

על דרישותיו הקמאיות של אישור הסכם ממון ועל הנסיגה מהן

יצחק כהן*

תקציר

חוק יחסי ממון ביקש להסדיר שני הסדרים עיקריים חלופיים. ההסדר הראשון הוא הסדר הסכמי, שלפיו הסכם ממון בין בני-זוג יהיה בכתב ויהיה טעון אישור של בית-המשפט, ובית-המשפט לא יאשרו אלא אם כן התרשם כי בני-הזוג חותמים עליו בהסכמה חופשית ולאחר שהבינו את משמעותו ותוצאותיו. ההסדר השני – הסדר איזון המשאבים – הוא הסדר סטטוטורי, והוא ייכנס לתוקף רק בהעדרו של הסדר הסכמי. ללמדך שהמחוקק העדיף את ההסדר ההסכמי, ולא הפטרנליסטי. עם הורתו של חוק יחסי ממון עמדו מחוקק-המשנה והפסיקה במשנה תוקף על דרישותיו הצורניות של ההסדר ההסכמי, ואף הקפידו בהן יותר מכפי שקבע המחוקק. דא עקא, עם השנים החל תהליך של נסיגה מדרישות אלה הן על-ידי מחוקק-המשנה והן על-ידי הפסיקה. הסכמי ממון הוכשרו יותר ויותר אף כאשר הם לא עמדו בדרישותיו המינימליות של המחוקק.

המאמר מצביע על כמה וכמה תהליכים במגמת נסיגה זו, מנתחם ומגלה בהם קשיים לוגיים ומערכתיים. המאמר קושר בין מגמת הנסיגה מהדרישות הצורניות של המחוקק לאישור הסכם ממון לבין התהליך שעובר המשפט הישראלי, המתבטא בירידת הפורמליזם ובעליית הערכים. המאמר קושר את מגמת הנסיגה גם למגמת התפשטותם של היסודות האינקוויזיטוריים בשיטה הישראלית. המאמר טוען כי עודף

* פרופסור למשפטים, חבר סגל בפקולטה למשפטים ומנהל אקדמי של הפקולטה בקמפוס ירושלים, הקריה האקדמית אונו.
אני מבקש להודות לקוראים האנונימיים על הערותיהם המחכימות, וכן לחברי מערכת כתב-העת מיכאל ויצמן, ליאור אלוש, חוה שמולה וחני עזרא על עבודת עריכה מקצועית ומסורה.

שיקול-הדעת של בית-המשפט והשימוש בדוקטרינות דוגמת עקרון תום-הלב בשלב הסכסוך, המאפיינים גישה אינקוויזיטורית, יצרו תוצאה הפוכה והסיגו את דיני המשפחה בשלבי אישור ההסכם, לפני פרוץ הסכסוך, לגישה האדוורסרית. בתי-המשפט הסירו מעצמם אט-אט את האחריות שהמחוקק ביקש להטיל עליהם בשלב עריכת ההסכם, והטילו על בני-הזוג. הם אישרו בדיעבד הסכמים אשר ספק אם הם היו מאשרים אותם מלכתחילה. המאמר מצביע על תהליכים נוספים במשפט הישראלי שאמורים להוביל לחיזוק תוקפה של הדרישה לאישור הסכם הממון, ביניהם חקיקת חוק בית-המשפט לענייני משפחה, התמקצעותם של שופטי בית-המשפט לענייני משפחה, והגידול שחל בהיקפו של הרכוש המשפחתי ובמורכבותו. מכוחם המאמר קורא ליצירת הרמוניה בין התהליכים, לצמצום החקיקה השיפוטית ולחזרה אל אותן דרישות קמאיות של המחוקק בחוק יחסי ממון, תוך הטלה מחדשת של האחריות שהמחוקק ביקש להטיל על בית-המשפט בתחילת הדרך, כאשר נחקק חוק יחסי ממון.

מבוא

- א. חוק יחסי ממון – המסגרת התיאורטית והנורמטיבית
- ב. הסכם ממון בין בני-זוג – הנסיגה
 1. התנאים הנדרשים לתוקפו של הסכם ממון – מגמת הנסיגה של מחוקק-המשנה
 2. אישור הסכם ממון על-ידי נוטריון – נסיגה שתוקנה לבסוף
 3. התנאים הנדרשים לתוקפו של הסכם ממון – מגמת הנסיגה בחקיקה השיפוטית
- ג. מתן תוקף להסכם ממון שלא אושר: סעיף 5(א)(3) לחוק – הדין הפוזיטיבי
 1. הלכות שרעבי וגמליאל
 2. פסיקה נוספת מאששת את הלכות שרעבי וגמליאל – הלכות לוין, פלוני ויצחקי
- ד. מתן תוקף על-פי דיני החוזים להסכם ממון שלא אושר – הדין הפוזיטיבי
 1. מעגל השוטים שבשימוש בדיני החוזים
 2. נפקות מכוח דיני החוזים להסכם ממון שלא אושר
 - ה. מתן תוקף מכוח עקרונות תום-הלב – הדין הפוזיטיבי

- ו. המשפט המשווה – המצב המשפטי בדין האנגלי
- ז. החקיקה השיפוטית בחוק יחסי ממון – הדיון הנורמטיבי
 1. החקיקה השיפוטית בנוגע להסכמי ממון כחלק ממגמה מערכתית במשפט הישראלי
 2. הדין הראוי בנוגע להוראת סעיף 5(א)(3) לחוק יחסי ממון
 3. הפרשנות הראויה לאור הצורך להגן על צד שלישי ועל ודאות הקניין
 4. חקיקה שיפוטית בדיני המשפחה – זהירות יתרה

סיכום

מבוא

חוק יחסי ממון בין בני זוג, התשל"ג-1973 (להלן: חוק יחסי ממון או החוק), נולד על רקע כפול: האחד, אשר בבואתו היא הפרק הראשון לחוק, הוא הבנת המחוקק כי לנוכח היחסים המיוחדים והעדינים הקיימים בין בני-זוג נשואים אין ליתן תוקף להסכם ביניהם אלא אם כן השתכנעה ערכאה שיפוטית שההסכם נעשה מתוך רצון חופשי (להלן: ההסדר ההסכמי); והאחר, אשר בבואתו היא הפרק השני לחוק, הוא הסדר איזון המשאבים, שבא להחליף את המשטר הרכושי של הלכת השיתוף (להלן: ההסדר הסטטוטורי).¹ הסדר זה נולד על רקע ההבנה כי הלכת השיתוף, המבוססת כשלעצמה (והייתה אף מוסיף ואומר: יצירת-הפאר של הפסיקה הישראלית בשנות השישים), יוצרת זכויות סמויות בנכסי המשפחה ופוגעת בוודאות הקניין, בערכו של הנכס המשפחתי ובצדדים שלישיים.² דא עקא, בשנים האחרונות – וליתר דיוק בעשורים האחרונים – אפשר להצביע על מגמה של נסיגה מדרישותיהם הקמאיות של המחוקק ומחוקק-המשנה ופרימת הרציונלים

1 לא הכל מודים שכך הוא, ויש הסוברים כי הלכת השיתוף ממשיכה להתקיים, בצד הסדר איזון המשאבים שבחוק יחסי ממון, גם על בני-זוג שנישאו לאחר ינואר 1974. ראו אוריאל פרוקצ'יה "יחסי ממון בין בני-זוג בפשיטת רגלו של אחד מהם" משפטים ז 266 (1976); פינחס שיפמן "יחסי ממון בין בני-זוג" קובץ ההרצאות בימי העיון לשופטים 126 (התשל"ו). לחולקים עליהם ראו אוריאל רוזן-צבי יחסי ממון בין בני זוג 286 (התשמ"ב); מנשה שאוה הדין האישי בישראל 215 (מהדורה שלישית, התשנ"ב); בנציון שרשבסקי דיני משפחה 166-167 (התשנ"ג). מחלוקת זו התגלעה בין שופטי בית-המשפט העליון בע"א 1915/91 יעקובי נ' יעקובי, פ"ד מט(3) 529 (1995).

2 ראו הצעת חוק יחסי ממון בין בני-זוג, התשכ"ט-1969, ה"ח 333 (להלן: הצעת החוק). כן ראו, בהרחבה, דוד מינץ "השותפות הנישואית והערבות ההדדית בין בני זוג בפשיטת רגל – עיון מחודש" דין ודברים ט 105 (2015).

שביסוד החוק הן בפרק ההסדר ההסכמי והן בפרק ההסדר הסטטוטורי. התמודדותה של הפסיקה עם המקרים המורכבים המובאים לפניה, ושאיפתה לעשות צדק בכל מקרה לגופו באמצעות חקיקה שיפוטית, מסכלות את כוונת המחוקק, וכמעט משיבות את המצב המשפטי למצב ששרר ערב כניסתו של החוק לתוקף. על החקיקה השיפוטית בפרק הסטטוטורי כתבתי במקום אחר.³ במאמר זה אעסוק בחקיקה השיפוטית המסיגה את פרק ההסדר ההסכמי.

החקיקה השיפוטית ההולכת ומעמיקה באה לידי ביטוי בארבעה נתיבים עיקריים: נתיב אחד הוא הגמשת הדרישות הפורמליסטיות הקמאיות של המחוקק ומחוקק-המשנה; נתיב שני הוא השימוש של הפסיקה בסעיף 5(א)(3) לחוק כערוץ המכשיר הסכמי ממון בין בני-זוג אף ללא אישורו של בית-המשפט – ערוץ אשר מפקיד למעשה בידי הפסיקה נתיב מילוט של ממש מהוראות המחוקק הפורמליסטיות של הפרק הראשון לחוק, הוא הפרק ההסכמי; נתיב שלישי הוא גיוס של דיני החוזים הרגילים כדי ליתן תוקף להסכמי ממון שלא אושרו על-ידי שופט; והנתיב הרביעי הוא גיוס של דוקטרינות תום-הלב והמניעות כדי ליתן תוקף להסכמי ממון שלא אושרו על-ידי שופט. גם דוקטרינות אלה מפקידות בידי הפסיקה נתיב מילוט מהוראות הפרק הראשון לחוק. המאמר מצביע על האנומליות שנוצרו בעקבות חקיקה שיפוטית זו, ועל השלכותיהן בין בני-הזוג עצמם ובין לבין צדדים שלישיים.

שאלת המחקר המרכזית של המאמר היא מהי פרשנותם של בתי-המשפט בכל הנוגע באישור הסכמי ממון הצופים פני גירושים, ואם היא ראויה. שאלה זו נבחנת בשבעה פרקים. פרקו הראשון של המאמר עוסק בתשתית הנורמטיבית והתיאורטית של ההסדר ההסכמי. הפרק השני מתאר את דרישותיו הקמאיות של המחוקק ואת הרציונלים שלהן, כמו-גם את כרסומן על-ידי מחוקק-המשנה ועל-ידי חקיקה שיפוטית. הפרקים השלישי, הרביעי והחמישי עוסקים בדין הפוזיטיבי: הפרק השלישי עוסק בחקיקה שיפוטית הנסוגה מדרישות ההסדר ההסכמי באמצעות הוראה הנמצאת בפרקו השני של החוק – הוראת סעיף 5(א)(3) לחוק; הפרק הרביעי עוסק בחקיקה שיפוטית הנסוגה מדרישותיו של ההסדר ההסכמי באמצעות שימוש בדיני החוזים הרגילים; והפרק החמישי עוסק בחקיקה שיפוטית הנסוגה מדרישותיו של ההסדר ההסכמי באמצעות דוקטרינות תום-הלב והמניעות. הפרק השישי נותן מבט השוואתי על-ידי הצגת המצב המשפטי במשפט האנגלי, המלמד

3 ראו מאמרי "הקדמת מועד איזון המשאבים בתיקון מס' 4 לחוק יחסי ממון והחקיקה השיפוטית שנוצרה לפניה – עיון מחודש" (טרם פורסם).

כי השימוש בחקיקה שיפוטית לא נצרך שם מכיוון שהמחוקק נתן שיקול-דעת רחב לבית-המשפט להתעלם מהסכמי ממון בין בני-זוג. הפרק השביעי והאחרון יציע מבט נורמטיבי ועיוני על חקיקה שיפוטית זו, ויבחן את הדין הראוי בסוגיית אישורם של הסכמי ממון.

א. חוק יחסי ממון – המסגרת התיאורטית והנורמטיבית

בשנות השישים והשבעים של המאה הקודמת החלה הפסיקה ליצור הסדר רכושי של שיתוף בין בני-זוג, אשר זכה בכינוי "הלכת השיתוף". הסדר זה קבע בתמצית כי בני-הזוג הם שותפים מבחינה קניינית בכל הנכסים שצברו יחדיו במהלך חייהם המשותפים. השותפות אינה רק בעת פקיעת הנישואים, כי אם גם בכל רגע נתון במהלכם.⁴ בשלב מאוחר יותר קבעה הפסיקה כי השותפות בנכסים משפחתיים מובהקים היא בכל רגע נתון, אך השותפות בשאר הזכויות והחובות, דוגמת הנכסים העסקיים, היא רק עם קרות אירוע קריטי, כגון גירוש או מוות.⁵ הפסיקה אף הרחיבה שותפות זו וכללה בה, במקרים מסוימים, נכסים שהיו לבני-הזוג לפני ההיכרות ביניהם.⁶ הלכת השיתוף יצרה זכויות סמויות בנכסי המשפחה, פגעה בוודאות הקניינית ובערכו של הנכס המשפחתי, וחשפה צדדים שלישיים לתביעה

4 הלכת השיתוף יובאה בתחילתה מאנגליה. ראו ע"א 253/65 בריק נ' בריק, פ"ד כ(1) 589, 598 (1966). בהמשך היא התרחקה מרחק רב מן הפסיקה האנגלית – ראו ע"א 595/69 אפטה נ' אפטה, פ"ד כה(1) 561, 568 (1971).

5 רע"א 8791/00 שלם נ' טווינקו בע"מ, פ"ד סב(1) 165 (2006). הנשיא אהרן ברק, בדימוס בפסק-דין זה, קבע כי השותפות בנכסים שאינם משפחתיים מובהקים תהיה רק במועד קריטי, כגון מוות של אחד מבני-הזוג, משבר חמור ביחסים (כלומר, אין צורך להמתין לגירוש, המחייבים גט ותלויים ברצונם הטוב של הצדדים, והשותפות תחל כבר במשבר) או פשיטת-רגל. המטרה הייתה לשחרר את השוק העסקי מפני זכויות סמויות בנכסי המשפחה. הנשיא ברק יישם למעשה את מודל ההפרדה החל על זוג שנישא לאחר ינואר 1974 גם על בני-זוג שנישאו לפני מועד זה. מאידך גיסא, הוא ביקש לשמר את זכותו של בן-הזוג הביתי בדירת המגורים. ראו גם מינץ, לעיל ה"ש 2, בעמ' 119.

6 ראו, למשל, ע"א 806/93 הדרי נ' הדרי, פ"ד מח(3) 685; ע"א 4151/99 בריל נ' בריל, פ"ד נה(4) 716, 709 (2001). ראו את ניתוחו של שחר ליפשיץ "על נכסי עבר, על נכסי עתיד ועל הפילוסופיה של חזקת השיתוף" משפטים לד 627, 655 (2004), וכן שחר ליפשיץ "החלת השיתוף הספציפי מכוח הדין הכללי על נכסים מלפני הנישואים ועל ירושות ומתנות בעידן של חוק יחסי ממון" הון משפחתי א(2) 1, 2–3 (2014), בדבר שלושת השלבים של הלכת השיתוף: המודל ההסכמי, המודל הנורמטיבי והמודל הקישורי הקהילתי. על בסיס המודל האחרון, לדעת ליפשיץ, החל בית-המשפט לשתף גם נכסים חיצוניים של אחד מבני-הזוג. ראו את דעתו זו גם במאמרו על תיקון מס' 4 לחוק, להלן ה"ש 125, בעמ' 253.

מצד בן-הזוג שהנכס אינו רשום על שמו.⁷ הסדר רכושי זה, יציר הפסיקה, לא טיפל כלל בסוגיית ההסכמים בין בני-זוג. ההתייחסות אליהם הייתה ונותרה על-פי דיני החוזים הרגילים. על רקע זה הוקמה ועדת זוסמן, ועל בסיס המלצותיה נחקק בשנת 1974 חוק יחסי ממון.⁸

בפרקו הראשון של החוק המחוקק מסדיר את דרכי אישורו של הסכם ממון. הסעיף הראשון מגדיר באופן לקוני ביותר מהו הסכם ממון – "הסכם בין בני זוג המסדיר יחסי ממון שביניהם".⁹ הסיפא של הסעיף דורש כי הסכם ממון ושינויו יהיו בכתב.¹⁰ סעיפו השני של החוק קובע כי "הסכם ממון טעון אישור בית המשפט לענייני משפחה... או בית הדין הדתי שלו סמכות השיפוט בענייני נישואין וגירושין של בני הזוג... וכן טעון שינוי של הסכם כזה אישור כאמור". סעיף-קטן (ב) ממשיך וקובע כי "האישור לא יינתן אלא לאחר שנוכח בית המשפט... שבני הזוג עשו את ההסכם או את השינוי בהסכמה חפשית ובהבינם את משמעותו ואת תוצאותיו".¹¹ הפרק הראשון של החוק – ההסדר ההסכמי – הוא דיספוזיטיבי, מחד גיסא, וקוגנטי, מאידך גיסא. הוא דיספוזיטיבי בכך שבני-זוג נשואים אינם חייבים לערוך הסכם ממון, והוא קוגנטי בכך שמשעה שהם בחרו לערוך הסכם, דרישותיו של הפרק הראשון הן קוגנטיות: אי-אפשר להתנות עליהן, ואי-עמידה בהן תגרור אי-הכרה בהסכם הממון ותשלול את תוקפו. דרישות פורמליות אלה, שאין להן מקבילה ברובם המכריע של החוזים,¹² הוסברו כנובעות ממערכת היחסים הרגישה בין בני-הזוג, ומן התוצאות העלולות לנבוע מהסכם המחליף למעשה הסדר סטטוטורי. כך, למשל, נאמר בעניין מונק, וחזר ונשנה בעשרות החלטות מאז:

"בגלל היחסים המיוחדים, העדינים והמורכבים, הקיימים בין בעל ואישה, קבע המחוקק, כי אין תוקף להסכם ממון ביניהם, אלא אם כן משתכנעת ערכאה שיפוטית, שההסכם נעשה מתוך רצון חופשי,

7 ראו, למשל, ע"א 3002/93 בן-צבי נ' סיטין, פ"ד מט(3) 5 (1995).

8 ראו המבוא להצעת החוק.

9 בנוסחה המקורי של הצעת החוק נאמר: "הסכם נישואין הוא הסכם בין בני הזוג הקובע את יחסי הממון שביניהם."

10 בנוסחה המקורי של הצעת החוק לא הייתה כל התייחסות לשינוי ההסכם. ההתייחסות באה רק בתקנות שהותקנו סמוך לחקיקת החוק, ואשר בוטלו זה כבר. ראו להלן ה"ש 25 והטקסט שליטה.

11 בנוסחה המקורי של הצעת החוק נאמרו דברים דומים מאוד, שלפיהם ההסכם טעון אישור של בית-משפט, "שייווכח אם נעשה בהסכמה חפשית של בני הזוג ובהבנת תוצאותיו".

12 למעט ס' 8 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969, וכן ס' 5 לחוק המתנה, התשכ"ח-1968.

ללא לחץ, וששני הצדדים הבינו בדיוק במה המדובר ומהן התוצאות האפשריות של חתימתם על אותו הסכם.¹³

הדרישה לאישורו של בית-המשפט כתנאי לתוקף ההסכם באה להבטיח הסכמה מודעת. ביסודה של ההוראה ניצבת ההבנה כי בעת עריכתו של הסכם ממון בני-הזוג עשויים להיות נתונים בלחצים רגשיים. על יסוד נסיון החיים סבר המחוקק כי עריכתם של הסכמים אלה מהווה כר פורה לקיפוחו של אחד מבני-הזוג, באופן שמחייב את פיקוחה של ערכאה שיפוטית מוסמכת. פיקוח זה יבטיח את גמירות-דעתם המלאה של שני בני-הזוג.¹⁴ בשל תופעות בלתי-רצויות המתלוות לעיתים לדרך כריתתו של חוזה בין בני-הזוג, ביקש המחוקק להבטיח כי התוקף יינתן להסכם רק על יסוד הסכמה שתופע במעמד ובכהירות הראויים.¹⁵ הליך האישור דומה להליך של עשיית צוואה לפני רשות.¹⁶ יש כאן לכאורה פגיעה בעקרון חופש החוזים וחופש ההתקשרות של שני אנשים בגירים, אשר אין טוב מהם להחליט לעצמם מה נכון להם ומה לא. אכן, השופט אינו אמור לעצב לבני-הזוג את ההסכם המקובל על דעתו. הוא אמור רק לבחון את גמירות-דעתם של הצדדים, אחר שהבינו את משמעותו ותוצאותיו של ההסכם, ולא מעבר לכך. כלומר, השופט אינו נדרש לבחון אם ההסכם הוגן אם לאו, אך מצופה שהוא יבחן את ההסכמה המלאה והחופשית של בני-הזוג, אחר שהבינו את המשמעות והתוצאות. אל לו להתערב בחופש החוזים של הצדדים, אך סביר שאם ההסכם אינו הוגן לדעתו, הוא יצטרך להידרך יותר בבחינת גמירות-הדעת של הצדדים, כדי להבין מדוע הם בחרו דווקא הסדר זה, ולא אחר.¹⁷

13 ע"א 4/80 מונק נ' מונק, פ"ד לו(3) 428, 421 (1982). ראו גם ע"א 490/77 נציה נ' נציה, פ"ד לב(2) 624, 621 (1978); בע"מ 7734/08 פלוני נ' פלונית, פס' טו (פורסם בנבו 27.4.2010) ועוד.

14 ע"א 1629-11 יצחקי נ' וכטר, פס' 4 לפסק-דינה של השופטת ברק-ארז (פורסם בנבו, 4.11.2012).

15 לעניין זה ראו גם את דבריו של ממלא-מקום הנשיא שמגר בעניין מונק, לעיל ה"ש 13, בעמ' 429.

16 לפי ס' 22 לחוק הירושה, התשכ"ה-1965.

17 הסדר זה מזכיר את מעמד הקידושים הדתי. במקור די היה באמירה פשוטה של איש לאישה בדבר רצונו לקדשה ובמעמד שני עדים, כדי שזו תיחשב מקודשת לו, כך שאם ירצו חלילה להיפרד, יהיה צורך בגט. טקס זה הוביל לפרצות ולתקלות, בדמות קידושי סתר, קידושי חטיפה, קידושי תרמית וקידושי שחוק והיתול. הללו התאפשרו מהסיבות הבאות: (א) הצורה הפרטית הקלה (בעל-פה) של האירוסים הנעשים על-דרך הקניין של קידושי כסף; (ב) העובדה שמחמת חומר איסור הערווה הרבו החכמים לחשוש לקידושי ספק, אפילו אם העובדות

תכלית נוספת של החקיקה היא הגנה על ההסכם עצמו. דרישת האישור תורמת ליציבותן של התקשרויות בין בני-זוג שנעשו כהלכה. יקשה לבטל הסכם שאושר בבית-המשפט בעילות הביטול המוכרות בחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973.¹⁸ כך, למשל, בפרשת זמר מסביר בית-המשפט כי גם בני-זוג שאינם נשואים ואינם מחויבים לבקש אישור יעדיפו לבוא לפני שופט, מכיוון שהדבר עשוי לתרום לכוחו המחייב של ההסכם, לצמצם את היכולת לבטלו בשל פגמים בכריתתו, ולהפחית את הסיכון שאחד הצדדים יקופח. מתן תוקף של פסק-דין לאותן הוראות בהסכם הניתנות להוצאה לפועל עשוי אף להקל את יישום ההסדרים הקבועים בהוראות אלה.¹⁹

המחוקק העניק חשיבות מרובה להוראות אלה, עד כדי כך שראה לנכון להחילן גם בדיעבד על בני-זוג שנישאו לפני מועד כניסתו של החוק לתוקף, אף שהסדר הרכושי החל עליהם נותר כשהיה – הלכת השיתוף, קודמתו של ההסדר הסטטוטורי.²⁰ נעמיד רציונלים אלה לנגד עינינו, מכיוון שפסיקה מאוחרת רוקנה אותם לחלוטין מתוכנם, ובדרך של חקיקה שיפוטית נתנה תוקף גם להסכמים שלא עמדו בתנאי המחוקק.

הנוגעות בגדרי הקניין – האמירה, הנתינה והעדויות – היו מסופקות; (ג) גיל הבגרות המשפטית שנקבע בדיני ישראל גם לענייני קידושים ונישואים, דהיינו, שלוש-עשרה שנה לבנים ושתיים-עשרה שנה ושישה חודשים לבנות; (ד) פרק-הזמן הממושך שהפריד בין טקסי האירוסים והנישואים. כדי למנוע את התקלות הנזכרות, תיקנו גדולי התורה תקנות מתקנות שונות, כגון הצמדת סדר הקידושים לשעת החופה, כך שהאירוסים והנישואים יהיו סמוכים זה לזה; עריכת הטקס הכפול האמור כהלכה באמצעותו של רב הבקי בהלכות; פרסום הודעה מוקדמת בעיתונות בדבר הירשום של בני-הזוג לנישואים ובדיקת כשרותם של בני-הזוג. עם זאת, מפעם לפעם התלבטו החכמים בשאלה אם אכן ניתן להפקיע את תוקפם של קידושים שנערכו בניגוד לתקנות. בעניין זה לא נפלה הכרעה סופית. ראו את דבריו של השופט זילברג בע"א 238/53 כהן נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד ח 4, 31 (1954). כן ראו, בהרחבה, בג"ץ 130/66 שגב נ' בית-הדין הרבני האזורי, צפת, פ"ד כא(2) 505, 526 (1967).

18 ראו, למשל, ע"א 5490/92 פגס נ' פגס (פורסם בנבו, 29.12.1994). כן ראו ר"ע 359/85 קוך נ' קוך, פ"ד לט(3) 421 (1985).

19 רע"א 6854/00 היועץ המשפטי לממשלה נ' זמר, פ"ד נו(5) 491, פס' 6 לפסק-דינה של השופטת דורנר (2003).

20 ראו ס' 14 לחוק יחסי ממון וכן ע"א 419/84 טוכמיניץ נ' כרמל (טוכמיניץ), פ"ד לט(1) 287, 291 (1985). עם זאת, יש אשר חולקים על קביעה זו וסוברים כי בני-זוג כאלה אינם צריכים אישור של בית-משפט להסכם ממון שביניהם. ראו, למשל, ע"מ (מחוזי ת"א) 1221/04 ג' מ' נ' ג' י" (פורסם בנבו, 30.6.2005). ראו גם יאיר שיבר "הסכם ממון שנחתם בין בני זוג שנשאו לפני כניסת חוק יחסי ממון לתוקף ושלא אושר ע"י בימ"ש – מה דינו?" אתר פסקדין (15.8.2007), החולק על עמדתו של בית-המשפט המחוזי.

הפסיקה הנוגעת בהסכמים בין בני-זוג מלמדת כי בהסכם אחד עשויים להיכלל חמישה סוגי נושאים, וכי על כל אחד מהם חל דין שונה בהיבט של חוק יחסי ממון: סוג אחד הוא הסדרים רכושיים הנוגעים במהלך חייהם המשותפים השוטפים של בני-הזוג – הסדרים אלה אינם מחייבים אישור של בית-המשפט;²¹ סוג שני, שבו יעסוק מאמרי, הוא הסדרים רכושיים הצופים פני גירושים – אלה אינם תקפים ללא אישורו של בית-המשפט;²² סוג שלישי הוא הסדרים אשר צופים פני גירושים אך נושאים אינם רכושיים, כגון מזונות ילדים ומשמורת; סוג רביעי הוא הסדרים רכושיים הצופים פני מוות – אלה מתנגשים עם הוראות חוק הירושה, הקובעות כי אי-אפשר לערוך הסכמים בדבר ירושתו של אדם, וכי רק צוואה יכולה לצפות פני מוות;²³ הסוג החמישי הוא הכתובה, שהיא עניין מענייני נישואים המסור לסמכותו הייחודית של בית-הדין הרבני.²⁴

- 21 ראו ברכיהו ליפשיץ "גן התענועים של 'ענייני נישואין וגירושין' משפחה במשפט ב 107, 116 (2008), המדייק: "לא כל קשר ממוני בין בני הזוג נחשב כ'הסכם ממון'... אלא רק הסכם כזה הבא להסדיר את יחסי הממון שביניהם" (ההדגשה במקור). כן ראו תמ"ש (משפחה י-ם) 10-08-21520 א. ח. נ' ס. ח., פ"ס 14 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 23.8.2011), שלפיו יש לא מעט הסכמים כלכליים בין בני-זוג אשר אינם הסכמי ממון: "אם נסכם את הדברים, הרי שהעובדה שהסכם כלכלי בין בני זוג לא אושר בערכאה המוסמכת, לא מאיינת בהכרח את תוקפו". בטרם נחקק חוק בית המשפט לענייני משפחה, התשנ"ה-1995 (להלן: חוק בית-המשפט לענייני משפחה), אף לא היה אפשר לבקש מבית-המשפט לאשרם. ראו, למשל, עניין כהן, להלן ה"ש 26, בעמ' 683. לעומת זאת, ס' 3(ג) לחוק בית-המשפט לענייני משפחה מסמיך את בית-המשפט לאשר כל הסכם הנוגע בבני המשפחה.
- 22 ראו עוד, למשל, ע"א 169/83 שי (שרעבי) נ' שי (שרעבי), פ"ד לט(3) 776, 780 (1985): "ההתחייבות ליתן המתנה אינה כשירה באין אישור בית משפט כהסכם ליחסי ממון בין בני הזוג, על פי הדין."
- 23 ראו ס' 8 ו-27 לחוק הירושה. כן ראו עז' 289/97 עזבון אחרים נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 11.1.1999). ראו גם עמ"ש (מחוזי ב"ש) 10-10-28507 א.צ. נ' א.מ. (פורסם בנבו, 11.9.2011). דעת הרוב במקרה זה קבעה כי ההתנגשות בין הוראות חוק הירושה לבין הוראות חוק יחסי ממון לא הוכרעה אומנם בפסיקה, אך אין מלכות אחת נוגעת בחברתה, וכי גם הוראות בהסכם ממון המסדירות את המצב המשפטי לאחר פטירתו של אחד מבני-הזוג אין עניינן אלא הסדר איזון המשאבים. על-כן אפשר בהחלט לקבוע בהסכם, למשל, כי נכס מסוים לא יאוזן בין בני-הזוג גם לאחר הפטירה, אך לא יהיה בהסכם כזה לגרוע ממצבת הנכסים לטובת הירושה. כלומר, ייתכן בהחלט שאותו נכס יגרע מבין-הזוג הנותר בחיים מכוח הסכם איזון המשאבים, אך אותו בן-זוג יזכה בו כירש, כל עוד לא ניתנה הוראה אחרת בצוואה (והסכם ממון, הכפוף להסכמתם של שני בני-הזוג, אינו צוואה). נושא זה רחב מיריעתו של מאמר זה, ואניח אותו לשעתו.
- 24 ראו ביד"ם 1/50 סידים נ' יו"ר ההוצל"פ, ירושלים, פ"ד ח 1020 (1954), ולאחריו בג"ץ 202/57 סידים נ' הנשיא וחברי בית-הדין הרבני הגדול, ירושלים, פ"ד יב 1528 (1958). כן ראו בג"ץ 185/72 גור נ' בית-הדין הרבני האזורי, ירושלים, פ"ד כו(2) 765, 768 (1972).

להלן אבחן את דרישותיו של החוק שנועדו לוודא כי הצדדים אכן חתמו על הסכם הממון בגמירות-דעת מלאה. בתוך כך אבחן את מגמת הנסיגה של מחוקק-המשנה ושל החקיקה השיפוטית מדרישות אלה.

ב. הסכם ממון בין בני-זוג – הנסיגה

1. התנאים הנדרשים לתוקפו של הסכם ממון – מגמת הנסיגה של מחוקק-המשנה אפשר למנות למעשה שלוש דרישות בסיסיות לתוקפו של הסכם ממון: סעיף 1 לחוק קובע כי הסכם ממון יהיה בכתב; סעיף 2(א) לחוק קובע כי הסכם ממון טעון אישור של בית-המשפט; וסעיף 2(ב) לחוק קובע כי אישור זה "לא יינתן אלא לאחר שנוכח בית המשפט או בית הדין, שבני הזוג עשו את ההסכם... בהסכמה חפשית ובהבינם את משמעותו ואת תוצאותיו". דומה כי המחוקק ביקש להדגיש את התנאי השלישי, ולכן אף נקט לשון מהופכת: הלשון "לא יינתן... אלא" – ולא, למשל, "אישור יינתן כאשר" – מלמדת על תנאי בלעדיו אין. לשון זו לא נקטה ביחס לדרישות הראשונה והשנייה.

חשיבותה של הדרישה השלישית השתקפה אף בתקנות סדרי דין (אישור הסכם ממון בין בני זוג), שהותקנו סמוך לחקיקת החוק.²⁵ תקנה 1 קבעה כי בני-זוג המעוניינים לקבל אישור על הסכם ממון יגישו על כך בקשה לבית-המשפט המחוזי, וכי לבקשה יצורף ההסכם בשלושה עותקים. תקנה 2 קבעה כי "אישור ההסכם ייעשה בלשכת השופט במעמד שני בני הזוג; לפני האישור יסביר בית המשפט לבני הזוג, בשפה פשוטה וברורה, את משמעות ההסכם, ויברר אם בני הזוג עשו את ההסכם בהסכמה חפשית"; תקנה 3 קבעה כי "בית המשפט יציין על כל עותק של ההסכם את דבר האישור וכן את העובדה כי ניתנו לצדדים ההסברים הנאותים וכי לדעת בית המשפט נעשה ההסכם בהסכמה חפשית; עותק אחד של ההסכם יימסר לכל אחד מבני הזוג";²⁶ ותקנה 4 קבעה כי "הוראות תקנות 1 עד 3 יחולו, בשינויים המחוייבים, על כל שינוי בהסכם" (להלן: ארבע התקנות).²⁷

25 תקנות סדרי דין (אישור הסכם ממון בין בני זוג), התשל"ד-1973, ק"ת 210.
 26 ובפסיקה שניתנה סמוך להתקנתן של התקנות אנו מוצאים התייחסות רחבה ורצינית אליהן. כך, למשל, בע"א 640/82 כהן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לט(1) 673, 685 (1985) מתייחסת המשנה לנשיא בן-פורת להצעה לרשום תוספת בכל אישור של הסכם ממון שתבהיר כי האישור תקף "רק אם אכן ימצא, כי המערערים נשואים לצורך החוק".
 27 תקנות אלה לא היו דבר של מה-בכך, ולא אחת נטענו טענות נגד תוקפו של הסכם אם לא התמלאו הדרישות שבתקנות הללו. ראו, למשל, ע"א 486/87 אבידור נ' אבידור (קטין), פ"ד מב(3) 499, 504 (1988).

תקנות אלה בוטלו בחלוף כשני עשורים מעת התקנתן.²⁸ בחוברת שבה פורסמה הוראת ביטול התקנות, פורסמה תחתן תקנה אחת ויחידה – תקנה 258כ"ו לתקנות סדר הדין האזרחי.²⁹ התקנה קובעת כך: "הוגשה תובענה לאישור הסכם או לשינוי הסכם בענייני משפחה לפי סעיף 3(ג) לחוק, יסביר בית המשפט לבעלי הדין, לפני אישור ההסכם, את משמעות הוראות ההסכם, ויברר שהם ערכו אותו בהסכמה חופשית." השוואה בין תקנה זו לקודמותיה מלמדת לטעמי על נסיגה של מחוקק-המשנה מהדרישות שהופיעו בארבע התקנות. אומנם, ההגשה וההתייצבות המשותפת של שני בני-הזוג לפני בית-המשפט נותרה כשהייתה, אולם שלוש הדרישות הבאות, ובעיקר הרוח שבהן, הושמטו לחלוטין: הדרישה שההסבר יינתן בלשכת השופט (הגם שיש לא מעט הליכים המתקיימים בלשכת השופט אף שאין תקנות שמצוות על כך); הדרישה שההסבר יהיה בשפה פשוטה וברורה; והדרישה שהאישור יינתן על כל עותק של ההסכם, ויצוין בו כי ניתנו לצדדים ההסברים הנאותים.

עיון בהשמטות אלה מלמד כי שלושתן משקפות נסיגה מהדרישות הקמאיות של מחוקק-המשנה. השמטות אלה מפחיתות למעשה, ומבלי אומר, מאחריותו של השופט במתן הסברים לבני-הזוג. דבר אחד הוא אם שופט מחויב להסביר בלשכתו "בשפה פשוטה וברורה", ואף נותן אישור משולש בכתב כי ניתנו ההסברים הנאותים, ודבר אחר הוא אם הוא מחויב רק להסביר את משמעות ההסכם, ללא אישורו בכתב וללא מפגש אישי בלשכתו. לדעתי, ביטול ארבע התקנות על-ידי מחוקק-המשנה כעשרים שנה לאחר התקנתן הראשונית הוא חלק ממגמה של הכשרת הסכמי ממון גם אם אין הם עומדים בדרישות הפורמליסטיות הבראשיתיות שהופיעו בתקנות דאז. ארבע תקנות אלה שיקפו מן הסתם – ומן סמיכות הזמנים – גם את הגישה הבראשיתית של המחוקק. יתר על כן, עיון נוסף מלמד כי תקנה 258כ"ו לתקנות סדר הדין האזרחי, אף שהיא פורסמה באותה חוברת של קובץ התקנות, לא ממש מחליפה את ארבע התקנות. תקנה זו מטפלת בהסכמים בענייני משפחה על-פי סעיף 3(ג) לחוק בית-המשפט לענייני משפחה, ולא דווקא בהסכמי ממון על-פי חוק יחסי ממון. כך שלמעשה לא סוף דבר שבוטלו ארבע התקנות, אלא שבמקומן באה תקנה כללית המתייחסת להסכמים כלליים יותר, כך שדרישותיו של חוק יחסי ממון נותרו ללא גיבוי ספציפי של מחוקק-המשנה, ובוודאי ללא הרחבה והעמקה שלהן.

28 ראו תקנות סדרי דין (אישור הסכם ממון בין בני זוג) (ביטול), התשנ"ז-1996, ק"ת 140.

29 תקנות סדר הדין האזרחי (תיקון), התשנ"ז-1996, ק"ת 136, 137.

כרסום נוסף בדרישות המחוקק הראשי חל לאחרונה בשני תיקונים נוספים של תקנות סדר הדין האזרחי. בשנת תש"ע ויתר מתקין התקנות אף על נוכחותם של שני בני-הזוג לפני השופט אם נבצר מבעל-דין להתייצב במקרה של אישור לפי חוק בית-המשפט לענייני משפחה.³⁰ התיקון השני באותה שנה השמיט את דרישת ההתייצבות גם ביחס לחוק יחסי ממון.³¹ יש אומנם הבחנה בין אישור לפי חוק בית-המשפט לענייני משפחה לבין אישור הסכם ממון לפי חוק יחסי ממון, אך הבחנה זו קלה מאוד: בשני המקרים אפשר כיום לאשר הסכם אף ללא נוכחות בעלי-הדין, אלא שבאחרון יש לעשות זאת רק מטעמים מיוחדים שיירשמו. מובן שאישור ללא התייצבות כמוהו כאישור ללא מתן הסבר לבני-הזוג וללא התרשמות כי הם חתמו על ההסכם רק לאחר שהבינו את משמעותו ותוצאותיו – שתי פעולות שהן מנשמת-אפן של הדרישות הבסיסיות בחוק יחסי ממון.

2. אישור הסכם ממון על-ידי נוטריון – נסיגה שתוקנה לבסוף

בהצעת החוק לתיקון מס' 2 נאמר כי "אחרי סעיף קטן (ג) יבוא: (ג1) הסכם ממון שנכרת לפני הנוטריון יכול שיאומת בידי נוטריון לפי חוק הנוטריונים".³² בדברי ההסבר נאמר כי "האימות של ההסכם הוא ענין פורמלי שמטרתו להיווכח שבני הזוג עשו את ההסכם 'בהסכמה חופשית...' (סעיף 2(ב) לחוק). מוצע להסמיך, בנוסף, נוטריון לאמת הסכם ממון שנכרת לפני הנוטריון".³³ בהצעת החוק לא נדרשה הדרישה הפורמליסטית של התרשמות המאמת כי הצדדים חתמו רק לאחר שהבינו את משמעות ההסכם ותוצאותיו. בהצעת החוק אנו רואים לראשונה את הביטוי, אשר יחזור שוב ושוב בפסיקה, והוא ש"האימות של ההסכם הוא ענין פורמלי". בעיניי ביטוי זה מחליש את כוונותיהם הקמאיות של המחוקק ומחוקק-המשנה, והוא אכן מתיישב עם העדר הדרישה לאימות ההבנה של משמעות ההסכם ותוצאותיו. בדברי ההצעה קיימת משוואה: ככל שהאישור הוא עניין פורמלי בלבד, אין עוד צורך לעמוד על הדרישה לאימות ההבנה של משמעות ההסכם ותוצאותיו. לא ניתן כל הסבר אחר מדוע הושמטה דרישה זו.

30 תקנות סדר הדין האזרחי (תיקון מס' 3), התש"ע-2010, ק"ת 964.

31 תקנות סדר הדין האזרחי (תיקון מס' 5), התש"ע-2010, ק"ת 1458: "זולת לגבי בירור לפי סעיף 2(ב) לחוק יחסי ממון בין בני זוג, התשל"ג-1973, שעריכתו באמצעות בא כוח או בדרך אחרת תיעשה מטעמים מיוחדים שיירשמו." דרך אגב, שילוב תיקון זה בתקנה 258כז מלמד אולי כי הרישא של התקנה מתייחס גם לאישור הסכם לפי חוק יחסי ממון, ולא רק לאישור הסכם לפי חוק בית-המשפט לענייני משפחה.

32 הצעת חוק יחסי ממון בין בני זוג (תיקון מס' 2) (אימות בידי נוטריון), התשנ"ד-1994, ה"ח 212.

33 שם, בעמ' 212.

אולם, באופן מפתיע, לשון התיקון הסופי כללה בכל-זאת את הדרישות הבסיסיות האמורות בסעיפים 1 ו-2 לחוק. בתיקון מס' 2 לחוק יחסי ממון הוסף סעיף 2(ג) לחוק, המאפשר לאשר באמצעות נוטריון הסכם ממון שנכרת לפני הנישואים. כאן נוספה דרישה שלא הוזכרה בהצעה, והיא: "...ובלבד שהנוטריון נוכח שבני הזוג הניצבים בפניו עשו את ההסכם בהסכמה חופשית ובהבינם את משמעותו ותוצאותיו".³⁴ הבדלי הלשון בין ההצעה לבין התיקון עצמו משקפים לדעתי את המתח – אולי אפילו הריקוד – סביב השאלה עד כמה יש להקפיד על הדרישות הפורמליסטיות הקמאיות. אך לדעתי, דווקא פער זה בין לשון ההצעה לבין לשון החקיקה הסופית היה אמור להדריך את הפסיקה כי המחוקק הראשי מעוניין ביתר פיקוח וביתר התרשמות שהצדדים אכן חתמו על ההסכם לאחר שהבינו את משמעותו ותוצאותיו. האמירה בהצעה כי "האימות של ההסכם הוא ענין פורמלי" נדחתה אפוא בנוסחו הסופי של המחוקק הראשי. מחוקק-המשנה לא הפנים זאת כאשר ביטל לאחר-מכן את ארבע התקנות. גם הפסיקה לא הפנימה זאת, כפי שנראה להלן.

דקדוק נוסף בלשונו של תיקון מס' 2 מלמד כי אין מדובר בהעתק מוחלט של הדרישות הקמאיות של מחוקק-המשנה. הנוטריון עצמו לא נדרש להסביר לבני-הזוג דבר בעצמו, כפי שנדרש השופט בארבע התקנות. הנוטריון נדרש להתרשם כי בני-הזוג חתמו אחר שהבינו את משמעות ההסכם. ייתכן אם כן בהחלט שמלאכת ההבנה היא על אחריותם הבלעדית. כאמור, בחלוף שנה בוטלו גם ארבע התקנות שהותקנו עובר לחקיקת החוק. על פני הדברים, מחליפתן – תקנה 258 כו לתקנות, הקובעת כי על בית-המשפט להסביר לבני-הזוג את משמעות ההסכם – אינה חלה על הנוטריון. מסקנתי זו מתחזקת לנוכח העובדה שהתקנה מתייחסת לאישור ההסכם על-פי סעיף 3(ג) לחוק בית-המשפט לענייני משפחה, ולא לאישור על-פי חוק יחסי ממון. אם כן, מחוקק-המשנה של שנת 1996 שוב מחליש את הדרישה שהציב מחוקק-המשנה בשנת 1973 סמוך לחקיקת החוק.

3. התנאים הנדרשים לתוקפו של הסכם ממון – מגמת הנסיגה בחקיקה השיפוטית כאמור, גם בפסיקה אפשר לזהות אותו תהליך של מתח ונסיגה מדרישותיהם הקמאיות של המחוקק ומחוקק-המשנה. בתחילת הדרך, סמוך לאחר חקיקת החוק, הרחיבה הפסיקה את דרישות המחוקק ואף דקדקה בהן. כך, למשל, בעניין נציה, שנפסק סמוך לאחר לידתו של החוק, נתן נשיא בית-המשפט המחוזי תוקף

34 חוק יחסי ממון בין בני זוג (תיקון מס' 2), התשנ"ה-1995, ס"ח 136.

של פסק-דין להסכם שהוגש לפניו. בהחלטה מאוחרת קבע אותו נשיא כי הוא לא נתן את דעתו לחוק יחסי ממון כאשר אישר את ההסכם, וכי הוא גם לא התבקש לעשות כן. בעקבות זאת קבע בית-המשפט שלערעור, בית-המשפט העליון, כי מתן תוקף של פסק-דין אינו יכול להחליף אישור לפי חוק יחסי ממון. בית-המשפט שלערעור המשיך וקבע כי צדק הנשיא בהחלטתו שהיה כאן הסכם ממון שלא אושר כחוק, ולכן אין הוא מחייב.³⁵

פסיקה זו תמוהה בעיניי, ואין לי אלא להסבירה בהקפדה הבראשיתית שבה ראתה הפסיקה את דרישותיו הפורמליסטיות של המחוקק ומחוקק-המשנה. ודוק, נקבע כי אישור השופט כשלעצמו, אף שניתן כפסק-דין, לא היה יכול להחליף אישור לפי חוק יחסי ממון רק בשל העובדה שהשופט לא היה ער לכך שהוא מאשר את ההסכם לפי חוק יחסי ממון. ערכאת הערעור לא קבעה כי בני-הזוג לא התייצבו לפני השופט או כי השופט לא התרשם שהם חותמים על ההסכם מרצון. כל שקבעה הוא כי השופט לא היה מודע שהוא מאשר הסכם לפי חוק יחסי ממון. דוגמה נוספת בעיניי לפסיקה ישנה שהרחיבה והקפידה בדרישותיו של החוק ניתנה בעניין טוכמיניץ.³⁶ בעניין זה נקבע כי דרישת סעיף 1 לחוק, שלפיו "הסכם ממון" לצורך החוק הוא הסכם שנערך בין בני-זוג, מתייחסת רק למועד עריכתו של הסכם הממון שאותו מבקשים לשנות, וכי אין הסעיף דורש כי גם בעת עריכת שינוי בהסכם ממון יהיו עדיין הצדדים באותו סטטוס של בני-זוג. קביעה זו מרחיבה את הדרישות הצורניות החלות על הסכם ממון, וקובעת כי יש צורך באישור שופט גם להסכם ממון שנעשה לאחר גירושי בני-הזוג.³⁷ בית-המשפט אף הוסיף וקבע כי דרישת הכתב, הן להסכם הממון עצמו והן לשינויים בו, אינה הוכחתית בלבד, אלא מהותית ביסודה.³⁸

35 עניין נציה, לעיל ה"ש 13, בעמ' 624. כן ראו עניין אבידור, לעיל ה"ש 27, בעמ' 504. ראו גם בע"מ 8063/14 פלמונית נ' פלמוני (פורסם בנבו, 13.7.2015), הקובע כי אישור בורר, וכן אישורו של פסק הבורר על-ידי בית-המשפט המחוזי, אינם יכולים להחליף את האישור של בית-המשפט לענייני משפחה או של בית-הדין הרבני.

36 עניין טוכמיניץ, לעיל ה"ש 20.

37 קביעה זו מתיישבת גם עם ניתוחו של ליפשיץ, לעיל ה"ש 21, בעמ' 117: "אמרו מעתה, שהמונח 'בני זוג' אינו מכונן למי שהם כעת בני זוג אלא לבני זוג לעתיד או לשעבר, ובלבד שההסכם מכונן את עצמו כלפי יחסי הממון שביניהם בשל התקופה שבה הם היו 'בני זוג', כלומר, בתקופת הנישואין. לכן, כאמור, גם שינוי לאחר הגירושין הוא שינוי של 'הסכם ממון'. וכך גם הפרתו – זו הפרה של 'הסכם ממון', דהיינו, 'הסכם נישואין'."

38 עניין טוכמיניץ, לעיל ה"ש 20, בעמ' 291. על בסיס הקביעה כי הדרישה מהותית נפסלו הסכמים אף אם לא היה חולק שהם נחתמו. ראו, למשל, בע"מ 1178/04 פלוני נ' פלונית (לא פורסם, 26.4.2006), שבו נפסק כי מכיוון שטיוטת ההסכם המתקן לא נחתמו, ומכיוון

לעומת קביעות אלה, הפסיקה המאוחרת יותר צועדת באמצעות חקיקה שיפוטית באותה מגמה של נסיגה שבה צעד מחוקק-המשנה בביטול ארבע התקנות. כמוהו, גם פסיקה זו ניתנה בחלוף כשני עשורים מיום הורתו של החוק. כך נקבע בעניין אהרונוב, לדוגמה, ויש ליתן את הדעת גם לרוח הדברים:

"מדובר באישור הסכם ממון לפי חוק יחסי ממון בין בני זוג. אישור כזה איננו 'פסק-דין'. אין הוא מכריע במחלוקת שבין הצדדים. אין בית-המשפט בודק את תוכנו של הסכם הממון המובא בפניו לשם אישור תוכנו ואין הוא אמור לאשר את תוכנו. כל שעושה בית-המשפט הוא מתן אישור להסכם, לאחר שנוכח שבני-הזוג עשו אותו בהסכמה חופשית ובהינבם את משמעותו ואת תוצאותיו..."³⁹

פסק-הדין בפרשת חליווה אימץ קביעה זו, ואף הוסיף עליה:

"תפקידו של בית-משפט שאליו הוגשה בקשה לאישור הסכם ממון בין בני-זוג הוא פורמאלי גרדא. בית-המשפט אינו בוחן את תוכן הסכם הממון המובא בפניו, ואין הוא אמור לאשר את תוכנו, לפיכך אישור הסכם ממון אינו מצריך דיון מהותי לגופן של הסוגיות הנכללות בו. כל שעושה בית-המשפט הוא מתן אישור להסכם, לאחר שנוכח שבני-הזוג עשו אותו בהסכמה חופשית ובהינבם את משמעותו ואת תוצאותיו (סעיף 2(ב) לחוק יחסי ממון בין בני זוג)..."⁴⁰

פסיקה זו נסוגה מדרישותיו הקמאיות של המחוקק, ובעיקר מהרוח הבראשיתית שדרשה כי השופט יעמוד על גמירות-הדעת המלאה של בני-הזוג. פסיקה זו קובעת כי השופט ממלא תפקיד פורמלי לחלוטין, ולא מעבר לכך. לשון זו נזכרה גם בהצעת החוק בעניין הנוטריון, כאמור, אשר הביאה לידי כך שהדרישות הפורמליסטיות של נוכחות ווידוא גמירות-דעת הצדדים הושמטו לגמרי מן ההצעה. נוסף על כך, גם אם אין זה מתפקידו של השופט לבחון אם ההסכם הוגן

שההסכם המתקן לא זכה באישורו של בית-המשפט, כנדרש בדין, אי-אפשר להסתמך עליו לשם עיגון זכות כלשהי. בקשת רשות ערעור על החלטה זו נדחתה – ראו בע"מ 4547/06 פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו, 11.6.2006) (להלן: עניין פלוני). כן ראו בר"ע (מחוזי י-ם) 2371/06 ש.ל. נ' ש.א. (פורסם בנבו, 22.2.2008).

39 ע"א 189/95 בנק אוצר החייל בע"מ נ' אהרונוב, פ"ד נג(4) 199, 212-213 (1999). כן ראו ע"א 543/82 שטרן נ' שטרן, פ"ד לו(4) 752, 756 (1982); עניין קוך, לעיל ה"ש 18, בעמ' 422.

40 בג"ץ 8578/01 חליווה נ' חליווה, פ"ד נו(5) 634, 640 (2002).

אם לאו, לא ברור כיצד הוא ידע לעמוד על הסכמה מרצון של בני-הזוג, לאחר שהבינו את משמעותו של ההסכם ותוצאותיו, אם הוא "אינו בוחן את תוכן הסכם הממון המובא בפניו". הקביעה בעניין חליוה כי השופט אינו בוחן את תוכן הסכם הממון היא בעייתית בעיניי. אכן, אין זה מתפקידו של שופט להתערב בתוכן ההסכם, אך מוטל עליו לעמוד על תוכני ההסכם, ולו באופן כללי, ולעמוד על סבירותו, כדי לוודא את גמירות-הדעת הצדדים. כך, למשל, במקרים שבהם ההסכם אינו מאוזן בעליל, הדבר אמור להדליק נורה אדומה אצל השופט, וממילא לחייב אותו לוודא את גמירות-הדעת ביתר קפידה, ובמקרים חריגים אף לסרב לאשר את ההסכם או למצער לדחות את אישורו למועד אחר, על-מנת שיהיה סיפק בידי בעל-הדין לשקול את רצונו האמיתי.⁴¹

ייתכן בהחלט כי הלשון המסויגת בעניין אהרונוב ("אין בית-המשפט בודק את תוכנו של הסכם הממון המובא בפניו") ובעניין חליוה ("בית-המשפט אינו בוחן את תוכן הסכם הממון המובא בפניו") באה כתוצאה מניצול לרעה של הסכמי הממון כערוץ להברחת נכסים מפני נושים. בית-המשפט לא רצה ליתן לכך יד, ולכן קבע כי אישורו להסכם הממון אינו מאשר את תוכנו ואינו יכול להכשיר "הברחת נכסים" באמצעות הסכם הממון. הציטטה בעניין אהרונוב אכן נאמרה בפרשה כזו, ואדון בה בהמשך. אך משנאמרה ציטטה מעין זו, היא הולכת ומעצבת את התייחסותה של הפסיקה הבאה לאחריה, כפי שאכן קרה בפרשת חליוה, והולכת ומפחיתה את תוקף הדרישות לאישורו של הסכם הממון. גם הפסיקה שאציג בסעיפים הבאים ובפרקים הבאים מביאה לידי ביטוי מעשי את רוח הנסיגה שבציטטות אלה.

41 ראו, למשל, ע"מ (מחוזי ת"א) 1242/04 פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו, 23.5.2005) (להלן: עניין פלונית). פסק-דין זה – אשר חריג בנוף פסקי-הדין ואינו משקף את פסיקת בית-המשפט העליון, ואשר אולי אף מנסה להשיב את המצב לקדמותו – קובע בפס' 37 ו-41 כי "הסכם כה סבוך נדרש להסבר מקיף במיוחד בכל הקשור ל'תוצאותיו', דהיינו, מהם התנאים לחלות תנאי זה או אחר, תוך פירוט ההוראות השונות... במצב שכזה, דומה כי היה על בית משפט קמא לסרב לאשר את ההסכם, או למצער, לדחות את אישורו למועד אחר, על מנת שיהיה סיפק בידי בעל הדין לשקול את רצונו האמיתי כדבעי. בית המשפט אינו 'חותמת גומי' לאישורי הסכמים. לעיתים, באים צדדים לפני בית המשפט ומבקשים לאשר הסכם, אולם לאחר בחינה מדוקדקת של בית המשפט, נוכח בית המשפט כי אין תוכנו כבד. לא בכדי קבע המחוקק הליך משפטי מיוחד לאישור הסכמי ממון ועל בתי המשפט לא להתעלם מדרישות המחוקק על כל המשתמע מהן, גם אם אכן יכול ויהא כרוך הדבר בזמן שיפוטי זה או אחר... המקרה דנן הינו אחד מאותם מקרים חריגים, אשר אין מנוס לקבוע כי ההליך המשפטי... אינו ממלא אחר הנדרש". אכן, בית-המשפט המחוזי ביטל את הסכם הממון שאושר לפני כן בבית-המשפט לענייני משפחה.

שאלה מעניינת היא אם חקיקת חוק בית-המשפט לענייני משפחה, אשר אירעה גם היא בחלוף עשרים שנה מיום הורתו של חוק יחסי ממון, והקמת בית-המשפט לענייני משפחה, על יחידות הסיוע הצמודות להם, תרמו לנסיגה זו והשפיעו על רוחה. חוק בית-המשפט לענייני משפחה הוביל לשינוי מערכתי בכל התקנות שהותקנו לפני כן. סעיף 26 לחוק בית-המשפט לענייני משפחה העניק סמכות לשר המשפטים להסדיר בתקנות את סדרי הדין והנהוג לפני בית-המשפט לענייני משפחה החדש שהוקם זה עתה.⁴² אולם השינוי המערכתי, אשר מתבקש כאשר מוקמת ערכאה חדשה, אינו מסביר מדוע היה צורך לבטל את ארבע התקנות, ולא לשלבן בתקנות החדשות, כפי שנעשה באופן חלקי עם תקנה 258 כו לתקנות סדר הדין האזרחי. ייתכן שהנחת-העבודה של הפסיקה ומחוקק-המשנה הייתה כי מכאן ואילך יסדירו בני-זוג את סכסוכיהם בבית-משפט אחד, אשר יראה את התמונה כולה ועל-כן ממילא תגבר יכולתו לתקן עיוותים וחוסר איזון בין בני-הזוג בהשוואה למצב שבו סכסוך של משפחה אחת מפוזר בין כמה וכמה ערכאות.⁴³ ייתכן שהנחת-העבודה זו תרמה אף היא לאי-הקפדה על דרישות המחוקק לאישור הסכמי הממון.

ג. מתן תוקף להסכם ממון שלא אושר: סעיף 5(א)(3) לחוק – הדין הפוזיטיבי

1. הלכות שרעבי וגמליאל

בחלק זה אבקש לעמוד על התנגשות חמורה ומובנית בעיניי בין הפרק הראשון של החוק לבין פרקו השני. הכרעת הפסיקה בהתנגשות זו מלמדת שוב, לטעמי, על נסיגה מדרישותיו הצורניות הקמאיות של המחוקק. כדי לעמוד על ההתנגשות, אפנה לעניין שרעבי. בני-הזוג נישאו בשנת 1976. לאחר שלוש שנים, בעקבות שיפוצים, הם סיכמו בכתב – אך ללא אישור בית-המשפט – כי הבעל יעביר מחצית מזכויות הדירה שלו לאישה. תוך כדי העברת הזכויות התחרט הבעל. האישה ביקשה מהמחוזי לאכוף את ההסכם. המחוזי דחה את הבקשה, שכן לא

42 אכן, בתקנות סדר הדין האזרחי (תיקון מס' 3), התשנ"ה-1995, ק"ת 1946, הותקן חלק ג לתקנות סדר הדין האזרחי – "תובענות בענייני משפחה".

43 ראו משרד המשפטים דין וחשבון הוועדה לבחינת יישום דיני המשפחה 18–19 (1986), וכן את דברי המבוא להצעת חוק לתיקון דיני המשפחה (ריכוז סמכויות השיפוט), התשנ"ה-1994, ה"ח 152. הדברים צוטטו בפסקי-דין לא-מעטים, שאחד הבולטים מביניהם הוא רע"א 99/6558 חבס נ' חבס, פ"ד נד(4) 337, 342 (2000).

היה אישור להסכם וכעת אין הסכמה. האישה ערערה וטענה כי אין מדובר בהסכם ממון, אלא במתנה. בית-המשפט קובע כך:

"לדעתי לא כלליותו של ההסכם או היותו מתייחס (למשל) לנכס בודד מני רבים, הוא המבחן הקובע, כי אם התייחסותו ליחסי הרכוש בין בני הזוג למקרה של פקיעת הנישואין או של מות אחד מהם... התייחסותו של ההסכם לנכס ספציפי, אפילו אין הוא נכס עיקרי... אלא נכס בין שאר נכסים, אין בה כדי לשמש אבן הבוחן אם לפנינו 'הסכם ממון' או הסכם רגיל גרידא. הסכם יכול להיות 'הסכם ממון', גם אם הוא דן באובייקט ספציפי גרידא..."⁴⁴

המבחן להגדרתו של הסכם ממון הוא התייחסותו למקרה של גירושים או מוות.⁴⁵ לפיכך גם הסכם הנוגע בנכס אחד בלבד, אפילו אין הוא נכס עיקרי, יכול להיחשב "הסכם ממון", כל עוד הוא צופה פני מוות או גירושים. אולם הקביעה הבאה בעניין שרעבי סותרת לדעתי מבחן זה:

"...הנה כי כן, כדי להוציא (למשל) נכס מסוים ממעגל איזון המשאבים, די בהסכם סתם (ללא אישור בית המשפט), כנובע מסעיף 5(א)(3) לחוק..."⁴⁶

סעיף 5(א) לחוק קובע כי "עם התרת הנישואין... זכאי כל אחד מבני הזוג למחצית שווים של כלל נכסי בני הזוג, למעט... (3) נכסים שבני הזוג הסכימו בכתב ששוויים לא יאוזן ביניהם". מהציטטה הראשונה לעיל בעניין שרעבי עולה כי הסכם ביחס לנכס אחד הצופה פני גירושים – למשל, אם יסכימו בני-הזוג כי הנכס לא יאוזן בין הצדדים במקרה של גירושים – עונה על הגדרת הסכם ממון ועל-כך מחייב אישור של בית-המשפט. לעומת זאת, מהציטטה השנייה בעניין שרעבי עולה כי הסכם ביחס לנכס אחד אשר צופה פני גירושים וקובע כי הנכס לא יאוזן בין הצדדים אינו צריך את אישורו של בית-המשפט, ודי בדרישת הכתב. מהו ההבדל אפוא בין הסכם שעליו יחול סעיף 1 לחוק לבין הסכם שעליו יחול סעיף 5(א)(3) לחוק? הבה נבחן זאת באחת מהפרשות הבולטות ביותר שהשתמשו בסעיף זה – פרשת גמליאל.⁴⁷

44 עניין שי (שרעבי), לעיל ה"ש 22, בעמ' 781.

45 הגדרה זו היא לפי קביעתה של המשנה לנשיא בן-פורת (שם, בעמ' 782), ובניגוד לדעתו של רוזן-צבי, אשר תלה את הדברים במבחן היקף הנכסים (כמצוטט שם, בעמ' 781). כן ראו ליפשיץ, לעיל ה"ש 21, בעמ' 117.

46 עניין שי (שרעבי), לעיל ה"ש 22, בעמ' 781.

47 בג"ץ 10605/02 גמליאל נ' בית-הדין הרבני הגדול, פ"ד נח(2) 529 (2003).

על שמם של בני-הזוג בפרשה זו הייתה רשומה דירה בחלקים שווים. הרכישה מומנה בחלקה על-ידי הורי הבעל, ובחלקה באמצעות הלוואה שהובטחה במשכנתה. הלוואה זו שולמה על-ידי הבעל בלבד, ורובה טרם נפרע. יומיים לפני רכישת הדירה נערך הסכם בין בני-הזוג ובו נכתב כי "אם ניפרד או נתגרש או נסתכסך יעברו כל הזכויות על הדירה ותכולתה לידי [הבעל], ולא יהיו לי שום זכויות על הדירה".⁴⁸ בני-הזוג נפרדו. במהלך סכסוך הגירושים קבע בית-הדין הרבני כי להסכם אין תוקף חוקי משום שהוא לא אושר בבית-המשפט או בבית-הדין כהסכם ממון. אולם, כך הוסיף וקבע, יש לראות בהסכם גילוי כוונות תקף של הצדדים, שלפיו נתן הבעל לאשתו במתנה את מחצית הדירה והאישה הסכימה לוותר על חלקה זה אם ייפרדו הצדדים. לפיכך הורה בית-הדין כי הדירה תועבר בשלמותה על שם הבעל.

האישה עתרה לבג"ץ וטענה, בין היתר, כי הסכם הממון הוא בלתי-חוקי שכן הוא לא הוגש כלל לאישור בית-המשפט. כנגד זה טען האיש כי ההסכם בין בני-הזוג בא בגדרו של סעיף 5(א)(3) לחוק, המאפשר לצדדים להסכים בכתב על נכסים שלא יאוזנו ביניהם. בית-המשפט העליון קיבל את טענתו של האיש וקבע:

"אין בין בני-הזוג הסכם ממון, כמשמעותו בחוק יחסי ממון, ועל-כן חל על יחסי הממון שביניהם הסדר איזון המשאבים המפורט בפרק השני לחוק. במסגרת הסדר זה יש להביא בחשבון את ההסכם הכתוב בין הצדדים, שממנו עולה כוונתם שלא לאזן ביניהם את שווי הדירה במקרה של פקיעת הנישואין על-אף רישום הדירה על שם שני הצדדים, שנעשה לצורכי משכנתה. הסכמה זו תואמת את הוראת סעיף 5(א)(3) סיפה לחוק יחסי ממון, ועל-מנת שתקום די בהסכם 'סתם', ובלבד שיהא בכתב, ואין צורך באישורם של בית-המשפט או של בית-הדין המוסמך".⁴⁹

מייד לאחר הדברים האמורים מפנה פסק-הדין בעניין גמליאל לציטטה השנייה דלעיל בעניין שרעבי ויונק ממנה. לא ברור מדוע ההסכם בין בני-הזוג בנוגע לדירה אינו הסכם ממון. בית-המשפט גם אינו מוצא לנכון לנמק את קביעתו זו. ההסכם עונה בדיוק על המבחן הקובע בסעיף 1 לחוק: ההסכם צופה פני גירושים, והעובדה שמדובר רק בנכס אחד אינה מעלה ואינה מורידה. הא ראייה כי הן בית-הדין הרבני האזורי והן בית-הדין הרבני גדול – שישה דיינים, המופקדים על-פי

48 שם, בעמ' 531.

49 שם, בעמ' 533.

החוק על אישורם של הסכמי ממון – סברו כי הסכם זה אכן עונה על ההגדרה של הסכם ממון, ורק מכיוון שלא אושר מצאוהו חסר תוקף.

2. פסיקה נוספת מאששת את הלכות שרעבי וגמליאל – הלכות לוי, פלוני ויצחקי אף שפסיקות מאוחרות מפנות דרך קבע דווקא להלכת גמליאל, כמי שקבעה שיש הסכמים בין בני-זוג אשר מסדירים יחסי ממון ביניהם ואף-על-פי-כן אין צורך לאשרם לפני שופט,⁵⁰ הלכה דומה ניתנה עוד לפני כן בפרשת לוי. הבעל ויתר בהסכם בכתב על חלקו בדירת מגורים לטובת אשתו. לאחר-מכן הוא נכנס להליכי פשיטת-רגל. הנאמן טען כי העברה זו הינה הענקה שניתנה עובר להליכי פשיטת-רגל ולפיכך יש לבטלה. בית-המשפט המחוזי קיבל את טענתו. האישה ערערה לבית-המשפט העליון וטענה כי הוויתור נעשה על רקע יחסי בני-זוג, ולא לשם הברחת הנכס מהנושים. הכונס והנאמן השיבו כי הסכם הוויתור חסר תוקף משפטי, שכן הוא מהווה במהותו הסכם ממון אשר לא קיבל את אישור בית-המשפט, ולכן אינו יכול להוות הענקה תקפה. בית-המשפט העליון דחה את טענתם זו וקבע:

"הסכם הוויתור הינו הסכם בעל תוקף משפטי ואין לראות בו כהסכם ממון המצריך אישור בית-המשפט לצורך קבלו תוקף. לא כל הסדר בין בני-זוג לגבי פריט זה או אחר של רכושם מקבל מעמד של הסכם ממון המצריך אישור בית-המשפט. הסכם ממון נועד לקביעת יחסי הרכוש בין בני-זוג למקרה של פקיעת הנישואין או מות אחד מהם, והוא צופה פני העתיד... כדי להוציא נכס מסוים ממעגל איזון המשאבים די בהסכם רגיל שאינו מצריך אישור בית-המשפט (השווה סעיף 5(א)(3) לחוק יחסי ממון בין בני זוג). כך הגדירה זאת המשנה לנשיא בן-פורת בעניין שרעבי...: '...אם [מטרת ההסכם] נוגעת ליחסים שוטפים או לעיסקה רגילה בין בני-אדם – לאו דווקא בנושא של דיני משפחה, אלא למשל דיני חוזים או קניין ללא קשר נראה לעין עם איזון משאבים בעת גירושין או מוות – לפנינו הסכם רגיל...'⁵¹

ציטטה זו משקפת לטעמי את הבעייתיות ביישומה של הוראת סעיף 5(א)(3) לחוק. הציטטה סותרת את עצמה מניה וביה: בתחילה היא מפנה לסעיף 5(א)(3)

50 ראו, למשל, תמ"ש 21520-08-10, לעיל ה"ש 21, וכן עמ"ש 28507-10-10, לעיל ה"ש 23.
51 ע"א 5709/99 לוי נ' שילר, עו"ד, פ"ד נה(4) 925, 948-949 (2001).

לחוק, אך לאחרי-מכן היא מפנה להלכת שרעבי, שלפיה יש הסכמים שאינם צופים פני פקיעת נישואים. לדעתי, אין קשר בין הדברים, והם אף אינם מתיישבים זה עם זה. ממה נפשך, אם מדובר בהסכם אשר נוגע בחיים השוטפים, ואינו צופה פני מוות או גירושים, אזי בהגדרה אין הוא הסכם ממון, ועל-כן אין צורך כלל לאשרו ואין צורך כלל להיזקק לסעיף 5(א)(3) לחוק – הסכם כזה אף אינו מחייב כתב, ויחולו עליו דיני החוזים הרגילים; לעומת זאת, אם ההסכם מוציא נכס מאיזון המשאבים, ובעליל צופה פני מוות או גירושים, מכיוון שאיזון המשאבים רלוונטי רק בקרות אלה, אזי הוא הסכם ממון. הפסיקה בחרה ליתן להסכם תוקף מכוח סעיף 5(א)(3) לחוק, במקום מכוח אישורו על-ידי בית-משפט.

כדי לנסות ליישב את העניין, עוד בטרם אדון בכך בפרק השביעי בהיבט הנורמטיבי, אפשר להציע כי הוראה זו תיושם רק כאשר עסקינן בנכס אחד, ולא יותר, כפי שאירע בפרשת גמליאל. כמו-כן היא תיושם רק כאשר ההסכם קובע שיש להוציא את הנכס כליל מאיזון המשאבים, ולא כאשר מעוניינים לאזנו בצורה שונה מזו המעוגנת בהסדר הסטטוטורי – למשל, בחלוקה לא-שוויונית. הצעה זו עשויה ליישב את העניין ולצמצם את הקושי למקרים ספורים בלבד. דא עקא, פרשנות מצומצמת זו אינה מתיישבת עם הפסיקה בעניין פלוני נ' פלונית, למשל.⁵² באותו מקרה נקבע בזכרון-דברים בין הצדדים כי הדירה שייכת לבעל בלבד אך הזכויות הסוציאליות והכספיות שנצברו על-ידי כל אחד מבני-הזוג יוצאו ממסגרת איזון המשאבים. זכרון-דברים זה לא קיבל את אישורו של בית-המשפט כאשר נחתם, ולכן על פניו הוא חסר תוקף. למרות זאת אפשר בית-המשפט לענייני משפחה לתבוע על-פי ההסכם. הבעל ערער לבית-המשפט המחוזי ולאחרי-מכן לעליון. האחרון דחה את טענתו בקובעו: "בית המשפט לא ראה בזכרון דברים זה משום הסכם ממון כי אם הסכם רגיל המחייב את הצדדים. בכך יישם בית המשפט הלכות שנקבעו בעניין זה (ראו בג"ץ 10605/02 גמליאל...)"⁵³. הלכת גמליאל לא נותרה אפוא לברדה. לא זו אף זו, היא אף הורחבה, והיא מתייחסת כאן להסכם הנוגע לא רק בנכס ספציפי, כי אם בכל הזכויות הסוציאליות והכספיות שנצברו על-ידי כל אחד מבני-הזוג. פסיקה זו, המאששת את הלכות שרעבי וגמליאל, סותמת את הגולל על הצעתי ליישב את הוראת סעיף 5(א)(3) בפרק השני לחוק עם הוראות הפרק הראשון.

52 בע"מ 8086/08 פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו, 24.3.2009).

53 שם, פס' 5.

הלכות שרעבי וגמליאל הולכות אם כן ומתרחבות. צמצומן אינו נראה באופק אף במקרים שבהם הן עלולות לפגוע בצדדים שלישיים. כך, למשל, בעניין יצחקי חתמו בני-הזוג על הסכם פירוד שלפיו הבעל יעביר לאשתו את חלקו בדירת המגורים השייכת לשני בני-הזוג.⁵⁴ הסכם הפירוד לא אושר על-ידי בית-המשפט. בני-הזוג התגרשו ולאחר-מכן חתמו על תצהירי העברה של הנכס ללא תמורה לידיה של האישה. כעבור זמן קצר הוטל עיקול על חלקו של האיש. בית-המשפט המחוזי בחן אם זכויות האישה על-פי הסכם הפירוד – אשר לא אושר ולא נרשמה לגביו הערת-אזהרה – גוברות או נדחות אל מול צו עיקול שנרשם לאחר חתימת הסכם הפירוד. בית-המשפט הכריע כי בתחרות שבין זכויותיו של נושה מעקל לבין רוכש, שהוא בעל זכויות מעין-קנייניות בנכס מתוקף הסכם מחייב, ידו של האחרון על העליונה. הנושים ערערו לבית-המשפט העליון בטענה כי מדובר בהסכם ממון שלא אושר בבית-המשפט. עוד טענו כי בדרך זו נפתחת דרך להבריח נכסים מפני נושים מבלי להיזקק לאישורו של בית-המשפט.

בית-המשפט העליון קובע כי המפתח לשאלה זו נמצא בפרשת אהרונוב.⁵⁵ שם התחייב הבעל בהסכם להעביר נכס לבעלתה של בת-זוגו. לאחר שאושר הסכם ממון זה, ולאחר שבני-הזוג התגרשו, הוטל עיקול זמני על הנכס על-ידי נושה של הבעל. בית-המשפט פסק כי בתחרות בין בת-הזוג, שרכשה את הנכס מכוח הסכם, לבין הנושה, שהטיל עיקול מאוחר, זכותה של בת-הזוג עדיפה. הנושים דנו ביקשו להבחין בין עניין אהרונוב לעניינם, מכיוון שההסכם בעניין יצחקי אינו בגדר הסכם ממון על-פי דרישות הדין משום שהוא לא אושר על-ידי בית-משפט. בית-המשפט העליון, מפי השופט סולברג, דוחה גם את טענתם זו וקובע:

”אמנם קיימת חשיבות לאישור הסכם ממון על-ידי בית המשפט, אך בני הזוג רשאים להעביר נכסים גם בהסכם שאינו ממלא אחר תנאי הסכם ממון כהגדרתו בחוק...”⁵⁶

השופטת ברק-ארז מסכימה לתוצאתו זו של השופט סולברג, אך מנימוק שונה. לדעתה, הסכם הפירוד אושר למעשה עם גירושיהם הסופיים של בני-הזוג

54 עניין יצחקי, לעיל ה"ש 14. ההסכם לא התייחס רק לנכס אחד – ראו שם, פס' 13 לפסק-דינו של השופט סולברג: ”מדובר בהסכם מפורט אשר מסדיר זכויות רבות ובכלל זאת משמורת הילדים אצל האם, תשלום מזונות לבת הזוג וילידים, תשלומים שונים, וכיוצא באלה.”

55 עניין אהרונוב, לעיל ה"ש 39.

56 עניין יצחקי, לעיל ה"ש 14, פס' 10 לפסק-דינו של השופט סולברג. בנקודה זו השופט סולברג מפנה לעניין שי (שרעבי), לעיל ה"ש 22, לצורך דיון בשאלת תוקפו של הסכם כזה ובשאלה אם יש צורך באישורו על-ידי בית-משפט.

כשלושה חודשים לאחר מתן צו העיקול על הנכס, ואישור זה "מרפא" את פגם אי-האישור ונוסך תוקף בהסכם החל ביום חתימתו. כמו-כן, סעיף 2(ד) לחוק יחסי ממון קובע כי דינו של הסכם בין בני-זוג שאושר בפסק-דין גירושים כדין הסכם ממון שאושר. השופטת ברק-ארז ראתה לנכון לציין, בדעת מיעוט, כי קביעתו של השופט סולברג פותחת פתח נרחב יחסית להכרה בתוקפם של הסכמי ממון שלא אושרו על-ידי בית-משפט.

אם כן, הלכת שרעבי נותרה ועומדת בעינה, ובינתיים היא אף הולכת ומתרחבת. בפרק השביעי, העוסק בדין הנורמטיבי, אבחן מהו הדין הראוי והרצוי בהתנגשות חריפה זו שבין שתי הוראות החוק. הפסיקה יישבה התנגשות זו באופן שמכרסם לדעת, לפחות על פניו, ברציונלים הבסיסיים של חוק יחסי ממון.

ד. מתן תוקף על-פי דיני החוזים להסכם ממון שלא אושר – הדין הפוזיטיבי

1. מעגל השוטים שבשימוש בדיני החוזים

הפרק הנוכחי דן בשאלה אם יש תוקף מכוח דיני החוזים להסכם ממון שלא אושר על-ידי בית-המשפט. האם שתיקת המחוקק ביחס להסכמי ממון בין בני-זוג שלא הובאו לאישור בית-המשפט היא הסדר שלילי הפוסל את תוקפם? בפשטות – כן. בהתאם לרציונלים העומדים בבסיס החוק, המחוקק ביקש לוודא את גמירות-הדעת בהסכמים הנחתמים בין בני-זוג, והדרך הטובה ביותר לממש את רצונו זה הייתה ליתן תוקף רק להסכמים שאושרו על-ידי בית-המשפט. מאידך גיסא, המחוקק לא ניסח את דרישתו בלשון של "תנאי בלעדיו אין", שלפיו בלעדי אישור בית-המשפט לא יינתן תוקף להסכם. שמא מדובר בלקונה שאותה ימלא כל בית-משפט בהתאם לשיקול-דעתו? ובכן, בעניין זה הפסיקה אינה חד-משמעית.

בעניין אבידור ערכו בני-זוג הסכם גירושים אשר קיבל תוקף של פסק-דין. ההסכם קיבל גם תוקף של הסכם ממון על-פי חוק יחסי ממון. כמחצית השנה לאחר גירושיהם נישאו בני-הזוג שנית. עובר לנישואים אלה הם ערכו הסכם ממון חדש, ולא אישרוהו בבית-המשפט. הבעל טען כי ההסכם השני מבטל למעשה את ההסכם הראשון, ומלמד על הסדרים אחרים בין בני-הזוג. לטענתו, גם הנישואים מחדש מבטלים את הסכם הממון הקודם. בית-המשפט דוחה את טענתו זו וקובע:

"העובדה שנישאו מחדש אינה מפקיעה ואינה יכולה להפקיע את תניות הסכם הממון (הסכם א') שלמעשה ולהלכה נתממשו עם הגירושיין – פקיעת הנישואין. כמוכן [בני הזוג], עובר לנישואיהם

השניים, יכלו לערוך ולחתום על 'הסכם ממון' חדש, הסכם שצריך היה לקבל אישור על פי סעיף 2 לחוק יחסי ממון בין בני זוג... אולם הם לא נהגו כך, ורק חתמו על הסכם 'רגיל', ולא פנו לאשרו, לרשות המוסמכת, כ'הסכם ממון'. הסכם ב', שעליו חתמו הוא הסכם 'רגיל' שחלים עליו דיני החוזים 'הרגילים'.⁵⁷

ברישא של הדברים ניכרת הרוח שנשבה סמוך להורתו של חוק יחסי ממון, ולפיה הסכם שלא אושר אינו תקף כלל. אף שהיה ברור לבית-המשפט כי בני-הזוג חזרו בהם זה כבר מההסכם הראשון – הן לנוכח נישואיהם מחדש והן לנוכח ההסכם החדש שערכו – אין בית-המשפט נותן כל עדיפות להסכם השני על ההסכם הראשון. מאידך גיסא, קשה להבין את הסיפא של הציטטה. מה המשמעות של "הסכם רגיל" שחלים עליו "דיני החוזים הרגילים"? האם הסכם ב תקף ויש לקיים את הכתוב בו או שמא לאו? אם יש לקיים את תוכנו, אזי מה לנו אם הוא אושר על-ידי בית-המשפט אם לאו? בין כך ובין כך הוא צריך להתקיים, שהרי אין קיום לחצאין. אין אפוא צורך באישור בית-המשפט כדי ליתן תוקף להסכם ממון. בפסיקה מאוחרת יותר חזרה אמירה מעין זו, אך בית-המשפט כבר נחרץ פחות ביחס לאי-מתן תוקף להסכם שלא אושר, ומשאיר את השאלה פתוחה:

"השאלה האם יש מקום להכיר בתוקפו של הסכם ממון שלא אושר על ידי בית המשפט לא זכתה לתשובה חד-משמעית בפסיקה... מחד גיסא, יש הסוברים כי אישור המוענק על ידי בית משפט להסכם ממון מהווה תנאי לתקפותו, ומאידך גיסא, יש הרואים באישור זה רובד נוסף להסכם שערכו בני הזוג, אשר לפיו, גם הסכם ממון שלא אושר על ידי בית המשפט, עשוי להיחשב להסכם תקף על פי דיני החוזים..."⁵⁸

חיזוק תוקפו של הסכם המסדיר יחסי ממון בין בני-זוג מכוח דיני החוזים הוא חקיקה שיפוטית החותרת תחת קביעתו המפורשת של המחוקק. אולם, הגם שציטטה זו נחרצת מקודמותיה, יש כאן עדיין אמירה דו-משמעית שלפיה ההסכם תקף על-פי עקרונות החוזים אך אינו תקף על-פי חוק יחסי ממון.⁵⁹ מה משמעותה

57 עניין אבידור, לעיל ה"ש 27, בעמ' 503.

58 עניין פלוני, לעיל ה"ש 38, פס' 9 לפסק-הדין.

59 הערכאות הדיוניות נהגו ליישם הלכות אלה, כדבר שבשגרה, פעם כך ופעם כך בהתאם לנסיבות העובדתיות שהובאו לפנין. ראו ה"פ (מחוזי י-ם) 4002/06 אילוז נ' בנק לאומי

של אמירה דו-משמעית זו? אילו נאמר כי הסכם ללא אישור אינו תקף אף לפי דיני החוזים, אזי הנפקות הייתה ברורה: משלא אושר ההסכם, ייכנס ההסדר הסטטוטורי לתמונה, וחלוקת הנכסים תיקבע על-פי הסדר איזון המשאבים בהתאם לפרק השני של החוק. אך משנאמר כי ההסכם תקף לפי דיני החוזים, לא ברור אם הסדר איזון המשאבים ייכנס לתמונה, ומה יהיה הדין בהתנגשות בינו לבין ההסכם. ממה נפשך, אם תאמר כי הסדר איזון המשאבים הוא הגובר, אזי אין כל משמעות לאמירה כי החוזה תקף על-פי דיני החוזים; מאידך גיסא, אם תאמר כי ההסכם גובר, אזי העלית אותו למדרגה של הסכם שאושר על-ידי בית-המשפט. נכנסו אפוא למעגל של שוטים.

2. נפקות מכוח דיני החוזים להסכם ממון שלא אושר

מהי אפוא נפקותו של הסכם שלא אושר על-ידי שופט? דומני שאי-אפשר לומר שיהיה להסכם זה תוקף רק מקום שאין הוא מתנגש בהסדר איזון המשאבים. ההתנגשות היא הכרחית. הסדר איזון המשאבים צופה פני פקיעת הנישואים, ואף הסכם זה בין בני-הזוג צופה פני פקיעת הנישואים, שאם לא כן אין הוא הסכם ממון, ואז אין כל צורך לאשרו אצל שופט, והדיון אינו מתחיל כלל.

יש מי שניסה להתמודד עם שניות בעייתית זו באופן הבא:

"בהיעדר אישור אין לחוזה כזה תוקף כהסכם יחסי ממון. יחד עם זאת, היעדר האישור מותיר אותנו עם רובד 'תחתון' של התחייבויות הצדדים. רובד זה נשפט ע"י הוראות חוק החוזים (חלק כללי), בהיותו פעולה משפטית של הצדדים, אם כי לא הבשילה לכדי חוזה בעל אותו תוקף שהצדדים רצו ליצור, אם כי הבשילה לכדי התחייבויות משפטיות בעלות אותו סוג. משמעות פעולה משפטית זו היא שחלים עליה הוראות תום הלב והדרך המקובלת, נשוא סעיף 39 לחוק החוזים."⁶⁰

הלוליינות הננקטת בציטטה זו מחזקת את הקושי. מה לי "רובד 'תחתון' של התחייבויות", מה לי "פעולה משפטית", מה לי "חוזה בעל אותו תוקף", מה לי

לישראל בע"מ (פורסם בנבו, 18.2.2007); תמ"ש (משפחה כ"ס) 8770/03 ג.ד. ג' י.ד. (פורסם בנבו, 31.10.2005) ועוד.

60 תמ"ש (משפחה י-ם) 17481/04 א. ב. נ. ב., עמ' 12 (פורסם בנבו, 30.3.2008). פסק-דין זה מפנה כמקור לציטטה שלעיל ל"ת"א (ת"א) 8432/87 ברט נ' ברט (לא פורסם), אך לא עלה בידי לאתר פסיקה זו.

"התחייבויות משפטיות"? לא מובאת כאן בין קטגוריות אלה – וגם לא בכל שאר פסקי-הדין – ולו נפקות אחת לתוקף רגיל של חוזה. נראה שגם בית-משפט זה חש בכך, ואחר שניסה להתפתל עם מונחים זהים בעלי שם שונה, סיים ואמר כי מדובר בעקרון תום-הלב בלבד. בעקרון תום-הלב אדון לקמן, אך מהי משמעותו של התוקף מדיני החוזים שהפסיקה מתעקשת ליתן להסכם ממון שלא אושר? הנפקות היחידה שמצאתי לאמירה דר-משמעית זו היא בעניין יצחקי, והיא נוגעת בצדדים שלישיים.⁶¹ באותו מקרה, כאמור, נחתם הסכם בין בני-זוג להעברת נכס ביניהם, אשר פגעה ביכולתו של נושה להניח את ידיו על נכס זה. ההסכם לא קיבל את אישורו של בית-המשפט. בית-המשפט, מפי השופטת ברק-ארוז, קובע מעין תוקף דיפרנציאלי שלפיו ניתן להלום הפרדה בין שאלת תוקפו של הסכם ממון במישור היחסים בין בני-הזוג – הם הצדדים הישירים להסכם – לבין שאלת תוקפו במישור היחסים מול צדדים שלישיים, כך שבמישור היחסים בין בני-הזוג יהיה אישורה של ערכאה מוסמכת תנאי לתוקפו של ההסכם, ואילו במישור היחסים מול צדדים שלישיים יהיה ההסכם תקף גם בלעדי אישור זה. לדעתה, אפשרות זו עולה בקנה אחד עם תכליתה של דרישת האישור בסעיף 2 לחוק, שלפיה יש להבטיח את רצונם החופשי של בני-הזוג ואת הגנתם מפני הלחצים המתלווים לעריכתו של הסכם ממון. משמע, הדרישה לא נועדה להקנות להסכם הממון נופך פומבי, להסדיר את מעמדם של צדדים שלישיים או להגן על זכויותיהם. לפיכך אין מקום לאפשר לבני-הזוג להסתמך על העובדה שהדרישה לא קוימה על-מנת לחמוק, במסגרת תחרות זכויות, מהשלכותיו של הסכם שלא אושר. לטענתה, הפרדה מושגית כזו בין תוקפו של הסכם בין הצדדים לו לבין תוקפו מול צדדים שלישיים מתיישבת עם גישת הבטלות היחסית. היא מדגימה זאת באמצעות סעיף 13 לחוק החוזים, המכיר בכך שחוזה שנעשה למראית-עין יהיה "בטל" בין הצדדים לו אך תקף מבחינתו של צד שלישי שהסתמך עליו.⁶² זו הבחנה מעניינת, אך היא נאמרה בעיקר כדי להגן על צד שלישי, ולא כדי לפגוע בזכויותיו. דא עקא, ברוב-רובם של המקרים שבהם התעוררה השאלה דנן, ובכלל זה בעניין יצחקי עצמו, היה זה כאשר צד ג רצה בבטלותו של ההסכם, ולא כאשר הוא ביקש לקיימו. אדרבה, בכל המקרים לעיל דווקא בני-הזוג הם שביקשו לקיים את ההסכם בניגוד לרצונו של צד ג. נוסף על כך, קשה לראות כיצד הדברים מתקיימים בפועל: אם ההסכם בין בני-הזוג תקף כלפי צדדים שלישיים, אזי

61 עניין יצחקי, לעיל ה"ש 14.

62 שם, פס' 8 לפסק-דינה של השופטת ברק-ארוז.

בפועל צריך להעביר נכס מבן-זוג אחד לאחר, ואם כך, הפכנו את ההסכם לתקף גם במישור היחסים בין בני-הזוג. איני רואה אם כן עדיין את התממשותה המעשית של הבחנה מושגית זו.

נפקות אפשרית להסכם שלא אושר מצאתי בעניין ברוך:

"כאשר עסקינן בבני זוג גרושים זה מספר שנים, אשר הסכם גירושין שנחתם ביניהם קיבל תוקף של פסק דין והם חתמו על הסכם מכר המממש את הכתוב בהסכם הגירושין, בנושא פירוק השיתוף בדירת המגורים. מדובר בחוזה שנעשה בין שני אנשים בוגרים ומיושבים בדעתם, המעוניינים לשים קץ מוחלט לנושאים הכספיים הקושרים ביניהם, ומגיעים יחד להסכם כאשר לדירת המגורים. ויודגש: מדובר בהסכם שלא אושר בבית המשפט, אולם הוא בעל תוקף חוזי מכוח חוק החוזים והסכמת הצדדים החופשית..."⁶³

זו נפקות מעניינת להסכם ממון אשר לא אושר על-ידי בית-המשפט ובכל-זאת הוא תקף מדיני החוזים. אך אני תוהה אם הדיון בהקשר של האישור מתעורר כאן בכלל. מדובר בבני-זוג לשעבר, וספק אם יש לקרוא עליהם את הלשון "בני-זוג".⁶⁴ לכן לא ברור עד כמה יש צורך באמירה שהחווה תקף מכוח דיני החוזים, כאשר שאלת אישורו על-ידי בית-המשפט אינה מתעוררת כלל. בית-המשפט בעניין ברוך מסכים בהמשך דבריו לקו זה, אך מכיוון אחר. לטענתו, מטרת ההסכם היא יישום של פירוק השיתוף, ולכן אין צורך באישור נוסף של בית-המשפט. בית-המשפט ממשיך ואומר כי מקום שהסכם בין בני-זוג לשעבר לא אושר אך מבטא יישום של הסכם גירושין שאושר זה כבר, חלים על אותו הסכם שלא אושר דיני החוזים הרגילים. להבנתי, גם בית-המשפט מבין כי אין מדובר בהסכם ממון, בין משום שמדובר רק ביישום של הסכם גירושין שכבר אושר ובין משום שמדובר בבני-זוג לשעבר. לכן ההתלבטות של בית-המשפט אינה רלוונטית לטעמי, ועסקינן בחוזה רגיל לכל דבר ועניין. אכן, הפסיקה בערכאות הדיוניות מניחה שהסכמים בין בני-זוג לשעבר אינם נכללים בדרישות החוק, מכיוון שהצדדים אינם עוד "בני-זוג". לכן אין צורך באישור שופט, וממילא יחולו עליהם דיני החוזים הרגילים ורק דינים אלה.⁶⁵

63 בר"ע (מחוזי חי') 1937-07 פרנסים (ברוך) נ' ברוך, פס' 7 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 20.9.2007).

64 ראו את הקביעה בעניין טוכמיניץ, לעיל ה"ש 20, שלפיה גם בני-זוג לשעבר נדרשים לשנות את ההסכם בהתאם לחוק יחסי ממון. כן ראו את דבריו של ליפשיץ, לעיל ה"ש 21, שלפיהם יש לקרוא את חוק יחסי ממון כחל גם על בני-זוג לשעבר.

65 ראו, למשל, תה"ס (משפחה נצ') 1980-01-12 י.ר. נ' מ.ר., פס' 59 (פורסם בנבו,

אם כך, שאלת הנפקות החוזית להסכם שמטיבו הוא הסכם ממון נותרה ללא מענה. ההבחנות שנאמרו בפסיקה הן הבחנות מושגיות תיאורטיות שאי־אפשר לפשטן לנפקות מעשית של ממש. למרות חוסר הנפקות המעשית של אמירות אלה, הן חוזרות ונשנות, ואף הולכות ומתחזקות. חקיקה שיפוטית זו באה למעשה להסיג את תוקף הדרישה לאשר הסכמי ממון בבית־המשפט, ויש בה כדי להחליש את דרישות המחוקק.

ה. מתן תוקף מכוח עקרונות תום־הלב – הדין הפוזיטיבי

עקרון תום־הלב נהפך זה כבר לעקרון־יסוד בשיטת המשפט הישראלית. הורתו ולידתו בדיני החוזים, אך מצודתו הולכת ונפרשת על כלל תחומי המשפט.⁶⁶ בין היתר הוחל העיקרון גם במישור הדיוני.⁶⁷ פרק זה בוחן כיצד השפיע עקרון תום־הלב על דרישת האישור על־ידי שופט בחוק יחסי ממון. בפרק השביעי אבחן אם פרשנות זו רצויה.

כאמור, סמוך לחקיקתו של חוק יחסי ממון, הסכמים שלא אושרו לא קיבלו תוקף כלל, גם לא מכוחו של עקרון תום־הלב. הפסיקה הסמוכה להורתו ולידתו של חוק יחסי ממון הקפידה על הדרישות הצורניות של הפרק הראשון של החוק, ושללה כל תוקף להסכם שלא אושר. כך, למשל, בעניין שרעבי:

”אין אדם יכול להשעין תביעתו על אי־דיעת החוק. אין מדובר במקרה זה בהטעיה שבעובדה מצד המשיב, שעל יסודה שינתה האישה (כטענתה) את מצבה לרעה, בהשקיעה מכספה כדי לשפר את בית המגורים. אם עשתה כן, משום שהאמינה באמת ובתמים כי ההסכם שריר וקיים הוא ואינו טעון אישורו של בית־משפט, אין בטעות זו כדי להושיעה ולהקנות תוקף להסכם שעליו חתמה.”⁶⁸

כלומר, הגם שבית־המשפט השתכנע כי נגרם עוול לאישה, וכי לכאורה בן־זוגה משתמש בזכות על־פי דין לא בתום־לב, אין הוא מפעיל כל דוקטרינה כדי ליתן

4.3.2012): “הנה כי כן, הסכם שעורכים בני זוג שכבר התגרשו זו מזה אינו הסכם ממון והוא אינו מחוייב באישור שיפוטית...”

66 הדבר מעוגן בהוראת ס' 61(ב) לחוק החוזים.

67 על עקרון תום־הלב הדיוני ראו דודי שוורץ סדר דין אזרחי – חידושים, תהליכים ומגמות 48–99 (2007); משה קשת הזכויות הדיוניות וסדר הדין במשפט האזרחי – הלכה ומעשה כרך א 29–38 (מהדורה 15, 2007).

68 עניין שי (שרעבי), לעיל ה"ש 22, בעמ' 784.

תוקף להסכם, אלא נוהג כפורמליסט הדבק במילותיו המפורשות של חוק יחסי ממון, ואין הוא חותר תחתן באמצעות דוקטרינת תום-הלב.

גם בעידן שבו החקיקה השיפוטית הולכת ומכרסמת בתוקפה של דרישת האישור, הכרסום נעשה באמצעות סעיף 5(א)(3) לחוק, ולא באמצעות דוקטרינת תום-הלב. כך, למשל, בעניין גמליאל היה אפשר בהחלט לגייס את עקרון תום-הלב ולהגיע לתוצאה שלפיה הדירה תישאר בידי האישה. אכן, בית-הדין הרבני גייס את עקרון תום-הלב וכן את חוק המתנה, וקבע כי רישום מחצית הדירה על שמה של האישה הוא מעין מתנה, שניתנה לה בתום-לב על-ידי הבעל, ולכן משנפרדו יש להעביר את הדירה בשלמותה על שם הבעל. לעומתו, בג"ץ באותו עניין נמנע מלגייס את עקרון תום-הלב, וגייס תחתיו את הוראת סעיף 5(א)(3) לחוק, כפי שתואר בפרק ג דלעיל.

לעומת אלה, באמצע שנות השמונים מצאנו פרשה אחת, שונה מחברותיה, המחילה את עקרון תום-הלב ומייתרת את הדרישה לאישור ההסכם. בפרשת רודן ערכו בני-הזוג הסכם גירושים שבו התחייב הבעל לשאת בכל החיובים של בני-הזוג, וכן ויתר ויתור מוחלט על זכויותיו בדירה המשותפת. האישה התחייבה לשאת בכל צרכיו של בנם המשותף, ולשפות את הבעל על כל סכום שיחויב לשלם בגין מזונות בעבורו. תשע שנים לאחר-מכן הגיש הבן תביעה למזונות נגד האב. האב שלח הודעת צד ג נגד האם לשיפוי בגין סכום המזונות. בית-המשפט המחוזי דחה את הודעת צד ג הואיל וההסכם נוגד את תקנת הציבור. האב ערער. האם טענה בערעור כי ההסכם חסר תוקף עקב אי-אישורו באופן הנדרש בחוק יחסי ממון. בית-המשפט העליון דחה את טענתה וכך קבע:

"נראה לי, כי במקרה זה מנועה המשיכה 2 מלהעלות טענה זו בשלב כה מאוחר, 9 שנים לאחר שנכרת ההסכם, לאחר שהיא קיבלה את מה שההסכם העניק לה ובעת שהיא נדרשת לעמוד בנדרש ממנה על פיו. העובדה, שהיא נהגה על-פי ההסכם במשך 9 שנים, מעידה על כך, שהיא הכירה בתוקפו, וכי אישור בית המשפט המחוזי עמד בדרישותיה, וכי היא חתמה על ההסכם מתוך רצון חופשי ומתוך מודעות מלאה להשלכותיו. העלאת טענה זו בשלב כה מאוחר הינה שימוש בזכות שלא בתום-לב... ועל-כן דין טענה זו להידחות."⁶⁹

בית-המשפט העליון מחיל את עקרון תום-הלב על הוראותיו של חוק יחסי ממון, ומייתר למעשה את הדרישה לאישור ההסכם על-ידי בית-משפט. בית-המשפט

69 ע"א 151/85 רודן נ' רודן, פ"ד לט(3) 186, 193-194 (1985) (ההדגשה במקור).

העליון מוצא תימוכין להרחבת תחולתו של העיקרון בהוראות סעיף 39 לחוק החוזים. הסעיף אומנם מטיל את החובה לנהוג בתום-לב בהקשר של שימוש בזכות הנובעת מחוזה, אך מכוח הוראת סעיף 61(ב) לחוק החוזים, ההוראה שבסעיף 39 משמשת עקרון התנהגות ומדיניות משפטית מחייבים גם ביחס לחיובים ולזכויות המוענקים על-פי דין, ולא רק מכוח חוזה.⁷⁰ בנסיבות שלפנינו נעשה שימוש חסר תום-לב בזכות המוענקת על-פי דין – הזכות שלפיה הסכם ממון תקף רק באישור בית-המשפט – ו"על-כן דין טענה זו להידחות". לפיכך קבע בית-המשפט כי הסכם הממון בין בני-הזוג תקף אף שהוא לא אושר בזמנו על-ידי בית-המשפט. בית-המשפט מפעיל למעשה את תורת ההשתק (estoppel), המכונה גם "מניעות", שהיא פן אחד של תורת תום-הלב, ואשר נועדה למנוע תוצאות בלתי-צודקות המתחייבות לכאורה מן הדין.⁷¹ זהו השתק מכוח מצג, והוא מונע צד מלהתכחש למצג שהציג לפני צד אחר אם אותו אחר הסתמך על המצג בתום-לב ושינה עקב כך את מצבו לרעה. טענה זו הוכרה אפוא גם לגבי טענה בדבר בטלות הסכם על-פי חוק יחסי ממון.⁷²

אם באמצע שנות השמונים מצאנו רק פסק-דין אחד כזה, הנה בחלוף כעשרים שנה מיום חקיקת החוק – במקביל לנסיגה בתוקף הדרישה לאישור הסכם ממון על-ידי בית-המשפט, ויש להניח שגם בעקבות פריחתו של עקרון תום-הלב במשפט הישראלי – אנו מוצאים שימוש לא-מועט בעיקרון זה כדי להכשיר הסכמים שלא אושרו. גם כאן אפשר לזהות נקודות-ציון בפסיקה המצביעות על תהליך מתמשך של העמקת החקיקה השיפוטית הנסוגה מן הדרישה לאישור הסכם הממון. בעניין ורבר, המתבסס על עניין רודן, נאמר כך:

"מסתבר, בניגוד לדברי האישה, כי במשך שנים היא נהנתה מהוראות ההסכם. כמותה, סבר גם הבעל כי ההסכם מחייב. בהסתמך על הנחה זו הוציא הבעל מכיסו כספים והשקיעם על שם האישה. בנסיבות אלה, אפילו הייתה נכונה טענת האישה בדבר הפגמים שנפלו בהליך אישורו של ההסכם, אין תום-לב בטענתה כי ההסכם חסר תוקף."⁷³

70 בג"ץ 566/81 עמרני נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד לז(2) 1, 10 (1982).

71 נילי כהן "דפוסי החוזים ותום לב במשא ומתן: בין הכלל הפורמלי לעקרונות הצדק" הפרקליט לז 13, 22 (1986).

72 ראו גם רע"א 4928/92 עזרא נ' המועצה המקומית תל-מונד, פ"ד מז(5) 94 (1993).

73 ע"א 3868/95 ורבר נ' ורבר, פ"ד נב(5) 817, 842-843 (1998).

בחלוף כעשור נוסף בית-המשפט מעמיק בחקיקתו השיפוטית, ומוסיף אמירה עקרונית לטובת עקרון תום-הלב החותרת תחת דרישות המחוקק לאישור ההסכם:

"לעיצומם של דברים, כשלעצמי מקובלת עלי במישור העקרוני העמדה שהציג בית המשפט לענייני משפחה לפיה לא יוכל צד להסכם ממון חתום שלא הוגש לאישור להישמע בטענה של העדר אישור לאחר שנהנה לאורך זמן מפירות ההסכם. ברם, טענה זו יסודה בעקרון תום הלב."⁷⁴

ובחלוף שנים נוספות כבר נהפכה החלתו של עקרון תום-הלב לכלל:

"הנה בכל הנוגע להסכם ממון שלא אושר כדין אך הצדדים נהגו לפיו – קיימת דוקטרינה פסיקתית המעניקה לו ככלל תוקף מעשי מכוח עקרון תום הלב, ההשתק והמניעות."⁷⁵

בית-המשפט בעניין פלוני זה מפנה לדברים שכתב רוזן-צבי בתחילת שנות התשעים, שבהם הביע את חששו שמא עניין רודן יפתח פתח להרחבת תחולתו של עקרון תום-הלב גם למקרים חריגים פחות.⁷⁶ אך בית-המשפט מדגיש ואומר כי המחוקק אמר את דברו, וכל עוד דברו עומד בעינו, חשוב להדגיש כי מקרים אלה יהיו החריגים. כלומר, רק במקרים חריגים יחייב הסכם ממון שלא אושר את הצדדים לו מכוח עקרון תום-הלב. ובכך, לימים התברר כי חששו של רוזן-צבי לא היה לשווא. החומה נסדקה, ולמרות הזהירות הנטענת, הסכמי ממון זוכים יותר ויותר במעמד מחייב מכוח עקרון תום-הלב. אף שבעניין פלוני אושר ההסכם תוך הסתייגות כאמור, פסיקה מאוחרת מפנה לעניין פלוני זה, משמיטה את דברי ההסתייגות, וממשיכה את הכרסום בדרישת האישור.⁷⁷

בתי-המשפט הטמיעו אם כן את קריאת הכיוון הזו של בית-המשפט העליון, ונתנו אף הם תוקף להסכמי ממון שלא אושרו.⁷⁸ יתר על כן, אט-אט הם החלו למסד כללים להפעלת העיקרון ביצירה שכולה חקיקה שיפוטית. כך, למשל,

74 בע"מ 9126/05 פלונית נ' פלוני, פס' ו לפסק-הדין (פורסם בנבו, 26.1.2006).

75 עניין פלוני, לעיל ה"ש 13, פס' יז לפסק-הדין (ההדגשה במקור).

76 אריאל רוזן-צבי דיני המשפחה בישראל – בין קודש לחול 368 (1990).

77 ראו, למשל, בע"מ 5142/10 פלונית נ' פלוני, פס' ז לפסק-הדין (פורסם בנבו, 25.7.2010).

78 ראו, למשל, ע"מ (מחוזי י-ם) 557/00 אהרונסון נ' אהרונסון (פורסם בנבו, 20.2.2001):

תמ"ש (משפחה נצ') 7080-04 כ.מ.ת. נ' ה.ת. (פורסם בנבו, 17.1.2012); עניין פלוני, לעיל

ה"ש 38; בר"ע (מחוזי י-ם) 221/04 ח.ג. נ' נ.ג. (פורסם בנבו, 29.10.2004); תמ"ש

(משפחה חי') 53930/97 א.ל. נ' ו.ל. (פורסם בנבו, 13.2.2000).

בעניין כ.מ.ת. נאמר כי "יש לבחון עובדתית האם פעלו הצדדים על פי ההסכם והאם החלו לקיימו בפועל... האם ניתן לראות כי הצדדים סברו שגם ללא אישורו ראוי לקיים את הוראותיו, האם ביצעו חלק מהותי מהוראותיו וחולקו נכסים וזכויות, [מהן] הסיבות לאי אישור ההסכם ו[מהן] הזמן שחלף";⁷⁹ ובעניין י. ר. נקבע כי יש לבחון אם הצדדים סברו שגם ללא אישור ההסכם ראוי ונכון לקיימו לפי הוראותיו, אם הצדדים הסתמכו על ההסכם וביצעו חלק מהותי מהוראותיו, אם הועברו וחולקו נכסים מכוח ההסכם, מהו הזמן שחלף מאז נכרת ההסכם, מהן הסיבות לאי-אישור ההסכם⁸⁰ ועוד.

ו. המשפט המשווה – המצב המשפטי בדין האנגלי

המחוקק האנגלי מסר לידי בית-המשפט שיקול-דעת רחב יותר מזה המוקנה לבית-המשפט הישראלי באשר לקביעת נפקותו של הסכם ממון, מה שייתר חקיקה שיפוטית יצירתית. שיקול-דעת זה מתבטא בשני רבדים: ראשית, בית-המשפט אינו מחויב כלל להכיר בהסכם ממון שערכו בני-הזוג; שנית, גם אם קבע בית-המשפט כי הסכם הממון הינו תוצאה של הסכמה הדדית בין בני-הזוג, אין הוא מחויב לצוות על ביצועו כלשונו, אלא כפי שימצא לנכון. שאלת תוקפו של הסכם ממון תעלה רק לאחר פרדת הזוג, ולא בעת חתימתו, בניגוד לדין הנוהג בישראל.⁸¹

החוק המסדיר את הסכמי הממון באנגליה הוא Matrimonial Causes Act 1973 (להלן: MCA). מלשון החוק עולה כי בית-המשפט הדן בחלוקת הרכוש לאחר פרדת הזוג רשאי להורות על העברת רכוש מבין-זוג אחד לרעהו, לילדי הזוג או לצד ג אחר.⁸² בין היתר, בית-המשפט רשאי לצוות על העברת רכוש בהתאם להסכם ממון שנערך.⁸³ החוק מבנה את שיקול-דעתו של בית-המשפט ומפרט את

79 עניין כ.מ.ת., לעיל ה"ש 78, פס' 17 לפסק-הדין. כן ראו, למשל, תמ"ש 21520-08-10, לעיל ה"ש 21, וכן עמ"ש 28507-10-10, לעיל ה"ש 23.

80 תמ"ש (משפחה חי') 17141/08 י. ר. נ' ב. ר., פס' 7 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 28.1.2013).

81 ניתן ללמוד זאת מן העובדה שהחוק האנגלי קובע כי בית-המשפט יתייחס להסכם הממון רק כאשר הגיעה עת מימושו – ראו ס' 24 ל-Matrimonial Causes Act, 1973, c. 18 (Eng.) (להלן: MCA), העוסק בשיקול-דעתו של בית-המשפט הדן בפרדת הזוג – לצד העובדה שיתר החוק אינו מתייחס להסכמי ממון. גם ס' 34 ל-MCA, העוסק באכיפת "הסכם תחזוקה" (הסכם ממון שנערך במהלך הנישואים), מתנה את דיונו של בית-המשפט בתוקף ההסכם בפנייה של אחד הצדדים לבית-המשפט לאחר ההחלטה להיפרד.

82 ס' 24 ל-MCA.

83 ס' 24(c)(1) ל-MCA.

הנסיבות השונות שהוא יכול לשקול בהחלטתו.⁸⁴ אחת הנסיבות הרלוונטיות ביותר לעניין הסכמי ממון היא הסכמה בין בני-הזוג. ככל שבית-המשפט השתכנע שמדובר בהסכמת-אמת, "כך שלדעת בית המשפט לא יהא זה הוגן להתעלם ממנה",⁸⁵ עליו לכלול אותה בין שיקוליו בשעה שהוא קובע את חלוקת הרכוש. עם זאת, העובדה שזוהי רק אחת מהנסיבות שבית-המשפט רשאי לשקול מלמדת שגם כאשר בית-המשפט האנגלי מכיר בתוקפו של הסכם ממון, אין הוא מחויב למלא אחריו בדקדקנות.⁸⁶ אין דרישה שהסכם הממון יאושר על-ידי שופט, אך הוא צריך להיות בכתב וכן תקף על-פי דיני החוזים הרגילים.⁸⁷

בניגוד לדין הישראלי, הדין האנגלי מפריד בין הסכם ממון שנערך לפני הנישואים (prenuptial agreement) לבין הסכם ממון שנערך לאחר שהזוג נישא אך לפני פרדתם (postnuptial agreement). סעיף 24 ל-MCA מקנה שיקול-דעת נרחב מאוד לבית-המשפט להתעלם מהסכמים שנחתמו לפני הנישואים. לעומת זאת, כאשר להסכמי ממון הנערכים במהלך הנישואים – "maintenance – agreements"⁸⁸ – החוק האנגלי נותן בידי בתי-המשפט שיקול-דעת לא לקיימם כלשונם, ולערוך בהם שינויים, אך לא להתעלם מהם באופן גורף. בית-המשפט יתערב בתוכנו של הסכם כזה רק אם נוכח שהושמט ממנו היבט פיננסי כלשהו, שהשתנו הנסיבות שהתקיימו במועד חתימת ההסכם או שההסכם אינו מכיל הסדרים ביחס לאחד מילדי המשפחה.⁸⁹ נראה שמאחורי החלטתו של המחוקק להחריג את הסכמי הממון מדיני החוזים הרגילים ולהקנות לבית-המשפט שיקול-דעת רחב יותר לבטלם ניצבות ההבנה כי פעמים רבות יש פערי כוחות בין בני-הזוג

84 ס' 25 ל-MCA.

85 ס' (g)(2)25 ל-MCA: "the conduct of each of the parties, if that conduct is such that it would in the opinion of the court be inequitable to disregard it"

86 תימוכין נוספים לכך ניתן למצוא בס' 24 שהוסבר לעיל, הקובע כי בית-המשפט רשאי לצוות על העברת רכוש בהתאם להסכם ממון שערך הזוג לפני הפרדה, כלומר, אין בית-המשפט מחויב לעשות כן – "the court may make any one or more of the following orders".

87 Jo Miles, *Agreements for Grown-ups?*, 68 CAMB. L.J. 285, 286–287 (2009).

88 ס' 34 ל-MCA מגדיר הסכם כזה כהסכם המכיל היבטים פיננסיים הנערך במהלך הנישואים או בעת הפרדה. מעניין שבעוד החוק האנגלי עורך הפרדה בין הסכם ממון הנערך לפני הנישואים לבין הסכם ממון הנערך במהלכם, הוא אינו יוצר הפרדה בין הסכם הנערך במהלך הנישואים אך לפני הפרדה לבין הסכם הנערך במהלך הפרדה. ההבחנה בין שני ההסכמים הללו, אשר ברור שהם שונים במהותם, נעשתה דווקא בפסיקה.

89 ס' (2)35 ל-MCA. ברם, החוק גם מציין כי אין בסעיף זה כדי לפגוע בכל סמכות אחרת המסורה לבית-המשפט בהקשר זה. לפיכך בית-המשפט יוכל לבחור ליישם גם את סמכויותיו מכוח ס' 24, ולא לתת משקל כלל להסכם הממון. ראו ס' (6)35 ל-MCA.

וכן העובדה שבתחום זה יש סיכוי רב יותר שאחד הצדדים יפעל בצורה לא-רציונלית (למשל, לא ייעזר בייעוץ משפטי עצמאי או לא יבחן את פרטי ההסכם מתוך אמון בבן-הזוג).⁹⁰ לכן המשפט האנגלי מעדיף ככלל את חלוקת הרכוש המקובלת על-ידיו על ההסדר ההסכמי.

עוד בטרם נחקק ה-MCA קבע בית-המשפט כי הסכם ממון הנערך במהלך הנישואים אינו יכול להגביל את שיקול-דעתו של בית-המשפט הן בחלוקת הרכוש לאחר הפרדה.⁹¹ ביטוי לרוחה של פסיקה זו ניתן למצוא כיום גם ב-MCA.⁹² עם זאת, בית-המשפט קבע כי הסכם הנערך במהלך הנישואים אינו סותר את תקנת הציבור ואינו בטל מעיקרו.⁹³ חרף קביעה זו, רק בשנת 2008 הכריע בית-משפט של ערכאה עליונה כי הסכמי ממון הנערכים במהלך הנישואים הינם תקפים ומחייבים את הצדדים להסכם.⁹⁴ בעניין זה נדונה פרדתם של בני-זוג אשר נישאו בארצות-הברית וחתמו ביום נישואיהם על הסכם ממון. זהו הסכם טרום-נישואים, ולכן נפקותו על-פי הדין האנגלי מוטלת בספק. לאחר כמה שנות נישואים חתמו בני-הזוג על הסכם ממון חדש, שבו נקבע כי הרכוש שהאישה תקבל בעת פרדה יהיה גדול במידה משמעותית מזה שניתן לה לפי ההסכם הראשוני, אך קטן מזה שהיה צפוי להיפסק לה בבית-משפט אנגלי.⁹⁵ בית-המשפט קבע כי האישה נכנסה להסכם השני מרצונה החופשי, לנוכח העובדה שהיא קיבלה ייעוץ משפטי עצמאי. בית-המשפט של המועצה המלכותית⁹⁶ קבע כי החוק האנגלי עורך הבחנה ברורה בין הסכמי ממון הנערכים לפני הנישואים לבין כאלה הנערכים במהלכם. הראשונים נוגדים את תקנת הציבור, ולכן חסרי תוקף כשלעצמם, ואילו האחרונים מחייבים את הצדדים. בית-המשפט ציין אומנם כי הוא רשאי לשנות את תוכן ההסכם, אך

90 כאשר בתי-המשפט בוחנים איזה משקל יש לתת להסכם ממון, הם בודקים, בראש ובראשונה, אם שני הצדדים היו מודעים להסכם. אחת האינדיקציות העיקריות לכך היא ייעוץ משפטי עצמאי לכל אחד מן הצדדים. לדוגמה, ראו את ההדגשות של בית-המשפט בעניין *MacLeod*, בפס' 5, 9, 29 ו-32: (Macleod v. Macleod, [2008] UKPC 64 (PC IoM)).

91 *Hyman v. Hyman*, [1929] A.C. 601 (H.L. 1929) (appeal taken from Eng.).

92 ס' 134 ל-MCA. ראו גם: Nigel Lowe, *Prenuptial Agreements: The English Position* 5-6 (Indret 1/2008, Feb. 1, 2008), available at www.indret.com/pdf/508_en.pdf.

93 Miles, לעיל ה"ש 87.

94 עניין *MacLeod*, לעיל ה"ש 90.

95 JANE SENDALL, FAMILY LAW HANDBOOK 126 (2015).

96 ה-Privy Council, שהוא הערכאה השלישית והאחרונה הדנה בערעורים על פסקי-דין שניתנו בטריטוריות הבריטיות שמעבר לים.

מפסק-הדין עולה כי נקודת המוצא היא שיש להכיר בהסכמים כאלה כל עוד ברור לבית-המשפט שהם תולדה של הסכמה בין הצדדים ושהנסיבות הרלוונטיות הובאו בחשבון בהסכם.

באשר להסכם טרום-נישואים (prenuptial agreement), המגמה הראשונית של בתי-המשפט האנגליים קבעה כאמור כי הסכמים אלה נוגדים את תקנת הציבור ולכן בטלים.⁹⁷ נראה שבית-המשפט סבר כי כאשר מדובר בהסכם שנערך לפני הנישואים יש חשש גדול יותר שהוא אינו תולדה של הסכמה אמיתית בין בני-הזוג, שכן פערי הכוחות בין הצד המבוסס יותר לבין הצד המבוסס פחות גדולים יותר לפני נישואי הזוג, וכוח המיקוח של הראשון גדול יותר.⁹⁸ אולם עם השנים נטה בית-המשפט לייחס להסכמים כאלה משקל הולך וגדל. כך עשה בית-המשפט בתיק משנת 2002.⁹⁹ בתיק מאוחר יותר שטח בית-המשפט את הנסיבות שלפיהן הוא בוחן למעשה אם הסכם הממון נכרת בהסכמה הדדית, ובהתאם לכך מכריע בשאלת משקלו של ההסכם.¹⁰⁰

באקדמיה הבריטית נשמעה ביקורת רבה על היחס העוין של בתי-המשפט להסכמי טרום-נישואים. הטענה העיקרית הייתה שההבחנה הגסה בין הסכם שנערך לפני הנישואים לבין הסכם שנערך לאחריהם אינה תורמת לבחינת טיב הסכמתם של הצדדים, וטומנת בחובה מידה רבה של אקראיות, שכן לא נראה שיש הבדל מהותי בין הסכם שנכרת יום לפני הנישואים לבין הסכם שנכרת יום לאחר-מכן. לפיכך הומלץ בספרות לחדול מן ההבחנה האמורה.¹⁰¹ לאחרונה ניתנה בבית-המשפט האנגלי פסיקה שאימצה ביקורת זו, ונדמה כי היחס העוין כלפי הסכמי ממון שנערכו לפני הנישואים התהפך לחלוטין.¹⁰² עניין זה עסק

97 F. v. F. (Ancillary Relief: Substantial Assets), [1995] 2 F.L.R. 45 (Fam. Div.) (Eng.), שהיה פסק-הדין הראשון שדן בהסכם ממון שנערך לפני הנישואים מאז נחקק ה-MCA.

98 עניין *MacLeod*, לעיל ה"ש 90, בפס' 36–37.

99 M. v. M. (Prenuptial Agreement), [2002] 1 F.L.R. 654 (Fam. Div.) (Eng.) ראו גם: Gareth Miller, *Pre-nuptial Agreements in English Law*, 6 PRIVATE CLIENT BUS. 415 (2003).

100 השאלות שבית-המשפט בוחן הן אם כל צד הבין את ההסכם, אם כל צד נועץ כראוי, אם אחד הצדדים לחץ על הצד האחר, אם היה גילוי מלא, אם אחד הצדדים פעל תחת לחץ מצד גורם שלישי כלשהו, אם כל צד חתם על ההסכם מרצונו, אם אחד הצדדים היה בעל מעמד גבוה יותר מהאחר (מבחינה כלכלית או אחרת), אם ההסכם הביא בחשבון קיומם של ילדים, אם לאחר חתימת ההסכם חל שינוי כלשהו שהפך אותו לבלתי-צודק, וכן שאלות נוספות העולות מס' 25 ל-MCA, כפי שהוסבר לעיל.

101 SENDALL, לעיל ה"ש 95, בעמ' 127.

102 Radmacher v. Granatino, [2010] UKSC 42 (S.C.) (Eng.)

בגבר גרמני ובאישה צרפתייה שנישאו באנגליה והעבירו את רוב שנות נישואיהם במדינה זו. לאישה היו נכסים רבים לפני הנישואים, ולפיכך היא ביקשה מבין-זוגה לערוך הסכם ממון לפני הנישואים, והלה נעתר לבקשתה. לאחר שמונה שנים התגרש הזוג. הערכאה הראשונה פסקה בהתאם לגישה המסורתית: היא קבעה כי יש לתת להסכם משקל מועט, ולכן סתה מהוראות ההסכם בחלוקת הרכוש.¹⁰³ בבית-המשפט לערעורים נהפכה ההחלטה, ונקבע כי יש לתת משקל מכריע להסכם הממון. בית-המשפט ציין כי אומנם הסכמי טרום-נישואים אינם תקפים באנגליה, אך המצב המשפטי במדינותיהן המקוריות של בני-הזוג – צרפת וגרמניה – שונה, ולהסכמים הללו יש בהן תוקף. בית-המשפט הוסיף כי נראה שבקרב הצדדים שררה הסכמת-אמת לתנאי ההסכם.¹⁰⁴ בית-המשפט העליון קיבל את החלטתו של בית-המשפט שלערעור, ואף היה נחרץ הרבה יותר בקובעו כי במקרים שבהם ברור שכל אחד מן הצדדים היה מודע להשלכות ההסכם אין סיבה לתת להסכם משקל מופחת.¹⁰⁵ בכך ביטל למעשה בית-המשפט את ההבחנה בין הסכם טרום-נישואים לבין הסכם הנערך במהלך הנישואים, שכן הוא לא תלה את החלטתו במדינות-המקור של בני-הזוג.

נראה אפוא שלמרות הלשון הבלתי-מחייבת שהחוק נוקט כלפי הסכמי ממון, בתי-המשפט האנגליים נוטים כיום לא להתעלם מהסכם ממון שהוא תוצאה של הסכמת-אמת, לדעתם.¹⁰⁶ לא זו אף זו, כיום המגמה היא להתבסס על הסכם הממון כנקודת המוצא בעת חלוקת הרכוש, ולסטות ממנו רק אם שוכנע בית-המשפט כי יש נסיבות המצדיקות זאת.¹⁰⁷

¹⁰³ Radmacher v. Granatino, [2008] EWHC 1532 (Fam.) (Eng.)

¹⁰⁴ Radmacher v. Granatino, [2009] EWCA Civ. 649 (C.A.) (Eng.)

¹⁰⁵ עניין Granatino, לעיל ה"ש 102.

¹⁰⁶ ראו, למשל: M. v. M. (Prenuptial Agreement), [2002] 1 F.L.R. 654 (Fam. Div.) (Eng.), שבו הסביר בית-המשפט כי כאשר התנהגות הצדדים מרמזת שהייתה להם כוונת-אמת לחתום על הסכם הממון, ייחס להסכם משקל רב בעת ההכרעה על חלוקת הרכוש. ראו גם Miller, לעיל ה"ש 99.

¹⁰⁷ ניתן להסיק זאת מלשון בית-המשפט בשתי ההחלטות שהוצגו לעיל – עניין MacLeod, לעיל ה"ש 90, ועניין Granatino, לעיל ה"ש 102. בעניין Granatino קבע בית-המשפט העליון: "There was no need to accord the agreement reduced weight if it was clear that a party was aware of its implications and was indifferent to particulars of the other's assets". כלומר, בניגוד לתפיסת-העבר המשתקפת מלשון החקיקה, שלפיה בית-המשפט רשאי לתת משקל להסכם ממון ככל שהוא סבור שיש בכך צורך, נקודת האיזון השתנתה, וכעת הרטוריקה היא שיש לקיים את הסכם הממון בשלמותו, אלא אם כן יש אינדיקציות לכך שהצדדים לא היו מודעים להשלכותיו.

בתי-המשפט האנגליים לא נזקקו אפוא לחקיקה שיפוטית כפי שנזקק בית-המשפט הישראלי, הואיל והמחוקק מסר בידם שיקול-דעת נרחב, עד כדי אפשרות להתעלם לחלוטין מהסכמי ממון, בפרט מכאלה שנחתמו לפני הנישואים. רק לאחרונה החלה הפסיקה להכיר יותר ויותר בהסכמי ממון של הצדדים ולרסן את שיקול-הדעת של בית-המשפט. השיקולים המרכזיים שהניעו את הפסיקה לשינוי מגמה זה הם שינויי חקיקה שהתרחשו עם הזמן בתחום שיתוף הנכסים וכן העובדה שאי-הכרה של בתי-המשפט בהסכמי ממון מובילה לכך שזוגות רבים יותר פונים לבית-המשפט בעת פרדתם במקום לערוך הסכמי פרדה ביניהם. מצב זה פוגע בצדדים הן בשל העובדה שהוא מקבע את הגירושים כצורת הפרדה שבה יבחרו רוב הזוגות והן בשל ההכבדות הדיוניות.¹⁰⁸

ז. החקיקה השיפוטית בחוק יחסי ממון – הדיון הנורמטיבי

1. החקיקה השיפוטית בנוגע להסכמי ממון כחלק ממגמה מערכתית במשפט הישראלי

אחר שחקרתי את הדין הפוזיטיבי במשפט הישראלי ובמשפט המשווה, אבחן כעת מהו הדין הנורמטיבי הראוי והרצוי. בחוק יחסי ממון הציב המחוקק דרישה נדירה במשפט הישראלי שלפיה הסכם ממון בין בני-זוג נדרש להיות בכתב וטעון אישור של בית-המשפט, אשר יאשרו רק לאחר שווידא הסכמה חופשית של בני-הזוג. כלומר, עקרונות דיני החוזים הכלליים ועקרון חופש ההתקשרות לא יכובדו אלא אם כן יעמוד ההסכם בשתי דרישות צורניות אלה. היחסים הרגישים והעדינים בין בני-הזוג מחייבים מנגנון בקרה שיפקח על כל הסכם ממון ביניהם. אכן, תקנות-המשנה שהותקנו סמוך ללידתו של החוק והפסיקה שניתנה סמוך לאותו מועד הקפידו הקפדה יתרה על דרישות צורניות אלה, והסכמים שלא אושרו על-ידי בתי-המשפט לא היו תקפים כלל.

עם השנים חלה נסיגה משמעותית מתפיסה פורמליסטית זו. הנסיגה באה לידי ביטוי במישור התקנות ובמישור הפסיקה. במישור התקנות ביטל מחוקק-המשנה את ארבע התקנות המרכזיות שדרשו שהבקשה לאישור ההסכם תוגש לבית-המשפט המחוזי בלוויית שלושה עותקים של ההסכם, שבני-הזוג יתייצבו באופן אישי בלשכתו של השופט, שהשופט ייתן הסברים לבני-הזוג בטרם יאשר את ההסכם, ושהוא ייתן את אישורו על כל שלושת העותקים ויציין במפורש על כל

108 עניין *Granatino*, לעיל ה"ש 102, פס' 152–160.

אחד מהם כי הוא נתן את ההסברים המתאימים. תקנות אלה הוחלפו על-ידי תקנה אחת ויחידה, ואף היא אינה מתייחסת באמת לאישור הסכם על-פי חוק יחסי ממון, כי אם לאישור הסכם על-פי חוק בית-המשפט לענייני משפחה. בשנת תש"ע צומצמה אף דרישת ההתייצבות הפיזית.

הפסיקה, בחקיקתה השיפוטית, הסיגה גם היא את דרישות המחוקק בכמה נתיבים: האחד, כמתואר בפרק ג דלעיל, הוא שימוש בסעיף 5(א)(3) לחוק כדי ליתן תוקף להסכמים בכתב שלא אושרו על-ידי בית-המשפט. נסיגה זו החלה בעניין שרעבי, צברה תנופה בפרשות לויין, גמליאל ויצחקי, ואף הורחבה למקרים שעוסקים במכלול של זכויות, ולא רק בנכס אחד; נתיב שני, כמתואר בפרק ד דלעיל, הוא מתן נפקות דיני החוזים הרגילים להסכם ממון שלא אושר. אישור בית-משפט נהפך לרובד נוסף – ולא בלעדי – בתיקופו של הסכם שערכו בני-זוג. גם הסכם ממון שלא אושר בבית-המשפט עשוי להיחשב הסכם תקף על-פי דיני החוזים. נתיב שלישי, כמתואר בפרק ה דלעיל, הוא גיוס עקרון תום-הלב והמניעות ומתן תוקף מכוחם להסכמי ממון שלא אושרו על-ידי בית-המשפט, ובלבד שלמן חתימת הצדדים על ההסכם הם התנהגו על-פי המוסכם בו; הנתיב הרביעי הוא קביעה כי האישור הנדרש בחקיקה הוא פורמלי בלבד, ואין השופט צריך לדקדק ולבחון את תוכן ההסכם כלל.

המאמר דן בכל אחד ואחד מנתיבים אלה, ומוצא בהם כשלים לוגיים ומערכתיים. אך דומני כי המבט המקומי על כל נתיב ונתיב והטיפול הנפרד בו מנתק אותנו מהתמונה הכללית ומן ההקשר של התהליכים הכלליים המתרחשים במשפט הישראלי. לטעמי, יש לראות את הנסיגה המתוארת מהדרישות הצורניות בחוק יחסי ממון גם על רקע התהליך של ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי.¹⁰⁹ שיטת המשפט הישראלית שמה פניה ככלל בעשורים האחרונים אל עבר התכלית והמהות, תוך דחיקת הפרוצדורה והפורמליזם.¹¹⁰ הדרישה לאישור הסכמי הממון נתפסת בפסיקה כדרישה צורנית פורמליסטית. כאשר שופט חש שתחושות הצדק שלו מכוונות להחלטה שונה מזו שתתקבל אם ידבק בדרישות הצורניות הפורמליסטיות, הוא מרשה לעצמו – ברוח התקופה ובגיבוי תקדימיו של בית-המשפט העליון – להימלט מדרישת האישור באמצעות

109 ראו עניין אהרונוב, לעיל ה"ש 39, בעמ' 226: "כשלעצמי, נראה לי, כי ראוי לשקול את הנושא מחדש הן לאור ההתפתחויות במשפט, שעבר כברת דרך מפורמליזם למהות...".
110 ראו מנחם מאוטנר ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי (1993); מיגל דויטש "תום-לב בשימוש בזכויות – 'קווים אדומים' לתחולת העיקרון? עיוני משפט יח 261 (1993); עמרי ידלין "תום-הלב במשפט העבודה בישראל: מן הכלל אל הפרט" עיוני משפט כב 867 (1999).

חקיקה שיפוטית אקטיביסטית. תהליך זה בא לידי ביטוי בעיקר בשימוש בדוקטרינת תום-הלב.

נראה לי כי אי-אפשר לנתק את הנסיגה דנן גם מתהליך נוסף המתחולל במשפט הישראלי בנוגע לגישה הדיונית הראויה. הגישה הפרוצדורלית המסורתית בשיטה הישראלית היא הגישה האדוורסרית. שיטה זו נשאבת מהשיטה האנגלו-אמריקאית.¹¹¹ הגישה מבוססת על כללים ברורים ואחידים שתכלית בריאתם היא לכבול את התערבותו של בית-המשפט.¹¹² הגישה האדוורסרית גורסת כי יש להפקיד את ניהול ההליך בידי הצדדים. לעומתה, הגישה האינקוויזיטורית, המאפיינת שיטות משפט קונטיננטליות, גורסת כי יש להפקיד את ניהול ההליך בידי בית-המשפט. החל בשנות התשעים, בין היתר בהשפעת המהפכה החוקתית, מתחולל בשיטה הישראלית כרסום ביסודותיה האדוורסריים הקלסיים תוך אימוץ יסודות בעלי אופי אינקוויזיטורי.¹¹³ כרסום זה מתבטא, בין היתר, בהחלה הולכת וגוברת של עקרון תום-הלב הן בדין הפרוצדורלי והן בדין המהותי. גישה זו מאפשרת יתר שיקול-דעת של בית-המשפט ויתר התערבות שלו. תהליך זה קשור כמובן לתהליך של עליית הערכים שתואר בפסקה הקודמת, והשימוש בדוקטרינת תום-הלב משמש בסיס לשניהם.

הקושי בגיוס עקרון תום-הלב ובהחלתו על דרישת האישור הצורנית הוא למעשה הקושי המלווה את השיטה המשפטית כולה עם התפשטותו של עקרון תום-הלב בתחום הדיוני. עקרון תום-הלב והדרישה לאישור עומדים בסתירה זה לזה מעצם טיבם וטבעם: תכליתה העיקרית של הדרישה לאישור היא כאמור עמידה על גמירות-הדעת של הצדדים. כדי לקיים תכלית זו קבע המחוקק דרישות צורניות פורמליסטיות ואחידות תוך קיום מנגנון בקרה נוקשה וכבילת שיקול-דעתו של בית-המשפט. לעומתו, עקרון תום-הלב הוא גמיש מטבעו, והוא מיושם על-ידי בית-המשפט תוך הפעלת שיקול-דעת.¹¹⁴ הדרישה לאישור שייכת למשפחת הכללים,

111 פנחס גולדשטיין "זכויות דיוניות" של בעלי הדין ו'ברירת סדר הדין האזרחי" הפרקליט לב John H. Langbein, *The German Advantage in Civil* (1978) 189. כן ראו, למשל: John C. Reitz, *Why We Procedure*, 52 U. CHI. L. REV. 823 (1985); ולעומתו: *Probably Cannot Adopt the German Advantage in Civil Procedure*, 75 IOWA L. REV. 987 (1990).

112 Judith Resnik, *Tiers*, 57 S. CAL. L. REV. 837, 858 (1984); Lawrence B. Solum, *Procedural Justice*, 78 S. CAL. L. REV. 181, 189-190.

113 שוורץ, לעיל ה"ש 67, בעמ' 50, הטוען כי הליך הדיון המהיר משקף חלק ממגמה זו. כן ראו סטיבן גולדשטיין "ארבעים שנה לסדר-הדין האזרחי" משפטים יט (1990).

114 ראו, למשל, את דבריו של הנשיא ברק ברע"א 6339/97 רוקר נ' סלומון, פ"ד נה(1) 199, 279 (1999).

ואילו עקרון תום-הלב שייך למשפחת הסטנדרטים.¹¹⁵ הדרישה לאישור שייכת למשפחת "הנורמות הסגורות", ואילו עקרון תום-הלב שייך למשפחת "הנורמות הפתוחות". החלתו של עקרון תום-הלב על הדרישה לאישור יוצרת אפוא מתח. החשיבות הרבה של הדרישה לאישור מחייבת אם כן שהשימוש בעקרון תום-הלב ייעשה בזהירות רבה.

דומני כי תהליכים מקבילים אלה במשפט הישראלי – עליית הערכים, הכרסום ביסודות האדוורסריים וחיזוק היסודות האינקוויזיטוריים בשיטה בכלל ובדיני המשפחה בפרט, העדפת נורמות פתוחות על נורמות סגורות ועודף שיקול-הדעת שניתן לבית-המשפט – הביאו גם הם לידי החלשת הדרישות הצורניות של המחוקק בחוק יחסי ממון. ברוח התקופה ראו בתי-המשפט את עצמם משוחררים מדרישות אלה, והכירו גם בהסכמים בין בני-זוג שלא אושרו על-ידי בתי-המשפט. מגמת הנסיגה מתיישבת אפוא עם תהליכים מרכזיים אלה שהתרחשו ומתרחשים במשפט הישראלי, וניזונה מהם.

האם פרשנותם של בתי-המשפט בכל הנוגע באישור הסכמי ממון הצופים פני גירושים ראויה? המחוקק הראשי קבע בשנות השבעים, בחוק יחסי ממון, כי בית-המשפט יהיה מעורב בהליך החתימה על הסכם ממון בין בני-זוג. המחוקק ביקש להקים מנגנון מפקח, להטיל אחריות רבה על בתי-המשפט, ולא ליתן לבני-זוג להתנהל בינם לבין עצמם בנושא רגיש זה. המחוקק ייחס חשיבות לאישור זה עד כדי כך שהוא החילו גם על בני-זוג שנישאו לפני תחולתו של החוק.¹¹⁶

דא עקא, עם השנים בלמו בתי-המשפט את רצונו הפשוט של המחוקק – באמצעות חקיקה שיפוטית רחבה תוך שימוש בדוקטרינות שונות – והעבירו את האחריות לכתפיהם של בני-הזוג. המחוקק ומחוקק-המשנה ביקשו בתחילה ליישם גישה אינקוויזיטורית שבה בית-המשפט יהיה הפעיל המרכזי והאקטיבי

115 להבחנה בין נורמות מסוג של סטנדרטים לנורמות מסוג של כללים ראו מנחם מאוטנר "כללים וסטנדרטים בחקיקה האזרחית החדשה – לשאלת תורת-המשפט של החקיקה" משפטים יז (1987) 321; Kathleen M. Sullivan, *Foreword: The Justices of Rules*, 106 HARV. L. REV. 22, 57-58 (1992); Louis Kaplow, *Rules Versus Standards: An Economic Analysis*, 42 DUKE L.J. 557 (1992); Mary Ann Glendon, *Fixed Rules and Discretion in Contemporary Family Law and Succession Law*, 60 TUL. L. REV. 1165 (1986); Carl E. Schneider, *Discretion, Rules, and Law: Child Custody and the UMDA's Best-Interest Standard*, 89 MICH. L. REV. 2215 (1991).

116 ס' 14 לחוק יחסי ממון. להלכת מחוזי שונה, אחת ויחידה בעניין זה, ראו ע"מ 1221/04, לעיל ה"ש 20.

בשלבי עריכת ההסכם (ex ante). השופט אף נדרש לנהל את ההליך בלשכתו ולהבהיר לצדדים את ההסכם "בשפה פשוטה וברורה". אולם הפסיקה ומחוקקי המשנה המאוחרים הסיגו לאחור הוראות אלה על-ידי הפעלת אקטיביות שיפוטית בהליך הסכסוך עצמו (ex post) והכרה בהסכמים שמלכתחילה לא עמדו בדרישות החוק. אם נדקדק יותר, נראה כי הפסיקה – בעודף שיקול-הדעת שהיא מפעילה בעת הסכסוך – מסיגה למעשה את השיטה בשלבי החתימה על ההסכם, לפני פרוץ הסכסוך, בחזרה לגישה האדוורסרית: פחות אחריות לבית-המשפט, פחות התערבות בהסכמים, פחות דרישה שבית-המשפט יסביר את התוכן, ויותר אמירות שהשופט ממלא רק תפקיד סביל. הפסיקה מעבירה למעשה את האחריות אל כתפיהם של בני-הזוג. אלה סממנים מובהקים של הגישה האדוורסרית, שבה נותנים לצדדים לחתום על הסכם בינם לבין עצמם ובית-המשפט מכשיר זאת בדיעבד וללא פיקוח מראש.

בנקודה זו אני מבקש לשוב לציטטה שבה פתחתי את המאמר:

"בגלל היחסים המיוחדים, העדינים והמורכבים, הקיימים בין בעל ואישה, קבע המחוקק, כי אין תוקף להסכם ממון ביניהם, אלא אם כן משתכנעת ערכאה שיפוטית, שההסכם נעשה מתוך רצון חופשי, ללא לחץ, ושני הצדדים הבינו בדיוק במה המדובר ומהן התוצאות האפשריות של חתימתם על אותו הסכם."¹¹⁷

דומה כי במישור היחסים המיוחדים, העדינים והמורכבים הקיימים בין בני-זוג לא חל שינוי משמעותי בעשורים האחרונים מאז נחקק חוק יחסי ממון. אדרבה, אם חל שינוי, הוא בוודאי לכיוון המחייב פיקוח מוגבר – ולא מופחת – על הסכמים בין בני-הזוג. העלייה המתמדת בשיעור הגירושים בארץ ובעולם והמודעות הגוברת לזכויות במישור היחסים הזוגיים, בעיקר ביחס לזכויות הנשים, מסבירות עד כמה היחסים הזוגיים הולכים ונהיים מורכבים ורגישים יותר ויותר.¹¹⁸ למרות

117 עניין מונק, לעיל ה"ש 13, בעמ' 428.

118 Randall W. Leite & Kathleen Clark, *Participants' Evaluations of Aspects of the Legal Child Custody Process and Preferences for Court Services*, 45 FAM. CT. REV. 260, 260 (2007) ("Throughout the United States, domestic relations courts experience large, often unmanageable caseloads. In fact, domestic relations cases are the largest and fastest growing segment of state-court civil caseloads.") הנתונים בארצות-הברית מראים כי יותר ממחצית הזוגות מתגרשים. ראו: *In re Marriage of Burgess*, 913 P.2d 473, 480 (Cal. 1996) (citing Carol S. Bruch & Janet M. Bowermaster, *The Relocation of Children and*

זאת, ובאופן מפתיע, אנו רואים דווקא נסיגה מהפיקוח על הסכמי הממון בין בני-זוג בשלבי חתימתם. דומה שהתהליכים השונים המתרחשים במשפט הישראלי – כגון ירידת הפורמליזם ועליית הערכים, הנטייה של המשפט לא להכריע על בסיס מבחנים צורניים פורמליסטיים כי אם על בסיס מבחנים מהותיים, פיתוחה והעמקתה של דוקטרינת תום-הלב, הכרסום ביסודות האדוורסריים והפיתוח של היסודות האינקוויזיטוריים, עודף שיקול-הדעת של בית-המשפט וכן העומסים הכבדים בבתי-המשפט בכלל ובבתי-המשפט לענייני משפחה בפרט¹¹⁹ – היו חזקים מהמגמה הרצויה של פיקוח על הסכמי ממון בין בני-זוג, והובילו לנסיגה מהדרישות הקמאיות של המחוקק ומגישתו האינקוויזיטורית.

ההכרה בהסכמים שנחתמו בין בני-זוג אך לא אושרו על-ידי שופט – אם מכוח סעיף 5(א)(3) לחוק, אם מכוח דיני החוזים הכלליים ואם מכוח עקרון תום-הלב – היא חלק ממגמה של הסרת האחריות שביקש המחוקק להטיל על השופט והעברתה אל כתפיהם של בני-הזוג. כל אלה הם בעיניי ביטוי למגמה אדוורסרית, הגורסת כי יש להשאיר את ההליך הטרומ-משפטי (*ex ante*) בידיהם של בעלי-הדין ולהגביל את התערבותו של השופט בו. פרקטיקה זו משקפת נסיגה מהמגמה הבראשיתית של המחוקק, של מחוקק-המשנה ושל הפסיקה סמוך ללידתו של החוק. הללו עמדו והדגישו את הדרישה שהשופט יודא גמירות-דעת מלאה ומדויקת מצד שני בני-הזוג לכל חלקי ההסכם כבר בשלבי עריכתו.

לטעמי, יש להביא את דרישת האישור של הסכמי ממון לידי הרמוניה מהותית יותר עם התהליכים החלים במשפט הישראלי בכלל ובדיני המשפחה בפרט. דיני המשפחה עברו תהליך מקביל וזהה לתהליך שעבר על השיטה כולה – כרסום ביסודות אדוורסריים והחלת יסודות אינקוויזיטוריים. עם חקיקת חוק בית-המשפט לענייני משפחה, בחלוף כעשרים שנה מחקיקת חוק יחסי ממון, הוכיח המחוקק שוב כי בדיני המשפחה הוא מעוניין בשיטה אינקוויזיטורית יותר. המחוקק חזר והראה כי הוא מעדיף פיקוח רב יותר על הסכסוך המשפחתי.¹²⁰ לעומת זאת,

Custodial Parents: Public Policy, Past and Present, 30 FAM. L.Q. 245, 248 (1996).

119 ראו, למשל, רענן סוליציאנו-קינן, אמנון רייכמן וערן ויגודה-גדות "העומס על מערכות משפט: ניתוח השוואתי של 17 מדינות – דו"ח מסכם" (המרכז לניהול ומדיניות ציבורית, מאי 2007) elyon1.court.gov.il/heb/haba/Courts_burden_Final_report_5.07.pdf; משה בורנובסקי ורן לחמן "ישימות הבוררות, כמנגנון להקלה בעומס על מערכת בתי-המשפט בישראל" הפרקליט מ' 269, 270 (1992).

120 ראו, למשל, ס' 7 לחוק בית-המשפט לענייני משפחה.

הפסיקה בדיני המשפחה נסוגה והלכה לכיוון הפוך מזה של המחוקק, ואף מזה של התהליך שעבר על הפסיקה באופן כללי. בשלבי טרום-סכסוך הסירה הפסיקה בדיני המשפחה את האחריות מבית-המשפט (מעצמה, למעשה), העבירה אותה אל כתפיהם של בני-הזוג, וחזרה למעשה לגישה האדוורסרית. בשלב טרום-הסכסוך יש ליישם דווקא את הגישה האינקוויזיטורית – על השופט לגלות יתר תשומת-לב להסכם, להסביר את תוצאותיו ומשמעותיותו, ולא להסתפק באמירות כי אין הוא אמור לבחון את תוכנו.

"טבעו של סכסוך בין בני-זוג, שרוב רובו בסתר ואפס קצהו בגלוי... התמונה הנוצרת לעיני בית המשפט עלולה להיות מרוסקת ומעוותת ובלתי נאמנה למציאות לחלוטין..."¹²¹ כדי לקבל תמונה מלאה נדרשת התערבות יתרה של בית-המשפט ושל המחוקק בשלבי עריכת ההסכם.¹²² התערבות זו עשויה גם לצמצם את הפער האפשרי בין הכוחות הדיוניים של בני-הזוג.¹²³ דומני כי הכרסום הנ"ל ביסודות האדוורסריים וחיזוק היסודות האינקוויזיטוריים, בשיטה בכלל ובדיני המשפחה בפרט, אמור להביא לידי חיזוק הדרישות הצורניות של המחוקק בחוק יחסי ממון, ולא להפך. מה שקורה כיום הוא עודף שיקול-דעת בשלבי הסכסוך (ex post), המוביל למעשה להכשרתם של הסכמים שנערכו ללא פיקוחו של בית-המשפט מלכתחילה (ex ante).

הקמתו של בית-המשפט לענייני משפחה, בחלוף כעשרים שנה מחקיקת חוק יחסי ממון, הייתה אמורה להגביר את האחריות הרובצת על כתפי בית-המשפט,

121 ע"א 410/80 ברזני נ' ברזני, פ"ד לה(2) 317, 322 (1981). השופט טירקל חזר על דבריו אלה גם ברע"א 6810/97 בן שושן נ' בן שושן, פ"ד נא(5) 375, 377 (1997). כך רואה זאת גם המחוקק בקליפורניה, בקובעו בחקיקה עצמה כי "Sound public policy further favors the reduction of the adversarial nature of marital dissolution and the attendant costs by fostering full disclosure and cooperative discovery" (CAL. FAM. CODE §2100(b) (Deering 2012)).

122 ראו דן ארבל ויהושע גייפמן "חוק בית-המשפט לענייני משפחה, תשנ"ה-1995" הפרקליט מג 431, 438 (1997). כן ראו Langbein, לעיל ה"ש 111, בעמ' 830, הכותב: "The very concepts of 'plaintiff's case' and 'defendant's case' are unknown. In our system those concepts function as traffic rules for the partisan presentation of evidence to a passive and ignorant trier. By contrast, in German procedure the court ranges over the entire case, constantly looking for the jugular – for the issue of law or fact that might dispose of the case. Free of constraints that arise from party presentation of evidence, the court investigates the dispute in the fashion most likely to narrow the inquiry"

123 כפי שמשתקף בס' 1 ו-2 לחוק יחסי ממון.

וזאת משתי סיבות. ראשית, השופט בבית-המשפט לענייני משפחה אמור להיות מיומן יותר ובעל ניסיון בתחום.¹²⁴ על רקע זה מצופה בוודאי שהוא יבחן היטב את ההסכם בין בני-הזוג לפני פרוץ הסכסוך, ואין זה רצוי שהפסיקה תקבע כי תפקידו הוא פורמלי בלבד. קביעות מעין אלה היו עשויות להיות נכונות לפני הקמתו של בית-המשפט לענייני משפחה, כאשר מי שדנו בהסכמים בין בני-זוג היו שופטי בית-המשפט המחוזי, החסרים התמחות ספציפית בדניי המשפחה. ייתכן שאז היה מקום להעביר אחריות רבה יותר לכתפי בני-הזוג. אולם לא זה המצב המתבקש עם חקיקתו של חוק בית-המשפט לענייני משפחה ועם ההתמקצעות ההולכת וגדלה של שופטי בית-המשפט לענייני משפחה.

שנית, במקביל לתהליך התמחותם של השופטים בסכסוך המשפחתי חל תהליך נוסף בהיבט הרכושי והממוני הנוגע בהון הצבור של בני-זוג. הרכוש כיום מורכב יותר וכולל זכויות סוציאליות וזכויות פנסיה צבורות ולא-צבורות, מכשירים פיננסיים מורכבים, קופות גמל, מניות, ועוד ועוד. כמו-כן, חלוקת הרכוש כוללת כיום, לא כמו בעבר, את המוניטין האישי של בן-הזוג, ומנסה להעריך את תרומתו של בן-הזוג האחד לכּושר השתכרותו של האחר.¹²⁵ מורכבויות אלה הטרידו פחות בעבר, אך המגמה כיום היא יתר התערבות בנושאים אלה. הראיה הטובה ביותר לכך היא החוק לחלוקת חיסכון פנסיוני בין בני זוג שנפרדו, התשע"ד-2014, שנחקק אך לאחורונה. תהליך זה מחייב יתר התערבות ויתר פיקוח של בית-המשפט בשלבי עריכת ההסכם, בניגוד מוחלט למגמת הנסיגה של הפסיקה בשלבי עריכת ההסכם ועודף שיקול-הדעת בשלב הסכסוך.

אני ער לטענת-הנגד שלפיה עודף התערבות בשלבי החתימה על ההסכם, עוד בטרם פרץ סכסוך, עלול להכביד עוד יותר את העומס הקיים ממילא בבתי-המשפט. אפשר אף לומר כי עודף התערבות זה עלול להוביל לסכסוך, באשר השופט בשאלותיו עלול לערער את רצונם של בני-הזוג לחתום על הסכם כזה, וזאת לאחר שכבר הגיעו להסכמה. איני מקל ראש בטיעונים אלה, אך ברור לי שאם בני-זוג רואים בהסכם ממון תנאי לחתונתם, אזי מן הראוי שהם ירדו לשורשו, למרות המחיר הנלווה לכך.

124 ראו ס' 2(ג) לחוק בית-המשפט לענייני משפחה.

125 בע"מ 4623/04 פלוני נ' פלונית, פ"ד סב(3) 66 (2007). כן ראו, בהרחבה, את הפרק השלישי במאמרו של שחר ליפשיץ "יחסי משפחה וממון: אתגרים ומשימות בעקבות תיקון מס' 4 לחוק יחסי ממון" חוקים א' 227 (2009).

2. הדין הראוי בנוגע להוראת סעיף 5(א)(3) לחוק יחסי ממון

כעת אתייחס להתנגשות בין הוראות הפרק הראשון בחוק יחסי ממון לבין הוראות הפרק השני בחוק, אשר הוכרעה כאמור באמצעות סעיף 5(א)(3) לחוק, שלפיו ניתן לסכם בכתב בלבד על נכסים שלא יאוזנו בין בני-הזוג. הטיעונים שייאמרו להלן רלוונטיים גם להכרה מכוח דוקטרינת תום-הלב ומכוח דיני החוזים בהסכם שלא אושר. לטעמי, הוראת סעיף 5(א)(3) לחוק לא רק סותרת את הוראות הפרק הראשון של החוק, אלא אף אינה מתיישבת כלל עם הרציונל של המחוקק בחוק יחסי ממון. להיכן נעלמו הצורך והרצון במנגנון בקרה חיצוני שיוודא את גמירות-דעתם של בני-זוג החותמים על הסכם הצופה פני גירושים? הוראת סעיף 5(א)(3) לחוק, כמורגם דוקטרינת תום-הלב והוראות חוק החוזים, מאפשרות למעשה להוציא נכסים מאיזון המשאבים מבלי שבית-משפט בחן את ההסכמה החופשית של בן-הזוג, שלא לדבר על הבנת משמעותו של ההסכם ותוצאותיו. ראו, למשל, את המקרה בעניין גמליאל, שבו יומיים לפני רכישת דירה חדשה על-ידי בני-הזוג חתמה האישה על ויתור על כל זכויותיה בדירה במקרה של גירושים. אומנם, במקרה זה גם בית-הדין הרבני על שתי ערכאותיו וגם בית-המשפט העליון התרשמו כי הנכס היה פרטי של הבעל, וכי הוא הקנה אותו לאשתו רק על דעת שלא יתגרשו, אך עשויים בהחלט להיות מקרים הפוכים, שבהם ינוצלו הנסיבות כדי להחתים בן-זוג ולנשלו מחלקו בנכסים שצבר יחד עם בן-זוגו מבלי שנוכל לוודא מראש את גמירות-דעתו לכך.

אם הלכת גמליאל מתכוונת לומר כי בכל מקום שלא התקבל אישור תקף להסכם ממון יוחל מייד הפרק השני, ושם יהיה שלטון לסעיף 5(א)(3) לחוק, אזי יש בכך משום עיקור וסירוס של הוראות הפרק הראשון, שכן כל הסכם ממון שנעדר אישור של בית-המשפט יאושר בדלת האחורית, דרך סעיף 5(א)(3) לחוק. ולא היא. בתי-המשפט מתייחסים להסכם כזה כאל "הסכם כלכלי" בין בני-הזוג, ולא כאל "הסכם ממון", אך הסכם כלכלי זה צופה לא אחת פני גירושים או מוות.¹²⁶ לפיכך ברור שיש לגשת לכל הסכם כזה בראי המבחן הקובע: הסכם הצופה פני עתיד עונה על ההגדרה של הסכם ממון.¹²⁷ לפיכך, אם לא התקבל אישור של בית-המשפט להסכם, אזי הוא חסר תוקף, והסתיים מסענו מבחינת ההסכם. מנקודה זו של ביטול תוקפו של ההסכם נמשיך את מסענו ונחיל את פרקו

126 ראו, למשל, תמ"ש 21520-08-10, לעיל ה"ש 21, וכן עמ"ש 28507-10-10, לעיל ה"ש 23, פס' 6-7 לפסק-דינה של השופטת דברת.

127 ראו עניין שי (שרעבי), לעיל ה"ש 22.

השני של החוק – ההסדר הסטוטורי של איזון המשאבים. כך למעשה קובע סעיף 3 לחוק, העומד בגבול שבין הפרק הראשון לפרק השני ומסדיר את היחסים ביניהם: "לא עשו בני הזוג הסכם ממון... יראום כמסכימים להסדר איזון המשאבים לפי פרק זה [הפרק השני]".¹²⁸ אך לא יעלה על הדעת שבמסגרת הפרק השני נקים שוב לתחייה אותו הסכם שנשלל ואוין בפרק הראשון. משהסתיים מסענו בפרק הראשון לחוק בקביעה כי ההסכם אינו תקף, לא ייתכן שנשוב ונחיה אותו דרך הפרק השני. לא ברור אפוא כיצד הפסיקה מאפשרת למלט הסכמים העונים על הגדרת הסכמי ממון מהדרישה הקוגנטית לאישורם.

הלכות שרעבי, לוי, גמליאל ויצחקי והפסיקה הצועדת בעקבותיהן יוצרות קשיים לוגיים נוספים. נניח שבני-הזוג סיכמו כי נכס מסוים יאוזן באיזון המשאבים. אין חולק כי זהו הסכם ממון, ויש אפוא לאשרו על-ידי שופט. כעבור זמן בני-הזוג חוזרים בהם ומסכימים בכתב כי הנכס לא יאוזן ביניהם. האם יש צורך לבוא כעת לפני שופט על-מנת שיאשר את שינוי ההסכם, כקבוע בסעיף 2(א) לחוק, או שמא נאמר כי ההסכם החדש יימלט דרך הוראת סעיף 5(א)(3) לחוק ואין צורך לאשרו? אם נאמר שצריך לאשרו לפני שופט, נתקשה להסביר מה ההבדל בין הסכם זה לבין ההסכמים מושאי ארבע ההלכות האמורות, אשר לא נדרש לגביהן אישור שופט. ההיתלות בלשונה של הוראה 5(א)(3) לחוק נהפכת למגוחכת. אוסיף ואקשה מזווית אחרת: נניח שבני-הזוג ערכו בזמנו הסכם ממון ביחס לכל נכסיהם ואישרוהו לפני שופט. לאחר-מכן הם רוכשים נכס חדש, אשר לא נכלל בהסכם הממון שנחתם על-ידיהם. האם אפשר להתייחס לנכס זה בכתב בלבד ולקבוע כי הוא לא יאוזן בין הצדדים? האין זה בגדר שינוי של ההסכם, המחייב את אישורו של בית-המשפט? נראה אפוא כי הוראת סעיף 5(א)(3) לחוק יוצרת הבחנות לא-ברורות ומגבירה את חוסר הוודאות.¹²⁹

הפסיקה מסיגה את הוראות המחוקק בפרק הראשון ואת הרציונל של החוק כולו, ונותנת תוקף להסכם בין בני-זוג הצופה פני עתיד אף ללא אישור בית-המשפט ומבלי לעמוד על גמירות-דעת הצדדים. איני מוצא כל הסבר בכתובים להתהפכות היוצרות של הפסיקה. אפשר לומר כי הפסיקה בפרשות גמליאל ושרעבי הגיעה לפרשנות זו כדי לתקן עוול שהיה יכול להיגרם אילו הקפדנו על הוראותיו הצורניות של המחוקק. יש בהחלט הסכמים שמוצדק ליתן להם תוקף

128 ראו גם ליפשיץ, לעיל ה"ש 125, בעמ' 255, המוסיף כי מדובר למעשה בהסדר קוגנטי נורמטיבי, ולא הסכמי, למרות הרטוריקה ההסכמית.

129 הסכם כלכלי כזה, הצופה פני עתיד, מתנגש במקרה של מוות גם בהוראות חוק הירושה, כאמור לעיל בה"ש 23, אך בשל קוצר היריעה לא ארחיב בנושא זה כאן.

אף אם לא קיבלו אישור של בית-משפט.¹³⁰ אך צריך לחשוב מהי הדרך הנכונה לעשות זאת, ומהן ההשלכות לעתיד של כל החלטה. בית-הדין הרבני, למשל, על שתי ערכאותיו, בחר "לברוח" אל הוראות חוק המתנה כדי ליתן תוקף להסכם בין הצדדים. בית-המשפט העליון בחר "לברוח" לסעיף 5(א)(3) לחוק. אך "בריחה" זו של בית-המשפט העליון מוטטה למעשה את הוראות הפרק הראשון לחוק, נהפכה לבניין-אב של כמה הלכות מרכזיות, והפסיקה בערכאות הדיוניות נוהה אחריהן.

הפסיקה בפרשות שרעבי, לוי, גמליאל ויצחקי פיתחה לעצמה דרך מילוט מהוראותיו הצורניות והנוקשות של הפרק הראשון לחוק. מעתה ואילך כל הסכם שלא אושר יהיה בידו של בית-המשפט כחומר ביד היוצר: היה אם יסבור בית-המשפט כי ההסכם המונח לפניו אינו צודק (מונח סובייקטיבי בעליל), הוא יקבע כי מדובר בהסכם ממון, ומשלא קיבל את אישורו של בית-המשפט, הוא חסר תוקף; לעומת זאת, אם יסבור בית-המשפט כי ההסכם צודק בנסיבות המקרה, כפי שסבר בעניין גמליאל, הוא יחיל את הוראת סעיף 5(א)(3) לחוק, ויכשיר את ההסכם. שרירותיות זו בפסיקה מסיגה את חוק יחסי ממון ואת הרציונלים שביקש להטמיע, ואת בני-הזוג המתדיינים היא משאירה בחוסר ודאות.

בפרשות שרעבי, לוי, גמליאל ויצחקי נדונו הסכמים ששתי הוראות חוק סותרות חלות עליהם במקביל: מחד גיסא, הוראות הפרק הראשון לחוק, המצריכות את אישורו של בית-המשפט; ומאידך גיסא, הוראת סעיף 5(א)(3) לחוק, הפוטרת את ההסכם מן הצורך באישור בית-המשפט. בפרשות אלה שלל בית-המשפט את תחולתו של הפרק הראשון, באומרו כי אין כאן אישור של בית-משפט, ולכן החיל את הוראת סעיף 5(א)(3) לחוק. כאמור, לדעתי זו טעות. הבחינה צריכה להיות הפוכה ולהתמקד בשאלה אם ההסכם צופה פני עתיד. אם נשיב בחיוב, אזי חלות על ההסכם שתי הוראות סותרות, וכעת יש להכריע איזו הוראה גוברת. על בסיס ניתוח הרציונלים של חוק יחסי ממון, אין לי ספק שהוראות הפרק הראשון צריכות לגבור, ושכל הסכם העונה על הגדרת הסכם ממון לא יהיה תקף אם לא יאושר.

מסקנה זו מתבקשת גם לנוכח כמה עניינים נוספים. ראשית, סדר ההוראות בחוק – הוראת סעיף 1 בפרק הראשון לחוק קודמת להוראת סעיף 5 בפרק השני לחוק ולפיכך אמורה לגבור עליה. שנית, הוראת סעיף 3 קובעת מפורשות כי

130 עדות ברורה למניע זה של בית-המשפט מצויה, למשל, בדברים שנאמרו בסוף פסק-הדין בעניין גמליאל, לעיל ה"ש 47.

הוראות הפרק השני יחולו רק כאשר הוראות הפרק הראשון אינן חלות. כלומר, הפרק השני – הסדר איזון המשאבים – יחול רק אם אין הסכם ממון. לכן לא ייתכן שבסעיף 5 תצוץ פתאום הוראה ותאמר כי אפשר להוציא מאיזון המשאבים גם לא באמצעות הסכם ממון. שלישית, הרציונל החשוב של הפרק הראשון לחוק, המבקש לוודא באמצעות אישור בית-המשפט את גמירות-דעתם של הצדדים, אינו יכול לפוג לו סתם כך כאשר עוברים לפרק השני לחוק. הסכם בין בני-זוג ללא מנגנון בקרה חיצוני הוא בדיוק מה שביקש המחוקק למנוע. רביעית, ההגנה על צדדים שלישיים מתעקרת על-ידי הוראת סעיף 5(א)(3) לחוק.

לנוכח כל האמור, יש לומר לדעתי בקול ברור כי סעיף 5(א)(3) לחוק הוא תאונה חקיקתית, ותו לא. לאור הרציונלים הקמאיים של הפרק ההסכמי בחוק יחסי ממון, אשר לא נס ליחס ואולי אף להפך, יש לקבוע כי כל הסכם שלפיו נכס מסוים לא יאוזן בין בני-זוג חייב לקבל אישור משופט. אומנם מתברר כי תאונה חקיקתית זו עשויה לסייע לבית-המשפט לעשות "צדק" במקרים מסוימים. אך החלטות אלה הן דוגמה מובהקת לאמירה הקלסית ש"מקרים קשים יוצרים חוק רע". החלטות אלה פגעו בלכידות החקיקתית, כרסמו ברציונלים הבסיסיים של חוק יחסי ממון, ועלולות לפגוע הן בבני-הזוג והן בצדדים שלישיים. לטעמי, יש לבכר את הלכידות ואת הרציונלים הקמאיים על מקרה פרטי זה או אחר. ככל שהפסיקה תקפיד על הדרישות הללו, יקפידו הצדדים להגיע לבית-המשפט לאשר את הסכמי הממון שביניהם. כאשר זו תהיה הפרקטיקה הבלעדית, יהיה אפשר לתלות את האחריות על מי שלא הגיע לאשר. אך כאשר הפרקטיקה אינה ברורה, קשה לבוא בטענות כלפי מי שלא אישר הסכם לפני בית-המשפט. לטובת המקרים הקיצוניים, כגון הסתמכות ארוכת-שנים על הסכם והוצאות משמעותיות שהוציא צד אחד בהתאם להסכם, אפשר להשאיר פתח של שיקול-דעת בדמות תוס-לב, אך גם זאת בזהירות רבה, שאם לא כן יביא הדבר לידי כך שבני-זוג לא יגיעו לבית-המשפט ויסתמכו על אשרור בדיעבד.

3. הפרשנות הראויה לאור הצורך להגן על צד שלישיו ועל ודאות הקניין הדרישה לקבלת אישור מוקפד להסכם ממון בין בני-זוג משליכה לא רק על היחסים בין בני-הזוג עצמם, כי אם גם על צדדים שלישיים. מלבד הרציונל של גמירות-הדעת של הצדדים להסכם, יצר החוק, ביודעין או לא ביודעין, גם הגנה על צדדים שלישיים. הגנה זו באה לידי ביטוי בארבעה היבטים שונים. ראשית, בן-זוג המבקש להבריח נכסים מנושיו לא יוכל לערוך בחשאי הסכם עם בן-זוגו שלפיו נכס מסוים יהיה שייך כל-כולו לבן-זוגו. המחוקק קבע כי הסכם כזה יובא לאישורו של שופט, ועל-כן החשאיות לא תעלה יפה. שנית, דרישת האישור

תסייע אף בפן המניעתי – יש להניח שבני-זוג יושו פחות לערוך הסכם המנשל צדדים שלישיים אם הם ידעו כי עליהם להתייצב לפני בית-המשפט לטובת אישורו. שלישית, אם בני-הזוג יציגו לפני בית-המשפט הסכם המנשל צד ג, יש סיכוי שבית-המשפט יתמה על ההסדר בין בני-הזוג. ודוק, אם תכליתו של הסכם ממון נתון היא הברחת נכסים מנושים, אזי קיימת סבירות גבוהה שהוא בלתי-סביר בעליל במישור היחסים בין בני-הזוג, שכן במקרים אלה בני-הזוג מסכימים לרוב להעביר נכס בבעלות משותפת לבעלותו של אחד מהם כדי להבריחו מצד ג. אומנם אין בית-המשפט מתערב בתוכן ההסכם ואין הוא אמור לבחון אם ההסכם הוגן אם לאו, אך עליו לעיין בו באופן כללי לפחות כדי לוודא את סבירותו ואת גמירות-דעתם של הצדדים, וברור שמקום שההסכם אינו מאוזן, בית-המשפט אמור להידרך יותר בביורר גמירות-דעתם של הצדדים.¹³¹ רביעית, אישורו זה של בית-המשפט יסייע להבין מה קדם למה, שכן שופט הנדרש לאשר את ההסכם מציין את המועד שבו נתן את אישורו, אף אם אין הוא נותן פומביות להסכם ואף אם אין הוא מאשרו כפסק-דין. הדבר עשוי למנוע קנוניה בין בני-זוג, שעלולים ליצור הסכם בזמן נתון ולשוות לו מועד מוקדם יותר כדי לגבור על נושה שהחוב לטובתו קדם להסכם זה. אישור בית-המשפט יסייע אם כן להבין איזו עסקה קדמה לאחרת, כדי להכריע בין זכויות נוגדות.¹³²

הכרה בהסכם בין בני-זוג בהתאם להוראות סעיף 5(א)(3) לחוק וללא צורך באישור בית-המשפט, כמו-גם הכרה בו בדיעבד מכוח דיני החוזים או מכוח דיני תום-הלב, עלולה אפוא לגרום אי-ודאות קניינית. לטעמי, אין להפריז בהליכה לקראת בני-הזוג ואין להכיר בהסכמים שלא עמדו בדרישות החוק כאשר ודאות הקניין עומדת על הפרק. אני למד זאת גם מפרשה דומה העוסקת בדרישה צורנית אחרת בדיני המקרקעין – דרישת הכתב. בעניין שמיר לא רשמו בני-הזוג את הדירה על שם האישה בלשכת רישום המקרקעין. לאחר מות הבעל פסקה הערכאה הדיונית כי יש להעניק לאישה את הדירה אף שהעסקה לא נרשמה לטובתה. בית-המשפט העליון מבקר פסיקה זו ואומר:

”המבנה המשפטי שעליו סמך בית-משפט קמא את הכרעתו – היינו, כי נוכח טיבם המיוחד של היחסים שבין בני-זוג, התקשרויות רצוניות ביניהם נהנות מפטור גורף מתחולת סעיף 8 לחוק המקרקעין – מעורר בעיניי קושי ממשי. לפטור האמור אין יסוד

131 ראו עניין פלונית, לעיל ה"ש 41.

132 ראו ס' 9 לחוק המקרקעין.

בחוק המקרקעין או במטרתו... יש בו כדי לפגוע באופן ממשני בוודאות בתחום הקניין... אינני סבור, כי יכולים אנו לעצב, על דרך של הלכה פסוקה, פטור גורף כזה.¹³³

הדברים יפים גם לענייננו. גם בסוגיה דנן אפשר לומר כי אין הפסיקה רשאית לעצב ולפתח פטור גורף מדרישות המחוקק בפרק הראשון של החוק. ייתורה של הדרישה לאישור חותר תחת הגיונו של החוק, ועלול לפגוע בוודאות הקניינית ובצדדים שלישיים.

מובן שאפשר להשיבני כי בתי-המשפט במקרה דנן מסתמכים על הוראת חוק מפורשת, היא הוראת סעיף 5(א)(3) לחוק, ואילו פסיקתה של הערכאה הדיונית בנוגע לסעיף 8 לחוק המקרקעין, שבוקרה על-ידי בית-המשפט העליון, יצרה פטור מדרישת הכתב יש מאין, ללא הסתמכות על כל הוראת חוק. אמת. השאלה הרועמת אינה רק כלפי הפסיקה, כי אם גם כלפי המחוקק עצמו: כיצד יצר המחוקק פְּרָצָה כה משמעותית לחוק יחסי הממון באותו חוק עצמו? ובכן, עיון בהצעת החוק מגלה דבר מפתיע. בסעיף 7(א) להצעת חוק יחסי ממון (שכיום הוא ס' 5(א) לחוק) נכתב כך: "עם פקיעת הנישואין זכאי כל אחד מבני הזוג למחצית שווים של כלל נכסי בני הזוג, למעט... (3) נכסים שבני הזוג הסכימו, בהסכם נישואין או בכל דרך אחרת, שיוצאו מן הנכסים ששוויים יאוזן ביניהם." הצעת החוק אכן מציעה, ברישא של סעיף-קטן (3), כי רק באמצעות הסכם נישואים (שהוא הסכם ממון) יהיה אפשר להוציא נכס מהסדר הקבוע בחוק. הרישא של סעיף-קטן (3) מתיישב אפוא עם הביקורת שכתבתי לעיל. לעומתו, הסיפא, "בכל דרך אחרת", אינו מובן. לא מובן עוד יותר לאן נעלמו בתהליך החקיקה הדרישות ברישא ובסיפא של סעיף-קטן (3) והוחלפו בדרישה שההסכם יהיה "בכתב". אם נעמיק עוד יותר נראה כי סעיף-קטן (3) בהצעת החוק כולו מיותר מכיוון שלפני כן, בסעיף 5 להצעה (שכיום הוא סעיף 3 לחוק), נכתב: "כל עוד לא עשו בני הזוג הסכם נישואין, ובמידה שהסכם נישואין שעשו אינו קובע אחרת...". כלומר, כל הסדר איזון המשאבים כפוף לכך שאין הוא סותר הסכם נישואים. אם כך, לא היה צריך לשוב ולומר בסעיף 7(א)(3) להצעת החוק כי האיזון לא יחול על נכסים שלגביהם נקבע בהסכם הנישואים כי הם לא יאוזנו.

ביקורתי מתחזקת גם לנוכח סעיף 12(א) להצעת החוק (שתחתיו בא כיום סעיף 9 לחוק, אם כי לא בנוסחו המלא): "הטוען שיש למעט נכס מן הנכסים ששוויים יאוזן בין בני הזוג – עליו הראיה." בדברי ההסבר נאמר: "הוראה זו נובעת מן

133 ע"א 7388/97 עזבון שמיר נ' דולב (שמיר), פ"ד נג(1) 596, פס' 17 לפסק-הדין (1999).

העובדה שנכסים בני איזון הם הכלל ונכסים שיש למעט מן האיזון – היוצא מן הכלל. כלומר, אדם המבקש להוציא נכס מהאיזון אינו יכול לעשות זאת בקלות, וספק עד כמה הסכם בכתב בלבד, ללא אישור בית-משפט, יכול לשרתו בכך. לא ברור אפוא מה גרם לכך שהנוסח הסופי של החוק שהתקבל הסתפק בדרישת הכתב כדי להוציא נכס מהאיזון.

4. חקיקה שיפוטית בדיני המשפחה – זהירות יתרה

דווקא בדיני המשפחה, ודווקא בהקשר הרגיש של הסכמי הממון, שבהם אנשים מעצבים את שותפותם הרכושית ההולכת ונהיית מורכבת מיום ליום, מן הראוי לא להחליש את דרישת המחוקק לפיקוח ולהתערבות של בית-המשפט. אומנם דרישת האישור היא פרוצדורלית על פניה, אך היא באה להגן על ערכים מהותיים בדיני המשפחה. המחוקק חפץ שבני-זוג יגיעו לבית-המשפט לאשר הסכם שנחתם על-ידיהם. המחוקק ביקש שבית-המשפט יהיה מעורב יותר בשלבי עריכת ההסכם, לפני פרוץ הסכסוך, וילווה את ההסכמים בין בני-הזוג. בשלב הראשוני האחריות חייבת לחזור אל כתפי השופט, בהתאם לרוח האינקוויזיטורית של כלל השיטה כמו-גם של העדפתה הספציפית בדיני המשפחה, כמשתקף, בין היתר, בחוק בית-המשפט לענייני משפחה. אולם אין מקום לחייב את השופט ללמוד את כל ההסכם מתחילתו ועד סופו, לבחון במקביל את כל הרכוש שיש לבני-הזוג ועוד. הדבר יכביד על המערכת השיפוטית, העמוסה גם כך לעיפה. אך הציפייה היא בהחלט שהשופט יבחן את סבירותו הכללית של ההסכם, ויודא שבני-הזוג מבינים את משמעותו ואת גמירות-דעתם ביחס אליו. אישור ללא עיון כלל או הסתפקות בשאלה אם הצדדים מבינים מה כתוב בהסכם, ועל אחת כמה וכמה אישור בדיעבד באמצעות דיני החוזים ועקרון תום-הלב, חוטאים לכוונת המחוקק הקמאית, ויש לשוב מהם.

מתן תוקף להסכמים שלא אושרו על-ידי בית-המשפט גורם נזק בשלושה מישורים. ראשית, כאשר ההסכם אינו עובר ביקורת של בית-משפט מלכתחילה, הוא מוצג לראשונה לפני שופט רק לאחר שהוא כבר הופעל בשטח כמה שנים. ייתכן שהשופט לא היה מאשר את ההסכם מלכתחילה, אך כעת, לאחר שצד אחד כבר פעל והסתמך עליו, אין לשופט בררה אלא לאשרו בדיעבד. שנית, הסכמים שלא עברו ביקורת של בית-המשפט ניתנים לביטול על-ידי בני-הזוג ביתר קלות.¹³⁴ שלישית, צדדים שלישיים עלולים להיפגע מהסכמים שנחתמים בחשאי ואינם מובאים לפני בית-המשפט מלכתחילה.

134 ראו, למשל, עניין פגס, לעיל ה"ש 18.

סיכום

חוק יחסי ממון ביקש להסדיר שני הסדרים עיקריים: ההסדר הראשון הוא ההסדר ההסכמי, שלפיו הסכם ממון בין בני-זוג יהיה בכתב ויזקק לאישור של בית-המשפט, אשר לא יאשרו אלא לאחר שהתרשם שבני-הזוג חותמים עליו בהסכמה חופשית לאחר שהבינו את משמעותו ותוצאותיו; ההסדר השני הוא ההסדר הסטטוטורי, אשר ייכנס לתוקף רק בהעדר הסכם ממון. עם הורתו של חוק יחסי ממון עמדו מחוקק-המשנה והפסיקה בתוקף על דרישותיו הצורניות של ההסדר ההסכמי, דקדקו בהן ואף הרחיבון. אולם עם השנים החל תהליך של נסיגה, המתבטא בחקיקת-משנה ובחקיקה שיפוטית, אשר מכשירות הסכמי ממון אף כאשר הם אינם עומדים בדרישותיו של המחוקק.

המאמר מצביע על כמה וכמה תהליכים במגמת נסיגה זו, מנתחם ומגלה בהם קשיים לוגיים ומערכתיים. ראשית, ניתוח מעמיק של הגדרת הסכמי ממון מלמד כי שתי הוראות החוק בעניין זה – זו שבפרק הראשון של חוק יחסי ממון וזו שבפרק השני – סותרות למעשה זו את זו. המאמר מטעים בפרקו האחרון כי הוראת הפרק הראשון אמורה לגבור על הוראת הפרק השני ולייתר את הוראת סעיף 5(א)(3) לחוק. מתן נפקות להוראת סעיף 5(א)(3) לחוק משמעה קריאת-תיגר על הוראות הפרק הראשון לחוק ועל הרציונלים העמוקים ביותר שבבסיסו של חוק יחסי ממון. שנית, המאמר מבקר את האמירה כי הסכם כלכלי בין בני-זוג אינו תקף מכוח חוק יחסי ממון אך תקף מכוח דיני החוזים, ומצביע על כשל לוגי בה. המאמר מנסה למצוא נפקות כלשהי, ולו אחת, להבחנה מושגית מופשטת זו, אך לשווא, שכן כל משמעות מעשית כזו תחתור תחת ההוראות המפורשות של הפרק הראשון. שלישית, המאמר מבקר את הפסיקה המגייסת את עקרון תום-הלב ומכשירה בדיעבד הסכמים אף שלא אושרו מראש על-ידי בית-המשפט. פסיקה זו ממוטטת את הרציונל של החוק, ומנציחה את הנוהג של בני-זוג לא לאשר הסכמי ממון בבית-המשפט, מה שמונע מאותם הסכמים גם את ההגנה שהייתה ניתנת להם אילו אושרו מלכתחילה בבית-המשפט. אומנם פסיקה זו כיוונה בתחילתה רק למקרים חריגים, וכך ראוי, אך משנורתה הירייה הראשונה, גויס עקרון תום-הלב עוד ועוד, וכיום הוא משמש תדיר להכשרת הסכמים על-פי שיקול-דעתו של כל שופט ושופט.

המאמר קושר בין התהליך של ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי לבין מגמת החקיקה השיפוטית המסיגה מהדרישות הצורניות של המחוקק בחוק יחסי ממון. המאמר גם רואה את מגמת הנסיגה כחלק מהתהליך

של התפשטות היסודות האינקוויזיטוריים והגברת שיקול-הדעת בפסיקה. עם זאת, המאמר טוען כי עודף שיקול-הדעת של בית-המשפט והשימוש בדוקטרינות כעקרון תום-הלב בשלב הסכסוך הסיגו את השיטה לאחור – אל הגישה האדוורסרית – בשלב של חתימת ההסכם לפני פרוץ הסכסוך. בתי-המשפט הסירו מעצמם אחריות בשלב ההסכם והטילוה על בני-הזוג. שוב ושוב נקבע כי תפקידו של בית-המשפט באישור ההסכמים הוא פורמלי בלבד, ושוב ושוב אישרו בתי-משפט בדיעבד, בשלב הסכסוך, הסכמים שלא אושרו במועד חתימתם, ומבלי לוודא את גמירות-דעתם של הצדדים מלכתחילה.

בניגוד לתהליכים אלה, המאמר מצביע על שני תהליכים אחרים, שבאו לידי ביטוי עם הקמתו של בית-המשפט לענייני משפחה: התמקצעות השופטים, והגישה האינקוויזיטורית של המחוקק בחוק בית-המשפט לענייני משפחה. מכוחם המאמר קורא ליצור הרמוניה אמיצה יותר בין הדרישות הקמאיות של המחוקק בחוק יחסי ממון לבין המגמה האינקוויזיטורית בשיטה הישראלית בכללותה ובדיני המשפחה בפרט. דהיינו, המאמר קורא להטיל על בית-המשפט את האחריות לפקח על הסכמי ממון בין בני-זוג כבר בשלב החתימה עליהם ולפעול כבר אז בגישה אינקוויזיטורית, כמצוות המחוקק. על הפסיקה לצמצם ולרסן את חקיקתה השיפוטית, לצמצם את דוקטרינות תום-הלב בהקשר של אישור הסכמי ממון, לצמצם את הדוקטרינה החוזית תוך קביעה כי אין שני רבדים להסכם, ולשוב לדרישותיו הקמאיות והמפורשות של המחוקק בחוק יחסי ממון.