

משפחה

הסדרת החוזה הזוגי במשפט הישראלי: מתווה ראשוני

מאת

ד"ר שחר ליפשיץ**

מאמר זה עוסק בהסדרה משפטית של חוזים הנערכים בין בני זוג, המבקשים להסדיר היבטים שונים של מערכת היחסים הזוגית ואת פקיעתה (חוזים זוגיים). חוזים זוגיים מצויים בצומת שבין דיני החוזים לבין דיני המשפחה וככאלה הסדרתם אמורה להיות מושפעת ממגמות בשני תחומים אלו. במסגרת זו יש להתחשב בהתפתחות המאפיינת את דיני החוזים המודרניים הקשורה לעלייה המחודשת של דיני החוזים הספציפיים ובהתפתחות המאפיינת את דיני המשפחה, בשנים האחרונות, הקשורה בהכרח המחודשת בצורך בהסדרה ייחודית של היחסים המשפחתיים. דומה, כי, תוצאה מתבקשת של תהליכי הספציפיקציה המאפיינים את הדינים המודרניים, בתחום דיני החוזים ובתחום דיני המשפחה, תכוון לפיתוח ענף נוסף של דיני החוזים המיוחדים שיעסוק בהסדרתם של חוזים זוגיים. ברם, בפועל בישראל, להוציא דרישה לאישור פרוצדוראלי של הסכמים המסווגים כהסכמי ממון, חוזים זוגיים מוסדרים באמצעות דיני החוזים הכלליים. התמיהה על העדרם של דיני חוזים זוגיים בישראל עומדת ביסודו של מאמר זה.

בחלק הראשון של המאמר אבקש לשכנע בטענה העקרונית לפיה החלתם של דיני החוזים הכלליים על חוזים זוגיים אינה ראויה. לצורך זה ינתחו מאפייניו הייחודיים של החוזה הזוגי תוך הדגשת השוני שבין מאפיינים אלו לבין החוזים הטיפוסיים בהם עוסקים דיני החוזים.

החלק השני יוקדש לבחינה שיטתית של השינויים הנדרשים בתחומים שונים שבהם עוסקים ברגיל דיני החוזים כגון: תנאי הכניסה לחוזה, טענות בדבר פגמים בכריתתו, תוכן החוזה ותרופות בשל הפרתו, לצורך

* מרצה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן.

** דודי שוורץ הוא היזם של מאמר זה. צוות כתב העת תרם לעריכתו. ד"ר משה גלברד, פרופ' חנוך דגן, ד"ר יפעת הולצמן-גזית, חגי ויניצקי, שלומית יניסקי-רביד, אלעד פינקלשטיין והשופט שאול שוחט העירו לטיוטות קודמות. מירב שגיא, יניב בן הרוש ושלומית בקרמן עזרו במחקר. תודתי נתונה לכולם.

התאמתם להקשר החוזי. לצד הדיון הנורמטיבי הממוקד במצב הראוי, יעסוק הדיון בחלק זה בניתוח פוזיטיבי של התמודדות המשפט הישראלי עם החוזה הזוגי. נגלה, כי בתי המשפט הציבו בכמה מקרים קריטריונים ייחודיים לדיון בהסכם כזה, הגם שנעדרת הסכמה מפורשת בחוק לעניין זה. התייחסות ייחודית כזו נערכה לעתים ברובד הגלוי של פסק הדין ולעתים ברובד הסמוי שלו. במקרים מן הסוג האחרון, ניתוח "שטחי" של פסקי הדין מעורר אמנם תחושה כי מדובר בפסק דין חוזי רגיל המבוסס על עקרונות חוזיים רגילים. אולם, ניתוח מעמיק יותר חושף רובד סמוי הקשור להיותו של החוזה, חוזה בין בני זוג הנבחן לאור שיקולים מתחום דיני המשפחה. בהעדרם של דיני חוזים זוגיים רשמיים יאותרו מקרים בהם בתי המשפט יישמו את ההלכות החוזיות הרגילות בהקשר של החוזה הזוגי, ללא כל התאמה או שינוי. כפי שניווכח, בחלק ניכר מן המקרים, החלת דיני החוזים הובילה לתוצאות שקיפחו באופן ברור את אחד הצדדים לחוזה. משום כך, הדיון בפסקי הדין מסוג זה ימחיש אף הוא את הטענה לפיה החלתם של דיני החוזים הכלליים בהקשר הזוגי אינה ראויה, ויחדד את הצורך בחקיקתם של דיני חוזים זוגיים עבור המשפט הישראלי.

א. מבוא

- חלק ראשון: עמדת המוצא: הצורך בדיני חוזים זוגיים
 ב. התמיהה על העדרם של דיני חוזים זוגיים בישראל
 (1) ההתמקצעות הספציפית כמאפיין של הדינים המודרניים
 (2) ההסדרה הכללית של החוזה הזוגי במשפט הישראלי
 ג. הקושי בהחלת דיני החוזים הכלליים על ההסכם הזוגי
 (1) החוזה הזוגי כחוזה בין לא שווים
 (א) פערים ביכולת הכלכלית
 (ב) תלות כלכלית
 (ג) הבדלים בניסיון מקצועי
 (ד) החשש מאלימות
 (ה) פערים במעמד 'בשוק' הנשואים
 (ו) הבדלים בדפוסי המשא ומתן
 (ז) הקושי בהתמודדות החוזית עם בעיית אי השוויון
 (2) אופיו המיוחד של הקשר הזוגי
 (א) ההיבט האינטימי
 (ב) יחסי אמן
 (ג) המצב הנפשי
 (ד) הקושי לצפות פני עתיד
 (3) החוזה הזוגי כחוזה יחס
 (4) הצורך בדיני חוזים זוגיים: סיכום

הסדרת החוזה הזוגי במשפט הישראלי: מתווה ראשוני

- חלק שני: החוזה הזוגי במשפט הישראלי
- ד. תנאי הכניסה לחוזה הזוגי
- (1) הקשחת תנאי הכניסה לחוזה הזוגי
 - (א) החוזה הזוגי: חוזה משפטי או הסכם פרטי?
 - (ב) כשלים בגמירת הדעת והדרישות לכתב ולאישור מוקדם
 - (2) הקלת הכניסה לחוזה הזוגי בפסיקה הישראלית
 - (א) ריכוך דרישות המסוימות והכתב
 - (ב) ריכוך דרישת האישור בחוק יחסי ממון
 - (ג) פערי הכוחות והמוטיבציה המוגברת למעורבות משפטית בחוזה הזוגי
- ה. פגמים בכריתה
- (1) רקע
 - (2) כפייה ועושק
 - (א) כפייה ועושק בחוזים בין זרים
 - (ב) כפייה ועושק בחוזים בין ידועים בציבור
 - (ג) כפייה ועושק בחוזי גירושין
 - (3) תום לב, טעות והטעיה
 - (א) חובת האמון ודיני החוזים המודרניים
 - (ב) חובת הגילוי בין בני הזוג בהקשר הכלכלי
 - (ג) חובת הגילוי בין בני הזוג בהקשר האינטימי
- ו. תוכן החוזה
- (1) הצורך בקריאה גמישה של החוזה הזוגי
 - (2) קריאתם של תנאים מכללא לחוזה הזוגי
 - (א) רקע
 - (ב) הנכונות לקריאה גמישה של החוזה המשפחתי: פרשת ברקוביץ
 - (ג) הקריאה הנוקשה של החוזה הזוגי: הקושי לבטל מתנות בין בני זוג
 - (3) התאמת החוזה לשינוי נסיבות
 - (א) רקע כללי
 - (ב) הצורך בגישה דינאמית לחוזה הזוגי
 - (ג) חוזי מזונות והלכת שינוי הנסיבות
 - (ד) התאמת הסכמי ממון לתנודות בזוגיות
- ז. תרופות
- (1) חוזים ארוכי טווח ובעיית האופורטוניזם
 - (2) היחסים הזוגיים ובעיית האופורטוניזם
 - (3) הבסיס האזרחי לחובת מזונות בין בני זוג לאחר פרידה
 - (א) הפתרונות המשפטיים לבעיית האופורטוניזם בהקשר המסחרי: דוגמת היצרן והמפיץ
 - (ב) היישום להקשר הזוגי
- ח. על כפות המנעול

בעשורים האחרונים, התופעה של התקשרות בחוזים המסדירים היבטים שונים של מערכת היחסים הזוגית כגון: חוזי קדם נישואין, חוזי גירושין וחוזים בין ידועים בציבור, (להלן: חוזים זוגיים) הופכת לנפוצה יותר ויותר בעולם המערבי¹. מרבית החוזים הזוגיים מתמקדים בהיבטים הכלכליים של יחסי בני הזוג, עם זאת, קיימים חוזים זוגיים העוסקים בהיבטים נוספים של חיי הזוג, ובהם: חוזים העוסקים בקביעת מקום מגורים של הצדדים, חלוקת תפקידים בעבודות הבית, פרוצדורות לפתרון סכסוכים, משך הקשר, העילות להתרתו ואפילו היבטים מיניים². באופן טבעי, עולם המשפט לא נותר אדיש לתופעה זו ובהתאם לכך קיים עיסוק משפטי רב בחוזים אלה במישור הפוזיטיבי ובספרות המחקר³.

- 1 ראו על כך, למשל: B. Bix "Bargaining in the Shadow of Love: The Enforcement of Premarital Agreements and How We Think about Marriage" 40 *Wm and Mary L. Rev.* (1998) 135, 136; וכן: A.A. Marston "Planning for Love: The Politics of Prenuptial Agreements" 49 *Stan. L. Rev.* (1997) 887, 891–892. לאחרונה, זכתה התופעה לתיעוד קולנועי בסרטם של האחים כהן – "Intolerable Cruelty" או בשמו העברי "אכזריות בלתי נסבלת". בישראל, עד לאחרונה, ההתקשרות בחוזי קדם נישואין לא הייתה נפוצה לפחות במקרים של נישואין ראשונים, אולם דומה, כי גם בנושא זה מסתמן שינוי.
- 2 במקרים רבים חוזים זוגיים מחילים הוראות העוסקות באופן ישיר ו/או עקיף בילדים ובזכויותיהם. סוג זה של הוראות דורש התייחסות מעמיקה לנושאים של טובת הילד, זכויות הילד, זכות הייצוג של ילדים וכיו"ב שהם מעבר להיקפה של הרשימה הנוכחית. עם זאת, במחקר הנמצא בהכנה אני עוסק בחוזי גירושין במשפט הישראלי. במסגרת זו אני משווה בין יחסה של הפסיקה להוראות העוסקות ביחסי בני הזוג לבין הוראות העוסקות בילדים, ועומד על הקושי בדיכטומיה המשפטית הקיימת בין עניינים מסווגים כדיניי הזוגיות לבין עניינים מסווגים כדיניי הורים וילדים.
- 3 ראו, למשל: G.F. Brod "Premarital Agreements and Gender Justice" 6 *Yale J. L. & Feminism* (1994) 229; P.E. Bryan "Women's Freedom to Contract at Divorce: A Mask for Contextual Coercion" 47 *Buffalo L. Rev.* (1999) 1153; S.V. Brown "The Enforcement of Marital Contract in the United States, Great Britain, France and Quebec" 1983 *Boston Col. Int. Comp. L. Rev.* 475; B. Cossman "A Matter of Difference: Domestic Contracts and Gender Equality" 28 *Osgoode Hall L. J.* (1990) 303; M. Garrison "Marriage: The Status of Contract" 131 *U. Pa. L. Rev.* (1983) 1039; L. Guggenheimer "A Modest Proposal: The Feminomics of Drafting Premarital Agreements" 17 *Women's Rights L. Rep.* (1996) 147; H.O. Hunter "An Essay on Contract and Status: Race, Marriage, and the Meretricious Spouse" 64 *Va. L. Rev.* (1978) 1039; J.T. Younger "Perspective on Antenuptial Agreements: An Update" 8 *J. Am. Acad. Matrim Law* (1992) 1; M.M. Shultz "Contractual Ordering of Marriage: A New Model for State Policy" 70 *Cal. L. Rev.* (1982) 204; M.J. Trebilcock & R. Keshvani "The Role of Private Ordering in Family Law: A Law and Economics Perspective" 41 *U. of Toronto L. J.* (1991) 533. ראו גם: C. Weisbrod "The Way We Live Now: A Discussion of Contracts and Domestic Arrangements" 1994 *Utah L. Rev.* 777; L.J. Weitzman *The Marriage Contract: Spouses, Lovers, and the Law* (New-York, 1981); M. Neave "Resolving the Dilemma

ככלל, מתרחש שינוי דרמטי ביחס המשפטי כלפי החוזים הזוגיים: עד לעשורים האחרונים של המאה העשרים, כמעט בכל המדינות המערביות המגמה הברורה הייתה שלא להכיר בתוקפם המשפטי של מרבית החוזים הזוגיים⁴. בניגוד לעמדה המסורתית, המגמה המסתמנת כיום במרבית המדינות מבקשת להכיר בתוקפם המחייב של חלק ניכר מחוזים אלו.⁵ כך, למשל, כמעט בכל הארצות המערביות

of Difference: A Critique of 'The Role of Private Ordering in Family Law' 44 *Univ. of Toronto L. J.* (1994) 97. מרבית הספרות המחקרית בנושא עוסקת בהסכמי קדם נישואין, המסדירים את התוצאות הכלכליות של הגירושין או בהסכמי גירושין. עם זאת, קיימים גם מחקרים העוסקים בסוגים נוספים של הסכמים זוגיים. למחקר הממוקד בהסכמים הנכרתים במהלך הנישואין, ראו: L.I. Parley "Post-Marital Agreements" 8 *J. Am. Acad. Matrim. Law* (1992) 125; M. Trebilcock & S. Elliott "The Scope and Limits of Legal Paternalism and Coercion in Family Financial Arrangement" in *The Theory of Contract Law* (Peter Benson ed., Cambridge, 2001) 45. למחקרים הממוקדים בהסכמים המסדירים את היחסים בין בני הזוג, לרבות ההיבטים האינטימיים של היחסים הללו במהלך הקשר הזוגי, ראו: G. Temple "Freedom of Contract and Intimate Relationships" 8 *Harv. J. L. & Public Pol'y* (1985) 121. עוד ראו: Weitzman, *ibid*, at chapter 10. כן ראו: L. P. Graham "The Uniform Premarital Agreement Act and Modern Social Policy: The Enforceability of Premarital Agreements Regulating the Ongoing Marriage" 28 *Wake Forest L. Rev.* (1993) 1037. בנוסף לכך, קיימים גם מחקרים העוסקים באפשרות להסדיר את כללי הגירושין (להבדיל מתוצאותיהם הכלכליות באמצעות הסכם). ראו על כך, למשל: T.F. Haas "The Rationality and Enforceability of Contractual Restrictions on Divorce" 66 *N. C. L. Rev.* (1988) 879. כן ראו את המחקרים הבאים העוסקים בהסכמים בין בני זוג שאינם נשואים: E. Kingdom "Cohabitation Contracts and Equality" 18 *International Journal of the Sociology of Law* (1990) 287; B. Oliver "Contracting for Cohabitation: Adapting the California Statutory Marital Contract to Life Partnership Agreements between Lesbian, Gay or Unmarried Heterosexual Couples" 23 *Golden Gate U. L. Rev.* (1993) 899.

4 ראו בנושא זה ש' ליפשיץ הסדרה חוזית של יחסים זוגיים במשפט האזרחי (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור לפילוסופיה, אוניברסיטת בר אילן, תשס"ב) בע' 141–145. כן ראו Bix, *supra* note 1, at pp. 148–154. כך, למשל, באופן מסורתי דיני הנישואין נחשבו לקוגנטיים ומשום כך נפסלו הסכמים שבמסגרתם הסדירו בני הזוג את חיי הנישואין שלהם באופן ייחודי. ראו על כך: M. Neave "Private Ordering in Family Law — Will Women Benefit?" *Public and Private Feminist Legal Debates* (Oxford, M. Thornton ed., 1995) 144. בדומה לכך, הסכמי קדם נישואין נפסלו, בדרך כלל. ראו על כך את מחקרה המפורסם של לינור וויצמן: Weitzman, *ibid*, at p. 342; וכן: Shultz, *supra* note 3, at pp. 122–133; Temple, *supra* note 3, at pp. 224–242. החופש להתקשר בהסכמי גירושין ובמיוחד בהסכמים שבהם צומצמה החבות שבין הצדדים הוגבל אף הוא. ראו, לדוגמא: פרשת *Hyman v. Hyman* [1929] Ac 601 (HL), שבה נפסל הסכם גירושין המפחית את חובת המזונות של הבעל בשל תקנת הציבור. פסק הדין צוטט בהסכמה גם בארצות משפט מקובל נוספות. ראו, למשל: *Bauder v. Bauder* (1969) 6 DLR (3d) 597, 599 (Ont. HC). חופש ההתקשרות החוזית של בני זוג ידועים בציבור הוגבל גם הוא באופן משמעותי מאוד. ראו על כך, למשל: H.G. Prince "Public Policy Limitations on Cohabitation Agreements: Unruly Horse or Circus Pony?" 70 *Minn. L. Rev.* (1985) 163.

5 לסקירה כללית ראו ליפשיץ, לעיל הערה 4, בע' 191–192.

המגמה הכללית היא לתת תוקף לחוזי גירושין בין בני זוג וזאת בכפוף לדרישת אישור מבתי המשפט.⁶ הרחבת החופש החוזי מסתמנת בחלק ניכר מן המדינות המערביות גם בהקשר לחוזי קדם נישואין העוסקים ביחסים הכלכליים שבין בני הזוג לעת גירושין.⁷ ברוח דומה, חוזים בין ידועים בציבור מוכרים כיום ברוב המדינות.⁸ לפחות בחלק מן המדינות ישנם סימנים להכרה בחופש ההתקשרות החוזית גם בקשר לסוגים נוספים של התקשרויות, כגון: התקשרויות העוסקות בהסדרת היחסים בין בני הזוג במהלך הנישואין.⁹ עם זאת, גם כיום קיים ספק ניכר בנוגע לאכיפתם של חוזים הקובעים את כללי הגירושין.¹⁰

באופן עקרוני, המהלך של הרחבת חופש החוזים בהקשר המשפחתי משתלב היטב בעקרונות ליברליים של אוטונומיה של הפרט, אינדיבידואליזם ושוויון הדומיננטיים מאד בחשיבה המודרנית על דיני המשפחה:

ראשית, הרחבת החופש החוזי בהקשר הזוגי משקפת עמדה ליברלית המכבדת את אוטונומיית הרצון של בני הזוג ואת האופי הפרטי של הקשר הזוגי, ועל כן מעדיפה שבני הזוג — ולא הציבור, באמצעות חוקים ושופטים — יקבעו את התוכן המשפטי של היחסים הזוגיים. בנוסף, האופי האינדיבידואליסטי של המשא ומתן החוזי ושל היחסים החוזיים באופן כללי משתלב במגמה של דיני המשפחה המודרניים להדגיש את נפרדותם ועצמאותם של חברי המשפחה. זאת ועוד, על רקע ההסדרה המסורתית של דיני המשפחה, אשר קבעה תפקידים מסורתיים על בסיס המין הביולוגי, ניכר המסר השוויוני של הסדרה חוזית שאינה מייחסת משמעות למגדר המתקשר. לצד התמיכה הליברלית בהרחבה של חופש החוזים, נתמכת ההסדרה החוזית בטיעונים כלכליים ופסיכולוגיים. על-פי טיעונים אלה, תכנון חוזי עדיף על נורמות

6 לאסופת מאמרים המתארת את הדין בנושא זה בארצות שונות בעולם המערבי, ראו: *The Resolution of Family Conflict* (J.M. Eekelaar & S.N. Katz eds., 1984) 291–385. למרות הבדלים מסוימים בדין של מדינות שונות בנושאים כגון: מיהו הגוף המאשר, האפשרות לתקוף הסכם לאחר אישור, רמת האקטיביות של הגוף המאשר, הבחנה בין נושאים שונים בהסכמי גירושין, המגמה הכללית ברוב המדינות היא בבירור לכיוון הרחבת החופש חוזי להתקשרות בהסכמי גירושין. להסכמי גירושין אני מקדיש מאמר נפרד. מאמר זה יכלול, בין היתר, סקירה השוואתית עדכנית על היחס להסכמים הללו.

7 לתיאור מגמה זו בארצות הברית, ראו: *Brod, supra note 3*, at pp. 264–279; *Marston, supra note 1*, at pp. 890–897; *Bix, supra note 1*, at pp. 252–258. למגמה דומה בחוק המשפחה של אונטריו, ראו: *Trebilcock & Keshvani, supra note 3*, at pp. 545.

8 ראו על כך, למשל בפסק הדין המפורסם: *Marvin v. Marvin* 18 Cal. 3d 660, 557 P. 2d 106 (1976).

9 ראו על כך: *Graham, supra note 3*.

10 לטענה כי מרבית בתי המשפט לא יאכפו הסכמים כאלה, ראו: E.S. Scott & R.E. Scott, “Marriage as Relational Contract” 84 Va. L. Rev. (1998) 1225, 1327. זוהי גם עמדת ה-American Law Institution *Principles of the Law of Family Dissolution: Analysis and Recommendations* (2002) 7.08. אולם השוו: *Hass, supra note 3*, הסבור כי אין מניעה פוזיטיבית להכרה בהסכמים הללו.

כפיות במובן זה שבני הזוג יודעים טוב יותר מן המחוקק את העדפויותיהם. בנוסף, להתקשרות בחוזים חשיבות רבה שכן הם מתמרצים תכנון והעברת מידע בין בני הזוג (כך, למשל, לעתים, במהלך המשא ומתן לקראת חתימת חוזה קדם נישואים, יתגלו חילוקי דעות שימנעו מראש התקשרויות זוגיות לא מוצלחות). לבסוף, יש הסבורים כי הנכונות למלא אחר מחויבויות שהפרט נטל על עצמו מרצונו גבוהה מן הנכונות למלא אחר נורמות כפיות.

ברם, בעוד שבשלב מסוים בשיח המשפטי הסתמנה דומיננטיות ברורה לצורת חשיבה התומכת בהכרה גורפת בתוקפם של חוזים אלו, תוך הדגשת ההיבטים הליברליים של הסדרה חוזית והצגתה כהסדרה יעילה מן ההסדרה הציבורית¹¹, הרי שבשנים האחרונות מתהווה כיוון חשיבה הפוך, המצביע על החששות והסכנות הגלומים בהרחבת האכיפה החוזית.

ההתנגדות להרחבת האכיפה החוזית של הסכמים זוגיים תלויה, כמובן, בסוג המדויק של החוזה הנדון. עם זאת, ככלל, ניתן להצביע על כמה התנגדויות עקרוניות לאכיפתם של חוזים זוגיים.

סוג אחד של התנגדויות קשור בהסתייגות בסיסית מתחולתם של הערכים הליברליים של אינדיבידואליזם וחופש הפרט בתחום המשפחה: במסגרת זו, מעומתת הגישה הפרטית של התומכים בהסדרה חוזית עם ערכים ואינטרסים ציבוריים שעשויים להצדיק התערבות בתכני ההסדר הפרטי שקבעו הצדדים וקביעת הסדרים משפטיים קוגנטיים. במסגרת סוג זה של התנגדות, מתעורר גם חשש שמא אופיים המסחרי והאינדיבידואלי של דיני החוזים אינו הולם את אופיו המיוחד של הקשר הזוגי¹². ברם, קיימים קו חשיבה הפוך, המעגן באופן אירוני את התנגדותו להסדרה החוזית בערכים הליברליים הללו. כך, למשל, יש הסבורים כי דווקא ההיבט הפרטי והאינטימי

11 לתמיכה בהסדרה חוזית העושה שימוש בטיעונים שהוזכרו בטקסט, ראו, למשל: K. Fleischmann "Marriage by Contract: Defining the Terms of Relationship" 8 *Fam. L. Q.* (1974) 27 וכן R.H. Mnookin & L. Kornhauser "Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Shultz," *supra* note 3; Weitzman, *supra* note 3; Divorce" 88 *Yale L. J.* (1979) 950 J.E. Stake "Mandatory Planning: Mandatory Planning: Mandatory Planning: Mandatory Planning" 3; K.C. Zelig "Putting Responsibility Back: Putting Responsibility Back: Putting Responsibility Back: Putting Responsibility Back" 45 *Vand. L. Rev.* (1992) 397 into Marriage: Making a Case for Mandatory Prenuptials" 65 *U. Colo. L. Rev.* (1993) 1222 J.M. Ramseyer "Toward Contractual Choice in Marriage" 73 *Ind. L. J.* (1998) 511 E. Rasmusen & J.E. Stake "Lifting the Veil of Ignorance: Personalizing the Marriage Contract" 73 *Ind. L. J.* (1998) 453 של הסכמי קדם נישואין שבהם נקבעים כללי הגירושין עצמם ולא רק תוצאותיהם הכלכליות). לעמדה דומה, ראו: Hass, *supra* note 3. לניתוח הקשרים ההדוקים שבין העמדות האלה לבין מגמות יסודיות בדיני המשפחה המודרניים, ראו: ליפשיץ, לעיל הערה 4, פרק ח.

12 לקו חשיבה המדגיש את הביקורת על האופי הפרטי-אינדיבידואלי של ההסדרה החוזית, ראו, למשל: D. McLellan "Contract Marriage — The Way Forward or Dead End?" 23 *J. of L. and Society* (1996) 234. Neave, *supra* note 3.

של היחסים המשפחתיים יעדיף למנוע אכיפה משפטית של חוזים זוגיים ובעיקר של חוזים המתייחסים לניהול השוטף של הקשר הזוגי¹³. בקשר להסכמים המגבילים את היכולת להתגרש נטען, כי אכיפתם פוגעת במחויבות לאוטונומיה של הפרט ולערכים האינדיבידואליסטיים שעליהם נשענים ברגיל התומכים בהרחבת החופש החוזי¹⁴. התנגדות אחרת להסדרה חוזית של היחסים הזוגיים, מנומקת באופן מפתיע בטעמים של שוויון. הגיונה של התנגדות זו נעוץ בהכרה שלמרות המחויבות העקרונית של שיטות משפט מודרניות לשוויון בין גברים ונשים, במציאות קיימים פערים משמעותיים בין גברים לנשים. פערים אלה מוליכים לכך, שהסכמים זוגיים מנוסחים במקרים רבים באופן חד צדדי, כך שנשללות מנשים כצד 'החלש' בהסכם זכויות המגיעות להן על-פי החוק. על כן נטען, כי יש להגביל את החופש החוזי בהקשר המשפחתי ולהשתית את ההסדרה המשפטית של היחסים הזוגיים על נורמות ציבוריות המבקשות להגן על צדדים חלשים במשפחה¹⁵. חרף הויכוחים בעניין והאמביוולנטיות הרבה בסוגיה זו¹⁶, נדמה, כי המגמה הכללית

13 להתנגדות עקרונית למגמה של הרחבת החופש החוזי בעניינים הזוגיים, הנובעת מהטעמים הללו, ראו, למשל: P. Horton & L. Alexander "Freedom of Contract and the Family: A Skeptical Appraisal" *The American Family and the State* (San Francisco, J.R. Peden & F.R. Glahe, eds., 1986) 229; Garrison, *supra* note 3, at pp. 1051–1052 (2 חלק ג פרק 2 סעיף ג).

14 ראו על כך לעיל הערה 10 וכן להלן פרק ג חלק 2 סעיף ג.
15 S.B. Sharp "Fairness Standards and Separation Agreements: A Word of Caution on Contractual Freedom" 132 *U. Pa. L. Rev.* (1984) 1399; M.J. Bailey "Pelech, Canon and Richardson" 3 *Canadian Journal of Law and Society* (1989–1990) 615; note 3; P.E. George "Can a Woman of the 90's Have it All? Or, is She Once again Faced with that Old Question — 'What's a Girl to Do?'" 8 *J. Am. Acad. Matrim Law* (1992) 73.

כן ראו: Brod, *supra* note 3; Neave, *supra* note 3; Younger, *supra* note 3. עוד ראו בעניין זה: K.B. Silbaugh "Marriage Contracts and the Family Economy" 93 *Nw. U. L. Rev.* (1998) 65; Neave, *supra* note 4. עם זאת, למרות שכל הכותבים שאוזכרו שותפים לחשש שחוזים זוגיים יפגעו בנשים, רק חלקם מתנגדים באופן נחרץ לחופש חוזי בהקשר הזוגי, ויש מהם הנכונים להכיר בהסדרים חוזיים בכפוף לקביעת מנגנונים ייחודיים להגנת נשים.
16 על אמביוולנטיות זאת במשפטן של מדינות שונות, ראו את הסקירה אצל ליפשיץ, לעיל הערה 4, בע' 309–310. לניסיון לארגן את העמדות השונות הקיימות בארצות הברית בקשר למעמד המשפטי של הסכמי קדם נישואין, ראו, למשל: L.W. Morgan & B.R. Turner "Attacking and Defending Antenuptial Agreements: A 1993 Update (Part 1)" 5 *Divorce Litigation* (1993) 129; L.W. Morgan & B.R. Turner "Attacking and Defending Antenuptial Agreements: A 1993 Update (Part 2)" 5 *Divorce Litigation* (1993) 149; Bix, *supra* note 1; S. Reynolds "Premarital Agreements (North Carolina)" 13 *Campbell L. Rev.* (1991) 343; T.L. Weiss "The Enforceability of Marital Agreements: Maintenance and Property Distribution Clauses" 7 *Am. J. Fam. L.* (1993) 151.

נוטה בכיוון של מתן תוקף לחוזה הזוגי. עם זאת, לטיעונים המתנגדים לאכיפה מוגברת של חוזים זוגיים קיימת השפעה רבה, באופן שבמרבית המדינות מתפתחים הסדרים משפטיים הקובעים הסדרים ייחודיים בסוגים שונים של חוזים זוגיים¹⁷: הסדרים אלה מופעלים על החוזים הזוגיים לצד ובנוסף לדיני החוזים הכלליים וכמכלול הם מגבשים את דיני החוזים הזוגיים במתכונת של דיני חוזים מיוחדים. הספרות המחקרית הרבה בנושא עוסקת בתיאורם ובניתוחם של המנגנונים הקיימים ובהצעתם של מנגנונים נוספים שמטרתם להתמודד עם אופיו המיוחד של החוזה הזוגי¹⁸.

בניגוד לעיסוק המשפטי הנרחב בנושא ההסכמים הזוגיים בעולם המשפט, ספרות המחקר המקומית אינה מרחיבה בו¹⁹. עם זאת, גם בהיעדר דיון כזה, במישור הפוזיטיבי, אומצה בישראל המגמה המכירה באפשרות העקרונית להסדרה חוזית של תחומים

המצב באנגליה, ראו: P. Pavlou "Pre-Nuptial Contracts" 148 *NLJ* (1998) 1857; לתיאור המצב באוסטרליה, ראו: Neave, *supra* note 4, at pp. 155–159. למחקר השוואתי בנושאים הללו בארצות מערביות נוספות, ראו: Brown, *supra* note 3. לתיאור פוזיטיבי של היחס המשפטי להסכמי גירושין בארצות הברית, ראו: Sharp, *supra* note 15. לתיאור המצב בקנדה, ראו: J.J. O'Hoski "The Legal Recognition of Domestic Contracts: The Experience of Ontario" *Marriage and Cohabitation in Contemporary Societies* (London, J.M. Eekelaar & S.N. Katz eds., 1980) 228. לתיאור המצב המשפטי בארצות שונות בקונטיננט, ראו: M. Therese & M. Klein "Financial Agreements on Divorce and the Freedom of Contract in Continental Europe" *The Resolution of Family Conflict* (Toronto, J.M. Eekelaar & S.N. Katz eds., 1984) 297.

17 כך, למשל, נחקק בארצות הברית בשנת 1987 חוק המסדיר את היחס המשפטי להסכמי קדם נישואין. ראו: Unif. Pre Marital Agreement Act, 9B U.L.A., 369 (1987) (עם זאת בכמה היבטים חוק זה הפחית את היכולת של בתי המשפט להתערב בתכני החוזה הזוגי, ומשום כך זכה לביקורת רבה). לניתוח ביקורתי של חוק זה, ראו: R.S. Ladden & R.T. Franco "The Uniform Premarital Agreement Act: An ill — Reasoned Retreat From the Unconscionability" 4 *Am. J. Fam. L.* (1990) 267. בניגוד לכך, ה-American Law Institution עסק, לאחרונה, בעיצוב עקרונות מחודשים להסדרת היחסים הכלכליים בין ידועים-בציבור. חלק מן ההצעות של ה-ALI עוסק בהסכמי קדם נישואין והוא מתווה קריטריונים ייחודיים לדיון בהסכמים הללו תוך הגבלת החופש החוזי של הצדדים. ראו: American Law Institution *Principles of the Law of Family Dissolution: Analysis and Recommendations* (2002) Ch. 7 ("ALI"). אני סבור כי הצעות ה-ALI משקפות הפנמה של הביקורת על הרחבת היתר של החופש החוזי שנעשתה בקוד האחיד. חוקים מיוחדים העוסקים בסוגים שונים של הסכמים זוגיים קיימים גם בארצות מערביות נוספות. לתיאור החוקים באונטריו, ראו, לדוגמה: O'Hoski, *supra* note 16. לתיאור החוקים באוסטרליה, ראו: Neave, *supra* note 4. לתיאור הצעות חוק בנושאים הללו באנגליה, ראו: Pavlou, *ibid*.

18 ראו על כך במקורות הרבים שהוזכרו בהערות הקודמות.

19 אולם, ראו: א' רוזן צבי דיני משפחה בישראל בין קודש לחול (תש"ן) 362–435; פ' שיפמן דיני משפחה בישראל (תשמ"ט, כרך ב) 259–265. ראו גם, לאחרונה, ג' שלו "הסכמים ג'נטלמניים (שם זמני)" משפטים לב (תשס"ב) 3, שחלקים רבים בו עוסקים בהסכמים משפחתיים. בנוסף לכך, קיימת, לעתים, כתיבה הדנה בהיבטים ההלכתיים של הסכמי קדם נישואין. ראו, למשל: ש' דיכובסקי "הסכמי ממון קדם-נישואין" תחומין כא (תשס"א) 279. ד' מישלוב "הסכמים קדם-נישואין" תחומין כא (תשס"א) 288.

משמעותיים של היחסים הזוגיים. מגמה זו בולטת במיוחד בתחומים הנתונים להסדרה אזרחית. (לדוגמא, היחסים הרכשיים בין בני הזוג במהלך הקשר הזוגי ובעקבות פרידה). ברם, גם כאשר המשפט מכיר באופן עקרוני באפשרות להסדרה חוזית של מערכת יחסים זוגית, מתעוררת שאלה נוספת הנוגעת למערכת הכללים המשפטית שלהם וכפף ועל-פיהם ייאכף החוזה הזוגי. כאמור, מתפתחים במערב כלים ייחודיים שנועדו להסדיר את היחס המשפטי להסכמים זוגיים. לעומת זאת, בישראל, להוציא דרישה לאישור פרוצדוראלי של הסכמים המסווגים כהסכמי ממון, חוזים זוגיים מוסדרים באמצעות דיני החוזים הכלליים.

חלקו הראשון של המאמר (פרקים ב ו-ג) יוקדש לביקורת על היבט זה של המצב המשפטי הקיים.

בפרק ב' אעמית בין הסדרת החוזה הזוגי בישראל בהתאם לדיני החוזים הכלליים לבין מגמות של ספציפיקציה הרווחת בתחום דיני החוזים ודיני המשפחה המודרניים, התומכות בהסדרת החוזה המשפחתי באמצעות דין מיוחד.

כמשך לכך, בפרק ג' אבקש לשכנע בטענה הנורמטיבית לפיה החלתם של דיני החוזים הכלליים על חוזים זוגיים אינה ראויה. לצורך זה ינותחו מאפייניו הייחודיים של החוזה הזוגי, תוך הבהרת השוני שבין מאפיינים אלו לבין מאפייניו של החוזה הטיפוסי בו עוסקים דיני החוזים. אתייחס, בעיקר, לחשש מפערי כוחות בין בני הזוג הנובעים מהבדלי מגדר כלליים ומהפליית נשים בדין הדתי בישראל, לאופיו של החוזה הזוגי כחוזה ארוך טווח בין צדדים בעלי קשר רב ממדי ולעובדה שבחוזה הזוגי משולבים, לצד היבטים כלכליים, גם היבטים אינטימיים של חיי בני הזוג. נסביר, כי גם אם בכמה תחומים ניתן להתמודד עם הבעיות הייחודיות שמעורר ההסכם הזוגי באמצעות שימוש מוגבר בדוקטרינות המצויות בדיני החוזים המודרניים, הסדרה ייחודית של החוזה הזוגי תהווה פתרון מוצלח יותר. על רקע זה אטען, כי בדומה למקובל בארצות מערביות אחרות, על המשפט הישראלי לעצב דיני "חוזים זוגיים". הדיון בחלק הראשון יהווה נקודת מוצא נורמטיבית לדיון בחלקו השני של המאמר (פרקים ד-ז).

חלק זה יוקדש לבחינה שיטתית של התמודדות המשפט הישראלי עם החוזה הזוגי בתחומים שונים שבהם עוסקים ברגיל דיני החוזים כגון: תנאי הכניסה לחוזה, טענות על פגמים בכריתתו, תוכן החוזה ותרופות בשל הפרתו. הדיון בחלק זה ישלב בין תיאור פוזיטיבי של המצב הקיים לבין ניתוח נורמטיבי ביקורתי של מצב זה. כאמור, בהיעדרם של דיני חוזים זוגיים, מוחלים על החוזה הזוגי דיני החוזים הכלליים. עם זאת, האופי המיוחד של היחסים הזוגיים ושל החוזה הזוגי לא יכול היה שלא להשפיע על יישומם של דיני החוזים בהקשר הזוגי.

ואכן, ניתוח ההתמודדות המשפטית עם ההסכם הזוגי במשפט הישראלי ימחיש את הקושי בהחלת דיני החוזים הכלליים על ההסכם הזוגי. על רקע זה נגלה, כי בתי

המשפט הציבו בכמה מקרים קריטריונים ייחודיים לדיון בהסכם כזה, הגם שנעדרת הסכמה מפורשת בחוק לעניין זה. התייחסות ייחודית כזו נערכה, לעתים, ברובד הגלוי של פסק הדין, ולעתים ברובד הסמוי שלו. במקרים מן הסוג האחרון, ניתוח "שטחי" של פסקי הדין מעורר אמנם תחושה כי מדובר בפסק דין חוזי רגיל המבוסס על עקרונות חוזיים רגילים. אולם, ניתוח מעמיק יותר חושף רובד סמוי הקשור להיותו של החוזה, חוזה בין בני זוג הנבחן לאור שיקולים מתחום דיני המשפחה. הרבדים סמויים הללו ייחשפו באמצעות השוואת תוצאותיהם של פסקי הדין שעסקו בחוזים זוגיים לתוצאותיהם של פסקי דין שעסקו בסיטואציות חוזיות דומות אך הצדדים להם היו זרים. פיתוחה החלקי של הסדרה ייחודית של החוזה הזוגי על-ידי בתי המשפט ימחיש את הצורך בדיני חוזים זוגיים "רשמיים ומלאים".

יתרה מזו, בהיעדרם של דיני חוזים זוגיים רשמיים יאותרו גם מקרים שבהם בתי המשפט יישמו את ההלכות החוזיות הרגילות בהקשר של החוזה הזוגי ללא כל התאמה או שינוי. כפי שניווכח, בחלק ניכר מן המקרים הללו החלת דיני החוזים הולכה לתוצאות שקיפחו באופן ברור את אחד מן הצדדים לחוזה. משום כך, הדיון בפסקי דין מסוג זה ימחיש אף הוא את הטענה לפיה החלתם של דיני החוזים הכלליים בהקשר הזוגי איננה ראויה, ויחדד את הצורך בחקיקתם של דיני חוזים זוגיים עבור המשפט הישראלי.

לסיום חלק המבוא ברצוני להדגיש דבר נוסף:

העיסוק ביחס המשפטי הראוי כלפי הסכמים זוגיים מחייב מחקר רחב היקף, אשר יסקור את מכלול הרכיבים המשתתפים בהסדרה המשפטית של היחסים הזוגיים, ויבחן באופן מדוקדק מהם הרכיבים שראוי להסדירם באמצעות חוזה (להבדיל מתחומים שיש להסדירם באמצעות הוראות משפטיות כופות, ותחומים אחרים שיש להותירם כתחומים לא משפטיים). מחקר כזה מחייב לשלב דיון עקרוני ביתרונות ובחסרונות המאפיינים הסדרה חוזית של מערכות יחסים שונות עם דיון ממוקד באופיים הייחודי של היחסים הזוגיים ובהסדרה המתאימה להם. יתרה מזו, התואר "חוזים זוגיים" חובק קבוצה של חוזים הנבדלים זה מזה בהיבטים משמעותיים, ומשום כך על המחקר להתחשב בשיקולי מדיניות ייחודיים הנוגעים לסוגים שונים של החוזים זוגיים. מכיוון שכך, לא ניתן להציב מודל אחיד המתייחס לכלל החוזים הזוגיים, ונדרשת לעתים גם התייחסות פרטנית לסוגים השונים של החוזים, הממוקדת בשיקולים המיוחדים שהם מעוררים ובהסדרים הקיימים בהקשר להם בעולם הרחב. זאת ועוד, לאור ייחודיותם של דיני המשפחה בישראל, עיצוב ראוי של דיני החוזים הזוגיים בישראל אינו יכול להתבסס על יישום נוקדני של הסדרת החוזה הזוגי בעולם המערבי מבלי שתיערך התאמה להקשר הישראלי ומורכבותו. על רקע העניינים הללו, נראה כי המסגרת הנוכחית אינה המסגרת המתאימה לדיון ממצה באפשרות להסדרה חוזית של יחסים זוגיים בישראל. על כן, לצד הטענה הכללית בדבר הצורך בחקיקתם של דיני חוזים

זוגיים הסתפקתי במחקר זה במתודה אינדוקטיבית הבוחנת את ההשפעה של ההקשר הזוגי על היישום הראוי והמצוי של רכיבים שונים בדיני החוזים. תקוותי היא שהזרעים שנזרעו במחקר זה ישמשו כמתווה ראשוני לניתוח עתידי מקיף יותר של הנושאים הללו ואני מקווה שבעתיד יזדמן גם לי לשוב ולעסוק בהם באופן מפורט יותר.

עמדת המוצא: הצורך בדיני חוזים זוגיים

ב. התמיהה על העדרם של דיני חוזים זוגיים בישראל

(1) ההתמקצעות הספציפית כמאפיין של הדינים המודרניים

חוזים זוגיים מצויים בצומת שבין דיני החוזים לבין דיני המשפחה וככאלה הסדרתם אמורה להיות מושפעת ממגמות בשני התחומים הללו. אחת ההתפתחויות המאפיינות את דיני החוזים המודרניים הנה העלייה המחודשת של דיני החוזים הספציפיים: המודל הקלאסי של דיני החוזים ביקש לבלוע את דיני החוזים הספציפיים (כגון: דיני המכר, ההלוואה והשכירות) ולפתח תורת חוזים אחת כללית המבקשת להקיף את כלל סוגי היחסים החוזיים²⁰. בניגוד לכך, דיני החוזים המודרניים סבורים כי אין אפשרות להסתפק במערכת כללית אחת המנוכרת למאפיינים הייחודיים של סוגי עסקאות שונות ולטיבם של המתקשרים במסגרתן. משום כך, דיני החוזים המודרניים בארץ ובעולם כוללים מגוון רחב של חוקים ספציפיים המסדירים באופן ייחודי מערכות יחסים חוזיות קונקרטיות, כגון: יחסי עבודה, עסקאות ביטוח וכיו"ב²¹. אחת ההתפתחויות המאפיינות את דיני המשפחה בשנים האחרונות הנה ההכרה המחודשת בצורך בהסדרה ייחודית של היחסים המשפחתיים: אכן, דיני המשפחה

20 על המודל הקלאסי של דיני החוזים, ראו: P.S. Atiyah *The Rise and Fall of Freedom of Contract* (Oxford, 1979) 217–568; M.J. Horwitz *The Transformation of American Law, 1780–1860* (Harvard, 1977) 160–210; J. Beatson & D. Friedmann "From Classical to Modern Contract Law" *Good Faith and Fault in Contract Law* (Oxford, J. Beatson & D. Friedmann eds., 1995) 1, 7–12. לתיאור המודל הקלאסי בספרות הישראלית, ראו, לדוגמא: ג' שלו דיני חוזים (מהדורה שנייה תשנ"ה) 25–28; ד' פרידמן ונ' כהן חוזים (תש"ן, כרך א) 32–41; א' פורת הגנת אשם תורם בדיני חוזים (תשנ"ז) 32–35; א' זמיר פירוש והשלמה של חוזים (תשנ"ו) 79–81; ס' דויטש דיני הגנת הצרכן – יסודות ועקרונות (תשס"א, כרך א) 28–32.

21 ראו: M.J. Horwitz *The Transformation of American Law 1879–1960* (New York, 1992) 34–65; Beatson & Friedmann, *ibid* 34–65. כן ראו: שלו, שם, בע' 14–16; ג' שלו "מה נותר מחופש החוזים" משפטים יז (תשמ"ח) 465; פרידמן וכהן, שם, בע' 35, 45–69; דויטש שם, בע' 332–349. להבחנות בין קטגוריות שונות של חוזים על בסיס מאפייני המתקשרים ולטענה כי יש להציב תיאוריה נבדלת בקשר לכל אחת מן הקטגוריות, ראו, לאחרונה: A. Schwartz & R.E. Scott "Contract Theory and the Limits of Contract Law" 113 *Yale L.J.* 541 (2003).

המודרניים דחו את הגישה המסורתית אשר העדיפה את היחידה המשפחתית על פני יחידה²². עם זאת, למרות התייחסותם של דיני המשפחה המודרניים אל חברי המשפחה כאל פרטים אוטונומיים, מכיר הדין המודרני בייחודיות הקשרים שבין חברי המשפחה בכלל ובייחודיות הקשר הזוגי בפרט. על רקע זה מתגבשת ההבנה, כי אין זה ראוי להחיל את העקרונות ואת הכללים המשפטיים הרגילים על נסיבות המערכות חברי משפחה, ובוודאי שזהו המצב כאשר מדובר על בני זוג. בעקבות זאת, בתחומי משפט רבים, לרבות תחומים שאינם מסווגים באופן מסורתי כענייני "המעמד האישי", כגון: יחסי הרכוש²³, פירוק שיתוף²⁴, דיני הראיות²⁵, הדין הפלילי²⁶ ודיני המס²⁷, קיימים הסדרים ספציפיים המסדירים באופן ייחודי את מערכת היחסים המשפחתית. ביטוי מובהק למגמות אלו נמצא בהקמת בית המשפט לענייני משפחה²⁸, המשקף הכרה של

22 בספרות המחקרית מקובל לכנות תהליך זה בשם "אינדיבידואליזציה". ראו על כך, בהרחבה: ליפשיץ, לעיל הערה 4, בע' 206–210 והאמכתאות שם.

23 במסגרת זו ברוב המדינות המערביות קיימים הסדרים משפטיים מסדירים באופן ייחודי את יחסי הרכוש שבין בני הזוג. ההסדרים הללו מכירים בכך שיחסי הרכוש שבין בני הזוג אינם יכולים להתבסס על העקרונות הקנייניים הרגילים. ראו על כך, למשל: S.W. Prager "Sharing Principles and the Future of Marital Law" 25 *UCLA L. Rev.* (1977) 1; E.A. Cheadle "The Development of Sharing Principles in Common Law Marital Property States" 28 *UCLA L. Rev.* (1981) 1269; K. J. Gray *Reallocation of Property on Divorce* (Abingdon, 1977) בדומה לכך, במשפט הישראלי, למרות שענייני הרכוש אינם נחשבים כענייני המעמד האישי, קיימים הסדרים ייחודיים – בעיקר חוק יחסי ממון, תשל"ג–1973 וחוקת השיתוף – העוסקים ביחסי הרכוש שבין בני הזוג. על כך ראו, בהרחבה, ש' ליפשיץ "על נכסי עבר, על נכסי עתיד ועל הפילוסופיה של חוקת השיתוף" צפוי להתפרסם משפטים לד (3) תשס"ד. וכן ש' ליפשיץ השיתוף הזוגי במשפט הישראלי (טרם פורסם).

24 ראו תיקון מס' 17 לחוק המקרקעין, התשנ"ה–1995, ס"ח 138, המתנה פירוק שיתוף בבית המגורים בפתרון הולם לילדי בני הזוג. החידוש שבחקיקה זו מתברר על רקע פרקטיקה שהייתה נוהגת בעבר בחלק מבתי המשפט לפסוק פירוק שיתוף גם כאשר מדובר בדירת המגורים של בני הזוג על סמך כתבי הטענות. להתהוותה של מדיניות חדשה בבתי המשפט לענייני משפחה, המדגישה את האופי המשפחתי של תביעה לפירוק שיתוף בדירת המשפחה, ראו: תמ"ש (ת"א) 29054/96, 20953, 20951, 20950 גלילי נ' גלילי, תקדין משפחה 396 (3) 6. על הנושאים הללו, ראו, באופן כללי: ש' ליפשיץ הידועים בציבור בראי התיאוריה האזרחית של דיני המשפחה (תשס"ה) פרק טו, חלק שלישי, סעיף ב; פרק טז, חלק שלישי, סעיף ב.

25 ראו סעיף 3 לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"ה–1971, נ"ח 421.

26 כך, למשל, החקיקה העוסקת באלימות במשפחה (לדוגמא: "החוק למניעת אלימות במשפחה, התשנ"א–1991, ס"ח 138) עשויה לשקף את ההכרה בייחודיותה של אלימות זו ובצורך בהתמודדות עמה.

27 ראו סעיף 62(ב) לחוק מיסוי מקרקעין (שבח, מכירה ורכישה), תשכ"ג–1963, ס"ח 156, המשווה את מצבם של הידועים בציבור לנשואים בכל הקשור למכירה ללא תמורה של דירת המגורים של בני הזוג. עם זאת, בהקשרים אחרים של דיני המס מסתמנת דווקא מגמה הפוכה. ראו, לאחרונה, את פסק דינו של בית המשפט העליון בע"א 900/01 רון קלס נ' פ"ש ת"א 4, תקדין עליון 2003(2) 1432, שבו צומצמו המקרים שבהם מתבצע החישוב המאוחד של הכנסת בני הזוג.

28 בשנת 1995 נחקק חוק בית המשפט לענייני משפחה, התשנ"ה–1995, ס"ח 393 (להלן – "חוק בית המשפט לענייני משפחה"), ובעקבותיו הוקם בישראל בית משפט לענייני משפחה.

המשפט הישראלי בייחודיות הסכסוך המשפחתי, ובצורך הנובע מכך להתאים את כללי המשפט הרגילים להקשרים המשפחתיים.²⁹

(2) ההסדרה הכללית של החוזה הזוגי במשפט הישראלי

דומה, כי, תוצאה מתבקשת של תהליכי הספציפיקציה המאפיינים את הדינים המודרניים, הן בתחום דיני החוזים והן בתחום דיני המשפחה, הנה פיתוח ענף נוסף של דיני החוזים המיוחדים שיעסוק בהסדרתם של חוזים זוגיים. ואכן, בארצות מערביות רבות קיימות הוראות חקיקה המסדירות באופן ייחודי סוגים שונים של חוזים זוגיים.³⁰

האם אלו הם פני הדברים גם במשפט הישראלי?

במבט שטחי, ניתן לגרוס כי חוק יחסי ממון בין בני זוג, תשל"ג–1973³¹ (להלן: "חוק יחסי ממון"), העוסק בפרקו הראשון בהסדרים מוסכמים בין בני זוג, משקף אף הוא הסדרה ייחודית של החוזה הזוגי.

ברם, מבט מעמיק יותר מגלה תמונה שונה לחלוטין:

ראשית, חוק יחסי ממון לא עוסק בכלל ההסכמים הזוגיים, אלא בסוג מסוים של הסכמים בלבד (הסכמים הצופים פני גירושין ומוות).³²

שנית, חוק יחסי ממון ממוקד בתהליך הנדרש על-מנת לאשר הסכמי ממון. בהתאם לכך, כלליו נוגעים בעיקר להיבטים פרוצדוראליים של ההתקשרות.³³ משום כך, הדעה

29 בתי המשפט לענייני משפחה מוסמכים לטפל בכל תובענה שעילתה סכסוך בתוך המשפחה (סעיף 1(2) לחוק בית המשפט לענייני משפחה) והם אינם מוגבלים לנושאים שסווגו באופן מסורתי כמעמד אישי. הרעיון בהקמת בית המשפט לענייני משפחה הוא לרכז את כל ההליכים הקשורים במשפחה בפני אותו בית משפט, ובמידת האפשר בפני אותו שופט. שופטי בית המשפט "מתמקצים" בחומרים המיוחדים, משפטיים ולבר-משפטיים, השייכים לתחום המשפחה. בתי המשפט לענייני משפחה פועלים על-פי פרוצדורה מיוחדת – בדרך כלל, רכה יותר ואדוורסרית פחות מן הפרוצדורה הרגילה, ראו סעיף 8(א) לחוק בית המשפט לענייני משפחה – והם מנסים להתאים את עצמם לאופי המיוחד של ההליכים המשפחתיים. לניתוח הרציונל של הקמת בית המשפט לענייני משפחה, ראו: ד' ארבל ו' גייפמן "חוק בית-המשפט לענייני משפחה תשנ"ה–1995 הפרקליט מג (תשנ"ז) 431.

30 ראו על כך בהרחבה בפרק המבוא.

31 ס"ח 267.

32 ע"א 169/83 (שרעבי) שי נ' (שרעבי) שי, פ"ד לט(3) 776. לפרשנות מצמצמת של היקף ההסכמים הדורשים אישור על-פי החוק ראו לאחרונה: בג"צ 10605/02 גמליאל נ' גמליאל (להלן – "פרשת גמליאל") (טרם פורסם). מעניין לציין, כי על-פי סעיף 3(ג) לחוק בית המשפט לענייני משפחה, קיימת לבתי המשפט לענייני משפחה סמכות לאשר הסכמים ולתת פסקי דין בכל נושא שבתחומי סמכותם. על בסיס סעיף זה קבע, לאחרונה, בית המשפט העליון, כי ניתן לאשר הסכמים בין ידועים בציבור או אפילו בין חברי משפחה שאינם בני זוג. ראו, לדוגמא: רע"א 6854/00 היועץ המשפטי לממשלה נ' זמר, תקדין עליון 2003(2) 3132; תמ"ש (ת"א) 8240/99 אהרונסון נ' אהרונסון (טרם פורסם). עם זאת, יש לשים לב, כי סעיף זה נותן אופציה לאישור הסכמים אך אינו מחייב זאת.

33 ראו על כך, למשל, בע"א 359/85 (קורפלש) קוך נ' קוך, פ"ד לט(3) 421, 422 (להלן – "עניין

המקובלת הנה, כי חוק יחסי ממון לא מאפשר לבתי המשפט להתערב בתכנים המהותיים של ההסכם.³⁴

יתרה מזו, משום שחוק יחסי ממון נוגע בעיקרו לתהליך אישור ההסכם, גם לגבי אותם הסכמים שחוק יחסי ממון מתייחס אליהם עניינו הבלעדי בתנאים הנדרשים מראש על-מנת ליתן תוקף להסכם בין בני הזוג, אולם החוק אינו קובע כללים ייחודיים העוסקים בדרך ההתייחסות המאוחרת להסכם שאושר. לפיכך, הפסיקה והמחקר הדגישו בכמה הקשרים, כי הסכמים זוגיים, ובכללם הסכמי ממון שאושרו, הנם הסכמים "רגילים" ומשום כך יש להחיל עליהם את דיני החוזים המקובלים, ללא התאמות ייחודיות.³⁵ על רקע זה בתי המשפט הישראליים, הנתקלים בחוזים הזוגיים, מפעילים עליהם באופן שגרתי את דיני החוזים הכלליים. המתח בין מגמות הספציפיקציה המאפיינות ברגיל את דיני המשפחה והחוזים

קוף": "תפקידו של נותן האישור – יהא זה שופט או דיין או עורך נישואין – הוא פורמאלי גרידא" (שם, בע' 422).

34 האופי הפרוצדוראלי של חוק יחסי ממון הובהר היטב בע"א 640/82 כהן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לט (1) 673, 679: "סבורני, כי אין שעתה של שאלה זו בשלב אישור ההסכם, כשתוכנו של ההסכם והמעמד האישי של הצדדים אינם עומדים אז לדין ובית המשפט ממלא תפקיד מוגבל ופאסיבי, והוא ליתן תוקף להסכם, לאחר שנוכח, 'שבני הזוג עשו את ההסכם או את השינוי בהסכמה חפשית ובהבנים את משמעותו ואת תוצאותיו', כאמור בסעיף 2 (ב) לחוק" (ההדגשה שלי – ש' ל'). ראו בעניין זה גם: ע"א 543/82 שטרן נ' שטרן, פ"ד לו (4) 752, 756: "למקרא החוק הנ"ל נראה הדבר, שלא נמצא בו מאומה לגבי תוכן הסכם הממון הטעון אישור; מגמת המחוקק הייתה להשאיר עניין זה בתחום האוטונומיה החופשית של בעלי הדין... יתר-על-כן הלכה פסוקה היא, שתפקידו של בית המשפט באשרו את ההסכם הוא פאסיבי גרידא – ליתן תוקף להסכם, אם בני הזוג עשו אותו בהסכמה חופשית ובהבנת תוכנו ותוצאותיו" (ההדגשה שלי – ש' ל'). ראו עוד בעניינים אלה: א' רוזן צבי דיני משפחה בישראל בין קודש לחול (תש"ן) פסקות 425–433. האופי הפרוצדוראלי-צורני-מנהלי של האישור בולט עוד יותר כאשר מדובר על אימות ההסכם לפני הנישואין על-ידי רשם נישואין, המהווה גוף מנהלי בלבד (ולא שיפוטי). עמד על כך בית המשפט בהמשך דבריו בפרשת שטרן, שם, שם: "למקרא סעיף 2 (ג) לחוק הנ"ל יוצא שבהסכם ממון שנכרת לפני הנישואין או בשעת עריכתם יכול אימות רושם הנישואין לבוא במקום אישור בית המשפט... וודאי שהמחוקק לא צפה, שרושם הנישואין ייתן דעתו לתוכנו של ההסכם, אם הוא מפורט או אם נכללו בו אך סעיפי מסגרת או סעיף בורות".

35 ראו על כך, למשל, רוזן צבי, שם, בע' 94: "חלק מדינים אלה (דיני החוזים והקניין – ש' ל') הותאם על-ידי הפסיקה למערכת המיוחדת של דיני המשפחה. בחלק אחר של הדינים לא נעשתה התאמה כזו ומיושמים הכללים הרגילים. כך יחולו בדרך כלל דיני החוזים גם על חוזים בין בעל ואישה כך, למשל, על הסכם שיפוטי למזונות יחולו בדרך כלל דיני החוזים. טענות על הפרת הסכם ממון על פגמי רצון בהסכם ממון, אפילו אושר בבית דין דתי או אצל רושם הנישואין יידונו על-פי דיני החוזים, ומקום בירורם הוא בית המשפט המחוזי בהיותם עניין של חוזים. אולם אם תהיה העילה כולה בתחום המעמד הדתי והפרת התנאי בהסכם תתייחס לעילה זו תהיה סכמות מקבילה גם לבית הדין המוסמך. על הסכם גירושין הנידון בבית המשפט האזרחי יחולו בדרך כלל דיני החוזים. הדברים אמורים הן באשר לטענת אילוץ, הן באשר לפרשנות ההסכם, הן באשר לשאלת מיון תוצאות ההפרה (בטלות או בטילות) והן בכל הנוגע להגשת תביעות שעניינן הפרת הסכם או הנובעות מן ההפרה".

בישראל ובעולם לבין הסדרת החוזה הזוגי באמצעות דיני החוזים הכלליים בישראל עומד ביסודה של רשימה זו.

ג. הקושי בהחלת דיני החוזים הכלליים על החוזה הזוגי

מן האמור עד כה ברור, כי הסדרת החוזה הזוגי בהתאם לעקרונות החוזיים המקובלים ללא התאמה והתחשבות בהקשר הזוגי אינה משתלבת עם המגמות המרכזיות בדיני החוזים ובדיני המשפחה בארץ ובעולם. מעבר לבעיית "אי ההשתלבות" נדמה, כי לחוזה הזוגי הטיפוסי כמה מאפיינים המייחדים אותו מאב הטיפוס החוזי והחלת דיני החוזים הכלליים על ההסכמים הזוגיים בנסיבות אלו עלולה לעורר מספר קשיים. להלן אמנה את המרכזיים שבהם:

(1) החוזה הזוגי כחוזה בין לא שווים

על אף שהסכמים זוגיים נערכים בין בני זוג "פרטיים", הבדלים ביולוגיים, כלכליים, חברתיים ומשפטיים בין גברים לבין נשים מוליכים לכך, שבמקרים רבים, ההסכם הזוגי מאופיין בפערי כוחות משמעותיים בין הצדדים. אי השוויון בין גברים לבין נשים בא לידי ביטוי בהקשר של סוגים שונים של הסכמים זוגיים בכמה היבטים:

א) פערים ביכולת הכלכלית

פער בין שכרם הממוצע של גברים לבין שכרן הממוצע של נשים³⁶, בצירוף לגיל נשואים ממוצע גבוה יותר אצל גברים, מוליך לכך, שיכולתם הפיננסית של גברים המתקשרים בהסכמי קדם נישואין גבוהה, במרבית המקרים, מהיכולת המקבילה של נשים³⁷. פערי השכר בין גברים לבין נשים גדלים, בדרך כלל, במהלך הנישואין ומכיוון שכן, הפערים הללו הם מאפיינים מובהקים של הסכמים זוגיים הנכרתים במהלך הקשר הזוגי כמו גם של הסכמי הגירושין.

פערים בשכר עשויים להשפיע על ההסכם הזוגי בכמה הקשרים:

ראשית, הם מוליכים לכך, שהצד החזק כלכלית יוכל להיעזר בשירותי יעוץ משובחים, בעוד שהצד החלש זוכה לייעוץ באיכות נמוכה ולעתים נאלץ לוותר עליו כליל, באופן המטה את התוצאות הצפויות של ההסכם. שנית, במקרים מסוימים, במיוחד בהסכמי קדם נישואין, אך לעתים גם בהסכמי

36 על הפערים הכלכליים בין גברים ונשים קיימת ספרות ענפה. ראו, למשל, בישראל: ד' יזרעאלי "המיגדור בעולם העבודה" מין מגדר ופוליטיקה (1999) 167.

37 לניתוח זה ראו: Brod, *supra* note 3, at pp. 241–246.

גירושין, מיוצגים שני הצדדים על-ידי עורך דין אחד. למרות שעל-פי כללי האתיקה המקובלים, עורך הדין במקרה כזה חייב לייצג נאמנה את שני הצדדים³⁸, קשה להתעלם מן החשש שהצד החזק כלכלית אשר בחר בעורך הדין ומימן אותו יזכה, בכל זאת, בעדיפות.

שלישית, לפערי שכר עשויה להיות גם השלכה נוספת: הצד החזק כלכלית מסוגל לעמוד בתוצאות של התדיינות ארוכה ובשל חוסנו הכלכלי יכולתו לספוג הפסד גבוהה יותר מיכולתו המקבילה של הצד החלש. לפיכך, מרחב התמרון של צד זה במשא ומתן ויכולתו להתיש את יריבו (ובדרך כלל, יריבתו) גבוהים יותר³⁹. מקרה מובהק שבו פערי שכר בין גברים לבין נשים משפיעים בצורה ברורה הוא הסכמי גירושין. במערכת יחסים שבה הבעל הוא המפרנס העיקרי, היכולת הכלכלית המוגבלת של האישה מונעת ממנה לממן יעוץ משפטי ולעמוד במערכה משפטית ממושכת. עניין זה יוצר מעגל שוטה שלא מאפשר לאישה ליהנות מן הזכויות המהותיות שהדין מקנה לה ברכוש המשפחתי.

ב) תלות כלכלית

הפערים הכלכליים בין גברים לבין נשים מולכים לכך שבמקרים רבים קיימת בין בני הזוג תלות כלכלית. לתלות זו עשויה להיות השלכה דרמטית על הסכמים בין בני זוג הנכרתים במהלך הקשר הזוגי, וזאת הן במקרים של בני זוג נשואים והן במקרים של בני זוג שאינם נשואים. במסגרת זו, הצד החזק כלכלית עשוי לנצל את התלות הכלכלית של בן זוגו ולאיים עליו בנטישה. איום זה עלול להשפיע על בן הזוג התלוי להסכים להתקשר בהסכם המונע ממנו זכויות המגיעות לו על-פי דין.

ג) הבדלים בניסיון מקצועי

במרבית המקרים, דפוסי העבודה של גברים⁴⁰, הניסיון שרכשו בעבודתם וגילם הבוגר מסייעים להם לנהל משא ומתן טוב יותר מאשר נשים, ולהיות נגישים יותר ליועצים מוצלחים.

ד) החשש מאלימות

מקור חשוב לאי השוויון בהסכמים זוגיים, שלטעמי איננו מטופל מספיק בספרות המקצועית, קשור בתופעה של אלימות במשפחה. הטיעון הוא, שבמערכת זוגית

38 לדיון מקיף בענייני אתיקה הקשורים בייצוג משפחתי, ראו: Symposium "Should the Family be Represented as an Entity?" 22 *Seattle U. L. Rev.* (1998) 1.

39 לדיון בעניינים אלה, ראו: Mnookin & Kornhauser, *supra* note 11 at pp. 974–975, 978–980; ליישום בהקשר של החזקת ילדים, ראו: *ibid.*, at pp. 978–980; רון צבי, לעיל הערה 34, בע' 143–142.

40 השוו: Neave, *supra* note 3, at p. 116. הטוענת, כי לנשים כקבוצה הבנה פחותה בעניינים כלכליים.

הנשלטת על-ידי אלימות, עשוי הצד המאויים להיכנע לתכתיבים של הצד המאיים ובכך ייפגע רצונו החופשי. ודוק: בכל מערכת מודרנית של דיני חוזים, קיימות הוראות חוק, כדוגמת הוראת הכפייה בחוק החוזים הישראלי, השוללות את תוקפו של חוזה שנכרת כתוצאה מאלימות פיסית או כתוצאה מאיום בהפעלת אלימות כזו⁴¹. עם זאת, קיימים הבדלים משמעותיים בין הוראת הכפייה החוזית הרגילה לבין מקרה של אלימות במשפחה:

ראשית, הוראת הכפייה עוסקת, ברגיל, במעשה אלימות או איום שהולך באופן ישיר להתקשרות בחוזה⁴². בניגוד לכך, במקרה של אלימות במשפחה, עצם נוכחותה של אלימות במשפחה הופכת את היחסים במשפחה ליחסים שבמרכזם שליטה וכוח⁴³. מכיוון שכך, גם אם להתקשרות הספציפית לא קדמו אלימות או איום באלימות, עצם קיומה של אלימות במשפחה פוגע באופן אנוש ביכולת להגשים את האידיאולוגיה החוזית, שבמרכזו התקשרות חוזית הנובעת מרצון חופשי של הצדדים. זאת ועוד, המחקר על נשים מוכות⁴⁴ מלמד, שהאלימות משפיעה במקרים רבים על התפיסה העצמית של נשים אלה. מכיוון שכך, עלולות אותן נשים לחשוב שלא מגיע להן חלק שווה ברכוש המשפחתי ובהתאם לכך הן תוותרנה על זכויותיהן. לכן, גם אם האלימות לא השפיעה במישרין על החוזה הזוגי, היא מעצבת בכל זאת את המשא והמתן שבין הצדדים ואת תוצאותיה⁴⁵.

(ה) פערים במעמד 'בשוק' הנשואים

הבדלים מגדריים הופכים את ההסכם הזוגי להסכם אסימטרי במובן נוסף. מחקרים המבוססים על תובנות כלכליות, סוציולוגיות ופסיכולוגיות מזהים תופעה, המוכרת גם בקונבנציה החברתית המקובלת, לפיה, ככלל, נשים מבקשות להינשא יותר מגברים.

41 ראו על כך, בישראל, סעיף 17 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, (להלן – "חוק החוזים"), ס"ח 118. ראו גם שלו, לעיל הערה 20, בע' 227 ואילך; פרידמן וכהן, לעיל הערה 20, בפרק 16.

42 זוהי, למעשה, דרישת הסיבתיות בין הכפייה לבין ההתקשרות בהסכם. ראו שלו, שם, בע' 232.
43 על האלימות כחלק מפרקטיקות המכוננות את היחסים הזוגיים בין גברים ונשים כיחסי כוח, ראו: C.A. Mackinnon *Toward a Feminist Theory of the State* (Cambridge, 1989). על אלימות במשפחה כמשחקת נשים ומונעת מהן תפקוד עצמאי ושוויוני, ראו: L. Walker "Battered Women and Learned Helplessness" 2 *Victimology* (1977-1978) 525. ובכתיבה המאוחרת יותר: L. Walker *The Battered Woman Syndrome* (New York, 1984). על מאפייניה של האישיה המוכה ועל הקושי להתייחס אל אישה כזו במשקפיים הליברליים הרגילים, ראו: ל' בילסקי "נשים מוכות – מהגנה עצמית להגנת העצמיות" פלילים 5 (תשנ"ח) 5. כן ראו: R. Bailey-Harris "Equality or Inequality within the Family? Ideology, Reality and the Law's Response" in *The Changing Family: Family Forms & Family Law* (Oxford, 1998) 251, 252.

44 שם.

45 טיעון זה מצטרף לחשש כללי לפיו נשים מפנימות תפיסות גבריות ומשום כך אינן מפנימות את זכויותיהן על-פי החוק והן תוותרנה עליהן במסגרת משא ומתן הסכמי. לסוג זה של טיעון, ראו: Neave, *supra* note 4. at pp. 169-170.

מחקרים אלה מייחסים מאפיין זה להבדלים בין גברים לבין נשים במישור הביולוגי (גיל ההולדה המרבי הנמוך יותר של נשים) ובמישור הכלכלי (כושר ההשתכרות הגבוה יותר של גברים). ההבדלים הללו, בנוסף להבניות חברתיות ותרבותיות הקשורות במשמעות השונה של בדידות, רווקות ומיניות עבור גברים ונשים, הופכים את החלופות לנישואין, כגון: חיים זוגיים ללא נישואין, הורות ללא זוגיות ויותר על הורות למושכות פחות עבור נשים. בהתאם לכך, נשים מוחלשות במשא ומתן לקראת הנישואין. יש המייחסים לנחיתות זו את האופי הלא שוויוני המאפיין את דיני הנישואין ואת יחסי הנישואין⁴⁶. בהקשר של הדיון הנוכחי ברור, שהמוטיבציה של נשים להתחתן עשויה להתרגם לויתורים בנסיבות של עריכת חוזי קדם נישואין⁴⁷. יתר על כן, ההבדלים המגדריים בין גברים לבין נשים מוליכים לכך, שבעקבות הנישואין ובמהלכם של שנות הנישואין יורד פוטנציאל הנישואין של נשים באופן משמעותי ביחס לגברים⁴⁸. עניין זה עשוי להציב גברים כצד החזק בכמה הקשרים נוספים: ראשית, במקרה של מחלוקת בין בני הזוג במהלך חיי הנישואין, גברים עלולים להשליט את רצונם באמצעות איום בגירושין. איום זה עשוי להפוך הסכמים הנכרתים במהלך הקשר הזוגי להסכמים מוטעים לטובת גברים. בנוסף לכך, לאור ירידת פוטנציאל הנישואין של נשים לאורך השנים, תבקשנה נשים לסיים את הליך הגירושין באופן מהיר יותר, באופן שעלול להציב אותן בעמדה נחותה גם בהקשר של הסכם הגירושין.

ו) הבדלים בדפוסי המשא ומתן

מקור אחר להבדלים בין גברים לבין נשים בהקשר של ההסכם הזוגי קשור לדפוסי שונים של משא ומתן: יש הסבורים, כי בניגוד לגברים הממוקדים יותר במירוץ (מקסום) הרווח האישי שלהם, נשים נוטות לכיוון אלטרואיסטי ולהתחשבות בזולת⁴⁹. בהקשר של דיני המשפחה נטען, שנשים מאופיינות ברגישות גבוהה יותר לתוצאות המשא ומתן הנוגעות לילדים⁵⁰. כיוון שכך, נשים תסרבנה לסכן (במהלך המשא ומתן), ולו כעניין

46 לתיאור מקיף ופסימי של נחיתותן של נשים במשא ומתן לקראת הנישואין, המבוסס על העניינים האמורים בפסקה זו, ושל השלכותיה של נחיתות זו על האפשרות לעצב נישואין או יחסים זוגיים שוויוניים, ראו: A.L. Wax "Bargaining in the Shadow of the Market: Is there a Future for Egalitarian Marriage?" 84 Va. L. Rev. (1998) 509, 559–635.

47 ראו: Wax, *ibid*, at pp. 648–654. ברוך דומה, ביקר פרופ' שיפמן בעבר פסק דין ישראלי שעסק בתוקפם של נישואין פרטיים, שבו התעלם בית המשפט מהבדלים בין גברים לבין נשים לקראת הנישואין. ראו פ' שיפמן דיני משפחה בישראל (מהדורה שנייה תשנ"ה, כרך א) 337–343.

48 על ההבדלים בין גברים ונשים ועל משמעותם, ראו: Wax, *ibid*, at pp. 547–551. ראו גם בהקשר זה: J.M. Ellman "The Theory of Alimony" 77 Cal. L. Rev. (1989) 1, 45–46.

49 לדיון מרתק בעניינים אלה בהקשר רחב יותר, ראו: C. M. Rose "Bargaining and Gender" 18 Harv. J. L. & Public Pol'y (1995) 547.

50 על הדאגה לילדים כמרכיב מרכזי בפעולותיהן של נשים, ראו בהקשר שונה: בילסקי, לעיל הערה 43, בע' 33–34; M. Becker "Maternal Feelings: Myth, Taboo, and Child Custody" 1 Rev. of Law and Women's Studies (1992) 133.

טקטי, את מה שנתפס בעיניהן כטובת ילדיהן. בדומה לכך, מסרבות נשים, בדרך כלל, להשתתף במהלכים שעלולים לסכן את מעמדן כהורה המחזיק בילד⁵¹. ניתוח כלכלי של דינמיקת המשא ומתן, המביאה בחשבון את הניתוחים הללו, חושפת, כי גברים משתמשים בנקודת תורפה זו אצל נשים. יתרה מזו, ניתוחים כלכליים מתוחכמים מבהירים, כי גם אם באופן עובדתי הדפוסים הללו אינם נכונים, עצם העובדה שהם נתפסים בציבור כנכונים, עלולה, כשלעצמה, להביא לתוצאות לא הוגנות של המשא ומתן⁵².

ז) הקושי בהתמודדות החוזית עם בעיית אי השוויון על רקע הניתוחים בפסקאות הקודמות, לא מפתיע לגלות, כי למרות, שלכאורה, הסכמים והכרה בהם מבטאים מסר של שוויון בין המינים, הרי שלמעשה, במרבית המקרים, הסכמים זוגיים משמשים מכשיר השולל מנשים זכויות שהוקנו להן בחוק⁵³. מסתבר, אפוא, כי למרות החזות השוויונית של ההסכמים הללו, ההכרה הנרחבת בהם פוגעת בנשים. בנקודה זו חשוב להדגיש, כי בדיני החוזים המודרניים קיימים כמה כלים המאפשרים התמודדות מסוימת עם בעיית פערי הכוחות שבין צדדים להסכם⁵⁴. עם זאת, בהקשרים משפטיים רבים, כגון: דיני העבודה⁵⁵, דיני הביטוח⁵⁶, דיני מכר

51 ראו, למשל: Neave, *supra* note 4, at p. 151 המציגה מחקרים שבמרכזם אפיון דפוס זה אצל נשים. עסקתי בכך כאשר דנתי בביקורת שניתן למתוח על ביטול חזקת הגיל הרך מנקודת מבט הממוקדת בהשפעת הביטול על דינאמיקה של המשא ומתן לקראת הסכם הגירושין (ליפשיץ, לעיל הערה 4, בע' 327–329). כן ראו בעניין זה: Neave, *supra* note 3, at p. 123 et seq.

52 ראו: Rose, *supra* note 49; Neave, *supra* note 3, at pp. 123–125.
53 ראו, למשל, את מחקרי השטח שעסקו באפיון דפוסים של הסכמים זוגיים ומובאים אצל: Brod, *supra* note 3, f.n. 49–51; ראו גם את סקירת הנוסחים הסטנדרטיים של הסכמים זוגיים המופיעים אצל Guggenheimer, *supra* note 3. בנוסף לכך, עיון מהיר בפסקי הדין העוסקים בהסכמים זוגיים יבהיר, כי ברוב המוחלט של המקרים מדובר בהסכמים שבמרכזם הפחתת היבטי השיתוף וההתחייבות הגלומים בנישואין.

54 לטענה כי הכלים החוזיים המקובלים עשויים לאפשר התמודדות הולמת עם בעיית פערי הכוחות בהסכם הזוגי, ראו: R.H. Mnookin "Divorce Bargaining: The Limits on Private Ordering" *The Resolution of Family Conflict* (Toronto, J.M. Eekelaar & S.N. Katz eds., 1984) 364, 370–374.

55 על כך קיימת ספרות ענפה המתייחסת לתחומים שונים שבהם עוסקים דיני העבודה. ראו, למשל: ר' בן ישראל "התפתחות דיני העבודה בשנים תשנ"ד–תשנ"ו" ספר השנה של המשפט בישראל – תשנ"ו (א' רון צבי עורך, תשנ"ז) 543; ר' בן ישראל "זכות היסוד לחופש משא ומתן קיבוצי – זכות או חופש ניהול משא ומתן קיבוצי?" ספר שמגר (תשס"ג, כרך ג) 743; ר' בן ישראל "זכות היתר (הפררוגטיבה) הניהולית של המעביד – תבנית עיצובה בעידן הבתר תעשייתי" עיוני משפט כה (תשס"ב) 705; ג' מונדלק "אפיון ההסדרה המשפטית לגבי פיטורי עובד מברירת מחדל חוזית להסדרה קוגנטית ומה שביניהם" עיוני משפט כב (תשנ"ט) 819; ע' ידלין "תום לב במשפט העבודה בישראל: מן הכלל אל הפרט" עיוני משפט כב (תשנ"ט) 867, המסביר מדוע אין ליישם את הכללים החוזיים האינדיבידואליסטיים הרגילים בדיני העבודה, שבהם אמור לבוא לידי ביטוי, בעיקר, העניין המעמדי. השוו: א' ברק "עקרון תום הלב במשפט העבודה" ספר ברנזון (תש"ס, כרך ב) 499.

56 ראו, למשל, ד' שורץ "דיני ביטוח – תהליכים ומגמות" ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"ו

דירות⁵⁷, דיני הגנת הצרכן⁵⁸, דיני בנקאות⁵⁹ ודיני החוזים האחדים⁶⁰, המשפט לא הסתפק בכלים הכלליים האלה, ומשום כך, פערי כוחות בין הצדדים היוו את הבסיס המרכזי לחקיקתם של דיני חוזים מיוחדים, שבמוקדם הרצון להגן על הצד החלש. על רקע זה, ההתעלמות מן המציאות המגדרית הקיימת וההתייחסות לבני זוג כמתקשרים המצויים בעמדה שוויונית הנה בעייתית⁶¹.

(2) אופיו המיוחד של הקשר הזוגי

פרט להבדלים בין גברים לבין נשים שאותם תיארתי, קיימים מאפיינים נוספים להסכם הזוגי, המבחינים בינו לבין החוזה המסחרי הסטנדרטי. מאפיינים אלה קשורים לפער משמעותי הקיים בין ההקשר הזוגי לבין הקשרים חברתיים אחרים שבהם נכרתים חוזים והם מעוררים את החשש שהכפפת ההסכמים הזוגיים לאידיאולוגיה החוזית הרגילה ולדיני החוזים הרגילים לא תוליד לתוצאות ראויות:

- (א' רוזן צבי עורך, תשנ"ז) 31. ראו גם, לאחרונה: ד' שוורץ ור' שלינגר "פרשנות חוזה הביטוח: פרשנות נגד המנסח ומבחן הציפיות הסבירות של המבוטח" קריית המשפט ג (ספר זכרון לחיים ה' כהן, תשס"ג) 345. עוד ראו: ש' ולר חובת גילוי של מבוטחים בחוזה ביטוח (תשס"ב).
- 57 א' זמיר חוק המכר (דירות) התשל"ג-1973 (מהדורה שנייה תשס"ב).
- 58 השוו דויטש, לעיל הערה 20, שהטענה כי יש לעצב את דיני הגנת הצרכן במתכונת של דיני חוזים מיוחדים שזורה לאורך ספרו (ראו, במיוחד, שערים 2 ו-3 לספר). אולם, ראו: מ' גלברד "ס' דויטש, דיני הגנת הצרכן – כך א' יסודות ועקרונות (בקורת ספרים)" מחקרי משפט כ (תשס"ד) 529, הסבור, כי הכלים המודרניים הקיימים בדיני החוזים עשויים לייתר את הצורך בשימוש בדיני הגנת הצרכן.
- 59 ראו, למשל: ס' דויטש "יחסי בנק-לקוח – אספקטים חוזיים וצרכניים" ספר זכרון לגד טדסקי – מסות במשפט אזרחי (תשנ"ו) 163.
- 60 ראו, למשל: ס' דויטש "חוק החוזים האחדים – כישלון ולקחים לעתיד" מחקרי משפט א (תש"ם) 62. כן ראו: ר' לוטהוויז וט' שפניץ חוזים אחדים (תשנ"ד), וכן את ביקורתו של פרופ' דויטש: ס' דויטש "חוזים אחדים (ביקורת ספרים)" משפטים כז (תשנ"ז) 639.
- 61 בשנות ה-70 וה-80 הסדרה חוזית של יחסים זוגיים זכתה לביקורת נלהבת בשיח המשפטי הכללי, ובמיוחד בשיח הליברלי-פמיניסטי. ראו על כך: Shultz, *supra* note 3; Weitzman, *supra* note 3. ראו, במיוחד, את התמודדותה של Weitzman עם הטענות המתנגדות להסכמים אינטימיים בשל הרצון להגן על נשים, *ibid.*, at pp. 246–248. בניגוד לכך, בשנות ה-90 החלו להישמע ביקורות פמיניסטיות נגד מגמה זו. ראו על כך, בעיקר, במחקרים של Bryan, Brod & Neave, *supra* note 3. בהערת אגב אציין, כי שינוי זה מתקשר לשינוי כולל יותר בחשיבה הפמיניסטית המתבטא במעבר מפמיניזם ליברלי, המדגיש את הדמיון בין גברים ונשים, לפמיניזם תרבותי, המדגיש את השוני וההבחנות המגדריות. לניתוח דומה ראו: Cossman, *supra* note 3. ברם, דיון בנושאים אלה הוא מעבר להיקפו של המאמר הנוכחי. לשילוב של הביקורת בהקשר רחב יותר של בקורת על המחויבות הליברלית לחופש החוזים ראו: R.M. Unger "The Critical Legal Studies Movement" 96 *Harv. L. Rev.* (1983) 563, 621–625. בהרחבה שיפמן, לעיל הערה 19, בע' 257 ואילך; ורוזן צבי, לעיל הערה 34, בע' 375 ואילך. כן ראו, לאחרונה: ש' ליפשיץ "דיני זוגיות חילוניים ביובל הבא: בין ליברטריאניזציה לבין בית המשפט המחשק" מחקרי משפט יז (תשס"א) 159, 220–223.

(א) ההיבט האינטימי

מרבית דיני החוזים עוסקים בהסכמים שבמוקדם עניינים מסחריים כלכליים. בניגוד לכך, קיים ז'אנר של הסכמים זוגיים המחילים הוראות המתייחסות לא רק להיבטים הכלכליים של יחסי הצדדים, אלא גם להיבטים אחרים, לרבות להיבטים האינטימיים ביותר של היחסים הזוגיים⁶². יתרה מזו, גם במקרים שבהם במוקד ההסכם הזוגי עומדים היחסים הכלכליים של הצדדים, עשוי הדיון בחוזה הזוגי לעורר טענות המתייחסות להיבטים האישיים של חיי בני הזוג. על רקע זה נדמה, שהתייחסות חוזית רגילה להסכם הזוגי עשויה להכשיר פולשנות של המשפט למתחם היחסים הזוגי האינטימי⁶³.

(ב) יחסי אמון

לפחות, בעת שמדובר בהסכם קדם נישואין או בהסכמי גירושין הנעשים ברוח טובה⁶⁴ מאופיין החוזה הזוגי ביחסי אמון בין הצדדים⁶⁵. לאור יחסי האמון הללו, צדדים להסכם הזוגי אינם מבצעים, בדרך כלל, בדיקות וחקירות כלכליות ומשפטיות המבוצעות ברגיל לקראת התקשרויות חוזיות. עניין זה מקל על הצד החזק כלכלית לנצל את האמון שניתן בו, ולהסתיר מן הצד החלש את היקף רכושו ואת מגוון הזכויות שעליהן מוותר הצד החלש בהסכם.

באופן עקרוני, עקרון תום הלב, המנחה את דיני החוזים, מטיל חובת גילוי על המתקשרים בהסכם. לכאורה, אם כן, חובת הגילוי הקבועה בדיני החוזים הכלליים עשויה להתמודד עם הפרות אמון בהקשר הזוגי. ברם, חובה זו עוצבה בהקשר של יחסים מסחריים. בנסיבות המסחריות, רמת האמון הקיימת בין הצדדים נמוכה מהרמה המקבילה בהקשר של הסכמים זוגיים הנערכים בזמן שהקשר שבין הצדדים תקין⁶⁶. על כן, הדרישות של דיני החוזים מן הצדדים להתקשרות לפעול למען זולתם הן מוגבלות בדרך כלל. כך, למשל, דיני החוזים הקלאסיים נקטו בגישה של "ייזורה הקונה". בדומה לכך, גם בדיני החוזים המודרניים קיימות עמדות המגבילות את היכולת של בתי המשפט לדרוש מהצדדים לפעול נגד האינטרס העצמי שלהם. על-פי גישות אלה, יש להפעיל את חובת הגילוי הקבועה בדיני החוזים באופן מצומצם⁶⁷. לעומת

62 למחקרים המתארים ומנתחים סוג זה של הסכמים, ראו לעיל הערה 3. כן ראו בהמשך הדברים את הדיון בטקסט המתייחס להערות להלן הערות 125–127.

63 להתנגדות לאכיפתם של הסכמים העוסקים בעניינים אינטימיים מן הסיבות הללו ראו: Garrison, *supra* note 3, at pp. 1051–1052.

64 ראו: Younger, *supra* note 3, at p. 4. להבחנה יסודית בין ההיבט האינדיבידואלי שבחוזה לבין היותם של הנישואין מפעל משותף, ראו: ג' טדסקי "אי אלו היבטים למושג החוזה" מסות במשפט (תשל"ח) 54, 69–71.

65 לביקורת על האפשרות להחיל את דיני החוזים המסחריים בהקשר הזוגי, בשל האמון המאפיין את היחסים הזוגיים, ראו גם מאמרו המפורסם של Unger, *supra* note 61, at pp. 624–625.

66 איני מתעלם, כמובן, ממרכזיותו של עקרון תום הלב ומן התפיסה הרואה בעיקרון זה מקור להטלת נורמות התנהגות אלטרואיסטיות. ראו, למשל, מ' מאוטנר ירידת הפורמליזם ועליית

זאת, אני סבור, כי לא חובת הגילוי הרגילה הקיימת בדיני החוזים המודרניים, ובוודאי שלא גישת "יזהר הקונה" שבמרכז דיני החוזים הקלאסיים, עשויות להתאים בנסיבות של יחסים זוגיים, שבהם רמת האמון בין הצדדים גבוהה, ומשום כך, יש לצפות שצד לא ינצל את פערי המידע שבין הצדדים לטובתו.⁶⁷

ג) המצב הנפשי

מאפיין נוסף של ההסכם הזוגי קשור במצב הרגשי הייחודי של הצדדים לו: אהבה והתרגשות במקרה של הסכם קדם נישואין; כעס ולעתים נקמנות במקרה של הסכמי גירושין.⁶⁸ המצב הנפשי הייחודי חושף את הצדדים להסכם למניפולציות מגוונות.⁶⁹ כך, למשל, קיים ז'אנר של פסקי דין אשר עסקו בהסכמי קדם נישואין ושבמרכזם, הצגת ההסכם על-ידי הבעל המיועד, זמן קצר לפני הנישואין, תוך איום שהחתונה תבוטל

הערכים במשפט הישראלי (תשנ"ג) 59: "החובה המוטלת בסעיף היא אפוא חובה אלטרואיסטית. המונח אלטרואיזם משמש בדרך כלל לתיאור מצב שבו אדם פועל לא מתוך רצון לקדם אינטרס שלו עצמו, אלא ביסוד פעולתו עומדת הכוונה לקדם אינטרס של זולתו... משמע: בהפעילם את חובת תום הלב, מחילים בתי – המשפט חובה של התנהגות אלטרואיסטית" אולם השוו: שלו, לעיל הערה 20, בע' 49: "שביל הזהב ביישומו של עיקרון תום הלב ימצא באיזון שבין מקורו האתי של העיקרון ובין צורכי המסחר... עיקרון תום הלב מסמן נטישה מסוימת של האינדיבידואליזם והאגואיזם, אולם אין הוא מחייב אלטרואיזם מוחלט". האמביולנטיות בהקשר למקומה של חובת תום הלב וליישומה בהקשר להיקף חובת הגילוי קיימת גם בפסיקה. לפיכך, לצד עמדות המרחיבות את חובת תום הלב, כגון דעת השופט אשר בע"א 838/75 ספקטור נ' צרפתי, פ"ד לב (1) 231 (להלן – "עניין ספקטור"); ע"א 9019/99 קינסטלינגר נ' אליה, פ"ד נה (3) 542; קיימת גם נוכחות ברורה לעמדות אשר בהקשר המסחרי מצמצמות את היקף הגילוי הנדרש בין הצדדים לעסקה. ראו, למשל, דעתו של השופט לנדי בעניין ספקטור. ראו גם דעת הרוב בע"א 338/85 שפיגלמן נ' צ'פניק, פ"ד מא (4) 421 (הטלת חובת גילוי מצומצמת במיוחד בין שותפים, תוך הדגשת האפשרות של צדדים מסחריים לדאוג לעצמם). עוד ראו סעיף 14(ד) לחוק החוזים (חלק כללי) תשל"ג–1973, השולל את האפשרות לביטול חוזה במקרים של טעות או הטעיה בהקשר לכדאיות העסקה. ליישום סעיף זה, תוך מתן תוקף לעסקה שנעשתה תוך הטעיה ותרמית הנוגעות לכדאיות העסקה, ראו: ע"א 472/86 עזר נ' עזריהו, פ"ד מב (3) 236; שלו, שם, בע' 203–206. אולם השוו: ד' פרידמן "הסיכון החוזי וטעות והטעיה בכדאיות" עיוני משפט יד (תשמ"ט) 459, המציב עמדה המאפשרת את צמצום החריג במקרים של הטעיה.

67 אולם השוו: Shultz, *supra* note 3, at pp. 249–265 העומדת על ההיבטים האינדיבידואליסטיים-מסחריים ואפילו האגואיסטיים המאפיינים את הזוגיות המודרנית, ומשום כך היא סבורה כי הסדרה חוזית עשויה להתאים מאוד ליחסים הזוגיים. לעמדה דומה ראו: Temple, *supra* note 3, at pp. 153–156. לעיגון טענה זו בהקשר היסטורי רחב יותר, ראו: Marston, *supra* note 1, at pp. 906–908.

68 לאפיון דומה, ראו: Sharp, *supra* note 15, at p. 1406.

69 לטענה כי דיני החוזים הרגילים אינם ערוכים להתמודדות עם המצב הנפשי הייחודי שבו נמצאים המתקשרים בהסכמים הזוגיים ומשום כך נדרשים כלים ייחודיים, ראו: R.H. Mnookin "Divorce Bargaining: The Limits on Private Ordering" *The Resolution of Family Conflict* (Toronto, J.M. Eekelaar & S.N. Katz eds., 1984) 364, 368–369.

במקרה של סירוב להתקשר בהסכם⁷⁰. דיני הכפייה 'הקונבנציונאליים', שבמכתונתם המסורתית הוגבלו למקרים של אלימות, איום באלמות ו/או פגיעה בשמו הטוב של אדם⁷¹, אינם ערוכים להתמודד עם סוג זה של מניפולציות.

ד) הקושי לצפות פני עתיד

מאפיין נוסף של ההסכם הזוגי נוגע לפער הזמנים שבין מועד ההתקשרות בהסכם לבין מועד ביצועו⁷². פער הזמנים מוביל לכך, שבמקרים רבים, אפילו הסכמים שהיו הוגנים בשעתם, הופכים מכבידים בזמן שבו הם אמורים להתבצע. יודגש, כי בדיני החוזים קיימות דוקטרינות, כדוגמת דוקטרינת "הסיכול" במשפט הישראלי⁷³, שמטרתן להתמודד עם שינוי נסיבות ההופך את החוזה ללא רלוונטי. עם זאת, בישראל⁷⁴ כמו גם בארצות אחרות בעלות מסורת בריטית⁷⁵, השימוש בדוקטרינת הסיכול ובדוקטרינות מקבילות עודנו מועט יחסית. אכן, בשנים האחרונות מסתמנת בעולם המשפט המערבי מגמה המאפשרת התאמה של החוזה לנסיבות משתנות⁷⁶, ובהקשרים מסוימים למגמה

70 ראו למשל: *Howell v. Landry* 386 S.E.2d 610 (N.C. App. 1989); *In re Marriage of Norris* 624 P.2d 636 (Oregon Court of Appeals, 1981); *Delorean v. Delorean* 511 A.2d 1257 (N.J. Super. Ct., 1986). באופן כללי, סקירה של פסקי דין העוסקים בהסכמי קדם נישואין מלמדת, כי מדובר באבטיפוס נפוץ למדי. להתרשמות דומה, ראו: P.E. George "Can a Woman of the 90's Have it All? Or, is She Once again Faced with that Old Question — 'What's a Girl to Do?'" 8 *J. Am. Acad. Matrim Law* (1992) 73, 91.

71 על ההיקף המצומצם של דיני הכפייה, ראו, למשל: ד' פרידמן ונ' כהן חוזים (תשנ"ג, כרך ב) 810.

72 Younger, *supra* note 3, at p. 4.

73 ראו סעיף 18 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970 (להלן — "חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה)"), ס"ח 16.

74 על השימוש המועט בעילת הסיכול, ראו: שלו, לעיל הערה 20, בע' 495–519 ובפסקי הדין המאוזכרים שם. להצעות המבקשות להרחיב את השימוש בעילה זו ובעילות מקבילות, ראו: א' פורת "חלוקת אחריות במקרים של סיכול חוזה" עיוני משפט טז (תשנ"א) 65; ג' שלו "לקראת דיני סיכול חדשים" ספר זכרון לגד טדסקי — מסות במשפט אזרחי (י' אנגלרד ואח' עורכים, תשנ"ו) 607. ר' בן-אוליאל "היסודות של דין הסיכול: סקירה ביקורתית לאור התפיסה של המשפט הקונטיננטלי" ספר לנדוי (תשנ"ה, כרך ג) 1111; מ' דויטש "סיכול חוזה מחמת פעולות איבה" משפט וצבא 11–12 (תשנ"ב) 11.

75 ראו על כך, בהרחבה, ד' פ' רונן התאמת חוזים לנסיבות משתנות (תשס"א) 231–235.

76 ראו רונן, שם, בע' 211–231 (סקירה השוואתית הממוקדת בקונטיננטל ומאחרת נכונות גבוהה יחסית לפחות בחלק מן הארצות להתאמת החוזה) וכן שם, בע' 235 ואילך, רונן מראה כיצד בארצות הברית התפתחו בעיקר בעקבות ה-U.C.C. פרקטיקות המאפשרות את התאמת החוזה. עוד ראו בהקשר זה: מ' מאוטנר "שינוי נסיבות בתקופה שלאחר כריתת החוזה — הערות מקדימות בפרספקטיבה של המשפט האנגלו-אמריקאני" עיוני משפט ט (תשמ"ג-תשמ"ד) 363. וכן בן-אוליאל, שם. עוד ראו בעניין זה: א' זמיר חוק חוזה קבלנות, תשל"ד-1974 (מהדורה שנייה 1994) 391–434. לטענה כי הדוקטרינות הללו מאפשרות להחיל את דיני החוזים הרגילים על ההסכם הזוגי ראו: Weitzman, *supra* note 3, at pp. 249–250.

זו השפעה מסוימת גם על המשפט הישראלי⁷⁷. עם זאת, גם כיום, עדיין קיימת מחויבות לחשיבה החוזית הבסיסית, שבמרכזה הניסיון להגשים את רצון הצדדים כפי שהוא משתקף בעסקה המקורית. מחויבות זו מגבילה את האפשרות להתאים את החוזה לנסיבות משתנות⁷⁸. אני חושש שבהקשר המשפחתי, המאופיין בהתפתחויות דינאמיות ובקושי קוגניטיבי מיוחד⁷⁹ לצפות את העתיד, הדגשת ההסכם המקורי והתחשבות מועטה בדינמיקה הממשית של החיים עלולה להוליך לתוצאות לא צודקות במיוחד⁸⁰.

(3) החוזה הזוגי כחוזה יחס

בסעיף הקודם נותחו מאפייניו הייחודיים של החוזה הזוגי. במסגרת זו התייחסתי להיבטים האינטימיים של היחסים הזוגיים המעורבים בו, ליחסי האמון הקיימים בין הצדדים, למצב הרגשי של הצדדים עובר לכריתת החוזה ולקושי לצפות פני עתיד. טענתי, כי מאפיינים אלה, כשהם חוברים להבדלים בין גברים לבין נשים בכוח המיקוח, הופכים את המגמה המודרנית, שעניינה בהרחבת האכיפה של ההסכם הזוגי בהתאם לדיני החוזים הרגילים, לבעייתית. הבעייתיות בהחלת דיני החוזים הכלליים על חוזה היחס מתחדדת על רקע ההבחנה המוצבת בשנים האחרונות במחקר על דיני החוזים בין "חוזה העסקה" *discrete transactional contract* לחוזה היחס *relational contract*⁸¹:

- 77 ראו על כך, בהרחבה, להלן פרק 3.1 ופסקי הדין המובאים בהערות השוליים שם.
- 78 ראו, בהקשר זה, את המאמר המכונן של איאן מקניל: I.R. Macneil "Contracts: Adjustment of Long-Term Economic Relations Under Classical, Neoclassical and Relational Contract Law" 72 *Nw. U. L. Rev.* (1978) 854. מקניל מראה כיצד המחויבות של דיני החוזים המודרניים לרעיון הקלאסי של הסכמה כבסיס החוזה אינה מאפשר התאמה אמיתית של החוזה לנסיבות המשתנות. על ההיסוס של דיני החוזים המסחריים בנושא זה, ראו: גם: C.P. Gillette "Commercial Rationality and the Duty to Adjust Long-Term Contracts" 69 *Minn. L. Rev.* (1985) 521.
- 79 ראו, לדוגמא: L.A. Baker & R.E. Emery "When Every Relationship is above Average: Perception and Exception of Divorce at the Time of Marriage" 17 *Law and Human Behavior* (1993) 439; M.A. Eisenberg "The Limits of Cognition and the Limits of Contracts" 47 *Stan. L. Rev.* (1995) 210. העומדים על הקשיים הקוגניטיביים המכשילים אנשים מלחזות התפתחויות עתידיות שליליות. ראו גם: American Law Institution *Principles of the Law of Family Dissolution: Analysis and Recommendations* (2002) 987 מדוע מנגנונים המאפשרים לחברות מסחריות לצמצם את הסיכונים מצפייה לא נכונה של העתיד אינם קיימים בהקשר המשפחתי ומשום כך בהקשר זה מדיניות המאפשרת התאמת החוזה לנסיבות משתנות נחוצה יותר.
- 80 לטענה כי יש לבחון הסכמים זוגיים על-פי המצב בזמן האכיפה ולא בהתאם לנסיבות המקוריות, ראו גם: J.T. Oldham "Premarital Contracts are Now Enforceable, Unless" 21 *Hous. L. Rev.* (1984) 757.
- 81 ההבחנה בין חוזה היחס לבין חוזה העסקה מזוהה, בעיקר, עם מחקריו של איאן מקניל. ראו: I.R. Macneil "The Many Futures of Contracts" ; ועוד לפני כן: Macneil, *supra* note 78

חוזה העסקה מאופיין בכך שהוא עוסק בעסקה בודדת בין שני צדדים זרים, אשר אין להם עבר של עסקאות וציפיות לעסקאות עתידיות והקשר ביניהם הוא חד פעמי, חד ממדי וממוקד בעסקה הקונקרטית וביכולת להפיק ממנה רווח. (הדוגמא שמקובל להשתמש בה היא מילוי דלק בתחנה מזדמנת אקראית.)

חוזה היחס מאופיין בצדדים שיש להם יחסים אישיים ממושכים הכוללים היסטוריה של עסקאות קודמות וציפיות כלפי העתיד, אינטרסים משותפים ואפילו תלות הדדית. העניין שיש לצדדים בחוזה היחס אינו ממוקד באפשרות להרוויח בעסקה ספציפית בלבד, אלא מביא בחשבון את המשך הקשר ביניהם, את שמם בקהילה, ערכים שהצדדים שותפים להם, קשרים חברתיים ורגשיים, ולעתים, גם מוטיבציות אלטרואיסטיות.

נטען, כי דיני החוזים, במיוחד על-פי המודל הקלאסי, אך גם בגרסאות מודרניות יותר, מתאימים לחוזה העסקה הבדידה וזאת למרות שחלק ניכר מן העסקאות בפועל, כולל עסקאות מסחריות, הן חוזי יחס. על רקע ביקורת זו, מתפתח ענף שלם של דיני החוזים, שבמרכזו הניסיון להתוות דרכים להסדרה ייחודית של חוזי היחס, או למצער התאמת דיני החוזים הרגילים לחוזים הללו.⁸²

אני סבור, כי צורת החשיבה התומכת באבחנה בין ההסדרה המשפטית של חוזה

47 S. Cal. L. Rev. (1974) 691; I.R. Macneil *The New Social Contract: an Inquiry into Modern Contractual Relations* (New Haven, 1980). היבטים רבים בכתבתו של מקניל מסתמכים על ניתוחים סוציולוגיים אמפיריים של דיני החוזים. ראו, למשל: S. Macaulay "Non Contractual Relations in Business: A Preliminary Study" 28 Am. Soc. Rev. (1963) 55. וכן: S. Macaulay "An Empirical View of Contract" 1985 Wisc. L. Rev. 465. אולם השור: L. Bernstein "Opting out of the Legal System: Extralegal Contractual Relations in the Diamond Industry" 21 J. Legal Stud. (1992) 115; L. Bernstein "Merchant Law in a Merchant Court: Rethinking the Code's Search for Immanent Business Norms" S. Macaulay 144 U. Pa. L. Rev. (1996) 1765. להתמודדות עם טענותיה של ברנשטיין, ראו: S. Macaulay "Relational Contracts Floating on a Sea of Custom? Thoughts about the Ideas of Ian Macneil and Lisa Bernstein" 94 Nw. U. L. Rev. (2000) 775.

82 בנושא זה קיימת ספרות ענפה במיוחד. פרט למחקרים שהוזכרו בהערה הקודמת, ראו גם: C. J. Goetz & R.E. Scott "Principles of Relational Contracts" 67 Va. L. Rev. (1981) 1089 Symposium "Law, Private Governance and Continuing Relationships" 1985 Wis. L. Rev. (n. 3) 465 Symposium "Law, Relational Contract Theory" 94 Nw. U. L. Rev. (2000) 737-937. בעברית עסק בנושא זה, לראשונה, באופן נרחב אייל זמיר בספרו על חוזה הקבלנות (לעיל הערה 76, שם); ראו גם פורת, לעיל הערה 20, בע' 77-82; ליפשיץ, לעיל הערה 4, בע' 479-484. חשוב לציין, כי לצד התומכים בהסדרה מיוחדת של חוזה היחס יש הסבורים, כי הכלים הקיימים בדיני החוזים המודרניים מייתרים את הצורך בהסדרה מיוחדת של חוזה היחס. ראו על כך, למשל: M.A. Eisenberg "Why There is No Law of Relational Contracts" 94 Nw. U. L. Rev. (2000) 805 R.E. Scott "The Case for Formalism in Relational Contract" 94 Nw. U. L. Rev. (2000) 847. התומך בהסדרת חוזה היחס בהתאם לכללים משפטיים פורמאליים.

העסקה לבין ההסדרה המשפטית של חוזה היחס מחדדת את הקושי הנובע מהחלתם של דיני החוזים הכלליים הקיימים בישראל על ההסכם הזוגי: מחד גיסא, למרות שמרבית הספרות העוסקת בחוזי היחס התמקדה בחוזי יחס בעלי גוון מסחרי (כגון: שותפים עסקיים או עובד ומעביד), מאפייני החוזה הזוגי אשר נותחו בסעיפים הקודמים מבהירים, כי חוזה זה הוא דוגמא מובהקת של חוזה יחס⁸³:

ראשית, החוזה הזוגי הוא חוזה ארוך טווח, שבמקרים רבים נקודת ההתחלה שלו — ובוודאי נקודת הסיום — אינן מוגדרות מראש. יתרה מזו, במקרים רבים משתנה במהלך היחסים הזוגיים מערך הכוחות בין הצדדים, באופן שאחד מהם מפתח תלות בן זוגו. מאפיין זה מזכיר אף הוא תהליכים דומים המתרחשים בהקשר לחוזי יחס⁸⁴. שנית, הקרבה בין הצדדים בחוזה הזוגי ורמת האמון ביניהם מזכירה את הקרבה והאמון הקיימים בין הצדדים לחוזה היחס המסחרי ולעתים היא אף עולה עליה. זאת ועוד, בדומה לחוזי היחס, מערכת היחסים הזוגית מורכבת מכמה רבדים, כאשר הרובד הכלכלי והעסקי הוא, לעתים, המשני שבהם. משום כך, במקרים רבים, המוטיבציה לפעולות בתוך מערכת היחסים הנה ברובד הרגשי-חברתי ולא הכלכלי. לכך, עשויה להיות השפעה הן על תפקודם של הצדדים כאשר היחסים ביניהם תקינים, (דומה כי בהקשר הזוגי קיימת נטייה לפעול לא רק למען האינטרס האישי, אלא גם באופן אלטרואיסטי) והן בעת משבר ביחסים כאשר בהקשר הזוגי במקרים רבים ההשלכות הרגשיות והחברתיות של המשבר משמעותיות יותר מן ההשלכות הכלכליות.

בנוסף לכך, בדומה לחוזי היחס הטיפוסיים, מערכת יחסים זוגית מערבת, במקרים רבים, היבטים אינטימיים, שיתכן ומרתיעים את הצדדים מפנייה לבית משפט; ומנגד, בהקשרים מסוימים, קיימת במערכת יחסים זו יכולת גבוהה לפתור את חילוקי הדעות בתוך מערכת היחסים הפנימית.

מאידך גיסא, למרות התווית הכללית של דיני החוזים "הכלליים", במרבית המקרים עוסקים דיני החוזים בהסכמים מסחריים⁸⁵ ו/או בעסקאות מכר של דירות מגורים.

⁸³ בכתיבתו המוקדמת, במאמרו לעיל הערה 78, בע' 720–721 ו-725 הציג מקנל את חוזה הנישואין כמקרה מובהק של חוזה היחס. עם זאת, מרבית הכתיבה על חוזה היחס התמקדה במערכות יחסים מסחריות ובאופן מפתיע תורת חוזה היחס כמעט שלא יושמה בהקשר הזוגי. אולם, ראו: E.S. Scott & R.E. Scott "Marriage as Relational Contract" 84 Va. L. Rev. (1998) 1225 וכן, לאחרונה: R. Leckey "Relational Contract and Other Models of Marriage" 40 Osgoode 1 (2002) Hall L.J.; כן ראו ליפשיץ, לעיל הערה 24, פרק ח חלק 3.

⁸⁴ ראו על כך, בהרחבה, להלן פרק 3.1.

⁸⁵ דויטש, לעיל הערה 20, בע' 326 ואילך. פרופ' דויטש מסביר, כי בישראל דיני החוזים הכלליים הם, למעשה, דיני חוזים מסחריים. כן ראו, לאחרונה: גלברד, לעיל הערה 58. להבחנות בין משפט אזרחי לבין משפט מסחרי, ראו גם: ש' לרנר "משפט מסחרי ומשפט אזרחי: אנטומיה של סיווג" ספר זכרון לגד טדסקי — מסות במשפט אזרחי (י' אנגלרד ואח' עורכים, תשנ"ו) 503, 506–507.

עסקאות אלה קרובות מאוד לאב הטיפוס של חוזה העסקה: הן מאופיינות במשך זמן קצר יחסית, בנקודות התחלה וסיום מוגדרות ובצדדים זרים שהיחסים ביניהם מתמצים בעסקה הנקודתית.

בהיעדרם של דיני חוזים זוגיים, נאלצים בתי-המשפט העוסקים בחוזה הזוגי להפעיל על חוזים אלו כללים משפטיים שמקורם בדיני החוזים הרגילים. כיוון שכך, בפסיקה המסדירה חוזים זוגיים שזורות באופן שגרתי הפניות ומובאות מן הספרות החוזית הרגילה⁸⁶. על רקע הדומיננטיות של חוזים מסחריים בכלל ושל חוזים למכירת דירות מגורים בפרט, בעיצובם של דיני החוזים הכלליים, לעתים קרובות, מיובאים תקדימים שעוצבו בהקשר מסחרי ו/או בהקשר של מכירת דירה בין זרים לצורך הסדרת סוגיות שונות שמעורר החוזה⁸⁷.

בעיניי, האפשרות שנורמות משפטיות העוסקות בחובת הגילוי, ובעקבות זאת בחובת האמון הקיימת בין אנשים זרים, שאין ביניהם תלות כלכלית או רגשית ושאינן להם היסטוריה משותפת, ניתנות ליישום ביחסים המורכבים הקיימים בין בני זוג, נראית מופרכת. בדומה לכך אני סבור, כי אין היגיון ביישום כללים משפטיים העוסקים ביכולת התכנון של עסקה כלכלית קצרת טווח על הסכמים זוגיים, העוסקים ביחסים ארוכי טווח והנעשים בנסיבות פסיכולוגיות שמקשות מאוד על היכולת לתכנן את העתיד באופן שקול ורציונאלי.

ברם, בהיעדרם של דיני חוזים משפחתיים, מתקשים, במקרים רבים, בתי המשפט (ועורכי הדין הטוענים בתחום) להתייחס לחוזים הזוגיים כקבוצה נבדלת של הסכמים. יתרה מזו, בהיעדר חקיקה ייחודית, קיים, לעתים, אפילו קושי טכני לאתר פסיקה

86 ראו: רוזן צבי, לעיל הערה 34, ובמיוחד את פסקי הדין אותם הוא מאזכר בהערת שוליים 5 שם.
87 ההסתמכות על פסקי דין מסחריים הנערכים בין זרים מתבצעת באופן שגרתי כמעט בכל אחד מפסקי הדין שבהם נדונים חוזים זוגיים. ראו, למשל, ההסתמכות שנעשתה בע"א 1581/92 ולנטין נ' ולנטין, פ"ד מט(3) 441 (להלן – "פרשת ולנטין"), על ע"א 280/87 קופלמן נ' בינקין, פ"ד מג(2) 753, וזאת על אף שפרשת ולנטין עסקה בביטול חוזה כתוצאה מטעות בהקשר של העניינים האינטימיים של בני הזוג, בעוד שפרשת קופלמן עסקה ביחסים חוזיים מסחריים. בדומה לכך, ראו ההפניות בע"א 690/88 רובין נ' רובין, פ"ד מד(3) 459, שעסק בטענת טעות בהסכם גירושין בין בני זוג (להלן – "עניין רובין"). ראו גם את ההסתמכות בע"א 5490/92 פגס נ' פגס, תקדין עליון 94(4) 516 (להלן – "פרשת פגס"), שעסק בטענת עושה בהקשר של הסכמי גירושין על פסקי הדין בע"א 403/80 סאסי נ' קיקאון, פ"ד לו(1) 762, שעסק במכירת דירה בין זרים ועל ע"א 107/84 איליט בע"מ נ' אלקו חרושת אלקטרו מכנית בע"מ, פ"ד מב(1) 298, שעסק ביחסים בין שתי חברות מסחריות. ראו גם את ההתבססות בע"א 105/83 מנשה נ' מנשה, פ"ד לח(4) 635, שעסק בביטול הסכם גירושין שלא מומש על ע"א 48/81 פומרנץ נ' ק.ד.ש. בנין והשקעות בע"מ, פ"ד לח(2) 813, שעסק בביטול מכירת דירה בין צדדים זרים. כן ראו את ההסתמכות של בית המשפט בע"א 4946/94 אגברה נ' אגברה, פ"ד מט(2) 508, 514 (להלן – "פרשת אגברה"), שעסק בסוגיית דרך ביטול החוזה בין בני זוג שהתגרשו וחזרו לחיות מחדש, על פסק הדין בע"א 557/75 אגקי נ' כהן, פ"ד ל(2) 64, שעסק במכירת דירה. באף לא אחד מפסקי הדין הללו העלה בית המשפט את החשש כי תקדימים שעוצבו בהקשר המסחרי אינם ישימים באופן אוטומטי להקשר המשפחתי.

שעוסקת בהפעלתן של דוקטרינות חוזיות מסוימות בהקשר הזוגי. כיוון שכך, יישומם של תקדימים חוזיים כלליים בהקשר המשפחתי הוא חזיון נפרץ. לי נדמה, כי שגרה זו ראויה לבחינה מחודשת.

(4) הצורך בדיני חוזים זוגיים: סיכום

בחלקים הקודמים הוצג הקושי של החשיבה החוזית המקובלת להתמודד עם מאפייני הייחודים של ההסכם הזוגי ושל ההקשר הזוגי בכללותו. יש הסבורים, כי המאפיינים הייחודיים של ההסכם הזוגי תומכים בעיצוב קוגנטי של דיני הנישואין⁸⁸, במתכונת שהייתה מקובלת בעבר במרבית מדינות העולם המערבי⁸⁹.

דעתי בנושא שונה. לטעמי, גם משמצינו כי מודל חוזי טהור המבוסס על ניסיון מסחרי לא יכול לענות על הבעיות המיוחדות להסדרת היחסים הזוגיים, לא ברור שהמסקנה המתחייבת הנה שלילה מוחלטת של החופש החוזי בהקשר הזוגי⁹⁰.

ראשית, לפחות עבור חלק מן הבעיות שהועלו בחלקים הקודמים ניתן למצוא מענה במסגרת דיני החוזים המודרניים. אכן, דיני החוזים המודרניים כוללים דוקטרינות מן הסוג של תום לב⁹¹, חובת גילוי⁹², אי מצפוניות (Unconscionability)⁹³, כפייה כלכלית⁹⁴,

88 זוהי העמדה המשתמעת מחלק ניכר מן המחקרים שהובאו לעיל הערה 14.

89 ראו לעיל הערה 4.

90 עם זאת, כפי שאמרתי במבוא, עניין זה דורש דיון מעמיק יותר שהוא מעבר להיקפו של מאמר זה.

91 על תום הלב בדיני החוזים קיימת ספרות מחקר רבה. ראו, באופן כללי: שלו, לעיל הערה 20, בע' 37-80; וכן לאחרונה ג' שלו "עוד על עקרון תום הלב" קריית משפט ג (ספר זכרון לחיים ה' כהן, תשס"ג) 121. על תום הלב בהקשר המערבי הכללי יותר, ראו: R.S. Summers "The General Duty of Good Faith — Its Recognition & Conceptualization" 67 *Cornell L. Rev.* (1982) 810; J. Beatson & D. Friedman (eds.) *Good Faith and Fault in Contract Law* (Oxford, 1995).

92 ראו לעיל הערה 66.

93 ראו, למשל: A.A. Leff "Unconscionability and the Code — The Emperor's New Clause" 115 *Univ. Pa. L. Rev.* (1967) 485; S.M. Waddams "Good Faith, Unconscionability and Reasonable Expectations" 9 *Journal of Contract Law* (1995) 55. לניתוח ביקורתי, ראו: R.A. Epstein "Unconscionability: A Critical Reappraisal" 18 *J. Law & Econ.* (1975) 293. השור: E.A. Posner "Contract Law in the Welfare State: A Defense of the Unconscionability Doctrine, Usury Laws, and Related Limitations on the Freedom to Contract" 24 *J. Legal Stud.* (1995) 283. לסקירה השוואתית על יישומה של עילה זו בעולם המערבי ראו: "Symposium on Unconscionability Around the World: Seven Perspectives on the Contractual Doctrine" *Loy. of Los Angeles International and Comparative L. J.* (1992) V. 14 no. 3.

94 על התהוותה של האפשרות לבטל חוזה בשל כפייה כלכלית במשפט האנגלו-אמריקאי, ראו: שלו, לעיל הערה 20, בע' 234-235; פרידמן וכהן, לעיל הערה 71, פרק 16. למהלך דומה בקנדה, ראו: M.H. Ogilvie "Economic Duress Inequality of Bargaining Power and Threatened Breach of Contract" 26 *McGill L. J.* (1981) 389. להתהוותה של אפשרות זו בישראל, ראו:

עושה⁹⁵, תקנת הציבור⁹⁶, סיכול⁹⁷ ועוד. הדוקטרינות הללו, בכללותן, מאפשרות בחינה נרחבת של ההליך שקדם לכריתת החוזה, בחינה של הגינות החוזה בזמן כריתתו וביצועו והתאמת החוזה לנסיבות משתנות⁹⁸. ודוק: אינני סבור כי יישומן של הדוקטרינות הללו "as is", כפי שהן מופעלות בהקשר המסחרי, עשוי להיות רעיון מוצלח. להפך, בדיון שנערך בפסקאות הקודמות הבהרתי מדוע ההפעלה המקובלת והמצומצמת יחסית של דוקטרינות מן הסוג של כפייה, עושה, סיכול ושינוי נסיבות, ובמקרים מסוימים אפילו של "חובת הגילוי", עשויה להתברר כבעייתית בהקשר של ההסכם הזוגי. עם זאת, אני סבור, כי מודעות למאפייני הייחודיים של החוזה הזוגי, כפי שנותחו בפסקות הקודמות, עשויה להוליך לשימוש נרחב בדוקטרינות הללו בהקשר זה⁹⁹. הפעלה נרחבת של הדוקטרינות, המתייחסות לייחודיותו של החוזה הזוגי, עשויה לפתור חלק מן הבעיות שאותן הזכרתי¹⁰⁰.

שנית, דווקא המודעות המודרנית להבחנה בין חוזה היחס לחוזה העסקה עשויה לסייע להסדרה חוזית ראויה של החוזה הזוגי. אסביר: באופן היסטורי ההבחנה

ע"א 8/88 שאול רחמים בע"מ נ' אקספומדיה בע"מ, פ"ד מג (4) 95. ראו גם את דעתו של השופט חשין בע"א 1569/93 מאיה נ' פנפורד (ישראל) בע"מ, פ"ד מח(5) 705. אולם, השווה לדעת השופטים האחרים בפרשה זו. כן ראו, לאחרונה: ע"א 5493/95 דיור לעולה (ע.א.ק.) בע"מ נ' קרן, פ"ד נ(4) 509; ע"א 2299/99 שפייר נ' דיור לעולה בע"מ, פ"ד נה(4) 213; וע"א 6234/00 ש.א.פ. בע"מ נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, תקדין עליון 2003(3) 1542. ראו, בנוסף: א' זמיר "רצון חופשי, יעילות כלכלית ושקילות התמורות – בשולי ע"א 5493/95 דיור לעולה (ע.א.ק.) נ' קרן, פ"ד נ(4) 509 משפטים כט (תשנ"ט) 783.

95 ראו סעיף 18 לחוק החוזים; שלו, לעיל הערה 20; זמיר, לעיל הערה 20, בע' 42–45; וס' דויטש "הוראת העושה בחוק החוזים" מחקרי משפט ב (תשמ"ב) 1. עוד ראו פרידמן וכהן, לעיל הערה 71, פרק 17.

96 ראו, בישראל, סעיף 30 לחוק החוזים. ראו, לאחרונה: דנג"ץ 4773/97, 4197 רקנט נ' בית הדין הארצי לעבודה, תקדין עליון 2000(4) 587. לניתוח ביקורתי של פרשה זו, ראו: ג' שלו "סוס הפרא – לאן, או מה ארע לתקנת הציבור?" קרית המשפט ב (תשס"ב) 21.

97 ראו לעיל הערות 73–75 והטקסט לידן.

98 לעמדה זו, ראו: Shultz, *supra* note 3, at pp. 291–300. בהקשרים מסוימים תומכים בה גם Trebilcock & Keshvani, *supra* note 3. עם זאת, בהקשרים אחרים הם מציעים בכל זאת מנגנונים ייחודיים להתמודדות עם החוזה הזוגי.

99 לביקורת על הפעלה מועטה של דוקטרינות הכפייה והעושה בהקשר של הסכמי גירושין בישראל ולדרישה לשימוש נרחב יותר בהן, ראו: שיפמן, לעיל הערה 19, בע' 263–265; רוזן צבי, לעיל הערה 34, בע' 394–402. לטענה כי יש לאפשר התאמה של החוזה הזוגי לנסיבות משתנות, ראו רוזן צבי, שם, בע' 390–394.

100 ראו, בהקשר דומה: Weitzman, *supra* note 3, at pp. 243–244, הקוראת לשימוש נרחב בדוקטרינות חוזיות שנועדו להגן על צדדים חלשים ועל יחסי אמון בהקשר הזוגי. ראו גם: S.B. Sharp, *supra* note 15; Temple, *supra* note 3, at pp. 158–161; אולם השווה: Sharp, *supra* note 15; וכן: "Semantics as Jurisprudence: The Elevation of form Over Substance in the Treatment of Separation Agreements in North Carolina" 69 N. C. L. Rev. (1991) 319 המנתח את דיני החוזים הרגילים, לרבות דיני החוזים המודרניים, ומבהיר מדוע המנגנונים הרגילים אינם מספקים הגנה מספקת בהקשר של הסכמי הגירושין.

בין חוזה היחס לחוזה העסקה היוותה את הבסיס לביקורת נוקבת על דיני החוזים הקיימים. ואולם, בשלב מאוחר יותר ביקורת זו היוותה את הבסיס להצעות בדבר הדרך הראויה להסדרתם של חוזי היחס. לפחות לחלק מן ההצעות הללו קיימת כבר השפעה על המשפט הנוהג הן בעולם המערבי¹⁰¹ והן בישראל¹⁰². על רקע זה אני סבור, כי הניסיון שנצבר בהקשר של חוזי היחס¹⁰³ עשוי להקל על האפשרות להסדרה חוזית של היחסים הזוגיים¹⁰⁴.

עם זאת, אני סבור, כי הדוקטרינות הקיימות בדיני החוזים המודרניים ואפילו ההבחנה המתגבשת בין חוזה העסקה לבין חוזה היחס בהקשר המסחרי, אינן מספקות מענה כולל לכלל הבעיות שמעוררים החוזים הזוגיים. משום כך, אני סבור, כי כהמשך למגמה שבמסגרתה דיני החוזים המודרניים מאפשרים הסדרה ייחודית של מערכות יחסים ספציפיות, ניתן לחשוב על פיתוחם של כללים ייחודיים, שיתמודדו עם הבעיות הייחודיות שמעוררים החוזים הזוגיים. כללים כאלה עשויים להרחיב את האפשרות של בתי המשפט להתערב בתכני החוזה הזוגי ולהתאימו לנסיבות המשתנות; לקבוע מנגנון של משא ומתן מתחדש (renegotiation) בין הצדדים לחוזה הזוגי¹⁰⁵; להעמיק את חובת הגילוי; לדרוש יעוץ משפטי נפרד לשני בני הזוג; לקבוע זמן מינימום בין חתימת ההסכם לחתונה; לקבוע כי אלימות במשפחה מהווה חזקה לקיומה של כפייה; לקבוע את טובת הילד כעיקרון על המאפשר התערבות בחוזה הזוגי או במקרים מסוימים לקבוע מייצג לאינטרסים של הקטין במסגרת המשא ומתן לקראת החוזה, וכיוצא בזה¹⁰⁶. חלק מן הכללים הללו מצוי כבר כיום בפסיקת בתי המשפט

101 ראו, למשל, בארצות הברית: *Aluminum Co. of America v. Essex Group, Inc.*, 499 F.Supp. 53 (W.D.Pa., 1980). אולם ראו: J.M. Feinman "Relational Contract Theory in Context" 94 *Northwestern U. L. Rev.* (2000) 737; P. Vincent-Jones "The Reception of Ian Macneil's work on contract in the U.K." *The Relational Theory of contract: Selected works of Ian Macneil* (D. Campbell ed., 2001) 67.

102 בישראל אומץ הרעיון של חוזה יחס במפורש ברע"א 1185/97 יורשי ומנהלי עיזבון המנוחה מילגרם הינדה ז"ל נ' מרכז משען, פ"ד נב(4) 145. בנוסף לכך, היו פסקי דין שבהם בית המשפט פעל ברוח התיאוריה של חוזה היחס מבלי לומר זאת במפורש. ראו על כך, בהרחבה, להלן פרק 3 ובפסקי הדין המאוזכרים שם.

103 כך, למשל, בפרשת משען, שם, קבע בית המשפט, כי כאשר משתנים יחסי הכוחות בין הצדדים במשך הזמן יש מקום להגנה מיוחדת על הצד החלש יותר. ברוח זו ניתן לגרוס, כי גם בהקשר של החוזה הזוגי יש מקום להגנה מיוחדת על בן הזוג הביתי שמצבו הכלכלי נחלש במהלך הקשר שבין הצדדים.

104 לרעיון דומה ראו: Shultz, *supra* note 3, at pp. 301–303; Temple, *supra* note 3, at pp. 145–146.

105 למנגנונים של משא ומתן מתחדש בחוזים, ראו: זמיר, לעיל הערה 76, בע' 421–426; מ' דויטש "על מסוימות החוזה העסקי" עיוני משפט טז (תשנ"ב) 337.

106 להצעתם של מנגנונים פרוצדוראליים שמטרתם לאפשר הסדרה ראויה של החוזה הזוגי, ראו: Trebilcock & Keshvani, *supra* note 3; Marston, *supra*; וכן: Mnookin, *supra* note 54; אולם, השווה Neave, *supra* note 3 הסבורה, כי המנגנונים הללו אינם מספקים. כן note 1.

ובחוקים העוסקים בחוזים זוגיים במדינות רבות¹⁰⁷. הרחבתם עשויה להתברר כמהלך ראוי.

יתרה מזו, לטעמי, ההתייחסות לחוזה הזוגי כחוזה מיוחד תחדד את המודעות למאפייניו הייחודיים ולאופיו כחוזה יחס, ומשום כך היא תוליך לשימוש מוגבר בדוקטרינות המודרניות המצויות בדיני החוזים הכלליים, המאפשרות בחינה מהותית של תוכן החוזה, התאמתו לשינוי נסיבות, הגנה על צדדים חלשים ואפילו התחשבות באינטרסים ציבוריים רחבים יותר. בניגוד לכך, במצב הקיים, שבו דיני החוזים הזוגיים אינם מוכרים, בדרך כלל, כדיני חוזים מיוחדים, המודעות למאפיינים הייחודיים של החוזה הזוגי מועטה, ומשום כך עלולים בתי המשפט "להתנווט" להחלה רגילה של דיני החוזים הכלליים על החוזה הזוגי¹⁰⁸.

על רקע עמדתנו הנורמטיבית בדבר הצורך בחקיקתם של דיני חוזים זוגיים, ועל רקע המגמות הקיימות בעולם המשפט במערב ברוח זו, נפנה לחלקו השני של המאמר, אשר יוקדש לבחינתם של דיני החוזים הזוגיים במשפט הישראלי.

החוזה הזוגי במשפט הישראלי

כאמור בחלק המבוא, החוזה הזוגי לא מוכר במשפט הישראלי באופן רשמי כחוזה מיוחד. חרף זאת, עיון מעמיק יותר במשפט הישראלי יגלה, כי במספר מקרים אופיו הייחודי של החוזה הזוגי ושיקולי המדיניות הנגזרים מאופי זה הוליקו את בתי המשפט, במפורש או במשתמע, לנקוט מדיניות מיוחדת בהקשר לחוזה זה. חשיפת סוג זה של מקרים והביקורת על מקרים אחרים שבהם התעלמו בתי המשפט מאופיו הייחודי של החוזה הזוגי תעמודנה במרכז הפרקים הבאים.

ראו: Brod, *supra* note 3, התומכת בשילוב בין מנגנונים פרוצדוראליים לבין מתן לגיטימציה לביקורת מהותית רחבה על תוכן החוזה והגינותו.

¹⁰⁷ ראו על כך לעיל, הערות 16–18.

¹⁰⁸ לטענה כי אופיו המיוחד של חוזה משפיע לא רק על דיני החוזים המיוחדים, אלא גם על דרך הפעלתם של העקרונות הכלליים של דיני החוזים ראו: ע"א 3601/96 בראשי נ' עיזבון המנוח זלמן בראשי ז"ל, פ"ד נב (2) 582, 597–598, 601–602. ראו גם: א' ברק פרשנות במשפט — פרשנות החוזה (תשס"א, כרך ד) 555–561, המדגים כיצד אופיו של חוזה כחוזה אחיד או כחוזה צרכני עשוי להשפיע על כללי פרשנותו. כן ראו: דויטש, לעיל הערה 21, בע' 349 ואילך. אני מבקש להודות לידידי ד"ר משה גלברד ששיחה עמו חידדה את מודעותי להיבט זה של דיני החוזים המיוחדים. ד"ר גלברד צפוי לפתח נקודה זו במסגרת פרויקט רחב יותר, שיוקדש לתיאוריה של החוזה המיוחד במשפט הישראלי.

ד. תנאי הכניסה לחוזה הזוגי

(1) הקשחת תנאי הכניסה לחוזה הזוגי

באופן מסורתי, מאפייניו הייחודיים של החוזה הזוגי, ובמיוחד: האופי הלא פורמאלי של היחסים במשפחה וההיבטים האישיים האינטימיים של הנושאים הנדונים בו הכבידו על ההכרה במשפטיותו של חוזה זה. בהתאם לכך, תנאי הסף הנדרשים, ברגיל, לצורך הכרה במשפטיותו של החוזה (קרי: כוונה ליצור יחסים משפטיים ושפיטות) הוחמרו ככל שדובר בחוזה המשפחתי.

בדומה לכך, פערי הכוחות בין הצדדים לחוזה הזוגי והמצב הנפשי הטיפוסי של המתקשרים בו עוררו את הצורך להבטיח שההתקשרות בחוזה הזוגי משקפת גמירת דעת מלאה. בהתאם לכך, בסוגים שונים של חוזים זוגיים נוספו לדרישות החוזיות הרגילות שנועדו להבטיח את גמירת דעתם של הצדדים, דרישות נוספות, כגון: דרישת כתב או דרישה לאישור מוקדם של החוזה¹⁰⁹.

כפי שיתברר בפרק זה לעניינים הללו קיים ביטוי גם במשפט הישראלי המודרני.

(א) החוזה הזוגי: חוזה משפטי או הסכם פרטי?

כידוע, דיני החוזים מבחינים בין הסכמים "פרטיים" שאינם נאכפים בבתי המשפט לבין חוזים משפטיים מחייבים. לצורך ההבחנה בין ההסכם הפרטי לבין החוזה המשפטי מוצבים בפתחם של דיני החוזים שני שערים ועליהם מופקדים שני שומרים: בשער הראשון ניצב שומר 'הכוונה ליצור יחסים משפטיים'. שומר זה תפקידו: לסנן בין הסכמים שהצדדים ביקשו ליצור באמצעותם זכויות וחובות משפטיות לבין הסכמים שהצדדים ביקשו להותירם, במתחם היחסים הפרטי שביניהם. המטרה היא שרק הסכם שכריתתו לוותה בכוונה ליצור יחסים משפטיים יקבל תוקף משפטי¹¹⁰.

109 כמובן שבנושא זה, הסכמים זוגיים אינם המקרה היחיד שבו יש מקום לדרישות צורניות מיוחדות. סעיף 8 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969 וכן סעיף 5 (א) לחוק המתנה, תשכ"ח-1968 הם שתי דוגמאות לחוקים אחרים בהם דרישת הכתב הנה מהותית.

110 ראו: שלו, לעיל הערה 20, בע' 83-85; ובהרחבה, לאחרונה: שלו, לעיל הערה 19, בע' 6: "עקרון חופש החוזים, המקנה תוקף לרצון הצדדים המשותף, מחייב הכרה בהסכמים שבכבוד, הלא הם הסכמים שאינם מלווים בכוונה ברורה להתקשר ביחס חוזי מחייב אלא בכוונה הפוכה – שלא להתקשר בחוזה. כשם שצדדים יכולים מרצונם להפוך את הסכמתם לחוזה מחייב, הנמשל לחוק עבורם, כך, על-ידי התנאה נאותה, הם גם יכולים להשאיר את ההסכם שלהם מחוץ למסגרת החוזית ומחוץ לתחולת ההגנה המוענקת לחוזה באשר הוא חוזה". ראו גם פרידמן וכהן, לעיל הערה 20, בע' 326: "הכוונה ליצירתו של קשר משפטי היא השער לתחולתו של חוק החוזים. חוק החוזים חל מעצם הגדרתו של חוזה. דהיינו על הסכמה בין הצדדים המכוונת להיות בעלת תוצאות משפטיות. כל מה שאינו מכוון להיות בעל תוצאות משפטיות אינו בבחינת חוזה, ולכן אין הוא כפוף כלל לתכולת דיני החוזים". לתיאור מרתק של דיני החוזים הליברליים והתבססותם על-יסוד ההסכמה המלווה בהתחייבות משפטית, ראו: R.E. Barnett "A Consent Theory of Contract" 86 Colum. L. Rev. (1986) 269; לתיאור ביקורתי של הניסיון הליברלי

בשער השני ניצב שומר 'השפיות'. שומר זה תפקידו להפעיל שיקולי מדיניות משפטית שמקורם אינו בצדדים אלא בריבון, ועל-פיהם יש לשלול במקרים מסוימים את תוקפו המחייב של ההסכם הגם שהצדדים עצמם התכוונו להתחייבות משפטית¹¹¹. כיוון שכך, בניגוד לאופי הדיספוזיטיבי של הדרישה ליצור יחסים משפטיים, הדרישה לשפיות היא בעלת אופי קוגנטי¹¹².

על-פי הדעה המקובלת הכוונה ליצור יחסים משפטיים והשפיות הן תנאי סף מוקדמים להחלת דיני החוזים¹¹³. לפיכך, חוזה שלא יעמוד בדרישות אלה לא יחשב כחוזה משפטי, וזאת גם אם באופן תיאורטי מדובר בחוזה העומד במבחני פרק א' לחוק החוזים, קרי: גמירת הדעת והמסוימות¹¹⁴.

מסתבר, כי מאפייניו הייחודיים של החוזה הזוגי הולידו לכך, שבאופן מסורתי, רבים מן ההסכמים הזוגיים לא הצליחו לעמוד בתנאי הסף האלו, ומשום כך הם לא נחשבו כחוזים משפטיים.

ראשית, האופי הלא פורמאלי של היחסים המשפחתיים מעורר את החשד כי הבטחות בין חברי המשפחה אינן מלוות בכוונה ליצור יחסים משפטיים. על רקע זה, נקבעה במשפט המקובל ברירת המחל לפיה הסכמים בין חברי משפחה אינם מלווים בכוונה ליצור יחסים משפטיים¹¹⁵.

לאור ברירת מחל זו, נקבע בפסק הדין המפורסם בעניין *Balfour v. Balfour*¹¹⁶ אשר עסק בהבטחתו של אדם לשלם, בנסיבות מסוימות, קצבה חודשית לבת זוגו

לבסס את דיני החוזים על הסכמת הצדדים ורצונם החופשי, ראו: P.S. Atiyah "The Liberal Theory of Contract" *Essays on Contract* (Oxford, 1986) 121. אולם, השוו: ס' דויטש "גמירת דעת והכוונה ליצור יחסים משפטיים בדיני חוזים במשפט העברי, האנגלי והאמריקאי" שנתון המשפט העברי ו-1 (תשל"ט) 71. לפי דויטש, לדרישת הכוונה ליצירת יחסים משפטיים כמעט שלא הייתה השפעה על הדין האנגלי והאמריקאי.

111 על היחס בין כוונה ליצירת יחסים משפטיים ושפיות, ראו: פרידמן וכהן, שם, בע' 325–328; א' פורת "שיקולי צדק בין הצדדים לחוזה ושיקולים של הכוונה התנהגויות בדיני החוזים של ישראל" עיוני משפט כב (תשנ"ט) 647, 657–661. על שיקולי מדיניות המנחים את השפיות, ראו: פרידמן וכהן, שם, בע' 328–376.

112 פרידמן וכהן, שם, בע' 326–327.

113 עם זאת, במאמר חדשני שפורסם לאחרונה מציעה פרופ' שלו, כי במקרים מסוימים יינתן להסכמים שאינם מלווים בכוונה ליצירת יחסים משפטיים תוקף משפטי באמצעות דיני הנזיקין. ראו שלו, לעיל הערה 19. למספר עניינים הנגזרים מעמדתה של פרופ' שלו נתייחס להלן בהמשך הדברים.

114 שלו, לעיל הערה 20, בע' 84. עם זאת, בעבר היו מי שזיהו את הדרישה לגמירת דעת בחוק החוזים עם הדרישה לכוונה ליצור יחסים משפטיים. ראו: ע"א 440/75 זנדבנק נ' דנציגר, פ"ד ל (2) 260.

115 ראו: G. Treitel *The Law of Contract* (London, 11th ed., 2003) 165. להצגת העמדה המסורתית של המשפט המקובל בעניין זה ולביקורת עליה, ראו: שלו, לעיל הערה 20, בע' 22–23.

116 ראו: *Balfour v. Balfour* [1919] 2 KB 571.

— כי מדובר בהבטחה פרטית שאינה עולה כדי חוזה משפטי. אכן, חשוב לציין כי ההנחה בדבר היעדרה של כוונה ליצור יחסים משפטיים בהקשר המשפחתי עוצבה החל מראשיתה כחזקה הניתנת לסתירה. בנוסף לכך, פסיקות מאוחרות הבהירו, כי חזקה זו מוגבלת למצבים שבהם היחסים בין חברי המשפחה תקינים, ומשום כך אינה חלה על הסכמי גירושין¹¹⁷. יתרה מזו, יש הסבורים כי בעולם המודרני, גם כאשר היחסים במשפחה תקינים, לא ברור עד כמה ברירת המחדל המתייחסת לחוזה המשפחתי כחוזה ללא כוונה להתקשרות משפטית משקפת את המציאות החברתית הקיימת¹¹⁸. עם זאת, למרות ההגבלות וההסתייגויות האלה, ההלכה העקרונית לפיה חוזים זוגיים הנערכים בנסיבות משפחתיות תקינות חשופים יותר מחוזים מסחריים לטענה כי הם לא לוו בכוונה ליצור יחסים משפטיים, עודנה שרירה¹¹⁹. במובן זה, סוגיית הכוונה ליצור יחסים משפטיים מדגימה מקרה שבו מוכר הצורך בהתייחסות מיוחדת לחוזה הזוגי. ההקשר המשפחתי, ובמיוחד ההקשר הזוגי, עשויים לעורר גם שיקולי שפיטות שעשויים להכביד על ההכרה במשפטיות החוזה הזוגי.

כך, למשל, אחד השיקולים שעשויים לשלול את שפיטותם של חוזים זוגיים קשור לרתיצה ממעורבות משפטית כופה בקשרים בין-אישיים ממושכים, בנימוק שהתערבות כזו תשבש את הקשר שבין הצדדים¹²⁰. ואכן, בארצות המשפט המקובל, באופן מסורתי, החשש מהפרת ההרמוניה המשפחתית ומפולשנות לא ראויה למתחם המשפחתי מנע את ההכרה בשפיטותם של חוזים זוגיים לפחות במקרים שבהם הקשר הזוגי נועד להימשך למרות המחלוקת החוזית¹²¹. עם זאת, אני סבור, שהעדפת ההרמוניה המשפחתית, וכיבוד האוטונומיה של המשפחה על פני הזכות של בני הזוג לתבוע, בהתאם לחוזה, מתאימים למגמה הכללית, שאפיינה את דיני המשפחה המסורתיים להעדיף את היחידה

117 ראו למשל: *Merritt v. Merritt* [1970] 1 WLR 1211.
 118 שלו, לעיל הערה 19, בע' 22–23. ראו גם את הביקורת הרחבה שמותח פרופ' דויטש (לעיל הערה 110) על הפסיקה בנושא.
 119 אולם, בפסק דין שניתן לאחרונה נאמרה אמרת אגב שממנה משתמע, כי לא ברור שכיום ההקשר המשפחתי מעיד על היעדר כוונה ליצור יחסים משפחתיים. ראו: דנ"א 1522/94 נייגר נ' מיטלברג, פ"ד מט(5) 314, 324.
 120 פרידמן וכהן, לעיל הערה 20, בע' 328–329; פורת, לעיל הערה 111, בע' 659 ובמיוחד בהערה 36. עוד ראו בעניין זה: *Temple, supra* note 3, at p. 126.
 121 ואכן, לפחות חלק מן השופטים בפרשת *Balfour* נמנע מאכיפת החוזה הזוגי מטעמי שפיטות. ראו על כך, למשל: דויטש, לעיל הערה 110, בע' 78; S. Hedley "Keeping Contract in its Place Balfour v. Balfour and the Enforceability of informal Agreements" 5 *Oxford J. Legal Stud.* (1985) 391. על-פי הדלי, הניסיון לתלות את אכיפתם של הסכמים משפחתיים בכוונת הצדדים הנו ניסיון פיקטיבי. במונחי המשפט הישראלי טענתו של הדלי הנה, כי בבסיס הלכת *Balfour* עומדים שיקולי שפיטות לפיהם אין זה נכון שדיני החוזים יעסקו בתחומים לא מסחריים. כן ראו: R. D. Madoff "Lurking in the Shadow: The Unseen Hand of Doctrine in Dispute Resolution" 76 *S. Cal. L. Rev.* (2002) 161. את הליך הגישור בהקשר המשפחתי.

המשפחתית על פני יחידיה. בניגוד לכך, נדמה לי, כי עולם המשפט המערבי המודרני מחויב לערכים אינדיבידואליסטים, ולהגנה על פרטים במשפחה גם במחיר התערבות במתחם המשפחתי¹²². על כן, קשה יהיה לחסום תביעה חוזית בשל הרצון לשמר את ההרמוניה המשפחתית¹²³.

סוג אחר של שיקולי שפיטות שעשוי להשפיע משמעותית גם על הדין המודרני קשור בהיבטים האינטימיים של היחסים הזוגיים וברצון לשמר את חירותם של הצדדים חרף הבטחותיהם המוקדמות.

טלו, למשל, מקרה קיצוני של בני זוג המתקשרים בחוזה העוסק בהתנהלותם המינית, כגון: הסכם לקיום יחסי מין בתדירות מסוימת¹²⁴. הניחו, כי ההסכם נכרת מתוך רצון מלא של צדדים שוויוניים לחלוטין. הניחו גם, כי ההסכם איננו מעורר בעיה מוסרית מנקודת המבט של המדינה הדנה בו. נדמה לי, כי גם בהתקיים הנחות אלה קשה לחשוב על שיטת משפט מערבית מודרנית שתהיה נכונה לאכוף הסכם זה או אפילו לפצות את הנפגע עקב הפרתו. הסיבה לכך טמונה, לדעתי, בתחושה, כי בעניינים בעלי גוון אישי אינטימי החירות לסגת מן ההבטחה החוזית בדיעבד (ex-post) חשובה יותר מן החופש לקשור את עצמך בחוזה מראש (ex-ante). בהערת אגב אציין, כי היגיון זה משליך באופן משמעותי גם על המשפט הפלילי והוא שעומד מאחורי העיקרון לפיו לכל אדם זכות "לשנות את לבבו"¹²⁵, ולהתנגד לקיום יחסי מין בכל שלב של היחסים המיניים, וזאת גם כאשר תחילתו של המגע המיני נעשה בהסכמת הצדדים¹²⁶. בהקשר מעט אחר אני סבור, כי לערך החירות האישית היה משקל רב בגיבוש המגמה שבמסגרתה שיטות משפט ליברליות-אינדיבידואליסטיות, המחויבות לזכותו

122 העמדה לפיה כיבוד הפרטיות המשפחתית וההפרדה בין הספירה הציבורית לפרטית מובילים להנצחת הנחיתות של הצד החלש מקובלת מאוד בספרות הפמיניסטית. ראו, למשל: F. E. Olsen "The Family and The Market: a Study of Ideology and Legal Reform" 96 Harv. L. Rev. (1983) 1497; ובישראל: נ' רימלט "הפרדה כהפליה בין המינים" עלי משפט ג (תשס"ג) 99. להתמודדות עם הטענות הללו, ראו: R. Gavison "Feminism and the Public/Private Distinction" 45 Stan. L. Rev. (1993) 1.

123 לעמדה דומה, ראו: ד' ברק ארז "על סימטריה וניטרליות: בעקבות פרשת נחמני" עיוני משפט כ (תשנ"ו) 197, 204. ראו גם: Rasmusen & Stake, *supra* note 11, at pp. 481–485, הסבורים, כי במקרה שבו הצדדים התקשרו בהסכם הם הזמינו את המדינה להתערב ביחסיהם ומשום כך לא ניתן לראות בהתערבות המדינה מעשה פולשני. לטענה כי לאור הקושי שעשוי לנבוע מהתערבות שיפוטית במשפחה, יש להעדיף בהקשר זה הליך של גישור, ראו: א' ברק "הגישור בסכסוכי משפחה" דיני המשפחה בישראל בעידן בית המשפט לענייני משפחה (י' גייפמן עורך, 2000, כרך ג) 1149.

124 לאחרונה, דיווח בעיתונות הישראלית על הסכם מעין זה אשר נכרת בין בני זוג שאחד מהם (הבעל) הוא עורך דין. ראו: ד' שפיגלמן "אם כבר חוזה" מעריב 17.11.03.

125 למונח שינוי הלבבות במשפט הפלילי, ראו, למשל: ע"פ 65/55 רבצ'יק נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד ט 1373, 1378.

126 ראו על כך, למשל: ע"פ 5612/92 מדינת ישראל נ' בארי, פ"ד מח (1) 302; י' לבנת "אונס, שתיקה, גבר, אישה — על יסוד אי ההסכמה בעבירת האונס" פלילים ו (תשנ"ח) 187.

של היחיד להתנתק מקשרים וממסגרות חברתיות (The right to exit), מאפשרות, בדרך כלל, גירושין, ביוזמה חד צדדית unilateral divorce¹²⁷. משום כך, אני סבור, כי שיטות משפט ליברליות עשויות להסתייג מחוזה המכביד באופן משמעותי על היכולת של הצדדים לדרוש בעתיד להתגרש¹²⁸.

לפי דעתי, לסוג חשיבה זה נודעת השפעה על הדין הישראלי. להלן אדגים השפעה זאת בשני עניינים: הבטחת נישואין וחוזים בין בני זוג להולדה באמצעות הפריה.

1. הבטחת נישואין:

לעתים עוסקים בתי המשפט בתביעות שעסקו בהפרת הבטחה להינשא¹²⁹. בעבר, בעקבות הפסיקה האנגלית, התייחסה גם הפסיקה בישראל להבטחת הנישואין כחוזה מחייב. ברם, כפי שמציין פרופ' שיפמן:

”לפי התפיסה המקובלת כיום בחברה חופשית בחירת בן זוג היא הכרעה אישית — אינטימית העשויה להשתנות ללא סיבה רציונלית”¹³⁰.

ובהמשך הדברים:

”על אדם להיות בן חורין לחזור בו מהבטחת נישואין לפני שזו מומשה באמצעות עריכת הנישואין עצמם”¹³¹.

ואכן, בחלק ניכר מן המדינות המערביות בוטלה, בין היתר, מטעם זה האפשרות לתבוע תביעה חוזית בשל הפרת הבטחת נישואין. במבט ראשון נראה כי בהיעדרה של חקיקה מיוחדת העוסקת בחוזים זוגיים בכלל ובהבטחות נישואין בפרט, המשיכה הפסיקה בישראל להחיל את דיני החוזים הרגילים על הבטחות נישואין¹³².

127 ראו על כך ליפשיץ, לעיל הערה 4, בע' 257–260; וכן, בהרחבה, לאחרונה: H. Dagan & C. J. Frantz “Properties of Marriage” 104 *Colum. L. Rev.* (2004) 101. הרואים בזכות היציאה את אחד היסודות המרכזיים שדיני המשפחה המודרניים מחויבים להם.
128 לטיעון דומה, ראו: ליפשיץ, לעיל הערה 4, בע' 467. אולם השוו: Hass, *supra* note 3; Rasmussen & Stake, *supra* note 11. התומכים במתן תוקף משפטי לסוג כזה של הסכמים. לסקירת פסיקה בארצות הברית בנושאים הללו, ראו: American Law Institution *Principles of the Law of Family Dissolution: Analysis and Recommendations* (2002) 1006–1009.
129 לדיון מקיף בסוג זה של תביעות ובשיקולים השונים שהן מעוררות, ראו: פ' שיפמן “הבטחת נישואין — חוזה מחייב?” משפטים יג (תשמ"ג) 104; שיפמן, לעיל הערה 47, בע' 194–223; פרידמן וכהן, לעיל הערה 20, בע' 367–370; שלו, לעיל הערה 19, בע' 29–30.
130 שיפמן לעיל הערה 47, בע' 202. לרעיון דומה, ראו: נ' כהן “סטטוס, חוזה וגרם הפרת חוזה” הפרקליט לט (תש"ן) 304; N. Cohen “Status Freedom, and Contract” 10 *Tel Aviv U. Stud.* (1990) 213.
131 שיפמן שם, שם.
132 שלו, לעיל הערה 19, בע' 29: “חרף הסתייגויות — משפטיות ומוראליות — מן העילה של

עם זאת, מבט מעמיק יותר מגלה תמונה שונה: ראשית, למותר לציין, כי ברוח האיסור הקבוע בדיני החוזים על אכיפת חוזה לשירות אישי¹³³, נמנעה הפסיקה בישראל מלאכוף את הבטחת הנישואין. יתרה מזו, בדיני החוזים המקובלים, הסעד על הפרת חוזה שלא נאכף הוא פיצויי קיום, שמטרתם להעמיד את הנפגע במצב שבו היה לו החוזה לא היה מופר (קרי, בהקשר של הבטחת הנישואין, העמדת בן הזוג הנפגע במצב שבו היה עומד אילו לא התבטלו הנישואין). בניגוד לכך, הפיצויים במקרה של הפרת הבטחת נישואין הוגבלו לפגיעה באינטרס ההסתמכות (בעיקר הוצאות שהוצאו בפועל על-סמך ההבטחה, וכן, במקרים מסוימים, פיצוי בגין הנזק הלא ממוני)¹³⁴. במובן זה, פעלה הפסיקה ברוח גישתם של פרופ' שיפמן — אשר קרא בעבר לאימוצה של גישה נזיקית לגבי תביעות העוסקות בהפרת הבטחת נישואין¹³⁵ — ושל פרופ' שלו הסבורה, כי להסכמים בעלי גוון לא משפטי (הסכמים שבכבוד) ראוי להידון בהתאם לדיני הנזיקין¹³⁶.

הנה כי כן, הפסיקה בנושא הבטחת הנישואין מדגימה את דפוס המקרים שבהם ייחודיות החוזה הזוגי מוליכה, למעשה — אף כי לא להלכה — להתהוותה של הסדרה ייחודית החורגת מדיני החוזים המקובלים שעל-פיהם, לכאורה, היה צורך לתת תוקף משפטי להבטחת הנישואין. חרף זאת, האמביוולנטיות המאפיינת את הפסיקה הוליכה בעבר את העוסקים בנושא לפנות למחוקק בדרישה להסדרתו¹³⁷. לפנייה זו אני מרשה לעצמי להצטרף. עם זאת, כפי שהוסבר בהרחבה, אני סבור שיש ליישם אותה לא רק על נושא הבטחת הנישואין, אלא גם על חוזים זוגיים נוספים. על כן אני סבור, כי על דיני החוזים הזוגיים לכלול כללי שפיטות שיגדירו התחייבויות זוגיות שהמשפט ימנע מלתת להם תוקף חוזי.

הפרת הבטחת נישואין, נזקק לעתים בית המשפט לעילה זו ומאחסן אותה במסגרת חוזית". על רקע זה, מבקר פרופ' שיפמן את עמדת המשפט הישראלי בעניין והוא קורא למחוקק לבטל את התביעה החוזית בגין הפרת הבטחת נישואין. ראו שני חיבוריו של שיפמן, לעיל הערה 129. עם זאת, פרופ' שיפמן לא מסתפק בקריאה למחוקק לבטל עילה זאת והוא מציע דרכים שבאמצעותן תוכל הפסיקה לצמצם אותה — גם אם לא לבטלה לחלוטין — במסגרת הדין הקיים. ראו במיוחד שיפמן, לעיל הערה 47, בע' 205–217.

¹³³ ראו סעיף 3 (2) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה).

¹³⁴ פרידמן וכהן, לעיל הערה 20, בע' 368.

¹³⁵ לתמיכה בגישה נזיקית לתביעות העוסקות בהפרת הבטחת נישואין, ראו: שיפמן, לעיל הערה 47, בע' 218–221; שלו, לעיל הערה 19, בע' 29–30.

¹³⁶ זוהי התיזה המרכזית של מאמרה של שלו, שם.

¹³⁷ ראו, למשל: ע"א 647/89 שיפברג נ' אבטליון, פ"ד מו(2) 169. הערה: לאחר שמאמר זה נמסר לדפוס נפסק פסק דינו של בית המשפט העליון בע"א 5258/98 פלונית נ' פלוני (לא פורסם). בפסק דין זה ניכרת מגמה להרחיב את אפשרות התביעה בגין הפרת הבטחת נישואים בכמה אפיקים. אני מקווה להתייחס לפסק הדין בהרחבה בהזדמנות אחרת.

2. חוזים בין בני זוג להולדה באמצעות הפריה סוג נוסף של חוזים זוגיים שבהם מתעוררים שיקולי "שפיטות" נוגעים להסכמתם של בני הזוג להשתתף בתהליך של הפריה חוץ גופית. המשפט הישראלי עסק בהרחבה בחוזים אלו במסגרת פרשת נחמני¹³⁸.

כזכור, פרשת נחמני עסקה בבני זוג שפנו במשותף לכמה גופים על-מנת להשתתף בתהליך של הפריה חוץ גופית. לאחר שנפרדו, התנגד הבעל להמשך תהליך ההפריה ולהשתלת הביציות שהוצאו מגוף האישה והופרו בזרעו של הבעל ברחמה של אישה פונדקאית. האישה עתרה לבית המשפט וביקשה להמשיך בהליך ההפריה למרות הפרידה בין בני הזוג וחרף התנגדות הבעל. בתי המשפט בישראל עסקו בפרשה זו בשלושה שלבים שבשיאם דיון נוסף בהרכב של אחד עשר שופטים.

פרשת נחמני מעוררת שורה ארוכה של שאלות מורכבות ומרתקות שרובן נדונו כבר בהרחבה במחקרים קודמים¹³⁹. בהקשר הנוכחי ברצוני לחדד את הדרך שבה הסכמי הפריה מעוררים שיקולי שפיטות הנוגעים לקושי לכפות על אדם הבטחות בתחומים אישיים ואינטימיים¹⁴⁰. אסביר:

לפחות חלק מן השופטים שעסקו בפרשת נחמני סברו, כי השתתפותם של בני הזוג בהליך ההפריה ופניותיהם הכתובות לגופים שונים, מהוות אינדיקציה לכך שגם במישור היחסים הזוגי שביניהם הם ביקשו להתקשר בהסכם משפטי מחייב¹⁴¹. חרף זאת, רבים מן השופטים שעסקו בפן החוזי של פרשת נחמני נרתעו בסופו של דבר מהתייחסות חזית רגילה אל ההסכם בין בני הזוג והעדיפו להתייחס אליו כאל הסכמה מסוג מיוחד¹⁴²,

138 ע"א 5587/93 נחמני נ' נחמני, פ"ד מט(1) 485; דנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני, פ"ד נ(4) 661 (להלן – "פרשת נחמני").

139 ראו ברק ארז, לעיל הערה 123; ס' דוידוב-מוטולה "פסק דין פמיניסטי? היבט נוסף על פרשת נחמני" עיוני משפט כ (תשנ"ו) 221; ח' גנז "העובדים המוקפאים של הזוג נחמני" עיוני משפט יח (תשנ"ד) 83 (להלן – "המאמר הראשון"); א' מרמור "העובדים המוקפאים של הזוג נחמני: תשובה לחיים גנז" עיוני משפט יט (תשנ"ה) 433; ח' גנז "העובדים המוקפאים של הזוג נחמני: תגובה לאנדרי מרמור" עיוני משפט יט (תשנ"ה) 453; ד' הד "משפט צדק וצדק מוסרי – עיון נוסף בפרשת נחמני" משפטים כט (תשנ"ח) 507.

140 לדיון מרתק בהיבטים ההסכמיים של פרשת נחמני, ראו ברק ארז, שם, בע' 207–211; גנז במאמר הראשון, שם, בע' 92–97.

141 ראו פסקי דינה של השופטת שטרסברג-כהן בפרשת נחמני, הן בערעור האזרחי והן בדיון הנוסף; דבריו של השופט (כתוארו אז) אור בפסקה 3 לפסק דינו בדיון הנוסף; ופסק דינו של השופט זמיר בדיון הנוסף. אולם, השוו לדברי השופטת דורנר שם, בע' 713, לפיהם חזקה על בני זוג שאינם מעוניינים להחיל את דיני החוזים בעניינים מסוג זה. לטענה שהיה מקום לעשות שימוש בדוקטרינה של הסכמים שבכבוד (קרי: בטענה בדבר היעדר כוונה ליצור יחסים משפטיים) בכדי לשלול את משפטיות ההסכם, ראו גם, לאחרונה, שלו, לעיל הערה 19, בע' 31; ברק-ארז, לעיל הערה 123, בע' 211.

142 הדיון הנוסף בפרשת נחמני, לעיל הערה 138, פסקה 3 לדברי השופט אור.

כחווה רופף¹⁴³ או, למצער, כחווה משפטי מסוג מיוחד¹⁴⁴. קיצונית יותר הייתה עמדתה של השופטת דורנר שסברה, כי גם אם הצדדים היו מבקשים להתקשר בהסכם משפטי, הסכם כזה לא היה שפוט, שכן הוא נוגד את תקנת הציבור¹⁴⁵. ניתוח מדוקדק של עמדות השופטים בפרשת נחמני יגלה, כי הקושי להכיר במשפטיותו של ההסכם קשור לשיקולי השפיטות העוסקים בקושי לכפות על אדם הבטחות שנתן בתחומים אישיים ואינטימיים¹⁴⁶. אכן, כפי שכבר הסברתי, בעניינים בעלי גוון אישי-אינטימי, החירות לסגת מן ההבטחה החוזית בדיעבד (ex-post) חשובה, לעתים, מן החופש לקשור את עצמך בחווה מראש (ex-ante). בוודאי שזהו המצב כאשר חל שינוי נסיבות משמעותי במצבו הנפשי של המבטיח בין רגע ההבטחה לבין זמן המיועד למימושה. על רקע זה אני סבור, כי בדומה לאפשרות שמקנה המשפט המודרני לסגת מהבטחה לקיים יחסי מין או להינשא כאשר המבטיח שוב אינו מעוניין בכך, יש גם מקום לרתיעה מאכיפת חוזה להורות כאשר ברגע המימוש אחד מבני הזוג מרגיש כי בנסיבות הקיימות הוא אינו מסוגל לשמש כהורה משותף ביחד עם בן זוגו לשעבר¹⁴⁷. עם זאת, בשולי הדיון בפרשת נחמני, ברצוני להדגיש כי הניתוח החוזי אינו ממצה

143 הערעור האזרחי בפרשת נחמני, שם, בפסקה 20 לפסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן. אולם, ראו ביקורתה של ברק ארז, לעיל הערה 123, בע' 208–209.

144 ראו פסק דינו של השופט זמיר בדיון הנוסף בפרשת נחמני.

145 דברי השופטת דורנר, שם, בע' 717: "על כל פנים, גם אם היה מוכח שהצדדים התכוונו לכך, עדיין לא היה בכוחם לתת תוקף של חוזה להסכם שביניהם, שכן עשיית חוזה להולדת ילדים מנוגדת לתקנת הציבור. לכן החווה בטל לפי סעיפים 30 ו-31 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג–1973. ודוק: אין פסול בתכלית ההסכם – הבאת ילד לעולם – או בדרך ביצוע ההסכם. הפסול הוא בהחלת דיני החוזים על ההסכם, הסותרת את תקנת הציבור".

146 ראו, למשל, דברי השופטת שטרסברג-כהן בערעור האזרחי בפרשת נחמני, לעיל הערה 138, בע' 509: "בענייננו נוצר ההסכם על רקע מיוחד, בנושא אינטימי, אישי ורגשי המצוי במחוזות נפשו של האדם. עם זאת, אינני סבורה שאין לפנינו הסכם כלל". ובדיון הנוסף בפרשת נחמני, שם, בע' 689–690 אמרה: "אין להפוך את כל אורחות חיינו לנשלטים על-ידי צווי-עשה של המשפט. ישנם תחומים – וחיי האישיות ותכנון המשפחה מהבולטים שבהם – בהם נעצרת האכיפה השיפוטית על מפתנם של המתדיינים. בעת בואם של בני-זוג בברית הנישואין, מבטיח כל אחד למשנהו המשך חיים משותפים לצמיתות. הבטחה זו, שאיש אינו סבור כי ניתן לאוכפה, מצויה במישור הכוונות הטובות, הציפיות, התקוות ומשאלות הלב. אין סעד משפטי היכול להבטיח קיומה ולא ראוי שיהיה כזה. כך גם בהבטחה להורות משותפת. אכיפת הורות איננה אופציה לגיטימית כאשר מדובר בפעולות המצריכות הסכמת שני בני הזוג..." (ההדגשה במקור – ש' ל'). ראו גם דברי השופט טירקל, שם, בע' 735: "כמו חברי, השופט גולדברג, סבורני גם אני כי הסכסוך שלפנינו... לא ניתן ליצוק אותו לתבניות המשפטיות של חוזה או מעין-חוזה. מצוי הוא כל כולו בתחום הרגשי-מוסרי-חברתי-פילוסופי". לטענה הפוכה לפיה דווקא האינטימיות של היחסים הזוגיים מחייבת את בית המשפט להתמקד בהסכם ולא בנורמות משפטיות חיצוניות, ראו שם, בפסקה 14 לפסק דינו של השופט זמיר.

147 לעמדה דומה, ראו גם: גנז במאמרו הראשון, לעיל הערה 140, בע' 92–97; אולם, השוו: מרמור, לעיל הערה 139, בע' 443–448.

את הדיון בפרשה וכי קיימים טענות¹⁴⁸ ושיקולי מדיניות¹⁴⁹ נוספים שעשויים להצדיק דווקא את עמדתה של רות נחמני בעניין. דיון בטענות ושיקולים הללו הוא מעבר להיקפו של המחקר הנוכחי. מכל מקום, נדמה לי שפרשת נחמני מהווה דוגמא מובהקת לקושי להחיל את דיני החוזים הרגילים על הסכמים זוגיים¹⁵⁰.

(ב) כשלים בגמירת הדעת והדרישות לכתב ולאישור מוקדם פרט לשאלת המשפטיות שבה עסקנו בהרחבה בסעיף הקודם, תנאי יסודי ליצירת החוזה הוא גמירת דעתם¹⁵¹ של הצדדים להתקשר זה עם זה בחוזה המסוים¹⁵². גמירת הדעת היא רצון חופשי מגובש, המשקף כוונה רצינית והחלטית להתקשרות בחוזה¹⁵³. במרבית החוזים, הדרישה לגמירת הדעת לא מחייבת צורה מיוחדת של החוזה הכתוב¹⁵⁴. עם זאת, במקרים מסוימים, דורש המחוקק צורה מסוימת של חוזה (בעיקר כתב) כתנאי לתוקפו¹⁵⁵. קיימים מקרים בהם ההצדקה לדרישת הכתב הנה ראייתית. במקרים אלו, מבקש המשפט לערוך עסקאות בכתב בכדי להקל על האפשרות להוכיח בעתיד את קיום העסקה ואת פרטיה¹⁵⁶. אולם, במקרים אחרים, ההצדקה לדרישת הכתב נעוצה ברצון,

148 ראו, במיוחד, את טענת ההסתמכות המוצגת אצל חלק משופטי בית המשפט העליון (ראו, למשל, את פסק דינו של השופט טל בערעור האזרחי בפרשת נחמני, לעיל הערה 138 ובהרחבה בפנה ברק ארז, לעיל הערה 123, בע' 212–215; מרמור, שם, שם, המתייחס לטענת המניעות שעשויה להעלות רותי נחמני.

149 כגון: שיקולי טובת הילד, שיקולי צדק כלליים או הרצון להגשים את כמיהתה של רות נחמני לאמהות. ראו על כך בספרות המחקרית שהובאה לעיל הערה 139.

150 לניתוח היבטים נוספים בדיון החוזי בפרשת נחמני, שאינם משתלבים עם דיני החוזים הרגילים, ראו: ברק ארז, לעיל הערה 123, בע' 208–211.

151 שלו, לעיל הערה 20, בע' 85.

152 ראו על כך שלו, שם, בע' 88–90; דויטש, לעיל הערה 105. לדרישה למסוימות מטרה כפולה: ראשית, מסוימות החוזה מהווה כלי עזר לבחינת גמירת הדעת, שכן רמת המפורטות של החוזה עשויה ללמד על גמירת דעתם של הצדדים (במובן זה דרישת המסוימות מהווה נגזרת של חופש החוזים המבקש למנוע מצב שבו אדם ימצא את עצמו קשור בחוזה ללא גמירת דעת מלאה). בנוסף לכך, לדרישת המסוימות מטרה בפני עצמה, שכן למרות האפשרות להשלמת החוזה הקיימת בדין המודרני, בית המשפט לא יכתוב את החוזה בעבור הצדדים (במובן זה דרישת המסוימות נגזרת מהיבט נוסף של חופש החוזים, הלא הוא החופש של הצדדים לעצב את החוזה כרצונם). לכרסום מסוים בהיבט זה של דרישת המסוימות, ראו, לאחרונה, את פסק דינה של השופטת דורנר ברע"א 4976/00 בית הפסנתר נ' מור, פ"ד נו(1) 577. אולם, השווה לפסק דינה של השופטת ביניש, שם.

153 שלו, שם, בע' 86.

154 סעיף 23 לחוק החוזים.

155 לדיון מקיף בצורת החוזה במשפט הישראלי, ראו: נ' כהן "צורת החוזה" הפרקליט לח (תשמ"ט) 383; שלו, לעיל הערה 20, בע' 278–288; פרידמן וכהן, לעיל הערה 20, פרק 10. כן ראו: L.L. Fuller "Consideration and Form" 41 Colum. L. Rev. (1941) 799; D. Kennedy "Form and Substance in Private Law Adjudication" 89 Harv. L. Rev. (1976) 168.

156 דוגמא מובהקת לעניין זה במשפט הישראלי היא סעיף 80 לחוק הפרוצדורה האזרחית העותמאני.

שיש בו מימד פטרנליסטי, להרתיע את הצדדים מפני התקשרות חפוזה המאפיינת, לעתים, התקשרויות הנערכות בעל-פה (להלן – "דרישת כתב מהותית")¹⁵⁷. בחלק ממקרים אלו המחוקק אינו מסתפק בכתב ודורש גם אישור של העסקה על-ידי רשות ציבורית, כגון: בית המשפט, כתנאי לתוקפה.

אני סבור כי לחוזה הזוגי מספר מאפיינים ההופכים את דרישת הכתב ואפילו את הדרישה לאישור מוקדם לנחוצים במיוחד:

ראשית, האופי הלא פורמאלי של היחסים הזוגיים והמצב הרגשי המאפיין את המתקשרים בחוזה הזוגי מעוררים את החשש מפני התחייבויות חפוזות שלא נעשו בצורה שקולה¹⁵⁸. דוגמא מובהקת לכך עשויים לשמש הסכמי קדם נישואין. מחקרים הממוקדים בהסכמים אלו מבהירים, כי מצבם הרגשי של בני הזוג לקראת החתונה והטיות קוגניטיביות המשבשות את היכולת להעריך באופן ריאלי את סיכויי הגירושין בעתיד¹⁵⁹, מקשים מאד על בני זוג העומדים להינשא לנהוג באופן "רציונאלי"¹⁶⁰. על רקע זה נראה, כי פיקוח חיצוני על הליך הכריתה עשויה לסייע לצדדים לפעול בשיקול דעת רב יותר.

שנית, חוסר הניסיון של הצדדים לחוזה הזוגי עלול לגרום להם לוותר, מבלי משים, על זכויות המגיעות להם בהתאם לחוק. לפיכך, הליך של אישור שבמסגרתו יובהר לצדדים מהם הזכויות שעליהן הם מוותרים בחוזה עשוי להיות בעל ערך.

שלישית, פערי הכוחות הקיימים בין המתקשרים¹⁶¹ עלולים להוליך לכך שתוכנו של הסכם שיערך ללא פיקוח של גוף חיצוני יוכתב, בעיקר, על-ידי הצד החזק יותר, ומשום כך ומשום כך לא ישקף את גמירת דעתם של הצדדים.

נדמה לי, כי סוג זה של שיקולים הוביל את המחוקק הישראלי להציב בקשר לכמה סוגים של חוזים זוגיים דרישת כתב¹⁶². לפחות בכל הנוגע להסכמי ממון, הובילו

על חוק זה, ראו: פרידמן וכהן, לעיל הערה 20, בע' 408–412; י" קדמי, על הראיות (תשס"ד, חלק ג) 1257–1282.

157 דומה, כי הדוגמא המפורסמת ביותר לעניין זה הנה דרישת הכתב הקבועה בסעיף 8 לחוק המקרקעין, תשכ"ט–1969, ס"ח 259. להבחנה בין דרישת כתב ראייתית לבין דרישת כתב מהותית, ראו: כהן, שם, בע' 386–388; שלו, לעיל הערה 20, בע' 278–288; פרידמן וכהן, לעיל הערה 20, בע' 389–393 על דרישת הכתב בחוק המקרקעין כדרישה מהותית, ראו: ע"א 726/71 גרוסמן נ' מנהלי עזבון בידרמן, פ"ד כו (2) 781. על הכרום בדרישה זו ראו פרידמן וכהן, שם, בע' 413, 429 ואילך; ע"א 986/93 קלמר נ' גיא, פ"ד נ(1) 185 (להלן – "פרשת קלמר").

158 ראו על כך כהן, שם בע' 393; וכן לעיל פרק ג.2. לטעון דומה בהקשר של עסקאות חסד, ראו פרשת בראשי, לעיל הערה 108.

159 ראו על כך, בהרחבה, במאמרים שהוזכרו לעיל הערה 79.

160 לטעון דומה, ראו: כהן, לעיל הערה 155, בע' 393. על הקושי של הצדדים להסכם הזוגי לתכנן את עתידם, ראו לעיל פרק ג.2.ד).

161 ראו בהרחבה לעיל פרק ג.1.

162 סעיף 12(ב) לחוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות), תשי"ט–1959, ס"ח 72, קובע, כי הסכמים

השיקולים הללו את המחוקק שלא להסתפק בכתב ולדרוש בנוסף גם הליך של אישור ההסכם.¹⁶³

ככלל, הצבת הדרישות הללו נראית לי מהלך ראוי. עם זאת, לטעמי, הנימוקים העומדים בבסיס דרישת האישור אמורים היו להקנות לבתי המשפט אפשרות לביקורת מהותית של תכני ההסכם הזוגי, הן במהלך אישורו של ההסכם והן במועד מימושו. בניגוד לכך, כפי שהבהרתי בחלקו הראשון של המאמר, הפרשנות המקובלת של הליך האישור הנה, כי מדובר בהליך פרוצדוראלי שאינו מאפשר לבתי המשפט להתערב בתוכן המהותי של החוזה.¹⁶⁴ אני סבור, כי סוג זה של אישור אינו מתמודד עם החששות שאותם העליתי בחלק זה, ומשום כך מתעורר צורך לעבות את ההגנה על המתקשרים בהסכם הזוגי בכלים חוזיים, המאפשרים לבחון בדיעבד פגמים בכריתתם של הסכמים זוגיים או אפילו בכלים המאפשרים לבתי המשפט לבחון את הגינות החוזה בעת מימושו.¹⁶⁵ ברם, כפי שיוסבר בהמשך המאמר, במשפט הישראלי התרחש תהליך הפוך שבמסגרתו הליך האישור מכביד על האפשרות להעלות בדיעבד טענות על פגמים בכריתה.¹⁶⁶ או להתאים אותו לנסיבות המשתנות.¹⁶⁷ במובנים אלה נזקה של דרישת האישור עולה על תועלתה.

(2) הקלת הכניסה לחוזה הזוגי בפסיקה הישראלית

כאמור, לפחות לחלק מן הדרישות המקשיחות את תנאי הכניסה לחוזה הזוגי קיים ביטוי גם בדין המודרני. עם זאת, באופן אירוני, יש פעמים ודווקא אותם מאפיינים של החוזה הזוגי המולכים להכבדת תנאי הכניסה לחוזה הזוגי, כגון: האופי הלא פורמאלי של היחסים הזוגיים ובעיית פערי הכוחות בין בני הזוג לחוזה, עשויים, בהקשרים

בדבר מזונות של בגיר וויתור על מזונות כאלה יעשו בכתב. עם זאת, גם החוק האזרחי קובע במפורש, כי הסכם העוסק במזונות בניגוד להסכם ממון ניתן לאישור בית המשפט, אך איננו חייב בכך (ראו סעיף 12 הנזכר). עם זאת, קיים ספק משמעותי אם הוראות החוק לתיקון דיני משפחה (מזונות), ובכללם ההוראות הפרוצדוראליות, חלות על בני זוג יהודים. לדיון על כך, ראו: מ' שאוה הדין האישי בישראל (מהדורה רביעית מורחבת תשס"א, כרך א) 231–252. אולם, ראו, לאחרונה: תמ"ש 79052/98 פלונית נ' פלוני, פסקי משפחה 6 (תשס"א) 259, שבו התקבלה עמדה המרחיבה את תחולת הוראות החוק.

¹⁶³ ראו לעיל פרק ב.2).

¹⁶⁴ עם זאת, ככל שמדובר בהסכמים העוסקים במזונות ילדים, פיתחו, לאחרונה, בתי המשפט פרקטיקה של התערבות בתוכן החוזה. לנושא זה אני מבקש להקדיש בקרוב מחקר עצמאי.

¹⁶⁵ להבחנה בין גישות הבוחנות את החוזה הזוגי בהתאם להגינותו בעת הכריתה לבין גישות הבוחנות את הגינותו בעת המימוש, ראו: Bailey, *supra* note 12; וכן המקורות השונים המאזכרים אצל Weiss, *supra* note 16; וכן במקורות המאזכרים אצל Reynolds, *supra* note 16, f.n. 92–94.

¹⁶⁶ ראו להלן פרק ה.

¹⁶⁷ ראו להלן פרק ו.3).

מסוימים, לקדם מדיניות המבקשת להקל את תנאי הכניסה להכרה בחוזים הללו. ואכן, כמה פסקי דין, שניתנו לאחרונה בישראל, משקפים, במפורש או במשתמע, מדיניות המבקשת להכיר בתוקפם המשפטי של חוזים זוגיים גם במקרים שבהם הסכמים רגילים לא היו מוכרים. בחשיפת המקרים הללו יעסוק חלק זה.

(א) ריכוך דרישות המסוימות והכתב

בחלק הקודם הבהרתי, כי במסגרת המשפחתית, הרלוונטיות של דרישות צורניות שנועדו להבטיח את גמירת דעתם של הצדדים לחוזה ואת כוונתם ליצירת יחסים משפטיים גבוהה במיוחד. ברם, האופי המיוחד של היחסים המשפחתיים פועל גם בכיוון ההפוך: ניתן לטעון, כי בהקשר המשפחתי, מידת האמון בין הצדדים גדולה מאוד, וכיוון שכך, העלאתו של ההסכם שהושג על הכתב אינה סבירה¹⁶⁸. לסוג זה של חשיבה ניתן לעתים ביטוי בפסיקה הישראלית. כך, למשל, בפרשת טוקאן¹⁶⁹, סבר השופט כך, בהקשר לעסקה שבמסגרתה הועברה חלקת מקרקעין במסגרת המשפחתית, כי, במקרים מסוימים, הקרבה המשפחתית הקיימת בין הצדדים עשויה לאפשר ויתור על הפירוט החוזי הנדרש ברגיל בעסקאות חוזיות שהצדדים להן הנם זרים¹⁷⁰. לצורת חשיבה זו היה ביטוי בפרשת אהרונוב¹⁷¹, בה השתמש בית המשפט באופן נרחב ביותר במנגנונים המאפשרים השלמת חסרים בחוזה, והיה נכון להשלים גם את זהות הנכס שלגביו נערכה העסקה (באמצעות ראיות בעל-פה) כמו גם את מחירה (באמצעות צירוף מסמך מאוחר יותר). קשה להיזכר במקרים מסחריים, שבהם נכון היה בית המשפט להשתמש במנגנוני ההשלמה באופן כה נרחב¹⁷².

לצורת החשיבה הסבורה, כי בהקשר המשפחתי יש להקל על תנאי הכניסה החוזיים הייתה השפעה דרמטית על הסדרת יחסי הרכוש בין בני זוג בישראל. כוונתי, כמובן, ליצירתה של חזקת השיתוף אשר, לפחות בראשיתה, התבססה על מודל הסכמי¹⁷³ לפיו השיתוף משקף את הכוונה המשותפת של בני הזוג¹⁷⁴. בתי המשפט אשר עסקו

168 לטיעון דומה, ראו: כהן, לעיל הערה 155, המסבירה בדרך זו את הגיונו של סעיף 82(א) לחוק הפרוצדורה האזרחית העותומאני, המאפשר הוכחה בעל-פה של הסכמים בין קרובים, אף אם ההסכם הוא מן הסוג שיש להוכיחו בכתב.

169 ראו: ע"א 380/88 טוקאן נ' אלנשיבי, פ"ד מה (5) 410.

170 עם זאת, לא כל השופטים בפסק הדין בעניין טוקאן, שם, היו שותפים לעמדה זו, וכהמשך לכך הם בחנו את העסקה שנערכה במשקפיים חוזיות. לביקורת על אי הדיון בנושא מנקודת מבט נזיקית, ראו: שלו, לעיל הערה 19, בע' 28–29.

171 ע"א 475/87 אהרונוב נ' אהרונוב, פ"ד מג (3) 165.

172 ראו, למשל, עניין גרוסמן, לעיל הערה 157, שעסק ביחסים מסחריים ובו סרב בית המשפט להשלים חוזה באמצעות מסמך מאוחר יותר.

173 בהתפתחותה של חזקת השיתוף במשפט הישראלי ובמעבר ממודל הסכמי למודל נורמטיבי, עוסק בהרחבה מחקרי לעיל הערה 23.

174 כך, למשל, בפרשת בריקר (ע"א 253/65 בריקר נ' בריקר, פ"ד כ(1) 589), הנחשבת לאחת מן הפרשות המכוננות של חזקת השיתוף, קובע בית המשפט, שם, בע' 599, כי: "אילו הוצגה

בנושא הדגישו, כי "יחסים בין בני זוג החיים חיים משותפים תקינים אינם מושתתים תמיד על הסכמים מפורשים ערוכים כדת וכדין"¹⁷⁵. משום כך הם סברו, כי יש להכיר בהסכם השיתוף בין בני הזוג וזאת למרות שהכוונה לשיתוף לא הייתה גלומה במסמך כתוב או אף בדיבור ברור ומפורש ביניהם¹⁷⁶. לאור זאת נטען, כי, לעתים, ניתן להכיר בעסקאות במקרקעין בין בני זוג, למרות שלא מתקיימת דרישת הכתב¹⁷⁷. בהקשר דומה הבהירה השופטת שטרסברג-כהן, בפסק דינה בפרשת יעקובי, כי גם לאחר חקיקת חוק יחסי ממון יש להתאים את כללי הדין הכללי להקשר הזוגי המשפחתי ומשום כך ניתן יהיה להסיק על שותפות ברכוש גם בניגוד לכללים המשפטיים הפורמאליים¹⁷⁸. הנכונות להגמיש את דרישות הצורה הרגילות בהקשרים הזוגיים אפיינה פסיקות נוספות של בתי המשפט שניתנו לאחרונה¹⁷⁹.

הנה כי כן, באופן אירוני, האופי הלא פורמאלי של היחסים הזוגיים, שהיווה את הבסיס לדרישות צורניות ייחודיות, משמש גם יסוד להפחתת דרישות צורניות "רגילות".

(ב) ריכוך דרישת האישור בחוק יחסי ממון

על רקע השיקולים התומכים בהקלת תנאי הכניסה לחוזה המשפחתי אני סבור, כי קיימים מקרים שבהם מוצדק יהיה לתת תוקף משפטי להסכמי ממון חרף העובדה שלא אושרו באופן רשמי על-ידי בתי המשפט.

לצדדים, בזמן הרלבנטי, השאלה, למי שייך הנכס, כי אז היו עונים: כמובן שהוא שייך לשנינו בחלקים שווים; הווה אומר, שהכוונה לבעלות משותפת בנכס ניתן להסיקה מכלל מהתנהגותם של בני הזוג לפי אורח חיי הנישואין שלהם עד לזמן שבו חל הקרע הסופי" (ההדגשה שלי – ש' ל').

175 ראו, למשל: ע"א 300/64 ברגר נ' מנהל מס עזבון, פ"ד יט (2) 240, 245.

176 ראו, למשל: ע"א 633/71 מסטוף נ' עזבון המנוח י' מסטוף, פ"ד כו(2) 569, 570: "על-פי רוב, בגלל היחסים המיוחדים השוררים בין בני-זוג המנהלים אורח חיי נישואין תקינים, אין כוונה זו גלומה במסמך כתוב או אף בדיבור ברור ומפורש ביניהם".

177 ע"א 514/76 חשש נ' דמארי, פ"ד לא(2) 505.

178 ע"א 3208, 2084, 1915/91 יעקובי נ' יעקובי, פ"ד מט (3) 529, 627; רע"א 8672/00 אבו רומי נ' אבו רומי, דינים עליון, כרך סב, 491.

179 כך, למשל, בע"א 7388/97 עיזבון המנוח משה שמיר ז"ל נ' דולב (שמיר), פ"ד נג (1) 596, 603, מובאת דעתו של בית המשפט המחוזי לפיה: "מערכת היחסים בין בני-זוג היא מערכת יחסים מיוחדת. אחד ממאפייניה הוא היעדר פורמאליות. הסכמים הנעשים בין צדדים למערכת יחסים זו, אינם יכולים להיבחן על-ידי יישום מלא של כללי הראיות המקובלים. ביחסים שבין בני-זוג החיים יחדיו בשיתוף אין צורך בהעלאת התחייבויות מסוג זה עלי כתב". עם זאת, דווקא במקרה זה הסתייג בית המשפט העליון מוויתור גורף על דרישות פורמאליות בקשר להסכמים הנערכים בין בני זוג. בהקשר מעט אחר הכיר, לאחרונה, בית המשפט העליון בכך שיחסים בין בני זוג שנישאו בנישואין אזרחיים בחו"ל משקפים הסכם מכללא לפיו במקרה של פירוד יחויב הצד החזק כלכלית במזונות. ראו רע"א 8256/99 פלונית נ' פלוני (טרם פורסם). (להלן – "עניין פלונית"). עם זאת, במקרה זה ייתכן, שהקונסטרוקציה החוזית נועדה להשיג אינטרסים לבר חוזיים ולא להגשים את כוונת הצדדים שלא גובשה בהסכם פורמאלי.

אכן, אין להכחיש כי קריאה פשוטה של חוק יחסי ממון מבהירה, כי הסכמי ממון שלא אושרו נעדרים תוקף משפטי¹⁸⁰. עם זאת, בפסיקה המודרנית שעסקה בדרישת הכתב התפתחו טכניקות משפטיות שנועדו לעקוף דרישה זו במקרים שבהם הנסיבות הוכיחו כי לצדדים הייתה גמירת דעת מלאה למרות היעדרו של כתב. כך, למשל, בפרשת קלמר¹⁸¹ נקבע, כי במקרים מסוימים עקרון תום הלב עשוי להתגבר על חסרונם של כתב ולשכלל חוזה שלא נעשה בכתב¹⁸². בנוסף לכך, נקבע בפרשה זו, כי, לעתים, ביצוע חלק הארי של החוזה עשוי להוות תחליף מספק להסכם כתוב¹⁸³. על רקע זה אני סבור, כי במידה שהסכם ממון שנחתם ולא אושר, מומש באופן חלקי על-ידי הצדדים, ניתן לראות במימוש ההסכם תחליף לדרישת האישור. יתרה מזו, במקרים מסוימים, ניתן יהיה לראות בניסיון של צד להסכם לא מאושר להתנער מתכני ההסכם כחוסר תום לב. ואכן, הלך מחשבה זה אומץ על-ידי בית המשפט העליון בפרשת רודן¹⁸⁴, שבה ניתן תוקף להסכם ממון שלא אושר אך החל להתבצע¹⁸⁵. והוא שחזר לאחרונה גם

180 לפי סעיף 2 לחוק יחסי ממון, כפי שתוקן בשנת תשנ"ה, הסכם ממון טעון אישור של בית משפט כתנאי לתוקפו. חרף זאת, קובע הנשיא שמגר בע"א 486/87 אבידור נ' אבידור, פ"ד מב (3) 504, 499, כי: "אף אם האישור לא נושא את הנוסחה הנדרשת, הדבר אינו גורם לבטלותו של ההסכם. לו נעדר כליל אישור כדין, הרי לא היה לפנינו 'הסכם ממון', כמשמעותו בחוק יחסי ממון, אך אין זאת אומרת שאין לפנינו הסכם כלל. הסכם תקף יש, אך הוא אינו 'הסכם ממון' (ההדגשה הראשונה במקור, ההדגשה השנייה שלי – ש' ל'). בכל הכבוד, דברים אלה אינם משתלבים עם לשון הסעיף ואף לא עם פסיקותיו של הנשיא שמגר עצמו בהקשרים אחרים. ואכן, בהמשך הדברים מבהיר שמגר, כי כוונתו אינה שלהסכם ממון שלא אושר יש תוקף משפטי, אלא לכך שעל הסכם זה יחולו עקרונות חוזיים מסוימים, כדוגמת עקרון תום הלב. פרשת קלמר, לעיל הערה 157.

181 זאת הייתה עמדתו של הנשיא ברק, שם.

182 זאת הייתה עמדתו של השופט זמיר, שם. עם זאת, יש לשים לב, כי בפסקי דין מאוחרים יותר טענה זאת נדחתה והובהר כי יש מקום להתגבר על חסרונם של כתב רק במקרים נדירים. ראו, למשל: ע"א 8144, 8170/00 עלריג נכסים (1987) בע"מ נ' ברנדר, דינים עליון, כרך סג 213.

183 ע"א 151/85 רודן נ' רודן, פ"ד לט (3) 186.

184 בפסק דין רודן, שם, בע' 193 קבע בית המשפט:

"כאמור, העלה בא-כוח המשיבים את הטענה, כי גם שלא מטעמה של השופטת המלומדת בדרגה הראשונה מן הראוי לדחות את עתירת הבעל בהודעת צד ג' שלו מהטעם, שכל ההסכם הוא חסר תוקף, משום שלא זכה לאישורו של בית המשפט על-פי חוק יחסי ממון בין בני זוג. טענה זו נטענה אמנם גם בדרגה הראשונה אך לא זכתה להתייחסות, ובצדק. דומה, שראוי לה כי תידחה על הסף, בלי שניזקק לה לגופה. נראה לי, כי במקרה זה מנועה המשיבה 2 מלהעלות טענה זו בשלב כה מאוחר, 9 שנים לאחר שנכרת ההסכם, לאחר שהיא קיבלה את מה שההסכם העניק לה ובעת שהיא נדרשת לעמוד בנדרש ממנה על פיו. העובדה, שהיא נהגה על-פי ההסכם במשך 9 שנים, מעידה על כך, שהיא הכירה בתוקפו..."

בהמשך לכך קובע בית המשפט שם, בע' 193–194:

"העלאת טענה זו בשלב כה מאוחר הינה שימוש בזכות שלא בתום-לב, דבר העומד בסתירה לסעיף 39 לחוק החוזים.... בנסיבות שלפנינו, נעשה שימוש בזכות לטעון את הטענה בדבר אישור בלתי נאות של החוזה על-ידי בית משפט בחוסר תום לב, ועל-כן דין טענה זו להידחות".

על רקע עניינים אלו, נתן בית המשפט תוקף משפטי מלא להסכם ממון שלא אושר כדין.

בפרשת ורבר¹⁸⁶, שבה נעשה שימוש בעקרון תום הלב על-מנת לרפא פגמים פורמליים בכריתת ההסכם¹⁸⁷.

נכונות מרחיקת לכת להתגבר על היעדר אישור של בית המשפט, ואפילו על היעדרו של כתב בעסקת מקרקעין, גילה, לאחרונה, בית המשפט המחוזי בפרשת שמיר¹⁸⁸. (עם זאת, במקרה זה בחר בית המשפט העליון, בסופו של דבר, לבסס את תוצאתו של בית המשפט המחוזי על עניינים אחרים.) הנכונות להתגבר על היעדר אישור של בית המשפט יושמה לאחרונה ובצדק רב גם בפסיקות שניתנו לאחרונה בכמה בתי משפט לענייני משפחה¹⁸⁹.

מן המקובץ עולה, כי במקרים שבהם ניסה צד להתנער מהסכם ממון, שלא אושר כדין, זמן רב לאחר שנכרת, ראתה בכך הפסיקה חוסר תום לב ובהתאם לכך נתנה תוקף משפטי להסכם. בוודאי שזה היה המצב במקרים שבהם היה מדובר בהסכם שהצדדים פעלו על-פיו לפחות חלקית.

ככלל, נכונות בתי המשפט להגמיש את דרישת האישור ולתת תוקף להסכמי ממון במקרים שבהם החוזה הלא מאושר החל להתבצע נראית לי ראויה. בוודאי שזה המצב כאשר הצד המבקש להתנער כעת מן ההסכם נהנה ממנו בעבר. ואולם, אני סבור, כי יש להקפיד בכל זאת שהתכלית העקרונית שעמדה בבסיס דרישת האישור, קרי הגנה על הצד החלש לא תיפגע. בוודאי שזהו המצב כאשר מדובר על התחייבויות חפוזות שנעשו ללא מודעות מלאה לזכויות שעליהן מוותר בן הזוג בהסכם.

חוששני, שבפרשת גמליאל¹⁹⁰, שנדונה לאחרונה, לא עמד בית המשפט העליון במבחן זה.

במוקד פרשת גמליאל עמדה דירת מגורים באריאל (להלן – "הדירה"). הדירה

186 ע"א 3868/95 ורבר נ' ורבר, פ"ד נב (5) 817.

187 ראו שם, בע' 842–843.

"האשה מנסה להציג את ההסכם כאות מתה, ששני הצדדים לא ראו בו מסמך מחייב. אך בפועל נראות העובדות אחרת... מסתבר, בניגוד לדברי האשה, כי במשך שנים היא נהנתה מהוראות ההסכם. כמותה, סבר גם הבעל כי ההסכם מחייב. בהסתמך על הנחה זו הוציא הבעל מכיסו כספים והשקיעם על שם האשה. בנסיבות אלה, אפילו הייתה נכונה טענת האשה בדבר הפגמים שנפלו בהליך אישורו של ההסכם, אין תום-לב בטענתה כי ההסכם חסר תוקף" (ההדגשה שלי – ש' ל').

188 ת"א (י"ם) 640/95 שמיר (דולב) נ' עזבון המנוח משה שמיר ז"ל, תקדין מחוזי 97(3) 2118.

189 ראו, לאחרונה, את פסק דינו של השופט גלובינסקי בבית המשפט לענייני משפחה בחיפה בתמ"ש (חי') 53930/97, 53931 א.ל. נ' ו.ל., תקדין משפחה 2000(1) 105, פסקה 10: "הצדדים דגן החלו בביצוע התחייבויותיהם על-פי החוזה ולא המתינו לפקיעת הנישואין, ולכן צריך לקבוע שדיני החוזים הרגילים חלים על ההסכם ולא לדקדק בתחולת חוק יחסי ממון. כאמור לעיל מתחשבת ההלכה בפסיקה בהתנהגותם של הצדדים, כפי שהדבר קרה במקרה זה, לכן אני קובע שההסכם צריך לחול למרות שלא אושר כחוק" (ההדגשות שלי – ש' ל'). כן ראו את פסקי דינה של השופטת טליה קופלמן-פרדו בתמ"ש 11870/02 ובתמ"ש 6340/02 שלא פורסמו, בהם היא מיישמת את הלכת קלמר (לעיל הערה 182) בהקשר של דרישת הכתב בהסכמי מזונות. פרשת גמליאל, לעיל הערה 32.

נרכשה לאחר נישואי בני הזוג והרכישה מומנה, בחלקה (37%), על-ידי הורי הבעל, ובחלקה (63%) באמצעות הלוואה שנטלו בני הזוג מבנק למשכנתאות. יומיים לפני רכישת הדירה, נערך הסכם בין בני הזוג, לפיו במקרה של סכסוך ביניהם לא יהיה לאישה חלק בדירה. בהסכם – שנכתב בכתב ידה של האישה – נאמר, שעזיבתה את ביתם המשותף בעבר גרמה לבעל "חששות לגבי רכישת דירה ולחששות אצל משפחתו שרוצים לעזור מבחינה כספית", ולכן היא מצהירה ש"אם נפרד או נתגרש או נסתכסך יעברו כל הזכויות על הדירה ותכולתה לידי יאיר גמליאל, ולא יהיו לי שום זכויות על הדירה. כמו כן מתחייבת אני שלא אתבע את יאיר גמליאל שיפנה את הדירה עקב גירושין או סכסוך או פרידה"¹⁹¹.

על רקע הסכם זה, קבע בית הדין הרבני, כי יש להעביר את הדירה לרשות הבעל ונגד קביעה זו עתרה האישה לבג"ץ.

חרף העובדה שההסכם לא אושר קבע בג"ץ, כי אין מדובר בהסכם ממון הטעון אישור על-פי חוק יחסי ממון. על-פי בית המשפט, לאור הוראת חוק יחסי ממון, לפיה ניתן להסכים בכתב על הוצאת נכסים מסוימים ממסת הנכסים הכפופים לאיזון המשאבים עם הגירושין, ניתן היה להסתפק במקרה זה בהסכם כתוב שאיננו מאושר. בית המשפט גם התעלם מטענות האישה לפיהן מדובר בהסכם מקפח שהיא נאלצה לחתום עליו בניגוד לרצונה, ומשום כך סרב להתערב בפסק דינו של בית הדין הרבני. לי נראה, כי תוכנו של ההסכם הנדון, שבמסגרתו ויתרה האישה גם על חלקה בדירת המגורים וגם על כל תביעה כלפי הבעל, ובכללה תביעה עתידית, למזונות ילידיהם המשותפים; כמו גם נסיבות כריתתו – לאחר שההסכם הוצג בפניה יומיים בלבד לפני הכניסה המצופה לדירה – ממחיש, כי זהו סוג המקרים שבהם נדרשת הגנה מיוחדת על הצד החלש בהסכם הזוגי. על רקע זה, קשה לי לקבל את נכונותו של בית המשפט העליון לתת תוקף להסכם זה.

ג) פערי הכוחות והמוטיבציה המוגברת למעורבות משפטית בחוזה הזוגי בחלק הקודם הוצגו שיקולי "שפיטות" שעשויים לשלול את משפטיותו של החוזה הזוגי. כעת ברצוני לדון בפסק דינו של בית המשפט העליון בעניין לוי¹⁹², שממנו עשויה להשתמע מדיניות הפוכה, המבקשת להגביר את שפיטותו ומשפטיותו של החוזה הזוגי. בעניין לוי, עסק בית-המשפט בבני-זוג שערכו חוזה גירושין, שהסדיר עניינים שונים. במסגרת זו הסדירו גם את ענייני המזונות עד למתן הגט בחוזה נפרד (להלן – "חוזה המזונות"). הן בחוזה הגירושין והן בחוזה המזונות נקבע מפורשות, כי חוזה המזונות "יופקד בידי עו"ד ליבוביץ אלינור [ה]מייצגת את שני בני הזוג ואשר

191 שם, שם. שימו לב, כי החלק המשמעותי במימון הדירה נעשה באמצעות משכנתא ששולמה ממכירתו של הבעל, וכיוון שכך ברור, כי לפחות חלק זה מהווה רכוש משותף של שני הצדדים.

192 ע"א 3833/93 לוי נ' לוי, פ"ד מח(2) 862 (להלן – "עניין לוי").

יוחזר לבעל ביום קבלת הגט. החוזה יהיה חסר תוקף משפטי ויהווה קניינו בלבד של הבעל ביום מתן הגט. הצדדים מתחייבים שלא להשתמש בחוזה זה כולו ו/או מקצתו ומסכימים כי לא ישתמשו בו לכל מטרה שהיא לרבות הצגתו לבית משפט¹⁹³. בשלב מסוים לפני מתן הגט הפסיק הבעל לשלם לאשתו את המזונות לפי חוזה המזונות. הדבר הוליך להתדיינות שונות בין בני הזוג, שבסופם, למרות הניסוחים הברורים הללו, חייב בית-המשפט את הבעל במזונות לפי חוזה המזונות. בית-המשפט, מפי השופט זמיר, נימק את החלטתו בניסוחים משפטיים מורכבים (אף כי מפותלים במקצת) ובדוקטרינות חוזיות מגוונות. ברם, מתוך הדברים ברור, כי ההניעה (המוטיבציה) המרכזית של בית-המשפט קשורה לסלידה מהתנהגותו של הבעל, שניסה להתחמק בטכניקות משפטיות שונות ממחויבות אשר ברור שנטל על עצמו¹⁹⁴. העובדה שהיה מדובר בהתחייבות שעל-פי ניסוחה הברור לא לוותה בכוונה ליצור יחסים משפטיים לא הרתיעה את בית-המשפט מלהתערב בה.

פסק הדין בעניין לויין נותח, לאחרונה, בהרחבה על-ידי פרופ' אריאל פורת. פורת עומד על כך, שבחשיבה החוזית המקובלת, שיקולי שפיטות עשויים למנוע את ההכרה במשפטיותו של ההסכם למרות שהצדדים עצמם מבקשים להתקשר בהסכם משפטי¹⁹⁵. בניגוד לתפיסה זו, גורס פורת, כי בעניין לויין חידש בית המשפט סוג חדש של שיקולי שפיטות, שעל-פיהם בית המשפט יעדיף לראות בחוזה בין הצדדים כיוצר יחסים משפטיים וזאת גם בניגוד לקביעתם המפורשת¹⁹⁶.

על רקע זה, מותח פרופ' פורת ביקורת חריפה על פסק-הדין בעניין לויין. הוא טוען, כי אין אינטרס חברתי להכריע בסכסוך חוזי כאשר הצדדים לא חפצו מלכתחילה לכרות חוזה, וכי התעלמות כה בוטה מרצונם החד-משמעי של הצדדים שלא לקשור עצמם בחוזה אינה צודקת. עוד נטען, כי פסק-הדין ירתיע צדדים נוספים מלהתחייב הבטחות לא-משפטיות, ובכך התעלם בית-המשפט מחשיבותו החברתית העצומה של "מוסד ההבטחות הלא-משפטיות"¹⁹⁷. לביקורת זו שותפה גם פרופ' גבריאלה שלו, שכאמור לעיל, עמדתה העקרונית הנה, כי יש להסדיר את היחסים בין צדדים "להסכמים שבכבוד" בכלים נזיקיים¹⁹⁸.

193 שם, בע' 866 (ההדגשות שלי – ש' ל').

194 אכן, בית המשפט מדגיש פעמים רבות במהלך פסק הדין את אי-שביעות רצונו מאפשרות לפיה להתחייבות שהבעל נטל על עצמו לא יהיה תוקף משפטי, מחוסר תום הלב בהתבססות על התניות המעידות על אי המשפטיות של ההסכם כדי לאפשר התנערות ממנו ומשילת האפשרות של צד להסכם לפנות לבית המשפט.

195 כלשונו של פרופ' פורת, לעיל הערה 111, בע' 661: "לעיתים בית המשפט אינו מכבד את רצונם של הצדדים להתקשר בחוזה".

196 שם, בע' 657–667.

197 שם, שם.

198 לעמדתה העקרונית של פרופ' שלו, ראו לעיל הערה 19; וליישומה בהקשר של עניין לויין, ראו לעיל הערה 192, בע' 23–25.

דומה כי הקושי לקבל את תוצאת פסק הדין, כמו גם את נימוקיו, מעורר את החשד, כי למרות שלכאורה, פסק הדין מבוסס על עקרונות חוזיים רגילים¹⁹⁹, קיים רובד נוסף, סמוי, בפסק הדין, אשר קשור להקשר הזוגי המשפחתי של המקרה. בשורות הבאות ברצוני להציע קריאה כזו של עניין לזין:

כאמור, במוקד עניין לזין עמד הסכם גירושין בין בני זוג. כפי שיוסבר בהרחבה בפרק הבא, הנסיבות שבהן נערכים הסכמי גירושין בישראל מעצימות את ההבדלים הביולוגיים, החברתיים, הכלכליים והמשפטיים הקיימים בין גברים לבין נשים²⁰⁰. כיוון שכך, הסכמי גירושין מאופיינים במקרים רבים בפערי כוחות משמעותיים בין הצדדים לחוזה.

מסתבר, כי למרות שפרופ' פורת צודק בטענתו העקרונית לפיה, בדרך כלל, בתי המשפט אינם נוטים להחיל את דיני החוזים על צדדים שלא חפצו בכך, ייתכנו מקרים שבהם, למרות התבטאות של הצדדים בדבר אופיו הלא משפטי של החוזה, עשויים בתי המשפט, בכל זאת, להכיר בתוקף החוזי של הסכם מסוג זה. מקרים אלה מאופיינים בפערי כוחות משמעותיים בין הצדדים להסכם, שבגינם מתעורר החשד כי התניה בדבר העדר משפטיות של ההסכם אינה משקפת רצון אמיתי ליצור מערכת יחסים שאינה משפטית, אלא את רצונו של הצד החזק להסכם ליהנות מחסינות משפטית מפני תביעות של הצד השני במקרה של הפרה²⁰¹. על רקע זה ייתכן, שגם בעניין לזין פערי הכוחות בין הצדדים הם שעומדים ביסודו של פסק הדין.

199 על פני הדברים נראה, כי בעניין לזין ממשיך בית המשפט את הקו "הרשמי" לפיו יש להחיל את דיני החוזים הרגילים על הסכמים בין בני זוג. בהתאם לכך, עוסק בית המשפט בדוקטרינות חוזיות מובהקות (כוונה ליצור יחסים משפטיים, תקנת הציבור, פרשנות חוזה, סייגים לאכיפת חוזה). הדיון בדוקטרינות אלו נעשה כמעט ללא התחשבות בעובדה שהצדדים לחוזה הנם בני זוג נשואים, ובהתאם לכך מאוזכרים בפסק הדין תקדימים והלכות בתחומים אלה שמקורם בדיני החוזים הכלליים, והם מיושמים לענייננו ללא היסוס או הבחנה (למעשה, בחינת האזכורים המופיעים בפסק הדין מעלה, כי רק במקרה אחד מבסס בית המשפט את קביעותיו על הלכה שעוסקת בהסכמים בין בני זוג). בדומה לכך, שיקולי המדיניות ששימשו את הבסיס להחלטת בית המשפט (הרצון למנוע ממי שהתחייב לסגת מהתחייבותו) הנם שיקולים כלליים שאינם קשורים להיותם של הצדדים לחוזה בני זוג נשואים, ולהקשר המשפחתי של ההסכם הנידון.

200 להבדלים אלה, ראו הדיון לעיל בפרק 1.1.

201 לסוג זה של מקרים, ראו: פרידמן וכהן, לעיל הערה 20, בע' 378–382. במובן זה ניתן להתייחס לתניות בדבר אי המשפטיות במקרים הללו כתניות פטור "מחופשות" או כתניות השוללות את הזכות לפנות לערכאות משפטיות אשר לפחות במקרה של חוזים אחידים הנן בטלות (סעיף 5 לחוק החוזים האחידים, התשמ"ג–1982). על היחס המשפטי לתניות פטור, ראו גם: ע"א 461/62 צים חברת השיט הישראלית בע"מ נ' מזיאר, פ"ד יז 1319; ע"א 285/73 לגיל טרמפולין וציוד ספורט ישראל בע"מ נ' נחמיאס, פ"ד כט(1) 63; ע"א 1/79 מפעלים לניקוי יבש קשת בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לד(3) 365; שלו, לעיל הערה 20, בע' 377–378, 607–608; א' פרוקציה "תוקפו המחייב של חוזה אחיד כפונקציה של מבנה השוק" משפטים ט (תשל"ט) 25; פורת, לעיל הערה 111, בע' 667–677. להתמודדות של דיני החוזים האחידים עם סוג זה של תניות, ראו: שלו, לעיל הערה 20, בע' 627.

בהתאם לניתוח זה, הנסיבות שבהן נערכים הסכמי גירושין בישראל, בתוספת לפערים הכלכליים שהיו קיימים בין בני הזוג ולעובדה שגברת לוין לא זכתה לייצוג עצמאי, עוררו את חשדו של בית המשפט, כי ההצטרפות על האופי הלא משפטי של ההסכם נועדו לאפשר למר לוין להימלט ממימוש התחייבויותיו, אך הן לא שיקפו כראוי את מערכת היחסים הממשית שבין הצדדים ואת האופי האמיתי של ההסכם ביניהם. הנה כי כן, אל מול הקריאה החוזית הגלויה של פסק הדין, המבקרת את אי ההתחשבות ברצונם של הצדדים לשוות להסכם שביניהם אופי לא משפטי, ניתן להציע גם קריאה אחרת, חתרנית במידה מסוימת, הממוקדת בהקשר המשפחתי של פסק הדין ובחשש כי פערי הכוחות שבין הצדדים ולא האופי הפרטי-משפחתי של היחסים שביניהם הולכו לקביעה כי לא מדובר בהסכם משפטי. אם אכן ההסכם בעניין לוין נבע מפערי הכוחות שבין הצדדים, ייתכן שצדק בית המשפט בנותנו תוקף להתחייבויות הצדדים בהסכם, למרות שעל-פי לשונו מדובר בהסכם ללא כוונה ליצור יחסים משפטיים²⁰².

דא עקא, שאינני משוכנע שכך הם פני הדברים:

ראשית, נסיבות כריתתם של הסכמי הגירושין והמזונות בין בני הזוג לוין אינן מפורטות דיין בפסק הדין. בהתאם לכך, קשה להעריך בוודאות, אם אכן ההסכמים שיקפו את רצונם ליצור מערכת יחסים לא משפטית, או שמדובר בהשלטת רצון של צד חזק ומתוחכם יותר²⁰³. אם אכן רצונם של הצדדים בזמן כריתת ההסכם היה, שלא לכרות הסכם משפטי, היה מקום לכבד רצון זה.

שנית, במהלך פסק הדין נרמז, כי גברת לוין הייתה זו שמנעה בסופו של דבר את מימוש ההסכמה על הגירושין. על רקע זה ייתכן, כי גם בשלב שבו התנהל משא ומתן החוזי, מר לוין היה זה שרצה יותר בגירושין. על כן, מקרה זה אינו מעורר את בעיית הגברים הסרבנים המאפיינת מאוד את דיני הגירושין בישראל²⁰⁴. להיפך, אם גברת לוין הייתה זו שמנעה את הגירושין, מתחדד הקושי בהפיכת הבטחה פרטית שנועדה להסדיר תקופת המתנה קצרה שבין ההסכם לבין הגט, לחוזה משפטי המיושם בטווחי זמן ארוכים מאוד, שבהם עלולים להתנהל סכסוכי גירושין בישראל.

שלישית, הנמקות פסק הדין אמביוולנטיות אף הן, ולפחות בכמה מקרים משתמעת מהן אי הכרה עקרונית בחשיבותם של הסכמים פרטיים, ולא אי הכרה נקודתית באופי הלא-משפטי של ההסכם הנדון הספציפי. בוודאי שהדוקטרינות המשפטיות שבהן בחר בית המשפט לעגן את פסק דינו אינן ממוקדות בפערי הכוחות שבין הצדדים²⁰⁵.

202 ראו בהקשר זה גם את הדיון הנרחב בעניין פגמים בכריתתם של הסכמי גירושין להלן.
203 השוו: שלו, לעיל הערה 19, בע' 26, המתייחסת אף היא לקושי שמעורר פסק הדין בעניין לוין בהקשר זה.

204 ראו להלן פרק 2.

205 בהערת אגב אציין, כי כפי שמבהיר פרופ' פורת, הדוקטרינה שעליה בחר בית המשפט בסופו של דבר לבסס את פסק דינו – אי אכיפת החוזה בשל שיקולי צדק – היא בעייתית גם

על רקע זה מנקר הספק, האם פסק הדין אינו משקף, בכל זאת, מגמה משפטית אימפריאליסטית המבקשת להחדיר את המשפט גם למערכות יחסים משפטיות פרטיות על אפם וחמתם של הצדדים²⁰⁶.

לאור ההסתגויות אותן העליתי, נדמה לי, כי הביקורת שנתמתחה בספרות המחקר על פסק הדין נכונה וכי הרצון הלגיטימי להגן על הצד החלש לא הצדיק התערבות בתוכן החוזה במקרה זה. עם זאת, אני סבור, כי אין להתעלם מן הסיפור "המשפחתי" הנרמז אף הוא בפסק הדין ומכך שהוא חושף, כי פערי הכוחות בין בני זוג טיפוסיים, אשר ברגיל מהווים עילה להקשחת תנאי הכניסה להסכם הזוגי²⁰⁷ עשויים לעורר גם שיקולי מדיניות הפוכים, המבקשים להגביר את שפיטותו של החוזה הזוגי.

ה. פגמים בכריתה

(1) רקע

הדיון בפרק הקודם חשף השפעות אפשריות של פערי הכוחות בין בני הזוג ושל יחסי האמון הקיימים ביניהם על הדין העוסק בתנאי הכניסה לחוזה הזוגי. בהקשרים משפטיים רבים, פערי כוחות ו/או יחסי אמון מיוחדים בין הצדדים לחוזה היוו את הבסיס לחקיקתם של דיני חוזים מיוחדים. משום כך טענתי בחלק הראשון של מאמר זה, כי זהו גם הכיוון הראוי בהקשר של החוזה הזוגי. עם זאת, בהיעדרם של דיני חוזים זוגיים רשמיים במשפט הישראלי אני סבור, כי יש להתאים את הדוקטרינות החוזיות הכלליות הקיימות במשפט הישראלי להתמודדות עם פערי הכוחות המאפיינים את החוזה הזוגי. בדיני החוזים הכלליים בישראל, הכלים המרכזיים להתמודדות עם בעיות של פערי כוחות והפרת אמון בין צדדים מצויים בפרק ב' לחוק החוזים, העוסק בפגמים בכריתת חוזה; ובסעיף 12 לחוק החוזים, העוסק בחובה לנהוג בתום לב ובדרך מקובלת במשא ומתן ובקיום חוזה. על רקע זה ניתן לצפות כי בפסקי דין שבמרכזם חוזים זוגיים ייעשה שימוש נרחב יחסית בדיני הפגמים בכריתה ובחובת תום הלב. בפרק זה נבחן אם ציפייה זו התממשה הלכה למעשה.

מנקודת הראות של גברת לוי, שכן דוקטרינה זו מאפשרת למר לוי לתבוע מן האישה פיצויים על הפרת ההסכם.

206 לניתוח כזה של פסק הדין בעניין לוי ולקישורו למגמה של בתי המשפט העוסקים בידועים בציבור שלא להתחשב ברצונם של הצדדים ליצור מערכת יחסים פרטית לא משפטית, ראו ביקורתי הנוקבת על ע"א 7021/93 בר"נהור נ' עזבון המנוח גבריאל אוסטרליץ ז"ל, תקדין-עליון 94(3) 1512: ש' ליפשיץ "נשואים בעל כרחם? ניתוח ליברלי של מוסד הידועים בציבור" עיוני משפט כה (תשס"ב) 741, 803-808. ביקורת זו שולבה, לאחרונה, בספרי, לעיל הערה 24, שער שני, פרק ז, חלק 5, ופרק י' חלק 3, סעיף ב.

207 ראו הדיון בדרישת האישור של הסכמי ממון, לעיל פרק ד.1(ב). ראו גם פרשת גרדוס (ע"א 532/82 גרדוס נ' גרדוס, פ"ד לט(3) 617) וניתוחה של פרופ' שלו, לעיל הערה 19, בע' 25-26.

(2) כפייה ועושק

(א) כפייה ועושק בחוזים בין זרים

דומה, כי במצב המשפטי הקיים, שבו הסכמים זוגיים אינם מוכרים כחוזים מיוחדים, הדוקטרינות המרכזיות שבאמצעותן ניתן להתמודד עם השפעתם של פערי הכוחות החברתיים, הכלכליים ולעיתים אפילו הפיסיים בין הצדדים על ההסכם הזוגי הן עילות הכפייה והעושק.

עילת הכפייה עוסקת במצבים שבהם לחץ חיצוני המופעל על אדם שולל או גורע באופן משמעותי מיכולתו להפעיל רצון חופשי²⁰⁸. בעבר הוכרה אפשרות זו במסגרת מצומצמת שהתייחסה, בעיקרה, לאיום במוות או בחבלה במתקשר, בבני ביתו או ברכושו. בניגוד לכך, בפסיקה המודרנית קיימת נכונות להפעיל את עילת הכפייה גם בסיטואציות רחבות יותר, שבהן צד מנצל באופן מניפולטיבי יתרונות כלכליים מסוימים על-מנת להפעיל לחץ לא לגיטימי על הצד השני להתקשרות²⁰⁹.

עילת העושק עוסקת במצבים שבהם צד לחוזה מנצל תכונות מסוימות או נסיבות שבהן מצוי הצד השני להתקשרות (כגון: מצוקה, חולשה גופנית או שכלית וחוסר ניסיון) בכדי להתקשר בעסקה שתנאיה שונים במידה בלתי סבירה מן המקובל²¹⁰. פרשנות מרחיבה של העילות הללו עשויה להעמיק את הפיקוח על תהליך ההתקשרות בחוזה הזוגי. על-פי גישות מסוימות, ניתן לבסס על עילות אלו ביקורת מהותית על תכניו של החוזה גם כאשר לא ניתן לאתר פגם ברור בהליך ההתקשרות²¹¹.

208 ראו סעיף 17 לחוק החוזים. על עילת הכפייה ראו לעיל הערה 41.
209 על ההכרה המודרנית בסיטואציות של כפייה כלכלית, ראו לעיל הערה 94. על הרלוונטיות של הערכת הלגיטימיות של התנהגות הצד הכופה לקבלתה של עילת הכפייה, ראו דעתו של השופט חשין בעניין מאיה, לעיל הערה 94; וכן, לאחרונה, עניין ש.א.פ., לעיל הערה 94.

210 ראו סעיף 18 לחוק החוזים והמקורות שצינו לעיל הערה 95. בקצרה אציין, כי בספרות המחקר אין הסכמה על הרציונל המרכזי העומד בבסיס עילת העושק. פרופ' דויטש סבור, כי במרכז הסעיף עומדת בעיה בגמירת דעתם של המתקשרים (דויטש, לעיל הערה 95); בעוד שפרופ' שלו סבורה, כי בשונה מן הסעיפים האחרים בפרק ב' של חוק החוזים, עוסק הסעיף בחוזה הנערך מדעת ומרצון, וכי ההצדקה להתערבות בחוזה היא מוסר וצדק חברתי (שלו, לעיל הערה 20, בע' 243). דעה שלישית הוצגה על-ידי פרופ' פרידמן וכהן. לדעתם, המאפיין את עילת העושק הוא הקשר שבין רעיון הגינות החוזה לסוגיית הפגמים ברצון (פרידמן וכהן, לעיל הערה 71, בע' 970–971). קיצונית יותר היא עמדתו של פרופ' זמיר לפיה הוראת העושק ממוקדת, בעיקר, ברעיון של הגינות החוזה (זמיר, לעיל הערה 20, בע' 43–45, 99). על הוגנות, איוון ושקילות התמורות בחוזים באופן כללי, ראו זמיר, שם, בע' 89 ואילך.

211 לטענה כי זו הייתה המדיניות שהנחתה את בית המשפט בפרשת דיור לעולה שעסקה בעילת הכפייה, ראו: זמיר, לעיל הערה 94, וכן לאחרונה עניין ש.א.פ., שם. עילת העושק כוללת רכיב מפורש של ביקורת מהותית על תוכן החוזה (תנאי החוזה שונים במידה בלתי סבירה מן המקובל). לפחות על-פי הניסוח הפשוט של הסעיף, מדובר ברכיב שחייב להתקיים במצטבר עם הרכיבים הקודמים (קרי: ניצול המצוקה, חוסר הניסיון וכיו"ב). ראו שלו, לעיל הערה 20, בע' 253. עם זאת, הפסיקה אימצה במקרים רבים את עקרון המטלטלת לפיו ככל שהתוכן המהותי

בשני הסעיפים הבאים נבחן כיצד התמודדה הפסיקה עם טענות של כפייה ועושה בקשר לסוגים שונים של חוזים זוגיים.

(ב) כפייה ועושה בחוזים בין ידועים בציבור
כידוע, בני זוג החיים חיים משותפים ללא נישואין עשויים לקבל מעמד של ידועים בציבור. מעמד זה מקנה לבני הזוג סדרה שלמה של זכויות משפטיות. עם זאת, לפחות במישור היחסים הפנימי שבין בני הזוג, מעמד של ידועים בציבור עשוי להחיל עליהם גם מחויבויות משפטיות²¹². על רקע זה קיימים בני זוג המבקשים להתקשר בהסכם השולל את מעמדם כידועים בציבור.

ככלל, אני סבור, כי שיטת משפט ליברלית חייבת להכיר בזכותם של צדדים ליצור לעצמם מערכת יחסים זוגית פרטית, שאינה מקימה זכויות וחובות משפטיות²¹³. לפיכך, לטעמי, במקרים שבהם צדדים בוגרים קובעים בהסכם רצוני, כי חרף היחסים הזוגיים הקיימים ביניהם, הם אינם מעוניינים במעמד של ידועים בציבור ובזכויות ובחובות הנגזרות ממעמד זה, על המשפט לכבד את רצונם. נאמן להשקפתי זאת, ביקרתי בעבר פסיקה של בית המשפט העליון²¹⁴ שבה הוחלו על צדדים חובות הנובעים ממעמדם כידועים בציבור, חרף הסכם מפורש שקבע אחרת²¹⁵.

ברם, לצד הכבוד שיש ליתן לחופש החוזי של הצדדים, על בתי המשפט לגלות רגישות לפערי הכוחות הקיימים בין גברים לבין נשים ולחשש כי פערי הכוחות האלה ינוצלו על מנת לשלול מן הצד החלש את הזכויות המגיעות לו על-פי דין²¹⁶.

של החוזה בעייתי יותר, ייפסל החוזה גם כאשר המאפיינים האישיותיים של המתקשר אינם חמורים דיים. ראו על כך שלו, שם, שם; דויטש, לעיל הערה 95, בע' 42–43.

212 על נושא זה, ראו: ליפשיץ, לעיל הערה 24.

213 בנושאים אלה עסקתי בהרחבה במחקרי בנושאי הידועים בציבור ראו ליפשיץ, שם; וכן, ליפשיץ, לעיל הערה 206.

214 פרשת בר-נהור, לעיל הערה 206.

215 ליפשיץ, לעיל הערה 206, בע' 805–808.

216 ליפשיץ, לעיל הערה 24, פרק ח חלקים (2 ו-3). לעמדה דומה, ראו, לאחרונה: G. Blumberg, "The Regulation of Non Marital Cohabitation: Right and Responsibilities in the American Welfare State" 76 Notre Dame L. Rev. (2001) 1265; בניגוד לעמדת זאת, בעניין Wilcox v. Trautz 427 Mass. 326; 693 N.E.2d 141 (Super. 1998) שבה נישואין שנמשך 25 שנה. במהלך הקשר, שילמה האשה חלק גדול מהוצאות הבית ודאגה לתחזוקתו, כאשר משכורתו של הגבר שימשה במקרים רבים לרכישת נכסים שנרשמו על שמו. במהלך הקשר, הגבר נכנס למערכת יחסים נוספת ועל-כן ביקש להחתים את האשה על מסמך שמבצע הפרדה רכושית מלאה ושקובע שלכל אחד מן הצדדים תהיה זכות בלעדית בנכסים שרשומים על שמו. בנוסף לכך, ההסכם קבע, כי לגבר תהיה הזכות לדרוש מן האשה לעזוב את דירת המגורים שבה התגוררו הצדדים תוך 30 יום. הוא אף איים על האשה, כי אם תסרב לחתום על ההסכם, יפסיק את הקשר שביניהם באופן מיידי. כתוצאה מכך חתמה האשה על ההסכם אשר נוסח על-ידי עורך דינו של הבעל. למרות נסיבות קשות אלה, בית המשפט – שפעל בעקבות המודל החוזי להסדרת דיני הידועים בציבור – קבע שההסכם תקף. לטעמי,

על רקע זה, ברצוני להזכיר פסק דין מן העת האחרונה שגילה רגישות רבה לפערי הכוחות הקיימים בין גברים לבין נשים ולצורך בהתמודדות משפטית עמם.²¹⁷ סיפור המעשה הוא זה: בני זוג חיו יחדיו קרוב ל-20 שנה ואף נולדו להם ילדים משותפים. במהלך הקשר נוצרה הסתמכות כלכלית מובהקת של האישה על בן הזוג. בן הזוג ניצל הסתמכות זו ובשלב מסוים של הקשר דרש מן האישה לחתום על התחייבות לפיה היא מוותרת על הזכויות המגיעות לה על-פי חוק ועל מעמדה כידועה בציבור כתנאי להמשך הקשר. בנסיבות העניין, האישה הסכימה לדרישה זו. כעבור זמן, לאחר שהצדדים נפרדו, תבעה האישה את זכויותיה כידועה בציבור והאיש ביקש לדחות את תביעתה תוך הסתמכות על ההסכם. בית המשפט לענייני משפחה ברמת גן, בפסק דין שאושר לאחר מכן גם בבית המשפט המחוזי, קיבל את טענות האישה ומשום כך, חרף קיומו של ההסכם, העניק לה זכויות שונות של ידועה בציבור. השופט שוחט, שדן בנושא כערכאה ראשונה, הדגיש את הצורך לחרוג מן העקרונות החוזיים הרגילים ככל שמדובר בהסכמים הנכרתים בין ידועים בציבור.²¹⁸ במסגרת זו הטעים בית המשפט כי:

”יש להקשות על תחולתו של עקרון מוחלטותו של ההסדר החוזי בכל הנוגע לחוזים בין בני זוג הן בהליך של כריתת החוזה — על-ידי הפעלה מרחיבה יותר של הכלים בדיני החוזים שנועדו להגן על צדדים חלשים ובמקרים של פערי כוחות גם על דרך של התערבות בתוכן החוזה. במקרים בהם ההסדר

פסק הדין חשוף לביקורת בכמה רבדים: ברובד האחד, פסק דין זה ממחיש את הקושי בגישה החוזית לדיני הידועים בציבור ואת הצורך לתת ביטוי לשיקולים לבר חוזיים. ברובד אחר, פסק הדין בעייתי אפילו מנקודת מבט חזית. אכן, בית המשפט הצהיר במהלך פסק הדין, כי הוא מבקש לדון בהסכם על-פי דיני החוזים הרגילים. ברם, עיון מעמיק יותר בפסק הדין מלמד, כי החשיבה החוזית שבית המשפט אימץ קרובה מאד לחשיבה הקלאסית של דיני החוזים, וכי שימוש נרחב יותר בכלים חוזיים מודרניים שנועדו לטפל במצבים של פערי כוחות היו עשויים לאפשר את ביטול החוזה.

217 ראו תמ”ש (ת”א) 51941/96 כהן נ’ כהן (לא פורסם); וע”מ (ת”א) 1131/02 כהן נ’ כהן (לא פורסם) (להלן — “עניין כהן”). שימו לב, כי בניגוד לפרשת בר-נהור, שבה לא היו לבני הזוג ילדים משותפים, ההסכם בין הצדדים היה מאוזן מאד ובכל מקרה הוא נעשה בתחילת הקשר שבין הצדדים. בעניין כהן, מדובר היה בזוג שגידל במשותף את ילדי האישה, כאשר הגבר הציג בפני האישה את הדרישה לחתום על הסכם דרקוני השולל ממנה כל זכויות לאחר 12 שנים של חיים משותפים ולאחר שכבר נוצרה תלות ברורה בין הצדדים. משום כך, אני סבור, כי אין כל סתירה בין תמיכתי בתוצאת פסק הדין בעניין כהן לבין ביקורתי על פסק הדין בעניין בר-נהור. 218 השופט שוחט אומר בהקשר זה את הדברים הבאים: “במאמרו ‘נשואים בעל כורחם ניתוח ליברלי של מוסד הידועים בציבור’ קובע מר שחר ליפשיץ כי העיצוב המשפטי של מערכת היחסים בין בני זוג אינו יכול להתבסס אך ורק על צורת חשיבה חזיתית. לצד השיקולים החוזיים יש מקום לייחס משקל נכבד גם לשיקולים לבר חוזיים, כגון: הצורך להגן על צדדים חלשים במשפחה, שיקולים ‘אקוויטיליים’ בדבר מניעת ניצול והתעשרות על חשבון הזולת, ותמיכה בהסדרים הוגנים, עקרון השוויון, שיקולים המביאים בחשבון היבטים ציבוריים של הקשר הזוגי, דאגה לילדים הגדלים בתא המשפחתי ועוד” (שם, בע’ 810–813).

החוזי מביא לניצול ואי צדק תהא הצדקה לחרוג מהסכם השולל מעמד של ידועים בציבור ולהתערב בתכניו גם במצבים שבהם קשה לאתר פגם ברור בתהליך כריתת החוזה"²¹⁹.

בית המשפט המחוזי שדן בערעור, אישר את פסקו דינו של השופט שוחט והדגיש את הצורך בהפעלה מורחבת של הדוקטרינות העוסקות בכפייה ובעושה בהקשרים של הסכמים מן הסוג הנדון.

אני סבור, כי פסקי הדין של בתי המשפט בעניין זה משקפים התמודדות משפטית ראויה עם בעיית פערי הכוחות בהסכם הזוגי²²⁰. לצערי, לא אוכל לומר דברים דומים על התמודדותם של בתי המשפט עם בעיית פערי הכוחות בהקשר של הסכמי הגירושין.

ג) כפייה ועושה בהסכמי גירושין

1. ההקשר הכללי: הסכם הגירושין ויחסי הכוחות בין גברים לבין נשים במשא ומתן לקראת גירושין בעיית פערי הכוחות בין הצדדים להסכם הזוגי מתחדדת מאוד בהקשר של הסכמי גירושין:

ראשית, הפער בין שכרם הממוצע של גברים לבין שכרן הממוצע של נשים גדל, בדרך כלל, במהלך הנישואין. משום כך, הפער הכלכלי בין בני זוג לקראת גירושין גדול בממוצע מן הפער הכלכלי בין גברים לבין נשים בסיטואציות מוקדמות יותר של הקשר הזוגי. בנוסף לכך, כאשר מדובר על הסכמים הנכרתים בראשיתו של הקשר הזוגי (למשל: הסכמי קדם נישואין) התלות הכלכלית בין בני הזוג עודנה מצומצמת. בניגוד לכך, במקרה של הסכמי גירושין, ובמיוחד במצבים שבהם קיימת חלוקת תפקידים מסורתית שבמסגרתה הבעל הוא המפרנס, נוצרת תלות כלכלית חזקה בין בני הזוג. כפי שכבר הוסבר בהרחבה, לפער הכלכלי בין גברים לבין נשים ולתלות הכלכלית הקיימת ביניהם עשויה להיות השפעה דרמטית על יחסי הכוחות בין בני הזוג²²¹.

שנית, סכסוכי גירושין מעצימים במקרים רבים את החשש לאלימות, המהווה במקרים רבים מקור משמעותי לאי השוויון בהסכמי גירושין²²². שלישית, העובדה שהסכמי גירושין מעוררים ברגיל עניינים העוסקים בילדים,

219 שם, שם.

220 בהערת אגב אציין, כי השופט שוחט מודע היטב לכך שבמקרים שבהם לא מתעוררת בעיית פערי הכוחות בין הצדדים ראוי לכבד את רצונם שלא להיחשב כידועים בציבור. משום כך, בפסק דין שניתן לאחרונה הוא שלל את האפשרות של גבר לקבל זכויות של ידועים בציבור לאור העובדה שבין הצדדים נחתם הסכם השולל מעמד זה ולאור העובדה שבמקרה זה ההסכם נחתם בראשיתו של הקשר שבין הצדדים, היה מאוזן, ולא התעוררו בעיות מיוחדות של פגמים בכריתה. ראו, לאחרונה: תמ"ש (ת"א) 069840/98 פלוני נ' פלונית (טרם פורסם).

221 ראו לעיל סעיף 1.ג.א)–(1.ג.ב).

222 ראו לעיל סעיף 1.ג.ד).

מקצינה את ההסתברות לויתורים נשיים גם בתחומים הקשורים ביחסי בני הזוג, לאור חששה של האישה מפני פגיעה בילדים²²³.
 על רקע זה אני סבור, כי גם מי שתומך, ברגיל, במתן חופש חוזי לעיצוב היחסים הזוגיים, יסכים כי בהקשר של סכסוך הגירושין חייב להצטמצם חופש זה²²⁴. צמצום החופש החוזי בהקשר של הסכמי הגירושין יכול שיעשה בכמה דרכים: ראשית, להתקשרויות העוסקות בילדים באופן ישיר או שעשויות להשפיע על ילדים בדרך עקיפה אין לתת תוקף אוטומטי²²⁵.
 שנית, לאור פערי הכוחות המאפיינים את המשא ומתן בין גברים לבין נשים במשפחה, יש לקבוע מנגנונים ייחודיים שמטרתם להבטיח הליך הוגן של התקשרות בהסכם הגירושין. מנגנונים אלה עשויים לכלול: חובת גילוי נרחבת, חובת היוועצות בעורך דין ואיסור על ייצוג משותף.
 שלישית, יש לקבוע חזקות לפיהן היסטוריה של התנהגות אלימה במשפחה מהווה אינדיקציה להסכם שנבע מכפייה ועושה, גם אם לכריתת ההסכם הקונקרטי לא קדם מעשה אלימים.
 לבסוף, מעבר לבדיקה של ההליך החוזי, יש לאפשר לבית המשפט לבחון מהותית את הגינות ההסכמים, וזאת הן בשלב של אישור ההסכם מלכתחילה והן בדיעבד בשלב שבו מועלות טענות נגד תוקפו.
 מתברר, כי הצעות ברוח זו מועלות בספרות המחקר העוסקת בהסכמי גירושין²²⁶, ולפחות חלקן אומצו בשיטות משפט שונות²²⁷.

2. הרקע הישראלי: דיני הגירושין הדתיים כמקור למצוקה ולניצול
 הצורך בפיקוח שיפוטי הדוק על הסכמי גירושין חזק במיוחד בישראל בשל אופיים של דיני הגירושין בדין הדתי היהודי²²⁸. אסביר:

- 223 ראו לעיל סעיף 1.ג(ו).
 224 לסוג זה של ניתוח, ראו: ליפשיץ, לעיל הערה 4, פרק יג חלק 8, וכן פרק טו, חלק 3, סעיף ג;
 שיפמן, לעיל הערה 19, ורוזן צבי, לעיל הערה 34.
 225 עם זאת, עניין זה דורש התייחסות מעמיקה יותר לענייני הילדים ולקשר שלהם לדיני הזוגיות. התייחסות כזו היא מעבר להיקפו של המחקר הנוכחי.
 226 להצעת הדרכים הללו וכן למנגנונים נוספים להגבלת חופש החוזים בהקשר של הסכמי גירושין, ראו: Bryan, *supra* note 3; Neave, *supra* note 4; Sharp, *supra* note 15; Cosman, *supra* note 3.
 227 ראו בנושאים הללו: Sharp *ibid*; Meulders-Klein & Marie-Therese, *supra* note 14; Mnookin, *supra* note 54. כן ראו את יתר המאמרים שבקובץ: *The Resolution of Family Conflict* (Toronto, J.M. Eekelaar & S.N. Katz eds., 1984) המתארים את הדין במדינות השונות.
 228 לדיני הגירושין הדתיים, כפי שהם מופעלים בישראל, ראו: שיפמן, לעיל הערה 47, בע' 409–421; ב"צ שרשבסקי דיני משפחה (מהדורה רביעית תשנ"ג) 278 – 337; ש' ליפשיץ "מפנה אזרחי בדיני המשפחה" צביון (תשס"ב).

מרבית בתי הדין הרבניים בישראל מסרבים לאמץ עילות גירושין 'ליברליות', כגון: פרידת בני הזוג, התמוטטות הקשר או גירושין ביוזמה של אחד הצדדים, וזאת גם כאשר לעילות אלה יש בסיס בדין הדתי²²⁹. עניין זה מחייב אדם שלא הצליח להוכיח את אשמת בן זוגו 'להשיג' את הסכמתו של בן הזוג כתנאי לגירושין. בהיעדר הסכמה כזאת, תידחה תביעת הגירושין והנישואין יימשכו. במילים אחרות, אדם החי בנפרד מבן זוגו, זמן רב לאחר שיחסייהם התמוטטו עלול למצוא את עצמו כבול למסגרת הנישואין הכושלת ללא כל אפשרות לדרוש את התרתם. העובדה שבתי הדין מסרבים לכפות גירושין, אפילו במקרים שבהם קיימת חובה הלכתית לגרש²³⁰, מחריפה עוד יותר את הבעיה²³¹.

תלותו של המבקש להתגרש בהסכמתו של בן הזוג הולכה לתופעה מכוערת של סחטנות במהלך המשא ומתן לקראת הגירושין²³². ניתוח כלכלי פשוט של הדינאמיקה של משא ומתן זה מגלה, כי דיני הגירושין בישראל יוצרים תמריץ כלכלי להתנגד לגירושין. צד שיציג את עצמו כמתנגד לגירושין יוכל להתנות בתשלום את הסכמתו להתגרש. התשלום יכול שיהא באמצעות הסדר רכוש נדיב, הפחתה או הוספה לתשלומי המזונות ואפילו ויתור על הזכויות הקשורות בהחזקת הילדים או בקשר עמם²³³. לכאורה, בעקבות 'חרם דרבנו גרשום', ששלל את האפשרות לגרש אישה בעל כורחה²³⁴, דיני הגירושין פועלים באופן סימטרי הן כלפי נשים והן כלפי גברים. אולם, עיון מדוקדק יותר מגלה, כי בדיני הגירושין הדתיים גלומה הפליה קשה כלפי נשים. ראשית, עילות הגירושין אינן מנוסחות באופן סימטרי²³⁵. הדוגמא המובהקת לכך קשורה ביחס ההלכתי לבגידה. בעוד בגידת האישה נחשבת לעילת גירושין מוחלטת (למעשה, במקרה של בגידת האישה הבעל חייב לגרש את אשתו, אפילו סלח לה על

229 לקיומן של עילות גירושין ליברליות בדין הדתי, כגון: הלכת המורדת, ולסירוב של מרבית בתי הדין לאמץ אותן, ראו: שיפמן, שם, בע' 418–419; רוזן צבי, לעיל הערה 34, בע' 255–269; א' רוזן צבי פתרונות לבעיות אישות (תשמ"ו). לדיון בהתפתחות ההיסטורית של הלכת המורדת, ראו, לאחרונה: א' וסטריך "עלייתה ושחיקתה של עילת המורדת" שנתון המשפט העברי כא (תשנ"ח–תש"ס) 123.

230 שיפמן, לעיל הערה 47, בע' 418; ז' ורהפטיג "כפיית גט להלכה ולמעשה" שנתון המשפט העברי ג–ד (תשל"ו–תשל"ז) 153.

231 עם זאת, חוק בתי דין רבניים (קיום פסקי דין של גירושין), התשנ"ה–1995, ס"ח 139, המאפשר הפעלת סנקציות מגוונות כלפי בעלים סרבנים, וזאת תוך ניסיון להתמודד עם הבעיות ההלכתיות הכרוכות בכך, עשוי לעדן במקצת בעיה זו. ראו על כך, למשל: א' בארי "הרחקות רבינו תם" שנתון המשפט העברי יח–יט (תשנ"ב–תשנ"ד) 65 וכן שיפמן, לעיל הערה 47, בע' 420–421. שיפמן, שם, בע' 420–421. רוזן צבי, לעיל הערה 34, בע' 137 ואילך.

232 לעיגון הכלכלי של ניתוח זה, ראו: ליפשיץ, לעיל הערה 4, פרק יא חלקים 1 ו-3.

233 על חרם זה וקבלתו בעדות השונות, ראו: א' וסטריך תמורות במעמד האישה במשפט העברי: מסע בין מסורות (תשס"ב).

235 ראו הדוגמאות שמביא רוזן צבי, לעיל הערה 34, בע' 137–140. כן ראו ז' פלך תביעות גירושין מצד האישה בדיני ישראל (תשל"ג); אולם, ראו ביקורתו של שיפמן, לעיל הערה 47, על מחקר זה.

מעשה הבגידה), בגידת הגבר – ובייחוד בגידה חד פעמית – אינה מוכרת, בדרך כלל, כעילת גירושין.²³⁶

שנית, מי שמעיין בפסיקתם של בתי הדין הרבניים מגלה מקרים שבהם נתקלים בתי הדין באלימות קשה מצד גברים כלפי נשותיהם. אף שבמקרים הללו ברור שקיימת חובת גירושין הלכתית, נמנעים בתי הדין מלאכוף את חובת הגירושין.²³⁷ שלישית, קיים הבדל בין גברים לבין נשים באשר לחלופות ההלכתיות לגירושין: במקרים מסוימים, מאפשרת ההלכה לגבר שאשתו מסרבת להתגרש ממנו, לקבל 'היתור נישואין' ולהינשא בשנית אף שטרם התגרש מן האישה הקודמת.²³⁸ בניגוד לכך, אישה לא תוכל להינשא שנית בטרם תקבל את הגט.

לבסוף, וזהו, בעיניי, העניין העיקרי: ההפליה שיוצרים דיני הגירושין הדתיים בישראל קשורה בחלופה החילונית לגירושין הדתיים וביחס ההלכתי כלפיה. באותם מקרים שבהם הליכי הגירושין מתמשכים ללא סיום, ישנם אנשים אשר לא מהססים לחיות חיי אישות עם בן זוג חדש, ואף להביא לעולם ילדים משותפים. יתר על כן, המשפט האזרחי בישראל מוכן להכיר, לפחות באופן מוגבל, בתא המשפחתי החדש באמצעות מוסד הידועים בציבור.²³⁹ במילים אחרות, האפשרות להקים משפחה חדשה בהיעדר גירושין היא חלופה אזרחית לגירושין הדתיים.²⁴⁰ לכאורה, החלופה של הקמת משפחה חדשה ללא גירושין מקהה את הבעייתיות של דיני הגירושין הדתיים. אך לא כך מתרחש בפועל; ולמעשה, מדובר באפשרות המעמיקה עוד יותר את הפער בין גברים לבין נשים בישראל.²⁴¹

הסיבה לכך נעוצה ביחס ההלכתי השונה כלפי הנזקקים לחלופה החילונית לגירושין: כאשר נשים נזקקות לחלופה זו, היינו, כאשר אישה נשואה חיה חיי אישות עם גבר שאינו בעלה, מדובר בעבירה חמורה מבחינה הלכתית. לעבירה זו תוצאות כלכליות בעבור האישה (היא מפסידה מזונות ואת כתובתה). מעבר לכך, ילד הנולד לאישה נשואה מחוץ לנישואין מוכתם בכתם הממזרות. במציאות הישראלית, שבה דיני הנישואין נקבעים על-פי ההלכה, החשש מפני הכתמת הילד בכתם ממזרות והפיכתו לפסול חיתון, מציב מחסום כבד בפני אישה נשואה המבקשת להקים משפחה חדשה ללא גירושין. בניגוד ליחס האמור כלפי נשים, הסנקציה ההלכתית כלפי גברים המקימים זוגיות או משפחה חדשה ללא גירושין מתונה בהרבה. התנהגותם כמעט

236 ר' הלפרין-קדרי "בגידת הבעל כעילה לחיוב בגט" מחקרי משפט ז (תשמ"ט) 297.
237 ראו, למשל: תיק תשי"ג 194 / פד"ר א 77. ראו גם שיפמן, לעיל הערה 47, בע' 418; רוזן צבי, לעיל הערה 34, בע' 140; מ' פרישטיק "אלימות פיזית של בעלים כעילה לקבלת גט בהלכה היהודית ובשיפוט הרבני" דיני ישראל יז (תשנ"ג-תשנ"ד) צג.
238 ווסטרייך, לעיל הערה 234; שיפמן, שם, בע' 263-266.
239 שיפמן שם, בע' 244-248; ליפשיץ, לעיל הערה 4, שער 4.
240 ראו: ליפשיץ, שם, בפרק טו.
241 רוזן צבי, לעיל הערה 34, בע' 141.

אינה משפיעה על זכויות הרכוש שלהם, וחשוב מזה: הילדים שנולדו להם מחוץ לנישואין אינם מוכתמים בכתם של ממזרות. בשל השוני בעילות הגירושין והפער בין האפשרויות ההלכתיות והחוק הלכתיות העומדות לרשותם של גברים לעומת אלה העומדות לרשותן של נשים, תופעת הסטטות המלווה את הסדרי הגירושין בישראל, מופעלת בעיקר כנגד נשים. לכן, נשים רבות נאלצות לשלם מחיר כבד על-מנת לקבל גט. במקרים רבים, בעליהן מקיימים בפועל חיים מקבילים עם נשים אחרות, אולם בבית הדין הם מסרבים בתוקף להתגרש. הסטטות של בית הדין בכפיית גירושין מעמידה את הנשים האלה בפני בחירה טראגית בין שתי אפשרויות קשות: קבלת הגט בכפוף להסכם גירושין דרקוני, או עמידה על זכויותיהן, תוך נטילת הסיכון שבתום המאבק לא יוכלו לאכוף על בעליהן להתגרש. נשים רבות בוחרות באפשרות הראשונה, ועל כן, הסכמי גירושין חד-צדדיים שבהם נשים מוותרות כמעט על כל זכויות הרכוש שלהן, מהווים חזיון נפרץ במשפט הישראלי.²⁴²

3. כישלון ההתמודדות במשפט הישראלי ענייני גירושין, ובכללם התחייבויות לגירושין וסנקציות על הפרתן, נדונים בישראל בבתי הדין על-פי הדין הדתי²⁴³. בניגוד לכך, החלקים הממוניים שבהסדרי הגירושין נידונים בבתי המשפט האזרחיים על-פי עקרונות הדין האזרחי. לכאורה, ההסדרה האזרחית של הסכמי הגירושין יכולה הייתה להקטין ולו במעט את מצוקתן של נשים גרושות בישראל. אולם בפועל, דווקא בהקשר זה נכשלה הפסיקה הישראלית כישלון חרוץ. אכן, פרט לדרישות צורניות מסוימות²⁴⁴, הדין הישראלי מחיל על הסדרי רכוש, בין בני זוג את דיני החוזים הרגילים ללא התאמה נוספת. כיוון שכך, אין בדין הישראלי שום מנגנון המקנה לבית המשפט כלים ייחודיים, מלבד הכלים החוזיים, שיאפשרו לבחון את הגינותו של הסדר הגירושין ו/או את תהליך כריתתו²⁴⁵. יתרה מזו, בתי המשפט נמנעים מלהתערב בחוזה הגירושין אפילו בכלים החוזיים הרגילים, ואפילו כאשר אי-הצדק שבחוזה משווע. כך, לדוגמא, הועלתה במקרים רבים טענת עושה בהקשר של הסכמי גירושין, שבהם הצד המעוניין פחות בגט ניצל את רצונו של הצד המעוניין בגט לצורך השגת הסכם משופר. ברוב המוחלט של המקרים נחלו המשתמשים בטענה זו כישלון חרוץ. בתי המשפט התייחסו לטענת העושה כטענה בלתי רלוונטית. המסר הברור שעלה מפסקי הדין שעסקו בסוגיה זו הוא, שגט מהווה נושא כשר למסחר²⁴⁶.

242 ליפשיץ, לעיל הערה 61, פרק 5 (3).

243 ראו, לדוגמא: ע"א 401/66 מרום נ' מרום, פ"ד כא(1) 673.

244 סעיפים 1–2 לחוק יחסי ממון; לביקורת על סעיפים אלה, ראו: רוזן-צבי, לעיל הערה 34, בע' 371–364.

245 רוזן-צבי, שם, בע' 94; וכן הדיון לעיל פרק ב.2).

246 ראו, לדוגמא, דברי השופט ח' כהן בע"א 162/72 אמזלג נ' אמזלג, פ"ד כז(1) 582, 588:

כך קובע בית המשפט בפרשת אמזלג:

"כל החוזים וכל הפשרות כך — ולעניין זה אינו שונה הסכם גירושין מכל הסכם אחר: מי שרוצה להשיג את מה שלבו חפץ, מוותר על שלו או מוסיף משלו ובלבד ששיגנו. אישה שרוצה מאוד להיפטר מבעלה, דרכה לוותר ויתורים כספיים ואחרים לבעלה ובלבד שיתן לה גטה; כשם שדרך בעל המשתוקק מאד להיפטר מאשתו, לוותר ויתורים כספיים ואחרים לאשתו ובלבד שתקבל גטה ממנו"²⁴⁷.

ובפרשת ברק הבהיר בית המשפט:

"אל לו לבית המשפט להתערב... לעשות הסכמים עבור בעלי הדין שהתקשרו ביניהם או לשפר או לשנות את שנקבע על-ידיהם בהסכם, רק משום שנראה לו לבית המשפט, כי ההסכם, שנכרת מרצונם של בעלי הדין, אינו צודק או שהוא מקפח קיפוח של ממש את אחד המתקשרים"²⁴⁸.

קשה לחשוב על ניסוחים מוצלחים יותר של עקרונות ליברטריאניים לגבי קדושת החוזה, אי-התערבות, חופש חוזים (Laissez-faire), התייחסות שוויונית פורמאלית למתקשרים החוזיים וכדומה.

הניסיון של דיני המשפחה האזרחיים לעצב את היחס המשפטי להסדרי רכוש, על בסיס ליברטריאני מעורר, כמובן, תמיהה. עולם המחשבה הליברטריאני מבוסס על התערבות מזערית של המדינה. האידיאל הליברטריאני הוא פעולה טבעית של השוק. על-פי הטיעון הליברטריאני, אסור למדינה לתקן אי-שוויון שמקורו "במצב הטבע". לעקרונות הללו אין שום רלוונטיות בהקשר של דיני המשפחה בישראל:

יחסי הכוחות במשא ומתן שקדם לכריתת הגירושין אינם נקבעים בישראל לפי המצב הטבעי, אלא על-ידי הדין הדתי, שהוא משפט המדינה. הדין הדתי הוא שקבע שלא ניתן להתיר גירושין שלא בהסכמה, ובכך חיזק את מעמדו של סרבן הגט. הדין הדתי הוא שקבע עילות גירושין שאינן סימטריות ומפלות בין גברים לנשים. הדין

"סיכומי של דבר: הטענה הנשמעת תדירות בבתי-משפט אלה כאילו אישה אינה קשורה בהסכם שחתמה עליו מפני שאחרת לא היה בעלה נותן לה גטה, או כאילו בעל אינו קשור בהסכם שחתם עליו מפני שאחרת לא היתה אשתו מקבלת גטה ממנו — טענה בלתי-רלוונטית היא". ראו, באופן כללי: פרדימן וכהן, לעיל הערה 71, בע' 990: "שאלות של עושק הועלו אצלנו בהקשר לשימוש בגט כקלף מיקוח במשא ומתן שמגמתו קבלת זכויות והתחייבויות כלכליות מבין הזוג. בדרך כלל נפסק כי אין הדבר עולה כדי עושק וכי רצונו של הצד החפץ בגט אינו בגדר מצוקה שכן במסגרת סכסוך גירושין בין בני זוג מהווה הגט נושא כשר למסחר. לכך נמצא יוצא מן הכלל אחד שבו היו הנסיבות קשות במיוחד" (ההדגשה שלי — ש' ל').

247 שם, בע' 587.

248 ע"א 573/82 ברק נ' ברק, פ"ד לח(4) 626, 632.

הדתי הוא שמאפשר אכיפה קלה יותר של חיוב גירושין כלפי נשים, ויצר בעיקר לגברים תחליפים נוחים יותר לגירושין.²⁴⁹

הנה כי כן, הדין הדתי כדין המדינה אחראי, במידה רבה, לכוח המיקוח המוחלש של האישה בסכסוכי גירושין. ניסיונו של המשפט האזרחי להתעלם מאחריות המדינה ליצירת אי-השוויון, ולהסתתר מאחורי האידאולוגיה הליברטריאנית הוא בעיניי, לא ראוי. על עמדתם של בתי המשפט בישראל בנושא זה נמתחה ביקורת חריפה²⁵⁰.

דומה, כי לביקורת זאת לא הייתה עדיין השפעה על המשפט הנוהג. פרשת פגס²⁵¹, שנדונה לפני מספר שנים בבית המשפט העליון, מהווה תזכורת עצובה לדבקותו של בית המשפט במדיניות המסורתית. בפרשה זו דחה בית המשפט טענת עושק לגבי הסכם גירושין שתנאיו מקוממים במיוחד. מדובר בהסכם גירושין בין בני זוג – שהיו נשואים חמש עשרה שנה והביאו לעולם שלושה ילדים – המעביר את כל הרכוש המשותף של בני הזוג לידי הבעל ומשאיר את האישה, על-פי עדות בית המשפט, כאשר כותנתה לעורה²⁵². למרות הנתונים הללו סירב בית המשפט לבטל את ההסכם, תוך שהוא מדגיש את הצורך להתייחס להסכמים מסחריים ולהסכמי גירושין בקריטריונים דומים. על-פי בית המשפט:

“הנטיה של בית המשפט תהיה בדרך כלל לכבד את הרצון המוצהר של הצדדים לחוזה, ודבר זה נכון לגבי חוזים מסחריים וגם לגבי הסכמי גירושין. באלה האחרונים, יש לא אחת תנאים המושפעים מן הרצון לקדם ולהקדים את הפרידה והניתוק בין בני הזוג. על כן, יתכן כי צד לחוזה יסכים לתנאים שהם מבחינה אובייקטיבית גרועים אך מחישים את הגירושין, עניין החשוב לו אותה שעה יותר מכל דבר אחר. ההעדפה של מגרעות יחסיות איננה יוצרת עדיין מצב של מצוקה, היינו הצורך לבחון לעתים בין שתי רעות אינו יוצר אותן נסיבות קיצוניות הצריכות להצדיק מתן גושפנקא לביטולו בדיעבד של חוזה שהרי יש גם אינטרס ציבורי בקיומם של חוזים וביציבותן של התקשרויות”²⁵³.

ברוח דומה עסק, לאחרונה, בית המשפט העליון בפרשת אברהם. האישה בפרשה זו, הסכימה לוותר על זכויותיה הרכושיות האזרחיות שנקבעו בבית משפט ולהתדיין בבית הדין על-פי דין תורה, לאחר שהובהר לה כי הסכמה זו מהווה תנאי הכרחי

249 לדרכים שבאמצעותן פוגעים דיני הגירושין בישראל בנשים, ראו לעיל הערות 228–239 והטקסט לידן.

250 ראו: רוזן-צבי, שם, בע' 394–402; שיפמן, לעיל הערה 19, בע' 259–265.

251 פרשת פגס, לעיל הערה 87.

252 שם, בע' 518–519. בהסכם הגירושין המקורי נקבע, שהבעל יקבל את משמורת הילדים. סעיף זה שונה לאחר שקיבל בית המשפט תסקיר סעד, והאישה “התחייבה לשכור דירה לה ולילדים כאשר דמי המזונות של הילדים הכוללים גם מדור צנועים למדי” (שם, שם).

253 דברי הנשיא שמגר, שם, בפסקה 8 (ההדגשות שלי – ש' ל').

לחייב הבעל בגט. לאחר שהאישה קיבלה את הגט ביקשה לחזור בה מהסכמתה ולממש את זכויותיה האזרחיות ברכוש. בית המשפט העליון דחה את בקשת האישה, תוך שהוא אומר את הדברים הבאים:

“עם כל ההבנה למצוקת העותרת, אין בידנו להושיט לה סעד. בא־כוח העותרת, עורך הדין מזרחי, הודה לפנינו, כי הצהרות העותרת — לפני בית הדין הרבני הגדול ולפני בית הדין הרבני האזורי — אודות הסכמתה לקיום דיון מחודש בענייני הממון על־פי דין תורה, לא היו אלא תחבולה שננקטה על־ידה ואשר נועדה להוציא מהמשיב גט בדרכי עורמה. עתה, משהשיגה את מבוקשה, מבקשת היא מבית־משפט זה לפטור אותה מתוצאות הסכמתה המדומה. לכך לא נוכל לתת ידנו”²⁵⁴.

על רקע זה, דוחה בית המשפט העליון את טענתן של הנשים, תוך שהוא משתמש בטיעונים ליברטריאניים מובהקים: כיבוד הרצון המוצהר של הצדדים, השוואה בין הסכמים מסחריים לבין הסכמי גירושין, התייחסות להסכמים חד־צדדיים כמשקפים טעם אישי או תנאי פתיחה גרועים והדגשת האינטרסים הציבוריים בקיום הסכמים. נדמה לי, כי מדיניות זו מדגימה את הקושי הנובע מיישומה של חשיבה מסחרית על ההקשר הזוגי המשפחתי.

בשולי הדיון ביחסה של הפסיקה לטענות עושיק וכפייה בהקשר של הסכמי גירושין, ברצוני להתייחס לטענה אפשרית לפיה מדיניות משפטית שלא תיתן תוקף להסכמי גירושין “עושיקים” תשלול מגברים “סרבנים” את התמריץ ליתן את הגט. על־פי טענה זו, בנסיבות שבהם נערכים הסכמי גירושין בישראל, האפשרות של נשים מסורבות גט “לקנות” את הגט — ואפילו מדובר בקנייה במחיר מופקע — מהווה, מנקודת ראות, אופציה עדיפה על פני המשך הנישואין. לאור קו חשיבה זה, גם אם תוצאות פסקי הדין בעניין פגס ואברהם עושקות את הנשים שהתדיינו באותם המקרים, וגם אם הרטוריקה המאשימה את הנשים בתחבולות אינה במקומה, הרי שבסופו של דבר, מנקודת מבט הממוקדת בהכוונת התנהגות עתידית, פסקי הדין הללו הגיעו לתוצאה נכונה²⁵⁵.

ברם, לטעמי, עיון מדוקדק יותר יגלה, כי גם מנקודת מבט הממוקדת בהכוונת ההתנהגות, אין זה ברור שהמדיניות הנותנת תוקף להסכמי גירושין עושיקים הנה מדיניות נכונה.

אסביר: הטענה כי גברים מעגנים, הנכונים לתת את הגט בתמורה להסכמי גירושין “עושיקים”, יסרבו לתת את הגט לו ידעו שההסכמים הללו הנם חסרי תוקף, מניחה,

254 בג”צ 5548/00 אברהם (כהן) נ’ בית הדין הרבני הגדול בירושלים, תקדין עליון 2001(2) 1488 (ההדגשה שלי — ש’ ל’).

255 להבחנה בין שיקולי צדק לבין שיקולי הכוונת התנהגות בדיני חוזים, ראו: פורת, לעיל הערה 111.

במשמעת, כי העדפתם האמיתית של גברים סרבנים היא להמשיך הנישואין, ומשום כך רק פיצוי כספי עשוי לפתות אותם לשתף פעולה עם הליך הגירושין. ברם, לטעמי, קיימת גם אפשרות אלטרנטיבית לפיה במרבית המקרים שבהם מתרחשים בסופו של דבר גירושין, רצונם האמיתי של שני הצדדים הנו להתגרש. בהתאם לניתוח זה, במקרים רבים, הסיבה האמיתית לסירוב להתגרש אינה הרצון להמשיך בנישואין, אלא הידיעה שסירוב להתגרש עשוי להשתלם בעת שיתנהל משא ומתן לקראת הגירושין.²⁵⁶ בהתאם לקו חשיבה זה, מדיניות משפטית שתבהיר כי הסכמי גירושין עושים לא יאכפו לא תוליך גברים לדבוק בסרבנותם, אלא להיפך – היא תבהיר להם שאין טעם בסרבנות זו, ומשום כך הם ישתפו פעולה בהליך הגירושין.²⁵⁷

(3) תום לב, טעות והטעיה

(א) חובת האמון ודיני החוזים המודרניים
אחד המאפיינים המובהקים של דיני החוזים המודרניים הנו הכרתם באמון (Trust) הקיים בין הצדדים לחוזה.²⁵⁸ הפרת אמון בין הצדדים לחוזה עשויה להיחשב לפעולה בחוסר תום לב.²⁵⁹ יתרה מזו, יש הרואים במושג האמון כבסיס הרעיוני של כלל דיני החוזים המודרניים.²⁶⁰

256 ודוק: יש גברים שאינם מעוניינים בגט לא מסיבות כלכליות, אלא מסיבות אחרות, כגון: נקמה, תפיסת הגירושין כהשפלה, ציפייה לחזרת האשה וכדומה. במקרה של הגברים הללו הצעות "לקניית הגט" מצד האשה לא תעזורנה והם ימשיכו לעגן את נשותיהם. כיוון שאין הם פועלים מסיבות כלכליות, הרי שמדיניות הפסיקה בעניין הסכמי גירושין לא תשפיע עליהם. הניסיון להשפיע על הדינאמיקה של הגירושין באמצעות דיני המזונות מוגבל, אפוא, לאותם אנשים הפועלים מתוך תמריצים כלכליים. על-פי הניתוח הכלכלי שנערך בטקסט, דווקא הידיעה שהסדר גירושין עושה ייפסל עשויה להשפיע על האנשים הללו לשתף פעולה בהליך הגירושין. ואכן, במחקר שייוחד להסכמי גירושין והשלכותיהם על ילדים, הנמצא כעת בשלבי הכנה, אני מציג פסיקה אחרונה של בית המשפט העליון אשר פסלה את תוקפם של הסכמי שיפוי שבמסגרתם הסכימו נשים מסורבות גט לקחת על עצמן מחויבויות כלכליות כלפי הילדים, אשר על-פי הדין מוטלות על בעליהן, בתמורה להסכמתם לגירושין. בנוסף לכך, אני מציג קו חדש בבתי המשפט לענייני משפחה המסרבים לאשר סוג זה של הסכמים. לכאורה, הקו החדש עלול להוליך לכך, שגברים סרבנים יתמידו בסרבנותם ולא יסכימו למתן הגט. ברם, בפועל כאשר מתברר לגברים הסרבנים כי סרבנותם לא תועיל להם מסכימים בכל זאת להתגרש, למרות שהסכם השיפוי שנחתם לא מאושר על-ידי בתי המשפט. נדמה לי, כי גם בהקשר הנוכחי פסילת הסכמים עושים עשויה להוליך לשלילת התמריץ לסרבנות ולא להגברתה.

257 על מושג האמון בסוציולוגיה והשפעתו על המשפט המודרני, ראו: מאוטנר, לעיל הערה 66, בע' 57–58.

258 שם, בע' 57: "בהיותה מכוונת להבטיח את התקיימותן של הציפיות הסבירות של הצדדים מן היחסים המשפטיים שלהם מהווה חובת תום הלב שבסעיף 39 ביטוי משפטי למושג האמון (Trust) הסוציולוגי". כן ראו: ע' בוקשפן "תם ומושלם" – על אמון בתיאורית על של דיני החוזים ועל עקרון תום הלב כמשלים אמון, יציבות וודאות בראי פסיקתו של הנשיא שמגר"

מעבר לחובת האמון הרגילה הקיימת בין הצדדים לחוזה רגיל, החקיקה והפסיקה החילו על כמה מערכות יחסים חובת אמון מוגברת. בחלק מן המקרים מדובר היה במערכות יחסים המאופיינות ביחסי הקרבה שבין הצדדים. במקרים אחרים הוחלה חובת אמון מיוחדת בהקשר של מערכות יחסים שאופיינו בתלות כלכלית או מקצועית בין הצדדים, בפערי מידע משמעותיים ביניהם²⁶¹ או בהקשר של מערכות יחסים שבמסגרתן אחד מן הצדדים ניהל את ענייניו של הזולת²⁶².

בחלקו הראשון של המאמר, עמדנו על כך שמאפיין מובהק של הסכמים זוגיים הנכרתים בעת שהיחסים בין הצדדים הנם תקינים, הוא הקרבה שבין הצדדים לחוזה ותחושת האמון ההדדי הנגזרת ממנה²⁶³. על רקע זה ברור, כי גם ברמה המשפטית יש מקום להחלתה של חובת אמון מוגברת בהסכמים כאלה. יתרה מזו, לטעמי, גם במקרה של הסכמי גירושין הנעשים באווירה של חוסר אמון, התלות הכלכלית שהייתה קיימת בין הצדדים במהלך הנישואין ופערי המידע ביניהם מחייבים החלתה של חובת אמון מוגברת גם בהקשר זה²⁶⁴.

אחת מן הנגזרות המשפטיות של חובת האמון בין צדדים היא הטלתה של "חובת גילוי" רחבה בדבר פרטים שונים שעשויים להיות רלוונטיים למערכת היחסים שביניהם²⁶⁵. בהקשר של דיני החוזים, הפרת חובת הגילוי נחשבת לפעולה בחוסר תום לב ובהקשרים מסוימים היא עשויה לבסס גם טענות של טעות והטעיה²⁶⁶. מטענתנו כי בין בני זוג אמורה להתקיים חובת אמון בדרגה גבוהה נגזרת הטענה,

עיוני משפט כג (תש"ס) 11; דברי השופט (כתוארו אז) ברק בבג"צ 59/80 שירותי תחבורה ציבוריים באר שבע בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים, פ"ד לה (1) 828, 834: "אכן, לולא היו הביטויים 'אמון', 'אמונה', ו'נאמנות' תפוסים, ניתן היה לתאר את מערכת היחסים הנוצרת בין בעלי חוזה בעקבות סעיף 39 לחוק החוזים כיחסי נאמנות, כאשר בעל חוזה חייב לבצע את החוזה באמונה תוך הגשמת האמון, שהצד האחר נותן בו". אולם, השוו: פרידמן וכהן, לעיל הערה 71, בע' 827 הגורסים, כי על אף שבמובן מסוים מושתת כל חוזה על אמון קיומו של חוזה, כשלעצמו, אינו יוצר יחסי אמון.

260 בוקשפן, שם.

261 כך, למשל, במסגרת דיני הבנקאות מוטלת על בנק חובת אמון מוגברת כלפי לקוחותיו. ראו, למשל, לאחרונה: מ' רובינשטיין וב' אוקון "הבנק 'כסוכנות חברתית' ספר שמגר (תשס"ג, כרך ג) 819; ע"א 1304/91 טפחות בנק משכנתאות לישראל בע"מ נ' ליפרט, פ"ד מז(3) 309; ע"א 5893/91 טפחות בנק משכנתאות לישראל בע"מ נ' צבאח, פ"ד מח (2) 573.

262 להבחנה בין יחסים שבהם קיימת חובת הגינות רגילה לבין יחסים שבהם קיימת חובת אמון מוגברת, ראו: בג"ץ 164/97 קונטרס בע"מ נ' משרד האוצר, פ"ד נב (1) 289, פסקה 5 לפסק דינו של הנשיא ברק; פרידמן וכהן, שם, בע' 438-845; בוקשפן, לעיל הערה 259, בע' 15 הערה 9; ברק, לעיל הערה 108, בע' 214.

263 ראו לעיל פרק ג.2(ב).

264 השוו פרידמן וכהן, לעיל הערה 71, בע' 842.

265 ראו על כך, למשל: N. W. Palmieri "Good faith disclosures required during Precontractual Negotiations" 24 Seton Hall L. Rev. (1993) 70.

266 שלו, לעיל הערה 20, פרקים 10 ו-11; פרידמן וכהן, לעיל הערה 71, פרקים 14 ו-15.

כי חובת הגילוי בין צדדים לחוזה הזוגי חייבת להיות רחבה יותר מחובת הגילוי הקיימת, ברגיל, במשפט הישראלי, ומשום כך הנכונות של בתי המשפט לבטל חוזים זוגיים בשל עילות של טעות והטעיה צריך שתהיה גבוהה יחסית. בסעיפים הבאים יתברר, שבמקרים רבים לא נקט המשפט הישראלי דרך זו.

(ב) חובת הגילוי בין בני הזוג בהקשר הכלכלי
במשפט האנגלי, הסכמים בין חברי משפחה, ובכללם הסכמים בין בני זוג, נחשבו להסכמים המטילים חובת אמון מירבית על הצדדים ובהתאם לכך, חובת הגילוי שהוחלה עליהם הייתה גבוהה, בדרך כלל. זוהי גם הגישה המקובלת על מרבית בתי המשפט בארצות הברית הן לגבי הסכמי קדם נישואין²⁶⁷ והן לגבי הסכמי גירושין²⁶⁸. ברוח זו, פעלה גם הפסיקה בישראל בתקופה שקדמה לחקיקת חוקי החוזים²⁶⁹, ולעתים הייתה לתפיסה זו השפעה מסוימת גם על פסיקות מאוחרות יותר, שהציגו, במפורש או במשתמע, יחס מיוחד להסכמים שנכרתו בין חברי משפחה²⁷⁰.
אחד מן המקרים שבהם הופגן יחס מיוחד כלפי הסכמים זוגיים הנו פרשת דומב²⁷¹. בפרשה זו עסק בית המשפט בבני זוג שערכו הסכם גירושין, שבו הסכימו, בין היתר, על מכירת הדירה של בני הזוג וחלוקת התמורה באופן שהבעל יקבל 40 אחוזים והאישה תקבל 60 אחוזים. לאחר כמה ניסיונות כושלים למכירת הדירה, נכרת בין הצדדים הסכם נוסף לפיו קנתה האישה את חלקו של הבעל בתמורה לסך של 40,000 דולר (כלומר, ההסכם שיקף הנחת עבודה לפיה הדירה שווה 100,000 דולר). ימים ספורים לאחר מכן גילה הבעל, כי האישה מכרה את הדירה לקונים זרים במחיר של 135,000 דולר. הבעל פנה, אפוא, לבית המשפט וביקש, בין היתר, לבטל את החוזה שכרת עם האישה עקב הטעיה.
אין ספק, שהתנהגות האישה במקרה זה לא הייתה הגונה²⁷². עם זאת, סעיף 14 (ד) לחוק החוזים קובע במפורש, כי טעות שאינה אלא בכדאיות העסקה אינה מאפשרת

267 בארצות הברית, פסק הדין המנחה בעניין הסכמי קדם נישואין הנו: *Friedlander V. Friedlander*, 494 P.2d 208 (Washington, 1972).

268 *American Law Institution Principles of the Law of Family Dissolution: Analysis and Recommendations* (2002) 7.09 (c).

269 ראו בעניינים אלה: פרידמן וכהן, לעיל הערה 71, בע' 841–842 ובפסקי הדין המאוחרים שם.
270 ראו, למשל, את פסקי הדין שאוּזכרו אצל פרידמן וכהן, שם, בע' 841 הערות 285 ו-286.

271 ע"א 643/83, 657 דומב נ' דומב, פ"ד מ(3) 792.

272 אכן, האיש באותו מקרה לא הסתפק בדרישה לביטול החוזה ובמקביל לכך תבע פיצויים עקב הפרת חובת תום הלב. בית המשפט קיבל תביעה זו. בהערת אגב אציין, כי חובת הגילוי הנובעת מעקרון תום הלב עשויה להתייחס גם לאי גילוי העוסק בכדאיות העסקה, וכיוון שכך תוצאת פסק הדין אינה קשורה, בהכרח, לקשר המשפחתי שבין הצדדים לחוזה. ראו: פרידמן וכהן, לעיל הערה 71, בע' 842 הערה 288.

לבטל חוזה²⁷³, לא בעילת טעות ולא בעילת הטעיה²⁷⁴. על-פי הגישה שרווחה בפסיקה בעת שנפסקה הלכת דומב, משמעות הסעיף הנה, כי טעויות המתייחסות אל ערך הממכר (להבדיל מתכונותיו)²⁷⁵ הן טעויות בכדאיות העסקה. לפיכך, נקבע בפרשת עזר²⁷⁶ — שעסקה במקרה דומה לפרשת דומב אך שם היו הצדדים לחוזה זרים זה לזה, כי טעויות, אי גילויין של עובדות או אפילו הטעויות אקטיביות בדבר הצעות מחיר שנתקבלו בהקשר לחוזה או לנכס נשוא החוזה מצדדים שלישיים אינם מאפשרים לבטל את העסקה²⁷⁷. ברם, בפרשת דומב התעלם בית המשפט מסעיף 14(ד) לחוק החוזים ומן הפרשנות המקובלת בפסיקה לסעיף זה ואפשר לבעל לבטל את העסקה. לי נדמה, כי הפער בין פסק דינו של בית המשפט בפרשת דומב לבין פסק דינו בפרשת עזר קשור בהקשר הזוגי של פרשת דומב ולתחושה, כי חרף העובדה שמדובר היה בהסכם גירושין, יחסי הצדדים העידו על האמון ששרר ביניהם עובר לחתימת ההסכם, וכיוון שכך, העובדה שהאישה הסתירה מבעלה את קיומו של הקונה האלטרנטיבי היוותה הפרה לא ראויה של אמון זה.

לטעמי, פסק הדין בפרשת דומב ופסקי דין נוספים שבהם נקטו השופטים אמת מידה המחמירה את רמת האמון הנדרשת בין חברי המשפחה ואת חובת הגילוי הנגזרת ממנה משקפים מדיניות משפטית ראויה. ברם, לאור העובדה שהחקיקה האזרחית החדשה בישראל לא הכירה בהסכמים משפחתיים ובהסכמים זוגיים כחוזה מסוג מיוחד, במקרים רבים הפסיקה שעסקה בדוקטרינות החוזיות הקשורות בהפרת אמון בין צדדים, כגון: תום לב, טעות והטעיה, יישמה את דיני החוזים הרגילים ללא

273 על סעיף 14 (ד) לחוק החוזים קיימת ספרות ענפה. ראו פרידמן, לעיל הערה 66. ראו גם פרידמן וכהן, שם, בע' 724 ואילך; שלו, לעיל הערה 20, בע' 203–205.

274 על-פי הפרשנות הפשוטה של סעיף 14 (ד) לחוק החוזים, הגדרת הטעות והמגבלה לפיה טעות בכדאיות העסקה לא מאפשרת לבטל עסקאות היא זהה, הן בהקשר של עילת הטעות והן בהקשר של עילת ההטעיה. עם זאת, פרופ' פרידמן במאמרו, שם, מציע מבחן מתוחכם יותר — מבחן הסיכון — שעשוי לאבחן במקרים מסוימים בין טעות בכדאיות העסקה בהקשר של טעות לבין טעות בכדאיות העסקה בהקשר של הטעיה. מבחן זה אומץ בשנים האחרונות בפסיקה. ראו: ע"א 2444/90 ארואסטי נ' קאשי, פ"ד מח (2) 513; ע"א 2495/95 בן לולו נ' אטראש, פ"ד נא(1) 577.

275 ראו: עניין ספקטור, לעיל הערה 66; שלו, לעיל הערה 20, בע' 203–205.

276 ראו לעיל הערה 66.

277 פרשת עזר עסקה במוכר מקרקעין שרכצה עליהם הערת אזהרה לטובת אדם שאינו הבעלים. הבעלים אשר ביקש למכור את הנכס התקשר בהסכם לפיו תימחק הערת האזהרה בתמורה לתשלום של 60,000 דולר. לאחר מכן, ביקש בעל הערת האזהרה לבטל את ההסכם, בטענה כי הוא נכרת עקב הטעיה. לגרסתו, סיפר לו המוכר, שהוא עומד לקבל בעד המקרקעין סכום של 100,000 דולר, בעוד שלאמתו של דבר הסכום היה 150,000 דולר. בית המשפט העליון סבר שמדובר בהטעיה המתייחסת לכדאיות בלבד, ומשום כך אינה מהווה עילה לביטול החוזה. לביקורת על פסק הדין, ראו: פרידמן וכהן, לעיל הערה 71, בע' 735.

התייחסות לקשר הזוגי שבין הצדדים ולחשש שהקרבה ביניהם ו/או פערי המידע נוצלו על-ידי אחד מהם²⁷⁸.

יתרה מזו, בניגוד לקו החשיבה הסבור כי יש להקל על האפשרות לבטל חוזים זוגיים בכלל והסכמי גירושין בפרט בשל פגמים בכריתיה, התפתח בבית המשפט גם קו חשיבה הפוך לפיו יש להכביד על אפשרות ביטולם של הסכמי ממון שאושרו בבתי משפט²⁷⁹. לטעמי, קו חשיבה זה מעורר קושי רב:

כזכור, בחלקים הקודמים עמדנו על האופי הטכני של אישורי הסכם ממון בבית המשפט וביקורנו את העובדה כי הליך האישור אינו מגובה בכללים מהותיים יותר, שמטרתם הגנה על בני זוג חלשים כלכלית שאינם מנוסים במשא ומתן ואינם נגישים ליועצים משפטיים. בהקשר הנוכחי אני סבור, כי הליך אישור "טכני" אינו מתמודד עם החשש שאחד הצדדים ינצל את האמון שניתן בו במהלך הנישואין ויסתיר מן הצד השני פרטים משמעותיים על היקפם וטיבם של היחסים המשפחתיים. בהתאם לכך אני סבור, כי הליך האישור חייב להיות מלווה בהרחבת חובת הגילוי בנוגע למצבם הפיננסי של בני הזוג ובקביעת מנגנונים שיבטיחו כי המידע שנמסר ומשמעותו יהיו נהירים לשני בני הזוג, וזאת במיוחד כאשר מדובר על פריטי מידע פיננסיים שהכנתם קשה להדיוטות. ברם, לפחות בשלב זה, המשפט הישראלי לא אימץ את המנגנונים הללו והוא מסתפק בהליך אישור טכני. כעת מסתבר, שלמרות אופיו הטכני של האישור, בתי המשפט רואים בו מחסום מפני העלאת טענות של פגמים בכריתיה. הנה כי כן, דרישת האישור שנועדה לשמש חרב בידי צדדים חלשים הופכת, למעשה, לחרב פיפיות.

ג) חובת הגילוי בין בני הזוג בהקשר האינטימי

המדיניות המכבידה על האפשרות לבטל חוזים זוגיים בשל הפרות אמון והעלמות מידע באה לידי ביטוי בולט במקרים שבהם המידע שהוסתר התייחס להיבטים האינטימיים של יחסי בני הזוג²⁸⁰.

278 ראו, למשל, עניין רובין, לעיל הערה 87, שבו דחה בית משפט את טענת האישה לפיה לא הייתה מודעת לשווי הכלכלי של נכסי המשפחה בטרם חתמה על הסכם הגירושין. והשוו: *Boyd v. Boyd* 67 S.W.3d 398 (Tex. App. 2002), שבו בוטל הסכם גירושין לאור טענת האישה, כי לא הייתה מודעת להיקף הכנסותיו ונכסיו של הבעל.

279 ראו, למשל, עניין קוך, לעיל הערה 33, בע' 422, שם נאמר כי: "ספק בלבי, אם לאחר קבלת אישור להסכם ממון בין בני-זוג במעמד של שופט, דיין או עורך נישואין (כלי שערערו על פגם שנפל בהליך האישור), יכול בן-זוג להישמע בטענה, שכרת את ההסכם, בניגוד להצהרתו, מרצונו הטוב והחופשי". סוג זה של חשיבה הופך, לאחרונה, יותר ויותר פופולארי בפסיקתם של בתי המשפט לענייני משפחה. ראו, למשל: בש"א (ת"א) 6297/02 ח.ש. נ' ח.ר., תקדין משפחה 2002(3) 1; תמ"ש 63074/00 אדמון נ' אדמון (טרם פורסם); תמ"ש 27224/02 א.י. נ' א.א (טרם פורסם) והוא משתלב במגמה עקרונית בפסיקה המקשיחה את האפשרות להתנער מהסכמי פשרה. ראו, לדוגמא: עניין בן לולו, לעיל הערה 274.

280 הפסיקה האנגלית עסקה בסוג דומה של מקרים בפרשת *Wales V. Wadham* [1977] 1 W.L.R.

כך, למשל, בפרשת ולנטין²⁸¹, עסק בית המשפט בהתקשרות חוזית בין בעל לאישה, שנעשתה באווירה של פיוס, ובמסגרתה התחייב הבעל להעביר לאישה חלק מסוים מדירה שבבעלותו. כשבוע לאחר חתימת ההסכם, דרשה האישה להתגרש מבעלה. בין השניים נערכה מערכת של הסכמים אשר התבססה על ההסכם המקורי. כעבור זמן הסתבר לבעל, ששלושה שבועות לפני חתימת ההסכם קיימה האישה קשר אינטימי עם ידיד שלה (השניים התגוררו באותו חדר במלון במסגרת חופשה באילת) שאותו העלימה מן הבעל (האישה סיפרה לבעלה, כי הידיד והיא התאכסנו בחדרים נפרדים וכי הידיד הגיע לחופשה יחד עם ידידה נוספת). משנודע הדבר לבעל, הוא ביקש לבטל את ההסכם בעילות של טעות והטעיה. למעשה הבעל דרש את ביטול החוזה בגין שלוש טעויות והטעויות שטעה והוטעה בהן:

ראשית, טען הבעל, שהאמין למשיבה כאשר אמרה בעת החתימה על ההסכם הראשון, כי התכוונה להמשיך בחיי הנישואין, בעוד, שלמעשה, האישה מעולם לא התכוונה לכך. ואכן, בפרשת בן עמי²⁸², שעסקה ביחסים מסחריים, קיבל בית המשפט העליון טענה דומה בקובעו שהבטחה ללא כוונת קיום מהווה הטעיה המאפשרת לבטל עסקה שנכרתה.

בניגוד לכך, בפרשת ולנטין דוחה השופט זמיר את הטענה; לדעתו, ייתכן שהאישה שינתה את דעתה במהלך השבוע שבין ההסכם לדרישת הגירושין (דעה זו תמוהה, לדעתי, בהתחשב בחופשה שבילתה האישה עם הידיד כשלושה שבועות לפני ההסכם). שנית, טען הבעל, שלו ידע כי אשתו והידיד קיימו יחסי אישות, לא היה מסכים להעניק לה חלק מדירתו. השופט זמיר דוחה עמדה זו על בסיס עובדתי: בהסתמך על בית משפט קמא קובע השופט זמיר, שלא הוכח כי הידיד והאישה קיימו יחסי אישות (ואנחנו נשאל: האומנם ?!).

על רקע זה מועלית בפסק הדין טענת שלישיית: ברור שהבעל טעה בכך שלא ידע שהאישה והידיד התגוררו באותו חדר. טענה זו דוחה השופט זמיר באמצעות הניתוח משפטי הבא: על-פי השופט זמיר, לצורך התקיימות עילת הטעות לא מספיק קיומה של טעות, אלא יש גם צורך בקשר סיבתי בין הטעות לבין ההתקשרות. הוא סבור, כי לא הוכח שמגורים בחדר אחד עם הידיד (להבדיל מקיום יחסי אישות שלא הוכחו) היו גורמים לבעל שלא להתקשר בהסכם עם אשתו. גם במקרה זה אני משאיר לקוראים את השיפוט, האם בעל סביר נכון היה להעביר לאשתו במתנה חצי דירה השייכת לו על-פי דין, לו ידע ששבוע קודם לכן היא שהתה עם ידיד בחדר אחד

199, שבה העלימה האישה מבעלה כי בכוונתה להינשא לאדם בעל אמצעים מיד עם סיום הליכי הגירושין ביניהם. בדומה לכך, בפרשת 764 1 All E.R. [1974] Cuzner V. Underdown. עסק בית המשפט האנגלי בטענה, כי מתנה שניתנה מבעל לאשתו ללא ידיעה שאשתו קיימה יחסי אישות עם גבר זר ניתנת לביטול עקב טעות.

281 פרשת ולנטין, לעיל הערה 87.

282 ע"א 760/77 בן עמי ואח' נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, פ"ד לג(3) 567.

בבית מלון, תוך הונאתו בעניין. מכל מקום, דעתי הנה, כי נימוק זה, כמו גם נימוקיו החוזיים הקודמים של השופט זמיר, אינם עומדים במבחן הביקורת. הנה כי כן, אף על-פי שהפעלה רגילה של דיני החוזים הכלליים תומכת בעמדות הבעל, דחה בית המשפט את התביעה. לפיכך, למרות שהשופט זמיר ניסה לנמק את הדחייה באמצעות כללים חוזיים רגילים, אני מתקשה לקבל את ההנמקה החוזית הגלויה של פסק הדין כהנמקה המלאה²⁸³.

מהו, אם כן, הבסיס המהותי הסמוי של פסק הדין? סבורני, כי הנימוקים האמיתיים של השופט זמיר נחשפו בסופו של פסק הדין, כאשר תיאר בהערת אגב את הקושי לקבוע קריטריון משפטי לקיומה של חובת גילוי בעניינים אינטימיים ואת הקושי הכללי של המשפט לעסוק בעניינים משפחתיים²⁸⁴. במסגרת זו הוא מתאר את יחסי הנישואין כיחסים מורכבים, רגישים ושונים ממקרה למקרה. השופט זמיר מסיים את הדיון בשאלות הבאות: "עד כמה ניתן וראוי להסדיר את יחסי המשפחה, ובכלל זה היחסים שבינו לבינה, באמצעות כללים משפטיים"; ובהמשך: "האם כוחו של המשפט עמו לקבוע מה יספר איש לאשתו, והאם תפקידו של בית המשפט הוא להכתיב מה תגלה אישה לאישה?"²⁸⁵. היבט זה של פסק הדין בולט עוד יותר בפסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן, שלפיה:

"גירושין הם קצה קרחון של מערכת יחסים בין-אישית ואין זה רצוני להפעיל כללים מן הסוג של טעות והטעיה בגלל בגידה ספציפית"²⁸⁶.

הנה כי כן, על אף שעל-פי הכללים החוזיים הרגילים היה מקום לבטל את החוזים שנכתרו בפרשת ולנטיין בשל העילות של טעות והטעיה, נמנע בית המשפט מלעשות זאת בשל הקושי להציב כללים משפטיים בדבר הדרך שראוי לנהוג בה במישור היחסים הזוגי ובשל החשש מפני חדירה לא ראויה להיבטים האינטימיים של בני הזוג²⁸⁷.

²⁸³ בהערת אגב אציין, כי לפער בין הרובד הגלוי לרובד הסמוי של פסק הדין יש מחיר. מחיר זה מתגלה במקרים שבהם שופטים בבתי משפט נמוכים דבקים בהנמקות הפורמאליות של השופטים. אכן, זמן קצר לאחר פרשת ולנטיין, לעיל הערה 87, התמודד בית המשפט בבאר שבע עם מקרה דומה: ה"פ (ב"ש) 122, 89/94, אזור נ' אזור, דינים עליון, כרך כו(5) 704. עם זאת, במקרה זה ניתן היה להוכיח עובדתית בגידה מצד בן הזוג. לאור הנמקתו הפורמאלית של השופט זמיר, אשר ביסס את פסק דינו על היעדר ראיה עובדתית לטעות בעניין הבגידה, קיבל בית המשפט את טענת הטעות.

²⁸⁴ פרשת ולנטיין, שם, בע' 454–455.

²⁸⁵ שם, בע' 455.

²⁸⁶ שם, בע' 457.

²⁸⁷ ואכן, בפסק הדין האנגלי Cunzer, *supra* note 280, שבו התקבלה טענת טעות והטעיה, נוקט בית המשפט שיח אשמה מובהק.

האם פסק הדין בפרשת ולנטין מבטא מדיניות משפטיות ראויה?
איני רוצה לקבוע מסמרות בדבר, ולפיכך אסתפק בהעלאת התלבטויותיי:
מחד גיסא, מדיניותו של בית המשפט משתלבת עם המודל המודרני של גירושין
ללא אשמה, המבוסס על אידיאולוגיה המתנגדת למעורבות משפטית ביחסים זוגיים
בכלל, ולשיפוט ערכי לגבי התנהגות הצדדים במהלך הקשר ואחריותם לניתוקו
בפרט.²⁸⁸

למגמה המודרנית של הימנעות משיח של אשמה יש כמה הצדקות משמעותיות:
ראשית, בעולם המודרני קיים קושי להגדיר התנהגויות זוגיות ראויות. בוודאי,
שלחלק גדול מעילות האשמה המסורתיות אין מקום בחשיבה המערבית המודרנית.²⁸⁹
שנית, היחסים הזוגיים והמשפחתיים בכלל והתמוטטות של הקשר הזוגי בפרט הם
תהליכים מורכבים ועדינים. לפיכך, קשה מאוד לראות באחד מבני הזוג אשם בלעדי
בהתמוטטות של הקשר הזוגי.²⁹⁰

לבסוף, הליך של חשיפת העובדות הנדרשות לצורך איתור אשם מחייב פולשנות
של המשפט להיבטים האינטימיים ביותר בחיי בני הזוג.²⁹¹
סיבות אלה עשויות להצדיק את הרתיעה של בית המשפט בפרשת ולנטין ממתן
משמעות משפטית להתנהגותה המינית של האישה ולשקרים שבהם השתמשה על-מנת
להסתיר התנהגות זו.

288 במודל המודרני של גירושין ללא אשמה ובאידיאולוגיות שבבסיסו, עסקתי בהרחבה במספר
הודמנויות. ראו, למשל: ליפשיץ, לעיל הערה 4 בע' 178–190, 197–201; ליפשיץ, לעיל הערה
24, פרק טז חלק 3.

289 ראו בנושא זה, למשל: C.E. Schneider "Marriage, Morals, and the Law: No-Fault Divorce
J. Goldsein & M. Gitter "On : ראו גם ; and Moral Discourse" (1994) *Utah L. Rev.* 503
Abolition of Grounds for Divorce: A Model Statue and Commentary" 3 *Fam L. Q.*
75 (1969) (המחברים מציינים, כי גירושין ללא אשמה קשורים בקושי המודרני לאתר מיהו
האשם. ראו גם: 26 "The Family Law Bill: The Politics of Family Law" J. Eekelaar
Fam Law (1996) 45, 46 (המחבר משבח את החוק האנגלי החדש על כך שהוא מיישם
לראשונה את הפילוסופיה של גירושין ללא אשמה, לפיה על המשפט להימנע משיפוט ערכי
של הצדדים). עוד ראו בעניינים אלה: S. D. Sugarman "Dividing Financial Interests on
Divorce" *Divorce Reform at the Crossroads* (New Haven, S. D. Sugarman & H.H. Kay
eds., 1990) 130, 137. שוגרמן תומך במערכת של גירושין ללא אשמה כיוון שלדעתו, לא
ניתן לאתר מערכת ערכים מוסכמת, שעל-פיה הציבור ישפוט את התנהגות הצדדים. וכן: L.
Bradford "The Counterrevolution: A Critique of Recent Proposals to Reform No-Fault
Divorce Laws" 49 *Stan. L. Rev.* (1997) 607, 613 (המחברת מתייחסת הן למורכבותם של
היחסים הזוגיים והן לקושי להגדיר מוסרית התנהגויות ראויות). עוד ראו ברוח זו: שיפמן, לעיל
הערה 47, בע' 423. כן ראו, לאחרונה: The Unseen : R. D. Madoff "Lurking in the Shadow: The Unseen
Hand of Doctrine in Dispute Resolution" 76 *S. Cal. L. Rev.* (2002) 161
ללא אשמה וסבור כי הליך הגישור מתאים לסוג שיח זה.

290 על מורכבות היחסים הזוגיים ועל הקושי לאתר אשם ספציפי, ראו: H. Clark "Divorce Policy
and Divorce Reform" 42 *Colo. L. Rev.* (1970) 403, 404.

291 ראו Bradford, *supra* note 289; Goldstein & Gitter, *supra* note 289.

מאידך גיסא, קשה להתעלם מכך שבמרבית ההקשרים החברתיים, המשפט המודרני — ובכלל זה דיני החוזים, אינם סובלניים כלפי התנהגויות של שקרים בוטים, ניהול ממושך של מערכת יחסים מקבילה תוך הונאת אדם אחר והפרת אמון באופן כללי²⁹², כפי שארע בפרשת ולנטין²⁹³. על רקע זה, אני מתקשה להשתחרר מהתחושה הלא נוחה לפיה דווקא הכבוד שרוחש בית המשפט לאינטימיות הזוגית, מאפשר, בסופו של דבר, פגיעה גסה באינטימיות זו באמצעות שקרים והפרות אמון²⁹⁴. מכל מקום, תהא העמדה הערכית כלפי פסק הדין בפרשת ולנטין אשר תהא, אני סבור כי פרשה זו ממחישה שוב את שיקולי המדיניות הייחודיים שמעורר העיסוק בחוזה הזוגי.

1. תוכן החוזה

העיסוק בתוכנו של החוזה הזוגי מעורר, בראש ובראשונה, את שאלת גבולות החופש להסדיר בהתקשרויות חוזיות היבטים שונים של היחסים הזוגיים. כאמור במבוא, בשאלה זו לא נדון במאמר הנוכחי. עם זאת, קיימות שאלות נוספות הקשורות בעיצוב התכנים המשפטיים של החוזה הזוגי, אשר ברצוני לעסוק בהן בפרק זה.

(1) רקע: הצורך בקריאה גמישה של החוזה הזוגי

בחלקים הקודמים עמדנו על האופי הלא פורמאלי של היחסים המשפחתיים והסברנו כיצד עניין זה עשוי להוליך להקלת תנאי הכניסה המאפשרים הכרה בחוזה הזוגי. אני סבור, כי האופי הלא פורמאלי של היחסים המשפחתיים אמור להשפיע לא רק על תנאי הכניסה לחוזה, אלא גם על תוכנו המשפטי²⁹⁵, ובמיוחד על האפשרות

²⁹² ראו בעניינים אלה, למשל, את קובץ המאמרים של: Beatson & Friedman, *supra* note 91. לסקירה של מהלך שבמסגרתו מחלחלים שיקולי אשמה למשפט הישראלי, ראו: פורת, לעיל הערה 20, בע' 65–70.

²⁹³ על המתח בין הנכונות של המשפט המודרני לעסוק בשיפוט מוסרי ואפילו בשיקולי אשמה לבין ההימנעות של דיני המשפחה המודרניים לעסוק בעניינים הללו, ראו: ליפשיץ, לעיל הערה 4, בפרק יג חלק 2, סעיף 1 ובאזכורים שם.

²⁹⁴ עניין זה עשוי להתקשר לביקורת רחבה יותר על האידיאולוגיה המודרנית המבקשת להסיר את השיפוט המוסרי מהיחסים הזוגיים. ראו על כך, למשל: B.B. Woodhouse "Sex, Lies, and Dissipation: The Discourse of Fault in a No-Fault Era" 82 *Geo. L. J.* (1994); ליפשיץ, שם, פרק יא, חלק 7.

²⁹⁵ לדיון מעמיק בנושאים שונים הקשורים בתוכנו המשפטי של החוזה במשפט הישראלי, ראו: זמיר, לעיל הערה 20.

לקריאה גמישה של החוזה, תוך נכונות לשלב תניות שונות שלא סוכמו במפורש על-ידי הצדדים ו/או להתאמתו של החוזה הזוגי לנסיבות משתנות. בפרק זה נבחן האם וכיצד מתממשים עניינים אלה במשפט הישראלי.

(2) קריאתם של תנאים מכללא לחוזה הזוגי

(א) רקע

במקרים רבים, חוזים זוגיים וחוזים משפחתיים עוסקים במתנות בין קרובי משפחה²⁹⁶. חוק המתנה מכיר באפשרות קיומם של חיובים נלווים למתנה וכן באפשרות שהמתנה תהיה על תנאי²⁹⁷. על אף שבאופן טבעי רצוי שהתניית מתן המתנה תיעשה באופן מפורש, תיתכנה נסיבות שמהן ניתן ללמוד על קיום תנאי מכללא ו/או על תניה שנעשתה בעל-פה²⁹⁸. על רקע זה מתעוררת השאלה, עד כמה נכון יהיה המשפט להכיר בקיומן של תניות "נסתרות" המפסיקות את תוקף המתנה²⁹⁹. עיון בפסיקה שעסקה בנושא זה בהקשר של מתנות בין חברי משפחה עשוי ללמד, כי גם כאן ההקשר המשפחתי מעורר שיקולים הפועלים לכיוונים מנוגדים.

(ב) הנכונות לקריאה גמישה של החוזה המשפחתי: פרשת ברקוביץ
אחת הפרשות המרכזיות שבהן עוצב היחס המשפטי כלפי מתנות בין חברי המשפחה היא פרשת ברקוביץ³⁰⁰. פרשה זו עסקה בצדדים שעשו חוזה מתנה לפיו נתנה אישה לבתה ולחתנה סכום כסף שסייע לבני הזוג ברכישת דירה. במקביל לכך, בין הצדדים הייתה הבנה, כי האישה תוכל לגור עם בתה וחתנה כל ימי חייה. למרות זאת, לאחר פטירת הבת, התנהגותו של החתן אילצה את האם לעזוב את הבית. לכאורה, המבנה המשפטי המתאים לתיאור מערכת היחסים שהתפתחה במקרה הנו מתנה שבצידה חיוב. על-פי מבנה משפטי זה האישה יכולה, לכל היותר, לדרוש פיצוי על הפרת ההבנה לפיה תוכל להמשיך להתגורר בדירה, אולם אין היא יכולה לדרוש את השבת הכספים שנתנה³⁰¹. ברם, בית המשפט העליון סבר, כי ניתן לראות

296 שלו, לעיל הערה 19, בע' 27 ובפסקי הדין המאוזכרים שם בהערה 58.

297 ראו סעיף 4 לחוק המתנה, תשכ"ח-1968 (להלן – "חוק המתנה"); וכן מ' א' ראבילוב חוק המתנה תשכ"ח-1968 (מהדורה שנייה תשנ"ז) 297 ואילך.

298 ראבילוב, שם, שם.

299 לדיון נרחב בחוזים מותנים ראו שלו, לעיל הערה 20, בפרק 17.

300 ראו ע"א 495/80 ברקוביץ נ' קלימר, פ"ד לו (4) 57 (להלן – "פרשת ברקוביץ").

301 ראו דברי השופט ברק בפרשת ברקוביץ, שם, בע' 62, על משמעות הקונסטרוקציה המשפטית של מתנה שבצידה חיוב: "החוזה שבין הצדדים אינו חוזה הדדי, אלא חוזה חד-צדדי, שבו המשיבה נותנת מתנה למקבלה. בצד זאת נוטל על עצמו המקבל חיוב כלפי הנותן. חיוב זה אינו מהווה תמורה למתנה, ועל-כן עניין לנו בחוזה מתנה. חיוב זה אינו סינאלגמאטי, והוא 'משאיר לעסקה את אופייה העיקרי כמתנה'". לעמדה דומה, ראו גם דברי הנשיא שמגר בע"א 343/87 פרי נ' פרי, פ"ד מד(2) 154, 159 (להלן – "פרשת פרי").

בהבנה בין הצדדים לפיה תמשיך האישה להתגורר בבית כתנאי מפסיק לחוזה. בהתאם לתפיסה זו הוא גרס, כי אילוץ האישה לעזוב את דירת המגורים מפקיע את תוקפו של החוזה.

יודגש, כי בפרשת ברקוביץ הצדדים לא העלו את יחסיהם המשפטיים על הכתב. יתרה מזו, בנסיבות העניין קשה להניח שהצדדים סיכמו אפילו בעל-פה את טיבם המדויק של יחסיהם המשפטיים. לאור זאת, יש המפקפקים האם נוצר בכלל חוזה משפטי בין הצדדים³⁰². על רקע זה ברור, כי משהחליט בית המשפט כי בין הצדדים נוצר חוזה משפטי, נותר בפניו מרחב פרשני גמיש לקביעת תוכנו המדויק. מרחב זה נוצל על-ידי בית המשפט על-מנת להגיע לתוצאה הצודקת בנסיבות העניין (קרי: השבת כספה של האם המבוגרת והמרומה). במובן זה, פסק הדין מדגים כיצד האופי הלא פורמאלי של היחסים המשפחתיים ושל החוזה המשפחתי מהווה בסיס לקריאה גמישה של תוכנו המשפטי של חוזה זה. קריאה גמישה של תנאים מפסיקים לתוך חוזה מתנה מאפיינת גם פסיקות נוספות של בתי המשפט אשר עסקו במתנות בין חברי משפחה³⁰³.

ג) הקריאה הנוקשה של ההסכם זוגי: הקושי לבטל מתנות בין בני זוג טענות בדבר קיומו של תנאי מפסיק סמוי שכיחות מאוד בהתדינויות העוסקות בגורלן של מתנות שהעניק בן זוג לבן זוגו בזמן שיחסייהם היו תקינים, לאחר שיחסייהם עורערו. במקרים אלה, בן הזוג שנתן את המתנה גורס, בדרך כלל, כי המתנה כללה תנאי מכללא לפיו תחזור לנותנה אם וכאשר חיי הנישואין יעלו על שרטון. בניגוד לנכונותו של בית המשפט בפרשת ברקוביץ לקבל טענה בדבר תנאי מפסיק סמוי בחוזה מתנה, המגמה הברורה של בתי המשפט שעסקו במתנות הזוגיות הייתה להדוף אותן³⁰⁴. הנימוק הרשמי לדחייה היה, בדרך כלל, העובדה שלא הוכח קיומו של תנאי מפסיק סמוי בחוזה³⁰⁵. בהתאם לנימוק זה, ניתן להניח כי במקרים שבהם תוכנה הנסיבות לפיהן התכוונו הצדדים להחזיר את המתנה לעת פירוד, יינתן לכוונתם תוקף משפטי. עם זאת, קריאה זהירה יותר של פסקי הדין שעסקו בנושא תגלה, כי בתי המשפט מודעים היטב לכך שנותן ממוצע של מתנה לא היה מסכים לתיתה לו ידע שיחסי הצדדים יעלו על שרטון. ברם, דווקא העובדה שבאופן סובייקטיבי סביר להניח, שנותן ממוצע של מתנה לא היה מסכים לתיתה לו ידע שיחסי הצדדים יעלו על שרטון, עלולה להוליך לכך

302 שלו, לעיל הערה 19, בע' 27–28.

303 ראו, לאחרונה, את פסק דינו של השופט שוחט בתמ"ש (ת"א) 80170/89 סירי נ' סירי (טרם פורסם).

304 ראו סקירת הפסיקה בנושא אצל א' בארי "מתנות בין בני זוג לעת התמוטטות נישואין – פסיקת בית המשפט" מחקרי משפט יא (תשנ"ד) 99.

305 ראו, למשל, את פסק דינו של בית המשפט המחוזי בפרשת זיסרמן, המובא בע"א 384/88 זיסרמן נ' זיסרמן, פ"ד מג(3) 205 (להלן – "פרשת זיסרמן"), 206; וכן את דברי בית המשפט העליון שם, בע' 207–208.

שכמעט כל מתנה בין בני זוג תהיה כפופה לטענת השבה במקרה של פרידה. מכיוון שכך, דגלו בתי המשפט במדיניות משפטית המבקשת לחזק את ספיותן של מתנות על פני התחשבות באומד הדעת של נותן המתנה.³⁰⁶

ככלל, ניתן להבין מדיניות משפטית המבקשת לחזק את ספיותן של מתנות. עם זאת, קשה להתעלם מן התחושה, כי לפחות במקרים שבהם התערערו היחסים ו/או הגירושין בין הצדדים היו ביוזמה ברורה של מקבלי המתנה, ובמיוחד במקרים שבהם הליך הנטישה נעשה תוך הפגנת התנהגות מחפירה³⁰⁷ כלפי הנותן, יש לתת משקל גם לאומד הדעת הסובייקטיבי של מעניק המתנה.³⁰⁸ טלו, למשל, את פרשות זיסרמן³⁰⁹ ופרי³¹⁰.

פרשת זיסרמן עסקה באישה שנתנה לבעלה מחצית מדירה שהייתה בבעלותה שקיבלה במתנה מהוריה. בשלב מסוים, כאשר חלתה האישה והיה חשש לחייה, העניקה לבעלה את הבעלות על מחצית הדירה כדי להבטיח זכויותיו כנגד ילדיהם במקרה שהיא תלך לעולמה. כעבור זמן, החלימה האישה וכעבור זמן נוסף התגלה לה, שבעלה מנהל בסתר רומן מחוץ לנישואין. לאחר מכן נטש הבעל את אשתו, עבר לגור עם אישה אחרת וביקש להתגרש. כמו-כן, הוא תבע את פירוק השיתוף בדירת המגורים. האישה ביקשה, אפוא, לבטל את המתנה בטענה כי הסכם המתנה כלל בחובו תנאי מפסיק לפיו קטיעת חיי הנישואין התקינים והגשת תביעת גירושין מצד הבעל תבאנה לבטלות המתנה. בית המשפט דחה את בקשתה.

פרשת פרי עסקה בבני זוג שהתגוררו בדירה שרכש הבעל לפני הנישואין.³¹¹

306 ראו, למשל, דברי השופט מלץ, שם, בע' 208: "הסקתו של תנאי מפסיק מכללל במתנה בין בני-זוג הייתה הופכת כמעט כל מתנה להדירה, וזאת בניגוד מוחלט לאמור בחוק המתנה, תשכ"ח-1968. הנימוק שמציעה המעצרת להסקת התנאי המפסיק היה תופס באופן עקרוני כמעט בכל הסכם מתנה, וגישה זו אינה מקובלת עלי, אינה רצויה ואינה אפשרית". ראו גם דברי הנשיא שמגר בפרשת פרי, לעיל הערה 301, בפסקה 9 לפסק הדין וכן את ניתוחו של בארי, לעיל הערה 304.

307 שימו לב, שבמקרים שבהם המתנה לא הסתיימה ברישום, קובע סעיף 5(ג) לחוק המתנה במפורש, כי התנהגות מחפירה של מקבל המתנה עשויה להוות בסיס לביטול המתנה. על רקע זה מדגיש הנשיא שמגר בפרשת פרי, שם, בע' 158 כי להתנהגות מחפירה של מקבל המתנה אין השלכה על תוקפה של מתנה שהקנייתה הקניינית הסתיימה.

308 על המשקל הרב שיש לתת לאומד דעתו של נותן המתנה בשל אופייה החד צדדי של עסקה זו, ראו: ברק, לעיל הערה 108, בע' 45-46. מדיניות זו באה לידי ביטוי קיצוני אף יותר בהקשר של צוואות. ראו על כך: א' ברק פרשנות במשפט — פרשנות הצוואה (תשס"א, כך ה') 45-46.

309 פרשת זיסרמן, לעיל הערה 305.

310 פרשת פרי, לעיל הערה 301.

311 כיוון שבני הזוג התחתנו לאחר שנת 1974, הרי שאיזון המשאבים הקבוע בחוק יחסי ממון לא אמור היה לחול על דירה זו במקרה של פקיעת הנישואין. ראו סעיף 5(א)(1) לחוק יחסי ממון. אולם, ראו, לאחרונה, את פרשת אבו רומי, לעיל הערה 178, שבה נפתח פתח לקביעת שיתוף בנכסים מלפני הנישואין גם כאשר מדובר בבני זוג שנישאו לאחר שנת 1974. עם זאת, יש לשים לב לסייגים הקבועים בפרשה זו ולעובדה שבפועל בפרשת אבו רומי, האישה בסופו של דבר לא קיבלה כל חלק בדירת המגורים.

כשנתיים לאחר הנישואין רשם הבעל את הדירה כולה על שם האישה. שנתיים לאחר מכן נפגע הבעל קשה בתאונת דרכים, ולאחר חודשי אשפוז רבים חזר לדירתו עם 100 אחוזי נכות. עם חזרתו, עזבה האישה את הבית, נטלה את בנם ופתחה בהליכי גירושין. חרף עובדות אלה, סירב בית המשפט העליון, בדעת רוב, לקבל את טענת הבעל לפיה העברת הדירה הותנתה בכך ששני בני הזוג יוסיפו לחיות בה. בית המשפט מציג בפסק הדין מדיניות נוקשה לפיה, על מנת להסיק תנאי מפסיק:

“צריך להיות מדובר בעניין שניתן לגלותו תוך בחינה של אומד דעת הצדדים או תוך שמיעת ראיות על דברים שהוחלפו ביניהם בעל-פה או בכתב”³¹².

על רקע הקריטריונים הללו קובע הנשיא שמגר, כי לא הוכח קיומו של תנאי מפסיק במקרה דנן.

בדיונו בפרשת ברקוביץ, עמדנו על כך שגם במקרה זה קשה לטעון כי הצדדים הסכימו במודע על עסקה משפטית המתנה את המתנה בתנאי מפסיק. לאור זאת טענתי, כי בבסיס קריאת התנאי בפסק הדין עמדה הפגיעה הלא מוצדקת באם שנתנה את המתנה. על רקע זה מתעוררת השאלה, האם הפגיעה הקשה באישה בפרשת זיסרמן ובבעל בפרשת פרי³¹³, ונסיבות מתן המתנות בהן – מתן המתנה בזמן מחלתה של האישה מתוך רצון להגן על מעמדו של בעלה כלפי ילדיהם בפרשת זיסרמן, ונטישת הבעל בעקבות אשפוזו בפרשת פרי – לא אמורות היו ליצור מוטיבציה דומה לקריאת תנאי מכללא לתוך החוזה?

לי נדמה, כי הפער בין נחישותו של בית המשפט בפרשת ברקוביץ לבין התנהלותו בפרשות זיסרמן, פרי ובפרשות נוספות שעסקו במתנות בין בני זוג, קשור בחששו של בית המשפט מפני בחינת הנסיבות שבעטיין נפרדו בני הזוג³¹⁴. אכן, גם אם במבט ראשון נראה שהתנהגותם של מר זיסרמן וגברת פרי לא הייתה הגונה, במקרים רבים קיים קושי משמעותי לזהות את הצד האשם בפירוק הקשר שבין הצדדים. יתרה מזו, אפילו בנסיבות הקשות של פרשת פרי איני משוכנע שניתן לתבוע מן האישה מן הבחינה המשפטית, ואולי אף מן הבחינה המוסרית, להישאר נשואה לבעל הנכה. בוודאי ששיטת משפט אזרחית ליברלית אינה נוהגת להתערב ברומנים מהסוג שניהל מר זיסרמן מחוץ לנישואין. אכן, כפי שכבר הוסבר בהרחבה, קיים ספק רב אם

312 עניין פרי, לעיל הערה 301, בע' 164.

313 שימו לב, כי במסגרת העסקה הועברה דירה שעל-פי הקריטריונים הרגילים שייכת לנותן המתנה במלואה.

314 נימוק זה מוזכר כמעט במפורש בפרשת זיסרמן, לעיל הערה 305, בע' 209, שם נאמר כי: “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”.

שיטת משפט אזרחית-מערבית-ליברלית מעוניינת או יכולה לייחס משמעות משפטית להתנהגותם הזוגית של הצדדים זה כלפי זה ו/או להעריך את נסיבות פירוקו של הקשר הזוגי.

לפיכך, מדיניות משפטית שהייתה נכונה לקרוא תניות מכללא המבטלות מתנות במקרים שבהם הקשר בין הצדדים נותק הייתה חייבת להכריע בין שתי אפשרויות בעייתיות:

מחד גיסא, אפשרות לפיה תבוטל המתנה בכל מקרה שבו היחסים בין בני הזוג נותקו ללא קשר לנסיבות הניתוק, יוצרת אי צדק כלפי מקבלי מתנות שנזנחו או ננטשו על-ידי בני זוגם.³¹⁵

מאידך גיסא, התניית הביטול בנסיבות הפרידה הייתה מחייבת את בתי המשפט לחקור ולפשפש ביחסי בני הזוג באופן שאינו משתלב עם האידיאולוגיות המודרניות של גירושין ללא אשמה.

לאור שתי האפשרויות הבעייתיות האלה, העדיפה הפסיקה אפשרות שלישית החוסמת כמעט לחלוטין את האפשרות לבטל מתנות שניתנו בין בני זוג, וזאת גם במקרים שבהם נראה מן הנסיבות שהתנהגות מקבל המתנה לא הייתה ראויה.³¹⁶ במובן זה, עמדת בתי המשפט בסוגיית המתנות תואמת את המדיניות המשתקפת בנושא ביטולם של הסכמים בשל טעויות והטעויות הנוגעים להיבטים האינטימיים של יחסי הצדדים. על ההיגיון שבמדיניות זו מחד גיסא, ועל הקשיים שהיא מעוררת מאידך גיסא, עמדנו בהרחבה בפרק הקודם, בדוננו בפרשת ולנטיין.³¹⁷

(3) התאמת החוזה לשינוי נסיבות

(א) רקע כללי

אחד המאפיינים הבולטים של דיני החוזים הקלאסיים הוא מוחלטות האחריות החוזית. על-פי גישה זו, כאשר מוכנה שיטת משפט לפטור חייב מאחריותו החוזית בשל נסיבות מסכלות היא פוגעת בוודאות החוזית.³¹⁸ בניגוד לגישה הקלאסית, בדיני החוזים המערביים המודרניים קיימת נכונות רבה יותר להפחית את אחריותו של מפר במקרים שבהם ההפרה נבעה מנסיבות מסכלות. במקביל לכך, התפתחו בדיני החוזים המערביים מספר מנגנונים המאפשרים, במקרים מסוימים, להתאים את המחויבות החוזית לנסיבות

315 ע"א 5187/91 מקסימוב נ' מקסימוב, פ"ד מז (3) 177.

316 עם זאת, חשוב לציין, כי לפחות בפרשת פרי, בסופו של דבר, הוחזרה הדירה לבעל, שכן הוכח כי זמן קצר לאחר העברת הדירה במתנה מן הבעל לאישה, נתנה לו האישה ייפוי כוח המסמיך אותו להעביר את הדירה בחזרה על שמו. בית המשפט אפשר לבעל לעשות שימוש בייפוי הכוח, כך שבמקרה זה נמצאה הדרך לסייע לבעל מבלי להתערב ביחסי הצדדים ובנסיבות פרידתם.

317 ראו לעיל פרק ה.3.ג).

318 ראו, למשל: שלו, לעיל הערה 20, בע' 495–499.

משתנות³¹⁹. הנכונות של שיטות משפט לעשות שימוש בכלים המשפטיים הללו עולה, בדרך כלל, ככל שמדובר במערכת חוזית ארוכת טווח, ובמיוחד כאשר מדובר על חוזים המסוגלים "כחוזי יחס".

עד לאחרונה, המשפט הישראלי דבק בנושא זה בגישה הקלאסית. בהתאם לכך, עילת הסיכול, המהווה את המכשיר המשפטי המרכזי להגנה על מי שהפר חוזה בשל שינוי לא צפוי בנסיבות, כמעט שלא יושמה³²⁰. בניגוד לכך, נדמה, כי בשנים האחרונות מסתמנת מגמה שונה המגלה נכונות רבה יותר לקבל טענות של סיכול³²¹. בנוסף לכך, התפתחו במשפט הישראלי כמה כלים משפטיים אלטרנטיביים³²² — כגון: קליטתה של הגנת האשם התורם אל תוך דיני החוזים³²³, דיני תום הלב³²⁴, הפרשנות התכליתית³²⁵ או הסייגים הקבועים בחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה) לאכיפת חוזה — שנעשה בהם, לעתים, שימוש על-מנת לצמצם את אי הצדק שעלול להיגרם מהחלה דווקנית של ההסכם המקורי חרף שינוי הנסיבות³²⁶.

- 319 ראו על כך, בהרחבה, במקורות שצוינו לעיל הערות 75–76 והטקסט לידן.
- 320 ראו על כך לעיל הערה 74 והטקסט לידה. ראו, במיוחד: ע"א 715/78 כץ נ' נצחוני מזרחי, פ"ד ל"ג (3) 639.
- 321 על הצורך במדיניות משפטית חדשה בעניין הסיכול, ראו פסקי הדין של השופט אנגלרד בע"א 5628/99 מרקין נ' יורשת המנוח יהודה משה ז"ל, פ"ד נו(1) 14; ובע"א 6328/97 רגב נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(5) 506, פסקה 19 לפסק הדין. כן ראו את פסיקתו של בית המשפט המחוזי בת.א. (י"ם) 3531/01 בן אבו חברה לבנין נ' מדינת ישראל, תקדין מחוזי 2002(2) 20053.
- 322 ראו, באופן כללי: רונן, לעיל הערה 75, בע' 246–273; רע"א 6072/98 שדמון נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(1) 519 (להלן — "עניין שדמון"), שבו התייחס בית המשפט לאומד דעת דינאמי של הצדדים לחוזה ארוך הטווח (עם זאת, במקרה זה התהפכה ההלכה בדיון נוסף שנערך, לאחרונה, בנושא. ראו: דנ"א 1792/00 מדינת ישראל נ' שדמון, פ"ד נו(5) 643). ראו, באופן כללי, את פסקי הדין שניתנו בישראל העוסקים בשערוך חוזים בשל אינפלציה. ראו על כך לאחרונה מ' גלברד הפרה צפויה (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור לפילוסופיה, אוניברסיטת בר אילן, תשס"א) 182–185. דיון בפסקי דין אלה הוא מעבר להיקפו של המאמר.
- 323 לתשתית העיונית של נושא זה, ראו: פורת, לעיל הערה 20.
- 324 על הקשר בין דיני הסיכול לבין דיני תום הלב, ראו את דבריו היפים של השופט אנגלרד בפרשת רגב, לעיל הערה 321, בפסקה 20 לפסק דינו, לפיהם: "קיימת קירבה רעיונית גדולה בין עקרון הסיכול בנסיבות של שינוי מהותי בתשתית החוזית לבין הדרישה לתום לב בביצוע החוזה (סעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג–1973). מתקשר, העומד על ביצוע דווקני של החוזה, על אף השינוי המהותי שחל בו בשל נסיבות חיצוניות — מתקשר כזה אינו נוהג בתום לב. לכן, למשל, אין לראות התנהגות בתום לב מצד בעל חוזה הדורש מן הצד האחר לקיים את החוזה תמורת המחיר החוזי המקורי, על אף שעלות הביצוע גדלה, בשל אירוע חיצוני חריג, עשרת מונים".
- 325 ראו, למשל: ע"א 554/83 "אתא" חברה לטכסטיל בע"מ נ' עיזבון המנוח זולוטולוב, פ"ד מא(1) 282; וניתוחו של זמיר, לעיל הערה 20, בע' 131–142 את פרשה זו. כן ראו, לאחרונה, את פסק דינו של השופט מצא בפרשת מרקין, לעיל הערה 321; ע"א 4857/02, 5069 מגה טי.וי. ישראל בע"מ נ' אפריקה ישראל להשקעות בע"מ, פ"ד נו(6) 951.
- 326 ראו, למשל, את פסק דינו של השופט ריבלין בפרשת מרקין, שם, ואת פסק דינו של השופט פורת בע"מ (ת"א) 1147/99 מורל נ' מורל, תקדין מחוזי 2000(1) 65535. כן ראו: זמיר, לעיל הערה 20, בע' 52–53; זמיר, לעיל הערה 76, בע' 418 והמקורות המצוינים שם בהערה 779.

(ב) הצורך בגישה דינאמית לחוזה הזוגי

בחלקיו הקודמים של מאמר זה עמדנו על היותו של ההסכם הזוגי חוזה ארוך טווח.³²⁷ בהמשך לכך, ניתחנו את הקושי של בני זוג המתקשרים בהסכם קדם נישואין ו/או בהסכם גירושין לצפות את פני העתיד³²⁸. על רקע זה אני סבור, כי בהקשרים הללו יש מקום לעשות שימוש רחב בכלים חוזיים שנועדו להתמודד עם נסיבות המקשות על אכיפת החוזה ההיסטורי. ואכן, אחד מן המקרים שבהם הפגין המשפט הישראלי נכונות רבה, יחסית להתערבות מאוחרת בתוכן החוזה, עסק בחוזה זוגי. כוונתי היא לפרשת הביציות המופרות של הזוג נחמני³²⁹:

בפרשה זו אחת מההנמקות שבהן נקטו השופטים שתמכו בעמדה לפיה רשאי הבעל להתנגד להמשך תהליך ההפריה הייתה, כי הסכמתו לתהליך אינה תקפה בנסיבות שבהן היחסים בין בני הזוג עורערו. לפחות חלק מן השופטים עיגנו טענה זו בהלכת הסיכול ובדוקטרינות חוזיות נוספות המאפשרות התאמת חוזה לשינוי נסיבות³³⁰. ברם, כפי שכבר הוסבר בהרחבה בדיון בסוגיית השפיטות, בפרשת נחמני היה קיים ספק האם מדובר בכלל על חוזה משפטי. בהתאם לכך, לא ברור שהנכונות של הפסיקה לאפשר השתחררות קלה בפרשה זו משקפת מדיניות כללית יותר, הנכונה להתאים את החוזה הזוגי לשינויים ביחסי הצדדים. נפנה כעת לדון בכמה אבות טיפוס של מקרים שבהם מתעוררות טענות של שינוי נסיבות ונעמוד על עמדת הפסיקה ביחס אליהן.

(ג) הסכמי מזונות והלכת שינוי הנסיבות

הצורך בהתאמת החוזה הזוגי לנסיבות שהתעוררו לאחר כריתתו אומץ על-ידי הפסיקה הישראלית בהקשר להסכמים שעסקו בחיובי מזונות. במסגרת זו נקבע, כי לכל הסכם מזונות, לרבות הסכם שניתן לו תוקף של פסק דין, צמוד תנאי מכללא לפיו שינוי נסיבות מהותי מצדיק התערבות שיפוטית מאוחרת בגובה המזונות. יתרה מזו, מן הפסיקה משתמע, כי הלכה זו תחול, גם אם לא זו הייתה כוונתם של בני הזוג, ולעתים אפילו בניגוד לרצונם המפורש בעת כריתת החוזה³³¹. על רקע זה נקבע בפרשת קם, כי אדם שהתחייב במזונות אשתו ומצב בריאותו הידרדר, יוכל לתבוע באופן עקרוני את הפחתת המזונות³³².

327 ראו לעיל פרק 2.ג.ד).

328 ראו לעיל הערה 79.

329 ראו לעיל הערה 138.

330 ראו, במיוחד, את פסקי הדין של השופט שטרסברג כהן בערעור האזרחי ובדין הנוסף שנערך בפרשת נחמני, לעיל הערה 138.

331 ע"א 442/83 קם נ' קם, פ"ד לח(1) 767, 770-773; רוזן צבי, לעיל הערה 34, בע' 390-394 ובפסקי הדין המובאים אצלו.

332 פרשת קם, שם. יתרה מזו, מתוך עיון במספר פסקי דין נוספים שעסקו בעניין משתמע, כי גם תניה בחוזה השוללת את הלכת שינוי הנסיבות לא תכובד תמיד על-ידי בתי-המשפט. ראו, למשל, לאחרונה: תמ"ש (ת"א) 71263/98 זידנרייס נ' זידנרייס (טרם פורסם).

אין ספק, שתוצאת הלכת קם, משתלבת עם עמדתנו העקרונית התומכת בגישה דינאמית המאפשרת התערבות מאוחרת בתכנם של חוזים זוגיים בשל שינויי נסיבות. ברם, בהיעדרם של דיני חוזים זוגיים בישראל נאלצה הפסיקה לבסס את הלכת שינוי הנסיבות בחוזי המזונות לא על דיני החוזים, אלא על הלכה כללית בדיני המזונות הקובעת שפסק דין למזונות אינו סופי. מעניין זה משתמע, כי כאשר מדובר על חוזה שבו מתחייב אדם לשלם תשלום עיתי למשך תקופה ממושכת, שאינו מסווג משפטית כמזונות³³³, לא תחול הלכת שינוי הנסיבות. על רקע זה קבע בית המשפט בפרשת נוחימוביץ³³⁴, כי התחייבותו של אדם לשלם לכת זוגו מדי חודש סכום מסוים של כסף לאחר גירושיהם מהווה התחייבות חוזית רגילה. לאור זאת נקבע, כי על התחייבות זו לא יחולו דיני המזונות, אלא דיני החוזים. בהיעדרם של דיני חוזים זוגיים, הפעיל בית המשפט על התחייבות זו את הקריטריונים החוזיים הרגילים, ובהתאם לכך סרב להפחית את גובה המזונות, וזאת חרף טענת הבעל כי חלה הרעה משמעותית במצבו הכלכלי ולפיכך אינו יכול לעמוד עוד בהתחייבות שנטל על עצמו³³⁵.

לי נראה, כי המדיניות המשפטית שעל-פיה הוענקה לבית המשפט הסמכות לשנות הסדר חוזי העוסק בתשלומים המוגדרים על-ידי החוק כמזונות, תומכת גם בהענקת סמכות דומה לבתי המשפט הדנים בתשלומים עיתיים דמויי מזונות, שאינם מסווגים כמזונות באופן פורמאלי. ברם, בהיעדרם של דיני חוזים זוגיים, התבססה הפסיקה על ההבחנה המשפטית הפורמאלית. נדמה לי, כי עניין זה מחדד שוב את הצורך בחקיקת דיני חוזים זוגיים שיחילו, בין היתר, הוראות העוסקות בהתאמת חוזים זוגיים מסוגים שונים, כגון: הסכמי קדם נישואין, הסכמי מזונות והסכמי גירושין לנסיבות שהתחוללו לאחר כריתתם. עם זאת אני סבור, כי גם בהיעדרם של דיני חוזים זוגיים על הפסיקה העוסקת בחוזים הזוגיים לעשות שימוש נרחב יותר משנעשה עד היום בכלים החוזיים שפותחו במשפט הישראלי בקשר להתאמתם של חוזים מסחריים ארוכי טווח.

ד) התאמת הסכמי ממון לתנודות בזוגיות
עד כה עסקתי במקרים שבהם הצורך לחרוג מן ההסכם הכתוב קשור בהתרחשותן של נסיבות "חיצוניות". כעת, ברצוני לפנות לסוג אחר של מקרים, שבהם הצורך לחרוג מן ההסכם קשור בשינויים שאירעו במהלך הזמן בהקשר לטיב היחסים הפנימי שבין הצדדים. בהקשר המסחרי מעורר נושא זה מתח בין הגישות הקלאסיות הדבקות, בדרך כלל, בבסיס החוזי ההיסטורי לבין גישות מודרניות יותר, אשר בהשפעה ישירה

333 לפי דיני המשפחה הנהוגים, אין חובה לשלם מזונות אישה לאחר הגירושין.
334 פרשת נוחימוביץ החלה בבית-המשפט המחוזי ובשלב מסוים עברה לבית-המשפט לענייני משפחה. לגלגוליה של הפרשה, ראו: תמ"ש (ת"א) 7930/96 נוחימוביץ נ' נוחימוביץ, תקדין משפחה 97(2) 1.
335 לדחיית טענות בדבר שינוי נסיבות בהקשר של חוזים זוגיים נוספים, ראו: תמ"ש (ת"א) 53941/96 צ'פניק נ' צ'פניק, תקדין משפחה 2001(1) 5.

או עקיפה של תיאוריית חוזי היחס סבורות, כי בסוג זה של מקרים יש להעדיף את הפרקטיקות שהתפתחו בין הצדדים ואת ההבנות המפורשות והסמויות הנלמדות מהתנהגותם, על פני פנייה דווקנית ללשון החוזה. במשפט הישראלי טרם נערך דיון שיטתי בנושא זה, אולם בכמה פסקי דין שניתנו, לאחרונה, על-ידי בתי המשפט ניתן לחוש מגמה של התחשבות בתיאוריות המודרניות הנכונות, במקרים המסוימים, להעניק לחוזה ארוך הטווח משמעות דינאמית.³³⁶

אני סבור, כי מדיניות משפטית המעדיפה פרשנות דינאמית של החוזה על פני דבקות סטטית בחוזה הכתוב מוצדקת במיוחד בהקשר הזוגי. אכן, במקרים רבים, החיים הזוגיים והמשפחתיים מלאי תהפוכות ומשום כך מימוש החוזה ההיסטורי עשוי להיות לא רלוונטי.³³⁷ בנוסף לכך, בניגוד לאנשי עסקים, בני זוג אינם מקבלים באופן שוטף ייעוץ משפטי. לפיכך, אני סבור שהגיוי לצפות מהם כי יעדכנו את ההסדרים המשפטיים שלהם כל אימת שאינם תואמים את מערכת היחסים האמיתית הקיימת ביניהם.

ברם, לפחות בהקשר של הסכמים המסווגים כ"הסכמי ממון", נהגה הפסיקה בדרך הפוכה:

כך, למשל, בפרשת אבידור³³⁸, דן בית המשפט בבני זוג אשר עובר לגירושין שלהם ערכו הסכם, שאושר וקיבל תוקף של פסק-דין.³³⁹ זמן קצר לאחר הגירושין שבו בני הזוג לחיות ביחד ואף נישאו שנית. עובר לנישואין השניים נערך ביניהם הסכם נוסף, אשר לא קיבל אישור בבית המשפט. לאחר שנפרדו בני הזוג ביקשה האישה לממש את הסכם הגירושין והבעל התנגד לכך.

סבורני, כי גישה דינאמית להסכם הזוגי הייתה מכירה בכך שהנישואין המאוחרים הפכו את הסכם הגירושין ללא רלוונטי. בוודאי שההתקשרות בהסכם הנישואין מעידה כי מנקודת המבט של הצדדים הסכם הגירושין לא שיקף עוד את היחסים ביניהם. בניגוד לכך, בית המשפט העליון קיבל את עמדת האישה ונתן תוקף להסכם הגירושין

³³⁶ ראו בנושא את פרשת משען, לעיל הערה 102. כן ראו בנושא זה את טענתה של השופטת דורנר בפרשת שדמון, לעיל הערה 322, לפיה אומד הדעת של הצדדים בחוזה הנו אומד דעת דינאמי. ראו גם את פרשת פזיגו (ע"א 5116/91 מדינת ישראל, משרד האנרגיה והתשתית נ' פזיגו חברה לשיווק בע"מ, פ"ד מז(2) 413), שעסקה במתח בין הוראות החוזה הכתוב לבין הביצוע בפועל. ראו גם ניתוחו המעניין של פרופ' מיגל דויטש (מ' דויטש "דיני חוזים: סקירה והתפתחות" ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"ו (תשנ"ו, א' רוזן צבי עורך) 167. כן ראו, לאחרונה: ע"א 4781/01, 4834 מדינת ישראל נ' סנפיר השקעות בע"מ, תקדין עליון 2003(1) 1, שעסק אף הוא במשמעותו המשפטית של חוזה שלא מומש במשך זמן רב על-ידי הצדדים.

³³⁷ ואכן, לפחות בארצות הברית נמצאו פסקי דין שבהם חרף קיומה של דרישת כתב למדו בתי המשפט מן הנסיבות על זניחת החוזה ההיסטורי (ראו, למשל: *Baxter v. Baxter* 911 P.2d 343 (Ore. App. 1966)).

³³⁸ פרשת אבידור, לעיל הערה 180.

³³⁹ למעשה, נפלה תקלה טכנית בנוסח האישור, אולם בית-המשפט לא ייחס לכך חשיבות.

המקורי. על-פי בית המשפט, הסכם הגירושין הוא הסכם ממון וכיוון שכן, בהתאם להוראות חוק יחסי ממון, שינוי של הסכם כזה מחייב אישור בית המשפט. בהתאם לכך, הוא קבע, שלא הנישואין המאוחרים ולא הסכם הנישואין שוללים את תוקפו של הסכם הגירושין. גישה נוקשה השוללת את האפשרות להוכיח הסכמות והבנות בכתב ובעל-פה, החורגות מן הקבוע בהסכם הממון שאושר, אפיינה גם פסיקות נוספות של בית המשפט העליון.³⁴⁰

הנה כי כן, בניגוד מוחלט לעמדתנו לפיה יש להפעיל על הסכמים זוגיים כלים ייחודיים המאפשרים התערבות מאוחרת בתוכן החוזה, נוקט בית משפט עמדה הפוכה, השוללת את האפשרות להתערב בתוכנם של ההסכמים הללו גם באמצעות כלים חוזיים רגילים. מסתבר, אפוא, כי גם במקרה זה דרישת האישור הקבועה בחוק יחסי ממון, הופכת לאבן נגף המכשילה את האפשרות להסדרה ראויה של הסכמי ממון. בהערת אגב אציין, כי במידה שגישה זו תאומץ גם לגבי הסכמי קדם נישואין, עלולות להיות לכך תוצאות קשות אף יותר: כפי שכבר הסברנו, הנסיבות שבהן נערכים הסכמי קדם נישואין ומצבם הנפשי של המתקשרים בהם מקשים מאוד על יכולתם של המתקשרים לצפות פני עתיד. לאור זאת אני סבור, כי בהיעדרו של הליך אישור מהותי שיקבע שהסכם קדם הנישואין הוגן, פרשנות גמישה להסכמים הללו חיונית במיוחד.

על רקע ביקורתי בנושאים הללו, ברצוני לציין לשבח את פרשת אגברה,³⁴¹ שנקטה בגישה דינאמית חרף הדרישות הפרוצדוראליות הקבועות בחוק יחסי ממון. פרשת אגברה עסקה בבני זוג שהתגרשו לאחר שערכו ביניהם הסכם גירושין. בהסכם התחייב הבעל לשלם מזונות לאישה ולשני ילדיה עד שימלאו להם 21 שנה או עד אשר תינשא מחדש, הכל לפי התאריך המאוחר יותר. לאחר הגירושין, נשא האיש אישה אחרת, אך לאחר מספר חודשים עזב את האישה השנייה ושב לחיות עם גרושתו ללא חופה וקידושין. הבעל דאג לפרנסת הבית, כפי שעשה לפני שהתגרשו. כעבור זמן, לאחר 18 שנים של חיים משותפים, עזב הבעל את הבית והאישה דרשה מזונות מכוח הסכם הגירושין. בית המשפט דחה את תביעת האישה וקיבל את טענת הבעל לפיה התנהגות הצדדים במקרה זה מהווה ביטול מכללא של הסכם הגירושין. בית המשפט הטעים, כי ביטול הסכם ממון, להבדיל משינויו, אינו טעון מסמך בכתב או אישור של בית משפט.

נראה לי, כי הצדדים לקשר הזוגי אינם מודעים בכלל לשאלה, האם התנהגותם הזוגית מהווה שינוי של הסכם ממון או ביטולו. משום כך, ההחלטה אם לסווג את התנהגות הצדדים כשינוי הסכם ממון או כביטולו תלויה ברצונו של בית המשפט. על רקע זה אני סבור, כי החלטת בית המשפט בפרשת אגברה – לסווג את התנהגות

340 ראו, למשל: ע"א 419/84 טוכמינץ נ' כרמל (טוכמינץ), פ"ד לט (1) 287.

341 ראו לעיל הערה 87.

הצדדים כביטול הסכם שאינו טעון אישור בית המשפט, ולא כשינוי שאין לו תוקף ללא אישור זה – היא החלטה מוצדקת הרגישה לצורך להתאים את ההסכם הזוגי למצב היחסים הממשי שבין הצדדים.

ז. תרופות

הדיון בחוזה הזוגי כחוזה ארוך טווח בעל מאפיינים של חוזה יחס עשוי להתקשר לתפיסה רחבה יותר, הרואה בעצם היחסים הזוגיים כחוזה מסוג זה. דיון מעמיק בתפיסה זו ובהשלכות הדרמטיות שעשויות להיות לה על עיצובם של דיני הזוגיות הוא מעבר להיקפו של המאמר הנוכחי. עם זאת, בפרק זה, ברצוני לעסוק בנגזרת מעניינת של תפיסה זו הקשורה בתרופות ובסעדים שראוי לתיתם בעת סיום היחסים הזוגיים.

(1) רקע: חוזים ארוכי טווח ובעיית האופורטוניזם

במקרים רבים, עסקאות ארוכות טווח מוליכות לתלות הדדית בין הצדדים לעסקה. תלות זו מאפשרת לכל צד 'להעניש' את חברו במקרה של הפרת החוזה. כיוון שכך, התלות בין הצדדים מייצרת, למעשה, מנגנון טבעי לאכיפת העסקאות או, למצער, להגנת הצדדים מפני הפרות חד צדדיות. המחקר הכלכלי, ובעיקר הענף המכונה תורת המשחקים, עוסק רבות במנגנון זה³⁴². מדובר במנגנון שמייתר, או למצער, מחליש את הצורך בטכניקות חיצוניות, משפטיות ואחרות, שמטרתן מניעת התנהגות אופורטוניסטית מן הצדדים לחוזה. בניגוד למקרים הללו, ישנם מקרים שבהם דווקא חוזים ארוכי טווח מעודדים אופורטוניזם³⁴³ וחושפים את אחד הצדדים לחוזה לפגיעה. המאפיין את המקרים הללו הוא חוסר סימטריה בין הזמנים שבהם הצדדים לעסקה מבצעים את תפקידם. נוסף על כך, מאפיין את המקרים הללו פער בערך 'השוק' של הנכסים האישיים שצברו הצדדים במהלך הקשר (כגון: הניסיון המקצועי והמוניטין העסקי) ושבהיעדר הסדר משפטי נוגד, יוותרו בבעלות הבלעדית של אחד הצדדים לאחר הפרידה³⁴⁴.

342 ראו, למשל: Y. Ben-Porath "The F Connection : Families, Friends and Firms and the Organization of Exchange" 6 *Population & Dev. J.* (1980) 1, 6–9.

343 לדיון בסיסי בבעיות האופורטוניזם ביחסים המסחריים, ראו גם: O.E. Williamson *Markets and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implications* (New-York, 1975) 26 et seq.; G.R. Shell "Opportunism and Trust in the Negotiation of Commercial Contracts: Towards a New Cause of Action" 44 *Vand. L. Rev.* (1991) 221.

344 לניתוח כלכלי של הדינאמיקה ביחסים ארוכי טווח, לרבות יחסים ארגוניים ארוכי טווח, ראו: D.G. Baird et al. *Game Theory and the Law* (Cambridge, 1998) Ch. 5; O.E. Williamson

(2) היחסים הזוגיים ובעיית האופורטוניזם

בעשורים האחרונים, נערכו כמה מחקרים שבמרכזם ניתוח הדינאמיקה הכלכלית של הנישואין. במחקרים אלה מוצג דפוס הנישואין המסורתי כעסקה ארוכת טווח, שבה אחד הצדדים (בדרך, כלל, האישה) מקבל אחריות לתפקידים הביתיים, בעיקר גידולם של הילדים, (להלן "הצד הביתי") ובתמורה לכך, הצד השני, בדרך כלל הגבר, אחראי לפרנסת המשפחה ולביטחון הכלכלי של הצד השני (להלן: "הצד החיצוני")³⁴⁵. למרות השינויים בשוק העבודה שאירעו במהלך השנים, ובמיוחד חדירתן של נשים לשוק העבודה, עדיין מחקרים סוציו-אקונומיים העוסקים ביחסי גברים ונשים מלמדים, כי עדיין קיימת, במקרים רבים, חלוקת תפקידים מגדרית ברורה בתוך המשפחה³⁴⁶.

"Transaction — Cost Economics: The Governance of Contractual Relations" 22 *J. L. Econ.* (1979) 233; A.B. Cornell "When Two Become One and then Come Undone: An Organizational Approach to Marriage and its Implications for Divorce Law" 26 *Fam. L. Q.* (1992) 103, 107–111; Ben Porath, *supra* note 342; Williamson, *ibid*; Macneil, *supra* note 81. האמור בטקסט מבוסס על הדיון הנרחב במאמרים הללו.

345 ואכן, בעשורים האחרונים נערכו כמה מחקרים שבמרכזם ניתוח זה של הדינאמיקה הכלכלית של הנישואין. המחקר המנחה בנושא הוא, כמובן, של בקר: *G.S. Becker A Treatise on the Family* (Cambridge, 1981) Ch. 2 (מחקרו של בקר הופיע בגרסה מעודכנת, ראו: *G.S. Becker A Treatise on the Family* (Cambridge, Enlarged ed, 1991). מרבית המקורות שיאוזכרו בהערות השוליים הבאות, ממשיכים ומפתחים את הניתוח הבסיסי של מחקר זה.

346 ראשית, דפוס הנישואין המסורתי שבו רק הגבר עובד, שורד מעבר לצפוי. שנית, גם במצבים שבהם שני בני הזוג עובדים בחוץ קיים אי שוויון בדפוסי העבודה. גברים משקיעים יותר שעות בעבודה, מרוויחים שכר גבוה יותר ובעיקר משקיעים זמן מועט יחסית במטלות הביתיות. בניגוד לכך, נשים מועסקות במקרים רבים במשרות חלקיות, משקיעות בממוצע שעות מעטות יותר בעבודה מחוץ לבית, מרוויחות פחות וברוב המקרים עיקר הנטל הביתי נופל על שכמן. לנתונים מדויקים על הבדלים בהשתתפות בשוק העבודה בין גברים לבין נשים במדינות שונות בעולם המערבי, ראו: F. Beggot, J. Antonio & F. Cordon "Demographic Convergence beyond National Differences" *The European Family: The Family Question in the European Community* (D.J. Commaile & F. de Singly [eds.], 1997) 23, 36–39; S.B. Kamerman & A.J. Kahn (eds.) *Family Change and Family Policies in Great Britain, Canada, New Zealand and the United States* (Oxford, 1997) 14–15. לדיון בדפוסי השונים בהתנהגות של גברים ונשים בכל האמור לעבודה, ראו: L. Hantrais "Sociopolitical Regulation of the Family — Work Relationship" *The European Family: The Family Question in the European Community* (D. J. Commaile & F. de Singly [eds.], 1997) 79, 79–83. דומים של המצב בנושאים אלה בארה"ב, ראו: M.C. Regan "Divorce Reform & The Legacy of Gender" 90 *Mich. L. Rev.* (1992) 1453, 1457–1461; Wax, *supra* note 35, at. 519–525. לתיאור מגמות דומות בישראל, ראו חלק II של אסופת המאמרים *Women In Israel* (New Brunswick, Y. Azmon & D.N. Izraeli eds., 1993) 67–183; כן ראו יזרעאלי, לעיל הערה 36; ס' פוגל-ביז'אוי "משפחות בישראל: בין משפחתיות לפוסט-מודרניות" מין מגדר משפט 107 (1999). לנתונים מעודכנים על הנושאים אלה בישראל, ראו: R. Halperin-Kaddari *Women in Israel: A State of their Own* (Philadelphia, 2004).

אני סבור, כי על רקע הדפוסים המגדריים הקיימים, היחסים הזוגיים מעוררים את בעיית האופורטוניזם באופן חריף³⁴⁷:

ראשית, קיים חוסר סימטריה בין המועדים שבהם מבצעים הצדדים את תפקידיהם על-פי החוזה. עיקר תפקידיו של בן הזוג הביתי נעשה עם ראשית הקשר. בשלב זה, בן הזוג הביתי מטפל בילדים קטנים הדורשים השגחה צמודה. ככל שחולף הזמן והילדים גדלים, 'השירותים' שנותן בן הזוג הביתי נדרשים פחות. בניגוד לכך, התמורה שנותן בן הזוג החיצוני עולה במשך הזמן, שכן, באופן טיפוסי, משכורתו של אדם ומעמדו המקצועי עולים עם חלוף השנים³⁴⁸.

שנית, קיים פער בערך השוק של הנכסים שצברו הצדדים במהלך הקשר: בעוד שלכישורים הביתיים ערך שוק נמוך יחסית, לכושר ההשתכרות שנצבר במהלך הנישואין ערך כלכלי רב. בהתאם לאמור, ככל שמתקדם הקשר הזוגי, בן הזוג החיצוני מקבל פחות ונותן יותר. לפיכך, ללא טכניקות הגנה חיצוניות, גדל הפיתוי של בן הזוג 'החיצוני' להתנתק מהקשר הזוגי. התנתקות כזו עלולה להיות הרסנית מאוד עבור בן הזוג הביתי, שיותר ללא נכסים בעלי ערך שוק כלכלי³⁴⁹. בניגוד לכך, התנתקות כזו עשויה להיות רווחית עבור בן הזוג החיצוני, שלא יאלץ יותר להתחלק בהכנסתו עם בן הזוג הקודם³⁵⁰.

על רקע האמור, מובהר היטב ההיגיון הכלכלי של דיני הגירושין המסורתיים, אשר עיצבו את הנישואין כחוזה לא מוגבל בזמן, שהשתחררות ממנו ללא עילה נחשבת כהפרה. עיצוב כזה מונע יוזמה חד צדדית לניתוק הקשר (במקרה של מערכת גירושין המבוססת על אשמה) או, לפחות, ממשיך את המחויבות הכלכלית של הצד המפר (באמצעות דיני ה-alimony)³⁵¹. בכך התמודד הדין המסורתי עם החשש מאופורטוניזם

347 ואכן, היו שהתייחסו לאפשרות ליישם על הנישואין את התובנות הכלכליות העוסקות בבעיית האופורטוניזם. ראו, למשל: Macneil, *supra* note 344, at p. 258; Williamson, *supra* note 344, at p. 721. עוד ראו, ביתר הרחבה: Ben-Porath, *supra* note 342, at p. 12 et seq.

348 ראו על כך: Wax, *supra* note 46, at p. 518; Trebilcock & Keshvani, *supra* note 3, at p. 552–553.

349 לעניין זה השלכות בעייתיות גם על התועלת המצרפית, שכן הוא עלול להוליך בן זוג רציונאלי לא להשקיע בנכסים שאינם ברי מימוש לאחר הפרידה ולא לקחת על עצמו את תפקיד בן הזוג הביתי, וזאת על חשבון הרווחה המצרפית של בני הזוג.

350 ראו על כך: Ellman, *supra* note 48, at pp. 40–48.

351 לניתוח דומה, ראו: M.F. Brinig & J.R. Carbone "The Reliance Interest in Marriage and Divorce," 62 *Tul. L. Rev.* (1988) 855. ראו גם לאחרונה: A.W. Dnes "Application of Economic Analysis to Marital Law: Concerning a Proposal to Reform the Discretionary Approach to the Division, of Marital Assets in England and Wales" 19 *Int. Rev. L. & Econ.* (1999) 533, 535–538.

ודוק: אין לפרש את האמור בטקסט כטענה היסטורית, קרי: דיני המזונות המסורתיים פעלו בהתאם לקודים חוזיים. אכן, רכיבים רבים בדיני הזוגיות המסורתיים, למשל, ההתבססות המוחלטת על צורך כקריטריון של דיני המזונות וההיבט המגדרי הקובע כי רק גברים חייבים

ותרם להגשמתה של העסקה הכלכלית הגלומה בנישואין. בניגוד לכך, מסיבות רבות שעל חלקן עמדנו בדוננו באידיאולוגיה המודרנית, התומכת במודל המודרני של גירושין ללא אשמה, מרבית שיטות המשפט המודרניות מעצבות את הנישואין המודרניים כחווה הניתן להתרה מיידית. משום כך, הדין המודרני אינו מגביל את היכולת לדרוש גירושין ואינו מתייחס ליוזם הגירושין כמפר של חווה הנישואין המחויב בפיצוי על הפרה זו. על רקע זה ברור, כי דיני הזוגיות המודרניים מעוררים חשש חמור להתנהגות אופורטוניסטית.

יש הסבורים, כי החשש מפני אופורטוניזם תומך במהפכה נגדית שבמסגרתה תוגבל האפשרות ליוזמה חד צדדית של גירושין או, למצער, היוזם יחשב כמפר המחויב בפיצוי כלפי הנפגע.³⁵² הצעות אלה מעוררות, באופן טבעי, קושי רב לאוחזים בהשקפת עולם ליברלית, הנרתעים מחזרה למערכת המבוססת על אשמה. על רקע זה, מתהווה צורת חשיבה נוספת, הממוקדת בהגנה כלכלית על בן הזוג הביתי בשיטת משפט המבוססת על מודל גירושין ללא אשמה.³⁵³ סוג אחד של הצעות ממוקד ביחסי הרכוש בין בני הזוג והוא עוסק בצורך בהגדרה רחבה של נכסים הניתנים לחלוקה בעת הגירושין, אשר תכלול לא רק נכסים ממשיים, אלא גם את ההון האנושי שצברו הצדדים במהלך הקשר (כגון: רישיונות, תעודות וכושר השתכרות באופן כללי).³⁵⁴ דיון נורמטיבי בשאלת ההתייחסות להון האנושי כנכס בר חלוקה לעת גירושין הוא מעבר להיקפו של המאמר הנוכחי ואני עוסק בו בהרחבה במאמרים אחרים.³⁵⁵ בקצרה אציין, כי במישור הפוזיטיבי, רעיון זה מעורר התנגדות רבה הקשורה, לדעתי, לאיום הגלום בו על האופי האינדיבידואליסטי של דיני המשפחה המודרנית. מכל מקום, לפחות בשלב זה, הוא לא נקלט בעולם המשפט המערבי.

ברם, גם המתנגדים להכרה בהון האנושי כנכס בר חלוקה מודעים, בכל זאת, לצורך בהגנה כלכלית על בן הזוג הביתי. לפיכך, יש הסבורים כי מתן פיצוי לבן הזוג הביתי, שכושר ההשתכרות שלו נפגע במהלך הנישואין באמצעות תשלום עיתי דמוי מזונות, עשוי לפתור את בעיית האופורטוניזם, וזאת גם אם מתן הפיצוי לא יותנה בבחינת

במזונות, אינם משתלבים עם חשיבה חזונית. יש להתייחס אל האמור בטקסט כטענה נורמטיבית, קרי: ניתן לבנות מערכת דיני מזונות המבוססת על אשמה בהתאם לעקרונות חזוניים. במערכת כזו אשמה תהווה, למעשה, את המקבילה להפרה בחשיבה החזונית המקובלת.

352 לטעון זה ראו, למשל: M.F. Brinig & S.M. Crafton "Marriage and Opportunism" 23 *J. of Legal Stud.* (1994) 869; M. Zelder "The Economic Analysis of the Effect of No-Fault Divorce Law on the Divorce rate" 16 *Harv. J. L. & Pub. Pol'y* (1993) 241; A.M. Parkman "Reforming Divorce Reform" 41 *Santa Clara L. Rev.* (2001) 389. עוד ראו: Dnes, *ibid*; L. Cohen "Marriage, Divorce and Quasi Rents; or 'I Gave Him the Best Years of My Life'" 61 *J. Legal Stud.* (1987) 267.

353 להצגת קו חשיבה זה ולניתוחו, ראו, בהרחבה: ליפשיץ, לעיל הערה 4 פרק יב חלק 4, סעיף א.

354 לתמיכה במהלך זה, ראו: Dagan & Frantz, *supra* note 127.

355 ראו ליפשיץ, לעיל הערה 23.

אשמם של הצדדים בפירוק הקשר. הצעה מקיפה ברוח זו הועלתה בעבר על-ידי פרופ' Ira Ellman³⁵⁶, והיא אומצה לאחרונה על-ידי ה-American Law Institution (להלן – "ALI")³⁵⁷. בחלק הבא אציע טכניקה משפטית, שבאמצעותה ניתן יהיה לבסס במשפט הישראלי את ההצעות לפיצוי בן הזוג הביתי על הפסדי הקריירה שלו, על כלים אזרחיים השאובים מדיני החוזים ארוכי הטווח.

3) הבסיס האזרחי לחובת מזונות בין בני זוג לאחר פרידה

א) הפתרונות המשפטיים לבעיית האופורטוניזם בהקשר המסחרי: דוגמת היצרן והמפיץ מסתבר, כי בכמה הקשרים מסחריים פותחו מספר פתרונות משפטיים לבעיית האופורטוניזם, וזאת גם כאשר מדובר על מקרים שבהם אכיפת החוזה אינה אופציה ראויה. דוגמא מייצגת היא יחסי יצרן-מפיץ בלעדי.

חוזה אופייני בין יצרן למפיץ קובע, כי המפיץ מקבל רישיון בלעדי להפיץ את מוצרו של יצרן ואת חלוקת הרווחים שבין הצדדים. כמו במקרה של נישואין, גם בהקשר של יחסי יצרן-מפיץ קיים פער זמנים בין התועלות הכלכליות שמפיקים הצדדים מהעסקה.

בשלב הראשון של הקשר, עיקר התועלת מופק על-ידי היצרן. לפחות כאשר מדובר במוצר חדש, היצרן זקוק למפיץ על-מנת שיפרסם את המוצר, יחדיר אותו לשוק ויקים בעבורו תשתית ארגונית. התועלת הכלכלית המופקת על-ידי המפיץ בשלב זה נמוכה יותר והעלות של החדרת המוצר לשוק היא גבוהה, בעוד, שמטבע הדברים, ההכנסות בשלב הראשון מועטות יחסית.

בניגוד לכך, בשלב השני של הקשר עיקר התועלת מופק על-ידי המפיץ. היצרן, שהתשתית למוצר שלו כבר הוכנה, מקבל בשלב זה, לכל היותר, שירותי 'תחזוק'.

בניגוד לכך, המפיץ בשלב זה אמור לקצור את פירות ההשקעה מן השלב הראשון. יחסי יצרן-מפיץ מעוררים, אם כן, באופן חריף את בעיית האופורטוניזם: במבנה העסקה גלום החשש כי לאחר השלב הראשון יעדיף היצרן להתנער מן העסקה ולפנות למפיץ אחר אשר יבצע את פעולת התחזוק בעד אחוזים נמוכים. במקרה של הפסקה חד צדדית של הקשר, פירות העסקה לא יחולקו באופן שוויוני: היצרן יישאר עם המוצר אשר בשלב זה כבר חדר לשוק, ואילו ציפיותיו של המפיץ להחזיר את השקעתו ואף להרוויח מן העסקה בכללותה, תיפגענה:

באופן מסורתי, הכלל המשפטי הבסיסי העוסק ביחסים ארוכי טווח קבע כי בהיעדר הסכם נוגד, ברירת המחדל הנה כי כל צד יכול לנתק את היחסים הללו באופן מוחלט

356 Ellman, *supra* note 48.

357 ALI, *supra* note 17.

וחד צדדי³⁵⁸. כלל זה העניק, למעשה, גיבוי משפטי ליצרן אשר מן הסיבות שנותחו לעיל, ינתק את הקשר. יתרה מזו, הרתיעה של בתי המשפט מאכיפת הסכמים ארוכי טווח, הדורשים שיתוף פעולה בין הצדדים³⁵⁹ מוליכה לכך כי אפילו הגנה חוזית אינה מונעת לחלוטין את החשיפה של הספק להתנהגות אופורטוניסטית³⁶⁰.

לפיכך, בתחום יחסי יצרן ומפיץ פיתחו שיטות משפט רבות דוקטרינות שנועדו לפתור את בעיית האופורטוניזם. סוג אחד של פתרונות עוסק בהרחבת תקופת המעבר שבין ההודעה על הרצון לסיים את היחסים לבין ניתוקם בפועל (להלן – "הרחבת חובת ההודעה"). סוג אחר של פתרונות, אשר התבסס על שילוב בין דיני החוזים לבין דיני עשיית עושר שלא במשפט, מאפשר ניתוק חד צדדי של הקשר. ברם, במקביל לכך הוא דורש מן היצרן לפצות את המפיץ על ההפסדים שנגרמו לו מן הניתוק המוקדם של היחסים (להלן: "חובת פיצוי"). בנוסף לכך, במקרים מסוימים, נכונים בתי המשפט לדרוש מן הצדדים להמשיך ולהתחלק ברווחים הנובעים ממכירת המוצר גם לאחר שהמפיץ סיים את פעולתו (להלן – "חלוקת רווחים לאחר הפירוד")³⁶¹. לפחות חלק מהדוקטרינות הללו נקלטו בשנים האחרונות במשפט הישראלי, תוך שימוש בדיני החוזים ובדיני עשיית עושר שלא במשפט³⁶².

358 שלו, לעיל הערה 20, בע' 323–324; ע"א 355/89 עיזבון המנוח ניקולא חיאנווי ז"ל נ' מבשלת שיכר לאומית בע"מ, פ"ד מו(2) 70, 76 (להלן – "עניין חיאנווי").

359 ראו בישראל סעיף 2(3) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה); עניין חיאנווי, שם.
360 לניתוח הבעיות הכלכליות הגלומות ביחסי יצרן-מפיץ והקושי של דיני החוזים הרגילים להתמודד עמן, ראו: Macneil, *supra* note 81, at pp. 876–883. לביקורת דומה בקשר למשפט הצרפתי המסורתי, ראו: T.E. Carbonneau "Exclusive Distributorship Agreements in French Law" 28 ICLQ (1979) 91.

361 על הפתרונות הללו בארצות הקונטיננט, ראו פסק דינה של השופטת נתניהו בע"א 442/85 משה זוהר ושות' נ' מעבדות טרכנול (ישראל) בע"מ, פ"ד מד(3) 661 (להלן – "עניין זוהר"). לניצני הפתרונות הללו בארצות הברית, ראו: Macneil, *ibid*. להתמודדות של מדינות שונות באירופה, ראו סקירת המצב המשפטי בעניינים האלה המובאת אצל: R. Zimmermann & S. Whittaker (eds.) *Good Faith in European Contract Law* (Cambridge, 2000) 532–556. עם זאת, שימו לב, כי לצד מדינות כגון: גרמניה, יוון ולאחרונה בהיבטים מסוימים גם צרפת, המגנות על המפיץ בעניינים הללו, במדינות אירופאיות אחרות המפיץ עודנו חשוף להתנהגות אופורטוניסטית מצד היצרן. מעניין, שבניגוד לחשיפה המסורתית של המפיץ לפיטורין חד צדדיים, מעמדם של הסוכן המסחרי ושל הסוכנות המסחרית (Commercial Agency) מוגן כבר זמן רב בחקיקה של ארצות הקונטיננט. על כך ראו: ר' בן אוליאל "הסוכנות המסחרית (Commercial Agency) במבט השוואתי – הצורך בהסדר חקיקתי" הפרקליט מ (תשנ"א) 67.
362 לאימוצם (החלקי) של הפתרונות הללו על-ידי בתי המשפט בישראל, ראו: עניין זוהר, שם. לניתוח מקיף של פסק דין זה, ראו: מ' דויטש "על 'גנים' משפטיים והתחרות בין דיני חוזים לדיני עשיית עושר" עיוני משפט יח (תשנ"ד) 557; עניין חיאנווי, לעיל הערה 358; ע"א 2850/99 בן חמו נ' טנא נוגה בע"מ, פ"ד נד(4) 849; ע"א 9099/96 ידיעות אחרונות בע"מ נ' פירסטנבורג, תקדין עליון 99(3) 973.

(ב) היישום להקשר הזוגי

האנלוגיה בין הפתרונות שכבר פותחו בתחום יחסי יצרן-מפיק לבין הרפורמות הנדרשות בתחום היחסים הזוגיים מאלפת: הרחבת חובת ההודעה בתחום יחסי יצרן-מפיק, משמעותה, למעשה, הרחבת תקופת ההמתנה בין הדרישה לגירושין לבין הגירושין. הדרישה לפצות את המפיק על הפסדיו, תואמת במידה רבה נוסחה שהציע בעבר אירה אלמן (Ira Ellman) כבסיס לדיני המזונות המודרניים.

עם זאת, אני סבור, כי האנלוגיה בין יחסי יצרן-מפיק לבין דיני הזוגיות חושפת גם מגבלה בהצעתו של אלמן ובעקרונות ה-ALI המבוססות עליה: אלמן מסתפק בפיצוי בן הזוג ה'ביתי' על ההפסדים שנגרמו לקריירה שלו. הוא לא מוכן לאפשר לבן הזוג ה'ביתי' להתחלק ברווחים (במשכורת העתידית) של בן הזוג החיצוני. בניגוד לכך, בתי המשפט בתחום יחסי יצרן ומפיק נכונים, במקרים המתאימים, לאפשר למפיק לקבל חלק גם מן הרווחים העתידיים. ואכן, סוג זה של פתרון נראה כמגשים טוב יותר את העסקה הכלכלית המשוערת בין הצדדים. הן בן הזוג ה'ביתי', במקרה של היחסים הזוגיים; והן המפיק, במקרה של היחסים המסחריים, נושאים בסיכון כי למרות השקעתם, העסקה תיכשל. לפיכך, הגיוני שהם יצפו שהתמורה להשקעה לא תתמצה בהחזר הפסדים, אלא גם בחלקים מן הרווחים. דיני הזוגיות הקיימים והצעותיו של אלמן אינם מגשימים ציפייה זו³⁶³. בניגוד לכך, הפתרונות המסתמנים בתחום יחסי יצרן-מפיק³⁶⁴, מגשימים טוב יותר את ההיגיון הכלכלי של העסקה³⁶⁵. על רקע זה אני סבור, כי גם בתחום היחסים הזוגיים, יש מקום לחובת מזונות אזורית, שתבוסס על חלוקת הכנסותיהם של הצדדים במשך תקופה מסוימת לאחר הגירושין. בנקודה זו ברצוני להדגיש, כי במשפט האמריקאי, המוסד של alimony (מזונות לאחר גירושין) היה נפוץ מאוד בעבר וגם כיום הוא מוכר במדינות רבות. על רקע

363 לביקורת דומה על אלמן (אף כי ללא התבססות על הפתרונות הקיימים בתחום המסחרי), ראו: H. H. Kay "Beyond No Fault: New Directions in Divorce Reform" in *Divorce Reform at the Crossroads* (New Haven, S. D. Sugarman & H.H. Kay eds., 1990) 6. מעניין לשים לב, שהתיקון שקיי מציעה הוא לאפשר לאישה שהפסידה כושר השתכרות לקבל פיצוי גם כאשר בסופו של חשבון כושר ההשתכרות של בעלה לא עלה במהלך הקשר. במילים אחרות, קיי מציעה שהאישה תקבל החזר על ההפסדים וזאת בלי קשר לרווח שצמח או לא צמח לבן זוגה. בניגוד לכך, הצעתי היא לאפשר לאישה להרוויח מעליית כושר ההשתכרות של הבעל ולא רק לקבל החזר על ההפסדים שנגרמו לה. בניגוד לכך, איני סבור שהאישה זכאית לפיצוי על הפסדים כאשר בפועל כושר ההשתכרות לא עלה במהלך הקשר. נדמה לי, כי הצעתי זו משתלבת טוב יותר עם היבט השיתוף (לרבות שיתוף הגורל) שבנישואין.

364 עם זאת, יש הסבורים, כי גם בתחום היחסים שבין יצרן וספק יש להסתפק בפיצוי על ההפסדים ואין לקבוע חלוקה ברווחים. ראו, למשל: דויטש, לעיל הערה 362.

365 אולם, השוו: Trebilcock & Keshvani, *supra* note 3, המציעים אנלוגיה בין חובת המזונות בעקבות הנישואין לבין עסקת ביטוח. על-פי האנלוגיה, במקרה של הצלחה, קרי: אי גירושין, אכן יזכה הצד הביתי להשתתף ברווחים עם הצד החיצוני. בניגוד לכך, במקרה שבו יקרה האירוע הביטוחי (גירושין), משמעות הביטוח היא פיצוי על הפסדים אך לא שותפות ברווחים.

זה, ההצעות לתשלום פיצוי עיתי לאחר הגירושין – גם אם הרציונל שבבסיס שונה באופן מהותי מחובת ה-alimony המסורתית – השתלבו במידה רבה במסורת משפטית קיימת. בניגוד לכך, במשפט הישראלי, דיני המזונות מבוססים על הדין הדתי, שלפחות במקרה של בני זוג יהודים אינו מכיר בהמשך חובת מזונות בין בני הזוג לאחר הגירושין. על רקע זה מתעוררת השאלה, האם ניתן יהיה לפתח בישראל בכלים אזרחיים מענה לבעיית האופורטוניזם. לי נראה, כי למרות שבמבט ראשון מהלך מסוג זה עלול להיראות כנגיסה של המשפט האזרחי בתחומים המסורים לדין הדתי, האנלוגיה ליחסי יצרן ומפיץ מחדדת את העובדה שמדובר בסעד אזרחי שכדאי וראוי להתוות דרכים לאימוצו גם במשפט הישראלי.

ח. על כפות המנעול

לאחר שהכנתו של מחקר זה נשלמה התבררנו על שתי התפתחויות מעניינות שאירעו במשפט הישראלי.

התפתחות אחת קשורה לפסיקת בית המשפט העליון בפרשת פלונית נ' פלוני³⁶⁶. בפרשה זו, שעסקה בחובת המזונות החלה בין מי שנישאו בנישואים אזרחיים בקפריסין ונפרדו, הותיר בית המשפט את שאלת תוקפם האזרחי של הנישואים בקפריסין ב-"צריך עיון". למרות זאת, עוגנה חובת המזונות על קונסטרקציות הסכמיות ועל עקרונות יסוד משפטיים, כגון: עקרון השוויון ועקרון תום הלב. אמנם, בית המשפט בחר שלא להעמיק בפרטיה של חובת המזונות בין הנישואים בנישואים אזרחיים (כגון: היקפה, משכה, טענות ההגנה כלפיה וכיוצא באלה) ומשום כך נושאים רבים הקשורים בעניין נותרו עמומים. עם זאת, פסק דין זה ישמש, ודאי, נקודת מוצא לכל דיון עתידי בעניין. במובן זה, נדמה שהעדפת בית המשפט שלא לדון בסטטוס המשפטי של בני הזוג והתמקדותו בהיבטים החוזיים של יחסיהם, משתלבת היטב עם התפיסות החוזיות של הנישואין שבפרק הקודם עמדנו על הפוטנציאל הגלום בהן לפיתוח אפיקים חדשים בדיני הזוגיות.

התפתחות אחרת קשורה בסיום עבודה של הוועדה העוסקת בקודיפיקציה של המשפט האזרחי בישראל ובהתארגנות לקראת חקיקת חוק דיני ממונות בישראל. מסתבר, כי למרות שינויים משמעותיים שנערכו בתחומים שונים במשפט האזרחי, נמנעה הוועדה מלעסוק בנושא החוזה הזוגי. על כן, הסדרת חוזה זה תמשיך להתבסס, לפחות באופן רשמי, על חוק יחסי ממון ועל דיני החוזים הכלליים. מהדיון במחקר זה ברור, כי מדובר בהחמצה ואני מקווה שתימצא הזדמנות לתקנה.

366 רע"א 8256/99 פלונית נ' פלוני, פדאור (טרם פורסם) (7)03.822.