

על עלייתו ונפילתו של כושר ההשתכרות בדיני המשפחה במשפט הישראלי – סקירה והצעות לתיקון במסגרת הדין המצוי

יוסף מנדלסון*, עירית רייך-זיו**

מאמר זה הוא המשך של רשימה קודמת שפרסמנו בשנת 2014 בנוגע לאופן הראוי של איזון נכסים מורכבים (הכוללים יסודות של סיכון, אי-ודאות וקשיי סחירות) על פי חוק יחסי ממון בין בני זוג, התשל"ג-1973. באותה רשימה התייחסנו – בין שאר הנכסים – גם לכושר ההשתכרות, והצענו מנגנון לאיזונו במסגרת איזון המשאבים בין בני זוג.¹ המאמר מבקש להתמודד עם המחלוקת הקיימת בפסיקה ובספרות ביחס למהותו של כושר ההשתכרות במסגרת דיני המשפחה ולאופן הבאתו בחשבון במסגרת איזון המשאבים – אם יש להתייחס אליו כאל נכס שיש לאזן בשוויון בין בני הזוג לפי סעיף 5(א) לחוק יחסי ממון בין בני זוג (גישת הנכס) או כאל שיקול לסטייה מאיזון משאבים שוויוני לפי סעיף 8(2) לחוק יחסי ממון בין בני זוג (גישת השיקול). הטענה המרכזית העומדת ביסוד המאמר היא כי יש לראות בכושר ההשתכרות נכס בר איזון, וזאת בניגוד לגישה הרווחת כיום. המאמר כולל סקירה של השיקולים השונים המצדיקים את גישת הנכס, תוך התמודדות עם

* עורך דין, מייסד משרד עורכי הדין יוסף מנדלסון ושות'; מרצה לדיני משפחה ולדיני ירושה באוניברסיטת תל אביב ובאוניברסיטת רייכמן.

** עורכת דין, שותפה במשרד עורכי הדין יוסף מנדלסון ושות'; מרצה לדיני משפחה ולדיני ירושה במרכז האקדמי פרס.

תודתנו נתונה לחברנו היקר עו"ד רוברט ליכט פטרן על הערותיו המעולות והחשובות לטיוטת המאמר, וכן לעורכות הדין טלי ניצן, שיר אדלמן, הדר שהרבני, תמר אביצור ורוני ביבס על סיוען באיתור פסיקה ובחיפושים משפטיים בשלבים שונים של כתיבת המאמר. כמו כן אנו מודים לחברי מערכת **משפט ועסקים** על הערות מצוינות, שסייעו לנו בשיפור המאמר מבחינת תוכנו ועריכתו, ולעורך הלשוני גיא פרמינגר על הערותיו החשובות ועל עבודתו המקצועית והמעולה שהשביחה את המאמר.

1 יוסף מנדלסון ועירית רייך-זיו "לכפות את השיתוף בדרך לפירוד" **עורך הדין** 24, 114 (2014).

טיעוני המתנגדים לה, אשר מצדדים בגישת השיקול ובגישות נוספות שהתפתחו בפסיקה ובספרות.
 כמו כן כולל המאמר הצעות למחשבה מחודשת על אודות תנאים ושיקולים שהתפתחו עם השנים בפסיקה בקשר לסוגיית כושר ההשתכרות. בשולי המאמר חזרנו על המנגנון שהוצע במסגרת הרשימה שפרסמנו בעבר, בתוספת שינויים ושכלולים שהוספנו לו עם השנים מתוך הניסיון והעיסוק בפרקטיקה של דיני המשפחה.

פתח דבר

- פרק א: הכרת המשפט הישראלי ביכולת השתכרות כנכס
 פרק ב: השינוי בגישתם של בתי המשפט לכושר השתכרות במסגרת דיני המשפחה
 פרק ג: שינוי החוק והגישות השונות שהתפתחו בפסיקה בעקבותיו
 פרק ד: הנימוקים המצדיקים את אימוץ גישת הנכס
1. התחרות בין הגישות באספקלריה של הגנה על עקרונות יסוד וזכויות יסוד
 - (א) התחרות בין גישת השיקול לגישת הנכס באספקלריה של שוויון וצדק
 - (1) שוויון וצדק במישור המהותי
 - (2) שוויון וצדק במישור הדיוני
 - (ב) התחרות בין הגישות באספקלריה של זכות הקניין החוקתית
 - (1) דיון בטענה כי הגישות המתחרות לגישת הנכס פוגעות בזכותו הקניינית של בעל כושר ההשתכרות הפחות
 - (2) הרהורים בדבר הדין הרצוי והגנה על זכות הקניין בהינתן הדין המצוי – גישת הנכס מול גישת צמצום פערי ההכנסות
 2. איזון בין ודאות משפטית לבין גמישות ושיקול דעת שיפוטי
 - (א) הצורך בכלל תחולה ברור (שאלת ההיקף) והחשש מתחולת יתר ומתחולת חסר
 - (1) המשמעות המעשית של כלל תחולה גמיש (גמישות בשאלת ההיקף)
 - (2) התמודדות עם החשש מתחולת יתר ומתחולת חסר
 - (ב) אי-הוודאות והקשיים הקשורים להערכת שוויו של כושר השתכרות (שאלת האופן)
 3. שיקולים של הרמוניה משפטית
 4. לשון החוק וכוונת המחוקק
- פרק ה: הרהורים בדבר התנאים והשיקולים שנקבעו בפסיקה ביחס לאיזון כושר ההשתכרות
1. הפער הנדרש בין יכולות ההשתכרות של בני הזוג

משפט ועסקים לא, תשפ"ה על עלייתו ונפילתו של כושר ההשתכרות בדיני המשפחה

2. הקרבה וויתור – האם הם רכיב רלוונטי?
 3. אורך הקשר הזוגי – האם הוא רכיב רלוונטי כתנאי סף?
 4. כישרון אישי וכושר השתכרות שנצבר לפני הנישואים – האם הם רכיבים רלוונטיים בכל הנסיבות? או מה בין כושר השתכרות לשיתוף ספציפי?
- פרק ו: הדרך הראויה לאיזון כושר ההשתכרות – הצעה לפתרון מעשי במסגרת הדין המצוי
- סיכום

פתח דבר

כושר השתכרות הוכר במשפט הישראלי כנכס (במסגרת דיני הנזיקין) כבר בשנות השמונים של המאה העשרים.² למרות זאת נטו בתי המשפט לא להכיר בכושר השתכרות כנכס במסגרת דיני המשפחה.³ המשמעות המעשית של תפיסה זו היא שבמסגרת החלוקה או האיזון של הרכוש המשפחתי בעת פרדה של בני זוג התעלמו בתי המשפט מהכנסות ורווחים מעבודה, מיגיעה אישית,⁴ ממשלח יד או ממוניטין אישי⁵ (להלן ביחד: הכנסות מכושר השתכרות) שנוצרו לאחר סיום החיים

2 ראו ע"א 237/80 **ברששת נ' האשאש**, פ"ד לו(1) 298, 281 (1981); ע"א 357/80 **נעים נ' ברדה**, פ"ד לו(3) 762, 786–787 (1982); ע"א 773/81 **עייבון פרייליך נ' מדינת ישראל**, פ"ד לו(4) 816, 829–830 (1982). כן ראו אהרן ברק "הערכת הפיצויים בנזקי גוף: דין הנזיקין המצוי והרצוי" **עיוני משפט** ט 243, 257 (1983).

3 ראו ת"א (מחוזי ת"א) 257/90 **גוזנר נ' גוזנר**, פ"מ התשנ"ז(2) 399, פס' 14 (1997). ערעור על פסק הדין נדחה בע"א 3394/97 **גוזנר נ' גוזנר** (אר"ש 18.11.1998) ללא דיון לגופם של דברים. ראו גם המ' (מחוזי חי') 32045/96 **הגואל נ' הגואל** 2–3 (נבו 16.3.1997); ת"א (מחוזי י-ם) 415/94 **פלונית נ' פלוני**, פס' 19 (נבו 9.2.1999); מ"א (מחוזי חי') 623/91 **רום נ' רום**, פס' 33 (נבו 3.7.1994); תמ"ש (משפחה י-ם) 5704/01 **ר"א נ' א"א** 7–13 (נבו 4.12.2003); תמ"ש (משפחה חי') 5860/99 **פלונית נ' פלוני**, פס' 13 (נבו 22.12.2003); ת"א (מחוזי י-ם) 701/95 **ברגר נ' ברגר**, פס' 10–18 (נבו 11.9.2000).

4 בשימוש במונח "יגיעה אישית" כוונתנו למובנו המילולי הפשוט של המונח, ולא להגדרתו המשפטית הרחבה לפי ס' 1 לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש].

5 בשימוש במונח "מוניטין אישי" כוונתנו לחלק במוניטין האישי שהוא נכס הטבוע באדם עצמו ושאינו סחיר, דהיינו, להבדיל ממוניטין עסקי ולהבדיל מפירותיו של המוניטין האישי הנחשבים נכסים סחירים. על ההבחנה בין מוניטין עסקי לבין מוניטין אישי הטבוע באדם ראו ע"א 5118/13 **נסים נ' פקיד שומה גוש דן**, פס' 5 ר"ב (אר"ש 24.12.2015). על ההבחנה בין אי-סחירותו של מוניטין אישי בשל אי-היכולת לנתקו מבעליו לבין סחירות פירותיו של מוניטין אישי (כגון תיק לקוחות) הניתנים להעברה ולמכירה ראו ע"א 5321/98 **אינוסט אימפקס בע"מ נ' פקיד שומה תל-אביב** 1, פ"ד נח(2) 241, 250 (2003); ע"א 7493/98 **שרון נ' פקיד שומה – יחידה ארצית לשומה**,

המשותפים, וזאת גם כאשר אלה נבעו מכושר השתכרות, מוניטין אישי או נכסי קריירה לא מוחשיים ולא סחירים (להלן ביחד: כושר השתכרות) שנצברו באופן מלא או חלקי במהלך החיים המשותפים.⁶ מצב משפטי זה גרם אי-שוויון ועוול, ועורר ביקורות רבות.⁷ עם השנים הלכו ביקורות אלו וגברו,⁸ עד שלבסוף, בשנת 2007, שונתה ההלכה, ובית המשפט העליון הכיר בכושר השתכרות כחלק מנכסי המשפחה וקבע כי יש לאזנו במקרה של פרדה כחלק מהחלוקה או האזון של הרכוש המשפחתי.⁹

כשנה לאחר מכן, בשנת 2008, חוקק חוק יחסי ממון בין בני זוג (תיקון מס' 4) (להלן: תיקון מס' 4 או תיקון החוק).¹⁰ בעקבות תיקון החוק נוצרה אי-בהירות באשר למהותו של כושר ההשתכרות, ובספרות ובפסיקה התפתחו גישות שונות, ביניהן שתיים עיקריות – גישת הנכס וגישת השיקול.¹¹

ודוק, סעיף 5(א) לחוק יחסי ממון בין בני זוג, התשל"ג-1973 (להלן: חוק יחסי ממון או החוק) קובע כי איזון המשאבים יבוצע ביחס ל"כלל נכסי בני הזוג", למעט נכסים הנגרעים מהאיזון לפי סעיפים 5(א)–(1)–5(א)–(3) לחוק,¹² ולרבות "זכויות עתידיות לפנסיה, פיצויי פרישה, קרנות השתלמות, קופות תגמולים וחסכוניות" לפי סעיף 5(ג) לחוק (להלן ביחד: נכסי האיזון). בדיקת היקפם של נכסי האיזון נעשית לפי מצבת הנכסים של בני הזוג נכון למועד איזון המשאבים (להלן: מועד האיזון).¹³ המחלוקת

פס' 5 (אר"ש 15.12.2003); ע"א 3136/17 פקיד שומה רמלה נ' פליינג קרגו בע"מ, סיפה של פס' 42 (אר"ש 20.3.2019).

6 על ההבחנה בין כושר השתכרות, מוניטין אישי ונכסי קריירה, ועל השימוש במונחים אלו בפסיקה ובספרות בתחום דיני המשפחה באופן מבובל ולא מותאם, ראו גלי רון "על 'מוניטין אישי', נכסי קריירה", כושר השתכרות וכל מה שביניהם" 5–6 (נבו 2012).

7 ראו אריאל רוזן-צבי דיני המשפחה בישראל: בין קודש לחול 497 (1990) (להלן: רוזן-צבי בין קודש לחול); אריאל רוזן-צבי יחסי ממון בין בני זוג 18–19 (התשמ"ב); יוסף מנדלסון "יחסי ממון בין בני-זוג" מעמד האשה בחברה ובמשפט 437 (פרנסס רדאי, כרמל שלו ומיכל ליבן-קובי עורכות 1995).

8 ראו שחר ליפשיץ "על נכסי עבר, על נכסי עתיד ועל הפילוסופיה של חזקת השיתוף" משפטים לד 627, 733–729 (2004) (להלן: ליפשיץ "על נכסי עבר ונכסי עתיד"); חנוך דגן קניין על פרשת דרכים 475–482 (2005).

9 בע"מ 4623/04 פלוני נ' פלונית, פ"ד סב(3) 66 (2007).

10 חוק יחסי ממון בין בני זוג (תיקון מס' 4), התשס"ט-2008, ס"ח 18.

11 ראו להלן ה"ש 44–48 והטקסט המפנה אליהן.

12 דהיינו, נכסים שהיו לבני הזוג ערב הנישואים או שהתקבלו במתנה או בירושה במהלך הנישואים, גמלה מביטוח לאומי, תשלומים בגין נזק גוף או מוות ונכסים שבני הזוג הסכימו בכתב כי לא יאוזנו.

13 להרחבה על מועד איזון המשאבים, המכונה גם "מועד הקרע", ראו נסים שלם יחסי ממון ורכוש: הדין והפסיקה כרך ראשון 245–249 (מהדורה שנייה מעודכנת ומורחבת 2019); דג"ץ 8537/18 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים, פס' 39–40 לפסק הדין של השופט מינץ (אר"ש 24.6.2021); בג"ץ 4602/13 פלונית נ' בית הדין הרבני האזורי בחיפה, פס' 2–3 לפסק הדין של השופט מינץ (אר"ש 18.11.2018); בג"ץ 2642/08 פלונית נ' כב' בית הדין הרבני הגדול לערעורים

המרכזית שהתעוררה סביב מהותו של כושר ההשתכרות נגעה בשאלה אם כושר השתכרות הוא חלק מנכסי האיוון שיש לאזן בשוויון לפי סעיף 5 לחוק יחסי ממון או שמא מדובר בשיקול לחלוקת נכסי האיוון באופן לא שוויוני לפי סעיף 8(2) לחוק. לפי **גישת הנכס**, תיקון מס' 4 לא שינה את ההלכה, ויש להמשיך לראות את כושר ההשתכרות כחלק מנכסי האיוון. לפי **גישת השיקול**, לעומת זאת, תיקון החוק שינה את המצב המשפטי, כך שאין עוד לראות את כושר ההשתכרות כחלק מנכסי האיוון, אלא ניתן לראות בו, בנסיבות מיוחדות, שיקול לחלוקה לא שוויונית של נכסי האיוון. המחלוקת טרם הוכרעה בבית המשפט העליון, אולם הגישה הרווחת והבולטת בפסיקה דהיום היא גישת השיקול.¹⁴

הטענה המרכזית העומדת ביסוד המאמר היא כי בניגוד למגמה הרווחת כיום, גישת הנכס היא הגישה הראויה. במסגרת הדיון בטענה זו נציג את השיקולים המצדיקים את גישת הנכס ונתמודד עם נימוקיהם של המתנגדים לה, תוך התייחסות (בין השאר) לערכים של שוויון וצדק (דיוניים ומהותיים), לזכות הקניין החוקתית, לדין הרצוי אל מול הדין המצוי, ולחשיבותה של ודאות משפטית (לצורך מניעת התדיינות יתר) אל מול חשיבותו של שיקול הדעת השיפוטי (לצורך יצירת צדק קונקרטי ומניעת עוול). כמו כן נבחן במאמר את פרשנותו הראויה של תיקון מס' 4 בהתייחס לכוונת המחוקק, ובמסגרת זו נסקור את ההיסטוריה החקיקתית של התיקון.

בהמשך המאמר נעסוק בהתפתחויות נוספות שחלו בפסיקה בהקשר של הסדרת פערים בכושר ההשתכרות, אשר מחייבות לשיטתנו מחשבה מחודשת. במסגרת זו נעסוק ברכיבים ותנאים שונים שהתפתחו בפסיקה, ביניהם הפער הנדרש בין כושר ההשתכרות של בני הזוג; רכיב ההקרבה ורכיב אורך הקשר הזוגי, שנקבעו כתנאי להתחשבות בכושר השתכרות; ושאלת הפרדתם של הכישרון האישי וכושר ההשתכרות שנצבר לפני הקשר הזוגי מפערי ההשתכרות (ובהקשר זה נציע התבוננות מחודשת על השילוב של סוגיית כושר ההשתכרות עם הלכת השיתוף הספציפי).

בשולי המאמר נחזור על הצעה שכבר העלינו בעבר, במסגרת רשימה קודמת שפרסמנו בשנת 2014, למנגנון לאיוון כושר השתכרות שמביא בחשבון את כלל הרכיבים הרלוונטיים הנדרשים לשקלול במסגרת האיוון ואשר יוצר ודאות ומסייע בסיום סכסוכים בהסכמה.¹⁵ מנגנון זה שימש את לקוחותינו בעשרות מקרים (הן במסגרת הסכמי ממון הן במסגרת הסכמי גירושים) והקל עליהם את הסדרת הסוגיה של כושר ההשתכרות בהסכמה ובאופן יעיל, נוח והוגן. לנוכח חשיבות הדברים ולנוכח הניסיון הרב שצברנו בשימוש במנגנון ובפיתוחו עם השנים, ראינו לנכון לסיים את המאמר בחזרה על המנגנון שהצענו בזמנו, תוך התייחסות לפיתוחים ושינויים שהוספו לו עם השנים.

בירושלים, פס' 12–13 (אר"ש 8.4.2008); רמ"ש (מחוזי חי') 51249-10-21 מ"י נ' כ"י, פס' 19–20 (אר"ש 15.11.2021).

14 ראו ההפניות להלן בה"ש 45. ראו גם שלם, לעיל ה"ש 13, בעמ' 32 ו-43.

15 מנדלסון ורייך-זיו "לכפות את השיתוף בדרך לפירוד", לעיל ה"ש 1, בעמ' 119–120.

פרק א: הכרת המשפט הישראלי ביכולת השתכרות כנס

יכולתו העתידית של הפרט להשתכר הוכרה כאמור במשפט הישראלי – במסגרת דיני הנזיקין – כנס השייך לבעליו.¹⁶ נכס זה מכונה "כושר השתכרות", והוא נתפס כנס העומד בפני עצמו – באופן נפרד מבעליו – וזאת הגם שמדובר בנס לא סחיר הטבוע באדם עצמו.¹⁷

לנוכח הכרת דיני הנזיקין במשפט הישראלי בכושר השתכרות כנס, הוכרה אף הזכות לפיצוי במקרה של עוולה שבעטייה נגרם נזק לכושר השתכרותו של הפרט.¹⁸ ודוק, בניגוד לזכות לפיצוי במקרים של נזק לתוחלת החיים או נזק מסוג כאב וסבל, הנחשבים נזקים לא ממוניים, הזכות לפיצוי במקרה של פגיעה בכושר ההשתכרות הוכרה כראש נזק ממוני הניתן לשומה (על אף הקשיים הטמונים בכך).¹⁹ כך גם הכירו דיני פשיטת הרגל בחובה החלה על פושט רגל להעמיד את כושר השתכרותו – כמו את כל יתר נכסיו – לטובת הנושים, ולמצותו בתום לב. בהקשר של דיני הנזיקין בשילוב דיני פשיטת הרגל אף נקבע כי עוולה שבעטייה נגרם נזק לכושר השתכרותו של פושט רגל נחשבת עוולה שגרמה נזק לנכסיו, ולפיכך הזכות להגיש תביעה בגינה מוקנית לנאמן.²⁰ ההצדקה להכרה בכושר השתכרותו של הפרט כנס העומד בפני עצמו (בנפרד מבעליו) מבוססת על אפשרותו של הפרט לנצל את כושר השתכרותו ולהפיק ממנו ערך כלכלי.²¹ ודוק, כושר ההשתכרות הוא אומנם נכס אישי לא סחיר הטבוע בבעליו, ומבחינה מעשית אי-אפשר לעשות בו כל דיספוזיציה (דהיינו, אי-אפשר למכור, לשעבדו, להשכירו וכיוצא בזה), אך עדיין מדובר בנס שניתן לניצול על ידי בעליו

16 ראו ההפניות לעיל בה"ש 2 וכן ע"א 140/00 עיזבון אטינגר נ' החברה לשיקום ופיתוח הרובע היהודי בעיר העתיקה בירושלים בע"מ, פ"ד נח(4) 486, 517–518 ו-548 (2004) (להלן: עניין אטינגר); ע"א 10064/02 "מגדל" חברה לביטוח בע"מ נ' אבו חנא, פ"ד ס(3) 13, 27 (2005) (להלן: עניין מגדל); אהרן ברק מבחר כתבים כרך ב 1226 (חיים ה' כהן ויצחק זמיר עורכים 2000).

17 ע"א 2706/11 SYBIL GERMANY PUBLIC CO. LIMITED נ' הרמטיק נאמנות (1975) בע"מ, פס' 80 לפסק הדין של השופט מלצר (אר"ש 4.9.2015). להרחבה ראו רונן דליהו "מודל מעשי לזיהוי, לחישוב ולחלוקה של 'כושר הרווחיות האנושי' שנצבר במשך חיי נישואים" 3–9 (נבו 2014).

18 ראו עניין ברששת, לעיל ה"ש 2, בעמ' 298; עניין נעים, לעיל ה"ש 2, בעמ' 786; עניין אטינגר, לעיל ה"ש 16, בעמ' 506; עניין מגדל, לעיל ה"ש 16, בעמ' 27.

19 ראו ע"א 354/79 מעין נ' ממרם, ניהול, תכנון, פיתוח בע"מ, פ"ד לה(1) 77, 79–81 (1980); ע"א 432/80 שושן נ' אוטוקרס חברה בע"מ (בפירוק), פ"ד לז(1) 178, 183–187 (1983); ע"א 327/81 ברמלי נ' חפוז, פ"ד לח(3) 580, 586–587 (1984); עניין מגדל, לעיל ה"ש 16, בעמ' 25–26.

20 ע"א 10217/16 ב.ת.ב. – בניני תעשיה באר-שבע בע"מ נ' ג'ינר, פס' 34, 36, 38 ו-40 לפסק הדין של השופטת וילנר (אר"ש 17.1.2019). דיון נוסף שהוגש על ע"א 10217/16 נדחה בדנ"א 1996/19 קוגן נ' ב.ת.ב. – בניני תעשיה באר-שבע בע"מ (אר"ש 11.1.2021), תוך שבית המשפט העליון חוזר על ההלכה שנקבעה בע"א 10217/16.

21 עניין ברששת, לעיל ה"ש 2, בעמ' 298.

משפט ועסקים לא, תשפ"ה על עלייתו ונפילתו של כושר ההשתכרות בדיני המשפחה

לצורך הפקת רווח או ערך כלכלי אחר. ההחלטה אם לנצל את כושר ההשתכרות ולהפיק ממנו ערך כלכלי אם לאו מצויה אומנם בשיקול דעתו הבלעדי של בעל כושר ההשתכרות, אך תנאי זה אינו מפחית מהערך הכלכלי של הנכס ומבעלותו הקניינית של בעל כושר ההשתכרות בנכס זה.²²

פרק ב: השינוי בגישתם של בתי המשפט לכושר ההשתכרות במסגרת דיני המשפחה

על פי דיני המשפחה, נכסים הנצברים במהלך הנישואים (למעט חריגים שונים) מובאים בחשבון במסגרת חלוקתו או איזונו של הרכוש בין בני הזוג בעת פירוק הזוגיות.²³ לנוכח הכרת המשפט הישראלי בכושר ההשתכרות כנכס השייך לבעליו, היה מצופה כי אף במסגרת דיני המשפחה יובא בחשבון כושר ההשתכרות של בני הזוג – שנצבר במהלך החיים המשותפים – במסגרת חלוקתו או איזונו של הרכוש המשפחתי בעת פירוק הזוגיות. אלא שבעבר נטו בתי המשפט לא להכיר בכושר ההשתכרות כנכס במסגרת דיני המשפחה. הסירוב לכך התבסס על טענות ושיקולים שונים, ביניהם הטענה כי התייחסות לכושר ההשתכרות כאל נכס במסגרת דיני המשפחה משמעותה שעבוד אנושי; הטענה כי בן הזוג בעל כושר ההשתכרות הפחות כבר נהנה מכושר ההשתכרות של בן זוגו במהלך החיים המשותפים (לרבות מהרכוש שנצבר באמצעות כושר ההשתכרות במהלך החיים המשותפים ואשר מחולק או מאוזן בשוויון); הטענה כי המאמץ הנדרש לאחר סיום החיים המשותפים הוא הרכיב המשמעותי במימוש הערך הכלכלי שטמון בכושר ההשתכרות שנצבר במהלך החיים המשותפים (משום שבלעדיו אין לכושר ההשתכרות כל משמעות כלכלית); שיקולים הנוגעים בקשיים בקביעת שווי הנכס ובאיזונו; שיקולים הנוגעים באי-הוודאות החלה באשר למימוש הנכס בפועל בעתיד, וכיוצא בהם.²⁴

כבר במהלך שנות התשעים נמתחו על גישה זו ביקורות באקדמיה ובפרקטיקה. בין השאר נטען כי היא גורמת עוול ואי-שוויון. עוול משמעותי במיוחד עשוי להיווצר

22 ראו שחר ליפשיץ **השיתוף הזוגי** 268–269 (2016); דליהו, לעיל ה"ש 17, בעמ' 3–9; רון, לעיל ה"ש 6, בעמ' 5–7.

23 לפי המשטר של הלכת השיתוף – לגבי בני זוג שנישאו לפני שנת 1974 ולגבי ידועים בציבור; ולפי המשטר של איזון משאבים בהתאם לחוק יחסי ממון – לגבי בני זוג שנישאו בשנת 1974 או לאחריה (זאת, בהתאם להוראות ס' 14 ו-19 לחוק יחסי ממון, הקובעות את תחולתו ביחס לבני זוג שנישאו החל ביום 1 בינואר 1974).

24 לטענות ולשיקולים השונים שהועלו בפסיקה ראו ההפניות לעיל בה"ש 3. לסקירה נוספת ראו ליפשיץ "על נכסי עבר ונכסי עתיד", לעיל ה"ש 8, בעמ' 729–740; ליפשיץ **השיתוף הזוגי**, לעיל ה"ש 22, בעמ' 280; רון, לעיל ה"ש 6, בעמ' 6; דליהו, לעיל ה"ש 17, בעמ' 10–14 ו-29–35; דגן, לעיל ה"ש 8, בעמ' 477.

בנסיבות שבהן בני הזוג לא צברו רכוש (או לא צברו רכוש משמעותי) במהלך החיים המשותפים, ובעקבות זאת אחד מבני הזוג נותר לאחר פירוק הזוגיות ללא כל יכולה כלכלית או הגנה כלכלית.²⁵ עם השנים הלכו ביקורות אלו והתעצמו, ואף נטען כי גישה זו מובילה למיסוד של אי-שוויון מגדרי.²⁶

בעקבות ביקורות אלו החל להסתמן שינוי בפסיקותיהם של בתי המשפט לענייני משפחה ובתי המשפט המחוזיים.²⁷ "סנונית" ראשונה לקראת שינוי הלכתי הופיעה באמרת אגב של השופט רובינשטיין בבע"מ 5879/04, שניתן בשנת 2004.²⁸ במרכזו של אותו עניין עמדה השאלה אם מוניטין אישי הוא נכס בר איזון. השופט רובינשטיין אומנם דחה את בקשת רשות הערעור לנוכח הנסיבות באותו עניין,²⁹ אך החלטתו כללה אמרת אגב זהירה – אך ברורה – כי יסודות ההגינות והצדק מחייבים להביא בחשבון במסגרת איזון או חלוקה של נכסי המשפחה אף מוניטין אישי שנצבר במהלך החיים המשותפים.³⁰

הסוגיה הוכרעה באופן סופי בשנת 2007 במסגרת בע"מ 4623/04.³¹ באותו עניין נקבעה הלכה חדשה המכירה בכושר השתכרות כנכס גם במסגרת דיני המשפחה, ובהתאם לכך נקבע כי הכלל הוא שיש להחיל את הלכת השיתוף ביחס לכושר השתכרות:

"כושר השתכרות הוא נכס השייך לאדם... הוא היכולת לעשות וליצור דבר-מה בעל ערך אובייקטיבי... הלכת השיתוף מורה אותנו כי בני זוג המקיימים חיי זוגיות תקינים – נכס שרכשו במאמץ משותף חזקה שהוא שייך לשניהם בחלקים שווים... אין אנו רואים טעם של ממש מדוע – על דרך הכלל – לא להחיל את ההגינות הגלום בחזקה זו גם על ההנאה מ'נכסי קריירה'".³²

בע"מ 4623/04 עוסק בבני זוג שנישאו בשנת 1971, ולפיכך המשטר הרכושי שחל עליהם הוא הלכת השיתוף. עם זאת, ביחס לסוגיה המרכזית-העקרונית של הגדרת כושר

25 ראו ההפניות לעיל בה"ש 7.

26 ראו ההפניות לעיל בה"ש 8.

27 ראו, למשל, ע"מ (מחוזי ת"א) 1033/03 ע' נ' ל', פס' יז (נבו 19.4.2004); תמ"ש (משפחה ת"א) 12790/95 פריימן נ' פריימן 16 (נבו 4.9.2002); תמ"ש (משפחה י-ם) 24461/01 ג"מ נ' ג"א, פ"מ התשס"ג(3) 577, פס' 33–50 (2003); תמ"ש (משפחה ת"א) 37181/97 ל"ט נ' ע"ט, פ"מ התשס"א 577, פס' 66–80 (2002); תמ"ש (משפחה ת"א) 79591/98 פלונית נ' פלוני, פס' 13 (תקדין 1.5.2000); תמ"ש (משפחה ת"א) 70030/98 א"ט נ' ל"ט, פס' 10 (נבו 19.1.2000).

28 בע"מ 5879/04 פלוני נ' פלונית, פ"ד נט(1) 193 (2004).

29 באותו עניין נקבע מבחינה עובדתית כי ההתפתחות המקצועית של בת הזוג במהלך החיים המשותפים אינה בגדר התפתחות משמעותית המצדיקה התייחסות אליה כאל נכס. שם, בעמ' 195.

30 שם, בעמ' 196–198.

31 בע"מ 4623/04, לעיל ה"ש 9.

32 שם, בפס' 12–13 לפסק הדין של המשנה לנשיאה ריבלין (ההדגשה הוספה).

השתכרות כנכס במסגרת דיני המשפחה אין שוני בין המשטר של הלכת השיתוף לבין המשטר של איזון משאבים, וזו התפיסה המקובלת בפסיקה.³³ מסקנה זו מתבקשת אף לנוכח פסק דינו של השופט רובינשטיין בבע"ם 5879/04 (שעסק כאמור באיזון משאבים על פי חוק יחסי ממון),³⁴ אשר שימש חיזוק ומשענת לנימוקי ההכרעה בבע"ם 4623/04.³⁵ בבע"ם 4623/04 אף נקבע כי השיטה המתאימה לחלוקת כושר השתכרות לפי הלכת השיתוף דומה לשיטה הגלומה בהסדר איזון המשאבים שבחוק יחסי ממון – באמצעות איזון הפערים בין בני הזוג.³⁶

מעבר לקביעה העקרונית כי כושר השתכרות הוא נכס, התייחס המשנה לנשיאה ריבלין (שכתב את פסק הדין העיקרי) לשתי סוגיות נוספות: קביעת שווי הנכס ואופן חלוקתו (בתשלומים עיתיים או בתשלום חד-פעמי). **ביחס לקביעת שווי הנכס** הביע המשנה לנשיאה ריבלין את עמדתו כי במסגרת זו יש להביא בחשבון גורמים שונים, כגון ההשתכרות המעשית המבטאת מימוש של כושר ההשתכרות, כישרון אישי, כושר ההשתכרות שנצבר לפני הקשר, כושר השתכרות שנצבר לאחר שהקשר הגיע לסיומו, משך תקופת הקשר, גיליהם של בני הזוג, אופן השתכרותם של בני הזוג, השכלתם של בני הזוג, הניסיון והמוניטין שנצברו במהלך הקשר הזוגי, ומרכיב הוויתור שעשה כל אחד מבני הזוג עבור בן הזוג האחר.³⁷ **ביחס לאופן חלוקת הנכס** הביע המשנה לנשיאה ריבלין את עמדתו כי יש עדיפות לתשלום חד-פעמי על תשלומים עיתיים.³⁸ ראוי לשים לב שיש הבדל משמעותי בין קביעתו העקרונית והנחרצת של המשנה לנשיאה ריבלין כי כושר השתכרות הוא נכס במסגרת דיני המשפחה³⁹ לבין עמדותיו ביחס לאופן הערכת שווי הנכס וחלוקתו, שהובעו באופן זהיר, מבלי לקבוע מסמרות.⁴⁰

33 ראו, למשל, עמ"ש (מחוזי מר') 56634-06-20 **פלוגי נ' פלוגי**, פס' 58 (אר"ש 15.2.2021); תלה"ם (משפחה ת"א) 39096-01-20 **ד"ש נ' ש"ש**, פס' 11 (אר"ש 3.3.2021); תמ"ש (משפחה י-ם) 12651/06 **פ"מ נ' פמ"מ** 11-10 (נבו 13.11.2008); תמ"ש (משפחה י-ם) 1933/09 **אג"א נ' יג"א** 18 (נבו 9.2.2010); תלה"ם (משפחה חד') 65349-09-19 **פלוגי נ' פלוגי**, פס' 26 (אר"ש 3.10.2021); תמ"ש (משפחה י-ם) 11768-12-10 **ר"נ נ' ג"נ**, פס' 32 (נבו 13.1.2013); תמ"ש (משפחה אשד') 4797/03 **האשה נ' האיש** 13 (נבו 4.11.2014); תמ"ש (משפחה ת"א) 12453/05 **ג"א נ' ג"א**, פס' 45 (נבו 24.8.2009); תמ"ש (משפחה י-ם) 21342/04 **א"ש נ' ד"ש** 42 (נבו 24.6.2008). לעמדה דומה ראו גם רון, לעיל ה"ש 6, בעמ' 14.

34 בע"ם 5879/04, לעיל ה"ש 28, בפס' ג(4)–ג(6).

35 בע"ם 4623/04, לעיל ה"ש 9, בפס' 20 לפסק הדין של המשנה לנשיאה ריבלין ובפס' א ו-ג לפסק הדין של השופט רובינשטיין.

36 שם, בפס' 21 לפסק הדין של המשנה לנשיאה ריבלין.

37 שם, בפס' 22 לפסק הדין של המשנה לנשיאה ריבלין.

38 שם, בפס' 24–26 לפסק הדין של המשנה לנשיאה ריבלין.

39 שם, בפס' 12, 16 ו-21 לפסק הדין של המשנה לנשיאה ריבלין.

40 כך הבהיר המשנה לנשיאה ריבלין ביחס להערכת שווי הנכס ואופן חלוקתו: "כללי החלוקה והאיזון ייקבעו ממקרה למקרה. טוב לה להלכה שתתפתח עקב בצד אגודל... שומת תשלומי האיזון תיעשה ממקרה למקרה, וניתן להניח כי תתגבשנה במהלך הזמן אמות מידה שתסייענה בהערכת התשלום"

גם השופט רובינשטיין (שתמך בדעתו של המשנה לנשיאה ריבלין) הבהיר בפסק דינו כי בשלב זה מוכרעת רק הסוגיה העקרונית כי יש להכיר בכושר השתכרות כנכס במסגרת דיני המשפחה, ואילו ביחס לשומת הנכס ואופן התשלום יש להותיר את המשך עיצוב הפתרון "לימים יבואו ולפיתוח 'עקב בצד אגודל'".⁴¹

אומנם, חלק מן הגורמים שאליהם התייחס המשנה לנשיאה ריבלין בפסק דינו (ביחס לשווי הנכס ולחלוקתו) אינם רלוונטיים, לתפיסתנו, למשטר של איזון משאבים, והם מצריכים בהקשר זה מחשבה נוספת (לפירוט ראו פרק ה להלן). אך בהקשרים אלו ממילא כאמור הובאו הדברים בזהירות ומבלי לקבוע מסמרות, וההלכה שנקבעה היא כאמור רק ביחס לסוגיה העקרונית של הגדרת כושר ההשתכרות כנכס במסגרת דיני המשפחה, ובעניין זה הדברים יפים ונכונים אף ביחס למשטר של איזון משאבים.

לא בכדי נזהר בית המשפט העליון מקביעת מסמרות באשר לאופן הערכת השווי של כושר השתכרות ובאשר לאופן איזונו. ודוק, מעבר לקשיים בהערכת שווי הנכס הנובעים ממאפייניו הייחודיים (בהיותו נכס מופשט הטבוע באדם), בהקשר של דיני המשפחה קיימים שני קשיים נוספים המכבידים את מלאכת הערכת שווי של כושר השתכרות: האחד, קושי הנובע מאי־הוודאות באשר להיקף מימושו בפועל של הנכס בעתיד (בשל נסיבות שונות שבשליטתו או שאינן בשליטתו של בעל כושר ההשתכרות, כגון מוות, פציעה או מחלה, פיטורים, הסבת מקצוע, פרישה מוקדמת וכיוצא באלה); והאחר, קושי הנובע מכך שמימוש הנכס – הכנסות מכושר השתכרות לאחר סיום החיים המשותפים – הן "רכוש כלאיים" המורכב מנכס משותף (כושר השתכרות שנצבר במהלך החיים המשותפים) ומנכסים נפרדים (כישרון אישי, עבודה לאחר סיום החיים המשותפים הנדרשת לשם מימוש הנכס, ולעיתים גם כושר השתכרות שנצבר לפני תחילת החיים המשותפים או לאחר סיום החיים המשותפים), שההפרדה ביניהם אינה ברורה.⁴²

(שם, בפס' 22 לפסק הדין של המשנה לנשיאה ריבלין). וכך הוא הבהיר ביחס לשיטת החלוקה: "שאלת אופן התשלום היא שאלה כבדת משקל... ישנם טעמים לכאן ולכאן... אנו סבורים כי, על דרך הכלל וככל שהדבר אפשרי ומועיל, עדיפה שיטת התשלום החד־פעמי... אולם אין לקבוע מסמרות. ראוי לה להלכה שתפתח ממקרה למקרה, ויהיו בוודאי נסיבות שבהן תשלומים עיתיים יתאימו יותר" (שם, בפס' 24–25 לפסק הדין של המשנה לנשיאה ריבלין).

41 שם, בפס' ג לפסק הדין של השופט רובינשטיין.

42 על היותו של כושר ההשתכרות נכס כלאיים, המערבב נכסים בני איזון ונכסים נפרדים, ראו בע"מ 4623/04, לעיל ה"ש 9, בפס' 22 לפסק הדין של המשנה לנשיאה ריבלין; עמ"ש (מחוזי חי') 64867-06-20 **פלונית נ' אלמוני**, פס' 346, 446 ו-46 (אר"ש 11.5.2021); עמ"ש (מחוזי חי') 23249-09-19 **ג"ק נ' ר"ק**, פס' 54 (אר"ש 19.10.2020); תמ"ש (משפחה ב"ש) 9727-06-10 **ש"ס נ' ש"י**, פס' 34 (נבו 3.7.2012); תמ"ש (משפחה י-ם) 3640/10 **א"ב נ' צ"ב**, פס' 63, 69 ו-76 (נבו 15.5.2012); תמ"ש (משפחה ראשל"צ) 29971-10-11 **מ"ש נ' ד"ד** 10 (נבו 28.2.2017); תמ"ש (משפחה ב"ש) 55103-05-11 **א"א נ' י"א**, פס' 29 (נבו 28.12.2012); תלה"ם (משפחה חי') 38473-12-20 **אלמונית נ' פלוני**, פס' 97 (אר"ש 18.8.2024); תמ"ש (משפחה ת"א) 47769-01-12 **פלונית נ' אלמוני**, פס' 17 (נבו 26.8.2014); תמ"ש (משפחה חי') 6960/05 **ש"ס נ' א"ס**, פס' 21 (נבו 4.3.2012); תמ"ש (משפחה חי') 5577-03-09 **ס"ס נ' ס"מ** 16–17 (נבו 19.10.2011); תלה"ם (משפחה ב"ש)

פרק ג: שינוי החוק והגישות השונות שהתפתחו בפסיקה בעקבותיו

בשלהי שנת 2008, כשנה לאחר שניתן בע"מ 4623/04, נחקק תיקון מס' 4 לחוק יחסי ממון. מדובר בתיקון רחב שכלל שינויים רבים ומשמעותיים בהסדר איזון המשאבים שבחוק יחסי ממון. מטרתו העיקרית של תיקון החוק הייתה הסדרת תקלה שנפלה בנוסחו המקורי של החוק באשר למועד האיזון, וסוגיית כושר ההשתכרות הוסדרה במסגרת התיקון כעניין אגבי ושולי (לפירוט ראו תת-פרק ד4 להלן).

לענייננו רלוונטיים שני סעיפים לתיקון החוק: סעיף 2(2) וסעיף 6. במסגרת סעיף 2(2) לתיקון מס' 4 הוסף לחוק יחסי ממון סעיף 5(ג), הכולל הבהרה כי "זכויות עתידיות לפנסיה, פיצויי פרישה, קרנות השתלמות, קופות תגמולים וחסכונות" הם חלק מנכסי האיזון. מדובר למעשה באשרור של הלכות בית המשפט העליון אשר הכירו בנכסי קריירה "מוחשיים" כנכסים בני איזון.⁴³ לעומת זאת, אין במסגרת סעיף 2(2) לתיקון החוק אשרור להלכה שנקבעה בבע"מ 4623/04, דהיינו, אין בסעיף 5(ג) שהוסף לחוק יחסי ממון שום התייחסות לכושר ההשתכרות.

במסגרת סעיף 6 לתיקון מס' 4 הוסיף המחוקק הבהרה לסעיף 8(2) לחוק יחסי ממון – אשר מקנה לערכאת השיפוט שיקול דעת לסטות (בנסיבות מיוחדות) מאיזון המשאבים בשוויון – כי השימוש בו ייעשה "בהתחשב, בין השאר, בנכסים עתידיים, לרבות בכושר ההשתכרות של כל אחד מבני הזוג". דהיינו, המחוקק לא התעלם מההלכה שנקבעה בבע"מ 4623/04, אלא התייחס אליה במסגרת השיקולים שערכאת השיפוט רשאית להביא בחשבון לצורך איזון לא שוויוני בהתקיים נסיבות מיוחדות. בעקבות תיקון החוק נוצרה בפסיקה אי-בהירות באשר למהותו של כושר ההשתכרות במסגרת איזון המשאבים לפי חוק יחסי ממון, ובספרות ובפסיקה התפתחו שתי גישות עיקריות:⁴⁴

- **גישת השיקול** – לפי גישה זו, תיקון מס' 4 מהווה שינוי חקיקתי של ההלכה שנקבעה בבע"מ 4623/04. דהיינו, בעקבות התיקון לחוק, כושר ההשתכרות אינו מהווה עוד חלק מנכסי האיזון, וההתייחסות אליו במסגרת איזון המשאבים יכולה להיעשות לכל

22-01-55839 ע"א נ' א"א, פס' 47, 52 ו-58 (נבו 25.8.2025); ליפשיץ **השיתוף הזוגי**, לעיל ה"ש 22, בעמ' 271–273; ליפשיץ "על נכסי עבר ונכסי עתיד", לעיל ה"ש 8, בעמ' 737–738; שלם, לעיל ה"ש 13, בעמ' 58.

43 ראו בג"ץ 4178/04 **פלוגית נ' בית הדין הרבני לערעורים**, פ"ד סב(1) 235, פס' 12 (2006); בג"ץ 7716/05 **פלוגית נ' פלוני**, פס' 6–10 לפסק הדין של הנשיאה ביניש (אר"ש 27.8.2007); בג"ץ 8928/06 **פלוגית נ' בית הדין הרבני הגדול**, פ"ד סג(1) 271, פס' 13 (2008).

44 לסקירת הגישות השונות ראו גם רון, לעיל ה"ש 6, בעמ' 14–17; דליהו, לעיל ה"ש 17, בעמ' 19–24; שלם, לעיל ה"ש 13, בעמ' 29–41; תמ"ש 1933/09, לעיל ה"ש 33, בעמ' 20–26.

היותר כאל שיקול לסטייה מאיזון שוויוני של נכסי האיזון, בהתאם לסמכות הקבועה בסעיף 8(2) לחוק.⁴⁵

- **גישת הנכס** – לפי גישה זו, אין בתיקון מס' 4 שינוי של ההלכה שנקבעה בבע"ם 4623/04, וכישר השתכרות עודנו נחשב נכס בר איזון. דהיינו, החוק לא הביא עימו

45 לתמיכה בגישת השיקול ולהחלתה (במפורש או במשתמע) ראו עמ"ש (מחוזי ת"א) 25798-02-21 **פלוגית נ' פלוגי**, פס' 31-51 (אר"ש 23.2.2022); עמ"ש (מחוזי חי') 18968-06-16 **פלוגית נ' פלוגי**, פס' 23 (נבו 27.4.2017); עמ"ש (מחוזי חי') 31035-09-16 **ש"ג נ' ד"ג**, פס' 7.6 (נבו 20.4.2017); עמ"ש 56634-06-20, לעיל ה"ש 33, בפס' 53-57; תמ"ש (משפחה ראשל"צ) 19390/09 **טק"ס נ' פ"ט** 11-10 (נבו 22.12.2013); תמ"ש (משפחה כ"ס) 22190/09 **ט"מ נ' א"מ**, פס' 36-42 (נבו 9.10.2011); תמ"ש (משפחה ת"א) 22021/06 **א' נ' ד'**, פס' 15-17 (נבו 12.9.2012); תמ"ש 3640/10, לעיל ה"ש 42, בפס' 65-74; תמ"ש (משפחה י-ם) 30411-07-16 **צ"ל נ' ש"ל**, פס' 82-83 (נבו 18.6.2018); תלה"ם (משפחה פ"ת) 70224-07-18 **אלמונית נ' פלוגי**, פס' 16 (אר"ש 9.4.2022); תלה"ם (משפחה נצ') 3234-05-20 **פלוגית נ' אלמוני**, פס' 56-58 (אר"ש 27.3.2022); תלה"ם 65349-09-19, לעיל ה"ש 33, בפס' 32-33; תמ"ש (משפחה ת"א) 40592/07 **א"ק נ' א"ק**, פס' 19-20 (נבו 8.10.2013); תמ"ש (משפחה י-ם) 22187-06-11 **חב"ל נ' יב"ל**, פס' 29 (נבו 8.1.2013); תמ"ש (משפחה חי') 2293-07-13 **י"ו נ' ר"ו**, פס' 20 (5) (נבו 25.11.2016); תמ"ש 29971-10-11, לעיל ה"ש 42, בעמ' 11; תלה"ם (משפחה ת"א) 39884-06-18 **ל"ר נ' א"ר**, פס' 113 (אר"ש 5.3.2021); תמ"ש (משפחה ת"א) 18834-11-14 **אב"ס נ' א"ס**, פס' 57 (נבו 31.3.2019); תמ"ש (משפחה נצ') 29202-05-14 **פלוגית נ' פלוגי**, פס' 8.4 (נבו 18.12.2018); תמ"ש (משפחה ראשל"צ) 13342-07-11 **י"נ נ' י"נ** 11-10 (נבו 17.8.2014); תמ"ש (משפחה חי') 30903-07-10 **נ"ח נ' ג"ח**, פס' 15 (נבו 1.4.2015); תלה"ם (משפחה י-ם) 7461-09-17 **פלוגית נ' פלוגי**, פס' 44 (אר"ש 26.9.2019); תלה"ם (משפחה חי') 35042-06-18 **א"ש נ' ב"ש**, פס' 71 (נבו 25.8.2020); תלה"ם (משפחה י-ם) 44233-01-19 **בב"א נ' אב"א**, פס' 67 (אר"ש 1.11.2020); תמ"ש (משפחה חי') 12401-12-11 **רז"ר נ' שניר**, פס' 20, 22 ו-25 (נבו 21.2.2016); תלה"ם (משפחה י-ם) 22555-11-16 **ד"א נ' ס"א**, פס' 13 (נבו 13.7.2017); תמ"ש (משפחה י-ם) 28246-07-16 **ב"א נ' א"א**, פס' 63-64 (נבו 6.5.2018); תלה"ם (משפחה נצ') 35697-03-21 **ד"א נ' נ"א**, פס' 51 (אר"ש 13.3.2022); תמ"ש (משפחה טב') 8972-05-16 **ד"מ נ' א"מ**, פס' 40 (נבו 25.10.2018); תלה"ם (משפחה ת"א) 41031-10-20 **פלוגית נ' פלוגי**, פס' 18 (אר"ש 20.11.2022); תמ"ש (משפחה ת"א) 9917-10-12 **ל"ו נ' לצי"**, פס' 82 (נבו 14.6.2015); תמ"ש (משפחה חי') 11571-09-10 **אכ"ז נ' יכ"ז**, פס' 19 (נבו 14.12.2014); תלה"ם (משפחה י-ם) 53556-05-18 **פלוגית נ' פלוגי**, פס' 70-72 (אר"ש 9.3.2023); תמ"ש (משפחה ת"א) 42285-12-20 **ב"נ נ' א"נ**, פס' 50-52 (נבו 2.9.2015); תלה"ם (משפחה ראשל"צ) 42285-12-20 **א"ל נ' א"ל**, פס' 174-177 (אר"ש 22.8.2023); תלה"ם (משפחה פ"ת) 7805-01-17 **ר"ס נ' ר"ס**, פס' 39 (אר"ש 1.9.2020); תלה"ם (משפחה קר') 56583-12-19 **פלוגית נ' אלמוני**, פס' 44-55 (אר"ש 20.6.2023); תלה"ם (משפחה ת"א) 49666-11-20 **פלוגית נ' פלוגי**, פס' 87 (אר"ש 14.8.2024); תלה"ם (משפחה צפת) 53794-06-22 **פלוגית נ' אלמוני**, פס' 181-182 (אר"ש 11.8.2024); תלה"ם (משפחה י-ם) 904-08-18 **ג"מ נ' ד"מ**, פס' 36 (אר"ש 29.3.2020); תלה"ם 55839-01-22, לעיל ה"ש 42, בפס' 38-39, 41 ו-51; תה"ס (משפחה חי') 48913-11-22 **פלוגית נ' פלוגי**, פס' 82 (נבו 31.7.2025).

שינוי, אלא רק הבהרה כי כושר ההשתכרות עשוי להוות – בנסיבות מיוחדות – שיקול לסטייה מאיזון שוויוני של נכסי האיזון, וזאת מעבר להיותו נכס בר איזון.⁴⁶

ראוי לציין כי במהלך השנים הוצעו גישות נוספות, ביניהן:

- **גישת ביניים או גישת ארגז הכלים** – לפי גישה זו, אין לקבוע מסמרות ביחס למהותו של כושר ההשתכרות, ולערכאת השיפוט יש סמכות לפעול לפי שיקול דעתה בנסיבות המקרה שלפניה, דהיינו, להתייחס לכושר ההשתכרות לפי גישת הנכס; להתייחס לכושר ההשתכרות לפי גישת השיקול; או להתעלם מכושר ההשתכרות ולא להביאו כלל בחשבון במסגרת איזון המשאבים. חלק מן התומכים בגישה זו טוענים כי תיקון החוק יצר אי-ודאות באשר למהותו של כושר ההשתכרות, ובשל מורכבות הסוגיה אין מקום להכרעה חד-משמעית בעניין, אלא יש להפעיל בכל מקרה שיקול דעת בהתאם לנסיבותיו. אחרים המצדדים בגישה זו סבורים כי כושר ההשתכרות הוא נכס גמיש, ולפיכך יש להתאים את הגישה לנסיבות על מנת ליצור צדק קונקרטי.⁴⁷
- **גישת צמצום פערי ההכנסות** – גישה זו משלבת עקרונות מדיני המזונות עם עקרונות קנייניים (של חלוקה רכושית) תוך התמקדות בעקרון ההסתמכות ובהגנה על בן הזוג בעל כושר ההשתכרות הפחות. ראוי לציין כי בפסיקה אין אחדות בהתייחסות לגישה זו – בחלק מפסקי הדין גישת צמצום פערי ההכנסות נתפסת כגישה עצמאית העומדת בפני עצמה לצד יתר הגישות, ואילו בחלק מפסקי הדין היא נתפסת כמודל להפעלת גישת השיקול.⁴⁸

46 לתמיכה בגישת הנכס ולהחלטה (במפורש או במשתמע) ראו עמ"ש (מחוזי מר') 23025-08-21 א"א נ' ד"א, פס' 24 (אר"ש 28.4.2022); תמ"ש (משפחה ראשל"צ) 29102/08 א"ח נ' א"א 5-6 (נבו 22.3.2009); תלה"ם 39096-01-20 לעיל ה"ש 33, בפס' 13, 15 ו-16; תמ"ש 12651/06 לעיל ה"ש 33, בעמ' 10-11; תמ"ש (משפחה ראשל"צ) 4710-04 ש"ט נ' י"ט, פס' 68-71 (נבו 2.11.2011); תמ"ש 11768-12-10 לעיל ה"ש 33, בפס' 30-33; תמ"ש 4797/03 לעיל ה"ש 33, בעמ' 13; תמ"ש (משפחה נצ') 3011-07 ל"א נ' מ"א, פס' 76-79 ו-91 (נבו 26.11.2015); תלה"ם 38473-12-12 לעיל ה"ש 42, בפס' 97. כן ראו דליהו, לעיל ה"ש 17, בעמ' 24-46. להצגת גישת הנכס ויתרונותיה ראו גם ליפשיץ **השיתוף הזוגי**, לעיל ה"ש 22, בעמ' 265-267 וההפניות שם; שלם, לעיל ה"ש 13, בעמ' 32 (עו"ד שלם סבור כי מבחינה מהותית גישת הנכס היא השיטה הראויה, אך לנוכח תיקון החוק עמדתו היא כי גישת השיקול היא הגישה החלה לפי החוק).

47 לתמיכה בגישת ארגז הכלים ולהחלטה (במפורש או במשתמע) ראו תמ"ש 6960/05 לעיל ה"ש 42, בפס' 18-20; תמ"ש 1933/09 לעיל ה"ש 33, בעמ' 26; תמ"ש (משפחה י-ם) 1550/09 ע"נ נ' א"נ, פס' 162-162 (נבו 21.12.2012); תמ"ש (משפחה ב"ש) 15485/03 צ"א נ' צא"ל 22 (נבו 6.1.2008); תמ"ש (משפחה קר') 9881/07 פלונית נ' פלוני, פס' 26-33 ו-36 (נבו 15.11.2009). כן ראו ליפשיץ **השיתוף הזוגי**, לעיל ה"ש 22, בעמ' 306, 308-312, 315 ו-333.

48 לתמיכה בגישת צמצום פערי ההכנסות ולהחלטה (במפורש או במשתמע) ראו עמ"ש 31035-09-16 לעיל ה"ש 45, בפס' 10.5.4 ו-10.5.9; עמ"ש (מחוזי חי') 5420-10-21 א' נ' ב', פס' 25-30 ו-34 לפסק הדין של השופט ג'יוסי ופס' 17-18 לפסק הדין של השופטת אטיאס (אר"ש 18.4.2022); תמ"ש 12401-12-11 לעיל ה"ש 45, בפס' 20-22; תמ"ש 30903-07-10 לעיל ה"ש 45, בפס' 16; תמ"ש 29202-05-14 לעיל ה"ש 45, בפס' 4.6.8; תמ"ש 47769-01-12 לעיל ה"ש 42, בפס'

כאמור בפתח הדברים, עמדתנו היא כי הגישה הראויה היא גישת הנכס, בעוד הגישה הרווחת והבולטת בפסיקה דהיום היא גישת השיקול.⁴⁹ במסגרת הפרק הבא נדון בהבדלים בין הגישות השונות – שאינם רק במישור העיוני-התאורטי – ובהשלכותיהם המשמעותיות בעולם המעשה. כמו כן נפרט את הנימוקים לתמיכתנו בגישת הנכס, תוך בחינה של יתרונותיה וחסרונותיה אל מול הגישות האחרות (להלן: הגישות המתחרות לגישת הנכס או הגישות המתחרות) ותוך ניסיון להתמודד עם טענות המצדדים בגישות המתחרות. הדיון יתמקד בעיקר בגישת השיקול – שהיא כאמור הגישה הרווחת – אך יכול התייחסות רלוונטית גם לגישות הנוספות.

פרק ד: הנימוקים המצדיקים את אימוץ גישת הנכס

בפרק זה נסביר מדוע לשיטתנו פרשנותו הראויה של התיקון לחוק היא לפי גישת הנכס, תוך בחינה של יתרונותיה וחסרונותיה אל מול הגישות המתחרות (הן באופן כללי הן בהתחשב בדין המצוי).

הדיון בפרק זה יתמקד בשאלת פרשנותו הראויה של התיקון לחוק בארבעה היבטים: בתת-פרק הראשון (ד1) נדון בהיבטים של עקרונות יסוד וערכי היסוד של השיטה, תוך התמקדות בערכים של שוויון וצדק ובזכות הקניין החוקתית (בהתחשב גם בדין המצוי); בתת-פרק השני (ד2) נדון באיזון הראוי בין ודאות משפטית לבין גמישות ושיקול דעת שיפוטי; בתת-פרק השלישי (ד3) נדון בהיבטים של הרמוניה משפטית; ובתת-פרק הרביעי (ד4) נדון בהיבטים של לשון החוק וכוונת המחוקק.

1. התחרות בין הגישות באספקלריה של הגנה על עקרונות יסוד וזכויות יסוד

נקודת המוצא לדיון בפרק זה היא כי לשון החוק (לאחר תיקון מס' 4) יכולה לשאת את כל ארבע הגישות – גישת השיקול, גישת הנכס, גישת ארגז הכלים וגישת צמצום פערי ההכנסות (אם כי בהסתייגות ביחס לאחרונה⁵⁰). ראוי להדגיש ביחס לגישת הנכס כי אין בחוק יחסי ממון – לרבות לאחר התיקון – כל הוראה הקובעת כי יש לגרוע את כושר

ב(ה)18–20; תלה"ם (משפחה ת"א) 63643-01-18 פלנית נ' אלמוני, פס' 230–231 (אר"ש 27.12.2023). כן ראו ליפשיץ **השיתוף הזוגי**, לעיל ה"ש 22, בעמ' 296–303, 312–315 ו-332–334.

49 ראו לעיל ה"ש 45; שלם, לעיל ה"ש 13, בעמ' 32 ו-43.

50 לפירוט ראו להלן ה"ש 100–103 והטקסט המפנה אליהן.

משפט ועסקים לא, תשפ"ה על עלייתו ונפילתו של כושר ההשתכרות בדיני המשפחה

ההשתכרות מסל נכסי האיוון.⁵¹ אף המתנגדים לגישת הנכס מסכימים כי החוק אינו שולל את גישת הנכס, אלא מדובר בפרשנות משתמעת לנוכח לשון החוק.⁵² כאשר לשונו של החוק מאפשרת פירושים שונים, ההלכה היא כי מבין המשמעויות הלשוניות השונות יש לבחור את המשמעות המגשימה טוב יותר את תכלית החקיקה – הערכים, האינטרסים והמטרות שהחוק נועד להגשים. על תכלית הנורמה הפרשן למד (בין השאר) גם מערכי היסוד של השיטה, ביניהם הגשמת ערכים של צדק ומוסר וזכויות אדם.⁵³

ביסודו של חוק יחסי ממון עומדים ערכים של הגינות וצדק, ותכליתו הבסיסית היא יצירת שוויון ביחסים הממוניים בין בני הזוג. כך עולה מהחוק עצמו, הקובע כי בהעדר הסכמה אחרת בין בני הזוג (בהסכם ממון) דרך המלך היא איוון שוויוני של נכסי האיוון.⁵⁴ אף מדברי הכנסת עולה כי ביסוד חקיקתו של חוק יחסי ממון עמדו תכליות של הגינות, צדק ושוויון.⁵⁵ תכליות אלו עמדו אף ביסוד תיקון מס' 4,⁵⁶ ובפרט ביסוד

51 לתמיכה בעמדה זו ראו עמ"ש 21-08-23025, לעיל ה"ש 46, בפס' 24; תמ"ש 1933/09, לעיל ה"ש 33, בעמ' 24-26; תלה"ם 20-01-39096, לעיל ה"ש 33, בפס' 13; תמ"ש 29102/08, לעיל ה"ש 46, בעמ' 5-6.

52 ראו, למשל, עמ"ש 16-09-31035, לעיל ה"ש 45, בפס' 7.3; עמ"ש 20-06-56634, לעיל ה"ש 33, בפס' 55; תמ"ש 22190/09, לעיל ה"ש 45, בפס' 38; תמ"ש 10-3640, לעיל ה"ש 42, בפס' 68; תמ"ש 11-07-13342, לעיל ה"ש 45, בעמ' 11; ליפשיץ **השיתוף הזוגי**, לעיל ה"ש 22, בעמ' 306 ו-310.

53 ראו ע"פ 3027/90 **חברת מודיעים בינוי ופיתוח בע"מ נ' מדינת ישראל**, פ"ד מה(4) 364, 395-396 (1991); בג"ץ 4562/92 **זנדרבג נ' רשות השידור**, פ"ד (2) 793, 803-804 (1996); בע"מ 919/15 **פלוגי נ' פלוגית**, פס' 77 לפסק הדין של השופט פוגלמן (אר"ש 19.7.2017).

54 ראו בג"ץ 4178/04, לעיל ה"ש 43, בפס' 11-12; בג"ץ 06/8928, לעיל ה"ש 43, בפס' 9; בג"ץ 7229/23 **פלוגית נ' בית הדין הרבני האזורי בפתח תקווה**, פס' 6 (אר"ש 20.11.2023).

55 ראו את דברי ההסבר להצעת חוק יחסי ממון בין בני-זוג, התשכ"ט-1969, ה"ח 332, 334-336. כן ראו את דבריהם של שר המשפטים יעקב שמשון שפירא ושל חברי הכנסת טובה סנהדראי, מנחם פרוש, גרעון האוזנר, משה סנה, ראובן ארזי ושלום כהן בד"כ 30.12.1969, 356, 358-359 ו-361-365.

56 ראו את דברי ההסבר להצעת חוק יחסי ממון בין בני זוג (תיקון מס' 4) (הקדמת המועד לאיוון המשאבים), התשס"ז-2007, ה"ח הכנסת 240, 241-243 (להלן: ה"ח תיקון מס' 4); דברי ההסבר להצעת חוק יחסי ממון בין בני זוג (תיקון – מועד האיוון), התשס"ו-2006, פ/276/17 (להלן: הצעת חוק פ/276/17); דברי ההסבר להצעת חוק יחסי ממון בין בני זוג (תיקון – מועד איוון), התשס"ז-2007, פ/1897/17 (להלן: הצעת חוק פ/1897/17); פרוטוקול ישיבה 109 של הכנסת ה-17, 61-62 ו-67 (14.3.2007) (להלן: פרוטוקול כנסת 109); פרוטוקול ישיבה 209 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-17, 4 (4.6.2007) (להלן: פרוטוקול ועדה 209); פרוטוקול ישיבה 229 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-17, 7 ו-13 (19.6.2007) (להלן: פרוטוקול ועדה 229); פרוטוקול ישיבה 240 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-17, 3-5 (2.7.2007) (להלן: פרוטוקול ועדה 240); ד"כ 16.7.2007, 10281-10282 (להלן: ד"כ 16.7); פרוטוקול ישיבה 336 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-17, 23 (11.11.2007) (להלן: פרוטוקול ועדה 336); פרוטוקול ישיבה 373 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-17, 22-24 (9.12.2007) (להלן: פרוטוקול ישיבה 373).

השינויים שנעשו במסגרת התיקון ביחס לסעיף 5(ג) וסעיף 8(2).⁵⁷ אף בית המשפט העליון הכיר בערכים אלו כעומדים ביסוד החוק וכמכוונים את פרשנותו.⁵⁸ כושר השתכרות הוא נכס מהותי בחייו של הפרט.⁵⁹ בהתאמה לכך, במקרים רבים כושר ההשתכרות הוא אחד הנכסים המשמעותיים של התא המשפחתי, והוא משמש – לצד דירת המגורים – אחד היסודות שהתא המשפחתי מבוסס עליהם,⁶⁰ אך לא רק מן ההיבט הכלכלי; מחקרים מלמדים כי בנסיבות שונות פיטורים או אובדן הפרנסה מובילים לפירוק התא המשפחתי, ולא בכדי.⁶¹ בהינתן שבנסיבות רבות כושר השתכרות הוא נכס משמעותי לתא המשפחתי, בררת המחדל – בהתאם לערכים העומדים ביסודו של חוק יחסי ממון ובהתאם לעקרונות היסוד של השיטה – חייבת להיות, לטעמנו, שנכס זה יהווה חלק מהנכסים העומדים על הפרק בעת חלוקת נכסי המשפחה בשעת פירוד.⁶² לכך חותרת גישת הנכס.

במסגרת תת-פרק זה נסביר מדוע גישת הנכס מקדמת לשיטתנו ערכים של שוויון, הגינות וצדק – מבחינה מהותית ומבחינה דיונית; ומדוע גישת הנכס מגינה באופן מיטבי לשיטתנו על זכות הקניין החוקתית (באופן כללי ובפרט בדין המצוי). הדיון שלהלן ייערך תוך השוואה בין גישת הנכס לגישות המתחרות, ותוך התמודדות עם טענותיהם של המתנגדים לגישת הנכס.

פרוטוקול ועדה (373); פרוטוקול ישיבה 264 של הכנסת ה-17, 144, 156 ו-166 (28.7.2008) (להלן: פרוטוקול כנסת 264).

57 ראו את דברי ההסבר לה"ח תיקון מס' 4, לעיל ה"ש 56, בעמ' 243–244; פרוטוקול ועדה 336, לעיל ה"ש 56, בעמ' 5, 8–11, 13–14 ו-19.

58 כך, למשל, בע"א 1915/91 **יעקובי נ' יעקובי**, פ"ד מט(3) 529, 553 (1995), נקבע כי "המטרה הניצבת מול עיניו של הפרשן של הוראות חוק יחסי ממון היא מימוש מטרתו של המחוקק ליצור איזון בין בני הזוג מתגרשים ולצמצם את חוסר השוויון הגלום ביחסי ממון בין בני-זוג...". ראו גם בע"מ 7272/10 **פלונית נ' פלוני**, פס' 2 לפסק הדין של השופט הנדל (אר"ש 7.1.2014); דנ"א 1558/94 **נפיסי נ' נפיסי**, פ"ד נ(3) 573, 626 (1996).

59 או כלשונו של המשנה לנשיאה ריבלין בבע"מ 4623/04, לעיל ה"ש 9, בפס' 11 לפסק דינו: "התפתחותו המקצועית של האדם מהווה פרק מרכזי בסיפור חייו".

60 על חשיבותו ומרכזיותו של כושר ההשתכרות במסגרת המשפחתית ראו דגן, לעיל ה"ש 8, בעמ' 477: "בנייתן המשותפת של קריירות היא לרוב אחד המיזמים החשובים ביותר בנישואים, ויכולת ההשתכרות המוגברת היא הנכס המשמעותי היחיד, או למצער המשמעותי ביותר, מן הבחינה הכלכלית בנישואים רבים".

61 על הקשר בין אובדן פרנסה (בעיקר אצל גברים) לבין גירושים ראו Carina Keldenich & Christine Luecke, *Unlucky at Work, Unlucky in Love: Job Loss and Marital Stability*, 20 REV. ECON. HOUSEHOLD 243 (2022); Melissa Ruby Banzhaf, *When It Rains, It Pours: Under What Circumstances Does Job Loss Lead to Divorce* (US Census Bureau, Ctr. for Econ. Stud., Working Paper No. CES 13-62, 2013); Denise Doiron & Silvia Mendolia, *The Impact of Job Loss on Family Dissolution*, 25 J. POPULATION ECON. 367 (2012).

62 לעמדה דומה ראו דגן, לעיל ה"ש 8, בעמ' 477, וכן תלה"מ 39096-01-20, לעיל ה"ש 33, בפס' 16.

(א) התחרות בין גישת השיקול לגישת הנכס באספקלריה של שוויון וצדק**(1) שוויון וצדק במישור המהותי**

גישת השיקול מכירה כאמור בצורך להתחשב בכושר ההשתכרות במסגרת איזון המשאבים, אלא שההתייחסות אליו אינה כאל חלק מנכסי האיזון, אלא כאל שיקול לחלוקה לא שוויונית של נכסי האיזון.

משמעותה המעשית של גישת השיקול היא שההתייחסות לכושר ההשתכרות מוגבלת לאיזון לא שוויוני של נכסי האיזון – לפי מצבת הנכסים של בני הזוג במועד האיזון – ואי־אפשר לכלול בו הכנסות עתידיות מכושר השתכרות, בהיותן מימוש של נכס שאינו בר איזון.

גישה זו יוצרת חוסר שוויון מהותי לרעת בן הזוג בעל כושר ההשתכרות הפחות, ולעיתים עלולה לפגוע גם בבן הזוג בעל כושר ההשתכרות הגבוה יותר. הדברים בוודאי נכונים בנסיבות של משפחות דלות אמצעים, שבהן בני הזוג צברו מעט נכסים או לא צברו נכסים כלל מעבר לכושר ההשתכרות.⁶³

טלו לדוגמה את הנסיבות הבאות: בני זוג נשואים כשלושים שנה, ושניהם בתחילת שנות החמישים לחייהם. בעת נישואיהם לא היו למי מבני הזוג נכסים משמעותיים כלשהם. בעת הפרדה אחד מבני הזוג משתכר 10,000 ש"ח (נטו) בחודש, ואילו האחר לא עבד רוב השנים, אין לו השכלה, והוא אינו משתכר כלל. נכסי האיזון, בקיזו חובות והלוואות (למעט כושר ההשתכרות), עומדים במצטבר על סך של 100,000 ש"ח, דהיינו, שווי חלקו של כל אחד מבני הזוג בנכסי האיזון הוא 50,000 ש"ח. כפי שהסברנו לעיל, לפי גישת השיקול ניתן להביא בחשבון את כושר ההשתכרות במסגרת האיזון אך ורק באמצעות חלוקה לא שוויונית של מצבת נכסי האיזון במועד האיזון, ואי־אפשר לכלול בנכסי האיזון הכנסות עתידיות מכושר השתכרות (גם לא באופן חלקי), משום שהן אינן חלק מנכסי האיזון. דהיינו, בנסיבות של הדוגמה שלעיל, לפי גישת השיקול, ההתחשבות בכושר ההשתכרות יכולה לבוא לידי ביטוי אך ורק באמצעות חלוקה לא שוויונית של נכסי האיזון, שהם כאמור בשווי 100,000 ש"ח. המשמעות היא שהתחשבות בכושר ההשתכרות בנסיבות דנן – לפי גישת השיקול – יכולה להיות לכל היותר באמצעות תשלום של 50,000 ש"ח לבן הזוג בעל כושר ההשתכרות הפחות. מדובר בתוצאה לא הגונה עבורו, שכן גם התשלום הגבוה ביותר האפשרי בנסיבות (כאמור, 50,000 ש"ח) הוא תשלום בחסר. ודוק, ככל שבן הזוג בעל כושר ההשתכרות הגבוה יותר ימשיך לעבוד עד לגיל פנסיה, כושר השתכרותו יניב לו עם השנים סכום מצטבר של לפחות 1,440,000 ש"ח (לפי חישוב זהיר של 12 שנות עבודה נוספות). לאחר היוון (בריבית של 4%) מדובר עדיין בסכום משמעותי של כ-1,150,000 ש"ח. גם אם נפחית מסך זה שיעור משמעותי בגין רכיבים של כישרון אישי, עבודה לאחר סיום החיים המשותפים (הנדרשת

63 ראו מגדלסון ורייך-זיו "לכפות את השיתוף בדרך לפירוד", לעיל ה"ש 1, בעמ' 120. לעמדה דומה שלפיה גישת השיקול גורמת עולל בנסיבות שבהן רכוש הצדדים מועט ראו תמ"ש (משפחה ת"א) 9926-04-10 ע"ב נ' א"ב, פס' 66 (נבו 22.11.2012). ראו גם ליפשיץ **השיתוף הזוגי**, לעיל ה"ש 22, בעמ' 309.

לשם מימוש כושר ההשתכרות) וכושר השתכרות שנצבר לפני תחילת החיים המשותפים,⁶⁴ עדיין מדובר בסכום שאיזונו באמצעות תשלום של 50,000 ש"ח הוא באופן מובהק תשלום בחסר. יתר על כן, אם בן הזוג בעל כושר ההשתכרות הפחות יקבל את הסכום המרבי שניתן להעניק לו בנסיבות (בסך של 50,000 ש"ח), תהיה זו תוצאה לא הגונה גם עבור בן הזוג בעל כושר ההשתכרות הגבוה, משום שמדובר בחלוקה שמתירה אותו ללא נכסים מוחשיים כלל, אלא רק עם נכס לא מוחשי שמיומשו אינו ודאי.

ודוק, אין בסעיף 8 או בסעיף אחר בחוק יחסי ממון כל הוראה המקנה לערכאת השיפוט סמכות להוסיף לנכסי האיוון נכסים שנוצרו לאחר מועד האיוון או לקבוע שאיוון המשאבים ייעשה ביחס למצבת הנכסים של בני הזוג לפי מועד מאוחר יותר ממועד האיוון. כאמור, גישת השיקול גורסת כי כושר השתכרות אינו חלק מנכסי האיוון, ולפיכך לפי גישה זו אי-אפשר להוסיף לנכסי האיוון הכנסות מכושר השתכרות שהתקבלו לאחר מועד האיוון, אף לא באמצעות שימוש בסעיף 8(2) לחוק. מצב זה עלול כאמור ליצור חוסר צדק מהותי בנסיבות של אוכלוסיות מוחלשות ודלות אמצעים. יתר על כן, במקרים של משפחות שלא צברו נכסים כלל, כך שאין נכסים לאזן, גישת השיקול מובילה לתוצאה קיצונית שבה אי-אפשר כלל להביא בחשבון במסגרת האיוון את כושר ההשתכרות שנצבר במהלך החיים המשותפים.

גישת הנכס, לעומת זאת, רואה בכושר השתכרות נכס, ולפיכך מאפשרת להתייחס להכנסות עתידיות מכושר השתכרות (באופן חלקי או מלא בהתאם לנסיבות), כאל חלק מנכסי האיוון, וליצור באמצעותן צדק מהותי.⁶⁵

(2) שוויון וצדק במישור הדיוני

נקודת המוצא על פי החוק וההלכה היא כי על דרך הכלל יש לאזן בשוויון את כל נכסי האיוון. הוצאתו של נכס כלשהו מסל נכסי האיוון (מכוח סעיף 8(1) לחוק), כמו גם איוון לא שוויוני של נכסי האיוון (מכוח 8(2) לחוק), הם בגדר חריגים המחייבים (לפי סעיף 8 לחוק) "נסיבות מיוחדות המצדיקות זאת".⁶⁶

על פי גישת הנכס, כושר ההשתכרות שנצבר במהלך הנישואים הוא חלק מנכסי האיוון. לפיכך בררת המחדל לפי גישת הנכס היא שיש לאזן את כושר ההשתכרות שנצבר במהלך הנישואים – ככל נכסי האיוון. ראוי להבהיר: בררת מחדל זו אינה מחייבת איוון של כושר ההשתכרות בכל המקרים. ראשית, לא בכל המקרים קיים פער בכושר ההשתכרות של הצדדים שמצריך איוון (להרחבה ראו להלן תת-פרקים 11 ו-13,

64 לדיון ברכיב הכישרון האישי וברכיב כושר ההשתכרות שנצבר לפני הנישואים ראו להלן תת-פרק 4. להצעה מעשית כיצד ראוי להתחשב במסגרת איוון כושר השתכרות ברכיב הכישרון האישי, ברכיב כושר ההשתכרות שנצבר לפני הנישואים וברכיב המאמץ הנדרש למימוש כושר ההשתכרות לאחר מועד האיוון, ראו להלן פרק ו.

65 על האופן שבו ראוי לשיטתנו לכלול הכנסות עתידיות במסגרת איוון המשאבים באמצעות תשלומים עתידיים ראו בפרק ו להלן.

66 ראו ההפניות לעיל בה"ש 54.

בהתאמה). שנית, במקרים חריגים, שבהם יש הצדקה לא לאזן את כושר ההשתכרות של הצדדים, מוקנית לערכאת השיפוט הסמכות, מכוח סעיף 8(1) לחוק יחסי ממון, להחריג את כושר ההשתכרות (כולו או חלקו) מן האזון (כשם שיש לה סמכות לעשות כן ביחס ליתר נכסי האזון). דהיינו, לפי גישת הנכס, בררת המחדל היא שכושר ההשתכרות יאזן כחלק מנכסי האזון, ואילו החרגתו מנכסי האזון היא חריג, כלומר, תיעשה רק בנסיבות מיוחדות.

על פי גישת השיקול, לעומת זאת, כושר ההשתכרות אינו חלק מנכסי האזון, אלא שיקול בלבד לחלוקה לא שוויונית של נכסי האזון לפי סעיף 8(2) לחוק יחסי ממון. דהיינו, לפי גישת השיקול, אין לבעל כושר ההשתכרות הפחות זכות קנויה שכושר ההשתכרות יובא לידי ביטוי במסגרת האזון.⁶⁷ בררת המחדל לפי גישת השיקול היא שאין להתייחס לכושר ההשתכרות במסגרת איוון המשאבים, ואילו התייחסות אליו במסגרת איוון המשאבים היא חריג, כלומר, תיעשה רק בנסיבות מיוחדות.⁶⁸

לבררת המחדל החלה בכל אחת מן הגישות יש משמעות גם מבחינת נטל ההוכחה המוטל על הצדדים. ודוק, על פי גישת הנכס, בן הזוג שמבקש כי כושר ההשתכרות יוחרג מנכסי האזון הוא שנושא בנטל להוכיח כי קיימות נסיבות חריגות המצדיקות את אי-איוונו. לעומת זאת, לפי גישת השיקול, בן הזוג שמבקש כי כושר ההשתכרות יובא בחשבון כשיקול במסגרת האזון הוא שנושא בנטל להוכיח כי קיימות נסיבות חריגות המצדיקות חלוקה לא שוויונית לנוכח קיומם של פערי ההשתכרות.

כאשר קיימים פערי ההשתכרות בין בני זוג, המצב השכיח הוא שבן הזוג בעל כושר ההשתכרות הפחות נמצא בעמדת נחיתות מבחינת יכולתו להתמודד בעימות משפטי מול בן הזוג בעל כושר ההשתכרות הגבוה יותר.⁶⁹ אומנם ייתכנו מצבים שבהם למרות קיומו של פער בין יכולות ההשתכרות של בני הזוג יתקיים ביניהם שוויון מבחינת יכולתם להתמודד זה עם זה בעימות משפטי, וייתכנו אף מצבים שבהם בן הזוג בעל כושר ההשתכרות הפחות יהיה בעמדת יתרון (למשל, בנסיבות של תמיכה כלכלית משפחתית או של רכוש נפרד בשווי משמעותי). אך במקרה השכיח בן הזוג בעל כושר ההשתכרות הגבוה יותר הוא שנמצא בעמדת יתרון. לפיכך במקרה השכיח של פער בין יכולות ההשתכרות של בני הזוג גישת השיקול גורמת עוול, משום שהיא מטילה על בן הזוג בעל

67 ראו, למשל, תה"ס 11-22-48913, לעיל ה"ש 45, בפס' 82: "אבאר כי לתובעת אין זכות קנויה לזכות בפיצויים עבור פערי ההשתכרות, שאינם נכס בר איוון..." (ההדגשה הוספה).

68 ראו ההפניות להלן בה"ש 70-72 והטקסט המפנה אליהן.

69 על יתרונו של בעל דין בעל אמצעים כלכליים רחבים ראו Shai Agmon, *Undercutting Justice—Why Legal Representation Should Not Be Allocated by the Market*, 20 POL. PHIL. & ECON. 99, 100-102 (2021); John H. Langbein, *The German Advantage in Civil Procedure*, 52 U. CHI. L. REV. 823, 843 (1985). על אי-הצדק שעלול להיגרם בנסיבות של ניהול הליכים בין בני זוג שקיימים ביניהם פערי כוחות כלכליים (בהקשר של מזונות זמניים) ראו בר"ע (מחוזי י-ם) 1081/05 פלוני נ' אלמוני, פס' 69-71 (נבו 8.8.2006); רמ"ש (מחוזי ת"א) 20273-03-21 נ"ע נ' י"ע 4-2 (אר"ש 10.6.2021); איילת בלכר-פריגת "מזוגיות להורות משותפת – מסגרת משפטית להסדרת היחסים הכלכליים בין הורים במשותף" **משפט ועסקים** יט 821, 835 (2016).

כושר ההשתכרות הפחות – אשר ממילא נמצא בעמדת נחיתות – את הנטל להוכיח כי התקיימו נסיבות מיוחדות המצדיקות התחשבות בפערי השתכרות לצורך איזון לא שוויוני.

מדובר בעוול משמעותי לנוכח ההלכה כי השימוש בחריגים הקבועים בסעיף 8 לחוק יחסי ממון צריך להיעשות בזהירות ובמשורה בנסיבות מיוחדות בלבד.⁷⁰ יתר על כן, ההלכה היא כי על הטוען לאיזון לא שוויוני לפי סעיף 8(2) לחוק יחסי ממון מוטל נטל כבד.⁷¹ בתי המשפט נוהגים להחיל הלכות אלו גם כאשר מתבקש איזון לא שוויוני עקב פערי השתכרות.⁷² התוצאה המעשית היא שבמקרים רבים שבהם ראוי לאזן כושר השתכרות בתי המשפט נמנעים מלהתייחס לרכיב זה במסגרת איזון המשאבים.⁷³ בכך גישת השיקול מגדילה את חוסר השוויון בין הצדדים.⁷⁴

(ב) התחרות בין הגישות באספקלריה של זכות הקניין החוקתית

בחלק זה נדון בתחרות שבין הגישות השונות באספקלריה של זכות הקניין החוקתית. בחלק המשנה הראשון (תת-חלק ד1(ב)(1)) נסביר מדוע הגישות המתחרות לגישת הנכס

70 ראו בע"מ 4699/08 פלוגית נ' פלוגי, פס' ח (אר"ש 8.7.2008); בע"מ 7172/12 פלוגי נ' פלוגית, פס' יב (אר"ש 24.12.2012); בע"מ 7272/10 לעיל ה"ש 58, בפס' 2 לפסק הדין של השופט הנדל; בע"מ 2642/20 פלוגית נ' פלוגי, פס' 5 לפסק הדין של השופט אלרון (אר"ש 1.10.2020); בג"ץ 7229/23, לעיל ה"ש 54, בפס' 6; בג"ץ 6037/18 פלוגית נ' בית הדין הרבני האזורי ת"א יפו, פס' 4 לפסק הדין של השופט הנדל (אר"ש 18.2.2019).

71 בג"ץ 7229/23, לעיל ה"ש 54; בג"ץ 6037/18, לעיל ה"ש 70.

72 ראו עמ"ש 5420-10-21, לעיל ה"ש 48, בפס' 6–7 לפסק הדין של השופט סילמן; עמ"ש (מחוזי חי') 26409-10-18 מ"ש נ' ק"ש, פס' 63 (אר"ש 25.7.2019); עמ"ש 23025-08-21, לעיל ה"ש 46, בפס' 26; תמ"ש 19390/09, לעיל ה"ש 45, בעמ' 11; תמ"ש 9926-04-10, לעיל ה"ש 63, בפס' 67; תמ"ש (משפחה י-ם) 11849-07-10 ט"א נ' מ"א 14–13 (נבו 6.4.2011); תמ"ש 9727-06-10, לעיל ה"ש 42, בפס' 36; תלה"ם 70224-07-18, לעיל ה"ש 45, בפס' 23 ו-27; תלה"ם 3234-05-20, לעיל ה"ש 45, בפס' 61; תמ"ש (משפחה ת"א) 35944-02-11 פלוגית נ' אלמוני, פס' (ג)4[10] (נבו 14.3.2013); תמ"ש 29971-10-11, לעיל ה"ש 42, בעמ' 11–12; תמ"ש 55103-05-11, לעיל ה"ש 42, בפס' 34; תמ"ש 29202-05-14, לעיל ה"ש 45, בפס' 8.4.4; תמ"ש 13342-07-11, לעיל ה"ש 45, בעמ' 12; תמ"ש 30903-07-10, לעיל ה"ש 45, בפס' 17; תלה"ם 35042-06-18, לעיל ה"ש 45, בפס' 80; תמ"ש (משפחה ת"א) 52231-09 מ"ב נ' ע"ב, פס' 27 ו-37 (נבו 1.11.2011); תמ"ש 8972-05-16, לעיל ה"ש 45, בפס' 41 ו-44; תלה"ם 41031-10-20, לעיל ה"ש 45, בפס' 18; תלה"ם 56583-12-19, לעיל ה"ש 45, בפס' 45–46 ו-55; תלה"ם (משפחה קר') 9919-01-18 פלוגית נ' אלמוני, פס' 81 (אר"ש 25.4.2023); תלה"ם 53794-06-22, לעיל ה"ש 45, בפס' 183 ו-186. לביקורת על גישה זו ראו תמ"ש 47769-01-12, לעיל ה"ש 42, בפס' 28(ה)–29, וכן ליפשיץ השיתוף הווגי, לעיל ה"ש 22, בעמ' 325, 343–346 ו-351.

73 לעמדה דומה ראו שם, בעמ' 344–345; שלם, לעיל ה"ש 13, בעמ' 31–32 ו-34.

74 לעמדה דומה שלפיה גישת השיקול משמעותה פגיעה בזכות השוויון, לרבות מן הפן הדיוני של נטל השכנוע, ראו תלה"ם 39096-01-20, לעיל ה"ש 33, בפס' 16 ו-19. לעמדה כי יש לתקן את החוק בהקשר זה ראו ליפשיץ השיתוף הווגי, לעיל ה"ש 22, בעמ' 321.

משפט ועסקים לא, תשפ"ה על עלייתו ונפילתו של כושר ההשתכרות בדיני המשפחה

פוגעות בזכות הקניין של בעל כושר ההשתכרות הפחות, בעוד גישת הנכס מגינה עליה. בחלק המשנה השני (תת-חלק ד(2)(ב)) נדון בקצרה בדין הרצוי ונסביר מדוע, בהינתן הדין המצוי, גישת הנכס מגינה על זכותו הקניינית של בעל כושר ההשתכרות הפחות באופן טוב יותר לטענתנו מאשר גישת צמצום פערי ההכנסות וגישת ארגז הכלים.

(1) דיון בטענה כי הגישות המתחרות לגישת הנכס פוגעות בזכותו הקניינית של בעל כושר ההשתכרות הפחות

המצב המשפטי שהיה קיים בעת חקיקת תיקון מס' 4 הוא שכושר השתכרות הוכר כנכס בר איזון במסגרת בע"מ 4623/04⁷⁵ המצדדים בגישת השיקול ובגישת צמצום פערי ההכנסות טוענים כי לנוכח תיקון החוק השתנה המצב המשפטי כך שכושר ההשתכרות אינו מהווה עוד נכס בר איזון, אלא שיקול בלבד לחלוקה לא שוויונית בהתקיים נסיבות מיוחדות.⁷⁶ המצדדים בגישת ארגז הכלים טוענים כי לנוכח תיקון החוק השתנה המצב המשפטי כך שלערכאת השיפוט יש שיקול דעת (גם בנסיבות שאינן חריגות) לא לכלול את כושר ההשתכרות כחלק מנכסי האיזון,⁷⁷ דהיינו, מעבר לסמכותו מכוח סעיף 8(1) לחוק יחסי ממון להוציא נכסים מסל האיזון בהתקיים נסיבות מיוחדות. גריעתו של כושר ההשתכרות מסל נכסי האיזון – בין לפי גישת השיקול, בין לפי גישת צמצום פערי ההכנסות ובין לפי גישת ארגז הכלים – משמעותה פגיעה בזכויות כלכליות של בן הזוג בעל כושר ההשתכרות הפחות.⁷⁸

אומנם, גם לפי ההלכה שנקבעה בבע"מ 4623/04 יש שיקולים שונים שראוי להביא בחשבון במסגרת איזון כושר ההשתכרות, ואף נקבע כי לא בכל הנסיבות ראוי לאזנו, אך הדברים נאמרו בזהירות, ולא כקביעה החלטית, והשיקולים השונים התייחסו בעיקר להערכת שווי הנכס ולאופן חלוקתו,⁷⁹ ותוך הבעת עמדה ברורה כי על דרך הכלל יש להחיל את הלכת השיתוף גם ביחס לכושר ההשתכרות.⁸⁰ אותו היגיון משפטי חל כאמור

75 בע"מ 4623/04, לעיל ה"ש 9. בית המשפט העליון אף חזר על כך בבע"מ 3664/07 פלוני נ' פלונית (אר"ש 10.12.2007), שפורסם אף הוא קודם לתיקון מס' 4.

76 ראו ההפניות לעיל בה"ש 45.

77 ראו ההפניות לעיל בה"ש 47.

78 לעמדה דומה שלפיה גישת השיקול משמעותה פגיעה בזכות קניין ראו תלה"מ 39096-01-20, לעיל ה"ש 33, בפס' 16; שלם, לעיל ה"ש 13, בעמ' 32–33.

79 ראו לעיל ה"ש 39–42 והטקסט המפנה אליהן. כן ראו תלה"מ 39096-01-20, לעיל ה"ש 33, בפס' 24–26. לשיטתו של פרופ' ליפשיץ, לחלוקה הקניינית שנקבעה בבע"מ 4623/04 היו בפועל מאפיינים רבים של חלוקה אקוויטבילית, דהיינו, לפי גישת השיקול (ליפשיץ **השיתוף הזוגי**, לעיל ה"ש 22, בעמ' 322). איננו מסכימים עם פרשנות זו. אכן, בבע"מ 4623/04 נקבעו רכיבים שונים שיש להביא בחשבון במסגרת חישוב הפער בכושר ההשתכרות של בני הזוג, אך רכיבים אלו לא נקבעו כתנאים לתחולתה של הלכת השיתוף ביחס לכושר ההשתכרות, והם הובאו בזהירות תוך הבהרה כי ראוי לה להלכה שתתפתח "עקב בצד אגודל" (בע"מ 4623/04, לעיל ה"ש 9, בפס' 22 לפסק הדין של המשנה לנשיאה ריבלין), ותוך קביעת שיקול דעת בעיקר ביחס לקביעת שווי הנכס, ולא ביחס לעצם קיומה של הזכות לשיתוף בנכס ולאיוונו (שם, בפס' 22–26).

80 שם, בפס' 13 לפסק הדין של המשנה לנשיאה ריבלין: "...אין אנו רואים טעם של ממש מדוע – על

גם ביחס למשטר איזון המשאבים.⁸¹ במצב משפטי זה המשמעות המעשית של שינוי גישת הנכס שנקבעה בבע"ס 4623/04 היא פגיעה משמעותית בזכות כלכלית. גישת הנכס עדיפה אם כן לנוכח ההגנה החוקתית המוקנית לזכויות קנייניות על פי סעיף 3 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, הקובע כי "אין פוגעים בקנינו של אדם". ודוק, הזכות לאיזון משאבים היא אומנם זכות אובליגטורית, אך ההגנה החוקתית על הקניין חלה אף ביחס לזכויות אובליגטוריות.⁸² המצדדים בכל אחת מהגישות המתחרות לגישת הנכס מבססים כאמור את עמדתם (בין השאר) על תיקון מס' 4 (לפירוט ראו לעיל פרק ג). אומנם, ניתן לפגוע בזכויות יסוד באמצעות חקיקה רגילה, ככל שמדובר בחוק העומד בתנאים הקבועים בפסקת ההגבלה.⁸³ אלא שההלכה היא כי חזקה על חוק שהוא לא נועד לפגוע בזכויות יסוד,⁸⁴ וכי "אם המחוקק מבקש לפגוע בזכויות יסוד, הוא חייב להביע דעתו זו במידה כה ברורה וחד-משמעית, עד שיהא בה כדי לסתור את החזקה שזו אינה כוונתו".⁸⁵ בהתאם אף נקבע בהלכה כי "כלל הוא שכאשר קיימות כמה דרכים אפשריות לפרש דבר חקיקה, עדיפה הפרשנות הנותנת משקל רב יותר להגנה על זכות יסוד, והקניין בכלל הזכויות המוגנות",⁸⁶ וכי "בהיעדר הוראה מפורשת בחוק, ראוי לתת לחוק פירוש שיצמצם את הפגיעה בזכות הקניין...".⁸⁷ לפיכך, בהעדר הוראה מפורשת בחוק לגרעת כושר ההשתכרות מנכסי האיזון (הוראה שמשמעותה היא כאמור פגיעה בזכויות קנייניות), יש לפרש את החוק על פי גישת הנכס.

יתר על כן, פרשנות החוק לא לפי גישת הנכס אף אינה עומדת בתנאים הקבועים בפסקת ההגבלה. ודוק, על פי סעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, "אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש...". המתנגדים לגישת הנכס מבססים את עמדתם על מורכבותו של כושר ההשתכרות ומאפייניו המיוחדים, ובפרט על הקשיים בהערכת שוויו ובקביעת אופן איזונו, אשר מבדלים אותו מנכסים אחרים ומצדיקים את

דרך הכלל – לא להחיל את ההיגיון הגלום בחזקה זו [חזקת השיתוף – י"מ וער"ז] גם על ההנאה מ'נכסי קריירה' (ההדגשה הוספה).

81 ראו לעיל ה"ש 33–35 והטקסט המפנה אליהן.

82 ראו ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 447 (1995); בג"ץ 4593/05 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' ראש הממשלה, פס" 9 (אר"ש 20.9.2006); בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, פס" 127 (2005).

83 ס' 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

84 אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שני: פרשנות החקיקה 566 (1993) (להלן: ברק פרשנות החקיקה).

85 ע"א 524/88 "פרי העמק" – אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' שדה יעקב – מושב עובדים של הפועל המזרחי להתיישבות חקלאית שיתופית בע"מ, פ"ד מה(4) 529, 561 (1991).

86 ע"ס 2775/01 ויטנר נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה "שרונים", פ"ד ס(2) 230, 250 (2005).

87 בג"ץ 4146/95 עיזבון דנקנר נ' מנהל רשות העתיקות, פ"ד נב(4) 774, 813 (1998).

משפט ועסקים לא, תשפ"ה על עלייתו ונפילתו של כושר ההשתכרות בדיני המשפחה

אי-איונו אלא בנסיבות מתאימות.⁸⁸ אין חולק כי כושר השתכרות הוא נכס בעל מאפיינים ייחודיים המקשים את מלאכת הערכת שוויו וקביעת אופן איונו.⁸⁹ אלא שקשיים אלו אינם מהווים תכלית ראויה לפגיעה בזכויות קנייניות. גם בבע"מ 4623/04 נקבע במפורש כי "...אין גם בקשיי השומה וההערכה הכרוכים בכימות 'נכסי הקריירה' לערכים כספיים כדי להשפיע על הזכאות".⁹⁰ לעניות דעתנו, הוצאת כושר ההשתכרות מסל נכסי האיוון כפתרון לקשיים הנובעים ממורכבותו של הנכס מהווה פגיעה משמעותית בזכויות קנייניות הרבה מעבר לנדרש, בפרט כאשר קיימות דרכים אחרות – טובות יותר – להתמודד עם קשיים אלו (לפירוט ראו תת-פרק 2 להלן).

בשולי הדברים ראוי לציין כי בהקשר של ההגנה על זכות הקניין יש עדיפות גם מבחינה רעיונית לגישת הנכס על הגישות המתחרות, משום שגישת הנכס מדברת בזכות רכושית של בן הזוג בעל כושר ההשתכרות הפחות, ולפיכך השימוש בו אינו מהווה פגיעה בקניינו של בן הזוג בעל כושר ההשתכרות הגבוה יותר. לעומת זאת, חלוקה לא שוויונית של הנכסים או מתן פיצוי לפי אחת מן הגישות המתחרות לגישת הנכס – גם אם יש בה כדי ליצור צדק – מהווה מבחינה רעיונית פגיעה בזכות הקניין.⁹¹ לתפיסה רעיונית זו יש משמעות מעשית, משום שהיא מובילה את בתי המשפט לעשיית שימוש מוגבל ומצומצם בהכללת כושר ההשתכרות במסגרת איוון המשאבים, באופן הפוגע בערך השוויון ובזכות הקניין של בן הזוג בעל כושר ההשתכרות הפחות.⁹² לטענה זו נתייחס באופן מפורט יותר בתת-חלק 1(ב)(2) להלן.

(2) הרהורים בדבר הדין הרצוי והגנה על זכות הקניין בהינתן הדין המצוי – גישת

הנכס מול גישת צמצום פערי ההכנסות

הנימוקים שהבאנו לעיל ביחס לעדיפותה של גישת הנכס מבוססים על המצב המשפטי

88 ראו, למשל, עמ"ש 18968-06-16, לעיל ה"ש 45, בפס' 24; תמ"ש 3640/10, לעיל ה"ש 42, בפס' 69–66; תלה"מ 3234-05-20, לעיל ה"ש 45, בפס' 58; תמ"ש 22187-06-11, לעיל ה"ש 45, בפס' 29; תלה"מ 22555-11-16, לעיל ה"ש 45, בפס' 13; תמ"ש 47769-01-12, לעיל ה"ש 42, בפס' 6(ה); ליפשיץ **השיתוף הזוגי**, לעיל ה"ש 22, בעמ' 341.

89 לפירוט ראו לעיל ה"ש 42 והטקסט המפנה אליה. כן ראו בע"מ 4623/04, לעיל ה"ש 9, בפס' 22 לפסק הדין של המשנה לנשיאה ריבלין; עמ"ש 56634-06-20, לעיל ה"ש 33, בפס' 56; תלה"מ 39096-01-20, לעיל ה"ש 33, בפס' 17; תמ"ש 9881/07, לעיל ה"ש 47, בפס' 33א; תמ"ש 3011-07, לעיל ה"ש 46, בפס' 79; ליפשיץ **השיתוף הזוגי**, לעיל ה"ש 22, בעמ' 271–283; שלם, לעיל ה"ש 13, בעמ' 57–58.

90 בע"מ 4623/04, לעיל ה"ש 9, בפס' 19 לפסק הדין של המשנה לנשיאה ריבלין. לתמיכה בטענה כי הקשיים בהערכת השווי של כושר השתכרות ובקביעת אופן איונו אינם מצדיקים אי-הכרה בזכות לאיונו ראו עמ"ש 23249-09-19, לעיל ה"ש 42, בפס' 54; ליפשיץ **השיתוף הזוגי**, לעיל ה"ש 22, בעמ' 269–270; רון, לעיל ה"ש 6, בעמ' 19.

91 לעמדה דומה ראו תמ"ש (משפחה י-ם) 610/07 **א"א נ' אי"ק**, פס' 74 (נבו 2009.6.7). לעמדה אחרת, שלפיה השימוש בס' 28(2) לחוק יחסי ממון במקרה של פערים בכושר ההשתכרות אינו מהווה פגיעה בזכות הקניין, ראו תמ"ש 47769-01-12, לעיל ה"ש 42, בפס' 28(ה).

92 ראו בהקשר זה תמ"ש 8972-05-16, לעיל ה"ש 45, בפס' 40–41.

המצוי. בחלק זה נדון בדין הרצוי אל מול הדין המצוי. בכלל זה נדון בעמדתנו ביחס לדין הרצוי ובגישת צמצום פערי ההכנסות. נקדים ונסביר כי הדיון שלהלן ביחס לדין הרצוי הוא מוגבל ותמציתי, וזאת מטעמים מעשיים, שכן למיטב הבנתנו שינוי נורמטיבי אינו מציאותי בעתיד הקרוב (בהינתן המצב הפוליטי-החברתי-המדיני במדינת ישראל). אומנם היה אפשר לאמץ את הדין הרצוי במסגרת חקיקה שיפוטית, אך כפי שנסביר להלן, מצב משפטי כאמור יביא בסופו של יום לידי פגיעה בהגנה על זכותו הקניינית של בן הזוג בעל כושר ההשתכרות הפחות. זו בעצם גם התוצאה המעשית של השימוש בגישת צמצום פערי ההכנסות, וגם על כך נפרט להלן.

אם נפליג בהרהורים תאורטיים על אודות הדין הרצוי, היה מוטב לדידנו להסדיר את כושר ההשתכרות במסגרת נורמטיבית נפרדת מחלוקת הרכוש ומדיני המזונות – כתת-קטגוריה בפני עצמה. לשיטתנו, היה אפשר ליצור פתרון ראוי באמצעות חוק "הסתמכות כלכלית בין בני זוג", ולקבוע במסגרתו הסדרים וכלים עקרוניים להתמודדות הגונה עם מצב של פירוק התא המשפחתי בנסיבות שבהן נוצרה במהלך החיים המשותפים הסתמכות המבוססת על פער משמעותי ביכולות הכלכליות של בני הזוג (להבדיל מפערים בכושר ההשתכרות בלבד). במסגרת הסדר כאמור היה אפשר לקבוע תשלום חד-פעמי או תשלומים עיתיים שבמסגרתם היו מובאים בחשבון ההיבטים הקנייניים של כושר ההשתכרות שנצבר במהלך החיים המשותפים, בד בבד עם היבטים נוספים מדיני החוזים, מדיני המזונות ומדיני היושר (הסתמכות, הגינות, תום לב, תלות כלכלית וכיוצא בהם).⁹³ הסדר כאמור תואם את התפיסה המקובלת בהלכות בית המשפט העליון, שלפיה "...ההגינות והיושר בין הצדדים מחייבים כי במקום שהאחד נזקק לתמיכתו של האחר – אם במזונות ואם באמצעים אחרים – הוא זכאי לקבל תמיכה זו. בני-הזוג אינם עוברי אורח שתאונת דרכים הפגישה ביניהם".⁹⁴

הסדר כאמור יכול ליצור צדק בין בני הזוג בהתבסס על ההסתמכות שנוצרה במהלך החיים המשותפים, וזאת בנפרד מההסדר הרכושי ומדיני המזונות, ותוך התחשבות ביתר הנסיבות הרלוונטיות. ודוק, הסדר כאמור אינו מיועד ליצור צדק חלוקתי רכושי, ואף לא להחליף את דיני המזונות, אלא מטרתו היא ליתן מענה הגון להסתמכות שנוצרה במהלך החיים המשותפים, בעקבות רמת החיים של התא המשפחתי בפועל. נבהיר: כוונתנו אינה הטלת חובה על בן הזוג בעל היכולת הכלכלית הגבוהה יותר לשמר עבור בן הזוג האחר רמת חיים זהה לזו שהתקיימה במהלך החיים המשותפים (אם כי בנסיבות מסוימות ייתכן שזו תהא התוצאה); משמעותו של הסדר כאמור היא ראיית התא המשפחתי כמוסד משפטי בעל ערך אינטרינזי, המחייב הגנות נורמטיביות רחבות לעת פירוק, מעבר להגנות שחברי המשפחה הסדירו בינם לבין עצמם.

93 לתמיכה בעמדה כי יש מקום לתקן את החוק באשר לנכסי כושר השתכרות, אך באופן שונה מהמוצע בחיבור זה, ראו ליפשיץ **השיתוף הזוגי**, לעיל ה"ש 22, בעמ' 310, 321 ו-352-353.

94 רע"א 8256/99 **פלוגית נ' פלוני**, פ"ד נח(2) 213, 233-234 (2003). ראו גם בג"ץ 2232/03 **פלוגית נ' בית הדין הרבני האזורי, תל אביב-יפו**, פ"ד סא(3) 496, פס' 42 לפסק הדין של הנשיא (בדימ') ברק (2006).

במסגרת הסדר נורמטיבי כאמור היה אפשר להביא בחשבון (בין השאר) נסיבות והיבטים שונים, כגון אורך הקשר הזוגי; כושר ההשתכרות שנצבר או אבד במהלך החיים המשותפים; רמת החיים שבה חיו בני הזוג; הכנסותיהם של בני הזוג ששימשו לטובת החיים המשותפים (מכוסר השתכרות, מרכוש משותף ומרכוש נפרד); גיליהם של בני הזוג; תקופת המשך ההשתכרות הצפויה של בני הזוג; סיכויי של בן הזוג בעל היכולת הכלכלית הפחותה להשתלב במעגל העבודה או להגדיל את יכולת השתכרותו; היקף הרכוש – חיצוני ומשותף; תמיכה משפחתית שיש לכל אחד מבני הזוג – כלכלית ופיזית (כגון סיוע במשק הבית, סיוע בטיפול בילדים, מגורים בנכס ששייך למשפחה וכיוצא בהם); תמיכה של מי מבני הזוג בבני משפחה אחרים – כלכלית או פיזית (כגון סיעוד, אפוטרופסות וכיוצא בזה); ילדים (משותפים ונפרדים) וגיליהם; חובת תשלום מזונות לילדים (משותפים או נפרדים); חלוקת התשלום של צורכי הילדים המשותפים; הסדרי השהייה עם הילדים המשותפים וחלוקת הטיפול בהם, וכיוצא באלה. הסדר נורמטיבי כאמור יוכל ליצור ודאות ולהוות כלי אחיד שישמש תחליף לא רק להסדר הלא-ברור והלא-קוהרנטי שחל ביחס לכושר ההשתכרות, אלא גם לכלים נוספים שהתפתחו בפסיקה לשם יצירת צדק ואשר אין לגביהם עקרונות או כללים סדורים, כגון מזונות משקמים, מזונות אזרחיים, ואולי גם פיצויי גירושים. הסדר כאמור יוכל אף לשמש פיצוי ראוי חלף שיתוף ספציפי בנסיבות שבהן התקיימה הסתמכות ושימוש משותף בנכס נפרד אך לא התקיים דבר מה נוסף המצדיק שיתוף קנייני.⁹⁵

כל הדברים עד כאן הם כאמור בגדר דיון תאורטי על אודות הדין הרצוי. אלא שבהעדר חקיקה מתאימה יש לבחון את האפשרויות הקיימות בהתאם למצב המשפטי המצוי. במצב המשפטי המצוי אימוץ גישות שאינן מוסדרות בחוק – דוגמת ההסדר המוצע לעיל (והדברים נכונים גם ביחס לגישת צמצום פערי ההכנסות, כפי שנפרט בהמשך) – מחייב חקיקה שיפוטית.

מבחינה רעיונית ייתכן שהשימוש בכלי של חקיקה שיפוטית לצורך יצירת הסדר כאמור הוא ראוי בנסיבות שבהן אין בחוק – לא בדיני הממון ולא בדיני המזונות – מענה הולם לנסיבות של הסתמכות כלכלית בין בני זוג המקימה ציפייה לגיטימית הראויה להגנה (למעט הסמכות לאזן את נכסי האיזון באופן לא שוויוני לפי סעיף 8(2) לחוק יחסי ממון, אשר השימוש בה נעשה כאמור במשורה⁹⁶). בנסיבות כאלה ערכאת השיפוט רשאית לגשר על הפער שבין החוק לבין מציאות החיים – כפי שזו משתקפת בסכסוך שלפניו – באמצעות חקיקה שיפוטית.⁹⁷ אלא שלחקיקה השיפוטית יש חסרונות רבים:

95 להלכה באשר לצורך בהוכחת דבר מה נוסף על מנת להחיל את השיתוף הספציפי ראו בע"מ 1398/11 אלמונית נ' אלמוני, פס' 17–21 לפסק הדין של השופט דנציגר (אר"ש 26.12.2012); דנג"ץ 8537/18, לעיל ה"ש 13, בפס' 30–37 לפסק הדין של הנשיאה חיות; בג"ץ 4602/13, לעיל ה"ש 13, בפס' 6 לפסק הדין של השופט עמית.

96 ראו ההפניות לעיל בה"ש 70.

97 ראו אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית 214 (2004); אהרן ברק פרשנות במשפט כרך ראשון: תורת

השימוש בה זהיר, היא נעדרת כללים חד-משמעיים מפורטים, והיא מתאפיינת בהעדר אחדות.⁹⁸ מצב משפטי כאמור הוא בעוכרו של בעל כושר ההשתכרות הפחות. לפיכך, גם אם מבחינה רעיונית השימוש בחקיקה שיפוטית יכול ליצור הסדר ראוי, מבחינה מעשית מדובר בהסדר שהשימוש בו ייעשה במשורה, באופן הססני וללא הקניית זכות ברורה, מה שיפגע בסופו של יום בבעל כושר ההשתכרות הפחות. בהינתן הדין המצוי יש עדיפות לגישת הנכס, אשר מעניקה לבעל כושר ההשתכרות הפחות זכות ברורה וודאית, לפחות ביחס לכושר השתכרות שנצבר במהלך הנישואים. ונדגיש: זכות זו אינה מפחיתה מסמכותה של ערכאת השיפוט לעשות שימוש בארגז הכלים העומד לרשותה ליצירת פתרונות קונקרטיים בנסיבות של הסתמכות כלכלית שאינה נובעת מצבירת כושר השתכרות במהלך הקשר הזוגי.⁹⁹

דברים אלו נכונים אף ביחס לגישת צמצום פערי ההכנסות, כפי שנסביר להלן. גישת צמצום פערי ההכנסות ניתנת לביסוס על סעיף 8(2) לחוק יחסי ממון כמעין מודל להפעלת גישת השיקול, אך היא מייצגת בעיקרה את הדין הרצוי, והיכולת ליישמה במסגרת הדין המצוי מוגבלת מאוד. ודוק, גישת צמצום פערי ההכנסות אינה יכולה להתבסס באופן מוחלט על סעיף 8(2) לחוק יחסי ממון, משום שהיא משלבת עקרונות מדיני המזונות עם עקרונות קנייניים וחוזיים (של חלוקה רכושית), תוך התמקדות ביסודות של הסתמכות והגנה על בן הזוג החלש.¹⁰⁰ במסגרת זו היא מבקשת להביא בחשבון לא רק היבטים רכושיים, אלא אף שיקולי צורך המעוגנים ביחסים הקהילתיים שהתפתחו במהלך הנישואים, כמו גם יצירת הגנה מהותית על זכות היציאה מהנישואים.¹⁰¹ מדובר ברעיון שובה לב המבוסס על עקרונות של הגינות, שוויון וצדק, ואשר מביא לידי ביטוי את הערכים העומדים ביסוד התא המשפחתי לצד ערכים ליברליים של בחירה חופשית.¹⁰² אלא שגישת זו, כאמור, אינה מבוססת במלואה על הדין המצוי. סעיף 8(2) לחוק יחסי ממון אינו יכול אם כן לשמש כאכסניה הנורמטיבית לגישת צמצום פערי ההכנסות (במובנה הקהילתי-החברתי הרחב). אף פרופ' ליפשיץ – הוגה הגישה – מסכים כי היא חורגת מן העקרונות העומדים ביסודו של חוק יחסי ממון,

הפרשנות הכללית 480 (1992); שמעון אגרנט "תרומתה של הרשות השופטת למפעל החקיקה" **עיוני משפט** י' 233, 239 (1984).

98 ראו יחיאל ש' קפלן "דיני המשפחה בעידן של מדיניות חדשה: מחקיקה שיפוטית לחקיקה שהיא מלאכת מחשבת" **דין ודברים** ו' 259, 338–339 (2011).

99 לפירוט ראו את התייחסותנו לטענה ביחס לתחולת החסר של גישת הנכס להלן בחלק ד(א)2(2).
100 ליפשיץ **השיתוף הזוגי**, לעיל ה"ש 22, בעמ' 286–303 ו-313. ראו גם עמ"ש 5420-10-21, לעיל ה"ש 48, בפס' 25 לפסק הדין של השופט ג'וסף; תמ"ש 35944-02-11, לעיל ה"ש 72, בפס' (ג)4; תמ"ש 30903-07-10, לעיל ה"ש 45, בפס' 16; תמ"ש 47769-01-12, לעיל ה"ש 42, בפס' (ה)19.
101 ליפשיץ **השיתוף הזוגי**, לעיל ה"ש 22, בעמ' 321. ראו גם עמ"ש 5420-10-21, לעיל ה"ש 48, בפס' 18 לפסק הדין של השופטת אטיאס; עמ"ש 31035-09-16, לעיל ה"ש 45, בפס' 10.5.4; תמ"ש 35944-02-11, לעיל ה"ש 72, בפס' (ג)4; תמ"ש 30903-07-10, לעיל ה"ש 45, בפס' 16; תמ"ש 47769-01-12, לעיל ה"ש 42, בפס' (ה)18.

102 ליפשיץ **השיתוף הזוגי**, לעיל ה"ש 22, בעמ' 285–354.

משפט ועסקים לא, תשפ"ה על עלייתו ונפילתו של כושר ההשתכרות בדיני המשפחה

כי החלטה באמצעות שימוש בסעיף 8(2) לחוק יחסי ממון תוכל להיעשות רק במקרים חריגים, וכי החלטה באופן גורף מחייבת שינוי חקיקתי.¹⁰³ דהיינו, הפעלתה של גישת צמצום פערי ההכנסות מבוססת על שילוב של סעיף 8(2) לחוק יחסי ממון עם חקיקה שיפוטית.

יתר על כן, גישת צמצום פערי ההכנסות מבוססת על ערכים ואינטרסים סוציאליים-חברתיים (קהילה, משפחה, הסתמכות, מאמץ משותף וכיוצא בהם),¹⁰⁴ בעוד גישת הנכס מבוססת על זכויות קנייניות. גישת צמצום פערי ההכנסות מחלישה אם כן באופן משמעותי את עוצמת הזכות הקניינית שבידיו של בעל כושר ההשתכרות הפחות.

נוסף עוד כי גישת צמצום פערי ההכנסות כמו גם גישת ארגז הכלים גרמו לשינוי בשיח המשפטי, והובילו למצב שבו בתי המשפט נוהגים לעיתים תדירות לבחון את סוגיית כושר ההשתכרות ב"מעורב" עם פיצוי בגין הסתמכות או מזונות משקמים מכוח דיני החוזים, כחלק מארגז כלים רחב העומד לרשותה של ערכאת השיפוט בנסיבות של פערים בכושר השתכרות.¹⁰⁵ הזכות לאיזון כושר השתכרות שנצבר במהלך החיים המשותפים היא כאמור זכות קניינית ברורה המוקנית לבן הזוג בעל כושר ההשתכרות הפחות, וזאת מכוח החוק ומכוח ההלכה שנקבעה בב"ע 4623/04. לעומת זאת, הזכות לקבלת פיצוי או תמיכה מכוח דיני החוזים אינה בגדר זכות מוקנית, וההלכה לגביה אינה ברורה. ביחס למזונות משקמים אף נקבע באופן מפורש בפסיקה כי השימוש בכלי זה אינו שגרתי.¹⁰⁶ במצב המשפטי הקיים, ערבוב שני הרכיבים כחלק מארגז כלים אחד הוא בעוכרו של בן הזוג בעל כושר ההשתכרות הפחות, ויש בו כדי להחליש את עוצמת הזכות שבידיו.

ודוק, לפי גישת הנכס, הזכות לאיזון כושר השתכרות שנצבר במהלך הקשר הזוגי היא זכות קניינית, ואילו מזונות נתפסים כסוג של סעד סוציאלי, כמעין נדבה או צדקה, וגם בכך יש החלשה של אופי הזכות ופגיעה בבן הזוג בעל כושר ההשתכרות הפחות.¹⁰⁷ בנסיבות הדין המצוי ראוי אם כן לשיטתנו להתמקד בגישת הנכס, אשר מקנה לבן הזוג בעל כושר ההשתכרות הפחות זכות כלכלית קניינית ברורה ביחס לכושר השתכרות שנוצר במהלך הקשר הזוגי.

103 שם, בעמ' 321.

104 שם, בעמ' 76-78 ו-296-303.

105 ראו, למשל, עמ"ש (מחוזי ת"א) 7519-11-16 **פלוגי נגד פלוגי**, פס' 18 (נבו 7.1.2018); ע"מ (מחוזי חי') 740/08 **פלוגי נ' פלוגי**, פס' 4 ו-8 לפסק הדין של השופט עמית (נבו 19.11.2008); עמ"ש 18968-06-16, לעיל ה"ש 45, בפס' 22; תמ"ש (משפחה קר') 5050/06 **ניח נ' א"ח**, פס' 30א (נבו 23.5.2010); תמ"ש 9881/07, לעיל ה"ש 47, בפס' 329, 33 ו-36; תמ"ש (משפחה י-ם) 34675-03-15 **ניח נ' ד"ל**, פס' 37 (נבו 21.8.2017); תמ"ש 47769-01-12, לעיל ה"ש 42, בפס' ב(ה) 19.

106 ראו בע"מ 10497/08 **פלוגי נ' פלוגי**, פס' ז (אר"ש 15.2.2009); תלה"ם (משפחה י-ם) 8302-12-19 **רש"כ נ' ש"כ**, פס' 22 (אר"ש 16.12.2021); תלה"ם 42285-12-20, לעיל ה"ש 45, בפס' 26; תמ"ש

(משפחה ת"א) 5659-07-12 **ז"ר נ' ש"ז**, פס' 17 (נבו 8.4.2015).

107 לעמדה דומה ראו ליפשיץ **השיתוף הזוגי**, לעיל ה"ש 22, בעמ' 267.

2. איזון בין ודאות משפטית לבין גמישות ושיקול דעת שיפוטי

אין חולק כי כושר השתכרות הוא נכס בעל מאפיינים ייחודיים המכבידים את מלאכת הערכת שוויו וקביעת אופן איזונו.¹⁰⁸ אחת הטענות המרכזיות של המתנגדים לגישת הנכס נוגעת בנוקשותה, אשר אינה מותאמת לידים למאפייניו הייחודיים של כושר ההשתכרות.¹⁰⁹

טענת המתנגדים לגישת הנכס בהקשר זה מתחלקת לשני היבטים. **ההיבט האחד** נוגע בהיקף תחולתה של הזכות לאיזון כושר השתכרות, דהיינו, בשאלה באילו נסיבות יובאו לידי ביטוי הפערים בכושר ההשתכרות במסגרת איזון המשאבים (להלן: שאלת ההיקף). **ההיבט האחר** נוגע באופן ההתייחסות לכושר השתכרות, דהיינו, בשאלה איך ראוי לאזן את כושר ההשתכרות (לפי גישת הנכס) או איך ראוי להביאו בחשבון במסגרת איזון המשאבים (לפי יתר הגישות) (להלן: שאלת האופן). המתנגדים לשיטת הנכס טוענים כי גישת הנכס פוגעת בשיקול הדעת השיפוטי ויוצרת כללים נוקשים, בעוד מאפייניו הייחודיים של כושר ההשתכרות מחייבים להותיר בידי ערכאת השיפוט שיקול דעת רחב – הן בשאלת ההיקף הן בשאלת האופן – וזאת על מנת לאפשר יצירת צדק קונקרטי בהתאם לנסיבות.¹¹⁰

הרעיון של יצירת כללים גמישים המקנים לערכאת השיפוט שיקול דעת רחב ליצירת צדק קונקרטי בהתאם לנסיבות הוא רעיון שובה לב. אלא שבהקשר של דיני משפחה מדובר לטעמנו ברעיון מסוכן אשר מערער את הודאות המשפטית ומעורר התדיינות יתר. ודוק, ודאות משפטית – אשר אחת ממשמעויותיה המעשיות הישירות היא מניעת התדיינות יתר – היא ערך חשוב שיש לשאוף אליו.¹¹¹ בהקשר של דיני משפחה יש לוודאות המשפטית ערך מוסף, בשל עוצמתם השלילית הנרחבת של סכסוכי משפחה והשפעתם הקשה על בני הזוג ועל צדדים שלישיים, ובפרט על קטינים.¹¹²

108 לפירוט ראו לעיל ה"ש 42 והטקסט המפנה אליה, וכן ההפניות לעיל בה"ש 89.

109 ראו, למשל, עמ"ש 25798-02-21, לעיל ה"ש 45, בפס' 41-51; עמ"ש 56634-06-20, לעיל ה"ש 33, בפס' 56; תמ"ש (משפחה ת"א) 26703-12-13 **פלונית נ' פלוני**, פס' 189 (אר"ש 4.6.2023); תמ"ש 3640/10, לעיל ה"ש 42, בפס' 69; תלה"ם 3234-05-20, לעיל ה"ש 45, בפס' 58; תמ"ש 22187-06-11, לעיל ה"ש 45, בפס' 29; תלה"ם 22555-11-16, לעיל ה"ש 45, בפס' 13; תמ"ש 47769-01-12, לעיל ה"ש 42, בפס' 17; ליפשיץ **השיתוף הוזני**, לעיל ה"ש 22, בעמ' 341.

110 לתמיכה בעמדה זו ראו שם, בעמ' 306, 315 ו-333. כן ראו את ההפניות לעיל בה"ש 109.

111 ראו ברק **פרשנות החקיקה**, לעיל ה"ש 84, בעמ' 583-584; רע"א 3749/12 **בר-עוז נ' סטר**, פ"ד סו(1) 678, פס' 18 לפסק הדין של הנשיא גרוניס (2013).

112 ראו את דברי ההסבר להצעת חוק להסדר התדיינות בסכסוכי משפחה, התשע"ד-2014, ה"ח הממשלה 908; רחל לוישיף "השפעות קצרות וארוכות טווח של גירושין על ילדים" **פסיכואקטואליה** אפריל 2018, 15; סוזן זיידל "גישה מערכתית ליישוב סכסוכים במשפחות בהליכי גירושין – בהתאם לניסיון שנצבר בחו"ל" **בהסכמה** 4, 20 (2004); יחיאל קפלן "הסדר התדיינות בסכסוכי משפחה – דיני משפחה מנקודת מבט המייחסת חשיבות לשיתוף פעולה והסכמה" **דין ודברים** טו 231, 258-259 ו-262-263 (2021).

בניגוד למתנגדיה של גישת הנכס, לעניות דעתנו המצב המשפטי צריך להיות הפוך. דהיינו, הכללים חייבים להיות נוקשים באופן שייצור ודאות משפטית, ואילו במקרים חריגים, שבהם הכללים גורמים עוול, יש לאפשר שיקול דעת שיפוטי לסטות מהכללים לשם עשיית צדק, תוך שימוש בגמישות זו בזהירות ובמשורה.

במסגרת תת־פרק זה נדון בשני ההיבטים שהמתנגדים לגישת הנכס מתייחסים אליהם – שאלת ההיקף ושאלת האופן. כפי שנפרט להלן, למיטב הבנתנו, גישת הנכס אכן יוצרת נוקשות מסוימת (ומבורכת) ביחס לשאלת ההיקף, והחששות בהקשר זה פתורים ואינם רלוונטיים דווקא לסוגיה של כושר ההשתכרות (בכך נדון בתת־חלק ד2(א) להלן). לעומת זאת, ביחס לשאלת האופן – דהיינו, באשר לדרך איזונו של כושר ההשתכרות – גישת הנכס דווקא יוצרת להבנתנו גמישות רחבה מאוד (בפרט בהשוואה לגישת השיקול), ובהקשר זה היא יוצרת אי־ודאות לא פחות מיתר הגישות. מצב משפטי זה (בהקשר של כלל הגישות) מחייב יצירת כללים ברורים בפסיקה, על מנת להבטיח ודאות משפטית, והשימוש בשיקול הדעת לצורך יצירת צדק קונקרטי צריך להיות יותר למקרים חריגים בלבד. עם זאת, גם בהיבט זה יש לגישת הנכס יתרון לשיטתנו, משום שבמקרים החריגים, המחייבים יצירתיות וסטייה מהכללים הנוקשים (שיש לקבוע), גישת הנכס מקנה כאמור לערכאת השיפוט שיקול דעת רחב מאוד ליצירת צדק קונקרטי באופן המותאם לנסיבות החריגות הספציפיות (בכך נדון בתת־חלק ד2(ב) להלן).

(א) הצורך בכלל תחולה ברור (שאלת ההיקף) והחשש מתחולת יתר ומתחולת חסר
אימוץ גישת הנכס משמעותו יצירת כלל יציב וברור כי כושר ההשתכרות שנצבר במהלך החיים המשותפים יכלול ב"סל נכסי האיזון" ואיזון באופן שוויוני.

אחד הנימוקים המרכזיים לעמדתם של המתנגדים לגישת הנכס הוא שמאפייניו המיוחדים של כושר ההשתכרות, ובפרט הקשיים בהערכת שוויו ובקביעת אופן איזונו,¹¹³ מבדלים אותו מנכסים אחרים ומצדיקים את אי־איזונו אלא בנסיבות מתאימות.¹¹⁴ לטענתם, התייחסות לכושר ההשתכרות כאל נכס בר איזון יוצרת תחולת יתר – מצב משפטי נוקשה אשר פוגע בשיקול דעתה של ערכאת השיפוט ומחייב אותה לאזן את כושר ההשתכרות כנכס בכל המקרים, לרבות בנסיבות שאינן מתאימות לכך. בפרט נטען כי נוקשותה של גישת הנכס מנוגדת להלכה שנקבעה בבע"ס 4623/04, משום שהיא מחייבת איזון של כושר ההשתכרות גם בנסיבות שבהן לא הייתה הקרבה או ויתור של בן הזוג בעל כושר ההשתכרות הפחות (לטובת פיתוח כושר ההשתכרות של בן הזוג בעל כושר ההשתכרות הגבוה יותר) וכן בנסיבות שבהן לא נוצר פער ממשי וברור בין יכולות ההשתכרות של בני הזוג. לטענת המתנגדים לגישת הנכס, ההתייחסות לכושר ההשתכרות במסגרת סעיף 8(2) לחוק כאל שיקול לאיזון לא שוויוני מתאימה יותר

113 לפירוט ראו לעיל ה"ש 42 והטקסט המפנה אליה, וכן ההפניות לעיל בה"ש 89.

114 ראו ההפניות לעיל בה"ש 88.

למאפייניו הייחודיים של כושר ההשתכרות, ומאפשרת גמישות ושיקול דעת מרבי לערכאת השיפוט.¹¹⁵

לצד הטענות לתחולת יתר, המתנגדים לגישת הנכס מעלים גם טענות בדבר תחולת חסר, הגורמת עוול בנסיבות מסוימות. באשר לתחולת חסר נטען כי גישת הנכס אינה גמישה דייה לחול על כל הנסיבות שבהן ראוי להעניק פיצוי או תשלום בגין פערים בכושר ההשתכרות, שכן בשל נוקשותה היא חלה רק בנסיבות שבהן הפערים הללו נוצרו עקב פיתוח כושר ההשתכרות של אחד מבני הזוג במהלך החיים המשותפים. לפיכך היא אינה מביאה בחשבון במסגרת האיוון הפסדים בגין אובדן קריירה, נזקים בגין אי-פיתוח קריירה וכן פערים שהתקיימו לפני הקשר הזוגי, לרבות בנסיבות שבהן ראוי לכלול רכיבים אלו במסגרת האיוון. כך, למשל, גישת הנכס אינה רלוונטית לנסיבות שבהן הפער היה קיים עוד לפני החיים המשותפים, וזאת גם בנסיבות של נישואים ארוכים והסתמכות (שכן סעיף 5(א)(1) לחוק יחסי ממון גורע מסל נכסי האיוון נכסים שהיו לבני הזוג ערב הנישואים); כמו כן, היא אינה רלוונטית לנסיבות שבהן הפער נוצר בשל אובדן או הפחתה ביכולת ההשתכרות של אחד מבני הזוג במהלך החיים המשותפים (שכן סעיף 5(א) לחוק יחסי ממון מביא בחשבון רק נכסים, זכויות וחובות שבני הזוג צברו במהלך החיים המשותפים, ולא נכסים שבני הזוג כילו או איבדו במהלך החיים המשותפים), וכיוצא בזה.¹¹⁶

נדון תחילה במשמעות המעשית של מתן שיקול דעת רחב לערכאת השיפוט בשאלת היקף הזכות לאיוון כושר ההשתכרות, ולאחר מכן נדון בטענות בדבר תחולת יתר ותחולת חסר.

(1) המשמעות המעשית של כלל תחולה גמיש (גמישות בשאלת ההיקף)

כאמור בפתח הדיון בתת-פרק 2, גישה המבססת את שאלת היקף הזכות לאיוון כושר ההשתכרות על כללים גמישים היא שובת לב, משום שהיא מביחה צדק קונקרטי בכל מקרה ומקרה. אך ברמה המעשית מדובר בגישה היוצרת חוסר ודאות, באופן שמקשה על בני זוג להגיע להסכמות וגורם להסלמה ביחסים. חלף יצירת מצב משפטי ברור ויציב בשאלת ההיקף, שיסייע לבני זוג להגיע להסכמות, הגישות המתחרות לגישת הנכס הרחיבו את אי-הוודאות הקיימת ממילא באשר לשאלת האופן (שאליה נתייחס בחלק 2(ב) להלן), ובהתאם הקושי בפרקטיקה להגיע להסכמות הוא משמעותי. בהקשר זה מעניין להתייחס לעמדתו של פרופ' ליפשיץ – ההוגה של גישת צמצום פערי ההכנסות – באשר לחשש מהתדיינות יתר בשל שיקול הדעת הנרחב המוענק לערכאת השיפוט. לשיטתו, אם יאומצו בפסיקה הקריטריונים והקווים המנחים שהוא

115 לעמדה זו ראו ליפשיץ **השיתוף הזוגי**, לעיל ה"ש 22, בעמ' 282, 306 ו-350; עמ"ש 31035-09-16, לעיל ה"ש 45, בפס' 7.6; תמ"ש 47769-01-12, לעיל ה"ש 42, בפס' ב(ה) 6; עמ"ש 25798-02-21, לעיל ה"ש 45, בפס' 51; עמ"ש 18968-06-16, לעיל ה"ש 45, בפס' 23; תמ"ש 3640/10, לעיל ה"ש 42, בפס' 65; תמ"ש 1933/09, לעיל ה"ש 33, בעמ' 20.

116 לעמדה זו ראו ליפשיץ **השיתוף הזוגי**, לעיל ה"ש 22, בעמ' 285–290, 293–299, 312–315 ו-340; תמ"ש 5050/06, לעיל ה"ש 105, בפס' 330; תמ"ש 9881/07, לעיל ה"ש 47, בפס' 29–31.

ממליץ עליהם, החשש מהתדיינות יתר לא יהיה משמעותי.¹¹⁷ דהיינו, בסופו של יום גם לשיטתו של פרופ' ליפשיץ אין מקום להעניק שיקול דעת רחב בשאלת היקף הזכות.¹¹⁸

יתר על כן, כלל גמיש שמשמעותו שיקול דעת לערכאת השיפוט בשאלת היקף הזכות לאיזון כושר השתכרות יוצר אי-יציבות והתדיינות יתר בהיבט נוסף – החרפת התופעה השלילית של מרוץ הסמכויות. ודוק, בהתקיים כלל ברור ויציב בעניינים שלגביהם חל הדין האזרחי – ובפרט בענייני רכוש בין בני זוג – בתי הדין הדתיים מחויבים להחיל את הכלל שבדין האזרחי, אף אם הוא מנוגד לדין הדתי.¹¹⁹ לקיומו של כלל ברור ויציב יש יתרון בפרט בהקשר של בתי הדין הרבניים, שכן כלל ברור ויציב בדין האזרחי מקל על בתי הדין הרבניים את אימוצו מכוח הלכות בדין העברי המכירות בדין המדינה כדין מחייב.¹²⁰ כלל ברור ויציב יוצר אם כן אחידות בפסיקותיהם של בתי המשפט לענייני משפחה ושל בתי הדין הדתיים, באופן שמקטין את תופעת מרוץ הסמכויות. לעומת זאת, בהעדר כלל אזרחי ברור (בחוק או בהלכת בית המשפט העליון) אשר מחייב התחשבות בכושר השתכרות, בתי הדין הדתיים רשאים להפעיל את שיקול דעתם לפי הבנתם,

117 ליפשיץ **השיתוף הזוגי**, לעיל ה"ש 22, בעמ' 352: "טענת הביקורת השנייה עוסקת בכך שמתן שיקול דעת נרחב לערכאות נמוכות, שאינן פועלות בדרך אחידה, פוגע בוודאות המשפטית. חוסר הוודאות עלול לגרום לריבוי התדייניות... אולם לטעמי, אם יאומצו הקריטריונים והקווים המנחים שהומלצו בספר זה, החשש איננו גדול כפי שהוא נראה".

118 פרופ' ליפשיץ ממשיך וטוען כי "...פרט למקרים החריגים שבהם הצעתי שלא לחלק את כושר ההשתכרות כלל, שיקול הדעת המומלץ בספר זה אינו עוסק על פי רוב בעצם השאלה אם להתחשב בכושר ההשתכרות, אלא בשאלת הטכניקה שתיבחר למימוש השיתוף" (שם). אלא שהדברים אינם מתיישבים עם הבסיס העומד ביסודן של שיטת השיקול ושיטת צמצום פערי ההכנסות, כפי שפרופ' ליפשיץ עצמו הסבירו: "לטעמי, הכללה מפורשת של נכסי העתיד בסעיף 5, ללא הסדר ייחודי הנוגת מענה לטיבם המיוחד, הייתה מאלצת את בית המשפט לאזן את שווי התוספת הנצברת לנכסי העתיד של שני בני הזוג בדרך קניינית קונבנציונלית כמעט בכל מקרה ומקרה המובא לפניו. לעומת זאת, ההתייחסות אליהם בסעיף 8 רגישה יותר לטבעם המיוחד של נכסי העתיד, והיא מקנה לבית משפט שיקול דעת רחב יותר **אם וכיצד לחלקם**" (שם, בעמ' 306 (ההדגשה הוספה)).

119 בג"ץ 1000/92 **בבלי נ' בית הדין הרבני הגדול**, פ"ד מח(2) 221, 246–252 (1994).

120 על מנת שמנהג בדיני ממונות יהיה מחייב ובעל תוקף הלכתי לפי הדין העברי, צריך שיתקיימו בו שלושה תנאים: עליו להיות נפוץ ומקובל בכל המדינה; עליו להיות שכיח; ועליו להיות מפורסם וברור. ראו מנחם אלון **המשפט העברי: תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו** כרך ראשון 752–753 (מהדורה שלישית מורחבת ומתוקנת התשמ"ח). בהקשר של הלכת השיתוף קבע הרב דייכובסקי כי רק לאחר שנפסק בג"ץ **בבלי**, לעיל ה"ש 119 – שבו נקבע במפורש ובאופן ברור כי הלכת השיתוף מחייבת גם בבתי הדין הרבניים – היה אפשר להחיל את הלכת השיתוף לפי הדין העברי מכוח דינא דמלכותא. ראו שלמה דייכובסקי "הלכת השיתוף" – האם דינא דמלכותא? **תחומין** יח 18, 28–29 (התשנ"ח). דברים אלו יפים לענייננו בהקשה. לאפשרות של החלת חקיקה שיפוטית מכוח הדין העברי ראו רון ש' קליינמן "בין חוק למשפט: תוקפה ההלכתי של פסיקת בתי המשפט" **דיני ישראל** לח 275 (התשפ"ד).

ובכלל זה אף להתעלם מנכס זה במסגרת איזון המשאבים.¹²¹ הדברים נכונים בפרט ביחס לסוגיה של כושר השתכרות בבתי הדין הרבניים, הואיל ותפיסת הדין העברי בהקשר זה שונה מהתפיסה האזרחית.¹²² התוצאה המעשית היא שבתי הדין הרבניים נוטים לא להתחשב בכושר השתכרות במסגרת איזון המשאבים.¹²³ מצב משפטי זה מהווה כאמור תמריץ לתופעה השלילית של מרוץ הסמכויות.¹²⁴ גם מסיבה זו יש עדיפות לגישת הנכס. ככל שגישת הנכס תקובע בהלכה של בית המשפט העליון, היא תחזק את הוודאות המשפטית ואת יציבות הדין לא רק בתוך בתי המשפט לענייני משפחה אלא גם בינם לבין בתי הדין הדתיים, ובכך תסייע בצמצום מרוץ הסמכויות.

(2) *התמודדות עם החשש מתחולת יתר ומתחולת חסר*

לאחר שהסברנו מדוע לטעמנו יש חשיבות ביצירת כלל ברור באשר לשאלת ההיקף, נתמודד עם הטענות בדבר תחולת יתר ותחולת חסר. תחילה נתייחס לטענות לגבי תחולת יתר בהקשר של הרכיבים "פער ממשי וברור" ו"הקרבה ויתור" (מצד בן הזוג בעל כושר ההשתכרות הפחות), ולאחר מכן נדון בטענות לגבי תחולת יתר ותחולת חסר באופן כללי.

למיטב הבנתנו, הטענה כי גישת הנכס מחייבת איזון של כושר ההשתכרות גם בנסיבות שבהן לא נוצר פער ממשי וברור וכן בנסיבות שבהן לא התקיימו הקרבה ויתור – וזאת בניגוד להלכה שנקבעה בבע"מ 4623/04 – היא טענה שגויה.¹²⁵ לשני רכיבים אלו (פער ממשי וברור והקרבה ויתור) נתייחס בהמשך בנפרד ובהרחבה (ראו להלן תת-פרקים ה' ו-ה', בהתאמה). עם זאת, לנוכח חשיבות הדברים בהקשר של הטענה לתחולת יתר, נתייחס לדברים בתמצית כבר כעת.

ראשית, בבע"מ 4623/04 לא נקבע כי קיומם של רכיבים אלו הוא תנאי סף לאיזון כושר ההשתכרות – בניגוד לתפיסה הרווחת, קריאה קפדנית של בע"מ 4623/04 מלמדת, למיטב הבנתנו, כי הרכיב של פער ממשי וברור כמו גם הרכיב של הקרבה ויתור לא נקבעו בהלכה כתנאי סף להחלתה של הלכת השיתוף על כושר השתכרות (לפירוט ראו תת-פרקים ה' ו-ה' להלן).

121 לעמדה דומה ראו שי זילברברג "ואף-על-פי-כן: מרוץ סמכויות" **משפטים** נד, 32 (צפוי להתפרסם ב-2025).

122 להרחבה ולפירוט ראו שם, בעמ' 32–37 וההפניות שם.

123 שם. ראו גם שלם, לעיל ה"ש 13, בעמ' 52–54.

124 על משמעותה השלילית של תופעת מרוץ הסמכויות ועל החשיבות של מיגורה ראו את דברי ההסבר להצעת חוק להסדר התדיינות בסכסוכי משפחה, לעיל ה"ש 112; אשר מעוז "'כרון'" זה הכרוך על עקבנו' – על הכריכה בתביעת הגירושין" **עיוני משפט** יד 101, 124 ו-127 (1989); רות זפרן "מירוץ הסמכויות 'חי ובוט'": מניצחון בנקודות' של מערכת השיפוט האזרחית בענייני משפחה להתעצמות מחודשת של מערכת בתי הדין הרבניים" **משפטים** מג 571, 573 ו-583–584 (2013); אריאל רוזן-צבי "הלכת ה'כריכה' ומירוץ הסמכויות" והשפעתם על המשפחה ודיני המשפחה" **עיוני משפט** יד 67, 88–89 (1989); פנחס שיפמן "בתי-הדין הדתיים – לאן?" **משפט וממשל** ב 523, 525 (1994); בג"ץ 3/73 **כהנוף נ' בית-הדין הרבני האזורי בתל-אביב**, פ"ד כט(1) 449, 454 (1974).

125 לביקורת זו ראו ליפשיץ **השיתוף הזוגי**, לעיל ה"ש 22, בעמ' 282.

שנית, הרכיב של פער ממשי וברור אינו סותר את גישת הנכס – בניגוד לטענתם של המתנגדים לגישת הנכס, סיווגו של כושר ההשתכרות כחלק מנכסי האיוון אינו מחייב איוון שלו בהעדר קיומו של פער ממשי וברור. בהעדר קיומו של פער ממשי וברור בין יכולות ההשתכרות של בני הזוג, אין למעשה נכס שמצריך איוון, וברי כי ערכאות השיפוט לא יכלו את זמנן באיוונו של נכס שהוא בגדר זוטות (להרחבה על הפער הנדרש בין יכולות ההשתכרות של בני הזוג ראו תת-פרק 11 להלן).

שלישית, הרכיב של הקרבה וויתור אינו ראוי, לעניות דעתנו, ובפרט אינו רלוונטי להסדר איוון המשאבים לפי חוק יחסי ממון – אימוץ הדרישה של הקרבה וויתור כתנאי לאיוון כושר ההשתכרות משמעו חזרה אחורה אל המבחן העובדתי של מאמץ משותף, שנקבע במסגרת הלכת השיתוף ואשר חוק יחסי ממון התנתק ממנו ולא בכדי, משום שהוא מביא לידי הסלמת הסכסוך ומעודד התדיינות יתר (לפירוט טענתנו כי ראוי לזנוח את רכיב ההקרבה והויתור ראו תת-פרק 2 להלן).

מעבר לסוגיות של פער ממשי וברור והקרבה וויתור – אשר אינן רלוונטיות לעניות דעתנו לטענה של תחולת יתר – הכלל הנוקשה הקבוע בסעיף 5 לחוק יחסי ממון, באשר להיקף נכסי האיוון, אכן עלול לגרום עוול בנסיבות חריגות בשל תחולת יתר או תחולת חסר. אלא שמקרים חריגים אלו רלוונטיים ביחס לכל נכסי האיוון, והפתרון להם מצוי בסעיף 8 לחוק יחסי ממון ובארגז הכלים הרחב העומד לרשותה של ערכאת השיפוט.

ודוק, באופן עקרוני ערכי השוויון והצדק – כמו גם ערך הוודאות המשפטית ויציבות הדין – מחייבים קיומו של כלל משפטי יציב שלפיו כל נכסי האיוון יאוזנו בשוויון. כלל זה יפה ונכון גם ביחס לכושר ההשתכרות שנצבר במהלך הנישואים. אכן, יש מקרים חריגים שבהם מוצדק לא לאזן נכס או נכסים מנכסי האיוון, בשל נסיבות חריגות ומשיקולי צדק. במקרים אלו הערכאה השיפוטית רשאית לעשות שימוש בסמכותה – מכוח סעיף 8(1) לחוק יחסי ממון – לגרוע נכסים מתוך סל נכסי האיוון.

טלו לדוגמה נסיבות חריגות שבהן אחד מבני הזוג פעל בנמרצות במהלך הנישואים לטובת התא המשפחתי בכלל ההיבטים – פרנסת המשפחה, טיפול במשק הבית, טיפול בצורכי הילדים, ברווחתם ובחינוכם, וכיוצא באלה – ואילו בן הזוג האחר לא תרם לתא המשפחתי כלל, ללא סיבה סבירה כלשהי, ואף הכביד עליו או גרם לו נזקים. נסיבות אלו הן כאמור נסיבות חריגות, ועשיית צדק מחייבת סטייה מאיוון שוויוני של כלל נכסי האיוון. בנסיבות חריגות דומות השתמשו בתי המשפט בסמכותם לגרוע מהאיוון זכויות סוציאליות שנצברו במהלך החיים המשותפים, וקבעו כי בן הזוג שפעל בנמרצות לטובת התא המשפחתי ייוותר עם מלוא הזכויות הסוציאליות שצבר.¹²⁶ סמכות זו – בהתקיים נסיבות חריגות – יפה אף ביחס לכושר ההשתכרות.

אומנם, ההלכה היא כי שימוש בחריגים הקבועים בסעיף 8 ייעשה במשורה, במקרים חריגים בלבד (וטוב שכך – על מנת להבטיח ודאות משפטית¹²⁷), אך הסמכות קיימת.

126 ראו, למשל, עמ"ש (מחוזי מר') 45248-10-21 ח"ו נ' ח"ו, פס' 31–33 (אר"ש 1.5.2022); תמ"ש (משפחה ב"ש) 1066/06 נ"ש נ' ל"ש, פס' 7–19 (נבו 30.5.2011).

127 ראו ההפניות לעיל בה"ש 70.

לפיכך החשש מפני יצירת עוול בשל תחולת יתר במקרים חריגים שבהם אין הצדקה לאזן כושר השתכרות אינו משמעותי.

הדברים שהובאו לעיל ביחס לחשש מפני תחולת יתר נכונים, בהתאמה, גם כאשר לחשש מפני תחולת חסר. ודוק, הטענה כי גישת הנכס יוצרת תחולת חסר – משום שהיא אינה מביאה בחשבון הפסדי קריירה, ויתור על פיתוח קריירה, הסתמכות על פערי השתכרות שקדמו לקשר הזוגי ונסיבות נוספות הקשורות לפערים בכושר השתכרות שאינם נובעים מפיתוח כושר השתכרות במהלך הקשר הזוגי – אף היא אינה ייחודית לפערים בכושר ההשתכרות, אלא רלוונטית לכלל המצבים שבהם קיימים בין בני זוג פערים כלכליים שאינם נובעים מצבירת נכסים במהלך הקשר הזוגי, ואשר לפיכך אינם מאוזנים במסגרת איזון המשאבים (הואיל והם אינם נכנסים לתוך סל נכסי האיזון לפי סעיף 5(א)(1) לחוק יחסי ממון).

טלו לדוגמה נסיבות שבהן שני בני הזוג הגיעו לנישואים עם חסכוניות שהם צברו לפני הנישואים, אלא שלאורך הנישואים אחד מבני הזוג כילה את חסכוניותו לטובת צורכי המשפחה ואילו האחר שמר את מלוא חסכוניותו לעצמו. בנסיבות אלו ההסדר הקבוע בסעיף 5 לחוק יחסי ממון יוצר תחולת חסר, משום שלפי סעיף 5(א)(1) לחוק, נכסים שהיו לבני הזוג ערב הנישואים נגרעים מסל נכסי האיזון. דהיינו, אי-אפשר להכניס את חסכוניותו של בן הזוג האחר לסל נכסי האיזון, וסעיף 5 לחוק יחסי ממון אינו מביא בחשבון במסגרת האיזון רכיבים של ויתור, הקרבה, כילוי נכסים או אובדן הזדמנויות. מצב זה דומה לנסיבות שבהן שני בני הזוג הגיעו לנישואים עם כושר השתכרות, ואחד מהם ויתר על כושר השתכרותו לטובת המשפחה בעוד שהאחר המשיך לשמר את כושר השתכרותו מבלי שפיתח כושר השתכרות מעבר למצב שהיה קיים בעת הנישואים.

כן ייתכנו למשל נסיבות שבהן אחד מבני הזוג הגיע לנישואים עם רכוש רב, ובעקבות זאת חיו בני הזוג במהלך הנישואים ברמת חיים גבוהה ולא טרחו לחסוך רכוש או כספים, מתוך הסתמכות על רכושו הרב של בן הזוג העשיר. גם בנסיבות אלו ההסדר הקבוע בסעיף 5 לחוק יחסי ממון יוצר תחולת חסר. דהיינו, אי-אפשר להכניס את רכושו הנפרד של בן הזוג בעל הממון לסל נכסי האיזון, שכן סעיף 5 לחוק יחסי ממון אינו מביא בחשבון במסגרת האיזון רכיב של הסתמכות. מצב זה דומה לנסיבות שבהן רק אחד מבני הזוג הגיע לנישואים עם כושר השתכרות משמעותי (שגותר לאורך כל השנים כפי שהיה בתחילת הקשר), ובמהלך חייהם המשותפים לא טרח בן הזוג האחר לפתח כושר השתכרות מתוך הסתמכות על כושר השתכרותו של בן זוגו.

הפתרון לנסיבות מיוחדות אלו – שבהן נוצר עוול בשל תחולת חסר – אינו בהגמשת הכלל הקבוע בסעיף 5 לחוק יחסי ממון (שתוביל לאי-יציבות משפטית), אלא בשימוש בארגז הכלים של ערכאת השיפוט, המקנה לה שיקול דעת ומגוון רחב של כלים ליצירת צדק קונקרטי בנסיבות מיוחדות (לרבות הלכת השיתוף הספציפי, מזונות משקמים, סעיף 8 לחוק יחסי ממון וכיוצא בהם). כלים אלו רלוונטיים ביחס לכלל נכסי האיזון, והם יפים בהתאמה גם ביחס לכושר השתכרות (על תחולתה של הלכת השיתוף הספציפי בקשר

לפערים בכושר ההשתכרות ראו להלן בתת-פרק 4).¹²⁸ הדברים בוודאי יפים ביחס לשימוש בסעיף 8(2) לחוק, שהרי לשונו (לאחר התיקון) קובעת במפורש כי סטייה מאיזון משאבים שוויוני תיעשה בהתחשב (בין השאר) בכושר ההשתכרות של בני הזוג. אימוץ גישה הנכס אינו סותר את האפשרות לעשות שימוש בכלי זה לשם יצירת צדק בהתקיים נסיבות מיוחדות של פערי השתכרות שמקורם אינו בצבירת כושר השתכרות במהלך הקשר הזוגי.

סיכומם של דברים – סיווגו של כושר השתכרות כנכס בר איזון (לפי גישת הנכס) אינו גורע מסמכותה של ערכאת השיפוט לעשות שימוש בארגז הכלים העומד לרשותה בהתקיים נסיבות מיוחדות שבהן ראוי לעשות כן לשם עשיית צדק. הפתרון לנסיבות חריגות שבהן נוצר עוול או אי-שוויון – עקב מצבים חריגים שבהם ראוי לגרוע את כושר ההשתכרות מסל האיזון או לחלופין עקב מקרים חריגים שבהם ראוי להתחשב בפערי השתכרות שלא נוצרו במהלך החיים המשותפים – חייב להיות בגדר החריג, ואינו יכול להכתיב כלל גמיש (שיוצר אי-ודאות משפטית). כללים אלו נכונים ויפים ביחס לכל נכסי האיזון, ואין בייחודיות מאפייניו של כושר ההשתכרות כדי לבדל אותו מיתר נכסי האיזון בהקשר זה.

(ב) אי-הוודאות והקשיים הקשורים להערכת שוויו של כושר השתכרות (שאלת האופן)

אין חולק כי כושר השתכרות הוא נכס בעל מאפיינים ייחודיים המקשים את מלאכת הערכת שוויו ואת קביעת אופן איזונו.¹²⁹ גם אנו שותפים לעמדה כי איזונו של כושר השתכרות צריך להיעשות באופן שונה מאיזונם של נכסים "רגילים" (לפירוט באשר לאופן הראוי להבנתו לאיזון כושר השתכרות ראו פרק 1 להלן).

בניגוד לטענותיהם של המתנגדים לגישת הנכס, גישת הנכס אינה מחייבת איזון בדרך של הערכת שווי ותשלום בהתאם לשווי. ההפך הוא הנכון. סיווגו של כושר השתכרות (שנצבר במהלך הנישואים) כחלק מנכסי האיזון מקנה לערכאת השיפוט שיקול דעת רחב מאוד בכל הקשור לשאלת אופן איזונו, וזאת בהתאם להוראות סעיף 6 לחוק. ודוק, בניגוד לשאלת היקפה של הזכות לאיזון, שהוסדרה בסעיף 5 לחוק יחסי ממון באופן נוקשה וברור, שאלת אופן האיזון הוסדרה בסעיף 6 לחוק באופן נרחב וגמיש. בהעדר הסכמה בין בני הזוג ביחס לאופן איזון המשאבים, סעיף 6 לחוק יחסי ממון מקנה לערכאת השיפוט כלים רבים ומגוונים ושיקול דעת רחב מאוד בכל הקשור לקביעתם של שווי נכסי האיזון, דרך האיזון, מועדי ביצוע האיזון וכל יתר תנאי האיזון.

¹²⁸ לדוגמה לשימוש בס' 8(2) לחוק יחסי ממון ליצירת צדק בנסיבות של פער בין יכולות ההשתכרות של בני הזוג שהיה קיים עוד לפני החיים המשותפים, ראו עמ"ש 23025-08-21, לעיל ה"ש 46, בפס' 30.

¹²⁹ לפירוט ראו לעיל ה"ש 42 והטקסט המפנה אליה, וכן ההפניות לעיל בה"ש 89.

דהיינו, המשמעות המעשית של סיווג כושר השתכרות כנכס בר איזון (לפי גישת הנכס) היא הקניית שיקול דעת רחב מאוד לערכאת השיפוט ליצירת מגוון פתרונות יצירתיים באשר לאופן האיזון, וזאת בהיבטים שונים:

- **באשר לאופן הערכת שוויו של כושר ההשתכרות** – לפי חוות דעת של מומחה (שומה אקטוארית, תחשיב חשבונאי וכיוצא באלה), לפי אומדנה, לפי ממוצע הכנסות בתקופה שלפני מועד האיזון, לפי הכנסות עתידיות בפועל לאחר מועד האיזון או בכל דרך יצירתית אחרת;
- **באשר למועד האיזון ולדרך ביצוע האיזון** – בעין (בתשלום או תשלומים מתוך הכנסות עתידיות בפועל), בכסף (בתשלום מיידי חד-פעמי, בתשלום חד-פעמי נדחה, בפריסת תשלומים או בתשלומים עתידיים קבועים) או בשווה כסף (באמצעות נכסי איזון אחרים);
- **באשר לקביעת תנאי האיזון** – הוראות להצמדת תשלומים למדד כלשהו או לפי כושר השתכרות בפועל, הוראות לביטול או השבה של תשלומים במקרה של איבוד כושר השתכרות בעתיד, הוראות לשינוי בתשלומים בהתחשב בתשלומי דמי מזונות וכיוצא בהן.

מעבר לשיקול הדעת המוקנה לערכאת השיפוט באשר לאופן איזונו של כושר ההשתכרות לפי סעיף 6 לחוק יחסי ממון, מוקנה לה כמובן גם שיקול דעת לסטות מכללי האיזון בנסיבות חריגות לפי סעיף 8 לחוק, דהיינו, להחריג את כושר ההשתכרות מהאיזון (לפי סעיף 8(1) לחוק), לערוך חלוקה לא שוויונית של כושר ההשתכרות בפרט ושל נכסי האיזון בכלל (לפי סעיף 8(2) לחוק) או לקבוע שכותר ההשתכרות יאוזן לפי מצבו או שוויו במועד מוקדם יותר ממועד האיזון (לפי סעיפים 3(8) ו-8(4) לחוק).

גישת השיקול, לעומת זאת, מצמצמת את טווח האפשרויות העומדות לרשותה של ערכאת השיפוט לשתי אפשרויות בלבד: האחת, התייחסות לכושר השתכרות באמצעות איזון לא שוויוני של נכסי האיזון (כולם או חלקם); והאחרת, אי-התייחסות לכושר השתכרות במסגרת האיזון. דהיינו, בניגוד לנטען נגד גישת הנכס, בכל הקשור לשאלת אופן האיזון היא מקנה לערכאה השיפוטית שיקול דעת וגמישות רחבים בהרבה מאלה המוקנים לה לפי גישת השיקול.

לסיכומם של דברים עד כה, הוודאות המשפטית שגישת הנכס מקנה בסוגיית כושר ההשתכרות היא רק בקשר לשאלת היקף הזכות לאיזון (על כך פירטנו בחלק 2(א) לעיל). לעומת זאת, באשר לשאלת אופן האיזון גישת הנכס אינה יוצרת ודאות, ואין לה יתרון על הגישות המתחרות בהיבטים של ודאות משפטית ומניעת התדיינות יתר. ובכל זאת, כפי שנסביר בשולי חלק זה, לעניות דעתנו גם בהקשר של שאלת האופן יש לגישת הנכס יתרון על הגישות המתחרות.

אי-הוודאות בהקשר של שאלת האופן רלוונטית אם כן ביחס לכל הגישות (שכן גם בגישות המתחרות קיימת אי-ודאות באשר לשאלה כיצד יש להתחשב בכושר ההשתכרות במסגרת האיזון). בתי המשפט התייחסו למצב זה בחומרה כבר לפני כעשור, וקראו ליצירת ודאות משפטית. כך, למשל, ציין השופט שילה:

"נראה כי המצב לפיו אין כללים וקריטריונים לצורך הערכת מרכיב מהותי וחשוב של הפרשי כושר השתכרות, אינו ראוי ורצוי כלל. מעבר לעובדה כי המצב כיום יוצר אי וודאות רבה, דבר הפוגע באפשרות של הגעה להסכמים, אין זה סביר כי לא ייקבעו קריטריונים וכללים בנושא... יש לקבוע אמות מידה ועקרונות, ולו כלליים, על מנת שבפני הציבור ובית המשפט תהיה תשתית מסודרת שעל בסיסה ניתן יהיה להעריך את גובה הפיצוי".¹³⁰

אנו מסכימים עם השופט שילה כי הפתרון הראוי הוא באמצעות יצירת כללים סדורים בפסיקה אשר יגנו על ערכים של צדק ושוויון במקרה השכיח. אומנם, תמיד קיים הסיכון שעמידה על הכלל המשפטי תוביל לסיכול הערכים חלף הבטחתם. ההתנגשות שבין גמישות ושיקול דעת משפטי לבין ודאות משפטית וכללים משפטיים סדורים מקורה במתח שבין הצדק הפרטי של הצדדים לבין הצדק הכללי וההשלכות הצופות פני עתיד. מצב של העדר כללים סדורים הוא תוצר לוואי טבעי של שיקול הדעת השיפוטי, והוא אינו ייחודי לסוגית כושר ההשתכרות.¹³¹ הפתרון המקובל בנסיבות כאמור – ובפרט בנסיבות שבהן קיים רכיב של חוסר ודאות – הוא יצירת כללים ברורים שיקנו יציבות משפטית, תוך הקניית שיקול דעת לערכאת השיפוט לסטות מהכללים שנקבעו על מנת ליצור צדק קונקרטי בהתקיים נסיבות חריגות המצדיקות זאת (דהיינו, בנסיבות שבהן הכללים הסדורים גורמים עוול).

לעניות דעתנו, לגישת הנכס יש יתרון גדול על גישת השיקול הן באשר לקביעת הכללים הסדורים הן באשר למקרים החריגים המצריכים סטייה מהכללים הסדורים: **באשר לכללים הסדורים** – גמישותה של גישת הנכס בכל הקשור לאופן האיוון מאפשרת יצירת מנגנונים מתוחכמים ויצירתיים שמתאימים את עצמם לנסיבות (להצעתנו בהקשר זה ראו פרק ו' להלן); **ובאשר למקרים החריגים המצדיקים סטייה מהכללים הסדורים** – גמישותה של גישת הנכס תקנה לערכאת השיפוט שיקול דעת רחב ליצירת פתרונות ייצירתיים שיהיו מותאמים לנסיבות החריגות הספציפיות בכל מקרה ומקרה (וזאת כאמור הרבה מעבר לגמישות ושיקול הדעת שמוקנים לה לפי גישת השיקול).

3. שיקולים של הרמוניה משפטית

הגישות המתחרות לגישת הנכס מבוססות כולן (באופן מלא או חלקי) על סעיף 8(2) לחוק יחסי ממון (ראו ההסבר בפרק ג' לעיל). בהתאם לכך, גישות אלו רלוונטיות רק ביחס למשטר הרכושי של איוון משאבים הקבוע בחוק יחסי ממון, והן אינן רלוונטיות

130 תמ"ש 47769-01-12, לעיל ה"ש 42, בפס' ב(ה) 13. באשר לחוסר הוודאות הקיים בפסיקה ראו גם תמ"ש 22190/09, לעיל ה"ש 45, בפס' 39; תמ"ש 3640/10, לעיל ה"ש 42, בפס' 69.

131 ראו דניאל פרידמן "פורמליזם וערכים – ביטחון משפטי ואקטיביזם שיפוטי" **המשפט** יא 9 (2007); עירית רייך-זיו "משנים מפני השלום: חופש הציווי או חופש החוזים? חופש החוזים עדיף – היבטים עיוניים ומעשיים בהסדרתה של הצוואה ההדדית" **משפט ועסקים** כד 401, 432 (2021).

ביחס למשטר הרכושי של הלכת השיתוף, אשר לגביו ממשיכה לחול גישת הנכס, לפי ההלכה שנקבעה בבע"מ 4623/04.¹³²

אומנם, בעבר עלתה בפסיקה העמדה – בהקשר של כושר השתכרות – כי ניתן להחיל את ההיגיון העומד מאחורי הוראת סעיף 8(2) לחוק בהתאמה גם ביחס להלכת השיתוף.¹³³ אלא שעמדה זו אינה מתיישבת עם ההלכה העדכנית, הקובעת כי אין להחיל את סעיף 8(2) לחוק יחסי ממון ביחס לבני זוג הכפופים למשטר הרכושי של הלכת השיתוף.¹³⁴ דהיינו, לנוכח ההלכה הנוכחית, הגישות המתחרות לגישת הנכס רלוונטיות אך ורק ביחס לבני זוג שחל עליהם משטר איזון המשאבים שבחוק יחסי ממון; ואילו ביחס לבני זוג שחל עליהם משטר רכושי של הלכת השיתוף, ההתייחסות לכושר השתכרות במסגרת חלוקת נכסי המשפחה יכולה לבוא לידי ביטוי רק לפי גישת הנכס, בהתאם להלכה שנקבעה בבע"מ 4623/04.

אימוץ של אחת הגישות המתחרות לגישת הנכס משמעותו אם כן החלת הסדר משפטי שונה על בני זוג שכפופים למשטר של איזון משאבים לעומת זה החל על בני זוג שכפופים למשטר של הלכת השיתוף. תוצאה זו מנוגדת להלכה הקובעת כי יש לשאוף לאחידות הדין ולהרמוניה פנים-משפטית, וכי ראוי להסדיר סוגיות דומות באמצעות פתרונות משפטיים דומים.¹³⁵ אומנם, ניתן לטעון כי ממילא תחולתם המקבילה של שני משטרי רכוש שונים – איזון משאבים והלכת השיתוף – על בני זוג שונים (בהתאם לנסיבותיהם) פוגעת בהרמוניה המשפטית. אלא שבפסיקת בית המשפט העליון יש מגמה ברורה של ניסיון ליצור הרמוניה והתאמה ככל האפשר בין שני המשטרים, תוך אימוץ הלכות שונות שנקבעו ביחס להלכת השיתוף גם ביחס לאיזון המשאבים.¹³⁶ לפיכך, לגישת הנכס יש יתרון על הגישות המתחרות גם מטעמים של אחידות הדין והרמוניה משפטית.

132 לעמדה דומה ראו תמ"ש 5050/06, לעיל ה"ש 105, בפס' 28; תמ"ש 35944-02-11, לעיל ה"ש 72, בפס' (ג) 3[4]; תמ"ש 3011-07, לעיל ה"ש 46, בפס' 76–79; תמ"ש 610/07, לעיל ה"ש 91, בפס' 43; ליפשיץ **השיתוף הזוגי**, לעיל ה"ש 22, בעמ' 283.

133 ראו, למשל, עמ"ש 56634-06-20, לעיל ה"ש 33, בפס' 51–52; ע"מ (מחוזי י-ם) 638/04 **ח"ר נ' ר"ר**, פס' 34 (נבו 23.1.2005); תלה"ם (משפחה י-ם) 37242-03-19 **זע"ד נ' ל"ד**, פס' 21 (נבו 22.3.2020); תמ"ש 11849-07-10, לעיל ה"ש 72, בעמ' 14–15; תמ"ש 37181/97, לעיל ה"ש 27, בפס' 79.

134 בע"מ 1983/23 **פלוני נ' פלונית**, פס' 40 (אר"ש 10.8.2023).

135 ראו בג"ץ 399/85 **כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור**, פ"ד מא(3) 255, 292 (1987); בע"מ 919/15, לעיל ה"ש 53, בפס' 78 ו-81 לפסק הדין של השופט פוגלמן ובפס' 63 לפסק הדין של השופטת ברק-ארז; בג"ץ 6728/06 **עמותת "אומץ" (אזרחים למען מינהל תקין וצדק חברתי) נ' ראש ממשלת ישראל**, פס' 6 לפסק הדין של השופט ג'ובראן (אר"ש 30.11.2006); ברק **פרשנות החקיקה**, לעיל ה"ש 84, בעמ' 327–332.

136 ראו, למשל, עניין **יעקובי**, לעיל ה"ש 58, בעמ' 561; בג"ץ 8928/06, לעיל ה"ש 43, בפס' 13 לפסק הדין של השופטת נאור ובפסק הדין של המשנה לנשיאה ריבלין; דנג"ץ 8537/18, לעיל ה"ש 13, בפס' 11 לפסק הדין של השופטת ברק-ארז.

4. לשון החוק וכוונת המחוקק

אחד הטיעונים המרכזיים העומדים ביסוד ההתנגדות לגישת הנכס הוא כי לשון החוק – כפי שהתגבשה בתיקון מס' 4 לחוק יחסי ממון – מלמדת על כוונת המחוקק לסטות מגישת הנכס.

נזכיר בקצרה את שני התיקונים הרלוונטיים לענייננו מתוך תיקון מס' 4 (לפירוט ראו פרק ג לעיל): **הראשון**, הוספת סעיף 5(ג) לחוק יחסי ממון, שבו הבהיר המחוקק כי הביטוי "כלל נכסי בני הזוג" המופיע בסעיף 5(א) לחוק כולל גם "זכויות עתידיות לפנסיה, פיצויי פרישה, קרנות השתלמות, קופות תגמולים וחסכוניות"; **והשני**, תוספת סיפה לסעיף 8(2) לחוק, שבה הבהיר המחוקק את סמכותה של ערכאת השיפוט לקבוע איזון לא שוויוני בנסיבות חריגות "בהתחשב, בין השאר, בנכסים עתידיים, לרבות בכושר ההשתכרות של כל אחד מבני הזוג".

המתנגדים לגישת הנכס טוענים כי המחוקק מנה בסעיף 5(ג) לחוק אך ורק נכסים כספיים מוחשיים הניתנים להערכת שווי בתחשיב חשבונאי או אקטוארי פשוט, ונמנע במתכוון מלכלול בו כושר השתכרות, שהוא נכס לא מוחשי שהערכתו אינה ברורה. ודוק, המתנגדים לגישת הנכס מודים אומנם כי המחוקק לא גרע במפורש את כושר ההשתכרות מסל נכסי האיזון, אך טוענתם, "מכלל הן אתה לומד לאו". דהיינו, העדר כל התייחסות לכושר השתכרות בסעיף 5(ג) שהוסף לחוק במסגרת התיקון, בד בבד עם התייחסות מפורשת אליו בסיפה שהוספה לסעיף 8(2) לחוק במסגרת התיקון, מלמדים לטענתם כי המחוקק הסתייג מהכללתו של כושר השתכרות כחלק מנכסי האיזון, וכי כוונתו הייתה שההתייחסות לנכס זה תיעשה כאל שיקול (לסטייה מאיזון לא שוויוני) לפי סעיף 8(2) לחוק, ולא כאל חלק מנכסי האיזון לפי סעיף 5 לחוק.¹³⁷

קודם שנתייחס לכוונת המחוקק, נקדים ונאמר כי הואיל וגישת הנכס אפשרית לפי לשון החוק (כך, כאמור, גם לפי המתנגדים לגישת הנכס), ההלכות המקובלות ביחס לפרשנות חקיקה מחייבות, למיטב הבנתנו, את העדפת גישת הנכס על יתר הגישות, וזאת לנוכח כלל הטעמים שאליהם התייחסנו עד כה. ודוק, ההלכה ביחס לפרשנות חקיקה היא כי כוונת המחוקק אינה מחייבת את בית המשפט בעת פרשנות החוק – "...משיצא

137 ראו, למשל, עמ"ש 31035-09-16 לעיל ה"ש 45, בפס' 7.3 ו-7.4; עמ"ש 18968-06-16 לעיל ה"ש 45, בפס' 23; עמ"ש 25798-02-21 לעיל ה"ש 45, בפס' 31; עמ"ש 56634-06-20 לעיל ה"ש 33, בפס' 55; תמ"ש 22190/09 לעיל ה"ש 45, בפס' 38; תמ"ש 9926-04-10 לעיל ה"ש 63, בפס' 63 – 65; תמ"ש 19390/09 לעיל ה"ש 45, בעמ' 10–11; תמ"ש 1933/09 לעיל ה"ש 33, בעמ' 20–24; תלה"ם 70224-07-18 לעיל ה"ש 45, בפס' 20; תמ"ש 40592/07 לעיל ה"ש 45, בפס' 19–20; תמ"ש 29202-05-14 לעיל ה"ש 45, בפס' 8.4.3 ו-8.4.4; תמ"ש 13342-07-11 לעיל ה"ש 45, בפס' 10–11; תמ"ש 30903-07-10 לעיל ה"ש 45, בפס' 15; תמ"ש 22021/06 לעיל ה"ש 45, בפס' 16; תמ"ש 47769-01-12 לעיל ה"ש 42, בפס' 4(ה)–4(ב)–5(ה); תמ"ש 17359-01-10 לעיל ה"ש 45, בפס' 7–8; תמ"ש 3640/10 לעיל ה"ש 42, בפס' 65–74; תמ"ש 12401-12-11 לעיל ה"ש 45, בפס' 20 ו-25; תמ"ש 9881/07 לעיל ה"ש 47, בפס' 29; תלה"ם 55839-01-22 לעיל ה"ש 42, בפס' 37 ו-51; ליפשיץ **השתוף הזוגי**, לעיל ה"ש 22, בעמ' 261–262 ו-305–306.

החוק לאוויר העולם, הוא חי את חייו שלו, והוא חובק את כל המקרים הנכנסים בגדרו לפי פשוטו של מקרא".¹³⁸ כוונת המחוקק יכולה לשמש כלי עזר בעת פרשנות החוק, "אולם בית המשפט יאמץ את עיסתו של המחוקק רק אם השתכנע בטוב טעמה, ולא משום שהנחתום העיד עליה".¹³⁹ כפי שהראינו לעיל, גישת הנכס עדיפה על יתר הגישות משום שהיא תואמת ומקדמת באופן טוב יותר (לעומת יתר הגישות) ערכים של צדק, שוויון, הגנה על זכויות קנייניות, יציבות משפטית והרמוניה משפטית. בהינתן כל אלה, גם אילו טענתם של המתנגדים לגישת הנכס באשר לכוונת המחוקק הייתה נכונה – וכפי שנסביר להלן, איננו סוברים כך – לפי ההלכות המקובלות ביחס לפרשנות חקיקה, כוונת המחוקק אינה רלוונטית.

עם זאת, הואיל ומדובר בטיעון משמעותי החוזר על עצמו רבות בספרות ובפסיקה, אנו רואים לנכון להתייחס לגופם של דברים. בתת-פרק זה נתייחס להליך חקיקתו של תיקון מס' 4 – באופן כללי ובפרט ביחס לסוגיה של כושר השתכרות – ונסביר מדוע לשיטתנו, לנוכח תהליך החקיקה כפי שהתקיים בכנסת, אי-אפשר לייחס למחוקק כוונה כלשהי לגרוע את כושר ההשתכרות מסל נכסי האיוון.

הולדתו של תיקון מס' 4 יסודה בתקלה שנפלה בנוסחו המקורי של חוק יחסי ממון. ודוק, סעיף 5 לחוק יחסי ממון (לפי נוסחו המקורי) התנה את הפעלתו של הסדר איוון המשאבים בפקיעת הנישואים, דהיינו, בגירוש או בפטירה של מי מבני הזוג. הואיל ודיני הגירוש בישראל מתנהלים על פי הדין האישי, ולנוכח הוראות הדין האישי העברי, התניה זו אפשרה לבן הזוג שמרבית נכסי האיוון מצויים בבעלותו לעכב את איוון המשאבים באמצעות עיכוב הגירוש. מצב משפטי זה יצר פתח לסחטנות, והוביל לתוצאות קשות ולפגיעה משמעותית בבן הזוג החלש מבחינה כלכלית. בקרב העוסקים בתחום – עורכי דין, שופטים ואנשי אקדמיה – שררה תמימות דעים כי מדובר בתקלה חמורה המחייבת תיקון.¹⁴⁰ תקלה זו נחשבה חמורה עד כדי כך שבמסגרת ההצעה לתיקון החוק עלתה אף החלופה של ביטול החוק כולו.¹⁴¹

הצורך בתיקון התקלה האמורה הוליד הצעות חוק רבות אשר בסופו של יום לא הבשילו לכלל תיקון החוק, וזאת לנוכח הקושי להגיע להסכמות בכנסת בשל רגישות העניין.¹⁴² ודוק, הדיון בהקדמתו של מועד איוון המשאבים עורר סערה, חששות

138 בג"ץ 249/82 ועקנין נ' בית הדין הצבאי לערעורים, פ"ד לו(2) 393, 434 (1983).

139 בג"ץ 4031/94 ארגון "בצדק" נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד מח(5) 1, 27 (1994). ליישום קו פרשני זה בהקשר של כושר השתכרות ראו תלה"ם 39096-01-20, לעיל ה"ש 33, בפס' 14.

140 ראו רוזן-צבי בין קודש לחול, לעיל ה"ש 7, בעמ' 156–157; עניין יעקובי, לעיל ה"ש 58, בעמ' 549–552.

141 ראו גרסה ב' לה"ח תיקון מס' 4, לעיל ה"ש 56, בעמ' 244.

142 ראו, למשל, הצעת חוק יחסי ממון בין בני זוג (תיקון מס' 4) (איוון בפקיעת נישואין), התשס"ג-2002, ה"ח הכנסת 13; הצעת חוק יחסי ממון בין בני זוג (תיקון – מועד האיוון), התשס"ה-2004, פ/2896/16; הצעת חוק יחסי ממון בין בני-זוג (תיקון – איוון בפקיעת נישואין), התשס"ב-2002, פ/3453/15; הצעת חוק יחסי ממון בין בני זוג (תיקון מס' 4) (איוון בפקיעת נישואין), התשס"ג-2003, פ/925/16; הצעת חוק יחסי ממון בין בני זוג (תיקון – מועד האיוון), התשס"ג-2003.

וקשיים, הואיל ומדובר בעניין שמעורבות בו סוגיות של דת ומדינה וסוגיות חברתיות-מגדריות שנויות במחלוקת.¹⁴³ בנסיבות אלו נאלץ המחוקק לפעול בזהירות רבה. דובר

פ/16/1295; הצעת חוק יחסי ממון בין בני זוג (תיקון – מועד האיוון), התשס"ד-2004, פ/16/1831; הצעת חוק יחסי ממון בין בני-זוג (תיקון – מועד האיוון), התשס"ד-2004, פ/16/1949; הצעת חוק יחסי ממון בין בני זוג (תיקון – מועד האיוון), התשס"ה-2005, פ/16/3254; הצעת חוק יחסי ממון בין בני זוג (תיקון – מועד האיוון), התשס"ה-2005, פ/16/3965; הצעת חוק יחסי ממון בין בני-זוג (תיקון – איוון משאבים), התשס"ו-2006, פ/17/232 (להלן: הצעת חוק פ/232/17); הצעת חוק יחסי ממון בין בני זוג (תיקון – מועד האיוון), התשס"ו-2006, פ/17/273 (להלן: הצעת חוק פ/17/273); הצעת חוק פ/17/276, לעיל ה"ש 56; הצעת חוק יחסי ממון (מועד איוון המשאבים), התשס"ו-2006 פ/17/1352.

143 במסגרת הדיונים בכנסת בקשר לתיקון מס' 4 עלו (בין השאר) החששות, הסוגיות והקשיים הבאים: **חשש שהצעת החוק מנוגדת להלכה היהודית** (ראו פרוטוקול כנסת 109, לעיל ה"ש 56, בעמ' 63–65; פרוטוקול ועדה 209, לעיל ה"ש 56, בעמ' 15–16; פרוטוקול ועדה 240, לעיל ה"ש 56, בעמ' 2; ד"כ 16.7, לעיל ה"ש 56, בעמ' 10281 ו-10283–10284; פרוטוקול ועדה 336, לעיל ה"ש 56, בעמ' 28 ו-33–35; פרוטוקול ישיבה 415 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-17, 5–6 (8.1.2008) (להלן: פרוטוקול ועדה 415); פרוטוקול כנסת 264, לעיל ה"ש 56, בעמ' 147–148); **חשש שהצעת החוק תיצור מצב של גזל לפי דין תורה ותגרום לעיכוב הגט לנוכח רתיעה של דיינים בנסיבות מסוימות מממן פסקי דין לחיוב בגט** (ראו פרוטוקול ועדה 209, לעיל ה"ש 56, בעמ' 20–21; פרוטוקול ועדה 336, לעיל ה"ש 56, בעמ' 28, 30–31 ו-33–35; פרוטוקול ועדה 373, לעיל ה"ש 56, בעמ' 8–10, 15 ו-17); **חשש שהצעת החוק תחליש את מעמדה של מערכת בתי הדין הרבניים או תפגע בהיקף סמכויותיה** (ראו פרוטוקול ועדה 209, לעיל ה"ש 56, בעמ' 4–5, 15–16 ו-21; פרוטוקול ועדה 229, לעיל ה"ש 56, בעמ' 18 ו-28; פרוטוקול ועדה 240, לעיל ה"ש 56, בעמ' 2–3; פרוטוקול ועדה 415, שם, בעמ' 7 ו-15; פרוטוקול כנסת 264, לעיל ה"ש 56, בעמ' 154–155); **חשש לפגיעה ביחסים בין הערכאות הדתיות והאזרחיות** (ראו פרוטוקול ועדה 229, לעיל ה"ש 56, בעמ' 18); **בעיית מרחץ הסמכויות וחשש שתיקון החוק יביא להרפתה** (ראו פרוטוקול ועדה 209, לעיל ה"ש 56, בעמ' 32; פרוטוקול ועדה 229, לעיל ה"ש 56, בעמ' 26; פרוטוקול ועדה 373, לעיל ה"ש 56, בעמ' 22 ו-24); **התופעות השליליות של סרבנות גט ועגינות, ושל שימוש בגט ככלי מיקוח, ואי-השוויון המגדרי הנובע מתופעות אלו** (ראו פרוטוקול ועדה 209, לעיל ה"ש 56, בעמ' 4, 6–7, 9–10 ו-14; פרוטוקול ועדה 229, לעיל ה"ש 56, בעמ' 5–7, 9–10 ו-13–14; פרוטוקול ועדה 240, לעיל ה"ש 56, בעמ' 3; ד"כ 16.7, לעיל ה"ש 56, בעמ' 10282 ו-10285–10286; פרוטוקול ועדה 336, לעיל ה"ש 56, בעמ' 3–4 ו-30–31); **חשש שהצעת החוק תוביל למצבים של גט מעושה** (ראו פרוטוקול ועדה 229, לעיל ה"ש 56, בעמ' 11; ד"כ 16.7, לעיל ה"ש 56, בעמ' 10281; פרוטוקול ועדה 336, לעיל ה"ש 56, בעמ' 26 ו-28); **קשיים הנוגעים בסוגיה של תנאי בגט** (ראו פרוטוקול ועדה 373, לעיל ה"ש 56, בעמ' 10–13 ו-17); **מחלוקות ביחס לסוגיות שונות הקשורות לאלימות במשפחה (לרבות תלונות שווא ושימוש לרעה בצווי הרחקה כטקטיקה במסגרת הליכים בין בני זוג)** (ראו פרוטוקול ועדה 209, לעיל ה"ש 56, בעמ' 36–41; פרוטוקול ועדה 373, לעיל ה"ש 56, בעמ' 25–27); **חשש שהצעת החוק תפגע בערכים משפחתיים ותעודד פירוק משפחות וגירושין חפוזים** (ראו "הצעת חוק יחסי ממון בין בני זוג (תיקון – מועד איוון) התשס"ז-2007" (חוות דעת של אב בית הדין הרבני האזורי בטבריה, הרב אוריאל לביא, י"א שבט התשס"ז), פורסם באתר הכנסת כחלק מחומר הרקע לקראת ישיבה 209 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-17 (4.6.2007); פרוטוקול ועדה 336, לעיל ה"ש 56, בעמ' 27–28; פרוטוקול ועדה 373, לעיל ה"ש 56, בעמ' 25); **חשש שתיקון החוק יגרום אי-שוויון ועול**

בדיון רגיש וקשה – "...תהליך של ניסיון ליצור הסכמה מקיר אל קיר בקרב כלל העוסקים במלאכה על מנת שהכנסת תוציא מתוך ידה הסכמה מלאה שתקבל את ברכת כולם".¹⁴⁴

כאשר החל הדיון בהצעה לתיקון מס' 4, הסוגיה של כושר השתכרות לא הייתה על הפרק, והנושא לא הוזכר כלל בנוסחי הצעות החוק שהונחו על שולחן הכנסת בשלבים הראשונים.¹⁴⁵

הפעם הראשונה שבה עלתה סוגיית כושר ההשתכרות לדיון במסגרת דיוני הכנסת בתיקון מס' 4 הייתה בסוף הישיבה השלישית שקיימה ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת (להלן: הוועדה) בעניין התיקון, שבמסגרתה גובשו שלוש הצעות שהועברו לקריאה ראשונה בכנסת.¹⁴⁶ לקראת סוף הישיבה – סמוך לפני המעבר להצבעה על שלוש ההצעות שעמדו כאמור על הפרק – הציעה היועצת המשפטית לוועדה (להלן: היועצת המשפטית) "...להוסיף בסעיף 8 לחוק, שבית המשפט או בית הדין יכולים לקבוע שהחלוקה בנסיבות מיוחדות תהיה לא חצי-חצי, שאפשר יהיה בנסיבות מיוחדות לעשות שינויים, להוסיף גם התחשבות בנכסים עתידיים, לרבות כושר ההשתכרות...". בתגובה על הדברים העיר נציג משרד המשפטים: "סעיף 8 לחוק יחסי ממון מאפשר את זה היום", והיועצת המשפטית השיבה: "זה מאפשר, וזה נותן הבהרה וחדוד".¹⁴⁷ בכך תם הדיון בנושא באותה ישיבה.

מדובר בהצעה שהועלתה במפתיע, ללא כל התייחסות מוקדמת לסוגיה. ודוק, במסגרת חומרי הרקע של ישיבת הוועדה האמורה נכללו חמישה נוסחים שונים של

לגברים (ראו פרוטוקול ועדה 373, לעיל ה"ש 56, בעמ' 19–20 ו-25–27); **חשש שתיקון החוק יוביל לשינוי הסטטוס קוו ולהפרה של הסכמים קואליציוניים** (ראו ד"כ 16.7, לעיל ה"ש 56, בעמ' 10283–10284); פרוטוקול ועדה 415, שם, בעמ' 15).

144 מתוך דבריו של חבר הכנסת עתניאל שנלר בפרוטוקול ועדה 229, לעיל ה"ש 56, בעמ' 4. ראו גם את דבריו של חבר הכנסת נסים זאב, שם, בעמ' 17: "...אני אומר שלא צריך למהר. לפעמים החיפזון הוא מהשטן. כאשר יש הסכמה... ואני מאמין שחבר הכנסת עתניאל שנלר הולך בתלם הזה ורוצה שיהיה קונצנזוס כמה שאפשר... אנחנו לא צריכים היום בחופזה לקבל איזושהי החלטה בלי שנקבל את ההסכמה המלאה, וענו כל העם ואמרו אמן אחרי שסמכו את ידיהם. גם על העגלה צריך הסמכה [צ"ל הסכמה], על אחת כמה וכמה כאשר מדובר בחוק כל כך חשוב וכל כך מהותי". כן ראו את דבריו של חבר הכנסת עתניאל שנלר בפרוטוקול ועדה 240, לעיל ה"ש 56, בעמ' 2, ואת דבריו בפרוטוקול ועדה 336, לעיל ה"ש 56, בעמ' 24. ראו גם פרוטוקול ועדה 415, לעיל ה"ש 143, בעמ' 6.

145 ראו הצעת חוק יחסי ממון בין בני זוג (תיקון – מועד האיזון), התשס"ו-2006, פ/104/17; הצעת חוק פ/276/17, לעיל ה"ש 56; הצעת חוק פ/232/17, לעיל ה"ש 142; הצעת חוק פ/273/17, לעיל ה"ש 142; הצעת חוק פ/1897/17, לעיל ה"ש 56.

146 ישיבה 240 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-17 (2.7.2007) (להלן: ישיבת ועדה 240). ראו פרוטוקול ועדה 240, לעיל ה"ש 56.

147 שם, בעמ' 12.

הצעת החוק, ואף אחד מהם לא הכיל שום התייחסות לסוגיה של כושר השתכרות.¹⁴⁸ אף ביתר המסמכים שהוגשו כחומר רקע לקראת אותה ישיבה לא הייתה שום התייחסות לנושא.¹⁴⁹

הצעתה של היועצת המשפטית של הוועדה הועלתה כאמור בסוף הישיבה, ומייד לאחר מכן החלה ההצבעה על נוסח ההצעה שיועבר לקריאה ראשונה בכנסת.¹⁵⁰ בהצבעה עמדו על הפרק שלוש הצעות – שתי הצעות עם נוסחים לתיקון החוק והצעה שלישית לביטול החוק. בהעדר התנגדות או התייחסות כלשהי של מי מחברי הכנסת להצעתה של היועצת המשפטית, שני הנוסחים לתיקון (ההצעה הראשונה וההצעה השנייה) הועלו להצבעה בוועדה בתוספת הצעתה של היועצת המשפטית, דהיינו, בתוספת התייחסות לכושר השתכרות במסגרת סעיף 8(2) לחוק.¹⁵¹ במסגרת ההצבעה

148 אלה הנוסחים שנכללו בחומרי הרקע לקראת ישיבת ועדה 240, לעיל ה"ש 146 (כפי שפורסם באתר הכנסת <https://did.li/4bNIw>): הצעת חוק פ/1897/17, לעיל ה"ש 56; טיוטת חוק יחסי ממון בין בני זוג (תיקון – מועד איזון), התשס"ז-2007 (נוסח מטעם הייעוץ המשפטי לוועדה); טיוטת חוק יחסי ממון בין בני זוג (תיקון – מועד איזון), התשס"ז-2007 (נוסח מטעם הנהלת בתי הדין הרבניים); טיוטת חוק יחסי ממון בין בני זוג (תיקון – מועד איזון), התשס"ז-2007 (נוסח מעורב של הצעת חבר הכנסת שנלר); טיוטת חוק יחסי ממון בין בני זוג (תיקון – מועד איזון), התשס"ז-2007 (נוסח בעקבות הדיון שהתקיים ביום 19.6.2007). לשם הזהירות נציין כי בין חומרי הרקע לישיבה שמצויים באתר הכנסת מופיעה גם הצעה נוספת – טיוטת חוק יחסי ממון בין בני זוג (תיקון מס' 4) (הקדמת המועד לאיזון המשאבים), התשס"ז-2007 (נוסח הצעת החוק להנחה במליאת הכנסת בקריאה הראשונה) – אשר כוללת התייחסות לנושא כושר ההשתכרות, אלא שמדובר בנוסח שגובש במסגרת הישיבה עצמה שהתקיימה ביום 2.7.2027, ונראה כי הכללתו באתר הכנסת ברשימת חומרי הרקע לישיבה נעשתה בשגגה. כך עולה הן משמו של הקובץ הן מתוכנו (מדובר בנוסח זהה להצעת החוק לקריאה ראשונה שפורסמה ביום 9.7.2007 לאחר ההצבעה בוועדה (ה"ח תיקון מס' 4, לעיל ה"ש 56)).

149 אלה המסמכים הנוספים (מעבר לאלה שפורטו לעיל בה"ש 148) שנכללו בחומרי הרקע לקראת ישיבת ועדה 240, לעיל ה"ש 146, כפי שפורסם באתר הכנסת, לעיל ה"ש 148: "הערות להצעת חוק יחסי ממון בין בני זוג (תיקון – מועד איזון), התשס"ז-2007" (חוות דעת של ד"ר יחיאל קפלן 26.6.2007); "הצעת חוק יחסי ממון בין בני זוג (תיקון – מועד איזון), התשס"ז-2007 של חה"כ עתניאל שנלר ואח' (פ/1897/17)" (חוות דעת של מרית דנון, מנהלת הרשות לקידום מעמד האישה במשרד ראש הממשלה 1.2.2007); "הצעת חוק יחסי ממון בין בני זוג (תיקון מועד האיזון)" (חוות דעת של לשכת עורכי הדין בישראל). כאמור, גם במסמכים האלה אין כל התייחסות לסוגיה של כושר השתכרות.

150 ראו פרוטוקול ועדה 240, לעיל ה"ש 56, בעמ' 12–13.

151 שם, בעמ' 13: "מי בעד הצעתו של חבר הכנסת שנלר, קרי, שהתנאי הוא תנאי הכרחי, שמצטרפים אליו סעיפים 2 ו-3, כשבית הדין מוסיף עוד ועוד תקופות, ותוספות 4 ו-5 שאמרה היועצת המשפטית, ירים את ידו... מי בעד הצעתם של חבר הכנסת אורלב וחבר הכנסת מלכיאור, שהתנאים הם מתחלפים, פלוס תוספת סעיף 4 ותוספת סעיף 5, ירים את ידו" (ההדגשות הוספו). נוסחו של ס' 5 לה"ח תיקון מס' 4, לעיל ה"ש 56, הוא כדלקמן: "בסעיף 8 לחוק העיקרי – (1)... (2) בפסקה (2), בסופה יבוא 'בהתחשב, בין היתר, בנכסים עתידיים, לרבות בכושר ההשתכרות של כל אחד מבני הזוג'";

הוחלט להעביר את שלוש ההצעות יחד לקריאה ראשונה בכנסת. דהיינו, שתי ההצעות עם הנוסחים לתיקון הועברו לקריאה ראשונה כשהם כוללים את התוספת של היועצת המשפטית לגבי כושר ההשתכרות בסעיף 8 לחוק, וזאת כאמור מבלי שהתקיים על כך שום דיון בוועדה.

במסגרת הישיבה בכנסת שבה הועלו הצעות החוק לקריאה הראשונה, עסק הדיון בנושא שעמד במרכז התיקון – הקדמת מועד האיוון והסוגיות הרגישות והקשיים שנבעו מסוגיה זו. גם באותה ישיבה לא התקיים שום דיון בסוגיית כושר ההשתכרות. באותה ישיבה עברו שלוש ההצעות לתיקון (שהועלו כהצעה אחת) בקריאה הראשונה, והועברו להמשך דיון בוועדה.¹⁵²

דיון משמעותי בסוגיית כושר ההשתכרות בקשר לתיקון מס' 4 התקיים בכנסת לראשונה רק בישיבה הרביעית שקיימה הוועדה בעניין תיקון החוק,¹⁵³ דהיינו, לאחר שאושרו בקריאה ראשונה שני נוסחים לתיקון החוק שכללו התייחסות לכושר ההשתכרות במסגרת סעיף 8(2). באותה ישיבה נפתח הדיון בסוגיית כושר ההשתכרות שוב ביוזמת היועצת המשפטית, שהביעה את עמדתה כי מוטב להעביר את ההתייחסות לכושר ההשתכרות מסעיף 8(2) לחוק יחסי ממון לסעיף 5(ג) לחוק.¹⁵⁴ העלאת ההצעה גררה השתאות בקרב חלק מחברי הכנסת, אשר לא היו ערים כלל לכך שבסוף הישיבה הקודמת של הוועדה הוכנס כושר ההשתכרות לנוסחי הצעת החוק שהועברו לקריאה ראשונה בכנסת.¹⁵⁵

הדיון בשאלת מקומו ומהותו של כושר ההשתכרות בחוק יחסי ממון – במסגרת סעיף 5 לחוק יחסי ממון (כחלק מנכסי האיוון) או במסגרת סעיף 8 לחוק (כשיקול לאיוון לא שוויוני) – נמשך, והובעו בעניין דעות שונות על ידי האורחים המקצועיים שהוזמנו לישיבה.¹⁵⁶ המשך הדיון בסוגיה עורר סערה גדולה באשר לעצם ההתייחסות לסוגיית כושר ההשתכרות במסגרת תיקון החוק והוספתו לנוסחים שאושרו בקריאה ראשונה, ללא קשר לשאלת מיקומו בחוק או מהותו (כנס או כשיקול). הטענה העיקרית שהועלתה הייתה כי סוגיית כושר ההשתכרות הוכנסה להצעה לתיקון החוק כמחטף, מבלי שהתקיים דיון בנושא.¹⁵⁷ נוסף על כך הועלו גם טענות כי התייחסות לכושר

152 ראו ד"כ 16.7, לעיל ה"ש 56, בעמ' 10281–10286.

153 ישיבה 336 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-17 (11.11.2007). ראו פרוטוקול ועדה 336, לעיל ה"ש 56.

154 שם, בעמ' 5.

155 ראו, למשל, את דבריו של חבר הכנסת גפני, שם, בעמ' 6–7: "הוועדה אישרה את זה? וכן" סעיף 4 ו-5 אושר בוועדה לפני שהוא הובא לקריאה ראשונה?".

156 ראו את דבריהם של ד"ר שחר ליפשיץ, עו"ד בת-שבע שרמן, עו"ד סוזן וייס ועו"ד אורי צפת בנושא, שם, בעמ' 7–12.

157 ראו שם, בעמ' 10, 15 ו-18. ראו, למשל, את דבריו של חבר הכנסת משה גפני, שם, בעמ' 17–18: "עברתי על הפרוטוקול עכשיו כדי לראות כיצד נכנסו הנושאים הללו וזה לא אופייני כל כך לוועדה הזאת. זאת אומרת, יש פה הצעה שמציעים אותה בסוף הישיבה. תמי סלע מציעה אותה בסיום הישיבה וזה נכנס לכחול בלי דיון ואושר במליאת הכנסת" וכן: "אני חושב שמן הראוי היה

השתכרות במסגרת איזון המשאבים מנוגדת לדיני ממונות בדין העברי,¹⁵⁸ וכי מדובר בפגיעה בסטטוס קוו בנושאי דת ומדינה.¹⁵⁹

בין הנוכחים הוסכם כי סוגיית כושר ההשתכרות מהווה סטייה מהותית מהנושא שתיקון החוק עוסק בו,¹⁶⁰ ולנוכח הסערה החדשה שהחלה להתעורר, הועלו חששות כי היא תסית את הדיון מהנושא המרכזי שלטובתו נועד התיקון (מועד האיזון), תיצור מחלוקות נוספות ותסכל את התיקון כולו.¹⁶¹ בנסיבות אלו נטו רוב חברי הכנסת – אף אלה שסברו כי יש מקום להעביר את ההתייחסות לכושר ההשתכרות מסעיף 8(2) לחוק לסעיף 5 לחוק – לנהוג בזהירות פוליטית ולהשאיר את הנוסח כפי שעבר בקריאה הראשונה. דהיינו, הדיון בעניין העברת ההתייחסות לכושר ההשתכרות מסעיף 8(2) לסעיף 5 נזנח לא בשל כוונה להחריג את כושר ההשתכרות מנכסי האיזון, אלא מתוך הבנה כי הליך תיקון החוק הוא רגיש ועדין מאוד, וכי הדיון בסוגיה – החורגת ממטרת

לדון בעניין הזה ולשמוע את הדברים...". ראו גם את דבריו של הרב עו"ד שמעון יעקבי (שהיה היועץ המשפטי לבתי הדין הרבניים), שם, בעמ' 10: "השתתפתי בדיונים הקודמים ואני לא זוכר שהתקיים על זה דיון, ודאי לא דיון רציני", ובהמשך, שם, בעמ' 15: "...אנחנו מתנגדים לסעיף הזה כי לא דנו בו ולא עסקנו בו". ראו גם קריאה מצד אחד המשתתפים בוועדה (ללא ציון שם הדובר), שם, בעמ' 18: "אני רוצה להזכיר שהשיבה הייתה ישיבה של דקות אחדות. היושב-ראש נתן לדבר בדיוק על הנקודות הספציפיות".

158 שם, בעמ' 15 ו-17–19.

159 שם.

160 ראו, למשל, את דבריו של הרב עו"ד שמעון יעקבי, שם, בעמ' 9–10: "אני מפנה את תשומת לב חברי הוועדה הנכבדים שהכותרת של החוק שלנו היא הקדמת מועד האיזון... בסעיף הזה אנחנו חורגים מהמסגרת הזאת... אנחנו חורגים בצורה מהותית מתוך המסגרת הזאת ונכנסים ללב של שאלות עקרוניות שלא לתכליתן הוצעו כל הצעות החוק שקשורות בהקדמת מועד האיזון. המשמעות היא משמעות מאוד רחבה והיא לא קשורה דווקא לבתי הדין הרבניים". ראו גם את דבריו של חבר הכנסת זאב אלקין, שם, בעמ' 14: "ברור מעל כל ספק שהסעיף הזה חורג בהרבה וגם בניסוח המצומצם הוא מהווה מהפכה שחורגת בהרבה מהמטרה הראשונית של חקיקת החוק". ראו גם את דבריו של חבר הכנסת מיכאל מלכיאור, שם, בעמ' 15: "...אנחנו לא באנו להכניס בחוק הזה את הדבר הזה". ראו גם את דבריו של חבר הכנסת עתניאל שנלר, שם, בעמ' 16: "אני סבור שכאשר הלכנו לתקן את החוק הזה, אתה כחבר כנסת, הרב מלכיאור, נדמה לי שהרב מנחם ואני עבדכם, לא דיברנו על הדברים האלה אלא דיברנו על קיצור התהליך לאיזון משאבים או על מנגנון לקידום איזון משאבים".

161 ראו, למשל, את דבריו של חבר הכנסת עתניאל שנלר, שם, בעמ' 16: "אני חושב שזה יסבך את היכולת שלנו להגיע לקיצור הליכים באיזון משאבים. אני רואה חשיבות גדולה בחוק שהוא פשוט ככל שניתן, מה עוד שגם כך הוא מסובך... אין ספק שזה יגרום לעצירת התהליך... כל גרם שנוסיף על העגלה הקשה גם כך, לא יעזור...". ראו גם את דבריו של חבר הכנסת זבולון אורלב, שם, בעמ' 14: "אני רק מסכים בפרקטיקה שלא ניכשל מבחינה זאת שהאויב של הטוב הוא הטוב ביותר ונכשיל את עצמנו". ראו גם את דבריו של חבר הכנסת מיכאל מלכיאור, שם, בעמ' 15: "בחוק הזה אני לא רוצה להכניס ויכוח שיכול להיות ויכוח לגיטימי ושראוי לנהל אותו, אבל לא זה הזמן והמקום".

תיקון החוק – עלול לסכל את תיקון החוק כולו.¹⁶² הצדקה נוספת שהועלתה להותרת הנוסח כפי שגובש בקריאה הראשונה הייתה כי מדובר בעניין שטרם התפתח בפסיקה, ולכן גם מתוך זהירות משפטית ראוי לא לקבוע דברים נחרצים בסוגיה ולאפשר להלכה להתפתח בזהירות.¹⁶³ מכל מקום, בשלב זה הושאר כושר ההשתכרות לדיון עתידי, והדיון בישיבה חזר אל הקשיים והמחלוקות הקשורים לסוגיה המרכזית – הקדמת מועד האיוון.¹⁶⁴

בנוסח לדיון שהכין הייעוץ המשפטי לוועדה לקראת הישיבה החמישית של הוועדה שעסקה בתיקון מס' 4 (להלן: הנוסח לדיון שהוכן לקראת הישיבה)¹⁶⁵ נכללו ארבע גרסאות ביחס לסוגיה של כושר השתכרות: גרסאות 1 ו-3 כללו התייחסות לכושר השתכרות כאל נכס במסגרת סעיף 5; גרסה 2 כללה התייחסות לכושר השתכרות כאל שיקול במסגרת סעיף 8(2) (כמו בנוסח שעבר בקריאה הראשונה); וגרסה 4 כללה התייחסות לכושר השתכרות במסגרת סעיף 5, אך לא כאל נכס, אלא כאל שיקול בקביעת שווים של נכסי האיוון.¹⁶⁶

162 ראו, למשל, את דבריו של חבר הכנסת זבולון אורלב, שם, בעמ' 13–14: "ההתלבטות שלי כאן היא האם ללכת על הטוב ולומר שהאויב של הטוב הוא הטוב ביותר. כלומר, אין לי ספק שמבחינת הצדק החלוקתי האמיתי צריך לקחת בחשבון את כל הנכסים העתידיים ואת כל המוניטין... בעיניי זה דבר מופרך לומר שאם יש למישהו כשרון מולד, פיתוחו של אותו כשרון, אין בו חלק לשני בני הזוג. זה ממש מופרך... אני לא חושב שצריכות להיות נסיבות מיוחדות אלא זאת צריכה להיות הנורמה... בסעיף 5. אני רק מסכים בפרקטיקה שלא ניכשל מבחינה זאת שהאויב של הטוב הוא הטוב ביותר ונכשיל את עצמנו". ראו גם את דבריו של חבר הכנסת זאב אלקין, שם, בעמ' 15: "המעבר של זה לסעיף 5 הוא בהחלט הבדל מאוד מאוד מהותי... הצעת הפרשה שלי אומרת... הייתי אומר שבסעיף 5 צריכים להשאיר את הסיפא שהציע הרב לוי ובסעיף 8 להשאיר את הניסוח הכללי שעבר בקריאה הראשונה" (ההדגשה הוספה). ראו גם את דבריו של חבר הכנסת מיכאל מלכיאור, שם, בעמ' 15: "בחוק הזה אני לא רוצה להכניס ויכוח שיכול להיות ויכוח לגיטימי ושראוי לנהל אותו, אבל לא זה הזמן והמקום. לכן אני מוכן לקבל כל פשרה שתהיה מקובלת" (ההדגשה הוספה). ראו גם את דבריו של חבר הכנסת עתניאל שנלר, שם, בעמ' 16: "אני רואה חשיבות גדולה בחוק שהוא פשוט ככל שניתן, מה עוד שגם כך הוא מסובך. אני אומר בצורה הכי ברורה שלהערכתי צריך להשאיר את זה בדיוק כמו שהיה כתוב כאן... בסעיף 8. לא ללכת אפילו מילימטר אחד נוסף, לא אם זה צודק או לא צודק ולא אם זה מדיד או לא מדיד. זאת מסיבה מאוד פשוטה והיא שכל החוק הזה נמצא לאורך כל החודשים האחרונים במצב מאוד מאוד רגיש ועדין. יש האומרים שמוטב שלא נעשה בכלל כי המצב יכול להיות יותר גרוע... בוודאי שמותר לנו להעלות כל מה שרק אפשר, וזה בסדר וזה לגיטימי, אבל אני חושב שזה לא יהיה נכון במקרה הזה. לכן הצעתי היא להיות צמוד ככל שניתן לנוסח שבכחול" (ההדגשות הוספו).

163 שם, בעמ' 8–9 ו-14.

164 שם, בעמ' 22–36.

165 ישיבה 373 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-17 (9.12.2007) (להלן: ישיבת ועדה 373). ראו פרוטוקול ועדה 373, לעיל ה"ש 56.

166 לפירוט ארבע הגרסאות ראו ס' 5(א) לטיטות חוק יחסי ממון בין בני זוג, התשל"ג-1973 (נוסח מאת הייעוץ המשפטי לוועדה) (גרסאות 1–4 לסעיף 1א), שפורסם באתר הכנסת <https://did.li/Shwx5> כחלק מחומרי הרקע לישיבת ועדה 373, לעיל ה"ש 165.

בישיבה החמישית האמורה חודש הדיון בנושא כושר ההשתכרות, אך הוא היה קצר מאוד (ורוב הזמן הוקדש שוב לסוגיה של הקדמת מועד האיזון).¹⁶⁷ הדיון בכושר ההשתכרות נפתח שוב ביוזמתה של היועצת המשפטית, שעמדה על השוני המהותי בין הכנסת כושר ההשתכרות לסעיף 5 לחוק (כנסת) לבין הכנסתו לסעיף 8(2) (כשיקול לאיזון לא שוויוני).¹⁶⁸ לאחר מכן הביע יושב ראש הוועדה את עמדתו, שנטתה לעבר השארת כושר ההשתכרות במסגרת סעיף 8(2) לחוק, כפי שנקבע בנוסח שעבר בקריאה הראשונה, וקבע כי במסגרת הדיון באותו יום תצטרך הוועדה להחליט בין ארבע הגרסאות שהובאו בנוסח לדיון שהוכן לקראת הישיבה.¹⁶⁹

האורחים המקצועיים שהוזמנו לאותה ישיבה המליצו לא להתייחס לכושר ההשתכרות כלל במסגרת התיקון, לנוכח הצורך לנקוט זהירות משפטית ולהותיר לבתי המשפט לפתח את הסוגיה. במסגרת זו הועלה החשש שאפילו התייחסות לכושר ההשתכרות רק במסגרת סעיף 8(2) לחוק – ללא התייחסות בסעיף 5 – תכוון את הפסיקה העתידית (כפי שלמים אכן אירע).¹⁷⁰

¹⁶⁷ ראו שם.

¹⁶⁸ שם, בעמ' 2 ו-5.

¹⁶⁹ ראו את דבריו של יושב ראש ועדת החוקה, חוק ומשפט, חבר הכנסת מנחם בן-ששון, שם, בעמ' 3: "אני רוצה לחדד לחברי הכנסת את הדברים שנדמה היה לי שהגענו אליהם בפעם הקודמת, גם בעקבות ייעוצים שונים שקיבלנו. נכסי קריירה – שמענו דעות שונות, ואמרנו שזה דבר עם מסורת פסיקה לא רבה, וכשיבואו להגדיר את השאלה הזאת תהיה התלבטות מה המשמעות, ואולי כדאי להמתין עד שתתגבש פסיקה בסוגיות הללו. לכן היו גישות שאמרו שבכלל לא נכניס את זה בסעיף. זו אפשרות אחת, כשנבוא להצביע. בהנחה שחברים רוצים בזה, אז ישנן ארבע הגרסאות שעומדות כאן. לא לחינם מיקדתי בין 2 ל-4, כי גרסאות 1 ו-3 הן שתי גרסאות שמכניסות בסעיף 5, במקום מרכזי, את ההגדרה של הדבר, שעדיין לא הוגדר דיו – שוב, אני הולך על ההערות שהערתם בפעם הקודמת – וההמלצה של חלק ניכר מהחברים סביב לשולחן היתה אולי לא לשים את המושג הזה במקום מרכזי, לחכות שתתגבש פסיקה בסוגיות הללו. פטור בלא כלום אי אפשר, לכן אם מישוהו רוצה שהדברים יהיו במיטבם, שיציע 1 או 3, ונשתדל למצוא 1 או 3. אם כל חברי הכנסת היושבים פה היום בגישה ש'1 ו-3 מרחיקי לכת, כי עדיין לא התגבשה דיה הפסיקה, אז אני מציע למקד את תשומת הלב בין גרסה 2 לגרסה 4. אני מזכיר לכם, שההבדל הוא שב-2 הניסוח מותיר את כל הדברים היותר אמורפיים, היותר כלליים, לסעיף 8, אם בית המשפט נתן דעתו לכך, ומשאר עדיין בסעיף 2 פנסייה, פיצויי ביטוח, קרנות השתלמות, אלה דברים שניתן לאמוד, ויש לגביהם מסורת של פסיקה, לבין אפשרות שגרסה 4 היא יותר 'מתקדמת' בכך שהיא מכניסה את זה, אבל מכניסה עם הסתייגויות כבר בסעיף 5. עומדות שלוש אופציות: אופציה אחת שעליה בכלל לא צריך לדבר, אם תחליטו בסוף להצביע שלא רוצים את התוספת הזאת. אני אביא את זה להצבעה, לא היום. על זה לא צריך לדבר היום, לפי הבנתי צריך לדבר היום בין יחידה 1 ו-3, לבין יחידה 2 ו-4. מה אתם מעדיפים: האם 1 או 3, האם 2 או 4?" (ההדגשה הוספה).

¹⁷⁰ ראו את דבריהם של פרופ' עו"ד דב פרימר ועו"ד עדי חן, שהתנגדו להוספת כושר ההשתכרות לחוק, שם, בעמ' 6–7. כן ראו את דבריו של עו"ד אדווין פרידמן, שם, בעמ' 7, שקרא "לעשות הבחנה בין סעיף 5 לסעיף 8, ולהגיד שמאחר ואין כרגע פסיקה, נשאיר את הנושאים האלה לסעיף 8, שיהיו מצבים יוצאי דופן, זה גם מכוון את הפסיקה. זאת אומרת, הפסיקה שתבוא בעקבות התיקון כאן,

לאחר שמיעת הדעות המקצועיות הודיע יושב ראש הוועדה כי יועמדו להצבעה שתי אפשרויות בלבד: השארת כושר ההשתכרות במסגרת סעיף 8(2) לחוק, כפי שנקבע בנוסח שעבר בקריאה הראשונה, או אי-התייחסות לכושר ההשתכרות כלל במסגרת החוק (בהתאם להצעה של האורחים המקצועיים באותה ישיבה).¹⁷¹ דהיינו, גרסאות 1 ו-3 שהובאו בנוסח לדיון שהוכן לקראת הישיבה – להוספת כושר ההשתכרות לסעיף 5 לחוק (כנכס) – הושמטו, וזאת מבלי שהתקיימה על כך הצבעה בוועדה. אך בכך לא סגי. בסופו של יום גם לא התקיימה הצבעה בין שתי האפשרויות שיושב ראש הוועדה קבע כאמור כי יועמדו להצבעה – השארת כושר ההשתכרות במסגרת סעיף 8(2) לחוק או השמטת ההתייחסות אליו (על מנת לא לכוון את הפסיקה בנושא ולאפשר לה להתפתח). ודוק, בנוסח הצעת החוק שהוכן לדיון לקראת הישיבה השישית (והאחרונה) שקיימה הוועדה בעניין תיקון מס' 1724 הושארה ההתייחסות לכושר ההשתכרות במסגרת סעיף 8(2) לחוק (כמו בנוסח שעבר בקריאה הראשונה), תוך התעלמות מוחלטת מהאפשרות הנוספת. באותו נוסח צוין בצידו של סעיף 5 כי זו הגרסה שהושארה בעקבות הדיון בישיבה החמישית, "והיא תעמוד לצד התיקון לסעיף 8 לחוק בענין נכסי קריירה". זאת, כאמור, בניגוד לקביעתו של יושב ראש הוועדה באותה ישיבה כי תתקיים הצבעה באשר לשתי האפשרויות האמורות.¹⁷³

הישיבה השישית של הוועדה בעניין תיקון מס' 4 הייתה סוערת מאוד. הדיון סביב הסוגיות הרגישות של הקדמת מועד האיזון הלהיט את הרוחות, ולא התקיים בה כל דיון בקשר לכושר השתכרות.¹⁷⁴ בסוף הישיבה השישית התקיימה הצבעה על הנוסח שיועבר לקריאות השנייה והשלישית בכנסת. ההצבעה נערכה על יסוד הנוסח שהוכן כאמור לקראת הישיבה. ההסתייגויות שהועלו במסגרת ההצבעה נגעו בעניינים הבוערים הקשורים להקדמת מועד האיזון, והנושא של כושר השתכרות נותר כ"אבן שאין לה הופכין" לפי הנוסח שעבר בקריאה הראשונה.¹⁷⁵

דהיינו, בסופו של יום, לא התקיימה בוועדה כל הצבעה ביחס למיקומו של כושר ההשתכרות – בסעיף 5 לחוק כנכס או בסעיף 8(2) לחוק כשיקול לאיזון לא שוויוני. כך גם לא התקיימה הצבעה באשר לאפשרות להשמיט כליל את ההתייחסות לכושר

תהיה מכוונת, מכיוון ששמנו את זה במיקום מסוים ולא במיקום אחר. אם כבר באים לתקן את החוק, לא צריך להביא בחשבון מה הפסיקה שהיתה, אלא צריך לחשוב מה הפסיקה שתהיה".

171 שם, בעמ' 7.

172 ישיבה 415 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-17 (8.1.2008) (להלן: ישיבת ועדה 415). ראו פרוטוקול ועדה 415, לעיל ה"ש 143.

173 כך נרשם מתחת לס' 5(1א) לטיוטת חוק יחסי ממון בין בני זוג, התשל"ג-1973 (נוסח מאת הייעוץ המשפטי לוועדה), וכן מתחת לס' 5(1א) לטיוטת חוק יחסי ממון בין בני זוג, התשל"ג-1973 (נוסח מאת הייעוץ המשפטי לוועדה – מעודכן), שפורסמו באתר הכנסת <https://did.li/Df5TY> כחלק מחומרי הרקע לישיבה השישית: "הגרסה שבס"ק (1א) היא שנותרה בעקבות הדיון ב-09122007 [צ"ל 9.12.2007], והיא תעמוד לצד התיקון לסעיף 8 לחוק בענין נכסי קריירה".

174 ישיבת ועדה 415, לעיל ה"ש 172. ראו פרוטוקול ועדה 415, לעיל ה"ש 143.

175 שם, בעמ' 10-15.

משפט ועסקים לא, תשפ"ה על עלייתו ונפילתו של כושר ההשתכרות בדיני המשפחה

השתכרות במסגרת התיקון (על מנת לאפשר לפסיקה להתפתח). גם בשיבות הכנסת שבהן עבר החוק בקריאה השנייה ובקריאה השלישית לא התקיים שום דיון בנושא כושר ההשתכרות.¹⁷⁶

השתלשלות העניינים (כפי שעולה מדברי הכנסת ומהפרוטוקולים של דיוני הוועדה) מלמדת, אם כן, כי לא הייתה החלטה עקרונית של המחוקק לא לראות בכושר ההשתכרות נכס בר איזון. ההתייחסות לכושר ההשתכרות במסגרת סעיף 8(2) הוספה בתחילה ביוזמת היועצת המשפטית, ללא דיון כלל (כאשר חלק מחברי הוועדה לא היו מודעים כלל לקיומה של התוספת בעת העמדת נוסח התיקון להצבעה בוועדה). לאחר שהתיקון עבר בקריאה הראשונה, התוספת שנגעה בכושר ההשתכרות נותרה כמות שהיא מתוך זהירות פוליטית (על מנת לא לסכל את התיקון כולו) ולנוכח הסוגיות הכבדות שעמדו על הפרק באותה שעה, אשר הביאו לידי דחיקתה הצידה. בנסיבות אלו עמדנו היא כי אי-אפשר לייחס למחוקק כוונה כלשהי לגרוע את כושר ההשתכרות מנכסי האיזון.¹⁷⁷

פרק ה: הרהורים בדבר התנאים והשיקולים שנקבעו בפסיקה ביחס לאיזון כושר ההשתכרות

בפרקים ג ו-ד לעיל התייחסנו להתפתחותן של הגישות השונות להסדרת פערים בכושר ההשתכרות לאחר תיקון מס' 4, הרחבנו על אודות הנימוקים לעדיפותה של גישת הנכס על הגישות האחרות, וכן התמודדנו עם טענותיהם של המתנגדים לגישת הנכס.

בפרק זה נתייחס לתנאים ושיקולים שונים שהתפתחו בפסיקה – בעקבות בע"מ 4623/04 – בהקשר של הסדרת פערים בכושר ההשתכרות, ביניהם הפער הנדרש בין כושר ההשתכרות של בני הזוג; רכיב הוויתור וההקרבה של בן הזוג בעל כושר ההשתכרות הפחות לשם פיתוח כושר השתכרותו של בן הזוג בעל כושר ההשתכרות הגבוה יותר; הרכיב של אורך הקשר הזוגי; ושאלת הפרדתם של הכישרון האישי ושל כושר ההשתכרות שנצבר לפני הקשר הזוגי מפערי ההשתכרות.¹⁷⁸

¹⁷⁶ ראו פרוטוקול כנסת 264, לעיל ה"ש 56, בעמ' 142–157, וכן פרוטוקול ישיבה 274 של הכנסת ה-17, 15–22 (5.11.2008).

¹⁷⁷ לעמדה דומה, שלפיה ההיסטוריה החקיקתית אינה תומכת בהכרח בכוונת המחוקק להחריג את כושר ההשתכרות מנכסי האיזון שבס' 5 לחוק יחסי ממון, ראו תלה"ם 20-39096-01, לעיל ה"ש 33, בפס' 14; תמ"ש 1933/09, לעיל ה"ש 33, בעמ' 25–26. לפרשנות שונה של דברי הכנסת ראו עמ"ש 20-56634-06, לעיל ה"ש 33, בפס' 57; תמ"ש 14-29202-05, לעיל ה"ש 45, בפס' 8.4.4; תמ"ש 09-1933, לעיל ה"ש 33, בעמ' 20–24; תמ"ש 10-3640, לעיל ה"ש 42, בפס' 70; תמ"ש 09-22190, לעיל ה"ש 45, בפס' 40.

¹⁷⁸ לאזכור רכיבים אלו בבע"מ 4623/04 ראו בע"מ 4623/04, לעיל ה"ש 9, בפס' 22–23 לפסק הדין של המשנה לנשיאה ריבלין.

רכיבים אלו התפתחו עם השנים בפסיקה באופן שאינו תואם, להבנתנו, את הערכים והתכליות העומדים ביסודו של חוק יחסי ממון, ובאופן שפוגע בערך השוויון ומביא לידי הסלמת היחסים והתדיינות יתר, ולפיכך הם מחייבים לשיטתנו מחשבה מחודשת. בכך נדון במסגרת פרק זה.

1. הפער הנדרש בין יכולות ההשתכרות של בני הזוג

במסגרת בע"מ 4623/04 נקבע כי "הצורך להיזקק לחלוקה של נכסי הקריירה יתעורר בעיקר במקרים מובהקים שבהם נוצר פער ממשי וברור בין בני הזוג מבחינת כושר ההשתכרות שלהם..."¹⁷⁹. דהיינו, קיומו של "פער ממשי וברור" (בין יכולות ההשתכרות של בני הזוג) לא נקבע בבע"מ 4623/04 כתנאי סף לאיזון כושר ההשתכרות, אלא הדברים הובאו כמעין תיאור של הנסיבות שבהן סביר כי תתעורר מחלוקת בהקשר של כושר ההשתכרות.

עם השנים אימצה הפסיקה את הרכיב של "פער ממשי וברור" כתנאי סף להתייחסות לכושר ההשתכרות במסגרת איזון המשאבים בין בני זוג (לפי כל הגישות).¹⁸⁰ תפיסה זו ראויה, לעניות דעתנו, שהרי בהעדר פער ממשי וברור אין מקום שערכאות השיפוט ובני הזוג יכלו את זמנם על זוטות.

ודוק, על מנת שנכס (כלשהו) יאוזן, יש צורך בקיומו של נכס ממשי וברור. כשם שערכאות השיפוט לא יעסקו באיזונו של נכס זניח וחסר משמעות כלכלית, כך הן לא יעסקו גם באיזון כושר ההשתכרות במקרה של פערים זניחים. דהיינו, בהעדר קיומו של פער ממשי וברור בין יכולות ההשתכרות של בני הזוג, אין למעשה נכס שמצריך איזון.

179 שם, בפס' 23 לפסק הדין של המשנה לנשיאה ריבלין.

180 ראו, למשל, תמ"ש (משפחה ב"ש) 42759-05-10 פלוגי נ' פלונים, פס' 87 (נבו 31.10.2016); תמ"ש 9727-06-10, לעיל ה"ש 42, בפס' 34; תמ"ש 1933/09, לעיל ה"ש 33, בעמ' 18; תמ"ש 1550/09, לעיל ה"ש 47, בפס' 63; תמ"ש (משפחה י-ם) 22987-01-14 אג"ס נ' ש"ס, פס' 147 (אר"ש 16.1.2020); תלה"ם 44233-01-19, לעיל ה"ש 45, בפס' 68; תמ"ש 12453/05, לעיל ה"ש 33, בפס' 48-49; תלה"ם 22555-11-16, לעיל ה"ש 45, בפס' 14; תמ"ש 28246-07-16, לעיל ה"ש 45, בפס' 65; תמ"ש (משפחה נצ') 51484-04-17 יר"כ נ' ג"ר, פס' 175 ו-184 (נבו 7.9.2019); תמ"ש 19390/09, לעיל ה"ש 45, בעמ' 10; תמ"ש 9881/07, לעיל ה"ש 47, בפס' 332; תמ"ש 6960/05, לעיל ה"ש 42, בפס' 19; תמ"ש (משפחה נצ') 7080-04 כמ"ת נ' ה"ת, פס' 92 (נבו 17.1.2012); תמ"ש 4710-04, לעיל ה"ש 46, בפס' 70-71; תמ"ש 1066/06, לעיל ה"ש 126, בפס' 20; תמ"ש 3640/10, לעיל ה"ש 42, בפס' 77; תמ"ש 40592/07, לעיל ה"ש 45, בפס' 19-20; תמ"ש 22187-06-11, לעיל ה"ש 45, בפס' 30; תמ"ש (משפחה נצ') 32491-05-10 ר"ב נ' א"ב, פס' 64 ו-69 (נבו 5.8.2014); תמ"ש 29971-10-11, לעיל ה"ש 42, בעמ' 11; תמ"ש 55103-05-11, לעיל ה"ש 42, בפס' 29; תלה"ם (משפחה י-ם) 5534-05-17 י"ש נ' ע"ש, פס' 79 (אר"ש 26.11.2020); תמ"ש (משפחה ב"ש) 15300-09 מ"ש נ' ב"ש, פס' 23-24 (נבו 28.8.2012); תלה"ם 904-08-18, לעיל ה"ש 45, בפס' 37; תמ"ש (משפחה נצ') 25370-02-13 ש"ט (קטינה) נ' ש"ט, פס' 140 ו-146 (נבו 15.10.2015); תלה"ם 7461-09-17, לעיל ה"ש 45, בפס' 40.

במהלך השנים חל שינוי במינוח, וחלף השימוש במונח "פער ממשי וברור" נעשה בחלק מפסקי הדין שימוש במונח "פער משמעותי".¹⁸¹ מהתוכן של אותם פסקי דין עולה כי הכוונה היא לאותו "פער ממשי וברור" שעליו דובר בבע"מ 4623/04, ושוב – ממילא ראוי שבתי המשפט והצדדים לא יקדישו מזמנם היקר להתעסקות בנכסים שאינם משמעותיים.

עם זאת, לאורך השנים התפתחה בפסיקה עמדה נוספת שהרחיבה את הדרישה ביחס לפער הנדרש והציבה רף גבוה יותר מ"פער ממשי וברור" או מ"פער משמעותי". לפי עמדה זו, על מנת שערכאת השיפוט תתייחס לפערים בכושר ההשתכרות במסגרת איזון המשאבים, נדרש שיתקיים "פער דרמטי" בין יכולות ההשתכרות של בני הזוג.¹⁸² עמדה זו שגויה, לתפיסתנו, הואיל והיא פוגעת בזכות הקניין של בן הזוג בעל כושר ההשתכרות הפחות לאיזון משאבים שוויוני.¹⁸³ כפי שהסברנו לעיל בפרק ד בהרחבה, בררת המחדל הראויה והצודקת (מבחינה מהותית ומבחינה דיונית) היא איזון כושר ההשתכרות שנצבר במהלך הנישואים. לשיטתנו, ככל שקיים "פער ממשי וברור" (או "פער משמעותי") בין יכולות ההשתכרות של בני הזוג, אין מקום להתעלם מנכס זה במסגרת איזון המשאבים, ואין כל סיבה המצדיקה להבנתנו דרישה לקיומו של "פער

181 ראו, למשל, עמ"ש 56634-06-20, לעיל ה"ש 33, בפס' 59; תמ"ש 9926-04-10, לעיל ה"ש 63, בפס' 68; תלה"ם (משפחה ת"א) 18-03-22475 ל' נ' י, פס' 7.3.7–7.3.9 (אר"ש 27.3.2023); תמ"ש 17359-01-10, לעיל ה"ש 45, בפס' 9; תלה"ם 3234-05-20, לעיל ה"ש 45, בפס' 54 ו-59; תמ"ש 47769-01-12, לעיל ה"ש 42, בפס' ב(ה) 24 ו-ב(ה) 28; תלה"ם 42285-12-20, לעיל ה"ש 45, בפס' 177; תלה"ם (משפחה פ"ת) 20-09-8537 פלוני נ' אלמונית, פס' 26 (אר"ש 18.12.2022).

182 ראו עמ"ש 31035-09-16, לעיל ה"ש 45, בפס' 8.1; תמ"ש 52231-09-09, לעיל ה"ש 72, בפס' 28; תמ"ש 19390/09, לעיל ה"ש 45, בעמ' 11; תלה"ם 65349-09-19, לעיל ה"ש 33, בפס' 35; תמ"ש 35944-02-11, לעיל ה"ש 72, בפס' (ג) 2; תלה"ם 39096-01-20, לעיל ה"ש 33, בפס' 18; תמ"ש 2293-07-13, לעיל ה"ש 45 בפס' 20(5); תמ"ש 18834-11-14, לעיל ה"ש 45, בפס' 58; תמ"ש 13342-07-11, לעיל ה"ש 45, בעמ' 12; תמ"ש 12401-12-11, לעיל ה"ש 45, בפס' 20; תמ"ש 8972-05-16, לעיל ה"ש 45, בפס' 42; תלה"ם 41031-10-20, לעיל ה"ש 45, בפס' 18; תלה"ם 56583-12-19, לעיל ה"ש 45, בפס' 50 ו-54; תלה"ם 9919-01-18, לעיל ה"ש 72, בפס' 80; תלה"ם 49666-11-20, לעיל ה"ש 45, בפס' 84; תלה"ם 53794-06-22, לעיל ה"ש 45, בפס' 184; תלה"ם 55839-01-22, לעיל ה"ש 42, בפס' 53. לעמדה דומה, שלפיה נדרש פער ניכר בין יכולות ההשתכרות של בני הזוג כתנאי סף לאיזון כושר ההשתכרות, ראו דליהו, לעיל ה"ש 17, בעמ' 66. לדיון בפער הנדרש ראו גם שלם, לעיל ה"ש 13, בעמ' 45–46 ו-61.

183 מעניין שמי שהגה את המונח "פער דרמטי" הוא פרופ' שחר ליפשיץ (ראו שחר ליפשיץ "יחסי משפחה וממון: אתגרים ומשימות בעקבות תיקון מס' 4 לחוק יחסי ממון" **חוקים** א 227, 298 (2009)). הפסיקה אימצה את עמדתו של פרופ' ליפשיץ ביחס לפער הדרמטי הנדרש, אך מכתיבה מאוחרת של פרופ' ליפשיץ נראה כי בהשתמשו במונח זה הוא לא כיוון להרחבה מהותית של הדרישה לפער ממשי וברור, וכי הוא אינו שותף ל"גישת הפער הדרמטי" (ראו ליפשיץ **השיתוף הזוגי**, לעיל ה"ש 22, בעמ' 341–346).

דרמטי¹⁸⁴. יתר על כן, מבחן של "פער דרמטי" הוא מבחן עמום ותלוי נסיבות, ולפיכך הוא מקשה על בני זוג להגיע להסכמים ויוצר התדיינות יתר. גם מסיבה זו אין מקום לאמצו, לשיטתנו.

2. הקרבה ויתור – האם הם רכיב רלוונטי?

במסגרת בע"מ 4623/04 התייחסו המשנה לנשיאה ריבלין והשופט רובינשטיין באופן נרחב לרכיבים של ויתור, הקרבה, מאמץ משותף ותמיכה מצד בן הזוג בעל כושר ההשתכרות הפחות לשם התפתחותו המקצועית של בעל כושר ההשתכרות הגבוה יותר (להלן: רכיב ההקרבה).¹⁸⁵ המשנה לנשיאה ריבלין אומנם מנה את רכיב ההקרבה כחלק מהנתונים לשקלול הערכת שוויו של כושר ההשתכרות, ולא כתנאי לתחולתה של חזקת השיתוף על הנכס, אלא שרכיב זה חוזר לאורך כל פסק הדין כרכיב מהותי הקשור לא רק להערכת שוויו הנכס, אלא גם להצדקה העומדת ביסוד תחולתה של חזקת השיתוף על כושר השתכרות שנצבר במהלך הנישואים.¹⁸⁶

הגם שבבע"מ 4623/04 לא נקבע כי רכיב ההקרבה הוא תנאי לאיזון פער בכושר ההשתכרות, הדיון המשמעותי בפסק הדין בקשר לרכיב זה התפרש עם השנים בפסיקה כתנאי סף להתייחסות לפערים בכושר ההשתכרות במסגרת איזון או חלוקה של הרכוש המשפחתי (לפי כל הגישות).¹⁸⁷ הדרישה לרכיב ההקרבה חוזרת כחוט השני, שוב ושוב,

184 לעמדה כי בנסיבות שבהן קיים פער בכושר ההשתכרות אך לא פער דרמטי ראוי לכל הפחות לעשות שימוש בכלי ההשבה על פי דיני עשיית עושר ולא במשפט, ראו רון, לעיל ה"ש 6, בעמ' 18–19.

185 בע"מ 4623/04, לעיל ה"ש 9, בפס' 11–15, 18, 20, 22–23 לפסק הדין של המשנה לנשיאה ריבלין ובפס' ב לפסק הדין של השופט רובינשטיין.

186 שם.

187 ראו עמ"ש 31035-09-16, לעיל ה"ש 45, בפס' 8.1; עמ"ש 25798-02-21, לעיל ה"ש 45, בפס' 61; עמ"ש 56634-06-20, לעיל ה"ש 33, בפס' 59; עמ"ש 23249-09-19, לעיל ה"ש 42, בפס' 54; עמ"ש 23025-08-21, לעיל ה"ש 46, בפס' 31; תמ"ש 12651/06, לעיל ה"ש 33, בעמ' 11; תמ"ש 9881/07, לעיל ה"ש 47, בפס' 32; תלה"מ 35697-03-21, לעיל ה"ש 45, בפס' 96–99; תמ"ש 6960/05, לעיל ה"ש 42, בפס' 19; תמ"ש 7080-04, לעיל ה"ש 180, בפס' 92–93; תמ"ש 4710-04, לעיל ה"ש 46, בפס' 70; תמ"ש 1066/06, לעיל ה"ש 126, בפס' 20–21; תמ"ש 42759-05-10, לעיל ה"ש 180, בפס' 87 ו-90; תמ"ש 9926-04-10, לעיל ה"ש 63, בפס' 69–70; תמ"ש 19390/09, לעיל ה"ש 45, בעמ' 10; תמ"ש (משפחה ת"א) 44221/05 א"ה ג' א"ע, פס' 55–57 (נבו) 30.11.2008; תמ"ש 9727-06-10, לעיל ה"ש 42, בפס' 34; תמ"ש 17359-01-10, לעיל ה"ש 45, בפס' 10–13; תמ"ש 22021/06, לעיל ה"ש 45, בפס' 18; תמ"ש 3640/10, לעיל ה"ש 42, בפס' 75; תמ"ש 1933/09, לעיל ה"ש 33, בעמ' 17–18; תלה"מ 70224-07-18, לעיל ה"ש 45, בפס' 24–25; תלה"מ 3234-05-20, לעיל ה"ש 45, בפס' 54 ו-59; תלה"מ 65349-09-19, לעיל ה"ש 33, בפס' 35; תמ"ש 40592/07, לעיל ה"ש 45, בפס' 19–20; תמ"ש 11768-12-10, לעיל ה"ש 33, בפס' 35; תמ"ש 35944-02-11, לעיל ה"ש 72, בפס' (ג) 4[2]; תמ"ש 22187-06-11, לעיל ה"ש 45, בפס' 30; תמ"ש 32491-05-10, לעיל ה"ש 180, בפס' 64–65 ו-69; תמ"ש 2293-07-13, לעיל ה"ש

ברוב פסקי הדין העוסקים בכושר ההשתכרות.¹⁸⁸ כפי שנסביר להלן, אנו סבורים כי גישה זו שגויה.

בפתח הדברים ראוי לחזור ולהדגיש כי קריאה מדוקדקת של בע"מ 4623/04 מלמדת כי לא נקבע בו שרכיב ההקרבה הוא תנאי לאיזון כושר ההשתכרות, אלא רק שמדובר ברכיב רלוונטי להערכת שווי הנכס "ככל שניתן לאתר מרכיב זה".¹⁸⁹ יתר על כן, בקשר לרכיבי הערכת השווי נקבע במפורש כי יש לנקוט גישה זהירה ולאפשר להלכה להתפתח "עקב בצד אגודל".¹⁹⁰

בע"מ 4623/04 עסק כאמור בבני זוג שחל עליהם משטר של הלכת השיתוף. לא בכדי רכיב ההקרבה על כל רבדיו – ויתור, תרומה, סיוע ומאמץ משותף – חזר שוב ושוב בפסק הדין כהצדקה להחלת הלכת השיתוף על פערי השתכרות, שהרי כידוע שני רכיבי היסוד הבסיסיים לתחולתה של הלכת השיתוף הם אורח חיים תקין ומאמץ משותף.¹⁹¹

45, בפס' 20(5); תמ"ש 11-10-29971, לעיל ה"ש 42, בעמ' 11; תמ"ש 11-05-55103, לעיל ה"ש 42, בפס' 29, 32 ו-33; תמ"ש 14-11-18834, לעיל ה"ש 45, בפס' 58; תמ"ש 14-05-29202, לעיל ה"ש 45, בפס' 8.4.4–8.4.5–8.4.7; תמ"ש (משפחה ראשל"צ) 16-07-24979 **אא"ש ג' ל"ש**, בפס' 33–35 ו-37 (נבו 22.1.2019); תמ"ש 11-07-13342, לעיל ה"ש 45, בעמ' 10, 13 ו-15; תמ"ש 03-4797/03, לעיל ה"ש 33, בעמ' 15; תמ"ש 13-02-25370, לעיל ה"ש 180, בפס' 145–146 ו-163; תמ"ש 09-1550/09, לעיל ה"ש 47, בפס' 63; תלה"מ 17-09-7461, לעיל ה"ש 45, בפס' 40; תמ"ש 14-01-22987, לעיל ה"ש 180, בפס' 147; תלה"מ 19-01-44233, לעיל ה"ש 45, בפס' 68; תמ"ש 05-12453/05, לעיל ה"ש 33, בפס' 47 ו-59; תלה"מ 16-11-22555, לעיל ה"ש 45, בפס' 14; תמ"ש 09-512231-09, לעיל ה"ש 72, בפס' 28; תמ"ש 16-07-28246, לעיל ה"ש 45, בפס' 65; תמ"ש 17-04-04, לעיל ה"ש 180, בפס' 176 ו-181; תמ"ש 04-21342/04, לעיל ה"ש 33, בעמ' 42–43; תמ"ש 16-05-8972, לעיל ה"ש 45, בפס' 42; תלה"מ 20-10-41031, לעיל ה"ש 45, בפס' 18; תלה"מ 19-12-56583, לעיל ה"ש 45, בפס' 50 ו-53; תלה"מ 17-05-5534, לעיל ה"ש 180, בפס' 79; תמ"ש 13-12-28156, לעיל ה"ש 45, בפס' 51; תלה"מ 18-01-9919, לעיל ה"ש 72, בפס' 80; תמ"ש 09-15300, לעיל ה"ש 180, בפס' 23; תלה"מ 20-11-49666, לעיל ה"ש 45, בפס' 84 ו-86; תלה"מ 22-06-53794, לעיל ה"ש 45, בפס' 184; תלה"מ 18-08-904, לעיל ה"ש 45, בפס' 37; תלה"מ 22-01-55839, לעיל ה"ש 42, בפס' 38, 46, 48 ו-53; תה"ס 22-11-48913, לעיל ה"ש 45, בפס' 83. לתמיכה בעמדה זו ראו גם ליפשיץ **השיתוף הזוגי**, לעיל ה"ש 22, בעמ' 282, 308, 320 ו-341.

188 ראו ההפניות לעיל בה"ש 187. לעמדה אחרת בפסיקה, הגורסת כי בנסיבות מסוימות ניתן לוותר על רכיב ההקרבה וכי רכיב זה הוא רק אחד מבין שלל שיקולים, ראו עמ"ש 20-06-64867, לעיל ה"ש 42, בפס' 50–52; תלה"מ 20-05-3234, לעיל ה"ש 45, בפס' 76; תלה"מ 20-09-8537, לעיל ה"ש 181, בפס' 26–28; תלה"מ 20-12-38473, לעיל ה"ש 42, בפס' 105. לעמדה כי רכיב ההקרבה רלוונטי רק לגישת הנכס ואינו קשור לגישת השיקול ראו תמ"ש 10-07-30903, לעיל ה"ש 45, בפס' 15.

189 בע"מ 4623/04, לעיל ה"ש 9, בפס' 22 לפסק הדין של המשנה לנשיאה ריבלין.
190 שם, בפס' 22 לפסק הדין של המשנה לנשיאה ריבלין ובפס' ג לפסק הדין של השופט רובינשטיין. לפירוט ראו לעיל ה"ש 39–42 והטקסט המפנה אליהן.

191 ראו עניין **נפיסי**, לעיל ה"ש 58, בעמ' 606; רע"א 8791/00 **שלם ג' טווינקו בע"מ**, פ"ד סב (1) 165, פס' 12 לפסק הדין של הנשיא (בדימ') ברק (2006); בג"ץ **בבלי**, לעיל ה"ש 119, בעמ' 228.

אלא שרכיבים אלו אינם רלוונטיים למשטר איזון המשאבים לפי חוק יחסי ממון. הכלל הקבוע בחוק יחסי ממון מנותק ממבחינים עובדתיים הקשורים לטיב היחסים בין בני הזוג או להתנהלות בשיתוף פעולה ומאמץ משותף לשם צבירת נכסי האיזון. הכלל הקבוע בסעיף 5 לחוק יחסי ממון הוא שכל נכסי האיזון (דהיינו, כלל נכסי בני הזוג שנצברו במהלך החיים המשותפים, למעט נכסים ספציפיים שנגרעו מהאיזון לפי סעיפים 5(א)(1)–5(א)(3) לחוק, ביניהם מתנות וירושות) יאוזנו בשוויון, וזאת ללא קשר לקיומו של מאמץ משותף, סיוע הדדי או שיתוף פעולה לצורך צבירתם.¹⁹² ודוק, במסגרת חוק יחסי ממון ניתק המחוקק את תחולתו של הסדר איזון המשאבים ממבחינים עובדתיים של אורח חיים תקין ומאמץ משותף, וקבע את תחולתו על נכסי האיזון מעצם הנישואים, ללא בירור עובדתי נוסף. נסיבות אלו, ובפרט העדר מאמץ משותף, עשויות לבוא לידי ביטוי במסגרת האיזון – תוך סטייה מהכלל – רק במקרים חריגים, דהיינו, בהתקיים נסיבות מיוחדות שבהן ראוי שייעשה כן לצורך עשיית צדק (מכוח סעיף 8 לחוק יחסי ממון).¹⁹³

החלת רכיב ההקרבה כתנאי סף להתייחסות לפערים בכושר ההשתכרות במסגרת איזון המשאבים (ולא משנה לפי איזו גישה) משמעותה חזרה אחורה אל מבחן המאמץ המשותף שנקבע בהלכת השיתוף. אימוץ גישת הנכס מחייב לא לקבל עמדה זו, המנוגדת להוראות החוק, אך גם לפי יתר הגישות ראוי לזנוח רכיב זה. ודוק, אומנם מבחינה עיונית רכיב ההקרבה מבוסס על נימוקים שובי לב – שיתוף המבוסס על קהילתנות, ערכים של ערבות הדדית ושיתוף פעולה לטובת המשפחה¹⁹⁴ – אלא שמבחינה מעשית מדובר במבחן בעל השלכות הרסניות. נסביר: בדיקת קיומו של רכיב ההקרבה מחייבת בירור עובדתי ביחס למערכת היחסים בין בני הזוג ולאופן ניהול חייהם המשותפים, ולא רק מההיבט הכלכלי. בכלל זה בתי המשפט נדרשים לבחון שאלות עובדתיות כגון: האם מדובר בפער שנוצר עקב הקרבה או בשל חוסר הֶנִיעָה (מוטיבציה), עצלנות או חוסר

192 לעמדה דומה, שלפיה רכיב ההקרבה אינו רלוונטי במסגרת חוק יחסי ממון, ראו תלה"ם 53556-05-18, לעיל ה"ש 45, בפס' 73–78. אלא ששם נקבע כי רכיב ההקרבה (בן זוג "ביתי" ובן זוג "קרייריסט") הוחלף ברכיב פערי הכוחות במישור הכלכלי (בן זוג "חלש" ובן זוג "חזק"). בעניין זה עמדתנו שונה – לשיטתנו, כושר ההשתכרות עומד בפני עצמו כנכס, ולכן יש לאזנו במנותק משאלת קיומו של פער כוחות כלכלי. אומנם, במקרה השכיח פער בין יכולות ההשתכרות של בני הזוג משמעותו גם פער כוחות כלכלי, אך לא בהכרח. ייתכנו מקרים שבהם קיים פער בין יכולות ההשתכרות של בני הזוג אך לנוכח קיומם של פערים ברכוש הנפרד אין פער כוחות כלכלי בין בני הזוג או אפילו קיים פער כוחות כלכלי לטובת בן הזוג בעל כושר ההשתכרות הפחות. גם במקרים כאלה יש לאזן לשיטתנו את כושר ההשתכרות לפי ס' 5 לחוק יחסי ממון – כחלק מנכסי האיזון – אלא שבמקרים אלו ייתכן שהפער ברכוש הנפרד יהווה (בנסיבות מסוימות) שיקול לחלוקה לא שוויונית של כלל הרכוש (או חלקו) מכוח ס' 8(2) לחוק.

193 רוזן-צבי יחסי ממון בין בני זוג, לעיל ה"ש 7, בעמ' 354. לנסיבות לדוגמה ראו ההפניות לעיל בה"ש 126 והטקסט המפנה אליה.

194 ראו ליפשיץ השיתוף הזוגי, לעיל ה"ש 22, בעמ' 265–267, 272–273, 281–282 ו-347; דליהו, לעיל ה"ש 17, בעמ' 35–37 ו-56; דגן, לעיל ה"ש 8, בעמ' 477.

כישרון של בן הזוג בעל כושר ההשתכרות הפחות? האם מדובר בנסיבות של בן זוג ביתי או שמא שני בני הזוג היו מעורבים בענייני הבית והילדים? מה הייתה חלוקת התפקידים בתוך הבית פנימה? ושאלות דומות נוספות. באופן טבעי, בעת משבר כל אחד מהצדדים רואה את ההיסטוריה הזוגית בעין שונה, והיכולת להגיע להסכמות בהקשרים אלו נמוכה, מה שמחייב בירור עובדתי. אלא שבירור עובדתי בשאלות מסוגן של אלה שהצגנו לעיל מחייב חיטוט ונבירה בהיסטוריית היחסים של בני הזוג בתוך ביתם פנימה. מי שעוסק בפרקטיקה של דיני המשפחה יודע כי בירורים עובדתיים מסוג זה הם לרוב מכוערים מאוד – הם מלבים את האש, מסלימים את היחסים, מקשים על בני זוג להגיע להסכמות, ויוצרים התדיינות יתר.¹⁹⁵ לא בכדי ניתק המחוקק את תחולתו של הסדר איזון המשאבים מהמבחנים העובדתיים הארכאיים של אורח חיים תקין ומאמץ משותף וקבע את תחולתו על נכסי האיזון מעצם הנישואים.¹⁹⁶ לא בכדי גם בקשר להלכת השיתוף חל בפסיקה שינוי משמעותי מאוד במבחני הסף, באופן פרשנותם ובאופן החלתם.¹⁹⁷ בשולי חלק זה ראוי להוסיף כי הוויתור לעולם אינו חד-כיווני, וכי לא תמיד ניתן לכמתו ולאמוד אותו. כך, למשל, כיצד נביא לידי ביטוי ויתור שעשה בן הזוג בעל כושר ההשתכרות הגבוה יותר על זמן איכות עם משפחה וחברים או על זמן פנאי (לפיתוח תחביבים והעשרה) לצורך פרנסת המשפחה? כיצד נביא לידי ביטוי ויתור של בעל כושר

195 לעמדה אחרת – שלפיה אם הציבור ידע כי התחשבות בפערי השתכרות תובא בחשבון במסגרת האיזון רק במקרים שבהם התקיימה הקרבה משמעותית, ייווצרו ודאות משפטית וציפייה ברורה בעת סיום הקשר – ראו תמ"ש 29202-05-14, לעיל ה"ש 45, בפס' 8.4.5. לעניות דעתנו, עמדה זו נכונה מבחינה רעיונית אך שגויה מבחינה מעשית. מנסיוננו בעולם הפרקטיקה אנו למדים כי במקרים רבים מאוד כל אחד מבני הזוג רואה את ההיסטוריה הזוגית בעין שונה – בעוד הנרטיב השכיח של בן הזוג בעל כושר ההשתכרות הפחות הוא של הקרבה וויתור מצידו לטובת התא המשפחתי ולטובת הקרירה של בן הזוג בעל כושר ההשתכרות הגבוה יותר, הנרטיב השכיח של בן הזוג בעל כושר ההשתכרות הגבוה יותר הוא של הקרבה ומאמץ יתר מצידו לטובת התא המשפחתי ושל עצלנות וטפילות של בן הזוג בעל כושר ההשתכרות הפחות.

196 בהקשר זה מעניין שגם פרופ' ליפשיץ מציין בספרו כי ברוב מדינות העולם המערבי שיטת החלוקה המקובלת מבוססת על שוויון, תוך התנתקות מנסיבות לכמת את התרומות היחסיות של בני הזוג להפקת הנכסים. למרות תפיסה זו, ביחס לכושר השתכרות יש חזרה למודל ארכאי – שבו גם פרופ' ליפשיץ תומך – המחייב רכיב של הקרבה מצד בן הזוג בעל כושר ההשתכרות הפחות כתנאי לאיזון כושר ההשתכרות. ראו ליפשיץ **השיתוף הזוגי**, לעיל ה"ש 22, בעמ' 306.

197 לפירוט ולהרחבה ראו יוסף מנדלסון ועירית רייך-זיו "מגמות ושינויים במוסד הידועים בציבור – התבוננות מחודשת על ההשלכות המתבקשות" **פורום עיוני משפט: תגובות מְשֻׁקָּט** מח, 5–8 (2024) <https://did.li/8OcDN>. בהיבטים מסוימים עמדתנו מתיישבת גם עם עקרונות המודל של גירושם ללא אשמה, אשר מתקיים בשיטות מודרניות (ראו שחר ליפשיץ **הידועים-בציבור: בראי התאוריה האזרחית של דיני המשפחה** 307–310 (2005)) ומבקש לצמצם את המעורבות המשפטית בהיבטים האינטימיים של חיי בני הזוג ולהימנע משיפוט ערכי של התנהגותם במסגרת מערכת היחסים (ראו שם, בעמ' 315–316; אבישלום וסטריין "בחזרה לעתיד: על עיצובם של הנישואין והגירושין האזרחיים בישראל" **דין ודברים** (1) 69, 90 (2017); שחר ליפשיץ "ברצוני להתגרש ומייד! על ההסדרה האזרחית של הגירושין" **עיוני משפט** כח 671, 675 (2005)).

ההשתכרות הגבוה יותר על קידום הקריירה (מעבר לפיתוחה בפועל) במקרה שבו המשפחה בחרה לא לבצע עיתוק (רילוקיישן) – בין לטובת הילדים, כדי לאפשר להם להמשיך להתגורר בסביבה שהם רגילים אליה, ובין לטובת בעל כושר ההשתכרות הפחות, שביקש להישאר בסביבת המשפחה והחברים? והדוגמאות (כמו במציאות) רבות מאוד.

מוטב אם כן, לשיטתנו, שרכיב ההקרבה ייזנח. עמדה זו תואמת את יסודותיו של הסדר איזון המשאבים הקבוע בחוק יחסי ממון, ומונעת הסלמה של היחסים והתדיינות יתר.

3. אורך הקשר הזוגי – האם הוא רכיב רלוונטי כתנאי סף?

כושר השתכרות הוא נכס שפיתוחו והשבחתו מצריכים באופן טבעי זמן משמעותי. לא בכדי קבע המשנה לנשיאה ריבלין בבע"מ 4623/04 את רכיב "משך תקופת הקשר הזוגי" כאחד הנתונים שיש להתחשב בהם בעת פסיקת פערי השתכרות, שהרי ממילא ברור כי בטווח זמן קצר אי-אפשר (או לשם הזהירות – קשה מאוד) לפתח כושר השתכרות או להשביחו באופן משמעותי.¹⁹⁸

בחלק מפסקי הדין אומץ רכיב זה – דהיינו, "נישואים לאורך זמן" – כתנאי סף להתחשבות בכושר השתכרות במסגרת איזון המשאבים.¹⁹⁹ גישה זו שגויה לשיטתנו. ודוק, אורך הנישואים אינו נתון רלוונטי לשאלה אם נכס מסוים נמנה עם נכסי האיזון. אומנם, מבחינה מעשית ממילא, כאמור (במקרה השכיח והסביר), ספק אם ניתן לפתח כושר השתכרות משמעותי או להשביחו באופן משמעותי במהלך נישואים קצרי טווח. עם זאת, לשיטתנו ראוי לזנוח רכיב זה כתנאי סף בשל עמימותו. ודוק, הפסיקה לא הגדירה מהו המינימום הנדרש על מנת לעמוד בתנאי של "נישואים לאורך זמן", ומדובר במונח אשר נתון לפרשנות ויוצר חוסר ודאות, ובהתאם מקשה על בני זוג להגיע להסכמות.

198 בע"מ 4623/04, לעיל ה"ש 9, בפס' 22 לפסק הדין של המשנה לנשיאה ריבלין.
199 ראו, למשל, תמ"ש 52231-09, לעיל ה"ש 72, בפס' 28; תמ"ש 47769-01-12, לעיל ה"ש 42, בפס' 7(ה); תמ"ש 17359-01-10, לעיל ה"ש 45, בפס' 13; תמ"ש 35944-02-11, לעיל ה"ש 72, בפס' 2[4](ג); תמ"ש 13342-07-11, לעיל ה"ש 45, בעמ' 12-13; תמ"ש 6960/05, לעיל ה"ש 42, בפס' 20 ו-23; תמ"ש 12401-12-11, לעיל ה"ש 45, בפס' 20; תמ"ש (משפחה ת"א) 1110-04-14 פלוגית נ' פלוגי, פס' 101 (נבו 7.5.2017); תמ"ש 19390/09, לעיל ה"ש 45, בעמ' 11-12; תמ"ש 18834-11-14, לעיל ה"ש 45, בפס' 58; תמ"ש 2293-07-13, לעיל ה"ש 45, בפס' 20(5); תמ"ש 16-05-8972, לעיל ה"ש 45, בפס' 42; תלה"מ (משפחה י-ם) 13933-04-17 מ' נ' י, פס' 61 (אר"ש 23.10.2018); תלה"מ 41031-10-20, לעיל ה"ש 45, בפס' 18; תמ"ש (משפחה קר') 27693-08-14 פלוגית נ' פלוגי, פס' 61 (נבו 11.8.2015); תלה"מ 42285-12-20, לעיל ה"ש 45, בפס' 177; תלה"מ 9919-01-18, לעיל ה"ש 72, בפס' 80; תלה"מ 49666-11-20, לעיל ה"ש 45, בפס' 84; תלה"מ 8537-09-20, לעיל ה"ש 181, בפס' 26. לתמיכה בעמדה זו ראו גם דליהו, לעיל ה"ש 17, בעמ' 56.

משפט ועסקים לא, תשפ"ה על עלייתו ונפילתו של כושר ההשתכרות בדיני המשפחה

בניגוד לרכיב ההקרה, אשר לשיטתנו אינו רלוונטי כלל לסוגיה של כושר השתכרות (כפי שפירטנו בתת-פרק הקודם), אנו מסכימים כי רכיב אורך הקשר הזוגי רלוונטי לסוגיה של כושר השתכרות, אלא לשיטתנו הוא צריך לבוא לידי ביטוי בהיבטים אחרים (ובפרט ביחס להערכת שווי הנכס), ולא כתנאי סף להתחשבות בכושר השתכרות במסגרת איזון המשאבים. על היבטים אלו נפרט במסגרת תת-פרק 4 ופרק ו להלן.

4. כישרון אישי וכושר השתכרות שנצבר לפני הנישואים – האם הם רכיבים רלוונטיים בכל הנסיבות? או מה בין כושר השתכרות לשיתוף ספציפי?

בבע"מ 4623/04 נקבע כי בעת חישוב הפערים בכושר ההשתכרות "יש לגרוע מן הפער הזה את התרומה לכושר ההשתכרות שבאה מכישרון אישי וכן את זו שנוצרה קודם לתחילת הקשר הזוגי..."²⁰⁰ זוהי העמדה המקובלת כיום בפסיקה.²⁰¹ עמדה זו ראויה לשיטתנו. כישרון אישי, כמו גם כושר השתכרות שנצבר לפני הנישואים, הם בגדר נכסים שהיו בידי בני הזוג לפני הנישואים, ולפיכך, בהתאם להוראת סעיף 5(א)(1) לחוק יחסי ממון, יש לגרוע אותם מסל נכסי האיזון. עם זאת, מדובר בגישה בעייתית. ודוק, מלאכת הערכת השווי של כושר ההשתכרות של אדם היא משימה מורכבת וקשה. כאשר על מלאכה זו מתווסף גם הצורך לזקק מכושר ההשתכרות רכיבים של כישרון אישי וכושר השתכרות שנצבר לפני הקשר הזוגי, מלאכה זו נהפכת למסובכת ומסורבלת.

אלא שלעניות דעתנו הקושי המעשי צר מהקושי העיוני, שכן לתפיסתנו במקרים רבים אין מקום להתחשב בכישרון אישי או בכושר השתכרות שנצבר לפני הנישואים כלל, וזאת לנוכח הלכת השיתוף הספציפי. ודוק, לאורך השנים הכירה הפסיקה בזכותו של בן זוג בנכס שאינו חלק מסל נכסי האיזון לפי סעיף 5 לחוק יחסי ממון, וזאת בנסיבות של נישואים ממושכים ובהתקיים "דבר מה נוסף" המלמד על כוונת שיתוף באותו נכס.²⁰² בהלכה נקבע כי בגדר "דבר מה נוסף" יכולות להיכלל נסיבות שונות,

200 בע"מ 4623/04, לעיל ה"ש 9, בפס' 21 לפסק הדין של המשנה לנשיאה ריבלין.
201 ראו, למשל, עמ"ש 23249-09-19, לעיל ה"ש 42, בפס' 54; עמ"ש 64867-06-20, לעיל ה"ש 42, בפס' 74; עמ"ש 3640/10, לעיל ה"ש 42, בפס' 76; תמ"ש 13342-07-11, לעיל ה"ש 45, בעמ' 9; תמ"ש 610/07, לעיל ה"ש 91, בפס' 57; תלה"מ 39096-01-20, לעיל ה"ש 33, בפס' 18; תמ"ש 24979-07-16, לעיל ה"ש 187, בפס' 35; תמ"ש 47769-01-12, לעיל ה"ש 42, בפס' 17(ה); עמ"ש 31035-09-16, לעיל ה"ש 45, בפס' 10.5.2; תלה"מ 35697-03-21, לעיל ה"ש 45, בפס' 95; תלה"מ 55839-01-22, לעיל ה"ש 42, בפס' 57. ראו גם ליפשיץ **השיתוף הזוגי**, לעיל ה"ש 22, בעמ' 271–277, 315 ו-330; רון, לעיל ה"ש 6, בעמ' 19; דליהו, לעיל ה"ש 17, בעמ' 47–48 ו-62.
202 ראו בע"מ 1398/11, לעיל ה"ש 95, בפס' 14–21 לפסק הדין של השופט דנציגר; ע"א 7750/10 **בן גיאת נ' הכשרת היישוב ביטוח בע"מ**, פס' 13 לפסק הדין של השופט עמית ופס' ו-1 לפסק הדין של השופט רובינשטיין (אר"ש 11.8.2011); דנג"ץ 8537/18, לעיל ה"ש 13, בפס' 28–30 לפסק הדין

ביניהן השקעה משותפת בנכס, ערבוב נכסים, הבטחות ומצגים אקטיביים שעשויים להוביל להסתמכות, התנהלות כלכלית בקשר לנכס וכיוצא בהם.²⁰³ עוד נקבע בפסיקה כי יש מקום להקל באשר למשקלו של אותו "דבר מה נוסף" הנדרש לשם תחולתו של השיתוף הספציפי כאשר מדובר בנכסים משפחתיים ובדירת המגורים בפרט, שהיא הנכס העיקרי של המשפחה (במקרה השכיח).²⁰⁴

דברים אלו יפים להבנתנו אף ביחס לכישרון אישי ולכושר השתכרות שנצבר קודם לקשר הזוגי. לעניות דעתנו, בנסיבות רבות ראוי לגזור גזירה שווה בין דירת מגורים שהובאה לנישואים לבין כישרון אישי או כושר השתכרות שהובאו לנישואים, שכן במקרה השכיח שניהם מהווים נכס משמעותי מאוד של המשפחה, אשר המשפחה כולה מסתמכת עליו.

טלו לדוגמה נסיבות שבהן בני זוג נישאו בתחילת שנות השלושים לחייהם, ובאותה עת לאחד מהם היה כושר השתכרות נמוך מאוד אך היה בבעלותו בית מגורים שרכש באמצעות כספים שקיבל בירושה מהוריו, ואילו לבן הזוג האחר לא היו נכסים כלל אך היה לו כושר השתכרות גבוה מאוד, ולמרות גילו הצעיר הוא נחשב גאון בעל שם, וזאת בזכות עבודתו הקשה לפני הנישואים והאינטליגנציה ומנת המשכל הגבוהה שקיבל בתורשה מהוריו. בני הזוג היו נשואים כעשרים שנה, שבמהלכן הם התגוררו בבית המגורים שהביא בן הזוג הראשון והתפרנסו באמצעות הכספים שהרוויח בן הזוג האחר. במקרה של גירושם בחלוף עשרים שנות נישואים סביר להניח כי הלכת השיתוף הספציפי תחול ביחס לבית המגורים שהביא בן הזוג הראשון לנישואים, בהיותו נכס מרכזי ששימש את המשפחה והיווה את הקן המשפחתי המשותף שבו התנהלו חיי המשפחה וגדלו הילדים לאורך כל שנות הנישואים. באותו אופן יש מקום להחיל את השיתוף הספציפי גם ביחס לכישרון האישי וכושר ההשתכרות שהביא עימו בן הזוג השני לנישואים, שכן אף הוא היווה נכס מרכזי של המשפחה – נכס בעל משמעות כלכלית משמעותית שעליו הסתמכה המשפחה לאורך כל השנים. ודוק, מעבר לשימוש המשותף ארוך השנים בכושר ההשתכרות של בן הזוג השני, עבודתו המתמשכת של בן הזוג השני – יום יום במשך כעשרים שנה – כמוה כהשקעת זמן משמעותי בפעולת שימור, תחזוקה והשבחה של נכס חיצוני. השימוש המשותף במשך כעשרים שנה בכושר ההשתכרות של בן הזוג השני – שהוא נכס חיצוני – כמו גם פעולות השימור, התחזוקה

של הנשיאה חיות; בג"ץ 287/16 פלוני נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים, פס' 14 (אר"ש 27.3.2016); בע"מ 1059/17 פלוני נ' פלונית, פס' 1 (אר"ש 9.2.2017).

203 ראו בע"מ 1398/11, לעיל ה"ש 95, בפס' 21 לפסק הדין של השופט דנציגר; דנג"ץ 8537/18, לעיל ה"ש 13, בפס' 31–32 לפסק הדין של הנשיאה חיות; בג"ץ 287/16, לעיל ה"ש 202, בפס' 14; בע"מ 1059/17, לעיל ה"ש 202, בפס' 1.

204 ראו בע"מ 1398/11, לעיל ה"ש 95, בפס' 2 לפסק הדין של השופט עמית; דנג"ץ 8537/18, לעיל ה"ש 13, בפס' 33 לפסק הדין של הנשיאה חיות; בג"ץ 4602/13, לעיל ה"ש 13, בפס' 6 לפסק הדין של השופט מינץ; בע"מ 1059/17, לעיל ה"ש 202, בפס' 1.

משפט ועסקים לא, תשפ"ה על עלייתו ונפילתו של כושר ההשתכרות בדיני המשפחה

וההשכחה של הנכס במהלך כל השנים בוודאי עונים על הדרישה לקיומו של "דבר מה נוסף" שנקבעה בהלכה.²⁰⁵

בשולי ההתייחסות להלכת השיתוף הספציפי נציין כי אנו סבורים שההלכה – במתכונתה הנוכחית – מחייבת שינוי. אלא שביקורתנו ביחס להלכת השיתוף הספציפי חורגת מחיבור זה, ואף אינה רלוונטית בהקשר של הדברים דנן. מכל מקום, משזו ההלכה הנוהגת, הדברים כאמור יפים אף באשר לכושר השתכרות. אשר על כן עמדתנו היא כי בנישואים ארוכים (הנמשכים עשרים שנה או יותר) אין עוד מקום להחריג מהפער בין יכולות ההשתכרות של בני הזוג רכיבים של כישרון אישי או כושר השתכרות מלפני הנישואים, שכן בחלוף השנים הכישרון האישי וכושר ההשתכרות מלפני הנישואים התערבבו והתמזגו עם כושר ההשתכרות שנצבר במהלך הנישואים או לכל הפחות עם תחזוקתו, שימורו והשבחתו של כושר ההשתכרות במהלך כל השנים, ואלה נהפכו ל"בשר אחד" שאינו ניתן עוד להפרדה.

פרק ו: הדרך הראויה לאיזון כושר ההשתכרות – הצעה לפתרון מעשי במסגרת הדין המצוי

כפי שציינו בפתח הדברים, מאמר זה הוא פיתוח והמשך של רשימה שפרסמנו בשנת 2014 באשר לאיזון נכסים מורכבים, ובכלל זה גם כושר השתכרות. באותה רשימה התייחסנו לכך שאף על פי שחלפו שבע שנים מאז פורסם בע"מ 4623/04, הבלבול והמבוכה באשר לאיזון כושר ההשתכרות עודם רבים.²⁰⁶ מאז חלפו יותר מעשר שנים נוספות, ונראה כי אי-הוודאות רק הלכה והחריפה.²⁰⁷ למיטב הבנתנו, הקשיים המשמעותיים ביותר שגורמים לאי-יציבות ובלבול בכל הקשור לאיזון כושר ההשתכרות הם הקושי בקביעת שווי הנכס (בשל מאפייניו המיוחדים, בפרט בהקשר של דיני המשפחה, בשל אי-הוודאות באשר למימושו והמורכבות של הכנסות מכושר השתכרות שהן שילוב של רכוש משותף ורכוש נפרד) והקושי הנובע מכך בקביעת אופן איזונו.²⁰⁸ אלה הן, כאמור, הסיבות העיקריות שבעטיין נטו בתי המשפט בעבר לא להכיר בכושר השתכרות כנכס בר איזון, ואלה הן הסיבות שבעטיין גם כיום בתי המשפט ומלומדים

205 לעמדה אחרת, שלפיה תנאי איזון של כושר השתכרות הוא שחל שינוי בכושר ההשתכרות, "בבחנית 'גדילת העץ'", ראו תלה"מ 5534-05-17, לעיל ה"ש 180, בפס' 80.

206 מנדלסון ורייך-זיו "לכפות את השיתוף בדרך לפירוד", לעיל ה"ש 1, בעמ' 118.

207 לאי-הוודאות הקיימת כיום בפסיקה ראו לעיל ה"ש 130 והטקסט המפנה אליה. ראו גם ליפשיץ **השיתוף הזוגי**, לעיל ה"ש 22, בעמ' 322-345; רון, לעיל ה"ש 6, בעמ' 24-27; דליהו, לעיל ה"ש 17, בעמ' 48-49; שלם, לעיל ה"ש 13, בעמ' 48.

208 לפירוט ראו לעיל ה"ש 42 והטקסט המפנה אליה, וכן ההפניות לעיל בה"ש 89. לעמדה דומה ראו רון, לעיל ה"ש 6, בעמ' 27; עמ"ש 56634-06-20, לעיל ה"ש 33, בפס' 56; תמ"ש 22190/09, לעיל ה"ש 45, בפס' 39; תלה"מ 39096-01-20, לעיל ה"ש 33, בפס' 17.

שונים סבורים כי מוצדק לייחד את ההתחשבות בכושר השתכרות במסגרת איזון המשאבים למקרים מיוחדים בלבד.²⁰⁹ כפי שציינו לעיל, איננו שותפים לעמדות אלו. להבנתנו, הדרך להתמודד עם קשיים בהערכת שוויו של כושר ההשתכרות ובקביעת אופן איזונו אינה באמצעות צמצום ההכרה בזכות לאיזון כושר השתכרות, אלא באמצעות יצירת מנגנון ברור המותאם לכך.

יש הסבורים כי פיתוח כלים ונוסחאות טכניות ליישום אחיד של איזון כושר השתכרות הוא משימה בלתי אפשרית כמעט.²¹⁰ עמדתנו בהקשר זה שונה. במסגרת הרשימה שפרסמנו בשנת 2014 הצענו מנגנון לאיזון כושר השתכרות שמביא בחשבון את כלל הרכיבים הרלוונטיים הנדרשים לשקלול, ואשר יוצר ודאות ומסייע בסיום סכסוכים בהסכמה.²¹¹ במנגנון זה השתמשנו במקרים רבים בפרקטיקה (הן במסגרת הסכמי טרום-זוגיות, הן במסגרת הסכמי שלום בית והן במסגרת הסכמי פרדה) לשם הסדרת סוגיית כושר ההשתכרות בהסכמה באופן יעיל, נוח והוגן. לנוכח חשיבות הדברים, ולנוכח פיתוחו של המנגנון עם השנים על בסיס הניסיון הרב שצברנו בשימוש בו, ראינו לנכון לסיים מאמר זה בחזרה על המנגנון שהצענו בעיתו, תוך התייחסות לפיתוחים שהוספנו לו עם השנים.

מדובר במנגנון פשוט לתשלומים עיתיים-חודשיים אשר כולל אפשרות להפחתת התשלומים במקרה של שינוי נסיבות המצדיק זאת (והעלאתם בחזרה בהתאם לנסיבות), תוך קביעת כללים ברורים למניעת סכסוכים ולמניעת ניצול לרעה של המנגנון והתנהלות בחוסר תום לב.

יתרונם של התשלומים העיתיים הוא היכולת להתאימם לשינויי נסיבות ובכך למעשה לנטרל את אי-הוודאות באשר לשאלת קיומן העתידי של הכנסות מכושר השתכרות ואת הסיכון הטבוע בנכס. התאמת התשלומים לנסיבות גם מכבדת את אוטונומיית הרצון החופשי של בעל כושר ההשתכרות הגבוה יותר ואת זכותו להחליף עבודה (ולהשתכר פחות), לעבוד פחות או להפסיק לעבוד (ובלבד שאלה נעשים בתום לב, ולא מתוך ניסיון להחביא הכנסות).²¹² אלא שיתרונם של התשלומים העיתיים הוא גם חסרונם, משום

209 ראו לעיל ה"ש 109 ו-114–115 והטקסט המפנה אליהן.

210 ראו, למשל, ליפשיץ **השיתוף הזוגי**, לעיל ה"ש 22, בעמ' 349.

211 מנדלסון ורייך-זיו "לכפות את השיתוף בדרך לפירוד", לעיל ה"ש 1, בעמ' 119–120.

212 ראו בהקשר זה עמ"ש (מחוזי ת"א) 14952-07-13 **ד"א נ' קכ"א** (נבו 6.9.2015), שם נדרש בית המשפט המחוזי לפרשנות של הסכם גירושין שבו הוסכם על תשלומים עיתיים שישלם המערער למשיבה, בכפוף לכך שהכנסתו לא תפחת מסכום סף שנקבע. לימים שינה המערער את מקום עבודתו, הכנסתו פחתה מתחת לסכום הסף, והוא חדל לשלם למשיבה את התשלום שנקבע בהסכם. בית המשפט המחוזי פסק כי קביעת התשלומים העיתיים בהסכם לא שללה מהמערער את הזכות להחליף את מקום עבודתו תוך הפחתת הכנסתו, וכי בנסיבות המקרה אין לראות בכך פעולה בחוסר תום לב שמטרתה לסכל את ההסכם. לעמדה דומה ראו דגן, לעיל ה"ש 8, בעמ' 480–481. ליתרונות שבתשלומים העיתיים ראו מנדלסון ורייך-זיו "לכפות את השיתוף בדרך לפירוד", לעיל ה"ש 1, בעמ' 119–120; ליפשיץ **השיתוף הזוגי**, לעיל ה"ש 22, בעמ' 279, 294–295, 309–310.

משפט ועסקים לא, תשפ"ה על עלייתו ונפילתו של כושר ההשתכרות בדיני המשפחה

שהם פוגעים בעקרון ה־clean cut (הפרדה הנקייה). בבב"ע 4623/04 הביע המשנה לנשיאה ריבלין את עמדתו כי "...על דרך הכלל וככל שהדבר אפשרי ומועיל, עדיפה שיטת התשלום החד־פעמי".²¹³ גם השופט רובינשטיין הביע עמדה דומה.²¹⁴ מאז נטיית הפסיקה היא לפסוק תשלום חד־פעמי (ככל שמתקבלת הטענה כי יש להתחשב בכושר ההשתכרות במסגרת איזון המשאבים).²¹⁵ הרתיעה מפסיקת תשלומים נובעת, כאמור, מהחשש מפני שימור הקשר בין בני זוג המבקשים להתנתק האחד מרעהו ומפני התדינויות חוזרות ביניהם.²¹⁶ אלא שבבב"ע 4623/04 הבהיר המשנה לנשיאה ריבלין, בהמשך אותה פסקה ממש, כי "...אין לקבוע מסמרות. ראוי לה להלכה שתפתח ממקרה למקרה..."²¹⁷ גם לעמדה זו הצטרף השופט רובינשטיין.²¹⁸

אנו סבורים כי החשש משימור יחסים בין זוגות פרודים מופרז, ובמקרים רבים אף אינו רלוונטי, שכן הילדים המשותפים (גם לאחר בגרותם) ממילא מחייבים את שימור הקשר במובנים רבים. מכל מקום, אף בנסיבות שבהן ניתן ליצור הפרדה מוחלטת בין בני הזוג, חסרונותיו של התשלום החד־פעמי רבים עד כדי כך שהם מאיינים כמעט את היתרון שבפרדה הנקייה, שכן התשלום החד־פעמי עלול לגרום עוול בסבירות גבוהה מאוד.

ראשית, תשלום חד־פעמי עלול לפגוע בבן הזוג בעל כושר ההשתכרות הגבוה יותר בגלל אופיו המיוחד של הנכס, בהיותו נכס בסיכון שאינו סחיר ואשר מימושו תלוי

ר-314; רון, לעיל ה"ש 6, בעמ' 20; דליהו, לעיל ה"ש 17, בעמ' 88–89; שלם, לעיל ה"ש 13, בעמ' 67.

213 בע"מ 4623/04, לעיל ה"ש 9, בפס' 25 לפסק הדין של המשנה לנשיאה ריבלין.

214 שם, בפס' ג לפסק הדין של השופט רובינשטיין.

215 ליפשיץ **השיתוף הזוגי**, לעיל ה"ש 22, בעמ' 334. לדוגמאות ראו עמ"ש 31035-09-16, לעיל ה"ש 45, בפס' 9.5 ו-10.5; עמ"ש 5420-10-21, לעיל ה"ש 48, בפס' 30 לפסק הדין של השופט ג'יוסי; עמ"ש 23025-08-21, לעיל ה"ש 46, בפס' 31; עמ"ש 56634-06-20, לעיל ה"ש 33, בפס' 77; תלה"ם 70224-07-18, לעיל ה"ש 45, בפס' 48; תלה"ם 3234-05-20, לעיל ה"ש 45, בפס' 80; תמ"ש 30411-07-16, לעיל ה"ש 45, בפס' 84; תמ"ש 3640/10, לעיל ה"ש 42, בפס' 80; תמ"ש 12401-12-11, לעיל ה"ש 45, בפס' 28; תמ"ש 30903-07-10, לעיל ה"ש 45, בפס' 24; תמ"ש 4710-04, לעיל ה"ש 46, בפס' 77; תמ"ש 35944-02-11, לעיל ה"ש 72, בפס' (ג) 11[4]; תלה"ם 65349-09-19, לעיל ה"ש 33, בפס' 43; תמ"ש 1933/09, לעיל ה"ש 33, בעמ' 28; תמ"ש 6960/05, לעיל ה"ש 42, בפס' 24.

216 לחסרונות שבתשלומים עיתיים ראו בע"מ 4623/04, לעיל ה"ש 9, בפס' 24–25 לפסק הדין של המשנה לנשיאה ריבלין; עמ"ש 31035-09-16, לעיל ה"ש 45, בפס' 9.5; תמ"ש 1933/09, לעיל ה"ש 33, בעמ' 27–28; ליפשיץ **השיתוף הזוגי**, לעיל ה"ש 22, בעמ' 334–337; רון, לעיל ה"ש 6, בעמ' 20; שלם, לעיל ה"ש 13, בעמ' 67. לתמיכה בגישת התשלום החד־פעמי ראו גם דליהו, לעיל ה"ש 17, בעמ' 89–90.

217 בע"מ 4623/04, לעיל ה"ש 9, בפס' 25 לפסק הדין של המשנה לנשיאה ריבלין. ראו גם רון, לעיל ה"ש 6, בעמ' 21.

218 בע"מ 4623/04, לעיל ה"ש 9, בסיפה של פס' ג לפסק הדין של השופט רובינשטיין.

בגורמים רבים שאינם בשליטת בעל הנכס בהכרח. תשלום מראש בגין מימושו העתידי של כושר ההשתכרות הוא בבחינת ניחוש או נבואה. אדם אינו יודע מה צופן עתידו ובפרט עתידו המקצועי (למשל, אם חלילה ימות, ייפול למשכב או ישתנה שוק העבודה).²¹⁹ בכך כושר ההשתכרות דומה לנכסים אחרים בעלי סיכון, שאף הם אינם סחירים וכרוכים בחוסר ודאות, ואשר מצריכים גם הם איזון מותאם. ברשימה שפרסמנו בשנת 2014 הצענו לגבי אופציות ומניות לא סחירות או מניות חסומות פתרון של דחיית האיזון למועד המימוש.²²⁰ פתרון זה אכן אומץ בסופו של יום בפסיקה, מתוך הבנה כי מדובר בנכסים בעלי אופי מיוחד המחייבים איזון שונה לעומת נכסים "רגילים".²²¹ למיטב הבנתנו, כושר ההשתכרות מחייב התבוננות דומה.

שנית, תשלום חד-פעמי מראש עבור איזון כושר ההשתכרות (או התחשבות בו) משמעו פגיעה בחופש הרצון של בן הזוג בעל כושר ההשתכרות הגבוה יותר, שכן תשלום מראש אינו מביא בחשבון את זכותו של האחרון להסב מקצוע (ולאחריות פחות), לעבוד פחות או להפסיק לעבוד. התשלומים העיתיים, לעומת זאת, הם גמישים ומאפשרים את הפחתתם ואף את ביטולם בהתאם לנסיבות. בכך מוקנית לבעל כושר ההשתכרות הגבוה יותר הגנה ראויה על פי מימוש הנכס בפועל.²²²

שלישית, התשלום החד-פעמי דורש מבן הזוג בעל כושר ההשתכרות הגבוה יותר לשלם סכום משמעותי מראש (בין לפי גישת הנכס ובין לפי גישת השיקול). תשלום כאמור – אם אכן ישקף באופן הוגן את יכולת ההשתכרות של בן הזוג בעל כושר ההשתכרות הגבוה יותר – עלול להטיל על האחרון נטל כלכלי כבד שיגרום לו נזק משמעותי בשנים הראשונות שלאחר האיזון, ואף נזק בלתי הפיך אם בהמשך יאבד את כושר ההשתכרות או שכושר ההשתכרות יפחת מסיבה כלשהי. ברשימה שפרסמנו בשנת 2014 הבענו חשש שבנסיבות אלו ייזהרו בתי המשפט מלפסוק מראש סכומים חד-פעמיים ריאליים, וטענו כי הדבר יביא לידי פסיקת תשלום חד-פעמי נמוך באופן ניכר מן הסכום הכולל שהיה משולם בתשלומים עיתיים (אפילו לאחר היוון), באופן שיפגע בבן הזוג בעל כושר ההשתכרות הפחות.²²³ לצערנו, מן הפסיקה עולה כי חשש זה אכן התממש.²²⁴

מנגנון הכולל תשלומים עיתיים הניתנים לשינוי בהתאם לנסיבות אכן מעלה חשש מסכסוכים ומהתדיינויות חוזרות בין הצדדים. אולם הפתרון, להבנתנו, אינו תשלום חד-פעמי (שחסרונותיו רבים, כפי שהסברנו לעיל), אלא יצירת מנגנון ברור הכולל כללי

219 מנדלסון ורייך-זיו "לכפות את השיתוף בדרך לפירוד", לעיל ה"ש 1, בעמ' 120.

220 שם, בעמ' 118.

221 ראו תמ"ש (משפחה ראשל"צ) 10339-03-12 ש"צ נ' י"צ (נבו 5.6.2017). פסק הדין אושר בבית המשפט המחוזי בעמ"ש (מחוזי מר') 19796-09-17 י"צ נ' שס"צ (נבו 13.9.2018). בקשת רשות ערעור לבית המשפט העליון נדחתה בבע"ס 7482/18 פלוני נ' פלונית (אר"ש 11.2.2019).

222 מנדלסון ורייך-זיו "לכפות את השיתוף בדרך לפירוד", לעיל ה"ש 1, בעמ' 120.

223 שם.

224 ראו ההפניות לעיל בה"ש 215. לעמדה דומה ראו ליפשיץ **השיתוף הזוגי**, לעיל ה"ש 22, בעמ' 279 ו-337; רון, לעיל ה"ש 6, בעמ' 25.

הכרעה במקרה של אי-הסכמות וסנקציות מותאמות במקרה של התנהלות בחוסר תום לב, כפי שנפרט להלן. ודוק, במקרים חריגים של סכסוכים מתמשכים רבי עוצמה ייתכן שיהיה מוטב בכל זאת לפסוק תשלום חד-פעמי או לחלופין לצמצם את תדירות התשלומים, על מנת להפחית את החיכוך בין הצדדים, אך מקרים אלו ראוי להבנתנו שיכתיבו את החריג, ולא את הכלל.

נתייחס תחילה לאופן הקביעה של גובה התשלומים העיתיים ושל תקופת ביצוע התשלום – נתונים אשר נגזרים לפי המנגנון המוצע מפערי ההשתכרות ומתקופת הקשר הזוגי, כפי שנסביר להלן.²²⁵ לאחר מכן נתייחס ליתר רכיביו של המנגנון המוצע.

גובה התשלומים העיתיים (תשלומים חודשיים) – לפי המנגנון המוצע, גובה התשלום החודשי ייגזר באחוזים מהפער בין יכולות ההשתכרות של בני הזוג בעת הפרדה. על מנת למנוע התנהגות אסטרטגית מכוונת, כושר השתכרותו של כל אחד מבני הזוג ייקבע לפי ממוצע הכנסותיו מכושר השתכרות במהלך השנתיים שקדמו למועד האיוון. לתפיסתנו, גובה התשלום הראוי הוא 25% מהפער שבין יכולות ההשתכרות של בני הזוג, הואיל ושיעור זה מביא בחשבון שהכנסות מכושר השתכרות לאחר מועד האיוון הן שילוב של נכס משותף ושל נכס שאינו משותף (כושר ההשתכרות שנצבר במהלך החיים המשותפים ועבודה שנעשית לאחר סיום החיים המשותפים). בנסיבות מסוימות ניתן לקבוע שיעור שונה, אך ככלל אנו סבורים שהשיעור הראוי הוא 25%.²²⁶ במקרה של שינוי נסיבות וירידה בהכנסותיו מכושר השתכרות של בן הזוג בעל כושר ההשתכרות הגבוה יותר, יופחת בהתאם גובה התשלום העיתי. ככל שלאחר מכן יעלו הכנסותיו של בן הזוג בעל כושר ההשתכרות הגבוה יותר, יועלה גובה התשלום בהתאם, אך זאת רק עד לגובהו המקורי. עלייה בהכנסותיו של בעל כושר ההשתכרות הגבוה יותר אל מעבר לממוצע שחושב במועד האיוון לא תשפיע על גובה התשלומים, הואיל ומדובר בעלייה בכושר ההשתכרות שהתרחשה לאחר מועד האיוון. גם עלייה בכושר השתכרותו של בן הזוג בעל כושר ההשתכרות הפחות לאחר מועד האיוון לא תשפיע על גובה התשלומים, הואיל ומדובר שוב בעלייה בכושר ההשתכרות שהתרחשה לאחר מועד האיוון. על הדרך לצמצם מחלוקות ואי-הסכמות בהקשרים אלו נפרט להלן במסגרת יתר כללי המנגנון.

אורך תקופת התשלומים – לפי המנגנון המוצע, אורך תקופת התשלומים נגזר מאורך הנישואים. כפי שצינו לעיל, לתפיסתנו, אורך הקשר הזוגי אינו צריך לשמש תנאי סף לעצם הזכאות לאיוון כושר ההשתכרות, אולם הוא צריך לשמש רכיב בהערכת שווי הנכס. ודוק, אורך הקשר אינו נתון טכני, אלא יש לו משמעות מהותית, שכן ברור היטב

225 להצעות לנוסחאות נוספות ראו תמ"ש 12-01-47769, לעיל ה"ש 42, בפס' ב(ה) 14 ו-ב(ה) 25; תמ"ש 12-11-12401, לעיל ה"ש 45, בפס' 26; ליפשיץ **השיתוף הזוגי**, לעיל ה"ש 22, בעמ' 279 ו-294 – 295 וההפניות שם; דליהו, לעיל ה"ש 17, בעמ' 47–84; שלם, לעיל ה"ש 13, בעמ' 48–49.

226 בנסיבות מסוימות יש מקום לקבוע כי התשלום העיתי יוצמד למדד המחירים לצרכן (או למדד רלוונטי אחר) – למשל, כאשר בעל כושר ההשתכרות הגבוה יותר הוא שכיר שמשכורתו צמודה למדד לפי הסכם עבודה אישי או הסכם קיבוצי.

כי ככל שהקשר הזוגי ארוך יותר כן כושר ההשתכרות שנצבר במהלכו משמעותי יותר. מנגנון המבוסס על תשלום הנגזר מאורך תקופת הנישואים מביא לידי ביטוי את הזמן שהושקע במהלך הנישואים בצבירת כושר השתכרות ובשימור ותחזוקה של כושר ההשתכרות שנצבר לפני הנישואים. במקרה השכיח מנגנון כאמור גם מביא לידי ביטוי רכיבים רלוונטיים נוספים, כגון גיליהם של בני הזוג, אפשרות פיתוח הקריירה של בן הזוג בעל כושר ההשתכרות הפחות ונסיבות של הסתמכות. מנגנון המבוסס על תשלום הנגזר מאורך תקופת הנישואים משמש גם מניה וביה מנגנון לגריעה (או אי-גריעה) של כישרון אישי וכושר השתכרות שנצברו לפני הקשר הזוגי בהתאם לנסיבות, משום שהוא מביא לידי גריעה של כישרון אישי וכושר השתכרות מלפני הנישואים במקרה של נישואים קצרים, מחד גיסא, אך גם יוצר מנגנון לשיתוף ספציפי בכישרון אישי ובכושר השתכרות מלפני הנישואים במקרה של נישואים ארוכים, מאידך גיסא. נסביר: בנישואים קצרים ממילא תקופת התשלומים קצרה, ובהתאמה גובה התשלום המצטבר נמוך, כך שהכישרון האישי וכושר ההשתכרות מלפני הנישואים אינם באים בו לידי ביטוי; בנישואים ארוכים, לעומת זאת, תקופת התשלומים ארוכה, ובהתאמה גובה התשלום המצטבר גבוה יותר, דהיינו, המנגנון מוביל לתוצאה שמנותקת מהכישרון האישי ומכושר ההשתכרות מלפני הנישואים ואשר מתמקדת בכושר ההשתכרות כפי שהוא בעת הפרדה – כ"בשר אחד".²²⁷ לפיכך, אורך התקופה הראוי הוא ככלל 25% מתקופת הנישואים, עם זאת, ככל שמדובר בנישואים קצרים מאוד, ייתכן שיש מקום להקטין את שיעורה של התקופה, ולהפך.

כללי המנגנון – על מנת למנוע אי-הסכמות, יש לכלול במנגנון כללים ברורים ונוקשים וכן גורם מקצועי מכריע. כך, למשל, יש לכלול במנגנון תקופה מינימלית של הפחתה בהכנסות קודם להפחתת גובה התשלומים העיתיים, וזאת על מנת למנוע התעסקות תדירה של הצדדים בהקשר זה. לפיכך, התקופה המינימלית צריכה להיות לכל הפחות שישה חודשים רצופים של הכנסות פחותות (למעט במקרה של יציאה לפנסיה, פיטורים או נסיבות אחרות שהן חד-משמעיות). באותו אופן, במקרה של הפחתת התשלום החודשי צריכה להתקיים תקופה מינימלית של עלייה בהכנסות קודם להעלאת גובה התשלומים העיתיים בחזרה עד לגובה המקורי (למעט בנסיבות שהן חד-משמעיות, כגון חזרה למעגל העבודה לאחר הפסקת עבודה עקב פיטורים או עקב יציאה לפנסיה). בהקשר זה יש לכלול במנגנון אחוז ברור של שינוי בהכנסות המצדיק הפחתה של התשלום (ולאחר מכן העלאה בהתאם), וזאת על מנת למנוע מצב של התנהלות קטנונית בין הצדדים על כל שינוי קל. מומלץ גם לכלול במנגנון מינוי מראש של איש מקצוע מכריע (וכאשר המנגנון נקבע בהסכמה, כדאי אף להקנות לו סמכויות של בורר, על מנת להימנע מהליכים משפטיים), אשר יכריע במקרה של מחלוקת לגבי שינוי בהכנסות של בן הזוג בעל כושר ההשתכרות הגבוה יותר. כמו כן חשוב שהמנגנון יכלול חובות גילוי ברורות להעברת מידע ומסמכים, לרבות חובה להעברת מידע באופן

227 על ההצדקה להתעלמות מכישרון אישי ומכושר השתכרות שנצבר לפני הנישואים במקרה של נישואים ארוכים ראו תת-פרק 4 לעיל.

יזום במקרה של עלייה בהכנסות לאחר הפחתה וכן בהתאם לדרישתו של איש המקצוע. לבסוף, כדאי לכלול במנגנון גם סנקציות (כגון קנס, תשלום מלוא שכרו של איש המקצוע או קביעה כי איש המקצוע יקבל את מלוא טענותיו של הצד האחר) במקרים של התנהלות בחוסר תום לב, דיווח נתונים שאינם אמת, אי-קיום חובת גילוי, אי-שיתוף פעולה עם איש המקצוע, הקטנה פיקטיבית של הכנסות או הברחת הכנסות לצורך הקטנת התשלום, הטרחה קטנונית של הצד האחר וכיוצא בהם. ככל שהמנגנון יהיה ברור ומפורט יותר כן הסיכוי לסכסוכים ולהתדיינות חוזרות יפחת. מנגנונים מפורטים ראוי שיוסדרו על ידי בני הזוג עצמם בהסכמה. עם זאת, בהעדר הסכמה ערכאת השיפוט יכולה לקבוע את כללי המנגנון במסגרת פסק הדין, וזאת מכוח סמכותה לפי סעיף 6(ג) לחוק יחסי ממון, המקנה לה שיקול דעת רחב בכל הקשור לקביעת אופן האיוון (לפירוט ראו חלק ד2(ב) לעיל).

במצב המשפטי המצוי, מנגנון יצירתי של תשלומים עיתיים המתאים את עצמו למצב בפועל – בין בהסכמה (במסגרת הסכם) ובין בכפייה (בהכרעה שיפוטית) – הוא לדעתנו המפתח לאיוון ראוי, צודק והוגן של כושר השתכרות. אנו סבורים כי אם יאומץ בפסיקה מנגנון ברור וסדור (המנגנון המוצע לעיל או נוסחה אחרת) אשר ישמש מעין כלל לאיוון כושר השתכרות, יהיה בכך כדי ליצור ודאות בתחום, באופן שיפחית סכסוכים ויסייע בהגעה להסכמים – וכך ראוי.

סיכום

במקרה השכיח כושר ההשתכרות הוא אחד הנכסים המשמעותיים במסגרת המשפחתית, והוא משמש – לצד דירת המגורים – אחד היסודות שהתא המשפחתי מבוסס עליהם, ולא רק מההיבט הכלכלי. בהינתן שכושר השתכרות הוא נכס כה משמעותי לתא המשפחתי (במקרה השכיח), אנו סבורים כי הכלל חייב להיות שנכס זה יהווה חלק מהנכסים העומדים על הפרק בעת חלוקת נכסי המשפחה בשעת פירוד. זהו למעשה הבסיס הרעיוני העומד ביסוד גישת הנכס שאותה הצגנו במסגרת מאמר זה ואשר בה אנו תומכים.

חשיבותו של כושר ההשתכרות כנכס מהותי במסגרת התא המשפחתי מחייבת, להבנתנו, מחשבה מחודשת בכל הקשור להתייחסות לנכס זה במסגרת הפסיקה. הגם שכושר השתכרות הוכר בהלכה כנכס בר איוון (במסגרת בע"מ 4623/04), בעקבות תיקון מס' 4 לחוק יחסי ממון החלו להתפתח בספרות ובפסיקה גישות שונות להתייחסות לכושר השתכרות במסגרת דיני המשפחה. גישות אלו יצרו בלבול וחוסר ודאות, והביאו (מבחינה מעשית) לידי צמצום ההתחשבות בכושר ההשתכרות במסגרת איוון הרכוש המשפחתי בעת פירוד, תוך חזרה אחורה אל הימים שבהם נטתה הפסיקה לא להכיר בכושר השתכרות.

לעניות דעתנו, מדובר במצב משפטי עגום מכל ההיבטים – הן בשל הפגיעה בזכויות ובערכים בסיסיים של הגינות, שוויון וצדק, הן בשל אי-הוודאות המשפטית שנוצרה, המביאה לידי התדיינות יתר ומקשה על בני זוג להגיע להסכמות. היה ראוי שהכאוס שנוצר יוסדר בחוק, ובמסגרת מאמר זה אף הבענו (בקצרה) את עמדתנו ביחס למצב המשפטי הרצוי. אלא ששינוי נורמטיבי אינו מציאותי בעתיד הקרוב (בהינתן המצב הפוליטי-החברתי-המדיני במדינת ישראל). בנסיבות אלו נותרה מלאכה זו בידי ערכאות השיפוט.

בנסיבות הדין המצוי מוטב, לעניות דעתנו, שמערכת המשפט תחזיר עטרה ליושנה ותאמץ מחדש את גישת הנכס – היא הגישה המקורית שנקבעה בבע"ס 4623/04. כפי שהסברנו במאמר זה, גישת הנכס מבטיחה הגנה מיטבית על זכויות קנייניות, יוצרת שוויון והגינות (מבחינה מהותית ומבחינה דיונית), ומקנה ודאות משפטית, לפחות בהיבט של תחולת הכלל (תוך הותרת שיקול דעת לערכאות השיפוט ליצירת צדק קונקרטי במקרים חריגים).

יצירת יציבות משפטית מחייבת לעניות דעתנו – מעבר לאימוץ גישת הנכס – גם קביעת כללים סדורים בדבר הערכת שוויו של כושר ההשתכרות ואופן איזונו. כן מוטב לשקול מחדש חלק מהרכיבים והתנאים שהתפתחו בפסיקה בקשר לכושר ההשתכרות, אשר אינם תואמים להבנתנו את הערכים והתכליות העומדים ביסודו של חוק יחסי ממון. בשולי מאמר זה הצענו מנגנון ליישום גישת הנכס (בין בהסכמה בין בהכרעה שיפוטית) הכולל כללים סדורים וברורים להערכת שוויו של כושר ההשתכרות (במסגרת דיני המשפחה) ולאופן איזונו. אנו תקווה כי יהיה בדברים כדי להקל (ולו במעט) על העוסקים במלאכה (עורכי דין ושופטים) לסייע לציבור המתדיינים לסיים סכסוכים בהסכמה, כפי שראוי ונכון שיקרה, לטעמנו.