

## יחסים מחוץ לנישואים כשיקול בחלוקת הרכוש המשפחתי – עיון מחודש במשפט הישראלי

יצחק כהן\*, אמל ג'בארין\*\*

מאמר זה מתמודד עם שאלת שקלולם של יחסים מחוץ לנישואים במסגרת חלוקת הרכוש המשפחתי. בשלהי שנות השבעים ניתנה הלכה אחת, בלתי־מנומקת, שקבעה כי יחסים אלה אינם שיקול רלוונטי בחלוקת הרכוש. ההלכות הבאות אחריה יצאו ידי חובתן בהפניה אליה, ולא מצאו לנכון לקיים דיון כלשהו בשיקולים השונים הקיימים בסוגיה. מאמר זה מבקש להשלים חלל זה ולעיין מחדש בסוגיה זו. לשם כך המאמר מנתח את הבסיסים התיאורטיים של הלכת השיתוף, של הסדר איזון המשאבים, של שיטת המשפט העברי ושל שיטת המשפט האמריקאית בהקשר של חלוקת הרכוש, ובכלל זה את התייחסותן של השיטות השונות ליחסים מחוץ לנישואים. המאמר מעלה ספקות אם עמדתה הנחרצת של הפסיקה הישראלית קוהרנטית עם הבסיס התיאורטי של הלכת השיתוף ועם הבסיס התיאורטי של הסדר איזון המשאבים. ספקות אלה מתחזקים על רקע העובדה שאין בשיטה הישראלית כל דרך אחרת לפצות את בן־הזוג הנפגע מיחסיו מחוץ לנישואים של בן־זוגו – לא באמצעות ענף משפטי אחר ולא באמצעות תשלום מזונות לאחר הגירושים. בסופו של דבר המאמר מציע נוסחת איזון המבוססת על המצב המשפטי במדינות ארצות־הברית. לפי נוסחה זו, במקרים מסוימים יש להתחשב באשמה במסגרת חלוקת הרכוש. מאמר זה פותח אפוא לעיון מחודש את סוגיית ההתחשבות באשמה במסגרת חלוקת הרכוש בישראל.

\* דוקטור למשפטים, מרצה בכיר בפקולטה למשפטים, הקריה האקדמית אונו, חוקר־אורח באוניברסיטת קולומביה, ניו־יורק, ארצות־הברית (2012–2013), ומרצה־אורח באוניברסיטת מקגיל, קנדה (אוקטובר 2013).

\*\* דוקטור למשפטים, מרצה בכיר בפקולטה למשפטים, הקריה האקדמית אונו. המחברים מבקשים להודות לחברי מערכת כתב־העת **משפט ועסקים**, ובעיקר לענבר בן שושן, ליצחק צרפתי ולאור דיסקין, על עבודת עריכה מסורה ומושקעת.

**מבוא**

פרק א: המשפט הישראלי – שיטת החלוקה של הרכוש המשפחתי ויחסים מחוץ לנישואים

1. הלכת השיתוף
2. יחסים מחוץ לנישואים במשטר הרכושי של הלכת השיתוף
3. איזון המשאבים – חוק יחסי ממון
4. המשפט העברי

פרק ב: המשפט האמריקאי – שיטת החלוקה של הרכוש המשפחתי ויחסים מחוץ לנישואים

1. שיטת החלוקה של הרכוש המשפחתי
2. מהפכת הגירושים לא על-פי אשמה
3. מהפכת הגירושים לא על-פי אשמה – החלום ושברו
4. שיקולי אשמה במסגרת חלוקת הרכוש המשפחתי – הדין הפוזיטיבי

פרק ג: יחסים מחוץ לנישואים כשיקול במסגרת חלוקת הרכוש – ההיבט הנורמטיבי

1. הטיעון המוסרי
2. הדילמה הניצבת בפני הטיעון המוסרי
3. העדר קווים מנחים לטיפול בסוגיית האשמה מוביל לשרירות שיפוטית
4. איזה ענף משפטי ראוי שיטפל ביחסים מחוץ לנישואים?

פרק ד: המשפט הישראלי – עיון מחודש

1. קביעת הפסיקה אינה קוהרנטית עם הבסיס התיאורטי של משטרי הרכוש
2. התמודדותם של ענפי משפט אחרים עם סוגיית היחסים מחוץ לנישואים
3. הטיעון המוסרי – מהי גישת החברה כלפי יחסים מחוץ לנישואים?
4. הצעה למשפט הישראלי

**סיכום**

**מבוא**

יחסים מחוץ לנישואים אינם תופעה חדשה בחיי הנישואים. בתחילת המאה התשע-עשרה היה זה הגורם השכיח ביותר לגירושים בין בני-זוג,<sup>1</sup> וכיום זו תופעה

1 Laura Bradford, *The Counterrevolution: A Critique of Recent Proposals to Reform No-Fault Divorce Laws*, 49 STAN. L. REV. 607, 610 (1997).

משפט ועסקים טז, תשע"ד יחסים מחוץ לנישואים כשיקול בחלוקת הרכוש המשפחתי

נרחבת.<sup>2</sup> ההיסטוריה האנושית ראתה תופעה זו בחומרה, והטילה עונשים כבדים על כן- הזוג ה"חוטא". בספרות האקדמית מצאו לנכון לציין את שיטת המשפט העברי כסמן ימני בענישה זו:

"Human civilization has long maintained legal consequences for the marital love triangle. We know, for example, that primitive societies punished adultery with severe penalties. It is also well known that Hebraic law specifically proscribes adultery, in the Seventh of its Ten Commandments... Classical culture also forbade extramarital affairs."<sup>3</sup>

המשפט הישראלי עבר מאז כברת-דרך.<sup>4</sup> במאמר זה נבקש לעיין מחדש ביחסה של הפסיקה הישראלית לסוגיית היחסים מחוץ לנישואים במסגרת חלוקת הרכוש המשפחתי. נראה כי למעט פסיקות ספורות, הנלמדות כולן מהלכה היסטורית לקונית, לא נערך דיון מעמיק ומקיף בסוגיה זו.<sup>5</sup> מאמר זה מבקש להשלים חלל זה, ולבחון את הדין המצוי ואת הדין הרצוי בשאלת שקלולם של יחסים מחוץ לנישואים במסגרת חלוקת הרכוש המשפחתי. לשם כך יחקור המאמר וינתח גם את שיטת המשפט האמריקאית, על השינויים הדרמטיים שחלו בה בארבעת העשורים האחרונים, ובכלל זה השינוי שחל בה בהתייחסות ליחסים מחוץ לנישואים במסגרת חלוקת הרכוש. ניתוח זה יעשירנו בפרספקטיבה רחבה יותר, ויסייע בידינו להציע נוסחה חדשה לאיזון בין הערכים הפועלים בזירה בשיטה הישראלית. זאת, אף שההשוואה בין השיטות אינה פשוטה, באשר דיני המשפחה תלויים מעצם טיבם בתרבות ובדין האישי. המאמר גם

- 
- 2 מחקרים בארצות-הברית מראים כי 40%–50% מקרב הנשים מנהלות "פרשייה" מחוץ לנישואים. ראו: Robert R. Bell, Stanley Turner & Lawrence Rosen, *A Multivariate Analysis of Female Extramarital Coitus*, 37 J. MARRIAGE & FAM. 375, 385 (1975). סקר אחר מגלה כי כ-70% מהגברים מצהירים כי הם אינם שוללים את האפשרות שהם יהיו מעורבים בפרשייה מחוץ לנישואים: LYNN ATWATER, THE EXTRAMARITAL CONNECTION: SEX, INTIMACY AND IDENTITY 15 (1982). מחקר נוסף מלמד כי יותר ממחצית האנשים ניהלו פרשייה מחוץ לנישואים פעם אחת לפחות: CONSTANCE AHRONS, THE GOOD DIVORCE: KEEPING YOUR FAMILY TOGETHER WHEN YOUR MARRIAGE COMES APART 101 (1994).
  - 3 Jeffrey Brian Greenstein, *Fifth General Issue of Gender and Sexuality Law: Sex, Lies and American Tort Law: The Love Triangle in Context*, 5 GEO. J. GENDER & L. 723, 724 (2004).
  - 4 ג' טרסקי "משבר המשפחה וחסידה המסורת" **מחקרי משפט לזכר אברהם רוזנטל** 282 (ג' טרסקי עורך, 1964).
  - 5 גם הספרות האקדמית לא עסקה בסוגיה זו, למעט אריאל רוזן-צבי **יחסי ממון בין בני זוג** 29 (התשמ"ב), ולמיטב ידיעתנו, למן התייחסותו זו של רוזן-צבי, אשר נכתבה לפני כשלושים שנה, איש לא חזר ועסק בה עד היום.

יציג את עמדת המשפט העברי, אך רוב הדיון להלן רלוונטי ונכון לכל העדות הדתיות בישראל.

הדיון ביחסים מחוץ לנישואים בדיני המשפחה מחייב ליבון מושגי של המונח "אשם" בדיני המשפחה. מונח זה לקוח מתחום דיני הנזיקין, ושם משמעותו היא התנהגות לא-ראויה או התנהגות לא-סבירה. בדיני המשפחה קיימת עמימות סביב המונח "אשם". באופן עקרוני ניתן לחלק את ה"אשם" לשלושה סוגים: אשם כלכלי, המתבטא בהתנהגות כלכלית לא-נאותה, כגון העדר תרומה למאמץ המשפחתי, בזבוז של כספי המשפחה וכיצא בהם; אשם "אלימותי", המתבטא באלימות פיזית או נפשית של בן-זוג אחד כלפי בן-הזוג האחר; ו"אשם מיני", המתבטא בהתנהגות מינית לא-נאותה של אחד מבני-הזוג, ובעיקר קיום מערכת יחסים רומנטית מחוץ לנישואים. המאמר ייחד את דיונו ליחסים מחוץ לנישואים (קרי, לאשם מהסוג השלישי). חלק מהדיון שיתקיים להלן רלוונטי גם להתנהגויות אחרות במסגרת הזוגית, אך ייתכן שהטיפול בהן יהיה שונה.<sup>6</sup> חשיבותה של שאלה זו עולה לטעמנו לנוכח שתי התפתחויות חשובות שחלו לאחרונה בשיטת המשפט הישראלית. האחת היא תיקון מס' 4 לחוק יחסי ממון.<sup>7</sup> לאחר כמה הצעות חקיקה ושנים רבות של מאבקים, נותקה חלוקת הרכוש מפקיעת הנישואים.<sup>8</sup> עובר לתיקון זה הותנתה חלוקת הרכוש בפקיעת הנישואים, אשר נשלטה ועודנה נשלטת על-ידי הדין הדתי.<sup>9</sup> הדין הדתי רואה בחומרה יחסים מחוץ לנישואים,

6 להבחנה בין הסוגים השונים של האשם יש נפקויות מעשיות רבות מעבר לחלוקה האנליטית. לדעתנו, מן התשתית הנורמטיבית של דיני הרכוש בין בני-זוג נגזר שהשפעת האשם על התכנים הקונקרטיים של דינים אלה צריכה להשתנות לפי סוג האשם. בשלב זה נציין כי סוגי האשם השונים נבדלים ביניהם בכמה מישורים, כגון עוצמתם וחומרתם, השלכותיהם על בן-הזוג האחר ה"תמים", רמת מודעותו של בן-הזוג האחר לעצם קיומו של האשם, התייחסותו של המחוקק אליהם ועוד. על פניו נראה כי השוני בין סוגי האשם מצדיק קביעת עמדה שונה ביחס להשפעת האשם על התכנים של דיני הרכוש. כך, למשל, הדעת נותנת כי עוצמתו של האשם וחומרתו צריכות להשפיע על הנכונות הנורמטיבית להתחשב בו במסגרת הסדרי הרכוש בין בני-הזוג. כמו-כן, למודעותו או לאי-מודעותו של בן-הזוג ה"תמים" צריכה להיות השפעה על הסדרי הרכוש המבוססים על דוקטרינות חוזיות במהותן. לדיון נרחב על הצורך בהתייחסות שונה לסוגי האשם השונים ראו רות הלפרין-קדרי "שיקולי מוסר בדיני משפחה וקריאה פמיניסטית של פסיקת המשפחה בישראל" **עיונים במשפט מגדר ופמיניזם** 651 (2007).

7 חוק יחסי ממון בין בני זוג (תיקון מס' 4), התשס"ט-2008, ס"ח 2186 (להלן: תיקון מס' 4), אשר עיקרו לענייננו הוא הוספת ס' 5 לחוק יחסי ממון בין בני זוג, התשל"ג-1973, ס"ח 267 (להלן: חוק יחסי ממון).

8 ראו, למשל, הצעת חוק יחסי ממון בין בני זוג (תיקון מס' 4) (איוון בפקיעת נישואים), התשס"ב-2002, ה"ח הכנסת 4; הצעת חוק יחסי ממון בין בני זוג (תיקון מס' 4) (הקדמת המועד לאיוון המשאבים), התשס"ז-2007, ה"ח הכנסת 163; אריאל רוזן-צבי **דיני משפחה בישראל בין קודש לחול** 156 (1990).

9 ס' 2 לחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), התשי"ג-1953, ס"ח 134; ס' 47 לדבר המלך במועצה על ארץ-ישראל, 1922-1947.

ונותן לכך משקל מכריע בהליך פקיעת הנישואים.<sup>10</sup> חלוקת הרכוש נקשרה כך בעל-כורחה להשקפת הדין הדתי, ועוצבה בהשפעתו. קשה לדעת איזה משקל ניתן ליחסים מחוץ לנישואים בחלוקת הרכוש, מכיוון שנושא הרכוש נידון כחלק מהליך הגירושים, וקבלת הגט או נתינתו כרוכים לעיתים קרובות בפועל בויתורים על חלק מהרכוש. כיום, לאחר התיקון, הוקנתה סמכות לבתי-המשפט לערוך איזון משאבים בין בני-הזוג, אף אם טרם סודר הגט בין הצדדים, ובלבד שחלפה שנה מיום פתיחתו של הליך הגירושים או מיום פתיחתו של הליך חלוקת הרכוש. במקרים של קרע שנמשך תקופה מצטברת של תשעה חודשים לפחות במהלך שנה רצופה אחת אפשר לחלק את הרכוש אף אם לא נפתח הליך מן האמורים.<sup>11</sup> מצב זה מכונה כיום "גירושים כלכליים" ללא "גירושים דתיים". הסוגיה ה"אזרחית" של חלוקת הרכוש נותקה אפוא באופן פורמלי מסוגיית הגט, ועל-כן מושפעת כיום פחות מהשקפת הדין הדתי. זו מציאות חדשה הניצבת לפני בתי-המשפט בישראל, ועליהם לבחון מחדש את המשקל שיש להעניק לסוגיה זו במסגרת חלוקת הרכוש המשפחתי בבירודת זה מסוגיית הגט.

**ההתפתחות האחרת** היא תולדת הפסיקה. לאחרונה הכיר בית-המשפט העליון הלכה למעשה בנישואים אזרחיים במדינת-ישראל.<sup>12</sup> בפרשת **פלונית א** נקבע כי בית-הדין הרבני הוא אומנם המוסמך הבלעדי לדון בפירוקם של נישואים אזרחיים, אולם נשללה סמכותו לדון ביחסי הממון בין בני-זוג שנישאו בנישואים כאלה, והעניין נמסר לסמכותם הבלעדית של בתי-המשפט לענייני משפחה.<sup>13</sup> לפיכך אי-אפשר לכוון את יחסי הממון בתביעת גירושים המתנהלת בבית-הדין הרבני.<sup>14</sup> גם זו מציאות אזרחית חדשה הניצבת לפני בתי-המשפט בישראל, ובית-המשפט העליון הורה לבתי-המשפט להמשיך לפתח דיני משפחה אזרחיים אלה.<sup>15</sup> הלכת **פלונית א** אימצה למעשה את השיטה של "גירושים לא על-פי אשמה" בנישואים אזרחיים. על שיטה זו ועל השלכותיה לגבי דיונו נרחיב להלן, אך נאמר כבר כעת כי כאשר בשנות השבעים של המאה הקודמת עברו מדינות ארצות-הברית לשיטת הגירושים לא על-פי אשמה, הן החלו לבחון מחדש את יחסן לאשמה גם בחלוקת הרכוש. מן הראוי להשלים תהליך דומה גם בשיטת המשפט הישראלית.

ברי לכל כי סוגיה זו מעוררת לא רק שאלה טכנית-ארייתמטית בנוגע לאופני חלוקת הרכוש. סוגיה זו מושפעת מתפיסות-עולם, מערכים ומהשקפות חברתיות בדבר התא

10 ראו להלן תת-פרק 4 על שיקולי האשמה בדין העברי.

11 ראו ס' 5א(א)(2) לחוק יחסי ממון.

12 בג"ץ 2232/03 **פלונית נ' בית הדין הרבני האזורי ת"א-יפו**, פ"ד סא(3) 496, פס' 26-27 (להלן: פרשת **פלונית א**).

13 עם זאת, ניתן עדיין למצוא כיום בתי-דין רבניים שאינם רואים את עצמם ככפופים להלכה זו. ראו תיק (אזורי נת') 764411-1 **פלוני נ' פלונית** (פורסם בנבו, 3.10.2010); תיק (אזורי טב') 80581-21-1 **הבעל נ' האשה** (פורסם בנבו, 24.6.2009); תיק (אזורי ב"ש) 155387/1 **פלוני נ' פלונית** (פורסם בנבו, 3.2.2011); תיק (אזורי חי') 899265/1 **פלוני נ' פלונית** (פורסם בנבו, 22.7.2012).

14 פרשת **פלונית א**, לעיל ה"ש 12, פס' 31.

15 שם, פס' 42.

המשפחתי והמחויבות הראויה במערכת הזוגית. היא מושפעת מניה וביה ממהפכות שחלו בעולם המערבי. כך, ככל שהחברה, ובעקבותיה המשפט, רואים את מוסד הנישואים כמוסד ציבורי שחשוב לחברה, הם ירשו לעצמם לקבוע באילו נסיבות ניתן לפרקו, ויקבעו את המחיר שישלם האשם בפירוקו. לעומת זאת, ככל שהחברה רואה במוסד הנישואים מוסד פרטי, תיגזר מן הדבר משמעות קלה יותר כלפי האשם בפירוקו. כך או כך, אי־אפשר לעיין בסוגיה זו מבלי להבין תחילה את שיטת החלוקה של הרכוש המשפחתי ואת בסיסה העיוני.

### פרק א: המשפט הישראלי – שיטת החלוקה של הרכוש המשפחתי ויחסים מחוץ לנישואים

בטרם נתחיל את הדיון, נזכיר הלכה נושנה אשר אלמלא היא היה הדיון מתמצה בבחינת הדין הדתי בלבד.<sup>16</sup> בשנות החמישים נקבע כי סוגיית הרכוש המשפחתי אינה נכללת ב"ענייני נישואין וגירושין".<sup>17</sup> בכך יצא הרכוש המשפחתי מתחולתו של הדין הדתי. קביעה זו אפשרה לפסיקה הישראלית לפתח את שיטת חלוקת הרכוש בהתאם לדין האזרחי.<sup>18</sup> מכאן ואילך עוצבה שיטת החלוקה של הרכוש המשפחתי בהתאם לעקרונות המקובלים בעולם הרחב.<sup>19</sup> איננו מתכוונים לבחון את כל היבטיה של שיטת חלוקת הרכוש במשפט הישראלי, כי אם רק ככל שתונח לפנינו תשתית ראויה לעיון מחודש בסוגיה דנן.

16 כמו הדיון ברוב הסוגיות הנוגעות במעמד האישי. ראו סי' 151 (1) וסי' 47 לדבר המלך במועצה על ארץ־ישראל, 1947–1922.

17 בתחילת דרכה של הפסיקה נקבע כי ענייני רכוש שמקורם ביחסי הנישואים הינם חלק מ"ענייני נישואין וגירושין" (ראו ביד"ם 1/50 סידים נ' יו"ר ההוצל"פ ירושלים, פ"ד ח 1020 (1954)), אולם לאחר־מכן יוחד המונח רק לעניינים הנוגעים בתוקפם של הנישואים והגירושים, וענייני הרכוש הוצאו מגדרו. ראו בג"ץ 202/57 סידים נ' הנשיא וחברי בית־הדין הרבני הגדול, פ"ד יב(2) 1528 (1958), שבו נקבע, בהסתמך על ס' 2 לחוק שיווי זכויות האשה, התשי"א-1951, כי אין עוד תחולה למוסד נכסי מלוג במדינת־ישראל. בעקבות חקיקת סעיף זה קבע השופט חיים כהן, בבג"ץ 185/72 גור נ' בית־הדין הרבני האזורי בירושלים, פ"ד כו(2) 765, 769 (1972), כי "נשרר מענייני הנישואין... נכסי האשה וזכויות הבעל בהם". כנגד זה ראו את ביקורתו הנוקבת של ברכיהו ליפשיץ "תוכן וקליפה בהלכת שיתוף הנכסים" המשפט ג 239, 243 (1996).

18 תחולת הדין הדתי הייתה מונעת את התפתחותה של הלכת השיתוף. ראו בג"ץ 1000/92 בבלי נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד מח(2) 221 (1994); רוזן־צבי, לעיל ה"ש 5, בעמ' 222; בנציון שרשבסקי דיני משפחה 154 (1993).

19 הלכת השיתוף יובאה בתחילתה מאנגליה. ראו ע"א 253/65 בריקר נ' בריקר וערעור־שכנגד, פ"ד כ(1) 589, 598 (1966). בהמשך היא התרחקה מרחק רב מן הפסיקה האנגלית, והפסיקה לינוק ממנה את היקפה ותוכנה. ראו ע"א 595/69 אפטה נ' אפטה, פ"ד כה(1) 568, 561 (1971).

## 1. הלכת השיתוף

הלכת השיתוף היא יצירת הפסיקה. בתחילת דרכה היא הוגדרה כך: "בהעדר הסכם, או כאשר לא ברור מה היתה כוונת הצדדים בזמן הרכישה, מייחס להם בית-המשפט את הכוונה שהנכס יהיה שייך לשניהם בחלקים שווים."<sup>20</sup> הלכת השיתוף נכנסת לפעולה כאשר הנכסים רשומים על שמו של אחד מבני-הזוג.<sup>21</sup> השיתוף הוא מלא – "חלוקה שווה".<sup>22</sup> בתחילת פיתוחה של הלכת השיתוף היא נבנתה על שני יסודות מרכזיים: אורח חיים תקין ומאמץ משותף.<sup>23</sup> עם השנים עבר המוקד מן היסוד של אורח חיים תקין אל יסוד המאמץ המשותף. במשך הזמן צומצם גם יסוד זה עד למינימום של חיים משותפים תחת קורת-גג אחת.<sup>24</sup> הלכת השיתוף הינה מכשיר משפטי שנועד להתגבר על דיני הקניין ודיני הראיות הרגילים. אלמלא מכשיר זה היו בני-הזוג נתונים במשטר של הפרדה רכושית, כאנשים זרים זה לזה.<sup>25</sup> האידיאולוגיה האינדיווידואליסטית של הנישואים תומכת אף היא בשיטה של הפרדה רכושית.<sup>26</sup> מהו אפוא הבסיס העיוני לקיומו של מכשיר משפטי זה?<sup>27</sup>

בתחילת דרכה של הפסיקה התבסס הרציונל של הלכת השיתוף על קונסטרוקציה חזונית, שעניינה הסכם משתמע בין בני-הזוג שלפיו הם מתכוונים להיות שותפים שווים

- 
- 20 ע"א 300/64 ברגר נ' מנהל מס עזבון, פ"ד יט(2) 240, 245 (1965). כן ראו ע"א 135/68 בראלי נ' מנהל מס עזבון ירושלים, פ"ד כג(1) 393, 395 (1969); מנשה שאוה הדין האישי בישראל כרך א 191–196 (2001).
- 21 ראו, למשל, ע"א 234/80 גדסי נ' גדסי, פ"ד לו(2) 645, 650 (1982); רע"א 964/92 אורון נ' אורון, פ"ד מז(3) 765, 758 (1993).
- 22 שיטת חלוקה זו שונה משיטת "החלוקה ההוגנת", המקובלת במדינות רבות בארצות-הברית. ראו להלן תת-פרק ב1, העוסק בשיטת החלוקה של הרכוש המשפחתי במשפט האמריקאי. כן ראו את מאמרו של שחר ליפשיץ "על נכסי עבר, על נכסי עתיד ועל הפילוסופיה של חזקת השיתוף" משפטים לד 627, 653–657 (2004), המציין את יתרונותיה של שיטת "החלוקה השווה" על שיטת "החלוקה הצודקת".
- 23 בהתקיים תנאים אלה, הלכת השיתוף עשויה לחול גם על בני-זוג החיים יחדיו ללא נישואים. אולם ראו את דבריו של השופט כץ בע"א 52/80 שחר נ' פרידמן, פ"ד לח(1) 443, 458 (1984), הכותב: "ההבדל בין זוג נשוי לבין זוג הידוע בציבור כנשוי הוא... רק בכך, שרובץ נטל הוכחה כבד יותר על מי שמנסה להוכיח את כוונת השיתוף בנכסים של הזוג הידוע בציבור".
- 24 ראו עניין גדסי, לעיל ה"ש 21, בעמ' 650.
- 25 רוזן-צבי לעיל ה"ש 5, בעמ' 220, טוען כי חוק שיווי זכויות האשה, התשי"א-1951, השווה את דיניה של האישה לאלה של האיש בכל הנוגע בזכויות קנייניות, ומשליט להלכה משטר של הפרדה רכושית בין בני-זוג.
- 26 שם, בעמ' 78.
- 27 לעניין זה כותב השופט חשין, בע"א 806/93 הדרי נ' הדרי, פ"ד מח(3) 685, 699 (1994), כי "ראוי שנבחין בין יסודות מהות הנותנים חיים להלכת שיתוף הנכסים... לבין המסגרות המשפטיות-הפורמאליות... ניתנת אמת להיאמר שהתחומים יונקים זה מזה, וההבחנה ביניהם אינה חדה".

בזכויות.<sup>28</sup> בתי-המשפט עסקו – או למצער היו אמורים לעסוק – בהתחקות אחר כוונותיהם אלה.<sup>29</sup> החזקה הייתה כביכול שאלה שבעובדה, ובית-המשפט נדרש לבחנה לפי נסיבותיו של כל מקרה ומקרה.<sup>30</sup> רציונל חוזי זה "התעקש" כי אין מדובר בחלוקה משיקולי צדק או משיקולים אחרים.<sup>31</sup> היסוד של אורח חיים תקין תאם את הרציונל החוזי. אולם כאשר היחסים בין בני-הזוג היו מעורערים, התקשה הרציונל החוזי לשמש בסיס תיאורטי מוצק להלכת השיתוף. הרציונל החוזי לא נתן מענה גם לדפוסים שונים של משפחות בישראל, אשר נטען כי כוונת השיתוף אינה מקובלת בהם.<sup>32</sup> נוסף על כך, מלאכת ההתחקות אחר כוונותיהם של בני-הזוג התבררה כמלאכה לא-פשוטה.<sup>33</sup> על אחת כמה וכמה כאשר "אומד הדעת של הצדדים" התמקד למעשה ב"אומד הדעת של הבעלים הרשום של הנכסים".<sup>34</sup> עוד טענה הביקורת כי הרציונל החוזי מושתת למעשה על פיקציה: בית-המשפט מייחס לצדדים כוונות על בסיס הערכות שונות שלו, שהן למעשה עניין של מדיניות משפטית.<sup>35</sup>

מגבלותיו של הרציונל החוזי הניעו את בתי-המשפט לאמץ רציונל נוסף בדמותה של "חזקה שיפוטית" – הרציונל הקנייני.<sup>36</sup> ההתחקות אחר כוונות הצדדים הלכה ופחתה.<sup>37</sup> הרציונל הקנייני הוביל להתמקדות ברכיב המאמץ המשותף. התמקדות זו מקרבת את חזקת השיתוף למשטר שיתוף מעין-סטטוטורי, ומרחיקה את ההלכה מן הבסיס העיוני של הסכם מכללא אל עבר דיני היושר או דיני הנאמנות.<sup>38</sup> החזקה הלכה וניזונה מתפיסה חברתית של מוסד הנישואים כקשר חופשי בין שני יחידים המושתת על שוויון ועל שימור האוטונומיה של כל אחד מבני-הזוג.<sup>39</sup>

28 ראו לעיל ה"ש 20.

29 ההתחקות היא אחר אומד-דעתם של בני-הזוג במהלך הנישואים, ולא בעת הפירוק. ראו, למשל, ע"א 651/79 סלמן נ' סלמן, פ"ד לו(1) 554, 555 (1982).

30 זו, למשל, עמדתו של השופט קיסטר. ראו עניין **בריקר**, לעיל ה"ש 19, וכן ע"א 627/70 **זאבי נ' זאבי**, פ"ד כו(2) 450 (1972).

31 ראו את דבריו של השופט כהן בפרשת **אפטה**, לעיל ה"ש 19, בעמ' 569.

32 ראו, למשל, ע"א 511/86 **קנון נ' קנון**, פ"ד מג(2) 177, 178 (1988). כן ראו פרשת **סלמן**, לעיל ה"ש 29, בעמ' 555–556.

33 אכן, בכמה פרשות נטען כי מדובר בפיקציה. ראו, למשל, דנ"א 1558/94 **נפיסי נ' נפיסי**, פ"ד נ(3) 618, 573 (1996). כן ראו רוזן-צבי, לעיל ה"ש 5, בעמ' 249.

34 ראו, למשל, עניין **בראלי**, לעיל ה"ש 20, בעמ' 398; ע"א 529/76 **סבירסקי נ' סבירסקי**, פ"ד לא(2) 237, 233 (1977).

35 ראו, למשל, עניין **בריקר**, לעיל ה"ש 19, בעמ' 597, וכן ע"א 77/77 **ראבי נ' ראבי**, פ"ד לג(1) 729, 734 (1979).

36 ליפשיץ, לעיל ה"ש 22, בעמ' 691, טוען כי שינוי זה החל בראשית שנות השמונים. עוד לדחיית הרציונל ההסכמי כרציונל האמיתי של חזקת השיתוף ראו רוזן-צבי, לעיל ה"ש 5, בעמ' 225, 231.

37 ראו, למשל, את דבריו של הנשיא ברק בפרשת **נפיסי**, לעיל ה"ש 33, בעמ' 605.

38 עניין **בריקר**, לעיל ה"ש 19, בעמ' 599, 597. עוד ראו חנוך דגן **קניין על פרשת דרכים** (2005).

39 להרחבה בעניין תכליות אלה ראו רע"א 8791/00 **שלם נ' טווינקו בע"מ**, פס' 8–11 (פורסם בנבו, 13.12.2006); בע"מ 4623/04 **פלוני נ' פלונית**, פס' 7–10 (פורסם בנבו, 26.8.2007).



החלוקה בין הרציונל החוזי לרציונל הקנייני אינה דיכוטומית.<sup>40</sup> הרציונל השני לא המיר לגמרי את הראשון, ובפסיקות מאוחרות ניתן עדיין למצוא אמירות הנשענות על הקונסטרוקציה החוזית.<sup>41</sup> התנועה בין רכיבי ההלכה אינה חד-סטריית, אלא בבחינת תנועת מטוטלת.<sup>42</sup> הלכת השיתוף מבוססת למעשה על שילובן של שתי התפיסות הרעיוניות הללו.<sup>43</sup> שילוב הרציונלים, כמו גם ערפולם,<sup>44</sup> מאפשרים לבתי-המשפט להגיע לתוצאה צודקת מקום שאי-אפשר להסתמך רק על אחד הרציונלים.<sup>45</sup> מרציונלים שונים אלה נגזר לעיתים תוכן שונה להלכת השיתוף. אחת הסוגיות המרכזיות שבה הדבר משתקף היא סוגיית הנכסים החיצוניים: האם הלכת השיתוף תחול גם על נכס שהביא עימו בן-הזוג לנישואיו? האם ההלכה תפרוש כנפיה גם על נכסים שאחד מבני-הזוג קיבל במתנה או בירושה במהלך הנישואים? בפרשת **בריל** טען השופט מצא כי ההתייחסות לנכסים אלה תלויה ברציונל שהשופט מצדד בו.<sup>46</sup> מצדדי הרציונל החוזי יטו לכלול נכסים חיצוניים בנכסים המשותפים, מתוך הנחה שבני-זוג אינם מתכוונים לערוך הבחנה בין נכסיהם;<sup>47</sup> ואילו מצדדי הרציונל הקנייני יגרסו כי הרחבתה של החזקה גם לנכסים שנרכשו לפני הנישואים אינה מתבקשת לשם הגשמת צדק חברתי ושוויון בין המינים.<sup>48</sup> לדעתם, אין מקום לדבר על הפליה לגבי נכסים שהיו לאחד מבני-הזוג ערב הנישואים ואשר מלוא מחירם שולם על-ידיו.<sup>49</sup>

40 ראו ליפשיץ, לעיל ה"ש 22, בעמ' 634, הטוען כי פסיקת שנות השישים מלמדת כי המודל ההסכמי היה אז דומיננטי יותר, ואילו בשנות השמונים התיישבו הפסיקות יותר עם מודל החזקה השיפוטית. ראו עם זאת את דבריו שם, בעמ' 695, ה"ש 242, המצביעים על כך שהפסיקה אינה שומרת תמיד על עקיבות בעניין זה.

41 ראו, למשל, ע"א 630/79 **ליברמן נ' ליברמן**, פ"ד לה(4) 359, 368 (1981); ע"א 663/87 **נתן נ' גרינר**, פ"ד מה(1) 104, 109 (1990); ע"א 4151/99 **בריל נ' בריל**, פ"ד נה(4) 709, 716 (2001); ע"א 1880/95 **דרהם נ' דרהם**, פ"ד נ(4) 876, 865 (1997).

42 ע"א 75/79 **אברהמי נ' ישראלי**, פ"ד לד(2) 216 (1980).

43 ראו את דבריו של השופט גולדברג בפרשת **הדרי**, לעיל ה"ש 27, בעמ' 694: "פשיטא כי הדגש להסכם המשתמע בין בני הזוג, שלפיו יהיו שותפים שווי זכויות בנכסים, מונח במאמץ המשותף שלהם, בתקופת נישואיהם, ליצירת הקניין."

44 ראו את דבריו של השופט חשין בע"א 45/90 **עבאדה נ' עבאדה**, פ"ד מח(2) 77, 84 (1994).

45 כך, למשל, רציונל זה של חזקה שיפוטית סייע להכליל בשיתוף גם נכסים עסקיים. ראו ע"א 488/89 **נופרבר נ' נופרבר**, פ"ד מד(4) 293, 298 (1990). כמו-כן סייע רציונל החזקה להכליל בשיתוף גם את נכסי הפרישה. ראו ע"א 809/90 **לידאי נ' לידאי**, פ"ד מו(1) 602, 611 (1992).

46 ראו עניין **בריל**, לעיל ה"ש 41, בעמ' 716.

47 ראו, למשל, ע"א 2280/91 **אבולוף נ' אבולוף**, פ"ד מז(5) 596, 602 (1993); השופט ברנזון בפרשת **אפטה**, לעיל ה"ש 19, בעמ' 566.

48 ראו פרשת **הדרי**, לעיל ה"ש 27, בעמ' 696. בפרשת **ליברמן**, לעיל ה"ש 41, בעמ' 369, חזרו בעלי דעת הרוב, השופטים בן-פורת ואלון, על הכלל כי "על-פי הגיונה של חזקת שיתוף נכסים, אין חזקה זו פועלת לעניין רכוש, שהביא עמו אחד מבני הזוג בעת הנישואין".

49 ליפשיץ, לעיל ה"ש 22, בעמ' 703, טוען כי הפסיקה נטתה להכליל נכסים חיצוניים בשיתוף לאור המודל הליברלי-הקהילתני, המבוסס על הרציונל הקישורי. דבריו אלה מתבססים על דברי חשין

יש לציין כי כיום גם מצדדי הרציונל החוזי אינם נוטים לכלול נכסים חיצוניים בנכסים המשותפים.<sup>50</sup>

## 2. יחסים מחוץ לנישואים במשטר הרכושי של הלכת השיתוף

הלכת דרור,<sup>51</sup> שניתנה בשלהי שנות השבעים, משמשת כבסיס העיקרי לשלילת ההתחשבות ביחסים מחוץ לנישואים במסגרת חלוקת הרכוש המשפחתי. בפרשה זו נידון עניינם של בני-זוג שהשלום שרר במעונם במשך כשלוש שנים בלבד. לטענת הבעל, חיי המשפחה הלכו והתערערו מחמת התנהגות האישה, אשר החלה מתרועעת עם גברים אחרים. על-כן, לטענתו, לא התקיים בהם התנאי המקים את חזקת השיתוף, ואין להסיק כי היה ביניהם הסכם מכללא. בית-המשפט העליון דחה את טענתו, ואלה דבריו:

"משקבע כי רוב שנות הנישואין עברו על בני-הזוג בשלווה ואושר... מה ענין הבגידות לכאן? המשיבה אף נשאלה בחקירתה שכנגד אם היא מודה שהיא בגדה בו לפני 9 (!) שנים... והרי לאחר מכן חזרו חייהם לתיקנם... אם כוונתו היא שבן-זוג בלתי-נאמן מקפח עקב כך, כשיקול בלעדי, את זכותו בנכסים, הרי אין לטענה מעין זו על מה שתסמוך. נטישת הבית או בגידה עשויות ליצור קרע בין בני-הזוג ובדרך זו לשים קץ לשיתוף, אך אין נענשים עליהן למפרע על-ידי נטילת הזכויות ברכוש המשותף. כלל מפורש ברוח זו מצינו בארצות-הברית: CORPUS JURIS SECUNDUM 75 42.<sup>52</sup>"

אם נעמיק בסיפא של פסקה זו, שהוא עיקרה ותמציתה של ההלכה, נראה כי אין בו כל נימוק מדוע אין להתחשב ביחסים מחוץ לנישואים. הטיעון הראשון הוא רטורי בלבד, והשימוש בפסוקית "אין לטענה מעין זו על מה שתסמוך" אינו מעיד, כבדרך-כלל, על עוצמת הטיעון. הטיעון השני, שלפיו "אין נענשים... למפרע על-ידי נטילת הזכויות", אינו נתמך בהנמקה. ההפניה ל"כלל מפורש... בארצות-הברית" תמוהה עוד יותר: ראשית, לא ברור למה האזכור האמור מכוון, ונסיונותינו לאתרו העלו חרס; שנית, כפי שנתחם להלן, התמונה בארצות-הברית מורכבת יותר, משתנה ממדינה למדינה, וככל הידוע לנו אין בנמצא "כלל מפורש" בנושא זה שנקלט בכל המדינות. מעבר לכך

בפרשת **הדרי**, לעיל ה"ש 27, בעמ' 704.

50 ראו ליפשיץ, לעיל ה"ש 22, בעמ' 719: "לפחות בשלב זה, בחינת הפסיקה העוסקת בנכסים פרטיים מגלה כי היא מפעילה את הרציונל הקישורי בהתאם למגבלות ה'ליברליות'. לפיכך, אפילו השופטים שפסיקתם מתאפיינת במגמה להרחיב את חזקת השיתוף אינם מחילים את חזקת השיתוף באופן גורף על נכסים פרטיים."

51 ע"א 264/77 **דרור נ' דרור**, פ"ד לב(1) 829, 832 (1978).

52 שם, בעמ' 832.

משפט ועסקים טז, תשע"ד יחסים מחוץ לנישואים כשיקול בחלוקת הרכוש המשפחתי

חשובים לענייננו דבריו של השופט לנדוי בהערה שהוסיף על פסק-הדין המרכזי באותו עניין:

"כשלעצמי אני משאיר פתוחה את השאלה, אם בגידתו של אחד מבני-הזוג ללא ידיעת בן-זוגו או בת-זוגו עלולה להביא בדיעבד לשלילת זכותו של הבודד ברכוש המשותף. השאלה אינה נראית לי קלה ולא קיבלנו טיעון מלא עליה. בנסיבות הענין דנן אין היא מתעוררת, כי מכל מקום מגלות העובדות שנקבעו בבית-המשפט המחוזי, שאם אמנם בגדה המשיבה במערער, הרי הוא חזר והשלים עמה, אחרי שנודע לו על בגידתה."<sup>53</sup>

הערה זו מלמדת כי ההתייחסות ליחסים מחוץ לנישואים בהלכת דרור הינה למעשה רק אמרת-אגב. הבעל מחל לאשתו על יחסיה מחוץ לנישואים בעבר, והם שבו לחיים משותפים. יחסים אלה לא הובילו לפירוק הנישואים, ושאלת השלכתם על חלוקת הרכוש לא עמדה אפוא לפני בית-המשפט.<sup>54</sup> הבחנה חשובה זו בהלכת דרור לא הפריעה להלכות מאוחרות להשליך את יהבן על הלכה זו בבואן לשלול כל משקל מיחסים מחוץ לנישואים במסגרת חלוקת הרכוש.<sup>55</sup>

הלכה מאוחרת יותר, המאוזכרת בנשימה אחת עם הלכת דרור, היא הלכת זיסרמן. אישה קיבלה דירה מהוריה במתנה. האישה נתנה לבעלה מחצית מן הדירה במתנה, ורשמה את שמו כבעלים משותף. משהגיש נגדה תביעת גירושים, עתרה האישה למחיקת שמו מרישום הבעלות על הדירה. לטענתה, הסכם המתנה כלל בחובו תנאי מפסיק, שלפיו קטיעת חיי הנישואים התקינים והגשת תביעת גירושים מצידו יביאו לבטלות המתנה. בית-המשפט המחוזי דחה את עתירתה, והעליון אישר פסקה זו באלה הדברים:

"יש שהסדר חלוקת הרכוש יקפח צד מסוים, אשר פירוק הנישואין אינו באשמתו וגורם לו צער. אך כבר נקבע, כי לאשם היחסי בפירוק הנישואין אין ולא כלום עם הזכויות ברכוש המשותף, ואין המשיב מאבד זכויות הקניין שרכש במהלך הנישואין, אף אם הוא, לצורך ההנחה בלבד, האשם היחיד בפירוק השיתוף. כך נפסק בע"א 264/77 [הלכת דרור]..."<sup>56</sup>

53 שם, בעמ' 834.

54 במשפט האמריקאי, לעומת זאת, אי-אפשר לשלול טענה של אשם בטענה נגדית שהצדדים המשיכו לחיות יחד לאחר האירוע המדובר. ראו: Pavel v. Pavel, 4 Conn. App. 575, 495 A.2d 1113 (1985); C.G.S.A. §§ 46b-52 (2005).

55 בתי-משפט לענייני משפחה ואף בתי-משפט מחוזיים שעסקו באשמה הפנו להלכת דרור מבלי לקיים דיון מהותי בעניין. ראו, למשל, ע"מ 473/03 א' נ' א', פדאור 2004 (3) 564; תמ"ש (משפחה י"ם) 1622/06 א. נ' מ., פדאור 2007 (43) 735.

56 ע"א 384/88 זיסרמן נ' זיסרמן, פ"ד מג(3) 205, 209 (1989).

הלכה זו אינה מציינת כל נימוק מדוע אין להתחשב באשמה. נימוקה היחיד הוא הלכת דרור. למעשה, הלכת זיסרמן אינה עוסקת כלל ביחסים מחוץ לנישואים, ואף-על-פי-כן היא מצוטטת בנושאה אחת עם הלכת דרור כהלכות שקבעו כי אין להתחשב ביחסים אלה בעת חלוקת הרכוש.<sup>57</sup> נוסף על כך, הלכה זו עוסקת בנכס משותף מכוח מתנה ורישום בפועל בלשכת המקרקעין, ולא מכוח הלכת השיתוף, וייתכן שאילו השיתוף בנכס היה מכוח זו האחרונה, הייתה התוצאה שונה.

ביחס לנכסים חיצוניים אנו מוצאים גם הלכות הפוכות מהלכות דרור וזיסרמן, שלפיהן יחסים מחוץ לנישואים יובילו לשלילת הכללתם של נכסים חיצוניים ופרטיים ברכוש המשותף. ההלכה הראשונה ניתנה בפרשת סלם.<sup>58</sup> הפרשה עוסקת אומנם בידועים-בציבור, אולם הלכת השיתוף חלה כאמור גם על מסגרת זו. בני-הזוג השלימו עם מתכונת חיים "פתוחה", שהתירה לכל אחד מהם חירות מסוימת בענייני אישות. במסגרת זו הסכים האיש לקשריה של האישה עם בן-הזוג שממנו התגרשה בעבר, ולא נמצאה ראייה לטענת האיש שלפיה האישה קיימה קשרים אינטימיים עם גברים נוספים. הקשר הנוסף היחיד שהוכח היה קשר שהאישה הודתה בו בעצמה (מלבד קשריה עם בן-זוגה לשעבר, כאמור). בית-המשפט המחוזי קבע כי בחייהם המשותפים קיימו בני-הזוג את תנאי-הסף להקמתה של חזקת השיתוף, אולם האיש הצליח לסתור חזקה זו בכל הנוגע בנכסים שלא שימשו את בני-הזוג בחייהם המשותפים. האישה ערערה בטענה שיש להכליל גם נכסים אלה בשיתוף. בית-המשפט העליון דחה ערעורה, ואלה דבריו:

"אני סבור כי גם בהבחנתו של בית-המשפט המחוזי בענייננו, בין נכסיו השונים של המשיב, אין כל מקום להתערבותנו. הבחנה זו מעוגנת היטב באופי יחסיהם של בני-הזוג, שהיו אמנם ממושכים, אך התאפיינו (לפחות מצד המערערת כלפי המשיב) ברמת מחויבות פחותה מזו המקובלת בין בני-זוג, וכן במידת ההפרדה (ההדדית) בנושאים רכושיים שנהגה ביניהם לאורך כל הדרך."<sup>59</sup>

כלומר, אופי יחסים "פתוח" זה אינו שולל את הלכת השיתוף, אך שולל את הכללתם של נכסים חיצוניים ברכוש המשותף.

פרשה נוספת העוסקת בנכס חיצוני היא פרשת פלונית ב.<sup>60</sup> בני-הזוג וילדיהם גרו בדירה אשר שייכת לבעל ונרשמה על שמו עוד לפני הנישואים. הבעל הגיש תביעת

57 ראוי לציין כי גם בפסקי-דין מאוחרים יותר לא מתקיים כל דיון בשאלה שעמדה לפני בית-המשפט העליון, וכל שיש בהם בהקשר זה הוא הפניה סתמית להלכות דרור וזיסרמן. ראו, למשל, ע"א 819/94 לוי נ' לוי, פ"ד נ(1) 300, 304 (1996), ובג"ץ 1135/02 זוגיאל נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים, פ"ד נו(6) 14, 24 (2002).

58 ע"א 4385/91 סלם נ' כרמי, פ"ד נא(1) 337 (1997).

59 שם, בעמ' 349. עוד הוסיף בית-המשפט וקבע: "להחלת השיתוף בין ידועים בציבור גם על נכסים עסקיים של מי מהם יש צורך בראיה נוספת כלשהי, ואין די בחזקת השיתוף לבדה." שם.

60 בג"ץ 3995/00 פלונית נ' בית-הדין הרבני הגדול לערעורים בירושלים, פ"ד נו(6) 883, 888 (2002) (להלן: פרשת פלונית ב).

גירושים ורכוש לבית-הדין הרבני. בית-הדין פסק כי אין לאישה חלק בדירה, שכן נכס שהיה בבעלותו של אחד מבני-הזוג לפני נישואיהם אינו בר-שיתוף לפי חוק יחסי ממון.<sup>61</sup> עוד הוסיף בית-הדין כי אף לפי הלכת השיתוף, ולפי אותן דעות הסוברות כי היא חלה במקביל לחוק יחסי ממון, אין זה ברור שהאישה זכאית לנכסים שהיו לבעל לפני הנישואים. האישה הפסידה גם את כתובתה, מזונותיה ומדורה בשל היותה "מורדת" ובשל בגידתה המתמשכת בבעלה לאורך שנים-עשרה שנה. האישה עתרה לבג"ץ וטענה כי בהתאם להלכת השיתוף היא זכאית למחצית הדירה. בית-המשפט העליון, מפי הנשיא ברק, דחה את ערעורה, בקובעו כי גם אם חזקת השיתוף חלה לצד חוק יחסי ממון, תיתכן שאלה באשר לתחולתה של החזקה על נכסים חיצוניים של בני-הזוג.<sup>62</sup> הנשיא ברק ממשיך ואומר:

"אכן, יסוד הכרחי בחזקת השיתוף... היא ההרמוניה בין בני-הזוג, כוונת השיתוף והחיים המשותפים ביניהם... האישה בגדה ממושכות בבעלה... הודתה שבגדה בבעלה במשך 12 שנה מתוך 17 שנות הנישואין. גם אם התקופה קצרה יותר, כטענת האישה, הרי שאין בכך כדי לצייר את מערכת היחסים בין השניים באור ורוד יותר. כמו כן לאורך כל שנות הנישואין הקפידו בני-הזוג לשמור על הפרדה בבעלות על שתי דירותיהם... בנסיבות אלו, הגם שאין בהן לכאורה כדי לשלול את תחולת הלכת השיתוף על שאר הנכסים של בני-הזוג שנרכשו במהלך חיי הנישואין (ובלי להכריע בעניין זה, כאמור), הרי שנחה דעתי כי אין בהן כדי לקיים את התנאים להחלת הלכת השיתוף על דירת הבעל."<sup>63</sup>

בית-המשפט העליון קבע אפוא כי בגידה ממושכת פוגעת בבסיס ההרמוני, ולכן תמנע את תחולתה של הלכת השיתוף על נכס חיצוני. יש להדגיש כי הלכה זו עוסקת במשטר הרכושי של חוק יחסי ממון, המוציא את הנכסים החיצוניים מכלל השיתוף, להבדיל מהמשטר הרכושי של הלכת השיתוף, שבו יש נטייה רחבה לכלול גם נכסים חיצוניים במסגרת הרכוש המשותף. הנשיא ברק הוסיף וציין כי אין בקביעתו כדי לשלול את השיתוף בנכסים שנרכשו במהלך הנישואים, אך אין הוא מכריע בכך. אמירה זו מפתיעה, שהרי הלכות דרור וזיסרמן כבר הכריעו לכאורה בשאלה זו.<sup>64</sup> האם ניתן לראות באמירה זו אמרת-אגב שלפיה אין הכרעה חד-משמעית בעניין ההתחשבות ביחסים מחוץ לנישואים במסגרת חלוקת הרכוש?<sup>65</sup>

61 הזוג נישא לאחר התאריך הקבוע בס' 14 לחוק יחסי ממון.

62 וכאן הנשיא ברק מפנה להלכת דרהם, לעיל ה"ש 41, בעמ' 871; להלכת הדרי, לעיל ה"ש 27, בעמ' 692, 695; ולהלכת בריל, לעיל ה"ש 41, בעמ' 716.

63 פרשת פלונית ב, לעיל ה"ש 60, בעמ' 888.

64 ניתן ליישב זאת ולומר כי אכן, כפי שציינו לעיל, עניין הבגידה לא עמד לפני בית-המשפט בהלכת דרור, אך אנו מסופקים אם לכך כיוון הנשיא ברק.

65 על שלוש הלכות אלה ניתן להוסיף אמרת-אגב מפסק-הדין בפרשת לוי, לעיל ה"ש 57, בעמ' 306. לא ברור אם כוונתה של אמרת-אגב זו לשלול את השיתוף רק מנכסים פרטיים (חיצוניים) או

פרשה נוספת היא פרשת דרהם.<sup>66</sup> פרשה זו שונה מקודמותיה מכיוון שהיא עוסקת לראשונה ביחסים מחוץ לנישואים מצד הבעלים הרשום של הנכסים. ההלכות הקודמות התחבטו אם להעביר מחצית מהרכוש המשפחתי לבן-הזוג שאינו הבעלים הרשום אף שהפר אמונים. הלכות אלה הכריעו בחיוב ביחס לרכוש משפחתי אך בשלילה ביחס לנכס חיצוני. הלכת דרהם עוסקת בשאלה אחרת, והיא אם להחיל את הלכת השיתוף גם על נכסיו החיצוניים של בן-הזוג אשר הפר אמונים. השופט טירקל, בדעת מיעוט, מציין כי באופן כללי הוא נוטה לדעה שנכסים חיצוניים אינם כלולים בשיתוף. מכל מקום, לדעתו, גם המצדדים בהכללת נכסים חיצוניים בשיתוף לא יחילו את דעתם זו במקרה דנן, מכיוון שבמשך רוב השנים שבמהלכן היו האיש והאישה נשואים, היה האיש נשוי גם לכמה נשים אחרות.<sup>67</sup> השופט דורנר, בדעת רוב, קבעה כי יש להחיל את חזקת השיתוף בהיקפה המלא גם על רכוש מלפני הנישואים, כולל הרכוש העסקי, שכן ככלל, בנישואים הרמוניים הנמשכים שנים רבות, רכוש כזה נטמע ברכוש המשותף.<sup>68</sup> השופט אור הצטרף לפסק-דינה, אולם שניהם התעלמו לחלוטין משאלת היחסים הנוספים שניהל הבעל, ולא נתנו לכך כל ביטוי בפסק-דינם. לפיכך הלכה זו אינה מקדמת אותנו בסוגיה דנן.

שמה גם מנכסים שנרכשו במהלך הנישואים אך יחדו נכנסים פרטיים כביכול. מכל מקום, כך נקבע בה:

"כאשר מוכח, כי לא שררו בין בני הזוג 'חיים הרמוניים' וכי לא הפעילו 'מאמץ משותף' בניהול חייהם, מבחינה כלכלית ומהיבטים אחרים, ייתכן כי נסתרת על-ידי כך ההנחה על-פי 'הלכת השיתוף' בכל הנוגע לנכסים המצויים בעליל בחזקתו של כל אחד מבני הזוג. המדובר, לדוגמה, בחשבונות בנק שכל אחד מבני הזוג מחזיק בנפרד על שמו, בנכסים שכל אחד מהם קיבל בירושה והחזיק אותם בחזקתו הנפרדת ורשום על שמו בלבד כאשר רישום כזה הינו מקובל, ובנכסים אחרים שנרכשו על-ידי כל אחד מהם בנסיבות המצביעות על רצון לרכוש בהם בעלות ייחודית."

בית-המשפט התייחס גם לסוגיית המתנה וכתב (שם, בעמ' 307):

"ברין האנגלי, נכס שנרשם על שמה של אישה על-ידי הבעל אשר סיפק את התמורה, או כסף שאישה מקבלת מבעלה, יוצרים חזקה, הניתנת לסתירה, כי הנכס או הכסף ניתנו לה במתנה. הלכה זו נקלטה במשפט הישראלי כחלק מדיני היושר של המשפט המקובל... מערכת היחסים הקשה בין בני הזוג... שוללת כל אפשרות להסיק מסקנה בדבר קיום הסכמה של הבעל ליתן לאישה את חלקו בבית במתנה."

ייתכן אפוא שגם דעות הסוברות כי הלכת השיתוף או למצער דיני הקניין ודיני המתנה חלים בו-זמנית עם חוק יחסי ממון יתקשו לבסס שיתוף מכוח דיני המתנה כאשר יש הפרת אמונים מצד בן-הזוג הטוען לכך.

66 פרשת דרהם, לעיל ה"ש 41.

67 שם, בעמ' 874. יוצא מכאן לכאורה שהחוטא יוצא נשכר, אולם ייתכן שהקביעה כי נכסיו החיצוניים לא ייכללו בשיתוף נובעת מכך שלא ברור למי מהנשים הנכסים שייכים.

68 שם, בעמ' 877.

### 3. איזון המשאבים – חוק יחסי ממון

בשנת 1973, כמה שנים לאחר שהחל בית-המשפט בפיתוח הסדרי ממון בדמות הלכת השיתוף בנכסים, נחקק חוק יחסי ממון. חוק זה נועד לחול על כל הזוגות שהתחתנו לאחר יום 1.1.1974.<sup>69</sup> בחוק זה בחר המחוקק הישראלי בשיטת השיתוף הדחוי. שיטה זו יוצרת לכל אורך הנישואים הפרדה מוחלטת כמעט בין רכושם של בני-הזוג.<sup>70</sup> על-פי החוק, הרכוש יחולק בין בני-הזוג רק במקרה של גירושים או עם מותו של אחד מבני-הזוג.<sup>71</sup> זהו הסדר "איזון המשאבים". השיתוף הוא אובליגטורי נדחה, והוא נעשה על-דרך שומת נכסיו של כל אחד מבני-הזוג ותשלום ההפרש.<sup>72</sup> הסדר השיתוף יחול על בני-הזוג כל עוד הם לא קבעו אחרת בהסכם ממון.<sup>73</sup> יש הסבורים שגם יחסי הממון של אלה שנישאו לאחר החוק כפופים עדיין להלכת השיתוף.<sup>74</sup> הוראות סעיפים 7 ו-8 לחוק יחסי ממון מקנות לבית-המשפט שיקול-דעת וסמכויות מיוחדות לשנות את בסיס האיזון או את יחס האיזון.<sup>75</sup> הוראת סעיף 8(2) לחוק יחסי ממון קובעת כי אם ראו בית-המשפט או בית-הדין נסיבות מיוחדות המצדיקות זאת, הם רשאים לקבוע כי איזון שווי הנכסים לא יהיה מחצה על מחצה, אלא לפי יחס אחר שיקבעו.<sup>76</sup>

בפרשת פלונית ג נידונה השאלה אם יחסים מחוץ לנישואים הם בבחינת "נסיבות מיוחדות" המצדיקות סטייה מכלל איזון הנכסים הקבוע בחוק יחסי ממון.<sup>77</sup> בפרשה זו הגיש הבעל תביעת גירושים לבית-הדין הרבני, ובמסגרתה טען כי יש לשלול מהאישה

69 ס' 14 לחוק יחסי ממון.

70 ס' 4 לחוק יחסי ממון.

71 ס' 5(א)(1) לחוק יחסי ממון. כיום, לאחר תיקון מס' 4, ניתן להקדים את מועד איזון המשאבים.

72 כמוסדר בהוראות ס' 5 ו-6 לחוק יחסי ממון.

73 פרק ראשון, ס' 1 ו-2, לחוק יחסי ממון.

74 ראו פנחס שיפמן "ואף-על-פי-כן – שיתוף נכסים" משפטים כו(2) 399 (1996), וכן דעות המיעוט בעניין יעקובי, להלן ה"ש 75, בעמ' 564, 587, 605, 621 ו-635. מאמרו זה של שיפמן מתייחס למצב המשפטי ששרר לפני תיקון מס' 4, קרי, למצב שבו לא היה אפשר לחלק רכוש כל עוד לא ניתן גט. לנוכח זאת החילו בתי-המשפט את הלכת השיתוף, ועקפו את הצורך במתן גט לשם כך. כיום, לאחר התיקון, אבדה לכאורה ההצדקה להחלה בר-זמנית של הלכת השיתוף יחד עם חוק יחסי ממון. ראו בעניין זה את כתבתו של יצחק כהן "היהפוך רכוש הפרטי של אחד מבני הזוג לרכושם המשותף של שני בני הזוג במהלך שנות הנישואין?" גלובס [www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000459794](http://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000459794). עם זאת, בתי-המשפט מוצאים עדיין לנכון להחיל את הלכת השיתוף גם על זוגות שנישאו לאחר שנת 1974. ראו בהרחבה את פסק-דינו של השופט עמית בע"א 7750/10 בן גיא נ' הכשרת היישוב ביטוח בע"מ (פורסם בנבו, 11.8.2011).

75 ראו ע"א 1915/91 יעקובי נ' יעקובי, פ"ד מט(3) 529, 576 (1995).

76 רוזן-צבי, לעיל ה"ש 5, בעמ' 352, מוסיף: "המחוקק בחר לפרט בהרחבה את סמכויותיו של בית-המשפט, אך התעטף בשתיקה בכל הנוגע לקביעת קני-המידה להפעלת שיקול הדעת."

77 בג"ץ 8928/06 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול לערעורים ירושלים (פורסם בנבו, 8.10.2008) (להלן: פרשת פלונית ג).

את חלקה בזכויות הסוציאליות שצבר במקום עבודתו.<sup>78</sup> בית-הדין קבע כי כשם שאין האישה מפסידה את נכסיה שהביאה או צברה במהלך הנישואים, כך אין היא מפסידה את זכויותיה ברכוש שנצבר על שם הבעל. הבעל ערער לבית-הדין הרבני הגדול. זה הפך את פסק-דינו של האזורי, וקבע כי בגידה עולה כדי "נסיבות מיוחדות", וכי אין להעניק לאישה חלקים מהרכוש שנצבר על שם הבעל. דעת הרוב הוסיפה וציינה כי אין מדובר בענישה דתית בגין האשמה, אלא –

"משום התוצאות הכלכליות הנרחבות של פרוק נשואין ע"י בגידה, כלומר הצד הנבגד יאלץ כתוצאה מההתנהגות החד צדדית הבוגדנית והמפתיעה לבנות לו בית אחר: להנשא מחדש וגם לקנות בית אחר כפשוטו. מה שאין כן בנשואין שלא צלחו ששם שני הצדדים יש להם חלק בפרוק הנשואין ובאחריות להכרח של בנית בית חדש. האחריות הכלכלית שהוטלה על הצד הנבגד ב'מכה אחת' מזכה אותו להקלות באיזון המשאבים לטובתו בין אם הן מזכויות שנצברו לפני הבגידה או אחריה."<sup>79</sup>

דעת המיעוט בבית-הדין הגדול הסכימה כי בגידה עולה כדי "נסיבות מיוחדות", אך חלקה וסברה כי אין בכך כדי לשלול את מה שכבר צברה האישה מהרכוש המשפחתי עד לאירוע הבגידה. לעומת זאת, יש לשקול את מעשה הבגידה בכל הנוגע בנכסים שנצברו לאחר האירוע, שהרי שיתוף הנכסים מתבסס על השיתוף האישי, וכאשר שיתוף אישי זה מופר, אין מקום לשיתוף נכסים.<sup>80</sup>

האישה עתרה לבג"ץ, וזה החליט לבטל את פסיקתו של בית-הדין הגדול. בית-המשפט העליון ציין כי שאלת איזון הזכויות הסוציאליות מעוררת סוגיה רכושית, ולפיכך על בית-הדין הרבני להחיל עליה דין אזרחי. בית-המשפט הפנה בהקשר זה להלכת דרור ולהלכת זיסרמן. הלכות אלה מתייחסות אומנם לבני-זוג שחלה עליהם הלכת השיתוף, ולא חוק יחסי ממון, אולם בית-המשפט העליון ציין כי אין סיבה עקרונית להבחין בין שני סוגי המקרים לעניין זה.<sup>81</sup> השופט נאור הוסיפה וכתבה:

"גם נימוקו של בית הדין הרבני הגדול לפיו האחריות הכלכלית שהוטלה על הצד הנבגד בפתאומיות לבנות לו בית אחר' מזכה אותו להקלות באיזון המשאבים של זכויות שנצברו לפני הבגידה – אינו יכול לעמוד. פשיטא, כי לכל פירוק של

78 זכויות אלה הוכרו כחלק מהרכוש המשותף לעניין הלכת השיתוף. ראו, למשל, ע"א 841/87 רון נ' רון, פ"ד מה(3) 793 (1991); עניין לידאי, לעיל ה"ש 45. חוק יחסי ממון בין בני זוג (תיקון מס' 1), התש"ן-1990, הוא שהביא לידי הכללת הזכויות הסוציאליות בגדר הנכסים שעל-דרך הכלל יש לאזן את שוויים בין בני-הזוג במסגרת איזון המשאבים. ראו ס' 6(ד) (3) לחוק יחסי ממון.

79 מצוטט בפסק-דינו של בג"ץ בפרשת פלונית ג, לעיל ה"ש 77, פס' 5 לפסק-דינה של השופטת נאור. שם.

81 לדעתנו יש מקום לערוך הבחנה בין שני סוגי המקרים, וכאשר נתייחס להלן בתת-פרק 11 למשפט הרצוי בישראל, נבהיר את עמדתנו.



נישואין ישנן השלכות כלכליות נרחבות. הצורך 'לבנות בית אחר' אינו ייחודי רק לבני זוג שנישואיהם פורקו בשל בגידה. צורך זה הוא מנת חלקם של רבים מבני הזוג שנישואיהם הגיעו לקיצום. העובדה כי הגורם לפירוק קשר הנישואין הוא בגידתו של אחד מבני הזוג אינה מקימה את הצורך 'לבנות בית אחר'. פירוק הנישואין כשלעצמו, יהיה הגורם לו אשר יהיה, הוא שמקים צורך זה.<sup>82</sup>

אף שאיננו מסכימים עם נימוקו של בית-הדין הגדול, לא הצלחנו לרדת לסוף דעתו של בית-המשפט העליון בדחתו נימוק זה: אמת, הצורך "לבנות בית אחר" הוא מנת חלקם של כל הזוגות המתגרשים, אך מדוע אין מקום לחייב את הגורם לצורך זה לשאת בתוצאותיו? הטיעון כי לא הבגידה היא שגרמה לצורך "לבנות בית אחר", אלא הפירוק הוא שגרם לכך, אינו משכנע, שהרי הבגידה גרמה לפירוק, והפירוק גרם לצורך "לבנות בית אחר". על ציר זה לא ברור ההבדל במיקום האשמה – אם בשלב הבגידה או בשלב הפירוק. בית-המשפט ממשיך ואומר כי התחשבות בצורך "לבנות בית אחר" תביא לידי הענשת בן-הזוג שבגד, בניגוד לקבוע בהלכת דרור. אף נימוק זה אינו יכול לעמוד, מכיוון שהוא מסתמך על הלכה שאינה מנומקת.

שנית, בית-המשפט העליון מתייחס רק לרכוש שנצבר לפני מעשה הבגידה, אך אינו נותן דעתו לרכוש שנצבר מיום הבגידה עד ליום הפירוק בפועל של הנישואים, בין מחמת שהנפגע לא ידע ובין מחמת החלטתו של הנפגע לא לפרק בשלב זה את הנישואיו. כאן עולה שאלה מעניינת, והיא מועד הפסקת השיתוף בהתאם להלכת השיתוף או מועד עריכת האיזון בהתאם לחוק יחסי ממון. בהלכת שלם קבע הנשיא ברק כי השיתוף בנכסים משפחתיים מובהקים הוא בכל רגע נתון, אך השיתוף בנכסים משפחתיים שאינם מובהקים הוא עם קרות המועד הקריטי. הדוגמות המובאות בפסק-הדין למועד קריטי הן מוות, משבר חמור ביחסים או פשיטת-רגל.<sup>83</sup> כלומר, משבר חמור ביחסים אמור להפסיק את השיתוף מאותו מועד ואילך ולהחילו רק על הנכסים הקיימים באותה עת. הנכסים הנצברים מעת המשבר ואילך אינם בני-שיתוף. לפיכך יש מקום לומר כי הבגידה, שכמוה כמשבר חמור ביחסים, אמורה להביא לידי הפסקת השיתוף ממנה ואילך.

טיעון אחר הועלה בדברי השופט ריבלין בפרשת פלונית ג:

"אולם, אין להתמודד עם הקושי שבפירוק, ועם אשמתו של מי מהצדדים, בדרך של פגיעה כלכלית במסגרת חלוקת הרכוש של בני הזוג. יתרה מכך, תכופות יש קושי לדבר בהקשר זה במונחים של 'אשמה'. פירוק הנישואין הוא תוצאה של

82 פרשת פלונית ג, לעיל ה"ש 77, פס' 14 לפסק-דינה של השופטת נאור.

83 עניין שלם, לעיל ה"ש 39.

נסיבות מורכבות ובגידה כשלעצמה אינה הופכת את אחד מבני הזוג לאשם הבלעדי.<sup>84</sup>

דומה כי כאן מובא למעשה הטיעון היחיד שנמצא בפסיקה הישראלית לאישקולול יחסים מחוץ לנישואים בחלוקת הרכוש, ורציני הוא. טיעון זה מקביל לאחד הטיעונים המרכזיים העולים בספרות בארצות-הברית, ובהמשך המאמר נתמודד עימו. לעניין הפסקה הקודמת אפשר לומר כי גם אם אין לייחס אשמה למי מהצדדים, יש מקום לבחון את הפסקת השיתוף עם קרות מקרה הבגידה.

#### 4. המשפט העברי

ההסדר הרכושי בדין העברי אינו מתמקד באוטונומיה של בני-הזוג כחידים.<sup>85</sup> גם השאיפה להשגת צדק פרטני אינה מאפיינת את הסדר יחסי הממון בין בני-הזוג.<sup>86</sup> עקרון השוויון בדין המודרני, המשליך על הבנת השיתוף ומרחיבו גם על נכסיהם של בני-הזוג, אינו מוכר ככזה בדין העברי. השיתוף בחיים בקשר הנישואים אינו מוצא את ביטויו במסגרת היחסים הרכושיים, ואין משטר של שיתוף נכסים בין בני-הזוג. קיימת הפרדה רכושית תוך יצירת תלות הדדית באמצעות מערכת של זכויות וחובות. הדין העברי מונה עשרה חיובים לבעל וארבע זכויות.<sup>87</sup> עשרת החיובים הם: מזונותיה, כסותה, עונתה, עיקר כתובתה, רפואתה, פדיונה משבי, קבורתה, להיות ניזונת מנכסיו ויושבת בביתו אחר מותו כל זמן אלמנותה, להיות בנותיו ניזונות אחר מותו עד שיתארסו, להיות בניה הזכרים ממנו יורשים כתובתה יותר על חלקם בירושה עם אחיהם. הבעל זוכה בארבעה דברים: מעשה ידיה, פירותיה, מציאתה וירושתה.<sup>88</sup>

המושגים "מעשה ידיה" ו"פירותיה" כרוכים בשני מושגים נוספים: "נכסי צאן ברזל" ו"נכסי מלוג".<sup>89</sup> הראשונים הם נכסי האישה שעוברים לבעלתה של הבעל ואשר עליו לשאת באחריות לנזקם או לאובדנם. אם הנישואים יגיעו לקיצם עקב מותו של הבעל או גירושים, האישה זכאית לתשלום מלא של שווי הנכסים כפי שנקבע בשטר הכתובה.<sup>90</sup> הסוג השני של נכסי האישה נקרא "נכסי מלוג". פירותיהם של נכסים אלה נלקחים ומועברים לבעלות הבעל, אך הקרן נשארת בבעלות האישה.<sup>91</sup> אם הנישואים יגיעו לקיצם, אין הבעל חייב בנזקם ובהפחתת ערכם, ואם הושבחו הנכסים, השבח שייך

84 פרשת פלונית ג, לעיל ה"ש 77, פסק-דינו של השופט ריבלין.

85 ביד"ם 1/50 סידים, לעיל ה"ש 17, בעמ' 1026.

86 רוזן-צבי, לעיל ה"ש 5, בעמ' 121.

87 בבלי, כתובות מו, ע"ב; רמב"ם, הלכות אישות יב, א-ד; שולחן ערוך, סימן סט סעיפים א-ג. כן ראו שרשבסקי, לעיל ה"ש 18, בעמ' 96.

88 בבלי, כתובות מו, ע"ב; רמב"ם, הלכות אישות יב, ג; שולחן ערוך, סימן סט סעיף ג.

89 פסק-דינו של הרב גולדשמידט בביד"ם 1/55 סידים נ' סידים, פ"ד יב 1121, 1160 (1958).

90 שרשבסקי, לעיל ה"ש 18, בעמ' 147.

91 בבלי, כתובות סה, ע"ב; רמב"ם, הלכות אישות טז, ב; שולחן ערוך, סימן פה סעיף ז.

לאישה. קיים סוג שלישי של נכסים אשר רלוונטיים לענייננו, והם נכסים שנשארים בבעלות האישה ואשר אין לבעל זכות פירות בהם. כאלה הם, למשל, נכסים שהאישה קיבלה במתנה מידי אחרים בתנאי מפורש שלבעלה לא תהיה רשות בהם, וכן נכסים שבעלה נתן לה כמתנה. מכל מקום, הסדרי הממון המפורטים אינם קוגנטיים, שכן ניתן להתנות על כל דבר שבממון.<sup>92</sup> לפיכך בני-זוג רשאים וזכאים להגיע להסדרים משלהם בכל ענייני הממון והרכוש.

בדין העברי די בהסכמת בני-הזוג לאפשר את התרת קשר הנישואים. אולם כדי להשיג פסק גירושים ללא הסכמה, יש צורך בעילת גירושים. יש עילות גירושים שאינן תלויות בהתנהגות בן-הזוג (מומים, מחלות וכיוצא באלה), ויש התלויות בהוכחת אשמה, כלומר, התנהגות לא-ראויה של בן-הזוג. יש מתאם בין השפעת האשמה על דיני האיסור וההיתר לבין השפעתה על יחסי הממון בין בני-הזוג. התנהגות הגורמת להרס חיי המשפחה מובילה לנקיטת סנקציה כלכלית נגד האשם. הטיפול בנושא האשמה אינו נטול מגדריות, ויש אסימטרייה בין השלכותיהם של יחסים מחוץ לנישואים מצד האישה לבין השלכותיהם של יחסים כאלה מצד האיש. במקרה של אשמה מוכחת מצד האישה – כלומר, אישה ש"זינתה תחת בעלה" – בעלה חייב לגרשה.<sup>93</sup> אם בית-הדין פוסק גירושים על יסוד שני עדים, האישה מפסידה את כתובתה. הפסד הכתובה גורר הפסד של הזכויות המגיעות לה על-פי תנאי כתובתה, וביניהן זכותה למזונות.<sup>94</sup> אין הבעל חייב באחריות מלאה לקרן נכסי צאן ברזל, ואין לה כל זכויות ביחס לחלקי רכוש שאינם בעין.<sup>95</sup> דין מתנה של בעל לאשתו הוא כדין מתנה רגילה, קרי, היא החלטית, אינה תלויה בקיומם של הנישואים ואינה חוזרת עם סיומם, אף לא במקרה של בגידה מצד האישה.<sup>96</sup> לעומת זאת, במקרה שבו הבעל הפר אמונים, הסנקציה היחידה כלפיו, אשר נתונה אף היא במחלוקת הפוסקים, היא הפסד פירותיהם של נכסי המלוג והפסד מעשה ידיה.<sup>97</sup>

92 בבלי, קידושין יט, ע"ב; רמב"ם, הלכות אישות יב, ו.

93 בבלי, סוטה יח, ע"ב; רמב"ם, הלכות אישות כד, יז; שולחן ערוך, סימן יא סעיף א.

94 בבלי, יבמות פה, ע"א; רמב"ם, הלכות אישות כד, טז; שולחן ערוך, סימן קטו סעיף ה; פד"ר ח 354.

95 בבלי, נדרים צ, ע"ב; רמב"ם, הלכות אישות כד, ו-ז; שולחן ערוך, סימן קטו סעיף ה.

96 רוזן-צבי, לעיל ה"ש 5, בעמ' 146. בהודאתה בלבד ברבר בגידתה אין כדי לאוסרה על בעלה, אך היא מפסידה את כתובתה. עם זאת, זכותה לנכסיה אינה נפגעת. ראו בבלי, כתובות קא, ע"ב: "אם היא זינתה, כליה מי זנאי [= פליה, האם זנאי]... חכמים אומרים: זינתה, לא הפסידה בלאותיה קיימין."

97 ע"מ (מחוזי י"ם) 755/05 פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 5.12.2005).

## פרק ב: המשפט האמריקאי – שיטת החלוקה של הרכוש המשפחתי ויחסים מחוץ לנישואים

### 1. שיטת החלוקה של הרכוש המשפחתי

דיני המשפחה בארצות-הברית נכללים תחת המסגרת של "משפט מדינתי" (state law), ומסורים לחקיקתה העצמאית של כל מדינה ומדינה.<sup>98</sup> בעבר חילקו רוב המדינות את הרכוש שנצבר במהלך הנישואים (להלן: הרכוש המשפחתי) בהתאם לעקרונות המסורתיים של המשפט המקובל, שקבעו משטר של הפרדה רכושית. מדינות אלה התייחסו לרכוש המשפחתי כאל רכוש הנפרד והפרטי של כל אחד מבני-הזוג (separate property), אלא אם כן פעלו בני-הזוג ליצור אותו כרכוש משותף. שיטה זו הותירה את רוב הרכוש המשפחתי בידי מי שרכש אותו בפועל ורשם אותו על שמו.<sup>99</sup> לעומת זאת, שיטת הרכוש המשותף, שנהגה בכמה מדינות ספורות, הניחה הנחה הפוכה שלפיה כל הרווחים הנצברים בידי כל אחד מבני-הזוג במהלך נישואיהם שייכים לרכוש המשפחתי (community property), וכל בן-זוג זכאי למחצית רכוש זה. במדינות ששיטה זו חלה בהן גם כיום השיתוף הוא אובליגטורי, והרכוש מתחלק חצי בחצי מבחינת שוויו.<sup>100</sup> מדינות אלה משתמשות בתשלום דמי מזונות כאמצעי לאזן את הרכוש שבידי בני-הזוג במקרה שאין רכוש בנמצא.<sup>101</sup>

לימים עברו מדינות "המשפט המקובל" למשטר רכושי המחלק את הרכוש המשפחתי על-פי דוקטרינה אחרת הנקראת "חלוקה הוגנת" (equitable distribution). בית-המשפט משקלל פרמטרים רבים למדי,<sup>102</sup> ומשתדל לחלק את הרכוש המשפחתי

98 ראו, לדוגמה: *Simms v. Simms*, 175 U.S. 162, 167 (1899) ("the whole subject of the domestic relations of husband and wife, parent and child, belongs to the laws of [each] state, and not to the laws of the United States"); *Boddie v. Connecticut*, 401 U.S. 371, 376 (1971).

99 דמי המזונות (אשר כונו בתחילה alimony ובהמשך "spousal support" או "spousal maintenance") היו סעד כספי שמטרתו לפצות את האישה על חוסר האיזון בחלוקת הרכוש.

100 *Principles of the Law of Family Dissolution: Analysis and Recommendations*, 8 DUKE J. GENDER L. & POL'Y 1, 20 (2001).

101 *Adrianen M. Morse Jr., Fault: A Viable Means of Re-Injecting Responsibility in Marital Relations*, 30 U. RICH. L. REV. 605, 642 (1996): "In view of the lack of property available to most couples for division upon divorce, alimony should become the courts' primary tool in fixing equitable results upon divorce"

102 Unif. Marriage and Divorce Act § 307, 9A U.L.A., Alt. A (1987): "age, health, station, occupation, amount and sources of income, vocational skills, employability, estate, liabilities, and needs of each of the parties... and the opportunity of each for future acquisition of capital assets and income" ראו גם: *Principles of the Law of Family*

משפט ועסקים טז, תשע"ד יחסים מחוץ לנישואים כשיקול בחלוקת הרכוש המשפחתי

באופן הוגן וצודק, ולא בהכרח "שווה".<sup>103</sup> ייתכן בהחלט שחלוקה של אִם שהייתה עקרת־בית וויתרה על פיתוח קריירה אישית יהיה גדול ממחצית הרכוש המשפחתי,<sup>104</sup> אך ייתכן גם שהוא יהיה נמוך ממחצית הרכוש המשפחתי.<sup>105</sup> חמש מבין מדינות "הרכוש המשותף" צעדו בעקבותיהן, ואימצו גם הן את שיטת "החלוקה ההוגנת" תחת "חלוקה שווה" ("equitably" rather than "equally"). שיטת "החלוקה ההוגנת" היא השיטה השלטת כיום בכל מדינות ארצות־הברית, למעט שלוש מדינות שנותרו בשיטת השיתוף המלא (equal division).<sup>106</sup> שיטת "החלוקה ההוגנת" עשויה לייתר תשלום מזונות לאחר הנישואים.<sup>107</sup>

ברם, הקונסנזוס בין מדינות אלה אינו כה רחב. במדינות שבהן נהגה בעבר שיטת "הרכוש המשותף", השיתוף כיום אינו רק בשעת הגירושים, אלא גם במהלך הנישואים. כלומר, גם במהלך הנישואים אין בן־הזוג שעל שמו רשום הנכס רשאי למוכרו לאִחָר על דעת עצמו, מכיוון שהשיתוף הוא בכל רגע נתון, ולא רק בשלב פירוק הנישואים. לעומתן, מדינות שבהן נהגה בעבר שיטת "המשפט המקובל" משמרות כיום את התפיסה המסורתית של הפרדה רכושית בכל השלבים האחרים של חיי הנישואים למעט שלב הגירושים. נקודות מוצא שונות אלה מובילות לתוצאות שונות כאשר עורכים "חלוקה הוגנת". כך, למשל, שיטת "החלוקה ההוגנת" מתחבטת כיצד לסווג רכוש הרשום על שם בן־זוג אחד: מדינות שבהן נהגה בעבר שיטת "הרכוש המשותף" נוטות להכליל את הנכס ברכוש המשותף, ואילו מדינות "המשפט המקובל" נוטות לראותו כנכס נפרד. בררת־המחדל המקובלת של שיטת "החלוקה ההוגנת" היא חלוקה שווה. בררת־מחדל זו מגובשת יותר במדינות המוציאות נכס שהתקבל בירושה או נכס שנרכש לפני הנישואים מכלל הרכוש המשפחתי.<sup>108</sup> כזו היא, למשל, מדינת קליפורניה, אשר קובעת חלוקה שווה בכל המקרים אולם בד בבד מבחינה מפורשות בין רכוש משפחתי המתחלק שווה

*Dissolution: Analysis and Recommendations* (Proposed Final Draft: Part I, 1997) (להלן:

*ALI Principles* 1997.

103 ראו, לדוגמה: N.D. Cent. Code 14-05-24 (1991): "when a divorce is granted, the court shall make such equitable distribution of the property and debts of the parties"

104 ראו, למשל: *Schmidkunz v. Schmidkunz*, 529 N.W.2d 857, 860 (N.D. 1995).

105 *Giammarco v. Giammarco*, 959 A.2d 531 (R.I. 2008), שם העניק בית־המשפט לאישה רק 35% מהרכוש המשפחתי, בטענה כי היא סייעה פחות בצבירתו.

106 *Principles of the Law of Family Dissolution: Analysis and Recommendations*, לעיל ה"ש 100, בעמ' 20–21.

107 Brooke Grossman, *The Evolution of Equitable Distribution in New York*, 62 N.Y.U. ANN. SURV. AM. L. 607, 625 (2007): "Equitable division of assets acquired during the marriage replaced alimony, the traditional method of support. The purpose of equitable distribution was to 'recognize that when a marriage ends, each of the spouses... has a stake in and a right to a share of the marital assets accumulated while it endured'"

108 *Principles of the Law of Family Dissolution: Analysis and Recommendations*, לעיל ה"ש 100, בעמ' 21.

בשווה (equally-divided community property) לבין רכוש נפרד ופרטי, שאינו נכלל ברכוש המשפחתי. לעומת זאת, מדינת ניו-יורק חשבה לעשות מהפכה ולעבור משיטת הרכוש הנפרד לשיטת "החלוקה השווה" של הרכוש המשפחתי. לבסוף היא התפשרה ואימצה את השיטה שבתווך – שיטת "החלוקה ההוגנת". כעבור עשר שנים נהפכו מושגים אלה בפועל לחופפים כמעט.<sup>109</sup>

הואיל וברוב המדינות בררת-המחדל של שיטת "החלוקה ההוגנת" היא "החלוקה השווה", השאלה העיקרית היא אימתי בית-המשפט רשאי לחלק את הרכוש לא באופן שווה, ולענייננו, אילו התנהגויות בית-המשפט רשאי לשקלל במסגרת חלוקת הרכוש. מתברר כי התשובה אינה פשוטה. חוקי המדינות מותירים שיקול-דעת נרחב לבתי-המשפט, ולכן ההחלטות שהתקבלו עד היום אינן מספקות קני-מידה ברורים. יתר על כן, בשני העשורים האחרונים נכללו בחלוקת הרכוש המשפחתי מרכיבים נוספים, כגון יכולת השתכרות, מוניטין והון אישי. הדבר תרם לשינויים במתווה של חלוקת הרכוש, והקשה עוד יותר קביעת קווים מנחים. מובן שהתשובות לשאלות אלה מושפעות גם מהשקפת החברה בנוגע ליחידה המשפחתית<sup>110</sup> ובנוגע לתפקידיו ולמחויבותו של כל אחד מבני-הזוג כלפי יחידה זו.<sup>111</sup>

## 2. מהפכת הגירושים לא על-פי אשמה

בטרם ננתח את המצב המשפטי במדינות ארצות-הברית בסוגיה דנן, נקדים ונתאר בתמצית את המצב המשפטי בסוגיה אשר קודמת לה בזמן ומשליכה עליה רבות: שיקולי אשמה במסגרת הליכי הגירושים גופם. במהלך שנים רבות שיטת הגירושים המקובלת הייתה גירושים על-פי אשמה (Fault Divorce). כלומר, בן-זוג היה רשאי לעתור לפירוק נישואיו אך ורק אם הצביע על אשמה אצל בן-זוגו.<sup>112</sup> אשמה זו הייתה יכולה להיות מבוססת על יחסים מחוץ לנישואים, נטישה, התעללות פיזית ועוד. בן-זוג לא היה רשאי

109 Grossman, לעיל ה"ש 107, בעמ' 608: "Although hailed as a radical change, the equitable distribution statute was actually a political compromise between reformers who wanted to establish a system of equal distribution and those who did not want to change the property distribution scheme at all"

110 *Desnoyers v. Desnoyers*, 530 N.Y.S.2d 906, 908 (App. Div. 1988): "[Equitable distribution] was not designed to punish parties for their actions but to treat the marriage as an economic partnership and recognize each party's contribution thereto"

111 *Ferguson v. Ferguson*, 639 So. 2d 921, 928 (1994): "Among the factors for equitable division of marital property is each spouse's contribution to the harmony and stability of the marriage"

112 Allen M. Parkman, *Reforming Divorce Reform*, 41 SANTA CLARA L. REV. 379, 379 (2001): "For most of the history of the United States, it was difficult to dissolve a marriage because plaintiffs had to prove that their spouses had committed acts that constituted fault grounds for divorce"

לעתור לגירושים רק משום שהחליט כי הוא אינו מסתדר עוד עם בן-זוגו או חדל לאהוב אותו.<sup>113</sup> באופן פרדוקסלי, אף אם שני בני-הזוג הגיעו למסקנה כזו, הם לא היו רשאים להגיש בקשה משותפת לגירושים אלא אם כן נמצאה אצל מי מהם אשמה. הגבלות אלה שיקפו את האינטרס הציבורי החזק בשמירת מסגרת הנישואים כיסוד וכבסיס להתפתחותה של החברה.<sup>114</sup> אינטרס זה בא לידי ביטוי גם בפסיקתו של בית-המשפט העליון בארצות-הברית.<sup>115</sup> הצרת הגישה להליך הגירושים, והגבלתו לנסיבות מוגדרות המבוססות על אשמה, שיקפו אינטרס זה.<sup>116</sup>

אולם הגבלות אלה עוררו ביקורת רבה ברחבי ארצות-הברית.<sup>117</sup> הביקורת טענה כי דרישת ה"אשמה" גורמת לכיעורם של הליכי הגירושים, מחריפה את העוינות בין בני-הזוג,<sup>118</sup> מעודדת עדויות-שקר,<sup>119</sup> מובילה בני-זוג ליצירת קנוניה של אשמה כדי לקבל פסק גירושים,<sup>120</sup> מאלצת בני-זוג לחיות יחד אף שאין ביניהם כל קשר משמעותי, מובילה בסופו של דבר לזילות ההליך המשפטי ועוד.<sup>121</sup> נוסף על כך, מחקרים סוציולוגיים מלמדים כי נישואים מתפרקים כתוצאה מפערים בין בני-הזוג בגישתם לחיים, באישיותם או בגין קשיים אחרים, ולא דווקא כתוצאה מאירוע התנהגותי זה או אחר.<sup>122</sup>

מדינת קליפורניה הייתה הראשונה שחוקקה במשפט מדינתה את שיטת הגירושים לא על-פי אשמה (No-Fault Divorce), שעל-פיה בן-זוג רשאי לעתור לפירוק נישואיו, ואין הוא נדרש להצביע לשם כך על דופי שמצא בבן-זוגו. כאמור, דיני המשפחה

---

JUDY PAREJKO, *STOLEN VOWS: THE ILLUSION OF NO-FAULT DIVORCE AND THE RISE OF* 113  
*THE AMERICAN DIVORCE INDUSTRY* 72 (2002).

Jana B. Singer, *The Privatization of Family Law*, 1992 WIS. L. REV. 1443, 1471 114

Maynard v. Hill, 125 U.S. 190, 211 (1888): "[Marriage]... is an institution, in the 115  
maintenance of which in its purity the public is deeply interested, for it is the foundation of  
the family and of society, without which there would be neither civilization nor progress"

Brown v. Brown, 281 S.W.2d 492, 498 (Tenn. 1955) 116

Peter Nash Swisher, *The ALI Principles: A Farewell to Fault – But What Remedy for the* 117  
*Egregious Marital Misconduct of an Abusive Spouse?*, 8 DUKE J. GENDER L. & POL'Y 213,  
213 (2001)

Lynn D. Wardle, *Divorce Violence and the No-Fault Divorce Culture*, 1994 UTAH L. REV. 118  
741, 741 (1994)

Parkman, לעיל ה"ש 112, בעמ' 384. 119

ידוע במיוחד המקרה של אישה שנשכרה למאה מקרים של בגידות מתועדות כדי להבטיח גירושים: 120

Michelle L. Evans, *Wrongs Committed During a Marriage: The Child that No Area of the*  
*Law Wants to Adopt*, 66 WASH. & LEE L. REV. 465, 473 (2009)

MARY ANN GLENDON, *THE TRANSFORMATION OF FAMILY LAW* 191 (1989) 121

Michael Grossberg, *How to Give the Present a Past? Family Law in the United States*, 122  
*1950–2000*, in CROSS CURRENTS: FAMILY LAW AND POLICY IN THE US AND ENGLAND 3,  
18 (Sanford N. Katz, John Eekelarr & Mavis Maclean eds., 2000)

מסורים לחקיקתה העצמאית של כל מדינה ומדינה,<sup>123</sup> אולם קיימים גופים המתכנסים מדי תקופה ומגבשים הצעות חקיקה המוצעות לכל המדינות, והללו מחליטות אם לאמץ בחקיקתן. כזה הוא, למשל, ה-National Conference of Commissioners of Uniform State Laws (NCCUSL), אשר מינה ועדה לניסוח קוד אחד בענייני נישואים וגירושים. גוף זה ניסח את ה-Uniform Marriage and Divorce Act (להלן: UMDA), אשר אושר בשנת 1970. קוד אחד זה המליץ לעבור לשיטה של גירושים לא על-פי אשמה או גירושים לאחר תקופת פירוד של 180 יום או במקרה של חילוקי-דעות קשים. במקביל, השקפת החברה ביחס ליחידה המשפחתית התחלפה, וזו לא נתפסה עוד כיחידה אחת עצמאית עם לב אחד, כי אם כשותפות בין שני פרטים שלכל אחד מהם רצונות ושאיפות משל עצמו.<sup>124</sup> אשר על-כן ניתן לסיימה על-פי רצונו ויוזמתו של כל אחד מבני-הזוג כאשר מסגרת הנישואים אינה ממלאת עוד את צרכיו ושאיפותיו.<sup>125</sup>

מהפכת הגירושים לא על-פי אשמה סחפה את כל המדינות. בזו אחר זו הן אימצו את ההמלצות בחקיקתן, ועד שנת 1985 הושלם אימוץ השיטה בכולן.<sup>126</sup> מאותו מועד ואילך כל בן-זוג רשאי לעתור לפסק גירושים, אף אם רעהו אינו מעוניין כלל להתגרש, ואף אם לא נמצא בו כל דופי. מינוח האשמה בהליכי גירושים התחלף במינוח של העדר אשמה, ומונחים דוגמת "פערים שאינם ניתנים לגישור", "חוסר התאמה", "משבר נישואים שאין לו תקנה", "פרידה רצונית למשך פרק-זמן הקבוע בחוק" ועוד נהפכו למונחים הרלוונטיים בהליכי הגירושים. המדינות כולן תלו תקוות גדולות במהפכה זו, ציפו כי היא תקל על משפחות במשבר, ותסייע בידי בני-זוג לסיים את נישואיהם בהליך מהיר. בחלק מהמדינות כללה מהפכה זו ביטול מוחלט של טענת האשמה במהלך הגירושים, ולא רק במסגרת מסלולים חלופיים.<sup>127</sup>

123 ראו לעיל ה"ש 98.

124 Eisenstadt v. Baird, 405 U.S. 438, 453 (1972): "Yet the marital couple is not an independent entity with a mind and heart of its own, but an association of two individuals each with a separate intellectual and emotional makeup"

125 Bradford, לעיל ה"ש 1, בעמ' 611.

126 Karen Turnage Boyd, *The Tale of Two Systems: How Integrated Divorce Laws Can Remedy the Unintended Effects of Pure No-Fault Divorce*, 12 CARDOZO J.L. & GENDER 609, 612 (2006): "By 1985, all fifty states had some form of no-fault divorce in place"

127 Ira Mark Ellman & Sharon Lohr, *Marriage as a Contract, Opportunistic Violence, and Other Bad Arguments for Fault Divorce*, 1997 U. ILL. L. REV. 719, 722 (1997). ראו גם: Linda D. Elrod: N.C. Gen. Stat. 50-6 (2005); N.C. Gen. Stat. 50-5.1 (2005). ראו, לעומת זאת: & Timothy B. Walker, *Family Law in the Fifty States*, 27 FAM. L.Q. 515, 661 (1994): "Thirty states currently retain fault grounds while also affording no-fault alternatives"



### 3. מהפכת הגירושים לא על-פי אשמה – החלום ושברו

כשלושים שנה בלבד לאחר המהפכה המיוחלת נוכחו הכל לראות ולהפנים את תרומתה – בין יתר הגורמים – להרחבת תופעת הגירושים: שיעורם של הליכי הגירושים הלך וגדל, עד שכיום הוא עומד על כשני שלישים מהזוגות הנישואים.<sup>128</sup> בכך אין פלא לנוכח העובדה שמסגרת הנישואים ניתנת כיום לפירוק ביוזמתו הבלעדית של כל אחד מבני-הזוג, אף אם בן-זוגו התנהג התנהגות זוגית למופת.<sup>129</sup> המוסרות וההגבלות המשפטיות שהוטלו בעבר על בן-זוג שחפץ לסיים את קשר נישואיו הוסרו ואינם, והליך הגירושים נהפך בעקבות המהפכה לבר-השגה בקלות יחסית. בן-הזוג החפץ להתגרש אינו צריך להוכיח כי בן-זוגו "אשם", אלא די בכך שיאמר כי הוא חפץ לנתק את קשר נישואיו. לעומתו, בן-זוג החפץ בהמשך קשר הנישואים אף אם בן-זוגו "אשם" ניצב במצב של הפסד בכל תסריט אפשרי. מחד גיסא, אין הוא יכול למנוע את פירוק הנישואים ביוזמת בן-זוגו האשם, ומאידך גיסא, אם ירצה הוא עצמו לפתוח הליך גירושים, הוא לא יוכל להעלות את אשמת בן-זוגו כשיקול לטובתו. מהפכה זו, אשר הקלה על יוזם הליך הגירושים, תרמה לחוסר יציבות ולחוסר ביטחון במסגרת הנישואים.<sup>130</sup> המהפכה גם תרמה לעובדה שהסנקציות החברתיות נגד הגירושים הלכו ונחלשו. הליכי הגירושים לא התמתנו, כפי שקיוו דורשי המהפכה ומייחליה; אדרבה, הדיונים לאחר הגירושים הלכו והתרבו, ונהיו עוינים לא פחות.<sup>131</sup> יתר על כן, מחקרים סוציולוגיים מלמדים כי קשיים כלכליים, עוני, בעיות רפואיות ושיעור תמותה גבוה מאפיינים בני-זוג גרושים הרבה יותר מאשר בני-זוג נשואים, כך שעצם הגברת שכיחותם של הגירושים על-ידי מהפכת הגירושים לא על-פי אשמה טומנת בחובה פגיעה באיכות חייהם של בני-הזוג.<sup>132</sup> לנוכח תופעות שליליות אלה החלו מלומדים אמריקאים לא-מעטים לבקר את מהפכת הגירושים לא על-פי אשמה, וחלקם אף טוענים לכשלונה.<sup>133</sup> מחקרים מראים כי

Katherine Shaw Spaht, *Revolution and Counter-Revolution: The Future of Marriage in the* 128  
*Law*, 49 LOY. L. REV. 1, 18 (2003).

Wardle, לעיל ה"ש 118, בעמ' 766.

Lynn D. Wardle, *Marriage and Domestic Violence in the United States: New Perspectives* 130  
*About Legal Strategies to Combat Domestic Violence*, 15 ST. THOMAS L. REV. 791, 802–  
803 (2003).

Lynn D. Wardle, *No-Fault*: 95% מהגירושים לפני המהפכה נעשו כמעט ללא התנגדות. ראו:  
*Divorce and the Divorce Conundrum*, 1991 B.Y.U. L. REV. 79, 103 (1991).

Stephen J. Bahr, *Social Science Research on Family Dissolution: What It Shows and How* 132  
*It Might Be of Interest to Family Law Reformers*, 4 J. L. & FAM. STUD. 5, 8 (2002).

Lynne Marie Kohm, *Does Marriage Make Good Business? Examining the Notion of*  
*Employer Endorsement of Marriage*, 25 WHITTIER L. REV. 563, 587 (2004).

COUNCIL ON FAMILIES IN AMERICA, *MARRIAGE IN AMERICA: A REPORT TO THE NATION* 133  
1 (1995): "The divorce revolution – the steady displacement of a marriage culture by a  
culture of divorce and unwed parenthood – has failed. It has created terrible hardships for

מחצית האמריקאים כיום מעדיפים שינויים בדיני הגירושים, ומבקשים להגביל בחזרה את היכולת להתגרש.<sup>134</sup> מדינות מסוימות<sup>135</sup> אף אימצו וחוקקו במשפט מדינתם מוסד חדש בשם "נישואי ברית" (covenant marriage), שלפיו בני-זוג רשאים להגביל מראש מיוזמתם את הליך הגירושים העתידי, ולאפשרו רק על בסיס אשמה.<sup>136</sup> מאידך גיסא, יש מקום לבחון אם המציאות עובר למהפכה, שבה לא אפשרו לבני-זוג להתגרש, אכן תרמה לרווחה בחיי הנישואים. הספרות האמריקאית אינה חדלה לעסוק במהפכה זו, שולליה מכאן ומצדדיה מכאן,<sup>137</sup> אך לענייננו די לנו בסקירה עד כה, שכן כל היזקקותנו לנושא זה אינה אלא כדי להבין את הרקע ואת השינויים שחלו במשקלה של האשמה במסגרת הליכי פירוקו של התא המשפחתי.

#### 4. שיקולי אשמה במסגרת חלוקת הרכוש המשפחתי – הדין הפוזיטיבי

עד שנת 1968 שקללו כל המדינות אשמה במסגרת חלוקת הרכוש המשפחתי, כשם שהן שקללו אשמה במסגרת פסיקתם לגירושים.<sup>138</sup> עם השלמתה של מהפכת הגירושים לא על-פי אשמה, בחנו המדינות אם להרחיב את העקרונות של "העדר אשמה" וליישם גם במסגרת חלוקת הרכוש.<sup>139</sup> סעיפים 307 ו-308 של ה-UMDA<sup>140</sup> קבעו כי חלוקת הרכוש המשפחתי כמו-גם קביעת דמי המזונות ייעשו ללא התחשבות בהתנהגות פסולה בחיי הנישואים. כך קבע גם ה-Uniform Marital Property Act (להלן: UMPA). על המלצות אלה נוספו ה- American Law Institute's Principles of the Law of Family

---

children, incurred unsupportable social costs, and failed to deliver on its promise of greater adult happiness. The time has come to shift the focus of national attention from divorce to marriage and to rebuild a family culture based on enduring marital relationships"

134 Parkman, לעיל ה"ש 112, בעמ' 398.

135 ארקנסו, אריזונה ולואיזיאנה.

136 Lynne Marie Kohm, *A Comparative Survey of Covenant Marriage Proposals in the United States*, 12 REGENT U. L. REV. 31 (1999/2000)

137 Bradford, לעיל ה"ש 1, בעמ' 607.

138 Lynn D. Wardle, *Beyond Fault and No-Fault in the Reform of Marital Dissolution Law*, in Arnold v. RECONCEIVING THE FAMILY 9, 10 (Robin Fretwell Wilson ed., 2006) ראו גם: Arnold, 174 P.2d 674, 676 (Cal. Ct. App. 1946): "It obviously follows that where the divorce is granted on the more heinous ground of adultery as well as for extreme cruelty the amount awarded to the innocent party should be greater than if granted on the ground of cruelty alone"

139 Ira Mark Ellman, *The Place of Fault in a Modern Divorce Law*, 28 ARIZ. ST. L.J. 773, 782 (1996): "Essentially all the American states moved to laws that allowed divorce on no-fault grounds in the 1970s and early 1980s, and as they did so they made choices about whether to apply the no-fault principle to property and alimony as well. Few have revisited those choices"

140 Unif. Marriage and Divorce Act §§ 307, 308(b), 9A U.L.A. 147 (1987)

משפט ועסקים טז, תשע"ד יחסים מחוץ לנישואים כשיקול בחלוקת הרכוש המשפחתי

Dissolution (להלן: עקרונות ה-ALI).<sup>141</sup> עקרונות אלה אינם דבר חקיקה, אולם יש להם משקל משמעותי בחקיקתן של המדינות.<sup>142</sup> עקרונות ה-ALI צעדו בדרכן של המלצות ה-UMDA וה-UMPA, ניסו להשלים את מהפכת ה-No Fault,<sup>143</sup> וקבעו גם הם כי אין לשקלל כלל את האשמה במסגרת חלוקת הרכוש המשפחתי.<sup>144</sup> הרציונל שביסוד הכללים הללו נתמך על-ידי יסודות שונים: (א) האחידות והעקביות שהושגו עם מהפכת הגירושים לא על-פי אשמה; (ב) העובדה שמערכת הפיצוי הרכושי נועדה לפיצוי בגין נזק כלכלי בלבד, ולא לפיצוי בגין התנהגות לא-ראויה; (ג) ביטול החסינות מפני תביעות בין-בני-זוג, המאפשר לתבוע את בן-הזוג בתביעת נזיקין בגין התנהגות לא-ראויה במהלך הנישואים.<sup>145</sup>

כאמור, רוב-רובן של מדינות ארצות-הברית עברו לשיטת "החלוקה ההוגנת". עם זאת, המדינות נבדלות זו מזו בנקודת המוצא, וזו משליכה על בררת-המחדל. מדינות התופסות את הרכוש המשפחתי כרכוש משותף מאמצות את "החלוקה השווה" כבררת-המחדל של שיטת "החלוקה ההוגנת". לפי תפיסה זו, בית-המשפט אינו מעביר נכסים מבן-זוג אחד לרעהו, אלא מחלק את הרכוש בין בעליו. מדינות אלה נוטות לא לשקלל אשמה במסגרת חלוקת הרכוש:

"As common-law states moved from the traditional title system to the modern system of equitable distribution of marital property, some also internalized the community property view that the spouses jointly own property acquired during marriage through the labor of either of them. Under this view spousal claims on the property at divorce are legal rather than equitable: The court is not transferring assets from the true owner to his or her spouse in recognition of the claimant's compelling equitable claims, but is rather dividing the

---

*Principles of the Law of Family Dissolution: Analysis and Recommendations* 4.15 141  
(Proposed Final Draft, 2000). פרופ' Ellman, העורך הראשי של המלצות אלה, מתייחס אליהן

במאמרו לעיל ה"ש 139, בעמ' 776.

Swisher, לעיל ה"ש 117, בעמ' 217: ALI "First, it is important to note that this particular ALI project is not a Restatement of the Law, but instead proposes various 'principles' of family law which 'give greater weight to emerging legal concepts than does a Restatement'"

RECONCEIVING THE FAMILY: CRITIQUE ON THE AMERICAN LAW INSTITUTE'S PRINCIPLES 143  
OF THE LAW OF FAMILY DISSOLUTION 249 (Robin Fretwell Wilson ed., 2006)

ALI Principles 1997 § 1, Topic 2, at 43 144  
Evans גם Evans, לעיל ה"ש 120, בעמ' 479: "According to the American Law Institute, noneconomic fault – such as adultery, cruelty, or abandonment – is not a legitimate consideration during the divorce proceeding"

ALI Principles 1997 § 1, Topic 2, at 44 145

property between its two joint owners, an exercise in which the marital misconduct of the parties seems largely irrelevant."<sup>146</sup>

לעומתן, מדינות אשר בבסיס החלטתן להנהיג את "החלוקה ההוגנת" עומדים עקרונות המשפט המקובל המסורתיים כנקודת מוצא אינן מאמצות כברת-המחדל את החלוקה השווה, כי אם את ההפרדה הרכושית. לפי תפיסה זו, בית-המשפט מעביר נכסים מבין-זוג אחד לרעהו במסגרת חלוקת הרכוש. מדינות אלה נוטות יותר להתחשב באשמה בעת חלוקת הרכוש:

"There is indeed an apparent overlap between the fifteen states that allow consideration of fault in the allocation of property at divorce and those common law states that have been most resistant generally to moving from the common law marital property system to the marital property idea of joint ownership."<sup>147</sup>

כעת נבחן כיצד המלצות אלה, על מקורותיהן השונים, והרציונל שבבסיס שיטת החלוקה של הרכוש המשפחתי השפיעו בפועל על משפטן של המדינות בשאלת שקלול האשמה במסגרת חלוקת הרכוש. נקדים ונאמר כי כל המדינות נוטות לשקלל בחלוקת הרכוש אשמה אשר הובילה לפגיעה כלכלית (economic misconduct) והקטינה את הרכוש המשפחתי העומד לחלוקה בין בני-הזוג.<sup>148</sup> לעומת זאת, המדינות נבדלות זו מזו בהתייחסותן לאשמה אשר לא הובילה לפגיעה ברכוש המשפחתי, כי אם לפגיעה בערכי המשפחה. עם התנהגויות הנושאות אשמה כזו ניתן למנות יחסים מחוץ לנישואים, נטישה, התעללות פיזית ומנטלית ועוד.

מלומדי המשפט האמריקאי נחלקים בשאלה כיצד לסווג את המדינות בהקשר זה. פרופ' Ellman – העורך הראשי (Chief Reporter) של עקרונות ה-ALI – מחלק את המדינות בארצות-הברית לחמש קטגוריות שונות בהתאם למידת התחשבותן באשמה בעת חלוקת הרכוש המשפחתי וקביעת תשלום המזונות:<sup>149</sup>

146 *Principles of the Law of Family Dissolution: Analysis and Recommendations*, לעיל ה"ש 100, בעמ' 43. ניתוח זה של המצב מקובל על פרופ' Ellman, העורך הראשי של ההמלצות, וכך הוא כותב במאמרו, לעיל ה"ש 139, בעמ' 783: "Joint ownership of marital property is nonetheless the divorce law vision of many common law states today, and their adoption of the joint ownership conception at dissolution has apparently encouraged a no-fault approach to its allocation".

147 Ellman, לעיל ה"ש 139, בעמ' 783.

148 Barbara Bennett Woodhouse & Katharine T. Bartlett, *Sex, Lies, and Dissipation: The Discourse of Fault in a No-Fault Era*, 82 GEO. L.J. 2525, 2528 (1994); *Smith v. Smith*, 438 S.E.2d 457, 458 (N.C. App. 1994).

149 חלוקה זו לחמש קטגוריות אומצה גם על-ידי ה-ALI.

משפט ועסקים טז, תשע"ד יחסים מחוץ לנישואים כשיקול בחלוקת הרכוש המשפחתי

1. pure no-fault – עשרים מדינות שאינן משקללות כלל את האשמה במסגרת חלוקת הרכוש וקביעת המזונות. מדינות אלה אימצו את התפיסה של ה-UMDA.
2. pure no-fault property, almost pure no-fault alimony – חמש מדינות שאינן משקללות אשמה כלל במסגרת חלוקת הרכוש וכמעט אינן משקללות אשמה במסגרת קביעת המזונות.
3. almost pure no-fault – קבוצה זו, הכוללת שלוש מדינות, קרובה מאוד לקבוצה הראשונה, אולם יש בה אפשרות קלה לשקלל אשמה (כגון אלימות קשה או ניסיון לרצח) בחלוקת הרכוש.
4. no-fault property, full-fault in alimony – שבע מדינות שאינן משקללות כלל אשמה בחלוקת הרכוש אך משקללות אשמה בקביעת המזונות.
5. full-fault – חמש-עשרה מדינות אלה מעניקות לבתי-המשפט שיקול-דעת מלא לשקלל בחלוקת הרכוש ובקביעת שיעור המזונות כל התנהגות זוגית לא-ראויה.

בעקבות ניתוח זה סיכם Ellman את הדברים ואמר כי שלושים וחמש מדינות דחו את מושג האשמה גם ממסגרת חלוקת הרכוש. לדעתו, כפי שגם המליץ בעמודים הראשונים של עקרונות ה-ALI, אף על שאר המדינות ללכת בדרך זו. ניתוח זה מקובל אף בכמה בתי-משפט ברחבי ארצות-הברית, ואחד מהם אף ציין כי רוב שיטות המשפט האמריקאיות אוסרות התחשבות באשמה כגורם בחלוקת הרכוש.<sup>150</sup> בעקבות פסיקה זו הוסיפו מלומדים אחרים וטענו כי רוב המדינות מסרבות לשקלל אשמה גם כאשר מדובר באשמה חמורה (egregious fault).<sup>151</sup>

אולם מלומדים אחרים מבקרים את ניתוחו זה של Ellman. לטענתם, התמונה שהוא מתאר אינה משקפת כלל את המציאות.<sup>152</sup> פרופ' Swisher, למשל, טוען כי אם ניתן להצביע על מגמה, היא דווקא המגמה הפוכה, שלפיה יש לשקלל אשמה במסגרת חלוקת הרכוש.<sup>153</sup> בסיכום מאמרו חלק Swisher מפורשות על התמונה הנשקפת

---

150 Sparks v. Sparks, 485 N.W.2d 893, 909 (Mich. 1992) (להלן: עניין Sparks).

151 Jeannette C. Griff, *How Fault Remains a Factor in Property Division Upon Divorce: An Analysis of Equitable Distribution in Michigan After Sparks v. Sparks*, 71 U. DET. MERCY L. REV. 421, 450 (1994).

152 June Carbone, *Economics, Feminism, and the Reinvention of Alimony: A Reply to Ira Ellman*, 43 VAND. L. REV. 1463 (1990); Carl E. Schneider, *Rethinking Alimony: Marital Decisions and Moral Discourse*, B.Y.U. L. REV. 197 (1991).

153 Peter Nash Swisher, *Marriage and Some Troubling Issues with No-Fault Divorce*, 17 REGENT U. L. REV. 243, 249 (2004/2005): "Thus, if there is an arguable majority 'trend' today, it is to retain fault factors in divorce as one of many statutory factors that state courts will still consider in determining spousal support rights, the division of marital property, or both".

מעקרונות ה-ALI, וטען כי רוב המדינות משקללות אשמה במסגרת חלוקת הרכוש.<sup>154</sup> בהתייחס ספציפית ליחסים מחוץ לנישואים, הוסיף Swisher וטען כי אם הללו תורמים במידה משמעותית לפירוק הנישואים, הם ייחשבו גורם אשמה רלוונטי ברוב שיטות המשפט.<sup>155</sup> המלומד Goldberg מנתח את התפלגות המדינות בצורה דומה.<sup>156</sup> בין עמדותיהם הקוטביות של Ellman ו-Swisher ניצבות עמדות ביניים, אשר מנתחות ומסווגות את הנתונים באופן מאוזן יותר. כך, למשל, כותב Turner:

"Out of the forty-nine jurisdictions which permit the trial court to divide marital property equitably, twenty-seven do not permit consideration of fault that has no economic impact."<sup>157</sup>

Wardle רואה את הדברים באופן דומה:

"[T]hirty states allow consideration of marital misconduct in both alimony and property disputes (fifteen states), or in alimony but not property contests..."<sup>158</sup>

בפרק השלישי של המאמר ננתח עמדות אלה, ונראה כי ההבדל בין המלומדים בסיווג המדינות נובע לא רק מניתוח שונה של הנתונים העובדתיים בשטח, כי אם גם מהשקפתם הערכית על מבנה המשפחה ומקומה בעידן המודרני.

154 שם, בעמ' 258 (ההדגשות במקור): "What these commentators largely ignore, however, is that thirty-five years after the so-called no-fault divorce 'revolution,' only a small minority of states – about fifteen – are 'true' no-fault jurisdictions, while a majority of states *still* retain alternative fault grounds for divorce, and *still* consider marital fault factors in determining spousal support and the distribution of marital property on divorce. Indeed, forty-two states *still* continue to evaluate a spouse's noneconomic contributions to the marriage and the well-being of the family, in spite of the *Principles'* arguments to the contrary"

155 שם, בעמ' 257, תוך שהוא מפנה (בה"ש 80) לדברי החקיקה המדינתיים הבאים: GA. CODE ANN. § 19-6-1 (2004); MASS. GEN. LAWS ANN. ch. 208, § 34 (West 1998); 23 PA. CONS. STAT. ANN. § 3701(b)(14) (West 2001).

156 BARTH H. GOLDBERG, VALUATION OF DIVORCE ASSETS § 1:34 (rev. ed. 2005): "Unfortunately, fault remains a major issue for consideration in many jurisdictions, even though it was presumed that with the passage of the Uniform Property Act its importance would become insignificant. However, this presumption has proved fallacious. In fact, as of 1985 only seventeen states have statutes expressly excluding marital fault from the factors to be considered upon dissolution, while sixteen states now permit it to be a factor among others to be considered, and only six remain silent on the subject"

157 Brett R. Turner, *The Role of Marital Misconduct in Dividing Property Upon Divorce*, 15 DIVORCE LITIGATION 117, 117 (2003).

158 Wardle, לעיל ה"ש 138, בעמ' 15.

האשמה היא רק אחד הגורמים שיש להתחשב בהם במסגרת חלוקת הרכוש. כך, למשל, במישיגן הפכה ערכאת הערעור החלטה שנתנה לאישה רק רבע מהרכוש עקב יחסיה מחוץ לנישואים. ערכאת הערעור ציינה כי ערכאה קמא נתנה לאשמה זו משקל רב מדי, ולא התחשבה בגורמים אחרים.<sup>159</sup> במיזורי העניק בית-משפט לאישה 63% מהרכוש משהתברר כי לבעל יש ילד מחוץ לנישואים.<sup>160</sup> בית-המשפט לערעורים של וירג'יניה העניק לאישה חלק גדול יותר ברכוש לנוכח בגידה רבת שנים של הבעל, אף שלא הייתה לכך השפעה כלכלית.<sup>161</sup>

לעומת זאת, במדינות אחרות אשמה החותרת תחת יחסי הזוגיות – כגון אכזריות, נטישה, בגידה או השפלה – אינה מהווה שיקול רלוונטי בקביעת החלוקה ההוגנת של הרכוש המשפחתי.<sup>162</sup> על-פי השקפתן של אותן מדינות, התנהגות זוגית לא-ראויה אינה בסיס להענשת בן-זוג אחד או להענקת רכוש יתר לבן-הזוג הנפגע.<sup>163</sup> Swisher טוען כי במדינות לא-מעטות קיימת מגמה של התעלמות מאשמה, למעט במקרים קיצוניים.<sup>164</sup> כך, למשל, במדינת ניו-יורק הובאה אשמה בחשבון רק במקרים קיצוניים שיש בהם כדי "לזעזע את דעתו של בית-המשפט".<sup>165</sup> אולם בתי-המשפט במדינה מאוחדים בדעה כי יחסים מחוץ לנישואים אינם אירוע כה קשה העונה על הגדרה זו, ולכן אין להחשיבם כשיקול במסגרת חלוקת הרכוש.<sup>166</sup> לעיתים מתקבלים פסקי-דין שונים גם בתוך אותה מדינה. כך, בבית-המשפט לערעורים בוירג'יניה נקבע, בניגוד לקביעה שהוזכרה בפסקה

159 עניין Sparks, לעיל ה"ש 150.

160 Huber v. Huber, 682 S.W.2d 493 (Mo. Ct. App. E.D. 1984)

161 O'Loughlin v. O'Loughlin, 458 S.E.2d 323 (Va. Ct. App. 1995)

162 Thompson v. Thompson, 811 N.E.2d 888 (Ind. Ct. App. 2004); Warner v. Warner, 2002

ME 156, 807 A.2d 607 (Me. 2002); Sirek v. Sirek, 693 N.W.2d 896 (Minn. Ct. App. 2005);

Dvorak v. Dvorak, 2005 ND 66, 693 N.W.2d 646 (N.D. 2005); *In re Marriage of*

Muhammad, 153 Wash. 2d 795, 108 P.3d 779 (2005); Steiner v. Steiner, 276 Wis. 2d 290,

2004 WI App 169, 687 N.W.2d 740 (Ct. App. 2004); Hartland v. Hartland, 777 P.2d 636

(Alaska 1989); Anderson v. Anderson, 237 Ga. 886, 230 S.E.2d 272 (1976)

163 Young v. Young, 609 S.W.2d 758, 19 A.L.R.4th 232 (Tex. 1980); Read v. Read, 594 P.2d

871 (Utah 1979); Wilberscheid v. Wilberscheid, 77 Wis. 2d 40, 252 N.W.2d 76 (1977);

Grosskopf v. Grosskopf, 677 P.2d 814 (Wyo. 1984)

164 "Therefore, the current judicial trend in many states : 225–224 בעמ' 117, לעיל ה"ש 225–224

is that most judges tend to ignore or severely limit the ultimate effect of fault-based

Platt v. : statutory factors in divorce, except in serious or egregious circumstances" ראו גם :

Platt, 728 S.W.2d 542 (Ky. Ct. App. 1987); Thames v. Thames, 477 N.W.2d 496 (Mich.

Ct. App. 1991); Perlberger v. Perlberger, 626 A.2d 1186 (Pa. Super. Ct. 1993); Tarro v.

Tarro, 485 A.2d 558 (R.I. 1984)

165 O'Brien v. O'Brien, 66 N.Y.2d 576 (1985); Havell v. Islam, 186 Misc. 2d 726, 718

.N.Y.S.2d 807 (Sup. 2000)

166 Rosenberg v. Rosenberg, 70 N.Y.2d 601 (1987); Nolan v. Nolan, 107 A.D.2d 190, 486

.N.Y.S.2d 415 (3d Dep't 1985)

הקודמת, כי אין לשקלל מסכת ארוכה של יחסים מחוץ לנישואים מצד הבעל אשר הובילה לפירוק הנישואים אך לא פגעה ברכוש, ולכן אושרה החלטתה של ערכאה קמא שהעניקה לבעל 65% מהרכוש המשפחתי, מכיוון שהרוויח את רובו כמנתח אורטופדי.<sup>167</sup> פסיקה נוספת צעדה בעקבות פסיקה זו וקבעה כי בגידה אינה שיקול רלוונטי בחלוקת רכוש.<sup>168</sup> כך נקבע גם בוויירג'יניה המערבית.<sup>169</sup> בפלורידה ובקרוליינה הצפונית נפסק כי אין להתחשב באשמת הבגידה במסגרת חלוקת הרכוש, אולם יש להתחשב בה במסגרת קביעת המזונות.<sup>170</sup>

### **פרק ג: יחסים מחוץ לנישואים כשיקול במסגרת חלוקת הרכוש – ההיבט הנורמטיבי**

בשני הפרקים הראשונים ניתחנו את המצב המשפטי הפוזיטיבי במשטר הרכושי בכלל ובשאלת האשמה בפרט. בפרק זה נבקש לעמוד על הבסיס התיאורטי של שיקולי ההתחשבות ביחסים מחוץ לנישואים במסגרת חלוקת הרכוש. כפי שראינו, הפסיקה הישראלית חסרה דיון מספק בסוגיה זו. הדין העברי, בהיבט של שיתוף הנכסים כמו-גם בסוגיית האשמה, מבוסס על עקרונות אחרים. לפיכך נבקש לבחון את המשפט האמריקאי ולדלות מתוכו את שיקוליו בסוגיה זו. את ממצאינו ומסקנותינו נציע לפני השיטה הישראלית בפרק הרביעי והאחרון של המאמר. ארבעת התת-פרקים בפרק הנוכחי צועדים שלב אחר שלב: הראשון בוחן את הטיעון המוסרי; השני מציג דילמה בפני הטיעון המוסרי; השלישי מציג את ההשלכות של העדר קווים מנחים ברורים בשאלת שקלולם של יחסים מחוץ לנישואים בחלוקת הרכוש; והרביעי בוחן איזה ענף משפטי ראוי שיטפל באשמה בין בני-זוג.

#### **1. הטיעון המוסרי**

נראה כי המחלוקת דלעיל בין המלומדים האמריקאים בדבר סיווג המדינות המתחשבות באשמה בחלוקת הרכוש המשפחתי אינה עובדתית בלבד, אלא טומנת בחובה גם

Aster v. Gross, 371 S.E.2d 833, 836 (Va. Ct. App. 1988): "circumstances that lead to the dissolution of the marriage but have no effect upon marital property, its value, or otherwise are not relevant... [and] need not be considered"

Gamer v. Gamer, 429 S.E.2d 618, 622 (Va. Ct. App. 1993): "Assuming that he committed adultery, it had no economic impact upon the parties' property, nor did it affect the value of the marital assets"

W. Va. Code 48-2-32: "without regard to any attribution of fault" 169  
Tuller v. Tuller, 469 So. 2d 212, 213 (Fla. Dist. Ct. App. 5th Dist. 1985); Shoffner v. 170  
Shoffner, 371 S.E.2d 749, 751 (N.C. App. 1988)



משפט ועסקים טז, תשע"ד יחסים מחוץ לנישואים כשיקול בחלוקת הרכוש המשפחתי

היבטים ערכיים-אידיאולוגיים. מחלוקת זו נסבה סביב מקומה של היחידה המשפחתית וסביב משקלם של טיעונים מוסריים בדיני המשפחה. מן העבר האחד עומד Ellman, הטוען כי רוב המדינות דחו את האשמה ואינן מתחשבות בה במסגרת חלוקת הרכוש.<sup>171</sup> ההמלצות שגזר Ellman מניתוחו זה קנו להן אחיזה בעקרונות ה-ALI. מן העבר האחר עומדים מלומדים לא-מעטים החולקים עליו: Morse טוען כי Ellman אינו מתייחס כלל להיבטים מוסריים, כי אם להיבטים כלכליים בלבד. לטענת Morse, שקלול האשמה הוא מכשיר מצוין לעידוד התנהגות שהחברה תופסת כראויה, מחד גיסא, ולהרתעה מפני התנהגות שהחברה מוצאת כלא-ראויה, מאידך גיסא. לדעתו, רוב החברה רואה ביחסים מחוץ לנישואים התנהגות לא-ראויה, וגביית מחיר כלכלי מהאשם עשויה למנוע התנהגות זו. ובלשונו:

"...fault provides an excellent tool to encourage the type of behavior society believes to be appropriate in marriage, and to discourage that behavior which society deems to be inappropriate. It seems that most people would at least agree that engaging in adultery, cruelty, or desertion is not the sort of sharing behavior which marriage should have to endure. In order to provide a disincentive for such behavior, there should be concomitant post-divorce financial consequences for engaging in inappropriate behavior."<sup>172</sup>

על כך הוסיפה Boyd כי זהו עוול מוסרי אם בן-זוג שקיים יחסים מחוץ לנישואים ייוותר לאחר-מכן עם מחצית הרכוש. תוצאה זו משרתת לחברה מסר ברור האומר כי זהו מעשה מקובל שאינו כה מגונה:

"...when a spouse who commits adultery leaves the marriage with half or more of the family's assets, as may occur within the current pure no-fault schemes, an injustice is done. The message is clear – it is acceptable to have an extramarital affair."<sup>173</sup>

Bradford כותבת כי שקלולה מחדש של אשמה במסגרת הליכי הגירושים כמו-גם בחלוקת הרכוש יהלום את הציפייה המקובלת בחברה, שלפיה יש להוקיר את אלה המכבדים את ההתחייבויות הגלומות בנישואיהם:

---

Ira Mark Ellman, *The Theory of Alimony*, 77 CAL. L. REV. 1, 23 (1989) 171

Morse, לעיל ה"ש 101, בעמ' 641.

Boyd, לעיל ה"ש 126, בעמ' 615.

"Injecting fault back into the division of assets and maintenance after divorce, satisfies the popular expectation that society will reward those who observe their marital vows and commitments."<sup>174</sup>

Golden כותב כי גם אם יש להסכים עם התיאוריה שלפיה אין להתחשב באשמה במסגרת חלוקת הרכוש, תחושתם העמוקה של המחוקקים והשופטים היא שאין לתגמל את ה"חוטא". לפיכך שלילת ההתחשבות באשמה היא בבחינת "גְּזֵרָה שאין הציבור יכול לעמוד בה":

"In theory, fault or misconduct which is not related to the economic conditions of the parties should not be germane to a division of property... Nonetheless, there is a strong feeling among legislators and judges that a 'bad person' should not be rewarded, and the strength of this belief sometimes tempers rigorous adherence to abstract principles."<sup>175</sup>

נוסף על כך, שקלול האשמה בחלוקת הרכוש עשוי לרכך את התוצאות השליליות של מהפכת הגירושים לא על-פי אשמה, אשר הותירה את בן-הזוג החלש חשוף לסכנת פירוק הנישואים מבלי יכולת למונעה:

"As states began to adopt no-fault divorce laws, marriage was transformed from a permanent relationship into a relationship terminable at-will. The reformers had to make some provisions for the economic security of the family members outside of marriage."<sup>176</sup>

לרשימה זו מצטרף Swisher, הטוען כי על-אף הנטישה הלכאורית של האשמה במסגרת מהפכת הגירושים לא על-פי אשמה, קיימת עדיין כתיבה רבה סביב נושא האשמה. לטענתו, הדבר מלמד כי ההיבט המוסרי עודו רלוונטי בהקשר המשפחתי.<sup>177</sup> עוד טען Swisher כי בתי-המחוקקים ובתי-המשפט ברוב המדינות מתחשבים עדיין באחריותם של בני-הזוג לפירוק הנישואים, בפרט כאשר מדובר באשמה חמורה.<sup>178</sup> הטענה כי גירושים על-פי אשמה מבוססים על רציונלים דתיים ולפיכך נוגדים את החוקה – נדחתה על-ידי בתי-המשפט. הללו קבעו כי בגידה פוגעת בכל בני הדתות, לרבות

174 Bradford, לעיל ה"ש 1, בעמ' 621.

175 LAWRENCE J. GOLDEN, EQUITABLE DISTRIBUTION OF PROPERTY 255 (1983).

176 Boyd, לעיל ה"ש 126, בעמ' 620–621.

177 Swisher, לעיל ה"ש 117, בעמ' 220.

178 שם, בעמ' 224–225.

משפט ועסקים טז, תשע"ד יחסים מחוץ לנישואים כשיקול בחלוקת הרכוש המשפחתי

בחסרי דת.<sup>179</sup> פסיקה זו מוסיפה ומחזקת את העמדה המוסרית האוניורסלית בגנות יחסים מחוץ לנישואים. Swisher ממשיך וטוען כי הסירוב להתחשב באשמה נובע מהשקפה שונה על המשפחה ותפקידיה:

"Indeed, if contemporary marriage is viewed today as a shared partnership with important economic *and* noneconomic expectations, then a 'true' no-fault divorce regime, as proposed in the *Principles*, reduces marriage on dissolution only to impersonal and unrealistic economic calculations, and refuses to consider many important nonmonetary marital contributions to the well-being of the family."<sup>180</sup>

במקביל איבדו היחסים מחוץ לנישואים את התיוג השלילי שהוצמד להם בעבר. בשם הערכים החדשים (הפרטיות, האוטונומיה והחופש) נפגעו ההגנות החשובות והמוסריות של המשפחה. מדינות שאימצו השקפות אלה נקטו תורה טהורה של גירושים ללא אשמה, והדבר הטיל נטל חמור על בן-הזוג ה"תמים" בהליך חלוקת הרכוש והמזונות.<sup>181</sup> לטענתו של Swisher, שיטות משפט אלה פוגעות בבן-הזוג ה"תמים" בשתי צורות: ראשית, הן מונעות ממנו את האפשרות להשתמש באשמה המוסרית של רעהו כבסיס למשא-ומתן הוגן, ובכך פוגעות ביכולת המיקוח שלו; שנית, הן מטפלות באשם ובלא-אשם בצורה שווה, והדבר משדר מסר חברתי שלפיו מערכת יחסים זוגית אינה מגלמת בתוכה שום דרישה.

## 2. הדילמה הניצבת בפני הטיעון המוסרי

Ellman משיב למחברים הנ"ל וטוען כי הטיעון המוסרי מסתמך על ההנחה שניתן לזהות את הגורם לפירוק הנישואים, אולם אין זה פשוט לאתרו כאשר החקירה מתבססת על אמת-מידה מוסרית, שאינה מדעית ואינה מדויקת. כך, למשל, יש בני-זוג המוכנים לסלוח לבני-זוגם על קיום יחסים מחוץ לנישואים ובוחרים לא לפרק את התא המשפחתי, ויש שאינם מוכנים למחול. על-כן, במקרה שבו התפרק התא המשפחתי בעקבות קיום יחסים מחוץ לנישואים יש מקום לשאול אם הפירוק הוא באשמת בן-הזוג שקיים את היחסים או באשמת בן-הזוג שלא היה מוכן לשאת זאת? במילים אחרות, האם

Arnold H. Loewy, *Morals Legislation and the Establishment Clause*, 55 ALA. L. REV. 159, 179 (2003).

Swisher 180, לעיל ה"ש 117, בעמ' 221 (ההדגשות במקור).

181 יש מדינות שאימצו לחלוטין את שיטת הגירושים ללא אשמה, עד כדי כך שגם במקרים שבהם ניסה אדם לרצוח את בן-זוגו או הסב לו חבלות גופניות לאורך תקופה ממושכת, לא התחשבו בכך בתי-המשפט. ראו: *In re*: Mosbarger v. Mosbarger, 547 So. 2d 188 (Fla. Dist. Ct. App. 1989); *Marriage of Cihak*, 416 N.E.2d 701 (Ill. App. Ct. 1981).

ה"גורם" לגירושים הוא ההתנהגות עצמה או שמא חוסר הסובלנות של בן-הזוג האחר אשר לא היה מוכן להשלים עימה? יתר על כן, האם לא ייתכן שההתנהגות שהביאה בסופו של יום לפירוק הנישואים הינה רק תגובה על מערכת יחסים כושלת, ואין היא אפוא ה"גורם" לפירוק? כך, למשל, בנייר-גרזי הפך בית-המשפט העליון החלטה שהביאה בחשבון בחלוקת הרכוש את בגידתה של האישה. בית-המשפט מנמק ואומר כי מערכת הנישואים היא דבר מורכב, וייתכן שפעולתו של האחד היא רק תגובה על מעשיו של האחר, ואי-אפשר לקבוע מי האשם בפירוק הנישואים.<sup>182</sup> מלבד זאת מתעוררות שאלות נוספות, כגון: האם רק אשמה מכוונת תובא בחשבון או שמא גם אשמה שאינה מכוונת, דוגמת עקרנות או חולי נפשי? כלומר, כאשר בן-זוג מחליט לפרק את נישואיו בשל מחלתו של בן-זוגו, מי יוגדר ה"אשם"? כמו-כן, כיצד יישקל סירובו של בן-זוג להשתתף ביעוץ זוגי או להיות מטופל בטיפול אישי? וכיצד בהן שאלות. עוד יצוין כי מלאכת זיהוי של ה"גורם" דורשת עדויות נרחבות של בני המשפחה וחברים, עדויות רפואיות ועדויות של צדדים שלישיים, ובכל אלה יש כדי לסרב את הליך הגירושים ולהרחיק את קיצו. נוסף על כך, הליך הבירור הראייתי דורש כניסה לנבכי המשפחה, אל היחסים האינטימיים שבין הצדדים, ומביא למעשה לידי פגיעה בפרטיותם.

ספקות אלה מלמדים כי כאשר בית-משפט קובע מיהו הגורם האשם בפירוק הנישואים, אין הוא קובע את הגורם היחיד האחראי לפירוק הנישואים, כי אם מעריך את הכשלונות המוסריים היחסיים של בני-הזוג. החלטת בית-המשפט הינה בעצם רק הערכה מי אשם יותר, ולא מי גרם לפירוק. מורכבותם של יחסי המשפחה מקשה הערכה זו, משום שככל שהחיבה בין בני-הזוג הולכת ונמוגה, הם מוכנים פחות לשאת זה את זה, והדבר מקשה את בירור האשם. ספק אם מסגרת ההליך השיפוטי הינה המסגרת הראויה לחקר הגורם האמיתי לפרידת בני-הזוג. זאת ועוד, "חלוקה לפי אשמה" עלולה ליצור תמריץ אצל בן-הזוג ה"נבגד" לפרק את מערכת הנישואים כדי לפגוע בבן-הזוג שהפר את אמונו, ובכך לזנוח שיקולים אחרים הראויים להגנה, כגון טובת הילד ושלמות התא המשפחתי. לפיכך, לא אחת משכו בתי-המשפט את ידיהם ממלאכה זו, ולא היו מוכנים לשקלל את האשמה היחסית במסגרת חלוקת הרכוש.<sup>183</sup> מלבד זאת, גם כאשר בית-המשפט קובע מי אשם יותר, לא ברור על-פי איזה קנה-מידה הוא עושה זאת. בית-המשפט מטיל אחריות על התנהגות שאינה נזיקית ללא קווים ברורים ומוגדרים, ואף אי-

Chalmers v. Chalmers, 320 A.2d 478, 482 (N.J. 1974): "First of all, fault may be merely a manifestation of a sick marriage. The spouse who by his or her actions gives cause or grounds for divorce may not be responsible for the breakdown of the marriage and may merely be reacting to a situation which is not of his or her making. Marriage is such an intricate relationship that often it is difficult, if not impossible, to ascertain upon whom the real responsibility for the marital breakup rests"

Lutz v. Lutz, 485 So. 2d 1174 (Ala. Civ. App. 1986): "However, we do not find it necessary for the court to examine each incident of misconduct to determine who was more at fault. If there is testimony of fault from both parties, the trial court does not have to determine the relative fault of the parties when making the property division"

משפט ועסקים טז, תשע"ד יחסים מחוץ לנישואים כשיקול בחלוקת הרכוש המשפחתי

אפשר לבקרום ביעילות. אם ההתנהגות שבתי-המשפט מענישים בגינה היא נזיקית, אזי קיימים פיצויים מוגדרים לכך על הבסיס הנזיקי; אם לא, אזי השימוש במונח "גורם" אינו נכון.

### 3. העדר קווים מנחים לטיפול בסוגיית האשמה מוביל לשרירות שיפוטית

עוד נטען בעקרונות ה-ALI כי כללי האשמה המסורתיים דורשים הסתמכות לא-רגילה על שיקול-הדעת של בתי-המשפט. זאת, עקב העדר קווים מנחים בנוגע לסטנדרט ההתנהגות הראוי ולתוצאות הכלכליות הנובעות ממנו. בעיה זו נכונה לכל ענפי המשפט, אך משקלה גובר במקרים שבהם הנושא הנידון הוא נושא מוסרי-ערכי. שקלול האשמה פוגם אפוא במאמץ לשפר את יציבותן של החלטות בתי-המשפט ואת היכולת לצפותן, שהן ערכי-יסוד של כל שיטה משפטית:

"The traditional marital fault rule requires extraordinary reliance on trial court discretion. Neither the standard of misconduct, nor its dollar consequences, are much bounded by any rule. While in principle the trial court's decision can be reviewed for 'abuse of discretion,' reversals are rare... The traditional fault rule is thus inconsistent with a major theme of the Principles, an effort to improve the consistency and predictability of trial court decisions."<sup>184</sup>

גם המדינות המתחשבות באשמה כשלו בנסיון לנסח קווים מנחים ברורים להנחית בתי-המשפט. במיזורי, למשל, נקבע קו מנחה המורה לבתי-המשפט להתחשב בהתנהגות אשר "הטילה על הצד האחר נטל מעבר לנורמות המצופות במערכת הזוגית":

"[T]he conduct factor becomes important when the conduct of one party to the marriage is such that it throws upon the other party marital burdens beyond the norms to be expected in the marital relationship."<sup>185</sup>

למרות קו מנחה זה סירבה ערכאת הערעור להפוך את פסק-דינה של הערכאה הראשונה, אשר העמידה את בגידתו של הבעל כשקולה מוסרית להתעקשותה של האישה לשחק בינגו ארבעה לילות בשבוע בניגוד לרצונו. ערכאת הערעור נתלתה בקושי האמור ודחתה את הערעור.<sup>186</sup> עוד נטען בעקרונות ה-ALI כי כל עוד אין פגיעה כלכלית

184 *ALI Principles 1997*, לעיל ה"ש 102, בעמ' 24, 69-70.

185 *Burtscher v. Burtscher*, 563 S.W.2d 526, 527 (Mo. App. 1978).

186 שם: "it is unnecessary and probably impossible to lay down any precise guidelines for the weight to be given to the conduct factor"

מוגדרת, שקלול האשמה מעניק שיקול-דעת שיפוטי שאינו מוגבל, ובכך חושף את ההכרעות בעניינים אלה לגחמתו של כל שופט ושופט.<sup>187</sup> Swisher מסכים עם טענות אלה, אלא שלטענתו, ככל שהן נכונות כאן, הן נכונות בכל ענפי המשפט: אין מנוס מפני עירוב מבטו האישי של השופט גם אם ייקבעו סטנדרטים ברורים ואחידים. שופטי בית-המשפט לענייני משפחה מערבים שיקול-דעת רב במלאכת השיפוט מעצם טבעו של הנושא. על-פי-רוב מדובר בשופטים בעלי קריירה ארוכה בשיפוט, ונסיונם היומיומי מדריכם להגיע לחלוקה צודקת של הרכוש המשפחתי.<sup>188</sup> אין מדובר בשיקול-דעת ללא גבול, שהרי יש גבולות הקבועים בחוק. בחקיקתן של שלושים ושש מדינות יש הגדרה ברורה באילו פרמטרים יש להתחשב בעת חלוקת הרכוש.<sup>189</sup> כמו-כן, בתי-המשפט מבוקרים ומונחים על-ידי ערכאת הערעור. Ellman מתמודד עם טענות אלה וטוען ממה נפשך: מחד גיסא, קביעת קווים ברורים פוגעת בגמישות הפסיקתית, וזו בעיה; מאידך גיסא, אי-קביעת קווים ברורים מובילה לפערים פסיקתיים בין שופט לשופט בהתאם להשקפותיהם האישיות בדבר ההתנהגות הזוגית הראויה, ובכך אנו מעצימים את השופט ומאפשרים לו להשתמש בדיני המשפחה כמכשיר להענשה בגין התנהגות שהחברה לא בחרה להעניש בגינה, כפי שניתן ללמוד מן העובדה שהתנהגות זו אינה מטופלת במסגרת המשפט הפלילי.<sup>190</sup> לדעתו, החברה אינה רואה עדיין לנכון להעניש בגין התנהגות זוגית לא-ראויה, מכיוון שאין קונסנזוס רחב לגבי הגדרת התנהגות כזו. כמו-כן, הערכות עונשיות אלה לא יהיו ניטרליות בהיבט המגדרי, הואיל ובמדינות המתחשבות באשמה ההשלכות של בגידת האישה רבות מההשלכות של בגידת הבעל.<sup>191</sup>

#### 4. איזה ענף משפטי ראוי שיטפל ביחסים מחוץ לנישואים?

Ellman טוען כי אם מטרת ההתחשבות ביחסים מחוץ לנישואים היא להעניש את ה"אשם" או לפצות את הקורבן, אזי לשם כך נועדו דיני הנזיקין. תביעות בין בני-זוג נחסמו אומנם בעבר על-ידי כללי החסינות, אולם במקביל למהפכת הגירושים לא על-פי אשמה החלו המדינות להכיר בתביעות נזיקין בין בני-זוג לשעבר:

187 Ellman, לעיל ה"ש 139, בעמ' 790.

188 Swisher, לעיל ה"ש 117, בעמ' 223.

189 ראו גם: Linda D. Elrod & Robert G. Spector, *A Review of the Year in Family Law: Century* (2000) Ends with Unresolved Issues, 33 FAM. L.Q. 865, 908, 912 (2000).

190 Ellman, לעיל ה"ש 139, בעמ' 787.

191 Ellman (שם, בה"ש 30) מדגים זאת ממשפטן של שתי מדינות: "Kentucky (W's adultery may reduce alimony award, but H's adultery cannot be the basis for increasing it)... North Dakota (trial court properly allocated 83 percent of property to H after 19-year marriage, where W guilty of adultery)"

"The obvious model for such a system is the tort law, which provides compensation for harms and also permits punitive damages in certain circumstances. And indeed, since no-fault's rise in the 1970s, the tort law has changed so that most states now recognize claims between former spouses that were previously excluded by blanket rules of spousal immunity."<sup>192</sup>

עוד טוען Ellman כי בתי-משפט ניסו "לברוח" מהאופי העונשי של שקלול האשמה, וטענו כי מדובר כביכול רק בפיצוי כספי בשל נזק כלכלי שנגרם לבן-זוג בגלל המעבר מיחידה כלכלית אחת לשתי יחידות נפרדות.<sup>193</sup> לדעתו, טענה זו אינה נכונה, הואיל ובתי-המשפט המתחשבים באשם מתגמלים התנהגות טובה ומענישים את החוטא, ולא מפצים את בן-הזוג האחד על הנזק שגרם לו האחר.<sup>194</sup> אולם הצעתו של Ellman להשתמש בערוץ הנזיקי נתקלת בקשיים: הניסיון מראה כי מספרן של תביעות כאלה קטן מאוד, ואלה המסתיימות בפיצוי נדירות עוד יותר. בני-זוג מביעים לרוב התנגדות להצעה להמשיך את הליך הגירושים בהליך נזיקי, וזאת משתי סיבות: האחת, סרבול ההליך הנזיקי; והאחרת, העדר מקור הון שיישא בנזקו של הנפגע, שכן חברות הביטוח אינן מכסות נזק מכיוון. נוסף על כך, צירוף תביעת נזיקין להליך בדיני המשפחה יוצר בעיות פרוצדורליות, ביניהן השאלה לפי איזו פרוצדורה יש לנהוג בהליך כזה.<sup>195</sup> יתר על כן, אף שיחסים מחוץ לנישואים הם גורם משמעותי בפרידה של בני-זוג, אין בגינם תרופה מוגדרת בדיני הנזיקין.<sup>196</sup> העדר סעד סטטוטורי מפורש מטיל נטל כבד על הנפגע בנסותו לקבל פיצויים מהצד הפוגע:

"Neither tort nor criminal law provides an adequate remedy for egregious marital misconduct. Finally, the absence of any fault-based statutory relief for egregious marital misconduct may place an almost insurmountable burden on an abused spouse to obtain compensatory relief from an abusive spouse. This serious problem is illustrated in a number of cases in a minority of states that have adopted a 'pure' or 'true' no-fault regime, where non-financial marital fault no longer plays any significant role in determining divorce grounds and

192 שם, בעמ' 786. בסיכום מאמרו הוא מגיע למסקנה כי מחצית המדינות אינן מעניקות מזונות על בסיס אשם, ויותר ממחצית אינן מתחשבות בכך בעת חלוקת הרכוש. הסיבה היא כנראה שניתן לטפל בכך במסגרת דיני הנזיקין או הדין הפלילי.

193 כך גם טען בית-הדין הרבני הגדול בגלגולה המוקדם של פרשת **פלונית ג**, לעיל ה"ש 77. ראו לעיל ליד ה"ש 79.

194 Ellman, לעיל ה"ש 139, בעמ' 788.

195 Woodhouse & Bartlett, לעיל ה"ש 148, בעמ' 2566: "They [also] raise tricky questions of res judicata and collateral estoppel, the right to a jury trial, overlapping recoveries, and limitations on damages"

196 Evans, לעיל ה"ש 120, בעמ' 495.

defenses, spousal support awards, or the equitable distribution of marital property."<sup>197</sup>

לנוכח האמור Swisher סובר כי מדינה החושבת לאמץ את עקרונות ה-ALI, טוב תעשה אם תתחשב במקביל בשיקולי אשמה לפחות במקרים של אשמה חמורה. לדעתו, אין מקום שדיני הנזיקין יטפלו בכך, משום שדיני המשפחה מפותחים דיים לכלול גם סוג כזה של נזקים, ואין צורך להמציאם מחדש.<sup>198</sup>

## פרק ד: המשפט הישראלי – עיון מחודש

### 1. קביעת הפסיקה אינה קוהרנטית עם הבסיס התיאורטי של משטרי הרכוש

כאמור, למעט קביעה נחרצת בפסיקה הישראלית שלפיה אין להתחשב באשמה בחלוקת רכוש, לא ניתנו שיקולים שעל בסיסם ניתן לקיים דיון בסוגיה. קביעה נחרצת זו שונה מההתייחסות המורכבת לשאלת האשמה במשפט המשווה. דומה כי קביעה זו אף אינה קוהרנטית עם הבסיס התיאורטי של משטרי הרכוש בישראל. סבורנו כי ניתן לתלותה במצב העדין והשבירי של דיני המשפחה בישראל, המחילים בחקיקה נורמות דתיות על חברה המקיימת אורחות חיים שונים.<sup>199</sup> נסביר: הליכי הגירושים גופם נתונים לחסותו של הדין הדתי, ולשיקולי אשמה יש משקל מרכזי בהם. משהתנתקה מהם הסוגיה הרכושית ונהפכה לסוגיה "אזרחית", מצאו בתי המשפט האזרחיים לנכון – אולי כתגובת-נגד – לנטרל ממנה כל שיקול דתי, ובכלל זה את שיקול האשמה. ניתן לנסח את הדברים מזווית אחרת: משראו בתי המשפט כי סוגיית היחסים מחוץ לנישואים מקבלת משקל משמעותי בהליך הגירושים עצמו, וניתנת תרופה מסוימת לנפגע, הם ראו את עצמם פטורים מלפצות עליה גם בהליך חלוקת הרכוש. המשפט האמריקאי, לעומת זאת, שונה בתכלית: יחסים מחוץ לנישואים אינם מקבלים שם כל משקל בהליך הגירושים, וייתכן שהמדינות השונות ראו לנכון לפצות על העדר זה באמצעות שקלולם של יחסים אלה בהליך חלוקת הרכוש.<sup>200</sup>

בין אם סברתנו לעיל נכונה ובין אם לאו, נראה כי יש מקום לעיין מחדש בקביעתה של הפסיקה הישראלית. לצורך כך נבקש לשוב לבסיס התיאורטי של משטרי הרכוש

197 Swisher, לעיל ה"ש 153, בעמ' 254.

198 Swisher, לעיל ה"ש 117, בעמ' 228.

199 ראו אריאל רוזן-צבי "בתי-הדין הרבניים, ההלכה והציבור: גשר צר מאוד" משפט וממשל ג 173, 178 (1995).

200 ראו לעיל ליד ה"ש 176.



בישראל, כמתואר בפרקו הראשון של מאמר זה. בהלכת השיתוף אימצה השיטה הישראלית את שיטת "החלוקה השווה". שיטה זו היא הקצה הנגדי לשיטת ההפרדה הרכושית, אשר נהגה בעבר ברוב מדינות ארצות-הברית ונוהגת עד היום במשפט העברי. בתווך עומדת שיטת "החלוקה ההוגנת". הדיון בשיטת המשפט האמריקאית לימדנו כי שיטת "החלוקה השווה", הגורסת כי הרכוש המשפחתי הוא רכוש משותף מיום רכישתו, משקללת פחות את האשמה בחלוקת הרכוש. נקודת המוצא היא שביט-המשפט מחלק את הרכוש בין בעליו, ועל-כן קשה יותר לשלול רכוש מבן-זוג עקב אירוע מאוחר זה או אחר. לעומת זאת, שיטת "החלוקה ההוגנת" רואה את הרכוש המשפחתי כרכוש נפרד, ורק לעת פרידה בית-המשפט מעביר נכסים מבן-זוג אחד לרעהו. בשיטה זו האשמה רלוונטית יותר.

האם ניתן להסתפק בהבחנה זו כדי להסביר את עמדתה של הפסיקה הישראלית? לטעמנו, יש להשיב בשלילה על שאלה זו. אומנם, הלכת השיתוף בישראל אכן מבוססת על שיטת "החלוקה השווה", וככזו האשמה רלוונטית לכאורה פחות, אולם השיטה עצמה היא תוצאה של בסיסים תיאורטיים עמוקים יותר. מכאן נוצר הצורך לבחון את שאלת ההתחשבות באשם המוסרי על רקע הבסיס התיאורטי המונח ביסודה של הלכת השיתוף.

הבסיס התיאורטי היסודי להלכת השיתוף הוא הרציונל החוזי, ההסכמי – כוונותיהם של בני-הזוג. על-פי גישה זו, התכלית העיקרית של הסדר הרכוש בין בני-זוג היא הגשמת רצונם של בני-הזוג. גישה זו מכבדת כל הסדר רכושי שהצדדים הסכימו עליו. דא עקא, רוב בני-הזוג אינם מבטאים את רצונם בכל הנוגע ברכושם באמצעות הסכמים פורמליים. תפקידו של המשפט הוא להתחקות אחר כוונתם המשווערת של בני-הזוג, ולקבוע הסדר רכושי המשקף את רצונם. גישה זו מניחה, כהנחה סבירה המבוססת על היגיון כלכלי ופסיכולוגי כאחד, כי בני-זוג המנהלים אורח חיים תקין ותורמים כל אחד בדרכו למאמץ המשפחתי היו מסכימים על הסדר רכושי שלפיו הם שותפים בנכסיהם.<sup>201</sup> קביעת אופיו ותוכנו של הסדר השיתוף אינה אפוא הליך נורמטיבי, אלא הליך עובדתי שבו המשפט מאתר את ההסדר המשקף בצורה הטובה ביותר את כוונתם המשווערת של בני-הזוג, גם אם הסדר זה אינו נראה צודק או הוגן בעיני בית-המשפט.

האם הרציונל ההסכמי אדיש לסיטואציה שבה אחד מבני-הזוג מקיים מערכת יחסים מחוץ לנישואים? נראה כי התשובה לכך שלילית. הלכת השיתוף הינה עניין עובדתי, אשר מבוסס, בין היתר, על הנחות עובדתיות המושתתות על היגיון ושכל ישר. יש להניח על-כן כי לעובדה מכריעה וחשובה כמו קיום מערכת יחסים מחוץ לנישואים תהיה השלכה לא רק על תוכנו של הסדר השיתוף, אלא גם על עצם קיומו מלכתחילה. הפסיקה הדוגלת ברציונל ההסכמי קבעה כי כדי ללמוד על כוונה ליצירת הסדר של שיתוף, צריכים להתקיים שני תנאים – אורח חיים תקין ומאמץ משותף.<sup>202</sup> הדרישה למאמץ משותף יכולה להתמלא הן על-ידי השתתפות פעילה בפרנסת המשפחה והן על-ידי

201 ראו ליפשיץ, לעיל ה"ש 22, בעמ' 655.

202 ראו יהושע ויסמן דיני קניין – בעלות ושיתוף כרך ב 182 (1997).

ביצוע העבודות הביתיות.<sup>203</sup> קיום מערכת יחסים מחוץ לנישואים אינו רלוונטי לכאורה לדרישה זו. ייתכנו בהחלט מקרים שבהם התרומה לפרנסת המשפחה ו/או לעבודות הביתיות מצד בן-הזוג שמנהל מערכת יחסים מחוץ לנישואים הינה ללא דופי. ברם, לא כך לגבי הדרישה לאורח חיים תקין. הגיונה של דרישה זו הוא בכך שנכונותם של בני-הזוג ליצור ביניהם הסדר שיתוף קשורה בקשר הדוק לאורח חייהם. יש להניח כי ככל שאורח חייהם של בני-הזוג תקין יותר כן נכונותם של בני-הזוג ליצור הסדר שיתוף הולכת וגדלה. לעומת זאת, בני-זוג שאורח חייהם אינו תקין לא יהיו נכונים להעמיק את המחויבות ביניהם על-ידי יצירת הסדר שיתוף כלכלי לצד השיתוף האישי. מאליה עולה השאלה אם קיום מערכת יחסים מחוץ לנישואים על-ידי אחד מבני-הזוג יכול לדור בכפיפה אחת עם אורח חיים תקין או שמא די בעצם קיומה של מערכת יחסים כזו ללמד על אורח חיים בלתי-תקין. מעיון בפסיקה עולה כי לא ניתנה לשאלה זו תשובה חד-משמעית. נראה כי כאשר זהו הבסיס התיאורטי, קשה מאוד לבסס שיתוף מלא במקרה של יחסים מחוץ לנישואים. דומה כי רוב-רובם של האנשים לא יסכימו לשתף את רכושם עם בני-זוגם אם ייודע להם כי הם מפרים את אמונם.<sup>204</sup> האינן זו הפרה יסודית של החוזה, המזכה את הצד הנפגע בביטולו של החוזה?<sup>205</sup> לפיכך דומה כי מן הראוי שאותם שופטים הנוקטים את הרציונל החוזי בטהרתו יעינו מחדש בשאלה אם אין צורך להתחשב ביחסים מחוץ לנישואים. ספק אם הפניה להלכת דרוור<sup>206</sup> פוטרת אותם מצורך זה. יתר על כן, הכרעת הפסיקה כי יחסים מחוץ לנישואים והעדר חיים הרמוניים שוללים את הכללתם של נכסים חיצוניים בשיתוף (משום שהדבר נוגד את כוונת הצדדים) רק מוסיפה ומכבידה על נוקטי הרציונל החוזי.

הרציונל הנוסף להלכת השיתוף הוא הרציונל הקנייני.<sup>207</sup> בתחילת שנות השמונים ערכים מתחום דיני הקניין – ובפרט ערך העבודה – החלו לחדור אל דיני הרכוש בין בני-זוג ולהשפיע על האופן שבו הם מעוצבים. ערך העבודה משמיענו כי יש להקנות את הקניין למי שעמל על ייצור הנכס, וזאת כתגמול על השקעתו. יישומה של תפיסה זו על דיני הרכוש בין בני-זוג אמור להוביל להחלת משטר של שיתוף, ולא של הפרדה. הטעם לכך הוא שבמציאות העובדתית-הכלכלית שני בני-הזוג תורמים במאמציהם המשותפים

203 ראו לעניין זה דבריו של השופט ברנזון בעניין **ברגר**, לעיל ה"ש 20, בעמ' 246: "המאמץ המשותף הנדרש הוא לאו דווקא השתתפות כספית של כל אחד מבני הזוג הבאה מהכנסות או מרווחים שלו. אף במקרה שאשה אינה עובדת מחוץ למשק ביתה ואין לה הכנסה מנכסים שלה אלא שהיא מנהלת את משק הבית ותורמת את חלקה לקיום המשפחה לרבות חינוך ילדי הזוג אפשר לראות בכך מאמץ מצידה לא פחות ממאמצו של הבעל המשתכר מעבודה או מניהול עסק."

204 להלן בתת-פרק ד' 3 נתייחס לשאלה כיצד נדע מה סוברים רוב-רובם של בני-הזוג.

205 ראו ס' 6 ו-7 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970.

206 לעיל ה"ש 51.

207 גם אם נקבל כי הרציונל הקנייני דחק הצידה את הרציונל החוזי, אי-אפשר להתעלם מדבריו של רוזן-צבי, לעיל ה"ש 5, בעמ' 232: "אין להתעלם גם מכך שבכוחו של רכיב אחד להשפיע על הנפקות המשפטית של הרכיב האחר. אורח חיים בלתי תקין באופן קיצוני עשוי להעמיד באור אחר נסיבות עובדתיות של מאמץ משותף."

להפקת הנכסים ולהשבחתם, ומכאן שיש להקנות נכסים אלה לשניהם. השפעתה של תפיסה זו על הפסיקה בכל הנוגע בדיני הרכוש בין בני-זוג מורגשת כמעט בכל רכיביה של הלכת השיתוף. עליית קרנו של תנאי "המאמץ המשותף" וירידת קרנו של תנאי "אורח החיים התקין" מתיישבות היטב עם תיאוריית העבודה, שדורשת אך ורק השפעה ומאמץ ביצירת הנכס כתנאי להכרה בבעלות עליו.<sup>208</sup> ביטוי נוסף להשפעתה של תיאוריית העבודה הוא הרחבת היקף הנכסים הנכללים בהלכת השיתוף בכל הנוגע בנכסים שנצברו במהלך הנישואים, וצמצומה בכל הנוגע בנכסי עבר שאינם פרי מאמץ משותף.<sup>209</sup> השפעתה של תיאוריית העבודה מתבטאת גם בהפיכת המשטר של הלכת השיתוף ממשטר המבוסס על הסכמת הצדדים למשטר שמקורו בדין, ולא בהסכמת הצדדים. מעיון בפסיקה עולה כי פסקי-דין רבים החילו את הלכת השיתוף חרף העובדה שאחד מבני-הזוג הקפיד על רישום הנכסים על שמו או לנהוג בנכסים מנהג בעלים.<sup>210</sup> הפסיקה אף הרחיקה לכת והחילה את הלכת השיתוף מקום שהיה ברור כי שני בני-הזוג הקפידו על הפרדה גמורה בכל הנוגע בענייניהם הפיננסיים.<sup>211</sup> החלת המשטר של הלכת השיתוף גם במקרים שבהם לפחות אחד מבני-הזוג לא התכוון ליצור שיתוף כלכלי עולה בקנה אחד עם תיאוריית העבודה.

האם תיאוריית העבודה מאפשרת התחשבות באשמו המיני של אחד מבני-הזוג בעת חלוקת הרכוש ביניהם? האינטואיציה הראשונית היא שלשיקולי אשם אין מקום במסגרת תיאוריית העבודה. תיאוריה זו מתמקדת אך במאמץ שהושקע על-ידי מי מהצדדים, ללא קשר להתנהגותו המינית במסגרת חיי הנישואים. דא עקא, עיון מדוקדק בתיאוריית העבודה והחלתה על רכושם של בני-הזוג מעלה כי התשובה אינה כה פשוטה וחד-משמעית. ראשית, על-פי תיאוריית העבודה וטיעון הגמול, זכותו של בן-הזוג בנכסים המשותפים מהווה תמורה על תרומתו ביצירתם. ליבון המונח "תרומה" יכול לחשוף בצורה טובה יותר את מיקומו של שיקול האשם המיני במסגרת תיאוריית העבודה. ניתן לטעון כי המונח "תרומה" הינו מונח רחב יותר, המתייחס גם להיבטים הפסיכולוגיים-הרגשיים של יחסי בני-הזוג, ולא רק ליחסים הכלכליים שלהם. יצירת סביבה תומכת מלאת אמון תורמת גם היא ליצירת נכסים ולהפקת רווחים. מכאן שבבואנו לכמת את תרומתו של כל אחד מבני-הזוג, אל לנו להגביל את התייחסותנו אך לתרומתו הכלכלית – בעבודות-הבית או בפרנסה ממקור חיצוני – אלא עלינו להביא בחשבון גם את תרומתו לקיומם, לשימורם, לשגשוגם ולפיתוחם של חיי נישואים משותפים המבוססים על אמון, נאמנות ואהבה. תפיסה רחבה זו של המונח "תרומה" תאפשר התחשבות באשמו המיני של אחד מבני-הזוג בעת חלוקת הרכוש. שנית, יש הטוענים כי ההכרה

208 ראו דגן, לעיל ה"ש 38, בעמ' 463.

209 ליפשיץ, לעיל ה"ש 22, בעמ' 649, 655.

210 ראו, למשל, ע"א 686/85 מערבי נ' מערבי, פ"ד מ(2) 631 (1986). כן ראו ע"א 724/83 בר נתן נ' בר נתן, פ"ד לט(3) 551 (1985); עניין גרסי, לעיל ה"ש 21, וכן עניין לוי, לעיל ה"ש 57.

211 ראו שחר ליפשיץ "נישואים בעל-כורחם? ניתוח ליברלי של מוסד הידועים-בציבור" עיוני משפט כה 741, 794–796, 825–829 (2002).

בזכותו הקניינית של הפרט בפרי עמלו מבוססת לא רק על העבודה שהוא השקיע, אלא גם על חוסר הצדק הכרוך בנטילת פרי עמלו על-ידי אדם אחר. על-פי תפיסה זו, ניתן לבסס את ההכרה בזכותו הקניינית של אדם בפרי עמלו על שיקולים של צדק והגינות.<sup>212</sup> יישומם של דברים אלה על דיני הרכוש בין בני-זוג מוביל אותנו לטיעון הבא: שני בני-הזוג תורמים במאמציהם המשותפים להפקת הנכסים והרווחים, ומכאן ראוי וצודק שנכסים אלה יהיו בבעלות משותפת של שניהם. תרומתם של שני בני-הזוג היא שמצדיקה הכרה במשטר של שיתוף, ולא של הפרדה.

אכן, יש הטוענים כי הפסיקה השתיתה את הלכת השיתוף על רעיונות של צדק והגינות. ליפשיץ, במאמרו המקיף על-אודות הלכת השיתוף, טוען כי בשנות השמונים חלו כמה התפתחויות המצביעות על כך שהפסיקה עיגנה את חזקת השיתוף – תחילה ברטוריקה ולאחר-מכן במעשה – על ערכים נורמטיביים של צדק ושוויון. אכן, עיון ברטוריקה של פסקי-הדין, במיוחד בשנות התשעים, מלמד כי הפסיקה השתיתה את הלכת השיתוף על עקרונות של צדק.<sup>213</sup> ביסוס המשטר של הלכת השיתוף על אדנים של צדק פותח פתח לא-מבוטל להתחשבות בשיקולי האשם המיני של בן-הזוג בעת חלוקת הרכוש. לפי גישה זו, כשם ששיקולי צדק היוו את ההצדקה מלכתחילה להכרה בזכותו של בן-הזוג ברכוש המשותף, מן הראוי שהם ישפיעו גם על היקפה ותוכנה של זכות זו. מכאן, אשמו המיני של בן-הזוג מן הראוי שיביא לידי צמצום היקפה של הזכות ברכוש המשותף, בין על-ידי שלילת השיתוף מלכתחילה, בין על-ידי צמצום הנכסים הכלליים בשיתוף ובין על-ידי חלוקה לא-שוויונית של הרכוש. במובן הרחב יותר, נראה כי שיקולי צדק מאפשרים התחשבות באשם של אחד מבני-הזוג בעת עיצוב התכנים של משטר הלכת השיתוף.<sup>214</sup> מאליה עולה אם כן השאלה מדוע סירבה הפסיקה להתייחס לאשמו המיני של בן-הזוג במרכיבים השונים של הלכת השיתוף. נראה כי התשובה לכך נעוצה בעובדה הידועה שתכניו של המונח "צדק" עמומים למדי, ושהעמדות שכל אחד מהשופטים יכול לנקוט בשאלות של צדק הן עמדות סובייקטיביות. עיון בפסיקה הישראלית מעלה כי בכל הנוגע בעיצוב תכניו של משטר הלכת השיתוף אימצה הפסיקה תפיסה צרה של המונח "צדק", המתייחסת אך ורק לאשם הכלכלי של בני-הזוג.<sup>215</sup> אולם

212 לטיעון דומה ראו גם גיא פסח "הבסיס העיוני להכרה בזכות יוצרים" משפטים לא 359, 399 (2000).

213 ראו ליפשיץ, לעיל ה"ש 22, בעמ' 699, 702: "כתוצאה מכך נראה היה בתקופה זו כי המהפך הושלם וכי חזקת השיתוף התבססה לחלוטין (קרי: הן ברטוריקה והן במעשה) על הערכים הנורמטיביים של צדק ושוויון."

214 ראו, למשל, את פסק-דינו של השופט דרורי בע"מ 638/04 (מחוזי י"ם) ח.ר. נ' ר.ר. (פורסם בנבו, 23.1.2005): "במקרים המתאימים, כאשר מוכחת אלימות פיזית ונפשית, ובמיוחד כאשר אינה חד פעמית אלא נמשכת, ניתן לעשות שימוש מושכל בסעיף 28(2) לחוק יחסי ממון, באופן שייתן ביטוי לכך שמדובר באישה מוכה, והצדק מחייב כי במסגרת החלוקה של כלל הנכסים, החלק שינתן לה – יהיה גבוה יותר, בין אם מדובר בחלק יחסי גדול יותר ובין אם מדובר בחלוקת נכסים אחרת..."

215 נראה שגם ליפשיץ מתכוון לתפיסה זו של צדק כאשר הוא טוען כי הלכת השיתוף מבוססת על ערכים של צדק ושוויון. כאשר מעיינים במהותו של הרציונל, אנו רואים כי הוא מתמקד בהצדקות שמקורן

משפט ועסקים טז, תשע"ד יחסים מחוץ לנישואים כשיקול בחלוקת הרכוש המשפחתי

עמימותו התוכנית של המונח "צדק" מאפשרת לאמץ תפיסה רחבה שלו, המתחשבת גם באשמו המיני של בן-הזוג בעת חלוקת הרכוש בין בני-הזוג.<sup>216</sup> הרציונל הקנייני מתבסס גם על ערך השוויון. בפסק-דין שלם קבע הנשיא ברק כי ניתן להשתייך את הלכת השיתוף גם על ערך השוויון. מפאת חשיבות הדברים להמשך הניתוח, נביאם במלואם:

"התכלית השנייה היא קידום השוויון בין בני הזוג. המשטר המשפטי של שיתוף וחלוקת הרכוש שווה בשווה בין בני הזוג בתום הנישואין מבסס ומגשים שוויון בין שני בני הזוג. הלכת השיתוף ניזונה מהתפיסה כי בני הזוג תורמים באופן שווה לרווחת המשפחה (ראו, פרשת בכלי, 229). היא משקפת את ההכרה בכך ששני בני הזוג תורמים, כל אחד בדרכו, לקיומם, שימורם, שגשוגם ופיתוחם של חיי הנישואין המשותפים... הלכת השיתוף מייחסת ערך שווה לתפקידים השונים אותם מבצעים בני הזוג. היא מבטאת הכרה בתרומתה הכלכלית של עקרת הבית לרווחת המשפחה ולצבירת רכוש, היתה לתרומתו הכלכלית של הבעל באמצעות עבודתו..."<sup>217</sup>

מפסקה זו ניתן לחלץ שני רציונלים של משטר השיתוף שעולים מערך השוויון. הרציונל הראשון, העולה דווקא מהסיפא של דברי הנשיא ברק, הוא שהלכת השיתוף מבטאת הכרה בתרומתה הכלכלית של עקרת-הבית לרווחת המשפחה. דברים אלה מכוונים למעשה לטיעון הגמול שעליו דיברנו לעיל. במובן זה, הנשיא ברק אינו מתייחס לשוויון כאל ערך עצמאי, בעל תוכן מהותי משלו, אלא כאל אמצעי לקידום ערך נוסף, הוא ערך הגמול, שהוא בעצמו אך אמצעי לקידום ערך אחר, הלא הוא ערך הצדק. מכאן שהדיון בערך השוויון חופף במידה רבה את הדיון בתכלית הגמול והצדק שנידונו לעיל. הרציונל השני, שעולה מהרישא של הדברים לעיל, הוא קידום ערך השוויון כערך עצמאי בעל תכנים משלו – שוויון מהותי, ולא שוויון פורמלי.<sup>218</sup> קו הטיעון הוא שלנוכח המציאות החברתית, שבה הגברים הם שנוטלים על עצמם לרוב את תפקיד בן-הזוג ה"חיצוני", ואילו הנשים נוטלות על עצמן את תפקיד בן-הזוג ה"ביתי", רבים הסיכויים

בהתנהגות הכלכלית של בני-הזוג, ולא בהתנהגות המינית. כן ראו, למשל, תמ"ש (משפחה י"ם) 20964/02 פלוגית נ' אלמוני, פס' 9 (פורסם נבכו, 28.12.2009) (להלן: עניין אלמוני).

216 ויסמן סבור כי הפסיקה משתיתה את הלכת השיתוף על כוונתם של בני-הזוג, ולא על שיקולי צדק. חיזוק לטענתו הוא מוצא בכך שאשמו של אחד מבני-הזוג אינו משפיע על חזקת השיתוף, ואף לא על שיעור חלקם של בני-הזוג ברכוש המשותף. לשיטתו, אילו התבססה הלכת השיתוף על שיקולי צדק, היה נודע משקל רב לשאלה מי האשם בפירוק היחסים במשפחה. ראו ויסמן, לעיל ה"ש 202, בעמ' 181. על טענה זו ניתן להשיב כדלקמן: בית-המשפט מבסס את הלכת השיתוף גם על שיקולי צדק, אך הוא מאמץ תפיסה צרה של צדק – כזו המביאה בחשבון רק את האשם הכלכלי לצורך קביעת משטר שיתוף צודק, ולא שום התנהגות אחרת של בן-הזוג, ובכלל זה התנהגות המינית.

217 ראו עניין שלם, לעיל ה"ש 39, פס' 9 לפסק-דינו של הנשיא ברק (ההדגשות במקור).

218 ראו ליפשיץ, לעיל ה"ש 22, 659.

שרוב נכסי המשפחה יירשמו על שם הגברים, וזאת חרף העובדה שהנכסים הללו נצברו הודות למאמץ משותף של הצדדים. מכאן שמשטר של הפרדת רכוש מביא לידי פגיעה שיטתית בקבוצת הנשים, ועל-כן פוגע בשוויון המהותי. רק משטר של שיתוף נכסים וחלוקה שווה מביא לידי הגשמת השוויון המהותי. לכאורה, היה אפשר לסבור כי גישת השוויון המהותי תתנגד לכל סטייה מחלוקה שוויונית של הרכוש בהתבסס על אשמו של אחד מבני-הזוג. אולם מסקנה זו אינה נכונה בהכרח. נסביר: גישת השוויון המהותי מחילה את עקרון השוויון האריסטוטלי, שלפיו שוויון הוא התייחסות שווה לשווים והתייחסות שונה לשונים כאשר השוני רלוונטי בנסיבות העניין.<sup>219</sup> לפי גישה זו, ובניגוד לגישת השוויון הפורמלי, לא כל התייחסות שונה נחשבת פגיעה בערך השוויון, אלא רק התייחסות שונה שלא נעשתה מטעמים רלוונטיים. התייחסות שונה הנעשית מחמת טעמים רלוונטיים, המצדיקים את השוני בהתייחסות, אינה פוגעת בערך השוויון המהותי. יישומה של נוסחה זו על משטר השיתוף מוביל אותנו לנוסחה הבאה: משטר שיתוף כלשהו פוגע בערך השוויון המהותי כאשר נעשתה חלוקה לא-שווה של הרכוש מטעמים לא-רלוונטיים. מאליה עולה השאלה אם החלוקה הלא-שווה נעשתה מטעמים רלוונטיים אם לאו. שאלה זו מעלה שאלה קשורה נוספת, והיא כיצד ניתן לקבוע אם הטעם העומד ביסודה של החלוקה הלא-שוויונית הינו טעם רלוונטי, ואם אשמו המיני של בן-הזוג הינו טעם רלוונטי המצדיק סטייה מכלל החלוקה השווה. שאלת הרלוונטיות של ההבחנה אינה שאלה עובדתית, אלא שאלה נורמטיבית, שהמענה לה נגזר, בין היתר, מעמדת החברה ביחס לאשם המיני ולהשפעתו על חלוקת הרכוש. כך, למשל, אם ייקבע נורמטיבית כי סוגיית האשם רלוונטית לצורך חלוקת הרכוש, אזי המסקנה תהיה שחלוקה לא-שווה של הרכוש דווקא מגשימה את השוויון המהותי, ולא פוגעת בו; ואם ייקבע כי התחשבות באשם המיני היא שיקול לצורך חלוקת רכוש, אזי דווקא אי-התחשבות באשם זה תוביל לפגיעה בשוויון המהותי.<sup>220</sup>

הרציונל הקנייני מבוסס אפוא על ערך העבודה ועל ערכי הצדק והשוויון. מריבות וסכסוכים אינם גורעים מן החלוקה השווה, ולכאורה זה הדין גם בסוגיה דנן של קיום יחסים מחוץ לנישואים. אולם ספק אם השוואה זו נכונה: יש עניינים היורדים לשורש הקשר בין בני-הזוג, ויש עניינים שאומנם מפריעים לקשר ומקשים את קיומו אך אינם יורדים לשורשו. השאלה היא כיצד יש לסווג יחסים מחוץ לנישואים. האם בן-זוג המקיים יחסים מחוץ למסגרת הנישואים ראוי להגנות החריגות שיצרה הפסיקה בעבור מסגרת זו? האם כאשר יצרה הפסיקה את הלכת השיתוף, היא ראתה לנגד עיניה גם את בן-הזוג מפר האמונים? ספק זה מתחזק לנוכח הלכה נוספת בהלכות חלוקת הרכוש. כידוע, הלכת השיתוף כוללת גם שיתוף בחובות,<sup>221</sup> למעט חובות אשר נעשו תוך הפרת

219 ראו אריסטו **ספר המידות** (ירושלים: פישר, 1974).

220 לגבי אלימות במשפחה והרלוונטיות שלה לסוגיית האשם ראו קדרי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 682. לשיטת המחברת, התנהגות אלימה גורמת לאי-שוויון, ועל-כן יש להתחשב בה במסגרת חלוקת הרכוש.

221 ראו, למשל, עניין **שלם**, לעיל ה"ש 39, וכן את ההלכות בהערה הבאה.

נאמנות (למשל, לצורך החזקת מאהב/ת).<sup>222</sup> הפסיקה הכריעה אפוא כי יש חובות ויש חובות, וחובות בגין עניינים הפוגעים בשורשה של הזוגיות אינם נכללים בשיתוף. אם כך, יש לבחון אם אין מקום להכביד את הנטל על מי מבני-הזוג המבקש זכויות שיתוף לאחר שפגם בדבר היורד לשורשה של הזוגיות.

נוסף על כך, הלכת דרור קובעת כי "נטישת הבית או בגידה עשויות ליצור קרע בין בני-הזוג ובדרך זו לשים קץ לשיתוף, אך אין נענשים עליהן למפרע על-ידי נטילת הזכויות ברכוש המשותף".<sup>223</sup> יש לתהות אם אין מקום להגביל קביעה זו עד ליום ההתנהגות האמורה, בין שהיא נודעה לבן-הזוג באותה עת ובין שהיא נודעה לו רק לאחר שנים. כלומר, גם אם אין נענשים למפרע על נטישת הבית או הבגידה, "למפרע" אמור להתייחס רק לתקופה שלפני האירוע, אך מיום הבגידה ואילך – ייפסק השיתוף. בפסיקה ניתנו כמה הלכות המתייחסות למועדי הפסקת השיתוף: בפרשת **לידאי** נקבע כי עזיבת הבית מביאה לידי סיום השיתוף, אולם במקרים מסוימים די בהגשת תביעה לפירוק השיתוף.<sup>224</sup> בפרשת **יעקובי** הוצע כי הפסקת השיתוף הכלכלי בין בני-הזוג או התדרדרות היחסים ביניהם תביא לידי סיום השיתוף.<sup>225</sup> הרציונל העומד מאחורי הלכות אלה הוא שהשיתוף נפסק כאשר אחד מבני-הזוג או שניהם נוקטים פעולה הנוגדת שיתוף. אם כך, שמא יש מקום לראות יחסים מחוץ לנישואים כאירוע המפסיק את השיתוף? אם יתקבל כיוון חשיבה זה, אזי משעה שהשיתוף יחדל להתקיים יהיו בני-הזוג נתונים במשטר של הפרדה רכושית בכל הנכסים שרכשו מי מהם מאותו מועד ואילך. לגבי הרכוש שנרכש קודם לכן יישמרו הזכויות המוקנות של כל אחד מבני-הזוג, ורכוש זה ימשיך להיות משותף. איננו מתייחסים כמובן למקרה כפרשת **דרור**, שבו החליט אדם למחול לבן-זוגו על יחסיו מחוץ לנישואים ולהמשיך עימו בחיים משותפים. במקרה זה נתן הנפגע לבן-זוגו להבין כי השיתוף נמשך ועומד על כנו. אולם כאשר לבן-הזוג הנפגע נודע דבר הפגיעה רק לאחר שנים, האין מקום לראות את השיתוף כנפסק למפרע מיום האירוע?

יש להשלים כיוון חשיבה זה ולומר כי רציונל זה אינו חל כאשר הנכסים רשומים על שם בן-הזוג שקיים יחסים מחוץ לנישואים. לא מן הנמנע שדווקא בן-הזוג שקיים את היחסים מחוץ לנישואים הוא אשר יעלה את הטענה כי אי-אפשר ללמוד על כוונה ליצירת הסדר שיתוף, תוך שהוא תומך את טענתו בעובדה שהוא ניהל מערכת יחסים מחוץ לנישואים. מצב זה סביר שיתרחש כאשר מרבית הנכסים רשומים על שמו של בן-הזוג שקיים את היחסים. נוצר אפוא מצב שבו דווקא התחשבות באשמו של בן-הזוג עלולה לסייע בידו, בבחינת "החוטא יוצא נשכר". במצב זה נראה כי הרציונל ההסכמי, שמבוסס על חשיבה ליברטריאנית וגם על הניתוח הכלכלי של המשפט, מאפשר להעלות

222 ראו, למשל, ע"א 446/69 **לוי נ' גולדברג**, פ"ד כד(1) 813, 820 (1970); ע"א 677/71 **דוד נ' דוד**, פ"ד כו(2) 461, 457 (1972); ע"א 3002/93 **בן-צבי נ' סיטין**, פ"ד מט(3) 5, 17 (1995).

223 הלכת **דרור**, לעיל ה"ש 51, בעמ' 832.

224 עניין **לידאי**, לעיל ה"ש 45.

225 ראו עניין **יעקובי**, לעיל ה"ש 75, פס' 17 ו-22 לפסק-דינה של השופטת שטרסברג-כהן.

נגד בן-הזוג שקיים יחסים מחוץ לנישואים טענה של השתק שתמנע ממנו את האפשרות להעלות טענה זו. הרציונל מאחורי דוקטרינת ההשתק הוא להגן על אינטרס ההסתמכות של בן-הזוג ה"תמים", אשר הסתמך על המצג שהציג לפניו בן-הזוג ה"אשם" שלפיו אורח החיים שלהם תקין.<sup>226</sup> אדם המציג מצב מסוים וגורם לכך שהזולת יסתמך על מצג זה מושתק מלטעון לעובדות המנוגדות לאותו מצג.

הפסקות הקודמות עסקו בהלכת השיתוף, והציגו לבטים וכיווני חשיבה שלפיהם יש מקום להתחשב ביחסים מחוץ לנישואים בחלוקת הרכוש. כיווני חשיבה אלה רלוונטיים יותר ומשמעותיים יותר במשטר הרכושי של חוק יחסי ממון. הניתוח דלעיל של המשפט האמריקאי לימדנו כי כאשר המשטר הרכושי הוא חלוקה שווה, האשמה רלוונטית פחות, וכאשר המשטר הרכושי הוא הפרדה, האשמה רלוונטית יותר. הבחנה זו תקפה במידה מסוימת גם למשפט הישראלי: בחוק יחסי ממון המשטר הוא הפרדה רכושית בין בני-הזוג. במהלך הנישואים כל בן-זוג הוא הבעלים של רכושו (כבשיטת "החלוקה ההוגנת"), והחלוקה ביניהם נעשית רק בעת פקיעת הנישואים.<sup>227</sup> במצב זה יהיה קשה יותר לבן-הזוג מפר האמונים לבסס שיתוף בנכסים הרשומים על שם בן-זוגו. זאת, בפרט לנוכח סמכותם של בתי-המשפט להחליט על מועד מוקדם יותר לאיזון או להחליט אילו נכסים לא ייכנסו לאיזון כקבוע בהוראת סעיף 8 לחוק יחסי ממון.

## 2. התמודדותם של ענפי משפט אחרים עם סוגיית היחסים מחוץ לנישואים

אישה עתרה לחיוב בעלה בפיצוי בגין נזקים שנגרמו לה בעקבות נטישתו ובגידתו.<sup>228</sup> בית-המשפט מנסה לאתר הוראת חקיקה שיהיה אפשר לבסס עליה פיצוי בגין נזקי בגידה. בעוולות הפרטיקולריות שבפקודת הנזיקין אין הוא מוצא מזור, ועל-כן הוא עובר לבחון את עוולות-הסל שבפקודת הנזיקין. הוא שולל את עוולת הפרת חובה חקוקה, משום שהוא אינו מוצא כל "חיקוק אשר הפרתו מהווה עילה לתובענה" שהוגשה. הוא בוחן את עוולת הרשלנות, ומציין כי כיום ניתן לבחון אם הייתה התרשלנות אף לפני שבוחנים את החובה המושגית ולפני שמבררים את הקשר הסיבתי לנזק. לשם כך יש לבחון את האינטרס הציבורי. הלכה אחת קבעה כי בבגידתו של אדם נשוי – ואף במיסוד הבגידה עם האישה האחרת, כך שהאישה האחרת נהפכת לידועה-בציבור – אין משום הפרה של "תקנת הציבור".<sup>229</sup> הלכה אחרת קבעה כי אין לשלול מידועה-בציבור את האפשרות להחליף את שם משפחתה לשם משפחתו של הידועה-בציבור שלה אף שהלה

226 המתואר בטקסט הוא ההשתק הקלסי. שיטת המשפט הישראלית מכירה בגוונים שונים של השתק, כגון השתק הבטחה והשתק התרשלות. להרחבה ראו מנחם מאוטנר "יוצרי סיכונים" ו'נקלעי סיכונים' – הגנתו של המסתמך על מצב הזולת בחקיקה האזרחית החדשה "משפטים טז 92, 112–113 (1987).

227 ולעיתים מעט מוקדם יותר – ראו תיקון מס' 4 לחוק יחסי ממון.

228 תמ"ש (משפחה י"ם) 21382/01 ב' ד' נ' ב' ר' (פורסם בנבו, 3.8.2009).

229 ע"א 563/65 יגר נ' פלביץ, פ"ד כ(3) 244 (1966).



משפט ועסקים טז, תשע"ד יחסים מחוץ לנישואים כשיקול בחלוקת הרכוש המשפחתי

עודו נשוי.<sup>230</sup> הלכה שלישית קבעה כי הסכם הבטחת נישואים, כאשר אחד הצדדים נשוי לאדם אחר, אינו עומד בסתירה לתקנת הציבור.<sup>231</sup> לנוכח הלכות אלה בית-המשפט מגיע למסקנה כי אי-אפשר לקבוע כי בניהול מערכת יחסים מחוץ לנישואים נהג הבעל בניגוד לנורמת ההתנהגות הסבירה או התרשל, ולכן אין לפסוק פיצויים נזיקיים לאישה.<sup>232</sup> מעניין שלאחרונה התקבלה בבית-המשפט לענייני משפחה בטבריה החלטה הסותרת קביעה זו. בעל מוסלמי הגיש תביעת נזיקין נגד אשתו המוסלמית בגין קיום יחסים מחוץ לנישואים. האישה ביקשה למחוק על הסף את התביעה בטענה של חוסר עילה. בית-המשפט דחה את בקשתה, באומרו כי יש מקום לומר שיש כאן עוולה נזיקית מכוח עוולת הרשלנות או מכוח הפרת חובה חקוקה. בית-המשפט אף הוסיף ואמר כי ייתכן שקיימת כאן עילה של הפרת חוזה.<sup>233</sup> בפרשת פלונית ד השופט ריבלין מעורר את הקושי לבחון יחסים רגשיים באספקלריה חוזית.<sup>234</sup> לפיכך, לדעתו, אין לפצות על נזקים נפשיים הנגרמים בגין בגידה. מעניין כי במסקנתו זו השופט ריבלין מסתמך על הלכת דרור:

"המשפט כידוע אינו מקנה עילת תביעה בגין נזקים נפשיים הכרוכים בהליכי גירושין (ראו והשוו: ע"א 264/77 דרור נ' דרור, פ"ד לב (1) 829, 832) ... בדומה, אין תרופה בשיטתנו למי שנגרם לו נזק נפשי בשל הניאוף שנאף בן-זוגו... ככלל, פרידתם של מי שקיימו ביניהם קשר רומנטי... אינה מקנה כשלעצמה תרופה במשפט... אכן המשפט... אינו נעצר על מפתנו של הבית המשפחתי, עם זאת המשפט נמנע מלנסות כוחו בהסדרת יחסים רגשיים... בן-הזוג המתעתע, הנואף, המפרק קשר ללא הצדקה, ראוי אולי לגנאי מוסרי, דתי או חברתי, אך הנפגע ממנו יתקשה למצוא תרופתו במשפט."<sup>235</sup>

טדסקי מצייין כי עברת הניאוף בטלה בשיטת משפטנו עם ביטולו של ספר החוקים הפלילי העות'מאני. לעומת זאת, הוא מצביע על מדינות שונות (דוגמת שווייץ וגרמניה)

230 בג"ץ 6086/94 נורי נ' הממונה על מרשם האוכלוסין, פ"ד מט (5) 693 (1996).

231 ע"א 5258/98 פלונית נ' פלוני, פ"ד נח (6) 209, פס' 20 לפסק-דינו של הנשיא ברק (2004) (להלן: פרשת פלונית ד).

232 עניין ב' ד' נ' ב' ר', לעיל ה"ש 228.

233 תמ"ש (משפחה טב') 10541-03-11 מ.ז. נ' א.ז., פס' ז ו-ח להחלטה (פורסם בנבו, 15.7.2011). מעניין שכעבור זמן החליט בית-המשפט לדחות את התביעה משיקולים של מדיניות משפטית וציבורית, תוך קביעה כי אין להכניס את עקרון האשם בדלת האחורית של חוק יחסי ממון. ראו תמ"ש (משפחה טב') 10541-03-11 מ.ז. נ' א.ז., פס' ו לפסק-הדין (פורסם בנבו, 30.1.2012). ראו גם תמ"ש (משפחה כ"ס) 658-02-10 ש. נ' י. ק. (פורסם בנבו, 15.12.2011), הגם שמקרה זה אינו עוסק ביחסים מחוץ לנישואים, כי אם בהפרת הסדרי ראייה.

234 פרשת פלונית ד, לעיל ה"ש 231, בעמ' 226.

235 שם, בעמ' 233.

הכוללות במשפטן סנקציות פליליות או נזיקיות בגין ניאוף.<sup>236</sup> עוד הוא מציין כי בעבר ננקטו סנקציות מגדריות, אך כיום הפליה כזו לא תיתכן.<sup>237</sup> טדסקי מסכם את דבריו וכותב כי במשפט הישראלי אין כל סנקציה כלפי בן-הזוג הבוגד, למעט הסנקציות הדתיות.

לענייננו, אחד השיקולים במשפט האמריקאי לא להתחשב באשמה במסגרת חלוקת הרכוש הוא אפשרות תביעה בגין אשמה במסגרת דיני הנזיקין או דיני העונשין. במשפט הישראלי אין אפשרות כזו – לא בתחום הנזיקין ואף לא בתחום העונשין. העדר עילת תביעה מחזק אפוא את הצורך לבחון מחדש שמא יש מקום לשקלל את האשמה בחלוקת הרכוש. הדבר נכון בוודאי לגבי נישואים אזרחיים בישראל, שבהם גם בהליך פירוק הנישואים גופו אין כל משקל לאשמה, אך הוא נכון כיום גם לגבי הנישואים הדתיים, משהופרדה חלוקת הרכוש מפקיעת הנישואים ופחת כוחה של האשמה.

### 3. הטיעון המוסרי – מהי גישת החברה כלפי יחסים מחוץ לנישואים?

בפרשת פלונית ד, העוסקת בתוקפה של הבטחת נישואים מצד אדם נשוי, אומר הנשיא ברק כך:

"...מאז פסיקה זו [למשל, בעניין יגר<sup>238</sup>] חלפו ארבעים שנה. מושגי המוסר ותקנת הציבור... השתנו... אין ספק כי שמירתו של התא המשפחתי הינה חלק מתקנת הציבור בישראל גם בימינו אלה. האינטרס החברתי תומך בנישואין יציבים... עם זאת במהלך השנים השתנו התפיסות החברתיות ביחס לסיום קשר הנישואין ולתופעת הגירושין... גם הסלידה מפני קשר זוגי מחוץ לנישואין אינה משקפת את גישתה של החברה הישראלית של היום, ודיני הידועה בציבור – שלהתפתחותם תרמו המחוקק ובית-המשפט גם יחד – יוכיחו."<sup>239</sup>

השופטת פרוקצ'יה הצטרפה לדעת הרוב של הנשיא ברק וכתבה:

"השינויים העמוקים שחלו במחצית השנייה של המאה העשרים בתפיסות המוסר, ותהליכי ההשתחררות מתבניות חשיבה וממושגי החיים ומאורחות החיים שהיו מקובלים בעבר, נותנים את אותותיהם בתוכן הנמוזג למושג 'תקנת הציבור'... העולם המערבי, ובתוכו ישראל, עבר בעשורים האחרונים תהפוכות מרחיקות לכת בתפיסות ערכיות בסיסיות המתאפיינות בפלורליזם מחשבתי ומוסרי תוך הכרה הולכת וגוברת בערך של חירות הפרט לעצב את אורח חייו

236 טדסקי, לעיל ה"ש 4, בעמ' 295.

237 שם, בעמ' 302.

238 לעיל ה"ש 229.

239 פרשת פלונית ד, לעיל ה"ש 231, בעמ' 222–223.

משפט ועסקים טז, תשע"ד יחסים מחוץ לנישואים כשיקול בחלוקת הרכוש המשפחתי

ואת תוכני חייו. תהפכות אלה משפיעות באורח מהותי על אורחות החיים ועל תפיסות המשפט...<sup>240</sup>

דברים אלה עומדים בסתירה לאמירותיהם של חלק ממומחי המשפט האמריקאי שלפיהן גם בחברה בת-ימינו הרוב סולדים מקשרים מחוץ לנישואים.<sup>241</sup> כמו-כן לא ברור כיצד התפתחותם של "דיני הידועה בציבור" מוכיחים כי הסלידה מן הבגידה "אינה משקפת את גישתה של החברה הישראלית של היום". מסגרת החיים של ידועים-בציבור אינה כרוכה בהכרח בהפרת מסגרת נישואים קיימת, ועל-כן התפתחותה אינה מעידה דבר. ציטטות אלה מחזקות את התובנה כי למשפט יש משקל חשוב בעיצובה המוסרי של החברה. שקלולם או אי-שקלולם של יחסים מחוץ לנישואים במסגרת חלוקת הרכוש משרים מסר חברתי, ומשפיעים על יחסה של החברה לתופעה זו. נראה אפוא כי המשפט הישראלי נוטה כיום להיות סובלני כלפי יחסים מחוץ לנישואים, אף שבמשך מאות שנים נחשב הדבר כפשע נגד הנישואים.<sup>242</sup>

#### 4. הצעה למשפט הישראלי

לנוכח מכלול השיקולים דלעיל – מצד אחד, הקוהרנטיות הנדרשת עם הבסיסים התיאורטיים של הלכת השיתוף ועם הבסיס התיאורטי של חוק יחסי ממון, העדר ענפי משפט המעניקים תרופה לאדם שנפגע מהתנהגות בן-זוגו, השיקול המוסרי והשדר החברתי, ומן הצד האחר, ההלכות השוללות שקילת שיקולי אשמה בעת חלוקת הרכוש המשפחתי – נראה לנו שנוסחת האיזון הראויה עשויה להימצא בדבריו הבאים של Swisher, המשקפים לטענתו את המצב ברוב מדינות ארצות-הברית:

"The better-reasoned approach in a majority of states today, however, is to retain and utilize economic *and* noneconomic fault factors in determining fair and adequate spousal support awards and the equitable distribution of marital property when a spouse has been guilty of serious or egregious marital misconduct."<sup>243</sup>

התחשבות באשמה במקרים קיצוניים עשויה לאזן בצורה טובה יותר את הערכים

240 שם, בעמ' 239.

241 ראו את דעתו של Morse לעיל ליד ה"ש 172, ואת דעתם של מלומדים נוספים לעיל ליד ה"ש 173–175.

LYNN ATWATER, THE EXTRAMARITAL CONNECTION: SEX, INTIMACY AND IDENTITY 16 242 (1982): "[Adultery is] one of the most ancient and stringent cultural rules regulating family life. In Western civilization, it can be traced back at least to early Hebraic society"

Swisher, לעיל ה"ש 117, בעמ' 229–230 (ההדגשה במקור).

הפועלים בזירה גם במשפט הישראלי.<sup>244</sup> התבטאות אחרת בספרות האמריקאית מבקשת לומר כי לנוכח ההשלכות הרגשיות שיש ליחסים מחוץ לנישואים, יש לשקללם בחלוקת הרכוש כדבר שבשגרה.<sup>245</sup> נראה לנו כי אין זו כוונתו של Swisher. כוונתו היא להתחשב ביחסים מחוץ לנישואים רק במקרים קיצוניים, דוגמת מקרים שבהם יחסים אלה הם שהובילו לפירוק הנישואים, כפי שאכן נהוג בכמה מדינות.<sup>246</sup> הצעה זו תיתן הגנה לבן-הזוג הנפגע ותעניק לו חלק גדול יותר ברכוש מן החלק שבו היה זוכה בחלוקה הרגילה. יש להדגיש כי רעיון זה יופעל רק כהגנה על הנפגע, ולעולם לא באופן שמרע את מצבו. יישום הרעיון בשיטה הישראלית עלול לעורר כמה שאלות. השאלה הראשונה היא שאלה איכותית: אימתי יחסים מחוץ לנישואים ייחשבו מקרים קיצוניים, ואימתי לא? השאלה השנייה היא שאלה כמותית: כיצד יש לשקלל יחסים מחוץ לנישואים, וכמה אחוזי רכוש יפסיד המקיים יחסים אלה? השאלה השלישית היא כיצד ניתן לזהות את הגורם האשם בפירוק הנישואים; והשאלה הרביעית, הנגזרת למעשה משלוש השאלות הקודמות, נוגעת בטענת השרירותיות בפסיקתם של בתי-המשפט לנוכח העובדה שאין מדובר במבחנים מוגדרים.<sup>247</sup> אכן, אין באמתחתנו תשובות ברורות לשאלות אלה, כשם שאין כאלה בידם של מומחי המשפט האמריקאי.<sup>248</sup> אולם גם הדרך שבחרה הפסיקה הישראלית – לא להתחשב כלל ביחסים מחוץ לנישואים – מעוררת קשיים לא-מבוטלים. הפסיקה הישראלית הוכיחה לאחרונה, ובכך אף הקדימה שיטות משפט אחרות, כי היא אינה נרתעת מלהכניס את ראשה לשאלות מורכבות, ובלבד שלא תישלל זכות מבעליה. כוונתנו היא להלכת פלוני, הקובעת כי במסגרת חלוקת הרכוש יש לחלק גם את ההון האישי, את כושר ההשתכרות ואת נכסי העתיד של כל אחד מבני-הזוג.<sup>249</sup> בית-המשפט העליון מציין כי הקושי בהערכת חלקם של בני-הזוג אינו מאיין את הזכאות, וכי ממקרה

244 ראו, למשל, עניין אלמוני, לעיל ה"ש 215, פס' 17 לפסק-הדין: "על בית המשפט להשתמש בסמכותו לפי סעיף 8(2) במידה ובמשורה, מאחר ויש בכך כדי לפגוע בזכותו הקניינית של כל בן זוג לקבלת סכום השווה למחצית מערכו של כלל הרכוש שנצבר במשפחה, ועקרונית – המערכת מושתתת על הרעיון של 'no fault', כך שאין לחפש אשמה במצב שנוצר כרקע להחלת איזון המשאבים. ברם, המחוקק הוא אשר העניק לבית המשפט את השסתום המיוחד של סעיף 8(2) כאמצעי לכך שיוכל להביא לידי ביטוי שיקולים של 'אשמה כלכלית', ועל כן, אין בכך שזכויות קנייניות של הנתבע תיפגענה כדי להרתיע משימוש מושכל בסמכות האמורה, במצבים שבהם הנחת היסוד של החוק – קרי, תרומה משותפת לבניית התא הכלכלי של המשפחה – אינה מתקיימת, עקב העדר מעש משמעותי מצד בן זוג זה או אחר."

245 Boyd, לעיל ה"ש 126, בעמ' 625.

246 ראו לעיל ה"ש 164.

247 כך, למשל, יש לקבוע את נקודת השבר של הנישואים, אשר ממנה ואילך לא תיחשב התנהגות כזו שפירקה את הנישואים. ברור, לדוגמה, שהתנהגות מינית לאחר הפירוד לא תשקול כמו התנהגות מינית לפני הפירוד. לעניין זה ראו: Ferrucci v. Ferrucci, 11 Conn. App. 369, 527 A.2d 1207 (1987); Smith v. Smith, 363 S.E.2d 404 (S.C. Ct. App. 1987).

248 טענות שנטענו במשפט האמריקאי בתגובה על טענת השרירותיות ראו לעיל ליד ה"ש 188.

249 הלכת פלוני, לעיל ה"ש 39. לעניין העובדה ששיטתנו הקדימה שיטות אחרות ראו שם, פס' 16 לפסק-הדין.

משפט ועסקים טז, תשע"ד יחסים מחוץ לנישואים כשיקול בחלוקת הרכוש המשפחתי

למקרה ובמהלך הזמן יתגבשו אמות-מידה שיסייעו בהערכת נכסים אלה.<sup>250</sup> זו, לטעמנו, הגישה הראויה גם בסוגיה דנן.

התחשבות ביחסים מחוץ לנישואים בעת חלוקת הרכוש נתמכת על-ידי שיקול נוסף: העדר חיוב בתשלום מזונות לאחר גירושים. נסביר: הדיון בחלוקת הרכוש צופה פני עבר. המשפט מבקש לחלק את הרכוש שנצבר בעבר בידי המשפחה, ולקבוע את מסת הנכסים שאיתה יעזוב כל בן-זוג את מסגרת הנישואים. הדיון במזונות, לעומת זאת, צופה פני עתיד, ומתמודד עם מצבם של בני-הזוג מן הגירושים ואילך.<sup>251</sup> נקודה אחרונה זו נכונה למשפט האמריקאי, ואף מסייעת בידינו להבין את האסימטריה בין מספר המדינות המתחשבות באשמה בחלוקת הרכוש לבין מספר המדינות המתחשבות באשמה בשאלת המזונות. מדינות המתחשבות באשמה בחלוקת הרכוש מתחשבות בה גם בקביעת שיעור המזונות. אך גם מדינות שאינן רואות לנכון להתחשב באשמה בחלוקת הרכוש מתחשבות בה בכל-זאת בקביעת שיעור דמי המזונות, ובכך מפצות את בן-הזוג הנפגע. מנגנון זה אינו קיים בשיטה הישראלית. דמי המזונות נשלטים על-ידי הדין האישי, הקובע כי חיוב המזונות פוקע עם סיום הנישואים. בהעדר מנגנון פיצוי באמצעות תשלום מזונות לאחר הנישואים, עולה הצורך להתחשב באשמה בעת חלוקת הרכוש. משנוטרלו דיני המזונות, הדרך היחידה לעשות זאת היא באמצעות חלוקת הרכוש.

## סיכום

מאמר זה מבקש להתמודד עם שאלת שקלולם של יחסים מחוץ לנישואים במסגרת חלוקת הרכוש המשפחתי. בשלהי שנות השבעים ניתנה הלכה אחת, בלתי-מנומקת, שקבעה כי יחסים אלה אינם שיקול רלוונטי בחלוקת הרכוש. ההלכות הבאות אחריה יצאו ידי חובתן בהפניה אליה, ולא מצאו לנכון לקיים דיון כלשהו בשיקולים השונים הקיימים בסוגיה. מאמר זה מבקש להשלים חלל זה ולעיין מחדש בסוגיה זו. לשם כך המאמר מנתח את הבסיסים התיאורטיים של הלכת השיתוף, של הסדר איזון המשאבים, של שיטת המשפט העברי ושל שיטת המשפט האמריקאית בהקשר של חלוקת הרכוש, ובכלל זה את התייחסותן של השיטות השונות ליחסים מחוץ לנישואים. מתברר כי בשיטה האמריקאית מתקיים דיון פורה וסוער סביב סוגיית האשמה בכלל וסוגיית היחסים מחוץ לנישואים בפרט. חמישים המדינות בארצות-הברית נחלקות בסוגיה זו בחקיקתן. גם הספרות האקדמית האמריקאית עוסקת בסוגיה – שוללי ההתחשבות

250 שם, פס' 19 ו-22 לפסק-הדין.

Carolyn J. Frantz & Hanoch Dagan, *Properties of Marriage*, 104 COLUM. L. REV. 75, 99 251 (2004).

באשמה מכאן ומצדדיה מכאן. המאמר מנתח בהרחבה שיקולים אלה, ומשתמש בהם כתשתית לעיון מחודש בשיטת המשפט הישראלית. המאמר מעלה ספקות אם עמדתה הנחרצת של הפסיקה הישראלית קוהרנטית ביחס לבסיס התיאורטי של הלכת השיתוף וביחס לבסיס התיאורטי של הסדר איזון המשאבים. כמו־כן, מן הראוי להביא בחשבון שאין בשיטה הישראלית כל דרך אחרת לפצות את בן־הזוג הנפגע בעקבות יחסיו מחוץ לנישואים של בן־זוגו – לא באמצעות ענף משפטי אחר ולא באמצעות תשלום מזונות לאחר הגירושים. בסופו של דבר המאמר מציע נוסחת איזון המבוססת על המצב המשפטי במדינות ארצות־הברית. לפי נוסחה זו, יש להתחשב באשמה במסגרת חלוקת הרכוש לפחות במקרים הקיצוניים. אומנם, יישומה של נוסחה זו יציב את מערכת המשפט בפני אתגרים לא־מעטים. אולם מערכת המשפט הישראלית בדיני המשפחה כבר הראתה בעבר כי אין היא נרתעת מאתגרים מסוג זה, ובלבד שלא תישלל זכות מבעליה ושתינתן ההגנה הראויה לבן־הזוג הנפגע כתוצאה ממאפייניה הייחודיים של המסגרת המשפחתית. הניעה זו של המערכת המשפטית בארץ אמורה להקל את פתיחתה לעיון מחודש של סוגיית ההתחשבות באשמה במסגרת חלוקת הרכוש בישראל.