

דיני המשפחה בעידן האזרחי: מדיני הנישואים של מי שנישאו מחוץ לגבולות המדינה אל היום שאחרי כינונם של נישואים אזרחיים בישראל

שחר ליפשיץ*

בהעדר אפשרות להינשא בנישואים אזרחיים בישראל, רבים מתושבי המדינה נישאים בנישואים אזרחיים מחוץ לישראל. לאורך השנים נמנע המשפט מהכרעה מהותית בשאלת תוקפם החוקי של הנישואים האזרחיים, והסתפק בהצבת פתרונות מעשיים לבעיות שהתעוררו. אולם פסיקות אחרונות של בית-המשפט העליון מציבות את המשפט הישראלי קרוב מאי-פעם למצב של הכרה מוחלטת בנישואים אזרחיים שנערכו מחוץ לישראל. מאמר זה מוקדש לתיאור ולניתוח של המהלך המשפטי התומך בהכרה בנישואים אזרחיים שנערכו מחוץ למדינה, ולסימון שני אתגרים שהוא מציב בפני החברה והמשפט בישראל. האתגר הראשון הוא כינון מסלול זוגיות אזרחי רשמי בישראל, ללא צורך בנישואים מחוץ לגבולות המדינה. המאמר יציג הצעות שונות להסדרה אזרחית רשמית בישראל, ויסביר מדוע הצעות אלה, אף שהן כרוכות בפשרות מסוימות, עדיפות על המשך המצב הקיים. האתגר השני הוא עיצובה המהותי של הסדרה אזרחית-חילונית-עצמאית של הזוגיות בישראל. המחקר מבהיר את נחיצותה של הסדרה כזו, בעיקר בתחומים של דיני הנישואים והגירושים והסדרת התוצאות הכלכליות של הגירושים. נטען כי פסקי-הדין האחרונים של בית-המשפט העליון מחייבים הסדרה כזו בעבור בני-זוג שנישאו בנישואים אזרחיים מחוץ למדינה, ונצביע על עקרונות ראשיים שרצוי שינחו הסדרה אזרחית זו. לבסוף, נציע כי העקרונות האזרחיים שיסדירו את נישואיהם של מי שנישאו מחוץ לגבולות המדינה עשויים לשפר גם את ההסדרה המשפטית-האזרחית הקיימת לגבי מי שנישאו בנישואים דתיים. נוסיף ונטען כי העקרונות הללו עשויים לשמש תשתית להסדרת הזוגיות ביום שאחרי כינונם של נישואים אזרחיים.

* פרופסור-חבר, הפקולטה למשפטים אוניברסיטת בר-אילן. תודה לאורי שלומאי ולטל בורנובסקי על עזרתם במחקר, לגיא זיידמן על היוזמה לכתובה, ולחברי מערכת משפט ועסקים על עבודתם המסורה.

- הקדמה
- פרק א: ההכרה המשפטית בנישואים אזרחיים שנערכו מחוץ לישראל
1. הצורך בהכרה בנישואים אזרחיים שנערכו מחוץ לישראל
 2. דיני הנישואים של מי שנישאו בנישואים אזרחיים מחוץ לגבולות המדינה
- (א) סקירה פוזיטיבית: הלכת פונק שלזינגר ורישומם של הנישואים בנישואים אזרחיים
- (ב) ביקורת: הפיצול המניפולטיבי שבין המרשם לבין המהות
- (ג) ההצדקה להלכת פונק שלזינגר: בין חקיקה למדיניות
- (ד) הרישום והיחסים המשפטיים בין בני-זוג שנישאו בנישואים אזרחיים
- (ה) החוליה החסרה: חובת המזונות ודיני הגירושים של מי שנישאו בנישואים אזרחיים
- פרק ב: המהפכה האזרחית בפסיקותיו האחרונות של הנשיא ברק
1. המזונות האזרחיים
 2. המזונות האזרחיים ודיני הגירושים
 3. לקראת הכרה מושלמת בנישואים אזרחיים שנערכו מחוץ למדינה
- פרק ג: הדיון הציבורי לקראת הסדר נישואים אזרחי בישראל ופתרונות אפשריים
- פרק ד: על תכניה של ההסדרה האזרחית
1. הצורך בפיתוחה של הסדרה אזרחית עצמאית
 2. דיני הגירושים האזרחיים
- (א) לקראת גירושים ללא אשמה
- (ב) הצורך בפיקוח ציבורי על הגירושים
- (ג) גירושים וילדים
- (ד) "כאלה הם דיני הגירושים האזרחיים ואין בידי להושיע": גירושים ובן-הזוג החלש מבחינה כלכלית
3. האחריות הכלכלית בין בני-הזוג בעקבות גירושים אזרחיים – סקיצה ראשונית
- (א) המודל הקנייני: חלוקת ההון האנושי לעת גירושים
- (ב) חובת מזונות לאחר גירושים ופיצוי על הפסדי קריירה
- פרק ה: השפעת הגירושים האזרחיים על הנישואים הדתיים
- פרק ו: אחרית-דבר

הקדמה

בארבעה מטחים אזרחיים נפרד נשיא בית-המשפט העליון היוצא פרופ' אהרן ברק מדיני הנישואים האזרחיים בישראל: בפסק-דין אחד¹ קבע הנשיא ברק כי על הנישואים בנישואים אזרחיים מחוץ לישראל תוטל חובת מזונות אזרחית-חוזית; בפסק-דין שני² קבע הנשיא ברק כי בני-זוג מאותו מין שנישאו במדינה המכירה בנישואיהם יירשמו כנישואים בישראל; בפסק-דין שלישי³ קבע הנשיא ברק כי נישואים אזרחיים בין יהודי ללא-יהודי יוכרו כנישואים תקפים לגבי חוק הירושה; ובפסק-דין רביעי⁴ נקבע לראשונה כי אם אזרחים ישראלים כשירים להינשא בישראל אך בוחרים להינשא בנישואים אזרחיים מחוץ לה, נישואיהם תקפים לכל עניין. לצד הכרעות הדין הללו הביע הנשיא ברק, בהצעת-אגב, נכונות להכיר בתוקפם של נישואים אזרחיים שנערכו מחוץ למדינה גם לגבי מי שאינם כשירים להינשא בישראל, כגון בני-זוג מאותו מין ובני-זוג מדתות שונות.⁵ פסקי-הדין הללו מצטרפים למהלכים קודמים של המשפט האזרחי שעסקו בהסדרת היחס המשפטי לנישואים אזרחיים שנערכו מחוץ לישראל. מהלכים אלה משלבים את דיני מרשם האוכלוסין, דיני הידועים בציבור, המשפט הבין-לאומי הפרטי, דיני החוזים וחוקי-היסוד. המכלול המתקבל מציב את המשפט הישראלי קרוב מאי-פעם למצב של הכרה מוחלטת בנישואים אזרחיים שנערכו מחוץ לישראל, כאשר כרטיס הטיסה משמש כאגרת נישואים.

נבהיר את המובן מאליו – אפילו הכרה משפטית מלאה בנישואים אזרחיים שנערכו מחוץ לישראל אינה שקולה, סמלית ומעשית, לכינון מסלול נישואים אזרחי בישראל עצמה.⁶ עם זאת, ההכרה המסתמנת בנישואים אזרחיים שנערכו מחוץ לישראל היא אחת ההתפתחויות הדרמטיות ביותר שאירעו בדיני המשפחה בישראל.⁷ מאמר זה – שנכתב לרגל

- 1 רע"א 8256/99 פלונית נ' פלוני ואח', פ"ד נח(2) 213 (2003) (להלן: פרשת המזונות האזרחיים).
- 2 בג"ץ 3045/05 יוסי בן-ארי ואח' נ' מנהל מינהל האוכלוסין (לא פורסם, 21.11.2006) (להלן: פרשת בן-ארי).
- 3 בע"מ 9607/03 פלוני ופלונית נ' פלונית (לא פורסם, 29.11.2006) (להלן: פרשת הנישואים המעורבים).
- 4 בג"ץ 2232/03 פלונית נ' בית הדין הרבני האיזורי בת"א-יפו (לא פורסם, 21.11.2006) (להלן: פרשת בני נח).
- 5 שם, פס' 44 לפסק-דינו של הנשיא ברק. כן ראו פרשת הנישואים המעורבים, לעיל ה"ש 3, פס' 22-23 לפסק-דינו של הנשיא.
- 6 כבר אמר בית-המשפט ובצדק: "איזה פתרון הוא זה למחוקק הישראלי ולבתי המשפט בישראל לשלוח את תושבי המדינה אל מחוץ לגבולותיה כדי שיבואו שם על תיקונם?" בג"ץ 51/69 רודניצקי נ' בית הדין הרבני הגדול לערעורים, פ"ד כד(1) 704, 713 (1970).
- 7 ככנס שנערך באוניברסיטת בר-אילן בינואר 2007, לרגל פרישתו של נשיא בית-המשפט העליון הפרופסור אהרן ברק, אמר ברק כי פסקי-הדין שעסקו בנישואים אזרחיים הם תרומתו החשובה ביותר לפיתוחו של המשפט הישראלי!

חגיגות השישים למדינת-ישראל וכחלק מנסיונו של כרך זה לסקור את התפתחות המשפט הישראלי בתחומים שונים – יוקדש לתיאור ולניתוח של המהלך המשפטי התומך בהכרה בנישואים אזרחיים שנערכו מחוץ למדינה, ולסימון האתגרים שהוא מציב בפני החברה והמשפט בישראל.

המאמר יחולק לחמישה פרקים: הפרק הראשון יוקדש לניתוח הדרך שבה פסע בית-המשפט בהכשירו את הנישואים האזרחיים הנערכים מחוץ לגבולות המדינה. אראה כי לאורך השנים נמנע בית-המשפט מהכרעה מהותית בשאלת תוקפם החוקי של הנישואים האזרחיים, והסתפק בהצבת פתרונות מעשיים לבעיות שהתעוררו. אלא שההתמקדות בזכויות המעשיות אינה מספקת את מי שמבקש את המימד ההצהרתי שבהכרת המדינה בנישואיו. יתר על כן, הניתוח שיערך יחשוף כי עובר לפסקי-הדין החותמים של הנשיא ברק, הקשיים הפרשניים וחוסר האחידות העיונית שאפיינו את הסדרת היחס המשפטי לנישואים שנערכו מחוץ למדינה השפיעו לרעה גם על מעמד המעשי של מי שנישאו בנישואים אזרחיים מחוץ לישראל. כן נעמוד על כך, שכפיפותם של בני-זוג שנישאו בנישואים אזרחיים לדיני הגירושים והמזונות הדתיים, החלישה מאוד את ההגנה שניתנה לנשים תלויות-כלכלית בעקבות גירושיהן.

בפרק השני נראה כי פסקי-הדין שנתן הנשיא ברק והכרתו בנישואים אזרחיים שנערכו מחוץ לישראל מהווים צומת-דרכים שעשוי להוליך למפנה בהסדרת הנישואים האזרחיים ולמתן מענה הולם יותר לסוגיה זו.

מנקודת מוצא זו, הפרקים השלישי והרביעי של מאמר זה יעסקו בשני אתגרים שהכשרת נישואים אזרחיים שנערכו מחוץ לישראל מציבה בפני מעצבי המשפט והחברה בישראל. האתגר הראשון הוא כינון מסלול זוגיות אזרחי רשמי בישראל, ללא צורך בנישואים מחוץ לגבולות המדינה. הפרק השלישי יציג הצעות שונות להסדרה אזרחית רשמית בישראל, ויסביר מדוע הצעות אלה, אף שהן כרוכות בפשרות מסוימות, עדיפות על המשך המצב הקיים. האתגר השני הוא עיצובה המהותי של הסדרה אזרחית-חילונית-עצמאית של הזוגיות בישראל. הפרק הרביעי יבהיר את נחיצותה של הסדרה כזו, בעיקר בתחומים של דיני הנישואים והגירושים והסדרת התוצאות הכלכליות של הגירושים. נטען כי פסקי-הדין החותמים של ברק מחייבים הסדרה כזו בעבור בני-זוג שנישאו בנישואים אזרחיים מחוץ למדינה, ונצביע על עקרונות ראשיים שרצוי שינחו הסדרה אזרחית זו.

בפרק החמישי נציע כי העקרונות האזרחיים שיסדירו את נישואיהם של מי שנישאו מחוץ לגבולות המדינה עשויים לשפר גם את ההסדרה המשפטית-האזרחית הקיימת לגבי מי שנישאו בנישואים דתיים. באחרית-הדבר נצעד צעד נוסף ונטען כי העקרונות הללו עשויים לשמש תשתית להסדרת הזוגיות ביום שאחרי כינונם של נישואים אזרחיים.

פרק א: ההכרה המשפטית בנישואים אזרחיים שנערכו מחוץ לישראל

1. הצורך בהכרה בנישואים אזרחיים שנערכו מחוץ לישראל

המאפיין הבולט ביותר של דיני המשפחה בישראל הוא העדרם של נישואים אזרחיים. חסר זה מעורר קושי רב בעבור בני-זוג שאינם רוצים או אינם יכולים להינשא על-פי הדין הדתי, שהינו הדין החל בעניינים אלה. על רקע זה עסקו הפסיקה ולעיתים גם החקיקה בפיתוחם של תחליפי נישואים.⁸ אחד התחליפים המרכזיים שפיתח המשפט הישראלי הוא מוסד הידועים בציבור.⁹

"ידועים בציבור" הוא כינוי כולל לבני-זוג שהיחסים ביניהם דומים ליחסים שבין בני-זוג נישואים אך הם אינם נחשבים לנישואים מן הבחינה המשפטית. בישראל ניכרות מגמות לצמצום הפער המשפטי בין ידועים בציבור לבין נישואים ולהקלת תנאי-הסף המקנים מעמד של ידוע בציבור דרך אפיקים שונים:¹⁰ ראשית, באפיק החקיקה הוחלו על ידועים בציבור דיני הנישואים במגוון נושאים;¹¹ שנית, בפסיקה מאוחרת הרחיב בית-המשפט את זכויותיהם של הידועים בציבור מעבר למפורש בחקיקה, בקובעו שכאשר הביטוי "בן-זוג" מצוי בחוק, הוא עשוי לכלול גם את הידועים בציבור;¹² שלישית, החקיקה העניקה לידועים בציבור זכויות כלפי צדדים שלישיים, כגון המדינה, חברת הביטוח, המעביד וכיוצא בהם; רביעית, אף שהחקיקה לא הסדירה את מערכת היחסים הפנימית בין הידועים בציבור, ובוודאי לא החילה על מערכת זו את דיני הנישואים, בשנים האחרונות החילה הפסיקה, במהלך מודרג, את מחויבויות הנישואים בדיני הרכוש והמזונות העיקריים גם על מישור היחסים הפנימי בין הידועים בציבור.¹³ במקביל לצמצום הפער המשפטי בין זכויותיהם של הנישואים לבין

8 על תפקידם של תחליפי הנישואים במשפט הישראלי ראו אוריאל רוזן-צבי דיני משפחה בישראל בין קודש לחול 303-306 (תש"ן); פנחס שיפמן דיני המשפחה בישראל 186-193 (1995); שחר ליפשיץ הידועים-בציבור בראי התיאוריה האזרחית של דיני המשפחה 55-64 (2005).

9 על הידועים בציבור כתחליף נישואים ראו ליפשיץ, שם, בעמ' 65-66.

10 ראו באופן כללי שם, שער שלישי, פרק 13.

11 למשל, ס' 1 לחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה-1995, ס"ח 1552; ס' 1(א) לחוק משפחות חיילים שנספו במערכה (תגמולים ושיקום), התשל"ז-1977, ס"ח 142; ס' 55 לחוק הירושה, התשכ"ה-1965, ס"ח 63.

12 ראו ע"א 2000/97 ניקול לינדורן נ' קרנית-קרן לפיצוי נפגעי תאונות דרכים, פ"ד נה(1) 12 (1999) (להלן: עניין לינדורן). גם בע"א 2622/01 מנהל מס שבח מקרקעין נ' עליזה לבנון, פ"ד נו(5) 309 (2002), המשיך בית-המשפט ללכת בכיוון זה, והעניק לידועים בציבור הטבות מס של נישואים, וזאת ללא הסמכה מפורשת בחוק.

13 ראו ליפשיץ, לעיל ה"ש 8, בעמ' 89-92.

זכויותיהם של הידועים בציבור, הפסיקה נוקטת אמת-מידה גמישה המצמצמת את המבחנים הפורמליים הנדרשים כדי לזכות במעמד של ידוע בציבור¹⁴ (כגון הסתפקות, במקרים מסוימים, בפרק-זמן קצר ביותר של חיים משותפים).¹⁵

לכאורה, הבנייה המשפטית של דיני הידועים בציבור מייתרת את ההכרה בנישואים אזרחיים שנערכו מחוץ לישראל. ברם, למרות ההכרה הנרחבת בזכויותיהם של הידועים בציבור בישראל, הזכויות הללו אינן מספקות פתרון כולל למצוקות האזרחיות הנגרמות בעטיו של הדין הדתי: ראשית, החקיקה האזרחית בסוגיה זו לא הצטיינה בעקיבות, ולפיכך במקרים מסוימים לא הוקנו זכויות של נשואים לידועים בציבור. אף שבפסיקה החדשה יותר נעשתה הרחבה משמעותית של זכויותיהם של הידועים בציבור, אין מדובר עדיין בהשוואה מוחלטת של הזכויות.¹⁶ שנית, בשל אופיו הלא-פורמלי של מוסד הידועים בציבור, הגדרת הידועים בציבור קשורה להתקיימותן של נסיבות עובדתיות הקשורות לדרך שבה התנהלו היחסים בין בני-הזוג. על-כן המבקשים ליהנות מזכויות של ידועים בציבור חייבים להוכיח באופן פרטני כי אורח חייהם התאים לדרישות החוק. נוסף על הטרחה הגלומה בכך, התוצאה היא שבמקרים רבים בני-הזוג נאלצים לחשוף פרטים אינטימיים מחייהם. שלישית, ההכרה בזכויות של ידועים בציבור נעשית באופן נקודתי, בהתאם לחוק ספציפי וכלפי רשויות ספציפיות.¹⁷ על-כן השגת הזכויות עלולה להיות כרוכה בסדרה מתישה של התדיינויות עם כמה וכמה גופים פרטיים וציבוריים. רביעית, התרת הקשר שבין ידועים בציבור אינה מחייבת הליך ממוסד. עניין זה מחליש את ההגנה המשפטית על קשר זה. נוסף על כך, גם אילו הקנה מוסד הידועים בציבור את כלל הזכויות המעשיות שהנישואים מקנים, היו עדיין אנשים שאינם רוצים או אינם יכולים להינשא באמצעות הדין הדתי ואשר היו מבקשים בכל-זאת להינשא בשל חשיבותם של הנישואים כסמל וכמוסד חברתי. בעבור סוג זה של אנשים ההכרה בזכויותיהם של הידועים בציבור אינה מספקת תחליף הולם לנישואים

14 שם, בעמ' 93-94.

15 כך, בעז' (ת"א) 3696/90 אמיר נ' זגר, תק"מח (3) 997 (1991), הוגדרה ידועה בציבור כיורשת לאחר תקופת מגורים של שלושה חודשים בלבד. ראו גם רע"א 9755/04 סיגל ביטון נ' קצין תגמולים (טרם פורסם, 31.8.2008).

16 הניתוח הפרשני בפסק-הדין בעניין לינדורן התבסס על העובדה שמבחינה לשונית הביטוי "בן-זוג" יכול לשאת הן את המונח "נשוי" והן את המונח "ידוע בציבור". מניתוח זה משתמע כי כאשר יידונו חוקים שמופיעה בהם המילה "נשוי", הם לא יוחלו על ידועים בציבור. ראו עניין לינדורן, לעיל ה"ש 12, פס' 9 לפסק-דינו של הנשיא ברק. נוסף על כך, בפסק-הדין בעניין לינדורן לא נערכה השוואה גורפת בין נשואים לבין ידועים בציבור, אלא נקבע מבחן תכליתי שיושם בהתאם לחוק הנקודתי. לכן, בהקשר של חוקים מסוימים ייתכן שייקבע כי קיים הבדל תכליתי בין נשואים לבין ידועים בציבור - למשל, שנישואים הם קשר יציב וממוסד יותר - ושהבדל זה מצדיק הבחנה בהסדרה המשפטית.

17 עם זאת, האפשרות הניתנת כיום לידועים בציבור לערוך הסכם ממון ולקבל את אישורו של בית-המשפט משפרת מאוד את יכולת ההוכחה והעמידה של הידועים בציבור מול הגופים השונים. ראו, למשל, רע"א 6854/00 היועץ המשפטי לממשלה נ' מיכאל זמר, פ"ד (נז) 491 (2003).

אזרחיים. חסרונות אלה של מוסד הידועים בציבור מבהירים את הצורך בהכרה בנישואים אזרחיים שנערכו מחוץ לישראל. להתמודדותה של הפסיקה עם צורך זה נעבור כעת.

2. דיני הנישואים של מי שנישאו בנישואים אזרחיים מחוץ לגבולות המדינה

(א) סקירה פוזיטיבית: הלכת פונק שלזינגר ורישומם של הנישואים בנישואים אזרחיים

פסק-הדין המנחה בנוגע להסדרת היחס המשפטי לנישואים אזרחיים שנערכו מחוץ לישראל הוא פסק-הדין בעניין פונק שלזינגר.¹⁸ בפרשה זו נישאה גברת פונק – נוצרייה ותושבת ישראל מכוח אשרה לישיבת-קבע – בנישואים אזרחיים שנערכו בקפריסין למר שלזינגר, יהודי אזרחי ישראל. כשבידה תעודת הנישואים הקפריסאית שנתן לה קצין מחוז קפריסאי, ביקשה גברת פונק שלזינגר להירשם במרשם האוכלוסין כנשואה. שר הפנים סירב לבקשה, שכן על-פי דיני המעמד האישי החלים על בני-הזוג, אין הם זוג נשוי. כלפי סירוב זה של שר הפנים כוונה העתירה.

לכאורה, פסק-הדין של בית-המשפט העליון היה אמור להכריע בשאלת תוקפם המהותי של נישואים אזרחיים שנערכו מחוץ לישראל על-פי הדין בישראל. אכן, בפסק-הדין בעניין פונק שלזינגר דנו לפחות חלק מן השופטים בשאלה זו. השופט זוסמן הביע עמדה כי בנושא זה קיימת לקונה במשפט הישראלי, והציג דרכים אחדות להשלמת הלקונה בהסתמך על כללי המשפט הבין-לאומי הפרטי. על-פי דרך אחת, שמאמצת את עמדת המשפט האנגלי ואשר בה תמך השופט ויתקון בפרשת סקורניק,¹⁹ יש להבחין בין שאלות של כושר, אשר יש לדון בהן בהתאם למקום התושבות של הנישואים, לבין שאלות של צורה, שיש להכריע בהן על-פי הכללים הנוהגים במקום עריכת הטקס. על-פי דרך זו, על המשפט הישראלי להכיר בנישואים אזרחיים שנערכו מחוץ לישראל רק במקרים שבהם בני-הזוג כשירים להתחתן בישראל.²⁰ לעומת זאת, על-פי אפשרות אחרת, שאליה נטה השופט זוסמן עצמו, יש לאמץ את כללי ברירת הדין האמריקאיים.²¹ על-פי כללים אלה, יש לבחון את תוקף הנישואים בהתאם לדינים במקום עריכת הטקס, ללא הבחנה בין כושר לבין צורה.²² לכן, על-פי אפשרות זו, יכיר המשפט האזרחי בישראל בנישואים אזרחיים שנערכו מחוץ לגבולות המדינה, גם אם הנישואים הינם בני-זוג שאינם כשירים להינשא בישראל, כגון בני-זוג מדתות שונות או בני-זוג מאותו מין. ברם, בסופו של דבר החליטו שופטי בית-המשפט

18 בג"ץ 143/62 פונק שלזינגר נ' שר-הפנים, פ"ד יז(1) 225 (1963) (להלן: הלכת פונק שלזינגר).

19 ראו את פסק-דינו של השופט ויתקון בע"א 191/51 סקורניק נ' סקורניק, פ"ד ח(1) 141 (1954).

20 לניתוח של עמדה זו ראו את דיונו המפורט של מנשה שאוה הדין האישי בישראל כרך א 638-642 (2001).

21 ראו את פסק-דינו של השופט זוסמן בהלכת פונק שלזינגר, לעיל ה"ש 18, בעמ' 252.

22 ראו את ניתוחו של שאוה, לעיל ה"ש 20, בעמ' 629-631.

העליון, בדעת רוב, כי ניתן לקבל את העתירה ולרשום את בני-הזוג כנשואים מבלי להתייחס ישירות לשאלת תוקפם של נישואים שנערכו מחוץ לישראל. על-מנת לבסס החלטה זו, הסתמכו השופטים על שלושה טיעונים מרכזיים: ראשית, הם סברו כי השאלה המהותית (קרי, תוקפם האזרחי של נישואים שנערכו בחוץ-לארץ) היא שאלה סבוכה שאין זה ראוי להניח לפקיד המרשם להכריע בה;²³ שנית, הם סברו כי לרישום במרשם האוכלוסין אין כוח של ראייה או הוכחה, ומשום כך לרישום שגוי במרשם לא יהיו תוצאות מעשיות;²⁴ לבסוף, הם ציינו כי תפקיד המרשם הוא סטטיסטי וטכני, ומשום כך אין לכתוב בו חשיבות מהותית.²⁵

(ב) ביקורת: הפיצול המניפולטיבי שבין המרשם לבין המהות

ניתוח נימוקיהם של השופטים בפסק-הדין בעניין פונק שלזינגר מלמד כי שלושת הטיעונים היסודיים של בית-המשפט מעוררים קושי, כמפורט להלן.²⁶ ההכרעה המהותית היא עניין סבוך – כאמור, על-פי השופט זוסמן, שאלת תוקפו המהותי של טקס נישואים אזרחי היא שאלה סבוכה שיש לה פנים לכאן ולכאן, ומשום כך אין זה ראוי שהפקיד האחראי למרשם האוכלוסין יכריע בה. ברם, ניתוח מדוקדק יותר יגלה כי אין מדובר בשאלה כה סבוכה. סימן 47 לדבר המלך במועצה קובע כי ענייני המעמד האישי, ובכלל זה ענייני נישואים וגירושים, יידונו על-פי הדין האישי של הצדדים. מנוסח הסימן ברור כי קביעה זו היא קביעה מוחלטת שאינה תלויה במקום עריכת הטקס.²⁷ לכן

23 כך, למשל, קובע השופט זוסמן: "ברשמו את מצבו המשפחתי של תושב, אין זה מתפקידו של פקיד הרישום ליתן דעתו על תוקפם של הנישואין. חוקה על המחוקק שלא הטיל על רשות ציבורית חובה שאין היא מסוגלת למלאה. די לו לפקיד, לצורך מילוי תפקידו ורישום המצב המשפחתי, אם הובאה לפניו ראייה שהתושב ערך טקס נישואין. לשאלה מה תוקף יש לטקס שנערך יש לעתים פנים לכאן ולכאן ובירור תוקפם חורג מגדר מרשם-התושבים." ראו הלכת פונק שלזינגר, לעיל ה"ש 18, בעמ' 252.

24 השופט זוסמן ניתח את ההוראות של פקודת מרשם התושבים, תש"ט-1949, וקבע: "הפקודה הנ"ל לא שיוותה לרישום במרשם-התושבים כוח של ראייה או הוכחה לשום דבר. מטרת הפקודה היא... לאסוף חומר סטטיסטי. חומר זה יכול שיהא נכון ויכול שיהא לא-נכון, ואיש אינו ערב לנכונותו." שם, בעמ' 249.

25 "תפקידו של פקיד הרישום, על-פי הפקודה הנ"ל, אינו אלא תפקיד של מאסף חומר סטטיסטי לצורך ניהול ספר התושבים, ושום סמכות שיפוטית לא ניתנה בידו." ראו שם, בעמ' 244.

26 ניתוחה של הלכת פונק שלזינגר מבוסס על ביקורת נרחבת יותר על נטייתם של בתי-המשפט לא להכריע לכאורה בשאלות מהותיות באמצעות דיני המרשם. לביקורת זו ראו גדעון ספיר ושחר ליפשיץ "מיהו המחליט בשאלה 'מיהו יהודי'?" על פרשת שליט ותפקידו הראוי של בית המשפט בחברה דמוקרטית" מחקרי משפט כב 269 (2006).

27 ראו את ניתוחו המפורט של שאוה, לעיל ה"ש 20, בעמ' 554-555. ראו גם אביגדור לבונטין על נישואין וגירושים הנערכים מחוץ למדינה 95 (1957), הקובע כי "כשמורה הדין היהודי כי אין יהודי יכול להינשא אלא בדרכים מסוימות – חלה עליו ההוראה בין אם הוא נישא 'כאן' או 'שם'".

צודקים פרופ' שאוה ופרופ' שיפמן, הסבורים כי בעניין זה אין לקונה במשפט הישראלי ומשום כך אין כל צורך להשלימה באמצעות כללי המשפט הבין-לאומי הפרטי, האנגליים או האמריקאיים, כפי שגרסו השופטים בעניין פונק שלזינגר.²⁸ אכן, הדעה השלטת במחקר היא כי פרשנות נכוחה של דבר המלך מוליכה למסקנה שהמשפט הבין-לאומי הפרטי החל בישראל אינו מאפשר להכיר בתוקפם של נישואים אזרחיים שנערכו מחוץ לישראל כאשר לנישואים הללו אין תוקף בהתאם לדינם האישי של הנישואים.²⁹ יתרה מזו, הטענה כי מדובר בשאלה סבוכה אינה קשורה לקושי בבירור העובדות לאשורן, אלא רק לקביעת משמעותן המשפטית. על-כן, אף אם שופטי בית-המשפט צודקים כי אין זה ראוי שפקיד משרד הפנים יכריע בעניין בעצמו, לא ברור מדוע בית-המשפט העליון, כאשר העניין מובא לפניו, בוחר להשאיר את השאלה "פתוחה" ואינו מכריע בה.

למרשם אין תוצאות מעשיות – כאמור, טענה בעייתית נוספת שהשופטים בעניין פונק שלזינגר מעלים היא כי לרישום במרשם אין תוצאות מעשיות. לדעתי, גם ביחס לפרטים שלגביהם נאמר במפורש כי רישומם אין בו אפילו ראייה לנכונותם,³⁰ אי-אפשר להמעיט מחשיבות הרישום במרשם האוכלוסין. בפועל, הרשויות השונות במדינה – משרד השיכון, המוסד לביטוח לאומי, שלטונות הצבא, שלטונות המס ועוד – בוחרות באופן שגרתי את מצבם המשפחתי של בני-הזוג על-פי המרשם ותעודת-הזהות.³¹

לכאורה, את הבעיה הזו ראוי לפתור באמצעות שינוי מדיניותן של רשויות המדינה, ולא באמצעות הכרעה מהותית לגבי תוקפם של הנישואים האזרחיים. אכן, כך גרס הנשיא ברק בהקשר אחר, בפסק-דינו בפרשת נעמ"ת,³² כאשר הסביר כי "רשויות הציבור צריכות להיות ערות לאופיו המיוחד של המרשם, ולאופן שבו מופעל שיקול הדעת המנהלי במסגרתו".³³ ברק סבור על-כן כי יש להותיר את הלכת פונק שלזינגר על כנה ולרשום את הנישואים מבלי להכריע לגבי תוקפם, וכי הרשויות הרלוונטיות העוסקות בזכויות המהותיות הן שייאלצו להתמודד עם שאלת תוקפם המהותי. עם זאת, נראה תמוה שאותו בית-משפט שאינו סומך על פקיד המרשם שידע להבחין בין נישואים כשרים לבין נישואים שאינם כשרים – וזאת אף שעיקר עיסוקו של אותו פקיד הוא בענייני נישואים – מצפה שפקידים שאין זה תחום התמחותם, כגון פקיד השומה במס הכנסה או האחראי על המשכנתות במשרד

28 ראו שאוה, לעיל ה"ש 20, בעמ' 557-559; שיפמן, לעיל ה"ש 8, בעמ' 352.

29 ראו שאוה, לעיל ה"ש 20, שער 6, במיוחד בעמ' 553-558, 642-647; שיפמן, לעיל ה"ש 8, בעמ' 350-356; לבונטין, לעיל ה"ש 27.

30 ראו ס' 3 לחוק מרשם האוכלוסין, התשכ"ה-1965, ס"ח 270, שמוציא מגדר "הראיה לכאורה" את פס' 5-8 של ס' 2 לחוק, הנוגעים בפרטים הבאים: לאום, דת, מצב אישי ושם בן-הזוג.
31 ראו בעניין זה את תצהירו של פקיד הרישום הראשי בבג"ץ 230/86 מילר נ' שר הפנים, פ"ד מ(4) 436, 439-440 (1986). כן ראו שאוה, לעיל ה"ש 20, בעמ' 587. ראו גם זאב פלק "רישום נישואים בספר התושבים" הפרקליט יט 199 (1963), המוכיח כי לרישום במרשם התושבים יש ערך מעשי מעבר לאיסוף נתונים סטטיסטיים.

32 ראו בג"ץ 5070/95 נעמת – תנועת נשים עובדות ומתנדבות נ' שר הפנים, פ"ד נו(2) 721 (2002) (להלן: פרשת נעמ"ת).

33 ראו שם, בעמ' 745 לפסק-הדין.

השיכון, ינהלו חקירה עצמאית על צורת הנישואים של בני-זוג הנזקקים לשירותיהם ועל תוקפם המשפטי. מצב דומה קיים גם בקשר לזכויותיהם של נשואים כלפי אנשים או גופים פרטיים, כגון הזכות לדיוור מוגן של בן-זוג או בת-זוג הנשואים לדייר מוגן או לדירת מוגנת על-פי חוק הגנת הדייר, תשל"ב-1972, או הזכות לפיצויים של בן-זוג או בת-זוג הנשואים לנפגע או לנפגעת בתאונה לפי חוק לפיצוי נפגעי תאונות דרכים, תשל"ה-1975. אין זה מציאותי לצפות שהמדיינים (חברת הביטוח או בעל הדירה), אשר ברוב המקרים אינם מודעים לאורח החיים ולהיסטוריה של בעלי-דינם, יעלו בדעתם, ללא רמז במרשם שיעיד על כך, כי בני-הזוג נישאו בנישואים אזרחיים. כפועל יוצא מכך, הנשואים בנישואים אזרחיים נהנים כיום, באופן מעשי, כמעט מכל הזכויות שבני-זוג נשואים זכאים להן, וזאת ללא הכרעה מהותית בשאלת תוקפם המשפטי של מסלולי נישואים אלה.

המרשם הוא עניין סטטיסטי טכני – נראה כי למרות הצהרותיו של בית-המשפט בדבר מעמדו הטכני של הרישום, האפשרות של מי שנישאו בנישואים אזרחיים להירשם כנשואים במשרד הפנים ביססה בתודעה הציבורית את התחושה שנישואים אזרחיים שנערכו מחוץ לישראל מוכרים בישראל. רק כך ניתן להבין את המאבקים הדרמטיים שליוו את כל פסקי-הדין שעסקו בענייני הרישום. לכן הצגת הרישום כעניין טכני ושולי אינה מתיישבת עם המשמעות הסמלית מרחיקת-הלכת הנודעת למרשם בישראל.³⁴

(ג) ההצדקה להלכת פונק שלזינגר: בין חקיקה למדיניות

הדיון שנעשה בסעיפים הקודמים הבהיר כי לרישום של מי שנישאו בנישואים אזרחיים מחוץ לישראל יש תוצאות סמליות ומעשיות, וזאת חרף העובדה שבאופן מהותי לא היה המשפט האזרחי בישראל אמור להכיר בתוקפם של נישואים אלה. לכאורה, ניתוח זה אמור אפוא לשמש יסוד לביקורת נוקבת על הלכת פונק שלזינגר, אשר הורתה על רישום הנישואים האזרחיים במרשם האוכלוסין, וזאת מבלי להכריע בשאלת תוקפם האזרחי. ברם, באופן אירוני ובדרך אופיינית מאוד לפתלתלותם של דיני המשפחה בישראל, ניתוח זה עצמו עשוי להסביר ואף להצדיק את הלכת פונק שלזינגר. אבאר.

34 ראו בהקשר אחר את דבריו של השופט אנגלרד בפרשת נעמ"ת, שם בעמ' 755-756: "הרוב בפרשת... שליט... לא נלאה מלהדגיש כי הרישום במרשם האוכלוסין אינו אלא עניין סטטיסטי, חסר משמעות ממשית, וכי אין בו הכרעה מהותית בשאלה האידיאולוגית של מיהו יהודי. אולם לא רק חלק מחברי ההרכב של בית משפט זה סירבו לקבל רעיון זה, אלא גם הציבור הרחב לא שעה לו; בעקבות פסק הדין בפרשה ההיא פרצה סערה פוליטית, שהביאה לשינוי מהיר ביותר של החוק, אשר ביטל את ההלכה שנפסקה זה עתה ברוב דעות דחוק. ואמנם, אם רק בסטטיסטיקה חסרת משמעות עניינית מדובר, מדוע המשך המאבקים הרבים על הרישום? מדוע פסקי הדין הרבים המשתרעים על עשרות עמודים ובהם נחלקות דעות השופטים? האמת היא, כמובן, כי הסמל כאן הוא המהות, וללא השקפת עולם נתונה אין הכרעה בשאלת הרישום ואין סטטיסטיקה." גם ביקורת זו נידונה בהקשר רחב יותר (הכולל גם את פרשת "מיהו יהודי") במחקר משותף שערכתי בנושא עם ד"ר ספיר. ראו ספיר וליפשיץ, לעיל ה"ש

בחלק הקודם הוצגו מגבלות יכולתו של מוסד הידועים בציבור לפתור את המצוקות האזרחיות במשפט הישראלי, והובהר הצורך להכיר בנישואיהם של מי שנישאו בנישואים אזרחיים. ברם, הניתוח הפוזיטיבי של דיני הנישואים והגירושים בישראל הבהיר כי לפי פרשנותם הפשוטה של הוראות החקיקה, המשפט האזרחי בישראל אינו מכיר בתוקפם של נישואים אזרחיים שנערכו מחוץ לישראל. על-כן, לפני השופטים האזרחיים בישראל העוסקים בשאלות הנוגעות במעמדם של הנישואים האזרחיים עומדות שתי אפשרויות קשות לבחירה: האחת, להכיר בתוקפם של נישואים אזרחיים הנערכים מחוץ לישראל, מתוך התחשבות בשיקולי המדיניות האזרחיים התומכים בכך אך במחיר סילוף לכאורה של דברי החקיקה המסדירים את העניין; והאחרת, לדבוק בפרשנות המקובלת של החוק ולא להכיר בתוקפם של נישואים אזרחיים שנערכו מחוץ לישראל, וזאת על-אף התוצאות האזרחיות הקשות שעלולות לנבוע מכך. דומני כי קושי זה הוא שגרם לפיצול בין המרשם לבין הדין המהותי בעניין פונק שלזינגר: מחד גיסא, כפי שהסברתי לעיל בהרחבה, לרישום במרשם האוכלוסין של הנישואים בנישואים אזרחיים מחוץ לישראל יש תוצאות מעשיות וסמליות הקרובות מאוד לתוצאות שהיו מושגות על-ידי הכרה מהותית בנישואים אלה. במובן זה הצליח פסק-הדין להגשים את המדיניות השיפוטית המבקשת להקל את מצוקת הנישואים בארץ לא רק באמצעות דיני הידועים בציבור. עם זאת, בית-המשפט לא הכריע באופן מוחלט בשאלת תוקפם האזרחי של נישואים אזרחיים שנערכו מחוץ לישראל, ומשום כך אי-אפשר להאשים את השופטים בסילוף בוטה של החוק. לפיכך, גם אם מתעוררת תחושה של אי-נוחות לנוכח נימוקיו של פסק-הדין בעניין פונק שלזינגר, קל להזדהות עם מניעיו של פסק-הדין.³⁵

(ד) הרישום והיחסים המשפטיים בין בני-זוג שנישאו בנישואים אזרחיים

אם כן, למרות הרישום במרשם, לא הכיר המשפט הישראלי באופן רשמי בתוקפם האזרחי של נישואים אזרחיים שנערכו מחוץ לישראל. לעניין זה עשויה להיות משמעות מעשית במקרים של סכסוך כלכלי בין בני-זוג או במצבים של סכסוך ירושה בין בני-זוג של המנוח לבין יורשיו האחרים. בניגוד לגופים החיצוניים, בהתדיינות בין בני-זוג או אפילו במקרה של התדיינות בין ידוע בציבור לבין עובדו של בני-זוג, לא יסתמכו המתדיינים על המרשם, ויחשפו את העובדה שהצדדים נישאו בנישואים אזרחיים. מכיוון שכך, במצבים אלה נדרשת לכאורה הכרעה מהותית לגבי תוקפם של הנישואים האזרחיים. ברם, עיון מעמיק יותר יגלה כי אפילו במקרים אלה, השילוב של חובת הרישום של זוגות שנישאו בנישואים אזרחיים בחוץ-לארץ עם דיני הידועים בציבור מאפשר בדרך-כלל לבתי-המשפט להעניק למי שנישאו בנישואים אזרחיים את זכויות הירושה והרכוש של בני-זוג נשואים ללא הכרעה עיונית בתוקפם של הנישואים האזרחיים.

1. דיני הירושה – זכויות הירושה של הידועים בציבור והות לאלה של בני-זוג נשואים.³⁶

35 השוו לשיפמן, לעיל ה"ש 8, בעמ' 355-356.

36 ראו ס' 55 ו-57(ג) לחוק הירושה, התשכ"ה-1965. כן ראו ליפשיץ, לעיל ה"ש 8, בעמ' 173-175.

על־כן המשפט הישראלי מעניק את זכויות הנישואים לבני־זוג שנישאו בנישואים אזרחיים והקימו בעקבות זאת בית משותף מכוח היותם ידועים בציבור, גם ללא הכרעה לגבי תוקף נישואיהם. יתרה מזו, במקרה רגיל של התדיינות בין ידוע בציבור לכאורה לבין יורשים אחרים נדרש הליך משפטי מייגע שבו יוכח כי הצד הראשון והמנוח אכן היו ידועים בציבור. לעומת זאת, נישואים אזרחיים שנערכו מחוץ למדינה ורישומם במרשם התושבים, אף אם הם אינם מוכרים כנישואים בעיני המשפט הישראלי, יקלו על בית־המשפט לקבוע כי מנקודת־המבט של הצדדים אין מדובר בקשר ארעי ומזדמן, אלא ביחסי זוגיות קבועים ומחייבים העולים כדי הגדרת ידועים בציבור. בנקודה זו חשוב להדגיש כי קיימים מקרים נדירים שבהם בני־זוג שנישאו בנישואים אזרחיים לא ייחשבו ידועים בציבור, ומשום כך הכרה בזכויות הירושה של האלמן/ה יתנו בתוקפם המהותי של הנישואים האזרחיים.³⁷ אולם ברוב המוחלט של המקרים השילוב של זכויות הירושה המהותיות של הידועים בציבור עם הקלת ההוכחה הנובעת מן הרישום ישוו את זכויות הירושה של הנישואים בנישואים אזרחיים לאלה של בני־זוג "רגילים".

2. יחסי רכוש – השילוב של דיני הידועים בציבור עם דיני המרשם רלוונטי אף ביתר שאת בהקשר של יחסי הרכוש בין הנישואים בנישואים אזרחיים. על־פי הפסיקה, חוק יחסי ממון³⁸ אינו חל על ידועים בציבור, ובין בני־הזוג שורר עדיין משטר של חזקת השיתוף.³⁹ לכן תחולתו של חוק זה על הנישואים בנישואים אזרחיים תלויה לכאורה בתוקפם המשפטי של נישואים אלה. ברם, בפועל, המשפט הישראלי מחיל על הנישואים בנישואים אזרחיים הסדר של שיתוף גם ללא הכרעה לגבי תוקף נישואיהם. המקור לכך טמון, פעם נוספת, בדיני הידועים בציבור. "חזקת השיתוף" המוחלת על יחסי הידועים בציבור⁴⁰ מחלקת בין בני־הזוג את הרכוש שנצבר על־ידי מי מהם במהלך חייהם המשותפים, ללא קשר לרישום הפורמלי, אלא אם כן הוכחה כוונה נוגדת של הצדדים.⁴¹ עם זאת, בפסקי־דין רבים הודגש כי חזקת השיתוף בין הידועים בציבור היא חזקה מוחלטת, וכי במקרה של ידועים בציבור על בית־המשפט להקל את אפשרות

37 חשבו, למשל, על מקרה של בני־זוג שנישאו בנישואים אזרחיים ונפרדו ללא גירושים. אם הנישואים האזרחיים תקפים על־פי משפט המדינה, בן־הזוג שנתר בחיים ייחשב יורש. לעומת זאת, אם הנישואים האזרחיים אינם מוכרים, בן־הזוג שנתר לא יוכל להיושע מדיני הידועים בציבור, שכן בזמן המוות הם לא היו כידועים בציבור. חשבו גם על מקרה של בני־זוג שנישאו בנישואים אזרחיים אך לא הספיקו לחיות יחדיו בטרם נפטר אחד מהם. גם במקרה כזה לא יושעו דיני הידועים בציבור, והטוען לזכויות ייאלץ להתבסס על תוקפם של הנישואים האזרחיים.

38 חוק יחסי ממון בין בני זוג, התשל"ג-1973, ס"ח 712 (להלן: חוק יחסי ממון).

39 ראו ע"א 52/80 שחר נ' פרידמן, פ"ד לח(1) 443, 453 (1984) (להלן: עניין שחר נ' פרידמן).

40 על חזקת השיתוף והאידיאולוגיה שבבסיסה ראו שחר ליפשיץ "על נכסי עבר, על נכסי עתיד ועל הפילוסופיה של חזקת השיתוף" משפטים לד 627 (2004).

41 ראו עניין שחר נ' פרידמן, לעיל ה"ש 39. כן ראו ע"א 107/87 אלון נ' מנדלסון, פ"ד מג(1) 434, 431 (1989).

ההוכחה של כוונה נוגדת שיתוף.⁴² במקום אחר הצדקתי את ההבחנה בין ידועים בציבור לבין נשואים בהקשר זה, וביקרתי פסקי-דין שלא פעלו ברוח זו. טענתי כי כאשר מדובר בידועים בציבור, קיים חשש שאי-הנישואים אינו משקף בעיה ייחודית הקשורה לדיני הנישואים בישראל, אלא הימנעות עקרונית מנישואים, תהא צורתם אשר תהא. במקרה כזה, בניגוד לאינטואיציה הראשונית, החלת דיני הנישואים על ידועים בציבור אינה ליברלית, שכן היא מסכלת את בחירתם לא להינשא.⁴³ ברם, ההתנגדות הליברלית להשוואת מחויבות הנישואים למחויבות הכרוכה במוסד הידועים בציבור אינה רלוונטית לגבי מי שנישאו בנישואים אזרחיים. הנישואים בנישואים אזרחיים ערכו טקס משפטי ממוסד. משום כך, במקרים אלה ברור כי הצדדים התכוונו לשוות תוקף משפטי ליחסיהם ולשאת במחויבויות של בני-זוג נשואים. לנוכח זאת, החלת דיני הנישואים על יחסיהם של מי שנישאו בנישואים אזרחיים מחוץ לישראל אינה מעוררת כל בעיה מנקודת-מבט ליברלית-חוזית. על רקע זה אני סבור כי גם אם הבסיס הפוזיטיבי להחלת דיני הנישואים על הנישואים בנישואים חלופיים היא מכוח היותם ידועים בציבור, יישומם הקונקרטי של דינים אלה חייב להיות בעוצמה של בני-זוג נשואים.⁴⁴

42 ראו את עמדתו של השופט כץ בעניין שחר נ' פרידמן, לעיל ה"ש 39, בעמ' 457. ראו גם ע"א 4385/91 סלם נ' כרמי, פ"ד נא(1) 337, 346-348 (1997).

43 ראו ליפשיץ, לעיל ה"ש 8, בעמ' 98-120. שם הצעתי גם את ההבחנה בין ידועים בציבור "אוניוורסליים", אשר לא נישאו מסיבות שאינן קשורות לישראל (למשל, חוסר רצון ליטול על עצמם את התחייבויות הנישואים), לבין ידועים בציבור "תוצרת ישראל", אשר אינם יכולים או אינם רוצים להינשא בנישואים דתיים אך מוכנים להתחייבות משפטית. לאימוץ הבחנה זו בפסיקתו של בית-המשפט העליון ראו בג"ץ 4178/04 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול לערעורים (לא פורסם, 13.12.2006).

44 שאלה מעניינת, אשר טרם הוכרעה בפסיקה, היא אם יש להחיל על הנישואים בנישואים אזרחיים את חוק יחסי ממון או את חוקת השיתוף. ראו ת"א (ת"א) 147/85 חיים כץ נ' דבורה כץ, פ"מ התש"ן(2) 193 (1989). לכאורה, לשאלה זו יש נפקות משפטית רחבת-היקף משום שחוקת השיתוף קובעת הסדר שיתוף רחב יותר מאשר חוק יחסי ממון. ראשית, חוקת השיתוף חלה במצבים מסוימים גם על נכסים מלפני הנישואים, בעוד חוק יחסי ממון, על-פי נוסחו, חל רק על נכסים שנרכשו במהלכם. שנית, חוקת השיתוף מאפשרת מימוש מיידי של השיתוף, בעוד איוון המשאבים לפי חוק יחסי ממון נעשה במועד דחוי. לכן, באופן פרדוקסלי, עשוי להיווצר מצב שבו מבקש השיתוף יטען נגד תוקפם של הנישואים ויבקש להיבנות מדיני הידועים בציבור, בעוד מכחיש השיתוף יבקש להפעיל את חוק יחסי ממון. עם זאת, נדמה לי שהתפתחויות אחרונות בפסיקה העוסקת בחוק יחסי ממון, אשר מעידות על נכונות להכיל שיתוף נכסים גם על נכסים פרטיים למרות חוק יחסי ממון (ראו, למשל, בע"מ 10734/06 פלוני נ' פלונית (טרם פורסם, 14.3.2007)), וכן חוק יחסי ממון בין בני זוג (תיקון מס' 4), התשס"ט-2008, ס"ח 2186 (להלן: התיקון האחרון לחוק יחסי ממון), המאפשר הקדמה של מועד איוון המשאבים, מצמצמים מאוד את ההבדלים בין המשטרים. אולם קיימים בכל-זאת כמה הבדלים, ובמקרה המתאים תצטרך הפסיקה להכריע בעניין. בהערה להערה, ומבלי לקבוע בעניין מסמרות, אומר כי לטעמי – לנוכח פסקי-הדין המאוחרים של הנשיא ברק ולנוכח המגמה הכללית בפסיקה להחיל את דיני הנישואים על מי שנישאו בנישואים אזרחיים

(ה) החוליה החסרה: חובת המזונות ודיני הגירושים של מי שנישאו בנישואים אזרחיים

עד כה ראינו כי השילוב של דיני המרשם עם דיני הידועים בציבור הולך באופן מעשי להחלת דיני הנישואים על מי שנישאו בנישואים אזרחיים, וזאת מבלי להכריע באופן עיוני בתוקפם המשפטי של הנישואים הללו. אולם ההכרה האזרחית בנישואים אזרחיים שנערכו מחוץ לישראל והמהלך של השוואת מעמדם של הנישואים האזרחיים לזה של נישואים "רגילים" נתקלו בקשיים חמורים כאשר נידונה חובת המזונות בין מי שנישאו בנישואים אזרחיים. כידוע, דיני המזונות נידונים בישראל בהתאם לדין האישי הדתי.⁴⁵ העמדה ההלכתית המקובלת היא כי נישואים אזרחיים אינם תקפים על-פי ההלכה, וזאת אף אם הצדדים כשירים להינשא, קל וחומר אם הם אינם כשירים להינשא.⁴⁶ יתרה מזו, גם על-פי

ואף להכיר באופן מלא בתוקפם של הנישואים האזרחיים – ראוי לא להבחין בין בני-זוג שנישאו בנישואים רגילים לבין אלה שנישאו בנישואים אזרחיים, ולהחיל בשני המקרים את חוק יחסי ממון המתוקן.

45 ראו ס' 2 (א) לחוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות), התשי"ט-1959, ס"ח 72. שימו לב כי בקשר לחובת מזונות הילדים נקבע בס' 3 (ב) לחוק חריג שלפיו אדם שאינו חייב במזונות ילדיו על-פי דינו האישי יהויב בכל-זאת במזונותיהם בהתאם לאמות-המידה האזרחיות שנקבעו בחוק, אולם בקשר לחובת המזונות כלפי בן-הזוג לא נקבע חריג דומה. קיים אומנם פסק-דין שבו החיל בית-המשפט חובת מזונות על-פי החוק האזרחי אף שדובר במזונות בן-הזוג. ראו ע"א 1146/92 דיאציקוב נ' דיאציקובה, תק-על 193 (1) 99 (1993). אולם נדמה לי כי קשה לחלוק על כך שהניתוח המשפטי בפסק-דין זה שגוי, וייתכן שבשל כך אין לו כל השפעה כמעט על פסיקה מאוחרת יותר.

46 קיימות אומנם עמדות מיעוט אשר חוששות לתוקפם המשפטי של הנישואים האזרחיים ועל-כן דורשות "גט מספק" במקרה של נישואים אזרחיים. אולם העמדה ההלכתית המקובלת יותר היא שנישואים אלה אינם תקפים כלל. עם זאת, עד לאחרונה, רוב הפוסקים, לרבות אלה הסבורים כי נישואים אזרחיים אינם מוכרים על-פי ההלכה, דרשו בכל-זאת מן המשתתפים בהם "גט לחומרה". (גט לחומרה הוא קטגוריה הלכתית מרוככת יחסית לגט מספק, ולכן ילד שנולד לאישה שלא קיבלה גט לחומרה לא ייחשב ממזר. יתרה מזו, במקרה של בעל המסרב לשתף פעולה במתן גט לחומרה יסכימו בתי-הדין לוותר על הדרישה לגט ויתירו לאישה להינשא.) אולם בשנים האחרונות מסתמנת התפתחות נוספת, וקיימים מקרים שבהם בתי-הדין הרבניים פוסקים כי הנישואים האזרחיים שנערכו מחוץ לישראל חסרי תוקף דתי ועל-כן הם מוותרים מלכתחילה אף על הדרישה לגט לחומרה. ראו, למשל, את פסקי-הדין הרבניים האלה: תיק (אזורי חי') 6153/1"ג, פד"ר יז 112 (התשנ"ג), הקובע כי אישה שקיבלה גט לאחר נישואים אזרחיים אינה צריכה לחכות שלושה חודשים כדי לקבל היתר נישואים, שכן נישואיה האזרחיים אינם מוכרים כלל ואף אין צורך בחיוב בגט; תיק (אזורי י"ם) 1145/מ"ב, פד"ר יד 155, 158-159 (התשמ"ב). כן ראו לאחרונה את פסק-דינו של בית-הדין הרבני הגדול בתיק (גדול) 1-21-311644298 (לא פורסם). לניתוח מעמדם ההלכתי של הנישואים האזרחיים ראו שלמה דיכובסקי "נישואים אזרחיים" תחומין ב 252 (תשמ"א); שלמה דיכובסקי "הכרה בנישואין אזרחיים ע"פ ההלכה" תחומין כז 239 (תשס"ז).

העמדות ההלכתיות שעל־פיהן נישואים אזרחיים "תקפים מספק", הם אינם מהווים בסיס לחיוב מזונות.⁴⁷ לבסוף, אף אם ירהיבו בתי־המשפט האזרחיים להטיל חובת מזונות דתית על ידועים בציבור, פסק־דין של בית־הדין הרבני שיחייב את בני־הזוג להתגרש יסיים את חובת המזונות שכיניהם.⁴⁸ בניגוד לקשיים שבתי־הדין הרבניים מערימים על גירושיהם של מי שנישאו על־פי ההלכה,⁴⁹ הם זריזים מאוד בהתרת נישואיהם של מי שנישאו בנישואים אזרחיים. מכיוון שכך, הם מסכלים בנקל את חובת המזונות בין מי שנישאו בנישואים אזרחיים.⁵⁰ לפיכך נאלצו בתי־המשפט האזרחיים, בכמה פסקי־דין מפורסמים, לחרוק שיניים ולדחות את תביעות המזונות של נשים אשר נישאו בנישואים אזרחיים ונטשו על־ידי בעליהן לאחר שנים של חיים משותפים.⁵¹ באחד מפסקי־הדין הללו תבע השופט זוסמן את הטרוניה "כאלה הם דיני המעמד האישי בישראל, אך אין בידי להושיע."⁵²

47 ראו בן ציון שרשבסקי דיני משפחה 107-108 (מהדורה שלישית, 1984); תיק (אזורי רח') תשכב/563, פד"ר ה' 124 (התשכ"ב). עם זאת, בשנים האחרונות, לצד הקו המרכזי של הפסיקה הרבנית, ניתן לאתר גם פסיקות המבססות חובת מזונות בנישואים אזרחיים על מעין התחייבות חוזית. ראו את דעת הרוב בתיק (אזורי פ"ת) 3-22-2084796 (לא פורסם, 5.6.2002). כן ראו זלמן נחמיה גולדברג "חיוב מזונות בנישואין אזרחיים" תחומין כד 188 (תשס"ד).

48 על־פי דיני המזונות ההלכתיים, חובת המזונות נפסקת משניתן פסק־דין לגירושים. ראו שרשבסקי, שם, בעמ' 150. ראו גם ע"א 592/83 תמר פורר נ' מריר פורר, פ"ד לח(3) 561, 564-565 (1984) (להלן: פרשת פורר); "החובה לזון את האישה נפסקת, לכל הדעות, עם מתן פסק־דין, המחייב את הצדדים להתגרש, ואף אם האישה טרם קיבלה את הגט".

49 לדיני הגירושים ההלכתיים ולקשיים שהם מערימים בפני בן־זוג המבקש להתגרש ללא הסכמת בן־זוגו, ראו שחר ליפשיץ "ברצוני להתגרש ומייד! על ההסדרה האזרחית של הגירושים" עיוני משפט כח 671, 741, 748-751 (2005).

50 בעבר התעורר ספק אם ההתייחסות לתוקפם של נישואים אזרחיים שנערכו מחוץ לישראל היא בסמכותם של בתי־הדין הרבניים. ראו בעניין זה את המחלוקת בין השופטים בע"א 3/73 כהנוף נ' בית הדין הרבני האזורי בתל־אביב, פ"ד כט(1) 449 (1974). ראו בהקשר זה גם את עמדתו של שיפמן, לעיל ה"ש 8, בעמ' 387-391, שלפיה פסק־דין של בית־הדין הקובע כי לנישואים אזרחיים אין תוקף שולל את חובת המזונות של הנישואים האזרחיים מכאן ולהבא, אך לא באופן רטרואקטיבי. אולם הוסכם על הכל שגירושים של יהודים שנישאו בנישואים אזרחיים מחוץ לישראל הם בסמכותם הייחודית של בתי־הדין הרבניים. ראו על כך בפרשת פורר, לעיל ה"ש 48.

51 ראו, למשל, בפרשת פורר, לעיל ה"ש 48, בעמ' 573-574: "התוצאה היא, שלאחר נישואין אלה שהבעל נשא את האישה בידיעת האיסור ובניגוד לו, יוצאת האישה, המחויבת בגירושין, ללא זכות למזונות ועם פיצוי פעוט בלבד, שגם הוא נפסק לה לא בזכות אלא בחסד. תוצאה זו היא בלתי נסבלת מבחינת השקפתו של האדם החילוני, אך היא בלתי נמנעת על־פי דין תורה, וחוקה עלינו מצוות המחוקק, כי דין תורה הוא הקובע לעניין זכות המזונות."

52 ע"א 571/69 לאה כהנא נ' אליעזר כהנא, פ"ד כד(2) 549, 557 (1970) (להלן: פרשת כהנא): "כאלה הם דיני המעמד האישי בישראל, אך אין בידי להושיע. לשופט לא היתה ברירה מאשר להפסיק את חיוב הבעל בתשלום מזונות נוכח פסק הדין הרבני."

פרק ב: המהפכה האזרחית בפסיקותיו האחרונות של הנשיא ברק

1. המזונות האזרחיים

אם כן, דיני המזונות והגירושים היוו אבן-נגף בפני ההכרה האזרחית בנישואים אזרחיים שנערכו מחוץ לישראל. שופטי בית-המשפט העליון בעשורים הראשונים של המשפט הישראלי הביעו אומנם את תסכולם ממצב משפטי זה, אך בפועל הכפיפו את עצמם לדין הדתי, אפשרו לבתי-הדין הרבניים להתיר בקלות נישואים אזרחיים, ודחו עקב כך את תביעות המזונות של נשים שנישאו בנישואים אזרחיים. דיסוננס זה בין העמדות לבין הפסיקות בפועל אופייני מאוד לגישות פוזיטיביות⁵³ ופורמליסטיות למשפט,⁵⁴ אשר רווחו מאוד במשפט הישראלי בעשורים הראשונים לקיומו.⁵⁵ אולם החל בשנות השמונים והתשעים הסיפור הכמעט-"רשמי" של המשפט הישראלי⁵⁶ מתאר מעבר משיטת משפט פורמליסטית, המציגה את ההכרעה המשפטית כהסקה טכנית פורמלית - מתמטית כמעט - מכלל משפטי לתוצאה, לשיטת משפט של עקרונות⁵⁷ וטעמים,⁵⁸ המדגישה את ההיבט האידיאולוגי-הערכי של המשפט ושל ההכרעה המשפטית. בתקופה זו אימצו בתי-המשפט, בענפי משפט רבים, מדיניות אקטיביסטית המרחיבה את תחומי העיסוק שלהם ואת שיקול-הדעת השיפוטי שלהם בתחומים שבהם עסקו.⁵⁹

מדיניות משפטית זו של בית-המשפט השפיעה בסופו של דבר - אף כי באיחור יחסי בהשוואה להשפעתה בתחומים אחרים - גם על הסדרת הנישואים האזרחיים. הזדמנות ראשונה לשינוי התעוררה כבר במהלך שנות השמונים בפרשת שמואל.⁶⁰ פרשה זו עסקה

53 Herbert L. A. Hart, *The Concept of Law* §§ 124-147 (2nd ed. 1994).

54 Ernest J. Weinrib, *Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law*, 97 YALE L.J. 949 (1988).

55 ראו בנושא זה מנחם מאוטנר "הפקולטה למשפטים: בין האוניברסיטה, לשכת עורכי הדין ובתי המשפט" ספר השנה של המשפט הישראלי תשנ"ב-תשנ"ג 1 (אריאל רוזן-צבי עורך, התשנ"ד). ראו, למשל, שם, בעמ' 9-10: "הפורמליזם המשפטי היה לא רק התפיסה המקובלת על שופטים ועורכי דין בישראל באשר לתפקידיה ולדרך פעולתה של מערכת המשפט. הוא גם היה הפרדיגמה האקדמית שבמסגרתה ניהלה האקדמיה המשפטית של ישראל למן הקמתה בשנות החמישים את המחקר ואת ההוראה שלה."

56 ראו בנושא זה מנחם מאוטנר ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי (1993).

57 RONALD DWORIN, *TAKING RIGHTS SERIOUSLY* §§ 46-80 (1977).

58 Fredrik Shauer, *The Jurisprudence of Reasons*, 85 MICH. L. REV. 847 (1987).

59 ראו בנושא זה רות גביוון, מרדכי קרמניצר ויואב דותן אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד - מקומו של בג"ץ בחברה הישראלית 34-64, 84-87 (תש"ס).

60 ע"א 566/81 שמואל נ' שמואל, פ"ד לט(4) 399 (1985) (להלן: פרשת שמואל).

כתביעת מזונות של אישה יהודייה שנישאה בנישואים אזרחיים לכן הדת ההינדית שלימים התגייר. על-מנת לחייב את הבעל בתשלום המזונות, היה בית-המשפט אמור להתגבר הן על העדרו של חיוב כזה במשפט ההלכתי והן על פסק-הדין של בית-הדין הרבני שחייב גירושם. חרף הקשיים הללו, משהגיעה הפרשה לבית-המשפט העליון, הציע השופט ברק את המהלך המפולפל הבא: כאשר הנישואים האזרחיים שנערכו בחוץ-לארץ מוכרים על-ידי המשפט הבין-לאומי הפרטי, כגון במקרים שבהם הנישואים האזרחיים נעשו כאשר בני-הזוג היו אזרחים זרים, כפי שאירע בפרשת שמואל, ניתן להתייחס אל בני-הזוג כאל נשואים גם לצורך דיני המזונות, ולהרכיב על מעמדם האזרחי כנשואים את חובת המזונות הדתית, וזאת גם במצבים שבהם הנישואים אינם מוכרים על-פי ההלכה. כהמשך לכך הציע ברק כי לצורך הדיון במזונות בבית-המשפט האזרחי יהיה אפשר להתעלם מפסק-דין רבני המחייב את האישה לקבל גט פיטורין מקום שפסק-הדין מבוסס כולו אך על הנישואים האזרחיים. אולם בסופו של דבר הותיר ברק את כל המהלך בצריך עיון, תוך שהוא מגלה אמון מפתיע בטענת בית-הדין כי קיומם של נישואים אזרחיים לא היה הסיבה היחידה לפירוד. בכך הותרה על כנה ההלכה הקודמת, אשר מכירה בשליטה הרבנית על דיני הגירושים של מי שנישאו בנישואים אזרחיים ושוללת באופן מעשי חובת מזונות בין הנישואים אלה.⁶¹

ההלכה המסורתית, השוללת חובת מזונות במקרה של נישואים אזרחיים, נסדקה על-ידי הנשיא שמגר בשני פסקי-דין משנות התשעים של המאה העשרים שעסקו בחובת המזונות בין מי שנישאו בנישואים אזרחיים. בעניין כהנא,⁶² שעסק בחובת המזונות של כהן שנישא לגרושה, נקבעה חובת מזונות על בסיס שילוב של עקרונות הסכמיים עם עקרונות של צדק. בפסק-הדין בעניין סלומון,⁶³ שעסק בחובת מזונות של יהודי לאשתו הלא-יהודייה, לא נפסקו בפועל מזונות, אולם הנשיא שמגר הצהיר כי במקרה של נזקקות מוכחת הוא יקבע חובת מזונות על בסיס חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. עם זאת, חרף חדשנותם של פסקי-הדין הללו, לא הייתה להם תהודה ציבורית, וגם השפעתם המשפטית לא הייתה חד-משמעית.⁶⁴

61 לניתוח מאלף של פסק-דין זה ראו פינחס שיפמן "על הזכות להתגייר, על הזכות להתגרש ועל חובת ההכרעה" משפטים טז 212 (1986).

62 ראו ע"א 4590/92 צפורה כהנא נ' איתן כהנא, דינים עליון לד 622 (1994) (להלן: עניין כהנא).

63 ע"א 7038/93 סלומון נ' סלומון, פ"ד נא(2) 577 (להלן: עניין סלומון).

64 ליישום עניין סלומון (שם) בפסיקותיהם של בתי-המשפט למשפחה ראו, למשל, בש"א 67910/00 ח"י נ' ח"ש, תק-מש 2002(3) 8 (2002) (השופט פלאוט). בדומה לפסק-הדין בעניין סלומון, גם פסק-דין זה עסק בנישואי-תערובת. אולם ראו כנגד זה את ההתנגדות הנחרצת להתבססות על חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ככלי לתיקון פגמים בדין הדתי בפסק-דינו של השופט שוחט בתמ"ש (ת"א) 12181/01 פלונית נ' אלמוני (לא פורסם, 15.5.2002). להתנגדות נוספת ליישום ההלכה בעניין סלומון – בטענה כי יש בה משום סטייה מהדין האישי, באשר מנסים להוסיף עליו עקרונות וכללים אוניוורסליים, כגון הזכות לשוויון ולכבוד – ראו את פסק-דינו של השופט גוטזגן בתמ"ש (ת"א) 12850/00 פלונית נ' פלוני

על רקע אי-הבהירות בפסיקה מתחוורת חשיבותה של פרשת פלונית נ' פלוני,⁶⁵ המכונה "פרשת המזונות האזרחיים". בפרשה זו עסק בית-המשפט בחובת המזונות בין בני-זוג שנישאו בנישואים אזרחיים בעודם אזרחי ישראל. ברוח הפסיקה המסורתית, ובדומה למתווה שהוצע בפרשת שמואל, סבר בית-המשפט המחוזי כי חובת המזונות במקרה זה מותנית בתוקפם של הנישואים האזרחיים. אולם בניגוד למצב העובדתי בפרשת שמואל, בני-הזוג במקרה זה היו אזרחי ישראל בעת נישואיהם. השופט פורת, בבית-המשפט המחוזי, אימץ את העמדה הרווחת במחקר, שלפיה נישואים אזרחיים בין אזרחי ישראל ותושביה אינם מוכרים על-פי משפט המדינה, ובהתאם לכך דחה את תביעת המזונות.⁶⁶ על פסק-הדין הוגש ערעור לבית-המשפט העליון. בפסק-דין מפורט חרג הנשיא ברק מן המתווה שהציע בפרשת שמואל, שלפיו יש לבדוק תחילה את תוקפם של הנישואים האזרחיים בהתאם לכללי המשפט הבין-לאומי הפרטי, ואם מדובר בנישואים תקפים, אזי יש להחיל על בני-הזוג את חובת המזונות שהייתה מוטלת עליהם על-פי הדין הדתי אילו נישאו על-פי ההלכה.⁶⁷ חלף זאת הותר בית-המשפט את שאלת תוקפם האזרחי של נישואים אזרחיים

(לא פורסם, 5.11.2000).

להתבססות על קונסטרוקציות חוזיות בתקופה שלאחר עניין כהנא, לעיל ה"ש 62, אך לפני פסק-דינו של הנשיא ברק בפרשת המזונות האזרחיים (לעיל ה"ש 1), ראו את פסק-הדין של השופטת קופלמן-פרדו בתמ"ש (ת"א) 6340/02 פלונית נ' אלמוני (לא פורסם), שבו קבעה השופטת כי "לא ניתן לשלול קונסטרוקציה ההסכם מכללא, ודאי לא בשלב המקדמי...". אולם ראו את פסק-דינו של השופט שוחט בתמ"ש (ת"א) 12181/01 פלונית נ' אלמוני (לא פורסם, 15.5.2002), שבו קייב השופט שוחט את הבעל במזונות מכוח הסכמתו, כפי שעלתה מאי-הגשת כתב הגנה ומהצהרותיו בדיון. מעניין שבאחד המקרים השתמש בית-הדין הרבני אף הוא בקונסטרוקציית תום-הלב, כאשר נדרש לדון בזכאותה של אישה שהתגיירה למזונות מבעלה לנוכח העובדה שהשניים נישאו בנישואים אזרחיים לפני גיורה. ראו תיק (אזורי חי') 958/95 מ"ג, פד"ר יח 319 (התש"ן). במקרה זה טען הבעל כי מכיוון שלא נישאו כדת משה וישראל, הוא פטור ממזונות אשתו, ואף הטיל ספק בגיורה. בית-הדין פסק כי הבעל מעוניין לנצל את ההלכה כדי להשתחרר מתביעת האישה, ולכן החליט להסתלק מן הדיון, כך שהאישה תוכל להגיש תביעת מזונות לבית-המשפט המחוזי. בית-הדין קבע (שם, בעמ' 327) כי "בה"ד רשאי להרשות לאדם להדיין בערכאות כשאי אפשר לחייב הנתבע עפ"י דין, אם הנתבע נהג כנבל ברשות התורה... בה"ד מסתלק מהדיון ומקבל את עתירת האישה שהמשך הטיפול יתברר בבהמ"ש למשפחה". בית-הדין סיכם את דבריו באומרו כי מקום שאדם עושה עוול ומנצל את בית-הדין ואת ההלכה כדי להיפטר מתשלום, יש לשלוח אותו להידון בערכאות שאינן דנות כדין תורה. לעניין הטלת הספק בגיור, קבע בית-הדין כי "האדם בא בטענות על יהדותה ולא משום שחזר בתשובה".

65 פרשת המזונות האזרחיים, לעיל ה"ש 1.

66 ראו ע"מ (ת"א) 1044/99 פלונית נ' אלמוני (לא פורסם, 19.1.1999).

67 עם זאת טען הנשיא ברק כי סטייתו מהמתווה שהציע בפרשת שמואל קשורה לסימני השאלה הקיימים במקרה הנוכחי בדבר תוקפם הבין-לאומי של הנישואים, וכי במקרים שבהם אין ספק שהנישואים האזרחיים מוכרים על-פי המשפט הבין-לאומי אכן יופעל מתווה זה ויוחלו דווקא המזונות הדתיים. ראו פרשת המזונות האזרחיים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 237.

שנערכו מחוץ לישראל ב"צריך עיון", ופתח מסלול מזונות אזרחי, אשר אינו תלוי בתוקפם המשפטי של הנישואים האזרחיים ואינו זהה בתוכנו לכללים הדתיים. מסלול זה מבוסס על קונסטרוקציות הסכמיות ועל עקרונות-יסוד משפטיים, כגון עקרון השוויון ועקרון תום-הלב. על-סמך עקרונות אלה קובע הנשיא ברק כי מקום שהאחד נזקק לתמיכתו של האחר – אם במזונות ואם באמצעים אחרים – הוא זכאי לקבל תמיכה זו.⁶⁸ בית-המשפט בחר אומנם לא להעמיק בפרטיה של חובת המזונות בין הנישואים בנישואים אזרחיים (כגון היקפה, משכה, טענות ההגנה כלפיה וכיוצא בהם),⁶⁹ ומשום כך פרטים רבים הקשורים לעניין נותרו עדיין בעמימותם,⁷⁰ אולם פסק-הדין פתח את הפתח לעידן האזרחי של דיני המזונות.

2. המזונות האזרחיים ודיני הגירושים

בעבר, גם כאשר הוטלה עקרונית חובת מזונות על מי שנישא בנישואים אזרחיים, היא סוכלה באמצעות פסק-דין לגירושים שניתן בנקל בבית-הדין הרבני. בפרשת המזונות האזרחיים⁷¹ צמצמה התובעת את תביעתה למועד מוקדם מן המועד שבו הותרו נישואי הצדדים באופן רשמי על-ידי בית-הדין הרבני. על-כן במקרה זה לא נזקק בית-המשפט לשאלה אם חובת המזונות האזרחית – להבדיל מזו המבוססת על הדין הדתי – שורדת לאחר פסק-דין לגירושים של בית-הדין הרבני. באופן כללי, פרשת המזונות האזרחיים התמקדה בחיוב המזונות, אך לא עסקה בדיני הגירושים של מי שנישא בנישואים אזרחיים. דיני הגירושים של מי שנישא בנישואים אזרחיים והשפעתם על חובת המזונות האזרחיים נאלצו להמתין כשנתיים נוספות עד לפרשת בני נח.⁷² בג"ץ זה עסק בפסק-דין של בית-הדין הרבני שבו נקבע כי נישואים אזרחיים של אזרחי ישראל שנערכו מחוץ למדינה אינם נחשבים נישואים על-פי ההלכה ועל-כן לא נדרש גט דתי לצורך התרתם. עם זאת, בפסק-דינו המשלים של בית-הדין הרבני נקבעה קביעה חדשנית ביותר שלפיה הנישואים הללו נחשבים בכל-זאת נישואים במובנם האוניוורסלי – "נישואי בני נח", כפי שהדבר מכונה בפסק-הדין – ועל-כן לצורך התרתם נדרש פסק-דין של התרת נישואים. אמות-המידה שעל-פיהן יינתן פסק-הדין להתרת נישואים אלה לא יהיו אמות-המידה ההלכתיות המקובלות, כך נקבע,

68 ראו שם, בעמ' 231-236.

69 ראו שם, פס' 27 לפסק-דינו של הנשיא ברק; "שיעור המזונות, משך תקופת החיוב בהם, עילות השוללות את המזונות וכיוצא בהן שאלות יקבעו כולן על פי עקרון תום הלב. הם עשויים להשתנות ממקרה למקרה; הם נגזרים מהערכת התנהגות הצדדים, מצבם הכלכלי, התקשרותם עם בני זוג חדשים וכיוצא בהם פעולות שהן רלבנטיות מכוח עקרון תום הלב."

70 למעשה, בסופו של דבר לא פסק בית-המשפט מזונות אפילו במקרה הקונקרטי, אלא החזיר את התיק לבית-המשפט לענייני משפחה כדי שידון בעניין.

71 פרשת המזונות האזרחיים, לעיל ה"ש 1.

72 פרשת בני נח, לעיל ה"ש 4.

אלא אמות-מידה אורחיות המאפשרות את התרת הנישואים אפילו כאשר אחד הצדדים מתנגד לכך, אם מתברר שאין אפשרות לחיי שלום בין הצדדים. על פסק-דינו של בית-הדין הרבני הוגשה עתירה שהתייחסה הן לסמכותו של בית-הדין והן לאמות-המידה שהנחו אותו בהתרת הנישואים. בית-המשפט העליון אישר את סמכותו של בית-הדין הרבני לדון בגירושיהם של בני-זוג יהודים שנישאו בנישואים אזרחיים, כמו-גם את האפשרות להתיר את הנישואים הללו באמצעות אמות-מידה ייחודיות שאינן תואמות את דיני הגירושים ההלכתיים המקובלים.⁷³ אולם ההכרה בהתרת הנישואים האזרחיים על-ידי בית-הדין סויגה בכמה סייגים. ראשית, בית-המשפט הבהיר כי הוא מכיר בסמכותו של בית-הדין להתיר את הנישואים במקרים שבהם חיי הנישואים כבר הרוסים בפועל,⁷⁴ אך שולל את סמכותו של בית-הדין להתיר את הנישואים רק בשל העובדה שהנישואים לא נערכו כדת משה וישראל.⁷⁵ שנית, לצד ההכרה בסמכותו של בית-הדין לעסוק בגירושי הצדדים, שלל בית-המשפט העליון את סמכותו של בית-הדין הרבני לעסוק בהיבטים הכלכליים של יחסי הצדדים.⁷⁶ לבסוף – וזו בעיניי הנקודה הדרמטית בפסק-הדין – בית-המשפט קובע כי על צדדים שנישאו בנישואים אזרחיים תוטל חובת מזונות אזרחית,⁷⁷ וכי פסק-דין לגירושים של בית-הדין הרבני אינו מפסיק באופן אוטומטי חובה זו. על-כן הוא מצביע על הצורך בפיתוח כללים אזרחיים שיסדירו את חובת המזונות בין בני-זוג גם לאחר גירושיהם!⁷⁸ עם זאת, בפועל לא נפסקו מזונות אזרחיים בפרשת בני נח, ועל-כן גם פרשה זו אינה מבהירה מה יהיו התכנים הספציפיים של אותם מזונות לפני ואחרי התרת הנישואים. בתכנים הללו נשוב ונעסוק בהמשך רשימה זו, בפרק שיעסוק באתגרי המשפט האזרחי.⁷⁹

3. לקראת הכרה מושלמת בנישואים אזרחיים שנערכו מחוץ למדינה

אולם בשולי הדיון בגירושיהם של מי שנישאו בנישואים אזרחיים וביחסים הכלכליים בין

73 ראו שם, פס' 29-30 לפסק-דינו של הנשיא ברק.

74 שם, פס' 36-39 לפסק-דינו של הנשיא ברק.

75 שם, פס' 33 לפסק-דינו של הנשיא ברק.

76 שם, פס' 31 לפסק-דינו של הנשיא ברק.

77 ראו שם. בית-המשפט קובע שעל הצדדים יוטלו מזונות אזרחיים חרף הכרעתו כי נישואי בני-זוג מוכרים על-פי המשפט הבין-לאומי הפרטי (ראו פרשת הנישואים המעורבים, לעיל ה"ש 3, ואת ההתייחסות לפרשה להלן בטקסט הסמוך לה"ש 82). בכך סותר לכאורה בית-המשפט בפרשת בני נח את הצהרתו הקודמת בפרשת המזונות האזרחיים (ראו לעיל ה"ש 1), שלפיה מזונות אזרחיים יוטלו רק במקרים שבהם קיים ספק בדבר תוקפם של הנישואים האזרחיים על-פי המשפט הבין-לאומי הפרטי. על סתירה זו ראו גם לאחרונה פנחס שיפמן "דיני משפחה אזרחיים שיצאו מן הארון: על תרומתו של הנשיא ברק לדיני המשפחה" ספר ברק (טרם פורסם, 2009).

78 פרשת בני נח, לעיל ה"ש 4, פס' 42 לפסק-דינו של הנשיא ברק.

79 ראו להלן פרק ד.

הנישאים, הבליע בית-המשפט בפרשת בני נח חידוש נוסף, דרמטי לא פחות. בניגוד לפרשות קודמות, לרבות פרשות שבהן היה הנשיא ברק מעורב, בפרשת בני נח לא נרתע בית-המשפט מדיון מהותי בתוקפם של נישואים אזרחיים של אזרחי ישראלי שנערכו מחוץ לגבולות המדינה. בעקבות דיון זה הכריע בג"ץ לראשונה כי כאשר בני-הזוג כשירים להינשא בישראל, נישואים אלה יוכרו בישראל על-פי כללי המשפט הבין-לאומי הפרטי באופן מהותי, ולא רק לצורך דיני המרשם.⁸⁰

ומה כאשר לנישואי האזרחיים של מי שאינו כשיר להינשא בישראל? פסיקותיו האחרונות של בית-המשפט העליון, בראשותו של הנשיא לשעבר ברק, מסמלות כיוון ברור גם בנושא זה.

ראשית, בפרשת בן-ארי⁸¹ החיל בית-המשפט את הלכת פונק שלזינגר על בני-זוג מאותו מין, והורה לרשום את בני-הזוג כנשואים על-סמך תעודת הנישואים שהוצגה לפני הרשם. בית-המשפט דחה בכך טענות נגדיות שלפיהן, בניגוד לפסולי-חיתון "רגילים", בני-זוג מאותו מין מעוררים שאלות אוניוורסליות שאין להתגבר עליהן באמצעות דיני המרשם. הוא גם דחה את הטענה כי ברישום של בני-זוג מאותו מין יש משום הכרה בתבנית משפטית חדשה שאינה מוכרת במשפט הישראלי. עם זאת, בפרשה זו דבק עדיין בית-המשפט בדיני המרשם, ונמנע מהכרעה מהותית לגבי תוקף נישואיהם של בני-זוג מאותו מין.

שנית, בפרשת הנישואים המעורבים⁸² צעד בית-המשפט צעד נוסף, וקבע כי מעבר לדיני המרשם ולדיני הידועים בציבור יהיה אפשר להחיל על בני-זוג שנישאו בנישואים אזרחיים את דיני הנישואים ממש בכל מקרה שבו על-פי מבחן תכליתי אין הצדקה להבחין בין מי שנישא בנישואים אזרחיים לבין מי שנישא בנישואים "רגילים". לפיכך, במקרה הספציפי הכיר בית-המשפט לצורך חוק הירושה בנישואים האזרחיים שנערכו בין יהודי ללא-יהודייה. בכך פתח בית-המשפט פתח להחלת מהותית של דיני הנישואים על הנישואים בנישואים אזרחיים באותם מקרים נדירים שבהם לא הוכח כי בני-הזוג חיו כידועים בציבור או שדיני הידועים בציבור אינם מקנים את זכויות הנישואים.

לבסוף, בשולי אותה פרשה העיר בית-המשפט כי לכשיידרש בית-המשפט להכריע בנושא, עליו לקבוע כי נישואים אזרחיים שנערכו מחוץ לישראל בין אזרחי המדינה מוכרים בישראל אף אם בני-הזוג אינם כשירים להינשא בישראל.⁸³

לסיכום, נישואים אזרחיים של מי שכשיר להינשא בישראל מוכרים בישראל לכל דבר ועניין. נישואים אזרחיים של מי שאינו כשיר להינשא נרשמים בישראל אף אם מדובר בנישואים של בני-זוג מאותו מין. יתרה מזו, השילוב של הרישום עם דיני הידועים בציבור, המיתוספים על דיני המזונות האזרחיים ועל האפשרות להכיר בנישואים לצורך חוק ספציפי, מקנים באופן מעשי לנישואים בנישואים אזרחיים את מכלול זכויותיהם של

80 ראו פרשת בני נח, לעיל ה"ש 4, פס' 26 לפסק-דינו של הנשיא ברק.

81 פרשת בן-ארי, לעיל ה"ש 2.

82 פרשת הנישואים המעורבים, לעיל ה"ש 3.

83 שם, פס' 23 לפסק-הדין.

הנשואים ה"רגילים". לבסוף, אם בפסיקה המאוחרת תתקבל הערתו של ברק בשוליה של פרשת הנישואים המעורבים, בדבר תוקפם המשפטי המוחלט של נישואים אזרחיים שנערכו מחוץ לישראל אפילו כאשר מדובר בבני-זוג שאינם כשירים להינשא בישראל, אזי יושלם לחלוטין המהלך של הכרה בנישואים אזרחיים בישראל.

פרק ג: הדיון הציבורי לקראת הסדר נישואים אזרחי בישראל ופתרונות אפשריים

עד כה עסקתי בניתוח המצב המשפטי הקיים. כעת ברצוני לעסוק באתגרים הנגזרים מן ההכרה המשפטית בנישואים האזרחיים לחברה ולמעצבי המשפט בישראל. האתגר הראשון ניצב לפתחה של החברה הישראלית. אני סבור כי פסקי-הדין האחרונים של הנשיא ברק אמורים לשכנע את מי שטרם שוכנע קודם לכן כי יש לשים בצד את עידן המשחקים וה"נדמה לי", ולכונן בישראל מסלול אזרחי רשמי ומלא של דיני הזוגיות.⁸⁴ פנייה זו מכוונת בראש ובראשונה למחנה ה"דתי", שלפחות נציגיו הפוליטיים מתנגדים באופן רשמי לשינוי המצב הקיים, אך גם למחנה ה"חילוני".

אפתח במתנגדי הנישואים האזרחיים. במישור הפוליטי זכו המתנגדים הללו בניצחון מוחץ, כאשר נישואים אזרחיים אינם מוכרים בישראל חרף טרונותיהם של התומכים בכך. המתנגדים לנישואים האזרחיים מצביעים על הסכנות ההלכתיות שינבעו מהכרה בנישואים אלה, ובעיקר על החשש מפני ריבוי ממזרים⁸⁵ ומפני הכרה בנישואים של יהודי עם מי שאינו יהודי.⁸⁶ נוסף על כך הם פונים לנימוקים לאומיים: הם מדגישים את חשיבותה של אחדות

84 לדיון נרחב בצורך במסלול של נישואים אזרחיים בישראל ולהתמודדות עם ההתנגדויות הדתיות לנישואים אלה ראו פנחס שיפמן מי מפחד מנישואים אזרחיים 7-23, 37-50 (2000). כן ראו את הצעות החוק שעסקו בדרישה לנישואים אזרחיים: הצעת חוק נישואין וגירושין, התש"ס-2000, ה"ח 2125 (חברת-הכנסת אברהם פרוז); הצעת חוק נישואין וגירושין, התשס"ד-2004, ה"ח 2199 (חברת-הכנסת אופיר פז-פינס ורומן ברונפמן); תזכיר חוק ברית הזוגיות, התשס"ה-2004. המאמר נמסר לדפוס לפני אישור חוק ברית הזוגיות לחסרי דת, תש"ע-2010. אם כי החוק שהתקבל מצומצם ואינו עונה על הדרישות המוצעות במאמר.

85 ראו שרשבסקי, לעיל ה"ש 47, בעמ' 101-107; אברהם חיים פריימן סדר קידושין ונישואין אחרי חתימת התלמוד - מחקר היסטוריו-דוגמתי בדיני ישראל שסו-שעא, שעג-שעט (תש"ה); אליאב שוחטמן "לשאלת הנהגתם של נישואין אזרחיים במדינת ישראל" ספר לנדוי כרך ג 1553, 1557-1570 (1995).

86 ראו שוחטמן, שם, בעמ' 1564-1566. כן ראו את דבריו של חברת-הכנסת זרח ורהפטיג בעניין חוק נישואין וגירושין (שיפוט בתי דין רבניים) בד"כ 14, 1408, (תשי"ג): "כל אפשרות של נישואי תערובת אינה ניתנת כשמחייבים נישואים דתיים."

העם, ומאיימים כי ההכרה בנישואים אזרחיים עלולה להוליך לפילוג לאומי.⁸⁷ לבסוף, הם רואים בהכרה בנישואים אזרחיים כמכרסמת בצביון היהודי של המדינה.⁸⁸ אולם מן האמור עד כה עולה כי נצחונו של הממסד הדתי במערכה נגד הסדרת נישואים אזרחיים מסתבר יותר ויותר כנצחון פירוס, ואנו עדים להתפתחותן של מגוון תופעות בעייתיות מאוד מבחינה הלכתית. במקרים מסוימים מדובר באותן תופעות ממש שהתנגדות לנישואים אזרחיים מבוססת על הרצון למנוע אותן. ראשית, העדר האפשרות לנישואים אזרחיים הוא שהכין את התשתית לפריחתה של תופעת הידועים בציבור וללגיטימציה המשפטית שהיא זוכה בה. להיקף הזכויות הניתנות לידועים בציבור בישראל אין כמעט תקדים בארצות אחרות בעולם המערבי. הלגיטימציה של מוסד הידועים בציבור החלישה מאוד את מעמדם של הנישואים כדין וטשטשה את ההבדלים בין שני המוסדות הללו. מובן שאין מדובר בתופעה מבורכת מבחינת הדין הדתי.⁸⁹ שנית, פסולי-החיתון, לרבות בני-זוג מדתות שונות, נישאים מחוץ לישראל, והמדינה מכירה בנישואיהם ומעניקה להם זכויות של זוג נשוי. מכיוון שכך, הניסיון למנוע את נישואיהם של מי שאינם רשאים להינשא על-פי ההלכה – נכשל.⁹⁰ לכן גם מי שמתנגד לנישואים אזרחיים מסיבות דתיות ולאומיות חייב להביא בחשבון כי במצב הקיים השילוב של הדין הדתי הרשמי עם הפתרונות המעשיים החילוניים, הזוכים בגיבוי משפטי, מרוקן מתוכן חלק ניכר מהערכים ומן העקרונות שבבסיס ההתנגדות הדתית-הלאומית לכינון נישואים אזרחיים. יתרה מזו, בשל ההתנגדות לכל שיח ופשרה, הציבור הדתי מדיר את עצמו מעיצוב פתרונות אזרחיים שימנעו פגיעה בהלכה וישמרו היבטים סמליים של הכרת המדינה בנישואים דתיים.

קיימים גם פתרונות אזרחיים. פתרון אחד, שיש לי בו עניין אישי כיום, הוא ברית הזוגיות. פתרון זה מותיר את הנישואים כמותג דתי הלכתי, אך מייצר מסלול אזרחי חלופי, פתוח לכל ומוכר באופן רשמי, אשר הנרשמים בו זכאים לכל הזכויות האזרחיות בישראל. על-פי הצעת חוק ברית זוגיות שהציע המכון הישראלי לדמוקרטיה בהנחייתי,⁹¹ לרישום

87 ראו את דברי ורהפטיג שם; זרח ורהפטיג חוקה לישראל – דת ומדינה 184–186 (1988); וכן את דבריו של חבר-הכנסת חיים דרוקמן בישיבה ה-276 של הכנסת החמש-עשרה (22.1.2002): "אם עד כה, בזכות חוק הנישואין והגירושין שהכנסת חוקקה, יכולה כל משפחה יהודית במדינת ישראל להתחתן עם כל משפחה יהודית אחרת, בלי שיהיה צורך לבדוק את ייחוסה – זה שומר על אחדות העם. הרי שמציאות של נישואים אזרחיים תביא בהכרח להנהגת ספרי יוחסין, דבר שיחלק את עם ישראל לשני עמים, חלילה. זה עצמו צריך להתיר כל אדם רציני מלהסכים בכלל לקיומם של נישואים אזרחיים במדינת ישראל, ולו רק מהסיבה של שמירה על אחדות העם" (www.knesset.gov.il).

88 ראו את דבריו של חבר-הכנסת שלמה לורנץ בד"כ 14, 1460 (תשי"ג).

89 ראו פנחס שיפמן "הכרת המדינה בנישואין כדת משה וישראל: סמל שהתרוקן מתוכנו?" יהדות פנים וחוץ – דיאלוג בין עולמות 270 (אברהם שגיא, דודי שוורץ וידידיה צ' שטרן עורכים, 2000).

90 ראו בנושא זה את מאמרי שחר ליפשיץ "רישום זוגיות" ספר שאוה 361, 395 (2006).

91 ראו ליפשיץ, שם, וכן שחר ליפשיץ ברית זוגיות (2006). יש להדגיש כי הצעה זו שונה באופן דרמטי מן ההצעה – שהועלתה לאחרונה על-ידי מפלגת ישראל ביתנו – לקיים מסלול של ברית זוגיות רק בעבור מי שאינם יהודים.

בברית הזוגיות יתלוו הצהרות שיבטיחו כי הנרשמים לא יוכרו כנשואים על-פי ההלכה ולכן התרת נישואיהם לא תחייב גט דתי. מאחר שעל-פי ההלכה היהודית ממזר יכול להיוולד רק לאישה נשואה, דווקא קביעת המנגנון המבהיר כי הרישום במרשם הזוגיות אינו מהווה נישואים על-פי ההלכה עונה על החששות מפני ריבוי ממזרים.⁹² פתרון בעיית הממזרות עונה גם על החששות מפני פילוג העם, שכן בהעדר חשש ממזרות פוחת מאוד החשש מפני חיתון עם ילדו של מי שהתקשר בברית זוגיות. מעבר ליתרונות ההלכתיים של הצעת ברית הזוגיות, להתרת המותג נישואים כמותג דתי הלכתי יש חשיבות סמלית עצומה, והיא משתלבת עם הפרויקט הציוני-הדתי של עיצוב סמליה היהודיים הדתיים של ישראל כמדינה יהודית.⁹³

פתרון-פשרה אחר הוצע ב"אמנת גביון-מדן",⁹⁴ הקובעת כי הנישואים בישראל יהיו נישואים אזרחיים, תוכנם של דיני הנישואים וסמכויות השיפוט ייקבעו על-ידי הצדדים, אך הגירוש ייערכו על-פי הכללים הדתיים.⁹⁵

כל אחד משני הפתרונות הללו אינו מושלם מנקודת-המבט ההלכתית האורתודוקסית.⁹⁶ החשש הגדול ביותר מתגלם בטיעון המדרון החלקלק. לפי טיעון זה, נסיגה מן הווטו הדתי המסורתי והכרה בזוגיות החילונית הן שלב ראשון בויתורים דתיים מרחיקי-לכת, שעלולים להשתלב בתחושת הסכנה הכללית הקיימת בציבור הדתי עקב הכרסום בסטטוס-קוו והפגיעה בצביונה היהודי של המדינה בתחומים שונים, כגון בנושאי השבת והחמץ. זאת ועוד, ההצעות החדשות מכירות בנישואים או בנישואים של בני-זוג יהודים עם מי שאינם יהודים. הכרה בזוגיות כזאת כבר קיימת כיום באופן עקיף במסגרת דיני הידועים בציבור וברישיומם של הנישואים בנישואים אזרחיים מחוץ לישראל. עם זאת, דווקא לנוכח המשמעות הסמלית הגבוהה יותר הגלומה במרשם הזוגיות (על-פי הצעת ברית הזוגיות) ובנישואים (על-פי הצעת גביון-מדן), השלכותיה של ההכרה בנישואי-תערובת יהיו חמורות יותר מנקודת-מבט דתית, ולפי דעות מסוימות – אפילו מנקודת-מבט אזרחית-לאומית.⁹⁷ נוסף על כך, אי-אפשר לשלול את החשש מפני דעות מיעוט הלכתיות קיצוניות אשר יטענו

92 ראו ליפשיץ, לעיל ה"ש 90; יעקב לוינגר "האמנם נישואין אזרחיים יפלגו את העם?" אבניים 65 (1966); פריימן, לעיל ה"ש 85, בעמ' שסו, שע.

93 ראו ורהפטיג, לעיל ה"ש 87, בעמ' 179-180; Pinhas Shifman, *State Recognition of Religious Marriage: Symbols and Content*, 21 *ISR. L. REV.* 501 (1986). ראו גם את גישתו הדתית-הלאומית של אליעזר גולדמן, המובאת אצל אשר כהן הטלית והדגל – הציונות הדתית וחזון מדינת התורה בימי ראשית המדינה 150-152 (1998), וכן אצל שוקי פרידמן ועמיחי רדזינר חוקה שלא כתובה בתורה (2006). לפי גישתו של גולדמן, אין דבר חיקוק ספציפי בגדר מכשיר להנחלת ערכים דתיים, אלא מכשיר חילוני להנחלת הסדר הציבורי. מעבר לכך, יש חשיבות סמלית במותג הדתי ללא קשר לתכניו המהותיים.

94 ראו רות גביון ויעקב מדן מסד לאמנה חברתית חדשה בין שומרי מצוות וחופשיים בישראל (2003).

95 ראו שם, בעמ' 96.

96 לדיון ביתרונות ובהסרונות של המודלים השונים ראו ליפשיץ, לעיל ה"ש 91, בעמ' 405.

97 ראו פרשת הנישואים המעורבים, לעיל ה"ש 3, פס' ז לפסק-דינו של השופט רובינשטיין.

כי הרישום הזוגי, אף אם אינו מוכר כנישואים מנקודת-המבט האזרחית, מהווה נישואים תקפים מבחינה הלכתית. דעות מסוג זה עלולות לגרום כי בהעדר גט יש סיכון משמעותי של עברה על איסור אשת איש ושל ריבוי ממזרים.⁹⁸

ומה לגבי המחנה החילוני? אין לכחד כי השאיפה המהותית של ציבור זה היא לכוון מסלול נישואים אזרחי מלא בישראל.⁹⁹ ברית הזוגיות והצעת גביון-מדן אינן מכוננות מסלול כזה, ועל-כן הן חשופות לביקורת אזרחית. ראשית, ברית הזוגיות מותרת למעשה את המותג נישואים כמותג דתי הלכתי, ולכן היא פוגעת במי שמבקש להשתמש במוטג נישואים אך לייחד לו משמעות חילונית. הותרת המותג נישואים להגדרה ההלכתית פוגעת במיוחד בזרמים יהודיים לא-אורתודוקסיים. אמנת גביון-מדן מעניקה לציבור החילוני, כמו-גם לזרמים דתיים שאינם אורתודוקסיים, את המותג נישואים, אך מכפיפה את הציבור החילוני לדיני הגירושים הדתיים. אולם דווקא החסרונות של פתרונות-הפשרה, כגון הבעיה הסמלית בברית הזוגיות (ייחוד המותג נישואים לנישואים הדתיים) וההכפפה של הזוגות החילוניים לדיני הגירושים הדתיים באמנת גביון-מדן, מחדדים ביתר שאת עד כמה בלתי-נסבל הוא המצב הקיים, שבו בני-זוג שאינם רוצים או אינם יכולים להינשא על-פי הדין הדתי נאלצים להרחיק אל מחוץ לגבולות המדינה על-מנת להינשא, ורכיבים משמעותיים של דיני המשפחה – ולא רק דיני הגירושים – כפופים להסדרה דתית. ההערכה החילונית של רעיון ברית הזוגיות חייבת להיעשות אם כן לא בהשוואה לתקווה הלא-ממומשת של כינון מסלול נישואים אזרחי מלא, אלא אל מול המציאות הקיימת, שבה נישואים אזרחיים אינם מוכרים כלל.

יתרה מזו, אפילו הצליח בית-המשפט העליון לייצר יש מאין נישואים אזרחיים שיש להם יתרונות מסוימים על הצעות הפשרה שבהם דנו בחלק זה, נראה כי מנקודת-המבט הדמוקרטית והחברתית יש להעדיף פתרון מוסכם, המשקף פשרה חוקתית בין הקבוצות השונות המרכיבות את החברה הישראלית, על פעולה חד-צדדית של בית-המשפט.¹⁰⁰ אולם לרוץ המזל, לפחות בשלב הנוכחי, הכנסת נמנעת מאימוץ פתרונות משל עצמה, ומסתפקת בתפקיד האוהד הצעקן לגבי הפתרונות שבית-המשפט מייצר.

98 בהערת-אגב אציין כי במובן זה הצעתם של גביון ומדן, אשר מכירה אומנם בנישואים אזרחיים כנישואים אך דורשת גירושים דתיים כתנאי הכרחי להכרה בקשר נוסף, עדיפה על הצעת המרשם (אולם ראו את הניתוח ההלכתי המובא אצל ליפשיץ, לעיל ה"ש 90, בעמ' 380-384, 404-405, המבהיר כי גם בנישואים אזרחיים, ועל אחת כמה וכמה במקרה של רישום זוגיות במתכונת המוצעת על-ידיי, אין צורך בגט). מכל מקום, למרשם הזוגיות יש יתרון על הצעת גביון-מדן מנקודת-המבט הלאומית, בשל העובדה שהוא מייחד את הנישואים כמותג דתי ומונע הכרה בנישואים מעורבים כנישואים במובנם הסמלי. מנקודת-מבט אזרחית, הצעת גביון-מדן אינה מפורטת דייה לגבי הפרוצדורה של בחירת הערכאה והדין על-ידי בני-הזוג ולגבי הנוהל במקרה מחלוקת. היא גם חושפת בני-זוג חילונים לדיני גירושים דתיים. ראו על כל אלה שם, בעמ' 404-406.

99 להצעות לכינונם של נישואים אזרחיים בישראל ראו לעיל ה"ש 84.

100 Shahar Lifshitz, *A Potential Lesson from the Israeli Experience for the American Same-Sex Marriage Debate*, 22 *BYU J. Pub. L.* 359 (2009).

פרק ד: על תכניה של ההסדרה האזרחית

1. הצורך בפיתוחה של הסדרה אזרחית עצמאית

האתגר השני, הניצב לפתחו של המשפט הישראלי, הוא עיצובה של ההסדרה האזרחית- החילונית של הזוגיות. הסדרה אזרחית חלקית של הזוגיות מתקיימת כבר כיום. כך, למשל, יחסי הרכוש בין בני-הזוג נידונים על-פי המשפט האזרחי,¹⁰¹ ואפילו בתי-הדין הדתיים מצווים להחיל דין זה.¹⁰² נוסף על כך, בתחומים שונים שבהם חל הדין הדתי, כגון דיני המזונות, הוא מפורש על-ידי בתי-המשפט האזרחיים בדרך אזרחית יצירתית.¹⁰³ יתרה מזו, בשנים האחרונות אפילו הפעלת הדין הדתי על-ידי בתי-הדין הרבניים מפקחת על-ידי בית-המשפט העליון, אשר מחייב במקרים מסוימים את בתי-הדין לפעול בהתאם לעקרונות חוקתיים אזרחיים.¹⁰⁴

אולם בכפרי על הסדרה אזרחית-חילונית איני מכוון לעימותים מוסדיים בין בתי-המשפט האזרחיים לבין בתי-הדין הרבניים, ואף לא לפרשנות האזרחית הניתנת לדין הדתי בבתי- המשפט האזרחיים, אלא לעיצוב עצמאי של תוכנה המהותי של ההסדרה האזרחית החילונית של הזוגיות. על-אף ההסדרה האזרחית הקיימת, המשפט האזרחי עודנו רחוק מפיתוחה של מערכת אזרחית כוללת. ראשית, המשפט האזרחי בישראל אינו מתייחס לנושאים המהותיים

101 בהתאם לחוק יחסי ממון משנת 1973, אם כי כבר קודם לכן נקבע בפסיקה כי יחסי הרכוש בין בני-הזוג, למעט חובת המזונות ודיני הכתובה, הינם משפט אזרחי, ולא ענייני מעמד אישי. ראו ברכיהו ליפשיץ "תוכן וקליפה בהלכת שיתוף הנכסים" המשפט ג 239, 242-257 (1996).

102 ראו ס' 13(ב) לחוק יחסי ממון. ראו גם בג"ץ 1000/92 בבלי נ' בית הדין הרבני הגדול ואח', פ"ד מח(2) 221 (1994). ראו בהקשר זה גם רות הלפרין-קדרי "פלורליזם משפטי בישראל: בג"צ ובתי-הדין הרבניים בעקבות בבלי ולב" עיוני משפט כ 683 (התשנ"ז).

103 ראו רות הלפרין-קדרי "מזונות אישה: מתפישה של שונות לתפישה של (אי-)שוויון" משפט וממשל ז 767 (תשס"ה). ראו גם ליפשיץ, לעיל ה"ש 49, בעמ' 748-750.

104 ראו בג"ץ 3914/92 לאה לב נ' ביה"ד הרבני האזורי בת"א, פ"ד מח(2) 491 (1994); בג"ץ 6334/96 לאה אליהו נ' בית הדין הרבני האזורי בתל-אביב-יפו, פ"ד נג(2) 153 (1999); בג"ץ 982/04 פלונית ופלוני נ' בית הדין הגדול לערעורים ואח', פ"ד נח(6) 613 (2004); בג"ץ 4976/02 היועץ המשפטי לממשלה נ' בית הדין הרבני האזורי נתניה, פ"ד נו(5) 345 (2002). אולם השוו בג"ץ 5969/94 אקנין נ' בית הדין הרבני, פ"ד נ(1) 370 (1996), שבו נקבע, בדעת רוב, כי בנושא הפרשנות המהותית של הדין הדתי אין בית-הדין מחויב לפרשנותו של בית-המשפט.

ביותר בדיני הזוגיות, כגון כללי הכשירות לנישואים¹⁰⁵ וכללי הגירושים.¹⁰⁶ שנית, חלק ניכר מדיני הזוגיות האזרחיים הקיימים כיום עוצבו בהקשר הספציפי של המערכת הבעייתית בישראל ובצילו של הדין הדתי הקיים. לעיתים התפתחו הדינים מתוך רצון לתקן ליקויים בתחומים שבהם שלט הדין הדתי, לעיתים הם התפתחו כתגובת נגד על הדין הדתי, ולעיתים הם התפתחו בהשפעתו.¹⁰⁷ מכיוון שכך, במקרים רבים אין דיני הזוגיות האזרחיים הקיימים משקפים מדיניות חילונית טהורה.¹⁰⁸ דומה כי ההכרה המסתמנת בנישואים אזרחיים שנערכו

105 דיני הנישואים נידונים בישראל על-פי הדין האישי (ראו ס' 2-1 לחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), התשי"ג-1953; ס' 4 לחוק בתי הדין הדתיים הדרוויים, התשכ"ג-1962; דבר המלך במועצה על ארץ-ישראל, 1922-1947, חלק ה. קיימים אומנם כמה דברי חקיקה אזרחיים העוסקים בגיל הנישואים (ראו חוק גיל הנישואין, התש"י-1950), בעברת הביגמיה (ראו ס' 175-183 לחוק העונשין, התשל"ז-1977) ובפרוצדורה של רישום הנישואים (ראו פקודת הנישואין והגירושין (רישום)). אולם אפילו חוקים אלה מתמקדים בהיבטים הפליליים והמנהליים של הנישואים, ואינם מתערבים בקביעת תוקף הנישואים. על-כן, גם מי שמפר חוקים אלה עשוי להיחשב נשוי אם נישואיו תקפים על-פי הדין הדתי. לתיאור מצב זה ולביקורת עליו ראו שיפמן, לעיל ה"ש 8, בעמ' 267-278, 305-323. נוסף על כך, במערכת האזרחית הקיימת אין התייחסות לשאלות בסיסיות, כגון קיומה והיקפה של זכות חוקתית להינשא, הכרה בנישואים חד-מיניים, רשימת קרובי המשפחה הפסולים לחיתון, מעמדם של קרובי משפחה בעקבות אימוץ, הטלת חובה מקדימה של בדיקות רפואיות, צורת הנישואים (אם יתקיים טקס אזרחי מלא או שמדובר ברישום טכני), האפשרות לביטול הנישואים עקב פגם בהסכמה וכיוצא בהם.

106 ענייני הגירושים, יחד עם ענייני הנישואים, מהווים את הגרעין הקשה של ענייני המשפט האישי, ובהתאם לכך נדירים המקרים שבהם הם נידונים בהתאם לדין האזרחי. למעשה, החוק האזרחי היחיד העוסק בענייני גירושים הוא חוק שיפוט בענייני התרת נישואין (מקרים מיוחדים), התשכ"ט-1969, ס"ח 573, העוסק ברובו בשאלות של סמכויות. החוק מגדיר את המקרים שבהם ניתן לפנות לנשיא בית המשפט העליון בעניין התרת נישואים, ואת הפרוצדורה של איתור הערכאה המתאימה על-ידי נשיא בית המשפט העליון. הוראת החוק היחידה שעוסקת בדיני הגירושים האזרחיים, ואשר אותה יהיה על בית המשפט לענייני משפחה להפעיל אם העניין יופנה אליו, היא ס' 5 לחוק זה. אולם אפילו סעיף זה ממוקד כמעט כולו בהפניות למערכות משפט זרות. ההוראה המהותית היחידה שבו קובעת כי הסכמת בני-הזוג תשמש לעולם עילה לגירושים. לא ברור אפוא מהי עמדת המשפט הישראלי במקרה ה"קלסי" שבו רק אחד מבני-הזוג מעוניין להתגרש. הפסיקה האזרחית מפקחת שטכניקות הכפייה של בתי-הדין לא יחרגו מסמכותם על-פי חוק, אולם אין היא עוסקת בתכנים המהותיים של דיני הגירושים. עד לאחרונה לא ידוע על מקרים שבהם דן בית המשפט העליון באופן ישיר בהפעלתם של דיני הגירושים על-ידי בית-הדין (אולם בבג"ץ 1371/96 רפאלי נ' רפאלי, פ"ד נא(1) 198, 204 ואילך (1997), העיר השופט חשין הערת-אגב שניתן לפרשה כנכונות לבקר את שיקול-דעתו של בית-הדין בעניינים הללו).

107 ראו שחר ליפשיץ "הסדרה אזרחית של הזוגיות: בין תחליף ותגובת נגד לחלופה עצמאית" ספר דניאל 549 (עופר גרוסקופף ונילי כהן עורכים, תשס"ט).

108 ראו בעניין זה שחר ליפשיץ "דיני זוגיות חילוניים ביובל הבא: בין ליברטריאניזציה ובין בית המשפט ה'מחשק'" מחקרי משפט יז 159, פרק א (2002).

מחוץ למדינה ממחישה את הצורך בכינונה של מערכת משפטית אשר תסדיר את יחסיהם של מי שנישאו בנישואים אזרחיים מחוץ לגבולות המדינה באמצעות נורמות אזרחיות חילוניות עצמאיות ומהותיות.

ברם, לפחות בתחום יצירת הנישואים, המשיכה הפסיקה המאוחרת, המכירה בנישואים האזרחיים, את הקו הקודם, ונרתעה מן האתגר של פיתוח המשפט האזרחי. לפיכך, בפרשת בן-ארי,¹⁰⁹ שעסקה בנישואיהם של בני-זוג מאותו מין, מיהר בית-המשפט להרחיב את תכולתה של הלכת פונק שלזינגר, המנתקת בין הרישום לבין התוקף המהותי. דעת הרוב באותו מקרה דחתה את ההבחנה שהציעה דעת המיעוט בין מקרים של פסולי-חיתון על רקע דתי, שאינם מעוררים שאלות אזרחיות אוניוורסליות, לבין ההכרה בנישואים בין בני-זוג מאותו מין, הנתונה במחלוקת קשה גם בשיטות משפט אזרחיות בעולם כולו. משום כך סירב בית-המשפט בתוקף לדון בשאלות העקרוניות שהכרה בנישואים בין בני-זוג מאותו מין מעוררת.¹¹⁰ ברוח דומה, בפרשת הנישואים המעורבים¹¹¹ נמנע בית-המשפט מדיון בשאלות הלאומיות שהכרה בנישואים מעורבים מעוררת,¹¹² והסתפק בהחלה נקודתית של דיני הירושה על נישואים אלה.

בניגוד לסירובו של בית-המשפט לפתח כללים אזרחיים בדבר הכשירות לנישואים, פסיקותיו האחרונות של בית-המשפט בעניין התרת הנישואים האזרחיים פותחות פתח רחב להסדרה אזרחית חדשה ועצמאית של הגירושים ותוצאותיהם הכלכליות, ובמידה רבה הן אפילו מחייבות הסדרה כזו.

ראשית, התרת הנישואים של מי שנישאו בנישואים אזרחיים, גם כאשר היא מתרחשת בבית-הדין הרבני, אינה כפופה עוד לדיני הגירושים הדתיים הרגילים, אלא לכללים בפרשת בני נח, אשר אמורים, על-פי הגדרתם, לשקף את המשפט האזרחי המקובל. ברוח זו הבהיר בית-המשפט העליון, בפרשת בני נח, כי יאשר פסקי-דין של התרת נישואים רק אם הם יתאימו לעקרונות האזרחיים המקובלים. משום כך נדרש בית-המשפט העליון, לראשונה, לעיצוב אמות-המידה האזרחיות שראוי כי ינחו את דיני הגירושים. לצד פיתוחם של דיני הגירושים, המשפט האזרחי עומד על סיפו של העידן האזרחי של הסדרת היחסים הכלכליים בין בני-הזוג. אכן, בעוד בני-זוג הנישואים בנישואים דתיים מיטלטלים ברגיל בין

109 פרשת בן-ארי, לעיל ה"ש 2.

110 אולם ההסתרות מאחורי דיני המרשם והניתוק המוחלט בין דיני המרשם לבין דיני הנישואים מצדיקים לכאורה גם את רישומם של נישואים פוליגמיים, נישואים בין בני-זוג שגילם נמוך מגיל הנישואים הנדרש בישראל בחוק הפלילי וכן נישואים בין קרובי-משפחה, ובלבד שהנישואים הללו נערכו במדינה אשר מכירה בנישואים אלה ואף הנפיקה תעודת נישואים. חרף זאת, אין זה סביר שבית-המשפט יאפשר את הרישום – וכפועל יוצא מכך את קבלת הזכויות המהותיות – גם במקרים הללו. לכן אני סבור שגם פרשת בן-ארי משקפת עמדה אזרחית עקרונית המבחינה, אם כי באופן סמוי וללא דיון מהותי, בין סוגים שונים של הגבלות חיתון.

111 פרשת הנישואים המעורבים, לעיל ה"ש 3.

112 שם. השוו לחוות-הדעת הנלווית של השופט רובינשטיין, אשר מתייחס לבעיות הללו, אף שגם הוא אינו מכריע לגבי תוקפם של הנישואים המעורבים.

בתי־המשפט לבין בתי־הדין, היחסים הכלכליים בין מי שנישאו בנישואים אזרחיים יידונו מעתה ואילך אך ורק בבתי־המשפט האזרחיים.¹¹³ יתרה מזו, חובת המזונות בין מי שנישאו בנישואים דתיים נקבעת על־פי הדין הדתי, מוגבלת לתקופה שעד למתן הגט ומושפעת עמוקות מדיני הגירושים הדתיים. לעומת זאת, בפרשת בני נח הבהיר בית־המשפט כי המחויבות הכלכלית בין מי שנישאו בנישואים אזרחיים תיקבע בבית־המשפט האזרחי על־פי עקרונות המשפט האזרחי, ועשויה להימשך גם לאחר התרת הנישואים. לפיכך ההכרה בנישואים אזרחיים שנערכו מחוץ למדינה מחייבת את בתי־המשפט לפתח כלים משפטיים שלא היו ידועים עד היום במשפט הישראלי. בחלקים הבאים נעסוק אף אנו, בעקבות בית־המשפט, בדיני הגירושים של מי שנישאו בנישואים אזרחיים ובתוצאות הכלכליות של גירושים אלה, ונציע את העקרונות שראוי כי ינחו לדעתנו את דיני הגירושים האזרחיים ואת תוצאותיהם הכלכליות.

2. דיני הגירושים האזרחיים

(א) לקראת גירושים ללא אשמה

בפרשת בני נח¹¹⁴ דחה בית־המשפט את האפשרות שנישואים אזרחיים יותרו באופן אוטומטי בשל אי־תקפותם הדתית. נוסף על כך הוא דחה את האפשרות שעל הנישואים הללו יוחלו הדין הדתי או הדין של מקום עריכת הנישואים. במקום האפשרויות הללו קבע בית־המשפט עילה אזרחית שלפיה הנישואים יותרו במקרה של הרס חיי הנישואים. עילה של הרס חיי הנישואים מאמצת למעשה את המגמה הרווחת בעולם המערבי לאפשר גירושים ללא אשמה ביוזמה חד־צדדית (unilateral no-fault divorce) כאשר בית־המשפט נוכח שהיחסים בין הצדדים התמוטטו באופן בלתי־הפיך (irreversible breakdown).¹¹⁵ ככלל, אני תומך במהלך המאפשר גירושים ללא אשמה גם כאשר אחד הצדדים מתנגד לכך, וזאת משלושה טעמים. הטעם הראשון הוא הטעם המעשי שלפיו אין טעם בשימור נישואים שהתמוטטו. אכן, שלילת האפשרות ליזום מהלך חד־צדדי של גירושים תשמר את ההגדרה המשפטית של בני־הזוג כנישואים, אולם לא תמנע את הפירוק המהותי של קשר הנישואים במובנו הסוציולוגי. על־כן, אם התמוטטו היחסים בין הצדדים ואחד הצדדים נחוש ברצונו לפרק את התא המשפחתי, אין טעם בשימורה של קליפת נישואים ריקה מתוכן, ועדיפה גישה "מעשית" הנותנת גושפנקה רשמית למציאות שבה בני־הזוג חיים

113 ראו את הניתוח של פרשת בני נח, לעיל ה"ש 76. בפרשה זו קבע בית־המשפט כי לא יהיה אפשר לכוך בתביעה להתרת נישואים את יחסי הרכוש ואת חובת המזונות של מי שנישאו בנישואים אזרחיים, ונטה למסקנה דומה אף לגבי החזקת הילדים.

114 לעיל ה"ש 4.

115 ראו, למשל, בקוד האחד של ארצות־הברית: Unif. Marriage and Divorce Act 9A U.L.A. (1987) 147.

בניתוק.¹¹⁶ הטעם השני מבוסס על גישה ליברלית אשר רואה בזכות להתנתק מקשרים וממחויבויות ביטוי לאוטונומיה של הפרט,¹¹⁷ ומשום כך תומכת בזכות להתנתק מן הקשר הזוגי.¹¹⁸ לבסוף, רתיעתן של שיטות המשפט הליברליות משיפוט מוסרי של התנהגות בני-זוג,¹¹⁹ הקושי לאתר אשם קונקרטי, הרצון להגן על המשפחה מפני פולשנות והניסיון להפוך את הליך הגירושים לטעון פחות מבחינה פסיכולוגית – כל אלה עשויים להוליך לאימוץ מודל משפטי המאפשר קבלת גירושים גם ללא הוכחת אשמה.¹²⁰ לכאורה, התרה מיידית של הנישואים על-פי דרישת הצד החפץ בכך, ללא בדיקה חיצונית של טיב היחסים של הצדדים ושל סיכויי השיקום של הקשר הזוגי, משקפת אף

- 116 לטיעון דומה ראו ליפשיץ, לעיל ה"ש 49, בעמ' 699–700; שיפמן, לעיל ה"ש 8, בעמ' 423; פנחס שיפמן "על המשפחה החדשה: קווי פתיחה לדיון" עיוני משפט כח 643, 655 (2005). טיעון זה הנהה במידה רבה את הוועדות האנגליות שהניחו את המסד לרפורמה המודרנית בדיני הגירושים. ראו: ARCHBISHOP OF CANTERBURY AND RAMSEY PAPERS, PUTTING ASUNDER AND COMING TOGETHER: CHURCH, STATE AND THE 1969 DIVORCE REFORMS (1964). ראו גם את הדוח הרשמי של הוועדה הממשלתית שפרסמה את הדוח שם, בעמ' 60.
- 117 על זכות זו כזכות-יסוד ליברלית ראו, לדוגמה: Michael Walzer, *The Communitarian Critique of Liberalism*, 18 POL. THEORY 6, 11–16 (1990). וולצר מאפיין ארבעה ממדים שבהם הליברליזם מדגיש את האפשרות לדינמיות ולהתנתקות. ראו גם: Leslie Green, *Right of Exit*, 4 LEGAL THEORY 165 (1998); Hanoch Dagan & Michal A. Heller, *The Liberal Commons*, 110 YALE L.J. 549, 567–570 (2001).
- 118 להצבת זכות היציאה מן הקשר הזוגי כזכות-יסוד ראו: Carolyn J. Frantz & Hanoch Dagan, *Properties of Marriage*, 104 COLUM. L. REV. 75 (2004). בעמ' 695–696.
- 119 ראו: Carl E. Schneider, *Marriage, Morals, and the Law: No-Fault Divorce and Moral Discourse*, UTAH L. REV. 503 (1994); שחר ליפשיץ הסדרה חוזית של יחסים זוגיים במשפט האזרחי ס' (2)ב (עבודת דוקטור, אוניברסיטת בר-אילן, תשס"ב); רות הלפרין-קדרי "שיקולי מוסר בדיני משפחה וקריאה פמיניסטית של פסיקת המשפחה בישראל" עיונים במשפט, מגדר ופמיניזם 651 (דפנה ברק-ארו עורכת, 2007).
- 120 ראו ליפשיץ, לעיל ה"ש 49, בעמ' 697–699. אכן, בספרות המשפטית העוסקת בפילוסופיה של גירושים ללא אשמה, אלה התומכים במודל זה משתמשים בטיעונים המזכירים את טיעונינו. ראו, לדוגמה: Joseph Goldstein & Max Gitter, *On Abolition of Grounds for Divorce: A Model Statue and Commentary*, 3 FAM. L.Q. 75 (1969) המציינים כי גירושים ללא אשמה קשורים לקושי המודרני לאתר את האשם ולרצון להימנע מחודרנות בבדיקת היחסים המשפטיים. ראו גם: John Eekelaar, *The Family Law Bill – The Politics of Family Law*, 26 FAM. L. 45, 46 (1996) המשבח את החוק האנגלי החדש על כך שהוא מיישם לראשונה את הפילוסופיה של גירושים ללא אשמה, הגורסת כי על המשפט להימנע משיפוט ערכי של הצדדים. כן ראו: Laura Bradford, *The Counterrevolution: A Critique of Recent Proposals to Reform No-Fault Divorce Laws*, 49 STAN. L. REV. 607, 613 (1997), המתייחסת הן למורכבותם של היחסים הזוגיים והן לקושי להגדיר מבחינה מוסרית התנהגויות ראויות. עוד ראו ברוח זו שיפמן, לעיל ה"ש 8, בעמ' 423.

היא את הערכים הליברליים האינדיווידואליסטיים של המשפט הישראלי, וככזו אין בה פסול. אולם בניגוד לקו חשיבה זה, אצביע בחלקים הבאים על שלוש סכנות מרכזיות הטמונות במודל של גירושים לפי דרישה:¹²¹ (1) הפגיעה באינטרס הציבורי בנישואים יציבים המשקפים מחויבות ארוכת-טווח; (2) אי-ההתחשבות בילדים; (3) הפגיעה בכך-הזוג החלש מבחינה כלכלית.

(ב) הצורך בפיקוח ציבורי על הגירושים

ראשית, הסדרה ראויה של הגירושים חייבת לאזן בין האינטרס הפרטי האישי של הצד המבקש לפרק את הקשר לבין האינטרס הציבורי בהבניית הנישואים כמוסד יציב המשקף מחויבות ארוכת-טווח. התרה חפוזה של הנישואים, לעומת זאת, מדגישה אך ורק את הצד הפרטי האישי ומתעלמת לחלוטין מן האינטרס הציבורי. נוסף על כך, נסיון החיים מלמד כי אפילו מנקודת-המבט של הצדדים, לעיתים דרישת גירושים אינה משקפת התמוטטות אמיתית של הקשר, אלא גחמה רגעית של אחד הצדדים. על-כן אני סבור כי אין לקבל דרישת גירושים באופן מיידי, ברוח המודל של גירושים לפי דרישה, אלא יש לדרוש טווח זמן מינימלי משמעותי בין הגשת התביעה לבין קבלתה (מבלי לקבוע מסמרות, טווח של שנה נראה לי זמן סביר ככל שמדובר בגירושים ביוזמה חד-צדדית, וטווח של חודשים ספורים נראה לי סביר במקרים של גירושים מוסכמים). נוסף על כך, יש להנחות את בתי-המשפט לבחון באופן מהותי, בעצמם או על-ידי דוחות מקצועיים, אם יחסי הצדדים אכן התמוטטו, ולא להורות על הגירושים ללא בדיקה כזו. במקרים מסוימים ניתן להסמיך את בתי-המשפט לשלוח את הצדדים לייעוץ כשלב לפני הגירושים.

עם זאת, חרף העידונים וההגבלות הללו, ברצוני להוסיף שתי הסתייגויות הפועלות בכיוונים מנוגדים: ראשית, למרות תמיכתי בקביעת פרק-זמן מינימלי בין הגשת התביעה לבין קבלתה, אין להתעלם ממקרים שבהם גירושים מהירים הינם אינטרס מובהק של שני הצדדים או של אחד מהם (כגון במקרים של אלימות במשפחה). על-כן אני ממליץ על כלל משפטי שיאפשר לבית-המשפט, במקרים מיוחדים, להתיר את הנישואים גם לפני שחלפה תקופת הזמן המינימלית. שנית, למרות הלגיטימציה לליווי ציבורי של הליך הגירושים ולפיקוח עליו, אין לשכוח את תמיכתנו העמוקה והיסודית בזכותו של כל אדם לא להיות משועבד לקשר זוגי שאין הוא מעוניין בו. לפיכך אני סבור כי לצד העילות האובייקטיביות, המקנות לכאורה לבית-המשפט סמכות לעכב את הגירושים אם לא שוכנע שיחסי הצדדים אכן התמוטטו, חייבת להימצא גם הוראה המגבילה את יכולתו של בית-משפט לעכב את הגירושים לאחר שחלף פרק-זמן ממושך ממועד הגשתה של תביעת הגירושים. הוראה כזו נחוצה הן כדי להתמודד עם שופטים "שמרניים", שעלולים לנצל את העילות האובייקטיביות על-מנת למנוע גירושים ביוזמה חד-צדדית, והן כדי לשקף מסר ערכי אינדיווידואליסטי שלפיו לצד נחוש יש בסופו של דבר זכות מוחלטת להתרת הנישואים.

ככלל, בפרשת בני נח אימץ בית-המשפט עמדה דומה. על-כן, לצד התמיכה העקרונית

121 ראו בעניינים הללו גם ליפשיץ, לעיל ה"ש 49, בעמ' 701-734.

בגירושים במקרה של קרע בלתי-ניתן לאיחוי בין בני-הזוג,¹²² בית-המשפט מצביע גם על הסכנה בגירושים חפוזים המשקפים גחמה רגעית ועל האינטרס הציבורי בנישואים יציבים.¹²³ עם זאת, נסיונן של שיטות משפט אחרות מלמד כי לעיתים העילה של הרס חיי הנישואים גלשה בסופו של דבר למודל של גירושים לפי דרישה, המאפשר התרה קלילה של קשר הנישואים.¹²⁴ סכנה זו מוחשית במיוחד לנוכח העובדה שבית-הדין הרבני, המוסמך להתיר את הנישואים האזרחיים, עוין לעיתים את הנישואים האלה, ועל-כן קיים חשש שהוא לא יעשה כל מאמץ להשכין שלום-בית או לבחון את סיכויי ההשלמה בין הצדדים. על רקע זה יידרשו בתי-המשפט לוודא שדיני הגירושים של הנישואים האזרחיים אכן משקפים את האיוון הראוי שעליו הצבענו בחלק זה.

(ג) גירושים וילדים

הסתייגות נוספת ממהלך המאפשר גירושים לפי דרישה קשורה לטענות בדבר ההשפעה הרעה של הגירושים על התפתחותם של הילדים.¹²⁵ בעבר, לאורן של טענות אלה, עוצבה הציפייה החברתית והמשפטית כי ההורים יתגברו על המחלוקות ויישאו יחדיו "לטובת הילדים". אולם במחצית השנייה של המאה העשרים הלך ופחת משקלו של טיעון "טובת הילדים" במסגרת סכסוך הגירושים. בתקופה זו נטען כי הגירושים כשלעצמם אינם מזיקים לילדים. להפך, נטען כי למתחים בין בני-זוג מסוכסכים שאינם מתגרשים עלולה להיות השפעה רעה יותר מאשר לגירושים עצמם. ההתייחסות לנישואים כאל הסדר פרטי, שמטרתו להגשים את אושרם של בני-הזוג, תרמה אף היא לעמדה שאי-אפשר לצפות מהורים שאינם מסתדרים יחדיו ליישב את המחלוקות ביניהם רק בשל שיקולים הנוגעים בטובת ילדיהם. ברם, למרות ההסתייגויות משלילה גורפת של הזכות לגירושים ביוזמה חד-צדדית ללא אשמה, אני סבור כי הדרישה להתחשב בטובת הילדים בעת עיצובם של דיני הגירושים הינה בת-תוקף בהחלט: מהמחקרים העוסקים בהשפעות של גירושים על ילדים עולה בבירור כי גם אם גירושים לא בהכרח מזיקים תמיד לילדים, מדובר בתהליך מורכב שיש לו השפעה משמעותית על חייהם. לפיכך לדרך שבה הגירושים נעשים במקרה ספציפי

122 פרשת בני נח, לעיל ה"ש 4, פס' 36 לפסק-דינו של הנשיא ברק.

123 שם, פס' 37-38 לפסק-דינו של הנשיא ברק.

124 ראו ליפשיץ, לעיל ה"ש 49, בעמ' 682 (המתאר מהלך שאירע בקליפורניה ובאנגליה, שבו הניחו בתי-המשפט כי עצם תביעת הגירושים של אחד הצדדים משקפת את ההתמוטטות הבלתי-הפיכה של הקשר, אם כי לפחות באנגליה מסתמנת גם מגמת-נגד). מעניין שבע"א 5258/98 פלונית נ' פלוני, פ"ד נח(6) 209 (2004), שעסק בהבטחת נישואים של אדם נשוי, הציע השופט ברק היגיון דומה שלפיו עצם הבטחת הנישואים של האדם הנשוי מעידה כי קשר הנישואים לא היה ניתן עוד לאיחוי. בהערת-אגב אציין כי ברק בחר להציע תיאוריה זו דווקא בפרשה שהעובדות בה הוכיחו את ההפך, דהיינו, שלמרות הבטחת הנישואים של האדם הנשוי, האיש נפרד דווקא מן האישה האחרת, ובעת המשפט היה נשוי עדיין לבת-הזוג המקורית.

125 לסקירת ביקורת על דיני הגירושים המודרניים הממוקדת בשיקולי ילדים ראו ליפשיץ, לעיל ה"ש 49, בעמ' 728-732.

עשויה להיות השפעה מרחיקת-לכת על חייהם של ילדי בני-הזוג.¹²⁶ נראה אפוא כי טובתם של ילדים חייבת להיות אחד השיקולים המשפיעים על עיצובם של דיני הגירושים. לפיכך גם מי שאינו סבור כי מדיניות קשוחה וגורפת בעניין השגת הגירושים תיטיב עם הילדים עשוי להסכים לכך שהליך הגירושים יעוצב תוך התחשבות בהשפעותיהם של הגירושים על הילדים במקרה הקונקרטי. מנקודת-ראות זו אנו עשויים לדרוש כי בית-המשפט הדן בגירושים יקבל תסקיר מאיש-מקצוע על ההשפעה הצפויה של הליך הגירושים על הילדים, ואפילו ידרש לשמוע את הילדים או נציג עצמאי שלהם לפני הגירושים. ייתכן שיש לקבוע בפרוט-מחדל המבחינות בין הליך גירושים המערב ילדים לבין הליך גירושים שאינו מערב ילדים. נקודת-מבט הממוקדת בילדים עשויה לאפשר לבית-המשפט לעכב או לזרז את הליך הגירושים, או לקבוע הליך גירושים בפיקוח איש-מקצוע, בהתחשב בטובתם של הילדים.¹²⁷ המודל של גירושים לפי דרישה הינו בסיס רעוע לסוג זה של שיקולים. בית-המשפט בפרשת בני נח פתח את הפתח לשילובם של שיקולי ילדים בדיני הגירושים, בקובעו כי גירושים לפי דרישה ללא ניסיון להשכין שלום-בית אינם עולים בקנה אחד עם טובתם של ילדים.¹²⁸ עם זאת, בית-המשפט התמקד בשלום-הבית, ולא הציע מנגנונים נוספים להגנה על הילדים מהסוג שהוצע בחלק הנוכחי. באופן כללי, יש תחושה שהמשפט היחיד בפסק-הדין העוסק בילדים נבלע כמותית ואיכותית בדיונים הקונוונציונליים הממוקדים בבני-הזוג בלבד. אני מקווה שפסקי-הדין הבאים ישלימו את החסר ויתנו לשיקולי ילדים את המקום הראוי בעיצוב דיני הגירושים.

(ד) "כאלה הם דיני הגירושים האזרחיים ואין בידי להושיע": גירושים ובן-הזוג החלש מבחינה כלכלית

ביקורת נוספת על המודלים המודרניים של דיני הגירושים הועלתה מנקודת-המבט המגדרית המבקשת להגן על נשים שבמהלך נישואיהם פיתחו תלות כלכלית בבני-זוגן. דיני הגירושים המסורתיים, שמנעו פירוק חד-צדדי של קשר הנישואים, לא אפשרו לצד החזק מבחינה כלכלית לנטוש את בן-זוגו התלוי בו ללא פיצוי כלכלי.¹²⁹ בניגוד לכך, דיני הגירושים המודרניים מעוררים חשש שצד חזק מבחינה כלכלית אשר בנה את הקריירה המקצועית שלו בעזרת בן-זוגו, שהתמקד בעבודת הבית ובגידול הילדים, ינטוש את בן-זוגו ללא פיצוי.¹³⁰

126 לסקירת המחקרים הללו ראו שם.

127 להתוויית עקרונות למערכת של דיני גירושים המביאה בחשבון שיקולי ילדים ראו שם.

128 ראו פרשת בני נח, לעיל ה"ש 4, פס' 37 לפסק-דינו של הנשיא ברק: "לשמירה על יציבות הנישואין השלכות מרחיקות לכת גם על ילדיהם של בני הזוג. פירוק מידי של התא המשפחתי, ללא כל ניסיון להשכין שלום בית, אינו עולה לרוב בקנה אחד עם טובתם של הילדים."

129 כך, למשל, על-פי הדין הדתי היהודי, בעקבות חרם דרבנו גרשום, אישה לא-אשמה שאינה רוצה בגירושים יכולה לסרב להתגרש, ובמקרה כזה יהיה הבעל חייב במזונותיה. לחלופין היא עשויה להסכים לגירושים בתמורה לפיצוי כספי.

130 לניתוח כלכלי המסביר את היתרון שבמודל המסורתי מנקודת-מבטו של הצד החלש מבחינה כלכלית ראו: Martin Zelder, *The Economic Analysis of the Effect of No-Fault Divorce*

חשש זה אינו תיאורטי: מחקרים אמפיריים שחקרו את התוצאות הכלכליות של הגירושים תחת משטר משפטי של גירושים ללא אשמה גילו תופעה מטרידה של עוני נשי ושל פערים כבדים ביכולת הכלכלית של נשים וגברים בעקבות גירושיהם, וזאת גם בשיטות משפט הדוגלות בחלוקה שוויונית של הרכוש הזוגי בעקבות הגירושים.¹³¹ ממצאים אלה מוליכים למחשבה מטרידה: תשובו על הפרשות שבהן נטבע הביטוי "כאלה הם דיני המעמד האישי, אך אין בידי להושיע".¹³² טרונייתו של בית-המשפט במקרים הללו פוונה לבית-הדין הרבני, אשר התיר בקלות רבה נישואים ממושכים בין בני-הזוג ובכך הפסיק גם את חובת המזונות ביניהם. אכן, מצבן של הנשים במקרים אלה חמור מאוד בהשוואה למצבן המקביל של נשים יהודיות תלויות-כלכלית שנישאו בנישואים דתיים ובעליהן מבקשים לסיים את הנישואים. אולם אם יאמצו דיני הגירושים האזרחיים בישראל את המודל המאפשר גירושים חד-צדדיים ללא אשמה, ואת האידיאולוגיה המודרנית-האינדיבידואליסטית הדוגלת בגירושים מוחלטים המנתקים לחלוטין את הקשרים הכלכליים בין בני-הזוג, אזי מצבם של כלל הנשים שנישאו בנישואים אזרחיים ישווה לזה שעמדו בו הגברות כהנא ופורר, שאת מצבן ביכה בית-המשפט. לפיכך אנו עלולים למצוא את עצמנו בעוד שנים לא-רבות עם הביטוי "כאלה הם דיני הגירושים האזרחיים בישראל, ואין בידנו להושיע". למרבה השמחה עמד בית-המשפט העליון על קושי זה בפרשת בני נח, בהשראת ספרות המחקר.¹³³ עם זאת, על-פי בית-המשפט:

"ככל שיש ביקורת על דיני הגירושין ללא אשמה, בכך שהם מותירים את בן הזוג 'החלש' ללא הגנה כלכלית לאחר הגירושין, לא מתחייבת מכאן המסקנה

Law on the Divorce Rate, 16 HARV. J. L. & PUB. POL'Y 241 (1993); Elizabeth H. Peters, *Marriage and Divorce: Informational Constraints and Private Contracting*, 76 AM.

ECON. REV. 437 (1986). כן ראו את הדיון אצל ליפשיץ, לעיל ה"ש 49, בעמ' 715-723.

131 ראו: LENORE J. WEITZMAN, THE DIVORCE REVOLUTION: THE UNEXPECTED SOCIAL AND ECONOMIC CONSEQUENCES FOR WOMEN AND CHILDREN IN AMERICA 323-356 (1985), המתארת פער משמעותי בין גברים ונשים בתוצאות הכלכליות של הגירושים. ממצאיה של ויצמן שוחזרו על-ידי חוקרים נוספים. ראו, למשל, את המאמרים המובאים בהקדמת העורכים לספר: ECONOMIC CONSEQUENCES OF DIVORCE: THE INTERNATIONAL PERSPECTIVE (Lenore Jennifer L. McCoy, J. Weitzman & Mavis MacLean eds., 1992) *Spousal Support Disorder: An Overview of Problems in Current Alimony Law*, 33 FLA. ST. U. L. REV. 501, 516-517 (2005), המתארת את התרחיש הבא: נשים לרוב נוטלות על עצמן את האחריות למשק-הבית ועל-כן משהות את הקריירה שלהן; בהמשך הנישואים שווי השוק של הנשים יורד, ואילו זה של הגברים עולה; ולאחר הגירושים מצבן הכלכלי של הנשים מקשה עליהן לרכוש את ההשכלה וההכשרה הנחוצות להן לצורך הגברת יכולת ההשתכרות.

132 ראו פרשת כהנא, לעיל ה"ש 52.

133 ראו שיפמן, לעיל ה"ש 8, בעמ' 381; רוזן-צבי, לעיל ה"ש 8, בעמ' 148; ליפשיץ, לעיל ה"ש 49, בעמ' 721-726.

שיש לשלול אפשרות זו. את הדאגה הכלכלית לכן הזוג החלש יש להשיג בדרכים אחרות. ההגנה על 'צד חלש' בקשר הזוגי אינה צריכה להיות בדרך של כבילת בן הזוג לקשר נישואין פורמאלי שהתפרק בפועל. אם נוצרה תלות כלכלית או סוציאלית בין בני הזוג, הפתרון אינו בעיגונו של בן הזוג 'החזק'. הפתרון לבעיות מסוג זה ימצא בתחום הסדרת ההיבטים הכלכליים שבין בני הזוג ולא בהגבלת עצם האפשרות להתגרש.¹³⁴

בעמדה זו של בית-המשפט אני תומך.¹³⁵ עם זאת, היא מחייבת פיתוח מערכת סעדים אזרחית משלימה לדיני הגירושים האזרחיים ולדיני הרכוש הקיימים. בסעדים המשלימים הללו נעסוק בחלק הבא.

3. האחריות הכלכלית בין בני-הזוג בעקבות גירושים אזרחיים – סקיצה ראשונית

אם כן, בפרשת בני נח עמד בית-המשפט על הצורך לגבות את העילה האזרחית של הרס הנישואים במערכת אזרחית חדשה שתסדיר את היחסים הכלכליים בין בני-הזוג לאחר גירושיהם.¹³⁶ מערכת זו אמורה להיתוסף על ההסדרה האזרחית המוכרת כיום של דיני הרכוש, המורכבת מחוק יחסי ממון ומחוקת השיתוף. עם זאת, בית-המשפט לא פיתח בעצמו מערכת כזו. יתר על כן, הוא אף נמנע מהטלת חובת מזונות במקרה הספציפי שבו עסק, והסתפק בהפניה כללית לדבריו בפרשת המזונות האזרחיים, המבססים חובה זו על דיני החוזים, עקרון תום-הלב, שיקולי הגינות ותחושת הצדק של החברה בישראל.¹³⁷ אולם "דרישות יושר", "שיקולי הגינות" ו"תחושת צדק" הינם ביטויים כלליים שאינם נותנים הנחיות קונקרטיות בדבר היקפה של חובת המזונות, ההגנות האפשריות נגדה, תחומה בזמן ותלותה במשתנים כגון נישואים מאוחרים, צורך וכיוצא בהם. לא ייפלא, אם

134 ראו פרשת בני נח, לעיל ה"ש 4, פס' 40 לפסק-דינו של הנשיא ברק.

135 ראו ליפשיץ, לעיל ה"ש 49, בעמ' 721-726, שם טענתי כי הן מנקודת-המבט הליברלית האינדיווידואליסטית והן מנקודת-המבט הפמיניסטית, מערכת גירושים ללא אשמה המגובה בסעדים משלימים לטובת נשים תלויות-כלכלית עדיפה על חזרה למערכת המסורתית השוללת גירושים חד-צדדיים ללא אשמה.

136 פרשת בני נח, לעיל ה"ש 4, פס' 42 לפסק-דינו של הנשיא ברק.

137 ראו את דבריו של הנשיא ברק בפרשת המזונות האזרחיים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 233-234: "במקום שהאחד נזקק לתמיכתו של האחר – אם במזונות ואם באמצעים אחרים – הוא זכאי לקבל תמיכה זו. בני הזוג אינם עוברי אורח שתאונת דרכים הפגישה ביניהם. בני הזוג ביקשו לחיות חיים משותפים. דרישות היושר, שיקולי ההגינות ותחושת הצדק של החברה בישראל מובילים למסקנה כי תחול חובה לתשלום מזונות." בית-המשפט המשיך וקבע כי תשלום המזונות ה"אזרחיים" יבטיחו את רמת חייו של בן-הזוג ה"חלש" ויאפשרו את שיקומו לאחר הגירושים.

כן, שפסקי־הדין בפרשת המזונות האזרחיים ובפרשת בני נח הותירו את העוסקים בתחום – שופטים כעורכי־דין – מבולבלים מעט.

התוויית מודל מדויק של דיני המזונות האזרחיים וביאור יחסם לכלים אזרחיים נוספים שפותחו בשנים האחרונות בעולם המערבי ואשר ניצניהם הגיעו אף לישראל – כגון חלוקת ההון האנושי¹³⁸ והפיצוי על הפסדי קריירה¹³⁹ – הם מעבר להיקפה של הרשימה הנוכחית, ואני עוסק בהם בהרחבה ברשימה נפרדת.¹⁴⁰ עם זאת, בשורות הבאות אנסה לסייע במשימת פיתוחה של ההסדרה האזרחית באמצעות הצגת תמציתית של מודלים מרכזיים שפותחו בעולם המערבי להסדרת היחסים הכלכליים בין בני־זוג בעקבות גירושיהם, ואציע יסודות ראשוניים לשימוש מושכל במודלים אלה במשפט הישראלי.

(א) המודל הקנייני: חלוקת ההון האנושי לעת גירושים

מחקרים כלכליים מלמדים כי הון אנושי (תארים, מוניטין מקצועי, דרגות ותוספת לכושר השתכרות באופן כללי) הינו הנכס המרכזי הנצבר במהלך הנישואים.¹⁴¹ יש הסבורים כי הפתרון הראוי למצוקתן של נשים בעקבות גירושים הוא הרחבה של המונח "נכס" באופן שיכלול גם את ההון האנושי שנרכש במהלך הקשר הזוגי ויאפשר לחלקו בין הצדדים בעקבות הגירושים.¹⁴²

לאימוץ המודל הקנייני, המחלק את ההון האנושי של הצדדים בעקבות גירושיהם, כמודל המנחה את היחסים הכלכליים בין בני־זוג בעקבות גירושים אזרחיים יש כמה

138 ראו בע"מ 4623/04 פלוני נ' פלונית (טרם פורסם, 26.8.2007) (להלן: פרשת ההון האנושי); בע"מ 5879/04 פלוני נ' פלונית, פ"ד נט(1) 193 (2004) (להלן: פרשת פלוני נ' פלונית); הנוך דגן קניין על פרשת דרכים פרק 7 (2005); ליפשיץ, לעיל ה"ש 40.

139 ראו ע"מ (חי') 740/08 פלוני נ' פלונית (טרם פורסם, 6.11.2008) (להלן: פרשת הפסדי הקריירה), שבו הציע בית־המשפט המחוזי בחיפה, בפסק־דין חדשני, כי אישה שהסתמכה על בעלה במהלך הנישואים ופגעה בטיפוח הקריירה שלה עצמה זכאית לפיצוי על כך לעת גירושים.

140 ראו שחר ליפשיץ "יחסי משפחה וממון: אתגרים ומשימות בעקבות תיקון 4 לחוק יחסי ממון" חוקים א 227 (תש"ע).

141 גרנטון כלכלי של מושג ההון האנושי ראו: GARY S. BECKER, HUMAN CAPITAL: A THEORETICAL AND EMPIRICAL ANALYSIS, WITH SPECIAL REFERENCE TO EDUCATION (1964).

142 למחקר חלוצי בהקשר זה ראו: Joan M. Krauskopf, *Recompense for Financing Spouse's Education: Legal Protection for the Marital Investor in Human Capital*, 28 U. KAN. L. REV. 379 (1980). במחקר זה עשה Krauskopf שימוש בתובנות לגבי משמעות הכלכלית של ההון אנושי כדי לטעון כי יש להחשיב את ההון האנושי שהושג במשך הנישואים כאשר דנים בענייני גירושים. ראו גם WEITZMAN, לעיל ה"ש 131, בעמ' 387-388; Erik V. Wicks, *Professional Degree Divorces: Of Equity Positions, Equitable Distributions, and Clean Breaks*, 45 WAYNE L. REV. 1975 (2000). כן ראו Frantz & Dagan, לעיל ה"ש 118, בעמ' 133-137.

יתרונות משמעותיים בעבור המשפט הישראלי:¹⁴³ ראשית, כלל החלוקה השוויונית של הרכוש הזוגי שנצבר במהלך הנישואים הינו אבן-יסוד של דיני המשפחה בישראל. ההצדקות המרכזיות שניתנו לשיתוף הנכסים בין בני-זוג הן במשפט המערבי והן במשפט הישראלי – כגון התרומה המשותפת¹⁴⁴ או לחלופין המאמץ המשותף¹⁴⁵ להפקת הנכסים, צדק מגדרי¹⁴⁶ ותפיסת המשפחה כקהילה שיתופית¹⁴⁷ – רלוונטיות אף ביתר שאת בהקשר של חלוקת ההון האנושי.¹⁴⁸ שנית, בניגוד למובן הסוציאלי ה"מתבקש" הנלווה למזונות המבוססים על צורך, חלוקת רכוש קניינית מבהירה כי מדובר בזכות של בן-הזוג הביתי, ולא בנדבה או בצדקה.¹⁴⁹ יתרה מזו, בניגוד לדיני המזונות, אשר מתמשכים ומשתנים מעצם טבעם, חלוקת רכוש שואפת להגשים את האידיאל המודרני האוטונומי של פרידה חלקה המנתקת את היחסים בין הצדדים.¹⁵⁰ לבסוף, בפסק-דין שניתן לאחרונה, הידוע כפרשת ההון האנושי,¹⁵¹ קבע

- 143 לתמיכה נלהבת במודל הקנייני כמודל הבלבדי להסדרת היחסים בין בני-הזוג לאחר גירושהם ראו דגן, לעיל ה"ש 138. לעמדה מורכבת, אשר מכירה בחשיבותה של החלוקה הקניינית אך נכונה לשלב אותה בסל כלים רחב יותר, הכולל גם גישה אקוויטבילית, פיצוי על הפסדי קריירה ומזונות לאחר גירושים, ראו ליפשיץ, לעיל ה"ש 140.
- 144 לתרומה המשותפת כהצדקה לכלל שיתוף הנכסים ראו: Martha A. Fineman, *Our Sacred Institution: The Ideal of the Family in American Law and Society*, UTAH L. REV. 387, 397 (1993) ("it is the contribution they have made to the family that justifies their partnership share at dissolution") ראו גם: Katharine Silbaugh, *Commodification and Women's Household Labor*, 9 YALE J. L. & FEMINISM 81, 109–110 (1997).
- 145 ראו את ניתוח הרציונל הנורמטיבי של חזקת השיתוף בישראל אצל ליפשיץ, לעיל ה"ש 40, בעמ' 653–657, אשר קרוב במידה מסוימת לרציונל של התרומה המשותפת אך מדגיש פחות את התרומה הקונקרטי ויותר את המאמץ המשותף.
- 146 לניתוח של היבט השוויון המהותי בחזקת השיתוף ראו שם, בעמ' 650–652. לרציונל השוויון המהותי, המתנגד לתוצאה שיטתית לא-שוויונית, יש חשיבות רבה בהקשר של שאלת ההון האנושי לנוכח מחקרים המלמדים על הבדלים דרמטיים בין התוספת לכושר האנושי של גברים לבין התוספת לכושר ההשתכרות של נשים במהלך הנישואים.
- 147 ראו Frantz & Dagan, לעיל ה"ש 118, המתארים את האידיאל של משפחה כקהילה שוויונית כאידיאל המנחה של כלל השיתוף הזוגי. ראו גם את הרציונל הקישורי המוצג אצל ליפשיץ, לעיל ה"ש 40, בעמ' 702–720, כרציונל המנחה כמה התפתחויות אחרונות במשפט הישראלי.
- 148 ראו ליפשיץ, לעיל ה"ש 40, בעמ' 732.
- 149 ראו גם ברוח זו לאחרונה: Gaytri Kachroo, *Mapping Alimony: From Status To Contract and Beyond*, 5 PIERCE L. REV. 163 (2007). מסיבות דומות העדיף ה-American Law Institution את מודל הפיצוי על הפסדי קריירה על מודל המזונות המבוססים על צורך. ראו: AMERICAN LAW INSTITUTE, PRINCIPLES OF THE LAW OF FAMILY DISSOLUTION: ANALYSIS AND RECOMMENDATIONS ch. 5 (2002).
- 150 McCoy, לעיל ה"ש 131, בעמ' 506, הסבורה כי חלוקת נכסים משפחתיים שווה בשווה נוסף על הענקת מזונות זמניים יאפשרו "פרידה חלקה" בין בני-הזוג.
- 151 לעיל ה"ש 138.

בית-המשפט כי יש לחלק את ההון האנושי בעת הגירושים. על-כן, בעוד דיני המזונות והפיצוי על הפסדי קריירה מצריכים פיתוח כלי משפטי חדש וייחודי לנישאים בנישואים אזרחיים, דיני ההון האנושי ממשיכים מהלך קיים, ויאפשרו אחידות בין דינם של הנישאים בנישואים דתיים לבין דינם של מי שנישאו בנישואים אזרחיים.

ברם, מחשבה נוספת מוליכה למסקנה מורכבת יותר, החושפת את הקשיים בהתבססות בלעדית על המודל הקנייני של חלוקת ההון האנושי:¹⁵² ראשית, התפיסה הגורסת כי שני בני-הזוג צריכים להתחלק בכושר ההשתכרות שנוצר במשך הנישואים עומדת בסתירה לתפיסה אינדיווידואליסטית הרואה בהישגיו של אדם תוצר של מאמציו וכשרונותיו.¹⁵³ על-פי תפיסה זו, כושר ההשתכרות שנוצר במשך הנישואים ויכולת ההשתכרות העתידית הנגזרת ממנו משקפים למעשה את הכישורים הבסיסיים ואת האיכויות האנושיות של בן-הזוג הלא-ביתי (להלן: בן-הזוג החיצוני).¹⁵⁴ בנקודה זו ברצוני להבהיר כי ככל שטיעון המאמצים והכשרונות מכוון לשלילה גורפת של חלוקת כושר ההשתכרות, אני מתנגד לו. לטעמי, לצד המימד האישי של כושר ההשתכרות, במקרים רבים ההתקדמות המקצועית של אדם מבוססת על סיוע וויתורים של בן-זוגו. על-כן התעלמות מוחלטת מן המימד הזוגי המשפחתי שבטיפוח הקריירה המקצועית לא תהיה הגונה, והיא גם מנוגדת למימד הקהילתי שבנישואים. עם זאת, טיעון הכישורים והמאמצים האישיים מסייג בכל-זאת את היקף ההכרה בנכסי העתיד, בכך שהוא מבהיר כי אין לראות בכל עלייה במשכורת במשך הנישואים ביטוי למאמץ המשותף של הצדדים. על-כן טיעון זה מצביע על כך שיש צורך להבחין בין הרכיבים שנוספו לכושר ההשתכרות עקב המאמץ המשותף לבין רכיבים המגלמים כישרון אישי קודם. נוסף על כך, הטיעון מלמד כי יש צורך להתחשב בכך שרכיב משמעותי במשכורתו של אדם מהווה תגמול על מאמץ מתמשך. לפיכך, אם מדובר במשכורת המתקבלת לאחר הגירושים, יש להתחשב בכך שחלק מהמשכורת אינו מבטא את המאמץ המשותף של בני-הזוג לפני הגירושים, אלא את המאמץ שעשה בן-הזוג החיצוני

152 להתנגדותן של רוב מדינות העולם להכרה הקניינית בהון האנושי כנכס בר-חלוקה ראו ליפשיץ, לעיל ה"ש 140. ראו בעניין זה גם: Twila B. Larkin, *Guidelines for Alimony: The New Mexico Experiment*, 38 FAM. L.Q. 29, 59 (2004), וכן Kachroo, לעיל ה"ש 149.

153 השוו: Allen M. Parkman, *The Recognition of Human Capital as Property in Divorce Settlements*, 40 ARK. L. REV. 439 (1987).

154 לטענה כי שיטות משפט מסרבות להפעיל את כללי השיתוף הרגילים על כושר ההשתכרות, בגלל תפיסה אינדיווידואליסטית אשר מייחסת לאדם את תוצר מעשיו ורואה בעצם המושג "הון אנושי" סוג של שעבוד, ראו: Jana B. Singer, *Husbands, Wives, and Human Capital: Why the Shoe Won't Fit*, 31 FAM. L.Q. 119 (1997). טענה זו משתלבת עם הטענה המפורסמת והכללית יותר של רדין נגד מסחור גורף (commodification) של היחסים החברתיים ושל ההיבטים האישיים בחיי אדם. ראו: Margaret Jane Radin, *Market-Inalienability*, 100 HARV. L. REV. 1849 (1987) (1996).

לאחר הגירושים, לאחר שהיחידה הכלכלית המשותפת של בני-הזוג התפרקה, ועל-כן גם רכיב זה של המשכורת אינו בר-חלוקה.¹⁵⁵ ההכרה ברכיבים השונים של כושר ההשתכרות מוסיפה נדבך חשוב לטיעון ה"חשוב" הפשטני יותר המופיע מפעם לפעם בספרות המשפטית, המתנגד לחלוקת נכסי העתיד בשל אופיים הספקולטיבי.¹⁵⁶ הכרה זו מבהירה כי מעבר להיבט הספקולטיבי של נכסי העתיד – הניתן לפתרון במתודות שפותחו בענפי משפט אחרים, כגון דיני הביטוח ודיני הנוזיקין¹⁵⁷ – קיימת בעיית "חשוב" נוספת, מהותית יותר, הנובעת מהקושי להפריד בין הרכיב ככושר ההשתכרות המיוחס לכשרונו של האדם ולמאמציו המתמשכים אחרי הגירושים (מאמץ שבן-הזוג הביתי אינו תורם לו) לבין הרכיב שניתן לייחסו למאמץ המשותף שהתקיים במשך הנישואים. קשה למצוא מקבילות לקושי זה בענפי משפט אחרים, והוא מצריך פיתוח טכניקות ייחודיות במסגרת דיני המשפחה.¹⁵⁸ שנית, גם אם ניתן למצוא דרכים יצירתיות להפריד בין המימד האישי לבין המימד

- 155 ראו: Fruchter v. Fruchter, 861 N.Y.S.2d (App. Div. 2006), שם מדובר בבעל שהשלים את חובות התואר השני ותעודת היועץ לאחר הנישואים, ולפיכך כל תוספת להכנסתו בעקבות השלמתן אינה יכולה להיחשב קניין נישואים. כנגד טיעון זה ניתן לטעון כי לפחות במקרים שבהם יש ילדים קטינים ובן-הזוג הביתי הוא שמחזיק בהם גם לאחר הגירושים, בן-הזוג הביתי ממשיך למלא חלק מהתפקידים הביתיים, ועל-כן היבטים שונים של המאמץ המשותף שעליו מבוסס הרציונל הנורמטיבי נמשכים גם לאחר הגירושים. לטיעון מעניין זה ראו: Jane Rutherford, *Duty in Divorce: Shared Income as a Path to Equality*, 58 FORDHAM L. REV. 539 (1990).
- 156 קיימים פסקי-דין רבים שבהם הופיע טיעון זה בניסוח זה או אחר. ראו, למשל: Wehrkamp v. Wehrkamp, 357 N.W.2d 264 (S.D. Sup. Ct. 1984); Drapek v. Drapek, 503 N.E.2d 946 (Mass. Sup. Jud. Ct. 1987).
- 157 ראו, למשל, את הציטוט הבא ממאמרם של Frantz & Dagan, לעיל ה"ש 118, בעמ' 112: "We do not deny that such valuations will be difficult. But it will likely be no more burdensome (and the calculations will be no more uncertain) than similar valuations Joyce Davis, *Enhanced*: that are currently done, particularly in tort actions" *Earning Capacity/Human Capital: The Reluctance to Call It Property*, 17 WOMEN'S RTS. L. REP. 109, 118 (1996) ("On a daily basis, in courts all over the country, judges and juries calculate the value of various losses and interests").
- 158 עקרונית ניתן לטעון כי גם דיני הנוזיקין אינם מתייחסים אך ורק למשכורת בפועל של האדם שנפגע, ומביאים בחשבון גם פוטנציאל השתכרות. לכן ניתן לטעון כי התוספת לכושר ההשתכרות תחושב באמצעות הפחתה של כושר ההשתכרות המוערך של האדם בעת הנישואים, על-פי אמות-המידה של דיני הנוזיקין, מכושר ההשתכרות שלו בעת הגירושים. עם זאת, אני חושש שבמקרים של כישרון ייחודי שהבשיל במהלך הנישואים, מתודת הנוזיקין הרגילה תתקשה לתת לכישרון זה את המשקל הראוי בשלב שבו כישרון זה טרם הוכר. לדיון מקיף בטכניקות שונות לחישוב התוספת להון האנושי בהתאם למתודה הקניינית ראו ליפשיץ, לעיל ה"ש 140, פרק ג.

המשפחה ולהעריך את התוספת לכושר ההשתכרות, מימוש החלוקה של תוספת זו מתנגש אף הוא עם ערך האוטונומיה. אסביר טענה זו.

כושר ההשתכרות אינו נכס קנייני סחיר. לפיכך אי-אפשר לממש את כושר ההשתכרות של בני-הזוג מייד עם גירושיהם. מכיוון שכך, החלוקה הממשית של כושר ההשתכרות עשויה להיות בשתי דרכים מרכזיות. על-פי הדרך האחת, הממשת באופן המדויק ביותר את התפיסה הקניינית של ההון האנושי, יש לראות את חלקו של בן-הזוג הבייתי בתוספת שנוצרה במשך הנישואים לכושר ההשתכרות הפוטנציאלי של בן-הזוג החיצוני כחוב שערכו נקבע כבר בעת הגירושים. על-כן יש לקזז חוב זה מחלקו של בן-הזוג החיצוני ברכוש המשפחתי או לחלופין לקבוע כי חוב זה ישולם בשנים שלאחר הגירושים. ברם, דרך זו משמעה שבן-הזוג החיצוני יאלץ לשלם סכום חודשי קבוע – או לחלופין סכום חד-פעמי בעת הגירושים – המגלם את חלקו של בן-הזוג בהכנסתו העתידית המשוערת, גם אם בפועל, מסיבות שונות, הכנסתו הממשית תהיה נמוכה בהרבה.¹⁵⁹ על-כן המשמעות הממשית של גישה זו היא שניטלת מבן-הזוג החיצוני האפשרות להחליט כי הוא מעוניין להפחית את קצב עבודתו עד סוף ימיו.¹⁶⁰ נראה כי מהלך כזה אינו מתקבל על הדעת. במיוחד, דרך זו עלולה לגרום אי-צדק משווע לבן-הזוג החיצוני במקרים שבהם הסיבות לכך שהכנסתו הממשית נמוכה מהכנסתו המשוערת אינן תלויות בו.¹⁶¹ על רקע זה נראה כי הדרך המתאימה יותר לחלוקת כושר ההשתכרות היא חלוקת המשכורת שבן-הזוג החיצוני

159 ראו, למשל, את פרשת *O'Brien* המפורסמת – *O'Brien v. O'Brien*, 489 N.E.2d 712 (N.Y. Super. 1985) (להלן: פרשת *O'Brien*) – שבה הוכר רשיון רפואה כנכס בר-חלוקה. בית-המשפט הניח כי הבעל יסיים התמחות כמנתח, והעריך את הכנסותיו בהתאם לתחזית זו, אולם תחזית זו לא התממשה. לניתוח ביקורתי של פרשת *O'Brien*, תוך התייחסות היסטורית לתחזיותיו של בית-המשפט לעומת המציאות הממשית, ראו לאחרונה: Ira Mark Ellman, *O'Brien v. O'Brien: A Failed Reform, Unlikely Reformers*, 949 PACE L. REV. (2007).

160 ראו את פסק-הדין בעניין *Stubblebine v. Stubblebine*, 22 Va. 703, 473 S.E.2d 72 (App. 1996), שם דובר על זוג שהיו בהליכי פירוד לאחר שהבעל פרש מעבודתו והחל בעבודה התנדבותית. הוחלט בין השניים כי הפנסיה תחולק שווה בשווה. בית-המשפט קבע כי נוסף על חלוקת הפנסיות על הבעל לשלם לאשתו מזונות. הבעל העיד כי מאחר שפרש לגמלאות, אין הוא מעוניין להרוויח כסף. בית-המשפט קבע כי הוא מרושש מרצון, מכיוון שעבודתו ההתנדבותית מוכיחה שיש לו את היכולת הפיזית והנפשית לעבוד ולהרוויח כסף, ועל-כן עליו לשלם מזונות.

161 טיעון זה עשוי להשתלב גם עם הטענות המתנגדות לחלוקת נכסי העתיד בשל ההיבט הספקולטיבי הכרוך בכך. אומנם, כפי שהסברתי, בתחומי משפט אחרים, כגון דיני הנוזיקין ודיני הביטוח, המשפט אינו נרתע מהערכה ספקולטיבית של יכולת ההכנסה העתידית של אדם. עם זאת, בענפי משפט אלה המשלם הוא חברת ביטוח, המסוגלת לבור את סיכונה, ועל-כן טעויות שונות בהערכות סטטיסטיות מקוזות זו את זו. לעומת זאת, בדיני המשפחה אנו עוסקים באדם פרטי, ועל-כן הנזק שעלול להיגרם לבן-הזוג ספציפי שהמשפט העריך באופן שגוי את סיכויי ההשתכרות העתידיים שלו הוא אנוש. ההבחנה בין התחומים תומכת בכך שבתחום דיני המשפחה תיעשה חלוקת כושר ההשתכרות בהתאם להכנסות בפועל, ולא בהתאם להערכה ספקולטיבית של גובה ההכנסות העתידיות.

מקבל בפועל גם לאחר גירושי בני-הזוג.¹⁶² ברם, במקרים רבים יתעורר קושי משמעותי להפריד בין הרכיבים במשכורת המשקפים את כושר ההשתכרות שנצבר במהלך הנישואים לבין הרכיבים המשקפים שינוי מקצועי או הצלחה הנובעים מהתפתחות מאוחרת לגירושים. באופן עמוק יותר, המשך חלוקת כושר ההשתכרות באמצעות חלוקת המשכורת העתידית מקשה מאוד את האפשרות להיפרד במובן המלא.¹⁶³ משום כך, בדומה לחובת המזונות לאחר הגירושים, גם חלוקת הון אנושי על-דרך חלוקת המשכורת העתידית מנוגדת למחויבות העמוקה של הגישה הליברלית-האינדיווידואליסטית לחופש של יחידים להתנתק מקשרים וממסגרות.¹⁶⁴

לבסוף, חלוקת התוספת להון האנושי אינה מסייעת למי שנשא בהפסדי קריירה על-מנת לסייע לרווחה הכללית של המשפחה (למשל, באמצעות טיפול בילדים) מבלי שכושר ההשתכרות של בן-זוגו עלה.¹⁶⁵ חֶשְׁבוֹ, לְמַשֵּׁל, עַל מְקָרִים שְׁבָהֵם לְאֶחָד מִבְּנֵי-הַזּוּג הֵייתָה יְכוּלָת כְּלִכְלִית גְּבוּהָה עוֹד לִפְנֵי שְׁנִישָׂא, וּבֶן-זּוּגוֹ הִסְתַּמַּךְ עַל יְכוּלָת זֹו וּמִשׁוּם כֵּךְ, בְּהַסְכְּמָה מְשׁוּתֶפֶת, לֹא פִיתַח יְכוּלָת כְּלִכְלִית עֲצֵמָאית. הַהִסְתַּפְקוֹת בְּמוֹדֵל שֶׁל חֲלוּקַת הַתּוֹסֶפֶת לְהוֹן הָאָנוּשִׁי תִפְגַּע אָנוּשׁוֹת בְּבְנֵי-זּוּג אֱלֹהִים, שֶׁיִּצְאֹו מִן הַנִּישׁוּאִים לְלֹא יְכוּלָת כְּלִכְלִית וּבְלִי זְכוּת לְפִיצוּי כִּסְפִי. לְנִקּוּדָה הָאַחֲרוֹנָה יֵשׁ חֲשִׁיבוֹת עֲצוּמָה דוּקָא בְּעִבּוֹר בְּנֵי-זּוּג שְׁנִישָׂאוּ בְּנִישׁוּאִים אֲזָרְחִיִּים. בְּנֵי-זּוּג אֱלֹהִים, בְּנִיגוּד לְמִי שְׁנִישָׂאוּ בְּנִישׁוּאִים דְּתִיִּים, כְּפּוֹפִים לְמִשְׁטֵר שֶׁל גִּירוּשִׁים לְלֹא אֲשֵׁמָה. עַל-כֵּן הֵם חֲשׁוּפִים לְנִטְיָשָׁה חֲדָצֵדֵדִית שֶׁתִּנְתַּק אֶת הָאַחֲרִיּוֹת הַכְּלִכְלִית בֵּינָם לְבֵין בְּנֵי-זּוּגָם. לְגַבִּי זּוּגוֹת אֱלֹהִים, הַשִּׁילוּב שֶׁל דִּינֵי גִירוּשִׁים לְלֹא אֲשֵׁמָה עִם דִּינֵי חֲלוּקַת רְכוּשׁ עֲלוּל לְהִיֹּת שִׁילוּב קֵטְלָנִי.

לסיכום, חלוקת הון אנושי היא סוגיה משפטית מורכבת ומיוחדת. מנקודת-המבט הפילוסופית, ניתוח של סוגיית ההון האנושי חושף התנגשות לא-פשוטה בין אידיאל האוטונומיה האישית לבין הערכים הרגילים, התומכים בחלוקת הרכוש הזוגי. התנגשות זו

162 למימוש טכניקה זו ראו Larkin, לעיל ה"ש 152, בעמ' 65.

163 לטיעונים דומים נגד הכרה בכושר ההשתכרות כנכס ראו: Robert J. Levy, *A Reminiscence about the Uniform Marriage and Divorce Act – and Some Reflections about Its Critics and Its Policies*, *BYU L. REV.* 43, 60 (1991). אומנם, גם בהקשרים כלכליים מסחריים קיימים מצבים שבהם מחויבות כלכלית בין גופים או בני-אדם נמשכת לאחר פרידתם. עם זאת, במקרה של נישואים שבתקופתם נרכש עיקר כושר ההשתכרות של אדם, יישום מלא של ההתייחסות לכושר ההשתכרות כאל נכס עלול להוליך לכך שבני-הזוג – למרות הגירושים – ימשיכו בשותפות כלכלית למשך זמן בלתי-מוגבל. למצב זה קשה למצוא מקבילה מסחרית, והוא מנוגד למחויבות הליברלית העמוקה לאפשר ליחידים חופש יציאה מקשרים וממסגרות.

164 להצעת אפשרויות שונות למימוש התוספת לכושר ההשתכרות ראו ליפשיץ, לעיל ה"ש 140.

165 עם זאת, דגן, לעיל ה"ש 138, סבור כי על-פי מודל איזון המשאבים, ניתן באופן תיאורטי להחשיב הפסדי קריירה כחוב בר-איזון, ומשום כך, באופן עקיף, גם הסדר איזון המשאבים הקנייני עשוי לפצות על הפסדים אלה. עם זאת, ללא מנגנונים הממוקדים בהפסדי קריירה יהיה קשה מאוד להוכיח הפסדים כאלה במערכת קניינית שגרתית, ובכל מקרה המודל הקנייני אינו מתייחס לירידה ברמת החיים עקב הגירושים כהפסד המזוכה בפיצוי.

אינה מתעוררת - או מתעוררת באופן מתון בהרבה - בהקשר של דיני הרכוש הרגילים. מנקודת-המבט ההשוואתית, כמעט כל שיטות המשפט המערביות מסרבות לחלק את ההון האנושי לעת גירושים.¹⁶⁶ בישראל, עד לאחרונה, סירבו בתי-המשפט לחלק את ההון האנושי. בית-המשפט העליון שינה לאחרונה מדיניות זו בפסק-דין יחיד, אולם חרף הכרתו העקרונית בהון האנושי כנכס בר-חלוקה, לא פיתח בית-המשפט באותו מקרה כללים ספציפיים העוסקים בחישוב ההון האנושי ובדרך מימוש.¹⁶⁷ משום כך, כמו המזונות והפיצוי על הפסדי קריירה, גם חלוקת ההון האנושי היא כלי משפטי חדש שידרוש פיתוח והסתגלות מצד המשפט הישראלי. על רקע דברים אלה אני סבור כי גם במקרים של בני-זוג שנישאו בנישואים דתיים, יהיה על המשפט הישראלי ללמוד להשתמש באופן מושכל בכלי הקנייני של חלוקת ההון האנושי, לצד כלים נוספים, כגון המזונות לאחר הפרידה והפיצוי על הפסדי קריירה. לעיתים יהיה צורך לבחור באחד מן הכלים הללו, ולעיתים יהיה צורך להפעילם במשולב. כאשר מדובר בבני-זוג שנישאו בנישואים אזרחיים, החושפים בני-זוג שהסתמכו כלכלית על בני-זוגם לנטישה חד-צדדית, על אחת כמה וכמה שהמשפט הישראלי בעידן האזרחי אינו יכול להסתפק בחלוקת ההון האנושי, אלא חייב לפתח כלים משלימים. לכלים הללו אנו עוברים כעת.

(ב) חובת מזונות לאחר גירושים ופיצוי על הפסדי קריירה

- המודל המסורתי - שלא כבמשפט הישראלי, אשר אין נהוגים בו מזונות לאחר גירושים (לפחות ככל שמדובר בבני-זוג יהודים), מוסד המזונות לאחר גירושים מקובל

166 כך, למשל, בארצות-הברית, פרט למדינת ניו-יורק (ראו פרשת *O'Brien*, לעיל ה"ש 159, שבה הוכר רשיון רפואה כנכס בר-חלוקה), כל המדינות אינן מחלקות הון אנושי לעת גירושים. ראו *Frantz & Dagan*, לעיל ה"ש 118, בעמ' 163. מדיניות זו אומצה גם בריסטייטמנט האחרון. ראו *AMERICAN LAW INSTITUTE*, לעיל ה"ש 149, ס' 4.07. למעשה, אפילו בניו-יורק קיימת נסיגה מסיימת מן ההכרה בהון אנושי כנכס בר-חלוקה. ראו, למשל: *Grunfeld v. Grunfeld*, 94 N.Y.2d 696 (N.Y. Ct. App. 2000); *Bystricky v. Bystricky*, 677 N.Y.S.2d 443 (N.Y. Sup. Ct. 1998). לסקירת המצב בארצות נוספות בעולם, כמו-גם לסקירת הפסיקה המסורתית בישראל עובר לפסק-הדין בעניין פלוני נ' פלוני, אשר הכיר לכאורה בהון אנושי כנכס בר-חלוקה, ראו ליפשיץ, לעיל ה"ש 40, בעמ' 734.

167 אכן, בפרשת ההון האנושי, לעיל ה"ש 138, הבהיר בית-המשפט כי אין הוא מציע מודל כולל לחלוקת ההון האנושי, וכי מודל כזה יפותח על בסיס המקרים שיובאו לפני בית-המשפט בעתיד. בפועל, בית-המשפט דלמטה עבר מן המודל הקנייני למודל של מזונות עיתיים הניתנים לשינוי. בית-המשפט העליון, לעומתו, דבק במתודה הקניינית הנוקשה, ופסק באותו מקרה סכום חד-פעמי מבלי להבהיר מהי דרך החישוב שהולכה אותו לפסוק את הסכום שנקב. עם זאת, מנסיבות המקרה עולה חשד ברור שהסכום שנקב אינו מייצג בפועל מחצית מן התוספת לכושר ההשתכרות של האיש, שכן דובר בבני-זוג שהיו נשואים כמעט שלוש שנה, מחזור הרווחים של הבעל בזמן הגירושים היה כ-700,000 ש"ח, כושר ההשתכרות של הבעל נצבר כמעט כולו במהלך הנישואים, ובכל-זאת הסכום שנפסק היה כ-250,000 ש"ח. עניין זה מרמז כי בסופו של דבר המודל הקנייני עלול לפגוע בנשים.

- מאוד בארצות המערב. למעשה, במשך שנים נבנתה חובת המזונות (alimony) בעולם המערבי על בסיסו של המודל הפרוטסטנטי. למודל זה יש מאפיינים אחדים: ראשית, מדובר במודל מגדרי – רק גברים חייבים במזונות; שנית, מדובר בחובה לתקופה בלתי-מוגבלת – עד מות האישה או עד נישואיה; שלישית, חובת המזונות הותנתה בשאלות של אשמה – רק גברים שהוגדרו אשמים בפירוק הקשר הזוגי חויבו במזונות.¹⁶⁸
- מזונות משקמים – במחצית השנייה של המאה העשרים אירעו שינויים דרמטיים בדיני המשפחה במערב, ובמיוחד בדיני הגירושים. כחלק מן השינויים הללו, עיצבו מדינות רבות במערב את חובת המזונות לפי אידיאולוגיה חדשה, שכונתה "פרידה נקייה" (clean break). לפי אידיאולוגיה זו, יש לשאוף לגירושים שסיימו באופן מוחלט את מערכת היחסים הכלכליים בין בני-הזוג המתגרשים.¹⁶⁹ על-כן ירדה בתקופה זו קרנה של דרישת המזונות ברוב מדינות המערב. המודל המסורתי של מזונות ממושכים בוטל בארצות רבות כמעט לחלוטין. במקום המודל המסורתי, הותווה מודל חדש של מזונות משקמים. על-פי המודל החדש, המזונות ניתנים במשך תקופה קצרה, ומטרתם לתת לבן-הזוג שנתמך כלכלית במהלך הקשר תקופת התאוששות קצרה, שתאפשר לו להתכונן לחיים עצמאיים ובלתי-תלויים.¹⁷⁰
 - התחייה מחדש של דיני המזונות – אף שהמודל המסורתי נזנח ברוב מדינות המערב, לא כל המדינות אימצו במקומו את מודל המזונות המשקמים. יתרה מזו, במדינות רבות מסתמנת גם תגובת-נגד על עקרון הפרידה הנקייה וחזרה למודלים שונים של מזונות

168 ראו: Ira I.M. Ellman, *The Theory of Alimony*, 77 CAL. L. REV. 1, 5–6 (1989). גם: June Carbone, *The Futility of Coherence: The ALI's Principles of the Law of Family Dissolution, Compensatory Spousal Payments*, 4 J. L. & FAM. STUD. 43, 46–47 (2002).

169 להצבת עקרון הפרידה הנקייה כעקרון-על שמערכת גירושים ללא אשמה חייבת לשאוף אליו ראו: Herma H. Kay, *An Appraisal of California's No-Fault Divorce Law*, 75 CAL. L. REV. 291, 313 (1987). עיקרון זה מוצב גם בפסיקותיהם של בתי-המשפט בארצות מערביות שונות. ראו, לדוגמה: Turner v. Turner, 158 A.2d 1280, 1282 (N.J. Super. Ct., 1978). ("The law should provide both parties with the opportunity to make a new life...") ראו גם את דבריה של השופטת הקנדית וילסון (Wilson) בפסק-הדין הנודע: Pelech v. Pelech, 1 S.C.R. 801 (1987): "To Burden the respondent with her care... for no other reason than that they were once husband and wife seems to me to create a fiction of marital responsibility at the expense of individual responsibility. I believe that the courts must recognize the right of the individual to end a relationship as well as begin one and should not, when all other aspect of the relationship have long since ceased, treat the financial responsibility as continuing indefinitely into the future." עוד ראו את דבריו של הלורד סקרמן (Scarman) בפסק-הדין (H.L. Minton v. Minton, (1979) A.C. 593, 608). המציב את עקרון הפרידה הנקייה ואת השאיפה לשים את העבר מאחור ולהתחיל בחיים מחדש כעקרון-על של דיני המזונות המודרניים.

170 ראו McCoy, לעיל ה"ש 131, בעמ' 511.

ארוכי-טווח.¹⁷¹ עם זאת, במדינות רבות דיני המזונות מתנהלים ללא אידיאולוגיה מנחה, דבר שיוצר בלבול רב וחוסר אחידות.¹⁷² המשותף לכל דורשי הרפורמות הוא ההכרה בכך שלמרות השאיפה השוויונית של דיני הגירושים המודרניים, שילוב המודל המשקם של המזונות עם גירושים ללא אשמה וחלוקת רכוש אשר ממוקדת בנכסים הממשיים ואינה כוללת את התוספת להון האנושי הולך במקרים רבים לפגיעה קשה בנשים.¹⁷³ אולם ניתן לאתר מגוון של עמדות אידיאולוגיות ומודלים משפטיים בדבר הפתרון הראוי לפגיעה זו. כמה שיטות משפט זנחו את ההטיה המגדרית של דיני המשפחה המסורתיים, אך המשיכו לבסס את דיני המזונות על המנגנון המסורתי של אשמה.¹⁷⁴ גרסה מודרנית שנייה של מזונות ארוכי-טווח זנחה את רכיב האשמה והתמקדה בצרכיו של בן-הזוג החלש מבחינה כלכלית (להלן: מזונות על בסיס צורך). על-פי גרסה זו, בן-זוג שהסתמך כלכלית על בן-זוגו במהלך הנישואים יהיה זכאי למזונות ארוכי-טווח על בסיס צרכיו העתידיים, ללא קשר לזהותו של האשם בפירוק הקשר הזוגי. משך הזמן שבו תימשך חובת המזונות תלוי במשך הנישואים ובטיבה של התלות הכלכלית שנוצרה בין בני-הזוג.¹⁷⁵ מדובר עדיין במזונות ארוכי-טווח, ובמקרים מסוימים אפילו במזונות לטווח זמן בלתי-מוגבל,¹⁷⁶ כך שגם גישה זו סוטה באופן דרמטי מן השאיפה

- 171 ראו: Mary K. Kisthardt, *Rethinking Alimony: The AAML's Considerations for Calculating Alimony, Spousal Support or Maintenance*, 21 J. AM. ACAD. MATRIM. L. 61, 68 (2008).
- 172 להדגמה של חוסר אחידות, בלבול והעדר תיאוריה ברורה בפסיקה בארצות-הברית בעניין חובת המזונות ראו, לדוגמה, Ellman, לעיל ה"ש 168, בעמ' 4, וכן: Margaret F. Brinig & June R. Carbone, *The Reliance Interest in Marriage and Divorce*, 62 TUL. L. REV. 855, 882-894 (1988). עוד ראו McCoy, לעיל ה"ש 131, בעמ' 514-516, Ann L. Estin, *Maintenance Alimony and the Rehabilitation of Family Care*, 71 N.C. L. REV. 721, 741 (1993). כן ראו: Marshal Willick, *In Search of a Coherent Theoretical Model for Alimony*, NEV. L. REV. 40 (2007), הקובעת כי בתי-המשפט פשוט מחליטים מה "הוגן" ואז פונים לבנות רציונליזם שיתמוך במסקנה שאליה הגיעו.
- 173 ראו WEITZMAN, לעיל ה"ש 131, המתארת פער משמעותי בין גברים ונשים בתוצאות הכלכליות של הגירושים. ראו גם: Jana B. Singer, *Divorce Reform and Gender Justice*, 67 N.C. L. REV. 1103 (1989) ו-James B. McLendon, *Separate but Unequal: The Economic Disaster of Divorce for Women and Children*, 21 FAM. L.Q. 351 (1987). הדורשות רפורמות בהסדרת התוצאות הכלכליות של הגירושים מטעמים של צדק מגדרי.
- 174 לסקירה של שיטות משפטיות הממשיכות להתייחס לאשמה כאל פרמטר מרכזי בקביעת הזכות למזונות לאחר גירושים ראו AMERICAN LAW INSTITUTE, לעיל ה"ש 149, ס' 42-64.
- 175 למודלים שונים התחממים את טווח הזמן של המזונות על בסיס צורך ראו Estin, לעיל ה"ש 172, ולאחרונה Kisthardt, לעיל ה"ש 171. אני מקווה לעסוק במודלים הללו בתקופה הקרובה במאמר מקיף שיוקדש ליחסים הכלכליים בין בני-זוג לאחר גירושיהם.
- 176 ראו על כך אצל Larkin, לעיל ה"ש 152, בעמ' 47-51, המתארת החלטה שהתקבלה לאחרונה בארצות-הברית שלפיה כאשר הנישואים ארכו יותר מעשרים שנה ובן-הזוג המבקש עבר את גיל חמישים, משך זמן המזונות יהיה בלתי-מוגדר.

המודרנית לפרידה נקייה בין בני-הזוג. סוג זה של מזונות מוצדק לעיתים בספרות הכלכלית באמצעות אנלוגיה לעסקת ביטוח.¹⁷⁷ על-פי אנלוגיה זו, השקעת בן-הזוג הביתי בקריירה של בן-זוגו וויתוריו המשפחתיים אינם מקנים לו שותפות ברווחים של בן-הזוג לאחר הגירושים, אך הם מקנים לו רשת-ביטחון לסיפוק צרכיו גם לאחר הגירושים. מודל שלישי, רדיקלי מקודמיו, שהועלה בספרות המחקר אינו מסתפק באחריות כלכלית לצרכים המינימליים של בן-הזוג הביתי לאחר הגירושים, אלא דורש את המשך השותפות הכלכלית בין בני-הזוג גם לאחר הגירושים באמצעות חלוקת הכנסותיהם.¹⁷⁸ מודל זה קשור באופן הדוק למושג ההון האנושי ולדרישה לחלוקתו במסגרת חלוקת הרכוש הזוגי לעת גירושים. עם זאת, הוא מעדיף את המתודה ואת כלי העבודה של דיני המזונות על הכלי הקנייני.

● פיצוי על הפסדי קריירה – לפני כעשרים שנה הציע פרופ' איירה אלמן מודל חדש להסדרת היחסים הכלכליים בין בני-זוג בעקבות גירושים.¹⁷⁹ להבדיל מהמודלים המקובלים של דיני המזונות – אשר ממוקדים בעתיד, קרי, בצורכיהם של בני-הזוג בעקבות הגירושים – ובניגוד לגישות המבקשות להמשיך את השותפות בין בני-הזוג גם לאחר פרידתם, מודל זה ממוקד בעבר, דהיינו, בהפסדי הקריירה שנגרמו לבני-הזוג במהלך הנישואים. על-פי המודל, בן-זוג ביתי שהקריב באופן מלא או חלקי את הקריירה האישית שלו לטובת הקריירה של בן-זוגו או לטובת רווחת המשפחה באופן כללי זכאי לפיצוי כספי המגלם את הפסדיו בשנים שלאחר הגירושים.¹⁸⁰ מודל זה מקבל תמיכה גם ממלומדים נוספים במדינות שונות.¹⁸¹ הוא אומץ בפסק-דין חשוב בקנדה,¹⁸² ולאחרונה הוצע כמודל המנחה של העקרונות החדשים להסדרת דיני המשפחה בארצות-הברית.¹⁸³ עקרונות אלה מציבים כמה נוסחות וחוקות להערכת הפסדי הקריירה של

177 ראו: Elizabeth S. Scott & Robert E. Scott, *Marriage as Relational Contract*, 84 Va. L. Rev. 1225, 1247 (1998).

178 לתיאור מגוון של גישות לחלוקת הכנסות בעקבות גירושים ראו: June Carbone, *Income Sharing: Redefining the Family in Terms of Community*, 31 Hous. L. Rev. 359 (1994).

ראו גם: Cynthia Starnes, *Divorce and the Displaced Homemaker: A Discourse on Playing with Dolls, Partnership Buyouts and Dissociation under No-Fault*, 60 U. Chi. L. Rev. 67, 108 (1993), המציעה מודל לחלוקת הכנסות מפרספקטיבה של שותפות.

לגישה שונה מעט, העומדת על השוואת רמת החיים בשני הבתים בעקבות הגירושים, להבדיל מרמת ההכנסות, ראו: Jane Rutherford, *Duty in Divorce: Shared Income as a Path to Equality*, 58 Fordham L. Rev. 539 (1990).

179 ראו Ellman, לעיל ה"ש 168.

180 ראו ברוח זו את מאמרה של McCoy, לעיל ה"ש 131, בעמ' 508.

181 ראו, למשל: John Eekelaar, *Family Law and Personal Life* 51–52, 108–111 (2006), המעדיף מודל המפצה על הפסדי קריירה על מודל מזונות הממוקד בצורכיהם של בני-הזוג.

182 ראו: Moge v. Moge, 3 S.C.R. 813 (1992). בכמה בתי-משפט בארצות-הברית גישה זו מכונה "גישת המזונות המפצים".

183 ראו American Law Institute, לעיל ה"ש 149, ס' 5.02, הערה a: "The principle

בני-הזוג הביתיים.¹⁸⁴ על בן-הזוג החיצוני שנהנה מהקרתו של בן-הזוג הביתי לפצות את בן-הזוג הביתי על הפסדים אלה בתשלום חד-פעמי או בכמה תשלומים עיתיים קבועים.¹⁸⁵

איזה מבין המודלים שהוזכרו ראוי ליישום במשפט הישראלי? המודל המסורתי של דיני המזונות, גם אם נסיר ממנו את המרכיב המגדרי, אינו מתאים להסדרת הנישואים האזרחיים בישראל. מודל זה מבוסס על תפיסה של הנישואים כהתחייבות לכל החיים ושל התרה חד-צדדית של הנישואים כהפרה המחייבת פיצוי.¹⁸⁶ על-כן מודל זה אינו מתאים לאידיאולוגיות המודרניות יותר של גירושים ללא אשמה,¹⁸⁷ אשר לפי ניתוחו¹⁸⁸ ראוי שינחו את המשפט האזרחי המתפתח בישראל.

המודל המשקם, המגביל את חובת התמיכה לתקופת התאוששות קצרה, מתאים כמובן יותר לתפיסות המודרניות האינדיווידואליסטיות המנחות את דיני הגירושים המודרניים. אכן, פסיקות אחדות של בתי-המשפט התייחסו למודל זה כאל המודל הראוי להנחות את דיני הנישואים האזרחיים בישראל.¹⁸⁹ עם זאת, המודל המשקם נותן מענה אך ורק לצרכיו של

conceptual innovation of this chapter is therefore to recharacterizes the remedy it provides as compensation for loss rather than relief of need"

184 ראו את המודל שמציעים העקרונות החדשים שם, בפרק 5. לנוכח העובדה שמדובר במודל הממוקד בעבר, קיימת חשיבות מרובה למשכם של חיי הנישואים וליכולתו הכלכלית של בן-הזוג הביתי. מאידך גיסא, צרכיו העתידיים של בן-הזוג הביתי אינם רלוונטיים על-פי מודל זה. עם זאת, יש לציין כי למרות הניסיון לעקוב באופן מוחלט אחר הרציונל של הפסדי הקריירה, לעיתים הסעיפים הספציפיים המוצעים בעקרונות החדשים אינם עוקבים עד הסוף אחר רציונל זה, ומשלבם בכל-זאת מרכיבים מדיני המזונות. דיון מקיף בכך חורג מהיקפו של החיבור הנוכחי.

185 אולם השוו McCoy, לעיל ה"ש 131, בעמ' 552, המתנגדת לפיצוי על הפסדי קריירה, שכן לטענתה כל צד מרוויח ומפסיד מן הנישואים בדרכים אחרות, ועל-כן אין לפצות דווקא את בן-הזוג הביתי על הפסדיו הכלכליים.

186 ראו Brinig & Carbone, לעיל ה"ש 172, המתארות את היסודות החוזיים של המודל המסורתי.

187 השוו AMERICAN LAW INSTITUTE, לעיל ה"ש 149, בעמ' 807 (But the Law does not require alimony claimant to show that the other spouse breaches, nor would such requirement be consistent with modern no-fault principles"

188 ראו לעיל תת-פרק ד2.

189 ראו, למשל, פרשת המזונות האזרחיים, לעיל ה"ש 1, פס' 18 לפסק-הדין. ראו גם את פסק-דינו של השופט שטרק בתמ"ש (ת"א) 39672/06 מ. פ. נ' י. פ (לא פורסם, 14.5.2007) (להלן: פרשת מ. פ. נ' י. פ), שבו פסק דמי הסתגלות לאישה בעקבות גירושה. עם זאת, במקרים מסוימים בתי-המשפט משתמשים במונח "נישואים משקמים" אולם בפועל מטילים מזונות לתקופה ממושכת יותר, המתאימה למודלים המתחרים של מזונות. ראו, למשל, תמ"ש (ת"א) 67910/00 פלונית נ' אלמוני (לא פורסם, 10.4.2007), שבו השתמשה השופטת במונח "מזונות משקמים" לגבי מזונות המשתלמים במשך כחמש שנים לאחר הגירושים.

בן-הזוג הביתי בתקופה הקצרה שלאחר הגירושים. הוא אינו נותן מענה משפטי לתרומתו של בן-הזוג הביתי להון האנושי של בן-הזוג, ואף אינו מפצה את בן-הזוג הביתי על הפסדי קריירה ארוכי-טווח שנגרמו לו. לבסוף, המודל אינו רגיש לצרכים הלא-ממומשים, לאחר הגירושים, של בני-זוג שהסתמכו כלכלית על בני-זוגם. כפי שהסברתי באריכות, דווקא בשיטות מסורתיות, המכבידות את האפשרות להשיג גירושים, בני-זוג אלה מוגנים מפני נטישה חד-צדדית. לעומת זאת, במערכת של גירושים ללא אשמה נדרשים כלים משפטיים כדי להגן על בני-זוג אלה. לכן, מסיבות דומות לאלה שהוליקו שיטות משפט מערביות לסגת ממודל זה כמודל מנחה להסדרת התוצאות הכלכליות של הגירושים, גם המשפט הישראלי אינו יכול להסתפק במודל זה כמודל יחיד להסדרת האחריות הכלכלית בין בני-זוג שנישאו בנישואים אזרחיים לעת גירושים.¹⁹⁰

נותרנו אם כן עם הבחירה בין מזונות ארוכי-טווח המבוססים על צורך עתידי לבין פיצוי על הפסדי קריירה אשר נקבעים בעת הגירושים ומיועדים לפצות על נזקי העבר, ועם שאלת היחס שבין שני הכלים הללו לבין חלוקת ההון אנושי בדרך קניינית. הקדמתי ואמרתי שבמסגרת המאמר הנוכחי אפיינתי את הכלים השונים העומדים לרשות המשפט הישראלי, אך לא אוכל לעסוק בצורה יסודית בשאלת הבחירה הראויה ביניהם. אסתפק בכך שאומר כי לטעמי אין זה נכון לבחור בכלי אחד שיעסוק בכל המצבים, ויש להעניק לשופטים ארגון כלים שמתוכם יבחרו את הכלי המתאים או את שילוב הכלים המתאים למצב הנתון.

כך, למשל, חלוקה קניינית של הון אנושי עשויה להתאים למקרים של תוספת מוגדרת היטב ליכולת ההשתכרות במהלך הנישואים, שניתן להעריכה ברמה גבוהה של ודאות

190 במחקר קודם המלצתי על המודל המשקם כמודל הראוי להסדרת היחסים הכלכליים בין ידועים בציבור אוניוורסליים (ידועים בציבור שלא נישאו מסיבות שאינן קשורות להקשר הישראלי). ראו ליפשיץ, לעיל ה"ש 8, בעמ' 167. פסיקות אחדות של בתי-המשפט אימצו עמדה זו, ואף הרחיבו אותה למקרים של נישואים אזרחיים. ראו לעיל ה"ש 189. אולם אני סבור כי יש להבחין בהקשר זה בין ידועים בציבור לבין מי שנישאו בנישואים אזרחיים. ידועים בציבור אוניוורסליים בחרו לא להינשא, ועל המשפט לכבד בחירה זו באמצעות הדגשת האוטונומיה האישית של בני-הזוג וחיווק יכולתם להיפרד זה מזה באופן מלא. לצד זאת על המשפט להגן על התרומה ההדדית של בני-הזוג ליצירת משאבים ונכסים ולמנוע ניצול וחוסר צדק. השילוב של חלוקת הרכוש שנצבר במהלך חייהם המשותפים של בני-הזוג עם המודל המשקם של דיני המזונות שואף להשיג מטרות אלה. שלא כידועים בציבור, הנישואים בנישואים אזרחיים ביקשו למסד את יחסיהם ובכך לשקף מחויבות משפטית גבוהה יותר מזו הקיימת בין ידועים בציבור. לכן במקרה של נישואים יש לאזן את ערך האוטונומיה, התומך במודל המשקם, עם הערכים הקהילתיים, התומכים במחויבות ארוכת-טווח בין בני-הזוג. לפיכך במקרים של נישואים ארוכי-טווח אין להסתפק במזונות משקמים, ויש לפתח גם כלים משלימים. לניתוח מעמיק של ההצדקה הליברלית הפלורליסטית להבחנה בין ידועים בציבור לבין בני-זוג נישואים ראו לאחרונה: Shahar Lifshitz, *Married Against Their Will? Toward a Pluralist Regulation of Spousal Relationships*, 66 WASH. & LEE L. REV. (forthcoming 2010).

ולהפריד בינה לבין רכיב הכישרון האישי (למשל, מקרים של התקדמות מסודרת בסולם דרגות במקום עבודה מדרגי). מימוש מידי של התוספת לעת גירושים, במתכונת שהמליץ עליה בית-המשפט בישראל בפרשת ההון האנושי,¹⁹¹ אפשרי במקרים של בני-זוג עשירים, שיש להם רכוש ממשי רב המאפשר "לספוג" הערכה שגויה. במקרה של בני-זוג בעלי רכוש ממשי רב שנצבר במהלך הנישואים ניתן לשקול גם מודל קנייני אקוויטבילי,¹⁹² דוגמת זה שאומץ בתיקון האחרון לחוק יחסי ממון, המאפשר סטייה מחלוקה שוויונית של הרכוש הממשי במקרים של פערים בין הצדדים בכושר ההשתכרות העתידית¹⁹³ או על בסיס צורך.¹⁹⁴ מודל של מזונות ממושכים על בסיס צורך עשוי להתאים הן לתקופה שבה משתלמים בכל מקרה מזונות ילדים, כך שפרידה נקייה ממילא אינה רלוונטית, וכן למקרים של בני-זוג מבוגרים מאוד אך לא-מבוססים מבחינה רכושית, כאשר לבן-הזוג החלש מבחינה כלכלית אין כל יכולת ממשית לפרנס את עצמו לאחר הגירושים.¹⁹⁵ פיצויים על הפסדי קריירה ממוקדים בעבר ומגשימים טוב יותר מן הכלים האחרים את המחויבות הליברלית לערך האוטונומיה. לכן, במקרים של בני-זוג שוויתר באופן יחסי על טיפוח הקריירה שלו למען זו של בני-זוגו אך עדיין יוכל לפרנס את עצמו בעתיד, ייתכן שראוי לדבוק במודל זה. מכל מקום, ברור שפיתוח ארגז הכלים הראוי להסדרת היחסים הכלכליים בין בני-זוג בעקבות

191 לעיל ה"ש 138.

192 ראו בעניין זה את מאמרו של השופט שאול שוחט "הלכת השיתוף – מחלוקה שווה לשוויוניות בחלוקה" ספר שמגר ג 731 (תשס"ג), המנתח, בין היתר, מצבים שבהם דווקא סטייה מחלוקה בדרך של מחצה על מחצה מגשימה את עקרון השוויון.

193 ראו ס' 8 לחוק יחסי ממון, המזכיר במפורש פערים בכושר ההשתכרות כעילה לסטייה מחלוקה שוויונית. בדרך זו פעלו גם שיטות משפט נוספות. ראו, למשל, את הסקירה והדיון אצל Wicks, לעיל ה"ש 142; Susan E. Keller, *The Rhetoric of Marriage, Achievement, and Power: An Analysis of Judicial Opinions Considering the Treatment of Professional Degrees as Marital Property*, 21 Vt. L. Rev. 409 (1996). במודל האקוויטבילי שאומץ בחוק יחסי ממון ובדרכים הראויות ליישומו אני דן בהרחבה במאמרי על התיקון האחרון לחוק יחסי ממון, לעיל ה"ש 140, תת-פרק 4.

194 בניגוד לכושר השתכרות, צורך אינו מופיע במפורש כפרמטר בחוק יחסי ממון, אולם החוק מאפשר בכל-זאת לבתי-המשפט לסטות מן החלוקה השוויונית, ובמקרים שבהם לא נפסקים מזונות, צורך עשוי להיות סיבה רלוונטית. ראו על כך: Suzanne Reynolds, *The Relationship of Property Division and Alimony: The Division of Property to Address Need*, 56 Fordham L. Rev. 827 (1988).

195 דוגמה מעניינת לפסיקת מזונות בסוג כזה של מקרים ניתנת במאמרה של Davis, לעיל ה"ש 157, בעמ' 118. פסיקה זו עסקה בבעל לשעבר בן חמישים ושמונה שביקש לפרוש בגיל שישים וחמש, אך הגירושים חרשו קמט בתוכניותיו, מכיוון שאם אכן יפרוש בגיל שישים וחמש, לא יהיה די כסף בידו לשלם את מזונות אשתו. בפסק-הדין המציא השופט פשרה יוצאת-דופן: הוא הורה לבעל לשלם מזונות חודשיים במשך עשר שנים, ואילו לאשתו הוא הורה להתחיל לעבוד, במשרה חלקית לפחות, עד יום הולדתה השבעים. כלומר, בפסק-דין זה הכיר בית-המשפט בזכותו של הבעל לצאת לגמלאות, ולכן הכריח את האישה למצוא גם-כן מקור פרנסה.

גירושיהם ורכישת מיומנות בשימוש בארגו זה הם האתגר הגדול שהמשפט האזרחי בישראל ניצב בפניו.

פרק ה: השפעת הגירוש האזרחיים על הנישואים הדתיים

עד כה עסקתי בהסדרה האזרחית של גירושיהם של מי שנישאו בנישואים אזרחיים מחוץ לגבולות המדינה. דיני הרכוש האזרחיים, לרבות חלוקת ההון האנושי, רלוונטיים כמוכן גם לגבי מי שנישאו בנישואים דתיים. בכל הפרשות שבהן עסקנו הצהיר אומנם בית המשפט כי דיני המזונות וחובת הגירוש של מי שנישאו בנישואים דתיים ימשיכו להיות מוסדרים על-פי דין זה.¹⁹⁶ אולם עיון מחודש מלמד כי לדיני הגירוש שיפותחו בהקשר של מי שנישאו בנישואים אזרחיים עשויה להיות השפעה ניכרת גם על הסדרת היחסים בין מי שנישאו בנישואים דתיים.

ראשית, במאמר מאלף¹⁹⁷ חשף פרופ' שיפמן את הדרך שבה פסיקותיהם של בתי המשפט האזרחיים בכמה סוגיות מתחום דיני המשפחה הנדונות על-פי המשפט האזרחי – כגון הגנת הדייר,¹⁹⁸ אלימות במשפחה¹⁹⁹ ופירוק שיתוף²⁰⁰ – נועדו לאפשר תוצאות אזרחיות של גירוש (בעיקר פרידה פיזית והפרדת רכוש) גם כאשר לא נערכו גירושים רשמיים דתיים. שיפמן מכנה את המקרים הללו "תחליפי גירוש". אולם למרבה הצער, בהעדרה של תשתית אידיאולוגית אזרחית של דיני הגירוש, במקרים רבים ניתנו תחליפי הגירוש הללו באופן גורף, ללא התייחסות לזהות הסרבן (אם הנהנה מתחליף הגירוש הינו המעגן או המעוגן)²⁰¹ ולנסיבות הסרבנות (למשל, בתי המשפט לא הבחינו בין סרבנות נקמנית או סחטנית לבין סרבנות גירוש לגיטימית שנועדה להגן על צד חלש מבחינה כלכלית

196 ראו פרשת המזונות האזרחיים, לעיל ה"ש 1, שם אמר הנשיא ברק את הדברים הבאים: "אין דבר בפסק דיני זה שיש בו לבסס טענה בדבר 'מזונות אזרחיים' החלים על בני זוג יהודיים, תושבי הארץ ואזרחיה, אשר נישאו כדת משה וישראל בישראל (או שהם ספק נשואים). על נישואים אלה חל המשפט העברי ופסק דיני זה לא בוחן מערכת זו"; ובהמשך – "פסק דיני זה דן בתחלתם של דיני החוזים במקום שיהודים, תושבי הארץ ואזרחיה, ערכו נישואים אזרחיים מחוץ לישראל, בנסיבות בהן אין לנישואין אלה כדי ליצור סטאטוס של נישואים על פי המשפט העברי".

197 ראו פנחס שיפמן "על תחליפי גירושין תוצרת בית המשפט האזרחי" ספר לנדוי כרך ג 1607 (אהרן ברק ואליעזר מזוז עורכים, תשנ"ה).

198 שם. כך הוא מסביר את הכרסום שחל בס' 33 לחוק הגנת הדייר, התשל"ב-1972.

199 שם. הכוונה היא להרחבת האפשרות להרחיק את בן הזוג מהדירה בעילה של מדור שקט. עם זאת, בעניין זה שיפמן מצביע על נסיגה בפסיקה.

200 שיפמן, לעיל ה"ש 8, בעמ' 433-434.

201 ראו ליפשיץ, לעיל ה"ש 49, בעמ' 746-756.

בהעדר מנגנוני פיצוי משלימים לצד זה בדין.²⁰² משום כך, במקרים רבים לא הגשימו תחליפי הגירושים הללו מדיניות גירושים ראויה. על רקע זה אני מקווה כי הפיתוח השיטתי של דיני הגירושים האזרחיים ישפר את ההסדרה האזרחית הקיימת, משום שבתי-המשפט יקפידו להעניק את תחליפי הגירושים רק במקרים שבהם מדיניות אזרחית ראויה תומכת בכך.

שנית, ובהקשר דומה, התיקון האחרון לחוק יחסי ממון, המנתק בין הגירושים האזרחיים לבין הגירושים הדתיים, מאפשר למעשה לבתי-המשפט להכריז על גירושים חילוניים (לצורכי רכוש) במצבים שבהם הצדדים חיים בפירוד ויחסיהם התמוטטו.²⁰³ משום כך יידרשו בתי-המשפט להציב אמות-מידה אזרחיות אשר מתמקדות בהרס חיי הנישואים אך רגישות בכל-זאת לאינטרס הציבורי ביציבותם של נישואים ומתחשבות בטובתם של הילדים ובצורך בהגנה על בן-הזוג החלש מבחינה כלכלית. במובן זה, דיני הגירושים של הנישואים האזרחיים עשויים להשתלב עם הגירושים הכלכליים בין מי שנישאו בנישואים "רגילים".²⁰⁴

לבסוף, הכלים האזרחיים שפיתח בית-המשפט בהקשר של הנישואים האזרחיים, ובראשם המזונות לאחר הפרידה והפיצוי על הפסדי קריירה, מבוססים על לוגיקה אזרחית: חוזית ונזיקית. משום כך, חרף הצהרותיו של בית-המשפט בפרשת המזונות האזרחיים כי אין בפסק-דינו כדי לפגוע בתחולתו של הדין הדתי על מי שנישאו בנישואים דתיים, נמצאו כבר מקרים שבהם נפסקו מזונות אזרחיים ופיצוי על הפסדי קריירה גם לבני-זוג שנישאו בנישואים דתיים.²⁰⁵ בנקודה זו חשוב להזהיר כי יישומם של הכלים האזרחיים החדשים ליחסיהם של מי שנישאו בנישואים דתיים הוא עניין מורכב ומפותל, שכן אלה כפופים לגירושים הדתיים. משום כך יהיה צורך להתאים את הכלים הללו למציאות של הדין הדתי בישראל. כך, למשל, כאשר בני-זוג חיו בפירוד ממושך שבמהלכו קיבלה האישה מזונות, יש להביא זאת בחשבון בחישוב התקופה שבה האישה זכאית למזונות לאחר הגירושים. נוסף על כך, שימוש מושכל בכלים האזרחיים עשוי לסייע בהשגת מדיניות ראויה, קרי, במניעת סרבנות גט שאינה מוצדקת.²⁰⁶ עם זאת, ההסדרה האזרחית החדשה עשויה להוות

202 שם, בעמ' 756-764.

203 ראו ס' 5א לחוק יחסי ממון.

204 ראו בנושא זה ליפשיץ, לעיל ה"ש 140, פרק א.

205 ראו לעיל ה"ש 931, פס' 9 לפסק-דינה של השופטת וסרקרוג בפרשת הפסדי הקריירה:

"מבחינה עקרונית, קיומו או היעדרו של סטאטוס הנישואין אינו גורר אחריו קיומן או העדרן של חובות אזרחיות בין הצדדים, במיוחד כשמחויבויות אזרחיות אינן בהכרח תלויות בסטאטוס נישואין. לזכויות האזרחיות יש קיום עצמאי מכוח המשפט האזרחי." כן ראו את פסק-דינו של בית-המשפט לענייני משפחה בפרשת מ. פ. נ' י. פ., לעיל ה"ש 189. אולם השוו לפסק-דינו של השופט שוחט בתמ"ש (ת"א) 46211/04 כ.נ. נ' כ.ח. (לא פורסם, 11.10.2005), שבה סירב השופט שוחט לקבל תביעת מזונות חוזית של בעל שנישאו בנישואים דתיים כנגד אשתו, וכן את פסק-הדין ע"מ (ת"א) 1202/05 י.ה. נ' ע.ה. (לא פורסם, 6.7.2006), שבו סירבה השופטת שטופמן לתביעה אזרחית של מזונות במקרה של בני-זוג שנישאו בנישואים דתיים.

206 ראו בעניין זה פרשת הפסדי הקריירה, לעיל ה"ש 139, שם הציע השופט עמית כי סכום הפיצוי החד-פעמי יותנה בשיתוף-פעולה להשגת הגירושים.

נקודת עיגון שממנה יהיה אפשר לערוך התאמות וכיוונים בהתאם לנסיבות הייחודיות של כל מקרה.

פרק ו: אחרית־דבר

המאפיין הבולט ביותר של דיני המשפחה בישראל, המייחד אותם הן מהסדרת הזוגיות המקובלת בעולם המערבי והן מענפי משפט אחרים בישראל, הוא המונופול הדתי בתחום הנישואים והגירושים והחלוקה המורכבת של תחומי השיפוט ותחולת המשפט ברכיבים אחרים של דיני המשפחה בין ערכאות דתיות לבין בתי־משפט אזרחיים ובין משפט אזרחי לבין דין דתי. מצב עניינים זה עורר תרעומת קשה, אך נסיונות לשנות את המצב מיסודו, באמצעות כינון נישואים אזרחיים או אפילו ברית זוגיות, נכשלו פעם אחר פעם. על רקע כישלון זה, פעל המשפט האזרחי בישראל בשתי חזיתות: בחזית האחת הוא ביקש להרחיב את ההסדרה האזרחית של מי שנישאו בנישואים דתיים;²⁰⁷ ובחזית האחרת ביקש בית־המשפט לפתח נתיב עוקף־הסדרה־דתית באמצעות פיתוחם של תחליפי נישואים.

במאמר זה עסקנו בנתיב העוקף, המגיע לשיאו בהכרה המסתמנת בנישואים אזרחיים שנערכו מחוץ לישראל. ניתחנו את הטקטיקות המשפטיות ששימשו את בית־המשפט בדרכו להכרה זו, עמדנו על הצורך בפיתוח דיני נישואים אזרחיים חדשים ועצמאיים, והנחנו את היסודות לעקרונות שעל בסיסם יעוצבו הדינים האלה בתחום דיני הגירושים ותוצאותיהם הכלכליות. ברם, אף שהמאמר התמקד בדינים הנוגעים בנישואים אזרחיים שנערכו מחוץ לגבולות המדינה, להכרה בנישואים אלה עשויה להיות השלכה משמעותית גם על מישורי הפעולה הנוספים של המשפט האזרחי: ראשית, במישור המשפטי, פיתוחה של הסדרת היחס המשפטי לנישואים אזרחיים שנערכו מחוץ למדינה כהסדרה חילונית עצמאית כוללת עשוי בסופו של דבר לשפר גם את ההסדרה האזרחית הקיימת של הנישואים הדתיים;²⁰⁸ שנית, במישור הפוליטי, הכרה משפטית בנישואים אזרחיים שנערכו מחוץ למדינה מחדדת

207 כך, בית־המשפט הרחיב את סמכות השיפוט של בתי־המשפט על־חשבון סמכות השיפוט של בתי־הדין הרבניים; צמצם את הגדרת התחומים הכפופים לדין הדתי; פירש את הדין הדתי בפרשנות אזרחית יצירתית; פיקח על פעולתם של בתי־הדין הדתיים, ובכלל זה קיבב אותם להפעיל את הדין האזרחי בכל תחום שאינו מעמד אישי; ולאחרונה אף הכפיף את הפעלת הדין האישי לעקרונות אזרחיים כלליים. ראו על כך פנחס שיפמן "ארבעים שנה לדיני המשפחה – מאבק בין דין דתי לבין חוק חילוני" משפטים יט 847 (תשמ"ט־תש"ן). לניתוחים כוללים של המערכת האזרחית המתהווה בישראל ראו רות הלפרין־קדרי "דיני משפחה אזרחיים נוסח ישראל – לקראת השלמה: על הכבוד, הצדק, השוויון והכוונה יושתתו מעתה דיני המשפחה" מחקרי משפט יז(1) 105 (תשס"ב); ליפשיץ, לעיל ה"ש 108.

208 ראו לעיל תת־פרק ד3.

עוד יותר את הצורך בכינון הסדרי זוגיות רשמיים בישראל;²⁰⁹ לבסוף, להכרה בנישואים אזרחיים שנערכו מחוץ לגבולות המדינה ולפיתוחה של ההסדרה האזרחית בעקבותיה עשויה להיות חשיבות מכרעת ביום שאחרי כינונם של נישואים אזרחיים בישראל.

במחקר שפרסמתי לפני כעשור, לרגל חגיגות היובל למדינה, ניתחתי את החסרונות הקיימים בהסדרה האזרחית הקיימת של הזוגיות ואת מאפייניה של המערכת הקיימת. עמדתי על כך שאם יכונן בישראל מסלול נישואים אזרחי, יהיה צורך בפיתוח מערכת חדשה של דיני זוגיות.²¹⁰ בעשור שחלף מאז פורסם מחקר זה התפתחה ההסדרה האזרחית,²¹¹ אולם אין מדובר עדיין במערכת אזרחית חילונית עצמאית אשר בשלה להחליף את הדין הדתי ביום שאחרי כינונם של נישואים אזרחיים בישראל. יתרה מזו, לעיתים אפילו הצעות חוק העוסקות בכינונם של נישואים אזרחיים אינן מתייחסות לתכנים המהותיים של ההסדרה החילונית של הנישואים והגירושים²¹² או מתייחסות אליהם באופן חלקי ושטחי.²¹³ במובן זה, ההסדרה האזרחית של היחס המשפטי לנישואים אזרחיים שנערכו מחוץ למדינה עשויה לשמש תשתית להסדרה אזרחית שלמה יותר ביום שאחרי כינונם של נישואים אזרחיים בישראל.

209 ראו לעיל פרק ג.

210 ראו לעיל ה"ש 108.

211 למשל, בנוגע להכרה בהון האנושי ראו פרשת פלוני נ' פלונית, לעיל ה"ש 138, ובנוגע למזונות ראו 1356/08 פלוני נ' פלונית, תק-על 2008(1) 5252 (2008).

212 דוגמת מאלפת לעניין זה עשויה לספק הצעת חוק נישואין וגירושין אזרחיים, התשס"ט-2000, ה"ח 514, שהוגשה בכנסת החמש-עשרה על-ידי כמה חברי-כנסת של מפלגת שינוי. ס' 2 להצעה קובע כי אזרח או תושב ישראל יהיה רשאי להינשא בנישואים אזרחיים, וס' 3 להצעה קובע כי גירושים אזרחיים ייעשו על-ידי בתי-משפט אזרחיים. אולם הצעת החוק אינה קובעת שום אמות-מידה שעל-פיהן יפעל בית-המשפט. שוו בנפשכם שחוק זה היה מתקבל וכי שני בני-זוג נישאו בנישואים אזרחיים וכעת אחד מהם מבקש להתגרש בעוד האחר מסרב. בהצעת חוק זו, כמו-גם במשפט האזרחי הקיים, אין כל התייחסות לשאלה זו. באופן מביך, אם כן, הצעת חוק העוסקת בכינון נישואים וגירושים אזרחיים אינה מספקת שום כללים אזרחיים מהותיים המאפשרים להסדיר את הגירושים האזרחיים.

213 כך, מתוך אינטואיציה אזרחית מוטעית, הגרסות הקיימות של ההצעות העוסקות במסלולי זוגיות אזרחיים אינן מודעות למכלול השיקולים שדיני הגירושים המודרניים מעוררים. לפחות חלק מן ההצעות הללו מאמצות מודל קיצוני של גירושים לפי דרישה, ואינן רגישות מספיק לקשיים שמודל זה מעורר. כך, למשל, אחת ההצעות הפרטיות שהוגשו לכנסת בנושא המרשם מתעלמת כליל מהצורך בהליך גירושים משפטי-פורמלי, ומבחינתה הודעה של אחד הצדדים לרשם די בה לבטל את הרישום. בס' 7 להצעת חוק רישום זוגיות, התשס"ד-2004, ה"ח 2422, שהונחה על שולחן הכנסת ביום 5.7.2004 על-ידי חברי-הכנסת נעמי בלומנטל ועמרם מצנע, נאמר כך: "החליט בן זוג שרצונו לבטל את רישומו כחלק מזוג רשמי יודיע על כך בכתב לרשם זוגיות במחוז של משרד הפנים בו נרשמה הזוגיות מלפנים". לביקורת על הצעה זו, כמו-גם על הצעות נוספות שאינן רגישות למכלול השיקולים הקיימים, ראו ליפשיץ, לעיל ה"ש 107, בעמ' 577-582.