

הקדמת מועד איזון המשאבים בתיקון מס' 4 לחוק יחסי ממון והחקיקה השיפוטית שנוצרה לפניו – עיון מחודש

יצחק כהן*

המשפט הישראלי מבחין בין זוגות שנישאו לפני ינואר 1974 לבין זוגות שנישאו לאחר מכן. על הראשונים חלה הלכת השיתוף, ואילו על האחרונים חל חוק יחסי ממון. הלכת השיתוף גורסת שיתוף קנייני ומידי בין בני הזוג. היא הביאה ברכה בכנפיה, אך גרמה להיווצרות זכויות סמויות בנכסי בני הזוג ולפגיעה בביטחון הקנייני. חוק יחסי ממון מחליף את הלכת השיתוף, בקובעו כי השיתוף בין בני הזוג יהיה אובליגטורי דחוי. אולם חוק זה התרוקן מתוכנו מייד עם לידתו, שכן מועד איזון המשאבים הותנה בסידור הגט, וסידור הגט תלוי ברצון הצדדים. באמצע שנות התשעים גייס בית המשפט בעניין יעקובי את הלכת השיתוף ואת הדין הכללי, וקבע כי אפשר להקדים את החלוקה הרכושית ולקיימה אף לפני סידור הגט.

חקיקה שיפוטית זו וגל הפסיקות שבאו בעקבותיה – אשר לעיתים קראו בה מה שאין בה, ומאמר זה יורד לשורשן – חותרות תחת כוונתו של המחוקק וכוללות בשיתוף הרכושי אף דירת מגורים שהייתה שייכת לאחד מבני הזוג לפני הנישואים. במאמר אטען כי חקיקה שיפוטית זו החזירה את משפט המשפחה למצב שבו היה ערב חקיקתו של חוק יחסי ממון. ההלכות שניתנו מאז החילו מחדש את הלכת השיתוף, גם אם בגרסה מרוככת, והחשש מפני זכויות סמויות בנכס שב לזירה.

תיקון מס' 4 לחוק יחסי ממון, שהתקבל באיחור של שלושים וחמש שנים, היה אמור להשיב את כוונתו המקורית של המחוקק על כנן, שלפיה נכס חיצוני יישאר כזה בעת חלוקת הרכוש, אולם הפסיקה שואפת לצדק חלוקתי ואינה נשמעת למחוקק. לאורך השנים פיתחה הפסיקה לעצמה קונסטרוקציות משפטיות, ולמדה להסתדר בלעדי התיקון לחוק

* פרופסור למשפטים, הפקולטה למשפטים, הקריה האקדמית אונג. על הערות מחכימות ומאירות אני מבקש להודות לשופט בית המשפט העליון יצחק עמית. כן אבקש להודות לחברי כתב העת אור כהן, עידן אורליצקי ורן מס על עבודת עריכה מקצועית ומסורה.

שהיא קראה לחקיקתו. משהגיע, לא שבה הפסיקה להסדר המקורי של המחוקק. בפועל היא מחילה כיום שיתוף גם על בני זוג שנישאו לאחר ינואר 1974, ואף משתפת את הנכסים החיצוניים, ובעיקר את דירת המגורים. מאמר זה מבקר חקיקה שיפוטית זו, קורא לעריכת השינויים הנדרשים כדי לחזור לכוונותיו המקוריות של המחוקק, ומציע דרכים אחרות לפצות את בן הזוג על השקעתו בדירת המגורים שאינה רשומה על שמו.

מבוא

- פרק א : הלכת השיתוף וחוק יחסי ממון – המסגרת התיאורטית והנורמטיבית
- פרק ב : עניין יעקובי – חקיקה שיפוטית העוקפת את סעיף 5 לחוק יחסי ממון
1. הנשיא שמגר – תחולה בו-זמנית של הלכת השיתוף ושל חוק יחסי ממון
 2. השופט טל – דחיית התחולה הבו-זמנית והעדפת עסקת המתנה
 3. השופט דורנר – תחולה בו-זמנית של חוק יחסי ממון ושל הלכת השיתוף
 4. השופט שטרסברג-כהן – תחולת הדין הכללי בין בני הזוג
 5. השופט מצא – דחיית התחולה הבו-זמנית ודחיית הדין הכללי
- פרק ג : הפסיקה בעקבות הלכת יעקובי
1. עניין אבו רומי – נכס חיצוני: דעת יחיד שנהפכה לאוביטר שנהפך להלכה מחייבת!
 2. עניין בר-אל – נכס משותף הרשום על שם שני בני הזוג
 3. עניין ששון – נכס חיצוני הרשום על שם שני בני הזוג
 4. עניין פלוני – נכס חיצוני הרשום על שם בעליו
 5. עניין שמחוני – נכס חיצוני הרשום על שם בעליו
 6. עניין בן גיאת – חזרתה של הלכת השיתוף
 7. עניין אלמונית – "דבר מה נוסף"
- פרק ד : פסיקתם של בתי המשפט לענייני משפחה
- פרק ה : מודל חדש לאור תיקון מס' 4 לחוק יחסי ממון
1. תיקון מס' 4 לחוק יחסי ממון – הקדמת מועד איזון המשאבים
 2. החקיקה השיפוטית נוצרה רק עקב השיתוף של חוק יחסי ממון
 3. הסדר נורמטיבי רצוי לאור תיקון מס' 4 לחוק יחסי ממון
 4. הסדר נורמטיבי רצוי ביחס לדירת המגורים של בני הזוג
- (א) ההסדר הישראלי
- (ב) המשפט המשווה – הדין האנגלי
- (ג) המשפט המשווה – הדין האמריקני

סיכום

מבוא

חוק יחסי ממון¹ נולד על רקע כפול: האחד, שבכרואתו הוא 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 חופשי²; והאחר, שבכרואתו הוא הפרק השני לחוק, הוא הסדר איזון המשאבים, המחליף את המשטר הרכושי של הלכת השיתוף. הסדר איזון המשאבים נולד על רקע ההבנה כי הלכת השיתוף, על אף יתרונותיה בהשוואת זכויותיהם של בני הזוג, יוצרת זכויות סמויות בנכסי המשפחה, ובכך פוגעת בוודאות הקניין וחושפת צדדים שלישיים הרוכשים נכסים כאלה לסיכון שבן הזוג שאינו רשום יטען לזכותו בנכס הנרכש³. הסדר איזון המשאבים, לעומתה, יוצר הפרדה רכושית בין בני הזוג במהלך נישואיהם. השיתוף דחוי, ויחל רק בעת הגירושים. נוסף על כך, השיתוף הוא אובליגטורי, ולא קנייני, כלומר, בן הזוג שאינו רשום כבעל הנכס (להלן: בן הזוג שאינו רשום) אינו שותף קניינית בנכס ואינו בעליו, אלא רק זכאי למחצית שוויו הכספי. בזכות שני פניו אלה, הדחוי והאובליגטורי, הסדר איזון המשאבים מונע טענה לזכויות סמויות בנכס. הסדר זה משמר את הוודאות הקניינית בנכסי המשפחה, ומגן גם על האינטרס של צדדים שלישיים, שכן לא תוכל להישמע טענה בדבר זכות סמויה בנכס נגד צד שלישי שרכש נכס מבן הזוג הרשום. לפי הלכת השיתוף, טענה כזו נשמעת גם נשמעת⁴.

דא עקא, בחוק המקורי, לפני שהתקבל תיקון מס' 4 לחוק יחסי ממון בשנת 2008⁵, נקבע כי הסדר איזון המשאבים ייכנס לתוקף רק עם הגירושים או עם פטירת בן הזוג. הואיל וגירושים כפופים לדין האישי, והדין האישי תולה את הגירושים בהסכמתם של בני הזוג, בן זוג שלא חפץ באיזון היה יכול לסכלו על ידי סירוב לסידור הגט. זו הסיבה

- 1 חוק יחסי ממון בין בני זוג, התשל"ג-1973 (להלן: החוק או חוק יחסי ממון).
- 2 ס' 2(ב) לחוק קובע: "האישור לא יינתן אלא לאחר שנוכח בית המשפט או בית הדין, שבני הזוג עשו את ההסכם או את השינוי בהסכמה חפשית ובהבינם את משמעותו ואת תוצאותיו."
- 3 ראו הצעת חוק יחסי ממון בין בני-זוג, התשכ"ט-1969, ה"ח 332. במבוא להצעת החוק נאמר כי לאחרונה נתן בית המשפט העליון פסקי דין אחדים המכירים במעין שותפות נכסים בין בני זוג. בשנת 1955 פרסם משרד המשפטים הצעה שצעדה בעקבות כמה מדינות מודרניות, שלפיהן נכסיו וקנייניו של כל אחד מבני הזוג יהיו נפרדים כל ימי הנישואים, ואילו בשעת פקיעת הנישואים ייערך איזון בין בני הזוג בהתאם לשווי נכסיהם. משרד המשפטים הצעת חוק היחיד והמשפחה (1955). בוועדה בראשות השופט זוסמן, שמונתה בשנת 1965, המליצו רוב חברי הוועדה על הסדר זה. הרוב אף המליץ כי החיוב יהיה חיוב אובליגטורי לאיזון שאינו משנה את הזכויות הקנייניות של בני הזוג בנכסיהם. החוק שהוצע אימץ את עיקרי המלצותיה של הוועדה.
- 4 ראו, למשל, ע"א 3002/93 **בן-צבי נ' סיטין**, פ"ד מט(3) 5 (1995); רע"א 8791/00 **שלם נ' טוינקו בע"מ**, פ"ד סב(1) 165 (2006). ראו בהרחבה דוד מינץ "השותפות הנישואית והערבות ההדדית בין בני זוג בפשיטת רגל – עיון מחודש" **דין ודברים** ט 105 (2015).
- 5 חוק יחסי ממון בין בני זוג (תיקון מס' 4), התשס"ט-2008, ס"ח 18.

שמלומדים כינו את החוק אות מתה מייד עם לידתו.⁶ התמודדותו של בית המשפט עם המקרים הקשים שהתגלגלו לפתחו בשל תקלה מובנית וחריפה זו סיכלה את כוונת המחוקק, טשטשה את המצב המשפטי, וקירבה אותו למצב שהיה ערב כניסת החוק לתוקף. הכרסום בכוונותיו של המחוקק החל בהלכת יעקובי,⁷ נמשך בהלכת אבו רומי,⁸ והתפתח לכמה וכמה הלכות שלפיהן ההסדר הרכושי בפרק השני לחוק לא בא לגרוע מגמישותם של דיני הקניין, ואף לא מהלכת השיתוף, וייתכן בהחלט שנכס חיצוני, ובפרט דירת המגורים, תהיה חלק מהשיתוף הרכושי. אי-הוודאות בדיני הקניין שהתקיימה ערב חקיקתו של חוק יחסי ממוין נותרה אם כן כשהייתה.

המאמר יצביע על האנומליות שנוצרו בעקבות ההחלה הברזומנית של שני משטרי רכוש, וכן על האנומליות שנוצרו בעקבות הגמשת הדין הכללי. המאמר יטען כי הפסיקה הלכה והגמישה את הדין הכללי עד שהחילה מחדש את הלכת השיתוף. לקונסטרוקציות אלה הייתה הצדקה לפני תיקון מס' 4 לחוק יחסי ממוין, אולם בעידן שלאחר התיקון נשמטה ההצדקה להן. המאמר יציע מודל חדש שלפיו יש לחזור לכוונות המחוקק המקוריות בחוק יחסי ממוין, ליצור מחדש את ההפרדה בנכסי המשפחה במהלך חיי הנישואים, להחיל בין בני הזוג דיני קניין רגילים ללא הגמשתם כלל, להוציא מן השיתוף נכסים שהתקבלו בידי אחד מבני הזוג לא במאמץ משותף (להלן: נכס חיצוני), ובכך להשיב את ההגנה לצדדים שלישיים הרוכשים נכס משפחתי, אשר יוכלו להישען על הרישום ללא חשש שמא יופתעו בעתיד על ידי בן הזוג שאינו רשום. מאמר זה מציע דרך ביניים בין אי-שיתוף מוחלט (גם לא אובליגטורי) לבין שיתוף קנייני מכוח דין כללי. ההגנה לבן הזוג לאחר שנות נישואים רבות תימצא בחיוב ממוני-אובליגטורי, אך לא קטגורי בגובה 50%, כי אם בדרך הפיצוי הקבועה בסעיף 8(2) לחוק יחסי ממוין. מודל זה יחזק בסופו של יום את בטיחות הקניין, ייצור בהירות אצל הנושים, ויוביל לעליית ערכו של הנכס המשפחתי ולא-הכבדה על בני זוג בתחילת דרכם בדאגה לנכסיהם החיצוניים.

מאמר זה מתמקד בנכס חיצוני אחד מני רבים, והוא דירת המגורים של בני הזוג. דירת המגורים זוכה ביחס משפטי שונה מזה הניתן לשאר הנכסים החיצוניים, הואיל והיא מהווה את גולת הכותרת של השיתוף הרכושי בין בני הזוג.⁹ המשפט שוקד לשתפה

6 אריאל רוזן-צבי יחסי ממוין בין בני זוג 156–157 (1981).

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

8 רע"א 8672/00 אבו רומי נ' אבו רומי, פ"ד נו(6) 175 (2002).

9 ראו, למשל, ע"א 806/93 הדרי נ' הדרי (דרכי), פ"ד מח(3) 685, 690 (1994) (ההדגשה במקור): "דירת מגורים היא, כידוע, גולת הכותרת של חזקת השיתוף... דירת המגורים מסווגת כאחד מ'נכסי המשפחה' והיא הבולטת שביניהם, להבדיל מ'נכסים עסקיים'. באשר לנכסי משפחה, דורש משפטנו כמות צנועה יותר של ראיות... הדברים אמורים בייחוד כאשר דירת המגורים היא הנכס העיקרי של המשפחה." כך נאמר גם בבע"מ 5939/04 פלוני נ' פלונית, פ"ד נט(1) 665, 671–672 (2004) (להלן: בע"מ 5939/04 פלוני): "רוח העידן, פתיחת הדלתות לגישה שאינה 'פורמאלית' בלבד הנאחזת ברישום הנכס, אלא בוחנת מצבים חברתיים ואישיים למהותם, מרחפת על פני הפסיקה זה שנים באשר לשיתוף הנכסים גם לגבי נכסים שנרכשו לפני הנישואין, ובייחוד דירת המגורים... ככל

במסת הנכסים המשותפת ולהעניק מחצית ממנה לבן הזוג שאינו רשום – שלרוב הוא בן הזוג ה"ביתי" – גם במחיר פגיעה בנושים שהסתמכו על הרישום.¹⁰ שילוב זה של אופי הנכס והרצון להגן על בן הזוג ה"ביתי" הוביל עוד בתחילת דרכו של המשפט הישראלי להענקה קניינית של מחצית הנכס לבן הזוג, תוך הטלת הנטל הכבד על המבקש לשלול את השיתוף, ולא על מבקש השיתוף.¹¹ מאמר זה עוקב אחר התפתחותם של משטרי הרכוש בישראל בפסיקה ובחקיקה דרך הפריזמה של דירת מגורים שנרכשה על ידי אחד מבני הזוג לפני הנישואים.

הפרק הראשון יעסוק במסגרת התיאורטית-הנורמטיבית של הלכת השיתוף וברקע ההיסטורי של חוק יחסי ממון. על רקע זה יהיה נכון יותר לנתח את הפסיקה המאוחרת. הפרק השני יעסוק בהלכת **יעקובי** וינתח את העמדות השונות של חמשת השופטים, שעליהן התבסס הפיתוח המשפטי המאוחר. הפרק השלישי יעסוק בשורה של פסקי דין של בית המשפט העליון שהתבססו על הלכת **יעקובי**, ויצביע על התפתחות הדרגתית שהובילה לייתורו ולריקונו מתוכן של הפרק השני לחוק יחסי ממון. הפרק הרביעי יציג את תמונת פסיקתם של בתי המשפט לענייני משפחה. הפרק החמישי והאחרון יטען כי הפסיקה מתעלמת מתיקון מס' 4 לחוק יחסי ממון, ומחילה הסדרים המתאימים למשטר של הלכת השיתוף. הפרק יציע מודל חדש, אשר מסתמך בין היתר על המשפט המשווה, וכולל כמה שינויים שעל הפסיקה לאמץ כדי לחזור לכוונותיו המקוריות של המחוקק בחוק יחסי ממון.

פרק א: הלכת השיתוף וחוק יחסי ממון – המסגרת התיאורטית והנורמטיבית

הלכת השיתוף היא יצירת הפסיקה. בתחילת דרכה היא הוגדרה כך: "בהעדר הסכם, או כאשר לא ברור מה היתה כוונת הצדדים בזמן הרכישה, מייחס להם בית-המשפט את הכוונה שהנכס יהיה שייך לשניהם בחלקים שווים."¹² השיתוף הוא מלא – "חלוקה

שהתוכן המשותף שנוצק לקניין, ובוודאי לדירת המגורים של זוג ומשפחה, משמעותי יותר, וככל שהייתה שותפות נמשכת בחיי הנישואין, ולה ביטויים מסוגים שונים, גם אם לא היו החיים הללו אֶגֶן של ורדים' בכל עת ובכל שעה, כך מצדיקה ההגינות כי תגבר ההתייחסות לחזקת השיתוף, בייחוד על נכס כמו דירת מגורים, קן המשפחה."

10 ראו עניין **שלם**, לעיל ה"ש 4.

11 עניין **הדרי**, לעיל ה"ש 9.

12 ע"א 300/64 **ברגר נ' מנהל מס העזבון**, פ"ד יט(2) 240, 245 (1965). ראו גם ע"א 135/68 **בראלי נ'**

מנהל מס עזבון, ירושלים, פ"ד כג(1) 393, 395 (1969); מנשה שאוה **הדין האישי בישראל** כךך א

(מהדורה ד, 2001). 191–196

שווה".¹³ בתחילת דרכה נבנתה הלכת השיתוף על שני יסודות מרכזיים: אורח חיים תקין ומאמץ משותף.¹⁴ עם השנים עבר המוקד מן היסוד של אורח חיים תקין אל יסוד המאמץ המשותף, ובמשך הזמן צומצם גם יסוד זה עד למינימום של חיים משותפים תחת קורת גג אחת.¹⁵

הלכת השיתוף הינה מכשיר משפטי שנועד להתגבר על דיני הקניין ודיני הראיות הרגילים. אלמלא מכשיר זה היו בני הזוג נתונים במשטר של הפרדה רכושית, כאנשים זרים זה לזה.¹⁶ בתחילת דרכה של הפסיקה התבסס הרציונל של הלכת השיתוף על קונסטרוקציה חוזית, שעניינה הסכם משתמע בין בני הזוג שלפיו הם מתכוונים להיות שותפים שווים בזכויות. החזקה הייתה כביכול שאלה שבעובדה, ובית המשפט נדרש לבוחנה לפי נסיבותיו של כל מקרה ומקרה.¹⁷ היסוד של אורח חיים תקין תאם את הרציונל החוזי. אולם כאשר היחסים בין בני הזוג היו מעורערים, התקשה הרציונל החוזי לשמש בסיס תיאורטי מוצק להלכת השיתוף.

מגבלותיו של הרציונל החוזי הניעו את בתי המשפט לאמץ רציונל נוסף בדמותה של "חזקה שיפוטית" – הרציונל הקנייני.¹⁸ ההתחקות אחר כוונות הצדדים הלכה ופחתה.¹⁹ הרציונל הקנייני הוביל להתמקדות ברכיב המאמץ המשותף. התמקדות זו מקרבת את

13 שיטת חלוקה זו שונה משיטת "החלוקה ההוגנת", המקובלת במדינות רבות בארצות הברית. ראו את מאמרו של שחר ליפשיץ "על נכסי עבר, על נכסי עתיד ועל הפילוסופיה של חזקת השיתוף" **משפטים** לד 627, 655 (2004) (להלן: ליפשיץ "על הפילוסופיה של חזקת השיתוף"), המציין את יתרונותיה של שיטת "החלוקה השווה" על שיטת "החלוקה ההוגנת".

14 בהתקיים תנאים אלה, הלכת השיתוף עשויה לחול גם על בני זוג החיים יחדיו ללא נישואים. אולם ראו את דבריו של השופט כץ בע"א 52/80 **שחר נ' פרידמן**, פ"ד לח(1) 443, 458 (1984), הכותב: "ההבדל בין זוג נשוי לבין זוג הידוע בציבור כנשוי הוא... רק בכך, שרובץ נטל הוכחה כבד יותר על מי שמנסה להוכיח את כוונת השיתוף בנכסים של הזוג הידוע בציבור".

15 ראו ע"א 234/80 **גדסי נ' גדסי**, פ"ד לו(2) 645, 650 (1982).

16 רוזן-צבי **יחסי ממון בין בני זוג**, לעיל ה"ש 6, בעמ' 220, טוען כי חוק שיווי זכויות האשה, התשי"א-1951, השווה את דיניה של האישה לאלה של האיש בכל הנוגע בזכויות קנייניות, ומשליט להלכה משטר של הפרדה רכושית בין בני זוג.

17 זו, למשל, עמדתו של השופט קיסטר – ראו ע"א 253/65 **בריקר נ' בריקר**, פ"ד כ(1) 589, 598 (1966); ע"א 627/70 **זאבי נ' זאבי**, פ"ד כו(2) 445, 450 (1972).

18 ליפשיץ "על הפילוסופיה של חזקת השיתוף", לעיל ה"ש 13, בעמ' 691, טוען כי שינוי זה החל בראשית שנות השמונים. במאמר אחר חילק ליפשיץ את הלכת השיתוף לשלושה מודלים: (א) מודל הסכמי מצומצם (התלוי בהסכמת הצדדים); (ב) מודל נורמטיבי של מאמץ משותף (אשר זונח את ההבחנה בין נכס משפחתי לנכס עסקי אך מבחין בין נכס משותף לנכס חיצוני); (ג) מודל הקהילה המשפחתית (המוכן לראות נכס חיצוני כנכס משותף). ראו שחר ליפשיץ "החלת השיתוף הספציפי מכוח הדין הכללי על נכסים מלפני הנישואים ועל ירושות ומתנות בעידן של חוק יחסי ממון" **הון משפחתי** א(2) 3 (2014) (להלן: ליפשיץ "החלת השיתוף הספציפי"). עוד לדחיית הרציונל ההסכמי כרציונל האמיתי של חזקת השיתוף ראו רוזן-צבי **יחסי ממון בין בני זוג**, לעיל ה"ש 6, בעמ' 225-231.

19 ראו, למשל, את דבריו של הנשיא ברק בדנ"א 1558/94 **נפיסי נ' נפיסי**, פ"ד ג(3) 573, 605 (1996).

חזקת השיתוף למשטר שיתוף מעין-סטטוטורי, ומרחיקה את החזקה מן הבסיס העיוני של הסכם מכללא אל עבר דיני היושר או דיני הנאמנות.²⁰ מכאן גם נובע השם "הלכת השיתוף". החלוקה בין הרציונל החוזי לרציונל הקנייני אינה דיכוטומית. פרופ' ליפשיץ טוען כי פסיקת שנות השישים מלמדת כי המודל ההסכמי היה אז בולט יותר, ואילו בשנות השמונים התיישבו הפסיקות יותר עם מודל החזקה השיפוטית.²¹ אולם הרציונל השני לא המיר לגמרי את הראשון,²² ובפסיקות מאוחרות ניתן עדיין למצוא אמירות הנשענות על הקונסטרוקציה החוזית.²³ שילוב הרציונלים מאפשר לבתי המשפט להגיע לתוצאה צודקת מקום שאי-אפשר להסתמך רק על אחד הרציונלים.²⁴ הפסיקה אף הרחיבה שותפות זו וכללה בה, במקרים מסוימים, נכס שהיה לאחד מבני הזוג לפני ההיכרות ביניהם או שהתקבל בידיו בירושה או במתנה במהלך הנישואים ללא מאמץ משותף מצד בן הזוג.²⁵

השיתוף האמור לא נזקק לרישום הפורמלי המתנהל על פי דין. דיני השיתוף המשפחתי גברו למעשה על דיני הקניין הרגילים. נקבע כי השיתוף יהיה קנייני ומייד. שיתוף קנייני משמעו שבני הזוג נהפכים לבעלי הנכס במשותף, אף שהוא רשום רק על שם אחד מהם. השותפות אינה אובליגטורית, כי אם קניינית. שיתוף מידי משמעו שאין צורך להמתין למשבר כדי להחיל את השותפות, והיא מתחוללת מאליה במהלך חי הנישואים.²⁶ הלכת השיתוף יצרה למעשה זכויות סמויות בנכסי המשפחה, מכיוון שמרשם המקרקעין או כל מרשם אחר לא העידו כלל על זכויות אלה.

זכות זו, יצירת הפסיקה, שסייעה למשפט ליצור שוויון בין בני הזוג, פגעה בוודאות הקניינית ובערכו של הנכס המשפחתי, שכן היא חשפה צדדים שלישיים שרכשו את הנכס מידי בן הזוג הרשום לתביעה מצד בן הזוג שאינו רשום. על רקע זה הוקמה ועדת זוסמן. אביא חלק מהמלצותיה כלשונן, מכיוון שהן ישמשו תשתית לטיעוניי בהמשך, ומשום שנראה כי מושכלות יסוד אלה נשכחו מלב הפסיקה עם השנים:

-
- 20 עניין **בריקר**, לעיל ה"ש 17, בעמ' 595; עניין **שלם**, לעיל ה"ש 4, בעמ' 180–181. עוד ראו חנוך דגן **קניין על פרשת דרכים** 468 (2005).
- 21 ראו ליפשיץ "על הפילוסופיה של חזקת השיתוף", לעיל ה"ש 13, בעמ' 634. ראו עם זאת את דבריו שם, בעמ' 695, ה"ש 242, המצביעים על כך שהפסיקה אינה שומרת תמיד על עקיבות בעניין זה.
- 22 ראו, למשל, ע"א 4151/99 **בריל נ' בריל**, פ"ד נה(4) 709, 716 (2001); ע"א 1880/95 **דרהם נ' דרהם**, פ"ד נ(4) 876, 865 (1997).
- 23 ראו, למשל, ע"א 630/79 **ליברמן נ' ליברמן**, פ"ד לה(4) 359, 368 (1981); ע"א 663/87 **נתן נ' גרינר**, פ"ד מה(1) 104, 109 (1990).
- 24 כך, למשל, רציונל זה של חזקה שיפוטית סייע להכליל בשיתוף גם נכסים עסקיים. ראו ע"א 488/89 **נופרבר נ' נופרבר**, פ"ד מד(4) 293 (1990). כמו כן סייע רציונל החזקה השיפוטית להכליל בשיתוף גם את נכסי הפרישה. ראו ע"א 809/90 **לידאי נ' לידאי**, פ"ד מו(1) 602, 611 (1992).
- 25 את המונח "נכסים חיצוניים" טבע בית המשפט העליון בעניין **בריל**, לעיל ה"ש 22, בעמ' 715.
- 26 הלכה זו השתנתה בחלקה – ראו עניין **שלם**, לעיל ה"ש 4.

"אין אנו תומכים בהנהגת שותפות קנין בנכסים, אפילו היא מסויגת ודחויה, ונימוקנו העיקרי לכך הוא, שאין אנו מוכנים להמליץ על הסדר המשנה את דיני הקנין. אם נרכש נכס פלוני במשך הנישואים על ידי אחד מבני הזוג, כגון מגרש שנרשם על שמו בספרי האחווה, וקיימת האפשרות שבדיעבד, עם פירוק הנישואים, יראוהו כנכס משותף, תתערער – כך חוששים אנו – בטיחות הקנין. הסיכון של זכות מוסתרת בנכס שאינה מתגלית על פני ספרי האחווה, עלול לגרוע מערכו של הנכס. חוששים אנו גם לפגיעה ביסודות לקבלת אשראי... שותפות קנין, אפילו דחויה, תחייב קביעה מי ומי מבני הזוג יהא רשאי לעשות דיספוזיציות לגבי נכסיהם, ועל המחוקק יהא גם לדאוג להגנה על צד שלישי שרכש זכות בתום לב. התסבוכות הנובעות מהסדר כזה הן מכבידות ביותר..."²⁷

הטיעונים ברורים מאוד, ואין לומר שנס ליחס. שלילת השותפות הקניינית הובילה את הוועדה להמלצה על הסדר של שיתוף דחוי אובליגטורי: במשך קיום הנישואים יש הפרדה בין נכסי בני הזוג, ועם פקיעת הנישואים (דחוי) יקום חיוב כספי בין בני הזוג (אובליגטורי). לקראת סוף המאמר, בדיון על המשפט המשווה, אראה כי זה ההסדר המקובל כיום הן באנגליה והן בארצות הברית.

ההסדר החדש השתלב גם עם השינוי החברתי שחל עם השנים. בעניין **אפטה** מציין בית המשפט כי "בתקופתנו, כשלנשים נשואות רבות יש נכסים ומקורות הכנסה משלהן ואין הן תלויות בבעלים מבחינה חמרית, יהיו מקרים לא מעטים, בהם בני-הזוג רוצים לשמור על הפרדת נכסים ואינם מעוניינים בשיתוף הנכסים"²⁸. אמירה זו נאמרה לפני כחמישים שנה, ובוודאי לא נס ליחה. אדרבה ואדרבה.

על בסיס המלצות אלה נחקק חוק יחסי ממון. בפרקו הראשון החוק מסדיר את דרכי אישורו של הסכם ממון, ובפרקו השני הוא מסדיר משטר רכושי חדש – הסדר איזון המשאבים. בדברי המבוא להצעת החוק הובהר הסדר זה כך:

"לפי הסדר זה תחול במשך קיום הנישואין הפרדה בין נכסי בני הזוג, ואילו עם פקיעת הנישואין יקום בין בני הזוג (או בין יורשיהם) חיוב – חיוב אובליגטורי שאינו משנה את הזכויות הקנייניות של בני הזוג בנכסיהם – לאזן ביניהם, חלק כחלק, את שוויים של נכסי שניהם על ידי תשלום ההפרש... בפרק השני מסדיר החוק את איזון המשאבים שיחול על בני הזוג באין הסכם אחר ביניהם... הסדר זה אין לו תוצאות משפטיות במשך קיום הנישואין... אך בפקיעת הנישואין הוא מחייב את בני הזוג, כאמור, לאזן ביניהם את שווי נכסיהם, למעט נכסים מסויימים שאיזון זה אינו יפה להם..."²⁹

27 הדברים הובאו בעניין **יעקובי**, לעיל ה"ש 7, בעמ' 584.

28 ע"א 595/69 **אפטה נ' אפטה**, פ"ד כה(1) 561, 571 (1971).

29 הצעת חוק יחסי ממון בין בני-זוג, בעמ' 332 (דברי המבוא להצעה).

בדברי ההסבר להצעת החוק נאמר:

"(1) ההסדר אינו פוגע בקנינים של בני הזוג וביחוד בקניניה של האשה...
(2) ההסדר אינו מקנה לבן זוג זכויות קניניות בנכסיו של בן זוגו... (3) ההסדר אינו יוצר אחריות של בן זוג לחובות בן זוגו."³⁰
"כל אחד מבני הזוג חפשי לעשות בנכסיו כטוב בעיניו."³¹

החוק מתייחס רק לנכסים שנרכשו במאמץ משותף, כלומר, לנכסים שנרכשו מיום תחילת חייהם המשותפים של בני הזוג. אין ספק שהחוק ודברי ההסבר הללו אינם מתייחסים כלל לנכס חיצוני, מכיוון שלגביו אין כלל איזון ואין הוא משותף, לא במהלך הנישואים ואף לא בפקיעתם, כפי שקבע ללא סייגים סעיף 7 להצעת החוק.³² המלצות הוועדה, דברי המבוא ודברי ההסבר מלמדים באופן ברור כי ההסדר שאימץ המחוקק הוא הפרדה רכושית. הסדר איזון המשאבים מבוסס על שיתוף אובליגטורי דחוי: "אובליגטורי" משמעו שאין לבן זוג אחד זכות קניינית בנכסיו של בן זוגו, כפי שהיה במשטר הלכת השיתוף, אלא לבן זוגו יש מחויבות כספית ממונית כלפיו;³³ ו"דחוי" משמעו שלאורך חיי הנישואים אין כל שיתוף בין בני הזוג, וכל אחד אדון בלעדי לנכסיו – הוא רשאי למוכרם לצד שלישי, ולבן זוגו לא תהא שום טענה בעניין. השיתוף, האובליגטורי כאמור, יחול רק עם פקיעת הנישואים. גם דוח מאוחר ומרכזי בדיני המשפחה, שנכתב בחלוף כעשרים שנה, קיבל עמודי יסוד אלה, וכך נכתב בו:

"...נקודות המוצא שעליהן מבוסס החוק, דהיינו שיתוף אובליגטורי ולא קנייני, וכן הפרדה רכושית במהלך הנישואין, נראות לנו; אולם מספר פגמים יסודיים...
גרמו לכך שהחוק היה לאות מתה בספר החוקים."³⁴

לדעתי, אף שלא מצאתי לכך סימוכין מפורשים, לחוק יש מטרה ברורה נוספת, והיא להותיר נכסים חיצוניים מחוץ לשיתוף כדי לא להכביד על בני זוג ערב מיסוד נישואיהם. הלכת השיתוף שימשה כאמור בסיס להטמעת נכסים חיצוניים.³⁵ הטמעה זו הובילה למצב שבו נכסים חיצוניים נהפכו למשותפים בהתקיים נסיבות כאלה ואחרות. מכיוון שהנסיבות הללו נקבעו רק בדיעבד ולאחר מעשה, בן זוג שבא לנישואיו עם רכוש חיצוני חשש שמא ייקבע בעתיד כי הרכוש שעליו עמל ואותו רכש לפני הנישואים ייחפך למשותף. חשש זה גדל במיוחד כאשר היו אלה "נישואי פרק ב", והוא חפץ לשמר את

30 שם, בעמ' 334.

31 שם, בעמ' 333.

32 שהוא ס' 5 לחוק יחסי ממון בנוסחו הנוכחי.

33 להרחבה ראו רוזן-צבי יחסי ממון בין בני זוג, לעיל ה"ש 6, בעמ' 59–83.

34 משרד המשפטים דין וחשבון הוועדה לבחינת יישום דיני המשפחה 34 (1986).

35 ראו, למשל, עניין הדרי, לעיל ה"ש 9; עניין בריל, לעיל ה"ש 22, בעמ' 716.

הנכס לילדיו מנישואיו הראשונים. היה אפשר להותיר נכס חיצוני מחוץ לשיתוף באמצעות "רמז עבה" או באמצעות הסכם ממון כתוב.³⁶ אולם "רמז עבה" עלול כמובן לפגוע במערכת היחסים, מה גם שקשה להוכיחו בעת הצורך, ואילו הסכמי ממון, הגם שהם אכן ברורים וקלים יותר להוכחה, מעוררים קושי רגשי עצום, ובני זוג נמנעים מלחתום עליהם.³⁷ המחוקק ביקש למעשה לדלג על הצורך בשני אלה ולהקל על בני הזוג, וקבע, מבלי סייג כלשהו, כי נכסים שאינם ממאמץ משותף ייוותרו נכסים חיצוניים. חוק יחסי ממון קובע הסדר המנסה להתחקות אחר דעתו של רוב הציבור, ונראה כי המחוקק ראה את שלילת השיתוף בנכס החיצוני כמאווה של רוב האוכלוסייה.³⁸

אף שכוונת החוק ברורה – כמפורט, כפי שראינו לעיל, בהמלצותיה של ועדת זוסמן וכן בדברי המבוא להצעת החוק ובדברי ההסבר לה – קמו בתי משפט ופירשו בו מה שלא נאמר בו. אכן, נוצרה מצוקה רצינית סביב הפעלתו של החוק, שבעטייה אמרו מלומדים כי החוק הוא אות מתה.³⁹ מצוקה זו היא שהניעה את בית המשפט העליון בעניין **יעקובי** לפרש את החוק בניגוד לכוונת המחוקק. תוצאתה של פרשנות זו היא דוגמה קלאסית לאמירה "מקרים קשים יוצרים חוק גרוע", אם כי לא דובר במקרה פרטי, אלא בבעיה כללית שנוצרה עם הפעלת החוק. על כך אעמוד בפרק הבא. חשוב לקרוא בעיון את פסק הדין בעניין **יעקובי**, הואיל והוא למעשה התשתית שעליה הונח כל הפיתוח המשפטי המאוחר.

36 עניין **הדרי**, לעיל ה"ש 9.

37 בדברי ההסבר לס' 5 להצעת חוק יחסי ממון בין בני-זוג, בעמ' 334, נאמר כי "החוק המוצע מאפשר לבני הזוג להסדיר את יחסי הממון שביניהם כרצונם. אך הוא דואג גם למקרים – ויש מקום להניח שאלה יהיו רבים מאד – שבני הזוג לא ערכו הסכם נישואין". כמו כן, הנשיא שמגר כותב בעניין **יעקובי**, לעיל ה"ש 7, בעמ' 571, כי "ההנחה הגלומה בבסיס החוק – כי הוראותיו הן דיספוזיטיביות ועל-כן יכולים הצדדים לסטות מהן ברצונם בכך – התגלתה כלא מציאותית. מספר בני הזוג העורכים הסכם ממון הוא מועט ביותר. הקושי הרגשי הכרוך בכך הוא עצום". כן ראו ע"א 3178/12 **שלמי נ' מנהל מסי מקרקעין נתניה**, פס' 14–17 לפסק דינו של השופט סולברג (פורסם בנבו, 17.11.2014).

38 גם המודל השלישי שמציע ליפשיץ במאמרו "החלת השיתוף הספציפי", לעיל ה"ש 18, מדבר על שיתוף כזה רק אחרי עשרים שנות נישואים לפחות, עם מערכת יחסים טובה והרמונית ועוד.

39 ראו דברי ההסבר לתזכיר חוק יחסי ממון בין בני זוג (תיקון – איוון המשאבים ודירת המגורים), התשנ"ה-1995 (להלן: תזכיר חוק יחסי ממון בין בני זוג); אריאל רוזן-צבי **דיני המשפחה בישראל – בין קודש לחול** 156–157 (1990); יחיאל ש' קפלן "דיני המשפחה בעידן של מדיניות חדשה: מחקיקה שיפוטית לחקיקה שהיא מלאכת מחשבת" **דין ודברים** ו 259, 334 (2011).

פרק ב: עניין יעקובי – חקיקה שיפוטית העוקפת את סעיף 5 לחוק יחסי ממון

עניין **יעקובי** עסק בשתי משפחות. הראשונה הייתה בני הזוג יעקובי, שנישאו בשנת 1975, ואשר עם השנים עלו נישואיהם על שרטון. רכושם של בני הזוג כלל את דירת מגוריהם, שהייתה רשומה על שם שניהם בחלקים שווים, המיטלטלין המצויים בה וכן שתי דירות נוספות. האישה ביקשה כי בית המשפט יצהיר על רכוש זה כרכוש משותף של בני הזוג. בית המשפט המחוזי דחה את התביעה מחוסר עילה ומחוסר סמכות: בני הזוג נישאו לאחר כניסתו לתוקף של חוק יחסי ממון, והואיל וסעיף 5 לחוק קובע כי חלוקת הרכוש תיעשה רק לאחר פקיעת הנישואים, בית המשפט נעדר סמכות להורות על חלוקת הרכוש כל עוד הנישואים לא פקעו. הוא אשר אמרנו לעיל – החוק הוא אות מתה.

המשפחה השנייה הייתה בני הזוג קנובלר, שנישאו בשנת 1978. רכושם העיקרי היה בית המגורים, שהיה רשום על שם האיש בלבד. רכישת הבית וחלק הארי של עלויות הבנייה מומנו על ידי הוריו, והיתר מומן ממשכורותיהם של בני הזוג. האישה ביקשה פסק דין הצהרתי בדבר זכאותה למחצית נכסי בני הזוג ודירת המגורים. האיש אמר לאשתו כי רשם את זכויות הבית על שם שניהם, ואף הציג לפניה פוליסת ביטוח מבנה על שם שניהם כהוכחה לאמירתו. בית המשפט המחוזי היה אקטיביסט יותר מזה שדן בעניינה של משפחת יעקובי, וקבע כי היחסים הקנייניים דינמיים מאוד במהלך חי הנישואים, וכי חוק יחסי ממון אינו מפריע להם להתפתח. כלומר, לגבי יחסיהם הממוניים של זוגות שנישאו לאחר 1.1.1974 אפשר ליישם כמה הסדרים רכושיים. לנוכח זאת המשיך בית המשפט וקבע כי בין בני הזוג התבצעה עסקת מתנה.

בשני המקרים – שהם כאמור אב-טיפוס לכלל הזוגות שהתחתנו לאחר ינואר 1974 – הבעיה המשפטית זהה, והיא נוצרה מכיוון שסמכות מרכזית אחת נשללה בחוק (בטרם בא לעולם, בשנת 2008, תיקון מס' 4 לחוק יחסי ממון), והיא הסמכות לקבוע כי הזכות לאיזון משאבים תקום במועד שקודם לגירושים. סמכות זו, שהופיעה בהצעת החוק,⁴⁰ נשללה בשלב עריכת החוק מחשש שמא עם הקדמת איזון המשאבים יתגרשו בני הזוג גירושים כלכליים בלבד,⁴¹ יאבדו את ההגנה לקיים גירושים דתיים, וייוותרו בפירוד ללא גט.⁴² זו מציאות שבית הדין אינו מעוניין לעודד. דא עקא, הקביעה כי הסדר האיזון

40 ראו ס' 10 להצעת חוק יחסי ממון בין בני-זוג: "ראה בית המשפט נסיבות מיוחדות המצדיקות זאת, רשאי הוא, לבקשת אחד מבני הזוג... (4) לקבוע שהזכות האמורה בסעיף 7 [שהוא ס' 5 לחוק הקיים, המסדיר את איזון המשאבים – י"כ] תקום לא עם פקיעת הנישואין אלא במועד אחר שיקבע."

41 להרחבה על מונח זה ועל השלכותיו בהקשר של שיטת הגירושים שאומצה בישראל ראו שחר ליפשיץ "יחסי משפחה וממון: אתגרים ומשימות בעקבות תיקון מס' 4 לחוק יחסי ממון" **חוקים א** 227 (2009) (להלן: "ליפשיץ" "יחסי משפחה וממון").

42 ראו את דבריו של הנשיא שמגר בעניין **יעקובי**, לעיל ה"ש 7, בעמ' 554: "הסיבות להיעלמותה של אותה הוראה היו החשש מיצירת 'גירושין דה פקטו' והחשש מכרסום בסמכויותיו של בית הדין

יופעל רק עם פקיעת הנישואים, אשר נעשית רק בהתאם לדיני הגירושים, מכבידה את הפעלת ההסדר. צד שאינו מעוניין לאפשר לבן זוגו ליהנות מהסדר איוון המשאבים השוויוני עלול למתוח ולהשהות את פקיעת הנישואים.⁴³ הדבר עלול להביא לידי כך שחלוקת הרכוש בפועל לפני הגירושים תותנה בחתימה על הסכם גירושים שבו יחס החלוקה בין בני הזוג יהיה שונה מהאיוון השוויוני שאותו ביקש המחוקק להסדיר.

1. הנשיא שמגר – תחולה ב־זמנית של הלכת השיתוף ושל חוק יחסי ממון

פסק הדין הראשון בעניין **יעקובי** הוא זה של הנשיא שמגר. לדעתו, בין בני זוג קיימים יחסים קנייניים דינמיים במהלך חיי הנישואים, ואין חוק יחסי ממון מפריע להם להתפתח. סעיף 4 לחוק קובע אומנם כי "אין בכריתת הנישואין או בקיומם כשלעצמם כדי לפגוע בקניינים של בני הזוג, להקנות לאחד מהם זכויות בנכסי השני או להטיל עליו אחריות לחובות השני", אך אין הוא מונע את תחולתם של הסדרים רכושיים נוספים.⁴⁴ לדעת הנשיא שמגר, קיימת תחולה ב־זמנית של שני ההסדרים על בני זוג – זו של סעיף 4 לחוק, דהיינו הפרדה רכושית, וזו של חזקת השיתוף (להלן: תחולה ב־זמנית). בנושא זה קיימת מחלוקת מלומדים ידועה.⁴⁵ רוזן-צבי, למשל, טוען כי המחוקק נענה לאתגרים הקשים שיצרה הלכת השיתוף ותיקן תחתיה את חוק יחסי ממון, ולכן לא ייתכן שהתוצאה תהיה תחולה ב־זמנית ושימור הדין הקודם. כמו כן, יצירתה של הלכת השיתוף נבעה מאי־צדק כלפי נשים נשואות, ורציונל זה אינו קיים עוד לאחר חקיקת החוק. שמגר חולק על כך וסובר כי הרציונל קיים אף לאחר תיקון החוק, אשר נהפך עם לידתו לאות מתה, כאמור.⁴⁶

תחולה ב־זמנית מאפשרת למעשה להקדים ולקיים את חלוקת הרכוש בין בני הזוג עוד לפני הגט, ולקדם בכך צדק חלוקתי, אך היא יוצרת בעיות מעשיות. ראשית, היא

הרבני. "אולם ראו קפלן, לעיל ה"ש 39, בעמ' 334–335, ה"ש 245, המפנה לדבריו של השופט טל בעניין **יעקובי**, שלפיהם מבחינת המשפט העברי אין מניעה עקרונית להקדים את איוון המשאבים לגט, וכל חששם של בתי הדין הוא שמלאכה זו של הקדמת האיוון תיעשה לא על ידי בית הדין הרבני, שיבחן אם אכן יש מקום לערוך את חלוקת הרכוש לפני הגט.

43 ראו בהרחבה רוזן-צבי **יחסי ממון בין בני זוג**, לעיל ה"ש 6, בעמ' 346–347.

44 ראו את דבריו של הנשיא שמגר בעניין **יעקובי**, לעיל ה"ש 7, בעמ' 564.

45 אוריאל פרוקצ'יה ופנחס שיפמן סבורים כי הלכת השיתוף בנכסים משלימה את הסדר איוון המשאבים שבחוק, ועל כן היא תמשיך לחול גם על בני זוג שנישאו לאחר כניסת החוק לתוקפו. ראו אוריאל פרוקצ'יה "יחסי ממון בין בני־זוג בפשיטת רגלו של אחד מהם" **משפטים** ז 266 (1976); פנחס שיפמן "יחסי ממון בין בני־זוג" **קובץ ההרצאות בימי העיון לשופטים תשל"ו: חידושים והתפתחויות בחקיקה ובמשפט** 125, 126 (שמעון שטרית עורך, 1977). לעומתם יש מלומדים אחרים הסוברים כי הסדר איוון המשאבים שבחוק בא להמיר את הלכת שיתוף הנכסים בין בני זוג. ראו רוזן-צבי **יחסי ממון בין בני זוג**, לעיל ה"ש 6, בעמ' 286; מנשה שאוה **הדין האישי בישראל** כרך ראשון 215 (מהדורה ג, 1991); בניציון שרשבסקי **דיני משפחה** 166–167 (מהדורה רביעית, 1993).

46 ראו את פסק דינו של הנשיא שמגר בעניין **יעקובי**, לעיל ה"ש 7, בעמ' 564.

הופכת את חוק יחסי ממון להסדר שיורי בלבד. שנית, תחת התחולה הברזומנית יימצא הסדר האיזון, במצבים רבים, נעדר כל משמעות מעשית. ההחלה הברזומנית נושפת רוח חיים בחוק המת, אך בה בעת מוציאה למעשה את הרוח מהסדר איזון המשאבים, ומחזירה אותנו להסדר ששרר ערב חקיקת החוק.⁴⁷ הדבר מתחזק ביתר שאת בעניינה של משפחת קנובלר, שם מדובר למעשה בנכס חיצוני שהחוק ביקש מפורשות להותירו מחוץ לשיתוף. הנשיא שמגר מתגבר על טענות אלה וקובע כי ממילא בהעדר גירושים ההסדר משולל משמעות אמיתית כלשהי.⁴⁸ המחוקק בחר במודע בהסדר של שיתוף דחוי, כדי למנוע את ערעורה של בטיחות הקניין ואת הסיכונים הכרוכים בזכויות נסותרות בנכסים, הגורעים מערכם של אלה. לטעמו של הנשיא שמגר, מטרה נוספת מונחת בבסיס החוק, והיא איזון ושוויון בין בני הזוג, ולא מתן יתרונות בלתי הוגנים לאחד מבני הזוג בניגוד לאיזון שהמחוקק מצווה לערוך.⁴⁹

הנשיא שמגר סובר כי עסקת המתנה הנטענת על ידי בית המשפט המחוזי בעניינה של משפחת קנובלר מפוקפקת, ולכן הוא מעדיף את הלכת השיתוף, הקלה יותר להוכחה. לדעתו, צדק בית המשפט המחוזי בקובעו כי הוכחו יסודותיה של חזקת השיתוף באשר לדירת המגורים. הדירה אומנם נרכשה עוד לפני הנישואים וממשאביו הפרטיים של האישה והוריו, אולם מצב הדברים כפי שהובן על ידי האישה, וכפי שהציגו האישה, היה שהדירה שייכת לשני בני הזוג בחלקים שווים. הנשיא שמגר מפנה לעניין הדרי, שם קבע הוא עצמו כי כמות הראיות הנדרשת להוכחת חזקת השיתוף בנוגע לנכסים משפחתיים, בעיקר בנוגע לדירת המגורים, אינה רבה. הוא מוסיף כי לפי הסדר איזון המשאבים עשויה להתעורר בעיה בנוגע לנכס שאחד מבני הזוג הביא עימו למסגרת הנישואים ואשר משמש את בני הזוג באופן המלמד על כוונתו של אותו בן זוג להפוך נכס זה לנכס משותף. לדעתו, בעיה זו ניתנת לפתרון באמצעות חזקת השיתוף או באמצעות סעיף 4 לחוק בנסיבות שבהן רואים בנכס מתנה.⁵⁰ אולם הוא מציין מפורשות כי מן הראוי שהמחוקק ייתן את דעתו לנושא זה. את שאלת הגמשתו של הדין הכללי הוא מותיר ב"צריך עיון",⁵¹ ואולי משום כך החלטת בית המשפט המחוזי כי מדובר במתנה הייתה מפוקפקת בעיניו.

47 שם, בעמ' 571.

48 שם, בעמ' 568.

49 שם, בעמ' 570.

50 שם, בעמ' 561: "הילכת השיתוף נתנה דעתה לעניין זה, ויש להניח שפרשנותן של ההוראות הרלוואנטיות בחוק יחסי ממון תושפע מההלכות שהתגבשו בשאלות אלה בבית המשפט העליון."

51 שם, בעמ' 557: "נשאלת השאלה מהו אופיו של הסדר איזון המשאבים הנתפס כ'הסכם ממון בעל תוקף'. האם מדובר בחוזה רגיל, שעליו חלים כל כללי דיני החוזים, כגון מניעות ותום-לב, או האם מדובר בחוזה מסוג אחר, שבשל אופיו שולל תחולתן של הוראות חוזיות מסוימות?" כמה משפטים לפני כן אף אפשר להבין, מציטטה שהביא מדבריו בעניין **מונק**, כי הנשיא שמגר אינו סובר שחוק יחסי ממון בא לבטל את דיני החוזים כבבואה לדין הכללי; וכך הוא כתב בע"א 4/80 **מונק ג' מונק**, פ"ד ל(3) 421, 429-430 (1982): "...אינני סבור, כי דיני החוזים הכלליים אינם חלים על הסכם בדבר יחסי ממון. סעיף 61(א) לחוק החוזים (חלק כללי) קובע, כי הוראותיו של החוק האמור יחולו,

2. השופט טל – דחיית התחולה הבר־זמנית והעדפת עסקת המתנה

פסק הדין השני בעניין **יעקובי** הוא זה של השופט טל. לדידו, המחוקק קבע הסדר אובליגטורי דחוי אשר משאיר את מערכת היחסים הרכושית בין בני הזוג במהלך הנישואים לשליטתם של דיני הקניין ודיני החוזים, ומאפשר מתן מתנות והעברת נכסים בין בני הזוג.⁵² לדעתו, החיסרון של החוק לא יבוא על תיקונו באמצעות החלה בר־זמנית של חזקת השיתוף. זאת, ראשית, מפני שהמחוקק, על פי דיבורו בסעיף 4 לחוק, ביקש לשלול את תחולתה; ושנית, מפני שגם הלכת השיתוף לא פתרה את בעיית אי־השוויון בין בני הזוג.⁵³ לדידו, הלכת השיתוף גרמה לערעור יציבותם של קניינים, לפגיעה בעצמאות ובאוטונומיה של בן הזוג, להאצת פירוק המשפחה ולדרדרה עוד בשלב מוקדם במשבר, הואיל ואפשר לבקש חלוקת רכוש בכל שלב. בשל מגרעות אלה היא לא התקבלה ברוב ארצות העולם המערבי, ואין טעם להחילה בר־זמנית.⁵⁴ השופט טל מקבל את פסיקתו של בית המשפט המחוזי בעניינה של משפחת קנובלר, שלפיה לפנינו עסקת מתנה ריאלית בין בני זוג. לדעתו, הקניית מתנה, להבדיל מהתחייבות לתת מתנה, אינה טעונה כתב. כלומר, השופט טל אינו מקבל את קונסטרקציית התחולה הבר־זמנית, וסובר כי דיני הקניין הרגילים הם שאמורים לחול בין בני זוג במהלך נישואיהם.

פרופ' שיפמן תוהה מהי ההבחנה בין תחולה בר־זמנית, שאותה דחה השופט טל, לבין הכרה בעסקת מתנה, שבה הכיר השופט טל. לדעתו של שיפמן, השופט טל יסביר כי תחולה בר־זמנית תוביל להכרה בבעלות על מחצית מכלל הנכסים, בעוד עסקת מתנה תביא לידי הכרה בבעלות בנכס ספציפי בלבד. שיפמן גורס כי זהו הבדל סמנטי בלבד, שהרי אפשר להגדיר נכס אחר נכס כמתנה, ולהגיע כך לכלל הנכסים.⁵⁵

השופט טל אינו מגמיש את הדין הכללי, כי אם מבחין בין התחייבות לתת מתנה, המחייבת כתב, לבין הקניה ריאלית של מתנה, שאינה מחייבת כתב. כלומר, הוא נצמד להגדרות הדין הכללי. אילו נקט קו של הגמשת הדין הכללי, הוא לא היה נזקק להבחנה זו, ולא היה מצריך מסמך בכתב בשום מקרה. הדברים עולים גם בהמשך דבריו:

"בית המשפט קמא קבע על סמך ראיות שהיו מהימנות עליו שבין בני הזוג נעשתה עסקת מתנה בזכויות לא רשומות (שאינה טעונה רישום ואף לא כתב, וסעיף 8 לחוק המקרקעין אינו חל לגביה), ולאור זאת הצהיר על בעלות האישה במחצית הדירה... מסקנה זו של בית המשפט קמא מתיישבת עם חוק יחסי ממון,

כאשר אין בחוק אחר הוראות לעניין הנדון. בחוק יחסי ממון בין בני זוג אין הוראה כלשהי, הבאה לבטל תחולתם של דיני החוזים הכלליים."

52 עניין **יעקובי**, לעיל ה"ש 7, בעמ' 587 וכן בעמ' 602.

53 שם, בעמ' 591.

54 שם.

55 פנחס שיפמן "ואף-על-פי-כן – שיתוף נכסים" **משפטים** כו 399, 402–403 (1995) (להלן: שיפמן

"שיתוף נכסים").

באשר הסדר איזון המשאבים... משאיר את מערכת היחסים הרכושיים בין בני הזוג במהלך הנישואין לשליטת דיני הקניין והחוזים, ומאפשר נתינת מתנות ומעבר נכסים בין בני הזוג.⁵⁶

כלומר, אין מדובר בהגמשה של הדין הכללי, כי אם בהפעלתו הרגילה. אכן, בעניינה של משפחת יעקובי דחה השופט טל את ערעור האישה, בקובעו:

"בצדק דחה בית המשפט את תביעתה של גב' יעקובי וסירב להצהיר על זכויותיה במחצית רכושם של בני הזוג. בני הזוג נישאו לאחר כניסת חוק יחסי ממון לתוקף. ממילא לא ניתן להצהיר על זכויות בן-זוג במחצית הרכוש של בני הזוג, שכן במהלך הנישואין קיימת הפרדה קניינית של נכסי בני הזוג..."⁵⁷

כאמור, אין כאן שום הגמשה של הדין הכללי.

3. השופטת דורנר – תחולה בו־זמנית של חוק יחסי ממון ושל הלכת השיתוף

פסק הדין השלישי בעניין יעקובי הוא זה של השופטת דורנר. לדעתה, במהלך קיומם של הנישואים הותיר המחוקק את הסדר חלוקת הרכוש לדיני הקניין הכלליים, ובכלל זה להלכת השיתוף. סעיף 4 לחוק קובע כי אין בעצם הכניסה למוסד הנישואים כדי לשנות זכויות קנייניות, אך הלכת השיתוף לא בוססה על אקט הנישואים, אלא על הסכם בין הצדדים.⁵⁸ השופטת דורנר סבורה, כפרשנותו האקטיביסטית של הנשיא שמגר, כי יש להחיל בשאלה זו את חזקת השיתוף, וכי יש להכריע בחלוקת הרכוש על פי אמות מידה מהותיות.⁵⁹ היא חולקת למעשה על הקונסטרוקציה של השופט טל. לדעתה, הקניה ריאלית של מקרקעין שלא נרשמה בספרי המקרקעין נהפכת מכוח סעיף 7(ב) לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969, מעסקה קניינית לחיוב חוזי.⁶⁰ על התחייבות כזו חלה דרישת כתב כפולה: הן מכוח סעיף 8 לחוק המקרקעין והן מכוח סעיף 5(א) לחוק המתנה.⁶¹ יוצאת מכלל עיקרון זה היא הקניה כאמור במסגרת היחסים הפנימיים בין בני זוג שהלכת השיתוף חלה עליהם, שאז זכותה של האישה למחצית הזכויות במקרקעין אינה טעונה מסמך בכתב.⁶² לכן אין השופטת דורנר יכולה להסכים עם השופט טל,

56 עניין יעקובי, לעיל ה"ש 7, בעמ' 602 (ההדגשה במקור).

57 שם, בעמ' 601.

58 עמד על כך גם השופט ברק בעניין שחר, לעיל ה"ש 14, בעמ' 448.

59 עניין יעקובי, לעיל ה"ש 7, בעמ' 606.

60 ראו יהושע ויסמן חוק המקרקעין תשכ"ט-1969 – מגמות והישגים 87 (1986).

61 ראו דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך א 456 (1991).

62 ראו ע"א 514/76 חשש נ' דמארי, פ"ד לא(2) 516, 505 (1977).

ולדעתה הענקת מחצית הדירה לאישה על ידי בית המשפט המחוזי הייתה רק מכוח הלכת השיתוף, אף שבית המשפט עצמו הצהיר אחרת. אמירות אלה של השופט דורנר מלמדות כי אין היא מקבלת את הגמשת הדין הכללי. אדרבה, היא נצמדת לדרישות הפורמליות של דיני הקניין ודיני המתנה, ומשאין האישה עומדת בדרישת הכתב, אי-אפשר להעניק לה זכויות מכוחם, ורק הלכת השיתוף יכולה לעמוד לטובתה.⁶³

4. השופט שטרסברג-כהן – תחולת הדין הכללי בין בני הזוג

פסק הדין הרביעי בעניין יעקובי הוא זה של השופט שטרסברג-כהן. לדעתה, ההסדר שבחוק הוא הסדר כולל שאי-אפשר להחליפו על ידי חזקת השיתוף או לשלבה בו. זהו הסדר שנבחר על ידי המחוקק לא תוך התעלמות מהלכת השיתוף, אלא על ברכיה ומכוח הקול הקורא שיצא מלפני בית המשפט. המחוקק נענה לקריאה, תוך אימוץ המלצות הוועדה בראשותו של השופט זוסמן.⁶⁴ לדעתה, יהיה זה נכון וראוי לראות גם את סיום הקשר הכלכלי בין בני זוג כמאורע המגבש את הזכות לאיזון משאבים. הליכה בדרך זו עדיפה בעיניה על המרת המשטר הרכושי שאותו בחר המחוקק במשטר רכושי שונה, שכן המרה כזו מובילה להנצחת החוק כאות מתה ולריקונו מכל תוכן ממשי.⁶⁵ בהבינה כי היא בדעת יחיד במתן פרשנות אזרחית למונח הדתי "גירושים", שלפיו יהיה אפשר לערוך את הסדר איזון המשאבים עם הפירוד בין בני הזוג, ולא דווקא רק עם הגירושים ההלכתיים, היא מציעה בדעת יחיד מתן פרשנות רחבה וגמישה לדין הכללי – בהקשר של קביעת הבעלות על רכושם של בני הזוג – באופן התואם את התא המשפחתי. כוונתה היא לפרשנות רחבה של דיני החוזים, דיני הקניין, דיני עשיית עושר, עקרון תום הלב ועוד. לפיכך היא מצטרפת לתוצאה שאליה הגיעו הנשיא שמגר, השופט טל והשופט דורנר, כל אחד מטעמיו, ובמסגרת הדין הכללי מכירה בזכותה של האישה במחצית דירת המגורים.

5. השופט מצא – דחיית התחולה הבו-זמנית ודחיית הדין הכללי

השופט מצא כתב את פסק הדין החמישי והאחרון בעניין יעקובי. הוא מצטרף לטענתם של השופט טל והשופט שטרסברג-כהן כי הלכת השיתוף והסדר איזון המשאבים אינם יכולים לדור בכפיפה אחת.⁶⁶ בכך נקבעה למעשה דעת הרוב בעניין אי-תחולה בו-זמנית

63 וכך כתבה השופטת דורנר בעניין יעקובי, לעיל ה"ש 7, בעמ' 608: "אך אם החוק סובל החלה של חזקת השיתוף כבסיס לקונסטרוקציה פרובלמטית מבחינת חוק המתנה וחוק המקרקעין, המתקשה אף להתיישב עם כוונת הצדדים, מה טעם יש שלא להחיל את החזקה לצד החוק בלי להזדקק לקונסטרוקציה כזו, ובאופן המתיישב היטב עם דיני המתנה, דיני המקרקעין וכוונת הצדדים גם יחד?"

64 שם, בעמ' 612.

65 שם, בעמ' 624.

66 שם, בעמ' 628.

ואי-החלתה של הלכת השיתוף על בני זוג שנישאו לאחר ינואר 1974. לדעתו, את ריקון החוק מתוכנו יש לפתור באמצעות חקיקה, והוא אינו מקבל אף אחת מהדרכים שהוצעו על ידי חבריו להרכב. השופט מצא גורס כי דינמיקה של חיי נישואים תקינים מצמיחה גם שיתוף ברכוש. עם זאת:

"לא כן הדבר באשר להוכחת זכותו של בן-זוג לשיתוף בנכס אחר שנרכש על-ידי בן-זוגו במהלך הנישואים (כגון נכס מקרקעין, או כלי-רכב, שעם רכישתם נרשמו בבעלות נפרדת של בן-זוגו... כאן יידרש בן הזוג התובע להביא ראיות אחרות – מן הסוג שהיה נדרש מתובע אחר – להוכחת זכותו לגופה, ועצם קיומם של חיים משותפים לא בהכרח יהווה ראיה לעניין זה."⁶⁷

כלומר, השופט מצא הוא הפורמליסט, השמרן, הנצמד למילותיו ולכוונותיו הפשוטות של המחוקק: הוא אינו מחיל את הלכת השיתוף ואף אינו מתכוון להגמיש את דיני הקניין. הוא מגיע למסקנה כי בעניינה של משפחת קנובלר אין האישה זכאית למחצית הדירה. אין הוא נדרש לטעמיה של השופטת דורנר בדבר אי-עריכתו של מסמך בכתב ובדבר אי-השלמתה ברישום של התחייבות ליתן מתנה במקרקעין. טעמו העיקרי הוא שהנתונים העובדתיים אינם מעידים על גמירות דעתו של הבעל ליתן מחצית מזכות הבעלות על הדירה במתנה לאשתו.⁶⁸

* * *

ניתוח ההלכה בעניין יעקובי מעלה בי כמה מחשבות, אשר חשובות להמלצותיי בהמשך. ראשית, הלכת שיתוף אינה חלה במקביל לחוק יחסי ממון. שלושה שופטים מבין החמישה קבעו כי אין תחולה בור-זמנית. המחוקק בחוק יחסי ממון ביקש ליצור הסדר רכושי אובליגטורי דחוי, ולא תיתכן תחולה של הסדר אחר אשר מיתר כמעט לחלוטין את ההסדר שקבע המחוקק. פרופ' שיפמן סובר כי שאלת התחולה הבור-זמנית נותרה פתוחה, וכי לכל הפחות אפשר לומר כי הן לדעת השופטת שטרסברג-כהן והן לדעת השופט טל מדובר בהלכת שיתוף כחושה יותר. לדעתו, יש להבחין בין חזקת שיתוף המיוחסת לצדדים כהשערה עובדתית לבין חזקת שיתוף המיוחסת להם כהשערה משפטית, וכאן אפשר לבחור את הראשונה.⁶⁹ כאמור, לטעמי, הדברים המפורשים שכתבו השופטים טל ושטרסברג-כהן בדבר דחיית התחולה הבור-זמנית אינם משתמעים לשני פנים. כך סברו גם מלומדים אחרים, ואני אוחד בדעתם. שנית, הגמשת הדין הכללי, דיני המתנה או דיני הקניין הייתה דעת יחיד של השופטת שטרסברג-כהן. שאר השופטים לא הצטרפו לעמדתה, והשופטת דורנר והשופט מצא אף

67 שם, בעמ' 635–636.

68 ראו מרדכי אלפרדו ראבילו **חוק המתנה, תשכ"ח-1968** 20–21, 78 (מהדורה א, 1979).

69 שיפמן "שיתוף נכסים", לעיל ה"ש 55, בעמ' 405.

אמרו זאת מפורשות. השופט טל קבע כי יש להחיל דיני קניין רגילים; הוא סבר אומנם כי אפשר לוותר על דרישת הכתב, אך היה זה מכוח דיני המקרקעין ומכוח דיני המתנה, ולא מכוח הגמשתם. אף כאשר התייחסה השופטת דורנר לדבריו, היא ציינה כי אין הוא מתכוון להגמשת דיני הקניין. כך עולה גם משורת הסיכום של פסק הדין, אשר לא צירפה את דעתו לדעתה של השופטת שטרסברג-כהן.

שלישית, החלת הלכת השיתוף בד בבד עם הסדר איזון המשאבים וכן הגמשת הדין הכללי עד כדי יצירת שיתוף בנכסים הן בגדר חקיקה שיפוטית המשקפת שאיפה לצדק חלוקתי ולהגינות, אולם אינן דבר שהמחוקק התכוון אליו.⁷⁰ חקיקה שיפוטית זו עלולה להוביל להיווצרות זכויות סמויות בנכסים משפחתיים, אשר יפגעו בצדדים שלישיים, ואשר אותן ביקש המחוקק למנוע באמצעות הסדר איזון המשאבים. חקיקה שיפוטית זו נולדה רק על רקע השיתוק של החוק כתוצאה מתלותו של הסדר איזון המשאבים במתן הגט. אילו היה אפשר להקדים את מועד איזון המשאבים, לא הייתה לחקיקה שיפוטית זו כל הצדקה. חקיקה שיפוטית זו מתייגרת גם במקרים שבהם בני הזוג התגרשו זה כבר ורק חלוקת הרכוש ניצבת בפניהם. עם המטען הזה אבקש לבחון כיצד עיצבה הלכת יעקובי את המשטר הרכושי בין בני זוג בישראל.

פרק ג: הפסיקה בעקבות הלכת יעקובי

1. עניין אבו רומי – נכס חיצוני: דעת יחיד שנהפכה לאוביטר שנהפך להלכה מחייבת!

בני הזוג אבו רומי, בני העדה המוסלמית, נישאו בשנת 1982 והתגרשו בשנת 1997.⁷¹ לבני הזוג שבעה ילדים קטינים, הנמצאים בחזקתה של האישה ומתגוררים עימה בדירה שבה התגוררו בני הזוג וילדיהם בכל שנות הנישואים. המקרקעין שעליהם נבנתה הדירה היו רשומים על שם הבעל בלבד, מכוח ירושת אביו, והדירה נבנתה במימון אמו ואחותו. לימים העביר הבעל לאמו במתנה את הזכויות במקרקעין. האישה ביקשה הצהרה על זכותה במחצית הזכויות בדירת המגורים. בית המשפט המחוזי קבע כי על בני הזוג חלים חוק יחסי ממון, ומכוחו – הסדר איזון המשאבים. על פי הסדר זה, נכס חיצוני אינו נכלל בשיתוף. האישה הגישה ערעור על החלטה זו לבית המשפט העליון.

איתרע מזלה של גב' אבו רומי והערעור הגיע לידי של הרכב בראשות השופטת שטרסברג-כהן. לדעת השופטת שטרסברג-כהן, דעת הרוב בעניין יעקובי קבעה כי חזקת השיתוף והסדר איזון המשאבים אינם יכולים לדור זה לצד זה. עם זאת, נמצא פתח

70 ראו הצעת חוק יחסי ממון בין בני-זוג ואת דברי ההסבר בה.

71 עניין אבו רומי, לעיל ה"ש 8.

להכיר בזכויותיו של בן זוג בנכסים הרשומים על שם בן הזוג האחר. היא מציינת כי השופט טל סבר שיש להחיל דיני קניין רגילים אך עמדתה הייתה אחרת, ולפיה:

"יש לקבוע את הבעלות לאשורה לפי הדין הכללי, שיפורש בגמישות ובהתאמה למסגרת השיתוף שבה חיים השניים שהרכוש נצבר על-ידיהם. כאן מתקרב הדין הכללי לחזקת השיתוף לפחות ככל שהייתה בתחילת דרכה. על-מנת לקבוע את זכויות כל אחד מבני הזוג ברכוש במהלך חיי הנישואין, ניתן לפנות לדיני החוזים, לדיני הקניין... לעקרון תום הלב ולכל אותם כלים הנתונים בידינו, כדי לקבוע בעלות אמיתית ולא פורמאלית ברכוש. כל זה ייעשה תוך התייחסות למערכת היחסים המיוחדת של השותפות הנובעת מחיי הנישואין, כשם שבמישורי משפט אחרים מגמשת את עצמה הפרשנות המשפטית לסיטואציות המיוחדות שבהן מיושם הדין הרלוואנטי."⁷²

השופטת שטרסברג-כהן ממשיכה וקובעת כי סעיף 5(א)(1) לחוק, הקובע כי נכסים שהיו לבני הזוג ערב הנישואים אינם נכללים במסת הנכסים שאיזון המשאבים חל עליה, מלמד לכאורה כי אי-אפשר להכיר בזכויות של בן זוג בדירת מגורים הרשומה רק על שם בן הזוג האחר ואשר הייתה בבעלותו קודם לנישואים. כך אכן סברו בית המשפט לענייני משפחה ובית המשפט המחוזי בעניינה של משפחת אבו רומי. אך השופטת שטרסברג-כהן חולקת על כך, וגורסת כי מסעיף 4 לחוק נגזר כי הדין החל על בני הזוג במהלך חיי הנישואים באשר לזכויותיהם ברכוש הוא הדין הכללי. מכאן, אין מניעה שבן זוג יטען מכוח דין כללי כלשהו כי בידי זכויות בדירת מגורים הרשומה על שם בן הזוג האחר.⁷³ דירת המגורים היא נכס משפחתי מובהק, לעיתים הנכס המשמעותי ביותר של בני הזוג ולעיתים אף היחיד. מטעם זה, לשיטתה, יש להקל על בן הזוג הטוען לבעלות משותפת בדירת המגורים. עם זאת, אין די בעצם קיומם של חיי נישואים משותפים להצדיק קביעת שיתוף בדירת מגורים מכוח דין כללי, שאם נאמר כן, נימצא מחילים על בני זוג את חזקת השיתוף.⁷⁴ לדעתה, שאלות אלה לא הועלו בעניין אבו רומי, וממילא לא נדונו, ולכן נשללת זכותה של האישה. שני השופטים הנוספים הסכימו איתה לחלוטין.

את הלכת אבו רומי – המשמשת יסוד לעשרות פסיקות מאוחרות בעתירות שביקשו להכליל בשיתוף נכס פרטי של אחד מבני הזוג – אבקך משלושה היבטים. ראשית, השופטת שטרסברג-כהן מתייחסת לדעתה בעניין יעקובי כאילו היא התקבלה שם להלכה, ולא היא. הגמשת הדין הכללי הייתה שם דעת יחיד שלה, והשופטים האחרים לא הסכימו עימה: השופט טל סבר כי יש להחיל דיני קניין רגילים; הנשיא שמגר

72 שם, בעמ' 181 (ההדגשה במקור) (ציטוט מתוך דבריה של השופטת שטרסברג-כהן בעניין יעקובי, לעיל ה"ש 7, בעמ' 621). כן ראו ציטטה זו, למשל, בתמ"ש (משפחה י-ם) 11560/04 נ' ב' נ' מ' ב', פס' 18 לפסק הדין (פורסם בנבו, 8.8.2006).

73 עניין אבו רומי, לעיל ה"ש 8, בעמ' 182.

74 שם, בעמ' 183.

והשופט דורנר סברו כי יש להחיל את הלכת השיתוף, על כלליה הייחודיים; והשופט מצא חלק על כולם. כלומר, דעתה של השופטת שטרסברג-כהן הייתה דעת יחיד, ורק בהצטרף לדעותיהם של הנשיא שמגר והשופטת דורנר בעניין **יעקובי** נפסקה למעשה הלכה כמו שלושתן. כשם שלא נקבעה הלכה מחייבת בדבר תחולה בו-זמנית לפי דעותיהם של שני שופטים מתוך החמישה (שמגר ודורנר), כך לא נקבעה הלכה מחייבת בדבר הגמשת דיני הקניין לפי דעתה של שופטת אחת מתוך החמישה (שטרסברג-כהן). **שנית**, גם אם ירצה מאן דהוא לומר כי השופטת שטרסברג-כהן מבקשת למסד הלכה חדשה ולהפוך את דעת היחיד שלה בעניין **יעקובי** לדעת רוב בעניין **אבו רומי** – ואכן בעניין **אבו רומי** הצטרפו אליה לכאורה שני השופטים האחרים בהרכב – אשיב כי אין לכך יסוד, שהרי כל הפיתוח המשפטי בעניין **אבו רומי** הוא בגדר אוביטר בלבד. טענות בדבר שיתוף מכוח דין כללי לא נטענו כלל, וממילא לא נדונו. יקשה לומר כי השופטת שטרסברג-כהן מחדשת הלכה בעניין שלא נדון כלל.⁷⁵ עניין זה לא הפריע להלכות המאוחרות להתבסס על עניין **אבו רומי** כתקדים לפסיקתם בדבר שיתוף רכוש חיצוני. **שלישית**, השופטת שטרסברג-כהן מזהירה לא לקרב את הדוקטרינה של הגמשת הדין הכללי להלכת השיתוף, כי קרובות הן. אכן, ההבחנה ביניהן דקה מן הדקה. השופטת שטרסברג-כהן הצליחה לעמוד בה, וקבעה כי אין האישה זוכה בנכס החיצוני מכוח דין כללי, אף שייתכן שהיא הייתה זוכה בו מכוח הלכת השיתוף. ספק עד כמה אפשר וראוי להציב הבחנה כה דקה כתקדים מחייב, ואכן נראה בהמשך כי בתי המשפט הלכו בה לאיבוד, וחקיקה שיפוטית זו הובילה לחוסר ודאות.⁷⁶

2. עניין בר-אל – נכס משותף הרשום על שם שני בני הזוג

הלכת **בר-אל** ניתנה מבחינה כרונולוגית לפני הלכת **אבו רומי**, אך תפסה מקום חשוב פחות בפיתוח ההלכתי בענייננו, הואיל והיה אפשר להכריע בה לפי דיני הקניין הרגילים. בני הזוג **בר-אל** נישאו ביום 12.9.1974. האישה הגיש תביעה לפירוק השיתוף בדירת המגורים של בני הזוג. הדירה הייתה רשומה על שם שני בני הזוג בחלקים שווים. בית המשפט לענייני משפחה קבע כי אין מניעה להורות על פירוק השיתוף בדירת המגורים של בני הזוג, אולם הורה, על פי מצוות סעיף 40 לחוק המקרקעין, על עיכוב הפירוק עד להבטחת מדורם של האישה וילדי בני הזוג הקטינים.⁷⁷

75 ראו גם את דיונו של ליפשיץ "החלת השיתוף הספציפי", לעיל ה"ש 18, בעמ' 5: "על פי לוגיקה זו, כך סברה [השופטת שטרסברג-כהן], יש להניח שבאופן עקרוני אדם עשוי להסכים לשותף את בן זוגו בנכס הרשום על שמו... אף לאחר שבני הזוג כבר התגרשו." כלומר, הדיון הוא באופן עקרוני בלבד, אך אין חולק כי לא זה המקרה שעמד לפני השופטת שטרסברג-כהן.

76 ראו גם קפלן, לעיל ה"ש 39, המראה עד כמה הפסיקה דיני המשפחה הולכת ומעמיקה את החקיקה השיפוטית ומובילה לאי-ודאות. בסוף מאמרו התייחס קפלן גם לחקיקה שיפוטית בתחום יחסי הרכוש, אך לא הביא דוגמה זו.

77 תמ"ש (משפחה ת"א) 74413/99 **בר-אל נ' בר-אל** (לא פורסם, 27.3.2001).

הנשיא ברוך דוחה בקשת רשות ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי, אשר דחתה בקשת רשות ערעור על החלטת בית המשפט לענייני משפחה, בקובעו כי ניתן להורות על פירוק השיתוף ללא קשר לאיזון המשאבים בין הצדדים.⁷⁸ הוא ממשיך וקובע:

"אנו עוסקים בבני-זוג הרשומים כבעלים שווים בדירת המגורים, ואין מתעוררת **בעניין זה** שאלה הקשורה לזכויות מי מבני-הזוג בדירת המגורים מכוח חזקת השיתוף, והיחס בין זכויות אלה להסדר איזון המשאבים..."⁷⁹

רישום הנכס על שם שני בני הזוג מלמד בדרך כלל על שיתוף ועל כך שהנכס שייך לשני בני הזוג מבחינה קניינית, ואכן במקרה זה אין צורך להיכנס לשאלת התחולה הבור-זמנית או להגמשת דיני הקניין. כלומר, הלכת ברא"ל אינה נדרשת למעשה ליצור קונסטרוקציה משפטית כדי להחיל שיתוף בנכס שאינו אמור להיות משותף לפי דיני הקניין הרגילים. עם זאת, רישום משותף של הנכס אינו חזות הכל,⁸⁰ וייתכנו מקרים שבהם אחד מבני הזוג יבקש לטעון כי הנכס שייך רק לו וכי הוא נרשם כמשותף לצרכים אחרים, כגון משכנתה או מיסוי.⁸¹ מובן שהנטל של הוכחת טענה כזו יהיה על המבקש לסתור את הרישום הברור. מכל מקום, לא הייתי מתעכב על הלכה זו אילולא בחר בית המשפט בעניין **ששון**, כפי שיתואר מיד, להפנות אליה כבסיס לפסיקתו.

3. עניין ששון – נכס חיצוני הרשום על שם שני בני הזוג

בני הזוג ששון נישאו בשנת 1990 בהולנד בנישואים אזרחיים.⁸² ימים ספורים לפני עריכת טקס הנישואים האזרחיים חתמו בני הזוג על הסכם רכושי בהולנד. זמן קצר לאחר נישואיהם הגיעו בני הזוג לישראל ונישאו בה כדת משה וישראל. כשנתיים לאחר מכן חתמו בני הזוג על הסכם לרכישת בית. הבית נרשם על שם שניהם. כעבור שנים, לאחר שעלו נישואי הזוג על שרטון, ביקש האיש לקבוע כי הבית הוא בבעלותו הבלעדית, מכיוון שהוא מימן אותו מכספיו הפרטיים. הדיון שנערך בבית המשפט לענייני משפחה מלמד שוב כי הרישום אינו חזות הכל, וכי גם מועד הרישום אינו חזות הכל, שכן ייתכן, כפי שאכן נטען במקרה זה, כי הנכס מומן מכסף חיצוני. בית המשפט לענייני משפחה קבע כי מלשון ההסכם שנערך בין בני הזוג בהולנד עולה כי כוונתם אכן הייתה לשלול שיתוף ברכוש שנרכש על ידי כל אחד מהם לפני הנישואים. עם זאת, אין בהסכם האמור

78 רע"א 4358/01 ברא"ל נ' ברא"ל, פ"ד נה(5) 856 (2001).

79 שם, בעמ' 860 (ההדגשה הוספה).

80 ראו, לדוגמה, ס' 9 לחוק יחסי ממון.

81 לעניין זה ראו בג"ץ 10605/02 גמליאל נ' בית-הדין הרבני הגדול, פ"ד נח(2) 529 (2003), שבו נרשם הנכס על שם שני בני הזוג לצורכי משכנתה, אך נערך הסכם ממון שקבע כי במקרה של סכסוך יעברו כל הזכויות לידיו של הבעל. בעניין העקיבה אחר מקורות המימון של הנכס ראו רע"א 964/92 אורון נ' אורון, פ"ד מז(3) 758 (1993).

82 ע"א 7687/04 ששון נ' ששון, פ"ד נט(5) 596 (2005).

כדי לשלול את יכולתם של בני הזוג להוציא נכס מסוים מגדרו של הסדר ההפרדה הרכושית ולהסכים ביניהם על יצירת שיתוף באותו נכס.⁸³ עלויות הבנייה של הבית אומנם מומנו במלואן על ידי האיש לפני הנישואים,⁸⁴ אולם חתימתם של שני בני הזוג כקונים על הסכם הרכישה ורישום הזכויות בנכס על שם שני הצדדים בחלקים שווים, לאחר שהתגוררו בו במהלך חייהם המשותפים, מלמדים על יצירת שיתוף בנכס. בית המשפט מציין כי אף אם נקבל את גרסת האיש, שלפיה צירף את האישה כצד להסכם הרכישה רק לשם נטילת משכנתה מהבנק, אין בכך כדי לסתור את השיתוף שנוצר בנכס. יודגש כי השיתוף נוצר לא רק כתוצאה מהרישום המשותף, ולא רק כתוצאה מהעובדה שהנכס נרכש לאחר הנישואים, אלא הוא פרי שילוב של כמה עובדות, ביניהן החיים המשותפים של בני הזוג באותה דירת מגורים.

הואיל ומדובר בבני זוג שחל עליהם חוק יחסי ממון, המוציא נכסים חיצוניים מהשיתוף, בית המשפט העליון רואה לנכון להמשיך ולקבוע:

"תחולתו של הסדר איזון משאבים לפי פרק שני לחוק יחסי ממון אף בה אין כדי למנוע יצירת שיתוף בנכס הנדון. בהתאם לגישת הרוב בע"א 1915/91 **יעקובי נ' יעקובי**, אין בהוראותיו של סעיף 5 לחוק יחסי ממון כדי למנוע יצירת שיתוף בנכס ספציפי לפי הדין הכללי החל על העניין, לרבות בנכס שנרכש על-ידי אחד מבני-הזוג טרם הנישואין (ראו גם... **אבו רומי**...; **בר-אל**...). כאמור, בנסיבות העניין שבפנינו שוכנענו כי הוכח שיתוף זכויות בין הצדדים בבית באילת..."⁸⁵

ציטטה זו מלמדת כי כדי לבסס שיתוף בין בני הזוג בדירת המגורים שהיא נכס חיצוני של האיש, בית המשפט מסתמך על הדין הכללי, ולא על הלכת השיתוף. בית המשפט מפנה ל"גישת הרוב" בעניין **יעקובי**, אף שזו לא קבעה כי הגמשת הדין הכללי היא ההלכה המחייבת. הייתה זו דעת יחיד של השופטת שטרסברג-כהן, שנהפכה לאמרת אגב בעניין **אבו רומי**. גם עניין **בר-אל** לא באמת משרת את עניין **ששון**, באשר בראשון דובר בנכס משותף (שגם נרשם ככזה). בית המשפט הכניס את דירת המגורים החיצונית לשיתוף הרכושי בניגוד לכוונתו המפורשת של המחוקק, שביקש להותירה מחוץ להסדר איזון המשאבים. מעבר לכך, אני מספק עד כמה נדרשה בכלל ההפניה לעניין **יעקובי** ולעניין **אבו רומי**, שכן במקרה דנן הנכס היה שייך לבת הזוג לפי הרישום, כלומר, לפי דיני הקניין הרגילים. אומנם אין בכך די, ויש להתמודד עדיין עם הטענה כי

83 שם, בעמ' 613.

84 שם, בעמ' 600. התברר כי הסכם הרכישה של הבית באילת היה פיקטיבי. האיש החל לפעול לרכישת הבית באילת כבר בשנת 1985 באמצעות אשת קש, שממנה ביקש האיש שתירשם למכרו לרכישת מגרש באילת, מכיוון שהוא עצמו לא שהה אז בארץ. הנכס נרשם על שמה, אולם הלכה למעשה האיש הוא שמימן את מלוא העלויות של רכישת המגרש ובניית הבית עליו. בשנת 1992 הוא ערך את הסכם הרכישה הפיקטיבי על מנת להעביר את הזכויות בבית באילת מאשת הקש לידיו.

85 שם, בעמ' 614-615.

הרישום נעשה לצרכים אחרים, אך ברור שכוחו של בן הזוג המבקש להחיל שיתוף במקרה כזה חזק יותר מאשר במקרים שבהם הנכס שבמחלוקת אינו רשום על שמו כלל. כפי שנראה מייד, הלכות אחרות הסתמכו על עניין **ששון** בבוואן להעניק נכס חיצוני לבן הזוג שאינו רשום, אך כאמור ההלכה בעניין **ששון** אינה יכולה באמת לסייע להם בכך.

4. עניין פלוני – נכס חיצוני הרשום על שם בעלי

כעבור כשנה וחצי מהלכת **ששון** התקבלה הלכה נוספת בהקשרנו.⁸⁶ בני הזוג נישאו בשנת 1981, וגרו בדירה שהייתה רשומה על שם האיש בלבד, ואשר הייתה בבעלותו עוד לפני הנישואים. לאחר כתשע־עשרה שנים עזב האיש את הדירה, ובני הזוג התגרשו. האישה פנתה לבית המשפט לענייני משפחה וביקשה סעד הצהרתי שלפיו מחצית הדירה תירשם על שמה. בית המשפט קבע כי למרות חוק יחסי ממון, האישה רשאית באופן עקרוני לטעון לשיתוף בדירה מכוח דיני החוזים הכלליים ומכוח הסכם מכללא שנוצר בין הצדדים. אולם בית המשפט המשיך וקבע כי לאחר תום השנתיים הראשונות לנישואים היו אלה "ריקים מתוכן", וכי בין הצדדים לא היה שיתוף כמקובל בחיי נישואים. על כן דחה בית המשפט את התביעה לשיתוף.

האישה ערערה לבית המשפט המחוזי. זה קבע כי בנסיבות המקרה היה שיתוף בין בני הזוג וציפייה לשיתוף בנכסים. את מסקנתו זו ביסס בית המשפט המחוזי על כך שבני הזוג לא היו מסוכסכים ושאת תביעת שלום הבית והגירושים הגיש האיש רק לאחר תשע־עשרה שנים. כן הסתמך בית המשפט על כך שהאישה העבירה חלק ממשכורתה מידי חודש לאיש. בית המשפט המשיך וקבע שכאשר בן זוג מביא עימו לנישואים דירה שבני הזוג מתגוררים בה, בשעה שאין לבן הזוג האחר דירה אחרת, הוא יוצר מצג כלפי בן זוגו כי הדירה היא רכושם המשותף, אלא אם כן הביע את רצונו לשמור את הדירה לעצמו עם פקיעת הנישואים. לכן קיבל בית המשפט המחוזי את הערעור והורה על חלוקת הדירה וכספי הצדדים שווה בשווה בין הצדדים.

בית המשפט העליון דחה את בקשת רשות הערעור של האיש, בקובעו:

"בע"א 1915/91 **יעקובי**... נדחתה ברוב דעות אפשרות החלתה של חזקת השיתוף במקביל להסדר איזון המשאבים הקבוע בחוק יחסי ממון. עם זאת, בפסק הדין וכן בפסקי דין מאוחרים הובעה הגישה כי הדין הכללי מוסיף לחול בזמן הנישואין, ומכוחו ניתן להוכיח שיתוף אף בנכסים שהיו בבעלותו של אחד הצדדים ערב הנישואין (עניין **יעקובי**... **אבו רומי**... **ששון**...). על כן... המקרה דגן אינו מעלה שאלה שטרם הוכרעה."⁸⁷

86 בע"מ 4951/06 **פלוני נ' פלונית** (פורסם בבנו, 14.6.2006).

87 שם, פס' 6 לפסק הדין.

יש כאן אמירה ברורה, אשר שבה וחוזרת, והיא שהלכת השיתוף אינה חלה במקביל לחוק יחסי ממון. אך שוב לא ברורה ההסתמכות על הלכת **יעקובי**, בהינתן שהגמשת דיני הקניין הייתה בה דעת יחיד, ותחולת הדין הכללי ללא הגמשתו הייתה דעת מיעוט, שאף לא הצטרפה לתוצאה האופרטיבית של פסק הדין. באותו אופן לא ברורה ההסתמכות על הלכת **אבו רומי**, אשר הסתמכה על הלכת **יעקובי** ונאמרה כאמרת אגב. לפיכך גם לא ברורה ההסתמכות על ההלכה בעניין **ששון**, אשר הסתמכה למעשה על פסקי הדין בעניין **יעקובי** ובעניין **אבו רומי**, מה גם שעניין **ששון** עסק בנכס שהיה שייך מבחינה קניינית לשני הצדדים – דבר שמקנה בוודאי כוח נוסף למבקש לטעון לשיתוף, ואולי אף מעביר את הנטל לבן הזוג המבקש לשלול את השיתוף הנובע מהירושם – ולא זה המקרה דנן. כמו כן יש לתת את הדעת לכך שבמקרה זה מדובר בבני זוג שכבר התגרשו, ולפיכך, לפי דברי השופט שטרסברג-כהן בעניין **יעקובי**, אין הם נזקקים כלל לקונסטרוקציות שיבואו להשלים את חוק יחסי ממון. קשה להתעלם מאמרת אגב זו של השופט שטרסברג-כהן וברבד לאמץ את אמרת האגב בדבר הגמשת הדין הכללי. לכאורה היה מקום לקיים את חוק יחסי ממון כלשונו, ובכלל זה את סעיף 5(א)(1) לחוק, המבקש להותיר נכס חיצוני מחוץ לשיתוף. אך בית המשפט מכניס שוב לשיתוף הרכושי את דירת המגורים החיצונית, בניגוד לכוונתו המפורשת של המחוקק להותיר אותה – כמו גם את שאר הנכסים החיצוניים – מחוץ להסדר איזון המשאבים.

גם אם נניח שאכן התקבלה בעבר הלכה בדבר הגמשת הדין הכללי, עיון בנימוקי של בית המשפט המחוזי יוצר את הרושם של שימוש בהלכת השיתוף, ולא בדין הכללי. בית המשפט המחוזי לא קבע כי האיש התכוון לשותף את אשתו או הבטיח לה כי מחצית הדירה שלה; כל שקבע הוא זה: "אמור מעתה, בן זוג שהביא עימו לנישואין דירה, בה בני הזוג מתגוררים, שעה שאין לבן הזוג השני דירה אחרת, יוצר מצג כלפי בן זוגו כי... זו תהא רכוש משותף, וזאת משלא נתן סימנים כי בדעתו לשמור על רכושו זה בפקיעת הנישואין."⁸⁸ חיים משותפים כיוצרי מצג הם יסודות של הלכת השיתוף, ולא של דין כללי ספציפי.⁸⁹ נוסף על כך, במתנה מכוח דין כללי הנטל להוכחת השיתוף הוא על המבקש לשותף. כאן, לעומת זאת, הונח הנטל על המבקש למנוע שיתוף, וגם זה יסוד של הלכת השיתוף. לא על בסיס יסודות אלה ניתנה הדירה לגב' קנובלר בעניין **יעקובי**.⁹⁰

88 ע"מ (מחוזי י-ם) 818/05 **פלונת נ' פלוני**, פס' 7 לפסק הדין (פורסם בנבו, 7.5.2006).

89 אכן, יש בתי משפט שדרשו מצגים של ממש לצורך יישומה של הלכת **יעקובי**. ראו, למשל, תמ"ש (משפחה ראשל"צ) 52666-11-10 **א.ל. נ' א.ל.**, עמ' 17 (פורסם בנבו, 23.6.2013): "התובעת אף לא הוכיחה כי הנתבע אכן הבטיח לה במהלך הנישואין כי יקנה לה זכויות בדירה או שהציג כלפיה מצגים כלשהם שהביאו להסתמכות מצידה הראויה להגנה או שיצר אצלה ציפייה לשתפה בזכויות בדירה. כאמור לעיל, התובעת אף לא הוכיחה כי השקיעה כספים ברכישת הדירה או בשיפוצה."

90 אכן, מצאתי כי לאחר מכן הסתייג גם בית המשפט העליון מהלכת מחוזי זו, הגם שהיא גובתה למעשה בפסיקת עליון. כך כתב השופט דנציגר בבע"מ 1398/11 **אלמונית נ' אלמוני**, פס' 18 לפסק הדין (פורסם בנבו, 26.12.2012): "נראה שמדובר בפסק דין שמרחיב יתור על המידה את ההלכה שנקבעה בעניין **יעקובי** ובעניין **אבו רומי**, במידה שמשטטשת את הגבול שבין חזקת השיתוף לבין הסדר איזון המשאבים הקבוע בחוק יחסי ממון."

קביעות אלה נאמרו אומנם על ידי בית המשפט המחוזי, וככאלה יש להן כוח של הלכה מנחה בלבד, אך אישורו בעקיפין של בית המשפט העליון מקנה להן כוח נוסף. לטעמי, גם בבע"ם 10734/06 פלוני, שנפסק כעבור כתשעה חודשים, ניתן לראות כי בית המשפט טוען אומנם לדין כללי אך בפועל מפעיל את הלכת השיתוף.⁹¹ בעניין זה דובר בבני זוג שנישאו בשנת 1978, ובית המשפט המחוזי קבע כי הדירה הרשומה על שם הבעל דינה להיות מחצית בזכות האישה. בדחות את הערעור, בית המשפט העליון מביא את נימוקיו העיקריים של בית המשפט המחוזי, שלפיהם "הזוג התגורר בדירה במשך שנים רבות, והם גידלו שם שני ילדים, האישה עבדה ועזרה לפרנסת הבית והמשפחה השקיעה גם מכספה והונה בשיפוץ הדירה... הנסיבות מעידות... על כוונה של שיתוף ואיוון המשאבים גם בה".⁹² בית המשפט העליון מוסיף עוד כי טענת המבקש שהוא לא התכוון ליצור שיתוף בדירה לא הוכחה, שכן במשך עשרים ושתיים שנה הוא לא נתן לה כל ביטוי מהותי.

בית המשפט העליון גורס כי בשורה ארוכה של פסקי דין נקבע שניתן ליצור שיתוף ספציפי במקביל למשטר הרכושי הקבוע בחוק יחסי ממון. הוא מפנה לציטטה מעניין ששון,⁹³ שלפיה בהתאם לגישת הרוב בעניין יעקובי אין בהוראותיו של סעיף 5 לחוק יחסי ממון כדי למנוע יצירת שיתוף בנכס ספציפי לפי הדין הכללי, לרבות בנכס שנרכש על ידי אחד מבני הזוג לפני הנישואים. הוא מוסיף כי השאלה המשפטית הרחבה והמעניינת של התחולה הבורזמנית אינה מתעוררת במקרה דנא, אשר תחום לנכס הספציפי.

למקרא הנימוקים שצוטטו על ידי בית המשפט העליון נראה כי בית המשפט המחוזי שיתף את הנכס החיצוני מכוח הלכת השיתוף, ולא מכוח הדין הכללי. נימוקיו הם נימוקים כלליים, ומסתמכים על הנחה של בית המשפט כי לאחר שנים רבות יש כנראה כוונת שיתוף. הנחות בדבר שיתוף מכוח חיים משותפים הן יסודותיה של הלכת השיתוף. אילו נהגה כמוהו השופט שטרסברג-כהן בעניין אבו רומי, הייתה גם היא מעניקה מחצית מהנכס לאישה לאחר חמש-עשרה שנות נישואים והולדת שבעה ילדים. היא לא עשתה כן כי הלכת הדין הכללי לא אפשרו לה לעשות כן. כמו כן, בית המשפט העליון מציין כי הנטל הוא על האישה, המבקש לשלול את השיתוף, ולא על האישה, המבקשת לשותף. גם זה סממן בולט של הלכת השיתוף. כנגד זה אפשר לטעון כי מקרה זה שונה מהמקרים שנדונו לעיל, מכיוון שהאישה עבדה ועזרה בפרנסת המשפחה, ואף השקיעה מכספה ומהונה בשיפוץ הבית, וייתכן שיש בכך אותו "דבר מה נוסף" הנדרש לפסיקה לשם השיתוף. על כך אשיב כי הטיעון שהאישה עבדה ועזרה בפרנסת המשפחה אינו משנה, כי כל שיתוף מתבסס על חלוקה כזו בין בני זוג. הטיעון ביחס להשקעה הוא אכן משמעותי, אך לא כל השקעה ושיפוץ מובילים לשיתוף בנכס חיצוני, ולא אחת הורה בית

91 בע"ם 10734/06 פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו, 14.3.2007) (להלן: בע"ם 10734/06 פלוני).

92 שם, פס' ג לפסק הדין.

93 עניין ששון, לעיל ה"ש 82, בעמ' 615 (ראו לעיל ליד ה"ש 85).

המשפט על החזרת שווי השיפוץ מבלי לשתף את הנכס עצמו.⁹⁴ כלומר, העיקר אינו השיפוץ, כי אם הרצון לשתף. יתר על כן, גם אילו התבסס השיתוף על השיפוץ וההשקעה בלבד, עדיין הנטל היה צריך להיות מונח על המבקש לשתף, ולא על המבקש לשלול את השיתוף.

אם כן, בית המשפט מכניס שוב את דירת המגורים החיצונית לשיתוף הרכושי, בניגוד לכוונתו המפורשת של המחוקק להותירה מחוץ להסדר איזון המשאבים. מתקבלת נורמה שלפיה נכס חיצוני הרשום על שם אחד מבני הזוג נהפך לאחר שנים רבות של חיים משותפים לנכס משותף, וזאת בניגוד למילותיו המפורשות של חוק יחסי ממון, לא ממש על פי הדין הכללי, וגם לא ממש על פי תקדימים של בית המשפט העליון.⁹⁵ אם ננתח את חמשת פסקי הדין האחרונים, נראה התפתחות מעניינת והדרגתית: מדעת יחיד בעניין **יעקובי ביחס להגמשת הדין הכללי לטובת שיתוף נכס חיצוני** אל דעת רוב באוביטר בעניין **אבו רומי לטובת שיתוף נכס חיצוני**; משם להלכת **בר-אל** בדבר שיתוף נכס משותף הרשום ממילא על שם שני בני הזוג; משם להלכת **ששון** בדבר שיתוף נכס חיצוני הרשום על שם שני בני הזוג; ומשם ליחידוש מרחיק הלכת בשתי הלכות **פלוני** האחרונות – אשר ניתנו על ידי בית המשפט המחוזי ואושררו בעליון – שלפיהן נכס חיצוני הרשום רק על שם בן זוג אחד נהפך לשייך לשני בני הזוג (ובאחת הפרשות אף ללא כל השקעה הונית בנכס מצד בן הזוג שאינו רשום). דא עקא, הלכות **יעקובי**, **אבו רומי**, **בר-אל** ו**ששון** אינן יכולות לבסס את הלכות **פלוני** אלה – הראשונות מחמת היותן דעות יחיד ואוביטר, והאחרונות משום שהן עוסקות בנכס השייך מבחינה קניינית לשני הצדדים. לא זו אף זו, הלכות **פלוני** טוענות לדין כללי, אך נימוקיהן נטועים עמוק ביסודותיה של הלכת השיתוף. הגבול הדק בין השימוש בדין הכללי לשימוש בהלכת השיתוף טושטש לחלוטין, והחשש שהביעה השופטת שטרסברג-כהן מפני חזרתה של הלכת השיתוף הולך ומתממש.

בחמש ההלכות הללו התנהלה המערכה המשפטית בין בני הזוג. ברם, עד מהרה היא גלשה אל מעבר לכך. בשני העניינים הבאים, שניתנו לאחר תיקון מס' 4, נראה עליית מדרגה בדמות התנהלות המערכה בין בת הזוג שאינה רשומה לבין נושי בן הזוג.

5. עניין שמחוני – נכס חיצוני הרשום על שם בעליו

בני הזוג שמחוני נישאו בשנת 1980, וגרו יחדיו בדירת המגורים שלהם במשך עשרים ושש שנה.⁹⁶ הדירה הייתה רשומה על שם האיש בלבד. בשנת 2000 ביקש האיש מהבנק

94 ראו, למשל, עניין **לידאי**, לעיל ה"ש 24.

95 ליפשיץ "החלת השיתוף הספציפי", לעיל ה"ש 18, בעמ' 3, כותב כי הדור השלישי של הלכת השיתוף (מודל הקהילה המשפחתית) הלך כברת דרך והחל לשתף גם נכסים חיצוניים, אך גם הוא התכוון בנייתו להלכת השיתוף, החלה על בני זוג שנישאו לפני 1974, ולא על בני זוג שנישאו לאחר 1974 ואשר חל עליהם ההסדר של חוק יחסי ממון.

96 ע"א 11120/07 **שמחוני נ' בנק הפועלים בע"מ** (פורסם בבנו, 28.12.2009).

מימון לפרויקט, והציע למשכן את הדירה כבטוחה להלוואה זו. הבנק התנה את מתן המימון בהסכמת האישה. האישה הפנתה מכתב לבנק ובו נכתב כי היא מוותרת כלפיו על כל זכות במקרקעין שיש לה, אם יש לה. האישה שבפד את הדירה לטובת הבנק. כעבור זמן עתרה האישה לצו הצהרתי שלפיו היא הבעלים של מחצית מזכויות בן זוגה בדירת המגורים.

השופט רובינשטיין כותב כי בשורה של פסקי דין נקבע שניתן ליצור שיתוף ספציפי מכוח הדין הכללי, במקביל למשטר הרכושי הקבוע בחוק יחסי ממון.⁹⁷ הוא ממשיך ומציין כי האישה השקיעה כספים בדירה, ולכן ניתן להניח כי הייתה כוונת שיתוף ספציפי בבית המגורים. במקביל הוא קובע מפורשות כי אין מדובר בחזקת שיתוף, ולפיכך אין מקום לשיתוף בחובות, להבדיל מקביעתו של בית משפט קמא.⁹⁸ השופט רובינשטיין מיישר קו עם כל הפסיקות הקודמות – החל בעניין **יעקובי**, המשך בעניין **אבו רומי** ובעניין **ששון**, וכלה בעניין **פלוגי** – אלא שכולן עסקו במערכה בין בן הזוג הרשום לבן הזוג שאינו רשום, ואילו כאן מדובר במערכה בין בן הזוג שאינו רשום לבין נושיו של בן הזוג הרשום. הפסיקה הולכת אפוא צעד נוסף קדימה.

בית המשפט מתבקש להכריע ידה של מי גוברת: זו של ה"עסקה" שבה הקנה מר שמחוני לאשתו מחצית מזכויותיו בדירה, קרי ידה של תחולת השיתוף הספציפי, או זו של העסקה שבה הוא שעבד את כל הזכויות הרשומות על שמו לטובת הבנק. השופט רובינשטיין קובע כי זכותה של האישה, הקודמת בזמן, גוברת, אלא אם כן נרשמה עסקת המשכנתה לטובת הבנק בעודו תם לב.⁹⁹ בהקשר של הלכת השיתוף נקבע בעבר כי תום הלב של צד שלישי נשלל אם הוא ידע או עצם את עיניו מלראות כי הנכס הוא נכס מגורים אשר חלה עליו הלכת השיתוף,¹⁰⁰ על אחת כמה וכמה כאשר מדובר בבנק, שעליו מוטלת חובה אקטיבית לבדוק את מצב החזקה בנכס,¹⁰¹ אולם השופט רובינשטיין מוסיף וקובע כי כאשר מדובר בזוג שחל עליו חוק יחסי ממון, אין ציפייה שהבנק יניח כי הצדדים הסכימו ביניהם על שיתוף ספציפי. אילו עצרנו כאן, סביר להניח כי זכותו של הבנק הייתה גוברת, הואיל ולא מוטלת עליו החובה לחשוש להקניה מכוח דין כללי אשר לא באה לידי ביטוי במרשם המקרקעין. אולם השופט רובינשטיין מוסיף כי בענייננו נשלל תום ליבו של הבנק משזה החתים את האישה על מסמך הוויתור מבלי להסביר לה דבר ובאופן שאינו עומד בסטנדרטים שלו עצמו.¹⁰² עוד הוא מדגיש כי

97 שם, פס' כא לפסק דינו של השופט רובינשטיין, שבה הוא מפנה לציטטה בעניין **ששון**, לעיל ה"ש 82, בעמ' 615 (ראו לעיל ליד ה"ש 85 וכן לעיל ליד ה"ש 93).

98 עניין **שמחוני**, לעיל ה"ש 96, פס' כב לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

99 בקביעתו זו הוא מתבסס על ס' 9 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969: "התחייב אדם לעשות עסקה במקרקעין ולפני שנגמרה העסקה ברישום חזר והתחייב כלפי אדם אחר לעסקה נוגדת, זכותו של בעל העסקה הראשונה עדיפה, אך אם השני פעל בתום לב ובתמורה והעסקה לטובתו נרשמה בעודו בתום לב – זכותו עדיפה."

100 עניין **שלם**, לעיל ה"ש 4.

101 ע"א 3352/07 **בנק הפועלים בע"מ נ' הורש**, פ"ד סג(3) 248 (2009).

102 עניין **שמחוני**, לעיל ה"ש 96, פס' כג לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

"מקום שהמדובר בדירת מגורים משפחתיים רבי שנים, אוי לעסקיו [של הבנק] אם יצמצם את התייחסותו לבעלים הרשום ולא לבת או בן זוגו".¹⁰³

רוב הדין בפסק הדין אינו נוגע בעניינינו, אך בסופו של יום נפסק כי אף שיש לראות את חתימת הוויתור של האישה כתקפה, יש לייחס לבנק "אשם תורם" של 50%. המשמעות היא שככל שמדובר באישה, תחול ההתחייבות על מחצית חלקה, והיא תהא אפוא זכאית להירשם כבעלים של רבע מן הבית. השופטים נאור והנדל מצטרפים לשופט רובינשטיין בפה מלא.

השופט רובינשטיין מצהיר כי אין מדובר בהלכת השיתוף, אך לטעמי נימוקיו מראים אחרת. הוא מתבסס על הנחה בדבר כוונת שיתוף ללא אמירה מפורשת מצד הבעל. הנחות בדבר שיתוף מכוח חיים משותפים והשקעות בנכס – אשר לא פורט מה היקפן – הן כאמור יסודותיה של הלכת השיתוף. בעניין **יעקובי**, לעומת זאת, ביסס בית המשפט את מתן מחצית הנכס לאישה על הגמשת הדין הכללי ועל דיני המתנה, שכן לכל אורך הדרך אמר האיש לאשתו כי הנכס רשום גם על שמה, דהיינו כי מחציתו שלה, ואף הראה לה כי רשם כן בפוליסת ביטוח המבנה. לא זה המקרה דנן, ולא זה המקרה גם בכל ההלכות הקודמות שהובאו לעיל.¹⁰⁴ הדבר מלמד כי הגבול בין הקניה מכוח הגמשת הדין הכללי לבין הקניה מכוח הלכת השיתוף הולך ומיטשטש. ההלכה בדבר הגמשת הדין הכללי מאפשרת למעשה להכניס בדלת האחורית את הלכת השיתוף. השופטת שטרסברג-כהן הזהירה מפני כך, ולא בכדי. עם זאת, שתי נפקויות מעשיות התקבלו כאן מחמת שפסק הדין מתבסס, לפחות דה יורה, על הדין הכללי: ראשית, אין שיתוף בחובות; שנית, האחיות המוטלת על הבנק נמוכה מזו המוטלת עליו כאשר השיתוף הוא מכוח הלכת השיתוף.

6. עניין בן גיאת – חזרתה של הלכת השיתוף

עניין **בן גיאת**, שניתן לאחר תיקון מס' 4, סוטה באופן מפתיע מרצף ההלכות שנותחו עד כה, וקובע הלכה חדשה.¹⁰⁵ לא סוף דבר שהלכה זו מנוגדת לכל קודמותיה ואין לה על מי להישען, אלא שהיא מנוגדת להמלצותיה של ועדת זוסמן, לכוונת המחוקק כפי שהובעה בדברי ההסבר להצעות החוק השונות, ואף למצב המשפטי ברוב רובן של מדינות המשפט המשווה, כפי שאראה לקראת סוף המאמר. בני הזוג בן גיאת נישאו בשנת 1980. בשנת 1982 רכש האיש דירה, אשר נרשמה על שמו בלבד (להלן: הדירה הראשונה). דירה זו היא נכס חיצוני של האיש, אף שהוא רכש אותה לאחר הנישואים,

103 שם, פס' לא לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

104 גם בעניין **אבו רומי**, לעיל ה"ש 8, בעמ' 183, לא הוזכרו שיפוצים כלל, והדבר היחיד שנאמר הוא כי "על-מנת שתוקנינה זכויות בדירת מגורים הרשומה על שם בן-הזוג האחד לבן הזוג האחר, על האחרון להראות נסיבות עובדתיות, נוסף על עצם קיום הנישואין, שמהן ניתן להסיק – מכוח הדין הכללי – הקניית זכויות בדירת המגורים".

105 ע"א 7750/10 **בן גיאת נ' הכשרת הישוב** (פורסם בנבו, 11.8.2011).

שכן מקור המימון שלה היה כספים שהוא בא עימם לנישואים.¹⁰⁶ בשנת 1990 רכשו בני הזוג דירה סמוכה לדירה הראשונה ורשמו אותה על שם שניהם (להלן: הדירה הסמוכה). שתי הדירות אוחדו פיזית. בשנת 1997 קיבל האיש הלוואה מחברת הכשרת היישוב (להלן: החברה), ובגינה נרשמה משכנתה על הדירה הראשונה בלבד. במאי 2001 התגרשו בני הזוג. האישה הגישה תביעה לסעד הצהרתי לגבי בעלותה במלוא הזכויות בדירה הראשונה מכוח חזקת שיתוף ומכוח הסכם גירושים שנחתם בשנת 2001. השופט עמית כתב את פסק הדין של דעת הרוב. לדעתו, יש מקום להכיר בזכותה של האישה במחצית הדירה הראשונה מכוח הלכת השיתוף, ונוסף על כך, זכותה של האישה גוברת על המשכנתה הרשומה לזכות החברה.¹⁰⁷ וכך הוא מנמק:

"המשכנתא על הדירה נרשמה בשנת 1997, לאחר 17 שנות נישואין של בני הזוג ובחלוף 15 שנים של מגורים בדירה, פרק זמן שיש בו כדי להצמיח חזקת שיתוף בנכס ספציפי, גם לגבי זוגות עליהם חל חוק יחסי ממון (...אבו רומי...; בע"מ 10734/06 פלוני...). נכונות בית המשפט להכיר בהלכת השיתוף בנכס ספציפי – **מכוח חזקת השיתוף, שהיא חזקה נורמטיבית-ראייתית פרי ההלכה הפסוקה** – יפה במיוחד לגבי דירת המגורים של בני הזוג, שהוגדרה לא אחת בפסקה כ'גולת הכותרת של חזקת השיתוף' (ע"א 806/93 הדרי...). זאת, גם במקרים בהם דירת המגורים הובאה לנישואין על ידי אחד מבני הזוג (ע"א 7687/04 ששון...; בע"מ 4951/06 פלוני...). במקרה דנן, הדירה אמנם נרכשה ונרשמה על ידי המשיב לאחר נישואיו, אך ניתן לראותה כנכס שהבעל הביא עמו לנישואין וכאמור, אין בכך כדי לגרוע מהלכת השיתוף בנכס ספציפי."¹⁰⁸

ניתחנו לעיל את כל פסקי הדין המובאים כאן בציטטה, ולא ראינו כי נקבע במי מהם שהלכת השיתוף חלה על בני זוג שנישאו לאחר ינואר 1974. אדרבה, בעניין אבו רומי נקבע במפורש שהלכת השיתוף לא תועיל לאישה. כך עולה גם מבע"מ 10734/06 פלוני, המתבסס על ציטטה מעניין ששון שנכתב בה כי "בהתאם לגישת הרוב... [בעניין] יעקובי... אין בהוראותיו של סעיף 5 לחוק יחסי ממון כדי למנוע יצירת שיתוף בנכס ספציפי לפי הדין הכללי החל על העניין, לרבות בנכס שנרכש על-ידי אחד מבני-הזוג טרם הנישואין".¹⁰⁹ כלומר, האישה שאינה רשומה יכולה לקבל חלק בדירה החיצונית של האיש אך ורק מכוח הדין הכללי, הדורש כמות ראיות רבה יותר, ולא מכוח הלכת השיתוף, המסתפקת בהוכחת חיים משותפים בלבד. באשר להלכת הדרי,¹¹⁰ זו עסקה

106 בעניין העקיבה אחר מקורות המימון של הנכס ראו עניין אורון, לעיל ה"ש 81. כפי שנראה מייד, בציטטה שליד ה"ש 108 להלן, כך מתייחס לדירה גם השופט עמית.

107 עניין בן גיאת, לעיל ה"ש 105, פס' 11 לפסק דינו של השופט עמית.

108 שם, פס' 13 לפסק דינו של השופט עמית (ההדגשות הוספו, למעט ההדגשות של שמות הצדדים).

109 בע"מ 10734/06 פלוני, לעיל ה"ש 91, פס' ה לפסק הדין.

110 עניין הדרי, לעיל ה"ש 9.

בבני זוג שנישאו לפני שנת 1974, ואשר חלה עליהם לפיכך רק הלכת השיתוף, ועל כן אין היא יכולה לשמש ראייה במקרה דנן.

השופט עמית ממשיך וקובע כי בעניין **אבו רומי** נאמר שעל מנת להכיר בשיתוף בדירת המגורים יש להראות נסיבות עובדתיות נוספות מעבר לעצם קיומם של חיי נישואים משותפים ולאורך הנישואים. על כך הוא אומר: "גם אם נלך לגישה זו, הרי שבמקרה דנן קיימת עובדה נוספת המחזקת את טענת המערערת למשטר שיתוף בין הצדדים... כאמור, הדירה מושא הדיון אוחדה פיסית עם הדירה הסמוכה שנרשמה על שם שני בני הזוג, ושתי הדירות שימשו במאוחד את בני הזוג."¹¹¹ ראשית, ספק אם עובדה זו מצביעה על כוונת שיתוף בדירה הראשונה בכמות הראיות הנדרשת לפי הדין הכללי. שנית, ציטטה זו מלמדת כי השופט עמית רואה את הדרישה לנסיבות עובדתיות נוספות במסגרת הדין הכללי כ"גישה נוספת", אשר אפשר כביכול לבחור אם לאחוז בזו או בזו. לדעתי, לא כן הוא: אם יש משהו ברור וחד-משמעי בכל ההלכות המאזכרות, זוהי הקביעה כי הלכת השיתוף אינה חלה כלל על בני זוג שנישאו לאחר ינואר 1974.

השופט עמית ממשיך ודן בתחרות בין משכנתה רשומה לבין זכותו של בן זוג מכוח חזקת שיתוף בדירת מגורים. הוא מציין כי בשאלה זו אנו צועדים בשדה שכבר נחרש, וההלכה המנחה בנושא זה היא ההלכה בעניין **בן-צבי**.¹¹² הלכה זו קבעה כי זכותה של האישה מכוח הלכת השיתוף גוברת על זכותו של הנושה מכוח ההתחייבות למשכנתה. השופט עמית ממשיך וגורס כי בעקבות עניין **בן-צבי** נקבע בעניין **שלם** כי זכותה של האישה מכוח הלכת השיתוף גוברת על זכותו של נושה-מעקל.¹¹³ עוד נקבע כי השיתוף בנכסים משפחתיים מובהקים, דוגמת דירת המגורים, מתגבש במועד שבו מתמלאים התנאים של הלכת השיתוף, כלומר ניהול אורח חיים תקין ומאמץ משותף, ואין הוא נדחה ל"מועד הקריטי" של משבר בחיי הנישואים.¹¹⁴ הקושי טמון בכך שההלכות בעניין **בן-צבי** ובעניין **שלם** עוסקות בבני זוג שנישאו לפני כניסתו של חוק יחסי ממון לתוקף, וממילא רק במשטר של הלכת השיתוף. נוסף על כך, עניין **בן-צבי** אכן עסק בנכס חיצוני, אולם ההלכה בעניין **שלם** עסקה בנכס אשר נרשם או מנם על שם האיש בלבד אך נרכש מכספם המשותף של בני הזוג, כך שאין היא יכולה לשרת כלל את עניינה של גב' בן גיאת, העוסק בנכס חיצוני לפי מקור הכספים.

השופט עמית מוסיף ומפנה לעניין **הורש**, כדי ללמדנו על החובה המוגברת והאקטיבית של בנק לבחון את מצב החזקה בדירת מגורים.¹¹⁵ אולם גם עניין **הורש** אינו יכול לסייע לענייננו, באשר שם דובר בכת זוג לא נשואה שנעשתה לידועה בציבור של בן הזוג לפני רישום המשכנתה על דירת המגורים. כלומר, גם שם מדובר בבני זוג שחלה עליהם הלכת השיתוף בלבד.

111 עניין **בן גיאת**, לעיל ה"ש 105, פס' 13 לפסק דינו של השופט עמית.

112 עניין **בן-צבי**, לעיל ה"ש 4.

113 עניין **שלם**, לעיל ה"ש 4.

114 שם.

115 עניין **הורש**, לעיל ה"ש 101.

השופט עמית ממשיך וקובע כי מקום שמדובר בדירת מגורים ובנושה מקצועי, אין להבחין בין שיתוף מכוח הדין (הלכת שיתוף) לבין שיתוף ספציפי בדירת המגורים. לדעתו, בשני המקרים השיתוף מבוסס על חזקת השיתוף, הנתפסת בימינו כחזקה נורמטיבית, ולא כחזקה עובדתית-הסכמית. לפיכך אין הוא סבור כי דוקטרינת השיתוף בנכס ספציפי מבוססת על קיומה של עסקת הענקה רצונית בין בני הזוג.¹¹⁶ כאן אנו מבינים כי השופט עמית מתבסס אך ורק על הלכת השיתוף. אגב, אני מסכים עם השופט עמית כי השימוש בדין הכללי הוא מעין פיקציה, וכי דרכו למעשה חוזרת לזירה הלכת השיתוף. בעיניי, השימוש בדין הכללי לוקה בגמישות יתר בפסיקה, כפי שהראיתי לעיל, וההבחנה בין הלכת השיתוף לבין הדין הכללי אכן טושטשה לחלוטין.

השופט רובינשטיין, שכתב את דעת הרוב בעניין **שמחוני** ואת דעת היחיד בבע"ם 5939/04 **פלוני**, כותב כאן את דעת המיעוט. הוא מיישר קו עם כל הפסיקות שקדמו לו, וקובע כי טענת האישה למחצית הזכויות בדירה אינה יכולה להיות מכוח הלכת השיתוף. לעומת זאת, האישה יכולה לטעון לשיתוף ספציפי מכוח דיני הקניין הרגילים.¹¹⁷ לטעמו, להבחנה זו יש חשיבות רבה בכמה מישורים. לדוגמה, מכיוון שהטענה היא לשיתוף נקודתי ספציפי בדירה, אין סיבה לדון בטענה לגבי שיתוף כללי וגורף בחובות. בהעדר אינדיקציה ספציפית לכוונת שיתוף בחובות, ובפרט בהינתן שאין מדובר בחובות הקשורים לדירה, אין שיתוף בחובות.¹¹⁸ השופט רובינשטיין ממשיך וגורס כי אין די בעצם קיומם של חיי נישואים משותפים להצדיק קביעת שיתוף בדירת מגורים מכוח דין כללי, שאם נאמר כן, נימצא מכניסים בדלת האחורית את חזקת השיתוף. הוא אכן מכריע כי ידה של האישה על התחונה, וכי החברה עומדת בדרישת הסיפא של סעיף 9 לחוק המקרקעין.¹¹⁹ גם בהכרעתו זו, מלבד הקביעה שאין האישה שותפה בחובות, הראה השופט רובינשטיין כי הוא מבחין באופן מעשי בין שותפות מכוח הלכת השיתוף לבין שותפות מכוח הדין הכללי. עם זאת, הבחנות אלה הן רק ביחס למקורה של זכות השיתוף, בעוד לעצם קביעת הזכות ההבחנות דקות מאוד, אם בכלל.¹²⁰

השופט שכתב את פסק הדין השלישי בעניין **בן גיאת** הוא השופט פוגלמן. לדעתו, חבריו להרכב אינם רואים אומנם עין בעין את שאלת היחס שבין שיתוף מכוח הדין בהתאם לחזקת השיתוף לבין שיתוף ספציפי בדירת מגורים, אך "עם זאת, באין מחלוקת

116 עניין **בן גיאת**, לעיל ה"ש 105, פס' 27 לפסק דינו של השופט עמית.

117 שם, פס' ב לפסק דינו של השופט רובינשטיין, המפנה לעניין **ששון**, לעיל ה"ש 82.

118 השו"ע"א 11550/04 **סיטבון נ' סיטבון**, פס' 10 לפסק דינו של השופט לוי (פורסם בנבו, 14.3.2007).

119 עניין **בן גיאת**, לעיל ה"ש 105, פס' יד לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

120 כעבור זמן קצר, בבג"ץ 2533/11 **פלונת נ' בית הדין הרבני הגדול לערעורים**, פס' ח לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 26.10.2011), כתב השופט רובינשטיין כך: "לא נכחד, אף שדוקטרינת השיתוף הספציפי הוכרה בפסיקת בית משפט זה לפני כעשור (ראו... **אבו רומי**...) פרטיה וסעיפיה אינם בהירים ומוגדרים באופן נוקשה. דומה, כי במישור ה**נורמטיבי** מדובר, במובנים מסוימים, במעין 'הלכה בהתהוות'... ובמישור ה**מעשי** קיימת 'עמימות אינהרנטית'..." (ההדגשות במקור).

ביניהם כי בין הצדדים נוצרה כוונת שיתוף ספציפית המקימה זכויות לאישה מכוח דיני הקניין, לא נדרשת הכרעה בשאלה זו.¹²¹ קשה לי לקבל זאת. חבריו להרכב חלוקים בשאלה מהו המקור המצמיח זכות זו, ויש לכך השלכות מרחיקות לכת: כמות הראיות הנדרשת להוכחת השיתוף, השיתוף בחובות, מידת האחריות של הנושה ועוד. העובדה שההכרעות של חבריו להרכב הפוכות מלמדת כי יש מחלוקת עמוקה ביניהם, ויש צורך להכריע בה. במבט מערכתי יותר, האחריות המוטלת על כתפיו של השופט השלישי בהרכב כאשר שני חבריו להרכב חלוקים בעניין עקרוני, כבנושא דיונו, היא כבדה מאוד. דעתו היא המכרעת למעשה. גם אם במקרה דנן נדרש תוס לב מוגבר מצד הנושה ואין אפוא כל נפקות למקור הזכות, נוצרה כאן מחלוקת עקרונית, המותירה את ציבור הנושים ומעניקי האשראי בערפול מוחלט. לטעמי, היה מקום להכריע כי אין תחולה בר־זמנית.

עוד הוסיף השופט פוגלמן כי "אפילו הנחתי כחברי, השופט רובינשטיין, כי אין דין שיתוף בנכס ספציפי כדין הלכת השיתוף הכללית, סבור אני כי בנסיבות העניין, שומה היה על המשיבה לערוך בדיקה בדבר זכויותיה של המערערת".¹²² בין השורות ניתן ללמוד כי השופט פוגלמן סובר כי הלכת השיתוף תחול גם על בני זוג שנישאו לאחר ינואר 1974, שכן הוא מציין "אפילו הנחתי כחברי, השופט רובינשטיין". משמע שאין הוא אווזו בדעתו של השופט רובינשטיין, כי אם בדעתו של השופט עמית, כלומר, יש תחולה בר־זמנית. האם נקבעת כאן אפוא הלכה בדעת רוב בדבר תחולה בר־זמנית? האם הלכה זו היא המחייבת כעת, והיא מאיינת כל צורך בקונסטרוקציית הדין הכללי? אם כן, היה מקום לומר זאת במפורש, ולא לאלץ את ציבור הנושים, למשל, להבין הלכה כה משמעותית בדרך אגב. בסופו של יום השופט פוגלמן מצטרף לשופט עמית, וכך הוכרע. נשים לב כי שאיפת השופטים לצדק חלוקתי ולהגנת בן הזוג ה"ביתי" הובילו להחמרה בבחינת תוס הלב של הנושים ולהקלה בתוס הלב של האישה, כפי שמפרט השופט עמית בפסק דינו.

כאמור, הוכחת השיתוף בין בני זוג לפי הלכת השיתוף קלה יותר, ולא נדרשת כמות רבה של ראיות לשם כך. לעומת זאת, שיתוף ספציפי בין בני זוג שנישאו לאחר ינואר 1974 מתאפשר רק על ידי הגמשת הדין הכללי, ונדרשת כמות ראיות רבה יותר כדי להוכיחו. הדרישה מכל חברה ונושה מקצועיים לחשוש משיתוף בין בני זוג שחלה עליהם הלכת השיתוף מכוח הדין היא חמורה יותר מאשר במקרים שבהם השיתוף הוא מכוח "עסקה" ספציפית בין בני הזוג. לטעמי, נושה רשאי להניח כי חוק יחסי ממון הוא בר תוקף, כי לאור פסיקה ענפה ורציפה הלכת השיתוף אינה חלה על בני זוג שנישאו לאחר ינואר 1974, וכי הכלל הוא כקבוע בסעיף 5(א)(1) לחוק, שלפיו נכסים חיצוניים אינם משותפים למעט במקרי קיצון. בפרק האחרון של מאמר זה אטען כי לנוכח תיקון מס' 4 לחוק יחסי ממון אין כבר מקום לחשוש גם למקרה קיצון, אך גם ללא המלצתי זו

121 עניין בן גיאת, לעיל ה"ש 105, פס' 1 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

122 שם, פס' 2 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

ספק אם יש מקום לשלול מנושה, מכוח השיתוף הספציפי, זכות קניינית שכבר נרשמה על שמו.

7. עניין אלמונית – "דבר מה נוסף"

פסק הדין האחרון לעת עתה של בית המשפט העליון בסוגיה זו הוא עניין אלמונית, שניתן כמובן גם הוא לאחר תיקון מס' 123.4 דומני כי גם הוא אינו מסייע בידינו לפזר את הערפל בסוגיה, הן לנוכח המחלוקת החריפה בין הערכאות קמא והן לנוכח המחלוקת בין שופטי ההרכב בבית המשפט העליון. עם זאת, פסק דין זה הוסיף מונח שאומץ מאותה נקודה ואילך בפסיקתם של בתי המשפט לענייני משפחה, והוא "דבר מה נוסף".¹²⁴ בתמצית, בית המשפט לענייני משפחה קבע כי האישה זכאית למחצית מהזכויות בדירת המגורים, אף שהדירה נרכשה על ידי האיש לפני הנישואים ונרשמה על שמו בלבד. לדידו, האישה הוכיחה כי הצדדים התכוונו למכור את דירת המגורים ולהשתמש בתמורה שתתקבל, בצירוף החסכוניות, לצורך רכישת דירה משותפת. בית המשפט המחוזי הפך את ההחלטה, וקבע כי האישה לא הוכיחה כוונת שיתוף ספציפית בדירת המגורים ולכן אין היא זכאית למחציתה.

השופט דנציגר הופך את הלכת המחוזי, וקובע כי טענה של אחד מבני הזוג לזכויות בנכס שנרכש על ידי בן הזוג האחר לפני הנישואים יכולה להתבסס על הדין הכללי, אך לא על חזקת השיתוף.¹²⁵ לדעתו, על בן הזוג המבקש שיתוף בדירת המגורים מוטל להוכיח – מעבר לקיומם של חיי נישואים משותפים – קיומו של "דבר מה נוסף" שיעיד על כוונת שיתוף בנכס הספציפי. עיון בפסיקה מלמדו כי ברוב המקרים שבהם קיבלו בתי המשפט את טענת השיתוף, הוכח כי בוצעו השקעות כספיות בנכס, ואלה היוו "דבר מה נוסף".¹²⁶ השופט דנציגר מתייחס לעניין בן גיאת, אך אינו מזכיר את המחלוקת המפורשת בדבר התחולה הברזומנית. לדעתו, שלושת השופטים הסכימו לגבי כוונת השיתוף בנכס, ונחלקו בדעותיהם רק ביחס לזכויותיו של המלווה. לדעתו, כאמור, מקור הזכות חשוב לא פחות, ובסוגיה זו ציינו השופטים עצמם כי הם חלוקים. השופט דנציגר ממשיך ומפנה למבחנים שהציע פרופסור ליפשיץ במאמרו בדבר ההבחנה בין נכס משותף לנכס חיצוני.¹²⁷ להבנתו, המודל של ליפשיץ רואה בנישואים ממושכים

123 עניין אלמונית, לעיל ה"ש 90. פסק דין נוסף שניתן בעניין זה, אשר חוזר על ההלכה בעניין אלמונית ואף מפנה אליה, הוא בג"ץ 287/16 פלוני נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים (פורסם בנבו, 27.3.2016) (להלן: בג"ץ פלוני).

124 עניין אלמונית, לעיל ה"ש 90, פס' 17 לפסק דינו של השופט דנציגר.

125 שם, פס' 14 לפסק דינו של השופט דנציגר.

126 שם, פס' 17 לפסק דינו של השופט דנציגר.

127 ליפשיץ "יחסי משפחה וממון", לעיל ה"ש 41, בעמ' 261. ביחס לנכס משותף הוא גורס כי יש להפעיל "...מודל שיתוף נוקשה, כמעט קוגנטי, המציב מגבלות קשות על החריגה מהשיתוף" וכי "נכון להחילו גם במצבים שבהם ברור כי הוא אינו משקף את כוונת הצדדים" (שם). אך ביחס לנכס

המתאפיינים בשיתוף ובשתיקה ארוכת שנים משום אינדיקציה מספקת לשיתוף בנכס החיצוני, מבלי להוכיח "דבר מה נוסף" שיעיד על כוונה ספציפית לשיתוף.¹²⁸ השופט דנציגר סובר כי בכך מיטשטש הגבול שבין חזקת השיתוף לבין הסדר איזון המשאבים. הוא קובע כי די במצגים נמשכים בדבר כוונה למכור את דירת המגורים ולרכוש דירה משותפת, כפי שהתרחש במקרה דנן, לעמוד בנטל של "דבר מה נוסף", ולכן מכריע כי הדירה משותפת, בניגוד להכרעתו של בית המשפט המחוזי.

השופט עמית כותב כי הוא מסכים לפסק דינו של השופט דנציגר. הוא אינו מתייחס כלל לשאלת התחולה הבר-זמנית, שנשללה על ידי השופט דנציגר, ומציע כמה מבחנים להקלה בבחינת כוונת השיתוף ביחס לדירת מגורים.¹²⁹ השופט זילברטל, השלישי בהרכב, חלק על קודמיו בדבר עקרוני מאוד הקשור לנושא מאמרי. לדידו, יש להוכיח קיומה של "אווירת שיתוף" בין בני הזוג.¹³⁰ העדר שותפות מסוג זה, ולו ברמה מינימלית סבירה, עלול להשמיט את הקרקע מתחת לאפשרות לקבוע שיתוף בנכס חיצוני. לדעתו, לנוכח העדר אווירת השיתוף בחיי הנישואים במקרה דנן, אותו "דבר מה" שבכוחו להביא לידי שיתוף בנכס חיצוני היה צריך להיות ממשי ובעל משקל. אכן, הוא קובע כי יש לדחות את הערעור ולקבוע שאין שיתוף. דבריו מזכירים את תחילת דרכה של הלכת השיתוף, שבה נדרש אורח חיים הרמוני ותקין כדי לבסס שיתוף. מודל זה תאם את הקונסטרוקציה החוזית, ופחות את החזקה הנורמטיבית.¹³¹ גם השופט זילברטל אינו מתייחס לשאלת התחולה הבר-זמנית. דעת הרוב בעניין אלמונית מלמדת אפוא עד כמה התרחק בית המשפט מכוונתו של המחוקק: בן הזוג שאינו רשום זכה במחצית מדירת המגורים שהובאה לנישואים על ידי בן הזוג, וזאת אף שחיי נישואיהם נעדרו הרמוניה ואווירת שיתוף. דרישת ה"דבר מה נוסף" נתפסת כמגבילה את השיתוף, אך במקרה זה היא שימשה אמת מידה שדווקא הקלה את השיתוף.

ואם לא די בכך, בפסיקה של בית המשפט המחוזי המנתחת את הלכת אלמונית מפנה בית המשפט לדבריו של פרופ' ליפשיץ שלפיהם יש להפוך את נטל הראיה ולהעבירו לבן הזוג הרשום גם בנכס חיצוני, "ככל שמדובר בדירת המגורים המשפחתית או בנכס משפחתי מובהק אחר, ובהתקיים תנאי הסף הקישוריים – הכוללים נישואים ראשונים, אורח חיים תקין, אווירה כללית של שיתוף ונישואים ממושכים של עשרים שנה ויותר".¹³² בית המשפט המחוזי ממשיך ואומר כי מודל זה נותר אומנם ב"צריך עיון" בהלכת אלמונית, והשופט דנציגר אף הביע את הסתייגותו ממנו לנוכח היפוך נטל

חיצוני הוא מצב "תנאי סף קישוריים המעידים כי מדובר בבני זוג שראוי להפעיל לגביהם את המודל המרחיב של השיתוף" (שם, בעמ' 263).

128 ראו את תגובתו של ליפשיץ על ביקורת זו במאמרו "החלת השיתוף הספציפי", לעיל ה"ש 18, בעמ' 25. ליפשיץ נוטה לקבל את הביקורת, אך מציין כי אפשר לאזן זאת על ידי מתן אפשרות לשלילת השיתוף באמצעות הודעה או בייקטיבית פורמלית וחד-צדדית מצד הבעלים הרשום.

129 ראו עניין אלמונית, לעיל ה"ש 90, פס' 2 לפסק דינו של השופט עמית.

130 שם, פס' 2 לפסק דינו של השופט זילברטל.

131 ראו ליפשיץ "על הפילוסופיה של חזקת השיתוף", לעיל ה"ש 13.

132 שחר ליפשיץ **השיתוף הזוגי** 190 (2016).

ההוכחה הטמון בו, המשקף למעשה את עקרונותיה של הלכת השיתוף, אך בית המשפט המחוזי מחליט – בניגוד לשופט דנציגר, ולמעשה בניגוד לכל הניתוח דלעיל – לאמץ את דבריו של פרופ' ליפשיץ ולהסתפק ב"דבר מה נוסף" במשקל "קל כנוצה". וכך הוא כותב:

"אנו סבורים בכל הכבוד, ומתוך כך שעניין זה טרם הוכרע באופן חד משמעי בפסיקת בית המשפט העליון ועדיין יש לערכאת המחוזי מקום להתגדר בו, כי ראוי לאמץ את גישתו של פרי' ליפשיץ למצער לעניינה של דירת מגורים יחידה בה התגוררו הצדדים במהלך כל תקופת נישואיהם הארוכה, ובוודאי כאשר בחינה מדוקדקת של אופי חיי נישואיהם של הצדדים והתנהלותם תומכת בכך... כעת נבוא לאותו 'דבר מה נוסף' הנדרש בפסיקה – ודוק, כאשר עסקינן בבית שהוא בית המגורים היחיד של הצדדים ואשר הצדדים התגוררו בו במשך תקופה ארוכה וגידלו בו את ילדיהם עד לבגרותם, אותו 'דבר מה נוסף' הנדרש לנו, משקלו קל כנוצה..."¹³³

לסיכום ההלכות בבית המשפט העליון, הלכת **יעקובי** הצילה בשעתו את חוק יחסי ממון, ואפשרה להפעיל שיתוף בין בני זוג אף ללא גט, לפחות ביחס לדירת המגורים החיצונית. אך ההלכות שבאו בעקבותיה קראו בה מה שלא נאמר בה, והפכו הוראות אחרות של החוק, ובעיקר את הרציונל שלו, לאות מתה. חלק מההלכות עשו שימוש ברטוריקה של "דין כללי", ובדרך זו הכניסו בדלת האחורית את הלכת השיתוף, כך שנכס חיצוני – ובעיקר דירת המגורים של בני הזוג – עשוי ליהפך למשותף במהלך החיים המשותפים, בניגוד לסעיפים 4 ו-5 לחוק יחסי ממון. זכויות סמויות שבו לנכסים, בני הזוג והנושים אינם יודעים כיצד לבחון את זכויותיהם, והסדרו של המחוקק הולך ומתרוקן מתוכנו. יודגש כי שלהבת זו נפלה בארזי בית המשפט העליון. ומה יגידו אזובי בתי המשפט לענייני משפחה? באלה אעסוק בפרק הבא.

פרק ד: פסיקתם של בתי המשפט לענייני משפחה

רוב בתי המשפט לענייני משפחה ובתי המשפט המחוזיים יישמו את ההלכה כפי שעוצבה בעניין **יעקובי**, כלומר, ללא תחולה ברו־זמנית.¹³⁴ היו אומנם פסיקות שהחילו

133 עמ"ש (מחוזי מ"ר) 10884-03-16 ד. מ. נ' ט. ש. מ., פס" 13 ו-17 לפסק הדין (פורסם בנבו, 2.1.2017).

134 ראו, למשל, ת"א (מחוזי י-ם) 1074/95 נהיר נ' נהיר, פס" 6 לפסק הדין (פורסם בנבו, 6.5.1999) ("כאשר יחול חוק יחסי ממון על בני זוג, החזקה המשפטית כי נכסים שהשיגו בני הזוג במאמץ משותף במהלך נישואים הרמוניים, שייכים בחלקים שווים לשני בני הזוג, לא תחול כחזקה

על בני זוג שתי מערכות דינים, אך על תקופות שונות בחייהם: על תקופת היותם ידועים בציבור – את הלכת השיתוף; ולאחר נישואיהם – את חוק יחסי ממון.¹³⁵ כמוכן, אין מדובר בתחולה ברו־זמנית, שכן מדובר בתקופות שונות, אף ששני פסקי דין התלבטו להפתעתי אם יש בכך תחולה ברו־זמנית.¹³⁶ בכל הפרשות נדרש "דבר מה נוסף" כדי להוכיח שיתוף, ובית המשפט לא הסתפק בחיים משותפים. כך, למשל, כאשר בן זוג אחד היה בעל נכס חיצוני וביקש שותפות בנכס החיצוני של בן זוגו, השותפות לא הוכרה.¹³⁷

לעומתם, יש בתי משפט שסברו כי יש מקומות שבהם ראוי לנקוט תחולה ברו־זמנית בהקשר של בני זוג שנישאו לאחר שנת 1974. בעניין ג.ד, שניתן לפני תיקון מס' 4, דובר בבני זוג שנישאו בשנת 1986.¹³⁸ דירת המגורים שלהם הייתה נכס חיצוני של האיש, ובני הזוג גרו בה במשך שבע־עשרה שנה. בית המשפט לענייני משפחה קובע כי הפסיקה הבחינה בין דירת מגורים, שלגביה נדרשות ראיות נמוכות, לבין כל נכס אחר. בית המשפט תומך את הכרעתו בהלכת הדרי, העוסקת כאמור בהלכת השיתוף.¹³⁹ לאחר מכן נכתב כי "בפסיקה מאוחרת, לעניין דירת מגורים, וכפי שנפסק מפי כב' השופט רובינשטיין בע"מ 5939/04... קיימת התייחסות כבר להחלה סימולטנית של הלכת השיתוף, אל מול הצדדים שבעניינם חל חוק יחסי ממון ושם נפסק כי צידקת החלטה של הלכת השיתוף על נכסים ממוניים אינה יכולה שלא להיות מושפעת מאיכות יחסיהם של בני הזוג".¹⁴⁰ אכן, בית המשפט לענייני משפחה מורה על שיתוף לא מפני שהוכחה כוונת שיתוף ספציפית בנכס בעובדות ישירות, כי אם מכוח "דיני ישר, תום לב,

(פרומציה) משפטית. אולם, אם יוכיח אחד מבני הזוג באופן פרטני בעובדות, כי כוונת הצדדים הייתה לשיתוף בנכס זה או אחר שנצבר במהלך נישואיהם, או שיוכח כי לפי הדין הכללי הרכוש הינו משותף והנכס ייחשב כבעלות שני בני הזוג"; ת"א (מחוזי י-ם) 1595/96 מונטיליו נ' מונטיליו (פורסם בנבו, 31.8.1998); תמ"ש (משפחה י-ם) 110/02 א' ב.ל. נ' י' ב.ל., פס' 49 לפסק הדין (פורסם בנבו, 27.9.2006); תמ"ש (משפחה ת"א) 87173/97 ר. פ' נ' ר. פ., פס' 11 לפסק הדין (פורסם בנבו, 27.6.2007); תמ"ש (משפחה ת"א) 32105-05-10 א.ג.ש נ' עזבון ס.ע.ש, פס' 3.14 לפסק הדין (פורסם בנבו, 25.6.2012), ועוד.

135 תמ"ש (משפחה ראשל"צ) 43997-12-12 פלונית נ' פלוני, פס' 38 לפסק הדין (פורסם בנבו, 1.12.2015).

136 בתמ"ש (משפחה חד') 5241/05 מ.ל. נ' ש.ל. (פורסם בנבו, 21.8.2008) מציינת השופטת גליק כי שאלה זו נשארה ב"צריך עיון", ואין בה הכרעה, הגם שהיא מצטטת את ע"מ (מחוזי ת"א) 1229/03 עזבון ב' ר' נ' ב' ת' (פורסם בנבו, 10.10.2005), שם נתנה השופטת שטופמן תשובה חיובית לעניין החלת דין שונה על תקופת היות הצדדים ידועים בציבור לעומת תקופת נישואיהם. גם בתמ"ש (משפחה ת"א) 11941/05 ג.ש.ב. נ' א.כ., פס' 22 לפסק הדין (פורסם בנבו, 27.3.2011), נותרת השופטת גליק עם אותה שאלה.

137 תמ"ש (משפחה ב"ש) 31324-01-11 ע.א. נ' ר.א., פס' 51–58 לפסק הדין (פורסם בנבו, 5.5.2015) (להלן: תמ"ש 31324-01-11).

138 תמ"ש (משפחה ת"א) 27722/01 ג.ד. נ' ג.ר. (פורסם בנבו, 14.10.2007).

139 שם, פס' 11 לפסק הדין.

140 שם, פס' 14 לפסק הדין.

צפיות",¹⁴¹ מה שמזכיר את הלכת השיתוף בלבושה האחר – החזקה השיפוטית. הנטל הוטל כמובן על הצד שביקש לשלול את השיתוף, אשר לא תמך את כוונותיו לאי-שיתוף בשום מסמך.

בתי משפט אחרים לא שללו מפורשות תחולה ב-זמנית, אלא כתבו כי אין הם דנים בכך שכן הצדדים לא העלו זאת.¹⁴² כמו כן, יש בתי משפט שהלכו והגמישו את הדין הכללי, קירבוהו למוסד הלכת השיתוף אף אם לא אמרו כן במפורש, ושיתפו נכסים חיצוניים תוך שהם מתבססים בעיקר על ההלכות בעניין הדרי, בעניין שלם ועוד, אשר מתבססות כאמור על הלכת השיתוף.¹⁴³ במקרים מסוימים התבססו בתי המשפט בעיקר על חיים משותפים במשך שנים ארוכות, אף אם לא בהרמוניה, ולבסוף שיתפו גם נכס חיצוני שאינו דירת מגורים.¹⁴⁴

יצוין כי לא מעט מפסקי הדין של בתי המשפט לענייני משפחה מפנים לדבריו של השופט רובינשטיין כתמיכה לעמדתם בנוגע לשיתוף,¹⁴⁵ אולם הפניה זו, להבנת, בטעות יסודה. דבריו של השופט רובינשטיין נאמרו ביחס לבני זוג שנישאו לפני שנת 1974 ואשר חלה עליהם הלכת השיתוף בלבד. יתרה מזו, דבריו מלמדים על חוסר הבהירות שבסוגיה, ולא על תחומיה הברורים.¹⁴⁶ דבריו אלה גם מדגישים את מבחן ההגינות ותום הלב, שהם נורמות בעלות רקמה פתוחה, ואשר יש בהם רק כדי להוסיף

141 שם, פס' 15 לפסק הדין.

142 תמ"ש (משפחה י-ם) 12950/03 ד' מ' נ' ר' מ', פס' 8 (ב) לפסק הדין (פורסם בנבו, 10.2.2008).

143 ראו, לדוגמה, תמ"ש (משפחה כ"ס) 22780/05 ת. ד. נ' י. ד., פס' 10 לפסק הדין (פורסם בנבו, 11.7.2007): "אומר יותר מכך – בנסיבות העניין אף אם הייתה הדירה פרי כספי ירושתו של הנתבע הרי שהייתי קובע כי התובעת זכאית למחצית מזכויות הבעלות בה. וכל כך למה? כיוון שהלכה פסוקה היא שכאשר עסקינן בדירת המגורים של הצדדים בה גרו במשותף תקופה משמעותית, גידלו בה את ילדיהם והשקיעו סכומים בפיתוחה ושיפוצה אזי תידרש כמות ראיות קטנה יחסית להוכחת השיתופיות בה, שהרי דירת המגורים היא גולת הכותרת של חזקת השיתוף..."

144 ראו תמ"ש (משפחה כ"ס) 3591/02 ש. צ. נ' ח. צ., פס' 8 לפסק הדין (פורסם בנבו, 5.12.2007): "דין שווה אני מוצא בין דירת מגורים לבין נכס אחר שהינו בעל חשיבות כלכלית המהווה נכס משמעותי מתוך כלל רכושם של בני הזוג ואשר עיקר תקופת אחזקתו הייתה במהלך חלק ניכר מתקופת חייהם המשותפים של הצדדים, דוגמה לנכס שכזה הינן המניות הנדונות שכן הן קשורות לעיסוקו והשתכרותו של התובע כנהג בחברת דן... בנדון עסקינן בבני זוג אשר חיו יחדיו למעלה מעשרים וחמש שנה קודם למועד הקרע ואף שנישואים אלו ידעו עליות ומורדות והיו שזורים בכעס וריב הרי שבמשך שנים רבות חיו הצדדים במשק בית משותף..."

145 ראו, למשל, עניין נ.ד., לעיל ה"ש 138, אשר מפנה לדברי השופט רובינשטיין בבע"ם 5939/04 פלוני, לעיל ה"ש 9, בעמ' 671: "רוח העידן, פתיחת הדלתות לגישה שאינה 'פורמאלית' בלבד הנאחזת ברישום הנכס, אלא בוחנת מצבים חברתיים ואישיים למהותם, מרחפת על פני הפסיקה זה שנים באשר לשיתוף הנכסים גם לגבי נכסים שנרכשו לפני הנישואין, ובייחוד דירת המגורים."

146 ובכך הם מצטרפים לדברים שאמר בבע"ם 10734/06 פלוני, לעיל ה"ש 91, פס' ה(2): "גבולות הגזרה אינם חדים, אך כך מטבע הדברים: אי אפשר לקבוע מראש כללים ברורים באשר לכל האפשרויות שמומנת המציאות האנושית. לכן גם מתלבטים בתי המשפט ממקרה למקרה, באשר לנכס הספציפי בו מדובר וכוונת הצדדים לגביו."

ולחבל בקוהרנטיות של החלטות בית המשפט ובוודאות המשפטית, בעיקר מנקודת מבטם של נושי בני הזוג. באין סדר ובאין כללים ייפרע משפט. במקומם ניתן שיקול דעת מלא לשופט היושב לדין לפעול כאשר יבין ויחפוץ. דומני כי המודל שאציע בפרק האחרון עשוי ליתן מזור לכלל הסוגיות העולות כאן.

פרק ה: מודל חדש לאור תיקון מס' 4 לחוק יחסי ממון

1. תיקון מס' 4 לחוק יחסי ממון – הקדמת מועד איזון המשאבים

השיתוק של חוק יחסי ממון, וליתר דיוק של פרקו השני, נוצר עקב העדר הסמכות של בית המשפט להקדים את מועד איזון המשאבים ולהחילו גם לפני סידור הגט. תלותו של מועד איזון המשאבים בסידור הגט, על רקע העובדה שזה האחרון תלוי ברצונם של בני הזוג, היא שהובילה לחקיקה השיפוטית בעניין יעקובי, אשר נמשכה לאחר מכן בסדרה ארוכה של פסקי דין, כפי שנסקר לעיל. אי-הוודאות הקניינית שנוצרה בעקבות חקיקה שיפוטית זו מחזירה אותנו למעשה לאותו מצב משפטי ששרר ערב כניסתו לתוקף של חוק יחסי ממון. טענה לזכות סמויה בנכס מצד בן הזוג שאינו רשום עלולה לצוץ גם במקרה של בני זוג שנישאו לאחר ינואר 1974, והדבר עלול להכביד על גורמים שלישיים בבואם לערוך עסקאות עם אותם בני זוג, כאשר אין די במרשם המקרקעין, ועל הרוכש נכס מבן זוג רשום לתור ולבחון את זכויותיו של בן הזוג שאינו רשום, שאם לא כן ייתכן שהוא יואשם בחוסר תום לב ויאבד מחצית מרכושו.¹⁴⁷

אילו התקבלה הצעת החוק המקורית בשלמותה, לא היינו נזקקים לפיתוח המשפטי האמור.¹⁴⁸ השמטת סמכותו של בית המשפט להקדים את מועד איזון המשאבים, אשר הופיעה בהצעה אך לא נכללה בנוסח הסופי שהתקבל, גרמה לכך שהסדר איזון המשאבים בספר החוקים התרוקן מתוכנו מייד עם לידתו. מאז לא חדל המחוקק לנסות לתקנו. נסיונות כאלה נעשו, למשל, בהצעת חוק שהוגשה בשנת 1987,¹⁴⁹ בתזכיר חוק יחסי ממון בין בני זוג משנת 1995¹⁵⁰ וכן בהצעת חוק משנת 2002.¹⁵¹ הצעות אלה ניסו להסמיק את בית המשפט לנתק את חלוקת הרכוש מסידור הגירושים, אולם הן לא השתכללו לכלל חקיקה.

147 ראו עניין שלם, לעיל ה"ש 4; עניין בן גיאת, לעיל ה"ש 105.

148 ראו את הפרק השני להצעת חוק יחסי ממון בין בני-זוג, ובמיוחד את ס' 10 להצעה, אשר נשמט מנוסח החוק הסופי.

149 הצעת חוק יחסי ממון בין בני זוג (תיקון), התשמ"ז-1987, ה"ח 196.

150 תזכיר חוק יחסי ממון בין בני זוג, לעיל ה"ש 39.

151 הצעת חוק יחסי ממון בין בני זוג (תיקון מס' 4) (איזון בפקיעת נישואין), התשס"ג-2002, פ/3453/15.

בשנת 2007 פורסמה הצעת חוק יחסי ממון בין בני זוג (תיקון מס' 4).¹⁵² דברי ההסבר לתיקון זה מגוללים את ההיסטוריה העצובה של חוק יחסי ממון ושל יחסי דת ומדינה בישראל. צוין כי בהצעת החוק המקורית נכללה הוראה שלפיה בית המשפט יהיה רשאי לקבוע כי הזכות לאיזון המשאבים תקום במועד אחר, גם לפני פקיעת הנישואים, אולם הוראה זו לא נכללה בחוק שנחקק לבסוף. עוד נאמר כי בקרב העוסקים בתחום יש הסכמה רחבה שהתניית הסדר איזון המשאבים בפקיעת הנישואים היא חולשתו המרכזית של החוק, וכי החוק נהפך לאות מתה. נוסף על כך צוין כי החוק אינו חל על בני דתות שדינם האישי אינו מאפשר גירושים, כגון נוצרים קתולים.¹⁵³ להצעת החוק ניתנו שתי גרסאות. גרסה א הציעה להוסיף את סעיף 5 לחוק, שכותרתו "הקדמת המועד לאיזון המשאבים", ואשר כולל אפשרויות שונות להקדמת המועד לביצוע ההסדר. עד כמה האפשרות להקדמת מועד איזון המשאבים קריטית לאפקטיביות של החוק ניתן ללמוד מגרסה ב לתיקון. גרסה זו הציעה חלופה אחרת, שכותרתה "ביטול החוק", ולפיה "חוק יחסי ממון בין בני זוג, התשל"ג-1973 – בטל".¹⁵⁴ כלומר, אם לא לתקבל גרסה א, ולא יהיה אפשר להקדים את מועד האיזון, תושב הלכת השיתוף על כנה.

בסופו של דבר גברה התבונה, והתקבל תיקון מס' 4 לחוק יחסי ממון.¹⁵⁵ במסגרת זו הוסף לחוק סעיף 5א, הקובע כי "א) הזכות לאיזון משאבים לפי סעיף 5 תהיה לכל אחד מבני הזוג אף בטרם פקיעת הנישואין אם הוגשה בקשה לביצועו של הסדר איזון משאבים... והתקיים אחד מהתנאים המפורטים להלן: (1) חלפה שנה מיום שנפתח אחד מההליכים האלה: (א) הליך להתרת נישואין; (ב) תביעה לחלוקת רכוש... (2) קיים קרע בין בני הזוג או שבני הזוג חיים בנפרד אף אם תחת קורת גג אחת במשך תקופה מצטברת של תשעה חודשים לפחות... (ב) בית המשפט או בית הדין רשאי... לקצר את התקופות האמורות". כן נקבע כי בית המשפט רשאי להקדים את מועד האיזון בעקבות החלטות שיפוטיות בגין אלימות. התיקון שהתקבל שונה מההצעה בכך שהקדמת איזון המשאבים אינה תלויה כלל בהחלטה שיפוטית של בית הדין, כי אם בעניינים טכניים בלבד.

2. החקיקה השיפוטית נוצרה רק עקב השיתוף של חוק יחסי ממון

מלבד העובדה שתיקון מס' 4 לחוק החיה מחדש את הסדר איזון המשאבים, יש בו כדי להביא מזור לכל הסוגיות שבהן דן מאמר זה. החקיקה השיפוטית בעניין יעקובי וזו שניתנה בעקבותיה נולדו רק בעקבות העובדה שפרקו השני של החוק נהפך לאות מתה.

152 הצעת חוק יחסי ממון בין בני זוג (תיקון מס' 4) (הקדמת המועד לאיזון המשאבים), התשס"ז-2007, ה"ח 240 (להלן: הצעת תיקון מס' 4 לחוק יחסי ממון).

153 אולם ראו בע"מ 5794/03 פלוגית נ' פלוגי (פורסם בנבו, 12.12.2005).

154 הצעת תיקון מס' 4 לחוק יחסי ממון, לעיל ה"ש 152, בעמ' 244.

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

העדר הסמכות להקדים את מועד איזון המשאבים מנע את השיתוף אף בנכסים שנרכשו במאמץ משותף הרשומים רק על שמו של אחד מבני הזוג. עיון מדוקדק כדלקמן בדברי השופטים בעניין יעקובי מלמד כי אלמלא שיתוקו וסירוסו של החוק הם היו מוותרים על הפיתוח המשפטי שאליו הגיעו. הואיל והתשתית לכל הפיתוח בפסיקה נוסדה בעניין יעקובי, אבקש לשוב לעניין זה ולבחון את ההגניעות לפיתוח משפטי זה ואת נחיצותו לנוכח תיקון מס' 4 לחוק יחסי ממון.

אתחיל עם הנשיא שמגר. הלה הוביל את דעת הרוב בעניין יעקובי, שלפיה התיבות "פקיעת הנישואין עקב גירושין" משמען מתן גט, ולא כל מועד מוקדם יותר. הוא לומד זאת בעיקר מן ההיסטוריה החקיקתית.¹⁵⁶ רק משקבע כך פנה הנשיא שמגר לאפיק הקונסטרוקציות, וכך כתב:

"אותה מוטיבציה חברתית שהנחתה את בית המשפט העליון ביצירת חזקת השיתוף מלכתחילה... היא שמחייבת אותנו כיום לקבוע כי חזקת השיתוף לא חלפה מן העולם בעטיו של החוק שלא אמר דבר בעניין זה, כאשר מבנהו הכולל של החוק מביא לתוצאות ההפוכות מן הרצוי. ניתן לסבור כי המצב היה שונה אילו נתן המחוקק מענה מספק לבעייתיות הגלומה בהסדרת נושאי הקניין של בני-זוג במהלך נישואיהם... במצב כאמור ניתן היה לומר כי מאחר שהחוק מגשים את מטרת החקיקה... הרי שניתן לקבל את החזקה שהמחוקק הכניס שינוי מהותי מכללא."¹⁵⁷

כלומר, הנשיא שמגר מסכים שהמחוקק ביקש להכניס שינוי מהותי במשטר הרכושי בישראל, לבטל את הלכת השיתוף ולהחיל את הסדר איזון המשאבים. אולם, כאשר אין החוק מגשים את מטרת החקיקה, אין בררה אלא לאמץ את שני ההסדרים במקביל. הנשיא שמגר ער לבעייתיות של התחולה הברזומנית, וכך הוסיף וכתב:

"אכן, המחוקק בחר בהסדר שיתוף דחוי במודע, וזאת כדי להבטיח ודאות ויציבות... אולם אין לשכוח כי מטרה נוספת, חשובה לא פחות, המונחת בבסיס החוק היא ליצור איזון ושוויון בין בני הזוג... יש לאזן בין שני שיקולי מדיניות – הביטחון הקנייני, מול הבטחת הצד החלש. לדעתי, השיקול השני גובר על הראשון. רמה מספקת של ביטחון קנייני ניתן להשיג גם במצב שבו יחולו שני ההסדרים במקביל. לעומת זאת, את מצבו של בן הזוג החלש והנתון לסחטנות בשל רצונו בפקיעת הנישואין לא ניתן לשפר, כל עוד לא יאמר המחוקק את דברו..."¹⁵⁸

156 ראו עניין יעקובי, לעיל ה"ש 7, בעמ' 555.

157 שם, בעמ' 565–567.

158 שם, בעמ' 570.

הנה כי כן, היוצר והמחולל של התחולה הברזומנית מעיד על עצמו כי לא היה מחוללה ולא היה יוצרה אילו מצא הסדר חוקי המאזן בין בני הזוג. הנשיא שמגר הוא הפה שהתיר את התחולה הברזומנית, והוא גם הפה שהבטיח למעשה לאוסרה אם רק יאמר המחוקק את דברו. ובכן, המחוקק "אמר את דברו" בתיקון מס' 4 לחוק. סר המכשול. ההניעה לתחולה הברזומנית אינה קיימת עוד מששב החוק לתחייה בעזרת תיקון מס' 4 לחוק.

אולם בכך אין די. החקיקה השיפוטית השנייה שנוצרה בהלכת יעקובי היא הגמשת הדין הכללי. ובכן, גם השופטת שטרסברג-כהן – יוצרתה ומחוללתה – כותבת כי חקיקה שיפוטית זו נבעה רק מחסר בהסדר המשפטי:

"אין ספק שההסדר של החוק טומן בחובו קשיים של ממש העלולים לפגוע בצד החלש... על קשיים אלה יש להתגבר או לפחות ניתן להקחות את עוקצם עד אשר המחוקק יתקן את החוק באופן ההולם את צורכי החברה ואת השיטה המשפטית הראויה למערכת היחסים הנדונה, במיוחד בהקשר לעיתוי האיזון. עד אז ניתן לעשות זאת בכלים שונים המצויים, בין השאר, בידי המערכת השיפוטית ושראוי כי ייעשה בהם שימוש, בהקשרים הבאים: ... (2) מתן פרשנות רחבה וגמישה לדין הכללי... באופן התואם את התא המשפחתי..."¹⁵⁹

הנה כי כן, השופטת שטרסברג-כהן עצמה אומרת כי ניתן לעשות שימוש במתן פרשנות רחבה וגמישה רק "עד אז". ובכן, ה"אז" הגיע עם תיקון מס' 4 לחוק, ולפיכך על השיטה המשפטית לחזור בה מפרשנות אקטיביסטית זו, המבוססת למעשה על פיקציה משפטית. נוסף על כך, השופטת שטרסברג-כהן מעירה כי עמדת המיעוט בעניין יעקובי שקבעה תחולה ברזומנית נחלצה לטובת בני זוג שנישואיהם טרם פקעו, וספק אם עמדה זו נכונה גם לגבי בני זוג שהתגרשו.¹⁶⁰ אמירה זו בדבר אי-החיוניות של החקיקה השיפוטית במקרה שהנישואים כבר פקעו מובילה למסקנה דומה במקרה שאפשר להקדים את איזון המשאבים.

על כך אפשר להוסיף גם את דבריו של השופט כהן, אשר נאמרו אומנם בנוגע ליצירתה של הלכת השיתוף בשנות השישים, אך יפים גם לעניין שימורה של הלכת השיתוף ולעניין פיתוחה של פרשנות גמישה לדין הכללי: "חקיקה על-ידי פסיקה ייתכן שתתן סיפוק לרגש של צדק במקרה מסויים, אך היא עלולה לשבש את דיני הקניין ודיני החיובים, ליצור מצב של חוסר ודאות, ובסופו של דבר לגרום לתוצאות בלתי-צודקות במקרים אחרים."¹⁶¹ הדברים נאמרו בהעדר כל הסדר חקיקה באופן, והם נכונים על אחת כמה וכמה כאשר יש בנמצא הסדר חקיקה, בדמות חוק יחסי ממון, הנותן מענה לאינטרסים השונים.

159 שם, בעמ' 627.

160 עניין אבו רומי, לעיל ה"ש 8, בעמ' 181.

161 עניין אפטה, לעיל ה"ש 28, בעמ' 572.

3. הסדר נורמטיבי רצוי לאור תיקון מס' 4 לחוק יחסי ממון

באופן מפתיע לא השתנה דבר במשפט הישראלי לאחר תיקון מס' 4 לחוק; החוק שונה, אך עולם כמנהגו נוהג. הצגתי לעיל את הדין הפוזיטיבי – רצף של פסיקות, חלקן מלפני התיקון וחלקן מלאחריו, ואין כל הבדל ביניהן. הלכת שמחוני והלכת אלמונית, שניתנו לאחר התיקון, אינן מאזכרות אותו כלל, וההלכה בעניין **בן גיאת** מאזכרת אותו רק פעם אחת, וגם זאת בדרך אגב. בתי המשפט לענייני משפחה מתעלמים ממנו לחלוטין. מאמציו הרבים של המחוקק לתקן את החוק מצטיירים אם כן כמאמצים שנעשו לשווא. הפסיקה כבר פיתחה לעצמה חקיקה שיפוטית, ולמדה להסתדר בלעדי תיקון לחוק. כעת, משהגיע, אין היא זקוקה לו עוד. ייתכן – ואומר זאת בזהירות – שהוא אף מפריע לפסיקה, שכן אלמלא התיקון היה אפשר להמשיך להתייחס להסדר איזון המשאבים שבחוק כאל אות מתה, להמעיט את כוחו המחייב, להפעיל דין כללי או אפילו הלכת שיתוף כחושה כפי הצורך, ולשתף גם נכס חיצוני לפי שיקול הדעת המוחלט של השופט.¹⁶² תיקון מס' 4 היה אמור להוביל לביטול החקיקה השיפוטית ולהחלה מלאה ודווקנית של הסדריו השונים של החוק. הללו עלולים כמובן להתנגש בתחושת הצדק הפרטית של השופט במקרה ספציפי, אך השיטה צריכה להעדיף חקיקה על חקיקה שיפוטית.¹⁶³

יש להודות כי ההלכות המגמישות את דיני הקניין מחזירות את הלכת השיתוף למרכז הבמה, ועימה את שלל בעיותיה. גם במדינות המשפט המשווה המצב המשפטי אינו כה ברור, כפי שנראה להלן, אך דומני שהמצב בישראל כיום חמור יותר בהשוואה אליהן.

אני מבקש לטעון כי הפסיקה לאחר התיקון חייבת להיות שונה מזו שניתנה לפניו, וזאת בשלושה מישורים עיקריים, שאותם אפרט בשלוש הפסקאות הבאות: ביטול התחולה הברזמנית, גם אם מדובר רק בהלכת השיתוף כפי שהייתה בתחילת דרכה (סעיף 4 לחוק); ביטול הגמשתם של דיני הקניין וחזרה לדיני קניין רגילים לגמרי (סעיף 4 לחוק); הוצאת נכס שנרכש לפני הנישואים מכלל השיתוף (סעיף 5(א)(1) לחוק).

השינוי הראשון הוא ביטול התחולה הברזמנית. עם קבלת תיקון מס' 4 לחוק תם עידן החקיקה השיפוטית שנוצרה בהעדרו. הסדר חקיקתי מלא עדיף על הסדר חקיקתי חלקי יחד עם הסדר פסיקתי חלקי.¹⁶⁴ אי-אפשר לשמר את הלכת השיתוף, וגם לא כדאי עקב חסרונותיה. יש להחזיר את ההפרדה הקניינית האמורה בסעיף 4 לחוק יחסי ממון, שקיבל גם הוא חיים חדשים עם תיקונו של סעיף 5 לחוק. הצד השני של ההפרדה הוא דיני קניין רגילים, ועימם ישוב הביטחון הקנייני בנוגע לנכסיהם של בני

¹⁶² ראו את דבריו המפורשים של הנשיא שמגר בעניין **יעקובי**, לעיל ה"ש 7, בעמ' 568–569.

¹⁶³ ראו את מאמרו של קפלן, לעיל ה"ש 39, בדבר הנזקים הגלומים בחקיקה שיפוטית לעומת חקיקה מסודרת של המחוקק.

¹⁶⁴ ראו את סוף דבריו של הנשיא שמגר בעניין **יעקובי**, לעיל ה"ש 7, בעמ' 577.

הזוג. כמובן, אין כוונתי לבטל את הלכת השיתוף לבני זוג שנישאו לפני ינואר 1974. המלצה זו גם לא תפגע במאומה בהסדרים הקיימים בבית הדין הרבני, הרואים את עצמם ככפופים יותר לחוק יחסי ממון, יציר המחוקק, מאשר להלכת השיתוף, פרי הפסיקה.¹⁶⁵

השינוי השני הוא ביטול ההגמשה של הדין הכללי, אשר מאפשרת למעשה להחזיר את הלכת השיתוף. האמת צריכה להיאמר, ההבחנה בין דוקטרינות אלה היא אקדמית, דקה מן הדקה, וככל שהולכים ומגמישים את הדין הכללי, היא הולכת ומיטשטשת. גם בית המשפט העליון קבע במקומות שונים כי השימוש בדין הכללי הוא למעשה שימוש בהלכת השיתוף.¹⁶⁶ זה כמו זו מובילים להיווצרות זכויות סמויות בנכס, כך שנושים אינם יכולים עדיין להסתמך על הרישום ברוכשם נכס מבין הזוג הרשום. יש אפוא לשוב לדיני הקניין הרגילים מכוח הוראת סעיף 4 לחוק, אשר שבה לתחייה עם תיקון מס' 4 לחוק.

השינוי השלישי מבקש להשאיר נכס חיצוני מחוץ לשיתוף, כהוראת המחוקק. עם עליית גיל הנישואים (ועליית העושר הפרטי בקרב חלק מהמשפחות), לא מעט מבני הזוג מגיעים לנישואיהם עם נכסים שרכשו – או שנרכשו בעבורם – בטרם הכירו את בני זוגם. עם פירוק הנישואים בני הזוג בעלי הנכסים עלולים לגלות במפתיע כי עם השנים נהפך רכושם החיצוני לרכוש משותף. כאמור, החקיקה השיפוטית בהלכת **יעקובי** פתחה את הפתח להחלת השיתוף גם על נכסים חיצוניים. בסדרת ההלכות שנסקרו לעיל מצאו בתי המשפט הלכה זו כמוצאי שלל רב, באפשרה להם לעשות צדק לתפיסתם, קרי, להגן על בן הזוג שאינו רשום ולהעניק לו מחצית מהנכס החיצוני של בן זוגו. כל ההלכות הללו חותרות תחת כוונתו של המחוקק, אשר ביקש באורח קטגורי להשאיר נכס חיצוני מחוץ לרכוש המשותף.

נראה כי השיתוף של נכס חיצוני מטריד לא מעט בני זוג, או הורים של בני זוג, המבקשים לשמר נכס בידיהם – ורק בידיהם – ליום אפור וסגרירי. הלכת השיתוף יסודה אומנם בבני זוג שנישאו לפני ינואר 1974, אך בשל רצף ההלכות שלעיל מצודתה פרושה – אם לא דה יורה אזי לפחות דה פקטו – גם על בני זוג שנישאו לאחר תאריך זה. הלכה זו מטילה קושי רגשי עצום על בן הזוג בעל הנכס החיצוני. אם יחפוץ למנוע שיתוף בנכס זה, עליו לרמוז לבן זוגו רמז עבה או לומר לו זאת מפורשות.¹⁶⁷ נקל להבין את השלכותיה ההרסניות של אמירה כזו ערב מיסוד הנישואים. בררה אחרת, שאינה פשוטה יותר, היא עריכת הסכם ממון. המטרה המרכזית של רוב רובם של הסכמי הממון היא לשמר נכס חיצוני מחוץ לשיתוף. אילו הובטח בחקיקה שכך יהיה, כפי שאכן ניסה המחוקק להבטיח, לא היו בני זוג מטרידים את עצמם בשאלה המורכבת הזו ערב נישואיהם. ייתכן גם שלא מעט מבני הזוג שאינם רשומים נוטים לקבל כי השיתוף לא

165 ראו שלמה דיכובסקי "הלכת השיתוף – האם דינא דמלכותא?" **תחומין** יח 18 (התשנ"ח).

166 ראו את דבריו של השופט מצא בעניין **יעקובי**, לעיל ה"ש 7, בעמ' 638, וכן את דבריו של השופט עמית בעניין **בן גיאת**, לעיל ה"ש 105.

167 עניין **הדרי**, לעיל ה"ש 9.

יחול בנכסים החיצוניים של בן זוגם. עוד יש לחדד כי הרטוריקה המלווה את שיתופו של הנכס החיצוני משתמשת בנרטיב של "הגנה על החלש, אשר הקריב את מיטב שנותיו למען בן זוגו", אולם יש לתת את הדעת לכך שלא אחת הנכס החיצוני הוא דווקא של בן הזוג החלש או ה"ביתי", אשר הוריו ציידוהו בנכס לקראת נישואיו. הפיכתו לנכס משותף דווקא תחליש את החלש, ולא תחזקן.¹⁶⁸

כאמור, לדעת, חקיקת סעיף 5(א)(1) לחוק, המורה כי יש להוציא מן השיתוף נכס חיצוני, ניסתה לכוון לדעתו של רוב הציבור. בהצהרות של המחוקק ובדברי ההסבר להצעת החוק ההתייחסות היא בעיקר לנושים ולזכויות סמויות, אך נראה כי גם מניעת ההכבדה על בני הזוג ערב נישואיהם הובאה בחשבון. יש להניח שרוב בני הזוג בעלי הנכס החיצוני אינם מעוניינים שהוא יאוזן באיזון המשאבים, אך הם היו בוודאי מעדיפים לא לומר על כך דבר לבן הזוג, ושהמחוקק יסדיר זאת בעבורם. דא עקא, עם ריקונו מתוכן של הסדר איזון המשאבים בחוק יחסי ממון, רוקן למעשה גם סעיף 5(א)(1) לחוק. תיקון מס' 4 לחוק יחסי ממון נותן מענה גם לקושי זה, בהחיותו למעשה את הוראת סעיף 5(א)(1) לחוק, שלפיה, באופן קטגורי, נכס חיצוני יוותר חיצוני.

על חשיבותו של השינוי השלישי – הותרת נכס חיצוני מחוץ לשיתוף – ועל העובדה שבני זוג רבים מגיעים כיום לנישואים כשבידם נכסים חיצוניים אפשר ללמוד גם דרך הפריזמה המרתקת של דיני המיסים. סוגיית הנכס החיצוני מקבלת משנה תוקף גם במקרים של שלב ב בנישואים, כאשר כל אחד מבני הזוג מגיע לנישואיו השניים עם רכוש שצבר במהלך נישואיו הראשונים. בעניין שלמי נפטרה האישה, והדירה נרשמה על שם יורשיה על פי דין – האיש ושני ילדיהם – כך שהבעלות בדירה הייתה בעקבות זאת 3/4 של האיש ו-1/4 של שני הילדים.¹⁶⁹ האיש נישא שנית, ובבעלותה הבלעדית של אשתו השנייה הייתה דירה שנרכשה לפני שהכירו. כעבור שבע שנים נערך ביניהם הסכם ממון, ובמסגרתו נערכה הפרדה בין נכסיהם המשותפים לבין נכסיהם הפרטיים. האישה מכרה את דירתה וקיבלה פטור על פי סעיף 49ב(1) לחוק מיסוי מקרקעין (שבח ורכישה), התשכ"ג-1963. כעבור שנה מכר האיש את דירתו וביקש פטור מכוח אותו סעיף. מנהל מיסוי מקרקעין דחה את בקשתו מן הטעם שטרם חלפו ארבע שנים ממועד המכירה של דירת האישה. המנהל הסתמך על סעיף 49ב(2) לחוק מיסוי מקרקעין (שבח ורכישה), הקובע כי "לענין פרק זה יראו מוכר ובן זוגו, למעט בן זוג הגר דרך קבע בנפרד, וילדיהם שטרם מלאו להם 18 שנים למעט ילדים נשואים – כמוכר אחד". לאחר שהגיש השגה ונדחה, הגיש האיש ערר לוועדת ערר בבית המשפט המחוזי, אך נדחה גם שם, ולכן ערער לעליון.

168 כזה, למשל, היה המקרה בתמ"ש 11-01-31324, לעיל ה"ש 137.

169 עניין שלמי, לעיל ה"ש 37.

בית המשפט העליון סוקר בהרחבה את הלכת עברי¹⁷⁰ והלכת פלם¹⁷¹ כמו כן הוא סוקר את הוראת ביצוע מיסוי מקרקעין מס' 5/2011 (להלן: הוראת הביצוע), אשר מיישמת את הלכת פלם וקובעת כי גם בהעדר הסכם ממון לא תחול חזקת התא המשפחתי על נכסים חיצוניים. עוד צוין כי עמדה זו חלה הן על בני זוג שנישאו לפני שנת 1974 (שעליהם חלה חזקת השיתוף) והן על בני זוג שנישאו לאחר שנה זו. עם זאת, נקבע כי במקרים החריגים הבאים ייחשבו נכסים חיצוניים כחלק מחזקת התא המשפחתי עקב שיתוף שנוצר בין בני הזוג: מגורים משותפים; מימון משותף; תשלום משכנתה משותף; דמי שכירות המשלמים לחשבון בנק משותף.¹⁷³ הוראות אלה מלמדות כי רשויות המס אינן מבחינות בין המצב ששרר לפני חוק יחסי ממון לבין המצב לאחריו, וממשיכות לנקוט אותם מבחנים, וכי גם מגורים משותפים כשלעצמם יכולים להוביל להחשבת הנכס החיצוני כשייך לשני בני הזוג. לעניין הנסיבות בעניין שלמי קובע השופט דנציגר כי יש להביט בכל אחד מבני הזוג בהתאם לחלקו ולעברו ההיסטורי,

170 ע"א 3489/99 מנהל מס שבח מקרקעין, חיפה נ' עברי, פ"ד נז(5) 589 (2003). בני הזוג עברי ערכו לפני נישואיהם הסכם יחסי ממון, שבמסגרתו קבעו כי דירתו של כל אחד מהם תישאר בבעלותו הבלעדית גם לאחר הנישואים ולא תיחשב רכוש משותף. כשנתיים לאחר הנישואים מכר מר עברי את דירתו, ששימשה למגורי המשפחה, וקיבל פטור ממס שבח בהתאם לס' 249 לחוק מיסוי מקרקעין. בטרם חלפו ארבע שנים ממכירת דירתו של מר עברי, מכרה גב' עברי את דירתה וביקשה גם היא לקבל פטור ממס שבח. מנהל מיסוי מקרקעין סירב. בית המשפט העליון קיבל את עמדתו בקובעו: "כל מכירה הנעשית על-ידי אחד מבני-הזוג תיחשב כאילו נעשתה על-ידי בן-הזוג האחר, ומתן הפטור ממס לאחד מהם ייחשב לניצול הפטור ממס גם על-ידי בן-הזוג האחר" (שם, בעמ' 598). כיום, בעקבות קבלתו של תיקון מס' 76 לחוק מיסוי מקרקעין, אשר ביטל את הפטור שאפשר מכירה פעם בארבע שנים, מתאפשרת מכירה ללא תשלום מס רק למי שבבעלותו דירה יחידה – ראו יצחק הדרי מיסוי מקרקעין – דירת מגורים כרך א 784–789 (מהדורה ג, 2014).

171 ע"א 3185/03 מנהל מס שבח מקרקעין, מרכז נ' פלם, פ"ד נט(1) 123 (2004). בני הזוג פלם רכשו יחד במהלך נישואיהם דירת מגורים. לגב' פלם הייתה דירת מגורים קודמת מלפני נישואיה, אשר בהתאם להסכם יחסי ממון שנכרת בין בני הזוג נותרה בבעלותה המלאה והבלעדית. בני הזוג דיווחו על הרכישה למשיב וערכו שומה עצמית של מס רכישה, שבמסגרתה החילו על חלקה של האישה ברכישת הדירה את שיעורי המס הרגילים הקבועים בחוק מיסוי מקרקעין, ואילו ביחס לחלקו של האיש הם החילו את שיעורי המס המופחתים המגיעים לרוכש "דירה יחידה". מנהל מיסוי מקרקעין דחה את השומה העצמית, וקבע כי יש לראות בבני הזוג פלם "רוכש אחד" בהתאם לס' 9 לחוק, הקובע כי "יראו רוכש ובן זוגו, למעט בן זוג הגר בדרך קבע בנפרד, וילדיהם שטרם מלאו להם 18 שנים, למעט ילד נשוי – כרוכש אחד". ועדת הערר קיבלה את עררו. מנהל מיסוי מקרקעין ערער לבית המשפט העליון, אך נדחה בדעת רוב, תוך שנקבע כי יש לראות את התא המשפחתי כיחידה אחת רק מרגע שנוצר התא המשפחתי, ולא לפני כן, ואין להחיל את המטען ההיסטורי של אחד מבני הזוג על בן הזוג האחר: "מצבו של בן-הזוג האחד איננו חלק ממצב התא אם מקורו בנכס מלפני הנישואין שנשאר מחוץ למסגרת התא המשפחתי". שם, בעמ' 132. עניין זה שונה מעניין עברי, לעיל ה"ש 170, מכיוון שבעניין זה שתי המכירות היו לאחר הנישואים.

172 הוראת ביצוע מיסוי מקרקעין 5/2011 – רשות המסים "היקף תחולת חזקת התא המשפחתי" taxes.gov.il/realestatetaxation/documents/horaotbitsua/horm0511.pdf (12.4.2011).

173 עניין שלמי, לעיל ה"ש 37, פס' 46 לפסק דינו של השופט דנציגר.

מבלי לשייך את העבר ההיסטורי של בן הזוג האחד לבן הזוג האחר. לתפיסתו, לשון סעיף 49(ב) לחוק אינה שוללת עקרונית פרשנות המבחינה בין בני זוג שערכו הסכם יחסי ממון (או הסכם הפרדה בין ידועים בציבור) לבין בני זוג שלא ערכו הסכם כזה, ולכן יש לראות את החזקה הקבועה בסעיף זה כחזקה הניתנת לסתירה, ולא כחזקה חלוטה. כדי לסתור את החזקה ולהצביע על הפרדה רכושית, על בני הזוג להציג הסכם ממון (או הסכם הפרדה בין ידועים בציבור) שבו נקבעה הפרדה רכושית ביחס לנכסים שהביא כל אחד מהם לתא המשפחתי. בלעדי הסכם כזה אין מקום לדון בטענה בדבר הפרדה רכושית. עם זאת, אין די בהצגת הסכם יחסי ממון לסתירת החזקה, אלא על בני הזוג להוכיח כי פעלו על פי ההסכם הלכה למעשה, דהיינו, כי ההפרדה הרכושית לא נותרה "על הנייר" בלבד.¹⁷⁴ לשם כך הוא מפנה למבחנים האמורים שנקבעו בהוראת הביצוע.

השופט סולברג מסכים עקרונית עם השופט דנציגר, ומוסיף כי כאשר מדובר בדירת המגורים ובבני זוג שעל יחסיהם חל חוק יחסי ממון, נקבע שיש להראות נסיבות עובדתיות נוספות – "דבר מה נוסף" – שיעיד על כוונת השיתוף בנכס המסוים (דוגמת השקעות משותפות או הבטחה למוכרו ולרכושו נכס משותף).¹⁷⁵ אין הוא מקבל את קביעתו של השופט דנציגר כי רק הסכם ממון יעיד על הפרדה רכושית בנכס חיצוני. לדעתו, יש לחתור ל"התאמת התפיסה בתחום המיסוי למציאות שלא עמדה לנגד עיני המחוקק בעבר, שבה שכיחים נישואין שניים וכן גם נישואין בגיל מאוחר, עת נצברו נכסים במעלה הדרך. במציאות שכזו, אין 'להעמיס' את התנהלותו של בן זוג בטרם נישואיו כ'מטען היסטורי' מגביל על שכם בן-זוגו עם הנישואין".¹⁷⁶ לדעתו, ההנחה של דנציגר כי "מקרים המורכבים" – דהיינו, בנישואים שניים או בנישואים בגיל מאוחר – קיימת סבירות גבוהה שבני הזוג יערכו הסכם ממון¹⁷⁷ אינה עומדת במבחן המציאות. בני זוג "ימנעו מעריכת הסכם ממון בין מחמת אי-נוחות שעשויה להיות כרוכה בהטלת ספק משתמעת בתוחלת הזוגיות, או בשל קושי להקצות משאבים חומריים להסדרת הנושא".¹⁷⁸ לפיכך קביעת ההסכם הפורמלי כתנאי בלעדיו אין להוכחת הפרדה רכושית תמנע מהם הטבת מס גם כאשר ייתכן שהם ראויים לה. השופט סולברג מציע לכן מתווה אשר מכיר בהסכם ממון (בתנאי שהוא אינו נגוע על פניו במניפולציה) אך אינו סוגר את הדלת בהעדר הסכם ממון. המתווה יחול בלי תלות במועד נישואיהם של בני הזוג, ואינו מוגבל רק למקרים "מורכבים" (נישואים מאוחרים או שניים).¹⁷⁹

השופטת השלישית, דפנה ברק-ארז, הכריעה כדעתו של השופט דנציגר, דהיינו, שתנאי מקדמי להכרה בכך שבני זוג נשואים אינם "מוכר" אחד הוא קיומו של הסכם

174 שם, פס' 66 לפסק דינו של השופט דנציגר.

175 שם, פס' 8 לפסק דינו של השופט סולברג, המפנה בהקשר זה להלכת אלמונית, לעיל ה"ש 90.

176 עניין שלמי, לעיל ה"ש 37, פס' 14 לפסק דינו של השופט סולברג.

177 שם, פס' 49 לפסק דינו של השופט דנציגר.

178 שם, פס' 16 לפסק דינו של השופט סולברג.

179 שם, פס' 18 לפסק דינו של השופט סולברג.

ממון ביניהם.¹⁸⁰ לפיכך הוחלט פה אחד כי החזקה הקבועה בסעיף 49(ב) לחוק מיסוי מקרקעין (שבח ורכישה) היא חזקה הניתנת לסתירה. באשר לאופן שבו יוכל הנישום לסתור את החזקה, הוחלט בדעת הרוב כי בעניינם של בני זוג נשואים יידרש הנישום להציג – כתנאי מקדמי – הסכם יחסי ממון, ונוסף על כך להוכיח כי הוא ובן זוגו פעלו על פי ההסכם הלכה למעשה, דהיינו, כי ההפרדה הרכושית לא נותרה "על הנייר" בלבד. הבסיס לקריאתי לעריכת שלושת השינויים הוא כמובן דיני קניין רגילים, כאילו היו בני הזוג זרים זה לזה. בעיניי זו גם כוונתו המקורית של המחוקק.¹⁸¹ בהמלצותי אלה דעתי שונה מדעתו של ליפשיץ, הסובר כי במקרים של נישואים ארוכים ("קישור" בלשונו) יש להכיר בזכות הקניינית של בן הזוג שאינו רשום אף ללא הוכחה ספציפית של כוונות שיתוף.¹⁸² ליפשיץ מבסס את דעתו על עקרון ההסתמכות של בן הזוג שאינו רשום. לטעמי, ההסתמכות היא תלויה פסיקה ותלויה משפט; אין היא נוצרת מאליה. ההסתמכות מקבלת הגנה רק אם היא נשענת על דבר מבוסס. ככל שהמשפט יבהיר כי אין זכויות קנייניות הנוצרות מאליהן, ממילא לא תהיה ההסתמכות או לפחות לא תינתן הגנה להסתמכות. כמו כן, דעתו של ליפשיץ מתיישבת עם הלכת השיתוף, ולא עם הלכת השיתוף הספציפי, ומאמרו מתייחס בעיקר למערכת היחסים בין בני הזוג, ולא למערכת היחסים עם צד שלישי.

180 שם, פס' 1 לפסק דינה של השופטת ברק-ארו. השופטת מוסיפה עוד כי ניתן להותיר ב"צריך עיון" את האפשרות שלא יהיה זה תנאי בלעדיו אין בכל הנוגע בבני זוג שהם רק במעמד של ידועים בציבור (שאלה שלא התעוררה במישרין בעניין זה). עוד היא מוסיפה (שם, בפס' 7 לפסק דינה) כי ס' 49(ב) לחוק מיסוי מקרקעין מתנה את הזכות לפטור ממס שבח בעת מכירה של דירת ירושה בכך שהדירה הייתה דירתו היחידה של המוריש, ושאליו היה המוריש בחיים, הוא היה יכול למכור את הדירה וליהנות מפטור ממס. לכאורה, אם בני זוג שביקשו לשמור על הפרדה רכושית יחשבו מוכר אחד, התוצאה תהיה שכאשר אחד מהם ילך לעולמו, ילדיו מנישואים קודמים – אם יהיו יורשיו, כפי שקורה לא אחת – לא יוכלו ליהנות מן הפטור האמור, מאחר שהמוריש נחשב כבעל דירה נוספת (מכוח בעלותו של בן זוגו בדירה משלו). תהא זו לפיכך פגיעה אם לא תוכר האפשרות לראות בכל אחד מהם "מוכר" נפרד. עוד היא מוסיפה ביחס לידועים בציבור כי בע"א 2622/01 **מנהל מס שבח מקרקעין נ' לבנון**, פ"ד נז(5) 309 (2003), הוחלה הטבה בתחום של מס שבח גם על עניינם של בני זוג שאינם נשואים אלא רק חיים כידועים בציבור (שם, בפס' 12 לפסק דינה). בעקבות פסיקה זו החלו רשויות המס לכלול ידועים בציבור בגדרי התא המשפחתי גם בכל הנוגע בפטורים לגבי מכירת דירת מגורים.

181 כך כותב רוזן-צבי יחסי ממון בין בני זוג, לעיל ה"ש 6, בעמ' 307, בטרם החלו הטלטלות דלעיל: "מהוראות אלה נובע כי הנישואין בין בני-הזוג וקיומם הנמשך אין בהם כדי לשנות את דיני החוזים והקניין החלים עליהם במהלך הנישואין... הצד השני של מטבע ההפרדה הוא תחולת כל דיני החוזים והקניין על בני-זוג כאילו היו זרים... אין בהיותם בני-זוג כדי להחיל עליהם במהלך הנישואין מערכת דינים מיוחדת ונפרדת".

182 ליפשיץ "החלת השיתוף הספציפי", לעיל ה"ש 18, בעמ' 25. לדעתי, הצעתו של ליפשיץ שביטול שיתוף זה ייעשה באמצעות הודעה אובייקטיבית מפורשת וחד-צדדית לא תעמוד במבחן המציאות, ואיני משוכנע שהמשפט מעוניין להעמיד בני זוג במתח כזה.

לטעמי, צד שלישי שרכש נכס מבין הזוג הרשום בהסתמך על הרישום אמור להיות מוגן לחלוטין, כי אם הגנתו לוקה אפילו במעט, הוא אינו מוגן כלל. בהקשר זה ראו, למשל, את אינפלציית הנספחים לחוזי המשכנתה ולחוזי מכר מקרקעין המבקשים את חתימת בן הזוג שאינו רשום, תוך הסכמתו לכל התרחישים האפשריים. אני מציע כי בן זוג שאינו רשום לא יוכל כעבור זמן להעלות נגד צד שלישי טענה לזכות סמויה בנכס, אם לזכות זו לא ניתן כל ביטוי במרשם. דא עקא, אם תאומץ הצעה זו, ייתכן שבן זוג שאינו רשום יפסיד את בית המגורים שבו גרו בני הזוג במהלך שנים רבות. אכן, אין ספק שבמקרים קיצוניים, שבהם בני הזוג גרים יחד בנכס החיצוני במשך שנים רבות, תתברר קביעה גורפת זו כלא צודקת – בין במערכה שבין בני הזוג לבין עצמם ובין בינם לצד שלישי.¹⁸³ נושא זה מטריד גם את מדינות המשפט המשווה, כפי שיפורט להלן. השופט רובינשטיין מציע כי אם בני זוג החליטו על שיתוף בנכס, עליהם לפנות ללשכת רישום המקרקעין.¹⁸⁴ איני יודע עד כמה עצה זו מציאותית, הואיל ובני זוג נמנעים ככלל מלעסוק בנכסיהם ומלדקדק עם בני זוגם בשאלה מתי הגיע המועד לשתפם בנכס שנרכש לפני הנישואים. נקל להניח כי העיסוק בכך, ובוודאי דרישה של בן הזוג שאינו רשום שהנכס יירשם על שמו, לא כל שכן סירוב של בן הזוג הרשום לעשות כן, עלולים להכביד את מערכת היחסים, מה שאמור להטריד שיטת משפט נורמלית. אתגר זה מוליך אותי לדיון בסעיף הבא.

4. הסדר נורמטיבי רצוי ביחס לדירת המגורים של בני הזוג

(א) ההסדר הישראלי

קריאתי לשוב לכוונתו המקורית של המחוקק בכל הסדריו בחוק יחסי ממון מחייבת לתת את הדעת לדירת המגורים, העומדת במרכזו של מאמר זה. השאלה היא אם השינוי השלישי, שלפיו נכס חיצוני יישאר חיצוני, נכון גם לבית המגורים. את הדיון בשאלה זו אפתח עם דברים שכתב רוזן-צבי:

"המחוקק הישראלי ביקש להימנע מאימוצה של חזקת השיתוף... אל לנו לסגת מגישה זו לגבי בית-המגורים. אין לשכוח גם שהחלת שותפות מן הדין על בית מגורים, שנרכש על-ידי אחד מבני-הזוג לפני הנישואין ולא הושג במאמץ משותף, אינה תואמת את גישתו של המחוקק. נכסים מסוג זה הוצאו מכלל

183 יש להניח כי הדין יהיה שונה ביחס לנכס חיצוני שאינו דירת מגורים. כך נאמר, למשל, בתמ"ש (משפחה ב"ש) 50571-10-12 פלוני נ' אלמונית, פס' 34 לפסק הדין (פורסם בנבו, 20.8.2015): "אין בכוונתי לחרוג מההלכה לפיה דוקטרינת כוונת השיתוף הספציפי חלה במקביל לחוק יחסי ממון בנכס חיצוני אף שאינו דירת מגורים, אולם סבורני כי אין להקיש באופן אוטומטי מהנסיבות ומהקריטריונים שהוכרו בפסיקה כמלמדות על שיתוף ספציפי בדירה מגורים כנסיבות המלמדות על שיתוף ספציפי בנכס חיצוני שאינו דירת מגורים."

184 עניין בן גיאת, לעיל ה"ש 105, פס' טז לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

האיזון שבחוק, כדי למנוע אי-צדק. הצעה אפשרית אחרת היא הפעלה מוגבלת של שיטת שיקול הדעת השיפוטי לגבי בית המגורים בלבד... הצעה זו אין בה, לדעתנו, כל הצדקה עניינית. בעת פקיעת הנישואין יש להניח את כל הרכוש להסדר איזון המשאבים.¹⁸⁵

נראה שדבריו של רוזן-צבי לא התקבלו בפסיקה הרווחת, הגורסת כי בית המגורים שבו גרו בני הזוג שנים רבות, והשקיעו את מיטב זמנם, מרצם וכספם, צריך להיות משותף מבחינה קניינית לשני בני הזוג, גם אם הוא היה רכושו החיצוני של אחד מהם לפני הנישואים.¹⁸⁶ המשפט נחלץ לטובת החלש, ומבקש למנוע מצב שבו בן הזוג שאינו רשום, שהוא לרוב בן הזוג ה"ביתי", מוצא את עצמו לפתע ללא בית מגורים. הקונסטרוקציה המשפטית ששימשה את בתי המשפט הייתה הלכת השיתוף לגבי בני זוג שנישאו לפני 1974 והגמשת הדין הכללי לגבי מי שנישאו לאחר מכן. כאמור, לפני תיקון מס' 4 לחוק הייתה הצדקה לקונסטרוקציות אלה, אך לדעתי אין להן מקום לאחריו. השאלה היא אם לבית המגורים יהיה דין שונה גם לאחר תיקון מס' 4 לחוק, בפרט לנוכח מצוותו הבלתי-מסויגת של המחוקק בסעיף 5(א)(1) לחוק שנכס חיצוני יישאר חיצוני.

ובכן, אבקש ללכת בדרך ביניים בין עמדתו הגורפת של רוזן-צבי לבין עמדתה של הפסיקה, אשר גובשה לפני התיקון אך נותרה ללא שינוי אף לאחריו. אבקש בעיקר לחלוק על המסקנה בעניין **אבו רומי**, החוזרת שוב ושוב בפסיקה, שלפיה לגבי דירת מגורים יש להקל בקביעת הבעלות המשותפת הקניינית.¹⁸⁷ לפני הבהרת עמדתי, ולשם הצדקתה, אני מבקש להצביע על עניין עקרוני. הרטוריקה בפסיקה המלווה את הצורך בשמירת הזכות של בן הזוג שאינו רשום משתמשת במונח "בית המגורים".¹⁸⁸ מונח זה משמיענו כביכול כי אם המשפט לא ייחלץ לטובת בן הזוג, ה"ביתי" לרוב, הוא חלילה "ימצא את עצמו ברחוב", שכן אם בן הזוג מאבד כל זכות ב"בית המגורים", אזי אין לו היכן לגור. אולם, ואומר זאת בזהירות, השימוש במונח "בית המגורים" מטעה. הוא מטעה מכיוון שבכל מקרה, גם אם נעניק לבן הזוג את זכותו הנטענת בבית המגורים, אין מדובר בזכות קניינית הגדולה ממחצית, שכן ההנחה היא שבן הזוג הרשום התכוון לכל

185 רוזן-צבי יחסי ממן בין בני זוג, לעיל ה"ש 6, בעמ' 192–193.

186 ראו לעיל פרק ד, המתאר את פסקי הדין שהתקבלו בהקשר זה בבית המשפט לענייני משפחה. כן ראו מנחם מאטנר "יוצרי סיכונים" ו'נקלעי סיכונים' – הגנתו של המסתמך על מצג הזולת בחקיקה האזרחית החדשה" **משפטים** טז 92 (1986); ליפשיץ "יחסי משפחה וממון", לעיל ה"ש 41, בעמ' 264.

187 עניין **אבו רומי**, לעיל ה"ש 8, בעמ' 183: "יש טעם להקל על בן-הזוג הטוען לבעלות משותפת בדירת המגורים כאשר זו רשומה רק על שם אחד מהם."

188 מעניין שכל המקרים בבית המשפט העליון שנבחנו לעיל עסקו בבת זוג שאינה רשומה, אך מצאנו גם מקרה אחד שבו בן הזוג שאינו רשום היה האיש – ראו בג"ץ **פלוגי**, לעיל ה"ש 123. מקרה זה צעד בעקבות הלכת **אלמונית**, לעיל ה"ש 90, וקבע כי האיש לא הוכיח "דבר מה נוסף". נקבע כי השקעתו הכספית בחיים המשותפים אינה יכולה להיחשב "דבר מה נוסף" כזה, ולכן נמנע ממנו כל חלק בנכס שהאשה הביאה עימה לנישואים.

היותר, אם וכאשר, לשתף את בן זוגו ברכושו החיצוני שווה בשווה. גם ההסתמכות של בן הזוג היא על בסיס מחצית הרכוש בלבד. לכן, גם אם בקונסטרוקציה משפטית כזו או אחרת נוציא מחצית מן הדירה מידי הנושים ונעניקה לבן הזוג שאינו רשום, דינה של הדירה להימכר.¹⁸⁹ המחצית האחרת תפוסה עדיין ברשתם של הנושים, וזכותם כמוכן לדרוש פירוק שיתוף בדירה, כמצוות סעיף 37 לחוק המקרקעין. אם כך, גם אם נבקש לחזק את זכותו של בן הזוג שאינו רשום ונאמר שזכותו היא קניינית, דה פקטו זכותו היא אובליגטורית בלבד, שכן אך סביר הוא שהנכס יימכר, ולא יישאר במצב של מחציתו בידי הנושה ומחציתו בידי בן הזוג שאינו רשום.¹⁹⁰

אבקש להמשיך קו זה ולומר כי יש ללמוד על תחילתה של הזכות מסופה. כלומר, זכותו של בן הזוג בבית המגורים צריכה להיות מלכתחילה אובליגטורית, ולא קניינית. נוסף על כך, אותה זכות אובליגטורית, בין כלפי בן הזוג ובין כלפי הנושה, צריכה להיות לא מכוח איזון המשאבים, קרי לא בהחלטה קטגורית של חצי-חצי, אלא מכוח סעיף 8(2) לחוק.¹⁹¹ כלומר, גם ביחס לדירת מגורים הכלל יהיה דיני קניין רגילים, ובן הזוג שאינו רשום לא יזכה קניינית בדירה בשום מקרה, ובכך דעתי שונה מן הפסיקה עד כה ומדברי מלומדים, כפי שהובאו לעיל. עם זאת, במקרים יוצאי דופן, בעיקר כאשר מדובר בדירה ששימשה למגורי בני הזוג לאורך שנים רבות, בית המשפט יעשה שימוש בסעיף 8(2) לחוק ויעניק לבן הזוג שאינו רשום זכויות אובליגטוריות כנגד חלקו ותרומתו המשוערת בדירה. החלטה זו לא תהיה החלטה קטגורית של מחצית במחצית, אלא אובליגטורית. החלטה קטגורית של מחצית במחצית תהיה מנוגדת לכוונת המחוקק בסעיף 5(א)(1) לחוק. אפשר למצוא תימוכין לכך במשפט המשווה, כפי שנראה מייד, בשיטות שבהן השיתוף אינו קנייני ואינו בהכרח מחצית במחצית. אולם צריך לומר כי במקרים שבהם אין כסף בידי של בן הזוג הרשום, ואין הוא יכול לפצות את בן זוגו שאינו רשום, לא יהיה מנוס מלהקנות לבן הזוג שאינו רשום זכויות קנייניות בדירה שבה התגוררו.

הצעתי זו תסייע גם בעניין הקושי הרגשי בין בני הזוג. על בן הזוג הרשום להביא בחשבון כי ייתכנו מקרים שבהם בית המשפט יורה אף על איזון שוויו של בית המגורים. אך פסיקה עתידית אפשרית זו לא תניע אותו בהכרח לערוך הסכם ממון, מכיוון שבכל מקרה החלטה לפי סעיף 8(2) לחוק אינה החלטה קטגורית ואוטומטית של שוויון, כי אם בעיקרה החלטה של פיצוי. אין דרך להתגונן מפניה ואין דרך למנוע אותה, אף לא באמצעות הסכם ממון. החלטה לפי סעיף 8(2) לחוק היא מעין סעד מן הצדק, שלמערכת הסכמית בין בני הזוג לא תהיה השפעה עליו. מן הפסיקה אכן עולה כי בית המשפט

189 כן, למשל, בעניין שלם, לעיל ה"ש 4.

190 וכך קובע ס' 40 לחוק המקרקעין, שכותרתו היא "פירוק דרך מכירה": "במקרקעין שאינם ניתנים לחלוקה, וכן אם נוכח בית המשפט כי חלוקה בעין תגרום הפסד ניכר לשותפים, כולם או מקצתם, יהיה פירוק השיתוף בדרך של מכירת המקרקעין וחלוקת הפדיון."

191 הצעה דומה הועלתה בדברי השופט שטרסברג-כהן בעניין אבו רומי, לעיל ה"ש 8, בעמ' 183. כן ראו עניין אלמונית, לעיל ה"ש 90, פס' 20 לפסק דינו של השופט דנציגר.

רשאי ומוסמך לבחון שימוש בסעיף 8(2) לחוק יחסי ממוץ גם כאשר נערך הסכם ממוץ בין הצדדים שהוביל לאי-שוויון, אלא שבית המשפט לא ימהר כמובן לעשות שימוש בסעיף זה רק מחמת אי-שוויון שנוצר בין הצדדים, בפרט כאשר אי-השוויון נוצר בגלל נכס פרטי – חיצוני.¹⁹² צריך לזכור כי בררת המחדל היא חלוקה שוויונית, וכי רק במקרים יוצאי דופן, דוגמת זה שהצעת, אפשר שיעשה שימוש בסעיף 8(2) לחוק.¹⁹³ אפשר לשכלל את הצעת זו ברובד נוסף. כאמור, בית המגורים יימכר בכל מקרה, גם אם נחלץ מחצית קניינית ממנו מידי הנושים או מידי בן הזוג הרשום לטובת בן הזוג שאינו רשום. אפשר לקבוע בפסיקה, בהסתמך על הסדר דומה להסדר המחוקק בסעיף 40 לחוק המקרקעין, כי בית המגורים יקבל דין מיוחד, והוא לא יימכר ולא יפורק בו השיתוף עד שיימצא סידור הולם לבן הזוג. כלומר, סעיף 40 לחוק המקרקעין ייוחד לא רק לטובת סידור מגורים לילדים ולהורה המחזיק בהם, כנוסחו כיום, אלא גם לטובת סידור מגורים לבן הזוג גם אם הילדים בגירים או אין ילדים כלל.¹⁹⁴ המימון לאותו סידור חלופי ייעשה בעזרת סעיף 8(2) לחוק יחסי ממוץ. נראה לי כי אפשר למצוא סימוכין להצעת זו בסעיף 6 לחוק יחסי ממוץ, שהוא אחת ההוראות שנוספו בתיקון מס' 4 לחוק. סעיף זה מיישם את הוראת סעיף 40 לחוק המקרקעין כמעט מילה במילה, למעט תוספת אחת, והיא הדאגה ל"דירת המגורים של בני הזוג". למרות הסיפא של הסעיף אפשר לפרש ולטעון כי משמעות השינוי היא שיש לדאוג לבן הזוג לסידור חלופי גם אם אין מדובר במדור לילדי בני הזוג.¹⁹⁵

192 ראו עמ"ש (מחוזי חי') 33249-05-15 ז. א. נ' ז. ל., פס' 13 לפסק דינה של השופטת אלון (פורסם בנבו, 21.12.2015).

193 ראו עמ"ש (מחוזי חי') 29522-05-13 מ' ח' ל' נ' ל' א', פס' 75 לפסק דינו של השופט ג'וסי (פורסם בנבו, 9.3.2014).

194 כך קובע ס' 40 לחוק המקרקעין, שכותרתו "דירת מגורים של בני זוג": "(א) החליט בית המשפט... על פירוק השיתוף במקרקעין משותפים שהם דירה של בני זוג המשמשת להם למגורים, בדרך של מכירה, לא יורה על ביצועה והמכירה תעוכב, כל עוד לא נוכח בית המשפט כי לילדי בני הזוג הקטינים ולבן הזוג המחזיק בהם, יחדיו, נמצא הסדר מגורים אחר המתאים לצרכיהם...". ראו גם את דבריו של השופט טל בעניין **יעקובי**, לעיל ה"ש 7, בעמ' 600, שבהם הוא מוסיף כי תיקון דומה נעשה בהוספת ס' 10 לחוק המיטלטלין, התשל"א-1971, לגבי פירוק זכויות בדירה לא רשומה. ליפשיץ "יחסי משפחה וממוץ", לעיל ה"ש 41, בעמ' 307, טוען כי על הפסיקה להוסיף לשיקוליה גם מתן מגורים לילדי בני הזוג לתקופה קצובה באותו בית מגורים, ולא להסתפק בהוכחת סידור מדור חלופי לבני הזוג.

195 ראו ס' 6 לחוק יחסי ממוץ, שכותרתו "מכירת דירת מגורים של בני הזוג": "ראה בית המשפט או בית הדין כי לצורך ביצוע איזון המשאבים יש למכור דירה המשמשת **למגורי בני הזוג** או למגורי ילדי בני הזוג הקטינים ובן הזוג המחזיק בהם, לא יורה על ביצוע המכירה והיא תעוכב, כל עוד לא נוכח בית המשפט או בית הדין כי לילדי בני הזוג הקטינים ולבן הזוג המחזיק בהם, יחדיו, נמצא הסדר מגורים אחר המתאים לצרכיהם, לרבות הסדר ביניים למגורים זמניים המתאים לצרכיהם, לתקופה שיקבע." (ההדגשה הוספה.)

(ב) המשפט המשווה – הדין האנגלי

בחינת הדין האנגלי מלמדת כי ככלל השיטה מעדיפה אי-שיתוף קנייני של בן הזוג בנכס חיצוני, כבשיטה הישראלית. לפי הדין האנגלי, לנישואים אין כל השפעה ישירה או מיידיית על הרכוש של מי מבני הזוג. הרכוש של כל אחד מבני הזוג נותר לחלוטין בבעלותו, אלא אם כן הוא נרכש במשותף על ידי שניהם. לפי חוק הקניין האנגלי, בעל ואישה הם שתי ישויות משפטיות שונות בכל הנוגע בקניין,¹⁹⁶ ולכן ככל שנכס שייך לאחד מבני הזוג – למשל, נכס מלפני הנישואים – לבן הזוג האחר אין שום זכות כלפיו. הדבר מזכיר כמובן את חוק יחסי ממון הישראלי, אשר דוגל בהפרדה רכושית עד הפירוד ומבקש לא לשותף רכוש חיצוני. נישואים אינם גורמים לשיתוף קנייני.¹⁹⁷ ההשלכות הממוניות של הגירושים באנגליה מוסדרות בפרק II ל-Matrimonial Causes Act,¹⁹⁸ אשר קובע בעיקרו כי החלוקה, המכונה "ancillary relief", נתונה לשיקול דעתו של בית המשפט.

הגירושים באנגליה הם גירושים אזרחיים ותלויים לחלוטין בשיקול דעתו של בית המשפט, וכך גם חלוקת הרכוש.¹⁹⁹ חלוקת הרכוש אינה תלויה בגירושים, כפי שנקבע למעשה בתיקון מס' 4 לחוק הישראלי. עם זאת, גם באנגליה, בדומה לחוק יחסי ממון, מדובר בשיתוף אובליגטורי בלבד, כלומר, ההחלטה של בית המשפט לגבי חלוקת הרכוש תהיה כספית בלבד, ואינה יוצרת שיתוף קנייני בדיעבד.²⁰⁰ על כן נשמרת הוודאות הקניינית של נכסי המשפחה, יש הגנה על האינטרס של צדדים שלישיים, ולא תוכל להישמע טענה בדבר זכות סמויה בנכס כנגד צד שלישי. כלומר, הדוקטרינה של שיתוף ספציפי קנייני מכוח הגמשת דיני הקניין אינה מקובלת באנגליה כפי שהיא מקובלת במשפט הישראלי. אופי החלוקה מזכיר למדי את זה הנהוג במשפט הישראלי, כלומר, איזון משאבים; שיתוף אובליגטורי, ולא קנייני; ושיתוף דחוי למועד פירוק

196. Law of Property Act, 1925, 15 Geo. 5, c. 20, § 37 (Eng.).

197 ככלל, באנגליה לא ייווצר שיתוף בנכס בין בני הזוג מכוח התנהגות בלבד. Married Women's Property Act 1964, c. 19 (Eng.) קובע חריג שלפיו נכס שנרכש בכסף שנתן הבעל לאשתו

לצורך תחזוקת הבית יהיה משותף. להרחבה ראו: THE LAW COMMISSION, FAMILY LAW: MATRIMONIAL PROPERTY 5-7 (1988), https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/235805/0009.pdf

198 (Eng.) Matrimonial Causes Act 1973, c. 18, part II (להלן: MCA).

199 ס' 41(4) ל-MCA קובע כי גירושים תלויים בשיקול דעתו של בית המשפט: "If the court is satisfied on the evidence of any such fact as is mentioned in subsection (2) above... it shall... grant a decree of divorce". ס' 23(1) לחוק קובע כי חלוקת הרכוש תיעשה בעת מתן צו הגירושים או בכל זמן לאחר מכן.

200 National Provincial Bank Ltd. v. Ainsworth [1965] UKHL 1, 2 All ER 472. בית הלורדים קבע כי לאישה אין זכות קניינית בבית המגורים, הרשום על שם הבעל: "Before a right or an interest can be admitted into the category of property, or of a right affecting property, it must be definable, identifiable by third parties, capable in its nature of assumption by third parties, and have some degree of permanence or stability. The wife's right has none of these qualities; it is characterised by the reverse of them"

הנישואים.²⁰¹ עם זאת, להבדיל מהמשפט הישראלי, החוק האנגלי אינו קובע ברור מחדל של חלוקה שווה.²⁰² החוק אינו מצייץ עיקרון כללי לחלוקה, וקובע כי בית המשפט יתבסס על מכלול נסיבות העניין, ובכלל זה על אורך הנישואים, רמת המחיה של בני הזוג, גילם ונכסיהם.²⁰³ גם קיומו של הסכם ממון יהיה אחד משיקוליו של בית המשפט, אך הוא אינו מחויב לאכוף אותו.²⁰⁴ החוק אינו כולל שום הגדרה או התייחסות לרכוש משותף או לרכוש שצבר בן זוג אחד לפני הנישואים.

בשנת 2000, בפסק הדין המכונן בעניין *White*,²⁰⁵ קבע בית הלורדים האנגלי כי עקרון ההוגנות הוא עקרון-העל שצריך להנחות את בית המשפט בעת חלוקת רכוש בין בני זוג.²⁰⁶ עוד נקבע כי נכס חיצוני אמור להישאר חיצוני, כבחוק יחסי ממון הישראלי. וכך כתב הלורד ניקולס (Nicholls) בעניין *White* :

"Property acquired before marriage and inherited property acquired during marriage come from a source wholly external to the marriage. In fairness, where this property still exists, the spouse to whom it was given should be allowed to keep it. Conversely, the other spouse has a weaker claim to such property than he or she may have regarding matrimonial property."²⁰⁷

בשנת 2006, בעניין *Miller* ו-*McFarlane*, הכיר בית הלורדים בשלושה "עמודי תווך" של מושג ההוגנות: צרכים (של בני הזוג וילדיהם), פיצוי (בגין חסרונות שנגרמו

201 ראו ס' 21–24 ל-MCA.

202 כפי שיורחב להלן, בית הלורדים באנגליה התייחס לראשונה לשוויון כפרמטר בחלוקת הרכוש רק בשנת 2001, בעניין *White v. White* [2000] 1 AC 596 (HL).

203 ס' 25 ל-MCA. להרחבה ראו *Anne Barlow, Community of Property – The Logical Response to Miller and McFarlane?*, 39 BRACON L.J. 19 (2007).

204 זאת, בניגוד לדין בישראל, שלפיו החוק הוא שיורי, וכל הסכם ממון קודם לו. להרחבה ראו: *K v. K (Ancillary Relief: Prenuptial Agreement)* [2003] 1 FLR 120, [2002] Fam. Law 877.

205 עניין *White*, לעיל ה"ש 202.

206 שם, בעמ' 596. במילותיו של הלורד ניקולס (Nicholls): "Everyone would accept that the outcome on these matters, whether by agreement or court order, should be fair. More realistically, the outcome ought to be as fair as is possible in all the circumstances. But everyone's life is different. Features which are important when assessing fairness differ in each case. And, sometimes, different minds can reach different conclusions on what fairness requires. Then fairness, like beauty, lies in the eye of the beholder... In consequence, the legislation does not state explicitly what is to be the aim of the courts... Implicitly, the objective must be to achieve a fair outcome"

207 שם, בעמ' 610. להרחבה ראו *Jens M. Scherpe, A Comparative Overview of the Treatment of Non-Matrimonial Assets, Indexation and Value Increases*, 25 CHILD & FAM. L.Q. 61, 73 (2013).

עקב מערכת היחסים) ושיתוף שוויוני.²⁰⁸ ראשית, בית המשפט פועל לקיום כל צורכיהם של בני הזוג ולמתן פיצוי. בשלב השני, אם הנכסים עולים על הצרכים, ישאף בית המשפט לשיתוף הנכסים באופן שוויוני, אך יביא בחשבון את מקורם של הנכסים לטובת בעליהם. יש לשים לב כי בניגוד לדין הישראלי, שיתוף שוויוני אינו הכלל, אלא רק אחד העקרונות המנחים, אך בדומה למשפט הישראלי, עקרון ההוגנות ועקרון ההגנה על החלש משמשים גורמים מרכזיים בשיקוליו של בית המשפט.²⁰⁹

בפסק הדין בעניין *Miller* התייחסו השופטים למונח "נכס חיצוני לנישואים" (non-matrimonial property).²¹⁰ לדבריהם, נקודת המוצא, בהעדר אינדיקציות מנוגדות, היא שנכסים שהיו בבעלות אחד מבני הזוג לפני הנישואים וכן נכסים שהתקבלו בירושה במהלכם לא ייכללו בחלוקה בין בני הזוג. לעומת זאת, בית המגורים, אף אם הובא לנישואים בתחילתם על ידי אחד הצדדים, צריך להיות משותף.²¹¹ ההבחנה בין נכס חיצוני כללי לבין דירת מגורים חיצונית מקובלת כאמור גם במשפט הישראלי. במקרה של הזוג מילר דובר בנישואים קצרים, שבהם הבעל הגיע לנישואים עם הון רב. בית הלורדים קבע כי הרכוש עולה על צורכי בני הזוג, ולכן עבר לשקול את תרומתו של כל אחד מבני הזוג להון זה. הבעל קיבל 60% מהנכסים, והאישה – 40%. כלומר, בית המשפט שיתף גם את הנכסים החיצוניים באיזון הנכסים, אם כי לא באופן מלא.

החלטות אלה השפיעו על פסיקת בתי המשפט האנגליים בשנים שלאחר מכן, שבהן נקבע בכמה החלטות כי רכוש חיצוני יחולק בין בני הזוג, אם כי בצורה לא שוויונית.²¹²

208 Miller v. Miller; McFarlane v. McFarlane [2006] UKHL 24, [2006] All ER 343 (להלן: עניין *Miller*).

209 כך קובע הלורד ניקולס שם, בפס' 16 לפסק דינו: "This 'equal sharing' principle derives from the basic concept of equality permeating a marriage as understood today. Marriage, it is often said, is a partnership of equals... When their partnership ends each is entitled to an equal share of the assets of the partnership, unless there is a good reason to the contrary. Fairness requires no less. But I emphasise the qualifying phrase: 'unless there is good reason to the contrary'. The yardstick of equality is to be applied as an aid, not a rule"

210 שם, פס' 21–25.

211 שם, פס' 22: "The statute requires the court to have regard to all the circumstances of the case. One of the circumstances is that there is a real difference, a difference of source, between (1) property acquired during the marriage otherwise than by inheritance or gift, sometimes called the marital acquest but more usually the matrimonial property, and (2) other property. The former is the financial product of the parties' common endeavour, the latter is not. The parties' matrimonial home, even if this was brought into the marriage at the outset by one of the parties, usually has a central place in any marriage. So it should normally be treated as matrimonial property for this purpose" להרחבה ראו: Mary Welstead, *Judicial Reform or an Increase in Discretion – The Decision in Miller v Miller*;

McFarlane v McFarlane, 2008 INT'L SURV. FAM. L. 61

212 ראו Scherpe, לעיל ה"ש 207, בעמ' 75, וכן את ההחלטות הבאות: *McCartney v. Mills*

אי-אפשר לראות בפסיקה האנגלית קביעה פוזיטיבית של רכוש מסוים כחיצוני לנישואים או קביעה כי הוא נמצא לחלוטין מחוץ לשיקוליו של בית המשפט. בעניין *Charman*²¹³ נקבע כי ככלל עקרון השיתוף השוויוני – אחד מעמודי התווך של עקרון ההוגנות – חל רק על נכסים משותפים.²¹⁴ אך כאשר ערך הנכסים נמוך, אין חשיבות להבחנה בין נכסים משותפים לחיצוניים, מכיוון שכל הנכסים חשופים לחלוקה לשם סיפוק הצרכים והפיצוי של בן הזוג.²¹⁵ סיווג לנכסים משותפים ולנכסים חיצוניים יעשה כאמור רק כאשר הנכסים עולים על הצרכים.

כיום נראה שיש שני זרמים בבתי המשפט האנגליים המשפיעים על הודאות שיכולה להיות לבני הזוג לגבי נכסים חיצוניים.²¹⁶ הראשון, אשר נצמד ללשון החוק, מתנגד להגבלת שיקול הדעת של בית המשפט, ובהתאם לכך נוהג לא לסווג נכסים למשותפים ולחיצוניים. כלומר, כל נכסי בני הזוג נכנסים לאיזון, ונכסים חיצוניים יכולים לגרום לכך שבית המשפט יסטה מאיזון שווה.²¹⁷ הזרם השני קובע הָכוונה רחבה יותר של שיקול הדעת של בית המשפט, על ידי הפרדה עקרונית בין נכסים משותפים לנכסים חיצוניים, כאשר נקודת המוצא היא שנכסים חיצוניים אינם נכנסים לאיזון, אלא אם כן הוגנות וצרכים כלכליים ספציפיים של בני הזוג מחייבים אחרת.²¹⁸ זרם זה מאפשר ודאות רבה יותר לבני הזוג לגבי חלוקת הנכסים על ידי בית המשפט.

בפברואר 2014 יצא דוח של ועדת החוק האנגלית (The Law Commission of England and Wales) הקורא להסדרה ברורה יותר של יחסי הממון בחוק האנגלי, שתציור ודאות משפטית, שקיפות ואחידות בהליכי הגירושים, ובכלל זה בחלוקת הרכוש.²¹⁹ לעניין שיתוף הנכסים החיצוניים, תמכה הוועדה בזרם השני, שלפיו יש להפריד בין נכסים חיצוניים לנכסים משותפים.²²⁰ הוועדה ניסתה לגבש תיקון לחוק שיכלול הגדרה ברורה וממצה ככל האפשר של נכס חיצוני.²²¹ כמו כן, מתוך תפיסה

McCartney [2008] EWCH (fam) 401, [2008] 1 FLR 1508; B v. B (Ancillary Relief) [2008] EWCA (Civ) 543

Charman v. Charman (No 4) [2007] EWCA (Civ) 503, [2007] 1 FLR 1246 213

Joanna Miles, *Charman v Charman* (No 4) – *Making Sense of*: להרחבה ראו: 66. פס' 214 שם, פס' 66. להרחבה ראו: *Need, Compensation and Equal Sharing After Miller/McFarlane*, 20 CHILD & FAM. L.Q. 378, 381 (2008)

ראו עניין *Miller*, לעיל ה"ש 208, פס' 23 לפסק הדין; Miles, לעיל ה"ש 214, בעמ' 385.

Alexander Chandler, *"The Law Is Now Reasonably"*; בעמ' 75; Scherpe, לעיל ה"ש 207, בעמ' 75; *"Clear": The Courts' Approach to Non-Matrimonial Assets*, 42 FAM. L. 163 (2012)

דוגמה לפסיקה לפי אסכולה זו היא עניין *Robson v. Robson* [2010] EWCA (Civ) 1171, 1 FLR 751

K v. L (Non-Matrimonial Property) [2011] EWCA (Civ) 550, [2011] 2 FLR 980 218
THE LAW COMMISSION, MATRIMONIAL PROPERTY, NEEDS AND AGREEMENTS (2014), 219
https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/286594/9781474100168.pdf

שם, בעמ' 174. 220

שם, בעמ' 160–165. 221

שנכסים חיצוניים יכולים ליהפך למשותפים, נדונו התנאים שבהם ייהפך רכוש למשותף.²²² בשל חילוקי דעות לגבי ההגדרות, לא המליצה הוועדה על רפורמה בחוק. לדידה, מכיוון שסיווג הנכסים רלוונטי רק במקרים שבהם הנכסים עולים על צורכי בני הזוג, מדובר במיעוט של מקרים. המלצתה העיקרית של הוועדה היא הכרה רחבה יותר בהסכמי ממון, כך שבני הזוג יוכלו לקבוע את עקרונות החלוקה בעצמם.²²³ לסיכום, הדין האנגלי אינו מכיר כלל בשיתוף קנייני בין בני זוג. במהלך חיי הנישואים יש הפרדה מוחלטת בין הנכסים, וכל בן זוג רשאי למכור את הנכסים הרשומים על שמו.²²⁴ עם פירוק הנישואים ניתנת סמכות לבית המשפט לאזן את המשאבים בין בני הזוג על פי שלושה פרמטרים: צרכים, פיצויים ושוויון. קיימות שתי אסכולות בעניין רוחב שיקול דעתו של בית המשפט, אך בהחלט אין מדובר בתפיסה שוויונית אפריורית כמו במשפט הישראלי. אין קביעה בחוק האנגלי כי נכסים חיצוניים לא ייכללו בחלוקת הנכסים. נכסים אלה אינם זוכים בהגנה מלאה שלפיה הם יישארו בידי מי שהביאם לנישואים. נכסים חיצוניים אינם מוגנים בהיבט של מימוש הצרכים והפיצוי של בן הזוג, אולם לעניין הפרמטר השלישי – השיתוף השוויוני – הם יישארו לרוב מחוץ לשיתוף. כלומר, גם במשפט האנגלי נכס חיצוני אינו מוגן באופן מוחלט, אם כי לא ישתפוהו לצורכי יצירת שוויון בין בני הזוג. השיטה המשפטית האנגלית מוטרדת מאי־ודאות זו. כאמור, יש לא מעט זהות בין המשפט הישראלי למשפט האנגלי בהיבטים הבאים: קיימת הפרדה רכושית לאורך הנישואים; השיתוף הוא אובליגטורי; השיתוף אינו תלוי בגירושים; עקרון ההוגנות מוביל את שיקול הדעת של בית המשפט, ועשוי להוביל לאיזון בלתי שוויוני; נכס חיצוני יישאר חיצוני, אך דירת המגורים החיצונית מקבלת יחס שונה.

(ג) המשפט המשווה – הדין האמריקני

דיני המשפחה האמריקניים מוסדרים באופן מדינתי. רוב המדינות (ארבעים ואחת) הן מדינות משפט מקובל שאין בהן שיתוף קנייני, ואשר נקודת המוצא בהן היא שרכוש, גם אם הוא נרכש במהלך הנישואים, שייך לבן הזוג הרוכש, אלא אם כן הוצהר במפורש שיתוף (להלן: מדינות המשפט המקובל).²²⁵ השיתוף במדינות אלה הוא אובליגטורי דחוי, והאיזון נעשה בעת פקיעת הנישואים, בדומה לנהוג על פי הדין האנגלי והדין

222 שם, בעמ' 166–172.

223 שם, בעמ' 160.

224 *Barclays Bank v. O'Brien* [1994] 1 AC 180, [1993] WLR 786.

225 ראו, לדוגמה, את החוק במדינת ניו יורק – § 236 .N.Y. DOM. REL. להרחבה ראו AMERICAN LAW INSTITUTE, PRINCIPLES OF THE LAW OF FAMILY DISSOLUTION: ANALYSIS AND RECOMMENDATIONS 19 (2001): "The common law treated property owned by the spouses during their marriage as the individual property of one of them unless, as to a particular piece of property, they had acted to create joint ownership. The title in which property was held was critical"

בישראל.²²⁶ אף שבני הזוג חופשיים בעיקרון לפעול כרצונם בנוגע לרכושם, סמכויותיהם הוגבלו, בחקיקה או בפסיקה, בעיקר כדי להגן על זכותו של בן הזוג האחר בבית המגורים, כך שנדרשת הסכמתו לשם העברה או שעבוד של בית המגורים.²²⁷ החוק במדינות שונות אף מעניק הגנה מסוימת לבן הזוג מפני מימוש בית המגורים המשותף על ידי נושים.²²⁸

בתשע המדינות האחרות קיימת שיטה של רכוש משותף (community property) (להלן: מדינות רכוש משותף). נקודת המוצא במדינות אלה הפוכה: יש שיתוף מיידית ברכוש שנצבר במהלך החיים המשותפים. השיתוף מתבטא בניהול משותף של הנכס: כל אחד מבני הזוג רשאי לנהל ולבצע עסקאות בנכסים המשותפים, אך לעסקאות בעלות חשיבות גבוהה, אשר מוגדרות בחוק, נדרש אישור של שני בני הזוג.²²⁹ לעומת זאת, נכסים חיצוניים שנרכשו לפני הנישואים וכאלה שהתקבלו במהלכם (ירושה ומתנות) נשארים בבעלותו של המקבל לבדו.²³⁰ שיטה זו מזכירה יותר את המשטר של הלכת השיתוף הישראלית.

כיום דיכוטומיה זו בין המדינות אינה משמעותית כבעבר,²³¹ מכיוון שבעת סיום הנישואים יש לבית המשפט בכל מדינות ארצות הברית הסמכות לחלק את רכושם של בני הזוג.²³² חלוקת הרכוש נעשית תחת דוקטרינת "החלוקה הצודקת" (equitable)

226 ש.ס. ראו גם: Emily Osborn, *Treatment of Unearned Separate Property at Divorce in Common Law Property Jurisdictions*, 1990 WIS. L. REV. 903, 909.

227 MARY ANN GLENDON, *THE TRANSFORMATION OF FAMILY LAW: STATE, LAW, AND FAMILY IN THE UNITED STATES AND WESTERN EUROPE* 130 (1989): "Even though both spouses are in principle free to deal with their property as they wish, their powers are somewhat restricted in many states by statutes and case law doctrines developed to protect the other spouse's rights to a share in inheritance and by homestead laws which require the consent of both spouses to conveyances or encumbrances of the land on which the family home is located".

228 ש.ס. בעמ' 130: "Homestead laws also assure a spouse a certain amount of protection, which varies from state to state, from execution on the matrimonial home by creditors".

229 ש.ס. בעמ' 123: "[E]ither spouse, acting alone, may deal with community property, joinder of both spouses being required only for certain important transactions, such as purchase, conveyance, or encumbrance of community real estate".

230 ש.ס. בעמ' 124. National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, *UNIFORM MARITAL PROPERTY ACT* 8 (1983): "Common law states have been moving closer and closer to the sharing concept in both divorce and probate legislation, and the Uniform Marital Property Act builds on the direction of that movement".

232 ראו, לדוגמה, את החוק בקולורדו – COLO. REV. STAT. § 46-1-13 (1963); ובווישינגטון – D.C. CODE § 16-910 (2017). להרחבה על החוקים במדינות השונות ואימוצם ראו J. Thomas Oldham, *Changes in the Economic Consequences of Divorces, 1958–2008*, 42 FAM. L.Q. 419 (2008).

233. מדובר בשיתוף באופן צודק והגיוני, ולא בהכרח בחלוקה שווה.²³⁴ בתי המשפט רשאים גם להורות על תשלום מזונות לצורך שיקום או פיצוי על צרכים שאינם יכולים להיענות על ידי חלוקת הנכסים. לרוב יעדיפו בתי המשפט להסתמך על הסכמי ממון שנערכו בין בני הזוג, כל עוד אלה נערכו כחוק.²³⁵ כאמור, ההבדל בין שתי הקבוצות של המדינות הוא בנקודת המוצא (הפרדה או שיתוף נכסים), ויש בו כדי להשפיע על מהות החלוקה הצודקת. לדוגמה, במדינות רכוש משותף תיעשה חלוקה צודקת גם במקרה של מוות של אחד מבני הזוג, בעוד במדינות המשפט המקובל תיעשה החלוקה רק במקרה של פרדה. הבחנה נוספת היא האופן שבו החלוקה מתבצעת. עניין זה מתחלק לשתי שאלות מרכזיות: האם נקודת המוצא בחלוקה היא חלוקה שווה או לא? ואילו נכסים נמצאים ב"מאגר" שבית המשפט רשאי לחלק?²³⁶

"This sharp dichotomy between : לעיל ה"ש 225, בעמ' 20 : AMERICAN LAW INSTITUTE 233 common law and community-property traditions no longer prevails in the United States. All the common-law states now allow the divorce court to distribute the spouse's property between them on a basis other than common-law principles of ownership, under a doctrine known generally as 'equitable distribution.' Five of the eight community-property states also instruct their divorce courts to divide the community property between the spouses 'equitably' (rather than 'equally'). Equitable distribution is therefore the dominant rule today, followed everywhere but in the three 'equal division' community-property .states"

234 המדינות היחידות שאינן נוהגות על פי כלל "השיתוף הצודק" הן קליפורניה, לואיזיאנה וניו מקסיקו, שבהן חל הכלל של "שיתוף שווה" (equal division). להרחבה ראו AMERICAN LAW INSTITUTE, לעיל ה"ש 225, בעמ' 20.

235 Raymond C. O'Brien, *Integrating Marital Property into a Spouse's Elective Share*, 59 CATH. U. L. REV. 617, 689 (2010). להשוואה בין החלוקות השוויוניות בחוקיהן של המדינות השונות ראו William A. Reppy, Jr., *Major Events in the Evolution of American Community Property Law and Their Import to Equitable Distribution States*, 23 FAM. L.Q. 163, 169 (1989).

236 "In community property states, the : לעיל ה"ש 225, בעמ' 20 : AMERICAN LAW INSTITUTE concept of joint ownership is pervasive, applicable not only at dissolution but also at death and during the intact marriage. The common-law states, in contrast, generally retain their traditional separate ownership principles in all matters other than the system of equitable distribution they apply at divorce. These different starting points in the basic underlying concepts of ownership may yield differences in the application of equitable distribution rules that are similar in form. The two most critical features of any law of equitable distribution are its rules for identifying which spousal-owned property is within the pool available to the divorce court to allocate on equitable grounds, and its default or presumptive allocation rule. The trend in equitable division states has favored a presumption, whether formal or in practice, that an equitable division of property is an equal division, but not all states follow this pattern, and its strength varies among those that .do"

במדינות רכוש משותף יש הקפדה רבה על השוויון בחלוקה, אך גם הבחנה מוקפדת על הפרדה של נכסים חיצוניים.²³⁷

ברוב המדינות בארצות הברית, כמו בדין האנגלי ובדין הישראלי, העיקרון הבסיסי הוא הפרדה בין רכוש משותף, שנכלל ב"מאגר" הנכסים לחלוקה, לבין רכוש חיצוני (או נפרד), שאינו נכנס לחלוקה.²³⁸ ככלל, הן במדינות רכוש משותף והן במדינות המשפט המקובל נכס חיצוני לא ייהפך לנכס משותף, לא מבחינה קניינית וגם לא לעניין החלוקה הצודקת, וזאת ללא תלות באורך הנישואים. לצורך שיתוף בנכסים חיצוניים נדרשת פעולה אקטיבית, כגון רישום הנכס על שם שני בני הזוג, העברת כספים לחשבון משותף או עריכת חוזה כתוב המגדיר את אופי הנכסים.²³⁹ עם זאת, הנושא אינו מוסדר באופן אחיד, ובמדינות שונות נקבעו הלכות שונות לגבי האופן שבו רכוש חיצוני יכול ליהפך למשותף.²⁴⁰ כך, נקבע, בין היתר, כי רכוש נפרד יכול ליהפך למשותף כאשר הוא נטמע ברכוש המשותף בדרך של העברה, מכירה או עירבון;²⁴¹ כי רישום אינו קונקלוסיבי לצורך סיווג הנכס כמשותף או כנפרד;²⁴² וכן כי משך הזמן שבו הרכוש הוחזק במשותף

237 שם. לדוגמה, בעניין *Ruggles v. Ruggles*, 860 P.2d 182, 185 (N.M. Sup. Ct. 1993) הבהיר בית המשפט העליון של ניו מקסיקו את עקרונות החלוקה העיקריים במדינות רכוש משותף: ראשית, לכל אחד מבני הזוג יש זכות קיימת בנכסים המשותפים של בני הזוג; שנית, בעת פירוק הנישואים על בית המשפט לחלק את הרכוש המשותף באופן שווה; שלישית, לשם הקלה על הצדדים וקידום השוויון בבעלות על הנכסים בעת הגירושים, כל אחד מבני הזוג יקבל שליטה מוחלטת ומלאה בחלקו ברכוש המשותף. להרחבה ראו O'Brien, לעיל ה"ש 235, בעמ' 689.

238 O'Brien, לעיל ה"ש 235, בעמ' 688, כותב: "Community-property standards are increasingly predominant in divorces occurring in separate-property [non-community property] states" (ההרגשה במקור). להרחבה ראו J. THOMAS OLDHAM, DIVORCE, SEPARATION AND THE DISTRIBUTION OF PROPERTY 5-9 (1987) ("This distinction between premarital acquisitions and gifts or inheritances by one spouse and acquisitions during marriage due to effort has also been accepted by a majority of the non-community property U.S. states as the guiding principle for how property should be dealt with upon divorce. 'Separate property' is not to be divided, while 'marital property' is shared").

239 J. Thomas Oldham, *Should Separate Property Gradually Become Community Property as a Marriage Continues?*, 72 LA. L. REV. 127, 133 (2011), להרחבה ראו גם OLDHAM, לעיל ה"ש 238.

240 להרחבה ראו Osborn, לעיל ה"ש 226, בעמ' 915.

241 ראו, לדוגמה, *Gersten v. Gersten*, 219 P.3d 309, 316 (Ariz. Ct. App. 2009), שם נקבע כי דמי אבטלה, פיצויים בגין אובדן כושר השתכרות והחזר הוצאות רפואיות המתקבלים מהמדינה הם רכוש משותף, וכך גם נכסים שנרכשו באמצעותם. להרחבה ראו Joan M. Krauskopf, *Classifying Marital and Separate Property – Combinations and Increase in Value of Separate Property*, 89 W. VA. L. REV. 997, 1000 (1987).

242 *Borghi v. Gilroy (in re Estate of Borghi)*, 219 P.3d 932, 937 (Wash. Sup. Ct. 2009).

ישפיע על סיווגו כמשותף או כנפרד.²⁴³ כלומר, כמו בדין הישראלי דהיום, ברוב מדינות ארצות הברית נדרש "דבר מה נוסף" כדי לשתף נכס חיצוני, אך חיים משותפים בלבד, כבהלכת השיתוף, לא יספיקו.

לסיכום, בדין האמריקני, ברוב המדינות, נקודת המוצא היא הפרדה ברכוש. במיעוט מדינות יש שיתוף מיידי במהלך הנישואים, אך לצידו הקפדה שנכס חיצוני יישאר חיצוני. בכל המדינות, בעת פירוק הנישואים, יערוך בית המשפט איזון משאבים באופן של "חלוקה צודקת". ככלל, נכס חיצוני אינו אמור להיות משותף. יש חוסר אחידות ועמימות בנוגע לשאלה באילו תנאים ייהפך נכס חיצוני למשותף, אולם לרוב נדרשת לשם כך פעולה אקטיבית כלשהי שתצביע על שיתוף, ואין די בחיים משותפים. כך סיכמה פרופ' גלנדון את המצב הקיים באנגליה ובארצות הברית:

"In sum, then, an English or American property owner does not ordinarily gain or lose ownership rights upon marriage and is relatively free to deal with his or her own property during marriage, but he or she does become subject to a system of legal rules that promote sharing of property when the marriage comes to an end."²⁴⁴

סיכום

שיטת המשפט הישראלית מבחינה בין זוגות שנישאו לפני ינואר 1974 לזוגות שנישאו לאחר מועד זה. על הראשונים חלה הלכת השיתוף, ואילו על האחרונים חל חוק יחסי ממון. הלכת השיתוף גורסת שיתוף קנייני ומיידי בין בני הזוג. היא הביאה ברכה בכנפיה, אך במקביל גרמה להיווצרות זכויות סמויות בנכסי בני הזוג, וכתוצאה מכך לפגיעה בביטחון הקנייני ולגריעה מערכם של נכסי המשפחה: צד שלישי שרכש נכס מבן זוג בהסתמך על הרישום חשש שמא בן הזוג שאינו רשום יטען בעתיד לזכויות בנכס ולכן ביקש לגרוע ממחיר הנכס העכשווי. חוק יחסי ממון בא להחליף את הלכת השיתוף, בקובעו כי השיתוף בין בני הזוג יהיה אובליגטורי דחוי. במהלך החיים המשותפים אין שיתוף בין בני הזוג, והם יכולים למכור או למשכן את נכסיהם מבלי לחשוש שיש בהם זכויות סמויות של בני זוגם. הסדר זה היה אמור להשיב את הביטחון הקנייני לנכסי המשפחה. נוסף על כך החוק קובע כי עם פקיעת הנישואים יהא כל אחד מבני הזוג זכאי למחצית שווי הרכוש, למעט נכסים שהיו להם ערב הנישואים, אשר יישארו בבעלותם הבלעדית.

²⁴³ *In re Marriage of Wojcik*, 838 N.E.2d 282, 292–293 (2d Cir. 2005). להרחבה ראו O'Brien, לעיל ה"ש 235, בעמ' 693.

²⁴⁴ ראו GLENDON, לעיל ה"ש 227, בעמ' 131.

אולם חוק זה התרוקן מתוכנו ונהפך לאות מתה מייד עם לידתו. מועד איזון המשאבים הותנה בסידור הגט, ולא ניתנה אפוא לבית המשפט סמכות להחיל שיתוף אף בנכסים שנרכשו במאמץ משותף ונרשמו על שם אחד מבני הזוג. באמצע שנות התשעים, באיחור של כעשרים שנה, נאלץ בית המשפט העליון להתמודד עם מצב מביך זה בעניין **יעקובי**, שבו נדונו במשותף ענייניהן של משפחת יעקובי ומשפחת קנובלר. בית המשפט נחלץ לעזרת בנות הזוג, גייס את הלכת השיתוף ואת הדין הכללי, וקבע כי ניתן להקדים את חלוקת הרכוש בין בני הזוג ולקיימה אף לפני מתן הגט. נוסף על כך נקבע כי נכס חיצוני של בן זוג אחד יכול לעבור לבעלות משותפת עם בן זוגו אף ללא הסדרת רישום פורמלי ואף ללא כוונה או חוזה מפורשים. בתי המשפט בערכאות הדיוניות מצאו הלכה זו כמוצאי שלל רב, באפשרה להם להגן על בן הזוג החלש ולהעניק לו מחצית מהנכס החיצוני של בן הזוג הרשום או להוציא מחצית זו מידיהם של נושים שהסתמכו על הרישום בלבד.

ברם, הלכה זו וגל הפסיקות שבאו בעקבותיה, אשר לעיתים קראו בה מה שאין בה, הן בבחינת חקיקה שיפוטית החותרת תחת כוונתו של המחוקק. הלכות אלה הלכו והגמישו את הדין הכללי עד שקמה מחדש הלכת השיתוף – אם לא דה יורה אזי דה פקטו. החקיקה השיפוטית, בשאיפתה לצדק חלוקתי ולהוגנות בין בני זוג, התרחקה מכוונת המחוקק ושיתפה קניינית את דירת המגורים אף אם זו נרכשה על ידי אחד מבני הזוג לפני הנישואים. החשש מפני זכויות סמויות בנכס חזר לזירת דיני המשפחה, הביטחון הקנייני אבד שוב, ערכו של הנכס המשפחתי נגרע, הנושים ומעניקי האשראי נמצאים שוב בערפל משפטי, והוטל קושי רגשי עצום על בן זוג רשום המבקש להבטיח כי הנכס יישאר שלו גם ביום סגריר.

הלכת **יעקובי** והפיתוח המשפטי שנעשה בעקבותיה היו מבורכים לשעתם, כאשר אחד מבני הזוג היה יכול, באמצעות סירוב לסידור הגט, למנוע מבן זוגו גם את חלוקת הרכוש. אולם מאמר זה טוען כי תיקון מס' 4 לחוק יחסי ממון היה אמור להשיב את כוונותיו המקוריות של המחוקק על כנן. התיקון, הקובע כי אפשר להקדים את מועד איזון המשאבים לסידור הגט, יתר למעשה את הפיתוח המשפטי בהלכת **יעקובי**, ואין עוד צורך בהגמשת הדין הכללי, ובוודאי לא בתחולה ברו־זמנית של הלכת השיתוף עם הסדר איזון המשאבים. אולם בכל הנוגע בפסיקה – עולם כמנהגו נוהג. לאורך שנים קראה הפסיקה לתיקונו של החוק, אך בינתיים למדה להסתדר בלעדיו. משהגיע, אין היא משנה דבר מחקיקתה השיפוטית שנוצרה בהעדרו, וממשיכה לנקוט אותה הגמשת דין כללי, המובילה לשיתופה של דירת המגורים החיצונית, להיווצרות זכויות סמויות בנכס ולא־יודאות קניינית. בכך הסדר איזון המשאבים ממשיך להתרוקן מתוכנו.

מאמר זה קורא לביטולה של החקיקה השיפוטית, לאימוצו המלא והטהור של ההסדר החוקי בחוק יחסי ממון, המבוסס על שיתוף אובליגטורי דחוי, ובכלל זה להובלת שלושה שינויים בפסיקה: ביטול התחולה הבר־זמנית גם למעשה, ביטול הגמשתם של דיני הקניין וקביעה מחודשת כי נכס חיצוני יישאר חיצוני. אלה יקדמו את הוודאות הקניינית וגם את היציבות המשפחתית. נושים ובני זוג לא יצטרכו להטריד את עצמם בשאלה כיצד ניתן למנוע את השיתוף בנכס חיצוני. לשם הגנה על בית המשמש למגורי

בני הזוג במשך שנים רבות הציע המאמר שימוש בסעיף 8(2) לחוק יחסי ממון וכן הרחבה של ההסדר בסעיף 40א לחוק המקרקעין. בכך יקבלו תיקון מס' 4 לחוק וההוראות השונות בפרקו השני של חוק יחסי ממון את התוכן הראוי להם. להסדרים אלה אפשר למצוא תימוכין גם במשפט המשווה.