

על נכסי עבר, על נכסי עתיד ועל הפילוסופיה של חזקת השיתוף

מאת

שחר ליפשיץ**

מאמר זה עוסק "בחזקת השיתוף". "חזקת השיתוף" היא טכניקה משפטית להסדרת יחסי הרכוש בין בני הזוג. בהתקיים נסיבות מסוימות, החזקה מאפשרת לבתי המשפט להכריז על קיומו של שיתוף מלא או חלקי בנכסים, גם אם על פי הכללים המשפטיים "הרגילים" מדובר בנכס או בנכסים המצויים בבעלות של אחד מבני הזוג.

מטרתו הראשונית של המאמר היא לתרום לפיתוחה של תשתית תאורטית, שתאפשר לארגן את הדעות השונות אודות הפילוסופיה של חזקת השיתוף ואת התכנים המעשיים של החזקה בחבניות חשיבה מוגדרות. ברור זו ננתח שלושה שלבים מרכזיים בהתפתחותה של חזקת השיתוף:

השלב ההסכמי (עד סוף שנות ה-70), שבו התבססה החזקה על מודל הנכון להכיר בשיתוף בהתאם לתפיסה חזית-מסחרית מצומצמת. בשלב זה הוחלה החזקה רק ביחס להיקף נכסים מצומצם, וגם זאת במצבים שבהם השיתוף אינו סותר את אומד דעתם של הצדדים או אפילו את אומד דעתו של הבעלים הרשום.

השלב הנורמטיבי, שבו התבססה החזקה תחילה (בשנות ה-80) במעשים ולאחר מכן (סוף שנות ה-80 ובתחילת שנות ה-90) ברטוריקה על הרציונלים של צדק (במובן של הגינות מסחרית) ושוויון מגדרי (המבקש להגן על נשים שלקחו על עצמן תפקיד ביתי), רציונלים הנשענים על מטאפורה המשווה את המשפחה לשותפות מסחרית, ומשום כך הם רואים בנכסי המשפחה תוצר מאמצם המשותף של שני בני הזוג. על כן, בשלב זה,

מרצה בכיר, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן. מאמר זה הוא חלק מחיבור מקיף על השיתוף הזוגי בישראל הנמצא בשלבי הכנה. חיבור זה צפוי לדון גם בחוק יחסי ממון ובהיבטים נוספים של היחסים הכלכליים בין בני הזוג, כגון הצורך בפיצוי בן הזוג הביתי על הפסדי הקריירה שנגרמו לו במשך הקשר, והאפשרות לכונן בישראל חובת מזונות אזרחיים שתחול גם לאחר הגירושים.

בכתיבתו של מחקר זה נהניתי מעזרת מחקר מסורה ומעולה של מירב שגיא, אוהד קוגלר ודודי קופל. יצחק בן-בג'י, משה גלברד, חנוך דגן, צילי דגן, יפעת הולצמן-גזית, רות הלפרין-קדרי, איל זמיר, יאיר לורברבוים, יוסי מנדלסון, טלי מרגלית, רונה שוז, שאול שוחט, רון שפירא ומשתתפי הסמינרים המחלקתיים בפקולטות למשפטים באוניברסיטת בר-אילן ובאוניברסיטה העברית, ותלמידי הסמינר לתלמידים מצטיינים באוניברסיטת בר-אילן, האירו את עיניי בהערות מצוינות. פנחס שיפמן ודודי שורץ הם מוריי המסורים, ולהם זכויות בכל אשר אעשה. לכולם שלוחה תודתי. תודה מיוחדת נתונה לעמית פונדיק, עורך כתב העת משפטים, ולחברי המערכת שעבדו על המאמר במסירות רבה והיו חלק "ממאמץ משותף" להשבתו.

ככל שדובר בנכסי "המאמץ המשותף", הוחלה החוקה גם בניגוד לאומד הדעת המשוער של הצדדים, עד כדי הפיכתה לדין מעין-קוננטי.

השלב הקישורי, החל בסוף שנות ה-90 ובמסגרתו נפרצה המסגרת המסחרית, ולפחות חלק מהשופטים הביעו נכונות להחיל את חוקת השיתוף גם על נכסים פרטיים שלא הופקו במאמץ משותף של הצדדים. נסביר כי מהלך זה משקף את התפתחותה של אידאולוגיה חדשה המרגישה את ההיבטים הקהילתיים-קישוריים-שיתופיים הלא-מסחריים הקיימים בחיים המשפחתיים.

נסביר כי הפסיקה אינה מחילה את המודל הקישורי במקרים שבהם הוא אינו משתלב עם אורח החיים של הצדדים, ומשום כך מתקיימים כיום במשפט הישראלי שני מודלים של חוקת שיתוף: מודל נורמטיבי מעין-קוננטי המופעל על נכסי המאמץ המשותף, ומודל קישורי בעל גון הסכמי המיושם על הנכסים הפרטיים ובעיקר על נכסים שנצברו לפני הנישואים (נכסי עבר).

המודלים המשפטיים העומדים במרכז השלבים הללו ינותחו ויארזו מנקודות מבט מגוונות הכוללות, בין היתר, ניתוח היסטורי של התפתחות ההסדרה האזרחית של דיני המשפחה בישראל; תאוריות אזרחיות שונות של דיני הווגיות, הנשענות על ניתוח דיני המשפחה בארצות מערביות ליברליות; תאוריות של דיני החורים ובכללם המודל הקלאסי, המודל המודרני, התאוריה של חוזה היחס והתאוריה של החקיקה המרשה; תאוריות פוליטיות-פילוסופיות שונות כגון ליברליזם מסורתי, ליברליזם מודרני, קהילתנות, פמיניזם לגוויני ועוד.

לצד הארגון השיטתי, ההבניה התאורטית והניתוח המטא-משפטי של התפתחויות ותהליכים קיימים במשפט הישראלי המצוי, יציג המאמר גם ביקורת על מצב זה. במרכז הדיון הביקורתי יעמוד היחס המשפטי לנכסי העתיד (נכסים הקשורים בהון האנושי של בני הזוג כגון רישיונות, ניסיון מקצועי, קביעות בעבודה וכדומה) השתכרוּתם העתידית. מחקרים כלכליים מגלים כי נכסי העתיד הם הנכס המרכזי של מרבית הזוגות בעולם המערבי ובישראל. במקרים רבים נכסי העתיד מטופחים במהלך הנישואים, במאמץ משותף של שני בני הזוג. על כן, הרציונלים המקובלים התומכים בהחלת השיתוף הווגי רלבנטיים גם ביחס לנכסים הללו. למרות זאת, מרבית בתי המשפט בישראל ובעולם מסרבים להחיל את הסדרי השיתוף המקובלים בהם על נכסי העתיד.

נטען כי בבסיס ההתנגדות לחלוקת נכסי העתיד עומדת גישה אינדיבידואליסטית, הרואה בהון אנושי כישור אישי, מבקשת לתמרץ נשים להשתתף בשוק העבודה, ובעיקר חוששת כי התייחסות להון אנושי כנכס קנייני בר-חלוקה תמנע מבני הזוג את האפשרות להתנתק זה מזה. על רקע זה נטען כי היחס המשפטי לשאלת נכסי העתיד חושף מתח יסודי הקיים בחשיבה המערבית על דיני הווגיות בין המחויבות לאינדיבידואליזם לבין המחויבות לשיתוף.

ברם, למרות שהמתח בין אינדיבידואליזם לשיתוף עשוי להצדיק התנגדות לחלוקה רכושית רגילה של נכסי העתיד, הדיון במאמר יבהיר כי בכל זאת נדרשת התחשבות בנכסי העתיד במסגרת הליך הגירוש. ברוח זו תיערך סקירה השוואתית, שבה יוצגו וינותחו רפורמות מתהוות בתחום היחסים הכלכליים בין בני זוג, שנועדו להקל על מצוקתן של נשים בעקבות גירושם. הרפורמות הללו כוללות, בין היתר, פיצוי כספי לבן הזוג הביתי, חלוקה לא שוויונית של הנכסים הממשיים לטובת בן הזוג הכיתי, וחידוש חובת המזונות לאחר הגירוש. בניגוד להתפתחויות בעולם המערבי, אי-ההכרה של המשפט הישראלי בנכסי העתיד במסגרת חוקת השיתוף לא נתמכה

בכלים משפטיים אלטרנטיביים שיקלו על מצוקתן של נשים. לפיכך אטען כי חוקת השיתוף נכשלה עד כה בהתמודדותה עם סוגיית נכסי העתיד. כשלון ההתמודדות של חוקת השיתוף עם נכסי העתיד, יקושר לעיצובה ההיסטורי של החוקה כהסדר שותפות רכושי-פרטי. נסביר כי עיצוב זה מגביל את גמישותה של החוקה ואת היכולת לשלב בה התייחסות למצוקתם הכלכלית האישית של בני זוג, לטובתם של ילדיהם ולאיתרסים ציבוריים רחבים יותר. מתוך ביקורת זו נשמיע קריאה לשינויים משמעותיים בעקרונות שעליהם מושתתת חוקת השיתוף, ובהקשר הרחב יותר – לשינויים בהסדרה משפטית הכוללת של יחסי הרכוש בין בני זוג בישראל.

א. מבוא. ב. רציונלים אינדיבידואליסטיים-מסחריים לשיתוף נכסים בין בני זוג

1. רקע היסטורי: התפתחות המחויבות לשיתוף בעולם המערבי; 2. המטאפורה השותפותית: הנישואים כשותפות מסחרית; 3. הבסיס המטא-משפטי: בין ליברליזם מסורתי לליברליזם מודרני; 4. מהנמקה למעשה; 5. המודלים לשיתוף והתאוריה של הדין הדיספוזיטיבי; 6. המודל ההסכמי של השיתוף: ניתוח ביקורתי; 7. סיכום הפרק;
- ג. מודלים אינדיבידואליסטיים-מסחריים כמשפט הישראלי. 1. חוקת השיתוף כמשפט הישראלי: רקע היסטורי והצדקות משפטיות; 2. היסודות ההסכמיים של חוקת השיתוף; 3. כישלון המודל ההסכמי של חוקת השיתוף; 4. מודל ליברטריאני למודל ליברלי-מודרני: המרה של כוונת הצדדים בתפיסות של צדק ושוויון; ד. מושגות מסחריות לקהילה משפחתית: המודל הליברלי-קהילתני של חוקת השיתוף. 1. השינוי המשפטי: הכללת נכסי עבר בחוקת השיתוף; 2. הבסיס הרעיוני: הרציונל הקישורי לשיתוף זוגי; 3. היסודות הערכיים המטא-משפטיים: הבסיס הקהילתני של המודל הקישורי; 4. המודל הקישורי כשילוב ליברלי-קהילתני; 5. מהלכה למעשה: הרציונל הקישורי בפסיקת בתי המשפט; 6. הגנת בן הזוג "הביתי": צללים ראשונים; ה. ומה עם נכסי העתיד? 1. הרציונלים לשיתוף והצורך בחלוקתם של נכסי העתיד; 2. ההתנגדות המשפטית לחלוקה של נכסי העתיד; 3. האינדיבידואליזם הליברלי כבסיס האידיאולוגי להתנגדות לחלוקה של נכסי העתיד; 4. ההתנגדות האינדיבידואליסטית לחלוקה של נכסי העתיד: ניתוח ביקורתי; 5. הבעיה של נכסי העתיד: סיכום וקווי פעולה להמשך; 6. מבט השוואתי: החלופות המסתמנות לחלוקה הקניינית של כושר ההשתכרות; 7. כישלון ההתמודדות עם נכסי העתיד במשפט הישראלי; 8. סיכום הפרק; ו. על נכסי עבר, על נכסי עתיד ועל הישגיה ומגבלותיה של חוקת השיתוף. ז. דברי סיום.

א. מבוא

דיני המשפחה בישראל מתייחדים בכך שחלקים נרחבים מהם נחוגים לשיפוט ולמשפט דתי. עם זאת, לצד הדין הדתי מתפתחים בישראל רכיבים רבים של דיני משפחה שניתן לאפיינם כדין אזרחי חילוני.¹ אחד משיאי היצירה של דיני המשפחה האזרחיים בישראל

1. ההבנה כי דיני המשפחה – ואפילו בחלקים שמסווגים "רשמית" כדין דתי – עומדים במרכזו של מאבק חריף בין עקרונות דתיים לבין עקרונות חילוניים, ותיאור התהוותו של דין משפחה אזרחי שאינו חופף לדין הדתי המקורי, עומדים במרכזו כתיבתם של שניים מהחוקרים הבולטים של דיני המשפחה בישראל.

הוא פיתוחה של "חוקת השיתוף" על ידי בתי המשפט האזרחיים, במהלך מדורג הנמשך עד היום.² "חוקת השיתוף" היא טכניקה משפטית להסדרת יחסי הרכוש בין בני הזוג. בהתקיים נסיבות מסוימות, החוקה מאפשרת לבתי המשפט להכריז על קיומו של שיתוף מלא או חלקי בנכסים, גם אם על פי הכללים המשפטיים "הרגילים" מדובר בנכס או בנכסים המצויים בבעלות של אחד מבני הזוג (כגון במקרה של נכס מקרקעין הרשום על שם אחד מהצדדים). יחסי הרכוש בין בני זוג שנישאו לפני כניסתו לתוקף של חוק יחסי ממון בין בני זוג, תשל"ג-1973 (להלן: "חוק יחסי ממון") כפופים לחוקה זו ולכללים שעוצבו על פיה; יש הסבורים שכך גם יחסי הרכוש של בני זוג שנישאו לאחר חקיקת החוק,³ והכל מודים שיחסייהם של בני זוג שאינם נשואים מוסדרים על

המשפחה בישראל: פרופ' אריאל רוזן-צבי ז"ל ופרופ' פנחס שיפמן יבדל"א. לתיאור כללי של המאבק ראו אריאל רוזן-צבי, דיני המשפחה בישראל: בין קודש לחול (תש"ן), לאורך כל הספר ובייחוד בעמ' 26-17, 300-346; פנחס שיפמן, דיני המשפחה בישראל א (מהדורה שנייה, תשנ"ה), לאורך כל הספר ובייחוד בעמ' 19-21, 139-141, וכן עמ' 424 ואילך; ראו גם פנחס שיפמן, "ארבעים שנה לדיני המשפחה – מאבק בין דין דתי לבין חוק חילוני", משפטים יט 847 (תש"ן). לטענה כי בישראל למעשה קיימת כיום מערכת כמעט מלאה של דיני זוגיות אזרחיים רות הלפרין-קדרי, "דיני משפחה אזרחיים נוסח ישראל – לקראת השלמה: על הכבוד, הצדק, השוויון והכוונה ישתתפו מעתה דיני המשפחה", מחקרי משפט יז 105 (תשס"ב); לניתוח של תוכני המערכת הקיימת ראו שחר ליפשיץ, "דיני זוגיות חילוניים ביוכל הבא: בין 'ליברטריאניזציה' לבין בית המשפט 'המחשק'", מחקרי משפט יז 159 (תשס"ב). במאמר זה בחנתי את היסודות התאורטיים של הדין האזרחי הקיים. במסגרת זו אני עומד על החסר בדין האזרחי הקיים, ומעמת בין מגמות סותרות הקיימות בו.

2 לתיאור התפתחותה של חוקת השיתוף בישראל ראו אריאל רוזן-צבי, יחסי ממון בין בני זוג 212 ואילך (תשמ"ב); מנשה שאוה, הדין האישי בישראל א 191 ואילך (מהדורה רביעית מורחבת, תשס"א); יוסף מגדלסון, "יחסי ממון בין בני-זוג", בתוך מעמד האישה בחברה ובמשפט 437 (בעריכת פרנסה רדאי, כרמל שלו ומיכל ליבן-קובי, תשנ"ה); יהושע ויסמן, דיני קניין: בעלות ושיתוף ב 178 ואילך (תשנ"ז); מיגל דויטש, קניין א 633 ואילך (תשנ"ז).

3 בנושא זה נחלקו במשך תקופה ארוכה מלומדים שונים, חלקם משיבים תשובה השוללת את האפשרות להיווצרותה של חוקת השיתוף. על פי עמדות אלה, הסדר איוון משאבים על פי החוק בא להמיר את הלכת שיתוף הנכסים בין בני זוג. ראו, למשל, רוזן-צבי, שם, בעמ' 286-294; מנשה שאוה, שם, ב 796-800. בניגוד לכך, מלומדים אחרים סבורים שחוקת השיתוף משלימה את הסדר איוון המשאבים שבחוק, ועל כן תמשיך לחול גם על בני זוג שנישאו לאחר כניסת החוק; ראו, למשל, פנחס שיפמן, "יחסי ממון בין בני-זוג", בתוך קובץ התרצאות בימי העיון לשופטים תשל"ה: החקיקה האזרחית החדשה 126 (בעריכת שמעון שטרית, תשל"ו). הנושא נדון בע"א 1915/91 יעקובי נ' יעקובי, פ"ד מט(3) 529, ורוב השופטים קיבלו את הדעה כי חוק יחסי ממון החליף את חוקת השיתוף ודחו את האפשרות לתחולה סימולטנית. ברם, יש הטוענים כי פסק הדין בכל זאת מאפשר, גם כיום, במישור הפורמלי, להמשיך ולהפעיל את חוקת השיתוף על בני זוג שנישאו לאחר 1.1.1974 אף כי באופן מוגבל יחסית לדרך שבה חוקה זו מופעלת על זוגות רגילים. ראו על כך בעיקר פנחס שיפמן, "ואף-על-פי-כן – שיתוף נכסים", משפטים כו 399 (תשנ"ו). לתמיכה בעמדתו של שיפמן ראו, למשל, ויסמן, הערה 2 לעיל, בעמ' 198-199. ראו גם תמ"ש (ת"א) 51490/98 פלוני נ' אלמונית (לא פורסם, 30.9.1999), המאזכר בספרו של יהושע גייפמן,

פיה.⁴ מכל מקום, גם אלו הסבורים כי הסדר "איוון המשאבים" שבחוק יחסי ממון בא להמיר את הלכת שיתוף הנכסים⁵ אינם מרוצים בדרך כלל משינוי זה, ולפחות חלקם תומכים בביטול החוק ובהמשך הסדרת יחסי הרכוש בין בני זוג על פי חוקת השיתוף.⁶ יתרה מזו: גם אם לא יבוטל חוק יחסי ממון, איש לא יכחיש את ההשפעה הדרמטית שיש לחוקת השיתוף על עיצובה של תפיסת השיתוף הזוגי במשפט הישראלי. ברור, אפוא, שפרשנותו של חוק יחסי ממון מושפעת בדרך זו או אחרת מתכניה של "חוקת השיתוף" ומהאידאולוגיה שבבסיסה.

חוקת השיתוף מלווה את המשפט הישראלי כמעט 40 שנה. בתקופה זו הוצעו מפעם לפעם בפסיקה ובמחקר רציונלים שונים לביסוסה. עם זאת, בשיח המשפטי הקיים טרם גובש רציונל ברור המתאר באופן הרמוני את האידאולוגיה שבבסיס המצב המשפטי הנוהג. לצד העמימות בהקשר של הרציונלים התאורטיים, גם התכנים המעשיים של החוקה טרם הובהרו כראוי. במשך הזמן חלו שינויים משמעותיים בהיבטים שונים של החוקה – תנאי הכניסה לחוקה, האפשרות לחרוג ממנה ובעיקר היקף הנכסים הנכללים בה. נוסף על כך, יישום החוקה בכל התקופות, לרבות בתקופה הנוכחית, מאופיין במחלוקות נוקבות בין שופטים.⁷ מטבע הדברים, מצב עניינים זה מקשה מאוד על חוקרים המבקשים לתאר את הפילוסופיה של חוקת השיתוף ועל משפטנים המבקשים לדעת כיצד לנהוג בפועל בסכך ההלכות והעמדות הקיימות.⁸

על רקע זה, מטרתו הראשונית של המאמר היא לתרום לפיתוחה של תשתית תאורטית, שתאפשר לארגן את הדעות השונות על אודות הפילוסופיה של חוקת השיתוף ואת התכנים המעשיים של החוקה בתבניות חשיבה מוגדרות. תבניות החשיבה

דיני המשפחה בישראל בעידן בית המשפט למשפחה ג 1482 (מהדורה שנייה, 1998). אולם, השוו דויטש, הערה 2 לעיל, בעמ' 634. דיון בכך הוא מעבר להיקפה של הרשימה הנוכחית ואני מתכנן לעסוק בכך בהמשך הפרויקט, בחלק החיבור על השיתוף הזוגי שיעסוק בחוק יחסי ממון.
4 ראו על כך ע"א 52/80 שחר נ' פרידמן, פ"ד לח(1) 443. לדיון נרחב בנושא זה ראו שחר ליפשיץ, "נשואים בעל כרחם? ניתוח ליברלי של מוסד הידועים בציבור", עיוני משפט כה(3) 741 (תשס"ב).

5 ראו הערה 3 לעיל.

6 כך, למשל, פרופ' רוזן-צבי המנוח, שגרס כי מבחינה פרוייטיבית הסדר איוון המשאבים בחוק יחסי ממון נועד להחליף את חוקת השיתוף. פרופ' רוזן-צבי תמך בביטול החוק ובהמשך הסדרת יחסי הרכוש באמצעות חוקת השיתוף. ראו את החלופה השנייה לתזכיר חוק יחסי ממון בין בני זוג (תיקון-איוון המשאבים ודירת המגורים) התשנ"ה-1995 (להלן: "תזכיר חוק יחסי ממון") והשוו לחלופה הראשונה בתזכיר, המבוססת על הצעותיו של פרופ' שיפמן לתיקון החוק הקיים.

7 ראו על כך בהרחבה בפרקים ג ו-ד להלן.

8 למצוקה זו ראו רוזן-צבי, הערה 2 לעיל, בעמ' 231-232, המתאר את ההלכות הקיימות כמבוך נפתל.

הללו יתכנסו למודלים משפטיים הכוללים עקרונות-על מופשטים (legal principles),⁹ המנסים לספק הסבר שיטתי ככל האפשר¹⁰ למערכות של כללים משפטיים מפורטים (legal rules).

המודלים המשפטיים הללו ינותחו ויוארו מנקודות מבט מגוונות הכוללות, בין היתר, ניתוח היסטורי של התפתחות ההסדרה האזרחית של דיני המשפחה בישראל; תאוריות אזרחיות שונות של דיני הווגיות, הנשענות על ניתוח דיני המשפחה בארצות מערביות ליברליות; תאוריות של דיני החוזים ובכללם המודל הקלאסי, המודל המודרני, התאוריה של חוזה היחס והתאוריה של החקיקה המרשה; תאוריות פוליטיות-פילוסופיות שונות כגון ליברליזם מסורתי, ליברליזם מודרני, קהילתנות, פמיניזם לגונוני ועוד.¹¹ חזקת השיתוף טרם נדונה מנקודות המבט הללו, ואני מקווה כי ניתוחן במאמר יעשיר את המשפט הישראלי.

בשני הפרקים הבאים (פרקים ב ו-ג) תידון חזקת השיתוף לאורן של צורות חשיבה ליברליות-אינדיבידואליסטיות-מסחריות.

פרק ב יוקדש לדיון עקרוני (שאיננו ממוקד בהקשר הישראלי) ברציונל להסדר של שיתוף נכסים.

בפרק זה יוצג המתח בין תהליך האינדיבידואליזציה המאפיין את דיני המשפחה המערביים המודרניים, לבין הנטייה של מרבית המדינות הליברליות-מערביות לקיים הסדר זה או אחר של שיתוף נכסים. כדי ליישב בין המגמות הללו יוצגו שני רציונלים המבקשים להצדיק משטר של שיתוף נכסים המתבסס על עקרונות ליברליים-

9 ההתייחסות אל המערכת המשפטית ככוללת עקרונות משפטיים לצד כללים משפטיים, מבוססת על מודל יורספרודנטי שפותח במחצית השנייה של המאה ה-20, המזהה יותר מכל עם כתיבתו של רונלד דבורקין. ראו Ronald Dworkin, *Law's Empire* 164-258 (1986). עוד ראו מנחם מאוטנר, "כללים וסטנדרטים בחקיקה האזרחית החדשה – לשאלת תורת המשפט של החקיקה", משפטים יז 321 (תשמ"ז).

10 על השיטתיות במשפט ראו אלון הראל, "תיאוריות קוהרנטיות של המשפט", עיוני משפט יח 387 (תשנ"ד); הנוך דגן, "הזכות לפירות ההפרה: אנטומיה של חקיקה שיפוטית", עיוני משפט כ 601, 676-670 (תשנ"ז), השוו ל- Joseph Raz, "The Relevance of Coherence," 72 *B. U. L. Rev.* (1992) 273. ראו גם לאחרונה Oren Perez & Gunther Teubner eds., *On Paradoxes and Self-reference in Law* (forth coming, 2005).

11 על זרמים שונים במחקר המשפטי (ובמיוחד על ההבחנה בין משפטים המנתחים את המשפט מתוכו למשפטים המבקשים לחשוף את התפיסות הלב-מפשטיות הגלומות בו) קיימת כתיבה ענפה. ראו, לדוגמה, מנחם מאוטנר, "הפקולטה למשפטים: בין האוניברסיטה, לשכת עורכי-הדין ובתי-המשפט", בתוך ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"ב-תשנ"ג 1, עמ' 20 ואילך (בעריכת אוריאל רוזן-צבי, תשנ"ד); אוריאל פרוקצ'יה, "בועות משפט", משפטים כ 9 (תש"ן). להבחנה בין זרמים שונים ומטרות שונות בחקר המשפט ראו עוד, לאחרונה, אצל מנחם מאוטנר, "מעבר לסובלנות ולפלורליזם: הפקולטה למשפטים כמוסד רב-תרבותי", עיוני משפט כה(2) 253 (תשס"ב).

אינדיבידואליסטיים, שבמרכזם אנלוגיה בין היחסים הזוגיים לבין שותפויות מסחריות-כלכליות.

הרציונל הראשון מבסס את השיתוף על תפיסה הסכמית המבקשת לשחזר את הכוונה המשותפת של הצדדים. על פי רציונל זה, ניתוח כלכלי-פסיכולוגי-סוציולוגי של היחסים בין בני זוג טיפוסיים מוליך למסקנה כי הכוונה המשותפת של מרבית הזוגות היא ליחסי שותפות הכוללים, בין היתר, שיתוף בנכסים (להלן: "הרציונל ההסכמי").

הרציונל השני מבוסס על המציאות החברתית הקיימת, שבה החיים המשפחתיים מתאפיינים בחלוקת תפקידים שבה אחד מבני הזוג (בדרך כלל הגבר) תורם לרווחת המשפחה באמצעות עבודה מחוץ לבית, בעוד בן הזוג השני (בדרך כלל האשה) הוא האחראי העיקרי על עבודות הבית, ועל הטיפול בילדים בדרך כלל תוך ויתור מסוים – חלקי או מלא – על קריירה חיצונית. על פי רציונל זה, שיקולי צדק (כמובן של הגינות מסחרית) ושוויון (כמובנו המהותי, השולל מצב שבו כלל משפטי יולך באופן שיטתי לתוצאה המפלה מגדר מסוים) מחייבים משטר משפטי שייתן ביטוי לתרומתם של שני בני הזוג, כתפקידיהם השונים, לרווחת המשפחה (להלן: "הרציונל הנורמטיבי"). מבחינה עקרונית, הרציונל הנורמטיבי עשוי היה לתמוך במשטר אקוויטבילי המקובל בחלק מן המדינות המערביות, שלפיו כל בן זוג זכאי לתרומתו היחסית להפקת רווחים ונכסים. עם זאת, הדיון בפרק זה ינסה להצדיק את המגמה של מרבית המדינות המערביות בשנים האחרונות – פנייה למשטר שבמסגרתו כלל הנכסים שהופקו במאמצם המשותף של בני הזוג נחשבים כמשותפים, ובהתאם לכך גם מתחלקים באופן שווה בין בני הזוג.

כאמור, הן הרציונל ההסכמי והן הרציונל הנורמטיבי תומכים במשטר של שיתוף נכסים. ברם, למרות המחויבות העקרונית למשטר של שיתוף נכסים, ההבדלים בדרכי ההנמקה עשויים להוליך בסופו של דבר להבדלים משמעותיים בתכנים הקונקרטיים של הסדר השיתוף (כגון תנאי הסף להחלת הסדר השיתוף, היכולת לחרוג ממנו והיקף הנכסים הכלולים בו). מכיוון שכך, ניתן לדבר על שני מודלים של שיתוף: מודל הסכמי שאינו מכיר בשיתוף המנוגד לאומד הדעת של הצדדים, ומודל נורמטיבי המכיר בשיתוף משיקולים נורמטיביים גם כשהחלת השיתוף על סוג מסוים של נכסים או על כלל נכסי בני הזוג אינו משתלב עם כוונתם.

ניתוח הבסיס הערכי המטא-משפטי של המודלים הללו יגלה כי המודל ההסכמי מבוסס על צורת חשיבה הרואה בדין הדיספוזיטיבי "חקיין" של כוונת הצדדים, ועל גישה ליברלית-מסורתית המחויבת לרעיונות של זכויות קניין, חופש חוזים ואוטונומיה של הפרט, ושוללת רעיונות חלוקתיים המבוססים על תפיסות של צדק ושוויון מהותי (עם זאת, ניתוח פילוסופי יגלה מצבים שבהם קיימים כשלים בגיבוי הליברלי-מסורתי של המודל ההסכמי). בניגוד לכך, המודל הנורמטיבי מבוסס על תאוריה חזונית המבקשת להבנות את הדין הדיספוזיטיבי על נורמות ערכיות ועל גישה ליברלית מודרנית, המבקשת לשלב את הערכים הליברליים המסורתיים עם יסודות של צדק ושוויון מהותי.

פרק ג יבוסס על הניתוח העקרוני שנערך בפרק ב ויבקש להבין על פיו את התפתחותה של חזקת השיתוף בישראל.

טענתי הבסיסית תהיה כי לשני המודלים (ההסכמי והנורמטיבי) הייתה – ועדיין קיימת – נוכחות ברורה בכל התקופות בפסיקה העוסקת בחזקת השיתוף. עם זאת, ניתוח פסקי הדין שניתנו בשנות ה-60 (עת כוננה חזקת השיתוף) ובמרבית שנות ה-70 יגלה כי בתקופה זו היה המודל ההסכמי דומיננטי יותר, הן ברטוריקה והן במעשיו של בית המשפט. בהתאם לכך, בתקופה זו לא הכירו בתי המשפט בשיתוף המנוגד לאומד הדעת של הצדדים או אפילו לאומד הדעת של הבעלים הרשום. לעומת זאת, בסוף שנות ה-70, ואף יותר מכך בשנות ה-80, נוצר פער בין הרטוריקה ההסכמית לבין התוצאות המעשיות של פסקי הדין, שהתיישבו יותר עם המודל הנורמטיבי. כהמשך לתיאור השינויים המעשיים אראה כי בראשית שנות ה-90 הושלם המהפך, והרטוריקה ההסכמית הומרה ברטוריקה נורמטיבית.

המעבר מהמודל ההסכמי למודל הנורמטיבי משתקף בשינוי בתנאי הסף של החזקה – מתנאי סף הסכמיים הנוגעים לכוונת הצדדים לתנאי סף נורמטיביים הכוללים אם התקיים מאמץ משותף; בשינוי היקף הנכסים הנכללים בחזקה, כלומר: בזניחתן של הבחנות שהתבססו על צורות חשיבה הסכמיות ובמעבר להתבססות מוחלטת על ההבחנה הנורמטיבית בין נכסי המאמץ המשותף לנכסים שאינם כאלו (נכסים מלפני הנישואים, ירושות ומתנות); ובהקשחה של האפשרות להוכיח כי הצדדים לא התכוונו לשיתוף עד כדי הפיכתה של חזקת השיתוף לדין מעין-קוגנטי.

פרק ד יציב מודל ליברלי-קהילתני של חזקת השיתוף.

מודל זה מתקיים לצד המודלים המסחריים, ההסכמי והנורמטיבי, והוא גורם מכריע בהתפתחות שמתחוללת במשפט הישראלי בשנים האחרונות, שבמסגרתה הפסיקה – לפחות בחלקה – החלה לראות כנכסים משותפים גם נכסים שלא נרכשו ממאמץ משותף כגון נכסים מלפני הנישואים (להלן: "נכסי עבר") או נכסים שהתקבלו במתנה או בירושה. בניגוד למודלים הקודמים, המאופיינים בגישה אינדיבידואליסטית כלפי הקשר הזוגי, מדובר במודל המבוסס על גישה קישורית-התייחסותית ליחסים הזוגיים (להלן: "המודל הקישורי"). בשונה מהגישה הליברלית-אינדיבידואליסטית, שבמרכזה האנלוגיה שבין הנישואים לשותפות המסחרית, הגישה הקישורית-התייחסותית מדגישה את ההבחנה שבין הקשר הזוגי לבין הקשר המסחרי. על פי גישה זו, בשלבים מסוימים של חייהם, בני הזוג מאבדים את התפיסה האינדיבידואליסטית הרגילה המאפיינת את היחסים המסחריים הרגילים – ומפתחים תחושה שיתופית-קישורית. על פי המודל הקישורי, הכרה באופי המיוחד של היחסים הזוגיים, והרצון לכונן "סביבת עבודה" משפטית שתסייע ביצירה של מערכת יחסים מסוג זה, מחייבים הכרה נרחבת בשיתוף הכלכלי בין בני הזוג. הכרה נרחבת זו עשויה להוליך להחלה של חזקת השיתוף גם על נכסים שנרכשו שלא במאמץ משותף.

כהמשך לדיון במודל הקישורי תיבחן התפיסה הערכית המטא-משפטית המשתקפת בו. מבחינה עקרונית, הגישה הקישורית מתאימה מאוד לצורות חשיבה קהילתניות

המאופיינות בביקורתן הנוקבת על האינדיבידואליזם הליברלי. על רקע זה, לפחות בשלב הראשון, יוצג המודל הקישורי כמודל שאיננו מתיישב עם העקרונות הליברליים המקובלים.

אולם, בשנים האחרונות מתפתחות דרכי חשיבה שבמרכזן הגיסיון לשילוב הרעיונות הקהילתניים ברשת חשיבה ליברלית. אחד האמצעים לשילובם של רעיונות אלה היא תאוריה חוזית המכונה תאוריית חוזה היחס (relational contract), שבמרכזה קריאה עשירה ומורכבת של היחסים השוררים בין צדדים לחוזים ארוכי-טווח, בעלי רבדים שונים שהם מעבר לרבדים העסקיים-כלכליים. כהמשך לדיון זה אציע לבסס את הגישה הקישורית ליחסים הזוגיים ואת הרציונל הקישורי לחזקת השיתוף על הגרסאות הליברליות של תאוריית חוזה היחס.

למרות הבסיס הליברלי-חוזי של הרציונל הקישורי, הדיון ברציונל זה ובפסיקה המושפעת ממנו יבהיר כי המודל הקישורי (המבוסס על תאוריית חוזה היחס ומחדד את ההיבטים הקישוריים של היחסים בין בני הזוג) שונה מהותית מהמודל ההסכמי המקורי, שהתבסס על חשיבה מסחרית ועל תפיסה חוזית המזכירה את הגישות הקלאסיות לדיני החוזים. עם זאת, אטען כי האופי הליברלי של הרציונל הקישורי והעניגון של רציונל זה בחשיבה על חוזה היחס מחייבים בכל זאת רגישות רבה לכוונת הצדדים ולאורח חייהם, ואציג מגמות מרכזיות בפסיקה הפועלות ברוח זו. אראה כי למעשה נוצרים שני סוגים של חזקות שיתוף: חזקת שיתוף מעין-קוגנטית המוחלת על נכסי המאמץ המשותף, ברוח המודל הנורמטיבי וחזקת שיתוף דיספוזיטיבית המוחלת על נכסי עבר, ירושות ומתנות ברוח המודל הקישורי. ככלל, המגמה המסתמנת במשפט הישראלי בעניינים הללו נראית לי ראויה. עם זאת, הדיון בפרק יציג כמה מקרים שבהם ההגנה המשפטית על בן הזוג הביתי לוקה בחסר, ומשום כך אתמוך בפיתוח סעדים משפטיים משלימים לחזקת השיתוף.

מן האמור עד כה ברור כי מרביתו של חיבור זה ממוקד בארגון שיטתי ובהבניה תאורטית של התפתחויות ותהליכים קיימים במשפט הישראלי המצוי, ובניתוח מטא-משפטי של התהליכים הללו מנקודות מבט חדשניות. יודגש, כי בין התאוריה למעשה מתקיים לאורך זמן היתוך חוזר,¹² ולכן קו הגבול בין המשפט המצוי לבין המשפטי הרצוי איננו חד.¹³ על רקע זה ברור כי גם הפרקים הראשונים של מחקר זה כוללים

12 ליחסי הגומלין שבין העקרונות הכלליים והיישומים הקונקרטיים בעיצוב תאוריה מוסרית ומשפטית ראו John Rawls, *A Theory of Justice* 56-61 (1971). ראו גם בג"ץ 2390/96 קרטיק נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 707, 625, הקובע כי "תפקידה של תיאוריה... הוא כפול: מחד גיסא, היא מסבירה את המערכת הנורמטיבית הקיימת... מאידך גיסא, היא מהווה מקור משפטי ממנה נגזרות תוצאות נורמטיביות. התיאוריה, היא עצמה, מחוללת תוצאות משפטיות...". לדברים דומים ראו גם אהרן ברק, מהותו של שטר 17 (תשל"ג).

13 לתאוריה משפטית המטשטשת את ההבחנה בין דין מצוי לבין דין רצוי ראו Dworkin, הערה 9 לעיל. כן ראו חנוך דגן, "הערות על 'בעלות ושיתוף'", מחקרי משפט יד 229, 231-234 (תשנ"ח), הרואה את המשימה של התאורטיקן להאיר את המצב המשפטי המצוי באור המיטבי.

דיונים נורמטיביים שיש בהם לא רק הצדקות למצב הקיים אלא גם המלצות לחיזוק ולפיתוח של מגמות מסוימות, כמו גם דרישה להחלשתן או אפילו לשירושן של מגמות אחרות. עם זאת, הדיונים וההמלצות הללו נעשים תוך ניסיון כן להתבסס על תהליכים ומגמות קיימים.

הפרקים האחרונים של המחקר מתאפיינים במוטיבציות ובסגנון שונים לחלוטין. במרכזם של פרקים אלה עומדת ביקורת על המצב הקיים, ומתוכה מושמעת קריאה לשינויים משמעותיים בעקרונות שעליהם מושתתת חזקת השיתוף, ובהקשר הרחב יותר – להסדרה משפטית כוללת של יחסי הרכוש בין בני זוג בישראל.

פרק ה' יפתח את הדיון הביקורתי ויתמקד ביחס המשפטי לנכסי העתיד (נכסים הקשורים בהון האנושי של בני הזוג כגון רישיונות, ניסיון מקצועי, קביעות בעבודה וכדומה השתכרותם העתידית).

מחקרים כלכליים מגלים כי נכסי העתיד הם הנכס המרכזי של מרבית הזוגות בעולם המערבי ובישראל. במקרים רבים נכסי העתיד מטופחים במהלך הנישואים, במאמץ משותף של שני בני הזוג. על כן, הרציונלים המקובלים התומכים בהחלת השיתוף הזוגי רלבנטיים גם ביחס לנכסים הללו. למרות זאת, מרבית בתי המשפט בישראל ובעולם מסרבים להחיל את הסדרי השיתוף המקובלים בהם על נכסי העתיד. הפער בין הנכונות העקרונית של בתי המשפט להחיל את הסדרי השיתוף על מרבית הנכסים, לבין סירובם לעשות זאת בהקשר לנכסי העתיד, מעורר תמיהה. תמיהה זו מתחזקת על רקע מחקרים שעסקו בתוצאות הכלכליות הקשות של גירושים עבור נשים, הרואים באי-החלוקה של נכסי העתיד את אחת הסיבות המרכזיות לתוצאות הללו. נטען כי בבסיס ההתנגדות לחלוקת נכסי העתיד עומדת גישה אינדיבידואליסטית, הרואה בהון אנושי כישור אישי, מבקשת לתמרץ נשים להשתתף בשוק העבודה, ובעיקר חוששת כי התייחסות להון אנושי כנכס קנייני בר-חלוקה תמנע מבני הזוג את האפשרות להתנתק זה מזה. על רקע זה נטען כי היחס המשפטי לשאלת נכסי העתיד חושף מתח יסודי הקיים בחשיבה המערבית על דיני הזוגיות בין המחויבות לאינדיבידואליזם לבין המחויבות לשיתוף.

ניתוח ראשוני של הדין הראוי בעניין יעלה כי למרות שהמתח בין אינדיבידואליזם לשיתוף עשוי להצדיק התנגדות לחלוקה רכושית רגילה של נכסי העתיד, בכל זאת נדרשת התחשבות בנכסי העתיד במסגרת הליך הגירושים. ברוח זו תיערך סקירה השוואתית, שבה יוצגו וינתחו רפורמות מתהוות בתחום היחסים הכלכליים בין בני זוג, שנועדו להקל על מצוקתן של נשים בעקבות גירושים. הרפורמות הללו כוללות, בין היתר, פיצוי כספי לבן הזוג הביתי, חלוקה לא שוויונית של הנכסים הממשיים לטובת בן הזוג הביתי, וחידוש חובת המזונות לאחר הגירושים. בניגוד להתפתחויות בעולם המערבי, אי-ההכרה של המשפט הישראלי בנכסי העתיד במסגרת חזקת השיתוף לא נתמכת בכלים משפטיים אלטרנטיביים שיקלו על מצוקתן של נשים. לפיכך אטען כי סוגיית נכסי העתיד מחייבת שינוי בהסדרה המשפטית של היחסים הרכושיים (במובן הרחב) בין בני זוג במשפט הישראלי.

פרק ו' ימשיך את הדיון הביקורתי שהחל (באופן מצומצם) בפרק ד' והורחב בפרק ה'

בדבר מגבלותיה של חזקת השיתוף בהגנה על בן הזוג הביתי. הדיון בפרק זה יעמוד על הדרך שבה – למרות הישגיה – חזקת השיתוף עודנה מעוצבת כהסדר שותפות רכושי-פרטי. נסביר כי עיצוב זה מגביל את גמישותה של החזקה ואת היכולת לשלב בה התייחסות למצוקתם הכלכלית והאישית של בני זוג, לטובתם של ילדיהם ולאינטרסים ציבוריים רחבים יותר. לכאורה, פריצת המסגרת הרכושית-שותפותית הנוקשה של חזקת השיתוף נעשתה כבר לפני 30 שנה, עת חוקק חוק יחסי ממון; ברם, מסיבות שלא יפורטו במאמר נכשל חוק יחסי ממון כישלון חרוץ.¹⁴ לפיכך, ולמרות שיוצעו כמה תיקונים אפשריים גם במבנה המשפטי הקיים, המלצתנו המרכזית תהיה עריכת רפורמה כוללת בהסדרה המשפטית של יחסי הרכוש במשפט הישראלי.

ב. רציונלים אינדיבידואליסטיים-מסחריים לשיתוף נכסים בין בני זוג

1. רקע היסטורי: התפתחות המחויבות לשיתוף בעולם המערבי

(א) הגישה היחידתית והגישה ההיררכית לדיני הזוגיות

באופן מסורתי, ההסדרה המשפטית של היחסים המשפחתיים בעולם המערבי¹⁵ התבססה על גישה הרואה במשפחה יחידה (להבדיל מקבוצת יחידים) היררכית, בראשות הבעל.

מבחינה היסטורית, יסודותיהם של ההיבטים היחידתיים וההיררכיים של ההסדרה המסורתית של דיני המשפחה מצויים במבנה חברתי פיאודלי, שבו קבוצות המאורגנות במבנה היררכי מהוות את היחידה המשפטית הבסיסית.¹⁶ לאחר התמוטטותו של המשטר הפיאודלי התרחשו שינויים במבנה החברתי הכללי, שהעצימו את

14 ראו על כך, בין היתר, במקורות שהוזכרו בהערה 3 לעיל; ראו גם בתזכיר חוק יחסי ממון, הערה 6 לעיל.

15 התיאור והניתוח ההיסטורי בחלק זה מבוססים על מחקר נרחב שערכתי בנושא בשער הראשון של החיבור הסדרה חזית של יחסים זוגיים במשפט האזרחי (עבודה לשם קבלת תואר דוקטור, אוניברסיטת בר-אילן, תשס"ב) (להלן: "הסדרה חזית").

16 ליסודות הפיאודליים של דיני המשפחה המערביים ראו Janet L. Dolgin, "The Family in Transition: From Griswold to Eisenstadt and Beyond," 82 *Geo. L.J.* 1519, 1524 et seq. (1994). ראו גם: Frances E. Olsen, "The Family and the Market: A Study of Ideology and Legal Reform," 96 *Harv. L. Rev.* 1497, 1513-1514 (1983). למבנה החברה הפיאודלית ראו מרק בלוך, החברה הפיאודלית כרכים א ו-ב (תרגום אורה גרינגרד, תשמ"ח).

האינדיבידואל על חשבון הקבוצה¹⁷ – אולם דיני המשפחה ממשיכים להדגיש את ההיבט היחידתי וההיררכי של הקשר הזוגי.

במשפט המקובל, הביטוי המובהק לכך הוא דוקטרינת המיזוג (coverture). על פי דוקטרינה זו, האישיות המשפטית של האשה מתמזגת בעקבות הנישואים עם האישיות המשפטית של בעלה. כתוצאה מכך האשה מאבדת, במידה רבה, את מעמדה כפרט עצמאי, והמשפט מתייחס אליה כחלק מהיחידה הממוזגת.¹⁸

לנטילת אישיותה המשפטית של האשה עקב הנישואין ולמיזוגה עם אישיותו המשפטית של בעלה יש נפקות משפטית ומעשית רבה, והם מהווים את הבסיס לדוקטרינות ששללו מגשים כשירות משפטיות בסיסיות¹⁹ וחשפו אותן להתעמרות מצד בעליהן.²⁰

במרבית ארצות המשפט המקובל בוטלה דוקטרינת המיזוג במאה ה-19, וגם בקונטיננטל תל שיפור מסוים במעמדן של נשים בתקופה זו. עם זאת, ככלל, אפילו בראשיתה של המאה ה-20 התאפיינו דיני הזוגיות בעולם המערבי בגישה יחידתית

17 שינוי זה קשור לאותו תיאור מפורסם של מיין אודות התפתחות החברה. על פי מיין, "The individual is steadily substituted for the family as the unit of which civil laws take account". ראו: Henry Sumner Maine, *Ancient Law; its Connection with the Early History of Society and its Relation to Modern Ideas* 163 (10th London ed., 1906).

18 כך תיאר בלקסטון (Blackston) את התאוריה: "By marriage the husband and wife are one person in law, that is the very being or legal existence of the woman is suspended during the marriage or at least is incorporated and consolidated into that of the husband". כפי שמופיע ב: *Blackstone's Commentaries on the Law* 189 (Brenard: C. Gavit eds., 1941). למקורות נוספים העוסקים בדוקטרינה של המשפחה כ"יחידה" ראו Brenda Hoggett, "Ends and Means: The Utility of Marriage as a Legal Institution," in *Marriage and Cohabitation in Contemporary Societies* 94, n. 8 (John M. Eekelaar & Stanford N. Katz eds., 1980).

19 Homer H. Clark, *The Law of Domestic Relations in The United States* Vol. I 499-500 (2nd ed., 1987). אולם ראו John Demos, *A Little Commonwealth Family Life in Plymouth Colony* (1970), המתאר נשים בעלות רכוש המתקשרות בהסכמים עם בעליהן אפילו לאחר החתונה. עם זאת, דמוס עצמו הדגיש כי הממצאים שאיתר ב-Plymouth אינם מאפיינים את המשפט המערבי בתקופה זו ואפילו לא את המשפט באנגליה.

20 קיימת ספרות ענפה המתארת את הדוקטרינה ואת המשמעויות הנגזרות ממנה כלפי נשים. לדיון בדוקטרינה זו בהקשר של הדין האנגלי ראו, לדוגמה, Hoggett, הערה 18 לעיל, בעמ' 195 והמקורות המצוינים אצלה שם, בהצעת שוליים 8. לדיון ביישומים של דוקטרינת המשפחה כ"יחידה" באנגליה ובכנסת שחל בה ב-2000 השנים האחרונות ראו: Stephen M. Cretney, *Principles of Family Law* 70-71 (7th ed., 2002). ליישומה של הדוקטרינה בארצות-הברית ראו Hendrik Hartog, *Man and Wife in America – A History* 103-107, 115-117 (2000) וכן Deborah L. Rhode, *Justice and Gender – Sex Discrimination and the Law* 10 (1989).

והיררכית.²¹ ברוח זו, ההתייחסות לרכוש הנצבר במשך הנישואים הייתה כרכוש משפחתי המנוהל על ידי ראש המשפחה. דיני הגירושים פעלו על פי המוסר הכפול המתייחס לבגידת האשה (אך לא לבגידת הגבר) כאירוע בלתי-נסלח (הגישה ההיררכית), והקשו מאוד על היכולת להתגרש (הגישה היחידתית). למעשה, הגישה היחידתית והלא-שוויונית השפיעה על היחסים בין בני הזוג גם לאחר הגירושים, ולכן הגירושים לא ניתקו לחלוטין את המחויבות הכלכלית בין הצדדים, שכן במקרים רבים נמשכה חובת המזונות בין בני הזוג גם לאחר הפרידה.²²

(ב) האינדיבידואליזציה של דיני הזוגיות המערביים

על רקע המאפיינים המסורתיים של דיני הזוגיות התחוללו במחצית השנייה של המאה ה-20 שינויים דרמטיים.²³

ראשית התחולל תהליך אינדיבידואליזציה, שסימן את המגמה לביטול המשפחה כיחידה בעלת משמעות משפטית²⁴ ולהצבת הפרט כישות הבסיסית.²⁵ בהתאם לכך,

- 21 ראו בעניינים הללו "הסדרה חוזית", הערה 15 לעיל, בפרק ב.4. ובפרק ג.7.
- 22 לתיאור ולניתוח של דיני הזוגיות בעולם המערבי בימי-הביניים ובעת המודרנית המוקדמת (החל בהמאה ה-16 ועד המאה ה-18) ראו "הסדרה חוזית", שם, בפרק ב. לתיאור ולניתוח של דיני הזוגיות במאה ה-19 ובמחצית הראשונה של המאה ה-20 ראו שם, בפרק ג.
- 23 לשינויים דרמטיים שאירעו בדיני הזוגיות במחצית השנייה של המאה ה-20 ראו Mary A. Glendon, *The Transformation of Family Law: State Law, and Family in the United States and Western Europe* (1989). ראו גם במחקר "הסדרה חוזית", שם, פרק ד.4.
- 24 ראו בהקשר זה את דבריו של השופט Brennan בפרשת *Eisenstadt v. Baird* 405 U.S. 438, 453 (1972): "Yet the marital couple is not an independent entity with a mind and heart of its own, but an association of two individuals each with a separate intellectual and emotional makeup. If the right of Privacy means anything, it is the right of the individual, married or single, to be free from unwarranted governmental intrusion into matters so fundamentally affecting a person..." וחשיבותו ראו Anne C. Dailey, "Constitutional Privacy and The Just Family," 67 *Tul. L. Rev.* 976-977 (1993) כן ראו Dolgin, הערה 16 לעיל, בעמ' 1535 ואילך.
- 25 השור ל-Glendon, הערה 23 לעיל, בעמ' 102-103, הקובעת: "In Summary then we have noted the emergence of new legal images of the family which in varying degrees stress the separate personalities of the family members rather than the unitary aspect of the family" (ההדגשות הוספו); ראו גם Frances E. Olsen, "The Politics of Family Law," 2 *Law and Inequality: a Journal of Theory of Practice* 1, 8 (1984). על פי אולסן, תפיסת המשפחה משתנה: "From the family as a corporate unit to the Family as a voluntary association of individuals" (ההדגשה הוספה), וראו גם Elizabeth S. Scott, "Rehabilitating Liberalism in Modern Divorce Law," 1994 *Utah L. Rev.* 687 (1994). לפיה: "The Law increasingly has come to deal with the family not as an organic unit bound by ties of relationship, but as loose association of separate individuals" (ההדגשה הוספה).

היחס של המשפט אל הפרט איננו עוד כאל חבר משפחה אלא כאל ישות אוטונומית,²⁶ בעלת יכולת זכויות ליצור קשרים, לקבוע את תוכנם ולנתקם. תפנית זו משתקפת כמעט בכל הרכיבים של דיני הזוגיות המודרניים.²⁷ כך, למשל, הכניסה לנישואים נקבעת על פי החלטות של יחידים ואינה כפופה כבעבר למגבלות ולצרכים של היחידה המשפחתית המקורית; המעמד "העצמאי" של בני הזוג נשמר גם לאחר הנישואים, ובוטלו חלק ניכר מהכללים הקובעים תוצאות מיוחדות לנישואים (כגון חסינויות משפחתיות), כך שבנושאים רבים מעמדם המשפטי של בני הזוג זה כלפי זה הוא כשני פרטים עצמאים שאין להם קשר מיוחד.²⁸ האופי ה"אינדיבידואלי" האמור מקבל ביטוי מובהק בדיני הגירושים המודרניים – בקלות הגירושים, ובמיוחד במעבר המסתמן לגירושם לפי דרישה, שמשמעותם כי ליחידים קיימת זכות להתנתק מהמסגרת המשפחתית.²⁹ בארצות-הברית בית המשפט העליון אף נתן החלטות המפורשות לעתים כמקנות לזכות זו מעמד חוקתי;³⁰ המחויבות ליחידים משתקפת גם בעיקרון "הפרידה הנקייה",³¹ הקובע שעם הגירוש יש לנתק לחלוטין את המחויבות הכלכלית של בני הזוג זה לזה;³² עיקרון זה מעדיף בבירור את החופש של היחידים על פני המחויבות שלהם למשפחת המקור.

- 26 ראו Salvatore Patti, "Intra-Family Torts," in "Persons and Family," in *International Encyclopedia of Comparative Law* IV, ch. 9, 7 (Mary A. Glendon ed., 1998) הקובע כי על פי המשפט המודרני – "The family member is first an individual and then a family member". השוו לדבריו של החוקר הצרפתי Alain Benabent "Instead of the Individual 'Belonging' to the Family, it is the Family Which is coming to be at the service of the individual", המצוטט אצל Glendon, הערה 23 לעיל, בעמ' 292-293. ברוח דומה קובע השופט Blackmun בדעת מיעוט מפורסמת בפרשת *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186, 205 (1986): "...we protect the family because it contributes so powerfully to the happiness of individuals..."
- 27 תיאור האינדיבידואליזציה, בניסוח זה או אחר, הוא חיוני נפרץ בכתיבה המשפטית על דיני הזוגיות. לניתוח מפורט של תהליך האינדיבידואליזציה ושל הדרך שבה הוא משתקף בדיני הזוגיות המודרניים ראו ב"הסדרה חוזית", הערה 15 לעיל בפרק ה.3). כן ראו את רשימת המאמרים המאזכרת שם בהערות השוליים 47-52.
- 28 שם, בפרק ד.3.ג.
- 29 שם, בסעיף ד.
- 30 ראו: Cathy J. Jones, "The Rights to Marry and Divorce: A New Look at Some Unanswered Questions," 63 *Wash. U. L.Q.* 577 (1985).
- 31 לעיקרון הפרידה הנקייה ראו הערה 389 להלן.
- 32 להשפעות של עיקרון הפרידה הנקייה על דיני הזוגיות במאה ה-20 ראו "הסדרה חוזית", הערה 15 לעיל, בפרק ד.3.1).

(ג) המהפכה השוויונית

לצד תהליך האינדיבידואליזציה התרחשה במחצית השנייה של המאה העשרים המהפכה השוויונית.³³

בתקופה זו, בעקבות ערעורו של מבנה המשפחה המסורתית,³⁴ בעקבות כניסתן של נשים לשוק העבודה³⁵ ובהשפעת החשיבה הפמיניסטית,³⁶ החל מתהווה מודל משפטי חדש, המחויב לשוויון מלא בין בני הזוג בתחום היחסים הזוגיים. המודל החדש דחה כללים שהתבססו על מגדר – הן כללים שנועדו לחזק את מעמדו העדיף של הגבר והן כללים שנועדו להגן על האשה בשל מעמדה ה"חלש".³⁷

מודל זה משפיע כמעט על כל התחומים המרכיבים את דיני הזוגיות: כך, למשל, בוטלו מכוח המודל החדש כמעט כל הכללים הוותיקים העוסקים בניהול חיי הנישואים שהגדירו תפקידים שונים על בסיס מגדרי. בהתאם לכך, בוטלו חוקים רבים שהקנו יתרונות משפטיים לגברים – כגון הזכות לקביעת מקום מושב המשפחה,

33 להצגת מסלול התפתחותם של דיני המשפחה המערביים המודרניים כהתפתחות בכיוון של שוויון מגדרי ראו Hartog, הערה 20 לעיל, בעמ' 9, וכן Herbert Jacob, *Silent Revolution: The Transformation of Divorce Law in the United States* 3 (1988) Eric M. Clive, "Family Law Reform in the United States: Past, Present and Future," 34 *Jurid. Rev.* 133 (1989) Herma H. Kay, "An Appraisal of California's No-Fault Divorce Law," 75 *Cal. L. Rev.* 291, (1987) 299-304, הסבורה כי בעקבות הרפורמות של שנות ה-70 של המאה ה-20, דיני המשפחה החדשים בקליפורניה מקדמים את האידאל של השגת שוויון בין גברים ונשים. עם זאת, אפילו במחקר זה, ועוד יותר במחקרים מאוחרים יותר (כגון Herma H. Kay, "Beyond No-Fault: New Directions in Divorce Reform," in *Divorce Reform at the Crossroads* 6 (Stephan D. Sugarman & Herma H. Kay eds., 1990)), ניכרת מודעתה של Kay לכך שבחקשים רבים השוויון שהושג הוא פורמלי אך לא תמיד מהותי.

34 ראו "הסדרה חוזית", הערה 15 לעיל, בפרק ד.1. א.
35 על התפתחות זו קיימת ספרות ענפה. ראו על כך, למשל, Carl N. Degler, *At odds: Women and the Family in America from the Revolution to the Present* 418 et seq. (1980); Martine Segalen, "The Industrial Revolution: From Proletariat to Bourgeoisie," in *A History of the Family* 2 377, 407 (Andre Burguiere et al eds., 1996) של התפתחות זו מוזויות שונות ראו Ralph E. Smith ed., 1979) ראו על כך בהרחבה ב"הסדרה חוזית", הערה 15 לעיל, בפרק ד.1.

36 קיימת ספרות ענפה המתארת את התעוררותם של זרמי חשיבה פמיניסטיים מודרניים במחצית השנייה של המאה ה-20 (התפתחות זו מכונה לעתים במחקר "הגל השני של הפמיניזם") ואת הקשרים שבין הזרמים הללו לתמות הליברליות ולארגונים ליברליים בני זמנם. ראו, לדוגמה, Jean B. Elshtain, *Public Man Private Woman: Women in Political and Social Thought* 201 et seq. (2d ed., 1993) Rhode, הערה 20 לעיל, בעמ' 108-51, וכן ראו על כך ב"הסדרה חוזית", הערה 15 לעיל, בפרק ד.2.

37 המהפכה השוויונית, תפיסת השוויון שהיא מבטאת והדרך שבה היא משתקפת בדיני הזוגיות המודרניים מנותחים בהרחבה במחקר "הסדרה חוזית", שם, בפרק ה.4.

ניהול רכוש וכדומה – ובמקביל בוטלו כללים שקבעו חובות לגברים על בסיס מגדרי כגון החובה של בעלים לזון את נשותיהם, והחובה לפרנס את ילדי המשפחה הוטלה על שני בני הזוג.³⁸

הרפורמה בדיני הגירוש, שהיוותה חלק מרכזי בתהליך האינדיבידואליזציה, השתלבה היטב גם במהפכה השוויונית: עילות הגירוש הקלאסיות התבססו על "אשמה", ובמקרים רבים התבססה הגדרת האשם על קודים של ציפיות מגדריות. כך, למשל, גברים שלא פרנסו ונשים שלא צייתו נחשבו "אשמים". המעבר למערכת גירוש ללא אשמה סייע לריקון תוכן המשפטי של הציפיות הללו. למעבר לגירוש ללא אשמה הייתה השפעה חשובה גם בהקשר נוסף: חלק גדול מעילות האשמה התבססו על התנהגותם המינית של בני הזוג. במקרים רבים דובר בכללים ששיקפו מוסר כפול, שלפיו בגידת האשה חמורה מבגידת הבעל. ההימנעות המודרנית מעיסוק בהתנהגות המינית של הצדדים סייעה גם בהקשר זה לביטולם של כללים מפלים ולהשגתו של שוויון.³⁹

באופן עמוק יותר, המהלך האינדיבידואליסטי שבמרכזו המעבר למערכת המאפשרת גירוש מיוזמתו של כל אחד מהצדדים, וניתוק מוחלט של האחריות הכלכלית בין בני הזוג לאחר הגירוש (עיקרון הפרידה הנקייה), קשור אף הוא למהפכה השוויונית. מהלך זה משקף את היחלשותה של הגישה המסורתית, המדגישה את התלות של נשים בבעליהן, ואת עלייתה של גישה מודרנית, הרואה את שני בני הזוג כפרטים שוויוניים ואוטונומיים.⁴⁰

(ד) התפתחות הסדר השיתוף בעולם "אינדיבידואלי" ו"שוויוני"

ברגיל, יחסי הרכוש בין בני אדם מוסדרים באמצעות ענפים שונים של המשפט האזרחי כגון דיני הקניין ודיני החוזים. על רקע תהליכי האינדיבידואליזציה והשוויון, ועל רקע הגטייה להסדיר את היחסים המשפחתיים באמצעות הכללים המשפטיים המקובלים, מתעוררת השאלה האם יש בכלל צורך בהסדרה משפטית ייחודית של יחסי הרכוש במשפחה. ואכן, לאור המגמות המודרניות המאפיינות את דיני הזוגיות המודרניים, היו שטענו כי יש להסדיר את היחסים הכלכליים בין בני הזוג (ולמעשה את כלל היחסים

38 ראו "הסדרה חוזית", שם, בפרק ד.3.ד).

39 ראו בהקשר זה Constance Backhouse, "Pure Patriarchy": Nineteenth-Century Canadian Marriage, 31 McGill L.J. 264 (1986) המדגים כיצד דיני הגירוש המסורתיים

בקנדה התבססו על מודל מגדרי. לתיאור דומה ביחס לארצות-הברית ראו Jane C. Murphy, "Rules, Responsibility and Commitment to Children: the New Language of Morality in Family law," 60 U. Pitt. L. Rev. 1111, 1134-1145 (1999).

40 ראו, למשל, Erin R. Melenick, "Reaffirming No-Fault Divorce: Supplementing Formal Equality with Substantive Change," 75 Ind. L.J. 711, 712-713 (2000) וכן: Martha A. Fineman, *The Illusion of Equality: The Rhetoric and Reality of Divorce Reform* (1991).

שבין בני הזוג) באמצעות ענפים שונים של המשפט האזרחי הרגיל.⁴¹ במישור של דיני הרכוש, המשמעות של עמדה כזו היא אימוץ הסדר כללי של הפרדת רכוש בין בני הזוג תוך נכונות להכיר בקיומו של הסדר שיתוף במקרים ספציפיים, ובלבד שניתן להסיק על קיומו של הסדר זה באמצעות הטכניקות המשפטיות הרגילות (כגון רישום משותף או הסכם שיתוף).⁴²

המחשבה כי הסדר של הפרדת רכוש יהפוך להסדר המוביל בעולם המשפט המערבי לא התממשה. אמנם בארצות המשפט המקובל הולך ביטולה של דוקטרינת "המיוזג", בשלב ראשון, להסדר של הפרדת רכוש שאפשר חריגה מהכללים הקניינים הרגילים רק במקרים חריגים.⁴³ אולם, בשלב מאוחר יותר התהפכה מגמה זו, ובעולם המערבי –

41 בשנות ה-80 של המאה ה-20, בהשפעה ברורה של תהליך האינדיבידואליזציה, החלו חוקרים רבים של דיני המשפחה לתהות האם יש בכלל צורך בהסדרה משפטית ייחודית של היחסים בין בני זוג נשואים. ראו על כך, למשל, Hoggett, בהערה 18 לעיל; ראו גם Eric M. Clive, "Marriage: An Unnecessary Legal Concept?," in *Marriage and Cohabitation in Contemporary Societies* 71 (John M. Eckelaar & Sanford N. Kats eds., 1980). השווייט, הערה 1 לעיל, עמ' 142 ואילך. שיפמן בחן מה טיב הגושפנקה המשפטית הניתנת לנישואים כיום, להבדיל מזו הניתנת או עשויה להינתן לחיי אישות ללא נישואים. הוא הראה כיצד בדין המודרני הגושפנקה הזו קשורה באופן עקרוני למרכיב הסטטוס בנישואים. עם זאת, הטבות הסטטוס הניתנות כיום לידועים בציבור מחלישות לרעתו אפילו רכיב זה. ראו עוד Martha A. Fineman, *The Neutered Mother, the Sexual Family and Other Twentieth Century Tragedies* 5-6 (1995); Ellen Kandorian, "Cohabitation, Common Law Marriage, and the Possibility of a Shared Moral Life," 75 *Geo. L.J.* 1829 (1987). במחקר "הסדרה חוזית", הערה 15 לעיל, בפרק ת.3(ב), נדונות העמדות הללו לגביהן.

42 ראו Mary A. Glendon, "Is There a Future for Separate Property?," 8 *Fam. L.Q.* 28 (1974). הרואה תפיסות אינדיבידואליסטיות ושוויוניות כשואפות בסופו של דבר לכינון הסדר של הפרדת רכוש. ראו גם Kevin J. Gray, *Reallocation of property on Divorce* 30 (1977) והמקורות המצוינים שם, בהערת שוליים 44. כן ראו את הנימוקים האינדיבידואליסטיים והשוויוניים המובאים אצל Patrick N. Parkinson, "Who needs the Uniform Marital Property Act?," 55 *U. Cin. L. Rev.* 675, 698-704 (1987).

43 Susan W. Prager, "Sharing principles and the future of marital property law," 25 *UCLA L. Rev.* 1 (1977). כך, למשל, באנגליה, בעקבות ביטולה של דוקטרינת "המיוזג", שרר משטר של הפרדת רכוש שאפשר חריגה מהכללים הקניינים הרגילים רק במקרים חריגים; ראו, למשל, Gray, שם, בעמ' 52-53. על אימוץ כלל של הפרדת רכוש באוסטרליה בשנות ה-50 של המאה ה-20 ראו שם, בעמ' 55. זה היה גם המצב במרבית המדינות בארצות-הברית, למעט מדינות שהושפעו מהמסורת הקונטיננטלית שבה היה נהוג משטר של "שיתוף בנכסים". על סירובם של מעצבי המשפט בארצות-הברית לקבל משטר של שיתוף ברכוש כתחליף לדוקטרינה המסורתית של המיוזג ראו Reva B. Siegel, "Home as Work: The First Woman's Rights Claims Concerning Wives' Household Labor, 1850-1880," 103 *Yale L.J.* 1073 (1994); Elizabeth A. Cheadle, "The Development of Sharing Principles in Common Law Property States," 28 *UCLA L. Rev.* 1269, 1275-1276 (1981).

לרבות בארצות המשפט המקובל – הסדרים של הפרדת רכוש במקרה של גירושים על פי קריטריונים קנייניים פורמליים נדחו כלא ישימים לקשר הזוגי.⁴⁴ האלטרנטיבה המסורתית למשטר של הפרדת רכוש היא משטר של שיתוף נכסים, שעל פיו נכסים שנצברו במשך הנישואים נחשבים כנכסים משותפים (community property). לפיכך, כמה מדינות אימצו משטר של שיתוף נכסים שבמסגרתו מתחלקים הנכסים שווה בשווה בין הצדדים.⁴⁵ חלופה נוספת למשטר של הפרדת רכוש נמצאה במשטר "אקוויטבילי".⁴⁶ סוג זה של משטר מחיל במשך הנישואים משטר של הפרדת רכוש, אך מקנה לבית המשפט הדין בגירוש בני הזוג סמכות להתעלם מהרישום הקנייני ולחלק את הרכוש שצברו בני הזוג במשך הנישואים על פי שיקול דעתו (equitable distribution).⁴⁷ בעבר הצהירו בתי המשפט בחלק מהמדינות הללו כי יש להפעיל את שיקול הדעת באופן ספציפי בכל מקרה ומקרה, וסירבו להביע מחויבות עקרונית לרעיון השיתוף הרכושי בין בני הזוג.⁴⁸ עם זאת, במשך הזמן צומצם מאוד הפער בין המדינות האקוויטביליות לבין מדינות ה-community property, וכיום קיימת במרבית המדינות

44 לתובנות מוקדמות בעניין ראו Gray, הערה 42 לעיל; Prager, שם, בפרק השני; וכן Otto Kahn Freund, "Matrimonial Property – Some Recent Developments," 22 M.L.R. 241 (1959). לניתוח הסיבות לאי-הישימות של הכללים הקנייניים הפורמליים להקשר הזוגי ראו בהרחבה את הניתוח שייצרך בהמשך.

45 כך, למשל, בוויסקונסין, שבה נהוג היה בעבר משטר של הפרדת רכוש, אומצה גרסה של ה-UMPA (The Uniform Marital Property Act) שקבעה הסדר של שיתוף נכסים. ראו Lawrence W. Waggoner, "Marital Property Rights in Transition," 59 Mo. L. Rev. 21, 26-27 (1994). במדינות נוספות בארצות-הברית קיים הסדר משולב הכולל שיתוף נכסים בזמן הנישואים וחלוקה אקוויטבילית בסופם. ראו Thomas J. Oldham, "Separate Property Businesses That Increase in Value During Marriage," Wis. L. Rev. 585, at note 1 (1990).

46 כזהו, למשל, המשטר הנהוג באנגליה. ראו Cretney, Masson & Bailey-Harris, הערה 20 לעיל, בעמ' 330-332.

47 לשיקולים השונים בבחירה בין משטר של שיתוף נכסים מלא לבין משטר של הפרדה הקובע מגגות שיתוף בזמן הפירוד, ובין שני המשטרים הללו לבין האופציה של חלוקת רכוש אקוויטבילית בזמן הגירושין ראו, למשל, Marsha Garrison, "How do Judges decide Divorce Cases? An Empirical Analysis of Discretionary Decision Making," 74 N.C. L. Rev. 401, 411-419 (1996), והמחקרים הרבים המאוזכרים שם בהערות השוליים. כן ראו הדיון אצל Parkinson, בהערה 42 לעיל, והמחקרים המאוזכרים שם בהערת שוליים 98. לטענה כי ההבחנות בין השיטות הללו מצומצמות בהרבה משמקובל לחשוב ראו Cheadle, הערה 43 לעיל.

48 כך, למשל, היו מקרים שבהם סירבו בתי המשפט להתייחס לחלוקה שוויונית של הרכוש הזוגי בעת הגירושין כקריטריון מחייב, כחוקה הניתנת לסתירה או אפילו כקריטריון מנחה. ראו, למשל, פסק דין מאינדיאנה – Luedke v. Luedke, 487 N.E.2d 133, 134 (Ind., 1985), המבטא התנגדות נחרצת להגבלת שיקול הדעת של בית המשפט. כן ראו Fratangelo v. Fratangelo 520 A.2d 1195, 1200-1201 (Pa., 1987).

האקוויטביליות מגמה ברורה של תמיכה בחלוקה שווה של הרכוש "הזוגי".⁴⁹

49 ראו על כך Glendon, הערה 23 לעיל, בעמ' 233-235 וכן Gray, הערה 42 לעיל, בעמ' 23. כך, למשל, בארצות-הברית, שמרבית המדינות בה תמכו בעבר במשפט אקוויטבילי, קיימת מגמה ברורה של התכנסות לכיוון השיתוף. מגמה זו באה לידי ביטוי בחקיקה המנחה שופטים ואפילו מחייבת אותם להעדיף חלוקה שוויונית, ולעתים גם באמצעות מדיניות עצמאית של בתי המשפט המעדיפים חלוקה שוויונית על פני צורות חלוקה אחרות. ראו Cheadle, הערה 43, לעיל. עוד ראו, לאחרונה, Carolyn J. Frantz & Hanoch Dagan, "Properties of Marriage," 104 *Colum. L. Rev.* 101, 126 (2004) American Law Institution, על רקע האמור לא מפתיע כי ה-*ALI*, שטיים בחקופה האחרונה פרויקט שאפתני של בניית עקרונות ל-*restatement* (להלן: ה-*ALI*), קובע בסעיף 4.09 לפרק העוסק ביחסי הרכוש בין בני הזוג את החלוקה השוויונית כברירת המחדל.

באנגליה ניתן לאחרונה פסק דין ויט, המבטא את המעבר משיטה אקוויטבילית שבה שיקול הדעת של השופטים נבדק באופן ספציפי בכל מקרה ובמקרה למחויבות כלפי שוויון. בפסק הדין נחלקו השופטים באשר לשאלה עד כמה חזקה צריכה להיות מחויבותו של בית המשפט לשוויון במגבלות החוק הקיים באנגליה, שאינו מציין את השוויון כעיקרון מנחה לחלוקת הרכוש; ראו *White v. White* [2001] 1 A.C. 596 (H.L.). למגמה דומה באוסטרליה ראו, Rebecca B. Harris, "Equality or Inequality within the Family? Ideology, Reality and the Law's Responses," in *The Changing Family: Family Forms & Family Law* 251, 256-261 (John Eekelaar & Thandabantu Nhlapo eds., 1998). ראו עוד את שינוי החקיקה שנעשה באינדונזיה, שבניגוד למחויבות שהייתה בה בעבר לשיקול הדעת של בית המשפט (ראו הערה 48 לעיל) נחקק חוק חדש שלפיו: "The court shall presume that an equal division of the marital property between the parties is just and reasonable." *Ind. Code* Ann. § 31-15-7-5. יודגש, כי למרות המחויבות העקרונית לשיתוף, קיימים הבדלים משמעותיים בין דיני הרכוש של המדינות המערביות השונות. כך, למשל, שיטות משפט מערביות חלוקות ביחס למקורו ולמהותו המשפטית של השיתוף בין בני הזוג (ההתחבטות היא בין שיתוף קנייני, חיוב אובליגטורי, חיוב מדיני היושר וכדומה), וביחס למועד התממשותו (במשך הנישואים, כפי שהדבר נהוג במיעוט המדינות, או שמדובר בשיתוף – וליתר דיוק: חובת איזון – שמתחיל רק במקרה של גירושין ומוות, כפי שנהוג ברוב המדינות). בנושא זה קיימת ספרות ענפה אפילו בעברית; ראו, למשל, רוזן-צבי, הערה 3 לעיל. כן ראו הסקירה ההשוואתית שהופיעה לאחרונה בע"א יעקובי, הערה 3 לעיל, בפסקה 6 לפסק דינו של השופט טל. הבדלים אחרים בין שיטות משפט קשורים בהיקף הנכסים הנכללים בשיתוף וברמת הנוקשות של המחויבות לחלוקה "שוויונית" של הרכוש. עם זאת, למרות ההבדלים הללו, המגמה הבסיסית של התערות ממשטר של הפרדת רכוש ומחויבות עקרונית לרעיון השיתוף בין בני הזוג היא משותפת כמעט לכל המדינות. לתיאור השוואתי של יחסי הרכוש בין בני הזוג בעולם המערבי ראו Glendon, הערה 23 לעיל, בעמ' 197-238 (מאפיינת מגמות כלליות בכל העולם המערבי ומתארת את הדין בארצות-הברית, באנגליה, בצרפת, בגרמניה ובשבדיה באופן ספציפי). קיימות שתי אסופות מאמרים בינלאומיות העוסקות בנושאים הללו: בראשונה, *The Economic Consequences of Divorce: The International Perspective* (Mavis Maclean & Lenore J. Weitzman eds., 1992), סרצילוגים, כלכלנים ומשפטנים מארצות רבות בעולם תיארו והעריכו את התוצאות הכלכליות של גירושין בארצותיהם ואת הדין העוסק בנושאים הללו. האסופה כוללת הן מאמרים "השוואתיים"

מהי אפוא ההצדקה הרעיונית לנטייה המודרנית לחרוג מהכללים המשפטיים האינדיבידואליסטיים המקובלים המנחים את דיני הקניין ולהמירם בהסדרי שיתוף?⁵⁰ וכיצד הצדקה זו מתיישבת עם המגמות האינדיבידואליסטיות המאפיינות את דיני הזוגיות המערביים המודרניים?⁵¹ כדי להתמודד עם שאלות אלו התפתחה המטאפורה השותפותית.

2. המטאפורה השותפותית: הנישואים כשותפות מסחרית

המטאפורה השותפותית מבוססת על תפיסה הרואה במשפחה שותפות כלכלית, שבה – בדומה לנהוג בשותפויות מסחריות – השותפים (קרי: בני הזוג) תורמים את מאמציהם לרווחת השותפות, כל אחד בתפקידו. על פי תפיסה זו, תרומה כלכלית של שני בני הזוג לרווחת הכלכלית של המשפחה מתרחשת לא רק כששני בני הזוג עובדים מחוץ לבית אלא גם במצבים שבהם מתקיימת חלוקת תפקידים, שבמסגרתה אחד מבני הזוג נוטל על עצמו את עיקר האחריות לפרנסת המשפחה באמצעות עבודה מחוץ לבית (להלן: "בן הזוג החיצוני"), בעוד שבן הזוג השני נוטל על עצמו את האחריות על התפקידים הביתיים (להלן: "בן הזוג הביתי").⁵² כהמשך לכך נטען כי בדומה לנהוג בשותפויות מסחריות – שבהן, בהיעדר הסכם נוגד, השותפים נתפסים כבעלים בחלקים שווים על נכסי השותפות והכנסותיה – גם במשפחה יש להתייחס לבני הזוג כבעלים בחלקים שווים של נכסי המשפחה והכנסותיה.⁵³

- והן מאמרים המתארים את המצב במדינות ספציפיות. השנייה, *Dividing The Assets on Family Breakdown* (Rebecca Bailey-Harris ed., 1998), יצאה לאורונה ובה כותבים מאוסטרליה, מאנגליה, מגרמניה ומארצות-הברית תיאור ודנו בהשפעת הגירוש על חלוקת הרכוש בארצותיהם. לדין באוסטרליה ובניו-זילנד בנושאים הללו ראו 25 *Vict. U. Wellington L. Rev.* (1995) 1-90. עסקתי בנושאים הללו במחקר "הסדרה חוזית", הערה 15 לעיל, בפרק ד(3.ה).
- 50 לדין מרתק ומעמיק בשאלה זו ראו לאחרונה Frantz & Dagan, הערה 49 לעיל. עם זאת, דגן ופרנץ אינם מסתפקים בהסברים אינדיבידואליסטים לשיתוף, והם מבקשים לפתח תאוריה המבססת את השיתוף הזוגי על שילוב בין אינדיבידואליזם, שוויון ותפיסת המשפחה כקהילה שיתופית. על כן, התאוריה שלהם חורגת מכלל התאוריות האינדיבידואליסטיות הנדונות בפרק זה, והיא מתאימה יותר להיבטים הקישוריים של המשפחה שיידונו בהמשך בפרק ד להלן.
- 51 השו: Glendon, הערה 23 לעיל, בעמ' 145-147 (מייחסת אמביוולנטיות למתח זה בתוך שיטות משפט). למתח זה, בהקשר לזכויות הרכוש של ידועים בציבור, ראו Rebecca Bailey-Harris, "Dividing the Assets on Breakdown of Relationships Outside Marriage: Challenge for Reformers," in *Dividing The Assets on Family Breakdown* 73, 82-87 (Rebecca Bailey-Harris ed., 1998).
- 52 יודגש כי חלוקת תפקידים מתרחשת לא רק כשאחד מבני הזוג אינו עובד כלל, אלא גם כשאחד מבני הזוג לוקח על עצמו את עיקר הנטל הקשור בעבודת הבית ואת לצד עבודתו מחוץ לבית, בעוד שבן הזוג השני ממוקד בעיקר בעבודה מחוץ לבית ומשוחזר מהמטלות הביתיות.
- 53 לגישות מודרניות המצדיקות משטר רכושי שיתוף, על בסיס תפיסת הנישואים כשותפות מסחרית, ראו, לדוגמה, Henry H. Foster & Doris J. Freed, "Marital Property Reform in

אין ספק שהאנלוגיה בין המשפחה לשותפות המסחרית היא מאירת-עיניים בכך שהיא חושפת את העובדה כי שיתוף בין בני אדם עשוי להתקיים גם כעולם חברתי ומשפטי המחויב לקודים ליברליים-אינדיבידואליסטיים-מסחריים.⁵⁴ עם זאת, ברור שתחרי משפחה אינם מבקשים לקיים ביניהם שותפות מסחרית במובנה הרגיל, ולכן גם לא מוכרות שיטות משפט שהחילו את דיני השותפויות המסחריות על בני הזוג בעקבות נישואיהם. מהי אפוא ההצדקה הרעיונית לכלל של הסדר שיתוף נכסים שאותו האנלוגיה בין הנישואים לשותפות המסחרית מבקשת לבטא?

התשובות האפשריות לשאלה זו תעמודנה במרכז הסעיפים הבאים. בסעיפים הללו יוצגו שתי צורות חשיבה שניתן לגזור מהם רציונלים "אינדיבידואליסטיים"-מסחריים לחרירה מן הכלל הרגיל של הפרדת הרכוש ולתמיכה בהסדר של שיתוף נכסים: רציונל הסכמי, שלפיו השיתוף בנכסים משקף את כוונת הצדדים, ורציונל נורמטיבי, שלפיו השיתוף בנכסים מבוסס על ערכים של צדק במובן של הגינות מסחרית ושוויון.

(א) הרציונל ההסכמי: השיתוף כשחזור של כוונת הצדדים

הרציונל ההסכמי⁵⁵ מונחה על ידי התפיסה כי הקו המנחה של הסדרת יחסי הרכוש בין

New York: Partnership of Co-Equals?, 8 Fam. L. Q. 169, 176 (1974); Suzanne Reynolds, "Increases in Separate Property and the evolving Marital Partnership," 24 Julien D. Payne, "Family and Wake Forest L. Rev. 239, 243 esp. notes 8-9 (1989) Law Reform and the Law Reform Commission of Canada," 4 Can. J. Fam. L. 355 (1985) (מציינת את תפיסת ה-Law Reform Commission of Canada הרואה ברכוש המשפחתי תוצר של שותפות כלכלית), ו-Parkinson, הערה 42 לעיל. ראו עוד, לאחרונה, Sanford N. Katz, "Marriage as Partnership," 73 Notre Dame L. Rev. 1251 (1998) Ann L. Estlin, "Love and Obligation: Family Law and the Romance of Economics," 36 William & Mary L. Rev. 989, 1052-1054 (1995) מתייחס גם הדו"ח הסופי של ה-American Law Institution ראו ALI, הערה 49 לעיל, בעמ' 734. לדיון במטאפורה השותפותית בהקשר אחר ראו Saul Levmore, "Love it or Leave it: Property Rules, Liability Rules, and Exclusivity of Remedies in Partnership and Marriage," 58 Law & Contemp. Probs. 221 (1995) (מצדיק באמצעות המטאפורה של השותפות את כלל אי-ההתערבות במשפחה וכן את הכלל המאפשר גירושים לפי דרישה של צד).

54 לדיון מקיף ביכולת של משטרים ליברליים להתייחס באהדה למיזמים משותפים בין בני אדם ראו Hanoch Dagan & Michael A. Heller, "The Liberal Commons," 110 Yale L.J. 549 (2001).

55 כאמור בטקסט, המטאפורה המציגה את המשפחה כשותפות מסחרית עשויה לשקף הן את הרציונל הנורמטיבי והן את הרציונל ההסכמי של השיתוף. על רקע זה, במקרים רבים, משפטים המשתמשים במטאפורה זו מתייחסים במעורבב אל הרציונל ההסכמי ואל הרציונל הנורמטיבי של השיתוף. לפיכך, קשה לעתים לבודד עמדה הסכמית מובהקת בהקשר של השיתוף. עם זאת, קיימים כמה מחקרים שהרטוריקה שלהם מבליטה יותר את ההיבטים ההסכמיים של השיתוף. ראו, למשל, Foster & Freed, הערה 53 לעיל וכן Prager, הערה 43 לעיל. כן ראו את ההסבר הראשון לרעיון "An expression of the presumed": הערה 23 לעיל, בעמ' 131.

בני זוג חייב להיות הגשמת רצונם של הצדדים.⁵⁶ בעולם אידיאלי, רצון זה יבוטא במפורש באמצעות התקשרות בהסכמים. תפקיד המדינה בעולם כזה מתמצה באכיפת ההסכמים הללו באמצעות דיני החוזים.⁵⁷ לפיכך, ייתכן שיש מקום לחשוב על מגוונים שבאמצעותם יתומצו אנשים להתקשר בהסכמי קדם-נישואים שבהם ייקבעו הסדרי הרכוש המועדפים עליהם.⁵⁸

במצב המצוי, שבו מרבית הזוגות אינם מתקשרים בהסכמים, יש להתחקות אחר אומדן דעתם המשותף של בני הזוג. ברם, על רקע הקושי לאתר את אומדן הדעת הספציפי בכל מקרה ומקרה, על המדינה לקבוע ברירת מחדל שתשקף את רצונם המשותף של מרבית הזוגות. בשל המחויבות לרציונל ההסכמי, יש להקפיד על כך שהמחויבות לרצון הצדדים תהיה כנה ואמיתית ולא אמצעי להסתיר אידאולוגיות נסתרות של המחוקק. לפיכך, ההליך של קביעת הסדר הרכוש איננו הליך נורמטיבי שבו שיטת המשפט בוחרת הסדר רכוש המתאים לערכיה, אלא הליך עובדתי שבמסגרתו המשפט מבקש לאתר את ההסדר המשקף את הכוונה של הזוג הטיפוסי, גם אם הסדר זה אינו נראה צודק או הגון בעיני מעצבי המשפט.

intent of husbands and wives to pool their fortunes on an equal basis" במאמרו של Waggoner, הערה 45 לעיל, בעמ' 43.

56 ראו, למשל, David L. Chambers, "The 'Legalization' of the Family: Toward a Policy of Supportive Neutrality," 18 *U. Mich. J.L. Reform* 805, 821 (1985).

57 בשנות ה-70 וה-80 ניכרה בעולם המערבי מגמה ברורה של הרחבת החופש החוזי בהקשרים המשפחתיים. על כך ראו, למשל, *The Resolution of Family Conflict: Comparative Legal Perspectives* 291-385 (John M. Eekelaar & Sanford N. Katz eds., 1984); Gail F. Brod, "Premarital Agreements and Gender Justice," 6 *Yale J.L. & Feminism* 229, 264-279 (1994). עסקתי בהרחבה בעניינים הללו במחקר "הסדרה חוזית", הערה 15 לעיל, בפרק ד.3.ח. כן ראו לאחרונה שחר ליפשיץ, "הסדרת החוזה הזוגי במשפט הישראלי: מתווה ראשוני" קריית משפט ד מגמות וחידושים במשפט הישראלי (דודי שורץ עורך, תשס"ה) 271. למחקרים שקראו להרחיב מגמה זו זו ולהשתית את כלל דיני המשפחה על עקרונות חוזיים ראו: Lenore J. Weitzman, *The Marriage Contract: Spouses, Lovers, and the Law* (1981) כן ראו Robert H. Mnookin & Lewis A. Kornhauser, "Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce," 88 *Yale L.J.* 950, 950-956 (1979); Marjorie M. Shultz, "Contractual Ordering of Marriage: A New Model for State Policy," 70 *Cal. L. Rev.* 204 (1982); Gregg Temple, "Freedom of Contract and Intimate Relationships," 8 *Harv. J.L. & Pub. Pol'y* 121 (1985).

58 בכמה מחקרים הובעה העמדה כי יש לתמרץ אנשים – ואפילו לכפות עליהם – להתקשר בהסכמי קדם-נישואים. ראו, לדוגמה, Kaylah Zelig, "Putting Responsibility Back into Marriage: Making a Case for Mandatory Prenuptials," 64 *U. Colo. L. Rev.* 1223 (1993) וכן: Jeffrey E. Stake, "Mandatory Planning for Divorce," 45 *Vand. L. Rev.* 397 (1992).

זניחת העקרונות הקניינים הרגילים ובחירה במשטר של שיתוף נכסים כברירת מחדל מבוססות על הנחה עובדתית,⁵⁹ הנשענת על היגיון כלכלי ופסיכולוגי, ולפיה במצב עניינים רגיל של בני זוג החיים חיים תקינים ותורמים איש בדרכו לרווחת המשפחה, הסדר הפרדת רכוש הנשען על העקרונות הקניינים הרגילים עלול לעוות את הכוונה המשותפת של מרבית הזוגות. בניגוד לכך, הסדר כולל של שיתוף נכסים, המונע התחשבות נוקדנית על הבעלות בכל נכס ספציפי, עשוי לשקף טוב יותר את הכוונה האמיתית של הצדדים, שבשל אופיים המיוחד של היחסים המשפחתיים לא קיבלה ביטוי משפטי פורמלי.

על פי הרציונל ההסכמי, האנלוגיה בין המשפחה לבין השותפות המסחרית נועדה להבהיר את ההיגיון הכלכלי והפסיכולוגי של הטענה כי הסדר שיתוף – בניגוד להסדר של הפרדה – משקף טוב יותר את ההסכם המשותף בין מרבית בני הזוג.

כזכור, האנלוגיה לשותפות מסחרית מבוססת על מציאות חברתית-כלכלית של חלוקת תפקידים במשפחה בין בן זוג חיצוני לבין בן זוג ביתי. במציאות חיים כזו, משטר של הפרדת רכוש המבוסס על הכללים המשפטיים הרגילים יוליך לכך שתרומתו הכלכלית של בן הזוג "הביתי" להפקת נכסים ורווחים לא תקבל ביטוי משפטי. זאת, מאחר שמרבית הנכסים והרווחים שהופקו במהלך החיים המשותפים (כגון משכורות, חשבונות בנק ואפילו נדל"ן) ונרשמו על שמו של בן הזוג החיצוני ייחשבו כרכושו הפרטי.

מצב דברים שבו תרומתו הכלכלית של בן הזוג הביתי להפקת נכסים ורווחים אינה מקבלת ביטוי משפטי הוא נטול היגיון כלכלי ופסיכולוגי: ראשית, בן זוג "ביתי" סביר לא יהיה מוכן להסכים לעסקה שבה תרומתו להפקת רווחים ונכסים לא מקבלת ביטוי משפטי. נוסף על כך, ככל שמדובר בבני זוג המקיימים מערכת יחסים תקינה, סביר להניח שגם בן הזוג "החיצוני" לא היה רוצה לקפח את בן זוגו ולהתנער מתרומתו להישגים הכלכליים של המשפחה.⁶⁰ לפיכך, הדוגלים בהסדר שיתוף סבורים כי הסדר שיתוף משקף במרבית המקרים את כוונת בני הזוג. על פי גישה זו, רישום הנכסים על שם בן הזוג החיצוני מתפרש בדרך כלל כחלק ממהלך העניינים הרגיל שבו בן זוג זה הוא האחראי על ניהול העניינים הכלכליים של המשפחה, ולכן אין ברישום כשלעצמו כדי להעיד על כוונה נוגדת שיתוף.

59 אכן, לפחות בחלק מהמדינות המערביות נערכו סקרים שלימדו כי מרבית הציבור סבור כי נכסי המשפחה שייכים לשני בני הזוג. ראו על כך, למשל, במחקרים המתוארים אצל Parkinson, הערה 42 לעיל, בעמ' 684.

60 שימו לב כי ניתוח אומד הדעת בטקסט מתייחס לשלב שבו הצדדים מצויים ביחסים תקינים. ברור כי אומד הדעת בעת הגירושים שונה, ובשלב זה בני זוג רבים ישמחו לקפח את בני זוגם. נוסף על כך, כפי שאסביר בהרחבה בהמשך, בקבוצות חברתיות מסורתיות, המאופיינות בדפוסי יחסים פטריארכליים, קשה להניח שכוונת הצדדים היא לשיתוף ומשום כך, על פי המודל ההסכמי בחברות הללו, נדרשת ברירת מחדל שונה.

(ב) הרציונל הנורמטיבי: השיתוף בביטוי לערכים של צדק מסחרי ושל שוויון**(1) הקשיים הנורמטיביים שבהתנכרות לתרומתו של בן הזוג הביתי**

כמו הרציונל ההסכמי, גם הרציונל הנורמטיבי מתנגד בנחרצות להסדר משפטי של הפרדת רכוש. ברם, בעוד הרציונל ההסכמי מעגן את התנגדותו להסדר הפרדה בכוונת הצדדים לשיתוף, התנגדותו של הרציונל הנורמטיבי להסדר של הפרדה מבוססת על ערכים נורמטיביים.

סוג אחד של ערכים נורמטיביים הם ערכים של צדק (כמובן של הגינות מסחרית), (להלן: "רציונל הצדק"). רציונל הצדק מבוסס על המטאפורה המשווה בין המשפחה לשותפות המסחרית, ובכך הוא מזכיר את הרציונל ההסכמי. ברם, בעוד שעל פי הרציונל ההסכמי השותפות המסחרית משקפת את כוונת הצדדים, על פי הרציונל הנורמטיבי, ביסוד המטאפורה השותפותית עומדת המציאות העובדתית-כלכלית, שבמסגרתה שני בני הזוג (ולא רק בן הזוג "החיצוני") תורמים במאמציהם המשותפים להפקת רווחים ונכסים. הסדר משפטי המבוסס על כלל משפטי של הפרדת רכוש עלול להוליך לכך שתרומתו הכלכלית של בן הזוג הביתי לא תקבל ביטוי משפטי. על פי הרציונל הנורמטיבי, אין זה צודק שרק "בני הזוג החיצוניים" יזכו ליהנות מתוצר מאמציהם של שני בני הזוג, ולכן יש לעצב הסדר משפטי הגון יותר שיתחשב בתרומתם הכלכלית של שני בני הזוג.⁶¹

61 ראו, למשל, את ההצדקה השנייה לרעיון השותפות בנכסים המובאת אצל Glendon, הערה 23 לעיל, בעמ' 131 וכן במאמרו של Waggoner, הערה 45 לעיל, בעמ' 43. ראו גם את הציטוט המובא אצל Gray, הערה 42 לעיל, בעמ' 64, הלוקח מאחד הדו"חות שעסקו בהמלצות לשינויי חקיקה: "It is very important to get the law changed to recognize explicitly the contribution of the home maker". למעשה, מרבית המקורות המשפטיים המציגים את המשפחה כשותפות עסקית (ראו הערה 53 לעיל) עוסקים בצורך לתת ביטוי משפטי לתרומה הכלכלית של בן הזוג הביתי. ראו בגושים הללו את הציטוטים מפקסי דין, מחקרים וועדות חקיקה מארצות שונות המובאים בספרו הנ"ל של Gray, בפרקים השני והשלישי. ראו לעניין זה בחוק האנגלי Matrimonial Causes Act, 1973 S.25 (2)(f), וכן Cretney, Masson & Bailey, Harris, הערה 20 לעיל, בעמ' 368-370. ההכרה בתרומת האשה, כמצדיקה הכרה בחלקה ברכוש, מהווה אחת מההצדקות למשטר של שיתוף נכסים גם בפרדיקט העכשווי של ה-ALI. על כך ראו הערה 49 לעיל, בעמ' 735-736 (עם זאת, גם על פי כותבי ה-ALI, קשה לטעון כי מבחינה עובדתית תרומת בן הזוג הביתי היא 50%, ולכן מחברי ה-ALI מעדיפים ניסוח של "תרומה לקשר" על פני ניסוח של "תרומה להפקת הנכסים"). ראו שם, בעמ' 735-736, 752-753. לביקורת נוקבת על הצדקה זו למשטר של שיתוף נכסים ראו Franz & Dagan, הערה 49 לעיל, בעמ' 127-128. הסבורים כי רציונל התרומה מחייב הערכה קונקרטיית של תרומת בני הזוג, ועל כן הוא לא יכול להצדיק משטר של שיתוף נכסים; אולם, השוו לדיון הנערך בהמשך חלק זה תחת הכותרת "מכיוונות התמודדות לחלוקה שוויונית", המבקש להסביר מדוע רציונל המאמץ המשותף עשוי לתמוך במשטר של שותפות שוויונית.

סוג אחר של ערכים המבססים את הרציונל הנורמטיבי הוא ערכי השוויון בין גברים לנשים (להלן: "שוויון מגדרי").⁶² אכן, כלל של הפרדת רכוש איננו מנוסח בדרך הפוגעת בנשים, ומכיוון שכך, במבט ראשון, הכלל איננו פוגע בערך השוויון. ברם, בחינה מעמיקה יותר תגלה כי גם אם אינו מנוגד לשוויון במובנו הפורמלי, כלל של הפרדת רכוש פוגע באופן עמוק במחויבות לשוויון מהותי בין גברים לנשים. עניין זה טעון הרחבה. בעולם המערבי, אפילו כיום, ולמרות המחויבות החוקית לשוויון בין גברים ונשים, קשה לדבר על שוויון ממשי בין גברים לנשים הן בשוק העבודה והן במישור של חלוקת התפקידים במתחם הביתי.⁶³

ראשית, דפוס הנישואים המסורתי – גבר מפרנס ואשה עקרת בית – נפוץ יותר משמקובל לחשוב; שנית, גם במקרים שבהם שני בני הזוג עובדים מחוץ לבית,

62 השימוש בטיעון השוויון מקובל מאוד בשיח המשפטי באנגליה; ראו, למשל, Gray, הערה 42 לעיל, בעמ' 30. ראו גם לאחרונה Franz & Dagan, הערה 49 לעיל, בעמ' 129 ואילך. עם זאת, יש לשים לב כי בעוד שבשיח המשפטי המקובל משמש טיעון השוויון תשובה לשאלה מדוע יש להתייחס לתרומת בן הזוג הביתי באופן שווה לתרומת בן הזוג החיצוני, דגן ופרנץ אינם סבורים כי מדובר בתרומה שווה. לטעמם, ההצדקה "השוויונית" למשטר של שיתוף קשורה ברצון החברתי להנחיל תפיסת משפחה המבוססת על שוויון בין בני הזוג, ובחשש שמשטר לא שוויוני יסקף ויעודד מערכות יחסים המבוססות על נחיתות.

63 לנתונים מדויקים על הבדלים בהשתתפות של גברים ונשים בשוק העבודה בארצות שונות בעולם המערבי, ועל דפוסים שונים של חלוקת מטלות בין גברים ונשים, ראו Francoise Begoet & Juan A. Fernandez-Cordon, "Demographic Convergence beyond National Differences," in *The European Family: The Family Question in the European Community* 23, 36-39 (Jacques Commaille & Francois de Singly eds., 1997); *Family Change and Family Policies in Great Britain, Canada, New Zealand and the United States* 14-15 (Sheila B. Kamerman & Alfred J. Kahn eds., 1997). אפילו בשכרית, "מעוז" של מודרניות ופמיניזם, נשים מקדישות יותר למתחם הביתי ומיכנות לוותר לשם כך על הישגים בעבודה; ראו Ulla Bjornberg, "Cultural and Political Limits to the Transformation of Family Roles," in *The European Family: The Family Question in the European Community* 167 (Jacques Commaille & Francois de Singly eds., 1997). מעניינים במיוחד בהקשר זה המחקרים המתוארים שם, בעמ' 172. לתיאורים דומים על המצב בנושאים הללו בארצות-הברית ראו June Carbone, "Feminism, Gender and the Consequences of Divorce," in *Divorce – Where Next?* 181, 185-187 (Michael J. Freeman ed., 1996); Amy L. Wax, "Bargaining in the Shadow of the Market: Is There a Future for Egalitarian Marriage?," 84 *Va. L. Rev.* 509, 519-525 (1998). לתיאור מגמה דומה בישראל ראו חלק II של אסופת המאמרים *Women In Israel: Studies of* Israeli Society 67-183 (Yael Azmon & Dafna N. Izraeli eds., 1993) על הנושאים הללו בישראל ראו Ruth Halperin-Kaddari, *Women in Israel: A State of their* Own Ch.7 (2004).

המציאות הסוציולוגית היא שכרוב המקרים הנשים הן הצד המשקיע יותר בעבודות הבית ובגידול הילדים, והגברים מקדישים שעות רבות יותר לעבודה מחוץ לבית; לבסוף, גם כאשר גברים ונשים עובדים באותה משרה משכורתם של גברים גבוהה יותר. לפיכך, במציאות החברתית הקיימת, במרבית המקרים הגברים נוטלים על עצמם את תפקיד בן הזוג החיצוני, בעוד הנשים – לצד השתתפות מסוימת בתפקיד זה – ממשיכות להחזיק בתפקיד בן הזוג הביתי. לאור מציאות זאת, רבים הסיכויים שרוב נכסי המשפחה – בעיקר נכסים עסקיים – יירשמו על שמם של הגברים, וזאת למרות שהנכסים הללו נצברו במאמצם המשותף של הצדדים.

תפיסת השוויון של הרציונל הנורמטיבי גורסת כי במציאות חיים שבה קיימים הבדלים בין קבוצות שונות באוכלוסייה, כלל משפטי שינוסח באופן שוויוני אך כתוצאה מיישומו תיפגע באופן שיטתי אחת מן הקבוצות, לא יוכל להיחשב ככלל שוויוני מבחינה מהותית. מכיוון שכך נדרשים כללים שיתחשבו לא רק בדרך הניסוח של הכלל (שוויון פורמלי) אלא גם בהשפעתו הצפויה על קבוצות שונות בחברה ועל הפערים שביניהן (שוויון מהותי).⁶⁴ בהקשר המשפחתי נדרשים אפוא כללים משפטיים שתוצאתם לא תפגע במגזר מסוים במשפחה – הן על פי ניסוחם והן על פי מהותם.⁶⁵

64 בשיח המשפטי הקיים מקובל להתייחס לכללים המנסחים כללים מגדריים המנוסחים באופן שוויוני אך עלולים לפגוע באופן שיטתי בנשים כעומרים במבחן של שוויון פורמלי. על רקע זה נטען כי רק כללים המוליכים לתוצאה שיטתית שוויונית עומדים במבחן של שוויון מהותי. קיימת בעניין זה ספרות משפטית ענפה; ראו, לדוגמה, Ruth L. Deech, "The Case against Legal Recognition of Cohabitation," in *Marriage and Cohabitation in Contemporary Society* (John M. Eekelaar & Sanford N. Katz eds., 1980), הערה 40. לעיל, בעמ' 3. יש המקשרים ויכוח זה לשאלות יסוד בתחום המגדר כגון דילמת ההבדלים (האם עמדה פמיניסטית ראויה צריכה להדגיש הבדלים בין גברים ונשים או להדחיק אותם). ראו Rhoda E. Maurer, *Making all the Difference: Inclusion, Exclusion, and American Law* (1990), Wendy W. Williams, "The Equality and American Law," *7 Women's Rts. L. Rep. Crisis: Some Reflections on Culture, Courts and Feminism*, 151 (1982). באופן כללי על מחלוקת זו ראו את קובץ המאמרים *Theoretical Perspectives on Sexual Difference* (Deborah L. Rhode ed., 1990). לכתיבה בישראל בנושאים הללו ראו פרנסס רדאי, "על השוויון", משפטים כד 241 (תשנ"ד); כרמל שלו, "על שוויון, שונות והפליית מין", בתוך ספר לגדוי ב 893 (תשנ"ה); דות הלפרין-קדרי, "פלורליזם משפטי בישראל: בג"ץ ובתי הדין הרבניים בעקבות בבלי ולב", עיוני משפט כ 683, 698-706 (תשנ"ז). עסקתי בהבחנות הללו במחקר "הסדרה חזוית", הערה 15 לעיל, בעמ' 394-400. לדיון נרחב בתפיסת השוויון הכללית של המשפט הישראלי ראו יצחק זמיר ומשה סובל, "השוויון בפני החוק", משפט וממשל ה 165 (תש"ס).

65 לדין בצורך ברפורמות דיני הרכוש המבוסס על ההבחנה בין שוויון פורמלי לשוויון מהותי ראו Regina Graycar, "Matrimonial Property Law Reform and Equality for Women: Discourses in Discard?", 25 *Vict. U. Wellington L. Rev.* 9 (1995).

(2) מכימות התרומות לחלוקה שוויונית

כאמור, ביסוד הרציונל הנורמטיבי עומדת המטאפורה של השותפות המסחרית, המבהירה כי החיים הכלכליים במשפחה מהווים מיזם משותף, שבמסגרתו שני בני הזוג (ולא רק בן הזוג החיצוני) תורמים להפקת נכסים והכנסות, ומשום כך משטר של הפרדת רכוש המתעלם מתרומתו של בן הזוג הביתי איננו צודק.

ברם, גם אם הרציונל הנורמטיבי משכנע כי משטר של הפרדת רכוש איננו צודק, נראה כי משטר של שיתוף נכסים איננו הפתרון היחידי האפשרי לקשיים הנורמטיביים שמעורר משטר זה. להפך, דווקא הטיעון המתייחס לתרומתו של בן הזוג הביתי לרכישת נכסים והכנסות עלול ללמד כי במובנים רבים הפתרון האופטימלי עשוי להיות משטר "אקוויטבילי", המקנה לבית המשפט סמכות לחלק בין בני הזוג את הרכוש שצברו במהלך הנישואים תוך ניסיון להעריך באופן מדויק את תרומתו הממשית של כל אחד מבני הזוג לצבירת ההון המשפחתי.⁶⁶ במילים אחרות: לא ברור מדוע עצם השתתפותו של בן הזוג הביתי במאמץ המשותף המשפחתי מקנה לו, כשלעצמה, זכות במחצית הרכוש המשפחתי, ללא ניסיון לבחון את ערכה המדויק של תרומתו הממשית. בניגוד לקו חשיבה זה, בפסקאות הבאות ברצוני להציע כמה נימוקים שעשויים להסביר, בכל זאת, מדוע הרציונל הנורמטיבי מעדיף משטר של שיתוף נכסים על משטר אקוויטבילי, המבוסס על ניסיון להעריך את התרומה היחסית של שני בני הזוג להפקת הרכוש.

ראשית, הרציונל הנורמטיבי מבוסס על השוואה בין המשפחה לבין שותפות מסחרית. בדיני השותפויות אין זה מקובל להעריך באופן מדויק את התרומה הממשית של כל אחד מהשותפים, ועל כן בהיעדר הסכם נוגד, השותפים נתפסים כשווים. ברוח זו נראה כי גם במשפחה כלל של שותפות שוויונית מהווה הסדר הולם, וכי המבקש לסטות מהסדר זה הוא שחייב לנמק את עמדתו.

שנית, בהקשר הזוגי קיימת בעיית "הכימות" של הערך הכלכלי של עבודתם של בני הזוג הביתיים. חשוב לחדד נקודה זו: חלק ניכר מהמטלות הביתיות – כגון ניקוי בית, בישול וטיפול בילדים – נעשה כיום בתשלום על ידי גורמים שמחוץ למשפחה. לפיכך, עשויה לעלות טענה כי מדובר במוצר סחיר בעל ערך שוק ברור.⁶⁷ ברם, לטעמי לפחות,

66 ואכן, כפי שראינו בהערה 47 לעיל, עד לאחרונה מדינות רבות בעולם המערבי – ובמיוחד משטרים המשויכים למסורת "המשפט המקובל" – העדיפו משפט אקוויטבילי על מחויבות גורפת לחלוקה שוויונית של רכוש בני הזוג, ולפחות בחלק מהמדינות הללו הביעו בתי המשפט התנגדות נחרצת אפילו לברירת מחול הרואה בחלוקה שוויונית של הרכוש את ההסדר הראוי.

67 לטענה זו ראו, בהקשר מעט שונה: Katherine W. Meighan, "For Better or For Worse: A Corporate Finance Approach to Valuing Educational Degrees at Divorce," 5 Geo. Mason L. Rev. 193, note 9 (1997).

ככל שמדובר בנושא הילדים, טענה זו איננה מדויקת. ראשית, לפחות בהקשר לחלק מהמטלות ההוריות, הערך של השגחה וטיפול הוריים אינו שקול לערך של השגחה וטיפול על ידי גורם זר המבצע את אותה פעולה.⁶⁸ נוסף על כך אני סבור שגם כיום רק חלק מצומצם של התפקידים ההוריים הם סחירים (השגחה על ילדים קטינים בשעות העבודה של ההורה "הביתי למחצה"), אך היבטים רבים של התפקידים ההוריים – בעיקר רכיבים שהייתי מכנה כאחריות הורית וניהול כללי של ענייני הבית והילדים, לרבות תפעול העובדים החיצוניים – עדיין אינם סחירים בדרך כלל, ובוודאי שאין להם "ערך שוק" מוגדר. תפקידים אלה נעשים במרבית המקרים על ידי בן הזוג הביתי. מכיוון שכך, בניגוד לתרומתו הכלכלית של בן הזוג "החיצוני", תרומתו של בן הזוג "הביתי" קשה מאוד להערכה כלכלית נקודתית. עניין זה עשוי להכביד מאוד על מימושו של כלל משפטי שיבוסס על ניסיון להעריך את תרומתם ההדדית של בני הזוג.⁶⁹

שלישית, עצם הניסיון להעריך את תרומתו הכלכלית של בן הזוג הביתי באמצעות ערך השוק של עבודות ביתיות (הנמוך, בדרך כלל, מערך השוק של העבודה החיצונית) מעורר קושי עקרוני. הסיבה לכך היא שבמקרים רבים בן הזוג הביתי נוטל על עצמו תפקיד זה לא בגלל אי-יכולתו להתפרנס בעבודות חיצוניות רווחיות אלא בשל שיקולים משפחתיים מצרפיים, ובכללם הרצון ליצור תנאים שיאפשרו לבן הזוג החיצוני לקחת על עצמו תפקיד משפחתי בעל ערך שוק כלכלי גבוה.⁷⁰ מכיוון שכך, הסדר משפטי הוגן חייב להתחשב לא רק בערך השוק של תפקידיו הקונקרטיים של בן הזוג הביתי, אלא גם

68 לעמדה דומה ראו גם את הציטוט ממאמרו של המלומד הגרמני Muller-Freienfels, המאזכר אצל Gray, הערה 42 לעיל, בעמ' 92.

69 יודגש כי הדיון בטקסט נעשה על רקע צורות החשיבה המסחריות, המקבלות את האנלוגיה בין הנישואים לבין יחסים כלכליים. על רקע עניין זה, הביקורות על הניסיון לכמת את התרומה הספציפית של בן הזוג הביתי מוצגת כעניין טכני. בניגוד לכך, בהמשך המחקר (בפרק ד) תוצג גישה שונה, המתנגדת עקרונית לאנלוגיה בין הנישואים ליחסים כלכליים, תוך הדגשת ההיבטים הייחודיים של היחסים הזוגיים. גישה זו עשויה להתנגד לכימות כלכלי של עבודת בן הזוג הביתי לא רק מטעמים טכניים אלא גם מטעמים עקרוניים, המזכירים את הטיעון המפורסם של Radin כנגד מסחור של היבטים שונים בחיי האדם. ראו על כך בהרחבה בהערה 368 להלן ובטקסט המתייחס אליה. לטיעון אינטואיטיבי ברוח דומה ראו Gray, שם, בפרק השלישי.

70 להיגיון הכלכלי שבחלוקת תפקידים בין בן זוג חיצוני לבין בן זוג פנימי ראו Gary S. Becker, *A Treatise on The Family* (Enlarged ed., 1991). הטוען כי חלוקה כזו משקפת את הרעיון הכלכלי של התמחות ספציפית. לטענה כי בן זוג ביתי סביר לא יסכים לחלוקת תפקידים במקרים שבהם הוא חשוף לנטישה אופורטוניסטית מצד בן הזוג החיצוני ראו Lloyd Cohen, "Marriage, Divorce and Quasi Rents; or 'I Gave Him the Best Years of My Life'," 16 *J. Legal Stud.* 267 (1987); ראו גם: Ira M. Ellman, "The Theory of Alimony," 77 *Cal. L. Rev.* 1 (1989). לביקורת על העמדות הללו מנקודת מבט כלכלית, ולטענה כי הן מתעלמות מספציפיקציה בין נשים, ראו June Carbone, "Economics, Feminism, And The Reinvention of Alimony: A Reply To Ira Ellman," 43 *Vand. L. Rev.* 1463 (1990).

ברווחים הפוטנציאליים שאותם יכול היה להרוויח בעבודות אלטרנטיביות בשוק החיצוני אלמלא נטל על עצמו את התפקידים הביתיים. הקושי להעריך את הרווחים הפוטנציאליים הללו מחמיר עוד יותר את בעיית הכימות שבה עסקנו, ובכך הוא מעניק תמיכה נוספת לחלופה של הסדר שיתוף. יתרה מזו: ניתן לטעון כי הסכמתו של בן הזוג לוותר על קריירה אלטרנטיבית נעשתה לא רק מתוך רצון לקבל פיצויים על הפסדיו אלא מתוך ציפייה לשותפות בהפקת הרווחים שנוצרו, ועל כן קיים היגיון כלכלי מהותי במשטר של שיתוף.⁷¹

רביעית, התוצר הסופי שמפיקה השותפות המשפחתית איננו כולל רק את ההכנסות הכספיות והנכסים הממשיים, אלא גם את האושר המופק מקיומם של חיי משפחה כגון הקשר הזוגי, ההנאה מהילדים וכיו"ב. במצב עניינים רגיל שני בני הזוג חולקים אושר זה וזאת למרות שבמקרים רבים בן הזוג הביתי משקיע יותר בהיבטים הללו. על כן, צודק כי שני השותפים יחלקו גם את התוצרים הממשיים של השותפות, גם אם תרומתו של בן הזוג החיצוני להפקתם גדול יותר מבחינה כלכלית.⁷²

חמישית, ניתן להצדיק העדפה של משטר שיתוף על חלוקה אקוויטבילית, המבוססת על הערך הכלכלי של תרומתם של בני הזוג, בפריזמה של ערך השוויון. כפי שראינו, במציאות החברתית הקיימת נשים הן בעלות האחריות המרכזית לתפקידים הביתיים. מטבע הדברים, השילוב של מציאות זו עם עולם חברתי פטריארכלי, שבו במשך תקופות ארוכות נשים נחשבו לצד הנחות, הולידה לכך שערכן הכלכלי של העבודות הביתיות הנשיות עורנו נמוך בהרבה מהערך הכלכלי של עבודות חיצוניות-גבריות. מכיוון שכך, משטר אקוויטבילי, המבוסס על הערך הכלכלי הקיים של עבודות בני הזוג, עשוי להוליך לכך שאתו ניכר של הנכסים המשפחתיים – שלפי המטאפורה השותפותית הופקו כחלק ממאמץ משותף של שני הצדדים – ייחשבו כנכסים של הגברים המפרנסים (ואכן, באופן אמפירי, במקרים רבים משטרים אקוויטביליים הולידו להערכת פחת של חלק הנשים ברכוש המשפחתי).⁷³ כפי שכבר הוסבר, ערך השוויון

71 ראו את הניתוח שנערך לעיל בחלק ב. 2(א), אולם השוו Ellman, שם, המסתפק בפיצוי על הפסדים.

72 ייתכן שלכך מכוונים דברי ההסבר לד"ח של ה-ALI (ראו ALI, הערה 49 לעיל, בעמ' 735-736), הגורסים כי גם אם קשה להניח שתורמתו של בן הזוג הביתי ליצירת הכנסות ונכסים שווה לתרומתו של בן הזוג החיצוני, ניתן להניח כי תרומתם לקשר כמכלול היא שווה.

73 ראו, למשל, התיאורים המובאים אצל Gray, הערה 42 לעיל, עמ' 71 ואילך, ואצל Graycar, הערה 65 לעיל. על התוצאות של הפעלת שיקול הדעת השיפוטי באוסטרליה ראו גם Suzanne Reynolds, "The Relationship of Property Division and Alimony: The Division of Property to Address Need," 56 Fordham L. Rev. 827 (1988) הקובעת כי שיקול הדעת השיפוטי נוצל בדרך כלל נגד נשים. אולם, השוו לתמונה המורכבת יותר המצטיירת אצל Garrison, הערה 47 לעיל.

במובנו המהותי משמעו כי מערכת כללים שיישומה במציאות חברתית קיימת מוליכה באופן שיטתי להעדפתו של מגדר מסוים, לא יכולה להחשב כמערכת שוויונית. לפיכך, מערכות אקוויטביליות המבוססות על תרומתם היחסית של בני הזוג עלולות ליצור בעיה מנקודת מבט שוויונית. בניגוד לכך, משטר של שיתוף נכסים, הרואה בתפקידים הביתיים תפקידים שווי-ערך לתפקידים החיצוניים, ובעקבות זאת מציג את בני הזוג כשותפים שווים, מתיישב טוב יותר עם תפיסה מהותית של שוויון.⁷⁴

נוסף על כך, ניתן לתמוך בחלוקה שוויונית של הרכוש שנצבר במשך הגישואים גם אם חלוקה זו אינה משקפת את התרומה הממשית של בני הזוג, בשל המסר החברתי המשתמע ממנה על היותה של המשפחה יחידה שוויונית.⁷⁵

פרט לנימוקים הקודמים, העדפת כלל של שיתוף על פני חלוקה אקוויטבילית עשויה לשקף העדפה של כללים משפטיים מוחלטים ו"אובייקטיביים" על פני כללים משפטיים גמישים, המקנים שיקול דעת רחב לבית המשפט.⁷⁶ אכן, אין להתעלם מכך שמערכת משפט המבוססת על כלל של שיתוף היא קלה ליישום ומגבירה את הוודאות המשפטית. בניגוד לכך, החלטות של בתי המשפט במערכת אקוויטבילית, המבוססת על ניסיון נקודתי להעריך את תרומתם הכלכלית של בני הזוג בכל מקרה ומקרה, עלולות להתפס

74 יש לשים לב להבדל משמעותי בין שיקול השוויון המובא בחלק זה כהצדקה לשיתוף, לבין הצדקות אפשריות אחרות למשטר שיתוף המבוססות על הניסיון להשיג באמצעות המשפט צדק חלוקתי בין גברים לבין נשים בחברה. שיקולי השוויון בחלק זה מבוססים על ההנחה ששני בני הזוג השקיעו ביצירת ההכנסות המשפחתיות מאמץ משותף, ולכן אין זה שוויוני לחלק את התוצר על בסיס תרומה המחושבת על פי ערך שוק. בניגוד לכך, הרצון ליצור צדק חלוקתי בין גברים לנשים בחברה בכלל אינו מחייב בהכרח את קיומו של מאמץ משותף. מכיוון שכך, נימוק זה כשלעצמו חורג מן המטאפורה השותפותית הרואה את ההשתתפות במיזם המשפחתי, באמצעות השקעת מאמץ משותף (גם אם לא תרומה שווה), כמקנה זכות שווה ברכוש. על כן, לפחות בשלב זה של המחקר הממוקד במטאפורה השותפותית, המודלים לשיתוף אינם מבוססים על שיקולי צדק חלוקתי בין גברים לנשים שאינם ממוקדים במשפחה באופן ספציפי. עם זאת, בפרקי הסיום של המחקר אתייחס לאפשרות להרחבה נוספת של חזקת השיתוף המבוססת על שיקולים סוציאליים ועל שיקולי צדק חלוקתי המבקשים לצמצם פערים בין גברים לנשים בחברה.

75 ראו על כך בהרחבה אצל Franz & Dagan, הערה 49 לעיל. עם זאת, ניתן להעלות גם טענה הפוכה, שלפיה חלוקה שוויונית תעודד את הנצחת המצב הקיים בכך שהיא תתמרץ נשים לא לצאת לעבודה ולהמשיך לשאת בתפקיד בן הזוג הביתי. בטיעון זה נעסוק ביתר בפרוט בהמשך הדברים, במסגרת הדיון בסוגיית נכסי העתיד. ראו בפרק ה להלן.

76 על היחס בין כללים משפטיים נוקשים לבין עקרונות-על עמומים המקנים שיקול דעת רחב לבית המשפט קיימת ספרות משפטית ענפה; ראו, לדוגמה, Steven J. Burton, *Judging in Good Faith* (1992); George P. Fletcher, "Some Unwise Reflections about Discretion," 47 *Law & Contemp. Probs.* 269 (1984). לניתוח כלכלי של הנושא ראו Louis Kaplow, "Rule Versus Standards: An Economic Analysis," 42 *Duke L.J.* 612 (1992). לכתיבה בעברית בנושאים הללו ראו מנחם מאוטנר, הערה 9 לעיל; ראו גם דודי שורץ, "תחולתו של עקרון תום הלב בסדר הדין האזרחי", עיוני משפט כא 295, 303-304 (תשנ"ח); כן ראו את הדיון העקרוני בעניין שיקול הדעת השיפוטי אצל אהרן ברק, שיקול דעת שיפוטי 587 (תשמ"ו).

כשרירותיות או אפילו כמקנות יתרון לצד החזק כלכלית, שעורכי-דינו המוצלחים יותר ייטיבו להמעיט בערך התרומה של בן זוגו לפרנסת המשפחה.⁷⁷ כמו כן, מערכת אקוויטבילית עלולה להטיל עומס רב על בתי המשפט ואף לפגוע ביכולת הצדדים לחזות את תוצאות ההתדיינות בכל מקרה ומקרה.⁷⁸ עם זאת, לפחות בעיניי, נימוק זה איננו מכריע. לטעמי, קיימים מקרים שבהם ערכים של יציבות וודאות אינם מצדיקים מנגנונים נוקשים שעשויים למנוע עשיית צדק במקרים קונקרטיים. אכן, תמיכתי בחלק זה במודל של חלוקה שוויונית נוקשה קמה רק כשהאלטרנטיבה הייתה חלוקה אקוויטבילית המבוססת על התרומה היחסית של בני הזוג. בניגוד לכך, בהמשך המחקר⁷⁹ אתמוך במודלים המאפשרים לסטות מחלוקה שוויונית של הרכוש הממשי, מתוך מוטיבציות מגוונות, הכוללות את הצורך להתחשב בפערים בכושר ההשתכרות של הצדדים, שיקולי ילדים ותפיסה ציבורית רחבה הרואה בדיני הנישואים את אחד האמצעים להתמודדות עם פערי מגדר בחברה.

3. הבסיס המטא-משפטי: בין ליברליזם מסורתי לליברליזם מודרני

שני הרציונלים לשיתוף הזוגי, ההסכמי והגורמטיבי, נשענו על תפיסת עולם אינדיבידואליסטית, וככאלה ברורה קרבתם לעולם המשפט הליברלי, המבוסס אף הוא על קודים אינדיבידואליסטיים. עם זאת, קיים בכל זאת הבדל משמעותי בבסיס המטא-משפטי של המודלים הללו.

המודל ההסכמי מתאים מאוד לגרסת החשיבה הליברלית-מסורתית המכונה כיום "ליברטריאנית".⁸⁰ החשיבה הליברטריאנית מדגישה בייחוד את זכות האדם על עצמו (self-ownership) ואת עיקרון החירות הנגזר ממנה. בחשיבה הליברטריאנית, בניגוד

77 לטיעון דומה ראו ALI, הערה 49 לעיל, בעמ' 733. לתמיכה במערכת של שיתוף נכסים והעדפתה על פני מערכות אקוויטביליות מטעמים דומים ראו Mary A. Glendon, "Family Law Reform in the 1980's," 44 *La. L. Rev.* 1553, 1556 (1984).

78 ראו Mnookin & Kornhauser, הערה 57 לעיל; כן ראו Parkinson, הערה 42 לעיל, בעמ' 710-711 Glendon-ו, הערה 23 לעיל.

79 ראו פרקים ה-ו להלן.

80 החשיבה הליברטריאנית מייצגת במידה רבה את החשיבה הליברלית הקלאסית, כפי שהתפתחה בין המאה ה-17 למאה ה-19. כתיבתו של Robert Nozick (ראו במיוחד *Anarchy, State and Utopia* (1974) היא דוגמה מובהקת לצורת חשיבה זו כיום. פרט לספרו של נוזיק, הצגה החשיבה הליברטריאנית בפסקה זו וההבדלים שבינה לבין החשיבה הליברלית "הרגילה" מבוססת בעיקר על המקורות הבאים: Michael J. Sandel, *Liberalism and the Limits of Justice* (2d ed., 1998) Ch. 2. כן ראו: Will Kymlicka, *Contemporary Political Philosophy* (2d ed., 2002); Ronald Dworkin, "Liberalism" in *Liberalism and its Critics* 60 (Michael J. Sandel ed., 1984). עוד ראו אנדרי מרמור, "ביקורת שיפוטית בישראל", משפט וממשל ד 133, 134-147 (תשנ"ז).

לחשיבה הליברלית המודרנית, עיקרון החירות גובר על עיקרון השוויון.⁸¹ הבדל נוסף בין זרמים ליברטריאניים לזרמים ליברליים מודרניים קשור לפעילות מדינתית. בניגוד לזרמים הליברליים המודרניים, התומכים בפעילות המדינה להצבת תשתית ממשית לבחירה אוטונומית של הפרט או להשגתו של צדק חלוקתי, גישות ליברטריאניות מזהות חירות עם אי-התערבות מדינתית. מכיוון שכך, החשיבה הליברטריאנית מגלה עוינות עמוקה כלפי נורמות משפטיות כופות. על פי צורת חשיבה זו, על המדינה להתייחס בשוויוניות לאזרחים, אך אסור לה לתקן אי-שוויון שמקורו במצב הדברים הטבעי. חשיבה ליברטריאנית מזוהה בדרך כלל עם הגנה חזקה על זכות קניין, עם רעיונות של שוק חופשי ועם אי-התערבות מדינתית (*Laissez-Faire*), והיא מדיגשה במיוחד את עיקרון חופש החוזים ואת ההתחייבות הרצונית כאמצעי כמעט-בלעדי ליצירת התחייבויות. דיני החוזים הליברטריאניים אינם מבחינים בין סוגים שונים של התקשרויות חוזיות, אינם רגישים לפערי כוחות בין הצדדים ואינם מצפים מהצדדים לנורמות התנהגות המבוססות על שיתוף, סולידריות ואלטראיזם זה כלפי זה.⁸²

האינטואיציה הראשונה היא שחשיבה ליברטריאנית תתמוך בהסדר של הפרדת רכוש הנשען על העקרונות הקנייניים-האינדיבידואליסטיים הרגילים.⁸³ עם זאת, לטעמי, הסדר שיתוף המבוסס על הרציונל ההסכמי עשוי בכל זאת להתיישב עם העקרונות הליברטריאניים:

חלק מרכזי בחשיבה הליברטריאנית עוסק בזכות להעביר את הקניין באמצעות עסקה רצונית. כהמשך לכך, דיני החוזים הקלאסיים המבוססים על החשיבה הליברטריאנית מדגישים מאוד את הצורך להגשים את רצון הצדדים.⁸⁴ לאור זאת נראה שגם בתחום

81 ראו מרמור, שם, בעמ' 135, אולם השוו Dworkin, שם. דבורקין סבור כי ההבדלים בין התפיסות אינם בהיררכיה שבין חירות לשוויון, אלא במשמעות שהתפיסות השונות מייחסות לערכים הללו.

82 לתיאורים מרתקים של המודל הקלאסי של דיני החוזים, שהשפיע על דיני החוזים במשפט האנגלו-אמריקני, תוך הדגשת הקשרים שבינו לבין הכלכלה הקפיטליסטית ותפיסת העולם הליברטריאנית, ראו: Patrick S. Atiyah, *The Rise and Fall of Freedom of Contract* 217-258 (1979); Morton J. Horwitz, *The Transformation of American Law, 1780-1860* 160-210 (1977); Joseph H. Kary, "Contract Law and the Rise and Fall of Freedom of Contract," 31 *Ottawa L. Rev.* 73 (1999); Randy E. Barnett, "A Consent Theory of Contract," 86 *Colum. L. Rev.* 269 (1986); Anthony T. Kronman, "Contract Law and Distributive Justice," 89 *Yale L.J.* 472 (1980); Larry Alexander & William Wang, "Natural Advantages and Contractual Justice," 3 *Law and Phil.* 281 (1984).

83 לקשרים הרעיוניים בין עיקרון חופש החוזים לבין הסדרים של הפרדת רכוש בין בני זוג ראו Gray, הערה 42 לעיל, בעמ' 50 ובמקורות המצוטטים שם.

84 על כך ראו, למשל, Barnett, הערה 82 לעיל.

היחסים הכלכליים שבין בני הזוג, אם הסדר השיתוף מבוסס על ניסיון כן לאמוד את דעתם של הצדדים – הוא עשוי להשתלב בחשיבה הליברטריאנית. אמת, ההכרה בשיתוף בין בני הזוג מחייבת נכונות להגמיש מחסומים פורמליים מסוימים הקיימים בדיני החוזים הקלאסיים, שמקובל לזהותם עם החשיבה הליברטריאנית.⁸⁵ עם זאת, כפי שהוסבר, ביסודם של דיני החוזים הליברטריאנים עומד הרעיון של כיבוד הרצון של הצדדים. הכללים הפורמליים הקבועים בדיני החוזים מהווים אמצעי להגשמת רצון זה.⁸⁶ מכיוון שכך, בהקשר המיוחד של היחסים הזוגיים ייתכן שדווקא ריכוך הכללים הפורמליים יאפשר הגשמה מהותית של רצון הצדדים, כנדרש על פי צורת החשיבה הליברטריאנית.⁸⁷

שונים הדברים כשמדובר בשיתוף המבוסס על הרציונל הנורמטיבי. הרציונל הנורמטיבי מבסס את הסדר השיתוף על ערכים של צדק במובן של הגינות מסחרית ושוויון במובנו המהותי, קרי: תפיסת שוויון הבוחנת את התוצאות של הכלל המשפטי ולא רק את דרך ניסוחו. על כן, הרציונל מתאים מאוד לזרמי חשיבה ליברליים מודרניים מבית מדרשו של ג'ון רולס,⁸⁸ המבקשים לשלב את הרעיונות הליברלים-אינדיבידואליסטיים המקובלים עם רעיונות של צדק ושל שוויון מהותי.⁸⁹ זאת ועוד: כפי שיתברר בהמשך הדברים, לאור אופיים הנורמטיבי של ערכי הצדק והשוויון, רציונל זה עשוי לתמוך בהסדר של שיתוף גם במצבים שבהם הסדר השיתוף לא משקף בהכרח את רצונם של בני הזוג.⁹⁰ ההתבססות על עקרונות של צדק ושוויון מהותי, והנכונות לחרוג מהמשטר הקנייני המקובל גם במצבים שבהם החריגה אינה משקפת את כוונת הצדדים, אינן משתלבות עם דרכי חשיבה ליברטריאניות המקדשות

85 Lon L. Fuller, "Consideration ביחס לדרישות הצורניות ראו במאמר המכונן and Form," 41 Colum. L. Rev. 799 (1941).

86 לטענת דומה, המבכיר בהקשר רחב יותר מדוע גם תפיסה ליברלית מסורתית עשויה לקבל טענות מודרניות על הצורך להגמיש את נוקשותם של דיני החוזים ככל שמדובר בחוזי יחס (relational contract), ראו Randy E. Barnett, "Conflicting Visions: A Critique of Ian Macneil's Relational Theory of Contract," 78 Va. L. Rev. 1175 (1992). לדיון רחב יותר בטענות זה ראו בהמשך מחקר זה, בפרק ד 3.

87 לטענה כי לפעמים ריכוך של כללים פורמליים עשוי לנבוע מהרצון לכבד באופן מהותי את רצון הצדדים, ראו Eric A. Posner, "The Decline of Formality in Contract Law," in *The Fall and Rise of Freedom of Contract* 61 (Francis H. Buckley ed., 1999).

88 ראו בעיקר Rawls, *Political Liberalism* (1993), הערה 12 לעיל וכן: John Rawls.

89 ראו, למשל, Ronald Dworkin, "Foundation of Liberal Equality," in *Equal Freedom*, 190 (Ann Arbor & Stephen Darwall eds., 1995). עוד ראו בעניינים הללו, לאחרונה, Ronald Dworkin, *Sovereign Virtue – The Theory and Practice of Equality* (2000) וכן אנדרי מרמור, "הערך האינטריוני של שוויון כלכלי", בתוך צדק חלוקתי בישראל 51 (בעריכת מנחם מאוטנר, תשס"א).

90 ראו בהמשך המחקר, בפרק ג 4 (ג) וכן בפרק ב 4 (ג) להלן.

את זכויות הקניין ואת חופש החוזים.⁹¹ בניגוד לכך, גישות ליברליות מודרניות, המחויבות לעקרונות של צדק ושוויון מהותי, נכונות במקרים רבים להתערב בחופש החוזים. על כן יוכלו הגישות הללו להצדיק, במקרים מסוימים, גם הסדר שיתוף שאיגו משקף את הכוונה האמיתית של בני זוג.⁹²

הבסיס הליברלי המודרני של הרציונל הנורמטיבי שופך אור נוסף על קביעת הסדר של שוויון במקרים שבהם התקיים "מאמץ משותף", גם אם התרומה הממשית של בן הזוג הביתי לא עולה כדי שוויון של מחצית הנכסים. אסביר: בחשיבה הליברלית המודרנית על השוויון קיים זרם חשיבה המבחין בין הסדרים משפטיים המעניקים יתרון לבני אדם מסוימים בשל הברלים בינם לבין בני אדם אחרים, המיוחסים למשתנים אישיותיים קודמים (כגון מין, גזע, כישורן וכיו"ב), לבין הסדרים משפטיים המתחשבים בהברלים בין בני אדם שנוצרו עקב בחירות שונות שלהם. על פי גישה זו, התחשבות במשתנים אישיותיים קודמים מעוררת קושי מנקודת מבט שוויונית, ובניגוד לכך, התחשבות בהברלים הנובעים מבחירות רצוניות אינה מעוררת קושי מנקודת מבט זו.⁹³ על פי הבחנה זו ניתן לומר שמאמץ משותף הוא קריטריון שאינו תלוי במשתני הקודמים של אדם, ואילו תרומה היא קריטריון התלוי בכישוריו הקודמים. ברור אפוא כי הבחירה בקריטריון של מאמץ משותף עדיפה מנקודת מבט השואפת לשוויון מהותי.

4. מהנמקה למעשה

מן הניתוח בחלקים הקודמים מתברר כי למרות שגם הרציונל ההסכמי וגם והרציונל הנורמטיבי מעוגנים בצורות חשיבה מערביות-ליברליות-אינדיבידואליסטיות-מסחריות, בכל זאת שני הרציונלים מבוססים על דרכי חשיבה שונות. לפיכך, למרות המחויבות העקרונית למשטר של שיתוף נכסים, נראה כי ההברלים בדרכי ההנמקה ובתפיסות היסוד עשויים להוליד בסופו של דבר להברלים משמעותיים בתכנים הקונקרטיים של הסדר השיתוף. מכיוון שכך, ניתן לדבר על שני מודלים מתחרים של שיתוף נכסים בין בני זוג: הראשון הוא מודל הסכמי המבוסס על צורת חשיבה ליברטריאנית, ולפיו השיתוף משקף את הכוונה המשוערת של בני הזוג. אל מול המודל ההסכמי של השיתוף ניתן לחשוב גם על מודל משפטי מתחרה, הנסמך על הרציונל הנורמטיבי ועל דרכי

91 עם זאת, יש לשים לב כי גם תפיסה ליברטריאנית, הסבורה שלא ניתן להפקיע קניין ללא הסכמה של הצדדים, אינה יכולה להסתפק בבחינת אומד דעתם של הצדדים ללא התייחסות לשאלה מהו הבעלים בהיעדר הסכם. השו Wagoner, הערה 45 לעיל, בעמ' 23, הטוען כי ביסוד דיני חלוקת הרכוש עומדת כוונת הצדדים – אך מציין כי שאלה קודמת היא מי הבעלים בהיעדר הסכם. בשאלה זו גשוב ונדון בהרחבה בפרק 6 להלן.

92 על ההבחנה בין תאוריות ליברטריאניות המקדשות את החוזה הקונקרטי בין בני אדם, לבין תאוריות רולטיאניות המבקשות לשחזר את החוזה הפיקטיבי שהיה מתרחש מאחורי מסך הבערות שבו הצדדים לא יודעים על מאפייניהם הקונקרטיים, ראו Sandel, הערה 80 לעיל.

93 נושא זה חודר במיוחד על ידי Dworkin; ראו על כך במחקריו שהוזכרו בהערה 89 לעיל.

חשיבה ליברליות מודרניות (המודל הנורמטיבי). המודלים הללו עשויים להיבדל זה מזה בכמה עניינים משמעותיים:

(א) תנאי הכניסה למשטר של שיתוף

על פי הרציונל ההסכמי, השיתוף אינו נובע מהנישואים כשלעצמם אלא מהתקיימותן של נסיבות עובדתיות מסוימות שיש בהן כדי ללמד על כוונה לשיתוף. מכיוון שכך, על פי המודל, יש לקיים משטר של שיתוף כשמתקיימים "תנאי סף" מקדמיים, המלמדים כי מדובר במקרה שבו סביר לייחס לבני הזוג כוונת שיתוף.

אחד מתנאי הסף הללו יבחן את התקיימותה של דינמיקה הכלכלית שבמסגרתה שני בני הזוג תורמים להפקת רווחים ונכסים באמצעות מאמץ משותף. כזכור, מצב העניינים שבו שני בני הזוג תורמים במאמציהם המשותפים להפקת נכסים ורווחים, איש בתפקידו, ביסס את הניתוח הכלכלי שלפיו בן זוג "ביתי" סביר לא היה מוכן לחלוקת עבודה כזו אלמלא ציפה לקבל חצי מהרווחים. מכיוון שכך, המודל ההסכמי יבחן אם בפועל התקיים שיתוף פעולה כלכלי בין בני הזוג. עם זאת, על פי המודל ההסכמי, התקיימותה של דינמיקה כלכלית זו מהווה רק אמצעי-עזר שנועד לבסס את ההנחה באשר לקיומה של כוונת שיתוף; משמעות הדברים היא שלצד בחינת היחסים הכלכליים בין הצדדים יש מקום גם לעיצוב תנאי סף נוספים. תנאים אלה יתייחסו למשתנים פסיכולוגיים הקשורים ביחסים של בני הזוג – למשל: מערכת יחסים תקינה בין בני הזוג, שכן במערכת יחסים עכורה קשה להניח כוונת שיתוף – ולמשתנים סוציולוגיים העוסקים בחברה שבה בני הזוג פועלים, כגון ההשתייכות לחברה שנורמות שיתופיות מקובלות בה. במקרים שבהם תנאי הסף הללו אינם מתקיימים, ההיגיון שבבסיס ההנחה בדבר קיומה של כוונת שיתוף מתערער, ואין מקום להחיל משטר של שיתוף.

כמו המודל הליברטריאני-הסכמי, גם המודל הנורמטיבי בעל הגון הליברלי-מודרני מכיר בכך שהנישואים כשלעצמם אינם מבססים בהכרח רציונל מספיק לשיתוף נכסים. בהתאם לכך, גם מודל זה עשוי להציב תנאי סף הנדרשים לצורך הכרה בשיתוף. עם זאת, קיים שוני בתכנים של "תנאי הכניסה" בין המודלים:

ביסודו של המודל הנורמטיבי עומדת הטענה כי שני בני הזוג, במאמציהם המשותפים, תרמו להפקת רווחים ונכסים, ולכן אין זה צודק שתרומתו של בן הזוג הביתי לא תקבל ביטוי משפטי. ברור אפוא שקיומה של דינמיקה כלכלית שבמרכזה שני בני הזוג מרכזים מאמצים כדי לתרום לכלכלת המשפחה מהווה תנאי הכרחי לביסוס הרציונל הנורמטיבי של השיתוף בנכסים. בניגוד למודל ההסכמי, המודל הנורמטיבי אינו מבוסס על הכוונה המשוערת של בני הזוג, ולכן מבחנים סוציולוגיים הבוחנים את הציפיות הממשיות בחברה מסוימת, או מבחנים פסיכולוגיים הבוחנים את טיב היחסים בין בני הזוג – אינם רלבנטיים על פי מודל זה.

(ב) היקף הנכסים הנכללים בשיתוף

הבדל נוסף בין המודלים מתקיים בהקשר להיקף הנכסים הכלולים בשיתוף: על פי המודל ההסכמי, השיתוף לא יחול על כלל הנכסים של בני הזוג אלא רק על אותם סוגי נכסים שביחס אליהם סביר להניח שקיימת כוונת השיתוף מצד בני הזוג. לפיכך, המודל יפתח קריטריונים הסכמיים שבמרכזם הניסיון לשער מהם סוגי הנכסים שבני זוג טיפוסיים רואים כמשותפים. לשם כך – בדומה לאמור בהקשר לתנאי הסף – ייערך ניתוח כלכלי, סוציולוגי-פסיכולוגי שיבחן מהו סוג הנכסים שבני זוג סבירים יסכימו לשותפות לגביהם.

כמו במודל ההסכמי, גם על פי המודל הנורמטיבי אין להחיל את משטר השיתוף על כלל הנכסים של מי מבני הזוג. עם זאת, המודל הנורמטיבי אינו מבוסס על כוונת הצדדים אלא על תרומה הנובעת ממאמץ משותף, ועל כן הקריטריון הקובע היחידי על פי המודל יהיה קריטריון כלכלי הבוחר אילו סוגי נכסים מופקים ברגיל ממאמץ משותף של בני הזוג. על פי מודל זה לא תהיה חשיבות לקריטריונים אחרים, המבקשים לאמוד את הכוונה המשותפת של בני הזוג באמצעות ניתוחים סוציולוגיים-פסיכולוגיים שאין להם בסיס כלכלי.⁹⁴

(ג) האפשרות להתניה נוגדת שיתוף

לבסוף, המודלים עשויים להיבדל זה מזה בקשיחותו של הסדר השיתוף, ובאופן קונקרטי – ביכולתם של הצדדים לסטות בהסכמה מהסדר של שיתוף, הן באמצעות התניה מפורשת והן באמצעות כוונה משתמעת.

התניה מפורשת

בשנים האחרונות קיימת התעניינות מחקרית רבה בהסכמים זוגיים בכלל⁹⁵ ובהסכמים העוסקים ביחסי הרכוש בין בני זוג בפרט.⁹⁶ מדובר בתחום רחב מאוד, המצריך

94 עניין זה יומחש בהמשך המחקר בפרק 2.2, בעת שנדון בהיקף הנכסים הכלולים בחזקת השיתוף בישראל.

95 הסכמים אלה נכרתים בשלבים שונים של הקשר הזוגי: לעתים הם נכרתים לקראת מיסוד הקשר (premarital agreement), לעתים הם נכרתים במהלכו (postmarital agreement), ולעתים ההתקשרות בהסכם נעשית לקראת סיום מערכת היחסים הזוגית (הסכמי גירושין).

96 במחקר על דיני המשפחה קיימת התעניינות רבה בנושאים הללו. ראו, למשל, Brod, הערה 57 לעיל, וכן Penelope E. Bryan, "Women's Freedom to Contract at Divorce: A Mask for Contextual Coercion," 47 Buff. L. Rev. 1153 (1999); Susan V. Brown, "The Enforcement of Marital Contracts in the United States, Great Britain, France and Quebec," B.C. Int'l. & Comp. L. Rev. 475 (1983); Brenda Cossman, "A Matter of Difference: Domestic Contracts And Gender Equality," 28 Osgoode Hall L.J. 303 (1990); Marsha Garrison, "Marriage: The Status of Contract," 131 U. Pa. L. Rev. 1039 (1983); Leah Guggenheimer, "A Modest Proposal: The Feminomics of Drafting Premarital Agreements," 17 Women's Rts. L. Rep. 147 (1996); Howard

התייחסות למגוון שיקולים ונושאים, והמסגרת הנוכחית איננה מתאימה לדיון מקיף בהם; עם זאת, ברצוני להציג בקצרה מחשבות ראשונות בנושא, תוך התמקדות בניתוח ההשפעה האפשרית של הרציונל לשיתוף על היכולת לחרוג ממנו באמצעות הסכם. על פי המודל ההסכמי, גם אם התקיימו תנאי כניסה להסדר השיתוף, וגם אם מדובר בנכסים שברגיל קיימת לגביהם כוונת שיתוף – השיתוף מהווה דין דיספוזיטיבי שניתן לסטות ממנו באמצעות הסכם נוגד, ובלבד שמדובר בהסכם שנעשה מתוך רצון חופשי של הצדדים.

עמדתו של המודל הנורמטיבי-המסחרי היא מורכבת יותר. מחד גיסא, בדומה למודל ההסכמי, גם המודל הנורמטיבי-המסחרי מבוסס על צורות חשיבה ליברליות-אינדיבידואליסטיות.⁹⁷ עקרונות ליברליים בדבר אינדיבידואליזם ואוטונומיה של פרט, שיש להם דומיננטיות רבה בחשיבה המודרנית על דיני המשפחה,⁹⁸ תומכים באופן בסיסי בהסדרה חוזית של מערכות יחסים. מאידך גיסא, החשיבה הליברלית המודרנית – שעליה מבוסס המודל הנורמטיבי – מצדיקה במקרים רבים התערבות ציבורית בתוכנם של חוזים מכוחם של אינטרסים וערכים ציבוריים.⁹⁹ על דקע זה ייתכן ששיקולי

O. Hunter, "An Essay on Contract and Status: Race, Marriage and the Meretricious Spouse," 64 *Va. L. Rev.* 1039 (1978); Judith T. Younger, "Perspectives on Antenuptial Agreements: An UpDate," 8 *J. Am. Acad. Matrim. Law.* 1 (1992) וכן Michael J. Trebilcock & Rosemin Keshvani, "The Role of Law in the Family," 57 *Shultz of Private Ordering in Family Law: A Law and Economics Perspective*, 41 *Carol A. Weisbrod*, "The Way We Live Now: A Law and Economics Perspective," 41 *U. Toronto L.J.* 533 (1991) וכן Carol A. Weisbrod, "The Way We Live Now: A Law and Economics Perspective," 41 *U. Toronto L.J.* 533 (1991); A Discussion of Contracts And Domestic Arrangements," *Utah L. Rev.* 777 (1994) ; Marica M. Neave, "Resolving The Dilemma of Difference: A Critique of 'The Role of Private Ordering in Family Law'" 44 *U. Brian Bix*, "Bargaining in the Shadow of Love: The Enforcement of Premarital Agreements and How We Think About Marriage," 40 *Allison A. Marston*, "Planning for Love: The Politics of Premarital Agreements," 49 *Stan. L. Rev.* 887, 891-892 (1997).

לאחרונה עסקתי אף אני בנושא, וראו ליפשיץ, הערה 57 לעיל.

97 ראו פרק ב 3 לעיל.

98 ראו בפרק ב. 2 (ב) לעיל.

99 קיימת ספרות ענפה המתארת מגמה של החלשת העיקרון בדבר חופש החוזים והכפפת רצון הצדדים לערכים ציבוריים בדיני החוזים המודרניים. ראו, לדוגמה, Atiyah, הערה 82 לעיל, בעמ' 779-716; כן ראו Morton J. Horwitz, *The Transformation of American Law 1870-1960* 34-65 (1992); Grant Gilmore, *The Death of the Contract* (1974); Jack Beatson & Daniel Friedmann, "Introduction: From 'Classical' to Modern Contract Law," in *Good Faith and Fault in Contract Law* 3 (Jack Beatson & Daniel Friedmann eds., 1995). לדיון במאפיינים של דיני חוזים מודרניים בספרות הישראלית ראו, בין היתר, דניאל פרידמן ונילי כהן, חוזים א 44-77 (תשנ"א); אריאל פורת, הגנת אשם תורם בדיני חוזים 57-84

הצדק והשוויון שביסוד המודל הנורמטיבי עשויים להצדיק החלת הסדר של שוויון גם בניגוד למוסכם על הצדדים. יתרה מזו: למרות המחויבות העקרונית של שיטות משפט מודרניות לשוויון בין גברים לנשים, עמדנו על כך שבמציאות החברתית והכלכלית הנוכחית קיימים עדיין פערים משמעותיים בין גברים לנשים.¹⁰⁰ פערים אלה מוליכים לכך שהסכמים בין בני זוג מנוסחים במקרים רבים באופן חד-צדדי, באופן שנשללות מנשים – כצד "החלש" בהסכם – זכויות המגיעות להן על פי החוק.¹⁰¹ פערי כוחות בין צדדים מהווים את אחת ההצדקות המובהקות להתערבות בתכניהם של חוזים.¹⁰² מכיוון שכך, ניתן להעלות על הדעת מודל נורמטיבי נוקשה, שישלול לחלוטין את האפשרות להתניה נוגדת שיתוף.

למרות ההיגיון הנורמטיבי בעיצוב הסדר השיתוף כהסדר קוגנטי, נדמה לי כי שלילה מוחלטת של זכותם של בני זוג להתקשר בהסכם הקובע הסדר לא שיתופי עשויה להיות מרחיקת-לכת מדי מנקודת מבט ליברלית. כך, למשל, אינני רואה סיבה מדוע בני זוג, שלשניהם קריירה עצמאית ומקורות הכנסה נפרדים, לא יוכלו להסכים כי חרף הקשר האינטימי שביניהם ברצונם לשמר את עצמאותם הכלכלית. בדומה לכך נפוצים מאוד המקרים שבהם בני זוג, שיש להם ילדים מנישואים קודמים, מבקשים לדאוג לכך שחלק מהתזרים השוטף של ההכנסות יופנה לטובתם של הילדים הללו. מדיניות שתשלול כליל אפשרות כזו אינה נראית מוצדקת. יתרה מזו: לטעמי, גם במקרים שבהם קיימים פערים כלכליים בין הצדדים, גישה שתאסור באופן גורף על צד חלש כלכלית – המודע לזכויותיו המשפטיות בנכסיו ובהכנסותיו של בן זוגו, ומוכן מתוך רצון חופשי לוותר על חלק מן הזכויות הללו – לוותר על זכויותיו, נראית לי פטרנליסטית במידה העולה על הנדרש.¹⁰³ לפיכך אני סבור כי אפילו מודל נורמטיבי של שיתוף עשוי להתרכך ולאפשר התניה חוזית על הסדר זה, למרות – כפי שאסביר מיד – שמודל זה עשוי לדרוש ביקורת שיפוטית נוקשה על תכני ההסכם ועל נסיבות כריתתו.¹⁰⁴

(תשנ"ז); איל זמיר, פירוש והשלמה של חוזים 82-129 (תשנ"ז); גבריאלה שלו, "מה נותר מחופש החוזים", משפטים יז 465 (תשמ"ח), וכן סיני דייטש, דיני הגנת הצרכן א פרק ד (תשס"ב).

100 ראו פרק ב. 2 (ב) לעיל.

101 בהשפעתם של הבדלים ביולוגיים, כלכליים, פסיכולוגיים וחברתיים בין גברים לנשים על עיצובו של ההסכם הזוגי, ובטענה כי השפעה זו מחייבת הסדרה ייחודית של חוזה זה, עסקתי לאחרונה בהרחבה במחקר שהוקדש להסכמים זוגיים. ראו ליפשיץ, הערה 57 לעיל.

102 ראו על כך בהרחבה במקורות שהוזכרו, הערה 99 לעיל.

103 עניין זה עשוי להתקשר לדיון רחב יותר במקומם של שיקולים פטרנליסטיים במסגרת דיני החוזים. לעניינים אלה ראו Anthony T. Kronman, "Paternalism and the Law of Contracts," 92 (1983) *Yale L.J.* 763; Eyal Zamir, "The Efficiency of Paternalism," 84 *Va. L. Rev.* 229 (1998).

104 ואכן, עיון בספרות העוסקת בנושא תלמד כי גם המתנגדים להרחבת החופש החוזי בהקשרים זוגיים אינם תומכים בדרך כלל בכללים קוגנטיים האוסרים לחלוטין התקשרות הסוטה מהוראות החוק. ראו, למשל, את כתיבתה של Brod, הערה 57 לעיל, שלמרות חששותיה מהסכנות של חופש

ברם, גם אם בהתאם לניתוח של שני המודלים האינדיבידואליסטיים-מסחריים הם עשויים לאפשר בסופו של דבר התניה חוזית על הסדר השיתוף, בכל זאת קיימים ביניהם הבדלים משמעותיים בהקשר זה.

המודל ההסכמי-ליברטריאני רואה בהגשמת רצון הצדדים את התכלית המרכזית של דיני הרכוש הזוגי. מכיוון שכך, מודל זה יאמץ גישה המזכירה מאוד את המודל הקלאסי של דיני החוזים, הנשען אף הוא על אידאולוגיה ליברטריאנית שבמרכזה חופש החוזים, ומשום כך היא נכונה לערער על ההסכמה החוזית רק במקרים מצומצמים שבהם מועלות טענות בדבר פגמים בהסכמה שהולכה לחוזה.¹⁰⁵ על רקע זה יסרב המודל ההסכמי-ליברטריאני לקבל טענות הנוגעות לתכני ההסכם שנכרת בין הצדדים או אפילו לטענות הנוגעות לניצול יחסי הכוח שבין הצדדים והפערים הכלכליים שביניהם במהלך המשא והמתן שקדם להסכם.¹⁰⁶

שונים הדברים באשר למודל הנורמטיבי. מודל זה עשוי להקשות על האפשרות להתנות על השיתוף באמצעות הפעלה נרחבת של דוקטרינות חוזיות הקיימות בדיני החוזים המודרניים, כגון תום לב,¹⁰⁷ אי-מצפוניות (Unconscionability),¹⁰⁸ כפייה

חוזים בהקשר המשפחתי עבור נשים, הציעה בסופו של דבר מודל מאוזן המאפשר התקשרות חוזית בין בני הזוג – אך מכפיף אותה לביקורת שיפוטית רחבה.

105 על דיני החוזים הקלאסיים ועל יחסם המקודש לחופש החוזים ראו בחיבוריהם של עטיה ושל הורוויץ שהוזכרו בהערה 82 לעיל. לתיאור המודל הקלאסי בספרות הישראלית ראו, לדוגמה, גבריאלה שלו, דיני חוזים 25-28 (מהדורה שניה, תשנ"ה); פרידמן וכהן, הערה 99 לעיל, בעמ' 32-39, ופורת, הערה 99 לעיל, בעמ' 32-35.

106 ואכן, שיטות שבהן נוהגים דיני החוזים הקלאסיים אינן נוטות להתערב בתוכניהם של הסכמים, ובדומה לכך הן עושות שימוש מצומצם מאוד בדוקטרינות מסוג של כפייה כלכלית, עושק ואפילו תום לב. ראו על כך במקורות שהוזכרו בהערה הקודמת.

107 על תום הלב בדיני החוזים קיימת ספרות מחקר רבה. ראו באופן כללי שלו, שם, בעמ' 37-80, וכן לאחרונה גבריאלה שלו, "עוד על עיקרון תום הלב", קריית המשפט ג: ספר זיכרון לחיים ה' כהן 121 (תשס"ג). על תום הלב בהקשר המערבי, הכללי יותר, ראו Robert S. Summers, "The General Duty of Good Faith – Its Recognition and Conceptualization," 67 *Cornell L. Rev.* 810 (1982) וכן: Jack Beatson & Daniel Friedman eds., 1995.

108 על כך ראו, למשל, Arthur A. Leff, "Unconscionability and the Code – The Emperor's New Clause," 115 *U. Pa. L. Rev.* 485 (1967) וכן: Stephan M. Waddams, "Good Faith, Unconscionability and Reasonable Expectations," 9 *J. Cont. L.* 55 (1995). לגיתוח ביקורתי המצדיק דווקא את הגישה הקלאסית ראו: Richard A. Epstein, "Unconscionability: A Critical Reappraisal," 18 *J.L. & Econ.* 293 (1975) ואלם השוו: Eric A. Posner, "Contract Law in the Welfare State: A Defense of the Unconscionability Doctrine, Usury Laws and Related Limitations on the Freedom to Contract," 24 *J. Legal Stud.* 283 (1995) בעולם המערבי ראו "Symposium on Unconscionability Around the World: Seven

כלכלית,¹⁰⁹ עושק¹¹⁰ ותקנת הציבור,¹¹¹ המאפשרות לבתי המשפט להבטיח הליך נאות של כריתת חוזה במצבים שבהם קיימים פערי כוחות בין הצדדים לחוזה, ובמקרים מסוימים אף להתערב בתכניהם של הסכמים חד-צדדיים.¹¹² נוסף על כך, כהמשך למגמה שבמסגרתה דיני החוזים המודרניים מאפשרים הסדרה ייחודית של מערכות יחסיים ספציפיות, ניתן לחשוב על פיתוח חקיקתי של דיני חוזים זוגיים, שיתמודדו עם הבעיות הייחודיות המתעוררות בהסכמים הווגיים. כללים כאלה עשויים להרחיב את האפשרות של בתי המשפט להתערב בתכני החוזה הזוגי ולפקח באופן הדוק יותר על נסיבות כריתתו.¹¹³ בהערת אגב אציין כי למרות אמביוולנטיה הקיימת בנושא, נדמה לי שזוהי המגמה המרכזית המסתמנת כיום ברוב ארצות המערב.¹¹⁴

Perspectives on the Contractual Doctrine" 14 *Loy. L.A. Int'l & Comp. L.J.* no. 3 (1992).

109 על התהוותה של האפשרות לבטל חוזה בשל כפייה כלכלית במשפט האנגלו-אמריקני ראו שלו, הערה 105 לעיל, בעמ' 234-235, וכן דניאל פרידמן ונילי כהן, חוזים ב פרק 16 (תשנ"ג). למהלך דומה בקנדה ראו M. H. Ogilvie, "Economic Duress Inequality of Bargaining Power and Threatened Breach of Contract," 26 *McGill L. J.* 289 (1981) אפרשות זו בישראל ראו ע"א 8/88 רחמים נ' אקספומדיה, פ"ד מג(4) 95. ראו גם את דעתו של השופט חשין בע"א 1569/93 מאיה נ' פנפורד, מח(5) 705, אולם השוו לדעת השופטים האחרים בפרשה זו. כן ראו לאחרונה ע"א 5493/95 דיור לעולה (עא"ק) בע"מ נ' קרן, פ"ד ג(4) 509, ע"א 2299/99 שפיר נ' דיור לעולה בע"מ, פ"ד נה(4) 213 וע"א 6234/00 ש.א.פ. בע"מ נ' בנק לאומי לישראל בע"מ (לא פורסם, 22.9.2003). ראו בנוסף איל זמיר, "רצון חופשי, יעילות כלכלית ושקילות התמורות – בשולי ע"א 5493/95 דיור לעולה (ע.א.ק.) נ' קרן, פ"ד ג(4) 509", משפטים כט 783 (תשנ"ט).

110 ראו סעיף 18 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973 וכן שלו, הערה 105 לעיל; זמיר, הערה 99 לעיל, בעמ' 42-45; וסיני דויטש, "הוראת העושק בחוק החוזים", מחקרי משפט ב 1 (תשמ"ב). עוד ראו פרידמן וכהן, הערה 109 לעיל, פרק 17.

111 ראו בישראל סעיף 30 לחוק החוזים. ראו לאחרונה דנג"ץ 4191/97 רקנט נ' בית הדין הארצי לעבודה נד(5) 330. לניתוח ביקורתי של פרשה זו ראו גבריאלה שלו, "סוס הפרא – לאן, או: מה אירע לתקנת הציבור?", קריית המשפט ב 21 (תשס"ב).

112 ראו בנושא זה בהרחבה ליפשיץ, הערה 57 לעיל.

113 זוהי אחת מההמלצות המרכזיות של מחקרי הנ"ל; ראו ליפשיץ, שם.

114 ברוב מדינות המשפט המקובל, עד לשנות ה-70 של המאה ה-20 נקבעו היחסים הכלכליים בין הצדדים על פי דין קוגנטי. ברוב המדינות השתנה עניין זה בעשורים האחרונים של המאה ה-20 (פסק דין מנחה בעניין זה הוא *Posner v. Posner*, 233 So. 2d 381 (Fla. 1970). עם זאת, קיימות כמה מדינות (כגון אנגליה ועד לאחרונה אף אוסטרליה) שבהן הסכמי קדם-גישואים עדיין אינם מוכרים. עם זאת, אפילו במדינות הללו קיימים הליכי חקיקה שנועדו לשנות מצב זה. לסקירה השוואתית בעניינים הללו ראו במחקר "הסדרה חוזית", הערה 15 לעיל, בפרק ח.1, בפרק י.4) ובמקורות שצוינו בהערה 57 לעיל. כיום קיימת בנושא אמביוולנטיות עצומה ביחס לדיני המשפחה המודרניים, כאשר לצד גישות הפועלות ברוח המודל ההסכמי ומרחיבות את חופש החוזים בהקשרים זוגיים אפילו יותר מהמקובל בהקשרים מסחריים (ראו ניתוח פסיקה וחקיקה חדישה בארצות הברית ברוח זה במחקר "הסדרה חוזית", שם, פרק ח.1), קיימות גישות אחרות,

הסקת כוונה נוגדת שיתוף

הבדל אחר בין המודלים נוגע לאפשרות לטעון להסכם משתמע לאי-שיתוף במקרים שבהם לא נערך בין בני הזוג הסכם מפורש.

ביסודו של המודל ההסכמי עומד הניסיון לשחזר את הכוונה הממשית של הצדדים. מכאן, שעל פי מודל זה אין סיבה לדבוק בשיתוף באמצעות הקשחת האפשרות להוכיח כוונה נוגדת; ובמילים אחרות: בכל מקרה שבו הנסיבות יצביעו על כוונה נוגדת שיתוף מצד הצדדים, יש לקבוע הסדר של הפרדת רכוש. על רקע זה יתמוך המודל ההסכמי בעיצוב השיתוף כברירת מחדל גמישה הניתנת לסתירה, בהתאם לגסיבות הקונקרטיות. לעומתו, המודל הנורמטיבי תומך בשיתוף בשל ערכים נורמטיביים. מכיוון שכך, מודל זה עשוי לתמוך בהסדר של שיתוף גם במצבים שבהם הערכים הללו אינם עולים מהתנהגות הצדדים, כלומר: הוא עשוי להקשיח את האפשרות להוכיח כוונה נוגדת שיתוף. לפיכך, הסדר שיתוף המבוסס על המודל הנורמטיבי עשוי להציב דרישות פורמליות קשות יותר כתנאי להכרה בהסכמים נוגדי-שיתוף. אם הדרישות הללו לא יענו – המודל לא יאפשר ללמוד מהתנהגות הצדדים על הסכם משתמע לאי-שיתוף, גם אם עולה מהנסיבות שהצדדים לא התכוונו לשיתוף. בדרך זו עשוי המודל לגשר בין מחויבות עקרונית לרעיון הליברלי של חופש החוזים לבין קידום הערכים הנורמטיביים שבבסיס השיתוף.¹¹⁵

בהערת אגב אומר כי גם בנושא זה מזכיר המודל ההסכמי את הגישה הקלאסית לדיני החוזים, הנוטה להשלים את תכניו של חוזה "שותק" באמצעות דוקטרינה של "תנאי מכללא", המבקשת להתחקות אחר הכוונה המשותפת של הצדדים. לעומתו, המודל הנורמטיבי מזכיר את הגישות המודרניות לדיני החוזים, שבמקום להתחקות אחר כוונת הצדדים¹¹⁶ נוטות למלא חסרים בחוזה או אף לפרש את הוראות החוזה באמצעות ערכים נורמטיביים.¹¹⁷

המאפשרות התערבות נרחבת יותר בחופש החוזים מאשר בהקשרים מסחריים (ראו שם, בפרק 4). בנושא זה עסקתי גם לאחרונה במחקר שעסק בהסדרתם של הסכמים זוגיים בישראל ראו ליפשיץ, הערה 57 לעיל.

115 לקישור בין עמדה זו לבין עמדות מודרניות על תפקיד החקיקה המרשה (הדין הדיספוזיטיבי) ראו בהמשך פרק זה.

116 ראו מנחם מאוטנר, "כיצד הודחה דוקטרינת התנאי מכללא ממעמדה בדיני החוזים של ישראל?", ספר ויסמן 429 (שלום לרנר ודפנה לוינסון-זמיר עורכים, תשס"ב).

117 ראו בנושא זה את טיעוניו של זמיר, הערה 99 לעיל, בדבר הפיכת "הפירמידה" המקובלת בדבר תוכן החוזה במסגרת הדין המודרני. כן ראו בהערה 425 להלן את פסקי הדין הממחישים התפתחות זו בישראל.

5. המודלים לשיתוף והתאוריה של הדין הדיספוזיטיבי

(א) רקע: הגישה המחקר והגישה הנורמטיבית לדין הדיספוזיטיבי

מן הניתוח שנערך בחלק הקודם עלה כי הן הרציונל הנורמטיבי והן הרציונל ההסכמי עשויים לתמוך בהסדר דיספוזיטיבי של שיתוף. במחקר על דיני החוזים קיימת בעשורים האחרונים התעניינות עצומה בתאוריה של הדין הדיספוזיטיבי. במסגרת זו מוצגות עמדות שונות העוסקות במהותו של הדין הדיספוזיטיבי ובדרכים שבהן ראוי לעצבו וליישמו.¹¹⁸ מחקר זה טרם יושם או נבחן בהקשר של הסדר השיתוף בין בני זוג; למרות זאת אני סבור כי מעניין ומועיל לחשוב על ההבדלים בין המודל ההסכמי לבין המודל הנורמטיבי לשיתוף בפרויקט של תאוריות חוזיות העוסקות בדין הדיספוזיטיבי.

כך, הרציונל ההסכמי הרואה שיתוף כביטוי לכוונה המשוערת של בני הזוג, ומבנה את הסדר השיתוף ברוח זו, משתלב באסכולה (המזוהה בדרך כלל עם הניתוח הכלכלי של המשפט) הסבורה כי מטרתו של הדין הדיספוזיטיבי לחקות את ההעדפה המשוערת של צדדים סבירים לעסקה (להלן: דין דיספוזיטיבי מחקה).¹¹⁹ בהתאם לכך, המודל

118 ראו, לדוגמה, 3 S. Cal. Interdisc. L. Rev. 1 (1993); Russell B. Korobkin, "The Status Quo Bias and Contract Default Rules," 83 Cornell L. Rev. 608 (1998); Lawrence A. Cunningham, "Hermeneutics and Contract Default Rules: An Essay on Lieber and Corbin," 16 Cardozo L. Rev. 2225 (1995); Randy E. Barnett, "The Sound of Silence: Default Rules and Contractual Consent," 78 Va. L. Rev. 821 (1992); Richard Craswell, "Efficiency and Rational Bargaining in Contractual Settings," 15 Harv. J.L. & Pub. Pol'y 805 (1992); David Charny, "Hypothetical Bargains: The Normative Structure of Contract Interpretation," 89 Mich. L. Rev. 1815 (1991); Jason S. Johnston, "Strategic Bargaining and the Economic Theory of Contract Default Rules," 100 Yale L.J. 615 (1990); Ian Ayres & Robert Gertner, "Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules," 99 Yale L.J. 87 (1989); Jules L. Coleman, Douglas D. Heckathorn & Steven M. Maser, "A Bargaining Theory Approach to Default Provisions and Disclosure Rules in Contract Law," 12 Harv. J.L. & Pub. Pol'y 637 (1989) בישראל עסקו בכך ברוך מדינה, "הכוונת התנהגות באמצעות דין מרשה – תכליתם של דיני התרופות בגין הפרת חוזה", עיוני משפט כב 685 (תש"ס); חנוך דגן, הערה 10 לעיל, בעמ' 609-606; גד טדסקי, "על הדין הדיספוזיטיבי", עיוני משפט טו 5 (תש"ן); אוריאל פרוקצ'יה, "הדין הדיספוזיטיבי באספקלריה של פרופסור גד טדסקי", עיוני משפט טו 385 (תש"ן) (להלן: "פרוקצ'יה (הדין הדיספוזיטיבי)"); אוריאל פרוקצ'יה, "זה חוזה? זה חפץ? זה חוק! תרומתה הקונסטרוקטיבית של הכלכלה לערפול מושגי היסוד במשפט", משפטים יח 395 (תשמ"ט) (להלן: "פרוקצ'יה (זה חוזה)"); כן ראו זמיר, הערה 99 לעיל, בעמ' 61-78.

119 לעמדות הללו ראו, למשל, Korobkin, שם, בעמ' 317-313 ובמקורות הרבים המאוזכרים בהערות השוליים שם. מייצג מובהק של הגישה בישראל הוא אוריאל פרוקצ'יה, וראו במאמרו "הדין הדיספוזיטיבי" ו"זה חוזה", שם. יש לשים לב כי הגישה המחקר מגלמת, למעשה, שני תתי-זרמים מתחרים. זרם אחד, הנשען בדרך כלל על החשיבה הליברטריאנית, מבקש לחקות את ההסדר שהיה מתקבל בפועל על ידי הצדדים הספציפיים לעסקה. כאשר אין מידע ספציפי על הצדדים הללו, יש

ההסכמי מעצב את השיתוף כבברירת מחדל גמישה שיש להפעילה בדרך כלל – אך לא במצבים ובנסיבות שבהם לא ניתן להניח שהצדדים הספציפיים התכוונו לשיתוף.¹²⁰ בניגוד לכך, הרציונל הנורמטיבי התומך בהסדר של שיתוף בשל ערכים נורמטיביים של צדק ושוויון, משתלב בצורת חשיבה המבקשת להשתית את הדין הדיספוזיטיבי על הנורמה הראויה בעיני המחוקק.¹²¹ מכיוון שכך, על פי המודל הנורמטיבי יופעל הסדר השיתוף גם במצבים שבהם נראה שהצדדים הספציפיים לא התכוונו לשיתוף, ובלבד שהצדדים לא התקשרו במפורש בהסכם נוגד שיתוף (להלן: דין דיספוזיטיבי נורמטיבי).

(ב) הרלבנטיות של דין דיספוזיטיבי נורמטיבי

העמדה הסבורה כי יש לעצב את הדין הדיספוזיטיבי על פי נורמות ערכיות סופגת בדרך כלל ביקורת נוקבת מצד זרמי חשיבה המזוהים עם הניתוח הכלכלי של המשפט. על פי מבקרים אלה, גם אם נתעלם מן השאלה העקרונית – האם ראוי לחברה לקדם נורמות ערכיות מסוימות – הרי שקידום הנורמות הללו באמצעות הדין הדיספוזיטיבי הוא חסר-תועלת, וזאת משום שדין דיספוזיטיבי שאינו משקף את רצון הצדדים יוחלף על ידם בהסכם נוגד. הצורך להתקשר בהסכם שיחליף את הדין הדיספוזיטיבי יוצר עלות

צורך לחקות את ההסדר המקובל על רוב האנשים בחברה (עמדה זו מכונה לעיתים majority's rule). זרם אחר, בעל גון כלכלי יותר, סבור כי יש לחקות את ההסדר שהיה מתקבל על ידי צדדים סבירים בתנאי שוק טובים. כיוון שכך, היו שטענו כי הגישה הכלכלית אינה מבקשת לחקות את הצדדים הקונקרטיים אלא צדדים סבירים לעסקה. על כך ראו, למשל, Craswell, שם, בעמ' 820 ואילך. כן ראו אצל Korobkin, שם, בהערות 15-16.

120 שימו לב שהניתוח בטקסט מניח כי מודל מחקה של דין דיספוזיטיבי יתמוך בהסדר דיספוזיטיבי גמיש, המאפשר חריגה מברירת המחדל לאור נסיבות ספציפיות שמהם ניתן ללמוד כי הצדדים לא התכוונו להוכנו של הדין הדיספוזיטיבי. בניגוד לעמדה זו יש הסבורים כי גם אם העיצוב הראשוני של הדין הדיספוזיטיבי נועד לחקות את אומד דעתם של רוב המתקשרים, ניתן בכל זאת להציב מכשולים פורמליים בפני המבקשים להתנות על דין זה. לדיונים בעניינים הללו ראו Charny, הערה 118 לעיל (מציב מודל לפיו יתכנו קשרים מורכבים בין הרציונל המנחה את חקיקת הדין לבין הגמישות ביישומו). ראו עוד את עמדתו של Barnett, הערה 118 לעיל. בעיקרון, ברנט שותף לעמדה לפיה הדין הדיספוזיטיבי נועד לחקות את ההסדר שרוב האנשים יגיעו עליו. עם זאת, למרות האינטואיציה הראשונית, שלפיה מגישה זו אמור להיגזר משטר דיספוזיטיבי גמיש הרגיש מאוד לרצון הסובייקטיבי של הצדדים, ברנט הציג עמדה הסבורה כי עצם ההתקשרות בהסכם מהווה הסכמה אובייקטיבית לברירת המחדל הגלומה בדין, ועל כן לא תמיד תספיק כוונה סובייקטיבית כדי לאפשר חריגה מברירות המחדל הללו. עוד בעניין זה ראו טדסקי, הערה 118 לעיל, בעמ' 6.

121 מייצג מובהק של הגישה בישראל הוא טדסקי, שם. טדסקי התנגד בחריפות לטענה שלפיה חוק יחסי ממון מבוסס על אומד דעתם של הצדדים. ראו שם, הערה 43 והטקסט המתייחס אליה.

מיותרת.¹²² מכיוון שכך, המטרה של הדין הדיספוזיטיבי חייבת להיות חיקוי ההסכם המועדף על הצדדים באופן שייצור חיסכון בעלויות ההתקשרות. המסקנה היא שקידום ערכים, במקרים המוצדקים יכול להיעשות רק באמצעות חקיקה קוגנטיבית.¹²³ ברם, למרות שהטעון השולל את האפשרות לעצב דין דיספוזיטיבי על בסיס ערכים שאינם משקפים את הכוונה המשוערת של הצדדים הוא בעל שכנוע רב, נמצאו דרכים להתמודד עמו.¹²⁴

ראשית, טיעון זה נשען על ההנחה כי הצדדים יחליפו כל הסדר דיספוזיטיבי שאינו משקף את ההסכם שהיו מתקשרים בו לכתחילה. ברם, טיעון זה מניח, ללא ביסוס מספיק, את הכרת הדין מצד הצדדים המעורבים.¹²⁵ כמו כן, טיעון זה מתעלם מ"עלויות העסקה" של החלפת הדין.¹²⁶ כאשר מתחשבים בפרמטרים הללו, ניתן לטעון שיהיו מצבים שבהם דין דיספוזיטיבי שלא שיקף מראש את כוונת הצדדים ייהפך להיות לדין שיחול על העסקה. עם זאת, יש לשים לב שעל פי טיעון זה נוצר מצב שרירותי מעט, שבו רק מתקשרים שאינם יודעי דין או מתקשרים שעלויות ההתקשרות שלהם גדולות יוכפפו לגורמות החקיקתיות, ולא ברור אם קיימת לכך הצדקה נורמטיבית. מכיוון שכך, מענה זה של התומכים בדין דיספוזיטיבי נורמטיבי אינו נראה משכנע.

שנית, בבסיס הטעון הכלכלי בעד דין דיספוזיטיבי "מחקה" קיימת הנחה סמויה שלפיה העדפות הצדדים אינן תלויות בתוכן החוק. על בסיס הנחה זו נטען, כי הצדדים יתנו על דין דיספוזיטיבי שאינו תואם את העדפותיהם המקוריות. ברם, ניתוח מעמיק

122 לביקורת זו ראו במיוחד במאמרים של פרוקציה, הערה 118 לעיל; מדינה, הערה 118 לעיל, בעמ' 691; דגן, הערה 118 לעיל, בעמ' 608. כן ראו Alan Schwartz, "The Default Rule Paradigm and the Limits of Contract Law," 3 S. Cal. Interdisc. L.J. 390, 402-403 (1993).

123 לעמדות הללו ראו, למשל, Stevan J. Burton, "Default Principles, Legitimacy and the Authority of a contract," 3 S. Cal. Interdisc. L.J. 115, 139-140 (1993). כן ראו את הטקסט המתייחס להערה 5 אצל Korobkin, הערה 118 לעיל; פרוקציה (הדין הדיספוזיטיבי), הערה 118 לעיל, והטקסט המתייחס להערה 24 שם. עוד ראו מדינה, הערה 118 לעיל, והטקסט המתייחס להערה 17 שם.

124 לגישה הסבורה כי ראוי לעצב את הדין הדיספוזיטיבי בהתאם לערכיו של המחוקק ראו טדסקי, הערה 118 לעיל. לביסוס מעמיק של גישה זו ראו זמיר, הערה 99 לעיל, וכן Eyal Zamir, "The Inverted Hierarchy of Contract Interpretation and Supplementation" 97 Colum. L. Rev. 1710, 1753 et seq. (1997).

125 ראו, למשל, טדסקי, שם, בעמ' 17-15.

126 ראו Zamir, הערה 124 לעיל, בעמ' 1788-1755. עם זאת, על פי הגישה הכלכלית, דין דיספוזיטיבי שאינו משקף את העדפותיהם של צדדים יעילים אך לא יוחלף בשל עלויות העסקה הכרוכות בו, מהווה מטריד. ראו על כך במקורות המצוינים אצל מדינה, הערה 118 לעיל, בהערה 12.

יותר יגלה כי במקרים רבים העדפות הצדדים עשויות להיות מושפעות מתוכן החוק.¹²⁷ כך, למשל, מחקרים המשתמשים בכלים פסיכולוגיים טוענים שצדדים עשויים להתייחס לדין הדיספוזיטיבי כאל "סטטוס קוו", ולכן הם יתקשו לוותר על זכויות שהחוק מעניק להם גם אם לא היו חושבים לדרוש אותן מלכתחילה.¹²⁸ נוסף על כך, קיימת טענה חברתית-תרבותית ידועה העוסקת בהשפעתם של כללים משפטיים על נורמות חברתיות, על תודעותיהם של בני אדם ועל הבניית תפיסת הצדק שלהם.¹²⁹ על פי גישה זו, עיצוב ערכי נורמטיבי של הדין הדיספוזיטיבי עשוי לעצב את העדפות הצדדים ברוח הערכים הגלומים בדין.¹³⁰ על פי ניתוח זה, ברור כי יש טעם בעיצוב דין דיספוזיטיבי-נורמטיבי גם במצבים שבהם תוכן הדין איננו זהה להעדפות המקוריות של הצדדים.

(ג) היישום להקשר הזוגי: משמעותו של הסדר שיתוף דיספוזיטיבי

אני סבור כי לטיעונים התומכים ברלבנטיות של דין דיספוזיטיבי נורמטיבי עשוי להיות כוח שכנוע מיוחד דווקא בהקשר של היחסים הזוגיים.

ראשית, בניגוד לאנשי עסקים, בני זוג אינם זוכים בדרך כלל לייעוץ משפטי לפני חתונתם. מכיוון שכך, הסבירות שהדין הדיספוזיטיבי אינו ידוע לצדדים היא רבה יותר בהקשר הזוגי. כמו כן, מעבר לעלויות העסקה הרגילות העומדות בפני מי שמבקש להתנות על הדין הקיים, קיים בתחום היחסים הזוגיים מחסום פסיכולוגי משמעותי כנגד התקשרות בהסכמים,¹³¹ וייתכן שזו הסיבה לכך שגם כיום הרוב המכריע של הנישאים

127 לטיעון זה ראו Zamir, שם, בעמ' 1753-1760, Korobkin-1, הערה 118 לעיל. בהקשרים רבים זהו גם הקו המנחה את מחקרו של מדינה, הערה 118 לעיל.

128 ראו Zamir, שם. כן ראו Korkobin, שם, בעמ' 625-644 ובמחקרים האמפיריים הרבים המצוטטים במחקר זה.

129 בשנים האחרונות גוברת מאוד המודעות של משפטנים לדרך שבה כללים משפטיים משפיעים על תודעותיהם של בני אדם. ראו, למשל, 20 Cass R. Sunstein, "Preferences and Politics," *Phil. & Pub. Aff.* 3, 8-10 (1991) וכן Cass R. Sunstein, "Social Norms and Social Roles," 96 *Colum. L. Rev.* 903 (1996) "Symposium" "Social Norms, Social Meaning and the Economic Analysis of Law," 27 *J. Legal Stud.* 537 (1998). ראו גם מנחם מאוטנר, "המשפט כתורת: לקראת פרדיגמה מחקרית חדשה", בתוך רב-תרבותיות במדינה יהודית ודמוקרטית: ספר הזיכרון לאריאל רוזן-צבי ז"ל 545 (בעריכת מנחם מאוטנר, אבי שגיא ורון שמיר, תשנ"ח).

130 לטיעון זה ראו, למשל, דגן, הערה 118 לעיל, בעמ' 614-618, וכן חנוך דגן, "הפועל לשמירת עניין הזולת", משפטים כד 463, 481 (תשנ"ה). כן ראו זמיר, הערה 99 לעיל, עמ' 66-67.

131 אולם ראו Weitzman, הערה 57 לעיל, בפרק 10, וכן Shultz, הערה 57 לעיל, עמ' 249 ואילך, המתארות יתרונות פסיכולוגיים שעשויים לצמוח מהתקשרות בהסכמים. עם זאת, יש לשים לב כי ויצמן ושולץ עוסקות במישור הנורמטיבי הראוי, ובהקשר זה הם טוענות כי בהסכמי קדם-נישואים יש תועלת רבה. בניגוד לכך, הן אינן מכחישות את העובדה שבקרב הציבור ישנה עדיין רתיעה פסיכולוגית מהתקשרות בהסכמים.

אינם מתקשרים בהסכמי קדם-נישואים.¹³² מכאן, שרוב הסיכוי שהדין הדיספוזיטיבי ייחפץ להיות ההסדר המחייב גם אם אין הוא משקף את כוונת הצדדים – וזהו מכשיר רב-ערך למחוקק המבקש לקדם הסדר ההולם את ערכיו. על כן, גם אם נקבל את הניתוח הטוען כי דין דיספוזיטיבי נורמטיבי משפיע רק על מתקשרים שאינם יודעי דין או מתקשרים שעלויות ההתקשרות שלהם גדולות,¹³³ שכיחותם של המתקשרים הללו בהקשר הזוגי מפתה להשתמש בדין הדיספוזיטיבי הנורמטיבי בהקשר זה.

שנית, בתחום היחסים הזוגיים בכלל, ובהקשר של יחסי הרכוש בין בני זוג בפרט, האופי הערכי של ההסדר המשפטי בולט יותר מאשר בהקשרים מסחריים.¹³⁴ מכיוון שכך, לטענה כי תוכן הדין הדיספוזיטיבי עשוי לעצב תודעות, או לפחות להשפיע על העדפות של צדדים, יש בסיס חזק יותר בהקשר זה.¹³⁵

על רקע היבטים אלה דומה כי ההקשר הזוגי מתחד את הרלבנטיות של עיצוב דין דיספוזיטיבי נורמטיבי גם כשרין זה איננו מייצג את כוונת הצדדים.

בשולי הדיון בנושא התאוריה של הדין הדיספוזיטיבי אציין כי ניתן לתמוך בקביעה ובהחלה של הסדר דיספוזיטיבי של שיתוף גם כשהשיתוף אינו מייצג את הכוונה המשוערת של הצדדים – לא רק בשל הערכים הנורמטיביים שהשיתוף מייצג אלא גם על בסיס הגישה המכונה בז'רגון של תיאורטיקנים של דיני החוזים "דין דיספוזיטיבי מעניש",¹³⁶ ועל גישות קרובות שבמרכזן הגברת חילופי המידע שבין הצדדים והשגת יעילות כלכלית.¹³⁷ עם זאת, פיתוח של קו חשיבה זה ושל התוכן הממשי של הסדר השיתוף הנגזר ממנו דורש מחקר נוסף החורג מהיקפה של הרשימה הנוכחית.

132 ראו, למשל, טרסקי, הערה 118 לעיל, בהערות שוליים 114-115 והטקסט המתייחס אליהן.

133 לטענה זו ראו טעיף ב. 5 (ב) לעיל.

134 כפי שראינו בהרחבה בדוננו במודל הנורמטיבי, הסדר של שיתוף נכסים קשור באופן מובהק לשיקולים של צדק ושוויון במשפחה.

135 לכאורה קיים מתח בין הטענות הנוכחיות, שמשתמע ממנו שבהקשר של דיני המשפחה כללי הדין הדיספוזיטיבי ידועים לציבור יותר מאשר בהקשרים אחרים, לבין הטענות שלפיו בתחום היחסים הזוגיים אנשים לא מיוצגים ולפיכך גם אינם מודעים לדין הדיספוזיטיבי שיחול בהיעדר הסכם. עם זאת, קיימת בכל זאת אפשרות לגשר על המתח האמור. נדמה לי כי הידע של בני זוג ממוצעים (שלא חוו בעבר תהליך משפטי הקשור בנישואים) על התוכן המפורט והקונקרטי של דיני הנישואים הוא נמוך יותר מהידע המקביל של אנשי עסקים על הנורמות המשפטיות החלות על העסקה שהם מבקשים לבצע. בניגוד לכך, נדמה לי שהמודעות הציבורית לערכים הכלליים המבוטאים בהסדר של שיתוף גבוהה יותר מהמודעות הציבורית הרחבה (להבדיל מהידע של המתקשרים הספציפיים) לערכים הגלומים בדין הדיספוזיטיבי המסחרי.

136 לגישה זו ראו Ayres & Gertner, הערה 118 לעיל, בעמ' 97-100.

137 ראו, למשל, Schwartz, הערה 122 לעיל, בעמ' 390, 399-402; ראו גם Ayres & Gertner, הערה 118 לעיל ו-Zamir, הערה 124 לעיל, בעמ' 1756.

6. המודל ההסכמי של השיתוף: ניתוח ביקורתי

הדיון שנערך בחלקים הקודמים ביחס לתכנים הקונקרטיים של המודלים השונים לשיתוף פותחים את האפשרות להערכה מחודשת של המודלים הללו ושל בסיסם האידאולוגי. לטעמי, הערכה זו חושפת כשל יסודי במודל ההסכמי של השיתוף.

המודל ההסכמי של השיתוף גורס כי תנאי הסף לתחולת החזקה, להגדרת היקף הנכסים הכלולים בה ולהפעלתה או לחריגה ממנה במקרה קונקרטי מבוססים כולם על ניסיון לאמוד את דעתם של בני הזוג. על כן, המודל ההסכמי דוחה את הסדר השיתוף בכל מקרה שהסדר זה אינו משקף את כוונתם של הצדדים. יתרה מזו: במקרים רבים לא ניתן לדבר על אומד-דעת משותף כאשר הבעלים הרשום ראה בעצמו כבעלים היחיד של הנכס בעוד שכן הזוג הביתי סבר כי תרומתו למאמץ המשפחתי הופכת אותו לשותף (להלן: "בעיית אומד הדעת המנוגד"). על פי דיני החוזים, במקרים שבהם קיים ניגוד בין אומד הדעת של הצדדים לחוזה המיועד, ולא ניתן להצביע על התנהגות חיצונית או בייקטיבית המעידה בכל זאת על הבנה משותפת, לא נכרת חוזה.¹³⁸ מכאן, שבמצבים שבהם הנסיבות אינן מצביעות על הסכמה לשיתוף מצד הבעלים הרשום, ידבק המודל בכללים הקניינים הרגילים.

בניגוד למודל ההסכמי, מחויבותו של המודל הנורמטיבי לערכים של צדק ושוויון מאפשרים לו לחרוג מהכללים הרגילים ולתמוך בהסדר של שיתוף גם כשהדבר מנוגד לאומד דעתו של הבעלים הרשום או אף לאומד הדעת של שני בני הזוג.

העומדות בין תפיסה קניינית-חוזית לבין ערכים של צדק ושוויון משקף מגמה רחבה יותר: בשיח המשפטי והפוליטי הקיים, ליברלים מודרניים מבית מדרשו של ג'ון רולס נוטים להעלות טיעונים בדבר צדק, הגיונות ושוויון כדי להצדיק מדיניות של חלוקה מחדש (redistribution) של משאבים. בניגוד לכך, ליברטריאנים מסוגו של ג'ון נוזיק מחויבים לתפיסה ליברלית "קלאסית", המגנה בנחרצות על זכויות הקניין של הפרט. על פי תפיסה זו, כל ניסיון לחלוקה מחדש של העושר על בסיס צדק, שוויון והגיונות פוגע בזכויות הקניין של הפרטים, ובאופן עמוק יותר הוא משקף שעבוד של הפרט למדינה, לציבור או לאדם אחר.¹³⁹ התפיסה הליברטריאנית בנושאים הללו נשענת במידה רבה על הנחה המושרשת בחשיבה הליברלית – עוד בגרסתה הלוקיאנית – לפיה הזכויות

138 במאה ה-19 עברו דיני החוזים ממודל סובייקטיבי, המבסס התקשרויות חוזיות על הרצון הממשי, למודל אובייקטיבי, המבסס התקשרויות חוזיות על מצג של רצון, גם אם מדובר במצג שלא משקף את הרצון הממשי. לדין נרחב על מהלך זה ראו Joseph M. Perillo, "The Origins of the Objective Theory of Contract Formation and Interpretation," 69 *Fordham L. Rev.* 427 (2000). לפיכך, על פי דיני החוזים ניתן יהיה להסיק על הסכם שיתוף מהתנהגותם האובייקטיבית של בני הזוג, גם אם יוכח כי באופן סובייקטיבי לא הייתה ביניהם הסכמה. עם זאת, גם על פי המודל האובייקטיבי לא נכרת חוזה במקרים שבהם לא ניתן להסיק על אומד-דעת משותף של הצדדים.

139 ראו על כך בהרחבה בפרק ב. 3 לעיל ובמקורות הרבים המאוזכרים שם בהערות השוליים.

הקנייניות הן זכויות טבעיות ובעלות קיום מנותק ממשפט המדינה.¹⁴⁰ בהקשרים רבים, ליברלים מודרניים מאמצים באופן סמוי הנחה זו, משתמשים ברטוריקה של חלוקה מחדש ומצדיקים את הפגיעה בזכויות הקניין הקיימות בערכים ובתפיסות של צדק חלוקתי.¹⁴¹ ושל שוויון מהותי.¹⁴²

ברם, הצגה זו של הדברים מתעלמת מכך שלעתים מה שנתפס כזכות קניין איננו עניין טבעי אלא החלטה ערכית, המשקפת הקצאה מסוימת של משאבים וזכויות על ידי משפט המדינה.¹⁴³ מכיוון שכך, במקרים רבים ניתן יהיה לחשוב גם על הקצאה אחרת של זכויות קניין, שבהתבסס על מערכת ערכים שונה תציב אלטרנטיבה לתפיסה הקניינית הקיימת.¹⁴⁴ מכאן, שטיעונים של צדק, הגינות ושוויון עשויים לשמש לא רק חלק מדיון העוסק בחלוקה מחדש של זכויות קנייניות קיימות, אלא גם – ואולי בעיקר – כמקור ערכי לדיון העוסק בהקצאה הראשונית של הזכויות.¹⁴⁵

140 על הבסיס הלוקיאני של החשיבה הליברטריאנית בכלל ושל נוזיק בפרט ראו Will Kymlicka, הערה 80 לעיל, בעמ' 111 ואילך וכן: Thomas Scanlon, "Nozick on Rights, Liberty and Property," 6 *Phil. & Pub. Aff.* 3 (1976) Gerald A. Cohen, לניתוח מעמיק של העניין ראו, *Self-ownership, freedom and equality* Ch. 3 (1995).

141 ראו על כך אצל Rawls, הערה 12 לעיל, וכן ראו Kronman, הערה 82 לעיל. בישראל ראו בקובץ המאמרים "צדק חלוקתי בישראל" (בעריכת מנחם מאוטנר, תשס"א).

142 ראו הערה 89 לעיל, ובעיקר את כתיבתו המאוחרת של רונלד דבורקין שם.

143 לניסוח מוקדם של הרעיון ראו Morris R. Cohen, *Law and the Social order: Essays in Legal Philosophy* 45-49 (1967). לטיעון דומה בהקשר מעט אחר ראו Bruce A. Ackerman, *Private Property and the Constitution* 26-31 (1977). כן ראו יהושע ויסמן, דיני קניין: חלק כללי 23-26 (תשנ"ג), המציג תאוריה שלפיה הדין הוא המקור לקניין ולא להפך. עמדה זו מוליכה את ויסמן, בכמה הקשרים, לנקוט פרשנות גמישה בקשר לשאלה מהי זכות קניין; ראו, למשל, שם, בעמ' 58.

144 לטענה דומה, שעל פיה נוזיק אינו מבחיר מהו המקור לזכויות הקנייניות ומשום כך התנגדות לעקרונות חלוקתיים פגומה מיסודה, ראו: Thomas Nagel, "Libertarianism without Foundations," in *Reading Nozick: Essays on Anarchy, State and Utopia* 191 (Jeffrey Paul ed., 1981).

145 ואכן, לטעמי, הביקורות הנוקבות ביותר על הליברטריאניזם בכלל ועל נוזיק בפרט ממוקדות בשאלות של הקצאה ראשונית של זכויות. חלק ניכר מהביקורות על הליברטריאניזם בהקשר זה ממוקדות במקור ההיסטורי של זכויות הקניין. כך, למשל, ליברלים מודרניים טוענים שזכויות הקניין הקיימות משקפות במקרים רבים גזלה וגניבה שנעשו בעבר. על כך ראו, למשל, Gerald A. Cohen, *History Labour and Freedom: Themes from Marx* 253-254 (1988) ובייחוד הרחבה: Cohen, הערה 140 לעיל, עמ' 72 ואילך. ראו גם Nicolaus Tideman, "Takings, Moral Evolution and Justice," 88 *Colum. L. Rev.* 1714, 1725 (1998). סוג אחר של טיעונים (הרלבנטי יותר לדיון הנוכחי) עוסק בעיוותים בהקצאה הקיימת של זכויות על ידי המדינה ובדרכים שבהן ניתן היה לפתח הקצאת זכויות אלטרנטיבית. סוג זה של חשיבה מזכיר מאוד טיעונים המזוהים עם זרמי חשיבה המכונים "Critical Legal Studies", שבמרכזם הכפירה בטענות בדבר הגיטוריות של הזכויות הליברליות ובדבר היכולת של מדינה ליברלית לנקוט מדיניות של אי-התערבות שבמרכזו הגנה על הזכויות הקיימות. קיימת ספרות ביקורתית ענפה

הדיונים בנושא השיתוף הזוגי עשויים להמחיש עניין זה. לכאורה, המודל ההסכמי נשען על תפיסה אנטי-חלוקתית הכופרת בזכותה של המדינה לחלק מחדש את המשאבים מסיבות של צדק ושוויון.¹⁴⁶ הצגה זו של הדברים מסווה את העובדה שבבסיס הדיון ההסכמי עומדת הנחה שלפיה בהיעדר הסכם יחולו הכללים הרגילים, שעל פיהם הרישום משקף את הבעלות. אולם, אל מול תפיסה זו ניתן היה להציב תפיסה מתחרה, שלפיה עבודה התורמת באופן משמעותי להפקת נכסים ורווחים מהווה מקור לבעלות בנכס.¹⁴⁷ תפיסה כזו, שבאופן אירוני יש לה בסיס מוצק דווקא בחשיבה הליברלית המסורתית,¹⁴⁸ הייתה מוליכה לכלל בסיסי שלפיו בהיעדר הסכם נוגד, נכס שהופק במאמץ משותף שייך לשני בני הזוג. אם כלל זה היה מיושם, כי אז גם על פי המודל ההסכמי, ככל שמדובר בנכסי המאמץ המשותף, ניתן היה לחרוג משיתוף נכסים רק במקרה שבו החריגה משקפת את אומד דעתם של שני הצדדים. בניגוד לכך, במקרה של אומד-דעת מנוגד (כלומר: שאין הסכמה של שני הצדדים לחרוג מהסכם של שיתוף) לא נכרת חוזה, ומשום כך יש ליישם את ברירת המחל הקניינית הקובעת שנכס שנוצר במאמץ משותף שייך לשני הצדדים. מסתבר אפוא שקיימים מצבים שבהם – בניגוד למה שנראה במבט ראשון – החשיבה הליברטריאנית אינה מסוגלת לספק בסיס אידאולוגי איתן למודל ההסכמי שהוצג בפרק זה.

7. סיכום הפרק

בפרק זה עמדנו על המתח בין תהליך האינדיבידואליזציה והמהפכה השוויונית שאפיינו את דיני המשפחה המערביים במחצית השנייה של המאה ה-20 לבין המחויבות שהתגבשה בתקופה זו להסדר של שיתוף נכסים בין בני זוג. הופעת המטאפורה המשווה

שניתן למצוא בה גרסאות ויישומים של סוג טיעונים זה; ראו, למשל, Roberto M. Unger, "The Critical Legal Studies Movement" 96 *Harv. L. Rev.* 561 (1983). לטיעונים מסוג זה בתחום דיני המשפחה ראו את מאמרה של אולסן Frances E. Olsen, "The Myth of State Intervention in The Family," 18 *U. Mich. J.L. Reform* 835 (1985).

146 ראו על כך בהרחבה בפרק ג. 3 להלן, בציטוטי השופטים המשתייכים לזרם ההסכמי של חוקת השיתוף.

147 לתאורית העבודה כמצדיקה זכויות קניין ראו דויטש, הערה 2 לעיל, בעמ' 78-80, ובאופן מסויג יותר ויסמן, הערה 143 לעיל, בעמ' 18-19. לטענה כי ההנאה מפרי עמלם של הפועלים מגבילה את זכות הקניין של המעביד ראו רות בן-ישראל, "מיקור חוץ (outsourcing) 'מתמקרים' החוצה: העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם – פרשנות אחרת, המרת העיסקה הפורמלית בעיסקה האוטנטית", בתוך ספר ברנזון ב' 561, 578-579 (בעריכת אהרן ברק וחיים ברנזון, תש"ס).

148 כך, למשל, על פי ג'ון לוק, עמלו של אדם הוא אחת ההצדקות המרכזיות לרכישת זכויות קניין. ראו ג'ון לוק, המסכת השנייה על הממשל המדיני 21-39 (תרגם יוסף אור, מהדורה שנייה, תשי"ט). למרות ביקורת מסוימת על תפיסת הקניין של לוק, גם רוברט נוזיק טוען בתוקף כי רק תרומה להפקת נכס (או כמובן העברה הסכמית רצונית) מהווה מקור תקף לתביעות קנייניות. ראו Nozick, הערה 80 לעיל, בעמ' 185-186, לפיו רק הפעולה המשותפת יכולה להיות בסיס צודק לתביעות חדירות.

את הנישואים לשותפות מסחרית הוסברה כניסיון להתגבר על המתח האמור. כהמשך לכך הוצגו שני רציונלים ליברליים אינדיבידואליסטיים-מסחריים לשיתוף נכסים בין בני זוג: רציונל הסכמי (המזכיר את המודל הקלאסי של דיני התזוים), המציג את השיתוף כהסכם המשווער שבין הצדדים, ורציונל נורמטיבי, המבסס את השיתוף על ערכים של צדק ושוויון. ניתוח ערכי של המודלים הללו גילה כי הרציונל ההסכמי מבוסס על מודל משפטי הרואה ברין הדיספוזיטיבי חקיין של כוונת הצדדים ועל גישה ליברלית מסורתית. בניגוד לכך, הרציונל הנורמטיבי מבוסס על מודל של דין דיספוזיטיבי נורמטיבי ועל גישה ליברלית מודרנית, המבקשת לשלב את הערכים הליברליים המסורתיים עם יסודות של צדק ושוויון מהותי.

הרציונל ההסכמי והרציונל הנורמטיבי מבוססים על דרכי חשיבה שונות לחלוטין. עם זאת, למרות השוני בתפיסות היסוד, שני הרציונלים תומכים במשטר של שיתוף נכסים. ברם, למרות המחויבות העקרונית למשטר של שיתוף נכסים, ניתוח המודלים גילה כי ההבדלים בדרכי ההנמקה ובתפיסות היסוד עשויים להוליך בסופו של דבר להבדלים משמעותיים בתכנים הקונקרטיים של הסדר השיתוף (כגון תנאי הסף להחלת הסדר השיתוף, היכולת לחרוג ממנו והיקף הנכסים הכלולים בו). במוקד ההבדלים הללו עמד סירובו של המודל ההסכמי להחיל את הסדר השיתוף בכל מצב שבו הסדר זה לא השתלב עם אומד דעתם של הצדדים או אפילו עם אומד דעתו של הבעלים הרשום. על עמדה זו של המודל ההסכמי נמתחה ביקורת, שהבהירה כי במצבים של אומד-דעת מנוגד ניתן לתמוך בכלל קנייני של שיתוף גם על פי חשיבה ליברטריאנית. על כן, היבט זה של המודל ההסכמי מעורר קושי לא רק מנקודת מבט ליברלית מודרנית אלא גם מנקודת המבט הליברטריאנית שעליה מודל זה מבקש להסתמך.

ג. מודלים אינדיבידואליסטיים-מסחריים במשפט הישראלי

1. חזקת השיתוף במשפט הישראלי: רקע היסטורי והצדקות משפטיות

קיים דמיון מעניין בין הרקע ההיסטורי להתפתחותה של "חזקת השיתוף" במשפט הישראלי לבין דרך התפתחותם של דיני הרכוש המשפחתי בעולם המערבי בכלל ובארצות המשפט המקובל במיוחד.

ראשית, קיים דמיון בנקודת המוצא. על פי סימן 47 לדברי המלך במועצה על ארץ ישראל (1922-1947) (להלן: "דבר המלך במועצה"), ענייני "נישואים וגירושים" נקבעים בישראל על פי הדין האישי. במקרה של בני זוג אזרחי המדינה, הדין האישי הוא הדין הדתי של הנישואים.¹⁴⁹ קיים מתח ברור בין דיני הנישואים והגירושים של

149 ראו סימנים 47, 41-54 לדבר המלך במועצה על ארץ ישראל. לחריגים לכך (כגון מקרים של חסרי דת) ראו בהרחבה בספריו של מנשה שאוה, הערה 2 לעיל.

מרבית הדתות הנוהגות בישראל – ובכללם הרכיבים העוסקים ביחסים הכלכליים שבין הצדדים¹⁵⁰ – לבין היסודות הליברליים המקובלים.¹⁵¹ כך, למשל, בדין הדתי היהודי, היחסים הכלכליים בין בני הזוג מבוססים על מודל לא שוויוני הקובע זכויות וחובות משפטיות על בסיס מגדר.¹⁵² המוטיבציה המרכזית של הדינים הללו היא תיווך והגנה על המשפחה כיחידה גם במחיר של פגיעה בזכויות האינדיבידואליות של יחיד המשפחה.¹⁵³ כביטוי לרכיבים היחידתיים והלא השוויוניים, דיני הרכוש בדין הדתי היהודי מאפשרים לבעל לשלוט בנכסים שונים של האשה ובהכנסות המופקות מהם, כגון זכות הבעל "לפירות נכסי המלוג" – ובלבד שהבעל ישתמש בהם לתועלת המשפחה, "לרווחה דביתא".¹⁵⁴ מסתבר אפוא שבדומה לדיני המשפחה המסורתיים, גם יחסי הרכוש בין בני הזוג בדין האישי בישראל כוללים יסודות יחידתיים ואי-שוויוניים.¹⁵⁵

שנית, בדומה לתהליך הליברליזציה שעברו דיני הרכוש בעולם המערבי, גם יחסי הרכוש בין בני הזוג במשפט הישראלי הוכפפו¹⁵⁶ לעקרונות שוויוניים-

150 על הכללתם של יחסי הרכוש בין בני הזוג בדיני המשפחה של המשפט העברי ושל שיטות משפט נוספות ראו רוזן-צבי, הערה 3 לעיל, בעמ' 86-89, 121, וכן שאוה, הערה 2 לעיל, בעמ' 192 ובמקורות המצוינים שם בהערת שוליים 17. אכן, בראשית דרכה של המדינה היוו הדינים האלה חלק מן המשפט הנהג; ראו, למשל, ביד"מ 1/50 סידים נ' יו"ר ההוצל"פ ירושלים, פ"ד ח(2) 1020.

151 ראו באופן נרחב בחיבורי "הסדרה חוזית", הערה 15 לעיל, שער 3.1.ב), וכן בחיבורי "מפנה אזרחי בדיני המשפחה" צביון 3 (תשס"ב).

152 ראו משנה, כתובות ד, ד; תלמוד בבלי, כתובות מו, ב; שו"ע אה"ע, סימן ס"ט, א-ג; רמב"ם, אישות, יב, א-ד: "כשנושא אשה בין בתולה בין בעולה בין גדולה בין קטנה אחת בת ישראל ואחת הגיורת או המשוחררת יתחייב לה בעשרה דברים ויזכה בארבעה דברים". באופן כללי ראו גם אריאל רוזן-צבי, "מעמדה של האשה במשפחה בדין העברי", בתוך זכויות האדם בישראל, קובץ מאמרים לזכרו של ד"ר חמן שלח ז"ל 109 (1988); מגדלסון, הערה 2 לעיל, בעמ' 439-440. לביקורת על האופי הלא שוויוני של הדינים בישראל ראו גם Frances Raday, "Religion, Multiculturalism and Equality – the Israeli Case", 25 *Isr. Y.B. on Hum. Rts.* 193 (1995).

153 ראו רוזן-צבי, הערה 3 לעיל, בעמ' 121.

154 ראו בן-ציון שרשבסקי, דיני המשפחה 174-176 (מהדורה רביעית, תשנ"ג); רוזן-צבי, שם, בעמ' 128-134.

155 עם זאת, קיימים בכל זאת כמה הבדלים משמעותיים בין ההסדרה המסורתית בעולם המערבי לבין הדין הדתי היהודי. להבדלים הללו ראו "הסדרה חוזית", הערה 15 לעיל, פרק טו.1.ב).

156 תהליך הליברליזציה של דיני הרכוש הוא חלק מרכזי ממהלך כולל יותר של ניסיון אזרחי לליברליזציה של דיני המשפחה בישראל. תהליך זה נדון במסגרת חיבורי הנזכר הערה 1 לעיל. עם זאת, תחומים אחרים של דיני המשפחה – כגון דיני הנישואים, הגירושים והמוזנות – עודם נדונים באופן רשמי על פי דין הדתי, ומכיוון שכך תהליך הליברליזציה בהם עורנו מצומצם וסמוי. בניגוד

אינדיבידואליסטיים. במסגרת זו, בסמוך לקום המדינה, נחקק חוק שיווי זכויות האשה, תשי"א-1951,¹⁵⁷ שבדומה לחוקי רכוש האשה (The marriage women property Act) שנחקקו בארצות המשפט המקובל במאה ה-19 ובראשית המאה ה-20,¹⁵⁸ ביטל את תוקפם האזרחי של דוקטרינות משפטיות יחידתיות ואי-שוויוניות, תוך הצבת בני הזוג כשני אינדיבידואלים שוויוניים¹⁵⁹ ואוטונומיים.¹⁶⁰ בהמשך לחוק זה ביטלה הפסיקה שורה ארוכה של הסדרים לא שוויוניים העוסקים ביחסי הרכוש בין בני הזוג שמקורם בדין הדתי.¹⁶¹ נוסף על כך, כדי לנתק את יחסי הרכוש מענייני הנישואים והגירושים הנתונים לשיפוט ולמשפט דתי, התעצבה גישה המבחינה בין ענייני הנישואים והגירושים שהמשיכו להיות מוסדרים בהתאם לדין הדתי לבין יחסי הרכוש בין בני הזוג, ואלה הוצגו כעניין אזרחי רגיל שאיננו נתון לסמכותם הבלעדית של בתי הדין הרבניים ויש להחיל עליו כללים אזרחיים רגילים.¹⁶²

לבסוף, כמו בארצות המשפט המקובל, גם בישראל נדחה הסדר של הפרדת רכוש שאמור היה לכאורה לממש את העקרונות האינדיבידואליסטיים-שוויוניים,¹⁶³ ואת מקומו החליפה חזקה המוכרת בשם "חזקת השיתוף". חזקה זו קובעת שבהתקיים

לכך, בתחום יחסי הרכוש האזרחי של היחסים הרכושים ברור יותר ותהליך הליברליזציה בהם מואץ בהרבה.

- 157 משה זילברג, המעמד האישי בישראל 398 ואילך (מה' רביעית, 1965).
- 158 לתיאור החוקים הללו בארצות-הברית ראו Clark, הערה 19 לעיל, II, בעמ' 502-504; Lawrence M. Friedman A History of American Law 208-211 (2d ed., 1985); Reva B. Siegel, "The Modernization of Marital Status Law: Adjudicating Wives' Rights to Earnings, A Century of Law: 1860-1930," 82 Geo. L.J. 2127 (1994).
- 159 Family Law: 1857-1957 15-17 (Ronald H. Graveson & Francis R. Crane eds., 1957) הסעיף הראשון לחוק שיווי זכויות האשה הצהיר כי מטרתו לקבוע עקרונות להבטחת שוויון מלא בין האשה לבין האיש.
- 160 סעיף 2 לחוק קובע כי "לאשה נשואה תהיה כשרות מלאה לקנין ולעשיה בקנינים כאילו היתה פנויה; ואין קניניה שרכשה לפני הנישואין נפגעים על ידי קשר הנישואין".
- 161 ראו, למשל, בג"ץ 202/57 סידים נ' הנשיא וחברי בית הדין הרבני הגדול, פ"ד יב(2) 1528.
- 162 ראו, למשל, בג"ץ 185/72 גור נ' בית הדין הרבני האזורי ירושלים, פ"ד כו(2) 765. כן ראו ע"א 253/65 בריקר נ' בריקר, פ"ד כ(1) 589, 596. לתיאור המהלך שבו נקבע כי יחסי הרכוש בין בני הזוג אינם עוד חלק מענייני הנישואים והגירושים ראו רוזן-צבי, הערה 2 לעיל, בעמ' 89-92. לביקורת על מהלך זה ראו שרשבסקי, הערה 154 לעיל, בעמ' 153-164, ובאופן מסווג יותר רוזן-צבי, שם, בעמ' 137 ואילך. כן ראו את תיאור המהלך בבג"ץ 1000/92 בבלי נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד מח(2) 221, ואת ביקורתו של ברכיהו ליפשיץ במאמר: "תוכן וקליפה בהלכת שיתוף הנכסים: בעקבות בג"צ 1000/92 בבלי נ' בית-הדין הרבני הגדול ואח", המשפט ג, 239 (תשנ"ו).
- 163 לטענה כי לאור מגמות מודרניות של שוויון בין גברים ונשים אין צורך בחזקת שיתוף גורפת ראו את פסק דינו השופט יצחק כהן בע"א 595/69 אפטה נ' אפטה, פ"ד כה(1) 561.

נסיבות מסוימות, ובהיעדר הסכם נוגד, יידחו הכללים הרגילים ויחול משטר של שיתוף נכסים בין בני זוג.¹⁶⁴

על רקע האמור לא נופתע לגלות שכמו בארצות מערביות אחרות, גם בישראל נוצר צורך להצדיק את המחויבות לשיתוף בנימוקים אינדיבידואליסטיים-ליברליים, ושההצדקות שהועלו במשפט הישראלי מזכירות את הרציונל ההסכמי ואת הרציונל הנורמטיבי שנותחו בפרק הקודם. במסגרת זו, גם במשפט הישראלי נעשה שימוש באגלוגיה שבין המשפחה לבין השותפות המסחרית.¹⁶⁵ תוך התייחסות לחלוקת התפקידים המגדרית שעודנה נוהגת¹⁶⁶ ותוך הדגשת התרומה הכלכלית של שני בני הזוג, לרבות בן הזוג הביתי, לרווחת המשפחה.¹⁶⁷ לצד פסקי דין שבהם מוצגת הנמקה "חזית-קלאסית" שלפיה השיתוף משקף את הכוונה המשותפת של הצדדים,¹⁶⁸ קיימת

164 מקובל לראות את פסקי הדין ע"א 300/64 ברגר נ' מנהל מס עזבון, פ"ד יט(2) 240, ע"א בריקר, הערה 162 לעיל, וע"א 135/68 בראלי נ' מנהל מס עזבון ירושלים, פ"ד כג(1) 393, כפסקי הדין שכונו את חזקת השיתוף במשפט הישראלי. על כך ראו אורי ידן, "שותפות בין בני הזוג – גם כלפי חוץ; ומה הלאה?" (ע"א 446/69, לוי נ' גולדברג, פד"י כ"ד(1), 813), "הפרקליט כו 474 (תש"ל). ראו עוד את החיבורים המאזכרים אצל רוזן-צבי, הערה 2 לעיל, בהערת שוליים 56. כן ראו את החיבורים שהוזכרו בהערה 2 לעיל, שתיארו את התפתחותה של חזקת השיתוף במשפט הישראלי.

165 ראו, למשל, את האגלוגיות מדיניות השותפויות שהעלה השופט קיסטר בע"א בריקר, הערה 162 לעיל, בעמ' 615-616. כן ראו ע"א 633/71 מסטוף נ' עזבון המנוח מסטוף, פ"ד כו(2) 569, שם קבע בית המשפט (בעמ' 573 לפסק הדין): "השותפות בחיים שוב אינה שותפות של רגשות ותוויות אישיות בלבד, אלא שותפות כלכלית כמעט מלאה".

166 ראו, למשל, ע"א בראלי, הערה 164 לעיל, בעמ' 396: "גם בזמננו עדיין נפוצה מעין חלוקת עבודה טבעית ומסורתית במשפחה שהאשה מקדישה את רוב מרצה וכוחה בענייני פנים והבעל עושה בעיקר בענייני חוץ". התייחסות זו נמשכת לעתים גם בפסיקה מאוחרת; ראו, למשל, ע"א 3563/92 עזבון המנוח גיטלר נ' גיטלר, פ"ד מח(5) 489, 496.

167 ראו, לדוגמה, את דבריו של השופט ברנזון בע"א בראלי, הערה 164 לעיל, בעמ' 396: "חלקו של כל אחד מבני הזוג בנכס כזה אינו נמדד לפי המאמץ הישיר שהשקיע ביצירתו או ברכישתו. מה גם כשמדובר בחלקה של האשה יש להביא בחשבון את תרומתה המיוחדת לקיום המשפחה בניהול משק הבית ובטיפול בילדים המאפשרת את התמסרותו של הבעל לענייני הפרנסה והעסקים של המשפחה". ראו עוד את דבריו של השופט דב לוינ בע"א 630/79 ליברמן נ' ליברמן, פ"ד לה(4) 365, 359: "אין להקל ראש ולהמעיט בתרומה הנכבדה, שתורמת בת הזוג לצמיחת הנטע המשפחתי וללבלובו בעשייתה החיובית והברוכה בביתה פנימה... ניתן לומר כי עשיית האשה 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 עזבון המנוח גיטלר, שם, בעמ' 496-497: "בעניין זה רואים גם אישה הצופיה הליכות ביתה ואינה מכניסה כסף לקופה המשותפת כשותפה למאמץ הנדרש לרכישת הנכסים שנצברו במהלך חי הנישואין". על התרומה השווה של שני בני הזוג ראו גם את דברי הנשיא ברק בבג"ץ בבלי, הערה 162 לעיל, בעמ' 229.

168 כך, למשל, בע"א בריקר, הערה 162 לעיל, 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

בפסיקה גם הצדקה אחרת, המעגנת את השיתוף בדיני היושר,¹⁶⁹ תוך הצדקת השיתוף בנימוקים נורמטיביים המבוססים על ערכים של צדק¹⁷⁰ ושל שוויון.¹⁷¹ במקרים רבים מוצגים בפסיקה הישראלית הנימוקים ההסכמיים והנימוקים הנורמטיביים כנימוקים משלימים, "המשתפים פעולה" בהצדקתה של חזקת השיתוף.¹⁷² ברם, עיון מעמיק יותר מגלה כי למרות המחויבות הבסיסית של שני הרצינולים להסדר של שיתוף נכסים בין בני זוג, ההבדלים בין הנימוקים אמורים להוליך בסופו של דבר להבדלים בתכנים הקונקרטיים של חזקת השיתוף.¹⁷³ על רקע זה אין זה מפתיע שבחינה מדוקדקת של הפסיקה בישראל תגלה כי מאחורי החזית האחידה של חזקת השיתוף מסתתר למעשה מאבק בין שני מודלים שונים של שיתוף: מודל הסכמי בעל גון ליברלי מסורתי ומודל נורמטיבי בעל גון ליברלי מודרני. מאחר שלשני המודלים יש נוכחות ברורה בפסיקה במשך כל התקופות, ולעתים הם אף מופיעים אפילו באותו פסק דין, קשה מאוד לזהות בהכרח פרק זמן ספציפי עם מודל מסוים של שיתוף.¹⁷⁴ עם זאת, טענתי הבסיסית היא כי בעוד שבשנות ה-60 (עת כוננה חזקת השיתוף) ובמרבית שנות ה-70 המודל ההסכמי היה דומיננטי יותר, הן ברטוריקה והן במעשיו של בית המשפט, הרי שבסוף שנות ה-70, ועוד יותר בשנות ה-80, נוצר פער בין הרטוריקה ההסכמית לבין התוצאות המעשיות של פסקי הדין, ואלה התיישבו יותר

משותפת בנכס ניתן להסיקה מכללא מהתנהגותם של בני הזוג לפי אורה חיי הנישואין שלהם עד לזמן שבו חל הקרע הסופי" (ההדגשה הוספה).

169 כך, בע"א בריקר, הערה 162 לעיל, קבע 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 הנין כמו אלה שתוארו לעיל, מוצדק להיזקק לעיקרון הטמון בדיני היושר, הוא העיקרון הדוגל בשוויון. כלומר, שיש לחלק את הנכס בין בני הזוג בחלקים שווים". אמנם בע"א בריקר מוצב נימוק זה כעיקרון שיווי הכפוף לנימוק ההסכמי, אך בפסקי דין מאוחרים יותר קיבל נימוק זה את הבכורה. על כך ראו, למשל, בפרק ג. 4 להלן.

170 ראו, למשל, את דברי השופט חשין בע"א 806/93 הדרי נ' הדרי, פ"ד מה(3) 685,699: "עיקר יימצא לנו, כמדומה, בצורך לנהוג בהגינות, בהוגנות ובצדק בבת הזוג..." (להלן: "פרשת הדרי"). ראו על כך בהרחבה בטעיף 4 להלן.

171 ראו, למשל, את דברי הנשיא לשעבר שמגר בע"א יעקובי, הערה 3 לעיל, בעמ' 563: "חזקת השיתוף מכוונת להשגת מטרה חברתית, והיא מבוססת על תפיסת השוויון בין המינים: בני הזוג שווים בתרומתם לרווחת המשפחה, ועל כן הם זכאים לחלקים שווים מן הרכוש שנצבר כתוצאה מהמאמץ המשפחתי" (ההדגשה הוספה). ראו עוד בהרחבה בהערה 261 להלן.

172 ראו, למשל, את הציטוטים הסמוכים מע"א בריקר שהוזכרו בהערות 168-169 לעיל, המעגנים את חזקת השיתוף בכוונת הצדדים וכדיני היושר; עוד ראו את הציטוטים שיובאו בהערה 264 להלן.

173 אולם חשו לעמדתו של השופט אלון בע"א ליברמן, הערה 167 לעיל, בעמ' 368, שלפיו למרות שהרצינול לביסוס החזקה הוא רצינול נורמטיבי (שיקולי צדק), הרי שהפעלת החזקה חייבת להיות בהתאם לקריטריונים הסכמיים.

174 לדיון כללי יותר בקשיים שמעורר תיקוף היסטורי בהקשר המשפטי ראו אסף לחובסקי, "בין 'מגדל' ל'מדינה': על חלוקת ההיסטוריה של המשפט הישראלי לתקופות", משפטים כט 689 (תשנ"ט).

לבין התוצאות המעשיות של פסקי הדין, ואלה התיישבו יותר עם המודל הנורמטיבי. עוד אראה, כי בראשית שנות ה-90 הושלם המהפך, והרטוריקה ההסכמית הומרה ברטוריקה נורמטיבית.

2. היסודות ההסכמיים של חזקת השיתוף

(א) עיגון ורטוריקה: חזקת השיתוף כהסכם מכללא בין בני הזוג

עד לאחרונה נמצא העיגון המשפטי המרכזי של חזקת השיתוף בדיני החוזים.¹⁷⁵ על פי עיגון זה הוצג הסדר השיתוף כנובע מהסכם מכללא בין בני הזוג.¹⁷⁶ העיגון החוזי משתלב היטב בתפיסה שאליה התייחסו כ"רציונל הסכמי" – תפיסה הסבורה כי ההסדרה המשפטית של יחסי הרכוש חייבת לשקף את הרצון של בני הזוג, וכי במרבית המקרים הסדר של שיתוף נכסים מגשים את כוונתם המשוערת של בני הזוג.¹⁷⁷ אכן, קיימת פסיקה ענפה שבה השתמשו בתי המשפט בישראל ברטוריקה הסכמית מובהקת, המתארת את חזקת השיתוף כמייצגת את הכוונה המשוערת של הצדדים¹⁷⁸ – כוונה שלא קיבלה ביטוי משפטי פורמלי בשל אופיים המיוחד של היחסים המשפחתיים.¹⁷⁹ כהמשך לאימוץ הרטוריקה ההסכמית דחו בתי המשפט את הרציונליזם הנורמטיביים, בקובעם כי ההסדר הרכושי הוא עניין עובדתי מובהק¹⁸⁰ שאין לערב בו

175 לעיגון החוזי של חזקת השיתוף ראו רוזן-צבי, הערה 2 לעיל, בעמ' 249; ויסמן, הערה 2 לעיל, בעמ' 179-180, 182-184; דויטש, הערה 2 לעיל, בעמ' 635.

176 ראו ע"א בריקר, הערה 162 לעיל, בעמ' 595, שם קבע בית המשפט ברוח המודל ההסכמי כי יש להכריע בשאלת הבעלות על פי כוונת הצדדים. בהמשך קבע בית המשפט כי בהיעדר ראיה אחרת הכוונה המשוערת של בני הזוג היא לשיתוף נכסים. כן ראו בע"א בראלי, הערה 164 לעיל, בעמ' 395.

177 ראו לעיל פרק ב. 2 (א).

178 ראו פרט להלכות בראלי ובריקר שהוזכרו בהערה 164 לעיל, את דברי השופט ברנזון בע"א מסטוף, הערה 165 לעיל, בעמ' 569: "הכלל הגדול בעניין שותפות ברכוש של בני זוג הוא, שהכל תלוי בכוונת הצדדים". כן ראו את דברי השופט ויתקון בע"א אפטה, הערה 163 לעיל, בעמ' 577: "כולנו סבורים שעלינו לאמוד את כוונת הצדדים, אך ההבדל בינינו – כפי שאני מבין – הוא שחלק מהשופטים (ואני ביניהם) דורש ראיה חיובית, ולו אף הקלושה ביותר, לכוונת בני הזוג לנהוג שותפות בנכסיהם, בעוד שחלק אחר, ובעיקר חברי הנכבד, השופט ברנזון, מעמיד את בני-הזוג בחזקתם ומסיק את הכוונה האמורה מעצם חייהם בשלום במשך שנים רבות".

179 ראו, למשל, בע"א ברגר, הערה 164 לעיל, בעמ' 245, את דברי השופט ברנזון: "יחסים בין בני זוג החיים חיים משותפים תקינים אינם תמיד מושתתים על הסכמים מפורשים ערוכים כדת וכדין", ואת דבריו של אותו שופט בע"א מסטוף, הערה 178 לעיל, בעמ' 570: "על-פי-רוב, בגלל היחסים המיוחדים השוררים בין בני-זוג המנהלים אורח חיי גישואין תקינים, אין כוונה זו גלומה במסמך כתוב או אף בדיבור ברור ומפורש ביניהם".

180 ראו, למשל, את דברי השופט ברנזון בע"א ברגר, הערה 164 לעיל, בעמ' 246: "באמרנו כי במצב זה יש לראות את בני הזוג שותפים שווים ברכוש המשפחה אנו רק נותנים תוקף לעובדות החיים".

עניינים השקפתיים, שיקולי צדק¹⁸¹ או רצון להגן על נשים כצד החלש במשפחה.¹⁸² לפחות בראשית דרכה הייתה לרטרקיה ההסכמית של חזקת השיתוף השפעה ממשית על התכנים המעשיים של החזקה. ואכן, פסיקות בתי המשפט בהקשר של תנאי הכניסה לחזקה, של היקף הנכסים הנכללים בה ושל היכולת לחרוג ממנה אם הוכחה כוונה נוגדת שיתוף ביטאו במקרים רבים את ההיגיון הגלום ברציונל ההסכמי. עניין זה יוסבר ויומחש בשלושת הסעיפים הבאים.

(ב) תנאי הכניסה: אורח חיים תקין וכוונת שיתוף

ראשית, על רקע התפיסה ההסכמית הבהירו בתי המשפט בישראל כי השיתוף בין בני הזוג איננו נובע בהכרח מעצם הנישואים.¹⁸³ אלא מהתקיימותן של נסיבות עובדתיות מסוימות שיש בהן כדי ללמד על כוונה לשיתוף.¹⁸⁴ לפיכך פיתחה הפסיקה תנאי כניסה המשתלבים היטב במודל ההסכמי – אורח חיים תקין ומאמץ משותף.¹⁸⁵ הדרישה למאמץ משותף פורשה על ידי בית המשפט ככוללת הן השתתפות בפרנסת המשפחה באמצעות עבודה חיצונית והן כתרומה לפרנסה באמצעות העבודות הביתיות.¹⁸⁶ נראה, אם כן, שדרישה זו קשורה באופן עמוק לדינמיקה הכלכלית שבבסיס המטאפורה השותפותית, וככזו היא משתלבת היטב הן במודל ההסכמי והן במודל הגורמטיבי.¹⁸⁷ שונה המצב בהקשר של הדרישה לאורח חיים תקין. דרישה זו, הממוקדת בהיבטים הפסיכולוגיים של היחסים בין בני הזוג, רלבנטית מאוד לצורת החשיבה

181 ראו, לדוגמה, דברי השופט יצחק כהן בע"א אפטה, הערה 163 לעיל, בעמ' 569: "בקביעה למי שייכים הנכסים עלינו להתעלם לחלוטין מהשקפתנו, איך צריך היה לחלק את הנכסים בין בני-הזוג, כי המחוקק לא הסמין אותנו לבצע חלוקת נכסים לפי מה שנראה לנו לצורך".

182 ראו בע"א מסטוף, הערה 165 לעיל, בעמ' 573: "תורת איחוד המשאבים בהתפתחות ההגיונית אינה באה לשריין חלק בנכסי המשפחה לאשה".

183 ראו, למשל, ע"א 65/89 מוסטפא נ' מטוע, פ"ד (מד) 197. ראו גם שחר נ' פרידמן, הערה 4 לעיל, בעמ' 447-448, בפסק דינו של השופט ברק: "בסיסה המשפטית של הלכת השיתוף הוא בהסכם משתמע בין הצדדים ולא בעצם אקט הנישואין".

184 ראו ע"א שחר, שם.

185 ראו, למשל, רזון-צבי, הערה 2 לעיל, בעמ' 227; מנדלסון, הערה 2 לעיל, בעמ' 444.

186 ראו, למשל, את דברי השופט ברנזון בע"א ברגר, הערה 164 לעיל, בעמ' 246: "המאמץ המשותף הנדרש הוא לאו דווקא השתתפות כספית של כל אחד מבני הזוג הבאה מהכנסות או מרווחים שלו. אף במקרה שאשה אינה עובדת מחוץ למשק ביתה ואין לה הכנסה מנכסים שלה אלא שהיא מנהלת את משק הבית ותורמת את חלקה לקיום המשפחה לרבות חינוך ילדי הזוג אפשר לראות בכך מאמץ מצידה לא פחות ממאמצו של הבעל המשתכר בחוץ מעבודה או מניהול עסק. הכנסות הבעל במקרה כזה מתאפשרות במידה רבה על ידי עבודת האשה בבית וניתן לראות בהכנסות אלו פרי מאמץ משותף של בני הזוג". ראו גם את דברי השופט ברנזון בע"א בראלי, שצוטטו בהערה 166 לעיל. ראו בעניין זה גם את הציטוטים מן הפסיקה המובאים אצל שאוזה, הערה 2 לעיל, בעמ' 195, בהערת שוליים 2.

187 ראו את הניתוח שנערך לעיל, כפרק ב. 4.

ההסכמית, המבקשת לדעת אם הייתה כוונת שיתוף במקרה קונקרטי. ואכן, קיים היגיון בטענה כי בני זוג שחיהם מלאי מריבות וטענות אינם מתכוונים בדרך כלל לחיי שיתוף. בניגוד לכך, לאורח חיים לא תקין ואפילו לשנאה הדדית לא אמורה להיות השפעה על הטענה הנורמטיבית שלפיה תרומה משותפת מקנה זכות שווה ברכוש שנצבר. על רקע זה, הדרישה לאורח חיים תקין ואי-ההכרה בשיתוף במצבים שבהם הייתה תרומה משותפת אך יחסי הצדדים היו מעוררים,¹⁸⁸ משקפת העדפה ברורה של המודל ההסכמי. המחויבות למודל ההסכמי בפסיקה "הישנה" בולטת עוד יותר בעמדותיהם של כמה שופטים שלא הסתפקו בהתקיימות התנאים הבסיסיים של אורח חיים תקין ומאמץ משותף, ודרשו הוכחה נוספת לכוונת שיתוף ספציפית מצד בני הזוג במקרה הקונקרטי.¹⁸⁹

(ג) המבחן ההסכמי לקביעה של היקף הנכסים

שנית, בתי המשפט הבהירו, ברוח המודל ההסכמי, כי חזקת השיתוף חלה רק בהקשר של סוגי נכסים שביחס אליהם ההנחה של כוונת השיתוף היא סבירה. ואכן, על בסיס המבחן ההסכמי עיצבה הפסיקה הבחנות חשובות בין נכסים הנכללים בחזקת השיתוף לנכסים שאינם נכללים בה.

הבחנה אחת שנקבעה בפסיקה היא ההבחנה בין נכסים שנרכשו לפני הנישואים (להלן: "נכסי עבר") לבין נכסים שנרכשו במהלך הנישואים (להלן: "נכסי הנישואים"). הנימוק שניתן להבחנה זו בפסיקה היה כי "ככל שמדובר בנכסים מלפני הנישואים, החלת עקרון השיתוף נוגדת לעיתים קרובות את כוונת הצדדים".¹⁹⁰ ואכן, נכסי עבר

188 ראו, לדוגמה, ע"א 529/76 סבירסקי נ' סבירסקי, פ"ד לא(2) 233.

189 ראו, למשל, את דבריו של השופט ויתקין בע"א אפטה, שהוזכרו בהערה 178 לעיל, וכן את רשימת השופטים המצוטטת אצל רוזן-צבי, הערה 2 לעיל, בעמ' 226-227. ראו גם את העמדות המופיעות אצל דויטש, הערה 2 לעיל, בהערה 372.

190 על כך ראו, למשל, בע"א אפטה, הערה 163 לעיל, בעמ' 571-572: "החלת עקרון השיתוף על נכסים שרכש כל אחד מבני-הזוג לפני ושללא בקשר עם הנישואין תהיה נוגדת לעתים קרובות את כוונת הצדדים, במיוחד כשמדובר על נשואין בגיל מתקדם, כשלאחד או לשני בני-הזוג יש ילדים מנישואין קודמים" (ההדגשה הוספה). ראו גם בע"א ליכרמן, הערה 167 לעיל, בעמ' 369-370: "על-פי הגיונה של חזקת שיתוף נכסים, אין חזקה זו פועלת לעניין רכוש, שהביא עמו אחד מבני הזוג בעת הנישואין, במיוחד כאשר מדובר ברכוש ניכר ורב, שהרי יצירתו של רכוש זה אינה תוצאה של 'המאמץ המשותף', שהוא, כאמור, מרכיב יסודי בחזקת שיתוף הנכסים. בכגון דא, הטוען לשותפות ברכוש עליו הראיה, שאכן לכך נתכוון בן הזוג השני, שבא לנישואין ורכושו עמו. דברים אלה יפים במיוחד, כאשר מדובר בנישואין שניים, אם לגבי אחד מבני הזוג ואם לגבי שניהם." (ההדגשה הוספה) לסוג זה של טיעון ראו גם בע"א 713/74 רוזה נ' מסעוד, פ"ד כט(2) 831.

(וכמוהם נכסים שנתקבלו בירושה ובמתנה)¹⁹¹ לא הופקו במאמץ משותף של בני הזוג. מכיוון שכך ניתן לטעון כי ביחס לנכסים הללו לא מתקיים הגיתוח הכלכלי המהווה אחד מן הנימוקים לרציונל ההסכמי, שלפיו בני זוג סבירים יסכימו לשיתוף בהקשר לנכסים שהופקו ממאמצייהם המשותפים.¹⁹²

כאמור, הרטוריקה שבה נימקה הפסיקה את ההבחנה בין נכסי עבר לבין נכסי הנישואים הייתה רטוריקה הסכמית. עם זאת, עצם ההבחנה בין הנכסים הללו משתלבת היטב גם במודל הנורמטיבי, המבקש להחיל הסדר שיתוף רק על נכסים שנצברו עקב מאמצים המשותף של בני הזוג.¹⁹³ בניגוד לכך, להבחנות אחרות בין סוגים שונים של נכסים, שהיו נהוגות במשפט הישראלי עד ראשית שנות ה-80, ניתן למצוא היגיון הסכמי אך כמעט בלתי-אפשרי למצוא היגיון נורמטיבי.

כך, למשל, עד סוף שנות ה-70 – ובהקשרים מסוימים אפילו בראשית שנות ה-80 – היה קיים זרם משמעותי בפסיקה שטען שגם כשמדובר בנכסים שנצברו במהלך הנישואים יש להבחין בין נכסים משפחתיים (בייחוד בית המשפחה), שביחס אליהם כוונת שיתוף היא סבירה יותר, לבין נכסים עסקיים (כגון מניות, חשבונות עסקיים וכדומה), שביחס אליהם כוונת שיתוף היא סבירה פחות. כהמשך לכך, חזקת השיתוף לא הוחלה על נכסים עסקיים או, למצער, הוחלה עליהם באופן מצמצם על ידי שופטים שהשתייכו לזרם זה.¹⁹⁴ מנקודת מבטו של המודל הנורמטיבי, ההבחנה בין נכסים עסקיים לנכסים משפחתיים היא חסרת-היגיון לחלוטין. טלו, למשל, שני מקרים העוסקים באדם שהוא בעל עסק ומנהלו. באחד המקרים האיש מושך את הכספים מהעסק ומעביר אותם לחשבון בנק הרשום על שמו וממנו מוצאות בדרך כלל הוצאות המשפחה. במקרה האחר האיש משאיר את הרווחים בחסכוניות הרשומים על שם העסק. מנקודת מבט כלכלית-נורמטיבית, ניתוח העמדה המשפטית הראויה באשר לשני המקרים מעוררת שאלה אחת בלבד: האם ניתן לראות בבן הזוג הכיני שותף שבמאמציו תרם להפקת הרווחים? אם התשובה לשאלה זו חיובית – בשני המקרים

191 על ההתייחסות המשווה בין נכסים מלפני הנישואים לבין נכסים שהתקבלו במשך הנישואים מירושה או מתנה ראו גם סעיף 15(1) לחוק יחסי ממון: כן ראו ע"א ליברמן, הערה 167 לעיל, בעמ' 370-371.

192 לניתוח זה ראו ב. 4 (ג) לעיל.

193 ראו שם.

194 ראו, למשל, את עמדתם של השופט אלון והשופטת בן-פורת בע"א ליברמן, הערה 167 לעיל, עמ' 372-373: "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 בע"א אפטה, הערה 163 לעיל, ואת דעת המיעוט של השופטת נתניהו בע"א 122/83 בסיליאן נ' בסיליאן, פ"ד מ(1) 287. לסקירת הפסיקה השותפה להבחנה זו ראו גם ע"א 45/90 עבאדה נ' עבאדה, פ"ד מ"ח(2) 77, בפסקה 15 לפסק הדין.

חייב להיקבע הסדר של שיתוף נכסים. בניגוד לכך, אם התשובה שלילית – בשני המקרים אין סיבה לקבוע הסדר שיתוף.¹⁹⁵

מנקודת מבט נורמטיבית-כלכלית מופרכת עוד יותר היא ההבחנה המוחלטת שנהגה בפסיקה עד ראשית שנות ה-80 בין משכורת לחשבונות בנק רגילים,¹⁹⁶ או אפילו בין פנסיה שהוונה במשך הנישואים¹⁹⁷ שעליהם הוחלה חזקת השיתוף לבין נכסי הפרישה (פנסיה, קופות גמל וכיו"ב) שמומשו לאחר פירוק הנישואים, שעליהם לא הוחלה החזקה.

מנקודת מבט כלכלית ברור שנכסי הפרישה הם רכיב במשכורת. העובדה שהכספים הללו ממומשים בפועל בזמן הפרישה אינה משנה את העובדה שהם נועדו לתגמל את העובד על תקופת עבודתו. מכיוון שכך, על פי ההיגיון הנורמטיבי הרואה בשני בני הזוג שותפים לרווחים שהופקו במאמצים משותפים במשך הנישואים, אין שום היגיון בהבחנה בין פנסיה למשכורת, ובוודאי שאין היגיון בהבחנה בין פנסיה שהוונה לבין פנסיה שלא הוונה.

על רקע זה ברור כי הפסיקה הישראלית, שהבחנה בין נכסים עסקיים לנכסים משפחתיים ובין הכנסות רגילות לנכסי פרישה, לא התבססה על החשיבה הנורמטיבית. האם ניתן להבין את ההבחנות הללו לאור המודל ההסכמי?

האמת חייבת להיאמר: אינני משוכנע כי ההבחנה בין נכסים משפחתיים לבין נכסים עסקיים היא מחויבת על פי המודל ההסכמי.¹⁹⁸ לטעמי, בני זוג סבירים מבינים את ההיגיון העסקי-כלכלי המבהיר מדוע גם הנכסים העסקיים הופקו במאמצים המשותף של שני הצדדים. לכן ניתן לטעון כי ההסכם המשווער בין בני הזוג כולל שיתוף גם בנכסים הללו.

עם זאת, בהינתן שהבחנה זו הייתה קיימת בשיטת המשפט הישראלית, אני סבור שקונבנציות חברתיות, שבהיעדרו של הסכם הקובע אחרת עדיין מזהות משכורת ורכוש עסקי כשייכות למי שהפיק אותם בפועל (קרי: בן הזוג החיצוני), עשויות להסביר אותה בדיעבד. על פי הקונבנציות הללו ניתן לגרוס כי ההבחנה בין נכס עסקי לנכס משפחתי משקפת את הניסיון לאמוד את נכונותו של מפיק הכספים לחלוק אותם עם המשפחה. על פי קונבנציות הללו, הנכונות של בן הזוג החיצוני לחלוק עם בן זוגו בנכסים העסקיים נמוכה מנכונותו לחלוק בנכסים המשפחתיים שכבר הועמדו לרשות המשפחה.

195 ואכן, כפי שנראה בהערה 230 להלן, בתקופה הנורמטיבית נדחתה ההבחנה בין נכסים עסקיים לבין נכסים משפחתיים בטיעונים דומים.

196 ראו, למשל, ע"א 724/83 בר נתן נ' בר נתן, פ"ד לט(3) 551.

197 להבחנה זו ראו ע"א 44/84 גלבע נ' גלבע, פ"ד מא(1) 174, שבו לא הוחלה חזקת השיתוף על פנסיה מן הצבא.

198 אכן, לא כל פסקי הדין בתקופה ההסכמית היו שותפים להבחנה זו; ראו, למשל, את עמדת השופט אגרנט בע"א בריקר, הערה 162 לעיל, בעמ' 600.

נדמה לי כי מפריזמה זו בהחלט קיים היגיון בהבחנה בין רכוש משפחתי לבין רכוש עסקי.¹⁹⁹

להערכתי, ברוח דומה ניתן להסביר את ההבחנה בין כספים שהתקבלו במשך הנישואים כגון משכורת ופנסיה שהוונה, לבין כספים שהתקבלו לאחר הנישואים כגון נכסי פרישה שלא מומשו. לטעמי, גם ביסוד הבחנה זו עומדות תפיסות חברתיות שאינן מאמצות את הטיעון הגורמטיבי שלפיו תרומת בן הזוג הביתי מאפשרת לראות בו שותף מלכתחילה במשכורת של בן הזוג החיצוני. לכן, על פי הגישות הללו, רק הסכמת הצדדים יכולה להוות מקור תקף ליצירת שיתוף, ולכן השאלה המשמעותית מבחינתן היא אם בן הזוג החיצוני היה מוכן להתחלק במשכורתו עם בן הזוג הביתי. כאשר זוהי השאלה הנשאלת, ניתן לסבור כי הנכונות להתחלק קיימת רק ביחס לנכסים ורווחים שהתקבלו בפועל במשך הנישואים ונכנסו לתזרים השוטף של המשפחה, ולא ביחס לנכסים שהתקבלו לאחר הגירושים.²⁰⁰

(ד) חזקת השיתוף כדין דיספוזיטיבי מחקה

לבסוף, ברוח המודל ההסכמי עוצבה חזקת השיתוף כדין דיספוזיטיבי מחקה שיש להפעילו בגמישות²⁰¹ ובהתאם לכוונה הקונקרטית של הצדדים.²⁰² מכיוון שכך הובהר כי גם אם מדובר בנכסים שברגיל מוחל עליהם הסדר של שיתוף, החזקה מהווה ברירת מחדל שניתן לסטות ממנה באמצעות הסכם מפורש²⁰³ או בהוכחת כוונה נוגדת של

199 לטענה שלפיה בנכסים משפחתיים ההנחה בדבר כוונת שיתוף גבוהה יותר מאשר בנכסים אחרים ראו ע"א 741/82 פיקטנבאום נ' פיקטנבאום, פ"ד לח(3) 22, 27-28. לטענה כי בהקשר לנכסים עסקיים ההנחה בדבר כוונה לשיתוף חלשה יחסית ראו גם את דברי השופט אלון בע"א ליברמן, הערה 167 לעיל, בפסקאות 5 ו-6 לפסק הדין. לקשר שבין הרציונל ההסכמי לבין ההבחנה בין נכסים משפחתיים לנכסים שאינם משפחתיים ראו גם ויסמן, הערה 2 לעיל, בעמ' 181.

200 לקשר שבין אי-החלת חזקת השיתוף במקרה זה לרציונל ההסכמי ראו בע"א גלבוע, הערה 197 לעיל, בפסקה 10 לפסק הדין.

201 על תמיכתו של המודל ההסכמי בהסדר דיספוזיטיבי גמיש, המאפשר לבית משפט להסיק מהתנהגות הצדדים כוונה נוגדת, ראו בהרחבה ב-ב. 4 (ג) לעיל. ראו גם דויטש, הערה 2 לעיל, בעמ' 636.

202 ראו, למשל, בע"א 66/73 פנונו נ' פנונו, פ"ד כט(2) 181, שם קבע בית המשפט (בעמ' 186): "השאלה היא, אם במקרה דנן היה הסכם מפורש או מכללא בין הצדדים שהם התכוונו שיתקיים ביניהם הסדר שיתוף נכסים". תשובתו של בית המשפט במקרה זה הייתה שלילית, ולכן לא הוחלה חזקת השיתוף באותו מקרה. ראו גם בעניין סבירסקי, הערה 188 לעיל, שם קבע בית המשפט (בעמ' 237): "לא הוכח... שהייתה כאן גמירת-הדעת בין בני-הזוג בדבר השיתוף בנכסים".

203 ראו ע"א בריקר, הערה 162 לעיל, בעמ' 597: "היוצא מזה שאם קיים הסכם מפורש בין בני הזוג הקובע למי שייכת הבעלות בנכס או מה החלק שרכש אזי ברור שמן הדין לתת תוקף להסכם הזה הודאיל והוא מבליט את כוונת הצדדים". ראו גם בע"א ליברמן, הערה 167 לעיל, בעמ' 363: "אין מחלוקת, וגם לא יכולה להיות, כי במקרה שבני-זוג, אשר באו בכרית הנישואין, הגיעו ביניהם לכלל הסכם מפורש בדבר זכויותיהם הקנייניות ברכוש, אשר יעמוד לרשותם או יצטבר באמתחתם

הצדדים.²⁰⁴ ואכן, ניתן למצוא פסיקות של בתי המשפט שהסיקו מנסיבות שונות – כגון נישואים שניים,²⁰⁵ ריבוי נישואים,²⁰⁶ יחסים עכורים בין בני הזוג,²⁰⁷ סירוב לשתף את בן הזוג בעניינים הכספיים,²⁰⁸ סגנון חיים פטריארכלי שבו הבעל שולט ברכוש ומקציב מדי פעם כספים לאשתו,²⁰⁹ התעקשות של אחד הצדדים להותיר נכס על שמו,²¹⁰ ולעתים גם רישום לא שוויוני במרשם²¹¹ – כי כוונת הצדדים לא הייתה לשיתוף. בהתאם למודל ההסכמי נדחתה החזקה במקרים הללו.

- במרוצת השנים – ייתכן גורלו של רכוש זה על-פי הסכמתם". ראו גם ע"א 491/75 חיימי נ' אשתו, פ"ד לא(2) 589.
- 204 ראו, לדוגמה, בעניין ברגר, הערה 164 לעיל, בעמ' 245: "מובן שאם מוכח כי בזמן הרכישה הייתה כוונה שהרכוש יהיה שייך לאחד מבני הזוג או משותף לשניהם אבל לא בחלקים שווים כי אז יש לתת תוקף לכוונה זו". על תחולתה של חזקת השיתוף רק במקרים שבהם לא קיימת כוונה נוגדת ראו גם ע"א אפטה, הערה 163 לעיל, בעמ' 566.
- 205 על התחולה המצומצמת של חזקת השיתוף במקרים של נישואים שניים ראו, למשל, דברי השופט אלון בע"א ליברמן, הערה 167 לעיל, בעמוד 370-369. כן ראו על כך באופן מצומצם יותר בע"א אפטה, הערה 163 לעיל.
- 206 ראו, למשל, ע"א 511/86 קנז נ' קנז, פ"ד מג(2) 177, 187. 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 המעוררת". בדומה לכך ראו פרשה מאוחרת יותר – ע"א 1880/95 דרחם נ' דרחם, פ"ד נ(4) 865, שם קבע השופט טירקל בדעת מיעוט המתאימה למודל ההסכמי כי נסיבות של ביגמיה עשויות לשלול את החלת חזקת השיתוף.
- 207 ראו, למשל, ע"א פנונו, הערה 202 לעיל, וכן ע"א סבירסקי, הערה 188 לעיל. יש לשים לב שעל פי המודל ההסכמי, יחסים עכורים עלולים לשלול את עצם קיום החזקה, שכן אחד מתנאי הסף לחזקה הוא אורח חיים תקין.
- 208 ראו, למשל, ע"א ליברמן, הערה 167 לעיל, בעמ' 371-372, שם הסיק בית המשפט – על פי סירובו של הבעל להעניק לאשתו יפוי כוח לפעול בעסקיו – את כוונתו לאי שיתוף. ראו גם את ע"א 1937/92 קוטלר נ' קוטלר, פ"ד מט(2) 233, שם הסיק בית המשפט מסקנה דומה מסירוב האשה לעניק לבעלה יפוי כוח לפעול בנכסיה.
- 209 ראו, למשל, ע"א 651/79 סלמן נ' סלמן, פ"ד לו(1) 554, 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.
- 210 ראו, למשל, ע"א 26/89 ארגוב נ' ארגוב, פ"ד מד(1) 793.
- 211 ראו ע"א 782/80 גולדברג נ' גולדברג, פ"ד לז(2) 757, שם הסיק בית המשפט – על פי רישום לא שוויוני של המניות על שם הצדדים – כוונה לאי-שיתוף. ראו גם בתקופה מאוחרת יותר ע"א 144/86 קופלמן נ' קופלמן, פ"ד מא(1) 356.

3. כישלון המודל ההסכמי של חזקת השיתוף

כזכור, בפרק הקודם ביקרנו את המודל ההסכמי של השיתוף וחשפנו את הכשלים בהסתמכותו על החשיבה הליברטריאנית. מסתבר כי הזרם ההסכמי בפסיקה העוסקת בחזקת השיתוף לא נמלט מן הכשלים הללו.

עיון בפסיקה ההסכמית של חזקת השיתוף מלמד כי בהתאם ללוגיקה המנחה את המודל ההסכמי, כתנאי להכרה בשיתוף דרשה הפסיקה כי הסדר זה ישקף את אומד דעתם של שני בני הזוג. על כן, במקרים שבהם התעורר החשש שהשיתוף איננו תואם את הרצון המשותף של אחד מבני הזוג נדחתה הסדר השיתוף והוחלו הכללים הרגילים המבוססים על הרישומים הפורמליים.²¹²

המקרה הטיפוסי של פער באומד דעתם של הצדדים הוא כשבן הזוג שמרבית הנכסים אינם רשומים על שמו (לרוב בן הזוג הביתי) רוצה בהסדר של שיתוף נכסים, בעוד שכן הזוג שמרבית הנכסים רשומים על שמו (לרוב בן הזוג החיצוני) חפץ בהסדר של הפרדה. על רקע זה, במקרים רבים הדין באומד דעתם של הצדדים נהפך למעשה לדיון באומד דעתו של הבעלים הרשום.²¹³ לפיכך, כאשר הראו הנסיבות שהבעלים הרשום לא רצה בשיתוף נכסים נדחתה החזקה, וזאת גם במצבים שבהם ניתן היה להניח שאומד דעתו של בן הזוג הביתי היה לשיתוף בנכסים.²¹⁴ נוסף על כך, ההבחנות שהציב

212 לבסיס האידאולוגי לכך ראו ב. 6 לעיל.

213 כך, למשל, בע"א בראלי, הערה 164 לעיל, בעמ' 398, קבע בית המשפט (השופט ויתקון): "השוני החשוב לרעת המערערת הוא בכך שלא הביאה כל ראייה על כוונת בעלה לראותה כשותפה בנכסים שרכש ורשם על שמו במשך שנים... אם רעיון הרישום המשותף לא היה לפי רוחו של המנוח מגיין לנו שרעיון השותפות עצמו לא היה ממנו והלאה". (ההדגשה הוספה) ראו גם את דברי השופט אלון בע"א ליכדמן, הערה 167 לעיל, הלומד מסירוב הבעל באותו עניין להעניק לאשתו זכות חתימה בעסקיו כי "המשיב מעולם לא התכוון לשותף את המערערת בבעלות איזו שהיא בנכסים העסקיים" (ההדגשה הוספה) ראו גם ע"א סבירסקי, הערה 188 לעיל, שם קבע בית המשפט (בעמ' 237): "לו היו מעמידים בפני בני-הזוג בזמן שהצטברו הכספים... למי שייך הכסף, אין זה בטוח כלל שהמשיב היה עונה אז שהכסף שייך לשניהם בחלקים שווים" (ההדגשה הוספה). ראו עוד ע"א ארגוב, הערה 210 לעיל, בעמ' 796-797, שם נאמר: "במקרה שבפנינו קבע בית המשפט בממצאיו שאכן היו חייך והפרדה כאמור תוך כוונה ברורה של המשיב שלא לשותף את המערערת בבעלות בדירה" (ההדגשה הוספה). אכן, בפרשת ארגוב טען בית המשפט בהמשך הדברים כי גם "היא [האשה; ש' ל'] סברה וקיבלה זאת מאז 1960 ועד לשנת 1983 היינו משך 23 שנה". עם זאת, בית המשפט ציין גם כי האשה "ביקשה מעיקרו שהדירה תירשם על שם שניהם והוא סירב לעשות כן". על רקע זה אני סבור כי גם בפרשה זו הועדפה בסופו של דבר עמדת הבעל על עמדת האשה.

214 חשבו, למשל, על מקרה שבו היחסים בין בני הזוג עכורים, אך בכל זאת מתקיים הרכיב של מאמץ משותף. במצב עניינים כזה, ההנחה הרגילה שעליה מבוסס המודל ההסכמי – שלפיה אומד דעתו של בן הזוג הרשום היא לשיתוף – נחלשת. בניגוד לכך, נראה לי שאומד דעתו של בן זוג ביתי, שלמרות היחסים הרעים תרם בכל זאת לרווחת המשפחה, היא לשיתוף. אם כן, אי-החלטה של חזקת השיתוף במקרה זה משקפת העדפה של אומד הדעת של הבעלים הרשום על פני אומד דעתו של בן הזוג הביתי. דחיית השיתוף במקרים שעסקו באנשים שהתעקשו לנהל את העניינים הכספיים

המודל ההסכמי של חזקת השיתוף בין נכסים עסקיים לנכסים משפחתיים ובין פנסיה לבין משכורת משתלבות טוב יותר עם אומד דעתו של הבעלים הרשום מאשר עם אומד הדעת של שני בני הזוג.²¹⁵

במקרים רבים, המדיניות שסירבה להכיר בשיתוף המנוגד לאומד דעתו של הבעלים הרשום פגעה בנשים שנטלו על עצמן את תפקיד בן הזוג הביתי, משום שזכויותיהן הקנייניות בנכסים שנצברו בזכות מאמצייהן לא הוכרו. מצב עניינים זה עורר תחושה לא נוחה אצל השופטים ההסכמיים, וכדי להתגבר על אי-הנוחות גייסו השופטים הללו לעזרתם את החשיבה הליברטריאנית המתנגדת לנטילה של זכויות קנייניות או לחלוקה מחדש של משאבים בשל ערכים של צדק ושוויון.

כך, ברוח הליברליזם הקלאסי, קבע בית המשפט בפרשת אפטה:²¹⁶

"בקביעה למי שייכים הנכסים עלינו להתעלם לחלוטין מהשקפתנו איך לפי הצדק צריך היה לחלק את הנכסים בין בני הזוג כי המחוקק לא הסמיך אותנו לבצע חלוקת נכסים לפי מה שנראה לנו לצורך".

ברוח דומה קובע השופט ברנזון בפרשת הנאמן על נכסי גולדברג נ' גולדברג,²¹⁷ כי ההלכות הגלומות בחזקת השיתוף –

"אינן מכוונות להחזיר לקחת רכוש של אחד מבני הזוג ולתתו לשני כי אם לקבוע בצורה מציאותית למי הם שייכים".

בנוסף כמעט וזהה התנבא השופט אלון בפרשת ליברמן,²¹⁸ ולאור קו חשיבה זה החלי את חזקת השיתוף באופן מצומצם בהקשר של נכסים עסקיים למרות שהכיר בחוסר-

של המשפחה בעצמם משקפת אף היא העדפה ברורה של אומד דעתם של הבעלים הרשומים על פני אומד הדעת של בני הזוג. ודאי, שדחיית השיתוף במקרה של בני זוג שהחליטו להחזיר את הרישום הקנייני של הנכס על שמם, למרות ההתנגדות של בני הזוג, משקפת העדפה של אומד הדעת של בן הזוג הרשום.

215 ואכן, בע"א פיקטנבאום, הערה 199 לעיל, בעמ' 26-28, בוטסה ההבחנה בין נכסים עסקיים לבין נכסים משפחתיים. על אומד דעתו של הבעלים הרשום במסגרת זו נאמר בפסק הדין (בעמ' 26): "ההסתפקות בדרישה מינימלית זו אינה יפה בהכרח ליצירת הנחה של שיתוף מלא בכל הנכסים של בני הזוג, אך ודאי שיפה היא לענין יצירת שיתוף באותו רכוש המסווג כנכסי משפחה, ובראש ובראשונה לענין דירת המגורים של בני הזוג (ראה ע"א 630/79 הנ"ל). ההנחה היא, שמשרכש אחד מבני הזוג דירה לצורכי מגורי בני הזוג, כשחיים הם בצוותא תחת קורת גג אחת, ביקש והתכוון שהבעלות בדירה זו משותפת תהא לשניהם, וזאת כל עוד אין הנחה זו נסתרת על-ידי כוונה אחרת העולה מפורשות, או במשתמע, מנסיבות העניין" (ההדגשה הוספה).

216 דברי השופט כהן בע"א אפטה, הערה 163 לעיל, בעמ' 569.

217 ע"א 446/69 הנאמן על נכסי גולדברג נ' גולדברג, פ"ד כ"ד(1) 813, 818. לדברים הללו מסכים גם השופט אלון בע"א ליברמן, הערה 167 לעיל, בעמ' 368.

218 שם, בעמ' 372, מפי השופט אלון: "עקרון חזקת שיתוף בנכסים אינו בא להסמיך את בית המשפט לחלק בין שני בני הזוג את הרכוש המצוי בידי כל אחד מהם, כפי שנראה לטוב, לרצוי ולצורך בעיניו" (ההדגשה הוספה).

הצדק שנגרם עקב כך לאשה שתפקדה כעקרת בית ותרמה במאמציה לרווחת המשפחה.²¹⁹

אם כן, הפסיקה הישראלית נשענה על רטוריקה ליברטריאנית אנטי-חלוקתית כדי לדרות תביעות שיתוף הנשענות על טיעונים של צדק. ברם, כפי שהסברתי בהרחבה בפרק הקודם, הטיעונים הנורמטיביים של צדק ושוויון אינם מבקשים לחלק זכויות קנייניות קיימות; להפך, טיעונים אלה עוסקים בהקצאה הראשונית של הזכויות והם מבקשים לשכנע כי הרישום הפורמלי אינו משקף את הבעלות האמיתית, וכי המאמץ המשותף של שני בני הזוג אמור להוליך גם בעלי השקפה ליברטריאנית להכיר בבעלותם המשותפת. למרות זאת הפסיקה מתעקשת להציג את הטיעונים הללו כטיעונים חלוקתיים ולהתפלמס עמם במישור זה.

הנה כי כן, הפסיקה ההסכמית בנושא חזקת השיתוף מדגימה מקרה שבו טיעון ליברטריאני אנטי-חלוקתי מסווה למעשה הגנה על הקצאה מסוימת, לא הכרחית ולא "טבעית", של הזכויות הקנייניות. נדמה לי שהמקרה של חזקת השיתוף עשוי לעודד מבט ביקורתי כללי יותר על שימושים הנעשים בטיעונים ליברטריאניים קנייניים בשיח המשפטי גם בהקשרים אחרים, אולם דיון שיטתי גם בכך יחרוג מהיקפו של החיבור הנוכחי.²²⁰

4. ממודל ליברטריאני למודל ליברלי-מודרני: המרה של כוונת הצדדים בתפיסות של צדק ושוויון

עד לאחרונה המשיכה הרטוריקה ההסכמית לאפיין את מרבית הפסיקה העוסקת בחזקת השיתוף. מעבר לעניין הרטורי, הניתוח שנערך בחלק הקודם הבהיר כי – לפחות בראשיתה של חזקת השיתוף – הרציונל ההסכמי אכן עמד בבסיס פסיקתם של חלק גדול משופטי בית המשפט העליון. בניגוד לכך הבהירה התפתחותה של חזקת השיתוף בתקופות מאוחרות (בעיקר שנות ה-80 וראשית שנות ה-90) כי ההסכם המשווער מהווה רטוריקה בלבד, וכי לאמיתו של דבר חזקת השיתוף אינה משקפת את ההסכם בין

219 ראו ע"א ליברמן, הערה 167 לעיל, בעמ' 372, והשוו לעצור של השופט טירקל בע"א דרהם, הערה 206 לעיל, בפסקה 8 לפסק הדין, בשל אי-הצדק שנגרם לאשה באותו מקרה. ברוח דומה ראו את דעת המיעוט של השופט טל בפרשת קוטלר, שניתנה בתקופה מאוחרת יותר (שבה המודל הנורמטיבי היה דומיננטי יותר), הרואה את ביטוסה של חזקת השיתוף על תפיסת צדק שאינה משקפת את אומד דעת הצדדים כפגיעה בזכויות הקניין של הבעלים. ראו ע"א קוטלר, הערה 208 לעיל, בעמ' 249.

220 ראו בנושאים הללו גם חנוך דגן, "דיני קניין: דיני גטילה שלטונית ודיני תחרות – לקראת שיח קנייני חדש", בתוך ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"ו 673 (בעריכת אריאל רוזן-צבי, 1997). לצורת חשיבה זו בתחום דיני העבודה ראו בן-ישראל, הערה 147 לעיל.

הצדדים ואף לא את כוונתם, אלא את המדיניות המשפטית הראויה בעיני בית המשפט.²²¹

המהלך שבו עוברת חזקת השיתוף מהמודל הליברלי המסורתי, המעגן את חזקת השיתוף בכוונת הצדדים, למודל הליברלי המודרני, המעגן את חזקת השיתוף בתפיסות נורמטיביות של צדק ושוויון, משתקף כמעט בכל הרכיבים של חזקת השיתוף: תנאי הכניסה, היקף הנכסים הכלולים בחזקה ויכולת החריגה ממנה.

(א) תנאי הכניסה: ביטול הדרישה להוכחת כוונה קונקרטית ומעבר מאורח חיים תקין למאמץ משותף

השלב הראשון במעבר מהמודל ההסכמי למודל הנורמטיבי החל להתרחש כבר בראשית שנות ה-80, והוא עוסק בשינוי תנאי הכניסה לחזקה. בחלק הקודם עמדנו על כך שבעבר תנאי הכניסה לחזקת השיתוף היו אורח חיים תקין ומאמץ משותף. בניגוד לכך, בעשורים האחרונים ירדה קרנה של הדרישה לאורח חיים תקין, ובתי המשפט הסתפקו בחיים תחת קורת גג אחת גם כשחיי המשפחה היו רוויים עוינות הדדית,²²² מריבות אלימות,²²³ קשרים אינטימיים מחוץ לנישואים²²⁴ ואפילו נטישות וחזרות –²²⁵ ובלבד שקוימה הדרישה למאמץ משותף.²²⁶ ההכרה בשיתוף במקרים שבהם למרות

221 לדחיית הרציונל ההסכמי כרציונל האמיתי בבסיס חזקת השיתוף ראו רוזן-צבי, הערה 2 לעיל, בעמ' 225, 231, 243-244, 251-252; ליפשיץ, הערה 162 לעיל, בעמ' 247 ואילך; דגן, הערה 13 לעיל, בעמ' 238-244; דריטש, הערה 2 לעיל, בעמ' 636-637; אולם השוו ויסמן, הערה 2 לעיל, בעמ' 181 ואילך. ויסמן סבור כי הזרם המרכזי בפסיקה אכן משתית את חזקת השיתוף על כוונתם של בני הזוג. ויסמן הראה כיצד בתי המשפט משתדלים גם כיום להסיק כוונת שיתוף כדי לבסס את קיומה של החזקה. נראה לי כי ויסמן מעניק "אמון" רב מדי בבתי המשפט. כך, למשל, ויסמן (שם, בעמ' 180, הערת שוליים 2) מראה כיצד הסתמך בית המשפט על כוונתם המשותפת של הצדדים כשהחיל את חזקת השיתוף על משפחה מוסלמית המורכבת מגבר ושתי נשים. בכל הכבוד, אני מתקשה לקבל שבמשפחה ביגמית מתקיימת כוונת שיתוף. אני גם מתקשה לקבל שבית המשפט חשב בכנות שקיימת כוונה כזאת.

222 ראו, למשל, ע"א 686/85 מערבי נ' מערבי, פ"ד מ(2) 631, 637-636: "אין בעובדה כי מריבת בני זוג הגיעה לערכאות כדי לסתור תמיד ובהכרח את חזקת השיתוף".

223 ראו, למשל, את ע"א 819/94 לוי נ' לוי, פ"ד נ(1) 300.

224 ראו, למשל, ע"א דרחם, הערה 206 לעיל, וראו גם ע"א 4385/91 סלם נ' כרמי, פ"ד נא(1) 337.

225 ראו, למשל, ע"א 234/80 גדי נ' גדי, פ"ד לונ(2) 645. דוגמה מובהקת נוספת למהלך זה ניתנה בע"א לוי, הערה 223 לעיל, שם הוחלה חזקת השיתוף למרות שהבעל עזב את הדירה לפרקים ארוכים והיחסים בין הצדדים היו עכורים במיוחד.

226 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' ל'מאמץ המשותף'", עיוני משפט 486 (תש"ס). רוזן-צבי עמד על כך גם בכתיבה מאוחרת יותר. ראו רוזן-צבי, הערה 1 לעיל, בעמ' 152; מנדלסון, הערה 2 לעיל, בעמ' 444, ודריטש, הערה 2 לעיל, בעמ' 638 ובמקורות המצוינים בהערות שוליים 384-386.

היחסים הלא תקינים התקיים מאמץ משותף, משתלבת במודל נורמטיבי המבוסס על תפיסה אובייקטיבית שלפיה עצם המאמץ המשותף מצדיק הכרה בשיתוף שבין הצדדים. בניגוד לכך, מהלך זה איננו משתלב במודל ההסכמי המבוסס על הכוונה הסובייקטיבית של בני הזוג.²²⁷ זאת ועוד: בחלק הקודם עמדנו על כך שבשנים הראשונות לחזקת השיתוף היו שופטים שלא הסתפקו בהתקיימותם של תנאי הסף (אורח חיים תקין ומאמץ משותף) לשם הכרה בקיומה של חזקת שיתוף. שופטים אלו, בהשפעה ברורה של התפיסה ההסכמית, דרשו ראייה קונקרטית נוספת לכוונתם של הצדדים הספציפיים ליצירת שיתוף, וזאת גם כשדובר בנכסים שנרכשו במשך הנישואים. החל בסוף שנות ה-70 נעלמה סיעה זו כמעט לחלוטין, ולא נדרשת עוד הוכחה ספציפית לכוונה לשיתוף.²²⁸ המהלכים הללו כמכלול (ירידת הדרישה לאורח חיים תקין וביטול הדרישה להוכחה של כוונת שיתוף של בני הזוג הספציפיים) משקפים מעבר ממודל הסכמי למודל נורמטיבי.

(ב) היקף הנכסים הכלולים בחזקה: התבססות מוחלטת על מבחן המאמץ המשותף

(1) ביטול ההבחנות ההסכמיות

היבט נוסף המשקף את המעבר ממודל הסכמי למודל נורמטיבי קשור בביטול של ההבחנות בין סוגים שונים של נכסים שהתבססו בעבר על כוונת הצדדים. כך החילה הפסיקה של שנות ה-80 ושל ראשית שנות ה-90 את חזקת השיתוף גם על נכסים עסקיים²²⁹ ועל נכסי פרישה,²³⁰ תוך דחיית הנימוקים ההסכמיים לאי-החלתה

227 ראו פרק ג. 2 (ב) לעיל, שבו עמדנו על כך שיחסים רעועים בין הצדדים עשויים לשלול את קיומה של כוונת שיתוף. לאור זאת, הנכונות להתעלם מאי-תקינות ביחסים שבין הצדדים עשויה ללמד על ירידה בחשיבות הכוונה.

228 על כך ראו, למשל, אצל מנדלסון, הערה 2 לעיל, בעמ' 445. עם זאת, היו פסקי דין שבהקשרים מסוימים דרשו בכל זאת נסיבות מיוחדות לצורך הוכחת החזקה. כך, למשל, בפרשת בסיליאן, הערה 194 לעיל, בעמ' 296-297, נאמר: "מודע אני לכך, כי מספר שופטים הביעו דעתם, כי לענין הנכסים העסקיים נדרש 'דבר מה' נוסף ... אך דומה שגם גישה זו עוגנה בנסיבות המיוחדות של הענינים שנידונו שם (נישואין שניים, רכוש ניכר לפני הנישואין, טענה לשיתוף בגין נכס מיוחד)".

229 ראו בע"א בר נתן, הערה 196 לעיל, בבסיליאן, בדעת הרוב, הערה 194 לעיל, ובע"א 488/89 נופרבר נ' נופרבר פ"ד מד(4) 293. לקשר שבין החלת החזקה על נכסים עסקיים לבין הרציונל הנורמטיבי, ראו למשל בע"א עזבון המנוח גיטלר, הערה 167 לעיל, שם נאמר בעמ' 496 "הלוא, על-פי הגיונם של דברים, אין נפקא מינה אם הכספים שהשתכר הבעל הושקעו בנכסים עסקיים או נקנו בהם נכסים משפחתיים".

230 לטיעון הנורמטיבי התומך בהחלה של חזקת השיתוף על נכסי הפרישה ראו מנדלסון, הערה 2 לעיל, בעמ' 449-451; רוזן-צבי, הערה 1 לעיל, בעמ' 487-496. לאימוץ העמדות הללו בפסיקה ראו ע"א 809/90 לידאי נ' לידאי, פ"ד מו(1) 602, בעמ' 611-612, שם קבע בית המשפט (בהסתמך על דבריו של רוזן-צבי המנוח): "זכויות הפנסיה נחשבות כחלק בלתי נפרד מן התמורה, שהעובר זכאי לה עקב עבודתו... הזכות הנקנית באופן ישיר או עקיף עקב העבודה, הינה חלק מן השיתוף

של חזקת השיתוף על הנכסים הללו.²³¹

(2) חיזוק ההבחנה בין נכסי מאמץ משותף לנכסי עבר

במקביל לביטול ההבחנות ההסכמיות שימרה הפסיקה את ההבחנה בין נכסי המאמץ המשותף לבין נכסים שאינם פרי מאמץ משותף (נכסי עבר או נכסים שהתקבלו במתנה או בירושה; להלן: "נכסים פרטיים") – הבחנה המשתלבת היטב בניתוח הכלכלי שבבסיס הרציונל הנורמטיבי.²³² נוסף על כך, גם כשדובר בנכס שנרכש במשך הנישואים בחנה הפסיקה אם אין מדובר בתחלוף של נכס פרטי: אם כך היה, נקבע כי לא התקיים רכיב המאמץ המשותף ומשום כך לא הוחלה החזקה (להלן: "תורת התחלוף החפצי").²³³

יתרה מזו: מן הדיון עד כה עולה בבירור שבסוף שנות ה-80 ובראשית שנות ה-90 הסתמנה מגמה ברורה להרחבת חזקת השיתוף. הרחבה זו השתקפה בצמצום תנאי הכניסה לחזקה, ובהרחבת היקף הנכסים הכלולים בה. מתברר כי מגמה זו נכונה ככל שמדובר בנכסי המאמץ המשותף. בניגוד לכך, בהקשר של נכסים שאינם "מאמץ משותף" חל בתקופה זו צמצום בתחולת החזקה. במסגרת זו, בתקופה ההסכמית, כאשר דובר בנכסים מעורבים (כגון קרקע פרטית שהובאה על ידי אחד מן הצדדים, שעליה הוקם במאמץ משותף בית מגורים משפחתי), הנטייה בפסיקה הייתה שלא להבחין בין

באותה מידה, שהעבודה ותוצאותיה נחשבות כפרי המאמץ המשותף של בני הזוג". לעמדות והנמקות דומות ראו גם את ע"א אורון, הערה 244 להלן. בפסק דין שניתן לאחרונה הוכרה זכותה של האשה לקבל את הפנסיה ישירות מן הצבא. ראו תמ"ש (ת"א) 80520/98 ספיבק נ' אבנרי (לא פורסם, 12.6.2002).

231 בנושא זה התקרב המשפט הישראלי למצב המשפטי הקיים ברוב המדינות המערביות, שבהן – כחלק מאופיו הנורמטיבי השיתופי מוחל גם על נכסים עסקיים ועל נכסי פרישה. על כך ראו, למשל, בהמלצות ה-ALI, הערה 49 לעיל, בקשר לארצות-הברית, וכן בפרקים העוסקים בנושאים הללו בקשר לאוסטרליה, לאנגליה ולגרמניה בקובץ המאמרים שהוזכר בהערה 51 לעיל, בעריכתה של Rebecca Bailey-Harris. שימו לב, כי לפחות בחלק מהארצות המערביות כדוגמת גרמניה נערכה רפורמה כוללת בדיני הפנסיה כדי להתאים את המערכת לדיני המשפחה. בניגוד לכך, בישראל, עד היום, חקנוני חברות הפנסיה ודיני הפנסיה באופן כללי לא הותאמו לפסיקה המכירה בזכותם של בני הזוג למחצית הפנסיה, דבר המקשה על היישום המעשי של הפסיקה בעניין.

232 ראו בפרק ב לעיל.

233 תורת התחלוף מקובלת מאוד בארצות שבהן מושרשת ההבחנה בין נכסי עבר לנכסי הנישואים. ראו, למשל, בהקשר לארצות-הברית, את סעיף 4.06 להמלצות ה-ALI (הערה 49 לעיל). כן ראו J. Thomas Oldham, "Tracing, Commingling, and Transmutation," 23 Fam. L.Q. 219 (1989). על תורת התחלוף בישראל ראו, למשל, ע"א מערבי, הערה 222 לעיל. עם זאת, דווקא בפרשה זו החילה הפסיקה באופן מצמצם את הלכת תחלוף הנכסים בהקשר של דירת המגורים, ומשום כך הכירה בדירת הצדדים כדירה משותפת – למרות טענות הבעל כי מרבית ההשקעה בדירה הייתה פרטית.

הרכיבים השונים ולראות בקרקע ובבית מכלול – רכוש משפחתי.²³⁴ בניגוד לכך, בסוף שנות ה-80, בפרשת לידאי, דבקה הפסיקה במדיניות נוקשה שדרשה חלוקה רעיונית בין הקרקע הפרטית לבין הבית המשותף.²³⁵

במבט ראשון ניתן לראות במגמה המשולבת של הרחבה וצמצום ביטוי לחוסר-העקיבות המאפיין את הפסיקה בעניין חזקת השיתוף.²³⁶ במבט שני אני סבור כי הן ההרחבה והן הצמצום משקפים את המעבר ממודל הסכמי למודל נורמטיבי. אכן, המודל הנורמטיבי של חזקת השיתוף מבוסס על הטענה כי תרומה משותפת של בני הזוג מבססת בעלות משותפת בנכסים. מכיוון שכך, המודל הנורמטיבי הוא ישים רק בקשר לנכסים שהופקו מהתרומה המשותפת של בני הזוג (נכסי המאמץ המשותף). לכן, מנקודת מבט נורמטיבית, במקרה של "נכסים מעורבים" יש צורך בהבחנה רעיונית בין הרכיבים הפרטיים לבין הרכיבים המשותפים.²³⁷ בניגוד לכך, דווקא מנקודת מבטו של המודל ההסכמי, ההבחנה בין נכסי עבר לבין נכסי המאמץ המשותף נחרצת פחות,²³⁸ ולכן הגיוני לחרוג מהגיתוח הכלכלי הנוקשה, הדבק בדווקנות במבחן המאמץ

234 ראו, למשל, ע"א גרסי, הערה 225 לעיל.

235 ראו ע"א לידאי, הערה 230 לעיל.

236 לתנועת המוטלת המאפינת את התפתחותה של חזקת השיתוף ראו, למשל, רוזן-צבי, הערה 1 לעיל, בעמ' 155; בהקשר מעט אחר ראו מנדלסון, הערה 2 לעיל, בעמ' 446.

237 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 *Van Camp* (1909) 156 Cal. 1; *Pereira v. Pereira* (1921) 53 Cal. App. 17; וראו גם Louise E. Graham, "Using Formulas to Separate Oldham Marital and Nonmarital Property: A Policy Oriented Approach to the Division of Appreciated Property Upon Divorce," 73 Ky. L.J. 41 (1985), וכן את Reynolds, הערה 53 לעיל. ראו גם, לאחרונה, את סעיף 4.05 להמלצות ה-ALI, הערה 49 לעיל, שאימץ באופן בסיסי את הלכת *Pereira*.

238 בדוננו בהיקף הנכסים הכלולים במודל ההסכמי של השיתוף, עמדנו על כך שלצד המבחן הכלכלי, הבוחר האם מדובר בנכס שהופק ממאמץ משותף, יפעיל מודל זה גם מבחנים אחרים, פסיכולוגיים וסוציולוגיים, שיבחנו מה הם סוגי הנכסים שבני זוג טיפוסיים יחשיבו כנכסים משותפים (ראו בחלק ב. 4 (ב) לעיל). ואכן, בע"א בריקר, הערה 162 לעיל, ובע"א אפטא הערה 163 לעיל שנפסקו בתקופה ההסכמית של חזקת השיתוף, נמצאו גם דעות יחיד שמטעמים הסכמיים ביקשו להחיל את חזקת השיתוף גם על נכסים מלפני הגישואים. על פי עמדה זו, הכלל היסודי הוא שבעניין שותפות בנכסים של בני זוג הולכים לפי כוונת הצדדים. באין כוונה אחרת משתמעת מאורח חיי הגישואין שלהם ומהתנהגותם הכללית בעניינים הכספיים והחומריים, חזקה על זוג נשוי הגרים יחד בשלום במשך תקופה ארוכה שהם מתכוונים לשותפות בכל נכסיהם שווה בשווה. לדעתי אין להוציא מכלל זה נכסים שהיו להם לפני הגישואין.

המשותף, ולפרש את בניית הבית המשפחתי על הקרקע המשפחתית כמגלמת כוונת שיתוף כוללת.²³⁹

(ג) האופי המעין-קוגנטי של חזקת השיתוף

בראשיתו של חלק זה עמדנו על כך שכרוח המודל הנורמטיבי, הוכחה של כוונה ספציפית לשיתוף איננה נדרשת עוד; להפך: בתי המשפט כיום מקשים מאוד על האפשרות להוכיח כוונה נוגדת שיתוף או אפילו להוציא נכס ספציפי (שנרכש במאמץ משותף) מכלל השיתוף. הקשחת האפשרות לחרוג מהשיתוף מתרחשת גם במקרים שבהם ברור כי אחד הצדדים או אפילו שני בני הזוג לא התכוונו לכלול אותו בסל הנכסים המשותפים.²⁴⁰ בהתאם לכך, פסקי דין רבים מחילים את חזקת השיתוף גם אם אחד מבני הזוג התעקש על רישום לא שוויוני או על ניהול עצמאי של נכסי המשפחה.²⁴¹ בכך טוטה הפסיקה מן הלוגיקה ההסכמית, שלפיה במצב של אומד-דעת מנוגד בין הצדדים לא יוחל הסדר של שיתוף.²⁴²

יתר על כן: הנטייה בפסיקה המודרנית הנה להחיל את חזקת השיתוף גם במצבים שבהם נראה כי אף לא אחד מבני הזוג התכוון לכך.²⁴³ כך, למשל, הוחלה חזקת השיתוף

239 ואכן, בארצות-הברית ניתן למצוא פסיקה שהתייחסה לנכסים מעורבים כנכסים משותפים, כרוח הרציונל ההסכמי. לפסיקה זו ולביקורת עליה מנקודת מבט נורמטיבית ראו Oldham, הערה 45 לעיל, בעמ' 247-248.

240 להתרשמות דומה ראו מגדלסון, הערה 2 לעיל, בעמ' 445; רחן-צבי, הערה 1 לעיל, בעמ' 153-154; כן ראו דברי השופט טל בעניין יעקובי, הערה 3, בעמ' 579. למתח בין הקושי להוכיח כוונה נוגדת שיתוף לבין הרציונל ההסכמי ראו דגן, הערה 13 לעיל, בעמ' 241.

241 ראו בהקשר זה, למשל, את פסקי הדין ע"א בר נתן, הערה 196 לעיל; ע"א מערבי, הערה 223 לעיל; ע"א גרסי, הערה 225 לעיל, וע"א לוי, הערה 223 לעיל. אולם השוו לע"א ארגוב, הערה 210 לעיל, שעל אף שניתן בשנות ה-80, פסיקתו של בית המשפט המשיכה לשקף לוגיקה ליברטריאנית הסכמית, ומשום כך היא נתנה משקל לרישום לא שוויוני. למשקל שניתן לרישום לא שוויוני בפסיקה ההסכמית ראו גם את פסק הדין בע"א גולדברג, הערה 211 לעיל, שגורן בפרק ג. 2 (ד) לעיל.

242 אכן, בע"א גרסי, שם, בעמ' 650, הבהיר בית המשפט כי הסירוב של הבעל לרשום את הנכס על שם אשתו למרות הפצרותיה לא יכול לשלול את השיתוף. על פי בית המשפט, "אין הצד האחד יכול, באופן חד-צדדי, להתכחש לזכויותיו של שותפו לחיים, לאחר שאלה כבר נוצרו". עם זאת, יש להודות כי לא תמיד שמרה הפסיקה על עקיבות, ובניגוד לפסיקת בית המשפט בפרשת גרסי, לא הוחלה חזקת השיתוף בפרשת ארגוב, המאוחרת יותר, תוך התבססות על הסירוב העיקש של הבעל לרשום את הנכס על שם שני בני הזוג למרות הפצרותיה של אשתו. בהתאם לניתוחנו בחלק הקודם, פרשת ארגוב יישמה דווקא את המודל ההסכמי של חזקת השיתוף, המניח כי בהיעדר הסכם הנכסים שייכים לבעלים הרשום. בניגוד לכך, פרשת גרסי חושפת כי כלל קנייני אלטרנטיבי – שעל פיו הנכסים שייכים למי שתרם להפקתם – מוליך לתוצאה של חלוקה שוויונית של הנכסים גם במצב של אומד-דעת מנוגד.

243 להרגמת טענה זו בעזרת פסקי דין העוסקים בידועים בציבור ראו ליפשיץ, הערה 4 לעיל, בעמ' 794-796, 825-829.

אפילו במקרים שבהם שני בני הזוג הקפידו על הפרדה גמורה בין ענייניהם הכלכליים.²⁴⁴ כהמשך לכך הוחלה חוקת השיתוף גם על בני זוג שחיו באורח חיים פטריארכלי מובהק,²⁴⁵ שקשה מאוד לשלב אותו עם כוונת שיתוף. בנוסף הוחלה החוקה על ציבורים מגוונים שברור היה שכוונת השיתוף מהם והלאה.²⁴⁶ המהלכים הללו,

244 ראו, למשל, ע"א 964/92 אורזן נ' אורזן, פ"ד מז(3) 758, שבו קבע בית המשפט כי התקיים שיתוף כלכלי בין בני הזוג למרות ששני בני הזוג הקפידו על כך שחשבונות הבנק שלהם יהיו נפרדים. בית המשפט סבר כי למרות החשבונות הנפרדים התקיימה קופה רעיונית משותפת. לי נדמה, שאם מתחשבים ביחסים הבעייתיים ששרדו בין הצדדים, נוסף על ההתעקשות להפרדה חוקנית של חשבונות, קשה להניח שהתקיימה במקרה זה כוונת שיתוף. בניגוד לכך, ברור לי שבנסיבות המקרה שבו שני בני הזוג תרמו בבית ובחזן לרווחה הכלכלית של המשפחה התקיים הרציונל הנורמטיבי לשיתוף.

245 ראו ע"א בר נתן, הערה 196 לעיל, בעמ' 557-556; ע"א קוטלר, הערה 208 לעיל, בעמ' 246; ולאחרונה תמ"ש (ת"א) 70030/98 טהר נ' טהר (לא פורסם, 19.1.2000). בכל אלה ניהלו הבעלים את העניינים הכספיים באופן עצמאי לחלוטין תוך הקצבת "דמי כיס" לנשותיהן. כזכור, הפסיקה ההסכמית למדה מגסיבות דומות על כך שהבעל – ובמידה רבה האשה – אימצו דפוס חיים פטריארכלי שאינו הולם כוונת שיתוף (על כך ראו, למשל, ע"א סלמן, הערה 209 לעיל). בניגוד לכך, בפרשות בר נתן וקוטלר למדה הפסיקה מן הפרקטיקה של דמי הכיס דווקא על כוונת שיתוף. לי נדמה, כי מגקודת מבט הסכמית קשה לקבל שהפרקטיקה של הקצבת כספים מצד הבעל לאשה (הנובעת – כפי שהסביר בית המשפט בעניין בר נתן – מהחשש של הבעל כי האשה תבזבז יותר כספים מן הנדרש) מתיישבת עם כוונת שיתוף (ואכן, דעת המיעוט של השופט טל בפרשת קוטלר, שסברה כי אין להחיל את חוקת השיתוף על חשבונות הבנק, התבססה על הרציונל ההסכמית). על רקע זה אני סבור כי פסקי הדין שהכירו בחזקת השיתוף במצבים הללו משקפים תפיסה נורמטיבית. מקרה מובהק שבו הוחלה חוקת השיתוף בניגוד לאומדן הדעת המסוער של הצדדים נדון בה"פ (ירושלים) 355/93 קורד נ' קורד (לא פורסם, 26.3.1996), שם הוחלה חוקת השיתוף בנסיבות של ביגמיה. בית המשפט הדגיש בחקשר זה (בפסקה 4 לפסק הדין) את הרצון להנחיל את חוקת השיתוף כנורמה חברתית רצויה. פסק דין זה בולט על רקע הפסיקה ההסכמית הקודמת, שבה הסיק בית המשפט מגסיבות של ביגמיה כוונה לאי-שיתוף ומשום כך לא הוחלה החוקה. ראו על כך עניין קנז, שגדון בהערה 206 לעיל.

246 כך, למשל, כשנות ה-80 וה-90 הוחלה חוקת השיתוף על הציבור המוסלמי והדרוזי, תוך דחיית הטענה כי אין לייחס לציבור זה כוונה משוערת של שיתוף. ראו, למשל, ע"א 77/77 ראבי נ' ראבי, פ"ד לג(1) 729; פרשת מוסטפא, הערה 183 לעיל; כן ראו לאחרונה בה"פ קורד הנ"ל, שבה כאמור הוחלה חוקת השיתוף בנסיבות של ביגמיה.

בדומה לכך הוחלה חוקת השיתוף על בני זוג יהודים גם כשנטען שמדובר בנסיבות שבהן, על פי מנהג העדה שאליה משתייכים בני הזוג, לא הייתה כוונה לשיתוף. לעניינים מסוג זה ראו, למשל, ע"א לוי, הערה 223 לעיל, שם דחה בית משפט טענה כי בעדה התימנית הרישום על שם האשה מעיד על כוונה לאי-שיתוף הבעל בנכס זה. פסיקה זו מנוגדת בבירור למודל ההסכמי, הרואה בחזקת השיתוף דין דיספוזיטיבי מחקה, האמור לגלות רגישות לתרבות הספציפית של בני הזוג הנדונים. אכן, בניגוד לפסקי הדין הנורמטיביים קיימת גם פסיקה הסכמית שדחתה את חוקת השיתוף כשהוכח שחזקה זו אינה משקפת את התרבות הספציפית שאליה משתייכים בני הזוג. ראו, למשל, ע"א קנז, הערה 206 לעיל, בעמ' 188: "כאמור, חיו בני הזוג חלק ניכר מחייהם מחוץ לישראל, וחיו חלק מן הקהילה היהודית הערבית, אשר באסמרה. לפני בית המשפט קמא היו

כמכלול, מסמלים מצב שבו למרות התיוג הדיספוזיטיבי חזקת השיתוף נהפכת למעשה לדין מעין-קוגנטי, שניתן להתגבר עליו רק באמצעות הסכם מפורש.²⁴⁷ יתרה מזו: הסכמי ממון שנכרתו לאחר חקיקתו של חוק יחסי ממון יהיו בעלי תוקף רק אם אושרו מראש על ידי בית המשפט.²⁴⁸ במונחים השאובים מתחום התאוריה של החקיקה המרשה, ניתן לומר כי המודל של דין דיספוזיטיבי מחקה, שאפיין את המודל ההסכמי, הומר במודל של דין דיספוזיטיבי נורמטיבי.²⁴⁹

(ד) סיכום והבהרות

סיכומם של דברים: בעוד שבחלק הקודם הראיתי כי בשנות ה-70 הונחתה הפסיקה על ידי המודל ההסכמי, בסעיפים האחרונים הצגתי כמה התפתחויות בפסיקה של שנות ה-80, המצביעות על אימוצו של קו שונה, המתאים יותר למודל הנורמטיבי ולבסיסו הליברלי המודרני.

פרשת לידאי, שהתרחשה בשלהי שנות ה-80 ונדרונה בחלק הקודם בכמה הקשרים, עשויה להמחיש את התבססותו של המודל הנורמטיבי בפסיקה הישראלית. מחד גיסא מדובר בפסק דין שבו – ברוח המודל הנורמטיבי – הורחבה חזקת השיתוף בנוגע לתנאי הכניסה לחזקה (הרגשת המאמץ המשותף על חשבון אורח החיים התקין), בהקשתת היכולת לתרוג ממנה (בית המשפט לא הסכים ללמוד מהתנהגות הצדדים על כוונה נוגדת שיתוף), ובהיבטים מסוימים הורחב היקף הנכסים הכלולים בחזקה (הוחלה חזקת השיתוף על הפנסיה של בני הזוג). מאידך גיסא התחזקה ההבחנה בין נכסים מלפני הנישואים לנכסי המאמץ המשותף, שבה תומך המודל הנורמטיבי (כפי שעולה מסוגיית הנכסים המעורבים), ובהקשר זה צומצמה חזקת השיתוף.²⁵⁰

בנקודה זו ברצוני להבהיר שני עניינים:

ראשית, כפי שכבר נרמז בראשית הפרק, אני מודע לכך שבניסיון לחלק את פסיקות בית המשפט בעניין חזקת השיתוף לשני מודלים אינדיבידואליסטיים (ולמודל קהילתני שיוצג בפרק הבא) קיימת רמה גבוהה של הכללה, וכי במקרים רבים נמצא באותה תקופה – ולעתים אפילו באותו פסק דין – עמדות שונות או הדים לכמה מודלים.²⁵¹

עדות על כך כי התפיסה של שיתוף נכסים לא היתה מקובלת בקהילה היהודית דשם. על המגמה בפסיקה להחיל את חזקת השיתוף ללא רגישות לתרבות הספציפית של בני הזוג ראו גם דויטש,

הערה 2 לעיל, בעמ' 639, וכן רוזן-צבי, הערה 2 לעיל, בעמ' 243-244.

247 על דין דיספוזיטיבי הנהפך לדין מעין-קוגנטי ראו במאמרו של זמיר, שהוזכרו הערה 124 לעיל. Korobkin, הערה 120 לעיל.

248 ראו סעיפים 1 ו-2 לחוק יחסי ממון. להגדרת הסכמי ממון ולחקפותם המשפטית ראו ליפשיץ, הערה 57 לעיל, בעמ' 284-286.

249 למושגים הללו ראו בפרק ב. 5 לעיל.

250 על הטענה כי מבחן המאמץ המשותף עשוי להגביל את תחולת חזקת השיתוף עמד גם רוזן-צבי, הערה 2 לעיל, בעמ' 234-235.

251 ראו, למשל, הערה 242 לעיל.

באופן כללי, ברור לי שבכל ניסיון לתיקוף היסטורי (מלשון חלוקה לתקופות) קיים ממד שרירותי;²⁵² עם זאת אני סבור שקיימות בכל זאת מגמות כלליות שחשוב לעמוד עליהן, וששלושת אבות-הטיפוס של חזקת השיתוף המוצגים במחקר (המודלים האינדיבידואליים, ההסכמי והנורמטיבי, שהוצגו בפרק זה, והמודל הקישורי שיוצג בפרק הבא) עשויים לספק נקודת מוצא נוחה להבנה של חזקת השיתוף במשפט הישראלי.

שנית, לפחות חלק מההתפתחויות הכלליות שהוצגו (כגון החלת חזקת השיתוף על נכסים עסקיים ועל קרנות פנסיה) עשויות לשקף קריאה מחודשת של כוונת הצדדים, וככאלה הן עשויות להתיישב אף עם המודל ההסכמי. עם זאת, התפתחויות אחרות – כגון הנכונות להכריז על שיתוף גם בניגוד לאומד הדעת המשוער של הבעלים הרשום – מרמזות על נכונות הפסיקה להשתית את השיתוף על שיקולים נורמטיביים. יתרה מזו: בעוד שקיימים שיקולים נורמטיביים שעשויים להצדיק הסדר של שיתוף המנוגד לאומד הדעת המשוער של אחד הצדדים גם בהתאם להשקפת עולם ליברטריאנית, הסדר של שיתוף המבוסס על ערכים של צדק ושוויון אך מנוגד לאומד הדעת המשוער של שני בני הזוג איננו קביל בהתאם להשקפת עולם זו.²⁵³ על רקע זה אני סבור כי הניתוח שנערך בסעיפים הקודמים, וחשף מקרים שבהם קבעה הפסיקה הסדר שיתוף שאינו משתלב עם אומד דעתם של הצדדים, משקף לא רק את אימוץ המודל הנורמטיבי כמודל מנחה אלא גם את השפעתה של החשיבה הליברלית המודרנית על הפסיקה.

252 ראו לחובסקי, הערה 174 לעיל.

253 שימו לב כי מן הניתוח שנערך במחקר עולה כי לגבי נכסים שהופקו ממאמץ משותף יש להבחין בין שלושה מצבים: במצב הראשון אומד הדעת של שני הצדדים הוא לשיתוף: במצב עניינים כזה, גם חשיבה ליברטריאנית וגם חשיבה ליברלית מודרנית אמורות לתמוך בהסדר של שיתוף. ואכן, לעמדה זו שותפים הן המודל ההסכמי והן המודל הנורמטיבי. במצב שני קיים אומד-דעת מנוגד בין הצדדים: הניתוח שנערך בחלק זה תכהיר כי גם במקרה כזה, חשיבה ליברלית-מודרנית – ואפילו חשיבה ליברטריאנית מתוחכמת – המזכנה לבחון מחדש את הבעלות הקניינית במקרים שבהם הרישום מחעלם מעבודתם של הצדדים ומתרומתם להפקת הנכס, אמורות לתמוך בהסדר של שיתוף. בניגוד לכך, כפי שראינו בפועל, הפסיקה ההסכמית של חזקת השיתוף קובעת במקרה זה הסדר של הפרדה תוך הישענות לא מוצדקת על רטוריקה ליברטריאנית. מקרה זה מוכיח אפוא כי הזיהוי שנערך בשלבים קודמים בין המודל ההסכמי לבין חשיבה ליברטריאנית, ובין המודל הנורמטיבי לבין חשיבה ליברלית מודרנית, אינו מוחלט. במצב השלישי אומד הדעת של שני בני הזוג אינו לשיתוף, אף כי לא נחתם הסכם ממון הקובע הפרדה: במקרה כזה נראה כי חשיבה ליברטריאנית האמונה על חופש החוזים תתמוך בהסדר של הפרדה. בניגוד לכך, חשיבה ליברלית מודרנית עשויה לנצל את העובדה שהצדדים לא התקשרו בהסכם מפורש כדי לקדם ערכים נורמטיביים של צדק ושוויון.

(ה) אחרי המעשים נמשכים הלבבות: השינוי ברטוריקה של חזקת השיתוף

אף על פי שמעשיו של בית המשפט בשנות ה-80 העידו על נטישת הרציונל ההסכמי, הרטוריקה ההסכמית והעיגון החוזי המשיכו ללוות את הפסיקה.²⁵⁴ לפיכך, נוצר פער בין הרטוריקה ההסכמית לבין התוצאות המעשיות של פסקי הדין, שהתיישבו יותר עם המודל הנורמטיבי.²⁵⁵ הפער בין הרטוריקה למעשה הצטמצם בראשית שנות ה-90, כשהרטוריקה ההסכמית המציגה את חזקת השיתוף כמשקפת את רצון הצדדים הומרה ברטוריקה נורמטיבית²⁵⁶ המתארת את חזקת השיתוף "כנובעת מתפיסותינו הבין-אישיות המוסריות והחברתיות",²⁵⁷ "כביטוי למדיניות המשפטית לגבי הרצוי והמקובל",²⁵⁸ ואפילו כמענה לתחושת הצדק של השופטים.²⁵⁹ בהמשך הדגישו בתי המשפט את הערכים של צדק, הגיונות²⁶⁰ ושוויון מהותי²⁶¹ כערכים הנורמטיביים

254 ראו, למשל, ע"א 663/87 נתן נ' גרינר, פ"ד מה(1), 104, 109-110, שם נאמר: "באין כוונה אחרת העולה מאורח חיים זה, קמה חזקה על בני זוג הגרים ביחד ובשלום ובמשך תקופה ארוכה, שהם מתכוונים לשותפות שווה בנכסיהם, הנרכשים במהלך חיי הנישואין". ראו גם את דבריו של השופט גולדברג בע"א 686/85 מערבי נ' מערבי, פ"ד מ(2), 631, 633-634: "שומה על בית-המשפט להורות על שיתוף נכסים רק כאשר ניתן לשער כי לכך נתכוונו הצדדים ולא מטעמי צדק".

255 ראו, למשל, את דברי בית המשפט בע"א מוסטפא, הערה 183 לעיל, שבו – בדוח המודל הנורמטיבי – החיל בית המשפט העליון את חזקת השיתוף גם על בני זוג מוסלמים, הגם שבהתאם לניתוחינו קשה להניח שבנסיבות העניין הנחת השיתוף שיקפה באמת את הסכמת הצדדים. באותו המקרה אמר בית המשפט: "הילכת השיתוף בנכסים מושתתת על קיום הסכם מכלל בין שני אנשים החיים בצוותא, והנובע מאיחוד משאבים ביניהם".

256 ביטוי מעניין לשינוי שחל ברטוריקה של הפסיקה ניתן למצוא בפסקי הדין שעסקו בבני זוג שאינם יהודים. למרות שבכל פסקי הדין הללו הוחלה חזקת השיתוף על בני הזוג, בכל זאת חלה ביניהם התפתחות מעניינת. בע"א ראבי (הערה 246 לעיל, בעמ' 734-735), שנפסק בסוף שנות ה-70, הציג בית המשפט את ההחלה של חזקת השיתוף על בני זוג דרוזים כמבוססת על הרציונל ההסכמי. בית המשפט קבע כי בהיעדר ראיות על קיום מגטלות שונה אצל אותם בני זוג שעניינם נדון – ראוי להחיל עליהם את אותו כלל שמחילים על כל זוג רגיל בישראל. בדומה לכך, גם בע"א מוסטפא (שם) דבק בית המשפט ברטוריקה ההסכמית. בניגוד לכך, בה"פ קורד (הערה 245 לעיל, בעמ' 1532) שנפסקה בתחילת שנות ה-90, דיבר בית המשפט על חזקת השיתוף "כנורמה חברתית רצויה, וזאת, בין היתר, על מנת לקדם את מעמד האשה בחברה הישראלית בכללותה".

257 ראו דברי הנשיא לשעבר שמגר בבג"ץ בבלי, הערה 162 לעיל, בעמ' 256. לאחר שעסק ברציונל החוזי המקובל, תיאר הנשיא שמגר את חזקת השיתוף כנובעת מתפיסותינו הבין-אישיות המוסריות והחברתיות.

258 ראו, למשל, את דברי השופט שמגר בע"א הדרי, הערה 170 לעיל, בעמ' 694, כי חזקת השיתוף אינה מבוססת על כוונה ספציפית של בני הזוג אלא על המדיניות המשפטית לגבי הרצוי והמקובל.

259 ראו, לדוגמה, תמ"ש (ת"א) 37181/97 טי נ' טי (לא פורסם, 26.11.2002), פסקה 8 לפסק הדין: "הילכת השיתוף בנכסים הנקראת גם חזקת השיתוף בנכסים, נועדה לתת מענה לתחושת הצדק של השופטים".

260 ראו, לדוגמה, את דברי השופט שמגר בבג"ץ בבלי, הערה 162 לעיל, בעמ' 255, וכן את דברי השופט ברק שם, בעמ' 229. ראו גם את דברי השופט חשין בע"א הדרי, הערה 170 לעיל, בעמ' 669: "עיקר ימצא לנו, כמדומה, בצורך לנהוג בהגינות, בהוגנות ובצדק בבת-הזוג...".

שעליהם מבוססת חזקת השיתוף.²⁶² על רקע זה לא מפתיע שגם העיגון החוזי של חזקת השיתוף הוקע כפיקציה,²⁶³ ובמקומו הוצעו עיגונים אלטרנטיביים²⁶⁴ כגון עיקרון תום

לרעיון דומה ראו דברי השופט חשין בדנ"א 1558/94 נפסי ג' נפסי, פ"ד נ(3) 573 בפסקה 4; עוד ראו ויסמן, הערה 2 לעיל, בעמ' 180, המציג את "מודל הצדק" כחלופה לתפיסה ההסכמית (עם זאת, בניגוד למחברים האחרים, ויסמן סבר שמודל זה מקובל על מיעוט השופטים ורובם עדיין דבקים במודל ההסכמי).

261 ראו פסק דינו של השופט כרם בבג"ץ בבלי, הערה 162 לעיל, בעמ' 239-243. השופט ברק, המקשר בין חזקת שיתוף לחוק שיווי זכויות האשה, הרגיש שגם כלל משפטי ניטרלי עשוי להיחשב מפלה אם תוצאתו מפלה. לדיון מעמיק במשמעות זו של הלכת בבלי ראו הלפרין-קדרי, הערה 64 לעיל. לרציונל השוויוני כבסיס לחזקת השיתוף ראו גם דברי השופט שמגר בבג"ץ בבלי, שם, בעמ' 255, ודברי השופט חשין בדנ"א נפסי, שם, בעמ' 617 ואילך (בייחוד בעמ' 626). בהערת אגב אציין שהתפתחות זו של דיני המשפחה משתלבת עם פסיקות חדשות נוספות בהקשרים אחרים, שמסתמנת בהן החלפת המודל השוויוני הפורמלי בין גברים לנשים במודל שוויוני מהותי. לתיאור המגמות הללו ולתמיכה בהן ראו פרנסס רדאי, "על העדפה מתקנת", משפט וממשל ג 145 (תשנ"ה); דליה דורנר, "הבחנה משווה ומעמד האשה", עיוני משפט (כ) 541 (תשנ"ו). השוו סטיבן פלאוט, "העדפה מקלקלת", משפט וממשל ג 235 (תשנ"ה). כן ראו סעיף 15 א לחוק שירות המדינה (מינויים), תשי"ט-1959 הקובע ייצוג הולם בקרב העובדים בשירות המדינה, וסעיף 18 א לחוק החברות הממשלתיות, תשל"ה-1975 הקובע ייצוג הולם לשני המינים בהרכב הדירקטוריון של חברה ממשלתית.

262 כך, למשל, בתמ"ש (ת"א) 44321/98 אלקנה ג' אלקנה (לא פורסם, 15.7.2002), בפסקה 11 לפסק הדין. תוך הסכמה עם דיון מוקדם יותר בעניין בהתפתחות חזקת השיתוף שערכתי במקום אחר (ליפשיץ, הערה 1 לעיל, בעמ' 246-252), עמד השופט שוחט על המעבר של חזקת השיתוף ממודל "הסכמי" למודל "נורמטיבי".

263 להתקפה מוחצת על ההסכם מכללא כרציונל של חזקת השיתוף ראו לאחרונה את דבריו של השופט חשין בדנ"א נפסי, שם, בעמ' 617 ואילך. מהלך זה נעשה בשלב מוקדם בהרבה בספרות המקרה. ראו, למשל, רוזן-צבי, הערה 2 לעיל, בעמ' 249-251, המוכיח כי הסקת ההסכם אינה מתיישבת עם דיני החוזים. עם זאת, עיון בביקורתו של רוזן-צבי תלמד כי דיני החוזים שעליהם מתבססת ביקורתו מזכירים את המודלים הקלאסיים של דיני החוזים – מודלים שבמרכזם הסדרים מפורשים ופורמליים, ציפייה לגמירת-דעת קונקרטית, ודרישה קשוחה של מסוימות. בניגוד לכך, מודלים מודרניים יותר של דיני החוזים – ובמיוחד דרכי חשיבה הנכונות להגמיש את הכללים החוזיים המקובלים כשמדובר בחוזי יחס (relational contracts) – עשויים בהחלט לקבל את העיגון החוזי של חזקת השיתוף. בעניינים אלה נעסוק באופן רחב יותר בסעיף ד. 4 (ב) להלן.

264 עם זאת, בחלק המקרים נעשה ניסיון לשלב בין העיגונים החוזיים לבין העיגונים הנורמטיביים. ראו, למשל, את דבריו הבאים של השופט שמגר בבג"ץ בבלי, הערה 162 לעיל, בעמ' 253-254: "חזקת השיתוף, כעיקרון משפטי, צמחה מתוך שילוב של ערך השוויון, כביטוי בתפיסותיו החוקתיות בדרך כלל, ובחוק שיווי זכויות האשה, תשי"א-1951, בפרט, עם עיקריהם של דיני החוזים – ובמיוחד הכללים בדבר היווצרותם של היחסים החוזיים וגיבוש תנאיהם, ודיני היושר נוסח ישראל המבקשים לתת ביטוי קנייני צודק והוגן לזיקת שני בני הזוג לרכוש שנרכש במאמץ משותף של שניהם, כל אחד בתחומו" (ההדגשות הוספו). ראו גם את דברי השופט דורנר בע"א יעקובי, הערה 3 לעיל, בעמ' 609: "בענייננו, קביעת דיני הקניין החלים במערכת היחסים במשפחה צריכה להלוו את האופי המיוחד שלה. רק בדיקה מהותית של מאפייני הקשר, יחד עם תפיסתנו

הלב, ²⁶⁵ דיני היושר, ²⁶⁶ דיני עשיית עושר ולא במשפט, ²⁶⁷ חוק שיווי זכויות האשה ²⁶⁸ ואפילו חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. ²⁶⁹ האופי הנורמטיבי של החזקה הקל על הפסיקה להודות באופייה הכמעט קוגנטי. ²⁷⁰

הנה כי כן, בראשית שנות ה-90 חדרה באיחור-מה אל דיני המשפחה המגמה "האנטי-פורמליסטית", שבמסגרתה בתי המשפט מדגישים את הממד הערכי

הערכית אודות מהות היחסים בין בני-זוג, תוכל להביא לפיתרון צודק, שישקף את כוונותיהם האמיתיות של הצדדים" (ההדגשות הוספו). ראו גם את דבריה של אותה שופטת בע"א דרהם, הערה 206 לעיל, בעמ' 876-877: "ההלכה בדבר קיומה של חזקת שיתוף בנכסים בין בני-זוג התגבשה בפסיקה על סמך המציאות החברתית והכלכלית בימינו ועל סמך תפיסתנו הערכית בדבר מהות היחסים בין בני-זוג כיחסים בין שווים. אמנם, יסודה של החזקה בדיני הקניין והחוזים, והיא מבוססת על העיקרון הכללי של קיום כוונת הצדדים (השופטת דורנר מפנה לסיכום ההלכה בבג"ץ בבלי, ש.ל.). ואולם כוונה זו יש לדלות לאור חובת הצדדים לנהוג בתום-לב ובדרך מקובלת על-פי ערכי היסוד בחברתנו, ובהם עקרון השוויון".

²⁶⁵ ראו, למשל, את דברי השופט ברק בדנ"א נפסי, הערה 260 לעיל, בעמ' 605 ואילך. תפיסה זו דומיננטית מאוד בפסיקתם של בתי המשפט לענייני המשפחה. ראו, למשל, תמ"ש (ת"א) 70030/98 פלוגית נ' פלוגי (לא פורסם, 19.1.2000). שם קבע השופט שוחט (בפסקה 7 לפסק הדין): "זאת ועוד, הילכת השיתוף, כקונסטרוקציה הסכמית המהווה חלק מתחום דיני החוזים, ניתנת לביסוס כיום על עקרון תום הלב הקבוע בס' 39 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973 כמשלים את החסר שבהסכם בין הצדדים, מקום והנחות היסוד הסובייקטיביות של הצדדים אינן מועילות וזאת באמצעות עקרונות יסוד של המשפט הישראלי כמו עקרון השוויון, על מנת להגיע לצדק חברתי". (ההדגשות הוספו)

²⁶⁶ ראו, לדוגמה, דברי השופט שמגר בבג"צ בבלי, הערה 162 לעיל, בעמ' 255. לדעתו, חזקת השיתוף משקפת גם את דיני היושר נוסח ישראל, המבקשים לתת ביטוי קנייני צודק והוגן לזיקה של שני בני הזוג לרכוש שנצבר במאמץ משותף של שניהם, כל אחד בתחומו.

²⁶⁷ ראו, למשל, תמ"ש (ת"א) 65511/96 פלוגית נ' פלוגי (לא פורסם, 25.07.2001) בפסקאות 10 ו-11 לפסק הדין.

²⁶⁸ ראו את פסקי הדין של השופט ברק ושל השופט שמגר בבג"צ בבלי, שנותחו בהערה 261 לעיל.

²⁶⁹ ראו, למשל, בפסק דינו של שוחט בתמ"ש ספיבק, הערה 230 לעיל, בעמ' 167.

²⁷⁰ ראו, למשל, את דברי השופט צבי טל בע"א יעקובי, הערה 3 לעיל, בעמ' 580-578, שהעלה כי חזקת השיתוף מהווה דין כמעט קוגנטי המבוסס על ערכים. כן ראו את דברי השופטת שטרסברג כהן, שם, בעמ' 613. השוו לניסיון של השופטת דורנר באותו פסק דין (בפסקה 3) לעגן את חזקת השיתוף בכוונה הממשית של הצדדים. האופי הקוגנטי של חזקת השיתוף מודגש מאוד בפסיקתם של בתי המשפט לענייני משפחה; ראו, למשל, ת"ע (תל-אביב) 6013/99 עיזבון המנחה בן טובים נ' יסקין (לא פורסם, 30.9.2001) שם קבעה השופטת צילה צפת כי חזקת השיתוף נובעת מתפיסות חברתיות ולכן היא לא תלויה בהסכמת הצדדים. ראו גם את תמ"ש טהר, הערה 245 לעיל, שבה הבהיר השופט שוחט כי לאור התפתחותה של חזקת השיתוף אין זה משנה עוד מה היתה כוונתם של הצדדים. מפורשים עוד יותר הם דבריו של השופט שוחט בתמ"ש 029140/98 שי נ' וינרב (לא פורסם, 24.8.00) לפיו: חזקת השיתוף מהווה: "מעין דין שהוא פרי של חקיקה שיפוטית המוחל על בני זוג בלא קשר לשאלה העובדתית מה היתה כוונתם המוכחת או המשוערת של בני הזוג".

בהכרעותיהם.²⁷¹ מגמה זו ייתרה את הצורך להסתתר מאחורי רטוריקה הסכמית המציגה את תפקיד בית המשפט כתפקיד עובדתי-טכני,²⁷² ובכך נפתחה הדרך לחשיפת הממד הערכי הקיים בחזקת השיתוף הנורמטיבית. כתוצאה מכך נראה היה בתקופה זו כי המהפך הושלם וכי חזקת השיתוף התבססה לחלוטין (קרי: הן ברטוריקה והן במעשה) על הערכים הנורמטיביים של צדק ושוויון; ברם, באופן מפתיע אירעה בשלב זה התפתחות נוספת, המחייבת ניתוח מחודש של הפילוסופיה של חזקת השיתוף. בהתפתחות זו ובמשמעותה יעסוק הפרק הבא.

ד. משותפות מסחרית לקהילה משפחתית: המודל הליברלי-קהילתני של חזקת השיתוף

בניגוד למבנה הדוקטיבי של הפרקים הקודמים, שנפתחו בניתוח אנליטי של רציונלים ומודלים תאורטיים ורק לאחר מכן נבחנה השתקפותם המעשית במשפט הישראלי, פרק זה בנוי במתודה אינדוקטיבית. לפיכך, בפתח הפרק אציג התפתחות חדשה בהקשר של חזקת השיתוף, ולאחר מכן אנסה להבין את הרציונל של התפתחות זו ואת היסודות הערכיים שהיא משקפת. עם זאת, כחלק מההיוון החוזר המתקיים בין התאוריה לפרקטיקה, בסוף הפרק אמליץ על כמה יישומים אפשריים הנובעים מן הבסיס התאורטי שיוצע.

1. השינוי המשפטי: הכללת נכסי עבר בחזקת השיתוף

בפסיקה אחרונה מסתמנת התפתחות חדשה בהקשר של חזקת השיתוף. לפחות מקצת משופטי בית המשפט העליון, ובעקבותיהם מרבית שופטי הערכאות הנמוכות, החלו להכיר גם בנכסים שלא נרכשו במאמץ משותף כגון נכסי עבר או נכסים שהתקבלו במתנה או בירושה ("נכסים פרטיים") כנכסים משותפים.²⁷³ מגמה זו חזקה במיוחד

271 בהקשרים אחרים מקובל לתאר את סוף שנות ה-70 ואת שנות ה-80 כתקופה שבה הומר השיח הפורמליסטי בשיח ערכי. תופעה זו תוארה בהרחבה על ידי מנחם מאוטנר, "ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי", עיוני משפט יז 503 (תשנ"ג).

272 על הניסיון של הפסיקה ההסכמית להציג את חזקת השיתוף כעניין הסכמי עובדתי ראו, למשל, הערה 180 לעיל.

273 ראו ע"א 2280/91 אבולוף נ' אבולוף, פ"ד מז(5) 596 וע"א 2566/93 רון-שמחה נ' רון-שמחה (לא פורסם, 4.4.1995). כן ראו את ע"א עבאדה, הערה 194 לעיל, ע"א הדרי, הערה 170 לעיל, וע"א דרהם, הערה 206 לעיל. עם זאת, התפתחות זו איננה מוסכמת על כל שופטי בית המשפט העליון. ראו, לדוגמה, את המחלוקות בעמדות השופטים, כפי שנגלו בפסקי הדין הדרי ודרהם. המחלוקות הללו קיימות גם בין שופטי הערכאות הנמוכות יותר. השוו, למשל, את המגמה המשתקפת בפסק דינו של השופט פורת בע"א 11/96 (ת"א) המלי נ' המלי (לא פורסם,

במקרים שבהם מדובר בנשואים ארוכי-טווח (במיוחד נישואים ראשונים שבמסגרתם נולדו ילדים משותפים), שאופיינו ביחסים תקינים בין בני הזוג.²⁷⁴ התפתחות זו אינה משתלבת עם המודל הנורמטיבי המסחרי ועם הרציונלים של צדק ושוויון שבבסיסו. ראשית, על פי הגדרתם לא נרכשו הנכסים הללו במאמצם המשותף של הצדדים. שיקולי צדק והגינות שקבעו, כזכור, כי יש לחלק בין הצדדים את שנרכש במאמצם המשותף, אינם מוליכים בהכרח להחלת חוקת השיתוף על נכסים פרטיים.²⁷⁵ שנית, נכסים פרטיים אינם נצברים ברגיל על ידי מגדר מסוים. מכיוון שכך, אי-הכללתם בשיתוף אינה פוגעת בעקרונות של שוויון.²⁷⁶ אם כן – מהו ההיגיון שבהתפתחות זו?

2. הבסיס הרעיוני: הרציונל הקישורי לשיתוף זוגי

נראה, כי ההתפתחות שתוארה בחלק הקודם עשויה לסמן רציונל נוסף לחוקת השיתוף, שבהקשר הזה ברצוני לכנותו רציונל קישורי. בניגוד לרציונלים הליברליים-אינדיבידואליסטיים, שבמרכזם האנלוגיה בין הנשואים לשותפות המסחרית, מדובר ברציונל בעל צביון קהילתני.²⁷⁷ המדגיש את ההבחנה בין הקשר הזוגי לקשר המסחרי. בחלק זה אטען כי על בסיס הרציונל הקישורי התפתח במשפט הישראלי – לצד המודלים האינדיבידואליסטיים – מודל קישורי של שיתוף זוגי, והוא גורם מכריע להכרה בשיתוף בהקשר של נכסי עבר ונכסים פרטיים נוספים. המודל הקישורי לשיתוף זוגי מבוסס על גישה קישורית-התייחסותית כוללת להסדרת היחסים הזוגיים.²⁷⁸

23.10.1996) לצמצם את הכרוסס בהבחנה בין נכסים פרטיים לבין נכסי המאמץ המשותף (השופט פורת הציב בפסק דין את מבחן הזיקה הכלכלית, שלפיו נדרשת זיקה כלכלית בין שני בני הזוג לבין הנכס שביחס אליו נדרשת חוקת השיתוף). לבין הנכונות הרחבה להחיל את חוקת השיתוף על נכסים פרטיים, הקיימת בפסק דינו של השופט שוחט בתמ"ש טהר, הערה 245 לעיל, ועוד יותר בתמ"ש אלקנה, הערה 262 לעיל.

274 ראו, למשל, את הקריטריונים המוצבים בפסקי הדין של השופטים חשין ושמגר בע"א הדרי, שם.
275 השוו לעמדת השופט אלון בע"א ליברמן, הערה 167 לעיל, בעמ' 369. רכוש מלפני הנישואים לא נרכש ממאמץ משותף ולכן אין היגיון להחיל עליו את חוקת השיתוף. ראו גם דברי השופט גולדברג בע"א הדרי, הערה 170 לעיל, בעמ' 698 ואילך. לטעון זה מסכים גם השופט חשין, התומך בהחלטה של חוקת השיתוף על נכסים שנרכשו לפני הנישואים (ראו דברי השופט חשין בפסקה 6 לפסק דינו בעניין הדרי).

276 ראו דברי השופט חשין בע"א הדרי, שם, בפסקה 7.
277 אף שניתן ליישב אותו עם זרמים מסוימים בחשיבה הליברלית המודרנית, כפי שנראה בהמשך פרק זה.

278 הצעתי גישה זו במחקר שעסק בתאוריה האזרחית של דיני הזוגיות. ראו "הסדרה חוזית", הערה 15 לעיל, בעמ' 447-467. כהמשך להצגת הגישה הסברתי כיצד הגישה הקישורית עשויה לבסס דיני זוגיות השונים הן מהדינים המסורתיים והן מהדינים המודרניים בתחום ההסדרה המשפטית של חיי המשפחה, היחס המשפטי לאלומות במשפחה, דיני הגירושין ודיני המזונות. ראו שם,

בשונה מהגישה האינדיבידואליסטית המתייחסת לבני הזוג כיחידים נפרדים, הגישה הקישורית סבורה כי על המשפט להתמודד עם ההשפעה העמוקה, הייחודית ולעתים הכלת-הפיכה של הקשר הזוגי ושל השתייכות משפחתית על עולמם הכלכלי, החברתי והפסיכולוגי של יחידים.²⁷⁹ לפיכך, בניגוד לניסיון של הגישה האינדיבידואליסטית לעצב את היחסים בין בני הזוג באמצעות אנלוגיה לשותפות המסחרית, בבסיס הגישה הקישורית עומדת הטענה בדבר הבדל יסודי בין קשרים מסחריים לקשרים משפחתיים. בהקשר המסחרי נשמרת החשיבה האינדיבידואליסטית אפילו כשמדובר בשותפים, ולכן לשותפים ברורה ההבחנה בין שיקולי רווח והפסד אישיים לבין שיקולים הקשורים בטובת השותפות. בניגוד לכך, בהקשר המשפחתי – ובייחוד כשמדובר בקשר ארוך-טווח – בני הזוג אינם חווים את עצמם רק כפרטים אוטונומיים אלא גם כחלק מיחידה משפחתית.²⁸⁰ לפחות בשלבים מסוימים של חייהם, מתוך תחושת ההשתייכות ליחידה המשפחתית, בני הזוג מאבדים את התפיסה האינדיבידואליסטית הרגילה ומפתחים תחושה שיתופית.²⁸¹ תחושה זו מטשטשת במקרים רבים את ההבחנה בין הטובה

בפרק יג.3) ובפרק יג.8). היבטים מסוימים של חשיבה קישורית על המשפחה ניתן למצוא גם אצל Lee E. Teitelbaum, "Placing the Family in Context," 22 *U.C. Davis L. Rev.* 801 (1989); Lee E. Teitelbaum, "The Family as a System: a Preliminary Sketch," *Utah Martha Minow & Mary L. Shanley, "Relational: J. Rev.* 537, 555 (1996) Rights and Responsibilities: Revisioning the Family in Liberal Political Theory and Law," 11 *Hypatia* 4 (1996).

279 השו. Milton C. Regan, *Family Law and the Pursuit of Intimacy* (1993), המציב את תפיסת הנישואים כסטטוס כתפיסה המדגישה את העובדה שהזהות האישית של בני אדם מעוצבת בהקשר חברתי ומשפחתי ולא כיחידים בודדים ונפרדים. ראו גם Bruce C. Hafen, "The Family as an Entity," 22 *U.C. Davis L. Rev.* 865 (1989), המבחין בין קשרים בין זרים – המתנהלים בדרך כלל בקודים חוזיים (המדגישים אוטונומיה, טווח קצר של יחסים ואגואיזם) – לבין קשרים בין חברי משפחה, שלפחות עד לאחרונה התנהלו בקודים אחרים, שאותם הוא מכנה על סמך הסוציולוג Sorokin כ-Familistic (קשר המדגיש סולידריות ואינטימיות, טווח יחסים כלתי-מוגבל המכוון תחושה של התחברות לאני משותף).

280 השו. Bruce C. Hafen, "Individualism and Autonomy in Family Law: The Waning of Belonging," *BYU L. Rev.* 1 (1991).

281 ראו Milton C. Regan, "Spousal Privilege and the Meaning of Marriage," 81 *Va. L. Rev.* 2045 (1995), המעמת בין שתי דרכים שבאמצעותן הפרט עשוי לתפוס את יחסיו עם משפחתו. על פי עמדה אחת – שאותה מכנה Regan "עמדה פנימית" – בנושאים מסוימים הפרט חווה את עצמו לא רק כישות עצמאית אלא גם כחלק ממסגרת רחבה יותר. כאשר אדם פועל מתוך עמדה כזו, הוא פועל לא רק לטובת עצמו או לטובת פרט אחר אלא לטובת מסגרת כוללת, שהיא מעין עצמי מורחב. בהיבטים מסוימים, השייכות למסגרת היא חזקה עד כדי כך שלא ניתן להתנתק ממנה. בדבריו מתייחס Regan למשפחה כיחידה רחבה (larger relational unit) שבה sometimes persons "act as if the 'his' referred to some entity larger than themselves" (ראו שם, בעמ' 2083). בניגוד לכך, סוג אחר של תפיסה – שאותה מכנה Regan "עמדה חיצונית" – מאפשרת לפרט לראות את עצמו באופן תמידי מחוץ למסגרת ההשתייכות ולשקול את צעדיו

האישית לבין הטובה המשפחתית, והיא מוליכה אנשים לפעול לטובת המשפחה כמכלול גם במחיר של הפסד "איש".²⁸² בכך שונה המשפחה מהשותפות המסחרית, שבה, במרבית המקרים, השותפים יקבלו החלטות מתוך שיקולי רווח והפסד אישיים, כשהדאגה לשותפות נגזרת מן השיקולים הללו.²⁸³

מהגישה הקישורית נגזר מודל נוסף להסדר של שיתוף בין בני זוג – המודל הקישורי. על פי מודל זה, בהתחשב באופי המיוחד של היחסים הזוגיים ובתחושה השיתופית המתפתחת במסגרת הקשר הזוגי, מתגבשת תפיסה רכושית שניתן לכנות אותה: "שלי – שלך, ושליך – שלי". כלל משפטי של הפרדת רכוש, ובמידה רבה גם מערכת אקוויטבלית המחלקת את הרכוש באופן נוקדני בהתאם לתרומה הקונקרטית של בני הזוג, לא משחלבים עם תפיסה כזו ונוגדים את הדרך שבה מרבית הזוגות מנהלים את חייהם המשפחתיים. נוסף על כך, הסדרי רכוש שאינם מחויבים לחלוקה שווה של נכסי המשפחה עלולים לעודד התפתחות של חשיבה אינדיבידואליסטית אגואיסטית במשפחה, ובכך לכרסם באתוס המשפחתי-שיתופי. בניגוד לכך, הסדר של שותפות מתאים לדרך שבה מרבית הזוגות מנהלים את חיים המשפחתיים, והוא גם מסייע לשימור האתוס המשפחתי השיתופי.²⁸⁴

באופן עצמאי. סוג כזה של תפיסה מאפשר התנתקות קלה יותר מקשרים והבחנה טובה יותר בין פעולות למען עצמך לבין פעולות למען האחר (לסוג זה של חשיבה ראו שם, בעמ' 2078-2067). Regan סבור כי בתרבות המערבית, ברוב תחומי החיים העמדה החיצונית היא הדומיננטית, וכי בשנים האחרונות תפיסה זו דומיננטית גם בהקשר המשפחתי. עם זאת, לדידו, לפחות בהקשר המשפחתי יש יתרונות בתפיסה פנימית. מאמרו מסביר כיצד שתי התפיסות משתקפות בוויכוח המתנהל כיום בין משפטים בארצות-הברית ביחס לביטול הדוקטרינה המסורתית שאסרה על בני זוג להעיד זה כנגד זה. לדעת Regan, דוקטרינה זו מסייעת לטפח עמדה פנימית ביחסים משפטיים ולפיכך הוא מסתייג מהמגמה המסתמנת לבטלה.

282 דוגמה מובהקת לכך נמצאת בהחלטה של בן זוג ביתי לוותר על הקריירה האישית למען מה שהוא תופס כרווחת המשפחה.

283 עם זאת, כפי שיוסבר בחלק הבא, גם בשותפויות מסחריות, ובמיוחד בשותפויות המאופיינות ביחסים ארוכי טווח, קיימים בין השותפים רבדים שהם מעבר לרבדים הכלכליים. לפיכך ניתן לטעון שהמודלים האינדיבידואליסטיים-מסחריים שתוארו בפרקים הקודמים אינם מתאימים אפילו לעולם המסחרי. לדעתי, גם מי שסבור כי בהקשר המסחרי השותפים פועלים במרבית המקרים מתוך שיקולים תועלתניים של רווח והפסד, יסכים כי תיאור זה אינו משקף באופן ראוי את היחסים המשפחתיים.

284 הרציונל הקישורי המוצע פה והמודל הקישורי המבוסס עליו משחלבים בטענה שטען דגן, הערה 13 לעיל, בעמ' 240 ואילך, שעל פיה חזקת השיתוף דוחה את מודל המשפחה הפטריארכלית. דגן, שם, הציג מודל חלופי בשם "המשפחה השיתופית" או "המשפחה הרצויה". למרות הסכמתי העקרונית עם הטענה הבסיסית של דגן, גישתי שונה משלו בכמה היבטים שבהם הארכת במקום אחר; ראו ליפשיץ, הערה 1 לעיל, בהערה 393 והטקסט המתייחס אליה. לאחרונה הקדישו דגן ופרנץ מחקר מקיף לפילוסופיה של הסדר השיתוף במשפט האמריקני (ראו הערה 49 לעיל), ובו הציבו תאוריה מרתקת של שיתוף נכסים בין בני זוג, שבמרכזה הרצון לעצב את המשפחה כקהילה שיתופית המשמרת את ההיבטים האינדיבידואליסטיים של חבריה. לתאוריה

מן האמור עד כה ברור כי בדומה לרציונל הנורמטיבי, אף הרציונל הקישורי תומך בהחלת הסדר שיתוף על "נכסי המאמץ המשותף", ומשום כך ברור כי גם על פי מודל זה ההכרה הנרחבת של המשפט הישראלי בשיתוף בהקשר לנכסים הללו היא מוצדקת.²⁸⁵

שונים הדברים ביחס להחלת השיתוף על נכסים שאינם נכסי מאמץ משותף. הרציונל הנורמטיבי נשען על האנלוגיה שבין המשפחה לבין השותפות המסחרית. לפיכך, כפי שכבר הוסבר, הוא אינו מכיר בשיתוף בנכסים שלא נצברו במסגרת השותפות (קרי: נכסים שלא הופקו במאמץ משותף של הצדדים). בניגוד לכך, הרציונל הקישורי וההבחנה בין ההקשר המסחרי לבין ההקשר המשפחתי עשויים להסביר את המגמה המסתמנת להחלת חוקת השיתוף על נכסי העבר ונכסים פרטיים באופן כללי.

בהקשר המסחרי, שבו נשמרת החשיבה האינדיבידואליסטית, לא ניחס לצד כוונה לתרום נכס אישי לקופה המשותפת. בניגוד לכך, בהקשר המשפחתי – ודאי כשמדובר בנישואים ארוכים, שרובם אופיינו ביחסים תקינים – התחושה השיתופית שכינה "שלי – שלך, ושליך – שלי" מטשטשת את ההבחנה בין נכסים פרטיים לנכסים משותפים. מכיוון שכך, חיי משפחה מערבים דינמיקה כלכלית שבמסגרתה בני הזוג ממזגים את הנכסים האישיים לתוך הקופה המשותפת, מסתמכים כלכלית על הנכסים האישיים של בני הזוג ולא רק על הנכסים המשפחתיים, ובמקרים רבים גם תורמים להשכתתם או לתחזוקתם של הנכסים הללו. על רקע זה אני סבור כי מנקודת מבט קישורית, הניסיון של המודל הנורמטיבי לבחון לאחר שנים רבות של נישואים את המקור ההיסטורי של הנכסים השונים איננו הולם את האופי המיוחד של היחסים המשפחתיים. ודאי שרציונל קישורי איננו משתלב עם הדוקטרינות הנורמטיביות המבקשות לעקוב אחר מקורות המימון של נכסים שנרכשו במשך הנישואים (תורת התחלוף החפצי), ולהפריד בין הרכיבים הפרטיים לבין הנכסים המשותפים במקרה של הנכסים המעורבים.²⁸⁶ לאור

של דגן ופרנץ נתייחס בכמה הקשרים במאמר הנוכחי; עם זאת, בהתחשב במורכבותה של התאוריה ובהתמקדותה במשפט האמריקני, אני מקווה להקדיש לה התייחסות מעמיקה יותר במסגרת מחקר נוסף, אשר יעסוק בפילוסופיה של השיתוף במשפט האמריקני, ובמסגרתו אחד כמה הבדלים משמעותיים בין גישתם לגישתי.

285 יתרה מזו: בחלקים הקודמים עמלנו קשות בכדי להסביר מדוע על פי הרציונל הנורמטיבי עדיפה חלוקה שוויונית על הערכה קונקרטיית של תרומתם הממשית של בני הזוג (ראו בפרק ב. 2(ב) לעיל). לעומת זאת, טשטוש ההיבטים האינדיבידואליסטיים של בני הזוג והדגשת ההיבטים השיתופיים-קישוריים של היחסים הזוגיים מבהירים היטב מדוע, על פי מודל זה, חלוקה שוויונית עדיפה על הערכה קונקרטיית של התרומה האינדיבידואליסטית.

286 לטענה כי ציפיות הצדדים לנישואים הן לרמת שיתוף גבוהה יותר מהציפיות של שותפים מסחריים, ולסקירת פסיקה שתמכה, לאור הבדל זה, בהחלה נרחבת של הסדרי שיתוף על נכסים מעורבים, ראו Reynolds, הערה 53 לעיל, בעמ' 328 ואילך. להפעלה חלקית של גישת התחלוף החפצי ולנטייה של בתי משפט מסוימים להחיל על נכסים מעורבים הסדר של שיתוף ראו Oldham, הערה 233 לעיל, בעמ' 247-248. אולדהם ביקר מדיניות זו בעיקר באמצעות הטיעונים הנורמטיביים שעל פיהם אין היגיון להתייחס לנכס שלא הופק ממאמץ משותף כנכס משותף.

זאת נראה לי, כי המגמה המסתמנת בשנים האחרונות בישראל (ובמידה מסוימת גם בארצות-הברית²⁸⁷) להכללתם של נכסים פרטיים בכלל הנכסים המשותפים, עשויה לשקף השפעה של חשיבה קישורית על דיני הרכוש הזוגי הנהוגים.

נראה, כי ברטוריקה של פסקי הדין שעסקו בנושא קיימים רמזים התומכים בטענתי שלפיה המגמה של החלת חזקת השיתוף על הנכסים הפרטיים מבוססת על הגישה הקישורית ליחסים הזוגיים ועל הרציונל הקישורי לשיתוף.

כך, בפרשת הדרי, שבה תמך השופט חשין בטשטוש ההבחנה בין נכסים פרטיים לבין נכסים משפחתיים, הוא עסק גם ביסודות המהותיים של חזקת השיתוף.²⁸⁸ לצד הרציונלים של צדק, הגינות ושוויון תיאר חשין את יסוד הכוונה ואת אמנת החיים יחדיו שכרתו בני הזוג כיניהם (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). בהמשך הדברים²⁸⁹ הבחין השופט חשין בין ההסכם העסקי המסחרי הרגיל להסכם בין בני הזוג. לדיו, התמקדות במאמץ המשותף כמבחן יחיד להחלת חזקת השיתוף מתאימה אמנם לתפיסה המסחרית אך לא ליחסים הזוגיים שהם, לדבריו, מערכת מיוחדת של שניים שהם אחד. התבטאויות קישוריות נמצאות גם בפסיקות נוספות של שופטים שנטו להחיל את חזקת השיתוף על נכסים מלפני הנישואים.²⁹⁰ בניגוד לכך, השופט גולדברג – שהבהיר בפרשת הדרי²⁹¹

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 תעורר בני זוג לנהוג בדרך אגואיסטית שאינה מאפשרת לבני זוגם להשתמש ברכוש המשפחתי. ראו שם, בעמ' 246-247.

287 אחר 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 הנוון הוחזק על ידי הצדדים. באמצעות נוסחה זו מאפשר ה-ALI, במקרים מסוימים, להכיר הכרה מלאה בהסדר של שיתוף. ראו בנושא זה-ALI, הערה 49 לעיל, בסעיף 4.12 ובהערות המחברים על סעיף זה.

288 הערה 170 לעיל, בפסקה 4 לפסק הדין.

289 שם, בפסקה 10 לפסק הדין.

290 ראו, למשל, דברי השופט שמגר בפרשת הדרי, בפסקה 6 לפסק הדין: "חזקת השיתוף היא ביטוי לאורח החיים הבין אישי הנוצר לפי תפיסותינו ביחסים בין בני זוג המקיימים משק בית משותף ומשליבים מאמציהם לכדי מערכת מאוחדת. כאמור, ברבות השנים, נעלמים תחומי ההפרדה, והנכסים – יהא מקורם אשר יהא – הופכים 'לבשר אחד'". (ההדגשות הוספו). כן ראו את דברי השופטת דורנר בע"א דרהם, הערה 206 לעיל, 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". עוד ראו לאחרונה השופט שוחט, תוך התייחסות למינוח הרציונל הקישורי ותוך הפניה לכתיבתי המוקדמת בעניין, בתמ"ש אלקנה, הערה 262 לעיל, בפסקה 11 לפסק הדין.

291 הערה 170 לעיל, בפסקאות 1-4 לפסק הדין.

ובפרשת נפיש²⁹² כי חזקת השיתוף מבוססת על תפיסות נורמטיבות של צדק ושוויון – הולך בפרשת הדרי את הקו המבקש לשמר את ההבחנה בין נכסים פרטיים לנכסי המאמץ המשותף.

3. היסודות הערכיים המטא-משפטיים: הבסיס הקהילתני של המודל הקישורי

בפרקים הקודמים עמדנו על הבסיס הרעיוני הליברלי של המודלים האינדיבידואליסטיים לשיתוף. בחלק זה ברצוני לבחון את הבסיס הערכי המטא-משפטי של המודל הקישורי.

בבסיסה של הגישה הקישורית ליחסים הזוגיים ושל הרציונל הקישורי לחזקת השיתוף מצויה הביקורת על הגישות האינדיבידואליסטיות לשיתוף, המציירת את בני הזוג כיחידים נפרדים ואת הקשר הזוגי כקשר חוזי מסחרי. אני סבור כי הביקורת של הגישה הקישורית בנושאים הללו מתחברת לביקורת רחבה יותר על האינדיבידואליזם הליברלי, המוצגת בעשורים האחרונים בהקשרים נוספים. אסביר.

בשיח המשפטי, הפוליטי והמוסרי התפתחה במחצית השנייה של המאה ה-20 צורת חשיבה שמקובל לכנותה קהילתנית²⁹³ (communitarianism). בדומה לליברליזם, גם החשיבה הקהילתנית אינה עשויה מקשה אחת, וניתן לאפיין בה קולות ורבדים שונים. עם זאת, למרות הבדלים פנימיים בין הוגים קהילתניים שונים, בכל זאת ניתן לדבר על

292 הערה 261 לעיל, בפסקאות 16 ו-17 לפסק הדין.

293 בהיבטים מסוימים, שורשי הפילוסופיים של זרם החשיבה הקהילתני מצויים כבר בכתיבתם של אריסטו והגל; ראו Charles Taylor, *Hegel and Modern Society* (1979). כן ראו Kymlicka, הערה 80 לעיל, בעמ' 210-207. עם זאת, זרם זה מזוהה בעיקר עם כתיבתם של הוגים פילוסופיים וחוקרי חברה מרכזיים בני זמננו כגון צ'רלס טילור; ראו בעיקר Charles Taylor, "Atomism," in *Communitarianism and Individualism* 29 (Shlomo Avineri & Avner de-Shalit eds., 1992), (להלן: "Atomism"); Charles Taylor, "Cross-Purposes: The Liberal-Communitarian Debate," in *Liberalism and the Moral Life* 82 (Nancy L. Rosenblum ed., 1989). מיכאל סנדל, ראו בעיקר Sandel, הערה 80 לעיל. אלכסנדר מקינטיר, ראו בעיקר Alasdair C. MacIntyre, *After Virtue: A Study in Moral Theory* (2d ed., 1984). אמיתי עציני, ראו Amitai Etzioni, *The Spirit of Community: Rights, Responsibilities and the Communitarian Agenda* (1993), ובהקשרים מסוימים גם מייקל וולצר, ראו Michael Walzer, *Spheres of Justice: A Defense of Pluralism and Equality* (1983) (שבהקשרים רבים ניתן לסווג אותו גם כליברל); ורוברטו אונגר, ראו Roberto M. Unger, *Knowledge and Politics* (1975) (הקרוב בהקשרים אחרים ל-critical legal studies). עמדות קהילתניות נוספות (וביקורות על העמדות הללו) ניתן למצוא באסופות המאמרים הבאים: *Communitarianism and Individualism* (Shlomo Avineri & Avner de-Shalit eds., 1992); *Liberalism and its Critics* (Michael J. Sandel ed., 1984); *The Communitarian Challenge to Liberalism* (Ellen F. Paul, Fred D. Miller & Jeffrey Paul, eds., 1996).

כמה מאפיינים משותפים לחשיבה הקהילתנית,²⁹⁴ ואחד מהם הוא ההתנגדות לאינדיבידואליזם הליברלי. ההוגים הקהילתניים מפרשים את האינדיבידואליזם הליברלי כמשקף תפיסה הרואה בכל אדם יצור עצמאי, אוטונומי, נפרד ובלתי-תלוי באחר.²⁹⁵ בניגוד גמור לתפיסה זו, על פי הקהילתניים, אין כל משמעות להתייחסות לאדם כיצור אוטונומי ונפרד; להפך: לדעתם האדם הוא יצור חברתי המצוי החל בלידתו באינטראקציות חברתיות, ובהקשרים רבים הוא כפוף להשתייכותו המשפחתית והקהילתית. ברובד הפסיכולוגי, המשמעות העמוקה של היות האדם "יצור חברתי" היא שקשה – ולמעשה בלתי-אפשרי – להתייחס למושג ה-"עצמי" (self) או לאישיות כמנותקים מהקשרים חברתיים. על פי תפיסה זו, ההקשרים החברתיים מכוננים את העצמי ואת הזהות האישית ולא רק משפיעים עליהם מבחוץ.²⁹⁶ על רקע הטענות הללו דרשו הקהילתנים לבסס את ההסדרה המשפטית של היחסים בין בני האדם על אתיקה המתחשבת לא רק בזכויות של פרטים ובהתקשרויות חוזיות ביניהם, אלא גם בקשרים המיוחדים הקיימים בין בני אדם, בהשתייכות הקהילתית, במוסדות החברתיים הקיימים ובנורמות התברתיות והתרבותיות המקובלות.²⁹⁷

294 לניסיונות לאפיין את התמות הקהילתניות הבסיסיות, המשולב בדיון בהן, ראו Kymlicka, שם, בפרק 6; Amy Gutman, "Communitarian Critics of Liberalism," 14 *Phil. & Pub. Aff.* (1985); Michael Walzer, "The Communitarian Critique of Liberalism," 18 *Pol. Theory* 6 (1990); Daniel A. Bell, *Communitarianism and its Critics* (1993); Stephen Mulhall & Adam Swift, *Liberals and Communitarians* (1996). לסקירה בעברית של עקרונות החשיבה הקהילתנית ראו יובל לבנת, "פרט וקהילה: ביקורת קומוניטריאנית על בג"ץ 205/94 נוף ג' משרד הביטחון", משפטים לא 219 (תש"ס); כן ראו במחקר "הסדרה חוזית", הערה 15 לעיל, פרק יב.א).

295 ראו, באופן חד וברור, Atomism, הערה 293 לעיל.

296 ראו, למשל, Charles Taylor, *Sources of the Self: The Making of Modern Identity* (1989). ראו גם Kymlicka, הערה 80 לעיל, בעמ' 221-228. בשפה הפילוסופית מקובל להתייחס לתיאור זה של העצמי כ-"embedded or situated self". הקהילתניים מתייחסים לתפיסה הליברלית האלטרנטיבית, לפיה יש קיום ל-"עצמי" או לאישיות במנותק מהקשרים חברתיים (unencumbered self), כתפיסה שנגזרת ממנה תפיסת "עצמי" מרוקנת מכל תוכן. ראו על כך, בין היתר, בכתיבתם של טילור ומקנטייר. כן ראו Michael Sandel, "The Procedural Republic and the Unencumbered Self," 12 *Pol. Theory* 81 (1984). מההבדלים בתפיסת האדם בין הגישות נגזרים גם הבדלים בתפיסת החברה: בחשיבה הליברלית, כפי שהיא מובנת על ידי הקהילתניים, החברה נתפסת כאוסף של פרטים שניתן להתייחס אליהם כאטומים בדידים. מכיוון שכך, לחברה ולקהילה ככזו אין מעמד מוסרי עצמאי. בניגוד לכך, לפי הקהילתניים, החברה או הקהילה נתפסת כמארג של פרטים הקשורים זה בזה ומכוננים שלם שהוא מעבר לחלקיו. דומה כי סנדל ביטא ביקורת זו באופן החריף ביותר בכתיבתו המוקדמת. ראו Sandel, הערה 80 לעיל, בעמ' 147-164.

297 ראו בעניינים הללו במחקרי "הסדרה חוזית", הערה 15 לעיל, פרק יב.א) ובמקורות הרכיב המאזכרים שם.

קשה להתעלם מן הדמיון בין הביקורות הקהילתניות הכלליות על האינדיבידואליזם הליברלי לבין הביקורת של הגישה הקישורית ושל המודל הקישורי על המודלים האינדיבידואליסטיים לשיתוף, ועל התפיסה הרזה של הקשרים שבין בני האדם שהם משקפים. על רקע זה נראה כי הבסיס הרעיוני המטא-המשפטי של הגישות הקישוריות עשוי להמצא בחשיבה הקהילתנית.

יתרה מזו: אני סבור כי הביקורת על האינדיבידואליזם הליברלי מתחדדת מאוד בהקשר המשפחתי. אכן, הקשרים הכלכליים והרגשיים העמוקים הקיימים בין חברי המשפחה הופכים את ההתייחסות לבני אדם כאטומים נפרדים – שהקשרים שלהם מבוססים על התקשרויות חוזיות-מסחריות זמניות – לבעייתית במיוחד. משום כך נדמה לי שדווקא בהקשר המשפחתי יש מקום לעיצוב קו מחשבה אלטרנטיבי לקו הליברלי-אינדיבידואלי, שידגיש את ההיבטים הקישוריים בחיי המשפחה.

4. המודל הקישורי כשילוב ליברלי-קהילתני

הניתוח שנערך בחלק הקודם הבהיר כי הבסיס הרעיוני של המודל הקישורי נמצא בזרמי חשיבה קהילתניים. בהתחשב במתח הקיים בין החשיבה הקהילתנית לבין החשיבה הליברלית, נראה כי תמיכה במודל הקישורי אינה משתלבת עם עקרונות חשיבה ליברליים. בניגוד לקו חשיבה זה, ברצוני להציג בחלק זה צורת חשיבה אחרת, המבקשת לטעון כי המודל הקישורי עשוי לייצג שילוב ליברלי (וייתכן שאף ליברטריאני)-קהילתני. לצורך זאת אציג כמה שילובים ליברליים-קהילתניים הקיימים בשיח הפוליטי-משפטי המודרני, ואציע דרכים ליישומם בהקשר של יחסי הרכוש בין בני הזוג.

(א) רקע: חוזה היחס כמגשר בין ליברליזם לקהילתנות

לפחות בראשיתה, נתפסה החשיבה הקהילתנית כביקורת ואפילו כאיום על היסודות הליברליים. בניגוד לגישה המעמתת בין ליברליזם לקהילתנות, בשנים האחרונות מתפתחת מגמה שבמסגרתה הוגים ליברליים רואים בקהילתנות – במיוחד בגרסאות הרכות שלה²⁹⁸ – תוספת שאפשר וראוי לשלב ברשת החשיבה הליברלית.

298 בביטוי "קהילתניות רכה" כוונתי לעמדות קהילתניות המתנגדות לרצון השמרני לחידוש גורף של דפוסי חיים ישנים, ומקבלות עקרונית את היסודות הליברליים אך מבקשות לצרף עליהם רבדים קהילתניים. להבחנה בין "קהילתנות רכה" ל"קהילתנות נוקשה" ראו גם Barbara B. Woodhouse, "It all Depends on What You Mean by Home": Toward A Communitarian Theory of 'Nontraditional Family,' 1996 Utah L. Rev. 569. ההוגים הקהילתניים שהוזכרו בהערות הקודמות, דומה כי וולצר, עציוני וסנדל בכתביהו המאוחרת מייצגים חשיבה קהילתנית רכה שניתן לשלב את רובה בתוך רשת חשיבה ליברלית.

אחת הדרכים שהוגים ליברליים מאמצים באמצעותן תובנות קהילתניות קשורה בהבחנה בין היסודות הפילוסופיים הליברליים לבין הדרך שבה מערכות משפט בארצות ליברליות פועלות באופן מעשי. לטעמם, הביקורות הקהילתניות על ההתייחסות הליברלית לבני אדם כאטומים נפרדים, ועל ההתעלמות ממשמעותם של קשרים חברתיים, קהילות, ערכים חברתיים ותרבות, הן מוצדקות ואף חושפות מקרים שבהם מערכות משפט ליברליות התבססו על ניתוחים פסיכולוגיים וסוציולוגיים בעייתיים. מכיוון שכך, הוגים אלה נכונים להציע תיקונים משפטיים שיתחשבו בניתוחים הקהילתניים בעניינים אלו. עם זאת, אימוץ הטענות הקהילתניות במישור הפסיכולוגי והסוציולוגי איננו מחייב דחייה של ההנחות הפילוסופיות-מוסריות של החשיבה הליברלית, שלפיה יש לאפשר לאדם – למרות הקושי הפסיכולוגי-סוציולוגי שבכך – לבחון מחדש את קשריו החברתיים, את ערכיו, את קהילתו ואת תרבותו, ומשום כך אין לכפות על אדם ערכים וקשרים אלו בניגוד לרצונו.²⁹⁹

ברור זו מסתמן לאחרונה שילוב מרתק בין ליברליזם ואפילו ליברטריאניזם לבין תובנות קהילתניות בתחום דיני החוזים. הרקע לשינוי הוא תאוריה חוזית, המזוהה יותר מכל עם איאן מקניל (Ian Macneil) ועם ההבחנה שהוא טבע בין חוזה העסקה הברידה (discrete transactional contract) לבין חוזה היחס (relational contract). (להלן: "התיאוריה של חוזה היחס").³⁰⁰ מדובר בתאוריה בעלת השפעה הולכת וגדלה על חקר

299 בנושאים הללו ראו Kymlicka, הערה 80 לעיל. על בסיס הטענות הללו ביקש קימליקה לבסס עיגון ליברלי לדרישות הקהילתיות להכרה בזכויות של קהילות ושל תרבויות מיעוט. ראו Will Kymlicka, *Liberalism, Community and Culture* (1989), ובגרסה מגובשת יותר: Will Kymlicka, *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights* (1995). ראו בנושא זה גם במחקר "הסדרה חוזית", הערה 15 לעיל, פרק יב(3). בנושא זה קיימת ספרות ענפה המיישמת את התובנות העקרוניות למשפט הישראלי. לסקירת ספרות זו ראו שם, בהערת שוליים 156.

300 ראו בנושא זה את המאמרים המכוננים של מקניל: Ian R. Macneil, "The Many Futures of Contracts," 47 *S. Cal. L. Rev.* 691 (1974) וכן "Contracts: Adjustment of Long-Term Economic Relations Under Classical, Neoclassical and Relational Contract Law," 72 *Nw. U. L. Rev.* 854 (1978) והשוו לגישתם של Charles J. Goetz & Robert E. Scott, "Principles of Relational Contracts," 67 *Va. L. Rev.* 1089 (1981). עוד ראו החוברת Symposium: Law, Private Governance and Continuing Relationships *Wis. L. Rev.* 461-613 (1985) ולאחרונה: Relational Contract Theory: Unanswered Questions: A Symposium in Honor of Ian R. Macneil 94 *Nw. U. L. Rev.* 737-962 (2000). בעברית עסק בנושא זה לראשונה באופן נרחב איל זמיר בספרו על חוזה הקבלנות איל זמיר, חוק חוזה קבלנות, תשל"ד-1974, 434-391. ראו גם פורת, הערה 99 לעיל, בעמ' 77-82, ו"הסדרה חוזית", הערה 15 לעיל, בעמ' 484-479. חשוב לציין, כי לצד התומכים בהסדרה מיוחדת של חוזה היחס, יש הסבורים כי הכלים הקיימים בדיני החוזים המודרניים מיתרים את הצורך בהסדרה מיוחדת של חוזה היחס. ראו, למשל, Melvin A. Eisenberg, "Why There is No Law of Relational Contracts," 94 *Nw. U. L. Rev.* 805 (2000). נוסף על כך, יש הסבורים כי ראוי להותיר את ההיבטים הקישוריים של יחסי הצדדים במישור הלא משפטי ולמקד את ההסדרה

דיני החוזים³⁰¹ ולעתים גם על דיני החוזים עצמם.³⁰²

במוקד התאוריה עומדת ההבחנה בין חוזה עסקה לבין חוזה יחס: חוזה עסקה מאופיין בכך שהוא מסדיר עסקה יחידה בין שני צדדים זרים שאין להם עבר של עסקאות, אין להם ציפיות לעסקאות עתידיות, הקשר ביניהם הוא חד-פעמי, חד-ממדי וממוקד בעסקה הקונקרטית וביכולת להפיק ממנה רווח (הדוגמה של מקנל לעסקה כזו היא מילוי דלק בתחנה מזדמנת אקראית). בניגוד לכך, חוזה יחס מאופיין בכך שמדובר בצדדים שיש להם יחסים אישיים ממושכים הכוללים היסטוריה של עסקאות קודמות וציפיות כלפי העתיד, אינטרסים משותפים ואפילו תלות הדדית. העניין שיש לצדדים בחוזה היחס אינו ממוקד רק באפשרות להרוויח בעסקה ספציפית, אלא מתחשב גם בהמשך הקשר ביניהם, בשמם בקהילה העסקית, בערכים המשותפים להם, בקשרים חברתיים ורגשיים, ולעתים גם במוטיבציות אלטרואיסטיות. על פי התאוריה של חוזה היחס, ככל שחוזה קרוב יותר במאפייניו לחוזה היחס, כך היחס המשפטי אליו חייב להתבסס פחות על הסדרים מפורשים ועל הקוונה הראשונית של הצדדים ויותר על התנהגותם של הצדדים, על הבנות לא פורמליות שהתגבשו במהלך הקשר,³⁰³ על שינויי נסיבות שאירעו במהלך הזמן,³⁰⁴ על ציפייה להתנהגות שיתופית ואפילו אלטרואיסטית,³⁰⁵ על נורמות מסחריות מקובלות, על התרבות שבה הצדדים פועלים

המשפטית בעקרונות מוגדרים יותר. ראו, למשל, את העמדות המובאות אצל זמיר, שם, בעמ' 393-

394; ראו גם Robert E. Scott, "The Case for Formalism in Relational Contract," 94

Nw. U. L. Rev. 847 (2000), התומך בהסדרת חוזה היחס בהתאם לכללים משפטיים פורמליים.

301 ראו William C. Whitford, "Ian Macneil's Contribution To Contracts Scholarship,"

Wis. L. Rev. 545 (1985) וכן Ian R. Macneil, "Relational Contract Theory: Challenges

and Queries," 94 *Nw. U. L. Rev.* 877 (2000).

302 בארצות-הברית ראו, למשל, *Aluminum Co. of America v. Essex Group Inc.*, 499 F. Supp.

(Wd Pa. 1980) 53. בישראל אומץ הרעיון של חוזה יחס במפורש ברע"א 1185/97 יורשי ומנהלי

עירבון המנוחה מילגרם נ' מרכז משען, פ"ד נב(4) 145. נוסף על כך היו פסקי דין שבהם פעל בית

המשפט ברוח התאוריה של חוזה היחס מבלי לומר זאת במפורש. ראו, למשל, רע"א 6072/98

שדמון נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(1) 519, שם התייחס בית המשפט לאומדן הדעת הדינמי של

הצדדים ברוח התאוריה של חוזה היחס. כן ראו את פסקי הדין הישראליים שעסקו במערכת

היחסים שבין יצרן למפיץ, והחילו עליהם מחויבויות הנובעות מההקשר הייחודי של מערכת

יחסים זו. לפסקי הדין הללו ראו בהערות השוליים למחקר "הסדרה חוזית", הערה 15 לעיל,

פרק יב.4.א). אימוץ מסוים של העקרונות המשפטיים העוסקים בחוזה היחס מתקיים גם בהקשר

של פסקי הדין העוסקים בשערוך חודים בשל אינפלציה. להתייחסות מסוימת לפסקי הדין הללו

ברוח זו ראו לאחרונה משה גלברד, הפרה צפויה 185-182 (חיבור לשם קבלת התואר "דוקטור

לפילוסופיה", אוניברסיטת בר אילן, תשס"א).

303 ראו בעיקר אצל מקנל, הערה 300 לעיל.

304 מקנל, שם, וכן Robert A. Hillman, "Court Adjustment of Long-Term Contracts: An

Analysis under Modern Contract Law," *Duke L.J.* 1 (1987).

305 ראו Ian R. Macneil, "Exchange Revisited: Individual Utility and Social Solidarity,"

Ethics 567 (1986) 96. ראו גם Robert W. Gordon, "Macaulay, Macneil, and the

ועל מערכת הערכים של הקהילה בכללותה.³⁰⁶ על רקע זה ביקר מקגיל את דיני החוזים הקלאסיים – בגין התמקדותם בלשון המפורשת והפורמלית של החוזה, ואת דיני החוזים המודרניים – על כך שלמרות שינויים מסוימים שנערכו בהם הם בכל זאת דבקים ברטוריקה הרואה בהסכמת הצדדים את מוקד החוזה.

במובנים רבים, הביקורות של התאוריה בדבר חוזה היחס על המודל החוזי הקלאסי מהוות מקרה פרטי של ביקורות קהילתניות על הליברליזם ובמיוחד על הליברליזם המסורתי.³⁰⁷ למרות עניין זה, תאורטיקן של דיני החוזים וליברטריאן בשם רנדי ברנט (Randy E. Barnett) סבר שניתן לשלב את תאוריית "חוזה היחס" הקהילתנית ברשת החזית הליברלית ואפילו בזו הליברטריאנית. על פי ברנט, החשיבה הליברלית המסורתית, שבמרכזה זכויות קניין והתנגדות לכפיית ערכים על פרטים, מחייבת שדיני החוזים יבוססו על הסכמת הצדדים;³⁰⁸ ברם, לדעתו, שום דבר בחשיבה הליברלית איננו מחייב כי ההסכמה החוזית תכלול רק התחייבויות מפורשות המנוסחות באופן פורמלי בדרך שמתווים דיני החוזים הקלאסיים. מכיוון שכך ניתן, לדיו, להתייחס לתובנות של מקגיל וממשיכיו כביקורת פסיכולוגית וסוציולוגית על דיני החוזים הקלאסיים ועל ההבנה הרדודה שלהם את היחסים בין בני האדם. ביקורת זו עוסקת בכך שדיני החוזים הקלאסיים לא הבינו שההסכמה וההבנה בין הצדדים לחוזה כוללת לא רק את ההוראות המפורשות של החוזה אלא גם תרבות, ערכים וציפיות להתנהגות שיתופית ואלטרואיסטית. ברם, ביקורת זו איננה מאתגרת את עצם הדרישה הליברלית שהיחסים בין בני האדם יושתתו על ההסכמות שביניהם. לפיכך, ככל שהתאוריה של חוזה היחס עוסקת בעניינים תרבותיים ובערכים חברתיים שהופנמו על ידי הצדדים, היא עשויה להשתלב עם תאוריה ליברלית של דיני החוזים. עם זאת, על פי ברנט, בשל התבססותה על הסכמת הצדדים, חשיבה ליברלית לא תוכל לכלול בדיני החוזים תרבות קהילתית או נורמות חיצוניות כפזיות שאינן חלק מההבנה של הצדדים.³⁰⁹

וכן, "Discovery of Solidarity and Power In Contract Law," *Wis. L. Rev.* 565 (1985)
Douglas G. Baird, "Self Interest and Cooperation in Long-Term Contracts," 19 *J.L. Studies* 583 (1990); Robert E. Scott, "Conflict and Cooperation in Long-Term Contracts," 75 *Cal L. Rev.* 2005 (1987)

306 ראו Macneil, שם, וכן 78 "Values in Contract: Internal and External," *Nw. U. L. Rev.* 340 (1983)

307 עניין זה מודגש בעיקר בספרו של מקגיל *The New Social Contract: An Inquiry into Modern Contractual Relations* (1980) ראו גם Ian R. Macneil, "Bureaucracy, Liberalism, and Community – American Style," 79 *Nw. U. L. Rev.* 900 (1984)

308 Barnett, הערה 82 לעיל.

309 Barnett, הערה 86 לעיל.

(ב) השיתוף בין בני הזוג כביטוי לחוזה יחס ליברלי-קהילתני

במובנים רבים, היחסים הזוגיים הם מקרה מובהק של חוזה יחס:³¹⁰ ראשית, מדובר במערכת יחסים ממושכת ודינמית לטווח זמן בלתי-מוגבל, המורכבת מכמה רבדים, והרובד הכלכלי אינו המרכזי שביניהם. נוסף על כך, היחסים הזוגיים מאופיינים ביחסי שיתוף, בתלות כלכלית ובמוטיבציות אלטרואיסטיות. לפחות במקרים של בני זוג נשואים, מערכת היחסים הזוגית כוללת במפורש ובמשמע גם ערכים חברתיים והבנות תרבותיות.

על כן, לטעמי, גישתו של ברנט לחוזה היחס פותחת פתח לשילוב ליברלי-קהילתני גם בתחום היחסים הזוגיים, ומשום כך היא עשויה להוסיף נדבך חשוב למודל הקישורי של השיתוף הזוגי.

ברומה למודל ההסכמי, בסיס השיתוף יהיה בהסכם בין הצדדים. עם זאת, אין מדובר בחשיבה ההסכמית הרגילה, המבוססת על עסקאות פורמליות או לפחות מודעות, אלא על תפיסה גמישה בהרבה, המכירה בכך שבהקשר המשפחתי החלטות רבות מתקבלות באופן נסיבתי במהלך הדברים, ללא דיון, משא ומתן או מודעות ברורה לתכנים של ההחלטות. נוסף על כך, קביעת תוכן ההסכם יחייב רגישות גבוהה לדינמיקה המיוחדת של היחסים הזוגיים ולשוני בינה לבין הדינמיקה העסקית הטיפוסית. מכיוון שכך, יהיה צורך להתחשב לא רק בהיבטים הכלכליים של היחסים, אלא גם ברבדים האישיים הקיימים בקשר הזוגי וכן באותה תודעה קישורית-שיתופית המתפתחת בהקשר המשפחתי ומטשטשת את התודעה האינדיבידואלית עד שהאדם תופס את עצמו כחלק מיחידה רחבה יותר (המשפחה). נדמה לי שהמהלכים הללו, כמכלול, מוליכים לכך שלמרות הבסיס ההסכמי, הסדר השיתוף שיקבע המודל הקישורי יהיה הסדר שיתוף נרחב בהרבה מההסדר המצומצם שנהג בזמן שהמודל ההסכמי-המסחרי היה הדומיננטי.

זאת ועוד: המודל ההסכמי מבוסס על הנחה שלפיה ניתן להבחין באופן ברור בין המציאות הסוציולוגית (קרי: ההבנות של בני הזוג על משמעות הנישואים) לבין המציאות המשפטית (קרי: דיני הנישואים). לפיכך, המודל מבקש לעצב כללים משפטיים שישקפו את העדפותיהם הממשיות של בני הזוג, הנובעות מהבנתם העצמאית את משמעות הנישואים, והוא מתנגד לכללים שינסו לכפות על בני הזוג

310 בכתבתו המוקדמת (בעיקר במאמר מ-1974), הערה 300 לעיל, הציג מקנל את חוזה הנישואים כמקרה מובהק של חוזה יחס. עם זאת, מרבית הכתיבה על חוזה היחס התמקדה במערכות יחסים מסחריות, וההיבט היחסי שבחוזה הנישואים נטש. ההצעה לבסס את הסדרת דיני המשפחה על תפיסת הנישואים כחוזה יחס הוצעה במחקר "הסדרה חוזית", הערה 15 לעיל, פרק יג.6.א). התייחסות לנישואים כחוזה יחס מופיעה גם אצל Elizabeth S. Scott & Robert E. Scott, "Marriage as Relational Contract," 84 Va. L. Rev. 1225 (1998). עור ראו, לאחרונה, Robert Leckey, "Relational Contract and Other Models of Marriage," 40 Osgoode Hall L.J. 1 (2002).

ערכים חיצוניים. ברם, ההבחנה בין כללים משפטיים לערכים החברתיים ואפילו לתודעות האישיות היא לעתים מלאכותית, שכן כללים משפטיים הם בעלי כוח מכונן המשפיע ומעצב את המציאות החברתית, את משמעותם של מושגים חברתיים ואת תודעותיהם של בני אדם.³¹¹ מכאן, שהניסיון לעצב מערכת משפט "פסיבית" ו-"ניטרלית", שתתחקה אחר כוונתם של צדדים אופייניים בחברה, מתעלם מכך שכוונת הצדדים עצמה היא לעתים תוצר של הבניות חברתיות ומשפטיות קודמות. מכיוון שכך – לפחות בעיניי – גם תאוריה ליברלית של חוזה יחס חייבת להכיר בכך שאין מנוס מעיצוב מערכת משפטית שתיקח על עצמה לא רק את משימת שיקופם של ערכים קיימים אלא גם את האחריות לכינונם של ערכים כאלה.³¹² בהקשר הזוגי, משמעותה של גישה זו היא שעיצוב השיתוף כברירת מחדל על פי המודל הקישורי יעשה מתוך ניסיון ליצור סביבת עבודה משפטית שתתרום לפיתוחה של תחושה שיתופית-קישורית במשפחה.³¹³ עם זאת, גם אם על פי המודל הקישורי עיצובה הראשוני של ברירת המחדל השיתופית מבוסס על תפיסת עולם ערכית בדבר הדרך הראויה לנהל את החיים המשפחתיים, הבסיס הליברלי-החוזי של המודל עדיין אינו מאפשר להפעיל ברירת מחדל זו בניגוד ברור לאורח חייהם ולכוונתם של הצדדים הספציפיים. להסבר עניין זה ולניתוח משמעותיותו יוקדש הסעיף הבא.

(ג) המודל הקישורי וכוונת הצדדים

לכאורה, ההכרה בתפקיד המעצב והמחנך של השיתוף הזוגי על פי המודל הקישורי מרוקנת מתוכן מעשי את הבסיס הליברלי החוזי של מודל זה. ברם, לטעמי, עיגון הרציונל הקישורי ברשת חשיבה ליברלית-קהילתית ובתאוריה של חוזה היחס אינו רק עניין תאורטי. העיגון הליברלי-קהילתי והבסיס החוזי של הרציונל הקישורי מבהירים כי רציונל זה מבוסס על כוונת הצדדים, שמשולבת בה תפיסה נורמטיבית תרבותית של בית המשפט ביחס לדרך הראויה להתנהג בהקשר המשפחתי. לכן, גם אם המודל הקישורי סבור כי אורח חיים שיתופי הוא ראוי, וגם אם גישה זו תומכת בעיצוב ברירת מחדל של

311 על היבט זה של המודל ההסכמי עמדנו בהרחבה בפרק ב לעיל.

312 נדמה לי שבנושא זה העמדה המוצגת במאמר חורגת מעמדתו של ברנט. כפי שהסברתי בטקסט המתייחס להערה 308 לעיל ברנט גורס כי חשיבה ליברלית, בשל התבססותה על הסכמת הצדדים, לא תוכל להכליל בתוך דיני החוזים תרבות קהילתית או נורמות חיצוניות שאינן חלק מן ההבנה של הצדדים. עם זאת, אני סבור שקיימות עמדות ליברליות אחרות, ובמיוחד עמדות המשתייכות לזרם חשיבה המכונה ליברליזם פרפקציוניסטי (perfectionism), שעל פיהן מרינה ליברלית רשאית – ולעתים אף מחויבת – לעודד צורות חיים מסוימות. על הוויכוח בין הליברליזם הפוליטי לבין הליברליזם הפרפקציוניסטי ראו Stephen A. Gardbaum, "Why the Liberal State Can Promote Moral Ideals after All," 104 *Harv. L. Rev.* 1350 (1991); William A. Galston, "Two Concepts of Liberalism," 105 *Ethics* 516 (1995); Peter De Marneffe, "Liberalism and Perfectionism," 43 *Am. J. Juris.* 99 (1998).

313 ראו ברוך זו Frantz & Dagan, הערה 49 לעיל.

שיתוף שיחוק אורח חיים כזה, ההיבט הליברלי של המודל איננו מאפשר לכפות את הרציונל הקישורי על אפס וחמתם של צדדים שאורח חייהם אינו מתאים בבירור לתיאור השיתופי-משפחתי. אכן, יהא זה מגוחך להפעיל את המודל הקישורי על זוג שבחר באופן ברור באורח חיים אינדיבידואליסטי. 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. על כן אני סבור כי במקרים שבהם מתקיימים הרציונלים הנורמטיביים לשיתוף (קרי: בעת שנדונים נכסי המאמץ המשותף), יש הצדקה להפעלת השיתוף במתכונת המעין-קוגנטית שבה תומך המודל הנורמטיבי; לעומת זאת, במקרים שבהם הרציונלים הנורמטיביים לשיתוף אינם מתקיימים, ההצדקה לשיתוף יכולה להתבסס אך ורק על המודל הקישורי, ומשום כך אין להחיל הסדר שיתוף הסותר את הדרך שבה הצדדים חיים בפועל או את כוונתם המשותפת.³¹⁴ על כן, ככל שמדובר בנכסים פרטיים שביחס אליהם הרציונלים הנורמטיביים אינם ישימים, נדרשת רגישות לאורח החיים של הצדדים; החלה גורפת של השיתוף על הנכסים הפרטיים כשהצדדים אינם פועלים על פי התיאור הקישורי, אינה ראויה.

יתרה מזו: לטעמי, גם אם מדובר במשפחות המקיימות אורח חיים קישורי, יש לכבד את רצונו של הבעלים הקנייני שלא לשתף את בן זוגו בנכסיו הפרטיים. בדוננו בנכסי

314 האמור בסעיף זה מתקשר לאחד מן ההבדלים המשמעותיים שבין גישתי לעניין השיתוף הזוגי לבין גישתם של דגן ופרנץ בעניין זה. דגן ופרנץ 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, ובהתאם לכך הם נמנעים לבסס את השיתוף הזוגי על רציונלים נורמטיביים בעלי גון ליברלי-אינדיבידואליסטי. חלק הרציונלים הללו הם מציעים רציונל נוסף, שניתן לכנותו "רציונל המשפחה השיתופית", 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 מצדדים רק במקרים שבהם מעורבים העקרונות של צדק ושוויון. בניגוד לכך, השתת השיתוף על הערכים הקישוריים לגיטימית רק כשהערכים הללו נתפסים בכנות 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 שנראה בהמשך פרק זה, לפחות בישראל, 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 ושוויון לבין התזה הקישורית מוליכה את דגן ופרנץ להפחית בערכה של כוונת הצדדים בחזקת השיתוף, ולאפשר החלה מעין-קוגנטית של החזקה בכלל המקרים.

המאמץ משותף עמדנו על כך שהערכים הנורמטיביים של צדק ושוויון כופרים למעשה בבעלותו המקורית 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 פורמלי. בניגוד לכך, ככל שמדובר בנכסים "פרטיים" ובמיוחד בנכסי "העבר", איש לא יחיש שהבעלות המקורית בהם היא של הבעלים הרשום. על כן, החלת השיתוף על הנכסים הפרטיים 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, שלפיה 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.³¹⁵ בחלק מהמקרים הללו הסתמכות זו מוליכה את בן הזוג הביתי להזניח את האינטרסים האישיים הצרים שלו ולפעול לרווחתה המצרפית של המשפחה או אף לטיפוח 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.³¹⁶ לפיכך, ברור לי 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.³¹⁷

מכיוון שכך אני סבור כי במצבים שבהם המשפחה חיה בדרך קישורית המעודדת הסתמכות, לא יהיה זה הוגן לשלול את תחולת השיתוף בשל כוונות סובייקטיביות שלא קיבלו ביטוי חיצוני ברור, ועל כן אי-החלת השיתוף בנכסים הפרטיים חייבת להתבסס

315 טיעון ההסתמכות כהצדקה להחלת הסדר של שיתוף על נכסים פרטיים הוא דומיננטי מאוד בהנמקות ה-ALI להצעותיהם בנדון. ראו הערה 49 לעיל, סעיף 4.12, comment a.

316 ראו, למשל, מנחם מאוטנר, "דיוני סיכונים ו'נקלעי סיכונים' – הגנתו של המסתמך על מצג הזולת בחקיקה האזרחית החדשה", משפטים טז (תשמ"ו).

317 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.

על מצגים אובייקטיביים של הבעלים "הפורמלי", שיבהירו לבן זוגו כי אין הוא יכול להסתמך על הנכסים הללו.³¹⁸ בהערת אגב אציין כי עמדתי זו 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.³¹⁹ ודוק: עקרונית, ההגנה על אינטרס ההסתמכות של בן הזוג הלא רשום אינה חייבת להיות במישור הקנייני;³²⁰ להפך: הסעד הניתן ברגיל למי שנפגעה ההסתמכותו הוא פיצויי ההסתמכות, הידועים לעתים גם כפיצויים שליליים. על פי קו חשיבה זה, בן הזוג הלא רשום יהיה זכאי לפיצוי על הנזקים שנגרמו לו עקב ההסתמכותו על נכסיו הפרטיים של בן הזוג הביתי (כגון העובדה שלא דאג לטפח נכסים פרטיים משל עצמו). לעומת זאת, ההסתמכות כשלעצמה לא אמורה להקנות לבן הזוג הביתי את הזכות למחצית הערך של הנכסים הפרטיים עצמם, שכן זכות זו מקבילה לסעד החוזי של פיצויי קיום, המוכרים לעתים גם כפיצויי ציפייה או כפיצויים חיוביים. לטענה זו ניתן להשיב בשלוש תשובות: שתיים מהן עקרוניות והשלישית מעוגנת בהקשר הישראלי.

ראשית, בכמה תחומים משפטיים הקושי לחשב את ההיקף המדויק של נזקי ההסתמכות מוליך שיטות משפט להמיר פיצויי ההסתמכות בפיצויי קיום.³²¹ דומה כי גם בתחום דיני המשפחה, האופי הספקולטיבי של נזקי ההסתמכות – למשל: ההכנסות שהיה מפק בן הזוג הביתי אלמלא השקיע במשפחה, בהסתמך על ההנחה המוטעית שהנכסים הפרטיים של בן זוגו הם נכסים משותפים – מוליך לכך שלבן הזוג הביתי לא ייקל להוכיח את ההיקף המדויק של נזקי ההסתמכות שנגרמו לו. על כן נראה לי שגם בהקשר המשפחתי ניתן לגרוס כי הקושי לחשב את היקפם של פיצויי ההסתמכות במובנם הרחב עשוי להצדיק הגנה על אינטרס ההסתמכות באמצעות פיצויי קיום.

318 ואכן, ה-ALI – המבססים את ההכרה בשיתוף בנכסים הפרטיים על רעיון ההסתמכות (ראו הערה 315) – מאפשרים למנוע את החלת חזקת השיתוף על נכסים פרטיים באמצעות הודעות פורמליות ומפורשות.

319 לתאוריה זו ראו הערות 136-137 לעיל.

320 אולם השוו לעמדתו של Singer, הערה 317 לעיל, החומך בהגנה קניינית על ההסתמכות.

321 ראו, למשל, את מאמרם המפורסם של Lon L. Fuller & William R. Perdue Jr., "The Reliance Interest in Contract Damages," 46 Yale L.J. 52, 373 (1936). על פי פולר ופרדו, ההצדקה האמיתית להגנת דיני החוזים על פיצויי הקיום היא הקושי להוכיח את נזק ההסתמכות במובנו הרחב. למותר לציין כי למרות המעמד הכמעט-מכונן שהיה למאמר, ביחס לנושא זה קיים פולמוס רב במחקרים העוסקים בדיני החוזים. על פולמוס זה ראו, למשל, איל זמיר, "פיצויי צפייה, פיצויי ההסתמכות, השבת התעשרות ושחזור השקילות החוזית (בעקבות ע"א ארכוס נ' אברהם רובינשטיין ושות' – תכרה קבלנית), משפטים לד 91, 128-133 (תשס"ד).

שנית, כפי שהוסבר בהרחבה בחלקים הקודמים, בניגוד למודל הנורמטיבי-המסחרי, הרואה בשיתוף אמצעי להגן על מאמציו ועל הפסדיו של בן הזוג הביתי, המודל הקישורי רואה בשיתוף רחב המתייחס גם לנכסים הפרטיים ערך חברתי המשקף את הדרך הראויה לנהל את החיים המשפחתיים. אכן, לפחות בגרסתו הליברלית, מודל זה נכון לכבד את זכות הקניין של בני זוג, שחרף אורח החיים הקישורי שבו הם חיו אין הם נכונים לשותף את בני זוגם. עם זאת, כאשר כוונה זו לא בוטאה באופן מפורש, ונגרם לבן הזוג השני נזק הדורש פיצוי, ההערפה הערבית של המודל הקישורי להסדר של שיתוף תוליך לכך שמודל זה יבחר בהקשר המשפחתי בסעד של הכרה בשיתוף, גם אם במשפטים מסחריים ניתן היה להסתפק בפיצויי הסתמכות.

מכל מקום, במשפט הישראלי, פרט להכרה בשיתוף הזוגי, דיני המשפחה לא פתחו סעדים נוספים להגנת בן הזוג הביתי לעת גירוש (כגון סעד הפיצוי הכספי לבן הזוג הביתי), ומנגנון השיתוף המקובל הוא מנגנון נוקשה המכביד על האפשרות להכיר בשיתוף חלקי.³²² על כן, גם אם באופן תאורטי סעד של פיצויים עדיף על הכרה בשיתוף, הרי שבהקשר הישראלי הכלי המשפטי היחיד המאפשר הגנה על בן הזוג המסתמך במצב המשפטי הקיים – הוא ההכרה בשיתוף.

5. מהלכה למעשה: הרציונל הקישורי בפסיקת בתי המשפט

(א) הרגישות ההסכמית של חזקת השיתוף הקישורית

לפחות בשלב זה, בחינת הפסיקה העוסקת בנכסים הפרטיים מגלה כי היא מפעילה את הרציונל הקישורי בהתאם למגבלות "הליברליות". לפיכך, אפילו השופטים שפסיקתם מתאפיינת במגמה להרחיב את חזקת השיתוף אינם מחילים את חזקת השיתוף באופן גורף על נכסים פרטיים.³²³ לעניין זה יש השפעה משמעותית על הרכיבים המעשיים של

322 ראו על כך בהרחבה בחלק 6 ובפרק 1 להלן.

323 כך, למשל, אפילו השופט חשין – המוביל את המגמה להחלת חזקת השיתוף על נכסים פרטיים, ושגישתו כאמור קרובה לתפיסה הקישורית – הדגיש שבניגוד לנכסי "המאמץ המשותף", שביחס אליהם חזקת השיתוף מהווה פרומפציה 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, הערה 170 לעיל, 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 לאחרונה ראו בע"א 4151/99 בריל נ' בריל, פ"ד נה(4), 709, 716: "הכל, בוודאי יסכימו כי החלה 'אוטומטית' של הלכת השיתוף גם על נכסים חיצוניים לא תהווה דין רצוי". ראו גם את ע"א עזבון המנוח גיטלר, הערה 166 לעיל, שם דחתה השופטת דורנר תביעה להחלת חזקת השיתוף על נכסים "פרטיים" למרות תמיכתה העקרונית בהחלת חזקת השיתוף על סוג זה של

חזקת השיתוף (תנאי הסף, היקף הנכסים והיכולת לסטות מן החזקה) שבהם הרבינו לעסוק בחלקים הקודמים.

ראשית, בניגוד למגמה להרחבת תנאי הסף לחזקת השיתוף ככל שמדובר בנכסי המאמץ המשותף,³²⁴ ביחס לנכסים הפרטיים פיתחה הפסיקה תנאי סף חדשים המאפיינים את הגסיבות שבהן תוחל חזקת השיתוף על נכסים אלה. תנאי הסף הללו מתייחסים לסוג הנישואים, לתקופתם ולאיותם, לקיומם של ילדים ולדפוס הכלכלי השיתופי שבו פעלה המשפחה.³²⁵

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.³²⁶

נוסף על כך, בניגוד לאופי הקוגנטי של חזקת השיתוף "הרגילה", ככל שמדובר בנכסים פרטיים מגלה הפסיקה רגישות לאומד הרעת של בני הזוג³²⁷ ולנכונותם לחלוק את

נכסים. כהמשך לכך קיימים גם פסקי דין שבהם הוחלה חזקת השיתוף על נכסי עבר מסוימים, אך לא על כלל נכסי העבר. בתי המשפט הבהירו במקרים הללו כי בגסיבות שבהן לא מוכחת כוונת שיתוף לא תוחל החזקה. (ראו, למשל, את ע"א קוטלר, הערה 208 לעיל). גם בפסיקה בתי המשפט לענייני המשפחה ניתן לראות שהחלת חזקת השיתוף על נכסי העבר איננה גורפת; ראו, למשל, את פסק דינו של השופט גייפמן בתמ"ש (ת"א) 40630/96 זקן נ' לאיטון (לא פורסם, 18.10.98, בפסקה 11 לפסק הדין).

324 ראו על כך בפרק ג. 4 לעיל. למגמה המסתמנת להפיכת חזקת השיתוף לדין המוחל על כלל הזוגות באוכלוסייה ראו תמ"ש שי, הערה 270 לעיל, בפסקה 7 לפסק הדין.

325 כך, למשל, בפרשת הדרי, הערה 170 לעיל, שהייתה לפסק הדין המכונן בעניין, ניתן משקל רב לעניינים הבאים: נישואים ראשוניים, ילדים, יחסים תקינים, תרומה כלכלית של הטוען לחזקה לרכישת הנכס בפרט ולחזונית המשפחה בפרט. הפרמטרים הללו חוזקו גם בפסקי דין נוספים.

326 ראו, למשל, פסקה 5 לפסק דינו של השופט שמגר בפרשת הדרי, הערה 170 לעיל. ראו גם את הנכונות מרחיקת-הלכת של השופט שוחט בתמ"ש אלקנה, הערה 262 לעיל, להחיל את חזקת השיתוף על דירת מגורים שנרכשה לפני הנישואים.

327 לאחרונה ראו, למשל, רע"א 8672/00 אבו רומי נ' אבו רומי (לא פורסם, 27.8.2002) שבו לא הוחלה חזקת השיתוף על נכס מלפני הנישואים בשל העובדה שלא הוכח כי אומד דעת הצדדים היה לשיתוף. עם זאת, יש לשים לב כי פסק דין זה עסק בבני זוג שנישאו לאחר 1974, ומשום כך סברה השופטת שטרסברג-כהן שהפעלת חזקת השיתוף באותו מקרה חייבת להתבסס על לוגיקה הסכמית. מאידך גיסא, כשהשוכנע בית המשפט שהייתה כוונה לשיתוף, הוא היה נכון להחיל את החזקה גם על נכסים פרטיים. ראו, למשל, תמ"א 623/91 רום נ' רום (לא פורסם, 3.7.94) שבו השתכנע השופט שהתקיימה כוונת שיתוף: "אני קובע, לפיכך, כי היה הסכם מפורש בין הצדדים, ולכל הפחות הסכם המשתמע ממכלול הנסיבות, לפיו ירושות הצדדים הן חלק מן הרכוש המשותף".

הרכוש הפרטי.³²⁸ במסגרת זו נתנה הפסיקה תשומת-לב רבה לדינימיקה הכלכלית שאפיינה את המשפחה³²⁹ ולטיבם של היחסים בין הצדדים באופן כללי.³³⁰

(ב) הקיום הסימולטני של הרציונל הקישורי והרציונל הנורמטיבי

היחס המיוחד שהנכסים הפרטיים מקבלים בולט בפסקי דין שעסקו במשולב בנכסי המאמץ המשותף ובנכסים הפרטיים. מתברר כי ההחלה הסלקטיבית של חוקת השיתוף והרגישות לכוונת הצדדים שהתגלו בהקשר לנכסים הפרטיים, לא "ולגו" לנכסי המאמץ המשותף. משום כך, על הנכסים הללו המשיכה הפסיקה להפעיל את חוקת השיתוף הנורמטיבית באופן גורף.³³¹

328 כך, למשל, בע"א בריל (הערה 323 לעיל, בעמ' 717) נקבע: "להסכמת בן-זוג, לשתף את בן-זוגו גם בנכסיו החיצוניים, יש, כמובן, משקל מכריע". בהתאם לכך, בע"א קוטלר (הערה 208 לעיל) למד בית המשפט מהתנהגות האשה על סירובה לשתף את בעלה בכספי ירושה שקיבלת מהוריה. דוגמה נוספת למגמה זו מצויה בע"א עזבון המנוח גיטלר, הערה 166 לעיל, שגם בה למד בית המשפט מסירוב האשה לתת ייפוי-כוח לבעלה בנכסיה הפרטיים על כוונה לאי-שיתוף.

329 במסגרת זו ניתן בפסיקה משקל רב לשאלה אם הצדדים הקפידו להפריד בין הרכוש האישי לבין הרכוש המשותף או שערכבו ביניהם. כך, למשל, בחלק גדול מהמקרים שבהם הוחלה חוקת השיתוף על נכסים פרטיים דובר בנכסים מעורבים, כך שלבן הזוג הייתה בכל זאת זיקה כלכלית לנכס. ראו, למשל, בע"א 3490/94 עויסאת נ' עויסאת (לא פורסם, 20.10.1994) שבו נקבע בניגוד לפרשת לידאי כי במקרה של העמדת הקרקע לרשות המשפחה ברור כי כוונת הבעל הייתה לשיתוף כולל, ומשום כך מוחלת חוקת השיתוף גם על הקרקע וגם על דירת המגורים. בדומה לכך, בע"א עבאדה, הערה 194 לעיל, ובע"א רון-שמחה, הערה 273 לעיל, הדגישו השופטים שמגור וחשין את ערכוב הנכסים הקיים ואת טמיעתם של הרכיבים הפרטיים ברכיבים המשותפים כאחת ההצדקות להחלת החוקה (על כן גם השופט גולדברג לא חלק באותם המקרים על תוצאות פסקי הדין, אלא רק הסתייג מן ההנמקות). ערכוב נכסים היה הרקע להחלת חוקת השיתוף על בית המגורים גם בע"א קוטלר, הערה 208 לעיל. ברוח דומה, בע"א דרחם, הערה 206 לעיל, הודגשה העובדה כי הכספים הפרטיים והמשותפים התערבבו, ומשום כך לא הופעלה הדוקטרינה הנורמטיבית בדבר התחלופה החפצי. עוד ראו בהקשר זה את מבחן הזיקה הכלכלית של השופט פורת בע"א המלי, הערה 273 לעיל.

330 ראו למשל לאחרונה בהלכת בריל, הערה 323 לעיל, בעמ' 716, וכן בג"ץ 3995/00 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול לערעורים, (לא פורסם, 3.11.2002), שם סרב בג"ץ להתערב בהחלטת בית הדין הרבני שקבע כי אשה שקיימה יחסי מין עם גבר זר במשך רוב שנות הגישושים לא תקבל מחצית מהרכוש הרשום על שם בעלה. שני פסקי הדין הללו עסקו בנכסים פרטיים, ולטעמי זו הסיבה שבצטייה התחשב בית המשפט בנסיבות האמורות למרות שבפסקי דין שעסקו בנכסי המאמץ המשותף סירב בית המשפט להתחשב בנסיבות דומות.

331 ראו, למשל, הלכת בריל, הערה 330 לעיל, בפסקה 11 לפסק דינו של השופט מצא, שם הובהר כי אורח חיים לא תקין עשוי לשלול את תחולת החוקה בהקשר לנכסים פרטיים אף כי אין הוא שולל את תחולת החוקה על נכסי המאמץ המשותף. באותו מקרה אכן הוחלה חוקת השיתוף על נכסי המאמץ המשותף אך לא על הנכסים הפרטיים. בדומה לכך, בפרשת קוטלר, הערה 208 לעיל, הוחלה חוקת השיתוף על בית מגורים שנבנה במשך הגישושים ועל חשבונות בנק שנעברו במשך הגישושים, אך לא על חשבונות בנק שהתקבלו בירושה. מפסק הדין ברור כי גם אם מנקודת מבט

הנה כי כן, ניתן לדבר על שני סוגים של משטרי שיתוף הקיימים במסגרת חזקת השיתוף:

סוג אחד של חזקת שיתוף עוסק בנכסים שהופקו מהמאמץ המשותף של בני הזוג. בהקשר לסוג זה מונעת הפסיקה בעיקר על ידי הרציונל הנורמטיבי, ולכן תנאי הסף לחזקה והיקף הנכסים הכלולים בה נקבעים בעיקר באמצעות מבחנים נורמטיביים שאינם תלויים בכוונת הצדדים. בדומה לכך, ככל שמדובר בנכסי המאמץ המשותף, התיוג הדיספוזיטיבי מתמצה ביכולת להתנות על החזקה באמצעות הסכם ממון. ברם, בכל מקרה אחר תוחל החזקה – גם בניגוד ברור לאומד דעתו של הבעלים הרשום או אפילו לאומד דעתם של שני הצדדים.

בניגוד לכך, כאשר מדובר על נכסי עבר ועל נכסים אחרים שלא הופקו ממאמץ משותף, חזקת השיתוף מתבססת על הרציונל הקישורי. רציונל זה רגיש לכוונת הצדדים, ומשום כך הפסיקה העוסקת בעניינים הללו משתמשת במקרים רבים במבחנים הסכמיים, הנותנים משקל לאורח החיים המשפחתי ולכוונה הספציפית של הצדדים.³³² עם זאת, בניגוד לרציונל ההסכמי במתכונתו המקורית, המבחן ההסכמי נשען פחות על צורות חשיבה מסחריות ויותר על ההקשר הכולל של מערכת היחסים.

ההבחנה בין הרציונלים הנורמטיביים של צדק ושוויון לבין הרציונל הקישורי, והטענה כי שני הרציונלים נוהגים בו-זמנית במשפט הישראלי, בהתאם לטיבם של הנכסים הנדונים, עשויה ליישב תמיהה שהעלתה הלפרין-קדרי על סתירה פנימית הנמצאת, כביכול, בין פסק דינו של השופט חשין בפרשת הדרי³³³ לבין פסק דינו בפרשת נפיסי:³³⁴ בפרשת הדרי הדגיש השופט חשין את כוונת הצדדים כעיקרון יסודי של חזקת השיתוף, ואילו בפרשת נפיסי איבד יסוד זה ממעמדו הבכיר, וההצגה המסורתית של השיתוף בין בני הזוג הוקעה כ"פיקציה". הלפרין-קדרי רואה בכך חוסר-עקיבות או למצער התפתחות בכיוון של אימוץ שיט ערכי יותר.³³⁵

בניגוד לכך, על פי ניתוחנו לא קיימת סתירה בין פסקי הדין: פרשת הדרי עסקה בנכסים שנרכשו לפני הנישואים, ומכיוון שלא מדובר בנכסי המאמץ המשותף, הרציונלים של צדק ושוויון אינם תקפים – ולפיכך החלת חזקת השיתוף חייבת להתבסס

סובייקטיבית בשני המקרים לא הייתה כוונת שיתוף, יש הבדל בין נכסי המאמץ המשותף לנכסים שהתקבלו בירושה.

332 בניגוד למגמה של הפסיקה הישראלית בעניין, הצעות ה-ALI (הערה 49 לעיל, בסעיף 4.12 ובהערות הרשמיות להצעות) מבוססות על נוסחה טכנית, שלפיה בכל שנת נישואים עולה אחוז הנכסים הפרטיים ההופכים למשותפים עד למצב של שותפות מלאה. עם זאת, גם על פי ה-ALI הודעותיו הפורמליות של הבעלים הרשום עשויות לשלול את תחולתו של הסדר השיתוף על ירושות ומתנות. כאמור, לי נראה שבנושא הנכסים הפרטיים היה מקום לרגישות רבה יותר לאורח החיים של הצדדים ולכוונתם.

333 הערה 221 לעיל.

334 הערה 263 לעיל.

335 ראו הלפרין-קדרי, הערה 1 לעיל, בעמ' 130.

על הרציונל הקישורי. רציונל זה אכן מבוסס על כוונת הצדדים, ולכן אין הצדקה לכפות את השיתוף עליהם. בניגוד לכך, פרשת נפסי עסקה בהצדקות להחלה של חזקת השיתוף במקרים הרגילים, קרי: נכסים שנרכשו ממאמץ משותף של הצדדים. במקרים אלו חזקת השיתוף מבוססת על רציונלים של צדק ושוויון, שהם בעלי גון מעין-קוגנטי.

(ג) הגנת המסתמך בפסיקה

כלל, המגמה המסתמנת במשפט הישראלי בהקשר לנכסים הפרטיים נראית לי ראויה. לפיכך, אני מקווה כי הרגישות "ההסכמית" המתגלה בהפעלת חזקת השיתוף על נכסים פרטיים איננה שלב ביניים בדרך להחלה גורפת וקוגנטית של חזקת השיתוף גם על הנכסים הללו.³³⁶ עם זאת, כפי שהסברתי, לצד החשש מכפיית השיתוף על מי שלא רצה בכך, מתעורר גם הצורך להגן על מי שחיו חיים קישוריים והסתמכו על הנכסים הפרטיים של בני זוגם. דומה כי כמה התבטאויות של שופטי בית המשפט העליון בפסקי דין שעסקו בנכסים פרטיים, ובמיוחד בפסקי דין שעסקו בדירת המגורים המשפחתית, מעידים על רגישותם לעניין זה.³³⁷

הצורך להגן על זכויותיו של בן הזוג בנכסים פרטיים לכאורה, מתעורר באופן מיוחד במקרים שבהם בן הזוג תורם בעבודתו "הביתית" או "החיצונית" לעליית ערכם או אפילו לתחזוקתם של עסקים בעלי גון משפחתי. כך, למשל, בפרשת אבולוף³³⁸ 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 מסוג זה נראה שהתנהגות האשה (תרומתה בבית 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, שהוזכרו בפרקים הקודמים.³³⁹ שנית, גם אם ערכו של הנכס הפרטי לא

336 השוו לדברי השופט שמגר בעניין חדרי, הערה 221 לעיל, בעמ' 693-694 המסייג את הסתייגותו מהחלה גורפת של חזקת השיתוף על נכסים פרטיים בביטוי "כשלב זה". בדומה לכך אני סבור כי גישתה של השופטת דורנר בפרשת דרהם, הערה 206 לעיל, עשויה להתפתח להחלה גורפת של חזקת השיתוף על נכסים פרטיים; ראו בעיקר בפסקה 7: "על פי השקפתי יש להחיל את חזקת השיתוף בחיקפה המלא גם על רכוש מלפני הנישואים".

337 לטיעון ההסתמכות וליישומו בהקשר לדירת המגורים ראו, למשל, בפסק דינו של השופט שמגר בפרשת חדרי, שם, בפסקה 8 לפסק הדין.

338 ראו הערה 273 לעיל.

339 ואכן, בארצות-הברית, גם במדינות שבהן נשמרת בקפדנות ההבחנה בין נכסים פרטיים לנכסי הנישואים, קיימת ספרות ענפה שעסקה במצבים של עליית ערכו של הרכוש הפרטי במשך הנישואים. במרכז הדיון בעניינים הללו עמדה ההבנה כי לעתים רכוש פרטי מטופח כתוצאה ממאמץ משותף ומשום כך הערך הנוסף של הנכס חייב להתחלק בין בני הזוג. ראו בעניינים הללו בפסקי הדין ובמאמרים שהוזכרו בהערה 237 לעיל.

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 ומומשכת 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 במשך הנישואים.³⁴⁰

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).³⁴¹ על כן אני סבור כי ראוי להטיל על מר אבולוף

340 לכאורה ניתן לטעון כי מנקודת מבט כלכלית, אם גברת אבולוף תרמה בעבודתה בבית ובחנות לעסק, תרומתה זו חייבת הייתה לבוא לידי ביטוי בהגדלת התזרים הפיננסי שהועבר מהעסק למשפחה במשך חיי הנישואים ובהשבתת ערך החנות. מכיוון שגברת אבולוף זכאית הן למחצית הפירות שהופקו מהעסק במהלך הנישואין והן למחצית ההשבתה, לא ברור באלו מצבים ניתן לדבר על תרומה נוספת לתחזוק. ברם, ניתוח זה מתעלם מכך שקיימים מצבים כלכליים שבהם נדרשת עבודה מאומצת מצד בעלי העסק לא רק כדי להשיג את הערך ההוני של העסק או להגדיל את התזרים השוטף של הפירות המופקים ממנו אלא גם כדי לשמור על ערכו הקיים (למשל, עסק המשמר את ערכו בחקופת מיתון, כשנכסים אחרים בעלי אופי דומה יורדים בערכם). אני סבור כי מצב עניינים זה מאפיין במיוחד עסקים קטנים בעלי אופי משפחתי-אישי, הדורשים במקרים רבים השקעת עבודה עקיבה ואינטנסיבית מצד בעלי העסק כדי לשמור את ערכם הקיים. לכאורה, ניתן להסתפק בעבודתו של בן הזוג החיצוני כדי לשמור את הערך הקיים של העסק; ברם, באופן טבעי, אדם נשוי עם ילדים לא היה יכול להשקיע בעסק מסוג זה השקעה הדומה להשקעתו של אדם רווק אלמלא תרומתו של בן הזוג לגידול הילדים בהחזקת הבית והמשפחה, ולעתים אפילו בעבודה בעסק המשפחתי. על כן, בהנחה שלבעל העסק חשוב לגדל משפחה במקביל לשימור העסק, הרי שמקרה שבו בן הזוג הביתי לא היה נוטל על עצמו את התפקידים הביתיים הוא היה נאלץ לצמצם את הפעילות העסקית ובכך להקטין את ערכו הכלכלי של העסק. כך, למשל, בעסק קטן שאינו מחזיק עובדים – כגון מכולת קטנה – בעל המכולת היה נאלץ לצמצם את זמן פעילותו של המכולת ובכך הוא היה מקטין את מספר העסקאות. על כן, תרומתו של בן הזוג הביתי לשימור הערך הכלכלי של העסק חייבת לקבל אף היא ביטוי משפטי. שימו לב, כי העובדה שבן הזוג הביתי נהנה כבר מפירות העסק במשך הנישואים אינה שוללת את זכותו לתרומתו לאי-ידידת ערכו של הנכס, כשם שההנאה מהתוספת לפירות שהפיק העסק במהלך הנישואים איננה שוללת את זכותו להשבתה.

341 יודגש, כי מבחינה כלכלית טהורה אין הבדל עקרוני בין עבודת בן הזוג הביתי בבית לבין עבודתו בעסק, שכן גם העבודה הביתית מאפשרת את עבודתו של בן הזוג החיצוני בעסק ובכך היא תורמת להצלחתו. נוסף על כך, מנקודת מבט כלכלית ניתן לטעון שגם אם בן הזוג הביתי לא מקבל משכורת, בפועל המשכורת שנחסכה מנוחבת להשבתת העסק שבו שותף בן הזוג הביתי או שהיא

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 חזקת השיתוף אמורה להיות מופעלת בכל מקרה שבו הבעלים הרשום לא הבהיר כי אין כוונתו לשיתוף.

בדומה לפרשת אבולוף, גם בפרשת דרהם³⁴² דובר באשה שחיה עם אדם במשך 22 שנים, גידלה את ילדיהם, ניהלה את משק הבית המשותף, עבדה מחוץ לבית ואף השקיעה מעמלה בעסק המשותף.³⁴³ למרות זאת קבע השופט טירקל (ברעת מיעוט) כי מכיוון שמדובר בנכס עסקי שנרכש לפני הנישואים, ומכיוון שלא הוכחה כוונת שיתוף של הבעל, לא תוחל חזקת השיתוף. לי נראה, כי במקרה דרהם תרומת האשה בבית ומחוץ לבית לתחזוקת העסק המשפחתי ולרווחת המשפחה באופן כללי ביטאה הסתמכות שלה על הנכסים המשפחתיים. 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.

אכן, לפחות מנקודת מבט מסחרית ניתן היה להסתפק בפיצוין של בנות הזוג אבולוף ודרהם בפיצויי הסתמכות³⁴⁴ ובהכרה בזכותן למחצית ההשבתה (לרבות תרומה לשימור ערך) של הנכסים במשך הנישואים. ברם, כפי שהסברתי בהרחבה בחלק הקודם, קיימים טיעונים המסבירים מדוע הכרה בשיתוף עשויה להיות סעד מוצלח יותר מהתייחסות לרכוש כרכוש פרטי והגנה על בנות הזוג באמצעות תביעה כספית של נזקי ההסתמכות.³⁴⁵ מכל מקום, פסק דינו של השופט טירקל בפרשת דרהם ממחיש כי במשפט הישראלי המצוי לא פותחו סעדים אלטרנטיביים לסעד השיתוף. על כן, דחיית התביעה לשיתוף פוגעת באופן אנוש בבן הזוג הביתי היוצא מן הנישואים בידיים

מגדילה את הפירות שמועברים מהעסק לחשבון המשפחתי, שממנו נהנה גם בן הזוג הביתי. עם זאת, גם אם זהו המצב מנקודת מבט כלכלית קרה, הרי שמנקודת מבט סובייקטיבית הממוקדת בכוונות הצדדים, הנכוונות לעבוד בחנות ללא תמורה כספית מחזקת מאוד את התחושה שלפיה הנסיבות בפרשת אבולוף – ובכללן העבודה בחנות ללא תמורה – יצרו מצג שלפיו החנות מהווה נכס משפחתי. בהתאם לניתוח שנערך במחקר, מצג זה אמור היה להיסתר באופן ברור על ידי אדון אבולוף.

342 הערה 206 לעיל.

343 ראו את תיאורו של השופט טירקל בפסקה 8 לפסק הדין.

344 יתרה מזו: ניתן לטעון כי לפחות חלק מפיצויי ההסתמכות התקבלו באופן טבעי במשך הנישואים באמצעות הרווחים השוטפים שהופקו מן העסק במשך הנישואים.

345 מעבר לקושי הכללי להוכיח פיצויי הסתמכות, אני חושש כי לפחות במקרה של עסקים משפחתיים ללא ערך שוק ברור (בניגוד לחברות נסחרות) קיימים מצבים שבהם יקשה מאוד לברר את הערך ההיסטורי של העסק הפרטי, ומשום כך הקושי להוכיח את רכיב ההשבתה (ובוודאי את התרומה לשימור הערך) עלול לסכל את ההכרה בזכותם של בני הזוג הביתיים ביחס לרכיבים הללו.

ריקות. לפיכך אני סבור כי תוצאת פסק הדין בעניין דרהם – שבדומה לפרשת אבולוף החילה את השיתוף במקרה זה – הייתה מוצדקת.³⁴⁶

6. 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 הבחיר 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 רעיון 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. חשוב, למשל, על פסק הדין שדן בפרשת אורון,³⁴⁷ שבה למרות נישואים ראשונים ממושכים נשמרה הפרדת רכוש ברורה והיחסים בין הצדדים לא היו משובחים. לדעתי, בסוג זה של מקרים, גם שילוב של הרציונל הקישורי (במתכונתו הליברלית) ושל הרציונל הנורמטיבי-מסחרי אינו מאפשר להחיל את חזקת השיתוף על דירות מגורים "פרטיות" כגון מקרה אורון, שם נדונו דירות שהתקבלו בירושה. ודאי שכך הם פני הדברים כשמדובר בדירות שבני הזוג לא התגוררו בהן וששכר הדירה שהתקבל מהדירים בהן נשמר בחשבונות נפרדים. נוסף על כך, על פי הניתוח שנערך בחלק הקודם, אם בפרשות אבולוף ודרהם היו הבעלים מבהירים לנשותיהם מראש ובאופן ברור כי אין כוונתם לשיתוף בנכסים העסקיים הפרטיים, לא הייתה נוצרת הסתמכות, ומשום כך הרכיב המקורי של הנכסים הפרטיים – בניגוד לתוספת שהושבחה במאמץ משותף – לא היו נחשבים משותפים.³⁴⁸

346 אולם, במקרה זה לפחות ההנמקה הפורמלית של פסק הדין לא עסקה בנושא ההסתמכות. חלף זאת קבע בית המשפט כי לא הוכח שהעסק נרכש על ידי מקורותיו הפרטיים של הבעל, ומשום כך בית המשפט הכריע בנושא בסופו של דבר בנושא מבלי לקבוע עמדות נחרצות בסוגיית הנכסים הפרטיים.

347 ראו פרשת אורון, הערה 244 לעיל, והשוו לטענתי, שם, כי היה מקום להחיל על נכסי המאמץ המשותף את החזקה גם במקרה כזה.

348 ודוקו: בעוד שבהקשר לנכסי המאמץ המשותף נדרשת הסכמה של שני בני הזוג לשלילת השיתוף, במקרה של נכסים פרטיים ניתן להסתפק בהודעה חד-צדדית מוקדמת של הבעלים הרשום. אינני רוצה לקבוע מסמרות בדבר דרך ההודעה הנדרשת. ככלל, אינני סבור שיש לחייב בכל מקרה הודעה בעלת גוון פורמלי; להפך, אני סבור כי התנהגויות מסוימות כגון הפרדה מוחלטת של הנכס

ככלל, אינני חושב שיש קושי עקרוני בכך שלא כל הנכסים של בני הזוג ניתנים לחלוקה אוטומטית בהיעדר הסכם; להפך: בחלקים הקודמים הבעתי את חששותיי מפני התייחסות קוגנטית גורפת לחזקת השיתוף. עם זאת, אני סבור כי קיימים מצבים שבהם הרציונלים הקיימים לשיתוף נכסים אינם מספקים הגנה מספקת לבני הזוגי הביתיים. מצבים אלה בולטים במיוחד כשלא נצבר רכוש ממשי במהלך הנישואים. במקרים הללו נוצר מצב שבו תרומתו של בן הזוג הביתי לרווחת המשפחה לא מקבלת ביטוי משפטי או כלכלי.

חשבו על פרשת אבו רומי.³⁴⁹ 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, שיקולי צדק ושוויון קונבנציונליים הנשענים על צורת חשיבה עסקית-מסחרית אינם יכולים להצדיק החלת משטר של שיתוף בנכסים על בית המשפחה. בדומה לכך, על רקע המבנה הפטריארכלי של המשפחה באותו המקרה, קשה לטעון שכוונת הצדדים הייתה לשיתוף או אפילו שנוצרו מצגים שאפשרו לאשה להניח כי יש לה זכויות בדירה, ולכן קשה להצדיק טענת שיתוף גם מנקודת המבט של המודל הקישורי.³⁵⁰

עם זאת, ברור כי תוצאת פסק הדין – שהשאירה את האשה ללא נכסים וללא מקור השתכרות עתידי, למרות תרומתה במשך כל השנים למשפחה – היא בלתי-נסבלת. מקרים מסוג זה חושפים את הקושי בהתבססות מוחלטת על השילוב שבין הרציונל הקישורי לרציונל הנורמטיבי במובנו המסחרי, ואת הצורך לכלול גם שיקולים נורמטיביים נוספים שאינם מתבססים על המטאפורה המסחרית, כגון שיקולים סוציאליים המתחשבים בצורכי בני הזוג לאחר הגירושים. יתרה מזו: גם אם צורות החשיבה הנורמטיביות והקישוריות אינן יכולות להצדיק החלת משטר של שיתוף במקרה זה, הן עשויות לבסס דרישה לפיתוח סעדים משלימים שיפצו את בן הזוג הביתי על השקעתו במשפחה במשך השנים. לפיכך, המקרים הללו חושפים את נוקשותה של חזקת השיתוף ואת הצורך לעצב לצדה הסדרים נוספים, מעבר לדיני הרכוש במובנם הצר, כגון פיצוי לבן הזוג הביתי או חידוש מסוים של דיני המזונות לאחר הגירושים. הצורך בפריצת המסגרת הרכושית של חזקת השיתוף ובפיתוחם של כלים משפטיים

מחקפה המשותפת (למשל, הזרמת הכנסות שכר הדירה מהנכס לחשבון נפרד) עשויות לשלול טענת הסתמכות ולהבהיר כי לא הייתה כוונה לשיתוף. עם זאת, אני סבור שכלל שהנסיבות מצביעות על הסתמכות גבוהה יותר של בן הזוג על הנכסים הרשומים, כך גוברת רמת הבהירות הנדרשת מההודעה בדבר הרצון בהפרדה.

349 הערה 327 לעיל.

350 בוודאי שזהו המצב לאור העובדה שבפרשת אבו רומי דובר בבני זוג שנישאו לאחר 1974. מכיוון שכך, על פי השופט שטרסברג-כהן שנתנה את פסק הדין של הרוב, החלת חזקת השיתוף על בני זוג שנישאו לאחר 1974 אינה יכולה להתבסס על המתכונת הרחבה של החזקה אלא רק על מתכונתה המקורית-ההסכמית.

אלטרנטיביים, שמטרתם להגן על בני זוג הביתיים, מתחדד עוד יותר בהקשר לדיון ב"נכסי העתיד". בכך יעסוק הפרק הבא.

ה. ומה עם נכסי העתיד?

1. הרציונלים לשיתוף והצורך בחלוקתם של נכסי העתיד

(א) רקע: מצוקתן הכלכלית של נשים בעקבות גירושין

בשנים האחרונות, העוסקים בדיני המשפחה בעולם המערבי מוטרדים מאוד ממצבן הכלכלי של נשים בעקבות גירושין. הרקע לכך קשור בסדרה של מחקרים אמפיריים שבהם התגלה פער כלכלי משמעותי בין גברים לנשים בעקבות הגירושין. דומה כי המפורסם מבין המחקרים הללו הוא חיבורה של לינור ויצמן "The Divorce Revolution: The Unexpected Social and Economic Consequences for Women and Children in America"³⁵¹. מחקר זה נערך בקליפורניה, לאחר הרפורמות בדיני הגירושין שם.³⁵² במחקרה בדקה ויצמן את המשמעות הכלכלית של הגירושין על גברים ועל נשים. על פי ויצמן, בעקבות הגירושין נשים חוות ירידה של 73% ברמת חייהן, בעוד שרמת החיים של גברים עולה ב-42%.³⁵³ על מתודות המחקר, על התוצאות הספציפיות ועל חלק מהניתוחים הסטטיסטיים של ויצמן נמתחו ביקורות קשות בספרות המחקרית המאוחרת.³⁵⁴ עם זאת, עצם התופעה של מצוקה כלכלית של

351 ראו Lenore J. Weitzman, *The Divorce Revolution: The Unexpected Social and Economic Consequences for Women and Children in America* (1987).

352 קליפורניה הייתה למדינה הראשונה בארצות-הברית שבה נהפכו דיני הגירושין ממערכת הדורשת אשמה למערכת המאפשרת גירושין חד-צדדיים, תוך אימוץ עיקרון הפרידה הנקייה כעיקרון המנחה של דיני המזונות.

353 שם, בעמ' 323-327, 329. שימו לב להפסד המצרפי הנגרם למשפחה כמכלול, כעולה מהמחקר של ויצמן.

354 Marygold S. Melli, "Constructing a Social Problem: The Post-Divorce Plight of Women and Children," 1986 *Am. B. Found. Res. J.* 759 (1986); Herbert Jacob, "Faulting No-Fault," 1986 *Am. B. Found. Res. J.* 773 (1986); Martha L. Fineman, "Illusive Equality: On Weitzman's Divorce Revolution," 1986 *Am. B. Found. R. J.* 781 (1986); Richard R. Peterson, "Statistical Errors, Faulty Conclusions, Misguided Policy: Reply to Weitzman," 61 *Am. Soc. Rev.* 539 (1996); Saul D. Hoffman & Greg J. Duncan, "What are the Economic Consequences of Divorce?," 25 *Demography* 641, 641-643 (1988). Lenore J. Weitzman, "The Economic Consequences of Divorce are Still Unequal: Comment on Peterson," 61 *Am. Soc. Rev.* 537 (1996).

נשים לאחר גירושים ועצם קיומו של פער משמעותי בין גברים לנשים בהקשר זה אינם שנויים במחלוקת. אכן, הטענות הבסיסיות של ויצמן בהקשר זה חוזרו במחקרים רבים שעסקו באוכלוסיות מגוונות מאוד.³⁵⁵ למעשה, גם המבקרים החריפים ביותר של ויצמן אינם מכחישים את התופעה אלא רק את ממדיה.³⁵⁶

(ב) הדיאגנוזה: פערים בכושר ההשתכרות העתידי

לכאורה, השינויים בדיני הרכוש המודרניים – קרי: המעבר מכלל של הפרדה לכלל של שיתוף – היו אמורים להגן על בני הזוג הביתיים ולמנוע אי-שוויון בין גברים לנשים בעקבות הגירושים. ברם, ניתוח מעמיק יותר מגלה כי פערים בהון האנושי שצוברים גברים ונשים במשך הנישואים עשויים להסביר את הפערים הכלכליים שנמצאו בין גברים לנשים בעקבות גירושים.

מושג ההון האנושי הוא מושג מוכר בכלכלה המודרנית. הוא כולל מגוון של "נכסים" כגון תארים אקדמיים, רישיונות מקצועיים, קביעות בעבודה, ניסיון מקצועי וכושר השתכרות עתידי באופן כללי (להלן: "נכסי עתיד"). כלכלנים טוענים כי לעומת סוגי הנכסים המסורתיים (נכסים ממשיים, חשבונות בנק, מניות וכדומה), בעולם המודרני ההון האנושי הוא מקור עושר מרכזי עבור מרבית האנשים.³⁵⁷

בחינת דיני הרכוש הנהוגים בעולם המערבי מגלה שכמעט בכל המדינות נכסי העתיד אינם נכללים במסגרת הנכסים הנתונים לחלוקה. לפיכך, נדירות הן המדינות המוכנות להכיר ברישיונות, בתעודות, בתארים מקצועיים ועל אחת כמה וכמה בכושר ההשתכרות במובנו המופשט כנכסים משותפים או כחלק מהרכוש העומד לחלוקה בעת גירושים.³⁵⁸ אי-ההתייחסות לנכסים הללו כנכסים העומדים לחלוקה, במציאות כלכלית

355 ראו, למשל, Brod, הערה 57 לעיל, בעמ' 248. ראו עוד במאמרים המובאים בהקדמת העורכים לספר: Lenore, *Economic Consequences of Divorce – The International Perspective* (J. Weitzman & Mavis Maclean eds., 1992).

356 ראו, לדוגמה, Richard R. Peterson, "A Re – Evaluation of the Economic Consequences of Divorce," 61 *Am. Soc. Rev.* 528 (1996).

357 גינתון כלכלי של מושג ההון האנושי ראו Gary S. Becker, *Human Capital* (1964).

358 למקרה נדיר שבו הוכרו הנכסים הללו ראו את פסק הדין המפורסם בעניין *O'Brein v. O'Brien*, 489 N.E. 2d 712 (N.Y., Super. 1985). שבו הוכר רישיון רפואה כנכס בר-חלוקה. ריון צבי (הערה 1 לעיל, בעמ' 496-500), שחפץ לשכנע בנחיצות החלוקה של נכסי קריירה נוספים ואפילו בנחיצות חלוקת כושר ההשתכרות, הציג תמונה של התחשבות רחבה בנכסים הללו בחלק מהעולם המערבי, אולם דומה כי התמונה שהוא מציג ורודה מדי ורחוקה מלייצג את הדין בעולם המערבי ואפילו בארצות-הברית. לסקירת הדין בעניינים הללו ראו, לדוגמה, Weitzman, הערה 351 לעיל, בעמ' 142-124. כן ראו, Leslie J. Harris, Lee E. Teitelbaum & Carol A. Weisbrod, *Family Law* 425-446 (1996). J. Thomas Oldham, "The Economic Consequences of Divorce in the United States," in *Frontiers of Family Law* 107, note 27 (Andrew Bainham & David Pearl eds., 1993); Deborah L. Rhode & Martha Minow, "Reforming the Questions, Questioning the Reforms: Feminist Perspectives

שבה הנכסים הללו מהווים את רוב הנכסים של רוב הזוגות, מסבירה את הממצאים הקשים שחשפה ויצמן: נשים מקבלות אמנם מחצית מהנכסים הממשיים בעקבות הגירוש, אך במקרים רבים הן נותרות ללא מקורות פרנסה עתידיים. בניגוד לכך, גברים – לצד חלקם ברכוש הממשי – נותרים עם כושר השתכרות המאפשר להם להמשיך ולהתפרנס גם לאחר הגירוש.

(ג) הפתרון המתבקש: כושר ההשתכרות העתידי כנכס בר-חלוקה

בחלקים הקודמים עמדנו על הבדלים משמעותיים בדפוסי העבודה של גברים ונשים במשך הגירוש. במסגרת זו עמדנו על 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, ובניגוד לכך, גברים ממעטים ליטול על עצמם תפקידים ביתיים

on Divorce Law," in *Divorce Reform at the crossroads* 191, 200 (Stephan D. Sugarman & Herma Hill Kay eds., 1990); Kay, "Beyond No Fault: New Directions in Divorce Reform," *in Divorce Reform*, הערה 33 לעיל, בעמ' 20-21. גם ה-ALI (הערה 49 לעיל, בסעיף 4.07) דחה את האפשרות להתייחס לכושר השתכרות עתידי כנכס בר-חלוקה.

לדחיית הלכת *O'Brien* ברוח המדינות בארצות-הברית ראו Ira Mark Ellman, Paul M. Kurtz & Elizabeth S. Scott, *Family Law: Cases, Text, Problems* 337-338 (3d ed., 1998) על כן: אפילו במדינות שאימצו בעבר את הלכת *O'Brien* מסתמנת בשנים האחרונות נסיגה מכך. בניו-יורק, שם נקבעה הלכת אובריאן, קראה לשכת עורכי-הדין לשינוי ההלכה, ואף בתי המשפט הנמוכים הביעו חוסר-נחת ממנה (Ellman, Kurtz & Scott, שם, בעמ' 339-340). נוסף על כך קיימת בניו-יורק פסיקה שמצמצמת את הלכת אובריאן וזאת על ידי הכרה במוזנות כאלטרנטיבה להכרה בכושר ההשתכרות כנכס בר-חלוקה; ראו *Grunfeld v. Grunfeld*, 94 N.Y.2d 696 (App. 2000). באורגון דחה בית המשפט את תביעת האשה להכרה ברישיון הרפואה של בעלה כנכס בר-חלוקה – ראו *In re Marriage of Stuart and Stuart*, 107 Ore. App. 549 (1991). לאחר ההפסד במשפט העביר עורך-הדין של האשה, שהיה גם חבר בית הנבחרים של אורגון, חוק שמכיר בכושר השתכרות כנכס בר-חלוקה. מאוחר יותר צומצם החוק, וב-1999 בוטל לחלוטין. ראו ALI, הערה 52 לעיל, בעמ' 705. גם בניו-יורק, על אף הלכת *O'Brien*, ניתן פסק דין שדחה הכרה בעלייה בדרגה של שוטר כנכס בר-חלוקה; ראו *Bystricky v. Bystricky*, 677 N.Y.S.2d 443 (Sup.Ct. 1998).

ברורה עוד יותר עמדת הדין הגרמני בנושא. ראו Wolfgang Voegely & Barbara Willenbacher, "Property Division and Pension-Splitting in the FRG," in *Economic Consequences of divorce: The International Perspective* 163, 169-170 (Lenore J. Weitzman & Mavis Maclean eds., 1992). כושר השתכרות איננו נכס בגרמניה ואיננו שיקול בקביעת תוצאות הרכוש. עד לאחרונה זו הייתה גם המדיניות של בתי המשפט לענייני משפחה באוסטרליה; ראו Marcia M. Neave, "Private Ordering in Family Law: Will Women Benefit?," in *Public and Private Feminist Legal Debates* 145, 146-161 (Margaret Thornton ed., 1995). בניו-זילנד ראו, לדוגמה, פסק הדין 3 *Godfrey v. Godfrey* [1979] MPC 64. למחקר השוואתי בנושא זה המציג תמונת מצב זו במדינות רבות בעולם המערבי ראו הסדרה חוזית, הערה 15 לעיל, פרק ד.3.ה).

ומשום כך יכולתם לטפח קרירה חיצונית במקביל לחיי נישואים גבוהה יותר. על רקע זה אין זה מפתיע שקיימים פערים משמעותיים בין ההון האנושי שגברים צוברים במשך הנישואים לבין ההון האנושי שנשים צוברות בתקופה זו.³⁵⁹ על כן, במקרים רבים גברים מצליחים לקיים חיי משפחה ואף להגדיל את הונם האנושי במשך הנישואים בזכות תמיכה אינטנסיבית של בנות זוגם, הלוקחות על עצמן את תפקיד בן הזוג הביתי.³⁶⁰ דומה כי מצב עניינים זה עשוי לבסס 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 היתר בשל מאמציו של בן הזוג הביתי, כי אז ניתן לראות נכס זה כתוצר של השותפות בין בני הזוג. על כן, בהתאם לאנלוגיה בין השותפות המסחרית לבין חיי הנישואים, שתמיכה בחלוקת תוצרי השותפות הביתית בין שני בני הזוג, יש לחלק את כושר ההשתכרות כשם שמחלקים נכסים אחרים שנצברו במשך הנישואים.³⁶¹

כך, ניתן לטעון כי בהתאם ללוגיקה הכלכלית המנחה ברגיל את המודל ההסכמי, בן זוג ביתי סביר לא היה מוכן לתרום לקריירה של בן זוגו לו ידע שבמקרה של גירושים תרומתו לא תקבל ביטוי משפטי.³⁶² כנגד טיעון זה יש המציגים ניתוח שונה המסביר

359 חשוב להדגיש כי ניתוח זה ולבנטי 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 ככל דפוסי 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.

360 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 לסייע משמעותי של בן זוג ביתי. חשבו בהקשר הישראלי על איש צבא בכיר, שבמשך הקריירה הצבאית שלו בן זוגו 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 לפצות בקריירה שנייה כמגנ"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 יחלק עם בן זוגו את ההכנסותיו מתפקידו החדשים, שאין ספק כי נצברו על סמך המוניטין שרכש בזמן שירותו הצבאי.

361 לטעון 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 לריני 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.

362 ראו את הניתוח הכלכלי של המודל ההסכמי שנערך בפרק 2.2 א) לעיל וכן את הערה 71 והטקסט המתייחס אליה.

מדוע – מבחינה כלכלית – בן זוג ביתי רציונלי יסכים להסתפק בפיצוי על הפסדי הקריירה שנגרמו לו אך לא יצפה למחצית מהרווחים שהפיק בן זוגו.³⁶³ נוסף על כך יש לזכור כי המודל ההסכמי איננו מבוסס באופן מוחלט על ניתוחים כלכליים רציונליים, ועל כן גם אם באופן רציונלי בן זוג ביתי אמור לדרוש חצי מהתוספת לכושר ההשתכרות, ניתן לטעון כי במציאות החברתית הקיימת, חלוקת נכסי העתיד איננה משקפת את העמדה המשווערת של מרבית הזוגות. מכל מקום, תהא אשר תהא עמדת המודל ההסכמי בעניין, ברור כי בהתאם למודל הנורמטיבי – שמחקר זה רואה בו את הרציונל האינדיבידואליסטי המשמעותי יותר – אין זה צודק שתרומתו של בן הזוג הביתי להגדלת כושר ההשתכרות של בן זוגו לא תקבל ביטוי משפטי. המחקרים המלמדים כי אי-חלוקת כושר ההשתכרות מוליכה לפערים משמעותיים במצבם הכלכלי של נשים וגברים לאחר הגירושים, מבהירים כי ערך השוויון במובנו המהותי תומך אף הוא בחלוקתו של כושר ההשתכרות. על פי קו חשיבה זה, התייחסות אל כושר ההשתכרות ואל נכסי עתיד נוספים שנצברו במשך הנישואים כנכס פרטי פוגעת באופן עמוק בתפיסה המודרנית של הנישואים כשותפות, ובמחויבות הנגזרת מתפיסה זו כלפי חלוקה שוויונית של רכוש שנצבר במשך הנישואים.³⁶⁴

ודאי וודאי שחלוקת כושר ההשתכרות כנכס מתחייבת גם בהתאם לרציונל הקישורי: כזכור, אחד המוקדים של הרציונל הקישורי היה הניסיון לייצר סביבת עבודה שתאפשר לבני הזוג לקבל החלטות המתחשבות בטובת המשפחה כמכלול, ולא רק בטובתם כיחידים. מכיוון שכך, ברור כי רציונל זה דורש כי בן הזוג הביתי שהקריב את הקריירה האישית שלו לטובת המשפחה לא ינזק.³⁶⁵

על רקע זה יש הסבורים כי הפתרון הראוי לבעיות בדיני הזוגיות המודרניים עשוי להיות תפיסה רחבה של המונח "נכס", באופן שיכלול גם את ההון האנושי שנרכש במהלך הקשר הזוגי ויאפשר לחלק אותו בין הצדדים בעקבות הגירושים.³⁶⁶

363 לסוג זה של ניתוח כלכלי ראו Ellman, הערה 70 לעיל; אולם ראו את ביקורתה של Kay, "Beyond No Fault: New Directions in Divorce Reform," הערה 33 לעיל, הסבורה כי אדם סביר לא יטול על עצמו את הסיכון שהשקעה בקריירה של בן זוגו תרד לטמיון במקרה שבו בן הזוג החיצוני ייכשל, אם ידע שגם במקרה של הצלחה הוא יהיה זכאי לכל היותר לפיצוי על השקעתו אך לא למחצית הרווחים. מנגד ראו את טענתם של Trebilcock & Keshvani, הערה 96 לעיל, שלפיה קיים היגיון ביטוחי בעסקה שבמסגרתה בן הזוג הביתי משקיע בהון האנושי של בן זוגו מתוך ציפייה למחצית הרווחים אם הנישואים יימשכו, אך הוא מוכן להסתפק בפיצוי על הפסדים במקרה של גירושים.

364 לטענה זו ראו גם Weitzman, הערה 351 לעיל, בעמ' 145-110, וכן לאחרונה Allen M. Parkman, "Reforming Divorce Reform," 41 Santa Clara L. Rev. 379, 379-389 (2001). ראו גם מנדלסון (הערה 2 לעיל, בעמ' 447 ואילך), הסבור כי בטווח רחוק אי-ההכרה בנכסים הללו עלולה לרוקן את חזקת השיתוף מתוכן.

365 לטענות דומה ראו Frantz & Dagan, הערה 49 לעיל.

366 Joan M. Krauskopf, "Recompense for Financing Spouse's Education: Legal Protection for the Marital Investor in Human Capital," 28 U. Kan.

לכאורה, אם כן, הגיתוח הרואה בהבדלים בכושר ההשתכרות מקור לפערים בין גברים ונשים לאחר גירושים מספק לא רק דיאגנוזה למחלה, אלא גם את התרופה לה.

2. ההתנגדות המשפטית לחלוקת נכסי העתיד

למרות שהפתרון של חלוקת נכסי העתיד נראה אופטימלי, הוא נדחה כמעט על ידי כל מערכות המשפט בעולם המערבי.³⁶⁷

מדוע שיטות משפט המגלות נכונות מרחיקת-לכת להרחיב את היקף השיתוף בין בני הזוג על כמעט כל סוגי הנכסים הקיימים, תוך הכרה בתרומה השווה של בן הזוג הביתי להפקת תועלות כלכליות שנצברו במהלך הנישואים, מסרבות לעשות זאת בהקשר של הנכס המרכזי הקיים בעולם המודרני? הממצאים האמפיריים, המבהירים שחלוקת הנכסים הממשיים לא הולכה לשוויון בין גברים ונשים, מחזירים שאלה זו ביתר שאת. עיון בפסקי הדין שבהם הועלתה – ונדחתה – הדרישה לחלוקת נכסי העתיד מגלה כמה נימוקים, שלפחות הרובד הגלוי שבהם אינו נראה משכנע.

הטיעון הקנייני-פורמלי – "נכסי עתיד אינם נכסים": בפסיקה שסירבה להכיר בכושר השתכרות כנכס, דומיננטית מאוד הטענה כי ההגדרה המשפטית הפורמלית של "נכס" איננה כוללת נכסי עתיד. כך, למשל, נטען כי תואר באוניברסיטה הוא הישג אינטלקטואלי, אך מכיוון שלא ניתן לסחור בו, להעביר אותו או להוריש אותו, אין מדובר בנכס במובן המשפטי.³⁶⁸

הנמקה זו אינה משכנעת בעליל. כידוע, קיימת בעולם המשפט מגמה לאמץ גישה פרשנית תכליתית, המפרשת הוראות ומונחים בחוק בהתאם להיגיון ולתכלית

(1980) L. Rev. 379, במחקר זה עשה Krauskopf שימוש בתובנות הכלכליות על משמעותו הכלכלית של ההון אנושי כדי לטעון שיש להחשיב את ההון האנושי שהושג במשך הנישואים בעת שנדונים ענייני הגירושים. ראו גם Weitzman, הערה 351 לעיל, בעמ' 387-388, ולאחרונה Erik V. Wicks, "Professional Degree Divorces: of Equity Positions, Equitable Distributions, and Clean Breaks," 45 Wayne L. Rev. 1975 (2000). וכן Frantz & Dagan, הערה 49 לעיל, בעמ' 133-137. עוד ראו רוזן-צבי, הערה 1 לעיל, בעמ' 476 ואילך.

367 ראו הערה 358 לעיל.

368 ראו, לדוגמה, (Super. 1978) 574 P.2d 75, *Marriage of Graham*, שבו נדחתה דרישה להכרה בתואר אוניברסיטאי כנכס בשל הנימוק הקנייני. פסק דין זה והמבחן הקנייני המסורתי שנטבע בו נהפך לאחר המובילים בהתנגדות להכרה בכושר השתכרות כנכס, ופסקי דין רבים הלכו בעקבותיו. ראו, למשל, *Nelson v. Nelson*, 492 N.E.2d 131, 133 (Super. 1986); *Stevens v. Stevens*, 492 N.E.2d 131, 133 (Super. 1986); *Archer v. Archer*, 493 A.2d 1074, 1077, 1079-1080 (App. 1985). ברבים מפסקי הדין הללו מילא הנימוק הפורמליסטי תפקיד מרכזי.

החקיקתית שאותם הם נועדו להגשים.³⁶⁹ ואכן, בהקשרים רבים הפסיקה מגדירה את המונחים "נכס" או "זכות קניין" באופן גרוב, המאפשר לכלול בהם כל תועלת כלכלית.³⁷⁰ על רקע זה אני סבור כי בעקבות התובנה המודרנית על הערך הכלכלי שמגלם ההון האנושי, ולאור הניתוח המלמד על התקיימותם של הרציונלים לשיתוף בהקשר לנכסי העתיד שפותחו במשך הנישואים, יש ליישם פרשנות תכליתית שתאפשר את חלוקתם – גם אם בהקשרים אחרים נכסי עתיד אינם נחשבים כנכסים מבחינה משפטית. יודגש, כי חוסר-האפשרות לסחור בנכסי העתיד עלול להקשות על המימוש של התועלת הכלכלית הגלומה בהם. בעיית המימוש היא בעיה עצמאית ונתייחס אליה בהרחבה בהמשך הדברים; עם זאת, בעיית המימוש אינה שוללת את עצם העובדה שהון אנושי מהווה תועלת כלכלית שנצברה בין היתר בזכות המאמץ המשותף של שני הצדדים, ומשום כך – בהתאם ללוגיקה של השיתוף, שמרבית המדינות המערביות מחויבות לה – יש לחלקו.

בעיית החישוב: טענה אחרת ששבה ועלתה בפסיקה שהתנגדה לחלוקתם של נכסי העתיד עסקה בקושי להעריך את שוויים של נכסי העתיד.³⁷¹ נטען, כי קושי זה עשוי להוליך לכך שחלוקת נכסי העתיד תתבסס על חישובים והערכות ספקולטיביות.³⁷² אני סבור כי גם טענה זו רחוקה מלשכנע. אכן, בהקשרים אחרים – למשל דיני הניזקין ודיני הביטוח – נאלץ המשפט להתמודד לא פעם עם הצורך להעריך את כושר השתכרותו

369 הפרשנות התכליתית עומדת במרכז תורת הפרשנות של השופט ברק, ראו סדרת ספריו בנושא הפרשנות:

אהרן ברק, פרשנות במשפט א – תורת הפרשנות הכללית (תשנ"ב); אהרן ברק, פרשנות במשפט ב – פרשנות החקיקה (תשנ"ג); וכן לאחרונה אהרן ברק, הפרשנות התכליתית (תשס"ג). בספרים נוספים יישם השופט ברק עקרונות אלו. בעולם המערבי, המתודה המבקשת לפרש כלל משפטי בהתאם לעקרונות-העל המשפטיים שמהם הוא נובע ואותם הוא נועד להגשים, מזוהה מאוד עם עבודתו של רונלד דבורקין; ראו הערה 9 לעיל.

370 על כך ראו, למשל, רון צבי, הערה 1 לעיל, בעמ' 486-487. כן ראו ויסמן, הערה 143 לעיל, בעמ' 58. ויסמן סבור כי יש לאמץ פרשנות תכליתית למונחים "רכוש" ו"זכות קניין", ובעקבות זאת הוא תמך בהגנה מרחיבה על סוגים שונים של רכוש מודרני לרבות רכוש שאיננו מסווג כקניין או כנכס בהתאם למבחנים המקובלים (שם, בעמ' 72-74).

371 שימו לב שקיימות למעשה שתי בעיות כימות ביחס לנכסי העתיד. בעיה אחת, שבה עוסקת הפסקה הנוכחית, מתייחסת לעצם היכולת לחשב את שוויים של נכסי העתיד כגון כושר ההשתכרות לאור ההיבט הספקולטיבי הכרוך בכך. לצד בעיה זו, קיימת גם בעיית כימות נוספת, הנובעת מהקושי להפריד בין הרכיב בכושר ההשתכרות המיוחד לכשרונו של האדם לבין הרכיב שניתן לייחס אותו למאמץ המשותף שהתקיים במשך הנישואים. לבעיה זו נתייחס בהמשך הדברים, בעת שנדון במתח שבין גישות אינדיבידואליסטיות לבין הכרה בנכסי העתיד.

372 קיימים פסקי דין רבים שבהם הופיע טיעון זה בניסוח זה או אחר. ראו, למשל, *Graham, Wehrkamp v. Wehrkamp*, 357 N.W.2d 264 (S.D. Super. 1984); הערה 368 לעיל, *Drapek v. Drapek* 503 N.E.2d 946 (Super. 1987).

העתיד של אדם שנפגע. בהקשרים הללו איש לא יעלה על הדעת שהקושי בהערכת כושר ההשתכרות והממדר 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?

בעיית המימוש בעת הגירושים: סוג אחר של טיעונים גורס כי נכסי העתיד הם נכסים שנוצרו לאחר הגירושים ומכיוון שכך אין לחלק אותם בין הצדדים.³⁷³ אם טיעון זה מבקש לכפור בעובדה שההכנסות שכן הזוג החיצוני מרוויח לאחר גירושיו נובעות לפחות בחלקן מההון האנושי שצבר במשך הנישואים,³⁷⁴ מדובר בטיעון מפוקפק מאוד, המנוגד לעצם ההכרה במושג של ההון האנושי במחקר הכלכלי והסוציולוגי בן זמננו. ברם, ייתכן שטיעון זה מצביע בכל זאת על בעיה משמעותית יותר, שלפיה גם אם לנכסי העתיד יש ערך כלכלי בעת הגירושים, הנכסים הללו שונים בכל זאת מנכסים אחרים, שכן לא ניתן לסחור בהם או להעביר אותם בעת הגירושים.³⁷⁵ לטעמי, גם נימוק זה איננו מבוסס דיו. אכן, נכסי העתיד אינם ניתנים בדרך כלל למימוש בעת הגירושים, אולם הקושי לממש את ערכם בעת הגירושים איננו שולל את העובדה שמדובר בנכס שנוצר במשך הנישואים ושיש לו ערך כלכלי כבר בשלב זה. בעיית המימוש ניתנת לפתרון באמצעות היוון כושר ההשתכרות. עם זאת, בהתחשב בעובדה שבמרבית המקרים כושר ההשתכרות הוא הנכס המרכזי, היוון כושר ההשתכרות מעורר קושי, שכן בעת הגירושים לא קיימים די נכסים זוגיים שניתן לאזן אותם כנגד הערך המהוון של כושר ההשתכרות. על רקע זה דומה שדרך מוצלחת יותר לחלוקת כושר ההשתכרות עשויה להיות באמצעות תשלום עתי שישתלם עם מימוש כושר ההשתכרות.³⁷⁶ מכל מקום, ברור כי ההתלבטות בקשר לדרך המימוש של כושר ההשתכרות איננה מצדיקה כשלעצמה אי-הכרה בכושר ההשתכרות כנכס.³⁷⁷

מורכבים עוד יותר הם טיעונים המנמקים את ההתנגדות להכרה ברישיונות או בתעודות כנכס בשל האופי "האליטיסטי" של הנכסים הללו ובשל האפליה שעלולה

373 ראו, למשל, *Sweeney*, 453 A.2d 527, 531-532 (Super. 1982); *Mahoney v. Mahoney*, 534 A.2d 1290, 1291 (Me. Super. 1987).

374 עם זאת, כפי שאסביר בהמשך, ההכרה בהון האנושי מחייבת הבחנה בין הרכיב בהכנסתו של אדם הנובע מעבודתו המתמשכת לבין הרכיב הקשור להון האנושי שהופק בשלבים קודמים.

375 טיעון ברוח זה מופיע, למשל, בפסק הדין בעניין *Graham*, הערה 368 לעיל, וראו דברינו בעניין זה בהקשר לטיעון הקנייני הפורמליסטי.

376 לשיקולים שונים בדבר הדרך הראויה למימוש כושר ההשתכרות ולניתוח ההבדלים באידאולוגיה הבסיסית שהם מייצגים ראו חלק 5 להלן.

377 ברם, הצורך לחלק את כושר ההשתכרות בתקופה שלאחר הגירושים עשוייה לשקף בעיה עמוקה יותר, הקשורה במתח שבין המשך השותפות שבין בני הזוג לבין עיקרון הפרידה הנקיה. בקושי זה נעסוק בהרחבה בסעיף הבא.

להיווצר עקב כך בין נשותיהן של בעלי תארים לבין נשים רגילות.³⁷⁸ אכן, אין הצדקה ממשית להתייחס דווקא לתארים ולא לנכסים עתידיים יוקרתיים פחות (כגון קביעות בעבודה) כנכס הניתן לחלוקה בעת הגירושים. עם זאת, כדי למנוע את ההפליה האמורה, אין לשלול את החלוקה של הנכסים "היוקרתיים" אלא להפך – יש להתייחס לכלל הנכסים העתידיים כנכסים הניתנים לחלוקה בין בני הזוג.

מפוקפקת מאוד היא גם הטענה כי בן הזוג הביתי השתמש כבר בכושר ההשתכרות של בן זוגו במשך הנישואים, ולפיכך אין סיבה לאפשר לו הנאה נוספת מכושר ההשתכרות גם בשלב הגירושים.³⁷⁹ לפחות חלק מהכנסתו של בן הזוג החיצוני לאחר הגירושים מתבסס על כישורים שנצברו במשך הנישואים. אם כן, לא ברור מדוע השימוש שנעשה בכושר ההשתכרות במשך הנישואים שולל את ההכרה בזכותו של בן הזוג הביתי ליהנות מכושר זה לאחר הגירושים (כפי שכן הזוג החיצוני ימשיך להנות ממנו). למותר לציין, כי בני הזוג הביתיים משתמשים במשך הנישואים גם בנכסים הממשיים – ולעולם לא שמענו כי שימוש זה סותר את בעלותם הקניינית בהם לאחר הגירושים.

3. האינדיבידואליזם הליברלי כבסיס האידאולוגי להתנגדות לחלוקה של נכסי העתיד

(א) ההתנגדות האינדיבידואליסטית לחלוקתם של נכסי העתיד

בחלק הקודם עמדנו על כך שהנימוקים הגלויים המופיעים בדרך כלל בפסקי הדין המתנגדים להחלת הסדרי שיתוף על נכסי עתיד אינם משכנעים.³⁸⁰ מהי, אם כן, הסיבה "האמיתית" הפנימית המניעה את מעצבי המשפט בעולם המערבי שלא לחלק את נכסי העתיד?

אני סבור כי מניעה זו נעוצה בגישה הליברלית-אינדיבידואליסטית שאליה מחויבים דיני המשפחה המערביים המודרניים, ובמידה רבה המשפט המערבי בכללותו. ההכרה בכושר ההשתכרות כנכס פוגעת בגישה האינדיבידואליסטית לפחות בשלושה מובנים.

ראשית, התפיסה הגורסת כי שני בני הזוג צריכים להתחלק בכושר ההשתכרות שנוצר במשך הנישואים עומדת בסתירה לתפיסה אינדיבידואליסטית הרואה בהישגיו של אדם תוצר של מאמציו.³⁸¹ ושל כישורנותו.³⁸² על פי תפיסה זו, כושר ההשתכרות שנוצר

378 ראו את עמדת בית המשפט לערעורים המובאת בפסק דינו של בית המשפט העליון בפרשת – Mahoney, הערה 373 לעיל, בעמ' 530.

379 *Sweendy, Postema v. Postema*, 471 N.W.2d 912, 920 (1991), הערה 373 לעיל.

380 לעמדה דומה ראו Frantz & Dagan, הערה 49 לעיל, בעמ' 137-133.

381 טענה כי הפקת נכסים מבוססת בעיקר על מערכת מאמצים נמשכת ופחות על כושר ההשתכרות ראו פסק דין פלוני, הערה 415 להלן.

382 השווה Allen M. Parkman, "The Recognition of Human Capital as Property in Divorce Settlements," 40 Ark. L. Rev. 439 (1987).

במשך הנישואים ויכולת ההשתכרות העתידית הנגזרת ממנו משקפים למעשה את הכישורים הבסיסיים ואת האיכויות האנושיות של בן הזוג החיצוני. בהקשר דומה, ההתייחסות לכושר ההשתכרות כנכס משותף מנוגדת לחשיבה הליברלית המקובלת המתנגדת להמשגות שמהן משתמע כי לאדם אחד בעלות על אדם אחר,³⁸³ או כי רכיבים אישיותיים הם עניין סחיר³⁸⁴ (להלן: "טיעון הכישורים והמאמצים האישיים").

טיעון הכישורים והמאמצים האישיים מסייג אפוא את היקף ההכרה כנכסי העתיד בכך שהוא מבהיר כי אין לראות כל עלייה במשכורת במשך הנישואים כביטוי למאמץ המשותף של הצדדים. על כן, טיעון זה מצביע על כך שלפחות על פי הרציונל הנורמטיבי-מסחרי יש צורך להבחין בין הרכיבים שנוספו לכושר ההשתכרות עקב המאמץ המשותף, לבין רכיבים המגלמים כישרון אישי קודם. נוסף על כך, הטיעון מלמד שיש צורך להתחשב בכך שרכיב משמעותי במשכורתו של אדם מהווה תגמול למאמץ מתמשך. לפיכך, אם מדובר במשכורת המתקבלת לאחר הגירושים, יש להתחשב בכך שחלק מהמשכורת אינו מבטא את המאמץ המשותף של בני הזוג לפני הגירושים אלא את המאמץ שעשה בן הזוג החיצוני לאחר הגירושים, לאחר שהיחידה הכלכלית בין בני הזוג התפרקה, ועל כן גם רכיב זה של המשכורת אינו בר-חלוקה. 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.³⁸⁵

במובנים הללו, ההכרה ברכיבים השונים שמהם מורכב כושר ההשתכרות מוסיפה נדבך חשוב לטיעון "החישוב" שאליו התייחסתי בדוני בטיעונים המופיעים בפסיקה. הכרה זו מבהירה כי מעבר להיבט הספקולטיבי של נכסי העתיד³⁸⁶ קיימת גם בעיית "חישוב" נוספת, מהותית יותר, הנובעת מהקושי להפריד בין הרכיב בכושר ההשתכרות המיוחס לכישורו של האדם ולמאמציו המתמשכים אחרי הגירושין (מאמץ שכן הזוג

383 לטענה כי שיטות משפט מסרבות להפעיל את כללי השיתוף הרגילים על כושר השתכרות, בגלל תפיסה אינדיבידואליסטית המייחסת לאדם את תוצר מעשיו ודראה 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).

384 טענתי זו היא השלכה פרטית של הטענה המפורסמת והכללית יותר של Radin כנגד מסחור גורף – commodification – של היחסים החברתיים ושל ההיבטים האישיים בחיי אדם. ראו Margaret Jane Radin, "Market – Inalienability," 100 *Harv. L. Rev.* 1849 (1987). כן ראו Margaret Jane Radin, *Contested Commodities* (1996). בהקשר מעט אחר נטען כי ביסוסם של דיני הנישואים על אולוגיות עסקיות עשוי לבזות את משמעותם של הנישואים, ראו Archer, הערה 368 לעיל.

385 לטיעון מעניין זה ראו Jane Rutherford, "Duty in Divorce: Shared Income as a Path to Equality," 58 *Fordham. L. Rev.* 539 (1990).

386 כפי שהסברתי, היבט זה אינו ייחודי לדיני המשפחה, ועל כן הוא ניתן לפתרון באמצעות פתרונות דומים לפתרונות הקיימים בדיני הנוזיקן והביטוח.

הביתי אינו תורם לו) לבין הרכיב שניתן לייחס אותו למאמץ המשותף שהתקיים במשך הנישואים.³⁸⁷ קשה למצוא מקבילות לקושי זה בענפי משפט אחרים, והוא מצריך פיתוח טכניקות ייחודיות במסגרת דיני המשפחה.

שנית, אימון הרעיון של כושר השתכרות כנכס, ונגזרותיו, עשויים לעורר בני זוג לחיות במשך הנישואים באורח חיים שבו הם מסתמכים על בני זוגם. עניין זה כשלעצמו מנוגד להשקפת עולם אינדיבידואליסטית, הרואה באוטונומיה האישית ובהסתמכות על עצמך ערכים מחייבים.³⁸⁸ על פי קו חשיבה זו, גישה משפטית שתחליש את ההגנה המשפטית על נשים גרושות תגרום בסופו של דבר לנשים להשתתף יותר בשוק העבודה. (להלן: "עידוד האוטונומיה").

לבסוף, הכרה בכושר השתכרות כנכס עלולה לפגוע במחויבות העמוקה של הגישה האינדיבידואליסטית לעיקרון הפרידה הנקייה,³⁸⁹ המדגיש את החופש של יחידים להתנתק מקשרים וממסגרות.³⁹⁰ (להלן: "טיעון ההתנתקות").

387 לקושי לחשב אלו רכיבים בכושר ההשתכרות מיוחסים לשיפור במשך הנישואים ולא לכישורים המקוריים ראו Parkman, הערה 382 לעיל.

388 השווה Kay, "An Appraisal of California's No-Fault Divorce Law," הערה 33 לעיל, בעמ' 304-214 *N.C.L. Rev.*; 1103, 1113 (1989). כן ראו כרמל שלו, הערה 64 לעיל, בעמ' 907 עוד ראו Stephen D. Sugarman, "Dividing Financial Interests on Divorce," in *Divorce Reform at the Crossroads* 130, 144-145 (Stephan D. Sugarman & Herma H. Kay eds., 1990); Deech, הערה 64 לעיל. על סוג זה של טענה ועל המתח שהיא מעוררת בין זרמים פמיניסטיים שונים עמדתי בהרחבה במחקר "הסדרה חוזית", הערה 15 לעיל, בפרק יג. 4; כן ראו בחלק ה. 4.

389 להצבת עיקרון הפרידה הנקייה כעיקרון-על שמערכת גירושין ללא אשמה חייבת לשאוף אליו ראו Eickron, עיקרון הפרידה הנקייה כעיקרון-על שמערכת גירושין ללא אשמה חייבת לשאוף אליו ראו Kay, "An Appraisal of California's No-Fault Divorce Law," הערה 33 לעיל, בעמ' 313. עיקרון זה מוצב גם בפסיקותיהם של בתי המשפט בארצות מערביות שונות; ראו, לדוגמה, *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 *Pelech v. Pelech*, 7 Rfl (3d) 225, 271 (Scc): "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." עוד ראו רכריו של הלורד Scarman בפסק הדין *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.

390 לטיעונים דומים כנגד הכרה בכושר השתכרות כנכס ראו Parkman, הערה 382 לעיל. כן ראו Robert J. Levy, "A Reminiscence about the Uniform," שם, בעמ' 309 ואילך.

אסביר טענה זו. כאמור, כושר ההשתכרות איננו נכס קנייני סחיר: לפיכך, לא ניתן לממש את כושר ההשתכרות של בני הזוג מיד עם גירושיהם של בני הזוג. נוסף על כך, דווקא בשל העובדה שכושר ההשתכרות הוא הנכס הכלכלי המרכזי, בדרך כלל לא ניתן להוון אותו אל מול נכסים ממשיים אחרים הקיימים אצל בני הזוג בשלב הגירושים. מכיוון שכך, החלוקה הממשית של כושר ההשתכרות עשויה להיות בשתי דרכים מרכזיות:

על פי הדרך האחת, יש לראות את חלקו של בן הזוג הביתי כתוספת לכושר ההשתכרות הפונטיציאלי של בן הזוג החיצוני שנוצר במשך הנישואים, כחוב שערכו נקבע כבר בעת הגירושים ושיש לשלם אותו בשנים שלאחריהם. ברם, דרך זו משמעה כי בן הזוג יאלץ לשלם סכום חודשי קבוע המגלם את חלקו של בן הזוג בהכנסתו העתידית המשוערת, גם אם בפועל, מסיבות שונות, הכנסתו הממשית תהיה נמוכה בהרבה. על כן, המשמעות של גישה זו היא שניטלת האפשרות של בן הזוג החיצוני להחליט כי הוא מעוניין להפחית את קצב עבודתו עד סוף ימיו. נראה, כי גם מהלך כזה איננו מתקבל על הדעת; במיוחד דרך זו עלולה לגרום חוסר-צדק משווע לבן הזוג החיצוני במקרים שבהם הסיבות לכך שהכנסתו הממשית נמוכה מהכנסתו המשוערת אינן תלויות בו.³⁹¹

על רקע זה נראה כי הדרך המתאימה יותר לחלוקת כושר ההשתכרות היא חלוקת המשכורת שבן הזוג החיצוני מקבל בפועל. ברם, המשך חלוקת כושר ההשתכרות מקשה מאוד על היכולת להיפרד במובן המלא, ומשום כך היא מנוגדת לעקרונות ליברליים-אינדיבידואליסטיים. אמנם, 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 השתכרות כנכס עשוי להוליך 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

Marriage and Divorce Act – and Some Reflections about its Critics and its Policies,"
1991 B.Y.U. L. Rev. 43, 60 ואילך.

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

מקשרים וממסגרות,³⁹² גם אם הכניסה לקשרים ולמסגרות הללו הייתה מוסכמת ורצונית.³⁹³

(ב) על הקונפליקט הלא פתור בין אינדיבידואליזם לשיתוף

בסעיף הקודם טענתי כי ההתנגדות להכרה בכושר השתכרות כנכס בר-חלוקה בעת הגירושים מבוססת על היסודות האינדיבידואליסטיים המושרשים באופן עמוק בחשיבה המערבית על דיני הזוגיות. עם זאת, התוצאה הנובעת מכך הנה חשיפתן של נשים, שתרמו לטיפוחם של הנכסים העתידיים, למצוקה כלכלית קשה. ממצא כזה אינו משתלב עם ערכי הצדק והשוויון שעמדו ביסוד התמיכה הנורמטיבית בהשוואה המודרנית בין הנישואים לבין שותפויות מסחריות; ודאי שמצב עניינים זה אינו משתלב עם הרציונל הקישורי לשיתוף, שביקש ליצור סביבת עבודה שלא תפגע במי שהעדיף את טובת המשפחה על טובתו האישית. אם כן, סוגיית כושר ההשתכרות מעמידה בפני משפטנים סוג של ברירה טרגית: מחד, מתווכות מוחלטת לעקרונות של שוויון וצדק ותפיסה קישורית המבקשת לעודד התנהגות שיתופית במשפחה מחייבים חלוקה כלכלית גם של רכיבים מסוימים של כושר ההשתכרות. מאידך, חלוקה כזו תפגע ביסודות האינדיבידואליסטיים של החשיבה הליברלית ובמיוחד בעיקרון חופש היציאה.

392 ראו, לדוגמה, Walzer, הערה 294 לעיל, בעמ' 11-16. וולצר מאפיין ארבעה ממדים שבהם הליברלים מדגיש את האפשרות לדינמיות ולהתנתקות. ראו גם Leslie Green, "Rights of Exit," 4 Legal Theory 165 (1998). לאחרונה עסקו במחויבות הליברלית לחופש היציאה Dagan & Heller, הערה 54 לעיל, בעמ' 567-570. מעניין כי לפחות אחד מן הכותבים במאמר זה – דגן – כתב לאחרונה מאמר משותף עם פרנץ (ראו הערה 49 לעיל), ובו הם הכיעו את הדעה כי יש מקום להתייחסות לכושר ההשתכרות כנכס בר-חלוקה. יתרה מזו: דגן ופרנץ סבורים כי אין זה ראוי להוון את כושר ההשתכרות הפונטיציאלי בעת הגירושים. חלף זאת הם סבורים כי חלוקת כושר ההשתכרות צריכה להיות באמצעות תשלום אחדים מן ההכנסות המתקבלות בפועל לאחר הגירושים. לי נדמה כי טכניקה זו מסכלת את האפשרות של בני הזוג להשתחרר מהשותפות הקיימת ביניהם, ומשום כך אני מתקשה להסכים עם טענתם כי חלוקה שוויונית של נכסי העתיד מתיישבת הן עם עקרונות שוויוניים והן עם עקרונות אינדיבידואליסטיים. עם זאת, כפי שכבר ציינתי, לאור טיעוניהם ובשל רצוני להקדיש מאמר נפרד לשיתוף הזוגי במשפט האמריקני, אני מעדיף להותיר את ההתמודדות עמם למאמר זה.

393 במקום אחר ("הסדרה חוזית", הערה 15 לעיל, בפרק יג.ב.3.) אני עומד על כך שבמקרים שבהם הכניסה לקשר היא רצונית, ניתן לבסס טיעון אינדיבידואליסטי הפוך – המכיר בהתחייבויות המגבילות את חופש היציאה בשל ההכרה בחופש להגביל את עצמן. לאור ניתוח זה אני טוען כי סוגיית כושר ההשתכרות חושפת שבתוך החשיבה הליברלית מתקיים קונפליקט פנימי בין העיקרון האינדיבידואליסטי על החופש לקשור את עצמן בחוזה מראש, ex-ante, לבין הצורך להגן על האוטונומיה של הפרט ועל יכולתו להתנתק מקשרים בדיעבד, ex-post. לטיעון דומה בהקשר של התקשרות חוזית להגבלת הגירושים ראו Scott & Scott, הערה 310 לעיל. ניתוח דומה ערך פרוף' שיפמן בכתבתו על נושא הבטחת נישואים; ראו פנחס שיפמן, "הבטחת נישואים – חוזה מחייב?", משפטים יג 104 (תשמ"ג). כן ראו שיפמן, הערה 1 לעיל, בעמ' 149-223.

הדיון בחלק זה הבהיר אפוא כי בניגוד לניסיונות הנעשים מפעם בפעם להציג תאוריות ליברליות אינדיבידואליסטיות, התומכות בתפיסה שיתופית רחבה של היחסים הכלכליים במשפחה ושל חיי הנישואים באופן כללי,³⁹⁴ קיים עדיין קונפליקט בלתי-פתור בין אינדיבידואליזם לשיתוף במישור המשפחתי.

4. ההתנגדות האינדיבידואליסטית לחלוקת נכסי העתיד: ניתוח ביקורתי

אם כן, הגישה הליברלית-אינדיבידואליסטית מעניקה עומק אידאולוגי להתנגדות הקיימת כלפי הדרישה להכרה בנכסי העתיד כנכס קנייני בר-חלוקה. ברם, גיתות מדוקדק של הטענות הללו ושל התשובות האפשריות להן מגלה כי גם אם במקרים מסוימים הנימוקים האינדיבידואליסטיים שהוצגו מבהירים כי חלוקה קניינית רגילה של כושר ההשתכרות מעוררת קושי, ומשום כך הם יכולים להצדיק שוני בין היחס המשפטי לנכסי העתיד לבין היחס המשפטי הראוי לנכסים אחרים, הם אינם יכולים לתמוך בהתעלמות מוחלטת מהנכסים הללו במסגרת הליך הגירוש.

(א) כושר ההשתכרות ככישור אישי

הטיעון המצביע על הרכיבים בכושר ההשתכרות כמשקפים כישרון ומאמצים אישיים איננו כופר בעצם העובדה שלכושר ההשתכרות ערך כלכלי, ובעובדה שלפחות היבטים מסוימים של כושר ההשתכרות טופחו במשך הנישואים בזכות המאמצים שהשקיע בן הזוג הביתי.³⁹⁵ לפיכך, טיעון זה איננו מסביר מדוע מוצדק לשלול מבן הזוג הביתי כל תגמול על תרומתו לעניין זה, ולכן הוא גם אינו מצדיק התנכרות מוחלטת לנכסי העתיד במסגרת חלוקת הרכוש.

אכן, כפי שהסברתי בהרחבה בדוני בטיעון זה, קיים קושי אמיתי להבחין בין הרכיבים שמהם מורכב כושר ההשתכרות (כישורים קודמים, מאמץ משותף במשך

394 ראו ב. 1, ב. 2 לעיל, וכן בהרחבה, לאחרונה, Frantz & Dagan, הערה 49 לעיל.

395 אני סבור כי דוגמת הרופאים שבה השתמשנו כדי להדגים את הצורך בחלוקתם של נכסי העתיד (הערה 360 לעיל) מדגימה את הקשיים שמעוררות הן הגישה המבקשת לייחס את כלל עליית המשכורת במשך הנישואים למאמץ המשותף והן הגישה המבקשת להתעלם לחלוטין מתרומת המאמץ המשותף לעליית כושר ההשתכרות. טלו לדוגמה מקרה של רופא מומחה, שנישא בעודו סטודנט ועל כן הכנסתו השנתית הייתה מזערית, ולעת גירושיו הוא מרוויח סכום מכובד. מחד גיסא, ניצב הטיעון האינדיבידואליסטי לפיו יהיה זה מגוחך לטעון כי ניתן לייחס את כל משכורתו של הרופא למאמץ שהושקע בתקופת הנישואים ולהתעלם מכשרונו המוקדם של הרופא, הוא טיעון מוצדק; מאידך גיסא, נדמה כי איש לא יכחיש את העובדה שהרופא לא יכול היה לפתח את כושר ההשתכרותו במקביל לחיים המשפחתיים אלמלא נמצא מי שייטול אחריות משפחתית בזמן הלימודים וההתמחות, הכרוכים בהשקעת זמן אינטנסיבית. על כן, גם מי שמקבל את הטיעון האינדיבידואליסטי בהקשר זה לא יוכל להצדיק התעלמות מוחלטת מתרומתו של בן הזוג הביתי לפיתוחם של נכסי העתיד.

הנישואים ומאמץ אישי אחרי הגירושים). עם זאת, הטענה האינדיבידואליסטית – שלפיה עיקר הכנסתו של אדם מיוחסת לכישרונותיו האישיים – ניתנת ליישום במידה רבה גם ביחס להכנסות שנצברו במשך הנישואים, ומשום כך היא מחייבת הבחנה בין נכסים שנצברו במאמץ משותף לבין נכסים והכנסות שנצברו בשל כישרונות אישיים.³⁹⁶ ברם, ככל שמדובר בתקופת הנישואים, הקושי להבחין בין הרכיבים הללו לא הולך שיטות משפט לנשל את בני הזוג הביתיים מהנכסים ומההכנסות שהפיק בן הזוג החיצוני אלא להפך – הוא הולך אותן להחיל את השיתוף על מכלול הנכסים וההכנסות. מדוע, אם כן, דווקא בהקשר לנכסי העתיד אמור הקושי בהבחנה בין הרכיבים השונים להולך למסקנה הפוכה – של נישול בן הזוג הביתי?³⁹⁷ אני סבור, כי גם אם עדיין לא נמצאה נוסחה מדויקת להבחנה בין ההיבטים הפרטיים להיבטים המשותפים בעליית כושר ההשתכרות, ובין רכיב העבודה לרכיב ההון האנושי במשכורתו של אדם, אין זה צודק שהקשיים הללו ינשלו לחלוטין את בני הזוג הביתיים מהחלק המגיע להם בעליית כושר ההשתכרות של בני הזוג.

(ב) עידוד האוטונומיה של נשים

הטיעון המתנגד להכרה בכושר השתכרות כנכס מתוך רצון לתמרץ נשים שלא להסתמך כלכלית על בעליהן כפוף לביקורת כפולה.

ראשית, טיעון זה מבוסס על גישה אידאליסטית המדגישה את תפקידו של המשפט כמכוון התנהגות וכמכוון שינויים חברתיים ארוכי-טווח. עם זאת – כפי שמלמדים אותנו מחקריה של ויצמן³⁹⁸ – כללים משפטיים "שוויוניים" לכאורה, השוללים הגנות משפטיות מנשים, פוגעים בהן לעתים באופן חמור. ייתכן שבשל כך קיים זרם חשיבה פמיניסטי המפגין חשדנות עמוקה כלפי ניסיונות משפטיים לקידום רעיונות של שוויון ואי-תלות באמצעים של שלילת הגנות וחזיונות קיימות של נשים.³⁹⁹ בכל מקרה, גם מי

396 עם זאת, משימת ההבחנה בהקשר לנכסי העתיד קשה יותר, שכן בעוד שבחקש לנכסי ההווה נדרשת הבחנה אחת (בין כישורים למאמצים), בהקשר לנכסי העתיד נדרשת הבחנה כפולה (בין כישורים למאמצים ובין מאמצי העבר למאמצי הווה).

397 מעבר להבדל בקושי הרב יותר – להבחין בין הרכיבים השונים שממם מורכב כושר ההשתכרות, שעליו הצבעתי בהערה הקודמת – ניתן לגרוס שבחקש לנכסי ההווה, הרציונל ההסכמי המבוסס על הכוונה הממשית של הצדדים חזק יותר, שכן נדמה לי שגם אם רעיון חלוקתם של נכסי העתיד הוא רעיון מבוסס אנליטית, הוא אינו מופנם עדיין בתודעתם של מרבית בני הזוג.

398 ראו הערה 351 לעיל.

399 למחקר מכוון של צורת חשיבה זו ראו Fineman, הערה 40 לעיל; ראו גם את המקורות העוסקים בדילמת ההבדלים שהוזכרו בהערה 64 לעיל.

שמקבל את השאיפה האסטרטגית לתמרץ נשים להשתתף בשוק העבודה, חייב לאזן בין שאיפה זו לבין הצרכים והזכויות של נשים במציאות החברתית הקיימת.⁴⁰⁰

שנית, ברובד עמוק יותר, עצם השאיפה האינדיבידואליסטית לעיצוב עולם שבו נשים לא יסתמכו על בעליהן ויתפרנסו באופן "עצמאי" מניחה כי אורח החיים "הגברי" של התמקדות בעולם העבודה וויתור על הקדשה מסיבית של זמן לגידול ילדים הוא אורח חיים עדיף על אורח החיים "נשי" של "התמסרות" לגידולם של ילדים.⁴⁰¹ ברם, קיימת גם תפיסה אחרת, שתשאף לעצב מערכת דיני וזגיות שתאפשר – מהותית – בחירה בדפוסי חיים מגוונים, גבריים ונשיים כאחד, מבלי שבחירה בדפוס חיים מסוים תוענש באופן כלכלי, חברתי או משפטי.⁴⁰² גישה כזו סבורה כי בחירה בדפוס חיים שבמרכזו ויתור על קריירה מקצועית לטובת גידולם של ילדים ואחריות כלפי המשפחה באופן כללי איננה בחירה בעלת ערך פחות מבחירה בפיתוח קריירה, אלא אף להפך. ייתכן שלפחות גישה קישורית – שכפי שראינו, הייתה לה השפעה על היחס המשפטי לנכסי העבר – תבקש לעודד סוג כזה של בחירה. גישה כזו תשאף לכך שמצבם של נשים וגברים שבתורם בדפוס חיים זה לא ייפגע. כמו כן, גישה כזו תיאבק במצב שבו אימוץ דפוס חיים ביתי חושף נשים למצוקה ולעוני במקרה של גירושם ולנחיתות כלפי בני זוגן במשך הנישואים, ועל כן היא עשויה לתמוך בחלוקת כושר ההשתכרות או לפחות בהתחשבות בו בעת הגירושם.

(ג) טיעון ההתנתקות

הטענה כי חלוקת כושר ההשתכרות פוגעת באופן מעשי ביכולת של בני הזוג להתנתק זה מזה היא מההתנגדויות האינדיבידואליסטיות המשכנעות ביותר. עם זאת, לטעמי גם טיעון זה איננו יכול להצדיק שלילה מוחלטת של זכותם של בני הזוג הביתיים למחצית התוספת לכושר ההשתכרות של בני זוגם.

400 על המתח בין גישות אידאליסטיות למשפט המדגישות את תפקידו כמכונן התנהגות, לבין גישות ריאליסטיות המדגישות את הצורך של המשפט להגיב למציאות הקיימת, בהקשר של דיני המשפחה, עמדתי לאחרונה בספרי: שחר ליפשיץ, הידועים בציבור כראי התיאוריה האזורית של דיני המשפחה, שער שלישי (תשס"ה).

401 ההבחנה בין צורת החשיבה הגברית לצורת החשיבה הנשית ויחסה להבדלים חברתיים, תרבותיים ופסיכולוגיים בין גברים לנשים מזוהה כמובן עם הזרם הפמיניסטי המכונה הפמיניזם ההתייחסותי או הקישורי (relational feminism), או פמיניזם תרבותי (cultural feminism). סוג זה של פמיניזם התפתח על בסיס כתיבתה של הפסיכולוגית קרול גיליגן, בקול שונה – התאוריה הפסיכולוגית והתפתחות האשה (תרגמה נעמי בן-חיים, תשנ"ו), שהדגישה הבדלים מהותיים בדרכי חשיבה ובתפיסת המוסר של גברים ושל נשים ויישמה הבדלים אלה בהקשרים משפטיים. ראו, לדוגמה, Robin West, "Jurisprudence and Gender," 55 U. Chi. L. Rev. 1 (1988).

402 לצורת חשיבה זו ראו Christine A. Littleton, "Reconstructing Sexual Equality," 75 Cal. L. Rev. 1279 (1987).

ראשית, כפי שהוסבר בהרחבה במחקר זה, הרציונלים הליברליים-מסחריים של צדק ושוויון מחייבים להכיר בתרומת בן הזוג הביתי ליצירת התועלות הכלכליות שהופקו במשך הנישואים, ולפיכך מתחייבת הכרה בחלקו של בן הזוג הביתי בעלייה בכושר ההשתכרות של בן זוגו שאירעה במהלך הנישואים. טיעון ההתנתקות איננו שולל ניתוח זה, אלא רק מצביע על הבעיות הנובעות ממנו. על כן, כל עוד לא נמצא הפתרון היצירתי המאפשר התחשבות מלאה הן בערך הליברלי של חופש ההתנתקות והן ברציונלים התומכים בשיתוף נכסים, נדרש פתרון פשרה. לעומת זאת, ההתעלמות המוחלטת מנכסי העתיד בעת הגירושים משקפת העדפה מוחלטת ולא מוסכרת של עיקרון חופש ההתנתקות.

שנית, העוני והמצוקה הכלכלית של נשים גרושות עלול להרתיע נשים מלדרוש גירושים. על כן, המצב המשפטי הקיים מכביד מאוד על יכולתן של נשים לממש באופן מהותי את זכות ההתנתקות שלהן מקשרי נישואים כושלים. אם כן, הרחבת ההגנה הכלכלית על נשים גרושות, ובכלל זה חלוקה של כושר השתכרות לעת הגירושים, נחוצה כדי להעניק לנשים הללו אפשרות מהותית (להבדיל מאפשרות פורמלית גרידא) לסיים קשר שהן אינן מעוניינות בו. במובן זה, דווקא המחויבות האינדיבידואליסטית לחופש ההתנתקות עשויה לתמוך בהכרה בכושר ההשתכרות או, למצער, להתחשבות בו במסגרת הגירושים.⁴⁰³

5. הבעיה של נכסי העתיד: סיכום וקווי פעולה להמשך

במקרים רבים, כותבים בתחום המשפט שואפים להציע מודל משפטי מפורט המתמודד, לדעתם, בדרך הטובה ביותר עם מכלול השיקולים והבעיות הקשורות בנושא מחקרם. לצערי אינני בשל להציע מודל כזה בהקשר לסוגיית נכסי העתיד.

403 עניין זה עשוי להתקשר לנושא עמוק יותר. בחשיבה הליברלית הקלאסית, ערך האוטונומיה התייחס בדרך כלל למגבלות משפטיות פורמליות על היכולת לבצע פעולות מסוימות. מכיוון שכך, ערך זה ביסס בדרך כלל מדיניות פסיבית של המדינה. זוהי למעשה העמדה הליברלית הקלאסית, המכירה רק בערך החירות במובנו השלילי – "חירות מ-" . ראו על כך את מאמרו המפורסם של ישעיהו ברלין, "שני מושגים של חירות", בתוך ארבע מסות על החירות 170 (תרגום יעקב שרת, תשל"א). בניגוד לכך, בחשיבה הליברלית המודרנית קיימת מודעות לכך שלעמים קיימת מגבלות משמעותיות על היכולת לממש את החירות האישית גם כשלא קיימות מגבלות משפטיות פורמליות. מכאן התפתחה תפיסה הסבורה כי על המדינה להבטיח באופן אקטיבי חירויות מסוימות, לרבות תנאי מינימום כלכליים של כלל האזרחים. לעתים מתברר כי עניין זה דורש צמצום מסוים בזכויות של אזרחים אחרים. ראו על כך Joseph Raz, *The Morality of Freedom* (1986), וכן Joseph Raz, *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics* Ch. 8 (1994). כן ראו לאחרונה De Marneffe, הערה 312 לעיל.

כך, למשל, אינני מסוגל להציע בשלב זה מנגנון משביע רצון להבחנה בין הרכיבים השונים שמהם מורכבת השתכרותו של אדם (כישורים אישיים, מאמץ משותף במשך הנישואים,⁴⁰⁴ מאמץ אישי של בן הזוג החיצוני לאחר הגירושים, והתרומה של בן הזוג הביתי לאחר הגירושים באמצעות המשך הטיפול בילדים).⁴⁰⁵

ברמה האידאולוגית, לא ברור מהי נקודת האזון הנכונה בין הרצון לתמרץ מלכתחילה השתתפות של נשים בשוק העבודה לבין הרצון להגן בדיעבד על נשים ביתיות והרצון העקרוני לכבד בחירות של נשים להתמסר לגידול ילדיהן. בדומה לכך, לפחות במקרים שבהם אין די נכסים ממשיים המאפשרים היוון של כושר ההשתכרות וחלוקתו לעת הגירושים, לא ברור כיצד ניתן ליישב בין הרצון לאפשר פרידה נקייה לבין הדרישה המוצדקת להכיר בזכויותיו של בן הזוג הביתי בטיפוח כושר ההשתכרות של בן הזוג החיצוני.

עם זאת, גם אם לא הצעתי מודל מושלם, הדיון שנערך בהכיר כי אי-ההכרה בנכסי העתיד כנכס מהווה איום משמעותי על המחויבות הליברלית-מערבית לשיתוף. למרות המתיר הליברלי-אינדיבידואליסטי שעשוי להיות להכרה בתוספת לכושר ההשתכרות כנכס בר-חלוקה, נדמה כי גם הטענות הליברליים-אינדיבידואליסטיים אינם יכולים להצדיק התעלמות מוחלטת מנכסי העתיד במסגרת הליך הגירושים. על כן אני סבור כי האתגר המרכזי של דיני הזוגיות המערביים נעוץ ביכולת למצוא את הדרך להתחשב בנכסי העתיד לעת גירושם.

מכל מקום, גם מי שחושב שהנימוקים האינדיבידואליסטיים אינם מאפשרים התחשבות בנכסי העתיד במסגרת חלוקת הרכוש, יסכים בוודאי כי יש צורך לאתר דרכים חלופיות להתמודדות עם מצוקתן של נשים בעקבות הגירושים, ועם אי-הצדק הגלום באי-ההכרה בתרומתן של נשים לכושר ההשתכרות של בעליהן, ובאי-פיצויין על המחיר האישי שהן משלמות עקב כך. כפי שנראה בחלק הבא, אלו הם אכן הכיוונים המסתמנים בכמה ארצות מערביות.

404 לכאורה, הפתרון לקושי להבחין בין עליית כושר ההשתכרות המיוחסת לכישורים האישיים לבין העלייה בכושר ההשתכרות המיוחסת למאמץ המשותף במשך הנישואים, מצוי אף הוא בדיני הנזיקין. דיני הנזיקין מחשבים את הפגיעה בכושר ההשתכרות של אדם לא רק באמצעות משכורתו בזמן הפגיעה אלא גם על ידי הערכה של פונטיציאל ההשתכרות העתידי שלו על פי נתוניו האישיים. על כן, נראה כי התוספת לכושר ההשתכרות היא ההפרש בין כושר ההשתכרות (להבדיל ממשכורת בפועל) שהיו מחשבים דיני הנזיקין לאדם בעת הנישואים לבין כושר ההשתכרות שאותו היו מחשבים דיני הנזיקין בעת הפרידה. עם זאת לדעתי פתרון זה לא יהיה קביל על בעלי השקפת עולם אינדיבידואליסטית, שלפיה במקרים של אנשים מוכשרים מאוד עליית כושר ההשתכרות במשך הנישואים משקפת כישרון אישי קודם שלא ניתן היה להעריכו כראוי בזמן הנישואים.

405 לטענה כי ניתן לקזח בין המאמץ של הבעל בעבודתו לאחר הגירוש לבין מאמצה של האשה הגרושה בטיפול בילדים, ועל כן להמשיך במשטר של שיתוף גם לאחר הגירושים, ראו Rutherford, הערה 385 לעיל. עם זאת, Rutherford מתעלמת מכך שחלק מן המאמץ המשותף בזמן הנישואים עסק גם בתחזוק הבית המשותף – ורכיב זה אינו רלבנטי לאחר הגירושים. נוסף על כך, היא לא מתייחסת להבחנה בין רכיב הכישורים לרכיב המאמץ.

6. מבט השוואתי: החלופות המסתמנות לחלוקה הקניינית של כושר ההשתכרות

במובנים רבים, הקונפליקט הלא פתור בין אינדיבידואליזם לשיתוף אחראי לתחושה ברורה של חוסר שביעות-רצון המאפיינת את דיני המשפחה המערביים בשנים האחרונות. התחושה הרווחת היא כי השילוב בין מחויבות "קשיחה" לחלוקה "שוויונית" של הרכוש (קרי: חלוקה שבה כל צד מקבל חצי מהרכוש) לבין ניתוק האחריות הכלכלית בין בני הזוג לאחר הגירושים הוא שילוב בעייתי. מחקרה של לינור ויצמן, ומחקרים נוספים המצביעים על אי-השוויון בין גברים לנשים בעקבות הגירושין ועל מצוקתן של נשים גרושות וילדיהן, מאששים תחושה זו. לפיכך, מוצעות נוסחאות ספציפיות שמטרתן לעצב "עסקת חבילה" חדשה בכל נושא התוצאות הכלכליות של הגירושין.⁴⁰⁶ מכיוון שכך, מבעד למהומה הכללית שבה שרויים דיני המשפחה המערביים ניתן בכל זאת לאפיין כמה כיוונים שהמשותף להם הוא הניסיון להתמודד עם בעיית הפערים בכושר ההשתכרות בין בני הזוג בעקבות הגירושים.⁴⁰⁷

ראשית, למרות הסירוב לחלק את כושר ההשתכרות כנכס קונבנציונלי,⁴⁰⁸ פסקי הדין בכמה מדינות משקפים נכונות רבה יותר להתחשב בהון האנושי של בן הזוג החיצוני, בהפסדי הקריירה של בן הזוגי הביתי, ובצרכים של בני הזוג לאחר הגירושים במסגרת דיני הרכוש. במסגרת זו הפסיקה העוסקת בעניינים הללו מוכנה במקרים רבים להתייחס לתארים, למוניטין אישיים ולכושר ההשתכרות באופן כללי כגורם שיש להתחשב בו במסגרת שיקול הדעת של בית המשפט במסגרת חלוקת הרכוש. לפיכך, האפשרות לחרוג מחלוקה שוויונית של הנכסים הממשיים אינה פועלת בפסקי הדין הללו נגד בן הזוג הביתי מתוך הערכת פחת של תרומתו להפקת נכסים; להפך: בתי המשפט מקנים לבן הזוג הביתי חלק גדול יותר ברכוש הממשי כדי לפצות אותו על הפערים בהשתכרות העתידית.⁴⁰⁹

406 קיימת ספרות ענפה במיוחד העוסקת במודלים ראויים לעיצוב הדין העוסק בתוצאות הכלכליות של הגירושין. לסקירה ולסינוג של הצעות קיימות בספרות המחקרית ראו, לדוגמה, Joan M. Krauskopf, "Theories of Property Division / Spousal Support: Searching for Solutions to the Mystery," 23 *Fam L. Q.* 253 (1989); June Carbone, "Income Sharing: Redefining the Family in Terms of Community," 31 *Hous. L. Rev.* 359 (1994). כן ראו במחקר "הסדרה חוזית", הערה 15 לעיל, בפרק יב.4.א.

407 לסקירה מקיפה ראו שם, בפרק יב.5.ג.

408 ראו הערה 358 לעיל.

409 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); Susan E. Wicks, "The Rhetoric of Marriage, Achievement, and Power: An Analysis of Judicial Opinions Considering the Treatment of Professional Degrees as Marital Property," 36 *Conn. L. Rev.* 366 (1999).

שנית, בכמה מקרים שעסקו בנישואים קצרים יחסית, שבהם אחד מבני הזוג "השקיע" בקריירה של בן זוגו, דרשו בתי המשפט מבן הזוג שפיתח את הקריירה שלו בעזרת בן זוגו להשיב לבן הזוג לפחות חלק מהשקעתו.⁴¹⁰

נוסף על כך, פסיקה חדשה והצעות חקיקה בכמה מדינות עשויות לסמן מפנה בדיני התמיכה בין בני הזוג, תוך נסיגה מעיקרון הפרידה הנקייה ונכונות לחדש את חובת המזונות לאחר הגירושים במתכונת מרחיבה.⁴¹¹ לבסוף ברצוני להזכיר שינוי מרתק המתרחש בארצות-הברית: ה-American Law Institution סיים בתקופה האחרונה פרויקט שאפתני של בניית עקרונות ל-restatement בתחום דיני המשפחה.⁴¹² על פי העקרונות הללו, פרט לחלוקה שוויונית של הרכוש, בן הזוג הביתי יהיה זכאי לפיצוי על הפסדי קריירה שנגרמו לו במשך הנישואין. הפיצוי ישתלם לבן הזוג הביתי בסכום חד-פעמי מהוון או בתשלומים עתיים ממושכים, על פי הנסיבות.⁴¹³

Property," 21 *Vt. L. Rev.* 409 (1996). כן ראו את פסק הדין של בית המשפט לענייני משפחה

בני-זילנר (שנרחה בערעור) *B v. B* [1997] NZFLR 217; 1996 Nzflr Lexis 63

410 פסק הדין המנחה בהקשר זה הוא עניין *Mahoney*, הערה 373 לעיל.

411 ראו, למשל, בקנדה, את פסקי הדין (1992) 456 D.L.R. (4th) *Moge v. Moge* כן ראו

באוסטרליה (1995) 44 *Fam. L. R.* *Mitchell v. Mitchell*. עם זאת, לא ברור אם בתי

המשפט לענייני המשפחה באוסטרליה מפנימים את פסקי הדין הללו. נוסף על כך, הצעת חוק

חדשה באוסטרליה משנת 1995 לא כללה שינוי החוק העוסק במרכזיות של עיקרון הפרידה

הנקייה; ראו *Harris*, הערה 49 לעיל, בעמ' 253-256.

412 ראו *ALI*, הערה 49 לעיל.

413 *J. Thomas. Oldham*, "ALI Principles of Family", *Marsha Garrison*, Dissolution: Some Comments," 1997 *U. Ill. L. Rev.* 801

"The Economic Consequences of Divorce: Would Adoption of the ALI Principles

Improve Current Outcomes?"; Cynthia Lee Starnes, "Victims, Breeders, Joy and

Math: First Thoughts on Compensatory Payments Under the Principles,"; Tonya L.

Brito, "Spousal Support Takes on the Mommy Track: Why the ALI Proposal is

Good for Working Mothers,"; Allen M. Parkman, "The ALI Principles and Marital

Quality,"; Penelope Eileen Bryan, "Vacant Promises?: The ALI Principles of The

Law of Family Dissolution and the Post-Divorce Financial Circumstances of

Women,"; Alicia Brokars Kelly, "Explaining Intuitions: Relating Mergers,

Contribution, and Loss in the ALI Principles of the Law of Family Dissolution,";

Kathrine B. Sillbaugh, "Gender and Nonfinancial Matters In the ALI Principles of

the Law of Family Dissolution," all in 8 *Duke J. Gender L. & Pol'y* 119-212 (2001)

7. כישלון ההתמודדות עם נכסי העתיד במשפט הישראלי

ברומה למצב במרבית העולם המערבי, גם בישראל נכסי העתיד אינם מוכרים כנכס משותף. על כן, למעט פסיקה בודדת של בית המשפט לענייני משפחה,⁴¹⁴ חזקת השיתוף טרם הוחלה על הנכסים הללו.⁴¹⁵ בכמה מקרים הנימוקים המובאים בפסיקה הישראלית להצדקת מדיניות זו מזכירים את הנימוקים של בתי המשפט המערביים שעסקו בעניין (בעיקר הטיעון הפורמלי הקנייני,⁴¹⁶ הקושי במימוש בעת הגירושים⁴¹⁷ והטענות כי נכסי העתיד נצברים לאחר הגירושים⁴¹⁸ ולחלופין – שהאשה נהנתה מנכסי העתיד כבר במשך הנישואים).⁴¹⁹ עם זאת, במשפט הישראלי, ההיבט

414 ראו ט' נ' טי, הערה 259 לעיל, שם – לאחר אזכור כתיבה מוקדמת שלי שהציגה את בעיית נכסי העתיד – הכיר בית המשפט בנכסים הללו כברי-חלוקה במסגרת חזקת השיתוף. פסק דינו של בית המשפט לענייני משפחה אומץ בבית המשפט המחוזי ע"מ(ת"א) 1033/03 נ' ל' (טרם פורסם, 19.4.2004).

415 למיטב ידיעתי, טרם התקבלה בבית המשפט העליון טענה המתייחסת לנכסי העתיד כנכס ברי-חלוקה. יתר על כן בכמה הזדמנויות דחו בתי המשפט המחוזיים דרישה לאפשר חלוקה של נכסי קריירה. ראו, למשל, ת"א (ת"א) 257/90 גוזר נ' גוזר (לא פורסם, 9.4.1997), שבו דחה השופט קלינג טענה של אשה כי יש לראות במוניטין שצבר בעלה כרופא שנייים נכס שניתן לחלוקה בין בני הזוג. ערעור על פסק הדין נדחה על ידי בית משפט העליון, תוך קבלת נימוקי בית המשפט המחוזי ללא דיון לגופו של עניין; ראו ע"א 3394/97 גוזר נ' גוזר (לא פורסם, 30.8.1993); המ' (חי') 32045/96 פלתי נ' אלמוגית (לא פורסם, 16.3.1997). בהמרה זו דחה השופט בין את האפשרות לתבוע מחצית מכושר ההשתכרות העתידית של רופא. על פי בית המשפט, ההשתכרות העתידית של הרופא קשורה בפעילות העתידית שיעשה ולא במוניטין ובתארים שנצברו בעבר; מ.א. 623/91 (חי') רום נ' רום (לא פורסם, 3.7.94) שם נדחתה תביעה לחלוקת מוניטין אישי; ת"א 415/94 (מחוזי י-ם) פלוגית נ' פלוגי (לא פורסם, 9.2.1999), שם דחה השופט עזרא קמא תביעה להכרה בכוחו השתכרות כנכס. הערה: לאחר מסירת מאמר זה לדפוס, עסק בית המשפט העליון בע"מ 5879/04 פלוגי נ' פלוגית (טרם פורסם, 2.8.2004) בסוגיית נכסי העתיד. על אף שבאותו המקרה סבר השופט רובינשטיין כי אין להחיל את חזקת השיתוף על מוניטין אישי, הוא הפגין גישה עקרונית אוהדת לחלוקת השיתוף על נכסי העתיד כשהוא מסתמך בין היתר על כתיבה מוקדמת שלי בנושא.

416 בישראל נשמעו רמזים לטיעון הקנייני הפורמלי בפסק דין רום, שם, בפסקה 33 לפסק הדין, ובפרשת פלוגית, שם.

417 ראו בת"א גוזר הערה 415 לעיל, שם נאמר: "המשמעות של שימת תווית מחזיר למוניטין הכרוך בכישוריו המקצועיים של אדם, משמעה לעניינו שביום הפירוד היתה האישות זכאית למחצית אותו שווי. בעוד שהזכאות למחצית שווים של נכסים היא שבמועד הפירוד ניתן היה לממשם ולהתחלק בתמורה, מה ייעשה לגבי הזכות במוניטין שלה טוענת התובעת. כיצד על הבעל ליתן לתובעת את חלקה באותם מוניטין?".

418 ראו, למשל, את טענתו של השופט בין בפרשת פלוגי, הערה 415 לעיל, לפיה הפעילות לשמירת המוניטין והעבודה השוטפת הם בעלי משקל מכריע לעומת המוניטין שנצבר בעבר, דהיינו: עד יום הקרע.

419 ראו, למשל, בת"א גוזר, הערה 415 לעיל: "אוסף ואומר כי בעצם נהנית התובעת מהמוניטין של בן זוגה בעקיפין. בהכנסותיו במהלך החיים המשותפים ניתן ביטוי לאותו מוניטין, והרי מהכנסות

האינדיבידואליסטי של ההתנגדות להכרה בכושר השתכרות כנכס, ובעיקר החשש שהכרה בכושר השתכרות כנכס משקפת שעבוד אישי⁴²⁰ והחשש מפני המשך הקשר בין בני הזוג גם לאחר הגירושים (עיקרון הפרידה הנקייה)⁴²¹ – גלויים יותר. אני סבור שהעמדה הישראלית בעניינים הללו בעייתית יותר מהעמדה המשפטית המערבית המקובלת. ראשית, במשפט הישראלי "הפרשנות התכליתית" מהווה את כלי הפרשנות המרכזי,⁴²² ונדירים מאוד המקרים שבהם סוג זה של פרשנות נדחה בשל פרשנות מילולית-פורמלית.⁴²³ על רקע זה קשה יהיה לקבל הישענות על פרשנות קניינית-פורמלית כסיבה המצדיקה התנערות מהכרה בנכסי עתיד.⁴²⁴

שנית, הטענה כי כושר ההשתכרות שנוסף במשך הנישואים משקף לא רק את העבודה במשך הנישואים אלא גם כישרון אישי קודם, איננו שולל את התלת חזקת השיתוף על כושר ההשתכרות. למעשה, טענה זו מתייחסת לכושר ההשתכרות כנכס מעורב, הכולל כישרון אישי פרטי לצד טיפוח משותף במשך הנישואים.

אלה נהנה בן הזוג הן באופן שוטף והן בזמנאותו למחצית הנכסים שבהן הושקעו. לטעון דומה ראו בפרשת פלונית, הערה 415 לעיל, בפסקה 19 לפסק הדין.

420 ראו, למשל, בת"א גוזנר הנ"ל: "אם נרחיק לכת באותה חשיבה הרי על בעל המוניטין להעמיד עצמו וכישוריו למכירה למרבה במחיר ולהשתעבד לו על מנת לשלם מחצית מהתמורה לאשה". ראו גם את עמדת השופט פינקלמן בפרשת דום, הערה 415 לעיל: "המוניטין הוא גופו, בעיניו של מרען ואפילו אם הוא בין היושבים בשורה הראשונה בתחומו איננו ממון הניתן לחלוקה. המרען אינו עומד למכירה". שני הקטעים הנ"ל צוטטו בהסכמה על ידי השופט קמא בפרשת פלונית, הערה 415 לעיל; לדעתי, גם עמדת השופט ביין בפרשת פלוני, הערה 415 לעיל, משקפת חשיבה זו.

421 ראו לאחרונה ע"א 5640/94 חסל נ' חסל, פ"ד נ(4) 250, 258 (סירוב להתייחס לפירות הנכסים המשותפים כנכס משותף, בין היתר מתוך רצון שלא לקיים בין בני הזוג קשר ממוני לאחר פרידתם). בפרשת חסל יושם עיקרון הפרידה הנקייה אפילו ביחס לנכסים מסחריים-ממשיים. צורת חשיבה דומה משתקפת גם לאחרונה בע"א 7277/96 מרטין נ' מרטין, פ"ד נ(1) 39. מעניין שלעיקרון הפרידה הנקייה שותף גם בית הדין הרבני; ראו, למשל, לאחרונה, החלטה מיום 30.05.1999 בתיק מספר 1-12-46831038 מפי הדיינים דיכובסקי, נדב ובן שמעון.

422 לניסיון להבין מדוע נקלטה תורת הפרשנות התכליתית בישראל בצורה כל כך עמוקה ראו לאחרונה ניר קידר, "המהפכה הפרשנית: עלייתה של שיטת הפרשנות התכליתית בישראל", עיוני משפט כו 737 (תשס"ג).

423 לשימוש במתודות של פרשנות תכליתית ראו, למשל, ע"א 4628/93 מדינת ישראל נ' אפרופים שיכון ויזום (1991) בע"מ, פ"ד מט(2) 265; בג"צ 721/94 אל על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' דינלוביץ, פ"ד מח(5) 749. בתחום דיני המשפחה נעשה לאחרונה שימוש בפרשנות תכליתית בע"א 2000/97 לינדורן נ' קרנית קרן לנפגעי תאונות דרכים, פ"ד נה(1) 12.

424 ואכן, בהקשרים רבים אימצה הפסיקה הישראלית הגדרות מרחיבות של נכסים ושל זכויות קניין לאור המבחן התכליתי. ראו, למשל, במקורות שהוזכרו בהערה 370 לעיל, וגם ההגדרה המרחיבה להגנה על זכות הקניין שניתנה בע"א 6821/93 בנק המזרחי נ' מגדל כפר שתופי, פ"ד מט(4) 431.

כפי שנותח בהרחבה בפרקים הקודמים של המחקר, היחס כלפי נכסים "מעורבים" משתנה בהתאם למודל המנחה את השיתוף. על פי המודל הנורמטיבי, רק החלק שהושבח במשך הנישואים הוא משותף. בניגוד לכך, על פי המודל ההסכמי, המגמה המסתמנת היא להחיל את חזקת השיתוף על הנכס המעורב כמכלול. על רקע זה נראה כי גם אם כושר ההשתכרות הוא נכס המורכב מכישרון אישי שטופח במשך הנישואים, הרי שלפחות על פי המודל ההסכמי היה מקום לחלק את כולו כמכלול; ודאי שהיה מקום לחלק בין בני הזוג לפחות את התוספת לכושר ההשתכרות שהתפתחה במשך הנישואים. יתרה מזו: הדיון בפרק הקודם הבהיר כיצד אימץ המשפט הישראלי עמדה קישורית בעלת גוון קהילתי, תוך נכונות לסטות מעקרונות אינדיבידואליסטיים המאפיינים את דיני המשפחה בעולם המערבי – ביחס לנכסים הפרטיים ובעיקר ביחס לנכסי העבר. על רקע נכונותם של בתי המשפט להחיל את חזקת השיתוף אפילו על נכסי העבר, לא ברור כיצד הקושי להבחין בין היבטי העבר של נכסי העתיד (הכישורים האישיים) לבין ההיבטים שהושבחו במשך הנישואים מצדיק התנכרות מוחלטת כלפי ההון האנושי. התמיהה על התנהלותם של בתי המשפט בעניין גוברת על רקע הניתוח המלמד כי נכסי העתיד מהווים את הנכס המרכזי בתקופה המודרנית, וכי אי-הכרה בנכסים הללו מובילה למצוקה משמעותית אצל נשים.

לבסוף – וזה בעיני העיקר – בישראל טרם התפתחו כלים משפטיים המאפשרים חלוקה לא שוויונית של הרכוש הממשי לטובת בן הזוג הביתי, סעד של פיצוי בן הזוג הביתי על השקעתו בקריירה של בן זוגו ועל ההפסדים שנגרמו עקב זאת לקריירה שלו, וחובת מזונות לאחר הגירוש. על רקע זה הפגיעה הנגרמת לבני הזוג הביתיים בשל אי-הכרה בנכסי העתיד קשה במיוחד.

8. סיכום הפרק

בפרק זה עמדנו על מצוקתן של נשים בעולם המערבי בעקבות גירושם, וראינו כי תופעה זו קשורה בפערים בכושר ההשתכרות של נשים וגברים לאחר הגירוש. בהמשך ראינו כי למרות שחלוקה קניינית של נכסי העתיד אמורה להיות הפתרון האופטימלי, ולמרות שחלוקה כזו נגזרת מהרציונלים הקיימים לשיתוף זוגי, פתרון זה נדחה ברוב המדינות. ניתוח ההנמקות המקובלות לסירוב להכיר בנכסי העתיד כנכס בר-חלוקה הבהיר כי ההנמקות הללו אינן משכנעות. על רקע זה טענתי כי בבסיס ההתנגדות לחלוקת נכסי העתיד עומד מתח יסודי הקיים בחשיבה המערבית על דיני הזוגיות בין המחויבות לאינדיבידואליזם לבין המחויבות לשיתוף. למרות שהמתח בין אינדיבידואליזם לשיתוף מונע בשלב זה חלוקה קניינית של נכסי העתיד, בכל זאת מופנם כיום בעולם המערבי הצורך להתחשב בנכסי העתיד במסגרת הליך הגירוש. מכאן, שרפורמות בתחום היחסים הכלכליים בין בני הזוג נועדו להתחשב בנכסים הללו ובמצוקתן של נשים בעקבות הגירוש, וחלק מהרפורמות הללו כבר אומצו בשיטות

משפט שונות. בניגוד להתפתחויות בעולם המערבי, במשפט הישראלי אי-ההכרה בנכסי העתיד במסגרת חזקת השיתוף לא נתמכה בעיצוב תהליכים אלטרנטיביים שיקלו על מצוקתן של נשים. לפיכך ברור כי נכון להיום נכשלה חזקת השיתוף – ובהיעדר כלים משפטיים משלימים נכשל המשפט הישראלי כולו – בהתמודדותו עם סוגיית נכסי העתיד.

1. על נכסי עבר, על נכסי עתיד ועל הישגיה ומגבלותיה של חזקת השיתוף

במחקר זה עמדנו על שלושה שלבים מרכזיים בהתפתחותה של חזקת השיתוף:

שלב הסכמי (עד סוף שנות ה-70), שבו התבססה החזקה על מודל הנכון להכיר בשיתוף בהתאם לתפיסה חזית-מסחרית מצומצמת. בשלב זה הוחלה החזקה רק ביחס להיקף נכסים מצומצם, וגם זאת במצבים שבהם השיתוף אינו סותר את אומד דעתם של הצדדים או אפילו את אומד דעתו של הבעלים הרשום.

שלב נורמטיבי, שבו התבססה החזקה תחילה (בשנות ה-80) במעשים ולאחר מכן (סוף שנות ה-80 ובתחילת שנות ה-90) ברטוריקה על הרציונלים של צדק (במובן של הגינות מסחרית) ושוויון, הנשענים על המטאפורה המשווה את המשפחה לשותפות מסחרית. על כן, בשלב זה, ככל שדובר בנכסי המאמץ המשותף, הוחלה החזקה גם בניגוד לאומד הדעת המשותף של הצדדים, עד כדי הפיכתה לדין מעין-קוגנטי.

שלב קישורי, שהחל בסוף שנות ה-90 ובמסגרתו נפרצה המסגרת המסחרית, ולפתח חלק מהשופטים הביעו נכונות להחיל את חזקת השיתוף גם על נכסים פרטיים שלא הופקו במאמץ משותף של הצדדים. הסברנו כי מהלך זה משקף את התפתחותה של אידאולוגיה חדשה המדגישה את ההיבטים הקהילתניים-קישוריים-שיתופיים הלא-מסחריים הקיימים בחיים המשפחתיים. ראינו כי הפסיקה אינה מחילה את המודל הקישורי במקרים שבהם הוא אינו משתלב עם אורח החיים של הצדדים, ומשום כך 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. בכמה הקשרים התפתחותה של חזקת השיתוף משתלבת עם מגמות רחבות-היקף, המאפיינות את המשפט הישראלי.

ראשית, המעבר של חוקת השיתוף שהחל בשנות ה-80 – ממודל הסכמי המבוסס על חשיבה ליברטריאנית למודלים נורמטיביים – מזכיר התפתחות דומה שעברו דיני החוזים בישראל בתקופה זו.⁴²⁵ בדומה לכך, עליית המודל הקישורי בעל הגון הקהילתני בשלהי שנות ה-90 מתרחשת במקביל לפסיקה חוזית, המאמצת לראשונה במפורש את התאוריה של חוזה היחס.⁴²⁶

שנית, הוקעת הרציונל ההסכמי ועליית הרציונל הנורמטיבי והרציונל הקישורי החושפים את הממד הערכי⁴²⁷ והמשפחתי של החזקה, משתלבים בשיח הלא-פורמלי המאפיין את המשפט הישראלי מאז שנות ה-80,⁴²⁸ ועם תהליך שבמסגרתו ההסדרה האזרחית של היחסים המשפחתיים אינה מוצגת עוד כבעבר כיישום של דין כללי, אלא כדיני משפחה אזרחיים.⁴²⁹

זאת ועוד: בחיבורו המפורסם על עלייתו ונפילתו של הפורמליזם במשפט הישראלי, עמד פרופ' מאוטנר על כך שבתחומים הקשורים ליחסים בין פרטים בחברה (להבדיל מן היחסים שבין הפרט לשלטון), בתי המשפט מהווים מעין בלם המאזן ומחשק את התהליכים המתרחשים בחברה הישראלית.⁴³⁰ על פי ניתוח זה, כשם שבהקשר המסחרי התערבותם של בתי המשפט בחוזים והנחלת נורמות שיתופיות נעשית בתקופה שבה החברה הישראלית מאופיינת בתהליכים קפיטליסטיים אינדיבידואליסטים, כך גם בהקשר המשפחתי, הנחלת הנורמות השיתופיות באמצעות המשפט נעשית דווקא בתקופה שבה עולה שיעור הגירושים ובאופן כללי האתוס המשפחתי מתערער והחשיבה האינדיבידואליסטית משפיעה על המתחם הזוגי המשפחתי.

425 על מחלך שבו תוכן החוזה מתבסס יותר ויותר על ערכים נורמטיביים ופחות ופחות על מילות החוזה ורצון הצדדים.

ראו זמיר, הערה 99 לעיל. כך, למשל, בעבר, השלמת חסרים בחוזה התבססה על הדוקטרינה האנגלית של תנאי מכללא. דוקטרינה זו, המבקשת לשחזר את הכוונה המשוערת של הצדדים לחוזה, מזכירה כמובן את המודל ההסכמי של חוקת השיתוף והיא מתאימה לצורת החשיבה הליברטריאנית. בניגוד לכך, בשנות ה-80 וה-90 הומרה הדוקטרינה של תנאי מכללא בהשלמת החוזה באמצעות עיקרון תום הלב (ראו, למשל, ע"א 391/80 לסרסון נ' שכון עובדים, פ"ד לח(2) 237; פ"ד אפרופים, הערה 423 לעיל). עיקרון זה, המבוסס על ערכים נורמטיביים, מזכיר כמובן את המודל הנורמטיבי של חוקת השיתוף. לגיתוח המהלך ראו מאוטנר, הערה 116 לעיל.

426 ראו פ"ד מילגרום, הערה 302 לעיל. התאוריה של חוזה היחס מבוססת כזכור על צורת חשיבה קהילתנית במשפט הישראלי. למקרים נוספים שבהם אומצה במשתמע התאוריה של חוזה היחס במשפט הישראלי ראו פרק ד. 4 לעיל ובהערות השוליים שם.

427 ראו ג. 4(ה) לעיל, ובעיקר פרשת בבלי, הערה 159 לעיל.

428 מאוטנר, הערה 271 לעיל.

429 במקום אחר תיארתי תהליך זה בכותרת "דיני המשפחה האזרחיים יוצאים מן הארון". ראו ליפשיץ, "הסדרה חוזית", הערה 15 לעיל, בפרק טז. 7; ראו גם הלפרין-קדרי, הערה 1 לעיל.

430 ראו מאוטנר, הערה 271 לעיל.

ברם, למרות הרמיון בין ההתפתחויות בתחום דיני המשפחה בכלל (ובנושא השיתוף בפרט) לבין ההתפתחויות הרחבות יותר, קשה להתעלם מהבדל דרמטי בין התחומים. בתחומי המשפט האחרים פעלו בתי המשפט ברוח המגמות שצוינו בתחומים אורחיים מובהקים, ובתמיכתה של חקיקה מודרנית.⁴³¹ בניגוד לכך, התפתחותה של חוקת השיתוף נעשתה כמשפט מקובל (Common Law), ללא תמיכה חקיקתית מפורשת ועל רקע תנאי הפתיחה הקשים שהציב הדין הדתי. לאור זאת קשה שלא להתפעל מהדרך המרשימה שעשתה חוקת השיתוף הן בביסוסה התאורטי והן בתחולתה המעשית. אל מול הדיון האוהד שנערך במרבית פרקי המחקר בהתפתחותה של חוקת השיתוף, הדיון בפרק הקודם חשף גם את מגבלותיה. במסגרת זו ראינו כיצד נכשלה החזקה בהתמודדות עם נכסי העתיד, והסברנו כי לכישלון זה עלולה להיות משמעות מרחיקת-לכת עבור נשים.

מדוע נכשלה חוקת השיתוף בהתמודדות עם נכסי העתיד? בשורות הבאות ברצוני לקשר כישלון זה לביקורות נוספות שהועלו במחקר כלפי החזקה, ולהציע הסבר אפשרי לבעיות שנתגלו. הסבר זה נעוץ בדרך שבה התפתחה חוקת השיתוף במשפט הישראלי, ומתוכו אבקש להתוות גם כיוונים לפתרון.

לידתה של חוקת השיתוף במשפט הישראלי 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, שאינו חלק מדיני המשפחה. מאידך גיסא, במרכז של הלכת השיתוף עומדות החריגה מהכלים הקנייניים האזרחיים הרגילים והצבתו של הסדר מיוחד הנובע מהקשר הזוגי והמשפחתי שבין הצדדים. לאור זאת התעורר החשש שההודאה בהיותם של יחסי הרכוש שבין בני הזוג חלק מדיני המשפחה, החורג מן ההסדרה האזרחית המקובלת, עלולה להשמיט את הלגיטימציה להסדרה האזרחית של התחום.⁴³²

כדי להתמודד עם "הפרדוקס" נעשה ניסיון לבסס בכל זאת את חוקת השיתוף על כללי המשפט האזרחי "הרגילים", תוך הקבלת היחסים שבין בני זוג ליחסים שבין שותפים מסחריים. ברוח זו, העיגון המשפטי הפורמלי לחוקת השיתוף נמצא בעיקר בדיני החוזים ובדיני הקניין, ובהתאם לכך הוצגה החזקה כהסכם מכללא בין בני הזוג.

431 כך, למשל, במסגרת המשפט המסחרי נחקקו בעשורים האחרונים חוקים רבים שבמרכזם המגמה הליברלית המודרנית להשגת שוויון גם על חשבון החלשה של חופש החוזים; ראו על כך במקורות שצוינו בהערה 99 לעיל.

432 ואכן, בראשית שנות ה-90, בפרשת בבלי (הערה 162 לעיל), כשהוסר המסווה החוזי של חוקת השיתוף והוצג ההיבט האידאולוגי-משפחתי של חזקה זו, היה מי שגרס כי נשמטה הקרקע בבסיס ההסדרה האזרחית של התחום, ומשום כך תביעו 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 162 לעיל.

לפחות בשנותיה הראשונות הייתה לרטרקיה ההסכמית השפעה משמעותית על התכנים הממשיים של החזקה, ובהתאם לכך יושמה חזקת השיתוף במתכונת מצומצמת הרוחה 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 ביחסה של חזקת השיתוף כלפי נכסי העתיד מלמד כי למרות השינויים שחלו בה, לא הצליחה חזקת השיתוף להשתחרר לחלוטין מהמטען הגנטי שהולך לעיצובה המקורי כהסדר שותפות פרטי בין בני הזוג, המבוסס על עקרונות חשיבה אזוריים "רגילים".

מכיוון שכך, ההתחשבות בנכסי העתיד במסגרת החזקה מחייבת התייחסות אליהם כרכוש בר-חלוקה. ברם, כפי שראינו, 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.⁴³³ עם זאת, למרות רתיעה זו, בשיטות משפט אחרות נמצאו דרכים חלופיות להתמודדות עם סוגיית נכסי העתיד כגון פיצוי בן הזוג הביתי על הפסדי הקריירה שנגרמו לו, או אפילו חלוקה מסוימת של הרווחים העתידיים של בני הזוג במתכונת של חובת מזונות אזורית-מודרנית. בניגוד לכך, התמקדותו של המשפט הישראלי בחזקת השיתוף ובהיבטים הרכשיים 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, הולכו לגישה בינארית נוקשה, שלפחות עד היום לא אפשרה לחרוג מחלוקה שוויונית של נכסים המוכרים כנכסי השותפות.

כישלונה של חזקת השיתוף 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

433 ראו פרק ה. 2 לעיל. לביקורת על כך ולטענה לפיה יש צורך בהחלה המלאה של שיתוף קנייני על נכסי העתיד ראו Frantz & Dagan, הערה 49 לעיל.

לחיי מצוקה ועוני בעקבות הגירוש. ⁴³⁴ בשיטות משפט שבהן מוסדרים יחסי הרכוש באמצעות מודלים גמישים, צורכיהם של בני הזוג "החלשים" במקרים הללו עשויים לקבל מענה. ⁴³⁵ בניגוד לכך, במשפט הישראלי, המבנה הרכושי הנוקשה של חזקת השיתוף מקשה על האפשרות לפגוע בזכויות הקניין של בן הזוג החזק מבחינה כלכלית כשל צרכיו הכלכליים של בן זוגו. אכן, במצבים שבהם לא נצברו נכסים במשך הנישואים, השיקולים והרציונלים שעליהם מבוססת כיום חזקת השיתוף אינם מצדיקים מדיניות שתטיל על בן הזוג החזק כלכלית להתחשב בבן זוגו לשעבר במישור הרכושי. ברם, לטעמי, עניין זה עצמו עשוי לבסס ביקורת רחבה יותר על סוג השיקולים שחזקת השיתוף בישראל מוכנה להתחשב בהן.

אני סבור כי ההצגה השותפותית-מסחרית של חזקת השיתוף הולכה לכך שהמודל הנורמטיבי של חזקת השיתוף היה נכון להצדיק נורמה של שיתוף רק בהקשר לנכסים שהופקו במסגרת השותפות, קרי: נכסי המאמץ המשותף. בניגוד לכך, לשיקולים נורמטיביים רחבים יותר (כגון שיקולים סוציאליים העוסקים בהגנה על צדדים חלשים בחברה) או לשיקולים חברתיים כלליים המבקשים לצמצם פערים חברתיים בין גברים לנשים, כמעט שלא ניתן ביטוי. המודל הקישורי פרץ אמנם את המסגרת המסחרית, אך גם הוא התמקד במערכת היחסים שבין הצדדים ולא התחשב בשיקולים ציבוריים וחברתיים רחבים יותר. נדמה, כי הסדר חקיקתי שהיה מפקיע את יחסי הרכוש שבין בני הזוג מדיני הקניין והחוזים ומעביר אותם אל דיני המשפחה היה מאפשר התחשבות רבה יותר בסוג זה של שיקולים.

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 גון משפחתי, המקל על שילוב האינטרסים של הילדים בקביעת ההסדר הרכושי.

הנה כי כן, עיצובה ההיסטורי של חזקת השיתוף כהסדר שותפות פרטי-רכושי בין בני הזוג, המבוסס על עקרונות הדין האזרחי הרגיל, מקשה על האפשרות להסדיר את יחסי הרכוש בין בני הזוג מתוך תפיסות רחבות יותר, המתמקדות לא רק בתרומה הספציפית של בני הזוג לרכישת הנכסים המשפחתיים או בכוונת השיתוף שלהם, אלא גם בהיבטים ציבוריים רחבים יותר המבקשים לצמצם את הפערים הכלכליים בין גברים לנשים, באינטרסים ובערכים הציבוריים. התומכים בהגנה על חלשים, ובמחויבות

434 ראו פרק ד. 6 לעיל.

435 לקריאה למעבר משיח של זכויות קנייניות לשיח של צרכים ראו את דבריה של June Carbone במחקר "Has the Gender Divide Become Unbridgeable? The Implications For Social Equality," 5 J. of Gender, Race and Justice 31 (2001).

הציבורית לטובתם של ילדים. במובן זה, לרטרוריקה המקורית של חזקת השיתוף ולצורך ההיסטורי להציג אותה כהסדר רכושי הנטוע בדין האזרחי הרגיל יש מחיר מהותי שהמשפט הישראלי משלם עד היום.

חשוב להדגיש, כי אין ספק שניתן וראוי לאתר דרכים משפטיות שיחוללו כמה שינויים משמעותיים בכלים הקיימים במשפט הישראלי. כך, למשל, הדיון במחקר הבהיר את הנחיצות בחלוקה של נכסי העתיד – או למצער בהתחשבות בהם – במסגרת הליך הגירושים, ואת הצורך בהגנה כלכלית על בן הזוג הביתי. ברמה הדוקטרינית, מהלך זה עשוי להתרחש באמצעות התייחסות לתוספת להון האנושי שנצברה במשך הנישואים כנכס הכפוף לחזקת השיתוף.⁴³⁶ פתרון אחר עשוי להיות חריגה מהגישה הנוקשה של חזקת השיתוף, המחייבת חלוקה שוויונית של הרכוש בכל המקרים, והמרתה בגישה גמישה יותר, הקיימת כבר כיום במשפט הישראלי בחוק יחסי ממון⁴³⁷ ומאפשרת לחרוג מחלוקה שוויונית במקרים המתאימים.⁴³⁸

אכן, לפחות בשלב זה טרם נמצא המודל שיאפשר התגברות על הבעיות האידאולוגיות (האיוון בין אינדיבידואליזם ובעיקר רעיון חופש ההתנתקות לבין ערכי השוויון הצדק) ועל הבעיות החשובות (ההפרדה בין הרכיבים השונים של כושר ההשתכרות) הכרוכות בכך. עם זאת, לא תמיד פועלים בתי המשפט בכפוף למודלים משפטיים קוהרנטיים, ולעתים יש צורך בפסיעה זהירה גם בנתיב שעדיין לא נסלל עד תומו. על כן אני סבור כי מי שמשתכנע מטענתי – כי חרף הבעיות שצוינו קיים צורך

436 ראו Frantz & Dagan, הערה 49 לעיל, התומכים במהלך כזה בהקשר למשפט האמריקני. כאמור, עמדה זו אומצה לאחרונה בפסק דין טי נ' טי, הערה 259 לעיל. עם זאת, עיון מעמיק יותר בפסק הדין יגלה כי בפועל חלוקת נכסי העתיד בפסק הדין, וההכרעה אלו רכיבים מתזוים המזומנים העתידי של בן הזוג החיצוני באותו מקרה יחולקו בין הצדדים, לא התבססה על רקע של שיקולים קנייניים אלא גם – ואולי בעיקר – על שיקולים נוספים. על כן, במובנים רבים, למרות הביסוס הקנייני לכאורה, פסק דין זה עשוי לייצג דווקא מודל של מזונות לאחר פרידה שאינו נשען על חשיבה קניינית.

437 ראו סעיף 8 לחוק יחסי ממון בין בני זוג.

438 השוו פנחס שיפמן, "בתי הדין הרבניים – לאן?", משפט וממשל ב 523, 530 ואילך (תשנ"ה). שיפמן העדיף את האופי המשפחתי של חוק יחסי ממון על פני האופי הקנייני הנוקשה של חזקת השיתוף. בהערת אגב אציין, שהמציאות הסוציולוגית בישראל שונה מהמציאות בארצות-הברית: בארצות-הברית, מרבית האוכלוסייה – לרבות המעמד הבינוני – גרה בשכירות, ולפיכך בזמן הגירושים קשה מאוד לאתר נכסים שניתן לחלק אותם. מכיוון שכך, מרבית החוקרים בארצות-הברית מתמקדים בחובת המזונות. בניגוד לכך, בישראל מרבית האוכלוסייה גרה בדירות שבבעלותה. על רקע זה, דווקא בישראל, התחשבות בכושר ההשתכרות כגורם לחלוקה לא שוויונית של הרכוש הממשי היא אפשרית יותר. כמה אמרות אגב שהופיעו לאחרונה בפסקי דינו של השופט שוחט מבית המשפט לענייני משפחה ברמת-גן עשויות ללמד על נכונות ראשונית לאימוץ הצעות אלה. כך, למשל, בפרשת טהר (הערה 245 לעיל) תמך השופט שוחט בשימוש נרחב בסעיפים בחוק יחסי ממון המאפשרים סטייה מחלוקה שוויונית. ראו גם בפרשת וינריב (הערה 270 לעיל), שבה התייחס השופט שוחט לצורך בהכרה נרחבת בחזקת השיתוף ביחס לנכסי עבר כאמצעי לקזז את אי-ההכרה בכנסי העתיד.

בסיסי בחלוקת נכסי העתיד, או למצער בהתחשבות בהם – יכול וצריך לפסוע בנתיב זה ולעתים גם לסלול אותו בעצמו.

במקרים אחרים, ההגנה על בן הזוג הביתי עשויה להיות באמצעות פיצויו בגין הפסדי הקריירה שנגרמו לו. פיצוי זה עשוי להתבסס על דיני החוזים ועל דיני עשיית עושר ולא במשפט,⁴³⁹ תוך אנלוגיה לחובת הפיצוי המוטלת במשפט הישראלי במקרים מסוימים על יצרן שניתק באופן חד-צדדי את הקשר עם מפיק בלערי.⁴⁴⁰ יתרה מזו: השילוב בין דיני החוזים – ובעיקר עיקרון תום הלב החולש עליהם – לבין דיני עשיית עושר שלא במשפט, והאנלוגיה ליחסי יצרן ומפיק, מעמידים את האפשרות לבסס חובת מזונות אורחית לאחר הגירושים על הדין האזרחי הקיים בישראל.⁴⁴¹ הבסיס המשפטי לשילוב האינטרסים של הילדים במסגרת הסדרת היחסים הכלכליים בין הוריהם עשוי להתקיים באמצעות פרשנות מרחיבה לתיקון 40 לחוק המקרקעין, הדורש התחשבות בילדים במקרה של פירוק שיתוף בדירת מגורים⁴⁴² ו/או באמצעות ההתייחסות לטובת הילד "כעיקרון-על" מעין-חוקתי, שכלל דיני המשפחה – ולא רק החלקים המסווגים כדיני הורים וילדים – כפופים אליו. עם זאת, למרות שניתן לאמץ כמה פתרונות

439 ראו גם לאחרונה פסק דינו של בית המשפט לענייני משפחה, פלוגית נ' פלוגי, הערה 267 לעיל, שם קבע השופט גייפמן: "כנכסי קריירה האשה זכאית להשבה מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט. הטבה זו מאפשרת לבן - הזוג פיצוי על קידום ההון האנושי של בן - הזוג האחר, ועל טפוח כושר השתכרותו. העיקרון של דיני עשיית עושר ולא במשפט נועד לשרת מטרות חברתיות והוא בעל 'רקמה פתוחה'. מקום שקיימת התעשרות שלא כדין מוטלת חובת השבה".

440 יחסי יצרן ומפיק מאופיינים בכך שעיקר תרומתו של המפיק היא בתחילת היחסים (בשלב זה הוא משקיע בהחדרת המוצר לשוק, כאשר הרווחים בדרך כלל מצומצמים). בניגוד לכך, לאחר שהמוצר חדר לשוק, ההשקעה של המפיק יורדת ורווחיו אמורים לגדול. מכיוון שכך, קיים החשש שהיצרן יבקש מטעמים אופורטוניסטיים לנתק את הקשר עם המפיק לאחר השלב הראשון של ההתקשרות. במקרה שהיחסים ינותקו, הנכס המרכזי של השותפות – קרי: המוניטין של המותג – נותר בידי של היצרן. בעיה זו מעסיקה בשנים האחרונות את בתי המשפט בארץ ובעולם, ולפחות בחלק מהמקרים הפתרון הוא הטלת חובת פיצוי מצד היצרן כלפי המפיק. ראו בישראל ע"א 442/85 וזהר נ' מעבדות טרבנול, פ"ד מד(3) 661. לניתוח מקיף של פסק דין זה ראו מיגל דויטש, "על 'גנים' משפטיים והתחרות: לסוגיית היחס בין דיני חוזים לדיני עשיית עושר", עיוני משפט יח(3) 557 (תשנ"ד). ראו גם ע"א 355/89 עזבון המנוח ניקולאי חינואוי נ' מבשלת שיכר לאומית בע"מ פ"ד כו(2) 76, 70; ע"א 2850/99 חמו נ' טנא נוגה בע"מ, פ"ד נד(4) 849; ע"א 9099/96 יריעות אחרונות בע"מ נ' פירסטנברג (לא פורסם, 7.9.1999).

בניתוח הבעיות הכלכליות והמשפטיות המתעוררות ביחסי יצרן ומפיק, ובדמיון שבין הבעיות הללו לבין בעיות המתעוררות בעסקת הנישואים המסורתית, עסקתי בעבר במחקר "הסדרה חוזית", הערה 15 לעיל, פרק יב.4. בהמשך לדיון זה הצעתי כמה דרכים שבהם הפתרונות בתחום יחסי יצרן-מפיק עשויות להועיל גם בתחום היחסים הזוגיים; ראו על כך לאחרונה ליפשיץ, הערה 57 לעיל בפרק 2 חלק 3.ב.

441 ראו ליפשיץ, הערה 57 לעיל.

442 ראו סעיף 40 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969 שהוסף לחוק המקרקעין בתיקון מס' 17 לחוק משנת התשנ"ה-1995, ס"ח 138.

נקודתיים גם במצב המשפטי הקיים, לטעמי לא די בכך, ונדרשת רפורמה חקיקתית מקיפה שתשחזר את הסדרת היחסים הכלכליים בין בני הזוג מצלם התזוי-קנייני-מסחרי, ותעגן אותם בהסדרים המושרשים בדיני המשפחה. לכאורה, מהלך כזה כבר נעשה במשפט הישראלי לפני כ-30 שנה, עם חקיקתו של חוק יחסי ממון. ברם, מסיבות שונות (שחלקן כבר נדונו בהרחבה במחקרים קודמים)⁴⁴³ וחלקן מצפות למחקר נוסף) נכשל חוק זה כישלון חרוץ. על רקע זה ברור כי נדרשת רפורמה חקיקתית חדשה בתחום הסדרת היחסים הרכשיים בין בני זוג בישראל.⁴⁴⁴ לכישלוננו של חוק יחסי ממון ולתכנים של הרפורמה הנדרשת אני מקווה להקדיש בקרוב מחקרים נוספים, שעם מחקר זה יהוו תשתית לפרויקט כולל שבמרכזו השיתוף הזוגי בישראל.

2. דברי סיום

בראשית דברי הזכרתי את המבנה המיוחד של דיני המשפחה בישראל, המשלב הסדרה אזרחית עם הסדרה דתית. על רקע מבנה זה, חלק ניכר מהשיח המשפטי העוסק בדיני המשפחה עוסק במאבק האזרחי עם הדין הדתי. כך, למשל, בתחום יחסי הרכוש בין בני הזוג ניתנה תשומת-לב רבה לסיווג התחום כאזרחי ולהפקעתו מסמכותם הייחודית של בתי הדין הרבניים, להשלטת הנורמות האזרחיות על בתי הדין הרבניים, ולאחרונה – בעקבות חקיקת חוק יחסי ממון – לניתוק הקשר הבעייתי שבין הגירושים הדתיים להחלת הסדר השיתוף האזרחי על בני הזוג. לתחושת, לעתים – על רקע "דחיפות" המאבק ברכיבים הדתיים – הצורך להבחין בין תפיסות אזרחיות חילוניות שונות של יחסי הרכוש בין בני הזוג קיבל חשיבות משנית. במובן זה, המחקר הנוכחי, שהתמקד בהסדרה האזרחית של יחסי הרכוש ובתאוריה שבבסיסה, חושף עד כמה מורכבים השיקולים וההתלבטויות הקשורים בעיצוב הסדר רכושי ראוי, גם כשהדיון נערך מנקודת מבט אזרחית. נוסף על כך, המחקר מבהיר כי גם אם יפתרו הבעיות הייחודיות למשפט הישראלי, הנוגעות ליחסים המורכבים שבין דתי לבין משפט אזרחי, עדיין ייאלץ המשפט הישראלי להתמודד עם כשלים בסיסים הקיימים בהסדרה האזרחית של התחום. במובן זה, המחקר הנוכחי הוא חלק מפרויקט רחב יותר, המבקש למקד את מעצבי המשפט בצורך בחקר ההסדרה האזרחית של דיני המשפחה ובשיפורה.

443 ראו הערה 3 לעיל.

444 לפיכך אני מצטרף לקריאתו של פרופ' שיפמן לתיקון חוק יחסי ממון. ראו את החלופה הראשונה לתזכיר חוק יחסי ממון בין בני זוג (תיקון- איוון המשאבים ודירת המגורים) התשנ"ה-1995, ואני מעדיף אותה על הצעתו של רוזן-צבי, שהובאה כחלופה שנייה באותו תזכיר לביטול החוק ולהסדרת יחסי הרכוש באמצעות חוקת השיתוף.