכן הבעל לא עבד כמנתח כפי שציפה בית המשפט. בפועל, ללא פרסום רב, לאחר פסק הדין בערכאה השלישית איים עורך הדין של הבעל כי הבעל יפשוט את הרגל ופסק הדין ובעקבות זאת הוסכם בין בני הזוג הסדר אחר עם סכום נמוך בהרבה שפרטיו לא פורסמו. ראו על כך Ellman, הערה 146.

¹⁶⁰ טיעון זה עשוי להשתלב גם עם הטענות המתנגדות לחלוקת נכסי העתיד בשל ההיבט הספקולטיבי הכרוך בכך. אכן, כפי שהסברתי, בתחומי משפט אחרים כגון דיני הנוזיקין והביטוח המשפט אינו נרתע מהערכה ספקולטיבית של יכולת ההכנסה העתידית של אדם. עם זאת, בענפי המשפט הללו, המשלם הוא חברת ביטוח המסוגלת לבור את סיכונים, ועל כן טעויות שונות בהערכות סטיסטיות מקוזזות זו את זו. לעומת זאת, דיני המשפחה אנו עוסקים באדם פרטי, ועל כן הנזק שעלול להיגרם לבן זוג ספציפי שהמשפט העריך באופן שגוי את סיכויי ההשתכרות העתידיים שלו הוא אנושי. ההבחנה בין התחומים תומכת בכך שבתחום דיני המשפחה חלוקת כושר ההשתכרות תהיה בהתאם להכנסות בפועל ולא בהתאם להערכה ספקולטיבית של גובה ההכנסות העתידיות.

¹⁶¹ ראו דגן הערה 2 לעיל בעמ' 478-480 והשוו לטכניקות של השוואת הכנסות באמצעות דיני המזונות להלן הערה 179.

¹⁶² Robert J. Levy, *A Reminiscence about the Uniform*, 43, 60 (1991) B.Y.U. L. REV. גם בהקשרים כלכליים מסחריים קיימים מצבים שבהם מחויבות כלכלית בין גופים או בני אדם נמשכת לאחר פרידתם; עם זאת, במקרה של נישואים שבתקופתם נרכש עיקר כושר ההשתכרות של אדם, יישום מלא של ההתייחסות לכושר ההשתכרות כנכס עשוי להוליד לכך שבני הזוג – למרות הגירושים – ימשיכו בשותפות כלכלית למשך זמן בלתי-מוגבל. למצב זה קשה למצוא מקבילה מסחרית, והוא מנוגד למחויבות הליברלית העמוקה לאפשר ליחידים חופש יציאה מקשרים וממסגרות.

על רקע הקשיים בשתי המתודות העיקריות למימוש חלקו של בן הזוג הביתי בכושר ההשתכרות (תשלום או תשלומים קבועים מראש לעומת חלוקה דינמית של משכורת בפועל) אני נוטה לתמוך בגישה אמצעית. על פי גישה זו, באותם מקרים שבהם ראוי לעשות שימוש במודל הקנייני לחלוקת ההון האנושי,¹⁶³ יש לדבוק במתכונת האנליטית של המודל הקובעת את כושר ההשתכרות כסכום קבוע המשתלם בבת אחת או בכמה תשלומים מוגדרים מראש. עם זאת, לבית המשפט שקבע את הסכום תינתן הסמכות לשנות אותו בנסיבות קיצוניות של הבדל דרמטי בין הציפיות לכושר ההשתכרות העתידי של בן הזוג החיצוני לבין כושר השתכרותו בפועל.¹⁶⁴

לסיכום חלוקת הון אנושי, היא סוגיה משפטית מורכבת ומיוחדת. מנקודת המבט החישובית נדרשים פיתוח כלים אקטוארים ייחודיים שאינם מוכרים בענפי משפט אחרים לצורך ההפרדה בין הרכיבים השונים של כושר ההשתכרות. מנקודת המבט הפילוסופית, ניתוח סוגיית ההון האנושי, חושף התנגשות לא פשוטה בין אידיאל האוטונומיה האישית לבין הערכים הרגילים התומכים בחלוקת הרכוש הזוגי. התנגשות זו, אינה מתעוררת או שהיא מתעוררת באופן מתון בהרבה, בהקשר לדיני הרכוש הרגילים. מנקודת המבט ההשוואתית, כמעט כל שיטות המשפט המערביות מסרבות לחלק את ההון האנושי לעת הגירושים.¹⁶⁵ בישראל, עד לאחרונה סרבו בתי המשפט לחלק את ההון האנושי. בית משפט עליון שינה לאחרונה מדיניות זו והחיל את חזקת השיתוף על נכסי העתיד. עדיין, בית המשפט הבהיר היטב כי אין הוא מציע מודל כולל לחלוקת כושר ההשתכרות העתידי וכי מודל כזה יתפתח על בסיס המקרים שיובאו בפני בית המשפט בעתיד. אני סבור, כי חרף הבעיות שצוינו, חלוקת נכסי העתיד הוא כלי משפטי נחוץ, ויש לשבח את בית המשפט הישראלי על נכונותו לפסוע בנתיב זה ולעתים גם לסלול אותו בעצמו.

בחלק זה בקשתי לסייע אף אני בעיצוב הראוי של דיני החלוקה הקניינית והצעת ייקולים מנחים בקביעת טכניקת החישוב והמימוש של ההון האנושי. אולם הקשיים והמהמורות עליהם עמדנו בדוננו בחלוקה הקניינית מלמדים, כי לעיתים יש גם צורך בדרכים נוספות, מקבילות ועוקפות להתמודדות עם סוגיות נכסי העתיד והפערים בכושר ההשתכרות בין בני הזוג עובר לגירושיהם. לשתיים מן הדרכים הללו, המזונות לאחר הגירושים והפיצוי על הפסדי הקריירה יוקדש החלק הבא. בחלק שלאחר מכן שיחתום את הפרק הנוכחי, נחזור למשפט הישראלי ולמודל האקוויטבלי שאומץ בחוק יחסי ממון, נסביר את טיבו של מודל זה ואת יכולתו להשתלב עם המודלים הנוספים שנדונו.

¹⁶³ (וכפי שאסביר בהרחבה להלן, אני רואה במודל הקנייני כלי חשוב אך לא יחיד שיש להשתמש בו בתבונה בחלק מן המקרים אך לא בכלם)

¹⁶⁴ זו הייתה עמדתו של השופט מאיר בפרשת אובריין. מבחינה מתמטית טהורה, טכניקה זו, פוגעת בבני הזוג הביתיים שכן הם חשופים או ברוב המקרים חשופות לשינוי רק במקרים של בני זוג שהרוויחו פחות מן הערכה הצפויה אך במקרים של בני זוג שהצליחו מעל הממוצע שעליו בוססה הערכה ימשיכו לקבל את הסכום שנקבע בפסק הדין המקורי. עם זאת, להערכתו ללא סעיף שינוי הנסיבות בתי המשפט, לאור החששות שהוזכרו בטקסט בדוננו בגישת הסכום הקבוע, יפסקו מראש סכום נמוך משמעותית מהערכתם הריאלית על כושר ההשתכרות. לפיכך, באופן אירוני דווקא הידיעה של בתי המשפט כי הסכום שהם פוסקים יפתח לטובת בני הזוג החיצוניים במקרה שבו הכנסותיהם לא תהלומנה את הציפיות בזמן הגירושים, תאפשר להם לחשב את הסכום המשוער הממוצע באופן שייטיב עם נשים ביתיות.

¹⁶⁵ כך למשל, בארצות הברית, פרט למדינת ניו-יורק כל המדינות אינן מחלקות הון אנושי לעת גירושין ראו Franz & Dagan, לעיל הערה 22 בעמ' 163. מדיניות זו אומצה גם בריסטימנט האחרון ראו ALI, לעיל הערה 63, בסעיף 4.07 ובהערות שם המבהירות כי בכך אימץ ה-ALI את המדיניות בכל המדינות פרט לניו-יורק. יתרה מזו, אפילו בניו יורק קיימת נסיגה מסוימת מן ההכרה בהון אנושי כנכס בר חלוקה ראו למשל: Grunfeld v. Grunfeld, 94 N.Y.2d 696 (App. 2000) ו-Bystricky v. Bystricky, 677 N.Y.S.2d 443 (Sup.Ct. 1998). לסירוב לחלק הון אנושי במתכונת הקניינית המקובל בארצות נוספות בעולם כמו גם לסקירת הפסיקה המוקדמת בנושא בישראל ראו ליפשיץ, לעיל הערה 2, בעמ' 734.

2. מקניין לאחריות הדדית: על חובת המזונות המודרנית ועל הפיצוי על הפסדי הקרירה

החלוקה הקניינית של נכסי העתיד התמקדה ברווחים מקצועיים שהופקו בנישואים. אולם כפי שמלמדים אותנו המחקרים בדבר עוני נשי בעקבות גירושים, הנישואים מוליכים במקרים רבים לא רק לרווחים אלא גם לפגיעה, לעיתים בלתי הפיכה, בכושר ההשתכרות של בן הזוג הביתי. חלוקה קניינית של התוספת לכושר ההשתכרות תפצה את בני הזוג שסבלו הפסדי קריירה במקרים שבהם העלייה בכושר ההשתכרות של האחד עולה על ההפסד המקביל של בן הזוג האחר. לעומת זאת, חלוקת התוספת לכושר ההשתכרות אינה מסייעת למי שסבל הפסדי קריירה על מנת לסייע לרווחה הכללית של המשפחה מבלי שכושר ההשתכרות של בן זוגו עלה. חשבו למשל על מקרים שבהם אחד מבני הזוג פרנס לאורך הנישואים את המשפחה באמצעות משכורת יציבה בעוד בן זוגו מפחית מעבודתו או עוזב אותה לחלוטין ומתמסר לגידול הילדים. חשבו גם על סוג נוסף של מקרים, שבהם אחד מבני הזוג היה בעל יכולת כלכלית גבוהה עוד לפני שנישא, ובן זוגו הסתמך על יכולת זו ומשום כך, בהסכמה משותפת, לא פתח יכולת כלכלית עצמאית במהלך הנישואים. ההסתפקות במודל של חלוקת רכוש ואפילו אם יכלול תוספת להון האנושי ולכושר ההשתכרות, תפגע אנושות בבני הזוג אלה שיצאו מן הנישואים ללא יכולת כלכלית ובלי זכות לפיצוי כספי. פגיעה זו מנוגדת באופן עמוק לתפיסת המשפחה כקהילה שיתופית שבה בני הזוג חולקים יחדיו לא רק רווחים והצלחות אלא גם הפסדים וכשלונות. בנוסף לכך, פגיעה כזו בבני הזוג הביתיים בעקבות הגירושים עלולה למנוע באופן מעשי מבן זוג ביתי חלש כלכלית ליזום גירושים, דבר העומד בסתירה בוטה לעקרונות השוויון והאוטונומיה המנחים את דיני הגירושים המודרניים.¹⁶⁶

מתברר שבניגוד לרתיעה של השיטות המערביות, מחלוקה קניינית של התוספת לכושר ההשתכרות, השיטות הללו מגלות נכונות רבה בהרבה לפתח כלים משפטיים המכירים באחריות המשותפת של שני בני הזוג, ולא רק של בן הזוג הביתי להפסדים והנזקים שנבעו מאורח החיים המשותף שבו בחרו. בחלק הנוכחי נעסוק בשניים מן הכלים הללו: המזונות והפסדי הקריירה.

א. חובת מזונות לאחר גירושים

המודל המסורתי: שלא כבמשפט הישראלי, שאין נהוגים בו מזונות לאחר גירושים (לפחות כאשר בני זוג יהודים מעורבים בהם), מוסד המזונות לאחר גירושים מקובל מאוד בארצות המערב. למעשה, במשך שנים נבנתה חובת המזונות (alimony) בעולם המערבי על בסיסו של המודל הפרוטסטנטי. למודל זה מאפיינים אחדים. ראשית, מדובר במודל מגדרי - רק גברים חייבים במזונות. שנית, מדובר בחובה לתקופה בלתי מוגבלת - עד מות האישה או עד נישואיה.

¹⁶⁶ מעניין שדגן ופרנזו שהעמידו בצורה כה מרשימה תיאוריה של דיני רכוש על בסיס התפיסה של המשפחה כקהילה, וערכי השוויון האוטונומיה מסתפקים במודל מצומצם של מזונות משקמים לתקופה קצובה והם מתנגדים למודלים מרחיבים יותר של מזונות או לפיצוי על הפסדי קריירה גם במקרים שבהם חלוקת התוספת לכושר ההשתכרות אינה מתמודדת עם העוני הנשי. אמנם, ראוי לציין כי על פי מודל איזון המשאבים, ניתן באופן תיאורטי להחשיב הפסדי קריירה כחוב בר איזון ומשום כך באופן עקיף גם הסדר איזון המשאבים הקנייני עשוי לפצות על הפסדים אלה. עדיין, ללא מנגנונים הממוקדים בהפסדי קריירה קשה מאד יהיה להוכיח הפסדים כאלה במערכת קניינית שגרתית ובכל מקרה המודל הקנייני אינו מתייחס לירידה ברמת החיים עקב הגירושים כהפסד המזכה בפיצוי.

שלישית, חובת המזונות הותנתה בשאלות של אשמה - רק גברים שהוגדרו כאשמים בפירוק הקשר הזוגי חויבו במזונות.¹⁶⁷

מזונות משקמים: המודל המסורתי, התבסס על תפיסה של הנישואים כהתחייבות לכל החיים ושל התרה חד צדדית של הנישואים כהפרה המחייבת פיצוי.¹⁶⁸ על כן, מודל זה, אינו מתאים לאידיאולוגיות המודרניות יותר של גירושים ללא אשמה,¹⁶⁹ אשר הנחו את דיני הגירושים החל מן המחצית השנייה של המאה העשרים.¹⁷⁰ ואכן, בתקופה זו עיצבו מדינות רבות במערב את חובת המזונות לפי אידיאולוגיה חדשה, שכונתה 'פרידה נקייה' (clean-break). לפי אידיאולוגיה זו, יש לשאוף לגירושים שיסיימו באופן מוחלט את מערכת היחסים הכלכליים בין בני הזוג המתגרשים.¹⁷¹ על כן ירדה בתקופה זו קרנה של דרישת המזונות ברוב מדינות המערב. המודל המסורתי של מזונות ממושכים בוטל בארצות רבות כמעט לחלוטין. במקום המודל המסורתי, הותווה מודל חדש של מזונות משקמים. על פי המודל החדש, המזונות ניתנים במשך תקופה קצרה, ומטרתם לתת לבן הזוג שנתמך כלכלית במהלך הקשר תקופת התאוששות קצרה, שתאפשר לו להתכונן לחיים עצמאיים ובלתי תלויים.¹⁷²

התחייב מחדש של דיני המזונות: הממצאים הקשים בדבר קושי כלכלי של נשים בעקבות הגירושים, היוו במדינות רבות הטריגר לריאקציה נגדית כנגד עקרון הפרידה הנקייה¹⁷³ ולחזרה למודלים שונים של מזונות ארוכי טווח.¹⁷⁴ עדיין, דיני המזונות מתנהלים במדינות רבות ללא אידיאולוגיה מנחה, דבר שיצר בלבול רב וחוסר אחידות.¹⁷⁵ כמה שיטות משפט זנחו את ההטיה המגדרית של דיני המשפחה המסורתיים, אך המשיכו לבסס את דיני המזונות על המכניזם

¹⁶⁷ June Carbone, *The Futility of Coherence: The ALI's Principles of the Law of Family Dissolution, Compensatory Spousal Payment*, 4 J. L. & FAM. STUD. 43, 46-7 (2002).
Ira I.M. Ellman, *The Theory of Alimony*, 77 CAL. L. REV. 3, 5-6 (1989). ראו גם:

¹⁶⁸ M.F. Brinig & J.R. Carbone, *The Reliance Interest in Marriage and Divorce*, 62 TUL. L. REV. 855 (1988) (המתארות את היסודות החוזיים של המודל המסורתי).

¹⁶⁹ השוו ALI, לעיל הערה 63, בעמ' 807 ("But the Law does not requires alimony claimant to show that the other spouse breaches, nor would such requirement be consistent with modern no fault principles").
¹⁷⁰ על המדיניות של גירושים ללא אשמה ראו פרק א.1 לעיל.

¹⁷¹ להצבת עיקרון הפרידה הנקייה כעיקרון-על שמערכת גירושים ללא אשמה חייבת לשאוף אליו ראו Turner v. Turner, 385 A.2d 1280, 1281 (N.J., 1978) "The law should provide both parties with the opportunity to make a new life..."
ראו גם את דברי השופטת הקנדית וילסון בפסק הדין הנודע Pelech v. Pelech, 7 Rfl (3d) 225, 271 (1978): "To Burden the respondent with her care... for no other reason than that they were once husband and wife seems to me to create a fiction of marital responsibility at the expense of individual responsibility. I believe that the courts must recognize the right of the individual to end a relationship as well as begin one and should not, when all other aspect of the relationship have long since ceased, treat the financial responsibility as continuing indefinitely into the future"
ראו דבריו של הלורד Scarman בפסק הדין האנגלי Minton v. Minton [1979] AC 593, 608, המציב את עיקרון הפרידה הנקייה ואת השאיפה לשים את העבר מאחור ולהתחיל בחיים מחדש כעיקרון-על של דיני המזונות המודרניים.

¹⁷² Krauskopf *Rehabilitative Alimony: Uses and Abuses of Limited Duration Alimony*, 21 FAM.L.Q. 573 (1988)

¹⁷³ James B. Singer, *Divorce Reform and Gender Justice*, 67 N.C. L. REV. 1103 (1989) ו-Jana B. Singer, *Separate but Unequal: The Economic Disaster of Divorce for Women and Children*, 21 FAM. L. Q. 351 (1987) הדורשות רפורמות בהסדרת התוצאות הכלכליות של הגירושים מטעמים של צדק מגדרי.

¹⁷⁴ Mary K. Kisthardt, *Rethinking Alimony: The AAML's considerations for Calculating Alimony*, 21 J. AM. ACAD. MATRIM. LAW. 61, 68 (2008) *Spousal Support or Maintenance*, לפסיקה המבקשת לחזור

למודל מזונות ארוכי טווח באוסטרליה ראו Mitchell v. Mitchell 19 FAM. L. R. 44 (1995).
¹⁷⁵ להדגמה של חוסר אחידות, בלבול והיעדר תיאוריה ברורה בפסיקה בארצות-הברית בעניין חובת המזונות, ראו לדוגמה

Ellman, לעיל הערה 165, בעמ' 4 וכן Margaret F. Brinig & June R. Carbone, *The Reliance Interest in Marriage and Divorce*, 62 TUL. L. REV. 855, 882-894 (1988).
ראו: Ann L. Estin, *Maintenance, Alimony and the Rehabilitation of Family Care* 71 N.C. L. REV. 721, 741 (1992-93).

המסורתי של אשמה.¹⁷⁶ גרסה מודרנית שנייה של מזונות ארוכי טווח זנחה את רכיב האשמה והתמקדה בצרכי בן הזוג החלש כלכלית (להלן: מזונות על בסיס צורך). על פי גרסה זו, בן זוג שהסתמך כלכלית על בן זוגו במהלך הנישואים יהיה זכאי למזונות ארוכי טווח על בסיס צרכיו העתידיים¹⁷⁷ וללא קשר זהות האשם בפירוק הקשר הזוגי. משך הזמן שבו תמשך חובת המזונות, תלוי במשך הנישואים ובטיבה של התלות הכלכלית שנוצרה בין בני הזוג.¹⁷⁸ עדיין מדובר במזונות ארוכי טווח ובמקרים מסוימים היבט זה של המזונות המשיך את המאפיינים המסורתיים של דינים אלו, שנקבעו לזמן בלתי מוגבל המסתיים עם פטירת אחד מבני הזוג או במקרה של נישואים מחדש של המקבל. סוג זה של מזונות מוצדק לעיתים בספרות הכלכלית, באנלוגיה לעסקת ביטוח.¹⁷⁹ על פי אנלוגיה זו, השקעת בן הזוג הביתי בקריירה של בן זוגו וויתוריו המשפחתיים אינם מקנים לו שותפות ברווחים של בן הזוג לאחר הגירושים, אך הם מקנים לו רשת בטחון לסיפוק צרכיו גם לאחר הגירושים.¹⁸⁰ גרסה שלישית, רדיקלית מקודמיה שהועלתה בספרות המחקר, איננה מסתפקת באחריות כלכלית לצרכים המינימליים של בן הזוג הביתי לאחר הגירושים, אלא דורשת את המשך השותפות הכלכלית בין בני הזוג גם לאחר הגירושים באמצעות חלוקת הפער בין הכנסותיהם במשך תקופה מסוימת לאחר הגירושים.¹⁸¹ מודל זה קשור קשר הדוק למושג ההון האנושי ולדרישה לחלוקתו במסגרת חלוקת הרכוש הזוגי לעת הגירושים. עם זאת הוא מעדיף את המתודה ואת כלי העבודה של דיני המזונות, המאפשרים חישוב והתאמה דינמית של הסכום שנקבע במשך השנים על פני הכלי הקנייני.

¹⁷⁶ לסקירה של שיטות משפטיות הממשיכות להתייחס לאשמה כפרמטר מרכזי בקביעת הזכות למזונות לאחר גירושים ראו: ALI, לעיל הערה 66, בעמ' 42-64.

¹⁷⁷ קיימות גישות שונות בפסיקה ובחקיקה בדבר הגדרת צורך הכוללות בין היתר: צרכים מינימליים, רמת חיים ממוצעת ורמת החיים הקרובה לזו שחיו בה בני הזוג במהלך הנישואים וראו על כך את הסקירה המקיפה המופיעה אצל ALI הערה 63, בעמ' 821-822.

¹⁷⁸ למודלים שונים לתחום טווח הזמן של המודל המודרני של מזונות על בסיס צורך ראו Estin, לעיל הערה 173 ולאחרונה, Kisthardt, לעיל הערה 172.

¹⁷⁹ ראו Elizabeth S. Scott & Robert E. Scott, *Marriage as Relational Contract*, 84 VA. L. REV. 1225, 1247 (1998).

¹⁸⁰ ראו למשל ברוח זו: Klein v. Klein 555 A.2d 382, 387 (Vt. 1988) (אשה בת 40, אינה עובדת נשואה 18 שנים לעורך דין ובעלת האחריות הטיפולית המרכזית על ילדי בני הזוג. בית המשפט מעניק לה מזונות ארוכי טווח על בסיס צורך בשל תרומתה למשפחה במהלך השנים). ראו גם: Cheatham v. Cheatham, 537 So.2d 435, 438 (Miss.1988) (מזונות עיתיים ארוכי טווח לתקופה של 10 שנים הוענקו על מנת להעניק לאשה בטחון כלכלי המגיע לה בשל תרומתה לבניית קושר ההשתכרות של בעלה).

¹⁸¹ לתיאור מגוון של גישות לחלוקת הכנסות בעקבות גירושים ראו: June Carbone, *Income Sharing: Redefining the*

Family in Terms of Community, 31 HOUS. L. REV. 359 (1994) ו-Cynthia Starnes, *Divorce and the Displaced Homemaker: A Discourse on Playing with Dolls, Partnership Buyouts and Dissociation*

offering income sharing model from a partnership under No-Fault, 60 U. CHI. L. REV. 67, 108 (1993)

(perspective); לגישה שונה מעט העומדת על השוואת רמת החיים, להבדיל מרמת הכנסות בשני הבתים בעקבות גירושים

ראו: Jane Rutherford, *Duty in Divorce: Shared Income as a Path to Equality*, 58 FORDHAM L. REV. 539 (1990)

(1990) המתמקדת במקרים של גידול משותף של ילדים ומצדיקה את המשך השותפות הכלכלית בין היתר בכך שבני הזוג ממשיכים לגדל את ילדיהם במשותף לאחר הגירושים.

ב. פיצוי על הפסדי קריירה

לפני כ- 20 שנה הציע פרופסור ירה אלמן, מודל חדש להסדרת היחסים הכלכליים בין בני הזוג בעקבות גירושים.¹⁸² שלא כמו מודלים המקובלים של דיני המזונות הממוקדים בעתיד, קרי בצרכי בני הזוג בעקבות הגירושים, ובניגוד לגישות המבקשות להמשיך את השותפות בין בני הזוג גם לאחר פרידתם. מודל זה ממוקד בעבר- דהיינו בהפסדי הקריירה שנגרמו לבני הזוג במהלך הנישואים. על פי המודל, בן זוג ביתי שהקריב באופן מלא או חלקי את הקריירה האישית שלו לטובת הקריירה של בן זוגו או לטובת רווחת המשפחה באופן כללי, זכאי לפיצוי כספי המגלם את הפסדיו בשנים שלאחר הגירושים. מודל זה מקבל תמיכה גם ממלומדים נוספים במדינות שונות¹⁸³ והוא התקבל בפסיקותיהם של כמה מדינות כמודל מנחה של דיני המזונות.¹⁸⁴ לאחרונה הוא אומץ כמודל המנחה של העקרונות החדשים להסדרת דיני המשפחה בארצות הברית שהוצעו על ידי האגודה האמריקאית למשפט (האגודה האחראית על הניסוח הריסטיטמנט בתחומי המשפט השונים).¹⁸⁵ עקרונות אלה מציבים כמה נוסחאות וחזקות להערכת הפסדי הקריירה של בני הזוג הביתיים.¹⁸⁶ בתמצית ייאמר, כי עקרונות הגישה נשענים על הבסיס לפיו על בן הזוג החיצוני שנהנה מהקרבתו של בן הזוג הביתי לפצות את בן הזוג הביתי על הפסדים אלה בתשלום חד פעמי או בכמה תשלומים עיתיים קבועים.¹⁸⁷

לסיכום, כמו החלוקה הקניינית של ההון האנושי, המזונות המשקמים, המזונות ארוכי הטווח והפיצוי על הפסדי הקריירה הנם כלים משפטים נחוצים וחיוניים עבור דיני הגירושים המודרניים. במשפט הישראלי, שבו דיני המזונות, כמו גם דיני הנישואים והגירושים נדונים על פי הדין הדתי הכללי הללו טרם פותחו דיים. עם זאת, דווקא במסגרת דיני הידועים בציבור

¹⁸² Ellman, ראו לעיל הערה 165.

¹⁸³ ראו למשל: JOHN EEKELAAR, FAMILY LAW AND PERSONAL LIFE, 51-52, 108-111 (2006) המעדיף מודל המפצה על הפסדי קריירה על פני מודל מזונות הממוקד בצרכי בני הזוג

¹⁸⁴ בולטת במיוחד בהקשר זה היא פסיקתו של בית המשפט העליון הקנדי בעניין Moge v. Moge [1992] 3 S.C.R. 813 (Can)

¹⁸⁵ ראו: ALI, לעיל הערה 66, בסעיף 5.02 הערה ("The principle conceptual innovation of this chapter is therefore to recharacterize the remedy it provides as compensation for loss rather than relief of need").
¹⁸⁶ ראו את המודל שמציעים העקרונות שם, Ch. 5 לאור העובדה שמדובר במודל הממוקד בעבר, קיימת חשיבות מרובה למשך חיי הנישואים וליכולת הכלכלית של בן הזוג הביתי. בעת הגירושים. מאידך צרכיו העתידיים של בן הזוג הביתי אינם רלוונטיים על פי מודל. עם זאת, יש לציין כי למרות הניסיון לעקוב באופן מוחלט אחר הרציונל של הפסדי הקריירה לעיתים, הסעיפים הספציפיים המוצעים בעקרונות אינם עוקבים עד הסוף אחר רציונל זה. כך למשל, גובה הפיצוי נקבע בדרך כלל כאחוז מסויים (העולה בהתאם למשך חיי הנישואים וזמן הגידול המשותף של ילדי בני הזוג עד לסף של 40 אחוזים מן הפער בין המשכורות של בני הזוג בעת הגירושים). דרך חישוב זה מניחה באופן פיקטיבי כי לבני הזוג מאפיינים אישיים ומושם כך הפער שנוצר הוא פונקציה של ההקרבה הביתית. אולם כפי שהוכיח הדיון בחלוקה הקניינית הנחה זו אינה נכונה שכן היא מתעלמת מן המאפיינים האישיים השונים של בני הזוג כבר בכניסתם אל הקשר הזוגי. לפיכך, נראה לי שאימוץ המודל של הפסדי קריירה אמור היה להוליך לפיתוח של טכניקה שתמקד בעיקר בבין הזוג הביתי ובהחמצותו ללא קשר למשכורת בפועל של בן הזוג החיצוני. עם זאת, דיון מקיף בכך הוא מעבר להיקפו של החיבור הנוכחי.

¹⁸⁷ בנושא זה המודל של הפסדי הקריירה נע בין החלוקה הקניינית לבין דיני המזונות. כך למשל, במקרים מסוג פרנסיס הערה 154 שבהם בית המשפט באיווה קבע תשלומי פיצוי לאשה הוא הדגיש שמדובר בתשלומים קבועים שאינם ניתנים לשינוי עקב נישואים מחדש, (בדומה לדיני הקניין) אולם בית המשפט קבע שהתשלומים הללו יפקעו במקרה של מוות (בכך סטה מצורת חשיבה קניינית המאפשרת הורשה של זכויות קניין). ה- ALI קבעו נוסחה המאפשרת שינוי בתשלומי הפיצוי לאור שינוי במצב הכלכלי של הצדדים ראו סעיפים 5.06-5.09. בנוסף לכך, קבעו ה- ALI כי נישואים מחדש יפסיקו את התשלום על הפסדי הקריירה. בכך לדעתי שגו ה- ALI שכן נישואים מחדש הנם שיקול רלוונטי לגבי מזונות אך הם לא אמורים לדעת להשפיע על הפיצוי בגין הפסדי הקריירה.

התפתחה פסיקה של מזונות "משקמים"¹⁸⁸ ובית המשפט העליון בשתי פסיקות חדשניות שעסקו בבני זוג שנישאו בנישואי אזרחיים פתח פתח להטלת חובת מזונות אזרחית גם לאחר גירושי הצדדים.¹⁸⁹ כמה פסיקות אחרונות של בתי משפט בערכאות נמוכות הרחיבו את הפתח שנפתח וקבעו חובת מזונות לאחר גירושים, כמו גם פיצוי על הפסדי קריירה¹⁹⁰ אפילו על מי שנישאו בנישואים דתיים.¹⁹¹ אני סבור שמדובר בהתפתחות משמעותית שכן חשוב שארגז הכלים של המשפט הישראלי, יצויד גם בכלים שהוצגו בפרק הנוכחי ולא יצומצם לחלוקה הקניינית.

3. התיקון לחוק יחסי ממון והמודל האקוויטבלי לחלוקת רכוש

לצד, החלוקה הקניינית, המזונות והפסדי הקריירה, כלי משפטי נוסף העוסק בפערים בכושר ההשתכרות, הוא החלוקה האקוויטבלית. כלי משפטי זה ההופך פופולארי מאד ברבות משיטות המשפט המערביות¹⁹² מסמיך את בתי המשפט לחרוג מחלוקה מחצה ומחצה של תשלומי

¹⁸⁸ במחקר קודם המלצתי על המודל המשקם כמודל הראוי להסדרת היחסים הכלכליים בין ידועים בציבור אוניברסאליים, (ידועים בציבור שלא נישאו מסיבות שאינן קשורות בהקשר הישראלי). ראו ליפשיץ, שם, בעמ' 167. לסקירת הפסיקה בנושא ראו ליפשיץ, לעיל הערה 16, בעמ' 160-173.

¹⁸⁹ ראו רע"א 8256/99 פלוגית נ' פלוני ואח' פ"ד נח (2) 213 (2003) ו- ראו בג"צ 2232/03 פלוגית נ' ביה"ד הרבני האיזורי בת"א-יפו (לא פורסם, 21.11.2006) (להלן: בג"ץ בני נח). כן ראו ליפשיץ, לעיל הערה 24 ושיפמן לעיל הערה 24. לפחות בראשיתה, ראתה הפסיקה במודל המזונות המשקמים כמודל המתאים לא רק עבור ידועים בציבור אלא גם עבור מי שנישאו בנישואים אזרחיים. ראו למשל, רע"א 8256/99, בפסקה 18 לפסק דינו של השופט ברק. ראו גם את פסק דינו של השופט שטרק מבית משפט לענייני משפחה בתל-אביב בתמש 39672/06 מ. פ. נ' י. פ. (לא פורסם, 14.5.2007). שבו פסק דמי הסתגלות לאשה בעקבות גירושיה. עם זאת, במקרים מסוימים משתמשים בתי המשפט בטרמינולוגיה של נישואים משקמים אולם בפועל מוטלים המזונות לתקופה ממושכת יותר המתאימה למודלים המתחרים של מזונות ראו למשל: תמש (ת"א) 67910/00 פלוגית נ' אלמוני (לא פורסם, 10.4.2007). (שבו השתמשה השופטת בטרמינולוגיה מזונות משקמים לגבי מזונות המשתלמים כ- 5 שנים לאחר הגירושים). אני סבור כי יש לערוך אבחנה בין ידועים בציבור למי שנישאו בנישואים אזרחיים בהקשר זה. ידועים בציבור אוניברסאליים בחרו שלא להינשא, על המשפט לכבד בחירה זו באמצעות הדגשת האוטונומיה האישית של בני הזוג וחיוק יכולתם להיפרד זה מזה באופן מלא. לצד זאת, על המשפט להגן על התרומה ההדדית של בני הזוג ליצירת מאבקים ונכסים ולמנוע ניצול וחוסר צדק. השילוב בין חלוקת הרכוש שנצבר במהלך הנישואים בין בני הזוג והמודל המשקם של דיני המזונות שואף להשיג מטרות אלה. שלא כידועים בציבור הנישואים בנישואים אזרחיים בקשרו למסד את יחסיהם ובכך לשקף מחויבות משפטית גבוהה יותר מזו הקיימת בין הידועים בציבור. לכן, במקרה של נישואים יש לאזן את ערך האוטונומיה התומך במודל המשקם עם הערכים הקהילתיים התומכים במחויבות ארוכת טווח בין בני הזוג. לפיכך במקרים של נישואים ארוכי טווח אין להסתפק במזונות משקפים ויש לפתח גם כלים משלימים. לניתוח מעמיק של ההצדקה הליברלית הפלורליסטית לאבחנה בין ידועים בציבור לבני זוג נישואים ראו לאחרונה Shahar Lifshitz, *Married Against their will toward a pluralist regulation of spousal relationship* (forthcoming Washington and Lee Law review 2010)

¹⁹⁰ ראו עמ (חי') 740/08 פלוגי נ' פלוגית (לא פורסם, 19.11.2008) שבו הציע בית המשפט המחוזי בחיפה בפסק דין חדשני כי אשה שהסתמכה על בעלה במהלך הנישואים ופגעה בטיפוח הקריירה של עצמה זכאית לפיצוי על כך לעת הגירושים. להלן פרשת (הפסדי קריירה). ראו מעין זה בישראל גם בפס"ד מוקדם יותר תמ"ש (ב"ש) 15485/03 בו הוכרו פיצויים בגין העובדה שהאשה לא השלימה את לימודיה בגין קריירת הבעל

¹⁹¹ ראו פסקה 9 לפסק דינה של השופטת וסרקרוג מבית המשפט המחוזי בחיפה בפרשת פלוגית (הפיצוי על הפסדי קריירה). הנ"ל " מבחינה עקרונית, קיומו או היעדרו של סטאטוס הנישואין אינו גורר אחריו קיומן או העדרן של חובות אזרחיות בין הצדדים, במיוחד כשמחויבויות אזרחיות אינן בהכרח תלויות בסטאטוס נישואין. לזכויות האזרחיות יש קיום עצמאי מכוח המשפט האזרחי". ראו גם את פסק דינו של בית המשפט לענייני משפחה תמש 39672/06 מ. פ. נ' י. פ. (לא פורסם, 14.5.2007) אולם השוו לפסק דינו של השופט שוחט בתמש (ת"א) 46211/04 כ.נ. נ' כ.ח. (לא פורסם, 11.10.2005) שבה סרב השופט שוחט לקבל תביעת מזונות חוזית של בעל שנישאו בנישואים דתיים כנגד אשתו ואת פסק הדין עמ (ת"א) 1202/05 פלוגית נ' פלוגי (לא פורסם, 6.7.2006) שבהם סרבה השופטת שטופמן לתביעה אזרחית של מזונות במקרים של בני זוג שנישאו בנישואים דתיים.

¹⁹² אכן בעולם המערבי, נדחתה החלוקה הקניינית של ההון האנושי, ראו הערה 165 לעיל, אך יותר ויותר מדינות מעניקות לבתי המשפט סמכות לסטות מן החלוקה השוויונית הטכנית ולפצות את בן הזוג הביתי על תרומתו להפקת נכסי העתיד. להצגה וניתוח של המקרים הללו בארצות-הברית ראו Alicia Brokars Kelly, *Sharing a Piece of the Future Post-Divorce: Toward a More Equitable Distribution of Professional Goodwill*, 51 RUTGERS L. REV. 569 (1999), וכן: Susan E. Keller, *The Rhetoric of Marriage, Achievement, and Power: An Analysis of*

האיזון המתייחסים לנכסים "הרגילים" בהתחשב בפרמטרים שונים ובניהם כושר השתכרות שונה בין בני הזוג בעת הגירושים. בכך מבקשת החלוקה האקוויטבלית, לאפשר לבני הזוג פרידה סופית בעת הגירושים מבלי לקפח את בן הזוג הביתי שכושר השתכרותו לא התפתח במהלך הנישואים. הכלי האקוויטבלי אומץ בס' 8 (2) לחוק יחסי ממון המתוקן העוסק בסמכויות המיוחדות של בית המשפט.¹⁹³ יש הרואים באימוץ המודל האקוויטבלי, נסיגה מצערת מן ההלכות האחרונות של בית המשפט העליון בעניין התומכות לכאורה בחלוקה הקניינית של כושר ההשתכרות.¹⁹⁴ לטענתם במקום ההתייחסות לנכסי העתיד בסעיף הסמכויות המיוחדות (ס' 8) ראוי היה להוסיף לסעיף 5 לחוק המתוקן (הסעיף המרכזי העוסק באיזון המשאבים ובנכסים הכלולים באיזון) הוראה מפורשת הקובעת כי התוספת לנכסי העתיד וכושר ההשתכרות הנם נכסים שיש לכלול אותם באיזון המשאבים.¹⁹⁵

אני חולק על עמדה זו. לטעמי, טוב עשה המחוקק בהכלילו, את נכסי העתיד במסגרת סעיף הסמכויות המיוחדות. כפי שאסביר מייד, על פי פרשנותי, התיקון לחוק לא שולל מבתי המשפט סמכויות שהיו נתונות להם בטרם תיקונו, לרבות הסמכות, להכללת התוספת לכושר ההשתכרות במנגנון איזון המשאבים. עם זאת, אינני מתכחש לכך שקיימת חשיבות משפטית להכללת נכסי העתיד בסעיף 8 ולא בסעיף 5. לטעמי, הכללה מפורשת של נכסי העתיד בסעיף 5 הייתה **מאלצת** את בית המשפט לאזן את שווי התוספת הנצברת לנכסי העתיד של שני בני הזוג כמעט בכל מקרה ומקרה המובא בפני בית המשפט בדרך קניינית קונבנציונלית. לעומת זאת ההתייחסות אליהם בס' 8 רגישה יותר לטבעם המיוחד של נכסי העתיד והיא מקנה לבית משפט שיקול דעת רחב יותר האם וכיצד לחלק את נכסי העתיד. יתרון מובהק של הגישה האקוויטבלית על פני החלוקה הקניינית הקונבנציונלית היא בנכונותה ויכולתה לכלול התחשבות בהפסדי קרירה ובצרכים עתידיים של בני הזוג בתוך החלוקה הרכושית בדרך שאינה פוגעת במחויבות המודרנית לפרידה הנקייה. עם זאת, לא תמיד תצליח הגישה האקוויטבלית לכסות את כל האינטרסים והצרכים המתעוררים ובמקרים מסוימים יהיה בכל זאת צורך לגבות אותה בסעדים המשלימים של חלוקת הכנסות בשנים שלאחר הגירושים, מזונות לסוגיהם ופיצויים על הפסדי קריירה שישתלמו כתשלום עיתי ולא כסכום אחד בעת הגירושים.

בסעיפים הבאים אציג בקצרה כמה אפשרויות פעולה העומדות בפני בתי המשפט על פי המודל האקוויטבלי שאומץ חוק יחסי ממון המתוקן ואציע עקרונות ראשוניים להפעלה מושכלת של המודל ולשילובו עם הכלים האחרים שנותחו בפרק זה.

א. שיקול דעת אקוויטבלי כבסיס לחלוקה קניינית של התוספת לכושר

ההשתכרות בעת הגירושים

Judicial Opinions Considering the Treatment of Professional Degrees as Marital Property, 21 VT. L. REV. 409 (1996). כן ראו את פסק הדין של בית המשפט לענייני משפחה בניו-זילנד (שנדחה בערעור) [1997] B v. B NZFLR 217; 1996 Nzflr Lexis 63

¹⁹³ סעיף 8 (2) לחוק המתוקן קובע כי: "רשאי בית המשפט "לקבוע שאיזון שווי הנכסים, כולם או מקצתם, לא יהיה מחצה על מחצה, אלא לפי יחס אחר שיקבע, בהתחשב, בין היתר, בנכסים עתידיים, לרבות בכושר ההשתכרות של כל אחד מבני הזוג";

¹⁹⁴ דעה זו טרם הובעה בכתובים אך הוצגה בעל פה ובפומבי על ידי כמה דוברים מרכזיים בכנסים וימי עיון שנערכו בעקבות התיקון לחוק.

¹⁹⁵ טענה זו מתחזקת לכאורה לאור העובדה שהתיקון לחוק יחסי ממון הוסיף בס' 5 (ג) הגדרה לנכסים המרבה פנסיות וכיו"ב ולא כלל בהגדרה את נכסי העתיד וכושר ההשתכרות.

אפתח במקרים שבהם ראוי להפעיל את שיקול הדעת הקבוע בס' 8 (2) בדרך שתוליך לחלוקת כושר ההשתכרות במתכונת קניינית. טלו למשל מקרה של בני זוג שצברו יחדיו רכוש "רגיל" אך רק אחד מהם טיפח באופן מובהק את כושר השתכרותו במהלך הקשר הזוגי. במקרה כזה, בשלב הראשון, על בית המשפט לחשב בטכניקות שהוצעו בחלקים הקודמים את הערך הכספי המייצג את התוספת לכושר ההשתכרות שאותו ניתן להגדיר כרכוש משותף.¹⁹⁶ לאחר מכן, על בית המשפט להחליט האם לקזז באופן מיידי מחלקו של בעל כושר ההשתכרות הגבוה מהנכסים הרגילים את חלקו של בן זוגו בתוספת לכושר ההשתכרות שנצבר במהלך הנישואים, או שיש לשלם את התוספת בתשלומים עיתיים לאחר הגירושים. ההחלטה בנושא תושפע בעיקר מהיחס הכמותי שבין התוספת לכושר ההשתכרות לכלל הנכסים ומרמת הוודאות בחישוב כושר ההשתכרות העתידי. ככל שהתוספת לכושר ההשתכרות מהווה אחוז קטן מכלל הנכסים, וככל שרמת הוודאות שבחישוב כושר ההשתכרות גבוהה יותר, קיזוז התוספת לכושר ההשתכרות כסכום חד פעמי או למצער חלוקת התוספת לכמות תשלומים מצומצמת הפרוסה לזמן קצר היא הטכניקה החלוקתית העדיפה, שכן היא תתרום לוודאות ותאפשר לסיים את ההתחשבנויות בין הצדדים ברוח השאיפה לפרידה נקייה. יתרה מזו, אפילו כאשר כושר ההשתכרות העתידי הוא בעל אופי תנודתי, במקרים שבהם נצבר רכוש ממשי רב הייתי מפחית מהסכום שחושב ככושר ההשתכרות המשוער פרמיית סיכון¹⁹⁷ ונוטה לקיזוז מיידי של הסכום המייצג את כושר ההשתכרות מייתרת הנכסים בדרך שתסיים את מערך היחסים בין הצדדים. לעומת זאת, במקרים שבהם כושר ההשתכרות מהווה אחוז גבוה מכלל הנכסים, אין זה צודק לכפות על בעל כושר ההשתכרות חלוקה סופית כבר בעת הגירושים. לכן, במקרה כזה ראוי להעדיף תשלומים עיתיים, המבוססים על הערכת התוספת לכושר ההשתכרות אך ניתנים לשינוי במקרה של שינוי נסיבות משמעותי.

ב. חלוקת פערי הכנסות בעקבות גירושים

ס' 8 (2) אינו מורה על איזון ישיר של נכסי העתיד אלא על סטייה מחלוקה של הנכסים הרגילים על פי יחס שיקבע על פי בית המשפט. על כן, על פי סעיף זה, האפשרות להתחשב בכושר ההשתכרות מגיעה רק עד גובה מחצית שווים של הנכסים הרגילים. לכאורה אם כן, במצבים שבהם לא קיימים נכסים רגילים או ששווים של הנכסים הרגילים נמוך מזה של כושר ההשתכרות לא ניתן יהיה לחלק את כושר ההשתכרות על פי חוק יחסי ממון המתוקן. בניגוד לקו חשיבה זה, אני סבור שאפילו במקרים שבהם, תשלומי האיזון הנובעים מפערי ההשתכרות עולים על גובה תשלומי האיזון הרגילים, אין הכרח לפרש את התיקון לחוק כהסדר שלילי המונע את האפשרות להכליל במקרים המתאימים תארים, דרגות מקצועיות הון אנושי וכושר השתכרות באופן כללי, במסת הנכסים הניתנת לאיזון על פי סעיף 5 לחוק יחסי ממון. המבנה של סעיף 5 לחוק גם לאחר

¹⁹⁶ ראו בעניין זה בהרחבה לעיל פרק ג.1. ב (1)

¹⁹⁷ שימו לב שמדובר בסיכון כפול הן למצבים של חוסר הצלחה והן למצבים של חוסר רצון להוסיף ולעבוד במקצוע הקודם (ראו לעיל פרק ג.1 ב (2). שבו עסקנו בקושי המתעורר בחלוקת התוספת לכושר ההשתכרות כתשלום קבוע בעת הגירושים.

תיקונו, אינו כולל רשימה סגורה של נכסים ברי איזון אלא בדיוק להיפך: הכלל הוא שנכסים הינם ברי איזון והחריג הוא שנכסים מסוימים המופיעים במפורש בסעיף 5 (א) לחוק אינם ברי איזון. ס' 5 (ג) שהוסף לחוק המתקן קובע במפורש שמטרתו לרבות את הפנסיה לסוגיה אך אין ללמוד ממנו כוונה למעט את נכסי העתיד. מכיוון שכך, חרף טענתי כי ס' 8 מאפשר לבתי המשפט שלא לאזן את נכסי העתיד בדרך הקבועה בסעיף 5 אני סבור כי ניתן בכל זאת לאמץ פרשנות גמישה לס' 5 על פיה, רשאים בתי המשפט לקבוע במקרים שהדבר מגשים את תכליתו של חוק יחסי ממון כי התוספת לכושר ההשתכרות לבני הזוג מהווה נכס בר איזון וכך לדעתי ראוי יהיה לעשות במקרים שבהם ערכם הכספי של הנכסים הרגילים שנצברו במהלך הנישואים שולי לעומת ערכם של נכסי העתיד באופן המונע יישום מהותי של סעיף 8 (2) לחוק המתוקן.

מכל מקום במצבים שבהם, לבני הזוג נכסים מועטים או שנכסיהם זניחים לעומת הפערים בכושר השתכרותם, הרעיון של פרידה נקייה איננו ריאלי. מכיוון שכך, במצבים הללו ניתן לשקול, כאלטרנטיבה להערכה ההיפותטית של כושר ההשתכרות העתידי, גם חלוקה בפועל של המשכורת הזוגית (באחוזים המשקפים את הרכיב המשותף בכושר ההשתכרות) למשך תקופת זמן לאחר הגירושים. חלוקת פערי הכנסות עשויה לשקף לא רק חלוקה קניינית של ההון האנושי, אלא גם אומדנה טובה לפיצוי על הפסדי קריירה¹⁹⁸ והיא אף נחשבת לטכניקה מודרנית של מזונות.¹⁹⁹

ג... המודל האקוויטבלי כבסיס לפיצוי על הפסדי קריירה וירידה ברמת חיים עקב גירושים

עיון מדוקדק בנוסח סעיף 8 (2) המתוקן מלמד כי הסעיף המאפשר סטייה מחלוקה שוויונית של הנכסים הרגילים, אינו מתייחס רק לתוספת לכושר ההשתכרות אלא לפערים בכושר ההשתכרות בעת הגירושים ללא קשר למקורם. מכיוון שכך בניגוד לחלוקה הקניינית הרגילה, הסעיף מאפשר להתחשב בפגיעה הצפויה ברמת החיים של בני הזוג הביתיים עקב הגירושים, ובהפסדי הקריירה שנגרמו להם במהלך הנישואים, גם כאשר ההפסדים הללו לא הניבו עלייה בכושר ההשתכרות של בן הזוג החיצוני.

בדומה להצעתי בהקשר לחלוקת כושר ההשתכרות, אני סבור כי ככל שמדובר בבני זוג בעלי מסת נכסים רגילים מכובדת ראוי לקצוב סכום חד פעמי שיקוזז מחלקו של בן הזוג בעל כושר ההשתכרות הגבוה ויאפשר פרידה נקייה וסופית. עם זאת, כאשר מסת הנכסים הרגילה איננה גדולה דיה וכושר ההכנסות העתידי עתיר סיכון, אין מנוס מקביעת תשלומים עיתיים והכפפתם לכללים של שינוי נסיבות.

מעבר להתייחסות הנקודתית לפערים בכושר ההשתכרות, מעניק ס' 8 (2) סמכות כללית לבית המשפט לחרוג מן החלוקה השוויונית מטעמים שונים.²⁰⁰ סמכות זו, מאפשרת לבתי המשפט

¹⁹⁸ ראו את תיאור המודל המעשי המוצע על האגודה האמריקאית למשפט כביטוי למודל הפסדי הקריירה לעיל הערה 185

¹⁹⁹ ראו את תיאור הגישות הרואות בחלוקת הכנסות לאחר גירושים ביטוי של דיני המזונות לעיל הערה 181

²⁰⁰ הסמכות לסטייה מחלוקה שוויונית היתה קבועה בחוק יחסי ממון עוד לפני תיקונו. ראו פנחס שיפמן "בתי הדין הרבניים - לאן?" משפט וממשל ב 523, 530 ואילך (1995). שיפמן העדיף את האופי הגמיש שעוצב בס' 8 של חוק יחסי ממון אפילו לפני תיקונו על פני האופי הקנייני הנוקשה של חזקת השיתוף.

להביא בחשבון צרכים ייחודיים של בני הזוג בעקבות הגירושים²⁰¹ שיקולים סוציאליים העוסקים בהגנה על צדדים חלשים בחברה ואפילו שיקולים רחבים יותר של צדק חלוקתי בין גברים ונשים בישראל שלא הוכללו במודלים הקנייניים שבהם עסקנו.²⁰² אף כי לטעמי, יש לעשות בסמכויות הכלליות הקבועות בסעיף שימוש מתון יותר מאשר בזו המבוססת על הפערים בכוחר ההשתכרות מדובר עדיין בכלי חשוב המאפשר לבתי המשפט לכלול בחלוקת הרכוש הזוגי שיקולי מדיניות שלא באו עד כה כמעט לידי ביטוי בעיסוק המשפטי בחלוקת הרכוש כל עוד זו התבססה על חזקת השיתוף בלבד.²⁰³

ד. תשלומי תמיכה על בסיס צורך

חרף העדפותינו למודל אקוויטבלי הכולל את צרכי בני הזוג ואת השיקולים הסוציאליים בתוך חלוקת הרכוש לא תמיד הדבר אפשרי. טלו למשל מקרים של בני זוג מבוגרים שאחד מהם נטול כושר השתכרות, או של בני זוג שעודם מטופלים בילדם קטנים ואחד מהם אינו עובד. במידה שלבני הזוג הללו נכסים רגילים בהיקף מספק, ניתן לנסות ולהמיר את חובת התמיכה בחלוקה לא שוויונית של הרכוש הממשי. אולם כאשר הרכוש הזוגי הוא מועט, חלוקה אקוויטבלית עקב פערים בכוחר השתכרות קשה ליישום ועל המשפט הישראלי יוטל להמשיך ולפתח את דיני המזונות האזרחיים נוסח ישראל.²⁰⁴

²⁰¹ בניגוד לכוחר השתכרות, צורך לא מופיע במפורש כפרמטר בחוק יחסי מזון, אולם החוק מאפשר בכל זאת לבתי המשפט לסטות מן החלוקה השוויונית וצורך במקרים שבהם לא נפסקים מזונות עשוי להיות סיבה רלוונטית. ראו על כך Suzanne Reynolds, *The Relationship of Property Division and Alimony: The Division of Property to Address Need*, 56 FORDHAM L. REV. 827 (1988) של June Carbone במחקר *Has the gender divide become unbridgeable? The implications for social equality*, 5 J. OF GENDER, RACE AND JUSTICE 31 (2001)

²⁰² וראו בהקשר זה את מאמרו של שאול שוחט "הלכת השיתוף - מחלוקה שווה לשוויוניות בחלוקה" ספר שמגר ג (אהרון ברק ואה' עורכים) 731 (תשס"ג) אשר תמך בשימוש מרחיב בסעיף עוד לפני תיקונו. אולם השוו לעמדתה של הנשיאה בייניש בבג"צ 4178/04, לעיל הערה 40, בפסקה 12. "חוק יחסי מזון אינו מגדיר מהן אותן "נסיבות מיוחדות" המצדיקות סטייה מכלל האיזון השווה. העמדה העקרונית של בית-הדין כפי שהיא משתקפת בפסק-דינו, הינה כי במסגרת קביעת הנסיבות המיוחדות המצדיקות איזון נכסים בין בני-הזוג באופן שאינו שווה, יש להביט לא רק לעבר העבר אלא גם לעבר העתיד, על-מנת להביא לאיזון משאבים שיאפשר לשני בני-הזוג סיכוי הוגן לקראת החיים שלאחר הפירוד (ראו והשוו: ש' שוחט "הלכת השיתוף - מחלוקה שווה לשוויוניות בחלוקה" ספר שמגר ג (תשס"ג) 731, 739). אף שעמדה זו שובה את הלב במבט ראשון, היא מעוררת שאלות לא פשוטות. כך למשל, מתעוררת השאלה באילו נסיבות ובאיזה היקף ראוי לגרוע מחלקו של בן-זוג אחד בנכסים בני-האיזון, על-מנת להבטיח את יכולתו הכלכלית של בן-הזוג האחר לתמוך בעצמו בתקופה שלאחר הגירושין. עוד עשויה להתעורר שאלה האם סעיף 8 לחוק יחסי מזון מהווה כלי מתאים להשגת התכלית האמורה, והאם אין מקום לפיתוח כלים אחרים לשם כך. המענה לשאלות אלה מושפע משאלות נוספות הנוגעות, בין היתר, להיקף ולסוגי הנכסים בני-האיזון בין בני-הזוג. כך למשל, השאלה האם נכסי "הון אנושי" (כגון: מוניטין אישי או כושר השתכרות) הינם נכסים בני-איזון, עשויה להשליך על השאלה האם ובאיזה היקף יש לסטות מעקרון החלוקה השוויונית על-מנת להבטיח את סיכוייהם של בני-הזוג לתמוך בעצמם לאחר הפירוד (ראו והשוו: ליפשיץ, לעיל הערה 2, בעמ' 728 ואילך). אינני רואה להכריע במכלול השאלות האמורות וניתן להותירן לעת מצוא. בענייננו, ראוי להדגיש כי בהתאם להוראותיו של חוק יחסי מזון, הכלל הינו איזון שווה של הנכסים בני-האיזון בין בני-הזוג. כדי להצדיק סטייה מכלל זה יש צורך בקיומן של נסיבות מיוחדות, ולשם כך יש לבחון את מכלול נסיבותיו של כל מקרה לגופו בהתחשב בכלל השיקולים הרלוונטיים. "אולם השוו לדבריו של השופט רובינשטיין בבג"צ 4178/04, הנ"ל. "אציין כי לדידי מסתברת הגישה המעדיפה, בנסיבות חריגות מתאימות, "עקרונות של צדק חלוקתי" בעת פירוק השיתוף בין בני זוג" (תמ"ש (י-ם) 13111/98 א.ב. נ' מ.ב. (לא פורסם, 28.8.05) - סגן הנשיא מרכוס), על פני חלוקה שווה. עמדה עליה חזר לאחרונה השופט רובינשטיין ב- בעמ' 4699/08 פלוגית נ' פלוגי (לא פורסם, 8.7.2008).

²⁰³ אולם ראו את פסק דינו של השופט שוחט בתמ"ש (ת"א) 70030/98 טהר נ' טהר (לא פורסם, 19.1.2000) אשר תמך בהפעלת מדיניות חלוקה אקוויטבלית גם כאשר היה מדובר על בני זוג הכפופים לחזקת השיתוף.

²⁰⁴ לתחילת פיתוחם של הדינים הללו ראו לעיל הערות 189-190.

ה. הסמכות להתעלמות מן התוספת לכושר ההשתכרות

על פי פרשנותי הכללת נכסי העתיד בסעיף 8 מסמיכה אך לא מחייבת את בתי המשפט לכלול נכסים אלו או להתייחס אליהם בעת איזון המשאבים. לדעתי, דווקא האפשרות שלא לחלק את התוספת לכושר ההשתכרות היא בעל חשיבות גדולה מעשית ועקרונית. מבחינה מעשית אני סבור שהמורכבות, של החישובים האקטואריים הכרוכים בחישוב כושר ההשתכרות והקושי במימוש נכס זה מבהירים כי אין להפוך את חלוקת כושר ההשתכרות לתרופה הניתנת בכל תיק ותיק ויש לשמר אותה למקרים שבהם נוצר פער ממשי וברור בין בני הזוג מבחינת כושר ההשתכרות שלהם ושניתן לייחס פער זה לחלוקת תפקידים לא שוויונית בעת הנישואים. לעומת זאת, לטעמי במקרה של בני זוג שוויוניים, אשר שילבו במהלך הנישואים קרירה ומטלות ביתיות ונוצר בשלב מסוים פער לא דרמטי בתוספת לכושר ההשתכרות לטובת אחד מבני הזוג אין צורך בהפעלת המכניזם המורכב של חלוקת כושר ההשתכרות.²⁰⁵

יתרה מזו, קיימים מקרים שבהם חלוקת התוספת לכושר ההשתכרות לא רק שאינה נדרשת אלא שהיא גם מזיקה. חשבו למשל על המקרה השכיח של גבר בשלב מתקדם בקריירה המקצועית הנישא לבת זוג צעירה המשלבת במהלך הקשר לימודים ותחילת קריירה עם גידול ילדים. על פי המודל הקנייני בעת הגירושים לא רק שבת הזוג הצעירה לא תזכה לפיצוי כספי על הירידה ברמת חייה הכלכלית עקב הגירושים אלא להיפך, היא תאלץ לפצות את בן זוגה על התוספת לכושר ההשתכרות שצברה במהלך הנישואים. לטעמי, הפעלה מכנית כזו של הגישה הקניינית אינה ראויה ומשום כך בסוג כזה של מקרים לא ראוי שבני הזוג יחלקו בתוספת לכושר ההשתכרות של בן הזוג החלש כלכלית.²⁰⁶

ו. מבט אחרון על בע"מ 4623/04 פלוני נ' פלונית (פרשת כושר ההשתכרות)

²⁰⁵ טלו למשל את המקרה הבא, שנכנה אותו סיפור בני הזוג השוויוניים – רון ונורית הכירו בבית המשפט העליון בעיצומו של תיק מסעיר. נורית הייתה עוזרת משפטית של אחד השופטים ורון מתמחה צעיר בפרקליטות. כעבור זמן קצר הם נישאו ואף נסעו יחדיו ללימודים מחוץ לישראל. לאחר הזרמתם, מקבל רון משרה כחברת סגל קבוע באחת מן האוניברסיטאות רונית לעומתו עובדת במחלה המשפטיות של אחד מחברות הביטוח. במהלך חייהם המשותפים נולדים לבני הזוג שני ילדים והשניים בסיוע מסיבי של הוריהם, ועובדי חוץ חולקים בצורה שווה פחות או יותר את המטלות הביתיות ואת האחריות לגידול הילדים. אולם כעבור זמן מתערערים יחסי הצדדים והם מחליטים להתגרש. בזמן הגירושים משכורתה של רונית גבוהה ב- 20 אחוזים מזו של רון, אולם יש סיכוי סביר שהיא עומדת בפני קידום משמעותי שאם יתממש יגביר עוד יותר את הפער הכלכלי במשכורתיהם. על פי הגישה הקניינית, על בית המשפט לערוך חישוב אקטוארי הכולל את כושר ההשתכרות העתידי הממוצע של עוזרים משפטיים בבית המשפט העליון לעומת מתמחים בפרקליטות. לאחר מכן על בית המשפט להעריך את כושר ההשתכרות העתידי של חבר סגל קבוע באוניברסיטה, לעומת עורכת דין במחלקה משפטית המועמדת לתפקיד בחיר. אולם האם באמת חישובים אלה נחוצים וצודקים? האם יוכלו בתי המשפט להעריך למשל את הערך הכלכלי והפסיכולוגי של הקביעות שלה זוכה רון. הבה נניח למשל, שרון יכול היה לבחור אף הוא בקריירה פרטית אך בחר בכל זאת להמשיך ולעבוד כחבר סגל אקדמי במשכורת פחותה, בשל ההנאה האינטלקטואלית שהוא מפיק מעבודתו. האם הגיוני שנורית תחלוק עם רון את ההפרש הכספי בהערכת גובה משכורתיהם העתידיות בעוד שרון לא יחלוק עם נורית מעתה את הנאותו האינטלקטואליות שגרמו לו להסתפק במשכורת הצנועה יותר. לטעמי, זהו סוג המקרים שבהם חלוקה קניינית של ההון האנושי או אפילו התחשבות בפערי הקריירה מיותרים לחלוטין על בתי המשפט להתמקד בחלוקת הרכוש הממשי, לכל היותר במקרים מסוימים להעניק סכום אקוויטבלי חד פעמי לבן הזוג המרוויח פחות ולשלח את בני הזוג לדרך.

²⁰⁶ עיון בפסקי הדין הניו-יורקיים מגלה סדרה של מקרים כאלה שבהם חלק הבעל האמיד את התוספת לכושר ההשתכרות של אשתו האמידה פחות. עם זאת, לאור העובדה שבניו-יורק ניתן לבתי המשפט שיקול דעת להעריך את התרומה היחסית של הצדדים באופן החורג ממחצה על מחצה נטו בתי המשפט להעריך באופן מצומצם מאד את תרומת הבעל לתוספת לכושר ההשתכרות של אשתו במקרים הללו.

בטרם נחתום את הדיון בפרק נשוב ונעיין בבע"מ בע"מ 4623/04 פלוני נ' פלונית המוצג בשיח הקיים כפסק הדין שבו הוחל השיתוף הקנייני על נכסי העתיד. לטענתי עיון מחודש בפסק הדין ובהנמקותיו יגלה כי פסק דין זה מתאים לגישה האקוויטבלית הרבה יותר מאשר לחלוקה הקניינית הרגיל.

ראשית, ברוח הגישה האקוויטבלית ובניגוד לגישה הקניינית פסק הדין מבהיר שחלוקת נכסי הקריירה לא תערך בכל מקרה של תוספת לנכסים שהתפתחה במהלך הנישואים אלא רק "במקרים מובהקים שבהם נוצר פער ממשי וברור בין בני הזוג מבחינת כושר ההשתכרות שלהם - פער שנובע מכך שאחד מבני הזוג נטל על עצמו ויתור משמעותי מבחינת ההתפתחות המקצועית והתמקד במרחב הביתי, ובכך אפשר לבן-הזוג האחר להשיא את כושר השתכרותו"²⁰⁷

שנית, לאורך פסק הדין מביע בית המשפט את חוסר אמונו בנוסחאות אקטואריות מדעיות והוא מעדיף גישה כאזואיסטית, הנותנת משקל למגוון של שיקולים הקשורים במצבם של בני הזוג ולא רק כאלו הקשורים בתוספת לכושר ההשתכרות. כל זאת בדרך ההולמת צורת חשיבה אקוויטבלית ולא מתודה קניינית.²⁰⁸

בפועל, בית המשפט ביטל את פסיקת המזונות העיתיים הניתנים לשינוי שנפסקו בבית המשפט קמא והעדיף פסיקה של סכום חד פעמי בסך של 250000 ש"י לטובת האשה. לכאורה, ניתן לראות בסכום שנפסק כימות קנייני של התוספת לכושר ההשתכרות. עם זאת, בית המשפט התייחס רק לכושר ההשתכרות של הבעל בזמן הגירושים (מחזור של 800,000 ₪ לשנה ושווי מוניטין של המשרד שהוערך על ידי חוות דעת מומחה ב-700,000 ₪). בית המשפט לעומת זאת, לא התייחס כלל לנתונים בדבר כושר ההשתכרות ההתחלתי של הבעל בעת הנישואים (אולם מתוך עיון בפסק דינו של בית המשפט המחוזי, ניתן ללמוד שהבעל כבר סיים את לימודיו בעת הנישואים). המתודה הקניינית הממוקדת בתוספת לכושר ההשתכרות אמורה הייתה להוליך את בית המשפט להשוות בין כושר ההשתכרות בזמן הגירושים לבין כושר ההשתכרות בזמן הנישואים ולא להתמקד בגירושים בלבד. לעומת זאת, הגישה האקוויטבלית מייחסת לעיתים חשיבות לכושר ההשתכרות בעת הגירושים ולא דווקא לתוספת שנוצרה במהלך הנישואים.

בכל מקרה על פי הנתונים המובאים בפסק הדין, הסכום שנפסק היה נמוך מאד. (שכן אם נשערך ונעדכן את הערכות השמאי, לאור העובדה שהסכום של ה-250,000 ₪ התייחס לזמן מתן פסק הדין בבית המשפט לענייני משפחה בעוד הערכת השמאי ניתנה יותר משנתיים קודם, מסתבר שהתזרים והמוניטין בעת פסק הדין התקרבו לשווי של מיליון ₪). נובע מכך, שפסק הדין נתן לאשה פחות מרבע מהמוניטין העסקי של המשרד ומהתזרים השנתי של המבקש. טקטיקה כזו

²⁰⁷ ראו פרשת כושר ההשתכרות לעיל הערה 7, פסקה 23 לפסק הדין.

²⁰⁸ ראו את דבריו של השופט ריבלין בפסקה 22 לפסק הדין: נדמה כי מגוון המקרים השונים שיכולים להתעורר הוא בלתי-מוגבל. כללי החלוקה והאיזון ייקבעו ממקרה למקרה. טוב לה להלכה שתפתח עקב בצד אגודל. אין דומה המקרה של בני זוג שהתגרשו מספר שנים לאחר שנשאאו למקרה של שניים שהתגרשו כעבור שני עשורים. אין דומה המקרה של בני זוג שפיתחו לעצמם קריירה במקביל, למקרה של בן זוג שוויתר על התפתחותו המקצועית על-מנת לאפשר לשותפו-לחיים לקדם את כושר השתכרותו לרווחת המשפחה. אין ספק, כי הערכה אקטוארית של שווי "נכסי הקריירה", אשר נצברו על-ידי בני הזוג במהלך הנישואין, עלולה להיות קשה ואף בלתי-אפשרית. היו מי שסברו כי הקושי בהערכה זו מצדיק את שלילת ההכרה ב"נכסי הקריירה" כ"נכס" מנכסי בני-הזוג (ליפשיץ במאמרו הנ"ל, בעמ' 734). אנו איננו סבורים כך. בירור הפער בכושר ההשתכרות שנוצר בין בני הזוג עקב הנישואין מבוסס תכופות על אמדן והשערה המביאים בחשבון מודדים רלבנטיים. אין זה מדע מדויק. אכן, תרומתם של בני-הזוג זה לזו וזו לזו, במישורים רבים וגם במישור המקצועי, היא תרומה בלתי-מוחשית. קשה לכמת אותה. בדומה לקושי בהערכת נזק שאינו נזק ממון - בדיני הנוזקין - כך גם אין מתקיימת נוסחה אקטוארית לזיהוי אותו חלק מנכסי הקריירה שהוא פועל יוצא של השיתוף הזוגי. אולם הקושי בהערכת חלקם של בני-הזוג אינו מאיין את הזכאות. שומת תשלומי האיזון תעשה, ממקרה למקרה, וניתן להניח כי תתגבשנה במהלך הזמן אמות מידה שתסייענה בהערכת התשלום.

משקפת אף היא מודל אקוויטבילי המעדיף סכום חד פעמי אך כוללת הפחתה משמעותית בגין פרמיית סיכון.²⁰⁹

סיכום הפרק

בפרק זה למדנו כי הכלי האקוויטבילי להסדרת פערים בכושר ההשתכרות מאפשר לבית המשפט לבחור בין מגוון רחב של טכניקות משפטיות ובכללם חלוקה קניינית מיידית של התוספת לכושר ההשתכרות, חלוקת כושר ההשתכרות באמצעות תשלום עיתי קבוע מראש הניתן לשינוי רק עקב שינוי נסיבות קיצוני, חלוקת משכורת בפועל, סטייה מחלוקה מחצה על מחצה לטובת בן הזוג העני עקב הפסדי הקריירה שנגרמו לו או צרכיו העתידיים, פסיקת פיצויים עיתיים על הפסדי קריירה, פסיקת מזונות על בסיס של צורך ולעיתים התעלמות מפערים לא מהותיים בנכסי הקריירה.

הדיון שערכתי בכלים הללו הבהיר כי אין זה נכון לבחור בכלי אחד שיעסוק בכל המצבים ויש להעניק לשופטים ארגז כלים שמתוכם יבחרו את הכלי או השילוב הנכון למצב המתאים. כך למשל, חלוקה קניינית של הון אנושי, עשויה להתאים למקרים של תוספת מוגדרת היטב ליכולת ההשתכרות במהלך הנישואים, שניתן להעריך אותה ברמה גבוהה של וודאות ולהפריד בינה לבין רכיב הכישרון האישי (למשל מקרים של התקדמות מסודרת בסולם דרגות במקום עבודה היררכי). מימוש מיידית של התוספת לעת הגירושים במתכונת שהמליץ עליו בית המשפט בישראל בפרשת כושר ההשתכרות העתידית, אפשרית במקרים של בני זוג עשירים, שיש להם רכוש ממשתי רב, המאפשר 'לספוג' הערכה שגויה. במקרה של בני זוג בעלי רכוש ממשתי רב אשר נצבר במהלך הנישואים, ניתן גם לסטות מחלוקה שוויונית של הרכוש הממשתי בין הצדדים לצורך פיצוי על הפסדי קריירה או על בסיס של צורך. מודל של מזונות ממושכים על בסיס צורך, ולחלופין מודל של חלוקת הכנסות, עשוי להתאים הן לתקופה שבה משתלמים בכל מקרה מזונות ילדים כך שפרידה נקייה אינה רלוונטית ולחלופין במקרים של בני זוג מבוגרים מאד אך לא מבוססים מן הבחינה הרכושית, כאשר לבן הזוג החלש כלכלית אין יכולת ממשית לפרנס את עצמו לאחר הגירושים. פיצויים על הפסדי קריירה, ממוקדים בעבר ומגשימים טוב יותר מן הכלים האחרים את המחויבות הליברלית לערך האוטונומיה. לכן, במקרים של בן זוג שויתר באופן יחסי על טיפוח הקריירה שלו על חשבון זו של בן זוגו אך עדיין יוכל לפרנס את עצמו בעתיד, יתכן שראוי לדבוק במודל זה. מכל מקום, ברור שפיתוח ארגז הכלים הראוי להסדרת היחסים הכלכליים בין בני זוג בעקבות גירושיהם ורכישת מיומנות השימוש בארגז זה הוא האתגר הגדול הניצב בפני דיני המשפחה בישראל.

²⁰⁹ בהערת אגב אציין כי פסק הדין מאושש במובן זה את השערת כי דווקא פסיקת סכום חד פעמי תפגע בנשים שכן שופטים יעניקו פרמית סיכון גבוהה, בעוד תשלום עיתי כפוף לשינויים או אפילו חלוקת משכורת תאפשר להם להעריך באופן ריאלי יותר את התוספת לכושר ההשתכרות.

ד. היכן הילד על טובת הילד ודיני הרכוש

היבט חשוב נוסף של התיקון לחוק יחסי ממון הנו בשילובם של שיקולי ילדים במסגרת איזון המשאבים. פן אחד של שיקולי ילדים שולב בס 6 א לחוק יחסי ממון המתוק הקובע כי:

מכירת דירת מגורים של בני הזוג

ראה בית המשפט או בית הדין כי לצורך ביצוע איזון המשאבים יש למכור דירה המשמשת למגורי בני הזוג או למגורי ילדי בני הזוג הקטינים וכן הזוג המחזיק בהם, לא יורה על ביצוע המכירה והיא תעוכב, כל עוד לא נוכח בית המשפט או בית הדין כי לילדי בני הזוג הקטינים ולבן הזוג המחזיק בהם, יחדיו, נמצא הסדר מגורים אחר המתאים לצרכיהם, לרבות הסדר ביניים למגורים זמניים המתאים לצרכיהם, לתקופה שיקבע.

סעיף זה מיישם על מכירת דירת מגורים במסגרת איזון המשאבים את הוראת סעיף 40א לחוק המקרקעין העוסקת בחובה לדאוג למדור חלופי לילדים בעת מכירת דירת מגורים המשותפת לשני בני הזוג. כעת השווה המחוקק מצב של מכירת דירת מגורים משותפת עקב פירוק שיתוף למצב של איזון משאבים ובשני המצבים נדרשת הערכאה האחראית על פירוק השיתוף/עריכת האיזון לוודא כי לילדי בני הזוג ולהורה המחזיק בהם הסדר מגורים חלופי כתנאי למכירת הדירה במסגרת הפירוק. סעיף 40א לחוק המקרקעין נחקק על רקע מציאות קשה שבה סירבו בתי-המשפט לקבל טענות נגד פירוק השיתוף, אשר עסקו בפגיעה הכלכלית הקשה לילדי המשפחה, הצפויה עקב פירוק השיתוף בדירה ומכירתה.²¹⁰

עם זאת, נדמה לי כי גם בנושא זה נדרש שינוי נוסף:

מחקרים שעסקו בהשפעותיהם ארוכות הטווח של גירושים על ילדים עמדו על חשיבות היציבות בחייהם של ילדים למשפחות גרושות, ועל הצורך של הילדים הללו אלה להמשיך ולהתגורר בבית-המגורים המשפחתי גם לאחר הגירושים.²¹¹ על רקע זה הוצגו רפורמות משפטיות בכמה ממדינות המערב, אשר העניקו להורה המחזיק בילד זכות מדור בבית-המגורים גם לאחר הגירושים, וזאת ללא קשר לשאלת הבעלות הקניינית.²¹²

שלא כבמדינות אלה, נדמה כי במשפט הישראלי הצורך להתחשב בטובתם של הילדים, גם במחיר פגיעה בזכויותיו הקנייניות של בן-הזוג הלא-משמורן, טרם הוטמע דיו. לכן הסעיף בחוק המקרקעין, המאפשר לעכב פירוק שיתוף כאשר מתגוררים בדירה ילדים קטנים, פורש בדרך-כלל בפסיקה פירוש באופן מצמצם. לפי הפרשנות המצמצמת, ניתן להורות על פירוק השיתוף בדירה אם דורש הפירוק מוכיח כי יש לילדים מדור חלופי לתקופה קצובה. אולם, עדיין לא טרם

²¹⁰ ראו עניין **כליפא**, לעיל הערה 42, בפסקה 10, שם קבע בית-המשפט -- בתגובה על טענתו של בא-כוח האשה והילדים קשה לראות צדק בהוצאת האשה והילדים ממבצרם ובטלטולם לדירות אחרות -- כי "טענה זו אין לה כל אחיזה לא בחקיקה ולא בהלכות של בית משפט זה".

²¹¹ ראו בנושא זה את המחקרים הפסיכולוגיים שעסקו בהשפעות של מכירת דירת-המגורים על טובת הילדים, למשל: S. McLanahan & G. Sandefur *Growing Up with a Single Parent: What Hurts, What Helps* (Harvard, 1994) Ch. 7; R. Amato "Children's Adjustment to Divorce: Theories, Hypotheses and Empirical P.R. Amato & A. Booth A. Support" 55 *J. Mar. & Fam.* (1993) 23, 32-33 ובהקשר רחב יותר: *Generation at Risk: Growing Up in an Era of Family Upheaval* (Cambridge, 1997). לעיסוק בעניינים הללו אלה בישראל ראו ע' אילון וע' פלשר **תגובת שרשרת: ילדים וגירושים** (1987), וכן ס' דרימן **התמודדות והסתגלות של ילדי גירושים -- סקירת ספרות מקצועית** (תש"ס).

²¹² ראו על כך: L.J. Weitzman "Marital Property -- Its Transformation and Division in the United States" *The Economic Consequences of Divorce -- The International Perspective* (Oxford, L.J. Weitzman & M. Maclean eds., 1992) 85, 101--105.

התגבשה בפסיקה האזרחית מדיניות עקיבה של נכונות לעכב את פירוק השיתוף בדירה בשל הרצון לאפשר לילדים להמשיך ולהתגורר, ולו לתקופה קצובה, בדירת-המגורים שלה שהם הורגלו אליה.²¹³

הרתיעה מעיכוב ממושך של פירוק השיתוף באה לידי ביטוי בולט בסוגיית המדור הספציפי בית-המשפט האזרחי איננו מוכן לקבל את הפרשנות המקובלת בבתי-הדין הרבניים, שלפיה חובת המדור של בעל כלפי אשתו כוללת את הדרישה לאפשר לאישה לגור בבית-המגורים שבו התגוררה המשפחה (מדור ספציפי).²¹⁴ אכן, חובת המדור הספציפי במשפט העברי נועדה במקורה להגן על זכויות הנשים, וככזו היא אינה קשורה באופן ישיר לשיקולים של טובת הילד. עם זאת, מכיוון שבמרבית שברוב המקרים הילדים נמצאים במשמורת האם, הזכות למדור ספציפי של האם עשויה להיטיב עם הילדים. ברם, בעניין **כליפא**²¹⁵ ובעניין **אקנין**²¹⁶ התעלם בית-המשפט העליון לחלוטין מן היתרונות הגלומים בחובת המדור הספציפי מבחינת הילדים, והתמקד בחשש שחובה זו תפגע באפשרות לפרק את השיתוף בדירת-המגורים ובזכויות הקניין של בן-הזוג שאיננו מתגורר בה. דומני כי מודעות רבה יותר לביקורת על דיני הגירושים המודרניים, ולמגמות המסתמנות בארצות המערב הליברליות בהקשר זה הייתה עשויה לסייע לגיבוש מדיניות אחרת המבקשת לאזן שתאזן בין זכויות הקניין של הבעלים, מחד גיסא, לבין שיקולים של טובת הילד

על רקע ביקורתי על המצב המשפטי הקיים ועל הפרשנות שניתנה עד היום לס' 40 לחוק המקרקעין המקביל לס' 6א לחוק יחסי ממון המתוקן אני תולה תקוות בתיקון נוסף שנערך בס' 6 לחוק יחסי ממון, אשר עוסק באופן מימוש איזון המשאבים ושילב בסעיף 6 (ד) רישא כמו גם בסעיף 6 (ד) שיקולי ילדים. על פי הוראת סעיף 6 הנ"ל

- (ג) באין הסכמה בין בני הזוג בשאלה מה מגיע מהאחד לשני או באיזו דרך יבוצע האיזון, יחליט בית המשפט או בית הדין לפי הנסיבות, ורשאי הא לקבוע מועדי הביצוע, הבטחתו ושאר תנאיו, לרבות תוספת ריבית במקרה של ארכה או סילוק בשיעורים.
- (ד) בהחלטתו לפי סעיף קטן (ג) יתחשב בית-המשפט או בית-הדין בכל הנסיבות הקשורות במצבו הכלכלי של כל אחד מבני הזוג ובטובת ילדיהם הקטינים, ובאופן שימנע ככל האפשר –
- (1) גרימת אובדן מקור פרנסה סבירה לאחד מבני הזוג;
 - (2) הפסקת קיומו או פגיעה בהמשך תיפקודו התקין של תאגיד או של מקום עבודה אחר;
 - (3) פגיעה בצבירת הזכויות הסוציאליות של אחד מבני הזוג.
 - (4) פגיעה ברווחת ילדי בני הזוג הקטינים.

לטעמי, נדרש יישום מרחיב של הסעיפים הללו ובכלל זה:

- (1) מתן עדיפות, במקרים שבהם מסת הנכסים המאוזנים מאפשרת זאת, לטכניקת חלוקה קניינית שתותיר את בית המגורים בידי ההורה המשמורן.
- (2) מתן סמכות מיוחדת לבתי המשפט לעכב את איזון המשאבים לתקופה מוגבלת נוספת מעבר לתקופות הרגילות הקבועות בס' 5א לחוק המתוקן אם השתכנע בית המשפט בעקבות קבלת תסקיר מאיש מקצוע כי עיכוב כזה נחוץ לצורך טובתם של ילדים.

²¹³ להיפך, בכמה פסקי-דין נקבע במפורש כי הזכות הקניינית בדירה גוברת על הזכות למדור. ראו, למשל, תמ"ש (ת"א) 8821/96 פורטנוי נ' פורטנוי, תק-מש 2001(3) 98

²¹⁴ ראו עניין **כליפא** בבג"צ 5969/94 **אקנין נ' בית הדין הרבני האזורי בחיפה**, פ"ד נ(1) 370

²¹⁵ עניין **כליפא, שם**.

²¹⁶ עניין **אקנין, לעיל** הערה 214

(3) ובמיוחד פיתוח סעד אזרחי של מדור ספציפי הממוקד בשיקולי טובת הילד במתכונת המתפתחת בעולם המערבי.

יתרה מזו, מעבר להתחשבות בטובת הילד בסעיף 6 לחוק המתוקן העוסק במימוש איזון המשאבים, הפנמה עמוקה של עקרון טובת הילד ומרכזיותו במשפט הישראלי צריכה לאפשר במקרים המתאים לשלב שיקולי טובת הילד אפילו במסגרת האיזון האקוויטבלי הקבוע בס' 8 (2) לחוק. על פי גישה זו, רווחתם של ילדים עשויה להיות שיקול נוסף לסטייה מחלוקה מחצה על מחצה לטובת ההורה המטפל בילדים לאחר הגירושים. עם זאת, לטעמי, סטייה כזו צריכה להיות מגובה במנגנונים כליים שיבטיחו שהתוספת לחלק בן הזוג המחזיק אכן תמומש לטובתם של ילדי המשפחה.

בנקודה זו ברצוני להדגיש, שילובם של שיקולי ילדים במסגרת דיני הרכוש אינו טבעי עבור משפטים ישראלים הרגילים להבחנה נוקשה בין דיני הורים וילדים לבין דיני הזוגיות. אולם לרוע המזל ילדים אינם רגישים תמיד לאבחנות משפטיות מושרשות ורווחתם מושפעת במקרים רבים גם מהסדרה משפטית המסווגת כ- דיני הזוגיות כגון דיני הרכוש, פירוק השיתוף ודיני הגירושים.²¹⁷ במדינות מערביות רבות החלו להפנים בו ודיני הרכוש שלהם כוללים במפורש התייחסות לטובתם של ילדים.²¹⁸ לפיכך, אני סבור שהוראות התיקון לחוק יחסי ממון, שנדונו בחלק זה מסמנות גם עבור המשפט הישראלי את הצורך לפתוח גם את דיני הזוגיות בפני שיקולים של טובת הילד.

דברי סיום

לידתו של השיתוף הזוגי בישראל הייתה כרוכה בפרדוקס יסודי:

מחד גיסא, ענייני נישואין וגירושין נדונים בישראל בבתי הדין הדתיים ועל פי הדינים הדתיים. מכיוון שכך, הפקעת יחסי הרכוש מן הדין הדתי והסדרתם באמצעות המשפט האזרחי התבססה על הטענה כי מדובר בתחום משפטי אזרחי רגיל, שאיננו חלק מדיני המשפחה. מאידך גיסא, במרכזה של הלכת השיתוף עומדות החריגה מהכלים הקנייניים האזרחיים הרגילים והצבתו של הסדר מיוחד הנובע מהקשר הזוגי והמשפחתי שבין הצדדים. לאור זאת התעורר החשש שההודאה

²¹⁷ בטענה כללית זו עסק מאמרי: *The Best Interest of the Child and Spousal Laws, in The Case for the Child: Towards a New Agenda 45 (Ya'ir Ronen & Charles W. Greenbaum eds) (Intersentia, 2008).*

²¹⁸ ראו למשל בחוק האנגלי **Matrimonial Clause Act 1973 S25 1** הנוקב בטובת הילד כקריטריון מרכזי בקביעת יחסי הרכוש בין בני הזוג. על פי הדין האנגלי כפי שתוקן ב- 1984
In exercising the powers conferring by this section the court shall have regard to all the circumstance of the case first consideration being given to the welfare while a minor of any child of the family who has not attained the age of eighteen and to the welfare of any child of the family who has attained the age of eighteen. *Dougherty v. Dougherty* (1987) 163 CLR 278, אשר מנחה את בית המשפט האוסטרלי ליישם את סעיף 79 (1) לחוק המשפחה האוסטרלי העוסק בחלוקת רכוש בין בני הזוג בדרך המתיישבת עם טובת הילד. בדומה לכך, ס' 56 לחוק המשפט הקנדי מנחה את בתי המשפט להתערב בתכני הסדרים בין ההורים בכל נושא הקשור לטובתם של ילדים והוא אינו מסתפק בהתערבות בדיני מזונות ילדים או בדיני החזקת ילדים במובן הצר.

בהיותם של יחסי הרכוש שבין בני הזוג חלק מדיני המשפחה, החורג מן ההסדרה האזרחית המקובלת, עלולה להשמיט את הלגיטימציה להסדרה האזרחית של התחום.²¹⁹ כדי להתמודד עם "הפרדוקס" נעשה ניסיון לבסס בכל זאת את חזקת השיתוף על כללי המשפט האזרחי "הרגילים", תוך הקבלת היחסים שבין בני זוג ליחסים שבין שותפים מסחריים. ברוח זו, העיגון המשפטי הפורמלי לחזקת השיתוף נמצא בעיקר בדיני החוזים ובדיני הקניין, ובהתאם לכך הוצגה החזקה כהסכם מכללא בין בני הזוג.

לפחות בשנותיה הראשונות הייתה לרטוריקה ההסכמית השפעה משמעותית על התכנים הממשיים של החזקה, ובהתאם לכך יושמה חזקת השיתוף במתכונת מצומצמת הדוחה שיתוף שאינו מבוסס על כוונתם הממשית של הצדדים. בניגוד לכך, בעשורים האחרונים, משהוחלף המודל ההסכמי במודל הנורמטיבי, נראה היה כי חזקת השיתוף מתגברת על מגבלותיה הפורמליות. תחושה זו גברה עוד יותר בשנים האחרונות, כאשר בהשפעת המודל הקישורי נפרצה מסגרת החשיבה המסחרית, וחזקת השיתוף הוחלה גם על נכסים שהופקו שלא במסגרת "השותפות". במובנים הללו, סיפור התפתחותה של חזקת השיתוף הוא סיפור של הצלחה, המדגיש את כוחם של שופטים להגיע לתוצאות המשפטיות הראויות בעיניהם חרף המגבלות שמטילות עליהם לכאורה הדוקטרינות והשפה המשפטית.

ברם, הדיון במחקר זה לימד על כמה חסרונות של האנלוגיה בין בני זוג לשותפים מסחריים ושל עיצובם של יחסי הממון המשפחתיים אך ורק על הגישה של שותפות רכושית קניינית נרחבת ככל שתהיה.

ראשית, הדיון בנושא פירוק השיתוף, לימד כי **פירוק שיתוף מיידי** על פי דרישה של צד המתאים לשותפות מסחרית רגילה אינו משתלב עם האופי המשפחתי של השיתוף הזוגי ועם המחויבות הציבורית לתמיכה ביציבות הנישואים.

שנית, הדיון **בנכסי העתיד** לימד כי ההתייחסות לנכסי העתיד כנכסים ברי-חלוקה, ללא הבחנה בינם לבין נכסים אחרים המשותפים לבני הזוג, מעוררת קשיים רבים, עקרוניים ומעשיים, המרתיעים את מרבית שיטות המשפט המערביות הקיימות מאימוצה המלא. עם זאת, למרות רתיעה זו, בשיטות משפט אחרות נמצאו דרכים חלופיות להתמודדות עם סוגיית נכסי העתיד כגון בפיצוי בן הזוג הביתי על הפסדי הקריירה שנגרמו לו, או אפילו חלוקה מסוימת של הרווחים העתידיים של בני הזוג במתכונת של חובת מזונות אזרחית-מודרנית. בניגוד לכך, התמקדותו של המשפט הישראלי בחזקת השיתוף ובהיבטים הרכושיים של יחסי הצדדים מנעה את פיתוחם של כלים משפטיים אלטרנטיביים מעבר לחזקת השיתוף. יתרה מזו: בשיטות משפט רבות, הסדרת יחסי הרכוש מבוססת על **מודל גמיש** המאפשר לחרוג מחלוקה שוויונית במקרים המתאימים. כפי שראינו, גמישות זו מאפשרת אף היא התמודדות מסוימת (אף כי לא מלאה או מושלמת) עם סוגיית נכסי העתיד. בניגוד לכך, האופי הרכושי של חזקת השיתוף והאנלוגיה לשותפים מסחריים שבהיעדר הסכם נוגד נתפסים כשותפים שווים, הוליכו **לגישה בינארית**

²¹⁹ ואכן, בראשית שנות ה-90, בפרשת **בבלי** (הערה 58 לעיל), כשהוסר המסווה החוזי של חזקת השיתוף והוצג ההיבט האידיאולוגי-משפחתי של חזקה זו, היה מי שגרס כי נשמטה הקרקעה בבסיס ההסדרה האזרחית של התחום, ומשום כך תביעתו של בית המשפט מבית הדין באותה פרשה לפעול על פי עקרונות אזרחיים אינה מוצדקת. ראו בעניין זה את ביקורתו של פרופ' ברכיהו ליפשיץ על פרשת בבלי, (הערה 58 לעיל).

נוקשה, שלפחות עד היום כמעט שלא אפשרה לחרוג מחלוקה שוויונית של נכסים המוכרים כנכסי השותפות

חסרונותיה של השותפות הרכושית- הקניינית בהקשר זה מצטרפת לביקורתנו על מקרים שבהם לא נצברו נכסים משמעותיים במשך הנישואים, אך לאחד מבני הזוג קיימים נכסים פרטיים שיאפשרו לו להתפרנס גם לאחר הגירושים. במקרים הללו נדון בן הזוג חסר-האמצעים לחיי מצוקה ועוני בעקבות הגירושים. בשיטות משפט שבהן מוסדרים יחסי הרכוש באמצעות מודלים גמישים, צורכיהם של בני הזוג "החלשים" במקרים הללו עשויים לקבל מענה. בניגוד לכך, במשפט הישראלי, המבנה הרכושי הנוקשה של חזקת השיתוף מקשה על האפשרות לפגוע בזכויות הקניין של בן הזוג החזק מבחינה כלכלית בשל צרכיו הכלכליים של בן זוגו.²²⁰ עניין עשוי לבסס ביקורת רחבה יותר על סוג השיקולים שחזקת השיתוף בישראל מוכנה להתחשב בהן. אני סבור כי המודלים הנורמטיביים ואפילו הקישוריים של השיתוף הזוגי בישראל התמקדו במערכת היחסים שבין הצדדים וכמעט שאינם מתחשבים בשיקולים ציבוריים וחברתיים רחבים יותר כגון שיקולים סוציאליים העוסקים בהגנה על צדדים חלשים בחברה ובשיקולים חברתיים כלליים המבקשים לצמצם פערים חברתיים בין גברים לנשים.

זאת ועוד: להסדר הרכושי בין ההורים עשויה להיות השפעה דרמטית על מצבם הכלכלי

של ילדיהם ועל איכות חייהם באופן כללי. ברם, עיצובה של חזקת השיתוף כשותפות פרטית-קניינית בין ההורים אינו מאפשר להתחשב באינטרסים של הילדים ובטובתם בעת עיצוב ההסדר הרכושי. בדומה לכך, אפילו המודל הקישורי של השיתוף עסק עד כה רק בהורים ולא בצורכי המשפחה כמכלול. עניין זה תומך אף הוא בהסדרת היחסים הרכושיים בחוק גמיש בעל גוון משפחתי, המקל על שילוב האינטרסים של הילדים בקביעת ההסדר הרכושי.

על רקע מגבלותיה של חזקת השיתוף מובן ההיגיון והצורך ברצונם של מחוקקי חוק יחסי ממון כבר לפני כ- 30 שנה לקבוע הסדר חקיקתי, שיפקיע את יחסי הרכוש שבין בני הזוג מדיני הקניין והחוזים ויעביר אותם באופן רשמי וברור אל דיני המשפחה.

אולם למרבה הצער בחקיקתו של חוק יחסי ממון המקורי נפלה תקלה חמורה. המחוקק קישר בין מימוש השיתוף הזוגי לגירושים הדתיים ובכך אפשר לצד סרבן המתנגד לגירושים לסכל גם את איזון המשאבים. טעות זו הפכה את הסדר איזון המשאבים בחוק לאות מתה והשיגה אחור את הישגי השיתוף הזוגי בישראל. על רקע מצב העניינים העגום, המשימה הדחופה ביותר שעמדה בפני מתקני תיקון מס' 4 לחוק יחסי ממון הייתה מתן האפשרות לעריכת איזון המשאבים, במועד המוקדם לפקיעת הנישואים עקב גירושים או מוות. משימה זו השיג התיקון לחוק. אולם משהושגה משימה זו, נדרשים מעצבי המשפט הישראלי לשנס מותניים ולעצב את התפיסה המשפחתית שעל פיה יוסדרו יחסי הממון בין בני זוג בישראל. חוק יחסי ממון המתוקן החל במשימה זו בכך שהגדיר את התנאים המאפשרים גירושים כלכליים, תיקן את הגדרת היקף הנכסים הכלולים באיזון, הדגיש את האפשרות לחרוג מחלוקה שוויונית של הנכסים עקב פערים בהכנסות עתידיות של בני הזוג ופתח פתח להתחשבות בשיקולי ילדים במסגרת איזון המשאבים.

²²⁰ אכן כפי שראינו לאחורונה נכונים כמה בתי משפט להרחיב מאד את חזקת השיתוף גם לגבי הנכסי החיצוניים. עם זה בהעדר סמכות מפורשת להתחשבות בצרכים השונים של בני הזוג, בתי המשפט עושים זאת באופן מלאכותי באמצעות החלת שותפות קניינית בנכסי העבר גם כאשר שותפות זו לא עולה מכוונת הצדדים.

במאמר זה בקשתי למלא בתוכן מהותי את הוראות התיקון בנושאים הללו ואני מקווה שיהיה בכך בכדי לסייע למעצבים העתידיים של המשפט בישראל..