<u>בבית המשפט העליון</u>

דנג"ץ 8537/18

לפני:	כבוד הנשיאה א' חיות כבוד המשנה לנשיאה (בדימ') ח' מלצר כבוד השופט נ' הנדל כבוד השופט ע' פוגלמן כבוד השופט י' עמית כבוד השופט נ' סולברג כבוד השופטת ד' ברק-ארז כבוד השופט ד' מינץ כבוד השופט א' שטיין
המבקשת:	פלונית
	נ ג ד
המשיבים:	1. בית הדין הרבני הגדול בירושלים 2. בית הדין הרבני האזורי בחיפה 3. פלוני 4. היועץ המשפטי לממשלה

בקשה לדיון נוסף על פסק דינו של בית המשפט העליון בבג"ץ 4602/13 ובבג"ץ 9780/17 מיום 18.11.2018 אשר ניתן על ידי כבוד השופטים ד' מינץ, א' שטיין ו-י' עמית

בשם המבקשת: עו"ד שי זילברברג; עו"ד עדי רז; עו"ד אייל מנחם

<u>פסק-דין</u>

<u>הנשיאה א' חיות:</u>

דיון נוסף בפסק דינו של בית משפט זה מיום 18.11.2018, בבג"ץ 4602/13 ובבג"ץ 9780/17, אשר דחה, בדעת רוב (השופטים ד' מינץ ו-א' שטיין, כנגד דעתו החולקת של השופט י' עמית), עתירות על פסק דינו של בית הדין הרבני הגדול.

פתח דבר

1. לאחר שלושים שנות נישואין מוגשת לבית הדין הרבני תביעת גירושין, בין היתר, בשל טענת הבעל כי אשתו היא "אישה נואפת מזה מספר חודשים". בית המגורים של בני הזוג נבנה לאחר הנישואין, על מגרש שקיבל הבעל בירושה חודשים אחדים טרם נישואי בני הזוג, והוא נרשם על שמו בלבד.

האם זכאית האישה לחלק מהזכויות בבית המגורים?

2. חוק יחסי ממון, התשל"ג-1973 (להלן: חוק יחסי ממון) קובע כי על הרכוש הזוגי של מי שנישאו לאחר מועד תחילתו של החוק (יום 1.1.1974) יחול "הסדר איזון משאבים". על פי הסדר זה, במועד סיום הנישואין זכאי כל אחד מבני הזוג למחצית שוויים של כלל נכסי בני הזוג (סעיף 5(א) לחוק; להלן: נכסים בני-איזון), למעט נכסים שהיו לבני הזוג ערב הנישואין או שקיבלו במתנה או בירושה בתקופת הנישואין (סעיף 5(א)(1) לחוק; להלן: נכסים חיצוניים). על נכסים חיצוניים חל ההסדר הכללי שמעוגן בסעיף 4 לחוק, ולפיו "אין בכריתת הנישואין או בקיומם כשלעצמם כדי לפגוע בקנינים של בני הזוג, להקנות לאחד מהם זכויות בנכסי השני או להטיל עליו אחריות לחובות השני". עם זאת, בהתאם להלכה אשר התפתחה בפסיקה לאחר חקיקתו של חוק יחסי ממון, אין להוציא מכלל אפשרות יצירת שיתוף בנכס חיצוני מסוים מכוח הדין האזרחי הכללי (להלן: הלכת השיתוף הספציפי). על פי הלכת השיתוף הספציפי, יכול שיתגבש בין בני זוג שיתוף בנכס חיצוני בהתקיים נסיבות מסוימות – המכונות בפסיקה "דבר מה נוסף" שמעבר לעצם קיומם של חיי הנישואים.

הלכת השיתוף הספציפי, והשפעתה של בגידה נטענת על תחולתה, הן העומדות במוקד הדיון הנוסף שקיימנו ביום 4.8.2020 בפני הרכב מורחב של תשעה שופטים.

3. ואלה תחנות הדיון שבהן נעבור: תחילה נעמוד על מהותה של הלכת השיתוף הספציפי ועל פסקי הדין שעיגנו אותה ופירשו את היקף התפרשותה. לאחר מכן נבחן אם, על בסיס התנאים שנקבעו עד כה בפסיקה, צדק בית הדין הרבני הגדול בקבעו כי לא התגבש בין בני הזוג בענייננו שיתוף בנכס נושא ההליך. לבסוף, נתייחס לשאלה מהי הנפקות שיש לייחס – אם בכלל – לאי-נאמנות מינית של אחד מבני הזוג על עצם התגבשותו של שיתוף בנכס ספציפי, ולשאלה אם יש אפשרות לשלול עקב כך שיתוף שהתגבש בנכס.

רקע עובדתי והשתלשלות ההליכים

4. המבקשת והמשיב 3 (להלן: המשיב) נישאו זו לזה בשנת 1982 ולהם שלושה ילדים בגירים. לאחר למעלה משלושים שנות נישואין, הגיש המשיב בפברואר 2013 תביעת גירושין לבית הדין הרבני האזורי בחיפה (להלן: בית הדין האזורי), בה כרך את ענייני הרכוש. בין יתר עילות הגירושין, טען המשיב כי מספר חודשים טרם הגשת הבקשה בגדה בו אשתו עם אחר. בית הדין האזורי חייב את המבקשת לקבל גט, אך זו סירבה והגישה עתירה לבית משפט זה (בג"ץ 4602/13). במסגרת העתירה הגיעו הצדדים להסכמה שקיבלה תוקף של החלטה, לפיה המבקשת תסכים להתגרש מהמשיב ותעזוב את בית המגורים "מבלי שהדבר ישתמע כהוא זה כויתור על תביעתה לזכויות בבית (אם מכח חזקת שיתוף ספציפי או כל טענה אחרת)" וכי עניין הרכוש יידון "בהתאם לחוק ולהלכה הפסוקה" (ראו החלטת השופט י' עמית בבג"ץ 4602/13 מיום 3.7.2013). המבקשת והמשיב אכן התגרשו בעקבות ההסכמה, אך המשיכו להתדיין בנושא הרכוש בבית הדין האזורי.

5. המחלוקת העיקרית בין בני הזוג נסובה על בית המגורים שבו התגוררו יחד במשך למעלה מעשרים שנה, עד שנתגלע הקרע ביניהם בשנת 2013. בית המגורים נבנה כאמור, על מגרש שקיבל המשיב בירושה חודשים אחדים טרם נישואיו למבקשת בשנת 1982. כשש שנים לאחר הנישואין, בשנת 1988, התקשר המשיב בעסקת קומבינציה עם קבלן והעביר לו 3/4 מהמגרש, בתמורה לבניית בית מגורים על הרבע הנותר (וכן תשלום בסך 30,000 דולר מהקבלן). בית הדין האזורי עמד על כך שבהתאם לסעיף 5(א)(1) לחוק יחסי ממון, נכס שהביא עמו אחד הצדדים לנישואין אינו נכס בר-איזון. לפיכך, נפנה בית הדין לבחון את סוגית תחולת הלכת השיתוף הספציפי. בהקשר זה ציין בית הדין האזורי כי "באשר לפן המשפטי, ידועים הקריטריונים האמורים בפסיקה, ובעיקר בפסק דין בג"ץ הידוע (בע"מ 1398/11) שם ציינו שופטי בית המשפט העליון את הקריטריונים העקרוניים לשיטתם...". בהתאם לקריטריונים אלה קבע בית הדין כי המבקשת הוכיחה שיתוף ספציפי בבית המגורים. זאת, נוכח שיפוץ משותף שביצעו בני הזוג בבית שלא היה "מינורי ושגרתי"; נוכח התקופה הארוכה שבה התגוררו יחד בבית; ומשום ש"בנידון דנן לא עסקינן בבית שהביא עמו הבעל מלפני הנישואין, אלא עסקינן בבית שנבנה בעת החיים המשותפים ע"י שני הצדדים, ויתכן ביוזמת שניהם ובסיוע משותף בפן הלוגיסטי". בית הדין האזורי הוסיף וציין כי ניתן אף להניח שבין הצדדים שררה אווירת שיתוף באשר לבית המגורים, וזאת נוכח התבטאויותיו של המשיב בדיון שהתקיים במסגרת בג"ץ 4602/13 ביום 3.7.2013, ובכלל זה הצהרתו "הצעתי לרשום את הבית על הילדים ואמרתי שחלילה הבית צריך לשמש לי או לה לעת זיקנה, אם נצטרך בית חולים, נוכל למכור אותו", וכן "אני לא מוכן שחבר שלה יחיה על חשבון פרי עמלנו של שלושים שנה". את דבריו חתם בית הדין האזורי במסקנה חד משמעית: "לאור כל האמור ולאור הפסיקה העדכנית בסוגיה זו של חלוקת נכס הרשום ע"ש אחד מהצדדים, בית הדין אינו מוצא עילה או אפשרות שלא לחלוק את בית המגורים בין שני הצדדים..."

6. ערעור שהגיש המשיב לבית הדין הרבני הגדול (תיק (גדול) 1073676/1 פלוני נ' פלונית) התקבל ביום 27.7.2017, ובדעת רוב (הדיינים מ' נהרי וי' אלמליח) נקבע כי למבקשת לא מגיע חלק במגרש או בבית הבנוי עליו. הדיין מ' עמוס, סבר, בדעת יחיד, כי למבקשת מגיעים 20% משווי הבית, ללא שווי הקרקע.

7. בחוות דעתו עמד הדיין עמוס על כך שעסקינן במגרש שהגיע לידי המשיב לפני הנישואין והיה רשום על שמו, כך שיש צורך בהוכחת "דבר מה נוסף" לשם ביסוס כוונת שיתוף בבית. לגישת הדיין עמוס, "דבר מה נוסף" לא הוכח במקרה דנן, והאינדיקציות שעליהן הסתמך בית הדין האזורי לא היו חזקות די הצורך: שיפוץ הבית לא היה משמעותי, וספק אם המבקשת השתתפה במימונו שכן לטענת המשיב היא "כלל לא עבדה" בזמן השיפוץ; המבקשת לא הציגה מסמכים התומכים בטענתה לכוונת שיתוף; והתבטאויותיו של המשיב בדיון בבג"ץ 4602/13 אינן מכוונות בהכרח לבית נושא המחלוקת. עוד קבע הדיין עמוס כי "אווירת שיתוף" בין בני זוג לא יכולה להוות הוכחה לשיתוף בלי שנלווים אליה אמירות או מעשים נוספים. לגישת הדיין עמוס, בהינתן העובדה שהמשיב מחזיק בבית ורשום כבעליו, הספק שנותר אינו מאפשר להכיר בזכויותיה של המבקשת בו.

לאחר הדברים האלה הוסיף הדיין עמוס וכתב:

> "בנידון דידן האישה בגדה בבעלה חויבה בגט והוטלו עליה צווי הגבלה ורק לאחר דין ודברים הסכימה לקבל את גיטה. במקרה זה נשאלת השאלה: האם גם באשה שבגדה יש להניח כי הייתה כוונה לשיתוף? אפשר כי כל אחד אכן מוכן לשיתוף, אך זאת בתנאי כי אכן הצד שכנגד פועל בתום לב וכוונתו גם כן להמשיך לבנות את הקן והמסגרת המשפחתית. [...] בכל פירוק של תא משפחתי רבות הן הסיבות שאפשר שבגללן הגיעו למצב זה, אולם כאשר צד אחד הולך שלא בתום לב ועושה מעשים אשר לא ניתן לחזור מהם וגונז והורס את החלום על התא המשפחתי במעשה שוודאי יגרום לפירוק של הבית – בזה יש אומדנא דמוכח ואנן סהדי כי לא הייתה לו כל כוונה לשתף בנכסים שעל שמו בלבד את הפוגע ההורס ומקעקע את כל חיי המשפחה. ואף אם מתוך מעשיו היה ניכר כי כוונתו לשיתוף – הרי כל זה נעשה בטעות ואומדנא דמוכח שהוטעה והולך שולל ולכן כוונה זו בטלה מעיקרה".

בהקשר זה ציין הדיין עמוס כי אף שבפסיקה נקבע שאין נענשים למפרע על בגידה באמצעות נטילת זכויות ברכוש המשותף, יש להבדיל בין "ענישה" השוללת זכויות שבהן אחד הצדדים כבר זכה, ובין "זכויות שצריך להוכיח בהן כוונת שיתוף ובסופו של יום מתברר כי כל כוונה זו יסודה בטעות". הדיין עמוס הוסיף בהקשר זה כי

"אין אנו 'מענישים' אותו, אלא אנו קובעים כי עדיין לא זכה כי כוונת השיתוף [...] בטעות יסודה".

8. בהמשך, תחת הכותרת "ועתה לפן ההלכתי", ציין הדיין עמוס כי "הפסיקה בעניין כוונת שיתוף אינה מעוגנת בחוק יחסי ממון אלא הלכה שהתחדשה בפסיקה האזרחית" וכי "כל עוד לא נחקק חוק ודאי שאין לומר עליה 'מנהג מדינה'". עוד צוין כי כוונת השיתוף בנכס ספציפי יכולה הייתה לקבל תוקף כ"מנהג ידוע" לו היתה ידועה לכל, שאז היה המשיב כפוף לה אף ללא הסכמתו. תנאי זה לא התקיים לדעתו של הדיין עמוס, ואף לא התקיימה ידיעה של המשיב על הכלל או כוונה מצידו לשתף את הנכס עם המבקשת, ולגישתו "כאשר יש ספק יש להעמיד את הנכס בחזקת מי שמחזיק בו". בהקשר זה הוסיף הדיין עמוס וציין:

> "אך אף אם נתעקש ונאמר כי כך נוהגים הרי הפרשנות לקבוע כי אכן עובדות אלו או אחרות תואמות את אמות המידה שעל פיהן נהגו לקבוע כי אכן הייתה כוונת שיתוף בנכס חיצוני הרשום על שם צד אחד נתונה היא בידי בת הדין.
> ולכן, משניתנה לבית הדין והושתה עליו החובה לפסוק על פי החוק (חוק יחסי ממון) או על פי תקדימי פסיקה – ובנידון דידן פסיקה על כוונת שיתוף בנכס חיצוני הרשום על צד אחד – הרי שפרשנותו שלו שוות ערך לפרשנות כל ערכאה משפטית אחרת הכפופה לחוק זה.
> ומאחר שבית הדין פוסק על פי המשפט העברי הרי שבהכרח פרשנותו תהיה כפופה לדין העברי".

עם זאת, בסיום חוות דעתו הבחין הדיין עמוס בין המקרקעין ובין המבנה שנבנה עליהם. בעוד שלגבי הקרקע קבע הדיין עמוס כי לדידו אין להכיר בקיומו של שיתוף, לגבי המבנה ציין הדיין עמוס כי "אפשר שיש 'שותפות מוחלשת'" ולכן המבקשת זכאית ל-20% משוויו "שהרי מדובר בדירה שנבנתה במהלך חיי הנישואים ותוך שיתוף של האישה במהלך הבנייה כאשר ייתכן שהיא אף השקיעה מבחינה כספית". לפיכך, כך הדיין עמוס, "יש מקום להחיל בהקשר זה את חוק יחסי ממון אף שלא הוגדרה כוונת שיתוף ספציפי".

9. הדיין נהרי הצטרף בתחילה למסקנתו של הדיין עמוס, והוסיף כי לשיטתו "על בית הדין לנהוג באמות מידה מחמירות להוכחות כוונת שיתוף הבנויה על הפסיקה האזרחית, קל וחומר כאשר מצטרפת למקרה עילת בגידה שבוודאי אי אפשר לומר שיש אומדנה לכוונת שיתוף מצד [המשיב] הנבגד על ידי [המבקשת]". הדיין נהרי ביצע היקש מדיני המתנה, והדגיש כי "הלכת שיתוף בנויה על אומדנה של כוונת בן זוג לתת מתנה למשנהו מחצית מנכס הרשום על שמו במסגרת מערכת הנישואין. כוונה זו לשתף את בן הזוג בנכס – לא עדיף דינה מכוונת נותן מתנה". עוד מוסיף הדיין נהרי שגם אילו הייתה

מוכחת כוונת שיתוף בעניינו, הרי שפגיעה חמורה במרקם הנישואין עולה כדי התנהגות מחפירה המצדיקה חזרה מכוונת השיתוף.

10. הדיין אלמליח ציין כי לא הוכחה כוונת שיתוף ולא הוצג "דבר מה נוסף" המעיד שהמבקשת זכאית לחלק מהנכס. הדיין אלמליח עמד על כך שהבית נבנה בעסקת קומבינציה, כך שהמשיב למעשה מימן את הבניה; על כך שהשיפוץ מומן גם הוא מכיסו של המשיב; ועל כך שהבית נרשם על שמו של המשיב בלבד. לכן, קבע הדיין אלמליח כי בנסיבות העניין לא התגבש כל שיתוף במקרקעין או בבית, אף לא "שותפות מוחלשת".

לאחר עיון בחוות דעתו של הדיין אלמליח, חזר בו הדיין נהרי מן העמדה כי יש לפסוק למבקשת 20% מערך הבית כמסקנתו של הדיין עמוס, והצטרף לתוצאה שאליה הגיע הדיין אלמליח – אך לא חזר בו מההיקש בין כוונת השיתוף ובין דיני המתנה, בציינו כי "הדעת נוטה שאין כוונת שיתוף למי שבגד במערכת הנישואין". לפיכך נקבע, בדעת רוב, כי למבקשת אין כל זכות בבית המגורים.

פסק דינו של בית המשפט העליון

11. המבקשת לא השלימה עם פסק הדין והגישה עתירה לבית משפט זה, אשר נדחתה, כאמור, בדעת רוב (השופטים מינץ ושטיין נגד דעתו החולקת של השופט עמית). במוקד העתירות עמדה השאלה אם יש מקום להתערבותו של בית משפט זה בפסק דינו של בית הדין הרבני הגדול, אשר לטענת המבקשת נתן משקל לבגידתה הנטענת. השופט עמית ציין כי במצב הדברים הרגיל הוא לא היה רואה מקום להתערב במסקנתו של בית הדין הרבני הגדול, שכן הלכה ידועה היא שבית משפט זה אינו יושב כערכאת ערעור על בתי הדין הרבניים והתערבותו מוגבלת למקרים חריגים בלבד. אלא שלשיטת השופט עמית, המקרה שבפנינו נופל בגדר אותם מקרים חריגים. לגישתו, בית הדין הרבני הגדול החיל במקרה דנן את הדין הדתי על סוגיות רכושיות, וזאת בניגוד להלכה שנפסקה בבג"ץ 1000/92 בבלי נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד מח(2) 221 (1994) (להלן: הלכת בבלי), לפיה ענייני הרכוש בין בני זוג אינם חלק מענייני הנישואין והגירושין שעליהם חל הדין הדתי.

לגישת השופט עמית, בעוד שבדין האזרחי המגמה היא לנתק את העיסוק בהתנהגות המינית של הצדדים מסוגיית חלוקת הרכוש, בדין הדתי נעשה שימוש בזכויות הקניין והחיוב כדי "להעניש" את ה"אשם" בכישלון חיי המשפחה. השופט עמית ציין כי בפסיקה האזרחית נקבע שהשיתוף בנכס ספציפי מתגבש בנקודה מסוימת על ציר חיי הנישואין, וכי אף שבגידה עשויה לשים קץ לשיתוף, אין נענשים עליה למפרע על ידי נטילת זכויות ברכוש המשותף. השופט עמית סבר כי קריאת פסק דינו של בית הדין הרבני

הגדול מלמדת שמעשה הבגידה של המבקשת הוא שהטה את הכף לחובתה. לעמדתו של השופט עמית, אף שבית הדין הרבני הגדול שילם "מס שפתיים" לדין האזרחי, בפועל ניתן משקל מכריע לבגידתה הנטענת של המבקשת. בפרט הדגיש השופט עמית כי הדיין נהרי התבסס באופן מפורש על היקש מסעיף 5(ג) לחוק המתנה, התשכ"ח-1968 המאפשר חזרה מהתחייבות ליתן מתנה בשל התנהגות מחפירה – ובענייננו, הניאוף המיוחס למבקשת. לגישת השופט עמית, די היה בפסק דינו של הדיין נהרי, המבוסס כולו על מתן משקל לבגידת המבקשת, כדי להצדיק התערבותו של בית משפט זה בפסק דינו של בית הדין הרבני הגדול. עוד ציין השופט עמית כי הדיין עמוס לא הבחין בין מועד היווצרות השיתוף הספציפי לאורך ציר חיי הנישואין, ככל שנוצר, ובין מועד הבגידה, ומכאן מסקנתו של הדיין עמוס כי מעשה הבגידה יכול לשלול שיתוף למפרע – תחת ההנחה שהמשיב לא היה מסכים לשיתוף מלכתחילה אילו ידע שהמבקשת תבגוד בו ביום מן הימים. נוכח כל זאת סבר השופט עמית כי בית הדין הרבני הגדול הכניס את רכיב האשמה לשיקולי חלוקת הרכוש דרך "הדלת הראשית" ולמצער "דרך החלון".

12. השופט מינץ סבר כי דין העתירות להידחות. לגישתו, פסק דינו של בית הדין הרבני הגדול ניתן על בסיס קביעות עובדתיות שלפיהן לא הוכח שיתוף ספציפי בבית המגורים. השופט מינץ ציין כי אין חולק על תוקפה של ההלכה שלפיה אין בכוחה של בגידה של אחד מבני הזוג לבטל שיתוף שהתגבש, ככל שהתגבש לפני הבגידה. עם זאת, לגישת השופט מינץ, במקרה דנן לא חרג בית הדין הרבני הגדול מהלכה זו, שכן התייחסותם של הדיינים לבגידה הנטענת הייתה למעלה מן הצורך ולא כחלק הכרחי מנימוקי פסק הדין. השופט מינץ עמד על כך שהדיין אלמליח כלל לא הזכיר בחוות דעתו את הבגידה הנטענת; על כך שהדיין עמוס ציין שההתייחסות לבגידה הנטענת היא בנוסף ומעבר לנדרש; ועל כך שהדיון בפן ההלכתי נעשה בשולי הדברים. לפיכך, מצא השופט מינץ כי לא ניתן לומר שמסקנת דעת הרוב שיקללה נסיבות שאינן רלוונטיות לעניין או שבית הדין החיל את הדין הדתי על נסיבות המקרה. משמצא השופט מינץ כי בית הדין לא חרג מסמכותו, ובהינתן היקף ההתערבות המצומצם של בית משפט זה בהחלטות בתי הדין הרבניים, נקבע כי המקרה דנן אינו בא בגדר אותם המקרים החריגים המצדיקים התערבות.

13. השופט שטיין סבר אף הוא כי דין העתירות להידחות משלא קמה עילה להתערבות בפסק הדין של בית הדין הרבני הגדול. השופט שטיין הטעים כי בהיעדר הסכם מפורש, השאלה אם נתקיים שיתוף בנכס היא שאלה מעורבת של דין ושל עובדה, ועל מנת לענות עליה יש לקבוע ממצאים עובדתיים בדבר קיומה או היעדרה של שותפות בין בני הזוג בנכס הספציפי שבו עסקינן. לגישתו של השופט שטיין, העובדה שבית הדין הרבני הגדול כלל את בגידתה הנטענת של המבקשת במניין שיקוליו וכחלק ממכלול העובדות הרלוונטיות להוכחת קיומה של שותפות מכללא, אינה בגדר "טעות גלויה

ומוכחת על פני הפסק" שהיה בה כדי להקים הצדקה להתערבות בית המשפט. השופט שטיין הוסיף וציין כי נוכח הראיות בתיק ניתן היה להגיע למסקנה אחרת, אך הסמכות לקבוע ממצאים עובדתיים במקרה דנן נתונה לבית הדין האזורי כפוסק ראשון, ולבית הדין הרבני הגדול כפוסק אחרון. סמכותו של בית משפט זה מסתכמת, לעמדת השופט שטיין, בבדיקה אם נפרצו גבולותיה של הסמכות האמורה – והשופט שטיין סבר כי בית הדין הרבני הגדול לא חרג מסמכותו או טעה טעות שבדין שהינה גלויה ומוכחת על פני הפסק.

14. לגופם של דברים, השופט שטיין הוסיף וציין כי השינוי בדיני הרכוש הזוגי שהביא עמו חוק יחסי ממון מבטא מעבר קונספטואלי של דיני הרכוש הזוגי ממשטר של מעמד למשטר של חוזה. משטר חוזי מאפשר לבני זוג לפעול כיחידה אוטונומית ולקבוע בעצמם את התוצאות הממוניות של נישואין וגירושין. זאת בכפוף להגנות הקבועות בחוק יחסי ממון ובדיני החוזים מפני ניצול לרעה. בהקשר זה ציין השופט שטיין:

> "הסכמות בענייני רכוש אשר מתגבשות במערכת יחסים זוגית אחת אינן דומות – וממילא לא צריכות להיות דומות – להסכמות אשר מתגבשות במערכת זוגית אחרת. בני זוג רשאים לחיות את חייהם כזוג במתכונת דתית, חילונית, פטריארכלית, פמיניסטית או במתכונת אחרת שמתכללת בתוכה ערכים והשקפות עולם מזה ומזה. כמו-כן רשאים הם לאמץ לעצמם דפוס של חיים אינטימיים לפי בחירתם, אשר יכלול ושלא יכלול חופש מיני. כל אלה הם עניינם הפרטי, ולא ענייננו. אוטונומיה של המערכת הזוגית מחייבת אותנו לתת יחס ניטרלי ושוויוני לכל דפוסי החיים הזוגיים ולכל הסדרי רכוש, כל אימת שאין מדובר בניצול לרעה האסור על-פי הדין" (פסקה 7 לחוות דעתו).

השופט שטיין הסכים עם השופט עמית שהדין האזרחי אינו מתיר שלילת רכוש מבן זוג אשר "בגד" במשנהו; ואולם, לגישתו, השאלה שהוצבה לפתחו של בית המשפט בענייננו נסובה על "נתינה ולא על לקיחה", קרי אם התנהלות הזוג במהלך נישואיהם מלמדת שהמשיב הסכים לשתף את המבקשת, ללא תנאי, בזכויות בבית המגורים. לשיטת השופט שטיין אין מדובר בשלילת רכוש מבן הזוג מחמת בגידה אלא בשאלת קיומה של הקניית זכות, אשר לא הוקנתה למבקשת אך בשל נישואיה למשיב. בהקשר זה ציין השופט שטיין כי קיימת חשיבות מכרעת לכוונתו של בן הזוג שהוא בעל הנכס, ושומה על בית המשפט לשמור על יחס ניטרלי כלפי הדפוסים השונים של חיי נישואין וזוגיות כפי שהם באים לידי ביטוי במערכות יחסים ספציפיות ולאכוף כוונות אלה של בני הזוג. השופט שטיין הוסיף וציין כי הסכם מכללא בין בני זוג, הנגזר מדפוס החיים שבו בחרו, יכול גם לקבוע כי הענקת שותפות שוות-זכויות בנכס לבן הזוג תתבטל במקרה של "בגידה" – ובכך, לשיטתו, אין ענישה של בן הזוג אלא קביעת עובדה.

הדיון הנוסף

15. על פסק דינו של בית המשפט העליון הגישה המבקשת בקשה לקיים דיון נוסף. ביום 14.3.2019 הודיע המשיב 4, היועץ המשפטי לממשלה, על התייצבותו בהליך מכוח הסמכות המוקנית לו בסעיף 1 לפקודת סדרי הדין (התייצבות היועץ המשפטי לממשלה) [נוסח חדש]. הדיון הנוסף התקיים, כאמור, ביום 4.8.2020 בפני הרכב מורחב של תשעה שופטים.

16. במסגרת ההליך הוגשו מספר בקשות מטעם גורמים שונים להצטרף להליך כידיד בית משפט. ביום 6.12.2018 הגישה ח"כ (דאז) רויטל סויד בקשת הצטרפות; ביום 5.2.2019 הוגשה בקשת הצטרפות על ידי מרכז קונקורד לחקר קליטת המשפט הבינלאומי בישראל, נעמת תנועת נשים עובדות ומתנדבות, מבוי סתום, מרכז צדק נשים ו"קולך" – פורום נשים דתיות; וביום 17.2.2019 הגישה גם שדולת הנשים בישראל בקשת הצטרפות. כל אלו הצטרפו לטיעוני המבקשת ועמדו על החשיבות הציבורית הגדולה שטמונה, לשיטתן, בליבון הדין ביחס להלכת השיתוף הספציפי. מנגד הוגשה, ביום 6.7.2020, בקשת הצטרפות מטעם תנועת "בוחרים במשפחה", וביום 26.7.2020 הוגשה בקשת הצטרפות דומה מטעם תנועת "תורת המדינה". מְבַקְּשות אלו הצטרפו לעמדת המשיב וכן לעמדת היועץ לשיפוט הרבני, והוסיפו כי לגישתן יש מקום לצמצם את היקפה של הלכת השיתוף הספציפי ולקבוע כי שיקולי אשמה מינית הם שיקולים רלוונטיים לעניין הוכחת השיתוף שמתגבש מכוח ההלכה.

בקשות ההצטרפות נדחו כולן (ראו החלטות מיום 9.12.2018, 8.7.2020, 29.7.2020, וכן החלטה שניתנה במהלך הדיון שהתקיים ביום 4.8.2020), אך טיעוניהן הכתובים של כלל המבקשות להצטרף הובאו לעיון המותב.

תמצית טענות הצדדים

17. המבקשת טוענת כי דעת הרוב בפסק הדין נושא הדיון הנוסף צמצמה את עילות ההתערבות של בית המשפט הגבוה לצדק בהחלטות בתי הדין הרבניים, ואף שינתה מושכלות יסוד בדבר המשקל שיש ליתן לאי-נאמנות מינית במסגרת חלוקת הרכוש הזוגי בעת גירושין; בדבר מועד התגבשותו של השיתוף שנוצר בהתאם להלכת השיתוף הספציפי; ובדבר הבסיס הנורמטיבי שעליו מושתתת הלכה זו. לטענתה, הלכת השיתוף הספציפי מבוססת על תפישה נורמטיבית שעניינה שוויון והדדיות בקשרי נישואין. תפישה זו, כך המבקשת, משליכה על הרף הראייתי הנדרש להוכחת התגבשות השיתוף בנכס ספציפי – ובהתאם לה נקבע בעבר בפסיקה כי ניתן להסתפק ברף ראייתי מקל להוכחת קיומו של שיתוף בנכס ספציפי, במיוחד בכל הנוגע לבית המגורים. עוד מציינת המבקשת כי הקביעות שבפסק הדין עומדות בניגוד לפסיקתו של בית משפט זה ולפיה

השיתוף הספציפי מתגבש בעת התקיימותם של התנאים הנדרשים לכך, ולא במועד סיום הקשר הזוגי; וכן בניגוד להלכה המושרשת לפיה אין מענישים בגין אי-נאמנות מינית באמצעות שלילת זכויות רכושיות למפרע.

18. המשיב, מצדו, טוען כי בפסק הדין נושא הדיון הנוסף יישמו שופטי הרוב את ההלכה הנוהגת בעניין היקף ההתערבות המצומצם של בית המשפט הגבוה לצדק בהחלטות בתי הדין הרבניים. המשיב מדגיש כי הוא וכלל הדיינים והשופטים שדנו בענייננו אינם חולקים על תוקפה של הלכת השיתוף הספציפי ועל הכלל לפיו אין נענשים על אי-נאמנות מינית למפרע על ידי נטילת הזכויות ברכוש המשותף. עם זאת, המשיב מטעים כי בעקבות חקיקתו של חוק יחסי ממון הוגבה באופן משמעותי רף ההוכחה הנדרש להוכחת שיתוף בנכס ספציפי, ולשיטתו, לשם עמידה בנטל זה נדרש הטוען לשיתוף להוכיח כי ביצע השקעות כספיות לא מבוטלות בנכס, או להצביע על הבטחות או מצגים אקטיביים מצד בן הזוג הרשום כלפי משנהו. המשיב סבור כי שופטי הרוב בחנו את אופן יישום ההלכה על ידי בית הדין הרבני הגדול לאור המבחנים שנקבעו בפסיקה, ומצאו כי בנסיבות העניין לא הוכח שיתוף ספציפי כאמור. באשר להתייחסותו של בית הדין הרבני הגדול לדין הדתי, המשיב סבור כי התייחסות זו הייתה למעלה מן הצורך ולא היוותה חלק מנימוקי פסק דינו של בית הדין.

19. היועץ המשפטי לממשלה סבור כי חרף התוצאות השונות שאליהן הגיעו שופטי ההרכב במקרה הקונקרטי, ההלכות שנקבעו בדבר תחולת הדין האזרחי על ענייני רכוש שבין בני זוג, ובדבר היעדר השפעתה של בגידה על הזכויות הרכושיות של בני הזוג – עומדות על מכונן. בהקשר זה טוען היועץ המשפטי לממשלה כי דבריו של השופט שטיין בדבר שלילת זכויות בנכס מכוחו של הסכם מכללא הם דעת יחיד ואין לראות בהם הלכה, וכי אין מקום להניח שבני הזוג בענייננו הסכימו אפריורית שבגידה עלולה לשלול כוונת שיתוף בנכס או שהבגידה תכריע בשאלה אם התגבש שיתוף. לשיטת היועץ המשפטי לממשלה, אין להוציא מכלל אפשרות שלפי הדין האזרחי תהיה לבגידה, במקרים מסוימים, נפקות בשאלת קיומו של שיתוף בנכס ספציפי, אך "לא בהכרח כך יהיה" ומכל מקום, בגידה אינה יכולה להשפיע באופן רטרואקטיבי על שיתוף שכבר התגבש.

20. בשם בית הדין הרבני הגדול והאזורי הוגשו טיעונים מטעם היועץ המשפטי לשיפוט הרבני (להלן: היועץ לשיפוט הרבני). לגישת היועץ לשיפוט הרבני, בתי הדין הרבניים מיישמים את הדין האזרחי החל על סוגיית השיתוף בנכס ספציפי בהתאם לנסיבות המקרה הפרטניות. היועץ לשיפוט הרבני מדגיש כי לא הבגידה היא שהטתה את הכף בענייננו, אלא העובדה שהמבקשת לא הוכיחה "דבר מה נוסף" המעיד על כוונת שיתוף בנכס. לטענת היועץ לשיפוט הרבני, העמדה לפיה השיתוף הספציפי מתגבש בנקודת זמן מסוימת בחיי הנישואין לא נזכרה קודם לכן במפורש בפסיקתו של בית

משפט זה. בהקשר זה מבהיר היועץ לשיפוט הרבני כי בית הדין הרבני הגדול, ובפרט הדיין נהרי, הבין את הלכת השיתוף הספציפי בתור כלל המבסס זכות אובליגטורית במהלך חיי הנישואין ואשר מכוחה נוצר שיתוף רק עם פקיעתם. כלומר, לעמדת בית הדין לא מדובר בשיתוף שהושלם או במתנה שניתנה ואין לחזור ממנה, אלא ב"הבטחה למתנה" שנתינתה לא הושלמה.

דיון והכרעה

21. בית הדין הרבני האזורי, בית הדין הרבני הגדול, וכן בית משפט זה בפסק הדין נושא הדיון הנוסף – הביעו עמדות שונות בנוגע לסוגיות שבמוקד הפרשה. חלק מעמדות אלה נותרו אמנם בגדר דעות יחיד שאינן עולות כדי הלכה מחייבת, אך סברנו כי בנסיבות שנוצרו יש מקום להעמיד הלכה על מכונה במסגרת הדיון הנוסף שלפנינו, ולהבהיר את הטעון הבהרה (השוו: ד"נ 9/77 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' הוצאת עתון "הארץ" בע"מ, פ"ד לב(3) 337 (1978); להלן: עניין חברת החשמל).

22. לצורך הדיון, ובעקבות טיעונים בכתב ובעל פה שהוצגו לנו על-ידי היועץ לשיפוט הרבני, אני מוכנה להניח כי בית הדין הרבני אכן ביקש להחיל על הפרשה את הדין האזרחי. בפרט, כפי שציין חברי השופט עמית, הדיין עמוס שבחן את הדברים באספקלריה של הדין האזרחי ולאחר מכן סקר את הדין הדתי ולצורך כך, התייחס אל פסיקת בית המשפט בעניין שיתוף ספציפי בדירת מגורים כ"מנהג" שלא פשט. ניתן להניח, כפי שעשה חברי, שהדיין עמוס ביקש להדגיש שבהיבט ההלכתי, כל עוד לא נחקק חוק אזרחי המכיר בשיתוף ספציפי, אין ההלכה בדין הדתי רואה בכך "מנהג המדינה" שיש בכוחו כדי להוציא ממון מידי מי שמוחזק כבעליו. היועץ לשיפוט הרבני אף הפנה בטיעוניו בעל-פה לפסק דין שניתן על-ידי הדיינים עמוס, נהרי ואלמליח בעניין אחר, שם הבהירו דייני ההרכב כי הם נדרשים למשפט העברי במסגרת כפל המעגלים הנורמטיבי שבהם פועלים בתי הדין הרבניים, כך שמעשה "עריכת קניין" בין בני זוג על ידי בית הדין "מגשר על פערים שבין החוק להלכה", והבסיס להכרעת בית הדין בסוגיות רכוש הוא "בסיס המשותף לדין האזרחי ולדין הדתי גם יחד" (תיק (גדול) 992261/3 פלונית נ' פלוני, פסקה י' (29.8.2019) (להלן: תיק 992261/3)). במקרים המתאימים ניתן לקבל, אפוא, כי בית הדין הרבני מבקש ליתן לבוש הלכתי לפסיקתו בסכסוך רכושי בהתאם לדין האזרחי, ולמצער להבהיר מהו הכלי ההלכתי שבאמצעותו ניתן גם תוקף הלכתי לדין האזרחי, בסיטואציה שבה הוא סבור כי קיימת סתירה בין דין תורה ובין הדין האזרחי.

23. הקושי בפסק דינו של בית הדין הרבני הגדול, ועליו עמד חברי השופט עמית בפסק דינו, נובע מכך שקביעותיו המשפטיות של בית הדין, אשר מהוות את לוז פסק

דינו, אינן משקפות את הדין האזרחי כפי שבא לידי ביטוי בפסיקתו של בית משפט זה (ראו, בין היתר: בג"ץ 7/83 ביארס נ' בית הדין הרבני האזורי חיפה, פ"ד לח(1) 673 (1984); בג"ץ 2222/99 גבאי נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד נד(5) 401 (2000); בג"ץ 5416/09 פלונית נ' פלוני, פ"ד סג(3) 484(2010) (להלן: בג"ץ 5416/09); דפנה ברק-ארז משפט מינהלי – משפט מנהלי דיוני כרך ד 111-113 (2017)).

בעניין בבלי הבהיר בית משפט זה עקרונות יסוד באשר לתחולתו של הדין האזרחי על סכסוכים רכושיים הנדונים בפני בתי הדין הדתיים, בציינו: "על בית הדין הרבני - בדונו בענייני רכוש הנכרכים בענייני גירושין - להכריע בסכסוך באשר למהותו של הרכוש העומד לחלוקה על פי המשפט האזרחי הכללי" (שם, בעמ' 252); וראו גם: בג"ץ 1135/02 וזגיאל נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים, פ"ד נו(6) 14 (2002)). בפרט, נקבע בהלכת בבלי כי:

> "הלכות שיתוף הנכסים הן דין בישראל. הן חלק ממשפט המדינה. על-כן הן חלות בכל ערכאת שיפוט בישראל. הן חלות גם בבית-דין רבני. ודוק: דין זה חל בבית הדין הרבני לא משום שחוק כנסת קובע זאת במפורש. דין זה חל בכל ערכאות השיפוט - לרבות בתי הדין הדתיים - משום שהלכה פסוקה של בית המשפט העליון היא דין בישראל. לשם שלילת תחולתה בערכאת שיפוט מיוחדת נדרש דבר חקיקה מיוחד, הקובע זאת במפורש. דבר חקיקה כזה אינו קיים בישראל" (שם, בעמ' 246; הדגשות הוספו).

24. במקרה שלפנינו, הכריע בית הדין הרבני הגדול בשאלת חלוקת רכושם של הצדדים באופן שאינו עולה בקנה אחד עם מהותה של הזכות המוקנית מכוח הלכת השיתוף הספציפי, כפי שהוגדרה לא אחת בפסיקתו של בית משפט זה, קרי: זכות מעין-קניינית המתגבשת במהלך חיי הנישואין, עם התגבשותה של כוונת שיתוף. קביעה נוספת העולה במפורש מחוות דעתם של הדיינים עמוס ונהרי ומהווה טעות גלויה מבחינת הלכת השיתוף הספציפי, היא זו לפיה אי-נאמנות מינית עשויה להוות בסיס לשלילת כוונת שיתוף שהתגבשה ולאפשר לבן הזוג המשתף לחזור בו מכוונת השיתוף.

25. על מנת להבהיר את ההבדלים בין הלכת השיתוף הספציפי כפי שנתגבשה בפסיקת בית המשפט העליון ובין קביעותיו המשפטיות של בית הדין הרבני הגדול במקרה דנן, יש לעמוד על מהותה של הלכת השיתוף הספציפי ועל הרציונל שבבסיסה, אשר מעצב את היקפה ואת גבולותיה (לדיון בסוגיה זו ראו, חנוך דגן ודפנה הקר "הלכת השיתוף הספציפי – לקראת המערכה הרביעית בבג"ץ 4602/13" מחקרי משפט לב 519, 532-537 (2019) (להלן: דגן והקר)).

הלכת השיתוף הספציפי

26. הלכת השיתוף הספציפי התפתחה בפסיקה לאחר חקיקתו של חוק יחסי ממון, בו קבע המחוקק, בין היתר, כי:

> העדר תוצאות במשך הנישואין
> **4. אין בכריתת הנישואין או בקיומם כשלעצמם כדי לפגוע בקנינים של בני הזוג, להקנות לאחד מהם זכויות בנכסי השני או להטיל עליו אחריות לחובות השני.**
>
> הזכות לאיזון בפקיעת הנשואין
> **5. (א) עם התרת הנישואין או עם פקיעת הנישואין עקב מותו של בן זוג (בחוק זה – פקיעת הנישואין) זכאי כל אחד מבני הזוג למחצית שוויים של כלל נכסי בני הזוג, למעט –**
> **(1) נכסים שהיו להם ערב הנישואין או שקיבלו במתנה או בירושה בתקופת הנישואין;**
> [...]

27. טרם חקיקתו של חוק יחסי ממון שלטה בכיפה "חזקת השיתוף" (הממשיכה לחול על מי שנישאו טרם כניסת חוק יחסי ממון לתוקף ביום 1.1.1974 וכן לגבי ידועים בציבור). בתמצית, חזקת השיתוף היא כלל יציר הפסיקה ולפיו עצם קיומם של חיי נישואין תקינים מקים חזקה שקניינו של בן זוג אחד – הן נכסים שנצברו במהלך חיי הנישואין והן נכסים שהביא בן הזוג עמו לנישואין – ייחשב כמשותף לו ולבן או בת זוגו, גם אם הזכויות בנכס רשומות על שמו של אחד מהם בלבד (ראו עניין בבלי, בעמ' 228-229). חזקת השיתוף יצרה הסדר שיתוף "קנייני מיידי" (לכתיבה על אופיו של שיתוף זה ראו, למשל: יצחק כהן "הקדמת מועד איזון המשאבים בתיקון מס' 4 לחוק יחסי ממון והחקיקה השיפוטית שנוצרה לפניה - עיון מחודש" משפט ועסקים כב 59, 65 (2019)). זאת, בשונה מהסדר השיתוף האובליגטורי הדחוי הקבוע בחוק יחסי ממון (לדיון בהבדלים בין שני ההסדרים ראו: שחר ליפשיץ השיתוף הזוגי 147-168 (2016) (להלן: ליפשיץ, השיתוף הזוגי)).

28. לאחר חקיקתו של חוק יחסי ממון התעוררה השאלה אם הסדר איזון המשאבים הקבוע בו יכול לדור בכפיפה אחת עם חזקת השיתוף. סוגיה זו נדונה בע"א 1915/91 יעקובי נ' יעקובי, פ"ד מט(3) 529 (1995) (להלן: עניין יעקובי וקנובלר), שם הובעו דעות שונות בנוגע לשאלה אם חזקת השיתוף חלה על זוגות אשר נישאו לאחר מועד תחילת תוקפו של חוק יחסי ממון (לסקירת פסק הדין ראו: ליפשיץ, השיתוף הזוגי, בעמ' 156-150). נוכח ריבוי העמדות שהובעו באותו עניין נוצרה אי-בהירות באשר לדין החל על נכסים חיצוניים, בין מכוח חזקת השיתוף ובין מכוח חוק יחסי ממון. באותו עניין סברה השופטת ט' שטרסברג-כהן, בדעת יחיד, כי על נכסים חיצוניים יש להחיל את הוראות "הדין הכללי", אשר יותאם להקשר הזוגי שבו הוא חל:

> "[...] אם קיים רכוש שנרשם על שם אחד אלא שהרישום איננו משקף אל נכון את הבעלות האמיתית בו, או שקיים רכוש בלתי רשום שלא ניתן לזהות של מי הוא, יש לקבוע את הבעלות לאשורה לפי הדין הכללי, שיפורש בגמישות ובהתאמה למסגרת השיתוף שבה חיים השניים שהרכוש נצבר על-ידיהם. [...] על-מנת לקבוע את זכויות כל אחד מבני הזוג ברכוש במהלך חיי הנישואין, ניתן לפנות לדיני החוזים, לדיני הקניין, לדיני הנאמנות, לדיני השליחות, לדיני עשיית עושר ולא במשפט, לעקרון תום הלב ולכל אותם כלים הנתונים בידינו, כדי לקבוע בעלות אמיתית ולא פורמאלית ברכוש" (שם, בעמ' 621; ההדגשה במקור).

29. גישה זו אומצה בשלב מאוחר יותר כדעת הרוב בע"א 8672/00 אבו-רומי נ' אבו-רומי, פ"ד נו(6) 175 (2002) (להלן: עניין אבו-רומי), והפכה למה שמכונה על ידינו כיום "הלכת השיתוף הספציפי" (לתיאור יישומה של הלכה זו ופרשנותה בפסקי הדין שבאו אחריה (ראו ליפשיץ, השיתוף הזוגי, בעמ' 175-181). עיקרה של הלכה זו, כפי שפורטה בעניין אבו-רומי, הוא כי:

> "מכוח סעיף 4 לחוק יחסי ממון, הדין החל על בני-הזוג במהלך חיי הנישואין באשר לזכויותיהם ברכוש הוא הדין הכללי. מכאן, שלכאורה, במסגרת סעיף 4 אין מניעה שבן-זוג יטען מכוח דין כללי כלשהו כי בידיו זכויות בדירת מגורים הרשומה על שם בן-הזוג האחר ושהייתה בבעלותו ערב הנישואין. [...] בהקשר של קביעת הבעלות על רכוש בני-הזוג ראוי ליתן פרשנות רחבה לדין הכללי – דיני החוזים, דיני הקניין, דיני הנאמנות, דיני השליחות, דיני עשיית עושר, עקרון תום-הלב ועוד – באופן התואם את התא המשפחתי שבו מצוי המאגר הרכושי של בני-הזוג" (עניין אבו-רומי, בעמ' 183).

במילים אחרות, תכליתה של הלכת השיתוף הספציפי צנועה בהרבה מזו של חזקת השיתוף: היא לא נועדה לשמש "כלל-על" של דיני המשפחה אשר חולש על נכסי בני הזוג. היא כלי משפטי המאפשר הכרה בקיומו של שיתוף בנכס ספציפי, וזאת מכוח הדין הכללי. השיתוף שנוצר מכוחה מבטא סוגי שיתוף שמוכרים בדין הכללי, על ענפיו השונים, "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" (עניין יעקובי וקנובלר, בעמ' 621).

30. בעניין אבו-רומי הודגש, עם זאת, כי לא כל מערכת זוגית כוללת בהכרח שיתוף בנכסים חיצוניים. וכדברי השופטת שטרסברג-כהן:

> ״לא די בעצם קיומם של חיי נישואין משותפים, אף שהיו ממושכים, כדי לקבוע שיתוף בדירת מגורים מכוח דין כללי, שאם תאמר כן, נמצאתָ מכניס בדלת אחורית את חזקת השיתוף, שלשיטתי איננה חלה במקביל לחוק יחסי ממון. סעיף 4 לחוק יחסי ממון קובע מפורשות, כי ׳אין בכריתת הנישואין או בקיומם כשלעצמם כדי לפגוע בקנינים של בני הזוג, להקנות לאחד מהם זכויות בנכסי השני או להטיל עליו אחריות לחובות השני׳ (ההדגשות שלי - ט.ש.כ.). על מנת שתוקננה זכויות בדירת מגורים הרשומה על שם בן הזוג האחד לבן הזוג השני, על האחרון להראות נסיבות עובדתיות בנוסף לעצם קיום הנישואין מהן ניתן להסיק - מכוח הדין הכללי - הקניית זכויות בדירת המגורים״ (שם, בעמ׳ 183; ההדגשות במקור).

בהתאם לכך, הוכר בפסיקה תנאי לתחולת הלכת השיתוף הספציפי, אשר זכה לכינוי ״דבר מה נוסף״. דרישה זו נותנת ביטוי להבנה כי בחירתם של בני הזוג לשזור את נתיבי חייהם בדרך של נישואין אין משמעה כי הם התכוונו בהכרח לשתף את כל נכסיהם זו עם זה. לשם ההכרה בשיתוף בין בני זוג בנכס חיצוני יש, אפוא, להראות כי מתקיימות נסיבות מסוימות (״דבר מה נוסף״) מעבר לעצם קיומם של חיי הנישואין.

31. באשר למהות הדרישה ל״דבר מה נוסף״, בפסיקה הובהר כי מדובר במבחן עובדתי שתלוי בנסיבות המקרה (בע״מ 4545/09 פלוני נ׳ פלונית, פסקה 6 (7.1.2010); (בג״ץ 287/16 פלוני נ׳ בית הדין הרבני הגדול בירושלים, פסקה 14 (27.3.2016) (להלן: בג״ץ 287/16)). לאורך השנים הועלו בפסיקה נסיבות עובדתיות שונות שנקבע כי יש לשקול בעת יציקת תוכן לדרישת ה״דבר מה הנוסף״ (ראו, בין היתר: ע״א 7750/10 בן גיאת נ׳ הכשרת היישוב ביטוח בע״מ, פסקה 13 לחוות דעתו של השופט עמית (11.8.2011) (להלן: עניין בן גיאת); בע״מ 1398/11 אלמונית נ׳ אלמוני, פסקאות 17-21 לחוות דעתו של השופט י׳ דנציגר (26.12.2012) (להלן: עניין אלמונית); בג״ץ 287/16, פסקה 14; בע״מ 1059/17 פלוני נ׳ פלונית, פסקה ו׳ (9.2.2017) (להלן: בע״מ 1059/17); בע״מ 10734/06 פלוני נ׳ פלונית, פסקה ה׳ (14.3.2007) (להלן: בע״מ 10734/06); בע״מ 1477/13 פלונית נ׳ פלוני, פסקה 4 (6.8.2013); וכן ראו תיק (גדול) 883179/2 פלונית נ׳ פלוני (28.11.2016); תיק (גדול) 842067/5 פלוני נ׳ פלונית (29.5.2017)). לצד זאת, הודגש בפסיקה כי ביסודה של הלכת השיתוף הספציפי עומדת מידה מסוימת של ״עמימות אינהרנטית״ (בג״ץ 2533/11 פלונית נ׳ בית הדין הרבני הגדול לערעורים, פסקה ח׳ לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) א׳ רובינשטיין (26.10.2011) (להלן: בג״ץ 2533/11)), ולפיכך לא ניתן לקבוע רשימה סגורה של קריטריונים לתחולתה (בע״מ 10734/06, פסקה ה׳).

32. בהכללה, ניתן לחלק את השיקולים שנמנו בפסיקה עד כה לשתי קטגוריות עיקריות: שיקולים הקשורים בנכס שלגביו נטענת כוונת שיתוף, לצד שיקולים הקשורים

בבני הזוג עצמם. בין השיקולים הקשורים בנכס ניתן למנות את מקור הנכס (אם נקנה או התקבל כמתנה או כירושה, וככל שנקנה, מי מימן את הרכישה); את השאלה אם הנכס הגיע לידי בעליו לפני הנישואין או במהלכם; את השאלה אם ניתנו לבן הזוג הטוען לשיתוף בטוחות כגון הערת אזהרה; את התנהלותם הכספית-כלכלית של בני הזוג באשר לנכס, למשל אם לקחו משכנתא במשותף למימון הרכישה או הבנייה; את שאלת קיומן של השקעות כספיות בנכס מטעם בן הזוג הטוען לשיתוף; את השתתפותם של שני בני הזוג (בין בכסף ובין בעמל) בשיפוץ משמעותי שבוצע בנכס, בתכנונו או בבנייתו; הבטחות או מצגים אקטיביים מצד בן הזוג הרשום כלפי משנהו; וככל שמדובר בבית המגורים של בני הזוג – את משך הזמן שבו התגוררו בני הזוג בנכס. במסגרת הקטגוריה השנייה, שעניינה שיקולים הקשורים בבני הזוג, התחשבה הפסיקה במשך נישואיהם של בני הזוג; באופי יחסיהם ובשאלה אם התקיימה אפילו מידה חלקית של הרמוניה, "גם אם לא היו החיים 'גן של ורדים'" (בע"מ 1059/17, פסקה ז'; וראו גם עניין אלמונית, פסקה 27 לחוות דעתו של השופט דנציגר ופסקה 2 לחוות דעתו של השופט צ' זילברטל); בהתנהלותם הכלכלית של בני הזוג ובשאלת קיומה של "אווירת שיתוף" ביניהם; בשאלה אם לבן הזוג הטוען לשיתוף יש נכס חיצוני אחר שנותר רשום על שמו; ובשאלת קיומם של ילדים משותפים. עוד נקבע בפסיקה כי הנטל להוכחת כוונת שיתוף בנכס ספציפי מונח לפתחו של בן הזוג הטוען לשיתוף, וזאת מכוח הכלל "המוציא מחברו עליו הראיה" (עניין אלמונית, פסקה 14 לפסק דינו של השופט י' דנציגר).

33. חשיבות מיוחדת הוקנתה לאורך השנים להיות הנכס הספציפי בית המגורים של בני הזוג, מתוך תפישה לפיה בית המגורים אינו נכס ככל הנכסים ואין לראות בו "רכוש על דרך הסתם" (השוו: רע"א 7112/93 צודלר נ' יוסף, פ"ד מח(5) 550, 566 (1994)). מלומדים שונים סבורים כי בית המגורים הוא נכס הקשור בנימי אישיותו של בעליו, עד כדי כך שחלק מזהותו העצמית משתקף בנכס זה, שהופך לחלק מה"אני" שלו (חנוך דגן קניין על פרשת דרכים 371 (2005); להרחבה ראו Margaret Jane Radin, *Property as Personhood*, 34 STAN. L. REV. 957, 991-993 (1982)). בהתאם, בפסיקה הובעה העמדה כי בית המגורים מרכזי הוא לאישיות הפרט ולהגשמתו העצמית (חוות דעתו של השופט (כתוארו אז) א' ריבלין בבג"ץ 9098/01 גניס נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נט(4) 241, 289-290 (2004)); וכי הבית הוא אחד הנכסים החומריים החשובים ביותר שיש לאדם, ואולי החשוב שבהם (רע"א 6339/97 רוקר נ' סלומון, פ"ד נה(1) 199, 245 (1999)). בכל הנוגע להקשר הייחודי של היחסים הזוגיים, היטיב להגדיר זאת הנשיא (בדימ') א' ברק:

> "דירת המגורים המשותפת של בני הזוג מחייבת התייחסות שונה מזו של כלל הזכויות והחובות של בני הזוג. לדירת המגורים שמור בדין מעמד מיוחד. דירת המגורים היא נכס הקשור באופן ישיר לנישואיהם של בני הזוג. הזכויות בו משפיעות באופן הדוק על רווחת

> המשפחה כולה – בני הזוג כמו גם ילדיהם. דירת המגורים המשפחתית היא, על פי רוב, חלק רציני מרכושם של בני הזוג. היא המקום שבו מתממשים חיי הנישואין. היא תעמוד בלב סכסוך גירושין אם יפרוץ. אכן 'דירת המגורים היא נכס משפחתי מובהק, לעתים הנכס המשמעותי ביותר של בני הזוג ולעתים אף היחידי' (השופטת ט' שטרסברג-כהן ברע"א 8672/00 אבו רומי נ' אבו רומי; [...]). דירת המגורים היא, בדרך כלל, מבטחו הרכושי העיקרי של הצד החלש [...]" (רע"א 8791/00 שלם נ' טווינקו בע"מ, פ"ד סב(1) 165, 195 (2006)).

על רקע זה, דירת המגורים הוכתרה בעבר כ"גולת הכותרת של חזקת השיתוף" (ע"א 806/93 הדרי נ' הדרי, פ"ד מח(3) 685, 690 (1994)), ומעמדה המיוחד נשתמר גם בפסיקה אשר עסקה בהלכת השיתוף הספציפי (ראו פסקה 5 לחוות דעתו של השופט ע' פוגלמן בעניין בן גיאת; ופסקה 13 לפסק דינו של השופט עמית שם). בעניין אבו-רומי הודגש בפרט כי "יש טעם להקל על בן הזוג הטוען לבעלות משותפת בדירת המגורים כאשר זו רשומה רק על שם אחד מהם" (עניין אבו-רומי, בעמ' 183).

34. אמת, כשעסקינן בזכויות קנייניות בנכס מקרקעין, נוצר לכאורה מכשול בדמות דרישת הכתב ודרישת הרישום הנחוצה להעברת זכויות קניין במקרקעין. הפסיקה התמודדה עם קושי זה בהגדירה את זכותו של בן הזוג שעמו משותף הנכס "זכות מעין-קניינית, זכות של קניין שביושר", שיש בכוחה לגבור על זכויותיהם של צדדים שלישיים, למעט בנסיבות ספציפיות שפורטו (עניין בן גיאת, פסקה 24 לפסק דינו של השופט עמית; כן ראו ע"א 189/95 בנק אוצר החייל בע"מ נ' אהרונוב, פ"ד נג(4) 199 (1999) והפסיקה הענפה המאמצת אותו; יהושע ויסמן דיני קניין – חלק כללי 60 (התשנ"ג); אבי וינרוט דיני קניין – פרקי יסוד 10-14 (2016); מיגל דויטש "נפילתה(?) ועלייתה של הזכות שביושר במשפט הישראלי – המשפט בעקבות המציאות" עיוני משפט כד 313 (2000)).

35. אשר למועד התגבשות הזכות מכוח הלכת השיתוף הספציפי, נפסק כי זכות זו מתגבשת בשלב מסוים על ציר חיי הנישואין (עניין בן גיאת, פסקה 24 לפסק דינו של השופט עמית). עם זאת, לרוב קשה לעמוד על מועד מדויק שבו התגבשה כוונת השיתוף לכלל הסכמה. כך למשל, בעניין בן גיאת ציין השופט (כתוארו אז) רובינשטיין כי איננו רואה צורך לקבוע מתי באה לעולם כוונת השיתוף בדירה, והוסיף "לענייננו די להניח כי קדמה לרישום המשכנתא לטובת המשיבה" (פסקה ז' לחוות דעתו). גם בע"א 7687/04 ששון נ' ששון, פ"ד נט(5) 596 (2005) התייחס בית המשפט ל"הסכמה בין בני-הזוג על יצירת שיתוף בנכס ספציפי במהלך החיים המשותפים" (בעמ' 613; ההדגשה הוספה), בלא לקבוע מועד ספציפי בו התגבשה ההסכמה.

36. הדין הכללי משמיע לנו כי מקום שבו התגבשה זכות בעלות משותפת בנכס, כלל הוא כי הזכות אינה מתגבשת "על תנאי", ואין בכוחו של אירוע מאוחר לשלול אותה או לפגוע בתוקפה:

> "תוקפה של הבעלות הוא לעולם מוחלט, במובן זה שהיא אינה יכולה להיות מותלית. [...] לא ייתכן שתוקפה של הבעלות, משעה ששוכללה בדרכי השכלול שבדין, יהיה מותלה בכך שיתקיים אירוע או תנאי מסוים, או כי היא תפקע במקרה כאמור. [...] לא ייתכן, כי אדם יהיה במעמד של 'בעלים זמני' על נכס. מעמד מעין זה אינו מוכר" (מיגל דויטש קניין: כרך א 107 (1997)).

בהתאמה לכך, נפסק זה מכבר כי אי-נאמנות מינית אינה מהווה נסיבה שיש בכוחה לשלול בדיעבד זכויות שהתגבשו. כך בע"א 264/77 דרור נ' דרור, פ"ד לב(1) 829, 832 (1978) אשר עסק בחזקת השיתוף, נקבע כי "נטישת הבית או בגידה עשויות ליצור קרע בין בני-הזוג ובדרך זו לשים קץ לשיתוף, אך אין נענשים עליהן למפרע על-ידי נטילת הזכויות ברכוש המשותף". פסקי דין נוספים שקדמו להתפתחותה של הלכת השיתוף הספציפי, ואשר התבססו על דיני המתנה האזרחיים ועל יישומם בהקשר המשפחתי, קבעו אף הם כי בהיעדר הסכמה ברורה בין בני הזוג בנושא, בן זוג אינו מאבד זכויות בנכסים שקיבל במתנה במהלך הנישואין אף אם הוא האשם היחיד בפירוק הנישואין. כך, בע"א 384/88 זיסרמן נ' זיסרמן, פ"ד מג(3) 205, 208 (1989) נקבע:

> "טיבן של מתנות שהן ניתנות בשעה שקיימות קירבה וחיבה בין המעניק למקבל. הסקתו של תנאי מפסיק מכללא במתנה בין בני-זוג הייתה הופכת כמעט כל מתנה להדירה, וזאת בניגוד מוחלט לאמור בחוק המתנה, תשכ"ח-1968. הנימוק שמציעה המערערת להסקת התנאי המפסיק היה תופס באופן עקרוני כמעט בכל הסכם מתנה, וגישה זו אינה מקובלת עלי, אינה רצויה ואינה אפשרית." (וראו גם ע"א 343/87 פרי נ' פרי, פ"ד מד(2) 154, 164 (1990)).

37. סיכום ביניים: הלכת השיתוף הספציפי לא יצרה מנגנון משפטי חדש להעברת זכויות בנכסים. הלכה זו מיישמת את הדין האזרחי הכללי, בדגש על דיני השיתוף ובהקשר הייחודי של התא הזוגי. בשים לב להקשר ייחודי זה, נפסק זה מכבר כי ניתן להכיר בשיתוף בנכס חיצוני ספציפי גם אם אין מתקיימות דרישות מהותיות מסוימות שהיו נחוצות להתגבשות זכויות בנכס בהקשרים אחרים, כגון דרישת הרישום (ראו, למשל, עניין בן גיאת), וכי הנטל להוכחת שיתוף בבית המגורים של בני הזוג הוא קל יותר בהשוואה לנכסים אחרים. אך זאת, רק כל עוד מתקיים אותו "דבר מה נוסף" המצביע על כוונת שיתוף באותו הנכס. הזכויות המתגבשות מכוח הלכת השיתוף הספציפי הן זכויות של קבע ולא "על תנאי", ואין שוללים בדיעבד זכות שהתגבשה במהלך חיי הנישואין בשל נסיבות עובדתיות שאירעו לאחר התגבשותה.

משעמדנו על טיבה של הלכת השיתוף הספציפי, ניתן עתה להידרש לשאלה אם קביעתו של בית הדין הרבני הגדול כי היא אינה חלה בענייננו – צריכה הייתה להצדיק את התערבותו של בית המשפט הגבוה לצדק, ומצדיקה את התערבותנו כעת, במסגרת הדיון הנוסף שלפנינו.

האם התגבש בין המבקשת והמשיב שיתוף בבית המגורים?

38. הנכס נושא ההליך שלפנינו הוא, כאמור, בית המגורים של בני הזוג אשר נבנה במהלך נישואיהם, ובו התגוררו השניים במשך למעלה מעשרים שנה, גידלו בו את שלושת ילדיהם, וביצעו בו יחדיו שיפוץ שהיקפו היה, כך נקבע, מעבר לשיפוץ "מינורי ושגרתי". המגרש שעליו נבנה הבית הועבר למשיב בירושה חודשים ספורים טרם הנישואין, וכשש שנים לאחר הנישואין התקשר המשיב בעסקת קומבינציה שמכוחה נבנה הבית על 1/4 מהמגרש, בעוד ש-3/4 הנותרים הועברו לקבלן. על סמך עובדות אלו קבע בית הדין האזורי כי המבקשת עמדה בנטל להוכחת שיתוף ספציפי בבית המגורים. בית הדין האזורי שקל לצורך כך את השיפוץ שבוצע בנכס ואת היקפו; את התקופה הארוכה שבה התגוררו בני הזוג בבית; את העובדה שהבית נבנה "בעת החיים המשותפים ע"י שני הצדדים, ויתכן ביוזמת שניהם ובסיוע משותף בפן הלוגיסטי"; ואת אווירת השיתוף שנקבע כי שררה בין בני הזוג באשר לבית המגורים, בין היתר, על בסיס הצהרותיו של המשיב במסגרת בג"ץ 4602/13 (ראו בפסקה 5 לעיל).

39. בית הדין הרבני הגדול, לעומת זאת, קבע בדעת רוב שלא הוכחה כוונת שיתוף בבית המגורים. עם זאת, שני הדיינים שצידדו במסקנה זו – הדיינים אלמליח ונהרי – וסברו כי לא התגבש שיתוף כלל, אף לא "שותפות מוחלשת", הגיעו למסקנתם בדרכים שונות. הדיין אלמליח סבר כי המבקשת לא הציגה אינדיקציות חזקות דיין לכוונת שיתוף בבית ועל כן לא עמדה בנטל להוכחת "דבר מה נוסף". הוא הדגיש כי השיפוץ בוצע באמצעות כספיו של המשיב, והסיק כי אין ללמוד מכך על רצון לשתף את המבקשת בנכס – "שהרי הכספים היו בבעלותו והנכס היה בבעלותו, ומדוע נאמר כי התבססה כאן עילת שיתוף כלשהי?". עוד נתן הדיין אלמליח משקל לעובדה שהבית נבנה במהלך תקופת הנישואין אך נרשם על שם המשיב בלבד, והוא הוסיף כי ייתכן תרחיש שבו נכס שנרשם על שם אחד מבני הזוג יהפוך למשותף בהמשך חיי הנישואין, אך "במקום שבו כבר הביע בעל הנכס את רצונו שלא לשתף כי אז נטל ההוכחה על המבקש לשתף הינו כבד יותר". נוכח כל זאת סבר הדיין אלמליח כי לא הוכח קיומו של "דבר מה נוסף" ולא התקיים שיתוף בבית. הדיין נהרי, לעומת זאת, נתן משקל משמעותי בחוות דעתו לבגידתה הנטענת של המבקשת במשיב. הוא סבר כי על בית הדין לנהוג באמות מידה מחמירות "כאשר מצטרפת למקרה עילת בגידה שבוודאי אי אפשר לומר שיש אומדנה לכוונת

שיתוף מצד [המשיב] הנבגד על ידי [המבקשת]". עוד סבר הדיין נהרי כי זכות הנוצרת מכוח הלכת השיתוף הספציפי מתגבשת רק במועד סיום הנישואין – ולחלופין כי מדובר בזכות שניתן לשלול אותה לאחר שהתגבשה.

40. עיון בפסק דינו של בית הדין הרבני הגדול מלמד כי הדיינים ביקשו למצוא ראיות מפורשות וברורות לאיתור כוונת שיתוף, כגון היקף השיפוץ שבוצע בנכס או הסטטוס הרישומי שלו. הדיין אלמליח אף סבר כי בנסיבות העניין שלפנינו, נוכח העובדה שהנכס נרשם על שם המשיב "נטל ההוכחה על המבקש לשתף הינו כבד יותר"; הדיין נהרי הוסיף כי היות שמדובר בעסקת קומבינציה נדרשת "רמת הוכחה גדולה יותר על הבא להוציא מהמוחזק ברישום", וכי "על בית הדין לנהוג באמות מידה מחמירות להוכחות כוונת שיתוף הבנויה על הפסיקה האזרחית, קל וחומר כאשר מצטרפת למקרה עילת בגידה [...]".

דרישה מחמירה זו של דייני בית הדין הרבני הגדול, אינה עולה בקנה אחד עם האופן שבו התייחסה הפסיקה האזרחית להלכת השיתוף הספציפי ולהיקפה, בפרט באשר לבית המגורים של בני הזוג. אכן, מציאות החיים מזמנת לנו מגוון של מצבים שקשה לחזות מראש, ומערכות יחסים זוגיות אשר נבדלות זו מזו בטיבן ובאופיין. לפיכך, בצדק נקבע כי לא ניתן להקיף באמצעות נוסחה אפריורית את כלל המקרים שבהם תחול הלכת השיתוף הספציפי (בג"ץ 2533/11, פסקה ח' לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) רובינשטיין). עם זאת, כעולה מן הפסיקה המפורטת לעיל, המכנה המשותף לכלל האינדיקציות לפיהן נבחנו קיומו של "דבר מה נוסף", משקף את ההבנה כי שונה האופן שבו מתגבשות הסכמות בין בני זוג מהאופן שבו הן מתגבשות בהקשרים אחרים, דוגמת שיתוף בנכסים בין זרים או אפילו בין שותפים עסקיים (ראו: אריאל רוזן-צבי יחסי ממון בין בני זוג 47-48 (1982); לייחודיות היחסים המשפטיים שיוצרים בני הזוג בינם לבין עצמם ראו שחר ליפשיץ "הסדרת החוזה הזוגי במשפט הישראלי: מתווה ראשוני" קרית המשפט ד 271, 291-295 (2004)).

41. ההקשר הייחודי של מערכת היחסים הזוגית – שבעניין אבו-רומי נקבע כי הוא מצדיק עריכת התאמות באשר לאופן פרשנותם של דיני השיתוף הכלליים – בא לידי ביטוי בעובדה שבמרבית המקרים ההסכמות הזוגיות אינן מעוגנות ואינן מתועדות בראיות "שחור על גבי לבן" שכל אחד מבני הזוג שומר לעת מצוא, שמא יידרש להוכיח את זכויותיו בפני ערכאה שיפוטית. נוסף על כך, משימת ההתחקות אחר כוונתם של בני הזוג ביחס לבעלות על נכסיהם מושפעת גם מטיב הנכס בו עסקינן: לא הרי נכסים משפחתיים מובהקים, כגון בית המגורים הזוגי או הרכב המשפחתי, כהרי נכסים עסקיים-מסחריים שאינם מהווים, בהכרח, חלק מן ההוויה הזוגית. כך, כוונת שיתוף בנכסים

"משפחתיים" סביר שתתגבש באופן גמיש יותר ומפורש פחות מאשר שיתוף בנכסים עסקיים.

42. דרישת ראיות מפורשות וממוסמכות עלולה, אפוא, להקשות על בן הזוג הטוען לשיתוף להוכיח את התקיימותו של "דבר מה נוסף", אף אם שיתוף כזה אכן התגבש, והיא עלולה לקבע חוסר שוויון ממוני שבני הזוג לא רצו בו בזמן אמת. תרחיש כזה, שאינו משקף את הבעלות "האמיתית" בנכס, הוא התרחיש שביקש בית המשפט בעניין אבו-רומי למנוע. לפיכך, בבוא בית המשפט או בית הדין להכריע בשאלה אם בני זוג מסוימים חצו את משוכת ה"דבר מה הנוסף", עליו לבחון את נסיבות המקרה מתוך הבנה כי "בין בני זוג נוצרים יחסים קנייניים דינמיים במהלך חיי הנישואין" (עניין יעקובי וקנובלר, בעמ' 561; וראו גם עניין אלמונית, פסקה 15 לחוות דעתו של השופט דנציגר), וכי פעמים רבות ההסכמה לשיתוף בין בני זוג אינה מתגבשת באופן מפורש וממוסמך. ככל שבבית המגורים מדובר, כבר נקבע בפסיקה כי "יש טעם להקל על בן הזוג הטוען לבעלות משותפת בדירת המגורים כאשר זו רשומה רק על שם אחד מהם" (עניין אבו-רומי, בעמ' 183; וכן ראו עניין אלמונית, בפסקה 15 לחוות דעתו של השופט דנציגר; ליפשיץ, השיתוף הזוגי, בעמ' 178; ובאשר לחזקת השיתוף ראו בע"מ 5939/04 פלוני נ' פלונית, פ"ד נט(1) 665, 671-672 (2004)). זאת, מתוך הנחה כי מדובר בנכסים אשר טבעם של בני זוג לשתף בהם, וכן מתוך הכרה בקשר ההדוק של נכס מעין זה למערכת היחסים הזוגית ובחשיבותו לרווחת כל אחד מבני הזוג.

43. ויודגש: כפי שהובהר לעיל, המבחן לקיומו של "דבר מה נוסף" הוא מבחן עובדתי בעיקרו והוא תלוי נסיבות המקרה. אך גבולות הגזרה של מבחן זה – המעצבים את מתחם הנסיבות העובדתיות שאחריהן יש לתור ואת המשקל שיש ליתן לכל אחת מהן – הוגדרו בפסיקה ומשכך הם מהווים חלק מהדין האזרחי שבתי הדין הרבניים מחויבים לו. במקרה דנן, נקט בית הדין הרבני הגדול פרשנות משפטית שגויה בבואו להכריע בסוגית קיומו או העדרו של "דבר מה נוסף". הוא הדריך את עצמו להחמיר בנטל הראייתי הנדרש שההלכה הפסוקה בדין האזרחי בחרה להקל, וסטה מן המבחנים שעוצבו לעניין זה בדין האזרחי. פרשנות זו הובילה אותו לייחס משקל לנסיבות עובדתיות שלא היה להן מקום בהקשר זה מחד גיסא, ומאידך גיסא לא ייחס בית הדין משקל לנסיבות עובדתיות שראוי היה כי יזכו להתייחסות לצורך הכרעה בסוגית קיומו של דבר מה נוסף. כך, לא ייחס בית הדין הגדול משקל לעובדה שהנכס החיצוני שבו מדובר הוא בית המגורים של בני הזוג על כל המשמעויות הנובעות מכך לפי הדין האזרחי, כמפורט לעיל; לעובדה שהבית נבנה במסגרת חייהם המשותפים של בני הזוג; ולעובדה שהבית שימש למגורי בני הזוג וילדיהם במשך למעלה מעשרים שנה.

44. בניגוד לגישה שביטא בית הדין, השאלה מכיסו של מי יצאו סכומי הכסף אשר שימשו למימון בניית הבית או שיפוצו, אינה השאלה היחידה אף לא העיקרית בהקשר

זה. הקופה המשפחתית מנוהלת בדרכים שונות במשקי בית שונים, וקשה להלום כי בן או בת זוג חסרי אמצעים כלכליים משל עצמם יעמדו עקב כך בפני מכשול בלתי-עביר להוכחת שיתוף עם בן או בת זוגם. בהקשר זה ראוי להדגיש כי שיפוץ הבית במקרה דנן – אשר "לא היה מינורי ושגרתי", כלשון בית הדין הרבני האזורי – מהווה אינדיקציה לכוונת שיתוף ככל שנעשה במעורבות של המבקשת, ובניגוד לעמדת הדיין עמוס העובדה שאין מדובר בשיפוץ מן המסד עד הטפחות, אין בה כדי לשלול כוונה זו. גם העובדה שהבית נבנה במסגרת עסקת קומבינציה, והעובדה שהמבקשת לא השקיעה סכומי כסף משמעותיים בבנייתו, אינה שוללת מעיקרא את קיומו של שיתוף. בענייננו הדיין עמוס אף ציין כי לטענת המשיב, המבקשת כלל לא עבדה בזמן שבוצעו חלק מעבודות השיפוצים בנכס –לעמדתי קשה להצדיק קביעה כמו זו של הדיין עמוס ולפיה העובדה שלא היו בידי המבקשת כספים מיגיע כפיה לשם השתתפות בבניית הבית או שיפוצו, שוללת כשלעצמה את המסקנה כי רכשה בו זכויות, למעט זכויות מכוח "שותפות מוחלשת", על פי חוק יחסי ממון, בשיעור המבטא שווי של 20% מהמבנה ללא רכיב הקרקע.

45. המצב הרישומי של הנכס, בהיותו נכס מקרקעין, אכן נושא משקל לא מבוטל, אך גם הוא אינו סוף פסוק ואין בו לעצמו כדי להכריע את הכף. ניסיון החיים מלמד כי תיתכנה סיבות שונות לכך שבית נרשם או נותר רשום על שם אחד מבני הזוג, אף שהתגבשה ביניהם כוונת שיתוף. במקרה דנן אני סבורה כי העובדה שבית המגורים נרשם לאחר עסקת הקומבינציה על שמו של המשיב, אין בה לגישתי משום ראייה מכרעת המלמדת על כך שלא התגבשה כוונת שיתוף בין בני הזוג, במהלך עשרים שנות נישואיהם שחלפו מאז. כאמור לעיל, משך המגורים של בני הזוג בנכס ועיצוב התא המשפחתי שלהם בו, עשוי להוות שיקול חשוב בבואנו לבחון האם קיים "דבר מה נוסף" המוליך אל המסקנה כי התגבשה כוונת שיתוף. בענייננו, התקופה הארוכה שבה התגוררו בני הזוג וילדיהם כמשפחה בביתם המשותף, יש בה בעיני משום אינדיקציה משמעותית לכוונת שיתוף בנכס, אף שהנכס נותר רשום על שמו של המשיב בלבד. חיזוק למסקנה זו, ניתן למצוא בהתבטאויותיו של המשיב עצמו במסגרת הדיון בבג"ץ 4602/13 (ראו לעיל, בפסקה 5 לעיל; ובפסקה 3 לחוות דעתו של השופט עמית בפסק הדין נושא הדיון הנוסף). התבטאויות אלה, שעליהן עמד בית הדין הרבני האזורי, מלמדות על האופן שבו תפש המשיב את בית המגורים בזמן אמת כנכס ששייך לו ולמבקשת, ומהווה "פרי עמלם" שאמור לשמש "ל[ו] או לה" לעת זקנה (וראו פרוטוקול הדיון בבג"ץ 4602/13 מיום 3.7.2013, ממנו עולה בבירור כי המשיב מתייחס לבית המגורים).

46. הנה כי כן, האופן שבו בחן בית הדין את האינדיקציות להוכחת "דבר מה נוסף" ולגיבוש כוונת שיתוף, אינו עולה בקנה אחד עם אמות המידה שנקבעו בהקשר זה בדין האזרחי במסגרת הלכת השיתוף הספציפי. בפרט, אין בפסיקה תימוכין לקביעה כי

היעדרה של אינדיקציה עובדתית מסוימת (כגון היעדר רישום הנכס על שם שני הצדדים או היעדר השתתפות כספית של הטוען לשיתוף בשיפוצו) יש בה כדי להגביר את נטל ההוכחה שמוטל על הטוען לשיתוף, ובכך להקשות עליו להוכיח כוונת שיתוף באמצעות אינדיקציות אחרות שכן הוכחו.

47. יתכן כי בכך בלבד לא די היה על מנת לבסס עילה להתערבותו של בית המשפט הגבוה לצדק ולהתערבותנו במסגרת הדיון הנוסף. זאת, בהינתן הכלל הנקוט עמנו בהקשר זה מימים ימימה והמשמיע לנו היקף התערבות מצומצם בהחלטות בית הדין הרבני (ראו, מני רבים: בג"ץ 3295/19 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול, פסקה 8 (2.9.2019); בג"ץ 1252/20 פלונית נ' בית הדין הדתי הדרוזי בעכו, פסקה 14 (31.5.2020); בג"ץ 314/20 פלוני נ' בית הדין הרבני הגדול, פסקה 5 (29.6.2020); בג"ץ 5040/17 פלוני נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים, פסקה 9 (25.9.2017)). אך כפי שאבהיר להלן, חוות דעתם של שניים מתוך שלושת דייני בית הדין הרבני הגדול (הדיינים נהרי ועמוס), מצאו לנכון לבסס את מסקנתם בדבר היעדר כוונת שיתוף (או "שותפות מוחלשת" בבית המגורים ללא הקרקע) על שיקול נוסף, שעניינו הבגידה הנטענת של המבקשת במשיב. עוצמתן המצטברת של שתי השגיאות שנפלו בפסק דינו של בית הדין הרבני הגדול – האופן השגוי שבו פורשה הלכת השיתוף הספציפי, לצד מתן משקל לסוגיית הבגידה – אינה עולה בקנה אחד עם הדין האזרחי ומקימה עילה להתערבותנו במקרה הנדון.

48. הדיין נהרי קבע כי נדרשות "אמות מידה מחמירות" להוכחת כוונת שיתוף. עוד קבע הדיין נהרי כי "כאשר בתהליך הנישואין פוגע בן זוג במרקם מערכת הנישואין בצורה כה קיצונית של הפרת האמון והבסיס של המערכת המשותפת, הרי שיש לראות זאת כהתנהגות מחפירה המצדיקה את טענת [המשיב] לחזרה מכוונת שיתוף ככל שהייתה" (ההדגשה במקור), והוסיף:

> "אני סבור שהכוונה נמדדת בהליך ממושך ולא כתוצאה ממעשה מסוים המוכיח כוונת שיתוף ומכאן הבנתי שיש להוכחת כוונת שיתוף דמיון לדיני מתנה שכל עוד לא חל רישום בפועל אזי יש לבחון את מכלול הרכיבים בעת פירוק השיתוף, וכאמור במקרה דנן הדעת נוטה שאין כוונת שיתוף למי שבגד במערכת הנישואין".

אי לכך קבע הדיין נהרי כי גם אם יש ממש בטענת המבקשת בדבר השתתפותה בשיפוץ הבית, למשיב עומדת הזכות לטעון שלא התכוון לשתף עמה את הנכס – ולחלופין יש לו הזכות לחזור בו מ"כוונת ההתחייבות לשיתופה בנכס". חוות דעתו של הדיין נהרי מבוססת, אפוא, על שלושה אדנים: הראשון, קביעתו כי "על בית הדין לנהוג באמות מידה מחמירות להוכחות כוונת שיתוף הבנויה על הפסיקה האזרחית"; השני,

המסקנה כי הלכת השיתוף הספציפי יוצרת התחייבות של בן הזוג המשתף להקנות לבן זוגו זכויות בנכס בעתיד, בדומה לדיני המתנה; והשלישי, קביעה לפיה ככל שבן הזוג הטוען לשיתוף בגד במשנהו, הרי שלא ניתן לקבוע שבן הזוג המשתף התכוון ליצור שיתוף בנכס, ומכל מקום, בן הזוג המשתף רשאי לחזור בו מכוונת השיתוף, ככל שהייתה כזו.

על האדן הראשון הרחבנו לעיל ואין צורך לחזור על הדברים. עתה יש להידרש לשאלה אם צדק הדיין נהרי בקבעו כי ניתן לשלול בדיעבד שיתוף שהתגבש בין בני זוג בנכס ספציפי, בפרט על רקע של אי-נאמנות מינית מצד בן הזוג הטוען לשיתוף.

שלילת כוונת שיתוף בדיעבד עקב בגידה

49. כפי שהובהר לעיל, השיתוף שנוצר מכוח הלכת השיתוף הספציפי מתגבש בשלב מסוים במהלך חיי הנישואין, טרם פירוקם (ראו עניין בן גיאת). לפיכך ניתן כבר עתה לשלול את ההיקש שביקש הדיין נהרי לערוך מדיני המתנה, שכן הלכת השיתוף הספציפי אינה יוצרת התחייבות מצד בן הזוג לשתף את משנהו בנכס בשלב כלשהו בעתיד, בדומה להתחייבות לתת מתנה, אלא יוצרת שיתוף לכל דבר ועניין. שיתוף זה בנכס חיצוני מתגבש כאמור כבר במהלך הנישואין וטרם שלב איזון המשאבים, המתרחש לאחר שהיחסים הזוגיים תמו (במאמר מוסגר יצוין כי גם בהקשר הייחודי של פרשנות הפעולה המשפטית המהווה התחייבות ליתן מתנה, נפסק כי אין להתמקד אך ורק בכוונתו של המתחייב, ויש לקחת בחשבון את מכלול נסיבות המקרה (ע"א 6439/99 "טפחות" בנק משכנתאות לישראל בע"מ נ' פרח, פ"ד נח(2) 106, 118-119 (2003)).

50. עוד נפסק זה מכבר כי אי-נאמנות מינית אינה מהווה נסיבה שיש בכוחה לשלול בדיעבד זכויות שהתגבשו, וכי אין שוללים זכות שהתגבשה בשל נסיבות עובדתיות שאירעו לאחר התגבשותה. אומנם, לא ניתן להוציא מכלל אפשרות קיומן של נסיבות חריגות – וקיצוניות – אשר יש בהן כדי לפגום בהתגבשות ההסכמה מלכתחילה וכוונתי לפגמים בכריתה, מסוג הפגמים שבהם עוסק פרק ב' לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 (להלן: חוק החוזים (חלק כללי)) ואשר מתרחשים כולם בשלב גיבוש ההסכמה (לפירוט בנושא ראו גבריאלה שלו ואפי צמח דיני חוזים 281-298 (מהדורה רביעית, 2019) (להלן: שלו וצמח)). פגמים כאלה עשויים להתרחש, למשל, אם מתברר כי השיתוף נוצר בנסיבות של ניצול מצוקה נפשית של בן הזוג המשתף, המגיעות כדי עושק או כפייה (סעיפים 17 ו-18 לחוק החוזים (חלק כללי)), או כאשר בן הזוג המשתף מגלה ברבות השנים כי משנהו ניהל לכל אורך חייהם המשותפים "חיים כפולים" עם אדם אחר (סעיף 15 לחוק החוזים (חלק כללי)), והם עשויים להצדיק את ביטול השיתוף הספציפי שעליו הוסכם (השוו לנסיבות המקרה בבג"ץ 3995/00 פלונית נ' בית-הדין הרבני הגדול

לערעורים בירושלים, פ"ד נו(6) 883 (2002)). לצורך הוכחת טענה מעין זו, יהא על בן הזוג הטוען לבטלות השיתוף להוכיח כי אותו "אירוע מפרק" קדם להיווצרות השיתוף; כי הוא לא היה מודע לאירוע בזמן אמת; וכי אילו היה יודע עליו, לא היה מסכים ליצירת השיתוף. ודוקו – במקרים נדירים כאלה, היעתרות לבקשתו של בן הזוג המבקש לשלול את זכויותיו של משנהו, אין משמעה שלילה למפרע של שיתוף שהתגבש בשל אירועים שהתרחשו לאחר התגבשות השיתוף, ובוודאי שאין מדובר ב"ענישה" רטרואקטיבית על מעשים מאוחרים להתגבשותו של השיתוף הספציפי (השוו לפסקה 14 לחוות דעתו של השופט עמית ולפסקה 7 לחוות דעתו של השופט מינץ בפסק הדין נושא הדיון הנוסף).

51. בהקשר זה אבקש להתייחס בקצרה לעמדתו של חברי השופט שטיין, אותה הביע בפסק הדין נושא הדיון הנוסף, ולפיה יש מקום להכיר באפשרות קיומו של הסכם מכללא בין בני זוג לפיו "הענקת שותפות שוות-זכויות בנכס לבן זוג תתבטל במקרה של 'בגידה'". לשיטת השופט שטיין, אי-נאמנות מינית עשויה לשלול כוונת שיתוף "כעניין של עובדה ולא כעניין של אשמה ועונש". במילים אחרות, לגישת השופט שטיין, לנוכח עיקרון האוטונומיה של הקשר הזוגי, בעת בחינת קיומו או היעדרו של שיתוף בנכס נושא המריבה, על בתי המשפט ובתי הדין לדלות את מסקנתם מתוך "דפוס החיים של בני הזוג וציפיותיהם ההדדיות. לגישתו, ציפיות אלו בהחלט יכולות לכלול תנאי של נאמנות מוחלטת לבן הזוג במישור האינטימי כבסיס שאין בלתו להסכמת בן הזוג לחלוק את רכושו עם משנהו שווה-בשווה ותנאי כאמור, ככל שהוא קיים, בתי המשפט ובתי הדין "חייבים לכבד ולאכוף" (פסקה 8 לחוות דעתו).

52. השאלה אם יש מקום להכיר באפשרות כי בני הזוג יסכימו במפורש על תנאי לפיו השיתוף הזוגי ביניהם, ככל שיתגבש, יתבטל במקרה של אי-נאמנות מינית – היא שאלה סבוכה כשלעצמה. ואולם, שאלה זו איננה מתעוררת במקרה דנן, שכן אין ספק שהמבקשת והמשיב לא הסכימו באופן מפורש ומראש על תניה מעין זו. לפיכך, השאלה הרלוונטית היא אם יש להכיר באפשרות של תניה מכללא בהקשר זה.

53. בפסקי דינם של בית הדין הרבני האזורי ובית הדין הרבני הגדול לא ניתן למצוא אינדיקציות לקיומה של תניה מכללא כאמור בין בני הזוג. כך, לא נבחן יחסם של בני הזוג לאורך השנים לנושא של אי-נאמנות מינית, לא צוינו התבטאויות קונקרטיות של בני הזוג במהלך נישואיהם בנוגע לשאלה אם "בגידה" עשויה להשפיע על היחסים הזוגיים, ולא הובאו אינדיקציות לסברה שהמבקשת והמשיב הגיעו להסכמה משתמעת לפיה אי-נאמנות מינית תוביל בהכרח לשלילת זכויות ברכוש המשותף. למעשה, הדיינים עמוס ונהרי הסתפקו בהצהרות כלליות בלבד: הדיין עמוס ציין כי במעשה הבגידה "יש אומדנא דמוכח ואנן סהדי כי לא הייתה לו כל כוונה לשתף בנכסים שעל שמו בלבד את הפוגע ההורס ומקעקע את כל חיי המשפחה", ו"אפשר כי כל אחד אכן מוכן לשיתוף, אך

זאת בתנאי כי אכן הצד שכנגד פועל בתום לב וכוונתו גם כן להמשיך לבנות את הקן והמסגרת המשפחתית"; והדיין נהרי הדגיש כי "הדעת נוטה שאין כוונת שיתוף למי שבגד במערכת הנישואין". במילים אחרות, בשונה מהעמדה שהציג חברי השופט שטיין, דומה כי לגישת הדיינים יש לקרוא תניה מכללא כזו כתניה הנטועה וקיימת בכל מערכת יחסים של בני זוג הנשואים זה לזו.

54. לעמדתי קיימים טעמים כבדי-משקל נגד ההכרה באפשרות קיומה של תניה מכללא כזו או אחרת בין בני זוג, אשר בהתקיימה היא שוללת את זכויותיו של אחד מהם ברכוש הזוגי. כידוע, דוקטרינת התניות מכללא בחוזה איבדה זה מכבר אחיזה במשפטנו והוחלפה בעיקרון תום הלב, המשמש כעיקרון-על החולש על מערכות יחסים חוזיות וכן, בשינויים המחויבים, על פעולות משפטיות שאינן בבחינת חוזה ועל חיובים שאינם נובעים מחוזה (סעיף 61 לחוק החוזים (חלק כללי); רע"א 8256/99 פלונית נ' פלוני, פ"ד נח(2) 213, 232 (2003); שלו וצמח, בעמ' 570-572)). עיקרון זה מבטא את תפישתה הנורמטיבית של החברה הישראלית באשר להתנהגות הוגנת בין צדדים לחוזה ולפעולות משפטיות אחרות, ובכוחו להשלים את מה שהחסירו הצדדים (השוו: רע"א 8256/99 פלונית נ' פלוני, פ"ד נח(2) 213, 233 (2003)). לעמדתי, בשים לב לתחולתו של עיקרון תום הלב ולנסיבות הייחודיות שאופפות את המערכת הזוגית, יש לצמצם ככל הניתן את יכולתו של בן זוג אחד "למשטר" את פעולותיו של משנהו ולהכתיב את התנהגותו. הכרה באפשרות קיומה של תניה מכללא בין בני הזוג שלפיה השיתוף הזוגי כפוף לתנאי כזה או אחר, חרף העובדה שאיש מבני הזוג לא ניאות במפורש לתניה שכזו, מקנה כוח עודף לאחד מבני הזוג על משנהו, אך בשל עובדת היותו בעליו של נכס שלגביו מתגבש השיתוף הזוגי. הכרה בקיומן של תניות מכללא כאלה במערכת היחסים הזוגית, עשויה אפוא להפוך לחרב המתהפכת מעל ראשיהם של בני הזוג לאורך נישואיהם (וראו בהקשר זה גם דגן והקר, בעמ' 540).

55. בנסיבות העניין שלפנינו, ומשהשיתוף בבית המגורים התגבש במהלך עשרים השנים שבהן חיו בני הזוג יחד באותו הבית כזוג נשוי, ובו הקימו משפחה וגידלו את ילדיהם, לא היה מקום לייחס משקל לבגידתה הנטענת של המבקשת במשיב, ככל שהדבר נוגע לשיתוף בבית המגורים, משום שהבגידה שיוחסה למבקשת התרחשה, לפי טענת המשיב עצמו, חודשים ספורים לפני שנפרדו. מקריאת פסק דינו של בית הדין הרבני הגדול עולה כי שניים מתוך שלושת הדיינים ייחסו בחוות דעתם משקל לבגידה הנטענת. הדיין נהרי התייחס לכך כאל נסיבה המצדיקה שלילת כוונת שיתוף ככל שהתקיימה כזו, והדיין עמוס (שנותר בסופו של דבר בעמדת מיעוט) התייחס לבגידה מספר פעמים בחוות דעתו, הן בחלק שנשא את הכותרת "ועתה לפן ההלכתי" והן בחלקים אחרים בחוות דעתו. המסקנה לפיה לבגידה הנטענת ניתן משקל במסקנתו הסופית של בית הדין הרבני הגדול, אף עולה מפסק דין שניתן לאחרונה על ידי הדיינים עמוס, נהרי ואלמליח אשר

במסגרתו התייחסו לפסק הדין נושא דיוננו, וציינו כי בענייננו בגידתה הנטענת של המבקשת היוותה "נסיבה אחת מתוך מכלול נסיבות שהביאו להכרעה כי לא התקיימו התנאים האזרחיים לקיום שיתוף ספציפי" (תיק 992261/3, פסקה י').

משכך, אין בידי להסכים עם עמדת חברי, השופט ד' מינץ, לפיה התייחסותו של בית הדין הרבני הגדול לבגידה הנטענת הייתה למעלה מן הצורך. להבנתי, ומן הטעמים שפירטתי לעיל, עולה כי הדבר היווה, למצער, אחד השיקולים שהובילו את בית הדין אל התוצאה שאליה הגיע.

56. הנה כי כן, בחינת פסק דינו של בית הדין הרבני הגדול בהתאם לקריטריונים שפורטו לעיל מגלה כי הוא אינו עולה בקנה אחד עם מאפייניה הגרעיניים של הלכת השיתוף הספציפי: לא לעניין מהותה של הזכות ואופן גיבושה, לא לעניין נקודת הזמן שבו היא מתגבשת, ולא לעניין השאלה אם אי-נאמנות מינית מהווה שיקול רלוונטי בהחלתה. שילוב הטעמים הנזכרים לעיל הצדיק את התערבותו של בית הדין הגבוה לצדק, והוא מצדיק את הדיון הנוסף שקיימנו על מנת להעמיד הלכה על מכונה.

הערות לפני סיום

57. לאחר הדברים האלו, עיינתי בחוות דעתם של חבריי ובחרתי לייחד מילים אחדות לחוות-דעתם של חבריי השופטים נ' סולברג ו-א' שטיין.

58. חברי השופט סולברג סבור שלא היה מקום בענייננו לקיים דיון נוסף. זאת, משום שבפסק דינו של בית המשפט העליון נושא הדיון הנוסף לא נקבעה הלכה חדשה. לגישתו של חברי, אף אם התייחסותו של בית הדין הרבני הגדול לבגידתה הנטענת של המבקשת לא נעשתה למעלה מן הצורך, "נימוק זה אין בכוחו להצדיק דיון נוסף, מקום שבו לא נתחדשה הלכה, וכל אשר נמצא לפנינו הוא פרשנות שונה, שניתנה על-ידי שופטים שונים, לעובדות המקרה, אשר מכוחה יושמה ההלכה הנוהגת באופן שונה" (פסקה 5(א) לחוות דעתו; ההדגשות במקור).

59. כפי שצוין בעבר בפסיקה, משניתנה החלטה המורה על קיומו של דיון נוסף – ספק רב אם יש מקום להרהר אחר החלטה זו בבואו של ההרכב המקיים את הדיון הנוסף להכריע בו לגופו (דנ"א 3993/07 פקיד שומה ירושלים 3 נ' איקאפוד בע"מ, פ"ד סה(1) 238, 345 (2011); וראו גם: ד"נ 24/81 חונוביץ נ' כהן, פ"ד לח(1) 413, 420 (1984)). מכל מקום, נדמה בעיניי כי חברי השופט סולברג לא דק פורתא בנוגע לעילה שבגינה ניתן דיון נוסף בענייננו, אשר עליה עמדתי בפסקאות 21 ו-56 לחוות דעתי. אכן, ככלל לא יינתן דיון נוסף מקום שלא נפסקה הלכה אשר "עומדת בסתירה להלכה קודמת של

בית המשפט העליון, או שמפאת חשיבותה, קשיותה או חידושה" יש מקום לקיים בה דיון נוסף (סעיף 30(ב) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984). עם זאת, ייתכנו מקרים נדירים וחריגים שבהם הצורך בקיומו של דיון נוסף עולה מקיומן של עמדות שונות בפסיקה בנוגע לנושא העומד לדיון, ומן הצורך להעמיד הלכה על מכונה. כפי שציין מ"מ הנשיא (כתוארו אז) מ' לנדוי באחת הפרשות:

> "מבין שתי חוות-הדעת של שופטי הרוב הרחיב חברי הנכבד השופט שמגר את היריעה וחידש הלכות בעלות משמעות מרחיקת-לכת בדיני לשון הרע, בעוד שהשופט ברנזון העמיד את החלטתו על בסים יותר צר, המוגבל להחלת הוראותיו של חוק איסור לשון הרע, תשכ"ה–1965, על עובדות המקרה, מבלי לחוות דעה בשאלות העקרוניות הכרוכות בחוות-דעתו של חברי והנכבד. בכל הנוגע לשאלות אלה דעת חברי הנכבד היתה איפוא דעת יחיד. אבל אין ספק שאפילו בהיותה כזאת היא עשויה להתקבל, משום הנמקתה המלאה, כדעה מחייבת אשר נועדה להדריך להבא את הרבים בהתנהגותם ובתביעותיהם, אלא אם נסיק אנחנו בדיון נוסף זה מסקנות אחרות" (עניין חברת החשמל, בעמ' 339-340; ההדגשה הוספה).

60. בענייננו, הדיינים והשופטים שדנו בסוגיה שהונחה לפתחנו – בבית הדין הרבני האזורי, בבית הדין הרבני הגדול, וכן בפסק דינו של בית המשפט העליון – הביעו עמדות שונות בנוגע לשאלות שבמוקד הדיון הנוסף. חלקים מחוות דעת אלו נותרו אמנם בגדר דעת יחיד. אך המחלוקת הפסיקתית העמוקה שהתגלעה בנושא, בצירוף אותה "עמימות אינהרנטית" המאפיינת את הלכת השיתוף הספציפי מעצם טבעה – הובילו אותי למסקנה שריבוי עמדות זה מצדיק דיון נוסף, בפרט נוכח העובדה שסוגיית היקפה וטיבה של הלכת השיתוף הספציפי היא סוגיה רבת-חשיבות המתעוררת תדיר בפני הערכאות הדיוניות. במילים אחרות, סברתי כי יש לקיים דיון נוסף על מנת להעמיד הלכה על מכונה ולהבהיר את הטעון הבהרה בסוגיות שעלו בענייננו – וכך אכן נעשָׂה, אף שחברי השופט סולברג בחר למקד את חוות דעתו רובה ככולה בהשגות על עצם ההחלטה לקיים דיון נוסף ולא בסוגיית השיתוף הספציפי בנכס, לגופה.

61. חברי השופט שטיין, מצדו, הציע מנגנון חדש לחלוקת הזכויות בנכסים חיצוניים בין בני זוג לאורך חיי הנישואין. כפי שציינו חבריי השופטים ד' ברק-ארז ו-ד' מינץ, הצעתו של השופט שטיין חורגת ממסגרת הדיון שלפנינו. הצדדים לדיון הנוסף לא העלו טענות בעניין תוקפה של הלכת השיתוף הספציפי או באשר לקיומן של חלופות להלכה זו, ואף לא נתבקשו לעשות כן. לפיכך, לא ראיתי מקום להידרש לכך.

סוף דבר

62. בהלכת בבלי הובהר כי על בתי הדין הדתיים להחיל את הדין האזרחי כפי שהוא מפורש על-ידי בית המשפט העליון, בסוגיות רכושיות הנכרכות בענייני גירושין. הלכת השיתוף הספציפי היא הלכה מושרשת וארוכת שנים בדין האזרחי, המתווה עקרונות ואמות מידה לתחולתה וליישומה. הזכות המוקנית מכוחה היא זכות מעין-קניינית המתגבשת במהלך חיי הנישואין, עם התגבשותה של כוונת שיתוף. על כן, לא ניתן לשלול אותה בדיעבד בשל אירועים שהתרחשו לאחר התגבשות כוונת השיתוף, אף לא במקרה דנן, בשל אירוע אי-נאמנות מינית. מן הטעמים שפורטו, פסק דינו של בית הדין הרבני הגדול אינו עולה בקנה אחד עם הדין האזרחי ועם הלכת השיתוף הספציפי כפי שהותוותה זה מכבר על-ידי בית המשפט העליון. יפים לעניין זה דבריו של חברי, השופט עמית, בפסק הדין נושא הדיון הנוסף:

> "התערבותו של בית משפט זה בפסקי דינו של בית הדין הרבני הגדול אינה עניין של מה בכך. הזכרנו כי ההתערבות בפסיקת בתי הדין שמורה למקרים חריגים והדבר נובע, בין היתר, מעקרון הכבוד ההדדי בין הערכאות. בית משפט זה נזהר שלא להסיג גבולו של בית הדין בנושאים שבהלכה. כך גם על בית הדין הרבני שלא להסיג גבולו של הדין האזרחי בנושאי רכוש" (פסקה 16 לחוות דעתו).

63. אשר על כן, לו תישמע דעתי, אציע לקבוע כי במקרה דנן עלה בידי המבקשת להוכיח את תנאיה של הלכת השיתוף הספציפי כפי שפורטו לעיל, ולפיכך היא בעלת מחצית מבית המגורים של בני הזוג. עוד אציע כי בנסיבות העניין ולנוכח חשיבות הסוגיה שהובאה לפתחו של בית משפט זה במסגרת הבקשה לדיון נוסף, לא ייעשה צו להוצאות.

ה נ ש י א ה

<u>השופט ע' פוגלמן</u>:

אני מסכים לחוות דעתה המפורטת של חברתי הנשיאה א' חיות.

לפי עקרון היסוד שנקבע בפסיקתנו, על בית הדין הרבני שדן בענייני רכוש הנכרכים בענייני גירושין, להכריע במחלוקת שנסבה על הרכוש העומד לחלוקה על פי המשפט האזרחי, שבא לידי ביטוי – בין היתר – גם בפסיקתו של בית משפט זה (בג"ץ 1000/92 בבלי נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד מח(2) 221 (1994)).

במקרה שלפנינו הלכת השיתוף הספציפי שנקבעה בפסיקתנו, שעל טיבה הרחיבה חברתי, מוליכה למסקנה כי התגבש שיתוף ספציפי בבית המגורים של בני הזוג במהלך

חיי הנישואין, טרם פירוקם. כפי שנפסק לא אחת, "בגידה" של בן זוג, אין בה כדי לשלול ממנו שיתוף ברכוש שכבר התגבש (בג"ץ 8928/06 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול לערעורים בירושלים (8.10.2008)).

בנסיבות שלפנינו הפועל היוצא של האמור הוא כי אין בכוחה של "הבגידה" להשפיע על השיתוף שהתגבש בשלב מוקדם יותר של חיי הנישואין, טרם פירוקם.

משכך, גם לדעתי דין העתירה להתקבל, כמוצע על ידי חברתי.

ש ו פ ט

<u>השופט נ' סולברג</u>:

1. חוות דעתה המקיפה של חברתי הנשיאה מדברת בעד עצמה; דעתי-שלי שונה.

2. כמה וכמה תחנות נקרו בדרכו של בית משפט זה, עוד קודם לכן בדרכו של בית הדין הרבני הגדול, שבהן ניתן היה 'לעצור את הרכבת', ולהימנע מן המסע והמסה. מסביב יֵהוֹם הסער, והוא מעיק ומיותר. זעֵיר פה, זעֵיר שם, נתמלטה לה מפיו של דיין או שופט מילה או אמירה מעבר לדרוש, ועשתה לה כנפיים, אך אין הצדקה להיתלות בה, משום שלא הביאה עִמה הלכה חדשה. איש באמונתו יחיה. מוטב היה להצטמצם לדל"ת אמותיו של העניין – שאלה פרטנית הנוגעת ליישום הלכת השיתוף הספציפי – מבלי להרחיבו מעבר לממדיו הטבעיים.

3. הנר דולק, ניתן עוד לתקן, למשוך ידינו מהתערבות בפסק הדין מושא הבקשה, ובפסק הדין של בית הדין הרבני הגדול. אני סבור, כי אין עילה בדין לקיים דיון נוסף. סעיף 30(ב) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, מורה אותנו מי יעלה ויבוא להישמע בדיון נוסף: "נשיא בית המשפט העליון או שופט אחר או שופטים שיקבע לכך, רשאים להיענות לבקשה אם ההלכה שנפסקה בבית המשפט העליון עומדת בסתירה להלכה קודמת של בית המשפט העליון, או שמפאת חשיבותה, קשיותה או חידושה של הלכה שנפסקה בענין, יש, לדעתם, מקום לדיון נוסף". הצד השווה שבכל אלה – קיומה של הלכה בפסק הדין שלגביו מוגשת הבקשה. לא זו בלבד, כפי שנקבע לא אחת, על ההלכה לגלות עצמה על פני פסק הדין, ולהיות ברורה ומפורשת. לאחרונה שבה חברתי הנשיאה חיות ואמרה, כי תנאי לקיומו של דיון נוסף "הוא שבפסק הדין נושא ההליך נפסקה הלכה אשר 'עומדת בסתירה להלכה קודמת של בית המשפט העליון, או שמפאת חשיבותה, קשיותה או חידושה של הלכה שנפסקה בעניין' יש מקום לקיים בה דיון נוסף [...] בהקשר זה נפסק לא

אחת כי על ההלכה שנפסקה לגלות עצמה על פני הפסק ולהיות ברורה ומפורשת. עוד נפסק כי אף אם שופטים הגיעו לתוצאה זהה אך הביעו דעות שונות, אין מדובר ב'הלכה'" (**דנג"ץ 6679/20 ג'בארין נ' הכנסת (26.5.2021) (להלן: עניין ג'בארין); ראו דבריה של חברתי גם בדנג"ץ 2963/20 ח"כ אופיר כץ נ' יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-23 (27.8.2020)**).

4. **המבקשת בעניינו, ביודעה כי עליה לדלג על פני משוכה גבוהה, טוענת בבקשתה על מספר קביעות בפסק הדין, המבססות לדידה הלכה חדשה:**

ראשית, לטענתה, פסק הדין מצמצם במידה ניכרת את עילות ההתערבות בפסיקת בתי הדין הדתיים למקרי-קצה נדירים, עד אשר גם מקרים שבהם נוגדת פסיקת בית הדין את הדין האזרחי – לא יבואו בקהלם.

שנית, לדבריה נקבע בפסק הדין, במשתמע, כי השיתוף הספציפי מתגבש רק במועד הפירוד שבין בני הזוג; לא קודם.

שלישית, לעמדתה, יוחסה בפסק הדין משמעות לאי-נאמנות מינית בתקופת הנישואין, המגעת עד כדי שלילת זכויות רכושיות מוקנות.

5. **דא עקא, עיון בפסק הדין מושא הבקשה מלמד, כי הלכות בסוגיות הללו – לא יצאו מפתחו של בית המשפט. הפוך בו והפוך בו בפסק הדין, ולא תמצא 'הלכה חדשה', לבטח לא בדעת רוב, בכל אחת מן הנקודות שאליהן התייחסה המבקשת. ממילא אין מקום לדיון נוסף. אסביר.**

(א) **אשר לטענה לצמצום עילות ההתערבות בפסקי דין של הערכאות הדתיות – קבעו כל שופטי ההרכב, כי בית משפט זה אינו יושב כערכאת ערעור על בתי הדין הרבניים, וכי התערבותו תהא מוגבלת למצבים שבהם נמצאה חריגה מסמכות; נפגעו עקרונות הצדק הטבעי; נתגלתה סטייה מהוראות-החוק; או למקרים חריגים שבהם נדרש ליתן סעד מן הצדק, כאשר העניין אינו נתון לסמכותה של ערכאה שיפוטית אחרת. עוד קבעו שופטי ההרכב, כי גם אם נפלה טעות ביישום הוראות הדין – הדתי או האזרחי – על מערכת העובדות הקיימת, אין בכך כדי להקים עילה להתערבותו של בית המשפט הגבוה לצדק. דברים אלה נקבעו בחוות הדעת של חברי השופט עמית (פסקה 7); בחוות הדעת של חברי השופט מינץ (פסקה 9); וכן בחוות הדעת של חברי השופט שטיין (פסקה 1). קביעה זו אינה בגדר 'הלכה חדשה', והיא אינה מגלה פנים שלא כהלכה קודמת. קביעה זו, אינה אלא אבן-דרך נוספת בפסיקה מושרשת וידועה. אמנם, המבקשת טוענת כי היה על בית המשפט להתערב בפסק הדין של בית הדין הרבני הגדול בעניין דנן, משום**

שלשיטתה פסק הדין ניתן מכוח הדין הדתי, באופן הנוגד את הדין האזרחי. בדרך זו מנסה המבקשת לטעון, כי עילת ההתערבות צומצמה למקרי-קצה, שכן לדבריה, תוצאת פסק הדין עלולה להביא למסקנה כי הכרעה לפי דין דתי בענייני רכוש, שלא בסמכות, אינה מספקת לצורך התערבות. ואולם, בפסק הדין לא נתחדשה כל הלכה גם במישור זה. ברי, כי השופט עמית **אינו מצמצם את עילות ההתערבות, שכן לשיטתו יש** להתערב **בפסק דינו של בית הדין הרבני הגדול,** "מן הטעם שקריאה של פסק הדין בשלמותו מביאה למסקנה כי מעשה הבגידה של העותרת, הוא שהיטה את הכף לחובתה. בכך התיימר בית הדין להחיל את הדין הדתי על ענייני רכוש בניגוד להלכה הפסוקה, ובכך חרג הוא מסמכותו". **השופט** מינץ **אינו מצמצם גם הוא את עילות ההתערבות, שכן מסקנת דבריו נובעת מקריאתו באופן אחר את פסק דינו של בית הדין הרבני הגדול. כדבריו:** "מתוך דברי הדיינים עמוס ואלמליח ונימוקיהם נלמד כי מסקנה זו נתקבלה במנותק לבגידה [...] אין מקום כדי לומר כי מסקנת דעת הרוב בפסק הדין הייתה נגועה בשקלול נסיבות שאינן רלוונטיות לעניין, או כי בית הדין החיל את הדין הדתי על יחסי הממון הקיימים בין בני הזוג. אשר על כן, בית הדין לא חרג מסמכותו בפסק דינו". **גם השופט** שטיין **אינו מצמצם בדבריו את עילות ההתערבות, הגם שהגיע למסקנתו בדרך אחרת, בעקבות פרשנות שונה שנתן להוראות הדין** האזרחי **בכל הנוגע לאי-נאמנות זוגית.**

אמנם, לדעת חברתי הנשיאה, נדרשה התערבותו של בית המשפט הגבוה לצדק במקרה זה, בפסק הדין של בית הדין הרבני הגדול, משום שלשיטתה מרכיב הבגידה היה דומיננטי בקביעות הדיינים, ולא נאמר רק למעלה מן הנדרש. בכך מאמצת חברתי הנשיאה את פרשנותו של חברי השופט עמית, **לנאמר בפסק הדין של בית הדין הרבני הגדול, וחולקת על הפרשנות שהוצעה על-ידי חברי השופט** מינץ. **כלשונה:** "אין בידי להסכים לחוות דעתו של חברי, השופט ד' מינץ, לפיה התייחסותו של בית הדין הרבני הגדול לבגידה הנטענת נעשתה למעלה מן הצורך, ולעמדתי לא יכול להיות חולק שהדבר היווה שיקול משמעותי בתוצאה הסופית שאליה הגיע בית הדין". **דא עקא, נימוק זה אין בכוחו להצדיק דיון נוסף, מקום שבו לא** נתחדשה הלכה, **וכל אשר נמצא לפנינו הוא פרשנות שונה, שניתנה על-ידי שופטים שונים, לעובדות המקרה, אשר מכוחה יושמה** ההלכה הנוהגת **באופן שונה. לא בכגון דא נקיים דיון נוסף. כך אמר המשנה לנשיא דאז,** מ' חשין: "אמת, דעות השופטים נחלקו באשר ליישומם של הדברים על עובדות המקרה, ואולם בידוע הוא כי טענות כנגד יישומה של הלכה מקומן בערעור, ולא בדיון הנוסף שתכליתו בחינה מחודשת של הלכות משפטיות שנפסקו" (**ד"נ 7542/04** עובדיה נ' סיבל נהריה בע"מ, **פסקה 9 (2.8.2005)) ; כיוצא בדברים הללו, אמרה השופטת** א' פרוקצ'יה: "מקום שההליך מותיר את ההלכה המשפטית על מכונה, ובכלל זה מותיר על כנם את כללי המשקל והאיזון הפנימי המובנים בה, נראה כי שאלות יישומה הפרטני ודרכי החלתה הלכה למעשה הן ענין לערכאות הדיון והערעור. דרכי היישום של ההלכה העקרונית במסגרת הפעלת שיקול הדעת השיפוטי, האמצעים הננקטים לשיקלול ואיזון בין מרכיביה, קביעת קריטריונים כלליים לצורך כך, והחלתם הפרטנית למקרה הקונקרטי – עניינם של אלה להתברר בערכאה הדיונית, ובערכאה ערעורית המעמידה למבחן את קביעותיה [...] דומה, כי מצווים אנו במתיחת אבחנה ברורה

בין הערכתה המחודשת של הלכה משפטית עקרונית חשובה במסגרת הדיון הנוסף, לבין בחינת דרכי יישומה הלכה למעשה לסיטואציות עובדתיות קונקרטיות, המתבררות בערכאות דיוניות ונתונות לביקורת ערעורית [...] חשיבות ההקפדה על הגדרה ברורה של מסגרות הדיון השונות, ובכללן על קווי הגבול שבין הליך הדיון הנוסף להליך הערעור, אינה מצטמצמת לחובת כיבוד סדרי הדיון שנקבעו בדין, והגשמת התכליות המיוחדות המאפיינות את סוגי ההליכים השונים. היא משפיעה על יציבות ההלכה הפסוקה; היא אוצלת על גורם הוודאות והביטחון במשפט; היא מקרינה על עקרון סופיות הדיון; היא תורמת לעיצוב ברור של סמכויות השיפוט השונות במסגרות הדיוניות שנקבעו להן בדין" (**דנ"א 2045/05** ארגון מגדלי ירקות – אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' מדינת ישראל, **פ"ד סא(2) 1**, 79-81 (2006)); **ובלשונו התמציתית של השופט** א' א' לוי: "מתקשה אני לראות מהי אותה הלכה חדשה המצריכה את עיוננו החוזר" (**שם**, 82). **דבריו ישימים לענייננו.**

(ב) בכל הנוגע לטענה כי משתמע שהשיתוף הספציפי מתגבש רק במועד הפירוד ולא קודם לכן – **קריאת פסק הדין מעלה, כי הוכרע בו שהשיתוף הספציפי מתגבש בשלב מסוים על ציר חיי הנישואין, ולא אך בהגיע מועד הפירוד. כך מבהיר חברי השופט** עמית, **כי** "ההנחה היא שהשיתוף הכללי בנכסים, כמו גם השיתוף בנכס ספציפי, מתגבש במועד מסוים על ציר חיי הנישואין". **חברי השופט** מינץ **מסכים עמו ומציין, כי** "כפי שהצביע חברי, כשם שהתגבשות השיתוף נמדדת על ציר חיי הנישואין, כך גם הנסיבות המצביעות על היעדר שיתוף נלקחות בחשבון על רצף חיי הנישואין ואין 'נענשים עליהן למפרע'"; **ובהמשך מוסיף, כי** "אין מקום לזקוף את בגידתה הנטענת המאוחרת של העותרת לשלילת השיתוף בנכסים שהתגבש עוד קודם לכן" (**ההדגשות אינן במקור – נ' ס'**). **אמנם, חברי השופט** שטיין **נכון לקבוע כי בתוך מערכת יחסים בין בני זוג יכול להיווצר 'הסכם מכללא' (התלוי בנסיבות כל מקרה ומקרה), אשר במקרים מסוימים עשוי ללמד** למפרע **על העדר כוונת שיתוף. ברם, אין בדברים אלה כדי ללמד, שלשיטתו, לא התגבש שיתוף ספציפי בשלב מסוים לאורך תקופת הנישואין. זאת גם אם לעמדתו, בנסיבות, ניתן יהיה לקבוע כי מתקיים תנאי מתלה אשר עשוי לבטל את השיתוף הספציפי שהתגבש, בהתאם לאומד דעת הצדדים. גם אם נרחיק לכת ונאמר, כי חברי השופט** שטיין **חולק אף על המועד שבו מתגבש השיתוף הספציפי, ברי כי גישתו-שלו, לבדה, אינה יוצרת** הלכה **חדשה, מקום שבו דעת** הרוב **אינה מורה כן.**

(ג) בהתייחס לטענה בדבר שלילת זכויות מוקנות מחמת אי-נאמנות מינית – **גם כאן, על-פי דעת** הרוב, **אין לשלול מאדם זכויות מוקנות רק מחמת אי-נאמנות מינית, ולצד זאת, שוררת תמימות דעים לגבי האפשרות לשקול נסיבה זו, בין מכלול השיקולים המובאים בחשבון בעת הכרעה בשאלת השיתוף הספציפי. כך, כשם שניתן לשקול את משך הנישואין, טיבם, כוונה ספציפית לשיתוף, אופן השיתוף בין בני הזוג (חשבונות משותפים וכדומה), השקעותיהם הכספיות בנכס, וכיוצא באלו דברים; ניתן גם לשקול את נאמנותם של בני הזוג, זה לזו (ראו: פסקה 14 לחוות הדעת של חברי השופט** עמית,

ופסקה 7 לחוות הדעת של חברי השופט מינץ). על קביעה זו, שאינה בגדר חידוש או הלכה, מוסיף השופט עמית, כי "גם אלו הסבורים כי יש ליתן משקל לאשמה של בן הזוג בענייני רכוש, יסכימו כי נפקותה של בגידת בן הזוג היא מכאן ואילך, כנקודת זמן המעידה על המשבר ביחסים בין בני הזוג, ולכן יש להבחין בין רכוש שנצבר לפני מעשה הבגידה לרכוש שנצבר מיום הבגידה ועד לפירוק בפועל של הנישואין". השופט מינץ מתייחס גם הוא לנקודה זו, ומציין במפורש, כי "אין בכוחה של בגידה של אחד מבני הזוג לבטל את שיתוף הנכסים שהתגבש, אם התגבש לפני הבגידה". אם כן, גם טענתה-זו של המבקשת, אינה עולה בקנה אחד עם הנאמר בפסק הדין. משקבעה דעת הרוב, כי אין בכוחה של אי-נאמנות מינית כדי לבטל, באופן קטגורי, שיתוף ספציפי שהתגבש קודם לכן, הרי שפסק הדין אינו קובע הלכה חדשה גם בהקשר הזה.

6. הנה כי כן, שלא כטענת המבקשת, בפסק הדין מושא הבקשה לא נתחדשה כל הלכה. בקשתה אינה ממלאת אחר תנאי-הסף הבסיסי שקבע המחוקק, אשר רק בהתקיימו עשויה להתעורר הצדקה לדיון נוסף בפסק דין שניתן בבית המשפט העליון. ברי אפוא כי עניינה של המבקשת אינו "משתייך לאותם מקרים חריגים-שבחריגים, נדירים-שבנדירים, שבהם יקוים דיון נוסף" (דנ"פ 11414/05 רוזנשטיין נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 14 (31.1.2006)). ודוק: לא בכדי צמצם המחוקק את הליך הדיון הנוסף למקרים גדורים וחריגים. פריצת גבולותיו של הליך זה עלולה לפגוע ביציבות השיטה, ובוודאות השיפוטית שאמורה להיות מנת חלקו של מי שזכה בדין בערכאה השיפוטית העליונה, ביודעו כי ככלל, למעט חריגים-שבחריגים, אין מהרהרים אחר הכרעותיה.

7. כפי שציינתי לעיל, עמדתי היא כי די בכך; דיון נוסף לא נועד לשם בירור העתירה שהוגשה לבית משפט זה בשבתו כבג"ץ, מחדש, ולא לניתוח ישיר של הכרעת בית הדין הרבני הגדול – הפעם לפני הרכב רחב יותר של שופטים. הליך הדיון הנוסף חג אך סביב צירה של ההלכה המשפטית, אשר נטען כי נתחדשה בפסיקתו של בית המשפט העליון (ד"נ 3379/91 כספי נ' מדינת ישראל (15.8.1991)). בהתאם, תפקידנו בשלב זה של ההליך, הוא לבחון את פסק הדין שיצא מלפני בית משפט זה, לנתח אותו, ולקבוע אם אכן נפסקה בו, בפסק דין זה, הלכה חדשה. משלא נמצאה כזו, אין מקום לקיים דיון נוסף, וזאת גם אם מגיש הבקשה סבור כי התוצאה שאליה הגיע בית משפט זה אינה נכונה, ואף אם לשיטתו נפלה טעות בהכרעה המקורית שעליה נסוב פסק הדין.

8. סיכום דברַי הוא זה: המבקשת סומכת את בקשתה על שלושה אדנים, שבהם, לטענתה, נקבעו – בפסק הדין שניתן בעתירתה לבית משפט זה בשבתו כבג"ץ – קביעות העולות כדי 'הלכה חדשה', ומצדיקות לקיים בהן דיון נוסף. האחת – צמצום ניכר של עילות ההתערבות של בית משפט זה בפסיקת בתי הדין הרבניים, למקרי-קצה נדירים שבנדירים; השניה – קביעה משתמעת כי השיתוף הספציפי מתגבש רק במועד הפירוד שבין בני הזוג; והשלישית – מתן משמעות לאי-נאמנות מינית בתקופת הנישואין, עד כדי

שלילת זכויות רכושיות למפרע. דא עקא, בכל אחד מן האדנים הללו לא נקבעה הלכה חדשה, ודאי שלא הלכה ברורה, מפורשת וגלויה, כדרישת הדין והפסיקה. המחלוקת שנתגלעה בין חברַי, השופט עמית והשופט מינץ, נובעת אך מפרשנות שונה שניתנה על-ידי כל אחד מהם, לאמוּר בפסק הדין של בית הדין הרבני הגדול, והיא שהביאה אותם ליישום שונה של ההלכה הקיימת והנוהגת. גם קביעותיו של חברי השופט שטיין, לגבי מועד התגבשות השיתוף הספציפי, ובאשר לתוצאותיה של אי-נאמנות מינית, אינן בבחינת הלכה, מכיון שדעת הרוב לא הורתה כן; כדברי חברתי הנשיאה לאחרונה בעניין ג'בארין הנ"ל: "דעת יחיד [...] אינה עולה כדי 'הלכה' לצרכי דיון נוסף". זאת איפוא למודעי: הגיג שעלה במחשבה אצל דיין או שופט, אין בו משום חידוש הלכה, וממילא לא קמה הצדקה לקיים בו דיון נוסף.

9. אמנם, חברתי הנשיאה קבעה, בהחלטה מיום 18.6.2019, כי יתקיים דיון נוסף בפסק הדין מושא הבקשה. ברם, אין בכך כדי לגרוע מסמכות ההרכב הדן בדיון הנוסף להורות אחרת, ולדחות את העתירה מבלעדי דיון לגופו של עניין, אם נמצא כי אין בפסק הדין הלכה שנתחדשה. זאת, כדברי השופטת מ' נאור (כתוארה אז) בדנ"א 3993/07 פקיד שומה ירושלים 3 נ' איקאפוד בע"מ, פסקה 22 (14.7.2011): "לאחר פסק הדין בערעור נעתר המשנה לנשיאה ריבלין לעתירת המדינה והורה על דיון נוסף בשאלת התחולה למפרע. האם יש בהחלטתו זו לחייב את ההרכב (המורחב) היושב לדין לערוך דיון לגופו של עניין? התשובה שניתנה לכך בהלכה הפסוקה היא בשלילה. ההלכה היא כי גם אם ניתן היתר לדיון נוסף הרי שבית המשפט היושב לדין רשאי לדחות את העתירה גם ללא דיון לגופו של עניין. [...] ככל שעניינו בשאלה של יישום הלכה קיימת [...] אין לדעתי הצדקה לערוך לגביה דיון נוסף, וניתן לדעתי גם לדחות את העתירה מטעם זה ללא דיון לגופו של עניין" (ראו שם, לעומת זאת, את חוות דעתם של השופט (כתוארו אז) א' גרוניס וחברתי הנשיאה אשר בחרו להותיר שאלה זו בצריך עיון). ד"ר יגאל מרזל סקר את הפסיקה בנדון, והביע עמדתו שלפיה – "אם לא היה מקום לתת דיון נוסף, וזו המסקנה של ההרכב המורחב הדן בדיון הנוסף, הוא רשאי בהחלט שלא לדון בכך לגופו" ("סעיף 18 לחוק יסוד: השפיטה: דיון נוסף בדיון הנוסף" ספר דורית ביניש 264 (קרן אזולאי, איתי בר סימן טוב, אהרן ברק ושחר ליפשיץ, עורכים) (2018)). יתר על כן: כך נפסק מפי השופט (כתוארו אז) י' זוסמן, בהסכמת ארבעת חבריו בד"נ 2/64 קניגסהפר נ' הומפרט, פ"ד יח(3) 377, 383-384 (1964): "אם פסק הדין אינו קובע את ההלכה, הדיון בה בשלב זה לא יהא דיון נוסף אלא דיון ראשוני, ולכך אין אנו מוסמכים, אפילו ניתן צו לדיון נוסף בבעיה זו. [...] הבעיה האמורה בהחלטת הנשיא, חייבת להיות בעיה של הלכה שנפסקה בפסק הדין, ו'מפאת חשיבותה, קשיותה או חידושה' – נמצאה ראויה לשמש נושא לדיון נוסף. הנה כי כן, מורה הלכה פסוקה זו, כי "אין אנו מוסמכים" לדון בנושא שהועמד כאן לפנינו לדיון נוסף; עלינו לגזור גזירה שווה מהתם להכא, מדברי השופט זוסמן (שם) לענייננו: "בענין דנא ניתן אמנם צו לדיון נוסף, אך אין בכך כלום הואיל ואין לנו קביעת הלכה באותה בעיה אשר הועמדה לדיון נוסף".

10. אשר על כן, מלכתחילה, לא היה לדעתי מקום לקיים דיון נוסף, בחריגה מהוראת סעיף 30(ב) לחוק, ובסטייה מההלכה הפסוקה. בדיעבד, משהתקיים, "אין בכך כלום", כאמור לעיל, "הואיל ואין לנו קביעת הלכה באותה בעיה אשר הועמדה לדיון נוסף" (שם). סבורני אפוא כי דינו של הדיון הנוסף לדחייה, הואיל ולא קמה עילה להתערבותנו בפסק הדין מושא הדיון הנוסף, וזאת גם אם אניח כי הדין עם חברתי הנשיאה, וכי ניתן היה להגיע לתוצאה שונה מזו שאליה הגיע בית הדין הרבני הגדול. משנוכחנו לדעת כי לא נתחדשה הלכה בפסק הדין מושא הדיון הנוסף, ומטעמים של סופיות הדיון, יציבות, ודאות שיפוטית, ושמירה על גבולות הסמכות הנתונה לנו, אינני רואה מקום להתערב בו, ולשנות ממנו. כך בכלל, ובפרט מחמת אופיו של העניין שהועמד על הפרק: מוטב לא ללבּוֹת גַּחֶלֶת לוֹחֶשֶׁת.

ש ו פ ט

<u>השופט א' שטיין:</u>

מתווה הדיון

1. דיון נוסף זה, ככל דיון נוסף, בא לבחון את הסוגייה המשפטית והעקרונית אשר מונחת על שולחננו ממבט רוחב ביקורתי, אשר צופה את פני העתיד, ולקבוע שינויים בהלכה הקיימת, ככל שאלו יהיו נחוצים – זאת, אף מחוץ לגזרת הטיעונים הצרה של בעלי הדין אשר מעוניינים להביא את ההליך לתוצאה הרצויה להם (ראו למשל: דנג"ץ 2630/14 ריינר נ' בית הדין הרבני האזורי בתל אביב, פסקה 15 והאסמכתאות שם (23.10.2014); דנ"פ 4971/02 זגורי נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(4) 583, 634-635 (2004)).

חוות דעתי תעסוק אפוא בזאת. בגדרה, אציע שינוי משמעותי בהלכה הקיימת שעניינה שיתוף ספציפי: שיתופו של בן זוג בזכויות בנכס אישי של בת זוגו אשר איננו כלול בין נכסי הנישואין המשותפים לשני בני הזוג ואשר מצוי מחוץ לאיזון המשאבים לפי חוק יחסי ממון בין בני זוג, התשל"ג-1973 (להלן: חוק יחסי ממון). השינוי שמוצע על ידי כולל מעבר למשטר חדש של שיתוף הדרגתי, שבמסגרתו כל אחד מבני הזוג רוכש בכל שנת נישואין שלפני הפירוד אחוז אחד (1%) מהזכויות בנכסיו האישיים של בן זוגו, זולת אם בני הזוג קבעו ביניהם הסדר אחר בהסכם ממון אשר נערך ואושר בהתאם לחוק יחסי ממון. משטר חדש זה – אם יתקבל על דעת חבריי – יחליף את נוסחת השיתוף הספציפי הקיימת שמופעלת רק אחרי תקופת נישואין רבת שנים, אשר לא נקצבו מראש, ואשר בהתקיים תנאים מסויימים – שאף הם אינם פשוטים ומעוררים מחלוקות – מעניקה לבן הזוג הזוכה לשיתוף, באבחה אחת, מחצית (50%) מהזכויות בנכסיו האישיים של בן זוגו, זולת אם בני הזוג קבעו ביניהם הסדר אחר בהסכם ממון אשר נערך ואושר בהתאם

לחוק יחסי ממון. הנוסחה הקיימת היא פרי של הלכה פסוקה, אשר נקבעה בפסקי הדין המצוטטים להלן (ראו למשל: רע"א 8672/00 אבו רומי נ' אבו רומי, פ"ד נו(6) 175 (2002) (להלן: הלכת אבו רומי)), ועל כן בכוחנו לשנותה (ראו: סעיף 20(ב) לחוק יסוד: השפיטה). הפה שקבע הוא הפה שיכול לשנות.

2. על יתרונותיו של המשטר המוצע על ידי בהשוואה למשטר הקיים אעמוד בהמשך דבריי. אציין, כבר בראשית הדרך, שהצעתי זו באה לרפא את הפגמים היסודיים של דוקטרינת השיתוף הספציפי כפי שנקבעה בהלכת אבו רומי (ראו: שם, בעמ' 183) ובפסקי דין אחרים אשר הלכו בעקבותיה. פגמים אלו כוללים (1) את חוסר ההתאמה בין הרציונל של השיתוף הספציפי לבין הנוסחה שנקבעה עבורו; (2) את חוסר הוודאות באשר לזמן ההתגבשות של השיתוף הספציפי ושאר התנאים שבהם בן זוג רוכש את מחצית הזכויות בנכסה האישי של בת זוגו; (3) את היותה של רכישת הזכויות כאמור רכישה מיידית באבחה אחת, והתמריצים המעוותים להתנהלותו של כל אחד מבני הזוג ביחסיו עם בן או בת זוגו אשר נובעים מכך; (4) את העדר ההתאמה בין רכישת הזכויות כאמור לבין רצונם הטיפוסי והשכיח של בני הזוג הנישאים במצב של חוסר שוויון רכושי; (5) את פועלה של דוקטרינת השיתוף הספציפי כ"מלכודת קניין" עבור בני הזוג הנישאים והוריהם, שאינם מודעים לקיומה ולכלליה; (6) את הקשיים המעשיים ועלויות העסקה הכבדות, במובנן הרחב, אשר נופלים על שכמו של כל אחד מבני הזוג הנישאים במצב של חוסר שוויון רכושי; וכן (7) את הסתירה בין דוקטרינת השיתוף הספציפי לבין דרישות הכתב שבחוק יחסי ממון ובסעיף 8 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969 (להלן: חוק המקרקעין). כפי שכבר ציינתי, הפה שקבע הוא הפה שיכול לשנות: שינוי ההלכה המוצע על ידי מתאפשר בשל היותה של דוקטרינת השיתוף הספציפי חלק מהמשפט המקובל הישראלי (ראו: אהרן ברק מבחר כתבים א 48-51 (2000)) – דוקטרינה פסיקתית, מעשה ידיו של בית משפט זה, שאינה כתובה בחיקוק ושניתן להעמידה לבחינה מחודשת ולשנותה על ידי קביעת הלכה שיפוטית חדשה (ראו: אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית 240-247 (2004); בע"מ 919/15 פלוני נ' פלונית, פסקאות 143-144 (19.7.2017)).

3. בטרם אומר את אשר עלי לומר עם פניי לעתיד, אפרט את עמדתי ביחס לפסק דיננו אשר ניתן בהליך הקודם בבג"ץ 4602/13 (להלן: ההליך הקודם) ולמקרה הפרטיקולרי אשר נדון והוכרע באותו פסק דין (להלן: פסק הדין בהליך הקודם). במסגרת זו אתייחס לעמדתה של חברתי, הנשיאה א' חיות, אשר מבקשת לשנות פסק דין זה מטעמים שעמהם, בכל הכבוד והיקר, לא אוכל להסכים.

במילים אחרות: תחילה אדון בדין המצוי עליו מבוסס פסק הדין בהליך הקודם, ואחר כך אציע שינוי בדין זה כחלק מהתפתחות ההלכה הפסוקה במתחם שהמחוקק

הותיר בידינו. כפי שאראה להלן, השינוי המוצע על ידי יהפוך את סוגיית ה"בגידה", אשר עומדת על הפרק בהליך שלפנינו, לעניין בלתי רלבנטי לחלוטין.

הדין המצוי –
עמדתי לגבי פסק הדין בהליך הקודם:
הכרעת שופטי הרוב בהליך הקודם בדין יסודה

4. אפתח את הדיון בהצגת שורתו התחתונה: בעניינו של פסק הדין בהליך הקודם דעתי לא השתנתה כהוא זה. הנני סבור כי העתירה אשר נדחתה בהליך הקודם ברוב דעות נדונה לכישלון מהטעמים אשר פורטו בפסק דינו של חברי, השופט ד' מינץ, ובפסק דיני שלי. במסגרת הנוכחית, אחזור בקצרה על חלק מטעמים אלו. כמו כן אענה לביקורת אשר נמתחה על פסק דינו של השופט מינץ ועל פסק דיני שלי – בגדרי ההליך הנוכחי ומחוצה לו – ואף זאת אשתדל לעשות בקיצור ככל שניתן.

5. פסק הדין אשר ניתן על ידי שופטי הרוב בהליך הקודם – השופט מינץ ואנוכי – עומד על יסודות איתנים. עמדתו העקרונית של השופט מינץ ועמדתי שלי היא שבית משפט זה, בשבתו על מדין כבית משפט גבוה לצדק, אסור לו שיתערב בפסק דינו של בית דין רבני, או בית דין דתי אחר, כל אימת שזה לא נפגם באחד הפגמים כדלקמן, אשר יורדים לשורש העניין: חריגה מסמכות, טעות בדין, והפרת כללי הצדק הטבעי (ראו: בג"ץ 7395/07 פלוני נ' בית הדין הרבני הגדול לערעורים, פסקה 11 (21.1.2008), וכן סעיף 15(ד)(4) לחוק יסוד: השפיטה). הלכה יסודית זו אין לשנותה ואין לסטות ממנה, ולו במקצת, בשל הדחף הטבעי לעשות צדק במקרה פרטיקולרי כזה או אחר; ובהקשר זה נזכור את האמירה הידועה "Hard cases make bad law" (ראו: Northern Securities Co. v. United States 193 U.S. 197, 400 (1904)). כפועל יוצא מכך, נקוט בידינו כלל נוסף אשר אוסר עלינו להתערב בממצאים עובדתיים שנקבעו על ידי בית דין רבני, או בית דין דתי אחר, בהתאם לכלליו והלכותיו – וזאת, גם כשאין אנו מסכימים עם בית הדין. אשר על כן, ממצאים עובדתיים שנקבעו כסופיים על ידי בית הדין הרבני הגדול, בפועלו בהתאם לכללי הדיון וההוכחה אשר נקוטים בידו, הם ממצאים עובדתיים סופיים שמחייבים גם אותנו; ואחריהם אין ולא כלום. בממצאים כאמור נוכל להתערב רק במקרי קיצון, אם וכאשר נמצא היעדר זיקה רציונלית בין ממצאיו של בית הדין לבין חומר הראיות אשר נפרש לפניו (ראו: בג"ץ 2222/99 גבאי נ' בית-הדין הרבני הגדול, פ"ד נד(5) 401, 424-425 (2000)), או כאשר נעשה שימוש בראיה פסולה אשר השפיעה על תוצאת פסק הדין (ראו: בג"ץ 6650/04 פלונית נ' בית הדין הרבני האזורי בנתניה, פ"ד סא(1) 581 (2006)).

6. במקרה דנן, בית הדין הרבני הגדול קבע כעניין של עובדה כי המשיב 3 דכאן לא התכוון לשתף – וממילא לא שיתף – את אשתו, המבקשת, בנכס המקרקעין מושא המחלוקת, שאותו הוא ירש מהוריו. אודה ולא אכחד: ממצא עובדתי זה נקבע על בסיס ראיות שלא היו קונקלוסיביות ואשר הצביעו, לכאורה, על היחסים האינטימיים שהמבקשת קיימה עם אדם אחר בעודה נשואה לבעלה. כפי שציינתי בפסק דיני בהליך הקודם, הניתוח העובדתי שעשה בית הדין הרבני הגדול על בסיס ראיות אלו הותיר אצלי סימני שאלה (ראו: פסקאות 3 ו-13 לפסק דיני הנ"ל). ברם, סימני שאלה אינם מקימים עילה להתערבותנו בממצאיו העובדתיים של בית דין דתי; וכך הגיענו לסוף-פסוק: עתירתה של המבקשת נגד פסק דינו של בית הדין הרבני הגדול נדונה לכישלון בין אם דעתנו נוחה עם פסק דינו ובין אם לאו; שכן מה שקובע בכגון דא הוא דעתו של בית הדין הרבני הגדול, ולא דעתנו שלנו, ואין אנו מורשים לקבוע עובדות במקומו.

7. זה היה פסק דיני בהליך הקודם והנני דבק בו גם כעת. פסק דין זה איננו מבוסס על ראיות ועל ממצאים בדבר מעשה הבגידה (בשפה עממית) אשר מיוחס למבקשת, אלא, כאמור, על מכלול הראיות אשר נדונו בבתי הדין הרבניים – האזורי והגדול – ועל הכלל הגדול אשר אוסר עלינו להתערב בממצאי עובדה שנקבעו על ידי בית דין דתי. בניגוד לדימוי שניסו לשוות לו המבקשת, ועמה מספר מבקשים להצטרף להליך דנן כידידי בית-משפט – פסק הדין שניתן על ידי השופט מינץ ואנוכי בהליך הקודם נטוע בדיני ראיות, ולא בדיני עריות.

8. כאן המקום לשוב ולהדגיש כי בדיקת קיומו של שיתוף ספציפי בנכסו הפרטי של אחד מבני הזוג נסובה על השאלה הבאה: האם בעלת הנכס התנהלה במשך חיי הנישואין שלה עם בן זוגה באופן שמראה את הסכמתה להקניית שותפות שוות זכויות בנכס לבן הזוג? שאלה זו בדבר קיומה של הסכמה משתמעת, או הסכמה מכללא, מתעוררת בכל מקרה בו עולה עניינו של שיתוף ספציפי לדיון בהיעדרו של הסכם ממון בין בני הזוג. מקום שבני הזוג הסדירו ביניהם את נושא הזכויות בנכסיו הפרטיים של כל אחד מהם בהסכם ממון מפורש, השאלה איננה מתעוררת. בכל מקרה כזה, שיתופו או אי-שיתופו של בן הזוג ברכושה הפרטי של בת זוגו ייקבע בהתאם לאמור בהסכם הממון, ובו בלבד.

9. היותו של שיתוף ספציפי תחליף להסכם מפורש מכוון את בדיקת קיומו אל נסיבות חייהם של בני הזוג, אשר כוללות, בין היתר, את טיב היחסים ששררו ביניהם לאורך השנים, את התנהלותם במישור הממוני-רכושי, ואת ההצהרות אשר ניתנו, אם ניתנו, על ידי בעלת הרכוש בנוגע לשיתופו או לאי-שיתופו העתידי של בן זוגה בזכויות באותו רכוש. מדובר אפוא במבחן רב-משתנים (multifactor test) אשר נסוב, בעיקרו,

על עובדות המקרה הפרטיקולרי. עובדות אלו, ורק הן, יכולות לאשר או לשלול את קיומה של הקניית זכויות שותפות לבן הזוג בנכסיה הפרטיים של בת זוגו.

נאמנות מינית וחלוקת רכושם של בני הזוג

10. האם בגידת בן הזוג – שתיאורה הארוך יותר והמדויק יותר הוא אי-נאמנות מינית – מהווה חלק מה-multifactor, מבחן רב-משתנים, שכאמור נועד לאשר או לשלול את קיומה של הקניית זכויות שותפות לבן הזוג בנכסה הפרטי של בת זוגו? ייתכן שבשאלה זו אפשר היה שלא להכריע בהליך הקודם, אולם היא נדונה בו בעקבות דבריו של חברי, השופט י' עמית, שעל חלקם, במלוא הכבוד, חלקתי ועודני חולק. בטרם אשוב למחלוקת זו ואעיר לגביה את אשר אראה לנחוץ, אשרטט את ההסכמה הרחבה בין כל שופטי המותב אשר הכריע את הדין בהליך הקודם.

בגידה איננה משפיעה כהוא זה על קניינו של בן הזוג הבוגד

11. לית מאן דפליג, כי לא קיים שום קשר משפטי בין בגידה לזכויות קניין: בת הזוג שאינה נאמנה מינית לבן זוגה, ושמקיימת קשר מיני עם אדם אחר במהלך הנישואין, איננה מאבדת בשל כך שום חלק מרכושה ומזכויותיה, כל אימת שמדובר בזכויות בנות קיימא שכבר נרכשו או הבשילו. כפי שציינתי בפסק דיני בהליך הקודם, ראיה על בגידה כלל איננה רלבנטית ועל כן גם איננה קבילה לעניין איזון המשאבים ולחלוקתם השוויונית של הנכסים אשר נצברו על ידי בני הזוג במהלך נישואיהם (ראו: פסקה 10 לפסק דיני הנ"ל; בג"ץ 8928/06 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול לערעורים בירושלים, פ"ד סג(1) 271 (2008)).

12. כמו כן אין חולק על כך שבן הזוג הבוגד לא יאבד שום חלק מהנכסים שקיבל במתנה מבת זוגו – זאת, כאשר מדובר במתנה רגילה ונטולת תנאים מגבילים (ראו: חוק המתנה, התשכ"ח-1968 (להלן: חוק המתנה)). לפיכך, בהתגבשות השיתוף הספציפי בנכס שקודם לכן השתייך רק לאחד מבני הזוג – והוא איננו בר איזון – בגידתו של מקבל זכויות השיתוף בבת הזוג שכבר הקנתה לו זכויות אלה, בין שאירעה לפני ההקנייה ובין שהתרחשה אחריה, לא תבטל, ברגיל, את ההקנייה ואת תוצאתה הקניינית. בן הזוג הבוגד ישמור על מחצית הזכויות בנכס מכוח השיתוף הספציפי. קניין הוא קניין; וגם על כך, כאמור, התקיימה הסכמה מלאה בין השופט מינץ וביני, כשופטי הרוב, לבין השופט עמית, כשופט המיעוט בהליך הקודם.

בגידה עשויה להשפיע על רצונה של בעלת הרכוש האישי לחלוק אותו עם בן זוגה שבגד בה

13. בעניין זה, חברי, השופט עמית, ואנוכי איננו מסכימים זה עם זה. חברי סבור כי בגידה תוכל לשלול את השיתוף הספציפי בנכסו האישי של בן הזוג הנבגד – בהתקיים נישואין ארוכים ושאר התנאים שבכוחם ליצור שיתוף כאמור – אך ורק במקרי קצה (ראו: פסקה 14 לחוות דעתו בפסק הדין בהליך הקודם). לשיטת חברי, מקרי קצה הם מקרים של בגידה מתמשכת ובוטה, כדוגמת המקרה ההיפותטי הבא, שעיקריו הוצגו במהלך הדיון בהליך הנוכחי על ידי הנשיאה חיות:

> לאה וראובן נישאו זו לזה לפני 25 שנה. ללאה יחידת מקרקעין משלה, שאותה היא קיבלה בירושה מהוריה. בין בני הזוג התקיימו כל התנאים אשר נדרשים להתגבשות השיתוף הספציפי באותה יחידת מקרקעין, לרבות נכונותה העקרונית של לאה לחלוק את זכויותיה במקרקעין עם ראובן שווה בשווה. ברם, לימים מתברר שראובן קיים קשר אינטימי רציף וארוך-שנים עם אישה אחרת, וכי לשניים יש ילד משותף.

ברי הוא כי בדוגמא זו, כמו גם במקרה הקיצוני שהוצג בפסק דינה של הנשיאה חיות (ראו שם, פסקה 50), לא נוכל לייחס ללאה הסכמה שלמה ומוגמרת לשתף את ראובן בזכויותיה ביחידת המקרקעין; ואף אם נמצא הסכמה כזאת, נתיר ללאה לבטלה אחרי-המעשה מחמת הפגם ברצון אשר נבע מההטעיה או מהתרמית הקשה מצדו של ראובן (ראו: פרק ב' לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 (להלן: חוק החוזים)).

כל זה ברור ומובן, אך מדוע לעולם לא ניתן לשלול את דבר קיומו של שיתוף ספציפי בנכסיו האישיים של אחד מבני הזוג גם לנוכח בגידה בלתי מתמשכת, ואף חד-פעמית, מצד בן או בת הזוג האחר?

14. הנני חולק על הצבתה של "בגידה מתמשכת" או בוטה כבסיס בלעדי לשלילת הסכמתה של בת הזוג הנבגדת להקניית שותפות שוות-זכויות בנכסיה האישיים לבן הזוג הבוגד. דוקטרינת השיתוף הספציפי מושתתת, כאמור, על הסכמה מכללא: הסכם בלתי כתוב ובלתי מפורש אשר משתמע מהתנהלותם של בני הזוג כזוג, ולפיו בחלוף תקופה ארוכה של חיים משותפים בהרמוניה זוגית, הופכים נכסיו האישיים של כל אחד מבני הזוג לנכסים משותפים, בבחינת "שלי – שלך, ושלך – שלי" (ראו: פסקה 4 לחוות דעתי בהליך הקודם). עולמם של הסכמים נשלט על ידי העיקרון של חופש החוזה אשר נקבע בסעיף 24 לחוק החוזים ואשר קובע כי "תכנו של חוזה יכול שיהיה ככל אשר הסכימו הצדדים". המילים "ככל אשר הסכימו הצדדים", אין פירושן "ככל שקבע בית המשפט לפי תחושת הצדק שלו". ברי הוא, כי חופש החוזה, משמעו חירותו של אדם לעצב לעצמו חוזים ללא הכתבות מגבוה (ראו: ע"א 7649/18 ביבי כבישים עפר ופיתוח בע"מ נ' רכבת

ישראל, פסקאות 11-14 (20.11.19); וכן דנ"א 8100/19 ביבי כבישים עפר ופיתוח בע"מ נ' רכבת ישראל בע"מ, פסקה 17 (19.4.2020)).

15. עמדתו של חברי, השופט עמית, לפיה רק "בגידה מתמשכת" או בוטה עשויה לשלול את הסכמתו של בן הזוג הנבגד להקניית שותפות שוות-זכויות בנכסיו האישיים לבת זוגו הבוגדת, אינה עולה בקנה אחד עם עיקרון זה.

16. העיקרון של חופש החוזה מפקיד בידיו של בן הזוג בעל הנכס האישי חירות מלאה ומוחלטת שלא לשתף את בת זוגו בשום חלק מאותו נכס. כפועל יוצא מכך, בן הזוג בעל הנכס האישי זכאי להקנות לבת זוגו זכויות שותפות בנכסו רק בהתקיים תנאים מסויימים אשר תואמים את רצונו שלו או, אם הוא חפץ בכך, ללא כל תנאי. חירותו החוזית של בעל הנכס האישי מחייבת את בית המשפט לבדוק, כעניין של עובדה, את הסכמתו של אותו בעל נכס לחלוק את נכסו הפרטי עם בת זוגו, ככל שהסכמה כזאת קיימת. כמו כן שומה על בית המשפט לבדוק אם מדובר בהסכמה ללא תנאים או שמא בהסכמה המותנית בתנאים. במקרה האחרון, יהא על בית המשפט לבדוק – שוב, כעניין של עובדה – את תוכן התנאים שבהתקיימותם הסכים בן הזוג בעל הנכס האישי לחלוק את נכסו עם בת זוגו שווה בשווה או באופן אחר.

17. בדיקה כאמור יכולה להתייחס גם לתרחיש של בגידה מצדו של בן הזוג אשר עתיד לקבל שותפות שוות זכויות בנכסה האישי של בת זוגו. ביחס לתרחיש כאמור, יהא על בית המשפט לבדוק – שוב, כעניין של עובדה – האם הסכמתה המפורשת או המשתמעת של בת הזוג בעלת הנכס האישי לחלוק את נכסה עם בן זוגה הותנתה, במפורש או מכללא, בקיומה של נאמנות מינית לאורך חיי הנישואין. במסגרתו של חופש החוזה, ובהינתן החירות המוחלטת שבידי בעלת הנכס לעשות בנכסה כרצונה, העניין הזה הוא בלי ספק רלבנטי לבדיקת קיומה של הקנייה רצונית של זכויות השותפות בנכס על ידי בעליו לבן הזוג. ודוק: באין הקנייה רצונית כאמור, בן הזוג הבוגד לא מקבל לידיו – מלכתחילה – שום זכויות בנכס האישי של בת זוגו; וכפי שהסברתי בפסק דיני בהליך הקודם, אין לראותו מטעם זה כמי שכביכול "נענש" בשל הבגידה. לטעמי, "עונש" הוא שלילת זכות אשר כבר נרכשה או הבשילה. אי-הקניית זכות שיתוף איננה בגדר עונש – זאת, מאחר שלבן הזוג לא נתונה שום זכות אפריורית, קל וחומר זכות מוקנית, ברכושה האישי של בת זוגו, ולהיפך (ראו: עניין אבו רומי, פסקאות 11-12; בע"מ 1398/11 אלמונית נ' אלמוני (26.12.2012) (להלן: בע"מ 1398/11); וכן בע"מ 1477/13 פלונית נ' פלוני, פסקה 4 (6.8.2013)). דבר זה לעולם תלוי ברצונו הטוב של בן הזוג בעל הנכס האישי ובאופן שבו הוא יבקש לממש את חופש החוזה שבידיו ואת חירותו כבעל הזכויות בנכס.

18. חברי, השופט עמית, ביקש לקבוע, מטעמים נורמטיביים, כלל אחד ואחיד עבור כלל בני הזוג בישראל. לשיטתו, רק בגידה מתמשכת (או בוטה) תשמש אינדיקציה להעדר הסכמתו של בן הזוג הנבגד לחלוק את רכושו האישי עם בת הזוג הבוגדת.

מניין לנו זאת? בעולמו של חופש החוזה ובעולמם של דינים כשלנו, אשר מכבדים את הקניין הפרטי, בעלת רכוש רשאית לקבוע כל תנאי שיעלה על רוחה להקניית רכושה הפרטי לאדם אחר, גם כשאותו אדם אחר הוא בן זוגה. במסגרת זו, רשאית בעלת הרכוש לקבוע כי כל מעשה בגידה, לרבות בגידה חד-פעמית, ישלול או יפקיע את הסכמתה לשתף את בן זוגה בקניינה האישי. קביעה כאמור תמנע את הקנייתן של זכויות ברכוש לבן הזוג הבוגד, כל אימת שהבגידה קודמת להשתכללות ההקנייה. יתרה מכך: בגידה אשר מתרחשת אחרי שהקניית השותפות שוות-הזכויות לבן הזוג הבוגד כבר הושלמה עשויה לעתים לבטל את ההקנייה אף בדיעבד. כך יקרה אם נמצא, כעניין של עובדה, שבעלת הרכוש העניקה לבן זוגה מחצית או חלק אחר מרכושה הפרטי כמתנה על תנאי, במובן של סעיף 4 לחוק המתנה, כאשר התנאי דורש מבן הזוג נאמנות מינית מוחלטת לאורך הנישואין. במאמר מוסגר, אודה כי דעתי האישית איננה נוחה מאפשרות זו, אך ההחלטה בכגון דא מצויה בידי בעלת הנכס, ולא בידי – כך קובע העיקרון של חופש החוזה. אין תמה אפוא, כי הענקה מותנית כאמור הוכרה, בנסיבותיה המיוחדות, כתקפה ומחייבת על ידי המשנה לנשיא א' ברק (כתוארו אז) בפרשת בבלי (בג"ץ 1000/92 בבלי נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד מח(2) 221, 250-251 (1994)). הכרה זו תואמת את המודל החוזי-הסכמי שעליו נבנתה דוקטרינת השיתוף הספציפי (ראו: עניין אבו רומי; וכן שחר ליפשיץ "יחסי משפחה וממון: אתגרים ומשימות בעקבות תיקון מס' 4 לחוק יחסי ממון" חוקים א 227, 255-257 (2009)). מודל זה מבוסס על הסכמתו של מי שמקנה זכויות ברכושו שלו – אשר איננו בר איזון – לאדם אחר; והסכמה כאמור יכולה להיות מותנית בכל תנאי אשר ייקבע על ידי בעל הרכוש בדל"ת אמות חירותו.

19. כפי שהסברתי בפסק דיני בהליך הקודם, לדידי, גישתו של השופט עמית מגלה חוסר ניטרליות כלפי דפוסים שונים של חיי נישואין וזוגיות. בעניין זה אמרתי את הדברים הבאים:

> "כל מערכת זוגית מתקיימת על-פי הנוהגים וההסכמות שבני הזוג מגבשים בינם לבין עצמם על בסיס אמונות באורח החיים הרצוי להם. הסכמות בין בני זוג בנוגע לרכושו האישי של כל אחד מהם ומידת שיתופו של בן הזוג האחר באותו רכוש אינן עשויות אפוא מקשה אחת. הסכמות בענייני רכוש אשר מתגבשות במערכת יחסים זוגית אחת אינן דומות – וממילא לא צריכות להיות דומות – להסכמות אשר מתגבשות במערכת זוגית אחרת. בני זוג רשאים לחיות את חייהם כזוג במתכונת דתית, חילונית, פטריארכלית, פמיניסטית או במתכונת אחרת

> שמתכללת בתוכה ערכים והשקפות עולם מזה ומזה. כמו-כן רשאים הם לאמץ לעצמם דפוס של חיים אינטימיים לפי בחירתם, אשר יכלול ושלא יכלול חופש מיני. כל אלה הם עניינם הפרטי, ולא ענייננו. אוטונומיה של המערכת הזוגית מחייבת אותנו לתת יחס ניטרלי ושוויוני לכל דפוסי החיים הזוגיים ולכל הסדרי רכוש, כל אימת שאין מדובר בניצול לרעה האסור על-פי הדין. [...] השאלה אם בעליו הרשום והבלעדי של נכס מסויים, אשר הביא את אותו נכס אל תוך חיי הנישואין שלו, ויתר על הכלל בדבר שמירת הזכויות בנכסי העבר והפך את בן זוגו לשותף שווה זכויות בנכס, היא שאלה אינדיווידואלית שהתשובה עליה (בהעדר הקנייה מפורשת) מצויה באורח חייהם ובאמונותיהם של בני הזוג. מדובר אפוא בשאלה שלגביה לא ניתן – וממילא לא רצוי – לקבוע כללים גורפים האדישים לאמונות, לערכים ולנסיבות החיים האינטימיים של בני הזוג. כל זוג לפי אמונתו יחיה ולפי אמונתו יחלק – או לא יחלק – את הרכוש האישי של כל אחד מבני הזוג. אנו לא נחליף את אמונתו באמונותינו." (ראו: פסקאות 7-8 לפסק דיני בהליך הקודם).

מאחורי דברים אלה הנני ממשיך לעמוד גם כעת. יחסים אינטימיים בין בני זוג והאופן שבו כל אחד מהם מנהל את רכושו האישי הם עניינם הפרטי של בני הזוג ולא עניינה של המדינה. **בפועלם כזרועה הארוכה של המדינה, בתי המשפט חייבים אפוא להימנע מקביעת נורמות אשר מכילות בתוכן עמדה ערכית כזאת או אחרת ביחס לנאמנות מינית או לאופן שבו בני זוג צריכים לחלוק את רכושם הפרטי זה עם זו. בעניינים אלו, תפקידם של בתי המשפט – כפי שאני רואה אותו – מצטמצם לבירור עובדתי של ההסכמות שבני הזוג גיבשו ביניהם, במפורש או במשתמע, ולאכיפתן של הסכמות אלו כמות שהן, כל אימת שאינן מנוגדות לדין או לתקנת הציבור (ראו: סעיפים 30 ו-61(ב) לחוק החוזים).**

20. **מעבר לנדרש, אוסיף ואציין כי בעיני רבים** בגידת בן הזוג בבת זוגו, או להיפך, איננה דבר של מה בכך גם כשמדובר במעשה חד-פעמי. **מחקרים אמפיריים הראו כי בגידה גורמת לבני הזוג הנבגדים נזקים נפשיים אשר כוללים פיחות בהערכה העצמית, תחושת אשמה, חוסר ביטחון, כעס בלתי נשלט, ואפילו דיכאון קליני** (ראו: Todd K. Shackelford, *et al.*, *Emotional Reactions to Infidelity*, 14(5) COGNITION & EMOTION 643 (2000); Mark A. Whisman, *Discovery of a Partner Affair and Major Depressive Episode in a Probability Sample of Married or Cohabiting Adults*, 55 FAM. PROCESS 713 (2016); M. Rosie Shrout & Daniel J. Weigel, *Infidelity's Aftermath: Appraisals, Mental Health, and Health-Compromising Behaviors Following a Partner's Infidelity*, 35(8) J. SOCIAL & PERSONAL RELATIONSHIPS 1067, 1068, 1070-1077 (2017)). **מסיבה זו, אין זה מופרך בעיניי שבן הזוג הנבגד ירצה לחזור בו, בעקבות הבגידה, מתוכניתו לחלוק את נכסיו עם בת זוגו; וכך הוא, כמובן, גם לגבי אישה אשר מגלה כי בעלה ניהל או מנהל מערכת יחסים**

אינטימית עם אישה אחרת מאחורי גבה. יתרה מכך: אובדן הביטחון בזוגיות ובקשר הנישואין הקיים ושקילת האפשרות של פירוק הקשר מתמרצים אנשים לשמור על רכושם, מטעמים מובנים ומסיבות טובות.

21. באומרי את אשר אמרתי, הנני רחוק מלסבור כי חברי, השופט עמית, לא היה מודע לשיקולים שמניתי לעיל. ההיפך הוא הנכון: חברי גיבש דעה הפוכה משלי בהיותו מודע היטב לכל השיקולים הללו – וזאת, בשל הקושי המעשי והבלתי פתיר אשר מתעורר בעניינו של שיתוף ספציפי במקרים של בגידה. הקושי שהטריד את חברי, בצדק רב, הוא זה: מעשה בגידה שאין לו כל קשר לענייני הרכוש של בני הזוג יכול להיות מנוצל לרעה על ידי בן הזוג הנבגד בקלות יחסית (ראו: ע"א 264/77 דרור נ' דרור, פ"ד לב(1) 829, 832 (1978)). בן הזוג הנבגד לעולם יוכל לטעון – ויטען כמעט תמיד – כי הוא לא היה מוכן לחלוק את נכסיו עם בת זוגו אילו ידע שתבגוד בו בנקודת זמן כלשהי במהלך הנישואין; ואם טענתו תתקבל, הקניית זכויות שותפות בנכסיו לבת זוגו תתבטל מניה וביה למרות שמדובר בהקניית זכויות כשרה למהדרין אשר כבר הושלמה, ואשר לאמיתו של דבר לא היתה מותנית בשום תנאי. בנסיבות כאלה, שופט או דיין שאינו קורא כליות ולב ייטה לשלול את קיומו של שיתוף ספציפי בנכסים; ובת הזוג, שהנטל להוכיח את דבר קיומו של השיתוף מוטל עליה (ראו: בע"מ 1398/11, פסקה 14), תצא תמיד עם ידה על התחתונה. כפועל יוצא מכך, טענות בדבר בגידה ואשמה – אשר נחסמו על ידי דינים בני זמננו שמסדירים את חלוקת הרכוש בגירושין – תחזורנה למחוזותינו בקול תרועה רמה ותעשנה שמות.

22. אודה ולא אכחד: חששו של חברי, השופט עמית, הוא גם החשש שלי. התרחיש עליו הצביע חברי אכן עתיד להתממש בלא מעט מקרים אם דעת הרוב בהליך הקודם תישאר על כנה.

אם כך הוא, מדוע עודני ממשיך לאחוז באותה דעה?

23. לשאלה זו אענה בפשטות: הנני ממשיך לאחוז בדעתי כי זו משקפת את הדין הקיים לטוב ולרע, ואין זה בידי להכריע בהליכים משפטיים רגילים לפי דין רצוי. סבורני כי שופט חייב למקד את מלאכתו במציאת הדין ובהחלתו כמות שהוא, ולא בהמצאתו יש מאין; כך עשיתי וכך אעשה. הלכת אבו רומי ופסקי דין אחרים שבאו בעקבותיה ביססו את השיתוף הספציפי על המודל החוזי-הסכמי (ראו למשל: ע"א 4151/99 בריל נ' בריל, פ"ד נה(4) 709, 716 (2001), והאסמכתאות שצוטטו שם בתחילת פסקה 10 לפסק הדין (להלן: עניין בריל)). במרכזו של מודל זה עומדת כוונת השיתוף של בעל הרכוש, או של בעלת הרכוש, אשר מחליט, או מחליטה, האם ובאלו תנאים לשתף את בן או בת הזוג

באותו רכוש אישי. זכות הקניין וחופש החוזה מאפשרים לבעלת הרכוש להתנות את הסכמתה לשתף את בן זוגה ברכושה האישי בכל תנאי שייראה לה. כמו כן, ברי הוא כי בעלת הרכוש רשאית שלא לשתף את בן זוגה ברכושה שלה מכל סיבה שתמצא לנכון – החל בקליפות בוטנים שבן זוגה נוהג להשאיר אחריו על השטיח שליד הטלוויזיה, וכלה באי-נאמנותו המינית כלפיה. בעולמו של קניין פרטי, דברו של בעל הקניין בנוגע למה שייעשה ולמה שלא ייעשה בקניינו-שלו קובע הכל: על פיו יישק דבר. משכך הוא, נגזר עלינו לשקול, במסגרתו של מבחן השיתוף הרב-משתנים, גם את ענייני הבגידה והנאמנות המינית ביחס לכוונתה האמיתית של בעלת הרכוש כמי שיכולה לחלוק ושלא לחלוק את רכושה האישי עם בן זוגה.

24. תשובתי זו נטועה כל כולה בהליך הקודם, שבו ראיתי את עצמי כבול בתקדים ששמו דוקטרינת השיתוף הספציפי, ועל כן לא היה בידי לדון בשאלה האם דוקטרינת השיתוף הספציפי, שכאמור בנויה על המודל החוזי-הסכמי, היא דוקטרינה נכונה.

25. בהליך הנוכחי, מצב הדברים הוא שונה. מדובר בדיון נוסף, הליך שמעיקרו נועד לבדוק מחדש את ההלכה השיפוטית הנוהגת ואת התאמתה למציאות החברתית ולמסגרות המשפטיות הקיימות. שופטי בית המשפט העליון מוסמכים לשנות הלכות ישנות ולהחליפן בהלכות חדשות – לשם כך נועד ההליך של דיון נוסף. המותב הנוכחי התכנס, בין היתר, כדי לבדוק האם דוקטרינת השיתוף הספציפי ונוסחת השיתוף שלה נכונות ורצויות במסגרת הדין הקיים; וכך אעשה. אשוב ואדגיש כי לטעמי שלי, נוסחת השיתוף הספציפי הנוכחית אינה נכונה ואינה רצויה במסגרת הדין הקיים, ועל כן אציע לחבריי לבטלה ולהעמיד תחתיה נוסחת שיתוף אחרת, אשר תקבע כלל חדש, טוב יותר, בדבר שיתוף נכסים הדרגתי כמפורט להלן. קבלת הצעתי תהפוך את ענייני הנאמנות המינית לבלתי רלבנטיים מעיקרם; וכפועל יוצא מכך, הקושי שהטריד את חברי, השופט עמית, ואשר הטריד גם אותי, יעלם כלא היה.

26. בטרם אציג את הצעתי, אתייחס לשני עניינים נוספים הקשורים לדוקטרינת השיתוף הספציפי כפי שזו פועלת כעת. העניין הראשון הוא ההצעה לנתק את הדוקטרינה מהבסיס החוזי-הסכמי שלה על ידי הסמכת בתי המשפט לענייני משפחה ובתי הדין הדתיים להורות על שיתופו של בן זוג בנכסיה האישיים של בת זוגו מטעמי צדק חלוקתי, מבלי להתחשב ברצונה ובכוונותיה של בעלת הנכסים. שיתוף כאמור אמור להיקבע על כורחו של בעל הנכס האישי. העניין השני הוא הטענה שפסק דינם של שופטי הרוב בהליך הקודם יוצר, כביכול, הטייה מגדרית נגד נשים.

27. דעתי היא כי משפטנו איננו מקנה לבתי המשפט שום סמכות להעביר זכויות בנכס מאדם אחד למשנהו שלא במסגרת הסכם, מתנה, צוואה, ירושה, מימוש בטוחה, הדוקטרינה של עשיית עושר ולא במשפט, או הליך של חדלות פירעון. אדם נפרד מזכויות בנכסו רק מתוקף רצונו או בעומדו מול נושיו. נישואין כשלעצמם בוודאי אינם מקימים עילה להעברת זכויות מבן זוג אחד למשנהו, שכן, כאמור בסעיף 4 לחוק יחסי ממון, "אין בכריתת הנישואין או בקיומם כשלעצמם כדי לפגוע בקנינים של בני הזוג, להקנות לאחד מהם זכויות בנכסי השני או להטיל עליו אחריות לחובות השני". יתרה מכך, סעיפים 3 ו-8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו מורים לנו – בצוותא חדא – כי בקניינו של הפרט ניתן לפגוע אך ורק באמצעות חוק שעונה לדרישותיו של חוק היסוד; וברי כי "חוק" אינו כולל מעשה שיפוטי, חכם ונאור ככל שיהיה.

28. הווה אומר: סמכות החקיקה השיפוטית, ככל שזו קיימת, איננה מקנה לשופטים את הכוח לשנות את מצב העולם הקנייני על ידי חלוקה יזומה של רכוש פרטי. מערכת המשפט שלנו איננה יער שרווד, ומי שפועל במסגרתה כשופט או כדיין איננו רובין הוד שלוקח מעשיר ונותן לעני. רעיונות ברוח זו עלו, מעת לעת, בשיח נורמטיבי לסוגיו (לדיון ביקורתי בגישה זו ראו: שחר ליפשיץ השיתוף הזוגי 103-106 (2016) (להלן: ליפשיץ השיתוף הזוגי); וכן, שחר ליפשיץ "החלת השיתוף הספציפי מכוח הדין הכללי על נכסים מלפני הנישואים ועל ירושות ומתנות בעידן של חוק יחסי ממון" הון משפחתי א 30-34 (2014) (להלן: ליפשיץ החלת השיתוף הספציפי)), אך הם מעולם לא אומצו במשפטנו; ולטעמי, טוב שכך.

29. באומרי "טוב שכך", הנני רחוק מלהתעלם מהאמירות שנשמעו בפסיקה לפיהן ייתכן שיש מקום לכונן צדק חלוקתי ביחס לנכסים שאינם בני איזון בהליכי פירוד בין בני זוג באופן שיסמיך את בתי המשפט להעביר חלק מרכושו האישי של אחד מבני הזוג למשנהו (ראו למשל: עניין בריל, בעמ' 716; וכן פסקה 6 לפסק דינו של חברי, השופט עמית, בהליך הקודם). לא אוכל להצטרף לאמירות אלה, באשר הן מנוגדות לדין הקיים. כפי שכבר ציינתי, להעברתו של נכס, או של חלק מנכס, מידי בעליו לאדם אחר יש רשימה סגורה של עילות משפטיות, אשר כוללות: הקנייה רצונית, לרבות מתנה וצוואה; הורשה על פי דין; מימוש בטוחה; עשיית עושר ולא במשפט; ומימוש חוב בהליכי חדלות פירעון. רשימה זו איננה כוללת מעשה שיפוטי אשר נסמך על תחושת הצדק של השופט.

30. אחת מן הטענות שהועלו נגד פסק הדין שניתן בהליך הקודם מייחסת לו הטייה מגדרית נגד נשים בחלוקת נכסי הנישואין (ראו: חנוך דגן ודפנה הקר "הלכת השיתוף הספציפי – לקראת המערכה הרביעית בבג"ץ 4602/13" מחקרי משפט לב 519, 541 (2019) (להלן: דגן והקר); וכן שחר ליפשיץ "שיפוט מוסרי של התנהגות מינית בנישואים: אוטונומיה ו"משילות" בעקבות בג"ץ 4602/13" עיוני משפט מג 5, 85 (2020)).

31. בטענות אלה אין ממש. כדי להיווכח בזאת, הבה נתמקד במקרה השכיח של נכס טיפוסי בעל ערך אשר מובא למסגרת של נישואין על ידי אחד מבני הזוג. נכס טיפוסי זה הוא, כמובן, הדירה שבה בני הזוג אמורים להתגורר ולקיים תא משפחתי. לדאבוננו, רוב רובם של זוגות צעירים בישראל אינם יכולים לרכוש את דירתם הראשונה מכספם. הרבה מהם חווים את מצוקת הדיור. לעומתם, כמה וכמה זוגות בני מזל חוסכים מעצמם חוויה קשה זו בזכות הוריהם. הורים אלו קונים לבני הזוג את דירתם הראשונה מכספם או עוזרים להם לרכוש אותה על ידי שימוש בחסכונותיהם. המקרה השכיח שמעניין אותנו כאן הוא זה של בני זוג שרק לאחד מהם יש הורים בעלי אמצעים שיכולים ורוצים לרכוש מכספם את הדירה. ברוב המקרים הללו, הזכויות בדירה נרשמות על שמו של בן הזוג שהוריו רכשו את הדירה מכספם, ובמקרה זה נתמקד.

32. בפתח הדיון במקרה טיפוסי זה, נרשום לפנינו את האמת הפשוטה שעליה לא ניתן לחלוק: מספרם של בנים ושל בנות אשר נולדים להורים בעלי יכולת לרכוש לילדיהם דירה בישראל הוא פחות או יותר אותו מספר. בשפה סטטיסטית: עושרם של הורים לילדים איננו משפיע על התפלגותם של בנים ובנות שנולדים להם; מספר הבנים והבנות אשר נולדים להורים עשירים, להורים עניים ולאלו שביניהם הוא פחות או יותר זהה.

33. לפיכך, מספר המקרים שבהם טענת השיתוף הספציפי בדירה מועלית על ידי אישה – כפי שקרה במקרה דכאן – הוא (פחות או יותר) כמספר המקרים שבהם אותה טענה ממש מועלית על ידי גבר. כפועל יוצא מכך, גם אם נסכים שפסק הדין אשר ניתן על ידי שופטי הרוב בהליך הקודם מיטיב עם בעל הנכס האישי שאינו בר-איזון, נמצא כי פסק דין זה, וכן קביעתו של בית הדין הרבני הגדול שאושרה בו, אינם מפלים לרעה שום אישה כאישה ושום איש כאיש. זאת, מאחר שמספרן של נשים שמקבלות דירה מהוריהן הוא כמספרם של גברים שמקבלים דירה מהוריהם; ומאחר שאין בידינו כל סיבה להניח שנכסים אישיים, שאינם בני איזון, נוטים להיות מרוכזים בידיהם של גברים דווקא.

34. לאמיתו של דבר, פסק דינם של שופטי הרוב בהליך הקודם – השופט מינץ ואנוכי – יוצר הטייה מגדרית מסוימת נגד גברים דווקא – זאת, כמובן, שלא בכוונת מכוון.

בזאת נוכל להיווכח אם נתבונן בסטטיסטיקת הבגידות או, במילים מדויקות יותר, בשכיחות היחסים האינטימיים שמקיימים מחוץ למסגרת הנישואין גברים, מצד אחד, ונשים, מהצד השני. הנתונים הסטטיסטיים הקיימים מראים באופן חד-משמעי כי שכיחות הבגידות אצל גברים נשואים עולה בהרבה על שכיחות הבגידות אצל נשים נשואות. ראו, ביחס למדינת ישראל: Ido Ziv, Or Ben-Haim Lubin & Sapir Asher, *I Swear I Will Never Betray You: Factors Reported by Spouses as Helping Them Resist Extramarital Sex in Relation to Gender, Marriage Length, and Religiosity*, 55(2) J. SEX RES. 236 (2018). נתון זה נובע, בין היתר, מפערי ההכנסה הקיימים בין גברים לנשים, אשר, למרבה הצער, עדיין מוטים לטובת גברים, ראו: David C. Atkins & Donald H. Baucom, *Understanding Infidelity: Correlates in a National Random Sample*, 15(4) J. FAM. PSYCHOL. 735, 744 (2001).

35. מסיבה זו, המקרה הטיפוסי שבו עלינו להתמקד הוא המקרה של זוג הורים אשר קנו דירה לבתם לרגל נישואיה לאדם, שבחלוף תקופת נישואין ממושכת החל לנהל מערכת יחסים אינטימית עם אישה אחרת. האם אותו אדם יהא זכאי לקבל לידיו, בעקבות פירוד וגירושין מאשתו, את מחצית הזכויות בדירתם של בני הזוג, למרות שזו נקנתה עבור האישה על ידי הוריה מכספי עמלם ומחסכונותיהם ונרשמה על שמה בלבד? הנשיאה וחברי המותב הנוכחי שמצטרפים לפסק דינה נראים שלמים עם תוצאה זו (כל אימת שלא מדובר במקרה קיצוני של בגידה מתמשכת או בוטה, שבו הם מוכנים להכיר כחריג). באשר לי, תוצאה זו איננה מקובלת עלי כלל ועיקר; ולטעמי, היא ממילא איננה חלק מהדין המצוי. במסגרת הדין המצוי, סבורני כי במקרה זה ובמקרים דומים אחרים, מלוא הזכויות בדירה צריך שתישארנה בידי האישה, בעלת הדירה (אלא אם כן יתברר כי היא כבר הקנתה חלק מזכויותיה לבן זוגה).

האם החלטותיהם של בתי הדין הרבניים בענייני חלוקת הרכוש הזוגי מוטות נגד נשים שקיימו מערכות יחסים אינטימיות מחוץ לנישואין?

36. טענות בדבר קיומה של הטייה מגדרית, אשר הועלו לפנינו, לא פסחו על בתי הדין הרבניים. בא-כוח המבקשת טען כי החלטותיהם של בתי דין אלו בענייני חלוקת הרכוש הזוגי, אשר מתקבלות מכוח הכריכה, מוטות נגד נשים שקיימו מערכות יחסים אינטימיות מחוץ לנישואין (ראו: פרוטוקול הדיון מיום 4.8.2020, בעמ׳ 11).

37. טענה זו נזרקה לחלל האוויר ללא כל תימוכין אמפיריים ואינני חושב שהיא נכונה עובדתית. בהקשר זה אציין, כי בשנה שעברה הונחה לפתחנו עתירתו של גבר אשר הלין על כך שבית הדין הרבני שלל ממנו, עקב בגידתו באשתו, את זכותו לשיתוף

הספציפי בנכס השייך לה. עתירה זו נדחתה על ידינו על הסף לאחר שמצאנו כי בית הדין הרבני קבע, על בסיס מכלול הנתונים העובדתיים, כי אשת העותר לא התכוונה לחלוק עמו את רכושה (ראו: בג"ץ 8531/18 פלוני נ' בית הדין הרבני האזורי בנתניה (11.12.2018); עתירה מוקדמת שהגיש העותר נדחתה בבג"ץ 7940/17 פלוני נ' בית הדין הרבני האזורי בנתניה (8.1.2018) (להלן: בג"ץ 7940/17)).

38. טענה המייחסת הטייה מגדרית לבתי הדין הרבניים לא הוכחה אפוא כלל ועיקר; ולטעמי, טוב היה אילו לא נטענה כלל. בתי הדין הרבניים ובתי דין דתיים אחרים אינם בגדר בנים חורגים של מערכת המשפט, הסמוכים על שולחנה, אלא שותפים מלאים לעשיית הצדק, הראויים להערכה ולהתייחסות מכובדת ומכבדת.

התייחסותי לפסק דינה של הנשיאה א' חיות

39. פסק דינה של חברתי, הנשיאה חיות, מציב את עצמו לצדה של חוות הדעת אשר ניתנה בהליך הקודם על ידי חברי, השופט עמית. את הטעמים שבעטיים לא הסכמתי עם חוות דעתו של השופט עמית פירטתי לעיל ובפסק דיני בהליך הקודם. מאותם טעמים ממש לא אוכל להסכים כעת עם פסק דינה של הנשיאה. בטרם אפרט טעמים אלו ואבהירם, אסכם את העניינים שבנוגע אליהם אין בין הנשיאה לביני שום מחלוקת. העניין הראשון הוא נטל ההוכחה: הנטל להוכיח את דבר קיומו של השיתוף הספציפי לפי מאזן ההסתברויות רובץ על בן הזוג מבקש השיתוף – ובמקרה דנן, על המבקשת. ההוכחה הנדרשת צריך שתהא מכוונת אל מעשה ההקנייה של זכויות-שיתוף בנכסו האישי של בן הזוג: מבקש השיתוף נדרש להוכיח כי בן זוגו – בעל הנכס האישי – העניק לו את זכויות השיתוף באותו הנכס במפורש או במשתמע, דהיינו: באמצעות הצהרה, הבטחה או התנהגות שהציגה מצג ברור בנוסח של "שלי – שלך, ושלך – שלי". חיי נישואין כשלעצמם, ממושכים ומאושרים ככל שיהיו, אינם מגיעים כדי הוכחת השיתוף – בנוסף אליהם, נדרש בן הזוג מבקש השיתוף להציג ראיה בדמות "דבר מה נוסף". כללי השיתוף כאמור מיוסדים על הדין הכללי, להבדיל מדין דתי. כפי שקבעה הלכת בבלי, ועליה אין עוררין, בתי דין דתיים, בבואם להכריע בסוגיית השיתוף, מצווים לבסס את פסיקתם על הדין האזרחי הכללי.

40. עיקר המחלוקת ביני לבין הנשיאה קשור לעמדתי העקרונית בנוגע לסמכותו של בית משפט זה, בשבתו כבג"ץ, להתערב בממצאים עובדתיים אשר נקבעו על ידי בית דין רבני או בית דין דתי אחר, שכאמור מעוגנת בסעיף 15(ד)(4) לחוק יסוד: השפיטה ובפסיקתנו. לטעמי, סמכות זאת מאפשרת התערבות בממצאי עובדה רק במקרים קיצוניים בהם מדובר בממצאים נטולי זיקה רציונלית לחומר הראיות. סמכות זאת אינה

מאפשרת לבית משפט זה להתערב בממצאיו העובדתיים של בית דין רבני כל אימת שיש להם אחיזה רציונלית בחומר הראיות. העובדה שאנו רואים את הראיות עליהן בית הדין הסתמך באופן שונה ממנו איננה בגדר עילת התערבות (ראו: בג"ץ 7940/17, פסקה 2; בג"ץ 6037/18 פלונית נ' בית הדין הרבני האזורי ת"א יפו, פסקאות 5-6 (18.2.2019); וכן בג"ץ 5956/20 פלוני נ' פלונית, פסקה 2 (24.9.2020)); וכך הוא גם לגבי המסקנות אשר עולות מחומר הראיות. אי-הסכמתנו עם מסקנות אלו אף היא איננה בגדר עילת התערבות ואין היא מאפשרת לנו לבטל את קביעותיו העובדתיות של בית הדין ולהעמיד במקומן את קביעותנו שלנו (ראו: בג"ץ 1923/91 רוזנצוויג נ' בית הדין הרבני האזורי בחיפה, פ"ד מו(2) 1, 10-11 (1991); בג"ץ 2819/09 פלונית נ' ביה"ד הרבני הגדול, פסקה ט (13.7.2009); בג"ץ 4549/10 פלוני נ' בית הדין הרבני הגדול, פסקאות 4-5 (17.6.2010)).

41. במקרה דנן, חומר הראיות אשר נפרש בפני בתי הדין הרבניים – האזורי והגדול – הכיל בתוכו ראיות אשר הצביעו על כוונתו של המשיב 3 שלא לחלוק את נכסו האישי – הבית שבו עסקינן – עם אשתו, המבקשת, בזמן שהשניים היו נשואים זה לזו. מאידך, חומר זה לא הכיל ראיות פוזיטיביות בעלות משקל מהן אפשר היה ללמוד על כוונת המשיב 3 לשתף את המבקשת בזכויותיו בבית, אותן הוא דאג לרשום על שמו בלבד. בנסיבות אלה, קביעתו של בית הדין הגדול כי המבקשת לא הוכיחה את כוונת השיתוף הנדרשת לפי דוקטרינת השיתוף הספציפי – בין אם אנחנו מסכימים עמה ובין אם לאו – אמורה להיות סוף-פסוק אשר מסיים את ההתדיינות בנושא. בין קביעה כאמור לבין חומר הראיות יש זיקה רציונלית, ועל כן דין העתירה שהגישה נגדה המבקשת להידחות מניה וביה.

42. לדעת הנשיאה, המבקשת הוכיחה את קיומה של כוונת השיתוף הנדרשת אצל המשיב 3. קביעתה זו של הנשיאה מנוגדת למסקנתו העובדתית של בית הדין הגדול. בדרכה אל המסקנה אשר שוללת את ממצאיו העובדתיים של בית הדין הגדול, הנשיאה ניתחה מחדש את הראיות שנפרשו בפני בתי הדין הרבניים, האזורי והגדול. סבורני כי זאת לא ניתן לעשות בגדרה של עתירה לבג"ץ; ובוודאי שלא ניתן לעשות כן בגדרו של דיון נוסף – הליך שנועד לבירורם של עניינים משפטיים מובהקים בעלי חשיבות ציבורית-כללית, ולא לבדיקתה מחדש של מסכת עובדות פרטיקולריות כזאת או אחרת.

43. הנשיאה סבורה כי בית הדין הגדול החמיר עם נטל ההוכחה אשר חל על המבקשת, בין היתר, בכך שזקף לחובתה את אי-נאמנותה המינית לבן זוגה, המשיב 3. הנני רואה את הדברים אחרת. בית הדין קבע כי חומר הראיות מטה את כפות המאזניים לטובתה של תזת המשיב 3, לפיה הוא לא התכוון להקנות למבקשת שום זכויות-שיתוף בביתו שלו וממילא לא הקנה לה זכויות כאמור. המבקשת אמורה היתה להביא ראיות שתטינה את כפות המאזניים לטובתה. מה שהקשה על מאמצי המבקשת להרים את נטל

ההוכחה הוא לא החמרת הנטל על ידי בית דין הגדול, אלא ראיותיו של המשיב 3 אשר לחצו על כפות המאזניים. נטל ההוכחה שחל על המבקשת לא שונה ולא השתנה כהוא זה. מתחילת המשפט ועד סופו, נטל זה היה ונשאר כמות שהוא: הנטל להוכיח את הקניית זכויות-השיתוף בבית, המיוחסת למשיב 3, לפי מאזן ההסתברויות.

44. הנני מסכים עם קביעת הנשיאה בדבר העדר זיקה משפטית בין זכויותיה הרכושיות של בת זוג לבין נאמנותה המינית לבן זוגה. בין שני אלו לא קיימת שום תלות. כפי שצויין לעיל ובפסק דיני בהליך הקודם, זכויותיה הרכושיות של בת זוג לא תיגרענה כהוא זה מחמת בגידתה בבן זוגה במהלך הנישואין. ואולם, דברים אלו נכונים אך ורק לגבי זכויות בנות קיימא אשר כבר הוקנו והבשילו, להבדיל מזכויות אשר טרם השתכללו. באשר לזכויות שיתוף ברכושו האישי של בן הזוג שטרם השתכללו – במסגרת הדין הקיים, בן הזוג שבידו רכוש אישי רשאי לעשות בו כרצונו כל אימת שהוא שלו. כך מורים לנו עיקרון הבעלות והעיקרון הלא פחות חשוב של חופש החוזה – ואף זאת כבר הסברתי לעיל. בן הזוג בעל הרכוש האישי רשאי על כן להחליט שלא להקנות לבת זוגו שום חלק מאותו רכוש במקרה של בגידה, גם אם זו תתרחש אחרי שנות נישואין רבות וטובות. כוחה של החלטה זו יהא עמה כל אימת שהיא מתקבלת לפני שהקניית זכויות השיתוף לבת הזוג הושלמה בהתאם לתנאיה של דוקטרינת השיתוף הספציפי. בתי המשפט ובתי הדין חייבים לכבד ולאכוף החלטות כאמור כמות שהן, ללא תוספות וללא שינויים.

45. נראה כי בעניין זה הנשיאה ואנוכי איננו מסכימים זו עם זה. לדעת הנשיאה, מן הדין לאסור על אכיפתו של תנאי מכללא במסגרת יחסים בין בני זוג אשר בא למחוק את כוונתו ולאיין את תכניתו של בן הזוג בעל הרכוש האישי לחלוק את רכושו עם בת זוגו אם זו לא תהא נאמנה לו מינית. הנשיאה סבורה כי מתן גושפנקא לתנאי מכללא כאמור – להבדיל מהסכמה הדדית מפורשת – הוא דבר פסול באשר הוא מאפשר לבן הזוג בעל הרכוש האישי למשטר (במובן של policing) את פעולותיה של בת זוגו ולהכתיב לה את דרכי ההתנהגות הרצויות מבחינתו.

46. על דעה זו אבקש, בכל הכבוד והיקר, לחלוק. בהקשר זה, אשוב ואציין את מושכלת היסוד שקיבלה ביטוי סטטוטורי מפורש בסעיפים 4 ו-5 לחוק יחסי ממון: אדם מתחתן עם בן או עם בת זוגו, ולא עם רכושו או עם רכושה של אותו בן או בת הזוג. בן הזוג שקיבל על עצמו – כפי שהוא חייב לקבל על עצמו – מושכלת יסוד זו בכל הקשור לרכושה האישי של בת זוגו לא יכול אפוא להיות ממושטר על ידי בת הזוג העשירה ממנו. מי שאין לו שום זכות מוקנית לקבל חלק כלשהו מהרכוש האישי של בן או בת זוגו לא ימצא את עצמו תחת משטור, וחירותו האישית לא תגרע. מצב של משטור אליו מתייחסת הנשיאה יכול להיווצר רק כחלק מההבנות ההדדיות שבין בני הזוג ומדפוס חייהם כזוג

נשוי. בבואה לקבוע כלל משפטי אשר יבטל את הבנתם המשותפת והבלתי כתובה של בני זוג לפיה במקרה של בגידה בן הזוג הבוגד לא יקבל שום חלק מרכושה האישי של בת זוגו, הנשיאה נותנת גושפנקא להתערבות המדינה – באמצעות בתי המשפט שלה – בחיים זוגיים, תוך הפיכת נטל-ההוכחה אשר חל על התובע מכוחה של דוקטרינת השיתוף הספציפי ותוך נקיטת עמדה ערכית מובהקת באשר לנכון והלא נכון לכלל בני הזוג בישראל.

47. דעתי היא, בכל הכבוד, כי אי-מתן תוקף לתנאי מכללא כאמור מתנגש בעקרונות היסוד של שיטתנו ובראשם חירות אישית, חופש החוזה, קדושת הקניין הפרטי וכיבוד הרב-גוניות וחופש הבחירה של הפרט בעניינים של תרבות, אמונה, זוגיות ומשפחה. מוסד הנישואין הרשמי, באשר הוא מעוצב על ידי המדינה לפי טעמה שלה, נמצא במתח מתמיד עם ערכים בסיסיים אלה. פרופ׳ תמרה מטץ הטיבה לתאר ולהסביר מתח זה בספרה על מוסד הנישואין, בכותבה כך:

> "[T]he establishment of marriage flirts with violating liberalism's most basic values. Because citizens disagree deeply about what marriage is and because families assume such diverse forms, the arrangement would appear to threaten equality, both formal (before the law) and substantive (within and among families and cultures). Liberty too is threatened: because the arrangement draws the state into the most intimate corners of citizens' lives (family and sexual life, religious and cultural value systems) and effectively privileges some views of the good life while punishing others, the establishment of marriage threatens freedoms of conscience, expression, and association."
>
> TAMARA METZ, UNTYING THE KNOT: MARRIAGE, THE STATE, AND THE CASE FOR THEIR DIVORCE 7 (2010).

48. סבורני כי עלינו להימנע מלהגביר ולהעצים מתח זה על ידי יצירת כללים שנותנים מעמד מועדף למערכת ערכים כזאת או אחרת.

49. מטעם זה ומסיבות נוספות שמניתי לעיל, הנני סבור כי טוב נעשה אם נמשוך את ידינו ממערכות יחסים בין בני זוג וכן מן ההסכמות והמוסכמות השונות אשר מערכות אלו מגבשות, בין במפורש ובין במשתמע, באשר לניהול החיים הזוגיים המשלבים בתוכם, בין היתר, אינטימיות ורכוש. כל זוג יחיה לפי אמונותיו, לפי הבנותיו, ולפי כלליו

באשר לרכוש האישי – ובאלו לא נתערב. התערבות כאמור היא בגדר חדירה בלתי מותרת של המדינה אל תוך המרחב הפרטי אשר נשלט ומנוהל על ידי אוטונומיה אישית, תרבותית וזוגית – זכות יסוד שראויה להגנה חוקתית. משטרנו המשפטי אינו מקנה למדינה, לשופטיה ולדייניה את הסמכות להכתיב לאזרחיות ולאזרחים את הדפוסים "הנכונים" של חיים זוגיים ושל שיתוף זוגי; וטוב שכך (ראו והשוו: Cleveland Bd. of Educ. v. LaFleur, 414 U.S. 632, 639-640 (1974) ("This Court has long recognized that freedom of personal choice in matters of marriage and family life is one of the liberties protected by the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment."); ע"א 4374/98 עצמון נ' רפ, פ"ד נז(3) 433, 444-445 (2002); ע"א 5258/98 פלונית נ' פלוני, פסקה 2 לפסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה (14.7.2004); רע"א 8791/00 שלם נ' טווינקו בע"מ, פ"ד סב(1) 165, 181 (2006); אריאל רוזן-צבי יחסי ממון בין בני זוג 7, 52-54 (התשמ"ב)).

50. לסיום הדיון בנקודה זו, אוסיף ואודה כי הבעיה של משטור בן-הזוג על ידי משנהו, אשר מדאיגה את הנשיאה במידה לא מבוטלת של צדק, מדאיגה אותי פחות ממשטור החיים הזוגיים על ידי קביעת נורמות שיפוטיות כופות שמטרתן להנחיל לאזרחיות ולאזרחים את המידות הטובות ואת הערכים "הנכונים" בניהול החיים הזוגיים במתכונת אחידה של "one size fits all". דומני כי ארגז הכלים של שופט בישראל אינו מכיל בתוכו את הסמכות המשפטית, המוסרית והאפיסטמית להורות לבעלת נכס (או לבעל נכס) להימנע מלהעמיד תנאי של נאמנות מינית להסכמתה לשתף את בן זוגה בזכויותיה באותו נכס – כל זוג יעצב וינהל את יחסיו ואת נכסיו לפי ראות עיניו.

51. במעבר חד לנושא אחר – ברצוני לשוב ולהדגיש, כי פסק דינה של הנשיאה, כמו פסק-דיני שלי בהליך הקודם וכאן, נסוב אך ורק על ברירת המחדל (ה-default rule) שאותה בני הזוג חופשיים לשנות על ידי הסכם ממון אשר תואם את יחסיהם. הדיון הציבורי בפסק הדין שיצא מלפנינו בהליך הקודם העצים את המודעות בקרב הציבור לסוגייה הבלתי פשוטה שבה עסקינן. מודעות זו בלי ספק תקטין במידה רבה את מספר הנופלים ב"מלכודת קניין" ותגדיל במידה ניכרת את היזקקותם של בני הזוג הנישאים זו לזה במצב של אי-שוויון רכושי להסכמי ממון. מה ייכתב בהסכמים אלו – ימים יגידו; אך ככל שבידי לנבא, הנני צופה היזקקות נרחבת מצד בני זוג למנגנון השיתוף ההדרגתי, שאותו אני מציע לקבוע כחלק מדיננו החל מיום 1.1.2022. רבים מבני הזוג הנישאים, אם כי לא כולם, ירצו לאמץ את כלל הצבירה של 1% לשנה, כמוצע על ידי, אשר במסגרתו יזכה בן הזוג לשותפות מלאה ושוות זכויות ברכושה האישי של בת זוגו בחלוף חמישים שנות נישואין. חלק מבני הזוג יבחרו בנוסחת שיתוף אחרת אשר תקצוב תקופה קצרה יותר או, לחלופין, ארוכה יותר עד להגעתם לשיתוף שוויוני מלא ברכוש האישי שמחוץ

לאיזון המשאבים. בני זוג אלה, אף הם יפסעו אפוא בשביל של שיתוף הדרגתי שאותו אני מבקש לסלול. רק מעטים מבני הזוג הנישאים (אם בכלל) ירצו לאמץ את המשטר הנוכחי אשר זכה לשם "דוקטרינת השיתוף הספציפי" ואשר, כאמור, מזכה את בן הזוג, באבחה אחת, ב-50% מהזכויות ברכושה האישי של בת זוגו בחלוף שנות נישואין ארוכות שמניינן לא נקצב מראש.

52. אם בהערכתי זו יש אמת, ראוי הוא שנחליף את דוקטרינת השיתוף הספציפי במתכונתה הנוכחית במנגנון השיתוף ההדרגתי, כמוצע על ידי (בלי או עם שינויים באחוז הצבירה השנתי שהצעתי). שינוי הלכה זה יחסוך מבני זוג רבים, וכן מהורים אשר רכשו דירה או בית לצאצאם, את הדאגה מפני "מלכודת קניין" ואת ההוצאות והמתח הנפשי אשר כרוכים בכריתתם של הסכמי ממון בגדרו של קשר בינאישי רב-חשיבות אשר מושתת על אהבה ונתינה. ברירת המחדל לעולם חייבת ללכת אחר הרוב (ראו: איל זמיר, עיקרון ההתאמה בקיום חוזים 148 (1990)). עיקרון זה מעוגן היטב בתאוריה משפטית שנטעה שורשים בארץ (ראו: שם, בעמ' 148-149) ובעולם הגדול (ראו: Ian Ayres & Robert Gertner, *Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules*, 99 YALE L.J. 87, 89-91 (1989)); ואני מציע לחבריי לא לסטות ממנו.

53. כאן המקום לעבור מהדיון בהלכה הקיימת לאפשרות לשכללה ולשפרה על ידי המעבר לשיתוף הדרגתי, כמוצע על ידי. בטרם אפרט את הצעתי, אציין כי אם הצעה זו תהא מקובלת על חבריי, בעיית המשטור, עליה הצביעה הנשיאה בפסק דינה, ממילא תבוא על פתרונה ותיעלם מנוף משפטנו (יחד עם כמה בעיות נוספות אשר טבועות בדוקטרינת השיתוף הספציפי במתכונתה הנוכחית).

דוקטרינת השיתוף הספציפי: בחינה מחדש

הרציונל של השיתוף הספציפי בנכסים

54. להלכה אשר מזכה בת זוג בשיתוף ספציפי בנכסיו האישיים של בן זוגה, אחרי שנים ארוכות של חיי זוגיות משותפים, יש, לדעתי, רציונל מוצק. ואולם, רציונל זה הינו שונה מהרציונל ההסכמי עליו הושתתו הלכת אבו רומי ופסקי דין נוספים אשר באו בעקבותיה. לפי הרציונל ההסכמי, באין הסכמה מפורשת או משתמעת לשיתוף מצדו של בן הזוג בעל הנכסים, השיתוף אינו מתקיים ובת זוגו אינה זוכה לשום חלק בנכסיו (ראו למשל: עניין בריל, בעמ' 716-717). כך הוא לגבי כלל הנכסים האישיים; וכך הוא גם, באופן ספציפי יותר, לגבי דירת מגורים של בני הזוג אשר הובאה על ידי אחד מהם אל תוך מסגרת הנישואין (ראו: הלכת אבו רומי, פסקה 11). מסקנה פשוטה וברורה זו עולה

גם מהאמור בסעיפים 4 ו-5 לחוק יחסי ממון, שכאמור קובעים כי אין בנישואין כשלעצמם כדי לשנות את המצב הקנייני שקדם להם או כדי להקנות לאחד מבני הזוג זכות כלשהי בנכס השייך למשנהו. במצב דברים זה, בן זוג המבקש לקבל לידיו זכויות שיתוף בנכסיה האישיים של בת זוגו תלוי במידה מכרעת בחסדיה. כדי שתהא לו זכות כלשהי בנכסי בת זוגו, בת הזוג צריכה להקנות לו זכות כאמור על ידי פעולת הקנייה רצונית. באין פעולת הקנייה כאמור, הזכות הנטענת לא תקום.

האם נכון הוא שכך יהיה?

55. סבורני שלא. חיי זוגיות ונישואין אינם דומים, על פי רוב, לשותפות עסקית. במסגרת יחסי זוגיות סבירים – קל וחומר, מוצלחים – כל אחד מבני הזוג עושה מאמצים מרובים, פיזיים ורגשיים כאחד, כדי לבנות עבור עצמו ועבור בן זוגו חיי משפחה בטוחים, מספקים ואיכותיים ככל שניתן, וגם כדי לסייע לבן זוגו לממש את מאווייו האישיים, המקצועיים והעסקיים. בלשון מטאפורית: כל אחד מבני הזוג בונה עבור משנהו את "הבית" במובן הרחב – התא המשפחתי שממנו הוא יוצא בבוקר ואליו הוא חוזר בערב כדי לקבל אהבה, אוזן קשבת, תמיכה ושיתוף. במסגרת זו, מצב נכסים בלתי שוויוני בין בני זוג עושה לבן הזוג הפחות עשיר חוסר צדק. חוסר צדק זה צויין על ידי השופטת ד' דורנר בע"א 1915/91 יעקובי נ' יעקובי, פ"ד מט(3) 529, 609-611 (1995) (להלן: עניין יעקובי). ברם, השופטת דורנר לא הגדירה את טיבו ואת מהותו של אותו "חוסר צדק"; וצמד מילים זה נשאר לוט בערפל גם בפסקי הדין המאוחרים יותר, כדוגמת אבו רומי.

56. ערפל זה חובה עלינו להסיר על מנת למצוא תיקון נכון לחוסר הצדק ולעיוות הקנייני שהוא גורם.

57. הנני סבור, כי חוסר הצדק שבו עסקינן הוא ההנאה הבלתי שוויונית אשר מופקת על ידי בני הזוג, במרוצת החיים הזוגיים, ממאמציהם המשותפים בבנייתו ובטיפוחו של "הבית" במובן הרחב, במצב של חוסר שוויון בנכסים. כאשר בן הזוג המחזיק בנכסים אישיים, שמחוץ לאיזון המשאבים, מצליח לשמור על נכסים אלו ולהשביחם בין היתר בזכות "הבית" הטוב שבנה בשיתוף עם בת זוגו, נוצרת תוצאה קניינית מעוותת: פירות מאמציהם השווים של בני הזוג אינם מתחלקים ביניהם שווה-בשווה במקרה של פירוד וגירושין כאשר בת הזוג חסרת הנכסים אינה זוכה לשום תמורה בעד מאמציה אשר הושקעו, בין במישרין ובין בעקיפין, בשמירה על נכסיו האישיים של בן זוגה ובהשבחתם. זאת, מאחר שכל אחד מבני הזוג מקבל לידיו, בעקבות הפירוד, את מחצית הנכסים המשותפים המוגדרים כבני איזון בחוק יחסי ממון; בת הזוג איננה מקבלת שום תמורה בעד מאמציה, אשר, כאמור, אפשרו

לבן זוגה לשמור על נכסיו האישיים ולהשביחם; ואילו בן הזוג בעל הנכסים נוטל עמו את נכסיו האישיים תוך שהוא מנכס לעצמו מאמצים אלה של בת זוגו, כאילו היו שלו, מבלי לפצותה עליהם. מבחינה כלכלית, עיוות זה כמוהו כעשיית עושר על חשבון הזולת, והוא אף דומה להטלת מס בסכום אחיד על בעלי נכסים ועל חסרי נכסים, כאשר חלק מכספי המסים מתועל להספקת הגנה על קניינם הפרטי של כלל התושבים. הווה אומר: המשטר המשפטי שאינו מפצה את בת הזוג בגין תרומתה לשמירה או להשבחה של נכסי בן זוגה כמוהו כמס רגרסיבי שנגבה מאדם עני כדי להטיב את מצבו של אדם עשיר. בהמשך דבריי, אקרא לעיוות זה בשם "ניכוס המאמץ העודף של בת הזוג". אציין את המובן מאליו: עיוות כאמור נוצר גם כשאישה נוטלת עמה את כלל נכסיה האישיים בגירושיה מבן זוגה מבלי לפצותו על מאמציו אשר תרמו לשמירתם ולהשבחתם של הנכסים (ראו והשוו: Shari Motro, *Labor, Luck and Love: Reconsidering the Sanctity of Separate Property*, 102 NW. U. L. REV. 1623, 1637-1640 (2008) (להלן: שרי מוטרו)).

58. דוקטרינת השיתוף הספציפי הקימה מנגנון שיתוף הסכמי אשר מייחס לבן הזוג בעל הנכסים כוונה להקנות לבת זוגו, אחרי שנים רבות של חיים משותפים, את מחצית הזכויות בנכסיו האישיים, כל אימת שכוונה כאמור הוצהרה על ידי בן הזוג או השתמעה מהתנהלותו במהלך הנישואין. מנגנון זה מכיל בתוכו אנומאליה כלכלית ומשפטית שזיהיתיה כניכוס המאמץ העודף של בת הזוג. תוצאה אנומאלית זו ראוי למנוע באמצעות מנגנון משפטי שאיננו תלוי בכוונותיו הטובות, והפחות טובות, של בן הזוג בעל הנכסים האישיים, אשר יכול שירצה ויכול שלא ירצה לשתף את בת זוגו בנכסיו. דוקטרינת השיתוף הספציפי לוקה בכך שאיננה מונעת את ניכוס המאמץ העודף של בת הזוג כאשר זו אינה מצליחה להוכיח שבן זוגה, היוצא מהנישואין עם כלל נכסיו האישיים, התכוון לשתפה בהם ונתן ביטוי חיצוני לכוונתו. לטעמי, התיקון הדרוש אינו יכול לבוא בדמותו של כלל משפטי רחב אשר מקנה לשופטים ולדיינים את הכוח לעשות "צדק קנייני" בין בני הזוג המתגרשים לפי ראות עיניהם. התיקון הדרוש צריך להיעשות במסגרתו של כלל משפטי ממוקד אשר יחייב את בן הזוג בעל הנכסים לשלם לבת זוגו, במסגרת הסדר גירושין, תמורה הולמת – או תשלום איזון – בגין המאמץ העודף שלה.

59. דוקטרינת השיתוף הספציפי טעונה אפוא החלפה בכלל שיתוף ממוקד, אשר ימנע את ניכוס המאמץ העודף של בת הזוג על ידי בן הזוג בעל הנכסים האישיים. כלל זה צריך לקבוע נוסחה יציבה אשר תבטיח לבת הזוג פיצוי הולם ומידתי וימנע פיצוי יתר. נוסחה זו, שכאמור תתבסס על שיתוף הדרגתי במהלך החיים הזוגיים – אשר נועד למנוע התעשרות של בן הזוג בעל הנכסים האישיים על חשבון בת זוגו ולהגן על אינטרס ההסתמכות שלה – תוצע ותוסבר על ידי בהמשך דבריי. בטרם אעשה כן, אעמוד על מגרעותיה

הנוספות של דוקטרינת השיתוף הספציפי, שלטעמי מחייבות את החלפתה בנוסחת שיתוף אחרת.

מגרעותיה של דוקטרינת השיתוף הספציפי ונוסחת השיתוף שלה

60. הנני סבור כי דוקטרינת השיתוף הספציפי לוקה בשבעה פגמים יסודיים ובשל כך עלינו לשנותה, כפי שאפרט להלן.

61. ואלה הם שבעת הפגמים של דוקטרינת השיתוף הספציפי:

א. חוסר ההתאמה בין הרציונל של השיתוף הספציפי לבין הנוסחה שנקבעה עבורו בפסיקה.

ב. חוסר ודאות באשר לזמן ההתגבשות של השיתוף הספציפי ושאר התנאים שבהם בן זוג רוכש את מחצית הזכויות בנכסה האישי של בת זוגו.

ג. היותה של רכישת הזכויות כאמור רכישה מיידית באבחה אחת, והתמריצים המעוותים להתנהלותו של כל אחד מבני הזוג ביחסיו עם בן או בת זוגו, אשר נובעים מכך.

ד. העדר התאמה בין רכישת הזכויות כאמור לבין רצונם הטיפוסי והשכיח של בני הזוג הנישאים במצב של חוסר שוויון רכושי.

ה. פועלה של דוקטרינת השיתוף הספציפי כ"מלכודת קניין" עבור בני הזוג הנישאים והוריהם, שאינם מודעים לקיומה ולכלליה.

ו. קשיים מעשיים ועלויות עסקה כבדות, במובנן הרחב, אשר נופלים על שכמו של כל אחד מבני הזוג הנישאים במצב של חוסר שוויון רכושי.

ז. סתירה בין דוקטרינת השיתוף הספציפי לבין דרישות הכתב שבחוק יחסי ממון ובסעיף 8 לחוק המקרקעין.

62. על כל אלה אעמוד כעת – בטרם אפרט את הצעתי להחליף את דוקטרינת השיתוף הספציפי בנוסחת השיתוף ההדרגתי בנכסים. אקדים ואבהיר כי בסופו של יום נושא דיוננו הוא קביעתה של ברירת מחדל (default rule) בעניין רכושו האישי של כל אחד מבני הזוג, שאותה ניתן לשנות על ידי הסכמה אחרת בהסכם ממון אשר נערך בהתאם לחוק יחסי ממון. הסכמה זו יכול שתקבע את שיתופו, את שיתופו בתנאים, או את אי-שיתופו של בן הזוג ברכושה האישי של בת זוגו. ברירת מחדל כאמור צריך אפוא שתוגדר באופן אשר יקל – ולא יקשה – על בני זוג הנישאים זה לזו במצב של חוסר שוויון רכושי להגיע להסכמה הדדית בנוגע לזכויות ברכושם האישי. כדי להגיע לתוצאה זו, ברירת המחדל חייבת לשקף את מה שרוב בני הזוג היו מסכימים ביניהם בגדרו של משא ומתן כן והגון (ראו: ליפשיץ השיתוף הזוגי, בעמ' 40).

חוסר ההתאמה בין הרציונל של השיתוף הספציפי לבין הנוסחה שנקבעה עבורו בפסיקה

63. על אחד מהיבטיו של חוסר התאמה כאמור כבר עמדתי לעיל: דוקטרינת השיתוף הספציפי לא מונעת את ניכוס המאמץ העודף של בת הזוג כאשר היא אינה מצליחה להוכיח שבן זוגה, היוצא מהנישואין עם כלל נכסיו האישיים, התכוון לשתפה בהם באופן מלא או חלקי.

64. היבט אחר של חוסר התאמה כאמור הוא המעבר החד של בת הזוג מ-0% ל-50% בזכויות בנכסיו האישיים של בן זוגה. מעבר זה מנוגד לרציונל של השיתוף הספציפי אשר מבוסס על צבירה הדרגתית של זכויות על ידי בת הזוג בנכסי בן זוגה במהלך שנות הנישואין. נניח שבאין אינדיקציה אחרת, מעבר זה מתרחש, לפי כלליה של דוקטרינת השיתוף הספציפי, אחרי 30 שנות נישואין או אחרי תקופה דומה (ראו והשוו: ע"א 806/93 הדרי נ' הדרי, פ"ד מח(3) 685, 692 (1994); בע"מ 1398/11, פסקה 2 לדברי השופט י' עמית). מהי ההצדקה לכך שבת הזוג לא תקבל שום חלק בנכסי בן זוגה אחרי 25 שנות נישואין, שבסופן הקשר הזוגי הסתיים? ומדוע שיתופה של בת הזוג בנכסיו האישיים של בן זוגה אחרי 30 שנות נישואין יגיע כדי 50%, להבדיל מחלק קטן יותר, כגון 30% או 40%? דוקטרינת השיתוף הספציפי לא מתייחסת לשאלות אלה וממילא לא נותנת להן תשובה המניחה את הדעת.

חוסר ודאות באשר לזמן ההתגבשות של השיתוף הספציפי ושאר התנאים שבהם בן זוג רוכש את מחצית הזכויות בנכסה האישי של בת זוגו

65. דוקטרינת השיתוף הספציפי לא הגדירה את מאפייניו של "קו הרוביקון" שבן הזוג צריך לחצות על מנת לקבל שותפות שוות זכויות בנכסיה האישיים של בת זוגו. חוסר ודאות זה מעולם לא הוסר. בעניין אבו רומי נקבע כי אין מניעה עקרונית לכך שבן

זוג יטען מכוחו של דין כללי כי בידיו זכויות בדירת מגורים הרשומה על שם בן הזוג האחר, אשר הייתה בבעלותו של אותו בן זוג רשום ערב הנישואין. השופטת ט' שטרסברג-כהן הבהירה בהקשר זה, כי כאשר השיתוף נטען על בסיס הדין הכללי נדרשת הוכחה פוזיטיבית לכוונת השיתוף, ואין להסתפק בעצם קיומם של חיי נישואים משותפים:

> "[...] סעיף 4 לחוק יחסי ממון קובע מפורשות 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'. 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 [...]" (שם, בפסקה 10) (ההדגשות במקור – א.ש).

באותה פרשה, בצד ההכרה העקרונית בשיתוף מכוח הדין הכללי, נקבע כי כוונת השיתוף הנדרשת לא הוכחה, ועל כן לא הוענקו לאישה זכויות בדירת המגורים שבמחלוקת.

66. פסקי הדין שיצאו מלפנינו אחרי פסק הדין בעניין אבו רומי לא היו אחידים ולא קבעו כללים ברורים בעניין השיתוף (ראו: ליפשיץ החלת השיתוף הספציפי, בעמ' 6). במקרים מסוימים, מעֶבֶר לחיי זוגיות ושיתוף ולחיי נישואים ממושכים, נדרשה אינדיקציה פוזיטיבית ממשית לקיומה של כוונת שיתוף בנכס הספציפי (ראו: בג"ץ 1727/07 פלוני נ' בית הדין הרבני הגדול לערעורים (19.3.2007); בג"ץ 2533/11 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול לערעורים (26.10.2011)); ואילו במקרים אחרים, הסתפקנו בעדויות כלליות על אורח החיים השיתופי שבני הזוג ניהלו בהיבטים שונים של חייהם (ראו: בג"ץ 5416/09 פלונית נ' פלוני, פ"ד סג(3) 484 (2010)).

67. על חוסר אחידות זה עמד השופט א' רובינשטיין (כתוארו אז) בבע"מ 10734/06 פלוני נ' פלונית (14.3.2007), בפסקה ה' לפסק דינו:

> "[...] אודה, כי 'גבולות הגזרה' אינם חדים, אך כך מטבע הדברים: אי אפשר לקבוע מראש כללים ברורים באשר לכל האפשרויות שמזמנת המציאות האנושית. לכן גם מתלבטים בתי המשפט ממקרה למקרה, באשר לנכס הספציפי בו מדובר וכוונת הצדדים לגביו. הפרשנות בה דיברנו יסודה בשיקולי הגינות במקרים שבהם הכף נוטה, במכלול ההשקעות בנכס, בהתנהגות הצדדים הכרוכה בו, לעבר השיתוף. מובן כי הדברים אינם נטולים בעייתיות, כיוון שלעתים קשה לכמת את ההשקעות ואת "ההתנהגות ההשקעתית", אך לכן יש לנהוג זהירות ביישום, ואולם

כאמור קשה לקבוע מראש את גבולותיו המדויקים לכל מקרה [...]".

68. **בבע"מ 5939/04 פלוני נ' פלונית, פ"ד נט(1) 665, 671 (2004), העניק השופט** רובינשטיין את התייחסותו הממוקדת לשיתופה האפשרי של בת הזוג בדירת מגוריהם של בני הזוג אשר הובאה אל תוך מסגרת הנישואין על ידי בן זוגה. בעניין זה אמר השופט רובינשטיין דברים אלה:

> "[...] 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. ועם זאת בין המנסחים את גישתם על בסיס רעיוני ערכי ובין המייסדים אותה על בסיס הסכמי יסכימו לדידי למצער כי בסופו של יום אין מנוס מבדיקת נסיבותיו של כל מקרה לגופו כראוי."

69. **גישה זו של "כל מקרה לגופו" פורשה בהרחבה בע"מ (מחוזי ירושלים) 818/05** פלונית נ' פלוני (8.5.2006), **שם קבע השופט י' שפירא כדלקמן:**

> "[...] 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 יוכל לשכון לבטח בדירה, וזו תהא רכוש משותף, וזאת משלא נתן סימנים כי בדעתו לשמור על רכושו זה בפקיעת הנישואין [...]" (ראו: שם, פסקה 7 לפסק הדין).

פסק דין זה הוא אחת הדוגמאות להחלתה של דוקטרינת השיתוף הספציפי בהיעדר הוכחה ברורה של כוונת שיתוף מצד בעל הנכס – עד כדי העברת נטל ההוכחה לבן הזוג בעל הדירה.

70. **כדי להסיר את הערפל המשפטי, בית משפט זה העמיד דרישה ל"דבר מה נוסף"** – אינדיקציית שיתוף אשר צריכה להתקיים בין בני הזוג לצד השנים הארוכות של חיים משותפים בדירה. האינדיקציה הנדרשת יכולה לבוא לידי ביטוי בהשקעות כספיות בדירה על ידי בן הזוג נטול הזכויות הפורמאליות בדירה וכן בהבטחות לשיתוף או במצגים דומים מצד בן הזוג בעל הדירה (ראו: בע"מ 1398/11).

71. **בבע"מ 1398/11, אמר השופט י' דנציגר את הדברים הבאים:**

> "הנה כי כן, על בן הזוג שמבקש שיוקנו לו מחצית הזכויות בדירת המגורים שרשומה על שמו של בן הזוג האחר, מוטל להוכיח – מעבר לקיומם של חיי נישואין משותפים, אף אם ממושכים – קיומו של 'דבר מה נוסף' שיעיד על כוונת שיתוף בנכס הספציפי. מעיון בפסיקה עולה כי במרבית המקרים בהם קיבלו בתי המשפט את טענת השיתוף, הוכח כי בוצעו השקעות כספיות בנכס מצידו של בן הזוג הטוען לשיתוף והשקעות אלה היוו 'דבר מה נוסף' המעיד על כוונת השיתוף."

באותו פסק דין, השופט י' עמית הוסיף וקבע מספר כללי עזר להוכחת השיתוף הספציפי, ובהן: נטל הוכחה מופחת ביחס לשיתוף בדירה בה בני הזוג התגוררו; נטל הוכחה מוגבר כאשר לטוען לשיתוף יש דירת מגורים משל עצמו; התחשבות באורך התקופה שבה בני הזוג התגוררו בדירה וניהלו בה משק בית משותף; התחשבות באורך חיי הנישואין; התחשבות בהשקעת המשאבים המשותפים בדירה; התנהלות הצדדים בחייהם הזוגיים ביחס לדירה ולרכוש באופן כללי; מצגים שהוצגו על ידי בן הזוג בעל הדירה בפני בת הזוג הטוענת לשיתוף; וכיוצא באלה. חרף יתרונותיהם, כללים אלה עדיין רחוקים מלכונן משטר של ודאות בנוגע לדוקטרינת השיתוף הספציפי.

תמריצים מעוותים להתנהלות קלוקלת ובלתי ישרה בחיים הזוגיים

72. בפסק דין עקרוני אשר ניתן בעניין יעקובי ואשר קיבע את מעמדה ואת תחולתה של חזקת השיתוף בנכסי בני זוג לצדו של חוק יחסי ממון, עמד הנשיא מ' שמגר על התמריץ המעוות בהתנהלות החיים הזוגיים שהיה מנחה את פועלו של בן זוג תכסיסני באין הכרה בחזקת השיתוף. ואלה היו דבריו:

> "כך ייתכן כי נכסים רבים הנצברים במהלך הנישואין יהיו שייכים אך לצד אחד בלבד. מאחר שבמצב החברתי השורר השתכרותו של הבעל עולה עדיין במקרים רבים באופן משמעותי על השתכרותה של האישה, ייתכן מצב שבו הבעל יצבור רכוש (לאחר שיעמוד כמובן בחיוביו כלפי אשתו וילדיו על-פי הדין האישי החל עליו), ולאישה לא יהיה כל חלק בו בעת הנישואין. זכותה תקום, כאמור, רק עם הגירושין. לכאורה, על-פי הסדר איזון המשאבים, חוסר השוויון יתוקן בשלב זה. כשלעצמו, יש בהסדר האיזון כדי לתקן את חוסר השוויון האמור, באשר הוא קובע כי יחס החלוקה של הנכסים הוא שוויוני. אולם מועד הפעלת האיזון – עם פקיעת הנישואין, כאשר הפקיעה היא רק בהתאם לדיני הגירושין – מכביד על הפעלת ההסדר, ולמעשה מעמיק את חוסר השוויון, והופך את הסדרו של סעיף 4 לקשה יותר משהוא נחזה להיות מלכתחילה – וזאת בשל היתרונות "הטאקטיים" הגלומים לצד שאינו מעוניין לאפשר לבן-זוגו ליהנות מהסדר איזון המשאבים. כל שעליו לעשות הוא למתוח ולהשהות את פקיעת הנישואין. במילים פשוטות, וכפי שקורה במקרים אין ספור, די בכך שהבעל יעשה ככל יכולתו (והיא אינה מועטה) כדי לדחות את מתן

> הגט, ולאישה אין כל אותה עת, עד למתן הגט, כל חלק ברכוש שנצבר בזמן שניהלה את משק הבית וגידלה את ילדיה. בנסיבות אלה היא נאלצת לעתים לא מעטות להתפשר ולוותר על חלק מן הרכוש המגיע לה כדין, כדי לקבל את הגט. לשון אחר, הסדר האיזון המותנה בבחינת מועדו במועד הגירושין הפך לכלי של לחץ וכפייה על האישה." (ראו: עניין יעקובי, בעמ' 551).

73. דברים אלה הם נכונים וחשובים לעילא ולעילא, כמו גם התיקון שנעשה באותו פסק דין למצב המשפטי אשר יצר את התמריץ התכסיסני שעלול היה לעוות את חלוקתם השוויונית של נכסי הנישואין. החלתה של חזקת השיתוף לצדו של איזון המשאבים לפי חוק יחסי ממון ביטלה, למעשה, את אפשרותו של בן הזוג התכסיסן, המחזיק ברוב נכסי הנישואין, לדחות את חלוקתם השוויונית על ידי סירוב להתגרש ועל ידי כך להפעיל לחץ כלכלי פסול על בת זוגו על מנת לנשלה מחלק מזכויותיה בנכסים.

74. לאור קביעה זו בהלכת יעקובי, ואף בלעדיה, חובה עלינו להעמיד את דוקטרינת השיתוף הספציפי – כפי שנקבעה בהלכת אבו רומי ובפסקי הדין שבאו אחריה – בבדיקת תמריצים דומה. כפי שאראה מיד, בדיקה זו מראה באופן חד-משמעי שדוקטרינת השיתוף הספציפי יוצרת שני תמריצים מעוותים להתנהלות קלוקלת, ואף תכסיסנית ובלתי ישרה, בחיים הזוגיים.

75. תמריצים מעוותים כאמור נוצרים במקרים הבאים:

קיום מעושה של קשר זוגי שאיננו

א. יואב, הנשוי לדינה כ-15 שנה, איננו מאושר באופן עמוק מחייהם הזוגיים וחפץ להיפרד מדינה. לדינה רכוש אישי רב ערך הרשום על שמה בלבד. במצב דברים זה, ליואב יש תמריץ ברור "לרַצות" את כל תקופת הנישואין והחיים המשותפים אשר נדרשת להפעלתה של דוקטרינת השיתוף הספציפי על ידי התנהלות בלתי ישרה בחייו הזוגיים עם דינה, אשר כוללת העמדת פנים, ואף שקרים, שמטרתם לשמור על מראית פני התקינות.

פירוד והתרה מוקדמת של הקשר הזוגי ללא ניסיון תיקון

ב. ספיר, הנשואה לדב כ-15 שנה, איננה מאושרת מהחיים הזוגיים עמו ושוקלת פרידה וגירושין לצד הניסיון לשקם חיים אלה. לספיר רכוש אישי רב ערך הרשום על שמה בלבד. במצב דברים זה, לספיר יש תמריץ

ברור לסיים את הקשר הזוגי ואת הנישואין ולהיפרד מדֵב מוקדם ככל שניתן, לפני שהלה יצליח "לרַצות" את תקופת הנישואין והחיים המשותפים אשר נדרשת להפעלתה של דוקטרינת השיתוף הספציפי.

תמריצים אלה נוצרים עקב רצונו של כל אחד מבני הזוג לייצר ראיות שתתמוכנה בהפעלתה של דוקטרינת השיתוף הספציפי לטובתו ונגד האינטרס הרכושי והאישי של בן הזוג השני (ראו והשוו: Gideon Parchomovsky & Alex Stein, *The Distortionary Effect of Evidence on Primary Behavior*, 124 HARV. L. REV. 518 (2010)).

76. ברי הוא, כי מדובר בתמריצים מעוותים מיסודם אשר פוגעים בחיים הזוגיים ובכבודם האישי של האנשים שחווים משבר בקשר הזוגי. סבורני, אפוא, כי ככל שניתן לתקן את דוקטרינת השיתוף הספציפי באופן שיחסל את התמריצים המעוותים הללו, חובה עלינו לעשות כן; וכך אציע לחבריי לעשות.

העדר התאמה בין דוקטרינת השיתוף הספציפי לבין רצונם הטיפוסי והשכיח של בני הזוג הנישאים זה לזו במצב של חוסר שוויון רכושי

77. כפי שכבר ציינתי, המקרה הטיפוסי והשכיח של חוסר שוויון רכושי בנישואין הוא רכישת דירה למגורי בני הזוג על ידי הוריו של אחד מהם ורישומה על שמו כבעל הזכויות הבלעדי. על פי רוב, מקרים כאלה אינם כוללים ציפייה משותפת של בני הזוג לכך שבקץ הנישואין, הזכויות בדירה תתחלקנה ביניהם שווה-בשווה כעניין המובן מאליו. במקרים כאלה, בן הזוג שהדירה רשומה על שמו חפץ, על פי רוב, לשמור על זכויותיו, תוך שהוא לוקח בחשבון כי ביום מן הימים, אחרי שנים רבות של חיים זוגיים משותפים ותקינים, הוא ירצה לשתף את בת זוגו בזכויות בדירה בתנאים כאלה או אחרים, או ללא כל תנאי. תוכניות דומות מתגבשות, במהלך הנישואין, גם ביחס לנכסים אחרים שבבעלותו הבלעדית של אחד מבני הזוג.

78. תוכניות כאמור אינן כוללות, על פי רוב, את מעברו החד של בן הזוג מהיעדר מוחלט של זכויות בנכסי בן זוגו למחצית הזכויות בנכסים אלו. נראה כי רוב בני הזוג שבידיהם נכסים אישיים יעדיפו יצירה הדרגתית של שיתוף בן הזוג בנכסיהם על פני שיתוף מלא באבחה אחת, שמתרחש בחלוף שנים. זאת בשל היות המעבר מהיעדר שיתוף לשיתוף מלא ושווה-זכויות בלתי מאוזן ובלתי מידתי, וכן בשל התמריצים המעוותים להתנהלות תכסיסנית בתוך קשר הנישואין שכאמור נוצרים תחת המשטר של "אבחה

אחת". יתרה מכך: ספק גדול בעיניי אם רוב בעלי הרכוש מסכימים לחלקו עם בני זוגם שווה בשווה בחלוף 20 או אפילו 25 שנות נישואין, להבדיל מתקופה ארוכה הרבה יותר.

פועלה של דוקטרינת השיתוף הספציפי כ"מלכודת קניין" עבור בני הזוג הנישאים והוריהם, שאינם מודעים לקיומה ולכלליה

79. דוקטרינת השיתוף הספציפי יוצרת "מלכודת קניין" עבור בני הזוג הנישאים והוריהם, שאינם מודעים לכלליה. זאת, מאחר שהורים שרוכשים דירה לבנם או לבתם אינם מודעים, על פי רוב, לכך שמחצית הזכויות בדירה עשויה לעבור לבן הזוג של צאצאם בחלוף שנים.

80. לטעמי, מצב דברים זה הוא בלתי נסבל מאחר שהוא עלול לגרום לאנשים לא מעטים לאבד חלק מכספם ומרכושם בלי משים.

קשיים מעשיים ועלויות עסקה כבדות, במובנן הרחב, אשר נופלים על שכמו של כל אחד מבני הזוג הנישאים במצב של חוסר שוויון רכושי

81. בני הזוג הנישאים במצב של אי-שוויון רכושי עומדים בפני דילמה לא פשוטה. לאחד מהם, או לשניהם כאחד, יכול שיהא רצון להסדיר את העניין הרכושי בהסכם ממון מפורט באופן שיגן על זכויותיו של בן הזוג בעל הרכוש כמידת הדרוש, תוך דאגה לאינטרסים של בן הזוג האחר. הוריו של בן הזוג שרוכשים עבורו דירה או בית, אף הם ירצו להבטיח את זכויותיו בנכס שבו הוא עתיד להתגורר ולהקים משפחה עם בת זוגו.

82. את הרצון הזה קשה לממש הלכה למעשה – זאת מאחר שמשא ומתן עסקי שנסוב על רכוש איננו מתאים, על פי רוב, לאווירה של נישואין וקיבוע הקשר הזוגי שבמרכזו אהבה, נתינה, שמחת אמת, שיתוף ואמון הדדי. כל אחד מבני הזוג יהסס אפוא לפתוח במשא ומתן עסקי-רכושי עם בן זוגו בשל החשש – המוצדק לחלוטין – שמא הדבר יקלקל את שמחת הנישואין ואת האווירה של אהבה, נתינה, שיתוף ואמון הדדי, ויציגו באור שלילי בפני בן זוגו, שאף עלול לשאול את עצמו האם הוא בחר בבן זוג נכון לחיים המשותפים. להוריו של בן הזוג שרוכשים עבורו דירה או בית יהיו חששות דומים. גם הם יחששו מלפתוח במשא ומתן רכושי טעון, אשר עלול לקלקל את שמחת הנישואין כברית ארוכת שנים אשר נבנית על טוהר הרגשות ועל אלטרואיזם, ולא על אנוכיות ורכושנות.

83. קשיים אלו מכונים על ידי כלכלנים בשם "עלויות עסקה", שבעניינן ראוי ללכת לפי העיקרון כדלקמן: ככל שעלויות העסקה כבדות יותר, כך הולך ומתעצם הצורך החברתי בקביעתו של הסדר משפטי אשר תואם את ההסכמות שבני הזוג היו מגבשים ביניהם, על פי רוב, במסגרתו של משא ומתן רכושי-עסקי כן ופתוח, המשוחרר מחששות, מפחדים ומרגשות (ראו: ליפשיץ השיתוף הזוגי, בעמ' 40). הווה אומר: מה שבני הזוג אינם יכולים לעשות בעצמם, ובעבור עצמם, מחמת עלויות עסקה כבדות מנשוא, המשפט צריך לעשות עבורם במקומם. ההסדר המשפטי שייקבע כך ישמש כברירת מחדל כללית שממנה ניתן לסטות באמצעות הסכם ממון.

84. דוקטרינת השיתוף הספציפי קובעת הסדר כזה. השיתוף הספציפי שהיא קובעת, גם הוא בגדר ברירת מחדל שבני הזוג יכולים לשנות על ידי הסכם ממון. ברם, כפי שכבר ציינתי, ברירת מחדל זו איננה משקפת את ההסכמות שבני הזוג היו מגבשים ביניהם, על פי רוב, במסגרתו של משא ומתן רכושי-עסקי כן ופתוח, המשוחרר מחששות, מפחדים ומרגשות. דוקטרינת השיתוף הספציפי מעלה אפוא את עלויות העסקה של בני הזוג החפצים להסדיר ביניהם את יחסיהם הממוניים, במקום להוריד עלויות אלה. זאת מאחר שהיא מאלצת את בת הזוג בעלת הרכוש האישי לנהל עם בחיר לבה משא ומתן רכושי, המונע משיקולים אנוכיים, באווירת נישואין שאינה מתאימה למשא ומתן כזה.

סתירה בין דוקטרינת השיתוף הספציפי לבין דרישות הכתב שבחוק יחסי ממון ובסעיף 8 לחוק המקרקעין

85. בית משפט זה קבע זה מכבר כי –

> "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: רע"א 8672/00 אבו-רומי נ' אבו-רומי, בעמ' 182-183 (פסקאות 9-10 לפסק-דינה של השופטת שטרסברג-כהן); רע"א 4358/01 בר-אל נ' בר-אל, בעמ' 859-860 (פסקה 4 לפסק-דינו של הנשיא ברק)." (ראו: דברי השופטת ד' בינישׁ (כתוארה אז) בע"א 7687/04 ששון נ' ששון, פ"ד נט(5) 596, 615-616 (2005)).

86. קביעה זו הינה ברורה ומושרשת. ברם, היא מעוררת קשיים לנוכח המתח שקיים בינה לבין כמה הוראות חוק שעניינן הסכמי ממון בין בני זוג והעברת זכויות במקרקעין.

87. סעיף 1 לחוק יחסי ממון קובע כי "הסכם בין בני זוג המסדיר יחסי ממון [...] ושינויו של הסכם כזה, יהיו בכתב". דרישת הכתב שבחוק יחסי ממון הינה תנאי מהותי-

קונסטיטוטיבי לתקפותו של כל הסכם ממון בין בני זוג (ראו למשל: ע"א 419/84 טוכמינץ נ' טוכמינץ, פ"ד לט(1) 287 (1985)). ברי הוא, כי דוקטרינת השיתוף הספציפי, באשר היא מתיימרת ליצור בין בני הזוג הסכם מכללא שאינו מקיים את דרישת הכתב המהותית, מעוררת קושי. מן הראוי הוא שהלכות שיפוטיות שאנו קובעים תהיינה מותאמות לחוקי הכנסת.

88. בעניין אבו רומי נקבע כי יש טעם להקל על בן זוג הטוען לבעלות משותפת בדירת מגורים מכוח הדין הכללי בהוכחת זכויותיו. בפסיקה מאוחרת יותר, נקבע כי דירת מגורים של בני הזוג היא נכס משפחתי מובהק, לעתים הנכס המשמעותי ביותר של בני הזוג, ועל כן יש הצדקה לקבוע שיתוף ספציפי ביחס אליה (ראו למשל: בע"מ 1398/11, פסקה 15 והאסמכתאות שם). כל זה ברור ומובן, ואולי אף צודק בנסיבות כאלה או אחרות. ואולם, הלכה זו מנוגדת לדרישת הכתב המהותית אשר נקבעה בסעיף 8 לחוק המקרקעין, ביחס לכל העברה חוזית של זכות במקרקעין, לרבות זכות שיתוף, ולעתים גם לדרישת כתב מהותית אחרת אשר נקבעה בסעיף 5(א) לחוק המתנה, בנוגע להתחייבות לתת מתנה בעתיד (ראו: ע"א 11/75 ועד הישיבות בא"י נ' מיכאלי, פ"ד ל(1) 639 (1975); יהושע ויסמן דיני קניין – חלק כללי 113-114 (1993); אוריאל רייכמן "התוצאות הקנייניות של הלכת שיתוף נכסים בין בני זוג לאחר תחילת חוק המקרקעין, תשכ"ט-1969" עיוני משפט ו 289, 297 (1978); וכן מרדכי ראבילו חוק המתנה 408-409 (1996)).

89. השופטת דורנר התייחסה לבעיה זו בדונה בעניין יעקובי, במילים אלו:

> "[...] 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?" (ראו: שם, בעמ' 608).

90. בכל הכבוד הראוי, הנני סבור כי החוק אינו סובל את ה"קונסטרוקציה הפרובלמטית" שבה עסקינן. מצב דברים זה טעון אפוא תיקון.

משפט משווה

91. לדוקטרינת השיתוף הספציפי אין אח ורע בשיטות משפט מקבילות של ארצות הברית, של קנדה ושל אנגליה. עובדה זו, אף היא מציבה סימני שאלה לגבי נכונותה של דוקטרינת השיתוף הספציפי.

92. למשל, הדין של קליפורניה, הזהה במהותו לדיניהן של מדינות רבות אחרות של ארצות הברית, קובע במפורש כדלקמן:

> "[a] transmutation of real or personal property is not valid unless made in writing by an express declaration that is made, joined in, consented to, or accepted by the spouse whose interest in the property is adversely affected." Cal. Fam. Code § 852(a).

בפסק דין מנחה אשר יישם כלל ברור זה, קבע בית המשפט העליון של קליפורניה דברים ברורים עוד יותר:

> "There is no question that the legislature intended, by enacting [§ 852(a)], to invalidate all solely oral transmutations."
>
> *Estate of MacDonald*, 794 P.2d 911, 916 (Cal. 1990).

(ראו גם: Nev. Rev. Stat. § 123.130; La. Civ. Code Ann. art. 2343.1; Gabriele v. Gabriele, 421 P.3d 828 (N.M. Ct. App. 2018); Ustick v. Ustick, 657 P.2d 1083, 1091 (Idaho Ct. App. 1983); Sprenger v. Sprenger, 878 P.2d 284, 286 (Nev. 1994); Price v. Price, No. 2000–G–2320, 2002 WL 99534, at *5 (Ohio Ct. App. Jan. 25, 2002); Butler v. Butler, 2009-Ohio-5065, at ¶¶ 21–23; Derr v. Derr, 696 N.W.2d 170 (Wis. App. 2005)).

כלל זה מייצג את הגישה הרווחת בארצות הברית, שכאמור איננה מכירה בקיומו של שיתוף ספציפי מכללא.

93. גישה זו איננה שונה מזו של הדין הקנדי (ראו: CED FAMILY LAW— PROPERTY (4th ed. Oct. 2018 update); MATRIMONIAL PROPERTY LAW IN CANADA (James G. McLeod & Alfred A. Mamo eds., 2019 update); וכן Kerr v. Baranow, [2011] 1 S.C.R. 269). זאת, בכפוף לחריג סטטוטורי אשר חוקק בכמה מחוזות של קנדה, ואשר קובע חלוקה שוויונית של בית המגורים של בני הזוג ללא קשר לבעלות הפורמלית באותו בית ולמקורות הכספיים ששימשו ברכישתו (ראו: Family

Law Act s. 4 (Can. Ont.); The Family Property Act s. 22 (Can. Sask.); Family Property and Support Act s. 4 (Can. Yukon)).

94. הדין האנגלי, אף הוא קובע כי שמירה על נכסיו הפרטיים של בן הזוג כשלו בלבד היא בגדר כלל בסיסי ממנו אפשר לסטות רק על ידי התנאה חוזית מפורשת, כדוגמת הקמת נאמנות לטובת בן הזוג נטול הנכסים (ראו, למשל: White v. White [2000] UKHL 5). בתוך כך, בבתי המשפט של הממלכה המאוחדת מסתמנת מגמה לקבוע חלוקה שווה של בית המגורים של בני הזוג (ראו: Brian Sloan, *Keeping Up with the Jones Case: Establishing Constructive Trusts in 'Sole Legal Owner' Scenarios*, 25 LEGAL STUD. 226 (2015)) לצד תשלומי איזון עליהם בתי המשפט מוסמכים לצוות במקרים של פירוד במצב של חוסר שוויון קיצוני בין בני הזוג (ראו: Miller v. Miller; McFarlane v. McFarlane [2006] 2 AC 618).

התיקון של דוקטרינת השיתוף הספציפי: נוסחת השיתוף החדשה

95. מהטעמים שמניתי, הנני סבור כי עלינו להחליף את דוקטרינת השיתוף הספציפי במשטר משפטי אחר אשר קובע שיתוף הדרגתי, שבמסגרתו כל אחד מבני הזוג רוכש בכל שנת נישואין שלפני הפירוד אחוז אחד (1%) מהזכויות בנכסים האישיים של בן או בת זוגו – זאת, זולת אם בני הזוג קבעו ביניהם הסדר אחר בהסכם ממון אשר נערך ואושר בהתאם לחוק יחסי ממון. פתרון זה עדיף על כל יתר הפתרונות לבעיית חוסר האיזון הרכושי, לרבות הפתרון שהוצע, אגב הבעת ספקות לגבי נכונותו, על ידי פרופ' שרי מוטרו, שניתחה את הבעיה באופן מיטבי ומשכנע במאמרה הנזכר לעיל. המשטר החדש אשר מוצע על ידי דומה לזה שהוצע על ידי המכון למשפט אמריקני (American Law Institute, להלן: ALI), המוסד הרשמי המרכזי אשר עוסק בהאחדה ובפיתוח הדין בארצות הברית. לפי הצעת ה-ALI –

> (1) In marriages that exceed a minimum duration […] a portion of the separate property that each spouse held at the time of their marriage should be recharacterized at dissolution as marital property.
> (a) The percentage of separate property that is recharacterized as marital property under Paragraph (1) should be determined by the duration of the marriage, according to a formula. […]
>
> PRINCIPLES OF THE LAW OF FAMILY DISSOLUTION: ANALYSIS AND RECOMMENDATIONS § 4.12 (Am. Law Inst. 2002).

במאמר מוסגר, אציין, כי הצעתו האמורה של ALI הומלצה במאמר שכתבו הפרופסורים דגן והקר, שהזכרתיו לעיל.

96. המשטר המוצע על ידי כאן מושתת על הרעיון שבחלוף 50 שנות נישואין וחיים משותפים – במועד המכונה "חתונת הזהב" – בני הזוג החיים יחדיו יחלקו את כלל רכושם, לרבות הרכוש האישי של כל אחד מהם, בחלקים שווים. צבירה הדרגתית של זכויות על ידי אחד מבני הזוג בנכסיו של בן הזוג השני, שתיעשה בדרך זו, תיצור משטר רכושי מאוזן וצודק, אשר ירפא את הפגמים שדוקטרינת השיתוף הספציפי לוקה בהם וימנע את העיוותים הנוצרים בעטיים. במסגרתו של משטר חדש זה, שלא כמו תחת דוקטרינת השיתוף הספציפי הקיימת, שיתוף שווה-זכויות בנכסיהם האישיים של בני הזוג הנשואים ייווצר באופן הדרגתי ומאוזן, ולא באבחה אחת של מַעֲבָר מ-0% ל-50%. כמו כן יתקן המשטר החדש את המצב האנומלי של שנות נישואין ריקות מבחינת צבירת הזכויות כאמור – אשר פוגע באינטרס הלגיטימי של בן הזוג נטול הרכוש – וייצור ודאות בכל הנוגע לרכישת זכויות שיתוף של בת הזוג בנכסיו האישיים של בן זוגה (ולהיפך). זאת ועוד, המשטר החדש יבטל את התמריצים המעוותים להתנהלותו של כל אחד מבני הזוג ביחסיו עם בן או בת זוגו, אשר נוצרו בחסותה של דוקטרינת השיתוף הספציפי. המשטר החדש גם ייתן ביטוי אופטימלי לרצונם הטיפוסי והשכיח של בני הזוג הנישאים במצב של חוסר שוויון רכושי ויבטל את "מלכודת הקניין" של דוקטרינת השיתוף הספציפי. בתוך כך, המשטר החדש גם יאיין את הצורך בעשיית הסכם ממון ברוב המקרים של חוסר שוויון רכושי, על כל הכרוך בכך.

97. באשר לפלטפורמה משפטית – המשטר החדש יושתת על מניעת התעשרותו הבלתי צודקת של בן הזוג בעל הנכסים האישיים על חשבון בת זוגו. כפי שהוסבר על ידי, התעשרות זו באה לידי ביטוי באופן הבא: בן הזוג שבידו נכסים אישיים נפרד מבת זוגו, נטולת נכסים משל עצמה, כאשר הוא מנכס את המאמץ העודף שלה בשמירה על נכסיו האישיים במהלך החיים הזוגיים. הדוקטרינה המשפטית שנפעילה כדי למנוע ניכוס כאמור היא עשירית עושר ולא במשפט – להבדיל מחוזה מכללא. כפועל יוצא מכך, ובשל היות המשטר החדש בלתי תלוי במעשה ההקנייה או ההענקה של בעל הרכוש, לעניין של נאמנות מינית בין בני הזוג לא תהא עוד שום נפקות.

98. זאת ועוד: ניתוקו של המשטר החדש מהמסגרת המשפטית של הסכם ומדיני החוזים יסיר את המתח הקיים כעת בין דוקטרינת השיתוף הספציפי לבין דרישות הכתב שבחוק יחסי ממון ובסעיף 8 לחוק המקרקעין. ההלכה החדשה, שאותה אני מציע לקבוע חלף דוקטרינת השיתוף הספציפי, תמלא חלל משפטי שמחוקקנו השאיר בלא הסדרה. קביעתה של הלכה כאמור נופלת אפוא בדל"ת אמותיה של הסמכות השיפוטית הקבועה בסעיף 1 לחוק יסודות המשפט, התש"ם-1980.

99. במאמר מוסגר ובמענה לחברתי, השופטת ד׳ ברק-ארז, אוסיף ואציין כי אם הערותיה נכונות, ושינויה של נוסחת השיתוף הספציפי, כמוצע על ידי להלן, הוא עניין המסור למחוקק – ולא לנו – הרי שיש בכך כדי להטיל ספק ממשי לגבי עצם תקפותה של הלכת השיתוף הספציפי, שכן היא עצמה נולדה וחיה כיציר הפסיקה אשר בא להוסיף לאמור בחוק יחסי ממון, ובמידה לא מבוטלת, אף לסתור את האמור בו בסעיפים 4 ו-5. כפי שכבר ציינתי, הלכת השיתוף הספציפי יצרה משטר משפטי רווי עיוותים וכשלים – דבר שמחייב את בחינתה מחדש ואת החלפתה בנוסחת שיתוף אחרת אשר תשקף את רצונם הטיפוסי של רוב בני הזוג הנישאים במצב של אי-שוויון רכושי, כמוצע על ידי. אשוב ואדגיש את אשר כבר אמרתי: הפה שקבע הוא הפה שיכול לשנות.

100. חברתי, השופטת ברק-ארז, משתיתה את זכותו של בן זוג לשיתוף בנכסו האישי של בן הזוג האחר על חזקה משפטית אשר לשיטתה באה לעשות צדק בין בני הזוג – זאת, מבלי להיזקק לפעולת ההקנייה הרצונית של בעל הנכס. גישה זו איננה תואמת את ההלכה הפסוקה אשר משתיתה את השיתוף הספציפי מעיקרו על הקנייה רצונית מצדו של בעל הנכס, שאותה בן הזוג הטוען לשיתוף חייב להוכיח לפי מאזן ההסתברויות – נטל הוכחה שבעניינו נקבע כי בעצם קיומם של נישואין ממושכים אין די (ראו: הלכת אבו רומי, בעמ׳ 183-184; וכן בע״מ 1398/11, פסקאות 16-17). כמו כן, סבורני כי גישתה זו של חברתי נוגדת את רצון המחוקק – אשר הורה בסעיף 4 לחוק יחסי ממון כי ״אין בכריתת הנישואין או בקיומם כשלעצמם כדי לפגוע בקנינים של בני הזוג, להקנות לאחד מהם זכויות בנכסי השני או להטיל עליו אחריות לחובות השני״ – ואף את רצון הרשות המכוננת שכאמור אסרה עלינו בסעיפים 3 ו-8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו לפגוע בקניינו של אדם, אלא על פי הוראת חוק. בבואה לקבוע, מטעמי צדק, כלל משפטי אשר מעביר זכות קניין מבן זוג אחד למשנהו מבלי שבעל הקניין הסכים לכך, חברתי אף מעצימה את ״מלכודת הקניין״ שלבטח אינה עושה צדק עם מי שנופל בתוכה.

סוף דבר

101. מכל הטעמים דלעיל, הנני מציע לחבריי לבטל את דוקטרינת השיתוף הספציפי ולהעמיד במקומה הלכה חדשה: משטר השיתוף ההדרגתי המוצע על ידי, שבמסגרתו כל אחד מבני הזוג יקבל לידיו, בגין כל שנת נישואין שלפני הפירוד מבן או מבת זוגו, אחוז אחד (1%) מהזכויות בנכסים האישיים של בן או בת זוגו – זולת אם בני הזוג קבעו ביניהם הסדר אחר בהסכם ממון אשר נערך ואושר בהתאם לחוק יחסי ממון. ביחס לשנת

הנישואין האחרונה, שהיא גם שנת הפירוד, אחוז הצבירה ייקבע באופן יחסי לפי מספר הימים שלפני הפירוד (n), דהיינו, לפי הנוסחה הבאה: $\frac{n}{365} \times 1\%$.

כמו כן הנני מציע שהסדר כאמור יחול רק על בני זוג שיינשאו ביום 1.1.2022 או אחריו. על בני זוג שנישאו לפני 1.1.2022 ימשיך לחול ההסדר הישן של דוקטרינת השיתוף הספציפי אשר נקבע בהלכת אבו רומי ובפסקי הדין שבאו בעקבותיה.

102. באשר למקרה הספציפי שהוכרע בהליך הקודם, סבורני כי טוב נעשה אם נשאיר את ההכרעה אשר ניתנה על ידינו בבג"ץ 4602/13 על כנה, ללא צו להוצאות.

ש ו פ ט

המשנה לנשיאה (בדימ') ח' מלצר:

1. הנני מצטרף בהסכמה לחוות דעתה המנומקת של חברתי הנשיאה, א' חיות, לתוצאה שאליה הגיעה ולדרך הילוכה, וארשה לעצמי להוסיף רק מספר הבהרות והערות.

2. "הלכת השיתוף הספציפי" מגבילה ביחס להתגבשות של זכות מעין-קניינית בנכס שאיננה כרוכה בהכרח בהתנאה מפורשת להעברת הקניין בין הצדדים (ככל שהוכח לגביו "דבר מה נוסף", המעיד על כוונת שיתוף) – ראו: ע"א 8672/00 אבו-רומי נ' אבו-רומי, פ"ד נ"ו (6), 175 (2002), ועיינו: ניסים שלם, יחסי ממון ורכוש – הדין והפסיקה, כרך א', עמ' 185-223 (מהדורה שניה – תשע"ט-2019; להלן: שלם).
זכות מעין-קניינית זו איננה, לרוב, בבחינת זכות על תנאי, ולכן לא ניתן לשלול אותה בדיעבד לאחר התגבשותה – בעילה של חוסר נאמנות מינית של בן הזוג. קריאה של תנאי כזה אל תוך תהליך התגבשות הזכות מנוגדת לכאורה להוראות הדין האזרחי הנוהג עמנו (ראו: חנוך דגן ודפנה הקר "הלכת השיתוף הספציפי – לקראת המערכה הרביעית בבג"ץ 4602/13" מחקרי משפט לב 519 (2019)).
הנה כי כן אלמלא נכרכו כאן עניני הרכוש לתביעת הגירושין והיו נידונים בבית המשפט לענייני משפחה – דומה שעל בסיס העובדות, שנתמכו בראיות שהוצגו, האישה היתה זוכה שם, קרוב לוודאי, בפסק דין המאשר את זכותה במחצית הבית, זאת בהתבסס על ההלכות שנפסקו ב-בג"צ 1000/92 בבלי נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד מ"ח (2), 221 (1994) וב-בע"מ 1398/11 פלונית נ' פלוני (21.08.2013). התעלמות **למעשה** מהלכות אלו, האמורות לחול גם על בתי הדין הרבניים, יש בה לכאורה משום חריגה מסמכות, המצדיקה התערבות בג"ץ (ראו והשוו: בג"ץ 5416/09 פלונית נ' פלוני (10.02.2010) ועיינו: שלם, בעמ' 222-223).

3. ברצוני למנות כמה טעמים נוספים הניצבים בבסיס גישת המשפט האזרחי הנ"ל. כפי שציין חברי, השופט י' עמית, בפיסקה 13 לחוות דעתו ב-בג"ץ 4602/13 פלונית נ' בית הדין הרבני האזורי בחיפה (18.11.2018, נושא הדיון הנוסף שבפנינו) – המגמה בדין האזרחי היא לנתק את העיסוק בהתנהגות המינית של הצדדים מהסכסוך הרכושי (עיינו: ע"א 264/77 דרור נ' דרור, פ"ד ל"ב (1) 829 (1978)), בין היתר כדי למנוע בהקשר זה עיסוק פולשני שעלול לפגוע בפרטיותם של בני הזוג. לנימוק חשוב זה, יש להוסיף גם את התפיסה העדכנית של מוסד הנישואים, הגורסת כי לכל צד נתונה הבחירה לסיים את קשר הנישואין, מה שמבטא את האוטונומיה של הפרט ומייתר את הצורך בזיהוי האשם בפירוק ההתקשרות, ולו בהיבט הרכושי.

עוד יצוין כי במערכת המורכבת והייחודית של יחסים זוגיים, ממילא ישנו קושי ממשי לזהות גורם אחד, אשר אחראי לסיום הקשר, שכן מדובר ביחסי גומלין עדינים, רגישים וטעונים, שבהם, מטבע הדברים, התנהגויות שונות כרוכות יחדיו ומשפיעות זו על זו – מה שיוצר סבך פתלתל, שאל לו לבית המשפט לחוקרו במישור הממוני ולנסות לשנותו רכושית בדיעבד (להרחבה עיינו: שחר ליפשיץ "שיפוט מוסרי של התנהגות מינית בנישואים: אוטונומיה ו'משילות' בעקבות בג"ץ 4602/13" עיוני משפט מג 5, 70-75 (2020)).

דין מיוחד ושונה עשוי לחול מכוח סעיף 8 לחוק יחסי ממון בין בני זוג, תשל"ג-1973 בעת שבני זוג מתגרשים לאחר שבמהלך חיי הנישואים נקט אחד מהם אלימות קשה וחמורה כלפי משנהו (עיינו: בע"מ 7272/10 פלונית נ' פלוני (07.01.2014)).

4. נוכח כל המקובץ, אף אני סבור כאמור כי דין העתירה להתקבל, כמוצע ע"י חברתי הנשיאה.

המשנה לנשיאה (בדימ')

השופטת ד' ברק-ארז:

1. האם חוסר נאמנות מינית הוא שיקול שאמור להשליך על אופן חלוקת הנכסים בין בני הזוג בעת פירוד בכלל, ועל חלוקת הזכויות בדירת המגורים המשפחתית בפרט? מנקודת מבטי, זוהי השאלה העיקרית שנדרשה להכרעתנו במסגרת הדיון הנוסף. זאת, מבלי לגרוע מכך שהמענה לשאלה כרוך בהכרח בסוגיות נוספות הנוגעות לחלוקת הרכוש המשפחתי, ובעיקר לחלוקת הזכויות בדירת המגורים המשפחתית. אקדים ואומר כי אני מסכימה לפסק דינה של חברתי הנשיאה א' חיות, אך מבקשת להוסיף עליו מספר דגשים והטעמות הנוגעים למוקד המחלוקת מנקודת מבטי.

2. ראוי לפתוח בכך שבני הזוג אשר עניינם נדון בפנינו היו נשואים זה לזו למעלה משלושים שנים. במשך תקופה של יותר מעשרים שנים הם התגוררו בבית שהוקם על מגרש שקיבל הבעל בירושה, אך נבנה במהלך הנישואין בעת שבני הזוג חיו בהרמוניה, ביססו את חייהם המשותפים וגידלו את ילדיהם. חרף זאת, פסק דינו של בית הדין הרבני הגדול קבע כי כעת, לאחר שהתגרשו, אין לאשה כל זכויות בבית המגורים המשפחתי, תוך התייחסות לטענות בדבר חוסר נאמנות מינית לכאורה מצדה בתקופה של שלהי הנישואין. הייתכן?

3. לכאורה, ניתן היה לומר כי לא "כצעקתה", מאחר שבפנינו מחלוקת יישומית בלבד. אולם, לשיטתי, כפי שסבר חברי השופט י' עמית, בדעת המיעוט שלו בפסק הדין שעליו נסב הדיון הנוסף (להלן: פסק הדין הקודם), וכפי שסבורה אף חברתי הנשיאה, לא אלה הם פני הדברים. הקושי העולה מפסק דינו של בית הדין הרבני הגדול אינו נוגע לפן היישומי-קונקרטי של הדין הנוהג בנסיבותיו העובדתיות של מקרה פרטני, כי אם להגדרת הנורמות המשפטיות החלות על חלוקת הרכוש בין בני זוג בישראל. אינני סבורה כי מקורה של המחלוקת במקרה זה הוא עובדתי. לא מיותר להזכיר בהקשר זה כי בית הדין הרבני הגדול הפך את פסק דינו של בית הדין הרבני האזורי, שהגיע למסקנה שונה על סמך אותן קביעות עובדתיות. אם כן, לא מחלוקת עובדתית גרידא עומדת ביסוד ההכרעות השונות במקרה זה.

4. עוד הערה שחשוב להקדים היא שהביקורת על פסיקתו של בית הדין הרבני הגדול במקרה זה נופלת לגדריה של המסגרת שהותוותה להתערבות בפסיקתם של בתי הדין הדתיים. אכן, בתי הדין הרבניים, בדומה לבתי הדין הדתיים האחרים במדינת ישראל, נהנים מאוטונומיה שיפוטית רחבה. אולם, אוטונומיה זו מוגבלת בהיבטים מסוימים, ואחד מהם הוא החובה לנהוג בתחום הרכושי בהתאם לעקרונות הבסיסיים של דיני הקניין והחוזים של המשפט הישראלי. כך נפסק בבג"ץ 1000/92 בבלי נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד מח(2) 221 (1994) לפני שנים רבות, וכך יש לנהוג גם בענייננו. לעמדתי, במקרה שבפנינו נעשתה חריגה של ממש מן העקרונות האמורים, ועל כן דומה שזהו אחד מאותם הקשרים שבהם אין באוטונומיה של בתי הדין הדתיים כדי להכריע את הכף. לא למותר לציין, כי מלכתחילה האוטונומיה הרחבה של בתי הדין הדתיים נעוצה גם בתפיסה בדבר מומחיותם המובהקת בדין הדתי. אין ספק שנקודת האיזון היא שונה כאשר בתי הדין הדתיים מיישמים את הדין הכללי, אשר ביחס אליו בית המשפט העליון הוא הפרשן המוסמך.

5. כאמור, אבקש להתמקד בסוגיה שבעיני היא העיקר, ולמיטב הבנתי עמדה ביסוד ההחלטה לקיים דיון נוסף בפסק הדין הקודם: שאלת ההתחשבות בשיקולים שעניינם חוסר נאמנות מינית לצורך הכרעות הנוגעות לרכוש המשפחתי. בהקשר לכך אבקש

להתייחס לשני עקרונות משלימים. ראשית, אני סבורה כי אין מקום להתחשבות בשיקולים שעניינם חוסר נאמנות מינית כבסיס לשלילת שיתוף בנכסים בין בני זוג. זאת, על בסיס עמדה עקרונית השוללת ככלל התחשבות בשיקולי אשם בחלוקת הרכוש המשפחתי. שנית, אני סבורה כי אין לסטות ממסקנה זו על בסיס עמדה של כוונה מיוחסת לצדדים.

6. לצד זאת, ולאחר שחלק מחבריי להרכב פרסו יריעה רחבה הנוגעת לדינים החלים על שיתוף ספציפי בדירת מגורים אדרש בקצרה אף לכך. בעיקרו של דבר, אדגיש בהקשר זה כי שיתוף כאמור אינו אמור להיות מבוסס רק על חישובים הנוגעים לתרומה כספית-כלכלית לתא המשפחתי.

חוסר נאמנות מינית ושיקולי אשם בחלוקת רכוש

7. כפי שהראתה חברתי הנשיאה, בית הדין הרבני הגדול אכן התבסס בפסיקתו על שיקולי אשם הנוגעים לסוגיית הנאמנות המינית. פסיקה זו אינה מתיישבת עם העמדה המשפטית הערכית והעקרונית שהתקבלה בשיטתנו, באשר לכך שביסודם של דברים המשטר הרכושי בדיני המשפחה שלנו אינו מבוסס – ככלל – על אשם (ראו: בע"מ 7272/10 פלונית נ' פלוני, פסקה 24 לפסק דיני (7.1.2014) (להלן: בע"מ 7272/10). לסקירה נוספת של המצב המשפטי בתחום זה, ראו: ליאור משאלי-שלומאי שיפוט מוסרי של התנהגויות בדיני הגירושין והפיטורין 107-130 (חיבור לשם קבלת תואר "דוקטור לפילוסופיה", אוניברסיטת בר-אילן 2014)). זאת, בהתאם למגמה הכללית של מערכות משפט במדינות מערביות וליברליות, שאימצו משטר כללי של No-Fault Divorce, דהיינו גירושין ללא אשם (ראו: שחר ליפשיץ "ברצוני להתגרש ומייד! על ההסדרה האזרחית של הגירושים" עיוני משפט כח 671, 680-688 (2005)). הטעמים התומכים בכך הם רבים, כמפורט להלן.

8. משטר של אשם יוצר תמריץ להעמקת הסכסוך ולליבויו במסגרת הליך הגירושין. כידוע, המגמה במשפטנו היא לצמצם את עצימות הסכסוך המשפחתי העומד ברקע הליך הגירושין, מתוך הכרה בהשפעות הקשות הכרוכות בכך הן על הצדדים והן על ילדיהם. מגמה זו עומדת ברקע לתיקוני חקיקה שמטרתם לקדם מנגנוני יישוב סכסוכים בהסכמה בדיני משפחה (ראו: חוק להסדר התדיינויות בסכסוכי משפחה (הוראת שעה), התשע"ה-2014, ודברי ההסבר לחוק זה – הצעת חוק להסדר התדיינות בסכסוכי משפחה, התשע"ד-2014, ה"ח 908. ראו גם: הילה מלר-שלו "המרחב ה'משפטיפולי': מופעי המפגש בין ה'משפטי' ל'טיפולי' בעבודת יחידות הסיוע ובתי המשפט לענייני משפחה" המשפט כג 87 (2017)).

9. משטר של אשם אף עלול לגרור את בית המשפט לבירור שאלות מורכבות מעולם הרגש ומדעי ההתנהגות שאינן מתאימות להכרעה שיפוטית. הוא גם מחייב להידרש לשאלה הערכית מהו בכלל אשם ביחסים זוגיים. למעשה, אם באשם עסקינן, הרי שאין מקום לבודד את ההתייחסות לשאלות של "בגידה" ונאמנות במישור המיני. התנהגות הפוגמת במערכת היחסים הזוגית יכולה לבוא לידי ביטוי גם במישורים אחרים, כדוגמת אכזריות רגשית והשפלה. התייחסות לחוסר נאמנות מינית בנפרד משלל התנהגויות פוגעניות וקשות אחרות אינה נכונה. כלל שבגדרו המסגרת המשפטית תשמש אכסניה אך לטענות שעניינן חוסר נאמנות מינית אך תסגור את הדלת בפני איומים חמורים אחרים על המערכת הזוגית איננו הגיוני. לעומת זאת, פתיחת הדלת כך שההתדיינות בין הצדדים תקיף את כלל ההתנהגויות האמורות אינה רצויה, אינה אפשרית ואף עלולה להפוך את בתי המשפט לזירת "התחשבנויות" כללית בין בני הזוג. הרצון להימנע מכך עמד אם כן ברקע המגמה הכללית הרווחת במדינות אחרות בעולם למעבר למשטר של גירושין ללא אשם (ראו: רות הלפרין-קדרי "שיקולי מוסר בדיני משפחה וקריאה פמיניסטית של פסיקת המשפחה בישראל" עיונים במשפט, מגדר ופמיניזם 651, 673-674 (דפנה ברק-ארז ואחרות עורכות, 2007)). אוסיף ואציין כי עמדתי על שיקולים אלה אף במקרה שבו נדונה ההשלכה של ניסיון רצח על חלוקת הרכוש המשפחתי (שבו סברתי כי בן הזוג שהורשע במעשה לא יוכל לחלוק בזכויות הפנסיה של אשתו, מאחר שבנסיבות אותו מקרה משמעות הדברים הייתה הנאה מפרי המעשה הפסול עצמו. ראו והשוו: בע"מ 7272/10).

10. התחשבות בהתנהגות מוסרית פסולה לכאורה, בנסיבות שבהן זו התרחשה בשלב מאוחר של המערכת הזוגית, עלולה גם להוביל לפגיעה אנושה בביטחון הסוציאלי של בן הזוג הנוגע בדבר. התנהלותם של בני הזוג במישור החיים הכלכליים מושפעת גם מן המערכת הזוגית. במקרים רבים, אחד מבני הזוג – במציאות דהיום במקרים רבים יותר מדובר בבת הזוג, אך השיקול הוא בעל אופי עקרוני – אינו פועל כשחקן כלכלי מלא בזירה הכלכלית שמחוץ למסגרת הביתית, תוך הסתמכות על השיתוף בינו לבין בן זוגו. התחשבות בבגידה או בפגיעה קשה אחרת בבן הזוג בשלב מאוחר של המערכת הזוגית עלולה לטרוף הסתמכות כלכלית של חיים שלמים. זוהי תוצאה קשה שאין לה מקבילה בהקשרים משפטיים אחרים.

11. לצדם של שיקולים עקרוניים נודעת חשיבות גם לשיקול המעשי שעניינו הרמוניה משפטית. בית משפט זה כבר פסק כי חוסר נאמנות מינית במערכת היחסים הזוגית אינו מצדיק את דחייתה של הלכת השיתוף בין בני זוג (ראו: ע"א 264/77 דרור נ' דרור, פ"ד לב(1) 829 (1978); ע"א 384/88 זיסרמן נ' זיסרמן, פ"ד מג(3) 205 (1989)). כן נפסק כי זו אינה "נסיבה מיוחדת" המצדיקה חריגה מאיזון המשאבים השוויוני לפי חוק יחסי ממון בין בני זוג, התשל"ג-1973 (ראו: בג"ץ 8928/06). פתיחת

הדלת להתחשבות בשיקולים מסוג זה דווקא בהקשרה של הדוקטרינה שעניינה שיתוף ספציפי היא אפוא בבחינת נטע זר במערך הכללי של הדינים החלים על היחסים הכלכליים בין בני הזוג.

12. בדיני המשפחה בישראל מצטרפות לכל אלה גם התולדות של החלת הדין האישי של בני הזוג על תחום הנישואין והגירושין. המשמעות המעשית של הדברים היא, על-פי רוב, דיון בענייני גירושין על-פי הדין הדתי של העדה שאליה משתייכים בני הזוג. כאשר עסקינן בבני זוג שהם יהודים, כבענייננו, הדין הרלוונטי הוא כזה שמייחס משקל רב לשאלה של אי-נאמנות מצד בת הזוג. בגידה שנעשית בידי אשה היא עילת גירושין בדין הדתי היהודי. בגידתו של גבר אינה בעלת אותו משקל לצורך גירושין, הגם שאינה חסרת כל משמעות. כך, התוצאה היא שבהליכי גירושין ששותפים להם בני זוג יהודים קיים תמריץ לעיסוק יתר בטענות שעניינן חוסר נאמנות מינית של בת הזוג. אכן, תחולתם של הדינים הדתיים בתחום הנישואין והגירושין היא גזירתו של המחוקק. אולם, אין מקום להשלים עם "זליגה" של מצב לא שוויוני זה מן התחום של דיני איסור והיתר, כמצוות המחוקק, אל תחומים נוספים, מעבר למה שמתחייב מן החקיקה עצמה. זוהי תוצאה שאינה רצויה כלל ועיקר. לא מיותר לציין כי במקרה דנן כל אחד מבני הזוג העלה טענות שעניינן חוסר נאמנות מינית של משנהו. אולם, בפועל, עניין זה קיבל בולטות ואף משמעות מעשית בכל הנוגע להכרעה בזכויות הרכושיות של בת הזוג.

13. חברי השופט שטיין, כפי שהוא מדגיש בחוות דעתו הנוכחית, סבור כי המקום שניתן להתחשבות בשיקולים של חוסר נאמנות מינית אינו כרוך בהטיה מגדרית, מאחר שהכלל שנקבע בעניין זה הוא ניטראלי. עוד הוא מסביר, כי ככל שקיימים נתונים המצביעים על שיעורים גבוהים יותר של חוסר נאמנות מינית של גברים לבנות זוגם קיימת אפשרות שאף היפוכם של דברים הוא הנכון מבחינת השלכותיו של הכלל על חיי המעשה. אינני סבורה שיש בנתונים אלה כדי להעלות או להוריד. די לי בכך שהמשמעות המשפטית של חוסר נאמנות מינית של אשה או גבר בעולמו של הדין הדתי היא שונה. יש בכך כדי להשפיע על התמריץ לקיים דיון בעניין זה ולהוכיחו דווקא ביחס לאשה. על כך אוסיף, למעלה מן הצורך, כי אף היבטים עובדתיים נוספים שנזכרו בפסק דינו של חברי אינם כאלה שניתן לסמוך עליהם טיעונים. כך למשל, חברי מניח כי גברים ונשים כאחד מגיעים בממוצע עם אותה מסת נכסים לחיי הנישואין, מאחר שלכאורה אין הבדל בין מספרם של הגברים והנשים היורשים נכס או מקבלים נכס במתנה מהוריהם. אולם, בהינתן הבדלים בנורמות חברתיות בין קבוצות שונות באוכלוסיה, כמו גם ברמות ההשתכרות של גברים ונשים, הנחה זו תלויה על בלימה. כך או כך, לא אלה הן המחלוקות שמהן נגזר השוני במסקנותינו.

14. בשלב זה אבקש גם להתייחס, בקצרה, לשאלה של חוסר נאמנות מינית "ממושכת", שאליה נדרש בקצרה חברי השופט עמית בפסק הדין הקודם. אף חברתי הנשיאה התייחסה לאפשרות של נסיבות "חריגות וקיצוניות אשר יש בהן כדי לפגום בהתגבשות ההסכמה מלכתחילה" (בפסקה 50 לחוות דעתה). לעומתם, חברי השופט שטיין סבור כי אי-נאמנות מינית אינה חייבת להיות ממושכת על מנת להשפיע על סוגית השיתוף בנכסים, כך שדי אף בחוסר נאמנות חד-פעמית, כדי להוביל למסקנה כי שיתוף ספציפי לא התגבש. כשלעצמי, אני סבורה כי שאלת משך ה"בגידה" אינה נתון מכריע בשאלה האם יש להביאה בחשבון לצורך הכרעה בשאלת השיתוף הספציפי. כאמור, העמדה לפיה אין מקום להתחשב בשיקולים של נאמנות מינית בהקשר זה מבוססת על התפיסה הרחבה יותר השוללת התחשבות בשיקולי אשם במסגרת הדיון בסוגית השיתוף. זאת, מהטעמים שעליהם עמדתי לעיל. הכרה עקרונית בכך ש"בגידה ממושכת" יכולה להוביל לשלילתו של שיתוף ספציפי בנכס – משמעותה כי יש מקום להכיר בשלילה זו גם במקרים אחרים שבהם תעלה טענה על מעילה באמון של אחד מבני הזוג. מה הדין, למשל, במקרה שבו בת הזוג תטען כי בן זוגה הסתיר ממנה במשך שנים ארוכות דבר מה שחותר תחת השותפות הרגשית ביניהם, כדוגמת השתייכות לכת, חברות נפש עם אדם שנוא, או כל דבר אחר שבת הזוג רואה בו מעילה משמעותית – ואף ממושכת – באמון? האם במקרה כזה, חרף העובדה שבני הזוג חיים יחד במשך שנים ארוכות, מגדלים את ילדיהם בבית המשפחה וחולקים משק בית המתוחזק במאמץ משותף – יש באותה מעילה באמון, פסולה מוסרית ככל שתהיה, כדי לשלול את המאמץ המשותף שלהם ביחס לבית המגורים? אני סבורה כי התשובה לכך היא שלילית.

15. אוסיף עוד, כי פתיחת הדלת לדיון בשאלה האם "בגידה" היא "ממושכת" במידה שעשויה לחתור תחת השיתוף הספציפי תוביל את בית המשפט, שוב, לבחינה מורכבת של יחסי הצדדים במישורים שאין בינם לבין המשפט דבר. מה באשר למערכת יחסים בת 30 שנים, שבמהלכה – נניח, לאחר 15 שנות נישואין – ניהל אחד הצדדים מערכת יחסים אחרת למשך כ-5 שנים? האם זו נחשבת בגידה "ממושכת" או לא? האם יש משמעות לשאלה האם בן הזוג האחר, בעל הנכסים, ניהל אף הוא מערכת יחסים מחוץ לנישואין? ומה אם חטא בהתעללות רגשית "בלבד"? איני סבורה שיש מקום להידרש לכל אלה לצורך הכרעה בשאלת השיתוף הספציפי. עיקרון זה מכוון לבחינת היבטי השיתוף בבית המגורים המשפחתי במהלך חיי הנישואין (כפי שפירטה חברתי הנשיאה בפסקה 32 לחוות דעתה). איני סבורה כי ראוי שהדיון השיפוטי יגלוש לבחינת טיבה של מערכת היחסים בין הצדדים מעבר לכך. חברתי הנשיאה הזכירה את דוגמת הקיצון של מי שחי "חיים כפולים" (פסקה 50 לחוות דעתה). ראוי לציין כי לא זה היה המקרה שבפנינו, וברור שאין מדובר במקרה הטיפוסי של "בגידה" שמגיע לדיון. מכל מקום, מנקודת מבטי הקושי הכרוך ב"חיים כפולים" נוגע להשלכותיהם היסודיות על השיתוף הכלכלי בין בני הזוג והמאמץ המשותף שלהם. אין זו דוגמה ל"בגידה ממושכת", שבה המוקד הוא

בסוגיית הנאמנות המינית. כשלעצמי, הייתי משאירה דוגמה זו לעת מצוא, ככל שתתעורר.

אוטונומיה, ברירות מחדל ותנאים מפסיקים

16. בשלב זה אני מבקשת להידרש להיבט נוסף שהודגש על-ידי חברי השופט שטיין – האפשרות שהתחשבות ביסוד של חוסר נאמנות מינית מבטאת בחירה או הסכמה חופשית של בני הזוג, שאותן יש לכבד.

17. בראש ובראשונה, אני חולקת על ההנחות הנורמטיביות המנחות את גישתו של חברי השופט שטיין בבחינת כוונותיהם של הצדדים. חברי מצייר תמונה של בני זוג "המסכימים" על שיטת השיתוף, הסכמה המשקפת את הבחירה האינדיווידואלית המיוחדת להם, והכול על רקע תנאים של בחירה ושיקול דעת. אמנם ישנם זוגות המעגנים באופן מפורש את הסכמותיהם בכל הנוגע לנכסיהם, אולם, אינני סבורה שתמונה אוטופית זו משקפת את מצב הדברים לאשורו במקרה הטיפוסי המגיע אל ספם של בתי המשפט. במקרים רבים, בני הזוג אינם "בוחרים" בחירה מודעת ועצמאית בשיטת שיתוף זו או אחרת. הם פועלים בגדרן של הסכמות חברתיות ומציאות כלכלית מסוימת, ולא אחת הדברים אינם מגיעים לכלל דיבור מפורש. מרביתם אינם משערים בשעותיהם המאושרות מה יקרה אם אלה יאפילו (ראו למשל: בע"מ 8206/14 פלונית נ' פלוני (14.4.2015), שם ניהל האיש מערכות יחסים עם נשים אחרות, והצדדים היו חלוקים על שאלת ההסכמה למצב דברים זה. ראו שם, בפסקה ט"ו). ההנחה לפיה בני הזוג מנהלים ביניהם דין ודברים פתוח מודע וחופשי המוקדש לבחירת המשטר הרכושי שיחול עליהם, כאוות נפשם – שלא במסגרת הסכם ממון קונקרטי – אינה תואמת את תנאי המקום והזמן. וכך גם בענייננו. אין כל אינדיקציה להנחה כי המשטר הרכושי המועדף על בני הזוג היה כזה ששולל זכויות בשל חוסר נאמנות מינית, ולמעשה, אף הצדדים עצמם לא טענו לכך.

18. כפועל יוצא מכך, יש מקום לפקפק בכך שהבחירה במשטר הסכמי שבו אי-נאמנות מינית מפקיעה שיתוף רכושי, ולא כל שכן שיתוף רכושי בדירת המגורים המשפחתית, היא בחירה שסביר לייחס לבני זוג, בבחינת "תנאי מכללא", ללא הוכחה ב"רחל בתך הקטנה". הסדר מסוג זה הוא הסדר לא-שוויוני כלפי הצד שחלקו במאמץ המשותף לא נגע לפן הכלכלי, אלא ל"מאחורי הקלעים" של קיום היחידה המשפחתית. הוא מציב יעד לא סביר של החזרת המצב לקדמותו. אולם, לאחר שנות נישואין ארוכות, המצב אף פעם לא חוזר לנקודת ההתחלה. חוזה המורה על החזרת הרכוש לבן הזוג שהיה בעליו בראשית הדרך, אינו יכול לשוב באופן אמתי לנקודה שבה הכול התחיל. הוא מתעלם מחלוף השנים, מן העובדה שבן הזוג האחר, החלש יותר מבחינה כלכלית, לא יוכל לקבל חזרה את השקעתו בחיים המשותפים, השקעה שלא קיבלה ביטוי מוחשי

כלכלי או קנייני, אלא התבטאה בקיום המשפחה ובגידול חינוך הילדים, פעמים רבות אף על חשבון פיתוחה של קריירה עצמאית. הוא אף לא יוכל לקבל בחזרה את שנות החיים בנישואין בחזרה, גם אם היו אלה שנים קשות ואומללות. בהעדר הסכמה מפורשת, וכאשר בית המשפט נדרש לחוזה ההיפותטי בין הצדדים, אין כל בסיס להניח ששני הצדדים היו מעוניינים בהחזרה חד-צדדית של המצב לקדמותו.

19. הנחה נוספת שעומדת בבסיס חוות דעתו של חברי השופט שטיין, ושעליה אני חלוקה באופן יסודי, היא זו שהשיתוף הספציפי מבוסס על מערכת יחסים חוזית של חוזה מתנה (כעולה מפסקאות 16-18 לחוות דעתו). למעשה, גישה זו של חברי אף עולה בקנה אחד עם ההתייחסות החוזרת ונשנית בפסק דינו של בית הדין הרבני הגדול ליחסים שבין בני הזוג כאל "עסקת מתנה". לשיטתי, גישה זו חותרת תחת דיני השיתוף הספציפי. דוקטרינת השיתוף הספציפי מבוססת על הרעיון של שיתוף ורעות בחיי הזוג, ומאמץ משותף, להבדיל מתפיסה של הענקת מתנה, בבחינת מעשה חסד של בן הזוג שלו הכוח הרכושי העדיף. איני סבורה שמדובר בפריבילגיה המוענקת על-ידי אחד מבני הזוג לחברו, שאותה הוא יכול לשלול במחי יד, על בסיס טענה בדבר הפרתו של תנאי מכללא (שיכול, כאמור, להיות למעשה מכוון לכל פעולה שיש בה, לטענת בן הזוג בעל הרכוש, ביטוי לחוסר אמון בין הצדדים).

20. אכן, בעבר התעוררו שאלות באשר לאופייה המדויק של דוקטרינת השיתוף הספציפי, בספקטרום שנע בין דוקטרינה המבוססת על רכישה קניינית, בקצה האחד, לבין כזו המבוססת בעיקרה על הסכמה חוזית של בני הזוג, בקצה השני. בפסיקתו של בית משפט זה שעליה התבססה הדוקטרינה נזכרו, אלה לצד אלה, עקרונות משני התחומים גם יחד (ראו למשל: רע"א 8672/00 אבו רומי נ' אבו רומי, פ"ד נו(6) 175, 183 (2002). כן ראו: ע"א 7750/10 בן גיאת נ' הכשרת היישוב ביטוח בע"מ (11.8.2011) (להלן: עניין בן גיאת)). כשלעצמי, אני נוטה לראות את השיתוף הספציפי כקרוב יותר לקצה הקנייני של הספקטרום. עם זאת, די לי בקביעה כי אפילו תתקבל התפיסה החוזית ביחס אליו, אין מדובר בחוזה מסוג מתנה.

21. ככל שפנינו לדיני החוזים, חשוב להזכיר כי אלה מסתייגים מתרופות בעלות אופי עונשי. כך למשל, פיצויים מוסכמים יופחתו אם נקבעו ללא כל יחס סביר לנזק הצפוי (סעיף 15 לחוק החוזים (תרופות בגין הפרת חוזה), התשל"א-1970). אין אפוא מקום להכנסת יסוד עונשי מובהק לתוך המערכת ההסכמית. זאת ועוד: התפיסה החוזית המשקפת בקירוב הנכון ביותר מערכת יחסים זוגית המשתרעת על פני שנים היא זו של "חוזה יחס". בהתאם לתפיסה זו, ההסדרה של מערכת היחסים בין הצדדים משקפת עליות ומורדות, הסכמות משתנות והתחשבות במשמעות שיש לייחס להתמשכותה של מערכת היחסים בתנאים של נסיבות משתנות. על רקע זה, נקבע בפסיקתנו כי חוזה יחס

אינו מותאם למצב משברי (ראו: רע"א 1185/97 יורשי ומנהלי עיזבון המנוחה מילגרום הינדה ז"ל נ' מרכז משען, פ"ד נב(4) 145, 160 (1998)). באותו האופן, גם לא סביר לייחס לצדדים דבקות בעמדה של שלילת שיתוף על רקע פגיעה בנאמנות המינית בשלב מסוים של חיי הנישואין, בהתחשב בעליות ובמורדות שיודעת מערכת היחסים שבמהלכה – ובשלבים מוקדמים יותר שלה – התגבש השיתוף.

22. למעלה מן הצורך אוסיף, כי אפילו הייתי מצמצמת את מבטי לדינים החלים על חוזה עם תנאי מפסיק, שלשיטתי אינם מתאימים לענייננו, דומה שלא ניתן להתעלם מהוראתו המפורשת של סעיף 29 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, המורה כך:

> "היה חוזה מותנה והתנאי לא נתקיים תוך התקופה שנקבעה לכך, ובאין תקופה כזאת - תוך זמן סביר מכריתת החוזה, הרי אם היה זה תנאי מתלה - מתבטל החוזה, ואם תנאי מפסיק - מתבטלת ההתנאה".

אם כן, כאשר בפנינו תנאי מפסיק הרי שלאחר שחלף "זמן סביר מכריתת החוזה", ואם לא התקיים התנאי המפסיק, מתבטלת ההתנאה. בנסיבות העניין, חלפו שנות דור מאז החל תהליך השיתוף בין בני הזוג. ככל ששיתוף זה היה מותנה בתנאי מפסיק כזה או אחר, הרי שמכל מקום תנאי זה התבטל, משחלף זמן סביר מאז כריתתו של החוזה. תוצאה זו מתחייבת לפי דיני החוזים, ולמעשה היא אף מתיישבת עם שיקולים של הגינות וניסיון החיים הגורסים כי שיבוש מאוחר במערכת היחסים אינו אמור "לטרוף" שנות חיים שלמות אחורנית.

שיתוף ספציפי ברכוש ותרומה שאינה כלכלית

23. כאמור, משחלק מחבריי התייחסו בהרחבה לדין החל על שיתוף ספציפי בדירת מגורים, אבקש להתייחס בקצרה גם לכך. אני סבורה שעיון בפסק דינו של בית הדין הרבני הגדול מעלה כי ביסוד הדברים הייתה מונחת אף תפיסה משפטית שאינה משקפת את הדין הקיים ביחס לכללים שפותחו בפסיקתו של בית משפט זה בנוגע לשיתוף הספציפי.

24. בהתייחסו לדרישה של "דבר מה נוסף" ציין בית הדין הרבני הגדול בין היתר כי המבקשת לא עבדה בשנים שבהן נבנה הבית (על הנכס הבסיסי, המגרש, שהיה בבעלות המשיב). אבקש להטעים כי ההתייחסות לכך "מוחקת" את המשמעות של תרומת בן הזוג שאינו עובד למאמץ המשותף של התא המשפחתי, וזאת בהתאם לדיני השיתוף שהתגבשו עוד בראשית פסיקתו של בית משפט זה. כבר באחד מפסקי הדין המעצבים של הלכת השיתוף, ע"א 300/64 ברגר נ' מנהל מס עזבון, פ"ד יט(2) 240 (1965), כתב השופט צ' ברנזון כך:

> "המאמץ המשותף הנדרש הוא לאו דוקא השתתפות כספית של כל אחד מבני הזוג הבאה מהכנסות או מרווחים שלו. אף במקרה שאשה אינה עובדת מחוץ למשק ביתה ואין לה הכנסה מנכסים שלה, אלא שהיא מנהלת את משק הבית ותורמת את חלקה לקיום המשפחה, לרבות חינוך ילדי הזוג, אפשר לראות בכך מאמץ מצדה לא פחות ממאמצו של הבעל המשתכר בחוץ מעבודה או מניהול עסק. הכנסות הבעל במקרה כזה מתאפשרות במידה רבה על-ידי עבודת האשה בבית וניתן לראות בהכנסות אלו פרי מאמץ משותף של בני הזוג" (שם, בעמ' 246).

דברים אלה – לא נס לחם, והם יפים גם לדיון בשיתוף ספציפי (ראו: חנוך דגן קניין על פרשת דרכים 436-456 (2005)). אכן, נקבע בפסיקה כי נדרשת הוכחה של "דבר מה נוסף" המעיד על כוונת השיתוף בנכס הספציפי (בע"מ 1398/11 אלמונית נ' אלמוני (26.12.2012) (להלן: בע"מ 1398/11)). אולם, נדרשת כאן הבחנה ברורה: הדרישה ל"דבר מה נוסף" – לחוד, והעובדה שהאשה לא עבדה באותן שנים – לחוד. אמנם "גבולות הגזרה" של אותו דבר מה נוסף אינם חדים וברורים, ומטבע הדברים, כל מקרה נבחן בהתאם לנסיבותיו הייחודיות (כך עולה, בין השאר מן ההשוואה בין חוות הדעת הנפרדות ב-בע"מ 1398/11. ראו גם: בע"מ 10734/06 פלוני נ' פלונית, פסקה ה' (14.3.2007); בע"מ 2991/13 פלונית נ' פלוני, פסקה ח' (21.8.2013)). אולם לא יכול להיות ספק שהדלת להכרה בשיתוף ספציפי אינה נסגרת אך בשל כך שאחד מבני הזוג לא עבד מחוץ לבית בתקופת הנישואין. להפך, הלכת השיתוף הספציפי נועדה, בין השאר, לתת מענה למצב שבו תרומתם של בני הזוג לתא המשפחתי אינה זהה במאפייניה, למשל כאשר אחד מהם העלה למשק הבית תרומה כלכלית, ואילו האחר תרם את חלקו בניהולו של משק הבית באופן שאפשר לבן זוגו לייצר הכנסה כלכלית. דומה שהדברים עולים אף מפסק דינו של בית הדין הרבני האזורי בהליך דנן, שייחס משקל הן לשיפוץ שערכו הצדדים בבית המגורים והן לתקופה הארוכה שבה הם גרו יחד בבית – ועל בסיס זה קבע כי בהתאם להלכה הפסוקה אכן התקיים "דבר מה נוסף" המקים שיתוף ספציפי בבית המגורים.

25. קושי נוסף העולה לדידי מפסק דינו של בית הדין הרבני הגדול נוגע לנקודת הזמן שבה יש לבחון את כוונת השיתוף. בית הדין הרבני הגדול התמקד במעשים שעל-פי הנטען אירעו בשלהי הקשר, וקבע כי לנוכח מצב הדברים בין בני הזוג באותה עת לא ניתן לייחס להם כוונת שיתוף (ובפרט הדיין נהרי, שהתייחס בדבריו ל"חזרה מכוונת שיתוף ככל שהייתה"). אולם, במידה לא מבוטלת זוהי הנחת המבוקש. למעשה, כמעט כל אדם שמערכת היחסים הזוגית שלו עלתה על שרטון, ולא כל שכן בנסיבות קשות המלוות בכעס או עלבון, היה משיב – לו היה באותה נקודת זמן, בדיעבד – כי אין לו שום רצון לחלוק ברכושו (או כל דבר אחר היקר לו) עם בן הזוג המנוכר לו. לא כך בוחנים קיומה או היעדרה של כוונת שיתוף, כשם שאף לא לומדים על רצונותיהם של

צדדים במערכת יחסים חוזית בשלב שבו זו הופרה. להפך: את הכוונה לשיתוף יש לבחון בהתייחס לאומד דעתם של הצדדים לאורך השנים שבהם התנהלה מערכת היחסים הזוגית ביניהם בשלווה ונחת. כאשר בית הדין הרבני הגדול (בחוות דעתו של הדיין עמוס) הסיק כי לא ייתכן שהמשיב היה נותן מתנה בנסיבות של "בגידה" ובכך שלל לאחור את כוונת השיתוף הוא חרג אפוא אף מהכללים החלים על בחינת רצונם המשוער של צדדים למערכת יחסים זוגית. עמד על כך גם חברי השופט עמית בפסק הדין הקודם, ואני מצטרפת לדבריו גם בעניין זה (כמו גם להתייחסותו לממד הזמן ב-בע"מ 1398/11, בפסקה 2 לחוות דעתו שם).

26. בחוות דעתו חולק חברי השופט שטיין מדעיקרא על מתכונתה של הלכת השיתוף הספציפי כפי שזו הותוותה בפסיקה עד כה. בהקשר זה אעיר כי בשונה ממנו אינני סבורה שהלכת השיתוף הספציפי הועמדה להערכה חוזרת על-ידינו, אלא רק דרכי פיתוחה ויישומה. על כן, אתייחס רק לעיקרי דבריו בעניין זה, ובקצרה. אכן, האמת ניתנת להיאמר כי במצבי גבול הלכת השיתוף הספציפי עשויה להיות כרוכה בחוסר ודאות מסוים, כגון הסדרים משפטיים רבים אחרים. אולם, חוסר הוודאות במקרי גבול הוא מחיר פעוט יחסית, להשקפתי, בהתחשב בתכליות שאותה משרתת הלכה זו ושעליהן היא מיוסדת. יתר על כן, איני סבורה כי מדובר בחוסר ודאות משמעותי שמצדיק את שינוי ההלכה. כידוע, הלכת השיתוף הספציפי חלה רק ככל שבני הזוג לא דחו אותה על דרך עריכתו של הסכם ממון. ניתן דווקא להניח כי מי שנכנס למערכת יחסים זוגית כאשר בבעלותו רכוש ממשי יהיה גם בעל תמריץ ומודעות ליזום עריכתו של הסכם ממון. שלילתה של הלכת השיתוף הספציפי מגלגלת בפועל את ברירת המחדל לפתחו של בן הזוג שאינו בעל נכסים. מהו הבסיס לקבוע שברירת מחדל זו היא עדיפה?

27. בהמשך לכך, אני סבורה כי אף המודל החלופי שהוצע על-ידי חברי השופט שטיין – של העברה אינקרמנטלית של הבעלות ברכוש בהתאם לאורך חיי הנישואין – חורג ממסגרת הדיון. עם זאת, אעיר בזהירות המתחייבת, כי רגולציה מספרית קונקרטית של דרך העברת הרכוש במתכונת המוצעת על-ידי חברי מתאימה לחקיקה, ולא לקביעת עקרונות פסיקתית. מעבר לכך, הצעתו של חברי, שלפיה השיתוף בדירת המגורים המשפחתית מתגבש רק לאחר "עולמו של יובל", תביא לצמצום משמעותי ביותר במצב הנוהג, ואף למצב שבפועל שיתוף מלא בנכס יהפוך לכמעט בלתי אפשרי, וזאת מבלי ששמענו טיעונים בעניין זה.

לקראת סיום: על המשמעות של בית

28. הדיון בסוגיה שהוצבה לפתחנו אינו יכול להיות דיון מופשט בשאלה של "שיתוף" ב"רכוש". יש משמעות רבה לשאלה מהם טיבו ומאפייניו של הרכוש ששאלת השיתוף נדונה ביחס אליו. כאן מדובר ברכוש מיוחד וחיוני – בית המשפחה. כפי שציינה

חברתי הנשיאה, בית כזה, ולא כל שכן כזה ששימש למגוריה של משפחה במשך כשני עשורים – אינו רק רכוש, ואין הוא ככל רכוש אחר. ההגנה עליו נוגעת גם לרגש, למשמעות ולתנאי קיום. הדיון בעיצוב הנורמה הראויה לחול על השיתוף ברכוש זה חייב להתחשב במאפייניו. התוצאה של שלילת זכויות בבית מגורים היא קשה במיוחד. לא בכדי נקבע זה מכבר בפסיקתנו כי דירת המגורים היא הנכס המשפחתי המשמעותי ביותר, ועל כן הנכונות להכיר בשיתוף ספציפי בה תהא גדולה יותר בהשוואה לנכסים אחרים (ראו: ע"א 806/93 הדרי נ' הדרי, פ"ד מח(3) 685, 690 (1994); בע"מ 5939/04 פלוני נ' פלונית, פ"ד נט(1) 665, 670 (2004); עניין בן גיאת, בפסקה 13). כלל הטענות שהועלו ביחס להסכמות המשוערות של הצדדים מקבלות אפוא משנה תוקף כאשר מדובר בבית המשפחה, על כל המשמעויות הנגזרות ממושג זה.

29. שלילת השיתוף בבית דווקא מבת זוג שהקדישה את מרבית שנותיהם המשותפות של בני הזוג לבית המשפחה ולגידול הילדים היא תוצאה מרה במיוחד. על כך אומר – תוך השאלה מלשון המשנה, הגם שנאמרה בהקשר אחר: "ביתו זו אשתו" (יומא א, א).

סוף דבר

30. חוסר נאמנות בחיי הנישואין הוא מכאיב. כך גם ניכור, התאכזרות או שחיקה בחיים הזוגיים. מכלול זה של רגשות ומעשים עלול לאפיין מערכת יחסים בין בני זוג או להישאר מחוץ לה. המורכבות הגלומה בכך היא חלק מן החיים האנושיים. אולם, עליה להישאר מחוץ להסדרים הרכושיים שנדונים בבתי המשפט. בכל מקרה, אין מדובר בעילה לשלילת שותפות ברכוש שנקנתה לאורך שנים של מערכת יחסים זוגית.

ש ו פ ט ת

<u>השופט נ' הנדל:</u>

אני מסכים לפסק דינה של חברתי, הנשיאה א' חיות, אשר קבעה – בדומה לקביעתו של חברי השופט י' עמית בפסק הדין מושא הליך זה – כי פסק דינו של בית הדין הרבני הגדול בטל, תוך החזרת פסק דינו של בית הדין הרבני האזורי על כנו. התוצאה היא שמחצית מן הזכויות בדירת המגורים של בני הזוג שייכת לבת הזוג. הפגם שנפל בפסק הדין אינו נוגע ליישום שגוי של נורמה נכונה, אלא לבחינת המקרה על פי נורמות שאינן נכונות. בנסיבות מעין אלה יש מקום רב יותר להתערבותו של בית משפט זה בפסק הדין, ובמקרנו על נסיבותיו ההתערבות אכן נדרשת. אבקש להוסיף ולהעיר

שלוש הערות – הראשונה בענייני לשון, השנייה בענייני רצון (והנחות לגביו) והשלישית עניינה חופש החוזים ומגבלותיו.

1. בית הדין הרבני הגדול שב מספר פעמים על הקביעה כי בת הזוג "בגדה" בבן זוגה. לדעתי שימוש במילה זו על הטיותיה השונות קשור לשורש הבעיה בפסק דינו של בית הדין הרבני. בהקשר הדתי, "בגידה" (או "חוסר נאמנות מינית") קשורה בטבורה לדיני הגירושין לפי המשפט העברי. הדיון מושא ההליך החל בבית דין הרבני, כהליך גירושין שבמסגרתו נכרכו גם ענייני הממון. קיום יחסי מין עם אחר במסגרת הנישואין יוצר עילת גירושין – נושא שבסמכותו הייחודית של בית הדין הרבני. התפישה היא כי מדובר באיסור חמור. לא מדובר במשמעות ה"תרבותית" או הסוציולוגית של הדברים אלא במשמעות הדתית-הלכתית שלהם. כך, האיסור אינו תלוי ברצון הצדדים ובשאלה כיצד הם תופשים את הסיטואציה. יתכן, למשל, שהאירוע התרחש חודשיים אחרי הנישואין, באופן שצד ה"נבגד" אינו מודע לעניין כלל. לעומת זאת, יתכן גם מצב שבו בני זוג כבר החליטו להיפרד. הם חיים בנפרד, מתקיימים הליכי גירושין בבית הדין הרבני, וכל אחד מבני הזוג הפרודים מנהל מערכת יחסים זוגית אחרת, מבלי שאף אחד מהם מסתייג ממעשיו של רעהו. למרות זאת, על פי הדין הדתי קיום יחסי המין כל עוד לא סודר הגט הם בגדר איסור חמור.

ברם, על פי פסיקת בית משפט זה בבג"ץ 1000/92 בבלי נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד מח(2) 221 (1994), סוגיית הרכוש מוכרעת לפי הדין האזרחי, ולא לפי הדין הדתי. כך ההלכה קרוב לשלושים שנה. גירושין לחוד וחלוקת רכוש לחוד. יתר על כן, ובכך אעסוק בהערה הבאה, השאלה מהו הרצון המשוער של הצדדים, כשאלה עובדתית וקונקרטית, תלויה בנסיבות המקרה ובאנשים שמעורבים בו. השיטה המשפטית כיום, גם בבית הדין הרבני, היא שצדדים מעידים והדיין או השופט שומע ראיות ומסיק מהן מסקנות. אין הסתפקות רק בחזקות ובשבועות. דא עקא, הלשון שבה השתמשו חלק מדייני בית הדין הרבני חושפת כי יחסם אל התנהגות בת הזוג במסגרת הדיון הממוני הושפעה, במידה רבה, ממשמעותם הדתית של קיום יחסי המין לעניין חובת הגירושין. כך, למשל, כתב הדיין מ' עמוס כי "בנידון דידן האישה בגדה בבעלה, חויבה בגט והוטלו עליה צווי הגבלה... כאשר צד אחד הולך שלא בתום לב ועושה מעשים אשר לא ניתן לחזור מהם וגונז והורס את החלום על התא המשפחתי במעשה שוודאי יגרום לפירוק של הבית – בזה יש אומדנא דמוכח ואנן סהדי [אומדן דעת שהוכח ו"אנו עדים"=מקובל עלינו] כי לא הייתה לו כל כוונה לשתף בנכסים שעל שמו בלבד...". הדיין מ' נהרי הוסיף: "הוכח בפני בית הדין קמא כי המשיבה בגדה במערער ועל סמך זה קבע בית הדין חיוב בגט... לא בכדי קבע בית הדין במעשה בית דין שאם האישה תהיה מעוניינת להינשא לגבר הזר שעימו התרועעה יש צורך לקיים בירור... בנסיבות הללו, גם אם יש ממשות בטענת המשיבה על השתתפותה בשיפוץ שנערך בבית, הרי שלמערער עומדת הזכות לטעון שלא

הייתה לו כל כוונת שיתוף וגם אם כן עומדת לו הזכות לחזור בו מכוונת ההתחייבות לשיתופה בנכס". ניתן לראות כי בפועל "חילחלה" המשמעות ההלכתית של קיום יחסי המין לדיון הממוני. הדגש בהיבט הלשוני אפוא הוא הצורך להפריד בין האיסור הדתי לפי תנאי המשפט העברי – שיקול ערכי כללי – לסוגיה הממונית: בירור עובדתי ספציפי. נראה כי שימוש במונחים עוצמתיים כגון "בגידה" עלולים להשפיע על הניתוח של אופן חלוקת הרכוש.

2. הערה שנייה עניינה הרצון. כפי שיובהר, קושי מרכזי בעיניי בחוות דעתו של חברי, השופט א' שטיין, נעוץ בכך שהוא מייחס לבני הזוג רצון (או כוונה) לשלול מבת הזוג את הזכויות בדירה במקרה של הפרת ברית הנישואין, בעוד שלאמיתו של דבר לא נקבע או הוכח כי הובעו כל רצון או כוונה כאלה.

יסוד מרכזי בשדה המוסר הוא ההכרה בייחודו ובמשקלו של הרצון החופשי. גם הדין מתבונן על רצונו החופשי של אדם כעל תכלית בפני עצמה. ההכרה במשפטנו בכבוד האדם – במסגרת דיני הממונות אך גם בתחומים חוקתיים אחרים – נעוצה, בשורשה, באוטונומיה של הרצון החופשי. כך במשפט הישראלי: "כבוד האדם הוא אנושיותו של האדם. ביסוד אנושיות זו מונח חופש הרצון והאוטונומיה של האדם. זהו החופש של אדם לכתוב את סיפור חייו" (אהרן ברק כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה א 32 (2014)). כך בפילוסופיה הכללית, בפרט בעקבות משנתו של עמנואל קאנט, שהעלה על נס את האוטונומיה של היחיד ככלל מוסרי מחייב (עמנואל קאנט הנחת יסוד למטפיסיקה של המידות 93-95 (מהדורה שנייה, ש' שטיין עורך, מ' שפי תרגם, תש"י), וכך במשפט העברי, שראה את כוח בחירתו של האדם כערך מרכזי, וכדברי הרב נתן צבי פינקל ("הסבא מסלבודקא"), "מפני כח הבחירה... נבראו בשבילו עולם ומלואו" (אור הצפון, מאמרי מוסר, חלק ראשון, ירושלים תשי"ט, עמודים י"א –י"ז). הרב אברהם יצחק הכהן קוק הבהיר כי "הרצון החפשי... הוא התמצית של ההויה, המתגלה בפנימיותה" (שמונה קבצים קז (התשס"ה)). וקשורה לכך הגישה הבאה של הרב יוסף דב הלוי סולובייצ'יק: "'כבוד האדם' נקבע ביהדות לאדם הבודד, המנגן את שירת חייו בבודדותו, בספקותיו ובבטחונו הפנימיים ביותר" (האדם ועולמו 31-37 (התשנ"ח). וכן ראו פסקי דיני בע"א 9936/07 בן דוד נ' ענטבי (22.2.2011))

כמובן, כבוד האדם אינו תלוי רק בקיומו של רצון חופשי ואינו נגרע מאדם שרצונו נשלל, למשל, מסיבות רפואיות; ומן הצד השני, גם ההכרה במעמדו המוסרי והמשפטי של הרצון החופשי אינה בלתי מוגבלת, והיא עשויה לסגת מפני רצונות ואינטרסים אחרים; ברם, רצונו של אדם במשפטנו מוכר כנתון בעל מעמד חוקתי שמקומו רם ומרכזי גם במשפט האזרחי ובמשפט הפלילי. ואצלנו, עמדתו של בית הדין הרבני, ובהמשך לכך גם של חברי, השופט שטיין, התבססה, בין היתר, על הצורך לכבד את רצונו

(או את כוונתו) של אדם להתנות את השיתוף (בהווה) של בן זוגו בדירת מגוריו באי הפרת ברית הנישואין בעתיד. ברם, לדעתי כאן עלינו לדייק ולהבחין בין שלושה סוגים, או התייחסויות, לרצון מעין זה.

במצב הראשון מדובר ברצון שהובע במפורש. שאלה יפה היא מה היה הדין במקרה שבו קבע אדם, במסגרת הסכם ממון, כי בן זוגו יזכה בזכויות בדירת המגורים שבבעלותו, אולם הזכויות יחזרו לידיו אם יתקיים תנאי כלשהו שנוגע להמשך חיי הזוגיות, ואף שנים רבות קדימה. בכך אדון בהערה השלישית, וכפי שנראה – הסכם כזה מעורר קשיים שונים ושאלה היא האם ומתי על הדין להכיר בו. במצב השני רצונו של אדם לא הובע במפורש. במצב כזה ניתן לתור אחר רצונו של האדם, או אומד הדעת המשותף של בני הזוג (שאינו חופף בהכרח לרצונו החד צדדי של אחד מהם), באמצעות נתונים שונים, כגון התנהגותם של הצדדים. זו יכולה ללמד על רצון כזה או אחר שלא הובע במפורש, למשל רצונו של אדם לשתף את בן זוגו בזכויות בדירת המגורים. ואולם חשוב להדגיש כי הרצון שנלמד מן ההתנהגות או מנתונים חיצוניים אחרים גם הוא, לפחות בחלק מהמקרים, רצון אקטואלי – רצון שהיה קיים באופן פוזיטיבי בזמן אמת, גם אם הוא לא נוסח והובע במפורש. המצב השלישי עוסק ברצון משוער. אדם כלל לא נתן דעתו לסוגיה מסוימת בזמן אמת, ולא היו לו כל ציפיות לגביה. הוא לא חשב על הסוגיה, ולא ניתן ללמוד מהתנהגותו דבר ביחס אליה. עם זאת, בדיעבד יתכן שניתן לשער או לנסות לשער מה היה האדם משיב לו נשאל בזמן אמת מהו רצונו. תשובה זו היא רצונו המשוער.

על רקע הקדמה זו, קיימים שני קשיים בעמדה המתבססת על רצונו המשוער של בן הזוג. הראשון קשור לעובדות ולהוכחתן, ואילו השני נובע מעצם מעמדו המשפטי של "רצון משוער".

3. מהו הרצון המשוער של בני זוג בעת נישואיהם? בית הדין הרבני הניח כי רצונו המשוער של בן הזוג הוא לשלול את הזכויות בדירת המגורים מבת זוגו במקרה של הפרת ברית הנישואין. ודוקו, מדובר ברצון משוער ולא ברצון אקטואלי. הוא לא הובע במפורש ואף לא נקבע שהוא הוסק מהתנהגות הצדדים בזמן אמת. מהעובדות שנקבעו בכל הערכאות לא עולה כלל כי הצדדים נתנו דעתם במהלך חיי הנישואין וטרם הפרידה לסוגיית זכויות בת הזוג בדירה אם תפר את ברית הנישואין. מדובר בהשערה היפותטית כי לו היו שואלים את בן הזוג בזמן אמת האם זהו רצונו, היה משיב לכך בחיוב. ואולם על ההכרעה העובדתית להתבסס על ראיות, ולא רק על השערה נטולת בסיס בדבר רצון משוער כזה או אחר. אפשר לשער, למשל, שבני זוג בתחילת הקשר הזוגי או בעיצומו דווקא מעוניינים בשיתוף בלתי מותנה בנכסיהם. לפי השערה אחרת – והיא משקפת בעיניי את מרבית המקרים – פעמים רבות בני זוג לא מסדירים את מכלול ענייני הגט

והרכוש בעת הנישואין, מפני שהם אינם מעוניינים להתייחס ברגעי האושר והשלום לתרחיש של בגידה או גירושין. רצונם הוא להותיר את הסדרתם של מצבים כאלה לעתיד, בתקווה שכלל לא יתעוררו. פירושה של הכרעה כזו, שלא להכריע אלא להדחיק את העניין או לדחותו למועד אחר בעתיד, הוא שאם יתממש התרחיש השלילי יחול ההסדר הכללי של הדין. ניתן להדגים זאת באמצעות הימנעותו של אדם מכתיבת צוואה, מתוך רצון שלא להידרש לאפשרות המכאיבה של פטירתו ותוצאותיה. במקרה כזה, המשמעות של הימנעותו מעריכת הצוואה היא שבעת פטירתו יחולקו נכסי עזבונו לפי הדין הכללי – ואין לומר כי יש לבחון תרחישים היפותטיים כאלה ואחרים. כך גם בני זוג שבחרו שלא להתייחס לסוגיה של חלוקת הרכוש במקרה של גירושין. דעתי היא שסביר יותר לומר כי הרצון המשוער של בני הזוג הוא שלא להידרש כלל לאפשרויות המכאיבות של הפרת יסודות הזוגיות או של גירושין – כך ולא רצון משוער לשלול זכויות כאלה ואחרות. בכל מקרה, הטוען לרצון משוער אחר, כגון שלילת הזכויות מבת הזוג – כרצון כללי – לא הציג כל ראיה לתמיכה בהשערה זו, ונקל לחלוק על כך.

הקושי שבקביעת התשתית העובדתית ביחס לרצון משוער נובע גם מכך שמדובר ברצון של שני בני הזוג, ולא רק של אחד מהם. כלל גדול הוא בדיני החוזים שלכל חוזה – בניגוד לצוואה, למשל – יש לפחות שני צדדים. נדרש מפגש רצונות, וברצון חד צדדי לא סגי. לא די, למשל, בבחינת רצונו המשוער של בן הזוג, אלא יש להוסיף ולבחון גם מה היה רצונה המשוער של בת הזוג בעת השיתוף ספציפי בדירת המגורים, וביתר דיוק – מהו אומד הדעת המשוער המשותף לשניהם. כאן יש לחדד כי שיתוף ספציפי אינו בגדר "מתנה", לפחות לא במובן הרגיל של הענקה ללא תמורה. הרי ביחס למתנה רגילה למקבל יש שתי אפשרויות: לקבל את המתנה בתנאים שקבע הנותן או לסרב לקבלה. מנגד, כאן מדובר בהעברת זכויות על רקע מערכת היחסים הזוגית, שלא מתגבשת בנקודת זמן ספציפית ומוגדרת אלא עולה מפעולות שונות ומאורח החיים הזוגי, שבו קשה להפריד בין פעולותיו ורצונותיו של כל אחד מבני הזוג שעמדו בבסיס השיתוף. במקרה כזה, ספק אם כל מה שיכלה בת הזוג לעשות, באופן משוער, הוא להסכים לתנאים המשוערים של בן הזוג כלשונם (המשוערת) או לסרב לקבל זכויות בדירה. האם, למשל, ברקע השיתוף הספציפי היה מאמץ חריג של בת הזוג לשמור ולטפל בילדים לבדה, שעות רבות, כדי שבן הזוג יוכל להתרכז רק בענייני הפרנסה? ומה היה רצונה המשוער של בת הזוג ביחס למקרה שבו תישללנה זכויותיה בדירת המגורים בעקבות הפרת ברית הנישואין? האם, בהינתן רצון משוער כזה של בן הזוג, ניתן לשער שהייתה נוהגת באופן אחר במסגרת החיים המשותפים? האם הייתה עונה כי יש להבחין בין מקרים שונים, בתלות בדינמיקה שהובילה לכך שהפרה את ברית הנישואין, למשל התנהגות כזו או אחרת מצד בן הזוג שקדמה לקשר המיני עם אחר? האם היה מסכים בן הזוג לדרישות אלה במסגרת השיתוף הספציפי? ומה אם יש חילוקי דעות – משוערים – בין בני הזוג?

דעתו המשוערת של מי גוברת? שאלות אלה מחדדות את הקושי ביחס לרצון המשוער בכלל, ובמערכת יחסים זוגית בפרט.

4. "רצון משוער" כהכרעה ערכית. הקושי השני בגישת "הרצון המשוער" קיים גם לו הייתי מניח את נכונות ההשערה ששיער בית הדין הרבני – וכאמור, זו אינה עמדתי. יש הבדל מהותי – או שמא תהומי – בין רצון אקטואלי, שהובע במפורש או שנלמד מהתנהגות, לרצון משוער. במצב האחרון לא מדובר ברצון אלא בהשערה ביחס לרצון שלא היה מעולם. הבדל זה טומן בחובו משמעויות ערכיות ומשפטיות. המשפט מכיר בערכו העצמאי של הרצון האקטואלי, כפי שהוזכר לעיל, אך הרצון המשוער כלל אינו רצון, ואין לו ערך כשלעצמו בתורת "רצון". כמובן, אחת מתכליות הדין יכולה להיות הגשמת רצונם המשוער של נמעניו מתוך רצון להשיא את רווחתם, אך חשוב לשים לב שכאן ההצדקה אינה נעוצה בהבעת הרצון שצופה פני עבר, אלא בתכלית – שעיניה מכוונות כלפי ההווה או העתיד – לשפר את מצבו של בעל הרצון המשוער. כך, למשל, אפשר להגשים את רצונם המשוער של אנשים ללא כל קשר לדיני החוזים: הרשות יכולה לחלק לאזרחים כסף כי היא סבורה שזהו רצונם המשוער וכך תגדל רווחתם. פעולה זו אינה ניתנת להצדקה על יסוד דיני החוזים, אלא על יסוד התפיסה שכיבוד רצונם המשוער של אנשים הוא דבר רצוי. במילים אחרות, "כיבודו" של רצון משוער אינו אלא שם קוד לשיקול מדיניות של השיטה המשפטית, או לניסוי מחשבתי שנועד לחשוף מה רצוי כיום. הגשמת רצונות משוערים אינה מבוססת על האוטונומיה של הרצון החופשי אלא על תפיסות שונות של "טוב" בעיני הרשות. לכן, ככל שעסקינן ברצון משוער ולא ברצון אקטואלי שהיה קיים בזמן אמת, לא לניתן להסתפק בטענה שיש להגשימו מכוח זכות הקניין או חופש החוזים. יש להוסיף ולהסביר מדוע, למשל, יש להגשים את הרצון המשוער של פלוני, שמשיא את רווחתו אך פוגע ברווחתו של אלמוני, ומדוע תוצאה זו עדיפה על פני השאת רצונו המשוער של אלמוני, תוך הגדלת רווחתו על חשבונו של פלוני.

כאמור, במקרה שלפנינו, עמדת בית הדין הרבני התבססה על רצון משוער ולא על רצון אקטואלי. בנסיבות אלה לא מספיק להצביע על קיומו של רצון משוער כזה, אלא יש להסביר מדוע, כעניין של מדיניות, ראוי להגשים דווקא את רצונו של בן הזוג כיום, ולא את רצון בת זוגו להותיר בידיה את הזכויות שהועברו לידיה. ומזווית אחרת, השופט שטיין מציג את עמדתו כניטרלית ונקייה מהנחות ערכיות. ברם, הדין נגזר מהעובדות. וישאל השואל: מנין הבסיס או התשתית העובדתית לקרוא אל תוך ההסכם שכרתו בני הזוג תניה שהם מעולם לא קראו לתוכו ושבן הזוג חפץ בה כיום ואילו בת הזוג מתנגדת לה? אם הבסיס למסקנת חברי הוא עניין של מדיניות, או אז אף דעתו צבועה בשיקולים ערכיים. ואם הבסיס לקביעת חברי הוא עניין של עובדה, הכיצד זו הוכחה?

לגופה של מחלוקת, וכאמור בפתיחתה, מסכים אני עם פסק דינה של חברתי הנשיאה, ובכלל זאת עם הכרעתה בסוגיית נפקותה של הפרת ברית הנישואין מצד בת הזוג, כמפורט בפסקה 54 לחוות דעתה. אוסיף כי הבעייתיות שבביסוס ההכרעה על רצון משוער לשלילת הזכויות מבת הזוג מתחדדת ככל שמרחיבים את נקודת המבט. מדוע לעצור בקריאת תניה מכללא רק במצבים של הפרת ברית הנישואין? הרי אפשר לטעון שהרצון המשוער של בן הזוג היה כי הזכויות בדירת המגורים יחזרו אליו בכל מקרה של פירוק הקשר הזוגי, יהיו הסיבות והנסיבות אשר יהיו. ונמשיך הלאה, להקשרים אחרים במשפט האזרחי, כגון התנהגות מחפירה מצידו של מקבל מתנה אפילו שלושים שנה לאחר שהמתנה כבר הוענקה והוקנתה. מדוע לא לומר שהרצון המשוער של כל נותן מתנה הוא השבת המתנה לבעלותו בכל מקרה של התנהגות מחפירה, וגם שנים רבות קדימה – כל זאת מבלי לדרוש ראיות פרטניות? כך לא לפי דיני המתנה, אלא לפי דיני החוזים הכלליים. אך קריאת תניות מכללא מעין אלה אינה נהוגה במשפטנו (או בכלל), ועניין זה משקף את הקושי של הוספת תניות על יסוד "רצון משוער" להסכמים מעין אלה (שחר ליפשיץ "שיפוט מוסרי של התנהגות מינית בנישואים: אוטונומיה ו'משילות' בעקבות בג"ץ 4602/13" עיוני משפט מג 5, 38-40 (2020)).

5. וכאן היתרון או "הרווח האגבי" – שאינו בשוליים – בגישה שהוצגה, לפיה אין בסיס לכוונה משוערת כללית לטובת בן הזוג. החלוקה הרכושית אמורה לשים דגש על השוויון בין בני הזוג. בעולמנו המורכב, החדש והישן, יש חלוקות שונות בין בני הזוג בכלכלת הבית. נראה כי המודלים המרכזיים בפועל הם שוויון במאמץ הכלכלי, או אי-שוויון מסוים, שנובע מהטלת מרכז האחריות על גידול הילדים במהלך היום על האם. בשני המצבים, אי ההסתמכות על רצון משוער או בלתי ידוע, לצד הניתוק בין אשמה לחלוקת הרכוש – שאף בתי הדין לא הסתייגו ממנו – שומר על השוויון בין בני הזוג. זה אינו הבסיס להכרעה, ולכן הגדרתי את העניין כ"רווח אגבי", הגם ששמירה על השוויון היא ערך חשוב בשיטה.

יובהר כי את עמדתי מדוע אין לאפשר לשיקולי אשם להשפיע על חלוקת הרכוש בין בני הזוג בשיטה האזרחית הקיימת הבהרתי בבע"מ 7272/10 פלונית נ' פלוני (7.1.2014). להשלמת התמונה של יחסי הממון בעת הגירושין, ראו גם תשובת הרב הראשי לתל אביב הרב חיים דוד הלוי שהתפרסמה בספרו מים חיים עג תשנ"א "ההלכה וחוק יחסי ממון"; לסוגיה הכללית ראו אף את מאמרו של הרב שלמה דיכובסקי ""הלכת השיתוף" – האם דינא דמלכותא?" תחומין יח 18 (תשנ"ח). במאמר זה עומד המחבר, אשר כיהן כדיין בבית הדין הרבני הגדול, על שיקולים הלכתיים התומכים ב"הלכת השיתוף" וביתר שאת בחוק יחסי ממון, אם מצד הכלל "דינא דמלכותא דינא", אם מצד המנהג וההסתמכות (אומדנא) שנוצרה אצל צדדים במציאות בעקבות ההתפתחויות האזרחיות הללו, ואם מצד שיקולים פנים הלכתיים המוצאים עיגון במסורת המשפט

העברי לעקרון השיתוף; לכך השוו את מאמר התגובה של הרב אברהם שרמן "הלכת השיתוף" – אינה מעוגנת בדיני ישראל" תחומין יט 205 (תשנ"ט) וכן את תגובתו של הרב דיכובסקי שם, בעמ' 216 – 219 (וכן ראו בע"מ 7272/10 הנ"ל, פסקה 7 לחוות דעתי).

6. ההערה השלישית עוסקת במקרה תיאורטי שבו העביר אדם את הזכויות בנכס מסוים (בהווה), והוסכם כי הזכויות ישובו לידיו אם יתנהג הנעבר בעתיד בצורה כזו או אחרת. כאן הרצון הוא אקטואלי ומפורש, ולכן יש משקל לטענה כי יש לכבד את החופש של הצדדים לעצב את החוזה כרצונם. ברם, הדין מכיר בכך שתקנת הציבור עשויה לגבור על הרצון החופשי, יהא זה רצונם המשותף של צדדים לחוזה או רצונו של אדם במסגרת צוואה (סעיף 30 לחוק החוזים, התשל"ג-1973; סעיפים 34, 38 לחוק הירושה, התשכ"ה-1965. לעניין תחולת תקנת הציבור בהקשר זה ראו גם ע"א 245/85 אנגלמן נ' קליין, פ"ד מג(1) 772 (1989)). אגב, הכלל של בטלות חוזה על אף הסכמת הצדדים בשל פגיעה בערך אחר אינו המצאה של המשפט המקובל, אלא מופיע גם במשפט העברי. בע"א 566/77 דיקר נ' מוך, פ"ד לב(2) 141, 152-153 (1978) עמד השופט מ' אלון על מספר דוגמאות ממקורות המשפט העברי לפסילתם של חוזים מטעמים של תקנת הציבור: הסכם בין סוחרים (שלא קיבל אישור בידי הנהגת הקהילה) להעלות מחירים באופן מתואם (תלמוד בבלי, בבא בתרא ט, א וחידושי הרמב"ן, הר"ן והריטב"א, שם); הסכם בין צדדים לגרימת "צער שבגוף" לאחד מהם (תלמוד בבלי, כתובות נו, א ופירוש רש"י שם); והסכמה של אישה לפטור את בעלה מן החובה לפדות אותה במקרה שתיפול בשבי (פירוש תוספות על תלמוד בבלי, כתובות מז, ב, ד"ה "זימנין"; שולחן ערוך, אבן העזר פט, ה. וכן ראו באופן כללי חוק לישראל: פגמים בחוזה 51-52, 61 (נחום רקובר עורך, התשע"ב)).

השאלה שבפתח פסקה זו הוצגה באופן כללי, וגרסאות שונות שלה מעוררות מורכבויות שונות. גרסה אחת, למשל, היא הסכם לשיתוף ספציפי בדירת מגוריו של אדם עם בן זוגו, כשבהסכם נקבע מפורשות כי במקרה של הפרת ברית הנישואין הזכויות בדירה ישובו לידי בעליהן המקוריים. טענה אפשרית היא כי תניה כזו מנוגדת לתקנת הציבור, שכן היא קובעת סנקציה כלכלית ביחס להתנהגות אישית ואינטימית, תוך פגיעה בחירותו של מי שעליו מוטל ה"איסור" ובאוטונומיה החופשית שלו. מאידך גיסא ניתן לסבור כי תניה כזו אינה פסולה, ואפילו כי היא ראויה. בגרסה אחרת של השאלה לא מדובר בהפרת ברית הנישואין אלא בעצם סיום הנישואין. האם בנסיבות כאלה תשתנה התשובה, לכאן או לכאן? ועוד גרסאות קשורות למישור הזמן. האם יש להבחין בין אורך התקופה שבה תקפה התניה, למשל שנה, חמש שנים או חמישים שנה? היציבות הנדרשת בדיני הקניין ורתיעתה של שיטת המשפט מ"כוכביות" ביחס לזכויות קניין תומכת

בפסילתן של תניות כאלה מתוקף תקנת הציבור, ותמיכה זו גדלה ככל שמדובר בתקופה ארוכה יותר.

גרסאות נוספות של הסוגיה עולות ביחס לצוואות. כאמור, חוק הירושה מאפשר לפסול תניות בה לשם הגנה על תקנת הציבור, ובין היתר עסקה הפסיקה בתיקים שבהם ביקש המצווה לשלוט באמצעות הצוואה בהתנהגותם ובאורח חייהם של נמעניה. לצד ההכרה במעמדו המיוחד של רצון המת ובחשיבות קיומו, ישנה הכרה גם בכך שיש גבול למידת השליטה שיש לתת לרצון זה בעולמם של החיים – הימנעות מ"שלטון היד המתה" ("The dead hand control", ובעברית גם: "שלטון הרפאים". ראו Adam J. Hirsch & William K.S. Wang, *A Qualitative Theory of the Dead Hand*, 68 IND. L.J. 1, 7 (1992); **בר"ע 108/75 גרייבר נ' גרייבר, פ"ד כט(2) 673, 679 (1975)). כך, למשל, פסל בית משפט זה תניה בצוואה שביקשה למנוע מאישה להיות בקשר עם אחותה (ע"א 724/87 כלפה נ' גולד, פ"ד מח(1) 22 (1993)). באותו עניין הורתה צוואתה של אם כי בתה – שהייתה קטינה באותה עת – תירש את נכסי העזבון עם הגיעה לגיל 25, אך זאת בתנאי שלא תהיה בקשר עם אחותה. בית המשפט העליון קבע כי "הסייגים המועטים לעניין הוראות שמצווה רשאי לצוות, מכוונים בעיקר למנוע שליטה ממושכת מדיי של המת על החיים... תנאי שמשמעותו ציווי לנתק קשר למשך תקופת חיים בין שתי אחיות, כמו גם בין בת לבני משפחה אחרים, הינו בלתי מוסרי, וככזה בטל" (שם, עמוד 40). לא ניתן אפוא תוקף לרצונה של האם לשלוט באמצעות נכסיה בהתנהגותה של בתה שנים רבות קדימה.**

הדוגמאות השונות ממחישות בעיקר את הקושי לקבוע כלל גורף בכגון דא. לאמור, אין בהכרח תשובה של "כן" או "לא" לשאלה שנשאלה – מה הדין כאשר בני הזוג קבעו בצורה מפורשת כי אם אחד מהם יפר בעתיד את ברית הנישואין, נכס שכבר עבר לבעלותו ישוב לידי בן הזוג השני. יתכן כי התשובה תלויית נסיבות. בל נשכח כי הנסיון של אדם לשלוט, באמצעות נכסיו, באורח חייו העתידי של אדם אחר מעורר בעייתיות. כאן, כאמור, לא היה נסיון כזה בפועל, ולכן איננו נדרשים לערוך דיון מפורט יותר. נסתפק בקביעה כי הוראה בדבר השבת הזכויות בדירת מגורים בעקבות הפרת ברית הנישואין מעוררת מורכבות כשלעצמה, לפחות בנסיבות מסוימות, ובכל מקרה קשיים אלה תומכים במסקנה שאל לבית המשפט לקרוא תניה כזו ליחסים שבין הצדדים אם הם עצמם לא קבעו אותה.

7. כאמור, מסכים אני לפסק דינה של חברתי הנשיאה.

ש ו פ ט

<u>השופט ד' מינץ:</u>

סומך אני את שתי ידיי על חוות דעתו של חברי השופט נ' סולברג ועל חוות דעתו של חברי השופט א' שטיין בכל הנוגע להתערבות בית משפט זה בפסק דינו של בית הדין הרבני הגדול בעניינו. בעניין זה יפה הטעים השופט שטיין באופן ציורי כי העניין "נטוע בדיני ראיות ולא בדיני עריות" (פסקה 7 לחוות דעתו). בכך יכולתי לסיים את דבריי, אך פטור ללא כלום קשה. אוסיף אפוא מילים מספר משלי, תוך תקווה כי כל תוספת משלי לא תיגרע.

ראש לכול

אקדים ואומר כי הקביעה שלא קמה עילת התערבות בפסק דינו של בית הדין הרבני במקרה זה, גם אם שגה ביישום הלכות בית משפט זה, עולה לדעתי בקנה אחד עם ההלכה הפסוקה מקדמת דנא בסוגיה. מעבר לכך, כפי שציינתי בחוות דעתי בפסק הדין מושא העתירה לדיון נוסף (להלן: פסק הדין הראשון) וכפי שציין חברי השופט שטיין, דעתי היא כי הפרשנות שבחר בית הדין, אף אינה כזו המגלה על פניה טעות.

1. תחילה אחזור על הידוע. הלכה היא כי בית משפט זה אינו יושב כערכאת ערעור על החלטות ופסקי דין של בתי הדין הרבניים. התערבות בית משפט זה בהכרעותיהם של בתי הדין שמורה למקרים קיצוניים של חריגה מסמכות, פגיעה בעקרונות הצדק הטבעי, סטייה מהוראות החוק המכוונות כלפי בתי הדין הרבניים או כאשר נדרש סעד מן הצדק (בג"ץ 8638/03 סימה אמיר נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים, פ"ד סא(1) 259 (2006); בג"ץ 580/11 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים (31.1.2011); בג"ץ 3467/15 פלונית נ' בית הדין הרבני האזורי בחיפה, פסקה 6 (21.9.2015); בג"ץ 7070/16 פלוני נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים, פסקה 8 (4.1.2017); בג"ץ 6598/16 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול, פסקה 8 (14.2.2017); בג"ץ 316/20 פלוני נ' בית הדין הרבני הגדול, פסקה 4 (29.6.2020); בג"ץ 2350/20 פלוני נ' בית הדין הרבני הגדול, פסקה 8 (10.9.2020)). גם טעות ביישום הדין אינה מקימה כשלעצמה עילה להתערבות בית משפט זה (בג"ץ 6863/15 פלונית נ' פלונית, פסקה 5 (18.10.2015); בג"ץ 2898/18 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים (3.6.2019); בג"ץ 2350/20 פלוני נ' בית הדין הרבני הגדול (10.9.2020)). קל וחומר, גם אם שגה בית הדין הרבני באחת מהנמקותיו, אם הכרעתו עומדת ללא אותה הנמקה שגויה – אין מקום להתערבות בית משפט זה (ראו למשל: בג"ץ 6037/18 פלונית נ' בית הדין הרבני האזורי ת"א יפו (18.2.2019)).

שיתוף ספציפי בנכסים

2. נקודת המוצא לדיון משותפת לי ולכל חבריי. הנחת היסוד, אחריה אין להרהר, היא כי הלכת בבלי (בג"ץ 1000/92 בבלי נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד מח(2) 221 (1994)) שרירה וקיימת. על פי הלכה זו, הכלל הוא כי על בתי הדין הרבניים, בעת שנידונים לפניהם ענייני רכוש הנכרכים בענייני הנישואין והגירושין, לפסוק על פי הדין

האזרחי. במסגרת זו, אף כי אין "נענשין" על בגידה למפרע על ידי נטילת הזכויות ברכוש המשותף (ע"א 264/77 דרור נ' דרור, פ"ד לב(1) 829, 833 (1978) (להלן: עניין דרור); וראו גם: בג"ץ 8928/06 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול לערעורים בירושלים (8.10.2008) (להלן: בג"ץ 8928/06)), הלכה היא כי בנסיבות מסוימות, לבגידה עשויה להיות נפקות בשאלת קיומו של שיתוף בנכס ספציפי (בג"ץ 3995/00 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול לערעורים בירושלים, פ"ד נו(6) 883 (2002) (להלן: בג"ץ 3995/00); וראו בקשר לידועים בציבור: ע"א 4385/91 סלם נ' כרמי, פ"ד נא(1) 337, 349 (1997)). וכפי שצוין על ידי השופט (כתוארו אז) א' ברק בבג"ץ 3995/00, במסגרתו נלקחה בחשבון בגידה (גם אם ממושכת) מצד האישה בבעלה בעת בחינת השיתוף הקנייני בין בני זוג במהלך נישואיהם:

> "אכן, יסוד הכרחי בחזקת השיתוף – כמו גם בהחלתה על נכס זה או אחר – היא ההרמוניה בין בני הזוג, כוונת השיתוף והחיים המשותפים ביניהם [...]. כך גם במחלוקת נושא העתירה שבפנינו שעניינה נכס שנרכש לפני הנישואין על-ידי אחד מבני-הזוג והרשום על שמו בלבד. אכן, במקרה שבפנינו הנישואין בין הצדדים נמשכו 17 שנה, אולם [...] הראיות כפי שהן עולות מפסקי-הדין של הערכאות קמא אינן מצביעות על חיי נישואין שהתנהלו בהרמוניה. כך נקבע הן על-ידי משיב 2 הן על-ידי משיב 1, כי האישה בגדה ממושכות בבעלה. בהכרעת-דינו של בית-הדין הרבני הגדול אף נקבע כי האישה הודתה שבגדה בבעלה במשך 12 שנה מתוך 17 שנות הנישואין. גם אם התקופה קצרה יותר, כטענת האישה, הרי שאין בכך כדי לצייר את מערכת היחסים בין השניים באור ורוד יותר. כמו כן לאורך כל שנות הנישואין הקפידו בני-הזוג לשמור על ההפרדה בבעלות על שתי דירותיהם אף שגרו יחדיו בדירת הבעל..." (שם, עמ' 883).

עקרונות אלה, כפי שציין גם היועץ המשפטי לממשלה בעניינו, הם אשר עמדו גם בבסיס פסק הדין מושא הליך זה, ובמובן זה אין בו כל חידוש.

3. במאמר מוסגר אציין בקצרה מנקודת מבט השוואתית כי הלכה למעשה, גם במשפט האמריקני ישנם ביטויים לגישה שיש לקחת בחשבון בגידה בין בני הזוג במסגרת חלוקת הרכוש ביניהם. בשאלת כללי חלוקת הרכוש בין בני הזוג, ניתן לחלק את המשפט המדינתי לשתי קבוצות עיקריות: (א) מדינות הנוהגות בהתאם למשפט המקובל, המקיים משטר של הפרדה רכושית בין בני הזוג, שבו ברירת המחדל היא כי הרכוש נצבר לכל אחד מבני הזוג בנפרד. ברם, בעת פירוד משטר יחסי הממון מתרחש מַעֲבָר למשטר של "חלוקה הוגנת", שבו בדומה למשטר "איזון המשאבים" לפי סעיף 5(א) לחוק יחסי ממון בין בני זוג, התשל"ג-1973 (להלן: חוק יחסי ממון או החוק), נערכת חלוקה של הנכסים על פי מגוון רחב של שיקולים; (ב) מדינות שבהן נוהגת שיטת "החלוקה השווה" או

"השיתוף הקהילתי", שבה הרכוש נתפס כמשותף וכמתחלק באופן שווה, הן במהלך תקופת הנישואין והן בסופה (יצחק כהן ואמל ג'בארין "יחסים מחוץ לנישואין כשיקול בחלוקת הרכוש המשפחתי – עיון מחודש במשפט הישראלי" משפט ועסקים טז 465, 484-495 (התשע"ד) (להלן: כהן וג'בארין). זאת, בדומה למשטר יחסי הממון לפי "הלכת השיתוף" (וראו לעניין משטר זה: ע"א 300/64 ברגר נ' מנהל מס העיזבון, פ"ד יט(2) 240 (1965); ע"א 253/65 בריקר נ' בריקר, פ"ד כ(1) 589 (1966); ע"א 135/68 בראלי נ' מנהל מס עיזבון, ירושלים, פ"ד כג(1) 393 (1969); ע"א 595/69 אפטה נ' אפטה, פ"ד כה(1) 561 (1971); וראו עוד לעניין משטרי יחסי הממון בארצות הברית: ד' מינץ "השותפות הנישואית והערבות ההדדית בין בני זוג בפשיטת רגל – עיון מחודש" דין ודברים ט 105, 117 ה"ש 58 (התשע"ו)). הלכה למעשה, גם המדינות שבהן נהגה שיטת "החלוקה השווה" אימצו את דוקטרינת "החלוקה ההוגנת" לצורך חלוקת הנכסים לאחר תום יחסי הנישואין, ואולם הגישות השונות שעומדות בבסיס השיטה המשפטית של כל אחת מהמדינות השפיעו על אופן היישום של דוקטרינת החלוקה ההוגנת.

כך, במדינות שבהן נהג בעבר המשפט המקובל, במסגרת יישום "החלוקה ההוגנת" בין בני הזוג, נוטה בית המשפט להתחשב גם ב"שיקולי אשם" (כהן וג'בארין, עמ' 492). כך למשל, לא פעם בית המשפט קבע כי האישה תקבל יותר ממחצית מהרכוש המשותף, לאחר שהתברר כי הבעל בגד בה במשך השנים (ראו לדוגמה במדינות וירג'יניה ומיזורי: O'Loughlin v. O'Loughlin, 458 S.E.2d 323 (Va. Ct. App. 1995); Huber v. Huber, 682 S.W.2d 493 (Mo. Ct. App. E.D. 1984); Finch v. Finch, 442 S.W.3d 209 (Mo. Ct. App. 2014)). במקרה אחר בית המשפט הבהיר כי במצב בו הבגידה עמדה בבסיס הרקע לפרידה, לא נפל פגם בהתחשבות בה במסגרת חלוקת הרכוש (Pence v. Pence (Va. Ct. App. 2016) (פורסם ב-Westlaw)). במקרה אחר, במדינת מישיגן אף נקבע כי האישה תקבל רק רבע מהרכוש, עקב בגידתה בבעלה, אם כי בערכאת הערעור נקבע כי היה על בית המשפט להתחשב בשיקולים נוספים (Sparks v. Sparks, 485 N.W.2d 893, 909 (Mich. 1992)). רוצה לומר כי לא בית הדין הרבני בענייננו הוא זה ש"הגה" את הרעיון שיש לקחת בחשבון את הנאמנות המינית של בני הזוג בעת חלוקת הרכוש ביניהם (אם כי לא מפאת אשמה), אלא ההלכה קנתה לה שבת לא רק בישראל, אלא גם במדינות נאורות אחרות מעבר לים.

4. ובחזרה לענייננו. לא ניתן להתעלם מכך שמדובר באחד מסוגי הנכסים המוחרגים מכלל איזון המשאבים הקבוע בסעיף 5(א) לחוק, על פיו עם התרת הנישואין, זכאי כל אחד מבני הזוג למחצית שווים של כלל נכסי בני הזוג. שכן, מדובר בנכס שנבנה על מגרש שקיבל הבעל בירושה טרם נשואיו, במימונו של הבעל טרם הנישואים, ומאז הוא נשאר רשום כבעליו הבלעדי. לשם הכרה בשיתוף בנכס מסוג זה, יש להוכיח כוונת שיתוף ספציפית על יסוד הדין הכללי. נטל ההוכחה מוטל בהקשר זה על הטוען לכוונת

השיתוף, כאשר מדובר בשאלה עובדתית תלוית נסיבות קונקרטיות (ראו למשל: בע"מ 1398/11 אלמונית נ' אלמוני, פסקה 14 (26.12.2012) (להלן: בע"מ 1398/11); בע"מ 2991/13 פלונית נ' פלוני (21.8.2013); ע"א 4306/12 פלונית נ' בנק לאומי לישראל, פסקה 15 (15.7.2018)).

5. לצורך הוכחת כוונת שיתוף ספציפית כאמור, יש להצביע על "דבר מה נוסף" מלבד חיים משותפים ונישואין ממושכים, כאשר "בכך נבדל בסוגיה זו ההסדר הקבוע בחוק יחסי ממון מחזקת השיתוף, ויש להקפיד לא לטשטש את הגבול עד כדי ביטולו כליל" (בע"מ 1398/11, פסקה 18). הוא הדין גם כאשר מדובר בדירת מגורים, לגביה נפסק כי גם אם ניתן להקל על בן הזוג הטוען לבעלות משותפת בדירת המגורים הרשומה רק על שמו של בן זוגו, עדיין לא די בעצם קיומם של חיי נישואים משותפים שלהם, שאם לא כן, "נמצאת מכניס בדלת אחורית את חזקת השיתוף" (רע"א 8672/00 אבו רומי נ' אבו רומי, פ"ד נו(6) 175, 183 (2002)). ראיות רלוונטיות לעניין זה עשויות להיות קשורות למועד רכישת הדירה; מקורות המימון לרכישתה ובכלל זה האם ניטלה הלוואה בגינה נרשמה משכנתא על הדירה אשר שולמה על ידי בני הזוג במשותף; השתתפות בן הזוג בשיפוץ הדירה או בהרחבתה; אורך חיי הנישואין; התנהגות הצדדים; המצג שהציגו האחד כלפי השני; וכיו"ב (ע"א 7750/10 בן גיאת נ' הכשרת היישוב ביטוח בע"מ, פסקה 13 לפסק דינו של השופט י' עמית, פסקאות ו'-ז' לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) א' רובינשטיין (11.8.2011) (להלן: עניין בן גיאת); בע"מ 1398/11, פסקאות 13-16 לפסק דינו של השופט י' דנציגר ופסק דינו של השופט י' עמית; בג"ץ 287/16 פלוני נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים, פסקה 14 (27.3.2016)). בבע"מ 1398/11 אף צוין כי במרבית המקרים בהם קיבלו בתי המשפט את טענת השיתוף, הוכח כי בוצעו השקעות כספיות בנכס מצידו של בן הזוג הטוען לשיתוף (שם, פסקה 17 לפסק דינו של השופט י' דנציגר).

6. מכל מקום, הנחת היסוד היא כאמור שמדובר בשאלה עובדתית מובהקת, שההכרעה בה נתונה בראש ובראשונה לערכאה הדיונית (ראו למשל: בע"מ 2948/07 פלונית נ' פלוני, פסקה ו (18.4.2007)). שאלת היקפו של השיתוף הספציפי היא הרבה פעמים שאלה עובדתית מורכבת, אשר אין "נוסחת קסם" ברורה וקבועה לפתרונה (בע"מ 9884/16 פלונית נ' פלוני, פסקה ט (22.2.2017)). במקרים רבים "גבולות הגזרה" אינם חדים ומטבע הדברים קשה לקבוע מראש כללים ברורים בסוגיה. באופן תדיר מתלבטים בתי המשפט אם מתקיים שיתוף ספציפי בנכס בהתייחס לכוונת הצדדים לגביו. וכפי שנאמר בהקשר זה בבע"מ 10734/06 פלוני נ' פלונית (14.3.2007)):

> "אי אפשר לקבוע מראש כללים ברורים באשר לכל האפשרויות שמזמנת המציאות האנושית. לכן גם מתלבטים בתי המשפט ממקרה למקרה, באשר לנכס

> הספציפי בו מדובר וכוונת הצדדים לגביו [...]. השאלה בנידון דידן היא אפוא שאלה עובדתית, האם הוכיחה המשיבה - והנטל הבסיסי אכן עליה, גם אם עבר בשלב מסוים אל המבקש - יצירת שיתוף ספציפי בדירה." (שם, פסקה ה).

7. מצוידים בהנחות יסוד אלה, נפנה לענייננו. שני טעמים עומדים בבסיס חוות דעתה של חברתי הנשיאה לפסילת פסק דינו של בית הדין הרבני. האחד, מתן משקל לסוגיית הבגידה; והשני, האופן שבו בחן בית הדין את האינדיקציות להוכחת "דבר מה נוסף" אשר לשיטתה אינו עולה בקנה אחד עם אמות המידה שנקבעו בהקשר זה בדין האזרחי. שתי שגיאות אלה, במצטבר, לעמדתה, מקימות עילה להתערבותנו. לעמדתי, קשה הדבר.

ה"בגידה" וטעמיה

8. בהתייחס לטעם הראשון שבעקבותיו ראתה חברתי הנשיאה הצדקה להתערב במסקנת בית הדין הרבני, חוסר הנאמנות המינית – "הבגידה". כבר בתחילת הדברים אומר כי לא כצעקתה.

9. נקודת המוצא המשותפת לכל חבריי, כאמור לעיל, היא כי קיומה של בגידה איננו רלוונטי לעניין איזון המשאבים וחלוקתם של נכסים אשר הפכו לקניינם של מי מבני הזוג במהלך חיי הנישואים (בג"ץ 8928/06). זאת מפני שאין נענשים על בגידה למפרע על ידי נטילת זכויות שכבר נרכשו ברכוש המשותף (עניין דרור) ואין בכוחה של בגידה להשפיע על נכסים שקיבל בן הזוג "הבוגד" במתנה (וראו: חוק המתנה: התשכ"ח-1968 (להלן: חוק המתנה)). כאמור לעיל, דיוננו מתמקד אך ורק בשאלת ההתחשבות בבגידה בבחינת הכוונה לשיתוף ספציפי בנכס "חיצוני", שהביא עמו אחד מבני הזוג לנישואין, כאשר אין לבן זוגו זכות מוקנית לגביו. בהתחשב בכלל הקובע כי "המוציא מחברו עליו הראיה", הנטל הוא על בן הזוג השני להוכיח כי מגיעות לו זכויות בנכס, היינו כי התקיימו נסיבות מהן עולה כי התקיים שיתוף בנכס, ובכלל זה בהתייחס להתנהגות הצדדים, לאומד דעתם ולהסכמתם המפורשת או המשתמעת (ראו למשל: בע"מ 1477/13 פלונית נ' פלוני, פסקה 4 (6.8.2013); רע"א 3015/21 עזר נ' הכונס הרשמי, פסקה 12 (27.5.2021)).

10. בעניין זה מצטרף אני לדברי חברי השופט שטיין, כי אין לקבל את העמדה לפיה רק בגידה ממושכת או בוטה עשויה להביא לשלילת קיומו של שיתוף ספציפי בנכס. הלכה למעשה, גם השופט עמית בפסק הדין מושא הדיון הנוסף חידד כי "ככלל, מקום בו הוכח כי בן הזוג 'הנבגד' לא התכוון מלכתחילה לחלוק את רכושו עם בן הזוג 'הבוגד' (אם בכלל ואם במקרה של בגידה), יש לכבד כוונה זו". אינני סבור כי יש מקום להבחין

בין "בגידה" חמורה או מתמשכת אשר יהיה בה כדי להשפיע על שאלת התגבשות כוונה לשיתוף ספציפי בנכס, לבין "בגידה" קלה יותר אשר לא יהיה בה כדי להשפיע כאמור. הדבר נתון לבחינה בכל מקרה ומקרה, בהתייחס להתנהגותם הקונקרטית של הצדדים ולנסיבותיו הספציפיות של כל עניין ועניין.

11. בענייננו, כל שגגתו של הדיין עמוס אשר הוסיף וביקש לצקת תוכן לפרשנותו על פי הדין העברי אינה שומטת את הקרקע מתחת פסק הדין, מבחינת מכלול נסיבות המקרה מנקודת המבט של הדין האזרחי כפי שנעשתה על ידו, ואין בה כדי "לעקור את הכל". לכל היותר, גם מי שמוצא בפסק דינו של הדיין עמוס ליקוי בדמות מתן משקל מכריע לדין העברי, אינו יכול לבטל בהינף יד את האופן שבו יישם הדיין את הדין הישראלי, האזרחי.

12. אמת, פסק דינו של הדיין נהרי מבוסס במידה רבה על עניין הבגידה. עם זאת, מכאן ועד למסקנה כי די בפסק דינו של דיין זה כדי להצדיק את קבלת העתירה, הדרך רחוקה. הנמקה שגויה של דיין אחד, אינה מצדיקה אף קבלת ערעור על פי אמות המידה להתערבות ערכאת הערעור. הלכה היא כי אין אפשרות לערער על מוצא פיו של בית משפט הנעדר כוח מחייב או על אמרת אגב בפסק דין (השוו: ר"ע 279/82 מנהל המכס נ' ג'ועבה, פ"ד לז(4) 542 (1983); בג"ץ 188/96 צירינסקי נ' סגן נשיא בית-משפט השלום בחדרה השופט עמירם שרון, פ"ד נב(3) 721, 742 (1998); רע"א 9487/16 שמעון פחימה יזמות בניה נ' נציגות הבית המשותף "קיט ונופש", פסקה 12 (29.1.2017); חמי בן-נון וטל חבקין הערעור האזרחי 95-96 (מהדורה שלישית, 2012)). קל וחומר שאין במצב דברים זה כדי להצדיק התערבות של בית משפט זה במסגרת עתירה על פסק דין שניתן על ידי הרכב בית הדין הרבני או בדיון נוסף על פסק דין בעתירה כאמור.

13. מכל מקום, גם במחלוקת שנתגלעה ביני לבין חברי השופט עמית בפסק הדין הראשון – אם התייחסותו של בית הדין הרבני הגדול לבגידה הייתה למעלה מן הצורך אם לאו – אין מקום להידרש לה בגדרי עתירה לדיון נוסף. דיון נוסף לא נועד לשם בירור העתירה מחדש תוך הכרעה במחלוקת העובדתית שנתגלעה בין חברי ההרכב.

דבר מה נוסף להוכחת השיתוף

14. ובאשר לטעם השני שבעקבותיו מצאה חברתי הנשיאה להתערב – האופן בו בחן בית הדין את האינדיקציות להוכחת "דבר מה נוסף". עיון מעמיק בפסק הדין של בית הדין הרבני מגלה כי הוא מבוסס על מערכת הדינים האזרחית, כאשר הדיין עמוס פורש את התשתית הנורמטיבית לסוגיה על פי כללי החוק והפסיקה האזרחיים תוך אזכורי

הפסיקה המרכזית שניתנה בהקשר זה בעניין שיתוף נכס ספציפי ובכלל זה דירת מגורים. הדיין עמוס הבהיר כי בהתאם לפסיקה ניתן להסיק שיתוף ספציפי בנכס בהתאם לנסיבות המקרה אם נמצא "דבר מה נוסף", תוך אזכור הפרמטרים הרלוונטיים שנקבעו בהקשר זה, שאוזכרו, בין היתר בבע"מ 1398/11 (עמ' 2-4 לפסק הדין). הדיין עמוס הלך עקב בצד אגודל על פי הפרמטרים שנקבעו בפסיקה האזרחית בקשר לשיתוף דירת מגורים בהגיעו למסקנה כי הרושם המצטבר הוא שלא הוכח שיתוף: המגרש ניתן בירושה לבעל; הבית שנבנה עליו מומן מכוח עסקה שביצע בקרקע; המגרש והבית רשומים מאז ומעולם על שמו של הבעל בלבד; לא נלקחו הלוואות ולא נרשמה משכנתא לצורך בניה או קניית הבית; השיפוץ אף אם נעשה לא היה "שיפוץ מאסיבי" ובכל מקרה המבקשת כלל לא עבדה בזמן שנעשה השיפוץ, ועוד (עמ' 5-6 לפסק הדין). וכך מסכם הדיין עמוס את העניין: "כל הנקודות הללו מעלות ספק וקשה לומר כי הייתה כוונת שיתוף ושלזה התכוונו הפסיקות האזרחיות בערכאות השונות" (עמ' 6 לפסק הדין). כמו כן, הדיין השלישי, אלמליח, כלל לא התייחס להלכה או לעניין הבגידה במסגרת פסק דינו.

15. למקרא העתירה לדיון נוסף ואף למקרא עמדות חבריי המצדדים בקבלת העתירה, עשוי להיווצר הרושם כי בית הדין הרבני הגדול חרג מהמסקנה המתבקשת לשיתוף בדירת המגורים, חרף אינדיקציות ברורות, מפורשות וחד-משמעיות לקיומו – וכל זאת לאור בגידת האישה. אולם לא כך הם פני הדברים. היעדר השיתוף הספציפי הינו ממצא עובדתי אליו הגיע הדיין עמוס בהתבסס על אינדיקציות עובדתיות ספציפיות המתייחסות למקרה הקונקרטי ולנסיבות חייהם הפרטניות של בני הזוג, תוך התייחסות לדין האזרחי ולאמות המידה שנקבעו בו בהקשר זה. אינני רואה אפוא עין בעין עם חברתי הנשיאה ועם המצדדים בעמדתה, כי האופן שבו בחן בית הדין הרבני את האינדיקציות להוכחת "דבר מה נוסף" להתגבשות השיתוף הספציפי בנכס, אינו עולה בקנה אחד עם אמות המידה שנקבעו בפסיקה בהקשר זה. בסופו של יום, מדובר בסוגיות הקשורות למשקל שיש ליתן לכל אחת מהעובדות המרכיבות את מכלול נסיבות העניין, אותן פירט בית הדין הרבני בהרחבה כאמור.

16. מה לנו אפוא, בגדרי עתירה לבית משפט זה, קל וחומר בגדרי בקשה לדיון נוסף, לנתח את הממצאים העובדתיים שנקבעו על ידי בית הדין הרבני, ולהפוך את המסקנה הסופית הנגזרת מהן. הדבר אף חותר תחת מושכלות יסוד בדבר היקף התערבותו של בית משפט זה בהכרעותיהם של בתי הדין הרבניים, כפי שגם הצביעו חבריי השופטים סולברג ו-שטיין. אף אם הייתה נופלת טעות בידי בית הדין הרבני, באופן שבו ביסס את מסקנתו בהתבסס על נסיבותיו העובדתיות של המקרה, או אף בקביעת אמת מידה מחמירה בהוכחת קיומו של "דבר מה נוסף", הדבר לא היה מהווה עילה להתערבות בית משפט זה בשבתו כבית משפט גבוה לצדק (ראו למשל: בג"ץ 2350/20 פלוני נ' בית הדין הרבני

הגדול, פסקה 8 (10.9.2020)). בוודאי שנסיבות מסוג זה אינן מבססות עילה לקיום דיון נוסף.

17. בהקשר זה נדמה כי יש לחזור בענייננו על מושכלות יסוד: דיון נוסף איננו ערעור נוסף (דנ"א 1075/15 בלום נ' אנגלו סכסון – סוכנות לנכסים (ישראל – 1992) בע"מ, פסקה 18 (8.3.2015)). "השופטים אינם תמיד תמימי-דעים, ולעיתים מתעוררות מחלוקות באשר לעקרונות המנחים או באשר לתוצאה הסופית. כל אלה כשלעצמם אינם מהווים עילה לדיון נוסף, שהרי העיקרון הבסיסי הוא שבית המשפט העליון דן ומכריע, בכל מקרה הבא בפניו, פעם אחת" (דנג"ץ 10673/07 פורום משפטי למען ארץ ישראל נ' ראש ממשלת ישראל, פסקה 14 (9.3.2008) (להלן: עניין פורום משפטי למען ארץ ישראל)). הליך הדיון הנוסף שמור למקרים נדירים ויוצאי-דופן שבהם מתקיימים התנאים המנויים בסעיף 30(ב) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, היינו כי הלכה שנפסקה בבית משפט זה עומדת בסתירה להלכה קודמת שנקבעה בו או שמפאת חשיבותה, קשיותה או חידושה של ההלכה יש מקום לקיים בה דיון (וראו למשל לאחרונה: דנ"פ 2784/21 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 5 (20.5.2021); דנ"פ 269/21 טאלב נ' מדינת ישראל, פסקה 6 (25.5.2021); דנג"ץ 6679/20 חה"כ ד"ר יוסף ג'בארין נ' הכנסת, פסקה 10 (26.5.2021)). כל זאת, בצירוף "דבר מה נוסף" המצדיק בירור מחודש של העניין (עניין פורום משפטי למען ארץ ישראל, פסקה 14; דנג"ץ 5019/13 בית הדין השרעי לערעורים בירושלים נ' פלונית, פסקה 7 (14.8.2013); דנג"ץ 5806/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש ממשלת ישראל, פסקה 5 (28.10.2015)).

18. הלכה למעשה, כפי שהיטיב חברי השופט סולברג לציין, בענייננו לא נפסקה כל הלכה חדשה. עניינה של העתירה לדיון נוסף נסוב על נסיבותיו הקונקרטיות של המקרה, וכך גם חוות דעתה של חברתי הנשיאה. הלכה מושרשת היא כי אופן יישומה של הלכה במקרה קונקרטי אינו מצדיק קיום דיון נוסף (ראו למשל: דנ"א 1075/14 קרן היסוד המגבית המאוחדת לארץ ישראל נ' קרן קיימת לישראל באמצעות מנהל מקרקעי ישראל, פסקה 14 (15.7.2014); דנג"ץ 2630/14 ריינר נ' בית הדין הרבני האזורי בתל אביב, פסקה 15 (23.10.2014); דנ"א 1812/21 פלוני נ' מדינת ישראל – המרכז לבריאות הנפש "מעלה הכרמל", פסקאות 9-10 (1.6.2021)). גם הכרעה העומדת בסתירה להלכה קודמת, אינה אלא לכל היותר בגדר טעות, שאינה מהווה כאמור עילה לדיון נוסף (יגאל מרזל "סעיף 18 לחוק יסוד: השפיטה – 'דיון נוסף' בדיון הנוסף" ספר דורית ביניש 181, 237 (קרן אזולאי, איתי בר סימן טוב, אהרן ברק ושחר ליפשיץ עורכים, 2018) (להלן: מרזל)).

19. אין עוררין בענייננו על ה"הלכה" הבסיסית, הנחת היסוד, לפיה על בית הדין הרבני שדן בענייני רכוש הנכרכים בענייני גירושין, להכריע במחלוקת על פי המשפט האזרחי. אין בנמצא אף "הלכה" חדשה. זאת בעוד שנקודת המוצא לבחינת השאלה אם

יש מקום להורות על קיומו של דיון נוסף היא קביעתה של הלכה חדשה, אשר צריכה לגלות את עצמה על פני פסק הדין ולהיות ברורה ומפורשת (דנ"פ 7229/16 בן יצחק נ' מדינת ישראל, פסקה 28 (3.1.2017); דנג"ץ 2789/18 פלוני נ' בית הדין הרבני הגדול לערעורים, פסקה 5 (25.6.2018); מרזל, עמ' 236). זאת ועוד, אף אם הייתה נפסקת בענייננו הלכה חדשה, "לא כל חידוש הלכתי די בו כדי להצדיק סטייה מן הכלל הרגיל שלפיו פוסק בית-המשפט העליון בשלושה ופסיקתו היא סוף פסוק. נדרשת הלכה מיוחדת וחריגה שיש בה כדי לשנות באורח מהותי נורמות ששררו עובר להלכות שנדונו והוכרעו בפסק הדין" (דנ"א 3455/05 עטיה נ' שחר, פסקה 6 (11.10.2005)).

הדין העברי

20. במסגרת חוות דעתי בפסק הדין הראשון הבאתי ממבואות ההלכה (היהודית) בעניין "מנהג ידוע" כמנהג המדינה בקשר לחלותה של "חזקת השיתוף" בהלכה הנוהגת. אין ברצוני לחזור על הדברים שנאמרו אז פעם נוספת. אך לעת הזאת אני רואה חשיבות להתייחס לגופה של הסוגיה המונחת לפנינו, שהיא כאמור השלכתה של אי נאמנות מינית של בן זוג על חלוקת הרכוש בין שני בני הזוג, לפי ההלכה.

21. כאמור, הולדתה של העתירה לדיון נוסף נעוצה בחיבור בין סוגיית החלת הדין העברי כביכול בניגוד להלכת בבלי, לבין סוגיית ה"הענשה למפרע" בגין בגידתה של העותרת. אני סבור כי מדובר בחיבור שיסודו בטעות. כאמור לעיל, לטעמי לא נפל דבר במסגרת פסק דינו של בית הדין הרבני, ואין בו כדי לפגוע בהלכת בבלי כמלוא הנימה. אינני סבור גם, כי התייחסותו של בית הדין הרבני לדין האזרחי הייתה מן השפה ולחוץ, רק על מנת לצאת ידי חובה. לצד זאת, הגם כי ניתן לראות בכך סוגיה צדדית ומשנית, על מנת להפיס את דעתם של אלו הסוברים כי פסק דינו של בית הדין הרבני משקף את אימוצה של ההלכה היהודית לתוך דיני הרכוש, אציין כי אף הדין העברי שולל את העמדה כי יש בכוחה של בגידה כדי "להעניש" למפרע אישה שבגדה בבעלה או בעל שבגד ברעייתו.

22. הנחת היסוד היא כי אישה אינה מפסידה את רכושה שקנתה כדין רק בשל כך שזנתה תחת בעלה. כמאמר התלמוד: "אם היא זינתה כליה מי זנאי" [אם היא זנתה, כליה האם זנו?!] (בבלי, כתובות קא, ע"ב). וכך נקבע להלכה בשולחן ערוך (אבן העזר, סימן קטו, סעיף ה):

> "כל אלו אין להם לא עיקר כתובה ולא תנאי כתובה ולא תוספת, אבל תטול מה שהכניסה לו והוא בעין, בין מנכסי צאן ברזל בין מנכסי מלוג. ואם כלה או נגנב או נאבד, אין מוציאין ממנו. וכן הדין במי שזינתה או שיוצאה משום שם רע, שאיבדה עיקר כתובתה ותוספת, ונוטלת מה

שהוא בעין מכל מה שהכניסה וכן הדין בכל אותן ששנינו
בהן תצא מזה ומזה״.

אמנם, עניינה של הלכה זו ברכוש אשר היה שייך לאישה לפני נישואיה. עם זאת, יש להסיק ממנה את העיקרון הבסיסי אשר פורט לעיל, לפיו אין בכוחה של התנהגותה המאוחרת של אישה להשפיע על בעלותה הקניינית בנכסים – בין אם אלו היו בבעלותה לפני הנישואין ובין אם זכתה בהם במהלך הנישואין (זאת למעט נכסים שקיבלה במתנה מהבעל לגביהם, כפי שנראה להלן, קיימת מחלוקת בין הפוסקים). בכך, הלכה למעשה, ניתן לסכם את הדיון, שכן אישה שזכתה ברכוש בדרך של שיתוף ספציפי אינה מאבדת את הרכוש בשל התנהגותה לאחר מעשה. אף על פי כן, ראיתי לנכון להרחיב במילים ספורות את היריעה ולדון בשאלות אחרות הקרובות לענייננו, ולו בשל כך שבית הדין הרבני מתייחס לעתים גם לשאלות רכושיות אחרות המתעוררות בשל התנהגותם של בני הזוג במהלך נישואיהם (וראו למשל: ע׳ (גדול) 1125089/1 פלוני נ׳ פלונית (26.3.2018), פסק דין שניתן לאחר פסק דינו של בית הדין הרבני מושא ענייננו). בעשותי כן, אין בכוונתי להשיג את גבולו של בית הדין הרבני האמון על פירוש הדין העברי ועל פסיקת ההלכה בו. בכוונתי, בהרחבת הסוגיה אך להראות כי בעיקרי הדברים לא קיימת סתירה, וודאי לא סתירה מהותית, בין ההלכה היהודית לפי דעתם של פוסקים רבים לבין פסיקתו של בית משפט זה.

23. כאמור, רכוש פרטי שהאישה הביאה עימה מביתה לבית בעלה, נותר בבעלותה גם אם זינתה תחתיו. הלכה זו נכונה לא רק ביחס לרכוש שאין לבעל זכות בו כלל, אלא אפילו ביחס לרכוש שהבעל קיבל בו זכויות שימוש מסוימות, מכוח תקנת חכמים שהסדירה את יחסי הממון בין בני הזוג (ובלשון חכמינו – נכסי ״צאן ברזל״ [נכסים שהבעל משתמש בהם וחייב באחריותם] ונכסי ״מלוג״ [נכסים שהבעל נהנה מפירותיהם ואינו חייב באחריותם]). היא גם נכונה כאשר מדובר ברכוש שהוענק לאישה במתנה, אם כי דיני מתנה בעניין זה מורכבים, הואיל ובכל מקרה נתון יש להתחקות אחר כוונת הצדדים אם המתנה ניתנה כמתנה גמורה או כמתנה על תנאי. מדובר בנושא החורג מד׳ אמותיו של הדיון שלפנינו, הואיל והשיתוף הספציפי בנכסים אינו מבוסס על הענקת מתנה מבן זוג אחד לשני. עם זאת, מפאת חשיבות הסוגיה ומכיוון שניתן ללמוד ממנה ולו על דרך ההיקש, נדון בה ולו על קצה המזלג.

24. דין מתנה שקיבלה במהלך הנישואין אישה שלימים בגדה בבעלה אינו נדון באופן מפורש בתלמוד, והפוסקים למדו עליו מסוגיות אחרות הדנות בדין לבוש שנתן הבעל לאשתו במהלך הנישואין ולאחר מכן האישה התאלמנה ממנו; באישה שהתגרשה מבעלה מבלי ש״מרדה״ בו; ובאישה שהתגרשה מבעלה בשל מרידתה בו.

בעניין הדין הראשון, קרי דין בגדים שניתנו לאישה על ידי בעלה ולאחר מכן התאלמנה ממנו, ההלכה היא כי כאשר האישה גובה את כתובתה לאחר מות בעלה, ערך הבגדים שקיבלה ממנו במהלך הנישואין ועודם בידה, מנוכה מסכום כתובתה (שולחן ערוך, אבן העזר, סימן צט, סעיף א). הסיבה לניכוי נעוצה בתפיסה ההלכתית שאין המדובר במתנה מוחלטת בדומה לזו המוגדרת בחוק המתנה שהיא הקניית הנכס למקבל המתנה, אלא בהבנה שבגדי האלמנה שייכים לבעלה המנוח וסיבת נתינתם לאשתו בחייו, הייתה לשם לבישתם בעודו בחיים ולא לאחר מכן (וראו: שו"ת הרשב"א, חלק ב סימן רפו; חידושי רבי עקיבא איגר, כתובות נד ע"ב שהתלבטו בשאלה האם בגדי האישה בחיי בעלה שאולים לה, או שמא הם קנויים לה ואף על פי כן לאחר יציאת האלמנה מבית המנוח, הבעלות על הבגדים חוזרת ליורשיו. זאת, מפני שהם לא ניתנו לה מלכתחילה על מנת שתיטול אותם לאחר מותו).

25. לעומת זאת, בדין מתנות הניתנות לאישה המתגרשת מבעלה, קיימת מחלוקת ראשונים. לדעת הרי"ף (כתובות, דף כא בדפי הרי"ף), הרמב"ן (מלחמות ה', שם), והרמב"ם (משנה תורה, הלכות אישות, פרק טז, הלכה ד), הבגדים נשארים ברשות האישה (וראו: דברי העיטור, אות כ, כתובות, דף לד, טור ד המסייג את דברי הרי"ף למקרה שבו הגירושין נעשו מרצונו המלא של הבעל, אך אם הם נגרמו כתוצאה ממעשי האישה, האישה כן תפסיד את כסותה; וראו עוד בעניין זה: שו"ת הריב"ש, סימן שא; טור, אבן העזר, סימן צט; המאירי, כתובות נד, ד"ה "גדולי הפוסקים"; מרדכי, כתובות קעג; מגיד משנה, הלכות אישות, טז, ד; שולחן ערוך, אבן העזר, סימן צט, סעיף א). לעומת זאת בעל המאור המשיג על הרי"ף על אתר, סובר שדין אלמנה וגרושה שווים, משום שמבחן התוצאה הוא המשנה, ולא האשמה בפירוק הקשר בין בני הזוג. כך גם דעת הרא"ה (חידושי הרא"ה, כתובות נד, ע"א). כל זאת כאשר מדובר בבגדים שניתנו לאישה על ידי הבעל. ברם, כאשר מדובר במתנות אחרות ולא בביגוד, קיימת תמימות דעים בין הפוסקים שהמתנה שניתנה לאישה היא שלה גם אם התאלמנה או התגרשה, כל עוד מדובר בגירושין שאינם נובעים ממרד האישה בבעלה או מכך שזנתה תחתיו (שולחן ערוך, אבן העזר, סימן צט, סעיף ב, והרמ"א על אתר; וראו לעניין ההבחנה בין הענקת בגדים ותכשיטים לבין מתנות אחרות: חידושי הרמב"ן, כתובות סג ע"ב ד"ה "וכתב עוד"; שו"ת הריב"ש, שם; חלקת מחוקק סימן צט ס"ק ז).

26. ההנמקה שעמדה בבסיס הלכה זו היא בחוסר ההיגיון להבחין בין מתנה הניתנת לבת זוג לבין מתנה הניתנת לכל אדם אחר. ובלשונו של בעל העיטור (המובאת שו"ת הריב"ש לעיל):

> "[...] דמאן דכתיב מתנה לאשתו בשעת נשואין ומגרש לה לא אמרינן כי אקני לה אדעתא למיקם קמיה. דאלא מעתה מאן דיהיב מתנה למאן דרחים ליה ערבא בעי למשקל מיניה

> דרחים ליה לעלם, וה״נ דמאן דיהיב ליה מתנה לרחמיה ונפל ביניהון איכסא הדרא מתנה, הא לאו טעמא הוא״ [שמי שכתב מתנה לאשתו בשעת נישואיהם וגירשה, אין אנו אומרים שהקנה לה רק על דעת שתישאר איתו, שאם כך הדבר אז גם מי שנותן מתנה לאהובו צריך לקחת ערב שיאהבו לעולם, וכן מי שנותן מתנה לאוהבו והתרחשה ביניהם מריבה המתנה מבוטלת – ודברים אלו ודאי שאינם דברי טעם].

נמצאנו למדים אפוא שבן זוג שהביא לבת זוגו (או להיפך) מתנה בשל האהבה השוררת ביניהם, אינו יכול לטעון שנתן לה את המתנה רק בתנאי שתישאר אישתו לנצח. רכוש שהאישה זכתה בו אפילו במתנה מרצון על ידי הבעל, אינו נשלל ממנה בעקבות הגירושין.

27. חרף זאת יש פוסקים שסברו שכאשר האישה מתגרשת מבעלה בשל מרדתו בו, הדין יוצא מהכלל האמור והאישה תפסיד את מתנותיה. יודגש כי גם לפי פוסקים אלו, האישה אינה ״נענשת״ למפרע, אלא שהמתנות פוקעות בגלל אומד דעת הנותן בעת הנתינה. מצד אחד הרמב״ם (משנה תורה, הלכות אישות, פרק יד, הלכה ח) פסק כי: ״כל שנתן לה מתנה מחזרת אותו שלא נתן לה על מנת שתטול ותצא״ (וכך נפסק בשולחן ערוך, אבן העזר, סימן עז, סעיפים ב-ג. אם כי יצוין כי גם בעניין זה דינו של הרמב״ם מתייחס באופן מפורש דווקא לאישה הדורשת להתגרש מבעלה נגד רצונו. אך ללא דרישת הגירושין, גם בעת מרדה היא לא תפסיד מאומה. זאת לעומת פוסקים אחרים שאינם מבחינים בין שני המקרים; וראו: חידושי הרשב״א כתובות סד ע״א; חידושי רמב״ן, כתובות סד, ע״א). לעומת זאת הרא״ה (חידושי הרא״ה, כתובות סד, ע״א) פסק כי המתנות שקיבלה האישה נשארות בידיה בכל מקרה (וראו גם: שו״ת הרשב״א, חלק ב, סימן קיב; חלק ד, סימן נב; חלק ו, סימן עב; חלק ז, סימן תיד; כמו כן, הטור (אבן העזר, סימן פה), התנה את אובדן המתנות במתן ״איגרת מרד״ הניתנת לאישה; וראו לעניין זה: הרב יוסף שלום אלישיב הסובר שכתיבת אגרת מרד לא מעלה ולא מורידה לעניין זה – קובץ תשובות הרב אלישיב, חלק ג, סימן קצט).

בעניין זה גם חשוב להדגיש כי אותו דין חל לגבי מתנות שקיבל הבעל מהאישה. היינו הדין הוא דו-סטרי, וכאשר הבעל קיבל מתנות מאשתו ומרד בה, גם הוא יאבד (לאותן שיטות לפיהן המרד גורר אחריו את אובדן הרכוש) את המתנות שקיבל ממנה במהלך הנישואין (מהר״א ששון, שו״ת תורת אמת, סימן נה; חתם סופר, חלק ג, סימן קמא).

28. ולבסוף לדין המתנות כאשר אישה זינתה תחת בעלה. ראשית יצוין כי בכל מקום שהפוסקים הראשונים מתייחסים לשלילת מתנות מאישה, דובר בדין אישה מורדת ולא באישה שזינתה תחת בעלה. היינו דין מורדת הוא דין יוצא מהכלל. עם זאת, בדורות

מאוחרים יותר ניתן למצוא פוסקים שהתייחסו לעניין שלפנינו באופן מפורש אשר מפסיקתם עולה כי אישה אינה מאבדת במקרים אלו את מתנתה. כך הלבוש (אבן העזר, סימן צט) כתב "אבל מתנה שנתן לה אף על פי שהוא מגרשה מחמת ערות דבר מתנתה שלה שכבר זכתה בה", כאשר הביטוי "ערות דבר" במקורו כולל בתוכו גם זנות. כך החתם סופר (לעיל) כתב במפורש שגם אישה שזינתה ונאסרה על בעלה לא הפסידה את מתנותיה, ודבריו הובאו בפתחי תשובה (פתחי תשובה, אבן העזר, סימן צט, סק"ז (השני)). נדמה אפוא שזו הייתה גם דעת הפוסקים הקדומים יותר. פסיקה זו עולה אף בפסקי דין רבניים משנים עברו (ראו: תיק (אזורי ב"ש) תשכ"ד/332, פד"ר ו 27, 31 (התשכ"ה); ע' (גדול) תשכ"ג/29, פד"ר ה 9, 13 (התשכ"ג); משפטי שאול סימן יח (ע' (גדול) תשל"א/192 (התשל"ז)), שם הסכימו הדיינים לכך שאישה שזינתה לא הפסידה מתנותיה, אך הגבילו זאת למתנות שנועדו לשימושה הבלעדי, ועל כן פסקו שדירה שנרשמה על שמה חוזרת לבעלה). יחד עם זאת יש לציין כי יש דיינים שבאופן מפורש לא קיבלו את שיטת הלבוש והחתם סופר. לדעתם אם באישה מורדת קיימת נקודת מוצא שהיה תנאי מכללא שאישה לא תמרוד בבעלה, אזי על דרך קל וחומר שאישה שזינתה תפסיד את מתנותיה (ראו שמע שלמה חלק ג אבן העזר סימן יג (ז' בטבת התשנ"ז) שם נחלקו הדיינים בסוגיה).

29. לסיכום אפוא, אין מקום לאמירה הכוללת כי לפי הדין העברי בן זוג מאבד את זכויותיו בנכסיו בשל אי נאמנותו המינית כלפי בן זוגו. למעלה מכך. גם לו דובר בנכס אשר ניתן במתנה על ידי אחד מבני הזוג לשותפו, אין מקום לטענה שהדין מורה על הענשה למפרע, ואף מצד קיומו של תנאי מכללא קיימות רגליים מוצקות לסברה כי עצם אי הנאמנות המינית של השותף לא מוביל לשלילת הזכות הממונית שנרכשה בידיו כדין עובר למעשה. לאור האמור, המסקנה שבית הדין הרבני בעניינו הלך שבי אחר תפיסתו ה"הלכתית-מוסרית" הסותרת כביכול את ההלכה הקיימת בבית משפט זה, מוקשית בעיני.

"תנאי מכללא"

30. ועוד מספר מילים שהן בעיניי לא פחות חשובות מכל הנאמר לעיל. חברתי הנשיאה (בפסקה 54 לחוות דעתה) מציינת כי יש לצמצם את אפשרות ההכרה בתניה מכללא בין בני הזוג לפיה השיתוף הזוגי יהיה כפוף לתנאי מסוים, כזה או אחר, וכך בלשונה:

> "לעמדתי קיימים טעמים כבדי-משקל נגד ההכרה באפשרות קיומה של תניה מכללא כזו או אחרת בין בני זוג, אשר בהתקיימה היא שוללת את זכויותיו של כל אחד מהם ברכוש הזוגי. כידוע, דוקטרינת התניות מכללא בחוזה איבדה זה מכבר אחיזה במשפטנו והוחלפה

> בעיקרון תום הלב המשמש כעיקרון-על החולש על מערכות יחסים חוזיות וכן, בשינויים המחויבים, על פעולות משפטיות שאינן בבחינת חוזה ועל חיובים שאינם נובעים מחוזה [...]. לעמדתי, בשים לב לתחולתו של עיקרון תום הלב ולנסיבות הייחודיות שאופפות את המערכת הזוגית, יש לצמצם ככל הניתן את יכולתו של בן זוג אחד "למשטר" את פעולותיו של משנהו ולהכתיב את התנהגותו. הכרה באפשרות קיומה של תניה מכללא בין בני הזוג שלפיה השיתוף הזוגי כפוף לתנאי כזה או אחר, חרף העובדה שאיש מבני הזוג לא ניאות במפורש לתניה שכזו, מקנה כוח עודף לאחד מבני הזוג על משנהו, אך בשל עובדת היותו בעליו של נכס שלגביו מתגבש השיתוף הזוגי. הכרה בקיומן של תניות מכללא כאלה במערכת היחסים הזוגית, עשויה אפוא להפוך לחרב המתהפכת מעל ראשיהם של בני הזוג לאורך נישואיהם [...]."

31. כשלעצמי, לא סברתי כי מתעורר הצורך להכריע בסוגיה זו – אם יש מקום להכיר באפשרות קיומו של תנאי מכללא בין בני זוג בקשר לנאמנותם זה לזו – משלא סברתי כי קיימת בה מחלוקת הטעונה הכרעה. מה גם, הכרעתה של חברתי הנשיאה כפי שהצביע חברי השופט שטיין (פיסקה 46 לחוות דעתו) מעוררת היבטים מוסריים ושאלות ערכיות שאינן משפטיות-גרידא ואינן נתונות להכרעת בית המשפט. אולם, שעה שהביעה חברתי את דעתה כי אין מקום להכיר בתנאי מכללא כלשהו, ומאחר שהעמדה לפיה אין להתחשב כלל בשיקולים שעניינם חוסר נאמנות מינית לצורך הכרעות הנוגעות לרכוש המשפחתי אומצה בחוות דעתה של חברתי השופטת ד' ברק-ארז, אין מנוס מכך שאביע את עמדתי גם בעניין זה.

32. ראשית, לא ברור לי עד תום כיצד יש בטענה שעיקרון תום הלב החליף את דוקטרינת התניות מכללא בחוזה, כדי לסייע לעמדתה של חברתי. עקרון תום הלב הוא כלל משפטי פתוח רקמה, אשר בידי בית המשפט לצקת בו תוכן ומשמעות ולקבוע האם נקיטת פעולה מסוימת מהווה חריגה ממנו. מדובר בעיקרון דינמי המקבל צורה לאור הצרכים המשתנים וההקשר המשפטי הנדון (ע"א 467/04 יתח נ' מפעל הפיס (1.9.2005); רע"א 8467/06 אבו עוקסה נ' בית הברזל טנוס בע"מ, פסקה 20 (8.7.2010) (להלן: עניין אבו עוקסה)). בבסיסו, תום הלב מהווה ביטוי משפטי לעקרונות מוסריים שונים ותמציתו מתבטאת בדרישה לנהוג כלפי הצד האחר באנושיות, ביושר ובהגינות (ע"א 10582/02 בן אבו נ' דלתות חמדיה בע"מ, פסקה ט"ז (16.10.2005); ע"א 1966/07 אריאל נ' קרן הגמלאות של חברי אגד בע"מ, פסקה 35 (9.8.2010); גבריאלה שלו ואפי צמח דיני חוזים 70 (מהדורה רביעית, 2019)). וכדברי הנשיא ברק ברע"א 6339/97 רוקר נ' סלומון, פ"ד נה(1) 199 (1999):

> "...עקרון תום-הלב קובע כי השמירה על האינטרס העצמי צריכה להיות הוגנת ותוך התחשבות בציפיות מוצדקות

ובהסתמכות ראויה של הצד האחר. אדם לאדם – לא זאב
ולא מלאך; אדם לאדם – אדם...״ (שם, עמ׳ 279).

33. בקשר לדיני המשפחה, בעבר הוכרה באופן מפורש חובתו של בעל דין לנהוג בהליכים שבינו לבין בן זוגו בדרך מקובלת ובתום לב (בג״ץ 772/00 זקס נ׳ בית הדין הרבני האזורי בפתח-תקווה, פ״ד נה(2) 49, 54 (2000). כך למשל עקרון תום הלב הונח בבסיס הדרישה לכנות תביעת הגירושין וכנות הכריכה בה. כלשונו של השופט אנגלרד: ״...בעיניי מבחן ה׳כנות׳ אינו אלא החלת העיקרון הרחב והמקיף של תום-לב״ (בג״ץ 8754/00 רון נ׳ בית-הדין הרבני הגדול, פ״ד נו(2) 625, 670 (2002)). סטנדרט ההתנהגות שהוחל, לגבי עיקרון תום הלב, בקשר לשאלת הכריכה, הוא סטנדרט התנהגות מחמיר למדיי – למשל, בדמות הדרישה מבעל דין לציין בכתבי טענותיו את האינטרסים של הצד שכנגד (בג״ץ 5747/03 פלוני נ׳ פלונית, פ״ד נח(5) 776, 788-789 (2004); וראו גם: יצחק כהן ״עקרון תום הלב בסדרי הדין בדיני משפחה״ משפטים מג 293, 309-310 (התשע״ג)). עיקרון תום הלב הוחל גם בקשר להליך של אישור הסכם ממון בין בני זוג. כך למשל נקבע מכוח עיקרון תום הלב, כי בן זוג אשר פעל בהתאם להסכם ממון שנחתם אך לא הוגש לאישור בית משפט כנדרש בחוק, יהיה מנוע מלהעלות טענות בדיעבד שההסכם חסר תוקף (ע״א 151/85 רודן נ׳ רודן, פ״ד לט(3) 186, 193 (1985); בע״מ 9126/05 פלונית נ׳ פלוני, פסקה ו (26.1.2006); בע״מ 7734/08 פלוני נ׳ פלונית, פסקה י״ז (27.4.2010); בע״מ 8063/14 פלמונית נ׳ פלמוני, פסקה 18 (13.7.2015)). עיקרון תום הלב בא לידי ביטוי גם בסוגיות של סמכות ועל בסיסו הכיר בית המשפט בעבר בסמכותו העניינית של בית משפט השלום לדון בתביעה אזרחית שעל פי הדין הסמכות העניינית לדון בה נתונה הייתה לבית משפט לענייני משפחה (רע״א 9343/08 פלוני נ׳ פלונית (24.3.2009)).

34. יישומו של עיקרון תום הלב על ענפי המשפט השונים אינו אחיד. כך גם נפסק בעבר, למשל, כי האופן שבו יחול העיקרון במסגרת דיני החוזים אינו זהה לאופן תחולתו על סדרי הדין האזרחיים. הבחנה זו נעוצה בכך שיחסים חוזיים הם פרי מפגש רצונותיהם של צדדים לחוזה, בעוד שהליך משפטי מטבעו אינו תוצר של שיתוף פעולה או מפגש רצונות. מכאן גם נקבע כי קיים ספק אם ניתן לדרוש שיתוף פעולה בין בעלי דין מכוח חובת תום הלב על פי אמת המידה המוחלת על צדדים לחוזה (עניין אבו עוקסה, פסקה 21). במילים אחרות, קיים מתאם מסוים בין אופי ההתקשרות שבין הצדדים ומהות היחסים ביניהם – אם נקלעו לזירה על כורחם או שנוצרה ביניהם מערכת יחסים מתוך רצון משותף ובחירה – לבין סטנדרט ההתנהגות המצופה מהצדדים במסגרת עיקרון תום הלב. היינו, ככל שמדובר במערכת יחסים שהיא בבסיסה תוצר של שיתוף פעולה, בחירה הדדית ומפגש רצונות, כך ניתן לצפות כי כל אחד מהצדדים יפנים יותר את האינטרסים של הצד השני והציפייה ממנו תהא לסטנדרט התנהגות מחמיר יותר של תום לב.

35. אם ניישם אפוא את עיקרון תום הלב על מה שכינתה הנשיאה הנסיבות הייחודיות שאופפות את המערכת הזוגית, לי נראה כי נאמץ סטנדרט התנהגות די גבוה. סטנדרט שהשלכותיו עולות בהרבה על ההשלכות הנובעות מהחלת דוקטרינת התניות מכללא במערכת ההסכמית בין בני זוג. במובן זה, אלו התומכים בהחלת דוקטרינת תום הלב חלף התניות מכללא, באו לברך ונמצאו מקללים. זאת, שכן מבלי לקבוע מסמרות, לא מן הנמנע כי התנהלות החורגת במידה רבה מטווח הציפיות המקובל בין בני זוג, ובכלל זה, אף חוסר נאמנות מינית, תעלה לכדי הפרת תום הלב שתהיינה לה השלכות לא פשוטות. מכל מקום, וודאי שאין בהחלת עיקרון תום הלב משום תמיכה בעמדה בה מצדדת חברתי הנשיאה.

36. כמו כן, אינני סבור כי הכרה בקיומן של תניות מכללא במערכת היחסים הזוגית מהווה חידוש דרמטי. יש לחדד כי בענייננו מדובר בנכס מלפני הנישואין, שאינו בר-איזון על פי ההסדר הקבוע בחוק יחסי ממון. כפי שגם ציין חברי השופט עמית בפסק הדין הראשון, קיים מגוון רחב של דעות וגישות בסוגיה של שיתוף ספציפי בנכס שאינו בר איזון, שהוא דירת מגורים. יש הסבורים כי היה ראוי שהמחוקק היה קובע כי על נכסים משפחתיים מובהקים, כדוגמת דירת המגורים, יחול שיתוף מיידי וזאת כבר במהלך חיי הנישואין (ראו למשל: שחר ליפשיץ השיתוף הזוגי 217 (2016)). ויש הטוענים כי ראוי היה לקבוע כי הלכת השיתוף הספציפי "מהווה כלל רכישה של דיני קניין" שאינו נדרש כלל לכוונת הצדדים (ראו: חנוך דגן ודפנה הקר "הלכת השיתוף הספציפי – לקראת המערכה הרביעית בבג"ץ 4602/13" מחקרי משפט לב 542 (2019)). אך אלו אינן העמדות שנפסקה להלכה. בחינת האפשרות להחיל שיתוף ספציפי על נכסים כגון אלו צריכה להיעשות תוך בחינה זהירה ודקדקנית של כוונת הצדדים (וראו: שחר ליפשיץ "שיפוט מוסרי של התנהגות מינית בנישואים: אוטונומיה ו'משילות' בעקבות בג"ץ 4602/13" עיוני משפט מג 5, 15 (2020)); ובכלל זה התנאים המוסכמים מכללא בתוך מערכת היחסים הספציפית שבין בני הזוג.

37. על כן פשיטא בעיניי, כי בהתאם למצב החוקי הקיים, יש לקחת בחשבון את אומד דעת הצדדים, אשר יכול לכלול תניות מסוגים שונים שייקבעו בין בני הזוג, בהתאם למערכת ערכים התואמת את השקפת עולמם, את ציפיותיהם הספציפיות מחיי הנישואין ומחלוקת הרכוש ביניהם ואת שאיפותיהם הכלכליות והזוגיות. ברי כי אם צד יוכיח כי במערכת היחסים המסוימת והספציפית שלו קיימים תנאים מסוימים שיש בהם כדי להשפיע על המערך הקנייני של הרכוש המשותף, יש ליתן משקל לתנאים אלה. איני סבור כי במסגרת זו קיימת מגבלה להכיר, בין היתר, בתנאים הנוגעים לנאמנותם המינית של בני הזוג. אדרבה, על אף קיומם של מודלים שונים של חיי נישואין, רכיב של נאמנות מינית בין בני זוג מהווה מאפיין אוניברסלי מרכזי בחיי נישואין (וראו למשל נדרי הנישואין הנהוגים במהלך טקס חתונה נוצרי:

> "I take you to be my wedded husband/wife, to have and to hold from this day forward, for better, for worse, for richer, for poor, in sickness and in health, to love and to cherish, till death do us part."

וכן ראו: Moss v. Moss, 187 A.D.2d 775, 589 N.Y.S.2d 683 (App. Div. 3rd Dept. 1992) בקשר לשאלת תוקפן המשפטי של נדרי הנישואים). ניתן אפוא לזהות במקרים המתאימים קיומם של תנאים מכללא המתייחסים גם לרכיב דומיננטי זה.

38. יתר על כן, אף לעמדת השופט עמית בעניין בן גיאת, אשר ביסס את השיתוף בנכס ספציפי על "חזקת השיתוף", יש מקום ליתן את הדעת ויתר משקל להתנהגות הצדדים, תום ליבם וגיבוש ההסכמה ביניהם. שכן חזקת השיתוף מבוססת על תפיסה חברתית של "מוסד הנישואין כקשר חופשי בין יחידים, המושתת על שוויון, שיתוף פעולה ותמיכה הדדית" (רע"א 8791/00 שלם נ' טוויניקו בע"מ, פסקה 8 (13.12.2006)). גם אם השופט עמית באותו עניין כיוון לחזקת השיתוף "הנתפסת בימינו כחזקה נורמטיבית ולא חזקה עובדתית-הסכמית" (עניין בן גיאת, פסקה 27 לפסק דינו), לא ניתן לכחד כי בבסיסה של חזקת השיתוף עומדים התנאים של ניהול אורח חיים תקין והתנהגות המגלה מאמץ משותף לצד כוונה כי הרכוש יהא בבעלות המשותפת של בני הזוג (בג"ץ 8214/07 פלונית נ' פלוני, פסקה 20 (22.7.2010); ע"א 6839/19 חדד נ' פיקהולץ, פסקה 10 (20.1.2021)). כמו כן, אף כי החילה הפסיקה אמת מידה מקלה ביחס לתחולת חזקת השיתוף על דירת מגורים (ראו למשל: בע"מ 1398/11 אלמונית נ' אלמוני, פסקה 15 (25.10.2012)), פשיטא כי אין מקום להתעלם במסגרת הערכת ההרמוניה הקיימת בין בני הזוג – אשר עומדת בבסיס הענקת השיתוף בנכס מנקודת מבט של "חזקת השיתוף" – מהתנהגותם הכללית של בני הזוג, ובכלל זה מהתנהלותם המינית.

39. על כל אלה אוסיף הערה נוספת הקשורה לחוק יחסי ממון, לגבי השלכותיו של "קרע" בין בני הזוג לעניין איזון המשאבים. על אף ברירת המחדל הקבועה בחוק, על פיה המועד הקובע לצורך איזון יחסי הממון הוא יום הגירושין, הרי שתיקון מס' 4 לחוק (חוק יחסי ממון בין בני זוג (תיקון מס' 4), התשס"ט-2008) קובע, בין היתר, כי ניתן לקבוע את המועד לביצועו של הסדר איזון משאבים עם קיומו של "קרע בין בני הזוג" או כאשר "בני הזוג חיים בנפרד אף אם תחת קורת גג אחת [...]" (סעיף 5א(א)(2) לחוק). משמעות הדבר היא כי המחוקק נתן דעתו לאפשרות ש"קרע" בין בני הזוג – פיזי, כלכלי או זוגי – יביא לפקיעת היחסים הזוגיים לעניין איזון המשאבים וישנה את מערך יחסי הממון ביניהם. "קרע" כאמור יכול לבוא לידי ביטוי במישורים שונים לגבי מכלול התנהגויות שונות – בכלל זה יציאה פיזית מבית המגורים; התנהגות כלכלית כגון הפסקת ניהול משק בית במשותף; התעמרות, אלימות או התנהלות הקשורה לנאמנות ומעילה

באמון בין בני הזוג. המחוקק מורה אפוא כי מציאות שבה קיים "קרע" בין בני הזוג, מבחינה רגשית או זוגית – על כל המשתמע ממושג זה, או כאשר מתגוררים בני זוג "תחת קורת גג אחת" אך "בנפרד" – היא מציאות המשליכה באופן קונקרטי על מועד הזכות לאיזון המשאבים. מה גם, הוראת סעיף 8 לחוק מאפשרת לאזן את הרכוש בין בני הזוג באופן לא שוויוני "בנסיבות מיוחדות".

40. ויובהר, העובדה שבמציאות זוגית נתונה, יתכן כי במישור העובדתי, להתנהגותם של בני הזוג תהיה נפקות לעניין מועד הקרע לעניין איזון המשאבים או לעניין שאלת השיתוף בנכס ספציפי, אין משמעותה עירוב של שיקולי "אשם" או "האשמה". נשער בנפשנו סיטואציה שבה אחד מבני הזוג (לצורך הדוגמה – הבעל) הסתיר מבת זוגו במשך שנים נכסים, עסקים, או הכנסות; ניהל מערכת יחסים "כפולה"; מעל באמונה של בת זוגו באופן בוטה; וכיו"ב כהנה וכהנה – כלום אין בהתנהלות זו כדי להשפיע על מועד הקרע? על שאלת השיתוף בנכס ספציפי מלפני הנישואין הרשום על שמה של בת הזוג? איננו צריכים רק לשער בנפשנו, משום שהמציאות עולה על כל דמיון. ויפים בהקשר זה הדברים שנאמרו מפי המשנה לנשיאה א' רובינשטיין בבע"מ 8206/14 פלונית נ' פלוני (14.4.2015):

> "טו. [...] האפשרות של אחד מבני הזוג, כאן המשיב-הבעל, להיות "נפקד נוכח" בביתו תוך שהאשה משלימה עם מצב עגמומי זה [...]. מצב כזה מן הסתם אינו שכיח מאוד, אך אין – גם על פי השכל הישר – להתעלם מקיומו ומקיום מצבים דומים לו של יחסים "מן הצד", יחסי פילגשות וכדומה. לפיכך, על דרך הכלל, ותהא עמדתנו הערכית כלפי יחסים כאלה כאשר תהא, יש מקום לתת לכך ביטוי גם באופן החלוקה, מקום שבעלי הדין מנהלים מערכת לא שויונית, בשונה מן המצב ה"רגיל", בו אמורים שני הצדדים להירתם יחדיו לקיום התא המשפחתי, כנדרש לצורך חלוקת מחצה על מחצה לפי סעיף 5 לחוק, כאמת המידה המרכזית להפעלת סמכותו של בית המשפט בגדרי יחסי ממון [...]. אוסיף, כי ייחוד מערכת היחסים גם משליך על מועד הקרע, שאף לגביו אין לקבוע אמות - מידה נוקשות אלא לבחון כל מקרה לגופו.
>
> טז. בהקשר זה אציין כי בניגוד לטענתה של המבקשת שמינוח השיתופיות המוחלשת, או השיתופיות לשיעורין, מטיל "אשמה" ובענייננו בה, הנה במישור האזרחי – להבדיל מן המציאות הקונקרטית - עובדתית ומן המישור הרגשי הטעון אשר תחושות אשמה והאשמה מצד זה או זה יתכנו בהם – אין מדובר ב"אשמה", ולא רכיב מעין זה הוא כשלעצמו המשפיע על איזון המשאבים. לעומת זאת, במישור העובדתי ברי כי התנהגותם של בני הזוג יש בה כדי להעיד על המועד בו חל הקרע המשפטי ביחסים, ומשכך, עשויה היא לשמש נסיבה מיוחדת הבאה בגדרו של סעיף 8 לחוק, והמאפשרת הפעלת הסמכות המיוחדת

> לחלוקה שאינה שוויונית כליל: מתוך שכך, יש לבחון בכל מקרה את טיב הקשר הזוגי ונסיבותיו, ויש ליתן משקל נכבד לאוטונומית הרצון ולמצער למודוס ההתנהגות בפועל של בני-הזוג בעיצוב הקשר הזוגי ביניהם; ונודה כי אין בידי בית המשפט להיות בוחן כליות ולב ולקבוע מה היו שיקולי כל צד, אם סוג של שלמות משפחה למען הילדים, אם נוחות כלכלית, אם שיקולים חברתיים ואם עירוב של אלה או חלקם; ועל כן 'אין לו לדיין אלא מה שעיניו רואות'".

והדברים מדברים בעד עצמם. לא חברי השופט שטיין המציא אפוא את ה"גלישה" לבחינת טיבה של מערכת היחסים בין בני הזוג כדברי חברתי השופטת ברק-ארז, ולא בית הדין הרבני, כי אם המחוקק. ואידך זיל גמור.

השיתוף ההדרגתי

41. ולבסוף מספר מילים על מודל השיתוף ההדרגתי שמציע חברי השופט שטיין. חברי רואה במודל השיתוף המוצע על ידו יתרונות רבים ומצביע על פגמים רבים בהלכת השיתוף הספציפי שאומצה בפסיקת בית משפט זה. כפי שהצביעה חברתי השופטת ברק-ארז גם אני סבור כי אף אם חברי צודק בעמדתו, אימוץ מודל מעין זה של שיתוף הוא עניין שעל המחוקק לתת בו את דעתו ולא לנו הוא. בניגוד להלכת השיתוף הספציפי המבוססת על אומד דעת בני הזוג, המודל המוצע על ידי חברי יוצר משטר יחסי ממון חדש שאין לו עיגון בהסכמת הצדדים, אלא הוא בנוי כל כולו על יצירה נורמטיבית. מעבר לכך, אינני משוכנע כי מודל זה מרפא את כל התחלואה בהלכת השיתוף הספציפי עליה הצביע חברי בחוות דעתו. בכך נדמה שנפרדות דרכינו.

42. למשל, חברי מונה שורה של שבעה פגמים בדוקטרינת השיתוף הספציפי (פסקאות 2 ו-60 לחוות דעתו). ברם, איני משוכנע כי קביעה שבכל שנה ושנה שיתוף הנכסים בין בני הזוג יגדל ב-1% לפי מודל השיתוף ההדרגתי, חף מכל הפגמים שחברי מצביע עליהם. גם במודל של חברי קשה לראות כיצד הוא ימנע את התמריצים המעוותים את התנהלותם של בני הזוג (פגם מספר 3); כך קשה לראות כיצד מודל השיתוף ההדרגתי תואם יותר את הרצון "הטיפוסי והשכיח של בני הזוג הנישאים במצב של חוסר שוויון רכושי" (פגם מספר 4). וכך אימוץ המודל החלופי המוצע על ידי חברי לא ירפא את "מלכודת הקניין" עבור בני הזוג הנישאים והוריהם שאינם מודעים לקיום דוקטרינת השיתוף הספציפי (פגם מספר 5). מי שאינו מודע לדוקטרינה הקיימת היום לא תגדל מודעותו לדוקטרינה חלופית גם אם תשתנה ברבות הימים.

43. באותה מידה איני משוכנע כי במודל המוצע על ידי חברי לא קיימים "תמריצים מעוותים" כמפורט בפסקה 75 לחוות דעתו. אם חוששים אנו מהעמדת פנים ומשקרים של בן זוג אחד כדי שיפסח על המכשול של מראית פני התקינות, הרי שחשש זה קיים

ללא קשר לדוקטרינה השיתופית הנכסית הקיימת בין בני זוג, תהיה זו דוקטרינת השיתוף הספציפי או דוקטרינת השיתוף ההדרגתי. זאת, שכן ההנחה היא כי גם במודל השיתוף ההדרגתי המוצע על ידי חברי, התנאי להצטברות אחוזי השיתוף השנתיים הוא קיום חיים זוגיים תקינים בין בני הזוג. כך התמריץ הקיים לבן הזוג בעל הנכסים המעוניין להיפרד מבן זוגו האחר מפני החשש שמחצית רכושו תעבור לבן זוגו לפי דוקטרינת השיתוף הספציפי, קיים גם לפי הדוקטרינה של השיתוף ההדרגתי. אדרבה, ככל שבן הזוג יקדים את הפירוד לפי דוקטרינה זו, כך יקטן חלקו של בן זוגו בנכסיו.

לסיכום: ובחזרה לד' אמות המחלוקת שבעניינו. לדעתי, מקרה זה איננו מגלה עילה להתערבות בגדרי עתירה לדיון נוסף ודין העתירה להידחות.

ש ו פ ט

<u>השופט י' עמית</u>:

אני מצטרף בהסכמה לחוות דעתה של חברתי הנשיאה השופטת א' חיות, על כל חלקיה וטעמיה. את דעתי הבעתי בהליך הקודם נשוא דיון נוסף זה, ועל כן אסתפק במספר הערות בהתייחס לחוות הדעת של חברי ההרכב החולקים על דעת הרוב בדיון נוסף זה.

1. גם הלכות מושרשות ניתן לתקף מעת לעת מקום שבו מנסים לערער ולהרהר אחריהן או כאשר נוצרת אי בהירות לגבי תוקפן. לדעת חברי, השופט נ' סולברג, אין עילה לקיים דיון נוסף, משום שלא נפסקה הלכה חדשה בפסק הדין נשוא הדיון הנוסף. חברי השופט ד' מינץ שותף לדעה לפיה אין "נענשים" על בגידה למפרע. כך עולה גם מפסק דינו של חברי, השופט א' שטיין, בציינו שאין מחלוקת "כי לא קיים שום קשר משפטי בין בגידה לזכויות קניין" (סעיף 11 לפסק דינו) ו"העדר זיקה משפטית בין זכויותיה הרכושיות של בת זוג לבין נאמנותה המינית לבן זוגה" (סעיף 44 לפסק דינו). הנה כי כן, דומה כי בנקודה זו קיימת תמימות דעים מלאה בקרב כל תשעת חברי ההרכב, ואם בכך יצא שכרו של הדיון הנוסף – דיינו.

גם בעניין השיתוף הספציפי, נראה כי שוררת תמימות דעים בקרב חברי ההרכב למעט חברי, השופט א' שטיין, וגם כאן יצא הציבור נשכר מהדיון הנוסף שהבהיר ותחם את גבולותיה של ההלכה בנושא זה.

2. חברתי הנשיאה פירטה את כל הראיות והאינדיקציות המעידות על כוונת השיתוף הספציפי בין הצדדים שלפנינו, ואיני רואה לחזור על הדברים. גם בית הדין האזורי הגיע למסקנה כי הוכח שיתוף ספציפי בדירת בני הזוג. את התערבותו של בית הדין הרבני הגדול בממצאי עובדה של בית הדין האזורי (כגון לגבי היקף השיפוץ בדירה) לא ניתן להסביר אלא בהשפעתה של ה"בגידה" ומכאן ההצדקה להתערבות בפסק דינו של בית הדין. גם מלומדי משפט הגיעו למסקנה כי פסק דינו של בית הדין הגדול לא התיימר לקבוע ממצא עובדתי נקודתי, אלא מדובר בפסיקה הקובעת ברירת מחדל גורפת, שלפיה הענקת רכוש של בן-זוג לרעהו, מותנית בכך שמקבל המתנה ישמור על נאמנות מינית כלפי בן-זוגו עד לסיום הנישואין (שחר ליפשיץ "שיפוט מוסרי של התנהגות מינית בנישואים: אוטונומיה ו'משילות' בעקבות בג"ץ 4602/13" עיוני משפט מג 5, 14, 17, 28-37, 38 (2020) (להלן: ליפשיץ).

3. איני סבור שהגישה שבה מצדדים חברי ההרכב שהצטרפו לדעתה של הנשיאה, מגלה "חוסר ניטרליות" כלפי דפוסים שונים של חיי נישואין וגירושין, כנטען על ידי חברי השופט א' שטיין. אני גם מתקשה לקבל את דברי חברי, המייחס לרוב חברי ההרכב פגיעה או התערבות בחירות האישית, בחופש החוזה, בקדושת הקניין הפרטי ובחופש הבחירה.

לטעמי דווקא "הניטרליות" של חברי, טומנת בחובה סכנות ופוטנציאל לתוצאות לא ניטרליות קשות, כמו חשש לזליגה של שיקולי אשמה מינית ביחס לנכסים בני-איזון במסגרת איזון המשאבים (וראו ליפשיץ בעמ' 40-45). גישתו של חברי, כי מכוח חופש החוזים יש לבחון את תוכן ההסכמה מכללא שבהתקיימותה הסכים בן הזוג לחלוק את נכסו, מכניסה דרך השער הראשי את נושא הנאמנות המינית הישר אל תוך סכסוכי הרכוש בין בני זוג. למעשה, קשה לתאר סיטואציה שבה ניתן לייחס רטרואקטיבית, לאחר מעשה הבגידה, תנאי מפסיק מכללא לפיו הסכימו הצדדים לשלול במקרה כזה את השיתוף הספציפי. כמקרים חריגים ניתן להצביע על בן זוג שמנהל "חיים כפולים" ללא ידיעת בן זוגו או בגידה ממושכת כחלק מדפוס של שקרים וגניבות כספיות (ליפשיץ עמ' 88 ה"ש 284), ולמקרים מעין אלה התכוונתי בפסק דיני בהליך הקודם.

4. "בירור עובדתי של ההסכמות שבני הזוג גיבשו ביניהם, במפורש או במשתמע" כדברי חברי השופט א' שטיין (בסיפא לפסקה 19 לפסק דינו, הדגשה הוספה – י"ע) הוא פתח להתעסקות בשיקולי אשם מיניים על כל ה"מריעין בישין" שרצוי להתרחק מהם במסגרת סכסוך רכושי בין בני זוג (והשוו לע"א 8489/12 פלוני נ' פלוני, פסקה 8 לפסק דיני (29.10.2013); ליפשיץ בעמ' 74-75 שם עומד המחבר על טיעון הפולשנות). מכאן הסכנה-רבתי שאני רואה בדברי חברי שסבור כי "אין זה מופרך בעיניי שבן הזוג הנבגד

ירצה לחזור בו, בעקבות הבגידה, מתוכניתו לחלוק את נכסיו עם בת זוגו" (סעיף 20 סיפא לפסק דינו). עמדתי על כך בפסק דיני בהליך הקודם (שם, פסקה 118):

> "לא ניתן לבצע 'הנדסה חוזרת' ולקבוע כי משעה שבן הזוג ביצע אקט של בגידה, אזי עלינו להניח כי בן הזוג 'הנבגד' מלכתחילה לא התכוון לחלוק עמו את רכושו. קביעה שכזו לוקה בהנחת המבוקש".

למעשה, גם חברי מסכים כי טענות בדבר בגידה ואשמה "תחזורנה למחוזותינו בקול תרועה רמה ותעשנה שמות" וכי חשש זה "אכן עתיד להתממש בלא מעט מקרים אם דעת הרוב בהליך הקודם תישאר על כנה" (סעיף 21 סיפא ו-22 רישא לפסק דינו).

ההכרה בתנאי מפסיק מכללא של נאמנות מינית, ככל שהדבר לא נעשה במפורש או בכתב, אינה מעשית, באשר בית המשפט אינו בוחן כליות ולב. ניסיון לזהות בדיעבד תנאי מכללא מעין זה לא יסכון והוא גם מסוכן מבחינת השלכותיו. למעשה, אפילו בנוגע לבני הזוג במקרה שלפנינו, לא מצאתי בפסק דינו של חברי כל טענה או אינדיקציה קונקרטית לכך שביחסים ביניהם התקיים תנאי מכללא מעין זה.

5. הכרה בתנאי מכללא של נאמנות מינית במסגרת דיני המתנה, נוגדת הלכות של בית משפט זה בדיני מתנה (ע"א 384/88 זיסרמן נ' זיסרמן, פ"ד מג(3) 205 (1989); ע"א 343/87 פרי נ' פרי, פ"ד מד(2) 154 (1990)). מכל מקום, איני סבור כי יש לנתח את הלכת השיתוף הספציפי באספקלריה של מתנה-נתינה על פי דיני המתנה ודיני החוזים. ודוק: איני סבור כי מדובר בדין הרצוי אלא בדין המצוי עמנו מזה שנים רבות, כך שאיני רואה עין בעין עם חברי שרואה עצמו אנוס על פי הדיבור להגיע לתוצאה אחרת.

6. היעדר מסמך בכתב לפי סעיף 8 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969 נכון גם לחזקת השיתוף הכללית ואינו ייחודי להלכת השיתוף הספציפי.

7. הלכת השיתוף הספציפי מהלכת ביניינו מזה שנים רבות, היא יושמה בעיקר על בית המגורים, ולא נטען כלפיה כי היא יצרה תמריצים מעוותים להתנהלות תכסיסנית בתוך קשר הנישואין כדברי חברי. אף איני רואה בהלכה זו משום מלכודת מסוכנת לשלוותם של אוהבים. אדרבה, מצג של שיתוף משך שנים ארוכות מצד בן הזוג, הוא שעלול ליצור מלכודת לבן הזוג שהסתמך על המצג ולא נערך מבעוד מועד ליום סגריר.

8. חברי הציע משטר חדש של שיתוף הדרגתי בדמות "צבירה פנסיונית" של 1% לשנה בנכסי בן הזוג. זאת, כתחליף לשיתוף הספציפי המעניק לבן הזוג "באבחה אחת", כלשונו, 50% מהזכויות בנכסיו האישיים של בן זוגו. אלא שאותה "אבחה אחת"

מתגבשת משך שנות נישואין רבות (לאו דווקא 30 שנה כפי שציין חברי), והיא מכוונת בעיקר לדירת המגורים המשותפת שהיא "גולת הכותרת" של חזקת השיתוף בכלל ושל השיתוף הספציפי בפרט. הצעתו של חברי מעניקה באופן "אוטומטי" אחוז אחד לשנה בנכסי בן הזוג השני, מעין תמריץ כלכלי, גם בהיעדר כוונת שיתוף בין בני הזוג. הצעה כה מהפכנית, שמעבירה בהדרגה קניין מצד אחד למשנהו היא עניין למחוקק לענות בו, והיא שקובעת נורמה שיפוטית כופה ואחידה בבחינת "one size fits all" . לעומת זאת, הלכת השיתוף הספציפי רגישה לנסיבות הספציפיות של בני הזוג ולכוונותיהם, והדברים באים לידי ביטוי בסממנים ובדרישה ל"דבר מה נוסף".

ש ו פ ט

הוחלט ברוב דעות כאמור בפסק דינה של הנשיאה א' חיות.

ניתן היום, י"ד בתמוז התשפ"א (24.6.2021).

ה נ ש י א ה	המשנה לנשיאה (בדימ')	ש ו פ ט
ש ו פ ט	ש ו פ ט	ש ו פ ט
ש ו פ ט ת	ש ו פ ט	ש ו פ ט