

דיני הסכמי גירושין: לקראת פיקוח על טווח המיקוח

מאת

רם ריבלין*

הסכמי גירושין מתאפיינים בהכרעה בכמה עניינים: הגירושין, חלוקת הרכוש והסדרת האחריות ההורית הטיפולית והכלכלית. מבנה זה מאפשר מיקוח משולב, הממזג הכרעה בתחום אחד והכרעה בתחום אחר. אולם תכונה זו הופכת את הסכם הגירושין לחשוף במיוחד לפגמים ייחודיים, ואף מקשה את ההגנה עליו מפני פגמים רגילים, ולכן בחשבון כולל היתרונות הגלומים במיקוח המשולב אינם שווים בנוקו. ממילא יש להתור לביטול המזיגה של התחומים בהסכמי גירושין, ולהפרדה של תחומי המיקוח זה מזה. המאמר מנתח את דרכי ההתמודדות של המשפט הישראלי עם אתגר זה, וסוקר שורה של דוקטרינות המשקפות הסתייגות מן המיקוח המשולב, אולם מראה כי ההתמודדות הקיימת אינה מספקת ואינה מקיפה דיה.

על רקע זה, המאמר מפתח טיעון בזכות הגבלת הסטייה מן הדין בחלוקת הרכוש המשפחתי לעת גירושין, שכן הטעם העיקרי לסטייה כזו נעוץ במיקוח משולב או בטעמים פסולים אחרים. דיון מפורט מוקדש להצדקות להגבלת החופש החוזי של הצדדים, לחשש כי מיקוח משולב נחרץ לשם התמודדות עם דיני הגירושין הדתיים, למחיר הוויתור על סטיות מן הדין הנעוצות בטעמים לגיטימיים, ולהתמודדות עם קשיים מעשיים הנוגעים לאכיפת ההסדר המוצע.

מבוא. א. רקע: מבנה הסכם הגירושין ומודל המיקוח המשולב. 1. ייחודו של הסכם הגירושין; 2. הסוגיות המוסדרות בהסכם הגירושין ושאלת טווח המיקוח; 3. הצורך בפיקוח על הסכמי גירושין. **ב. הוויכוח על המיקוח:** אתגרי המיקוח המשולב והתמודדות המשפט הישראלי עמם. 1. אתגרי המיקוח המשולב; 2. דרכי התמודדות במשפט הישראלי. **ג. לקראת שלב נוסף בפיקוח על המיקוח.** 1. ממיקוח משולב למיקוח נפרד; 2. קשיים עקרוניים ומעשיים. סיכום: ההסדר, התינוק והמים.

מבוא

במאמר קלאסי שהתפרסם לפני כארבעים שנה, לימדו אותנו רוברט מנוקין ולואיס קורנהאוזר שאת הדין – ואת דיני הגירושין בפרט – יש להבין לא כדרך לרגולציה של התנהגות הצדדים ואפילו לא כהנחיה לשופטים כיצד להכריע בסכסוכים שלפניהם; את הדין צריך להבין ככלי המכשיר את הקרקע למשא ומתן בין הצדדים המסדירים את ענייניהם

* הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים. אני מכיר תודה לאהוד גוטל, לאיל זמיר, לשחר טל, לשחר ליפשיץ, לעפר מלכאי, לשרון שקרגי, למשתתפי הסדנה לדיני משפחה באוניברסיטה העברית בירושלים, לעורכי כתב העת ולשני קוראים אנונימיים על הערות מועילות לטיוטות קודמות, ולדפני בנבנישתי על עזרה במחקר.

במהלך "מיקוח בצל המשפט".¹ ממילא יש לשאוף לעצב את הדין באופן המעניק מסגרת מיטבית להסכמים כאלו. על רקע זה, רשימה זו מתמקדת בשאלה כיצד המשפט הישראלי בונה את תנאי הרקע שבצ'לם הצדדים כורתים הסכמי גירושין, וכיצד ראוי לבנותם. בפרט אבקש להתרכז בתכונה מיוחדת של הסכם גירושין טיפוסי: אפשרותו של מיקוח הממזג ומשלב את הנושאים השונים המוסדרים בהסכם.

מטרתה של רשימה זו משולשת. בפרק הראשון, היא מבהירה את ייחודו של הסכם הגירושין בנוף ההסכמים בכלל וההסכמים המשפחתיים בפרט, תוך הדגשת אופיו כהסכם רב מערכתי המשלב תמורות בעלות מאפיינים שונים, הנערך בצל המשפט. בפרק השני, הרשימה מפתחת טיעון נורמטיבי בזכות חתירה להפרדה של תחומי המיקוח זה מזה. בתוך כך, המאמר מבקש להסביר ולארגן את עמדתו המורכבת של המשפט הישראלי בסוגיית אופיו של המיקוח המותר במהלך המשא ומתן לקראת הסכם כזה, ובשאלת התמורות הנסחרות בהסכם הגירושין וה"מנופים" שהצדדים משתמשים בהם במהלך המיקוח לקראתו. המאמר גורס כי המשפט הישראלי מחויב לרעיון ההפרדה של תחומי המיקוח, אך אינו מציע הסדר מקיף ואפקטיבי דיו להתמודד עם אתגר זה. על בסיס הטיעון הנורמטיבי והפרשני, הפרק השלישי מציע הצעה רדיקלית: להשיג את ההפרדה בין תחומי המיקוח דרך הגבלת יכולתם של הצדדים לסטות בעת גירושין מחלוקת הרכוש הצפויה להם בדין. דיון נרחב מוקדש להשוואת יתרונותיו וחסרונותיו של המודל המוצע, ולהתוויית קווי מתאר ליישומו המעשי.

א. רקע: מבנה הסכם הגירושין ומודל המיקוח המשולב

1. ייחודו של הסכם הגירושין

בעשורים האחרונים התעצם העניין האקדמי והמעשי בהסדרה חוזית של יחסים משפחתיים. ברחבי העולם המערבי מתגברת ההיזקקות לכלים חוזיים בשלב יצירת הקשר הזוגי, בין לתמיכה במוסד הנישואין (בדרך של הסכם קדם-נישואין)² ובין כחחליף לו, כמנגנון

1 ראו Robert H. Mnookin & Lewis Kornhauser, *Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce*, 88 YALE L.J. 950 (1979).

2 ראו CONTRACTUALISATION OF FAMILY LAW – GLOBAL PERSPECTIVES (Frederik Swennen ed., 2015); Brian Bix, *Bargaining in the Shadow of Love: The Enforcement of Premarital Agreements and How We Think About Marriage*, 40 WM. & MARY L. REV. 145 (1998); Laura P. Graham, *The Uniform Premarital Agreement Act and Modern Social Policy: The Enforceability of Premarital Agreements Regulating the Ongoing Marriage*, 28 WAKE FOREST L. REV. 1037, 1053 (1993); Allison A. Marston, *Planning for Love: The Politics of Prenuptial Agreements*, 49 STAN. L. REV. 887, 898 (1997); Marjorie M. Shultz, *Contractual Ordering of Marriage: A New Model for State Policy*, 70 CAL. L. REV. 204, 213–216 (1982); Martha M. Ertman, *Marriage as a Trade: Bridging the Private/Private Distinction*, 36 HARV. C.R.-C.L. L. REV. 79 (2001); שחר ליפשיץ "הסדרת החוזה הזוגי: מתווה ראשוני" קריית המשפט 6 (2004) 271 (להלן: ליפשיץ "הסדרת החוזה הזוגי").

להסדרת היחסים בין בני זוג שלא נישאו.³ ברוח זו, החוזה מוצע כתחליף להסדרה מדינתית של יחסים זוגיים,⁴ ואף כמטפורה המשפטית העיקרית להבנתם של היחסים הזוגיים.⁵ יתר על כן, בשיטות משפט רבות מתרחבת ההכרה ביכולתם של צדדים להרחיב את תחומי המשפחה בכלים חוזיים, למשל בדרך של הסכמים להורות משותפת או הסכמי פונדקאות,⁶ ונשמעת קריאה עיקשת להרחיב את גבולו של החוזה כדי להסדיר מראש שאלות של קביעת הורות וחלוקת אחריות הורית.⁷ עם זאת, המאמר הנוכחי מבקש לשוב ולהתרכז בתופעה ששורשיה נעוצים עמוק בתוך "הסדר הישן" של דיני המשפחה, ושאינה תלויה בפריחתו חסרת התקדים של מוסד החוזה בדיני המשפחה. המאמר מתרכז בהסכם גירושין הנכרת בין צדדים בעת התרת יחסיהם הזוגיים, והמיועד ליישב ביניהם את הסוגיות המשפטיות המתעוררות לעת גירושין חלף היזקקות להכרעה שיפוטית. לצורך עיקרו של הדיון, אתרכז אף במודל משפחתי מסורתי העוסק בבני זוג שנישאו בנישואין רשמיים ובילדיהם הביולוגיים המשותפים.

הסכם הגירושין נבדל מהסכמים משפחתיים אחרים מכמה בחינות חשובות. ראשית, להבדיל מהסכמים נקודתיים המסדירים סוגיות של רכוש או של אחריות הורית, הסכם הגירושין הטיפוסי הוא הסדר מקיף העוסק במכלול הסוגיות השנויות במחלוקת בין בני הזוג

3 ראו המקורות המאוזכרים בה"ש 2 לעיל, וכן: David S. Caudill, *Legal Recognition of Unmarried Cohabitation: A Proposal to Update and Reconsider Common-Law Marriage*, 49 TENN. L. REV. 537, 540–543 (1982); Brian Bix, *Domestic Agreements*, 35 HOFSTRA L. REV. 1753 (2007).

4 ליפשיץ "הסדרת החוזה הזוגי", לעיל ה"ש 2, בעמ' 274–276; Jana B. Singer, *The Privatization of Marriage: The Status of Family Law*, 1992 WIS. L. REV. 1443 (1992); Marsha Garrison, *Contract*, 131 U. PA. L. REV. 1039 (1983) (REVIEWING LENORE J. WEITZMAN, THE MARRIAGE CONTRACT (1981)).

5 ראו Elizabeth S. Scott & Robert E. Scott, *Marriage as Relational Contract*, 84 VA. L. REV. 1225 (1998); Karl Fleischmann, *Marriage by Contract: Defining the Terms of Relationship*, 8 FAM. L.Q. 27 (1974); Stanford N. Katz, *Marriage as Partnership*, 73 NOTRE DAME L. REV. 1251, 1255 (1998); LENORE J. WEITZMAN, THE MARRIAGE CONTRACT: SPOUSES, LOVERS, Shultz; AND THE LAW 249–250 (1981), לעיל ה"ש 2, בעמ' 208.

6 ראו Katherine M. Swift, *Parenting Agreements, The Potential Power of Contract, And the Limits of Family Law*, 34 FLA. ST. U. L. REV. 913, 924–930 (2007); Sheila M. O'Rourke, *Family Law in a Brave New World: Private Ordering of Parental Rights and Responsibilities for Donor Insemination*, 1 BERKELEY WOMEN'S L.J. 140, 147–152 (1985); Susan B. Apel, *Cryopreserved Embryos: A Response to "Forced Parenthood" and the Role of Intent*, 39 FAM. L.Q. 663, 671–674 (2005); Janet L. Dolgin, *Status and Contract in Surrogate Motherhood: An Illumination of the Surrogacy Debate*, 38 BUFF. L. REV. 515, 517–525 (1990).

7 ראו Sarah Abramowicz, *Contractualizing Custody*, 83 FORDHAM L. REV. 67, 139–142 (2014); Kimberly C. Emery & Robert E. Emery, *Who Knows What is Best for Children? Honoring Agreements and Contracts between Parents Who Live Apart*, 77 LAW CONTEMP. PROBS. 151, 153–154 (2014); Jeffrey A. Parness, *Parentage Prenups and Mindups*, 31 GA. ST. U. L. REV. 343, 344–346 (2015); Unif. Premarital and Marital Agreements Act 10, 9c U.L.A. 15 (Supp. 2014).

בעת פרידתם. הוא כולל אפוא מלבד חלוקת הרכוש המשפחתי, גם את הסדרת הפרידה ואת חלוקת האחריות ההורית במישור הטיפולי והכלכלי כאחד. תחומים אלו אינם חלק מהסכם קדם-נישואין שגרתי, הנערך בין בני זוג טרם הולדת ילדיהם. זאת ועוד, בשונה מהסכמים משפחתיים רבים אחרים, הוא עוסק בבני זוג הנתונים בקונפליקט שהוביל לפרידה ביניהם. רגשות של עלבון ופגיעה, צער וקנאה, כמו גם לעיתים אשמה או רצון לנקום, מלווים רבים מהליכי הגירושין.⁸ בכך נבדל הסכם הגירושין מהסכם קדם-נישואין העוסק בבני זוג המתכננים את חייהם המשותפים העתידיים בשעה שבה הם צדדים לקשר אינטימי מתפקד. הסכם הגירושין חף אפוא גם מאופטימיות יתר העשויה ללוות זוגות המתכננים למשבר עתידי תוך הדחקה של אפשרות התרחשותו,⁹ ואף אינו לוקה באתגרים המיוחדים הנלווים לחשש מעיצוב חזי-פרטי של יחסי משפחה באופן הקורא תיגר על תפיסות ציבוריות של יחסי משפחה.¹⁰ בדומה, הסכם הגירושין נבדל מהסכמים משפחתיים הנערכים בין צדדים זרים זה לזה, כגון הסכמי פונדקאות, או לעיתים הסכמים להורות משותפת. בין הצדדים להסכם גירושין טיפוסי ישנה היכרות עמוקה והיסטוריה ארוכה שמשפיעות הן על הליך המשא ומתן הן על שאיפותיהם ורצונותיהם של הצדדים. נוסף על כך, צדדים להסכם גירושין המעוניינים (או נדרשים) לחלוק ביניהם אחריות הורית במישור הטיפולי, נדרשים לשיתוף פעולה עתידי צמוד למדי חרף הקונפליקט שביניהם, וזאת ללא יכולת ממשית להיעזר במנגנוני ביצוע המוכרים בשדות משפט אחרים כגון שליחים או כונסי נכסים. מכל אלו יחד נובעת מזיגה ייחודית של תחומים כלכליים ואישיים, ומניעים הכוללים אינטרס עצמי, דאגה לילדים, ולעיתים אף רצון לפגוע בכך או בת הזוג. לבסוף, הסכם גירושין הוא בעל אופי של הסכם פשרה: הוא נערך בצילו של הליך שיפוטי שיכריע – בהיעדר הסכם – בכל הסוגיות העומדות על הפרק, ואף זוכה לאישור שיפוטי לשם כניסתו לתוקף. אוסף תכונות אלו הופך את הסכם הגירושין להסכם ייחודי לא רק בתוך שדה ההסכמים הכללי אלא גם בתוך שדה החוזים המשפחתיים.

- 8 ראו Judith G. McMullen, *Alimony: What Social Science and Popular Culture Tells Us about Women, Guilt, and Spousal Support after Divorce*, 19 DUKE J. GENDER L. & POL'Y. 41, 58 (2011); Nehami Baum, "Separation Guilt" in *Women who Initiate Divorce*, 35 CLINICAL SOC. WORK J. 47, 48 (2007); Steven F. Walters-Chapman, Sharon J. Price & Julianne M. Serovich, *The Effects of Guilt on Divorce Adjustment*, 22 J. DIVORCE & REMARRIAGE 163, 165 (1995) וראו באופן כללי Paul W. Eftim, Maureen E. Kenny & James R. Mahalik, *Gender Roles Stress in Relation to Shame, Guilt and Externalization*, 79 J. COUNS. & DEV. 430 (2001)
- 9 ראו את הדיון הקלאסי אצל Lynn A. Baker & Robert E. Emery, *When Every Relationship Is Above Average: Perceptions and Expectations of Divorce at the Time of Marriage*, 17 L. HUM. BEHAV. 439 (1993); Anne C. Dailey, *Imagination and Choice*, 35 L. SOC. INQUIRY 175 (2010) והשוו (מסיבה זו לא אדון במסגרת רשימה זו בהסכמים מסוג "שלום בית ולחלופין גירושין", למרות שאלו נפוצים למדי בשדה המשפט הישראלי).
- 10 ראו Karen Servidea, *Note, Reviewing Premarital Agreements to Protect the State's Interest in Marriage*, 91 VA. L. REV. 535, 554-565 (2005); לעיל ה"ש 2;

תכונה מיוחדת נוספת של הסכמי גירושין היא מרכזיותם בענף הדין שאליו הם שייכים. אכן, הליכים משפטיים רבים מסתיימים בפשרה לפני ההליך השיפוטי או במהלכו.¹¹ עם זאת, הסכמי גירושין הם יוצאי דופן גם מבחינה זו. ראשית, השפעותיו ההרסניות של הליך הגירושין האדברסרי על המשפחה, שתועדו בהרחבה בספרות,¹² יוצרות סיבה מיוחדת לבקש להגיע לסיום ההליך בהסכמה ובמהירות. הגעה להסכם מותירה בידי הצדדים את השליטה בלוח הזמנים של ההליך וממלטת אותם מן העומס שבו שרויה מערכת בתי המשפט. היא מייתרת את הצורך בהשחרה הדדית בעיני המעריך החיצוני – השופט – השחרה הפוגעת בצדדים, בילדיהם וביכולת המשפחתית להמשיך לשתף פעולה. הסדרה הסכמית אף חוסכת את הצורך בהבאת ראיות שיש בהן פוטנציאל רב לפגיעה בפרטיות, ואת הצורך לחשוף את המשפחה להתערבותם של גורמי טיפול כגון מערכי מסוגלות הורית וכיוצא בזה. על העלות הרגשית נוספת גם עלות כלכלית. אף שהליכים משפטיים בדיני משפחה הם לא בהכרח יקרים יותר מהליכים משפטיים בתחומים אחרים, הסכם הגירושין מתייחד בכך שהוא מאפיין שלב שבו המשפחה נתונה ממילא במשבר פיננסי, שכן משאבים שכלכלו עד כה משק בית אחד בלבד, נדרשים מעתה ואילך לכלכל שני משקי בית. זאת ועוד, לעומת תחומי משפט שבהם עלות ההליך השיפוטי תחומה בערכו הכלכלי של האינטרס המשפטי שעל הפרק,¹³ האינטרסים האישיים המונחים על הכף בסכסוך הגירושין עלולים להביא לכילוי המשאבים הכלכליים של המשפחה. לסיום, הגיוון הרב בתחום היחסים המשפחתיים כמו גם היעדר הזמינות של ראיות חיצוניות (שלא כמקובל בענפי משפט אחרים שבהם מקובל לתעד את האינטראקציות בין הצדדים), והיותו של תחום הדין שנוי בשורה ארוכה של מחלוקות אידיאולוגיות, הופכים כולם את ההליך השיפוטי למועד לטעויות חריפות, שכן בית המשפט עלול – אף יותר מאשר בתחומים אחרים – להתקשות לשחזר את העובדות הרלוונטיות, ולהפעיל נכונה את הדין. על כך נוספת נטייתו של דין המשפחה (בישראל ומחוץ לה) להותיר שיקול דעת רחב בידי השופט במכלול רחב של סוגיות המוסדרות על ידי סטנדרטים רחבים ועמומים, נטייה העשויה להוביל את הצדדים לגדר את סיכוניהם בדרך של הגעה להסדר מוסכם.¹⁴ לנוכח נימוקים אלו, אף אם הצדדים

11 Marc Galanter & Mia Cahill, "Most Cases Settle": Judicial Promotion and Regulation of Settlements, 46 STAN. L. REV. 1339, 1339–1340 (1994)

12 ראו JUDITH S. WALLERSTEIN & JOAN B. KELLY, SURVIVING THE BREAKUP: HOW CHILDREN AND PARENTS COPE WITH DIVORCE (1982); Donna R. Morrison & Andrew J. Cherlin, *The Divorce Process and Young Children's Well-Being: A Prospective Analysis*, 57 J. MARRIAGE & FAM. 800, 801 (1995); Nicole M. Bing, W. M. Nelson III & Kelly L. Wesolowski, *Comparing the Effects of Amount of Conflict on Children's Adjustment Following Parental Divorce*, 50 J. DIVORCE & REMARRIAGE 159, 167 (2009)

13 כך למשל, כאשר צדדים מתעמתים בעניין גורלו של נכס שערכו 100, הרי במשטר שבו אין השבה של עלויות משפט, שום צד לא ישקיע בניהול ההליך יותר מ-100, ולמעשה אף לא יותר ממה שהוא מעריך כתוחלת הזכייה שלו. ראו יששכר רוזן-צבי *ההליך האזרחי* 145 (2015). כאשר ערכה של הזכות הנדונה גבוהה, אך היא אינה בעלת ערך שוק (כמו למשל הזכות למשמורת על הילדים), המשפחה עלולה לכלול את משאביה הכספיים בסכסוך.

14 טענה זו נוגעת למוטיבציה של צדדים להגיע להסכם, אולם כידוע חוסר הוודאות בנוגע לדין עלול להקשות על הצדדים במהלך המשא ומתן. ראו Mnookin & Kornhauser, לעיל ה"ש 1, בעמ' 337

אינם משכילים לסיים את הסכסוך ביניהם בדרכי שלום של ממש, הסדרה הסכמית עדיפה לרוב מהכרעה שיפוטית.¹⁵ המלצות ברוח זו אף עמדו לאחרונה במרכזם של הליכי חקיקה בישראל.¹⁶

ואכן, העלייה בשיעור הגירושין, בצירוף הקשיים המיוחדים הנלווים להכרעה שיפוטית בסוגיות משפחתיות, הביאו מחוקקים ובתי משפט לידי עידוד נמרץ של זוגות לקבוע בעצמם ולעצמם את הסדרי הגירושין שלהם.¹⁷ לפיכך לא מפתיע שהספרות מדווחת על סיום הליכי גירושין בהסכמה באחוזים גבוהים מאוד.¹⁸ יתר על כן, למצער בכל הנוגע לזוגות יהודיים הנישאים בישראל לפי הדין הדתי ושואפים להחזיר את נישואיהם לפי דין המדינה, שיתוף פעולה בין הצדדים אינו רק רצוי אלא נדרש. לכן גוברת הנטייה להגיע לסידור הגט רק לאחר שהצדדים הגיעו לידי הכרעה מוסכמת בשאר הסוגיות. הסכם גירושין הוא אפוא דרך המלך שבה מוסדרים הליכי גירושין בישראל ואף מחוצה לה. מרכזיותם של הסכמי הגירושין בדיני המשפחה מתבטאת בכך שבספרות נטען לעיתים כי בתחום זה אין מיקוח בצל הדין, אלא למעשה דין המעוצב בצילו של המיקוח.¹⁹

2. הסוגיות המוסדרות בהסכם הגירושין ושאלת טווח המיקוח

משא ומתן בין צדדים לקראת הסכם גירושין מתאפיין בדינמיקה ייחודית. בני זוג טיפוסיים המסדירים את יחסיהם לעת פרידה, נדרשים להתייחס לארבע סוגיות מרכזיות: ראשית, עליהם להסדיר את עצם הפרידה והגירושין. טענה זו נכונה במובהק בכל הנוגע לזוגות

- JUDITH AREEN, FAMILY LAW 653 (1978); Robert Mnookin, *Why Negotiations Fail*: 971–969 *An Exploration of Barriers to the Resolution of Conflict*, 8 OHIO ST. J. ON DISP. RESOL. 35 (1993). ראו גם את הדיון סביב ה"ש 210 להלן.
- 15 Harry T. Edwards, *Alternative Dispute Resolution: Panacea or Anathema?*, 99 HARV. L. REV. 668 (1986); CONSTANCE R. AHRONS, *THE GOOD DIVORCE* (1998).
- 16 ראו חוק להסדר התדיינויות בסכסוכי משפחה (הוראת שעה), התשע"ה–2014; תקנות להסדר התדיינויות בסכסוכי משפחה (הוראת שעה), התשע"ו–2016.
- 17 ראו ס' 1 לחוק להסדר התדיינויות בסכסוכי משפחה (הוראת שעה); Uniform Marriage and Divorce Act, 9A U.L.A. § 306 (1987); AM. LAW INST., PRINCIPLES OF THE LAW OF FAMILY DISSOLUTIONS: ANALYSIS AND RECOMMENDATIONS 7 (2002).
- 18 להערכות העולות על 90% ראו Mnookin & Kornhauser, לעיל ה"ש 1, בעמ' 951 (והמקורות המאזכרים שם); CARL E. SCHNEIDER & MARGARET F. BRINIG, INVITATION TO FAMILY LAW 101 (3rd ed. 1996); Craig Martin, *Unequal Shadows: Negotiation Theory and Spousal Support under Canadian Divorce Law*, 56 U. TORONTO L. REV. 135, 137 (1998) אלו יש להוסיף הסתייגות – שלא כתחומי משפט אחרים, שבהם צדדים שהגיעו להסכמה ביניהם לא בהכרח נדרשים למעורבות שיפוטית, הליך הגירושין טומן בחובו שינוי של סטטוס (מנשוי לפנוי) וקביעת זכויות כלפי צדדים שלישיים. לפיכך גם בני זוג הנפרדים בדרכי שלום וללא קונפליקט כלל, יידרשו להליך שיפוטי וייכנסו בשל כך אל הסטטיסטיקה הכוללת תיקי גירושין שהוסדרו בהסכם בתחומי משפט אחרים, מצבים כאלו עשויים שלא לערב כל פנייה לערכאות מלכתחילה.
- 19 Marygold S. Melli, Howard S. Erlanger & Elizabeth Chambliss, *The Process of Negotiation: An Exploratory Investigation in the Context of No-Fault Divorce*, 40 RUTGERS L. REV. 1133, 1147 (1988).

יהודיים נשואים כדת משה וישראל החפצים להתיר את נישואיהם בבית הדין הדתי בדרך של מתן גט, הדורש שיתוף פעולה של הצדדים.²⁰ עם זאת, גם שיטות משפט המכירות ביכולת להתיר נישואין באופן חד-צדדי, מבחינות פעמים רבות בין התרה חד-צדדית להתרה מוסכמת, למשל בדרך של קציבת תקופת המתנה להתרה חד-צדדית.²¹ זאת ועוד, גם אם היחסים הזוגיים אינם דורשים שיתוף פעולה לשם התרתם, הצדדים עשויים להיזקק להסכם כדי לקבוע את מועד הפרידה (היזקקות שיש לה השלכות שונות, למשל בתחום יחסי הרכוש שבין בני הזוג) או את פרטיה, כגון עזיבת דירת המגורים וכדומה. שנית, הצדדים נדרשים לקבוע את ההשלכות הרכושיות של הפרידה במישור הזוגי. בענף זה יש להתייחס הן לחלוקת הרכוש המשפחתי הן להעברות כספיות השייכות לכתרת משפטית אחרת כגון מזונות בן הזוג או חיוב בתשלומי כתובה במקרים מתאימים. אף שהוראות הדין החלות על כל אחד מנושאים אלו הן נפרדות ועצמאיות, כולן מתרכזות בהעברות רכושיות בין בני הזוג הנפרדים ולפיכך יש להן השלכה דומה על חלוקת העושר ביניהם. על כן אתייחס אליהם לצורך הדיון הנוכחי כאילו היו נושא אחד.²² הנושא השלישי המוכרע בהסכם הוא חלוקת האחריות ההורית במישור הטיפולי. תחום זה מקיף הן את חלוקת זמני השהות של ההורים עם ילדיהם (קביעת משמורת והסדרי ראייה) והן קביעת הסדרים בתחום האפוסטרופסות כגון חלוקת אחריות בין ההורים בתחומי החינוך, הבריאות וכו'. הנושא הרביעי והאחרון הוא חלוקת האחריות ההורית במישור הכלכלי, קרי קביעת שיעור מזונות הילדים וחלוקת הנטל בין ההורים.

כמובן, לא תמיד יהיו כל הנושאים שנויים במחלוקת. השאיפות והאינטרסים של הצדדים עשויים להתלכד ולהקל את קבלת החלטות בחלק מן התחומים. כך למשל, ייתכן ששני הצדדים יחפצו בפרידה או לפחות יסכימו עמה (בין מראש, ובין לאחר תקופת הסתגלות). בדומה, ייתכן שתהיה הלימה בין העדפותיהם של הצדדים באשר לחלוקת האחריות ההורית. לדוגמה, ייתכן שהאחד יחפוץ בנתח הארי של זמני השהייה אך גם בכמה ערבים פנויים בשבוע, ואילו האחר יעדיף שלא לשאת בנטל העיקרי אך לשמור על הקשר עם ילדיו בדרך של ביקורים סדירים באותם ערבים.²³ בדומה, צדדים עשויים להחליט

20 לא אעסוק כאן בשאלה עד כמה ההסכם יכול להתייחס במפורש לביצוע הגט, לנוכח בעיה אפשרית של עישוי הגט, קרי הגדרתו כגט שניתן בכפייה שלא כדין, העשויה להביא לפסילתו. ההתייחסות לגט עלולה אף לעורר בעיה של סמכות שיפוט לעת אישור ההסכם. עם זאת, כעניין מעשי, מתן הגט הוא פעמים רבות רכיב חשוב ומרכזי בהסכם, והצדדים מגיעים לתוצאה זו בנקל על ידי בנייה נכונה של ההסכם.

21 השו"ס' 11 לחוק ברית הזוגיות לחסרי דת, התש"ע-2010. ראו גם למשל Md. Fam. Law Code ANN. § 7-103 (1984); Divorce Act, R.S.C., 1985 C.3 (2nd Supp.), s. 8 המבחינה בין התרת נישואין בהסכמה ובין התרה חד-צדדית (למשל בדרישה לתקופת צינון או בקיצור הליכים) לפחות צד אחד עשוי להעדיף את המסלול המוסכם שיאיץ את הגירושין על פני מסלול חד-צדדי שעלול להימשך זמן רב יותר. מבחינה זו המצב היהודי-ישראלי הוא נקודה על פני רצף של חשיבות המוקנית להסכמת הצדדים לצורך הגירושין.

22 השו"ס Mnookin & Kornhauser, לעיל ה"ש 1, בעמ' 959.

23 אכן, הספרות על אודות הסכמים בכלל והסכמי גירושין בפרט רוויה תיאורים נמלצים על יכולתו של המשא ומתן להביא למשחק win-win שבו שני הצדדים מרוויחים מן התוצאה המוסכמת. ראו למשל ROGER FISHER, WILLIAM URY & BRUCE PATTON, GETTING TO YES: NEGOTIATING AGREEMENT WITHOUT GIVING IN (2nd ed. 1991); LOIS GOLD, HEALTHY DIVORCE 187

לחסוך זמן ומשאבים כלכליים ונפשיים בדרך של קיבוע תוצאותיו הצפויות של ההליך המשפטי במסגרת ההסכם. הסכם עשוי אף לשמש בני זוג כדי לקבע את העדפותיהם האידיאליים וסינרגיות, העשויות לחרוג מברירת המחדל המוצעת בדין.²⁴ בכל אחד ממקרים אלו, ההגעה להסכם אינה מערכת מיקוח, כלומר מצב שבו בעלי העדפות סותרות ומנוגדות חותרים לקראת הסדר מוסכם.

במקרים אחרים, לעומת זאת, יתעורר מיקוח בנוגע לאחד מהנושאים או לכולם. פעמים רבות המיקוח נערך בצילו של חוסר ודאות בעניין התוצאה המשפטית הצפויה – בין בשל עמימותו של הדין ובין בשל עמימותו של העובדות, הקשיים להוכיחן או אף היות הנתונים עתידיים, עניינים שטרם התגבשו. על כן בין הצדדים צפוי להתעורר מיקוח על אודות מיקום החלוקה בתוך טווח אי-הוודאות. לצורך כך הצדדים עשויים לדרוש בכל אחד מן הנושאים בנפרד, כאשר קשרי הגומלין בין התחומים מוגבלים להקשרים שבהם החלטה בתחום אחד משפיעה בעצמה על החלטה בתחום אחר, כגון השפעת חלוקת האחריות ההורית הטיפולית על חלוקת האחריות הכלכלית (שיעורם וכיוונם של תשלומי המזונות) או השפעת היקף האחריות הכלכלית על חלוקת הרכוש.²⁵ במקרים אלו, המשא ומתן צפוי להביא לתוצאה מוסכמת הנמצאת בעיקרה בתוך טווח התוצאות הצפויות בהליך השיפוטי,²⁶ והמיקום המדויק בתוך הטווח ייקבע על פי כוח המיקוח היחסי של הצדדים.

עם זאת, הצורך לקבל החלטות בנושאים רבים עשוי להביא למזיגה של התחומים השונים שאינה נובעת מן הקשר האינהרנטי ביניהם אלא מקשירתם על ידי הצדדים למשא ומתן תוך הרחבת תחום המיקוח. ברוח זו, צד עשוי להציע ויתורים בתחום אחד (כגון משמורת) בתמורה לקבלת עמדתו בתחום אחר (כגון חלוקת הרכוש). במבט ראשון, יש טעם ותועלת בהתנהלות כזו, שכן היא מרחיבה את האפשרויות להגיע להסכמה בין הצדדים תוך מתן משקל להעדפותיהם הפרטיקולריות. כך למשל, צד שיש לו העדפה מיוחדת בעניין אופן חלוקת האחריות ההורית הטיפולית, הסוטה מן הצפוי בדין ומן הרצוי בעיני זולתו, יוכל להשיג את התוצאה המועדפת עליו בעזרת ויתור בתחום הרכושי בתמורה לויתור של הצד שכנגד על עמדתו בתחום האחריות ההורית. בהיעדרה של אפשרות לכרוך את התחומים, היה הצד שכנגד צפוי לסרב לתוצאה שאינה רצויה לו, לנוכח האפשרות להגשים את מאווייו בעזרת חלופה החורגת מן המשא ומתן – פנייה להכרעה שיפוטית.²⁷ מזיגת

(2009); Pauline H. Tesler, *Collaborative Law: A New Paradigm for Divorce Lawyers*, 5 PSYCHOL. PUB. POL'Y & L. 967, 979 (1999). בלי להידרש לשאלה מהו היקפה של תופעה זו, היא בהחלט אפשרית.

24 למשל בדרך של הסדר שלפיו ההורים חולקים ביניהם את השהות בבית המגורים, בעוד ילדיהם נשארים בו, הסדר שזכה לכינוי "Bird's nest custody". ראו למשל Persia Woolley, *Shared Custody – Demanded by Parents, Discouraged by Courts*, 1 FAM. ADVOC. 6, 8 (1978); דיאנה בחור ניר "שיטת ההורה החם" כלכליסט (30.7.2016) <http://bit.ly/2xGLHXV>.

25 עוד על כך ראו להלן הטקסט הסמוך לה"ש 51.
26 זאת משום שאף אחד מן הצדדים לא יסכים לקבל פחות ממה שהוא צופה שביכולתו להשיג בהליך שיפוטי, בניכוי החיסכון הנובע מייתור ההליך השיפוטי.

27 על ההשלכות של האפשרויות מחוץ למשא ומתן (ובעגת ספרות המשא ומתן – BATNA) ראו FISHER, URY & PATTON, לעיל ה"ש 23, בעמ' 106–97.

התחומים השונים יחד מאפשרת אפוא הגעה לפתרון מוסכם גם במקרים שבהם אין הסכמה על אחד או יותר מן הנושאים הנדונים בפני עצמם.

למעשה, הכריכה של חלקי ההסכם השונים אינה רק אפשרית, הגיונית ורווחת; היא אף מוגנת בדין הישראלי על ידי הדוקטרינה הקובעת כי אין להפריד את הסכם הגירושין לחלקיו (לפי החלופה הקבועה בסעיף 7(ג) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970), באופן שביטול ההסכם בתחום אחד חייב לגרור את ביטולו של ההסכם כולו, שכן ההנחה היא שחלקיו כרוכים זה בזה.²⁸ נקל להבחין כי קביעה זו לא רק מגיבה על המציאות של כריתת הסכמי גירושין, אלא גם מגינה על מציאות זו ומאפשרת אותה. לו הייתה יכולת לבטל רק חלק מן ההסכם תוך הותרת שאר חלקיו על כנם (למשל, לבטל את הסדר המשמורת תוך הותרת חלוקת הרכוש על כנה), צד שעיניו בראשו לא היה מסכים לוותר בתחום אחד בתמורה להישגים בתחום אחר אשר ייתכן שיישללו ממנו בהמשך, מבלי שתושב התמורה. התוצאה היא אפוא כי הסכמי גירושין עשויים להתבסס על מסחר בין התחומים הנדונים בהם ובין עצמם, וכי הדין אף מעודד תופעה זו. כפי שיתואר בהמשך, למסחר בין התחומים נודעת משמעות רבה הן בקשר לצורך בפיקוח על הסכמי גירושין הן בקשר לאתגרים המיוחדים של פיקוח מעין זה.

3. הצורך בפיקוח על הסכמי גירושין

שאלת ההיקף הראוי של פיקוח על תוכנם של הסכמים בין פרטים היא מן השאלות המרכזיות בנושא ההסדרה הראויה של דיני החוזים. מן העבר האחד ניצבים התומכים בפיקוח מהותי על תוכן החוזה, תוך הבטחת הגינותו ושקילותו של התמורות המוחלפות בגדרו. מן העבר השני ניצבים התומכים ב"חופש החוזים", המדגישים את קוצר ידו של המחוקק או השופט לקבוע למען הצדדים את התוצאה הראויה להם. אין בכונתי להרים כאן תרומה לדיון כללי זה,²⁹ אלא רק לבחון את השלכותיו של הדיון הכללי על המקרה הקונקרטי של הסכמי גירושין.

28 לעניין זה ראו ע"א 105/83 מנשה נ' מנשה, פ"ד לח(4) 635, פס' 4 לפסק דינו של השופט בייסקי (1985): "[...] בשל מורכבותו אין הסכם הגירושין ניתן להפרדה לחלקים, כך שבמקרה של הפרת אחד מחלקיו קמה הזכות לבטל את החלק שהופר, מכוח הרישא לסעיף 7(ג) לחוק התרופות [...] אף כי הסכם הגירושין מחולק לפרקים והוא דן בנפרד א' בעצם הגירושין, ב' בהחזקת הילדים, ג' בבעיות רכוש, ד' במזונות הילדים אין אלה התחייבויות נפרדות, הניתנות להפרדה לחלקים, ואין אתה יכול לומר, כי מול התחייבות ספציפית מצד המערער עומדת התחייבות המשיבה, עד כי ניתן לבודד פרק כלשהו ממכלול ההסכם ולבטל רק אותו חלק. ההסכם דן במכלול הבעיות המורכבות, שיש להסדיר עת באים לפרק מסגרת משפחתית על כל הכרוך בכך, וזה כולל גם חבויות וזכויות כלפי ילדי בני הזוג ועתידם, ענייני רכוש משותף וכל כיוצא באלה [...] זהו הסכם כולל להסדרת מכלול הבעיות הכרוכות בגירושין, כשהחייבים והחבויות ההדדיים שלובים ללא יכולת הפרדה לחלקים, עד שניתן יהא לבטל רק חלק שהופר, אם הופר" (ההדגשות הוספו).

29 לדיון כזה ראו למשל איל זמיר "עוד על פירוש והשלמה של חוזים" משפטים מג 5, 6-8 (2013); Duncan Kennedy, *Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort Law, with Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power*, 41 MD. L. REV. 563 (1982); Anthony T. Kronman, *Contract Law and Distributive Justice*, 89 YALE L. J. 472

ההקשר המיוחד של הסכם הגירושין מספק כמה נימוקים לרתיעה מהתערבות ומפיקוח שיפוטי בתחום זה. ראשית, מידת הפיקוח השיפוטי קובעת למעשה את חלוקת העבודה בין בית המשפט ובין הצדדים בקביעת תנאי החוזה.³⁰ הסכם גירושין, אף יותר מהסכמים מסחריים רגילים, נשען על מערכת היחסים הפרטית והייחודית של הצדדים. ממילא, הצדדים נהנים מגישות לאינפורמציה הרלוונטית למצבם הרבה יותר מבית המשפט, בייחוד בשים לב לקושי להביא ראיות אמינות על אודות המתנהל בתוך המרחב הביתי. מסקנה זו מקבלת משנה תוקף בשים לב לרגישות של נורמות אישיות ומשפחתיות לשאלות של תרבות, מסורת ונוהג. הפקדת הפיקוח בידי שופט או שופטת שאינם חולקים עם הצדדים את התשתית התרבותית שעמדה ברקע מערכת היחסים שלהם, עלולה לגרור אי-הבנות חמורות ויישום לא רגיש שיביא לעיוותים הן בנוגע לציפיות הצדדים הן באשר למה שראוי והוגן בנסיבות חייהם. לפיכך יתרום של הצדדים לעומת בית המשפט בהבנת המציאות הרלוונטית בולט במיוחד בהקשר המשפחתי. שנית, הרחבת הפיקוח על הסכמי גירושין עלולה להביא לצמצום מספר ההסכמים. אף אם נניח, *arguendo*, כי הפיקוח יאתר את כל ההסכמים הבעייתיים ויתיר על כנם את כל ההסכמים הטובים, יש לשקול את התועלת שבמניעתם של אותם הסכמים מול חלופותיה של מניעה כזו. ואכן, לעיתים ההתערבות השיפוטית תביא לכריתת הסכם אלטרנטיבי טוב והוגן, אך לעיתים היא עלולה להביא את הצדדים להכרעה שיפוטית בהליך אדברסרי, שבצידה כאמור לעיל עלויות משל עצמה. לפיכך ייתכן שגם הסכם לא מושלם עדיף מהכרעה שיפוטית העלולה להסב נזק של ממש לצדדים ולילדיהם.

מאידך גיסא, שיקולים אחרים הנוגעים להקשר הייחודי של הסכם הגירושין מבססים דווקא את הצורך המיוחד בפיקוח שיפוטי על תכניו ועל הגינותו של הסכם זה. ראשית, בשל המרכזיות של הסכמי הגירושין בתחום ההסדרה של יחסים משפחתיים, מתעורר חשש שהכוח לקבוע את הדין יופקע מן הידיים הציבוריות באופן שיחליש את היכולת הציבורית לקבוע נורמות בתחום המשפחתי.³¹ בדומה, יישוב הסכסוך בהסכם ללא מעורבות שיפוטית פעילה מעורר את החשש להפקרתם של צדדים חלשים והעברתם לידי מערכת הסכמית החשופה לניצול לרעה של פערי כוחות בין הצדדים. חשש זה מתעצם בשל היות הסכמי הגירושין ערוכים באופן טיפוסי לאורך קווי המגדר (קרי: בין גברים לנשים). אכן, החשד שמשא ומתן פוגע באופן שיטתי בנשים הועלה בספרות בהקשרים שונים בתחום המשפחה

(1980). כפי שכבר הודגם בעבר, גם דוקטרינות המתמקדות בפיקוח פרוצדורלי על תנאי הכריתה נשענות לעיתים, ולו מבחינה ראייתית, על תנאי המהותיים של החוזה.
 30 ראו איל זמיר "השופט ברק ודיני החוזים: בין אקטיביזם לאיפוק, בין חופש החוזים לסולידאריות חברתית, בין שפיטה לאקדמיה" ספר ברק – עיונים בעשייתו השיפוטית של אהרן ברק 343, 346–347 (איל זמיר, ברק מדינה וסיליה פסברג עורכים, 2009); Robert E. Scott, *The Case for Formalism in Relational Contract*, 94 Nw. U. L. Rev. 847 (2000).
 31 לדיון כללי בחשש שריבוי הסדרים פרטיים יביא להידלדלות הערכים הציבוריים במשפט ראו Owen M. Fiss, *Against Settlement*, 93 YALE L.J. 1073, 1075 (1984); David Luban, *Settlements and the Erosion of the Public Realm*, 83 GEO. L.J. 2619, 2622–2626 (1995); J. Maria Glover, *Disappearing Claims and the Erosion of Substantive Law*, 124 YALE L.J. 3052, 3054 (2015); Amy J. Cohen, *Revisiting Against Settlement: Some Reflections on Dispute Resolution and Public Values*, 78 FORDHAM L. REV. 1143, 1148–1151 (2009).

ומחוץ לו.³² בתנאים כאלו קשה לסמוך על מנגנון המיקוח ככלי להקצאה הוגנת של המשאבים הזוגיים. הקושי גובר כאשר מדובר לא רק בפערי כוחות בין צדדים מקריים אלא גם בפער שיטתי, לרוחבם של מעמדות חברתיים.³³ הצורך בפיקוח מיוחד על הגינותו של ההסכם והבטחת עמידתו בסטנדרטים המקובלים על הציבור מתעצם אפוא.

יתרה מזו, סביבת הגירושין עצמה יוצרת פערי כוחות בין הצדדים. כך למשל, עם הגורמים המרכזיים לפער בכוח המיקוח של צדדים למשא ומתן (קרי: ביכולתם לגרוף חלק גדול יותר מן הרווח הטמון בעסקה) נמנית העלות היחסית של הזמן לכל אחד מן הצדדים.³⁴ צד המפסיד יותר מחברו מחלוף הזמן, יעדיף להתפשר כבר בתחילת הדרך על חלוקה המעניקה לו פחות, על פני חלוקה דחוייה המעניקה לו נתח גדול יותר מן הרווח בעסקה במחיר של ההפסד הטמון בעלות הזמן שלו. והנה, לא נדיר שבין הצדדים להסכם גירושין יהיו פערים של ממש בעלות הזמן. דחיית הגירושין עלולה להשפיע באופן קשה יותר על צד החפץ להינשא מחדש. דחיית חלוקת הרכוש עלולה לפגוע בצד שיש לו קושי בנזילות או במימון. דחייתם של הסדרי המשמורת עלולה לפגוע בצד המנותק מילדיו. אף ששיקולים אלו לא בהכרח מושפעים מקווי המגדר,³⁵ חלקם מוחרפים על ידי תנאי הרקע השונים הנקבעים בדיון או רווחים במציאות החברתית בנוגע לשאלות אלו. כך, תחולתו של הדיון הדתי היהודי מגדילה את עלות הזמן של נשים המעוניינות ללדת ילדים נוספים (מחשש

Wanda Wieggers & Michaela Keet, *Collaborative Family Law and Gender Inequalities: Balancing Risks and Opportunities*, 46 OSGOODE HALL L.J. 733, 736-737 (2008); Tess Wilkinson-Ryan & Deborah Small, *Negotiating Divorce: Gender and the Behavioral Economics of Divorce Bargaining*, 26 LAW & INEQ. 109, 115-120 (2008) לצד הברלים באופני ניהולו של משא ומתן, יש משקל גם לעובדות הרקע הנוגעות לחלופות העומדות לרשות הצדדים בשוק התעסוקה, בשכר או בתחום הנישואין מחדש, שני תחומים שבהם, בהכללה, מצבם של גברים עדיף מזה של נשים. ראו Wieggers & Keet, שם, בעמ' 737; Amy L. Wax, *Bargaining in the Shadow of the Market: Is There a Future for Egalitarian Marriage?*, 84 VA. L. REV. 509, 559-635 (1998) ליפשיץ "הסדרת החוזה הזוגי", לעיל ה"ש 2, בעמ' 289-286; Ira M. Ellman, *The Theory of Alimony*, 77 CAL. L. REV. 1. 43-46 (1989)

33 חשש זה נוגע אפוא לא רק להעברת משאבים שתיצור עוני, אלא גם לפמיניזציה של העוני. לדיון קלאסי ראו Diana M. Pearce, *The Feminization of Poverty: Women, Work, and Welfare*, 11 URB. & SOC. CHANGE REV. 28, 30 (1978).

34 להצגה לא פורמלית ראו Abhinay Muthoo, *A Non-Technical Introduction to Bargaining Theory*, 1(2) WORLD ECONOMICS 145 (2000) BARGAINING THEORY WITH APPLICATIONS 42-55 (1999). העקרונות המתוארים כאן בעניין עלות הזמן רלוונטיים במידה דומה גם לגורמים אחרים הנזכרים שם כמשפיעים על כוח המיקוח, כמו העלות היחסית של כישלון בהסכם, אופיין של החלופות להסכם ועוד.

35 הצד החפץ בנישואין רשמיים בהקדם עשוי להיות הגבר, מסיבות דתיות (שלפיהן נישואין הם תנאי למערכת יחסים מלאה) או אחרות (כגון רצון להגר בעקבות בת הזוג החדשה). אף הצד המתקשה במימון או בנזילות עשוי להיות הגבר, שכן אף ששכרן הממוצע של נשים נמוך משכרם הממוצע של גברים, בין בני זוג יחידים ייתכן שהכנסות האישה גבוהות יותר, או שעומדים לרשותה מקורות משפחתיים אחרים. חישוב מלא בסוגיה זו מצריך התייחסות גם לעלות הנופלת על כתפי ההורה המשמורן ולתשלומים (הזמניים) של מזונות הילדים. בדומה, הצד הנפגע מהסדרי המשמורת הזמניים עלול להיות האישה, בין בשל הטלת מלוא נטל המשמורת על שכמה ובין בשל האפשרות (אמנם נדירה) שהסדר הביניים מנתק אותה מילדיה.

לממזרות)³⁶ ובמידה רבה גם את זו של המעוניינות במערכת יחסים חדשה העשויה להתפתח לנישואין (מכוח האיסור "לבעל ולבועל"); המציאות החברתית המסתייגת לעיתים מזוגיות בין נשים לגברים הצעירים מהן, מחריפה את עלות הזמן היחסית של כל אישה החפצה במערכת יחסים חדשה;³⁷ פערי השכר בשוק העבודה, והשוני בדפוסי ההעסקה והבעלות על נכסים של נשים וגברים, עלולים להחריף את מצוקת הנזילות והמימון של נשים;³⁸ ומנגד תנאי הרקע החברתיים והמשפטיים עלולים להביא לנתק, בתקופת הביניים, בין אב לילדיו (שכן על פי רוב בתקופה זו יישארו הילדים במשמורת האם, מכוח סיכום בין הצדדים או מתוקף הוראה של בית המשפט). אין צורך לומר שאין בשיקולים אלו כדי לקזז זה את זה. כל שנטען הוא שפערי מיקוח הנובעים מהבדל בעלות הזמן אינם תופעה מקרית בהקשר של הסכם גירושין, אלא תופעה צפויה בעלת מאפיינים קבועים ושיטתיים.

לצד ההבדלים בכוח המיקוח, המיקוח על הסכם הגירושין מתאפיין כאמור גם בסביבה ייחודית מבחינה רגשית. גירושין מלווים לעיתים קרובות במשבר אישי.³⁹ הצדדים או מי מהם עשויים לחוש רגשות אשמה כבדים בשל אחריותם לכישלון מערכת היחסים או לפירוק המשפחה, או בושה ואובדן ערך עצמי בשל רצונו של בן הזוג בפרידה. רגשות אלו עשויים להשפיע על המשא ומתן ולגרור לצדדים להימנע מלעמוד על זכויותיהם, בין מתוך רצון ב"ענישה" עצמית ובין מתוך תחושת חוסר זכאות הנלווית לירידה בדימוי העצמי.⁴⁰ בהקשר זה ישנו קושי להבחין בין עמדות של בני הזוג בנוגע לחלוקת הזכויות הראויה ביניהם⁴¹ ובין השלכותיו של משבר רגעי המחליש את כוחם של בני הזוג לעמוד על דעתם ולבטא את רצונותיהם השקולים כפי שאלו יתבררו בשוך המשבר. החשד הוא אפוא כי משא ומתן בשלב משברי בחייהם של בני הזוג יקשה עליהם לקדם את מטרותיהם בצורה יעילה ואותנטית, ובכך יחתור תחת הנימוקים המרכזיים העומדים לזכותה של הסדרה הסכמית.⁴² בדומה, אופיו המיוחד של ההקשר המשפחתי עשוי גם הוא לעמוד בבסיס דרישה ליתר

36 ראו פנחס שיפמן "ההלכה היהודית במציאות משתנה: מה מעכב את מעוכבות הגט?" עלי משפט ו 27, 31-30 (2007).

37 זאת משום שבכל שנה שחולפת מספר הפרטנרים הפוטנציאליים לנשים יורד, אך לא כך בנוגע לגברים, שכן לרוב אין סטיגמה חברתית וזה בנוגע למערכות יחסים בין גברים בוגרים לנשים צעירות (ראו Wax, לעיל ה"ש 32, בעמ' 559-635).

38 ראו Wilkinson-Ryan & Small, לעיל ה"ש 32, בעמ' 127; ליפשיץ "הסדרת החוזה הזוגי", לעיל ה"ש 2, בעמ' 287-286. לבעיית הנזילות מצטרפות גם בעיות נוספות כגון חשש להברחת נכסים, פשיטת רגל או הימלטות.

39 ראו Robert H. Mnookin, *Divorce Bargaining: The Limits on Private Ordering*, 18 U. MICH. J. L. REFORM 1015, 1020 (1985); SANFORD N. KATZ & JOHN EKELAAR, *THE RESOLUTION OF FAMILY CONFLICT: COMPARATIVE LEGAL PERSPECTIVES* 364, 368-369 (1984); DAVID A. CHIRIBOGA & LINDA S. CATRON, *DIVORCE: CRISIS, CHALLENGE OR RELIEF?* (1991); Sharon Kraus, *The Crisis of Divorce*, 3 J. DIVORCE 107 (1980).

40 חלק מתופעה זו קשור גם באפיון מגדרי ברור. לפרטים ראו McMullen, לעיל ה"ש 8, בעמ' 68; Baum, לעיל ה"ש 8, בעמ' 59; Steven F. Walters-Chapman, Sharon J. Price & Julianne M. Serovich, *The Effects of Guilt on Divorce Adjustment*, 22 J. DIVORCE & REMARRIAGE 163, 168 (1995).

41 לנושא זה אשוב בהמשך (ראו להלן הטקסט הסמוך לה"ש 190).

42 השווו Eyal Zamir, *The Efficiency of Paternalism*, 84 VA. L. REV. 229 (1998). לחשש מפני השפעות המצב הרגשי של הצדדים על ההסכם השווו גם Leopold v. Leopold, [2000] 12 R.F.L. 118 (Can. Ont. S.C.).

פיקוח על תוכן ההסכם. בני זוג הנפרדים אינם זרים זה לזה, ולפיכך ייתכן שיש מקום להטיל עליהם חובת הגינות מוגברת ביחסים בינם לבין עצמם אף אם מערכת היחסים הקרובה בין הצדדים באה אל קיצה.⁴³ הדברים מקבלים משנה תוקף לנוכח הצורך של בני הזוג להמשיך לשתף פעולה, בין במהלך הנשיאה באחריות ההורית⁴⁴ ובין לעיתים בעת התרת היחסים הכלכליים ביניהם.⁴⁵ הדעת נותנת כי הסכם המקפח את אחד הצדדים, יעמוד לצדדים לרועץ בבואם לשתף פעולה בהמשך הדרך.

יתרה מזו, הסכם הגירושין הטיפוסי מסדיר לא רק את גורלם של בני הזוג אלא גם את גורלם של ילדיהם המשותפים. גורלם של אלו רגיש לגורלו של בן הזוג המשמורן (העלול פעמים רבות להיות גם בן הזוג החלש יותר מבחינה כלכלית, בשל השפעת הטיפול בילדים על יכולת ההשתכרות או מסיבות אחרות) ולפיכך הקפדה על הגינותו של ההסכם עשויה פעמים רבות לתרום גם לרווחת הילדים. זאת ועוד, אף שהילדים מושפעים עמוקות מהסכם הגירושין, הם אינם מיוצגים בו במישרין, אלא רק דרך הוריהם, שלהם גם אינטרסים עצמאיים השונים מאלו של ילדיהם. הסכם הגירושין נגוע אפוא בבעיית נציגות. לפיכך יתר פיקוח נדרש הן בשל היחסים בין ההורים ובין עצמם הן בשל היחסים בין ההורים ובין ילדיהם.

לסיכום פרק זה, נראה שלצד שיקולים מסוימים בזכות הגבלת הפיקוח השיפוטי בתחום הסכמי הגירושין, ישנם שיקולים רבים התומכים בפיקוח כזה. אכן, כבר לפני כחמש עשרה שנה נשמעה הקריאה להחיל במשפט הישראלי דיני הסכמים זוגיים ייחודיים, ובהם פיקוח מוגבר על הוגנותם של הסכמים אלו, ותשומת לב מרוכזת לנסיבותיהם המיוחדות.⁴⁶ הסכם גירושין, כמו כל הסכם אחר, עלול להיות חשוף לפגמים בכריתתו. ההקשר המשפחתי עלול להגביר את חשיפתם של הצדדים לפגמים אלו. כך למשל, ניהול הרכוש המשותף (או בר האיזון) בידי בן זוג אחד הנהנה מאמונו של בן זוגו, פותח פתח רחב לטעות או הטעיה בדבר

43 השוו ליפשיץ "הסדרת החוזה הזוגי", לעיל ה"ש 2, בעמ' 292-293, 298. השוו גם לדיון בחובת זהירות של בן זוג בהקשר של עולת עיכוב גט, לדוגמה תמ"ש (משפחה כ"ס) 19480/05 פלוגית נ' עיזבון פלוגי, פס' 18 לפסק דינו של השופט ויצמן (פורסם בנבו, 30.4.2006); תמ"ש (משפחה י-ם) 20673/04 ב. מ. נ' ב. ה. א., 22 (פורסם בנבו, 9.3.2008): "בין בעל ואישה מתקיימים יחסים מיוחדים, יחסי קרבה, יחסי נאמנות, יחסים רגשים, כאשר על כל אחד מבני הזוג מוטלת חובה לנהוג כלפי האחר בכבוד, הגינות ואנושיות ובאופן שיאפשר לבן הזוג ניהול של אורח חיים תקין וסביר".

44 לדיון נרחב בחובות ההדדיות הראויות לחול בין מי שהם הורים במשותף, ולאילו ציפים המוטלים עקב כך על הסכמים משפטיים ביניהם, ראו MERLE H. WEINER, A PARENT-PARTNER STATUS FOR AMERICAN FAMILY LAW 394 (2015).

45 זאת כאשר נקבעים בין הצדדים מנגנונים של תשלום עיתי לפיצוי על הפרשי השתכרות, או מזונות אזרחיים עוקבי גירושין. ראו שחר ליפשיץ "יחסי משפחה וממון: אתגרים ומשימות בעקבות תיקון מס' 4 לחוק יחסי ממון" חוקים א 227 (2009).

46 ראו ליפשיץ "הסדרת החוזה הזוגי", לעיל ה"ש 2. לדיון דומה, בהקשר של הסכמים משפחתיים הנוגעים לשעבוד נכסים משפחתיים לטובת צדדים שלישיים, ראו גם Michael J. Trebilcock & Steven B. Elliott, *The Scope and Limits of Legal Paternalism: Altruism and Coercion in Family Financial Arrangements*, in THE THEORY OF CONTRACT LAW 45 (Peter Benson ed., 2001). לעמדה הדורשת הסתכלות מיוחדת על הסכמי גירושין ראו גם צבי טריגר "כוחות הביטחון: ביטול הסכם גירושין שנכרת על-רקע התחזות בן הזוג בעקבות עמ"ש 40897-12-13 פלוגי נ' פלוגית" המשפט ברשת: זכויות אדם 62 (2017).

היקף הנכסים.⁴⁷ משבר הגירושין עלול להביא למצוקה נפשית הניתנת לניצול כדי לכרות הסכם שתנאיו חורגים מן המקובל לרעתו של הצד שנתון במצוקה. ההקשר המשפחתי ומערכת היחסים האינטימית מאפשרים נגישות של בני זוג לסודות מביכים של בני זוגם, והאיום בחשיפתם עלול להביא אותם לויתורים נכבדים.⁴⁸ זאת ועוד, לעיתים ההקשר המשפחתי יוצר נסיבות המרחיבות את גבולם של פגמים מוכרים. כך למשל, הוצע בספרות כי רקע של אלימות במשפחה ייצור חזקת כפייה גם בהיעדר איום מפורש עובר לחתימת ההסכם,⁴⁹ או שיחסי האמון המאפיינים את המשפחה ירחיבו את חובת הגילוי ועמה את תחומן של טענות טעות והטעיה.⁵⁰

לא מיותר לשוב ולהדגיש את חשיבותן של טענות אלו, אולם הדיון הכללי בצורך לפקח על הסכמי גירושין נמנע בעבר מעיסוק ממוקד במאפיין המרכזי של הסכמים אלו: מזיגתן של החלטות על אודות הגירושין, האחריות ההורית וחלוקת הרכוש במהלך המיקוח לקראת הסכם הגירושין. מזיגה זו מעוררת בעיות מיוחדות, והבנתן עשויה להועיל במציאת פתרונות מיטביים לשאלת מידת הפיקוח הראויה על הסכמי גירושין. ברוח זו, הפרק הבא מוקדש לעמידה שיטתית על בעיות אלו. נקודת המוצא שלו היא ניתוח מקיף של עמדת הדין הישראלי בנושא אתגרי המיקוח המשולב, הן דרך הדוקטרינות העוסקות בו במישורין הן דרך הסדרים המשפיעים עליו בעקיפין. עיון בדין משמש בסיס לגזירת מודל השואב השראה מן ההסדרים הקיימים לקראת שלב נוסף שייטיב להתמודד עם אתגרי המיוחדים של הסכם הגירושין.

ב. הוויכוח על המיקוח: אתגרי המיקוח המשולב והתמודדות המשפט הישראלי עמו

1. אתגרי המיקוח המשולב

(א) מיקוד הבעיה

לא כל כריכה של הנושאים השונים בהסכם הגירושין היא כריכה על דרך המיקוח והמסחר. כך למשל, זיקה מסוימת בין היקף האחריות הטיפולית ובין היקף האחריות הכלכלית מתבקשת מעצם השפעתם של זמני השהייה על הוצאותיהם של הצדדים.⁵¹ זאת ועוד,

47 גם לתופעה זו יש כמובן קווי מתאר מגדריים ברורים. נתונים מגלים כי בורות לגבי נכסי המשפחה, ניהולם ורישומם, מאפיינת גם נשים המשתכרות יותר מבני זוגן (ראו צבי טריגר "כסף, חוזים ומגדר" משפט ועסקים יח 135, 150–151 (2014)).

48 כך למשל, בן זוג עלול לאיים בחשיפת פשיעה של בן זוגו או בחשיפת התנהגותו בתחום האינטימי, מקום בו יש בה כדי לבזות את בן הזוג. לטענה בדבר איום בחשיפת מידע אינטימי כדרך לסחיטת תנאי הסכם מועדפים, ראו תה"ס (משפחה ת"א) 963-07-13 ש. מ' נ' ו. מ (פורסם בנבו, 16.2.2017) (להלן: תה"ס 963-07-13).

49 ראו ליפשיץ "הסדרת החוזה הזוגי", לעיל ה"ש 2, בעמ' 327.

50 ראו שם, בעמ' 335–336; דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים ב 841 (1992). כן ראו לדוגמה ע"א 643/83 דומב נ' דומב, פ"ד מ(3) 792 (1986).

51 כך, למשל, קווים מנחים לקביעת שיעור המזונות, מן הסוג שהוצע על ידי ועדת שיפמן, מחשבים תדיר את שיעור המזונות המשתלם מהורה למשנהו כפונקציה של שיעור הזמן היחסי אותו מבלה הילד עם כל אחד מן ההורים. אמנם, יודגש כי התאמה זו אינה פשוטה כלל ועיקר, לנוכח ההבחנה בין הוצאות

העובדה שהסדרי המשמורת ותשלומי מזונות הילדים הם מתמשכים וחשופים לשינוי, עשויה לגרום לצדדים לבקש לקשור בין התחומים כדי להבטיח את יציבות המתווה הנקבע בהסכם או לקבוע מנגנון לאכיפה עצמית של הוראותיו.⁵² בדומה, קשר בין תחומים אלו עשוי לשרת כמנגנון בקרה ופיקוח על אופן ביצוע ההסכם וצריכת דמי המזונות בידי ההורה המשמורן.⁵³ בכל המקרים הללו הקשר בין התחומים אינו משקף מסחר בין העדפות הצדדים בתחום אחד אל מול העדפותיהם בתחום השני, ולפיכך אינו מעורר את השאלה שבה עוסק המאמר הנוכחי. הדיון להלן יתמקד אך ורק במקרים של מיקוח משולב, קרי מיקוח שבמסגרתו הקשר ההדדי בין התחומים נובע ממסחר ביניהם על דרך החליפין, קרי: יתור בתחום אחד כדי להשיג הישגים בתחום אחר.

ואכן, עצם המיקוח המשולב, הממזג את מכלול הנושאים – האישיים והרכושיים, הזוגיים וההוריים – מהווה בעת ובעונה אחת הן מקור לצורך הממשי בפיקוח על ההסכם הן את המחסום המרכזי בפני פיקוח אפקטיבי שכזה. מצד אחד, אריגת הנושאים יחד יוצרת את שני הקשיים המרכזיים הנוגעים להסכמי גירושין. המזיגה של תחומים שהם באופן טיפוסי אינטרס של ההורים (כמו הפרידה וחלוקת הרכוש) עם תחומים שעיקרם אינטרס של הילדים (כמו חלוקת האחריות ההורית, הכלכלית והטיפולית), מעוררת את החשש הנזכר לבעיית נציגות שתביא לקיפוח עניינם של הילדים. מארג זה יוצר גם את היכולת לתרגם עדיפות בתחום אחד, שהצדקתו שנויה במחלוקת (כמו משטר הגירושין או המשמורת) לעדיפות בתחום הכלכלי. הכנסתם של משטר הגירושין והאחריות ההורית אל תוך המיקוח מעוררת גם את החשש מהתנהגות אסטרטגית, שבמסגרתה יאמץ צד – לצורכי המשא ומתן בלבד – מצג כוזב (bluff) שלפיו הוא מעוניין בשלום בית או בזכויות משמורת רחבות, וזאת כדי לזכות בהעברה כספית מן הצד שכנגד בתמורה לויתור על עמדתו זו. לנוכח הקושי לאתר נכונה את העדפותיו האוטנטיות של בן הזוג בתחומים אישיים מעין אלו, נקיטת צעד כזה היא צעד צפוי ומתבקש.⁵⁴ התנהגות כזו יכולה לא רק לסכל הסכמים טובים (המיטיבים עם שני הצדדים) אלא גם להביא – אם ייכרת הסכם – לחוסר איזון בתמורות, שכן הצד הנוהג

המושפעות לחלוטין מהיקף השהייה (כגון מזון), הוצאות הניתנות להעברה בין ההורים (כגון ביגוד), והוצאות שכל הורה נדרש ממילא להוציאן (כגון מדור). השוו בע"מ 919/15 פלוני נ' פלונית, פסק דינה של השופטת ברק-ארוז (פורסם בנבו, 19.7.2017); משרד המשפטים דוח הוועדה לבחינת נושא מזונות הילדים בישראל (2012) (להלן: דו"ח ועדת שיפמן); וראו גם למשל, Jessica Pearson & Jean Anhalt, *Examining the Connection Between Child Access and Child Support*, 32 FAM. & CONCILIATION CTS. REV. 93, 94 (1994); Marygold S. Melli, *Guideline Review: Child Support and Time Sharing by Parents*, 33 FAM. L.Q. 219, 220 (1999).

ראו 52 Scott Altman, *Lurking in the Shadow*, 68 S. CAL. L. REV. 493, 503 (1995); Margaret F. Brinig & Michael V. Alexeev, *Trading at Divorce: Preferences, Legal Rules, and Transactions* Karen Czapanskiy, *Child Support and Costs*, 8 OHIO ST. J. ON DISP. RESOL. 279 (1993).

53 Yoram Weiss & Robert J. Willis, *Children as Collective Goods and Divorce Settlements*, ראו Ann L. Estin, *Bonding After Divorce: Comments on* השוו 3 J. LAB. ECON. 268, 288 (1985).

54 ראו ליפשיץ "הסדרת החווה הזוגית", לעיל ה"ש 2. *Joint Custody: Bonding and Monitoring Theories*, 73 IND. L.J. 441, 449–450 (1998).

כאמור יזכה הן בתוצאה שבה חפץ במישור הגירושין או המשמורת, הן בנתח גדול יותר משאר המשאבים המחולקים.⁵⁵ מיקוח משולב יוצר אפוא בעיות מיוחדות. מן העבר השני, שילוב ההסכם בדבר הנושאים האישיים (גירושין וטיפול בילדים) בהסכם הנוגע לנושאים הרכושיים (חלוקת רכוש ומימון הילדים) הוא גם המחסום העיקרי בפני פיקוח אפקטיבי על הסכם הגירושין, גם בנוגע לחלקי ההסכם האחרים. שקילות התמורות החוזיות או חריגה מתנאיו המקובלים של השוק הן מפתח מרכזי לפיקוח על תוכן ההסכם, בין כקריטריון ישיר להגנתו של ההסכם ובין כראיה עקיפה לוולונטריות של הסכם זה ולחסינותו מפגמים של טעות או כפייה.⁵⁶ אולם בתחומים אישיים, כמו מידת האוטנטיות של השאיפה לשלום בית או לנתח גדול מזמן הטיפול בילדים, יכולתו של מעריך חיצוני כבית המשפט לזהות נכונה את העובדות הרלוונטיות ולהעריך בהתאם את תנאי ההסכם מוגבלת ביותר. בשל כך, גם חלוקה חד-צדדית בתחום הרכוש עשויה להיתפס כתמורה שוות ערך להגשמת טעמיו האידיוסיונקרטיים של הצד שכנגד בתחום אחר.⁵⁷ לערכה של המשמורת או להאצת הגירושין בעיני כל אחד מן הצדדים אין "מחיר שוק" וממילא קשה לבית המשפט לזהות בתנאי העסקה סטייה מן המקובל. חוסר היכולת לשחזר נכונה את עמדות הצדדים ערב המשא ומתן בתחומים האישיים משפיע אפוא על היכולת להעריך את הוגנותו של ההסכם בכללותו, אם ההסכם כורך עניינים אישיים ורכושיים יחד. ברוח זו, ערכאות השיפוט נוהגות לטעון כי לשם הערכתו של ההסכם:

בוחנים אם תנאי החוזה גרועים במידה בלתי סבירה מהמקובל. ומה מקובל בהסכמי גירושין? וכי ניתן לומר שיש מקובל בהסכמי גירושין? כל הסכם ונתוניו, כל הסכם ושיקוליו.⁵⁸

בעיה אחרונה קשורה בתכונה אחרת של התחומים האישיים: היותם בלתי הפיכים או למצער קשים להשבה בעין. כללו של דבר, גירושין בדין הדתי היהודי הם פעולה בלתי

55 זאת לצד עצם הקושי במצגים כוזבים מעין אלו. לדיון בשאלה זו ראו THOMAS L. CARSON, LYING AND DECEPTION: THEORY AND PRACTICE (2010).

56 איל זמיר פירוש והשלמה של חוזים 89-94 (התשנ"ו); איל זמיר "צדק פרוצדורלי וצדק מהותי בדיני חוזים: עושק וכפייה כמקרי מבחן" עלי משפט יג 7 (2016); Eyal Zamir, *The Missing Interest: Restoration of the Contractual Equivalence*, 93 VA. L. REV. 59 (2007).

57 ראו ע"א 5490/92 פגס נ' פגס, פס' 8 לפסק דינו של הנשיא שמגר (פורסם בנבו, 29.12.1994): "[...] יתכן כי צד לחוזה יסכים לתנאים שהם מבחינה אובייקטיבית גרועים אך מחישים את הגירושין, עניין החשוב לו אותה שעה יותר מכל דבר אחר".

58 תמ"ש (משפחה ת"א) 63342/98 א. ל. נ' א. א., פס' 14 (ב) לפסק דינו של השופט שוחט (פורסם בנבו, 25.4.2004). ראו גם את ע"מ (מחוזי ת"א) 1277/07 פלונית נ' פלוני, פס' 39 לפסק דינו של השופט שנלר (פורסם בנבו, 18.8.2009) (להלן: עניין 1277/07 פלונית נ' פלוני); עמ"ש (מחוזי ת"א) 1015/08 פלוני נ' פלונית, פס' 24 לפסק דינו של השופט שנלר (פורסם בנבו, 26.5.2013) (להלן: עניין 1015/08 פלוני נ' פלונית); עמ"ש (מחוזי ת"א) 11337-06-10 פלוני נ' פלונית, פס' 10, 15 לפסק דינו של השופט שנלר (פורסם בנבו, 29.4.2012) ("אין להשוות בין הסכמי גירושין 'מקובלים' אלא שלכל הסכם יש שיקולים המיוחדים לו").

הפיקה, בהיעדר החלטה של הצדדים לשוב ולהינשא מחדש.⁵⁹ תכונה זו מציבה אתגר בפני הסכמים שבהם נקבעה תמורה להסכמת אחד מבני הזוג להתגרש: אם יבוטל ההסכם, עקב הפרה או מחמת פגם בכריתתו, לא יהיה ניתן להשיב את המצב לקדמותו. במצב דברים כזה, ביטול ההסכם והשבת התמורה מעמידים את הצד שזכה בגירושין במצב טוב יותר מזה שעמד בו טרם ההסכם. בדומה, גם הסדר משמורת שהתקיים בפועל על ידי הצדדים אינו ניתן להשבה בעין. צד שרכש את הזכות לשהות עם ילדיו זמני שהות ארוכים יותר מאלו שהיו מובטחים לו בדיון, לא יוכל להשיב זמן זה לצד שכנגד אם יבוטל ההסכם. יתרה מזו, לפעמים הסדר המשמורת המוסכם יביא לידי תוצאות בלתי הפיכות גם בעניין מערכת היחסים העתידית בין ההורים לילדיהם. זאת למשל, במקרה שבו ההסדר המוסכם מצמצם מאוד את זמני השהות של אחד ההורים, באופן שמנתק את הקשר הרצוף בין ההורה לילדיו או מחבל במערכת היחסים שלהם. במקרה כזה הזמן שחלף אינו ניתן להשבה, ולא זו בלבד אלא שלפעמים לא יהיה אפשר לשקם את מערכת היחסים ההורית גם בעתיד, אף אם יוארכו זמני השהות עקב ביטול ההסכם. אם כן, בשני התחומים האישיים – הגירושין ומשמורת הילדים – ישנו קושי ממשי בתחום ההשבה בעין. לאור אופיים האישי ישנו גם קושי של ממש לקבוע את ערכם, וממילא השבה אפקטיבית בשווה כסף גם היא אינה קלה למימוש. עובדה זו משפיעה לרעה על היכולת לבטל הסכמים הכוללים רכיבים אלו עקב פגם בכריתתם, וממילא נוצר קושי לפקח על תוכן החוזה תוך שימוש בכלי זה.⁶⁰ בדומה, בשני ההיבטים הללו – הגירושין והמשמורת – יש קושי באכיפה. אכיפת גירושין מכוח התחייבות חוזית היא בעייתית מאוד עקב החשש מעישוי הגט. גם אכיפת הסדרי משמורת עלולה להתקל בקשיים ממשיים: הורה שאינו מעוניין לקיים את חלקו, עלול לסכל את ההסדר למשל בדרך של ניסיון להשפיע על עמדתו של הילד עצמו בנוגע להסדר. על רקע זה, מעניין להבחין כי העיקרון שנקבע בעניין פגס, שלפיו על בית המשפט לכבד את רצונם

59 תיאור חריגה מכלל זה, בדרך של ביטול רטרואקטיבי של גיטין ראו עמיחי רדזינר "מלבוב לתל-אביב: פסיקות גט מוטעה בשל הפרת הסכם הגירושין בבתי הדין הרבניים בעקבות תיק (אזורי ת"א) 1-29-9322-19.3.06) ואחרים" משפטים לט 155, 161-164 (2010). כפי שהכותב מציין שם, עדיין מדובר בפרקטיקה חריגה וקיצונית.

60 ראו עניין מנשה, לעיל ה"ש 28, בעמ' 639: "עם סידור הגט בוצע עיקרו של ההסכם וכן בוצעו הוראותיו המהותיות האחרות בעניין החזקת הילדים וכדומה, ובהקשרים אלה לא ניתן להחזיר את המצב לקדמותו, לא על-ידי השבה ולא על-ידי תשלום שווי, כשם שבמקרים רגילים זכאי מפר מנפגע, אשר משתמש בזכות לבטל הסכם בגין הפרה" (ההדגשה הוספה). השוו גם תמ"ש (משפחה י-ם) 8803/97 ב.ש נ' ב.ש, פס' 7 לפסק דינו של השופט גרינברגר (פורסם בנבו, 24.10.2002); ע"מ (מחוזי ת"א) 1191/02 ח' א' נ' ח' מ', פס' ח' לפסק דינה של השופטת שטופמן (פורסם בנבו, 25.12.2003); תמ"ש (משפחה ת"א) 77981/99 ברקן נ' ארבל, פס' 12 לפסק דינו של השופט גייפמן (פורסם בנבו, 10.10.1999); עניין 1277/07 פלונית נ' פלוני, לעיל ה"ש 58, בעמ' 36 לפסק דינה של השופטת לבהר-שרון: "[...] ש[בדרך כלל לא יטה בית משפט לבטל הסכם גירושין לאחר שבני הזוג כבר התגרשו, שכן לאחר שהתגרשו, והצד שהיה מעוניין בגירושין כבר השיג את מבוקשו – לא ניתן יהיה להשיב המצב לקדמותו"; השוו גם מיגל דויטש "השלכותיה של נבצרות ההשבה על הזכות לביטול חוזה בעקבות הפרתו" מחקרי משפט ט 257, 262-264 (1991).

המוצהר של הצדדים לחוזה בהסכמי גירושין כמו בהסכמים מסחריים,⁶¹ הפך באזכורים מאוחרים לעיקרון שלפיו כיבוד הרצון המוצהר מיוחד להסכמי גירושין עוד יותר מאשר בהסכמים מסחריים רגילים.⁶² מזיגת התחומים האישיים עם התחומים הרכושיים משמשת אפוא מחסום בפני פיקוח אפקטיבי על תוכן ההסכם ועל כריתתו, הן בשל הקושי להעריך את שקילות התמורות הן בגלל הקושי ליישם תרופות הצמודות לביטול ההסכם. ממילא, הסכמי הגירושין מועדים במיוחד גם לפגמים רגילים בכריתה, כגון הטעיה או כפייה תוך שימוש באיום חיצוני להסכם. כך, באופן פרדוקסלי, הסכם רגיש במיוחד, שמצריך פיקוח מיוחד, הופך דווקא הוא לחסין במיוחד בפני פיקוח כזה.

(ב) הגט כנושא למסחר

מוקד אפשרי למזיגה של חלקי ההסכם הוא הקשר בין ההסכמה לגירושין ובין חלוקת הרכוש או האחריות ההורית. הואיל והדין החל על הרוב היהודי מקרב אזרחי ישראל מצריך שיתוף פעולה בין הצדדים לשם התרת נישואיהם,⁶³ הגירושין הם באופן טיפוסי תנאי יסודי בהסכם הגירושין, שהפרתו מבטאת התנערות מן ההסכם כולו.⁶⁴ ואכן, זה שנים עמדה הכתיבה המשפטית על כך שבעניניו של הדין בישראל הגט הוא "קלף כשר למיקוח" או "נושא כשר למסחר".⁶⁵ באופן טיפוסי, נדחו אפוא טענות שלפיהן איום בעיכוב הגט, או ניצול הדחיפות היחסית שראה אחד הצדדים בגירושין, מבטאים עושק או כפייה. כך נקבע כבר בשנת 1973 בעניין אמזלג, מפי השופט חיים כהן, כי "מי שרוצה להשיג מה שלבו

61 ראו עניין פגס, לעיל ה"ש 57, פס' 8 לפסק דינו של השופט שמגר ("דבר זה נכון לגבי חוזים מסחריים וגם לגבי הסכמי גרושין").

62 ראו בע"מ 11981/05 פלוני נ' פלוני, פס' 6 לפסק דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 25.5.2006) (להלן: עניין פלוני נ' פלוני), שם נקבע כי: "נטיית בית המשפט היא לכבד את הרצון המוצהר של הצדדים לחוזה ובוודאי בהסכמי גירושין, בהם יש לא אחת תנאים המושפעים מן הרצון לקדם ולהקדים את הפירדה והניתוק בין בני הזוג"; תמ"ש (משפחה ת"א) 51940/98 פלונית נ' אלמוני, פס' 5 (ג) לפסק דינו של השופט שוחט (פורסם בנבו, 4.8.2002). וראו גם עניין 1277/07 פלונית נ' פלוני, לעיל ה"ש 58, פס' 40 לפסק דינו של השופט שנלר; עניין 1015/08 פלוני נ' פלונית, לעיל ה"ש 58, פס' 24 לפסק דינו של השופט שנלר. ההכרעה בעניין פגס (לעיל ה"ש 57) שבה ואושרה על ידי בית המשפט העליון בכמה הזדמנויות. ראו ע"א 1581/92 ולנטין נ' ולנטין, פ"ד מט(3) 441, פס' 10 לפסק דינו של השופט זמיר (1995); בג"ץ 2609/05 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול לערעורים, פס' 13 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) נאור (פורסם בנבו, 31.5.2011).

63 אף מי ששיתוף פעולה כזה אינו נדרש לפי דינו האישי, עשוי להפיק תועלת משיתוף פעולה אם גירושין מוסכמים הם מהירים יותר מגירושין במחלוקת, בין משום שפער כזה נקוב בדין החרות ובין אם הוא תוצר של המציאות בבתי המשפט. עם זאת, אך מובן כי ככל שגדלה עוצמת התלות בשיתוף הפעולה, כך גדל כוח המיקוח הנתון בידו של הצד הזקוק פחות לגירושין.

64 ראו ע"א 131/89 דרון נ' דרון, פ"ד מג(4) 610, פס' 3 לפסק דינו של הנשיא שמגר (1989); עניין 1277/07 פלונית נ' פלוני, לעיל ה"ש 58, פס' 40 לפסק דינו של השופט שנלר. והשוו גם לעניין ולנטין, לעיל ה"ש 62.

65 ראו דניאל פרידמן דיני עשיית עושר ולא במשפט 987, 1042 (1998); ליפשיץ "הסדרת החוזה הזוגי", לעיל ה"ש 2, בעמ' 330-331; פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 50, בעמ' 951; פנחס שיפמן דיני המשפחה בישראל א 426 (התשנ"ה).

חפץ, מוותר על שלו או מוסיף משלו ובלבד ששייגנו".⁶⁶ עמדה זו אושרה בפסק הדין הנזכר בעניין פגס.⁶⁷ במקרה של הסכם שהותיר את האישה "כאשר כותנתה לעורה" בשל איומו של בעלה לעכב את הגירושין, קבע השופט שמגר:

הנטיה של בית המשפט תהיה בדרך כלל לכבד את הרצון המוצהר של הצדדים לחוזה, ודבר זה נכון לגבי חוזים מסחריים וגם לגבי הסכמי גרושין. באלה האחרונים, יש לא אחת תנאים המושפעים מן הרצון לקדם ולהקדים את הפרידה והניתוק בין בני הזוג.⁶⁸

חרף ביקורת עיקשת שנשמעה על הלכה זו בחוגים אקדמיים,⁶⁹ הלכת פגס ממשיכה להנחות את פסיקת בתי המשפט עד היום,⁷⁰ אף שמפעם לפעם בתי המשפט מבטאים אי-שביעות רצון מפרקטיקה זו. ברוח זו, קבע בית המשפט העליון:

66 ראו ע"א 162/72 אמזלג נ' אמזלג, פ"ד כז(1) 587, 582 (1973) (השופט כהן): "כל החוזים וכל הפשרות כך – ולעניין זה אינו שונה הסכם גירושין מכל הסכם אחר: מי שרוצה להשיג מה שלבו חפץ, מוותר על שלו או מוסיף משלו ובלבד ששייגנו. אשה שרוצה מאד להיפטר מבעלה, דרכה לוותר ויתורים כספיים ואחרים לבעלה ובלבד שיתן לה גטה; כשם שדרך בעל המשותק מאד להיפטר מאשתו, לוותר ויתורים כספיים ואחרים לאשתו ובלבד שתקבל גטה ממנו" (ההדגשה הוספה). יוער כי עמדת השופט קיסטר בפסק הדין – התולה את מסקנת פסק הדין בהיעדר זכות לגירושין מצד האישה, מחזקת את העמדה שלפיה הגט הוא נושא למסחר, ומצמצמת אותה רק במקרה שבו איום בעיכוב הגט הוא איום במעשה פסול לפי הדין (ראו שם, והשוו לניתוח המוצע להלן בטקסט הסמוך לה"ש 79). ייתכן שנקודה זו היא המסבירה את הסטייה של השופט כהן מן העיקרון שאותו קבע הוא עצמו בע"א 457/61 גרין נ' גרין, פ"ד טז 318, 325 (1962). חשיבותם של הגירושין כמניע לויתורים נגדיים בהסכם, הוכרה בפסיקה גם כמשיחה לפי תומה. כך למשל, בדחתו טענה להטעיה, קבע בית המשפט כי המערער "לא התקשר בהסכם הגירושין עקב טעותו באבהותו, אלא כדי לגרש את אשתו – ואילו ידע את האמת לאמיתה, כפי שהוא יודע היום, כי אז היה רצונו לגרש את אשתו עז וחזק פי כמה. אלא גם אז צריך היה מסתמא לתת לה תמורה עבור הסכמתה לקבל את גטה, אם לא תמורת ויתורה על שאר תביעותיה הכספיות, וההסדר בעניין הדירה לא היה בהכרח שונה או מן ההסדר כפי שנעשה בהסכם שלפנינו" (ההדגשה הוספה) (ראו ע"א 287/78 לרר נ' קורבר פ"ד לד(1) 294, ס' 7 לפסק דינו של השופט כהן (1979)).

67 עניין פגס, לעיל ה"ש 57.

68 שם, בפס' 8 לפסק דינו של הנשיא שמגר; והשוו גם בג"ץ 5548/00 אברהם (כהן) נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים (פורסם בנבו, 29.5.2001).

69 ראו ליפשיץ "הסדרת החוזה הזוגי", לעיל ה"ש 2, בעמ' 332–333; רות הלפרין-קדרי "שיקולי מוסר בדיני משפחה וקריאה פמיניסטית של פסיקת המשפחה בישראל" עיונים במשפט מגדר ופמיניזם 651, 693–694 (דפנה ברק-ארז עורכת, 2007); הלה קרן דיני חוזים מפרספקטיבה פמיניסטית 204–205 (2004); אורית גן "מסחר בגט: בין חוזים לאי סחרות" מחקרי משפט לב (צפוי להתפרסם, 2019); שחר ליפשיץ "חוזים עושקים – השראה אפשרית מן המשפט העברי" ספר טירקל (צפוי להתפרסם ב-2019).

70 ראו למשל תמ"ש (משפחה כ"ס) 3351/07 מ. נ. נ' מ. ש., פס' 28 לפסק דינו של השופט ויצמן (פורסם בנבו, 8.3.2009); תמ"ש (משפחה ק"ג) 3150/05 א. ג. נ' א. י., פס' 7 לפסק דינה של השופטת אשקלוני (פורסם בנבו, 12.7.2007); תמ"ש (משפחה ת"א) 35044/99 א. א. נ' א. מ., פס' 17 לפסק דינה של השופטת מילר (פורסם בנבו, 6.8.2008); תמ"ש (משפחה א"י) 37719-02-12 ג. א. נ' י. א., פס' 28 לפסק דינה של השופטת אטדגי-פריאנטה (פורסם בנבו, 27.8.2013); תה"ס (משפחה ת"א) 15681-09-13 א' מ' נ' א' מ' (פורסם בנבו, 26.8.2016). מעניין לציין כי שתי החלטות המבטלות הסכמי גירושין בעילת עושק, בעניין 1277/07 פלונית נ' פלוני (לעיל ה"ש 58), ובעניין 1015/08 פלוני נ' פלונית (לעיל ה"ש 58) שניתנו בהרכב של השופט שנלר בבית המשפט המחוזי בתל-אביב, עסקו במקרה שבו לפי הטענה

אין לכחד: הצורך "בקניית גט" בכסף מעוררת תחושת התנגדות ואי נוחות. [...] עם כל אי הנחת מן הרעיון של קניית גט בכסף, נראה כי למרבה הצער מדובר במעשה הקורה בדרך זו או אחרת יום יום. מעשה שבכל יום הוא שכן זוג (בעל או אישה) המשתוקק לסיים את חיי הנישואין אך בן הזוג האחר אינו מסכים לכך – "משלם" בויתורים כספיים [...] מכך נפגע בדרך כלל (בצד הממוני) מי שמשתוקק יותר לקנות את "חירותו". חבל שכך הוא. ניתן לכאורה לצפות מאנשים שחיי נישואיהם עלו על שרטון לסיים נישואיהם שכשלו בצורה הוגנת, ובלא לקפח את בן הזוג האחר.⁷¹

כאמור לעיל, עמדה זו אינה רק השלמה עם המסחר בגירושין, אלא גם הגנה עליה. ברוח זו קבעו בתי משפט כי לא הגון לפתוח את הסכם הגירושין לאחר שהצד שחפץ בגירושין קיבל את מבוקשו,⁷² עמדה שוויתור עליה היה שומט את הקרקע מתחת להסכמים הכוללים ויתור רכושי בתמורה לגירושין. על פני הדברים, דומה שבעיני המשפט הישראלי שימוש בגירושין לצורכי מיקוח הוא אפוא מגונה אך קביל.

עם זאת, התמונה לא תהיה שלמה ללא התייחסות להתפתחות התפיסה הרואה בעיכוב הגירושין עוולה בנוזיקין. בעוד בשלב הראשון של התפתחות תפיסה זו, יחדה העוולה לבני זוג שהפרו פסקי דין רבניים אשר הטילו עליהם חובה להתגרש,⁷³ קבעה הפסיקה בשלב הבא כי עוולת הרשלנות מתגבשת לא בגין סירובו של הבעל להיענות לחיובו בבית הדין, אלא היא "פונקציה של סירובו של הבעל להיענות לבקשתה של האשה",⁷⁴ וממילא יש מקום לחייב בנוזיקין גם את מי שבית הדין טרם חייבו להתגרש. במרוצת השנים המשיכה העוולה להתפתח, והיא מוחלת כיום תדיר על בני זוג, נשים וגברים, מחלוף שנה מאז דרישת

העושה היה טמון דווקא באיום להתגרש ובחרדת הנטישה שהוא עורר, ולא באיום לעכב את הגירושין (הבדל זה ניכר בעמדת השופטת לבהר-שרון בשני פסקי הדין). עיון מלא בהיבט זה חורג מתחומו של המאמר הנוכחי.

71 עניין פלונית נ' ביה"ד הרבני הגדול, לעיל ה"ש 62, פס' 13 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) נאור (ההדגשה הוספה); בג"ץ 1822/10 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים (פורסם בנבו, 13.7.2010); בג"ץ 10223/09 פלונית נ' בית הדין האזורי אשדוד (פורסם בנבו, 3.1.2010); עניין פלוני נ' פלוני, לעיל ה"ש 62. עם זאת יוער כי הליכים אלו של דחיית עתירה לבג"ץ נגד אישור הסכם בידי בית הדין או דחיית בקשת רשות ערעור בגלגול שלישי, אינם כוללים דיון נרחב לגוף העניין, וייתכן כי הם נשענים בעיקרם על המדיניות המצמצמת כלפי דיון בהליכים מעין אלו.

72 ראו המקורות המאוזכרים לעיל בה"ש 60. בעניין אברהם (לעיל ה"ש 68), בית המשפט אף גינה בחריפות את מי שטענה לביטול הסכם שנכרת בחסות בית הדין לשם קבלת גט, אף שבאותו מקרה הוטלה על הסרבן חובה להתגרש והיה מדובר בשנות סרבנות ארוכות. עם זאת, יש לציין כי באותו מקרה היה מדובר בהתחייבות לבית הדין, ולא בהסכמה בין בני הזוג.

73 תמ"ש (משפחה י-ם) 19270/03 כ.ש נ' כ.פ, פס' 2–1 לפסק דינו של השופט הכהן (פורסם בנבו, 21.12.2004). לסקירה ודיון ראו ישראל גלעד דיני נוזיקין – גבולות האחריות 958–960 (2012); רונן פרי ויחיאל ש' קפלן "תפסת מרובה לא תפסת: על העצמה באמצעות דיני הנוזיקין" העצמה במשפט 411 (מימי אייזנשטדט וגיא מונדלק עורכים, 2008); בנימין שמואלי "פיצוי נוזיקי למסורבות גט" המשפט יב 285 (2007).

74 תמ"ש (משפחה י-ם) 6982/05 כ' נ' כ', פס' 11 לפסק דינו של השופט גרינברגר (פורסם בנבו, 10.6.2013).

הגירושין ואילך, וגם כאשר בית הדין אינו ממליץ על גירושין כלל ועיקר.⁷⁵ לפי עמדה זו, בעוד הדין הישראלי עודנו מכפיף את הגירושין עצמם לדין הדתי היהודי, הרי מנקודת מבטו של הדין האזרחי בישראל, התרה חד-צדדית של הנישואין היא משטר עדיף ואין מקום לסירוב להתגרש אם אחד מבני הזוג אינו חפץ בנישואים עוד, או למצער אם אפסו הסיכויים לשקם את הקשר.⁷⁶ לפיכך נקבע משטר התרה חד-צדדית בהסדר ברית הזוגיות,⁷⁷ או משטר התלוי בהתפוררות קשר הנישואין – העשויה בעצמה להיקבע באופן חד-צדדי – כמשטר הגירושין שיחול על יהודים שנישאו בנישואין אזרחיים,⁷⁸ וזוהי התפיסה שיש להחיל, מנקודת מבט אזרחית, גם על מי שנישאו בנישואין דתיים.⁷⁹ אם כן, איום מצד בן זוג להימנע מלהיענות לתביעת גירושין של זולתו הוא בגדר איום לעוול בניזקין. בכך נסללת הדרך להכרה באיום כזה כמגבש את יסודות עילת הכפייה, שכן אי-אפשר עוד לראות באיום כזה "אזהרה בתום לב על הפעלתה של זכות", בלשונו של סעיף 17(ב) לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973. יתרה מזו, קביעת פיצוי נזיקי בגין עיכוב הגט מעקרת חלק מכוח

- 75 מ"ש (משפחה י-ם) 21162/07 פלוני נ' פלונית, פס' 45 לפסק דינו של השופט הכהן (פורסם בנבו, 21.1.2010) (להלן: תמ"ש 21162/07). עם זאת יצוין כי פסק דין זה חריג למדי בנסיבותיו העובדתיות, שכן הגבר – התובע בהליך – היה באותה עת כבן 83. ראו גם תמ"ש (משפחה י-ם) 46820-03-10 אלמוני נ' פלונית, פס' 23 לפסק דינו של השופט טפרברג (פורסם בנבו, 4.9.2012) (להלן: עניין אלמוני נ' פלונית 2010); תמ"ש (משפחה י-ם) 22158/97 מ' ט' נ' מ' ט', פס' 52 לפסק דינו של השופט הכהן (פורסם בנבו, 16.8.2011); תמ"ש (משפחה קר') 44-04-09 פלוני נ' פלונית, פס' 26 לפסק דינה של השופטת לוי (פורסם בנבו, 9.8.2011). לתפיסה שלפיה יש לחשב את הנזק החל בחלוף שנה מיום תביעת הגירושין ראו תמ"ש 21162/07, שם. לעיתים הגדיל בית המשפט לעשות וקבע כי העולה מתגבשת כבר במועד תביעת הגירושין, ללא תקופת המתנה כלל. ראו תמ"ש (משפחה ת"א) 35371-02-10 א.א.ל.ב. נ' ח.ב, פס' 9 לפסק דינה של סגנית הנשיאה סיון (פורסם בנבו, 11.10.2011).
- 76 ברוח זו קבעה השופטת ארבל כי "זכותה של האישה להגשים עצמה כאדם חופשי, זכותה לבחור את גורלה, לכתוב את סיפור חייה – להחליט, היא ורק היא, האם ומתי יבוא על סימומו קשר נישואין שאין היא רוצה בו עוד" (בג"ץ 2123/08 פלוני נ' פלונית, פס' 17 לפסק דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 6.7.2008). לדיון נרחב ברעיון של התרה חד-צדדית של נישואין ומהפכת הגירושין ללא אשמה, ראו שחר ליפשיץ "ברצוני להתגרש ומייד! על ההסדרה האזרחית של הגירושים" עיוני משפט כח 671 (2005) (להלן: ליפשיץ "ברצוני להתגרש ומייד!").
- 77 ראו ס' 11 לחוק ברית הזוגיות לחסרי דת. אף שחוק ברית הזוגיות לחסרי דת חל על קבוצה מצומצמת מקרב אזרחי ישראל – מקרים שבהם שני בני הזוג הם חסרי דת – עמדה זו משקפת את עמדתו המחוקק הישראלי, שכן טיוטת חוק ברית הזוגיות, שכללה הסדרים דומים, נועדה לחול באופן נרחב יותר (ראו שחר ליפשיץ ברית הזוגיות 67–68 (2006)).
- 78 בג"ץ 2232/03 פלוני נ' בית הדין הרבני האזורי ת"א יפו (פורסם בנבו, 21.11.2006). שאלת יישומו בפועל של פסק הדין בבתי הדין הרבניים חורגת מן הדרוש לצורך הטיעון הנוכחי, לעניין זה ראו עמיחי רדזינר "אכן, רטוריקה בלבד: תגובה למאמרו של אבישלום וסטרייך" משפחה במשפט 1–579 (2013–2014). לאופן שבו משטר התלוי לכאורה בעילה אובייקטיבית הקשורה לקריסת הקשר, קורס אל תוך משטר של התרה חד-צדדית (כאשר קריסת הקשר נקבעת לפי טענותיו ועקשנותו של צד אחד בלבד), ראו ליפשיץ "ברצוני להתגרש ומייד!", לעיל ה"ש 76, בעמ' 681–682.
- 79 לעמדה כזו, שלפיה יש לצדדים זכות להתיר את הנישואין התרה חד-צדדית, אולם זכות זו מוגנת אך ורק בכלל אחריות, ראו בנימין שמואלי "הדור הבא של תביעות נזיקין בגין סרבנות גט כדי להשיג את הגט ויכלל האחריות" של קלברוי ומלמד" משפטים מא 153, 168–172 (2011).

המיקוח הצמוד לעיכוב הגט, שכן תחת הישגים רכושיים הוא חושף את מעכב הגט לחבות רכושית העשויה לקזז את כל רווחיו.⁸⁰

פיתוח העוולה הנוזיקית אפשר לבתי המשפט לדון שוב, בעקיפין, בתפקידו של הגט כמכשיר מיקוח, וזאת כאשר הצד שערכב את הגירושין טען כי עשה זאת כדי להשיג הישגים בהסכם הגירושין, שעיקרם הגנה על זכויות המגיעות לו. ברוח זו דן בית המשפט המחוזי בחיפה במקרה שבו אישה סירבה לדרישת בן זוגה להתגרש, כדי להבטיח לעצמה את החלק המגיע לה ברכיב קצבת השאירים של חסכונויות הפנסיוניים, אשר לפי כללי הקרן היו אמורים להשתלם כולם לבת זוגו הנוכחית, שהייתה ידועה בציבור שלו.⁸¹ לצד סכומים אלו, עמד לבן הזוג חוב מזונות בשיעור ניכר, שלא שולם. הערכאה הראשונה הכירה בזכותה של האישה להגן על הזכויות הכלכליות המגיעות לה בדין בעזרת עיכוב הגירושין עד הבטחתם.⁸² לעומתה, הכריע בית המשפט שלערעור כי אין בתכלית של עמידה על זכויות כלכליות כדי להצדיק את סרבנות הגט.⁸³ כך התחדדה התפיסה שלפיה שימוש בגירושין לשם מיקוח הוא פסול, וזאת אף לשם אכיפת זכויות או הגנה על אינטרסים מצדדים,⁸⁴ או למצער כי השימוש בגט לצורכי מיקוח מוגבל בהיקפו.⁸⁵

עמדה זו, כמו גם הרעיון הכללי של תפיסת עיכוב הגט כעוולה בנוזיקין, טרם נדונו במישורין בפסיקת בית המשפט העליון.⁸⁶ נקל להבחין כי העמדה השוללת לחלוטין שימוש

80 לדיון בתביעות הנוזיקין כקיוויו של כוח המיקוח העדיף של השולט בגירושין ראו בנימין שמואלי "מ" רוצה לקנות את הגט שלי? היבטים משפטיים וכלכליים של סחירות (commodification) הזכות להתגרש" מחקרי משפט לא 107 (2017); Benjamin Shmueli, *Commodifying Personal Rights and Trading the Right to Divorce: Damages for Refusal to Divorce and Equalizing the Women's Power to Bargain*, 22 UCLA WOMEN'S L.J. 39 (2015).

81 בעיה זו אינה מתעוררת עוד במצב המשפטי הנוכחי, שכן החוק לחלוקת חיסכון פנסיוני בין בני זוג שנפרדו, התשע"ד-2014, קובע מנגנון חלוקה המקצה לכל אחת מבנות הזוג את חלקה לפי חלקה היחסי בשנות הצבירה של החיסכון. לפי הדין הישן, לעומת זאת, הוכרה בפסיקה זכאות בת הזוג הראשונה לכספים אלו, אך לא היה ניתן לגבות אותם ללא שיתוף פעולה של החוסך (ראו משרד המשפטים ד"ח הוועדה לחלוקת חסכון פנסיוני בין בני זוג שנפרדו 25 (2010)).

82 ראו את פסק דינה של השופטת רחל ברגמן בתמ"ש (משפחה חי') 8312/07 ש' נ' ש' (לא פורסם, 5.10.2009): "החייב בגט אינו עומד בפני עצמו ואין לנתקו מהתנאים הנוספים שהותנו".

83 ראו עמ"ש (מחוזי חי') 23464-10-09 א' ש' נ' ד' ש' (פורסם בנבו, 6.10.2011).

84 ראו תמ"ש (משפחה י-ם) 22970-11-11 ע.ש נ' נ.מ.ש, פס' 26 לפסק דינה של סגנית הנשיאה מימון (פורסם בנבו, 17.4.2013); בעניין אלמוני נ' פלונית 2010 (לעיל ה"ש 75) דן בית המשפט במקרה דומה שבו אישה סירבה לקבל גט מהתובע, אף שהשניים חיו שנים ארוכות בנפרד. בית המשפט קבע כי הנתבעת עיכבה את גירושי הצדדים רק בשביל להשתמש בסרבנות הגט כקלף מיקוח למילוי דרישות כלכליות שלה, ולכן חייב אותה בפיצויים.

85 ראו תמ"ש (משפחה פ"ת) 35603-12-11 פלוני נ' פלונית, פס' 92 לפסק דינה של השופטת גולן תבורי (פורסם בנבו, 8.2.2015): "תתכן תקופה אשר במהלכה רשאי בן הזוג להבין כי הוא יכול לעמוד על התנאים שנקבעו למתן הגט, ובתקופה זו אין לראות משום סרבנות, אלא מסגרת של משא ומתן. אלא שאותו משא ומתן, יכול ויהפוך כעבור תקופה מסוימת לסירוב להתגרש ממניעי נקמנות או סחטנות כספית, שאז הוא הופך לסרבנות בלתי מוצדקת (עמ"ש 23464-10-09)". ראו גם עניין ע.ש נ' נ.מ.ש, לעיל ה"ש 84, פס' 26 לפסק דינה של סגנית הנשיאה מימון.

86 בקשת רשות ערעור בנושא נדחתה על ידי השופט הנדל. ראו בע"מ 2374/11 פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו, 15.2.2011). ראו גם בע"מ 3151/14 פלונית נ' פלוני, פס' 57 לפסק דינה של השופטת ברק-ארוז

בגירושין לצורכי מיקוח אינה מתיישבת עם תפיסתם של בתי המשפט בעניין מעמדו של איום בעיכוב גט לצורכי עילות ככפייה ועושיק. עמדת ביניים, שהוצגה בספרות המשפטית על ידי שחר ליפשיץ, שואפת להבחין בין מיקוח מותר למיקוח פסול על פי טיבן של הדרישות שהצד המעכב את הגירושין מציב. כך, בנסיבות שבהן בן זוג "ביתי" מעכב את הגירושין משום שהחלת הדוקטרינות הקיימות תביא לקיפוחו (למשל בשל פערים בכושר ההשתכרות בינו ובין בן זוגו), יש לראות בכך "סרבנות כלכלית מוצדקת".⁸⁷ עמדה דומה משתקפת בהכרעה של בית המשפט העליון שדן בשאלה של סירוב להתגרש מטעמים כלכליים מנקודת מבטם של דיני המזונות. בית המשפט אימץ עמדה המאפשרת, בעיקרה, עמידה על הנישואין כמכשיר לגביית דמי מזונות אם אין לאישה משאבים מספיקים לשם קיומה השוטף. ברוח זו קבע השופט זילברטל כי "יש להבחין בין סרבנות שמקורה בנקמנות אישית או בסחטנות, לבין סרבנות שמקורה בהיעדר הגנה כלכלית מספקת לבן הזוג החלש כלכלית לעת גירושם".⁸⁸ לפיכך נראה כי בתחום השימוש בגירושין לשם הגנה על תביעות לגיטימיות טרם נאמרה המילה האחרונה.

חשוב להבחין כי המחלוקת בשאלת השימוש בגירושין לצורכי מיקוח מאפיינת לא רק את הערכאות האזרחיות בישראל, אלא גם את הערכאות הדתיות. גם בדין הדתי היהודי, ובהתאם – בבתי הדין, ניתן למצוא הן את העמדה הרואה בגירושין עניין כשלעצמו, הראוי להיות מוכרע לפי עמדתם של הצדדים בנוגע לקשר הנישואין בלבד (וממילא אין לעכב את הגט מתוך מניעים רכושיים), הן את העמדה הרואה בגירושין מכשיר לגיטימי לשם מיקוח על תנאיו של הסכם הגירושין.⁸⁹ בהקשר זה ניתן למצוא אף עמדה הרואה בשימוש בגט לצורכי מיקוח לא רק כלי לגיטימי להגנה על זכויות כלכליות כלליות, אלא גם כלי בידי הצד התמים כנגד הצד האשם בגירושין לשם תביעת פיצוי הולם בגין התנהגותו, וממילא גם להגנה על משטר הגירושין המבוסס אשמה.⁹⁰ לפי עמדה אחרת, בן זוג רשאי להשתמש בגט

(פורסם בנבו, 5.11.2015) (להלן: בע"מ 3151/14); בע"מ 7557/15 פלוני נ' פלוני (פורסם בנבו, 15.12.2015).

87 שחר ליפשיץ הידועים-בציבור – בראי התיאוריה האזרחית של דיני המשפחה 350–352 (2005).
88 ראו בע"מ 3151/14, לעיל ה"ש 86, פס' 11 לפסק דינו של השופט זילברטל. לפי הלכת פסק הדין, הנובעת מצירוף התוצאה האופרטיבית של חוות דעת השופטים ברק-ארוז וזילברטל, אין מקום לשלול את המזונות מאישה המסרבת להתגרש גם כאשר ביסוד הסירוב להתגרש עומד אך ורק הרצון להמשיך לזכות בתשלומי המזונות, וזאת למצער בהיעדר חיוב להתגרש בדין הדתי. עמדה דומה השתקפה גם בהסדר שהוצע על ידי המשנה לנשיאה רובינשטיין, ולפיה תשלום דמי המזונות יימשך שלוש שנים, ויובא שנית לבדיקה נסיבתית בתום מועד זה. חשוב להעיר כי לפי הצעתה של השופטת ברק-ארוז, שיוענקו לאישה בנסיבות כאלו "מזונות משקמים" מכוח הדין האזרחי, היה ניתן להגן על זכויותיה של האישה בלי להידרש לעיכוב הגירושין, וכך לעקר את הצורך בעיכוב הגירושין למטרות מיקוח (ראו שם, פס' 47–50). הצעה זו לא התקבלה על דעת ההרכב.

89 השוו מנשה קליין ושמעון יעקבי "מתן גט והסדרי ממון – מה קודם? תחומין כב 157 (התשס"ב).
לניתוח נרחב ראו Ram Rivlin, *Religious Norms Between Ethics and Law: The Death and Afterlife of Jewish Divorce Law*, 4 OXFORD J. L. & REL. 469 (2015).

90 ראו שם. לתפיסה שלפיה דרישת הסכמה דר-צדדית לגירושין היא מנגנון המחייב את בן הזוג החפץ בגירושין להביא בחשבון גם את האינטרסים של בן זוגו, ובמקרה הצורך לפצות אותו על פירוק המשפחה, השוו גם Allen M. Parkman, *Mutual Consent Divorce*, in THE LAW AND ECONOMICS OF MARRIAGE AND DIVORCE 57, 63 (Antony W. Dnes & Robert Rowthorn eds., 2002).

לצורכי מיקוח אף במקרים שבהם לפי הדין הדתי עצמו הוא מחויב להתגרש, כל עוד תביעותיו נתפסות כמוצדקות בעיני בית הדין, קרי: להגנה על תביעות צודקות.⁹¹ אם כן, מעמד השימוש בגירושין לצורכי מיקוח במשפט הישראלי משקף מחלוקת כמו גם אי-בהירות עמוקה. המשפט האזרחי הישראלי מדבר בשלושה קולות. מצד אחד, דיני החוזים אינם מגבילים את המסחר בגירושין (חרף הסתייגות ממנו ברמה הרטורית), תוך הימנעות מזיהוי מיקוח כזה כמקרה של כפייה או עושק, והכרה ביחס בין התמורות לצורך דיני הביטול וההשבה. מן העבר השני, דיני המזונות מגבילים את השימוש המותר בעיכוב גט לאכיפת תביעות צודקות בלבד כגון הבטחת הסתגלותו של הצד החלש לפרידה. לבסוף, נראה שדיני הניזקין פוסלים מיקוח מעין זה מכול וכול.⁹² הדין הדתי מוסיף לפוליפוניה זו שתי עמדות נוספות: לפי האחת, המסחר בגט עשוי להיות מנגנון חיובי ורצוי (ולא רק תופעה מצערת שיש לסבול) המעמיד לרשות צד שאינו אשם בגירושין, אמצעים להיפרע מבן זוגו ולזכות בפיצוי הולם המשקף את אשמתו של בן הזוג. לפי עמדה נוספת בדין הדתי, יש להבחין בין עיכוב הגט ממניע כשר (הנעוץ ברצון לשקם את הנישואין ולהשיב את ההרמוניה הזוגית על כנה) ובין עיכוב הנעוץ ברצון להשיג הישגים כלכליים. אם כך, אף אם סירוב להתגרש עשוי להיות לגיטימי לעיתים, שימוש בגירושין לצורכי מיקוח הוא פסול.⁹³ הדיון הנוכחי אינו מתאים לבירור מקיף שיכריע בין החלופות בסוגיה זו. עם זאת, חשוב להבחין בקשיים שמתעוררים מהכרה מלאה או חלקית ביכולת להשתמש בגירושין לצורכי

91 לדיון בעמדה זו, הקשורה בתשובתו המפורסמת של המהרש"ם בנוגע לזכותו של אדם להתנות בתנאים את החלטתו לחלוץ ליבמתו, ראו Amihai Radzyner, *Problematic Halakhic 'Creativity' in Israeli*, 20 THE JEWISH L. ANNU. 103 (2013); עמ"ח רדזינר "מענת את עצמה": על התניית מתן הגט ועל חרשנות הלכתית" *הלכה ומשפט: ספר הזיכרון למנחם אֶלון* 607 (אריה אדרעי ואח' עורכים, 2018). דיון מלא בעמדה זו חורג מגבולות מאמר זה, אך לצורכי דיונו די להבחין בדמיון בין התפיסה שלפיה "תנאי שנקל לקיימו" הוא תנאי סביר מבחינה נורמטיבית, ובין התפיסה שלפיה ישנן נסיבות שבהן סרבנות כלכלית היא מוצדקת. ברוח זו השתמשו חלק מן ההרכבים בהלכת המהרש"ם כדי להכריח את בת הזוג לחלק את הרכוש המשפחתי לפי דין תורה, ולא לפי הדין האזרחי.

92 ייתכן שניתן להצדיק את ההבחנה בין הגבלה מראש של יכולת צד לסרב לגירושין (בדרך של הטלת אחריות נזיקית) ובין הימנעות מלבטל הסכם שנכרת תוך איום בעיכוב גט, חרף טענה לכפייה. זאת בהתבסס על ההנחה שטענת כפייה כזו, אם תתקבל, לא תשפר את מצבו של הצד הנכפה, אלא תביא להימנעות הצד הכופה מלהתגרש. לעמדה שלפיה אין להשתמש בתרופת הביטול כאשר האיום קרדיבילי ראו Oren Bar-Gill & Omri Ben-Shahar, *Credible Coercion*, 83 TEX. L. REV. 717 (2005). לעמדה דומה, התולה את ההבחנה בשאלת ההסתברות לביצוע המעשה מושא האיום, ראו מן העת האחרונה: Einer Elhauge, *Contrived Threats versus Uncontrived Warnings: A General Solution to the Puzzles of Contractual Duress, Unconstitutional Conditions, and Blackmail*, 83 U. CHI. L. REV. 503 (2016). לבחינת יישומה של תובנה זו בהקשר של תביעות לביטול הסכמי גירושין בטענת כפייה או עושק, אך הסבר מדוע יישום זה אינו במקומו, ראו Shahar Lifshitz, *Distress Exploitation*, 86 N.C. L. REV. 315 (2008); ליפשיץ "הסדרת החוזה הזוגי", לעיל ה"ש 2, בעמ' 334.

93 בכך הסירוב להתגרש דומה להקשרים נוספים שבהם מותר לאדם לבצע פעולה מסוימת או להימנע מלבצע, אך אין הוא רשאי להתנות את ביצוע הפעולה (או את ההימנעות ממנה) בתשלום. הקשרים אלו מוכרים כמעוררים את "פרדוקס הסחיטה". ראו Ram Rivlin, *Blackmail, Subjectivity and Culpability*, 28 CAN. J. L. & JURIS. 399 (2015).

מיקוח. בתי המשפט מוגבלים ביכולתם להבחין אל נכון בין סירוב ממניע כשר (הנעוץ ברצון לשקם את הנישואין) לסירוב ממניע פסול (הנעוץ ברצון להשיג הישגים כלכליים). העברת מרכז הכובד אל צדקת התביעות הנלוות אל הסירוב מעוררת גם היא קושי מוסדי, הטמון בקיומם של הליכים כפולים בנושאים הנסבים על הגירושין: פעם אחת לגופם, ופעם שנייה אגב תביעתו של בן זוג לשפר את תוצאות "הסיכוב הראשון" בעזרת סירוב להתגרש ומיקוח מחודש. בעיה זו מחריפה כאשר בין הערכאות השונות בישראל עשוי להתגלע הבדל בהערכת צדקתן של תביעות, ומשום שבסכסוך מר מעין זה צפוי כי לפחות אחד הצדדים – אם לא שניהם – יחוש כי ההכרעה השיפוטית קיפחה את זכויותיו. קשה לראות כיצד כישלונה של המערכת השיפוטית בהגעה לתוצאות צודקות בדיון בעניינים אלו לגופם יבוא על תיקונו בדרך פלא כאשר אותה מערכת תידרש להערכה נורמטיבית של הסירוב להתגרש. לפי עמדה זו, אף אם אין בהכרח בסיס לגינוי מוסרי של הסרבן (העשוי, כשלעצמו, לפעול מטעמים מוצדקים), אין מקום להכיר בזכות לסחור בגירושין מנקודת מבט מערכתית. בדומה, אף אם ניתן לתמוך תיאורטית במשטר המגן על קשר הנישואין בדרך של דרישה להסכמה דו-צדדית לפירוקו, קשה להגן על יישומו של מודל זה בתנאי המגרש הנוכחיים שבהם פועל המשפט הישראלי, לנוכח ההטיה השיטתית בתנאי הרקע של הצדדים. כידוע, הדין הדתי החל על נישואין וגירושין מוטה לרעתן של נשים הן בהגדרתן של עילות הגירושין, הן בעלות הצמודה לדחיית הגירושין. בשל נימוקים הנעוצים בעיקרם במוסר מיני כפול, התנהגותה של אישה עשויה להקים עילת גירושין נגדה ואילו התנהגות מקבילה של בן זוגה לא תביא לתוצאה כזו.⁹⁴ בדומה, המגבלות המוטלות על אישה נשואה בדין הדתי, ובעקבותיו – במשפט הישראלי, חריפות מאלו המוטלות על האיש הנשוי לה.⁹⁵ לבסוף, הפערים בתנאי החיים הכלליים – הן הביולוגיים (הנעוצים בהבדלים בגיל הפריור וממילא בסיכוי לילדים נוספים), הן החברתיים (כגון הנורמה של זוגיות בין גבר לאישה שהיא צעירה ממנו או בת גילו) הן התעסוקתיים (הקשורים בהפליה הן בקבלה לעבודה הן בשכר), הופכים כולם את דחיית הגירושין לבעלת תוצאות א-סימטריות לאורך ציר המגדר.⁹⁶ לפי עמדה זו, הפסול הטמון במסחר בגט אינו עקרוני, וייתכן כי בעולם מתוקן הנהנה משוויון בין המינים היה מדובר במודל אפשרי ואולי אף עדיף. עם זאת, בעולמנו שלנו, שאיננו עולם מתוקן, אוסף של עובדות קונטינגנטיות הופך את המודל המאפשר מסחר בגט למודל המקפח באופן שיטתי נשים לעומת גברים,⁹⁷ ודי בכך לפסול אותו.⁹⁸

94 ראו ליפשיץ "הסדרת החוזה הזוגי", לעיל ה"ש 2, בעמ' 328–329; אריאל רוזן-צבי דיני משפחה בישראל – בין קודש לחול 137–140 (1990); זאב פלק תביעת גירושין מצד האשה בדיני ישראל 45–46 (1973); רות הלפרין "בגידת הבעל כעילה לכפיית גט" מחקרי משפט ז 297 (1989).

95 ראו המקורות המאוזכרים לעיל בה"ש 36–37.
96 ראו גם ליפשיץ "הסדרת החוזה הזוגי", לעיל ה"ש 2, בעמ' 286–289, 326–327; Wax, לעיל ה"ש 32, בעמ' 547–551. השוו גם לנתונים המובאים בעקבות סקר עמדות בנשים ומשפחה בישראל – דו-שנתון סטטיסטי 85 (רות הלפרין-קדרי, אריאלה גורנשטיין-פניג וקרן הורוביץ עורכות, 2016).

97 חשוב לציין כי מסקנה זו אינה משתנה גם אם לעיתים דווקא הגבר הוא שדרכו תאוך לו להתגרש. אישה שאין לה עניין נוכחי בהולדה נוספת, או בזוגיות חדשה, או אישה המוכנה למסד זוגיות במסגרת שאינה נישואין רשמיים, או מניחה שילדיה יהיו מוכנים לעשות כך בעתיד, עשויה להיות חשופה פחות לסנקציות הנובעות מן הדין הדתי. בדומה, גבר החפץ במיסוד מהיר של מערכת יחסים חדשה (בין

לסיכום, מגוון רחב של שיקולים מצביע על הבעייתיות הטמונה בשימוש בגירושין כקלף מיקוח. עמדה הרואה את הזכות ליציאה חד-צדדית כיסוד מרכזי בדיני הנישואין והגירושין, תתנגד לשימוש כזה מניה וביה,⁹⁹ אף אם הוא כלול בזכותו של בן הזוג בגדרי הדין הדתי (ובוודאי אם אין הדבר כן). אולם כפי שהראיתי, גם עמדות אחרות עשויות למצוא פסול בפרקטיקה כזו, בין מסיבות עקרוניות ובין מסיבות הנעוצות בתנאי החיים האקטואליים שבהם היא מיושמת. המשפט הישראלי הקיים אינו מעניק פתרון קוהרנטי לסוגיה זו, אך הוא משקף הסתייגות מן הקשירה בין הגירושין ובין שאר תחומי ההסכם, הנעצרת בגבול ההשפעה האזרחית על הדין הדתי. מוטב היה אפוא לו היה ניתן להוציא את הגירושין מן המיקוח על אודות חלקי ההסכם האחרים.

(ג) המשמורת כנושא למסחר

מוקד אפשרי אחר של מיקוח משולב נוגע לשאלת המשמורת (ובכללה העיצוב המדויק של התוכנית ההורית, לרבות חלוקת תחומי האחריות וזמני השהייה), כאשר בתמורה להסדר רכושי מועדף על צד אחד, הצד שכנגד מסכים להתפשר בתחום המשמורת. הדין מותיר את חלוקת זמני השהייה להסכם בין ההורים, המאושר ברגיל בידי בתי המשפט, ובכך הוא מזמין מיקוח מסוג זה. עם זאת, מבנה הכללים הנוכחיים החלים בישראל, המעניקים את המשמורת בדרך כלל לאם,¹⁰⁰ מצמצם את המיקוח הנוהג למצבים שבהם האב רוצה לרכוש זמני שהייה ארוכים מברירת המחל המוצעת לו בדין; למצבים שבהם האב רוצה לפטור את עצמו אף מזמנים אלו; או למצבים שבהם האם מעוניינת לצמצם את זמני השהייה שבהם

ממניעים אישיים, ובין לצרכים פורמליים, כמו הגירה) עשוי להיפגע מעיכוב גירושין יותר מבת זוגו הקונקרטי. אך הטיעון בגוף הטקסט נוגע למיסודו של כלל משפטי, ולא להפעלתו הקונקרטי. לכן הוא רגיש להכללות על אודות התוצאות הצפויות של הכלל, ולא ליישומיו המקומיים. אך מובן שאין בפגיעה המקומית בגבר זה או אחר כדי לקזז או לאזן את הפגיעה המתוארת בנשים אחרות.

98 לדיון באפשרות לשפר משטר כזה באופן שעשוי להפוך אותו ללגיטימי ראו Rivlin, לעיל ה"ש 89. בהקשר זה מעניין להיזכר בטענתה המפורסמת של לינור וייצמן, שלפיה המעבר לגירושין ללא אשמה הרע עם נשים משום שהוא פגע ביכולתן של נשים לחבוע פיצוי בתמורה להסכמתן להתגרש. ראו LENORE J. WEIZMAN, THE DIVORCE REVOLUTION: THE UNEXPECTED SOCIAL AND ECONOMIC CONSEQUENCES FOR WOMEN AND CHILDREN IN AMERICA 9 (1985). אכן, גם בפרקטיקה זו היו שראו לא יותר מסחטנות פסולה. ראו את הדיון אצל Rhona Bork, *Taking Fault with New York's Fault-Based Divorce: Is the Law Constitutional*, 16 ST. JOHN'S J. LEGAL COMMENT. 165, 195 (2002).

99 למעשה, אימוץ הנימוקים התומכים בכינונו של משטר התרה חד-צדדית של הנישואין, אינו מצמיח כשלעצמו חובה ביחסים בין בני הזוג ובין עצמם, להבדיל מחובה של המדינה לעצב לפיהם את משטר הגירושין. לניתוח סוגיה זו ראו Ram Rivlin, *The Right to Divorce: Its Direction, and why it Matters*, 4 INT'L. J. JUR. FAM. 133 (2013). לנוכח האופן שבו פיתח המשפט הישראלי את העוולה הנויקית, דיון מלא בנקודה זו אינו נדרש כאן.

100 תוצאה זו נובעת מן הכלל הידוע כ"חזקת הגיל הרך", בצירוף העיקרון שלפיו יש להימנע מהפרדה בין אחים ומשינויים מופרזים בקביעת המשמורת. בשל כך, די שילד אחד יהיה בן פחות משש וכמעט תובטח משמורת האם על הילדים כולם. זאת ועוד, לחזקה יש השפעה אף על תפיסות ציבוריות ושיפוטיות בדבר זהותו של ההורה המתאים להיות משמורן. ראו דפנה הקר הורות במשפט: מאחורי הקלעים של עיצוב הסדרי משמורת וראייה בגירושים 31–34 (2008).

צפוי לזכות האב. לצד אלו, ייתכן מיקוח בצל איום של האם להכביד את קיום הסדרי הראייה של האב, או בצל איום של האב שלא לעמוד בהסדרי הראייה. עם זאת, מסיבות שונות עיון בפסיקה הישראלית אינו מגלה התייחסות מסודרת לשאלה זו.¹⁰¹

אמנם סביב הדיון המתחדש במשטר המשמורת, וההצעות לזנוח את חזקת הגיל הרך ולהמירה בכלל הכרעה אחר, שבה ומתעוררת שאלת תפקיד המשמורת ככלי מיקוח. אכן, במדינות אשר נטשו את חזקת הגיל הרך לטובת כללים המעניקים מעמד רחב יותר לאב או לטובת סטנדרט הכרעה גמיש המתמקד ב"טובת הילד", ניתן למצוא דיון ער בהשפעתם של אלו על המשא ומתן לקראת הסכם הגירושין.¹⁰² תשומת לב מיוחדת הוקדשה לחשש שלפיו צד יגלה עניין כוזב במשמורת, אך ורק כדי לזכות בתמורה בעד ויתור על תביעתו זו,¹⁰³ התנהגות שנתפסת כפסולה במעגלים רחבים.¹⁰⁴ עם זאת, גם במשפט ההשוואתי ניתן למצוא עמדה מעורבת בנוגע לגורלם של הסכמים שנכרתו תוך מסחר בזכויות משמורת או תוך איום בתביעת משמורת. אל מול כמה פסקי דין שנקטו את הקו הביקורתי המתואר,¹⁰⁵ ניתן למצוא אחרים המגבילים את ההתייחסות הביקורתית אך ורק למסחר המבוסס על מצג

101 הסיבות לכך מגוונות: ראשית, כלל הרקע בענייני משמורת, המעניק לנשים יתרון בולט בגיל הרך ולאחריו, הופך איום בתביעת משמורת לאיום שאינו אמין דיו כדי לתבוע תמורתו תביעות של ממש. שנית, היכולת של גברים יהודים הנשואים כדת משה וישראל להשתמש בגט לצורכי מיקוח מיתרת שימוש מקביל בתביעות משמורת. עם זאת, מקרים מעין אלו עלולים להתרחש גם במשפט הישראלי, ראו למשל את החלטתו של השופט שקד בתמ"ש (משפחה ת"א) 21892/03 מ.מ.נ' נג. פורסם בנבו, 3.4.2011, שדחה – תוך חיוב בהוצאות – תביעת משמורת שהוגשה, לפי התרשמות בית המשפט, לצורכי מיקוח בלבד.

102 ראו Mnookin & Kornhauser, לעיל ה"ש 1, בעמ' 964; Altman, לעיל ה"ש 52, בעמ' 496–497, Penelope E. Bryan, *The Coercion of Women in Divorce Settlement Negotiations*, 74 ; 506–503 DENV. U. L. REV. 931, 933 (1997). אמנם יצוין כי ההיקף המדויק של מסחר כזה אינו ברור. השוואת Margaret F. Brinig, *Penalty Defaults in Family Law: The Case of Child Custody*, 33 FLA. ST. U.L. REV. 779, 790 (2006).

103 ראו Saul Levmore, *Joint Custody and Strategic Behavior*, 73 IND. L.J. 429 (1998); Elizabeth S. Scott, *Pluralism, Parental Preference, and Child Custody*, 80 CAL. L. REV. 615, 647 (1992); Eva Turella, *The Custody Wars: A Review*, 16 J. CONTEMP. LEGAL ISSUES 187 (2007).

104 השוואת Martha Fineman, *Dominant Discourse, Professional Language, and Legal Change in Child Custody Decisionmaking*, 101 HARV. L. REV. 727, 761 (1988). צורת מיקוח מן הסוג האחרון נתפסת כמנוגדת לחובות האתיים של עורכי הדין של הצדדים. ראו BOUNDS OF ADVOCACY Richard Neely, *The Primary Caretaker Parent Rule: Child Custody and the Dynamics of Greed*, 3 YALE L. & POL'Y REV. 168, 171, 177–181 (1984).

105 ראו למשל *in re Marriage of Brockman*, 194 Cal. App. 3d 1035 (Cal. Ct. App., 1987) (ויתור רכושי כדי להבטיח משמורת לאם, לנוכח איום בתביעת משמורת, עשוי להיחשב לכפייה ולהביא לבטלות ההסכם). עמדה זו מתחזקת אם האיום הוא לנקוט פעילות פסולה כגון חטיפת הילדים, ראו *in re Marriage of Gonzalez*, 57 Cal. App. 3d 736, 747–748 (Cal. Ct. App., 1976) בפסק הדין; *in re Marriage of Balcof*, 141 Cal. App. 4th 1509 (2006), נדון איום של האישה להביא לניתוק האב מילדיו בדרך של סיכול הסדרי ראייה. בית המשפט קבע כי גם איום כזה עשוי להביא לבטלות ההסכם הגירושין, שבו העביר האב לגרושתו רכוש שהיה שלו לפי הסכם קדם הנישואין של הצדדים. בית המשפט קבע כי עיקרון דומה עשוי לחול גם במקרה שבו צד מאיים לפעול על פי זכויותיו שבדין (ראו שם, בעמ' 1523).

שווא (bluff) בעניין המשמורת, ואילו כאשר אחד מבני הזוג מוותר, בתמורה, על עניין אמיתי בזכויות משמורת רחבות, בית המשפט לא מצא בכך פסול.¹⁰⁶ במקרים אחרים העדיפו בתי משפט לכבד את רצון הצדדים כפי שבא לידי ביטוי בחוזה, וראו במסחר במשמורת מציאות, גם אם לא בהכרח רצויה.¹⁰⁷ לנוכח הדמיון בין קווי הנמקה אחרונים אלו ובין הטענות שנסקרו לעיל בעניין המסחר בגט, ניתן לנחש כי אם יאפשר המצב המשפטי הישראלי איומים כאלה, יגיבו בתי המשפט ברוח דומה.

ואכן, החשש משימוש במשמורת לצורכי מיקוח הוא אחד הנימוקים הרווחים בקרב מי שמתנגד לביטול חזקת הגיל הרך (או חזקה דומה הצפויה לתת עדיפות לאימהות בדרך כלל), תוך הצבעה על חשד לתביעות משמורת מצד אבות אשר ביסודן מניע של רצון בהפחתת המזונות בלבד.¹⁰⁸ מן העבר השני, היו שהתנגדו לביטול חזקת הגיל הרך דווקא מנקודת מבט הפוכה, הרואה במשמורת קלף מיקוח לגיטימי העומד כעת לזכותן של נשים, ויישולל מהן עם ביטול החזקה.¹⁰⁹ נראה שבהנחה שרצון אמיתי לקבל משמורת או זמני שהות ארוכים הוא נחלתן של נשים בלבד, משמעות הקצאת המשמורת לנשים (ועמה גם שליטה של ממש בקביעת זמני השהות של ההורה האחר) היא הוצאת רכיב המשמורת מן

106 ראו *Link v. Link*, 278 N.C. 181 (1971).

107 *In re Marriage of Lawrence*, 197 Mont.262 (1982). לנוכח הסכם חד-צדדי מבחינה כספית, שלפי הנטען נבע מחששה של האם מניהול קרב על אודות המשמורת, קבע בית המשפט כי: "The facts are not" (שם, בעמ' 274). השו"ג גם *Libel v. Libel*, 5 Kan. App. 2d 367 (1980); *Zeeb v. Zeeb*, 76 Ill. App. 3d 894, 897 (1979).

108 ראו למשל יהודית מייזלס "על הדבש ועל העוקץ: דיון בהסדרת המשמורת הקיים במשפט הישראלי" זכויות הילד והמשפט הישראלי 519, 533-534 (תמר מורג עורכת, 2010). כך נטען למשל כי תביעות המשמורת משמשות כלי לקראת פשרה שבה יוסכם להפחית את המזונות, או שהסדרי משמורת הכוללים משמורת משותפת אינם מקוימים לאורך זמן. ראו גם המרכז לקידום מעמד האשה ע"ש רות ועמנואל רקמן "עמדת מרכז רקמן בנוגע למעורבות המדינה בהסדרי הורות בגירושין נוכח הכוונה לשנות את חזקת הגיל הרך" (דצמבר 2013) <http://bit.ly/2pxAghv>. ראו גם עמדות שנשמעו בשיח הציבורי: אלה לוי-וינריב "מומחים לדיני משפחה: ביטול חזקת הגיל הרך בגירושין יפתח פתח להידיונות-סרק, ובפועל דבר לא ישתנה" גלובס (1.5.2008) <http://bit.ly/2I7gSRb>; אלה לוי-וינריב "צמצום חזקת הגיל הרך יהפוך ילדים לקלפי מיקוח בין ההורים" גלובס (9.12.2013) <http://bit.ly/2OIVR6p>. ראו גם המרכז לקידום מעמד האשה ע"ש רות ועמנואל רקמן "עמדת מרכז רקמן בנוגע לשינוי חזקת הגיל הרך" (ספטמבר 2015) <http://bit.ly/2xFRbSV>. עמדות כאלה באו לידי ביטוי גם בדברי דעת המיעוט של הוועדה לבחינת ההיבטים המשפטיים של האחריות ההורית בגירושין דו"ח ביניים 54-56 (2008).

109 כך, ביטול החזקה מוצג כדבר ש"ישלול מן האישה יתרון מטריאלי וכמעט יחיד" העומד לרשותה, המאזן את נחיתותה בתחומים אחרים. ראו המרכז לקידום מעמד האשה ע"ש רות ועמנואל רקמן "נייר עמדה בנושא חזקת הגיל הרך" (אוקטובר 2005) <http://bit.ly/2Q0Fiia>. ברוח דומה, קבע ארגון "מבוי סתום" כי: "חזקת הגיל הרך בנושא משמורת הילדים היוותה קלף המיקוח הבודד של האישה, במניעת הבעל מהליכי סרק בנושאי משמורת, ומעשיית שימוש סחטני אל מול מתן הגט" (ארגון מבוי סתום למען נשים מסורבות גט "עמדת ארגון "נייר עמדה – ביטול חזקת הגיל הרך" (דצמבר 2013) <http://bit.ly/2pxAghv>). ראו גם דן שניט "חזקת הגיל הרך" ביישוב סכסוכי משמורת ילדים: המשכיות, שינוי או ביטול" עיוני משפט יט 185, 200 (1994), הגורס כי "[חזקת הגיל הרך] משפרת את כושר המיקוח של האם במכלול הנושאים הנוגעים בהסדרים הכלכליים בעקבות הגירושין". ראו גם מייזלס, לעיל ה"ש 108.

המיקוח. בהנחה שגם גברים עשויים לעיתים לשאוף לזמני שהות ארוכים או למשמורת על ילדיהם, ההקצאה המשתקפת בחזקת הגיל הרך עניינה הענקת קלף מיקוח לנשים, כל עוד שיטת המשפט מוכנה לאשר הסדרי משמורת מוסכמים הסוטים ממנה.

לסיום, תמונת טיפולו של המשפט הישראלי במיקוח על המשמורת לא תהיה שלמה אם לא יוזכר מאפיין חשוב של המצב המשפטי הנוגע לסופיות ההכרעה ההסכמית בענייני משמורת. כידוע, בענייני משמורת לא חל הכלל הרגיל של "מעשה בית דין", והעניין כפוף תמיד לעיון חוזר במקרה של שינוי נסיבות.¹¹⁰ בעוד הפסיקה נוטה לצמצם את ההכרה בשינוי נסיבות לאחר הכרעה שיפוטית בעניין המשמורת, בתי משפט אינם נרתעים מלשנות הסדר משמורת שנקבע בהסכם בין הצדדים גם בחלוף חודשים אחדים בלבד, ומבלי שבית המשפט יידרש לשינוי נסיבות של ממש בין מועד ההסכם למועד העיון המחודש.¹¹¹ הדיונים הנרחבים בגבולותיה של "הסמכות הנמשכת" משקפים גם הם את הסובלנות שבה הדין הישראלי מביט בפתיחה מחודשת של שאלת המשמורת לאחר הסדרתה בהסכם.¹¹² ממילא, היכולת לשוב ולפתוח את שאלת המשמורת לגופה, בנפרד משאר הסוגיות הנדונות בהסכם, מקשה על השימוש בסוגיית המשמורת לצורכי מיקוח. זאת משום שבהיעדר יכולת להסתמך על ההסדר שנקבע בהסכם, צד למשא ומתן לא יסכים לתת תמורה בהסדר המוסכם, כל אימת שהסדר זה שונה מן ההסדר הצפוי בהליך שיפוטי שידון במשמורת לגופה.¹¹³

ואכן, הכנסת המשמורת אל תוך המיקוח הכולל ומזיגת ההכרעה בעניינה עם שאר ההכרעות הנלוות לגירושין, מעוררת קושי. המשפט הישראלי, בעקבות רבות מן השיטות המערביות, מחויב לעמדה שלפיה את הסדר המשמורת יש לקבוע מנקודת מבטו של הילד ושל טובתו, ולא משיקולים הנוגעים להוגנות בין ההורים, למשל. לפיכך, כל מזיגה של

110 ס' 74 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962. ראו גם יצחק כהן "עילת חלוקת הרכוש המשפחתי כעילה נמשכת? עיון מחודש בדיני המשפחה בישראל" **משפחה במשפט** 1-381, 387-385 (2013-2014) (להלן: כהן "עילת חלוקת הרכוש").

111 ראו למשל ע"מ (מחוזי חי') 384/06 ר' א' נ' ר' (ז) מ', פס' 8 לפסק דינה של השופטת וילנר (פורסם בנבו, 27.3.2007). בהסכם גירושין הועברה המשמורת על הקטינה אל האב. בחלוף חודשים אחדים בלבד הגישה האם תביעת משמורת, וזו התקבלה. ערעור האב נדחה, ובית המשפט בהחלט כי הוא כפוף אך ורק לטובת הילד, ללא כל כבילה להחלטה הראשונית שאישרה את הסכמת הצדדים בעניין המשמורת, וכי השיקול הבלעדי המנחה אותו הוא עקרון טובת הילד. בהקשר דומה, ראו גם תמ"ש (משפחה ת"א) 16291-09-10 ר.ש נ' נ.י, פס' 100-101 לפסק דינה של השופטת גליק (פורסם בנבו, 3.4.2013).

112 ראו למשל בג"ץ 4111/07 פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 27.7.2008). לדיון נרחב יותר ראו גם יצחק כהן "סמכות נמשכת בדיני המשפחה לאחר אישור הסכם בין בני-זוג: על כיבוד הדדי, על מבחן הסיכול ועל מבחן הדין ופסק' – מודל חדש" **משפט ועסקים** יט 767 (2016).

113 דיון בהשלכות היכולת לפתוח מחדש סוגיות של משמורת ושל מזונות ילדים הוא הבריה התיכון בכתבתו של יצחק כהן. ראו למשל יצחק כהן "הסטנדרט המעורפל של שינוי הנסיבות – עיון מחודש בדיני המשפחה", **הפרקליט** נד 275 (2016). כהן מבקר את הדין הקיים בשל פגיעתו ביציבות ההסכמים. לעומתו, אני טוען כי במבט מעמיק יותר יש לראות את עמדת המשפט הישראלי כמנגנון אפקטיבי (גם אם לא מכוון במלואו) של הגנה על התחומים הנוגעים לילדים מפני המיקוח ההורי, בדרך של יצירת קושי לתת תמורה במישור הזוגי אל מול ויתור במישור ההורי, שפתוח מטבעו לדיון מחדש. השווה גם לדברי השופט פוגלמן בבע"מ 919/15, לעיל ה"ש 51, פס' 130.

ההכרעה בעניין המשמורת עם שיקולים שאינם נוגעים לטובתו של הילד צפויה מניה וביה לחטוא למחויבות זו. הבעיה מחריפה לנוכח בעיית הנציגות המאפיינת את הסכם הגירושין מנקודת מבטו של הילד: הצדדים להסכם הגירושין הם ההורים, ולכן ההכרעה עלולה להיקבע על פי שיקולים הנוגעים להורים ולא דווקא לטובתם של ילדיהם. ברוח זו הרבתה הפסיקה הישראלית להזהיר כי בהחלטות הנוגעות לילדים (בתוכן כללה גם החלטות בדבר מזונות הילדים) חשוב ההסכם בשיקוף מאווייהם של ההורים ולא דווקא טובתם של הילדים.¹¹⁴

במבט ראשון, ייתכן שאין להפריז בעומק הבעיה. דרכו של עולם כי הורים מביאים בחשבון גם את טובת ילדיהם, ולפיכך בעיית הנציגות אינה חמורה כבשאר מקרים שבהם בעל האינטרס אינו בעל כוח ההכרעה.¹¹⁵ זאת ועוד, העיקרון שלפיו טובת הילד ראויה לבדה להכריע בסוגיית המשמורת, עורר ביקורת נוקבת הן בשל ספקות בדבר הצדקתו הנורמטיבית,¹¹⁶ הן בשל ספקות בדבר היכולת ליישם אותו במקרים שבהם קשה לצפות איזה הסדר ייטיב עם הילד.¹¹⁷ לפיכך ייתכן שאין פסול בהפקדת ההכרעה בנושא המשמורת בידי ההורים ובקביעתה לאור העדפותיהם שלהם, בייחוד בשים לב לקושי שבחלופה – ייצוג של הקטין בידי צד שלישי שהוא נטול היכרות מעמיקה עם הקטין, ואכיפת הסדר משמורת המנוגד להעדפותיהם של ההורים. אלא שצפירת הרגעה זו אינה מתאימה במקרה שבו ההחלטה בעניין המשמורת התקבלה לא רק על בסיס העדפות ההורים בנוגע להסדר המשמורת אלא על בסיס סך ההעדפות הכולל של ההורים ממכלול הנושאים הנדונים בהסכם הגירושין. כריכת נושאים אלו יחדיו מביאה את ההורים, מניה וביה, לסטייה משיקולים הנוגעים להעדפותיהם ההוריות, וכמובן גם לסטייה משיקולים הנובעים מעמדותיהם ואמונתם בדבר הטוב לילדיהם. סטייה כזו צפויה להתרחש בין במודע ובין שלא במודע.¹¹⁸ ממילא, אף אם יש היגיון בהעדפת הכרעה הורית על פני הכרעה שיפוטית

114 ראו למשל ע"א 109/75 אברהם נ' אברהם, פ"מ כט(2) 690, פס' 3 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) שמגר (1975); ע"א 174/83 סוחר נ' סוחר, פ"ד לח(2) 77, פס' 4 לפסק דינו של השופט בייסקי (1984); ע"א 16/98 מאיר נ' מאיר, פ"ד נג(2) 175, 183-184 (1999).

115 על בעיית הנציג ראו זוהר גושן "בעיית-הנציג" כתיאוריה מאחדת לדיני התאגידים" ספר זיכרון לגואלטיארו פרוקצ'יה – חיבורי משפט 239 (אהרן ברק, נפתלי ליפשיץ, אוריאל פרוקצ'יה ומרדכי א' ראביליו עורכים, 1996). לדיון ביקורתי באופן שבו הנחת האלטרואיזם מתפקדת בדיני המשפחה ראו את הדיון הקלאסי אצל Frances E. Olsen, *The Family and the Market: A Study of Ideology and Legal Reform*, 96 HARV. L. REV. 1497 (1983).

116 לטענה שגם שיקולים החורגים מטובת הילד ראויים לקבל משקל ראו למשל Scott Altman, *Should Child Custody Rules Be Fair*, 35 J. FAM. L. 325 (1997).

117 כמובן, קבלת עקרון טובת הילד אינה מחייבת את קבלתה של טובת הילד כקריטריון ההכרעה השיפוטי. ראו Katharine T. Bartlett & Elizabeth S. Scott, *Foreword: Child-Custody Decisionmaking*, 77 LAW & CONTEMP. PROBS. i (2014).

118 לאופן שבו אינטרס אישי משפיע על השיפוט הכן של האדם המכריע ראו למשל Shaul Shalvi, Ori Eldar & Yoella Bereby-Meyer, *Honesty Requires Time (and Lack of Justifications)*, 23 PSYCHOLOGICAL SCIENCE 1264, 1264-1265 (2012); Don A. Moore, Lloyd Tanlu & Max H. Bazerman, *Conflict of Interest and the Intrusion of Bias*, 5 JUDGEMENT & DECISION MAKING 37 (2010).

בתחום המשמורת, כריכת נושאים אחרים בהחלטה בדבר חלוקת המשמורת צפויה לקפח את טובתם של הילדים.¹¹⁹

מלבד קיפוח טובתם של הילדים, עירוב התחום הטיפולי והתחום הרכושי עלול לעורר קושי אף מעצם המסחר באינטרס של הזולת. טלו לדוגמה מקרה שבו בן זוג מסכים, בתמורה לויתור רכושי מצד בן זוגו, להסדר משמורת שבעיניו הוא עדיף ממשטר ברירת המחלף שבדין. במקרה כזה אמנם לא נפגעה טובתם של הילדים מבחינת תוצאתו של ההסכם, אולם אין בכך כדי לנקות את התמונה מפגמים נורמטיביים. ראשית, משא ומתן כזה מקפל בתוכו את האיום שלא להסכים להסדר המיטיב עם הילד אם לא תינתן התמורה בעד ההסכמה, ואם כך דומה כי התמורה מושגת באיום לעשות מעשה פסול, שכן נראה כי חובתו של ההורה להסכים להסדר המיטיב עם ילדו. שנית, עצם הניצול של אינטרסים הנוגעים לזולת, למטרת רווח אישי, מעורר קושי,¹²⁰ שכן אם להורה אין אינטרס עצמאי לגיטימי בנושא המשמורת, החורג מן האינטרס של ילדו, נראה כי הוא אינו רשאי לסחור באינטרס זה. קושי אחרון זה מתגלע בעיקר ביחסים בין ההורה לילדיו, ולא דווקא ביחסים בין בני הזוג ובין עצמם.

בעייתיות נוספת עלולה להתעורר בהקשר זה עקב החשש ממסחר (קומודיפיקציה) של הקשר ההורי. בעיית המסחר נוגעת לשני היבטים:¹²¹ ראשית, היא חושפת את ההכרעה בנושא של האחריות ההורית לפגיעו הכלליים של השוק המסחרי. כך, פערים כלכליים בין בני הזוג, המתבטאים באמצעים העומדים לרשותם (כעת ובעתיד) ובמידת מיומנותם במשא ומתן, מיתרגמים מן הספירה הכלכלית-שוקית אל הספירה האינטימית-ביתית הקובעת את הקשר ההורי. בעיה זו עלולה לא רק לקפח את הילד ואת טובתו, אלא גם לפגוע בהוגנות ההסכם משום שקביעת חלוקת האחריות ההורית באמצעות מנגנון מסחרי הרגיש ליכולת לשלם, פוגעת ביכולתו של הצד הנחות מבחינה כלכלית לזכות בנתח הרצוי לו, או עלולה לנצל את נחיתותו הכלכלית כדי לרכוש ממנו נתח זה במחיר לא ראוי. שנית, עצם המסחר והדיון בקשר ההורי במונחים של מסחר ורווח כלכלי הם בעלי פוטנציאל משחית, גם אם אין כרוכות בו תוצאות רעות אחרות. ראיית הקשר ההורי כסחיר וכניתן להערכה במונחים כספיים נתפסת כפגיעה בערכים כגון אנושיות, אוטונומיה וכבוד האדם, בהפיכת אנשים

119 אמנם ישנן נסיבות שבהן מיקוח משולב יהיה כשר לגופו: כאשר כל החלופות המוצעות במסגרתו מתיישבות עם טובת הילדים, או אף כאשר התביעות הכספיות הכרוכות בו מיועדות לרווחתם של הילדים. עם זאת, גם במקרים כאלו עלולים להתעורר קשיים מסדר שני, המתמקדים בקושי להפעיל כלל משפטי שיבחין בין מיקוח כשר לפסול. השאלה עד כמה הסדר מוצע נשען על טובתם של הילדים ועד כמה הוא נועד להיטיב עם ההורים היא שאלה מורכבת, ובתי המשפט אינם מצוידים בכלים המתאימים כדי לבחון כליות ולב ולגלות את התשובה על שאלה זו. על כן, כשיש טעמים לחשוד בהסדרים שנקבעו בצל העברות רכושיות בין ההורים, ראוי להעדיף כלל הפוסל הסדרים כאלו גם אם ניתן למצוא חריגים שבהם הסדר שכזה מתגלה ככשר.

120 השוו James Lindgren, *Unraveling the Paradox of Blackmail*, 84 COLUM. L. REV. 670 (1984).
 121 להבחנה בין שני סוגים של בעיית "קומודיפיקציה", שאותם הוא מכנה "coercion" ו-"corruption", ראו Michael J. Sandel, *What Money Can't Buy: The Moral Limits of Markets*, 21 THE TANNER LECTURES ON HUMAN VALUES 87, 94-96 (Grethe B. Peterson ed., 2000). לשימושים השונים במונח "קומודיפיקציה" ראו גם Glenn I. Cohen, *The Price of Everything, the Value of Nothing: Reframing the Commodification Debate*, 117 HARV. L. REV. 689 (2003).

מסובייקטים לאובייקטים, ובריוד הקשרים האנושיים תוך מחיקת הפער בין הערכה לפי שווי השימוש ובין הערך העצמאי הטמון בטובין מסוימים.¹²² לפיכך, עירוב חלוקת האחריות ההורית וחלוקת הרכוש בהסכם הגירושי עלול לעורר בעיות מוסריות קשות. לסיום, אף אם נדחה את שאר הנימוקים, הכנסת נושא המשמורת אל המיקוח עלולה להביא לתוצאות קשות במישור החלוקתי, ובפרט לתוצאות שיטתיות לאורך קווי המגדר. הכתיבה הענפה על דרישות כספיות הנשענות על איום בתביעת משמורת נועצת את האפקטיביות של דרך מיקוח זו בחשש המצמית הנלווה לסיכון איבוד הקשר עם הילדים, המביא את בן הזוג החפץ יותר בקשר ההורי, להסכים לויתורים נרחבים ובלבד שיציבות הקשר תובטח לו.¹²³ כך, נטען פעמים רבות כי המעבר ממשטר המעניק את המשמורת לאם למשטר התלוי בהכרעה שיפוטית, לא שינה את מצב משמורת הילדים אך יצר העברת רכוש שבמסגרתה אימהות רכשו מבני זוגן את הוודאות בדבר זכותן למשמורת. אם החשש מאיבוד הקשר ההורי מאפיין נשים יותר מגברים, מסחר במשמורת צפוי אפוא להסב תוצאות קשות בעלות אופי מעמדי, שתפגענה במעמד הכלכלי של נשים. קושי זה מחריף על רקע עליונותם של גברים בשדה הכלכלי, הן בשוק העבודה הן בדפוסי הבעלות על רכוש, ואולי גם לנוכח פערים בין המינים בנטייה הכללית להסתכן.¹²⁴ נמצא שבעולם מתוקן, שבו ההעדפות ההוריות והמשאבים הכלכליים אינם תלויי מגדר, ייתכן שמסחר במשמורת לא היה פסול, אך בעולמנו שלנו, שאינו מתוקן, אין המסחר בה תקין.¹²⁵

לסיכום, מגוון רחב של שיקולים מצביע על הבעייתיות הטמונה בשילוב המיקוח הכלכלי במיקוח על חלוקת האחריות ההורית הטיפולית. הבעייתיות עלולה להיות קשורה לטובתו של הילד, העומדת באופן טיפוסי במוקד ההכרעה הראויה בדבר חלוקת האחריות

122 לביקורת על הרעיון להעביר ילדים לאימוץ בשוק החופשי ראו Elisabeth M. Landes & Richard A. Posner, *The Economics of the Baby Shortage*, 7 J. LEGAL STUD. 323 (1978); או הדיונים הנוגעים לפונדקאות מסחרית, למשל ELIZABETH ANDERSON, VALUE IN ETHICS AND ECONOMICS 168–173 (1993); Margaret J. Radin, *Market-Inalienability*, 100 HARV. L. REV. 1849, (1987) 1909–1911. ראו גם MICHAEL WALZER, SPHERES OF JUSTICE: A DEFENSE OF PLURALISM AND EQUALITY (1984) Ram Rivlin, *The Puzzle of Intra-Familial Commodification*, 67 U. TORONTO L.J. 68 (2017).

123 ראו Mnookin & Kornhauser, לעיל ה"ש 1, בעמ' 976; Neely, לעיל ה"ש 104, בעמ' 171.

124 ראו למשל Margaret F. Brinig, *Does Mediation Systematically Disadvantage Women?*, 2 WM. & MARY J. WOMEN & L. 1 (1995); Craig Wilkinson-Ryan & Small, לעיל ה"ש 32, בעמ' 121; Martin, *Unequal Shadows: Negotiation Theory and Spousal Support Under Canadian Divorce Law*, 56 U. TORONTO FAC. L. REV. 135, 146 (1998).

125 אמנם יצוין כי אף שהשינוי בדפוסי ההורות של גברים אינו מדביק את התחזיות האופטימיות, ככל הנראה (ראו דפנה הקר ורות הלפרין-קדרי "כללי הכרעה בסכסוכי משמורת – על סכנותיה של אשליית הדמיון ההורי במציאות ממוגדרת" **משפט וממשל** טו 91, 110–116 (2013)), תחולתו של טיעון זה במשפט הישראלי מורכבת יותר. עוקצו של האיום באיבוד המשמורת טמון בחרדה מפני אובדן הקשר ההורי. בתנאים הישראליים, שבהם נוהגים הסדרי ראייה רחבים, ייתכן שהסכנה לאיבוד הקשר ההורי מונחת ברגיל דווקא לפתחו של האב, אשר בתנאים מקובלים של משמורת עלול לעיתים להיות מנותק בפועל מילדיו. להרחבה ראו מרים נבות, הסתר פאס והילה צדקה "מרכזי קשר הורים-ילדים: מחקר הערכה ארצי" 26–27 (2014); רות זפרן "הזכות להורות במשפט הישראלי: שעה בשבוע במרכז קשר?!" "המשפט" ברשת: זכויות אדם (2014).

ההורית כלפיו. אולם גם כאשר טובת הילד אינה מקופחת, המיקוח המשולב עלול לעורר סדרה של בעיות מוסריות ומעשיות. אלו קשורות לקושי לסחור באינטרס של הזולת, למסחור היחסים ההוריים ולתוצאות החלוקתיות הצפויות משילוב כזה, העלולות אף להיות תלויות מגדר. המשפט הישראלי אינו מעניק פתרון מיטבי לסוגיה זו, אך הוא משקף הסתייגות מן הקשירה בין המשמורת ובין שאר תחומי ההסכם. מוטב היה אפוא לו היה ניתן להוציא את נושא המשמורת מן המיקוח הנוגע לחלקי ההסכם האחרים.

2. דרכי התמודדות במשפט הישראלי

(א) דרכי התמודדות ישירות: דרישת אישור ההסכם ומגבלותיה

הדין בחלקים הקודמים עמד על הקושי במיקוח המשולב תחומי הסכם שונים, ובפרט על הקושי בדרישת תמורה רכושית בעד הסכמה לגירושין או להסדר משמורת מועדף. בתוך כך ראינו את התייחסותו של המשפט הישראלי לסוגיה זו, שעיקרה שילוב רטוריקה עוינת והתנגדות רפה. עם זאת, למשפט הישראלי דרך התמודדות נוספת עם אתגריו המיוחדים של הסכם הגירושין, והיא דרישת אישורו של ההסכם. היה ניתן לצפות שדרך זו תשמר להתמודדות עם הקשיים האמורים. לפיכך תיבחן אפשרות הפיקוח על הסכם הגירושין: על תוכנו או על הליך כריתתו.

אכן, כל אחד מהיבטי ההסכם המרכזיים דורש מעורבות שיפוטית לגופו. הגירושין עצמם נערכים בחסות בית הדין, ובמסגרתם בית הדין עשוי לבחון מחדש את תוקפה של ההסכמה להתגרש. חלוקת הרכוש של בני הזוג טעונה אישור ההסכם כהסכם ממון לפי הוראות חוק יחסי ממון בין בני זוג, הדורש כי בית המשפט ייווכח ש"בני הזוג עשו את ההסכם בהסכמה חופשית ובהבנם את משמעותו ואת תוצאותיו"¹²⁶. סעיף 24 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות תולה את אישור ההסכם הנוגע לחלוקת האחריות ההורית הטיפולית בהיותו "לטובת הקטין"¹²⁷. לבסוף, סעיף 12 לחוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות) קובע כי הסכם בדבר חלוקת האחריות ההורית הכלכלית אינו קושר את הקטין כל עוד לא אושר על ידי בית המשפט. אף שהחוק שותק בנוגע לסטנדרט הפיקוח הנדרש מבית המשפט במקרה האחרון, מסתבר כי גם כאן נדרשת דאגה לקטין, שכן הסנקציה הצמודה לסעיף היא היעדר תוקף כלפיו.¹²⁸ נוסף על כל אלו, צדדים מתגרשים יחפצו פעמים רבות לתת להסכם תוקף של פסק דין באופן שיקל את ביצועו וישריין את הוראותיו. בית המשפט לענייני משפחה, הפועל בגדרי סעיף 3(ג) לחוק בית המשפט לענייני משפחה, נדרש לברר אם ההסכם נכרת מתוך הסכמה חופשית, לאחר שתוכן ההסכם הוסבר

126 ס' 2(ב) לחוק יחסי ממון בין בני זוג, התשל"ג-1973. גם מי שאינם נדרשים לאשר את ההסכם (בין משום שנישאו לפני שנת 1974 ובין משום שהם אינם נחשבים לנשואים בדין הישראלי), עשויים לשאוף למתן תוקף של פסק דין להסכם כדי להקל את יישומו.

127 ס' 24 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות.

128 השוו בע"מ 919/15, לעיל ה"ש 51, פס' 83 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

לצדדים.¹²⁹ אוסף דרישות אלו, יחד ולחוד, מעניקות למשפט הזדמנות לפקח על תוכנו של הסכם הגירושין, ובתוך כך להתמודד עם האתגרים הנובעים ממזיגת התחומים זה בזה. כאמור, דרישת האישור בדין הקיים מתמקדת בשניים: ראשית, דאגה לטובתו של הקטין, תוך התמקדות בבעיית הנציגות הנובעת מייצוגו בידי הוריו שהם בעלי אינטרסים עצמאיים; ושנית, דאגה להסכמתם החופשית והמודעת של הצדדים להסכם. אשר לטובת הקטין, בית משפט נדרש לעיתים גם לחוות דעת חיצונית על אודות טובת הילד, בהתחשב בהיקף הסטייה של ההסכם בין ההורים מן התוצאה הצפויה לפי ברירת המחדל של הדין.¹³⁰ חוות דעת אלו עשויות לאתר מקרים של חשש להזנחה של הילדים או לסיכון שלהם. מנגד, במקרים שבהם שני ההורים בעלי מסוגלות הורית סבירה, ספק אם הכלים העומדים לרשות העובדים הסוציאליים מתאימים לגיבושה של מסקנה מהימנה בשאלה זו, וקושי זה מוחמר בשים לב למצוקת המשאבים של המערכת.¹³¹ כאשר בני הזוג משתפים פעולה ביניהם לצורכי אישור ההסכם, יכולתו של מעריך חיצוני לקבוע עובדות הסותרות את המצג של הצדדים מצטמצמת עוד יותר. על רקע זה, הניסיון המצטבר בישראל ומחוצה לה מעלה כי נטייתם הגורפת של בתי המשפט היא לאשר את הסדרי המשמורת המוסכמים, למצער כל עוד הם שוכנים בתוך מרחב אפשרויות שאינו סוטה סטייה ניכרת מן הנהוג.¹³² חשוב יותר, הפקדת הפיקוח בידי עובדים סוציאליים ממקדת את המבט בהסדר המשמורת עצמו, ללא כל תשומת לב למיקומו של ההסדר במכלול תנאי ההסכם בין ההורים ובין עצמם. כך, אי-אפשר להעריך את המטרות שבבסיס ההסדר כל עוד הוא שוכן בתוך טווח הנתפס כסביר בעיני רשויות הטיפול והרווחה.

129 ראו ס' 258כז לתקנות סדר הדין האזרחי. קביעה בדבר תשלום מזונות בן זוג אינה טעונה אישור מצד הדין, אולם כאשר ההסכם כולל התייחסות הן לחלוקת הרכוש הן למזונות, בתי המשפט נוטים לראות את ההסדר הנוגע למזונות ככפוף גם הוא לדרישת האישור. ראו למשל תמ"ש (משפחה נצ') 7080-04 כ.מ.ת. נ' ה.ת., פס' 21 לפסק דינו של השופט ג'וסי (פורסם בנבו, 17.1.2012).

130 לשם הערכת טובת הילד בית המשפט נשען על חוות הדעת (על דרך התסקיר) של "עובדים סוציאליים לסדרי דין", שהתמנו לפי הוראות חוק הסעד (סדרי דין בעניני קטינים, חולי נפש ונעדרים), התשט"ו-1955. עד שנת 2010 כונה התפקיד "פקיד סעד לסדרי דין", אך מונח זה הוחלף בתיקון מס' 2 לחוק (ראו ס' 1 לחוק הסעד שתוקן בס' 1)3 לחוק להחלפת המונח פקיד סעד (תיקוני חקיקה), התשע"א-2010, ס"ח 2264).

131 ראו משרד המשפטים דוח הוועדה לבחינת ההיבטים המשפטיים של האחריות ההורית בגירושין – דוח משלים לדוח הביניים משנת תשס"ח-2008 60 (2011) (להלן: ועדת שניט); רות זפרן "הקשיים הכרוכים בחוות-הדעת המקצועיות – טעם נוסף לעיצוב מחדש של הדין בשאלת חלוקתה של האחריות ההורית" עיוני משפט לו 269, 288 (2013) (להלן: זפרן "הקשיים הכרוכים בחוות-הדעת המקצועיות"); דוד יגיל "שיקולים ולבטים באבחון מסוגלות הורית" סוגיות בפסיכולוגיה, משפט ואתיקה בישראל: אבחון, טיפול, שיפוט 183 (דוד יגיל, משה זכי, אמנון כרמי וענת לבני עורכים, 2008); יורם צ' צדיק "איך להעריך מסוגלות הורית?" רפואה ומשפט – ספר היוכל 328 (עמיחי לוי עורך, 2001); הקר והלפרין-קדרי, לעיל ה"ש 125, בעמ' 119-121; Fineman; לעיל ה"ש 104, בעמ' 740-744.

132 ראו ועדת שניט, לעיל ה"ש 131; יצחק כהן "מעמדו העצמאי של הקטין בדיני המשפחה – תהליכים, מגמות ודרכים לאיזון מחדש" משפטים מא 255, 300-301 (2011). תוצאה זו אינה חריגה בהשוואה לשיטות משפט אחרות. ראו Mnookin & Kornhauser, לעיל ה"ש 1, בעמ' 955; Emery & Emery, לעיל ה"ש 7, בעמ' 166; Melli Erlanger & Chambliss, לעיל ה"ש 19, בעמ' 1145.

הקשר שהמשפט הישראלי נוקט בו עמדה אקטיבית יותר הוא תחום מזונות הילדים. בתי המשפט תופסים את עצמם כבעלי ידיעה שיפוטית בתחום הצרכים הכלכליים של ילדים, ואף העיקרון שלפיו על ההורים לספק לילדים מסגרת חומרית הולמת אינו שנוי במחלוקת ערכית או ציבורית, ולפיכך בתי המשפט יכולים בנקל להצהיר על הנורמה ולעמוד על אכיפתה. ראשיתו של ההסדר בהוראות החוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות),¹³³ הקובע כי הסכם בדבר מזונות של קטין וויתור על מזונות כאלה אינו קושר את הקטין, כל עוד לא אושר על ידי בית המשפט. בהיעדר דיון מפורש ונפרד בשאלת המזונות לגופה, הקטין זכאי להגיש תביעה עצמאית למזונותיו, שתיחשב לתביעה ראשונה שאינה דורשת שינוי נסיבות מאז ההכרעה הראשונית, באופן שלמעשה מרוקן את ההסכם מתוכן.¹³⁴ בנקודה זו פתחו בתי המשפט וציבור המתדיינים בסדרה של משחקי "חתול ועכבר" (המוכרים לכול ולפיכך אסקור אותם אך בקצרה): ראשית, בניסיון לבצר את ההסכמות, נטו צדדים להוסיף להסכמים תניית שיפוי שתחייב את האם להעביר לאב כל סכום מזונות מעל הקבוע בהסכם, אם יידרש לשלמו בהליך של תביעה עצמאית כאמור. התמודדותם של בתי המשפט עם פרקטיקה זו, בדרך של דחיית חובת השיפוי של האישה "עד שתעשיר",¹³⁵ נתקלה בדרישה להעמיד ערב לטובת חוב השיפוי, דרישה שקיבלה חיזוק בפסק הדין בעניין קוט שבו נקבע (בדעת רוב) כי האב זכאי להיפרע מיד מן הערב, ואילו זכות החזרה של הערב נדחתה.¹³⁶ משמעות קביעה זו היא למעשה מתן תוקף להסכם, תוך העברת נטל המזונות מן האב אל שכמם של הערבים או אל שכמה של האם שתימנע מלתבוע את הגדלת המזונות כדי שלא לפגוע בערבים שגייסה.

גישתו הסובלנית של בית המשפט להסכמים הכוללים הפחתת מזונות ילדים באה על קיצה בעניין וואיה.¹³⁷ בהסכם שנדון שם, נקבע כי התחייבותה של האישה להסתפק בדמי מזונות נמוכים באופן שיפגע ברווחת ילדיה נוגדת את תקנת הציבור ובטלה, וממילא נופלת עמה גם חובת הערבות התלויה בחיוב הבטל. אלא שהעמדה השוללת בחריפות את הפחתת מזונות הילדים נשענה אך ורק על הצורך לדאוג לרווחתם של הילדים. היא התמקדה, אם לנקוט לשון ציורית, בחשש לקיבתם של הילדים העשויים לרעוב בהיעדר מזונות, ולא בחשש לנטל המוטל על צווארה של האם. בשל כך, אם יש לאם משאבים מספיקים לשם פרנסת הילדים, נקבע בפסיקה כי אי-אפשר להגיש תביעה עצמאית של הקטין למזונות נגד אביו, שכן תביעה זו משרתת למעשה את טובתה של האם ולא את טובתו של הילד אשר באה על סיפוקה באמצעות אמו.¹³⁸ חלוקת הנטל בין האם לאב משתקפת בהסכם הגירושין, וממילא אין מקום לפתוח אותה מחדש לאחר שחלק מן ההסכם כבר קויים, למצער כל אימת

133 ס' 12 (א) לחוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות), תשי"ט-1959.

134 ראו ע"א 210/82 גלבר נ' גלבר, פ"ד לח(2) 14 (1984); ע"א 544/82 חממי נ' חממי, פ"ד לח(3) 605 (1984).

135 ראו למשל עניין אמזלג, לעיל ה"ש 66 (ככל שידיעתי מגעת, אין ולו הליך אחד שבו גבה האב את דמי השיפוי לאחר שגדלו הילדים).

136 ד"נ 4/82 קוט נ' קוט, פ"ד לח(3) 197 (1984).

137 ע"א 4262/96 וואיה נ' וואיה, פ"ד נא(5) 231 (1997).

138 ע"מ (מחוזי ת"א) 1167/07 פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו, 21.10.2009).

שההסכם אינו משקף התנערות לא ראויה של האב מיוצאי חלציו.¹³⁹ במבט ראשון נראה אפוא כי גם בתחום מזונות הילדים הפיקוח השיפוטי מתמקד בהבטחת דמי קיום מינימליים שיעמדו לרשות הקטין, ואילו חלוקת הנטל בין ההורים ומיקומה של ההכרעה בדבר המזונות בתוך ההסכם הכולל זוכות להתייחסות פחותה. עם זאת, להלן אבקש להצביע על ניצנים ראשוניים לתפיסה אחרת, הפותחת פתח גם לתפיסה מרחיבה בעניין תפקיד הפיקוח על מזונות הילדים כחלק מהפיקוח על הסכם הגירושין.

בעוד במישור ההורי סטנדרט הפיקוח המופעל הוא תוכני-מהותי (קרי: בחינת התאמתו של הסדר המשמורת לטובת הילד, ונאותות סכום מזונות הילדים), הרי במישור הזוגי בחר המחוקק הישראלי בסטנדרט פיקוח פרוצדורלי, המתמקד בהליך הכריתה.¹⁴⁰ סעיף 2(ד) לחוק יחסי ממון בין בני זוג מחיל על הסכם הגירושין המסדיר את הפרידה דרישות זהות לאלו המוחלות על הסכמי ממון המסדירים יחסים עתידיים. באלו ובאלו המאשר נדרש להיווכח כי בני הזוג ערכו את ההסכם מתוך הסכמה חופשית ובהבינם את משמעותו ואת תוצאותיו.¹⁴¹ נטייתה של הפסיקה היא לראות בכך קביעה מפורשת השוללת את הצורך בהערכה של תוכן ההסכם, אלא מעמידה את תפקיד בית המשפט על תפקיד פורמלי בלבד.¹⁴² אמנם תנאי ההסכם מלמדים כמובן על היקף החופשיות של ההסכמה. לפיכך יש מן השופטים אשר לנוכח הסכם החשוד על פניו בחוסר הוגנות מעמיקים בבידור הרקע להסכם ולעיתים אף נמנעים מלאשרו עד עריכת שינויים בתוכנו של ההסכם.¹⁴³

139 ראו ע"א 5464/93 פלוני נ' אלמוני, פ"ד מח(3) 857 (1994), והדיון להלן סביב ה"ש 153. ראו גם בע"מ 7916/03 פלונית נ' פלוני, פס' 7 לפסק הדין (פורסם בנבו, 28.2.2005); תמ"ש (משפחה חי) 29051/04 פלוני נ' אלמוני, פס' 51 לפסק דינה של השופטת קינן (פורסם בנבו, 29.6.2006); תמ"ש (משפחה י-ם) 10501/02 י. נ. א. נ. א. נ. פס' 22 לפסק הדין (פורסם בנבו, 31.7.2008).

140 ראו בג"ץ 2898/03 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד נח(2) 550, 560-561 (2004).
141 לשון ס' 2(ב) לחוק יחסי ממון בין בני זוג. ניסוח דומה קבוע בתקנה 258 כזו לתקנות סדר הדין האזרחי, החלה על אישור כל הסכם בענייני משפחה, ותובעת כי בית המשפט יסביר לבעלי הדין, לפני אישור ההסכם, את משמעות הוראות ההסכם, ויודא שהם ערכו אותו בהסכמה חופשית. תקנות אלו החליפו את התקנות שיוחדו לאישור הסכמי ממון – תקנות סדרי דין (אישור הסכם ממון בין בני זוג), התשל"ד-1973 אשר אמנם כללו פירוט נוסף בנוגע לפרוצדורה (כגון דרישה לאישור ההסכם במעמד בני הזוג, והסבר משמעותו "בשפה פשוטה וברורה"), אך לא חרגו מן המודל הפרוצדורלי.
142 כבר בר"ע 359/85 קוך נ' קוך, פ"ד לט(3) 421 (1985) נקבע שתפקיד נותן האישור הוא פורמלי גרידא – הוא מתמקד בבחינה אם הבינו הצדדים את מעשיהם, ולא בשאלה אם ההסכם ביניהם הוגן או ראוי. להרחבה ראו ע"א 640/82 כהן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לט(1) 673 (1985); ע"א 4515/92 שטיין קומרוב נ' שטיין (פורסם בנבו, 13.6.1994).

143 ראו ע"מ (מחוזי ת"א) 1242/04 פלוני נ' פלונית, פס' 37 לפסק דינו של השופט שנלר (פורסם בנבו, 23.5.2005) (להלן: עניין פלוני): "בית המשפט אינו 'חותמת גומי' לאישורי הסכמים. לעיתים, באים צדדים לפני בית המשפט ומבקשים לאשר הסכם, אולם לאחר בחינה מדוקדקת של בית המשפט, נוכח בית המשפט כי אין תוכנו כבדור"; תמ"ש (משפחה י-ם) 29000/05 י.ג. נ' ר.ז., פס' 19 לפסק דינו של השופט אלבו (פורסם בנבו, 17.12.2006); תמ"ש (משפחה ראשל"צ) 31090/08 פלונית נ' פלוני, פס' 56-57 לפסק דינה של השופטת גולן-תבורי (פורסם בנבו, 9.11.2014); ע"א 4/80 מונק נ' מונק, פ"ד לו(3) 428, 421 (1982); ע"א 490/77 נציה נ' נציה, פ"מ לב(2) 621, 624 (1978); בע"מ 7734/08 פלוני נ' פלונית, פס' ט"ו לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 27.4.2010); ע"א 1629/11 יצחקי נ' וכטר, פס' 6 לפסק דינה של השופטת ברק-ארו (פורסם בנבו, 4.11.2012): "[עריכתם של הסכמים אלו] מהווה כר פורה להפעלת לחצים ומניפולציות מצד הסביבה או על-ידי אחד מבני הזוג, באופן

אלא שכפי שהראה בעבר שחר ליפשיץ,¹⁴⁴ דרישת האישור מתפקדת בפועל במשפט הישראלי בעיקר כמנגנון המחזק את יכולת ההסכמה של הצדדים, ולא כמנגנון פיקוח על תוכני ההסכם. אף שגם הסכמים שאושרו ניתנים לביטול מחמת פגם בכריתתם, אישור ההסכם מקשה על ביטול כזה. ברוח זו קבעו בתי המשפט כי אישור ההסכם מעורר ספק בדבר היכולת לטעון לפגמים ברצונו של המתקשר.¹⁴⁵ בדומה, דרישת האישור משמשת לעיתים את בתי המשפט לצורך התנגדות לטענה בדבר שינוי ההסכמות בין הצדדים, או להתבססות על מצגים לא כתובים ביניהם.¹⁴⁶ תוצאתה של תפיסה זו היא חיזוק הלשון הכתובה של ההסכם על חשבון נסיבות הכריתה או על חשבון אופיה האמיתי של מערכת היחסים וההבנות בין הצדדים כפי שבית המשפט תופס אותן. בכך נשלל מבתי המשפט כלי נוסף העשוי לסייע בפיקוח על הוגנות ההסכם ותנאיו.¹⁴⁷ אם כך, הדרישה לאישור מראש של ההסכם אינה מסייעת להתמודדות עם אתגרי המיוחדים של הסכם הגירושין. נהפוך הוא.

לסיכום, בשלב אישור ההסכם במישור הזוגי, המשפט הישראלי מתמקד בבירור הסכמתם של הצדדים, תוך הדגשת המודל הפרוצדורלי של צדק חוזי. במישור ההורי דוקטרינת האישור ממוקדת בפיקוח על טובת הקטין בדרך של קביעת הסדרי משמורת ראויים, והבטחת משאבים מספקים לשם גידולו. מנגד, בשלב האישור אין בית המשפט דואג להוגנות חלוקת הנטל בין ההורים. יתרה מזו, בהנחה שתשלומי המזונות מספיקים להבטחת רווחתם הכלכלית של הילדים, הדין מאמץ את ההבחנה החדה בין המישור ההורי למישור הזוגי, ונמנע מלפקח על אופן חלוקת הזכויות הרכושיות בין ההורים. זאת, חרף ההשפעה הרבה של היקף המשאבים העומדים לרשות ההורים על רווחתם הכלכלית של ילדיהם. לבסוף, והחשוב מכול לענייננו, בשלב האישור מראש אין למצוא במשפט הישראלי התמודדות מושכלת עם האתגרים המיוחדים הנוצרים ממיזגת התחומים בהסכם הגירושין. מערך הדינים הדורש אישור מראש של ההסכם מתייחס לכל אחד מן ההיבטים הנדונים בו בנפרד, ואינו קורא למבט כולל המביא אותם בחשבון יחדיו. תחת זאת, דומה כי העמדה המשתקפת בפסיקה, שלפיה אל לו לבית המשפט להעריך את הוגנותו של ההסכם, נשענת על ההבנה שהסכמים המונחים לפתחו משקפים תוצאת מיקוח בין חלקי ההסכם

שמחייב פיקוחה של ערכאה שיפוטית מוסמכת על מנת להבטיח את גמירות דעתם המלאה של שני בני הזוג. ראו גם יצחק כהן "על דרישותיו הקמאיות של הסכם ממון ועל הנסיגה מהן" מאזני משפט יב 7 (2017).

144 ליפשיץ "החווה הזוגי", לעיל ה"ש 2, בעמ' 313, 338 ("דרישת האישור שנועדה לשמש חרב בידי צדדים חלשים הופכת, למעשה, לחרב פיפיות").

145 ראו עניין קוך, לעיל ה"ש 142, בעמ' 422; עניין פלונית נ' בית הדין האזורי באשדוד, לעיל ה"ש 71, פס' 4 לפסק דינו של השופט הנדל. השוו גם בש"א (משפחה ת"א) 6297/02 ח.ש. נ' ח.ר., פס' 10, 12 לפסק דינה של השופטת פלאוט (פורסם בנבו, 13.11.2002).

146 ראו ליפשיץ "החווה הזוגי", לעיל ה"ש 2, בעמ' 352–353; ע"א 486/87 אבידור נ' אבידור, פ"ד מב(3) 499, פס' 7 לפסק דינו של הנשיא שמגר (1988); ע"א 419/84 טוכמינץ נ' כרמל (טוכמינץ), פ"ד לט(1) 287, פס' 5 לפסק דינו של השופט בייסקי (1985). אך השוו לע"א 4946/94 אגברה נ' אגברה, פ"ד מט(2) 508 (1995).

147 זמיר "עוד על פירוש והשלמה של חוזים", לעיל ה"ש 29, בעמ' 10–11.

השונים, וכי אלו קשים להערכה.¹⁴⁸ מבחינה זו, הזהות בין ההסדרים החלים על הסכמי ממון בשלב הקודם לנישואין ובין ההסדרים בשלב הגירושין,¹⁴⁹ והניתוק המוחלט בין הערכת המישור הזוגי להערכת המישור ההורי, מחמיצים את ייחודיותו של הסכם הגירושין.

(ב) בין פיקוח ישיר לפיקוח עקיף: מבט נוסף על מזונות הילדים

הסקירה עד כה התמקדה באופני הפיקוח הישיר על הסכם הגירושין: המשפט בוחן את הסכמתם של הצדדים כדי להבטיח את רצונות ההסכם; את הסדר המשמורת כדי להבטיח את נאותותו; את סכום המזונות כדי להבטיח את דיותו; ולעיתים אף את מועד הגירושין כדי למנוע מצד אחד לפגוע במשנהו באמצעות עיכוב הגירושין. בתוך כך, הגבלות בעניין עיכוב הגט או בעניין ביצור הסדר המשמורת מפני שינויים עתידיים, עשויות להשפיע לא רק על נושאים אלו לגופם אלא גם על היכולת להשתמש בהם במסגרת המיקוח: הגבלת עיכוב הגט מפחיתה את היכולת לדרוש תמורה בעד הגירושין, ואילו מגבלה בעניין סופיותו של הסדר המשמורת, והאפשרות לשנותו מעת לעת, מפחיתה את היכולת לדרוש תמורה בעד ויתור בשדה המשמורת. כך המשפט מספק גם כלי לשלילת קלפי מיקוח העלולים להביא לכריתת הסכמים בעייתיים.

אולם תמונה מלאה של הפיקוח המשפטי על המיקוח לקראת הסכמי גירושין דורשת תשומת לב לרובד נוסף. אם הקושי הטמון במיקוח המשולב נובע ממיזגתם של החלקים האישיים והחלקים הרכושיים של ההסכם בדרך של דרישת תמורה בעד הגירושין או המשמורת, ניתן לטפל במזיגה זו לא רק באמצעות פיקוח על אופני השימוש בחלקים האישיים אלא גם באמצעות הגבלת היקפה של התמורה. לשם חשיפתה של חלופה זו, והבהרתה המלאה, נשוב ונעיין בעמדתו של המשפט הישראלי בנוגע לרכיב מזונות הילדים בהסכמי גירושין. נקודת המוצא של עיון זה היא עמידה על המוטיבציות העשויות לעמוד בבסיס הסכמים הקובעים מזונות ילדים נמוכים מן הצפוי בבית המשפט.

אכן, הסכמתו של ההורה המשמורן להפחתת דמי המזונות אינה פוגעת רק בילדים, אלא גם במשאבים העומדים לרשות משק הבית שבו הם חיים. מדוע אפוא יסכים ההורה המשמורן לדמי מזונות נמוכים? מקרה אחד, שלא יעסיק אותנו כאן, הוא של פיצוי בתחום חלוקת הרכוש כנגד הפחתת דמי המזונות המשולמים להורה המשמורן. אף שמקרים כאלו עשויים לעורר בעיות מעשיות שונות,¹⁵⁰ במקרים רגילים – כל עוד התמורה הולמת, ומשק

148 ברוח זו, בתי משפט קובעים כי "אפשר שצד, המתקשר בחוזה, מודע לכך, כי ההישגים הם בעיקר לזולתו ובכל זאת מטעמים הרצויים לו הוא מתקשר באותו הסכם", אך בית המשפט נדרש שלא להתערב אף אם ההסכם "אינו צודק או שהוא מקפח קיפוח של ממש את אחד המתקשרים". ראו ע"א 573/82 ברק נ' ברק, פ"ד לח(4) 626, פס' 12 לפסק דינו של השופט ד' לוי (1985). ראו גם עניין פלוני, לעיל ה"ש 143, פס' 31 לפסק דינו של השופט שנלר: "לא לנו – בהליך דגן – לבחון את שיקוליו של המערער, ככל שיהיה, לרבות בחירתו המודעת שלא להיוועץ בעו"ד מטעמו ובחירתו להסתיר אף מהוריו את תוכנו של ההסכם".

149 זהות כזו אינה מובנת מאליה. ראו למשל Katharine B. Silbaugh, *Marriage Contracts and the Family Economy*, 93 NW. U. L. REV. 65, 72-76 (1998).

150 להסכמים כאלו יש יתרונות גדולים בתחום היכולת להשאיר את בית המגורים בידי ההורה המשמורן וילדיו. ברגיל, השאלה אם משאבים העומדים לרשות משק הבית של ההורה המשמורן צבועים בצבע של

הבית מתפקד – הם אינם בעלי השפעה עמוקה על המשאבים העומדים לרשות כל אחד מבני המשפחה. בדומה, הוויתור על מזונות עשוי להיות נעוץ בכפייה, עושק או טעות החורגים מגדר התמורות המוחלפות במסגרת החוזה. עם זאת, במקרים רבים תעמוד כנגד הפחתת המזונות תמורה מצידו של החייב במזונות, בין בדרך של הסכמה להסדר המשמורת המועדף על האם,¹⁵¹ ובין בדרך של הסכמה לגירושין. ואכן, פעמים רבות בתי המשפט מזכירים, אגב דיוניהם במזונות ילדים, את המסחר בגט דווקא. כך למשל, בעניין וואיה, שעסק בהסכם המפחית את מזונות הילדים, נזקק בית המשפט לתיאור הוויתורים המפליגים של האם בתמורה לקבלת הגט מן האב.¹⁵² נוסף על כך, כפי שנוזכר לעיל, גם מסחר בהקצאת המשמורת צפוי לבוא לידי ביטוי דווקא בתמורה בתחום מזונות הילדים. על רקע זה, חשוב להבחין באופן שבו עמדת המשפט הישראלי בעניין הסכמים הקובעים מזונות ילדים נמוכים, משפיעה על היכולת לסחור במשמורת או בגט, כלומר מגבילה בעקיפין את יכולת השימוש בגירושין או במשמורת לצורכי מיקוח.

נקודת המוצא של הדין היא השלמה עם תמונת המיקוח המשולב. ממילא, ביצור ההסכמים שנדון לעיל משקף תפיסה התומכת ביכולת לשלב את תחומי המיקוח, ולוותר בתחום המזונות כדי להשיג הישגים בתחומים אחרים. עמדה זו משקפת לא רק הכרה בקיומו של מיקוח משולב, אלא גם הגנה עליו, שהרי בהיעדר יכולת לזכות בתמורה המתבטאת בהשתחררות מעול המזונות, אין טעם לסחור בגירושין או במשמורת. ואכן, באחד מפסקי הדין המצמצמים את הלכת קוט ופוסלים הסדר של ויתור המגובה בשיפוי ובערבות, נימק אחד השופטים את עמדתו בכך שבאותו עניין לא היה מדובר בהסכם גירושין (שכן בני הזוג לא היו נשואים), וממילא האישה לא זכתה בשום תמורה בעד

מזונות או של רכוש זוגי אינה משפיעה השפעה מכרעת לא על אופן הצריכה (לרבות החלוקה בין צריכה לטובת ההורה לצריכה לטובת הילדים) ולא על מידת הרווחה של משק הבית. עם זאת, מבנה כזה חושף את הילדים לסיכון של אובדן רכוש העומד כעתודה לשם פרנסתם, בין בשל פעולה רצונית של ההורה המשמורן (כמו צריכה של הרכוש או העברתו במתנה) ובין בשל פעולה לא רצונית, כגון חדלות פירעון. היא מעוררת קושי אף בתחום גמישותו העתידית של הסדר המשמורת. בדומה, חלוקה רכושית שכוו עלולה לעורר בעיות נזילות או לחשוף את משק הבית לתנודות בשוק הנדל"ן ועוד. שאלות כבודות משקל אלו חורגות מנושא דיונונו הנוכחי.

151 הסדר המשמורת עשוי להיות אפוא הן צמצום של הסדרי הראייה העומדים לזכות האב (למשל בשל רצונה של האם להימנע מחיכוך עמו או מתוך חשש בדבר כשירותו לטפל כראוי בילדים) הן הרחבתם, אם האם מבקשת לחלוק את נטל הטיפול עם האב. בשני המקרים, התוצאה של הפחתת מזונות עשויה להיות מוצגת כתוצאה "מתבקשת" של ההסדר: הרחבת הסדרי הראייה מורידה מן הנטל הטיפולי המוטל על האם ומאפשרת לה להשתכר השתכרות מוגברת. מנגד, צמצום הסדרי הראייה מביא לניתוק הקשר האפקטיבי בין האב לילדיו, ולפיכך גם מערער את הבסיס לחיובו בפרנסתם. מבלי לחוות דעה בכל הנוגע לצדקתן של טענות אלו, ניכר כי עצם יכולתן לתמוך בתמוך בטענה ובטענה הנגדית מגלה כי בסופו של דבר הפחתת המזונות היא תמורה להסדר המשמורת ולא רק תוצאה שלו.

152 ראו עניין וואיה, לעיל ה"ש 137, פס" 4 לפסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן. ברוח דומה, בעניין גרין (לעיל ה"ש 66) עיקר התמורה בעד מתן הגט הייתה בתחום ויתור על מזונות הילדה. השוו גם לע"א 404/70 עברון נ' עברון, פ"ד (1) 373, 378 (1971): "כאשר, כמו במקרה של גירושין, עיקר מעינים של הורים נתון לסידור העניינים האישיים שלהם, הם עלולים – ולו מבלי דעת או בהיסח הדעת – לא להקפיד במידה מספקת על הבטחת האינטרס של הילד". ראו גם בע"מ 3984/15 פלוגית נ' פלוני, פס' י"ד לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין (פורסם בנבו, 13.9.2016).

הפחתת המזונות, כשכוונתו ככל הנראה היא להאצת הגירושין.¹⁵³ לפי תפיסה זו, על הדין לאשר הסכמים הכוללים הפחתת מזונות רק אם הם משקפים תמורה הוגנת, אולם תמורה הוגנת כזו עשויה לבוא לידי ביטוי בכל אחד מן החלקים האחרים של ההסכם. דווקא כאשר אין תמורה שכזו, יש מקום להתערב בהסכם המפחית את תחום המזונות. לצד פיקוח נפרד על דיותם של מזונות הילדים כשלעצמם, ופיקוח על קיומה של תמורה במסגרת ההסכם הכולל, עיון קפדני בדין הישראלי העדכני כולל את ניצניה של ערנות מחודשת לשאלת מעמד המזונות במיקוח המשולב, אך תוך הסתייגות ממיקוח כזה ועמידה על הצורך בפיקוח על ההסכם לא רק מנקודת מבטם של הילדים אלא גם מנקודת מבטם של הצדדים להסכם. באותו עניין, הוגשה על ידי האם תביעת מזונות (בשם הקטינים) לאחר אישור הסכם גירושין שקבע את שיעור המזונות. בדונו במוסד התביעה העצמאית של הקטינים, קבע בית המשפט:

לצד רצינות זה, ניתן להצביע על יתרון נוסף הצומח ממוסד התביעה העצמאית, והוא הגנה על אינטרס האם. במצב הדברים דהיום, כאשר האשה תלויה ברצונו של הבעל לצורך קבלת הגט, ונוכח דרך הייסורים הצפויה לאשה אם יסרב הבעל ליתן גט, היא נכונה לויתורים מרחיקי לכת על מנת לקבל את גטה. ההנחה היא כי לאחר קבלת הגט, האשה יכולה להתייצב למערכה נוספת והפעם כשהיא משוחררת מהחרב המתנופפת מעל ראשה. רוצה לומר, כי הרטוריקה שבבסיס מוסד התביעה העצמאית היא הגנה על עניינו של הקטין, אך למעשה, מוסד התביעה העצמאית מאפשר לבית המשפט לתקן ולאזן את הטעון תיקון במישור הממוני בין בני הזוג. יש בכך להסביר מדוע הרוב המכריע של התביעות העצמאיות הן תביעות של האשה בשם הקטין להגדלת המזונות (פי" 16).¹⁵⁴

הבנה זו של מוסד התביעה העצמאית עדיין מותירה פתח לעריכת הסכמים המפחיתים את שיעור המזונות בתמורה לחלוקת רכוש המיטיבה עם ההורה המשמורן.¹⁵⁵ והנה, אף שיעיקר

153 ראו ע"א 5464/93, לעיל ה"ש 139, הידוע כהלכת פייר, פס' 2, 4 לפסק דינו של השופט ד' לוי: "הסכמי שיפוי כאלה נעשים דרך כלל בין זוגות נשואים, הורים לקטינים, שעה שמתנהלים ביניהם הליכים לקראת גירושין. במקרים כאלה, ההסכמים הם תולדה של משא ומתן דו-צדדי, שבו כל אחד נותן תמורה ומשיג תוצאה שהיא לרוחו. לא תמיד יחסי הכוחות הם שווים, לא תמיד התמורה הניתנת היא ראויה, אבל עדיין, ברוב רובם של המקרים, ההסכמים הם רצוניים, ולפיכך בית המשפט מכיר בהם למרות התנאי הנראה שרירותי שלפיו מתחייבת האישה לשפות את הבעל על כל סכום מזונות שייחבע לשלם לילדם או לילדיהם [...] דבר אחר הוא בהסכם כדוגמת הסכם השיפוי נושא הליך זה כאשר אין מדובר בזוג נשוי אלא בפנויה".

154 ראו בג"ץ 4407/12 פלוני נ' בית הדין הרבני הגדול לערעורים, פס' 16 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 7.2.2013) (ההדגשות הוספו).

155 ברוח זו קבע השופט עמית (שם, פס' 17 לפסק דינו), כי מזונות הילדים הם חלק בלתי נפרד מהמערך הכולל של ההסדר, וכי "קשה לבודד את עניינם של הקטינים, ובעיקר את נושא מזונות הקטינים, מכלל הנושאים הרכושיים והממוניים שבהסכם הגירושין. הסכם הגירושין הוא מעשה רקמה עדינה, שמזונות הילדים הוא אחד החוטים המרכזיים בו. אם פרמת חוט זה, נמצאת מפר את מערכת האיזונים שבבסיס ההסכם". לפיכך "ייתכן כי האב ויתר על חלק מהרכוש מתוך הנחה כי בכך הוא מותיר מקור הכנסה נוסף

ההנמקה של פסק הדין, ששללה באותו עניין את זכות התביעה העצמאית של הקטין, מתרכזת בכך שרווחת הילדים לא קופחה בהסכם, הרי בשלב יישום הנמקתו התייחס השופט עמית לשתי נקודות נוספות: ראשית, ההסכם נכרת לאחר מתן הגט, ולכן אין לראות בהפחתת המזונות תמורה למתן הגט. שנית, במסגרת ההסכם ויתר האב על רכוש (דירת המגורים), ולכן לרשות האם עומדים אמצעים לפרנסת הקטינים, ולא זו בלבד אלא שאמצעים אלו מקורם בתוך ההסכם עצמו, וממילא ההסכם אינו מטיל על צווארה עול כבד במיוחד.¹⁵⁶ במילים אחרות, לאור הניצנים מתווי הדרך בפסק דינו של השופט עמית, מנגנון התביעה העצמאית של הקטין עשוי לשמש גם מנגנון פיקוח על הוגנות ההסכם בכל הנוגע ליחסים בין ההורים, ולא רק מנגנון פיקוח על דאגה לכלכלת הילדים.¹⁵⁷ תפקידו של בית המשפט אינו מתמצה בבחינת דיוטם של המשאבים העומדים לזכות הילדים, אלא גם בהתחקות אחר המניעים שהובילו את האם לוותר על תשלומי המזונות, הגנה עליה מפני ניצול לרעה של כוח עדיף בתחום הגירושין, ועמידה על חלוקה הוגנת של הנטלים הכלכליים. עם זאת יצוין כי חרף ניצנים אלו, עמדה זו טרם קנתה שביטה בפסיקה.¹⁵⁸

לסיכום, בעוד בתחומים אחרים הנוגעים להסכם הגירושין גילה המשפט הישראלי רפיון יחסי, הרי בתחום הטיפול בהבטחת דמי מזונות ילדים גילו בתי המשפט פעלתנות חריגה. בתומה של תנועת מטוטלת מורכבת, נראה כי כעת אי-אפשר עוד לערוך הסכמי גירושין

שימש את האם עבור הילדים, או שוותר על חלק מהרכוש כדי לרשמו על שם הילדים על מנת להבטיח את עתידם" (ההדרגה הוספה).

156 שם, פס' 23–24 לפסק דינו של השופט עמית.

157 ברוח זו בוחנים לעיתים בתי המשפט לא רק את קיפוח הקטין אלא גם את קיפוח המשמורן. ראו למשל תמ"ש (משפחה ת"א) 26133-11-12 קטין נ' אלמוני, פס' 78 לפסק דינה של השופטת פורר (פורסם בנבו, 6.8.2013): "ההסכם מבחינה כלכלית הינו גם לטובת האם ואינו מקפח לא אותה ולא את הקטינים. כך למשל במסגרת ההסכם נקבע כי האם לא תחוב בחובות הגבוהים וכי האב הוא שישא בהם לבדו. יתרה מכך, האם לא הוכיחה כלל כי קופחו הזכויות בהסכם". יישום מעניין של פסיקת השופט עמית, נקבע בפסק דין של בית המשפט המחוזי בתל אביב – שהבחין בין הפחתת מזונות בתמורה לקידום אינטרס של האם (כמו קבלת הגט), ובין הפחתה כזו בתמורה לקידום אינטרס של הקטין. באותו עניין נקבע כי הפחתת המזונות נעשתה בתמורה להתחייבות האב לשמור על קשר עם בתו. הפחתה זו בוטלה משנמצא כי האב לא עמד בדיבורו. ראו עמ"ש (מחוזי ת"א) 36959-01-15 פלוני נ' פלונית (קטינה), פס' 53 לפסק דינו של השופט שנלר (פורסם בנבו, 31.5.2015). עמדה זו משקפת אפוא רגישות למורכבות המיוחדת של המיקוח המשולב, ומצד שני עמידה על ההבחנה בין הגנה על הילדים ובין הגנה על הוריהם. פסק דינו של בית המשפט המחוזי נהפך שוב, לאחרונה, בידי בית המשפט העליון בבע"מ 3984/15, לעיל ה"ש 152, אך עמדות השופטים קיבלו בעיקרה את ההבחנה בין הגנה על האם להגנה על הקטינה: לפי המשנה לנשיאה רובינשטיין ההסכם היה כשר לגופו (אלא שחל שינוי נסיבות בעניינו, משהופר), ואילו לפי השופטים מזוז והנדל בדיקת הרקמות והתחייבות לשמור על קשר אינם תמורה הולמת לויתור על המזונות.

158 כך למשל ציינו בתי משפט בעניין כ' נ' כ', לעיל ה"ש 74, פס' 46 לפסק דינו של השופט גרינברגר כי אין הבדל "מבחינת שמירה על האינטרסים של הקטין, אם הכספים לכיסוי הוצאותיו יבואו מכיסו של האב או מכיסה של האם, אם אכן מסוגלת האם לבדה לשאת בנטל". לפי עמדה זו, יש לבחון את יכולתה של האם לשאת בנטל המזונות לבדה, בין שיכולת זו היא תוצאה של חלוקת רכוש שהוטתה לטובתה ובין אם לא. אך ראו בע"מ 3984/15, לעיל ה"ש 157, פס' ט"ו לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

שאינם מבטיחים משאבים מספיקים לילדים.¹⁵⁹ יתרה מזו, ניצנים למבט רחב על ההסכם טמונים בפסיקתו של בית המשפט, ועמם גם רמזים לאופן שבו מנגנון התביעה העצמאית של הילדים משמש לא רק מכשיר לפיקוח ישיר על היקף המשאבים העומדים לרשות הילדים עצמם אלא גם מכשיר עקיף להגנה על המיקוח הכולל בהסכם הגירושין, ובפרט כמנגנון להתמודדות עם החששות ממסחר בגט. בד בבד, המדיניות הפעלתנית בתחום מזונות הילדים משפיעה גם על המסחר במשמורת, שכן בהיות הסדרת המשמורת צופה פני עתיד, כפופה לשינויים, ובעלת קשר ענייני להיקף הצורך בתשלומי מזונות, טבעי שדרישה רכושית בתמורה לויתור בשדה המשמורת תמצא את מקומה דווקא בתחום מזונות הילדים, ולא דווקא בתחום חלוקת הרכוש המשפחתי. אם כך, הטלת מגבלות על הסכמים הכוללים מזונות ילדים מופחתים משפיעה הן על היכולת לסחור בגירושין הן על היכולת לסחור במשמורת.¹⁶⁰

(ג) סיכום

שימוש בגירושין ובמשמורת כקלפי מיקוח לשם השגת הישגים בתחומים האחרים הנדונים בהסכם הגירושין, מעורר בעיות נורמטיביות קשות, כמו גם ספקות בדבר ההוגנות והנאותות של ההסכמים הנכרתים בנסיבות כאלו, הן מנקודת מבטם של ההורים הן מנקודת המבט של ילדיהם. בד בבד, המיקוח הממוזג מקשה על היכולת לפקח על תוכנם של הסכמי גירושין בכלים משפטיים רגילים, ולהתמודד עם חששות כלליים מפגמים בכריתה, העלולים להחריף בנסיבות המיוחדות של הסכם הגירושין. התוצאה היא חשש למעורבות חסר של המשפט דווקא בהקשר שבו מעורבות המשפט חשובה במיוחד.

סקירת עמדתו של המשפט הישראלי בנוגע לפיקוח על הסכמי גירושין בכלל, ולשאלת המיקוח המשולב בפרט, מגלה על פני הדברים השלמה עם המיקוח המשולב ורתיעה מלהתערב בו או מלפקח על תוכנו. אולם מבט מעמיק יותר חושף שלל טכניקות שבעזרתן המשפט הישראלי מתמודד עם הבעיות הטמונות במיקוח המשולב. תביעות הנזיקין בגין עיכוב גט מחלישות את היכולת להעמיד את ההסכמה לגירושין כתמורה במשא ומתן. בדומה, שימור חזקת הגיל הרך או מקבילותיה מגן על המטפלת העיקרית מפני ניצול המשמורת לצורך מיקוח כנגדה, ובמידה מסוימת אף מאפשר לה לנצלה לטובתה. התרת שינויים תכופים בהסדר המשמורת מקשה גם היא את הפיכת הסדר המשמורת לתמורה בהסכם הגירושין, ולמצער מנתבת את עיקר המסחר במשמורת אל דרישות תמורה בתחום מזונות הילדים. כל אלו מתפקדים למעשה כמנגנון להוצאת תחומים מסוימים מן המיקוח או לשלילת ערכם כקלפי מיקוח, באופן המעודד את הצדדים לשאת ולתת על כל אחד מן הנושאים בנפרד. לסיום, פיתוח מוסד התביעה העצמאית של הקטין בידינו מזונות יוצר הזדמנות לפקח לא רק על היקף מזונות הילדים, אלא גם על היכולת לתת תמורה רכושית

159 ייתכן שהכרזה אופטימית זו טעונה סיווג עד התייצבות הפסיקה בנוגע להפחתת שיעור המזונות המשתלם במקרים של משמורת משותפת, אך גם מקרים כאלה נשענים על תפיסה שיפוטית בדבר קיוויו הוצאות ישירות שהוצאו על הילדים, כלומר אינם משקפים הפחתה של סך המזונות המוצא על הילדים.

160 אמנם מניעת היכולת להפחית את מזונות הילדים היא מחסום חר-צדדי בלבד: היא חוסמת ויתור של ההורה המשמורן (המסכימה לוותר על מזונות כנגד תמורה בתחום הגט או המשמורת), אך אינה חוסמת ויתור של ההורה הלא-משמורן, העשוי גם הוא לבקש לרכוש, בעזרת דמי מזונות גבוהים, תמורה בתחום הגט או המשמורת. לשאלה זו אשוב בהמשך (ראו הדין להלן ליד ה"ש 204).

בעד ויתור נגדי שאינו בעל אופי רכושי בעצמו. במילים אחרות, הגבלת היכולת להסכים להפחתת מזונות ילדים מאפשרת אמנם חליפין בין מזונות הילדים לחלוקת הרכוש, אך לא חליפין בין מזונות הילדים ובין הסדר המשמורת או מתן הגט.

הגבלה של יכולת הוויתור בתחום מזונות הילדים מלמדת כי התחום הרכושי היחיד שעודנו נתון לעסקת חליפין מול האינטרסים האישיים – הגירושין והמשמורת – הוא תחום חלוקת הרכוש הזוגי. משמעותה של מסקנה זו מרחיקת לכת בנוגע לזוגות שאינם נהנים מרכוש זוגי בהיקף ניכר. לפי הניתוח המוצג כאן, זוגות אלו מוגבלים מאוד ביכולתם לנהל מיקוח משולב הכורך את ההיבטים הכלכליים וההיבטים האישיים, בהיעדר יכולת להעניק תמורה רכושית. עם זאת, לצד מסקנה חיובית זו, מתעוררת ביתר תוקף שאלת מעמדם של זוגות שיש בידיהם רכוש זוגי העומד לחלוקה. כפי שראינו, חלוקת הרכוש הזוגי היא התחום הזוכה לפיקוח הצר ביותר, תוך הכרה נרחבת בווייתורים רכושיים הנעוצים בתמורה בתחום האישי. אלא שהבחנה רדיקלית בין היקף הפיקוח על מזונות הילדים ובין היקף הפיקוח על חלוקת הרכוש אינה במקומה. מבחינה מעשית, הבחנה זו היא פעמים רבות מלאכותית. חלק גדול מן הצריכה של משק הבית שבו גרים הילדים היא משותפת להורה המשמורן ולילדיו: כך הוא בעניין המגורים, הוצאות חשמל, מים, ריהוט והיבטים רבים אחרים המשפיעים על רמת החיים של משק הבית. רכושו של ההורה משמש את הילדים, ומשאבי הילדים עומדים לשימושו של ההורה, ללא יכולת של ממש לעקוב אחר השימושים השונים.¹⁶¹

על רקע זה מחריפה שאלת הפער בין עמדתו של המשפט הישראלי בנוגע למזונות ובין העמדה המתירנית הננקטת בעניין מיקוח המשלב את הגירושין או המשמורת בשאלת חלוקת הרכוש. כל עוד הצדדים יכולים לסחור בתחומים השונים דרך חלוקת הרכוש, המגבלה שהמשפט הישראלי מטיל על מסחר במזונות הילדים הופכת לנטולת טעם ואפקטיביות, שכן היא רק מעבירה את המסחר מתחום אחד למשנהו תוך שימור אופני חלוקת המשאבים בין שני משקי הבית במישור המהותי. כדי להפוך את הפיקוח העקיף למועיל ובר תוקף, נחוץ הסדר כולל אשר יחסום את כל הפרצות המאפשרות את המיקוח המשולב. במילים אחרות, אם יש אמת בפרשנות שהצעתי, שלפיה ניתן לראות במשפט הישראלי מגמה של הגבלת המיקוח המשולב, נותר אך לצעוד צעד נוסף ולהפוך הגבלה זו למקיפה ואפקטיבית יותר. האם ניתן להרחיב את מודל הפיקוח גם לתחום הרכושי, ולהימלט מעונשו של המיקוח המשולב? לדיון בשאלה זו נעבור כעת.

ג. לקראת שלב נוסף בפיקוח על המיקוח

1. ממיקוח משולב למיקוח נפרד

(א) צמצום טווח המיקוח כמפתח לפיקוח

הדיון עד שלב זה הראה כי מזיגת התחומים הנדונים בהסכם הגירושין עומדת כאבן נגף בפני פיקוח אפקטיבי על תכנון ותנאיו של ההסכם, חרף הצורך המיוחד בפיקוח שיפוטי

161 השוו Mnookin & Kornhauser, לעיל ה"ש 1, בעמ' 961. לתיאור הקשר בעיקר מן ההיבט השלילי שלו ראו גם SARAH McLANAHAN & GARY SANDEFUR, GROWING UP WITH A SINGLE PARENT: WHAT HURTS, WHAT HELPS ch. 5 (1994).

שכזה. פעמים רבות מזיגת התחומים משקפת טקטיקה פסולה של משא ומתן, או ניצול של יתרון לא הוגן בשדה אחד כדי לצבור יתרונות בשדות אחרים. מזיגת התחומים מקשה גם על הערכת התמורות, וממילא חוסמת את היכולת להעריך מראש את שקילות התמורות ומאפשרת כריתה של הסכמים הלוקים בפגמים כמו הטעיה או כפייה. לבסוף, מזיגת התחומים מקשה על מתן סעדים מתאימים במקרה של פגם בכריתתו של ההסכם, שכן אי-הזמינות של תרופת ההשבה בחלק מן התחומים חוסמת את הדרך בפני הושטת סעד בתחומים אחרים. דומה שיש אפוא טעם של ממש לשקול פתרון כולל לבעיית המיקוח המשולב בדרך של צמצום טווח המיקוח, כלומר להגביל את יכולתם של הצדדים להסכם לסחור בין תחומי ההסכם ובין עצמם, ולגרום לצדדים לדון בכל אחד מן הנושאים בנפרד.

פתרון אפשרי עשוי להימצא בתכנון מוסדי שיבחין בין ההסכמות בנושאים השונים על פני ציר הזמן. כך למשל, הקדמת סידור הגט לדיון ברכוש עשויה להקשות על דרישת ויתורים רכושיים בתמורה למתן הגט. בדומה, אישור נפרד של ההסכמים הנוגעים לחלוקת האחריות ההורית עשוי להקשות את כריכת תחומי האחריות ההורית בתמורות במישור הזוגי כמו הגירושי או חלוקת הרכוש. עם זאת, פתרונות כאלה עלולים להאריך את הליך הגירושי ולהיתקל במכשלות מעשיות שונות. העמדת סידור הגט כחוליה הראשונה בשרשרת חושפת את הליך הגירושי כולו לכוחו של בן הזוג לעכב את הגט, ומעצימה בכך את פגיעותו של צד החפץ בפרידה, כמו גם מכפיפה את ההליך כולו לכוחו (וללוח הזמנים) של בית הדין הדתי. היא אף אינה חוסמת העברת רכוש הקודמת לשלב סידור הגט, אשר גם אם אין בה משום חלוקה סופית של הרכוש המשפחתי, יהיו לה השלכות בשלב זה. הקדמת חלוקת הרכוש, ברוח ההסדר שנוצר עם חקיקת סעיף 5 לחוק יחסי ממון בין בני זוג, אינה חוסמת עסקה עתידית ברכוש שחולק, בבוא מועד סידור הגט או סביב קביעת הסדרי המשמורת. גם הבחנה בין מועד אישור הרכיב הרכושי למועד רכיב המשמורת אינה מתמודדת כהלכה עם בעיה זו. אם כך, אין בהפרדת ההליך לשלבים במישור הזמן כדי לחסום ויתורים רכושיים כנגד תמורות מן הענפים האחרים של ההסכם. עיון בחלופה זו מגלה כי מוקד הבעיה טמון ביכולת לשלב את ההיבט הרכושי בהיבטים אחרים, ולפיכך מעלה את האפשרות לתפוס את השור בקרניו ולמקד את מאמצי הפיקוח בשאלת התמורה הרכושית. פרק זה יוקדש לדיון בחלופה זו, עמידה על יתרונותיה, והתמודדות שיטתית עם הקשיים והאתגרים הטמונים בה.

(ב) הרחבת הפיקוח העקיף: איפה הכסף?

לעיל ציינתי את מורכבותם של חלק מן הנושאים הנדונים אגב גירושי, ואת הקושי הניצב בפני מעריך חיצוני כגון בית המשפט לנתח נכונה את מפת האינטרסים של הצדדים, וממילא את נאותות המיקוח והוגנות ההסכם שביניהם. מעריך חיצוני מתקשה להבחין בין רצון אותנטי בגירושי או במשמורת ובין מצג שווא אסטרטגי לצורכי מיקוח. לפיכך אין ביד המעריך החיצוני להבחין בין מצבים שבהם הוגן וצודק להעניק תמורה ובין מצבים של שימוש לרעה במנופי מיקוח לא לגיטימיים. עם זאת, ישנו תחום אחד שבו תמונת המיקוח פשוטה למדי, כל עוד הוא עומד לעצמו. בעוד העדפות הצדדים בנוגע לגירושי ולמשמורת הן פרטיות ומגוונות, הרי עד כמה שחלוקת הרכוש עומדת על הפרק כשלעצמה, סביר להניח שכל אחד מן הצדדים מעוניין להשיא את חלקו. יתרה מזו, לרשות שני הצדדים עומדת

חלופה זהה מחוץ למשא ומתן, והיא הכרעה שיפוטית. אף שלעיתים עשויה להתעורר אי-ודאות בנוגע להכרעה הצפויה, נושא שאליו אשוב להלן, הרי באשר לעיקרו של הרכוש המשפחתי שנצבר במהלך הנישואין, וברוב המקרים, הדין גוזר את איזון משאביהם של הצדדים באופן שיביא לחלוקה שווה של הרכוש המשפחתי. מה יכול אפוא להסביר סטייה של ממש מחלוקה שווה במסגרת ההסכם? מדוע יסכים צד להסכם לקבל רכוש פחות מזה הצפוי לו בהליך משפטי?

בהקשר זה ניתן להעלות על הדעת שלוש חלופות מרכזיות. כפי שראינו, הטעם המרכזי לסטייה מחלוקה הצפויה הוא מסחר ותמורה בין תחומי ההסכם ובין עצמם: צד אחד מוותר בתחום הרכוש לטובת קבלת עמדתו בתחום הגירושין או המשמורת. הדיון עד כה הראה כי עסקה שכזו עלולה לעורר בעיות נורמטיביות קשות, ועל כן מוטב למנוע אותה. טעם אפשרי אחר כרוך בפגם בכריתת ההסכם: אף ששני הצדדים חפצים להשיא את עושרם, ועומדת לרשותם חלופה דומה מחוץ למשא ומתן, יחולק הרכוש באופן חד-צדדי עקב כפייה, עושק או טעות של אחד הצדדים, או הטעייתו בידי משנהו. אף שאין ספק כי ראוי למנוע מצבים מעין אלו, ראינו כי עסקת תמורה בין חלקי ההסכם חוסמת את האפקטיביות של פיקוח שיפוטי על ההסכם למניעת פגמים בכריתתו. גם מבחינה זו מוטב אפוא למנוע הסכמים מעין אלו. טעם שלישי עניינו שיקולים פוטנציאליים אחרים, לגיטימיים לגופם, העשויים לתמוך ברצון הצדדים לסטות מן החלוקה הצפויה. עומקם ועוצמתם של שיקולים אלו צריכים אפוא לקבוע את הגישה הראויה כלפי הסכמים הסוטים מן הדין. בהיעדרם, עלינו להבין כל סטייה מן הדין כנובעת משיקולים פסולים.

מסקנה לכאורית זו פותחת פתח להרחבת הפיקוח העקיף על הסכמי גירושין. לאחר שהגענו למסקנה כי ראוי להגביל את המיקוח המשולב, וראינו כי מגמת הפיקוח החלה באופן שבו המשפט הישראלי מסדיר את ההסכמים הנוגעים למזונות הילדים, כל שנותר הוא לחסום את הנתיב האחרון שנותר לא מפוקח: חלוקת הרכוש בין בני הזוג. אם בבסיס הסטייה מן הדין בתחום חלוקת הרכוש ניצבים בעיקר שיקולים פסולים, או השאיפה לסחור בין תחומי ההסכם, הרי הגבלה של סטייה כזו תצמצם הן את המוטיבציה העיקרית למיקוח משולב והן את האפשרות להוציא מיקוח כזה אל הפועל. אכן, ממש כשם שהגבלת היכולת לוותר על מזונות ילדים עשויה לחסום מסחר במשמורת (תופעה שאותה כיניתי קודם לכן "פיקוח עקיף"), כך הגבלת היכולת להעניק תמורה בתחום חלוקת הרכוש תחסום את עיקר המסחר בשדות הלא-רכושיים, ולפיכך תהווה דרך אפקטיבית שתוביל את הצדדים לדון גם בשאר חלקי ההסכם לגופם, בלי לקשור ביניהם. כך תיתפסנה כמה ציפורים במכה אחת: לא רק הבטחת הגינותה של חלוקת הרכוש, תחום שבו בית המשפט מצויד בקריטריון ברור להערכתה; אלא גם מטרה חשובה ורחבה יותר: שחרור כל חלקי ההסכם מן הקשיים הטמונים במיקוח המשולב, והבטחה כי הצדדים ידונו ויכריעו בהיבטים האישיים של הסכסוך לפי שיקולים עצמאיים וענייניים, ולא מתוך ניסיון להשיג יתרונות מיקוח. בטרם אפנה לדיון ביתרונותיה ובחסרונותיה של חלופה זו, אציג אותה בקצרה.

(ג) הגבלת היכולת לסטות מן הדין בחלוקת הרכוש כמנגנון פיקוח על המיקוח
ההצעה העולה מן הדברים היא רדיקלית למדי: לחתור להגבלת יכולתם של צדדים להסכם גירושין לסטות באמצעות ההסכם מן הדין החל עליהם. המשמעות היא פשוטה: בנסיבות רגילות, שבהן דיני איזון המשאבים מנבאים חלוקה שווה של הרכוש המשפחתי, הצדדים

יוכלו לחלק את הרכוש שווה בשווה בלבד. בנסיבות שבהן לפי הדין החל יש לסטות מחלוקה שווה, תותר לצדדים סטייה כאמור בהיקף המשקף את הצפוי בדין. במילים אחרות, לפי ההצעה, צדדים להליך גירושין יוכלו להמשיך לעגן בהסכם את תנאי פרידתם, אולם תנאי הפרק הרכושי של ההסכם יצטרכו לחקות את הדין, ולא לסטות ממנו. המבט השיפוטי על ההסכם יניח כי חלוקת הרכוש נדונה בהסכם זה לגופה, ולא בשילוב תחומי ההסכם האחרים. בשל כך מיקוח בין הצדדים, שאינו נגוע בטעות, הטעיה, עושק או כפייה, צפוי לתאום את החלוקה הצפויה בדין. כך יוכלו הצדדים להגיע להסכמה בסוגיות כגון אופן חלוקת הנכסים, מועדי הביצוע וסילוק בשיעורים, אך תיחסם בפניהם הדרך לסטות מן החלוקה הצפויה, וממילא תיחסם בפניהם הדרך לסחור בגירושין או במשמורת לצורך קבלת רכוש, לעוות את שיקוליהם בתחום היחסים לפי האינטרסים הרכושיים שלהם, או להשיג יתרונות רכושיים באופן לא הוגן.

עיקרו של המודל המוצע ניתן אפוא למימוש שיפוטי כבר עתה: כפי שראינו, הסכמי גירושין טעוני אישור – הן חלקם הממוני הן חלקם הנוגע לאחריות ההורית. בידם של שופטי הערכאות הדיוניות להימנע מלאשר הסכמים המחלקים את הרכוש בצורה הסוטה מן הדין, ולעמוד על כך שהחלוקה המוצעת בהסכם תוסבר ותובהר להם באופן המיישב אותה עם הדין החל. בהיעדר הסבר כזה, ניתן להניח כי ההסכם משקף מסחר בין הרכוש ובין טובתם של הקטינים, ולכן אינו ראוי לאישור על פי הדין החל על חלקים אלו. לחלופין, ניתן לקבוע כי ההסכם אינו משקף את הסכמתם החופשית של הצדדים לו, שפירושה הסכמה בענייני הממון באופן המשוחרר מאילווצים אחרים כגון רצון להאיץ את הגירושין או לזכות במשמורת. לפיכך, אף שדרך המלך עשויה להיות שינוי חקיקה מתאים (שעשוי אף להשפיע על האחידות בין הערכאות בעניין זה, נושא שאדון בו להלן), אין הכרח להמתין למחוקק כדי ליישם את ההצעה.¹⁶²

חשוב להבחין כי כבר עתה, שופטת או שופט העושים את מלאכתם נאמנה בשלב אישור ההסכם, צריכים לראות בחלוקה מוטה של הרכוש אות אזהרה על חשד לפגם בכריתה או לקיפוח עניינו של מי מן הצדדים. מטעם זה, הדרישה להציג ולנמק את חלוקת הרכוש אינה מכבידה יתר על המידה על שופטים אלו. על רקע זה היה ניתן לכאורה לאמץ פתרון מתון יותר, שלפיו בהיעדר שקילות במישור הרכוש, יראה זאת בית המשפט כחזקה נגד אישור ההסכם, וחזקה זו תעמוד להפרכה במהלך הדיון. אלא שהניסיון המצטבר בקשר לנטייתם של בתי משפט לאשר הסכמים, מטה את הכף נגד גישה כזו. גישה כזו אף תחייב את בתי המשפט המתמקדים בהליך הכריתה, לפשפש בנסיבות הקונקרטיות של הסכסוך בין בני הזוג ובנסיבות כריתת ההסכם, באופן שיפגע הן בפרטיותם של הצדדים הן ביעילות הדיונית, ועלול לגרור את בית המשפט לקביעות עובדתיות בלתי אמינות. תחת זאת מוצע למקד את הדיון בחלוקת הרכוש בלבד. כפי שאפרט להלן בדיון בקשיים המעשיים של המודל המוצע, ניתן לבנות מסגרת לפיקוח כזה שלא תכביד יתר על המידה על בתי המשפט, ובאופן שיקל הן את אכיפת ההסדר הן את מניעת עקיפתו, ללא המחיר הכבד של עומס

162 במציאות הישראלית, שאלת ישימותם של הליכי חקיקה בדיני משפחה מעוררת שלל דיונים מורכבים החורגים מעניינו של מאמר זה.

מוסדי. מסגרת כזו ממוקדת, מצד אחד, באופן שבו יוגשו הסכמים לאישור, ומצד שני, במעמדן של העברות רכוש בין הצדדים שיעשו מחוץ להסכם.

מקור כוחה של ההצעה טמון אפוא בפשטותה. החלוקה הצפויה בדין משקפת את ההכרעה שצדדים היו מגיעים אליה, בצילו של הדין, לו היה המיקוח ביניהם מתמקד ברכוש בלבד, כשהוא נקי מפגמים בכריתה או ניצול של יתרונות לא הוגנים. ההצעה מאפשרת להפעיל מנגנון יעיל להפרדת המיקוח, בדרך שיפוטית וללא הארכת יתר של הליך הגירושין. היא משתלבת במגמתו של המשפט הישראלי להגביל את יכולתם של צדדים לתרגם יתרון בתחום הגירושין או המשמורת ליתרון בתחום הרכוש, ועשויה לתרום לפישוט המשא ומתן לקראת גירושין ולקיצורו תוך דאגה לרווחתם הכלכלית של בני הזוג וילדיהם. מעל הכול, היא מתמודדת עם מורכבותו הייחודית של הסכם הגירושין, המקשה לבצע פיקוח מהותי על תכניו בדרך מסורתית, חרף השיקולים המורים על הצורך המיוחד לפקח על תוכנו.

יתרה מזו, קשייה של ההתמודדות המשפטית עם סכסוכי גירושין הביאו את המחוקק להפניית סכסוכי משפחה בכיוון גישורי-טיפולי, במסגרת הליכי מהו"ת.¹⁶³ בכיוון זה טמון פוטנציאל גדול לתרומה לצמצום הנזקים והקשיים הנלווים לסכסוכי גירושין. עם זאת, המעבר להליך גישור מעורר גם חששות ודאגות בנוגע לשמירה נאותה על זכויותיהם המשפטיות של הצדדים, הן מבחינת מקצועיותו של הגוף המטפל (שעיקר הכשרתו בתחום הטיפולי, ולא דווקא בתחום המשפטי-רכושי) הן מבחינת עלייה בהיקפם של סכסוכים שיושבו מחוץ להליך השיפוטי, וקשיי הפיקוח על הסכמות שיושגו במסגרתם. ההסדר המוצע כאן מפריד באופן מעשי בין ההיבטים הרכושיים להיבטים האישיים שבהסכם הגירושין. הוא מבטיח אפוא את עצמאותו של הדיון בשאלת הפרידה והגירושין ובשאלת חלוקת האחריות ההורית הטיפולית, באופן שיאפשר קבלת החלטות עניינית והימנעות מהתנהגות אסטרטגית. כך, הוא מאפשר להותיר לכל אחד מן המוסדות – בית המשפט ויחידות הסיוע שלידו – את הטיפול בתחומים שבהם הוא נהנה מיתרון יחסי, תוך הבטחה שיפוטית של הוגנות חלוקת הרכוש, והתמקדות טיפולית-גישורית בתחומים האישיים-משפחתיים.¹⁶⁴ הוא מעצב דין רקע שבצילו יכולים הצדדים לשאת ולתת בחסותם של מטפלים ומגשרים, בלי לחשוש לקיפוח זכויותיהם המשפטיות, תוך יצירת כלל פעולה פשוט המנחה את עבודתם של מגשרים – בין שהם משפטנים ובין אם לאו. לפיכך הוא משפר את טיפולו של המשפט הישראלי בסכסוכי גירושין בכלל, ובהסכמי גירושין בפרט. האם נמצאה אפוא הדרך המיטבית לפיקוח על הסכמי גירושין?

2. קשיים עקרוניים ומעשיים

הצעה זו נראית מפתה ממבט ראשון, אלא שמבט שני בהצעה מעורר בעיות אחדות, עקרוניות ומעשיות כאחד. אכן, פשטותה של ההצעה לא בהכרח מבטיחה שהיא נקייה מספקות ומבעיות. יתרת המאמר מוקדשת לדיון מפורט בכל אחת מבעיות אלו. בעיית העל נוגעת לפגיעה בחופש החוזים, הכולל גם את החופש לכרות חוזים שלדעת רשויות המשפט

163 ראו לעיל ה"ש 16.

164 לאפשרות להבחין בין ההיבטים המצריכים שיפוט להיבטים המצריכים טיפול וגישור ראו Grace G. Blumberg, *Who Should Do the Work of Family Law?*, 27 FAM. L.Q. 213, 216 (1993).

הם שגויים או בלתי צודקים. ברוח עיקרון זה, כל הגבלת תוכנו של הסכם שהצדדים חפצים בו, טעונה צידוק. תת פרק א מוקדש לדיון בשאלה זו. שנית, יש לדון בנסיבות שבהן מסחר בין התחומים משרת אינטרסים נחוצים. תשומת לב מיוחדת נדרשת לנוכח הטענה הרווחת שלפיה מסחר בגט הוא בבחינת "הרע במיעוטו", הנדרש לשם שחרור נשים מעגינותן. תת פרק ב מוקדש לסוגיה זו. שלישית, אף אם מוצדק להפריד את תחומי המיקוח זה מזה, יש חשש מתחולת יתר של ההסדר המוצע, אשר יגביל סטייה מן החלוקה הצפויה בדין גם בנסיבות שבהן סטייה זו נשענת על אינטרסים הגיוניים ולגיטימיים. צריך לבחון אפוא אם ויתור על מימושם של אינטרסים אלו הוא מחיר שראוי לשלמו כדי לזכות ברווח הטמון בהצעה מבחינת יכולתה להביא לפיקוח ראוי על הסכמי הגירושין. תת הפרק ג, בסעיפיו הקטנים 1-4, מוקדש לדיון מפורט בטעמים כשרים אפשריים לסטייה מן החלוקה הצפויה בדין, ולהערכת המחיר הטמון בהגבלתם. רביעית, יש מקום לבחון עד כמה יוכלו הצדדים לנקוט מיקוח הכורך יחד את שאר חלקי ההסכם מבלי לערב את היבט הרכוש, באופן שיותר על כנן את בעיות המיקוח המשולב חרף ההסדר המוצע. תת פרק ד מוקדש לשאלה זו. לבסוף, ההצעה מעוררת בעיות מעשיות הקשורות במנגנוני האכיפה של ההסדר המוצע ובדרכי עקיפתם האפשרית. תת פרק ה, בסעיפיו הקטנים 1-4, מתמודד עם בעיות אלו.

(א) נקודת המוצא: חופש החוזים וגבולותיו

משמעותה העיקרית של ההצעה המועלית כאן היא הפיכתם של הסדרי הרכוש בין בני זוג לקוגנטיים, לפחות בשלב הגירושין. אלא שהסדרה קוגנטית, מניה וביה, אינה מתיישבת עם עקרון חופש החוזים, שעל פיו תוכנו של חוזה הוא "ככל אשר יסכימו הצדדים".¹⁶⁵ חופש החוזים הוא מכשיר ביד פרטים המאפשר להם לממש את רצונם ואת האוטונומיה שלהם וליצור לעצמם דין פרטי שיזכה לאכיפת המדינה. הוא נשען אף על הרעיון שלפיו תקודם רווחת הכלל אם יתאפשר לצדדים לכרות הסכמים הרצויים להם, ושעצם ההסכמה לחוזה מעידה על השיפור ברווחתם של שני הצדדים, וממילא גם ברווחת המצרפית. לבסוף, הוא נשען על התפיסה שלפיה הצדדים עצמם יודעים טוב יותר מן המחוקק או השופט מה ערכן האמיתי (בעיניהם) של הזכאויות הנסחרות בהסכם. התערבות כופה בהסכמים עלולה אפוא לפגוע הן ברווחתם של הצדדים הן באוטונומיה שלהם. לפיכך אין למנוע ממי שהמשמורת, למשל, חשובה לו במיוחד, לזכות בנתח גדול יותר של משמורת בתמורה לוותר רכוש. לעיל עמדתי על הנסיבות הייחודיות ההופכות את הסכם הגירושין לראוי לפיקוח מיוחד. אופי ההסכם, היוצר מונופולין דו-צדדי במרבית התחומים העומדים להתנאה, בצירוף אי-השוויון בתנאי הרקע המשפטיים והחברתיים, מעוררים ספק בדבר יכולתו של הסכם כזה לשקף את החופש והאוטונומיה של הצדדים או לתרום לקידום רווחת הכלל, ומעוררים

165 ראו ס' 24 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973. סעיף זה מעגן את "חופש העיצוב" אך לא את "חופש ההתקשרות" (ראו גבריאלה שלו דיני חוזים – החלק הכללי 45-46 (2005)), אלא שבהקשר של הסכמי גירושין, שבהם הצדדים כבולים להסכמה ביניהם בלבד, חשיבותו של חופש ההתקשרות פוחתת. על חופש החוזים והעקרונות שבבסיסו ראו גם PATRICK S. ATIYAH, THE RISE AND FALL OF FREEDOM OF CONTRACT (1979); THE FALL AND RISE OF FREEDOM OF CONTRACT (F.H. Buckley ed., 1999).

חשש לגיבוש עמדות מיקוח סחטניות. מרכזיות ההסכמים בענף הדין הרלוונטי, האופן שבו הסכמים אלו עלולים לשאת השלכות חלוקתיות שיטתיות תלויות מגדר, השפעת המשבר הרגשי הנלווה לגירושין על אופי המשא ומתן, החובות המיוחדים בין בני משפחה והחשש לפגיעה בילדיהם של בני הזוג שאינם צד להסכם, תומכים כולם בגישה שתכפיף את הסכמי הגירושין למגבלות מיוחדות. לבסוף, הנטייה המיוחדת של הסכמי גירושין ללקות בפגמים בכריתה, מהווה אף היא טעם מיוחד לחשוד באופן שבו הסכמים לא מפוקחים מקדמים את היעדים שבבסיס עקרון חופש החוזים. כל אלו מעניקים אף טעם לראות בהסכמים אלו זירה מתאימה לקידום עקרונות של שוויון והגינות.¹⁶⁶

בנסיבות אלו, ייתכן שאף שיקולים של הגדלת רווחה חברתית יתמכו בעמדה פטרנליסטית שתגביל את חופש ההתנאה של הצדדים.¹⁶⁷ הדברים מקבלים משנה תוקף כאשר הפיקוח מתמקד בשאלת חלוקת הרכוש, שהרי שלא כתחומים קלאסיים המעוררים שאלה בדבר יכולת הפיקוח על מחירי העסקאות, כאן בתי המשפט אינם נמצאים בעמדה נחותה מן הצדדים ביכולת להעריך את שאלת הדין החל. לפיכך, למצער בנוגע לחלוקת הרכוש כשלעצמה, ענייננו אינו פגיעה ביכולתם של הצדדים לערוך הסכם המיטיב עמם, אלא באוטונומיה שלהם לערוך הסכם המרע עם מי מהם.¹⁶⁸ לנוכח החשש לפגמים של טעות או כפייה, מתערער אף הערך הטמון במימוש אוטונומיה מעין זו, ומתעורר החשד שמא אוטונומיה של האחד מתממשת על חשבון האוטונומיה של משנהו. האופן שבו מזיגת תחומי המיקוח מגבילה את יכולת הפיקוח גם על פגמים אלו, תורם אפוא לחשש שמדיניות של אי-התערבות תביא לכריתתם של הסכמים רבים שאוטונומיה ויעילות מהם והלאה.

אכן, המשפט הישראלי לא נרתע מלהגביל את חופש החוזים בתחומים רבים: חוקי העבודה, הצרכנות, הבנקאות, הביטוח והדיירות המוגנת כוללים הוראות קוגנטיות משמעותיות.¹⁶⁹ כידוע, בתי המשפט לא נרתעו מלמצמץ את חופש החוזים באמצעות עקרונות כלליים כמו תקנת הציבור, תום לב או תחולת עקרונות חוקתיים, או דרך בחירה בדרכי פרשנות המדגישות את כוחו של בית המשפט. נטייה זו ראויה להתחזק אם יש חשש לפגיעה במי שאינו צד לחוזה: ילדיהם המשותפים של הצדדים. בענייננו, הגנה על הילדים מתמצית בשניים: ראשית, הפרדת עניינם מן המיקוח הכולל והקפדה על דיון באינטרסים שלהם לגופם, ולא לאור אינטרסים רכושיים של ההורים. שנית, הבנה כי מנקודת מבטם של הילדים, ההבחנה בין משאבים העומדים לרשות הורה המשמורן מכוח דיני המזונות לאלו העומדים לרשותו מכוח דיני הרכוש היא מלאכותית. הקפדה על כך ששני ההורים יצאו מהליך הפרידה כשארשותם משאבים כלכליים מספקים, משרתת אפוא גם את צורכיהם של

166 להתאמה הטיפוסית בין שיקולים אלו ראו למשל איל זמיר "רצון חופשי, יעילות כלכלית ושקילות התמורות" משפטים כט 783 (1999).

167 ראו Zamir, לעיל ה"ש 42.

168 היחס בין אוטונומיה כמכשיר הגנה על האינטרסים של הפרט מפני התערבות שגויה, שכן הפרט הוא בעל פריבילגיה להבין מה טוב לו, ובין אוטונומיה כבעלת ערך אינטיניזי אף כאשר מימושה מרע עם הפרט האוטונומי, עולה כבר בספרו הקלאסי של ג'ון סטיוארט מיל על החירות (2006). להרחבה ראו John Christman, *Autonomy in Moral and Political Philosophy*, THE STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY (Spring 2015) <https://stanford.io/2QQyBQJ>

169 ראו למשל שלו, לעיל ה"ש 165, בעמ' 51 ואילך.

הילדים. אם כך, בעוד חופש החוזים המוחלט הולם שני צדדים שווי כוח הנושאים ונותנים בעניינם שלהם, הוא הולם פחות אם יש טעם לסבור כי בין הצדדים פער כוחות ניכר, והעניין הנדון משפיע על רווחתם של קטינים שאינם מיוצגים בהסכם ואינם יכולים להגן על עניינם בכוחות עצמם.

אך מה על צדדים השואפים לעגן בהסכם את תפיסותיהם הייחודיות בעניין המשטר הרכושי הראוי, גם מבלי לערב בו את תחומי המיקוח האחרים? אמנם החוק הישראלי משקף משטר המבוסס על שוויון בבעלות על נכסי הנישואין, אך הוא משאיר פתח לבני הזוג להתנות עליו בדרך של הסכם ממון. אם שני הצדדים מבקשים לדחות את המשטר השוויוני, מתוך העדפת מודל אחר התואם את השקפת עולמם המשותפת, הדין מאפשר להם לעשות כן. מדוע שלא נאפשר לצדדים לקבוע ביניהם, כרצונם, משטר המבוסס על עצמאות רכושית של כל אחד מבני הזוג, או משטר המבוסס על אי-שוויון, התואם את תפיסתם העצמאית בדבר היחסים הראויים בכלל או את היחסים שביניהם בפרט?

אכן, מתן תוקף לתפיסות לא שוויוניות של בני הזוג מעורר מתח קבוע בין מחויבות המדינה לזכויות כל אזרחיה כפרטים ובין מחויבותה לקיים מרחב בין-תרבותי המכבד תפיסות וצורות חיים מגוונות.¹⁷⁰ ברוח זו ניתן לטעון, למשל, כי אין לכבד את הסכמתן של נשים בחברה מסורתית לוותר על המעמד השוויוני המוענק להן על ידי דין המדינה, בין משום שהסכמה זו נעוצה ב"תודעה כוזבת" או בתנאי רקע דכאניים הפוגעים בתוקפה, ובין משום ששיקולים פטרנליסטיים תומכים בדאגה לזכויותיהן גם נגד רצונן.¹⁷¹ בהתחשב בכך נדונה בספרות האפשרות לחסום כל אפשרות להתנות על דיני הרכוש המשפחתי.¹⁷² מאידך גיסא, בסוגיה זו שבות ומתעוררות שאלות היסוד של גבולות המדינה בקביעת תפיסת טוב לאזרחיה, והחשש שהתערבות שלטונית תגרום דווקא לפגיעה בצדדים המכלכלים את צעדיהם בתכונה.

עם זאת, חשוב להבחין כי לצורך הדיון הנוכחי לא נדרש להכריע בסוגיה חשובה זו, הנוגעת להגבלה כללית של יכולת בני הזוג לסטות ממשטר הרכוש השוויוני. כל שנדרש כאן הוא להגביל את יכולתם לעשות זאת בדיעבד, לאחר שחיי הנישואין תמו והרכוש המשפחתי נצבר משכבר. אכן, בני זוג המסכימים מראש – בין בהסכם קדם-נישואין ובין במהלך הנישואין – לסטות ממשטר הרכוש שבדין, יכולים לכלכל את צעדיהם בהתאם במהלך

170 Joshua Cohen, Matthew Howard & Martha C. Nussbaum, *Introduction: Feminism, Multiculturalism, and Human Equality*, in IS MULTICULTURALISM BAD FOR WOMEN 3–5 (Joshua Cohen, Matthew Howard & Martha C. Nussbaum eds., 1999); גילה שטופלר "מאחורי הרעלה – הטלת הגבלות על עטיית כיסויי ראש לנשים במדינות ליברליות" משפט וממשל יב 191, SHARON THOMPSON, PRENUPTIAL AGREEMENTS AND THE PRESUMPTION OF FREE CHOICE 148–150 (2015); (2009) 221–216.

KATHERINE BULLOCK, RETHINKING MUSLIM WOMEN AND THE VEIL: CHALLENGING HISTORICAL & MODERN STEREOTYPES 39 (2002); שטופלר, לעיל ה"ש 170, בעמ' 216–217. לצורך הדיון הנוכחי לא אדרש לטיב ההבחנה בין נימוקים אלו.

172 Julia H. McLaughlin, *Should Marital Property Rights Be Inalienable? Preserving the Marriage Ante*, 82 NEB. L. REV. 460 (2003); Carolyn J. Frantz, *Should the Rules of Marital Property Be Normative*, 2004 U. CHI. LEGAL F. 265 (2004).

הקשר הזוגי. הבחירה מראש במשטר רכוש לא שוויוני עשויה להשפיע על ההחלטה אם להיכנס לקשר הנישואין או על אופן ההתנהגות של משק הבית המשותף. כך למשל, בני זוג הבוחרים במשטר של הפרדה רכושית יכולים לחלק בהתאם את מטלות הבית והטיפול, תוך הימנעות מהשקעה יתרה בפרויקטים משותפים או מויתורים הדדיים הכרוכים באובדן הכנסה אישי, מן הסוג הנתפס ברגיל כמשקף "מאמץ משותף" המזכה בן זוג אחד בפירות הכנסתו של בן הזוג האחר.¹⁷³ הסכם כזה הוא אפוא הסכם הקובע את צורת החיים העתידית הכוללת של בני הזוג, ולא רק את התוצאה הרכושית של יחסיהם: הוא קובע את ציפיותיהם ההדדיות, את אופן קבלת ההחלטות וחלוקת המשימות הזוגי, ואת אופי חלוקת הסיכונים בין בני הזוג. הוא עשוי אפוא להיות שקול, ולבטא את צורת החיים, היקף ההסתמכות ההדדית ופרופיל הסיכון הרצויים לשני הצדדים. לא כן הסכם גירושין, שאינו כולל עוד כל ציפייה עתידית להתנהגות מסוימת במישור הזוגי. ואכן, שיטות משפט שונות מאפשרות לבני זוג לקבוע ביניהם הסדר לא שוויוני בהסכם קדם-נישואין אך מפקחות בקפדנות על הוגנותו של חוזה שנכרת בשלבים מאוחרים יותר של הקשר.¹⁷⁴ אם כך, אף אם יש מקום לאפשר לצדדים לסטות מראש מהסדר איוון המשאבים בהסכם המכוון את מהלך החיים הזוגיים, אין חשיבות כזו ליכולת לקבוע את משטר הרכוש הראוי בשלב הפרדה, בייחוד כאשר יכולת זו נשקלת אל מול החשש שהחלוקה נקבעה על ידי צד אחד ונכפתה על הצד האחר באופן לא הוגן. לפיכך טעמים מיוחדים אפשריים של בני הזוג אינם צריכים לאפשר להם לסטות מן החלוקה הצפויה בדין בכל הנוגע להסכם הגירושין, אם הצדדים לא קבעו מראש משטר מעין זה.

לסיכום, הגבלת יכולתם של צדדים לסטות בעת גירושין מחלוקת הרכוש הצפויה להם בדין, נועדה בראש ובראשונה להגן על ההסכם מפני הקשיים הנורמטיביים הנובעים מן המיקוח המשולב. היא נועדה להגן על העצמאות והכנות של הסכמות הצדדים בסוגיית הגירושין והמשמורת, ולשמוט את הבסיס מתחת לכוונתו של מי מבני הזוג לנצל לרעה כוח עודף העומד לזכותו לשם פגיעה בזולתו או השגת הישגים שאינם מגיעים לו בדין. היא נעוצה בהבנה שיכולתו של בית המשפט להעריך את ההסדר הרכושי הנערך בחסות הדין אינה נופלת מזו של הצדדים, וכי בנסיבות האופייניות להסכם גירושין ספק רב אם יש בסטייה מחלוקת הרכוש הצפויה בדין כדי לקדם רווחה חברתית או אף את האוטונומיה של הצדדים, בייחוד בשים לב לקיומם של צדדים שלישיים המושפעים מן ההסכם. לבסוף, היא

173 לדיון באופן שבו חלוקה שוויונית של נכסי המאמץ המשותף מאפשרת לבני הזוג לחלק ביניהם את העבודה בגמישות ראו שחר ליפשיץ השיתוף הזוגי 45–47 (2016).

174 ראו Sean H. Williams, *Postnuptial Agreements*, 2007 Wis. L. Rev. 827, 842 (2007). אף שדיונו של ויליאמס נוגע להסכמים שנכרתו לאחר הנישואין, ולא להסכמי פירוד, עיקרו של הדיון וההבחנה בין הסדרה מראש הנתפסת ככשרה ובין הסדרה בדיעבד החשודה כבעייתית, חלים גם בענייננו. כך או אחרת, אין לראות בדברים כאן טיעון לגופו בזכות הסדרה מראש מן הסוג הנזכר. הסדרה כזו מעוררת בעיות משל עצמה. ראו למשל THOMPSON, לעיל ה"ש 170, בעמ' 195–197. לטענה שיש לאפשר הסדרה כזו כדי לתת ביטוי לתפיסות משפחתיות שונות ראו Katharine K. Baker, *Homogenous Rules for Heterogeneous Families: The Standardization of Family Law When There Is No Standard* (2012) 319, 350–357 U. ILL. L. REV. בדומה, דיון נפרד נדרש בקשר להסכמים מסוג "שלום בית ולחלופין גירושין", המעוררים בעיות משל עצמם (ראו לעיל ה"ש 9).

נשענת על התוכנה שלפיה מלבד מיזוג של חלקי ההסכם, המעורר קשיים חריפים כאמור, אין לצדדים נימוקים כשרים כבדי משקל לסטות במידה ניכרת מן החלוקה הצפויה להם בדין, ולפיכך הגבלת סטייה כזו תשלול מן הצדדים חלופות רעות, אך לא תשלול מהן חלופות טובות רבות משמעות. טענה אחרונה זו מצריכה דיון פרטני, ואליו נעבור כעת.

(ב) האם מיקוח משולב נחוץ? החשש מהחמרת בעיית העיגון

חוסר היכולת לתבוע ויתורים ממוניים בתמורה למתן הגט הוצג לעיל כיתרון של ההסדר המוצע. עם זאת, צריך לתת את הדעת על קושי אפשרי העלול לנבוע מהסדר זה מנקודת מבטן של מסורבות גט. לפי טענה זו, בהיעדר יכולת לשחד את הסרבן ולשלם בעד מתן הגט, סרבני גט עלולים להימנע מלשתף פעולה בהליך הגירושין. כך שכרן של הנשים, המתבטא בדאגה למצבן הכלכלי ולהוגנות ההסכם בכללותו, יוצא בהפסדן בתחום המעמד האישי, והן תיוותרנה כבולות בכבלי עגינותן. מדיניות כזו עלולה אפוא לפגוע בפלחי הציבור הנדרשים לגירושין הדתיים לשם המשך חייהם.¹⁷⁵ לפי הטענה, בנסיבות המיוחדות של הדין הישראלי המחיל את הדין האישי עם כל מורכבותו, יש להעדיף את הרע במיעוטו – הבטחת חירותן של נשים ולו במחיר כלכלי כבד, בבחינת "תן לי הנפש, והרכוש קח לך". חרף החשש האמור, נראה לי כי אין בו כדי לפגוע במסקנה המוצעת כאן. ראשית, הפתרון המוצע אינו נשען על בעיות הקשורות בעיכוב הגט בלבד, ולכן אין מקום לדחות את המודל הכללי המוצע לכלל המתגרשים כדי לשרת את עניינן של מעוכבות הגט. אכן, לא כל בני הזוג הכפופים למשפט הישראלי הם יהודים הנשואים כדת משה וישראל, ולא כל אוכלוסיית הנשים היהודיות הנשואות כדת משה וישראל חשופות לאיום בעיכוב גט. בן זוג עשוי להימנע מלסרב לתת גט מטעמים מוסריים, מטעמים אישיים (כמו רצון או צורך אישי בפרידה) או מטעמים מעשיים (כגון הרצון להימנע מחיובו במזונות אישה, והחשש מחבות בניזיקין בעוולה של סירוב גט, או מסנקציות שיושטו עליו בידי בית הדין). לפיכך גם אם היה בטיעון זה כדי לשכנע, אין להרחיב את תחולתו יתר על המידה, ויש להחילו רק באותם מקרים שבהם מוכח כי פתרון בעיית העיגון מחייב את הוויתור על המטרות החיוביות האחרות המושגות במודל המוצע.

חשוב מכך, כפי שכבר נטען בספרות, הדעת נותנת כי חלק מן התופעה של עיכוב גט למטרות סחיטה נשען על האפשרות הנתונה לסחטנים להיפנות מן העיכוב. בהיעדר יכולת להפיק רווחים כלכליים מעיכוב הגט, ההופכת את עיכוב הגירושין לבעל פוטנציאל להשתלם, גם אותם סרבנים עשויים לפעול לפי רצונם האותנטי בעניין הגירושין לגופם, ולשתף פעולה בהליך הגירושין.¹⁷⁶ אמנם לצידם של מי שמסרבים להתגרש במטרה להשיג רווח כלכלי, עומדים מי שסירובם נעוץ בסיבות אחרות כמו נקמנות וקושי להסתגל

175 מידת הפגיעה שמעמד של מסורב או מסורבת גט מסב נעה על פני רצף הקשור בזהות הדתית, בתוכניות נישואין וילודה עתידיות ועוד. אמנם המשפט הישראלי מספק "תחליפי גירושין" למיניהם, אולם אלה עוזרים בעיקר למי שהגירושין הדתיים אינם דרושים להם מבחינה אישית וחברתית, ובמקרה של נשים המתכוננות לידה נוספת – למי שמוכנות לשאת בעול הסיכון למעמד ילדיהן בדין האישי. להרחבה ראו פנחס שיפמן "על תחליפי גירושין תוצרת בית המשפט האזרחי" ספר לנדוי 1607, 1614–1622 (ארה"ב ברק ואלניער מזוז עורכים, 1995); וכן לעיל ה"ש 36 והטקסט הסמוך לה.

176 ראו ליפשיץ "הסדרת החוזה הזוגי", לעיל ה"ש 2, בעמ' 333–334; Lifshitz, לעיל ה"ש 92, בעמ' 1.

לפרידה.¹⁷⁷ עם זאת, אף שרווח כלכלי אינו המניע לסירובם, הדעת נותנת כי לעיתים אף הם ייטו להתרצות אם יקבלו פיצוי מספיק בעיניהם. במילים אחרות, גם אם אין הם פועלים למטרות סחיטה, הם עשויים להסכים לקבל שוחד, קרי: לשחרר את נשותיהן מעגינותן בתמורה לויתור כספי שיוצע על ידיהן. אם כך, לפי הטענה, אף אם חסימת היכולת להשיג ויתורים כספיים לא תמנע את הגט מנשים הנשואות לגברים סחטנים, חסימה כזו עלולה למנוע את הגט מנשים הנשואות לסרבנים מסוג אחר, שהיו עשויות לשחד ולרצות את בעליהן למחול על כבודם, או על רגשות ההשפלה והנזקם שלהם, בעזרת ויתורים כספיים. אם כך, חוזרת השאלה למקומה: האם שכרן הכלכלי של אותן נשים שווה בהפסדן בתחום המעמד האישי?

יש להבחין כי מהלך אחרון זה צמצם פעם נוספת את היקף התחולה של החשש, והעמיד אותו לא רק על קבוצת הגברים הסרבנים, אלא על תת-קבוצה של סרבנים ממניעים לא כלכליים, שהיקפה אינו ברור, אך הוא קטן במובהק מן הקבוצה הכוללת את מי שמוכנים לנצל לטובתם את עיכוב הגירושין במקרה שבו הם יכולים להפיק ממנו רווח ממוני. ייתכן אף שמקרים מסוג זה ניתנים לאיתור ולאפיון, ולכן ניתן להתאים להם מדיניות מיוחדת. אך חשוב מכך, ספק בעיניי אם המערכת האזרחית צריכה להתגייס לצורכי מתן שוחד למעכבי גיטין. גם אם תמריצים כספיים משפיעים על סרבנים ממין זה, יש למקד אותם בתחום השלילי, בדרך של קביעת חבות נזיקית הצמודה לסרבנות, ולא בדרך של הענקת פרס למי שחדל מעוולותיו. עם זאת, אם יש צורך מיוחד בכלי מסוג זה כדי להתמודד עם מצבי קיצון הנוצרים עקב הדין האישי, אני סבור כי אין מקום להטיל את עלות הפתרון על כלל ציבור המתגרשים בגדרי החוק הישראלי בדרך של פגיעה כוללת ביכולת הפיקוח על הסכמים. למעשה, אם אכן יש צורך כזה, יש מקום לשקול להקצות לו מימון ציבורי.¹⁷⁸

177 ליפשיץ "הסדרת החוזה הזוגי", לעיל ה"ש 2, מתייחס למקרים כאלו אך מציע פתרון המושתת על ההנחה שהם אינם פועלים מתמריצים כלכליים, ולכן שאלת התמריץ הכלכלי אינה משפיעה עליהם. כפי שאני טוען בגוף הטקסט, נראה לי כי גם מי שפועל ממניעים לא כלכליים, עשוי להתרצות בתמורה לפיצוי כלכלי.

178 נושא זה חורג כמובן מגבולות המאמר הנוכחי. השוו לפסיקת בית המשפט בבג"ץ 104/06 "מרכז צדק לנשים" נ' הנהלת בתי הדין הרבניים (פורסם בנבו, 19.9.2010) (להלן: עניין קרן העגונות). באותו עניין עתרה עותרת ציבורית נגד הנהוג בבתי הדין לרצות בעלים לתת את הגט על ידי העברת כספים לידיהם מ"קרן עגונות" שמקורה בתקציבי בתי הדין ובתרומות, או על ידי מחילה על חובם למוסד לביטוח לאומי. בית המשפט (בהרכב השופטים בייניש, גרוניס וג'ובראן) דחה את העתירה בעמדו על הצורך לתת מענה למצבי קצה ייחודיים. שאלת ההעדפה של שוחד ציבורי על פני חיוב נזיקי מקומי עשויה להיות קשורה למכלול גורמים, ובהם גבולות הפירעון של הסרבן ובמידה מסוימת גם מדיניות בתי הדין בנושא ההשלכות ההלכתיות של חיוב נזיקי, ואף הפגם האקספרסיבי והתמריצי הטמון בהענקת פרס שכזה. בירור של סוגיות אלו חורג מגבולות הדיון הנוכחי. כקריאת כיוון ייאמר כי אם נדרש להשית את עלות הנישואין הדתיים על הציבור כולו, אין מקום להטיל אותו דווקא על הזוגות המתגרשים, ובוודאי לא דווקא על כתפיהן של הנשים המתגרשות (בדרך של אישור הסכמים המקפחים אותן). לדיון באפשרויות אלו ראו גם Benjamin Shmueli, *Hybrid Incentives: Carrots, Sticks, or Carrots Which Become Sticks?* (May 30, 2017), available at <http://bit.ly/2DmPqQM>.

(ג) נימוקים כשרים אפשריים לסטייה מחלוקה שווה שאינם נובעים ממיקוח משולב

(1) נימוק כשר אפשרי: סטייה מן החלוקה הצפויה בשל עלות הזמן והייצוג

עד כאן הנחתי כי כאשר צדדים הדנים בחלוקת הרכוש לגופה, חפצים שניהם להשיא את חלקם ברכוש, ולרשות שניהם עומדת חלופה זהה "מחוץ למיקוח" והיא חלוקת הרכוש לפי דין, אין להם טעם טוב לסטות מן הדין, ולפיכך יש להסביר סטייה מבוקשת כזו בפגם בכריתה או בעירוב שיקולים חיצוניים בחלוקת הרכוש. אולם הנחה זו הייתה מהירה מדי. אכן, סטייה מסוימת מחלוקה שווה עשויה לנבוע מהעדפתו של אחד מן הצדדים להאיץ את חלוקת הרכוש, באופן שחלק קטן עכשווי עדיף בעיניו מחלק עתידי גדול יותר. לנוכח התמשכותו הצפויה של ההליך המשפטי, הצד הרגיש יותר לעלות הזמן, ישאף להאיץ את החלוקה ויהיה מוכן לשלם תמורת האצה זו. אלא שבכך קשה לתלות ויתורים רכושיים גדולים. עיכוב החלוקה בשל הליך שיפוטי דוחה את החלוקה בזמן מוגבל,¹⁷⁹ וניתן לגשר עליו בעזרת נטילת אשראי. יתרה מזו, בפסיקת בתי המשפט ניתן למצוא יוזמות להתמודדות עם פערים בעלות הזמן ועם קשיי נזילות הגורמים לה, בדרך של יצירת מנגנונים להעברה זמנית של משאבים לבן הזוג בעל קשיי הנזילות כדי לתמוך במשא ומתן.¹⁸⁰ חשוב מכך, גם אם בתנאים מסוימים הלחץ הכלכלי שבו שרוי צד אחד עלול לגרום לויתורים מפליגים, ספק אם ראוי לאפשר לצד שאינו סובל ממצוקת מזומנים, לנצל את חולשתו היחסית של הצד שכנגד ולהפיק ממנה רווחים בהיעדר כל טעם ענייני לדחות את חלוקת הרכוש. חסימת היכולת לסטות מחלוקה שווה עלולה אפוא לחסום את יכולתו של צד לנצל לטובתו את אדישותו שלו למועד החלוקה. אף אם אין בכך בהכרח נימוק עצמאי בזכות הגבלת הסטייה מן הדין (שהרי בהקשרים רבים אחרים המשפט אינו מתערב בתוצאת מיקוח הנשענת על עלות הזמן היחסית של הצדדים), קשה לראות בחסימה כזו משום מחיר כבד העשוי לשמש נימוק נגדי להגבלה שכזו. לכן, אף אם באופן כללי דיני החוזים מאפשרים לצד לנצל לטובתו את עמדת המיקוח העדיפה הנובעת מסבלנותו היחסית, אין סיבה להבטיח יכולת כזו במסגרת מדיניות העוסקת בפיקוח על תוכני ההסכם, ובפרט כשהנימוק המרכזי למדיניות כללית זו הוא הרצון שלא בתי המשפט יקבעו את "המחיר ההוגן", בעוד בענייננו, שבו הדין קובע זה מכבר את החלוקה ההוגנת בעיניו, שיקול זה אינו חל. התייחסות דומה מתאימה לטעם אחר העשוי לעמוד ביסוד ויתורים רכושיים לעומת החלופה השיפוטית: הרצון לחסוך בעלויות הייצוג המשפטי. צד הצופה כי בסוף ההליך המשפטי יזכה בחלק בגודל 100 אך יידרש לשאת בעלויות שכר טרחה בגודל 10, עשוי להסכים לקבל היום 90 אם יחסך ממנו תשלום שכר הטרחה האמור. אלא ששיקול זה אמור

179 מאז תיקון 4 לחוק יחסי ממון בין בני זוג, אין בידו של בן זוג לדחות את חלוקת הרכוש בדרך של עיכוב הגירושין, שכן הזכות לאיזון משאבים מתגבשת כבר בחלוף שנה מהגשת תביעה להתרת הנישואין או לחלוקת הרכוש, ובמקרה של קביעה שיפוטית מתאימה על אודות קרע בין בני הזוג – אף קודם לכן (ראו ס' 5 לחוק יחסי ממון בין בני זוג).

180 ראו למשל בר"ע (מחוזי י-ם) 1081/05 פלוני נ' אלמוני (פורסם בנבו, 8.8.2006), שם קבע השופט מ' דרורי מנגנון של מזונות זמניים שעיקרם הבטחת השוויון בין הצדדים במהלך המשא ומתן. מנגנונים אלו אינם מושלמים, אך יש בהם צער בכיוון הנכון.

לחול על שני הצדדים כאחד, ובאופן סימטרי. אף כי ייתכנו פערים קונטינגנטיים בעלות הייצוג המשפטי שכל צד מינה, שניהם עשויים ליהנות מהפחתת עלות הייצוג ומהגדלה יחסית של העוגה המתחלקת ביניהם.¹⁸¹ פערים ביכולת לשאת בעלויות הייצוג קשורים אפוא שוב לפערים ביכולת המימון של הצדדים, והדברים שנאמרו לעיל בעניין עלות הזמן הכללית, נכונים גם כאן: אין בעלות הייצוג כדי להצדיק סטייה של ממש מן החלוקה הצפויה, ואין היא ראויה להגנה באופן ההופך אותה למחיר של המדיניות המוצעת, אף אם אין בפערים בעלות הייצוג כשלעצמם כדי לגרור הגבלה גורפת של הסכמי פשרה. למעשה, לנוכח החשש כי פערים בעלות הזמן או הייצוג הם בעלי אופי שיטתי בהקשר המשפחתי, חסימת היכולת להפיק תועלת מפערים בעלות הזמן והייצוג אינה מחיר של ההסדר המוצע אלא אחד מיתרונותיו.

(2) נימוק כשר אפשרי: טעמים אידיוסיןקרטיים של בני הזוג בעניין רכיבים מן הרכוש המשפחתי

סעיף 6(א) לחוק יחסי ממון בין בני זוג קובע כי הנכסים בני האיוון של בני הזוג יחולקו שווה בשווה, על בסיס שומתם, דהיינו על פי ערכם האובייקטיבי.¹⁸² עם זאת, כאשר בני הזוג מחלקים את הנכסים בהסכם ביניהם, הם עשויים לשאוף לתת ביטוי להערכה סובייקטיבית של שווי נכסי המשפחה. הדברים אמורים במיוחד בנכסים כמו דירת המגורים, פרטי אמנות או תכשיטים, אשר בעיני בעליהם עשויים להיות שווים יותר מערך השוק שלהם.¹⁸³ כך למשל, אם לבני הזוג כסף בסך 100, ופרטי אמנות או תכשיטים שערך השוק שלהם הוא 70, אחד מבני הזוג עשוי להסכים לקבל את הפריטים האמורים בתמורה לנתינת מלוא סכום הכסף לבן זוגו, שכן בעיניו שלו הפריטים שווים 100 (או אף יותר מכך). מצב דברים כזה מתבקש לא רק מאפקט הבעלות¹⁸⁴ אלא גם מאופיים המיוחד של פריטים

181 אכן, בקרב קהילת העוסקים בדיני משפחה רווחת ההלצה שלפיה "הרכוש המשפחתי מתחלק חצי-חצי: חצי לצדדים וחצי לעורכי הדין". פערים ניכרים בין הצדדים עשויים להתגלע במקרים שבהם אחד מבני הזוג זכאי לסיוע משפטי, ואילו האחר נושא בשכר הטרחה מכיסו שלו. במקרה כזה, הצד הזכאי לסיוע עשוי להעדיף לקבל 100 בסוף המשפט ולא 90 היום, שכן אין הוא נושא בעלות הייצוג. עמדת המיקוח שלו תאפשר לו אפוא לגבות חלק גדול יותר מן החיסכון בעלויות הייצוג שייווצר מהסכמה מוקדמת. בהקשר זה, מעניין להזכיר את מדיניות העבר של האגף לסיוע משפטי להעניק ייצוג להורה בהליכי מעמד אישי הקשורים לזכויות קטינים (משמורת, מזונות וכדומה) לפי מבחן הכנסה הננקט כלפי הקטינים, באופן שהפך הורים משמורנים לזכאים לייצוג משפטי מניה וביה בתחומים אלו. מדינות זו בוטלה לאחרונה בבג"ץ 8176/13 פלוני נ' יחידת הסיוע משפטי מחוז תל אביב (פורסם בנבו, 27.10.2015).

182 להשלמת הסדר זה, הדין מאפשר לצדדים להסכים בעניין אופן עריכת האיוון (ס' 6(ג) לחוק יחסי ממון בין בני זוג), ובכך להביא לידי ביטוי את העדפותיהם האישיות.

183 השוו לדין הקלאסי אצל Margaret J. Radin, *Property as Personhood*, 34 STAN. L. REV. 957, (1982) 959-960.

184 לפי אפקט זה (Endowment effect), שתואר בספרות ההתנהגותית, יש פער בין הערכת מוצר על ידי בעליו ובין הסכום שאותו בעלים היה מוכן להוציא כדי לרכוש אותו, לולא היה בעליו. לדין ראו Richard H. Thaler, *Towards a Positive Theory of Consumer Choice*, 1 J. ECON. BEHAV. &

אישיים, פריטים השייכים למרחב הביתי או פריטים המבטאים את טעמו הייחודי של בעליהם. וכמובן, בית המגורים, שהוא פעמים רבות מהנכסים המרכזיים של משק בית טיפוסי, עשוי להיות שווה לבעליו הרבה יותר מערכו בשוק אם מכירתו תהיה כרוכה בעקירה משכונת המגורים שלה הוא מורגל או אם הושקעו משאבים רבים בהתאמת הבית לטעמו האישי של המתגורר בו, למשל בדרך של שיפוץ וריהוט.¹⁸⁵ הדברים מקבלים משנה תוקף כאשר מתווספת נקודת המבט של הילדים, ועמה הרצון לגונן עליהם מפני שינוי בשגרת החיים הכרוך במעבר למוסדות חינוך אחרים ובניתוק מן הסביבה החברתית המוכרת.¹⁸⁶ הערכה אישית סובייקטיבית של פריטי הרכוש המשותף היא אכן בעלת טעם אפוא, וממילא ייתכן כי הסכם לא מאוזן מנקודת ראות של ערך השוק, יהיה למעשה מאוזן והוגן מנקודת מבטם האישית של הצדדים. האם ראוי לאפשר לצדדים לסטות מחלוקה שווה (אובייקטיבית) של הנכסים, כדי להגשים את טעמיהם הסובייקטיביים בעניין שווים של פריטי רכוש אישיים?

לדעתי, יש להשיב על שאלה זו בשלילה, לפחות כל עוד מדובר בסטייה ניכרת מן החלוקה הצפויה בדין. ראשית, כל עוד בני הזוג שותפים שניהם להערכה הייחודית של פריטים מן הרכוש המשותף, צפוי המיקוח ביניהם להביא לתוצאה קרובה לחלוקה הנשענת על ערך השוק. כך גם אם כל אחד מהם מעריך באופן ייחודי פריט אחר ברכוש המשותף (למשל, האחד מעריך את הריהוט והאחר את פרטי האמנות), שכן ההעדפות הייחודיות תקזזנה אלו את אלו, גם אם לא במדויק. לעומת זאת, אם רק אחד מבני הזוג נוקט הערכה ייחודית, אין חשיבות ממשית למתן האפשרות לבן הזוג האחר לנצל לטובתו את היקשרותו של בן הזוג לפריטים מסוימים. הערכה ייחודית של פריטים משפחתיים מתיישבת עם הערכים והמטרות של משק הבית המשפחתי, וחסימת האפשרות להפיק מכך תועלת לטובתו של בן הזוג המתנכר להם, אינה מחיר כבד מדי. יתרה מזו, בהיעדר יכולת של הצד ה"מתנכר" להפיק תועלת מרובה מההעדפות של בן זוגו, לנוכח החובה לחלק את הנכסים לפי ערך השוק שלהם, הצדדים עדיין צפויים להעניק את הנכסים האישיים לצד שחושק בהם, שכן הצד הקשור פחות לפריטים הקונקרטיים יעדיף לחסוך את קשיי המימוש והנזילות הכרוכים בקבלתם ולזכות תחתיהם בנכסים נזילים. אם כך, שלילת האפשרות לגבות מחיר עודף בתמורה לפריט הייחודי לא תמנע ממנו להגיע אל הצד המעריך אותו יותר וחפץ בו, אלא תשפיע רק על האפשרות של בן הזוג לנצל לטובתו את העדפתו של זולתו. אף אם ניצול כזה אינו פסול כשלעצמו – שאלה שאינה נקייה מספקות, בייחוד

ORG. 39 (1980); Daniel Kahneman, Jack L. Knetsch & Richard H. Thaler, *Anomalies: The*

Endowment Effect, Loss Aversion, and Status Quo Bias, 5 J. ECON. PERSP. 193 (1991)

185 בהקשר זה ההערכה היתרה יכולה לנבוע לא רק מן ההתאמה הייחודית של המוצר לבעליו, אלא גם

מאפקט התנהגותי אחר, שזכה לכינוי "אפקט איקאה" – לפיו השקעת עבודה ומאמץ במוצר מביאה

לעלייה בערכו בעיני מי שביצע את העבודה. להרחבה ראו Michael I. Norton, Daniel Mochon &

Dan Ariely, *The IKEA Effect: When Labor Leads to Love*, 22 J. CONS. PSYCHOL. 453 (2012)

186 לחשיבותו של היבט זה ראו לדוגמה Judith S. Wallerstein & Julia J. Lewis, *The Long Term*

Impact of Divorce in Children, 36 FAM. COURT REV. 368 (1998); Mavid E. Hetherington,

Martha Cox & Roger Cox, *Long Term Effects of Divorce and Remarriage on the Adjustment*

of Children, J. AM. ACAD. CHILD PSYCHIATRY 518 (1985)

במקרים שבהם ההעדפה הייחודית נקשרת גם לרצון לדאוג לטובתם של הילדים המשותפים – אין במחיר שבויתור על אפשרות ניצול כזו כדי להוות משקל נגד ליתרונות שיושגו בפיקוח אפקטיבי על המיקוח.

שנית, הגבלת יכולתו של בן זוג לבחור נכסים מוחשיים על בסיס טעמיו הייחודיים עשויה להתבקש גם מטעמים פטרנליסטיים. המשבר הכלכלי הנלווה ברגיל לפירוק משק הבית המשפחתי בגירושין, עלול לגרום לכל הצדדים להיזקק למשאביהם לצורכי המחיה השוטפים. הבחירה ברכוש לא נזיל שערך השוק שלו נמוך עלולה אפוא להיות בעוכריו של בן הזוג שבחר כך, אם יתעורר צורך לממש את הנכסים. הדברים מקבלים משנה תוקף במקרה שבו הבחירה ברכוש זה מאפיינת את ההורה המשמורן, המבקש לשמור על בית המגורים בעבור ילדיו. במקרה כזה, יסבלו גם הילדים מן הקושי הכלכלי. לאור שיקול זה נראה כי מדיניות שתגביל את יכולתם של בני זוג לחלק את הרכוש באופן המעניק לאחד מהם רכוש בעל ערך שוק נמוך, תועיל לגונן על בני זוג הנאחזים בפריטים החשובים להם, מפני השלכות לא רצויות של בחירה כזו. את הצורך להותיר פריטים מסוימים בידי מי שאכן מעריך אותם יותר, ניתן להשיג באמצעים מתונים יותר, שתוצאתם תשמר בידי הצדדים רכוש מספיק לצורך התמודדות עם אתגרי החיים שלאחר הפרידה.¹⁸⁷ אם כך, אין בכוחו של השיקול בדבר הערכה ייחודית של פרטי רכוש ספציפיים להצדיק סטייה ניכרת מן החלוקה הצפויה בדין.

(3) נימוק כשר אפשרי: שיקולי הוגנות ואשמה

לעיל טענתי כי הסכם הגירושין אינו הזמן המתאים לעיצוב חייהם של בני הזוג או תפיסת הזוגיות שלהם, ולפיכך הוא אינו הזמן המתאים לשנות את דיני הרכוש החלים עליהם. אך מה על מצב שבו הצדדים בוחרים לקבוע בפרידתם משטר רכושי המשקף בדיעבד את האופן שבו נהגו בני הזוג בפועל במהלך הקשר הזוגי? כך למשל, אם אחד מבני הזוג השקיע רבות הן בפרנסת המשפחה הן במשימות הביתיות, בעוד האחר השקיע את זמנו ומאמציו בפרויקטים אישיים שלא תרמו לרווחת המשפחה, מדוע לא יוכלו הצדדים לקבוע כי הראשון זכאי בעיניהם לחלק הארי של נכסי המשפחה על חשבון חלקו של האחר? מדוע יהיו הצדדים רשאים לקבוע חלוקת עבודה כזו מראש, אך לא יוכלו לתת לה ביטוי, בהסכמתם, לאחר שהתרחשה בפועל, במקרה שבו חלוקה לא שוויונית משקפת את תפיסתם באשר לחלוקה ההוגנת בנסיבות חייהם?

שאלה קרובה נוגעת להשפעתה של אחריות לפרידה על אופן חלוקת הרכוש הראוי. מנקודת מבט כללית, לשיקולי אחריות מעמד מרכזי בדיונים בדבר חלוקה צודקת. ברוח זו, אם הפרידה מטילה נטל כלכלי על משק הבית כולו (הנובע מן הקושי לכלכל שני משקי בית בעזרת המשאבים שעמדו קודם לכן לרשות משק בית אחד), נראה הגיוני – ולו ממבט

¹⁸⁷ כך לדוגמה ניתן להציע כי לאחר חלוקת הרכוש בר ההחלפה (כספים וזכויות כלפי מוסדות פיננסיים) יערכו הצדדים התמחרות, למשל בשיטת BMBY (Buy Me Buy You), בנוגע לחלקי הרכוש שאינם בני החלפה. בדומה, ניתן לקבוע כללי רקע לעניין חלק מן הנכסים, כמו עדיפות במתן דירת המגורים להורה המשמורן; עדיפות במתן המיטלטלין למי שהשתמש בהם וכיוצא באלה. עיצוב מדויק של מנגנונים אלו שוכן מחוץ לגדרי הדיון הנוכחי.

ראשון – להטיל את מרב הנטל על הצד האחראי לפרידה.¹⁸⁸ אמנם מדיניות משפטית כללית התולה את תוצאות חלוקת הרכוש בשאלת האחיות היחסית לפרידה היא מדיניות בעייתית, לנוכח קוצר ידם של בתי משפט לקבוע אל נכון את זהותו של האחראי לפרידה, והקשיים העומדים בפני קביעת נורמות משפטיות בדבר אשמה התורמת לפרידה.¹⁸⁹ אולם נימוקים אלו אינם חלים במקרה שבו הצדדים עצמם מסכימים כי ראוי שצד אחד יקבל על עצמו חלק גדול יותר מן הנטל, לנוכח אחריותו היתרה.¹⁹⁰ אכן, לא נדיר שכן זוג הרוואה עצמו אחראי לפירוק התא המשפחתי, יסכים לפצות את בן זוגו (ולעיתים גם את ילדיו) בדרך של ויתורים בשדה הרכוש.¹⁹¹ אם כך, דומה שחלוקה לא שוויונית בהסכם הגירושי עשויה לשקף חלוקה הוגנת של נכסי בני הזוג (למצער בעיניהם שלהם), ולא דווקא תמורה לאחד מן הנושאים האחריים הנדונים בהסכם!

עם זאת, מבט מעמיק מגלה כי ביסוס ויתורים על אשמתו של אחד הצדדים אינו טיעון כבד משקל כנגד הגבלת סטייה מן החלוקה הצפויה בדין. לנוכח האפשרות לחלק את הרכוש בהליך שיפוטי, שבמסגרתו לא יישקלו שיקולי אשמה כאמור, קיומם של הסכמים מבוססי אשמה ואחריות נשען על רצונו הטוב של הצד האשם (היכול בכל עת לבחור בחלופה שמחוץ לשולחן המשא ומתן, ולחלק את הרכוש בבית המשפט באופן שלא יביא בחשבון את אשמתו). יתרה מזו, העברת רכוש שיש בה פיצוי על אשמתו של אחד מבני הזוג בעבר, אינה מצפה לתמורה עתידית ממשית מלבד תמורה סימבולית אפשרית של מחילה מצד בן הזוג הנפגע. בנסיבות אלו, כאשר מדובר בהעברה רצונית, מידית וללא תמורה במובנה המשפטי (שהרי המחילה אינה ניתנת לאכיפה), קטן עד מאוד הצורך באכיפה משפטית של חיוב חוזי, שעיקרו הצורך להבטיח את יכולת ההסתמכות על התחייבות עתידית או החלפה בין תמורות בעסקה לא ריאלית, שבה התמורות אינן משתלמות במישרין זו מול זו.¹⁹² מבחינה זו, הגבלת הצדדים להסכם המחלק את הרכוש באופן שוויוני אינה אוסרת על אחד הצדדים, אם ירצה בכך, להעביר בשלב מאוחר יותר חלקים מרכושו – בדרך של מתנה – כדי לבטא את תפיסתו בדבר אשמתו היתרה. העברה כזו, שאמנם מעוררת

188 לדיון נרחב במקומם של שיקולי אחריות בהכרעה בסוגיות של חלוקה, ראו למשל את המאמרים בקובץ .RESPONSIBILITY AND DISTRIBUTIVE JUSTICE (Carl Knight & Zofia Stemplowska eds., 2011) לוגיקה דומה הנחתה ככל הנראה את החלטת בית הדין הרבני בהליכים בבג"ץ 8928/06 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול לערעורים בירושלים (פורסם בנוב, 8.10.2008).

189 ראו למשל Ira M. Ellman, *The Misguided Movement to Revive Fault Divorce, and why Reformers Should Look Instead to the American Law Institute*, 11 INT'L J. L. POL'Y & FAM. (1997) 216 (להלן: Ellman, *The Misguided Movement*); Ira M. Ellman & Sharon Lohr, *Marriage as Contract, Opportunistic Violence, and Other Bad Arguments for Fault Divorce*, 1997 U. ILL. L. REV. 719, 735 (1997). ראו גם בע"מ 7272/10 פלונית נ' פלוני, פס' 24-26 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז (פורסם בנוב, 7.1.2014).

190 לאופן שבו שיקולים נגד התחשבות באשמה חלים על פעולתה של המדינה, אך לא דווקא על פעולותיהם של הפרטים שהם צדדים למערכת היחסים, ראו Rivlin, לעיל ה"ש 99. הבחנה זו הוחמזה בהכרעת בית המשפט בתה"ס 963-07-13 (לעיל ה"ש 48), אשר גזר מסקנה בדבר הסכמים בין בני זוג, מן המדיניות נגד תביעות בגין ניאוף או דרישות להטיית האיוון בגין בגידה.

191 ראו לעיל ה"ש 40.

192 ראו למשל שלו, לעיל ה"ש 165, בעמ' 13.

קשיים מעשיים שיידונו להלן, אינה נושאת תמורה המוכרת במשפט, וממילא אין הכרח לתת לה תוקף של התחייבות חוזית. אם כך, מדיניות המגבילה את יכולתם של בני הזוג לחלק ביניהם את הרכוש משיקולים הנעוצים באשמה במסגרת הסכם הגירושין, אמנם תמנע מהם את הקתרזיס הכרוך בהותרת פרק הפרידה מאחוריהם במעמד כריתת ההסכם, אך לא תמנע מהם לתת ביטוי לתפיסותיהם בדרך של העברה חד-צדדית שאינה טעונה התערבות של המשפט.¹⁹³

זאת ועוד, מדיניות כזו עשויה להיות מוצדקת גם מבחינות אחרות. נטיית המשפט המודרני להימנע משיקולי אשמה בגירושין בכלל ובחלוקת הרכוש בפרט, נעוצה לא רק בקושי המוסדי לקבוע נורמות וממצאים בדבר אשמתם של הצדדים, אלא גם ברצון לעודד את הצדדים לנהל את הליך הגירושין עם הפנים קדימה – אל העתיד, ולא מתוך התחשבנות והתרכוז בעבר.¹⁹⁴ סילוק היבטי אשמה מן ההליך המרכזי של כריתת הסכם הגירושין עשוי אפוא לסייע לצדדים לפתוח דף חדש ולנהל את פרידתם היטב. בדומה, נראה שגם כאן יש מקום למעורבות פטרנליסטית של הדין: רגשות אשמה האופפים את הצדדים במהלך הגירושין עלולים להביא אותם לויתורים והענקות הנובעים מן המשבר ביחסים והקשיים הנפשיים הנלווים לו, ושעליהם יתחרטו בעתיד – בשוך המשבר – וזאת בעת שבה הם זקוקים למשאבים לצורך שיקום חייהם. הגבלת היכולת לוותר ויתורים מפליגים מעין אלו, ולמצער הגבלתה לגדר של אפשרות שאינה מחייבת מבחינה משפטית, עשויה אפוא למנוע ויתורים שנוגדו בלהט המשבר ואשר יפגעו בצדדים או במי מהם לטווח ארוך. נראה אפוא כי גם אם יש בהסדר המוצע כאן משום פגיעה בזוגות השואפים לחלק את רכושם לפי שיקולים של אשמה יחסית, הרי נוכח היתרונות של ההסדר המוצע, מדובר במחיר שראוי לשלמו.¹⁹⁵

(4) נימוק כשר אפשרי: אי-ודאות בדיני הרכוש – סעיף 8 לחוק יחסי ממון ונכסים חיצוניים

עד שלב זה נערך הדיון בהנחה שלרשות שני הצדדים הנושאים ונותנים על חלוקת הרכוש ביניהם עומדת חלופה ברורה והיא חלוקת הרכוש הצפויה בבית המשפט. לפיכך טענתי כי איש מן הצדדים לא יסכים לקבל פחות ממה שיעמוד לזכותו במסגרת חלופה זו, מתוך טעמים טובים ולגיטימיים. אלא שמסקנה זו התעלמה מטעם אפשרי אחר, הנעוץ באי-ודאות השוררת בנוגע לחלופה של הכרעה בבית המשפט: אי-ודאות הנעוצה בעיקרה בדין עצמו, קרי: באותם מקומות שבהם התוצאה הצפויה בדין אינה ברורה דיה. אכן, גם הדין הבסיסי, הכולל איזון משאבים שוויוני בין בני הזוג, עלול לעורר אי-ודאות או מחלוקת במקרים מסוימים. שאלת חישוב המועד הקובע לשם הערכת שווי הרכוש בר

193 לדיון בבעיות המעשיות, ראו טקסט סביב ה"ש 221 להלן. דרך אחרת, העשויה להתאים בנסיבות מסוימות, היא העברת רכוש לזכותם של הילדים ולא לזכותו של בן הזוג הנפגע (דיון מלא בחלופה זו חורג מגבולות המאמר הנוכחי).

194 ראו Ellman, *The Misguided Movement*, לעיל ה"ש 189, בעמ' 221–223.

195 מבחינה זו, נראה לי כי הצדק עם ההכרעה בתה"ס 963-07-13 (לעיל ה"ש 48), אף אם לא בהכרח מטעמיה.

האיזון¹⁹⁶ או ספקות באשר לקביעות עובדתיות ומשפטיות בעניין נכסים שהם תחלוף חפצי מלא או חלקי של מקורות שאינם בני איזון, עשויים להפוך את התוצאה הצפויה בהליך השיפוטי לברורה הרבה פחות. מצב זה מחמיר כמובן לנוכח מגמות מודרניות בדין הרכוש המשפחתי בישראל: התגברות התפיסה האקוויטבילית ועמה האפשרות להוציא נכסים מן האיזון או להטות את האיזון ולחלק את הנכסים באופן שאינו מחצה על מחצה;¹⁹⁷ האפשרות להתחשב בכושר השתכרות עתידי או ב"נכסי קריירה";¹⁹⁸ ומעל הכול התפתחות הדוקטרינה של שיתוף ספציפי בנכסים שאינם בני איזון¹⁹⁹ – יוצרים כולם מצב שבו קשה הרבה יותר לחזות את אופן החלוקה הצפוי בבית המשפט, וטווח אי-הוודאות באשר לחלוקה הצפויה הולך ומתרחב.

מצב דברים זה מעורר בעיה עקרונית ובעיה מעשית. הבעיה המעשית, שבה ארון להלן,²⁰⁰ נוגעת לקשיי הפיקוח על תוכני ההסכם בהיעדר קריטריון ברור לחלוקה הנובעת מן הדין, ויכולתם של הצדדים להציג חלוקה מוטה הפוגעת באחד הצדדים כאילו הייתה חלוקה הנובעת מן הדין. הבעיה העקרונית נוגעת להיקף הלגיטימיות של הסכם המחלק את מרחב אי-הוודאות באופן המוטה לטובתו של צד אחד. ואכן, גידור אי-הוודאות הוא מן הטעמים המרכזיים בזכות הסדרה הסכמית של הליכים משפטיים. כך למשל, אם הצדדים צופים כי ההליך המשפטי יסתיים בהעברה של סכום הנע בין 100 ל-200, הם עשויים לשאוף ולקבוע את החלוקה המדויקת, בתוך טווח המיקוח הנע (בהסתברות שווה) בין 100 ל-200. נקודת החלוקה תיקבע לפי מידת שנאת הסיכון היחסית של הצדדים, כמו גם לפי השיקולים האחרים המשפיעים על כוח המיקוח היחסי שלהם.²⁰¹ אם כך, חלוקה לא שווה של נכסי הנישואין עשויה לנבוע מטעמים לגיטימיים: הערכה כי הדין החל על הצדדים צפוי לחלק את הרכוש באופן בלתי שווה, או ניהול טווח אי-הוודאות בדבר האפשרות שבית המשפט יעשה כן.

כדי להתמודד עם קושי זה, חשוב להבחין בין שני רובדי הבעיה. ברובד הראשון טמון הקושי בעצם העובדה שהדין הצפוי אינו מחלק את הרכוש באופן שוויוני. עובדה זו, כשלעצמה, אינה משפיעה כלל על המודל המוצע כאן, שלפיו יוגבלו הצדדים ביכולתם לסטות מן ההסדר הרכושי החל עליהם לפי דין. אם הדין צפוי לחלק את הרכוש מחצה על מחצה, תחול ההגבלה על סטייה מחלוקה זו. לעומת זאת, אם הדין צפוי לחלק את הרכוש ביחס אחר כלשהו, תחול ההגבלה על סטייה מאותה חלוקה צפויה. שאלת הצורך לחרוג

196 ס' 8(3)–(4) לחוק יחסי ממון בין בני זוג.

197 ראו ס' 8(2) לחוק יחסי ממון בין בני זוג; ליפשיץ השיתוף הזוגי, לעיל ה"ש 173, בעמ' 305–307.

198 בתוך ס' 8 לחוק יחסי ממון בין בני זוג, ומחוצה לו. לסקירה ראו תמ"ש (משפחה ת"א) 11-02-11-35944 פלונית נ' אלמוני (פורסם בנבו, 14.3.2013) (להלן: עניין פלונית 11-02-11-35944); תמ"ש (משפחה ראשל"צ) 11-07-11-13342 י.נ. נ' י.א.נ. (פורסם בנבו, 17.8.2014); תמ"ש (משפחה חי') 11-12-11-12401 ר.ר. נ' ש.ג.ר. (פורסם בנבו, 21.2.2016).

199 ראו בעמ' 1398/11 אלמונית נ' אלמוני (פורסם בנבו, 26.12.2012); ליפשיץ השיתוף הזוגי, לעיל ה"ש 173, בעמ' 174–181. בעוד החלופות לעיל מביאות בדרך כלל להטיה קלה של האיזון, האפשרות ליצור שיתוף בדירת המגורים עשויה להשפיע השפעה מכרעת על היקף הזכויות המתחלקות בין בני הזוג.

200 ראו להלן הטקסט הסמוך לה"ש 212.

201 ראו לעיל הטקסט הטקסט הסמוך לה"ש 34.

מחלוקה שווה בדיני הרכוש, שדיון בה לגופה חורג מגבולותיו של המאמר הנוכחי, אינה משפיעה אפוא על ההמלצה העיקרית שעניינה הפרדת המיקוח בנושא חלוקת הרכוש משאר הנושאים הנדונים בהסכם הגירושין, ובפרט מן הגירושין והמשמורת. ברובד השני נעוצה הבעיה במרחב אי-הוודאות שיוצר הדין המודרני. ואכן, אף שחריגה מחלוקה שווה או התחשבות בכושר השתכרות עודם חריגים למדי בפסיקת בתי המשפט, ואינם מגיעים בדרך כלל לסכומי כסף ניכרים,²⁰² שאלת מעמדה של דירת מגורים הנמצאת בבעלות אחד מבני הזוג ערב הנישואין עשויה להיות בעלת השפעה מכרעת על חלוקת הרכוש הצפויה לצדדים. לצורך הדיון הנוכחי, שלא יתמקד כאמור בקושי המעשי, אניח כי אף שהתוצאה הצפויה אינה ברורה אלא נתונה בטווח של אי-וודאות, טווח זה וההסתברויות בעניינו ניתנים לצפייה. נניח אפוא, לצורך הפשטות, כי לפנינו מקרה מן הסוג המתואר לעיל, שבמסגרתו טווח המיקוח נע (בהסתברות שווה) בין 100 ל-200. האם יש לאפשר לצדדים לקבוע את החלוקה בהסכם ביניהם בתוך טווח זה, כרצונם?

דומה כי גם כאן ניתן להישען על הטענות שהוצגו קודם לכן, באשר להיקף השימוש הלגיטימי ביתרונות בתחום כוח המיקוח. אכן, ברוב העסקאות בשוק החופשי ישנם שיקולים כבדי משקל לשלול פיקוח על מחיר העסקה וקביעה שלטונית או שיפוטית של המחיר ההוגן. אולם השאלה המונחת לפתחנו היא אם הנזק הטמון בשלילת היכולת ליהנות מיתרונות בתחום כוח המיקוח מצדיק להימנע מפיקוח רצוי על תוכנו של הסכם הגירושין. מנקודת מבט זאת, הסדר שיחייב את הצדדים לחלוק שווה בשווה את טווח אי-הוודאות אינו גובה מחיר כבד מדי, ושוב בייחוד בשים לב לכך שגורמים כמו שנאת הסיכון היחסית של הצדדים עשויים לשאת אופי שיטתי המקביל להבדלי מגדר או לקווי החשד הכללי לניצול לא לגיטימי; או לפגוע בצד המשמורן הנדרש לשאת בהוצאות שוטפות הקשורות לילדים (ולכן נפגעת יכולתו להסתכן). זאת ועוד, התנגדות כללית לפיקוח על תמורות חוזיות נשענת בעיקרה על קשייו של בית המשפט להעריך נכונה את העדפות הצדדים ואת נאותות המחיר, ואילו כאן העדפות הצדדים ברורות למדי (שניהם שואפים לנתח גדול ככל האפשר מן הרכוש) ובית המשפט מתאים יותר מכל גוף אחר להעריך את מרחב אי-הוודאות הנובע מן הדין עצמו. אם כך, אף שמהלך כזה אינו נקי מקשיים מעשיים, שידונו להלן, אין בעצם קיומו של טווח אי-וודאות כדי לשלול את היתרון הטבוע בהגבלתם של צדדים מסטייה מן הדין הצפוי, ובמקרה של אי-וודאות באשר לדין הצפוי – מחלוקה שווה של טווח אי-הוודאות.

לסיכום, לצד האפשרות של פגמים בכריתה או של מיקוח משולב, ישנם כמה טעמים אפשריים אחרים לרצון הצדדים לסטות מן החלוקה הצפויה להם בדין. אלא שחלק מטעמים אלו, כגון הרצון ליטול חלק גדול יותר מעוגת המיקוח בהתבסס על עמידות לסיכון, אדישות לזמן או נגישות מוגברת לייצוג, הם פרקטיקות בעייתיות. אף אם בעייתיות זו אינה עולה כדי טעם עצמאי להטיל איסור כללי לנצל עדיפות מעין זו, הצורך לוותר על אפשרות ניצול מעין זו אינו מהווה משקל נגד ליתרונות הגלומים בהצעה. ויתור על טעמים אחרים, ובראשם הרצון לבטא בחלוקת הרכוש את תפיסת הצדדים בעניין אחריותם לפירוק הקשר או

202 ראו את הסקירה בפסק דינו של השופט שילה בעניין פלונית 35944-02-11, לעיל ה"ש 198, בפרק (ג) 4.6 לפסק הדין (ממנה עולה כי הסכומים הנפסקים אינם עולים על 200,000 ₪).

התנהגותם במסגרתו, אכן גובה מחיר מבחינת ההגבלה המוטלת על הצדדים, אך הדיון העלה כי מחיר זה אינו כבד, ובחשבון כולל ראוי לשלמו. הגבלת הסטייה מחלוקת הרכוש הצפויה בדין היא אפוא פתרון ראוי לשם השגת פיקוח מיטבי על הסכמי גירושין.

(ד) מיקוח משולב חרף הגבלת הסטייה מחלוקת הרכוש הצפויה

(1) מיקוח משולב אפשרי: הגברת מזונות הילדים בתמורה למשמורת

כפי שטענתי עד כה, הגבלת היכולת לסטות מחלוקת הרכוש הצפויה בדין או הגבלת ההפחתה של שיעור המזונות, מונעות תמורה אפשרית ללחצים פסולים בתחומים אחרים של ההסכם, וממילא ימנעו התנהגות אסטרטגית בתחום מתן הגט או תביעת המשמורת. המודל המוצע מתמודד היטב עם החששות הרווחים לאיום בנקיטת הליכי סרק בנושא המשמורת, בתמורה לויתור בתחום הרכוש או מזונות הילדים. עם זאת, הוא נתקל בקושי במקרה הפוך, שבו המשמורת לפי דין משמשת קלף מיקוח נגד בן זוג הרוצה בכנות להרחיב את זכויות המשמורת שלו, כדי לזכות את מי שהוקנו לו זכויות משמורת רחבות בתשלומי מזונות ילדים גבוהים מן המגיעים לו בדין. כך למשל, אם שהדין הנוכחי מעניק לה עדיפות בתחום המשמורת, עשויה לתבוע הגדלה של מזונות ילדים שיוטלו על האב בתמורה להסכמתה לבקשת האב לקבוע הסדר של משמורת משותפת.²⁰³ האם הגבלת יכולת המיקוח בתחום הרכוש תוכל למנוע מצבים אלה, של סחטנות בתחום המשמורת?

המענה על חשש זה כפול. ראשית, במצב החברתי הקיים, ספק עד כמה מדובר בחשש חמור. ביקוש ער למשמורת מצד גברים, החורג מן ההיקף הנתון להם בדין, אמור להביא לתוצאה של הטיה שיטתית של הסכמי גירושין לטובתן של נשים. אף כי ניתן למצוא לעיתים הסכמים המותירים את היקף מזונות הילדים בעינו חרף האפשרות בדין להפחית ממנו במקרים של משמורת משותפת,²⁰⁴ דומה שהסכמים שבהם סכום המזונות מוטא לטובת נשים במידה ניכרת אינם שכיחים, וטענה כזו אף אינה נשמעת מפייהם של ארגונים המייצגים ברגיל את זכויות הגברים בהליכי גירושין.²⁰⁵ אף שאין בכך כדי לבסס מסקנה כללית

203 לדיון באופנים שבהם ניתן לראות את משטר המשמורת הנוכחי כמעניק קלף מיקוח לנשים, ולא רק שולל קלף מיקוח מגברים, ראו את המקורות המאוזכרים לעיל בה"ש 109. חשוב להבחין כי מקרה שבו בתמורה לקבלת משמורת, האב מסכים לפטור את האם מחלקה במזונות (כאשר מדובר במזונות העולים על המזונות ההכרחיים, או בילדים אשר לפי גילם נובעת החובה לזון אותם מ"דין צדקה"), יהיה מדובר בהסכם רגיל להפחתת מזונות ועל כן הדין הכללי אמור לחול גם על מקרה זה.

204 לעת עתה, חרף הפסיקה בבע"מ 919/15 (לעיל ה"ש 51), הפסיקה עודנה חלוקה באשר להיקף ההפחתה של מזונות הילדים הנגזר ממשטר של משמורת משותפת, בייחוד כאשר השתכרותם של בני הזוג אינה זהה. הסכמים שבהם סכום מזונות הילדים אינו מופחת, או שהוא אינו מופחת בשיעור המלא האפשרי, עשויים לשקף אפוא מיקוח שבו האב משלם מזונות ילדים מוגדלים בתמורה להרחבת היקף זכויות המשמורת שלו.

205 דיון נרחב באתרים ובפורומים המאפיינים ארגונים מעין אלו, כמו גם שיחות עם שחקני שדה אחרים, לא העלה טענות על אודות סחטנות מן הסוג המתואר. אמנם ייתכן שהדבר נובע מסיבות טקטיות: בעוד חלק גדול ממעייניהם של ארגונים אלו ממוקד בשינוי מבנה הדין הבסיסי בעניין המשמורת, טרוניה על הדרושה לשלם בעד המשמורת עלולה לפגוע בתפיסה הציבורית של כנות הגברים התובעים משמורת והעמדתה על רצון להשיג יתרונות כלכליים גרידא.

אמינה, ניתן – לנוכח הקושי לערוך מחקר מסודר על תוכנם של הסכמי גירושין, החסויים מטבעם – לראות בדברים משום אינדיקציה ראשונית להיקף הבעיה וממילא לעוצמת החשש. שנית, וחשוב מכך, נראה כי ברוב המקרים הכללים הקיימים מספיקים כדי להתמודד עם החשש האמור. צד הרוכש הגדלה של היקף זכויות המשמורת במחיר של הגדלת סכומי מזונות הילדים שאותם נדרש אותו צד להעביר להורה האחר, פוגע מניה וביה בכמות המשאבים העומדת לו עצמו כדי לזון את הילדים במישרין בזמן שבו הילדים נמצאים במחיצתו. כידוע, נשיאה בחובת המשמורת מביאה הן לידי הגבלת יכולת העבודה בשכר הן לידי הגדלת ההוצאות הדרושות לשם מגורים (כגון הדרישה לחדר ילדים וריהוט מתאים) והוצאות שוטפות אחרות. אם כך, כאשר הורה במשמורת משותפת נדרש לשלם סכומי מזונות ילדים גבוהים להורה האחר, הדבר עלול לפגוע בילדים עצמם. לפיכך, אף שבמבט ראשון נראה הדבר פרדוקסלי, תביעה להפחתת המזונות המשתלמים להורה האחר יכולה, ולעיתים אף צריכה, להיחשב לתביעה עצמאית של הקטין שאינו כבול להסכם בין הוריו.²⁰⁶ אם כן, המנגנונים הקיימים המבטיחים את עצמאותם של מזונות הילדים בתחום המיקוח, עשויים להסדיר גם מקרים של מזונות ילדים מוגברים המשתלמים בעבור הרחבת זכויות המשמורת, אם יתברר שיש צורך ממשי בכך.

(2) מיקוח משולב אפשרי: מסחר בין התחומים האישיים ובין עצמם

עד שלב זה התמקד הדיון במסחר בין החלקים האישיים בהסכם הגירושין – הגירושין והמשמורת – ובין החלקים הרכושיים – מזונות הילדים וחלוקת הרכוש המשפחתי. הצעתיה שהגבלת היכולת לסטות מן הדין בחלקים הרכושיים לא רק תצליח להבטיח את החלוקה הראויה בכל אחד מנושאים אלו בנפרד, אלא גם תועיל להקצאת זכויות הוגנת ועניינית בתחומים האישיים משום שהיא תחסום – בדרך של פיקוח עקיף – את השימוש בתחומים האישיים כמנופי לחץ וקלפי מיקוח אסטרטגיים המשמשים לשם רווח כספי. אלא שהצעה זו אינה מתמודדת עם סוג נוסף של מסחר אפשרי בגדרו של הסכם הגירושין: מסחר בין התחומים האישיים ובין עצמם, קרי: בין הגירושין ובין המשמורת. בהקשר זה עשוי צד אחד להתנות את שיתוף הפעולה שלו בתחום הגירושין בקבלת עמדתו בתחום המשמורת, או להפך. אם אכן יש פסול במסחר בין התחומים, או בגיבוש עמדה בתחום מסוים מתוך שיקול אסטרטגי לצורכי מיקוח, הרי דרכם של בני זוג עודנה סלולה להשגת יתרונות בלתי לגיטימיים במשא ומתן תוך ניצול עמדות המיקוח שלהם בתחומים האישיים.²⁰⁷

206 לעמדה שלפיה הגבלת היקף המזונות המוטלים על האב נעוצה בזכות הילד למשאבים כספיים מספיקים בעת שהוא במשמורת האב, ראו את עמדת השופט פוגלמן בבע"מ 919/15, לעיל ה"ש 51, פס' 93. השוו גם Emma J. Cone-Roddy, *Payments to Not Parent? Noncustodial Parents as the Recipients of Child Support*, 81 U. CHI. L. REV. 1749 (2014).

207 לפי קו טיעון אפשרי, שנדון בבע"מ 919/15, לעיל ה"ש 51, יהיה ניתן להשתמש בגירושין לשם דרישת הסדר של משמורת משותפת, ומכוחה לדרוש הפחתה של סכום המזונות. אמנם יש לתת את הדעת על כך שספק אם יישומו של המתווה שנקבע בפסק הדין הופך הסדר של משמורת משותפת לזול יותר מבחינת האב ביחס להסדר של משמורת אם ומזונות מלאים (השוו לפס' 133 לפסק דינו של השופט פוגלמן). יתר על כן, ניתן להתמודד עם חשש זה גם בכלים אחרים כגון הימנעות מאישור הסדר של משמורת משותפת בטרם סודר הגט.

לכאורה היה ניתן לטעון כי הדין מחלק את כוחות המיקוח העודפים בתחום הגירושין ובתחום המשמורת באופן שיוצר מעין קיזוז בין הצדדים הטיפוסיים, בהקנתו עדיפות לגברים בתחום הגירושין ועדיפות לנשים בתחום המשמורת. כך, לפי הטענה, יביא המיקוח לעמדה מאוזנת שתשלול מכל אחד מן הצדדים את יתרונו. אולם עמדה זו אינה משכנעת. אף אם קיזוז כזה מתקיים ברמה הקבוצתית-מעמדית, אין סיבה להניח שיש בו כדי ליצור קיזוז בין זוגות קונקרטיים המנהלים משא ומתן לגירושין. אין סיבה להניח שגברים בעלי רצון ונכונות לעכב את הגירושין נישאים באורח פלא לנשים בעלות רצון ונכונות להשתמש במשמורת לצורכי מיקוח, או שנשים המעוניינות בהאצת הגירושין נישאות באורח פלא לגברים בעלי רצון בהרחבת הסדרי המשמורת הנתונים להם. בפועל, ניתן למצוא נשים המעכבות את הגירושין לצורכי מיקוח,²⁰⁸ גברים החפצים בגירושין מהירים, בני זוג שאינם נשואים כדת משה וישראל (וממילא אין להם צורך בגט), או גברים ונשים החפצים בחלוקת המשמורת הצפויה בדין. בכל אחד ממקרים אלה, דין הרקע יחלק את קלפי המיקוח באופן שיביא לתוצאה לא רצויה שתחרף את הסיכון הטבוע במיקוח המשולב. גבר הנכון לעכב את הגט וגם אינו רוצה בקשר של ממש עם ילדיו, עלול להשתמש בגירושין כדי לאלץ את בת זוגו להסכים להסדר הפוטר אותו מחובות הקשורות לקשר עם הילדים, באופן שעלול לפגוע באם ובילדים כאחד. בדומה, אישה המסרבת להתגרש עלולה להתנות את הסכמתה לגירושין בויתור מצד האב על הסדרי ראייה עם הילדים, באופן שיפגע באב ובילדים כאחד. אם כך, גם אם ברמה הקבוצתית דין גירושין המאפשר מיקוח משולב בענייני גירושין ומשמורת לא צפוי ליצור בהכרח אפליה שיטתית תלויה מגדר, אין בכך כדי לפתור את הקשיים והמצוקות העלולים לנבוע משימוש בזכויות הגירושין והמשמורת לצורכי מיקוח, הן מבחינת בני הזוג הן מבחינת ילדיהם.

עם זאת, גם אם המודל המוצע כאן אינו פותר כליל את כל הבעיות אלא מצמצם אותן בלבד, יש בו יתרון על פני המצב הקיים. על כך יש להוסיף את השימוש בכלים המצויים זה מכבר בארגון הכלים של המשפט הישראלי, ושהוצגו לעיל כבעלי השפעה על היקף המיקוח האפשרי. האפשרות לפתוח מחדש את שאלת המשמורת, בין בשל שינוי נסיבות ובין כתביעה עצמאית, הופכת ויתורים בתחום המשמורת ליציבים פחות, למצער כל עוד הם ניתנים להצגה כפוגעים בילדים. חשיפת מעכבי גיטין לתביעה נזיקית הופכת את האיום בעיכוב הגט לאיום אמין פחות. גם הפרדה מוסדית בין סידור הגט ובין קביעת המשמורת – בין במישור הזמן ובין בסוגיית זהות הערכאה הדנה – עשויה להתמודד עם הקושי האמור. לפיכך, אף שההצעה הנוכחית אינה פותרת כליל את בעיית השימוש בחלקי הסכם הגירושין כקלפי מיקוח, היא משפרת את המצב, ומציעה – בצירוף ארגון כלים נוסף – פתרון מקיף לפיקוח מיטבי על תוכנם של הסכמי גירושין.

208 היקפה של תופעה זו בא לידי ביטוי בשורה ארוכה של פסקי דין המטילים על נשים חבות בנוזיקין בעוולת סירוב גט. ראו למשל תמ"ש (משפחה ת"א) 35371-02-10, לעיל ה"ש 75; עניין אלמוני נ' פלונית 2010, לעיל ה"ש 75; תמ"ש (משפחה י-ם) 46459-07-12 ז' ג' נ' ש' ג' (פורסם בנוב, 17.8.2014). לסקירה ולדיון מקיף ראו בנימין שמואלי "סרבנות גט – עילה נשית, גברית או עצמאית המאפשרת לפצות גם גברים מסורבי גט? בין צדק חלוקתי, צדק מתקן והגברת כוח המיקוח של המסורבת" עיוני משפט לט 545 (2016).

(ה) קשיים מעשיים: אכיפת ההסדר מול עקיפתו

הדיון עד כה הביא לכלל מסקנה שפיקוח אפקטיבי על התמורות הרכושיות בהסכם, תוך הגבלה של היכולת לסטות מן החלוקה הקבועה בדין, יכול לתרום לפתרון בעיות יסוד הנובעות מתנאיו הייחודיים של הסכם הגירושין. עם זאת, הסדר משפטי נדרש להיות לא רק מוצדק ומועיל, אלא גם ישים ואכיף. יש להראות שפיקוח אפקטיבי על מבנה המיקוח הוא אפשרי, ושעלות פיקוח אפקטיבי זה (לרבות התמודדות עם דרכי עקיפתו) אינה עולה על התועלת הגלומה בו. אכן, דרכי האכיפה של ההסדר המוצע מעוררות כמה אתגרים וקשיים. לביורם, ולהתמודדות עמם, נפנה כעת.

(1) קושי: אי-ודאות רדיקלית ויכולת ההסוואה של חריגות מן הדין

אי-הוודאות העשויה לשרור בנוגע לחלוקת הרכוש הצפויה, מעוררת את שאלת החלוקה הראויה של טווח אי-הוודאות בין הצדדים למשא ומתן. בדיון לעיל הגעתי למסקנה שלפיה יתרונותיו של המודל המוצע כאן, בצירוף ייחודיות ההקשר של קביעת מחיר המשקף את הערכת תוצאתו של הליך שיפוטי, מצדיקים חלוקה שווה של טווח אי-הוודאות. ממילא, ניתן לקבוע, ולו בקירוב, את נקודת החלוקה הצפויה, ולהגביל את יכולת הצדדים לסטות מנקודה זו. אלא שלצד הקושי העקרוני אי-הוודאות שבדין מעוררת גם שורה של בעיות מעשיות: האחת נוגעת למקרים שבהם הדין לוקה באי-ודאות רדיקלית, והשנייה – ליכולת להסוות תשלומים הנובעים ממיקוח משולב (כמו תשלום בעד הגירושין או המשמורת) או ממיקוח שנגוע בכפייה ובעושק, כאילו מדובר בסטייה מחלוקה שווה הנובעת מן הדין. נדון בבעיות אלו כסדרן.

ראשית, המודל המוצע מניח שטווח אי-הוודאות כולל גם את ההסתברויות המוקצות לכל אחת מן החלופות, באופן שיאפשר להצביע על נקודת החלוקה השווה של טווח זה. אלא שפתרון זה מותיר בעינו את הקושי הנוגע לאי-ודאות רדיקלית. כאשר דין הרקע לוקה לא רק באי-ודאות (uncertainty) אלא גם בעמימות (ambiguity),²⁰⁹ כלומר חוסר יכולת להקצות הסתברויות לחלופות השונות, אי-אפשר לעגן נקודת חלוקה ברורה, וממילא אי-אפשר למנוע מן הצדדים לסטות ממנה. אם כך, מתעורר חשש כי המודל המוצע מתנפץ על קרקע המציאות, בבואנו לשקול את יישומו בפועל! אלא שמסקנה כזו תהיה נמהרת. ראשית, אין להפריז במידת העמימות של הדין. הערכה רציונלית של מומחים, הן מטעמים של בעלי הדין הן מצידו של בית המשפט, מצמצמת את מרחב העמימות אל עבר תחום שבמסגרתו ניתן להציע הערכה מקורבת של החלופות וההסתברות הצמודה להן. זאת ועוד, אם ישנה עמימות רבה של הדין, היא מעוררת בעיות קשות גם אם תידחה התזה המרכזית של המאמר הנוכחי. מלבד הקשיים שהיא מציבה בפני כל משא ומתן (מפוקח או חופשי), היא יוצרת קשיים ועלויות עקרוניות (למשל בדבר השוויון בין מתדיינים) ומוסדיות (למשל

209 המינוח המשמש לתיאור הבחנה זו משתנה בין הקשרים ושוות ידע. כך, לעיתים מבחינים בין risk לבין ignorance, ועוד. לצורך הדיון כאן, חשובה ההבחנה בין אי-ודאות שניתן לכמת הסתברויות בעניינה, ובין אי-ודאות שאינה מאפשרת כימות כזה.

בקשר לצורך המוגבר להיזקק לבחי המשפט).²¹⁰ ישנם אפוא נימוקים כבדי משקל בזכות צמצום עמימותו של הדין באופן כללי. ואכן, אף שהדין הקיים כולל מרחבים של אי־בהירות, ניתן להניח כי בישראל, כמו במדינות אחרות, יתגבשו במרוצת הזמן כללים ואמות מידה שיסייעו בלהפוך את מרחב העמימות למרחב של אי־ודאות, ובחלקו אף למרחב שבו שוררת ודאות גבוהה למדי. בית משפט הדן בהסכם הגירושין לא ימצא אפוא במרחב שבו אין כל נקודת עגינה אפשרית להערכת החלוקה הרכושית הצפויה בדין. בהיעדר התפתחות מעין זו, צפויה להתגבר נטייתם של צדדים לדאוג מבעוד יום להסדרה ברורה של שאלות יסוד כמו מעמדה של דירת מגורים הקודמת לנישואין, וכיצד בזה בהסכמי קדם־נישואין. ממילא, מרחב העמימות – גם אם לא ימוגר לחלוטין – יהיה מצומצם בהיקפו. אם כן, אף שהדין לוקה בחוסר ודאות, אין בכך כדי לחסום את הדרך בפני הערכה רציונלית של נקודת החלוקה הנובעת מן הדין, לאחר חלוקה שווה של טווח אי־הוודאות. אף אם ישנם כמה מקרי גבול מורכבים שבהם הערכה כזו תהיה בלתי אפשרית (ולכן תיכשל), ייוותר ההסדר המוצע כפתרון שימושי ומועיל בכל שאר המקרים. על כן אין בקושי שהעמימות הרדיקלית מציבה כדי להצדיק הימנעות מפיקוח על כלל ההסכמים, שאינם לוקים בבעיה זו.

זאת ועוד, דומה כי מבחינה מעשית ישנם מנגנונים שעשויים לצמצם את הקושי הנובע מאי הוודאות, ולהקל על בית המשפט להעריך עד כמה חלוקת הרכוש המוסכמת תואמת את החלוקה שהייתה צפויה להם בדין. מודל אפשרי למנגנון כזה ניתן לשאוב מן הדין החל על הסכמי פשרה בתובענות ייצוגיות. בבקשה לאשר את הסכם הפשרה בעלי הדין נדרשים לפרט מדוע לדעתם "ההסדר ראוי, הוגן וסביר", ומה הרקע העובדתי והיחס בין ההסכם ובין הצפוי בבית המשפט. ברוח דומה נדרש תצהיר מבעלי הדין ומעורכי דינם, המאמת את הבסיס העובדתי המוצג בבקשה, ושולל את קיומן של טובות הנאה שהועברו בין הצדדים מחוץ לכלול בהסכם.²¹¹ מודל מעין זה, העשוי אף לכלול הטלת אחריות על עורכי ההסכם לפעול כקציני בית המשפט, יכול לפשט את הביקורת השיפוטית על ההסכמים הן במקרים הפשוטים שבהם הדין החל על הצדדים פשוט וברור הן באותם מקרים שבהם הצדדים נדרשים להערכה מורכבת של דין לא־ודאי.²¹² אם כן, ישנם פתרונות מעשיים המאפשרים להתמודד עם הקושי הישיר הנובע מאי־הוודאות בדין הנוהג.

לצד האמור, אי־הוודאות מעוררת גם בעיה עקיפה, שעניינה יכולתם של הצדדים להסוות פרקטיקות פסולות של מיקוח כאילו הן נובעות מתפיסת הדין החל עליהם המביא כביכול לידי תוצאה של סטייה מאיזון שווה. כך למשל, הצדדים עלולים לחלק את הרכוש

210 ראו למשל, Antonin Scalia, *The Rule of Law as a Law of Rules*, 56 U. CHI. L. REV. 1175, 1178–1183 (1989); Cass R. Sunstein, *Problems with Rules*, 83 CAL. L. REV. 953, 957 (1995) אך ראו Yuval Feldman & Shahar Lifshitz, *Behind the Veil of Legal Uncertainty*, 74 LAW & CONTEMP. PROBS. 157–158 (2011).

211 ראו ס' 12 לתקנות תובענות ייצוגיות, התש"ע–2010.

212 אכן, באותם מקרים קיצוניים שבהם הערכה כזו לא תועיל, אין לראות בחלוקת הרכוש אינדיקציה לבעיות בשלב המיקוח. מבחינה מעשית, אם ישנם מקרים שבהם אי־הוודאות אינה מאפשרת כל מסקנה, ולו מקורבת, בעניין החלוקה הצפויה בדין, ממילא יוכל בית המשפט לאשר כי החלוקה בהסכם אינה סוטה מן החלוקה הצפויה בדין.

ביניהם באופן מסוים בשל כניעה של אחד מהם לאיום של זולתו לעכב את הגירושין, אך לתרץ את החלוקה כנובעת מספק בדבר הדין החל על חלוקתם של נכסי קריירה או בעניין גורלה של דירת מגורים שקדמה לנישואין וכיוצא בזה. בדרך זו אי־ודאות הנוגעת לדין מאפשרת להסוות את אופיו האמיתי של המיקוח. אולם אף שנקודה זו מעוררת לכאורה קושי של ממש, אין להפריז בעוצמתו. ראשית, מנגנונים מעשיים כמו זה שהוצע לעיל, מקהים את עוקצה של יכולת ההסוואה ומגבילים אותה לסטיות מן הדין שניתן להסביר ולתרץ בדין וחשבון מפורט כאמור. אם כך, אף אם ההסדר מאפשר להסוות מיקוח משולב במידה מסוימת, הוא מצמצם במידה ניכרת את היקפו ואת עומקו של המיקוח המשולב, ומאפשר לצדדים להשיג באמצעותו אך ורק הישגים קלים, שכולם שוכנים בתוך הטווח הניתן להצגה באורח סביר כחלוקה הנובעת מן הדין. הסכמים המתאפשרים לפי הדין הקיים, שעל פיהם בת הזוג יוצאת "כשכותנתה לעורה"²¹³ לא יתאפשרו עוד. שנית, הצורך להסוות את החלוקה הקבועה בהסכם כאילו היא נובעת מן הדין משפיעה גם על הכיוון המשוער של יכולת הסטייה מן הדין. לצורך כך, יש להבחין בין שני תרחישים אפשריים: לפי האחד, הדין הצפוי מביא לידי חלוקה שווה של הרכוש, אך הצדדים מנסים להסוות את הסטייה מן הדין בטענה שנדרשת חלוקה בלתי מאוזנת. לפי התרחיש השני, הדין הצפוי מביא לידי חלוקה בלתי מאוזנת דווקא, אך הצדדים – בלחץ המיקוח המשולב – מסכימים לחלוקה שווה של הרכוש. ארון בתרחישים אלו כסדרם.

אפתח בתרחיש הראשון, הנראה שכיח יותר. לפי המודל המוצע, על הצדדים לנמק ולהסביר את חלוקת הרכוש המוסכמת ולחשוף לפני בית המשפט את הרקע העובדתי הרלוונטי. לצורך הנמקת הסדר המטה את איזון המשאבים לטובתו של אחד הצדדים, נדרש באופן טיפוסי להראות שצד זה חלש מבחינה כלכלית לעומת בן זוגו, בין בגלל הכנסתו העתידית הצפויה ובין מסיבות אחרות.²¹⁴ היכולת להסוות הטיה של הרכוש תלויה אפוא בהטיית הרכוש לטובתו של הצד החלש יותר, שאם לא כן יהיה קל לחשוף את הפער שבין החלוקה המוצעת בהסכם ובין החלוקה הנובעת מן הדין. אמנם לעיתים הצד החלש מבחינה כלכלית עשוי להיות בעל יתרון בהיבטים הלא רכושיים של ההסכם, כמו הגירושין או המשמורת, ולפיכך הסכם המטה את חלוקת הרכוש לטובתו עלול לשקף ניצול לא הוגן של יתרונותיו בתחומים אלו. ובכל זאת הגבלת יכולת עקיפת הדין למצבים המיטיבים עם בן זוג חלש מבחינה כלכלית מצמצמת את הקושי הטמון בהיבט זה, הן בגלל יכולתו העדיפה של הצד החזק להתגונן מפני פרקטיקות פסולות הן משום השפעתם החלוקתית הכוללת של הסכמי גירושין. על כך ניתן להוסיף הסדרים מעשיים שלפיהם תידרש הנמקה מיוחדת, לרבות הוכחת העובדות הרלוונטיות בראיות או בתצהיר, כדי להצדיק סטייה מחלוקה שוויונית, או התנאת חלוקה המעדיפה צד אחד בכך שאותו צד אינו בעל יתרון מובהק בזירות ההסכם האחרות, למשל בדרך של הסדרת הגירושין והמשמורת טרם חלוקה סופית

213 ראו לעיל ה"ש 67 והטקסט הסמוך לה.

214 לדין מלא בעילות הסטייה ראו ליפשיץ השיתוף הזוגי, לעיל ה"ש 173, בעמ' 305–321. גם נכסים מלפני הנישואין מתחלקים באופן רגיל במקרים שבהם בן הזוג שאינו הבעלים הרשום, נטול נכסים של ממש משל עצמו, וממילא חלש יותר כלכלית.

של הרכוש. יכולתם של הצדדים להסוות את המיקוח המשולב בהצהרה על הטיית החלוקה לפי דין, אינה מעוררת אפוא קשיים רבים.

החלופה השנייה כוללת תרחיש מקביל, ולפיו עמדתם האמיתית של הצדדים בדבר הדין הצפוי מביאה לידי חלוקה לא שווה של הרכוש המשפחתי, אלא שמחמת המיקוח המשולב בן הזוג שאמור לקבל את חלק הארי של הרכוש מסכים לוותר ולהסתפק בחלוקה שווה. במקרה כזה, נראה כי אכן הצדדים יכולים להסוות בהצלחה את חלוקת הרכוש שהיא תוצאת מיקוח משולב כאילו הייתה תוצאה של הסכמה בדבר הדין הצפוי. עם זאת, המקרים שבהם הדין מביא לידי סטייה ניכרת מן האיזון השווה אינם רבים,²¹⁵ ולפיכך הבעייתיות ביכולת לעקוף את ההסדר מצטמצמת להיקף מקרים קטן. יתר על כן, היקף הפגיעה הרכושית מוגבל, והוא מגודר בתחומי החלוקה השווה. אף אם צד להסכם עלול להימצא מקופח ביחס לחלוקה הצפויה לו בדין, וצד זה הוא אכן הצד החלש מן השניים, ההסדר המוצע מגן לפחות על חלקו השווה ברכוש המשפחתי. יתרה מזו, ככל שזכאותו להטיית האיזון לטובתו גוברת, כך יקשה יותר על הצדדים להסוות את החלוקה השווה כחלוקה הנובעת מן הדין, והם ייאלצו לבחור בחלוקה אשר אולי אינה מעניקה לבן הזוג את מלוא זכויותיו, אך בכל זאת שומרת על הטיית האיזון לטובתו. נמצאנו למדים אפוא שגם אם ההסדר ניתן לעקיפה במקרים מסוימים, הרי מדובר במקרים מצומצמים מלכתחילה, ועומקה של העקיפה אינו מבטל את כל הישגיו של ההסדר המוצע אלא ממתן אותם בלבד. כך או כך, ההסדר מציע שיפור לעומת המצב הנוכחי, המאפשר לבן זוג לשלול מבן זוגו גם את המחצית המגיעה לו מכוח הדין הבסיסי. אם כך, אי-הוודאות בתחום דיני הרכוש המשפחתי אינה מסכלת את היכולת ליישם את ההסדר המוצע כאן.

(2) קושי: עקיפת ההסדר בעסקאות משניות

נניח שבני הזוג מעוניינים במיקוח משולב, כלומר שאחד מהם מבקש, למשל, לקבל חלק גדול יותר ברכוש המשפחתי בתמורה להסכמתו לדרישות בן הזוג האחר בתחום הגירושין או המשמורת. ללא פיקוח, יבקשו הצדדים, למשל, לחלק את הרכוש ביחס של 70–30, ולא ביחס שווה, אך ההסדר המוצע ימנע מהם אישור של הסכם כזה. אולם מה ימנע מן הצדדים לאשר הסכם המחלק את הרכוש ביחס של 50–50, ולהסכים בנפרד על העברת רכוש בגודל של 20 כנגד מתן הגט או אישור הסדר המשמורת הרצוי להם? ואם אכן תיתכן העברה כזו, מה נותר ממשטר הפיקוח ומהישגיו הנטענים?

התמודדות מלאה עם קושי זה מצריכה הבחנה בין עסקאות העוקפות את ההסכם הרכושי המאושר ובין עסקאות המנסות להשפיע מראש על תנאיו. המקרה הראשון, הפשוט יותר, עוסק במצב שבו לצד אישור ההסכם בהיבט הרכושי, המחלק את הרכוש לפי הדין הצפוי החל על הצדדים, יעבירו הצדדים ביניהם חלק מן הרכוש "מתחת לשולחן", קרי הרחק מעינו הפקוחה של בית המשפט המאשר את ההסכם. הצדדים עשויים לקבוע את ההעברה האמורה במעמד החתימה על ההסכם עצמו, להשמיט את הרכוש האמור מרשימת הנכסים המוצהרים במסגרת איזון המשאבים, או לקבוע מנגנונים שייצרו קשר עתידי בין

215 בתי המשפט ציינו כי השימוש בס' 8 לחוק יחסי ממון בין בני זוג הוא חריג (ראו שם, בעמ' 341–345).

ההעברה ובין התמורה (במישור הגירושין או המשמורת) בדרך של העברת שטרי חוב, יפויי כוח, שימוש במנגנוני נאמנות שונים וכיוצא באלה. במקרים מעין אלו ההסכם המאושר הוא אפוא הסכם למראית עין בלבד, שכן הוא אינו משקף נכונה את החלוקה שהצדדים מתכוונים לערוך. המקרה השני עוסק במצב שבו העברת רכוש הקודמת לאישור ההסכם הופכת את החלוקה בהסכם לחלוקה אמיתית הנובעת מן הדין, בדרך של השפעה על הבסיס העובדתי להפעלת דיני הרכוש המשפחתי. כך למשל, הצדדים עשויים להעביר נכסים ביניהם, להסכים ביניהם להוציא נכסים מאיזון המשאבים (לפי הוראות סעיף 5(א)(3) לחוק יחסי ממון בין בני זוג), להסדיר את הבעלות בנכסים שקדמו לנישואין וכיוצא באלה. במקרה כזה, חלוקת הרכוש בהסכם תואמת את החלוקה שהצדדים מבקשים לערוך, אלא שההסכם מסווה את העובדה שחלוקה זו עצמה היא תוצר של סיבוב קודם של עסקאות חלוקה, שהורתו במיקוח משולב או בלחצים שהיו ראויים לפסול את ההסכם הסופי מאישור. כך או כך, נראה שמנגנון אישור ההסכם, והקפדה על התאמה בין החלוקה ההסכמית ובין הדין הצפוי, ניתנים לעקיפה קלה. אם ההסדר המוצע ניתן להתחמקות או לעקיפה קלה, נראה שאין כל טעם בפנינו!

מסקנה כזו תהיה נחפזת מדי. התמודדות עם מנגנוני עקיפת הדין רווחת בענפי משפט שונים, וניתן להתמודד עמה באופן משיביע רצון, אף אם לא בהכרח הרמטי. הגבלת התלות בין עסקאות שונות נוהגת למשל בתחום ההגבלה של התניית שירות בשירות בדיני הבנקאות,²¹⁶ או איסור הקשירה בדיני ההגבלים העסקיים.²¹⁷ הערכת תמורות, לרבות בדיקה של העברות ללא תמורה, מקובלת ורווחת בדיני המס,²¹⁸ ומנגנונים לבדיקת עסקאות מלאכותיות, הענקות בטלות והעברות מרמה רווחים בדיני חדלות הפירעון.²¹⁹ סביר להניח אפוא כי גם בענייננו ניתן לפתח מנגנוני פיקוח לשם הוצאת ההסדר אל הפועל חרף הניסיון לעקוף את הדין.²²⁰ הדברים מקבלים משנה תוקף אם בין שני הצדדים הקושרים להערים על

216 השוו לס' 7(א) לחוק הבנקאות (שירות ללקוח), התשמ"א-1981.

217 השוו לס' 29(ב)(4) לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988.

218 כך למשל הפטור ממס שבח המוענק במקרי העברת דירה ללא תמורה בין בני משפחה (לפי ס' 62 לחוק מיסוי מקרקעין (שבח ורכישה), התשכ"ג-1963), תלוי בבחינה של רשויות המס בדבר קיומה של תמורה נסתרת בעסקה אחרת וכדומה.

219 ראו למשל ס' 70 ו-96 לפקודת פשיטת הרגל [נוסח חדש], התש"ם-1980; שלמה לויין ואשר גרוניס פשיטת רגל 59-60, 310-315 (מהדורה שנייה, 2000).

220 המסגרת הנוכחית אינה מתאימה לדיון מפורט במכלול הדרכים המעשיות להתמודד עם קשיים אלו ולהכרעה ביניהן, ולכן אסתפק בציון ראשוני של כמה דרכי פעולה אפשריות, לחלופין או במצטבר: ראשית, כנזכר לעיל, מוצע לדרוש שהגשת ההסכם תלווה במכתב הסבר של הצדדים ועורכי דינם הכולל גם הצהרה על אודות האופן שבו משקף ההסכם את מלוא הסדרי הרכוש ביניהם, ועל היעדרן של תמורות חיצוניות להסכם. הוכחת מצג שווה עובדתי בהסכם עשויה לאפשר פתיחה מחדש של הסדר הרכוש, ואולי אף הטלת אחריות על עורך הדין. במקרים של רכוש רב שקשה להעריכו, ניתן להוסיף אף דרישה להגיש חוות דעת של שמאי לתמיכה בחלוקה המוצעת, בשים לב לכך שרוב הרכוש המוחזק בידי פרטים אינו מעורר בדרך כלל בעיית שומה קשה, שכן זכויות וכספים המוחזקים בידי בנקים או מוסדות פנסיוניים הם בעלי ערך נקוב, וגם שומתם של נכסי נדל"ן ניתנת בדרך כלל להערכה (כמקובל אצל רשויות המס). במקרים שבהם נדרשת שומה, פעמים רבות שומה כזו תימצא ממילא בידי הצדדים כבסיס לחלוקה ההסכמית שביניהם. דרישה כזו אינה מכבידה יתר על המידה אפוא. על כך ניתן להוסיף מנגנונים בהשראת אלו המקובלים בעולם חדלות הפירעון, כגון אלו העוסקים בהעברת מרמה או בביטול

ההסדר, ישנו ניגוד עניינים מובנה, שכן מנגנון ההסוואה מיטיב עם האחד על חשבון האחר. אין מקום להניח אפוא שמדובר בהסדר בלתי ניתן לאכיפה. אמנם בעיה ייחודית מתעוררת בקשר להעברות הנובעות מתפיסות של בני הזוג עצמם הנוגעות להוגנות החלוקה או לאשמתו של אחד הצדדים. כאשר דנתי בקושי העקרוני הנובע מרצונם של הצדדים לחלק את הרכוש באופן ההולם את תפיסות ההוגנות והאשמה שלהם, הצעתי לאפשר העברה כזו שלא במסגרת ההסכם, שכן העברה מעין זו לא נועדה להניב תמורה ואינה דורשת אכיפה משפטית.²²¹ אלא שפתרון זה מעורר קושי מעשי: כספים שיועברו בשל פרקטיקות מיקוח פסולות יוכלו להיות מוסוים כמתנה הנובעת משיקולי אשמה של בן הזוג המעביר. ברוח הדוגמה הקודמת, לאחר החלוקה 50-50 במסגרת ההסכם, יעביר הצד הנסחט סך של 20 לבן זוגו, ויתרץ אותם כפיצוי בגין תחושת האשמה או תפיסת ההגינות האישית שלו. אם כן, דילמה: לאפשר ביטול של העברה כזו כחלק ממנגנוני ההגנה מפני עקיפת ההסדר הראשי באופן שיקשה ביטוי אישי של הגינות או אשמה או להחשיבה כתקפה ולאפשר במסווה של העברה המבוססת על אשמה, גם העברות פסולות שהורתן במיקוח פסול!

דומה שבדילמה זו יש להעדיף את האפשרות הראשונה. לפי הצעתי, העברה המבוססת על רגשות אשמה וחרטה של צד להסכם תהיה ניתנת לביטול לפי דין, ולפיכך היא לא תאפשר הסתמכות מלאה מצד בן הזוג המקבל, למצער עד שיעבור טווח הזמן שייקבע לביטול העברות בין בני זוג שנפרדו. בן הזוג הנעבר לא יזכה אפוא בהסתמכות בת תוקף משפטי, אולם תוצאה זו הולמת העברה שהורתה אינה בדין אלא ביחסים האישיים שבין הצדדים. אם ההעברה היא תוצאה של הליך פיוס מבוסס בין הצדדים, יוכל בן הזוג המקבל להניח, גם אם לא בוודאות, כי בן זוגו לא יבקש לבטל את ההעברה (שאינה בטלה אלא ניתנת לביטול בלבד). מאידך גיסא, הסדר כזה יאפשר להימנע מהעברות פזיזות הנובעות

הענקות, באופן שימנע העברות מעין אלו בסמוך לכריתת ההסכם (הן לפניו הן לאחריו) מבלי שהצדדים הצביעו על תמורה כשרה בעבורן או על היגיון כלכלי אחר העומד ביסודן. יישומם של מנגנונים דומים נדרש הלכה למעשה כבר כיום בגדרי סעיף 7 לחוק יחסי ממון בין בני זוג, במקרה של העברה בין בן זוג לצד שלישי. לפיכך, ניתן להניח כי שופטי בית המשפט לענייני משפחה יוכלו להפעיל אותם כראוי. על כך ניתן להוסיף כלל ולפיו קיומה של העברה כזו הוא עילה לפתיחת הסכם המשמורת, או חזקה שהסכם זה אינו לטובת הילד, באופן שייטול את העוקץ מניסיונות לדרוש תמורה רכושית להסדר המשמורת המוסכם. לבסוף, ניתן להציע כלל ולפיו כל רכוש שלא נזכר בהסכם, יחולק לפי דין. עמדה כזו מתיישבת עם מגמתו של המשפט הישראלי בעניין רכוש ממשי שלא נזכר בהסכם ממון, הכולל סעיף כללי של ויתור והיעדר תביעות. בהשראת אמרת אגב של השופטת ארבל בבג"ץ 7947/06 קהלני נ' בית הדין הרבני הגדול (פורסם בנבו, 24.12.2006), נטו בתי המשפט לקבוע חזקה שלפיה בהיעדר ויתור מפורש על נכס, מתייחסים אליו כאילו הוא לא נכלל בהסכם. לדיון ראו ע"מ (מחוזי י-ם) 222/08 ש' א' נ' ש' ד', פס' 260 לפסק דינו של השופט דרורי (פורסם בנבו, 2.2.2010); עמ"ש (מחוזי ת"א) 39641-05-10 פלונית נ' פלוני, פס' 11 לפסק דינו של השופט שנלר (פורסם בנבו, 2.4.2012); תה"ס (משפחה י-ם) 18418-08-10 ש' ב' מ' נ' ע' ב' מ' (פורסם בנבו, 29.8.2013). אפשר אף לחלק רכוש כזה באופן מוטה, כדי לקנוס את בעליו. מבלי להכריע סופית בשאלת התמהיל המיטבי של צעדים מעין אלו, סקירה קצרה זו די בה לשכנע כי ההסדר המוצע ניתן בהחלט לאכיפה, ברמה שאינה פחותה מאכיפת כללים משפטיים אחרים.

221 ראו הדיון לעיל בטקסט הסמוך לה"ש 192.

מרגעי המשבר של הפרידה והקשיים האישיים הנלווים לו לעיתים, ויותר מקום לחרטה במקרה של העברה כזו. ולסיום, בבחינת המקום לביטולה של עסקת ההעברה יהיה ניתן לתת משקל גם לנסיבות הכוללות, ובתוכן השאלה אם יש אינדיקציה למיקוח משולב או לפרקטיקות מיקוח פסולות אחרות המסבירות את ההעברה. בהיעדרן של נסיבות רקע מחשידות, יפחת הסיכוי לביטול ההעברה ותגדל יכולת הנעבר להסתמך עליה.

לצד מסקנה זו יש לזכור כי הדיון לעיל בקושי המעשי הנובע מאי-הוודאות הטמונה בדין, העלה כי ישנו מעין "מתחם סבירות" של חלוקת רכוש הנגרם מהיבטיו של הדין הלוקים בעמימות ולא רק באי-ודאות. בתוך מתחם זה יש מקום לבן זוג אחד להתנהג בנדיבות כלפי בן הזוג האחר, באופן המשקף את רצונו להיטיב עמו, לפצות אותו או להפגין קבלת אחריות על הפגיעה בבן הזוג או על התמוטטות הקשר. הממד הסימבולי הכרוך ביכולת זו משתמר אפוא, ועמו היכולת לסיים את המשא ומתן ברוח טובה המאפשרת ויתורים הדדיים. אך בד בבד, יכולתם של הצדדים להקריב לצורך האמור את עיקר רכושם מוגבלת, והנטייה לתרגם למטבע קשה את הקשיים הנפשיים הצמודים לעיתים לגירושין נבלמת. במהלך המשא ומתן לקראת ההסכם יוכלו הצדדים להציע אפוא איש לרעהו ויתורים קלים, שיש להם בעיקר ערך סמלי. העברות מהותיות יותר יתאפשרו ללא יכולת מיידית להסתמך עליהן, באופן המותיר אותן מחוץ לתחומו של המשפט. מנגנוני אכיפה מן הסוג הנוהג בתחומי משפט אחרים יאפשרו גם בהקשר הנוכחי למנוע מעקף של הסדר הפיקוח המוצע. כל שנותר לבחון הוא אם עלות הפיקוח ועלות מנגנוני האכיפה הנדרשים להפעלתו אינה עולה על התועלת הצפויה להיות מופקת ממנו. לבחינת סוגיה זו אעבור כעת.

(3) קושי: השיקול המוסדי – הכבדה על בתי המשפט

מודל הפיקוח על המיקוח המוצע כאן מחייב מעורבות פעילה של בתי המשפט בכריתתם של הסכמי גירושין. במקום מנגנון הפיקוח ההליכי והמזורז הנוהג כיום, והמתמקד כאמור בהצהרת הצדדים על רצונות ההסכם, מוצע להרחיב את הפיקוח ולכלול בו את תוכן ההסכמות, באופן שיחייב את בתי המשפט לגלות מעורבות פעילה יותר בשלב האישור. מגמה כזו מעוררת חשש בעל אופי מוסדי, שעיקרו ההכבדה היתרה שיִשית ההסדר המוצע על בתי המשפט והשופטים. אלא שמבט מעמיק יעלה כי אין מקום להפריז בהיקפו של החשש. ראשית, יש לזכור כי ההצעה נוגעת אך ורק להסכמי גירושין, ואינה חלה על הסכמי קדם-נישואין או על הסכמים הנכרתים במהלך הנישואין שלא אגב גירושין, המעוררים שאלות ובעיות אחרות. שנית, כנטען לעיל, מבט בתוכן ההסכמות מתבקש גם כיום, אף שבית המשפט נדרש להתמקד בחופשיות ההסכמה של הצדדים בלבד, משום שתנאי ההסכם מלמדים מניה וביה על חופשיות ההסכמה. שלישית, כפי שהוצע לעיל בדין במניעת עקיפת ההסדר, ניתן לדרוש כי בקשה לאישור ההסכם תלווה במכתב הסבר, מגובה בתצהיר, שבו יסבירו הצדדים ונציגיהם את חלוקת הרכוש המוצעת ואת יחסה להיקף הרכוש ולדין החל. הצהרה זו אמורה לצמצם מראש את נטייתם של הצדדים להגיע להסכמים החורגים מן הדין, ואמורה לאפשר לבתי המשפט לוודא בקלות יחסית כי הרכוש אכן חולק לפי דין. יתרה מזו, הפרדת ההיבט הרכושי מן המיקוח בשאלת המשמורת והמזונות ממתנת את החשש החרף שבעיית הנציגות מעוררת, ומפחיתה את הצורך להקדיש משאבים שיפוטיים לפיקוח על

הסדרי המזונות והמשמורת, אשר לפי הדין הקיים עלולים לשקף אינטרסים החורגים מאלו של הילדים. האמצעים והמומחיות העומדים לרשות בתי המשפט לצורך בחינה ביקורתית של חלוקת הרכוש עולים ביעילותם עשרת מונים על האמצעים העומדים לרשותם לבקר את הסדרי המשמורת של הצדדים, וזאת אף אם לצורך ההערכה בית המשפט יכול להיעזר בתסקירים של מומחים.²²² על כן הפסדו של הפיקוח, המצריך הקדשת תשומת לב לחלוקת הרכוש, יוצא בשכרו: הפחתת החשד לחלוקה פסולה של המשמורת, וממילא הפחתת הצורך לייחד משאבים שיפוטיים לביורור זה. ברוח דומה, ההסדר המוצע מיתר הליכים הכרוכים בביורור נסיבות הכריתה (כמו טענות לטעות או עושה). לפיכך הוא מחליף נטל מוסדי לברר עובדות קשות להוכחה ולבדיקה, וממיר אותו בנטל לברר סוגיה שבית המשפט יכול לברר בנקל: מידת התאמתה של חלוקת רכוש מוצעת לדין החל על הצדדים.

לפיכך, הסכמים כשרים, כלומר נקיים ממיקוח משולב ומפגמים בכריתה, יצלחו את שלב האישור ללא קושי וללא מעמסה מוסדית יתרה. לעומתם צפויים להיות הסכמים הנגועים בפגמים כאלה, שיבטאו חלוקת רכוש הסוטה מן הצפוי בדין, בתמורה להיבט אחר בהסכם או מתוך פגם בכריתה כמו טעות, הטעיה או לחץ פסול. לצורך אישורם של הסכמים כאלה, ישאפו הצדדים להסוות את ההסכם כאילו הוא מחלק את הרכוש בהתאם לדין. אף אם הסכמים כאלה יצלחו את שלב האישור הראשון, בזכות שיתוף הפעולה בין הצדדים, הרי עם הסרת הפגם (כמו הטעות או הכפייה) או הסדרת הגירושין או המשמורת, יוכל הצד שנפגע בחלוקת הרכוש לפנות לבית המשפט ולבקש לפתוח את ההסכם. בשלב זה כל שיידרש ממנו הוא להצביע על הרכוש שהוברח, מצג השווא שהוצג או ההעברה שלא גולתה. בית המשפט לא יידרש בשלב זה להערכה מורכבת בדבר קיומה או היעדרה של טעות או כפייה, או בדבר אופיו של המיקוח, אלא אך ורק לקביעת ממצא עובדתי פשוט בעניין האופן שבו שיקף ההסכם את חלוקת הרכוש האמיתית בין הצדדים. רכוש שחלוקתו האמיתית הוסוותה במסגרת ההסכם (למשל בדרך של הימנעות מהכללתו ברשימת הנכסים) ישוב ויחולק לפי דין, אולי אף בשילוב קנס לצד שהרוויח מן החלוקה המוסווה.

על בתי המשפט יהיה להתמקד אפוא בשקילות חלוקת הרכוש, שאלה קלה יחסית לביורור. לפי המוצע, בית המשפט לא יירתע מפתיחה מחודשת של הסכם הרכוש, שכן תלות בין החלק הרכושי ובין החלקים האחרים תיחשב לבלתי לגיטימית וממילא לבלתי ראויה להסתמכות. ברוח דומה, הקלות היחסית של חשיפת סטייה מחלוקה לפי דין תביא לידי כך שהצדדים לגירושין יימנעו מלכתחילה מלכרות הסכמים כאלה, שכן הצד המבקש לוותר בתחום אישי בתמורה להישג רכושי ידע כי אין בידו להסתמך על הישגיו הרכושיים. ממילא, יתמעטו ההליכים שבהם בתי המשפט מתבקשים לרונן בטענות של פגמים בכריתה, ואף הליכים כאלה יתייעלו ויתמקדו בתחומי החזוקה המוסדית של בתי המשפט: קביעת ממצאים בענייני רכוש, וביורור הדין החל עליהם, חלף ניסיון לקבוע עובדות שבמחלוקת, פעמים רבות ללא ראיות מספיקות. אם כך, ההסדר לא רק ירוויח פיקוח אפקטיבי על תחום

222 ראו בעיקר זפרן "הקשיים הכרוכים בחוות-הדעת המקצועיות", לעיל ה"ש 131, והמקורות הנדונים שם. מגוון המקרים, הצורך בספקולציה בנוגע לעתיד, היעדרו של קריטריון ברור להערכת מסוגלות הורית וחולשת כלי האבחון, עומדים מול המיומנות היחסית של ערכאות שיפוטיות בהבנת התנאים הרכושיים-מסחריים, ובקביעת התוצאה המשפטית הצפויה נוכח מצב דברים עובדתי נתון.

פרוץ שבו בתי המשפט מתקשים להתמודד עם פגמי מיקוח חמורים. הוא גם יגבה מחיר לא כבד במונחים של זמן ומעמסה שיפוטיים, שכן עבודת השופט תוכל להתמקד בתחום שבו יש יתרון יחסי למוסד השיפוטי.

(4) קושי: הדין הדתי והדיין הדתי

עד שלב זה נדון הנושא מנקודת מבטם של הדין האזרחי ושל בית המשפט האזרחי. כעת עלינו להביא בחשבון את המבנה הייחודי של הדין הישראלי, הכולל לא רק דין כפול אלא גם מערכת שיפוט כפולה. לעיל דנתי בקצרה בהשפעת ההסדר המוצע כאן על נכונותם של בני זוג להיענות לתביעת גירושין מצד בן או בת זוגם, בהיעדר אמצעי שכנוע כלכלי.²²³ עם זאת, נותר להתייחס לכמה עניינים נוספים העלולים להתעורר בעקבות האריגה המורכבת של דין ודיין המתקיימת בדיני המשפחה בישראל, ובפרט ההתנגשות העלולה להתעורר אצל יהודים שדינם האישי הוא דין תורה.

תחילה במישור הדין: החובה לחלק את הרכוש לפי דין אינה קשורה כשלעצמה לגירושין, ואין בה כל לחץ הקשור למתן הגט. ממילא, אין סיבה לחשוב שמהלך מסוג זה יעורר חשש אמיתי לכשרות הגט מצד בתי הדין הרבניים. עם זאת, ייתכן שלהצעה תהיה השפעה על פסיקת בתי הדין. בפרט צפוי המהלך להשפיע על שני זרמים בפסיקתם של בתי הדין הרבניים. לפי האחד, במקרים מסוימים ראוי לחייב בן זוג בגירושין אך זאת אך ורק בכפוף להשתתף חובה על בן הזוג האחר לשלם לו "פיצויי גירושין".²²⁴ מדובר למעשה בהגנה על הנישואין בעזרת כלל אחריות המחייב בפיצוי בגין התרתם. אם לפי המתווה המוצע כאן, פיצויי גירושין מעין אלו יוגבלו, נראה כי לפחות בחלק מן המקרים התוצאה תהיה הימנעות מחיוב בגירושין מלכתחילה. בדומה, המתווה עשוי להשפיע על היקף החיוב בגירושין גם מנקודת מבטה של עמדה אחרת, הרואה את חובת הגירושין ככפופה לזכותו של הבעל להתנות את נתינתו בתנאים סבירים.²²⁵ לפי אחת מן הפרשנויות של עמדה זו, בן זוג (ולעיתים הגבר בלבד) זכאי להשתמש בכוחו לעכב את הגט כדי לאכוף זכויות ממוניות העומדות לו, או כדי להוציא מידי בת הזוג את ממונו המוחזק בידיה שלא כדין. עמדה זו משתלבת לעיתים בתפיסה שחלוקת הרכוש לפי הדין האזרחי, ומתוך ניגוד לדין תורה, היא הוצאת ממון מידי בעליו שלא כדין, ודינה כדין גזל.²²⁶ ממילא, הבעל רשאי להתנות את מתן הגט בחלוקת הרכוש לפי דין תורה, ובהיעדר חלוקה כזו לא תעמוד נגדו עילת גירושין. אם כן, אף ששני קווי פסיקה אלו אינם מקובלים בכל בתי הדין, נראה כי להסדר הפיקוח המוצע במאמר זה עלולה להיות השפעה על היקף החיוב להתגרש בדין הדתי, באופן שעלול להחריף את מצוקת העגינות!

223 ראו לעיל בפרק השלישי, סעיף 2(ב).

224 לדין ראו Rivlin, לעיל ה"ש 89.

225 עמדה זו קשורה לתפיסה הידועה כ"הלכת המהרשד"ם" (ראו לעיל ה"ש 91).

226 בהקשר זה ניתן להבחין בין הרואים את החלת הדין האזרחי כולו כהוצאת ממון שלא כדין ובין מי שמוכנים לקבל את תחולת החוק אך כופרים בסמכותה של חקיקה שיפוטית (ניתוח מלא של סוגיה זו חורג מגבולות המאמר).

במבט מעמיק, נראה כי חשש זה אינו במקומו. מעמד הפרקטיקה לפסוק "פיצוי גירושין" טעון דיון נפרד החורג ממטרותיה של רשימה זו, אך ככל שראוי לאפשר פרקטיקה כזו, אין הכרח לראות אותה כסותרת את הסדר חלוקת הרכוש המוצע כאן, ממש כפי שהסדר המוצע אינו חוסם חבות בפיצוי נזיקין בין בני הזוג, או את פסיקתו העצמאית של בית הדין בעניין הכתובה. בדומה, הנטייה להתלות את חיוב הגירושין עד מילוי תנאיו של הבעל קשורה בין השאר בשאלת האפשרות לקיים תנאים אלו. ממילא ייתכן שדווקא ההגבלה המוצעת תעקר את יכולת ההתנאה של מי שעילת גירושין תקפה עומדת כנגדם.²²⁷ זאת ועוד, מנקודת מבט מעשית ההבחנה בין חיוב גירושין להיעדרו אינה בעלת משקל ממשי, הן מבחינת היכולת לקבוע פיצוי נזיקין בגין סרבנות גם בהיעדר חיוב בגט,²²⁸ הן מבחינת רתיעתם של בתי הדין לנקוט אמצעי אכיפה גם במקרים שבהם נקבע חיוב כזה.²²⁹ אם כך, שינוי בהיקף החיוב בגיטין אינו צפוי כשלעצמו להשפיע במידה ניכרת בעולם המעשה. לבסוף, ומעל הכול, חשוב להדגיש כי האתגרים הקשורים בפיצוי הנזיקין או ביכולת להתנות על חלוקת הרכוש כבסיס לחיוב בגט, אינם תולדה של ההסדר המוצע כאן. נהפוך הוא: הקושי הטמון בהם חל כבר בדין הקיים, המחויב לתפיסה שלפיה חלוקת הרכוש הזוגי נקבעת בדין האזרחי ולא בדין האישי.²³⁰ ההסדר המוצע כאן רק מדגיש את הצורך להתמודד עם קושי זה, ואילו המצב הקיים מסווה את הקושי בעזרת התנאה רצונית כביכול של הצדדים, החורגים מן הדין החל עליהם לפי דרישתה של הערכאה הדתית. הפיקוח על המיקוח אינו מעורר את הבעיה אפוא, אלא רק מתקדם אל עבר פתרונה. קושי אחר בהסדר המוצע נובע לא מן הדין האישי החל על הצדדים אלא מן הדין הדן בעניינם, כלומר הערכאה שבה יאושר ההסדר. לפי הדין הקיים, אישור הסכם הגירושין עשוי להיעשות הן בבית המשפט הן בבית הדין. לפיכך נשאלת שאלת התחולה של ההסדר המוצע על בתי הדין הרבניים, בשבתם כערכאה המוסמכת, בעיקר בשים לב לתפיסה המקובלת בבתי הדין שלפיה בתי הדין אינם כפופים להלכותיו של בית המשפט. אם יתגלע פער בנושא זה בין בתי המשפט האזרחיים ובתי הדין הדתיים, עלול הדבר אף להחמיר את תופעת מרוץ הסמכויות באופן שכן זוג השואף מראש לאשר הסכם המוטה לטובתו, יקדים ויבקש לרכוש

227 לפי המהרשר"ם, מוגבלת יכולת ההתנאה ל"תנאי שנקל לקיימו". לצד הקריאה הנורמטיבית, העוסקת בשאלה עד כמה התנאי סביר בעיני בית הדין, כוללת הפסיקה המקובלת גם קריאה דסקריפטיבית, העוסקת בשאלה עד כמה צפוי בפועל שיהיה ניתן לעמוד בתנאי. הגבלת חריגה מן הדין האזרחי עשויה אפוא להפוך את תנאו של הבעל לתנאי שלא נקל לקיימו, וממילא תישלל זכותו להתנות תנאי זה (ניתוח מלא של היבטים אלו חורג מן הדיון הנוכחי). לדיון והפניות אל פסיקת בתי הדין המיישמת תפיסה זו ראו Radzyner, לעיל ה"ש 91; רדזינר, לעיל ה"ש 91. בדומה, קו בפסיקה הרבנית תולה את כפיית הגירושין במקרה של מרידה הדדית (לפי העמדה המזוהה עם רבינו ירוחם) בדין "כופין על מידת סדום", שעל פיו אין מקום לעכב את הגירושין בהיעדר כל טעם לכך, אך רצון לגבות פיצוי ממוני הוא טעם כשר. גם בהקשר זה, חסימת היכולת להשיג רווחים כלכליים מעיכוב הגט משמעה דווקא הקלת היכולת לכפות גירושין במקרים כאלה.

228 ראו לעיל ה"ש 74-75.

229 ראו רות הלפרין-קדרי ותמר אדלשטיין-זקבך "חוק בתי דין רבניים (קיום פסקי דין של גירושין) התשנ"ה-1995" (פרויקט פא"י, דוח מס' 1, 2011) <http://bit.ly/2xKznpJ>.

230 ראו בג"ץ 1000/92 בבלי נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד מח(2) 221 (1994); סעיף 13(ב) לחוק יחסי ממון בין בני זוג.

סמכות שיפוט בבית הדין. עם זאת, גם קושי זה מתעורר למעשה באופן רחב יותר, ונוגע לכל נורמה המוחלת על הסכם הגירושין והתנאים לפתיחתו. למעשה, אם אכן תוחרף בעיית מרוץ הסמכויות עקב ההסדר המוצע, יחשוף הדבר את האופנים שבהם בתי הדין משתמשים בסמכותם לדון בעניין הגירושין כדי לקבוע באופן מעשי את משטר הרכוש בחסות "הסכמת הצדדים" ובאופן החותר תחת קביעתו של הדין בדבר היקף סמכותם הראוי.²³¹ אם כך, ראוי לו למשפט הישראלי לאחוז את השור בקרניו ולהתמודד עם השאלה לגופה, בדרך שתמנע את הכפפת כל הסוגיות הנדונות לשיפוטם של בתי הדין. ברוח זו ניתן להציע כי במקרים שבהם הפנייה לאישור ההסכם בבית הדין נעוצה אך ורק ברצון לסטות מדין הרכוש הצפוי, יש להכפיף את סמכות האישור למבחנים דומים למבחני הכריכה.²³² חלופה אחרת היא שימוש מתאים בדיני הסמכות הנמשכת, תוך הקניית סמכות הדיון בשאלות של פתיחת ההסכם לערכאה האזרחית שיש לה סמכות עיקרית לדון בחלוקת הרכוש, ולא דווקא לערכאה שאישרה את ההסכם.²³³ זאת כמובן לצד האפשרות לעגן את ההסדר בחקיקה, שתחייב גם את בתי הדין. אם כן, אף שההסדר המוצע כאן אינו מצליח לפתור לחלוטין את כל הבעיות של דיני המשפחה בישראל, ובתוכן את בעיית יחסי הערכאות, נראה כי אין בעצם קיומה של הערכאה הדתית כדי לעורר קושי יסודי העלול לעמוד בפני מימוש מיטבי של ההסדר, והשגת מטרותיו.

סיכום: ההסדר, התינוק והמים

תוכנו של חוזה יכול שיהיה ככל אשר יסכימו הצדדים. אולם מה מביא צדדים להסכם גירושין להסכים לחלוקת רכוש המעניקה למי מהם חלק קטן במידה ניכרת מן החלק שהיה מוענק לו בבית המשפט? מאמר זה התמקד בנימוק אפשרי מרכזי להסברת הסכם כזה, הנעוץ במסחר בין חלקי ההסכם השונים. כך, צד לחוזה מסכים לקבל חלק קטן יותר מן העוגה הרכושית, בתמורה לקבלת עמדתו באחד התחומים האחרים הנדונים בהסכם הגירושין. הסכמים מעין אלו, המערבים את מה שכיניתי כאן "מיקוח משולב", נפוצים בשיטת המשפט הישראלית, ואף מוגנים על ידיה. עם זאת, פעמים רבות הם מעוררים בעיות של ממש בתחום רגיש הראוי להגנה מיוחדת.

מזיגתם יחד של אינטרסים רכושיים ואישיים מקשה על מעריך חיצוני, כלומר בית המשפט, להעריך את היחס בין התמורות בהסכם. ממילא, מוגבלת מאוד יכולת הפיקוח השיפוטי על תנאי החוזה ועל הוגנותם, ונפתח הפתח לניצולם של פגמים בכריתה לטובת חוזים חד-צדדיים המיטיבים עם צד אחד על חשבון הצד האחר ולעיתים אף על חשבון הילדים המשותפים של בני הזוג. אריגתן של תמורות בלתי הפיכות אל תוך המיקוח מקשה אף את השבת המצב לקדמותו במקרה של ביטול, וממילא שוללת מבית המשפט אף את

231 ראו בג"ץ 8638/03 אמיר נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים, פ"ד סא(1) 259 (2006). לאופנים שבהם משתמשים בתי הדין בהלכת המהרש"ם על מנת להוביל לחלוקת רכוש התואמת את דין תורה ראו הדיון אצל Radzyner, לעיל ה"ש 91.

232 ראו בג"ץ 8497/00 פייג-פלמן נ' פלמן, פ"ד נו(2) 118 (2003).

233 זאת בניגוד להמלצתו של כהן (ראו כהן "עילת חלוקת הרכוש", לעיל ה"ש 110).

ארגז הכלים המצומצם העומד לרשותו לשם פיקוח על תנאיהם של חוזים מסחריים רגילים, וזאת דווקא בהקשר שבו יש צורך ייחודי בפיקוח מוגבר. יתר על כן, השימוש בגירושין או במשמורת לצורכי מיקוח מעורר קשיים נורמטיביים רבים. חלק משימושים אלו הוא פסול במובהק, וראוי להגבילו. חלק אחר עשוי להיות ניתן להצדקה, אלא שהמערכת השיפוטית אינה יכולה להפריד בנקל בין השימושים הפסולים לכשרים. מאידך גיסא, אין מחיר יקר הצמוד לויתור על שימוש בתחומים אלו לצורכי מיקוח. סקירה נרחבת של הדין הישראלי חשפה כיצד מכלול דוקטרינות והסדרים נארגים יחדיו לכלל דיני "פיקוח על המיקוח", המבקשים להבטיח כי המיקוח לקראת הסכמי גירושין לא יגרור חוסר צדק מופרז או פגיעה בצדדים שלישיים, ויימנע מניצול מנופי מיקוח באופן שיעניק לצד אחד יתרון לא מוצדק על משנהו. בתוך כך הובהר כיצד הדין החל על הסכמים הקובעים מזונות ילדים מופחתים ועל עיון מחדש בשאלת המשמורת, עשוי לשקף לא רק הגנה על הילדים אלא גם בקרה על האיזון בין הצדדים להסכם, בדרך של פיקוח עקיף. על רקע זה הציע המאמר להרחיב את תחומי של הפיקוח העקיף, ולהגביל את יכולתם של צדדים להסכם הגירושין לסטות מחלוקת הרכוש הקבועה בדין.

הגבלת היכולת לסטות מחלוקת הרכוש הצפויה בדין מגבילה את היכולת לנצל לרעה מצוקה או טעות של צד להסכם. יתרה מזו, היא מגבילה את יכולת השימוש בעיכוב הגירושין או בהסדר המשמורת לצורכי מיקוח. עם זאת, יש לה מחיר. היא מגבילה את היכולת לעגן בהסכם הגירושין חלוקת רכוש המתבססת על תפיסה עצמאית של הצדדים בדבר משטר הרכוש שראוי לחול ביניהם, לרבות חלוקה הנעוצה בהתנהגות הצדדים או באחריותם להתפרקות הקשר. היא מגבילה את טווח ההסכמות בין הצדדים, ובכך מקטינה את מספר שיווי המשקל האפשריים, וממילא עלולה להביא צדדים, שהיו מגיעים להסכם במשטר הנוכחי, להגיע להכרעה שיפוטית של הסכסוך שביניהם. ההגבלה אף פוגעת ביכולתם של צדדים להשיג יתרון רכושי הנובע מעדיפות בתחום העושר, הנגישות ליעוץ משפטי, הנזילות או עלות הזמן. לבסוף, היא מטילה על הצדדים ועל בתי המשפט נטל הקשור להליך האישור של ההסכם, הן מבחינת הצורך לנמק את החלוקה הקבועה בהסכם הן מבחינת הנטל להעביר נימוקים אלו תחת שבט הביקורת השיפוטית.

הכרעה סופית צריכה להיעשות אפוא לאורו של חשבון כולל של הרווח וההפסד הטמונים במשטר המוצע, כדי שלא לשפוך את התינוק ההסכמי עם המים המהולים בטקטיקות מיקוח פסולות. עיון מפורט בצורכי הפיקוח על הסכמי גירושין, באתגרים המיוחדים הנובעים מן המיקוח המשולב, בעמדתו של המשפט הישראלי כלפי מיקוח משולב מעין זה, ובמכלול הקשיים – העקרוניים והמעשיים – המתעוררים בשל המודל המוצע, הביא אותי לכלל מסקנה התומכת בהגבלת הסטייה מדין חלוקת הרכוש בשלב הגירושין. אף כי סטייה מן החלוקה הקבועה בדין עשויה לעיתים לשרת מטרות לגיטימיות, המחיר הכרוך בויתור על אפשרות כזו אינו מחיר כבד. מאידך גיסא, הרווח הפוטנציאלי הטמון באימוץ המודל הוא רב היקף, לזכותם של הצדדים המתגרשים וילדיהם. מסקנה זו, הנכונה להסכמי גירושין בכלל, נכונה במיוחד במשפט הישראלי שבו הצדדים מגיעים לשולחן המשא ומתן עם קלפי מיקוח שחולקו להם באופן שהשוויון וההגינות ממנו והלאה.

לפי הצעתי, צדדים להליך גירושין יוכלו להוסיף ולעגן בהסכם את תנאי פרידתם, אולם הפרק הרכושי של ההסכם יתועל להסכמים המחקים את הדין וקובעים את אופני ביצוע החלוקה, ולא להסכמים הסוטים מן הדין, למצער במידה ניכרת. עיקרו של המודל המוצע ניתן אפוא למימוש שיפוטי כבר כעת, בהתבסס על הסמכות לאשר (או להימנע מלאשר) הנתונה לערכאות השיפוטיות בנוגע להסכמי גירושין. על שופטי הערכאות הדיוניות להימנע מלאשר הסכמים המחלקים את הרכוש בצורה הסוטה מן הדין, ולעמוד על כך שהחלוקה המוצעת בהסכם תוסבר ותובהר להם באופן המיישב אותה עם הדין החל. כך תובטח הוגנותם של הסכמי הגירושין ללא צורך בבירור פרטני החודר לפרטיותם של בני הזוג, ודש בפרטי הדינמיקה האישית של הסכסוך ביניהם. הכרעה כזו מתיישבת עם מגמתו של המחוקק הישראלי להפנות סכסוכים משפחתיים אל האפיק הטיפולי, בהליכי מהר"ת. כך יכריעו גופי טיפול בהיבטים הקשורים ליחסים שבין הצדדים וילדיהם, אשר יידונו בהם לגופם, בעוד גורמי המשפט יתמקדו בהסדרת הזכויות הרכושיות של הצדדים, תוך שמירה על יתרונן היחסי של כל אחד מן המוסדות. כך, יעניק המשפט הישראלי דין רקע שיקל על צדדים לשאת ולתת בחדר הטיפול בלי לחשוש לקיפוח זכויותיהם המשפטיות ובלי לחשוש שעמדותיהם גובשו באופן אסטרטגי לצורכי המיקוח הרכושי. זאת, בדרך של כלל פשוט המנחה את עבודתם של כל המעורבים בהליך העדין והמורכב של הסדרת הפרידה, אנשי משפט וטיפול כאחד.

מרביתם של סכסוכי הגירושין מסתיימים בהסכם גירושין. הסכם זה הוא רגיש ועדין. הוא פוגש את הצדדים בשעת משבר ומצוקה, בנסיבות המקלות את כריתתם של הסכמים לא הגונים המפקירים את זכויות הצדדים וילדיהם. דין הרקע הישראלי החל להתמודד עם הבעיות הנובעות מן המיקוח המשולב, אולם עדיין לוקה בהתמודדותו עם חלק ניכר מן הבעיות, באופן ההופך הסכם רגיש במיוחד לכזה החסין מפני פיקוח שיפוטי אפקטיבי. הצעתי, שלפיה יפורק המיקוח למרכיביו בדרך של הגבלת הסטייה מן הדין בחלוקת הרכוש, משפרת אפוא את טיפולו של המשפט הישראלי בסכסוכי גירושין בכלל, ובהסכמי גירושין בפרט. בשלה השעה אפוא לנקוט מדיניות פעלתנית יותר בכל הנוגע לאופנים שבהם הצדדים מגיעים להסכם הגירושין. הגיעה שעתו של פיקוח על המיקוח.