

ד"ר אריאל רוזן-צבי

# יחסי ממון בין בני זוג

פרסומי הפקולטה למשפטים אוניברסיטת  
תל-אביב מס' 19

מיקרושור בע"מ 

The Law of Matrimonial Property  
Ariel Rosen-Zvi



כל הזכויות שמורות למחבר

ירושלים, אדר תשמ"ב  
הוצא לאור ע"י מיקרושור בע"מ

סודר: בשרותי הדפסה "זוהר"  
לוחות והבאה לדפוס: "ארט פלוס"

מסת"ב: 3 — 005 — 215 — 965 ISBN

להורי, למרים ולבני  
שחלקם גדול משלי



## תוכן עניינים

על כפות המנעול

### שער ראשון:

#### הסדר יחסי ממון בין בניזוג כהשתקפות של תמורות חברתיות וכלכליות

3	מבוא
5	חלק ראשון: שינויים אידיאולוגיים והתפתחויות חברתיות יחסם להסדר יחסי הממון
5	פרק ראשון: שינוי תפקידה של המשפחה
7	פרק שני: היחס לנישואין – השקפות ומסקנות
7	א. השקפות
7	אא. דפוסים שונים של נישואין
7	בב. הנישואין כאיחוד בין פרטים – ההשקפה האינדיבידואליסטית
7	גג. הנישואין כשיתוף
10	ב. מסקנות
10	אא. תוצאות ההשקפות השונות: מהפרדה לשיתוף ומשיתוף להפרדה
11	בב. חתירה לאיזון בין ההשקפות
13	פרק שלישי: מעמדה של האשה
13	א. שינויים אידיאולוגיים, חברתיים וכלכליים: כללי
17	ב. שינויים בחלוקת התפקידים במשפחה
18	ג. שוויון מהותי ופורמלי בין המינים
20	חלק שני: שיקולי מדיניות בהסדר יחסי הממון
20	מבוא
20	פרק ראשון: בטחון כלכלי ופסיכולוגי לבניהזוג
22	פרק שני: התחשבות במכלול הזכויות המטריאליות של בנייהזוג
27	פרק שלישי: אלמנט האשמה
35	פרק רביעי: השפעת ההסדר בין בניזוג על צדדים שלישיים
35	א. עסקאות עם אחד מבניהזוג
36	ב. אחריות לחובות
38	חלק שלישי: שינויים במושג הרכוש נשוא יחסי הממון
38	מבוא
39	פרק ראשון: ריווחי המשפחה – שיתוף מידי
41	פרק שני: זכויות פנסיה, קצבאות וביטוח חיים

45	.....	חלק רביעי: אמצעים משפטיים לעיצוב הסדר יחסי הממון
45	.....	פרק ראשון: דיני הקנין כאמצעי להסדר יחסים רכושיים בין בני־הזוג
47	.....	פרק שני: קליטת פתרונות מן הדין המסחרי
49	.....	פרק שלישי: מידת התערבות בתי המשפט במהלך הנישואין
52	.....	פרק רביעי: אופן קביעת הסדר יחסי הממון בין בני־הזוג
55	.....	פרק חמישי: אופיו של הסדר יחסי הממון: קביעות או גמישות
59	.....	חלק חמישי: הפתרונות המשפטיים להסדר יחסי הממון: סקירה השוואתית
59	.....	מבוא
60	.....	פרק ראשון: שיטה של הפרדת רכוש בין בני־זוג
63	.....	פרק שני: שיטת שיקול הדעת השיפוטי
68	.....	פרק שלישי: שיטות של שיתוף נכסים בין בני־זוג לסוגיהן השונים
68	.....	מבוא
68	.....	א. שיתוף נכסים במהלך הנישואין – יצירת השיתוף ודרך ניהולו
71	.....	ב. שיתוף דחוי לפקיעת הנישואין
73	.....	ג. סוגיות בשיתוף נכסים בין בני־זוג
73	.....	אא. היקף השיתוף
76	.....	בב. העילות לפירוק השיתוף
76	.....	גג. אופן החלוקה של נכסי השיתוף
77	.....	דד. בחינה ביקורתית של שיטות השיתוף
79	.....	הה. סוף דבר

### שער שני:

#### סמכותן של ערכאות השיפוט בישראל בענינים הנוגעים ליחסי ממון בין בני־זוג

83	.....	פתח דבר
84	.....	חלק ראשון: במהלך הנישואין
84	.....	פרק ראשון: הגדרת המונח "עניני נישואין"
84	.....	א. הגדרת הבעיה
85	.....	ב. גישות אפשריות
86	.....	ג. גישתה העקרונית של הפסיקה: המבחן הרחב
87	.....	ד. המבחן המשלים המוצע: המבחן המצומצם
87	.....	ה. השינויים בהגדרת המונח "עניני נישואין" הנובעים מחוק שיווי זכויות האשה,
89	.....	תשי"א-1951
93	.....	פרק שני: סקירת הפסיקה וניתוחה
96	.....	פרק שלישי: סמכות השיפוט בנוגע להסכמים בין בני־זוג
101	.....	חלק שני: סמכות השיפוט במהלך דיון בתביעת גירושין

108.	חלק שלישי: סמכות השיפוט בענינים הנובעים מחוק יחסי ממון בין בניזוג, תשל"ג-1973.
108	פתח דבר והצגת הבעיה .....
109	פרק ראשון: במהלך הנישואין .....
114	פרק שני: במהלך דיון בתביעת גירושין .....
115	סוף דבר .....

### שער שלישי:

### יחסי ממון בין בניזוג במהלך הנישואין

119	מבוא כללי .....
120	חלק ראשון: הסדרים שמקורם בדין העברי ושילובם במשפט הישראלי .....
120	מבוא .....
121	פרק ראשון: יחסי ממון בין בניזוג במשפט העברי: מדיניות משפטית .....
121	א. עקרונות כלליים .....
123	ב. אלמנט האשמה .....
124	ג. אפשרות ההתנאה ומנהג המקום .....
128	פרק שני: זכויות הבעל בנכסי האשה .....
128	א. היקף הזכויות בדין העברי ומיון .....
132	ב. הדין העברי ושיטות משפטיות אחרות: דיון משווה .....
132	אא. הדין הרומי .....
132	בב. הדין האנגלי .....
133	גג. הדין הגרמני .....
133	דד. הדין הצרפתי .....
134	הה. סיכום .....
134	ג. זכויות הבעל בנכסי אשתו במשפט הישראלי .....
134	אא. התוצאות העקרוניות הנובעות מחוק שיווי זכויות האשה, תשי"א-1951 .....
134	1. חוק שיווי זכויות האשה והשפעתו .....
138	2. זכויות שמוש בנכסים כזכויות נלוות להבטחת הסטטוס .....
141	בב. על שתי תוצאות הנובעות מחוק שיווי זכויות האשה, תשי"א-1951 .....
142	1. זכויות הבעל בנכסי צאן ברזל .....
146	2. מתנות הבעל לאשה .....
149	גג. התוצאות הנובעות מחוק יחסי ממון בין בניזוג, תשל"ג-1973 .....
149	1. התוצאות הנובעות מהוראת סעיף 4 לחוק .....
154	2. התוצאות הנובעות מהוראת סעיף 13(ב) לחוק .....
157	פרק שלישי: זכויות האשה — דין שעבוד נכסי הבעל למזונות ולכתובה .....
157	א. היקף הזכות בדין העברי ומיונה .....
158	ב. דין שעבוד נכסי הבעל במשפט הישראלי .....
158	מבוא: הצגת הבעיות .....

159	א. קליטת עקרונות הדין	159
159	ב. היקף תחולת הדין	160
160	ג. תחולת הדין על יחסי בניזוג וצדדים שלישיים: עקרונות ויישומם	
167	<b>חלק שני: הסדרים שמקורם מעורב – בדין הדתי ובדין האזרחי</b>	
167	פרק ראשון: זכויות בנייהזוג בבית המגורים	167
167	מבוא	168
168	א. זכות המדור	168
168	א.א. זכויותיה של האשה	168
168	1. הזכות ומהותה	170
170	2. אמצעים להבטחת זכות המדור	174
174	3. זכויות אחרות של האישה בדירה	175
175	4. נסיונות לביסוס קניני של זכות המדור	177
177	ב. זכויותיו של הבעל	184
184	ג. המגמה הרצויה: זכויות מדור שוות לבנייהזוג	184
184	1. בדין האנגלי	184
184	2. בהצעת חוק היחיד והמשפחה	185
185	3. זכויות המדור לאור חוק יחסי ממון בין בניזוג, תשל"ג-1973	185
185	ב. זכויות קניניות משותפות לבנייהזוג	188
188	ג. הגבלות על עסקאות בבית המגורים	190
190	ד. הצעות לשיתוף בבית המגורים	191
191	ה. הצעה לשינוי במשפט הישראלי	195
195	יחסי שליחות בין בניזוג	195
195	מבוא	195
195	א. יחסי שליחות בין בניזוג במונח הצר	195
195	א. הלכת "לוונה ואכלה"	196
196	ב. רכישת מצרכים חיוניים והחזקת משק הבית	196
196	1. הדין העברי	197
197	2. הדין האנגלי	198
198	3. הדין הגרמני	199
199	4. דינים אחרים	200
200	5. מסקנות הדין המשווה	200
200	6. סעיף 3(א) לחוק השליחות	204
204	ב. יחסי שליחות בין בניזוג במונח הרחב	204
204	א. "אשה הנושאת ונותנת בתוך הבית"	207
207	ב. סעיף 3(א) לחוק השליחות	210
210	סיכום	
211	<b>חלק שלישי: הסדרים שמקורם בדין האזרחי</b>	
211	מבוא	



212	פרק ראשון: הלכת שיתוף הנכסים בין בני־זוג
212	פתיח דבר
213	א. סקירת ההסדר במשפט המקובל האנגלי
220	ב. הערות לצידוקה המשפטית של הלכת השיתוף
224	ג. הלכת השיתוף: עיקרה, התנאים לתחולתה והיקפה
224	א. עיקרה של הלכת השיתוף ואפיונה
227	ב. התנאים המוקדמים לתחולת חזקת השיתוף
233	ג. היקפה של חזקת השיתוף: סוגי הנכסים הכלולים בה
233	1. נכסים שנרכשו במהלך הנישואין
236	2. נכסים שנרכשו במתנה או בירושה במהלך הנישואין
239	3. נכסים שנרכשו בעת תחולתו של דין זר על בני־זוג
241	4. נכסים שנרכשו ממקורות שהתמזגו
242	5. "נכסי משפחה" לעומת "נכסים עסקיים"
243	ד. היקפה של חזקת השיתוף: האנשים הכפופים לה
243	1. סוגי האוכלוסיה השונים
244	2. ידועים בצבור
246	ה. הדרכים לסתירת חזקת השיתוף ולסיומה
248	ד. בחינת הבסיס העיוני להלכת שיתוף הנכסים וכלליה השונים
248	מבוא: הנחות מוקדמות
249	א. דיני החוזים
252	ב. דיני השליחות
252	1. לשם יצירת הלכת השיתוף
253	2. השפעת הלכת השיתוף על צדדים שלישיים
257	ג. דיני המתנה
258	ד. דיני הקניין
258	כללי
258	1. דיני היושר כבסיס אפשרי ליצירת הלכת השיתוף
261	2. חוק הנאמנות, תשל"ט-1979, כבסיס אפשרי ליצירת הלכת השיתוף
262	3. סיווגה של הלכת השיתוף כזכות קניינית או אובליגטורית
267	4. השפעת חוק המקרקעין על הלכת השיתוף
274	ה. דיני השותפויות
274	כללי
275	1. אחריות לחובות
275	א. הכלל והבעיות המתעוררות
277	ב. טיב האחריות לחובות
279	ג. היקף האחריות לחובות
281	2. ניהול השיתוף והשליטה בו
281	א. הזכאי לניהול וחביותיו
283	ב. חובת גילוי ומתן חשבונות
283	3. פירוק השיתוף

286	4. השפעת אשמתו של בן־זוג על זכויותיו מכוח הלכת השיתוף	286
286	ה הלכת השיתוף לאור חוק יחסי ממון בין בני־זוג	286
	א. תחולת הלכת השיתוף על בני־זוג שנישאו לאחר כניסת חוק יחסי ממון לתוקפו	286
294	ב. השפעת חוק יחסי ממון על בני־זוג שנישאו לפני כניסתו לתוקף	294
	ו. הערות סיכום: מקומה של הלכת השיתוף במסגרת המשפט הישראלי בכלל ודיני המשפחה בפרט	296
299	הסדרים הנובעים מחוק יחסי ממון בין בני־זוג, תשל"ג-1973	299
299	פתח דבר	299
299	א. חוק יחסי ממון בין בני־זוג ויחסו להסדרים אחרים בדיני המשפחה במהלך הנישואין	299
301	ב. הסכם ממון	301
301	א. חופש ההתנאה של בני־הזוג ומגבלותיו	301
303	ב. היקפו של הסכם ממון	303
303	1. הגדרה כללית של הסכם ממון ומאפייניו	303
304	2. הסכם ממון והסכמים אחרים במסגרת דיני המשפחה	304
304	3. הסכם ממון וכתובה	304
305	4. הסכם ממון לאור חוק הירושה, תשכ"ה-1965	305
307	ג. עקרון ההפרדה הרכושית במהלך הנישואין	307
307	א. הכלל הרחב: דין בני־זוג כדין זרים	307
308	ב. חריגיו של עקרון ההפרדה הרכושית והמתקנתו	308
308	1. תחולת הוראות הדין האישי	308
308	2. התחשבות בעובדת הנישואין במסגרת דיני החוזים והקנין	308
311	3. דיני פשיטת רגל	311
311	4. אמצעים לשמירת זכותו העתידה של בן־זוג במהלך הנישואין	311

## שער רביעי:

### יחסי ממון בין בני־זוג עם פקיעת הנישואין עקב גירושין

319	מבוא כללי	319
320	חלק ראשון: הסדרים שמקורם בדין העברי ושילובם במשפט הישראלי	320
320	מבוא	320
320	פרק ראשון: זכות האשה לעיקר כתובה	320
320	א. היקף זכותה של האשה לעיקר כתובה בדין העברי וטעמי ההלכה	320
324	ב. תוספת כתובה	324
324	ג. זכות האשה לעיקר כתובה במשפט הישראלי	324
326	ד. זכות האשה לעיקר כתובה וחוק יחסי ממון בין בני־זוג	326
329	המנהג בדבר זכות האשה לפיצויים בעת הגירושין	329
329	א. היקף זכותה של האשה לפיצויים בעת הגירושין בדין העברי	329
329	א. עיקריו של המנהג ושלבי התפתחותו	329

332	בב. טעמיו של המנהג	332
332	ב. המנהג בדבר זכות האשה לפיצויים בעת הגירושין במסגרת המשפט הישראלי	332
332	אא. מעמדו של המנהג במשפט הישראלי	332
334	בב. מעמדו של המנהג לאור חוק יחסי ממון בין בני־זוג	334
338	<b>חלק שני: הסדרים שמקורם בדין האזרחי</b>	338
338	פרק ראשון: הלכת שיתוף הנכסים בין בני־זוג	338
339	פרק שני: הסדר איזון המשאבים	339
339	פתח דבר	339
339	א. הסדר איזון המשאבים: ענין של חוזים	339
340	ב. אופיו של הסדר איזון המשאבים	340
342	ג. מימוש הזכות לאיזון משאבים	342
342	אא. דרכי מימוש הזכות לאיזון משאבים	342
343	בב. היקפה של זכות איזון המשאבים	343
346	ד. מועד מימוש הזכות לאיזון משאבים ועילותיה	346
346	אא. הסדר איזון משאבים ודיני הגירושין – הצגת הבעיות	346
348	בב. הסדר איזון משאבים ודיני הגירושין – דרכי פתרון מוצעות	348
348	1. פרשנות רחבה של המונח "פקיעת נישואין עקב גירושין"	348
348	2. פתרונות במסגרת דיני החוזים	348
350	3. פתרון חלקי באמצעות ההסדר בדין העברי	350
351	4. פתרון חלקי באמצעות סעיף 11 לחוק	351
351	5. הצעה לתיקון החוק	351
352	ה. שיקול הדעת של בית המשפט במסגרת הסדר איזון המשאבים	352
358	<b>בעת נעילת שער</b>	358
363	<b>זפתחות</b>	363



## על כפות המנעול

"איש ואשה זכו – שכינה ביניהן, לא זכו – אש אוכלתן" (סוטה יז א). במסלול שבין השכינה לבין האש, בו נע מעגל החיים של בני-זוג, מנסה המשפט למלא את התפקיד הצנוע המופקד בידיו במסגרת דיני המשפחה. אין המשפט מסוגל להחזיר את שלום הבית למשפחה ממנה נסתלקה השכינה, אולם הוא יכול למלא תפקידים חשובים במטרה לאתר את האש ולמנוע את התפשטותה. התפקיד האחד הוא מניעתי: חיסונם של בני-הזוג מפני משברים העלולים להתרגש עליהם, על ידי יצירת הסדר צודק של התחומים סביבם מתלקחת תדיר אש המחלוקת. בין אלה בולט תחום הממון והרכוש, שלו השפעה רבה על חיי הנישואין ועל המשפחה. התפקיד האחר הוא תרופתי: קביעת זכויותיהם של בני-הזוג במידת ודאות מספקת והקפדה על כללי התדיינות הוגנים וסבירים כדי שהאש האוכלת לא תכלה כל חלקה טובה.

בתחום דיני המשפחה במשפט הישראלי מוסט חלק נכבד מן העצמה האצורה בשיטה לסכסוכי הסמכות בין ערכאות השיפוט השונות. הסמכות היא מקור האנרגיה המרכזי – אותו מספק המשפט עצמו – המזין את האש המתלקחת בין בני-הזוג. עליה מתבזבז חלק ממשאבי בני-הזוג ואובדת שארית הרצון הטוב שעוד נותרה. ספר זה עניינו, בחלק הארי שבו, הדין המהותי. יש בכך, אולי, משום תרומה צנועה להחזרת הפרופורציות הנכונות לדיני המשפחה במשפט הישראלי.

מנקודת המוצא, של הצורך בהכרעה בין אינטרסים נוגדים ושל הקשר הבלתי ניתן להתרה בין היחסים הממוניים בין בני-הזוג לשאר דיני המשפחה, יוצא חיבורנו זה כשהוא בא להתמודד עם הסדר יחסי הממון בין בני-הזוג במשפט הישראלי.

בישראל אין כל מחקר מקיף המתייחס למכלול מערכת יחסי הממון שבין בני-זוג. ואין תימה בדבר. ההסדר בדין הישראלי מורכב רבדים רבדים, כאשר רובד אחד מורכב על גבי משנהו. חלק מן העניינים הממוניים בין בני-הזוג מוסדר באמצעות הדין האישי, שהוא לגבי אזרחי הארץ הדין הדתי בדרך כלל. דין זה מהווה את הרובד הראשון. עליו הורכבה על ידי בית המשפט העליון היצירה השיפוטית של הלכת השיתוף בנכסים. הלכה זו מרכיבה את הרובד השני. לפני שנים מספר חוקקה הכנסת את חוק יחסי ממון בין בני זוג, תשל"ג-1973, המהווה את הרובד השלישי ונועד להוות הסדר מלא ושיטתי של היחסים הממוניים בין בני-הזוג. זאת ועוד, בצומת-הדרכים של סוגיה זו נפגשים הדינים אשר נתייחדו לבני-זוג ככאלה עם הוראות הדין האזרחי הרגיל, במיוחד דיני הקניין והחוזים. מפגש זה מעצב גם הוא את אופיו של המחקר נשוא ספר זה.

מטרת המחקר היא להתמודד עם מורכבות זו על הבעיות השונות שהיא מעוררת. הספר יתרכז בבדיקת הסדר יחסי הממון בין בני-זוג כמכלול שלם, שכן כפי שנוכח לדעת רק בחינה כוללת קובעת את היקף תוכנו של כל רובד במסגרת המשפט הישראלי. במסגרת הדיון בסוגיה ינותח ההסדר הקיים על רבדיו השונים, תוך חקירת כל רובד ואופן השתבצותו במשפט הישראלי, שילובם ההדדי של הרבדים השונים, התאמתם זה לזה

ויחסי הגומלין שבינם לבין דיני המשפחה. ההסדר הישראלי יועמד לאורו של משפט משווה ועל בסיס דיון עיוני מקדים במדיניות המשפטית המהווה את המסד לדין. בין השאר נצביע על הליקויים במצב המשפטי הקיים, שבמרכזם פתרון חקיקתי בלתי שיטתי, שאינו מלא וכולל, והוא בבחינת הסדר מוטלא הנעדר התאמה.

שיטה בה חלקים שונים של מרכיבי ההסדר יונקים מעקרונות שונים, ואף סותרים בחלקם, מועדים לסוג זה של ליקויים. נציע גם הצעות להסדר מתואם ושיטתי יותר הן באמצעות פרשנות מכוונת של חוק יחסי ממון בין בני־זוג, הן באמצעות תיקונו והן באמצעות השלמות חקיקתיות בתחומים שונים של דיני המשפחה.

הספר בכללותו מתרכז בהסדר יחסי הממון בין בני־זוג **יהודיים בין החיים** (inter vivos). בחלקים השונים, בהם ההסדר הוא אזרחי־טריטוריאלי, הודגשה השפעתו על בני כל העדות הדתיות. המתכונת של הדיון, כפי שהוצגה, מלמדת כי אין פנינו לסיכום של המצב המשפטי תוך מתן תשובה לכל שאלה העשויה להתעורר. לא היה גם בכוננתנו להציג מערכת הערות מפורטת וממצה (קומנטר) על סעיפי חוק יחסי ממון בין בני זוג, תשל"ג־1973. עם זאת, נעשה נסיון לעצב תמונה רחבה במידת האפשר של יחסי הממון בין בני־זוג תוך איזון בין הצד העיוני לדרישות העוסקים במלאכה היומיומית של יעוץ והתדיינות והיזון חוזר בין התחומים השונים של העיון והמעשה.

מבחנו של הספר יהיה בהשפעתו על המציאות. אם ישכיל להחדיר מימד של ודאות בהתדיינות בין בני־הזוג ויסייע ביד כל העוסקים במלאכה בתיקון הליקויים הקיימים במשפט הישראלי יתרום במשהו להחזרת הכבוד האנושי שגלה מן ההתדיינות בין בני־הזוג וירחיק במעט את האש הזרה.

אדר תשמ"ב

אריאל רוזן־צבי

# שער ראשון

הסדר יחסי ממון בין בני־זוג  
כהשתקפות של  
תמורות חברתיות וכלכליות





# הסדר יחסי ממון בין בני-זוג כהשתקפות של תמורות חברתיות וכלכליות

## מבוא

בתחום דיני המשפחה בולטת ההיזקקות לדיסיפלינות מדעיות אחרות יותר מאשר בתחומי המשפט האחרים. התוצאה המשפטית מגבשת את הרעיונות המרכזיים העומדים בצידה של מערכת היחסים בין בני-הזוג והמלווים את המשפחה, ונותנת להן ביטוי.

ליסודות העיוניים ולרעיונות המנחים את ההסדרים השונים בשאלת היחסי הרכשיים בין בני-זוג חשיבות מכרעת בקביעת כל הסדר כזה.

תחום עיסוקנו מהווה צומת מפגש בין הדין האזרחי, בכלל, ודיני החוזים והקניין בפרט, לבין דיני המשפחה. מצומת זו יוצר המפגש האמור נתיבים חדשים.

משום כך היסודות האידיאולוגיים והתפישות החברתיות והכלכליות חייבין למצוא להם נקודות אחיזה ואמצעי ביטוי גם במסגרת הדין האזרחי הכללי לצורך דיני המשפחה. אנו מציבים קונצפציות מודרניות של דיני המשפחה לשם העמדתן על רקע אחד ולצורך שיפוט והערכה.

בחינת התפישות הבסיסיות, העקרונות הכלליים והשינויים החברתיים והכלכליים המנחים, העומדים ביסודה של כל מערכת הסדרים משפטיים ביחסי הממון בין בני-זוג מצביעה על מערכת עקרונות מצטלבים וסותרים הטעונים העדפה, ברירה והכרעה. ברנ שיטת המשפט הישראלי, הבנויה רבדים רבדים, כשכל רובד מונחה על-ידי מערכות תפישות בסיסיות ועקרונות אחרים העומדים ביסודם, מורכבת היום מעקרונות סותרין המורכבים אלה על אלה. תופעה זו מכבידה על הסדר שיטתי ואחיד של מסגרת היחסים הרכשיים במסגרת דיני המשפחה בישראל.

העקרונות הנידונים בשער זה עוברים, למעשה, כחוט השני בחלק גדול מן ההסדרים הנוגעים לדיני המשפחה; רק מיעוטם נתיחדו לסוגיית היחסים הרכשיים תופעה זו מסבירה את הרפורמות הכוללניות המאפיינות את תחום דיני המשפחה, לפחו בעשור האחרון. בישראל, הקושי בעריכת רפורמה כוללנית מסגיר את השיטה לאי תאימות ולקשיים אחרים שעוד יתבררו בהמשך.

ניתוח היסודות העיוניים והמדיניות המשפטית, שבסופה סקירה כללית של הפתרונות הרווחים והמוצעים המושתתים על יסודות אלה, היא התשתית אשר תלווה אותנו לאורך כל הדרך ותוכל להסביר חלק נכבד מן התופעות שנעמוד עליהן.

# חלק ראשון

## שינויים אידיאולוגיים והתפתחויות חברתיות ויחסם להסדר יחסי הממון

### פרק ראשון

#### שינוי תפקידה של המשפחה

המשפחה אינה מוסד שנוצר על-ידי החוק. זהו מוסד חברתי קיים, שהחוק מכיר בו ומסדיר את ההכרה בסטטוס הנוצר בעקבותיו ואת התוצאות הממוניות והרכושיות הנובעות ממנו. המשפחה היא אורגניזם חברתי הנוצר כדי למלא צרכים מסויימים של החברה ושל הפרט<sup>1</sup>.

פונקציות רבות שכוצעו בעבר על-ידי המשפחה ובמסגרתה, כגון: שירותי חינוך, סעד, רווחה ובריאות והגנה חיצונית, מוסדרות היום באמצעים ממוסדים על-ידי החברה<sup>2</sup>.

מן המשפחה הרחבה ניטלו, למעשה, על-ידי המדינה חלק גדול מן התפקידים שהיו מוטלים עליה בעבר במסגרת החברה המסורתית. המשפחה הרחבה פינתה מקומה למשפחת גרעין.

מטלות המשפחה הצטמצמו למסגרת של תפקידים ייחודיים, אשר שום מוסד חברתי אחר איננו מסוגל להתמודד אתם בהצלחה<sup>3</sup>: מילוי הצרכים הפסיכולוגיים של האדם ושל בני-הזוג, הפחתה של מתחים רגשיים בחברה תחרותית, ביורוקרטית ותעשיתית, בטחון והגנה מן החוץ במסגרת פנימית אינטימית<sup>4</sup>; וכן גידולו של האדם,

1. J. Eekelaar, *Family Security and Family Breakdown* (England, 1971) 11; *Int. Ency. of Com. L. Vol IV, The Family and the Law* (M. Rheinstein) 4. (להלן: האנציקלופדיה)

2. W. Friedmann, *Law in a Changing Society* (1964) 213-214;

3. O. Kahn-Freund "Matrimonial Property Law in England" in *Matrimonial Property Law* (W. Friedmann, editor, London, 1955) (Hereinafter: Friedmann) 267.

4. על הגדרת המשפחה ראה: W.F. Ogburn "The Changing Family" 19 *The Family* (1938); R.M. MacIver & C.H. Page, *Society: an Introductory Analysis* (1950); T. Parsons, R.F. Bales, *Family, Socialization and Interaction Process* (1956).

ראה: S.W. Prager "Sharing Principles and the Future of Marital Property Law" 25 *UCLA L.R.* (1977) 1, 6, 18;

חינוכו והסוציאליזציה שלו. החברה המודרנית צמצמה את האפשרויות שצרכים אנושיים אלה יושגו באמצעים אחרים. עקב כל אלה נועדו למשפחה גם תפקידים חיצוניים. המשפחה היא גורם יציב ומייצב ביחסים חברתיים ואישיים. האינטרס של המדינה הוא להבטיח במידת האפשר את הגנת המשפחה ושלומה, שכן סיפוק הצרכים הבסיסיים של היחיד במסגרת המשפחה תורם לרווחתה של החברה בכללותה.<sup>5</sup> הקלת הנטל מעל משפחת הגרעין מיקדה את הפונקציות שלה בתפקידה המרכזי. יש הטוען כי על-ידי כך חזרה המשפחה ומצאה את עצמה. מה שהפסידה בכמות הרוויחה באיכות.<sup>6</sup>

המשפחה מבוססת היום יותר על מערכת יחסים אישיים ופחות על האספקטים הכלכליים של הגנת האינטרסים הממוניים והרכושיים.<sup>7</sup> האינטרסים של הגנה על רכוש המשפחה כשבת או כבית-אב פינו מקומם להגנה מצומצמת יותר על בני-הזוג ורכושם. שימור הרכוש של קבוצת בני-משפחה, שהיה מן הקווים המנחים של כל הסדר רכושי, איבד במציאות החיים המודרניים ובמסגרת המשפחה בת-זמננו את עיקר חיוניותו. עם זאת, האספקט הכלכלי של המשפחה מחייב עדיין התיחסות מיוחדת. תמיכה לאשה עקרת הבית בדרך של ביטוח לאומי איננה מוסדרת עדיין על-ידי המדינה ושיתופה בזכויות הפנסיה של הבעל לא זכה עד כה להכרה. יתר-על-כן, למשפחה זכויות ונכסים שונים הטעונים הסדר. ענינה של המדינה במשפחה הוא כפול:

ראשית, עקב תפקידה הייחודי בחברה יש ענין מיוחד ביציבותה ובתפקודה ההרמוני. רכוש וממון הם מוקדים סביבם מתלקחים סכסוכים ומשברים בחיי משפחה. הסדרים המאפשרים מניעת החיכוך עד כמה שאפשר יקלו על השגת מטרה זו. התערבות המדינה באמצעות קביעה משפטית של הזכויות שבין בני-הזוג (על מנת לאפשר לכל אחד מהם לדעת היכן הוא עומד) והבטחתן של אלה היא מרשם אפשרי להפחתת מתחים וחיכוכים אפשריים בעתיד.<sup>8</sup>

שנית, הסדרים אשר יעניקו בטחון כלכלי במסגרת המשפחה ימנעו נפילת בני-הזוג או מי מהם למעמסה על החברה ויבטיחו את עתידם הכלכלי. במסגרות אלה יש לראות את התפקיד הרגולטיבי של החוק והתערבותו בהסדר יחסי רכוש וממון בין בני-זוג.

Clark "The New Marriage" 12 *Willamette L.J.* (1976) 441, 443;

M. Rheinstein, *Marriage Stability, Divorce and the Law* (Chicago, 1972) 274-275.

J. Eekelaar, *supra* note 1, Sociological Background (R. Konig) 47 ראה האנציקלופדיה .5 at 22-25.

על תפקידי המשפחה ואינטרס המדינה בהגנתה ראה:

*Griswold v. Connecticut* 381 U.S. 479, 486 (1965); *Planned Parenthood of Central Missouri v. Danforth* 428 U.S. 52, 69 (1976).

R. Konig, *ibid* at 47. .6

M. Rheinstein, *supra* note 4, at 275 גם R. Konig, *ibid* at 33 ראה .7

J. Eekelaar, *supra* note 1, at 76. .8

על הלגיטימציה בהתערבות המדינה בתחומים אלה ראה גם: *M. v. M.* 321 A. 2d 115 (1974) .

## פרק שני

### היחס לנישואין — השקפות ומסקנות

#### א. השקפות

##### א.א. דפוסים שונים של נישואין

עם השינויים במבנה המשפחה ובפונקציות שהיא ממלאה בחברה שונתה גם התפיסה בהקשר לנישואין. בחברה הפלורליסטית המודרנית ספק אם ניתן לזהות דפוס אחד של נישואין.<sup>9</sup> בחברה רווחת גישות שונות בנוגע לנישואין. שותפות מטרימוניאלית הקרויה נישואי עקרת הבית (housewife marriage) מתקיימת במקביל לסוג החדש של נישואי שני מפרנסים (double earners marriage)<sup>10</sup>. קיימות, אפוא, קונצפציות שונות של נישואין המתקיימות במקביל בחברה בת־זמננו<sup>11</sup>. מתן ביטוי לגישות אלה ולחירותם של כל בני־זוג, לבחור לעצמם את מערכת היחסים המועדפת ולאמץ לעצמם אידיאולוגיה, מכתוב קודם כל את חופש ההתנאה בשאלת סוג המשטר הרכושי אשר יחול על בני־הזוג. ברם, אנו עדים גם לשינוי יסודי במהותו של קשר הנישואין.

##### ב. הנישואין כאיחוד בין פרטים — ההשקפה האינדיבידואליסטית

בסיסם הדתי של הנישואין דגל בהגנת המשפחה כיחידה אחת, בעלת מבנה סמכותי (היררכי) כשהבעל הוא ראש המשפחה. אופי בני־הזוג כיחידים התבטל מפני רעיון המשפחה. בחברה המודרנית קיימת גם גישה הפוכה הרואה בנישואין מוסד אנושי<sup>12</sup>. על־פי גישה זו הנישואין הם קשר חופשי בין שני יחידים, שענינם שימור זהותם הנפרדת<sup>13</sup>. מאחורי גישה זו מסתתר רעיון של שוויון ואינדיבידואליזם המובילים

9. M.A. Glendon "Matrimonial Property: A Comparative Study of Law and Social Change" 49 *Tul. L.R.* (1974-5) 21, 78.

10. האנציקלופדיה *supra* note 1, at 11: "Power and Authority in the Family: New Legal Patterns as Reflections of Changing Ideologies" 23 *Am. J. of Com. L.* (1975) 1.

11. M.A. Glendon "Is There a Future for Separate Property" 8 *Fam. L.Q.* (1974) 315, 327; M. Rheinstein, *supra* note 4, at 274.

12. W. Friedmann, *supra* note 2, at 174; M.A. Glendon, *supra* note 10, at 24.

13. M. Rheinstein "The Transformation of Marriage and the Law" 68 *Nw. U. L. Rev.* (1973) 463, 467. דגש על זכותו של הפרט וחירותו של כל בני־זוג גם במסגרת הנישואין ראה *Eisenstadt v. Baird* 405 U.S. 438, 453 (1972).

להכרה גוברת בחופש הפרט של כל אחד מבני-הזוג. בעיניהם של בעלי גישה זו הנישואין הם אמצעי לפיתוח המלא של הפרט<sup>14</sup>. הנישואין יימשכו, איפוא, רק כל עוד הם ממלאים פונקציה של מסגרת לפיתוח העצמאות של בן-הזוג האינדיבידואלי. פילוסופיה אינדיבידואליסטית זו גרמה בין השאר לשינוי בדיני הגירושין, לקלות היחסית בה ניתן להשיג היום התרת נישואין ולביטול הדרגתי של אלמנט האשמה כעילת גירושין בלעדית, כשיטות משפטיות שונות בעולם. על-פי רפורמות אלה, כפי שנראה עוד בהמשך, די באלמנט כשלון הנישואין על מנת שבית המשפט יתן צו להתרתם. פילוסופיה זו משפיעה בהכרח גם על יחסי הרכוש במשפחה. היא חיה במתיחות בלתי-פוסקת עם התפיסה של הנישואין כמבטאים שיתוף של חיים המטיל חבויים הדדיות על בני-הזוג. איחוד של פרטים מול שיתוף של חיים.

המגמות הסותרות — כמשצד אחד ניצבת המשפחה והבטחתה כמוסד חברתי שהמדינה מבקשת להגן עליו, ומצד שני ניצב כל אחד מבני-הזוג, שגם על הבטחת שמירת זהותו הנפרדת ופיתוח אישיותו העצמאית שוקדת החברה — מביאות לגישות שונות בשאלת ההסדר הרכושי המועדף. יש סתירה בין הגדרת הנישואין כמבטאים שיתוף פעולה ושיתוף של אינטרסים, מחד גיסא, לבין הנישואין כמכשיר להגשמה אישית ולהבעה עצמית של הפרט, מאידך גיסא<sup>15</sup>.

ההתנגשות, בין אופי המשפחה כיחידה אחת ובין איכותו של כל פרט בתוכה כאינדיבידום בפני עצמו, יוצרת מתיחות מתמדת בין עקרון של שיתוף לעקרון של הפרדה, בין תפישה של שותפות לתפישה של אוטונומיה של כל בן-זוג<sup>16</sup>. דהיינו: לכאורה יש צורך בהכרעה ובבחירה בין היטמעות שני היחידים במסגרת המשפחה לבין גישה אינדיבידואליסטית, שלפיה גם יחסי הרכוש חייבים לתת ביטוי לאוטונומיה של כל פרט<sup>17</sup>.

#### גג. הנישואין כשיתוף

ההנחה העומדת ביסודן של שיטות רבות להסדר רכושי היא, שהשיתוף הוא ערך יסודי בקביעת אופיו של קשר האישות. החיים המשותפים והנסיון המשותף של בני-הזוג, במישור האישי, חייבים למצוא את ביטויים גם בתחומים מטריאליים של רכוש שהושג על-ידי בני-הזוג במהלך הנישואין<sup>18</sup>.

הבסיס העיוני לקביעת השיתוף ברכוש הוא היותם של הנישואין שותפות; את זאת יש לקחת בחשבון הן במהלך הנישואין והן עם סיומם<sup>19</sup>.

M.A. Glendon, *supra* note 10, at 28-29; .14

כן ראה 115 M.A. Glendon, *State, Law and Family* (Amsterdam, 1977).

M.A. Glendon, *supra* note 10, at 28; .15

אנציקלופדיה, *supra* note 1, at 14-15; .16

M.A. Glendon, *supra* note 10, at 23, 28; M.A. Glendon, *supra* note 9, at 23, 82; *Law Reform Commission of Canada, Working Paper 8: Family Property* (1975) 29.

R.R.B. Powell "Community Property — A Critique of its Regulation of Intra-Family Relations" 11 *Was. L.R.* (1936) 12, 15-16; .17

J. Eckelaar, *supra* note 1, at 98; .18

R.W. Bartke "Matrimonial Property Law Reform: Canadian Style" 25 *Am. J. of Com. L.* (1977) 46; .19

משטר של הפרדת רכוש במדינות שונות חשוף לביקורת יסודית שתמציתה היא כי סוג כזה של הסדר רכושי איננו תואם את היחסים בין בני-זוג.<sup>20</sup> מתן אפקט מלא לעובדות השיתוף גם ביחסים הרכושיים בין בני-הזוג משקפת ביתר נאמנות את מציאות הנישואין.<sup>21</sup> במרכז הפילוסופיה של שיתוף נכסים עומדת הדינמיקה של היחסים בין בני-הזוג. הדגש הוא על חיזוק יסודות המשפחה בהנחה שמתן ביטוי לשותפות בכל הרבדים של מערכת היחסים שבין בני-זוג תורמת למשפחה ולשלמותה יותר מאשר כל גישה של הפרדה, מלאה או חלקית.<sup>22</sup>

יתר-על-כן, משטר של הפרדת נכסים בין בני-זוג מתעלם מעובדות בסיסיות של שיתוף במשק הבית, בחסכוניות בני-הזוג ובתחומים אחרים כחיי בני-זוג כמציאות הכרחית שאין להתעלם ממנה. מציאות כזו חייבת להשתקף גם בהשפעה על יחסי הרכוש שבין בני-הזוג.<sup>23</sup>

ביקורת נוספת על משטר ההפרדה בהקשר זה היא גם בהתעלמותו ממצאות חברתית וכלכלית שבה רוב הנישואין הם נישואי עקרת-הבית. לאשה לא ניתן פיצוי הולם, לא על עצם פעילותה במסגרת הבית ולא על תמיכתה הכלכלית במשפחה באמצעות עבודות אלה. הבעל הוא הרוכש את רוב הרכוש והמנהל אותו והאשה יוצאת למעשה מן הנישואין כשהיא חסרת כל.

אין להתעלם מן העובדה שהנישואין הם גם איחוד של אינטרסים חומריים.<sup>24</sup> במישור זה, הקונצפציה הבסיסית של שיתוף נכסים היא, שהנישואין הם לא רק שותפות במישור האישי, אלא גם שותפות כלכלית של כישורים יחסיים ותרומה יחסית, השייכים לשני בני-הזוג, והחייבים להתחלק בשווה ביניהם.<sup>25</sup>

הגיונו של שיתוף נכסים מעוגן, איפוא, בשלושה:

(1) בהשקפה על מהות הנישואין כשיתוף של חיים.

(2) במציאות המקובלת של ניהול מערכת היחסים הכוללת בין בני-זוג.

(3) בהכרה כי הנישואין הם גם איחוד של אינטרסים חומריים, דהיינו: שיתוף כלכלי.

ואכן, מגמת השיתוף משתקפת בקודכסים שונים במדינות אירופה עוד במאה

ה-19.

20. B.A. Kulzer "Law and the Housewife: Property, Divorce, and Death" 28 *Uni. of Flo. L. R.* (1975) 1, 45.

21. *Studies on Family Property, Law Reform Commission of Canada* (1975) 15-16.

ראה גם W. Muller-Freienfels "Equality of Husband and Wife in Family Law" 8 *Int. and Com. L.Q.* (1959) 249, 263-264.

22. *Law Reform Commission of Canada, supra note 16, at 3, 7; S.W. Prager, supra note 4, at 6.*

23. O. Kahn-Freund, *supra note 2, at 268; W. Friedmann, in Friedmann, supra note 2, at 436.*

24. A. Colomer "The Modern French Law" in *Comparative Law of Matrimonial Property* (A. Kiralfy, editor, Leiden, 1972) (Hereinafter: Kiralfy) 80, 81.

25. T.J. Wuester & J.D. Payne, *Family Property Law Proposals for Reform in Studies on Family Property, supra note 21, at 318.*

**ב. מסקנות**

**אא. תוצאות ההשקפות השונות: מהפרדה לשיתוף ומשיתוף להפרדה**  
 ההדגשים משתנים, איפוא, בין מציאות חברתית וכלכלית אחת לאחרת ומותנים בנקודת המוצא של המשטר הרכושי הקיים ובחתימה למציאת הסדר רכושי אחר. כבר ראינו, כי המעבר ממשטר של הפרדה למשטר של שיתוף מעוגן בהשקפה על הנישואין כשותפות. מאידך גיסא, קיימת גם נטיה הפוכה, המודגשת אצל מספר מלומדים, של מעבר ממשטר של שיתוף למשטר של הפרדה. נטיה זו יוצאת מנקודת מוצא אחרת, זו של שוויוניות בין בני-הזוג, ומקימו של מצב כלכלי בו חלק ניכר מן הנשים יוצא לעבודה מחוץ לבית ועומד ברשות עצמו ככל הנוגע לרכישת נכסים. נטיה זו מודגשת אצל בעלי האידאולוגיה האינדיבידואליסטית. הרעיון העומד מאחריה הוא, שהנישואין הינם מעין איחוד על תנאי ויימשכו כל עוד הם ממלאים את הפונקציה של הגשמה אישית. רעיון זה יחד עם תוצאותיו, שהן גירושין על-פי בקשת צד אחד וקלות השגתם, במקביל להעלאת עצמאותה הכלכלית של האשה הנשואה והרחבת תחומי הרווחה החברתית, אינו מתישב עם הטלת מגבלות על החופש של כל בן-זוג לעשות בקניניו במהלך הנישואין ועם חלוקה כפורה בסימום.

מסקנתם של מלומדים אלה הינה כי עתידם של הסדרי הרכוש בין בני-זוג איננו בחלוקת המשאבים אלא בהפרדת הרכוש<sup>26</sup>, בלי להתעלם מן הצורך בהגנה על מספר אינטרסים משותפים, כמו בית המגורים, וקיום אחריות הדדית להוצאות משק הבית. נטיה זו, אם כי לא בקיצוניות כזו, עלתה לדין מפורש בשבדיה. שם המליץ שר המשפטים להעניק לבני-זוג מידה רבה יותר של עצמאות במהלך הנישואין ולמנוע הטלת הגבלות כלשהן על רכושם<sup>27</sup>. מגמות השוויון והאינדיבידואליות נראו לשר המשפטים השבדי כמחייבות מעבר לשיטה של רכוש נפרד<sup>28</sup>. ברם הוועדה, אשר בדקה הצעות אלה, לא קיבלה אותן. היא המליצה להשאיר על כנה את השיטה הנוהגת<sup>29</sup>, על-פיה, כפי שנראה להלן, מוטלות הגבלות על עסקאות מסוימות ברכושו של כל אחד מבני-הזוג במהלך הנישואין.

אך גם המצדדים בשיטת ההפרדה מבקשים לנטרל קודם כל את האלמנט של נישואי עקרת הבית. השאלה איזהו ההסדר המועדף, שפתרון לה מותנה באימוץ אידיאולוגיה זו או אחרת, מתעוררת רק במידה ואין האשה, בהיותה עקרת בית, זקוקה להגנה מיוחדת המתבטאת באימוץ שיטות של חלוקת רכוש. בעית הבחירה בין חלוקת רכוש להפרדתו עולה, איפוא, לאור התמעטותן של נישואי עקרת הבית. כאשר נשקל יסוד זה יחד עם רעיון הנישואין כאיחוד "זמני" כי אז מומלצת על-ידי מספר מלומדים

26. ראה אצל M.A. Glendon, *supra* note 11, at 318-319.

M.A. Glendon, *supra* note 9, at 82-83; R.R.B. Powell, *supra* note 17.

27. 19 *Int. and Com. L.Q.* (1970) 164, 165.

28. J. Temkin "The Child, the Family and the Young Offender — Swedish Style (1973)" 36

*M.L.R.* (1973) 569, 571.

29. 22 *Int. and Com. L.Q.* (1973) 182-183.



שיטת הפרדת רכוש ולא שיתוף מסוג כלשהו<sup>30</sup>. על בני-זוג בעלי עסקים נפרדים, שבחרו לנהל את עסקיהם בנפרד ולא בדרך של שותפות, אין כל הצדקה שהחוק יטיל מעין שותפות עסקית כפויה עקב נישואיהם. ברם, סוג זה של מקרים נוגע רק לחלק קטן מן האוכלוסיה ואלה יכולים למצוא את תיקונם באמצעות חופש ההתנאה.

תנועת המטוטלת של הסדרי הרכוש היא תופעה מענינת וראויה לציון. אנו נוכחים לדעת, ששיטות משפטיות שונות נמצאות בתנועה מתמדת, לכאורה, לכיוונים נוגדים וסותרים. הדבר יכול לנבוע, כמובן, משינוי ההדגשים עם שינויי התפישות והאידיאולוגיות השונות. ברם, אין זו הסיבה היחידה. יש החוזרים לשיטות שהיו רווחות בעבר (כגון שיטת הפרדת הרכוש), אך מטעמים אחרים מאלה שהיו מקובלים אז ודווקא לאור שינוי קיצוני של התנאים החברתיים והכלכליים. מה שנראה על רקע מציאות מסוימת כמשטר מפלה ולא צודק עשוי להיראות לאור התנאים המשתנים כמשטר רצוי ומועדף.

ברם כדי להעמיד את הדברים באור נכון מן הראוי לציין, כי חזרה למשטר ישן איננה נעשית רק הואיל והוא נראה מושך יותר לאור השינויים בתפישות ובאידיאולוגיות. השיבה אל הסדר כזה באה רק לאחר שסולקו ממנו כל הסיגים אשר היוו מוקד של ביקורת קשה, כגון אפליה האשה וחוסר יכולתה (בין המשפטי ובין הכלכלי) לרכוש נכסים. דהיינו: גם הקונצפציות שהשתנו וגם השינויים הכלכליים והחברתיים מאירים באור חדש משטר רכושי שעמד בעבר במוקד הביקורת.

עם זאת, יש מקום להעיר כבר עתה, כי הגישות הקיצוניות אינן מקובלות היום. כנראה משום שזמנו של שיתוף מלא, המדגיש רק את האלמנט של המשפחה כיחידה אחת, כבר עבר, ואילו זמנה של הפרדה המוחלטת, המבליטה רק את האוטונומיה של הפרט, טרם הגיע.

מעבר לתופעת ביניים זו של תנועה קיצונית של המטוטלת יש לבחון התגבשותו של הסדר פשרה, אשר מרכיביו משותפים לשיטות משפטיות רבות, אף כי הטכניקות המביאות לתוצאה זהה או קרובה משתנות משיטה לשיטה.

### כב. חתירה לאיזון בין ההשקפות

המגמות הסותרות מחייבות מציאת דרך לאיזון אפשרי ביניהן בכל מערכת של משטר רכושי בין בני-זוג. הקושי המיוחד הוא קיומם הסימולטני של רעיונות הנמצאים במתח מתמיד ביניהם. לקושי כזה אין יישוב, אך יתכן איזון.

איזון כזה בא לידי ביטוי קודם כל בטכניקות השונות הנוגעות לאופן קביעת הסדרים רכושיים בין בני-זוג: הענקת חופש התנאה לבני-זוג עצמם לשם בחירת המשטר הרכושי המועדף על-ידם וקביעת אופציה חקיקתית של משטר מן הדין, אשר יוחל בהיעדר הסכם אחר ביניהם.

אך האיזון מוצא לו בקעה להתגדר בה גם בתכנים השונים של ההסדרים. איזון כזה אינו יכול למצוא את ביטויו בבחירה חדה של משטר רכושי קיצוני כזה או אחר, אלא בחתכים פנימיים בתוך ההסדרים השונים, אשר ינסו ליישב את הסתירות בין הגישות השונות. פתרונות כאלה יכולים להימצא בהסדרים ראשוניים שונים, המבטיחים

M.A. Glendon, *supra* note 9, at 83.

30.

את האינטרסים של בני-הזוג ככאלה ואת המשפחה בכללה, כשהסדר הרכושי הוא בבחינת הסדר משני בלבד.<sup>31</sup> הפתרון המועדף הוא מתן ביטוי לשיתוף החיים והבטחת הגנה לאינטרסים המשותפים של בני-הזוג, בתחומים מסויימים, מצד אחד, יחד עם הענקת מידה רבה של עצמאות לכל אחד מבני-הזוג בכל הנוגע לשליטה ברכוש ובתחומים אחרים, מצד שני. כאן ישנם, כמובן, הדגשים שונים והעדפת רעיון אחד על פני משנהו בשיטות שונות. מרכיביו של הסדר פשרה כזה יכולים להיות שונים ומשתנים משיטה לשיטה. זאת לא רק בנוגע לסוג השיתוף ולדרך ניהולו, אלא גם בנוגע לסוגי הרכוש, אשר ייכללו בשיתוף, ופריטיו השונים: כלל הנכסים של בני-הזוג או רק אלה שנרכשו על-ידי מאמץ משותף במהלך הנישואין וכיו"ב.

בסופו של דבר מולידה הגישה המאזנת קרבה רבה בין השיטות המשפטיות השונות למרות השוני בטכניקות המופעלות. חיפושי דרך שונים נעשים כדי להגיע למשטר כולל, אשר ישקף את המגמות הסותרות וימצא נקודות גישור ביניהן. ברם, כבר עתה מן הראוי להוסיף כי במקרה זה כמו גם במקרים אחרים, אשר יתבארו עם ניתוח עקרונית נוספים, קיימות סתירות שאינן ניתנות לגישור והן מחייבות תהליכים של ברירה, העדפה והכרעה.

31. ההסדר הראשוני ענינו בתנאים הכלכליים המינימליים הנדרשים להתפתחות המשפחה. יש, כמובן, קשר ישיר בין ההוראות הקובעות את ההסדר הראשוני, דהיינו ההוראות העקרוניות ביחס לזכויות ולחבויות בין בני-הזוג, המבטיחות התיחסות למשפחה ולצרכיה באופן מלא ומפורש, לבין הסדר יחסי הרכוש שביניהם. ראה: *Studies, supra note 21, at 26-27*.

## פרק שלישי

### מעמדה של האשה

#### א. שינויים אידיאולוגיים, חברתיים וכלכליים: כללי

בדורות האחרונים השתנה מעמדה של האשה בתחומים שונים: בתחום הפוליטי, החברתי, הכלכלי והמשפטי.

בתקופות קודמות היתה האשה תלויה משפטית באופן כמעט מוחלט בבעלה. הדינים ששלטו בתחילת המאה ה-19 בצרפת, באנגליה, במדינות ארצות הברית ובגרמניה — למרות השוני בטכניקות המשפטיות — היו זהים בקו אופי בסיסי: הבעל ניהל את רכוש המשפחה, כולל זה של אשתו.<sup>32</sup>

באנגליה היתה האשה הנשואה חסרת כל כושר משפטי. עם הנישואין רכש הבעל אינטרס בנכסי אשתו וזו לא יכולה היתה להתערב בניהול נכסיה על-ידי הבעל.<sup>33</sup> האמנציפציה המשפטית של האשה על-ידי הענקת כושר משפטי מלא (ובעיקר Married Women's Property Act, 1882) נעשתה קשורה ישירות גם להגנה על נכסיה. באנגליה גררה אחריה הרפורמה במעמד האשה גם הגנה על רכושה הנפרד. כך גם בארצות המשפט המקובל האחרות.<sup>34</sup>

אך גם בצרפת ובארצות אחרות, בהן שרר משטר רכושי של שיתוף נכסים בין בני-זוג, היתה שליטת הבעל ברכוש מלאה. הוא ניהל ופיקח הן על הרכוש הנפרד של אשתו והן על הרכוש המשותף. שליטה זו נבעה מכך שנשים באותו זמן לא יצאו בדרך כלל מפתח הבית<sup>35</sup>, וגם אם להלכה היתה האשה שותפת ברכוש המשותף הרי למעשה לא שונה היה מצבה מזה של האשה בשיטות המשפט המקובל, שכן היא נעשתה שותפת רק

M.A. Glendon, *supra* note 9, at 25-26. .32

A. Kiralfy "English Law" in Kiralfy, *supra* note 24, 180, 182-183; .33

O. Kahn-Freund, *supra* note 2, at 271; J.G. Miller, *Family Property and Financial Provision* (London, 1974) 1-2  
ראה Lord Denning, *The Due Process of Law* (London, 1980) 194-201.

W. Friedmann, in Friedmann, *supra* note 2, at 436. .34

A. Colomer, *supra* note 24, at 82. .35

עם פירוק השיתוף. במהלך הנישואין היה הגבר בעל זכות הפיקוח, הניהול והשליטה הבלעדיות<sup>36</sup>.

השיתוף בנכסים לא הזדהה בהכרח עם שוויון המינים ועם ההכרה במעמדה המשפטי של האשה כשווה לזה של בעלה. לפיכך, למרות העובדה שהמשטר הרכושי בשיטות המשפט הקונטיננטליות עמד בסימן של שיתוף ניצבו גם הן לפני הבעיה של התאמת משטרים אלה למעמדה המשתנה של האשה<sup>37</sup>. הרפורמה העיקרית בשיטות שיתוף הנכסים מתבטאת לכן, כפי שניווכח לדעת בפרקים הבאים, בהתאמתן לשינוי מעמדה של האשה ולעקרון השוויון בין המינים. הדבר מתבטא בעיקר בקביעת ניהול משותף של בני-הזוג או בהטלת מגבלות על שליטתו של הבעל ובהגברת האינטרסים של שני בני-הזוג בשליטה, בניהול ובפיקוח על הרכוש המשותף. ניהול הרכוש הנפרד מוקנה לבעליו. הכרה בתפקידה המשתנה של האשה הטיל ספק בסמכות הניהול הבלעדית של הבעל.

אנו נוכחים איפוא לדעת, כי בניגוד לדעה רווחת, על-פיה בחירת משטרים רכושיים היא תוצאה של חוסר כשרות האשה — כפי שהיתה בזמנו<sup>38</sup> — לא השפיע, למעשה, מעמדה המשפטי של האשה על בחירת משטר רכושי זה או אחר, אלא רק על התכנים השונים של המשטרים ועל פרטי ההסדר. ראייה לכך היא העובדה שנקודת מוצא שווה בדבר מעמדה המשפטי של האשה, בשיטות המשפט המקובל ובשיטות הקונטיננטליות, לא הובילה לתוצאות דומות. כל אחת מן השיטות קבעה משטר רכושי שונה: האחת רכוש נפרד והאחרת שיתוף נכסים. כפי שנאמר בצדק, על-ידי אחד המלומדים, מעמדה המשפטי של האשה הנשואה והאפקט של נישואין על רכוש בני-הזוג הם שני ענינים שונים זה מזה הן מבחינה שיטתית והן כענין של מדיניות חקיקתית. רק באנגליה, כתוצאה מהתפתחות היסטורית, נעשה הרעיון של הפרדת רכוש קשור בעקרון שוויון הזכויות בין המינים<sup>39</sup>.

ברם מעמדה החברתי והכלכלי של האשה, ההכרה בתפקידה הכלכליים המוגבלים, חלוקת התפקידים בין בני-הזוג בתוך המשפחה והערכתם השפיעו בהחלט הן על בחירת ההסדר הרכושי והן על תכניו.

טטוש מסויים בחלוקה המסורתית של עבודה וסוגי תעסוקה בין שני המינים בעקבות הטכנולוגיה המודרנית, פתיחתם של אפיקי פעולה שנשלטו עד כה על-ידי גברים בלבד בפני האשה, המכשירים השונים שהקלו עליה את הנטל של משק הבית<sup>40</sup>, הפונקציות השונות (כגון חינוך) שניטלו על-ידי המדינה ותפישות אידיאולוגיות חדשות של שוויון וחירות הפרט הביאו, בין היתר, לאמנציפציה של האשה. כתוצאה מכך גדל והולך מספרן של הנשים הנשואות הנכנסות למעגל העבודה ועולה המשקל של עצמאותן הכלכלית ואי-תלותן בבעל.

J.T. Younger "Community Property, Women and the Law School Curriculum" 48 NYU L.R. (1973) 211, 218.

W. Friedmann, in Friedmann, *supra* note 2, at 437.

Law Reform Commission of Canada, *supra* note 16, at 17.

O. Kahn-Freund, *supra* note 2, at 278.

ראה אנציקלופדיה, *supra* note 1, at 11.

השינויים במעמדה המשפטי של האשה, תפישות אידיאולוגיות שוויוניות על מקומה בחברה, שהפכה למעורבת ומשותפת יותר תחת הסמכותיות שאפיינה אותה בעבר, והפחתת התלות הכלכלית של הנשים בבעליהן יצרו מצב חדש. הנישואין אינם מהווים עוד אלטרנטיבה חברתית וכלכלית בלעדית לאשה. שחרור הגירושין מן הסטיגמה הדתית והחברתית שדבקה בהם יחד עם דימוי אחר של נישואין ושינוי הציפיות מהם — דרישה לסיפוק צרכים רגשיים ורוחניים יותר מאשר חיפוש אחר סטטוס חברתי ובטחון כלכלי — הקלו על ייזום התרת הקשר מצד האשה<sup>41</sup>.

האם כל אלה משפיעים על אופיו של ההסדר הרכושי בין בני-הזוג? תשובה חיובית היא בלתי נמנעת, ברם כיוונה אינו ברור או חד משמעי. המסקנות יכולות להוביל לכיוונים מנוגדים: הצורך בשיתוף מוחלט, מחד גיסא, לעומת המגמה של הפרדה מוחלטת, מאידך גיסא.

יחד עם זאת אין ללכת שבי אחר תמונות וחזיונות אידיליים מדי. למרות מה שנדמה כוח העבודה של הנשים מוגבל עדיין הן מבחינת מספרן היחסי בכלל אוכלוסית הנשים הנישואות<sup>42</sup> והן מבחינת יחסה של החברה אל עבודת האשה וכישר השתכרותה

41. ראה M. Rheinstein, *supra* note 4, at 272-276; S.W. Prager, *supra* note 4, at 16-18. R. Chester (ed.), *Divorce in* ארה"ב, הגירושין בארצות אירופה, ראה R. Chester (ed.), *Divorce in Europe* (Leiden, 1977).

42. על נתונים סטטיסטיים ראה אצל M.A. Glendon, *supra* note 11, at 319, 321-322, 326. עולה כי כוח העבודה מכלל הנשים הנישואות הוא בסביבות 40%. נתונים כאלה ראה גם אצל R.W. Bartke, *supra* note 19, at 77. המצביע דווקא על ירידה בכוח העבודה של הנשים הנישואות בחלק גדול ממדינות העולם. הנתונים שלו, המבוססים על ה-*Wall St.J.* 22/3/76 (Midwest-edition) Col. 5 הם כדלקמן:

נשים בכוח העבודה במדינות השונות בין השנים 1960 לתקופה האחרונה

לאחרונה	1960	
46.4%	37.7%	ארה"ב
45.7%	52.7%	יפן
42.7%	43.2%	צרפת
37.4%	41.2%	גרמניה
24.6%	30.6%	איטליה
44.3%	39.3%	בריטניה

חלק גדול מנתונים אלה כולל רק עבודה חלקית של האשה ובחלק מן השנה בלבד (ראה על כך גם אצל M.A. Glendon, *ibid* 326).

בישראל ישנה עליה איטית, אך הדרגתית, בכוח העבודה של הנשים הנישואות. בשנת 1979 הגיע כוח העבודה מכלל הנשים הנישואות לכדי 38%. זאת לעומת 21.7% בשנת 1955, 24.9% בשנת 1960, 26.8% בשנת 1970, 32.5% בשנת 1975 ו-35% בשנת 1977. מן הראוי לציין שבשנת 1979 היה כוח העבודה של הנשים מכלל הנשים מגיל 14 ומעלה 34.9% לעומת 26.5% בשנת 1955; בעוד כוח העבודה של הגברים מכלל בני מינם מגיל 14 ומעלה הסתכם באותה שנה ב-63.9% לעומת 80.1% בשנת 1955 (הנתונים מבוססים על שנתון סטטיסטי לישראל 1980 מס' 31 (הוצאת הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, 1980) לוח יב/6, בע' 310, ולוח יב/1, בע' 300-303).

הנחות יותר. גם התפקידים הרבים הנוספים המוטלים עליה מגבילים את אפשרויות העסקתה ויוצרים כלפיה אפליה נמשכת בעבודה<sup>43</sup>. לכל אלה נוכל לצרף עוד את חובותיה המיוחדות של האשה וגם את העובדה שהטבע אינו מאפשר לה (עקב לידת ילדים והטיפול בהם) להיות, ברוב הגדול של המקרים, מרוויחת הלחם העיקרית במשפחה<sup>44</sup>. כתוצאה מכך נמנעות ממנה גם פתיחות יחסית של מקומות העבודה וקבלת אשראי דומה לזה של הבעל<sup>45</sup>.

מכלול הנתונים מלמד כי נישואי עקרת הבית הם עדיין הנפוצים והרווחים ביותר. גם כאשר האשה עובדת מוטל עיקר הנטל על הבעל. במציאות הקיימת תלותן הכלכלית של הנשים הנישואות בבעליהן היא עדיין משמעותית.

העולה מן המקובץ הוא כי בקביעת ההסדר הרכושי המועדף יש להתרכז במודל של נישואין על-פיו האשה מועסקת בלעדית בפעילות משק הבית. במסגרת מודל זה יש לתת ביטוי להשתתפותה בנטל המשפחתי על-ידי הענקת חלק כלשהו מן הנכסים שנצברו במהלך הנישואין. מודלים אחרים של נישואין יכולים למצוא סיפוקם בחופש ההתנאה המסור ובני-הזוג על-פי הטכניקה המקובלת ברוב שיטות המשפט.

שינוי היחס לנישואין ולגירושין והקלות היחסית של אפשרות התרת הקשר מטה כאילו את הכף לכיוון מגמות אינדיבידואליסטיות התומכות בהפרדת רכוש. ברם מקובלת עלינו הגישה שהנחות אלה אין בכוחן לשנות את דפוסי ההתנהגות במסגרת הנישואין ואת המציאות הנוצרת במהלכם. מה עוד שחלק הארי של הנישואין אינו מסתיים בין כותלי בית המשפט<sup>46</sup>. בכך מוטה הכף חזרה להסדר כלשהו של שיתוף.

הפרדת רכוש עשויה לפעול גם כתמריץ לאשה לצאת לעבודה מחוץ לבית ולמנוע הנצחה של תלות כלכלית בבעל בעוד שיתוף ברכוש הינו אמצעי המעודד את הנשיאה בנטל המשפחה ובגידול הילדים. ברם השאלה אם יש להשתמש בהסדרן של שיטות רכוש בין בני-זוג לתכלית כזו, שנויה במחלוקת. קיימת מגמה על-פיה שימוש בהסדר כזה למטרה חברתית כזו הינו לגיטימי<sup>47</sup>. לנו נראה כי העמדה הנוגדת משכנעת יותר. שיטה רכושית חייבת להישאר נייטרלית באספקט זה על מנת לאפשר חופש בחירה אמיתי לשותפים לנישואין, בלא להעניש בן-זוג זה או אחר על בחירתו בבחירה מסויימת ולא אחרת. במרכז הסדרי הרכוש עומדים בני-הזוג ויש להניח להם את החופש בקביעת סגנון חייהם המשותפים<sup>48</sup>. הסדר רכושי המשמש אמצעי להשגת תכלית חברתית עלול לדחוף את בני-הזוג להתנהגות המנוגדת לרצונותיהם, לכוונותיהם ולסגנון החיים הנראה להם.

43. B.A. Kulzer, *supra* note 20, at 7, 14, 15. על המשך אי-השוויון בפועל בין נשים לגברים בהקשר לעבודה ועל אפליה למעשה של האשה בתחום זה, ראה עוד במסגרת

*The Law Commission (England) (No' 103), Family Law, The Financial Consequences of Divorce: The Basic Policy (A Discussion Paper) (1980) 31-34.*

44. O. Kahn-Freund, *supra* note 2, at 268.

45. *Law Reform Commission of Canada, supra* note 16, at 6.

46. S.W. Prager, *supra* note 4, at 16-19.

47. J. Temkin, *supra* note 28, at 571; M.A. Glendon, *supra* note 11, at 326.

48. B.A. Kulzer, *supra* note 20, at 77, 78, 80.

הסדר כפוי כזה, המחייב שינוי דפוסי חתנהגות רצויים, מחדיר מתח מיותר ומזיק לחיי הנישואין.<sup>49</sup> שכרה של החברה עלול לצאת בהפסדה. זאת ועוד, כל שיטה של הסדר רכושי חייבת להתחשב בעובדה שבטחון כלכלי, המוגבל לתקופת הנישואין בלבד, עלול להוות שיקול להמשך קיום קשר נישואין כושל ובלתי רצוי. נישואין הכפויים על כן-זוג עקב מצב כלכלי אינם רצויים מבחינה אישית ומבחינה חברתית. בכוחן של שיטות שיתוף להרחיק שיקול כזה לגמרי או, לפחות, להקהות את חודו.

### ב. שינויים בחלוקת התפקידים במשפחה

האמנציפציה של האשה הביאה עמה גם ראייה מחודשת של חלוקת התפקידים במשפחה. בדינים שונים נהגה חלוקה מסורתית של תפקידים בין בני-הזוג. חלוקה זו נעשתה א-פריורי ובלי להתחשב בחלוקת התפקידים הממשית בתוך המשפחה. עוד ניווכח, למשל, לדעת כי בדין העברי נעשתה חלוקה כזו וגם כאשר השתנו התפקידים לא השתנתה עמם המערכת הכוללת של יחסי הרכוש בין בני-הזוג. למציאות החדשה ניתן ביטוי משפטי אחר, במגזר צר יחסית, בלי שיכוא בעקבותיה שינוי כללי של הדין.<sup>50</sup> בשיטות אחרות רווחה הכרה כי התפקידים המסורתיים הם חלוקה אלהית.<sup>51</sup> בדינים שונים התבססו תוכני שיטת ההסדר הרכושי על חלוקת תפקידים א-פריורית על-פיה מוטל על הבעל התפקיד לכלכל את המשפחה, להגן עליה ולנהל את רכושה ועל האשה מוטל עול ניהול משק הבית.<sup>52</sup> נפקותה המשפטית של חלוקת תפקידים כזו, במישור יחסי הרכוש שבין בני-זוג, הולכת ונעלמת. ראשית, מספר גדול יותר של נשים נכנסות למעגל העבודה וממילא קיימת זהות רבה יותר בתפקידיהם של בני-הזוג במערכת המשפחתית הכוללת.<sup>53</sup> שנית, אין ההסדר מתבסס על חלוקה המוטלת א-פריורי על בני-הזוג אלא על חלוקה למעשה

49. S.W. Prager, *supra* note 4, at 12.

50. ראה בדיון על יחסי השליחות בין בני-הזוג לגבי אשה הנושאת ונותנת בתוך הבית (שער שלישי, חלק שני, פרק שני, סעיף (ב)אא).

51. M.A. Glendon, *supra* note 10, at 25.

52. ראה למשל גם הדין הגרמני בסעיף 1356(1) ל-B.G.B. על-פיו חובת האשה היא לנהל את משק הבית וסעיף 1360a(2) ל-B.G.B. על-פיו חובת הבעל לספק תמיכה כלכלית למשפחה. סעיפים אלה בוטלו לאחרונה ברפורמה שנערכה בדין הגרמני בחיקוק שנכנס לתוקפו ביולי 1977 (ראה להלן הערה 92), תיקן את הסעיפים 1356 ו-1360a ל-B.G.B. וקבע חבות משותפת של בני-הזוג לניהול משק הבית ולכלכלת המשפחה.

הדין הצרפתי קבע בזמנו כי "הבעל חייב הגנה לאשתו, האשה צוית לבעלה" (סעיף 213 ל-C.C.), בשנת 1938 שונתה ההוראה ונאמר ש"הבעל הוא ראש המשפחה". בשנת 1970 הושלמה הרפורמה. לשון ההוראה מאז הוא "בני הזוג מבטיחים יחד את ההסדר החומרי ואת הקן המוסרי של המשפחה". במקום אחר (סעיף 215 ל-C.C.) נאמר כי "בני הזוג כפופים הדדית לשותפות של חיים" ראה M.A. Glendon, *supra* note 14, at 116-119.

53. M. Rheinstein, *supra* note 13, at 477.

ובפועל<sup>54</sup>. שלישית, וזה העיקר, ישנה הערכה מחודשת של תפקידיה של האשה, עקרת הבית.

הערכה מחודשת זו מייחסת ערך שווה לתפקידים השונים אותם מבצעים בני-הזוג. ישנה הכרה בתרומתה הכלכלית של עקרת הבית לרווחת המשפחה ולצבירת רכוש, הוזהר, מבחינה זו, לתרומתו הכלכלית של הבעל באמצעות עבודתו. עם הכרה זו הופך האינטרס של האשה ברכוש שנרכש במהלך הנישואין – בין אם הוא אובליגטורי ובין אם הוא קנייני – אפילו מקורו הוא בריווחי הבעל, לתביעת זכות ולא למעשה של חסד<sup>55, 56</sup>.

כאשר אין האשה מבצעת, מטעמים שונים, אף לא אחת מן הפונקציות האפשריות, יש לייחס משקל לעובדה זו. השאלה, אם וכיצד ניתן להקנות מידה של שיקול דעת במסגרת הסדר רכושי בין בני-זוג עוד תעסיק אותנו.

### ג. שוויון מהותי ופורמלי בין המינים

השינוי בחלוקת התפקידים במשפחה מוליך אל עקרון השוויון. ההכרה במעמדה החדש של האשה מבססת את הדעה שאנשים נישאים על בסיס של שוויון מתוך הנחה שתרומתם היא שווה. המסקנות המשפטיות חייבות להתחשב בהנחה זו.

עקרון השוויון בא במקומו של עקרון האיזון. במרכז עקרון האיזון עומד הרעיון כי חלוקת תפקידים נפרדת והערכה אחרת של תפקיד כל אחד מבני-הזוג מקנות מערכת זכויות נפרדת, שבסיסה הוא האיזון בין בני-הזוג.

חלוקת החובות המשפטיות על בסיס עקרון של שוויון חייבת להיעשות כך שבין הזוג לא ייפגע כלכלית מן הנטל המוטל עליו. אשה המקבלת על עצמה תפקיד של עקרת בית עשויה להקריב את מיטב שנותיה למען קידום הקריירה של בעלה והתפתחותו העסקית. כל אחד מבני-הזוג תומך, איפוא, באחר וכל אחד מהם זכאי לתמורה שווה. עקרון השוויון מחייב הערכת תרומה שונה באופן שווה, תוך השוואת מעמדם של בני-הזוג. במקום הדרך המקובלת בעבר, שאופינה על-ידי איזון של זכויות שונות עקב חלוקת תפקידים אחרת, מתחייב היום שוויון של זכויות עקב מבט שווה על תפקידים שונים.

כאן מתחייבת הבחנה נוספת. אין כוונתנו לשוויון פורמלי מוחלט. חלוקת התפקידים השונה בפועל איננה מאפשרת שוויון פורמלי או תרגום פשוטני של המונח

<sup>54</sup> Law Reform Commission of Canada, *supra* note 16, at 12, 42.

<sup>55</sup> B.A. Kulzer, *supra* note 20, at 53.

<sup>56</sup> מאידך גיסא יש הגורסים כי אין הצדקה להכרה בתרומה הכלכלית של עבודת משק הבית: "טענה זו עבור הגבר משמעותה לא יותר מאשר תחליף מחיר שעליו לשלם עבור ההנאה שבחברת האשה. עבור האשה טענה זו משמשת כתפקיד מרגיע: תלותה המלאה בבעל מסתווית כעסק משפחתי פורח... קונסטרוקציה כזו אינה משנה את היחסים הכלכליים עצמם." על טענות כאלה ראה אצל M.A. Glendon, *supra* note 14, at 163.



שוויון. עקרת הבית, בדרך כלל, איננה רוכשת נכסים ואיננה יכולה לספק לעצמה אמצעים לשם כך.

השוויון חייב, אפוא, להיות שוויון ממשי בתוצאות ולא בטכניקה. על בסיס עקרון זה יש לפצות את בן-הזוג הנושא בנטל משק הבית<sup>57</sup>, כדי להשוות את מצבם הרכושי של בני-הזוג. למרות השוני בתפקידים חייב הדין להבטיח השתתפות שווה בריווחי המשפחה. במובן זה עומד השוויון בבסיס השיטה של שיתוף נכסים, בין שהוא קיים במהלך הנישואין ובין שהוא דחוי למועד פקיעתם<sup>58</sup>. מה שאין כן במובן המקובל של שוויון המינים הפורמלי, שאינו מביא בהכרח להסדר של שיתוף נכסים בין בני-הזוג. עקרון השוויון הינו יותר פונקציה של הכרה אידיאולוגית ושל שינויים חברתיים מאשר ביטוי של השינוי הכלכלי על-פיו נושאות הנשים בנטל פרנסת המשפחה. להיפך: שינוי כלכלי זה עשוי דווקא לשאת בכנפיו רעיונות — אותם סקרנו בפרק הקודם — על חזרה אפשרית למשטר של הפרדה רכושית. העובדות עצמן עשויות, אפוא, להוליך לכיוונים שונים וסותרים ורק התפישות החברתיות והאידיאולוגיות הן המעניקות את הגוון המיוחד המצביע על כיוון מסויים דווקא.

עם זאת, גם המובן המקובל של שוויון בין המינים (השוויון הפורמלי) חייב למצוא לו ביטוי במסגרת ההסדר הרכושי. שוויון כזה מחייב יתר דמוקרטיזציה בהכרעותיהם של בני-הזוג במסגרת המשפחה. כך ניתן לומר ששיטות המשפט המקובל מנסות להשיג יתר שוויון מהותי לאחר ששוויון פורמלי כבר הושג על-ידן ואילו השיטות הקונטיננטליות מנסות להגיע לשוויון פורמלי<sup>59</sup> — בניהול, בשליטה ובפיקוח — לאחר שבבסיסן כבר עומד שוויון מהותי. בשלב זה נמצאות רוב השיטות המשפטיות בעולם במתח בין שני אלה<sup>60</sup>. הטכניקות המבססות את המשטר הרכושי על עליונות הבעל הולכות ומשתנות. כל פתרון חייב לקחת בחשבון במגוריו השונים הן את השוויון הפורמלי והן את השוויון המהותי.

57. J.T. Younger, *supra* note 36, at 213.

ראה גם O. Kahn-Freund, *supra* note 2, at 268; M. Rheinstein, *supra* note 13, at 469-470; Law Reform Commission of Canada, *supra* note 16, at 36.

58. כן, למשל, ראה את ההתפתחות בכיוון זה כרוב מדינות השיתוף של ארצות הברית, בהן הומרה השיטה הפטרימוניאלית הישנה בגישה של שוויון בקביעת החלטות בקשר לרכוש. גישה זו מגלמת מערכת יחסים בריאה יותר. ניהול בלעדי של הבעל בענינים כלכליים תוצאתו קביעת החלטות חד-צדדיות בשטח שהוא מקור עיקרי לקונפליקטים ביחסי משפחה.

ביקורת על ניהול בלעדי של הבעל את רכוש השיתוף ראה: C.S. Wall "Management of the Louisiana Community Property System: the Need for Reform" 48 *Tul. L.R.* (1974) 591, 592;

J.T. Younger "Louisiana Wives: Law Reform to their Rescue" 48 *Tul. L.R.* (1974) 567, 583. בנושא הניהול והפיקוח על הרכוש המשותף ראה H.S. Daggett, *The Community Property System of Louisiana* (1945) 254-255. הכלכליים והחברתיים המשתנים, שוויון בקבלת החלטות מתקרב לדעתו יותר לנורמה בנישואין המודרניים מאשר ההסדר כפי שהיה קיים.

על פרטי השינויים בדינים השונים, כולל דיניה של מדינת לואיזיאנה, נדון בפרק על השיטות המשפטיות השונות (ראה להלן חלק חמישי, פרק שלישי, סעיף (א)).

60. ראה גם M.A. Glendon, *supra* note 10, at 39.

## חלק שני

# שיקולי מדיניות בהסדר יחסי הממון

### מבוא

בחלק הראשון נסקרו מספר קונצפציות העומדות ביסודן של השיטות להסדר משטרים רכשיים בין בני-זוג. בחלק זה יידונו שיקולי מדיניות בסיסיים ועקרוניים אשר מחייבים התיחסות מיוחדת לצורך קביעת משטר רכושי כאשר הם משפיעים הן על אופים של משטרים כאלה והן על תוכנם.

### פרק ראשון

## בטחון כלכלי ופסיכולוגי לבני-הזוג

כל המלצה להסדר רכושי בין בני-הזוג חייבת לכלול במסגרת שיקוליה את מידת התרומה הצפויה ממנו ליציבות המשפחה ולניהול מערכת יחסים תקינה במסגרת חיי הנישואין.

שיטת הרכוש המשותף משתבחת על-ידי תומכיה לא רק במימוש הקונצפציה של השיתוף בנישואין אלא גם בהיותה טומנת בחובה תועלת פסיכולוגית ורגשית — הנובעת ממציאיות של שיתוף כלכלי — עבור שני בני-הזוג ובמיוחד עבור זה שאינו יוצא מתחום הבית.<sup>61</sup>

קובעי המדיניות הסוביטית, למשל, מאמינים שיחסי השיתוף ברכוש מסייעים לשמור על המשפחה על-ידי יצירת אווירה נוחה יותר מאשר שיטה של הפרדת רכוש.<sup>62</sup> גם בפולין נחשבת השיטה של שיתוף ברכוש כתורמת לחוסנה של המשפחה הסוציאליסטית.<sup>63</sup> היינו: המבע המשפטי לשיתוף הממשי נועד להקנות בטחון וסטטוס

<sup>61</sup> Studies, *supra* note 21, at 27.

<sup>62</sup> J.N. Hazard "Matrimonial Property Law in the U.S.S.R.," in W. Friedmann, *supra* note 2, 210 at 235.

<sup>63</sup> D. Lasok "A Legal Concept of Marriage and Divorce, A Comparative Study in Polish and Western Family Law" 9 *Int. and Com. L.Q.* (1960) 53, 69.

לבני-הזוג. בטחון כלכלי זה יוצר גם הרגשה פסיכולוגית של בטחון התורמת לחיזוק מוסד הנישואין ומונעת חיכוכים אפשריים בין בני-זוג.<sup>64</sup> ברם ההתחשבות בעקרון זה בשילובו ההדדי עם קונצפציות אחרות עשוי להביא שוני בטכניקות השונות בהן ניתן לעשות שימוש כדי להבטיח את השגת המטרה. האם יש צורך בבטחון שוטף על-ידי שיתוף נכסים במהלך הנישואין או די בשיתוף דחוי לפקיעת הנישואין הכולל גם הטלת מגבלות במהלך הנישואין על רכושם של בני-הזוג הצפוי להיכלל בשיתוף?<sup>65</sup> תשובה לשאלה זו אינה יכולה להיות מנותקת משיקולים אחרים המשפיעים על בחירת השיטה המשפטית המתאימה. יש לשקול את העובדה שעקרון זה עומד בסתירה מסוימת לרעיון האינדיבידואליזם והוא מותנה, כמובן, במצב החברתי והכלכלי של בני-הזוג במציאות נתונה מסוימת. אספקט אחר של עקרון זה הוא הבטחת בטחונו הכלכלי של בן-הזוג לאחר הגירושין. שיטות של חלוקת רכוש אין בהן, איפוא, רק כדי להגן על המשפחה כיחידה אחת, אלא גם כדי להגן על כל אחד מיחידיה לאחר פירוק הקשר באמצעות הענקת בטחון כלכלי. במיוחד אמורים הדברים כלפי בן-הזוג אשר הקדיש את עיתותיו לניהול משק הבית ולגידול הילדים, יצא ממעגל העבודה והוא מבקש לעמוד ברשות עצמו. לשיקומו לא די בתשלומים עיתיים של מזונות לאחר גירושין. המשאירים אותו תלוי בבן-זוגו לשעבר, אלא יש צורך גם בהון. על מטרה זו עונות שיטות חלוקה מכל הסוגים.<sup>66</sup> ברם יצירת מצבים של חוסר בטחון אמוציונלי ושל חוסר ודאות מאפיינת עדיין שיטות משפטיות שונות.<sup>67</sup>

64. O. Kahn-Freund "Recent Legislation on Matrimonial Property" 33 *M.L.R.* (1970) ראה 601, 604; *The Law Commission (England) — Working Paper No. 42 Family Property Law* § 0.21, 5.85.

65. J. Eckelaar, *supra* note 1, at 101.

66. *The Law Commission (England)*, *supra* note 64, § 5.85; B.A. Kulzer, *supra* note 20, at 14-16.

67. J.P. Charmatz & H.S. Daggett (editors), *Comparative Studies in Community Property* (Louisiana, 1955) IX.

## פרק שני

### התחשבות במכלול הזכויות המטריאליות של בני-זוג

מערכת ההסדר הרכושי של בני-זוג אינה מנותקת ממכלול הזכויות המטריאליות שביניהם. יחסי הרכוש הם מגזר אחד של אותו מכלול והם משתבצים במסגרת הכללית. מסקנה זו באה לביטוי בראש ובראשונה בהשפעת הקונצפציות והעקרונות על כלל דיני המשפחה. השפעתם של אלה עוברת כחוט השני לאורך כל ההסדרים — במיוחד הממוניים — הנוגעים לבני-זוג. כתוצאה מכך נוצרת מערכת אחידה מבחינת הרציונלות העומדות ביסודה<sup>68</sup>.

שנית, קיימים יחסי גומלין בין הסדרים ממוניים שונים. כך, למשל, המזונות לאחר הגירושין וחלוקת הרכוש הם שני חלקים אינטגרליים של ההתאמה הכלכלית הנובעת מפירוק הקשר שבין בני-זוג. תביעת מזונות לאחר גירושין אינה יכולה להידון ולמצוא את הסדרה בנפרד מעניין של הזכויות הרכושיות של בני-זוג. מן הראוי להסדיר את כל הבעיות הכלכליות בהיעלם אחד ללא אבחנות מלאכותיות<sup>69</sup>.

השפעת הגומלין של שני ענינים אלה, האחד על משנהו, מתבטאת בשני אספקטים.

(א) במישור העקרוני של קביעת הדין. רפורמה של הדינים הנוגעים לתמיכה במשפחה מהווה בדרך כלל חלק מן הרפורמה של דיני הרכוש המשפחתי ומשלימה אותה<sup>70</sup>.

68. כך, למשל, הולכת ומשתלטת היום הגישה כי קביעת החבות כמזונות תושפע מעקרון השוויון ומחלוקת התפקידים בפועל במשפחה. כאופן זה לא תוטל עוד החבות למזונות תמיד ומראש על הבעל לטובת האשה, כפי שהיה מקובל, אלא על אחד מבני-זוג לטובת זה הנצרך והממלא פונקציות שאינן מאפשרות לו להשתכר. חובת התמיכה היא משותפת וניהול משק הבית נחשב כמילוייה של חובה זו.

כך למשל, ראה את הדין הגרמני לאחר הרפורמה, להלן הערה 92, סעיפים 1356, 1360 ו-1360a ל-B.G.B.; ראה בדין האוסטרלי Family Law Act, 1975, Sec. 72-75 וראה בדין האנגלי Matrimonial Causes Act, 1973, Sec. 23 וראה לאחרונה גם המלצות ועדת רפורמה באונטריו Report on Family Law, Ontario Law Reform Commission, Part VI, Support Obligations (1975) 229.

69. Law Reform Commission of Canada, *supra* note 16, at 1; T.J. Wuester, *supra* note 25, at 343.

70. O. Kahn-Freund, *supra* note 64, at 603.

התחשבות במכלול הזכויות המטריאליות של בנייהזוג

(ב) לצורך קביעת הזכויות של כל אחד מבנייהזוג הספציפיים. בדיון המשפטי הנערך בעת התרת הנישואין יש להתחשב בכל אחד מענינים אלה לצורך ההכרעה הספציפית. דיון בכל אחד מענינים אלה במנותק מזיקתם ההדדית ואי-התחשבות במכלול הזכויות והחובות המטריאליות בעת חלוקת הרכוש בין בנייהזוג עלולים להביא למצב של חוסר שוויון וליצור עיוותים וחוסר איזון ביניהם. במקרה כזה יפול הנטל על שכמו של אחד מבנייהזוג בלבד ולא יתחלק באופן שווה בין שניהם.

גם ועדת ההכנה של הרפורמה בקנדה וגם זו באנגליה הכירו בכך שהסדר רכושי המבוסס על העקרונות נשוא דיוננו בשער זה, מחייב רפורמה משלימה בשאלת המזונות לאחר גירושין.<sup>71</sup>

גם כאן יתכנו גישות שונות בשאלה העקרונית של השפעת קביעת ההסדר הרכושי על קביעת החבות למזונות.

בעוד הגישה האנגלית דוגלת בכך, שזכויות רכושיות וזכויות למזונות לאחר גירושין משלימות אלה את אלה<sup>72</sup> נוקטת הגישה הקנדית עמדה מסתייגת יותר. על-פי עמדה זו עקרון של שוויון ברכוש מחייב רפורמה משלימה בעלת אופי יסודי ביחס לרציונלה של מזונות בכלל, בין במהלך הנישואין ובין לאחריהם.<sup>73</sup>

לגישה מסתייגת זו מצטרפים בעלי ההשקפה האינדיבידואליסטית. לשיטתם, מן הראוי לבטל, בעקרון, את תלותו של אחד מבנייהזוג לשעבר ברעהו, ולו גם מן הטעם הפרקטי של הקושי לפרנס יותר ממשפחה אחת.<sup>74</sup>

ראה גם הדו"ח של הוועדה באונטריו *supra note 68*, at 96-97 על-פיו יתחשבו בעת מתן מזונות לאחר גירושין בחלוקת הרכוש בהתאם למשטר הרכושי. על הקושי באבחנה בין חלוקת רכוש למתן מזונות כאלה ראה שם בע' 98.

71. לגבי הדו"ח האנגלי, ראה לעיל הערה 64, בסעיף 0.20; לגבי הדו"ח הקנדי, ראה לעיל הערה 16, בע' 37.

72. הדו"ח האנגלי שם שם.

73. הדו"ח הקנדי שם שם.

M.A. Glendon, *supra note 11*, at 324-325.

74. בצד השאלה העקרונית הנוגעת לקונצפציה, שכבר עסקנו בה, אין גלנדון מתעלמת גם מן השאלה האם עדיף שכניהזוג כזה ייהנה מתמיכת כניהזוג לשעבר או מתמיכה סוציאלית של המדינה. מבחינה זו, השאלה אם הפתרון ימצא במסגרת ציבורית של המדינה כמבטח סוציאלי או במסגרת פרטית של בנייהזוג עשויה להשפיע על התפתחות דיני המזונות. במיוחד לאחר הגירושין. הפתרון תלוי בסדרי העדיפויות של חברת הרווחה ובמידת המשאבים הכלכליים העומדים לרשותה של כל מדינה ושהיא מוכנה להעמידם למטרה זו.

לעומת גישה זו ראה B.A. Kulzer, *supra note 20*, at 7, 14-16, 24. הגורסת שמזונות לאחר הגירושין חיוניים לשיקום כניהזוג הנזקק, בעיקר האשה, לאחר הגירושין. על הגישה העקרונית לפיה עם פקיעת הנישואין יש לגרום לניתוק מלא של הזיקה הכלכלית בין בנייהזוג — בדומה לפירוק שותפות מסחרית — לפרק את השיתוף ולחלק את הנכסים ראה K.J. Gray, *Reallocation of Property on Divorce* (Abingdon, 1977).

ההסתייגות מהסדרי מזונות לאחר גירושין מצאה לאחרונה ביטוי באנגליה שם נדון הענין בהרחבה על-ידי ה-Law Commission תוך הטחת דברי ביקורת נוקבים (א) התאמה עם דיני הגירושין

מכל מקום, בהתדיינות הנוגעת לזכויות בני-הזוג בעת התרת הקשר חייבת קביעת המזונות להתחשב בחלוקת הרכוש ולהיפך. במידה מסויימת עשויה קביעת המזונות לאחר הגירושין לשמש גם אמצעי המתקן או המשלים את חלוקת הרכוש במקרה האינדיבידואלי ולשבץ קורטוב של שיקול דעת במערכת. לשימוש במזונות לאחר גירושין כאמצעי כזה נודעת חשיבות משני טעמים עיקריים: הראשון, חלק נכבד מן השיטות השונות של חלוקת רכוש אינן מקנות שיקול דעת לבית המשפט.<sup>75</sup> השני, לצורך קביעת המזונות ניתן להתחשב באלמנטים שמקומם לא יכירם במסגרת דיון בחלוקת רכוש. אלמנטים כאלה, כגון: כושר השתכרות, יכולים להשפיע באופן מהותי על הפוטנציאל הכלכלי של כל אחד מבני-הזוג. מאחר ואין הם נלקחים בחשבון לצורך חלוקת הרכוש עלול להיווצר מצב לפיו בן-הזוג אשר תרם לפוטנציאל הכלכלי של בן-הזוג האחר (שטרם התממש) ייצא בלא כלום. נבחן את הדוגמא הבאה. בני-זוג נפרדו 10 שנים לאחר הנישואין לפני שהתאפשר להם לרכוש נכסים כלשהם. משך כל שנות הנישואין יצאה האשה לעבודה ואיפשרה לבעלה ללמוד מקצוע חופשי ולהשתלם במקצועו. התרת הנישואין נעשתה בנקודת המפנה הכלכלית של המשפחה. בנקודת זמן זו תצא האשה מן הנישואין ללא נכסים בלי שהשקעתה תובא כלל בחשבון. מן הפרי יהנה הבעל לבדו. את תיקונה תוכל למצוא בקביעת מזונות מן הגירושין.<sup>76</sup>

הדין האנגלי והדין האוסטרלי הרחיקו לכת והסדירו הענקת מזונות לאחר גירושין גם בדרך של תשלום סכומים חד-פעמיים.<sup>77</sup> עלי-ידי כך הם קירבו ביותר את שני המוסדות האחד למשנהו.<sup>78</sup> יתר-על-כן, בדינים אלה, הגורסים שיטה של שיקול דעת שיפוטי בכל הנוגע להסדר יחסי הרכוש בעת הגירושין, אין עוד הפרדה, לא בדיון ולא בהחלטה, בשתי שאלות אלה. גם השיקולים שעל בית-המשפט לשקול בעת הדיון בשני

המודרניים, קשיים לבן-הזוג התומך ולמשפחתו השניה לאחר נישואיו מחדש, אי התאמה עם עקרון השוויון בין המינים ועם עקרון היעדר אשמה בתביעת גירושין) והעלאת הצעות חלופיות להסדר. ראה The Law Commission, *supra* note 43.

75. כך למשל ראה לגבי חלק ממדינות ארצות הברית אצל R.W. Bartke, *supra* note 19, at 68.

76. תוצאה דומה מושגת בשיטות של הפרדת רכוש. בשיטות כאלה התוצאה מרחיקת לכת. שכן כך בתי המשפט משתמשים באמצעי מסויים כדי לעקוף מצב משפטי שהדין יוצר. לשם כך הם עושים שימוש במוסד זה למטרה שכלל לא נועד לה. בית המשפט פועל כך: כאשר הוא מגיע למסקנה כי שורת הצדק מחייבת לאפשר לבן-הזוג קבלת חלק ברכוש המשפחה ואין הוא יכול ללכת בדרך המלך המשפטית כדי להגיע לתוצאה הרצויה תושג המטרה בדרך אחרת, דהיינו: על ידי הגדלת סכום המזונות לאחר הגירושין. ראה על כך: M. Rheinstein, *supra* note 4, at 396.

77. כמו כן ראה I.F.G. Baxter, *Marital Property* (N.Y., 1973) (H.H. Foster, *Commulative Supplement* (N.Y., 1980) 99. המציין שם כי "הסמכות לקבוע מזונות בסכום חד-פעמי נעשתה, למעשה, תחליף להיעדר סמכות שבחוק לחלוקת רכוש עם פקיעת הנישואין". למטה מן הענין הוא מבקר את השימוש באמצעי זה למטרה האמורה.

78. בדין האוסטרלי: Family Law Act, 1975, Sec. 80(a).

ובדין האנגלי: Matrimonial Causes Act, 1973, Sec. 21(1)(c).

78. על טשטוש התחומים בין שני מוסדות אלה במקרה כזה ראה: M.A. Glendon, *supra* note 14, at 265; M. Rheinstein "Division of Marital Property" 12 *Willamette L.J.* (1976) 413, 424.

עניינים אלה הם זהים או קרובים<sup>79</sup>. כך יכולה גם שיטה של הענקת מזונות באמצעות תשלום חד פעמי לשמש למטרה של התאמת רכוש בתוך המשפחה<sup>80, 81</sup>. לשיטת שיקול הדעת יש יתרון כפול: היא מונעת חלוקה מלאכותית בעת ההכרעה בשני תחומים המשלימים זה את זה ומאפשרת הסדר כל השאלות הכלכליות בין בני-הזוג בעת ובעונה אחת. סיפוק כל הצרכים דורש שקלול של כל המקורות השונים שבידי בני המשפחה. נציין עוד שבדין הצרפתי נקבעה שיטה משלימה לחלוקת הרכוש באמצעות מזונות שלאחר הגירושין<sup>82</sup>. גם הרפורמה האחרונה בדין הגרמני בענין זה, המבוססת על עקרון השוויון בין בני-הזוג, יש בה כדי להשלים את שיטת ההסדר הרכושי<sup>83</sup>.

79. בדין האנגלי השיקולים זהים. ראה סעיף 25 לחוק שם, ובדין האוסטרלי השיקולים קרובים מאד, ראה סעיפים 75 ו-79 לחוק האוסטרלי שם. לאחרונה קבע בית המשפט האנגלי כי תשלום מזונות לאחר גירושין ייעשה, בדרך כלל וכענין של עקרון, בסכום חד פעמי. בית המשפט הדגיש כי תשלומים עיתיים משאירים קו נמשך של קשר שלילי בין בני-הזוג שנפרדו, פוגמים באפשרות השיקום הנפשי של כל אחד מהם ואינם מעמידים אותה מידה של בהירות וודאות הנדרשת להם כדי לתכנן את עתידם: *Dunford v. Dunford* [1980] 1 All E.R. 122. טעמים אלה הוליכו את בית המשפט למסקנה כי יש להסדיר את כל הבעיות הממוניות והרכושיות בין בני-הזוג בעת התרת הנישואין ולהשאיר "שולחן נקי". ראה גם: *Hanlon v. Hanlon* [1978] 2 All E.R. 889, 895; *Minton v. Minton* [1979] 1 All E.R. 79, 87-88.

אולם בסוגיה זו קיימות גם דעות אחרות הבאות לידי ביטוי בפסיקתם של בתי המשפט באנגליה, ראה *The Law Commission, supra note 43*.

80. עוד לפני ה-1970 Matrimonial Proceedings and Property Act, (הוחלף עתה על-ידי החוק מ-1973) הדגיש הלורד דנינג כי המזונות קשורים לרכוש והביע את הדעה כי רצוי שכל השאלות הכלכליות בין בעל לאשה יוסדרו בעת ובעונה אחת, ראה: *Button v. Button* [1968] 1 W.L.R. 457, 462. דעה זו מצאה לה, כאמור, הד בחוק האנגלי ועוד לפני פסק דינו המפורט בהערה 79 לעיל נתן הלורד דנינג ביטוי לשילובם ההדדי של שני התחומים ולהתאמה מלאה ביניהם בעת דיון בתביעת גירושין, ראה *Wachtel v. Wachtel* [1973] 1 All E.R. 829. על סוגיה זו ראה גם *G. Miller "Maintenance and Property" 87 L.Q.R. (1971) 66* הגורס בע' 85 כי הכוח להעניק סכום חד פעמי הוא תוצר של ההכרה בקשר שבין המזונות לבין הרכוש.

81. מוסד המזונות לאחר גירושין יכול לשאת תפקיד שלא נועד לו מלכתחילה בשיטות של הפרדת רכוש, במסגרת התאמת רכוש המשפחה גם כאשר התשלומים הם עיתיים, ראה על כך לעיל הערה 76.

82. M.A. Glendon, *supra note 9*, at 68.

התיקון של דיני הגירושין בצרפת משנת 1975 ביטל את חובת תשלום המזונות לאחר הגירושין והעמיד תחתיה את התשלום החד פעמי המפצה. הסדר זה נועד להפחית את הקשר בין בני הזוג לשעבר לאחר הגירושין ואת הקונפליקט הנמשך כתוצאה מכך (על הסדר דומה בדין האנגלי — שהתפתח דווקא בפסיקה המלווה את החוק מ-1973 — ומטעם דומה ראה לעיל הערה 79).

ראה *M.A. Glendon, supra note 14*, at 249.

83. ראה להלן הערה 92, סעיפים 1569-1586 ל-B.G.B.

ברם בדין הגרמני נערך הסדר איוון המשאבים בשעת התרת הנישואין ללא קשר לחבות המזונות או להתחייבויות כאלה בהסדר הגירושין. אלה שתי מערכות הסדרים נפרדות לחלוטין ובהיעדר שיקול דעת רחב לבית המשפט בנוגע לאופן החלוקה אין גם אפשרות להביא הסדר אחד בחשבון לצורך קביעת ההסדר האחר. התוצאה עלולה להיות הטלת נטל כפול על בני-הזוג ומניעת

במשפט הישראלי קיים קושי מיוחד ביישום עקרון זה על שני האספקטים שלו. יחסי הרכוש מוסדרים באמצעות חוק טריטוריאלי, חוק יחסי ממון בין בני-זוג, תשל"ג-1973, העונה בעיקרו לקונצפציות עליהן עמדנו; ואילו חלק אחר של ההסדרים מקורו בדין האישי של בני-הזוג, שהוא בדרך כלל הדין הדתי, המבוסס על עקרונות וקונצפציות אחרים בתכלית. כך, למשל, מוסדרת סוגית המזונות בין יהודים בישראל על-פי הדין האישי, הוא הדין הדתי<sup>84</sup>. על-פי דין זה אין כל חיוב מזונות על בני-זוג לאחר הגירושין, לא בתשלומים עיתיים ולא בתשלום חד-פעמי. עוד נראה בהמשך כיצד יונק המשפט הישראלי, המורכב רבדים רבדים, מעקרונות שונים ואף סותרים בתחומים השונים וכיצד משפיע מצב זה על דיני המשפחה.

איזון של ממש העומד ביסוד השיטה. בדין הגרמני מתבטאת, איפוא, השפעת הגומלין בין התחומים רק באספקט הראשון שהצגנו.

ראה גם E.D. Graue "German Law" in Kiralfy, *supra* note 24, at 127.

84. סעיף 2 לחוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות), תשי"ט-1959.



## פרק שלישי

### אלמנט האשמה

האשמה (Fault) היתה אלמנט רבי-עוצמה בדיני הגירושין של רוב המדינות בעולם. הצבעה על אשמה — באחת מעילותיה השונות, כפי שהתפתחו במרוצת השנים — מצד אחד מבני-הזוג, היתה הדרך היחידה בה ניתן היה להשיג התרת נישואין. יש מי שראה באשמה אמצעי כפול להגנת האשה. ראשית, בחברה ובתקופה בה לנישואין פונקציה של הגנה כלכלית וחברתית על האשה משרתים כללי גירושין נוקשים בראש ובראשונה את האשה. שנית, כתוצאה מן הקשיים בהתרת הקשר משמשת הסכמת האשה בקבלת אשמה על עצמה קלף מיקוח או תמורה לשם השגת הסדר רכושי נוח יותר מן הבעל המעוניין בגירושין<sup>85</sup>.

בעשור השנים האחרונות הולך ומפנה רעיון האשמה את מקומו לרעיון כשלון הנישואין. יותר ויותר מדינות בעולם משנות את דיני הגירושין שלהן באופן המבטל — בהדרגה — את הצורך בהוכחת עילת אשמה כלשהי כתנאי למתן צו להתרת נישואין או, כשלב ביניים, שולל את בלעדיותה כעילת הגירושין היחידה המוכרת<sup>86</sup> או ממיר אותה בעילה מסוג אחר ובעלת אופי שונה (כגון: חוסר התאמה).

ירידת קרנו של רעיון האשמה באה לידי ביטוי, באופנים שונים, במדינות המשפט המקובל, כגון: אנגליה<sup>87</sup>, אוסטרליה<sup>88</sup>, קנדה<sup>89</sup>, ובחלק ממדינות ארצות הברית<sup>90</sup> וגם

85. B.A. Kulzer, *supra* note 20, at 17.

86. ד' פלק, תביעת גירושין מצד האשה בדיני ישראל (ירושלים, תשל"ג) 35-39.  
ראה גם W. Friedmann, *Law in a Changing Society* (2nd ed., 1972) 242-247. (המהדורה הראשונה של ספר זה ראה לעיל הערה 2).

87. Matrimonial Causes Act, 1973, Sec. 1.

88. Family Law Act, 1975, Sec. 48.

89. Divorce Act, R.S., C. D-8.

90. במספר מדינות בוטלה כליל האשמה כעילה לגירושין ודי בכשלון הנישואין כדי להתירם (אריונה, קליפורניה, קולורדו, פלורידה, איובה, מישגן, וושינגטון ועוד); בחלק מן המדינות נוספה עילת כשלון הנישואין על עילות האשמה הקיימות (כך בקונטיקט, ג'ורג'יה, הוואי, ניו המפשייר ועוד); במדינות אחרות מוכרת עילת גירושין של חוסר התאמה בין בני-הזוג (אלסקה, אלבמה, קנזס, נבדה, ניו-מקסיקו ועוד); מספר קטן של מדינות עדיין קובעות את האשמה כעילה יחידה להתרת הקשר (אילינוי, פנסילבניה ודרום דקוטה).

D.J. Freed & H.H. Foster "Economic Effects of Divorce" של 275. *Fam. L.Q.* (1973) 275.

בקונטיננט כגון, למשל, בשבדיה<sup>91</sup> וברפורמה האחרונה בגרמניה<sup>92</sup>. הביטוי המובהק ומרחיק הלכת ביותר של המפנה הוא ביטול מוחלט של רעיון האשמה והמרתו ברעיון הקרע (או השבר) בנישואין שאיננו ניתן לאיחוי (have broken down irretrievably). באנגליה ובחלק ממדינות ארצות הברית, ניתן עדיין להשתמש במפורש בעילות האשמה המקובלות, כגון נטישה, התאכזרות וניאוף, לשם הוכחת קרע מן הסוג האמור; ברם גם במדינות אלה תקופת מגורים נפרדת של בני-הזוג בפרק זמן מינימלי מוגדר מהווה הוכחה כמעט מוחלטת לקרע המזכה בהתרת נישואין. פרק זמן זה משתנה ממדינה למדינה. באנגליה נדרשת תקופת פירוד של שנתיים במקרה של הסכמה לגירושין בין בני-הזוג ותקופה של חמש שנים במקרה של אי-הסכמה<sup>93</sup>. באוסטרליה<sup>94</sup> די בכל מקרה בתקופה של שנה אחת כדי לאפשר את התרת הנישואין. זו התקופה גם בגרמניה<sup>95</sup> במקרה של הסכמה; במקרה אחר נדרשות שם שלוש שנות פירוד.

טעמים רבים ושונים חברו יחד להורדת קרנו של רעיון האשמה. (א) ראש לכל הוא הפער שבין ההלכה למציאות. הנסיון לימד שעילות גירושין, אשר ביסודן מונח רעיון זה, יצרו מצב בלתי נסבל, בבחינת גזירה שהציבור לא יכול היה לעמוד בה. כתוצאה מכך התפתחו שיטות (כרוכן מלאכותיות) ונרקמו קנוניות בין בני-הזוג להוכחת עילות כאלה, בלי כל קשר למציאות, באשר רק בכוחן היה לפתוח את השער המבוקש של התרת הנישואין. מצב כזה, הגורר אחריו תופעות שליליות כאלה, מהווה איום מתמיד על שלטון החוק ועל נורמות של אכיפת החוק וחותר תחת ערכים בסיסיים של יושר והגינות.

(ב) לשינוי תרמה גם ההכרה שאין בכוחו של דין גירושין נוקשה לתרום ליציבות המשפחה ולשלמותה ואין הוא מהווה תריס נגד התמוטטות נישואין. המטרה, אותה ביקשו להשיג באמצעות הדין, היא מעבר לכוחותיו של זה.

(ג) תרומה נכבדה למפנה זה הרימו הקונצפציות החדשות הנוגעות ליחס לנישואין ולמשמעות שיש ליחס להם בעולם המודרני.

(ד) אין להתעלם מחלקם של השינויים החברתיים הנוגעים למעמדה של האשה

91. M.A.Glendon, *supra* note 11, at 324; GB 11:4, GB 11:1. H.S. Sussman "Spouses and their Property Under Swedish Law" 12 *Am. J. of Com. L.* (1963) 553, 581.

92. ה-B.G.B. הגרמני תוקן לאחרונה, על-ידי ה-Erstes Gesetz zur Reform des Ehe und-Familienrechts Vom 14.6.76 (1/7/77-מה-). (תחולה מה-).

בחק זה נכללו סעיפים 1564-1568 של ה-B.G.B., שלפיהם, כמו בשיטות המשפטיות האחרות, די בתקופה מסוימת של חיים בנפרד כדי להוכיח את כשלון הנישואין ולאפשר את התרת הנישואין. ראה גם 351 (1973) 7 *Fam. L.Q.* "Divorce Reform in Germany" D. Giesen, כן ראה W. Muller-Freienfels "The Marriage Law Reform of 1976 in the Federal Republic of Germany" 28 *Int. and Com. L.Q.* (1979) 184.

93. ראה לעיל הערה 87, סעיף 1(e)(d)(2).

94. ראה לעיל הערה 88, בסעיף 48(2).

95. ראה לעיל הערה 92, סעיף 1565, 1566 ל-B.G.B. שנות הפירוד משהוכחו משמעות חזקה שאינה ניתנת לסתירה לכשלון הנישואין, וממילא מאפשרות מתן צו להתרת הנישואין.

ולמקומה בחברה, אשר העניקו לה בטחון מסויים ומנעו את הצורך בהגנה המסורתית באמצעות דין גירושין נוקשה<sup>96</sup>.

(ה) בחברה מודרנית ופלורליסטית קשה להתאחד סביב סטנדרטים מוסריים אשר יכנו עילות אשמה מוסכמות. איזה סוג של אשמה מצדיק הסקת מסקנות מסויימות במסגרת קשר נישואין? מה הקשר בין אשמה לבין תוצאות ממוניות ורכושיות? על שאלות אלה ואחרות לא ניתן כמעט לקבל תשובה אחידה.

(ו) הצורך בהוכחת עילת אשמה כלשהי, ובמיוחד הקשר בין אשמה מוכחת לבין תוצאות ממוניות ורכושיות, החרף את מערכת היחסים בין בני-הזוג, הרעיל את הליכי הגירושין ביניהם והיווה גורם המעכב ניהול משא ומתן הוגן וענייני<sup>97</sup>. מתיחות אישית חריפה הקיימת בלאו הכי מתעצמת על-ידי כך, יוצרת מרירות נוספת, פוגעת בצדדים, בילדיהם ובסובבים אותם ופוגמת לפרק זמן ארוך בתפקוד האישי והחברתי הרגיל של קבוצת אנשים גדולה יחסית. החברה המודרנית מעודדת פירוד בדרכי שלום במטרה למנוע נזק פסיכולוגי וחברתי ולאפשר שיקום מהיר של כל אחד מבני-הזוג וילדיהם. אלמנט האשמה עומד בסתירה למגמות אלה.

ניתן לאמר, איפוא, כי המטרה החברתית העומדת מאחורי רעיון האשמה ספק אם היא רצויה ונחוצה ומכל מקום איננה מושגת. מאידך גיסא, גורר אחריו רעיון זה ודרך יישומו נזק אישי וחברתי ניכר.

(ז) להכרה בקוצר ידו של הדין ובשינויים החברתיים, אשר העמידו בספק רב את ההצדקה החברתית והמוסרית של אלמנט האשמה ואת יעילותו, נוסף גם קוצר ידו של בית המשפט הדין בגירושין לאכוף קוד מוסרי. האמצעים העומדים לרשות בית המשפט אינם מתוחכמים מספיק כדי שיתאפשר לו לבדוק, בכל מקרה ומקרה, במידת הוודאות הנדרשת, מי הצד האשם. ההתנהגות המביאה לשבר בנישואין אינה ניתנת לזיהוי באספקלריה פשטנית של שחור ולבן כפי שהניח הדין. רק הערכה סוציולוגית ופסיכולוגית ארוכת טווח הבוחנת את בני-הזוג ואת ההיסטוריה של היחסים ביניהם יכולה לקרב אותנו לתשובה נכונה. גם אז קשה יהיה להסיק כי האשמה נעוצה דווקא באחד מבני-הזוג<sup>98</sup>.

היינו עושים מלאכתנו קלה לו עצרנו כאן וללא כל בדיקה נוספת היינו מותחים קו ישר בין ביטולה ההדרגתי של האשמה כעילה לבין בכלל ובין כעילה יחידה) להתרת נישואין לבין המסקנה שאין להתחשב כלל ברעיון זה במסגרת השיקולים הנוגעים למערכת היחסים הרכושיים שבין בני-הזוג.

רק חלק מן הטעמים שהובאו לעיל רלבנטיים לבעית הקשר שבין אשמה כעילה להתרת קשר הנישואין לבין מערכת היחסים הממוניים והרכושיים. חלק אחר איננו רלבנטי באשר הוא נוגע לשאלה האם יש כלל צורך כעילה כלשהי לשם התרת קשר הנישואין או אולי ניתן להסתפק בהסכמת בני-הזוג או ברצונו הנחרץ של אחד מהם לשם התרת הקשר.

ישנן מדינות בהן רעיון האשמה בשאלת חלוקת רכוש בין בני-הזוג פינה את

<sup>96</sup> ראה אנציקלופדיה, *supra* note 1, at 69.

<sup>97</sup> M. Rheinstein, *supra* note 4, at 397-398.

<sup>98</sup> ראה *Law Reform Commission of Canada, supra* note 16, at 33.

מקומו עוד לפני עריכת רפורמה דומה בדיני הגירושין. כך, למשל, בגרמניה<sup>99</sup>. מאידך גיסא, ישנן מדינות אחרות, בעיקר חלק ממדינות ארצות-הברית, בהן לא שינתה נטישת רעיון האשמה בדיני הגירושין את השפעתו של זה על יחסי הממון שבין בני-הזוג, ועדיין הוא רלבנטי ומשפיע על חלוקת הרכוש<sup>100</sup>.

ברם ניתן לומר, והדוגמא של רוב מדינות ארצות הברית יכולה לשמש אסמכתא לכך, כי המדינות שאימצו לאחרונה קוד גירושין שלם, אשר ביטל או צמצם את האשמה כעילת גירושין, עשו כן גם לצורך חלוקת הרכוש. ביטול פקטור זה הוא מהותי משום שלפני תחילת הרפורמה בדיני הגירושין נועד לאשמה תפקיד מרכזי בהפחתת הרכוש שהגיע לבן-הזוג<sup>101</sup>. יתרה מזו, ביטול – חלקי או מלא – של רעיון האשמה בגירושין בחלק ממדינות ארצות הברית, בהן שרר משטר של שיתוף בנכסים, נעשה במקביל לביטול השפעת אלמנט זה על חלוקת השיתוף<sup>102</sup>.

לנקודה זו חשיבות מיוחדת כאשר הרפורמה בדיני הגירושין באה בארצות המשפט המקובל יחד עם רפורמה מקבילה בסוגיית היחסים הרכושיים שבין בני-הזוג, כאשר הקונצפציות השונות המשפיעות על דיני הגירושין משפיעות גם על יחסי הרכוש שבין בני-הזוג.

השאלה בדבר השפעת האשמה על יחסים רכושיים בין בני-זוג אינה מאפשרת תשובה קלה או אחידה. בענין זה ניתן להגיע לגישות סותרות. מצד אחד, ניתן להבחין ולומר כי העובדה שרעיון האשמה אינו מושל עוד בכיפה בדיני הגירושין אינה מחייבת את ביטול השפעתו על יחסי רכוש. כאשר מדובר על תוצאות חומריות הנובעות מן הנישואין ומפירוקם לא מן הראוי שחוטא ייצא נשכר<sup>103</sup>. מרכז הכובד של האבחנה בין שתי הסוגיות לענין השפעת האשמה עליהן הוא כדלהלן: בכל הנוגע לפירוק הקשר שבין בני-זוג אין עוד מקום לחקיקה נוקשה ולהצבת מכשולים שאין בכוחם לתרום ליציבות המשפחה ואין בהם עוד כל תועלת חברתית או אישית; ברם מבחינת עשיית הצדק שבין הצדדים לנישואין, במישור הממוני והרכושי, יש להתחשב גם באלמנט האשמה. זו הגישה הראשונה.

מצד שני, ניתן להגיע גם למסקנה הפוכה. אשמה או התנהגות בלתי-נאותה עשויות להיות סיבות משפטיות להתרת קשר הנישואין, אך אין כל הכרח שאלה תשפעה גם בתחום הסנקציות הכלכליות שבין בני-הזוג. תפקידם של בתי המשפט בקביעת הרכוש המגיע לבני-הזוג הינו לתאם את חלוקת הרכוש ולהסדיר הסדרים כלכליים תוך

99. ראה סעיף 1381(2) ל-B.G.B.

100. כך למשל במישיגן בה בוטלה כליל האשמה כעילת גירושין ודי בכשלון הנישואין. וכך גם במדינות איידהו ואוקלהומה בהן הומרו עילות גירושין של אשמה לעילה של חוסר התאמה.

101. ראה סיכומם של D.J. Freed & H.H. Foster, *supra* note 90, at 277-278. בדן הגרמני עם ביטול אלמנט האשמה בדיני הגירושין בוטלה השפעתו של זה על הסדר המזונות שלאחר גירושין. סעיפים 1569-1586 ל-B.G.B., ועל שיטת הבחירה של שיתוף נכסים (סעיף 1478 ל-B.G.B.).

102. כך, למשל, במדינות קליפורניה (California Civ. Code § 4800 (1969)), אריזונה (Arizona Rev. Stat. tit. 25-318 (1973)) בה נקבע במפורש שהחלוקה תיעשה "כלי להתחשב בהתנהגות מריטלית לא נאותה", ושינגטון (Wash. Rev. Code Ann. § 26.09.080), שגם בה נקבעה הנוראה מפורשת דומה לזו של אריזונה. וראה D.J. Freed & H.H. Foster, *supra* note 90, at 278.

103. על גישה כזו ראה אצל ג' טדסקי, מחקרים במשפטנו הפרטי (ירושלים, תשי"ט) 298.

פניה אל העתיד ולא אל העבר<sup>104</sup>. זאת ועוד, לצורך חלוקת הרכוש משמשים את בתי המשפט שיקולים אחרים ובעיקר תרומתם של בני-הזוג להצטברות הרכוש ולהשבחתו. כל אחד מבני-הזוג נחשב כמעין שותף ליצירת הרכוש הטעון חלוקה; ממילא זכאי בן-הזוג לקבל, למעשה, את חלקו שלו, בזכות ולא בחסד<sup>105</sup>. כשם שדיני השותפות אינם מכירים ב"אשמה" כגורם בעל השפעה על חלוקת הרכוש ששותף זכאי לו בדין (להבדיל מן האפשרות של פירוק השותפות עקב זאת) כך גם אין להתחשב כמומנט זה לצורך חלוקת הרכוש בין בני-זוג<sup>106</sup>. אין כל הגיון בעריכת מחקר פוסט-מורטם המיועד לקבוע אשמה. במיוחד אמורים הדברים לאור העובדה שאין הוכחת אשמה נדרשת עוד לצורך תביעת גירושין שהיא מקורו של רעיון האשמה ושממנה התפתח גם לתחומים אחרים. על אחת כמה וכמה יפה הנמקה זו אם נזכור כי האשמה עשויה לשקף רק פרק זמן קצר יחסית, סמוך לפירוק הקשר שבין הצדדים, ואילו היחסים הרכושיים שבין בני-הזוג הם תולדה נמשכת של מאמץ משותף המתחלק לאורך כל חיי הנישואין. לא מן הראוי שפרק זמן קצר עם סיום הנישואין ישפיע באופן כה מכריע על חלוקת הרכוש. לגישה שניה זו מידה רבה יותר של שכנוע. נכון יהיה גם לומר, שפתרון סוגיה זו הוא במידה רבה פונקציה של הטכניקה שנבחרה בשיטת ההסדר הרכושי שבין בני-זוג. כך, למשל, הדין הצרפתי, הדוגל בשיטת שיתוף נכסים, אשר איננה משיירת שיקול דעת לבית המשפט, אינו מתחשב כלל באלמנט האשמה<sup>107</sup>. דרך דומה נוקטים לאחרונה חלק ממדינות ארצות הברית, בהן שורר משטר שיתוף הנכסים<sup>108</sup> ומדינות אחרות. ואכן גם ועדת הרפורמה הכללית של קנדה<sup>109</sup> וגם זו של מדינת אונטריו<sup>110</sup> המליצו לא להתחשב באלמנט זה לצורך הסדר יחסים רכושיים.

עם זאת, אין להתעלם כליל מן הגישה הראשונה. כלומר: כפוף לכך שאנו משתחררים מן האלמנט הטכני של עילות אשמה קבועות ומוכתבות מראש, כמשפיעות

104. O. Kahn-Freund, *supra* note 64, at 621-622.

105. B.A. Kulzer, *supra* note 20, at 19.

106. D.J. Freed & H.H. Foster, *supra* note 90, at 277.

107. M.A. Glendon, *supra* note 9, at 49, 67.

108. לעיל הערה 102. ראה גם החלטות בית המשפט האמריקאי במדינת ניו-ג'רסי בה נוהג עקרון חלוקת רכוש על-פי שיקול דעתו של בית המשפט. הפסיקה שם קבעה כי אשמה לא תשמש שיקול בחלוקה אקוויטבילית:

*Chalmers v. Chalmers* 320 A. 2d 478, 482 (1974);

*Painter v. Painter* 320 A. 2d 484, 492 (1974);

מן הראוי לציין כי גם ב-307 § (UMDA) Uniform Marriage and Divorce Act (ארה"ב), המאמץ כהסדר רכושי שיטה דומה לשיקול דעת של בית המשפט בעת הגירושין, נקבע במפורש בסעיף 307(a) כי חלוקת הרכוש תיעשה "בלתי להתייחס להתנהגות מריטלית בלתי נאותה".

ראה אצל M. A. Glendon, *supra* note 9, at 34-35.

ראה גם בדין הניו-זילנדי Matrimonial Property Act, 1976, Sec. 18(3) על-פיו לא יקח בית המשפט בחשבון שום "התנהגות לא נאותה של הבעל או של האשה... אלא במידה והיא חמורה וזדונית ומשפיעה באורח ניכר על היקף הרכוש המשותף או שוויו".

109. ראה 33 at *Law Reform Commission of Canada, supra* note 16,

110. *Report on Family Law, Ontario Law Reform Commission, Part IV Family Property Law*, 1974.

באופן החלטי וקבוע הן על התרת הנישואין והן על הסדר הרכוש בין בני-זוג, ניתן, גם במקרה זה כבמקרים אחרים, למצוא דרך ביניים, אשר תבטא את האיזון בין הגישות הסותרות. איזון כזה נותן נפקות להתנהגות בני-הזוג, כאחד השיקולים הרלבנטיים, ברם אינו מתחשב באלמנט האשמה במשמעותו המקורית ובאופיו הטכני והנוקשה. מבחינה זו מענינות במיוחד השיטות הגרמנית, השבדית וזו של ארצות המשפט המקובל, במיוחד אנגליה.

בדין הגרמני קדם אי-ההתחשבות באלמנט האשמה במסגרת ההסדר הרכושי לזה שבדיני הגירושין. חלוקת הרכוש בין בני-זוג על-פי שיטת איזון המשאבים אינה מושפעת כלל מן האשמה. ברם לבן-הזוג עומדת טענת אי-יושר רבתי, אשר משהוכחה ניתן להתחשב בה לגבי אופן חלוקת הרכוש (grobe unbilligkeit). סעיף 1381(2) ל-B.G.B. קובע, בין היתר, כי כשלונו של בן-זוג – באשמתו ולאורך זמן – לקיים את החובות הכלכליות הנובעות מיחסי הנישואין ייחשב כאי-יושר רבתי. זו אמנם רק דוגמא לעקרון הכללי, אך דוגמא זו מלמדת על הכלל. הדין הגרמני יוצר קורלציה בין הזכות הכלכלית לחובה הכלכלית. איזון המשאבים הוא זכות כלכלית. זו אינה מושפעת משיקולים אתיים שביסוד החיים המטרימוניאליים ככאלה, אך עם זאת נלקחת בחשבון תרומתו של בן-הזוג לתוצאות הכלכליות של הנישואין<sup>111</sup>.

המלומדים מבקרים גישה זו בטענה כי היא מעניקה הגנה מועטת יחסית לצד שהתנהגותו הוגנת נגד מי שהתנהגותו אינה הוגנת; לדעתם עלולה מניעת הגנה כלשהי או צמצומה לגרום עוול<sup>112</sup> ולהפוך את הנישואין, לגבי בן-זוג מסויים, להימור.

החוק האנגלי מסדיר גם הוא את ההתחשבות באלמנטים הכלכליים. אחד הפקטורים שעל בית המשפט לקחת בחשבון במסגרת שיקול דעתו הוא תרומת בן-הזוג לרכישת הרכוש ולהשבתו או לרווחת המשפחה<sup>113</sup>. כך גם החוק האוסטרלי<sup>114</sup>. אך החוק האנגלי מורה כי במסגרת שיקול דעתו יתחשב בית המשפט גם בהתנהגות בני-הזוג ולא רק בגורם הכלכלי הטהור<sup>115</sup>. בית המשפט האנגלי, בפרשו את הוראות החוק, נזהר שלא להכניס באמצעותו את עקרון האשמה בחזרה. הוא קבע במפורש כי רעיון האשמה בוטל וכי אין להתחקות אחר אשם לצורך חלוקת הרכוש. ברם ייתכנו מקרים שיוריים בהם התנהגות אחד מבני-הזוג היא כה קשה (both obvious and gross) שהתעלמות ממנה תהיה סתירה לחוש הצדק. במקרה כזה חופשי בית המשפט לשקול התנהגות זו ולקחתה בחשבון. לא בכל מקרה יתחקה בית המשפט אחר אלמנט זה כדי להפחית את המגיע לאחד מבני-הזוג. אחרת יהא בכך משום הטלת קנס על התנהגות הנחשבת בלתי

E.D. Graue "German Law" in Kiralfy, *supra* note 24, at 127, 129. .111

*ibid* 129. .112

Matrimonial Causes Act, 1973, Sec. 25(1)(f). .113

Family Law Act, 1975, Sec. 79(4)(b). .114

Matrimonial Causes Act, 1973, Sec. 25(1). .115

אספקט זה אינו מופיע בדין האוסטרלי. בניו ג'רסי בארה"ב נקבע כי במסגרת שיקול הדעת של בית המשפט ניתן להתחשב גם בהתנהגות שאין בה כדי לסייע להצלחת הבעל

*Scherzer v. Scherzer* 346 A. 2d 434 (1975).

נאותה במהלך נישואין לא מאושרים. במסגרת הליך של התאמה כלכלית בעת התרת נישואין אשר התמוטטו ללא תקנה אין מקום להטלת עונשים כספיים<sup>116</sup>. לא כל מה שנחשב בזמנו לעילת אשמה לצורך התרת נישואין יכול לשמש עתה בכל מקרה אמצעי להפחתת המגיע לבן-הזוג. גם רעיון האשמה ככזה וגם הטכניקה של הפחתה בכל מקרה ומקרה לפי "איכות" האשמה ו"כמותה" נדחו על-ידי בית המשפט. עם זאת נתנה אפשרות לשקול התנהגות בדרגה מיוחדת על מנת למנוע מצב בו חוטא ייצא נשכר. לשם כך יש לשקול את ההתנהגות ביחס לכל מהלך הנישואין ובהקשר להתנהגות הצד האחר<sup>117</sup>.

בדין האנגלי המבחנים הם כה גמישים ורחבים והשיטה משאירה שיקול דעת כה רחב לבית המשפט שבמסגרתו ניתן לעשות צדק בכל מקרה אינדיבידואלי. שיטות אחרות, בהן שאף המחוקק להגיע ליתר סטנדרטיזציה, קבעו עקרון נוקשה יותר של חלוקה ואינן מניחות לבית המשפט בקעה כה רחבה להתגדר בה. לפיכך בחר הדין השבדי בגישה אחרת<sup>118</sup>. על-פי גישה זו נעשית החלוקה בחלקים שווים בלי כל התחשבות כמומנט האשמה. ברם ניתן לתקן את החלוקה באמצעות פיצויים המופחתים מן החלק המגיע לבן-הזוג. תפקידם של אלה הוא למנוע תוצאות בלתי רצויות הנוצרות עקב החלה נוקשה של כללי החלוקה. סוג אחד של פיצויים הוא בעל אופי עונשי, דהיינו: אי-נאמנות מצד אחד מבני-הזוג. באמצעות שיטה זו אין מתחשבים בעילות אשמה מקובלות, מצד אחד, ברם ניתן משקל להתנהגות בני-הזוג, מצד שני, כדי למנוע תוצאות בלתי-צודקות. כך נוצר, איפוא, איזון בין הגישות הסותרות.

המסקנה העיקרית הינה כי רעיון האשמה המסורתי בהקשרו להסדר הרכושי שבין בני-זוג הולך ומתבטל בהדרגה<sup>119</sup>. עם זאת אין לוותר כליל על יסוד ההתנהגות. לפיכך תרות להן שיטות משפטיות רבות אחר הדרך להתחשב בהתנהגותם של בני-הזוג במסגרת ההסדר הרכושי, כאחד השיקולים הרלבנטיים, כדי למנוע תוצאות בלתי צודקות. הטכניקה של הסדר כזה משתנית ותלויה באופיו ובצורתו של המשטר הרכושי. שיטת שיקול הדעת היא הנוחה ביותר למטרה זו.

Wachtel, *supra* note 80, at 835-836. .116

*Harnett v. Harnett* [1974] 1 All E.R. 764, 768. .117

ראה לדוגמא את פסק *Cuzner v. Underdown* [1974] 2 All E.R. 351. כאן בגדה האשה כבעלה שישה שבועות לאחר שנרכשה דירה מכספו של הבעל ונרשמה על שם שני בני-הזוג. נישואיהם נמשכו שנים מועטות בלבד. בית המשפט קבע כי אילו ידע הבעל את המצב לאשורו לא היה רושם את הבית על שם אשתו. הבית נרשם באופן כזה מתוך הנחה שיהא בכך כדי לסייע לעתיד חייהם המשותפים של בני-הזוג. משנתברר כי הנחה זו בטעות יסודה קבע בית המשפט האנגלי שהבעל לבדו זכאי לדירה לאור התנהגותה של האשה הכוללת כאי יושרה ובאי הגינותה.

H.S. Sussman, *supra* note 91, at 577. .118

מן הראוי לציין כי רעיון זה מפנה מקומו גם בהקשר להסדר המזונות שלאחר גירושין. כך בדין האנגלי, אצלו מושתתים הסדר כזה והסדר רכושי על אותם שיקולים. כך גם בהצעות רפורמה נוספות: ראה ההצעה באונטריו, לעיל הערה 68, בע' 7-24, ראה גם בדין הגרמני לאחר הרפורמה סעיפים 1569-1586 ל-B.G.B. ובדין האוסטרלי, לעיל הערה 88, סעיפים 72, 75. .119

- לסיכום, נציע מספר מאפיינים רצויים לבחינת ההתנהגות המשפיעה על הסדר רכושי, במקומן של עילות האשמה, שהיו מקובלות עד כה.
1. מידת ביצוען או אי-ביצוען של הפונקציות המוטלות על כל אחד מבני-הזוג, בהן פונקציות כלכליות ופונקציות מטרימוניאליות.
  2. בחינת ההתנהגות לאורך זמן ולא בפרק זמן קצר עם סיומם של הנישואין.
  3. בחינת התנהגותם של בני-הזוג זה כלפי זה וביחסה זה להתנהגותה של זו ולהיפך.
  4. התנהגותו של אחד מבני-הזוג עלולה להוות שימוש לרעה או ניצול לרעה של עקרונות החוק, כך, למשל, אשה אשר תינשא לתקופה קצרה בה יעשה הבעל חייל תודות לכשרונותיו ומיד עם ההתעשרות תגרום לפירוק הקשר תעשה שימוש לרעה בזכותה לאיזון משאבים או לחלוקת רכוש.
  5. כאשר ברור כי בן-הזוג גרם לגירושין בדרך זו או אחרת או יזם אותם וביצוע חלוקת הרכוש באותו שלב דווקא יגרום נזק לצד האחר ינתן משקל לעובדות אלה. בן-הזוג אשר גרם לפירוק בשלב מסויים אינו יכול לגרום נזקים כלכליים לבן-הזוג האחר. משום כך יהיה בית המשפט רשאי לקחת עובדה זו בחשבון לצורך החלוקה ואופן מימושה בפועל בזמן מסויים<sup>120</sup>.
  6. יש חשיבות רבה לקורלציה בין עקרונות ההסדר הרכושי שבין בני-הזוג לבין טיב התנהגותם כדי לקבוע את השפעתה על הסדר כזה.
- מאפיינים אלה יילקחו בחשבון רק כאשר דבר החקיקה מאפשר התחשבות בהתנהגות או מקנה מידה מסויימת של שיקול דעת לצורך זה. בניגוד לעקרון האשמה במתכונתו המסורתית איננו ניצבים לפני מערכת עילות טכנית וסגורה המהווה מחסום החלטי בפני הקניית זכות. התנהגות הצדדים נבחנת בהקשריה השונים, לנוכח נסיבות אחרות, כאחד השיקולים הרלבנטיים בלבד.
- על המשפט הישראלי נרחיב את הדיבור כאשר נגיע לבחינת חוק יחסי ממון בין בני-זוג, תשל"ג-1973. ברם ייאמר כבר עתה כי בישראל הסיטואציה מורכבת למדי. דיני הגירושין נידונים ומוכרעים לפי הדין האישי, הוא בדרך כלל הדין הדתי, שבבסיסו עומד עדיין רעיון האשמה, בצורה זו או אחרת, בעוד החוק מושתת על קונצפציות ועקרונות מודרניים. השאלה כיצד יש לנהוג בפרשנות הוראות החוק, בסיטואציה כזו של סתירה בין מושגי יסוד העומדים ביסודם של דינים שונים מאותה מטריה, המורכבים זה על גבי זה ומהווים חלק משיטה משפטית אחת, תידון בפרק אחר.

120. ראה דוגמא כאשר לשאלת מימוש הזכות בפסק-דין אנגלי,

*Browne v. Pritchard* [1975] 3 All E.R. 721.



## פרק רביעי

### השפעת ההסדר על צדדים שלישיים

מבוא

כל שיטה של הסדר רכושי בין בני-זוג חייבת לקחת בחשבון את השפעתו של ההסדר לא רק ביחסים הפנימיים שביניהם, אלא גם ביחסים החיצוניים שבין בני-הזוג או מי מהם לבין צדדים שלישיים. ההשפעה עשויה להיות בכמה מישורים: האחד, במידת תוקפן של עסקאות, בגין רכוש מסויים, של אחד מבני-הזוג עם צד ג', כלפי הצד האחר לנישואין; והשני, במידת האחריות של בן-הזוג אחד לחובות האחר, שנתחייב בהם כלפי נושים שהם צדדים שלישיים.

#### א. עסקאות עם אחד מבני-הזוג

המישור הראשון תלוי במידת המגבלות שהוטלו בדין או בהסדר על רכושם של בני-הזוג מעצם הנישואין או מכוח הסכם ביניהם ובסוג המשטר הרכושי השולט על נכסי בני-הזוג. ככל שהמשטר קרוב יותר לשיתוף נכסים במהלך הנישואין כך גדלה יכולת ההתערבות של בן-הזוג האחד בעסקה הנעשית בין בן-זוגו לבין צד ג'.

משטר רכושי מבקש, בדרך כלל, להימנע מהקניית זכויות נסתרות בנכסים לטובת אחד מבני-הזוג. זכויות כאלה עלולות לסכן את דרכי המסחר החופשי ולערער את בטיחות הקנינים. על מנת למנוע תוצאות בלתי רצויות כאלה עדים אנו לאחד משני אמצעי הבטחון הבאים: דרישה לרישום המשטר הרכושי שנבחר על-ידי בני-הזוג במשרד רישום מרכזי כתנאי לשלילת תוקפה של עסקה כלפי צדדים שלישיים או התנית יכולתו של בן-הזוג הנפגע להתערב בעסקה כזו בידעת הצד השלישי על מצב הענינים המשפטי שבין בני-הזוג<sup>121</sup>. השפעתו של הסדר בין בני-זוג על צדדים שלישיים היא

121. ראה למשל, סעיף 1412 ל-B.G.B. המצוי בחלק הכללי של הפרק העוסק במשטרים רכושיים שנבחרו על-ידי בני-הזוג.

כן ראה סעיף 61 להצעת חוק היחיד והמשפחה (הוצאת משרד המשפטים, 1955). סעיף זה לא נכלל בחוק יחסי ממון בין בני-זוג, תשל"ג-1973, ככל הנוגע להסכם ממון שונה מן ההסדר שבחוק, אשר נבחר על-ידי הצדדים.

לעתים קרובות גם שאלה של העדפה בין האינטרס של אחד מבני-הזוג לבין האינטרס של הצד השלישי<sup>122</sup>.

שיטה של הסדר רכושי מעדיפה לפתור את בעית הצדדים השלישיים במסגרת ההסדר הספציפי המפורט הנוגע לדיני המשפחה ולא להשאיר את פתרונה למערכת הדינים הכלליים. רק שיטות המעדיפות הפרדה בין התחום הקנייני הטהור, הנשלט על-ידי דיני הקניין הרגילים, לבין מערכת היחסים שבין בני-זוג, המוצאת את פתרונה בהסדר אובליגטורי ביניהם (כגון שיטת השיתוף האובליגטורי הדחוי), מפרידות גם בין היחסים הפנימיים שבין הצדדים לבין מערכת יחסים זו בהשפעתה על צדדים שלישיים הנדונה על-פי הדינים הרגילים. אולם אפילו בשיטה כזו ייתכנו נפקויות של ההסדר על צדדים שלישיים<sup>123</sup>.

מגמת ההסדר חייבת להיות, לדעתנו, הקטנת פגיעה בצדדים שלישיים עד כמה שאפשר או מניעתה המוחלטת תוך התחשבות בדרישות המסחר החופשי.

### ב. אחריות לחובות

המישור השני, זה של חבות בן-זוג אחד להתחייבויות האחר, תלוי, כמובן, גם הוא בסוג המשטר הרכושי החל ביחסים הפנימיים בין בני-הזוג, בטיבו ובאופיו. בדרך כלל יש קורלציה בין מידת השיתוף בנכסים במהלך הנישואין לבין האחריות לחובות. כאשר השיתוף הוא טוטלי גם האחריות לחובות היא טוטלית. הרכוש המשותף מתחייב גם בחובותיו של בן-הזוג האחר<sup>124</sup>. המצב דומה מבחינה משפטית לאחריות שותף אחד לנושיו של שותף אחר בכל הנוגע לעסקי השותפות. בשיתוף המוגבל לנכסים שנרכשו במהלך הנישואין (שיתוף השגים) האחריות מוגבלת יותר. כאן קיימים שלשה סוגי רכוש. הרכוש הנפרד של הבעל, הרכוש הנפרד של האשה והרכוש המשותף. זוהי שיטה מורכבת ובה גם האחריות לחובות מורכבת<sup>125</sup>. מידת האחריות תלויה במקרה כזה גם בשאלה מיהו המנהל את השיתוף. כאשר רק הבעל מנהל את השיתוף, אחריותו, בדרך כלל, גדולה יותר. בעוד אשר בדרך כלל נושא באחריות הנוגעת לרכוש נפרד רק בן-הזוג אשר יצר את החיוב הרי באחריות לחוב

122. כך, למשל, החוק האנגלי ה-Matrimonial Homes Act, 1967, המקנה זכויות קניניות לבן-הזוג שאינו בעל הדירה, במהלך הנישואין, מעדיף בסעיף 2(5) שבו את האינטרס של הנושים, במקרה דנן הנאמן בפשיטת רגל, על פני האינטרס של אותו בן-זוג.

123. ראה, למשל, סעיף 1390 ל-B.G.B. הקובע כי במקרה של הענקה ללא תמורה של רכוש, שהיה צפוי להיכלל במסגרת איוון המשאבים, לצד שלישי, מתוך כוונה להזיק לבן-הזוג האחר, חייב אותו צד ג להשיב את הרכוש שהוקנה לו בדרך כזו. זאת בהתאם לדיני עשיית עושר ולא במשפט, למטרת תשלום סכומי האיוון לבן-הזוג לו הם מגיעים, לאחר שערכם של נכסים אלה הוכלל בחשבון האיוון בין בני-הזוג. הצד השלישי יכול להשתחרר מחובת ההשבה על-ידי תשלום סכום האיוון המגיע. דין דומה קיים כהסדר כללי כאשר הנכסים הוקנו לצד ג בעסקה אחרת תוך ידיעתו על כוונת בן-הזוג המקנה לשלול את זכויות בן-הזוג האחר.

124. זה המצב, למשל, בדין ההולנדי. ראה *Study Prepared by the Family Law Project, Ontario Law Reform Commission*, Vol. II, 287 (Hereinafter: Law Project, Ontario).

125. ראה דברי ההסבר להצעת חוק היחיד והמשפחה, לעיל הערה 121, בע' 103.

שהתחייב בו הבעל, המנהל, נושא גם הרכוש המשותף. מאידך גיסא נושא הבעל, המנהל, באחריות לחובותיו של הרכוש המשותף גם ברכושו הנפרד.<sup>126</sup> בשיטה זו יש גם להבחין בין חובות אשר נעשו לפני הנישואין לבין כאלה שנוצרו במהלכם.<sup>127</sup> שאלה נוספת היא, האם האחריות היא אישית או שמא אחריות בנכסים בלבד.<sup>128</sup> במשטר רכושי כזה ישנן גם שיטות המבחינות בין חובות מן הדין לבין התחייבויות חוזיות. חבויות מן הדין המוטלות על אחד מבני-הזוג ניתנות לכיסוי גם מן הרכוש המשותף — תוך חיוב חלקו של אותו בן-זוג ברכוש המשותף בגובה הסכומים שהוצאו למטרה זו — בעוד חבויות חוזיות אישיות אינן ניתנות לגביה אלא מרכושו הנפרד של בן-הזוג המתחייב.<sup>129</sup>

שיטות של הפרדה רכושית כללית או הפרדה במהלך הנישואין ושיתוף אובלי-גטורי דחוי לפקיעת הנישואין מחייבות הפרדה גם בכל הנוגע להתחייבויות שני בני-הזוג. סוגית האחריות ההדדית לחובות מוסדרת על-ידי הדינים הכלליים, למעט החריג של ההוצאות לצורכי משק הבית ולניהולו אשר מחייב הסדר מיוחד ונפרד.<sup>130</sup> ברם שיטת השיתוף הדחוי חייבת תשובה לשאלה, האם פועל איזון הנכסים רק על האקטיב של בני-הזוג או שמא הם מאזנים וחולקים גם בפסיב, דהיינו: גם במקרה שסך ההתחייבויות עולה על מכלול הזכויות. שאלה זו תעסיק אותנו במפורט בפרק על הסדר איזון המשאבים במסגרת חוק יחסי ממון בין בני-זוג. הפרדה כזו בין האינטרסים של בני-הזוג לבין אלה של צדדים שלישיים בהקשר ליחסים הפנימיים בתוך המשפחה היא אחת מיחורונותיו של משטר רכושי כזה.

126. G. Baeteman "The Original System of the Code Napoleon in Belgium and Holland" in ראה Kiralfy, *supra* note 24, at 9.

במקרה של ניהול משותף תכופנה ההתחייבויות האישיות מן הרכוש הנפרד של בן-הזוג המתחייב ואילו חובות הנוגעים לרכוש המשותף ניתנים לכיסוי מרכוש זה. כך, למשל, בדין הפולני (Art. 23 § 1) ראה אצל D. Lasok, *supra* note 63, at 71.

G. Baeteman, *ibid* at 10-11. 127.

128. בדין ההולנדי, דרך משל, אין אחריות אישית של בן-הזוג האחד לחובות האחר; האחריות מוגבלת לנכסיו של בן-הזוג בלבד. ראה אצל I.M. Pederson "Matrimonial Property Law in Denmark" 28 *M.L.R.* (1965) 137, 140.

129. כך למשל, בשיטת הרכוש המשותף בדין הספרדי, ראה אצל De Funiak, *Principles of Community Property* (1943) 468-469.

ראה גם J.P. Charmatz & H.S. Daggett, *supra* note 67, at 11-15.

130. ראה, למשל, דין מדינת קוויבק בקנדה (Civ. Code, Sec. 1266p) לגבי אחריות ככלל וסעיף 180 לגבי האחריות להוצאות משק הבית), ראה: Studies, *supra* note 21, at 86, 88.

## חלק שלישי

# שינויים במושג הרכוש נשוא יחסי הממון

### מבוא

על חלק מן השינויים החברתיים והכלכליים עמדנו כבר בעמודים הקודמים. ראינו כיצד מעמדה של האשה, הכרה בתפקידה המשתנה בחברה והפונקציות השונות שהיא ממלאת בחברה המודרנית עשויים להשפיע על מערכת היחסים הרכושיים שבין בני-הזוג. גם המבנה החדש של המשפחה והפונקציות שהיא ממלאת בחברה בת-זמננו הסיטו את האינטרס המוגן מהתחשבות ברכוש השושלות וההגנה עליו להגנת האינטרסים הצרים יותר של המשפחה המצומצמת, משפחת הגרעין. בתחומים אלה צועדים השינויים החברתיים יד ביד עם השינויים באידיאולוגיה השלטת בחברה ומושפעים אלה מאלה.

נתרכזו, איפוא, בעיקר באותם שינויים כלכליים המשפיעים על טיבו ואופיו של הרכוש המשמש נשוא ליחסי הממון בין בני-הזוג. המבנה של חיי משפחה והיחסים בין הבעל לאשתו הוסדרו על-ידי המנהג, המוסר והדת יותר מאשר על-ידי שיקולים רציונליים של תועלת כלכלית, ואלה משתנים באופן איטי יותר מאשר חיי הכלכלה. ברם אין להכחיש, שתוכנם של היחסים בין בני-הזוג משתנה גם על-ידי שינויים כלכליים<sup>131</sup>.

כך, למשל, נטען כי השינוי המהפכני אשר חל במשפחה המודרנית, שהפכה מיחידה יצרנית ליחידה צרכנית בעיקרה — המשיגה נכסים באמצעות הסדרי תשלומים ואשראי ומפנה חלק ממשאבי המשפחה לרכישת נכסים — הפך להיות בעיה דומיננטית של החיים הכלכליים בעולם המערבי<sup>132</sup>. בעבר, לרקע שלטונו של עקרון איזון הזכויות והחבויות בין בני-זוג, ניתן היה לטעון כי האשה מפוצה באופן מספק על-ידי הטלת האחריות לסיפוק צורכי משק הבית והחבות לזון את האשה על הבעל. היום, כאשר חלק ניכר ממשאבי המשפחה מופנה לרכישת נכסים בני-קיימא (ובמיוחד בית המגורים), אשר

<sup>131</sup>. ראה אנציקלופדיה, *supra* note 1, at 8.

<sup>132</sup>. O. Kahn-Freund, *supra* note 2, at 267; O. Kahn-Freund, *supra* note 64, at 605-606.

הופך להיות מוקד הוויכוח). מעבר לסיפוק הצרכים הבסיסיים של משק הבית, לא יכולה שאלת חלוקת הנכסים שבין בני-הזוג והגנת האשה, עקרת הבית, להיפתר באמצעות דיני המזונות בלבד.<sup>133</sup>

## פרק ראשון

### ריווחי המשפחה — שיתוף מידי

קוצר ידם של דיני המזונות להסדיר את הגנת האשה אמור ביתר שאת לנוכח ההכרה בערכה הכלכלי של תרומת האשה לאחזקת משק הבית, לניהולו ולגידול הילדים.<sup>134</sup> תרומה זו של האשה והכרה בחשיבות תפקידיה אלה מעלה לשולחן הדיונים את זכות השיתוף המידי בריווחי המשפחה. סוגיה זו מקורה בבעית חוסר המזומנים שהיא מנת חלקן של רוב הנשים המקדישות עצמן למשק הבית ולגידול הילדים. שום שיטה משפטית, גם זו הדוגלת בשיתוף נכסים במהלך הנישואין, ועל אחת כמה וכמה זו של שיתוף דחוי לפקיעתם, אינה מעניקה לבן-הזוג האחד זכות להשתתף מיידית ובאופן ישיר בריווחי האחר. בעית חוסר המזומנים במהלך הנישואין עלולה ליצור מתחים פסיכולוגיים גם בנישואין נורמליים. תחושות הנחיתות והביזוי של האשה, הנדרשת לשחרר לפתחו של הבעל בכל מקרה של צורך במזומנים, מוסיפות על מתחים אלה. במשפט העברי באה לידי ביטוי ההכרה בצורך זה במסגרת דיני המזונות. נוסף על המזונות במובן הרגיל, כולל מדור וכסות, חייב הבעל לתת לאשתו "מעה כסף לצרכיה" אחת לשבוע.<sup>135</sup> מעה זו של כסף הנם מזומנים להוצאות שוטפות של האשה, מעין "קופה קטנה" העומדת לרשותה בכל עת. מוסד זה מבטא באופן חלקי את הרעיון המובע בסעיף זה. אין הוא מגלם את הרעיון הכללי של שיתוף מידי בריווחי המשפחה במובן הרחב.

הולכים וגוברים הקולות הדורשים להעניק מעין שכר לבת-הזוג עקרת הבית, דהיינו: לראות בה אשה עובדת, הזכאית להכנסה תמורת עבודתה במשק הבית. הסדר כזה יכול להיות מופעל כחלק מדיני המזונות או בדרך של מתן תמורה עורפת בהתאם לצורכי האשה ולאפשרויות הבעל. כך תהיה האשה שותפה באופן מידי וישיר ברווחיו של הבעל, שהיא, בחלק לא מבוטל, מאפשרת אותם.<sup>136</sup>

שיתוף מסוג זה מהווה תמריץ שלילי לאשה העובדת מחוץ לבית ותמריץ חיובי לנישואי עקרת-הבית; על החברה לשקול אם רצונה בתמריצים מסוג זה. ברם, ניתן

O. Kahn-Freund, *supra* note 64, at 605-606. 133

A. Colomer, *supra* note 24, at 86. 134

ראה כתובות, סד ב; רמב"ם, הלכות אישות, פרק יב הלכה י. 135

M. Rheinstein, *supra* note 13, at 477; J.T. Younger, *supra* note 36, at 213, 246; 136

על רעיון של שיתוף מידי בריווחי המשפחה ראה גם:

M.A. Glendon, *supra* note 9, at 79-80; M.A. Glendon, *supra* note 11, at 318.

להפחית מחשיבותו של גורם זה על-ידי כך שהענקת המזומנים תותנה בתנאים הסוביקטיביים של כל מקרה ומקרה. בין היתר תישקל מידת האפשרות של האשה לצאת לעבודה בתנאים הנתונים, בהתחשב בגודל המשפחה, בתנאיה ובצרכיה, בכישוריה של האשה ובאפשרויותיה להשיג עבודה נאותה. זאת ועוד, הבענו כבר דעתנו במקום אחר, שאין להתחשב בגורם של תמריץ כזה או אחר לצורך הסדר היחסים הרכשיים והממוניים בין בני-הזוג.<sup>137</sup>

מבחינה עקרונית יש יתרון רב לכך, שבני-הזוג נהנים מפרי עמלם במהלך הנישואין ולא רק עם פקיעת הקשר ביניהם. גישה זו, המקדימה את השיתוף למהלך הנישואין בלי לפגוע בצדדים שלישיים, נושאת בחובה יתרונות לא מעטים, בעיקר בכך שהיא נותנת מבע אמיני ומלא לשיתוף בחיי הנישואין במהלכם ועל-ידי כך מטיבה את חיי בני-הזוג, מפחיתה מתחים פסיכולוגיים ומחזקת את הבטחון ועמו את היציבות בחיי המשפחה.

נשמעה טענה כאילו הענקה כזו במסגרת משטר של שיתוף נכסים, נוכחי או דחוי, יוצרת העדפה של האשה, המחייבת, לכל הפחות, זיכוי מקביל בחלקו של הבעל בשיתוף והפחתת חלקה של האשה בעת החלוקה.<sup>138</sup> טענה זו אינה נראית לנו. יש להניח, שחלק זה של הכספים, אשר יועבר ישירות לאשה, היה מושקע בנכסים שהיו מהווים נשוא לשיתוף בין בני-הזוג. בהצעות אלה יש, איפוא, רק משום הקדמת השיתוף והפחתת אותו חלק, אשר יתחלק בסופו של דבר בין בני-הזוג. אין לשכוח כי כל נכס אשר ירכש מכספים אלה יהווה גם הוא חלק מרכוש השיתוף. זאת ועוד, יתרונו של בן-הזוג המרוויח הוא שהמזומנים והנכסים נמצאים תחת ידיו וההחלטות באשר לאופן ההשקעה ולדרכיה ובאשר לעשיית השימוש בכספים, הוצאתם המיידית או השקעתם, מסורים בידי (בדרך כלל וכרוך שיטות המשפט). יתרון זה נראה לנו משמעותי דיו כדי "לפצות" את בן-הזוג המרוויח. יתרה מזו, שאלה היא אם מרחב תמרון כזה מוצדק ואם לא מן הראוי לצמצם יתרון זה. כמיוחד אמורים הדברים בנסיבות בהן מוציא בן-הזוג את הכספים תוך בזבז ניכר. עוד נבדוק אם מעניק הדין, כולל זה הישראלי, הגנה לבן-הזוג האחר נגד תופעה זו.

137. ראה לעיל הערות 47-49 והטקסט הסמוך להן.  
יתכן גם, שתמריץ חיובי כזה לעקרת הבית הינו רצוי, בדרך כלל, בשעה זו, לפני שנפתרו בדרך משביעת רצון בעית הטיפול בילדים ובעיות אחרות.

138. H.S. Sussman, *supra* note 91, at 588.

## פרק שני

### זכויות פנסיה, קיצבאות וביטוח חיים

השינויים הכלכליים גוררים אחריהם דפוסי השקעות אחרים של כספי המשפחה מאלה שהיו מקובלים בעבר. ממילא משתנים גם סוגי הנכסים המהווים היום את עיקר רכושם של בני-הזוג. אם מבקש המשפט תשובה לבעיותיה של האוכלוסיה עליו להתמודד עם המשפחה הממוצעת ולענות על צרכיה. רכושה של משפחה כזו מועט יחסית והוא כולל, בדרך כלל, את בית המגורים, קרנות של פנסיה, קופות תגמולים למיניהן וביטוח חיים. הסדרו של רכוש כזה הוא אחת הבעיות המרכזיות הניצבות בפני שיטות רכושיות בין בני-זוג.

לבעיית בית המגורים נקדיש פרק מיוחד ונפרד בשער אחר. כאן נתרכז בסוג הנכסים ההולך וכובש לו מקום אצל רוב המשפחות.

רוב השיטות המשפטיות בעולם אינן נותנות עדיין תשובה לבעיות אלה. רק הנכסים שעל-פי דין ניתנים להעברה נכללים, בדרך כלל, במסגרת הנכסים המהווים את נשוא השיתוף הנוכחי או הדחוי. זכויות שאינן ניתנות להעברה או שהן בעלות אופי אישי אינן נכללות לא בהסדר השיתוף ולא בהסדר איזון המשאבים. משום כך זכויות הפנסיה וזכויות ביטוח חיים, שבדרך כלל אינן ניתנות להעברה, אינן כלולות במסגרת זאת.<sup>139</sup> לדעתנו, אין לכך כל הצדקה לא מבחינה אפקטיבית, באשר זכויות אלה עשויות

139. המדובר הוא על שיטות משפטיות בהן נוהג משטר של שיתוף נכסים בין בני-זוג ואשר לא הסדירו במפורש את שאלת חלוקת זכויות הפנסיה וגימלאות הפרישה של מי מבני-הזוג שנצברו במהלך הנישואין. בשיטות המשפטיות הנזכרות נאחזים בתי המשפט בחריגים לנכסי השיתוף כדי להוציא סוגי זכויות כאלה מכלל השיתוף. כך, דרך משל, בצרפת *L.N. Brown "The Reform of French Matrimonial Property Law" 14 Am. J. of Com. L. (1965-6) 308, 313* (H.S. בשבדיה). *Sussman, supra note 91, at 555-556, 584* ובמדינת קוויבק שבקנדה. *at 64-70*. גם בהולנד הגיעו בתי המשפט לאותה מסקנה בהוציאם את סוגי הזכויות האלה מכלל הרכוש המשותף עקב אופיים האישי. לתוצאה דומה הגיעו בתי המשפט בגרמניה בתקופה שלפני כניסתה לתוקף של הרפורמה בדין הגרמני (משנת 1976), אשר הסדירה במפורש ובמפורט סוגיה זו (ראה *W. Muller-Freienfels, supra note 92, at 203*).

למען האמת מן הראוי להבחין בין שתי אפשרויות. האפשרות הראשונה היא כאשר הזכות לפנסיה כבר גמלה ונשוא השיתוף הנטען היא הזכות לקבלת תשלומים עיתיים או לתשלום חד-פעמי, הניתנת בשלב זה להעברה. במקרה זה אין כל קושי בסיווג הזכות כנכס בראשיתונה הניתן לחלוקה. זוהי מסקנת הפסיקה ברוב מדינות ארצות הברית הדוגלות בשיתוף נכסים בין בני-הזוג. ראה על כך

להוות לעתים חלק הארי של נכסי המשפחה, ולא מבחינה עניינית, כאשר הכספים שהושקעו ב"נכס" זה הם חלק מרכושה של המשפחה, שאילו הושקע בנכסים אחרים היה מהווה נשוא לשיתוף. האם יהיה זה מוצדק כי בן-זוג אשר נישואיו נמשכו פרק זמן ארוך ברם הותרו לפני מימוש זכויות הפנסיה של האחר, ייצא וידידו על ראשו? במיוחד אמורים הדברים כאשר זכות זו הינה ה"נכס" העיקרי של המשפחה, בו הושקע חלק ניכר ממשאביה. השקעות כאלה יש לראות כמבוססות על תרומה שווה של שני בני-הזוג. על

H.H. Foster & D.J. Freed "Spousal Rights in Retirement and Pension Benefits" 16 *J. of Fam. L.* (1977-8) 187, 196-198; D.M. Young "Community Property Deferred Compensation: Disposition of Military Retired Pay Upon Dissolution of Marriage — Payne v. Payne" 50 *Wash. L.R.* (1975) 505.

שונה הדבר, לעומת זאת, באפשרות השניה, כאשר הזכות לפנסיה לא גמלה עדיין וגורלה צפון בחיק העתיד, הן מבחינת עצם מימושה (בהיותה כפופה לתנאים ונתונה לשינוי או אף לביטול) והן מבחינת היקפה. במקרה זה תיספח הזכות האמורה אל אחד מן החריגים לנכסי השיתוף ושוויה לא יחולק בין בני-הזוג. לתוצאה דומה ניתן להגיע גם בדרך אחרת. הנוגעת לעצם הגדרתו של המונח "נכס" ומתבררת בשלב מוקדם עוד יותר. במסגרת הנכסים הכלולים בשיתוף ניתן לדבר על זכות, אך לא על ציפייה בלבד. פנסיה עתידית עשויה להיחשב כציפייה ולא כזכות במשמעות המקובלת ומשום כך לא תיכלל בין נכסי השיתוף (כך קבע בית משפט במדינת ניו-ג'רסי — בה רווחת שיטת שיקול הדעת השיפוטית — בענין *White v. White* 347 A. 2d 360 (1975). זו הייתה גם העמדה הרווחת במדינת קליפורניה — בה נוהג משטר של שיתוף בנכסי בני-הזוג — עד לשינוי ההלכה בשנת 1976, ראה *French v. French* 112 P. 2d 235 (1941). במקרים כאלה, ובהיעדר הסדר מפורט וממצה, קשה להתעלם גם מבעיות פרגמטיות, כגון: קשיי ההערכה, אופן החלוקה וכיו"ב. קשיים אלה מסייעים, לכאורה, לחיזוקה של הגירסה על-פיה מוצאות זכויות הפנסיה או גימלאות הפרישה שטרם גמלו מכלל השיתוף.

מאידך גיסא, ניתן לאמץ גם גישה אחרת הרואה גם בזכות לפנסיה או לגימלה שטרם גמלו נכס בר-שיתוף. בדרך זו הלך לאחרונה בית המשפט העליון הקליפורני, אשר בהפכו על פיה את הלכת *French* הנ"ל ובאמצעו טעמים של מדיניות משפטית ראויה — הדוגלת בחלוקה שווה וצודקת של כלל המשאבים המשותפים של המשפחה יהיה מקורם אשר יהיה — קבע כי הזכות האמורה הינה זכות מותנית לנכס להבדיל מציפייה בלבד, ראה *In re Marriage of Brown* 544 P. 2d 561 (1976). בית המשפט מטעים כי ציפייה מאופיינת בכך שאין לנושאה זכות אכיפה באינטרס הצפוי. פנסיה או גימלה הינן חלק מן התמורה המגיעה לעובד והן בחינת פיצוי דחוי בגין השירותים שהעניק למעבידו. זכות העובד הינה חלק מחוזה העבודה ומהווה נכס ולא ציפייה. לפיכך ייחשב החלק היחסי של הפנסיה, אשר נצברה במהלך הנישואין, לעומת כלל הפנסיה המגיעה, כנכס שיתוף. במסגרת זאת מציע בית המשפט מספר דרכים חלופיות להערכת פנסיה שטרם גמלה ולאופן חלוקתה (בין חלוקה בפועל של תשלומי הפנסיה בעתיד, עם גמילת הזכות, ובין מתן פיצוי מיידי בגין החלק המגיע לבן-הזוג האחר). עמדה זו היא מנת חלקה של מדינת שיתוף נוספת — טקסס — שגם בה לא נקבע עדיין הסדר מפורט ומפורט לחלוקת הזכות לפנסיה ולגימלאות פרישה, ראה *Cearley v. Cearley* 544 S.W. 2d 661 (1976).

לסוגיה זו בכללותה ראה H.H. Foster, *supra* note 76, at 25 et seq. וכן H.H. Foster & D.J. Freed, *ibid.*

לנושא הערכת הזכות לפנסיה ואופן חלוקתה ראה בנוסף לאמור לעיל את פסקי הדין:

*Ramsey v. Ramsey* 535 P. 2d 53 (1975); *Pinkowski v. Pinkowski* 226 N.W. 2d 518 (1975).



בסיס כל אלה יש להעניק לכל אחד מבני-הזוג חלק שווה בסכומי הפנסיה ובכסותון הכלכלי המוקנה על-ידם. לצורך חלוקת נכסי השיתוף אין להפלות בין סוגים שונים של רכוש, שכל המייחד אותם הוא אופן ההשקעה. אין להתעלם גם מכך שאשה עקרת בית אינה זוכה לשום סוג של פנסיה ועל-ידי כך מורע מצבה עם הגירושין.

לאחרונה החלו סימני התעוררות בשיטות משפטיות שונות, אשר על-ידי שימוש בטכניקות שונות הגיעו לתוצאות דומות. הדין הגרמני, ברפורמה האחרונה שלו<sup>140</sup>, השלים את שיטת איוון המשאבים. המחוקק הגרמני הוסיף פרק נוסף (בסעיף 1587 ל-B.G.B.) המוקדש כולו לחלוקת זכויות פנסיה, זכויות תגמולים וסכומי ביטוח חיים<sup>141</sup>. העקרון המנחה הסדר זה הוא חלוקה שווה של הזכויות בין בני-הזוג.

גם הדין האנגלי, הדרוגל בשיטת שיקול הדעת, קבע בין הפקטורים השונים, אותם על בית המשפט לקחת בחשבון בעת הפעלת שיקול דעתו, את ההתחשבות באותן טובות הנאה (כגון: פנסיה) שבן-הזוג מפסיד עקב הגירושין<sup>142</sup>. חסרונה של השיטה האנגלית הוא בכך, שאין היא מבטיחה תמיד ובעקרון את מחצית הזכויות. ברם נקודת התורפה שלה היא גם מקור כוחה. יתרונה הוא בכך שהיא מבטיחה התחשבות בזכויות נוספות בעלות ערך, שאינן נכללות במונח נכסים, כמו למשל כושר ההשתכרות של אחד מבני-הזוג<sup>143</sup> (בדרך כלל הבעל), העשויות להיות בעלות חשיבות מרובה במשפחות רבות. כושר ההשתכרות אינו נכלל במסגרת נכסי השיתוף או בין המשאבים ששווים יאווין, למרות שבן-הזוג האחר עשוי לתרום ליצירתו. אך זכות זו מעוררת קושי מיוחד. היא מושפעת בחלקה הניכר מכישוריו ומקשריו המיוחדים של האדם העובד, שאינם חלק מן המאמץ המשותף של בני-הזוג ואינם נכללים בשיתוף הנכסים. יהיה קשה להפריד בין החלק אשר נרכש כתוצאה מתרומת בן-הזוג האחר לבין החלק שהוא פועל יוצא מן הכישורים והקשרים. אולם התעלמות ממשאבים כאלה עלולה לגרום עוול כה חמור במקרים מסויימים שהקושי הכרוך בהערכה כזו אינו צריך להרתיע<sup>144</sup>.

140. ראה לעיל הערה 92.

141. בהתאם להסדר בדין הגרמני מוקנית לבן-הזוג בעל זכות הפנסיה הנמוכה יותר מחצית העודף בין זכותו לזכות הפנסיה (הגבוהה יותר) של בן-זוגו (הכל בהקשר לזכויות שנצברו במהלך הנישואין). לזכאי מוקנית זכות אישית ועצמאית לתבוע את הצד השלישי (החייב) בהגיע מועד גמילתה של הזכות, על-פי התנאים של תוכנית הפנסיה. הזכאי זוכה בזכות האמורה כמצבה במועד הגירושין. ממועד זה ואילך מנותקת הזיקה בין אותה זכות לבין הנהגה המקורי ונצמח קשר ישיר בין הזכאי לצד השלישי במסגרת התנאים של תוכנית הפנסיה. במסגרת זאת נושא הזכאי גם בהתחייבויות המוטלות על בעל הזכות ממועד הגירושין ואילך. ראה: D. Giesen, *supra* note 92, at 369; כן ראה גם W. Muller-Freienfels, *supra* note 92, at 202-206.

142. Matrimonial Causes Act, 1973, Sec. 25(1)(g). על המצב המשפטי במדינות ארצות הברית הדוגלות במשטר רכושי של שיקול הדעת השיפוטי ראה, H.H. Foster & D.J. Freed, *supra* note 139, at 196-200. על מגמה של הרחבת השיתוף, בדרך של פרשנות שיפוטית, גם על סוג זה של נכסים במדינות ארצות הברית בהן נוהגת שיטת שיתוף הנכסים בין בני-הזוג, ראה לעיל בחלקה השני של הערה 139.

143. *ibid* Sec. 25(1)(a).

144. על דוגמא אחת מני רבות לעוול אפשרי כזה ראה בטקסט סמוך להערה 76 לעיל.

בעית הפנסיה עשויה למצוא פתרונה גם באמצעות המדינה, על-ידי הענקת פנסיה לאשה העובדת במשק הבית והטלת חובת התשלומים השוטפים בגינה על כן-הזוג העובד, דהיינו על הבעל. נקודה זו חורגת מתחום דיוננו באשר היא מעוררת שאלות מדיניות של ביטוח סוציאלי ועדיפויות תקציביות.

ההיעלמות ההדרגתית של האינטרס ברכוש המשפחתי הרגיל וההתרכזות בסוג הנכסים שפירטנו לעיל אופינית גם לשיטות משפטיות אחרות, כגון שבדיה<sup>145</sup>. יש להניח כי במקביל לשינויים העקרוניים השונים של מעבר מהסדר להסדר, תתמקד אחת הרפורמות הקרובות, בשיטות משפט רבות, בתחום כלכלי זה.

145. על הכוונות לרפורמה בתחום זה כשבדיה ראה

J.W.F. Sundberg "Marriage or no Marriage, the Directives for the Revision of Swedish Family Law" 20 *Int. & Com. L.Q.* (1971) 223, 224-225.

# חלק רביעי

## אמצעים משפטיים לעיצוב הסדר

### יחסי הממון

#### פרק ראשון

#### דיני הקניין כאמצעי להסדר יחסים רכושיים בין בני-הזוג

דיני הקניין והדינים הכלליים האחרים אינם מותאמים לסיטואציה המיוחדת הנוגעת למערכת היחסים שבין בני-זוג. נסיון לסמוך על דינים אלה בפתרון בעיות הנוגעות לבני-זוג סופו התעלמות מהיסודות המייחדים מערכת יחסים זו והמיוחדים לה. דיני הקניין, החלים על כלל הציבור, אינם לוקחים בחשבון את הקונצפציות המיוחדות העומדות ביסודם של דיני המשפחה ואת מטרותיו של ההסדר בין בני-זוג, שהן שונות ואחרות מהסדר רגיל של יחסים רכושיים בין זרים.

המשפחה הינה במידה רבה יחידה כלכלית עם קרנות של כסף, מיטלטלין ונכסי דלא נידי, שחלקם מוקדשים לשימוש משותף. לנישואין חייבת להיות השפעה עמוקה על רכושם של בני-הזוג בדרך זו או אחרת<sup>146</sup>.

בדיני הקניין מכריעות שאלות כגון: מי בעל הנכס, מי שילם עבורו ושאלות כיוצא בזה, שאינן לוקחות בחשבון פקטורים נוספים של התחשבות בתרומת כן-הזוג למשק הבית ועוד אחרים דוגמתם<sup>147</sup>. הנישואין יוצרים צרכים חדשים. האפקט שלהם על יחסי הרכוש חייב לבוא לידי ביטוי במערכת דינים מיוחדת. השינויים בפונקציות של שני השותפים לנישואין אינם מוכרים במסגרת הדינים הכלליים והרגילים<sup>148</sup>. יצירת מערכת דינים מיוחדת ונפרדת מתחייבת מאופיה של הסוגיה.

יישומם של הדינים הרגילים מביא בהכרח למשטר של הפרדה רכושית. תוצאה זו, שהיתה נחלתן של ארצות המשפט המקובל במהלך המאה ה-20, עוררה ביקורת רבה, שעוד תעסיק אותנו. בארצות המשפט המקובל התעוררו ספקות באשר להתאמת העקרונות הכלליים לפתרון בעיות המתיחסות לרכושם של בני-זוג<sup>149</sup>.

146. ראה O. Kahn-Freund, *supra* note 2, at 268.

147. T.J. Wuester & J.D. Payne, *supra* note 25, at 264.

148. Law Reform Commission of Canada *supra* note 16, at 41.

149. M.C. Cullity "Property Rights During the Subsistence of Marriage" in *Studies in*

גם בעולם העתיק<sup>150</sup> וגם בשיטות הקונטיננטליות צועדים נישואין ורכוש יד ביד. בשל ההשפעה העמוקה של דיני הרכוש על יחסי הנישואין שבין בני-זוג פותחה מערכת דינים המיוחדת לתחום זה. בארצות המשפט המקובל קיימת בשנים האחרונות התעוררות רבתה. ועדות רפורמה צוות כפטירות אחר הגשם, כמעט בכל ארצות המשפט המקובל, ועוסקות בבחינת מערכת הדינים המיוחדת אותה יש להחיל על יחסים רכושיים בין בני-זוג<sup>151</sup>. בחלקם כבר הוחלו דינים מיוחדים כאלה.

כאשר הוכר באנגליה הצורך בהחלת מערכת דינים מיוחדת לשם טיפול בסוגיה זו נעשה הדבר טיפין טיפין, לא בדרך של הסדר סטטוטורי, אלא בהלכות השופטים, באמצעות דיני היושר ובאמצעות סיגול דיני הקנין למערכת דיני המשפחה. הנסיון, אשר ידע עליות ומורדות, לא עלה יפה. הדין האנגלי זנח את הכיוון הזה ופיתח לעצמו לאחרונה מערכת חקוקה מיוחדת<sup>152</sup>. ואין תימה בדבר. כאשר מרכיבים את דיני המשפחה על הדינים הכלליים הרגילים מבקשים למצוא פתרון לבעיות מסוג מסויים בתחום שאיננו מותאם לתת את התשובות המבוקשות. פתרונות כאלה הם חלקיים ומקוטעים. הם גורמים לכך שניעצר באמצע הדרך ונהיה חסרים תשובות לבעיות חיוניות כמו חלוקת הרכוש, ניהולו במהלך הנישואין, אופן פירוק השיתוף, אם נוצר כזה, וכיו"ב. פתרונות כאלה מעצם טבעם מוגבלים ונוטים לשמרנות יחסית. אין אפשרות ליישם את השינויים בקונצפציות ובתנאים החברתיים והכלכליים המשפיעים על תחום דיני המשפחה, הלוכש צורה ופושט צורה, במיוחד בעת האחרונה. דרך כזו מביאה גם בהכרח לחוסר התאמה בין הדינים המתפתחים באמצעות דיני הקנין והדינים הכלליים לבין דיני המשפחה, המונחים ביסודם על-ידי עקרונות אחרים ושונים. סכנה נוספת אורבת בדרך כזו ודווקא לדינים הכלליים עצמם. דינים אלה מקבלים תפנית מסויימת כדי לפתור סיטואציה מיוחדת. בכך נפרצת, לצורך מגזר צר, דרך העלולה להשפיע גם במגזרים אחרים ולשבש את הדינים הכלליים. ולאחרונה, פתרונות המבוססים על יישום דינים כלליים עומדים לעתים על יסוד עיוני רעוע. על כל אלה נעמוד ונשתדל להוכיחם כאשר נסקור את הלכת שיתוף הנכסים בישראל, אשר התפתחה גם היא בדרך כזו. לסיכום, יחסי הרכוש בין בני-זוג הם חלק בלתי נפרד מדיני המשפחה. ליחסים אלה השפעה על מערכת היחסים האישיים של בני-הזוג. האינטרסים המיוחדים הטעונים הגנה שונים מאלה המוגנים באמצעות הדינים הכלליים. הקונצפציות והעקרונות העומדים ביסודם הם אחרים מאלה העומדים ביסודם של הדינים הרגילים. גם מטרת ההסדר שונות ממטרותיהם של ההסדרים בדינים הרגילים. אלה באים לענות על צרכים אחרים של החברה. לפנינו תחום מיוחד המחייב הסדר נפרד באמצעות דינים ספציפיים.

*Canadian Family Law* (M.D. Costa, editor, Toronto, 1972) 179, 191, 272.

כן ראה *Studies, supra note 21*, at 187; W. Friedmann, in Friedmann, *supra note 2*, at 451

150. ראה האנציקלופדיה *supra note 1*, at 61.

151. חלק מדו"חות אלה כבר ראינו לעיל (הערות 16, 21, 64, 68, 110) חלק אחר יפורט בהמשך.

152. לסקירת ההיסטוריה האנגלית ראה אצל O. Kiralfy, *supra note 2*; A. Kahn-Freund, *supra note 2*.

33. כן ראה אצל Lord Denning, *supra note 33*, at 246. המדגיש את התפקיד המשנה של

השופטים מיוצרי ההסדר לפרשניו, כאשר הוא משבח את התפקיד החלוצי של בית המשפט האנגלי

בתחום זה.

## פרק שני

### קליטת פתרונות מן הדין המסחרי

כאשר בוחנים את מערכת היחסים הרכושיים בין בני-זוג עשויים להתפתות לערוך אנלוגיות מתחום משפטי אחר, זה של דיני השותפות.

קודם שבודקים מה מידת ההשפעה הרצויה של דינים אלה על היחסים הרכושיים בין בני-הזוג יש לעמוד על ההבדלים היסודיים בין שני תחומים אלה.

השותפות הינה בדרך כלל אישיות משפטית נפרדת מאלה של יחידיה, מה שאין כן בני-זוג. השותפות הינה מוסד עסקי, המוקם והפועל למטרת ריווח, מה שאין כן בני-זוג.

לגבי האחרונים היחסים הרכושיים הם מגזר אחד בתוך מכלול מערכת יחסים המהווה מוסד חברתי בעל פונקציות שונות בתכלית. בעוד השותפות הינה מוסד משפטי,

שמטרתו לסייע לאנשים בתחום הדין המסחרי, השיתוף בנכסים בין בני-זוג הוא מרכיב אחד במסגרת מוסד חברתי אחר. הקונצפציות והעקרונות המנחים את שני התחומים

המשפטיים הם שונים אלה מאלה ודרך יצירתו של האחד שונה מזו של השני. לפיכך יש לדחות את האנלוגיה המוצעת במידה שהיא מבקשת להחיל את דיני

השותפות על הסדר היחסים הרכושיים שבין בני-הזוג.

מאידך גיסא, במישורים שונים אין לדחות כליל את האנלוגיה האפשרית. כאשר גורסים אנו היעדרה של דחיה כללית אין כוונתנו לייבא רעיונות השייכים לדין המסחרי

לתוך ההסדרים המשפחתיים, אלא לשאוב פתרונות מסויימים מתחום זה וליישמם על הסדרים אלה.

במרכזה של השותפות רכוש משותף הטעון חלוקה עם פירוקה. גם בשיטת שיתוף נכסים בין בני-זוג רכוש כזה שיש לחלקו עם פירוק הקשר ביניהם. השטחים בהם ניתן

למצוא נקודות מפגש הם: ניהול השיתוף, זכויות הרשאה הדדיות בין השותפים ופירוק השיתוף.

יש איפוא דמיון במצב האופייני לשני המוסדות עם שוני יסודי בקונצפציות, בעקרונות וברציונולות המונחים ביסודם של שני הסדרים משפטיים אלה ובמטרותיו של כל אחד מן ההסדרים.

הדמיון ביניהם מאפשר העתקת פתרונות וקליטת רעיונות מדיני השותפות הנוגעים לניהול שותפות ולפירוקה תוך התאמתם ויישומם למסגרת ההסדר הספציפי והנפרד של

מערכת היחסים הרכושיים בין בני-הזוג<sup>153</sup>. מאידך גיסא, אין ההבדלים היסודיים

153. ראה H.S. Daggett, *supra* note 59, at 602; M.A. Glendon, *supra* note 10, at 23; W. Friedmann, *supra* note 2, at 449.

מצדיקים קליטה ישירה או החלה ישירה של דיני השותפות ואף לא החלת עקרונות של דינים אלה, ככאלה, לשם פתרון בעיות של רכוש משותף. קליטה כזו תהיה כפיית פתרון על סיטואציה אחת מתחום משפטי שונה, כשמערכת השיקולים, העקרונות והכללים העומדים ביסודו הם אחרים בתכלית.

בדרך אחרונה זו, של קליטה ישירה, נקט הדין הספרדי — ואף דינה של מדינת לואיזיאנה בארצות הברית קרוב לכך — כשאפשר פניה ישירה אל דיני השותפות לשם פתרון בעיות שאין להן תשובה מפורשת בשיטת המשטר הרכושי החל על בני-הזוג<sup>154</sup>. במקרה אחר, כאשר שיטת משפט חסרה הוראות סטטוטוריות כלשהן הנוגעות למשטר רכושי בין בני-זוג — כמו בדין הישראלי עובר לחוק יחסי ממון בין בני-זוג — קליטתם של כללים מתחום דיני השותפות פרובלמטית ביותר. זאת משום שתהליך של התאמה שיפוטית של דינים אלה ממישור אחד למישור אחר אינו, לדעתנו, התהליך המתאים ומן הטעם העקרוני, שיישום דינים כלליים לפתרון סיטואציות בדיני משפחה (שלא בדרך של חקיקה) איננו עולה יפה ואיננו מומלץ על-ידינו.

הדין הישראלי, באחד מרבדיו, נקט דווקא דרך זו: על תוצאותיה נדון בפרק מיוחד שיתיחס לחזקת השיתוף.

C.S. Wall, *supra* note 59, at 599.

## פרק שלישי

### מידת התערבות בתי המשפט במהלך הנישואין

בעניני נישואין ומשפחה מקדימה, בדרך כלל, המציאות החברתית והכלכלית את ההסדר המשפטי. המשפחה אינה יציר החוק ואינה מוסד משפטי<sup>155</sup>. המשפט מעניק גושפנקא למה שנוצר בפועל.

התשובה לשאלה מהם גבולות ההתערבות הרצויה של בית המשפט בתחום דיני המשפחה, במהלך הנישואין, ובעיקר בנושא הספציפי של היחסים הרכושיים בין בני זוג, איננה חד-משמעית. גם סוגיה זו מעמידה מגמות סותרות. מחד גיסא, התערבות משפטית להסדרת חילוקי דעות יומיומיים בין בני-הזוג גם אינה נדרשת וגם אינה רצויה. משפחה המתנהלת בצל צווי בית המשפט או בהדרכתם חדלה למעשה לתפקד בצורה נורמלית. התערבות יתר של בית המשפט במהלך הנישואין עשויה להזיק יותר מאשר להועיל<sup>156</sup>. מאידך גיסא, טומנת בחובה שותפות ברכוש פוטנציאל פנימי לסכסוכים, כיוון שהיא כוללת מסה אחת של רכוש בה לשני אנשים אינטרס משותף. קיום מצב של סכסוך נמשך ללא אמצעים להתרתו עשוי להביא לפירוק הקשר. מצב משפטי דומה קיים גם בשותפות. ברם דיני השותפות מעוגנים בדין המסחרי ופירוקה של השותפות אינו נוגע אלא לתחום יחסי המסחר. בדיני המשפחה, לעומת זאת, טובת המשפחה ורווחתה הם השיקולים העיקריים. ההסדר המשפטי ענינו, במסגרת אמצעיו המוגבלים, שלא להניח למצב להתדרדר עד כדי פירוק הקשר בין בני-הזוג. מצב שהוא אפשרי, טבעי, נסבל והולם את חיי המסחר במסגרת השותפות המסחרית עשוי לאיים על שלמותה של המשפחה ומהווה מוקד של סכנה, שיש למצוא דרך לאתרה ולצמצמה.

בית משפט באחת ממדינות ארצות הברית מייצג עמדה קיצונית של הימנעות עד כמה שאפשר מהתערבות בעניני המשפחה. הוא קבע כי רק במקרה של הפרדה או גירושין רשאית הערכאה השיפוטית להגיד את דברה. בפסק דינו הוסיף כי בית המשפט איננו המוסד המתאים לפתרון השאלות העדינות שיחסי המשפחה מעוררים אותן. תחום אינטימי זה הוא מנת חלקם של בני-הזוג בלבד<sup>157</sup>.

155. זאת בהבדל מן הסטטוס ומן ההכרה בו.

156. *Law Commission Report No. 25 (England), Family Law, Financial Provisions in Matrimonial Proceedings (1969) Para. 3.*

157. *Doe v. Doe* 314 N.E. 2d 128, 132 (1974). כאן סירב בית המשפט להיענות לבקשתו של בעל ונמנע מלהתערב בהחלטה בדבר ביצוע הפלה עלידי האשה. יתר על כן, בית המשפט העלין של

בתי הדין הרבניים בישראל משקפים עמדה נוגדת. בית הדין רואה עצמו אחראי לשלומה של המשפחה ומוסמך לפעול לשם השגת מטרה זו. בתי הדין עוסקים בתביעות לשלום בית ומעניקים סעדים נלווים להבטחתו. סוג כזה של תביעות מחייב התערבות משמעותית של הערכאה השיפוטית ביחסים שבין בני-הזוג.<sup>158</sup> התערבות כזו עשויה להיות יעילה בקרב אוכלוסיה המעניקה למערכת השיפוט הדתי מימד של קדושה ומייחסת לצו היוצא ממנה מחויבות דתית. בישראל של היום עשויה כפיית שלום בית להיראות אנכרוניסטית, סותרת את התפישות הבסיסיות על המשפחה בת זמננו ונוגדת את העקרונות המודרניים על תפקידו של בית המשפט. במציאות הקיימת אין למעורבות שיפוטית כזו כל יעילות. זאת ועוד, תביעות שלום בית ברוב הגדול של המקרים משמשות כסות עיניים לצעדים טקטיים של בן-הזוג. בשיטה בה שורר אלמנט האשמה משרתות תביעות אלה לא את המטרה המקורית שלשמה נועדו; הן מהוות את שלב הפתיחה בענין האמיתי המסתתר אחריהן: תביעת הגירושין. צו שלום בית מטעם בית הדין חסר כל השפעה ממשית על מערכת היחסים בין בני-הזוג במהלך הנישואין. תוצאה משפטית אפקטיבית נודעת לו במסגרת תביעת הגירושין דווקא<sup>159</sup>. באופן פרדוכסלי קל יותר לזכות בהתרת נישואין כאשר באמתחתך צו לשלום בית.

ארצות הברית החליט כי גם מעורבותו של המחוקק בעניינים הנוגעים לבני-זוג מוגבלת. בית המשפט ביטל, כנוגד את החוקה, הוראה בחיקוק של מדינת מיסורי, אשר החימר לדרוש את הסכמת הבעל לביצוע הפלה על-ידי האשה "באשר גם המדינה אינה רשאית לפקח על הפלה או לשללה". וזאת למרות השפעתה העמוקה של הפלה על מערכת היחסים בין בני-הזוג. בית המשפט הוסיף ואמר כי קשה להאמין שהמטרות של הרחבת האמון במשפחה וחיוק מערכת היחסים בין בני-הזוג ושל מוסד הנישואין יושגו על-ידי מתן זכות ווטו לבעל במקרה כזה. ראה פסק-הדין *Planned Parenthood of Missouri, supra note 5, at 69-71*. בית המשפט ער לכך שקיים ניגוד בין שני אינטרסים הראויים להגנה: זכות האב לילד משלו וזכות האשה להכריע מה יעשה בגופה. הרוב העדיף את האינטרס השני. המיעוט לא היה מוכן לפסול את החיקוק כנוגד את החוקה. מן הראוי לציין כי החיקוק לא העניק כוח לבית המשפט להכריע החלטתו של מי מבני-הזוג תועדף בכל מקרה לפי נסיבותיו. החיקוק לא העביר את ההכרעה לבית המשפט אלא קבע כלל סטנדרטי המקנה עדיפות להכרעתו של אחד מבני-הזוג.

158. על מעורבות רבה של בית הדין ראה בערעור תשי"ט/138, פד"ר ג 299. לאחרונה הוציא בית הדין הרבני האזורי בחיפה צו מניעה נגד בעל שיימנע להיפגש עם פילגשו (תיק תשמ"א/3399 (לא פורסם)). לצו כזה יש כיום מידה רבה של אפקטיביות לא רק במסגרת דיון בתביעת גירושין. זאת הואיל והסמכויות על-פי סעיפים 6 ו-7 לפקודת בזיון בית המשפט (חוקי א"י, כרך א, פרק כג, ע' 322) הוקנו. בשינויים המחויבים, גם לבית הדין הדתי הדין בענין אשר בשיפוטו. ראה חוק בתי דין דתיים (הזמנה לבית הדין) (תיקון), התשמ"א-1981. צו מניעה דומה הוצא על-ידי השופט לס בכית המשפט המחוזי בתל-אביב ובו נאסר על בעל ומאהבתו להיפגש זה עם זה. תכלית הצו, לדעת בית המשפט, הינה למנוע הפרעה ליחסים הסדירים של הנישואין כאשר אדם נשוי אינו רשאי לעשות כאוות נפשו ופעולותיו כפופות, על-פי דיני ישראל, למטרה של השגת האחדות בינו לבין בן-הזוג. ראה ת"א 2529/60 רטר נ' רטר, פ"מ כז 312.

159. על מעורבות משפטית בעניני משפחה שתוצאתה הלכה למעשה היא רק לצורך התרת נישואין ראה: M.A. Glendon, *supra note 14*, at 116, 125:

ואכן על רקע התפישות המודרניות של הנישואין ובמקביל לביטול אלמנט האשמה בוטלה באנגליה



הגישה הקיצונית השוללת מעורבות שיפוטית לשם הסדר חילוקי דעות, גם בענינים רכושיים, בין בני-הזוג במהלך הנישואין תומכת עמדתה בטענה שסעד שיפוטי כזה אינו יעיל ולמעשה אין הוא מתבקש כלל. כאשר נדרשת התערבות שיפוטית על-ידי בני-הזוג או מי מהם אות הוא כי הגיעו לסוף הדרך המשותפת. הפניה לבית המשפט היא עצמה סממן של השבר בנישואין<sup>160</sup>.

האמנם כך הוא? ישנם תחומים אינטימיים ואישיים בחיי כל משפחה בהם אל לו לצו בית המשפט להידחק לתוככי הבית. בענינים משפחתיים רגילים אין להניח לבית המשפט זכות התערבות. ברם במסגרת יחסים רכושיים, שאינם בגדר הפרדה רכושית, נדרשת לעיתים התערבות בית-המשפט. כך, למשל, ענינים הנוגעים למניעת דיספוזיציה ברכוש, לאישור דיספוזיציה כזו או להבטחת הגנתו של אחד מבני-הזוג ככל הנוגע לרכוש מחייבים התערבות שיפוטית על מנת להגיע להכרעה בהיעדר הסכמה<sup>161</sup>. לנו נראה, כי ביחסים רכושיים יש מקום להתערבות מוגבלת של בית המשפט במהלך הנישואין כדי להבטיח את האינטרסים המשותפים ואת האינטרסים של כל אחד מבני-הזוג במידה והם עומדים בסכנה. שיטה רכושית מותר לה לקחת בחשבון את הלגיטימציה של התערבות כזו לצורך בחירת תכניה. ההתערבות במידה שהיא מעוגנת בתחומים מוגדרים ומצומצמים עשויה להיות לעיתים שסתום לשחרור הלחץ המצטבר בין בני-זוג בתחומים אלה ללא אפשרות של פתרון במסגרת פנימית או אחרת. מחירה של שיטה רכושית צודקת המבוססת על שוויון בין בני-הזוג נעוץ לעיתים בהענקת זכות מסויימת של התערבות והכרעה לבית המשפט. זהו מחיר סביר עבור שיטה כזו.

עמדנו על המעורבות הגדולה של בית הדין הרבני ביחסים הפנימיים של בני-הזוג. עם זאת מוכרת במשפט הישראלי גם תרופה ספציפית כנגד התערבות מזיקה של בית המשפט תוך התחשבות בשיקולים של טובת המשפחה. החוק להסדר התדיינות בין בני-זוג, תשכ"ט-1969, מאפשר עיכובו של דיון משפטי בין בני-זוג בכל מקרה שהתערבותה של הערכאה השיפוטית עלולה לפגוע בשלום הבית או לסכנו. זהו טעם נוסף לכך שאין החשש מפני התערבות שיפוטית במהלך הנישואין חייב להיות שיקול מכריע בבחירת משטר רכושי בין בני-זוג בישראל ובקביעת טיבו, אופיו ותכניו.

זכות התביעה של החזרת חיי המשפחה (restitution of conjugal rights) - Matrimonial Proceedings and Property Act, 1970, Sec. 20. סעיף זה בוטל בחקיקה מאוחרת.

החובה לחיות יחד מוכרת עדיין בדין האנגלי, אך אין היא ניתנת לאכיפה והיא ענין שבין בני-הזוג בינם לבין עצמם. ראה, *The Law Commission, Working Paper No. 53, Family Law*, *Matrimonial Proceedings in Magistrates' Courts* (1973) 20.

160. M.A. Glendon, *supra* note 10, at 28; M. Rheinstein, *supra* note 13, at 467. ראינשטיין מדיניות אי-התערבות תואמת את עקרון השוויון בין המינים ואת הגישה המודרנית על

161. היחס לנישואין; ראה גם *Law Reform Commission of Canada, supra* note 16, at 24-25. הדברים אמורים בין במשטר רכושי המסדיר את ניהול השיתוף או את הזכות במהלך הנישואין באמצעות הגבלות רכושיות על מנהל הרכוש או על בעליו ובין במשטר שבו שני בני-הזוג מנהלים יחד את הרכוש המשותף.

## פרק רביעי

### אופן קביעת הסדר יחסי הממון בין בני-הזוג

בשאלת אופן קביעת ההסדר רווחת כבר מאז המאה ה-19 גישה המכירה בחופש ההתנאה בין בני-הזוג.

הגישה גורסת, כי גם בין בני-זוג ובכל הנוגע להסדר יחסיהם הרכושיים יש לקיים את עקרון חופש החוזים ולאפשר להם לבחור בעצמם את שיטת הרכוש המתאימה להם. עקרון זה מתאים לחברה חופשית ופלורליסטית, לעקרון השוויון ולקונצפציה המודרנית בדבר היחס לנישואין<sup>162</sup>. הסדר רכושי בין בני-זוג הוא אישי מדי והחברה פלורליסטית מדי מכדי שהמחוקק יכפה הסדר אחד, אחד ויחיד על כל הזוגות הנישואים<sup>163</sup>. עלינו להניח לבני-הזוג לבחור את משטרם הרכושי ולהסדיר את צורת החיים הנראית להם. בתחומים רבים נעים, איפוא, הנישואין מסטטוס לחוזה. ענינים רבים, שהיו מוסדרים על-ידי הדין וקבועים מראש כתוצאות של הסטטוס נעשים ענין להחלטות אינדיבידואליות של בני-הזוג<sup>164</sup>. חופש ההתנאה הוא, איפוא, נחלת הרוב המכריע של השיטות המשפטיות בעולם. חופש זה יאפשר לבני-הזוג לבחור לעצמם שיטה רכושית המבוססת על יכולתם, על צורכיהם הכלכליים והפסיכולוגיים ועל האינטרסים הרגשיים שלהם<sup>165</sup>.

בצד ההכרה בעקרון יסודי זה יש להדגיש נקודות נוספות באשר לאופן קביעת ההסדר הרכושי.

א. על מנת להגיע למצב בו על כל בני-זוג חל משטר רכושי כלשהו, וכדי למנוע את החלתם של הדינים הכלליים (שאינם מותאמים) או את יצירתו של חלל ריק בשאלת המשטר הרכושי החל עליהם, יש לקבוע הסדר מן הדין, אשר יוחל בהיעדר התנאה אחרת בין בני-הזוג.

M.A. Glendon, *supra* note 9, at 78. .162

Studies, *supra* note 21, at 41. .163

B.A. Kulzer, *supra* note 20, at 51. .164

ראה עמדה קיצונית יותר אצל J.W.F. Sundberg, *supra* note 145, at 234. על-פייה הולך וגובר בשבדיה הרעיון שבנישואין מתקשרים כאילו היו חוזה ומתירים אותם גם על-פי אותה גישה. המגמה היא לכיוון היעלמות הדרגתית של סטטוס הנישואין וראיית חזות הכל בחיים המשותפים בפועל. על-ידי כך מושווה מצבם של בני-הזוג הנישואים לאלה החיים יחד ללא נישואים.

165. נראה לנו, כי חופש כזה יוכר גם בארצות בהן לא קיים משטר רכושי מוגדר, אלא מוקנה שיקול דעת רחב לבית המשפט. זאת מכוח העקרונות הכלליים של דיני החוזים.

אופן קביעת הסדר יחסי הממון בין בני-הזוג

הנסיון מוכיח, שרוב הזוגות הנשואים אינם נותנים דעתם עם הנישואין על בחירת הסדר רכושי. מציאות זו מחייבת כי ההסדר מן הדין ייקבע בקפדנות ראויה ולא כאחד הפתרונות בלבד. הסדר כזה יהווה למעשה את ההסדר החל על רוב הזוגות במדינה.

ב. קיימים אינטרסים הטעונים הגנה ומחייבים הסדר מיוחד. על אלה לא ניתן להתנות. במיוחד אמורים הדברים בכל הנוגע למעמדם של בני-הזוג, להגנה על נושים וצדדים שלישיים וכיו"ב. האינטרסים הראויים להגנה משתנים מחברה לחברה. תפישות שונות רואות גם בהגנת המדור ובהבטחתו אינטרס כזה<sup>166</sup>. הארצות הקומוניסטיות מגבילות בצורה ניכרת את חופש ההתנאה<sup>167</sup>.

ג. רוב השיטות המשפטיות מעניקות לצדדים זכות לשנות את ההסדר הרכושי החל עליהם מכוח הדין או מכוח הסכם קודם ביניהם. ברם חופש זה כפוף לדרישות צורניות<sup>168</sup> ולמילוי תנאים קפדניים, כדי למנוע כל אפשרות להשפעה בלתי-הוגנת או ללחצים הנובעים מהחיים המשותפים וכדי למנוע פגיעה בנושים או בצדדים שלישיים כתוצאה משינוי ההסדר<sup>169</sup>.

ד. אין תשובה אחידה לשאלה אם לקבוע בחוק הסדרים חלופיים כוללים או להניח את קביעת תנאי ההסדר לשיקול דעתם הבלעדי של הצדדים. ישנן שיטות

166. כך בדין הצרפתי. למשל, לא ניתן לפגוע בעצמאות האשה, סעיף 221 ל-C.C. ולא ניתן להתנות גם על הבטחת בית המשפחה ותוכנו, סעיף 215 ל-C.C. ראה אצל A. Colomer, *supra* note 215, at 104-105.

בשכדיה לא רשאי בן-הזוג להקנות את זכות הניהול ללא זכות חזרה ואף לא להפחית את ההתחייבות של האחד כלפי השני בכל הנוגע לילדים. נוסף לכך לא מתיר הדין לקבוע בהסדר רצוני חלוקה שונה מאשר מחצה על מחצה, אף כי ניתן לשלול את החלוקה בכללותה או להוציא נכסים מכלל אלה העומדים לחלוקה, ראה H.S. Sussman, *supra* note 91, at 563-4, 568.

167. בארצות הקומוניסטיות חופש ההתנאה מוגבל ביותר. המוסד של חוזה נישואין חופשי זר לקונצפציה הסוציאליסטית. לפיכך לא יוכר חוזה אשר יסתור את העקרונות הסטטוטוריים של שיתוף ברכוש. יוכרו רק חוזים המשלימים את הוראות הקוד ובאים לבצע את רעיונותיו, כגון אלה הנוגעים, למשל, לחלוקת הרכוש ודרך חלוקתו, אך לא חוזים היוצרים הפרדה רכושית. ראה בברה"מ אצל J.N. Hazard, *supra* note 62, at 213 ובפולין אצל D. Lasok, *supra* note 63, at 73.

168. רוב הארצות דורשות כתב, חתימה בפני עדים, אימות נוטריוני ואישור של בית המשפט או חלק מדרישות כאלה.

169. בצרפת לא ניתן לשנות את המשטר הרכושי בשנתיים הראשונות של הנישואין (סעיף 1397 ל-C.C.) והשינוי יכול להיעשות בתנאי שהוא למען אינטרס המשפחה. גם בקוויבק תנאי לשינוי הוא אי-פגיעה באינטרס המשפחה ואי-פגיעה בנושים (סעיף 1265 ל-C.C.). ראינו כבר קודם כי על-מנת לשינוי יהא תוקף כלפי צדדים שלישיים יש צורך, במספר שיטות משפטיות, לרשום את ההסכם וכך גם את שינויו.

המעדיפות את הדרך הראשונה, ברם שומרות על זכות בני-הזוג לסטות גם מהסדרים אלה<sup>170</sup>, ואילו שיטות אחרות מצדדות בדרך השנייה<sup>171, 172</sup>. לדעתנו, עדיפה הדרך הראשונה. לעתים קרובות, ההסדר הסטטוטורי, החל על בני-זוג בהיעדר הסדר מוסכם ביניהם, אינו משקף את רצונם ואינו עולה בקנה אחד עם נסיבותיה המיוחדות של מערכת היחסים. אולם עובר לנישואין נמנעים בני-זוג ומשפחותיהם מלהפר את חגיגות הרגע בחולין של הסדרי ממון ורכוש. משא ומתן מפורט יוצר מתחים וגורר אחריו חשדנות וחוסר אמון העלולים לפגוע במרקם העדין של מערכות יחסים הנמצאות בשלבים הראשונים של צמיחה. הטלת חובה להצביע על הסדר רכושי מסויים מבין מספר אלטרנטיבות מוצעות משחרר את בני-הזוג ומשפחותיהם מן המבוכה ומן הלחץ הפסיכולוגי ובדרך הטבע הם יבחרו בהסדר הנוח להם ביותר וההולם את הנסיבות. הנחת מספר חלופות מאפשרת לבני-זוג לבחור ביתר קלות את המשטר הרצוי להם או להשתמש בחלופה קיימת כנקודת מוצא להסדר הנראה להם. זאת ועוד, חלופה שנוסחה על-ידי המחוקק חזקה עליה שהיא עונה על רוב הדרישות העקרוניות ונותנת תשובות למירב הבעיות העשויות להתעורר. בתחום כה רגיש כמו דיני משפחה — ובמיוחד לאור השפעתו של הסדר שנבחר על צדדים שלישיים — מן הראוי שהסדר אשר נעשה לא ישאיר לקוננת העלולות ליצור מתחים מיותרים ולהניח בעיות רבות ללא פתרון. הצבת פתרונות חלופיים היא דרך נאותה יותר.

סיכומו של דבר, העקרון העובר לאורכן של רוב השיטות המשפטיות הינו החופש להסדיר את היחסים הרכושיים בין בני-הזוג לרצונם בתוספת מגבלות לטובת הגנת עניניו של "החלש" ותוך התחשבות באינטרס של המשפחה ויחידיה<sup>173</sup>.

170. לדוגמא, ה-C.C. הצרפתי, ה-B.G.B. הגרמני וה-C.C. של מדינת קוויבק. בעבר היה מקובל גם שלא לאפשר סטייה מההסדרים האלטרנטיביים המפורטים בחוק, ברם בימינו אין זה מקובל עוד. אשר לעבר ראה דברי ההסבר להצעת חוק היחיד והמשפחה, לעיל הערה 121. בע' 105.
171. כך המצב על-פי הפרק הראשון לחוק יחסי ממון בין בני-זוג, תשל"ג-1973.
172. על השיטות וגיוניהן ראה גם דברי ההסבר להצעת חוק היחיד והמשפחה, לעיל הערה 121, בע' 105 (חלק מהשיטות המנויות שם שינו בינתיים את הוראות החוק שלהן).
173. ראה גם אצל J.P. Charvat & H.S. Daggett, *supra* note 67, at IX.

## פרק חמישי

### אופיו של הסדר יחסי הממון: קביעות או גמישות

הבעיה הנצחית והקלאסית, הבאה לידי ביטוי כמעט בכל סוגיה משפטית, אינה פוסחת גם על תחום עיסוקנו. כל השיטות המשפטיות מתלבטות בשאלה באיזו מידה חייב המשפט להציב קני מידה חדים, כרוורים וחד־משמעיים ולהניח שדה צר ומצומצם לעבודה השיפוטית או, אלטרנטיבית, להשאיר בידי בית המשפט את עיקר המלאכה כאשר המחוקק קובע רק קריטריונים כלליים.

בעיה זו היא כפולה: היא נוגעת, בראש ובראשונה, לעצם בחירת משטר רכושי כלשהו, ברם היא מתפשטת גם אל תחום ההסדר עצמו. דהיינו: גם לאחר שנקבע הסדר מפורט יותר השאלה היא מה מידת שיקול הדעת שיש להקנות לבית המשפט ובאילו תחומים.

כפי שנראה במקום אחר, מעדיפות המדינות, אשר זה מקרוב נתנו גט פיטורין לשיטת ההפרדה הרכושית, שיטה משפטית המעניקה שיקול דעת רחב לבית המשפט, מלווה בקריטריונים מנחים או בלעדיהם, לשם התאמת רכוש, חלוקתו והסדר היחסים הרכושיים בין בני־הזוג, בעיקר עם פירוק הקשר. מאידך גיסא, נוקטות מדינות אחרות שיטות שונות של הסדרים רכושיים מפורטים, שעקרונותיהם ותכניהם קבועים מראש. יתרונותיו וחסרונותיו של הסדר חלוקת רכוש על־פי שיקול דעת שיפוטי כשיטה עקרונית יידונו במקום אחר. אך גם במסגרת הסדרים מפורטים יש מקום לשיקול דעת של בית המשפט, אשר יאפשר התחשבות בעובדות הספציפיות של כל מקרה על מנת לשקול את אופן החלוקה בין בני־הזוג. נתרכז בהסדרים כאלה ונבחן את האפשרויות השונות. שיטה משפטית, שאין לה כלים להתחשבות בקריטריונים שונים, כגון: התנהגותם של בני־הזוג במהלך נישואיהם, משך הנישואין, תרומתם של בני־הזוג למשפחה, לרווחתה ולכלכלתה וכיו"ב, עלולה להביא בעקבותיה אי־צדק, סטנדרטיזציה של תוצאות עלולה לגרום, לעיתים, עוול לאחד מבני־הזוג, אשר בכישוריו המיוחדים או במילוי חובותיו הקפדני במסגרת המשפחה תרם תרומה מכרעת להצטברות הרכוש בעוד האחר נהנה לחלוטין מפרי עמלו של הראשון. אין זו רק תוצאה בלתי־צודקת, אלא גם מתן תמריץ שלילי לבן־זוג, אשר אינו מוכן למלא את תפקידיו או מזניח אותם בכוונה תחילה. ניתוק כזה של היחסים הרכושיים ממסגרת היחסים הכוללת שבין בני־הזוג וממערכת דיני המשפחה אינו רצוי והוא מתעלם מהקונצפציות היסודיות העומדות ביסודם של המשטרים הרכושיים. שיקול הדעת איננו חייב להתחסר רק לנסיבות

הסובכות את חיי בני-הזוג, אלא גם לאספקטים אחרים כמו שאלת היחס בין חלוקת הרכוש למכלול זכויותיהם הרכושיות האחרות או כמו סוגי הרכוש העומדים לחלוקה. כך, למשל, ניתן לאפשר התחשבות בזכויות ובנכסים שבדרך הרגילה אינם מוגדרים כנכסים הנכללים בשיתוף, כגון: פנסיה וכושר ההשתכרות. כלומר: שיקול הדעת עשוי להקיף מכלול של שיקולים והתיחסויות מסוגים שונים ובעלי אופי אחר.

על שיטה של חלוקת רכוש בהתאם לשיקול דעתו של בית המשפט הושמעה ביקורת שמקורה בהשוואת תחום יחסי השיתוף ברכוש לדיני השותפות. ביקורת זו מעלה את הטענה הבאה: כמו בשותפות עסקית כך גם ביחסים בין בני-זוג אין להשלים עם כך שבית המשפט יחלק את המסה הכוללת באופן שאחד השותפים יקבל פחות מן החלק המגיע לו<sup>174</sup>.

אין להשלים עם ביקורת זו. שתי הצלעות של ההיקש, שותפות מסחרית ושיתוף נכסים בין בני-זוג, אינן בנות-השוואה. שותפות עסקית אינה מגלמת שום ערך חוץ מניהול עסקים בהתאם לרצונם של השותפים. יתר-על-כן, השותפים רשאים להביא את השותפות לידי גמר בכל עת בלי לפגוע במוסד חברתי כלשהו. אך יחסים רכושיים בין בני-זוג אינם יחסים עסקיים רגילים. המשפחה היא מוסד שהחברה מעונינת בו, בהבטחתו ובהגנתו. מן הדין הוא שלא כל סכסוך ממוני או רכושי יגרור אחריו את פירוק קשר הנישואין בין בני-זוג. לשיקולים הלב-ממוניים ולבר-רכושיים משקל רב בדיני המשפחה. והואיל ואין זה רצוי לעודד את פירוק הקשר כל אימת שאחד מבני-הזוג מזניח את חובותיו ואת תפקידיו הכלכליים יש למצוא דרכים אחרות להעניק משקל מיוחד לגורמים אלה, גם בשלב מאוחר, מעבר לשיקולים הנלקחים בחשבון בשותפות מסחרית גרידא.

ואכן, שיטת חלוקה שווה, קבועה, ללא מתן שיקול דעת לבית המשפט, הינה נחלת מיעוט בלבד של השיטות המשפטיות<sup>175</sup>.

יש המעניקות שיקול דעת מצומצם יותר. כך הדין הגרמני, המאפשר שיקול דעת בתחום צר המקיף רק חלק מן הנסיבות בהתנהגות בני-הזוג והנוגע לאי-יזר רבתי של אחד מבני-הזוג<sup>176</sup>. הצמצום הנזכר אינו מאפשר, למשל, להביא בחשבון את מכלול זכויותיהם של בני-הזוג לצורך איזון המשאבים. תוצאה זו איננה נראית לנו צודקת וראויה.

יש המעניקות שיקול דעת רחב יותר המאגד שיקולים בעלי אופי שונה. כך

174. J.T. Younger, *supra* note 36, at 243.

175. הדין הצרפתי משקף עמדה של היעדר גמישות. דין זה מכיר בחלוקה שווה ואין שום הגנה נגד חלוקה כזו, ראה M.A. Glendon, *supra* note 9, at 74.

176. ראה לעיל הערה 111 והטקסט הסמוך לה.

אופיו של הסדר יחסי הממון: קביעות או גמישות

הארצות הסקנדינביות, שבדיה<sup>177</sup>, דנמרק<sup>178</sup> ונורבגיה<sup>179</sup>. יש כאלה המאפשרות שיקול דעת כללי, רחב ביותר, מכל הסוגים שהזכרנו. למעשה הן משאירות בידי בית המשפט את החלוקה בין בני-הזוג בדרך שימצא לנכון, בהתאם למה שצודק והוגן בנסיבות כל ענין ותוך שיקול כל העובדות הרלבנטיות<sup>180</sup> דרך דומה נהוגה גם בארצות קומוניסטיות<sup>181</sup>.

נראה לנו, שכל משטר רכושי מפורט וקבוע חייב להניח מקום גם לשיקול דעת ברוח הדברים שנאמרו לעיל, כאשר היקפו טעון בירור ובדיקה יסודיים. שיקול דעת רחב מדי עלול לסכן את יתרונותיה של שיטה רכושית מפורטת ולקרבה כמעט לחלוטין להסדר של שיקול דעת כשיטה עקרונית. אין להתעלם מכך כי ככל שמידת שיקול הדעת עולה הולכת ופוחתת ההתחשבות בעקרון הבטחון הכלכלי והפסיכולוגי עליו עמדנו. חסרון נוסף המתלווה להרחבת שיקול הדעת הוא הקושי בהשגת הסדרים רכושיים מחוץ לכותלי בית המשפט. ככל שההסדר מפורט וקבוע יותר מקל הדבר על הצדדים להגיע להסכמה<sup>182</sup>. שיקול דעת רחב יוצר לבני-הזוג פיתוי לנסות את מזלם בבית המשפט. טכניקה של שיקול דעת רחב ככל שהיא מאפשרת התאמה לכל הנסיבות

177. ראה H.S. Sussman, *supra* note 91, at 577. בשבדיה נתקבל ב-29/5/73 חוק על-פיו במקרה של משך קצר של נישואין, בהם לא נוצרה תלות כלכלית בעלת משמעות, לא תהיה החלוקה שווה ועל בית המשפט להפעיל את שיקול דעתו לקביעת אופן החלוקה. ראה: לעיל הערה 29, בע' 181-182.

I.M. Pederson, *supra* note 128, at 147.

178. בדנמרק מתיחס השיתוף הרחוי לכל נכסי בני-הזוג, בין אלה שהושגו לפני הנישואין ובין אלה שהושגו במהלך הנישואין על-ידי אחד מבני-הזוג בדרך של מתנה או ירושה. לפיכך רשאי בית המשפט לשקול את דרך רכישת רוב הרכוש ואת משך הנישואין לשם הפעלת שיקול דעתו בשאלת אופן חלוקת הרכוש.

179. A. Malmström "Matrimonial Property Law in Sweden" in Friedmann, *supra* note 2, at 429.

180. כך בשש ממדינות ארה"ב בהן שורר משטר של שיתוף נכסים:

באריזונה (Ariz. Rev. Stat. Ann. § 25-318)

בנבדה (Nev. Rev. Stat. § 125.150)

בטקסס (Tex. Fam. Code § 3.63)

באיידהו (Idaho Code Ann. § 32-712)

בניו-מקסיקו (N.M. Stat. Ann. § 22-7-6)

ובווישינגטון (Wash. Rev. Code Ann. § 26.09.080)

משטר כזה מקרב את שיתוף הנכסים לשיטת חלוקה על-פי שיקול דעת שיפוטי. לעומתן מחייבות המדינות לואיזיאנה וקליפורניה חלוקה שווה של הרכוש הנכלל בשיתוף בכל הנסיבות. ראה: J.T. Younger, *supra* note 36, at 242.

181. כך בכרית המועצות E.L. Johnson "Matrimonial Property in Soviet Law" 16 *Int. and Com. L.Q.* (1967) 1106, 1124-1126.

וכך גם בפולין (Art. 27 § 2) D. Lasok, *supra* note 63, at 73

M. Rheinstein, *supra* note 4, at 390.

182.

האינדיבידואליות אינה עולה בקנה אחד עם חלק מן העקרונות עליהם הרחבנו את הדיבור בפרקים הקודמים.  
עלינו לחזור ולהדגיש פעם נוספת את דבר קיומם של עקרונות וקונצפציות שאינם מתיישבים זה עם זה, ממילא אין הטכניקות והשיטות המשפטיות יכולים לעלות בקנה אחד עם כולם.



## חלק חמישי

# הפתרונות המשפטיים להסדר יחסי הממון: סקירה השוואתית מבוא

ניתן היה לצפות כי בדיני משפחה תהיינה אי-התאמות בולטות בין השיטות המשפטיות השונות בעולם. שום תחום משפטי אינו קרוב יותר למוסר, לדת, להרגלים ולמבנה החברתי מאשר מוסד הנישואין והשפעתו על מצבם המשפטי של בני-הזוג, כולל על רכושם. ברם, למרבה הפלא, קיימת בתחום דין זה התכולות של רעיונות ותפוצה של הסדרים משפטיים כה מהירה וכה אינטנסיבית, שכמעט אין לך תחום מקביל לו. רעיונות חדשים ביחסי ממון בין בני-זוג מתפשטים ממדינה למדינה, אפילו בין מדינות השונות זו מזו במסורת המשפטית שלהן, כמו ארצות סקנדינביה, גרמניה ואנגליה<sup>183</sup>. הטעם לכך הוא כי ליסודות האידיאולוגיים ולתפישות החברתיות והכלכליות העומדות בבסיס ההסדר הרכושי שותף רוב המדינות בעולם.

סוגית היחסים הממוניים והרכושיים בין בני-זוג, כשאר דיני המשפחה, נמצאת בתהליך של תנועה מתמדת. ניתן לומר, כי בתחום זה לא הגיע עדיין המשפט לשלב של גיבוש ויציבות. רוב השיטות המשפטיות הכניסו בעשור האחרון חידושים בהסדרים הרכושיים שבין בני-זוג; בין שאלה שינויים מהפכניים, של המרת שיטה אחת באחרת או עריכת שינויים יסודיים בה, ובין שאלה רק תיקונים שונים בהסדר הקיים. בחינה מדוקדקת תצביע על קווי דמיון רבים בהסדרים השונים ועל יותר ויותר מכנים משותפים לרובם, למרות העובדה שטכניקות שונות גוררות אחריהן אימוץ שיטות שונות. המגמה היא לכיוון המרכז. חלק מן השיטות נע משויון בין המינים, שהושג באמצעות הפרדת רכוש בין שני בני-הזוג, לכיוון העמקת הסדרי חלוקת רכוש, בעוד חלק אחר נע מהסדר של חלוקת רכוש לכיוון יתר שוויונות בין בני-הזוג, במובן של ניהול השיתוף וכיו"ב. מעמדות מוצא שונות של הדין הקונטיננטלי מזה ושל המשפט המקובל מזה נעים שניהם בהדרגה לעמדת ביניים שבין הפרדה לבין שיתוף<sup>184</sup> על מנת למצוא את האזון בין הקונצפציות השונות עליהן דיברנו בחלקים הקודמים. מענין לציין, כי אין זה מחייב

183. O. Kahn-Freund "On Uses and Misuses of Comparative Law" 37 *M.L.R.* (1974) 1, 13-14.

W. Friedmann, in Friedmann, *supra* note 2, at 451.

184.

שיטות המדגישות את השוויון המוחלט בתחרה דווקא בהפרדה רכושית — דוגמא לכך ישמשו שבדיה והארצות הקומוניסטיות — כשם שאין זה מחייב שיטה אשר דגלה בהפרדת רכוש תאמץ גישה שוויונית — כמו ארצות המשפט המקובל במשך תקופה ארוכה.

בחלק זה יסוב הדין על סקירה השוואתית תמציתית של סוגי ההסדרים הרכושיים למיניהם כפי שהם באים לידי ביטוי בשיטות המשפטיות השונות. במסגרת דיוגנו ננתח את ההסדרים השונים, נבחן את יישום העקרונות, התפישות ושיקולי המדיניות הבסיסיים בהסדרים אלה ונעלה גם הערות ביקורתיות.

## פרק ראשון

### שיטה של הפרדת רכוש בין בני-זוג

שיטת הפרדת רכוש שהיתה נחלתן של רוב ארצות המשפט המקובל עד העשור האחרון מוגדרת למעשה על-ידי מלומדים כהיעדר כל שיטה (non-system)<sup>185</sup>. על-פי שיטה זו דינם של בני-זוג כדין זרים ולנישואין אין כל השפעה על יחסי הרכוש של בני-הזוג לא במהלך הנישואין ולא עם פקיעתם.

חלק מן המדינות הקפידו על שמירת עקרון ההפרדה בקנאות ובקיצוניות. כך למשל נקבע במדינת ניו-יורק, לפני כעשר שנים, כי אפילו משלמת האשה את כל צורכי משק הבית אין היא זכאית למחצית ערך הנכסים אשר נרשמו על שם הבעל בהיעדר הסכם המבטיח לה זכות זו<sup>186</sup>. פסיקה ברוח דומה נמצא גם במדינת אילינויס<sup>187</sup>. גם בית המשפט העליון הקנדי<sup>188</sup> ובתי משפט אחרים בקנדה<sup>189</sup> קבעו כי עבודת האשה

R.W. Bartke, *supra* note 19, at 76.

.185

*Wirth (Fischer) v. Wirth* 326 N.Y.S. 2d 308 (1971).

.186

בפסק מאוחר יותר *Janke v. Janke* 366 N.Y.S. 2d 910 (1975) אובחנה ההלכה הראשונה. בענין זה עבדה האשה בעסק אשר היה רשום בשמו של הבעל ואף השקיעה בו סכומי כסף שקיבלה בירושה. בשני אלה ראה בית המשפט את ההבדל בין מקרה זה לעומת הלכת *Wirth*. בית המשפט קבע כי נוצרה נאמנות קונסטרוקטיבית בעסק לטובת האשה. בינתיים שינתה מדינת ניו-יורק את החוק וביולי 1980 תוקן סעיף 236 ל-Domestic Relations Act. במסגרת זאת אומצה שיטת שיקול הדעת השיפוטי. עם פקיעת הנישואין רשאי בית המשפט לחלק את הנכסים נשוא החלוקה (נכסים שנרכשו על-ידי בני-הזוג במהלך הנישואין, להוציא פיצויים בנין נזקים אישיים) בהתאם לשיקול דעתו המעוגן בקריטריונים הקבועים בחוק.

*Norris v. Norris* 307 N.E. 2d 181 (1974).

.187

*Murdoch v. Murdoch* [1975] 1 S.C.R. 423

.188 בית המשפט העליון הקנדי

*Fiedler v. Fiedler* (1975) 55 D.L.R. (3d) 397

.189 בית המשפט לערעורים באלברטה

וכך בתי המשפט בססקחואן; *Rooney v. Rooney* (1969) 68 W.W.R. 641 (Sask. 1969).

*Weisgerber v. Weisgerber* (1969) 71 W.W.R. 461 (Sask. 1969).

לאחרונה שונה הדין הקנדי. במדינות בהן רווח המשפט המקובל, על-ידי פסיקה של בית המשפט העליון הפרלי בענין *Pettus v. Becker* 117 D.L.R. (3d) 257 (1980), אשר יישם את עקרון

במשק הבית וסיוע לבעל בעבודתו אינן מעניקות לאשה זכויות כלשהן כנכסים של הבעל.

בחלק אחר מן המדינות, והן הרוב, לא שררה שיטת ההפרדה בטהרה. השיטה הומתקה על-ידי כללים שונים של הדין אשר הביאו ליסודות של שיתוף בין בני-הזוג, כגון: האחריות להוצאות משק הבית וזכות המדור. באנגליה נוסף לכך גם השיתוף בנכסי המשפחה, כפי שהתפתח בפסיקה האנגלית מאז תחילת שנות ה-50. במדינות שונות של ארצות הברית הקהו בתי המשפט את חומרת תוצאותיה של שיטת ההפרדה על-ידי עשיית שימוש חורג בתשלומי מזונות לאחר הגירושין<sup>190</sup> ובאמצעות קביעת נאמנות קונסטרוקטיבית, במסגרת יחסיהם הרכושיים של בני-הזוג<sup>191</sup>. אלמנטים של שיתוף חדרו בדרכי עקיפין והסתננו מבעד לדלת האחורית לאחר שהשער הראשי נמצא נעול. גישה זו מוכיחה כי גם הדין האנגלי-אמריקאי פילס, באיטיות אך בהתמדה, דרך של פשרה בין רעיונות הפרדה לרעיונות של שיתוף<sup>192</sup>. יחד עם זאת, לא היה בכך משום גיבוש שיטתי של הסדר בנוגע להשפעת הנישואין על רכוש בני-הזוג כדוגמת ההסדרים הרכושיים בקונטיננט<sup>193</sup> ובמדינות שיתוף הנכסים בארצות הברית. הצעד החשוב בגיבוש הסדר נעשה בעת האחרונה. רוב מדינות המשפט המקובל זנחו בינתיים את שיטת ההפרדה והמירו אותה בהסדרים רכושיים אחרים, בעיקר שיטת שיקול הדעת השיפוטי, כך באנגליה וכך בחלק ניכר ממדינות ארצות הברית<sup>194</sup>. במציאות בה רוב הנישואין נושאים עדיין אופי של נישואי עקרת-הבית טומנת בחובה שיטת ההפרדה מספר חסרונות בסיסיים העולים על כל יתרון אפשרי. חסרונות אלה ומגבלות עקרוניות אחרות בקביעת הפרדה כהסדר רכושי בין בני-זוג ניתן לסכם בתמציתיות במספר נקודות ביקורת עקרוניות.

1. התוצאות בשיטה זו נקבעות במסגרת דיני הקניין הרגילים שאינם מותאמים למערכת היחסים המיוחדת שבין בני-זוג. אין החוק נותן ביטוי למסגרת המיוחדת של יחסי בני-הזוג.
2. שיטה זו אינה הוגנת באשר היא מתעלמת מיסוד השיתוף העומד במרכז החיים המשותפים.
3. הפרדת רכוש אינה מתחשבת במציאות החיים של בני-הזוג. השימוש בנכסי המשפחה וחלוקת הכספים במהלך הנישואין נעשים על בסיס מגמות של תועלת הדדית, הגנת המשפחה ושלמותה. לצדדים הפורמליים, או מה שנראה בעיני בני-הזוג ככאלה, אין הם מיחסים חשיבות.
4. השיטה מפלה את האשה לרעה ואינה מיחסת משקל שווה למילוי תפקידה של

הנאמנות הקונסטרוקטיבית על מערכת נסיבות של חיים משותפים בין בני-זוג. ראה להלן שער שלישי, חלק שלישי, פרק ראשון, סעיף (ד)(דד)(1).

190. ראה הערות 75-81 לעיל והטקסט הסמוך להן.
191. H.H. Foster, *supra* note 76, at 99-100; Janke, *supra* note 186. כן ראה לעיל הערה 189 סיפא.
192. O. Kahn-Freund in Friedmann, *supra* note 2, at 301-302.
193. O. Kahn-Freund, *supra* note 64, at 601, 604-605.
194. ראה להלן הערות 199-204 והטקסט הסמוך להן.

- האשה. אין התחשבות בתרומת האשה לחיים המשותפים ובמיוחד בחלקה במשק הבית ובגידול הילדים.
5. משטר של הפרדת רכוש מונע אשה נשואה, שאינה עובדת, מלזכות בריווחי המשפחה והוא משאיר את האשה חסרת כל לאחר שנים רבות של השקעה במשק הבית, ברווחת המשפחה, בגידול ובחינוך הילדים.
6. משטר כזה מתמקד על פקטורים שהצדדים עצמם אינם מיחסים להם כל חשיבות כגון: מי שילם את הכסף, מי בעל הרכוש וכיו"ב.
7. בשיטה כזו קשה לצדדים להוכיח את העובדות הרלבנטיות, שהדין מתמקד בהן, כדי להגיע לתוצאה רצויה של שיתוף.
8. השיטה נעקפת בדרך-כלל על-ידי אמצעים משפטיים שונים שאין בכוחם להגיע לתוצאות המושגות באמצעות הסדר שיטתי של יחסי רכוש בין בני-זוג.
- בעת שהשיטות המשפטיות במשפט המקובל נוטשות בהדרגה משטר של הפרדת רכוש נשמעים קולות של מלומדים התומכים בהסדר של הפרדה כהסדר העתידי המוצע. ניתחנו כבר תופעה זו בהקשרים אחרים<sup>195</sup>. כאן רק נחזור ונזכיר כי הצעה זו יוצאת מנקודת מוצא חברתית וכלכלית — עצמאות כלכלית מלאה של האשה ואי תלות בבעל — שאיננה מאפיינת את היחסים אצל רוב הזוגות הנשואים. יתר-על-כן, בהצעה נשמע גם הד של כפיית שיטה רכושית כמכשיר להסדר חברתי המחייב בני-זוג לנהוג בדרך הנראית רצויה למציעים. אמצעי כזה כבר נדחה על-ידינו במקום אחר<sup>196</sup>. מכל מקום מן הראוי לציין כי רוב השיטות המשפטיות, למעט אלה של המדינות הקומוניסטיות<sup>197</sup>, מכירות בהפרדה הרכושית כאחת האלטרנטיבות הפתוחות לבחירתם של בני-הזוג.

195. ראה לעיל הערות 26-49 והטקסט הסמוך להן.

196. ראה לעיל הערות 47-49 והטקסט הסמוך להן. כן ראה אצל S.W. Prager, *supra* note 4, at 12-13, 16-19.

197. ראה לעיל הערה 167.

## פרק שני

### שיטת שיקול הדעת השיפוטי

שיטת שיקול הדעת השיפוטי להתאמת רכוש ולחלוקתו המירה בעת האחרונה, בחלק גדול מארצות המשפט האנגלו-אמריקאי, את שיטת הפרדת הרכוש. הסדר רכושי זה הינו שיטה של חלוקת רכוש, המבוססת על עקרון השוויון, ומתיחסת בעיקר לשלב של פירוק הקשר בין בני-הזוג. כזה, למשל, המצב בדין האנגלי<sup>198</sup>. בית המשפט האנגלי רשאי בעת מתן פסק להתרת הנישואין, לביטולם או להפרדת בני-הזוג להורות בצו על דרך הסדר הרכוש שבין בני-הזוג ואף להעביר רכוש מבן-זוג אחד למשנהו. השיקולים (הנמנים בסעיף 25 לחוק האנגלי) אותם רשאי בית המשפט לקחת בחשבון הם: הצרכים הכלכליים של שני בני-הזוג, מקורות ההכנסה שלהם וכושר השתכרותם, רמת החיים ממנה נהנו בנישואין וכן גילם, משך הנישואין והתרומה שנעשתה על-ידי בן-זוג להשגת רכוש, שמירתו או שיפורו ולרווחת המשפחה, כולל תרומה למשק הבית ולגידול הילדים<sup>199</sup>.

הסדר כזה, במסגרת הסדר כללי של יחסי ממון ורכוש בין בני-זוג בעת הגירושין, נהוג היה גם בניו-זילנד<sup>200</sup>. שם שיקול הדעת כללי יותר והוא חסר קווים מנחים מפורטים, דוגמת אלה שנקבעו בחוק האנגלי. גם החוק האוסטרלי החדש<sup>201</sup> מנהיג שיטה רכושית כזו תוך הצבת קווים מנחים דומים מאד לאלה של הדין האנגלי, עם הרחבה מסויימת. גם בקנדה נקבע הסדר דומה במספר מדינות<sup>202</sup>. ההסדר ננקט שם רק כשלב מעבר לקראת

198. בעקבות סעיפים 4 ו-5 ל-Matrimonial Proceedings and Property Act, 1970. ששוכבו

בסעיפים 23, 24 ו-25 ל-Matrimonial Causes Act, 1973.

199. ראה גם: J.G. Miller, *supra* note 33, at 212 et seq.

200. זה היה המצב על-פי החיקוק הקודם, ה-Matrimonial Property Act, 1963, Sec. 5, 6. שבמסגרתו נלקח בחשבון השיקול של תרומת בן-הזוג למשק הבית ולגידול הילדים (סעיף 16). עם זאת לא היתה לבית המשפט סמכות לתת צו לתשלומים כספיים אלא אך ורק להעברת רכוש ולשימוש בו. בתחילת שנת 1977 נכנס לתקפו חיקוק חדש, הוא ה-Matrimonial Property Act, 1976. הממיר את ההסדר הקודם בשיטה של שותפות דחיה. על הצעת החוק ראה A.E. Angelo & W.R. Atkin "The Matrimonial Property Bill, 1975 — Some Further Thoughts" *New Zealand L.J.* 424 (1976) ועל החוק עצמו ראה W.R. Atkin "The New Regime of Family Property" *New Zealand L.J.* (1977) 81.

201. Family Law Act, 1975, Sec. 78-85.

202. ראה בקולומביה הבריטית Family Relations Act S.B.C., 1972, C. 20 וכן בסקטחואן An Act to Amend the Married Women's Property Act S.S., 1975, C. 29 (ההסדר בסקטחואן אינו

קבלת הצעות רפורמה מרחיקות לכת יותר, כגון הסדר של שותפות דחוויה<sup>203</sup>. בחלק ניכר ממדינות ארצות הברית הונכס לאחרונה הסדר של שיקול דעת שיפוטי בעת גירושין לחלוקת רכוש ולהסדרו<sup>204</sup>. נטיית הפסיקה היא לראות חלוקה שווה של הרכוש בין בני-הזוג כנקודת מוצא סבירה<sup>205</sup>. אם כי חלוקה שווה אינה מחוייבת לא מכוח הוראות החוק ולא על-פי גישתה של הפסיקה. עקרון הבסיס הוא מה שצודק וישר בהתאם לנסיבות בכל מקרה ומקרה. בחלק ממדינות ארצות הברית מוגבל הרכוש נשוא שיקול דעתו של בית המשפט לנכסים אשר נרכשו במהלך הנישואין<sup>206</sup>. בשאר מדינות המשפט המקובל אין שיקול הדעת מוגבל לא לסוגי נכסים ולא לזמן רכישתם. הגבלת שיקול הדעת לנכסים אשר נרכשו במהלך הנישואין מקרבת שיטה זו לשיטת השותפות הדחוויה וביתר שאת כאשר במסגרתה מניחים לבית המשפט מידה של שיקול דעת. היסודות המשותפים במקרה כזה הם: חלוקת רכוש, אשר נרכש במהלך הנישואין, בעת פקיעת הקשר מחמת גירושין תוך הנחת שיקול דעת לבית המשפט.

מוגבל רק לעת הגירושין אלא יכול להיות מופעל גם במהלך הנישואין) ובטריטוריות הצפון-מערביות Matrimonial Property Ordinance N.T.S., 1974, C. 28.

203. ראה F.A. Schroeder "Matrimonial Property Law Reform: Evaluating the Alternatives" 11 *Uni. of Bri. Col. L.R.* (1977) 24.

204. ראה פירוט של מדינות אלה והחיקוקים המסדירים זאת אצל R.W. Bartke, *supra* note 19, at 66-67. פירוט ימצא גם אצל H.H. Foster, *supra* note 76, at 98 note 12 ובנספח לתוספת האמורה.

ראה גם את הוראת סעיף 307 ל-UMDA (Uniform Marriage and Divorce Act) אשר הוצע על-ידי ה-National Conference of Commissioners on Uniform State Laws ואשר אושר ב-1974. סעיף זה מחיל למעשה את שיטת שיקול הדעת לעת גירושין וכולל אלמנטים דומים לאלה שצינו, כגון: תרומת בני-הזוג לרכישה, כולל תרומתם למשק הבית, משך הנישואין והנסיבות הכלכליות של כל בן-זוג כאשר תתבצע החלוקה. הוראות הסעיף מובאות אצל M.A. Glendon, *supra* note 9, at 34.

205. על גישת הפסיקה במדינות השונות של ארצות הברית, אשר הנהיגו את שיטת שיקול הדעת השיפוטי, כגון: ניו-ג'רסי, נברסקה, מינסוטה, ויסקונסין, יוטה, מונטנה, אורגון, אלבמה, איובה, קנזס ועוד ראה H.H. Foster, *supra* note 76, at 101-107.

206. זאת ההבדל מנכסים נפרדים – נכסים אשר הוכאו לנישואין על-ידי בני-הזוג – הנשארים ברשותו של בן-הזוג לו הם שייכים. יש מדינות המגבילות את נכסי השיתוף, העומדים לחלוקה על-פי שיקול דעתו של בית המשפט, לנכסים שנרכשו במאמץ משותף, דהיינו: למעט נכסים שהגיעו למי מבני-הזוג בדרך של מתנה או ירושה (כך למשל החוק החדש במדינת ניו-יורק, לעיל הערה 186). לעומתן יש אחרות, שהגבלה כזו אינה מקובלת עליהן. ראה H.H. Foster, *supra* note 76, at 74-75.

כך גם קובע סעיף 307(b) ל-UMDA כי שיקול הדעת מוגבל לרכוש המוגדר כ"רכוש של נישואין" דהיינו: רכוש שהושג במהלך הנישואין. רכוש זה אינו כולל (1) נכסים שהגיעו לאחר הנישואין במתנה. (2) עליית ערך של נכסים שהיו לכל אחד מהם עובר לנישואין. (3) נכסים כאמור שהוחלפו באחרים במהלך הנישואין. (4) נכסים שנרכשו במהלך הנישואין ברם הוצאו מן ההסדר בהסכם בין בני-הזוג.

עקב הביקורת לה זכה הנוסח האחיד בכללותו הוצגו שתי אלטרנטיבות אחרות. באחת הוצע בין השאר כי הרכוש של בני-הזוג מכל מקור שהוא יעמוד לחלוקה על-פי שיקול דעתו של בית המשפט. באחרת הוצע כי רק הרכוש המשותף יעמוד לחלוקה.

כבר הזכרנו כי בכל המדינות בהן הושלט הסדר זה נהג לפני כן, לפחות מבחינה פורמלית, הסדר של הפרדת רכוש בין בני-הזוג. נראה כי שיטה של שיקול דעת נראתה כשלב מעבר לפני החלת רפורמה מרחיקת לכת יותר של קביעת הסדר ממוני קבוע מראש. אך כפי שעוד נראה היא קנתה לה בינתיים שביתה של קבע ברוב הגדול של המדינות בהן הונהגה.

יתרונותיה של שיטה זו הם גמישותה הרבה והיותה מסתגלת לתנאים ולסיטואציות המשתנות. שיטה זו יכולה לקחת בחשבון את הנסיבות הספציפיות של כל מקרה ומקרה ולעשות צדק מירבי בין בני-הזוג במקרה הנתון<sup>207</sup>. היא משלבת את יתרונות שיטת ההסדר הממוני הדחוי, בכך שאינה משבשת את דיני הקנינים ואינה פוגעת בנכסי בני-הזוג במהלך הנישואין, עם איוון מלוא זכויותיהם של הצדדים בעת פירוק הקשר, תוך התחשבות בנסיבות האינדיבידואליות. יתר על כן, במסגרת שיטה זו ניתן לקחת בחשבון גם אלמנטים שאינם ניתנים להסדר במסגרת שיטת חלוקה או איוון של רכוש או תמורה כספית. הכוונה היא לאלמנטים שאינם ניתנים לתרגום פשוט וחלק לכסף, כגון: כושר השתכרות של כל אחד מבני-הזוג ואובדן זכויות פנסיה או זכויות אחרות שבן-הזוג יפסיד עקב התרת הקשר<sup>208</sup>.

יתרון נוסף של השיטה הוא האפשרות להתחשב במערכת כולה — במכלול הזכויות והחבויות של בני-הזוג — ולהתאים התאמה כלכלית מלאה את מצבם של בני-הזוג. כך ניתן לערוך חלוקת רכוש בד בבד עם הסדר המזונות לאחר הגירושין. במסגרת מערכת שיקוליו של בית המשפט יילקח בחשבון מצבו הכלכלי הכולל של כל אחד מבני-הזוג כפי שהיה לפני ההסדר וכפי שצפוי אחריו. זאת ועוד, אף כאשר מוגבל סוג הרכוש המוסדר אין ההסדר מתרכז רק ברכוש נשוא החלוקה המיידית. אין מתעלמים מנכסים של כל אחד מבני-הזוג שאינם כלולים בהסדר; אלה נשארים ברקעה של ההכרעה השיפוטית הנוגעת לרכוש הכלול בו ומשפיעים עליה. שיטת שיקול דעת שיפוטי מאפשרת הסדר כל הבעיות הכלכליות בעת ובעונה אחת בלי לערוך אבחנות מלאכותיות בין סוגים שונים של הסדרים, כאשר בית המשפט חופשי לבחון את התמונה הכלכלית כולה כדי להגיע לתוצאה צודקת<sup>209</sup>. אין להתעלם גם מפשטותה היחסית של השיטה.

207. T.J. Wuester & J.D. Payne, *supra* note 25, at 340; F.A. Schroeder, *supra* note 203, at 28. על היקפו הנרחב של שיקול הדעת במסגרת הדין האנגלי ראה *Kokosinski v. Kokosinski* [1980] 3 W.L.R. 55. בפרשה זו היה משך הנישואין קצר ביותר (מספר חודשים), אולם בית המשפט התחשב בחייהם המשותפים של הצדדים כמשך כ-24 שנים עובר לנישואין, לצורך קביעת אופן חלוקת הנכסים. כדי להגיע למסקנה זו מתח בית המשפט עד קצה גבול היכולת את פרשנות המונח "בהתייחס לכל נסיבות המקרה" בסעיף (1)25 לחוק האנגלי, לעיל הערה 113. בכך הורחב במידה ניכרת שיקול הדעת של בית המשפט.

208. ואכן בחוק האנגלי, לעיל הערה 113, בסעיף (g)25(1) רשאי בית המשפט להתחשב במה שכל בן-זוג יפסיד כתוצאה מהתרת הקשר; על המצב במדינות ארצות הברית ראה: H.H. Foster, *supra* note 76, at 101 et seq. כן ראה לעיל הערות 142-143 והטקסט הסמוך להן.

209. T.J. Wuester & J.D. Payne, *supra* note 25, at 343; וכן ראה: Law Reform Commission of Canada, *supra* note 16, at 19.

מאידך גיסא, יש לבחון את ליקוייה של שיטה זו. ניתן לומר כי מירב יתרונותיה, פשטותה וגמישותה, הם גם עיקרי חסרונותיה. בני-זוג אינם יכולים לצפות מראש את תוצאות ההתדיינות בהיעדר הוראות של חלוקה סטנדרטית; קיים חוסר ודאות הטבוע ביסוד השיטה. חסרונות אלה משמיטים את היתרון הפסיכולוגי, עליו עמדנו בפרק אחר, הנובע מהבטחת עתידו הכלכלי של בן-הזוג והשפעתו המבורכת על מהלך חיי הנישואין של בני-הזוג<sup>210</sup>. בשיטה זו אין לבני-הזוג זכויות משפטיות קבועות אלא רק ציפיה. יתר-על-כן הפקדת שיקול הדעת בידי השופט עלולה להביא תוצאות שרירותיות כשאפילו קווים מנחים אין בהם תמיד כדי להועיל. השיטה גם מזמנת ריבוי התדיינויות. חוסר ודאות והיעדר כללים קבועים וחד-משמעיים מחייבים התערבות מצד בית המשפט לשם קביעת הזכויות כדבר שבשגרה ומפחיתים את הסיכויים להגיע להסדר בין בני-הזוג<sup>211</sup>. ריבוי התדיינויות בין בני-הזוג תורם לא רק להעמקת הקרע. הוא יוצר גם משקעים של מרירות וקשר כפוי נמשך בין בני-זוג באופן העלול לגרום נזק לילדי הזוג ולחברה הסובבת. הדרך המונעת התדיינויות, ככל האפשר, היא, אפוא, דרך מומלצת.

שיטת שיקול הדעת השיפוטי נקבעה בשיטות המשפטיות השונות רק לאחר שהמחוקקים נוכחו בקוצר ידם של המזונות לאחר הגירושין להוות אמצעי של תמיכה<sup>212</sup> והכירו בנישואין כשותפות שווה בין בני-הזוג ובשאר העקרונות שפורטו על-ידנו.

למרות מגבלותיה של שיטה זו העדיפה הוועדה המשפטית האנגלית לרפורמה ביחסי ממון בין בני-זוג להסתפק בשיטת שיקול הדעת הקיימת בתוספת שותפות בבית המגורים במהלך הנישואין<sup>213</sup>. הוועדה דחתה את ההצעות האחרות שהועלו בפניה

ואכן גם בחוק האנגלי וגם בחוק האוסטרלי שוקל בית המשפט, בעת וכעונה אחת, את התשלומים לאחר הגירושין יחד עם הסדרי התאמת הרכוש ומתאם ביניהם, ראה: *Trippas v. Trippas* [1973] 2 All E.R. 1; Wachtel, *supra* note 80.

הסדר התשלומים יכול להיעשות לא רק בתשלומים עיתיים, אלא גם באמצעות תשלומים חד-פעמיים. על-ידי כך נוצרת קירבה משמעותית בין הסדרי התאמת רכוש להסדרי מזונות לאחר הגירושין.

210. T.J. Wuester & J.D. Payne, *supra* note 25, at 340; F.A. Schroeder, *supra* note 203, at 28.

211. F.A. Schroeder, *supra* note 203, at 28; Law Reform Commission of Canada, *supra* note 16, at 18.

212. B.A. Kulzer, *supra* note 20, at 20, שהרי זכות זו תלויה במצבו הכלכלי המשתנה של התומך ונפסקת עם מותו, בעוד החלוקה מתחשבת גם בתרומתה ובתמיכתה של האשה.

213. *The Law Commission (No. 52), Family Law, First Report on Family Property: A New Approach* 17-19.

*The Law Commission (England) — Working Paper No. 42, Family Property Law.*

הוועדה אומרת, כי גם הכנסת שיטת השותפות הדחיה תחייב, ככל מקרה, הכפפתה לסמכויות שיקול דעת רחבות שיש להעניק לבית המשפט כאלמנט קורקטיבי וכדי להשיג תוצאה צודקת בנסיבות הענין. הוועדה מפנה לפסק 80 *supra* note 80 Wachtel, כדי להציג את הגישה הנכונה המבטיחה גמישות חוץ מתן אינדיקציה על דרך היישום הפוטנציאלית של החקיקה ועל הכוחות שהיא מעניקה לבית המשפט כדי להשיג חלוקה צודקת. הוועדה מסכמת, שאין צורך להרכיב על



שיטת שיקול הדעת השיפוטי

והחליטה במפורש שלא לאמץ את עקרון השותפות הדחויה<sup>214</sup>.

כוחות אלה מכנה של שותפות. מובן, כי גישה כזו מחייבת מערכת משפטית בעלת דרגה גבוהה ביותר ומשמעת פנימית רבה. דו"ח נוסף של הוועדה, המשלים את הצעותיה הבסיסיות והראשוניות, ראה: The Law Commission (No. 86), Family Law, Third Report on Family Property: The Matrimonial Home (Co-ownership and Occupation Rights) and Household Goods (London, 1978).

H.R. Hahlo "Deferred Community : ראה: H.R. Hahlo "Deferred Community of Gains — A Note of Warning" 52 *Can. B.R.* (1974) 482.

214. ביקורת על שיטת שיקול הדעת השיפוטי הנוהגת באנגליה ראה לאחרונה אצל J.M. Eekelaar "Some Principles of Financial and Property Adjustment on Divorce" 95 *L.Q.R.* (1979) 253.

## פרק שלישי

# שיטות של שיתוף נכסים בין בני-זוג לסוגיהן השונים

מבוא

במרכז פרק זה תעמודנה שיטות קבועות ומוגדרות של שיתוף נכסים בין בני-זוג לסוגיהן על מרכיביהן השונים ועל הניואנסים המלווים אותן. אנו נתרכז בניתוח ההסדרים השונים לרוחבם תוך הצגת השיטות המשפטיות המאכלסות רבדים אלה או אחרים בהסדר שבחרו בו. כמו בפרקים הקודמים לא נעסוק בסקירה לאורך של השיטות המשפטיות בזו אחר זו.

שיטות של שיתוף נכסים כהסדרים מן הדין, הן נחלתן של ארצות הקונטיננט. במסגרת של הסדר כזה מקובל ברוב המדינות לשמור על חופש ההתנאה של הצדדים לבקור לעצמם משטר רכושי אחר. ישנם שני סוגים עיקריים של שיטות כאלה. הסוג הראשון הוא שיתוף במהלך הנישואין והאחר הוא שיתוף דחוי לפקיעת הנישואין. בשניהם נוצר השיתוף עם הנישואין ועקב הנישואין. אין צורך בשום פעולת רישום או העברה ואין כל חשיבות למידת התרומה של בן-זוג או להתנהגותו כתנאי מוקדם ליצירת השיתוף. עם זאת עשויים גורמים אלה לשמש אינדיקטורים לגבי אופן החלוקה והיקפה.

### א. שיתוף נכסים במהלך הנישואין — יצירת השיתוף ודרך ניהולו

שיתוף נכסים במהלך הנישואין משמעותו היא הפיכת חלק מסויים מרכושו של כל אחד מבני-הזוג, עקב הנישואין, למשותף לשניהם מרגע רכישתו ואילך. שיטה זו נוהגת, בין השאר, בצרפת<sup>215</sup>, בהולנד<sup>216</sup>, ובחלק ממדינות ארצות הברית<sup>217</sup>. שיתוף כזה בנכסים מוליד בעקבותיו גם אחריות שווה לחובות הרכוש המשותף. שיתוף במהלך הנישואין מוצא ביטויו גם בהטלת מגבלות על ניהולו של הרכוש.

<sup>215</sup> A. Colomer, *supra* note 24, at 50.

<sup>216</sup> Law Project, Ontario, *supra* note 124, at 282.

<sup>217</sup> במדינות אריונה, קליפורניה, איידהו, לואיזיאנה, נבדה, ניו-מקסיקו, פורטוריקו, ושינגטון וטקסס ראה אצל 8 note 98, *supra* note 76, H.H. Foster.

הגבלות אלה מייחדות הסדר של שיתוף נכסים בין בני־זוג מהסדרים רכושיים אחרים בין בני־זוג<sup>218</sup> ומשותפות רגילה. בעוד כדיני השותפות הכלל הרחב הוא, כי כל אחד מהשותפים מחייב את השאר בעסקאות ובהתחייבויות הנוגעות לעסקי השותפות — זאת מטעמים של רציפות ויעילות מסחרית, בהיות השותפות אישיות משפטית שמגמתה הפקת רווחים — לא כך הוא בשיתוף נכסים בין בני־הזוג. במסגרת כזאת היעילות המסחרית היא משנית להגנת האינטרסים של שני בני־הזוג ושל המשפחה. משום כך הדרך שנבחרה בדרך כלל היא אחרת: לא חיוב הדדי, אלא הטלת מגבלות על יכולתו של כל אחד מבני־הזוג לערוך עסקאות ברכוש הנכלל בשיתוף. עסקאות מסוימות טעונות הסכמתם של שני בני־הזוג כדי שניתן יהיה לתת להן תוקף משפטי. כך, למשל, קובע הדין הצרפתי כי העברה ללא תמורה, דיספוזיציות בנכסי דלא נידי או בנכסי דנידי, אשר תוקפן תלוי ברישום, ודיספוזיציות הנוגעות לבית מגורי המשפחה ולתוכנו טעונות הסכמת שני בני־הזוג או אישור בית המשפט<sup>219</sup>. הגבלות נרחבות אלה של המשפט הצרפתי נובעות, אולי, מן הטעם שגם לאחר הרפורמה של שנת 1965 ממשיך ניהולו של הרכוש המשותף להיות בידי הבעל. בשיטות שיתוף אחרות, בהן מבוסס הניהול על עקרון השוויון, כמו זו של הולנד<sup>220</sup>, בה מנהל כל אחד מבני־הזוג את נכסי השיתוף שהובאו על־ידו ונכנסו לשיתוף, ההגבלות המוטלות על הניהול מצומצמות יותר. הן כוללות רכישות בתשלומים, העברות ללא תמורה, למעט מתנות רגילות ובלתי־מוגזמות בהתאם לנסיבות, ודיספוזיציות שונות בבית המגורים. גם בארצות הקומוניסטיות<sup>221</sup>, בהן הניהול הוא משותף, נוגעות המגבלות המוטלות על הצדדים לדיספוזיציות ברכוש, ובעיקר בבית המגורים, ולהעברות ללא תמורה.

בסוגית ניהול הרכוש המשותף באה לידי ביטוי תנועתן של שיטות השיתוף מחלוקה לשוויון. הדין הצרפתי השאיר אמנם את הניהול בידי הבעל, ברם צמצם את זכויותיו עד כדי כך שהוא משמש למעשה רק כעין נאמן של השיתוף. בדין ההולנדי<sup>222</sup> ובארצות הקומוניסטיות<sup>223</sup> מושחת הניהול על בסיס של שוויון בצמוד להגבלות מסוימות המוטלות על כל אחד מבני־הזוג. ברם בעוד בארצות הקומוניסטיות הזכות לניהול הרכוש המשותף של בני־הזוג משותפת הרי בהולנד הניהול הוא נפרד לכל בן־זוג ומשתרע על הנכסים שהכניס לשיתוף. בשנים האחרונות קיים מעבר לשיטת ניהול שווה במדינות השיתוף של ארצות הברית. על־פי הדין ברוב מדינות אלה רשאי כל אחד מבני־הזוג בנפרד לרכוש, לנהל, לפקח ולהעביר את הרכוש המשותף או לחייב את השיתוף, למעט ההגבלות המוטלות על עשיית דיספוזיציות בנכסי דלא נידי, על עסקאות של

218. בשיתוף דחוי מוטלות מגבלות מועטות יותר על ניהול הרכוש, כפי שנראה עוד להלן.

A. Colomer, *supra* note 24, at 94-95.

219. Law Project, Ontario, *supra* note 124, at 282.

220. לגבי ברה"מ ראה E.L. Johnson, *supra* note 181, at 1117-1119.

221. ולגבי פולין ראה D. Lasok, *supra* note 63, at 70.

222. Law Project, Ontario, *supra* note 124, at 283, 287.

223. לגבי ברה"מ ראה E.L. Johnson, *supra* note 181, at 1117.

לגבי פולין ראה D. Lasok, *supra* note 63, at 70-71.

ערביות ושל שיפוי ועל העברות ללא תמורה או הגבלות מסוג אחר<sup>224</sup>. במקום ראש השיתוף ומנהלו הפך מעמדו של הבעל שווה לזה של האשה. ניהול שווה אך נפרד של כלל הרכוש המשותף קרוב יותר לדיני השותפות, אולם גם על ניהול כזה מוטלות ההגבלות הנובעות מאופיו המיוחד של שיתוף בין בני־זוג. לפנינו, איפוא, שלושה סוגים של ניהול שווה: (1) ניהול משותף של כלל הרכוש המשותף. (2) ניהול נפרד כולל; בו כל אחד מבני־הזוג רשאי לנהל את כלל הרכוש המשותף. (3) ניהול נפרד חלקי; בו כל אחד מבני־הזוג רשאי לנהל רק חלק מסויים של הרכוש, הנחשב למטרה זו לרכושו הנפרד. במידה ושניהם בעלים משותפים של רכוש ינוהל זה במשותף. שיטת הניהול הנפרד החלקי, הנהגת בהולנד ובטקסס<sup>225</sup>, על פיה כל אחד מבני־הזוג מנהל רק חלק מן הרכוש המשותף, דהיינו אותו חלק של הרכוש המשותף, שהיה שלו אילו היה רווק, זכתה לביקורת<sup>226</sup>. הטענה העיקרית היא שניהול שווה של חלק מן הרכוש המשותף — להבדיל מניהול שווה, בין משותף ובין נפרד, של כלל הרכוש המשותף — מסכן כמה מיתרונותיה הכולטים של שיטת השיתוף<sup>227</sup>. מאידך גיסא, לפנינו ניואנס נוסף של הדרך בה בוחרות שיטות משפטיות שונות לאזן בין מגמת השיתוף למגמת ההפרדה. בהקשר זה בא האיזון לידי ביטוי באבחנה בין שיתוף לצורך ניהול לשיתוף לצורך חלוקה. לצורך הניהול ניתן לראות חלק מן הנכסים כאילו היו רכוש נפרד, כפוף להגבלות מסויימות, ברם לצורך החלוקה נכנס כל הרכוש למסגרת השיתוף. ארבעה עקרונות מנחים, איפוא, הסדר של ניהול הרכוש המשותף: שוויוניות בין בני־הזוג, שמירה על הרמוניה משפחתית, סיכול אפשרות של הברחת נכסי השיתוף או כילויים הרשלני ועם זאת מניעת פגיעה בדינמיות של חיי המסחר והקלה על ביצוע עסקאות<sup>228</sup>.

224. כך, למשל, באריזונה (Ariz. Rev. Stat. Ann. § 25-214 (Supp. 1974)).  
 בווינגטון (Was. Rev. Code § 26.16.030 (1974)).  
 בקליפורניה (Cal. Civ. Code §§ 5125, 5127 (West Supp. 1977)).  
 בנבדה (Nev. Rev. Stat. § 128, 230 (1975)).  
 בניו מקסיקו (N.M. Stat. Ann. § 57-4A-7 to 8 (Supp. 1973)).  
 באיידהו (Idaho Code § 32-912 (Supp. 1975)).  
 גם בטקסס הומרה שיטת הניהול הקודמת בשיטה של ניהול שווה (Tex. Fam. Code Ann. §§ 5.22, 5.24 (1975)) ברם במדינה זו מנהל כל בני־זוג רק את החלק שהביא עמו לשיתוף (כדוגמת הדין ההולנדי). ראה גם S.W. Prager, *supra* note 4, at 4 note 13. לאחרונה עברה גם מדינת לואיזיאנה לשיטה של ניהול שווה אך נפרד של הרכוש המשותף (ראה La. Civ. Code § 2346).  
 על השיטה ראה: R.W. Bartke "The Reform of the Community property System of Louisiana — A Response to its Critics" 54 *Tul. L.R.* (1979-80) 294, 298, 319 et seq.  
 על שאלת הניהול בכללותה ראה אצל M. Rheinstein, *supra* note 10, at 23; R.M. Mitchell "Equal Rights and Equal Protection: Who Has Management and Control?" 46 *S.C.L. Rev.* (1973) 892.  
 ראה לעיל הערה 224.  
 225. M. Rheinstein, *supra* note 13, at 476.  
 226. הסדר כזה נגוע באותו פגם המאפיין את שיטת ההפרדה הרכושית, דהיינו: הפגיעה בעקרת הבית  
 227.

## ב. שיתוף דחוי לפקיעת הנישואין

סוג שני של שיתוף הוא שיתוף דחוי לפקיעת הנישואין. סוג זה מבליט ביתר שאת את האיוון בין מגמות השיתוף לאלה של ההפרדה. במסגרת שיטה רכושית זו קיימת הפרדה כמעט מוחלטת של רכוש ושל התחייבויות במהלך הנישואין. כל בן-זוג רשאי לנהל ולפקח על רכושו הוא כאילו היה פנוי, ברם עם פקיעת הנישואין הופך חלק מאותו רכוש ברי-חלוקה בין בני-הזוג. שיטת שיתוף זו מכונה בשם איוון המשאבים. משטר רכוש כזה הוא נחלתן של ארצות סקנדינביה (אנו נתרכז במדינות שבדיה<sup>229</sup> ודנמרק<sup>230</sup>), של גרמניה המערבית<sup>231</sup>, של מדינת קוויבק<sup>232</sup> בקנדה ועתה הומלץ עלידי ועדת הרפורמה באונטאריו<sup>233</sup>. עקרונותיה של שיטה זו מונחים גם ביסודו של חוק יחסי ממון בין בני-זוג, תשל"ג-1973.

שיתוף דחוי עוקף הן את בעית הניהול והן את בעית האחזיות כלפי צדדים שלישיים. במהלך הנישואין הוא גורס ניהול נפרד ועצמאי של כל בן-זוג את נכסיו הוא ואחריות נפרדת לחובות של כל אחד מהם. עם פקיעת הנישואין, בין מחמת מיתה ובין עקב התרת הנישואין, ניעור השיתוף החבוי ומתגבשת החבות.

קיימים שני סוגים של שיתוף דחוי. האחד הוא שיתוף קניני דחוי והאחר הוא שיתוף אובליגטורי דחוי. בסוג הראשון נכנסים, עם פקיעת הנישואין, כל הנכסים תחת כנפי שיתוף נכסים קניני והחלוקה נעשית בעין ממש. כך במדינות שבדיה<sup>234</sup> ודנמרק<sup>235</sup>. בסוג השני, תביעת איוון המשאבים, כשהיא מתגבשת, היא תביעה כספית בלבד במסגרת הסדר של חישוב ערכים, ואיננה כשום רגע שיתוף ממשי בנכסים. אחד מבני-הזוג מתחייב בתשלום ההפרש בו עולה ערך הנכסים שלו, הכלולים בשיתוף, לאחר

חסרת המשאבים לרכישת נכסים. יתרה מזו, דרך הניהול האמורה מחייבת את איתור מקור הרכישה של כל נכס וסיווגו. שכן למרות היות הנכסים חלק מן הרכוש המשותף הם מהווים, לצורך הניהול בלבד, רכוש נפרד. גם תופעה כזו, של סיווג הנכסים, האופיינית לשיטת ההפרדה הרכושית ובמידה יותר מגובלת לשיטת השיתוף הדחוי, איננה מקובלת בדרך כלל בשיטות השיתוף הרגיל. לא תמיד ניתן לערוך סיווג כזה אפרורית. כתוצאה מכך עלולה להשתרר אי-בהירות במצב המשפטי — בנוגע לשאלה מי רשאי לנהל נכס מסויים ולעשות בו עסקאות — אשר תסכן את זכויותיהם של צדדים שלישיים ותערער את בטיחות הקנין. תוצאת לוואי נוספת של אי-בהירות משפטית היא חיכוכים ומריבות בין בני-הזוג. עם זאת מן הראוי לציין שהאינטרסים המוגנים של כל אחד מבני-הזוג ברכוש המשותף נשמרים גם בדרך ניהול כזו עלידי ההגבלות המוטלות על בן-הזוג המנהל.

- R.M. Mitchell, *supra* note 224, at 915. .228  
H.S. Sussman, *supra* note 91, at 554. .229  
I.M. Pederson, *supra* note 128, at 139. .230  
Zugewinn- in E.D. Graue, *supra* note 111, at 122, 126-129  
gemeinschaft. .231  
Studies, *supra* note 21, at 44. .232  
*supra* note 110. .233  
H.S. Sussman, *supra* note 91, at 572, 578. .234  
I.M. Pederson, *supra* note 128, at 149. .235

ניכוי החובות, על ערך הנכסים המקבילים של בן-זוגו<sup>236</sup>. כך במדינות גרמניה המערבית<sup>237</sup> וקויבק<sup>238</sup>. אך בשני הסוגים מה שהיה עד להתגבשות החיוב זכות תביעה ערטילאית בלבד הפך להיות חיוב מגובש, בין בדרך של שיתוף בנכסים ממש ובין בדרך של חיוב כספי, עם פקיעת הנישואין.

הגבלות על עסקאות מסוימות של בני-הזוג אינן נחלתה הבלעדית של שיטת השיתוף הרגיל בנכסים, הן מוטלות גם על-ידי שיטת השיתוף הדחוי. בשתי השיטות נעשה הדבר כדי להגן על האינטרסים של בני-הזוג. בשתיהן מצירות הגבלות אלה את תחום הפעולה של בני-הזוג ועומדות כסתירה לקונפציית ההפרדה ברכוש במהלך הנישואין. הטלת הגבלות על רכושם של בני-הזוג חשובה לאין ערוך בשיטת השיתוף הדחוי. בשיטה זו, הדוגלת בהפרדה רכושית במהלך הנישואין, סכנה של סיכול זכות איוון המשאבים על-ידי אחד מבני-הזוג היא מוחשית ביותר. הכללים המגבילים מכניסים למסגרת השיתוף הדחוי אלמנטים של שיתוף מידי בין בני-הזוג. כך נוצר איוון בין מגמת ההפרדה לזו של השיתוף גם במהלך הנישואין. כמו בשיטות שיתוף הנכסים הרגיל מוצאים אנו גם כאן הגבלות על עריכת דיספוזיציות בבית המגורים. בית המגורים מוגן, איפוא, בכל השיטות עקב האינטרס המיוחד של שלמות המשפחה הכרוך בו. היקף ההגבלות האחרות משתנה משיטה לשיטה. בגרמניה<sup>239</sup> מוגבלת רק העברה כוללת של הרכוש לידי צד שלישי ללא הסכמת שני בני-הזוג ובשבדיה טעונה כל דיספוזיציה בנכסי דלא נידי הסכמה כאמור<sup>240</sup>. בקויבק לעומת זאת אין כל הגבלות כאלה מאחר ותמורת הרכישה נכללת ברכוש ברה-איוון, רק דיספוזיציה ללא תמורה אינה תקפה ללא הסכמה מצד שני בני-הזוג<sup>241</sup>.

הגבלות אחרות אינן מוטלות באופן ישיר, על-ידי איסורן או מניעתן של עסקאות, אלא מושגות באורח עקיף, בטכניקות שונות ומיוחדות לכל שיטה. כך, למשל, ניהול הרכוש — הנכלל באיוון העתידי (Giftorät) — בדרך בלתי-הולמת תוך הפחתתו וגרימת נזק לבן-הזוג האחר מהווה עילה לפירוק מוקדם של השיתוף, היינו עריכת איוון המשאבים. זה הדין בשבדיה<sup>242</sup> ובדנמרק<sup>243</sup>. בקויבק<sup>244</sup> זכאי בן-זוג לפיצוי כאשר עושה האחר שימוש בנכסים הנכללים באיוון העתידי לשם השגת רכוש שאינו נכלל

236. שיטת השיתוף הדחוי, היוצרת תביעת איוון כספית טהורה, ניצבת בפני בעיות חישוב ששיטת

שיתוף הנכסים הרגילה אינה מודעת להן. הדין הגרמני (סעיפים 1374(1) ו-1375(1) ל-B.G.B.) בחר לחשב את הפרש באופן שהרכוש התחילי (עם תחילת הנישואין), לפי ערכו אז, מופחת מן הרכוש הסופי (עם פקיעת הקשר או עם הגשת תביעת הגירושין). כך משתתף בחשבון האיוון כל שבח הנכסים התחיליים ועליית ערכם מאז יום הנישואין ואילך.

237. W. Muller-Freienfels, *supra* note 21, at 264; E.D. Graue, *supra* note 111, at 126.

238. *Studies, supra* note 21, at 114.

239. סעיף 1365 ל-B.G.B.

240. H.S. Sussman, *supra* note 91, at 560-561.

241. *Studies, supra* note 21, at 82-83.

242. סעיף 6:3 ל-GB. ראה H.S. Sussman, *supra* note 91, at 560-561.

243. I.M. Pederson, *supra* note 128, at 140.

244. *Studies, supra* note 21, at 85, 110.

שיטות של שיתוף נכסים בין בני-זוג לסוגיהן השונים

באיוון. ואילו בגרמניה, העברת נכסים הנכללים באיוון ללא תמורה עשויה לגרור אחריה הכללת ערכם של נכסים כאלה באיוון תוך התעלמות מההעברה שנעשתה<sup>245</sup>. במקרה כזה ניתן גם לתבוע את ערך הנכס מידי הצד השלישי<sup>246</sup>. דין זה יוחל גם על נכסים שהעסקאות לגביהם נעשו בכוונה לגרום נזק לבן-הזוג האחר<sup>247</sup>.

דמיון מסויים בין שני סוגי שיתוף הנכסים קיים, איפוא, גם בסוגיה זו. למרות השוני באפקט השיתוף על זכויות בני-הזוג במהלך הנישואין מקרבות המגבלות המוטלות על עסקאותיהם של בני-הזוג את סוגי השיתוף השונים אלה לאלה, גם במהלך הנישואין.

### ג. סוגיות בשיתוף נכסים בין בני-זוג

עם נעילת השער הראשון נבחן מספר סוגיות החוצות את שיטות השיתוף הנכסים לסוגיהן. הסוגיות נשוא עיוננו תהיינה היקף השיתוף, העילות לפירוק השיתוף ואופן החלוקה בין בני-הזוג.

#### א. היקף השיתוף

סוגיה ראשונית הטעונה בירור היא היקף הרכוש אשר נכלל בשיתוף או באיוון המשאבים. שיטת שיתוף נכסים כוללת שלוש מסות שונות של רכוש: רכוש הנפרד של הבעל, רכוש הנפרד של האשה והרכוש המשותף לשני בני-הזוג. אף בשיטת השיתוף הדחוי, בו כל הרכוש נפרד עד רגע פקיעת הנישואין, קיימות בכל זאת זכויות הנכללות בשיתוף הדחוי. זכויות אלה מוגנות באמצעים השונים עליהם עמדנו כבר בפרקים הקודמים.

חלק קטן מן השיטות המשפטיות מאמץ לעצמו גישה מרחיבה על-פיה השיתוף הוא כללי. הוא פורש כנפיו הן על הרכוש שנרכש במהלך הנישואין והן על הרכוש שהוכנס לנישואין על-ידי כל אחד מבני-הזוג. כך בדנמרק<sup>248</sup> ובשבדיה<sup>249</sup> וכך גם בהולנד<sup>250</sup>. ברם רוב השיטות המשפטיות מעדיפות את "שיתוף ההישגים", דהיינו: שיתוף הנכסים שהושגו במאמץ משותף במהלך הנישואין. הרכוש שהיה לכל אחד מבני-הזוג עובר לנישואין נשאר רכוש הנפרד. בחלק ניכר מן המדינות רכוש אשר נרכש במהלך הנישואין בדרך של מתנה או ירושה איננו נכלל במסגרת השיתוף, מן הטעם שלא נרכש במאמץ משותף של שני בני-הזוג. כן מוצאות מכלל השיתוף זכויות שאינן ניתנות להעברה, כגון: פנסיה וקיצבאות<sup>251</sup>, או זכויות שהן אישיות מטבען או נכסים המיועדים

245. סעיף (1)(2) 1375 ל-B.G.B.

246. סעיף (1) 1390 ל-B.G.B.

247. סעיפים (3)(2) 1375 ו-(2) 1390 ל-B.G.B.

248. I.M. Pederson, *supra* note 128, at 139.

249. H.S. Sussman, *supra* note 91, at 554.

250. Law Project, Ontario, *supra* note 124, at 282.

251. כבר עמדנו על כך, ששיטות משפטיות שונות הגיעו להכרה כי עקב התנאים הכלכליים המשתנים יש להעניק לבני-הזוג גם שיתוף בזכויות פנסיה ובקצבאות והן מנסות למצוא דרך לכך בהסדר נפרד המשלים את שיטת השיתוף. ראה לעיל הערות 139-145 והטקסט הסמוך להן.

לשימוש אישי, כגון: ביגוד, מזכרות מיוחדות וכיו"ב<sup>252</sup>.

אשר לפיצויי נזיקין בגין עוולות אישיות שנגרמו לבן-הזוג או פגיעות אישיות שסבל מהן קיימות גישות שונות. בחלק מן המדינות מוצאת גם זכות זו מכלל השיתוף או האיוון<sup>253</sup> עקב אופיה האישי. אחרות מכלילות אותה במסגרת השיתוף או האיוון<sup>254</sup>. הדעות נחלקות גם בנוגע לשאלה אם עליית הערך או השבח של נכסים הנכללים ברכוש הנפרד משמשים מושא לשיתוף. בגרמניה<sup>255</sup>, בה נקבע הרכוש הנפרד התחילי בערך כספי בלבד, נכללים ממילא כל עליית ערך, שבח או הכנסה של רכוש זה בסכום האיוון. בקוויבק<sup>256</sup> כלול שבח הנכסים הנפרדים באיוון. גם במספר מדינות שיתוף בארצות הברית<sup>257</sup> נחשבים רווחים הנובעים מן הרכוש הנפרד כרכוש משותף. ברם אין זה פתרון הטבוע ביסודו ובמהותו של הסדר שיתוף, שכן חלק אחר של מדינות השיתוף בארצות הברית<sup>258</sup> קובע כי פירות והכנסות של רכוש נפרד מהווים רכוש נפרד גם הם ואינם נכללים בשיתוף. נציין עוד, כי הואיל וכושר ההשתכרות איננו נכלל בגדר המונח נכס אין הוא כלול בזכויות הכלולות בשיתוף<sup>259</sup>.

קשים לא מועטים מעוררת, במדינות השיתוף, בעית התחלוף החפצי. באיוו מידה ניתן לעקוב אחר הרכוש הנפרד או התחילי בגלגוליו השונים. בעיה זו איננה מעסיקה את הדין הגרמני. בדין זה מתבטא הרכוש התחילי, שהיה לכלל בן-זוג עובר לנישואין, בהערכה כספית גרידא, ממילא פריטי הרכוש אינם רלבנטיים. ברם דינים אחרים מתלבטים בשאלה זו. בעיה אחרת, הקשורה בקודמת, היא זו של המיוזג או העירוב. את הבעיה הזו מרכיבות סטואציות שונות. מקרה אחד הוא יצירת השקעה חדשה (נכס חדש) מקרנות שונים, של רכוש נפרד ורכוש משותף גם יחד. מקרה אחר הוא השקעה מרכוש נפרד ברכוש המשותף והשבחתו או צבירת רווחים עקב כך, ולהיפך, השקעה

252. כל אלה מוצאים מכלל נכסי השיתוף הן בצרפת, L.N. Brown, *supra* note 139, at 313; הן בשבדיה H.S. Sussman, *supra* note 91, at 555-556; והן בקוויבק, H.S. Sussman, *supra* note 21, at 555-556; E.D. Graue, *supra* note 111, at 128; וכן בגרמניה, ראה E.D. Graue, *supra* note 111, at 128; ברם בדין (ל-1266 C.C. § 64-70); וכן בגרמניה, ראה E.D. Graue, *supra* note 111, at 128; ברם בדין הגרמני נכללות ירושה ומתנה, כערכן ביום מתן המתנה או קבלת הירושה, בכלל הרכוש התחילי; ממילא עליית ערך או שבח נכסיהן נכללות באיוון.
253. כך למשל צרפת וקוויבק, ראה לעיל הערה 252, וכן ארבע ממדינות השיתוף בארצות הברית: לואיזיאנה, נבדה, ניו-מקסיקו וטקסס, ראה: T.J. Wuester & J.D. Payne, *supra* note 25, at 324; גם מדינת ניו-יורק מוציאה סוג זה של "נכסים" מכלל הרכוש העומד לחלוקה על-פי שיקול דעתו של בית המשפט, ראה Domestic Relations Law § 236 Part B, (d)(2).
254. כך, למשל, ארבע המדינות האחרות של השיתוף בארצות הברית: אריזונה, קליפורניה, איידהו ושינגטון, ראה T.J. Wuester & J.D. Payne, *supra* note 25, at 324.
255. E.D. Graue, *supra* note 111, at 128.
256. Studies, *supra* note 21, at 64-70.
257. איידהו, לואיזיאנה וטקסס, T.J. Wuester & J.D. Payne, *supra* note 25, at 319.
258. אריזונה, קליפורניה, נבדה, ניו-מקסיקו ושינגטון, ראה: *ibid*, at 319; בסוגיה זו ראה גם J.P. Charmatz & H.S. Daggett, *supra* note 67, at 5, 96-98.
259. כבר ראינו כי בשיטות שיקול דעת שיפוטי ניתן לבית המשפט מרחב תמרון רב יותר המאפשר לקחת בחשבון גם נכסים וזכויות שאינם נכללים בשיטות השיתוף, כגון: זכויות פנסיה וכן כושר השתכרות, הכל בהתאם לתנאים ולנסיבות של כל מקרה ספציפי.



מרכוש משותף ברכוש נפרד. כיצד נעשית החלוקה במקרים כאלה? את הדין הגרמני לא מעסיקה גם בעיה זו מהטעם המצויין לעיל. דינים אחרים מנסים להתמודד עמה באמצעות תשלום פיצויים מן המסה האחת, שהתעשרה, לטובת המסה האחרת, שהתדלדלה, עובר לחלוקת השיתוף או להסדר תביעת האיזון. בקויבק, למשל, ניתנים הפיצויים לפי התעשרות מסה אחת על חשבון האחרת ביום פירוק המשטר הרכושי. ברם הפיצוי לא יעלה על ההוצאה הממשית שנעשתה. אם, לדוגמא, הוספה תוספת לרכוש נפרד מתוך נכסי האיזון ותוספת זו חסרת ערך ביום פירוק המשטר הרכושי, אין נכסי האיזון זכאים לפיצוי למרות שנתדלדלו. אולם אם התוספת היא בעלת ערך ישלם הרכוש הנפרד פיצוי בגובה ההוצאה הממשית שנעשתה מתוך נכסי האיזון. הפיצויים משולמים בין בפועל ממש ובין בדרך של התחשבנות, באופן שהחייב נוטל שיעור קטן יותר מן החלק המגיע לו במסגרת האיזון כדי שיעור הפיצוי המגיע ממנו<sup>260</sup>. גם בשבדיה זכאי כל בן-זוג, לפני החלוקה, לפיצוי מתוך הרכוש העומד לחלוקה בכל אחד מארבעת המקרים הבאים: (1) בן-הזוג האחר גרם ללא הצדקה להפחתת נכסי האיזון. (2) בן-הזוג האחר פרע חובות פרטיים מנכסי האיזון. (3) בן-הזוג האחר השתמש בנכסי האיזון להשגתו או לשיפורו של רכוש נפרד. (4) הוא עצמו השתמש ברכושו הפרטי לשם השבחת נכסי האיזון<sup>261</sup>.

יהיה זה מן הראוי לציין כאן את התופעה של נכס המהווה רכוש נפרד למטרה מוגבלת ברם נכלל בשיתוף לצורך החלוקה. כך, למשל, נחשבת משכורתם של בני-הזוג בצרפת (*bien réservés*) כרכוש נפרד לצורך ניהולה על-ידי כל אחד מהם, אולם הרכוש אשר נרכש באמצעותה נכלל בשיתוף<sup>262</sup>.

עקב סוגי הרכוש הרבים והקשיים בזיהויים ובמיונם קבעו רוב המדינות את חזקת השיתוף. במרכז חזקה זו עומדת הקביעה כי נכס נכלל בשיתוף אלא אם כן יוכח אחרת<sup>263</sup>. נטל השכנוע מוטל על הטוען לרכוש נפרד. הדין הגרמני נקט דרך ביניים על-פיה רשאים בני-הזוג, על-פי דרישת אחד מהם, לערוך אינוונטר מוסכם של נכסי האיזון. אולם אם לא נערך אינוונטר כזה קמה חזקה על-פיה נכלל כל הרכוש בגדר האיזון<sup>264</sup>. חזקות אלה מחזקות את מעמדו של רכוש השיתוף לעומת הרכוש הנפרד.

לסיכום, שאלת הרכוש שאין לכללו בשיתוף היא שאלה של מדיניות והיא משתנה ממקום למקום. בחלקה היא גם מותנית בגישתם של דינים אזרחיים ספציפיים. כך, למשל, כאשר נאמר כי זכויות שאינן ניתנות להעברה אינן נכללות בשיתוף יקבע הדין הספציפי בכל מקרה אם הזכות ניתנת או בלתי-ניתנת להעברה כאמור.

260. Studies, *supra* note 21, at 110-113.

261. H.S. Sussman, *supra* note 91, at 567.

262. סעיפים 1401, 1425 ל-C.C., ראה: L.N. Brown, *supra* note 139, at 314. ראה גם בטקסט סמוך להערות 227-228.

263. ראה בקויבק (C.C. 1266(m)); בצרפת (L.N. Brown, *supra* note 139, at 313); בכל מדינות ארצות הברית בהן נוהג משטר השיתוף בנכסים, ראה R.W. Bartke, *supra* note 19, at 79.

264. סעיף 1377 ל-B.G.B.

### בב. העילות לפירוק השיתוף

זכות השיתוף בין בני-הזוג היא כללית ובלתי מסויימת. רק בהגיע זמנו של פירוק השיתוף, מחמת עילות שהדין קבען, מתגבשת הזכות לחלק מן הנכסים. לפני המועד הזה אין בין-הזוג זכאי לחלוקה. אפילו בשיטת שיתוף נכסים מידי, הנמשך גם במהלך הנישואין, אין לבן-הזוג מסויים זכויות של שותף בנכס מכוח דיני הקניין כאילו היה זה שיתוף קנייני רגיל בין זרים. משום כך לא יחולו, במהלך הנישואין, הדינים הרגילים של שיתוף הנכסים ופירוקו אלא דיני פירוק מיוחדים החלים על שיתוף נכסים בין בני-זוג. עקרונית מכירות רוב השיטות המשפטיות בשני סוגים של עילות לפירוק השיתוף, לחלוקת הנכסים או לתשלום סכום האיזון. הסוג האחד כרוך בעקבו בסיום סטטוס הנישואין, בין מחמת מיתה ובין עקב פירוק הקשר עם התרת הנישואין. הסוג השני קשור לסיום הקשר הכלכלי בין בני-הזוג בעוד הסטטוס נמשך. זה הפירוק המוקדם. מהם פרטי העילות המאפשרות פירוק מוקדם? כאן קיים שוני מסויים בין השיטות המשפטיות בעולם. רובן מכירות בעילה כללית המאפשרת פירוק כאשר המשך השיתוף עלול לסכן את האינטרסים של אחד מבני-הזוג בין מחמת ניהול כושל ובין מחמת התנהגות בלתי-הולמת או התנהגות המכוונת לפגוע בזכויות האחר.<sup>265</sup> חלק אחר מכיר כעילות פירוק בהפרדה בפועל של מספר שנים<sup>266</sup>, במתן צו פשיטת רגל נגד בין-הזוג<sup>267</sup> ובסירובו של בין-זוג אחד לדווח לאחר על הרכוש ועל מצב הנכסים וההתחייבויות<sup>268</sup>.

### גג. אופן החלוקה של נכסי השיתוף

החלוקה עצמה נעשית בין בעין ממש ובין בדרך של סילוק חוב כספי. חוב זה הוא

265. כך בצרפת סעיף 1443 ל-C.C.; כך בשבדיה, H.S. Sussman, *supra* note 91, at 560; כך גם בגרמניה. אולם שם לא מוכר עקרון כה רחב אלא מועדף פירוט הכולל: הפרות חוזרות ונשנות של חובות כלכליות הנובעות מן הנישואין (סעיף 1386 ל-B.G.B.), הפחתת נכסים עליידי בין-זוג בכוונה לפגוע בזכות האיזון של האחר (סעיף (2)(2) 1386 ל-B.G.B.) וכן העברת כל הנכסים על-ידי בין-זוג אחד ללא הסכמת האחר בניגוד לאמור בחוק (סעיף (1) 1386 ל-B.G.B.); דין זהה קיים גם בקוויבק (סעיף 1440 ל-C.C.), שם נוספת עוד עילה והיא כאשר המשך המשטר הרכושי יהיה מנוגד לאינטרסים של הנהלת משק הבית; גם בהולנד, Law Project, Ontario, *supra* note 124, at 283. ניתן לתבוע פירוק מוקדם כאשר אחד מבני-הזוג מכזבו את רכוש השיתוף או מבצע פעולות הפוגעות בניהול הרכוש המשותף.

266. ראה בדין הגרמני סעיף 1385 המתוקן ל-B.G.B. (כפי שתוקן לאחרונה, ראה לעיל הערה 92). התיקון האחרון ביטל את חלקו השני של הסעיף אשר תלה את הזכות המוקדמת באשמתו של בין-הזוג האחר. מעתה די בעוברת ההפרדה בפועל במשך 3 שנים כדי לאפשר תביעת איזון מוקדמת; כמו כן ראה גם בדין הצרפתי, סעיף 1442 ל-C.C. אולם שם חייב התובע בעילה זו להוכיח את אשמתו של בין-הזוג האחר בהפסקת החיים המשותפים.

267. בדין הדני 141, I.M. Pederson, *supra* note 128; בדין השבדי, H.S. Sussman, *supra* note 91, at 572.

268. בדין הגרמני (סעיף (3) 1386 ל-B.G.B.); ובדין ההולנדי, Law Project, Ontario, *supra* note 124, at 283. אין תימה בדבר שדווקא שני דינים אלה מכירים עילה כזו. בשניהם ניהולו של הרכוש הוא נפרד (למרות שבהולנד נוהגת שיטת שיתוף נכסים במהלך הנישואין קיימת שם הפרדה בין חלוקת השיתוף לבין הניהול. ראה לעיל הערה 225 והטקסט הסמוך לה).

שיטות של שיתוף נכסים בין בני-זוג לסוגיהן השונים

ההפרש המתקבל בתהליך האיזון של נכסי כל אחד מבני-הזוג הנכללים באיזון, בהפחתת החובות החלים על נכסים אלה ולאחר תשלום הפיצויים המגיעים למי מהם. החלוקה הינה בדרך כלל בחלקים שווים. אולם כאן צפויה אפשרות שיקול הדעת להיכנס לתמונה והיא עשויה לשנות את התהליך ואת התוצאה. על אפשרות זו הרחבנו את הדיבור בפרק החמישי של החלק הקודם<sup>269, 270</sup>.

#### ד. בחינה ביקורתית של שיטות השיתוף

בשיטת שיתוף נלקחת בחשבון תרומתה של האשה. יש בה גם היענות לבטחון הכלכלי והפסיכולוגי של בני-הזוג, ובעיקר האשה עקרת הבית, והתאמה למציאות החיים הממשית של בני-הזוג במסגרת המשפחה. רבים מן המלומדים תומכים בשיטה זו, ורוב השיטות המשפטיות בעולם נוהגות עתה על-פיה. אף-על-פי-כן לא פסחה הביקורת גם עליה. לא רק שיטה של שיתוף דחוי אלא אף שיטת השיתוף המיידית — למרות שהיא מתוארת כשיטה של שיתוף — מתנהגת למעשה, עקב הכללים החלים על משטר כזה במהלך הנישואין, כשיטה של הפרדה במהלך הנישואין. כללים מיוחדים אלה ביטלו, איפוא, את יתרונותיו של השיתוף המיידית. במיוחד אמורים הדברים כלפי מדינות הדוגלות בניהול נפרד במהלך הנישואין. רק קו דק מבדיל בין משטר של שיתוף דחוי — איזון משאבים — למשטר של שיתוף מיידית. זכויותיהם של בני-הזוג משותפות להלכה, אך רק עם פירוק השיתוף יגיע חלקו של כל אחד מהם לכלל מימוש למעשה. פירוק השיתוף בין בני-זוג איננו קל ופשוט יחסית כמו פירוק שיתוף קנייני רגיל בנכסים. עיקר הביקורת מופנה, איפוא, לכך שאין בני-הזוג נהנים מיתרונותיו של השיתוף במהלך הנישואין<sup>271</sup>. אפשר לנסח ביקורת זו כך: בעבר ניתן היה לזכות בכסף באמצעות הנישואין, בשיטות השיתוף הדרך לזכות בכסף היא באמצעות הגירושין. שיטת השיתוף הדחוי, המדהוה פשרה בין מגמת האוטונומיה למגמת השיתוף, חשופה לביקורת גם מן הכיוון ההפוך. ככל שלבני-הזוג רכוש עצמי רב יותר והם מנהלים עסקים נפרדים, כך קטנה מידת הצורך במגמת השיתוף. כנגד טענה אחרונה זו ניתן לומר כי ההסדר מן הדין מותאם לרוב הגדול של האוכלוסייה. הזוגות יוצאי הדופן ימצאו את תיקונם באמצעות הסדרים חוזיים. יש להניח כי סוג זה של אוכלוסייה נהנה מייעוץ משפטי שוטף ומודעות לבעיות הכלכליות והכספיות.

את טענת הביקורת הראשונה מנסה השיטה לפגוש באמצעות הבטחת האינטרסים המשותפים של בני-הזוג והגנתם. זאת באמצעות הטלת הגבלות שונות על עסקאותיהם של בני-הזוג במהלך הנישואין, הבטחת זכות המדור, הגנת בית המגורים וקביעת אחריות הדדית להוצאות משק הבית. בעתיד ניתן יהיה להיעזר בתיקון המשלים של שיתוף

269. ראה לעיל הערות 173-182 והטקסט הסמוך להן.

270. ישנן מדינות בהן חלוקת הרכוש המשותף נעשית בערכאה מיוחדת ובמסגרת הליכים מיוחדים הקבועים בתקנות מפורטות. כך, למשל, בדנמרק נעשית החלוקה על-ידי ערכאות מיוחדות אשר הוקמו גם לשם חלוקת עזבונות, ה-I.M. Pederson, *Distribution of Estate Act, 1963*, ראה *supra* note 128, at 150.

271. ראה 30, 32, *F.A. Schroeder, supra* note 203, at 30, המעדיף שיתוף נכסים מיידית עם ניהול משותף של שני בני-הזוג. תמיכה בעמדה דומה אצל R.W. Bartke, *supra* note 19, at 78-80.

בריווחי המשפחה במהלך הנישואין, ברוח הדברים שהוצעו כבר בחלק השלישי של שער זה. תשובה רדיקלית יותר לטענת הביקורת הראשונה גורסת כי אל לה למדינה לפקח על יחסים רכושיים בנישואין נמשכים. במערכת יחסים תקינה המבוססת על יחסי אמון לא נדרשת כל התערבות לשם ניהול הענינים הכלכליים בתוך המשפחה. רק כאשר באים הנישואין לקיצם מתערב בית המשפט על מנת להסדיר את היחסים הכלכליים.

חוד אחר של ביקורת מופנה לתוצאות האפשריות של שיתוף הנכסים המיידים או הדחוי. משטר של שיתוף עלול לגרום אי־צדק ועוול לאחד מבני־הזוג, לקפח את בן־הזוג המוכשר, היעיל, הממלא את חובותיו, ולהעשיר את בן־הזוג האחר. תוצאות כאלה עלולות להתקבל בכל אחד מן המקרים הבאים: (1) משך קצר של נישואין (אפילו כאשר השיתוף הוא בהישגים בלבד). (2) התרשלותו של בן־הזוג במילוי חובותיו. (3) סוג היחסים בין בני־הזוג, כפי שהתפתח במהלך הנישואין, אינו יכול להיות מוגדר כשותפות. (4) אחיזת עיניים חשבונית. טול, למשל, בן־זוג בעל הון, שלא השביח את נכסיו התחיליים, בעוד בן־זוגו, אשר התקיים על משכורתו, צבר נכסים מועטים. במקרה כזה יחוייב האחרון לחלוק עם בן־הזוג בעל ההון את "כבשת הרש" שלו. ביקורת זו מעמידה במרכז את נוקשותה של השיטה, את הצדק הגס שהיא נושאת בכנפיה ואת חוסר התחשבותה בנסיבות האינדיבידואליות של כל מקרה.

תרופה עקרונית לחולשה זו של השיטה ניתן למצוא בהכנסת התבלין של שיקול דעת. החלוקה השווה תיקבע כעקרון רחב כפוף לכוחו של בית המשפט להורות על דרך אחרת של חלוקה כאשר הוכחו נסיבות מיוחדות ולפי שיקול דעתו. אמצעי זה יבטיח יתר תשומת לב לנקודות האופיניות — ואף החריגות — בכל סיטואציה ויאפשר עשיית צדק גם במקרה האינדיבידואלי. חלק מן המקרים אשר הובאו לעיל (במיוחד האחרון) הוא חריג בולט, אינו משקף את הרוב הגדול של המקרים וניתן להסדר באמצעות שיקול דעת. פתרון כזה מקובל בשיטות משפטיות שונות<sup>272</sup> ומומלץ על־ידי מלומדים<sup>273</sup>.

חלוקת השיתוף ברגע נתון עלולה לגרום אחריה גם תוצאות לוואי כלכליות קשות. כך, למשל, במקרה בו מנהל בן־הזוג עסק מסחרי קטן חסר נזילות. מקרה אופייני אחר הוא כאשר כל הזכויות בנות־האיזון הן עליית ערכם של הנכסים התחיליים בלבד. תשלום סכומי האיזון בעת פירוק השיתוף במקרים כאלה יכול לעלות בחיסול העסק, החברה או השותפות המסחרית של אותו בן־זוג, או במכירת הנכסים שהיו בידי עובר לנישואין ונשארו ברשותו. לשם מניעת תוצאות כאלה מוענקים לבית המשפט כוחות וסמכויות להסדיר את תשלום האיזון בהתאם לנתונים האינדיבידואליים של כל מקרה ולשקול את הצרכים ההדדיים של שני בני־הזוג<sup>274</sup>.

שתי טענות ביקורת התבררו כבר בהרחבה במהלך הדיון בשער זה ולא נחזור עליהן. האחת ענינה באידיאולוגיה האינדיבידואליסטית של הנישואין, התומכת בשיטה

272. ראה לעיל הערות 176-181 והטקסט הסמוך להן.

273. כך, למשל, ראה 479 *supra* note 13, M. Rheinstein.

274. ראה, למשל, בדין הגרמני המעניק שיקול דעת לבית המשפט לדחיית תשלומים אם תשלום מייד עלול לגרום נזק מיוחד לבן־הזוג החייב והדחייה סבירה כלפי הנושה (סעיף 1382 ל־B.G.B.).

שיטות של שיתוף נכסים בין בני-זוג לסוגיהן השונים

של הפרדה רכושית<sup>275</sup>. האחרת נוגעת לאימוץ שיטת ההפרדה כתמריץ להסדר חברתי רצוי<sup>276</sup>.

שיטה טהורה של שיתוף מידי משפיעה על זכויות צדדים שלישיים. זהו אחד הטעמים לכך ששיתוף כזה קיים רק להלכה, אך לא למעשה. שיטה כזו היא גם מסובכת. ההגיונות הבסיסית הטבועה בה נקנית במחיר מבנה מורכב של כללים משפטיים, שכן שותפות ברכוש כוללת בתוכה פוטנציאל פנימי רב לסכסוכים. שיטת השיתוף הדחוי מנסה להתגבר על קשיים אלה. ראשית, היא דוחה לפחות חלק מן הבעיות שצויינו לעת פירוק הקשר. שנית, היא עוקפת את הבעיות המורכבות של הניהול המשותף ושל מערכת היחסים עם צדדים שלישיים, שהן מנת חלקה של שיטת השיתוף המיידית. עם זאת, גם בה קיימת מורכבות והיא מחייבת לעיתים את התערבותו של בית המשפט<sup>277</sup>.

אם נבחן את עימותם הפנימי של שני סוגי השיתוף זה כלפי זה נקבל את התמונה הבאה: שיטת השיתוף המיידית היא גם מסובכת יותר וגם עשויה להשפיע על זכויות צדדים שלישיים. היא לוקה, איפוא, בתחומים ששיטת השיתוף הדחוי נקיה מהם. מאידך גיסא, אין היא נהנית מן היתרונות המיוחדים לה (ושאינם נחלת השיתוף הדחוי), כמו שיתוף מידי בפועל בנכסים. מה עוד שהטלת הגבלות על עסקאות בנכסי בני-זוג מקרבת גם את שיטת השיתוף הדחוי לתוצאותיה של שיטת השיתוף המיידית. ובעוד יתרונותיה של שיטת השיתוף המיידית מדומים היא חשופה גם לחסרונות המיוחדים לשיטת השיתוף הדחוי.

יש המעדיפים שיטות של הפרדה רכושית ויש כאלה, והם רבים יותר, המבקשים לאמץ את שיטת שיקול הדעת השיפוטי. אולם נראה כי גם עתידה של שיטת השיתוף (ואם לשפוט לפי הנטייה של השנים האחרונות, בעיקר הדחוי) עוד לפניה עקב מידת האיוון הרבה שהיא מגיעה אליה.

## ה. סוף דבר

אחד הסימפטומים להיעדר יציבות בתחום יחסי הממון בין בני-זוג משמשת העובדה ששיטות ההפרדה בוחנות שיטות של שיתוף דחוי, שיטות של שיתוף דחוי מבקשות הסדר אשר יעניק יתר הפרדה<sup>278</sup> ואילו שיטות השיתוף המיידית בוחנות שיתוף דחוי<sup>279</sup>. השיטות המשפטיות כולן מבקשות להתחשב בשינויים האידיאולוגיים, ביחס לנישואין, בתפישות חברתיות החדשות ובעקרונות היסוד הנוגעים למשפחה. הדרכים והאמצעים להשיג זאת שונים בטכניקות הננקטות וקצת פחות בתוצאות המתקבלות. כל אלה באים לידי ביטוי בכללים משפטיים שתכליתם הסדר שיטתי של תוצאות הנישואין על דיני הקניין.

275. על הטענה והתשובות לה ראה לעיל הערות 12-17, 26-30 והקסט הסמוך להן.

276. פירוט מגמה זו ודרך ההתייחסות אליה ראה לעיל הערות 47-49 והקסט הסמוך להן.

277. כבר עמדנו לעיל בפרק השלישי של החלק הרביעי על כך שאין להתערבות השיפוטית מהווה פגם שיש בו כדי להטיל ספק לגבי הצדקת בחירתה של שיטה מסוימת להסדר יחסי ממון בין בני-זוג.

278. הדבר בא לידי ביטוי בהנחיותיו של שר המשפטים השבדי לוועדת הרפורמה שמינה. הוא צידד בהענקת יתר אוטונומיה לבני-זוג במהלך הנישואין, כביטול כל המגבלות ובצמצום השפעת השיתוף על הרכוש לבית המגורים בלבד. ראה לעיל הערה 27. הוועדה לא קיבלה המלצה זו. ראה לעיל הערה 29.

279. B.A. Kulzer, *supra* note 20, at 47.

279.



# שער שני

סמכותן של

ערכאות השיפוט בישראל

בענינים הנוגעים

ליחסי ממון בין בני-זוג





# סמכותן של ערכאות השיפוט בישראל בענינים הנוגעים ליחסי ממון בין בני-זוג

## פתח דבר

הזיקה ההדדית בין יחסי ממון ליחסי האישות אינה מיוחדת רק לדין העברי. זוהי עובדת חיים, אנושית ופסיכולוגית, שהדין מעניק לה נפקות משפטית. חלק מדיני החוזים והקניין הנוהגים מושפעים על-ידי קשר הנישואין. הנישואין יוצרים מערכת זכויות וחבויות בעניני רכוש המיוחדים לזוג נשוי ואינם חלים מחוץ לתחומה של מערכת יחסים זו. על מערכת זו, בחלקה, חל בישראל הדין הדתי. בנוסף לכך כפופים בני-זוג לחלקים אחרים של הוראות הדין האזרחי בכלל ודיני החוזים והקניין בפרט; ודינם, גם ביחסים ביניהם, כדין זרים. כעקרון, מותנית סמכותם של בתי הדין הדתיים בישראל בקיומה של אותה הזיקה של דיני החוזים והקניין למערכת היחסים המיוחדת שבין בני-הזוג, דהיינו: בקיום מערכת דינים המיוחדת לדיני המשפחה. לפיכך, קשה לנתק את כללי הסמכות מהוראות הדין המטריאלי. קושי זה אינו משקף רק ניתוח של מצב משפטי קיים, אלא משמש גם בניסוחו החיובי — היינו: הקשר שבין כללי הסמכות להוראות הדין המטריאלי — הנחיה של מדיניות משפטית רצויה הראויה לילך בה ואשר תלווה אותנו בהמשך הדרך.

נפתח את דיוננו בהגדרת המונח "עניני נישואין" ככל שהיא נדרשת לצורך הענין שלפנינו. במהלך הדברים ננתח את הפסיקה ונציב מבחן עקרוני מוצע. בכך נניח את המסד, עליו ייבנה הבניין, הכולל את קומות כללי הסמכות במהלך הנישואין ולעת פקיעתם, הן בענינים שחוק יחסי ממון בין בני-זוג, תשל"ג-1973, חל עליהם ואחרים שאינם קשורים אליו בהכרח.

# חלק ראשון במהלך הנישואין

## פרק ראשון הגדרת המונח "עניני נישואין"

### א. הגדרת הבעיה

בישראל מותנית חלותו של הדין הדתי וסמכותה של הערכאה הדתית בענינים רכושיים בין בני-זוג, לגבי עדות דתיות שונות, בהגדרת המונח "תביעות בנוגע לנישואין או לגירושין" בסימן (1)51 לדבר המלך, או המונח הדומה לו בסימנים השונים של דבר המלך המקנים סמכות לבתי הדין של העדות הדתיות השונות<sup>1</sup>. לגבי יהודים, בהגדרת המונח "עניני נישואין וגירושין" בסעיף 1 לחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג-1953, ולגבי דרוזים בהגדרת אותו מונח בסעיף 4 לחוק בתי הדין הדתיים הדרוזיים, תשכ"ג-1962<sup>2</sup>.

המונח "עניני נישואין" קובע הן את הדין והן את הדיין. סמכותם של בתי הדין הדתיים בתחום זה מחייבת גם את שלטונו של הדין הדתי ולהיפך. שני ענינים אלה כאחד נקבעים מכוחו של מונח זה ונשלטים על-ידו<sup>3</sup>.

1. ראה להלן הערה 3. לגבי מוסלמים ההגדרה היא של מונח דומה בסעיף 7 לחוק הפרוצדורה של בתי-הדין המוסלמים משנת 1333 להגירה (ראה תרגום עברי בספרם של ש' ד' גויטיין וא' בן שמש, המשפט המוסלמי במדינת ישראל (ירושלים, תשי"ח) 275). על כך שרשימת עניני המעמד האישי של המוסלמים נשאבת מסעיף 7 הנ"ל ולא מסימן (1)51 לדבר המלך ראה ביד"מ 1/62 אבו אנג'לה נ' פקיד הרישום של לשכת מרשם התושבים, פ"ד יז 2751, 2758.
  2. תחומי המונח של דבר המלך וזה של החוקים הישראלים הם חופפים, ראה ע"א 8/59 גולדמן נ' גולדמן, פ"ד יג 1085, 1090.
  3. ראה ביד"מ 1/50 סידים נ' יו"ר ההוצל"פ ירושלים, פ"ד ח 1020, 1030. בתי הדין של העדות הדתיות השונות מוסמכים לרוב ייחודית בעניני נישואין בהתאם למפורט להלן: בתי הדין של העדות הנוצריות בהתאם לסימן (1)54 לדבר המלך; בתי הדין המוסלמים כמפורט בסימן 52 לדבר המלך; בתי הדין הרבניים כמפורט בסעיף 1 לחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג-1953, ובתי הדין הדרוזיים בהתאם לסעיף 4 לחוק בתי הדין הדתיים הדרוזיים, תשכ"ג-1962.
- הדין המוחל בבתי הדין הדתיים הוא תמיד הדין הדתי בלבד. משום כך הדיין קובע את הדין.

אנו רואים כי המקור המשפטי המקנה את הסמכות לבתי-הדין הדתיים בעניינים אלה יוצר אמת מידה וזהו להקניית הסמכות ולקביעת הדין החל עליהם. בכך מתחזקת הזיקה שבין כללי הסמכות לבין הוראות הדין המטריאלי, זיקה המחייבת, לדעתנו, פרשנות הנותנת ביטוי לרצון המחוקק ולכוונתו והקושרת במידת האפשר את הקניית הסמכות לדין המהותי החל. אם כי מן הראוי לציין כבר במקום זה את הסטייה מן הזיקה האמורה באותן הוראות חוק אזרחיות-טריטוריאליות המסדירות תחומים שונים בעניינים אשר נדונו קודם לכן על-ידי הוראות הדין האישי<sup>4</sup>. על גבולותיה של סטייה זו ותחומיה עוד נעמוד בהמשך.

המפתח לפתרון הסוגיה הינו, איפוא, עריכת מיון מוקדם וקביעה, האם ענין מסויים הוא ענין של דיני נישואין המסור לסמכותם הייחודית של בתי הדין הדתיים ועליו יחול הדין האישי של הצדדים, או ענין שבדיני ממונות הנדון בבתי המשפט האזרחיים והנשלט על-ידי כללי הדין האזרחיים הרגילים<sup>5</sup>.

## ב. גישות אפשריות

לסוגיה זו תיתכנה גישות רבות. נציין את אלה הקוטביות. גישה קיצונית אחת, שהועלתה בפסיקה, גרסה כי שאלת שליטתה או אי-שליטתה של האשה ברכושה לאחר הנישואין היא ענין אזרחי רגיל ותידון לפי כללי הדין הרגילים, בבתי המשפט הרגילים. הטענה היא, שלמרות היותם עניינים הנוצרים עקב הנישואין אין הם ענייני נישואין. משום כך אין האשה לאחר נישואיה כפופה כלל לדין האישי בכל הנוגע לזכויות הקנין<sup>6</sup>.

ראה: ע"א 27/49 לבנון נ' אלמליח, פ"ד ג 68, 80; בג"צ 8/48 גליקסברג נ' יו"ר משרד ההוצאה לפועל ת"א, פ"ד ב 168, 183; ע"א 238/53 כהן ובוסליק נ' היועץ המשפטי, פ"ד ח 4, 36; ראה גם מ' זילברג, המעמד האישי בישראל (ירושלים, תשי"ח) 172.

מצד שני על ענייני נישואין, כאשר הם נדונים בבית המשפט המחוזי (כגון בתביעה נלווית לענין שבסמכותם), מחילים, בהתאם לסימן 47 לדבר המלך את הוראות הדין האישי, שהוא, לגבי חברי עדה דתית מוכרת נתינים מקומיים, הדין הדתי.

ראה: 20 P.L.R. 7 (1940) Shwalboim v. Shwalboim, C.A. 119/39; ע"א 26/51 קוטיק נ' וולפסון, פ"ד ה 1341, 1345; ראה גם מ' שאוה, הדין האישי בישראל (רמת-גן, תשל"ז) 127 ואילך; מ' זילברג בספרו, לעיל בע' 4.

4. חוק שיווי זכויות האשה, תשי"א-1951; חוק לחיקון דיני משפחה (מזונות) תשי"ט-1959; חוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981; חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962; חוק הירושה, תשכ"ה-1965; חוק יחסי ממון בין בני-זוג, תשל"ג-1973; על המעבר לעקרון הדין הטריטוריאלי בתחום זה ראה מ' שאוה, לעיל הערה 3, מע' 182 ואילך. ראה גם להלן הערה 22.

5. ביד"מ 1/50, לעיל הערה 3, בע' 1029.

6. ת"א (ת"א) 367/49 זילברשטיין נ' זילברשטיין, פ"מ ג 136 (השופט קנת). מן הראוי לציין, שדברי השופט קנת מתבססים על ההנחה, שבדין הישראלי שולט עקרון ההפרדה ברכושם של בני-הזוג ושמשום כך הדין הדתי אינו חולש על התוצאות הרכושיות של הנישואין וממילא אין הם בגדר "ענייני נישואין". דבריו נסמכים על סעיף 1771 למגילה ועל סעיף 82 לחוק הפרוצדורה האזרחית העותמאני. מהם הוא מסיק קיום דין אזרחי-טריטוריאלי בישראל, המורה על הפרדת רכוש בין בני-

גישה קיצונית אחרת היא זו הגורסת, כי המיון יערך לפי מבחן הצדדים המתדיינים. דהיינו: כל אימת שעניני ממון ורכוש נדונים בין בני-זוג הרי אלה בגדר "עניני נישואין". "כל דבר שהוא בין בעל ואשה, ויחסי ממון בכלל. כרוך לעצם יחסי הנישואין בין הזוג, קשור ותלוי בקיומם של הנישואין, משפיע ומושפע מאורחם התקין והסדיר..."<sup>7</sup> (ההדגשות שלנו — א.ר.צ.). לפי גישה זו גם שותפות מסחרית רגילה בין בני-זוג, למרות שנקשרה עוד לפני הנישואין, עשויה להיכלל בגדר המונח "עניני נישואין" ולהיות מסורה לסמכותם של בתי הדין הדתיים. שתי גישות אלה לא נתקבלו בפסיקה.

### ג. גישתה העקרונית של הפסיקה: המבחן הרחב

עוד בתקופה העותומנית נקבע, כי הדין הדתי של הצדדים שולט על תוצאות הנישואין בכל הקשור לקניני בני-הזוג, בין מיטלטלין ובין מקרקעין, וכי השפעת הנישואין על זכויות הקניין של בני-הזוג בארץ-ישראל תידון לפי הדין האישי<sup>8</sup>. יתירה מזו, חוזה נישואין בין בני-זוג יפורש בהתאם לדין הדתי של הצדדים<sup>9</sup>. המחוקק המנדטורי ביקש, כידוע, להקפיא את המצב המשפטי כפי שהיה בזמנו בדין העותומני<sup>10</sup>. פרשנות החיקוקים הנוגעים לתחומי חלות הדין הדתי ולסמכות בתי הדין מונחית לפיכך על-ידי המצב המשפטי האמור.

בתי המשפט בישראל קיבלו, איפוא, את העקרון, שהסדרת יחסי הרכוש, אשר יחולו בין הבעל והאשה במשך חיי הנישואין, משפיעה על היחסים האישיים שביניהם. לפיכך גם זכויות כספיות ורכושיות בין בני-זוג עשויות להיות שייכות לגדר "עניני נישואין"<sup>11</sup>. עם זאת נקבע, כי לא כל תביעת ממון בין בני-זוג היא בהכרח ענין מ"עניני נישואין או גירושין" שהם בשיפוטם הייחודי של בתי הדין הדתיים<sup>12</sup>. מכאן אבחנה בין

זוג לאחר נישואיהם למרות הוראות סותרות אפשריות של הדין האישי. ממילא נדונים ענינים אלה לפי הדין האזרחי בבתי המשפט הרגילים.

על עמדה עקרונית זו חלק השופט (כתוארו אז) אגרנט בכיד"מ 1/50, לעיל הערה 3, בע' 1020, 1031 בקובעו כי מהחיקוקים המוזכרים אין ללמוד קיום כלל כזה בחוק האזרחי שהיה בתוקף לפני שנחקק חוק שיווי זכויות האשה, תשי"א-1951. המצב שלאחר חוק שיווי זכויות האשה מקרב את גישתו של השופט קנת אל המציאות המשפטית וראה עמדתנו להלן.

7. דברי הרב גולדשמידט בכיד"מ 1/55 סידים נ' סידים, פ"ד יב 1121, 1219, כן ראה בע' 1222. יתכן כי מבחן רחב כזה עולה גם מ"ת"א (ת"א) 430/51 ברי"שירי נ' ורניקוב, פ"מ כג 379, 417.

8. F.M. Goadby, *International and Inter-Religious Private International Law in Palestine* (Jerusalem, 1926) 159-160.

9. שם וראה גם E. Vitta, *The Conflict of Laws in Matters of Personal Status in Palestine* (Tel-Aviv, 1947) 158; ביד"מ 1/50, לעיל הערה 3, בע' 1028, 1030, 1032.

10. ביד"מ 1/49 רוזנבאום נ' רוזנבאום, פ"ד ז 1037, 1048-1049; ביד"מ 1/50, לעיל הערה 3, בע' 1027, 1029, 1032; בג"צ 106/79 מחזיל נ' מחזיל, פ"ד לד (1) 825, 828-829; כן ראה מ' שאה, לעיל הערה 3, בע' 69, 71 והאסמכתאות המובאות שם.

11. ביד"מ 1/55, לעיל הערה 7, בע' 1121, 1133, 1135.

12. ע"א 401/66 מרום נ' מרום, פ"ד כא (1) 673, 688; ביד"מ 1/50, לעיל הערה 3, בע' 1020, 1031.

הגדרת המונח "עניני נישואין"

התקשרויות חוזיות רגילות בין בעל ואשה או ניהול עסקים ביניהם, שלגביהם דינם של בני-הזוג כדין זרים, לבין זכויות וחבויות שמקורן בקשר הנישואין, שהינן בגדר "עניני נישואין".

ברם בקבעה את תחום המיון ואת המבחנים אשר יחולו לא נתנה הפסיקה אמות מידה חד-משמעיות.

בעקרון נקבע, כי "אין לצמצם את משמעות המונח 'עניני של נישואין'... באופן שלא יתפשט על תביעת זכות הנובעת ממעמד הנישואין"<sup>13</sup>. דהיינו: המונח כולל תביעות למילוי חובות "שמקורן במעמד הנישואין" (ההדגשות שלנו — א.ר.צ.)<sup>14</sup>.

"אין לצמצם ביטויים אלה למשפטים הסובבים אך על תקפות קשר הנישואין, כי אם מתפשטים הם גם על תביעות לקיום זכויות מסוימות הנובעות ממעמד הנישואין, כגון, למשל, הזכות להחזרת חיי האישות, ולא קיים יסוד הגיוני, מבחינת הסמכות, להבחין בין תביעות כאלה לבין תביעות לקיום זכויות בעלות אופי רכושני או כספי אשר אף הן מקורן במעמד הנישואין"<sup>15</sup> (ההדגשות שלנו — א.ר.צ.).

גם תביעה למימוש זכות קניינית שמקורה במעמד הנישואין או בקשר הנישואין היא בגדר "עניני של נישואין"<sup>16</sup> הן מן הטעם שכך נהגו, כאמור, עוד בימי השלטון העותומני, הן משום שהזכויות הכספיות והרכושיות יש להן השפעה ישירה על הנישואין וממילא הם מסורים להשקפתו המיוחדת של כל מחוקק והן מכיוון שמטרת ההסדרים הינה הבטחת חיים משפחתיים תקינים בין בני-הזוג.

כל החיובים הנובעים מן הנישואין או הנוצרים על-ידם הם "עניני של נישואין"<sup>17</sup>. לפיכך נקבע, לפני חקיקת חוק שיווי זכויות האשה, תשי"א-1951, כי נכסי מלוג בדין העברי יידונו בבית הדין הרבני על-פי הדין העברי בהיותם בגדר חיובים רכושיים הנובעים מן הנישואין<sup>18</sup>.

#### ד. המבחן המשלים המוצע: המבחן המצומצם

הפסיקה קבעה אמנם מסגרת רחבה של עקרונות בסיסיים לאיתור "עניני הנישואין". ברם, היא לא טרחה להעמיד מבחן ישים לכלל השאלות המתעוררות בתחום זה, מבחן

"והלא תביעת זכות חוזית שכזאת (בין בני-זוג על-פי חוזה רגיל ביניהם — א.ר.צ.) אינה שייכת כלל לדיני הנישואין".

ראה גם ע"א 87/49 לוינ' נ' לוינ, פ"ד ה' 921, 940: זו היתה תביעה למחן חשבונות ולאופן ניהול רכוש משותף בין בני-זוג. בית המשפט התייחס לתביעה זו כנוגעת ליחסיהם כבעלים משותפים ואינה נובעת מיחסי בעל ואשה ולכן אין זה "עניני נישואין". וכן ראה ע"א 72/31 נסר נ' נסר, 1 פל"ר 648.

13. ביד"מ 1/50, לעיל הערה 3, בע' 1025.

14. שם בע' 1026.

15. שם בע' 1031.

16. ביד"מ 1/55, לעיל הערה 7, בע' 1132, 1135.

17. ע"א 376/46 רוזנבאום נ' רוזנבאום, פ"ד ב' 235, 257; ראה לעיל הערה 3, מ' זילברג, בע' 10-13.

18. ביד"מ 1/50, לעיל הערה 3, בע' 1020.

משלים אשר יהווה קו מנחה לקביעת סמכות השיפוט וברירת הדין. רוב פסקי-הדין בהם התעוררו השאלות, נגעו לענינים שנכרכו או שלא נכרכו בתביעת גירושין, ובהם נדון להלן. ננסה, איפוא, להעמיד מבחן אשר מתבסס על עקרונות הנראים לנו ראויים להתחשבות, ומסתייע בניתוח הפסיקה המעטה שמצאנו.

המבחן המשלים המוצע על-ידינו לשם קביעת היקף חלותו של הדין הדתי, הוא מבחן משולב של העילה או המקור המשפטי של הדין עם מבחן המטרה של הדין. מבחן העילה כיצד? האם העילה או מקור הזכות הנטענים שאובים מדיני הנישואין והגירושין של הדין הדתי; וליתר דיוק: האם אלה הוראות שנתייחדו בדין זה למערכת המיוחדת שבין בני-הזוג. מבחן המטרה כיצד? האם מטרת הדינים הינה הכטחת חיי הנישואין ותקינותם או הסדר זכויות בני-הזוג המיוחדות להם בתור שכאלה. מבחן המטרה יש בו, כמובן, גם לסייע למיון המקור המשפטי של הזכות.

כל אימת שהזכות בדין האישי מקורה בדין המיוחד לבני-הזוג, או שהיא נתייחדה לזוג נשוי — אפילו נשאבה זו מתחום אחר של הדין ברם הותאמה למערכת המיוחדת ונטמעה בה — ומטרתה הכטחת חיי המשפחה של בני-הזוג, הריהי בגדר "עניני נישואין"; כולל, כפי שעוד נראה, חוזה נישואין לפי הדין הדתי המסדיר מראש ובאופן כולל את יחסי הרכוש והממון שבין בני-הזוג. גם אם מקורו של הדין האישי והבסיס המשפטי לו הינם בדין הכללי של הדין הדתי, הרי משעה שהוא שובץ ונטמע במערכת הדינים המיוחדת לבני-הזוג ונתייחד לה הריהו בגדר "ענין של נישואין". אולם אם וכאשר הדין הכללי לא נטמע בדיני המשפחה, אלא דין זה — שאיננו חלק מ"ענין של נישואין" — חל על בני-זוג כשם שהוא חל על זרים, לא יחול אותו חלק של הדין במשפט הישראלי בהיעדר בסיס משפטי לקליטתו. מקור גיבושן של ההלכות והתפתחותן איננו רלבנטי. את תחולת הדין האישי קובע המצב המשפטי הקיים<sup>19</sup>. על המצב לאחר חוק יחסי ממון בין בני-זוג, תשל"ג-1973, עוד נרחיב את הדיבור בהמשך. מבחן זה עשוי לתת תשובות שונות לשאלות זהות, כאשר הוא מתחשב בדינים הדתיים של כל אחת מן העדות הדתיות המוכרות בישראל. אך לא זו בלבד שאין מנוס מתוצאה כזו, אלא רק היא מביאה לידי ביטוי את הרציונלה שבעטה מסורים עניני

19. ראה אנלוגיה למבחן זה במבחן העקרוני המוצע על-ידי אנגלרד לקביעת תחולת דיני הפרוצדורה הדתיים או האזרחיים בבתי המשפט האזרחיים בענינים הנדונים על-ידי הדין הדתי. ראה במאמרו "מעמדו של הדין הדתי במשפט הישראלי (חלק שלישי)" משפטים 1 (תשל"ה) 5, 11. ניתן ללמוד גם אנלוגיה מסוגיה של דיני מזונות. הבעיה מתעוררת בהקשר לשאלה: האם מזונות קטינים בין הגילים 15-18 — בהם מתחייב אב בדין העברי מכוח דיני הצדקה שבדין זה ולא מדין המזונות עצמו — כלולים בגדר הוראות סעיף 3(ב) לחוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות), תשי"ט-1959, המדבר על "הוראות הדין האישי החל עליו". נקבע כי מיונה הפנימי של החובה בדין הדתי ומקור החיוב הפנימי איננו רלבנטי כל עוד קיים חיוב משפטי לפרנס את הקטין בדין האישי הדתי. ראה: "אנגלרד" מזונותיו של קטין מעל לגיל 15" הפרקליט יח (תשכ"ב) 3, 6; מ' זילברג, לעיל הערה 3, בע' 28-29; מ' שאוה "מזונות ילדים קטינים: היחס בין תחולת דיני הצדקה שבמשפט העברי לבין תחולת חוק לתיקון דיני משפחה (מזונות), תשי"ט-1959" דיני ישראל ד (תשל"ג) 181, 197-199; ע"א 507/61 בן חיים נ' רוניק, פ"ד טז 925; ע"א 386/78 רבני נ' רבני, פ"ד לג (3) 594, 594.

נישואין לרשותם של הדינים הדתיים<sup>20</sup>. הפתרונות המטריאליים בדינים השונים הם שונים ומשתנים מעדה לעדה. ענין מסויים שביחסי הרכוש עשוי לנבוע מדיני הנישואין בעדה אחת ולהיכלל במסגרת דיני הקנין הרגילים בעדה אחרת. המבחן שהצענו נותן מבע לשוני כזה ומשקף אותו.

יוצאים, אפוא, מכלל זה, לדעתנו, חוזים רגילים בין בעל ואשה להסדר ענינים עסקיים שביניהם לבין עצמם וביניהם לבין צדדים שלישיים, כגון: הסכמים ספציפיים לרכישת נכסים, להתקשרות בעסקאות, חוזה שותפות עסקית וכיו"ב. כל אלה הם ענינים המצויים מחוץ לתחומה של מערכת היחסים המיוחדת של דיני הנישואין והם משותפים לבני-זוג ולזרים כאחד. גם מקור הזכות איננו בדין האישי אלא בדין האזרחי הרגיל. הדין האישי ילוט רק על השאלה העקרונית, האם מוכרים ואפשריים הסדרים חוזיים בין בני-זוג, זאת ותו לא. כוח ההתנאה המוכר בדין הדתי הוא השער של הדין האישי. דרך השער הזה חודרים הכללים הרגילים של דיני הקנין והחוזים בהתאם לכוונת הצדדים.

#### ה. השינויים בהגדרת המונח "עניני נישואין" הנובעים מחוק שיווי זכויות האשה, תשי"א-א-1951

מבחינים אלה שהנחנו יפים לא רק לתקופה הראשונה, שלפני חוק שיווי זכויות האשה, אלא גם לזו שאחריה. יחד עם זאת, החוקים הטריטוריאליים שהזכרנו ובהם החוק האמור, שגם בתי הדין הדתיים חוייבו להחילם, שינו את הדין המטריאלי החל בישראל בין בני-זוג. חלקם בכך, שהוסיפו הוראות חדשות שיש להחילן, וחלקם אף בכך, שביטלו הוראות דין, שנהגו לפני כן, מכוחם של הדינים הדתיים השונים. לצורך עניננו כאן נעסוק בחוק שיווי זכויות האשה, שקיצץ במונח "עניני נישואין" מבחינת התוכן המהותי המחייב של הדינים הדתיים במשפט הישראלי הנוהג.

כאן מן הראוי להתעכב על האבחנה בין התוכן המהותי של המונח, לצורך חלותו של הדין הדתי, לבין שאלת הסמכות<sup>21</sup>. אבחנה כזו יש לה מקום לגבי הוראות החוקים הטריטוריאליים המסדירים תחום מסויים, שהוסדר קודם לכן על-ידי הדין הדתי, הסדר טריטוריאלי אחיד והשומרים עם זאת על סמכותם של בתי הדין הדתיים. במקרה כזה ניתן יהיה לאמר כי תוכן הדין נשתנה אך עקרון קביעת הסמכות נשאר בעינו<sup>22</sup>. שאלה היא אם ניתן לערוך אבחנה זו גם מקום שהוראת חוק טריטוריאליית המופנית לבתי הדין

20. על רציונלה זו ראה באמרתו המפורסמת של השופט זילברג בע"א 26/51, לעיל הערה 3, בע' 1345.

21. על העקרון ראה ד' פלק "יחסי ממון בין בני-זוג בישראל" עיוני משפט ג (תשל"ד) 829, 842.

22. כך, למשל, חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962, בס' 79 שבו קובע לדעת בית המשפט העליון (בג"צ 128/72 נאצר נ' בית-הדין הרבני, פ"ד כו (2) 403; בג"צ 450/74 מוטלג נ' בית הדין הדתי של העדה היוונית-קתולית בנצרת ואח', פ"ד כט (1) 643) ולדעת מלומדים (ראה מ' שאוה "האם סטייה או התעלמות של בית דין דתי מהוראת חוק חילונית, המופנית אליו במיוחד כמוה 'כחריגה מסמכות?' הפרקליט כח (תשל"ג) 299, 300-301 וכן כותב שורות אלה במאמרו "האם כפוף בית הדין הדתי לפירוש שניתן על-ידי בג"צ להוראות חוק חילוני, שהופנו ישירות לבית-הדין?" עיוני משפט ב (תשל"ב) 524, 527) כי הוראות מסויימות חלות אף על בתי הדין הדתיים (דעה חולקת ראה פ' שיפמן "טובת הילד" בבית הדין הרבני" משפטים ה (תשל"ד) 421). עם זאת שומר אותו סעיף על סמכותם של בתי הדין הדתיים כפי שנקבעה בחיקוקים השונים.

הדתיים לא הורתה במפורש על שימור סמכות השיפוט שלהם כמו, למשל, חוק שיווי זכויות האשה. האם גם במקרה כזה נוכל לטעון, למשל, לצורך עניננו, כי תוכנו של המונח "עניני נישואין" מבחינת הגדרתו ומיונו לא נשתנה עקב הוראות חוק זה, לצורך קביעת הסמכות, אף כי הוא שונה (ליתר דיוק צומצם) לצורך היקף החלת הדין הדתי? ניתן לענות תשובה חיובית לשאלה זו<sup>23</sup>; ברם אפשר גם לטעון כי הוראות חוק אזרחיות המסדירות תחום מסויים, שהיה מסור קודם לכן לשליטת הדין הדתי — ובכך מצמצמות למעשה את המונח "עניני נישואין" לצורך היקף החלת דין זה — ועם זאת אינן מורות על שימור סמכות השיפוט של בתי הדין הדתיים, מצמצמות את המונח בהכרח גם לצורך סמכות השיפוט. זאת מאחר והתוצאה של הוראת החוק הינה צמצום למעשה ובפועל של המונח "עניני הנישואין" — אף כי הדבר לא נאמר במפורש בחוק<sup>24</sup> — ולפיכך אוצלת ההוראה בהכרח גם על שאלת המיזן של המונח. האפקט של הוראת חוק המסדירה תחום מסויים הסדר טריטוריאלי הינה, איפוא, להוציא את התחום האמור כליל מגדר המונח "עניני נישואין" וזאת הן לענין הסמכות והן לענין החלת הדין. הטעם לגישה אפשרית זו הוא כפול:

- (א) הרציונלה שבעטיה מסורים "עניני נישואין" לשליטת הדינים הדתיים וממילא גם לסמכות ערכאות השיפוט הדתיות איננה קיימת עוד.
- (ב) כבר הראינו לעיל כי המונח "עניני נישואין" אחד הוא ביסודו לענין הסמכות ולענין הדין. כל צמצום של המונח פועל בעת ובעונה אחת בשני המישורים. תהא אשר תהא הדעה לענין הסמכות בדרך כלל יסכימו הכל כי כאשר ביטל המשפט הישראלי הנוהג מוסד מסויים של הדין הדתי, אין שום ערכאה שיפוטית בישראל הרשאית לאכפו. כל תביעה אשר תוגש למימוש זכות בטלה כזו תידחה, בהיעדר עילת תביעה במשפט הישראלי. ניתן לכן לאמר שבענין כזה צומצם המונח "עניני נישואין" עצמו על-ידי הוראות החוק הן לענין הסמכות והן לענין הדין. השאלה היא, איפוא, מהו היקפן של הוראות חוק שיווי זכויות האשה?
- חוק שיווי זכויות האשה, על פי פרשנות הפסיקה, ביטל את זכויות הבעל בנכסי אשתו לפי הדין העברי<sup>25</sup>. סעיף 2 של החוק פורש באופן המבטל את זכויות נכסי המלוג בדין העברי<sup>26</sup> ולמעשה מעמיד את בני-הזוג במשטר של הפרדה רכושית. ענין פירות נכסי מלוג, לדעת שופטי בית המשפט העליון, אינו כלול עוד במונח "עניני נישואין" בסעיף 1 לחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג-1953<sup>27</sup>.

- משמע כאן אכחנה בין שימור סמכותם של בתי הדין הדתיים, מחד גיסא, לבין צמצום תחולת הוראות הדין הדתי בבתי הדין הדתיים, מאידך גיסא.
23. כזו היא תשובתו של ז' פלק, לעיל הערה 21, שם.
24. ראה בג"צ 185/72 גור נ' בית הדין הרבני האזורי, ירושלים, פ"ד כו (2) 765, 769 מול האות ה: "כאמור נשרר מעניני הנישואין במשמעותם האמורה, נכסי האשה וזכויות הבעל (או המשפחה) בהם".
25. בג"צ 202/57 סידים נ' הנשיא וחברי בית הדין הרבני הגדול, פ"ד יב 1528; ע"א 313/59 בלבן נ' בלבן, פ"ד יד 285; ע"א 426/65 רינת נ' רינת, פ"ד כ (2) 21; ע"א 61/71 כהן נ' כהן, פ"ד כה (2) 327.
26. ברם ראה דעתו החולקת של ב' שרשבסקי, דיני משפחה (ירושלים, מהדורה 2, תשכ"ז) 216-223.
27. ע"א 8/59, לעיל הערה 2, בע' 1090-1091; ביד"מ 1/50 סידים נ' יו"ר ההוצ"ל"פ, ירושלים, לעיל



בשאלת היקפן של הוראות חוק שיווי זכויות האשה ישנן שתי גישות עקרוניות בפסיקה, האחת מצמצמת והאחרת מרחיבה. הגישה המצמצמת מפרשת את חוק שיווי זכויות האשה באופן שחלק ניכר יותר של הדין העברי לא בוטל על-ידי הוראות החוק. ממילא הוא כלול עדיין בגדר המונח "עניני נישואין" ומסור לשליטת דין זה ולסמכות בתי הדין הרבניים. ואילו על-פי הגישה המרחיבה היקפו של חוק שיווי זכויות האשה רחב יותר וחלקים גדולים יותר של הדין הדתי בוטלו על-ידו וממילא הוצאו למעשה גם מגדר שיפוטו של בית הדין.

הגישה המרחיבה גורסת, כי באשר לזכויות הבעלות בנכסים שנרכשו על ידי בני-הזוג או אלו מהן יש להחיל את עקרונות המשפט החילוני, למעט תביעות ממוניות בין בני-הזוג מכוח מעמד הנישואין שאינן עומדות בסתירה להוראות סעיף 2 של חוק שיווי זכויות האשה<sup>28</sup>. גישה זו נובעת מכך שבמשטר של הפרדה רכושית כל הענינים הרכושיים בין בני-הזוג הם ענינים שאינם מוסדרים עוד על-פי הדין האישי. מקורם המשפטי של הסדרים ממוניים בין בני-הזוג הוא הדין האזרחי הרגיל והוא חולש על מערכת יחסים זו<sup>29</sup>. מאידך גיסא, עמדת הגישה המצמצמת היא, שלגבי זכויות בין בני-הזוג יהודים (וכן בין בני עדות אחרות) קיים הדין האישי ובית המשפט חייב לדון לפיו. הדין האזרחי יוחל רק עד כמה שאין בו סתירה לדין האישי, למעט ענינים ספציפיים שהוצאו מכוח חוק שיווי זכויות האשה<sup>30</sup>. ואם כך חייבת גם הסמכות להיות מסורה לבתי הדין הדתיים בהיות הענין בגדר "עניני נישואין" לפי המבחנים שצויינו לעיל. הבחינה המדוקדקת של הפסיקה וניתוח ההשקפות לגופן ייעשו בשער השלישי במהלך הדיון בדין המטריאלי גופו<sup>31</sup>.

כאן נוסף עוד כי באחת השאלות העיקריות, זו של הלכת השיתוף בנכסים, כפי שהתפתחה בפסיקה הישראלית<sup>32</sup>, אין מרחק מבחינת הסמכות, בין בעלי גישות אלה, בלי שנדון כרגע בשאלת צידוקה המשפטית של הלכה זו<sup>33</sup>. כוונתנו היא כי לא ייתכן

הערה 3, בע' 1020, 1023; בג"צ 185/72, לעיל הערה 24, בע' 769; מ' זילברג, לעיל הערה 3, בע' 13 ה"ש 14, 424.

28. דברי הנשיא אגרנט בע"א 253/65 בריקר נ' בריקר, פ"ד כ (1) 589, 596.

29. בג"צ 185/72, לעיל הערה 24, בע' 769.

30. השופט קיסטר בע"א 253/65, לעיל הערה 28, בע' 608, 612; ע"א 627/70 זאבי נ' זאבי, פ"ד כו (2) 445, 449-450; ע"א 66/73 פנונו נ' פנונו, פ"ד כט (2) 181, 184; השופט שרשבסקי בע"א 514/76 חשש נ' דמארי, פ"ד לא (2) 505, 513; "ענין יחסי ממון בין בעל ואשה על יסוד קשר הנישואין הוא ענין של נישואין במובן הסימנים 47 ו-51 לדבר המלך במועצה, 1922, וסעיף 1 לחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג-1953..."

31. ראה להלן שער שלישי, חלק ראשון, פרק שני, ג(אא) (1).

32. על הלכה זו נרחיב את הדיבור בשער השלישי, חלק שלישי, פרק ראשון.

33. עוד בשלב מאוחר זה התעוררה שאלה זו בע"א 514/76, לעיל הערה 30, בע' 513 מפי השופט שרשבסקי. השאלה התעוררה גם אצל "א' רוזנצוויג" שיתוף קניני בנכסים בין בעל ואשתו משפטים א (תשכ"ח) 185, 188; א' רוזנצוויג "יחסי ממון בין בני-הזוג: צדק בין הצדדים ותיקון חיי המשפחה" עיוני משפט ג (תשל"ג) 302; וכן בעבודתו של "י' קנטור, זכויות בעל ואשה בנכסים שנרכשו במהלך חיי הנישואין (חיבור לקבלת תואר מוסמך למשפטים, האוניברסיטה העברית ירושלים, תשכ"ז) 34. אנו נדון בקצרה בשאלה זו בשער השלישי, חלק שלישי, פרק ראשון.

בשום מקרה לכלול הלכה זו בגדר המונח "עניני נישואין". שהרי כאן לפנינו מעגל שוטה. אם כל תחום ההסדרים שבין בני-זוג בענינים ממוניים ורכשיים נכלל בגדר המונח גם לאחר חוק שיווי זכויות האשה אין הלכת השיתוף יכולה לעמוד<sup>34</sup>, שכן מקורה זר, הדין הדתי אינו מכיר בה ובתי הדין הדתיים לא יאמצו אותה; ואם מכירים אנו בהלכה זו, כי אז אין היא יכולה להיכלל בגדר המונח "עניני נישואין", שהרי רק מחמת החלל הריק הנוצר עקב ביטול ההוראות הסובסטיביביות של הדין הדתי וצמצום המונח בעקבות חוק שיווי זכויות האשה, יכולה היתה הפסיקה לפתח הלכה זו ולבססה. מעמדה זו בלבד נובעת הלגיטימציה המשפטית לקביעת ההלכה. ואמנם כל השאלות שהתעוררו במהלך חיי הנישואין בסוגית הלכת השיתוף בנכסים בין בני-זוג נידונו ונפסקו בבית המשפט האזרחי, גם על דעת השופטים בעלי הגישה השניה<sup>35</sup>. למסקנה זו ניתן להגיע גם בדרך אחרת. מקורה המשפטי העיוני של הלכת השיתוף הנכסים איננו ברור, אך מכל מקום, על-פי גרסתו המוצהרת של בית המשפט העליון היא תחומה בתחום דיני החוזים ודיני הקנין ומבוססת על כוונתם המיוחדת או המשוערת של בני-זוג, לפי המבחנים שפותחו בפסיקה<sup>36</sup>. אין היא נובעת ממעמד הנישואין כשלעצמו בתור שכזה והחלטה אינה אוטומטית, לפחות מבחינת התיאוריה המשפטית. ממילא, על-פי המבחן המשלים שהוצע לעיל אין היא כלולה בתחום "עניני הנישואין", גם אם מטרתה הבטחת חיי נישואין תקינים, מאחר ומקורה המשפטי איננו בדיני הנישואין של הדין האישי<sup>37</sup>. וגם אם סבורים אנו שהמניע ליצירת הלכת השיתוף בנכסים הוא בחיקם של דיני המשפחה, והיא חורגת הלכה למעשה מדיני החוזים והקנין, ולכך אנו מיחסים נפקויות מיוחדות, הרי בכל מקרה אין היא נכללת בגדר "עניני נישואין" מהטעמים הראשונים שפורטו. לאחר חוק שיווי זכויות האשה, המבטל את זיקת הבעל לנכסי אשתו, חלק ניכר מן התביעות שענינן זכויות בנכסיה של האשה אינן נובעות מ"עניני נישואין" — למעט היוצאים מן הכלל בהם נדון בשער השלישי — והן נדונות על כן ברובן בבתי המשפט האזרחיים.

34. ראה האסמכתאות לעיל בהערה 33.

35. ראה השופט קיסטר בע"א 316/65 ברזק נ' ברזק, פ"ד כ (2) 6, 10: הכרעה בזכויות אפילו לגבי דירה משותפת, שלא נכרכה בתביעת גירושין, מסורה לסמכות בתי המשפט האזרחיים.

36. ע"א 253/65, לעיל הערה 28, בע' 597-598; ע"א 595/69 אפטה נ' אפטה, פ"ד כה (1) 561, 566, 570, 574; ע"א 446/69 לוי נ' גולדברג, פ"ד כד (1) 813, 818; ע"א 514/76, לעיל הערה 30, בע' 505 מפי השופט עציוני שם; ע"א 529/76 סבירסקי נ' סבירסקי, פ"ד לא (2) 233, 236; ע"א 252/75 בורנשטיין נ' מר-אור, פ"ד לא (1) 132, 138; ע"א 111/75 פלונית נ' אלמוני (לא פורסם).

37. עמדת השופטים התומכים בגישה המרחיבה באה לביטוי עוד בע"א 253/65, לעיל הערה 28, בע' 596; ראה לאחרונה בע"א 2/77 אזוגי נ' אזוגי, פ"ד לג (3) 1, 27; "על-פי פסיקתו של בית-משפט זה, שיתוף הנכסים בין בני-הזוג, אינו נובע מקשר הנישואין, ועל כן אינו "ענין של נישואין", אלא נובע מהסכם מכללא בין בני-הזוג, והוא חלק ממשפטנו החילוני".

## פרק שני

### סקירת הפסיקה וניתוחה

בשלב זה נעבור לסקירת הפתרונות אליהם הגיעה הפסיקה הלכה למעשה, בלי שסקירה זו תתימר להיות ממצה.

בית המשפט העליון פסק כי תביעת בעל להטלת עיקול על נכסי אשתו מקומה בבית המשפט האזרחי<sup>38</sup>. היקפה של הלכה זו אינו ברור כלל ועיקר ומן הראוי להעיר עליה הערות מספר:

(א) התוצאה האמורה מושתתת על העובדה שבכתב התביעה שהגיש הבעל לא נמצא "אפילו רמז לתביעה שיש לבעל לגבי חלקה של האשה במקרקעין הרשום על שמה"<sup>39</sup>. (ב) הענין עצמו התעורר במסגרת תביעת גירושין שהגיש הבעל. ההלכה הפסוקה שניתן להסיק מפסק־הדין מצומצמת, כאשר בית המשפט הגיע למסקנה כי המבקש-התובע לא כרך כלל את הענין בתביעת הגירושין שהגיש. (ג) יש לבחון תמיד את עילת התביעה בגינה מתבקש העיקול כדי לקבוע את חלוקת הסמכות<sup>40</sup>.

גם תביעת סילוק יד, שהגישה אשה נגד בעלה, מדירה שהיתה לפנים דירתם המשותפת, אינה נובעת ממעמד הנישואין, אלא מזכויות אזרחיות רגילות הנתונות לה כבעלים של הנכס. אופיה המשפטי של תביעה כזו אינו יכול להיות מושפע ואינו משתנה מן העובדה שמושא התביעה הינו דירה שהיתה לפנים המדור המשותף של בני־הזוג<sup>41</sup>.

מושא התביעה כשלעצמו אינו חורץ את גורל הסמכות.

גם תביעה לפירוק שיתוף במקרקעין בין בני־זוג נמצאת בסמכות בתי המשפט

38. בג"צ 127/64 רייצ'ק נ' בית הדין הרבני האזרחי, פתח־תקוה, פ"ד יח (3) 337.

39. שם בע' 340.

40. ברם לגבי זכות הבעל להטיל עיקול על נכסי אשתו, ראה בג"צ 185/72, לעיל הערה 24.

41. ע"א 8/59, לעיל הערה 2, בע' 1090. יצויין כי תוצאה זו היתה נכונה גם לגבי התקופה הראשונה, שלפני חוק שיווי זכויות האשה. כאן תביעת סילוק היד נבעה מזכותה הקניינית הרגילה של האשה ורק כטענת הגנה יכול היה הבעל לטעון את זכותו בנכסי המלוג של אשתו. כטענת הגנה זו מוסמך היה בית המשפט האזרחי לדון גם קודם לכן, מכוח סמכותו הנלווית לפי סעיף 35 לחוק בתי המשפט, תשי"ז-1957, ואין טענת ההגנה מכניסה את הענין לגידרה של תביעה ב"עניני נישואין". ראה גם: ע"א 407/64 כליפא נ' כליפא, פ"ד יט (2) 338, 343. בו נקבע כי בתביעת פינוי דירה המוחזקת על־ידי אלמנה מוסמך בית משפט השלום לפסוק גם בזכות המדור של האלמנה הנתבעת כאשר שאלה זו התעוררה במהלך תביעת הפינוי.

הרגילים<sup>42</sup>; על-פי גישתנו זה היה הדין גם במצב החוקי שקדם לחוק שיווי זכויות האשה; זאת מאחר וענינה הוא התקשרות אזרחית רגילה בין בני-זוג. העובדה שהמתדיינים הם בני-זוג אין בה כדי להשפיע על מקורו המשפטי של הדין החל עליהם; וגם מטרת הדין האזרחי כשלעצמו איננה הבטחת חיי משפחה תקינים, אלא מטרת שבדיני קנין. נכון אמנם כי כאשר מדובר בדירת מגורים בין בני-זוג, עשויה להיות לפירוק השיתוף השפעה רבה ביותר על היחסים בין בני-זוג, אך מבחן התוצאה איננו המבחן הקובע בכגון דא.

לאחרונה קיבל בית המשפט המחוזי בחיפה את ערעורה של אשה על החלטת בית משפט השלום שהורה לפרק את השיתוף בדירה המשותפת לה ולבעלה<sup>43</sup>. בית המשפט קבע כי תביעה לפירוק שיתוף בדירת מגורים מחייבת דיון מוקדם בבית הדין המוסמך. זאת מן הטעם, שזכות המדור של האשה עלולה להיפגע כתוצאה מפירוק השיתוף. עם כל הכבוד, לא דק בית המשפט פורתא. הסמכות בענין זה מוקנית בכל מקרה לבית משפט השלום. אגב דיון בתביעת הפירוק מוסמך בית המשפט לשקול את זכויות המדור של האשה<sup>44</sup> ולהכריע בהתאם לכך בבקשת הפירוק שלפניו. ואכן בית המשפט המחוזי בתל-אביב לא הלך בעקבות פסק-הדין של עמיתו החיפאי וקבע כי בתביעה לפירוק שיתוף דינם של בני-זוג כדין זרים אפילו מדובר בדירה אשר שימשה או ממשיכה לשמש למגוריהם<sup>45</sup>. על פירוק שיתוף בדירת מגורים במהלך תביעת גירושין נדון בהמשך.

מאידך גיסא, תביעה לצו מניעה אשר יאסור על הבעל להיכנס לדירה הנמצאת בבעלותו או בבעלות משותפת של בני-זוג נמצאת בסמכותם המקבילה של בית המשפט המחוזי ובית הדין בהיותה נגזרת מתביעת המדור הכלולה כשלעצמה במסגרת תביעת מזונות<sup>46</sup>.

גם תביעה למתן צו מניעה נגד הבעל או האשה להימנע מהכנסת צדדים שלישיים מסויימים, כגון מאהב או מאהבת, לדירת המגורים הינה — כמו התביעה הקודמת — תביעה אישית גרידא — ולא קנינית — והיא נכללת, כחלק מתביעת שלום-בית שמקורה בדין העברי, בגדר "ענין נישואין" ונמצאת בסמכותו הייחודית של בית הדין<sup>47</sup>. מאידך גיסא, תביעה בין אותם צדדים לסעד זהה המבוססת על זכות בן-הזוג לחזקה

42. ע"א 288/71 מרדכי נ' מרדכי, פ"ד כו (1) 393: המ' 421/76 ברייזוב נ' ברייזוב, פ"ד לא (1) 263 וראה גם ע"א 40/74 בן-אשר נ' בן-אשר, פ"ד כח (1) 671.

43. ע"א (חי') 112/75 ורון נ' ורון, פ"מ תשל"ו 2, 120.

44. ראה לעיל הערה 41.

45. ע"א 191/79 פורומן נ' פורומן (טרם פורסם). לנו נראה כי למרות שאין בית המשפט רשאי לדחות את תביעת הפירוק, הוא רשאי במקרים מתאימים לעכב את הדיון או את ההכרעה עד אשר יומצא לאשה מדור מתאים אחר. עיכוב הליכי הפירוק הינו רק אמצעי נלווה להבטחת זכות המדור של האשה ונועד למנוע מן הבעל סיכול זכות זו לפני שהמציא לה מדור אחר. אם זכאית האשה להגנת סעיף 33(א) לחוק הגנת הדייר (נוסח משולב), תשל"ב-1972, באה זכות המדור שלה על סיפוקה. עם זאת יתכן שהבעל יחויב בהחזרת הוצאות שכר הדירה אם תישא בהן.

46. ע"א 731/72 חן כליפה נ' חן כליפה, פ"ד כח (1) 611: בר"ע 19/74 בר לוי נ' בר לוי, פ"ד כח (1) 726. ראה גם א' שינבוכים "בעיות בדיני מזונות" דיני ישראל ז (תשל"ו) רכא. רכד-רכה.

47. ראה ע"א 185/66 כברה נ' כברה, פ"ד כ (4) 864.

ולשימוש שמקורה במשפט האזרחי הרגיל אינה בגדר "ענין נישואין" אלא מושתתת על זכותו הקניינית של בן-הזוג ומסורה לסמכותו של בית משפט השלום.<sup>48</sup> ההלכה בדוגמא אחרונה זו הינה ראייה ניצחת כי לגבי ענין אשר עבר את המבחן הרחב, לא מבחן הצדדים המתדיינים (תנאי הכרחי, בכל מקרה, אך לא מספיק), לא מושא התביעה, לא הסעד המבוקש ולא מבחן התוצאה כשהם לעצמם חורצים את גורל הסמכות, אלא מבחן העילה או מקורה המשפטי של הזכות, הוא המכריע. בכך מקבל המבחן המשלים כפי שהוצע לעיל תמיכה רבת-חשיבות.

סיוע נוסף לאשור המבחן המשלים נמצא בפסק דין אחר של בית המשפט העליון.<sup>49</sup> במקרה זה נתבע המערער בבית המשפט המחוזי בגין שטר חוב שעשה בהקשר לעסקת אירוסין. לטענתו לא היה בית המשפט המחוזי מוסמך לדון בתביעה זו אלא בית הדין הרבני. בית המשפט העליון בדחתו טענה זו בדק את עילת התביעה. הוא קבע כי התביעה הוגשה בעילה שטרית ובזו אין בית הדין הרבני מוסמך לדון. לעומת זאת אילו הוגשה התביעה בעילה של עסקת האירוסין ייתכן שהמערערים היו צודקים בטענתם כי בית הדין הרבני, והוא בלבד, מוסמך היה לדון בה.

בהקשר זה יש עוד להעיר כי בית הדין הדתי הדין בעניני נישואין שוקל מעצם טיבו וטבעו את מערכת היחסים המיוחדת ואילו בית המשפט האזרחי מעוגן בדרך כלל במסגרת הדין האזרחי הרגיל. מאחר ולתביעות בין בני-זוג יש השפעה על חיי הנישואין שלהם, התקין המחוקק תרופה לסיטואציה כזו בחוק להסדר התדיינות בין בני-זוג, תשכ"ט-1969. על-פי הוראות החוק רשאי בית המשפט לעכב במקרה כזה את תחילתו או את המשכו של הדין בתובענה אם הוא סבור "שענינם של הקובל או התובע בקיום המשפט או בהמשכו אינו שקול כנגד הנזק לשלום הבית הצפוי מקיום המשפט או מהמשכו אותה שעה"<sup>50, 51</sup>.

48. הלכה זו עולה גם היא מע"א 185/66 הנ"ל. על זכות הבעלים המשותף להתנגד לשימוש של זר על אף הסכמת השותף האחר, ראה ע"א 304/72 ביאלר נ' ביאלר, פ"ד כז (1) 533, וראה על כך נ' כהן (גרבלסקי) "זכות שימוש במקרקעין כזכות במקרקעין" עיוני משפט ד (תשל"ה) 425. כן ראה בר"ע (ת"א) 2947/80 בורשטיין נ' בורשטיין, פ"מ תשמ"א 2, 21.
49. ע"א 514/64 כהן נ' אשכנזי, פ"ד יט (1) 696.
50. סעיף 1 לחוק. החוק אינו גורע מהוראות חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג-1953, או מסמכותו של בית משפט על-פי דין (סעיף 2) וכל מקום שבית דין דתי מוסמך לדון יחולו עליו הדינים שהוא דן על-פיהם ולא חוק זה, שהוא, כאמור, תרופה מונעת בחיי המשפחה לתובענות בין בני-זוג, שמקום כירורן הוא בית המשפט האזרחי.
51. תרופה נוספת מסוג אחר (של הדין המהותי) בעניני מקרקעין מצויה בסעיף 101 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969; כאשר אחד מבני-הזוג רוצה להעביר את חלקו לאחר במשק חקלאי או בבית עסק המתנהלים על-ידם כמשותף או בדירה המשמשת למגוריהם נוצרת זכות קדימה לטובת בן-הזוג האחר.

## פרק שלישי

### סמכות השיפוט בנוגע להסכמים בין בני-זוג

כבר ראינו לעיל כי תביעות הנוגעות להלכת שיתוף הנכסים שמקורה, לדעת אחת הגישות, בהסכם בין הצדדים או תביעות הנוגעות להסכם הקיים בפועל בין הצדדים, בכל הקשור לרכושם, תידון בהתאם לדין האזרחי ובבית המשפט האזרחי. למעשה מקור תוקפם של הסכמים כאלה נעוץ הן בדין הדתי, המתיר התנאה בין בני-הזוג, והן בדין האזרחי השולט עליהם.

באחד העניינים שנדון בפני בג"צ 185/72 גור נ' בית הדין הרבני האזורי ירושלים<sup>52</sup>, נקבעה הלכה גורפת, על-פיה כל הסכמה או התחייבות של אשה נשואה להעמדת נכסיה לרשות בעלה, לשימושו או לשימוש המשפחה יוצרת עילת תביעה לא מדיני נישואין בכלל אלא מדיני החוזים בלבד. על כן לא תהא תביעה כזו אף היא בגדר "עניני נישואין" כמשמעותם בסעיף 1 לחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין). תשי"ג-1953. הנסיון לאבחן הלכה זו, כאילו היא מתיחסת רק להתחייבותה של האשה ואילו התחייבות הבעל תמשיך להיכלל בגדר המונח "עניני נישואין"<sup>53</sup>, איננה נראית לנו אפשרית, שכן הדגש הוא על מקורה של הזכות. עם זאת, יש, לדעתנו, לקבל בחלקה את הביקורת על פסק-הדין הגורסת, שבהיות מטרת הסכם כזה הבטחת חיי משפחה תקינים והגשמת חיי הנישואין, יידון הסכם כזה על-פי הדין הדתי ובבית הדין הדתי בהיותו ענין של נישואין<sup>54</sup>. מן הטעמים שפורטו כבר קשה לקבל את ההכללה שבביקורת זו, כלומר את הגישה המסתתרת אחריה כאילו כל ההסכמים בין בני-הזוג ייחשבו גם עתה כענין של נישואין. עם זאת, אין אנו מוכנים גם לקבל את הגישה הנגדית, שכל העניינים הרכושיים אינם יותר ענין של נישואין וממילא כל ההסכמים בין בני-זוג בתחומים אלה הינם מחוץ לגדר ענין זה. דעתנו היא, כי כשם שערכנו הבחנה בין תביעות ב"עניני נישואין" לבין תביעות ממוניות רגילות, כך עתה, לאחר חוק שיווי זכויות האשה, יש לערוך הבחנה בין סוגים שונים של הסכמים. הסכם אשר נעשה לצורך הנישואין והוא מחזיר את עקרונות הדין הדתי במדיני נישואין, או הסכם אשר נעשה על-פי הדין הדתי וענינו הסדר כולל של זכויות בני-הזוג בנכסיהם והשימוש בהם, ניתן לומר עליו כי עמד

52. לעיל הערה 24, בע' 769-770.

53. להבחנה זו ראה ז' פלק "יחסי ממון בין בני-זוג בישראל" עיוני משפט ג (תשל"ד) 829, 842.

54. א' שינבויס "סמכות בתי-דין רבניים בעניני נישואין וגירושין בראי הפסיקה" דיני ישראל ד (תשל"ג) 143, 147.

גם במבחן המקור המשפטי (מבחן העילה) וגם במבחן המטרה. אין לשכוח כי אפשרות ההתנאה שבדין הדתי בעניני נישואין היא הפותחת את השער להסכמים כאלה בין בני-זוג; ובהיות הדין הקבוע בהסכם דיני הנישואין שבדין הדתי, הרי מקורו הוא במעמד הנישואין אף כי גם הדין האזרחי מעניק לו את הגושפנקא מכוח עקרון חופש ההתקשרות החוזית. אין גם ספק, כי בשעה שבני-הזוג בוחרים בתחולת דין תורה על ההסדר שביניהם ועל יחסי הממון הנובעים מנישואיהם הם מתכוונים כי בתי הדין הדתיים יפסקו בענינים אלה. במקרה זה הסכם כאמור הוא בגדר "עניני נישואין". מאידך גיסא, הלכת השיתוף בנכסים, במידה והיא מבוססת על הסכם מפורש, או כל מערכת הסכמים אחרת בין בני-זוג — המסדירה רכוש ספציפי או אף הסדר כולל — אשר מושתתים על הדין האזרחי הרגיל ועל-פיו, אפילו המניע להם הוא החיים המשותפים, לא ניתן לשבצם במסגרת המונח "עניני נישואין" מהטעמים שצוינו כבר. הסכמים כאלה יכולים לערוך גם אנשים זרים. העובדה שבני-זוג עשו כן בהקשר לנישואיהם אין בה כדי לשנות את המצב המשפטי והם לא ייחשבו כענין של נישואין לצורך הסמכות. על הסכם כזה יוחלו הדינים האזרחיים הרגילים, שהם כאמור מקורו של ההסכם, כשהזיקה היחידה לדני הנישואין היא הדין המאפשר התנאה.

הבחנה זו כוחה יהיה יפה גם על הסכם ממון לפי חוק יחסי ממון בין בני-זוג,

תשל"ג-1973.

לסיכום: האבחנה שערכנו והמיון שבא בעקבותיה מישם את המבחנים הכלליים המוצעים על-ידינו בראשית פרק זה בדרך עניינית ומהותית ולא באופן פורמאלי בלבד. הטענה כאילו כלל ההסכמים שבין בני-זוג מקורם היום כולם בהסכמת הצדדים שהדין האזרחי מעניק לה נפקות באמצעות דיני החוזים, ולכן אין הם בגדר ענין של נישואין, היא טענה פורמאלית בלבד ואינה יורדת לשורש הענין. כאשר מפרשים בהקשר זה את המונח "עניני נישואין" יש לתת משקל להוראות המהותיות של ההסכם נשוא המיון, שכן הן הקובעות למעשה את מקורו המשפטי של ההסדר מבחינה מטריאלית: בדין הדתי או בדין האזרחי. מקור משפטי זה בתוספת הבט של מדיניות משפטית ראויה על-פיה הערכאה הדתית היא המוסמכת והמסוגלת לדון בענינים שבדין תורה (ואלה אכן נדונו על-ידיה עד לחוק שיווי זכויות האשה) תקל עלינו להגיע לתוצאה כי הסכם בין בני-זוג הנעשה מכוח הדין הדתי והמחדיר את עקרונותיו הריהו בגדר המונח "עניני נישואין" בין בני-זוג אלה. לאחר חוק שיווי זכויות האשה, ובהיעדר תחולה כללית של הוראות הדין הדתי באשר לתוצאות הרכושיות של הנישואין, עשוי, איפוא, המונח להתפצל לגבי בני-זוג שונים לפי סוג ההסכמים שערכו; כאשר לגבי חלק מהם ההסכם שערכו הינו בגדר "עניני נישואין" ולגבי חלק אחר כאמור הריהו מחוץ לגדר ענין כזה. הכל בהתאם למבחן המקור המשפטי הפנימי של ההסכם נשוא הדיון.

השקפה זו איננה מקובלת והיא חייבת להתגבר על מספר קשיים לא מבוטל. (א) השקפה זו מערכת את שאלת הסמכות העניינית של בית הדין הדתי — המחייבת מבחינים טכניים פורמליים בלי שים לב לכוונת הצדדים — עם שאלת החלת הדין על אותו הסכם בבית משפט אזרחי — בה יש חשיבות לרצון הצדדים ולכוונתם.

(ב) המונח "ענין של נישואין" הוא מונח אוביקטיבי ואינו מסור לרצונם החופשי של בני-הזוג. כך, למשל, הסכם שידוכין עליו חל הדין העברי איננו בסמכותו של בית

הדין הרבני באשר איננו כלול במונח זה על אף רצון הצדדים להחיל את הדין העברי.

(ג) להדגשת האבסורד של ההשקפה האמורה מובאת האפשרות הבאה: אילו רצונם של בני-הזוג להחיל דין מסויים היה משפיע על תוכן המונח "ענין של נישואין", כי אז ענינם של בני-הזוג שבחרו להינשא בנישואין אזרחיים, בין בארץ ובין בחו"ל, היה נידון בבית המשפט האזרחי ועל-פי הדין האזרחי בלבד. זאת באשר האקט שערכו מצביע על רצון כזה ועל-פי ההגיון של ההשקפה המוצעת על-ידינו רצונם הוא התוחם את גבולות המונח.

תשובתנו הכללית הינה כי לפנינו מצב ענינים בלתי-שיגרתי המחייב גם פתרונות מאותו סוג. אך באמתחתנו גם תשובות מפורטות יותר.

(א) נכון כי מקובל בדרך כלל שבעית הסמכות מקדימה את ההכרעה בשאלות ברירת הדין ומוכרעת באורח נפרד ובלתי תלוי בהן. ברם לא תמיד כך הוא הדבר. גם במשפט הבינלאומי הפרטי ישנם ענינים בהם תלויה שאלת הסמכות בברירת הדין<sup>55</sup>. במיוחד אמורים הדברים לגבי הסמכות הבינלאומית הפנימית הנוגעת לתביעה שענינה חוזה "עליו חלים דיני מדינת ישראל לפי כתבו או מכללא"<sup>56</sup>. כאן מותנית הסמכות בהכרעה מוקדמת באשר לדין אשר יחול על החוזה. הטעם אשר ניתן לכלל האמור הוא כי חוזה אשר נדון, מכוח הסמכת הצדדים, בהתאם לדין המקומי מחייבות מידות הנוחיות והיעילות שערכאות המכירות את הדין היכרות ישירה יפרשוהו ויאכפוהו<sup>57</sup>. לאחרונה אף קבע בית המשפט העליון כי סמכותם הבינלאומית הפנימית של בתי המשפט בישראל כתביעת מזונות כנגד נתבע זר תלויה ומותנית בתוכנו של הדין הזר<sup>58</sup>.

מה מונע עריכת אנלוגיה גם לעניננו בו מדובר על הסכם עליו חלים דיני ישראל, זאת הן מבחינת הכלל עצמו והן מבחינת טעמיו. כבר עמדנו לעיל על ההבט של מדיניות משפטית רצויה התומכת בתוצאה האמורה וזהה מבחינה זו לטעם האמור. (ב) כבר עמדנו בתחילת הדברים על הקשר בין שאלות הסמכות לדין המהותי ועל כך שלא ניתן להפריד כליל שני ענינים אלה. גם בית המשפט העליון כאשר מילא בתוכן את המונח "עניני נישואין וגירושין" לא התעלם מקשר כזה. בע"א 401/66 מרום נ' מרום, השפיע תוכנו של הדין העברי על הגדרת המונח<sup>59</sup>.

55. ראה: R.H. Graveson, *The Conflict of Laws* (London, 7th ed., 1974) 12; P. Hay "The Interrelation of Jurisdiction and Choice-of-Law in United States Conflicts Law" 28 *Int. and Com. L.Q.* (1979) 161.

56. תקנות סדר הדין האזרחי, תשכ"ג-1963, תקנה 467(ג).

57. *Ocean Steamship Co., Ltd. v. Queensland State Wheat Board* [1941] 1 All E.R. 158, 165;

R.H. Graveson, "Choice of Law and Choice of Jurisdiction in the English Conflict of Laws" in 1 *Comparative Conflict of Laws Selected Essays* (Amsterdam, 1977) 99, 109-110.

58. ראה ע"א 625/73 קורונל נ' קורונל, פ"ד כט (2) 259.

59. פ"ד כא (1) 673, 688. כאן אימץ בית המשפט העליון את דעתו של בית משפט קמא על-פיה קיומו של קשר הדוק מבחינת הדין המהותי, הדתי, בין הזכות לפיצויים על יסוד הסכם גירושין ובין תוקפו של הגט, העלול להימסר בעקבות הביעת פיצויים כזו או כתוצאה ממנה, מחייב לראות



(ג) נכון כי המונח "ענין של נישואין" מחייב הגדרה אובייקטיבית, אך גם מונחים אחרים הקובעים סמכות מחייבים הגדרה כזו ואף-על-פי-כן הניח בית המשפט העליון לרצונם של הצדדים ולכוונתם לחרוץ את גורל הסמכות. כוונתנו לפירוש שניתן למונח "כרוך" בסעיף 3 לחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג-1953. מונח כזה קורא מעצם טיבו להגדרה אובייקטיבית. ברם בית המשפט, בלקחו בחשבון את מורכבות הענין, הגיע למסקנות אחרות בתכלית, על-פיהן מכילה ההגדרה אלמנטים סובייקטיביים מובהקים. הוא קבע כי כריכה כדין על מנת שתהיה אפקטיבית לשם הקניית סמכות לבית הדין הרבני מחייבת כנות ותום לב מצד הכורך. משום כך מותנית הסמכות בנסיבות אשר הוכחו במקרה המיוחד<sup>60</sup>. אם זו ההתייחסות הפרשנית העקרונית לגבי הגדרת מונח זה לגבי נשוא השקפתנו על אחת כמה וכמה.

(ד) יתרה מזו, על-פי השקפתנו אין הגדרת המונח מסורה לשליטת הצדדים. ההגדרה קבועה מראש. רק כל אימת שבני-זוג נכנסים לגדרה יידון ענינם בערכאה הדתית. נכון כי תוכן ההסכם ביניהם חורץ את גורל הסמכות, אך ההגדרה באשר לתוכן הנדרש לשם כך נקבעת מראש.

(ה) אין להביא ראייה לסתור מהסכם שידוכין. הסכם כזה אינו כלול מראש במונח "ענין של נישואין" מאחר והוא נעשה בין מי שאינם בני-זוג. ממילא אין בתוכנו כדי לשנות קביעה זו.

(ו) גם הדוגמא המובאת ממקרה הנישואין האזרחיים אינה משמשת ראייה לסתור את השקפתנו. קיים הבדל בסיסי בין הסכם אותו עורכים בני-זוג בקשר לעניניהם הרכושיים לבין הסכם ביניהם בשאלות הנוגעות לקביעת מעמדם האישי. בעוד בסוג הראשון של הסכמים מעניק המשפט נפקות לרצון הצדדים לא כן הדבר בנוגע לסוג השני<sup>61</sup>. הבחנה זו בין הנפקות המוענקת לרצון הצדדים בכל אחד מסוגי הענינים המוזכרים, כוחה יפה גם לעניננו. אם הדין אינו מכיר בכוח המחייב של רצון

תביעת פיצויים בגין הפרת הסכם לגירושין כענין של גירושין שסמכות השיפוט בה מסורה לבית הדין הרבני.

על הבחנה בין הסדר אזרחי להסדר דתי לצורך הגדרת ענין מסויים כענין של מעמד אישי, ראה ע"א 161/59 בלן נ' המוצל"פ של צוואת ליטווינסקי, פ"ד יד 1905. תוך שהוא מפרש את המונח צוואה שבסימן 51 לדבר המלך במועצה אומר בית המשפט (בע' 1914) "צוואה דתית היא ענין של מעמד אישי אשר הדין הדתי חל עליו, ואילו צוואה אזרחית אינה לידום ענין של מעמד אישי כל עיקר". אמנם נאמרו דברים אלה לצורך ברירת הדין, אך כוחם יפה לצורך הגדרות המונחים גם בשאלות הסמכות.

60. לא נמנה כאן את הרשימה הארוכה של פסקי הדין שקבעו הלכא זו: אנו מעדיפים להפנות את הקורא למאמרו של מ' שאוה "על 'כרוך' ועל 'כנות' — הייפסק מירון הסמכויות?" עיוני משפט ב (תשל"ג) 719. בינתיים נוספו פסקי דין רבים לשורה הארוכה הקודמת מהם נציין רק ארבעה: ע"א 14/75 ברטל נ' ברטל, פ"ד כט (1) 810; ע"א 296/77 213 פיינברג נ' פיינברג, פ"ד לא (3) 831; ע"א 866/75 שביט נ' שביט (טרם פורסם); ע"א 118/80 גבעולי נ' גבעולי, פ"ד לד (4) 155.

61. ע"א 241/57 פלטיאל נ' פלטיאל, פ"ד יג 599, ראה גם מ' שאוה, לעיל הערה 3, בע' 294-295.

הצדדים באשר לדין אשר יוחל בכל הנוגע לשאלת מעמדם האישי מדרך קל וחומר יהיה זה המצב המשפטי גם בהקשר לסמכות השיפוט באותו ענין.  
(ז) נראה לנו כי השקפתנו עונה לצורכי מדיניות משפטית רצויה, כי הקשיים המעשיים לקביעת הסמכות ניתנים לפתרון, כי המבחן שנקבע הוא ודאי וקבוע מראש וכי המאמץ להגיע לתוצאה כזו הנו כדאי.

## חלק שני

# סמכות השיפוט במהלך דיון בתביעת גירושין

עד כה עסקנו בשאלות רכושיות המתעוררות במהלך הנישואין. ברם חלק נכבד משאלות אלה בין בני-זוג מתעורר בעת דיון בתביעת גירושין ולגבי אלה נושאת בעית הסמכות גוון מיוחד. עוד לפני הלכת השיתוף בנכסים התעוררו בעיות רכושיות בין בני-זוג עם סיום קשר הנישואין, אך הקושי לא היה רב מאחר וגם זכויות רכושיות וקניניות, שנבעו ממעמד הנישואין, היו מסורות לסמכותו הייחודית של בית הדין הדתי. בתקופה שלאחר חוק שיווי זכויות האשה המצב המשפטי סבוך יותר. ראינו כי קביעת זכויות מכוח הלכת השיתוף בנכסים במהלך הנישואין, או תביעות המתעוררות עקב כך, אינן ענין של נישואין, אך מה יהיה הדין בעת דיון בתביעת גירושין. מה יהיה דינם של ענינים אחרים, שאינם "עניני נישואין", אך טעונים הכרעה בעת פקיעת הנישואין בין בני-הזוג. על בתי הדין המוסלמיים ואלה של העדות הנוצריות לא נרחיב את הדיבור<sup>62</sup> ונתרכו בענינם של יהודים.

62. על הגישה אשר יש להחיל בדיונים נשוא ענינו בבתי דין דתיים ראה פסק הדין C.A. 208/44. חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג-1953 וסעיף 3 שבו, קובע כי במהלך דיון בענין הנמצא במסגרת סמכותו רשאי בית הדין להחליט בענינים ממוניים הנלווים (הטפלים) לדיון במסגרת הסמכות. כך, לדעת בית המשפט המנדטורי, מוסמך בית הדין לדון בחלוקת רכוש בין בני-זוג במסגרת תביעת גירושין.

הדיון שם נסוב, אמנם, על סמכותו של בית דין רבני, אך מאחר והענין נדון, כאמור, לפני חוק השיפוט, אשר קבע את מבחן הכריכה, אפשרי יישומו על בתי הדין של העדות הדתיות האחרות גם היום. ראה גם דיון ואסמכתאות על נטילת סמכות בענינים נלווים (טפלים) לתביעה העיקרית (כגון גירושין) ואת החלת המבחן של עיקר וטפל אצל מ' זילברג בספרו, לעיל הערה 3, בע' 57-62. לדעתו של זילברג (ע' 61) דבר שאינו הוא גופו מעניני המעמד האישי אינו יכול, כנראה, להיחשב כטפל כמובן ההלכה הנ"ל המאפשרת לבית הדין לדון ב"טפל" אגב ה"עיקר" שבסמכותו. ברם מן הראוי לציין, שהשופט זילברג אינו מזכיר את פסק הדין המנדטורי שהבאנו לעיל. ראה, לאחרונה, בג"צ 409/72 חטאר נ' בית הדין הדתי הדרוזי בחיפה, פ"ד כז (1) 449, 455 והערתו של השופט ברנזון (אגב אורחא) המעלה את השאלה האם "איך לתת פירוש רחב לדיבור 'עניני נישואין' וגירושין" שבסעיף 4 לחוק בתי-הדין הדתיים הדרוזיים כדי לכלול בו את מכלול הבעיות

לא ניתן, כנראה, להכניס שאלות קניניות ורכושיות הטעונות הכרעה בעת הגירושין לגדר המונח "עניני גירושין". בצדק קבע בית המשפט כי הגירושין, בניגוד לנישואין, הם לא 'מוסד' אלא 'אקט', פעולה חד-פעמית, ואין שום "ענין של גירושין" חוץ מן הגירושין עצמם<sup>63</sup>. בפסק מאוחר יותר נמנע בית המשפט מקביעת הלכה לפיה הסכם גירושין הוא ענין של גירושין<sup>64</sup>. אך גם אילו נתקבלה גישה אחרת לא היה בכך כדי לפתור את בעיות ההתדיינות.

עלינו להבחין בין מספר סוגים של ענינים רכשיים הטעונים הכרעה בעת פקיעת הנישואין.

(1) ענינים רכשיים וממוניים שעילתם בדין העברי בדיני הנישואין ושהזכות לגביהם מתגבשת או פוקעת או מגיעה להסדרה עם הגירושין. על אלה נמנים הכתובה, החזרת המתנות שנתן בן-זוג אחד למשנהו וכיו"ב. אלה הם "עניני נישואין", שממילא הסמכות הייחודית בהם מסורה לבתי הדין הדתיים.

(2) ענינים רכשיים וממוניים אחרים החייבים לפי טיבם להיות מוכרעים בעת פקיעת הקשר, כגון: חלוקת דירה משותפת, ששימשה למגורי בני-הזוג, וחלוקת רכוש משותף מכוח הלכת השיתוף בנכסים הנפסקת בכל מקרה עם פקיעת קשר הנישואין. (3) ענינים רכשיים וממוניים אחרים, שאינם חייבים להיות מוכרעים בעת פקיעת הקשר, אך עשויים להיות מוכרעים בעת כזו, כגון חלוקת נכסים מסחריים, פירוק שותפות שבין בני-הזוג וכיו"ב.

עקב הגבלות המונח "עניני נישואין וגירושין" עלינו לפנות לסעיף 3 לחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין) הקובע שיפוט אגב גירושין "בכל ענין הכרוך בתביעת גירושין".

לגדר מונח זה ניתן להכניס שניים: (א) ענינים אשר לפי עצמם טיבם וטבעם כרוכים

המתעוררות בין בני-הזוג בהתפרק חיי המשפחה". השופט אינו רואה צורך להכריע בשאלה זו, המתעוררת בהיעדר הוראה מקבילה לזו שבסעיף 3 לחוק השיפוט. דעה זו מרחיקה לכת ביותר. אם הכוונה היא כי כל הבעיות המתעוררות בין בני-זוג במהלך הגירושין ביניהם, לרבות ענינים שאינם בגדר עניני המעמד האישי, הם בכלל עניני נישואין וגירושין כי אז מוצע למונח פירוש רחב ביותר שלא נתקבל עד כה בפסיקה הישראלית. דעה כזו מתרת לחלוטין את הצורך בסעיף 3 לחוק השיפוט וגם דינה של האבחנה שנתקבלה בפסיקה לצורך סעיף זה. בין ענינים הניתנים לכריכה לענינים הכרוכים מעצמם טיבם וטבעם, אינו ברור.

63. ע"א 8/59, לעיל הערה 2, בע' 1090.

64. בע"א 401/66, לעיל הערה 12, הגביל עצמו בית המשפט לקביעה כי תביעת פיצויים בשל הפרת

חווה גירושין בין יהודים מסורה לשיפוטו של בית הדין הדבני. רק השופט קיסטר הרחיב את היריעה ולאחר דיון קבע כי "הסכם לגירושין אינו חווה במובן המשפטי ומכל מקום אין הוא חווה ממוני, אלא נכלל בתוך 'עניני נישואין וגירושין'" (שם בע' 687). השופט ברנזון אומר במפורש כי "אין ההסכם כשלעצמו ענין של גירושין" (שם בע' 688) והשופט זוסמן אינו קובע עמדה במחלוקת זו ומביע עמדה חיובית רק בשאלה נשוא הדיון הנוגעת לתביעת פיצויים בשל הפרת חווה גירושין. עם זאת מן הראוי לציין, שהשופט ברנזון מעיר (שם בע' 689) כי יתכן וניתן לראות בהסכם גירושין "עניני נישואין". שאלה זו לא נדונה לגופה ולא הוכרעה, ברם ניתן לראות בעמדתם של השופטים קיסטר וברנזון גישה חיובית באשר לשאלת הכללת הסכם גירושין במסגרת ענין של נישואין.

בתביעת גירושין. (ב) כל ענין אחר, אפילו לאו דווקא של המעמד האישי, אשר בפועל ממש נכרך על-ידי כן-הזוג בתביעת הגירושין, שהוגשה על-ידי או על-ידי יריבו לבית הדין הרבני, ואשר הכרעתו דרושה לשם חיסול יעיל של יחסי בני-הזוג המתגרשים זה מזה.<sup>65</sup> גם בענין זה אין עמדות אחידות וחד-משמעיות בפסיקת בית המשפט העליון. הגישה הקיצונית, שאין לה תמיכה בדעת הרוב, נקבעה על-ידי השופט קיסטר, אשר סבור כי בית הדין הדן בענין הגירושין "יפסוק בכל מכלול הבעיות המתעוררות בזמן שנפרדת החבילה וביניהם... תביעה על חלוקת הרכוש במידה והרכוש משותף או תביעה... לדירה לאחר הגט ובכלל סידור הרכוש לאחר הגט"<sup>66</sup>. גישה קיצונית אחרת עשויה לגרום שכל השאלות הנוגעות לבעלות ולרכוש אינן ניתנות כלל לכריכה.

גישת הביניים, אשר אומצה בפסיקה, דוחה את מבחן הצדדים המתדיינים גם בתחום זה (מכאן אנלוגיה למבחן שאינו מקובל גם לצורך הגדרת המונח "עניני נישואין") וגורסת שלא כל ענין הנמצא במחלוקת בין בני-הזוג במהלך תביעת גירושין ביניהם ניתן לכריכה בתביעה כזו.<sup>67</sup>

הרציו לגיס המונח מאחורי סעיף 3 לחוק השיפוט הוא האפשרות להסדיר בכת-אחת את כל עניניהם של בני-הזוג לבלי צורך לפנות, לפני מתן הגט או אחריו, לערכאות אחרות.<sup>68</sup> מרציונלה זו נגזר גם הרצון למנוע את פיצול הדיון בענינים השונים העולים מהפקעת הנישואין ואת הטרדת הצדדים ובית המשפט בענין אשר יכול ויתברר ביתר יעילות או באותה יעילות באותה ערכאה אשר בין כה וכה דנה בסכסוך הנדון בין אותם בעלי הדין.<sup>69</sup>

הרציונלה יכולה, איפוא, להתישב עם הגישה הקיצונית, ברם לא נראה לנו כי זוהי כוונתו של המחוקק. ניתן לאמר כי לא להוצאת סמכות כללית מערכאות השיפוט האזרחיות בא סעיף 3 ובמיוחד לא בתחומים שבדרך הרגילה חלים עליהם הדינים הרגילים.

אם נדקדק נוכל למצוא כי המבחן הוא עניני הפסיקה מצמצמת את ה"כריכה" רק לאותם ענינים הצריכים להכרעה עקב הפקעת הנישואין ועולים מהפקעת הנישואין.<sup>70</sup> דהיינו: כל אותם ענינים המוכרחים להסתדר ממש ברגע אחד עם התרת הקשר כדי לאפשר באופן יעיל את מתן הגט בין הצדדים. כל השאלות העשויות להתעורר בין אנשים שאין קשרי נישואין ביניהם, והיכולות להתעורר ללא כל קשר להיותם בני-זוג הנמצאים בהליכי גירושין, לא יהיו כרוכים אפילו ייכרכו בפועל. יש, איפוא, צורך בקשר

65. ע"א 8/59, לעיל הערה 2, בע' 1091.

66. ע"א 456/70 אלכסנדר נ' אלכסנדר, פ"ד כו (1), 735, 740.

67. ע"א 139/75 פלדמן נ' פלדמן, פ"ד ל (1), 263, 267; ראה גם בג"צ 127/64, לעיל הערה 38, בע' 340.

68. ביד"מ 1/60 וינטר נ' בארי, פ"ד טו 1457, 1466.

69. ע"א 501/64 וינשטוק נ' וינשטוק, פ"ד יט (1), 533; ע"א 9/65 אלגים נ' אלגים, פ"ד יט (2), 257, 260-261.

70. ע"א 501/64 הנ"ל, שם בע' 537.

לענין הנישואין<sup>71</sup>. משום כך ניתן להוציא כבר עכשיו את השלישי מסוגי הענינים, שהצבנו לעיל, מגדר הענינים הנתונים לכריכה. לגבי סוג זה של ענינים אין כל הצדקה לנעול את הדלת בפני סמכות הערכאות האזרחיות ולחייב את הצדדים להתדיין לפי דין שונה מזה החל על ענינים אלה דרך כלל. כשם שלא כללנו אותם במונח "עניני נישואין", משום שאין הם מיוחדים לבני-זוג, כך אין לראותם כניתנים לכריכה.

לגבי הכריכה לא נחיל את מבחן המקור המשפטי, שכן סמכות בית הדין רחבה דיה לדון גם בענינים שמקורם המשפטי אינו דיני הנישואין אלא הדין האזרחי הרגיל<sup>72</sup>. אולם ככל שהקשר בין דיני הנישואין ותהליכי הגירושין לבין הענין רחוק יותר כך הסיכוי שניתן יהיה לכרוך אותו בתביעת גירושין קלוש יותר<sup>73</sup>. המבחן אינו חד וחלק הוא גמיש ומשתנה. יכולים אנו אף להניח שענין אשר אצל בני-זוג מסויימים ידרש לשם פירוק יעיל של נישואיהם לא בהכרח עשוי להיות ולהיראות כזה גם אצל בני-זוג אחרים. המבחן אינו מבחן הקשר באופן מופשט, אלא מבחן הקשר בסיטואציה נתונה בין בני-זוג ספציפיים. מבחן זה ייבחן גם לאור העקרונות שהוצגו לעיל.

השני מסוגי הענינים שהצבנו, רובו ככולו, ייכלל בגדר כריכה אפשרית. במקרים כאלה הקשר האמור קרוב יותר. פקיעת הנישואין מערערת או מפקיעה כליל את הקשרים הרכושיים גם אם מקורם ועילתם מחוץ לתחום עניני המעמד האישי ככאלה. תנאי לכך הוא שהענין נכרך בפועל בתביעת הגירושין<sup>74</sup>. אכן נפסק כבר לגבי דירה משותפת, כי

71. ע"א 139/75, לעיל הערה 67. בע' 267; ראה גם בג"צ 155/65 גורוביץ נ' בית הדין הרבני האזורי, ת"א, פ"ד יט (4) 16, 18. המאבחן את הענין הנדון בו לעומת בג"צ 127/64, לעיל הערה 38. בכך שבמקרה האחרון "לא היה כל קשר לענין הנישואין".

72. ע"א 8/59, לעיל הערה 2. בע' 1091; זילברג בספרו, לעיל הערה 3, בע' 372.

73. משום כך יש מקום לאשר את אמרת האגב בבג"צ 127/64, לעיל הערה 38, בו נדונה תביעת בעל לעיקול חלקת אדמה בת 8 דונם, על-פיה "מסופקים אנו אם ענין כזה אפילו הובא כדן לפני בית הדין הרבני ביחד עם תביעת הגירושין נופל בגדר סמכותו של זה" (שם בע' 340). שאלה זו נשארה למטה מן הענין בצריך עיון, אך העיון מצביע על כך שהספק עשוי להפוך לוודאי. ראה לעיל בטקסט סמוך להערות 38-40.

74. אמנם ישנה אמרת אגב של השופט קיסטר בע"א 316/65 ברוק נ' ברוק, פ"ד כ (2) 6, 10 לפיה אם בשעת הדיון בתביעת גירושין גרים שני בני-הזוג המתדיינים בדירה אחת, שהיא דירת הנישואין, יש לראות בשאלת עתיד מגוריהם בדירה וכל הכרוך בכך ענין אשר לפי עצם טיבו וטבעו כרוך בתביעה של גירושין. זוהי גם עמדתו של בית הדין הרבני הגדול לערעורים כפי שבאה לידי ביטוי בתיק ערעורים לה/218, לו/290, פד"ר י 310, 314: "ענין דירת מגורים וחפיצה, הוא מהדברים אשר לכולי עלמא מתחילתם ירדו כרוכים' עם ספר הכריתות, גם אם לא היה נכרך". ברם דעה זו לא אושרה על-ידי בית המשפט העליון בפסיקה מאוחרת יותר. יתר-על-כן, דעה זו סותרת גם פסיקה קודמת, בע"א 8/59, לעיל הערה 2; במקרה זה גרו בני-הזוג יחד בשעת ההתדיינות ובהיעדר כריכה של ממש לא הוענקה סמכות לבית הדין הרבני.

יחד עם זאת, יש הגיון משפטי רב בעמדה זו באשר בית הדין לא יתן פסק דין גירושין בלא שפירק קודם לכן את השיתוף בדירת מגוריהם ווידא כי לכל אחד מהם מקום מגורים נפרד. זאת באשר על-פי הדין העברי "מי שגירש את אשתו מן הנישואין לא תדור עמו בחצר שמא יבואו לידי זנות" (רמב"ם, הלכות איסורי ביאה, פרק כא, הלכה כו; שו"ע, אבן העזר, הלכות גיטין, סימן קיט, סעיף ז). על גישת בתי הדין הרבניים בישראל ראה תיק 791/תשל"ו, פד"ר י 209. כאן דובר בעסק

שאלת פינויה<sup>75</sup>, הזכות למגורים בה<sup>76</sup> וגם ההכרעה בדבר הבעלות בה<sup>77</sup> כרוכות באופן ישיר ואמיץ בנישואי בני-הזוג ועל-כן גם ההכרעה בשאלות אלה דרושה לשם חיסול יעיל של עניני בני-הזוג המתגרשים. הכריכה מוציאה את הענין מסמכותם של ערכאות השיפוט האזרחיות ולבית הדין מוקנים הכוחות הנדרשים להכרעה יעילה. כך, למשל, יהיה בית הדין רשאי למצוא הסדר מתאים לפירוק השיתוף כדירת המגורים של בני-הזוג כאשר ענין זה נכרך כדין<sup>78</sup>.

לאחרונה נתנה הפסיקה תשובה חיובית גם לאפשרות כריכתה של חלוקת הרכוש המשותף, מכוח הסכם או מכוח הלכת השיתוף בנכסים, בתביעת גירושין<sup>79</sup>. והדין עמה. פקיעת הנישואין מפקיעה את הזכויות המוקנות לבני-הזוג עקב הלכת שיתוף הנכסים מכאן ולהבא ומשום כך הענין מתעורר בקשר להיותם מצויים בהליכי גירושין. הענין מוכרח להיות מוכרע עם הגירושין, הוא מתעורר בקשר להיותם בני-זוג שהחיים המשותפים ההרמוניים שביניהם הביאום ליצירת רכושם המשותף. מאידך גיסא, אין ענין זה כרוך מעצם טיבו וטבעו בתביעת גירושין מן הטעמים שנעמוד עליהם בהמשך<sup>80</sup>. עם זאת, מסופקים אנו אם תביעתו של בן-זוג להכיר בשיתוף נכסים, מכוח הלכת השיתוף, כשהיא עומדת בפני עצמה כתביעה עיקרית ולא כענין הטפל לחלוקת הרכוש ניתנת לכריכה בתביעת הגירושין. כאן השיקולים מעורבים. בחלקם הם כאלה המציבים את השאלות בתחום הסוג השני של הענינים ובחלקם מציבים אותן בתחום הסוג השלישי. במיוחד כאשר ספק רב הוא אם בתי הדין הרבניים יחילו את הלכת שיתוף הנכסים שהורתה ולידתה היא בתי המשפט האזרחיים ומכוח הוראות הדין האזרחי<sup>81</sup>.

משותף ואף-על-פי-כן נדרשו בני-הזוג לחלק את העסק בטרם יינתן פסק הגירושין ויסודר ביניהם הגט. מצב משפטי זה מחייב לאמץ את מסקנתו של השופט קיסטר.

75. ע"א 8/59, לעיל הערה 2.
76. בג"צ 155/65, לעיל הערה 71; ע"א 316/65, לעיל הערה 74.
77. ע"א 139/75, לעיל הערה 67.
78. זהו כל עיקרה של הקניית הסמכות לבית הדין בענין כרוך מכוח סעיף 3 לחוק שיפוט בתי דין רבניים. הרעיון המנחה הקניה כזו של סמכות מלווה גם תחומים משפטיים אחרים, אשר למרות ההבדלים זהים בתכנית הבעיות בהיותם משתייכים למודל כללי של פירוק קשר בין אנשים. כך, למשל, רשאי בית המשפט המחוזי בדונו בתביעת פירוק שותפות לפסוק גם בענין זכויות במקרקעין, המוחזקים על-ידי השותפות, בין השותפים לשותפות ובינם לבין עצמם. ראה ע"א 44/52 כהן נ' גלזר, פ"ע ט 108; ע"א 190/55 רוזנהיים נ' רוזנהיים פ"ד י 903; ע"א 344/64 שבצניק נ' ברגר, פ"ד יט (1) 288. ראה גם לעיל הערה 74.
79. ע"א 866/75 שביט נ' שביט (טרם פורסם); בג"צ 661/77 הבר נ' בית הדין הרבני הגדול לערעורים, פ"ד לב (3) 324; מגמה כזו הסתמנה בפסיקה עוד קודם לכן, ברם ההתייחסות לשאלה, עד לפסק שביט, היחה תמיד רק אגב אורחא, ראה: בג"צ 127/64, לעיל הערה 38, בע' 341; ע"א 336/68 לויץ נ' לויץ, פ"ד כב (2) 944 (דברי השופט זוסמן); ע"א 456/70 אלכסנדר נ' אלכסנדר, פ"ד כו (1) 739, 735; ע"א 359/75 יהלומי נ' יהלומי, פ"ד לא (2) 25; ע"א 164/71 צפניה נ' צפניה, פ"ד כו (1) 519, 515 (בדברי השופט לנדוי, שהיה אמנם בדעת מיעוט, אך לא בנקודה זו כשלעצמה) י' זוסמן, סדרי הדין האזרחי (תל-אביב, מהדורה 4, תשל"ד) 15.
80. ראה להלן בטקסט סמוך להערות 106-108.
81. יתכן ובג"צ 23/76 נאווי נ' בית הדין הרבני הגדול לערעורים, פ"ד ל (2) 514, יכול ללמדנו כי גם

התנאים אשר נדרשים כדי להקנות לבית הדין סמכות שיפוט יעילה בכריכת עניני הרכוש שבין בני-זוג בתביעת הגירושין זהים לאלה אשר נקבעו לצורך כריכת מזונות האשה (כנות ותום לב)<sup>82</sup>. ברם דרכי ההוכחה של תנאים אלה שונות זו מזו עקב הנסיבות המיוחדות של כל סוג מקרים<sup>83</sup>. בפסיקתו הגביל בית המשפט העליון את אפשרות הכריכה למקרים של מתן גט או מתן פסק לגירושין. הסדר עניני הרכוש אינו כרוך בתביעת הגירושין עצמה<sup>84</sup>. הטעם

תביעה הנוגעת לקיומו של משטר שיתוף נכסים בין בני-זוג ניתנת לכריכה, שכן שם מדבר הנשיא באופן כללי על סמכותו של בית הדין לפסוק בעניני רכוש של בעל ואשה המתדיינים לפניו בקשר לסכסוך גירושין. ברם שם נדחתה התביעה מטעם אחר כמפורט בטקסט להלן.

גם בע"א 866/75 שביט נ' שביט הנ"ל מדבר בית המשפט על אפשרות הכריכה של "עניני הרכוש" בכלל. מונח זה עשוי לשמש כלי קיבול לכל בעיה רכושית בין בני-זוג הנובעת מקשר הנישואין שביניהם. כולל, כנראה, את שאלת עצם קיומו של משטר שיתוף נכסים ביניהם. בפסק שביט עצמו עתרה האשה לפסק הצהרתי בגין קנינה המשותף בנכסי בעלה.

עם זאת יש לציין כי כאשר מתבררת בפני בית הדין תביעה לחלוקת רכוש מתחייב גם דיון קודם בשאלת מקור הזכות של כל אחד מבני-זוג ואופייה. במקרה כזה מוקנית לבית הדין הסמכות לדון בשאלה זו כענין אגבי המחייב תשובה לצורך הכרעה בתביעה העיקרית (היא שאלת דרך חלוקת הרכוש ואופניו).

82. ע"א 866/75, שביט נ' שביט הנ"ל; על תנאי הכריכה של מזונות האשה בתביעת גירושין ראה מ' שאוה, לעיל הערה 60. בע"א 184/75 דויטש נ' דויטש, פ"ד כט (2) 525 נמנע בית המשפט מהרחבת מבחני הכריכה הנ"ל על כריכת תביעה להחזקת קטנינים בתביעת גירושין. נימוקיו של בית המשפט היו שתביעה כזו כרוכה מעצם טיבה וטבעה בתביעת הגירושין וענין כזה אינו עולה בקנה אחד עם מבחני הכריכה.

83. ע"א 866/75 שביט נ' שביט הנ"ל; ראה גם ע"א 617/78 בן-יחזקאל נ' בן-יחזקאל, פ"ד לג (1) 693; ע"א 423/79 צברי נ' צברי, פ"ד לה (4) 242.

84. בג"צ 23/76, לעיל הערה 81, בע' 516; ע"א 359/75, לעיל הערה 79; בג"צ 661/77, לעיל הערה 79; בג"צ 644/79 גוטמן נ' בית הדין הרבני האיזורי, תל-אביב, פ"ד לד (1) 443. כן ראה לענין תביעה להחזקת קטין הכרוכה בגירושין, שעם דחיית התביעה לגירושין או ביטולה נופלת גם התביעה הכרוכה בה: ע"א 425/63 מזרחי נ' מזרחי, פ"ד יח (1) 325, 336-335.

מהי הדרך העיונית להגיע לתוצאה זו? כיוון שעל-פי העקרון הידוע סמכות השיפוט של בית הדין מתגבשת בעת הגשת התביעה — בג"צ 159/63 אילון נ' הרב ש' ב' ורנר, פ"ד יז 2339, 2341; בר"ע 13/66 פלונית נ' פלוני, פ"ד כ (2) 512, 516 — חייבים אנו לקבוע כי גם לגבי הענין הנכרך נקבעת סמכותו של בית הדין עם הגשת התביעה ובעת הגשתה (ע"א 184/75 דויטש נ' דויטש, לעיל הערה 82, בע' 530). אלא שעם ביטול תביעת הגירושין או דחייתה נפקת הסמכות של בית הדין, שכן אין לתביעה הטפלה כל תביעה עיקרית לסמוך עליה. ברם, מאידך גיסא, מאחר והסמכות בענין הטפל נקנית עם הגשת התביעה העיקרית לא מתחייבת מכך התוצאה שדחיית התביעה העיקרית תפיל את התביעה הטפלה. ניתן לטעון כי הסמכות עליה נקתה על-ידי בית דין קודם לכן עקב התביעה העיקרית שנדונה בבית הדין וברגע הגשתה.

דרך עיונית אפשרית אחרת היא לקבוע כי הסמכות בענינים שנכרכו תלויה בקיומה הנמשך של תביעת גירושין ואינה נקנית סופית עם הגשת התביעה וברגע הגשתה. בית הדין קונה בתביעות שנכרכו רק סמכות מותנית. הסמכות המלאה מתגבש רק עם מתן פסק הגירושין. ברם, דרך כזו איננה מתיישבת עם העקרון של התגבשות הסמכות בעת הגשת התביעה. מפירוש כזה של המונח



להגבלה זו נעוץ בכך שכל עיקרה של הכריכה הוא לכרות את כל הסכסוכים הנובעים מן הגירושין בין בני-הזוג ולחסל חיסול יעיל את כל השאלות שכורח המציאות הוא שיידונו יחד עם תביעת הגירושין. באין פסק לגירושין אין בית-הדין מוסמך לפסוק בשאלת הרכוש. כאן לפנינו מוקדם ומאוחר, עיקר וטפל. המוקדם והעיקר הוא פסק הגירושין, המאוחר והטפל הוא הדיון בסוגיות הרכוש, המתעורר עקב הגירושין; ויש מוקדם ומאוחר בענין זה. כשהעיקר, תביעת הגירושין, נדחה או מתבטל נופל עמו גם הטפל, כל תביעה שנכרכה בו<sup>85</sup>. פסק גירושין, לצורך הלכה זו, הוא "בין שנאמר בו כי יש לכפות או לחייב מתן או קבלת הגט ובין שנאמר בו כי מצווה או רצוי לתת או לקבל את הגט, באשר כל אלה צורות שונות הן בפסק הגירושין על פי המשפט העברי"<sup>86</sup>. בכל אחד ממקרים אלה הכריכה מקנה לבית הדין סמכות ייחודית לדון בענין הנכרך.

"כרוך" עשוי לנכוע כי הכריכה אינה לתביעת הגירושין אלא לפסק הגירושין וזאת בניגוד ללשונה של הוראת החוק הקובעת כריכה לתביעת הגירושין.

מסופקים אנו, איפוא, אם יש להלכת בית המשפט העליון בסיס עליו תוכל לסמוך. יתכן שניתן להצדיק הלכה זו רק במקרה של ביטול תביעת הגירושין, אך לא במקרה של דיון בתביעה כזו לעיצומו של ענין ודחיתה על-ידי בית הדין. הלכתו של בית המשפט העליון בוקרה קשה על-ידי בית הדין הרבני הגדול לערעורים בערעורים לה/218, לו/290, פד"ר י 310. נראה לנו גם כי יש לצמצם את הקביעה רק לתחומים בהם אין כל חשיבות להכרעה בתביעות הכרוכות אלא במקרה של גירושין. מכאן יש למעט, למשל, תביעת מזונות אשה, הכרוכה בתביעת גירושין. ענינה של תביעה כזו הוא רק עד מתן הגט ולא מעבר לו. (ע"א 9/65, לעיל הערה 69, בע' 259). ענינה של שעת בירורה של תביעה כזו חייבת להקדים את בירור תביעת הגירושין; זאת ועוד, אין גם כל הכרח במתן פסק הגירושין לצורך קביעת המזונות, שהרי אלה נובעים דווקא מהמשך יחסי הנישואין. ראה תמ"א (ת"א) 2154/79 גוטהלף נ' גוטהלף, פ"מ תשמ"ב 1, 213.

85. אין משמעות הלכה זו שבית הדין אינו מוסמך לדון בשאלת הרכוש לפני שפסק על החובה להתגרש. הסמכות לדון קמה מומן שהוגשה התביעה. אולם אם תנדחה תביעת הגירושין לא יהיה בית-הדין מוסמך לפסוק בענין הרכוש, שכן במקרה כזה תיפול כל תביעה הכרוכה בתביעת הגירושין. ראה ע"א 617/78, לעיל הערה 83, בע' 695-696.

86. בג"צ 644/79, לעיל הערה 84, בע' 448; בכך אימץ בית המשפט את דעת הרוב בבג"צ 661/77, לעיל הערה 79; כן ראה גם ע"א 866/75 שביט נ' שביט הנ"ל.

## חלק שלישי

# סמכות השיפוט בענינים הנובעים מחוק יחסי ממון בין בני-זוג, תשל"ג-1973

### פתח דבר והצגת הבעיה

חוק יחסי ממון בין בני-זוג הנו הסדר טריטוריאלי המחייב גם את בתי הדין הדתיים (סעיף 13(ב) לחוק). מבחינה זו ועל-פי הגישה שהצגנו קודם לכן יש בו כדי לצמצם את המונח "עניני נישואין" בכל הנוגע להיקף תחולת הדין האישי בענינים שחוק זה דן בהם<sup>87</sup>. עם זאת, כשם שלא הרי דיני ישראל הנדונים בבית דין דתי כדנינים אלה כשהם נדונים בבית משפט אזרחי<sup>88</sup>, כך ניתן גם לומר, כי לא הרי חוק ישראלי הנדון בבית משפט אזרחי כהרי חוק כזה הנדון בבית דין דתי. שונה הגישה, שונות דרכי הדיון ושונה לפעמים גם התוכן הממשי של הפסק<sup>89</sup>. ברם שלא כדוגמת חוק שיווי זכויות האשה קובע החוק הוראה המשמרת את הדין הקיים בענין סמכות השיפוט של בתי-הדין הדתיים: "חוק זה אינו בא לשנות מסמכות שיפוטם של בתי הדין הדתיים" (סעיף 13(א)

87. פרשנות המלים "בענין שחוק זה דן בו" בסעיף 13(ב) לחוק — האוצלת גם על היקף תחולת החוק בבתי הדין הדתיים וממילא על גבולות הצמצום של הדין הדתי — מחייבת דיון נפרד. ראה דיון על כך בשער השלישי.

88. ע"א 238/53, לעיל הערה 3, בע' 19.

89. בתי הדין הדתיים אינם כפופים לעקרונות התקדים המחייב ולדעתנו אין הם קשורים לפרשנות החוק כפי שנקבעה על-ידי בית המשפט העליון הן בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים והן בשבתו כבית משפט גבוה לצדק. ראה על כך רשימתנו לעיל הערה 22; כן ראה מ' דרורי "מי מוסמך לפרש הוראות חוק חילוני המופנות לבית דין דתי?" עיוני משפט ג (תשל"ד) 941 וי' שילה "עוד לבעית ההתנגשות בין הערכאה האזרחית לערכאה הדתית" עיוני משפט ג (תשל"ד) 946.

בתי המשפט יוצאים כנראה מתוך הנחה כי פסקי הדין של בית המשפט העליון המפרשים את חוקי הכנסת מהווים תקדים מחייב בבתי הדין הדתיים. ראה למשל: ד"נ 23/69 יוסף נ' יוסף, פ"ד כד (1) 792, 809; ד"נ 10/69 בורונבסקי נ' הרבנים הראשיים לישראל, פ"ד כה (1) 7, 15. על השאלה אם הדרך של הטלת נורמות אזרחיות על בתי הדין הדתיים הוכיחה עצמה כיעילה ראה י' אנגלרד "מעמדו של הדין הדתי במשפט הישראלי" משפטים ד (תשל"ב) 31, 46.

לחוק). הוראה משמרת זו מנציחה את סמכות השיפוט כפי שהיתה עובר לחקיקת החוק. החוק מכוחו הוא אינו מוסיף או גורע מסמכותן של הערכאות השיפוטיות<sup>90</sup>. השאלה הקשה היא, מהו המצב המשפטי אותו משמר החוק?

## פרק ראשון

### במהלך הנישואין

התשובה לשאלה זו יכולה להינתן משתי נקודות מבט שונות בתכלית. אפשרות פרשנית אחת היא כדלקמן: בהיות חוק יחסי ממון בין בני-זוג הוראה טריטוריאליה השומרת עם זאת על סמכותם של בתי-הדין הדתיים ניתן יהיה לומר, כפי שראינו כבר קודם לכן, כי תוכן הדין השתנה אך עקרון קביעת הסמכות נשאר בעינו. רוצה לאמר: כאן תחול האבחנה בין התוכן המהותי של המונח "עניני נישואין", לצורך חלותו של הדין הדתי (אשר צומצם), לבין הגדרתו ומיונו של המונח לצורך שאלת הסמכות (אשר נשמר)<sup>91</sup>. את ההוראה המשמרת של סעיף 13(א) לחוק נפרש כמשמרת את עקרון קביעת הסמכות, היינו את משמעותו המקורית של המונח "עניני נישואין" כפי שפורש קודם לכן בפסיקה<sup>92</sup>. באופן כזה נוכל, כנראה, לכלול את ההסדר שבחוק בכללותו בגדר המונח המוזכר לצורך קביעת סמכות השיפוט<sup>93</sup>. שהרי החוק חל באופן מיוחד רק על זוגות נשואים. הוא נובע ממעמד הנישואין ומקיים הסדר המיוחד בני-זוג נשואים בתחום הדין האזרחי. תביעות על-פי החוק נובעות, לכאורה, מחובה אשר נוצרה עקב הנישואין מכוח החוק.

כנגד אפשרות ראשונה זו, שהחוק כולו יסווג בגדר "ענין של נישואין" ותביעות על-פיו יידונו ייחודית בבתי הדין הדתיים בלבד, עשויה לעלות טענה לסתור. הוראות סעיפי החוק השונים מציינים את שתי ערכאות השיפוט כאחד. אם כולו בגדר ענין של נישואין כיצד יוכל גם בית המשפט להיות מוסמך? התשובה לכך היא פשוטה. ישנם בני-זוג זרים או חסרי עדה דתית. על אלה מוסמך רק בית המשפט גם אם הענין הוא ענין של נישואין. המחוקק חייב היה, איפוא, לציין במפורש גם ערכאה זו.

90. ראה ח"כ ח' י' צדוק בהביאו את החוק לקריאה שניה, ד"כ 68 (תשל"ג) 4263: "ענינים שהיו עד כה בסמכותם הייחודית של בתי-הדין הדתיים יוסיפו להיות בסמכותם הייחודית. בענינים שלגביהם הסמכות של בתי הדין הדתיים היתה מותנית עד כה בהסכמת הצדדים היא תוסיף להיות מותנית בהסכמת הצדדים".

בהצעת החוק (סעיף 18(א) להצעה) ננקטה לשון רחבה יותר על-פיה "חוק זה אינו בא לגרוע מסמכות שיפוטם של בתי הדין הדתיים". מכאן יכול היה להשתמע שאין כוחו של החוק יפה לגרוע מסמכותם של בתי הדין הדתיים, אך החוק מכוחו יכול דווקא להוסיף עליה.

91. ראה לעיל בטקסט סמוך להערות 21-22.

92. ראה לעיל בטקסט סמוך להערות 13-18.

93. זוהי דעתו של א' ליבנה "יחסי ממון בנישואין" משפטים ג (תשל"ב) 570, 571.

ברם קיימת גם אפשרות פרשנית שניה. ההסדר שבחוק הוא יצירה חדשה שלא היתה נחלתו של המשפט הישראלי בעבר. אם תרצה לאמר כי החוק הוא חליפו של המשטר הרכושי שהיה חל על זוגות אשר נישאו לפני תחולת החוק, היינו: הלכת שיתוף הנכסים, הרי ראינו כבר לעיל כי ענינים אלה נדונו בבתי המשפט האזרחיים כאשר לא ניתן היה לכוללם יחד במונח "עניני נישואין"<sup>94</sup>.

אם ננקוט באפשרות הראשונה תשתנה סמכותם של בתי הדין הדתיים לעומת זו שהיתה להם עובר לחקיקת החוק. יהא בכך משום הקניית סמכות לבתי דין אלה מכוחו של החוק עצמו גם אם להלכה נראה כאילו לפנינו רק יישום של הוראות החוק למונח "עניני נישואין". אין כל ספק כי אין כוונת החוק לפתור את בעיית הסמכות מתוכו ולהקנותה מכוחו, אלא להנציח את המצב הקודם ששרר בפועל בסוגיה המוסדרת על-ידו. האפשרות הראשונה רק נחזית כמנציחה מצב קיים, למעשה היא משנה אותו מכוחו של החוק עצמו. ענינים שנדונו קודם לכן על-ידי בית המשפט יידונו עתה ייחודית בבתי הדין הדתיים.

הפתרון, לדעתנו, מונח בדרך שבה יש למיין את הוראות החוק. רוצה לאמר, גם אם נצעד את הצעד הראשון ונסכים שהגדרתו ומינוו של המונח "עניני נישואין" לצורך קביעת סמכות השיפוט נשמרו, לא נתחייב בצעד השני של הכללת ההסדר שבחוק בגדר מונח זה. נראה לנו, כי המחוקק עצמו שיבץ את הסדרי החוק בתחום דיני החוזים ולא בתחום עניני הנישואין<sup>95</sup>. סעיף 3 לחוק קובע:

"לא עשו בני הזוג הסכם ממון... יראום כמסכימים להסדר איזון המשאבים לפי פרק זה, ויראו הסדר זה כמוסכם בהסכם ממון בעל תוקף שנתמלאו בו הוראות סעיף 2".

פיקציה הסכמית זו מהווה מבע מפורש של המחוקק לרצונו ולכוונתו להציב את החוק בתחום דיני החוזים וקביעה כי זכויות לפי הסדר איזון משאבים לא ייחשבו כ"עניני נישואין" ולא יסווגו כך, אף כי בהיעדר הוראה סטטוטורית זו ייתכן ולא היה מנוס מסיווג כזה. רוצה לאמר, גם אם זכויותיהם של בני-הזוג נובעות מקשר הנישואין שביניהם השאלה היא אם גם המחוקק ראה את ההסדר כ"ענין של נישואין"<sup>96</sup>. זכויותיהם של בני-הזוג הן פרי יצירת החוק ואין הן נשאבות מן הדין הדתי בתחום עניני הנישואין. אם הוא בחר לעגן אותן בתחום דיני החוזים ולא בתחום דיני המשפחה עלינו לקבל זאת מידי ולא להרהר אחריו במיון אפשרי אחר מכוח המבחנים הכלליים שנקבעו קודם לכן, שכן כלל ופרט הפרט עדיף.

מיון ההסדר שבחוק על-ידי המחוקק בגדר דיני החוזים איננו שרירותי וחסר הגיון. מצויות דוגמאות למיון זהה הן בתחום הקלסיפיקציה כברירת הדין<sup>97</sup> והן בתחום חלוקת

94. ראה לעיל בטקסט סמוך להערות 33-37.

95. ראה ד' פלך, לעיל הערה 53, בע' 846; פ' שיפמן "יחסי ממון בין בני-זוג" קובץ ההרצאות בימי העיון לשופטים (תשל"ה) 126, 127 ה"ש 15.

96. התחשבות בדרך המיון של המחוקק ובאופן שבו הוא רואה את התחום המשפטי ראה ע"א 376/46, לעיל הערה 17, בע' 261-262.

97. בפסק הלון: הלכת [1900] A.C. 21 *De Nicols v. Curlier* מיינ בית משפט אנגלי את הסדר שותפות הנכסים בצרפת על-פיו בהיעדר הסכם ממון בין הצדדים חל באופן אוטומטי ההסדר

החקיקה במדינות פדרליות<sup>98</sup>. בשתי הדוגמאות סוג התחום נשוא דיונונו בגדר דיני החוזים והקניין ולא בגדר "עניני נישואין". גם חוק יחסי ממון בין בני-זוג מעוגן, מבחינת המיון המשפטי, ולצרכים שונים, בתחום דיני החוזים. בהיעדר כללי מיון של המשפט הישראלי הקובעים את הדין הממין בסוגיות הבינדיות — בין הדין הדתי למשפט האזרחי-טריטוריאלי — עלינו לפנות בדרך אנלוגיה לכללי המיון של המשפט הבינלאומי הפרטי החלים בישראל כדי להיעזר בהם<sup>99</sup>; במיוחד אם כללים אלה הם גם פרי הגיון משפטי ושכל ישר. כללי מיון אלה מורים כי הוראת חוק או כלל משפטי ימוינו לפי הוראות הדין ממנו הם שאובים<sup>100</sup>. גם "ענין של נישואין" וגם הוראות סעיף 3 לחוק יחסי ממון בין בני-זוג הן הוראותיו של הדין האזרחי הישראלי ולפיכך יש למיין את שתיהן, ובמיוחד בשילובן ההדדי, על-פי הוראות הדין האזרחי כאמור לעיל<sup>101</sup>. מסקנתנו הינה כי אין לשבחן את הוראות החוק כיחידה אחת א-פריורי בקטיגוריה של "עניני נישואין". תביעות שונות תידונה בערכאה אשר תיקבע על-פי המבחנים שנקבעו עובר לחוק<sup>102</sup>. למסקנה זו תוצאות מרחיקות לכת.

מכוח החוק כענין חוזי תוך שהרחיב את קטגוריית החוזים כפי שהיא מובנת למשפט האנגלי. בית המשפט ראה בכך הסכם מכללא מכוח החוק לאימוץ משטר רכוש.

98. בקנה קובע סעיף 26)91 לחוקה את סמכותו של הפרלמנט הפדרלי לחוקק "בעניני נישואין וגירושין" וסעיף 92)13 את סמכותם של הפרובינציות לחוקק בעניני "רכוש וזכויות אזרחיות בפרובינציה". יחסי ממון בין בני-זוג פורשו כנכללים בגדר עניני רכוש ולא בתחום עניני הנישואין ולכן הוצאו מגדר ההסדר הפדרלי. ראה על כך R.W. Bartke "Marital Property Law Reform: Canadian Style" 25 *Am. J. of Com. L.* (1977) 46, 49.

99. על האפשרות להיעזר בכללי המשפט הבינלאומי הפרטי לצורך פתרון בעיות קונפליקטואליות במישור המקומי ראה מ' שאוה, לעיל הערה 3, בע' 130-133.

100. *Huntington v. Attrill* (1893) A.C. 150; *In the Estate of Maldonado* [1954] P. 233; *Leroux v. Brown* (1852) 12 C.B. 801; *Ogden v. Ogden* (1908) P. 46; G.C. Cheshire, *Private International Law* (London, 9th ed., 1974) 46 et seq.; R.H. Graveson, *Conflict of Laws* (London, 7th ed., 1974) 46 et seq.; A.H. Robertson, *Characterization in the Conflict of Laws* (Boston, 1940) 130 et seq.

101. אין בפסיקה אשר קבעה כי הגדרות מונחי המעמד האישי יפורשו לפי דיני הערות הדתיות השונות בכל מקרה (כגון: H.C. 22/39 *Shtark v. Chief Execution Officer, Tel-Aviv*, (1939) 6 P.L.R.; S.T. 3/45 *Baranovicz v. Baranovicz*, (1945) 13 P.L.R. 133, בע' 24-25) כדי לפגוע בטענתנו, שכן באותם מקרים המונחים או הכללים אשר נדרשו למיון במסגרת הגדרות עניני המעמד האישי נשאבו מתוך הדין הדתי עצמו והשופט זילברג בספרו הנ"ל מצייין כי (שם בע' 8) השוני בדין המטריאלי הוא הגורר אחריו מיון כאמור. מה שאין כן במקרה שלנו. ואכן כאשר נדרשה הפסיקה למיין ולהגדיר עניני מעמד אישי שאינם שאובים מן הדין הדתי ואינם נובעים מתוכו היא מיינה אותם לפי הדין החילוני ממנו נשאבו, ראה ביד"מ 1/49, לעיל הערה 10; בג"צ 106/79 מחזיל נ' מחזיל, פ"ד לר (1) 825. מבחינה זו ענינונו אף מרחיק יותר לכת ממקרה זה.

102. עם זאת נראית לנו המסקנה שסעיף 2(א). העוסק באישור ובאימות הסכם ממון, יקנה סמכות גם לבית הדין הרבני. אימות כזה הוא אקט אדמיניסטרטיבי בעיקרו ואינו ענין של תובענה או של סכסוך משפטי שלגביו מוקנית סמכות השיפוט בסעיף 13(א) לחוק. סעיף 13(א) העוסק בסמכות שיפוט איננו חל עליו כלל (המחוקק עצמו מבחין בין אישור כזה לבין סוגיית סמכות השיפוט בכללותה: "...הסכם ממון טעון אישור... או בית הדין הדתי שלו סמכות השיפוט בעניני נישואין וגירושין של בני-הזוג") אלא סעיף 2 מכוחו הוא מקנה סמכות.

(א) כל תביעה על-פי החוק במהלך הנישואין תידון ותתברר בבית המשפט האזרחי.  
 (ב) גם הסכמתם של בני-הזוג לא תועיל להקנות לבית הדין הדתי שיפוט במקרים אלה, כשאין הסמכות מוקנית לו ייחודית, מאחר והענין אינו כלול בגדר עניני המעמד האישי. רוצה לאמר: אפשרות הבחירה להתדיין בפני בית הדין הדתי נמנעת במקרים כאלה מבני-זוג אפילו בהסכמה הדדית<sup>103</sup>. תוצאה זו לא נחזתה על-ידי המחוקק, אשר חפץ, כנראה, להקנות לבית הדין שיפוט מקביל מכוח הסכמת הצדדים<sup>104</sup>.  
 על המסקנה האמורה מאיימים סעיפים 11-12 לחוק. סעיפים אלה, הדנים בענינים העשויים להתעורר במהלך הנישואין, מונים גם את בית הדין. אם אין התביעות מכוח החוק נכללות בגדר "עניני נישואין" לשם מה מאזכרים אותו הסעיפים, הלא במקרה כזה לא יוכל הענין להתברר בפני בית הדין בשום מקרה?  
 לטענה זו שתי תשובות אפשריות:

האחת, מן העובדה שהחוק מאזכר בהוראותיו השונות את שתי ערכאות השיפוט בנשימה אחת איננה נופקת מסקנה כלשהי מבחינת כללי הסמכות; בודאי לא מסקנה המוסיפה סמכות לבתי הדין הדתיים. סעיף 13(א) הוא לבדו קובע את הסמכות. הוראות הסעיפים השונים של החוק רק מעניקים את הכוחות המסורים לערכאות השיפוט המוסמכות כאשר ענין מסויים כבר נמצא בסמכותם לאחר שהוקנתה מכוח הסעיף האמור. רוצה לאמר, הערכאה המוסמכת, אשר נקבעה על-פי סעיף 13(א) לחוק, רשאית להפעיל את הכוחות המוענקים לה בהוראות השונות של סעיפי החוק. המחוקק אשר קבע את חלוקת הסמכות בין הערכאות באופן כללי בלבד, על-ידי שימור המצב הקיים, לא יכול היה לתת דעתו מראש לכל פרטי החלוקה. הוא העדיף על כן למסור לשני סוגי ערכאות השיפוט כוחות זהים אשר יופעלו על-ידן במידה והסמכות תוקנה להן מכוח סעיף 13(א) לחוק. אזכורן של שתי הערכאות השיפוטיות בסעיפי החוק השונים אין בו, איפוא, שום סימן או הוכחה לעצם הקניית הסמכות ואין בו כדי להוסיף סמכות או לגרוע

103. אם הענין אינו "ענין של נישואין" ואין הוא נכלל בגדר עניני המעמד האישי, גם הסכמת בני-הזוג אין בה להקנות שיפוט מקביל לבית הדין. ראה על כך בג"צ 283/72 בוארון נ' בית הדין הרבני האזורי ת"א, פ"ד כו (2) 727. על כך שאין בהסכמה כדי להקנות סמכות כאשר זו תלויה בחוק, ראה: H.C. 101/42 Fenigstein-Levi v. Chief Execution Officer, Jerusalem, (1942) 9 P.L.R.

553; ע"א 578/70 האניה "פדה" ובעליה נ' Lloyds Underwriters ואח', פ"ד כה (2) 733.  
 104. ראה דברי ח"כ ח' צדוק, ד"כ 68 (תשל"ג) 4263: "אם כן לפני בני-זוג שהשקפת עולמם היא דתית לא נסגרה בחוק הדרך לבוא בפני בית דין דתי ולהתדיין לפני בית הדין הדתי... והוא יכול לפי סעיף 13(ב) כשהוא מגיע לכלל התדיינות לבוא לפני בית הדין הדתי ולומר לבית הדין: אנו רוצים להתדיין לפניך... שום דרך לא נסגרת לפני זוג שהשקפת עולמו היא דתית, להתדיין לפני בית-דין דתי אם הוא רוצה בכך... אנחנו רוצים להבטיח שההסכמה לסמכות בית-דין דתי, תהא הסכמה שבשיוקול דעת... והם יתנו את דעתם על השאלה הספציפית הזאת כאשר היא תעמוד לפניהם כשאלה מעשית, כאשר ההתדיינות היא ענין ממשי" ככל שדברים אלה מכוונים להסכמה לדין בבית הדין הדתי במהלך הנישואין נראה לנו שאין להם על מה שיסמכו. גם אם זו היתה כוונת המחוקק הוא לא השכיל להכשיר את הכלים המתאימים לכך. לכל היותר ניתן יהיה לקבל דברים אלה לגבי דיון הכרוך בתביעת גירושין. לגבי ענין זה ראה בהמשך.

## במהלך הנישואין

ממנה. מן הראוי לציין כי כתר המקוריות לשיטה זו אינו נישא על-ידי החוק שלפנינו. המחוקק נקט כבר דרך זו פעמים מספר בעבר, אם כי בצורה קצת אחרת<sup>105</sup>. השניה, הענינים הנדונים בסעיפים 11-12 לחוק עשויים להתעורר גם במקרים בהם לבתי הדין סמכות שיפוט, כגון בעת דיון בתביעת גירושין, כענין הכרוך בתביעה כזו. הליך גירושין הוא ממושך ובמהלכו עשויה להתעורר דרישה להפעלת הכוחות המסורים לערכאות השיפוט בסעיפים אלה. משום כך לא בכדי אזכר בהם המחוקק גם את בית הדין.

105. כך בסעיף 27(ב) לחוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981: "...כל מקום שמדובר בו בבית משפט יראו כאילו מדובר בו בבית דין דתי". כאן מושגת אותה מטרה בדרך של אזכור כולל ולא בדרך של פירוט בכל אחד מן הסעיפים הרלבנטיים. כן ראה סעיף 79 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962.

## פרק שני

### במהלך דיון בתביעת גירושין

זכות האיזון מתגבשת עם פקיעת הנישואין עקב גירושין או עקב מותו של בן-הזוג (סעיף 5(א) לחוק). מימוש הזכות נעשה, איפוא, בתהליך הגירושין ורק עם פקיעת הנישואין כאשר הזכות מתגבשת.

אין עוד צורך להרחיב את הדיבור על כך שתביעה לאיזון משאבים ניתנת לכריכה בפועל בתביעת גירושין וזאת בהתאם למבחנים אשר פורטו בפרק הקודם. תביעת האיזון טעונה הכרעה עקב פקיעת הנישואין. היא נובעת מפקיעתם. היא מתבררת רק בין אנשים שיש ביניהם קשר נישואין ואינה יכולה להתעורר ללא קשר להיותם בני-זוג הנמצאים בהליכי גירושין<sup>106</sup>.

יתר-על-כן, נוטים אנו לדעה כי תביעת איזון משאבים והסדרם בין יהודים הכפופים לסמכות השיפוט של בית הדין הדתי תהיה כרוכה מעצם טיבה וטבעה בתביעת הגירושין ותימצא במקרה כזה בסמכותו הייחודית של בית הדין<sup>107</sup>. זאת מן הטעמים הבאים: תביעות למימוש הזכות על-פי החוק מותנות בפקיעת הנישואין וניתן להגישן רק במועד זה. אלה הן תביעות שמועד הגשתן ועצם מימוש הזכות העומדת ביסודן קשורים קשר הדוק ואינטימי בענין הגירושין<sup>108</sup>. הגירושין בידי ישראל נערכים בדרך כלל רק בהסכמת בני-הזוג. להסדר איזון המשאבים או להסדר אחר כלשהו על-פי הסכם ממון נודעת השפעה רבה על מתן הגט וכריתת הקשר שבין בני-הזוג. זכויות ברכוש מכוח הלכת השיתוף, לעומת זאת, נפקותן כללית, הן קיימות גם במהלך הנישואין ועשויות להימשך, על הרכוש לגביו הן נוצרו, גם לאחר הגירושין. על שום כך חלוקת זכויות כאלה ניתנת לכריכה, אך אינה כרוכה מעצם טיבה וטבעה בתביעת הגירושין. מה שאין כן, כאמור, תביעות מכוח חוק יחסי ממון בין בני-זוג. כאן הזכות מתממשת עקב הגירושין ובאותו זמן ממש. רגע פקיעת הנישואין הוא המכריע לצורך מימוש הזכות, חישובה והוצאתה לפועל. מימוש זכות זו כרוך, איפוא, בעצם טיבו וטבעו בתביעת

106. ראה מבחני הכריכה לעיל בטקסט סמוך להערות 70-81.

107. ע"א 8/59, לעיל הערה 2.

108. על מבחן זה כאמת מידה לענין הכרוך מעצם טיבו וטבעו בתביעת הגירושין, ראה ביד"מ 1/60 וינטר נ' בארי, פ"ד טו 1457, 1465, שענינו בתביעות הנוגעות לאחזקת קטינים.



הגירושין<sup>109</sup>. עם זאת ייתכנו הסכמי ממון אשר בהם נקבעו על-ידי בני-הזוג הסדרים אחרים למימוש הזכויות הנובעות מהם ושונים מאלה שנקבעו בהוראות החוק. השאלה אם מימושם של אלה כרוך מעצם טיבו וטבעו בתביעת גירושין תלויה בנסיבות כל הסדר וביישום עניני של המבחנים שקבענו למקרים הספציפיים.

## סוף דבר

נראה לנו כי גם הפעלת מבחני הסמכות טעונה גמישות ועיניות אף כי מידת הוודאות וההחלטיות הנדרשת בתחום זה הינה רבה יחסית לתחומי משפט אחרים. זאת, הן כדי להתאים במידת האפשר את כללי הדין המטריאליים לכללי הסמכות ולהימנע מיצירת פער בלתי רצוי בין כללי הסמכות הפורמליים לכללי הדין המהותיים; והן כדי להגשים את המטרות המונחות ביסודם של כללי הסמכות בתחום זה, שענינו לעתים הוא "דיני נפשות" ממש.

רק עתה כאשר שלמה המלאכה והתבררה מורכבות הנושא הגענו לסוף הדרך כדי לחזור ולמצוא את עצמנו עדיין בתחילתה. המחוקק, כהרגלו בתחום רגיש זה, מושך את ידו מפתרון ברור וחד-משמעי; הערפל המשפטי ממשיך לשמש מחסה נוח למשחקי מירוץ סמכויות ולריכוך שדה הקרב בארטילריה של טענות סמכות מיגעות המשמשות בידי בני-הזוג אמצעי לחץ וסחיטה, עקב משך הזמן הרב שהן מוסיפות להליך הארוך בלאו הכי. כך תורם נושא זה את חלקו לדה-הומניזציה של הסדר הגירושין בישראל.

109. אשר לבתי דין דתיים של העדות הדתיות האחרות, בלי להיכנס לדין מפורט ומעמיק נראית לנו כאפשרות דרך הפתרון הבאה: זכות האיוון מתממשת על-ידי החוק עם פקיעת הנישואין. ניתן על כן לראות את השאלות המתעוררות בהגיע מועד מימוש הזכות כ"ענין של נישואין". החל מאותו רגע חדל הענין להיות בגדר עניני חווים כזכות עתידית. נכון אמנם כי מקור הזכות הוא הסמכת בני-הזוג, בין זו המפורשת ובין זו המוסקת מכוח החוק, וכי הזכות — להבדיל ממימושה — קיימת כבר במהלך הנישואין כשהמחוקק אף מצייד את בעליה באמצעי הגנה שונים. ברם בעת מימושה עם פקיעת הנישואין היא הופכת להיות "ענין של נישואין" וככזו היא בסמכותו הייחודית של בית הדין. עד לרגע פקיעת הנישואין שורר משטר של הפרדה רכושית בין בני-הזוג (סעיף 4 לחוק) ודינם למעשה כדין זרים. רק מאותו רגע ואילך מתממשת זיקתם המיוחדת כבני-זוג. איננו מקנים בכך סמכות לבית הדין מכוח החוק עצמו — דרך שנדחתה על-ידינו — אלא מישמים על הסדרים שונים מכוח החוק את המבחנים שנקבעו עובר לחקיקתו וככך נאמנים לעקרונ שימור הסמכות.



# שער שלישי

יחסי ממון בין בני־זוג

במהלך הנישואין



## יחסי ממון בין בני-זוג במהלך

### הנישואין

#### מבוא כללי

שער זה ענינו בהסדר יחסי הממון שבין בני-זוג במהלך הנישואין. הסדר כזה במשפט הישראלי אינו עשוי מעור אחד. הוא בנוי מהסדרים שונים ומרבדים רבדים, שמקורם אינו אחד. על בני-זוג שונים חלים דינים אחרים: (א) הסדרים בתחומים מסויימים הם טריטוריאליים וחלים על כלל בני-זוג. (ב) בתחומים אחרים קיימים הסדרים טריטוריאליים מקבילים החלים בהתאמה על בני-זוג שונים. המבחן הקובע את תחולתו של ההסדר האחד או חליפו הוא מועד נישואיהם. (ג) נשארו עוד תחומים שהסדרם אינו אחד אלא משתנה בהתאם לעדה הדתית אליה משתייכים בני-הזוג. רב-הגוניות של ההסדר המשפטי בתחום יחסי הממון שבין בני-הזוג מחייב חלוקת דיון לפי מקורם של ההסדרים השונים.

## חלק ראשון

# הסדרים שמקורם בדין העברי ושילובם במשפט הישראלי

### מבוא

הרוכד הראשון, המרכיב את הסדר היחסים הרכושיים בין בני-זוג במשפט הישראלי, הוא הדין הדתי.

דין זה חל, לגבי סוגים שונים של אנשים, בעניני המעמד האישי, שנזכרו בסימן 51(1) לדבר המלך במועצה, 1922, ושעליהם נמנות "תביעות בנוגע לנישואין או גירושין", המסורים מכוח הוראות חקוקות, שכבר עמדנו עליהן בשער הקודם, לסמכותן של הערכאות המוסמכות של העדות הדתיות המחילות את דינם הדתי.

הדין הדתי הוא דינם האישי של אזרחים מקומיים בני עדה דתית מוכרת<sup>1</sup>. הוא מוחל עליהם, בעניני המעמד האישי הנזכרים, לא רק בבתי הדין הדתיים אלא גם כשהם נדונים בפני בתי המשפט האזרחיים, בהתאם להוראות סימן 47 להוראות דבר המלך<sup>2</sup>; ובכפוף לאותן הוראות חוק אזרחיות-טריטוריאליות המסדירות תחומים שונים בענינים אלה<sup>3</sup>.

בחלק הראשון של שער זה נתרכז רק בדין העברי החל על בני-זוג יהודים. כבר בשער הקודם עסקנו בהגדרת הענינים, הנוגעים לשאלת יחסי הממון, עליהם חל הדין הדתי והמסורים לסמכותן של הערכאות העדתיות. בשער זה מגיע הדיון אל התכנים גופם. נוסף להצגת כללי הדין הדתי עצמם נעסוק בקביעת קווי התיחום שבין תחולת הדין הדתי לבין תחולתו של הדין האזרחי, מיון הזכויות הנוצרות במסגרת הדין הדתי

1. ע"א 119/39 שבלבוים נ' שבלבוים, 7 פל"ד 20: ע"א 26/51 קוטיק נ' וולפסון, פ"ד ה 1341, 1345. ראה גם מ' שאוה, הדין האישי בישראל (תל-אביב, 1976) 127 ואילך; ראה גם מ' זילברג, המעמד האישי בישראל (ירושלים, תשי"ח) 4.
2. על תוכנו של המונח דין אישי לגבי סוגים שונים של אנשים ראה השער השני בספרו של מ' שאוה, שם מע' 67 ואילך.
3. ראה חוק שיווי זכויות האשה, תשי"א-1951: חוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות), תשי"ט-1959: חוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981: חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962: חוק הירושה, תשכ"ה-1965: חוק יחסי ממון בין בני-זוג, תשל"ג-1973. על המעבר לעקרון הדין הטריטוריאלי בתחום זה ראה אצל מ' שאוה, שם מע' 182 ואילך.

למישור הדין האזרחי ובחנינת הסתירות הקיימות, במידה והן קיימות, והמסקנות המשתמעות מהן. רוצה לאמר: כשאנו מציגים את הרובד הראשון אנו מרכיבים חלק מן התמונה הכוללת במשפט הישראלי. אולם כדי שהתמונה תוצג בצורה נכונה ושלמה ובמסגרת המתאימה עלינו לבחון את שילוב ההסדרים של הדין העברי במשפט הישראלי הנוהג. אין פנינו לסקירה מפורטת של הדין העברי, אלא דווקא להצגתו על רקע המשפט הנוהג ולאופן שילובו של רובד זה במסגרת הכוללת של המשפט הישראלי. שילוב זה הוא רב-כיווני ופועל בשלושה מסלולים נפרדים ושונים זה מזה: (א) התאמת הדין הדתי למשפט הישראלי, כאשר נדרשת התאמה כזו. היינו: השפעתו של הדין האזרחי על הדין הדתי. (ב) השפעתו של הדין הדתי, במסגרת דיני המשפחה, על הדין האזרחי הרגיל. היינו: השפעתו של הדין הדתי במסגרת המשפט הישראלי בתחומים שונים. (ג) תחולת הדין האזרחי הרגיל על בני-זוג, השפעתו על הדינים שנתייחדו לדיני המשפחה ושילובם ההדדי במסגרת המשפט הישראלי. גם כאן, כמו בשערים אחרים, תבוא לידי ביטוי בעית התאמתם של ההסדרים אשר יפורטו בהמשך עם הסדרים אחרים המרכיבים את הסוגיה הכוללת במשפט הישראלי.

## פרק ראשון

### יחסי ממון בין בני-זוג במשפט העברי:

#### מדיניות משפטית

#### א. עקרונות כלליים

מטרת דיני הנישואין בדין העברי הינה הדאגה ליחסים תקינים בין בני-הזוג. לא חיזוק מעמדו של אחד מבני-הזוג, אלא חיזוק המשפחה כיחידה אחת ויצירת שיתוף חיים לשם הקמת בית יהודי בישראל הם העומדים במרכזו של הסדר יחסי הממון בין בני-הזוג<sup>1</sup>.

כמו בכל שיטות המשפט כך גם בדין העברי אין הסדר היחסים הרכושיים שבין בני-הזוג נחשב כהסדר ממוני רגיל, אלא כחלק מדיני המשפחה, וכל שינוי באורח התקין של חיי הנישואין משפיע על הוויתור<sup>2</sup>. הדגש מושם, איפוא, על הגנת המשפחה כיחידה הרמונית אחת ועל שלום הבית, כאשר החובה הבסיסית היא להיות יחד. האוטונומיה של בני-הזוג כיחידים, הנכנסים למסגרת המשפחה, אינה מוכרת בדין העברי. גם השאיפה להשגת צדק אינדיבידואלי לכל אחד מבני-הזוג איננה מאפיינת את הסדר יחסי הממון בין בני-הזוג בדין זה. ההסדר הרכושי משמש גם הוא אמצעי להשגת המטרה של חיזוק המשפחה כיחידה אחת והגנתה. לא חופש הפרט הוא ענינה של ההלכה; הדגש מושם

1. ב' שרשבסקי, דיני משפחה (מהדורה שניה, ירושלים, תשכ"ז) 96-97. ש' טל "הכתובה" סיני לו (תשט"ו) קפז, קצא: ז' ורהפטיג "שיתוף נכסים בין בעל ואשתו" דברי הקונגרס העולמי הרביעי למדעי היהדות (ירושלים, תשכ"ז) 189.

2. ראה דברי הרב גולדשמידט בביד"מ 1/55 סידים נ' סידים, פ"ד יב 1121, 1201.

דווקא על אחריותו של הפרט למשפחה. האינטרס העמוק של החברה במשפחה מאפשר מידה רבה של מעורבות משפטית והתערבות שיפוטית.

תלותה של האשה בבעלה וההכרה בו כראש המשפחה משמשים הנחות יסוד לבנינה של ההלכה בתחום זה. האשה נתפשת כמי שזקוקה להגנת בעלה ולתמיכתו וזכאית להן. היא זוכה בבטחון כלכלי במהלך הנישואין תמורת שירותים שהיא מעניקה. קיימת חלוקת תפקידים אפרוירית על-פיה נבנית מערכת יחסי הרכוש והממון שבין בני-זוג. חלוקת התפקידים מציבה את האשה בבית ואת הבעל מחוצה לו. הכרות אפרוירית אלה שמקורן בתנאים חברתיים (חברה גברית בעיקרה) וכלכליים (חוסר מעורבות כלכלית מצד האשה והיעדר התמצאות בהוויה הכלכלית) מכתיבות גם את הגבלת זכויותיה של האשה ברכושה עקב הנישואין.

מערכת יחסי הממון בין בני-הזוג מושתתת אמנם על הדדיות ועל הכרה עקרונית רעיונית בשוויון של זכויות וחבויות, כרם היא איננה מושתתת על עקרון השוויון המודרני. ההסדר מונחה על-ידי עקרון האיזון, לאור חלוקת התפקידים האפרוירית, הקבועה בדין העברי, הלוקחת בחשבון את מגבלותיה של האשה במילוי פונקציות כלכליות וחברתיות. איזון זה נתפש על-ידי הדין העברי כמימוש עקרון רעיוני של שוויון, אך כמשפט המודרני הוא מומר בעקרון השוויון המטריאלי. בשני המקרים אין, אפוא, דבקות בשוויון פורמלי, אולם קיים הבדל ניכר בין איזון לבין שוויון.

בדין העברי נתפשות המגבלות המוטלות על רכוש האשה לטובת הבעל כחלק ממערכת מאוזנת של זכויות וחבויות הדדיות, בעוד התפישה המודרנית, על-פי עקרון של שוויון, רואה בכך הפליה לרעה של האשה וצמצום כושרה המשפטי בכל הנוגע לנכסיה. לפנינו הערכה שונה של אותו ענין הנובעת ממדיניות בסיסית אחרת העומדת ביסודם של הדינים השונים.

מערכת הזכויות והחבויות בדין העברי בנויה על עשר הזכויות, בהן זוכה אשה מבעלה, ועל ארבע הזכויות, בהן זוכה הבעל מאשתו: זכותו למעשי ידיה, לפירות נכסיה, למציאתה ולירושתה<sup>3</sup>. זכויות וחבויות אלה נועדו, כאמור, ליצור איזון בין בני-הזוג ולהבטיח את עקרון השיתוף שבחיי משפחה. שיתוף זה מבוסס על תלות הדדית של מערכת הזכויות והחבויות. כך, למשל, התקינו מעשה ידיה של האשה לבעלה כנגד חובתו למזונותיה, זכותו לפירות נכסיה כנגד חובתו לפדותה וקבורתה כנגד זכותו לירושתה<sup>4,5</sup>.

השיתוף בחיים של קשר הנישואין, המשתקף במונח "אשת בריחך"<sup>6</sup>, אינו מוצא את ביטויו במסגרת היחסים הרכושיים ביניהם, בדרך של שותפות נכסים. הדרך שנבחרה

3. כתובות מו ב: פג א; רמב"ם, הלכות אישות, פרק יב הלכות כ"ג: ש"ע, אבן העזר, סימן סט סעיף ג.

4. כתובות נח ב: רמב"ם, הלכות אישות, פרק יב הלכה ד.

5. על התלות ההדדית שבין מערכת הזכויות והחבויות ראה ערעור תשכ"ה/34, פד"ר ה' 353. על ההדדיות כעיקר לשם הבטחת חיי משפחה תקינים ומושלמים ראה גם הרב קרלין, תורת אבן העזר הלכות כתובות (ירושלים, תש"י) 8.

6. יחזקאל טז, ח: מלאכי ב יד; גיטין צ ב: ראה גם ז' פלק, נישואין וגירושין תיקונים בדני המשפחה ביהדות אשכנז וצרפת (ירושלים, תשכ"ב) 6.



היא הפרדה רכושית להלכה, תוך יצירת תלות הדדית, באמצעות מערכת מאוזנת של זכויות וחביות, כאשר למעשה עובר רכושה של האשה להנהלתו, לפיקוחו ולשימושן של הבעל. יתירה מזו, הזכויות הקורלטיביות של בני-הזוג ממלאות את הפונקציה של השיתוף מבחינה אידיאולוגית ומבחינה כלכלית. מבחינה כלכלית כיצד? זכותו של הבעל לפירות נכסי אשתו נתקנה ל"רווחא דביתא", כדרך להבטחת תרומת האשה להקלת הנטל של צורכי המשפחה. שימושן של הבעל בפירות אלה מוגבל להבטחת טובת המשפחה כולה. מבחינה אידיאולוגית כיצד? חלק מן הזכויות והחביות ההדדיות נתקנו משום "איבה", היינו: כאמצעי של שיתוף לשם ביטול מתחים אפשריים בין בני-הזוג על רקע של יחסים רכושיים וממוניים.<sup>7</sup>

עקרון השוויון בדין המודרני, המשליך על הבנת השיתוף והרחבתו גם על נכסי בני-הזוג, איננו מוכר ככזה ובאופן זהה בדין העברי. אולם כבר עמדנו במקום אחר על היעדרו של יחס ישיר בין מעמדה המשפטי של האשה לבין משטר של שיתוף נכסים דווקא.<sup>8</sup> שיטות משפטיות רבות בעולם, שמשטרן הרכושי דגל בשיתוף נכסים, לא אימצו את עקרון השוויון בין בני-זוג. בשיטות אלה הוכר הבעל כראש השיתוף וכמנהל בלעדי של הרכוש המשותף.<sup>9</sup> בדין העברי האשה הינה בעלת כשרות משפטית מלאה, ברם עובדה זו לא גררה אחריה משטר של שיתוף נכסים בין בני-הזוג. מה שנראה בעיניו של משפטן מודרני כזכויות יתר של הבעל איננו נובע רק מטעמים אידיאולוגיים. הוא בעיקר תוצאה של תנאים חברתיים וכלכליים. יתר-על-כן, בדין העברי אין זכויות הבעל נתפשות כהעדפה אלא כחלקן דווקא כחובות המוטלות עליו כלפי האשה וכלפי המשפחה ובעיקרן כמשקל נגד לזכויותיה של האשה כלפי בעלה ולהגנה הכלכלית והחברתית המובטחת לה על-ידי. לדעת מלומדים עקרון החלוקה השווה איננו רצוי בדין העברי. עקרון זה עלול לדעתם להשית איבה בין הבעל לאשה, כאשר הוא מפר את עקרון האיוון ומקנה זכויות יתר לאשה. הדין העברי מציע פשרה<sup>10</sup> בין עקרון של הפרדה מוחלטת לבין עקרון של שיתוף על בסיס תפישה כוללת של המשפחה וקביעת משקלם של היחסים הרכושיים בין בני-הזוג במסגרת הרחבה של יחסי הנישואין ביניהם.

## ב. אלמנט האשמה

הקשר הישיר והבלתי ניתן להתרה בין דיני הנישואין לבין יחסי הממון בדין העברי בא לידי ביטוי מוחשי בקורלציה שבין דיני איסור והיתר, בשאלת יחסי האישות שבין בני-הזוג, לבין התוצאות הקניניות. רוצה לומר, לא רק אשמת הצדדים גוררת אחריה תוצאות במישור דיני הקניין, אלא גם הפרה של דיני איסור והיתר ככאלה משפיעה על דינים אלה. הכלל הרחב הוא ש"זכויות הנובעות מכוח אישות נפקעות עקב צעדים

7. מעשה ידיה של אשה לבעלה משום איבה (כתובות נח ב); מציאת אשה לבעלה "דלא תיהוי ליה איבה" (כתובות צו א; יבמות צ ב); אין הבעל יכול לשחרר נכסיו מאחריות על הכתובה על-ידי ייחוד קרקע או מיטלטלין להבטחת הכתובה משום איבה (כתובות פא ב).

8. ראה שער ראשון, חלק ראשון, פרק שלישי, סעיף (א).

9. ראה שער ראשון, חלק ראשון, פרק שלישי, סעיף (א).

10. רב צעיר "פרקים בהלכות אישים על פי התלמוד" התקופה יא 261, 267.

לביטול האישות"<sup>11</sup>. בדין העברי די בהסכמת בני-הזוג על מנת לאפשר את התרת קשר האישות ואין צורך בהוכחת אשמה כעילה הכרחית למתן פסק גירושין. אולם כדי להשיג פסק גירושין ללא הסכמה כזו יש צורך בהוכחת אשמה. במקרה כזה עומדים לפני כן הזוג החפץ בהתרה קשיים לא מעטים.

במקרה של אשמה מוכחת, כגון: אשה שזינתה בבעלה<sup>12</sup> או אשה העוברת על דת משה<sup>13</sup> או בכל מקרה אחר בו מפסידה האשה את כתובתה על-פי הדין<sup>14</sup>, היא נוטלת עם פקיעת הנישואין רק את הנותר מנכסי הנדוניה. בניגוד להלכה המקובלת במקרה הרגיל, על-פיה חייב הבעל באחריות מלאה לקרן נכסי צאן הברזל, הרי במקרה של אשמה מוכחת מצד האשה אין הוא חייב לשלם כל פיצוי על האובדן, הכליה או הגניבה<sup>15</sup>. דין דומה קיים כאשר הנישואין היו אסורים ללא ידיעת הבעל על האיסור<sup>16</sup>. במקרה קיצוני, כאשר אשה מורדת בטענת מאיס עלי, הנמצאת טענת שקר, היא תפסיד כליל את נכסי צאן הברזל שלה<sup>17</sup>. לפי תקנות טוליטולא<sup>18</sup> אם הופר קשר הנישואין באשמת האשה, והיא גם זו התובעת גירושין, אין הבעל אחראי, כבמקרה הרגיל, בעד הנכסים שאברו, שנגנבו או שכלו; האשה מקבלת רק את מה שקיים בעין. אם תביעת הגירושין יוצאת מן הבעל מוטלת עליו החובה להחזיר את הנדוניה, כפי שנכתבה ונרשמה בשטר הכתובה, אף אם שמו אותה יתר על מה שהכניסה האשה בפועל. הקורלציה בין רעיון האשמה ודיני האיסור וההיתר לבין יחסי הממון בין בני-הזוג נובעת מן ההכרה שהסדר יחסי הממון הוא אמצעי בלבד להבטחת המשפחה ושלוה הבית; אם אין שלום בית אין נדוניה<sup>19</sup>. אשמה כלשהי מצד אחד מבני-הזוג, הגורמת להרס חיי המשפחה, מחייבת נקיטת סנקציה כלכלית נגד האשם. האחראי להפרתם של היחסים התקינים במסגרת המשפחה לוקה — בדרך של מידה כנגד מידה — גם בתחום ההסדר הרכושי אשר נועד להבטיח את תקינות היחסים. אין להכביר מלים על השוני בין תפישה זו לתפישה המודרנית, בה דווקא בשלב של פירוק הקשר יש משקל לעקרונות של עשיית צדק בין הצדדים.

### ג. אפשרות ההתנאה ומנהג המקום

בני-זוג רשאים וזכאים להגיע להסדרים משלהם בכל עניני הממון והרכוש. ההסדר שבדין אינו קונגטי, שכן "כל דבר שבממון תנאו קיים"<sup>20</sup>. כך, למשל, היו מי שהפליגו

11. ערעור תשכ"ה/34, לעיל הערה 5, בע' 370-371.
12. כתובות קא ב; רמב"ם, הלכות אישות, פרק כד הלכה י; שו"ע, אבן העזר, סימן קטו סעיף ה.
13. רמב"ם שם שם; שו"ע שם שם.
14. שו"ע שם שם.
15. ראה על כך גם אצל L.M. Epstein, *The Jewish Marriage Contract* (New York, 1927) 210, 213.
16. רמב"ם, הלכות אישות, פרק כד הלכה ח.
17. שו"ע, אבן העזר, סימן עז סעיף ג, הגהת הרמ"א שם; כן ראה בית שמואל לשו"ע שם.
18. ראה אצל א' גולאק, יסודי המשפט העברי, חלק ג 57; טור אבן העזר, סימן קיח.
19. ביד"מ 1/55, לעיל הערה 2, בע' 1199 ובעיקר בע' 1223.
20. בכא מציעא צד א; קידושין יט ב; רמב"ם, הלכות אישות, פרק ו הלכות ט"י, פרק יב הלכות ד"ט;

בהערכת התנאי, אשר נכלל בשטרי תנאים ושידוכין או אף בשטרי כתובה, הקובע כי בני־הזוג "ישלטו בנכסיהון שווה בשווה". תנאי זה, על־פיו רואים את הנכסים בהנהלתם המשותפת ובהחזקתם המשותפת של שני בני־הזוג, הורחב והיו שראו בו כעין הסכם לשיתוף ממש בנכסים<sup>21</sup>. מן השו"ת יכולים אנו ללמוד כי כבר בדורות האחרונים, במקומות מסויימים, היו השוויון בניהול נכסי המשפחה על־ידי בני־הזוג והשיתוף בזכויותיהם חזיון די שכיח. מצב ענינים זה קיבל את חיזוקו המשפטי על־ידי פרשנות התנאי הסטנדרטי האמור, שפשט בחלק ניכר משרדות הציבור והיה כלול בעיקר בשטר השידוכין ובמידה מצומצמת יותר אף בתנאי הכתובה.

אולם חופש ההתנאה מקבל מימד רחב ומשמעותי הרבה יותר אם מצרפים אליו כללים נוספים של הדין העברי. כל הנושא אשה סתם נושא אותה אדעתא לקיים מנהג מקומו<sup>22</sup>. הלכה זו חלה גם בהיעדר התנאה מפורשת הואיל ובעניני רכוש הכל לפי המנהג. בית הדין הרבני קבע, למשל, כי רישום נכסים על שם שני בני־הזוג כפנקס המקרקעין מחייב את בני־הזוג ומשקף מצב של שיתוף נכסים הואיל והוא קובע את "הנוהג והרגיל בדרך העולם"<sup>23</sup>. בפסיקה זו מוענקת נפקות משפטית — דהיינו: הסקת זכויות רכושיות של שיתוף בנכסים — להתנהגות הצדדים<sup>24</sup>, כאשר המשמעות שיש ליחס להתנהגות נלמדת באמצעות המנהג<sup>25</sup>.

אולם למנהג עשויה להיות נפקות מרחיקת לכת עוד יותר. כך ניתן לומר כי כל אימת שבני־זוג שרויים במסגרת סביבה חברתית בה נוהג שיתוף נכסים, הם עשויים

שו"ע, אבן־העזר, סימן לח סעיף ה, סימן סט סעיף ו. עיקר כתובה וירושה לא ניתנים להתנאה: רמב"ם, הלכות אישות, פרק יב הלכות ח"ט.

21. כך למשל דעת המהרש"ם (תשובות מהרש"ם, חלק א, סימן מה) המסתמך על דברי המהרי"ק (שו"ת מהרי"ק, שורש נו) וכן הרב יעקב מבויסק (שו"ת "זכרון יעקב", סימן כו). ברם, כנראה, אין למצוא סימוכין לדעה זו ראה ז' ורהפטיג, לעיל הערה 1, בע' 193. על נקודה זו ראה גם אצל ג' רקובר "יחסי ממון בין בני־הזוג" תורה שבעל פה, הרצאות בכינוס הארצי השנים עשר לתורה שבעל פה (בעריכת י' רפאל, ירושלים, תשל"ל) קטו, קכא-קכב.

בע"א 39/55 לרר ג' סטריקובסקי, פ"ד י 1274, 1282 נדון תנאי כזה ובית המשפט לא ראה אותו כבעל משמעות קנינית כלל ועיקר. גם בע"א 407/64 כליפא ג' כליפא, פ"ד יט (2) 338, 345 עוסק השופט קיסטר בתנאי כזה מנקודת מוצא של הנהלת נכסים בלבד וממעיש מחשיבותו במציאות הישראלית. לענין זה ראה עוד א' ורהפטיג "צדקה של אשה נשואה" מורשה ח (תשל"ד) 87, 102.

22. כתובות סו ב: טור, אבן העזר, סימן סו; שו"ע, אבן העזר, סימן סו סעיף יא: רמב"ם, הלכות אישות, פרק כג הלכה יב.

23. חיק 3519/תשי"ב, פד"ר א 113.

24. התנאה בדרך של התנהגות ראה ג' רקובר, לעיל הערה 21, בע' קכב.

25. דרך זו מקבלת את ביסוסה המשפטי באופן שונה במקצת על־ידי השופט קיסטר, באמצעות מוסד ידוע ומבוסס של הדין העברי, הוא ה"אומדנא". באמצעות האומדנא ניתן להסיק שיתוף נכסים גם במקרה שהנכס היה רשום על שמו של אחד מבני־הזוג בלבד. ראה עמדת השופט קיסטר בע"א 253/65 בריקר ג' בריקר, פ"ד כ (1) 589, 612; על האומדנא ראה א' גולאק, לעיל הערה 18, חלק ד בע' 97.

להיות כפופים להסדר רכושי זה בהיעדר הוראה להיפוכו של דבר. מנהג המקום עליו אמורים הדברים יכול כנראה שמקורו יהיה לאו דווקא התנהגות רצונית של קבוצה חברתית מסויימת אלא דין חילוני כלשהו המחייב את הצדדים או שעל-פיו הם נוהגים. כבר בעבר נפסק על-ידי בית הדין הרבני בישראל כי חוק המדינה בתנאי ממון שבנישואין מהווה מנהג קבוע, מנהג המקום, שעליו סומכים בני-הזוג ולא גרע מקנין סיטומתא<sup>26</sup>. כך נקבע למעשה עוד על-ידי המהרשד"ם<sup>27</sup> בקשר לזכות הירושה של אלמנה אנוסה במחצית רכושו של בעלה המנוח שהיתה מוסדרת כחוק במלכות פורטוגל. פסיקה דומה נמצא אצל המהריב"ל<sup>28</sup> והמבי"ט<sup>29</sup>. נראה לנו גם, שפסיקתם של בתי הדין הרבניים בישראל ביססה והרחיבה את חדירת הדין החילוני, בענייני ממון ורכוש, בין בני-זוג, למסגרת הדין העברי כהתנאה מכללא או כמנהג המקום המחייבים את בני-הזוג. בהקשר כולל יותר אמר בית הדין הרבני הגדול לערעורים כי לחוקים של מדינת ישראל יש תוקף משום דינא דמלכותא דינא בתנאי שאינם נגד ההלכה<sup>30</sup>. כמה שנוגע לקניינים מסקנה זו חדה עוד יותר מכיון שעל-ידי מעשה החקיקה הם נעשים מנהג המדינה שמועיל מטעם סיטומתא<sup>31</sup> ונמצא שאינם נגד ההלכה<sup>32</sup>. מסקנה אפשרית היא, איפוא, כי יש לראות בדין מדינת ישראל מנהג מקום<sup>33</sup>, התנאה או דינא דמלכותא דינא בעניינים הנתונים להתנאה בין בני-זוג והמסורים לשליטת מנהג המקום, כגון הסדרי ממון ורכוש במסגרת הנישואין<sup>34</sup>.

אנו רואים כי באמצעות מוסדות משפטיים כמו אומדנא, מנהג המדינה, דינא

26. ראה תיק תשכ"ב/563, פד"ר ה' 124, 127. על פסק הדין ראה: א' ח' שאקי "תוקפם של נישואין אזרחיים בין יהודים, שנערכו מחוץ לישראל — בפני בתי-ד רבניים בישראל" הפרקליט כ (תשכ"ד) 385, 390-391.
27. שו"ת מהרשד"ם, חושן משפט, סימן שכז.
28. שו"ת מהריב"ל, חלק ב, סימן כג.
29. שו"ת "אבקת דוכל" להרב יוסף קארו, סימן פ.
30. מאידך גיסא, יש הגורסים כי דינא דמלכותא דינא אינו נוהג אלא לגבי חוקים של שלטון זר ולא לגבי חוקים של שלטון יהודי, ראה ש' שילה, דינא דמלכותא דינא (ירושלים, תשל"ה) 103-108. בפסקי הדין של בתי הדין הרבניים בישראל מצויים חילוקי דעות בשאלה אם כלל זה חל על מדינת ישראל (ראה, למשל, ערעור תשכ"ה/47, פד"ר ה' 258). ברם המסקנה היא, כנראה, כפי שמלמד אותנו ש' שילה (שם בע' 108), כי בפועל חל כלל זה במדינת ישראל.
- על הכלל ראה גם מ' אלון, המשפט העברי תולדותיו מקורותיו עקרונותיו (מהדורה שנייה, ירושלים, תשל"ח) 51-59.
31. על סיטומתא ראה: תיק תשי"ב/3519, פד"ר א' 113; ערעור תשכ"א/116, פד"ר ד' 193; ערעור תשכ"ב/68, פד"ר ד' 289; ערעור תשכ"ה/47, לעיל הערה 30; ראה גם מאמרו של הרב ד' כץ "קנין סיטומתא" מורשה א (תשל"א) 79.
32. ערעור תשכ"ה/47, לעיל הערה 30.
33. על קליטת הוראות שבדין זר באמצעות המקור המשפטי של המנהג ראה מ' אלון, לעיל הערה 30, בע' 50; על ההכרה בתוקף החקיקה של מדינת ישראל מכוח המנהג ראה גם ד' פלק "על המנהג בשיפוט הרבני בישראל" ספר ישעיהו ליבוביץ (תל-אביב, תשל"ז) 110.
34. תיתכן גם קונסטרוקציה על-פיה מנהג המקום, שמקורו דין ישראלי קיים, יוצר התנאה מכללא בין בני-הזוג (אומדנא).

דמלכותא דינא וסיטומתא עשויים לחדור ולהיקלט לא רק בדיעבד, אלא גם מלכתחילה, דיני מדינת ישראל למסגרת הדין העברי בעניינים האמורים. את חזקת שיתוף הנכסים בין בני-זוג, אשר מקורה בפסיקת בית המשפט העליון, מנסים לישוב עם הוראות הדין העברי בדרכים שונות<sup>35</sup>. יש הרואים בה התנאה בדרך של התנהגות הצדדים לה ניתנת נפקות משפטית על-ידי הדין העברי<sup>36</sup>. יש המבקשים למצוא את נקודת המגע בדיני האומדנא<sup>37</sup>. ויש המבכרים להשקיף על הלכת בית המשפט העליון באספקלריה של הכרה במנהג בעל נפקות משפטית<sup>38</sup> אשר ממילא נקלט ככזה גם בדין העברי. מאידך גיסא, תיתכן גם גישה אחרת על-פיה אין ההלכה, מכירה בשום שינוי של דיניה על-ידי הדין החילוני ודין זר הסוטה מן ההלכה לא ייחשב כמנהג המדינה<sup>39</sup>.

יש מי שמציע דרך אחרת לקליטת הדין האזרחי למסגרת הדין העברי. בדרך זו רואים בחוק הישראלי "תקנת קהל", שאף-על-פי שהיא נקבעת על-ידי הציבור או נציגיו הריהי מבוססת על הנורמה היסודית של המשפט העברי ובתור שכזו מעוגנת היטב במערכת הנורמות של הדין הדתי<sup>40</sup>.

הרב ח' ד' הלוי בדונו בהצעת חוק יחסי ממון בין בני-זוג, תשכ"ט-1969, מסכם את הדיון באופן הנראה לי ממצה סוגיה זו על פי ההלכה: "החוק הנמצא על שולחן הכנסת בענין שיתוף נכסים בין בעל לאשה... אי אפשר לטעון בשום פנים שחוק זה בכללותו נוגד את ההלכה, שהרי זה דבר שבממון וכבר היו קהילות שהתקינו תקנות דומות..."<sup>41</sup>. אולם למרות דברים אלה הוא שולל את הצעת החוק מטעמים של מדיניות הלכתית כללית, דהיינו: אי-נחת מ"תיקון" ההלכה באמצעות חוק חילוני ואי ההתאמה בין הצעת החוק לבין רוח המסורת ההלכתית בחיי המשפחה.

35. על דרכים אלה ראה את פסק דינו של השופט מ' אלון בע"א 2/77 אזוגי נ' אזוגי, פ"ד לג (3) 1, 16-15.

36. ע"א 2/77 הנ"ל, בע' 16; כן ראה לעיל הערה 24 והטקסט הסמוך לה.

37. ראה לעיל הערה 25.

38. זו, כנראה, עמדתו של השופט מ' אלון, ראה ע"א 2/77, לעיל הערה 35, בע' 9.

39. ביטוי לעמדה כזו נמצאת בחוות דעת של אחד מדייני בית הדין הרבני שאינו מוכן להכיר בחוקי המדינה בעניינים של יחסי ממון בין בני-זוג כמנהג המדינה. חוות דעת זו היונקת מטעמים אידיאולוגיים ומטעמים שבהשקפת עולם מובאת במאמרו של י" כהן "ביטול זכות הבעל לפירות נכסי-מלוג במשפט הנוהג — ותוצאותיו" דיני ישראל ו (תשל"ה) 121, 136-137. ראה גם הרב ש' מירון, הצעות להסכמים להסדרת יחסי ממון בין בני הזוג 4.

40. י" כהן, שם בע' 127; על סוגיית תקנות הקהל ראה מ' אלון "למהותן של תקנות הקהל במשפט העברי" מחקרי משפט לזכר אברהם רוזנטל (ירושלים, תשכ"ד) 1; כן ראה מ' אלון, לעיל הערה 30, בע' 558 ואילך.

41. הרב ח' ד' הלוי, דת ומדינה (תל-אביב, תשכ"ט) 56. על שיתוף נכסים ראה אצל א' ורהפטיג, לעיל הערה 21, בע' 102 הגורס כי "זה הוא רעיון זר לרוחו של המשפט העברי להלכה דרכים אחרות להבטחת מעמדה ושמירת רכושה של האשה".

## פרק שני

### זכויות הבעל בנכסי אשתו

#### א. היקף הזכויות בדין העברי ומיוגן

במסגרת מערכת הזכויות והחבויות ההדדיות שבין בעל לאשתו בדין העברי נופקות תוצאות מרחיקות לכת באשר להיקף שליטתה של האשה בנכסיה ולזכויותיו של הבעל בנכסי אשתו. לכאורה שולט על יחסי הממון בין בני-זוג עקרון הפרדת הרכוש, במובן זה שאין הנישואין יוצרים שיתוף נכסים בין בני-זוג<sup>1</sup>, ברם למעשה נמצאים כל נכסי האשה בשליטת הבעל ובפיקוחו. יש אמנם מלומדים המצביעים על כך שבתקופת המקרא היתה, כנראה, האשה עצמאית יותר בנכסיה ולכל היותר היתה לבעל זכות אכילת פירות מכוח הסכם נפרד שנעשה ביניהם בשטר<sup>2</sup>. אולם קיימת התפתחות הדרגתית על-פיה הוטלו, מפעם לפעם ובתהליך נמשך, מגבלות על חירות העשייה של האשה בנכסיה, מחד גיסא, והתעצמו זכויות הבעל בנכסים אלה, מאידך גיסא. התפתחות זו תחילתה בסוף ימי בית שני והתגבשה בסוף ימי התלמוד ואף אחריהם<sup>3</sup>.

בסופה של ההתפתחות ההדרגתית האמורה נמסרו סמכויות הניהול של נכסי האשה וכן הפיקוח והשליטה עליהם לידי הבעל<sup>4</sup>. הטעם העקרוני הוא כי הואיל והאשה קנויה לבעלה דין הוא שכל שקנתה יהיה לבעל חלק בו<sup>5</sup>. הפיקוח והשליטה על נכסי

1. ראה ד' פלק "יחסי ממון בין בני-זוג בישראל" עיוני משפט ג (תשל"ד) 829, 830-831.
  2. L.M. Epstein, *The Jewish Marriage Contract* (New York, 1927) 107. ד' פלק, מבוא לדיני ישראל בימי הבית השני (תל-אביב, תשל"א) 283. ד' פלק, לעיל הערה 1, בע' 831-832.
  3. ראה על כך אצל L.M. Epstein, *ibid* at 108 et seq. וכן אצל ד' פלק, לעיל הערה 2, בע' 283 ולעיל הערה 1, מע' 833 ואילך.
  4. "תקנה תקנו שיהא מפקח על נכסי אשתו ואוכל" ירושלמי, כתובות פ"ד ה"ו. וראה י' כהן "ביטול זכות הבעל לפירות נכסי-מלוג במשפט הנוהג — ותוצאותיו" דיני ישראל ו (תשל"ה) 121, 133; ד' פלק, לעיל הערה 2, בע' 285; א' גולאק, יסודי המשפט העברי חלק ג 48.
  5. משנה, כתובות עח' א. רבן גמליאל צמצם זכות זו בתחילה רק לנכסים שנפלו לה לאחר שנישאת ולא לנכסים שהיו ברשותה קודם לכן, ברם במרוצת הזמן נקבע, כי גם נכסים אלה ייכנסו לשליטת הבעל. ראה L.M. Epstein, *supra* note 2, at 108-109. ד' פלק, לעיל הערה 2, בע' 284.
- מן הראוי לציין עוד כי יתכן שבתחילה כוונה האמרה שבמשנה (כתובות ח א) "אמרו לפני רבן גמליאל הואיל וזכה באשה לא יזכה בנכסים?" לרכישה מוחלטת מתוקף הנישואין עצמם. יתכן גם שזהו המובן המקורי של "ידו כידה" (יבמות לט א; כתובות פג א) או "מה שקנתה אשה קנה בעלה" (גיטין עז א; סנהדרין עא א) ברם אלה צומצמו לקנין פירות בלבד (ירושלמי, כתובות פ"ו

האשה אינם רק זכותו של בעל אלא גם חובה היא בידיה. משום כך ניתנת לו זכות אכילת פירות נכסי האשה, דהיינו: ההכנסות מן הרכוש, כתמורה על דאגתו לרכוש האשה ועל טיפולו בו.<sup>6</sup> המסורת הבבליית גורסת אמנם כי הזכות לפירות הנכסים היא תמורה לחובת הפדיון של האשה המוטלת על הבעל,<sup>7</sup> ברם זוהי, כנראה, מסורת מאוחרת יותר.<sup>8</sup> זכותו של הבעל לפירות מטילה עליו חובה לנהל את הרכוש, לדאוג לנכסים ולהוציא את ההוצאות הדרושות לשם כך בלי להתחשב ביחס בין ההוצאות להכנסות. אין האשה חייבת להחזיר לבעלה את העודף בו עלו ההוצאות על ההכנסות.<sup>9</sup> בדין העברי קיימת הבחנה בין שני סוגי נכסים: "נכסי צאן ברזל" ו"נכסי מלוג" או בשמותיהם הקודמים "כתובה" ו"נכסים הנכנסין והיוצאים עמה"<sup>10</sup>. שני סוגי נכסים אלה נמצאים בניהולו של הבעל ותחת פיקוחו, מסורים לשליטתו ומשניהם הוא אוכל פירות.<sup>11</sup> השוני הוא באחריות הבעל ובטיב שליטתו. נכסי צאן ברזל הם אותם נכסים הנכתבים בכתובת האשה ועליהם חלה אחריות הבעל. אם פחתו פחתו לו ואם הותירו הותירו לו. הוא חייב להחזירם עם פקיעת הנישואין בערך בו נישמו בכתובה.<sup>12</sup> בעולם העתיק נחשבו נכסים אלה, הנדוניה, כחלקה של הבת בירושת אביה. זוהי הכרה בתחליף ירושה.<sup>13</sup> לגבי מידת אחריותו של הבעל קיימות עמדות שונות. קיימת סברה, כי אם ננקב בכתובה רק סכום אחד, כשוויים הכללי של כל נכסי צאן ברזל, מתבטאת חובתו של הבעל בקבלת אחריות לחשלום הסכום הנקוב בכתובה בבחינת חוב כספי רגיל אשר פרעונו עם פקיעת הנישואין. אולם הדבר תלוי במנהג המקום.<sup>14</sup> כך, למשל, הורו הגאונים, בניגוד לכלל האמור, כי מקום בו נכסי צאן הברזל קיימים, והם ממלאים את הפונקציה המקורית שלשמה נועדו, נוטלת אותם האשה כמצבם ביום פקיעת הנישואין גם אם ערכם מאז נמסרו לשליטת הבעל ירד או עלה. אין הבעל זכאי לערך העודף ואין הוא חייב לשאת בפחת שנוצר אף-על-פי שמדין הגמרא היתה חבות כזו מוטלת עליו.<sup>15</sup> אולם נושאי כליו של הרמב"ם<sup>16</sup> ואחרים צמצמו את היקף תחולתה של הלכה זו בקבעם

- ה"א; ירושלמי, נדרים פ"א ה"ח). ראה ז' פלק, לעיל הערה 1, בע' 833-834. על-פי גישה זו, בניגוד לגישה אפשטיין, לעיל הערה 3, היתה התפתחות מסויימת גם בכיוון של צמצום זכויות הבעל והעמדתן על קנין פירות ועל זכויות מוגדרות אחרות. יתכן, איפוא, שהיו מגמות שונות ומעורבות, אולם אין ספק כי ניכרת מגמה של הטלת מגבלות על זכויות האשה בנכסיה.
6. ירושלמי, כתובות פ"ד ה"ר.
7. כתובות מז ב; רמב"ם, הלכות אישות, פרק יב הלכה ד.
8. L.M. Epstein, *supra* note 2, at 116.
9. כתובות עט ב; תיק תשי"ז/1503, פד"ר ב 337; תיק ערעור תשכ"ג/181, פד"ר ה 164; תיק ערעור תשכ"ג/29, פד"ר ה 9.
10. ז' פלק, לעיל הערה 2, בע' 283.
11. משנה יבמות ז א; ראה ב' שושבסקי, דיני משפחה (מהדורה שנייה, ירושלים, תשכ"ז) 156-153.
12. רמב"ם, הלכות אישות, פרק כב הלכה ז.
13. דאה L.M. Epstein, *supra* note 2, at 90-91. המפנה אל כתובות נב ב; סט א.
14. ב' שושבסקי, לעיל הערה 11, בע' 155 והאסמכתאות שם.
15. רמב"ם, הלכות אישות, פרק כב הלכה לה.
16. הכסף משנה להלכות אישות, פרק כב הלכה לה; והמגיד משנה, שם על תקנת הגאונים "אין מנהג ארצותינו כן אלא כדן הגמרא ונכסי צאן ברזל הרי הן כחוב גמור על הבעל".

כי מקום בו מקבל הבעל אחריות על סכום כסף מסויים ולא על הנכסים עצמם, הנקובים בכתובה, יוחל הכלל המקורי ולא ינהגו על-פי הוראת הגאונים.

נכסי צאן ברזל נכנסים, איפוא, בדרך כלל לשליטתו הכמעט מוחלטת של הבעל, כאשר האחריות שהוא מקבל על עצמו הינה בכחינת חוב כספי גרידא: "הבעלות על נכסי צאן ברזל היא כולה לבעל והנכסים הם שלו לגמרי"<sup>17</sup>. אשה אשר מכרה נכס מנכסי צאן ברזל מכרה בטל הואיל והנכסים ברשות הבעל הם<sup>18</sup>.

נכסי מלוג, לעומת זאת, הם הנכסים שלא נישמו בכתובה, עליהם לא קיבל הבעל אחריות<sup>19</sup> ואין הקרן קנויה לו. נכסי מלוג הם הנכסים הששירים, דהיינו: כל אימת שהבעל לא קיבל על עצמו את האחריות לנכס מסויים וזכרו של זה לא בא במפורש בכתובה, הריהו בגדר נכסי מלוג<sup>20</sup>. נכסים אלה אם פחתו פחתו לה ואם הותרו הותרו לה ואין הבעל חייב אפילו בגין מה שנגנב או שנאבד<sup>21</sup>. עיקר זכותו של הבעל ב"נכסי מלוג" הן ההכנסות מן הנכסים האלה, דהיינו: הפירות העוברים לבעלותו; וזכות זו הינה בגדר תנאי בית דין. למרות שאין נכסי המלוג ברשותו של הבעל, אלא ברשות האשה, נוצרת, למעשה, זכות קנינית לבעל גם בסוג זה של נכסים הואיל והוא זכאי לקנין הפירות בנכסים אלה וכן לניהול הרכוש, על מנת שיוכל לממש את זכותו ביעילות. זכות קנינית זו באה לידי ביטוי בתקנת אושא. על-פי תקנה זו אשה אשר תמכור מנכסי המלוג שלה לא תצליח להעביר לקונה את קנין הפירות, אשר יישאר בבעלות הבעל. יתר-על-כן, אם תמות האשה לפני הבעל הוא יהיה רשאי להוציא את הקרן מידי הצד השלישי שרכשם<sup>22</sup>. כלל אחרון זה מעיד כי לא רק קנין פירות עומד לבעל אלא גם שעבוד חפצי על הנכסים מוקנה לו. אין האשה יכולה לפגוע בזכויותיו החפציות של בעלה על-ידי העברה לצד שלישי. זכותו של הבעל כמו כל זכות קנינית נעוצה בגוף הנכס.

עם זאת, היקף זכויותיו של הבעל בפירות הנכסים מוגבלת על-ידי הדין. אין הוא חופשי בשליטתו על פירות אלה. הוא מנוע מעשיית שימוש בפירות הנכסים לתועלתו האישית בלבד; עליו לנצלם לריווח הבית, דהיינו: לתועלת המשפחה<sup>23</sup>, במטרה להטיב את תנאי החיים של בני-הזוג. זכותו של הבעל נובעת ממעמדו כראש המשפחה והוא יכול לנצלנה רק לטובת משק הבית ולא לשם הגדלת עושרו הפרטי. בכך באים לידי ביטוי שני עקרונות: עקרון התלות ההדדית, העומד ביסוד מערכת הזכויות והחבויות שבדין

17. ראה דברי הרב גולדשמידט בביד"מ 1/55 סידים נ' סידים, פ"ד יב 1121, 1171.

18. רמב"ם, הלכות אישות, פרק כב הלכה טו; שו"ע, אבן העזר, סימן צ סעיף יג.

19. טור, אבן העזר, סימן פה; רמב"ם, הלכות אישות, פרק טז הלכה א"ב.

20. ראה גם ע"א 39/55 לרר נ' סטריקובסקי, פ"ד י 1274, 1279; רשב"ם, בבא בתרא קלט ב ד"ה "אשה".

21. רמב"ם, הלכות אישות, פרק כד הלכה ח; פרק טז הלכה א.

22. כבר במשנה, כתובות ח א, נקבע כי נכסים אשר נפלו לאשה משנישאת אם מכרה ונתנה הבעל מוציא מיד הלקוחות. מאוחר יותר התקינו לגבי נכסי מלוג את תקנת אושא כאמור: בבא קמא פח ב; כתובות עח ב; שו"ע, אבן עזר, סימן צ סעיף ט; רמב"ם, הלכות אישות, פרק כב הלכה ז.

23. ירושלמי, כתובות פ"ו ה"ג; כתובות פ ב וראה רש"י שם ד"ה "משום רווח ביתא"; רמב"ם, הלכות אישות, פרק כב הלכה כ; חלקת מחוקק לשו"ע, אבן העזר, סימן פה סעיף יז; תיק ערעור תשט"ז/153, פד"ר ב 97, 101-102; ב' שרשבסקי, לעיל הערה 11, בע' 164-165.



העברי, ועקרון האיזון, החותר לאיזון זכויותיהם של שני בני-הזוג על-פי עקרונות קבועים מראש על מנת לשמור על תקינות חיי המשפחה.

למרות הזכויות הקניניות מרחיקות הלכת של הבעל, הן בנכסי צאן ברזל והן בנכסי מלוג, אין לבעל זכות בעלות מוחלטת. אין הוא רשאי למכור נכסי צאן ברזל; ואם מכר המכר בטל<sup>24</sup>. מובן גם שאין הוא רשאי למכור נכסי מלוג משום שקרן הנכסים אינה מוקנית לו כלל ועיקר אלא רק הפירות<sup>25</sup>.

ההגבלות על זכויות האשה ברכושה הן כה שיטתיות ומקיפות<sup>26</sup> שאשה, ולו העשירה ביותר, נשארת חסרת אמצעים רכשיים במהלך נישואיה<sup>27</sup>, חירותה הקנינית מוגבלת והיא נמצאת תחת חסותו הכלכלית המלאה של הבעל.

סוג שלישי של נכסים, שאינם נכסי צאן ברזל ואינם נכסי מלוג, מהווה חריג למצב המשפטי המתואר לעיל. על סוג זה של נכסים אין לבעל שליטה ולא מוקנית לו שום זכות עליהם. במסגרת סוג זה של נכסים נכללת מתנה המתקבלת על-ידי האשה תוך התנאה שהבעל לא יהיה זכאי לא לקרן ולא לפירות. במקרה כזה נשארים הנכסים ופירותיהם ברשותה של האשה<sup>28</sup>.

דוגמה אחרונה זו מלמדת אותנו כי למרות זכויותיה המוגבלות של האשה ברכושה אין היא מחוסרת כושר משפטי, כמצבן של נשים בשיטות משפטיות אחרות. מצבם של נכסי האשה משתנה אמנם עם הנישואין והם נכנסים, במעט או בהרבה, לרשות בעלה, אולם היא בעלת כושר לערוך דיספוזיציות והיא זכאית להתקשר בעסקאות<sup>29</sup>. כוחות אלה של האשה כפופים, כמובן, לזכויות הקניין של בעלה בנכסים. זכויות אלה של הבעל מגבילות אמנם את כוח ההתקשרות של האשה, אך אינן פוגמות בכשרותה<sup>30</sup>. לאשה

24. ש"ע, אבן העזר, סימן צ סעיף יג; רמב"ם, הלכות אישות, פרק כב הלכה טו. ברם לדעת הרמב"ם (שם הלכה טז) אם מכר מיטלטלין של נכסי צאן ברזל אף-על-פי שאינו רשאי מה שעשה עשוי. אולם רוב הפוסקים סבורים שהטעם האוסר מכירה בנכסי מקרקעין, היינו "משום שבת בית אביה" — על-פי דין הגמרא חוזרים אליה נכסים אלה עם פקיעת הנישואין — חולש גם על איסור מכירת מיטלטלין. ראה ב' שרשבסקי, לעיל הערה 11, בע' 160 והאסמכתאות שם.

25. ראה האסמכתאות לעיל בראש הערה 24.

26. למעשה שייכים לבעל כל נכסיה והכנסותיה: כתובתה, נכסי צאן ברזל, נכסי מלוג, מעשי ידיה (הכנסותיה) ומציאתה.

27. משנה, בבא קמא ח ד "העבד והאשה פגיעתן רעה. החובל בהן חייב והם שחבלו באחרים פטורין אבל משלמין לאחר זמן. נתגרשה האשה נשתחרר העבד חייבין לשלם".

28. בבא בתרא נא ב. אם נתן לה הבעל מתנה הוא נחשב כמוותר על זכותו לפירות, אולם במקרה כזה יראו את הפירות כקרן של נכסי מלוג ופירותיהם של אלה יהיו שייכים לבעל. הבעל אוכל, איפוא, פירי פירות. ראה בבא בתרא שם; כן ראה גם תיק ערעור תש"ך/154, פד"ר ד 148.

29. כך, למשל, יכולה האשה לקנות נכסים אפילו מבעלה, ואלה יעמדו אז ברשותה: ראה בבא בתרא נא ב.

30. ראה א' גולאק, יסודי המשפט העברי חלק ג 44 "האשה הנשואה שווה היא בדיניה לאיש ויש לה הכשרה משפטית לקנינים, לחיובים ולכלל משא ומתן"; ראה גם ב' שרשבסקי, לעיל הערה 11, בע' 216-217. המוכיח כי אין האשה חסרת כשרות משפטית. ההגבלות המוטלות על יכולת עריכת העסקאות בנכסיה נובעות מהגנה על זכויות הבעל בנכסים אלה ולא מפסולתה של האשה.

היכולת לרכוש נכסים ואף להחזיק בהם גם בלי שלבעל תהא רשות בהם (הסוג השלישי של הנכסים). זאת ועוד, בני-הזוג רשאים להתנות ביניהם בענינים שבממון ותנאיהם קיימים<sup>31</sup>.

### ב. הדין העברי ושיטות משפטיות אחרות: דיון משווה

הסדר לכאורה של הפרדת רכוש תוך מתן זכויות ניהול ופיקוח מקיפות לבעל, כולל זכויות בפירות הנכסים — דהיינו: שליטה למעשה של הבעל ברכוש האשה — נהג בשיטות משפטיות שונות בעולם עד לפני זמן לא רב.

#### אא. הדין הרומי

בדין הרומי נהג מוסד משפטי דומה לנכסי מלוג, הוא ה-dos. ה-dos הוא תרומת האשה, או תרומת משפחתה מטעמה, להחזקת משק הבית המשותף. ה-dos הורכב מקרן, אשר הועמדה לרשות הבעל ולשליטתו במהלך הנישואין. הכנסות הקרן נמסרו לבעל ונועדו למטרות משק הבית. עם פקיעת הנישואין — בין עקב גירושין ובין מחמת מיתה — הוחזרה הקרן למי שסיפק אותה, דהיינו: לאשה או ל-paterfamilias. בימי Augustus נוסף לדוס הרגיל (נקרא dos receptitia) נחלק הדוס לשני חלקים: זה אשר סופק על-ידי ה-paterfamilias (נקרא dos profectitia) והאחר אשר סופק על-ידי אחרים (נקרא dos adventitia). לחלוקה זו נודעה חשיבות כאשר נפטרה האשה בחיי הבעל. במקרה כזה נשאר ה-dos אשר סופק על-ידי אחרים בידי הבעל. בתקופה מסויימת זכאי היה הבעל גם לנכות חלקים מסויימים מן ה-dos. ההתפתחות במשפט הרומי היתה בכיוון של צמצום זכויות הבעל ב-dos. כתוצאה מהתפתחות זו היה, בזמנים הפוסט קלסיים, מעמד הבעל כמעין נאמן של ה-dos, אשר היה זכאי למעשה לקנין פירות בלבד בנכסים אלה. בדין הרומי שלט עקרון של הפרדת רכוש ורק הנכסים אשר נכללו במפורש בדוס עמדו לרשות הבעל<sup>32</sup>. במשפט העברי, כזכור, נכללו כל הנכסים השיוויים במסגרת נכסי מלוג.

#### בב. הדין האנגלי

התקופה הראשונה בדין האנגלי, המושלת בכיפה עד סוף המאה ה-19, מאופיינת בתלותה המוחלטת של האשה בבעלה ובהיותה נעדרת כושר משפטי עצמאי. בתקופה זו עבר רכושה של האשה לחזקתו של הבעל ולשליטתו. האשה לא היתה רשאית להתערב בניהול נכסיה על-ידי הבעל והיא נותרה למעשה חסרת כל רכוש משל עצמה<sup>33</sup>. תוצאה

31. רמב"ם, הלכות אישות, פרק יב הלכה ו.

32. ראה R.W. Leage, *Roman Private Law* (3rd ed., N.Y., 1967) 107-111.

33. A.K.R. Kiralfy "The English Law" in *Comparative Law of Matrimonial Property* (A. Kiralfy, editor, Leiden, 1972) 180, 182-183 (hereinafter: Kiralfy); P.M. Bromley, *Family Law* (5th ed., London, 1976) 431-432. רואה בזכויות אלה פיצוי לבעל על אחריותו המשותפת בנוזיקין לעוולות האשה וכן על אחריותו לכל התחייבויות אשתו שלפני הנישואין. כן ראה O. Kahn-Freund "Matrimonial Property Law in England" in *Matrimonial Property Law* (W. Friedmann, editor, London, 1955) 267, 271 (hereinafter: Friedmann).

חריפה זו הומתקה מאוחר יותר על-ידי דיני היושר באמצעות מוסד הנאמנות, אשר איפשר הכללתם של נכסים מסויימים בקרן נאמנות מיוחדת העומדת לרשות האשה ולזכותה (ה-*separate use*)<sup>34</sup>. מטרת הסדר זה לא היתה השוואת זכויותיהם של בני-הזוג, אלא עקיפת חוסר כשרותה המשפטית של האשה. מגבלתו העיקרית של ההסדר — אשר הקנה רכוש נפרד לאשה — היתה אופן יצירתו, באמצעות עסקה פורמלית ומפורשת. הוא פתר למעשה רק את הבעיה של חלק קטן מן הנשים, בעיקר אלה שהשתייכו לשכבה החברתית הגבוהה ואשר ביקשו לשמור על הרכוש הרב שהכניסו לנישואין. עד סוף המאה ה-19 היו, איפוא, שני סוגים של משטר מטרימוניאלי, המשפט המקובל לרבים ודיני היושר למעטים.

משנת 1882 ניתן למנות את תחילת התקופה השניה של הדין האנגלי בסוגיה זו ובה נקבע שינוי מכריע בהסדרים האמורים. עם כניסת ה-*Married Women's Property Act* 1882 לתוקפו הוכר כושרה המשפטי של האשה לרכישת רכוש, לשליטה בו ולהחזקתו. עידן חדש זה לא שחרר את האשה כליל מתלותה בבעלה. עדיין היה הבעל אחראי במידה מסויימת לחובות אשתו ולעוולותיה. תלות זו נותקה מאוחר יותר עם חקיקת ה-*Law Reform (Married Women and Tortfeasors) Act* 1935. בתקופה זו, אשר נמשכה עד תחילת שנות החמישים, נוצרה בצד כשרותה המשפטית המלאה של האשה גם הפרדה רכושית בנכסיהם של שני בני-הזוג. שני בני-הזוג הוכרו כשני יחידים בעלי כושר משפטי זהה, שדינם, לצורך תחולת דיני הקנין והחוזים עליהם, כדין זרים. האפקט המיוחד של דיני המשפחה על רכושם של בני-הזוג לא מצא ביטוי, לא בחקיקה ולא בפסיקה. דיון בהמשך התפתחותו של הדין האנגלי בסוגיה זו חורג ממסגרת פרק זה וייערך במקום אחר.

### גג. הדין הגרמני

גם בדין הגרמני היו הפונקציות של האשה מוגבלות למשק הבית ולטיפול בילדים. גם כאן נקבע הסדר של הפרדת רכוש ומתן זכויות ניהול לבעל, כולל זכות אכילת פירות<sup>35</sup>.

### דד. הדין הצרפתי

אף באותן מדינות, בהן נדחתה השיטה הרומית של הפרדת רכוש ופותרו צורות מסויימות של רכוש משותף בין בני-הזוג<sup>36</sup>, היתה שליטה מלאה של הבעל לא רק ברכוש המשותף אלא גם ברכוש הנפרד של האשה. כך, למשל, היה המצב בדין הצרפתי כפי שהשתקף ב-*Code Civil*. רק מאוחר יותר תוקנו תיקונים מסויימים אשר הרחיבו את זכויותיה של האשה ובשנת 1965 נערכה רפורמה בדין זה. מכל מקום עד לשנת 1938

<sup>34</sup> O. Kahn-Freund, *ibid.*, at 274; A.K.R. Kiralfy, *ibid.*, at 184-185.

<sup>35</sup> בעבר סעיף 1380 ב-G.B., ראה E.D. Graue "German Law" in Kiralfy, *supra* note 33, at 115-116.

<sup>36</sup> ראה על כך אצל W. Friedmann "A Comparative Study" in Friedmann, *supra* note 33 at 437 וב-*Study Prepared by the Family Law Project, Ontario Law Reform Commission, Vol. II*, וכן (על הדין הבלגי) 198.

היתה האשה חסרת כשרות משפטית<sup>37</sup>. להלכה היתה אמנם שותפת ברכוש המשותף, אולם למעשה היה מצבה המשפטי דומה למצבן של נשים בשיטות הרכוש הנפרד, שכן היא נהפכה לשותפה רק עם פירוק הקשר. במהלך הנישואין נהנה הבעל מזכות הפיקוח והניהול הבלעדיים הן לגבי הרכוש המשותף והן לגבי הרכוש הנפרד. עד להתרת הנישואין היו זכויות האשה מושעות<sup>38</sup>.

#### הה. סיכום

שליטת הבעל ברכוש המשפחה, שהיתה מקובלת בעבר ברוב השיטות המשפטיות, תאמה את התנאים החברתיים והכלכליים באותן מדינות. עד לפני מספר דורות לא יצאו, בדרך כלל, הנשים מתחום הבית, רובן לא קיבלו חינוך פורמלי והיו חסרות נסיון עסקי. למצב המשפטי המתואר היו כפי שכבר ראינו גם סיבות אידיאולוגיות. שרטוט היסטורי מצביע על מסורת ארוכה של יצירת הסדרים רכושיים בהתחשב באלמנטים הבאים: שמירה על צורכי משק הבית, חלוקת תפקידים אפריוורית במשפחה, שמירה על "תביעת השושלות" של בני-הזוג (היינו שמירה על רכוש כל-בן-זוג למען משפחת האב וצאצאיה) וכמעין עסקת חליפין במסגרתה מתחייב הבעל בתמיכה כלכלית באשה וזוכה בתמורה בשירותי בית מצידה ובהשתתפות מסויימת של נכסיה בצורכי משק הבית.

#### ג. זכויות הבעל בנכסי אשתו במשפט הישראלי

אא. התוצאות העקרוניות הנובעות מחוק שיווי זכויות האשה, תשי"א-1951

##### 1. חוק שיווי זכויות האשה והשפעתו

עוד בשער השני נוכחנו לדעת כי היחסים הרכושיים שבין בני-הזוג הם בגדר "עניני נישואין" ואלה נתונים לשליטת הדין הדתי ולסמכותו של בית הדין הדתי<sup>39</sup>. בתחילת שנות החמישים קבע בית המשפט העליון כי מבחינה משפטית נכסי מלוג כלולים בגדר המונח "ענין של נישואין" ומשום כך נדונים לפי הדין העברי על הוראותיו השונות<sup>40</sup>.

חוק שיווי זכויות האשה, תשי"א-1951, הביא מפנה בתחולת הדין הדתי בתחום היחסים הרכושיים שבין בני-זוג במשפט הישראלי. שתי המגבלות העיקריות המוטלות

37. A. Colomer "The Modern French Law" in Kiralfy, *supra* note 33, at 82; M.A. Glendon "Matrimonial Property: A Comparative Study of Law and Social change" 49 *Tul. L.R.* (1974-5) 21.

אך בצרפת שליטת הבעל מלווה בבטחונות לאשה (כגון: היכולת לוותר על השיתוף, הזכות לדרוש הפרדה וכיו"ב) משום כך היתה השיטה מאוזנת.

38. J.T. Younger "Community Property, Women and the Law School Curriculum" 48 *NYU L.R.* (1973) 211, 218, 220.

39. א' סוכובולסקי ב-"דור"ח על יחסי הרכוש בין בני-הזוג היהודיים בישראל ותחולת המשפט העברי על יחסים אלה" בספרו של ג' טדסקי, מחקרים במשפטנו הפרטי (ירושלים, תשי"ט) 328, 341 מציין כי לא יוחסה לנכסי מלוג ולנכסי צאן ברזל חשיבות למעשה.

40. ביד"מ 1/50 סידים נ' יו"ר ההוצל"פ ירושלים, פ"ד ח 1020: ברם ראה לפני כן ת"א 367/49 זילברשטיין נ' זילברשטיין, פ"מ ג 136. ראה דיון מפורט בשער שני, חלק ראשון, פרק ראשון.

על האשה בדין העברי — חוסר יכולתה למכור באופן אפקטיבי את נכסיה, מחמת תקנת אושא, וקנין הפירות של הבעל בנכסי המלוג של אשתו — הוסרו על-ידי סעיף 2 לחוק שיווי זכויות האשה, כפי שפורש על-ידי בית המשפט העליון בפרשת סידים נ' הנשיא וחברי בית הדין הרבני הגדול<sup>41</sup>. בית המשפט מצא כי זכות אכילת הפירות של הבעל אינה רק זכות אישית, אובליגטורית, אלא זכות חפצית, ריאלית, הרובצת כשעבוד על נכסי האשה. זכות זו, אשר חוזקה באמצעות תקנת אושא, מצמצמת את הזכויות הקניניות שהיו לאשה עובר לנישואין. דהיינו: שליטתו של הבעל בקנין הפירות של נכסי מלוג, מצד אחד, וצמצום זכויותיה של האשה בכל הנוגע לפירות נכסיה ולעשייה קנינית בנכסים אלה, מצד שני, מחייבים, לדעת בית המשפט, את המסקנה שאין לה כשרות לעשייה בקנינים כאילו היתה פנויה וקניניה נפגעו על-ידי קשר הנישואין. משום כך מבטל סעיף 2 לחוק, המחייב גם את בתי הדין הרבניים (סעיף 7) ומהווה הוראה טריטוריאלית, את מוסד נכסי המלוג במשפט הישראלי הנוהג ואין לו עוד קיום<sup>42</sup>. הוראה סובסטנטיבית זו השליטה, להלכה, משטר של הפרדה רכושית בין בני-הזוג<sup>43</sup>. הועלתה, אמנם, דעה כי החוק מבטל רק את תקנת אושא ואינו עוקר את הדין הדתי בכלל<sup>44</sup>. אולם כבר ראינו כי בית המשפט העליון, ובצדק, סבור היה כי גם זכות אכילת הפירות היא בגדר פגיעה קנינית בנכסי האשה. בפרשת סידים<sup>45</sup> נדחתה גם עמדתו של ד"ר ב' שרשבסקי<sup>46</sup> על פיה אין בסעיף 2 כדי להשפיע על זכויות הבעל בפירות נכסי המלוג. טעמו העיקרי: ההגבלה הקבועה בדין העברי על זכויות האשה אינה נובעת מחוסר כשרות משפטית, במובן שיש לתת, לדעתו, למונח "כשרות" ברישא לסעיף 2; משום כך אין סתייה בין הוראות הדין העברי להוראות החוק. אשר לסיפא של הסעיף — שענינה אי הפגיעה בקניני האשה כתוצאה מקשר הנישואין — זו, לדעתו, איננה ענין עצמאי, אין בה אלא מה שכרישא ולא להוסיף עליה היא באה. משום כך גם הוראתה איננה פוגעת בזכויות הנובעות מן הדין העברי<sup>47</sup>.

41. בג"צ 202/57, פ"ד יב 1528 (להלן: הלכת סידים).

42. ראה גם ביד"מ 1/50, לעיל הערה 40, בע' 1023; ע"א 313/59 בלבן נ' בלבן, פ"ד יד 285; ע"א 426/65 רינת נ' רינת, פ"ד כ (2) 21; ע"א 61/71 כהן נ' כהן, פ"ד כה (2) 327; בג"צ 185/72 גורן נ' בית הדין הרבני, פ"ד כו (2) 765; מ' זילברג, המעמד האישי בישראל (ירושלים, תשי"ח) 401-402.

43. ח' צדוק "חוק שיווי זכויות האשה" הפרקליט ח (תשי"ב) 66, 69.

44. ק' ורדי "שיוויין האשה לאור המשפט העברי" הפרקליט ח (תשי"ב) 123, 126 וראה גם דברי שר המשפטים דאז, פ' רוזן, ד"כ 9 (תשי"א) בע' 2005.

45. בג"צ 202/57, לעיל הערה 41, בע' 1535.

46. ב' שרשבסקי, לעיל הערה 11, בע' 223-216.

47. כאמור גם בתי הדין חייבים ללכת בעקבות הוראת סעיף 2 לחוק בדונם בעניני נישואין שבסמכותם. ברם השאלה שיש לבררה היא, האם כפופים הם לפרשנות הבג"צ את הוראות החוק שהופנו ישירות גם אליהם. אם התשובה היא חיובית וזו הגישה של בג"צ, כי אז חייבים הם לכבד את הלכת סידים, אולם אם התשובה היא שלילית כי אז רשאים הם לאמץ גם פרשנות אחרת. כגון פרשנותו של ד"ר ב' שרשבסקי, ולהגיע לתוצאה אחרת: ממילא יתכן כי בדונם בעניני הנישואין רשאים בתי הדין להמשיך ולהחיל את הדין העברי גם בנוגע לנכסי מלוג. דיון בסוגיה זו ראה במאמרי "האם כפוף בית הדין הדתי לפירוש שניתן על-ידי בג"צ להוראות חוק חילוני שהופנו ישירות לבית הדין" עיוני משפט ב (תשל"ב) 524; מ' דרורי "מי מוסמך לפרש הוראות חוק חילוני

השאלה הנשאלת היא, מהו הפירוש המדויק שיש לתת לסעיף 2 ? פירוש זה יאצול על מידתו והיקפו של צמצום הדין הדתי המהותי. מהלכת סידים נובע, כי סעיף 2 על פי לשונו, הוראתו ומטרותיו ענינו בזכויות חפציות של האשה בנכסיה. בית המשפט מדגיש כי הפגיעות בנכסי האשה מכוח הדין העברי הן קניניות והזכויות המוקנות לבעל בנכסים אלה על-ידי דין זה הן זכויות חפצא. משום כך הן עומדות בסתירה להוראות סעיף 2. בית המשפט מוסיף במפורש: "אילו היתה זכותו של הבעל רק אובליגטורית, אישית, מכוונת כלפי האשה ולא כלפי נכסיה — החרשתי"<sup>48</sup>. יתר על כן, בית המשפט קבע, כי אין בסעיף האמור כדי לבטל את זכות הבעל ל"מעשה ידיה" של אשתו מאחר וזכותו זו של הבעל היא זכות אישית ולא קנינית ואין בה — בהיותה זכות אישית — כדי לצמצם את כשרות האשה לקנין או לעשייה בקנינים.<sup>49</sup>

המופנות לבית דין דתי? עיוני משפט ג (תשל"ד) 941; "י שילה" עודד לבעית ההתנגשות בין הערכאה האזרחית לערכאה הדתית" עיוני משפט ג (תשל"ד) 946. אגב, בתי הדין הדתיים ממשיכים לפסוק במקרים רבים כאילו מוסד נכסי המלוג הוא עדיין חלק מן המשפט הנוהג בישראל. ראה, למשל, תיק ערעור תשי"ט/67, פד"ר ד 97; תיק ערעור תש"ך/154, פד"ר ד 148; תיק ערעור תשכ"ג/29, פד"ר ה 9; תיק ב/תשכ"ה/2021, פד"ר ה 279.

48. בג"צ 202/57, לעיל הערה 41, בע' 1535.

49. ראה ד"ר 23/69 יוסף נ' יוסף, פ"ד כד (1) 792, 807-808. ברם ראה דעת מיעוט של השופט ח' כהן שם בע' 809, הגורס כי זכות זו בטלה מכוח סעיף 2 באשר יש בה משום פגיעה בקניני האשה, דהיינו: בהכנסותיה. עוד ראה מ' זילברג, לעיל הערה 42, בע' 405-406; כן ראה ת"א 1098/61 אקרמן נ' אקרמן, פ"מ לא 151, 155-156; ראה גם נ' רקובר "יחסי ממון בין בני-הזוג" תורה שבעל-פה, הרצאות בכנס הארצי השנים עשר לתורה שבעל פה (בעריכת י' רפאל, ירושלים, תשל"ל) קטו, קכת. טעמים נוספים לאלה אשר פורטו בגוף הדברים לעמדה זו הם: (א) חובת "מעשה ידיה" היא תנאי או תמורה לחבות הבעל במזונות אשתו. מדובר, אפוא, על חיוב קורלטיבי של האשה לזכותה במזונות. (ב) אין כל קיפות או אפליה של האשה במקרה זה הואיל ובידה זכות הברירה. היא רשאית לוותר על מזונותיה ולהימנע מחובת מעשה ידיה. (ג) "מעשה ידיה" היא חוב כספי בלבד של האשה לבעלה (ראה מ' זילברג, שם שם והאסמכתאות המובאות על ידו).

אולם, מאידך גיסא, יש הגורסים כי ידי האשה משועבדות לבעל וזכותו במעשה ידיה היא זכות קנינית (רמב"ם, הפלאה, הלכות ערכין וחרמין, פרק ו הלכה כח: שו"ע, אבן העזר, סימן פא סעיף א: כן ראה הרב קרלין, תורת אבן העזר, הלכות כתובות (ירושלים, תש"י) עא; עמדה זו מבוססת על סוגיית "המקדיש מעשה ידי אשתו" כתובות נח ב, נט ב). האם בהסתמך על דעה זו ביטל חוק שיווי זכויות האשה את זכות הבעל למעשה ידיה של אשתו? נראה שהתשובה היא שלילית (ראה מ' זילברג, שם שם). ראשית, יש גם דעות אחרות על-פיהן אין ידי האשה משועבדות כליל ומראש לבעל הואיל ובידה הברירה ואין הבעל יכול לכופה (ר"ן, כתובות, פח ב; הגהת הרמ"א על שו"ע, אבן העזר, סימן פא סעיף א; ראה גם ע' בולץ "מעשי ידי האשה בשיפוט הרבני בישראל" דברי הקונגרס העולמי החמישי למדעי היהדות, כרך ג' (ירושלים, תשכ"ט) 33, 36 הסבור כי בתי הדין הרבניים בישראל אינם נוטים אחרי הדעה שידי האשה משועבדות לבעלה).

שנית, אף לבעלי הדעה האחרת אין להגיע למסקנה כזו הואיל והשעבוד עליו מדובר אינו פוגע בזכותה הקנינית של האשה. זכות הברירה שלה נשמרת. רק אם בחרה במזונות היא מחויבת גם במעשה ידיה. במקרה זה זכאי הבעל, לדעת בעלי דעה זו, גם להקדיש ידי אשתו הואיל ויש בכך

ואכן כל עיקרו של סעיף זה הוא בתחום זכויות הקנין, כשרות לקנין, עשייה בקנינים ומניעת פגיעה בקנין. רוצה לומר: המחוקק ביקש למנוע פגיעה בזכויות הקנין של האשה ואין הוא דן בתחום האובליגטורי, אפילו הוא נוגע לנכסי האשה או לחיוביה. אך בית המשפט העליון לא נשאר בתחומיה של פרשנות זו, המתחייבת, לדעתנו, הן מלשון החוק והן מניתוח קפדני של הפסיקה ומן המסקנות שניתן להסיק ממנה. בית המשפט שלח את זרועותיו של סעיף 2 לעבר תחומים רחבים יותר, הרחיב על-ידי כך את תחומי תחולת הדין האזרחי וצמצם עוד יותר את תחולת הדין הדתי המהותי. מגמה זו מגיעה, למעשה, עד כדי קביעה, כי כל היחסים הרכושיים, או אלה שיש להם נגיעה כלשהי — בין במישרין ובין בעקיפין — לנכסי האשה, נדונים אך ורק על פי הדין האזרחי.

נקודת ציון ראשונה בהרחבה זו היא גישתו של הנשיא אגרנט, אשר קבע כי לאור הוראת סעיף 2 לחוק מן הדין להחיל, באשר לזכויות הבעלות בנכסים שנרכשו על-ידי בני-הזוג או אילו מהם, את עקרונות הדין החילוני<sup>50</sup>. כלומר: הוראת סעיף 2 קובעת לדעתו תחולה כללית של דיני הקנין על זכויות קניניות בנכסים של בני-זוג ובין בני-זוג. על פי גישתו הכללית מכלול יחסי הקנין שבין בני-הזוג לא ידונו על פי הדין הדתי. לעמדתו של הנשיא אגרנט יש גם משמעות נוספת. סעיף 2 משפיע לא רק בדרך השלייה — דהיינו: בדרך של ביטול מוסדות סובסנטטיביים בדין הדתי שאינם מתיישבים עם הוראותיו — אלא כתוצאה ממנו נופקות תוצאות גם בדרך החיוב, כלומר קביעת דין — הדין האזרחי — אשר יחול על מערכת יחסי הקנין שבין בני-זוג<sup>51</sup>. מעמדה זו נובעת גם הלגיטימציה המשפטית לקביעת הלכת השיתוף בנכסים, כאשר מקורה המשפטי ובסיסה הוא בדין החילוני<sup>52</sup>.

כנגד עמדה מרחיבה זו של חוק שיווי זכויות האשה ניצבת העמדה המצמצמת, הטבועה בחותמו של השופט י. קיסטר. במרכזו של גישה זו פרשנות צרה של החוק האמור באופן המצמצם באורח ניכר את השפעתו על ההסדרים הרכושיים שמקורם הדין העברי. השופט קיסטר גורס כי על זכויות בין בעל ואשה יהודים בישראל (למעט זכות

משום עשייה בזכותו הוא (ראה חלקת מחוקק על שו"ע, אבן העזר. סימן פא סעיף א; וכן ראה הבית שמואל שם).

שלישית, שעבדו ידי האשה לבעל יכול לחול רק על אותו חלק העומד ברשות בעל. הבעיה שהעלינו מצטמצמת, איפוא, היום רק למלאכות המסורתיות. הכלולות ברשימה המפורטת במשנה, בהן עושה האשה לצורכי פרנסת המשפחה. יתר המלאכות או שהן שירותים אישיים שאשה עושה לבעלה, ואינם בגדר זכות קנין, או שהן עבודות המוגדרות כהעדרה על-ידי הדחק שממילא על-פי הדין אין לבעל רשות להוציא את תמורתן מן האשה אלא לקווה ממונותיה (ראה ב' שרשבסקי, לעיל הערה 11, בע' 177-179). אלה הינם לכל היותר זכות מוגבלת בשימושה בידי הבעל וודאי אינם זכות קנינית, אשר להשפעת סעיף 4 לחוק יחסי ממון בין בני-זוג, תשל"ג-1973, על המשך קיומו של מוסד זה במשפט הישראלי הנהוג ראה להלן בסעיף (ג)(1).

50. ע"א 253/65 בריקר נ' בריקר, פ"ד כ (1) 589, 596.

51. ראה בג"צ 185/72 גור נ' בית הדין הרבני האיזורי ירושלים, פ"ד כו (2) 765, 769 (להלן: הלכת גור).

52. ראה ע"א 2/77 אזוגי נ' אזוגי, פ"ד לג (3) 1, 27.

הבעל בנכסי המלוג של אשתו) קיים המשפט העברי ובית המשפט חייב לדון לפיו<sup>53</sup>. לעמדה זו הצטרפו השופטים ב' שרשבסקי<sup>54</sup> ומ' אלון<sup>55</sup>. לדעתם, גם הבסיס המשפטי ליצירתה ולפיתוחה של הלכת השיתוף בנכסים צריך שיהא על-פי המשפט העברי<sup>56</sup>. עוד ניווכח בקיומן של נפקויות משפטיות נוספות לשוני בעמדות האמורות, הן מבחינת תחולת דינים שונים של הדין העברי והן מבחינת הסדר יחסי הממון בין בני-הזוג בתכנים השאובים מן הדין האזרחי.

כבר רמזנו לעיל כי בעינינו עדיפה העמדה המצמצמת מזו המרחיבה. מטרותיו של סעיף 2 לחוק ולשונו מועידים לו — כפי שכבר הראינו לעיל — תפקיד מוגבל. כל יתר עניני הנישואין ממשיכים להיות מסורים לשלטונו של הדין הדתי כפוף לשינויים סטטוטוריים טריטוריאליים שהמחוקק חפץ ביוקם.

ברם את המשמעות הנוספת של דברי הנשיא אגרנט, שעליה עמדנו, יש לקבל. כאשר סעיף 2 מסיר הוראות סובסטנטיביות מסוימות של הדין הדתי, שאינן עולות בקנה אחד עמו, הוא משאיר חלל ריק. חלל זה אכן מתמלא על-ידי הדין האזרחי. על קביעה זו והטעמים לה נעמוד בהמשך.

## 2. זכויות שימוש בנכסים בזכויות נלוות להבטחת הסטטוס

נקודת ציון שניה במתיחת קו הגבול של סעיף 2 הרחק בתוך תחומי הדין הדתי היא פרשנותו של השופט ח' כהן כפי שבאה לידי ביטוי בהלכת גור. על-פיה "נשרו" מ"עניני נישואין", כמשמעותם בסעיף 1 לחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), נכסי האשה וזכויות הבעל בהם. כלומר: די שמדובר בנכסי האשה ובזכויות כלשהן של בעל בהן על מנת שהדין הדתי ייסוג מפני הדין האזרחי. תוך דקויות בגישה זו מגיע השופט ח' כהן למסקנה מרחיקת לכת. לדעתו אין להטיל עיקול על נכסי האשה אף להבטחת זכויות הבעל הנלוות למטרות הבטחת הסטטוס ושלום המשפחה. משום כך אין להטיל עיקול על נכסי האשה, אף לא במסגרת דיון בתביעת שלום בית (שהיא בסמכות בית הדין). גם כשמטרתו היא שמירת זכויות שימוש לבעל לשם הבטחת שלום הבית על-פי קביעת בית הדין. שימוש כזה, לדעתו, נוגד את הלכת סידים והטלת עיקול לשם הבטחתו הוא נסיון להשיג בדרך עקיפה את שלא ניתן להשיג בדרך הראשית והישירה. לפיכך בוטל פסק הדין הרבני, אשר הטיל את העיקול על נכסי האשה במסגרת תביעת שלום הבית שנדונה שם.

איננו יכולים להזדהות עם פרשנות זו הנראית לנו מרחיבה את הוראות סעיף 2 מעבר לתחומי הלגיטימיים, ואלה טעמינו:

1. אי אפשר להסכים לכך שנקודת המבחן אותו מציב סעיף 2 לחוק הוא טיב האובייקט, היינו נכסי האשה, במקום טיב הפגיעה בזכויותיה.

53. ע"א 253/65, לעיל הערה 50, בע' 612; ע"א 627/70 זאבי נ' זאבי, פ"ד כו (2), 445, 449-450; ע"א 66/73 פנונו נ' פנונו, פ"ד כט (2), 181, 184.
54. ע"א 514/76 חשש נ' דמארי, פ"ד לא (2), 505, 513-514.
55. ע"א 2/77, לעיל הערה 52, בע' 15.
56. עמדת השופט קיסטר, לעיל הערה 53; עמדת השופט שרשבסקי, לעיל הערה 54; ועמדת השופט אלון, לעיל הערה 55.



2. יש לבדוק מהו סוג הפגיעה בנכסי האשה. אם הפגיעה היא בזכויות הקנין נסוג הדין הדתי מפני הוראות החוק. אם, לעומת זאת, הזכות הנטענת על-ידי הבעל בנכסים אלה היא זכות אישית גרידא אין לסעיף 2 פתחון פה.

נכון הוא, כי זכות השימוש של הבעל בנכסי האשה היא בגדר פירות נכסי מלוג, כפי שמציין בית המשפט, ברם במקרה דנן לא מכוחה של זכות זו נתבעה האשה, אלא מכוח הוראה אחרת ובמסגרת דיון אחר, היינו: תביעת שלום בית<sup>57</sup>.

זכות השימוש כאמור אין משום פגיעה בזכויותיה הקניניות של האשה. אין היא מצמיחה זכות חזקה עצמאית כלשהי בנכסים אלא זוהי חזקה הנגזרת מכוח חזקתה של האשה. אין שום הגבלה קנינית על האשה מכוח שימוש זה של הבעל וחופש העשייה שלה בזכויות הקנין נשמר כשהיה. זוהי זכות שימוש אישית בלבד ללא הקניית זכויות חפציות כלשהן לבעל בגוף הנכסים וללא כל סממנים חפציים. משום כך אין היא עומדת בסתירה להוראות סעיף 58.

במובן זה אנלוגית זכות זו של בן-זוג בנכס של האחר לזכות המדורר של האשה בבית בעלה. גם בענין המדורר חזקת האשה נגזרת מחזקת הבעל וזכות השימוש של האשה אינה מקנה לה זכות קנינית כלשהי. בית המשפט העליון עצמו הבחין לענין זה בין זכות שימוש הנובעת מזכות קנינית לבין זכות אישית לשימוש בנכס<sup>59</sup>. זכות אישית איננה פוגעת בזכותו הקנינית של הבעל אפילו היא מחייבת לשם הבטחתה את סילוק הבעל מן הבית<sup>60</sup>. ענין זה מוכיח כי אין בזכות השימוש כלשעצמה משום פגיעה בזכות קנינית והוא מאפשר למוד גזירה שווה גם לסוגיה נשוא דיוננו כאן.

אין כל מחלוקת כי תביעת שלום בית נמצאת בגדר סמכותו של בית הדין הרבני<sup>61</sup>. אין גם מחלוקת, כי כאשר תביעה מסויימת נמצאת בסמכותו של בית הדין הוא רשאי להעניק סעדים נלווים ובהם הטלת עיקול על נכסי כל אחד מבני-הזוג<sup>62</sup>. הטלת עיקול כזה אין בה משום סתירה לסעיף 2 באשר הוא רק סעד נלווה להבטחת זכות קיימת ואינו יוצר לא זכויות קניניות ולא זכויות חדשות מכוחו הוא. אם זכות השימוש, כחלק מהבטחת תביעת שלום בית, איננה נוגדת את הוראות חוק שיווי זכויות האשה, כפי שראינו, כי אז הטלת עיקול, שנועדה למימוש זכות זו, איננה יכולה היא עצמה להביא סתירה כזו. במקרה זה אין האשה מאבדת, איפוא, זכות כלשהי מזכויותיה הקניניות באשר היא נשואה ועקב נישואיה.

57. על זכות השימוש ההדדית בנכסים ראה בפסק הדין הרבני, ששימש נשוא הדיון בבג"צ 185/72, הלכת גור, לעיל הערה 51, כפי שהוא מובא בגוף פסק הדין של הבג"צ: כן ראה על זכות זו בשו"ת מהרי"ק, שורש נז.
58. משום כך גם אין היא עומדת בסתירה להוראות סעיף 4 לחוק יחסי ממון בין בני-זוג, תשל"ג-1973, כפי שנראה עוד בהמשך.
59. ע"א 731/72 חן כליפה נ' חן כליפה, פ"ד כח (1) 611; כן ראה בר"ע 19/74 בר לוי נ' בר לוי, פ"ד כח (1) 726.
60. ראה האסמכתאות לעיל בהערה 59.
61. ביד"מ 1/50, לעיל הערה 40, בע" 1031-1032.
62. ראה עוד בתקופת המנדט ע"א 38/47 דיון נ' בית הדין הרבני, (1947) 2 אל"ר 588, 591; ע"א 108/45 רפאלי נ' עוזר יו"ר ההוצל"פ, (1946) 1 אל"ר 44; ראה גם פ' דיקשטיין "עיקול על נכסי

3. מושא הדיון בבית הדין הרבני בפרשת גור היה איסור הפגיעה בחיים המשותפים ובשלום המשפחה. פגיעה כזו יכולה להיווצר גם על-ידי מניעת שימוש ב"נכסים משפחתיים". במסגרת תביעת שלום בית- מצווה בית הדין להסיר את המכשולים, במידת האפשר, באמצעים שונים וביניהם הגישה לנכסים הקיימים לשם קיום חיים תקינים ונוחים.<sup>63</sup>

אין כאן כל אפליה לרעת האשה. היחס בין בני-הזוג שווה לחלוטין. אין כל פגיעה באשה כאשר היא אשה. חיי הנישואין מטילים חובות מסוימות על בני-הזוג. במקרה זה, חובות אלה, הנוגעות לשימוש בנכסים מסוימים, הן הדדיות, הן יוצרות דווקא שוויון בין בני-הזוג ונועדו לשקף יצירת איזון והרמוניה.

4. חקיקה מודרנית בשיטות משפט רבות נוטה להטיל מגבלות, במהלך הנישואין, על חופש העסקאות של כל אחד מבני-הזוג לגבי נכסי משפחה, הכוללים דירת מגורים וחפצי משק הבית. במקרים כאלה ההגנה על חופש הפרט וחופש העשייה בקנינים נסוגים מפני האינטרסים המיוחדים של המשפחה, הנעוצים בדיני המשפחה.<sup>64</sup> גישתו של הדין העברי בסוגיה זו עולה בקנה אחד עם תפישות מודרניות ומתישבת, איפוא, גם עם העקרונות המנחים את המחוקק הישראלי בחקיקתו הטריטוריאלית. הפירוש המוצע לסעיף 2 בהקשר להלכת גור לא יסתור את העקרונות המונחים ביסודה של החקיקה החדשה.

5. תוצאה אחרת מזו המומלצת על-ידינו היא גם לא רצויה. נכסי הבעל נתונים לזיקה מצד האשה, כפי שעוד נראה, והם גם מסורים לשימושה כאמצעי לשמירת שלום הבית.<sup>65</sup> משום כך לא יתכן שחובות כאלה תוטלנה רק על הבעל, במיוחד לאחר ביטול זכויותיו בנכסי אשתו. תוצאה זו, המתחייבת מפרשנותו של השופט ח' כהן, איננה עולה בקנה אחד לא עם עקרון האיזון בדין העברי ולא עם עקרון השוויון במשפט הישראלי. לפיכך, יש לפרש את סעיף 2 בגבולות סבירים, בהתאמה ללשונו של המחוקק. באופן שלא יורחב מעבר למטרתו — היא שוויון הזכויות בין המינים — ומתוך התאמה לעקרונות היסוד של השיטה המשפטית המורכבת בדיני המשפחה בישראל. זאת ועוד, חובת הפרשן במקרה שתוצאה פרשנית מביאה אותו לתוצאה, שאינה תואמת את הוראות שתי מערכות הדינים, הטעונות התאמה, להגיע לפירוש סביר — אם ניתן הדבר והמחוקק לא נעל את הדלת בפני פירוש כזה — אשר יהיה בו כדי להיענות למטרה המשותפת העומדת מאחורי שתי מערכות הדינים.<sup>66</sup> זאת ניסינו לעשות על-ידי פרשנות

הבעל לטובת האשה" הפרקליט ד (תש"ז) 279; בג"צ 127/64 רייציק נ' בית הדין הרבני האזורי, פתח תקוה, פ"ד יח (3) 337.

63. על זכויותיהם של בני-הזוג בהקשר זה ראה עוד להלן בחלק השני של שער זה פרק ראשון. סעיף (א)(בב) סמוך להערות השוליים 46-48.

64. ראה לעיל שער ראשון, חלק חמישי, פרק שלישי. סעיף (א) סמוך להערות שוליים 218-221 וסעיף (ב) סמוך להערות שוליים 238-241; כן ראה להלן בשער זה, חלק שני, פרק ראשון. סעיף (ג).

65. לא נראה לנו כי סעיף 4 לחוק יחסי ממון בין בני-זוג, תשל"ג-1973, פגע בזכות זו. על סעיף 4 ראה הדיון להלן.

66. על בעיית ההתאמה בין מערכת הדין הדתי למערכת הדין האזרחי ראה י' אנגלרד "מעמדו של הדין הדתי במשפט הישראלי" משפטים 1 (תשל"ה) 5, 22 ואילך; וראה במיוחד בע' 26 על האפשרות

המונח "עשייה בקנינים" בסעיף 2 באופן שיאפשר לבעל לעשות שימוש ב"נכסים משפחתיים" הנמצאים בבעלות האשה, כאשר בית הדין סבור, במהלך תביעת שלום בית, כי הדבר חיוני להבטחת שלום המשפחה.<sup>67</sup>

לסיכום: לדעתנו, הלכת גור הינה מוטעית. איננו שותפים גם לדעות המרחיבות את הוראת סעיף 2. אנו מעדיפים להשאירו בגבולות שהתוונו לעיל ולמנוע, עד כמה שאפשר, אי-התאמות נוספות במשפט הישראלי הנובעות מן המערכת הכפולה: של הדין האזרחי המורכב על הדין העברי.<sup>68</sup>

### כב. על שתי תוצאות הנובעות מחוק שיווי זכויות האשה, תשי"א-1951 לאחר תחזימת גבולותיו של חוק שיווי זכויות האשה ובחינת התוצאות העקרוניות

לערוך התאמה שיפוטית כאשר השילוב המכני של שתי המערכות מביא לידי תוצאה הנוגדת את רוח שתייהן. אנגלרד מדבר אף על רשות בית המשפט לשנות את הדין המהותי. מכל מקום אין ספק, כי דרך של פרשנות סבירה לשם התאמה כזו ודאי שהיא מותרת ורצויה כאשר יש בה כדי למנוע תוצאה בלתי סבירה מהסוג עליו עמדנו.

ניתן לחלוק על הגישה על-פיה שלום בית הנכפה על הצדדים באמצעים של העמדת נכסים לשימוש המשפחה ישרת את המטרה. יתכן וההיפך הוא הנכון. כפייה כזו עלולה ליצור מוקדי מתיחות נוספים וחריפים יותר (ראה דיון לעיל בשער הראשון, חלק רביעי, פרק שלישי, סמוך להערות השוליים 158-160).

כבר באותו דיון הצבענו על השימוש לרעה אשר נעשה במוסד זה ומהווה תופעה נפוצה ביותר בין ציבור המתדיינים ובאי-כוחם. מתן נפקות לתכסיס זה גם בתחום היחסים הרכושיים איננו ראוי, איפוא, לעידוד. אולם בית הדין יכול לעיתים להבחין בין תביעה אמיתית לתביעה נחזית ועליו לפעול בהתאם לכך. יתר-על-כן, גישה זו אינה יכולה להוביל לביטול בדרך הפסיקה של מוסדות שבדין הדתי, שהמחוקק לא ביטלם במפורש. במיוחד אמורים הדברים כאשר התוצאות הנלוות לכך, כאמור, אינן תואמות גם את העקרונות המונחים ביסוד התפיסות המודרניות יותר. רפורמה יסודית, במידה שהיא אפשרית, יש להניח למחוקק.

אי-התאמה כזאת, הסותרת את העקרונות המודרניים של שוויון ועומדת גם בניגוד לתפיסות החברתיות הרווחות בישראל, נוצרה כתוצאה מביטול נכסי המלוג במשפט הישראלי יחד עם המשך תחולת הדין העברי במישורים אחרים. המשך תחולת הדין הדתי — על-פיו חייב הבעל בדרך כלל מזונות אשתו, ואפילו יש לה רכוש — הביא לידי כך שכתביעת מזונות של אשה נגד בעלה, כשבני-הזוג יהודים, רשאי בית המשפט להביא בחשבון מידת המזונות את הכנסות האשה מעבודתה אך לא את הכנסותיה מנכסיה, שזכות הבעל בהם פקעה (ע"א 313/59, לעיל הערה 42; ע"א 426/65, לעיל הערה 42; ע"א 61/71, לעיל הערה 42; וראה Z. Falk "Women's Equal Rights" 7 Isr. L.R. (1972)). נעשה ניסיון על-ידי המחוקק לתקן מצב משפטי זה בחוק לחיקון דיני המשפחה (מזונות) (תיקון), תשל"ו-1976, ברם ספק הוא אם מלאכה זו אכן עלתה בידו בשלמותה. ראה א' רוזן-צבי "החוק לחיקון דיני המשפחה (מזונות) (תיקון), תשל"ו-1976 — האמנם תיקון?" עיוני משפט ה' (תשל"ו) 113; א' שינבום "בעיות דיני מזונות" דיני ישראל ז' (תשל"ו) רכא, רכזרסט; גם שופטי בית המשפט העליון נחלקו בדעותיהם בשאלת תחולתו של סעיף 2א על מזונות בני-זוג שיש להם דין אישי (ע"א 13/78 ספורטה נ' ספורטה, פ"ד לב (2) 709). לשם הסרת כל ספק בכך הוגשה לכנסת הצעת חוק לחיקון דיני המשפחה (מזונות) (תיקון מס' 2), תש"ם — 1980 (ה"ח 1461 (תש"ם) 270). הצעת החוק קובעת בבירור את תחולת סעיף 2א גם על מזונות בני-זוג שיש להם דין אישי.

המשתמעות ממנו במשפט הנוהג בישראל נבדוק שתי השלכות של פרשנות הוראות החוק שענינן התוצאות של תחולתו על הלכות ומוסדות שבדין העברי.

### 1. זכויות הבעל בנכסי צאן ברזל

כבר עמדנו לעיל על עיקרי הדינים הנוגעים לנכסי צאן ברזל. על-פי דינים אלה יש בשליטתו של הבעל כדי לפגוע בזכויות הקניין של האשה ובעשייה בקניניה. יתר על כן, שליטתו של הבעל בסוג זה של נכסים אינטנסיבית יותר מזו הנתונה לו לגבי נכסי מלוג. מצב משפטי זה עשוי להביא אותנו למסקנה, בדרך של קל וחומר מהלכת סידים, כי גם מוסד נכסי צאן ברזל אין לו עוד קיום במשפט הישראלי הנוהג.

מסקנה זו עולה, כנראה, מן הגישות המרחיבות את היקף תחולתו של חוק שיווי זכויות האשה. נכסי צאן ברזל ענינם בנכסי אשה ובזכויות הבעל בהם או בזכויות הבעלות של בני-הזוג בנכסיהם ואלה ענינים שהפסיקה המאוחרת הוציאה כליל מתחום שליטתו של הדין הדתי.

אולם, מאידך גיסא, נכסי צאן ברזל הם נכסים שהאשה מכניסה לבעלה על-פי בחירתה ומכוח הסכם שבינה לבינו, המשתקף בהוראות ספציפיות בכתובה, כשהבעל מקבל על עצמו במפורש את האחריות כלפיהם. בהיעדר הוראות מפורשות יישארו הנכסים, כנכסים שיוויים, במסגרת נכסי המלוג. "הדבר נתון, איפוא, להסכם בין הצדדים: האשה אינה מחויבת למסור חלק מנכסיה לאחריות הבעל, והבעל אינו מחויב לקבל על עצמו אחריות זו"<sup>69</sup>.

מכאן נראה, לכאורה, כי אין כל מניעה להמשך תחולתה של הלכה זו של הדין העברי. בהיות הענין מסור להסכם בין בני-הזוג, כשהאשה מעבירה מרצונה נכסים מסויימים לאחריות הבעל, אין בהסדר כזה, הנערך במסגרת הכתובה, שום פגיעה בכשרותה של האשה לקניין או פגיעה בקניניה עקב הנישואין. זהו הסכם רגיל, אשר כל בעל נכס רשאי וזכאי להתקשר בו. קניניה של האשה אינם נפגעים על-ידי קשר הנישואין. לא עצם הקשר, לא אקט הנישואין כשלעצמו, כופה על האשה שימוש מסויים בקניניה או הוצאת חלק ממכלול הזכויות בהם ומסירתם לבעל. הסכמתה שלה והתחייבותו הנגדית של הבעל הם היוצרים את החובות והזכויות של הבעל בנכסי צאן הברזל של אשתו. גם העובדה שתוכנו המפורט של ההסדר — דהיינו פרטי הדינים — קבוע בדין העברי איננה פוגעת במהות ההסכמית. מכוח עקרון חופש ההתקשרות רשאים הצדדים להסכים כי תנאים מסויימים יחולו עליהם, בין שהם פורטו ופורשו על-ידם ובין שהם נקבעו, על-פי בחירתם, על-ידי הוראות דין אחרות, שהם מחילים על עצמם. לפיכך, נראה לנו שאפילו על בעלי הגישות המרחיבות להסכים כי אין בחוק שיווי זכויות האשה כדי לפגוע במוסד נכסי צאן ברזל במידה והצדדים בחרו להחילו על עצמם. הלכת גור עשויה להוביל אותנו למסקנה כי גם במקרה כזה אין ההסדר מצוי בגדר "עניני נישואין", אלא בתחום דיני החוזים הרגילים. משום כך אין הוא מסור לשליטת הדין העברי, אלא להוראות דיני החוזים, ואינו בסמכותו של בית הדין הרבני. הסכמת האשה יוצרת לדעת בית המשפט עילת תביעה לא מדין זכות הבעל לאכילת פירות ולא

69. ב' שרשבסקי, לעיל הערה 11, בע' 154.

מדיני הנישואין בכלל, אלא רק מדיני החוזים בלבד. אנו איננו מקבלים עקרונית קביעה גורפת זו ועמדתנו הובעה כבר לעיל.

מסקנתנו מותנית גם בנקיטת עמדה כלפי המחלוקת שבין הנשיא אולשן לבין השופט זילברג בהלכת בלבן<sup>70</sup>. הנשיא סבור היה כי הוראת סעיף 2 לחוק מבטלת כליל את הנורמה הדתית, במידה שהיא מתנגשת עם הוראות החוק<sup>71</sup>. ואילו השופט זילברג טען כי המחוקק החילוני אינו יכול לבטל נורמה של הדין הדתי, הוא יכול רק למנוע את תחולתה במשפט הנהוג<sup>72</sup>. לנו נראית עמדתו של השופט זילברג מעמדת הנשיא מבחינה עיונית, עקרונית, ואף מלומדים אחרים סבורים כך<sup>73</sup>. ממחלוקת זו נופקות תוצאות גם לעניננו. אם ביטול נורמות יש כאן הרי הרכבת עמדה כזו — על-פיה בחירת הצדדים בהסדר מסויים שמקורו בדין העברי שואבת את תוקפה מדיני החוזים ומהם בלבד — על הגישות המרחיבות מעניקה, לכאורה, משנה תוקף לעמדת בית המשפט בפרשת גור. אולם אם ממשיכה הנורמה להתקיים בדין הדתי הרי משבחרו בני-הזוג ההחילה, ובחירה זו מחייבת אותם בדין הישראלי, חוזר וניעור שלטונו של דין זה על-פי בחירתם. יתר על כן, אם נחליט כי סוגית נכסי צאן ברזל אינה עומדת בסתירה להוראות חוק שיווי זכויות האשה — בהיותה פרי הסכם בין הבעל לאשה מכוח הדין העברי — הרי אין היא יוצאת מגדר הוראת דין מחייבת, כפי שהיתה עד לאותו חוק. ממילא סוגיה זו, על כל מערכת הדינים שלה המצויים בדין העברי, מהווה חלק מן המשפט הנהוג בישראל. משום כך נראה לנו כי אפילו לשיטתו של השופט ח' כהן, בהלכת גור, לא דיני החוזים מעניקים נפקות משפטית להלכות נכסי צאן הברזל אלא הדין הדתי. חופש החוזים והביטוי שניתן לו בדין העברי בסוגית נכסי צאן הברזל הוא רק הבסיס המשפטי עליו ניתן להעמיד את המשך תחולתה של הסוגיה, למרות הוראות חוק שיווי זכויות האשה. משבוסס זה, ניתנה גושפנקא להמשך תחולתו של הדין העברי על כל הוראותיו מכוחו הוא ולא מכוח דיני החוזים<sup>74, 75</sup>.

חוק יחסי ממון בין בני-זוג, תשל"ג-1973, מעורר קושי אחר. החוק קובע, כי הסכם ממון בין בני-זוג חייב להיערך בכתב ובדרך שהותוותה על-ידי המחוקק. האם כתובה נחשבת להסכם ממון כזה? בהצעת חוק היחיד והמשפחה נאמר במפורש כי

70. ע"א 313/59, לעיל הערה 42.

71. שם בע' 291.

72. שם בע' 287.

73. ראה י' כהן, לעיל הערה 4, בע' 124-126: "אנגלרד" מעמדו של הדין הדתי במשפט הישראלי" משפטים ב (תשל"ל), 268, 291. לדעתו גישתו של השופט זילברג תואמת את רעיון היחסיות של כל מערכת נורמטיבית. המחוקק הוא, אולי, כל יכול במערכת שלו, אך שלטונו אינו יכול להשתרע מעבר לתחומיה. גם עמדתו של השופט זילברג, לעיל הערה 64, הינה שהמחוקק אינו יכול לבטל נורמה של הדין הדתי כי לא הוא הינו מקור החקיקה הדתית.

74. א' סוכובולסקי, לעיל הערה 39, בע' 338 מטיל ספק אם מוסד נכסי צאן הברזל שרד במשפט הישראלי הנוהג לאור חוק שיווי זכויות האשה ברם הוא נותן טעם להמשך תחולתו. טעמו קרוב לגישתנו אף כי הוא רק מרומז בה.

75. אשר להשפעת דין זה במערכת היחסים בין בני-זוג לצדדים שלישיים, ראה דיון מפורט בפרק השלישי להלן.

"כתובה איננה הסכם נישואין"<sup>76</sup>. בהתחשב בהוראה זו בהצעה סבור היה 'א' סוכובולסקי<sup>77</sup>: "אין ספק כי קביעת נכסים נכסי צאן ברזל בשטר הכתובה גרידא הינה משוללת תוקף בהתאם להצעה כי היא שוללת את הסדר השיתוף על-פי דין"<sup>78</sup>.

חוק יחסי ממון בין בני-זוג אינו כולל אמנם הוראה זו בסעיפיו השונים אולם השאלה היא האם העקרון המגולם בה ממשיך להתקיים. מאידך גיסא, כולל החוק את הוראת סעיף 17 המשמרת זכויות אשה על-פי הכתובה. לכאורה, אמנם, אין בסעיף זה כדי לסייע לנו. אין הוא שומר באופן כללי על הזכויות מכוח הכתובה אלא רק על זכויות אשה לפי כתובתה, להוציא זכויות הבעל. אולם אם נראה את שמירת חירות העשייה של האשה בנכסיה במסגרת הכתובה כזכותה לפי כתובתה או אם נגיע למסקנה כי קביעת מוסד נכסי צאן הברזל בין בני-הזוג מכוח בחירתה של האשה (המטיל על הבעל אחריות לנכסיה) הוא בגדר זכותה של האשה יוכל ההסדר בין בני-הזוג בהקשר זה להשתבץ במסגרת ההוראה המשמרת של סעיף 17 לחוק. דברים אלה אמורים בתנאי שתתקבל גישתנו על-פיה מוסד נכסי צאן ברזל ממשיך להיות הדין הנוהג בישראל, מכוח הוראות הדין העברי. במקרה זה די בהוראות הכתובה כדי לתת להסדר תוקף מחייב על-פי הפירוש המוצע לסעיף 17 גם לאחר חוק יחסי ממון. פירוש אחר אשר יוציא את ההסדר בנוגע לנכסי צאן ברזל מגדר סעיף 17 מחייב אחת משתי מסקנות. אם נצא מתוך הנחה שהכתובה נחשבת כהסכם ממון, ועוד נדון בשאלה זו<sup>79</sup>, יהיה להסדר זה תוקף. אם, לעומת זאת, נצא מהנחה הפוכה, כי הכתובה איננה נחשבת כהסכם ממון, לא נוכל לקיים תוקפו של הסדר כזה אלא אם ייערך כהסכם ממון על-פי החוק. לתוצאה כזו נגיע בכל מקרה אם נניח כי מוסד נכסי צאן ברזל אינו מהווה חלק מן הדין הישראלי וניתן לקיימו רק מכוח דיני החוזים. במקרה זה לא יועיל גם סעיף 17, שכן הוא משמר רק זכויות קיימות ואין בכוחו להחיות מחדש זכויות שבטלו. עזרו של המוסד יבוא אז רק אם ייערך כהסכם ממון.

לאחר כברת דרך זו נותרה בעיה נוספת הנוגעת לנכסי צאן ברזל שהם נכסי מקרקעין. כיצד ניתן לשלב את הוראות הדין העברי עם הוראות חוק המקרקעין. תשכ"ט-1969, לאור סעיף 161 לחוק הקובע כי אין זכויות במקרקעין אלא לפי חוק? הפתרון האפשרי הוא שיכוין זכויות הבעל בנכסי צאן ברזל של אשתו, על-פי הדין העברי, במסגרת הוראות החוק, אם לא תימצא הדרך לכך תצומצם או תבוטל זכותו הקנינית של הבעל בנכסי אשתו לאור הדין האזרחי ומכוחו.

76. הצעת חוק היחיד והמשפחה (הוצאת משרד המשפטים, 1955) סעיף 59(ב). בדברי ההסבר נאמר כי "הכתובה איננה הסכם בין בעל ואשה אלא שטר התחייבות של הבעל ולכן אין היא נכללת במושג של הסכם הנישואין כפי שהוא נקבע בחוק המוצע. כדי למנוע כל ספק מפרש סעיף קטן זה כי אין לראות את הכתובה כהסכם נישואין" (ההדגשות שלנו — א.ר.צ.). (דברי הסבר בע' 108).
77. לעיל הערה 39, בע' 339.
78. מן הראוי לציין כי גם על-פי הצעה זו ימשיכו חלק מהוראות הכתובה לחייב את בני-הזוג. למרות שאין הם יכולים להסתמך עליה כהסכם ממון, אך לא אותם חלקים העוסקים במערכת יחסי הרכוש שביניהם, ראה סעיפים 213(א) ו-1(ג) להצעה ודברי ההסבר בע' 108, 228-229.
79. ראה להלן שער שלישי, חלק שלישי, פרק שני, סעיף (ב) (כב) (3).

על-פי המיון של הדין העברי זכותו של הבעל בנכסי צאן ברזל היא כמעט בעלות<sup>80</sup>. "כמעט" משום שהבעל מוגבל הגבלה קנינית כפולה בשימוש בזכויותיו: הן באיסור המוטל עליו למכור נכסים אלה ללא הסכמת האשה והן בזכותה הנגדית של האשה לדרוש את הנכסים בחזרה, בעין, עם פקיעת הנישואין, משום "שבח בית אביה"<sup>81</sup>. הרב גולדשמידט סבור כי אין בהגבלות אלה משום פגיעה בזכות הבעלות של הבעל בדין העברי. לדעתו, העברת נכסי צאן הברזל לאשה בהגיע מועד גביית הכתובה אינה בגדר החזרת נכסים לבעליהם, אלא בגדר גביית חוב. "וכל זמן שהגביה לא בוצעה, קנין הגוף בנכסים הוא לבעל ולא לאשה הם שלו לגמרי ואינם שלה כלל, כי שעבוד לגביה אינו מפקיע את בעלותו של בעל נכסים מהם... כן אין בעלות הבעל בנכסים נפקעת על ידי כך שהוא מנוע מלמכרם כי הגבלה זו אינה מעצם הדין מכוח פגם בבעלות, אלא שזוהי תקנה לטובת האשה משום כבודה, 'שלא תצטרך לחזור על בתי-דין' בהגיע זמן הגביה, אבל בעלותו של הבעל על הנכסים נשאר מחולטת גם אחרי התקנה"<sup>82</sup>. המסקנה מדבריו היא, כי זכויות האשה בנכסי צאן ברזל, המגבילות את הבעל, אינן פוגעות בבעלותו למרות היותן זכויות קניניות.

לאור ניתוח מהותה ואופיה של הזכות בדין העברי יש לבחנה, ליישמה ולסווגה על-פי חוקי המקרקעין בישראל. על-פי חוקים אלה תיתכנה שלוש אפשרויות:

(א) האפשרות הראשונה: זכות הבעלות של הבעל בנכסים מוגבלת לפי הדין העברי בהגבלות הנזכרות. הגבלות כאלה תואמות את הגדרת הבעלות, בסעיף 2 לחוק המקרקעין, המכירה בכפיפותה של זכות הבעלות ל"הגבלות לפי דין"<sup>83</sup>.

את זכות הבעלות יכול הבעל לממש על-ידי רישום. ההתחייבות לעשות את העסקה נעשתה בכתב, בשטר הכתובה, והתחייבות כזו כוללת בתוכה גם התחייבות לרישום. כל התחייבות לעשות עסקה במקרקעין טומנת בחובה התחייבות לרישום על מנת שניתן יהיה לממש את הזכות, שבלעדי הרישום אין העסקה מושלמת.

מאידך גיסא, ניתן להבטיח את זכותה של האשה על-פי הדין — הגבלת זכות הבעל במכירת הנכס — באמצעות רישום הערת אזהרה על-פי סעיף 126(א) לחוק המקרקעין. את זכותה הקנינית האחרת של האשה — להחזרת המקרקעין שהוכנסו לבעלה בנכסי צאן ברזל — ניתן לראות, אולי, כהתחייבות נגדית של הבעל לעשות עסקה במקרקעין בהגיע מועד מסויים ולהבטיחה באמצעות רישום הערת אזהרה לזכותה לפי חוק המקרקעין. לכאורה, ניתן היה להבטיח זכות זו באמצעות זיקת הנאה, על-פי סעיף 93(א)(1) או 93(ב) לחוק המקרקעין, ברם "הזכות" או "הפעולה" הטעונה הגנה היא משפטית וכנראה לא ניתן לרשמה כזיקת הנאה על-פי החוק<sup>84</sup>.

חולשתה העיקרית של האפשרות הראשונה היא, שההגבלות המוטלות על זכות הבעלות של הבעל הן כה יסודיות — וניתן לראותן אולי גם כהתנאה על הבעלות — עד

80. ראה ב' שרשבסקי, לעיל הערה 11, בע' 153: הרב גולדשמידט בכיד"מ 1/55, לעיל הערה 17, בע' 1171-1172.

81. יבמות טו א"ב וראה רש"י שם ד"ה המכנסת.

82. כיד"מ 1/55, לעיל הערה 17, בע' 1171-1172.

83. גם הדין הדתי הוא בגדר המונח "דין" בסעיף 2 לחוק, כפי שניתן למצוא בהגדרת מונח זה בפקודת הפרשנות [נוסח חדש]. וראה חוק הפרשנות, התשמ"א-1981.

84. מ' לנדוי "חוק המקרקעין (כללי) וזיקת הנאה לפי חוק המקרקעין" עיוני משפט ג (תשל"ג) 86, 91.

כדי שלילה למעשה של אופיה ושל תכונותיה של הבעלות במובנה העקרוני. עדיין שאלה היא אם ניתן להתנות על זכות הבעלות, להבדיל מהטלת הגבלות עליה.

(ב) האפשרות השנייה: לבעל מוקנית זכות שכירות מכוח חוק השכירות והשאלה, תשל"א-1971. זכות זו כפופה להוראות הדין העברי, בהתאם לסעיף 2(ג) לחוק האמור הקובע "הוראות פרק זה יחולו כשאין בדין אחר הוראות מיוחדות לענין הנדון" (ההדגשה שלנו — א.ר.צ.). זכותו של הבעל פוקעת עם הגירושי. לזכות זו נלווית גם הזכות להבטיח את האיסור המוטל על מכירת נכסי צאן הברזל על-ידי האשה באמצעות רישום הערת אזהרה לטובת הבעל לפי חוק המקרקעין.

במסגרת אפשרות זו לא מוענקה לבעל זכות בעלות בנכס ברם נעקף הקושי של האפשרות הראשונה. ההגבלות המוטלות בדין העברי על זכות הבעל בנכסי צאן ברזל הופכות אותה, למעשה, לזמנית ולמצומצמת. חוק השכירות והשאלה מאפשר הכרה בזכות שימוש וחזקה זמנית ומוגבלת כאשר תכניה מעוגנים בדין הדתי. גם זכות זו טעונה רישום על-פי החוק כדי להבטיח את תקפותה.

הקושי באימוץ פתרון זה הוא כפול: (1) זכות שכירות חייבת להיות זמנית מעצם טיבה וטבעה ומעצם הגדרתה (סעיף 1 לחוק השכירות והשאלה). זכות הבעל בנכסי צאן הברזל בעקרון אינה מוגבלת בזמן ורק בקרות אירוע מסויים נקבע חריג לזכותו ההופך אותה לזמנית. השאלה היא כיצד משתקפת הגבלה זו בעיני החוק. ספק, איפוא, אם זכות השכירות הינה הכלי המשפטי הנכון להריק אליו את התכנים של הדין הדתי. (2) במסגרת אפשרות זו יורדת זכות הבעל מדרגה של זכות בעלות בדין העברי לזכות שכירות בלבד במיון של הדין האזרחי. גם מטעם זה ספק אם אפשרות זו משקפת תרגום הולם ונכון של מוסד נכסי צאן הברזל לשפתו של הדין האזרחי במשפט הנוהג בישראל.

(ג) האפשרות השלישית: היא זו המוציאה את מערכת הזכויות בין בני-הזוג בהקשר לנכסי צאן הברזל מתחום היחסים הקניינים ומניחה אותם בתחום דיני החוזים בלבד. אולם אפשרות זו, שהיא ודאי אחת האלטרנטיבות, תורגת מאופיה הקנייני של הזכות בדין העברי וספק אם רשאים אנו להכניסה למיטת סדום משפטית כזו אם ניתן למצוא דרך אחרת, קניינית, ליישומה במשפט הישראלי.

מכל מקום אפשרויות אלה טעונות עוד בדיקה מדוקדקת. ההשפעה על צדדים שלישיים במקרה של מכירת המקרקעין בניגוד לאיסור שבדין העברי ובמקרים אחרים תידון במקום אחר, אשר יוקדש כולו לבעיה עקרונית זו.

## 2. מתנות הבעל לאשה

על מתנות בין בני-זוג חלים בדין העברי, בדרך כלל, הדינים הרגילים החלים בין זרים. משום כך, אשה אשר קיבלה מתנה כלשהי מבעלה ואפילו הוא מגרשה מדעתו מאוחר יותר זכתה במתנתו אפילו היה פגם בהתנהגותה<sup>85</sup>. דין מתנה של בעל לאשתו הוא כדין מתנה רגילה, שהיא החלטית, אינה תלויה בקיומם של הנישואין ואינה חוזרת

85. שו"ע, אבן העזר, סימן צט סעיף ב וראה שם גם את הגהת הרמ"א. וראה תיק ב/90/תשי"ד, פד"ר א 129, 138; תיק תשכ"ד/332, פד"ר ו 27; תיק תשל"ג/925, פד"ר י 82, 95; ראה גם ערוך השולחן, אבן העזר, סימן נ סעיף א.



עם סיומם<sup>86</sup>, אפילו במקרה של ניהוף מצד האשה<sup>87</sup>. ברם קיים מקרה אחד בו הדין שונה. כאשר מורדת האשה בכעלה מחוייבת היא בהשבת כל המתנות שקיבלה ממנו<sup>88</sup>. הבסיס המשפטי לכך נעוץ לא בהלכות מתנה ככאלה, אלא דווקא בהלכות מורדת. כך יש להבין גם את הגישה כי הבעל לא נתנם לאשה במתנה גמורה כי אם על דעת שהיא תתקשט בהם כל אימת שמשמשת תחתיו<sup>89</sup>.

השאלה הנשאלת היא, האם בסוגיה זו יחול הדין העברי או הוראות הדין האזרחי הכללי, שענינם מתנה? לפני חוק שיווי זכויות האשה אין ספק שסוגיה זו נכללה בגדר "עניני נישואין". בענין זה קובע הדין העברי הוראות מיוחדות, המעוגנות בדיני הנישואין וענינם מערכת היחסים שבין בני-הזוג ככאלה<sup>90</sup>. האם שינה חוק שיווי זכויות האשה מצב משפטי זה? התשובה לשאלה זו עשויה להיות תלויה בהיקפו של סעיף 2 לחוק שיווי זכויות האשה. מן העמדה המרחיבה<sup>91</sup> ניתן אולי להסיק כי מתנות שקיבלה האשה, אפילו מקורן בבעל, הופכות לקניינה המוחלטים ואלה אינם יכולים להיפגע עקב דינים מיוחדים הנעוצים בקשר הנישואין שבינה לבין בעלה. זכויות הבעלות של בני-זוג בנכסיהם נתונים עתה, לדעת המחזיקים בעמדה זו, לשליטת הדין האזרחי. חוק המתנה, תשכ"ח-1968, יחול אפוא גם על מערכת יחסים כזו.

גישתנו היא אחרת. דיני המתנה בדין העברי במסגרת הנישואין נתיחדו למערכת היחסים שבין בני-זוג ואין בהן כדי לפגוע בקניינה של האשה. על-פי הדין העברי מתנה שקיבלה האשה מן הבעל היא מותנית ומסוייגת. זכות קניינה של האשה במתנה זו מוגבלת מראש לפי עקרונות הדין העברי. מכיוון שכך אין בהחזרת המתנות במקרה מסויים משום פגיעה בקניינה ואין בה משום סתירה להוראות סעיף 2 לחוק. גם במקרה זה משפיעים דיני המשפחה על דיני הקניין ומעניקים להם גוון מיוחד ונפרד.

באיזו מידה נוכל לישב את הוראות הדין העברי עם הוראות חוק המתנה? לפנינו דין מתנה מיוחד, החל מכוח הוראות הדין העברי. דין זה הוא חלק מ"עניני נישואין". הוא חל במקביל להלכות המתנה הרגילות, בין שאלה ינקו מן המגילה<sup>92</sup> ובין שאלה

86. ראה גם דעת הרב גולדשמידט ביד"מ 1/55, לעיל הערה 17, בע' 1162.

87. תיק ערעור תשכ"ג/29, פד"ר ה 9.

88. שו"ע, אבן העזר, סימן עז סעיף ב; רמב"ם, הלכות אישות, פרק יד הלכה ח; תיק ערעור תשכ"ג/29, פד"ר ה 9; תיק ערעור תש"ך/154, פד"ר ד 148; תיק תשי"ט/833, פד"ר ג' 188; תיק תשכ"ד/332, פד"ר ו 27. ראה גם תיק ערעור תש"ל/172, פד"ר ח 275; תיק תשל"ג/925, פד"ר י 82, 85.

89. תיק תשכ"ד/332, פד"ר ו 27, 31.

90. ראה גם ביד"מ 1/55, לעיל הערה 17, בע' 1219. לאחר חוק שיווי זכויות האשה הושארה שאלת הדין החל על מתנות בין בני-זוג ושאלת החזרתן בצריך עיון. ראה ע"א 457/61 גרין נ' גרין, פ"ד טז 318, 331, וראה גם להלן הערה 92.

91. ראה לעיל סעיף (אא)(1).

92. בסעיף 867 למגילה נקבע, למשל, ש"בעל או אשה שנתנו מתנה זה לזה אינם יכולים מעתה לחזור בהם". לדעתנו, היו הוראות הדין האישי הספציפי עדיפות על הוראה זו. אולם מן הפסיקה משתמעת מסקנה אחרת. בע"א 450/71 גלובה נ' גלובה, פ"ד כו (2) 574 התייחס בית המשפט לסעיף זה של המגילה כהוראה מחייבת גם במערכת יחסים בין בני-זוג יהודים ולא פנה כלל לדין העברי. ברם הטיעון המפורט לעיל לא הובא לפני בית המשפט. מן הראוי לציין כי על-פי הדין העברי חייב הבעל להחזיר לאשתו, אם בא להוציאה, את המתנות שנתנה לו אחר הנישואין. הלכה זו מתייחסת לנסיבות

נקבעו בחוק המתנה. משום כך אין גם בחוק המתנה כדי לפגוע בהלכותיו של הדין העברי, כשם שלא היה בכוחה של המג'לה לפגוע בהן<sup>93</sup>.

אך אפילו תאומץ בסוגיה זו העמדה המרחיבה וייקבע כי חוק המתנה חל גם על סיטואציה כאמור, ניתן יהיה לשבצה במסגרת סעיף 4 לחוק המתנה, הקובע "מתנה יכול שתהיה על תנאי". מתנת הבעל לאשתו תיחשב איפוא, כמתנה המותנית מכוח הדין. כל זאת, בהנחה, שסעיף 2 לחוק שיווי זכויות האשה לא ביטל דין זה במשפט הישראלי הנוהג.

תחולתו של הדין העברי מוגבלת לדינים המיוחדים של מתנה, החלים על בני-זוג ככאלה. דיני המתנה הכלליים של הדין העברי, החלים על בני-זוג כעל זרים, לא יוחלו על בני-הזוג וגם הם יהיו כפופים לכללי הדין האזרחי הרגיל. במסגרת המונח "עניני נישואין" נקלטים רק הדינים הספציפיים, אשר נתיחדו לבני-זוג, ולא הדין הדתי הרגיל החל גם עליהם<sup>94</sup>.

חוק יחסי ממון בין בני-זוג, תשל"ג-1973, אין בו כדי להשפיע על התוצאה האמורה. אם נשאר מתנה בידי האשה, כי אז יחולו הוראות סעיף 5(א)(2) לחוק, אם, לעומת זאת, תחזור המתנה אל הבעל היא עשויה להיכלל במסגרת האיוון, כפוף לשיקול דעתו של בית המשפט בסעיף 8(4)<sup>95</sup>.

בהן טובע הבעל גירושין ואין עילה התומכת במתן פסק גירושין. היא מבוססת על אומדנא לפיה אין מתנה ניתנת לבעל על מנת שיוציא את האשה. על בסיס אומדנא נקבע, לעומת זאת, כי מתנות שניתנו לבעל בשעת הנישואין אין חובה עליו להחזירן לאשה הואיל ובזמן חיתון "משום חיבת חיתון גמר והקנה" (ראה ערעור תשל"ז/85, פד"ר י 331).

דינים אלה, שלדעתנו אין בחוק שיווי זכויות האשה כדי להשפיע עליהם הם בגדר "עניני נישואין" ועליהם לחייב את בני-הזוג היהודים במקרים המתאימים.

לבעית זכות החזרה ממתנה בכלל לאור חוק המתנה ראה ע"א 173/72 גנאיים נ' גנאיים, פ"ד כז (1) 414: ת"א 496/79 קלימר נ' ברקוביץ, פ"מ תש"ס 2, 299. יתכן כי גם במסגרת חוק המתנה ופרשנותו יחד עם חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, ניתן לגבש עקרונות מיוחדים הנוגעים לזכות חזרה ממתנה בנסיבות מסוימות במערכת יחסים בין בני-זוג. על נסיון לגבש עקרונות מיוחדים כאלה בסוגיה סמוכה ראה: ד' פרימר "השבת מתנות אירוסין בגין הפרת הבטחת נישואין לאור החקיקה האזרחית החדשה" משפטים י (תשמ"מ) 329.

93. על האפשרות להכיר במתנות מחוץ לגדר החוק ראה ג' טדסקי "על חוק המתנה, תשכ"ח-1968" משפטים א (תשכ"ט) 639, 642.

94. על השאלה כיצד משפיעים היחסים שבין בני-הזוג על צדדים שלישיים (למשל, בסיטואציה בה העבירה כבר האשה את המתנה שקיבלה לצד שלישי) נעמוד בפרק השלישי והעקרונות שנקבע כחם יהיה גם למקרים כאלה.

95. בעיה הקיימת בתחום זה, כמו גם בתחומם של כלל דיני המשפחה בישראל, היא השפעתה של אשמה ביחסים בין בני-הזוג על מערכת היחסים הרכושיים שביניהם. בהקשר זה עשויה להיווצר הסתירה עקרונית בין גישת הדין העברי (שלגבי דידו, כפי שראינו גם בסוגיית המתנות בין בני-זוג, אין לנתק כליל את שאלת הרכוש ממערכת היחסים שבין בני-הזוג, המושפעת גם מאשמתם) לבין גישה מודרנית, המנחה, כנראה, את המחוקק בחוק יחסי ממון בין בני-זוג (על-פיה אין להתחשב באשמה לקביעת יחסי הממון שביניהם). זוהי שאלה היורדת לשרש הסתירה בין עולם המושגים של הדין הדתי לבין תפיסה מודרנית המכתיבה את הוראות החקיקה הישראלית. בשיטה המורכבת מרבדים

גג. התוצאות הנובעות מחוק יחסי ממון בין בני-זוג, תשל"ג-1973 על-שיטתם של אלה הדוגלים בפרשנות מרחיבה של חוק שיווי זכויות האשה (על-פיה אין הזכויות הנוגעות לנכסי האשה מסורות עוד לשליטת הדין העברי) אין חוק יחסי ממון בין בני-זוג משפיע על התוצאה האמורה. לעומת זאת מחייבת פרשנות מצומצמת יותר (על-פיה ממשיות הסוגיות שנסקרו לעיל להידון בהתאם לדין העברי) להתמודד עם אתגרים נוספים אותם מציב חוק יחסי ממון בין בני-זוג. ההתמודדות היא כפולה: עם הוראות סעיף 4 לחוק יחסי ממון בין בני-זוג ועם הוראות סעיף 13(ב) לאותו חוק. נדון בשתי הוראות אלה כסדרן.

#### 1. התוצאות הנובעות מהוראת סעיף 4 לחוק

סעיף 4 קובע לאמור: "אין בכריתת הנישואין או בקיומם כשלעצמם כדי לפגוע בקנינים של בני-הזוג, להקנות לאחד מהם זכויות בנכסי השני או להטיל עליו אחריות לחובות השני". האין בסעיף זה, הגורר אחריו מצב של הפרדה רכושית בקניניהם של בני-הזוג, כדי לבטל כל זיקה של אחד מבני-הזוג בנכסי האחר, כולל זיקה שאינה בגדר הקנית זכות קנינית? אם התשובה חיובית, כי אז גם באותן סוגיות, המפורטות לעיל, הנדונות בהתאם לדין העברי ואשר לא הושפעו, לדעתנו, מחוק שיווי זכויות האשה, עשוי לחול שינוי על-ידי הוראה זו של חוק יחסי ממון בין בני-זוג<sup>96</sup>. תשובתנו היא שלילית. בעקרון אין סעיף 4 לחוק יחסי ממון בין בני-זוג רחב יותר מסעיף 2 לחוק שיווי זכויות האשה. נכון, אמנם, כי סעיף 4 לחוק יחסי ממון בין בני-זוג מתייחס לשני בני-הזוג בעוד סעיף 2 לחוק שיווי זכויות האשה מתייחס להגנה על זכויותיה של האשה בלבד. נכון גם כי סעיף 4 לחוק יחסי ממון מתכוון, בין היתר, לשלול את המשך תחולתה של הלכת השיתוף על בני-זוג שנישאו לאחר מועד תחילתו של חוק זה, כפי שנראה עוד בחלק השלישי של שער זה. ברם שני שינויים אלה אין בהם כדי לשנות את המסקנה כי העקרון העומד ביסודן של שתי הוראות אלה הוא אחד. שתיהן מעוגנות במסגרת הזכויות החפציות, דהיינו: פגיעה בקנינים והקנית זכויות בנכסים. זכויות שאין בהן משום פגיעה בקנין או שאינן בבחינת זכויות קניניות אינן באות בכלל הוראות סעיף 4 לחוק יחסי ממון בין בני-זוג<sup>97, 98</sup>.

שונים, בעלי תפישות יסוד שונות העומדות בתשתיתן, אי אפשר להימנע מקונפליקט כזה: יש רק לצמצם אותו במידת האפשר. על סוגייה זו נעמוד עוד בנפרד.

בעיות ההתאמה נעשות, אפוא, מורכבות לא רק בשל הקושי הטכני לשלב בין הוראות הדינים השונות, אלא עוד יותר בשל המגמות השונות העומדות מאחריהן.  
96. בכל מקרה כאשר קיים הסכם ממון בהתאם להוראות הפרק הראשון של חוק יחסי ממון בין בני-זוג מועדף הסכם כזה על פני כל הסדר אחר.

97. אין מקום לדון כאן בסיפא של סעיף 4. סיפא זו עוסקת בשאלה של הטלת אחריות על אחד מבני-הזוג לחובו של האחר ואין ענינה בזכויות ובחבוביות אובליגטוריות של בן-זוג אחד כלפי משנהו. משום כך אין בה איום על העמדה שהצגנו לפיה ממוקמת הרישא של סעיף 4 במסגרת החפציות ולא האובליגטוריות.

98. מן הראוי לציין כי לאור הוראות סעיף 4 לחוק יחסי ממון בין בני-זוג בטלה זכות הבעל לפירות נכסי מלוג אפילו לשיטתו של השופט ד"ר ב' שרשבסקי. כזכור סבור היה ד"ר שרשבסקי כי חוק שיווי זכויות האשה לא פגע בזכות זו של הבעל (ראה לעיל בטקסט סמוך להערות 47-45). ברם גישה זו

סעיף 4 של חוק יחסי ממון בין בני-זוג הולך בעקבותיו של סעיף 2 לחוק שיווי זכויות האשה ומשתמש בביטויים דומים<sup>99</sup>. דינם של ביטויים אלה בשני החוקים אחד הוא. אם חוק שיווי זכויות האשה לא פגע בזכויות מסוימות של אחד מבני-הזוג כלפי משנהו גם חוק יחסי ממון בין בני-זוג לא עשה כן.

סעיף 4 כולל שני איברים המשלימים זה את זה. האיבר הראשון מתיחס לבעל הזכות והוא שולל כל פגיעה בזכויותיו הקניניות עקב הנישואין. האיבר השני מופנה לבן-הזוג האחר ומורה שאין בקשר הנישואין כלשעצמו כדי להקנות לו זכות קנינית בנכסי בן-הזוג בעל הזכות. בשני החלקים האלה בחר המחוקק בביטויים ספציפיים ומוגבלים להבעת כוונתו: אין בכריתת הנישואין או בקיומם כדי "לפגוע בקנינים" ו"להקנות... זכויות בנכס". אילו היתה למחוקק כוונה רחבה יותר, היה משתמש בלשון מתאימה. "פגיעה בקנין" מעצם טבעה אינה יכולה להיות אלא פגיעה קנינית, אחרת אינה פגיעה בקנין, אלא באדם בעל הזכות. גם הקנית "זכות בנכס" אינה כוללת זכות אובליגטורית, שהרי אז אין היא זכות בנכס, אלא לכל היותר זכות אצל בעל הנכס. זכות במשהו הינה תמיד זכות חפצית, ריאלית<sup>100</sup>. המונח "נכס" סובל אמנם גם פרשנות רחבה לפיה הוא כולל בחובו גם זכויות וטובות הנאה<sup>101</sup>. אולם למונח זה אין משמעות אחת קבועה ומוגדרת. משמעותו ותוכנו נקבעים על-ידי ההקשר בו הוא מופיע והם תלויים במהות החוק, בהתחשב במטרה אותה הוא בא להגשים<sup>102</sup>. ואמנם הגיונו ומטרותיו של דבר החקיקה מנחים אותנו בכיוון הפרשנות המוצע על-ידינו. מול אופיו של הסדר איזון המשאבים על-פי החוק, המקנה זכויות אובליגטוריות בלבד לבן-זוג אחד כלפי האחר, מועמדת קביעתו של סעיף 4 לחוק, המצויה במסגרת אותו פרק המפרט את הסדר איזון המשאבים. ללמדך, שהחוק מסדיר את הזכויות האובליגטוריות,

היתה מעוגנת בפרשנות ההוראות הספציפיות של חוק שיווי זכויות האשה בכל הנוגע לכשרותה של האשה לקנין. סעיף 4 לחוק יחסי ממון אינו עוסק בכשרות כלל ועיקר אלא באופן ישיר בפגיעה בקנינים. מבחינה זו אין הפרשנות האמורה של ד"ר שרשבסקי יכולה למצוא בסעיף זה נקודת אחיזה. ראה דברי ההסבר לסעיף 6 להצעת חוק יחסי ממון בין בני-זוג, תשכ"ט-1969 (הוא סעיף 4 לחוק). ה"ח 849 (תשכ"ט) 333 בע' 334 "בנקודה זו הולכת ההצעה בעקבות סעיף 2 לחוק שיווי זכויות האשה, תשי"א-1951".

100. על ההבדל בין "זכות למשהו" לבין "זכות במשהו" ראה בפסק דינו של השופט זילברג בהלכת סידים, לעיל הערה 41, בע' 1532-1533. סיוע לכך ראה גם בע"א 91/77 ביקסר נ' "עמידר" החברה הלאומית לשיכון עולים בע"מ, פ"ד לב (1) 73, 77. בית-המשפט אומר שם כי המלים "הקניה של... זכות... במקרקעין" (בסעיף 6 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969) פירושה הקנית זכות קנינית ולא הקנית זכויות אישיות או חזויות לגבי מקרקעין כפי שניתן היה להסיק אילו השתמש המחוקק בביטוי אחר. כגון: זכות ביחס למקרקעין.

101. כך, למשל, המונח "נכס" בחוק נכסי המדינה, תשי"א-1951, מוגדר (בסעיף 1 לחוק) כ"כולל מקרקעים ומיטלטלים, וכן זכויות וטובות-הנאה מכל סוג שהוא"; גם בפקודת פשיטת הרגל [נוסח חדש], תש"ס-1980, כולל המונח "נכסים" (סעיף 1 לפקודה) התחייבויות, זכויות הנאה וכל מין זכות כיו"ב; וחוק המיטלטלין, תשל"א-1971, בסעיף 15 שבו, המתקן את סעיף 1 לפקודת הפרשנות [נוסח חדש], מגדיר מיטלטלין כ"נכסים מוחשיים" ללמדך שנכס, בדרך כלל, עשוי לכלול גם זכויות. כך, למשל, נקבע בחוק המכר, תשכ"ח-1968, כי "מכר הוא הקנית נכס תמורת מחיר" וסעיף

מצד אחד, ושולל הקניית זכויות קניניות עקב הנישואין, מצד שני. מבחינה זו יש בסעיף 4 כדי להשלים את ההסדר על-פי החוק.

זאת ועוד, דברי ההסבר הנוגעים לסעיף זה בהצעת החוק מבטאים כוונה זו בלשון מפורשת: "ההסדר אינו מקנה לבן-זוג זכויות קניניות בנכסיו של בן-זוגו; בנקודה זו שוב מתבטא אופיו המחייב (אובליגטורי) של הסכם הנישואין"<sup>103</sup> (ההדגשה שלנו — א.ר.צ.). כל עיקרו של סעיף 4 הוא ליצור הפרדה קנינית בנכסי שני בני-הזוג ולהבחין בין הענקת זכויות אובליגטוריות, מכוח ההסדר שבחוק, לבין שלילת זכויות קניניות של בן-זוג אחד בנכסי האחר עקב הנישואין.

פירוש אפשרי אחר, רחב, של סעיף 4, על-פיו נשללות גם כל הזכויות האובליגטוריות הנובעות מן הנישואין, עלול להביא תוצאות לא רצויות. קריאת סעיף 4 בפירושו הרחב יחד עם סעיף 17 (השומר על זכויות האשה על-פי כתובתה ועל הזכות למזונות מכוח החוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות), תשי"ט-1959 — שלגבי יהודים גם הוא שמירת זכותה של האשה בלבד —) תגרור אחריה אפליה בין בני-הזוג. בעוד יישמרו כל זכויות האשה על-פי הדין העברי, בנוסף לזכותה מכוח החוק, יתבטלו מכוח סעיף 4, בפירושו הרחב, כל הזכויות האובליגטוריות של הבעל (למעט זכויות אישיות שאינן חפציות ואינן אובליגטוריות, כגון הזכות לחיי אישות), בין שהן קשורות לנכסי האשה ובין שאינן קשורות בהן (כולל זכות הבעל למעשה ידיה של אשתו<sup>104</sup>). לדעתנו, יש להימנע ככל האפשר מפרשנות כזו באשר אין היא עולה בקנה אחד לא עם העקרון הבסיסי, עקרון השוויון, המונח ביסודו של חוק יחסי ממון בין בני-זוג ולא עם עקרון האיזון העומד ביסודו של הסדר היחסים הרכושיים והממוניים בדין העברי. זאת ועוד, סעיף 4 מנוסח על דרך השלילה, כשכוונתו ליצור הפרדה קנינית בנכסי בני-הזוג במהלך הנישואין בהיעדר הסכם אחר ביניהם. הסעיף אינו קובע שום הסדר על דרך החיוב, דהיינו: אין הוא מסדיר את זכויותיהם ואת חביותיהם האובליגטוריות של

103 (א) המפרט במפורש את תחולת החוק קובע כי "הוראות חוק זה יחולו... בשינויים המחוייבים — גם על מכר של... זכויות" הא משמע כי לא בהכרח ובכל מקרה כולל המונח נכס גם זכויות. ראה על כך לגבי הגדרת המונח האנגלי המקביל "Property" ב-*Nokes v. Doncaster-Amalgamated Collieries, Ltd.* [1940] A.C. 1014, 1051.

על פרשנות שונה של מונחים זהים, פרשנות התלויה במהות החוק, במטרתו ובתכליתו ראה בג"צ 409/72 חטאר נ' בית הדין הדתי הדרוזי, פ"ד כז (1) 449, 452 וראה גם ע"א 347/71 סנסור נ' הקונסוליה הכללית של יוון, פ"ד כז (2) 328, 332: כן ראה א' ידין "על פירוש חוקי הכנסת — ברביעית" הפרקליט לא (תשל"ח) 395, 427.

יתר על כן, אין בפרשנות המוגבלת של נכס בהקשר לסעיף 4 לחוק כדי לחייב פרשנות זהה של אותו מונח במסגרת הביטוי "כלל נכסי בני-הזוג" בסעיף 5 לחוק. הקשרו של סעיף 5 מחייב פרשנות רחבה, הכוללת זכויות קניניות ואובליגטוריות גם יחד, והביטוי "כלל" הקודם למונח נכס מעיד על כך. על האפשרות לפרש בדרך אחרת מונח זה המופיע בהקשרים שונים בדבר חקיקה אחד ראה ע"א 282/73 פקיד השומה נ' אריסון, פ"ד כח (1) 789.

103. ראה לעיל הערה 99.

104. הפירוש הרחב של סעיף 4 יפקיע גם את זכות הבעל שבדין העברי למעשה ידיה של אשתו. מה שאין כן על-פי הפירוש המצמצם המומלץ על-ידינו. על ענין זה בהקשר לסעיף 2 לחוק שיויו זכויות האשה, ראה לעיל הערה 49 והטקסט הסמוך לה.

בני-הזוג במהלך הנישואין (למעט זכויות אשה יהודיה הנשמרות מכוח סעיף 17 לחוק). היתכן לפרש הסדר שלילי זה, כמשתרע גם על הזכויות האובליגטוריות של בני-זוג במהלך הנישואין וכשולל אותן מכל וכל? פרשנות כזו אינה מקובלת עלינו. המחוקק מודע לקיומן של זכויות שונות לבני-הזוג במהלך הנישואין כדינים האישיים של העדות הדתיות השונות<sup>105</sup>. אילו נתכוון לשלול זכויות אלה היה מבטא כוונתו בלשון מפורשת יותר ולא היה משתמש בביטויים כה מוגבלים וכה ספציפיים.

אם נכונה פרשנותנו זו כי אז ממשיכות זכויות השימוש כזכויות נלוות להבטחת הסטטוס לפי הדין העברי להיות חלק מן המשפט הישראלי הנוהג. בדומה לזכות המדור נגזרת זכות זו מזכותו של בעל הנכס, אין היא זכות קניינית עצמאית בנכס ואין היא פוגעת בקניינו של בעלה. בכל מקרה, תהא אשר תהא פרשנות סעיף 4 לחוק, אין זכות הבעל בנכסי צאן הברזל של אשתו נפגעת מכוח הוראה זו. זכות זו אינה מוקנית לבעל בכריתת הנישואין או בקיומם כלשעצמם, אלא מכוח ההסכם שבין בני-הזוג. לפיכך, כל אחד משני הפירושים האפשריים לסעיף 4 אינו מפקיע אותה.

## 2. התוצאות הנובעות מהוראת סעיף 13(ב) לחוק

סעיף 13(ב) כוונתו לכפוף גם את בתי הדין הדתיים להוראותיו של החוק. בכך נעשה החוק להסדר אזרחי-טריטוריאלי שהוראותיו עדיפות על פני כל הוראה אחרת של דין דתי כלשהו. הסעיף מנוסח כך: "בענין שחוק זה דן בו ינהג גם בית דין דתי לפי הוראות חוק זה...". נוסח זה מקשה לקבוע מהו התחום המדויק של "ענין שחוק זה דן בו". בקביעת היקפו של ביטוי זה תיתכנה שלוש אפשרויות. הראשונה, החוק דן בכל מערכת יחסי הממון שבין בני-זוג; השנייה, החוק דן רק בזכויות בני-הזוג בקשר לנכסיהם, בין זכויות קנייניות ובין זכויות אובליגטוריות; השלישית, החוק דן רק באותן סוגיות שנזכרו בו באופן ספציפי, דהיינו: הסכם ממון והסדר איזון המשאבים.

אם נתקבל אחת משתי האפשרויות הראשונות כי אז יתבטלו כל הוראות הדין הדתי הנוגעות לזכויות קנייניות או אובליגטוריות של מי מבני-הזוג הנובעות מן הנישואין. במקרה כזה יישאר החוק ההסדר היחיד והייחודי, בכל הנוגע לענינים שהוא דן בהם, לא רק לגבי מה שהוסדר על-ידו אלא גם לגבי מה שלא הוסדר על-ידו. אם לעומת זאת, נתקבל האפשרות השלישית, כי אז ההנחה הבסיסית הינה שאין החוק דן אלא בסוגיות ספציפיות. הענינים האחרים אשר לא נדונו בחוק, וממילא גם לא הוסדרו על-ידו, ימשיכו להידון לפי הדין הדתי, במידה שנדונו על-פיו לפני תחולת החוק<sup>106</sup>.

105. האם אין בעובדה שבסעיף 17 לחוק שמר המחוקק במפורש על זכויות לפי החוק לחיקון דיני המשפחה (מזונות), תשי"ט-1959, משום ראייה לסתור את פרשנותנו המצמצמת? לכאורה, באה בכך לידי ביטוי כוונת המחוקק לשמור במפורש על חלק מן הזכויות האובליגטוריות הנובעות מן הנישואין בעוד כל היתר בטלו מכוח סעיף 4. אם סעיף 4 ענינו בזכויות חפציות בלבד לא היה צורך באמירה מפורשת על שמירת הזכות למזונות בסעיף 17. לא נראה לנו שניתן להסיק מסקנה כזו מסעיף 17. זה מנהגו של המחוקק הישראלי בענינים כאלה לקבוע הוראה משמרת מפורשת כדי למנוע כל ספק ו"כלפי המלעיגין" (ex abundante cautela), לא ניתן, איפוא להסיק מסקנה מרחיקת לכת על פירושו של סעיף 4 משמירת הזכויות הקבועה בסעיף 17.

106. פרשנות סעיף 4 אוצלת גם היא על ה"ענין שחוק זה דן בו". אם נתקבל הפרשנות הרחבה של סעיף זה על-פיה נשללת ההקניה של זכויות אובליגטוריות למי מבני-הזוג עקב הנישואין כי אז נכללת גם

הביטוי "ענין שחוק זה דן בו" מופיע בחקיקה הישראלית פעמים נוספות במסגרת הוראה של עצמאות החוק: "בענינים שחוק זה דן בהם לא יחול סימן 46 לדבר המלך במועצתו לארץ ישראל, 1947-1922"<sup>107</sup>. השימוש בביטוי זה בדברי חקיקה ישראליים חדשים "עשוי להוליד הנחה פרשנית כי תוכן הביטוי זהה בכל החוקים בהם הוא מופיע..."<sup>108</sup>. הנחה זו עשויה להתחזק נוכח הנחה נוספת כאילו ענין לנו במטריה דומה. בכל אחד מהמקרים שצויינו עשוי ההסדר מכוח החוק להמיר הסדר אחר. בחוק יחסי ממון בין בני-זוג ממירות הוראות החוק את הדין הדתי ובחוקי החוזים מחליפות הוראות החוק את המשפט המקובל האנגלי. הבעיה בכל אחד מן המקרים האלה — מהו היקפו של הביטוי — היא זהה והתוצאה המתקבלת אוצלת על פתרון השאלה מהם הענינים האחרים שלא נדונו בחוק וממשיכים להיות מוסדרים על-פי הוראות הדין האחר. בהמשך ניוכח כי אנו מתכוונים לסתור את ההנחות האמורות ולהצביע על הבדל יסודי בהקשרים השונים בהם מופיע הביטוי. הבדל כזה מחייב גם פרשנות שונה בכל אחד מהמקרים. למרות זאת מעדיפים אנו לבחון את השאלה גם מתוך הנחה שקיימת זהות עקרונית. נפתח בדיון מתוך הנחה זו.

על פירוש הביטוי בחוקי החוזים קיימת מחלוקת בספרות המשפטית. פרופ' ד' פרידמן לשיטתו מצמצם את הביטוי "ענינים שחוק זה דן בהם" אך ורק לאותם ענינים ספציפיים הנדונים במפורש בהוראות החוק להוציא ענינים אחרים שאינם נדונים בו<sup>109</sup>. אם ייושם פירוש זה לענינו ייצא כי הוא תומך באפשרות השלישית שהצגנו לעיל, דהיינו: חוק יחסי ממון בין בני-זוג דן רק באותן סוגיות ספציפיות שנוכרו בו ושהוסדרו על-ידו במפורש. לעומתו סבור פרופ' א' ברק כי השאלה מהו ענין שהחוק דן בו תלויה

שלילה זו בגדר ענין שחוק זה דן בו לפי כל אחת משלוש האפשרויות שהצגנו. במקרה זה דן סעיף 4 בענין לא רק בדרך השליחה. אלא גם בדרך החיוב. במובן זה שהוא מפקיע זכויות אשר הוקנו על-ידי הדין הדתי. אין כאן הסדר שלילי במשמעות הרגילה. דהיינו: קיומה של לקונה בחוק, אלא הסדר חיובי, דהיינו: הפקעה מפורשת של זכויות. רק אם נצא מתוך הנחה שאין בסעיף 4 נגיעה לזכויות אובליגטוריות (וזהו עמדתנו) יש טעם לדון בסוגייה נוספת זו של משמעות הביטוי "ענין שחוק זה דן בו".

107. כך בסעיף 24 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970, ובסעיף 63 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973. ביטוי דומה מופיע בהקשר אחר בסעיף 166(ב) לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969: "זכות במקרקעין שחוק זה דן בה יחול עליה חוק זה אף אם נוצרה לפני תחילתו"; על פרשנות הביטוי לצורך חוק המקרקעין ראה א' גולדנברג "על הוראות המעבר של חוק המקרקעין, תשכ"ט-1969" משפטים ב (תשל"ג) 425; א' גולדנברג "חוק המקרקעין, תשכ"ט-1969 — הוראות המעבר ומורשת העבר" עיוני משפט ב (תשל"ג) 839.

108. א' ברק "עצמאותה של הקודיפיקציה האזרחית החדשה: סיכונים וסיכויים" משפטים ז (תשל"ו) 15, 29. פרופ' ברק ממשיך ואומר שם כי "זו הנחה שקל לסתור" אותה. יש להתרגל לרעיון כי בחקיקה החדשה שלנו, כל עוד לא תוקנה ושופצה, עשויים להיות לאותו ביטוי פירושים שונים. ואכן פירושים שונים כאלה ניתנים על-ידו למונח "פעולה משפטית" בכל אחד מהחוקים בהם הוא הוזכר.

109. ד' פרידמן "ההוראה בדבר 'עצמאות החוק' ובעית הלאקונה בחקיקה הישראלית החדשה" משפטים ה (תשל"ג) 91, 93. באותו מקום הוא גם שולל את האפשרות ללמוד מביטוי זה כי הכוונה היא להורות שתיקת המחוקק תיחשב בכל מקרה ל"הסדר שלילי". ראה גם ד' פרידמן "עוד הערה לענין ההוראות בדבר 'עצמאות החוק' אשר בחקיקה הישראלית החדשה" משפטים ה (תשל"ד) 349.

בדרגת ההפשטה שיש ליחס לביטוי בהקשר לחוק בו הוא מופיע<sup>110</sup>. אם תיושם גישה זו לעניננו הרי בדרגת הפשטה גבוהה יסווג הענין הנדון בחוק יחסי ממון בין בני-זוג במסגרת האפשרות הראשונה או השנייה ואילו בדרגת הפשטה נמוכה במסגרת האפשרות השלישית. השאלה מהי דרגת ההפשטה הרצויה מותנית, כך ניתן לאמר, בגישה העקרונית לשאלת מטרת ההוראה של המחוקק וכבדיקת הוראות החוק הרלבנטי. נראה לנו, כי לצורך פירוש הביטוי בחוק יחסי ממון בין בני-זוג יש לבחור, אפילו לשיטתו של פרופ' ברק, בדרגת ההפשטה הנמוכה ביותר<sup>111</sup>. הטעם לכך הוא כי יש להבחין בין מדיניות המחוקק ומטרתו בחוקי החוזים, שהיא לשיטת פרופ' ברק שלילת ההפניה למשפט המקובל האנגלי ככל שניתן<sup>112</sup>, לבין המטרה המנחה את המחוקק בחוק יחסי ממון בין בני-זוג, כאשר הוא כופף גם את בתי הדין הדתיים להוראות החוק. הבחנה זו מיוסדת על היסודות הבאים:

(א) קליטת המשפט המקובל האנגלי במסגרת המשפט הישראלי נועדה למלא לאקונום שהמחוקק הישראלי לא היה סיפק בידו להסדירים. קליטה זו היא בבחינת הסדר זמני בלבד כשההפניה אל המשפט המקובל היא, כנראה, נייחת. מה שאין כן קליטת הדין הדתי בעניני המעמד האישי. קליטה זו נועדה להסדיר תחומים שהמחוקק הישראלי ויתר מדעת על הסדרם, כשההפניה אל הדין הדתי היא נידת<sup>113</sup>. גם אם הוראה בדבר עצמאות החוק, השוללת פניה למשפט המקובל, יש לפרש בהרחבה<sup>114</sup> לא זה הפירוש הנדרש בהכרח גם בהקשר להוראה טריטוריאלית הממירה חלק מן הדין הדתי.

(ב) ההוראה בדבר עצמאות החוק במסגרת החקיקה האזרחית מגמתה הימנעות מפניה לדין הזר תוך השלמת לאקונום בדרך ההיקש<sup>115</sup>. מגמה זו מתישבת יפה עם דבר חקיקה המסדיר תחום מסויים הסדר שלם וממצה. מה שאין כן חוק יחסי ממון בין בני-זוג, אשר לא זו בלבד שהוא מסדיר רק חלק מתחום היחסים בין בני-הזוג אלא שאין גם

110. א' ברק "ההוראה בדבר 'עצמאות החוק' ובעית הלאקונה בחקיקה הישראלית החדשה: תשובה לפרופ' פרידמן" משפטים ה' (תשל"ג) 99, 102-103. באותו מקום הוא מביע את עמדתו כי ענין הנדון על-ידי החוק, אך לא הוסדר על-ידו עשוי להיות שקול כנגד הסדר שלילי. למעין עמדת ביניים ראה ג' פרוקצ'יה "תחולת חוק החוזים (חלק כללי) על תזכיר ותקנות של חברה" עיוני משפט ה' (תשל"ז) 491, 502.

111. נראה לנו כי בשום מקרה אין להניח כי אותם ענינים שלא הוסדרו בחוק יחסי ממון בין בני-זוג שקולים כנגד הסדר שלילי. זאת מן הטעם, שהוראות הדינים המסדירים את התוצאות הממוניות של הנישואין בין בני-זוג משתנות מעדה לעדה. המחוקק לא קבע בתחום זה כל הסדר אלטרנטיבי. אין להניח, אפוא, כי התכוון לבטל את כלל הזכויות האובליגטוריות בכך שנמנע מהסדרם של ענינים אלה בחוק.

112. ראה א' ברק "לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי" עיוני משפט ג' (תשל"ג) 5, 17-18; ראה גם א' ברק, לעיל הערה 108 ולעיל הערה 110; על עמדה עקרונית שונה ראה ד' פרידמן "עוד לפרשנות החקיקה הישראלית החדשה" עיוני משפט ה' (תשל"ז) 463.

113. על סוגי הקליטה של דין דתי ראה י' אנגלרד "מעמדו של הדין הדתי במשפט הישראלי" משפטים ב' (תשל"ל) 268, 294 ואילך. על הבחנה בין הפניה נייחת (אופן קליטת המשפט המקובל) לבין הפניה נידת (אופן קליטת הדין הדתי) ראה שם בע' 309.

114. זו דעתו של א' ברק, לעיל הערה 108, בע' 30-31.

115. ראה א' ברק, לעיל הערה 108, בע' 32-33 וכן לעיל הערה 112, בע' 17-19.



דברי חקיקה אחרים מהם ניתן לערוך היקשים להשלמת לאקונום. כיוון הפרשנות המאפיין את ההוראות בדבר עצמאות החוק אינו הולם את החוק נשוא דיוננו. (ג) המגמה לפירוש רחב של ההוראה בדבר עצמאות החוק מונעת על-ידי הרצון ליצור שיטת משפט ישראלית עצמאית<sup>116</sup> ועל-ידי הכוונה להימנע ממילוי לאקונום בדרך שיש בה משום נטיעת נטע זר<sup>117</sup>. מגמה זו עשויה להכתיב מיון ענינים שהחוק דן בהם בדרגת הפשטה גבוהה על מנת להשיג על-ידי כך רמת עצמאות גבוהה יותר. מה שאין כן לגבי חוק יחסי ממון בין בני-זוג, שענינו הסדר תחום מוגבל — בעל דחיפות מיוחדת מכורח צרכים חברתיים — ולא המרה בעלת היקף רחב של הדין הדתי. על הדין הדתי אומר השופט זילברג שאין הוא בבחינת "זמורת זר" שהורכבה מבחוק על גזע האילן, אלא הוא עצמו, עד כמה שהוכר, משתלב שילוב מלא בנופו של אילן, ונטול חלק מגיע בפארותיו ודליותיו"<sup>118</sup>.

יסודות אלה של הבחנה מביאים אותנו למסקנה כי אפילו לשיטת פרופ' ברק יש להעניק לביטוי ענין שחוק זה דן בו בחוק יחסי ממון בין בני-זוג תוכן אחר, מצומצם יותר, מזה שיש להעניק לאותו ביטוי בחוקי החוזים. מסקנה זו מובילה הישר אל גישתנו המבקשת לסתור את ההנחה הפרשנית כי תוכן הביטוי זהה בשני סוגי המקרים. הנחה פרשנית זו עשויה להיסתר כבר לאור יסודות האבחנה שצוינו לעיל, אולם ישנו הבדל יסודי יותר. ענינו של סעיף 13(ב) לחוק יחסי ממון בין בני-זוג שונה לחלוטין מזה של הוראת עצמאות החוק בחוקי החוזים. לא ניתן, אפוא, לערוך היקשים ביניהם. סעיף 13(ב) אינו בא לקבוע את עצמאות החוק לעומת הדין הדתי. אילו זו היתה כוונתו היה מורה כי בענין שהחוק דן בו לא יחול כלל הדין הדתי. מטרת הסעיף היא אחרת לחלוטין: להרחיב את תחולת הוראות החוק גם לבתי הדין הדתיים<sup>119</sup>. יש לפרש את הוראות הסעיף לאור מגמה זו. אילו היתה כוונת הביטוי בסעיף צמצום תחולתו של הדין הדתי ברוח האפשרות הראשונה או השניה שהוצגו בראשית הדברים לא היתה הוראתו מוגבלת דווקא לבתי-דין אלא מופנית לכלל ערכאות השיפוט בישראל<sup>120</sup>. אימוצה של אחת מאפשרויות אלה תגרור אחריה תוצאה אבסורדית וחסרת כל הגיון. הביטוי "ענין שחוק זה דן בו" מכוון לבתי הדין הדתיים בלבד. האם יתכן כי כאשר ענין מסויים יידון בבתי המשפט האזרחיים, במסגרת סמכותם הישירה או האגבית, יהיו דווקא הם מחוייבים להחיל חלק מן הדין הדתי בעוד מבתי הדין הדתיים תישלל האפשרות לעשות כן? אפשרות פרשנית המביאה לתוצאה כזו איננה יכולה להיות קבילה.

116. א' ברק, לעיל הערה 108, בע' 20.

117. א' ברק, לעיל הערה 110, בע' 101.

118. ע"פ 112/50 יוסיפוף נ' היועה"מ, פ"ד ה 481, 502.

119. ראה דברי ההסבר לסעיף 18(ב) להצעת החוק (הוא סעיף 13(ב) לחוק). לעיל הערה 99, בע' 337.

120. חיזוק נוסף לעמדתנו תמצא בהשוואת נוסח סעיף 13(ב) לחוק לנוסחו של סעיף 213(א) להצעת חוק היחיד והמשפחה (הוצאת משרד המשפטים, 1955) בו נאמר: "אולם בכל ענין שחוק זה דן בו לא יחולו אלא הוראות החוק". נוסח זה היה מחוייב המציאות באותה הצעה נוכח העובדה שהיא הסדירה את כלל הזכויות הממוניות והרכושיות שבין בני-זוג במהלך הנישואין ועם פקעתם והמירה בכך את הדינים הדתיים. מה שאין כן חוק יחסי ממון בין בני-זוג שהוא הסדר מוגבל יותר ונעדר הוראות חלופיות הנוגעות לזכויותיהם האובליגטוריות של בני-זוג במהלך הנישואין.

העולה מן המקובץ הוא כי פירוש הביטוי "ענין שחוק זה דן בו" הוא במסגרת האפשרות השלישית אשר הוצגה בראשית הדברים. ענין שהחוק דן בו הנו ההסדר שנקבע בחוק והוראותיו המפורטות והמפורשות המוסדרות הסדר חיובי בלבד, בין אלה שענינם הקניית זכויות ובין אלה המורים על שלילתן. סעיף 13(ב) קובע רק את המימד הטריטוריאלי של החוק אך לא את היקפו. הסדר הזכויות האובליגטוריות של בני-הזוג במהלך הנישואין, במידה ואינו סותר את הוראות החוק וככל שאינו מוסדר אחרת בהסכם ממון שנעשה ואושר כדין, ימשיך להיות נדון על-פי הדין האישי. הסדר כזה הנכלל בגדר המונח "עניני נישואין" אינו מושפע מהוראות החוק והדין האישי יחול עליו. רק כאשר יקבע המחוקק הסדר סטטוטורי מפורש ומפורט הכולל את כלל הזכויות הממוניות של כל אחד מבני-הזוג במהלך הנישואין ישתנה המצב המשפטי. יתר על כן, למרות שהחוק דן במימוש הסדר איזון המשאבים עם פקיעת הנישואין אין פירושו של דבר שהסדר זה ממצה את כל זכויות בני-הזוג לעת כזו. גם להפשטה כזו אין מקום לאור הפרשנות שהצענו. סעיף 13(ב) מטיל על בתי הדין חובה להחיל את הוראות החוק; אין הוא קובע מצדו גם הוראה השוללת זכויות המגיעות לבן-זוג כלשהו על-פי הוראות הדין הדתי החל עליו. רק במידה וזכות כזו סותרת את הסדר איזון המשאבים, אינה יכולה להתישב עמו או מרוקנת אותו מכל תוכן משמעותי יש בכוחה של החובה להחיל את ההסדר שבחוק גם משום שלילת אפשרות אכיפתה של אותה זכות. כאשר הוראה שבדין הדתי עשויה להשתלב עם החוק, להשלים אותו והיא מ"עניני נישואין", עליהם חל הדין הדתי, אין בסעיף 13(ב) כדי לפגוע בהחלתה גם אם מועד מימושה הוא פקיעת הנישואין<sup>121</sup>.

121. עוד נראה כי המנהג שבדין העברי למתן פיצויים לאשה עם גירושה משתלב עם הוראות החוק. לאור העמדה שהבענו אין מנהג זה מתבטל עקב החוק ועל-ידו. (ראה להלן שער רביעי, חלק ראשון, פרק שני, סעיף (ב)(כב)).

## פרק שלישי

### זכויות האשה — דין שעבוד נכסי הבעל למזונות ולכתובה

א. היקף הזכות בדין העברי ומיונה

עם התקנת תקנת שמעון בן-שטח, הקובעת כי עיקר הכתובה תהווה התחייבות של הבעל לאשה שמועד פרעונה פקיעת הנישואין, הותקן גם שיהיו כל נכסיו של הבעל אחראים לכתובה<sup>1</sup>. תקנה אחרונה זו הפכה את הכתובה לשטר חוב בכל מובן<sup>2</sup>, שכן "כל נכסי הלווה נמצאים תחת שעבוד המלווה מן התורה"<sup>3</sup>. כל הנכסים של הבעל, שהיו לו ביום הנישואין, משועבדים לגביית כתובת האשה. שעבוד דומה, אך לא זהה, נוצר גם למזונות האשה<sup>4</sup>. דין זה אינו מיוחד למסגרת יחסי הנישואין שבין בני-הזוג. דיניהם של בני-הזוג הושוה, בנקודה זו, לדין הכללי של הלכות לווה ומלווה.

הסדר שעבוד זה הוא מן הדין ולא מכוח הסכמתם של הצדדים. הצדדים יכולים להתנות ביניהם בענינים שונים המסדירים הרחבת השעבוד גם על נכסים שאין השעבוד חל עליהם מכוח התקנה. השעבוד נרשם הן בשטר ההלוואה והן בשטר הכתובה, אך בכל מקרה הוא תנאי בית דין, הואיל ותקנת שמעון בן-שטח נועדה לחסום את הדרך בפני גירושין פזיזים. התקנה היא מנדטורית ואינה עומדת לבחירתו של הבעל<sup>5</sup>. הנכסים המשועבדים כללו בתחילה רק נכסי דלא ניידים, אך מאוחר יותר הותקנה עלידי הגאונים תקנה שהתירה לגבות גם ממיטלטלין. תקנה זו הורחבה מאוחר יותר גם על שאר החבויות מכוח הכתובה<sup>6</sup>. עם זאת, לא ניתן לגבות ממיטלטלין שהועברו לצד שלישי מפני תקנת השוק<sup>7</sup>.

זכותה של האשה מכוח דין זה היא — במסגרת ההלכות של לווה ומלווה — "לטרופ מלקוחות", היינו: לגבות את החוב גם מנכסים שהיו בידי הלווה או בידי הבעל

1. כתובות פב ב; רמב"ם, הלכות אישות, פרק טז הלכה י.

2. L.M. Epstein, *The Jewish Marriage Contract* (New York, 1927) 238.

3. רמב"ם, הלכות לווה ומלווה, פרק יא הלכה ד; פרק יח הלכה א.

4. ראה ער/תשט"ז/107, פ"ד ב 233, 237; שו"ת מהרי"ק שורש נו; ראה גם בג"צ 155/65 גורוביץ נ'

בית הדין הרבני האזורי תל-אביב, פ"ד יט (4) 16; ע"א 168/66 אפגין נ' אפגין, פ"ד כא (1) 42, 49.

5. בבא מציעא יב ב; כתובות נא א; רמב"ם, לעיל הערה 3, שם; ראה גם *supra* note 2, at 239.

6. רמב"ם, הלכות אישות, פרק טז הלכה ז; ראה *supra* note 2, at 242.

7. שו"ע, אבן העזר, סימן ק סעיף א.

בעת מתן ההלוואה או בעת הנישואין והועברו מאז לידי צד שלישי<sup>8</sup>. דיין הטריפה מלקוחות מתיחס רק לשעבוד הנכסים לכתובת האשה; אין דיין זה יפה לגבי השעבוד אשר נועד להבטחת מזונות האשה<sup>9</sup>. השעבוד חל, איפוא, על כל נכסי המקרקעין שהיו בידי הבעל במועד הנישואין. חלות השעבוד על נכסי מקרקעין, אשר נרכשו או אשר הגיעו לידי הבעל לאחר תאריך זה מחייבת התנאה מפורשת בכתובה<sup>10</sup>.

לצורך ענייננו, היינו: בעית שילובו של דיין זה במשפט הישראלי הנוהג, אין צורך להעמיק ולהרחיב את כל פרטי הדינים. די אם נאמר, כי ישנו סדר קדימויות הנוגע לדרך גביית החובות השונים, שכל הקודם בשטר זוכה תחילה<sup>11</sup>. כן קיימים סדרי עדיפויות מיוחדים אשר נקבעו למקרה בו מתחרה אשה בעלת כתובה עם נושים אחרים המחזיקים בשטרי חוב. במקרה כזה קודם הנושה לאשה מטעמים שבאידיאולוגיה ובגישות חברתיות בנות הדור<sup>12</sup>. קיימות גם הוראות בדין לגבי סוג הנכסים מהם גובה האשה לעומת אלה מהם גובה בעל חוב רגיל<sup>13</sup>.

זכותה הקניינית של האשה בנכסי בעלה אינה עצמאית אלא נגזרת אחר זכויותיה האובליגטוריות, כערבות למילויין. זכות זו נמצאת בדרגה נמוכה יותר — שעבוד בלבד — מאשר זכויות של הבעל בנכסי אשתו בדין העברי, שהן זכויות שימוש, הנאה ואף נטילה. זכות זו מעניקה לאשה יתרון משני בלבד. היא נועדה להשוות את מצבה המשפטי של האשה לזה של בעל-חוב רגיל וענינה תגבור קנייני של זכויותיה האובליגטוריות והבטחתן תוך הטלת מגבלות על נכסי הבעל ורכושו.

כאן המקום לציין, כי בדרך של הטלת מגבלות על נכסי אחד מבני-זוג לשם הבטחת זכויות אובליגטוריות ניתן ללכת גם לפי סעיף 11 לחוק יחסי ממון, תשל"ג-1973. אולם קיים הבדל בסיסי אחד לפחות. בעוד הדרך המוצעת בסעיף 11 לחוק הינה בבחינת אמצעי לשמירת זכויות לפני מעשה ולא לאחריו, מסדיר הדין העברי את יעילותו של אמצעי כזה גם לאחר מעשה<sup>14</sup>.

## ב. דיין שעבוד נכסי הבעל במשפט הישראלי

### מבוא: הצגת הבעיות

קליטת הלכות הדין העברי שענינן שעבוד נכסי הבעל לכתובת האשה ולמזונותיה

8. רמב"ם. הלכות מלווה ולווה, פרק יח הלכה א; L.M. Epstein, *supra* note 2, at 262.

9. שם.

10. כתובות פב ב; רמב"ם. שם שם; L.M. Epstein, *supra* note 2, at 261.

11. רמב"ם. הלכות אישות. פרק יז הלכה ב.

12. רמב"ם. שם שם. הלכה ד: "ואם נשאר לאשה כלום תטול ואם לאו תדחה מפני בעל חוב שהרי בעל חוב הפסיד והוציא מעותיו והאשה לא חסרה דבר שיותר משהאיש רוצה לישא אשה רוצה להנשא".

13. גובה רק מזיבורית, ראה: שו"ע, אבן העזר, סימן ק סעיף ב.

14. כפי שנראה להלן צומצמה זכות האשה על-פי הדין העברי במשפט הישראלי הנוהג לשמירת זכויות לפני המעשה בלבד.

למסגרת המשפט הישראלי הנוהג מעלה מספר שאלות עקרוניות המאפיינות את הבעיה הכללית של קליטת הדין הדתי למשפט הישראלי ושילובו. השאלות המתעוררות הן כדלקמן: (א) האם ההלכות בענין נשוא דיוננו כאן, שמקורן הדינים הכלליים של הלכות לווה ומלווה בדין העברי, הן בגדר "עניני נישואין"? (ב) מהו היקף תחולתו של הדין העברי? (ג) מהי השפעת קליטתו של הדין הדתי על מערכת היחסים שבין בני-הזוג לצדדים שלישיים? (ד) מהם הדרכים והאופנים לשלב את כלליו של הדין הדתי למסגרת המשפט הישראלי הנוהג ולתאמם עמו?  
נדרן בכל אחת מן השאלות כסדרן.

#### א. קליטת עקרונות הדין

למרות שדיני השעבוד מקורם בהלכות כלליות של לווה ומלווה בדין העברי ולא בדינים המיוחדים למעמד האישי הרי יישומם של אלה מכוח תקנה מיוחדת, במסגרת ההוראה המיוחדת של התחייבות הכתובה וכחלק בלתי נפרד ממנה, עושה אותם לחלק מ"עניני נישואין" עליהם חל הדין הדתי. כאשר תחמנו את גבולות המונח בשער השני קבענו כי גם אותם כללים אשר נשאבו מן הדין הדתי הכללי אולם הותאמו למערכת היחסים המיוחדת בין בני-הזוג ונטמעו בה נכללים בגדר "עניני נישואין"<sup>15</sup>.

#### ב. היקף תחולת הדין

קביעה עקרונית בדבר תחולתו של הדין העברי בסוגיה מסוימת מחייבת קביעת היקף תחולתו של דין זה. לנו נראה כי תחולתו של הדין הדתי מצומצמת למישור המהותי בלבד, דהיינו: איתור הזכות הנובעת מן הדין הדתי וקביעת תנאיה, מהותה, היקפה וטיבה. אלה נעשים בהתאם לדין הדתי ומכוחו. למטרת הגנה על זכויות אלה ולשם מימושן משתמש המשפט הישראלי במערכת הדינים הרגילה המגינה על זכויות מהותיות ומממשת אותן. באחד מפסקי הדין של בית המשפט העליון נמצא רמז לתמיכה בעמדה כזו<sup>16</sup>. באותו מקרה נדונה סוגית המזונות מן העזובן, שהיתה מסורה בזמנו לשליטתו של הדין הדתי. על-פי הדין העברי רשאית אלמנה למכור מנכסי המוריש למזונותיה ויש לה הקלות שונות במכירה. למרות תחולתו העקרונית של הדין העברי על סוגיה זו שלל בית המשפט את אפשרות אכיפת ההקלות המוענקות לאלמנה בדין העברי לשם מכירת נכסי המנוח במסגרת המשפט הישראלי<sup>17</sup>.

רוצה לומר: משנקבעה זכות האשה, שנכסיו של הבעל, ביחסים בינו לבניה, ישמשו בטוחה להתחייבויותיו כלפיה, רשאי בית המשפט להעניק את הסעדים העומדים לרשותו, כגון: צו לעיקול הנכסים, על מנת להבטיח קיום הזכות<sup>18</sup>. כן רשאי בית

15. ראה לעיל שער שני, חלק ראשון, פרק ראשון, סעיף ד.

16. ראה ע"א 28/65 כליפא נ' כליפא, פ"ד יט (2) 352.

17. ראה ע"א 28/65 הנ"ל בע' 363 "האלמנה רשאית למכור מנכסי המוריש למזונותיה ולפי דיני התורה ישנן הקלות במכירה אבל אינני חושב שלפי סדרי הדין בהנהלת עזבונו יש לה כוח זה בישראל" (ההדגשה שלנו — א.ר.צ.).

18. כנ"צ 155/65, לעיל הערה 4 (דברי השופט קיסטר); ע"א 168/66, לעיל הערה 4, בע' 49. ראה גם ער/תשט"ו/107, פד"ר כ 233, 239; ראה גם פ' דייקן (דיקשטיין) "עיקול על נכסי הבעל לטובת האשה" הפרקליט ד (1947) 279.

המשפט להוציא צו מניעה אשר ימנע מן הבעל הברחת נכסים מאשתו והעברתם לצד שלישי<sup>19, 20</sup>.

גג. תחולת הדין על יחסי בני-זוג וצדדים שלישיים: עקרונות ויישומם  
זכות השעבוד על נכסי הבעל המוקנית לאשה משתרעת, זכות קנינית, גם כלפי צדדים שלישיים. אין היא נשאת ספונה במסגרת היחסים הפנימיים שבין בני-הזוג. האם ניתן לממש זכויות אלה, שמעניק הדין העברי, גם במסגרת המשפט הישראלי?  
תשובה על שאלה זו מחייבת דיון עקרוני ורחב יותר בו יוצעו המבחנים הנראים לנו לשם תחימת תחומים לקליטת הדין הדתי במערכת היחסים שבין בני-הזוג לצדדים שלישיים.

הקביעה כאילו הדין הדתי אינו חל כלל על מערכת היחסים שבין בני-זוג לבין צד שלישי הועלתה אגב אורחא בשני פסקי-דין ישראליים מוקדמים<sup>21</sup>. בשני המקרים אמר בית המשפט, כי יש להבחין בין הזכויות הנובעות ממערכת היחסים הפנימיים שבין הבעל לאשה, עליהן חל הדין הדתי כ"ענין של נישואין", לבין אלה הנובעות ממערכת היחסים שבין בני-הזוג לצד שלישי — הגם שהן קשורות למערכת היחסים שבין בני-הזוג — שהן ענין של דיני ממונות הכפופות לתחולת הדין האזרחי.

טעמו של בית המשפט, שבוטא בעיקר בפרשת אלבראנס נ' שמטרלינג<sup>22</sup>, היה כי אין יחסים מסחריים בין אשה נשואה לבין צד שלישי נחשבים כ"ענין של נישואין". כענין כזה נחשבים רק הסדרים בין בני-הזוג בינם לבין עצמם, והוא כולל, בין השאר, גם זכויות חומריות מסויימות המוענקות לאשה או לבעלה עקב הנישואין. יתר על כן, החלת הדין הדתי גם ביחסים עם צדדים שלישיים תבטל, למעשה, את תחולתם של חיקוקים ישראליים בסיטואציות שבין בני-זוג לצדדים שלישיים. המחוקק הישראלי לא הורה על כך ולא יתכן לקצץ בכנפיהם של חיקוקים כאלה ולהגבילם ללא הוראה מפורשת מצד המחוקק. הפעלת הדין הדתי לא רק בתחום הישיר של עניני המעמד האישי ופרישת מצורתו גם על צדדים שלישיים תשפיע על חוקי המדינה, אשר על-פיהם נחתכים הענינים הכלכליים והיחסים המסחריים בין תושבי המדינה. על-ידי כך תוכנס מידה רבה של סיכון, אי בטחון ואי ודאות בכל עסק מסחרי אשר ייעשה עם בני-זוג. מכל האמור

19. ראה האסמכתאות לעיל בהערה 18. ענין מתן צו המניעה מדגים את כוונתנו. צו מניעה לא יוצא אלא להגנת זכות לגיטימית. ע"א 281/61 שלוסר נ' כץ, פ"ד טו 2329. זכותה של האשה נשאבת מן הדין הדתי ואילו ההגנה על הזכות ומימושה נעשים בדרך של צו מניעה לפי כללי המשפט הישראלי.

20. על השאלה העקרונית של היקף תחולת הדין הדתי בהקשר של הבחנה בין דין מהותי לבין דיני פרוצדורה ראה י' אנגלרד "מעמדו של הדין הדתי במשפט הישראלי (חלק שלישי)" משפטים ו (תשל"ה) 5, 12-5. נראה לנו כי גם על-פי המבחן המוצע על-ידו (שם בע' 10-11) ישתמש בית המשפט בסעדים המקובלים עליו לשם אכיפת זכותה המהותית של האשה שמקורה בדין העברי.

21. ע"א 16/49 אלבראנס נ' שמטרלינג, פ"ד ד 573; ביד"מ 1/50 סידים נ' יו"ר ההוצאה לפועל, פ"ד ח 1033-1032, 1020. ראה גם C. Shachor-Landau "Recent Developments in the Law of Matrimonial Home in England and Israel" 6 *Int. and Com. L.Q.* (1957) 61, 62.

22. ע"א 16/49 הנ"ל.

לעיל מתחייבת המסקנה, כי ניתן ללמוד הלכה כללית<sup>23</sup> בדבר אי כפיפותו של צד שלישי בעסקיו המסחריים לדין האישי החל על בני-זוג מסויימים.

מאידך גיסא, בפסק דין מאוחר יותר, שפי נ' שפיץ<sup>23</sup>, הפעיל בית המשפט את הדין הדתי באופן שהשפיע גם על צדדים שלישיים. הדבר נעשה על-ידי כך, שבית המשפט ביטל עסקת מתנה, אשר נערכה בין בעל, מורישי, לבין בנו, שלוש שנים לפני פטירת הבעל, במטרה משותפת להברחת הנכסים מן האשה, האלמנה. בית המשפט קבע, כי יש להחזיר את הרכוש, שהוענק במתנה לבן, למסגרת כלל נכסי המורישי, לאחר פטירתו, לצורך גביית מזונות האלמנה מן העזבון — סוגיה שנדונה אז לפי הדין הדתי. ביטול העסקה נשען על הוראות הדין הדתי, המשעבד רכוש זה לטובת האלמנה — למטרת תשלום המזונות מן העזבון — אם וכאשר נעשתה ההעברה מתוך כוונת תרמית או הברחה.

ברם השאלה העקרונית עצמה לא נדונה עדיין ולא הוכרעה בפסיקה הישראלית לגופו של ענין.

הקביעות החד-משמעיות בפרשת אלבראנס נ' שמטרלינג נראות לנו מרחיקות לכת בהיעדר דיפרנציאציות ובהכרעה גורפת מדי. באופן עקרוני מסכימים אנו, כי מערכת היחסים בין בני-זוג לצדדים שלישיים נתחמת בגדר דיני החוזים והקנין הרגילים ולא בתחום דיני המשפחה ודיני המעמד האישי, ולפיכך אין היא מוסדרת על-ידי הדין הדתי. ברם נקודת החיתוך איננה חייבת להיות מערכת היחסים דווקא, דהיינו: ההבחנה בין מערכת היחסים שבין בני-הזוג בינם לבין עצמם לבין זו שבינם לבין צדדים שלישיים. נקודת החיתוך בעינינו הנה הוראות הדינים השונים שבמשפט הישראלי מול הוראות הדין הדתי. נבאר את הברינו: הכוונה היא לאתר את המקרים בהם, למרות קיומו של דין ישראלי כללי, יש מקום להחיל את הדין הדתי גם כלפי צדדים שלישיים כ"ענין של נישואין". למטרה זו נציג מערכת אפשרויות, בהן יוחל, לדעתנו, הדין הדתי גם במערכת היחסים בין בני-זוג לצדדים שלישיים:

1. הדין הדתי יוחל כאשר אין הוראות סותרות בדין האזרחי הרגיל, דהיינו: כאשר ניתן לראות את הדין הדתי, גם במערכת היחסים שבין בני-זוג לצדדים שלישיים, כדין כללי, בבחינת דין משלים.

כך, למשל, הלכתו של הדין העברי, לפיה אשה הנושאת ונותנת בתוך הבית מחייבת את בעלה כלפי צדדים שלישיים<sup>24</sup>, תוחל, לדעתנו, גם במערכת היחסים בין בני-זוג לצדדים שלישיים. זאת מן הטעם, שזהו דין משלים, שאין לגביו הוראות סותרות בדין האזרחי. (בעית הזכות הכללית, שלא להיות מחוייב אלא מכוח דין, נפתרת כלפי הבעל מכוח הדין הדתי החל עליו; לגביו נקבע החיוב במסגרת מערכת היחסים הפנימיים בין בני-הזוג, עליה חל הדין הדתי). זוהי שליחות *sui generis*, אשר אינה מתנגשת בחוק השליחות, תשכ"ה-1965<sup>25</sup>.

23. ע"א 22/55, פ"ד ט 1077. ראה גם שימוש בהלכה זו בת"א (חי') 254/70 שלהב נ' שלהב, פ"מ עז 96.

24. ראה להלן פרק שני של החלק השני בשער זה.

25. לדעתנו יחול אותו דין ובשל אותם טעמים גם על הלכת "לוותה ואכלה", בה נעסוק בפרק השני של החלק השני בשער זה.

2. הדין הדתי יוחל כאשר ניתן לשלבו, להפעילו או ליישמו במסגרת הדין האזרחי הכללי. במקרה זה ישמש הדין האזרחי הרגיל מסגרת להפעלת הדין הדתי. דוגמה לכך היא פרשת שפי נ' שפיץ, אשר הובאה לעיל<sup>26</sup>. כזכור, נעשתה שם עסקת מתנה עם צד שלישי אשר היתה תקפה לכאורה, בדין האזרחי. עסקה זו בוטלה לאחר מכן, על-ידי בית המשפט, מכוח הוראות הדין הדתי. במבט ראשון הוחל כאן הדין הדתי כולו, למרות הוראותיו הסותרות של הדין האזרחי אשר מבחינתו נעשתה עסקת מתנה מושלמת. אך לא כך הדבר. גם הדין האזרחי מכיר בקיומם של מקרים בהם עסקאות ניתנות לכיטול כאשר הן נעשות שלא בתום לב וללא תמורה, כגון: בדרך של קנוניה. דהיינו: צד שלישי עשוי שלא לרכוש זכויות מושלמות בנכס, לגביו יש זכות קודמת אחרת, המוכרת בדין האזרחי (כגון זכות שביושר), אם הזכות נרכשה על-ידו שלא בתום לב ושלא בתמורה<sup>27</sup>. במסגרת הוראות הדין האזרחי נבחנו הזכויות שמקורן בדין הדתי. משהוגדר תוכנה של זכות האלמנה בדין הדתי ונקבעו תחומיה במסגרת הדין האזרחי קבע דין אחרון זה את התוצאה הכוללת. העסקה בפרשת שפי נ' שפיץ בוטלה, אמנם, גם מכוח הוראות הדין הדתי, אך לא בניגוד להוראות אחרות, סותרות כאילו, של הדין האזרחי, כפי שנדמה ממבט ראשון, אלא, להיפך, בהתאמה מלאה עם דין זה ומכוח הפעלתו. ההגנה על קונה בתום לב ובתמורה נעשית מכוח עקרונות כלליים של המשפט הישראלי ואין הדין הדתי יוצא מן הכלל לענין זה — גם אם יש בו הוראות אחרות כלשהן — שאין הוא בגדר "ענין של נישואין" בשום מקרה. הדין הדתי מציב רק את הזכות המקורית שכנגדה עומד הצד השלישי. הדין האזרחי מפעיל את כלליו הוא, לנוכח הזכויות שנצמחו בדין הדתי, וזאת הן לצורך תרגום זכויות אלה למושגי הדין האזרחי והן לצורך קביעת המסקנה הסופית בהתאם להוראותיו.

בית המשפט, במקרה נשוא דיוננו, מתבטא באופן ממנו משתמע כאילו הדין העברי מבטל, ביחסים בין בן-הזוג לצד השלישי, קנין (מתנה) שהושלם בדין האזרחי והוכר מכוחו. אולם זוהי רק מחצית הדרך. בית המשפט מציין גם שהאב לא הצליח להעביר לבנו בחייו את הנכסים במתנה גמורה<sup>28</sup>. הביטול נעשה, איפוא, במסגרת הדין האזרחי. מה שהוכר מלכתחילה בוטל רטרואקטיבית.

3. הדין הדתי יוחל כאשר הזכות הושלמה כבר למעשה במערכת היחסים בין בני-הזוג, בינם לבין עצמם, ואין נזקקים למערכת היחסים עם הצד השלישי לקביעת הזכות אלא למימושה בלבד. דהיינו: כאשר החבות נוצרת ומוטלת על בן-הזוג במערכת היחסים הפנימיים עם בן-הזוג האחר והצד השלישי רק מממש זכות מגובשת ומושלמת. נדגים אפשרות זו בהלכת הדין העברי אשר הובאה במסגרת האפשרות הראשונה, דהיינו: ההלכה הנוגעת לאשה הנושאת ונותנת בתוך הבית. במקרה זה חבותו של הבעל כלפי הצד השלישי הושלמה, למעשה, בין בני-הזוג בינם לבין עצמם מכוח העקרון לפיו

26. ע"א 22/55, לעיל הערה 23.

27. ראה, למשל, לגבי זכויות בעלות במקרקעין סעיף 10 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969: לגבי התחייבות לעשות עסקה במקרקעין סעיף 9 לאותו חוק ולגבי מיטלטלין סעיף 12 לחוק המיטלטלין, תשל"א-1971. ראה גם ד' פרידמן "הערות בדבר זכויות הבעלים המקורי כלפי צד שלישי לאור החקיקה הישראלית החדשה" עיוני משפט ד (תשל"ה) 245.

28. ע"א 22/55, לעיל הערה 23, בע' 1085.



בנסיבות כאלה רשאית האשה לחייב את בעלה. אין נזקקים לצד השלישי — הזכאי לתבוע ישירות את הבעל — כדי להשלים איזו זכות. הזכות, דהיינו אחריות הבעל, נשלמת בין בני-הזוג בינם לבין עצמם במסגרת תחולת הדין הדתי עליהם כחלק מ"עניני נישואין".

4. הדין הדתי יוחל כאשר הנו אחד האלמנטים בהם יש להתחשב מבחינת הגדרת תוכנה של הזכות. לשם יישום הזכות, שמקורה בדין הדתי, וקביעת התוצאות הנובעות ממנה יוחל הדין האזרחי הרגיל לאור הגדרת הזכות, אשר נעשתה כאמצעות הדין הדתי. הגדרת הזכות במסגרת היחסים בין בני-הזוג היא "ענין של נישואין", השפעתה כלפי חוץ ותוצאותיה יידונו לפי הדין האזרחי הרגיל.

נבחן את דיני פשיטת הרגל מכוח פקודת פשיטת הרגל [נוסח חדש], תש"ם-1980, כדי להבהיר אפשרות זו. שאלת סדר העדיפות של זכות האשה לכתובה מבעלה פושט הרגל ביחס לנושיו האחרים לא תוכרע על-פי הדין הדתי<sup>29</sup> אלא במסגרת עקרונות פקודת פשיטת הרגל הקובעת את סדר העדיפות בין הנושים. העובדה שזכותו של אחד הנושים כלפי פושט הרגל ביחסים שבניהם מקורה בדין העברי אין בה כדי לחייב את שאר הנושים, צדדים שלישיים, להידון לפי דין זה ולקפח את זכותם הנובעת מן החיקוק האזרחי<sup>30</sup>.

אולם לצורך הגדרת חיקוק זה קיימים אלמנטים של הדין הדתי אשר יש להתחשב בהם לשם קביעת התוכן של זכות מסויימת. כך, למשל, שאלת טיב זכותה של האשה לכתובה והיקפה יידונו בהתאם לדין הדתי. ה"נתונים" אשר יתקבלו — בדבר אופי החבות של פושט הרגל כלפי אחד מנושיו (האשה) והיקפה — ישובצו למסגרת הוראות הפקודה. הוראות אלה — ולא הדין הדתי אשר סיפק את ה"נתונים" — הן אשר יוחלו לשם קביעת התוצאה הסופית בדבר סדר העדיפויות, אופן הגבייה וכיוצא באלה. גם המונח "נכסים", הכלול בסעיף 1 לפקודה, המגדיר את היקף המאסה העומדת לרשות הנאמן בפשיטת רגל לשם חלוקתה לנושים, ימולא — בין השאר — בתוכן מן הדין הדתי. כך, למשל, פירות נכסי מלוג (לפני ביטול המוסד על-ידי חוק שיווי זכויות האשה, תשי"א-1951). התוכן הנקלט מן הדין העברי יותאם למסגרת הפקודה, אשר הוראותיה יכריעו אם זכות זו, שמקורה בדין הדתי, נכללת בגדר נכסיו של פושט הרגל אם לאו<sup>31</sup>.

29. בדין העברי קיימות הלכות מיוחדות הקובעות כפרוטרוט את מעמדו של חוב הכתובה ביחס לחובותיהם של נושים אחרים, את סדר הקדימות שיש ליחס לחוב הכתובה ואת הנכסים מהם מותר לגבותו.

30. צדק השופט לנדוי בע"א 152/71 רפפורט ג' רפפורט, פ"ד כו (1) 253, 263 כאשר קבע כי הבעיד אם חוב לפי פסק דין בענין מזונות הוא חוב בר הוכחה בפשיטת רגל "צריכה להיחתך על-פי דיני פשיטת הרגל, דהיינו פקודת פשיטת הרגל, 1936".

31. השאלה אם הכתובה הינה חוב בר הוכחה בפשיטת רגל תלויה גם היא בהגדרת המונח "חבות" בסעיף 1 לפקודה. תשובה לשאלה זו תינתן על-ידי הוראות הפקודה רק לאחר שנתבררו מהותה, טיבה ואופיה של הכתובה במסגרת הדין העברי. שלב ההתאמה המתואר יוצר קשיים לא מבוטלים. מחד גיסא, מהווה הכתובה התחייבות עתידית, שיסודה בחיוב קודם (מועד עריכת הנישואין) אף כי התגבשות החבות מותנית בקרות אירוע מסויים העלול להתרחש לאחר מתן צו כינוס הנכסים. ככזו מהווה הכתובה חוב בר הוכחה במסגרת הפקודה (על הגדרת המונח "חבות" ראה ע"א 106,111/60 שכטר ג' הנאמן בפש"ר של שכטר, פ"ד טו 173, 186; ע"א 71/64 הנאמן

לסיכום: עמדתנו היא עמדת ביניים בין הגישה, אשר באה לידי ביטוי בפסק אלבראנס נ' שמטרלינג, לפיה מערכת היחסים בין צדדים שלישיים לבין בני-זוג יוצאת לחלוטין ובכל מקרה משליטת הדין הדתי<sup>32</sup>, לבין העמדה האחרת, לפיה כל ענין, כולל תוקף האישות כלפי צד שלישי, הוא ענין הנובע מנישואין ולכן יוחל עליו הדין הדתי<sup>33</sup>. הדרך המוצעת משלבת באופן סביר את שתי מערכות הדינים באופן שלא תיפגע מערכת החיקוקים הרגילה ועם זאת תינתן נפקות למערכת המטריאלית של הדין הדתי. אין להניח שכוונת המחוקק היתה לפגוע בחוקיו הוא, לשבש את דיני הקנינים, לעקוף חוקים טריטוריאליים מחייבים, להביא לסיכונה של בטיחות הקנינים ולערער את מערכת הדינים הרגילה בישראל. מאידך גיסא, אין גם להניח כי בכל מקרה בו מעורב צד שלישי ייסוג הדין הדתי כליל. יש למצוא את הקו המאזן במסגרת המונח "עניני נישואין". נראה לנו, כי הדרך המוצעת עונה על כך. נכון, כי גישה כזו עלולה לגרור אחריה פגיעה בזכויות אחד מבני-הזוג, הנובעות מן הדין הדתי. ברם כל דרך המשלבת שיטות משפטיות שונות ומתאמת ביניהן עלולה להביא לתוצאות כאלה. יתרונה היחסי של הדרך המוצעת בולט לרקע האלטרנטיבה האחרת אשר איננה נקיה משלילת זכויות – אלה המוקנות לצדדים שלישיים מכוח הדין – ונוסף לכך היא עלולה להשליט אנדרלמוסיה בדיני הקנינים בישראל ולהכביד על עריכת עסקאות עם אנשים נשואים.

ומן הכלל אל הפרט. האם במערכת יחסים בין בני-זוג לצדדים שלישיים במשפט הישראלי קיימת אפשרות להחיל את שעבוד נכסי הבעל לכתובת האשה. דהיינו: האם רשאית אשה ל"טרוף מלקוחות" ולהוציא נכס מצד שלישי אשר רכש זכויות בנכסי בעל. נראה לנו כי התשובה שלילית. לא ניתן לשבץ הלכה זו במסגרת אחת האפשרויות שהוצגו לעיל.

לנכסי שותפות "שאר" ושות' נ' היועה"מ, פ"ד יח (3) 350, 358). מאידך גיסא, אם ישולם לאשה דיכידנו על חשבון כתובתה לפני מועד גמילת החבות הקבוע בדין העברי ייפגעו דיני המשפחה – הקובעים את דחיית מימושה של הכתובה עד למועד התרת קשר הנישואין בין בני-זוג עקב גירושין או מחמת מיתה – וההגיון המשפטי המונח ביסודם (שלא תהא – האשה – קלה להוציאה). לא תוכל, איפוא, להתקיים התאמה מלאה בין שתי מערכות הדינים באשר לא תמיד ההגדרה שבחוק, הקובעת את התוצאה הסופית, הולמת את המוסד שבדין הדתי.

32. ראה גם א' סוכובולסקי "דו"ח על יחסי הרכוש בין בני-הזוג היהודים בישראל ותחולת המשפט העברי על יחסים אלה" בספרו של ג' טדסקי, מחקרים במשפטנו הפרטי (ירושלים, תשי"ט) 346-344 הקובע כי לא אירע מקרה בו ביטל צד אחד לנישואין עסקה שנערכה בנכסי משנהו בטענה שהעסקה היתה פסולה מחמת שהנכסים היו משועבדים לו כתוצאה מקשר הנישואין. ברם ראה הלכת שפי נ' שפיץ, שהובאה לעיל.

33. ב' שרשבסקי, דיני משפחה (מהדורה שניה, ירושלים, תשכ"ז) 206-209. סעיף 35 לחוק בתי המשפט, תשי"ז-1957 המובא על-ידו כסיוע אינו מחזק את טענתו. סעיף 35 הוא רק כלי עזר, לאחר שהוכרעה השאלה העיקרית אם ענין מסוים נתון לשליטת הדין הדתי. לא ניתן להיעזר בו לשם קביעה כזו.

עם זאת ראוי לציין, כי גם שרשבסקי סבור, שנוכח המצב החוקי הקיים בארץ לא יעלה בידי בני-זוג להשיג ביטול פעולה שנעשתה בניגוד לדין הדתי וזאת עקב הוראות הדין האזרחי ודיני המקרקעין בארץ (שרשבסקי, שם בע' 160, 168, 243-244). מבחינה זו מצמצם, למעשה, שרשבסקי עצמו את עמדתו העקרונית.

1. הדין האזרחי קובע הוראות הסותרות הלכה זו באשר לקנין בנכסים; הדרך לשיבוץ הלכה זו במשפט הישראלי הינה לקבוע כי כל רוכש נכס מידי בעל ללא קבלת קנין מאשתו<sup>34</sup> נחשב כמי שרכשו שלא בתום לב, משום שהיה עליו לדעת שכל הנכסים משועבדים לה על-פי הדין העברי. אך קביעה כזו תכניס אותנו למעגל שוטה. התנאי לקביעה כזו הוא, שהנכסים משועבדים לאשה גם ביחסים בינה לבין צדדים שלישיים והרי את התשובה לשאלה זו אנו מבקשים. לא נראה לנו גם שניתן לראות בהתאם למשפט הישראלי, המוסמך להגדיר את המונח תום-לב, חוסר תום לב במקרה כאמור.

2. הדין העברי איננו ניתן לשילוב במסגרת הוראות המשכנתא בחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969. המשכנתא היא "מישכון של מקרקעין"<sup>35</sup>. מישכון של מקרקעין הוא, כאמור בחוק המשכון, תשכ"ז-1967, כל עסקה שכוונתה שעבוד נכס כערוכה לחיוב<sup>36</sup>. לכאורה, איפוא, נכלל דין השעבוד של נכסי הבעל כערוכה לחיוב הכתובה במסגרת החוק. אולם חוק המקרקעין קובע בסעיף 91 כי "אין למשכן מקרקעין... אלא על-ידי משכנתא". על שעבוד מקרקעין להירשם בלשכת רישום המקרקעין, שכן הוא טעון כתב, וכתנאי לתוקפו המלא כלפי אדם שלישי הוא טעון גם רישום<sup>37</sup>. הדין העברי איננו מצריך כתב כתנאי לתוקף השעבוד ואין שעבוד כזה נרשם.

שעבוד נכסים לכתובה הוא תקנה מן הדין, שתכניה מוגדרים וכלליה מפורטים. אף בהנחה שהכתובה מהווה כתב לצורך חוק המקרקעין הרי לפנינו הסדר שלם וממצה בדין העברי, שאינו תואם כלל את הוראות הדין האזרחי. לפיכך אין לראות בו התחייבות לעשות עסקת משכנתא או לרישום משכנתא לפי סעיף 7(ב) לחוק המקרקעין. במסגרת הדין העברי אין זו התחייבות לרישום משכנתא, אלא התחייבות מוגדרת מכוח הוראה *sui generis* של אותו דין, שאינה יכולה להשתבץ במסגרת החוק. ההסדרים שאובים מעולם מושגים שונה ואחר. התכנים של שני ההסדרים הם כה שונים, שלא ניתן להשלימם זה עם זה או לשבצם האחד בשני. חוק המשכון, בסעיף 2(א) שבו, קובע כי "הוראות חוק זה יחולו כשאין בדין אחר הוראות מיוחדות לענין הנדון". גם הדין הדתי בכלל "דין" הוא<sup>38</sup>.

לא יכול לעלות על הדעת שאשה תהא רשאית להוציא נכס מידי צד שלישי, מכוח הלכת השעבוד (שהיא חלק מהלכות לווה ומלווה), בעוד מלווה, אשר לו זכות קדימה עליה בדין העברי, לא יוכל לזכות בזכות הקדימה שלו משום שחלות עליו הוראות הדין האזרחי לבדם. לא יתכן להקנות לאשה זכות הסותרת את הדין האזרחי, שאינה קיימת

34. בדין הדתי כדי לאפשר רכישת נכס ללא שעבודה של האשה על הצד השלישי לקנות קודם מידי האשה, שאין לה שעבוד על נכס זה. אם מכר הבעל לאחר מכן אין האשה "טורפת" מן הקונה. ראה רמב"ם, הלכות אישות, פרק יז הלכה יא.

35. חוק המקרקעין, תשכ"ט-1969, סעיף 4.

36. חוק המשכון, תשכ"ז-1967, סעיף 1. הוראות חוק המשכון חלות על משכנתא מכוח הוראות סעיף 91 לחוק המקרקעין בכפוף להוראות אותו פרק. סעיפים 85-91. בחוק המקרקעין: וראה "ויסמן, חוק המקרקעין, תשכ"ט-1969 מגמות והשגים (ירושלים, תשל"ל) 64-65. ראה גם ל' דוכן-לנדוי "חוק המקרקעין, תשכ"ט-1969 ממבט ראשון" הפרקליט כו (תשל"ל) 101, 122-123.

37. "ויסמן שם שם. ראה גם "ויסמן, חוק המשכון, תשכ"ז-1967, פירוש לחוקי החוזים (ג') טדסקי עורך, ירושלים, תשל"ה) 66, 77, 140.

38. ראה הגדרת המונח "דין" בפקודת הפרשנות [נוסח חדש], ראה היום חוק הפרשנות, התשמ"א-1981.

במתכונת כזו לא בדין העברי ולא בדין האזרחי, אלא נוצרת באופן מקורי משילובן של הלכות הדין הדתי בדין האזרחי ומתחולת הדין האזרחי על סיטואציה שאין הוא אמור מכוח הוראותיו לחול עליה. קיים גם טעם יסודי יותר לדחיית תחולתם של חיקוקים אלה על שעבוד נכסים לכתובה. זהו שעבוד מן הדין ושעבודים מן הדין אינם נופלים לגדר הוראות חוק המשכון ולהגדרת המשכנתא, שביסודה עומדת עסקה הסכמית, כמפורט בסעיף 3(א) לחוק המשכון<sup>39, 40</sup>. זאת ועוד, אין להחיל את חוק המקרקעין ואת חוק המשכון על שעבוד נכסים לפי הדין העברי משום שהחלה כזו תשנה לחלוטין את הוראות הדין העברי. לא הדין העברי הוא זה אשר יוחל, למעשה. דין זה ישמש רק אמתלה להחלת הדין האזרחי הרגיל, שהוא כשלעצמו אינו מוצא מקום לחול בסיטואציה הנתונה. האפשרות השנייה אותה העלינו בסעיף הקודם איננה מתקיימת, איפוא, בהקשר לסוגיה נשוא דיוננו.

3. זכות האשה איננה מושלמת במערכת היחסים הפנימיים שבין בני-הזוג בינם לבין עצמם. האחריות אינה מוטלת על הבעל, כמו בדוגמא שהובאה לעיל בענין "אשה הנושאת ונותנת בתוך הבית", אלא על הצד השלישי. רק מערכת היחסים שבין האשה לבין הצד השלישי משלימה את זכותה (להוצאת הנכס מידי אותו צד) מבחינת תוכנו של הכלל בדין העברי. אין, איפוא, מקום גם לאפשרות השלישית אשר הועלתה בסעיף הקודם. האפשרות הרביעית כלל איננה רלבנטית בסיטואציה שלפנינו.

לסיכום: התוצאה, למעשה, הינה שביחסים בין האשה לבין הצד השלישי לא יחולו הוראות הדין העברי, מן הטעמים האמורים. זכותה של האשה יורדת מזכות קנינית, על-פי הדין העברי, לזכות אובליגטורית בלבד, אשר לא תעמוד לה כלפי צדדים שלישיים, במשפט הנוהג. כבר עמדנו על כך, כי אין מנוס מתוצאה כזו, שהיא החלופה הקשה פחות במסגרת הברירות האחרות האפשריות. במתכונת המוגבלת האמורה ממשכה זכות זו של האשה להימנות על המשפט הנוהג בישראל לאור סעיף 17 לחוק יחסי ממון בין בני-זוג, תשל"ג-1973, המשמר אותה כחלק מזכותה של האשה לפי כתובתה<sup>41</sup>.

39. י' ויסמן, לעיל הערה 37, בע' 2. על-פי הוראות סעיף 91 לחוק המקרקעין חלות הוראות חוק המשכון גם על משכנתא.

40. בהסכם משכנתא רואים את הצדדים מכוח החוק כאילו התחייבו לרשום משכנתא (ראה ויסמן, לעיל הערה 3, בע' 86). ברם בקשת אשה לרשום משכנתא על נכסי בעל תידחה מכוח הוראות הדין הדתי ועל-פי הוראות החוק. הכתובה אינה הסכם משכנתא. היא תקנה מן הדין, הוראה ex lege. שתכניה, הוראותיה וכלליה גזורים, גדורים, סדורים ומפורטים כולם במסגרת הדין העברי.

41. אילולי הוראה זו היתה, כנראה, זכות זו של האשה מתבטלת לאור הוראת סעיף 4 לחוק יחסי ממון בין בני-זוג, השולל פגיעה בקנינים של כל אחד מבני-הזוג או הקניית זכויות לאחד מהם בנכסי השני כתוצאה מכריתת הנישואין או מקיומם כשלעצמם.

# חלק שני

## הסדרים שמקורם מעורב — בדין הדתי ובדין האזרחי

### פרק ראשון

#### זכויות בני-הזוג בבית המגורים

מבוא

בית המגורים של בני-הזוג הוא לעיתים קרובות הנכס היחיד בעל הערך המצוי ברשותם. זהו נכס הקשור באופן ישיר לנישואיהם של בני-הזוג והזכויות בו משפיעות באופן הדוק על רווחת המשפחה. משום כך נתקלים אנו בתופעה, שסביב שאלת הזכויות בבית המגורים מתנהל עתה עיקר הויכוח בשיטות משפטיות שונות המבקשות להסדיר או לחזור ולהסדיר את הסדרי הממון שבין בני-הזוג<sup>1</sup>. הסדר כזה חייב להשתבץ במסגרת הכללית של דיני המשפחה, תוך ראייה כוללת של הסדר הממון שבין בני-הזוג. במצב המשפטי הקיים עלינו להבחין בין סוגית המדור, או באופן רחב יותר זכויות השימוש וההנאה בבית המגורים, לבין שאלת הזכויות הקניניות בו במהלך הנישואין או עם התרתם. במסגרת הקיימת אלה הן שתי שאלות שונות שיש לבדוקן באופן נפרד. נעסוק, איפוא, בשתי סוגיות אלה כמשפט הישראלי תוך שאנו בודקים את הוראות הדין העברי ואת השתבצותן כמשפט הישראלי הנוהג מתוך פרספקטיבה רחבה יותר של ההסדרים השונים בשיטות המשפטיות השונות והמסקנות שיש להסיק מהן על שיטתנו.

1. ראה בין היתר: O. Kahn-Freund "Recent Legislation on Matrimonial Property" 33 *M.L.R.*; (1970) 601, 607; *The Law Commission (England) Working Paper No. 42, Family Property Law O.25-O.32*; *The Law Commission (No. 52) (England) Family Law: First Report on Family Property: A New Approach* 4 et seq.; 22 *Int. & Com. L.Q.* (1973) 182-183; M.A. Glendon "Is There a Future for Separate ראה השברי ראה *Property*" 8 *Fam. L.Q.* (1974) 315, 327; *Studies on Family Property Law, Law Reform Commission of Canada* (1975) — T.J. Wuester & J.D. Payne, *Family Property Law Proposals for Reform* 310-318.

## א. זכות המדור

### אא. זכויותיה של האשה

#### 1. הזכות ומהותה

במסגרת כלל הזכויות והחבויות שבין בני-הזוג, חייב הבעל לספק מדור לאשתו. זוהי הלכת הדין העברי. המדור נכלל במסגרת חובת ה"כסות", המוטלת עליו<sup>2</sup>, ובאופן רחב יותר היא נופלת בגדר חיוב המזונות. יתר על כן, חיוב זה הוא חלק מחיוב המזונות וכאשר נקבעת זכותה של האשה למזונות הרי היא זוכה גם למדור<sup>3</sup>. הכלל הרחב הוא, איפא, שדינו של המדור הוא כדינם של המזונות לכל דבר וענין<sup>4</sup>. זוהי חובה מטרימוניאלית, אישית, המותנית בהתנהגותה של האשה. התנאים לזכות המזונות הם גם התנאים לזכות המדור ואשה שאינה זכאית למזונות מחמת "שאינן היא עמו", למשל, אין היא זכאית גם למדור<sup>5</sup>.

הנישואין מקימים, איפוא, זכות אישית לאשה למדור, לא מכוח חוזה אלא מכוח הדין. הבעל אינו חייב לספק לה מדור דווקא בדירה הנמצאת בבעלותו, ודי בכך אם ישלם לה סכום כסף אשר יספיק למדורה<sup>6</sup>.

זכותה זו של האשה אין בה כל סממנים חפציים. היא מותנית, כאמור, בהתנהגותה הנמשכת ומתפרנסת שעה שעה מטיב היחסים שבין בני-הזוג. אין לה, לאשה, זכות קנויה הנמשכת מתוך למערכת היחסים שביניהם וחורגת מעבר להם. כזכות אישית כזו אין היא ניתנת להעברה והאשה גם איננה רשאית לערוך בה עסקאות כלשהם. זכותה של האשה אינה מוגנת כלפי צדדים שלישיים, בעצם היותה זכות אישית שזיקתה היא כלפי הבעל וכלפיו בלבד; והרי כבר הטעמנו, כי אין לה זכות קנויה בנכס ספציפי דווקא או בנכס כלשהו של הבעל, דהיינו בדירה או בבית שבו יש לבעל זכויות קניניות כלשהן, ממילא

2. שו"ע, אבן העזר, סימן עג סעיף א; רמב"ם, הלכות אישות, פרק יג הלכה ג.
3. שו"ע, אבן העזר, סימן עג סעיף ז; תיק 2921/תשי"ב, פד"ר א 239; תיק 4273/תשי"ז, פד"ר ב 278.
4. שו"ע, אבן העזר, סימן עג סעיף ז: "כל מי שיש לו עליו מזונות בין בחייו בין אחר מותו יש לו כסות וכלי בית ומדור וכל שבית דין מוכרים למזונות מוכרים לכסות וכלי ביתו ומדורו". כן ראה פסקי הדין ע"א 731/72 חן כליפה נ' חן כליפה, פ"ד כח (1) 611; בר"ע 19/74 בר לוי נ' בר לוי, פ"ד כח (1) 726; ע"א 328/72 לנגל נ' לנגל, פ"ד כז (2) 470; ע"א 661/75 פלוני נ' פלונית, תקציר יא 18-19; בג"צ 155/65 גורוביץ נ' בית הדין הרבני האזורי ת"א, פ"ד יט (4) 16, 19 "אין ספק כי מדור לאשה הוא אחת הזכויות בדיני כתובה ואין לשלול אותה אלא על-פי ראיות".
5. ראה הגהת הרמ"א לשו"ע, אבן העזר, סימן ע סעיף יב וראה עוד ע"א 358/64 מזרחי נ' מזרחי, פ"ד יח (4) 523; ע"א 353/65 חכם נ' חכם, פ"ד כ (2) 199; ע"א 211/47 סידוף נ' סידוף, פ"ד ב 555. לכן המערכבת מחמתו להנשא, הזכאית למזונות, זכאית גם למדור ראה ב' שרשבסקי, דיני משפחה (מהדורה שניה, ירושלים, תשכ"ז) 139.
6. ראה תיק 2921/תשי"ב, פד"ר א 239. כאשר תמצא האשה בית מגורים כזה יהיו זכויותיה בו, כלפי צד ג', בגדר הדין האזרחי הכללי בישראל, דהיינו: זכות שכירות, זכות שאילה או זכות שימוש, בהתאם לחוק השכירות והשאילה, תשל"א-1971, ואין לבעל כל זכויות בבית מגורים כזה, כלפי הצד השלישי.

אין לה זכויות בגוף הנכס, גם אם יבחר הבעל למלא את חובת המדור בבית כזה למרות שאין הוא חייב לעשות כן. זכות המדור וטיבה לא ישתנו בין אם הבעל ישכור לה מדור, בין אם יעניק לה סכום כסף למטרה זו ובין אם ישתמש לשם כך בדירתו הוא או בנכס הקניו לו. זכות המדור היא אחת בכל הסיטואציות האמורות. זוהי, אפוא, זכות אישית, מכוח הדין הדתי, שאינה נופלת בגדר זכות במקרקעין לפי חוק המקרקעין, תשכ"ט-1969. לכן אין היא טעונה כתב ורישום ואינה מזכה את האשה בזכויות קניניות כלשהן מכוח החוק האמור.

משום כך גם סעיף 161 לחוק המקרקעין, הקובע ש"מתחילת חוק זה אין זכות במקרקעין אלא לפי חוק", אינו עומד למכשול בהמשך ההכרה של זכות המדור מכוח הדין<sup>7</sup>. קיומה של זכות המדור אינו מעורר את הקושי של שיבוץ זכויות במקרקעין מחוץ לחוק למסגרת דיני המקרקעין הכלליים. אין זו זכות מקרקעין כלל ועיקר<sup>8</sup>. הגדרת הזכות ותכניה נקבעים אפריורי על-ידי הדין העברי. עקב טיבה של הזכות — היותה ספציפית ומיוחדת בגדר הדין העברי ומותנית כאמור ביחסים המטרימוניאליים — לא ניתן למיינה ולשבצה גם אפוסטריורי, לשם הגנתה וקביעת הכללים החלים עליה, במסגרת חוק המקרקעין או במסגרת חוק השכירות והשאלה, תשל"א-1971; ואין גם כל צורך לעשות כן. אין זו לא זכות שכירות, לא זכות שאלה ואף לא זכות שימוש במסגרת סעיף 31 לחוק השכירות והשאלה<sup>9</sup>.

7. על זכויות אישיות, שאינן בגדר זכות במקרקעין אף כי הן קשורות למקרקעין, ועל האפשרות ליצור זכויות כאלה לאחר חוק המקרקעין, ראה י' ויסמן, חוק המקרקעין, תשכ"ט-1969, מגמות והישגים (ירושלים, תשל"ל) 60-61; א' סוכובולסקי "על השכירות לפי חוק המקרקעין, תשכ"ט-1969" הפרקליט כז (תשל"א) 96, 101; 261, 264 (שני חלקים).
  8. על הקושי האמור במקרים שונים ראה ויסמן, לעיל הערה 7, בע' 40.
  9. כאן ברצוננו להעיר משהו לגבי זכות אלמנה למדור מן העובון. לפני חוק הירושה, תשכ"ה-1965, נדון ענין מדור אלמנה מן העובון לפי הדין הדתי כ"ענין של נישואין" (ראה: ביד"מ 1/28 אלפרט נ' יו"ר ההוצאה לפועל, 1 פל"ר 395; ע"א 100/49 מילר נ' מילר, פ"ד ה' 1301) ונקבע כי זכותה למדור היא על-פי הדין הדתי ובהתאם לו (ראה ע"א 450/62 רובננקו נ' רובננקו, פ"ד יז 1883; ע"א 407/64 כליפא נ' כליפא, פ"ד יט (2) 338; ע"א 123/66 אהרונוב נ' איזון, פ"ד כ (3) 440) והוא חלק מדין מזונות (ראח ע"א 123/66 הנ"ל; ע"א 485/70 סייג נ' אזולאי, פ"ד כה (2) 62, 65; תיק ערעור 4273/תשי"ז, פד"ר ב' 278, 281).
- בסעיף 148 לחוק הירושה נקבע, כי "על זכויות למזונות מן העובון לא יחול אלא חוק זה". בהיות המדור חלק מזכות המזונות, כאמור, חלות גם על מדור הוראות החוק בלבד (ע"א 485/70 הנ"ל, בע' 65; ברם ראה דעה חולקת של מ' קורינלדי "היחס בין סעיף 115 בחוק הירושה לזכות האלמנה, לפי דיני ישראל למדור בבית בעלה" דיני ישראל ו (תשל"ה) 139).
- אילוילי סעיף זה, או אם נקבל את דעתו החולקת של מ' קורינלדי הנ"ל, שזכות המדור מכוח הדין העברי קיימת לאלמנה במקביל לסעיף 115 לחוק הירושה, כי אז עשויה להתעורר בעיה. לפי הדין העברי מדור אלמנה הוא אמנם מדין מזונות, ברם הוא גם נובע, באופן נפרד ובלתי תלוי בחיוב המזונות, מתנאי הכתובה המיוחדת לכן. זכותה של האלמנה היא לגור באותו מדור בו גרה יחד עם בעלה בחייו. (תיק 4273/תשי"ז, פד"ר ב' 278, 281; מ' קורינלדי, שם בע' 148-149; בית המשפט בע"א 450/62 הנ"ל, בע' 1887 לא דייק, כנראה, בנקודה זו). למרות שזכותה זו אינה מאפשרת לה, לפי הדין העברי לעשות עסקאות כלשהן או להשכיר את המדור (ע"א 407/64 הנ"ל, בע' 342) הרי

## 2. אמצעים להבטחת זכות המדור

לזכות המדור נלווים סעדים המשמשים אמצעים להבטחתה. כך, למשל, זכאית האשה להגנת זכות המדור. הגנה כזו עשויה להגיע לעתים עד כדי סילוק הבעל מן הדירה — הגם שהיא קנינו בלבד — והשארתה לשימושה הבלעדי של האשה. בתי המשפט קבעו כי זכות האשה למדור כוללת, מעצם טיבה, גם את האפשרות לגור בדירה הלכה למעשה. כל אימת שהזכות מופרעת או עשויה להישלל למעשה גם אם לא להלכה — עקב חשיפת האשה לאלימות מצד הבעל או אף למעשי הטרדה או לאיומים מצדו, עשוי בית המשפט לממש את זכות המדור על-ידי הוצאת צו לסילוק הבעל מן הדירה, הגם שהיא שייכת לו<sup>10</sup>.

עצם הזכות לשימוש ייחודי בדירה מסוימת או בחלקה מעלה את השאלה, כיצד ניתן יהיה לשכך את הזכות בגדר סעיף 161 לחוק המקרקעין, העוסק רק בזכויות מכוח חוק ולא מכוח דין; וזכות האלמנה היא בכל מקרה מכוח הדין העברי ולא מכוח חוק כלשהו. (על כך שסעיף 161 מאפשר גם קיום זכויות מכוח חוקים אחרים ולא דווקא מכוח חוק המקרקעין, ראה: י' ויסמן, לעיל הערה 7, בע' 40). במקרה כזה קיימת, כנראה, החובה לשכך זכות זו מכות הדין הדתי במסגרת הוראות הדין האזרחי; זאת עקב הוראתו המיוחדת של המחוקק בסעיף 161 לחוק המקרקעין ועקב היות זכות המדור של האלמנה, בדין העברי, לכאורה, בעלת סממן חפצי כלשהו ולא זכות אישית טהורה. פתרון סביר לבעיה זו עשוי להיות שיבוצה של זכות זו בתחומה של זכות שימוש שלא בתמורה, במסגרת סעיף 31 לחוק השכירות והשאלה, תשל"א-1971, שעל פי דעה אחת איננה בגדר זכות במקרקעין ולכן איננה טעונה לא כתב ולא רישום (ראה נ' כהן, להלן הערה 11, בע' 436-439). ע"א 731/72, לעיל הערה 4; בר"ע 19/74, לעיל הערה 4; כן ראה ע"א 458/79 ניר נ' ניר, פ"ד לה (1) 518, בו הושוותה אלימות "רוחנית" לאלימות גופנית לצורך קביעת זכותה של האשה למדור בלתי מופרע. בית המשפט התעכב על זכותה של האשה "לתנאי מגורים סבירים ושקטים שיש בהם כדי לאפשר לה לחיות את חייה ולעסוק בעבודתה... לגדל את ילדיה" (שם בע' 527); ע"א 235/77 שלטון נ' שלטון, פ"ד לא (3) 755, בפסק הדין האחרון אף הרחיק בית המשפט לכת, כאן הסתפק בכך שבני-הזוג גרו בנפרד עקב עויבת הבעל את הבית ובעובדה שאין הם יכולים להתגורר — מבחינת מערכת היחסים ביניהם — בכפיפה אחת כדי ליתן צו אשר ימנע כניסת הבעל לדירה שהיתה בבעלותם המשותפת שלו ושל אשתו. בית המשפט אמנם ייחס משקל למצב שנוצר על-ידי הבעל ושהיה קיים במשך תקופה מסוימת (שלוש שנים) ברם העמיד את ההלכה על עקרונ רחב יותר וכולל יותר כי משנתערערו היחסים בין בני-זוג בצורה משמעותית זכאית האשה למדור נפרד. אם כי אינני חולק על התוצאה בנסיבות הספציפיות של המקרה ספק בעיני אם אכן מוצדק היה להעמיד את ההלכה על בסיס רחב כליכך, ואכן לאחרונה ניתן פסק דין אשר העמיד את ההלכה על מכוונה בקבעו כי צו כזה איננו תחליף לצו הפרדה בין בני-זוג ואין להשתמש בו לשם פתרון הקשיים במערכת היחסים ביניהם מעבר להגנת זכות המדור של האשה. שימוש רחב כזה יהיה למטרה הזרה לחלוטין להליך. ראה ע"א 410/80 ברזני נ' ברזני, פ"ד לה (2) 317, 321, 324. נראה לנו כעקרון כי בדרך כלל יינתן צו כזה רק במקרים יוצאי דופן וכאשר אין פתרון אחר למניעת הטרדות ומעשי אלימות מצד הבעל. ראה בר"ע 19/74 הנ"ל וכן ע"א 661/75, לעיל הערה 4, בע"א 410/80 הנ"ל אכן אמר בית המשפט כי "סעד כזה אסור שיוענק כסעד שבשגרה, ואין לתיתו אלא במקרים נדירים וקיצוניים בחומרתם, ורק לאחר ששוכנע בית המשפט, שכל דרך אחרת לא תצלח" (שם בע' 323). על אחת כמה וכמה אמורים הדברים לגבי צו לזמן בלתי קצוב אשר יוצא רק מטעמים מיוחדים (ע"א 410/80 הנ"ל, בע' 321) ושמידת הזהירות הנדרשת לשם הוצאתו היא רבה ביותר (ע"א 458/79 הנ"ל בע' 527). כן ראה גם חיק ערעור 138/תשי"ט, פד"ר ג 299, 319; וכן א' שינבויס "בעיות בדיני מזונות" דיני ישראל ז (תשל"ו) רכא, רכד-רכה.



סעד כזה איננו מעיד על קיום זכות קניינית כלשהי לאשה. הגנת החזקה אינה מעידה בהכרח של אופיה החפצי של הזכות<sup>11</sup>. הפסיקה אשר פיתחה את הסעד האמור הדגישה כי חזקת האשה גם במקרה כזה ממשיכה להיות נגזרת מחזקת הבעל<sup>12</sup>. שימוש בזכותו של הבעל יש כאן, פגיעה בזכותו הקניינית אין כאן. חזקתו או שימושו אינם נפגעים, על־ידי כך שהדירה משמשת גם, או אפילו רק, למדור אשתו. האשה תהא, כמוכח, גם זכאית למנוע מן הבעל הכנסת צדדים שלישיים כלשהם לדירה כל אימת שיש בכך כדי לפגוע בזכותה למדור או בשלום הבית בינה לבין בעלה<sup>13</sup>. יתר־על־כן די יהיה בזכותה האישית כדי להקנות לה יריבות ולאפשר לה הגשת

על זכות דומה במשפט המקובל האנגלי ראה: *Guras v. Guras* [1969] 3 All E.R. 822. שם הרחיק בית המשפט לערעורים את הבעל מדירתו והשאירה להחזקת האשה מכוח זכותה למדור. באנגליה נחקק חוק מיוחד 1976, *The Domestic Violence and Matrimonial Proceedings Act*. המאפשר לבתי המשפט הנמוכים להוציא צו מניעה נגד אחד מבני־הזוג אשר ירחיק אותו מן הדירה או מחלק ממנה. חוק זה גם תיקן את סעיף 1(2) ל-1967 *Matrimonial Homes Act*. באופן שהתיר לבית המשפט הגבוה באנגליה להגביל או להשהות את זכות החזקה והשימוש המוקנית לבני־הזוג מכוח החוק במקרים מתאימים. (התיקון נדרש לאור הלכת *Tarr v. Tarr* [1972] 2 All E.R. 295 אשר קבעה כי החוק במצבו שלפני התיקון איננו מקנה לבית המשפט בשום מקרה שיקול דעת להימנע מאכיפת הזכות הנופקת ממנו).

לאחרונה קבע בית־הלורדים בענין *Davis v. Johnson* [1978] 1 All E.R. 1132 כי החוק מ-1976 אינו נוגע ואינו פוגע בזכויות הקנין המהותיות של כל אחד מבני־הזוג אלא בשימוש בזכויות אלה. הוא מאפשר לבית המשפט להוציא את צו המניעה האמור גם כאשר לבני־הזוג העותר אין זכות קניינית בדירה עצמה ואפילו למשיב עצמו זכות קניינית בלעדית. לזכויות הקנייניות של הצדדים אין כל רלבנטיות לצורך הוצאת צו כזה.

הלכה זו הפכה הלכות קודמות שניתנו בבית המשפט לערעורים. הלכות אלה *B. v. B.* [1978] *Cantliff v. Jenkins* [1978] 1 All E.R. 836; 2 W.L.R. 160. פירשו את החוק משנת 1976 על דרך הצמצום. הם הגבילו אותו להוראה פרוצדורלית בלבד. על־פי פרשנות זו חידושו של החוק מצטמצם בהעמדת הסעדים הקיימים גם על־ידי בתי המשפט הנמוכים ובהליך מהיר. החוק עצמו לא יצר זכות עצמאית חדשה ואפשרות קבלת הסעד מותנית בזכות קניינית קיימת. תוצאתה של פרשנות זו היתה דחיית עתירתו של כל אחד מבני־הזוג בשני המקרים הנ"ל להרחקת המשיב מן הדירה הואיל והיו לו זכויות קנייניות בה. בית הלורדים לא קיבל פרשנות מצמצמת זו ושינה את ההלכה ואת תוצאותיה. עמדת בית הלורדים קבלה חיווק נוסף והורחבה ב-*Domestic Proceedings and Magistrates' Courts Act, 1978, sec. 16.*

11. על כך שהגנת החזקה אינה מעידה בהכרח על אופיה החפצי של הזכות ראה: א' סוכובולסקי, לעיל הערה 7, בע' 107; וכן נ' כהן "זכות שימוש במקרקעין כזכות במקרקעין" עיוני משפט ד (תשל"ה) 425, 433-434.

12. ע"א 731/72. לעיל הערה 4; בר"ע 19/74. לעיל הערה 4; זהו גם המצב בדין האנגלי. ראה לעיל הערה 10.

13. כך, למשל, רשאית האשה למנוע אפילו כניסת קרוביו של הבעל, כגון אביו, אמו, אחיו ואחיותיו לדירה, אם נגרמת לה הטרדה על־ידי כך. ראה שו"ע, אבן העזר, סימן עד סעיף י (וראה שם הגהת הרמ"א הגורס שכאשר הדירה בבעלות הבעל מוטלת עליה חובה להוכיח את טענתה באופן אובייקטיבי ולא די בהרגשתה הסובייקטיבית. ראה גם המגיד משנה על הרמב"ם, הלכות אישות.

תביעה ישירה נגד הצד השלישי במקרה כזה<sup>14</sup>. חזקתה של האשה נגזרת מזכות הבעל, הבעלים.

הסעדים נגזרים כולם מזכות המדור מכוח הדין העברי ומהווים חלק ממנה ואינם מוקנים לאשה מכוח זכות לחזקה שיש לה עצמה במקרקעין. הסעדים רק מממשים את זכות המדור, שהאשה זכאית לה, הלכה למעשה.

אותם עקרונות מביאים אותנו גם למסקנה כי במסגרת הבטחת זכות המדור של האשה תהיה זו רשאית להוציא צו מניעה אשר יאסור על הבעל עריכת עסקאות כלשהן בדירה המשמשת למדורה אף אם היא נמצאת בבעלותו, ברשותו או בחזקתו של הבעל. גם סעד כזה משמש רק אמצעי להבטחת זכות המדור ונועד למנוע את סיכול הזכות לפני שהומצא לה מדור אחר. הצו שומר על זכותה האישית ומבטיח את האפקטיביות של מימושה<sup>15</sup>.

ברוח זו פסק בית המשפט המחוזי בחיפה, בענין אחר, כתביעת בעל נגד אשתו, הבעלים המשותף, לפירוק השיתוף ביניהם בדירת המגורים, כי לפני מתן הצו יש לשקול ולהביא בחשבון את הבטחת זכות המדור של האשה<sup>16</sup>. בית המשפט רשאי לעכב את הפירוק עד אשר ענין המדור יידון ויוכרע או עד אשר יומצא מדור חלופי.

פרק יג הלכה יד). כן ראה הרב ש' אליעזרי "זכויות הבעל והאשה בדור" סיני, ספר היוכל (תשי"ח) שלח.

14. יש להבחין, כמובן, בין המקרה שזכותו של צד ג' הינה אישית והיא נגזרת מזכות הבעל ואז תהא זכות האשה עדיפה, כאמור, לבין המקרה שזכותו היא קנינית ונרכשה בתום לב ואז עשויה זכותו להיות עדיפה על זכותה האישית של האשה. על נקודה זו ראה בהמשך. כאשר הצדדים בעלים משותפים בנכס תוגן האשה במקרה כזה גם מכוח דיני הקנין ולא רק מכוח דיני המשפחה. ראה ע"א 304/72 ביאלר נ' ביאלר, פ"ד כז (1) 533. תביעה המתבססת על עילה קנינית מצד האשה — זכותה לחזקה — מקומה בבית משפט השלום. ראה ע"א 185/66 כברה נ' כברה, פ"ד כ (4) 864.

מאידך גיסא, תביעה למתן צו מניעה נגד הבעל להימנע מהכנסת צדדים שלישיים, ובמיוחד צדדים מסויימים כגון מאהבת, לדירת המגורים עשויה להיות חלק מתביעת שלום בית ולמצוא תרופתה גם במסגרת עילה כזו. במקרה כזה יהיה מוסמך ייחודית, בין בניזוג יהודים המקיימים את תנאי הסמכות, בית הדין הרבני. ראה ע"א 185/66 הנ"ל. תביעה כזו בבית הדין תוכל להיות מופנית רק כלפי הבעל. על סוגיה זו גם בהקשר לשאלת הסמכות ראה לעיל בשער השני, חלק ראשון, פרק שני.

15. ראה בקשר לכך שהבעל אינו רשאי להוציא את האשה מדירתו כל עוד לא סיפק לה מדור בטוח בכר"ע 19/74, לעיל הערה 4; ע"א 47/64 ששון נ' ששון, פ"ד יח (4) 235, 240. על הזכות לתת צו מניעה נגד הבעל למניעת עסקה בדירתו עד להמצאת מדור אחר בדירה, ראה: *Acc. v. Acc* [1952] 1 All E.R. 1299; *Halden v. Halden* [1966] 1 W.L.R. 1481 J. Eekelaar, *Family Security and Family Breakdown* (London, 1971) 78; P.M. Bromley, *Family Law* (London, 5th ed., 1976) 480 על כך שזכות זו שרירה וקיימת גם לאחר פסק *National Provincial Bank v. Ainsworth* [1965] A.C. 1175 (הקובע שזכות המדור הינה זכות אישית ללא סממן רכושי — וראה להלן) ראה דברי הלורד דינג' בפסק *Halden*, בע' 1484. וראה O. Kahn-Freund "Recent Legislation on Matrimonial Property" 33 *M.L.R.* (1970) 601, 613.

16. ראה ע"א (ת"י) 112/75 ורון נ' ורון, פ"מ תשל"ו 2, 120, 122. עם זאת מסקנתו של בית המשפט

כל הסעדים הנלווים עליהם עמדנו ושאותם הזכרנו כהיותם חלק מן הזכות האישית למזונות מסורים לשיקול דעתו של בית המשפט, אשר יקח בחשבון הן את מערכת היחסים שבין בני-הזוג, הן את קיומו או הצעתו של מדור חלופי והן שאר שיקולים המבוססים על המאזן שבין בני-הזוג לענין הנדון, במסגרת הכללית והרחבה של השיקולים בתביעת מזונות, וכפוף, כנראה, גם לסעיף 2א לחוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות), תשי"ט-1959.<sup>17</sup>

מכאן גם פסקו בתי המשפט ובית הדין הרבני כי ענין המדור הוא בגדר תביעה למזונות, בין בני-זוג יהודיים, במסגרת מונח זה בחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושים), תשי"ג-1953. הסמכות לדון בתביעת מדור ולהעניק את הסעדים הנלווים מוקנית, איפוא, לבית הדין או לבית המשפט המחוזי, על-פי ברירת האשה, כאמור בסעיף 4 לחוק, ולא לבית משפט השלום כענין של זכות שימוש וחזקה במקרקעין, על-פי סעיף 28(3) לחוק בתי המשפט, תשי"ז-1957.<sup>18, 19</sup>

בנוגע לסמכות השיפוט במקרה האמור — דהיינו: כאילו כל תביעה לפירוק שיתוף בדירת מגורים מחייבת דיון מוקדם בבית הדין המוסמך — נראית לנו מוטעית. על סוגיה זו ראה להלן הערה 90 וכן בשער השני, חלק ראשון, פרק שני.

17. סעיף זה מאפשר לבית המשפט להתחשב, בקביעת מידת מזונות, בהכנסות בן-הזוג ה"נוזק" מעבודה ומנכסים ואם ראה לנכון גם מכל מקור אחר. הוראות סעיף זה יש להחיל *mutatis mutandis* גם על קביעת המדור המהווה חלק מחובת המזונות. על תחולת סעיף 2א לחוק ראה ע"א 13/78 ספורטה נ' ספורטה, פ"ד לב (2) 709 וכן א' רוזן-צבי "החוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות) (תיקון), תשל"ו-1976 — האמנם תיקון?" עיוני משפט ה (תשל"ו) 113. לאחרונה הוגשה הצעת חוק לתיקון התיקון (הצעת חוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות) (תיקון מס' 2), תש"ם-1980, ה"ח 1461 (תש"ם) 270). ההצעה נועדה לקבוע ללא כל ספק נוסף את תחולתו של סעיף 2א גם על מזונות בני-זוג שיש להם דין אישי.

18. ע"א 731/72, לעיל הערה 4; בר"ע 19/74, לעיל הערה 4; ע"א 661/75, לעיל הערה 4; תיק 2921/תשי"ב, פד"ר א 239, 242.

19. בית המשפט דחה גם טענה כאילו צו לסילוקו של הבעל מן הדירה כמוהו כצו הפרדה והוא מסור לשיפוטם הייחודי של בתי הדין הדתיים. בית המשפט קבע כי סעד הפרדה כזוה אינו מוכר בדין העברי ותביעת האשה נגזרת מזכות המדור שלה; ראה בר"ע 19/74 הנ"ל; ע"א 661/75 הנ"ל; ע"א 410/80, לעיל הערה 10, בע' 321, 323. בו הבחין בית המשפט הכחן היטב בין צו כזה לבין סעד של הפרדה, כמובן המקובל, בין בני-זוג. כרם ראה, לעומת זאת, מ' קורינלדי "סעד הפרדה בין בעל ואשה" שנתון המשפט העברי א (תשל"ד) 184. קורינלדי צודק בכך שבמסגרת תביעה לשלום בית או דיון בתביעת גירושין רשאי בית הדין לדון, כשאלה נלווית, גם בשאלת המדור של בני-הזוג — זאת במסגרת שאלת חיובו של אחד מבני-הזוג לחזור אל האחר — שכן במקרה של סירוב מצד האשה תתבטל חובת המדור של הבעל מכוח הדין העברי; ואילו כאשר בית הדין מאשר את ההפרדה הקיימת דה פקטו, ואינו מחייב את האשה לחזור אל בית בעלה, יוכל לקבוע כי נשמרת זכותה למדור. לעיתים עשוי בית הדין גם להימנע ממתן צו חיוב כאמור ואף על-פי כן, מטעמים אחרים, לא יחייב הבעל במזונות אשתו וכמדומה, ראה תיק ערעור 104/תשט"ז, פד"ר ב 321, 326-327.

כרם אין לערב, לדעתנו, בין תביעת מדור, הכוללת בחובה גם זכות למדור בלתי-מופרע, המזכה את האשה במתן צו לסילוק ידו של הבעל מן הדירה, לבין ענינים הנדונים במסגרת תביעת גירושין או שלום בית, שמתוצאותיהם עשויות להשתמע גם מסקנות לגבי חיוב המדור או שלילתו. בשני

אין לכתד כי זכותה האישית של האשה למדור בלתי-מופרע, המלווה בסעדים המבטיחים את הזכות, גוררת אחריה צמצום או הגבלה בזכויותיו של הבעל. מן האחרון נמנע השימוש המלא בזכותו הקנינית, אלא אם יספק מדור חלופי מתאים. אין בכך כדי לשנות את מהות הזכות העומדת לאשה. גם זכויות אישיות יש בכוחן להגביל עשיית השימוש המלא בקנין. כך משפיעים דיני המשפחה על הקנינים ועל השימוש בהם.

### 3. זכויות אחרות של האשה בדירה

שונה יהיה המצב כאשר זכותה של האשה בדירה אינה נובעת רק מזכות המדור עצמה אלא ממקור משפטי אחר או נוסף: כך, למשל, אם נערך בין בני-הזוג הסכם אחר כלשהו, שהוא מחוץ לגדר חובת המדור, או אם הדירה נמצאת בבעלותם המשותפת של בני-הזוג. במקרים כאלה ייקבעו הזכויות (בנוסף לזכות המדור הקנויה לאשה ובכפוף לה), מחוץ למסגרת הדין העברי ובתחום דיני החוזים והקנין הרגילים, בכפוף לחוק להסדר התדיינות בין בני-זוג, תשכ"ט-1969.

בדומה לכך שונה יהיה המצב גם בדירה מוגנת, לאור חוק הגנת הדייר [נוסח משולב], תשל"ב-1972. כאן העניק החוק הגנה מיוחדת לבן-זוג בתנאים מסויימים של פטירת בן-הזוג, התרת נישואין או זניחה מצד אחד מהם<sup>20</sup>. זכות זו מוקנית מכוח החוק לכל אחד מבני-הזוג, ואף לבני משפחה אחרים, ואינה מותנית בזכות המדור מכוח הדין הדתי. זוהי זכות סוציאלית<sup>21</sup>, שהחוק מבקש להבטיחה. היא מעוגנת בו ובמסגרת הוראותיו, אינה יונקת ישירות מן הדין הדתי ואין לה כל זיקה חיצונית להוראותיו של דין זה באשר לזכות המדור. דיני הנישואין משמשים אולי עילה לקביעת הגנה זו והם משפיעים על הדינים הכלליים מכוח החוק, אך אין הזכות על-פי הדין הדתי משפיעה ישירות על זכות בן-הזוג האחד כלפי בן-זוגו וכלפי צדדים שלישיים.

לפני חקיקת חוק הגנת הדייר [נוסח משולב] הגיעה הפסיקה למסקנות דומות לאלה המעוגנות היום בהוראות החוק, אף כי התוצאות מבחינה משפטית לא היו זהות<sup>22</sup>. בית המשפט הכיר בסיטואציות מסויימות — שמיד נבחן אותן — בכך שזכויות המדור מכוח הדין הדתי היו בעלות נפקות על הדין האזרחי ואף השפיעו על זכויות כלפי צדדים שלישיים. בתי המשפט הגיעו אז למסקנה מרחיקה לכת, כי די בזכות המדור של האשה כלפי בעלה כדי לזכותה בזכות לא רק כלפי בעלה, החייב, אלא גם כלפי צד ג', הוא בעל הבית. מסקנה זו הינה פרי סיטואציה בה הדירה, ששימשה למגורי בני-הזוג, היתה מוגנת מכוח חוקי הגנת הדייר והבעל, שהיה בעל הזכות, נטש את המושכר וזנח את אשתו בלא שהמציא לה מדור אחר כלשהו. זכותה זו של האשה גם כלפי בעל הבית היתה מותנית בקיום זכות המדור לפי הדין הדתי<sup>23</sup>.

המקרים אין מדובר על צו הפרדה כענין של נישואין וגירושין, אלא על סוגיית המדור לנוכח סיטואציה של חיים נפרדים כדין ושלא כדין.

20. סעיפים 20-22 לחוק.

21. ע"א 477/67 רבינוביץ נ' ארגש, פ"ד כב (1) 309, 312.

22. ראה להלן הערה 26.

23. ע"א 149/51 דרובנקו נ' וינטרויב, פ"ד ו 248; ע"א 150/50 קאופמן נ' מרגינס, פ"ד ו 1005; ע"א

163/50 בשארה נ' מנסור, פ"ד ז 829, 832.

הטעם למסקנה זו, שבו "שועבדה", למעשה, הזכות הסטטוטורית של הבעל לזכות המדור של האשה, וקיבלה תוקף גם כלפי צדדים שלישיים, היה דומה לזה שבו השתמש בית המשפט העליון לאחרונה בדיון בזכות המדור של האשה בבית בעלה. חוקת האשה הנשואה בדירה נחשבת כחוקת הבעל, הדייר הסטטוטורי. בנסיבות בהן זכאית האשה למדור ראו את הבעל כמחזיק בדירה באמצעות האשה, אשר זכתה בהגנת החוק<sup>24</sup>. זכות המדור לא שינתה, איפוא, את אופיה ולא הפכה להיות זכות קנינית (שהרי גם זכות מכוח הגנת הדייר אינה בגדר זכות קנינית)<sup>25</sup>. אך להבדיל מזכות מדור רגילה היה בה כדי להשפיע על זכויותיהם של צדדים שלישיים. היה צורך לבדוק בכל מקרה את דיני המעמד האישי של הזוג כדי לבחון אם מגיעה לאשה זכות המדור. אם כן, כי אז תעמוד לה זכותה גם כלפי בעל הבית<sup>26</sup>.

במקרה כזה נלקחו, איפוא, הנישואין בחשבון בקביעת זכויות החורגות מעבר ליחסים הפנימיים שבין בני-הזוג. הנישואין הוכרו כאן כדאטום לצורך קביעת זכויות החורגות מעבר לתחומם, דהיינו: לשם הגדרת המונח "חזקה" ומילוי ההסדר המשפטי בתוכן מיוחד לאור מערכת יחסים מיוחדת. שימוש בדרך כזו נעשה גם באשר לשאלת זכותו של הבעל בדירת אשתו, כפי שנראה להלן, ובמיוחד כחוקת השיתוף בנכסים, שבה הרחיקו לכת הרבה מעבר להתחשבות בנישואין כדאטום לצורך חיפוקים או הסדרים אחרים, ועוד נרחיב על כך את הדיבור.

כתי המשפט בישראל אימצו לעצמם בזמנו בנקודה זו את הפסיקה האנגלית בכל הנוגע לדיירות סטטוטורית<sup>27</sup>. היום ענין זה מוסדר, כאמור, בחוק הגנת הדייר [נוסח משולב].

#### 4. נסיונות לביסוס קניני של זכות המדור

כבר ראינו כיצד בתחום מסויים קיבלה בזמנו זכות המדור ביסוס קניני. הדין האנגלי עבר התפתחות נוספת, שהיתה עשויה להשפיע על המצב במשפט הישראלי<sup>28</sup>. החל מ-1952 ראו את זכותה של האשה למדור, דהיינו למגורים בבית בעלה, כזכות

24. ע"א 149/51 ה"ל.

25. ע"א 60/64 עזבון שפסלס נ' שפסלס, פ"ד יח (4) 783; ע"א 280/59, 272 מרכז וולובלסקי בע"מ נ' מרכז החרש והאומן בע"מ, פ"ד יד 2101.

26. ראה גם ב' שרשבסקי "דיני דירות אגב סכסוכי אישות" הפרקליט ח (תשי"ב) 325, 331. כזכור אמרנו לעיל כי למרות הדמיון בין הוראות החוק להוראות הפסיקה לא היתה זהות מבחינת החוצאות המשפטיות. לפי חוק הגנת הדייר [נוסח משולב] זכותו של בן-הזוג היא זכות עצמאית והוא נעשה דייר מוגן מכוח עצמו; ואילו על-פי הפסיקה שקדמה לו, עליה עמדנו, זכותה של האשה רק נגזרה מזכות הבעל. לא היתה לה כל זכות עצמאית העומדת בפני עצמה. כלפי בעל הבית האשה כאילו מייצגת את בעלה הדייר. הדירה נשארת באמצעות האשה בשימוש של הבעל, למרות נטישתו את המושכר. אין היא נעשית דיירת מכוח עצמה.

27. *Old Gate Estates Ltd. v. Alexander* [1950] 1 K.B. 311, 319; *Middleton v. Baldock* [1950] 1 K.B. 657.

28. כיום מסדיר הדין האנגלי את זכות המדור גם בדרך סטטוטורית, כמפורט להלן. דרך זו יש בה גם סממן קניני באשר היא מגינה במקרים מסויימים על הזכות כלפי צדדים שלישיים.

רשיון<sup>29</sup>. רשיון זה אף הוכר כזכות אקויטבילית, הפועלת גם כלפי צדדים שלישיים<sup>30</sup>, ונקבע כי הוא בלתי-הדיר במהלך הנישואין, להוציא מקרים מיוחדים. הנישואין השפיעו על זכויות הקנין, מכוחם נוצרו זכויות קניניות לאשה בדירת בעלה ואלה היו מוגנות גם כלפי צדדים שלישיים, אשר רכשו את הנכס.

בארץ נעשה, אמנם, נסיון על-ידי אחד משופטי בית המשפט העליון ללכת במקביל להלכה זו. השופט ח' כהן ביקש לבסס ביסוס קניני את זכותה של אלמנה למגורים בדירה, כנגד תביעת סילוק מצד יורשי הבעל, באמצעות דוקטרינה זו של רשיון<sup>31</sup>. ברם במקרה זה: (א) ניתן היה להסיק רשיון על-פי הפסיקה מחוץ למסגרת זכות המדור, באשר הנכס לא היה שייך לבעל. זכויות האשה בו לא נבעו רק מזכות הבעל כלפיה, אלא מזכות אפשרית של רשיון שנתנו בעלי הדירה לבעלה ולה. (ב) הלכה זו לא היתה צריכה לעיצומו של ענין, שכן הטעם האחר לתוצאה היה ההיזקקות לזכות המדור של האלמנה. (ג) אחד השופטים, מ"מ הנשיא אגרנט (כתארו אז), הצטרף רק לטעם האחר ו-(ד) בפסקים אחרים, ואחד מהם מאוחר יותר, קבע השופט ח' כהן, שנתן את פסק הדין, כי בכל הנוגע לזכויות רשיון לאשה — ואף לבעל — מכוח הנישואין אינו דומה המצב המשפטי באנגליה למצב המשפטי בישראל<sup>32</sup>.

חיווק זכות המדור, על-ידי ביסוס קניני את זכותה של האשה, לא הועבר, איפוא, למשפט הישראלי. ובצדק. זכות המדור הינה זכות מכוח הדין הדתי, היא כלולה במסגרת חיוב המזונות ולא ניתן לקלוט את דיני המשפט המקובל האנגלי הנוגעים לזכויות בני-זוג בנכסיהם.

ברם גם באנגליה נתהפכה בינתיים הקערה על פיה ובפסיקה מאוחרת יותר נקבע, כי זכות האשה למדור נובעת מן הסטטוס ואל לה לפלוש לתחום דיני הקנין ולפגוע בזכותם של צדדים שלישיים<sup>33</sup>. בית המשפט האנגלי קבע, כי זכותה של האשה כלפי בעלה היא זכות אישית גרידא<sup>34</sup> ואין להשתמש במוסד הרשיון, כמשמעותו בדין האנגלי, כדי ליצור או להבטיח לה את זכותה<sup>35</sup>. מוסד הרשיון יכול לשמש רק מינוח סמנטי כדי לבטא, שאין האשה נמצאת בדירה כמסיגת גבול אלא מכוח זכותה כלפי הבעל<sup>36</sup>. זכותה של האשה בדירה היא זכות *sui generis*, אינה ניתנת להגדרה מיוחדת<sup>37</sup>, תלויה בכל נסיבות המקרה וכפופה להתנהגות בני-הזוג ועליה להיחתך תוך התיחסות לחובות המטריוניאליות ההדדיות של בני-הזוג<sup>38</sup>. בית המשפט מסכם בכך,

- Errington v. Errington* [1952] 1 All E.R. 149. .29
- Bendall v. McWhirter* [1952] 1 All E.R. 1307; .30
- ראה גם *Cheshire "A New Equitable Interest in Land"* 16 *M.L.R.* (1953) 1. .31
- ע"א 450/62, לעיל הערה 9. .31
- המ' 491/60 רזונבויס נ' וקסמן, פ"ד יד 2562, 2564; ע"א 145/65 סיני נ' מנהל העזבון הזמני של סיני, פ"ד יט (4) 403, 411. .32
- National Provincial Bank Ltd v. Ainsworth* [1965] A.C. 1175. .33
- ibid* 1220, 1227, 1233, 1247. .34
- ibid* 1220, 1223, 1233. .35
- ibid* 1223. .36
- ibid* 1232-33. .37
- ibid* 1238. .38

שזכויות קניניות חייבות להיות מוגדרות, אכיפות על צדדים שלישיים ובעלות מידה של קביעות ויציבות. זכות האשה למדור, התלויה ביחסים המטרימוניאליים שביניהם, אין לה אף לא אחת מתכונות אלה<sup>39</sup>.

עם קביעות אלה נוכל גם אנו להזדהות, מבחינת המצב המשפטי לפי הדין הדתי ובעקבותיו במשפט הישראלי.

בעקבות פסק דין זה נחקק באנגליה ה-Matrimonial Homes Act, 1967, המעניק זכויות מדור לכל אחד מבני־הזוג בדירה השייכת לאחד. בתנאים מסויימים זכות כזו היא גם זכות קנינית<sup>40</sup>. בכך נעסוק מאוחר יותר.

בהיות זכות המדור זכות אישית גרידא אין בסעיף 4 לחוק יחסי ממון בין בני־זוג, תשל"ג-1973, כדי לפגוע בה, שכן אין כאן לא פגיעה בקניניו של הבעל ולא זכויות בנכסיו. מכל מקום זוהי גם זכותה של האשה לפי כתובתה, שהרי מדור בגדר חובת המזונות הוא כלול, ובכל מקרה היא נשמרת מכוח סעיף 17 לאותו חוק. זוהי אחת הזכויות של האשה כלפי בעלה במהלך הנישואין.

### בב. זכויותיו של הבעל

חובת המדור בדין העברי מוטלת על הבעל כלפי אשתו. אין חובת מדור קורלטיבית של האשה לבעלה<sup>41</sup>. בדין העברי עומדת לבעל זכות רחבה יותר וכוללת יותר של שימוש, פיקוח וניהול בנכסי אשתו ואלה ודאי כוללים את זכות השימוש שלו בנכסים, בגדר התנאים של זכויותיו<sup>42</sup>. על כך עמדנו כבר לעיל.

במסגרת זכות זו יכולה, איפוא, להיכלל גם זכות שימוש ומגורים בדירת האשה, וכבר נקבע, כי גם כשגוף הדירה של האשה זכות המדור בה של הבעל<sup>43</sup>. ברם מאז ביטל

39. *ibid* 1248 בקנדה שולט עדיין המצב שלפני פסק זה והענין לא נדון מאוחר יותר. ראה M.C. Cullity "Property Rights During the Subsistence of marriage" *Studies in Canadian Family Law* (D. Mendes da Costa, editor, Toronto, 1972) 211.

40. למרות קיום החיקוק עדיין נשמרת זכות המדור של האשה מכוח המשפט המקובל (*Gurasz v. Gurasz*, supra note 10). זכות זו נובעת הן מחובת הבעל לספק מזונות לאשתו והן מזכות האשה לחיים משותפים (cohabitation) ראה J.G. Miller, *Family Property and Financial Provision* (London, 1974) 61 וכן ראה P.M. Bromley, supra note 15, at 479. בית המשפט האנגלי רשאי להוציא צו מניעה שיאסור על הבעל עשיית עסקה בנכסיו לפני שסיפק מדור אחר לאשתו (ראה לעיל הערה 15) וכן רשאי להוציא בעל מדירתו כדי לספק מדור בלתי מופרע לאשה (ראה לעיל הערה 10). זכותה זו קיימת גם לאחר הנטישה על־ידי הבעל, כפוף להתנהגותה, ועד לגירושין *Vaughan v. Vaughan* [1953] 1 All E.R. 209 וכן ראה אצל P.M. Bromley, *ibid*, at 476. כיוון שהיא מותנית, כאמור, בזכות ובחובה לחיות יחד.

הוראות המשפט המקובל יחילו גם כאשר החוק איננו חל כלל, למשל, במקרה שבני־הזוג הם בעלים משותפים בנכס. ראה J. Eekelaar, supra note 15, at 82.

41. ראה על כך גם ע"א 47/64, לעיל הערה 15, בע' 240.

42. על זכות השימוש ראה גם רמב"ם, הלכות אישות, פרק כב הלכה לד.

43. ראה ערעור 138/תשי"ט, פד"ר ג 299, 313-316; עיין גם הרב ש' אליעזרי, לעיל הערה 13, במיוחד בע' שם-שם.

המחוקק הישראלי זכויות אלה של הבעל, ובהיעדר חובת מדור עצמאית, אין היום לבעל כל זכות של מדור בדירת אשתו.

הזכות והחובה של בני-הזוג לגור יחד אינה מצמיחה לבעל כל זכות בדירת אשתו. לזכות זו יש השלכות בקביעת מקום המגורים ובשאלה איזהו בן-הזוג החייב ללכת בעקבות בן-הזוג<sup>44</sup>. ברם תוצאותיהן המשפטיות של קביעות אלה נוגעות רק לתחום הזכויות והחובות הקיימות, כגון זכות האשה למזונות ולמדור או שלילתן, הזכות לקבל פסק גירושין בתוספת או ללא תוספת כתובה<sup>45</sup> וכיו"ב, ואין הן מצמיחות חובות חדשות של מדור מכוחן הן.

ברם עצם הנישואין מטילים חובה על כל אחד מבני-הזוג לא למנוע מן השני כל דבר שמניעתו אינה דרושה לטובת החיים המשותפים או עלולה לפגוע בכבודו של השני<sup>46</sup>. שלום הבית, שהוא עיקר גדול בנישואין, מאפשר לבית הדין לצוות על שימוש משותף בנכסים העומדים בדרך כלל לרשות בני-הזוג, אותם הקרויים "נכסי משפחה". בית הדין עושה כן על-ידי שהוא מטיל עיקול על נכסים אלה, לטובת בן-הזוג התובע, על מנת להבטיח שימוש משותף לטובת החיים המשותפים<sup>47</sup>. באופן כזה, במקרים בהם הוגשה תביעת שלום בית על-ידי הבעל והוצא צו כמבוקש, לאחר שנמצא כי יש לתביעתו על מה שתסמוך, עשוי בית הדין כסעד נלווה ומשלים, הנועד להבטיח את קיומם הצו ולממשו הלכה למעשה, להטיל עיקול על דירת המגורים השייכת לאשה על מנת לאפשר שימוש משותף לשני בני-הזוג. זכות זו דומה לזכות ה-cohabitation שמכוחה זכאי הבעל לשימוש בדירת אשתו, במשפט המקובל האנגלי, אף-על-פי שאין היא חייבת לספק לו מדור<sup>48</sup>.

ברם בית המשפט הגבוה לצדק קבע במפורש, כי הטלת עיקול על נכסי האשה, גם למימוש המטרה האמורה, נוגדת את חוק שיווי זכויות האשה, תשי"א-1951, וכי משום כך אין אפשרות — משום טעם כלשהו — להעמיד את נכסיה של האשה הנשואה, לרשות הבעל או לרשות המשפחה, בשום צורה<sup>49</sup>.

הנובע מן המקובץ הוא שבמהלך הנישואין אין לבעל כל זכות שימוש בנכסי אשתו — לא זכות קנינית ואף לא זכות אישית — בעוד לאשה יש זכות כזו, כסעד נלווה לתביעת שלום בית; יתר על כן, היא זכאית להטיל מגבלות על נכסי הבעל, עקב שעבוד כל נכסיו לכתובתה ולמזונותיה, ועומדת לה גם זכות המדור.

כבר ביקרנו הלכה זו במקום אחר<sup>50</sup>. הצבענו על כי פרשנות זו של חוק שיווי זכויות האשה מביאה לתוצאה העומדת בניגוד לעקרון איוון מערכת הזכויות והחובות

44. על קביעת מקום המגורים ראה ב' שרשבסקי, לעיל הערה 5, בע' 144-149.

45. ע"א 102/63 הווארד נ' הווארד, פ"ד יז 747; ער/107/תשט"ז, פ"ד ב' 236,233; תיק 252/תשי"ד, פ"ד א' 65, 74.

46. ב' שרשבסקי, לעיל הערה 5, בע' 96.

47. ראה החלטת בית הדין הרבני המובאת בבג"צ 185/72 גור נ' בית-הדין הרבני האזורי ירושלים, פ"ד כו (2) 765.

48. ראה להלן הערה 77 והטקסט הסמוך לה.

49. בג"צ 185/72, לעיל הערה 47.

50. ראה לעיל בחלק הראשון של שער זה, פרק שני, סעיף ג(אא)(2).



שבין בני-הזוג, שבדין העברי, וגם בניגוד לעקרון השוויון, המנחה את המחוקק הישראלי. התוצאה אינה תואמת את הדין העברי (ואינה עולה בקנה אחד עם תפישת הנישואין של דין זה) ואינה הולמת גם את תפישת הנישואין העומדת מאחורי החקיקה האזרחית. ראוי לציין עוד, שנחיתותו המשפטית של הבעל במישור זה נוגדת את התפישה המודרנית באשר להטלת מגבלות הדדיות על דירת המגורים לשם הבטחת חיי משפחה תקינים. על כך ידובר עוד בהמשך.

לתיקון המצב המשפטי הצענו כי פרשנות המונח "עשייה בקנינים" בסעיף 2 לחוק שיווי זכויות האשה לא תמנע אפשרות שימוש של הבעל בדירת המגורים של אשתו. אפשרות כזו, במהלך תביעה לשלום בית ועל-פי שיקול דעתו של בית הדין, מותנית בחיוניותה להבטחת שלום המשפחה. מקרים כאלה יהיו נדירים ביותר לאור חובתו הראשונית של הבעל להבטחת מדור לאשתו.

במצב המשפטי הקיים זכות הבעל יכולה לנבוע, איפוא, רק מהסדר שבין בני-הזוג וזכות זו תלויה, כמובן, בהסכמת האשה וברצונה<sup>51</sup>.

בתקופה שלפני חקיקת חוק השכירות והשאלה, תשל"א-1971, היתה אי-בהירות מסוימת באשר לזכותו של בעל המתגורר בפועל בדירת אשתו, כאשר לא נערך בין הצדדים הסכם מפורש. השאלה העקרונית היא — בהיעדר זכות מכוח הדין הדתי — באיזו מידה ישפיעו הנישואין על מערכת הזכויות והחבריות בדין האזרחי. דהיינו: מהי השפעתם של דיני המשפחה על דיני הקנין. באיזה אופן ייחשבו הנישואין כדאטום, שיש בו כדי להשפיע על דיני הקנין בתחום הכללים שנקבעו על-ידם<sup>52</sup>.

חלק משופטי בית המשפט העליון (והם הרוב כנראה) לא הסתפקו בקביעה כי מצבו המשפטי של בעל, המתגורר בדירת אשתו, ללא הסכם מפורש ביניהם, הוא מצב של בר-רשות — במובן זה שאין הוא בגדר מסיג גבול כל עוד מוכנה האשה לשאת את נוכחותו — וכי זכותו מתפרנסת מכוח הסכמתה הנמשכת וכל עוד היא משלימה עם כך, בהיעדר ראיות על זכות אחרת כלשהי. גישה אחרונה זו אומצה למעשה על-ידי מספר שופטים. השופט ח' כהן גרס, כי זכותו של הבעל בדירת אשתו, אם בר-רשות הוא או בעל זכות, היא שאלה שבעובדה בלבד ואין לקבוע בה מסמרות<sup>53</sup>. שופט זה פסל את השימוש בהלכות הרשיון האנגליות לקביעת היקף זכותו של בעל המתגורר בפועל בדירת אשתו<sup>54</sup>. גם השופט קיסטר העדיף להסתמך על המערכות העובדתיות השונות

51. מכוח הלכת השיתוף, עליה נרחיב את הדיבור, עשוי בעל להיות זכאי למחצית זכותה של האשה בדירת המגורים, בתנאי שזו נרכשה במהלך הנישואין ובמאמץ משותף. על-ידי כך הוא יזכה בזכויותיו של בעלים משותף כלול הזכות לשימוש משותף במהלך הנישואין. אך זכות זו אינה נקיה מספק, כפי שנראה בעת הדיון בסוגייה זו, ובמיוחד לגבי דירה שנרכשה בתקופה שלאחר תחילת תוקפו של חוק המקרקעין, תשכ"ט-1969. אם חל על בני-הזוג הפרק השני של חוק יחסי ממון בין בני-זוג תשל"ג-1973, לא יהיה הבעל זכאי לשימוש בדירה כזו במהלך הנישואין.

52. כזכור ראינו דוגמה לכך בטקסט סמוך להערות 20-27 לעיל.

53. ע"א 145/65, לעיל הערה 32, בע' 411.

54. שם בע' 411; המ' 491/60, לעיל הערה 32, בע' 2564; ברם ראה פסק דינו של אותו שופט, ע"א 450/62, לעיל הערה 9.

בכל סיטואציה ובדרך קל וחומר מן הפסיקה האנגלית החדשה שלל את השימוש ברשיון כאמצעי לקביעת זכות הבעל המתגורר בפועל בדירת אשתו<sup>55</sup>. מעמדתם של שופטי הרוך משתמעת, כאמור, תוצאה אחרת. על-פי גישתם יש לדיני המשפחה השפעה על דיני הקניין, באמצעות כללי הדין האזרחי, המותאמים על-ידי בית המשפט למטרה זו; במקרה שלנו, הכללים הנוגעים לרשיון. בית המשפט בודק את סוגי הרשיונות המוכרים בדין האזרחי. הוא שולל את מיונה של רשות המגורים, הניתנת לבעל, כרשות חנינם ללא תמורה הניתנת לביטול בכל עת<sup>56</sup>. תוך מתן נפקות לקשר הנישואין ומכוחו שייבץ בית המשפט את הרשות במסגרת רשיון מיוחד היונק חיותו מן היחסים הקיימים בין בני-הזוג. אין הרשיון ניתן לביטול בהתאם לרצונו החופשי של הנותן. "רשות מגורים הניתנת על-ידי בן-זוג בדירה השייכת לו לבן-הזוג השני מכוח קשר הנישואין שביניהם היא רשות מיוחדת כזאת אשר בית המשפט לא רק רשאי אלא שהוא חייב לשקול אם מן הראוי הוא להרשות את ביטולה ולסלק את בן-הזוג מהדירה כל עוד שלא פקע קשר הנישואין שביניהם"<sup>57</sup>. הביטול מותנה איפוא בשיקול דעתו של בית-המשפט, אשר מתמקד באופיה של מערכת היחסים שבין בני-הזוג ובטיבה בשלב הדין<sup>58</sup>.

בגיבוש הלכה זו הסתמך בית המשפט על דיני היושר האנגליים תוך שהוא מסמך אותם אל דיני הרשיון ומתאימם לנסיבות המיוחדות של יחסי משפחה. דיני היושר מגבילים ומסייגים במקרים מסויימים את הזכות לביטול הרשיון על-ידי נותנו כאשר שורת הצדק דורשת זאת. סייגים אלה אינם מוגדרים א. קבועים מראש ושיקול הדעת נמסר לבית המשפט אשר במסגרת סמכויותיו בוחן את נסיבותיו של כל מקרה. בית המשפט שלנו קלט הלכה זו, שלא בהקשר ליחסים שבין בני-זוג, כאשר קבע כי "גם בתי המשפט שלנו חפשיים לנהוג כך על יסוד דיני היושר"<sup>59</sup>. בקביעת הסייגים לביטול הרשיון מתבסס בית המשפט האנגלי בנוסף על דיני היושר גם על תנאי מכללא לפיו מבטיח מעניק הרשיון שלא לבטלו באופן הנוגד את

55. ע"א 145/65, לעיל הערה 32, בע' 409.
56. על רשיון ללא תמורה כזכות אישית הניתנת לביטול בכל עת. ע"א 96/50 צינקי נ' כיאט, פ"ד ה 474; ע"א 290/67 איזמן נ' רשות הפיתוח, פ"ד כב (1) 16, 19; ע"א 346/62 רכטר נ' מנהל מס עזבון, פ"ד יז 701; ע"א 304/72, לעיל הערה 14. על כך שדי בהעברת הנכס כדי לבטל את הרשיון ראה ע"א 586/69 כרסנטי נ' הימנותא בע"מ, פ"ד כד (2) 789; על ההבחנה בין סוגי הרשיון ראה: י' ויסמן "על ההבחנה בין שכירות מקרקעין לרשיון" הפרקליט יט (תשכ"ג) 299, כ (תשכ"ד) 40 (2 חלקים); נ' כהן, לעיל הערה 11, בע' 429-426. על הגוון החפצי של הרשיון ראה נ' כהן, לעיל וראה ע"א 87/62 בדיחי נ' בדיחי, פ"ד טז 2901.
57. ע"א 47/64, לעיל הערה 15, בע' 239; ע"א 145/65, לעיל הערה 32, בע' 410 (דברי השופט מ' זילברג).
58. שם שם.
59. ע"א 87/62, לעיל הערה 56 (הציטטה לקוחה מע' 2906); על קליטת הדין האנגלי בסוגייה זו ועל גישתו של בית המשפט בהפעלת שיקול דעתו ראה עוד ע"א 96/50, לעיל הערה 56; ע"א 346/62, לעיל הערה 56; כן ראה ע"א 92/69 חיר נ' חיר, פ"ד כג (2) 197; בג"צ 45/71 קרושבסקי נ' עיריית תל-אביב, פ"ד כה (1) 792, 795 ואילך; ע"א 515/76 לוי נ' ויימן, פ"ד לא (2) 127; ע"א 355/76 בסר נ' מלאך, פ"ד לא (2) 359.

כוונת הצדדים. היקפו של תנאי מכללא זה יוסק מן הנסיבות<sup>60</sup>. על יסוד דינים אלה פיתח בית המשפט בישראל את ההלכה האמורה הנוגעת לזכותו של הבעל להתגורר בדירת אשתו. מעמדו המשפטי של הבעל תלוי היה בגישה אל מוסד הרשיון ובקביעת אופיו המשפטי<sup>61</sup>.

בכך הלך בית המשפט בעקבות המקורות המשפטיים האנגליים וברוחם<sup>62</sup>. ברם בהקשר לבני-זוג חידש הלכה והקדים בכך את המשפט המקובל האנגלי<sup>63</sup>. המשפט האנגלי החקוק מיתר היום את הצורך בהלכה מעין זו הישראלית<sup>64</sup>. ברם בכל הנוגע למערכות יחסים בתוך המשפחה צעד לאחורנה הלורד דנינג בדרך דומה לזו שהלך בה בית המשפט העליון בישראל. הוא התבסס על דיני הרשיון והשלים את פרטיו על-פי מה שנראה סביר והוגן בהתאם לנסיבות מכוח שיקול דעתו של בית המשפט<sup>65</sup>.

יוצא, איפא, כי הפסיקה, שקדמה לחקיקה החדשה, העניקה לבעל, שהתגורר בפועל בדירת אשתו, זכות עדיפה על זכות המדור של האשה, במקרה מקביל, וזאת למרות היעדר חובה מצד האשה לספק מדור לבעלה, הן בדין הדתי והן בדין האזרחי. עם חקיקת חוק המקרקעין, ומכל מקום לאחר חוק השכירות והשאלה, בוטל מוסד הרשיון האנגלי כמקנה זכות קנינית כלשהי<sup>66</sup>. הזכויות במקרקעין וזכויות השימוש במקרקעין חייבות להימצא כולן במסגרת הוראות החוקים הקיימים<sup>67</sup>.

מבחינה זו, ובהיעדר הסכם אחר או הסדר כלשהו בין בני-הזוג, נראה היום מצבו של בעל נחות מזה שהיה קודם. הרשות הניתנת לו, שלא בכתב ושאינה נרשמת בפנקס המקרקעין, אינה יכולה לעלות כדי זכות במקרקעין כל עיקר<sup>68</sup>. זוהי, איפוא, שאילה או לכל היותר זכות שימוש שלא בתמורה, בגדר סעיף 31 לחוק השכירות והשאלה, שלדעת מלומדים<sup>69</sup> איננה בגדר זכות במקרקעין, אלא בעלת אופי אישי. משום כך ניתנת זכות זו לביטול בכל עת על-ידי מתן הודעה בזמן סביר מראש, כמפורט בסעיף 29(ב) לחוק. אם קיים הסכם כלשהו בין בני-הזוג עליו לעלות בקנה אחד עם הוראות החוקים השונים. בניגוד לזכות המדור של האשה, הנוצרת מכוח הדין הדתי, אין זכותו של הבעל קבועה

60. ראה *Hardwick v. Johnson* [1978] 1 W.L.R. 683.
61. הרשיון הוכר באנגליה כמקנה זכות בעלת גוון קניני ראה לעיל הערה 30. ראה גם נ' כהן. לעיל הערה 11, בע' 429-426.
62. ראה 9 at, *Cheshire, supra note 30*, הקובע כי יתכן תנאי מכללא על-פיו לא יהיה הרשיון ניתן לביטול כל עוד "מקבלת הרשיון נשאת אשתו של הנותן".
63. בענין *Errington, supra note 29* היו הצדדים המעורבים בני משפחה, ברם כאן קבע בית המשפט כי הצדדים היו קשורים בחוזה והיחסים המיוחדים לא היוו שיקול משמעותי.
64. ראה להלן.
65. הלכת *Hardwick, supra note 60*; ראה Lord Denning, *The Discipline of Law* (London, 1979) 50.
66. ראה נ' כהן. לעיל הערה 11, בע' 431; א' סוכובולסקי, לעיל הערה 7, בע' 262.
67. ראה גם סעיף 161 לחוק המקרקעין; א' סוכובולסקי, לעיל הערה 7, בע' 262.
68. על הצורך בכתב וברישום ראה נ' כהן, לעיל הערה 11, בע' 435-434.
69. נ' כהן, לעיל הערה 11, בע' 439-438.

מראש והיא נקבעת רק מכוחו של הדין האזרחי ובמידה וניתן להסיקה מתוך הוראותיו<sup>70</sup>.

ברם האם לא ניתן לטעון כי למרות ביטולם של דיני הרשיון המיוחדים המותאמים לדיני המשפחה ניתן להגיע לאותה תוצאה על-ידי השלמת ההסכם מכללא בין בני-הזוג בדבר זכות המגורים ואפשרות ביטולה ברוח ההלכה הקודמת? השלמת פרט כזה תיעשה מכוח הוראות סעיף 26 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973<sup>71</sup>. גישה כזו אינה מקובלת עלינו ממספר טעמים:

- (1) ההלכה כפי שפותחה מעוגנת בדיני הרשיון ששלטו במשפט הישראלי בהיעדר הסדר סטוטורי מקומי. במצב המשפטי הקודם היה חלל ריק וזה נתמלא על-ידי דיני הרשיון. במצב המשפטי הקיים מוסדרת השאלה על-ידי סעיפים 29(ב) ו-31 לחוק השכירות והשאלה. כדי להתגבר על הסדר זה יש לקבוע תניה על-פיה מוסכם בין בני-זוג על תקופת שאילה המותנית במערכת היחסים שבין הצדדים. תניה כזו שהיא בגדר של יצירת חריג כללי להוראות החוק איננה נראית לנו, באשר היא מחייבת, לדעתנו, הוראה מפורשת של המחוקק.
- (2) השלמה כזו של פרטים אינה נובעת מנסיבות ספציפיות ומעובדות שהוכחו בכל מקרה לגופו אלא מקיום הנישואין. כריתת הנישואין או קיומם כשלעצמם אינה מאפשרת להקנות לאחד מבני-הזוג זכויות בנכסי האחר, וגם זכות שימוש במשמע. זוהי הוראת סעיף 4 לחוק יחסי ממון בין בני-זוג, תשל"ג-1973<sup>72</sup>.
- (3) מן הטעם הקודם נראה לנו גם כי תניה על-פיה זכות מגורים של בן-זוג אחד בדירתו של האחר איננה ניתנת לביטול אלא אם מערכת היחסים מצדיקה זאת על-פי שיקול דעתו של בית המשפט, אינה יכולה להיחשב כנוהג מקובל בחוזים מאותו סוג. העמדת תניה כזו כנוהג מיוחד על-ידי הדין באמצעות קביעה שיפוטית אינה מתיישבת עם הוראת סעיף 4 לחוק יחסי ממון בין בני-זוג. משום כך לא תוכל לחול כאן הסיפא של סעיף 26 לחוק החוזים.

רק אם יוכח באופן פוזיטיבי כי הסדר כזה נוהג בפועל ניתן יהיה להתגבר על הוראות חוק השכירות והשאלה ועל הוראת חוק יחסי ממון בין בני-זוג. משום כך יש צורך בהוכחה מפורשת על קיום הסכם המגביל את זכות הביטול של זכות המגורים. להוכחה כזו אין צורך אולי באותה מידה של ראיות הנדרשת בין זרים,

70. נראה לנו, שהסדר ביחס לנכס ספציפי גם איננו בגדר הסכם ממון כמשמעותו בחוק יחסי ממון בין בני-זוג, תשל"ג-1973, וראה להלן בשער השלישי הדין בהסכם הממון.

71. מנגנון זה שנקבע להשלמת פרטים ירש, כנראה, את מקומו של התנאי מכללא — כמשמעותו במשפט המקובל האנגלי ובדין הישראלי שקדם לחוק החוזים — הן בשמו והן בתוכנו. ראה על כך ע"א 627,636/78 ויצמן נ' אברמזון, פ"ד לג (3) 295; ע"א 557,596/76 בישור בע"מ נ' טאובה, פ"ד לב (3) 713, 718. דרך אחרת להגיע לאותה תוצאה (ולמלא את מקומו של התנאי מכללא) היא סעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי), ראה בג"צ 59/80 שירותי תחבורה ציבוריים באר שבע בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים, פ"ד לה (1) 828, 836.

72. על סעיף 4 לחוק יחסי ממון בין בני-זוג ראה להלן שער שלישי, חלק שלישי, פרק ראשון, סעיף (ה)(א) במיוחד סמוך להערות 360-365 וכן להלן שער שלישי, חלק שלישי, פרק שני, סעיף (ג).

ברם כמות כלשהי של ראיות, לבד מעצם קיום הנישואין, נראית לנו מתחייבת מן המצב המשפטי הקיים<sup>73</sup>.

עם זאת ריווח והצלה עשויים לעמוד לו, לבעל, מכיוון אחר; מכיוון החוק להסדר התדיינות בין בני-זוג, תשכ"ט-1969. דיון בתובענה של אשה, העותרת לסילוק ידו של הבעל מדירתה, בה התגורר ברשות עד לאותה עת — ותובענה כזו עליה להגיש לבית המשפט האזרחי<sup>74</sup> — עשוי להיות מעוכב מכוח הוראות החוק, כאשר דיון כזה נוגד את אינטרס המשפחה. במקרה כזה, ובהיעדר אפשרות להפעיל סעד של עזרה עצמית<sup>75</sup>, שולל החוק את מימוש זכויותיה של האשה ומצמיח בעקיפין זכות לבעל. כאן, ההתחשבות בדיני המשפחה היא, לכאורה, במסגרת דינים אלה בלבד ולא נועדה להקניה ישירה של זכויות קנין למי מבני-הזוג<sup>76</sup>. אך החוק, השולל לכאורה רק התדיינות, יש בו כדי להשפיע על מימוש זכויות וממילא הוא משייר, בעקיפין, זכויות לבן-הזוג האחר, שאינן מגיעות לו מכוח הדין.

כעקרון, עדיפה הדרך של הרכבת דין ספציפי חיצוני, מדיני המשפחה, על דיני הקנין. דיני הקנין עצמם אינם ערוכים תמיד לפתרון סיטואציות בדיני המשפחה. מתן נפקות לדיני המשפחה במסגרת דיני הקנין, שתוצאותיה משתרעות גם כלפי צדדים שלישיים, עלולה לגרוע מבטיחות הקנינים. משום כך עדיף הסדר המפריד בין מערכת היחסים הפנימיים, שבין בני-הזוג, לבין מערכת היחסים החיצוניים, שבין בני-זוג לצדדים שלישיים. מחד גיסא, שומר הסדר כזה על דיני הקנין ככאלה, ומאידך גיסא, וביחסים הפנימיים שבין בני-הזוג בלבד, הוא קובע הוראות מיוחדות, הנובעות ממערכת היחסים המיוחדת שבין בני-הזוג ומתחשבות בה.

התוצאה שהעלינו, על-פי "נסוג" חוק השכירות והשאלה מפני החוק להסדר

73. בהיעדר הסכם מפורש או הוכחה על נסיבות מיוחדות במערכת יחסים ספציפית אין לראות בהענקת זכות המגורים יצירת שכירות מן הטעמים הבאים:

(א) על שכירות להיות מוגבלת בזמן (סעיף 1 לחוק השכירות והשאלה). ראה ע"א 46/74 מורדוב נ' שכטמן, פ"ד כט (1) 477. זכות חזקה ושימוש שהוקנתה על-ידי בן-זוג למשנהו אינה קצובה מראש ואינה מוגבלת בזמן, מבחינה זו לא מתקיים בה מראש התנאי של "זכות ... שלא לצמיתות".  
(ב) גם יסוד התמורה, ההכרחי ליצירת שכירות, נעדר במקרה כזה. עצם סטטוס הנישואין איננו מהווה תמורה. הסטטוס הוא מושג מופשט המבטא הכרה של המשפט במערכת יחסים בין בני-זוג. גילויי הסטטוס והזכויות והחבוביות במסגרת הנישואין הם מערכת הדרת שאינה יוצרת תמורה חיצונית.

רק במקרה קיצוני בו באה לביטוי מפורש הכוונה להתקשר בנישואין על מנת לזכות את בן-הזוג בזכות חזקה ושימוש בדירה ניתן לראות בנישואין תמורה והזכות עשויה לעלות כדי שכירות.

74. ע"א 8/59 גולדמן נ' גולדמן, פ"ד יג 1085, 1090-1091.

75. ראה סעיף 18 לחוק המקרקעין. האפשרות להפעיל עזרה עצמית קיימת, כנראה, רק סמוך לשעת הגזילה ואינה מתאפשרת כאשר התופס נמצא במקרקעין כדין עובר לרגע שבו החזקתו נהפכת לחזקה שלא כדין.

על סעיף זה ראה ויסמן, לעיל הערה 7, בע' 26; דיני הנוזיקין, תורת הנוזיקין הכללית (ג') טרסקי עורך, מהדורה שניה, ירושלים, תשל"ז) תוספת למהדורה שניה 893.

76. על החוק ועל אופיו הפרוצדורלי לכאורה (אינו שולל חבות רק מונע הגשמתה) ראה דיני הנוזיקין, שם בע' 880.

התדיינות בין בני-זוג, עדיפה משום כך על הפתרון הקודם במסגרת סוגית הרשיון, אשר יצר זכות נסתרת בנכס. על-פי הפתרון החדש מותאם כל תחום של הדין לתפקידו ולא מוטל על תחום אחד, זה של דיני הקנין, למלא תפקיד שלא נועד לו.

גג. המגמה הרצויה : זכויות מדור שוות לבני-הזוג

### 1. בדין האנגלי

במשפט המקובל האנגלי אין חובה על האשה לספק מדור לבעלה, על אף שהזכות והחובה לגור יחד מקנה לכל אחד מבני-הזוג זכות אישית לחזקה בבית המגורים<sup>77</sup>. ברם החקיקה הסדירה את זכויות בני-הזוג בדירת מגורים, על-פי עקרון השוויון ב-Matrimonial Homes Act, 1967. החוק קובע, כי לכל אחד מבני-הזוג הזכות שלא להיות מפונה מדירת המגורים או לקבל את החזקה בה. זכות זו תעמוד כלפי בן-הזוג האחר, שלו הזכויות הבלעדיות בדירה כזו. הזכות עשויה להיות מוגנת גם כלפי צדדים שלישיים, כאשר היא נרשמת בפנקס המקרקעין. בן-הזוג רשאי לרשמה כזכות שעבוד מכוח הוראות החוק (סעיף 2). שעבוד רשום כזה עדיף על כל אינטרס אשר נוצר אחריו, כאילו היה זכות שבישור. בדרך זו מוגנים צדדים שלישיים, בהיותם מודעים לקיומה של הזכות באמצעות הרישום, וגם בני-זוג, הרשאים ליצור זכויות מדור מעין קניניות בדירת המגורים<sup>78</sup>. הרישום הוא תנאי מוקדם לתקפות ההגנה כלפי צדדים שלישיים, למרות שבני-הזוג עשויים להירתע מרישום זכות זו מתוך חשש שאקט כזה עלול ליצור תחושת אי-אמון אצל בן-הזוג האחר. לבית המשפט שיקול דעת להוציא צווים, כפי שימצא לנכון, באופן סביר וצודק, תוך התיחסות להתנהגות בני-הזוג, לצורכיהם היחסיים, למקורותיהם הכספיים ולכל נסיבות המקרה (סעיף 1(3)). הזכות מכוח החוק פוקעת עם פקיעת הנישואין, מחמת מיתה או עקב גירושין, או מכוח צו של בית-המשפט. ענין לנו, איפוא, בזכות מטרימוניאלית<sup>79</sup> המוגנת בדרך מעין קנינית במהלך הנישואין<sup>80</sup>. בעת הגירושין מוסדרות הזכויות הרכושיות שבין בני-הזוג, על בסיס עקרון השוויון, על-פי שיקול דעתו של בית המשפט מכוח הוראות ה-Matrimonial Causes Act, 1973.

### 2. בהצעת חוק היחיד והמשפחה

בהצעת חוק היחיד והמשפחה משנת 1955<sup>81</sup> הוצעה (בסעיף 52(א) להצעה)

77. P.M. Bromley, *supra* note 15, at 475-476 וראה J.G. Miller, *supra* note 40, at 61, 80 לפיו אם הזכות בדירה היא בידי האשה יהיה הבעל זכאי במשפט המקובל, לשימוש מכוח חובת ה-cohabitation וזאת למרות שאין לו זכות למדור.
78. על אף הרישום אין זכותו של בן-הזוג עומדת כלפי הנאמן בפשיטת הרגל של בן-הזוג (סעיף 2(5)). החוק מעדיף את האינטרס של הנושים על פני האינטרס של בן-הזוג.
79. ראה O. Kahn-Freund, *supra* note 1, at 613.
80. על החוק ראה J.G. Miller, *supra* note 40, at 84 et seq.; A.K.R. Kiralfy "The English Law" in Kiralfy (editor), *Comparative Law of Matrimonial Property* (Leiden, 1972) 180, 189-190.
81. הוצאת משרד המשפטים (דצמבר 1955) ראה דברי ההסבר בע' 91.

הוראה דומה לזו של החוק האנגלי על־פיה "כל אחד מבני־הזוג רשאי לגור בדירה המשפחתית ולהשתמש במיטלטלי משק הבית". הדירה המשפחתית מוגדרת כ"דירה המשמשת לבני־הזוג דרך קבע למגורים".

### 3. זכויות המדור לאור חוק יחסי ממון בין בני־זוג, תשל"ג-1973

הוראת סעיף 52(א) להצעת חוק היחיד והמשפחה, הצועדת בעקבות עקרון השוויון תוך מתן משקל מיוחד לדירת המגורים של בני־הזוג, לא נכללה בחוק יחסי ממון בין בני־זוג. עקב כך נשאר החלל הריק, עליו הצבענו, בנוגע לזכות המדור של בעל בדירת אשתו. אין עוד שום בסיס וסיבה להפליית האשה הטובה ככל הנוגע לזכות המדור. העקרונות עליהם מבוסס חוק יחסי ממון בין בני־זוג יחד עם המשך שלטונו החלקי של הדין הדתי, ככל הנוגע לשמירת זכויות האשה במהלך הנישואין, מחד גיסא, ולהגבלת זכויות הבעל בנכסי אשתו, מאידך גיסא, הולידו הפליה בלתי רצויה, אשר אינה מתישבת עם העקרונות עליהם מבוסס המשפט הישראלי. יש להשוות את בני־הזוג גם בהקשר זה. במיוחד אמורים הדברים לאור העובדה שחקיקת חוק יחסי ממון בין בני־זוג הותירה את זכות המדור כאחת הזכויות היחידות הנוגעות לשימושם של אותם בני־הזוג שהחוק חל עליהם, האחד בנכסי האחר, במהלך חיי הנישואין<sup>82</sup>. נוצרה עתה דחיפות מיוחדת ומשנה חשיבות לשיבוץ הוראה דומה לזו שבהצעת חוק היחיד והמשפחה במסגרת המשפט הישראלי.

מן הראוי לציין, כי הצעת חוק היחיד והמשפחה קובעת את ההסדר באשר לדירת המגורים כהסדר קוגניטיבי, שאינו ניתן להתנאה. ההצעה מבקשת להחיל את ההסדר בכל המקרים, יהיו אשר יהיו יחסי הממון שבין בני־הזוג ויהיה אשר יהיה סוג הנכסים עליו נמנים הדירה או מיטלטליה. להסדר זה עוד שני מרכיבים (המפורטים בסעיפים 53 ו-54 להצעה) שיידונו בהמשך בהרחבה: האחד, הגבלת שליטתו העצמאית של בן־הזוג בעסקאות כלשהן בדירת המגורים ובמיטלטלי משק הבית. הגבלת השליטה מחייבת הסכמת שני בני־הזוג בקשר לעסקאות כאלה. והשני, הקניית סמכויות מיוחדות לבית המשפט להקצאת הדירה לאחד מבני־הזוג עם פקיעת הנישואין.

### ב. זכויות קניניות משותפות לבני־הזוג

כאשר בני הזוג הם בעלי זכויות משותפות בבית המגורים חלים על השיתוף ביניהם דיני הננין הרגילים. על־פי דינים אלה זכאים בני־הזוג לשימוש משותף בנכס כשחובה עליהם לשתף זה את זה בהחזקה. זה היה הדין לפני חוק המקרקעין<sup>83</sup> וזה הדין גם אחריו<sup>84</sup>. מכוחם של דינים אלה זכאים, איפוא, בני־הזוג למדור משותף.

82. עובדה זו הינה פריזו של סעיף 4 לחוק. על פרשנות הסעיף ראה להלן שער שלישי, חלק שלישי, פרק ראשון, סעיף (ה)52(א) במיוחד סמוך להערות 360-365 וכן להלן שער שלישי, חלק שלישי, פרק שני, סעיף (ג).

83. ע"א 64/65 עזבון משיח נ' משיח, פ"ד כ (1) 126, 138; ע"א 67/58 דורנברג נ' קובלר, פ"ע מ 68. ראה לעומת זאת ע"א 393/58 ברוינר נ' לברון, פ"ד יד 169.

84. סעיף 31(א)(1) לחוק. על סעיף זה ראה ע"א 592/76 זילנפרוינד נ' גרין, פ"ד לא (1) 813. כן ראה י' ויסמן "שיתוף בנכסים" קובץ ההרצאות בימי העיון לשופטים תשל"ה (בעריכת ש' שטרית).

חוק המקרקעין גם ייחד הוראה מיוחדת לנכסים הנמצאים בבעלות משותפת של בני-הזוג. סעיף 101 לחוק המקרקעין קובע זכות קדימה לבני-הזוג במקרה של מכירת מקרקעין כאלה (שהם משק חקלאי או בית עסק המתנהלים על-ידם כמשותף או דירה המשמשת למגוריהם) על ידי מי מהם.

ברם נוסף לדינים אלה תוכל האשה, גם במקרה זה, לממש את זכויותיה מכוח הוראות הדין הדתי. לדיני המשפחה השפעה על זכויות בני-הזוג גם במקרה של שיתוף קנייני.<sup>85</sup> הוראות השיתוף בחוק המקרקעין אינן מבטלות את ההלכות הנוגעות לזכויות אשה בנכסי הבעל. הלכות אלה, כולל זכות המדור של האשה, יוחלו גם על נכס משותף.<sup>86</sup>

אשר לפירוק השיתוף, לא נקבעו בחוק שום הוראות ספציפיות הנוגעות לבני-זוג. העקרון המנחה הינו, בדרך כלל, "להקל על הבאת יחס השיתוף לקצו"<sup>87</sup>. עקרון זה אינו משתנה כאשר מדובר על בני-זוג. בדונו בתביעה לפירוק שיתוף אין לבית המשפט כל שיקול דעת ודי בבקשתו של אחד השותפים כדי להקנות לו את הזכות לפירוק.<sup>88</sup> בקשות לפירוק שיתוף בין בני-זוג נדונו בפסיקה בהתאם לדינים הרגילים.<sup>89</sup>

גם בסוגיה זו נשמע קולם של דיני המשפחה. זכות המדור עשויה להשפיע על ההחלטות פירוק השיתוף באותה מידה שהיא משפיעה על הגבלת זכותו של הבעל לעשות עסקה בדירה המשמשת למגורי בני-הזוג.<sup>90</sup>

ירושלים, תשל"ז) 1, 10. ראה גם א' גולדנברג "שיתוף במקרקעין בחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969" עיוני משפט ג (תשל"ג) 104, 111. גם בדון האנגלי המצב דומה. הזכות שווה לשני בני-הזוג ואין זכות-ייחודית לאחד מהם, ראה J.G. Miller, *supra* note 40, at 60: *Cobb v. Cobb* [1955] 1 W.L.R. 731.

85. אנו עוסקים כאן רק במקרים של בעלות משותפת של בני-הזוג בדירת המגורים מכוח הוראות

הדינים הרגילים. אשר לזכויות משותפות בדירת המגורים או בנכסים משותפים מכוח הלכת השיתוף בנכסים יתכן ויחולו דינים ספציפיים אותם נפרט בשער השלישי כאשר נדון בהלכה זו.

86. כך, למשל, כל ההלכות הנוגעות לזכות האשה למנוע הכנסת צדדים שלישיים לדירה או להגבלת עסקאות כלשהן בדירה המשמשת למדור יחולו גם בהקשר זה. ראה לעיל הערות 13-17 והטקסט הסמוך להן.

87. י' ויסמן, לעיל הערה 7, בע' 50. ראה גם ע"א 319/74 רובינשטיין ושות' חברה קבלנית בע"מ נ' פיין, פ"ד ל (1) 454, 457.

88. ע"א 319/74, שם שם.

89. ע"א 288/71 מרדכי נ' מרדכי, פ"ד כו (1) 393; המ' 421/76 בר"יובא נ' בר"יובא, פ"ד לא (1) 263; ע"א 40/74 בן-אשר נ' בן-אשר, פ"ד כח (1) 671.

90. ראה לעיל הערה 16 והטקסט הסמוך לה. לאחרונה פסק בית המשפט המחוזי בתל-אביב בע"א 191/79 פרורמן נ' פרורמן, (טרם פורסם) כי בתביעה לפירוק שיתוף דינם של בני-זוג כדון זרים אפילו מדובר בדירה אשר שימשה או המשמשת עדיין למגוריהם. בכך דחה את ההלכה שנקבעה לפני כן על-ידי בית המשפט המחוזי בחיפה בע"א 112/75, לעיל הערה 16. על-פי הלכה זו מחייבת תביעה לפירוק שיתוף בדירת מגורים דיון מוקדם בבית הדין המוסמך. עם זאת מן הראוי להדגיש כי בית המשפט המחוזי בתל אביב לא התעלם מזכות האשה למדור. הוא קבע כי זכות זו באה על סיפוקה בנסיבות המקרה.

בהקשר זה אין להתעלם מסעיף 33 לחוק הגנת הדייר [נוסח משולב], תשל"ב-1972, המבטיח



מכוון אחר, עשוי בית הדין הרבני לעכב את סידור הגט בין בני-זוג יהודים עד אשר יוכח לו כי פירקו את השיתוף בדירת המגורים ובעסק משותף<sup>91</sup>. החוק להסדר התדיינות בין בני-זוג משתבץ גם הוא במסגרת זו. מכוחו ניתן לעכב, למעשה, את פירוק השיתוף מטעמים שבדיני משפחה. נראה לנו גם, שסעיף 101 לחוק המקרקעין עשוי להיות מוחל בסיטואציה של פירוק השיתוף, במקרה שלא ניתן לחלק את הנכס בעין, מאחר והוא דן בכל מקרה של העברה לאחר. בדין העברי קיימים כללים מיוחדים הנוגעים לאופן השימוש בדירת מגורים, הנמצאת בבעלותם המשותפת של בני-זוג או שזכות השכירות בגינה משותפת, במקרה של גירושין. כללים אלה נובעים מן ההלכה האוסרת על בני-זוג שנתגרשו להמשיך לדור יחד בדירה אחת ואף בחצר אחת<sup>92</sup>. כורח ההפרדה בין בני-זוג מחייב העדפת אחד מהם לענין זכות המגורים והשימוש בדירה לאחר הגירושין. ההלכה מעדיפה לענין זה דווקא את הבעל על פני אשתו ומעניקה לו את זכות השימוש בדירה: "היא נדחית מפניו ואין הוא נדחה מפניה"<sup>93</sup>. הלכה זו נסמכת על שיקולים חברתיים-כלכליים מטא-הלכתיים: "טלטולי דגברא קשין מדאיתתא"<sup>94</sup>. אחד המלומדים מסיק כי שינוי המציאות החברתית-כלכלית פותח פתח להסדר משתנה, המותנה בנסיבות המיוחדות של כל מקרה. תחת יישום נוקשה ואחיד של ההלכה גם במציאות ימינו אלה<sup>95</sup>, הלכות אלה של הדין העברי, המחייבות לדעתנו, את בני-הזוג היהודיים, יפות רק למקרה בו אין מי מבני-הזוג עותר לפירוק השיתוף, כאשר ענינן הסדר זכות השימוש והמגורים בלי לפגוע או לגרוע בזכויות הקנין הנוגעות לדירה<sup>96</sup>. אין הלכות אלה שוללות את זכותו של כל אחד מבני-הזוג לתבוע את פירוק השיתוף. על פירוק השיתוף יחולו כללי הדין הרגילים בסייגים שפורטו.

את זכות המגורים של בעלים משותף, שהחזיק בנכס עובר למכירתו, מחמת חלוקת הנכס. בטחון כללי זה מבטיח, כמובן, גם את בני-הזוג.

91. זאת באשר על-פי הדין העברי "מי שגירש את אשתו מן הנישואין לא תדור עמו בחצר שמא יבואו לידי זנות" (רמב"ם, הלכות איסורי ביאה, פרק כא הלכה כז; שו"ע, אבן העזר, הלכות גיטין, סימן קיט סעיף ז). על גישת בתי הדין הרבניים בישראל ראה תיק 791/תשל"ז, פד"ר י 209. ראה גם בפרק על סמכות השיפוט, שער שני, חלק שני.
92. ראה האסמכתאות לעיל בהערה 91.
93. כתובות כז ב-כח א; רמב"ם, הלכות איסורי ביאה, פרק כא הלכה כז; טור, אבן העזר, סימן ו; שו"ע, אבן העזר, סימן ו סעיף ז; סימן קיט סעיף יא; תיק 1503-4/תשי"ז, פד"ר ב 337, 342-344; ערעור תשי"ח/10, פד"ר ג 65, 69-70.
94. כתובות כז ב-כח א.
95. ראה ב' שרשבסקי, לעיל הערה 5, בע' 340. לביסוס עמדתו הוא נסמך על פסק הדין הרבני תיק 1/32/707, אוסף פסקי-דין של הרבנות הראשית לארץ ישראל (בעריכת ז' ורהפטיג) קנח, קסג (פיסקה ו). אולם ספק אם פסק הדין תומך בעמדה זו, שכן ענינו הוא בהבחנה בין ההלכה האמורה, שענינה הסדר השימוש בדירה, לבין שאלת זכויות הקנין בדירה, שאין בינה לבין הלכה זו דבר. לעומת זאת פורסמו פסקי-דין רבניים מתקופה מאוחרת יותר הנסמכים על ההלכה המקורית ונוהגים על-פיה. כך בתיק 1503-4/תשי"ז, פד"ר ב 337, 342-344; ערעור תשי"ח/10, פד"ר ג 65, 69-70.
96. ראה תיק 1/32/707, שם שם. מן הראוי לציין שעמדתנו בדבר תחולת ההלכה האמורה על בני-זוג

הדין האנגלי מוחיק לכת עוד יותר. השפעת דיני המשפחה על דיני הקנין היא מקיפה יותר. שיתוף בין בני-הזוג יוצר trust for sale מכוח החוק האנגלי<sup>97</sup>. במקרה כזה דרושה הסכמת שני בני-הזוג למכירה וכן לפירוק השיתוף או, לחלופין, התר מבית המשפט. השיקולים המנחים את הערכאה השיפוטית האנגלית נעוצים בתחום דיני המשפחה. כך, למשל, עשויה מידת השימוש שניתן לעשות בדירה למגוריהם של שני בני-הזוג להוות שיקול מכריע בשאלת מתן צו למניעת מכירת חלקו של בני-הזוג בדירה<sup>98</sup>. מאידך גיסא, יינתן הצו המבוקש משהגיעו הנישואין לקיצם, בפועל, אפילו לא ניתן עדיין צו משפטי להתרתם. הטעם לכך הוא סיכול מטרת השימוש בבית המגורים, מבחינתם של אותם בני-הזוג<sup>99</sup>. החובה המטרימוניאלית, חובת המדור, מהווה גורם מכריע בשיקול דעתו של בית המשפט האנגלי. שיקולים נוספים מאותו תחום הם התנהגות בני-הזוג ומצבם הכלכלי, כאשר בית המשפט האנגלי מתחשב בנסיבות המיוחדות של כל מקרה<sup>100</sup>.

אנו רואים, איפוא, גם כאן שדיני המשפחה מורכבים על דיני הקנין הרגילים כדי לשמור על האינטרסים של בני-הזוג במסגרת הרגילה של הדין. הסממנים המיוחדים של מערכת היחסים שבין בני-הזוג, כגון: זכות המדור, מביאים בפועל להסדר נפרד. דיני המשפחה משפיעים בהכרח גם על דיני הקנין, אך בלי לשנותם ובלי להביא לתוצאות שהן מעבר ליחסים הפנימיים שבין בני-הזוג.

### ג. הגבלות על עסקאות בבית המגורים

יחס המיוחד אל בית המגורים מוצא את ביטויו בשיטות משפטיות רבות, יהא אשר יהא המשטר הרכושי הקיים. גם במשטרים של הפרדת רכוש כללית או הפרדת נכסים במהלך הנישואין נמצא כי חיזוק האינטרסים המשותפים של בני-הזוג מתבטא בהטלת מגבלות על ניהול עצמאי ומוחלט של נכסי כל אחד מבני-הזוג במהלך הנישואין ובמיוחד על ניהולו של בית המגורים<sup>101</sup>. אלמנט השיתוף בחיים המטרימוניאליים בא לכלל מימוש בהתיחסות לאוביקט זה<sup>102</sup>.

אף במשטר הדוגל במניעת התערבות בניהול הענינים הכלכליים בתוך המשפחה יש להעניק לכל אחד מבני-הזוג מספר בטחונות. אחד הבטחונות המשמעותיים המוצעים הוא ההגבלות על עסקאות הנוגעות לבית המגורים<sup>103</sup>.

יהודיים אינה מתעלמת מחוק שיווי זכויות האשה, תשי"א-1951. לדעתנו, אין חוק זה משפיע על הלכה זו של הדין העברי באשר אין היא נוגעת לזכויות חפציות אלא לזכויות שימוש בלבד. ראה לעיל שער שלישי, חלק ראשון, פרק שני, סעיף (ג)(אא)(2).

- . 97 Law of Property Act, 1925.  
 . 98 *Jones v. Challenger* [1961] 1 Q.B. 176.  
 . 99 *Rawlings v. Rawlings* [1964] P. 398; *Re Solomon* [1967] Ch. 573.  
 . 100 J.G. Miller, *supra* note 40, at 77-82; J. Eekelaar, *supra* note 15, at 83-84. ראה  
 . 101 I.M. Pederson "Matrimonial Property Law in Denmark" 28 *M.L.R.* (1965) 137, 152.  
 . 102 W. Friedmann, *Matrimonial Property Law* (1955) 452; M.A. Glendon "Matrimonial  
 Property: A Comparative Study of Law and Social Change" 49 *Tul. L.R.* (1974-5) 21, 72.  
 . 103 *Studies on Family Property Law*, Law Reform Commission of Canada (1975) — T.J. Wuester & D.J. Payne, *Family Property Law: Proposals for Reform* 310.

ההגבלות המוטלות בחוקי המדינות השונות על עסקאות כאלה חורגות מעבר להתחשבות בזכות המדור של בני-הזוג<sup>104</sup>. בדינים הדני והשבדי, בהם קיים משטר של שותפות דחוויה לפקיעת הנישואין והפרדת רכוש במהלך הנישואין, מוטלות מגבלות על זכות הניהול של בני-הזוג בנוגע לרכוש נשוא השותפות. המגבלות על עסקאות הנוגעות לבית המגורים מוטלות, לעומת זאת, גם כאשר אין הוא נכלל בשותפות הצפויה. כל עסקה מותנית בהסכמתם של שני בני-הזוג<sup>105</sup>. גם כאשר הציע שר המשפטים השבדי את ביטול הצורך בהסכמת בני-הזוג לעסקאות מסוימות ברכוש השותפות הדחוויה הוא סייג הצעה זו בקביעה שרעיון השיתוף במהלך הנישואין חייב להיות מוגבל לבית המגורים בלבד<sup>106</sup>. בשיטת של שיתוף נכסים, בהן נמסר הניהול בעיקרו לידי הבעל, הוצבו סייגים בפני כוח הניהול האמור בכל הנוגע לעסקאות ברכוש המשותף וכיניהם בית המגורים. הדין הצרפתי, למשל, הסיר כל מגבלות על ניהול הרכוש הנפרד של כל אחד מבני-הזוג למעט בית המגורים, אפילו הוא נכלל בסוג זה של הרכוש. כל עסקה לגבי טעונה הסכמת שני בני-הזוג. הוראה זו הינה קוגנטית למרות אופיו הדיספוזיטיבי של ההסדר בדין זה<sup>107</sup>. בשיטות דומות, בהן הניהול הוא משותף — ובדומה לניהולה של שותפות מסחרית כל בן-זוג מחייב את הרכוש המשותף — עסקאות בבית המגורים הן היוצא מן הכלל והן טעונות הסכמת שניהם. זהו המצב בדין הסובייטי<sup>108</sup>. אנו נוכחים, איפוא, לדעת, שתהא אשר תהא השיטה הרכושית אשר נבחרה, עסקאות בבית המגורים הן היוצא מן הכלל, שלגביו נכללות הוראות מיוחדות. הוראות כאלה כלולות במסגרת רחבה יותר של מגבלות על עשיית עסקאות ברכוש המשותף או הצפוי לשיתוף או במסגרת נפרדת המיוחדת לאוביקט זה. ההגבלות על עסקאות הנוגעות לבית המגורים הן המכנה המשותף של רוב השיטות. במשפט הישראלי מוטלות מגבלות על עסקאות הבעל רק כאמצעים להבטחת זכות המדור של האשה וכמידה הדרושה להגשמת מטרה זו. על כך כבר הורחב הדבור במהלך הדיון הקודם.

מגבלות נוספות ניתן, אולי, לעגן בהוראות סעיף 11 לחוק יחסי ממון, אשר עליו ניחד את הדיבור בפרק נפרד. ההסדר בסעיף 11 מעניק לבית המשפט כוח להגביל את פעולות בן-הזוג הנתבע כאשר קיים חשש סביר כי פעולה שינקוט תסכל את זכותו של בן הזוג האחר על-פי הסכם ממון או על-פי הסדר איוון המשאבים מכוח החוק. הסדר זה לא

104. ההתחשבות בזכות המדור של בני-הזוג עשויה לגרור אחריה הטלת מגבלות על עסקאותיו של בן הזוג בבית המגורים, כפי שראינו לעיל. ההגבלות נשוא דיוננו בפרק זה חורגות מעבר לכך. כאמור.

105. על המצב בדין הדני ראה L.M. Pederson, *supra* note 101, at 140 ועל המצב בדין השבדי ראה H.S. Sussman "Spouses and their Property Under Swedish Law" 12 *Am. J. of Com. L.* (1963) 553, 560-561.

106. על הצעת הרפורמה של שר המשפטים השבדי, ראה 19 *Int. & Com. L.Q.* (1970) 164-165.

107. ראה סעיף 215 ל-C.C.: וראה על כך אצל Kiralfy, "The Modern French Law" in *supra* note 80, at 95.

108. ראה E.L. Johnson "Matrimonial Property in Soviet Law" 16 *Int. & Com. L.Q.* (1967) 1106, 1117.

יוחד דווקא לבית המגורים, אך יש להניח כי בקשר אליו יהיה בית המשפט נכון יותר להפעיל את כוחותיו ולהגביל את פעולות בן-הזוג הנתבע. גם סוג הנכס מהווה גורם בשיקול דעתו של בית-המשפט במסגרת סעיף 11 האמור.

גם הצעת חוק היחיד והמשפחה, בסעיף 53(ב) שבה<sup>109</sup>, קבעה כי כל עסקה בדירה המשפחתית ובמיטלטלי משק הבית טעונה הסכמת שני הצדדים. הוראה זו אמורה היתה להיות קוגנטית, במסגרת ההסדרים הדיספוזיטיביים הקבועים בהצעה, ולחול על כל הסדר, אשר ייבחר על-ידי הצדדים, למרות קיומן של הוראות נוגדות בהסדר כזה. הצעה זו קרובה לדין הצרפתי אשר פורט לעיל. ברם הוראה זו לא נקלטה במשפט המקומי כשם שלא נקלטו כל הוראות ההצעה הנוגעות לבית המגורים.

#### ד. הצעות לשיתוף בבית המגורים

בהסדרים שהובאו עד כה לא מוצה עדיין היחס המשפטי, שיש להעניק לייחודו של בית המגורים. שיטה של שיתוף נכסים מן הדין כוללת גם את בית המגורים. אך בשיטה של הפרדת נכסים או בשיטה של שותפות דחוויה לא זה המצב. לאחרונה נשמעים יותר קולות התובעים תרגום משפטי של המשקל הסגולי המיוחד של בית המגורים ויישום רעיון השיתוף שבנישואין לגביו גם בשיטות אלה. האפשרויות הקיימות והמוצעות לשם כך הן שלוש<sup>110</sup>:

א. לשמור על מסגרת המשטר הרכושי הקיים ולהקנות לבן-הזוג את הזכויות בבית המגורים רק עם פקיעת הנישואין, בין באמצעות הפעלת שיקול הדעת של בית המשפט, בין בדרך של חלוקה בעין ובין בדרך של איזון משאבים. זכויות בני-הזוג במהלך הנישואין תבואנה לידי ביטוי בהטלת מגבלות על עריכת עסקאות בנכס זה ובקיומה של חובת מדור הדדית.

ב. הענקת זכויות שוות לבני-הזוג בבית המגורים, עם הנישואין ומכוחם, כפוף להסדר דיספוזיטיבי לבחירתם. גישה זו תקנה בטחון לבני-הזוג במקרה של משבר בנישואין ותמנע התדיינויות מיותרות.

ג. קביעת חזקת שיתוף בבית המגורים, גם במהלך הנישואין, בכפוף לסתירתה של חזקה זו בנסיבות כל מקרה<sup>111</sup>.

אפשרות אחרונה זו תואמת, למעשה, את הלכת שיתוף הנכסים, כפי שהתפתחה בישראל ובאנגליה, שבה נעסוק בשער הבא. אפשרות כזו טומנת בחובה קשיים לא מועטים. קשיים אלה באים לביטוי בחוסר ההתאמה של דיני הקניין, בקשיי השימוש בהם למטרה האמורה, במידה הרבה של חוסר הוודאות ביישומה ובהחלטה של הלכה זו — דבר העלול לגרום התדיינויות רבות — בהחלטות השרירותיות המלוות אותה, בהיעדר קניימדה מנחים ובאי-הבהירות הנוצרת כתוצאה ממנה בכל הנוגע לזכויותיהם של צדדים שלישיים. התביעה להעמקת השיתוף בבית המגורים, בכל שיטה של הסדר רכושי, נובעת מן ההכרה שההסדר הקיים בשיטות רבות אינו משקף את מציאות החיים

109. ראה לעיל הערה 81.

110. על האפשרויות השונות ראה T.J. Wuester, *supra* note 103, at 310-318 וכן *The Law Commission (England), Working Paper No. 42, Family Property Law* 0.26—0.29.

111. זה המצב במדינת ויקטוריה באוסטרליה, ראה T.J. Wuester, *supra* note 103, at 312.

בין בני-זוג ואינו נותן לה ביטוי משפטי הולם. כל הסדר הנופל משיתוף בפועל במהלך הנישואין, אינו מקנה, על-פי דעה זו, בטחון לבן-הזוג הנחשב כחסר זכויות רכושיות, דהיינו לאשה. ההנחה היא גם ששיתוף בבית המגורים תואם את הציפיות של רוב הזוגות.

ואכן באנגליה המליצה ועדת הרפורמה לאמץ את האפשרות השניה<sup>112</sup>, ולאחרונה הוצע להגשים את ההמלצה ואף נוסחה הצעת חוק מפורטת המסדירה זאת<sup>113, 114</sup>. בקנדה הציעו מלומדים את האפשרות השלישית<sup>115</sup> ואילו באונטריו הומלצה דרך ביניים המבקשת לשבץ את האפשרות הראשונה במשטר הרכושי המוצע<sup>116</sup>.

### ה. הצעה לשינוי במשפט הישראלי

העדפת זכות המדור והיחס המיוחד אל בית המגורים מוצאים את ביטויים בכללים ובהוראות שהוצגו כבר במהלך הדיון הקודם. גם שיקולים רכושיים (קנייניים) וגם שיקולים של שמירה על חופש הפרט ועל חופש העשייה בקנינים, חייבים לכופף את ראשם בפני שיקולים מטרימוניאליים<sup>117</sup>, תוך שמירת זכויותיהם של צדדים שלישיים. גם בדין האנגלי, שבו שרר במשך תקופה ארוכה משטר של הפרדת רכוש בין בני-זוג, היה המדור תחום שמעבר למשטר כזה והוסדר באופן ספציפי, בדומה לענינים נוספים המיוחדים לבני-זוג<sup>118</sup>.

כאשר אנו באים לברר אם הדין הישראלי הקיים עונה על הצרכים החברתיים במציאות הקיימת ולכזר את הפתרון הרצוי, מן הראוי לקחת בחשבון את כל השיקולים הרלבנטיים. לא רק לגבי מערכת הפתרונות הנתונה, אלא באספקלריה של השיטה הרכושית, אשר נבחרה על-ידי המחוקק הישראלי. יש להתגבר על הפיתוי המזמין אימוץ סכמטי של פתרון מסויים אשר ייתכן ונולד על רקע משפטי ותרבותי אחר. על ליקויי של ההסדר הישראלי הקיים כבר הרחבנו את הדיבור. נוכחנו לדעת כי הרכדים השונים, מהם מורכב המשפט בישראל, יצרו מצב בו ההסדר הכללי לגבי בית המגורים, במסגרת

112. ראה *The Law Commission (No. 52) (England), Family Law, First Report on Family Property: A New Approach* 8-10.

113. *The Law Commission (No. 86) (England), Family Law, Third Report on Family Property: The Matrimonial Home (Co-ownership and Occupation Rights) and Household Goods* (London, 1978).

114. בקורת על ההצעה ראה: A.A.S. Zuckerman "Ownership of the Matrimonial Home — Common Sense and Reformist Nonsense" 94 L.Q.R. (1978) 26.

115. T.J. Wuester, *supra* note 103, at 313.

116. *Ontario Law Reform Commission, Report on Family Law, Part IV: Family Property Law* (Toronto, 1974); T.J. Wuester, *supra* note 103, at 310.

117. ראה O. Kahn-Freund "Matrimonial Property — Some Recent Developments" 22 M.L.R. 241, 258 (1959). המאמר נכתב בתקופה בה זכויות המדור הקנו זכויות קניניות בדין האנגלי. למרות שינויה של הפסיקה, נראה כי הגישה העקרונית נכונה, וכי יש לקבל את העקרונות המבוטאים על-ידו, והחוק החרוט האנגלי יוכיח.

118. O. Kahn-Freund, *supra* note 1, at 609.

השיטה כולה, אינו מתישב לא עם עקרונות הדין הדתי ולא עם עקרונות המשפט הישראלי.

ראשית, מן הראוי להכיר במכנה המשותף של השיטות המשפטיות ולקבוע כי בית המגורים הינו נכס הטעון הסדר ספציפי. יש גם להפריד בין זכויות השימוש וההנאה בבית המגורים לבין הזכויות הקניניות בו.

לגבי זכויות השימוש וההנאה והמגבלות על העשייה הקנינית בבית המגורים, ניתן לאמץ את פתרונו של המחוקק האנגלי ב-Matrimonial Homes Act, 1967<sup>119</sup> בתיקון אחד. יש להטיל את רישום הזכות בפנקס המקרקעין כחובה מכוח החוק מיד בעת הנישואין או עם רכישת הנכס<sup>120</sup>. עלידי כך נשמרת זכותם של בני-הזוג ומוטלות הגבלות על עסקאות הנוגעות לבית המגורים בכפוף לשיקול דעתו של בית המשפט. פתרון זה יקנה זכויות לשני בני-הזוג כבר במהלך הנישואין והוא עולה בקנה אחד עם סעיף 52 להצעת חוק היחיד והמשפחה. מאידך גיסא, אין בו כדי לפגוע בצדדים שלישיים, אף כי זכותו של בן-הזוג מוגנת גם כלפיהם<sup>121</sup>. אשר לנושאים, העדיף הדין האנגלי להבטיח את הגנתם על הגנת בן-הזוג. ענין זה טעון בירור מיוחד ונפרד, שלא נוכל לעורכו במסגרת זו.

חסרונה העיקרי של שיטת השותפות הדחויה, שהוא התעלמות מצורכייהם המיוחדים של בני-הזוג ומהשתוף ביניהם במהלך הנישואין, יצטמצם במשהו עלידי כך. שיקול הדעת של בית המשפט למתן צווים בכל עת במהלך הנישואין יבטיח גמישות מירבית והתחשבות בכל השיקולים הרלבנטיים בעוד הזכות היסודית קבועה וברורה. אשר לזכויות הקניניות בבית המגורים.

בדין האנגלי הוצע להרכיב שיתוף קניני בבית המגורים. במהלך הנישואין, על שיטת שיקול הדעת השיפוטי, עם פקיעת הנישואין, כדי להעניק בטחון-מה לבן-הזוג. בישראל מקנה הוראת סעיף 11 לחוק יחסי ממון בין בני-זוג בטחון מסויים לכל אחד מבני-הזוג. לנוכח עובדה זו ולרקע הבטחונות המיוחדים הנוספים המוצעים על-ידינו במהלך חיי הנישואין נשאלת השאלה אם מן הראוי לסטות מן ההסדר הכללי שבחוק יחסי ממון בין בני-זוג לגבי בית-המגורים. תשובתנו לכך היא שלילית.

המחוקק הישראלי ביקש להימנע מאימוצה של חזקת השיתוף או של שותפות מן הדין במהלך חיי הנישואין מכמה טעמים. בעיקר, עקב המגבלות ששיטה זו מטילה על חופש הקנינים של כל אחד מבני-הזוג, ההכבדה שהיא מביאה בעקבותיה על עסקאות

119. על עיקרי החוק האנגלי ראה לעיל הערות 77-80 והטקסט הסמוך להן.

120. הטלת חובה כזו עשויה לצמצם במדה ניכרת את ההתלבטות של בן-הזוג הזכאי. העלולה לסכל את המטרה אליה חותר המחוקק. אם יתבע מרישום כאמור עלול בן-הזוג האחר לראות בכך מעין הבעת אי-אמון כלפיו; ואם יימנע מרישום כזה לא תהיה זכותו מוגנת כלפי צדדים שלישיים. במסגרת דיני המשפחה יש לבחון גם שיקולים פסיכולוגיים כאלה ולקבוע את הוראות הדין תוך התחשבות בהם. כאן בחרנו בדרך של הטלת חובה מן הדין כדי להגיע לתוצאה אליה שואף המחוקק ועם זאת להימנע מפגיעה בריקמת היחסים העדינה שבין בני-הזוג.

121. הצעה זו באה להוסיף על הוראת סעיף 11 לחוק יחסי ממון בין בני-זוג, תשל"ג-1973 בכל הנוגע לבית המגורים. יתרונה הוא, שהגנת בן-הזוג אינה מושגת רק מלכתחילה, כבמסגרת ההסדר בסעיף האמור, אלא גם בדיעבד, שהרי בן-הזוג מוגן גם כלפי צדדים שלישיים.

עם צדדים שלישיים והחשש ליצירת זכויות נסתרות בנכסים. אל לנו לסגת מגישה זו לגבי בית-המגורים<sup>122</sup>. אין לשכוח גם שהחלת שותפות מן הדין על בית מגורים, שנרכש על-ידי אחד מבני-הזוג לפני הנישואין ולא הושג במאמץ משותף, אינה תואמת את גישתו של המחוקק. נכסים מסוג זה הוצאו מכלל האיזון שבחוק, כדי למנוע אי-צדק. הצעה אפשרית אחרת היא הפעלה מוגבלת של שיטת שיקול הדעת השיפוטי לגבי בית המגורים בלבד, עם פקיעת הנישואין, לעומת הסדר כללי של איזון משאבים. לגבי שאר הרכוש. הצעה זו אין בה, לדעתנו, כל הצדקה עניינית. בעת פקיעת הנישואין יש להניח את כל הרכוש להסדר איזון המשאבים, המבטיח את זכויותיהם של בני-הזוג מכוח עקרון השוויון, או להסדר אחר, אשר נבחר על-ידם. חופש החוזים של בני-הזוג, בהסדרים שביניהם, די בו כדי להבטיח הסדר נפרד לגבי בית המגורים אם אלה יחפצו בו. המחוקק הישראלי לא ייחד הסדר נפרד הנוגע לשאלת חלוקת הדירה המשפחתית עם פקיעת הנישואין. בסוגיה זו יש להפריד בין מקרה, אשר בו הדירה הינה בבעלותו של אחד מבני-הזוג בלבד, לגבי ניתן להסתפק בדיני הקניין ובהסדר איזון המשאבים, לכין מקרה בו הדירה נמצאת בבעלותם המשותפת של בני-הזוג. במקרה האחרון לא יעמדו לרשות בני-הזוג, בעת פקיעת הנישואין, הבטחונות, שנסקרו בפרקים הקודמים ואשר נתייחדו למהלך חיי הנישואין. יש, אפוא, צורך בקביעת הסדר ספציפי למקרה זה. אפשרות שמן הראוי לחשוב עליה היא ברוח ההסדר, אשר נקבע בסעיף 54 להצעת חוק היחיד והמשפחה. על-פי הסדר זה מוקנה שיקול דעת לבית המשפט הרשאי להכריע — בהיעדר הסכם בין בני-הזוג — בידי מי תישאר הדירה, בכפוף לפיצויו של בני-הזוג האחר ובשים לב לזכויותיהם על-פי יחסי הממון שביניהם. על הסדר כזה ליצור חריג לפרק שענינו פירוק השיתוף במקרקעין בחוק המקרקעין. להגביל את הזכות לפירוק השיתוף בדירת המגורים של בני-הזוג כמהלך הנישואין ולהניח את שאלת עיתוי הפירוק, אופנו ותנאיו לשיקול דעתו של בית-דין או בית המשפט. בהיעדר הסכמה בין בני-הזוג, יש להקנות לערכאות שיפוטיות אלה גם סמכות לקבוע הסדר ביניים בשאלת זכות השימוש בדירה ואופניה בהתאם לנסיבות כל מקרה ומקרה.

לסיכום: ההצעות בדבר שיתוף בבית המגורים, אשר הועלו באנגליה ובקנדה, יוצאות מנקודת מוצא אחרת מזו של המשפט הישראלי באשר למשטר הרכושי הכללי, החל על בני-הזוג, בין שהוא משטר של הפרדה ובין שהוא משטר של שיקול דעת שיפוטי בעת פקיעת הנישואין. הרקע המשפטי בישראל שונה מזה של שיטות משפט אלו. מכאן גם שעל המסקנה להיות אחרת. בדין האנגלי יש הצדקה להוציא את בית המגורים מן הכלל ולהבטיח לו הסדר רכושי נפרד. איננו מוצאים מקום להסדר רכושי קנייני, נפרד לגבי בית המגורים בשיטת הסדר איזון המשאבים שנבחרה על-ידי המחוקק הישראלי. בכך קרובים אנו לאפשרות הראשונה, אשר הוצגה בפסקה הרביעית ולגישת שנקטה ועדת הרפורמה באונטריו.

ייתכן שההסדר הישראלי בכללותו מחייב תיקונים ושינויים (ובכך נעסוק עוד

122. חוות הדעת של ועדת הרפורמה האנגלית, *supra* note 112, at 4-6. סוקרת את המצב המשפטי הקיים לגבי שיתוף נכסים בבית המגורים, לאור ההלכות האחרונות בבית הלורדים, מביעה חוסר שביעות רצון מן המצב המשפטי שנוצר וצורך במציאת פתרון חדש. המצב המשפטי בישראל, לאחד חוק יחסי ממון בין בני-הזוג, הוא אחר, כפי שציינו.

במקום אחר). ברם תיקונים כאלה הם כלליים וכוחם יהיה יפה לגבי כל סוגי הנכסים הנכללים באיזון. במידה שההסדר המקומי טעון רביזיה הריהו כללית. הצעתנו מתרכזת, איפוא, בתיקון הליקויים הנוגעים להבטחת המדור ולהגנתו בשיטת המשפט הישראלית ולא בהסדר רכושי, קניני, כללי, נפרד לבית המגורים. כבר לפני זמן רב קבע פרופ' ג' טדסקי כי "החסרונות המצויים בדיני הנישואין הנוהגים במדינת ישראל לא יסולקו על-ידי תיקונים 'מבית' כלומר על-ידי תיקונים שהמשפט הדתי לסוגיו יתקין וינהיג בהשפעת המדינה הישראלית"<sup>123</sup>. המחוקק אימץ גישה זו בחוקקו שורה של חיקוקים ישראלים טריטוריאליים ולאחרונה את חוק יחסי ממון בין בני-זוג. בסוגיה נשוא דיוננו נעצר המחוקק במחצית הדרך. מתוך נאמנות לשיטתו עליו להשלים את החסר, אשר נוצר כתוצאה מהרכבת שני הרבדים של המשפט הישראלי זה על גבי זה.

123. ג' טדסקי "על בעית הנישואין במדינת ישראל" בספר מחקרים במשפטנו הפרטי (ירושלים, תשי"ט) 206.



## פרק שני

### יחסי שליחות בין בני-זוג

מבוא

מערכת היחסים בין בני-זוג מובילה אל נושא העשוי להשפיע בדרכים רבות ושוונות על היחסים הרכושיים בינם לבין עצמם ובינם לבין צדדים שלישיים. כוונתנו ליחסי השליחות הנוצרים בין בני-זוג. יחסי שליחות כאלה עשויים לנבוע ממספר מקורות משפטיים: מדין המזונות, מדיני הנישואין ואף מדיני השליחות הכלליים. נחלק את יחסי השליחות בין בני-זוג לשני סוגים עיקריים. הסוג האחד, כסעד נלווה וכאמצעי להבטחת זכויות קיימות של בני-הזוג; זו השליחות במובן הצר. הסוג השני, עומד בפני עצמו ונובע מהסיטואציה המיוחדת של קיום שיתוף דה-פקטו ביחסים ביניהם; זו השליחות במובן הרחב.

עם הסוג האחד, השליחות במובן הצר, נמנים:

1. העקרון של "לוותה ואכלה", על פיו יכולה אשה לחייב את בעלה כאשר היא לווה כסף למזונותיה.
  2. רכישת מצרכים חיוניים והחזקת משק הבית. במקרה כזה עשויה האשה לחייב את בעלה, כלפי צד שלישי, לשאת בתשלומים הנוגעים לסיפוק צורכי המשפחה. בהמשך נמצא כי בדין העברי אין קטגוריה נפרדת מסוג זה.
- בסוג השני, השליחות במובן הרחב, עשויים להכלל:
1. העקרון של "אשה הנושאת ונותנת בתוך הבית".
  2. שליחות מכוח התנהגות בהתאם לסעיף 3(א) לחוק השליחות, תשכ"ה-1965

#### א. יחסי שליחות בין בני-זוג במובן הצר

##### א. הלכת "לוותה ואכלה"

הלכת "לוותה ואכלה" נובעת מחובת הבעל לזון את אשתו, על-פי הדין העברי, ומהיעדר חובה קורלטיבית על האשה. כאשר האחריות לסיפוק צורכי משק הבית מוטלת על הבעל לבדו ואילו ניהול משק הבית בפועל נעשה על-ידי האשה יש צורך במציאת פתרון מעשי, אשר יאפשר לאשה ליהנות מזכויותיה, מצד אחד, ולא יפגע בבעל מעבר לנדרש מכוח חיוביו, מצד שני. הלכת "לוותה ואכלה" היא פתרון מסוג זה. הלכה זו נכללת בגדר דיני המזונות וכחלק מהם ולא בגדר דיני השליחות. כאשר

עוזב הבעל את האשה ומניחה ללא אמצעים למחיתה היא רשאית ללוות כספים למטרה זו ולחייב למעשה את הבעל בהוצאות אלו.<sup>1</sup> כאשר הבעל נמצא חייבת האשה לפנות לבית הדין על מנת לתבוע את המגיע ממנו, רק אם הוא נעדר היא רשאית ללוות מאחרים ולחייבו בהחזר ההלוואה. מגבלות שונות מוטלות על אפשרות זו, אולם לא נעמוד כאן על פרטי הדינים הקשורים לסוגית המזונות.<sup>2</sup> לצורך ענייננו די אם נאמר, כי, בדרך כלל, אחריותו של הבעל היא כלפי האשה וזו תובעת את בעלה. אולם כאשר האשה לא נמצאת רשאי המלווה לתבוע ישירות את הבעל.<sup>3</sup> אפשרות זו מעוגנת בדין הכללי של "שעבודא דרבי נתן" המצוי בדיני החיובים הכלליים של הדין העברי ברם הותאם גם לסיטואציה זו.<sup>4</sup>

הואיל וסוגית "לוותה ואכלה" הינה חלק מדיני המזונות, עליהם חל הדין העברי, יחול אותו דין גם עליה. מקורה של ההלכה, בדיני החיובים הכלליים של הדין העברי, אין בו כדי לשנות תוצאה זו הואיל והיא "נקלטה" במסגרת דיני המשפחה של דין זה והותאמה אליה. עמדתנו, אשר נדונה כבר במקום אחר, היא כי הלכה אשר הותאמה למסגרת המיוחדת של היחסים בין בני-זוג, היא מקורה בדין הדתי אשר יהא, מחייבת במסגרת ההוראות של אותו דין, אם הוא חל במשפט הישראלי הנוהג.<sup>5</sup> במקום אחר גם ראינו כי למרות שהסוגיה נשוא דיוננו ענינה ביחסים בין בני-זוג לצדדים שלישיים, יחולו, במקרה זה, ההלכות שבדין הדתי גם על יחסים אלה.<sup>6</sup>

## בב. רכישת מצרכים חיוניים והחזקת משק הבית

### 1. הדין העברי

בדין העברי לא קיימת קטגוריה עצמאית מיוחדת, הנוגעת לחיוב הבעל בענינים הקשורים לסיפוק צורכי המשפחה, בדומה לשיטות משפטיות אחרות, שנפרט בהמשך. חיוב זה נגזר, בדרך כלל, גם הוא מחובת הבעל לספק לאשה את מזונותיה ומאחריותו לסיפוק צורכי משק הבית. הבסיס המשפטי של חיוב כזה בדין העברי איננו עצמאי. הוא ישתבץ או במסגרת הכלל המצומצם של "לוותה ואכלה" או במסגרת העקרון הרחב יותר של "אשה הנושאת ונותנת בתוך הבית"<sup>7</sup> ובמשפט הישראלי גם במסגרת חוק השליחות. דיני השליחות הכלליים של הדין העברי אינם מחייבים ככאלה במשפט הישראלי. אין להסתפק בכך שהענין מתעורר במסגרת היחסים בין בני-זוג כדי להקנות למכלול דינים אלה תוקף מחייב במשפט הנוהג. כך לגבי זכויות קניניות בנכסים, בגדר דיני הקנין

1. כתובות קז ב; רמב"ם, הלכות אישות, פרק יב הלכה יט; שו"ע, אבן העזר, סימן ע סעיף ח.
2. ראה המקורות לעיל הערה 1. על פרטי הדינים ראה ב' שרשבסקי, דיני משפחה (הוצאה שניה, ירושלים, תשכ"ז) 131 ואילך; א' ורהפטיג "אחריות בעל לחובות אשתו" שנתון המשפט העברי ב (תשל"ה) 258, 267 – 268.
3. ראה הגהת הרמ"א על שו"ע, אבן העזר, סימן ע סעיף ח. ראה גם ע"א 87/49 לוינ' נ' לוינ', פ"ד ה 921, 939.
4. כתובות יט א; שו"ע, חושן משפט, סימן פו סעיפים א"ב. ברם על-פי הר"ן כתובות קז ב, רואים את האשה גם כשליחת הבעל וגם כחייבת עצמאית. ראה א' ורהפטיג, לעיל הערה 2, בע' 286.
5. ראה לעיל שער שני, חלק ראשון, פרק ראשון, סעיף (ד) הערה 19 והטקסט הסמוך לה.
6. ראה לעיל שער שלישי, חלק ראשון, פרק שלישי, סעיף (ב)(ג)(1) הערה 25 והטקסט הסמוך לה.
7. ברם ראה שרשבסקי, לעיל הערה 2, בע' 213 המפנה אל כנסת הגדולה לטור, חושן משפט, סימן סב.

הכלליים של הדין הדתי שלא נתיחדו ככאלה לבני-זוג, וכך גם בסוגיית דיני השליחות. בשיטות משפטיות אחדות בעולם מוכרת זכותה של האשה "למשכן את אשראי הבעל". הזכות מותנית, לפי תפישתנו, במידת האחריות המוטלת על הבעל לסיפוק צורכי משק הבית.

## 2. הדין האנגלי

במשפט המקובל האנגלי היו מוכרים, בעבר, שני מקורות משפטיים לחיוב הבעל בגין רכישת מצרכים חיוניים על-ידי האשה. המקור הראשון ענינו באחריות הנוצרת מכוח הדין (by operation of law) והיא הנציגות מכוח הדין. במסגרת זאת יכולה היתה אשה, אשר חיתה בנפרד מבעלה, לחייבו בגין רכישת מצרכים חיוניים, בדרך של שליחות מכוח הכרח (agency of necessity). שליחות כזו נוצרה גם בלי הסכמת הבעל ואף בניגוד לה. שליחות זו מקורה בדיני המזונות והיא מקבילה להלכת "לוותה ואכלה" שבדין העברי. היא בוטלה לאחרונה בסעיף 41 ל-Matrimonial Proceedings and Property Act, 1970.<sup>8</sup> הביטול לא פגע במקור האחר, זה של שליחות מכללא, המוכר גם כיום במשפט המקובל האנגלי. עיקרו של דין זה מעוגן בסמכותה של אשה לחייב את בעלה המוסקת מן החיים המשותפים ומניהול משק הבית על-ידה. בהתקיים תנאים אלה מוחזקת האשה כבעלת סמכות מכללא לפעול בשם הבעל ומטעמו לצורך מוגבל של רכישת צורכי משק הבית וההוצאות החיוניות. סמכות זו אינה נובעת מעובדת הנישואין כשלעצמה. בניגוד ליחסים בין שותפים במסגרת דיני השותפות אין יחסי הנישואין יוצרים סמכות נחזית. הסמכות נובעת מתפקידה של האשה כעקרת בית, ממנו ניתן להסיק שהבעל מציג אותה כשלוחתו למטרות מסוימות. זוהי חזקה שבעובדה הניתנת לסתירה והמבוססת על צירוף עובדות של מגורים משותפים ושל חיים משותפים. אם יאסור הבעל במפורש על "מישכון האשראי" שלו או אם יוכחו נסיבות מהן ניתן יהיה להסיק על סתירת חזקה עובדתית זו תבטל שליחות מכללא זו.<sup>9</sup> מעמד הנישואין אינו דרישה חיונית ליצירת סוג זה של שליחות. די בקיומן של נסיבות מהן עשוי להשתמע כלפי החברה הסובבת כי גבר ואשה מסוימים הם בני-זוג לכל דבר כדי ליצור חזקה

8. הוראת סעיף 41 בוטלה בסעיף 1(54) ל-Matrimonial Causes Act, 1973 והתוספת השלישית לחוק זה בשל ההוראות המיוחדות שנקבעו באופן ספציפי על-ידי החיקוק האמור. הביטול נובע מכך שהלכה זו הייתה מיוסדת על פגם בכשרותה המשפטית של האשה, אשר בא על תיקונו.

9. ראה 105—106 J.G. Miller, *Family Property and Financial Provision* (London, 1974).

על תחומה המוגבל של חזקת השליחות לצורך רכישת צורכי משק הבית באנגליה ראה: G.H.L. Fridman, *The Law of Agency* (London, 4th ed., 1976) 80-82 (במהדורה הקודמת ע' 118-117) וכן ראה אצל R. Powell, *The Law of Agency* (London, 2nd ed., 1961) 400 (בהדורה הקודמת ע' 147).

המדגיש במפורש כי הנישואין כשלעצמם אינם יוצרים יחסי שליחות בין בני-זוג. כן ראה: Restatement, Second, Agency (1958) § 22 p. 94 בהערה b נאמר: לא לבעל ולא לאשה סמכות לפעול כשלוחו של האחר מכוח יחסי הנישואין. במסגרת חזקת השליחות לצורך רכישת צורכי משק הבית נכללות רכישות לצורכי מזון, ביגוד, כלי-בית, ריהוט בסיסי וכן הסכמים לעזרה בבית, לתיקונים ולחינוך הילדים. ראה, בענין זה, P.M. Bromley, *Family Law* (London, 5th ed., 1976) 147.

עובדתית כזו<sup>10</sup>. לא הנישואין כשלעצמם יוצרים את השליחות אלא מצב עובדתי הקובע חזקה שבעובדה. החיוב העקרוני המוטל על בן-הזוג לזון את בת-זוגו או חיוב נחזה (דהיינו מראית עין של חיוב כזה) מניחים בסיס עובדתי ליצירת השליחות. מבחינה זו אין הבדל אם הגבר והאשה הם בני-זוג או נחזים ככאלה על-ידי צדדים שלישיים. גם שליחות מכללא זו, הגם שהיא נעוצה בדיני השליחות הכלליים שבדין האנגלי, מקורה, לדעתנו, בחיוב העקרוני לתשלום מזונות המוטל על הבעל. קיימת אמנם אי-בהירות בדין האנגלי בדבר יסודה המשפטי של חזקה עובדתית זו. האם זו שליחות רגילה או שמא שליחות נחזית. האם קמה חזקה עובדתית רגילה או שמא חזקה שבדין המושתתת על יסודות עובדתיים והמקרכת, מבחינה זו, את השליחות לנציגות מכוח הדין<sup>11</sup>. יתכן כי הדין האנגלי יצר בפועל מצב ביניים בין שני אלה.

### 3. הדין הגרמני

בשיטות משפטיות אחרות הבסיס המשפטי ברור יותר. בשיטות אלה, אותן נסקור להלן, מוקנית בחיקוק ספציפי נציגות מכוח דין, מיוחדת למערכת היחסים בין בני-זוג, קורלטיבית לאחריות המוטלת על בן-הזוג לסיפוק צורכי משק הבית ומופקעת מגדר דיני השליחות הכלליים.

הדין הגרמני הקנה לאשה נציגות מכוח הדין — ייפוי כוח סטטוטורי — לפעול בשם הבעל ולחייבו בעסקאות הנוגעות לתחומי הנהלת משק הבית. הוראה זו, אשר נקבעה בסעיף 1357 ל-B.G.B. נקראה בשם Schlüsselgewalt<sup>12</sup>. במקרים אשר נדונו בפסיקה הגרמנית התעוררו קשיים בתיחום היקף זכותה של האשה, דהיינו: בפרשנות המונח "פעילות הנוגעת למשק הבית". למרות המבחנים אשר נקבעו שררה מידה רבה של אי-ודאות<sup>13</sup>. כאשר הבעל איננו סולבנטי מצטרפת אחריות אישית של האשה לאחריות הבעל. הבעל רשאי היה להגביל כוח זה של האשה, אך הגבלה בלתי סבירה ניתנה לביטול באמצעות בית המשפט. הגבלת ייפוי כוח זה מכוח הסכמת הצדדים היתה טעונה רישום על מנת שתחייב צדדים שלישיים. אך די היה בידיעה למעשה של ההגבלה כדי לפטור את הבעל מאחריות כלפי האשה וכלפי הצד השלישי<sup>14</sup>. דינים אלה נבעו מאחריותה של האשה לניהול משק הבית<sup>15</sup> ומאחריותו המקבילה של הבעל לסיפוק צורכי משק הבית<sup>16</sup>.

10. ראה G.H.L. Fridman, *ibid* at 84.

11. ראה R. Powell, *supra* note 9, at 400; G.H.L. Fridman, *ibid* at 80-82, 120-121.

12. ראה E.D. Graue "German Law" in *Comparative Law of Matrimonial Property* (A. Kiralfy, editor, Leiden, 1972) 114, 154-155.

13. הפסיקה קבעה כי לא אופי ההוצאה הוא הקובע, אלא היחס בין הסכומים בהם חייבה האשה את הבעל לבין מצבו הכלכלי והחברתי. היקף האחריות של הבעל נקבע בהתאם לנסיבות המיוחדות של כל מקרה. מכל מקום עסקאות אשראי ארוכות טווח, חכירה וביטוח חיים אינם נכללים, כנראה, בתחום הפעולות הנוגעות למשק הבית. ראה E.D. Graue, *supra* note 12, at 156.

14. סעיף 1412 ל-B.G.B.

15. סעיף 1356(1) ל-B.G.B.

16. סעיף 1360a ל-B.G.B.

לאחרונה נערכה רפורמה בדיני המשפחה של הדין הגרמני<sup>17</sup>. במרכז עומד העקרון כי בני-הזוג מנהלים את משק הבית באחריות הדדית. כל הסעיפים וההוראות אשר פורטו לעיל בוטלו ובמקומם הוטלה אחריות משותפת על בני-הזוג, על בסיס של שוויון מלא. לניהול משק הבית ולאספקת צורכי המשפחה<sup>18</sup>. מאחריות הדדית זו נגזרת גם, תוך אנלוגיה מסויימת לדיני השותפות, שליחות הדדית מכוח הדין. כל בן-זוג רשאי לחייב את השני בעסקאות סבירות הנוגעות להוצאות החיוניות השוטפות (צורכי החיים) של המשפחה. אחריות הצדדים היא יחד ולחוד<sup>19</sup>, אלא אם כן ניתן להסיק תוצאות אחרות כלשהן מן הנסיבות. גם במסגרת החוק המתוקן רשאים הצדדים להגביל את אחריותם על-ידי הוראות המגבילות את כוחו של אחד מבני-הזוג לחייב את האחר. ברם הגבלה בלתי סבירה וללא סיבה מספקת ניתנת לביטול על-ידי בית המשפט.

#### 4. דינים אחרים

גם במדינות אחרות, כגון: שבדיה<sup>20</sup>, צרפת<sup>21</sup>, קויבק<sup>22</sup> שבקנדה והולנד<sup>23</sup>, שמשטריהן הרכושיים שונים — ובהן מתחלק הנטל להוצאות משק הבית פחות או יותר על-פי עקרון השוויון בין בני-הזוג — קיימת שליחות סטטוטורית הדדית לצורכי הנהלת משק הבית ולשם רכישת המצרכים והמוצרים החיוניים למטרה זו. אולם למרות עקרון השוויון מכירות מדינות אלה, בוואריאציות שונות, כי בשליחות כזו עדיף כוחה של האשה לחייב את בעלה מכוחו הנגדי של הבעל לחייבה.

17. Erstes Gesetz zur Reform des Ehe und Familienrechts vom 14.6.76 (B.G.B. 1 1421) בתוקף מ-1.7.77. חוק זה משנה חלק מהוראות ה-B.G.B.
18. סעיפים 1360, 1360a, 1356 ל-B.G.B. כפי שתוקנו.
19. סעיף 1357 ל-B.G.B. כפי שתוקן.
20. בדין השבדי אחריותם של בני-הזוג לתמיכה בצורכי משק הבית היא משותפת. קיימת שליחות הדדית ואחריות יחד ולחוד לחובות שנעשו על-ידי כל אחד מבני-הזוג כמסגרת שליחות סטטוטורית זו, אף כי לאשה עמדה מועדפת ביחס לחובות אלה. ראה H.S. Sussman "Spouses and Their Property Under Swedish Law" 12 *Am. J. of Com. L.* (1963) 553, 562, 565-6, 567.
21. בדין הצרפתי תרומת כל בן-זוג למשק הבית פרופורציונלית לאמצעיו היחסיים, אך ההוצאות מוטלות על הבעל כ"אחראי עיקרי" (סעיף 214 ל-C.C.). כל אחד מבני-הזוג יכול לחייב את האחר בהוצאות החזקת משק הבית וחינוך הילדים (סעיף 220 ל-C.C.). ראה גם A. Colomer "The Modern French Law" in A. Kiralfy, *supra* note 12, at 86-88.
22. גם בדין של מדינת קויבק קיים עקרון התרומה הפרופורציונלית (סעיף 1266q ל-C.C. של קויבק). אולם למרות זאת, ובניגוד לעקרון השוויון, קובע סעיף 180 ל-C.C. שליחות מכוח הדין לפיו רשאית רק האשה לחייב את בעלה בהוצאות השוטפות של משק הבית ושל הילדים על-פי קריטריונים שונים. כלומר, יש הפרדה בין היחסים הפנימיים שבין בני-הזוג לבין האחריות כלפי הנושים. הבעל יכול במקרה כזה לתבוע השתתפות מן האשה. המלומדים מבקרים קיומה של הרשאה חד-צדדית כזו במשטר שעקרון היסוד שלו הוא השוויון. ראה *Studies on Family Property Law, Law Reform Commission of Canada* (1975) 88, 89, 93.
23. גם בדין ההולנדי התרומה למשק הבית הינה יחסית להכנסתם ולהונם של בני-הזוג ולכל אחד מהם הכוח ליצור התחייבויות יחד ולחוד ולחייב את השני, ראה: *Study Prepared by the Family Law Project, Ontario Law Reform Commission, Vol. II*, 281.

### 5. מסקנות הדיון המשווה

- ניתוחו של הדיון המשווה מעלה, לדעתנו, מספר מסקנות ראויות לציון:
- 1) נציגות מן הדין (שליחות סטוטורית), מוגבלת לצורכי הנהלת משק הבית, הינה, בדרך כלל, פונקציה של האחריות למילוי צרכים אלה וחלק ממנה. לנו נראה כי גם במשפט המקובל מקור ההלכה הינו החיוב העקרוני שבדיני המשפחה למרות שאין הוא מכיר כיום בנציגות מכוח הדין, אלא בהקניית סמכות מכוח דיני השליחות הכלליים.<sup>24</sup>
  - 2) נציגות מן הדין בהיקף האמור מוכרת בכל השיטות המשפטיות יהיה אשר יהיה המשטר הרכושי המוחל על בני-הזוג. אין קשר ישיר בין משטר רכושי מסויים דווקא לבין קביעת אופן האחריות לצורכי משק הבית. עדים אנו למכנה משותף של שיטות שונות בעלות משטרים רכושיים אחרים ונבדלים זה מזה.
  - 3) נציגות מן הדין בהיקף האמור הנו מוסד שיש בו משום אמצעי עזר המתחשב במערכת היחסים המיוחדת של בני-הזוג. זהו דין מיוחד של שליחות במסגרת דיני המשפחה המקרב, בתחום המצומצם של הנהלת משק הבית, את הנישואין לשותפות, שגם בה קיימת שליחות סטוטורית בין השותפים לצורכי הנהלת השותפות.<sup>25</sup> אולם השותפות, שעל-פי טיבה היא ניהול עסק למטרות ריווח, מכירה בשליחות רחבה לצורכי ניהול העסקים ו"לכל ענין של עסק השותפות". מכוח הנישואין, לעומת זאת מוכרת שליחות רק במגזר הצר של ניהול משק הבית. אין השליחות משתרעת על ניהול העסקים של בני-הזוג או על כל עניני הנישואין.
  - 4) הנישואין כשלעצמם אינם יוצרים מערכת של יחסי שליחות בין בני-הזוג. האחריות לניהול משק הבית יוצרת שליחות מוגבלת ומצומצמת הנדרשת לשם ניהול תקין של החיים המשותפים שבין בני-הזוג בלבד.

### 6. סעיף 3(א) לחוק השליחות

- בדין העברי לא נמצא כלל רחב לפיו יוצרים הנישואין יחסי שליחות כלליים בין בני-הזוג. אין גם כלל ספציפי, למעט הלכת "לוותה ואכלה" ולפי גישתנו גם הלכת "האשה הנושאת ונותנת בתוך הבית"<sup>26</sup>, הנוגע לאחריות כללית של הבעל בגין רכישת מצרכי משק הבית על-ידי האשה. מספר פעמים הוצעה הוראה מיוחדת אשר תקבע נציגות מכוח הדין בין בני-הזוג, גם במשפט הישראלי, בדומה להסדרים הנוהגים בשיטות המשפטיות השונות בעולם. כל ההצעות בכיוון זה נדחו.<sup>27</sup>

24. על האבחנה בין נציגות מכוח הדין, שהיא סמכות הנוצרת על-ידי הדין על מנת להגן על אדם, שאינו שליח מכוח דיני השליחות הרגילים, ובין שליחות מכללא מגדר דיני השליחות ראה: א' ברק, חוק השליחות, תשכ"ה – 1965, פירוש לחוקי החוזים (בעריכת ג' טדסקי, ירושלים, תשל"ה) § 3.

25. סעיף 14 לפקודת השותפויות [נוסח חדש], תשל"ה-1975.

26. עוד נבדוק בהמשך את הלכת "האשה הנושאת והנותנת בתוך הבית" ואת נפקותה בימינו ובמשפט הישראלי.

27. בסעיף 20 להצעת חוק השליחות, תשכ"ה-1964, נאמר כי כל הזכאי למונות מפלוגי יראו אותו כשלוחו לצורך רכישת מצרכים חיוניים, כדי סכום המוונות המגיע לו. אך הרשאה כזו, אשר לא ניתנה לביטול לפי הצעת החוק, לא נתקבלה. גם בהצעת חוק יחסי ממון בין בני-הזוג, תשכ"ט-1969, (בסעיף 14) הוצע כי "חוב שנתחייב בו אחד מבני-הזוג לסיפוק הצרכים הסבירים של משק

חוק השליחות, תשכ"ה-1965, חל על יחסי שליחות רגילים בלבד ולא על נציגות מכוח הדין<sup>28</sup> אליה משתייך הכלל של "לוותה ואכלה". ההבדל היסודי הוא, כפי שכבר צוין, כי נציגות המוטלת מכוח הדין מופעלת גם ללא ידיעתו של האדם ואפילו שלא לרצונו. בעוד שליחות מכללא הינה מסקנה עובדתית מן הנסיבות, שעל פיהן מתחקים אחר רצונו של האדם.

הנישואין כשלעצמם אינם יוצרים יחסי שליחות מכוח החוק וגם לא חזקה משפטית של יצירת יחסי שליחות כאלה. מאידך גיסא, ניתן במסגרת חוק השליחות להתייחס לנישואין כדאטום מיוחד ולבחון את התנהגותם של בני-הזוג תוך מתן משקל מיוחד למערכת היחסים המיוחדת שביניהם ולאורה. סעיף 3(א) לחוק השליחות מסדיר יצירת שליחות בדרך התנהגות. לשון הסעיף היא: "השליחות מוקנית... על ידי התנהגות השולח כלפי אחד מהם". התנהגות מחייבת פעולה<sup>29</sup> גלויה כדרך של הבעת רצון היוצרת את השליחות. אין להסתפק במצב של קיום נישואין. הבעת הרצון, בדרך של התנהגות, יכולה להיות הן כלפי בני-הזוג השלוח והן כלפי הצד השלישי<sup>30</sup>. ההתנהגות יוצרת שליחות משום שהיא מהווה הבעת רצונו של השולח כלפי השלוח או כלפי הצד השלישי ליצור את השליחות<sup>31</sup>. בין בני-זוג יש לשפוט הבעת רצון כזו בהתאם לקריטריונים המתחשבים בנישואין כאלמנט מיוחד לשם שפיטה כאמור. שהרי מן המפורסמות הוא כי התנהגות, הגם שהיא צריכה להיות גלויה, משתנית ממצב למצב ותלויה בנסיבות השונות.

לשם הקניית שליחות בנוגע לרכישת מצרכי משק הבית מציעים אנו להסתפק באלמנטים זהים לאלה בהם מתחשב המשפט המקובל האנגלי לשם יצירת שליחות

הבית המשותף אחרים לו שניהם יחד ולחוד". גם סעיף זה לא נתקבל. סעיף אחרון זה דומה להוראת סעיף 51 להצעת חוק היחיד והמשפחה (הוצאת משרד המשפטים, 1955). ברם לסעיף 51 קדמה הוראת סעיף 50 המחלקת את הנטל של צורכי המשפחה בין בני-הזוג בהתאם לעקרונות השוויון על בסיס יכולתם היחסית. לסעיף 14 להצעת חוק יחסי ממון לא קדמה הוראה כזו. סעיף 14, אשר נועד להסדיר את האחריות כלפי צדדים שלישיים וקביעת שליחות הדדית מן הדין, לא התיישב עם קביעת הנטל לצורכי משפחה, על-פי הדין הדתי, המוטל בעיקר על הבעל. שליחות הדדית המלווה כד בכד באחריות המוטלת על צד אחד בלבד אכן איננה מקובלת. על מטרות סעיף 14 להצעת חוק יחסי ממון כמגן על צדדים שלישיים, ראה ח"כ י' קלינגהופר ד"כ 68 (תשל"ג) 4255. ההשקפה של סעיף זה נומקה על-ידי יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט, ח"כ י' גולדשמידט, בכך שסעיף זה אינו נוגע ליחסים הפנימיים בין בני-הזוג אלא ליחסים בינם לבין צדדים שלישיים. ד"כ 68 (תשל"ג) 4262.

28. זוהי דעתו של א' ברק, לעיל הערה 24, שם.

29. א' ברק, לעיל הערה 24, § 121.

30. § 103. מן הראוי לציין כי א' ברק מבקר את הלכת ע"א 721/68 מזרחי נ' חוסיין, פ"ד כג (2) 206 (להלן: הלכת מזרחי) גם מן הטעם שהשופט ח' כהן מסתפק בהתנהגות כלפי כולי עלמא לשם יצירת השליחות בין בני-הזוג כלפי הצד השלישי. א' ברק טוען כי לא די בהבעת רצון כלפי כולי עלמא. הבעת הרצון צריכה להיות מכוונת כלפי הצד השלישי אשר ביחס אליו ביצע השלוח פעולה משפטית בשם השולח. דעתו זו נגזרת מעמדתו כי השליחות בדרך התנהגות כמוה כהודעה הטעונה קליטה על-ידי הצד השלישי. ראה שם § 141.

31. ג' פרוקצ'יה, חוק השליחות, תשכ"ה-1965, חלק א (תל-אביב, 1975) 136.

דומה. דהיינו: כאשר בני-הזוג מתגוררים יחד ואחד מבני-הזוג מנהל את משק הבית במשך תקופה נמשכת בהסכמת האחר יש בכך משום התנהגות המצביעה על כך שהראשון משמש גם כשלוחו של האחר למטרת תשלום ההוצאות הסבירות לצורכי משק הבית.<sup>32</sup> התנהגות כזאת מהווה לפחות הבעת רצון כלפי האשה, שדי בה, כאמור, לשם יצירת שליחות. כאשר יודע הצד השלישי את העובדות והן משתקפות גם בפעולות בני-הזוג כלפיו זוהי הבעת רצון גם כלפיו.<sup>33</sup> לצורך זה עשויים, איפוא, החיים המשותפים של בני-הזוג להיות בבחינת התנהגות המקנה לאחד מהם את הכוח לשנות את מצבו המשפטי של האחר, כלפי צד שלישי, אלא אם כן הוסכם אחרת בין הצדדים או אם קיימות נסיבות המצביעות על כוונה אחרת.<sup>34, 35</sup>

לשם קביעת שליחות כזו מציעים אנו לקחת בחשבון, בין שאר הנסיבות ולשם קביעת הנפקות המשפטית של ההתנהגות, גם את אלמנט החיוב של הצדדים בנוגע לסיפוק צורכי משק הבית. אמנם יחסי השליחות המוצעים מקורם בדיני שליחות, הם אינם נובעים מדיני המזונות ואינם מוטלים עליידי הדין כנציגות מכוח הדין. אולם, לשיטתנו, יש להכיר בקורלציה בין יסוד החיוב לבין יצירת יחסי השליחות. למצב המשפטי של החבות המוטלת לשם סיפוק צורכי משק הבית נפקות רבה באשר למסקנות שיש להסיק מהתנהגות בני-הזוג לצורך יצירת יחסי שליחות. ההתנהגות חייבת להיבחן תמיד לרקע המצב המשפטי הקיים ולאורו על מנת שהמסקנות תעלינה בקנה אחד עם הוראות הדין כפי שהוא מותאם לסיטואציה המסויימת. אם החיוב מוטל כולו על צד אחד מדוע נסיק, על סמך ניהול משק הבית, יחסי שליחות על פיהם יתחייב דווקא הצד האחר או גם הצד האחר כלפי הצד השלישי. יש קשר בין מערכת היחסים הפנימיים בין בני-הזוג לבין מערכת היחסים החיצוניים בינם לבין צדדים שלישיים. קשר כזה חייב לבוא

32. זו גם דעתו של פרוקצ'יה, שם בע' 138, לגבי ניהול החיים המשותפים ולגבי גידול וחינוך הילדים.

מהו היקף השליחות? את ההרשאה יש לפרש בהתחשב במטרתה ובנסיבותיה העסקיות של השליחות: ראה ברק, לעיל הערה 24, ב' 115. לכן השאלה מהן הוצאות סבירות של צורכי משק הבית תלויה בנסיבות המיוחדות של כל מקרה ומקרה. לאור האופי המיוחד של יחסי השליחות נשוא דיוננו היא תלויה גם ברמת החיים של המשפחה ובצרכיה. על ההיקף של השליחות מכללא (חוקת שליחות) ברין האנגלי ראה לעיל הערה 9 סיפא.

33. על הצורך ב"קליטה", היינו שההתנהגות תהא ידועה לצד השלישי, ראה א' ברק, לעיל הערה 24, § 141 וראה גם לעיל הערה 30.

34. השאלה מהן הנסיבות אשר ישללו אפשרות של יצירת יחסי השליחות, גם אם התקיימו התנאים שצוינו, תלויה בנסיבות שייבחנו לאור אופיה של שליחות מכללא זו. כך, למשל, אם לאשה מצרכים מספיקים והיא מבזבת כספים מעבר לנדרש או כאשר פקע חיובו של הבעל במזונות אשתו. במקרים אלה עלינו להבחין בין שליחות הנוצרת בהבעת רצון של הבעל כלפי אשתו לבין זו הנוצרת בהבעת רצון כלפי הצד השלישי. שכן יתכן כי כלפי צד שלישי, שאינו מודע לנסיבות אלה, והתנאים ליצירת השליחות התקיימו ביחס אליו, השליחות תימשך (סעיף 15(א) לחוק השליחות. תשכ"ה-1965).

35. בכך מקרבים אנו את פירוש סעיף 3(א) לחוק לכללי המשפט המקובל האנגלי כפי שהובאו לעיל (וראה (G.H.L. Fridman, *supra* note 9, at 79-84). נראה לנו, שגישה זו יש לה על מה שחשמוך. גם כללי המשפט המקובל האנגלי אינם יוצרים נציגות מכוח דין ואינם מטילים שליחות מכוח הדין (by operation of law). הם יוצרים הנחה של עובדה. הנחה המוסקת על בסיס עובדת החיים



לידי ביטוי גם בהקשר זה<sup>36</sup>. סיוע לעמדתנו זו יעמוד גם מן הניתוח ההשוואתי שערכנו. אחת ממסקנותינו היתה כי הקניית שליחות לבני-זוג הינה, בדרך כלל, פונקציה של החיוב בנטל הוצאות משק הבית ובסיפוק צורכי המשפחה. הזיקה שבין יצירת השליחות לבין חיוב המזונות אמורה במיוחד כלפי האפשרות כי לאור חוק השליחות, ושלא בהתאם להלכת ה"אשה הנושאת ונותנת בתוך הבית", עשוי סעיף 3(א) לחוק לפעול גם לחיוב האשה על-ידי הבעל. אין ספק, כי מגמת השוויון בין בני-זוג, ההולכת ומתחזקת בחקיקה הישראלית, תצדיק לעתים מסקנה כזו. אולם מן הראוי יהיה לשקול בין שאר הנסיבות את עובדת היעדר חיובה של האשה במשפט הישראלי (שחלק הארי שלו בתחום זה מוסדר באמצעות הדין הדתי) לשאת בהוצאות צורכי משק הבית של המשפחה. כדי להסיק יחסי שליחות, לפיהם תחויב האשה כלפי הצד השלישי על-ידי בעלה, כשלוחה, יהיה צורך בעובדות נוספות אשר יצביעו על כך: במגורים משותפים ובניהול משק בית משותף לא יהיה די<sup>37</sup>.

נמצא, איפא, מקור משפטי אפשרי נוסף להקניית שליחות מוגבלת הנוגעת

המשותפים וניהול משק הבית על-ידי האשה (להבדיל מחזקה משפטית). כפי שכבר רמזנו ישנה מידה של אי-בהירות באשר לבסיסה המשפטית של יצירת ההרשאה האמורה בדין האנגלי ויש רואים את בסיסה בחזקה משפטית, דהיינו חזקת שליחות.

36. התחשבות בשיקול של חבות מזונות בהקשר אחר, למטרת פרשנות של התנהגות לצורך פירוש מסמך. ראה ע"א 138/74 חסקין נ' חסקין, פ"ד ל (2) 365, 370. מפסק זה ניתן ללמוד על גישה של בחינת התנהגות רלבנטית והערכתה לאור קיומה של חבות משפטית ולרקעה. מענין לציין כי סעיף 20 להצעת חוק השליחות, תשכ"ה-1964 — שלא נתקבל בחוק — אשר ביקש להסדיר שליחות לצורך רכישת מצרכים חיוניים לקח בחשבון את שאלת החבות למזונות.

37. בדין האנגלי, כפי שכבר ראינו לעיל (ראה הטקסט סמוך להערה 10), יוצרים חיים משותפים הנחה של שליחות, בהקשר להוצאות משק הבית. אפילו הגבר והאשה אינם נשואים, לדעתנו, מצב משפטי זה עשוי להיות גם נחלתו של המשפט הישראלי. מקורה של ההלכה עליה עמדנו הוא בדיני השליחות הכלליים בלי ליחס לעובדת הנישואין כשלעצמה כל נפקות. משום כך יתכן כי גם בין גבר ואשה שאינם נשואים, אך ידועים בציבור ככאלה (במובן שהציבור מתוך טעות מניח שהם נשואים) תיווצר שליחות מכללא מכוח התנהגות למטרה האמורה (ראה ג' פרוקציה, לעיל הערה 31, בע' 142). אין בכך כדי להקנות מעמד מיוחד לידועים בציבור, בדומה לבני-זוג, לצורך חיוב המזונות, שכן ההלכה מקורה בדיני השליחות הכלליים ולענין זה גם דינם של בני-זוג כדין זרים. גישה עקבית מחייבת מסקנה מרחיקת לכת עוד יותר, על-פיה שליחות מכללא כאמור עשויה להיות מוקנית גם בסיטואציה בה שני אנשים, בין קרובי משפחה ובין זרים, גרים יחד ומנהלים משק בית משותף. משום כך אין מעמדם של ידועים בציבור עדיף, מבחינת יחסי השליחות שביניהם, על זה של אנשים אחרים בנסיבות דומות.

תיתכן גישה הגורסת כי דווקא דינם של ידועים בציבור כנשואים אינו חייב בהכרח להיות זהה לזה של אנשים אחרים לצורך הקניית השליחות מכללא. מסקנה זו עשויה להיות מנת חלקנו אם נשקול גם את האלמנט הנוסף שהצענו, דהיינו: את הקורלציה בין החבות לסיפוק צורכי משק הבית לבין הקניית שליחות מכללא בנסיבות האמורות. ככל אחד מן המקרים המתוארים לעיל אין כל חבות כאמור על צד כלשהו. לכאורה, איפוא, על-פי גישתנו, אין להסיק שליחות מכללא בנסיבות כאלה. אף-על-פי-כך נראה לנו כי ניתן להקיש מבני-זוג נשואים על ידועים בציבור כנשואים. לגבי האחרונים קיים חיוב נחזה, בעיני צדדים שלישיים, לסיפוק צורכי משק הבית

להוצאות משק הבית. אין זו אמנם לא נציגות מכוח הדין ולא הרשאה שאינה ניתנת לביטול, כמקובל בהלכת "לוותה ואכלה" ובשיטות משפטיות שונות בעולם. זהו פתרון הדומה בגישתו ובתוצאותיו לאותו חלק של המשפט המקובל האנגלי — שהוא בר תוקף עדיין — אשר משלב דוקטרינות מדיני השליחות בדיני משפחה. אין הפתרון המוצע ניתן למיון כייחוס שליחות או כחזקת שליחות בין בני-זוג. זוהי שליחות מכללא מכוח החוק הנותנת מבע להבעת הרצון המפורשת של בן-הזוג השולח ומשקפת אותו; הבעת רצון הבאה לידי ביטוי בדרך של התנהגות.

קשה, איפוא, לדבר על לקונה במשפט הישראלי<sup>38</sup>, בענין אחריות הבעל להתחייבויות אשתו הנוגעות לצורכי משק הבית המשותף או בשאלת אחריותם ההדדית, גם מעבר להלכה המצומצמת של "לוותה ואכלה" המהווה חלק מן המשפט הישראלי הנוהג.

## ב. יחסי שליחות בין בני-זוג במובן הרחב

### אא. "אשה הנושאת ונותנת בתוך הבית"

במאות ה-12 וה-13 התחיל מעמדה של האשה בחברה היהודית להשתנות. היא החלה לתפוס מקום בחיים החברתיים והכלכליים והשתתפה בניהול עסקי בעלה<sup>39</sup>. המושג התלמודי "אשה הנושאת ונותנת בתוך הבית"<sup>40</sup> נתמלא תוכן חדש והורחב גם למערכת היחסים בין האשה לצדדים שלישיים. מעתה הוענקו לאשה זכות ורשות לחייב את בעלה בעניני עסקים, תוך הנחה שהיא פועלת כשלוחתו. במצב משפטי זה היתה היענות למציאות החיים החדשה והוא נועד לאפשר קיום יחסי מסחר תקינים. הלכה זו, אשר נתחדשה על-ידי הראב"ן<sup>41</sup>, טומנת בחובה גם הנחה עובדתית על פיה כל הנשים

המעמיד אותם במצב דומה לזה של בני-זוג נשואים לצורך הקניית השליחות מכללא. על-פי גישה זו יהיה הבדל בהסקת יחסי שליחות בין בני-זוג נשואים ויודעים בציבור ככאלה מצד אחד לבין אנשים אחרים, מצד שני. יחד עם זאת, קיימת גם אפשרות אחרת. ניתן לסייג את משקלו של האלמנט שהצענו ולגרוס כי לא הרי המקרה של היעדר חיוב הדדי כמקרה של הטלת חבות על האחד ושחרור האחר מכל וכל. רק המקרה האחרון מחייב, לדעתנו, שהתנהגות הצדדים בנסיבות המיוחדות (דהיינו מגורים יחד וניהול משק בית משותף), ממנה ניתן היה להסיק שליחות מכללא בהקשר להוצאות משק הבית, תישקל לאורה של החבות המוטלת. חבות חד צדדית כזו מעניקה משמעות מיוחדת להתנהגות הצדדים ומחייבת יצירת שליחות חד-צדדית למטרה האמורה. לעומת זאת במקרה של יודעים בציבור כנשואים אין כוונה משפטי להסיק שלילת שליחות מכללא דווקא. בהיעדר חבות הדדית בין אנשים בנסיבות האמורות התנהגותם שלהם והיא לבדה מעידה עליהם בלי שזו תושפע על-ידי גורם נוסף כלשהו. כלפי צדדים שלישיים עשויות, איפוא, הנסיבות המיוחדות במקרה זה ליצור שליחות מכללא הדדית כאמור.

38. כפי שרומז ח"כ גולדשמידט בד"כ 68 (תשל"ג) 4262; וכן א' ורהפטיג, לעיל הערה 2, בע' 291.

39. Z. Falk "On Matrimonial Property in Jewish and Germanic Laws" *Revue D'histoire du droit* XXVIII (1960) 70, 76-78. ד' פלק "מעמד האשה בקהילות אשכנז וצרפת בימי הביניים"

סיני מח (תשכ"א) שסא, שסה; א' א' אורבך, בעלי התוספות, תולדותיהם, חיבוריהם ושיטתם (ירושלים, תשט"ו) 151; ראה א' ורהפטיג, לעיל הערה 2, בע' 264.

40. בבא בתרא נב ב.

41. ר' אליעזר בן נתן (1090—1170).

הן בחזקת נושאות ונותנות בתוך הבית. משמעותה של חזקה זו היתה הרחבה נוספת של ההלכה. על-ידי כך נוצר, למעשה, מקור חדש לאחריותו של הבעל לחובות אשתו<sup>42</sup> ונתאפשר לנשים ליטול חלק פעיל בהשגת ההכנסה. לא כל הפוסקים השלימו עם חזקה זו שבדין. חלק מהם צמצם את החידוש שבהלכה לסוג מוגדר של נשות עסקים בלבד<sup>43</sup>. אולם, למרות מחלוקת זו, מוסכם על דעת כל הפוסקים כי בסוג מסויים של הוצאות, אלה הנוגעות להחזקת משק הבית ולהוצאות המחיה השוטפות, יראו את כל הנשים כשלוחות הבעל<sup>44</sup>. במסגרת הלכה זו ניתן, איפוא, למצוא מקור משפטי אפשרי לאחריותו של הבעל בגין חובותיה של אשתו הנובעים מהחזקת משק הבית ומהוצאות המחיה השוטפות של המשפחה. לצרכים אלה ניתן לראות את הרוב הגדול של הנשים גם בזמננו בבחינת נושאות ונותנות בתוך הבית. מסקנה אחרונה זו יפה אפילו לשיטתו של הגורס כי "בימינו ובארצנו בייחוד על רקע מיזוג הגלויות שזכינו לו, דומה שאין לקבוע הנחה כללית שכל אשה נושאת ונותנת בתוך הבית, אלא יש לבדוק את דרכה של כל אשה במסגרת חיי נישואיה"<sup>45</sup>.

לנו נראה כי הלכת ה"אשה הנושאת ונותנת בתוך הבית", במתכונת המצומצמת המוסכמת על דעת הפוסקים, מהווה חלק מן המשפט הישראלי הנוהג. הלכה זו נתייחדה למערכת היחסים בין בני-זוג במסגרת חייהם המשותפים, היא נובעת ממעמד הנישואין וממערכת יחסי הנישואין ביניהם. משום כך נכללת הלכה זו בגדר המונח "ענייני נישואין", לפי כל המבחנים אשר נקבעו בפסיקה ואשר הוצעו על-ידינו. על הקושי הנובע מקריאת המונח "ענייני נישואין" על מערכת כגון זו הקשורה גם ביחסים שבין בני-זוג לצדדים שלישיים עמדנו כבר במקום אחר. ראינו כי זה אחד המקרים בהם יוחל הדין האישי כענין של נישואין גם ביחסים שבין בני-זוג לצדדים שלישיים<sup>46</sup>.

אין בחוק השליחות, תשכ"ה-1965, כדי לשנות מסקנה זו. אפילו נמצא כי חוק זה יכול להוות מקור משפטי עצמאי ונפרד למערכת יחסי שליחות בין בעל לאשתו הריהו בבחינת מקור משפטי נוסף, חלופי, ואין בו כדי לפגוע בתחולת ההלכה האמורה. הלכה כזו, הנתונה להרחבה ולהצרה בהתאם לתנאים המיוחדים של כל חברה וחברה בזמן נתון, מקרבת אותנו למבחניו של סעיף 3(א) לחוק השליחות, ברם אינה מבליעה את ההלכה נשוא דיוננו בחיקוק האמור. זהו טיבה של ההלכה ועלינו לקבלה כמות שהיא. סעיף 19 לחוק השליחות הקובע כי: "חוק זה אינו בא לגרוע מהוראות כל דין המסדיר סוג מיוחד של יחסי שליחות" (ההדגשה שלי — א.ר.צ.), משמר סוגי שליחות מיוחדים<sup>47</sup> גם אם אינם מעוגנים בחיקוק אלא בדין. הלכה זו שבדין העברי<sup>48</sup> עשויה

42. ספר הראב"ן ("אבן העזר") סימן קטו; ראה א' ורהפטיג, לעיל הערה 2, בע' 263-264.

43. ראה הרמ"א, דרכי משה, על טור, אבן העזר, סימן פו; הגהת הרמ"א על שו"ע, חושן משפט, סימן סב סעיף א; ראה א' ורהפטיג, לעיל הערה 2, בע' 270-271.

44. א' ורהפטיג, לעיל הערה 2, בע' 280.

45. שם בע' 281. ראה גם ערעור תשט"ז/122, 143, פד"ר ב 289.

46. ראה לעיל שער שלישי, חלק ראשון, פרק שלישי, סעיף (ב)(ג)(1).

47. ראה א' ברק, לעיל הערה 24, § 578, בע' 592-593. לנו נראה כי בכל מקרה לפנינו סוג מיוחד של יחסי שליחות, הנכלל בגדר סעיף 19 לחוק לפי כל אחת מהאפשרויות המועלות שם על-ידי ברק.

48. הכלול כמונח דין, ראה הגדרת המונח "דין" בפקודת הפרשנות [נוסח חדש], ראה היום ההגדרה בסעיף 3 לחוק הפרשנות, תשמ"א-1981.

להיקלט למשפט הישראלי הנוהג בתנאי שיהא בסיס משפטי לקליטתה מחוץ למסגרת חוק השליחות. בסיס כזה לקליטת ההלכה הוא המונח "עניני נישואין" עליו מוחל הדין האישי. ידה של הלכה זו תהא על העליונה בכל מקרה בו היא מסדירה את יחסי השליחות באופן אחר מחוק השליחות או אף עומדת בסתירה לו<sup>49</sup>.

האם מתישבת הלכת ה"אשה הנושאת ונותנת בתוך הבית" עם סעיף 4 לחוק יחסי ממון בין בני-זוג, תשל"ג-1973? הוראת הסעיף קובעת במפורש כי כריתת הנישואין וקיומם כשלעצמם אין בהם כדי להטיל אחריות על בן-זוג אחד לחובות רעהו. לסעיף זה אין נגיעה להלכה נשוא דיוננו. לא עצם הנישואין או קיומם כשלעצמם יוצרים את יחסי השליחות, אלא רק פעולותיהם של בני-הזוג בניהול מערכת היחסים שביניהם ובהתנהגותם הספציפית היוצרת מעין שליחות מכללל. הלכה זו יכולה, איפוא, לדור בכפיפה אחת גם עם סעיף 4 כאמור. סיוע נוסף לעמדה זו הוא הכלל המגביל את תחולת ההלכה כאשר קיימת הוראה מפורשת של הבעל ברוח זו או כאשר ניתן להסיק מהתנהגותו שאין הוא משלים עם קביעת אחריות כלפי חובות אשתו. לא אקט הנישואין יוצר את השליחות, אלא המציאות המיוחדת והתנאים הספציפיים של התנהגות בני-הזוג.

נכון יהיה על כן לומר כי בחקיקה הישראלית אין פתרון מפורש ומפורט בשאלת אחריות בן-זוג לחובות האחר בכלל, ובסוגית אחריות בן-זוג לחובות האחר הנובעים מהחזקת משק הבית ומהוצאות המחיה השוטפות בפרט. אולם, לדעתנו, אין גם לקונה בתחום זה<sup>50</sup>. ניסינו להצביע על פתרון הסוגיה הספציפית הן בדין העברי, המהווה חלק מן המשפט הנוהג בישראל<sup>51</sup>, והן בהוראות סעיף 3(א) לחוק השליחות. ההסדר בדין העברי מוגבל רק לאחריות הבעל, מה שאין כן לגבי חוק השליחות.

הלכת ה"אשה הנושאת ונותנת בתוך הבית" פורשת את מצודתה גם מעבר לתחום המצומצם של אחריות לחובות הסבירים של משק הבית, אותה מצאנו גם בשיטות המשפטיות השונות. הלכה זו, כפי שנתפרשה, מאפשרת קיומם של יחסי שליחות בין הבעל לאשה מכוח עצם יחסי הנישואין שביניהם<sup>52</sup>. האם מהווה הלכה זו מקור ליצירת יחסי שליחות כלליים מכוח הנישואין גם במשפט הישראלי? לנו נראה כי המציאות הישראלית הצרה את תחומיה וצמצמה את תחולתה של הלכה זו בהיבט הרחב שלה. לא רק מיזוג הגלויות, אלא, באופן פרדוקסלי, דווקא התחזקותה של מגמת השוויון בין בני-הזוג בכל הנוגע לניהול עסקיהם ורכושם, הנובעת מביטול רוב זכויות הבעל בנכסי אשתו ומקביעת עקרונן של הפרדה רכושית, מחלישים את חזקת השליחות. ככל שהאשה נעשית עצמאית יותר ונכסיה אינם נמסרים עוד לשליטת הבעל אלא מסורים לשליטתה

49. ראה א' ברק, לעיל הערה 24, s 576, בע' 591.

50. ראה לעיל הערה 38 וראה א' ורהפטיג, לעיל הערה 2, בע' 291.

51. ראה הלכת מזרחי, לעיל הערה 30, בע' 208-209. נראה כאילו השופט ח' כהן נסמך במסקנתו גם על הוראת סעיף 3(א) לחוק השליחות וגם על הלכת אשה הנושאת ונותנת בתוך הבית כשני מקורות משפטיים עצמאיים לקביעת אחריות הבעל להתחייבויות אשתו. ברם ראה א' ורהפטיג, לעיל הערה 2, בע' 288 הטוען כי הלכה זו מאוזכרת רק כבדרך אגב בפסק דינו של השופט כהן.

52. הכוונה היא, כמובן, לחיובו של הבעל — בענינים עסקיים ורכשיים — באמצעות אשתו ולא להיפך.

הבלעדית, ככל שהיא מעורבת יותר בחיים הכלכליים ובלתי תלויה בהכנסתו של הבעל כך מצטמצמת ההנחה כי הבעל מתכוון לראותה כשליחתו לצורך ניהול עסקיו.<sup>53</sup> חשיבותה של הלכה זו, בהיבט הרחב שלה, המעוגנת בתנאים חברתיים אחרים וביסודות העובדתיים של כל מקרה ומקרה, הולכת ופוחתת.<sup>54, 55</sup>

### בב. סעיף 3(א) לחוק השליחות

מקור אפשרי אחר ליצירת יחסי שליחות בין בני-זוג הוא חוק השליחות עצמו. האם במסגרת חוק השליחות ניתן למצוא מקור משפטי ליחסי שליחות כלליים בין בעל לאשתו? הסעיף הרלבנטי, גם לצורך ענין זה, הוא סעיף 3(א) לחוק. בהלכת מזרחי<sup>56</sup> קבע השופט ח' כהן כי "עצם הנישואין והחיים בצוותא בדירה אחת הריהם בגדר 'התנהגות' כמשמעותה בסעיף 3(א) לחוק השליחות, תשכ"ה-1965, היוצרת שליחות מכללא כלפי כולי עלמא — ולפחות באותם הענינים ולאותן המטרות אשר אשה נוהגת כרגיל וכמקובל, לייצג את בעלה". בנסיבות אותו מקרה הכיר השופט כהן, מכוחה של הלכה זו, בסמכותה של אשה להשכיר דירה משותפת של בני-זוג לצד שלישי בהיעדר הבעל מן הארץ. המסקנה האפשרית העולה מדברי השופט (למרות ההסתייגות בסיפא של הדברים) הינה כי עצם הנישואין והחיים המשותפים יוצרים יחסי שליחות בין בני-זוג. למסקנה כזו איננו שותפים. כבר הראינו כי אין כמעט שיטת משפט המוכנה להכיר במעמד הנישואין עצמו כיוצר יחסי שליחות כלליים בין בני-זוג. קביעת יחסי שליחות כאלה בין בני-זוג היא בתחום דיני המשפחה והמעמד האישי ולא יתכן ליחס למחוקק כוונה להגיע לתוצאה ספציפית כזו בדרך עקיפין באמצעות פרשנות סעיף כללי, בחוק כללי העוסק בשליחות והמתיחס לדרך יצירת השליחות בדרך-כלל. הכרה בשליחות כללית מכוח מעמד הנישואין עצמו אין בה משום התאמת דוקטרינות של דיני השליחות לדיני המשפחה, אלא יצירת דין חדש בדיני המשפחה מכוח הוראה כללית בחוק השליחות. איננו סבורים כי ניתן למצוא בחוק השליחות בסיס משפטי ליצירת יחסי שליחות בין בני-זוג מעצם מעמד הנישואין. יחסי שליחות כלליים מכוח מעמד הנישואין עצמו הריהם בגדר נציגות מכוח הדין והם מחייבים הוראה ספציפית, נפרדת ומיוחדת

53. גם בדין האנגלי נקבעה שליחות מכללא על-פיה היה הבעל אחראי למעשי אשתו בכל הנוגע לניהול עסקים על-ידה. עם הענקת כושר משפטי מלא לאשה וקביעת מעמדה המשפטי העצמאי בכל הנוגע לרכישת רכוש ולשליטה בו סבורים מלומדים כי שליחות מכללא מיוחדת זו אין לה עוד על מה שתסמוך. ראה 80 G.H.L. Fridman, *supra* note 9, at 80. דומני, כי גישה זו יפה גם לגבי הלכת האשה הנושאת ונותנת בתוך הבית, שמקורה בתנאים חברתיים אחרים ובמשטר רכושי בו האשה הינה חסרת רכוש למעשה, כאשר כל הרכוש נמסר עם הנישואין לשליטת הבעל. ממילא במקרה כזה כל עיסוקיה של האשה יכולים להיחשב כשליחות מטעם בעלה.

54. א' ורהפטיג, לעיל הערה 2, בע' 290.

55. לא נעסוק כאן בסוגיית השליחות הנובעת מהלכת השיתוף בנכסים על-פי גישת בית המשפט העליון. לסוגיה זו נתיחס בפרק אשר יוקדש להלכה זו תוך שנסמוך על העקרונות הנקבעים כאן. ראה להלן חלק שלישי, פרק ראשון. סעיף (ד) (בב) וכן סעיף (ד) (הה) (1). התיחסות מסוימת לשאלה זו ראה להלן בהערה 62.

56. לעיל הערה 30.

לתחום זה<sup>57</sup>. גם התחזקותה של מגמת השוויון בין בני-הזוג תומכת בעמדתנו זו, כפי שראינו בסעיף הקודם.

מן הנמנע לתת לדברי השופט כהן פירוש כה רחב. יש לצמצם את הלכת מזרחי ולהעמידה על בסיס משפטי התואם את דיני השליחות. התשובה לשאלה הראשונה, אשר הוצגה לעיל, היא, איפוא, שלילית: במסגרת חוק השליחות לא נמצא מקור משפטי ליחסי שליחות כלליים בין בני-זוג. ואמנם בפסיקה מאוחרת יותר לא חזרו על מבחנו של השופט ח' כהן ולא יישמו אותו בהיקף הרחב העשוי להשתמע מאופן הניסוח של דבריו. בכל אחד מן המקרים הבאים שנפסקו<sup>58</sup> לא הכיר בית המשפט במעמד הנישואין עצמו ואפילו בחיים המשותפים עצמם כמקנים שליחות לצורך עריכת עסקה כלשהי במקרקעין על-ידי בן-זוג אחד ביחס לזכות במקרקעין אשר היתה רשומה על שמו של בן-הזוג האחר<sup>59</sup>.

לאחרונה אף התיחס בית המשפט העליון מפורשות לדברי השופט ח' כהן והבהיר כי אין לפרש את דבריו כהכרה ביחסי "מעין שליחות" הנוצרים, כביכול, מכוח הנישואין והחיים בצוותא<sup>60</sup>.

חוק יחסי ממון בין בני-זוג, תשל"ג-1973, הסיר כל ספקות בדבר האופן בו יש לפרש את סעיף 3(א) לחוק השליחות. סעיף 4 לחוק יחסי ממון שולל את האפשרות להתחשב בנישואין או בקיומם לשם הטלת חובות על בן-זוג. קביעת שליחות יוצרת כפיפות ומקנה סמכות, שיש בה גם משום הטלת אחריות של האחד לחובות האחר. כעקרון, איפוא, יחסי שליחות בין בני-זוג מבוססים, כמו לגבי זרים, על התנהגות של ממש ולא על הוראות הדין.

אנו שותפים גם לעמדה<sup>61</sup> לפיה לא רק עצם הנישואין אלא אפילו חיים משותפים

57. ראה את הערת א' ברק, לעיל הערה 24, בע' 6 ה"ש 23. לדעתו מקרכת הלכת מזרחי את השליחות הרצונית אל הנציגות מכוח הדין בכל הנוגע לבני-זוג.

58. ראה ע"א 541/74 פרמינסקי נ' סנדרוב, פ"ד כט (2) 253. ברם ראה דעת המיעוט של השופט ברנזון בע' 255. עם זאת עלינו לציין, כי נקודת החילוק בין שופטי הרוב לשופטי המיעוט לא היתה בשאלה האם עצם החיים המשותפים מצביעים על שליחות, אלא במשמעות שיש ליחס למערכת העובדות במקרה הספציפי. משמע, הכל הסכימו כי לא חל עקרון כאמור. ראה גם ע"א 422/75 מזעקי נ' חדר, פ"ד ל (1) 525, 527-528, 531-532; ע"א 225/78 תשובה נ' פריג', פ"ד לג (1) 218. בכל אחד מן המקרים האלה לא הופעלו כללי שליחות מיוחדים. בית המשפט בדק אם יש בעובדות כל מקרה בסיס הוכחתי מספיק כדי לקבוע אם היתה הרשאה מראש. פרשנות מצמצמת של דברי השופט ח' כהן בהלכת מזרחי ראה גם בת"א (ת"א) 3226/71 מוחמד נ' לייבהרדט, פ"מ תשל"ו 2, 123, 132. על היקף השליחות בין בני-זוג לפי סעיף 3(א) לחוק השליחות ראה לעיל פסקה (א)(ב)(6).

59. על אספקט זה לגבי רכוש משותף, שאינו רשום על שם בן-הזוג האחר, מכוח הלכת השיתוף בנכסים, ראה להלן הערה 62.

60. ראה ע"א 409/79 טירר נ' רג'זון, פ"ד לה (1) 458, 460.

61. ג' פרוקצ'יה, לעיל הערה 31, בע' 139-141. גם בע"א 409/79, שם בע' 460, אומר בית המשפט: "הנישואין והחיים בצוותא יכול שיהיו, בנסיבות מסוימות ראייה לכך שבן-זוג, הפועל כשלוח, אכן פועל בשליחותו של בן-הזוג השני, אך זאת בעניינים, שמטבעם קשורים וכרוכים לבלי הפרד בחיי הנישואין ובחיים בצוותא". באותו מקרה לא נחשבה הזמנת כרטיסי טיסה לחו"ל על-ידי

כשלעצמם אינם בגדר התנהגות המקנה שליחות כללית מעבר לתחומים המוגדרים של ניהול משק הבית. היקף השליחות בין בני-זוג מותנה בהתנהגות או בפעולה שהיא מעל ומעבר לחיים המשותפים כשלעצמם אשר תצביע, כמו בין זרים, על הכוונה ליצור שליחות רחבה יותר על מנת לשקף את הבעת הרצון של בן-הזוג השולח. לפיכך לא נראית לנו גם תוצאתה של הלכת מזרחי, לפיה יוצרים החיים המשותפים שליחות להשכרת דירה, הרשומה בשם שני בני-הזוג, גם בשם בן-הזוג האחר.

מן הטעמים שמנינו לעיל איננו מקבלים, עם כל הכבוד, את נסיונו של השופט ברנזון למצוא בסעיף 3(א) מקור לייחוס יחסי שליחות רחבים יותר לבני-זוג, הנובעים מעובדת הנישואין ומהחיים המשותפים ביניהם, בהקשר להלכת השיתוף בנכסים.<sup>62</sup>

הבעל עבור אשתו, לנסיעה משותפת של שניהם, כמעשה של שליחות המטיל על האשה חובה כלפי הצד השלישי, סוכן הנסיעות.

למרות שאין אנו עוסקים כאן בסוגיית השליחות בהקשר להלכת הרכוש המשותף מן הראוי רק לציין שהפירוש הרחב של סעיף 3(א) המקובל על השופט ברנזון בא לידי ביטוי בע"א 595/69 אפטה נ' אפטה, פ"ד כה (1) 561. בע' 567 שם הוא גורס כי "כאשר בני-הזוג חיים בשלום והאשה מסכימה שנכס משותף יהיה רשום על שם הבעל הרי שהיא מציגה אותו כשלוחה במובן סעיף 3(א) לחוק השליחות...". עוד לפני כן צמצם השופט ברנזון את הלכת השיתוף בנכסים במובן זה שכלפי צד שלישי הבעלות הרשומה או החזקה היא הקובעת ואין להרחיב את הלכת השיתוף בנכסים גם כלפי צד שלישי במקרה כזה: ע"א 135/68 בראלי נ' מנהל מס עובדן ירושלים, פ"ד כג (1) 393, 396; ע"א 446/69 יובל לוי נ' גולדברג, פ"ד כד (1) 813, 819. בפסקים אלה לא הסתמך עדיין השופט ברנזון על חוק השליחות. מן הראוי לציין, כי השופט י' כהן הסתייג בהלכת אפטה, שם בע' 572, מהחלת חוק השליחות בסיטואציה זו. הוא חזר על הסתייגותו זו וביתר שאת בע"א 388/76 כבשני נ' מנהל מס שבח מקרקעין, פ"ד לא (3) 253. נראה לנו שהדין עמו. למעשה יוצר השופט ברנזון חזקת שליחות בין בני-זוג, לטובת בן-הזוג הרשום או המחזיק, במקרים בהם חלה חזקת השיתוף מאחר שהנכס רשום על שמו של אחד מבני-הזוג בלבד או מצוי בחזקתו הבלעדית. כבר הראינו כי אין לקבוע חזקת שליחות מכוח סעיף 3(א) לחוק השליחות לא על בסיס מעמד הנישואין ולא על בסיס חיים משותפים בין בני-הזוג. הצבענו על היקפו המדויק של סעיף זה גם ביחס לבני-זוג. היקף כזה איננו תואם את ההרחבה אותה מיחס לו השופט ברנזון. בקורתנו על הרחבה כזו כוחה יפה גם לסיטואציה זו. זאת ועוד, לאור הוראות סעיף 4 לחוק יחסי ממון בין בני-זוג, תשל"ג-1973, אין עוד כל ספק כי חזקת שליחות כזו בין בני-זוג אין לה כל מקום. אם נוצרת על-ידי הלכת השיתוף בנכסים זכות שביישר לבן-הזוג הבלתי רשום כי אז יש לנהוג לפי הכללים החלים על מוסד זה גם בהקשר למערכת היחסים שבין בני-זוג.

## סיכום

הדיון בסוגיית יחסי השליחות בין בני זוג הצביע על המקורות המשפטיים השונים העומדים בבסיסם של הסדרים שונים הנוגעים ליחסי שליחות כאלה: הדין הדתי, במסגרת דין המזונות ובמסגרת "עניני נישואין", והוראות הדין האזרחי, במסגרת דיני השליחות הכלליים, אם כי יחסי שליחות אלה מוגבלים בעיקרם. במהלך הדיון נוכחנו בקושי לשלב את דיני המשפחה בדינים הכלליים, שאינם מותאמים לפתור סיטואציות מסוג זה. הרכבת דיני משפחה על הדין האזרחי אינה דרך נאותה להגיע לתוצאות רצויות בדיני המשפחה. סכנתה היא כפתרון מקוטע ולא שלם, ביצירת כפילויות ואי־בהירות בדין ובפריצת דרכים לא רצויות בתחומי הדין האזרחי במטרה להגיע לתוצאות מבוקשות במגזר צר ומצומצם. שיטת הרבדים המאפיינת את המשפט הישראלי כתחום זה חשובה במיוחד לסכנות אלה.



## חלק שלישי

# הסדרים שמקורם בדין האזרחי

### מבוא

לאחר שמוסד נכסי המלוג, ועמו עיקרה של המערכת המיוחדת הנוהגת ביחסי הרכוש בין בני-זוג בדין העברי, אינם מחייבים עוד במשפט הישראלי הנוהג, היתה מתבקשת המסקנה כי דינם של בני-זוג ביחסים הרכושיים שביניהם (למעט הוראות מיוחדות החלות עליהם מכוח הדין הדתי ואינן עומדות בסתירה להוראות חוק שיווי זכויות האשה) הוא כדינם של זרים. לגבי התקופה שלפני כניסתו של חוק יחסי ממון בין בני-זוג, תשל"ג-1973 לתקפו, ולגבי בני-זוג שהסדר הקבוע בחוק אינו חל עליהם לאחריה התחייב מצב משפטי של הפרדה בין נכסי בני-הזוג בכל סוגי הנכסים. מערכת הדינים המיוחדת לבני-זוג בדין הדתי, ברובה הגדול, לא חלה ונוצר, איפוא, מעין חלל ריק בשאלת מערכת הדינים אשר תוחל עליהם. החלל הריק יכול היה להתמלא על-ידי ההוראות הכלליות של הדין הדתי בדיני הקניין, תוך התאמתם לסיטואציה המיוחדת של מערכת היחסים בין בני-הזוג, או על-ידי הוראות הדין האזרחי. אולם ההוראות הכלליות של הדין הדתי בדיני הקניין אינן חלק מ"עניני נישואין". רק הנורמות המיוחדות לבני-זוג, דהיינו: הזכויות הנובעות ממעמד הנישואין או שמקורן במעמד הנישואין, הגם שהן זכויות בעלות אופי רכושי או כספי, נכללו במסגרת מונח זה, ואלה בחלקן הגדול אינן מחייבות עוד במשפט הישראלי הנוהג. מאידך גיסא, אין המשפט הישראלי קולט לתוכו את הנורמות הכלליות של הדין הדתי והוא מסדיר שאלות כאלה באמצעות הדין האזרחי. בין אם מדובר על זרים ובין אם מדובר בבני-זוג.

יישומם של דיני הקניין הרגילים על מערכת היחסים בין בני-זוג לא היה ישיר. במשך הזמן יצרה הפסיקה הלכה מיוחדת במסגרת אזרחית-חילונית המהווה למעשה הסדר בתחום דיני המשפחה. מאוחר יותר הסדיר חוק יחסי ממון בין בני-זוג תחום זה לגבי בני-זוג אשר נישאו לאחר 1 לינואר 1974. הוראות אלה, של ההלכה הפסוקה ושל החוק החרות, אשר מקורן בתחום האזרחי והמהווים רובד נוסף של הסדר יחסי הממון בין בני-זוג — המורכב על הרובד הדתי — יעמדו במרכזו של הדיון בחלק זה.

## פרק ראשון

### הלכת שיתוף הנכסים בין בני-זוג

#### פתח דבר

הלכת שיתוף הנכסים בין בני-זוג היא יציר הפסיקה של בית המשפט העליון, אשר התפתחה, ועדיין מתפתחת, לכלל משטר רכושי שיטתי. הלכה זו משמשת עד היום דגם ראשון במעלה ליצירה השיפוטית מבית מדרשו של בית המשפט. ההלכה שראשיתה באמצע שנות השישים, הביאה שינוי בולט באחד המגזרים החשובים של דיני המשפחה בישראל. למעשה, נפתח עמה עידן חדש במערכת היחסים הרכושיים בין בני-זוג ונתגשר הפער בין הדין למציאות. בית המשפט העליון העמיד את המחוקק, אשר אינו נלהב, מטעמים ידועים, מעריכת רפורמות בדיני המשפחה, בפני הכורח להיכנס לעובי הקורה ולהעמיד חקיקה טריטוריאלית שיטתית בתחום היחסים הרכושיים שבין בני-זוג.

בראשון לינואר שנת 1974, משנכנס חוק יחסי ממוץ בין בני-זוג, תשל"ג-1973, לתוקפו עמד כבר השלד המרכזי של הלכת השיתוף על תילו. הוראות הפרק העיקרי של החוק, הפרק השני, שענינן הסדר איזון המשאבים, אינן חלות על בני-זוג שנישאו זה לזה לפני תחילת החוק (סעיף 14). הרוב הגדול של בני-זוג בישראל חיים, איפוא, היום, וימשיכו לחיות עוד שנות דור לפחות, תחת המשטר הרכושי של הלכת השיתוף, ומכאן החשיבות הרבה שבהמשך המעקב אחרי הלכת השיתוף. חלקים גדולים ממבנה ההלכה, תכניה ועיצובה נמצאים עדיין רק בתחילת דרכם, שאלות רבות המחייבות תשובות לא נשאלו ובעיות טעונות פתרון לא נענו. החוק מוצא את הלכת השיתוף בשלב הביניים שלאחר חבלי הלידה שלה ולפני התבגרותה; שלב המתאפיין בתנודות רבות ובמידה רבה של סתירות ואי-בהירויות.

פיתוחה של הלכת השיתוף בנכסים נעשה בהשראת פרשנות רחבה של ההסדר במשפט המקובל האנגלי, לרקע הרובד הראשון של ההסדר, דהיינו: הוראות הדין הדתי החלות על בני-זוג. הלכה זו מחייבת, איפוא, עיון רב פנים: (א) סקירת ההסדר במשפט המקובל האנגלי (ב) בדיקת צידוקה המשפטי של ההלכה (ג) ניתוח הבסיס העיוני של ההלכה על כלליה השונים ובחינת מקורותיה המשפטיים (ד) בחינה בדבר מידת התאמתה למסגרת הדין האזרחי בישראל (ה) ובחינה בדבר מידת השתלבותה בהסדרים האחרים הנוהגים בדיני המשפחה במשפט הישראלי.

במהלך הדיון תכונה ההלכה, על פי תוכנה, בשם הלכת שיתוף הנכסים או חזקת שיתוף הנכסים או, על דרך הקיצור, הלכת השיתוף.

## א. סקירת ההסדר במשפט המקובל האנגלי

לא באקראי נפתח פרק זה בסקירה על המשפט המקובל האנגלי הנוגע לענינו. הפסיקה הישראלית הושפעה בצורה מכרעת מן ההסדר שבפסיקה האנגלית ומן הצידוקים שניתנו לו שם. תנועת המוטלת של הפסיקה האנגלית במקביל להתרחקות הפסיקה הישראלית ממקור זה, ממנו שאבה את עקרונותיה הבסיסיים, ולפילוס דרך עצמאית ונפרדת מחייבים סקירה מוקדמת של הדין האנגלי.

המשפט המקובל האנגלי, העוסק בשאלת היחסים הרכושיים שבין בני-הזוג, ידע מספר תקופות ובהן התיחסות שונה אל מכלול יחסים אלה. על שתי התקופות הראשונות הרחבנו כבר את הדיבור במקום אחר<sup>1</sup>, נתרכזו, אפוא, בתקופות הרלבנטיות לנשוא דיוננו.

ההכרה בקשיים שמציאות החיים המשותפים מעמידה בפני דיני הקנין הרגילים העבירה את הדין האנגלי לתקופה, שתחילתה בראשית שנות החמישים, בה פיתחה הפסיקה האנגלית מערכת דינים המיוחדת לתחום דיני המשפחה במסגרת דיני הקנין הרגילים, בנסיון להציב גבולות לעקרון ההפרדה הרכושית. בית המשפט הגיע למסקנה כי החלת דיני הקנין הרגילים אינה תואמת את מערכת היחסים המיוחדת בין בני-זוג, שכן במסגרת המשפחה אין הצדדים נותנים את הדעת לשאלות הקניניות ואינם מנהלים את רכוש המשפחה, ובעיקר את דירת המגורים ואת חפצי משק הבית, כאילו היו זרים. כדי לתת ביטוי משפטי הולם למציאות המיוחדת פיתח בית המשפט את הדוקטרינה של "נכסי המשפחה" (family assets) ואת גישת המאמץ המשותף והתרומה המשותפת. על-פי גישה זו, כאשר בני-הזוג רוכשים דירה ומרהטים אותה, על-ידי מאמציהם המשותפים, תוך כוונה שתהא זו דירתם המשותפת, מיחס להם בית המשפט את הכוונה כי הזכויות בנכסים אלה יהיו שייכות להם במשותף ובחלקים שווים בלי למדוד את ערך התמורה של כל אחד מהם. אין כל נפקות משפטית לקריטריונים הקניניים הרגילים, דהיינו: על שם מי רשום הנכס, מי סיפק את המקורות הכספיים לרכישתו או מי יצא לעבוד ומי נשאר בבית. זו תמצית ההלכה כפי שבאה לידי ביטוי במספר פסקי דין שניתנו על-ידי בית המשפט האנגלי לערעורים ובעיקר על-ידי הלורד דינג<sup>2</sup>.

בית המשפט הסתתר מאחורי נוסחה מעורפלת זו בלי שקבע במפורש את הבסיס המשפטי להחלתה ובלי שקבע את היקף תחולתה. העקרון הבסיסי הוא מתן משמעות לכוונת הצדדים. אולם כאשר לא ניתן מבע מפורש לכוונת הצדדים יוצא בית המשפט מנקודת מוצא כי אין בן-הזוג חייב להוכיח חוזה או מתנה כאילו היה זר. את היחסים בין בני-זוג, בכל הנוגע לזכויות הקנין בסוג זה של נכסי המשפחה, אין לדון באותן אמות מידה משפטיות בהן נדונים שני זרים המבקשים לקבוע את זכויותיהם היחסיים בנכסים

1. ראה שער שלישי, חלק ראשון, פרק שני, סעיף (ב).

2. *Rimmer v. Rimmer* [1952] 2 All E.R. 863; *Fribance v. Fribance* [1957] 1 All E.R. 357; *Ulrich v. Ulrich* [1968] 1 All E.R. 67; וכן (בבית המשפט לערעורים) *Gissing v. Gissing* [1956] 1 All E.R. 1043; *Jones v. Maynard* [1951] 1 All E.R. 802; *Cobb v. Cobb* [1955] 1 All E.R. 696; על ייחוס כוונה ראה כבר בפסק הדין הראשון, אשר פתח את השרשרת *Re Rogers' Question* [1948] 1 All E.R. 328.

באשר אין הן תואמות את מירקם היחסים המיוחד במסגרת המשפחה. לשם כך נעשה גם שימוש מרחיב בעקרון המקובל בדיני היושר ש-equality is equity.

ייחוס הכוונה נעשה דרך משקפי בני-זוג סבירים בדרך כלל, כאשר דרך זו משקפת קונצפציה אנטרופומורפית של צדק, כהגדרת הלורד דיפלוק בפסק מאוחר יותר<sup>3</sup>. מדברי הלורד דנינג בפסק Rimmer<sup>4</sup> ומדברי הלורד דיפלוק בפסק Fribance<sup>5</sup> משתמע כאילו בעבודת משק הבית של האשה, ובה לבדה, יש משום מילוי התנאי של המאמץ המשותף הנדרש לשם ייחוס הכוונה. אולם בחינה מדוקדקת מלמדת כי מסקנה כזו אינה עולה בקנה אחד עם המערכת העובדתית הכוללת. בשני המקרים נרכשה הדירה, נשוא ההתדיינות, בחלקה הודות למאמצייהם המשותפים של בני-הזוג ביציאה לעבודה בפועל ובחלקה מחסכונות משק הבית. כלומר לא העבודה במשק הבית כשלעצמה חרצה את גורל התביעה<sup>6</sup>. חידושו העיקרי של בית המשפט נעוץ בחוסר ההתחשבות במקור המיידני של רכישת הנכס. הדרך בה השתמשו בני הזוג בכספים, מי לרכישת הנכס ומי להוצאות משק הבית, לא היוותה שיקול דומיננטי בקביעת זכותם של אלה בנכס כל עוד נטלו שניהם חלק במאמץ המשותף.

המאמץ המשותף, המקנה זכויות קניניות, הורחב גם למקרים בהם תרם אחד מבני-הזוג להשבחת הרכוש על-ידי שיפוצים או שיפורים שעשה בו במהלך חיי הנישואין<sup>7</sup>. זאת למרות שלפי הדין הכללי אין המשביח נכס, ללא הסכם מפורש או מכללא עם בעל הנכס, זכאי לזכויות קניניות בו<sup>8,9</sup>.

3. *Pettitt v. Pettitt* [1969] 2 All E.R. 385 .
4. לעיל הערה 2.
5. לעיל הערה 2.
6. ראה גם ' קנטור, זכויות בעל ואשה בנכסים שנרכשו במהלך חיי הנישואין (חיבור לקבלת תואר מוסמך למשפטים. האוניברסיטה העברית ירושלים, תשכ"ז) 45-46. ראה גם A.Denning, *The Changing Law* (London, 1953) 90 וכן O. Kahn-Freund "Matrimonial Property -Some Recent Developments" 22 *M.L.R.* (1959) 241, 252-253.
7. מן הראוי לציין כי בשנת 1964 נחקק באנגליה חוק המקנה מפורשות, בהיעדר הסכם אחר, זכות קנינית גם לאשה בכספים ובנכסים אשר נרכשו מכספים שנחסכו מהוצאות משק הבית. ראה ה-Married Women's Property Act, 1964.
8. *Jansen v. Jansen* [1965] 3 All E.R. 363; *Appleton v. Appleton* [1965] 1 All E.R. 44. ראה ד' פרידמן, דיני עשיית עושר ולא במשפט (תל-אביב, 1970) 13 *Goff & Gones, The Law*; 11-16. *of Restitution* (London, 1966) 11-16. בהלכת *Pettitt, supra note 3*, at 390 דוחה הלורד ריד את החלת דיני המעין חזים באשר אין תקדים אנגלי בו הוחלו עקרונות אלה לגבי אדם אשר שיפר רכוש ללא הסכם מוקדם על כך.
9. בשנת 1970 נחקקה הוראה מיוחדת על-פיה בן-זוג שהשביח נכסים של האחר בכסף או בשווה כסף יזכה בזכות קנינית בנכס כזה יחסית להשקעתו לפי שיקול דעת בית המשפט בהיעדר הסכם אחר בין הצדדים, ראה *Matrimonial Proceedings and Property Act, 1970, Sec. 37*. החוק האנגלי נדרש לבעיה לאחר שהלכת *Pettitt, supra note 3* צמצמה את ההלכות הקודמות בקבעה כי פעולות שיפור והשבחה כשלעצמן אינן מקנות כל זכויות בנכס.

בתקופה זו נוצקה למעשה הלכה חדשה בדיני קנין המיוחדת לתחום היחסים שבין בני־זוג והיוצרת דין חדש של חלוקת נכסים מסוג מסויים בין בני־זוג.<sup>10</sup> לקראת סוף שנות הששים ניכרה בפסיקה האנגלית נסיגה מן ההלכות הקודמות המתאפיינת בדבקות רבה יותר בדיני הקנין הרגילים. במקביל שקד המחוקק האנגלי על הסדרים משלימים של יחסי הממון בין בני־זוג. תחולתן של ההלכות הקודמות צומצמה והיקפן הוגבל תוך נסיון להעמידן על בסיס משפטי ברור. דיני היושר ודיני הקנין בהשפעתם על היחסים הרכושיים שבין בני־זוג חוזרים למימדיהם הרגילים. מבשר המפנה היה בית הלורדים בשתי הלכות. *Gissing v. Gissing*<sup>11</sup> ו־*Pettitt*<sup>12</sup>, אשר הגיעו להכרעתו לאחר 20 שנה בהם נפסקו ההלכות בבית המשפט לערעורים. בית הלורדים קבע כי לא ניתן ליחס כוונה לבני־זוג כאשר לא ניתן להסיק הסכם ביניהם. כאשר אין העדויות מצביעות על קיום חוזה בין בני־זוג לא יקבעו הזכויות בנכס תוך הנחה או השערה מצד בית המשפט מה היו בני־זוג סבירים במעמדם מסכימים אילו נתנו את הדעת על כך. אין להתחשב בתמיכה הכללית של בני־זוג לרווחת המשפחה כאינדיקציה לקביעת זכויות קניניות<sup>13</sup>. בית המשפט לא ייצור עבור הצדדים חוזה כאשר לא ניתן למצוא במערכת העובדות הספציפיות בכל מקרה ומקרה בסיס להסקת כוונתם המשותפת. בסיס כזה חייב להיות מעוגן מעבר למסגרת היחסים המטרימוניאליים של בני־זוג. המסקנה הלכאורית שנכסי משפחה אשר נרכשו במאמץ משותף — במובן הרחב שיוחס למונח זה בהלכות הקודמות — שייכים לשניהם במשותף לא נתקבלה. בהיעדר דוקטרינה כללית של שיתוף נכסים סבור היה בית הלורדים כי אין להכניס בדלת האחורית ובאמצעות הכרעות שיפוטיות מעין שיתוף נכסים המבוסס על מערכת היחסים המיוחדת בין בני־זוג<sup>14</sup>. דעת הרוב דחתה את אפשרות השימוש בדיני החוזים כמקור משפטי להלכה כדרך שפותחה בבית המשפט לערעורים. אולם הבסיס החוזי לא הושמט כליל. כאשר קיים הסכם מפורש בין בני־

10. A.K.R. Kiralfy "The English Law" in *Comparative Law of Matrimonial Property* (A.K.R. Kiralfy, editor, Leiden, 1972) 199 (hereinafter: Kiralfy).

11. ראה לעיל הערה 3. העובדות היו דומות לאלה של פסק 7 *supra* note 7. Appleton. אולם במקרה זה, בניגוד להלכה האמורה, סירב בית המשפט להקנות זכות קנינית בדירת המשפחה על בסיס השבחתה על־ידי שיפוצים שערך בן־זוג התובע.

12. *Gissing v. Gissing* [1970] 2 All E.R. 780. כאן קיבל בית הלורדים ערעור על פסק דינו של הלורד דינג אשר על בסיס הלכת המאמץ המשותף קיבל את תביעתה של האשה התובעת. הלורד דינג הכיר בזכותה הקנינית במחצית דירת המשפחה על בסיס כספים שהוציאה בצידוד הדירה והשתתפותה המוגבלת בהוצאות משק הבית על־ידי רכישת ביגוד לה וילדיה. בית הלורדים לא ראה במאמץ זה תרומה מספקת להקניית זכות קנין כלשהי בדירה.

13. ברם ראה דעתם של הלורד ריד (ע' 391) והלורד דיפלוק (ע' 415) בפסק 3 *supra* note 3, *Pettitt*. התומכים בהחלת כוונה מיוחדת, שכן החלת טכניקה זו בענינים מטרימוניאליים מחייבת את הרחבתה.

14. ביקורת על עמדותיו של בית הלורדים ראה: H. Lesser "The Acquisition of Inter-vivos: Matrimonial Property Rights in English Law: A Doctrinal Melting Pot" 23 *Uni. of Tor. L.J.* P.M. Bromley, *Family Law* (5th ed., London, 1976) 148, 178-179. על ההלכה ראה 462.

הזוג<sup>15</sup> או כאשר קיימות עובדות — מעבר למאמץ רגיל של האשה, עקרת הבית, בעבודות משק הבית — מהן ניתן להסיק כי בני-הזוג הסכימו לכנס את נכסיהם בקרן בבעלות משותפת כי אז תיקבע כוונתם המשותפת. זוהי שאלה של עובדה בכל מקרה ומקרה, אף כי במקרים כאלה ניתן לתת נפקות-מה לעובדת היותם של הצדדים בני-זוג, הדוקטרינה של נכסי משפחה כהלכה החורגת מגדר דיני הקניין נדחתה. עם זאת, הגבול שבין הסקת כוונה לבין ייחוסה לא הוברר די צורכו. זוהי פירצה המזמינה אי-בהירות, כאשר מסקנות בית הלורדים נתונות לפרשנות מצומצמת או רחבה כפי שנראה עוד להלן.

העקרון אשר נקבע הוא, כי דיני הקניין והעקרונות הרגילים הם אשר יחולו על מערכת היחסים שבין בני-זוג כאילו היו זרים, אל לה לשאלה משפטית "קרה" זו להיות מושפעת מיחסי הצדדים במהלך הנישואין, אלא במידה וניתן להסיק מן העובדות כוונה משותפת כלשהי, רק המחוקק לבדו רשאי לקבוע תוצאות משפטיות הנותנות נפקות מיוחדת למערכת היחסים שבין בני-זוג במהלך הנישואין.

המקור המשפטי אשר רוב בית הלורדים נטה לאמץ, גם במסגרת היחסים בין בני-זוג — כאשר לא ניתן להסיק כוונה משותפת ולמצוא תשובה בגדר דיני החוזים — הוא דיני היושר, דיני הנאמנות<sup>16</sup>. דיני היושר מאפשרים לצד אחד לרכוש, במקרים מסויימים, זכויות קניניות גם בהיעדר הסכמה של הצד האחר, בית הלורדים איננו פורץ, גם בהקשר זה, את המסגרת הרגילה של דיני הנאמנות. דיני היושר מזיקים את הזכאי, בהיעדר הסכם נאמנות מפורש, להשתתפות כספית סובסטנטיבית בתמורת הרכישה כדי להקנות זכות שביושר בנכסים. תרומה כספית כזו נדרשת גם בהקשר למערכת יחסים בין בני-זוג. במקרה אשר כזה יוחזק בין-הזוג, בעל הזכויות שבדין, כנאמנו של בן-הזוג האחר באופן יחסי למידת השתתפותו של אותו אחר בתמורת הרכישה. בכך מיושמת הנאמנות שבדין (implied trust) הידועה באנגליה בשם נאמנות מכללא — resulting trust<sup>17</sup>. הפונקציה של דיני היושר אינה רק סיווג הזכות לאחר היווצרותה אלא גם מקור משפטי ליצירתה.

תרומת בן-הזוג חייבת, איפוא, להיות ממשית, כספית וסובסטנטיבית. אורח נישואין תקין וניהול משק בית על-ידי האשה יוצרים רק כוונה לשימוש ולהחזקה

15. ראה גם *Wilson v. Wilson* [1963] 1 W.L.R. 601; *Bedson v. Bedson* [1965] 2 Q.B. 666 בהן כובדו הסדרים בין הצדדים או הוכר רישום משותף.

16. בית המשפט התייחס לדיני היושר כבר בהלכת פטיט, אולם ביטוי מפורש נמצא בהלכת גיסינג. בהלכת פטיט בקש עדיין הלורד דיפלוק להניח להלכות הישנות ולסמוך על ייחוס מכללא. אולם בהלכת גיסינג הוא מכיר בכך שדעת הרוב הגיעה למסקנות אחרות והוא פוסק בהתאם לה גם בהקשר לשאלת הבסיס המשפטי. על הלכה זו ראה: *Falconer v. Falconer* [1970] 3 All E.R. 449; *Cooke v. Head* [1972] 2 All E.R. 38; *Cowcher v. Cowcher*. סיכום הלכות אלה ב-*Cowcher v. Cowcher* [1972] 1 All E.R. 943; S. Cretney "No Return From Contract to Status" 32 M.L.R. (1969) 570, 574; G.C. Cheshire, *Modern Law of Real Property* (12th ed., London, 1976) 231.

17. מן ההלכות האנגליות לא ברור אם הכוונה היא לנאמנות מכללא או לנאמנות הקונסטרוקטיבית (ה-constructive trust). נראה שאין הכוונה לסוג אחרון זה של נאמנות. ראה: H. Lesser, *supra* note 14, at 189.

משותפים במהלך הנישואין. אך לא תוסק מהם כוונה לשיתוף קניני או לנאמנות שבדין. אין להסיק כוונה לשינוי זכויות בנכסים כתוצאה מקיום החובות הרגילות של כל אחד מבני המשפחה<sup>18</sup>. בית המשפט צריך לשקול בכל מקרה את כלל הנסיבות, אולם עם זאת יתן נפקות למערכת היחסים המיוחדת בין בני־זוג כדאטום שיש להתחשב בו<sup>19</sup>. גם העקרון של equality is equity הוחזר למקורותיו. עקרון זה ימשיך להיות אמצעי להתרת הקשר הגורדי<sup>20</sup> רק כאשר הוכח כבר קודם לכן כי לבן־הזוג זכויות ביותר בנכס אולם לא ניתן לקבוע את החלק המדויק המגיע לו. עקרון זה מכוח עצמו לא ישמש בסיס משפטי להקניית זכויות בנכסים. חלקיהם של בני־הזוג ייקבעו בדרך־כלל על יסוד ההסדר שביניהם או בהתאם לכוונתם המשותפת או באופן יחסי למידת תרומתם הכספית לרכישה. במקביל הוגבלה חלוקתה של חזקת ה-advancement ובכך צומצמה עוד יותר השפעתם של דיני המשפחה על דיני היושר<sup>21</sup>.

מי שסבור היה כי בית הדין פישט והבהיר אחת ולתמיד את הסוגיה של הסדר היחסים הרכשיים בין בני־זוג בנוגע ל"נכסי המשפחה" במהלך הנישואין התברר עד מהרה. למרות הנחת בסיס משפטי לקביעת ההלכות החלות בסוגיה זו נשארה עדיין בעייתיות רבה בשאלת יישומן של ההלכות והכללים הנובעים מהן. בעיקר ממשכה להעסיק את בית המשפט האנגלי הבעיה מהו טיבה, היקפה ומידתה של התרומה הכספית הנדרשת לשם הקניית זכות לבן־הזוג האחד בנכסי האחר. שאלה זו לא הובהרה די צורכה בפסקי הדין המנחים ונשמעו דעות לכאן ולכאן. גדר המחלוקת הוא, אם גם

18. עם זאת גם כאשר אין תרומה כספית של האשה, ברם על־ידי ניהול מתאים וחכמוני של משק הבית היא משחררת כספים לתשלומים סדירים על חשבון הנכס ויקנו לה זכויות בנכס כזה. מערכת עובדות כזו, הדומה לאלה שבפסק 2 *Rimmer, supra note 2*, נכללת בגדרו של חיקוק אנגלי משנת 1964. ראה לעיל הערה 6. תנאי להקניית זכויות כאלה הוא כי באמצעות ניהול כאמור ייחסכו כספים מתשלומי משק הבית. אם לא כן לא תספיק נסיבה זו כשלעצמה להקניית הזכויות. החוק קובע למעשה כי הסכומים אשר נחסכו מכספי משק הבית שייכים לשני בני־הזוג במשותף וכי לבני־הזוג זכויות שוות בהשקעות שנעשו מכספים אלה.

19. בענין *Heseltine v. Heseltine* [1971] 1 All E.R. 952 עשה לדעתי בית המשפט שימוש נכון בנסיבות חיי המשפחה. בפרשה זו מסרה אשה לבעלה סכום כסף ניכר לאחר ששוכנעה על־ידו בכך ייחסך מס עזובן. משעזב את הבית עם אחרת קבע בית המשפט כי הכסף כולו הוחזק על־ידו בנאמנות עבור האשה. בית המשפט ראה במסירת הכסף אקט של אימון שמטרתו רווחת המשפחה וטובתה. משהתרחש מאורע אשר לא נצפה על־ידי האשה, היינו בגידתו של הבעל, נתעוררה נאמנות מכוח הדין. כאשר החזקת הכסף איננה משרתת עוד את מטרתה המקורית, טובת המשפחה, ניעורה נאמנות לטובת האשה. דרכו של בית המשפט נראית לי נכונה ותוצאתה צודקת. פעולתם של בני־הזוג נבעה ממערכת היחסים המיוחדת שביניהם, מתוך יחסי אימון ולשם מטרה מסוימת. בית המשפט לא ייחס כוונה לבני־הזוג אלא הסיק אותה מן הנסיבות כאשר היחסים המיוחדים שבין בני־הזוג משמשים אינדיקציה לכוונתם. לעומת זאת טוען *Lesser, supra note 14*, at 202 כי כדי למנוע אי־צדק עשה בית המשפט שימוש בעקרון הנאמנות הקונסטרוקטיבית ובעשותו כך התעלם מן ההסכם בין בני־הזוג לגבי מטרת השימוש בכסף.

20. *National Provincial Bank Ltd. v. Ainsworth* [1965] A.C. 1175, 1236.

21. *J.G. Miller, Family Property and Financial Provision* (London, 1974) 20; וכן ראה ענין *Falconer, supra note 16*, at 482.

תרומה כספית עקיפה לרכישת הנכס תספיק לשם יצירת נאמנות כלפי כן-הזוג התורם. הגדרת התרומה הנדרשת במונחים רחבים עשויה להחזיר, למעשה, את גלגלי הלכת בית הלורדים אחורה אל הלכת בית המשפט לערעורים. בשורה ארוכה של פסקי דין אשר נפסקו לאחר שבית הלורדים אמר את דברו נתן הלורד דנינג הגדרה רחבה בקבעו כי גם בכוחה של תרומה כספית עקיפה, כגון תשלומים סובסטיביים להוצאות משק הבית, ליצור נאמנות שבדין.<sup>22</sup> תנאי לכך הוא כי תשלומים אלה מצד כן-הזוג האחד משחררים את כספי האחר לתשלום הוצאות הרכישה, כגון חוב משכנתא, ואין הם נעשים רק על בסיס הכוונה לחלק את הוצאות החזקת משק הבית בין בני-הזוג. עמדתו של הלורד דנינג מבוססת על ההנחה כי הלכות בית הלורדים לא ביטלו את ההלכות הקודמות אשר נפסקו על-ידי בית המשפט לערעורים אלא רק הניחו להן בסיס משפטי ברור.<sup>23</sup> בכך הוא מחזיר, למעשה, עטרת ההלכות הקודמות ליושנה.<sup>24</sup> עמדה זו לא זו בלבד שאינה מתיישבת עם עקרונותיה של הלכת Gissing אלא היא נוגדת דברים מפורשים שנאמרו שם על הצורך בתרומה ישירה.<sup>25</sup>

מגמה של פירוש ליברלי ורחב להלכותיו של בית הלורדים ניכרת גם בהקשר נוסף. הלורד דנינג הכיר בעבודת אשה בעסקו של בעלה ללא משכורת או תמורה אחרת כתרומה המעניקה לה זכות שבייחוד לא רק בריווחי העסק אלא גם בנכסים אשר נרכשו מרווחים אלה.<sup>26</sup> בית המשפט קובע נאמנות שבדין לפיה מחזיק הבעל בנכסי העסק

22. *Falconer, supra note 16; Hargrave v. Newton* [1971] 3 All E.R. 866; *Hazell v. Hazell* [1972] 1 All E.R. 923; *Kowalczyk v. Kowalczyk* [1973] 2 All E.R. 1042. אובחנו המקרים הקודמים ונקבע כי תרומה מאוחרת לרכישה לא תיחשב כתרומה לצורך הקניית זכויות.

23. ראה פסק *Smith v. Baker* [1970] 2 All E.R. 826; *Falconer, supra note 16*, at 452. גם המלומד, Lesser, *supra note 14*, at 177 סבור כי ההלכות שפותחו על-ידי בית המשפט לערעורים אינן אלא הרחבה של העקרונות הקיימים, תוך פנייה לדיני המשפחה כדי להצדיק הרחבה כזו. אולם בבית הלורדים נדחתה, כידוע, גישה כזו.

24. P.M. Bromley, *supra note 14*, at 468.

25. לדעת הלורד דיפלוק יש צורך בהשקעת כספים לפחות במסגרת התשלום הראשון. לדעת הלורד דילהורן (ע' 786) חייבת התרומה להיות ישירה על מנת לזכות את המשקיע בזכות שבייחוד. שום תרומה עקיפה לא תספיק לשם כך. לדעת הלורד פירסון (ע' 788) יש, כנראה, צורך בהסדר מפורט בין הצדדים על הקניית זכויות באמצעות תרומה עקיפה. ראה גם את עמדת בית המשפט בענין *Cowcher, supra note 16*, at 950. על-פי עמדה זו השתתפות בתשלום כספי משכנתא אינה משנה את הזכויות שבייחוד שהוקנו בעת הרכישה. בהיעדר הסכם מפורש אין די בהשתתפות כזו כדי להסיק הסכם מכללא על הקניית זכויות מכוחה.

ביקורת על עמדתו של הלורד דנינג, ראה: J.M. Eekelaar "The Matrimonial Home in the Court of Appeal" 88 *L.Q.R.* (1972) 333-336; P.M. Bromley, *supra note 14*, at 468; S.M. Cretney, *Principles of Family Law* (London, 1974) 266-267; A.A.S. Zuckerman "Ownership of the Matrimonial Home — Common Sense and Reformist Nonsense" 94 *L.Q.R.* (1978) 26, 42 et seq.

26. *Nixon v. Nixon* [1969] 3 All E.R. 1133. הלורד דנינג קבע כי הלכה זו לא נפגעה על-ידי פסק *Gissing* ראה: *Re Cummins v. Thompson* [1971] 3 All E.R. 782.



בנאמנות עבור שני בני־זוג, ובהיעדר עדות אחרת, בחלקים שווים<sup>27</sup>.  
אנו נוכחים, אפוא, לדעת כי המטוטלת של הפסיקה האנגלית עדיין לא התאזנה.  
בתנועתה הגיעה אמנם הפסיקה לשלב בו ביררה לעצמה את היסודות העיוניים של  
ההלכות השונות<sup>28</sup>, אולם פרטי ההלכות לוטים עדיין בערפל סמיך מאחוריו מסתתרים  
כיווני פרשנות שונים. אי הבהירות, נחלת פסיקה זו במשך עשרים שנה, נמשכת.  
הפסיקה האנגלית מדגימה את החיוניות הרבה המצויה במשפט המקובל. המחדש  
ומתחדש באמצעות הכלים הקיימים ברשותו תוך כדי היענות לדרישות החדשות אשר  
מציאות החיים והאידיאולוגיות המשתנות מציבות לו כאתגר. אך בד בבד עולות על פני  
השטח גם כל המגבלות של "חקיקה" באמצעות בית המשפט, דהיינו: המכוכה וחוסר  
הבהירות הנוצרים כתוצאה מן הנסיון ליישם את דיני הקנין, לאכפס בתחום דיני  
המשפחה ולהתאימם לדינים אלה.

למרות חיוניותו של המשפט המקובל הכיר גם הדין האנגלי כי תחום זה מחייב  
התערבות מצד המחוקק. הסדר יחסי הממון בין בני־זוג נמצא בתחומם של דיני  
המשפחה ולא בתחום דיני הקנין. מותר להניח כי היום, לאחר שהחקיקה האנגלית  
הסדירה את יחסי הממון בין בני־זוג בעת פקיעת הנישואין על־ידי הענקת שיקול דעת  
שיפוטי רחב על בסיס מספר עקרונות מנחים<sup>29</sup>, לא תרחיק עוד הפסיקה לכת. חקיקה זו  
אינה מסדירה אמנם את יחסי הממון בין בני־זוג במהלך הנישואין, אולם הצורך  
החברתי אשר הניע את בתי המשפט האנגליים לחדש הלכות נענה בעיקרו על־ידי  
המחוקק.

חשיבותו של המשפט המקובל אותו סקרנו הולכת ופוחתת אך עדיין קיימת. כך,  
למשל, לצורך קביעת הזכויות במהלך הנישואין, במידה שקביעה כזו נדרשת למטרות  
מסוימות, או לצורך קביעת הזכויות בנכסים כאשר אחד מבני־זוג הלך לעולמו.  
החקיקה החדשה לא ייתרה את ההלכות המפורטות בסקירתנו אפילו לעת פקיעת  
הנישואין, לעתים יקום צורך לקבוע, לפני ההכרעה שבשיקול דעת, למי מוקנות הזכויות  
בנכסים, אולם לאור הסמכויות הרחבות המוקנות לבית המשפט לא תמיד יהיה משקלה  
של קביעה כזו בעל חשיבות רבה.

27. מן הראוי לציין כי פרשנות רחבה כזו לא נתקבלה על דעת הרוב בבית המשפט העליון הקנדי  
בענין *Murdoch v. Murdoch* [1975] 1 S.C.R. 423. שם נקבע כי עבודת האשה בחווה שהיתה  
רשומה על שם בעלה לא הקנתה לה שום זכות שביושר. גם שופט המיעוט השופט לסקין סבור כי  
ייחוס כוונה מכללא לבני־זוג נראית לו מלאכותית. ברם הוא מציע להעניק לבת־הזוג זכות על  
בסיס נאמנות קונסטרוקטיבית, מתוך קביעה שהבעל יתעשר שלא כדין אם יזתר לו להיוותר  
הבעלים היחיד והבלעדי של הנכס למרות עבודתה של האשה (שם בע' 455). ההלכה בקנדה שונתה  
לאחרונה, ראה להלן הערה 221.

28. את סיכום המבחנים ראה בפסק הדין 16 *Cowcher, supra*.  
29. *Matrimonial Causes Act, 1973* אשר החליף את ה- *Matrimonial Proceedings and Property Act, 1970*.  
Act, 1970. דיון מפורט על ההסדר נמצא בשער ראשון, חלק חמישי, פרק שני.  
על החקיקה האנגלית החדשה ראה גם: B. Passingham, *The Matrimonial Proceedings and Property Act 1970* (London, 1970); S.M. Cretney, *supra* note 25, at 144 et seq.; B. Passingham, *Law and Practice in Matrimonial Causes* (London, 2nd ed., 1974).

לאחרונה המליצו ועדות הרפורמה האנגליות לשנות את המשפט המקובל מזה ולהשלים את החקיקה הקיימת מזה, בקביעת שיתוף סטטוטורי בבית המגורים ובהענקת זכויות שימוש והנאה במיטלטלי משק הבית במהלך הנישואין<sup>30</sup>.

### ב. הערות לצידוקה המשפטית של הלכת השיתוף

צידוקה החברתית של הלכת השיתוף בנכסים איננו טעון בירור נוסף. עוד בשער הראשון נדונו חולשותיה ומגרעותיה של שיטת הפרדת הרכוש בחברה כשלנו. הלכת השיתוף מעוגנת היום היטב בשיטת המשפט הישראלית והיא מהווה "נכס צאן ברזל של היודיקטורה שלנו... עד שאין להרהר אחרי ההלכות שנקבעו... שעסקו בבעיה של שיתוף נכסים בין בני־זוג. היא מקורן של ההלכות אשר יהא ותהיה התפתחותן בארצות מהן נשאבו אשר תהיה"<sup>31</sup>. משום כך מאוחר מדי היום לדון בצידוקה המשפטית של הלכת זו, אולם לשם השלמות יוקדש לה דיון קצר.

חוק שיווי זכויות האשה, תשי"א-1951, בפרשנות שניתנה לו על־ידי בית המשפט העליון, יצר חלל ריק בכל הנוגע לדין המיוחד אשר יוחל על נכסי בני־הזוג. חלל ריק זה יכול להתמלא על־ידי הוראות הדין האזרחי, החל על בני־זוג כאותה מידה שהוא חל על זרים, בהיעדר הוראות ספציפיות החלות עליהם. חוק שיווי זכויות האשה, תשי"א-1951, משווה את דיניה של האשה לאיש בכל הנוגע לזכויותיה הקניניות ומשליט, להלכה, משטר של הפרדה רכושית בין בני־זוג. אין חוק זה כשלעצמו קובע הוראות דין פוזיטיביות הממירות את הוראות ההסדר בדין הדתי<sup>32</sup> ואין בו כדי ליצור שיתוף חפצי בנכסים בין בני־זוג ללא הוראת חוק משלימה או ללא הסכם בין בני־הזוג. החוק מבחינה זו הוא בעל אופי נגטיבי. אין בו הסדר פוזיטיבי הכולל הוראות דין מטריאליות בנוגע למשטר של שיתוף נכסים בין בני־זוג ועקרון השוויון מטבעו אינו מחייב משטר כזה דווקא.

כבר ראינו כי שאלת יחסי ממון בין בני־זוג במהותה היא מ"עניני נישואין" שעל הסדרם חל הדין הדתי<sup>33</sup>. דין זה יוצר לגבי יהודים הסדר של רכוש נפרד בין בני־זוג עם זיקה מסוימת של רכוש האשה לבעל — זיקה אשר בוטלה לאור חוק שיווי זכויות האשה — ברם איננו יוצר שיתוף נכסים בין בני־זוג. דין זה ממשיך לחול על בני־הזוג כפוף למה שנגרע ממנו בעקבות חוק שיווי זכויות האשה<sup>34</sup>. בהיות שיטת השיתוף

30. *The Law Commission (No. 52) Family Law — First Report on Family Property: A New Approach; The Law Commission (No. 86) Family Law — Third Report on Family Property: The Matrimonial Home (Co-ownership and Occupation Rights) and Household Goods.*

31. ע"א 595/69 אפטה נ' אפטה, פ"ד כה (1) 561, 573 (להלן: הלכת אפטה).

32. ראה דברי השופט שרשבסקי בע"א 514/76 חשש נ' דמארי, פ"ד לא (2) 505, 512-513 (להלן: הלכת חשש).

33. ראה השער השני.

34. ראה דברי השופט קיסטר בהלכות הבאות: המ' 5172/58 הורנשטיין נ' ציון חברה לביטוח בע"מ, פ"מ כא 122, 133; ע"א 253/65 בריקר נ' בריקר, פ"ד כ (1) 589, 608, 613 (להלן: הלכת בריקר); ע"א 627/70 זאבי נ' זאבי, פ"ד כו (2) 445, 449-450 (להלן: הלכת זאבי); ע"א 66/73 פנוני נ' פנוני, פ"ד כט

בנכסים זרה לדין העברי החל על יחסי ממון בין בני-זוג יהודים ובהיות הדין העברי הסדר שלם וממצה, אין כל לקונה כשיטת המשפט הישראלי שבעטיה צריך היה לפנות לדין האנגלי.<sup>35</sup> לא זו אף זו, אפילו היתה קיימת לקונה הרי שיטת המשפט הישראלי בעניני המעמד האישי היא כה זרה למשפט המקובל האנגלי, וההבדל בין שתי השיטות בעניני נישואין הוא כה עמוק, עד שלא ניתן היה לקלטו עקב סייגי הקליטה של המשפט המקובל האנגלי במשפט הישראלי.<sup>36</sup> אפילו הדמיון בין הוראת סעיף (1) ל-Married Women's Property Act 1882 לבין סעיף 2 לחוק שיווי זכויות האשה אינו מצדיק קליטת הפסיקה האנגלית, כפי שהיתה באותם ימים, הואיל והיא נסמכה, בין השאר, על הוראות סעיף 17 לאותו חוק, שאין לו כל מקביל בחיקוקים הישראליים. מטעמים אלה לא ניתן היה אפילו לקבל השראה מן הדין האנגלי לעיצוב הדין המקומי, שכן "תנאי חיוני להשראה... הוא שהמוסדות המשפטיים אותם משווים הם כרי השוואה, דהיינו, שהם מבוססים על הנחות בסיסיות משותפות ובאים להגשים מטרות משותפות".<sup>37</sup> הלכת שיתוף הנכסים נקלטה לראשונה על-ידי בית המשפט המחוזי בתל-אביב, אשר ביקש, לאור הדמיון בסעיפי החוקים האמורים, למלא בפסיקה אנגלית את החלל הריק שנוצר, לטענתו, לאור חוק שיווי זכויות האשה.<sup>38</sup> החרה החזיק אחריו השופט ברנזון בהלכת ברגר.<sup>39</sup> רק בהמשך, משפותחה הלכה זו באופן עצמאי, התרחקה מרחק רב מן הפסיקה האנגלית ופילסה את דרכה באופן עצמאי ונפרד, נקבע כי אין היא מושפעת עוד מן השינויים אשר חלו במשפט המקובל האנגלי ואין היא יונקת את גבולותיה, היקפה ותוכנה מאנגליה.<sup>40</sup> קביעה אחרונה זו היתה חיונית כדי להמשיך ולהחיל את הלכת השיתוף בנכסים, בפיתוחה הישראלי, גם לאחר הסתייגותו של בית הלורדים מהחלת חוקה אפרוירית כלשהי בדבר שיתוף בין בני-זוג אפילו בתחום המצומצם של "נכסי משפחה".<sup>41</sup> יצויין כי מדינות אחרות של המשפט המקובל, בהן

- (2) 181, 184 (להלן: הלכת פנונו). דברי השופט שרשבסקי בהלכת חשש, לעיל הערה 32, בע' 513. דברי השופט אלון בע"א 2/77 אוזגי נ' אוזגי, פ"ד לג (3) 15, 1 (להלן: הלכת אוזגי).
35. ראה י' א' רוזנצווייג "שיתוף קניני בנכסים בין בעל ואשתו" משפטים א (תשכ"ח) 185, 188; י' קנטור, זכויות בעל ואשה בנכסים שנרכשו במהלך הנישואין (חיבור לשם קבלת תואר מוסמך למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים, תשכ"ז) 34-37, 60-62; א' סוכובולסקי "דו"ח על יחסי הרכוש בין בני-זוג היהודים בישראל ותחולת המשפט העברי על יחסים אלה" בספרו של ג' טרסקי, מחקרים במשפטנו הפרטי (ירושלים, תשי"ט) 349.
36. ע"א 73/54 מוציא לפועל צוואת מ' ינקובסקי נ' עזבון ל' ינקובסקי, פ"ד י 1282, 1286. ראה דברי השופט קיסטר בהלכת בריקר, לעיל הערה 34, בע' 609-611.
37. ראה דברי השופט ברק בע"א 546/78 בנק קופת עם בע"מ נ' הנדלס, פ"ד לד (3) 57, 67.
38. המ' 2048/55 הורבין נ' "השריון", פ"מ יב 35, 43 ואילך.
39. ע"א 300/64 ברגר נ' מנהל מס העזבון, פ"ד יט (2) 240 (להלן: הלכת ברגר). הנשיא אגרנט הסכים גם הוא בהלכת בריקר, לעיל הערה 34, בע' 598 כי ההלכה הישראלית נקבעה על סמך הפסיקה האנגלית ועל בסיסה.
40. ע"א 446/69 לוי נ' גולדברג, פ"ד כד (1) 813, 818 (להלן: הלכת לוי); הלכת אפטה, לעיל הערה 31, בע' 568-569; ע"א 528/76 פרנקל נ' פרנקל (לא פורסם) ראה תקציר יא 356-355 (מן הראוי לציין כי בתקציר אין אזכור של נקודה זו) (להלן: הלכת פרנקל).
41. ראה לעיל ס"ק א של פרק זה.

שרר משטר של הפרדה רכושית, החליטו כי לא ניתן במסגרת הדין הקיים להכיר בקיומה של שותפות נכסים בין בני-זוג.<sup>42</sup> למסקנה דומה הגיע גם בית המשפט הגרמני. בתקופה שלאחר חקיקת ה-Basic Law (כ-23/5/49), בו הוכר עקרון השוויון בין בני-זוג, ועד לכניסתו לתוקף של החוק המפורט, הקובע מפורשות משטר רכושי של איזון משאבים בין בני-זוג (בתאריך 30/6/58), נמנע בית המשפט מיצירת דין חדש כלשהו. הוא קבע כי המשטר היחיד התואם את כלל השוויון ואת הצורך בקביעה משפטית ברורה הוא משטר ההפרדה הרכושית.<sup>43</sup>

צידוק משפטי להלכת השיתוף בנכסים, שלא במסגרת הדין הדתי, חייב היה להימצא בהוראות הדין הרגיל החלות על בני-זוג בשאלות רכושיות. בהמשך נבחן את הנסיון לבסס את הלכת השיתוף על כוונת הצדדים, דהיינו, במסגרת דיני החוזים, אולם למעשה פעל בית המשפט כמחוקק לכל דבר ויצר יצירה חדשה. ועוד נעמוד גם על אי-התאימות בין הלכת השיתוף לבין הוראות הדין האזרחי. השופטים הדבקים במסקנה ש"הסדר יחסי הממון בין בעל ואשה יהודים הוא על-פי דיני המשפט העברי, במידה ואין הוראת חוק הקובעת אחרת"<sup>44</sup> (השופטים קיסטר, שרשבסקי ואלון) מנסים למצוא את הבסיס המשפטי של הלכת השיתוף מתוך מערכת המשפט העברי.<sup>45</sup> אולם שום נסיון לא ישנה את העובדה כי הורתה ולידתה של הלכת השיתוף הינה מחוץ למערכת הדין העברי ובמסגרת הדין החילוני. הדין העברי מתבקש רק בדיעבד ולאחר מעשה לתת תוקף משפטי, או לגיטימציה, להסדר אזרחי-חילוני. ההתחקות אחר בסיס משפטי שבדיעבד בדין העברי משקפת, איפוא, רק נסיון לישב את הלכת השיתוף ה"חילונית" עם הדין העברי. זאת ותו לא. יתר-על-כן, הלכת השיתוף מתחשבת במילוי חובותיה של האשה במשק הבית לשם הקנית זכויות בנכסים בעוד על-פי הדין העברי, הממשיך לחול על בני-זוג, מילוי חובות כאלה מקנה לה זכויות במסגרת אותו דין.<sup>46</sup> מה עוד שהסדרי הדין העברי מבוססים על עקרון האיזון בין בני-זוג בעוד הלכת השיתוף מרכיבה אליהם את עקרון השוויון בלי שתשלב ותתאם את התוצאות המשפטיות הנובעות מהכלאה זו.

42. על הדין בקנדה ראה למשל לעיל הערה 27. על שינוי בדין הקנדי, לאחרונה, ראה להלן הערה 221 א.

43. E.D. Graue "German Law" in Kiralfy, *supra* note 10, at 118-119 note 20.

44. דברי השופט אלון בהלכת אוזגי, לעיל הערה 34, בע' 15.

45. ראה לעיל הערה 34. ראה דברי השופט אלון בהלכת אוזגי, לעיל הערה 34, בע' 15-17 בו הוא מסכם את

הדרכים האפשריות: חופש ההתנאה, המנהג והאימדנא, ומביא את האסמכתאות הקודמות. כן ראה לעיל שער שלישי, חלק ראשון, פרק ראשון, סעיף ג, הערות שוליים 35-39 והטקסט הסמוך להן.

46. מעבר להלכות הידועות, כגון התקנת מעשה ידי האשה לבעלה (כולל עבודתה במשק הבית) כנגד

מזונותיה, יש לציין הלכות נוספות הנותנות ביטוי לאי ההתאמה. כך, למשל, שימושה של האשה בריהוט ובמיטלטלי משק הבית הינו חלק מזכות המדור שהיא זכאית לה (ערעור תשל"ז/85, פד"ר

331, 334). משום כך קבע בית הדין הרבני כי אין להוציא את אלה מידי הבעל המוחזק כל עוד לא הוכח כי האשה קנתה אותם מכספים שהיו לה עובר לנישואין (תיק תשל"ג/925, פד"ר 82, 101). החזקת

האשה בריהוט ובמיטלטלי משק הבית בדרך של שימוש מקורה עשוי, איפוא, להיות חובת הבעל היהודי להעמיד את אלה לרשות האשה כחלק מן המדור שעליו לספק לה. מבחינה משפטית לא ניתן

היה, לכאורה, ליחס החזקה זו משמעות מרחיקת לכת — כזו שהמשפט האזרחי מכיר בה על-פי ההוראות הכלליות של הדין — של חזקת בעלות. ראה להלן הערה 95 וכן להלן בטקסט סמוך להערות

122-125.

חזקת השיתוף המורכבת על הדין העברי איננה תואמת, איפוא, הוראות דין זה שעל פיו נדונים עניני המעמד האישי בין יהודים בישראל. אי־התאמה כזו בולטת ביתר שאת לגבי המשפט המוסלמי. הלכת השיתוף הוחלה גם על בני־זוג מוסלמים<sup>47</sup>. אולם במקרה זה לא ניתן, כנראה, אפילו לישוב את הלכת השיתוף עם הוראות המשפט המוסלמי בעניני המעמד האישי החל על בני־זוג כאלה<sup>48</sup>. אי־התאמות כאלה (בכל המישורים) והיעדרו של דין אזרחי מפורש ומפורט המסדיר את יחסי הממון בין בני־זוג מוליכים למסקנה כי אפילו העמדה המקובלת בפסיקה, לפיה מאז חוק שיווי זכויות האשה מוסדרים עניני הרכוש בין בני־זוג בהתאם לדין החילוני<sup>49</sup>, אינה מחייבת את הלכת השיתוף. לכל היותר ניתן להצדיק באמצעותה משטר של הפרדה רכושית<sup>50</sup>.

למעשה פעל בית המשפט כמחוקק במקום שהכנסת עצמה סירבה לפעול. עוד במסגרת הדיון בהצעת חוק שיווי זכויות האשה, תשי"א-1951, הציעו מספר חברי כנסת תיקונים על פיהם ייכלל משטר רכושי של שיתוף נכסים בין בני־זוג במסגרת החוק<sup>51</sup>. על סוגיה זו נערך אז דיון מפורט בכנסת<sup>52</sup>. שר המשפטים דאז, פנחס רוזן, דחה את ההצעות בקבעו כי אינו יכול לומר מהי עמדת הממשלה לגבי השאלה העקרונית של משטר שיתוף נכסים בין בני־זוג<sup>53</sup>. בסופו של דבר דחתה הכנסת את כל ההסתייגויות בנוגע להצעות התיקון של החוק. לדעת ח' צדוק (אשר שירת מאוחר יותר כשר המשפטים) לא נתקבלו ההצעות באשר "השעה טרם בשלה לשינוי כה מהפכני בדינים הנוגעים ליחסי הקנין במשפחה"<sup>54</sup>. אפשר לחלוק על גישה זו, אך הראיה היא שבית המחוקקים סירב במפורש, מספר פעמים ובפרקי זמן שונים, לקלוט למשפט המקומי משטר של שיתוף נכסים<sup>55</sup>. בית המשפט, על אפו של המחוקק, קבע משטר כאמור.

47. ע"א 77/77 ראבי נ' ראבי, פ"ד לג (1) 729 (להלן: הלכת ראבי).

48. י' מירון "תחזית שהתאמתה — השיפוט והדין ביחסי ממון בין בני־זוג מוסלמים" הפרקליט לג (תש"ם) 34, 41 ואילך.

49. על עמדה זו ראה שער שלישי, חלק ראשון, פרק שני, סעיף ג(אא) (1) הערות שוליים 50-52 והטקסט הסמוך להן.

50. ראה במבוא לחלק השלישי של שער זה.

51. ראה נוסח ההסתייגויות לסעיף 2 של הצעת החוק בד"כ 9 (תשי"א) 2194.

52. ראה ד"כ 9 (תשי"א) 2088 (ח"כ רחל כהן), 2123 (ח"כ פייגה אילנית), 2130 (ח"כ רחל כהן), 2168 (ח"כ יזהר הררי), 2169 (ח"כ רחל כהן).

53. ד"כ 9 (תשי"א) 2172. הוא חזר על כך בעת הדיון בהצעה לסדר היום בענין השוואת זכותם של בני־זוג לגבי הרכוש שנרכש בשנות הנישואין, כ"ד 5/6/1961, ראה ד"כ 31 (תשכ"א) 1910.

54. ח' צדוק "חוק שיווי זכויות האשה" הפרקליט ח (תשי"ב) 66, 77.

55. מאוחר יותר הוגשו הצעות להסדר של שיתוף נכסים בצורות שונות. הדבר בא לביטוי בהצעת חוק היחיד והמשפחה (הוצאת משרד המשפטים, 1955) וראה דברי ההסבר בע' 102-103. הצעת חוק נוספת הוגשה לכנסת, כהצעת חוק פרטית על־ידי חברת הכנסת א' תלמי. בשנת 1961, הצעת חוק שיתוף נכסים בין בני־זוג, תשכ"א-1961. הצעה זו הונחה לדיון מוקדם (ראה ד"כ 31 (תשכ"א) 1779) ברם לא נתקבלה. הענין נדון גם בשתי הצעות לסדר היום שהוגשו לכנסת על־ידי ח"כ ר' הקטין (ד"כ 31 (תשכ"א) 1865) ועל־ידי ח"כ א' תלמי (ד"כ 31 (תשכ"א) 1909).

ג. הלכת השיתוף: עיקרה, התנאים לתחולתה והיקפה

אא. עיקרה של הלכת השיתוף ואפיונה

הכלל הראשוני והבסיסי הוא מתן נפקות מלאה להסכם שבין בני־הזוג. בהיעדר הסכם, כאמור, ניתן ליחס לבני־הזוג כוונת שותפות בנכסים כעולה מכל נסיבות המקרה<sup>56, 57</sup>. על ייחוס כזה — המתגבש להלכת "המאמץ המשותף" או "הקופה המשותפת" — אומר בית המשפט: "בהיעדר הסכם או כאשר לא ברור מה היתה כוונת הצדדים בזמן הרכישה מיחס להם בית המשפט את הכוונה שהנכס יהיה שייך לשניהם בחלקים שווים"<sup>58</sup>. ייחוס זה של כוונה הינו נקודת המוצא של חזקת השיתוף והוא התגבש לעקרון כללי של שיתוף נכסים כולל בין בני־הזוג הבא לידי ביטוי כהאי לישנא: "באין כוונה אחרת משתמעת מאורח חיי הנישואין שלהם ומהתנהגותם הכללית בעניינים הכספיים והחומריים שלהם, חזקה על זוג נשוי הגרים ביחד ובשלום במשך תקופה ארוכה, שהם מתכוונים לשותפות בכל נכסיהם שווה בשווה"<sup>59</sup>. (ההדגשות לא במקור). אורח חיי הנישואין של בני־הזוג יוצר, איפוא, חזקה אפריורית (הנחזית להיות כוונת הצדדים) לשיתוף מלא בכל<sup>60</sup> הנכסים. חזקה זו ניתנת לסתירה על־ידי כל אחד מבני־הזוג על־ידי הוכחת כוונה אחרת כמתגלה מן הנסיבות. החזקה יונקת מרעיון "הקופה המשותפת" ו"המאמץ המשותף". אלא שהמאמץ המשותף הנדרש אינו תרומה כספית סובסטיביית. די בכך שהאשה "מנהלת את משק הבית ותורמת את חלקה לקיום המשפחה, לרבות חינוך ילדי הזוג" כדי להצדיק החלת

56. על הלכת השיתוף ניתן למצוא חומר, בין השאר, במאמרים הבאים: י' א' רוזנצווייג "שיתוף קניני בנכסים בין בעל ואשתו" משפטים א (תשכ"ח) 185; א' ידין "הילכת ברגר-בריקר-בראלי — גם כלפי חוץ?" הפרקליט כה (תשכ"ט) 442; א' ידין "שותפות בין בני הזוג — גם כלפי חוץ: ומה הלאה?" הפרקליט כו (תשל"ל) 474; א' לבנה "יחסי ממון בנישואין" משפטים ג (תשל"ב) 570; א' רוזן-צבי "יחסי ממון בין בני זוג: צדק בין הצדדים ותיקון חיי המשפחה" עיוני משפט ג (תשל"ג) 302; ז' פלק "יחסי ממון בין בני זוג בישראל" עיוני משפט ג (תשל"ד) 829; א' פרוקציה "יחסי ממון בין בני זוג בפשיטת רגלו של אחד מהם" משפטים ז (תשל"ו) 266; D. Friedmann "Matrimonial Property In Israel" 41 *Rabels Z* (1977) 112; J. Weisman "Can a Spouse Confer a Better Title than he possesses?" 7 *Isr. L. Rev.* (1972) 302, 303; J. Sussman "Matrimonial Property Relations in Israel" *Beiträge Zum Deutschen und Israeli-schen Privatrecht* (1977) 165; א' רייכמן "התוצאות הקניניות של הלכת שיתוף נכסים בין בני זוג לאחר תחילת חוק המקרקעין, תשכ"ט-1969" עיוני משפט ו (תשל"ח) 289; א' רוזן-צבי "סמכותן של ערכאות השיפוט בישראל בעניינים רכשיים בין בני זוג: הקשר בין כללי הסמכות להוראות הדין המהותי" עיוני משפט ו (תשל"ט) 595.

57. הלכת ברגר, לעיל הערה 39, בע' 245. מכאן ואילך חזרו על כך רוב פסקי הדין העוסקים בסוגיה והמנויים לעיל ולהלך.

58. שם.

59. הלכת אפטה, לעיל הערה 31, בע' 566; ע"א 713/74 רווח נ' מסעוד, פ"ד כט (2) 831, 833.

60. על מובן זה של ההלכה ראה הלכת בריקר, לעיל הערה 34, בע' 600; הלכת פרנקל, לעיל הערה 40; הלכת ברגר, לעיל הערה 39, בע' 245; הלכת אפטה, לעיל הערה 31, בע' 568. ברם על הבדל אפשרי בכמות הראיות הנדרשת לגבי סוגים שונים של נכסים ראה להלך הערה 95.

החזקה<sup>61</sup>. למרות שבמוצהר לא הוחלה חזקת השיתוף על בני־זוג מעצם סטטוס הנישואין בלבד, אלא יסודה בהסכם מכללא<sup>62</sup>,<sup>63</sup>, תהיה זו טעות, או לכל היותר תמימות, לקבל אמירה זו כפשוטה או מכל מקום לא לנהוג בה זהירות יתרה. כוונת בני־זוג נקבעת מכוח הנחות שבית המשפט מניח לגבי חיים משותפים בין בני־זוג בכלל לאור היחסים המיוחדים השוררים ביניהם מעצם חייהם המשותפים<sup>64</sup>. לא ההתנהגות הספציפית ביחס לרכוש מסויים קובעת, אלא הכוונה נאמדת לפי התנהגות בני־זוג בחיי המשפחה<sup>65</sup> ומאורח חיי הנישואין שלהם<sup>66</sup>. רוצה לומר: במקום התחקות אחר כוונת בני־הזוג הספציפיים לגבי נכס מסויים העומד לדיון, הפליגה הפסיקה אל עבר קביעת הנחה אפירורית; ובהיעדר הוכחה על כוונת הצדדים — אל ייחוס כוונה ואל קביעת

61. הלכת ברגר, לעיל הערה 39, בע' 246; הלכת לוי, לעיל הערה 40, בע' 816-817; הלכת זאבי, לעיל הערה 34, בע' 456; הלכת אפטה, לעיל הערה 31, בע' 566, 574; הלכת פנונו, לעיל הערה 34, בע' 186; ע"א 135/68 בראלי נ' מנהל מס עזבון, פ"ד כג (1) 393, 396-397; ע"א 529/76 סבירסקי נ' סבירסקי, פ"ד לא (2) 233, 236.
62. אין כל מחלוקת בין שופטי בית המשפט העליון כי כאשר קיים הסכם מפורש בין הצדדים יש לתת נפקות להסכם כזה כאשר הוא מבטא את כוונת הצדדים. קביעה זו באה לידי ביטוי כבר בהלכת בריקר (לעיל הערה 34, בע' 596, מפי הנשיא אגרנט). הנשיא קובע עוד, כי העקרון הכללי של דיני הקנין, המכריע גם לצורך ענינו, הוא כוונת הצדדים כפי שהיא עולה מהעובדות של המקרה הבא לפני בית המשפט; וכי ההצדקה המשפטית לחזקת השיתוף, שנקבעה עוד לפני כן בהלכת ברגר (לעיל הערה 39), היא חוזה מכללא בין בני־הזוג. על־פי מבחן "הטרדן המתערב" (הלכת בריקר שם, בע' 598). בפסקי דין שלאחר מכן חוזרים שופטי בית המשפט העליון על מקור משפטי זה בקובעם ש"הכלל היסודי הוא, שבענין שותפות בנכסים בין בני־זוג הולכים לפי כוונת הצדדים" (הלכת אפטה, לעיל הערה 31, בע' 566, 570 (מפי השופט י' כהן) ובע' 574 (מפי השופט עציוני)). עקרון זה, בוואריאנטים שונים, מצא מקום בשורה של התבטאויות בפסקים שונים: הלכת לוי, לעיל הערה 40, בע' 818; הלכת חשש, לעיל הערה 32, מפי השופט עציוני; ולאחרונה, בשורה של פסקי דין: הלכת סבירסקי, לעיל הערה 61, בע' 237 (מפי השופט י' כהן); ע"א 888/76 חיימי נ' חיימי (לא פורסם); הלכת אזוגי, לעיל הערה 34 בדברי השופטים אלון (ע' 18) וברק (ע' 27); הלכת ראבי, לעיל הערה 47; כן ראה: א' פרוקצ'יה, לעיל הערה 56, בע' 268, 271, J. Weisman, *supra* note 56, at 303; 298.
63. מקביעה זו נפקות תוצאות משפטיות הן כאשר לשאלת סמכות השיפוט, הן כאשר לשאלה על מי משתרעת הלכת השיתוף, והן בשאלות נוספות. כבר בהמשכו של סעיף זה נוכל להיווכח במלאכותיות הרבה הנלווית לדוקטרינה של הסכם מכללא כבסיס עיוני לסמוך עליו את חזקת השיתוף. עמדה ביקורתית לגבי דוקטרינה זו תעלה ביתר שאת בסעיף הבא של פרק זה כאשר נבחן ביסודיות את היסודות העיוניים של חזקת השיתוף ונעמוד גם על מגבלותיו ועל חולשותיו של המקור המשפטי של הסכם מכללא כבסיס להקים עליו את חזקת שיתוף הנכסים. מורכבות ההלכה, והעובדה שהיא מוצאת לה הסדר מפורט וממצה בשיטת משפטיות שונות בעולם באופן סטטוטורי מפורש, אינה מאפשרת הסתמכות על מקור משפטי אחד במסגרת הדינים הרגילים במצבם הנוכחי.
64. הלכת אפטה, לעיל הערה 31, בע' 574; הלכת חשש, לעיל הערה 32, בע' 517.
65. ע"א 633/71 מסטוף נ' מסטוף, פ"ד כו (2) 569, 570-571.
66. הלכת ברגר, לעיל הערה 39, בע' 246; הלכת בריקר, לעיל הערה 34, בע' 599 ולאחר מכן לאורך כל פסקי הדין השונים הדנים בסוגיה זו.

כוונתם המשוערת של בני-הזוג<sup>67</sup>. המוסד החדש נוצר תוך סטיה מדיני החוזים הרגילים, החלים על זרים לצורך קביעת שיתוף בנכסים, ובעקבות ההישענות על התחום המיוחד של דיני המשפחה. מוסד חזקת השיתוף מבוסס, איפוא, על מדיניות משפטית בנוגע לרצויו ולמקובל בין בני-הזוג בדרך כלל במציאות החיים המודרניים בישראל, כאשר הלגיטימציה המשפטית היא, לכאורה, דיני החוזים. חזקה זו משנה את הכלל הבסיסי בדיני ראיות לפיו המוציא מחברו — עליו הראיה. בהיעדר ראיות או כאשר כפות מאזני הראיות מעוינות יצא בן-הזוג התובע שיתוף והמבקש להוציא מחברו וידו על העליונה. זהו הכלל הבסיסי. אין ללכת שולל אחר הטענה כאילו ההכרעה השיפוטית נעשית רק לאור שיקול מכלול הנסיבות של כל מקרה ספציפי תוך התחקות אחר כוונת בני-הזוג המתדיינים. הכלל הבסיסי של ההלכה הוא הקובע את אופייה. יתר-על-כן, הרבה תלוי גם בשאלה לאורו של איזה רקע משפטי נעשית הבחינה העובדתית. לצורך ההכרעה בקיומו של שיתוף נכסים בין בני-הזוג פועל בית המשפט במסגרת מיוחדת: שיקול הנסיבות אינו מופעל לפי אמות מידה רגילות; הנסיבות העובדתיות מועברות לתבניות קבועות מראש החורצות את גורל כוונת הצדדים כבר מלכתחילה. דיני הראיות חורשים כאן חריש עמוק בעגלתו של הדין המהותי. חזקת השיתוף יוצרת דין קנייני מיוחד למערכת היחסים בין בני-הזוג. באפיון חזקת השיתוף אין להתעלם גם מן המציאות המשפטית שנוצרה. הלכת שיתוף הנכסים בין בני-הזוג יוצרת משטר רכושי שלם על הוראותיו השונות בכל הקשור לאופן יצירת השיתוף, ניהולו, האחריות לחובות, והפירוק; עיתויו, עילותיו ודרכו. מערכת דינים זו אינה ניתנת לדחיקה, לא בריווח ולא בצמצום, אפילו למסגרת הרחבה של כוונתם המיוחסת של הצדדים.

ואכן, למרות התחזות של הליכה בעקבות הדין הקיים, לא הסתירה הפסיקה דעתה כי ענין לנו עם "המבחן שחידש השופט ברנזון במשפט המקומי"<sup>68</sup> וכי "הדין בדבר שיתוף נכסים בין בני-הזוג הוא ביסודו יצירת הפסיקה של בית משפט זה"<sup>69</sup>. חזקת השיתוף במתכונתה זו אינה נחלתם של כלל שופטי בית המשפט העליון. קיימת גם גישה אחרת, אותה נוקט מיעוט מבין השופטים, ואשר נשענת יותר על דיני החוזים הרגילים. בעלי גישה זו אינם מסתמכים על שום חזקה אפרוורית הנוגעת למערכת היחסים בין בני-הזוג. הם קובעים כי השאלה כולה היא שאלה מובהקת שבעובדה ויש לבחנה לפי נסיבות כל מקרה ומקרה. על בן-הזוג הטוען שותפות בנכס ספציפי או במכלול הנכסים מוטל נטל הראיה ללא סיועה של הנחה מקדמית כלשהי, זו השקפתו של השופט ויתקון כפי שבאה לידי ביטוי כבר בהלכת ברגר<sup>70</sup> וקיבלה משנה

67. הלכת ברגר, לעיל הערה 39, בע' 245; הלכת בריקר, לעיל הערה 34, בע' 597; ע"א 111/75 פלוני נ' פלוני, תקציר יא 38; הלכת ראבי, לעיל הערה 47, בע' 734-735; ע"א 276/78 לוי נ' לוי (לא פורסם) (להלן: הלכת לוי נ' לוי); ע"א 252/75 בורנשטיין נ' מר-אורי, פ"ד לא (1) 132, 138; על תניות מכללא ככללים של דין החורגים מעבר לפרשנות הגיונית של החוזה ראה: G. Williams "Language and the Law" IV 61 L.Q.R. (1945) 384, 401-405 לעמדה דומה — אם כי תוך מתן ביטוי להשקפה אוהדת של טכניקה כזו, ראה Lord Denning, *The Discipline of Law* (London, 1979) 33 et seq.

68. הלכת בריקר, לעיל הערה 34, בע' 600.

69. הלכת אפטה, לעיל הערה 31, בע' 568.

70. ראה לעיל הערה 39.



הדגשה בדעת המיעוט שלו בענין בראלי נ' מנהל מס עזבון<sup>71</sup>. זו גם דעתו של השופט ח' כהן אותה הביע כבר בדעת המיעוט שלו בהלכת ברגר. ניתן לומר כי, בעקרון, זו גם עמדתם של השופטים קיסטר<sup>72</sup>, שרשבסקי<sup>73</sup> ואלון<sup>74</sup>.

את טיב המחלוקת היטיב להגדיר השופט ויתקון בהלכת אפטה: "כולנו סבורים שעלינו לאמוד את כוונת הצדדים אך ההבדל בינינו — כפי שאני מבין — הוא שחלק מהשופטים (ואני ביניהם) דורש ראייה חיובית, ולו אף הקלושה ביותר, לכוונת בני-הזוג לנהוג שותפות בנכסיהם בעוד שחלק אחר, ובעיקר חברי הנכבד, השופט ברנזון, מעמיד את בני-הזוג בחזקתם ומסיק את הכוונה האמורה מעצם חייהם בשלום כמשך שנים רבות"<sup>75</sup>.

### כב. התנאים המוקדמים לתחולת חזקת השיתוף

במסגרת ייחוס הכוונה קובע בית המשפט, למעשה, תנאים מוקדמים לתחולת ההלכה, מחד גיסא, ונסיבות שונות לסתירתה, מאידך גיסא. אלה אינם מאופיינים בנסיבות ובכללים מגדר דיני הקניין, אלא מעוגנים בתחום דיני המשפחה. תנאים ונסיבות אלה עומדים בעיקר בצילם של שני רכיבים עיקריים המהווים את הציר עליו סובבת הלכת השיתוף, דהיינו: "אורח חיים תקין" מזה ו"המאמץ המשותף" מזה<sup>76</sup>.

בית המשפט איננו נוקט לשון של תנאים מוקדמים כלל ועיקר. יתר על כן, הוא גם איננו עורך אבחנה עיונית בין שני רכיבים אלה; ובמקרים רבים שניהם משמשים בעירובייה, מדעת ושלא מדעת. אך אנו איננו פטורים מניתוחם של רכיבים אלה, מהעמדתם במקומם הנכון ומקביעת משמעותם לגבי יצירת ההלכה ולגבי הנכסים הכלולים במסגרתה. בדרך כלל מתחזים שני רכיבים אלה כמשלימים האחד את רעהו; ואכן, כאשר שניהם דרים דרך הרמוניה בנסיבות מקרה אחד לא מתעוררת כל בעיה מיוחדת, והדברים אמורים הן לחיוב והן לשלילה. רוצה לאמר: כאשר אורח חיי הנישואין של בני-הזוג אינו תקין, וגם מאמץ משותף לא נתקיים, לא תעמוד חזקת השיתוף לטובת הטוען לה. מאידך גיסא, כאשר בני-הזוג ניהלו אורח חיים תקין וגם המאמץ התחלק במשותף בין שניהם תעמוד חזקת השיתוף לכל הטוען לה ללא עורר. קשיים מתעוררים כאשר אחד מרכיבים אלה, בנסיבות מקרה אחד, סותר את האחר. כך, למשל, עלול אורח חיי המשפחה להיות בלתי תקין ועם זאת תרומת בני-הזוג למשק הבית ולחינוך הילדים עשויה להיות ללא דופי. מאידך גיסא, עשוי אורח חיי המשפחה להיות תקין לחלוטין; כרם, אין בן-הזוג, התובע, תורם כלל למאמץ המשותף, לא לזה המסחרי-הכלכלי ולא לזה המשפחתי. מה יכריע במקרה כזה את הכף? האם תרומתה של האשה תקנה לה זכויות, מכוח חזקת השיתוף, על בסיס המאמץ המשותף; או שמא תיסתר החזקה לאור אורח החיים הבלתי תקין? ומאידך גיסא, האם לאורח

71. ראה לעיל הערה 61, בע' 394.

72. ראה בהלכת פריקר, לעיל הערה 34; כן ראה בהלכת זאבי, לעיל הערה 34, בע' 450 ובע"א 14/74 ספיר נ' אשר, פ"ד כח (2) 153.

73. הלכת חשש, לעיל הערה 32.

74. בהלכת אזוגי, לעיל הערה 34, בע' 21. לדעתו די בראיה קלושה ורומזת בלבד.

75. הלכת אפטה, לעיל הערה 31, בע' 577; על הגישות השונות ראה גם השופט י' כהן בהלכת

סבירסקי, לעיל הערה 61, בע' 236-237, וכן השופט ברנזון בהלכת רווה, לעיל הערה 59, בע' 833.

76. ראה דברי השופט אלון בהלכת אזוגי, לעיל הערה 34.

החיים התקין תהיה עדיפות מכרעת באופן שבכוחו של רכיב זה יהיה לגבור על היעדר כל מאמץ משותף מצד בן-הזוג התובע?

שאלה זו תוכרע על-פי העדפה הנובעת ממדיניות שיפוטית. לכאורה, ניתן היה להכריע בה גם על-פי בחינת הבסיס העיוני להלכת השיתוף. אולם הואיל והבסיס העיוני הינו צידוק מאוחר בלבד והתגבש אפוסטריורי לאחר קביעת ההלכה ויצירתה; ומאחר והוא מושתת בעיקרו, כפי שרמזנו כבר לעיל, על פיקציה של הסכם מכללא, כאשר בית המשפט מיחס לצדדים כוונות על בסיס הערכות שונות שהוא מגבש לעצמו, המתייחסות לציפיותיהם ולהתנהגותם של כלל בני-הזוג בישראל, חוזרים אנו אל המדיניות השיפוטית, כשאנו גם ערים לכך שיסודה של הלכת השיתוף הוא בשיקולי צדק כלפי שני בני-הזוג.

תודעת הצורך והמחויבות להכריע בין הרכיבים השונים לא הועמדה באופן כזה בפני בית המשפט העליון או על-ידו ולא נדונה על בסיס זה. ננסה אנו לבחון את הפסיקה לאור אמות המידה של רכיביה השונים של הלכת השיתוף.

מה הם התנאים המוקדמים אותם נדרש בן-זוג להוכיח לשם החלת חזקת השיתוף? הניסוחים הכלליים שנוקט בית המשפט בדרך כלל, ואי-התאמות בהחלת הכללים ויישומם בפסקי הדין השונים, אינם מסייעים במתן תשובה החלטית לשאלה זו. אולם הקו כפי שהתגבש במשך תקופה ארוכה בפסיקה, העלה את אורח חיי הנישואין כרכיב המכריע בתנאי המוקדם הנדרש כדי להעמיד לבן-זוג את חזקת השיתוף. ליתר דיוק, התנאי המוקדם הנדרש נוסח כך: **חיים ביחד ובשלוש במשך תקופה נמשכת**. כך משתמע מהגדרת החזקה<sup>77</sup> ומהגדרת טיב המחלוקת שבין שופטי בית המשפט העליון בשאלת מידת ההוכחה הדרושה לשם החלת החזקה<sup>78</sup>; כך נובע מהדגש הניכר על אורח חיי הנישואין והמשקל אשר מיוחס לסכסוכים בין בני-הזוג לשם סתירת החזקה. לפני שנים מספר אף נקבע הדבר במפורש: **"הדרישה לשלוש בית היתה, איפוא, דרישה מינימלית להנחת כוונה של הצדדים לקיים שיתוף נכסים"**<sup>79</sup>.

מה כוללת הדרישה המקופלת בתנאי האמור? לשאלה זו אין תשובה אחידה בפסיקה; נוסף לשינוי גוון, ישנה גם התפתחות מסויימת. בפסיקה המוקדמת נטה בית המשפט לפרשנות מצמצמת של התנאי ולבחינת קיומו של זה ומילוי באמת מידה טכנית, שהיא ממילא צרה יותר. הטכניות של אמת המידה התבטאה בכך שמשקלו של שיקול הדעת היה מצומצם והוכחת נסיבה מסויימת חייבה באורח אוטומטי מסקנה ספציפית בצידה; ואילו צרות אמת המידה משקפת את מרחב התמרון הצר יחסית שהיה לבית המשפט.

77. הלכת אפטה, לעיל הערה 31, בע' 566.

78. הלכת אפטה, שם, בע' 577 (השופט ויתקון, כאשר הוא נותן ביטוי לגישה הרווחת: "חלק אחר מעמיד את בני-הזוג בחזקתם, ומסיק את הכוונה האמורה מעצם חייהם בשלוש במשך שנים רבות"); כן ראה הלכת סבירסקי, לעיל הערה 61, בע' 236-237 והלכת רווח, לעיל הערה 59, בע' 833.

79. הלכת פנונו, לעיל הערה 34, בע' 187; הלכת סבירסקי, לעיל הערה 61, בע' 237; ע"א 677/71 ד"ד ג' דוד, פ"ד כו (2) 457, 464.

הדרישה היתה כפולה ומצטברת: חיים ביחד, חיים משותפים תחת קורת גג אחת, ובשלום.<sup>80</sup> ה"חיים בשלום" פורשו באופן, שדי היה בסכסוכים אשר חרגו מגדר אלה המקובלים בין בני-הזוג החיים בשלום כדי שחזקת השיתוף לא תחול.<sup>81</sup> הדגש הושם על האופי הסוביקטיבי של היחסים: הרמוניה ושלווה, ואילו דרך קביעתם נדונה באופן אוביקטיבי וטכני. כך, למשל, הוענק משקל רב, ואף מכריע, עד כדי שלילת חזקת השיתוף, לתביעות שהוגשו על-ידי בני-הזוג בשלב מסויים לחיי נישואיהם, כגון: תביעת מזונות<sup>82</sup> או תביעות גירושין<sup>83</sup>, וזאת — בלי שבית המשפט יבחן באופן מעמיק יותר את טיבם המתמשך של היחסים בין בני-הזוג. יצוין, כי בנסיבות כאלה היה משקלו של המאמץ המשותף מועט יחסית.<sup>84</sup>

הפסיקה המאוחרת פירשה את הדרישות באופן גמיש יותר. פרשנות המונח "שלום בית" קיבלה תפנית אוביקטיבית לכיוון של חיים משותפים תוך מאמץ משותף תחת הכיוון הסוביקטיבי הקודם של חיים הרמוניים, בעוד דרך קביעת היחסים נעשתה ספציפית יותר, אינדיווידואלית יותר, במקום הדרך הטכנית והאוביקטיבית הקודמת. כך צומצם שלום הבית הנדרש על מינימום של חיים משותפים, היינו: חיים תחת קורת גג אחת והיעדר קרע או פירוד של ממש. מריבות, אפילו הן תכופות — ואפילו הן חורגות מן המקובל בין בני-זוג החיים ביניהם בשלום — אין בהן כדי לסתור כשלעצמן את הדרישה האמורה.

עמדה זו הוצגה לראשונה על-ידי השופטת בן-פורת בפרשת סבירסקי<sup>85</sup>, ועשתה לה במהירות רבה נפשות בין שופטי בית המשפט העליון.

לאחרונה קיבלה השקפה זו ביטוי מרחיק לכת בענין חיימי<sup>86</sup>, כאשר למרות סכסוכים נמשכים ובלתי פוסקים במשך כל תקופת הנישואין הסתפק בית המשפט העליון (מפי השופט י' כהן ובהסכמת השופטים ח' כהן ומ' שמגר) בחיים משותפים תוך מאמץ משותף, כדי לקבוע את תחולת השיתוף במערכת היחסים בין בני-הזוג.<sup>87</sup> תחת

80. הלכת פנונו, שם, בע' 187; הלכת סבירסקי, שם, בע' 237 ב; הלכת אפטה, לעיל הערה 31, בע' 566 א; הלכת רוזה, לעיל הערה 59, בע' 833.

81. הלכת סבירסקי, שם, בע' 237 ב-ג.

82. הלכת דוד, לעיל הערה 79, בע' 464; הלכת פנונו, לעיל הערה 34, בע' 185.

83. הלכת פנונו, שם, בע' 185; הלכת סבירסקי, לעיל הערה 61, בע' 237.

84. כך למשל בענין פנונו, שם נשאה המערערת במשך כל שנות הנישואין במלוא הנטל של משק הבית וטיפלה בארבעת ילדי בני-הזוג (ראה שם בע' 185 ב). ברם, מן הראוי לציין, כי במקרה זה העידו העובדות על מצב יחסים קיצוני. בני-הזוג לא חיו בחדר אחד אלא בחדרים נפרדים, המריבות היו ממושכות ובלתי פוסקות, תוך עזיבת הבית והגשת תביעות תכופות למזונות ולגירושין.

85. ראה לעיל הערה 61, במיוחד בע' 238.

86. ראה לעיל הערה 62.

87. ראה לעומת זאת הלכת פנונו והערה 84 לעיל. גם בפרשת סבירסקי נשאה האשה התובעת במלוא המאמץ הנדרש במשק הבית (ראה לעיל הערה 61, בע' 236 ו) ואף-על-פי-כן לא זכתה בתביעתה עקב הוכחת סכסוכים החורגים מגדר הרגיל. גם השופטת בן-פורת הסכימה לתוצאה. למרות עמדתה המקילה בדרישת אורח חיים תקין, לאור העובדות המיוחדות של המקרה, אשר לדעתה, היה בהן כדי לסתור באותו מקרה את חזקת השיתוף. למען האמת, לא ברור לגמרי מעובדות המקרה מהן אותן נסיבות מיוחדות.

כנפיו של שלום הבית חוסים עתה בני־זוג, שהשלום — במובנו הרגיל אצל גובראין יהודאין — אינו שרוי במעונם.

פרשנות זו של בית המשפט העליון מעבירה את נקודת הכובד מן הרכיב של אורח חיים הרמוני, במשמעותו הרגילה והמקובלת על הפסיקה בזמנו, לרכיב של המאמץ המשותף; רוצה לומר: כאשר כל אחד מבני־הזוג מילא את חלקו במסגרת חלוקת התפקידים במשפחה, דהיינו: השתתף במאמץ, יש בכך לא רק עדות על קיומם של חיים משותפים, אלא גם מילוי התנאי של אורח חיים תקין. המאמץ המשותף הופך, איפוא, בעצמו לתוכן הנדרש של רכיב אורח החיים התקין. בפרשת חיימי נ' אשתר<sup>88</sup> ניתן היה להבחין בתחילת התבססותה של עמדה כזו, אם כי לא במפורש. כאן<sup>89</sup> הועמדו זה מול זה אורח חיים רצוף מריבות לעומת שיתוף פעולה בין בני־זוג כאשר חיו יחד תחת קורת גג אחת. בית המשפט, מפי מ"מ הנשיא, השופט לנדוי, סמך ידו על החלטת בית־משפט קמא, לפיה שיתוף הפעולה בפועל בין בני־הזוג, ולא טיב יחסיהם האישיים, יכריע את הכף לטובת קביעת שיתוף נכסים ביניהם. מ"מ הנשיא נתן ביטוי נוסף לעמדה זו בפרשת אוחנה<sup>90</sup> כאשר הדגיש כי "העיקר הוא שבמשך כל שנות חייהם המשותפים עבדה התובעת קשה בעסקים... לפנינו איפוא מקרה מובהק של אשה, אשר תרמה את מלוא אונה למשאבי הזוג, ועל כן מן הראוי להפעיל לטובתה את הלכת שיתוף הנכסים, שיסודה בשיקולי צדק כלפי שני בני־הזוג כשווים במאמצים ובמשאבים כאחד". מאמציה של האשה במהלך חיים משותפים הכריעו את הכף גם בפרשת חיימי נ' חיימי<sup>91</sup> על־אף סכסוכים קשים ונמשכים. אין עוד משקל מכריע למבחן טכני, צר, באופן שנסיבה מסויימת מכריעה את הכף לכיוון זה או אחר, כפי שראינו לעיל, אלא בחינה כוללת של מערכת היחסים בין בני־הזוג במשך תקופת זמן נמשכת, על מרכיביה השונים ובנסיבותיו של כל מקרה, במסגרת הנחיה ראשונית של שיקולי צדק כלפי שני בני־הזוג.<sup>92</sup> הדבר בא לידי ביטוי מפורש בדברי בית המשפט בהלכת לוי נ' לוי: "במרכז... עומדת השאלה אם בני־הזוג עליהם מדובר יצרו מערכת אחידה ומשותפת של חיים בצוותא, בה נערך מאמץ משותף ואשר בה נוצרת חלוקת מטלות ומשימות, הלכה למעשה; הווה אומר: עיקרם של חיים בשלום הוא בכך, שנוצר תא משפחתי המתפקד בתור שכזה, ואשר בו מוזרמים המשאבים למען הקיום בצוותא"<sup>93</sup>.

88. ע"א 503/75, 491 חיימי נ' אשתר, פ"ד לא (2) 589 (להלן: הלכת חיימי).

89. שם בע' 594.

90. ע"א 738/76, 422/75 אוחנה נ' אוחנה (לא פורסם) (להלן: הלכת אוחנה).

91. לעיל הערה 62. כבר רמזנו בהערה 87 (ועל רקע הערה 84), כי יתכן ותוצאת הלכת פנונו היתה שונה לאור המגמה החדשה הרווחת בפסיקה.

92. כך למשל בע"א 264/77 דרור נ' דרור, פ"ד לב (1) 829 (להלן: הלכת דרור) היה סכסוך משפטי בין בני־הזוג, אך השופטת בן־פורת סירבה להחיל את המבחן הטכני לו טען ב"כ הבעל, על־פיו די בתביעה משפטית של אחד מבני־הזוג נגד האחר כדי לשלול את שלום הבית הנדרש לצורך החלת חזקת השיתוף. השופטת הצביעה על הצורך לבחון את התמונה בכללותה. גישה זו עומדת גם במרכז ספק דינו של השופט שמגר בהלכת לוי נ' לוי, לעיל הערה 67. כאשר הוא מציין כי "תשומת לבו של בית המשפט צריכה להיות מופנית למכלול הנסיבות", היינו לבחינה כללית וכוללת יותר.

93. לעיל הערה 67.

הפסיקה עברה, בלי שתיתן לכך ביטוי מפורש, תפנית מסויימת בדרישה המינימלית המאפשרת החלת חזקת השיתוף. תפנית זו משמעותה הקלה בתוכנם של התנאים המוקדמים הנדרשים לשם החלת החזקה. בכך הרחיב בית המשפט את הלכת השיתוף.

המטוטלת, אשר נעה לכיוון המאמץ המשותף, מקרבת את חזקת השיתוף למשטר שיתוף מעין סטטוטורי, ומרחיקה עוד יותר את ההלכה מן הבסיס העיוני של הסכם מכללא, סביבו התלכד באחרונה רוב שופטי בית המשפט העליון, אל עבר דיני היושר או דיני הנאמנות<sup>94</sup>.

למרות העברת הדגש למאמץ המשותף, נראה לנו כי לא בכל מקרה היא בעובדה זו כדי להקנות לבן-הזוג שיתוף בנכסי האחר. מערכת היחסים הכוללת הנבחנת על-ידי בית המשפט תכלול, מחד גיסא, את אופי המריבות בין בני-הזוג, מידת תכיפותן, השפעתן על חיי המשפחה, נסיבות החיים הסובבות והתנהגות בני-הזוג לרקע המריבות, כשהמאמץ המשותף יהיה תלוי בכל מקרה בחיים משותפים. מאידך גיסא, יבחן בית-המשפט גם נסיבות מיוחדות. כך, למשל, תהיה חשיבות לטיבו של הנכס או הנכסים נשוא התביעה של בן-הזוג<sup>95</sup>, ולקשר בין המאמץ של בן-הזוג לבין אפשרות רכישת אותו נכס או החזקתו<sup>96</sup>. בחינה זו תיעשה, כמובן, לאור מערכת היחסים שבין בני-הזוג. אין לקבוע כאן מסמרות, לפיהן קשר ישיר כזה — בין מאמץ ספציפי לבין נכס מסויים — הכרחי. באותה מידה אין גם לקבוע כללים חד משמעיים לפיהם די יהיה בכל מאמץ משותף כדי להקים את חזקת השיתוף לטובת התובע. הדוקטרינה הנטענת של הסכם מכללא מטילה על בית המשפט חובה לבחון את המערכת על כלל נסיבותיה. לעיתים עלולה מערכת היחסים בין בני-הזוג להיות קשה ודיס-הרמונית. עד שגם המאמץ המשותף לא יועיל להקים את חזקת השיתוף. ההחלטות בפסקי הדין השונים — כגון הלכות פנונו<sup>97</sup> וסבירסקי<sup>98</sup> מזה לעומת הלכת חיימי נ' חיימי<sup>99</sup> מזה — אינן מקילות על

94. ענין זה יידון בהרחבה ויפורט בסעיף (ד) (אא) של פרק זה.

95. כך, למשל, בענין חיימי נ' חיימי, לעיל הערה 62. היה נשוא המחלוקת בית מגורים. עובדה זו הקילה על בית המשפט להכריע את הכף לטובת השיתוף על בסיס המאמץ המשותף. הדברים הגיעו לגיבוש בע"א 415/79 סעיד נ' יפה, תקציר טו 199. כאן קבע בית המשפט העליון כי לגבי נכס העומד לרשות המשפחה ולשימושה, כגון דירת מגורים, יש צורך בכמות גדולה יותר ומשכנעת יותר של ראיות לסתירת חזקת השיתוף מאשר לגבי נכסים עסקיים. דין זהה משתמע לגבי מיטלטלי משק הבית בענין אברהמי, להלן הערה 118 והטקסט הסמוך לה. (ראה לעומת זאת לעיל הערה 46). לדעת י' ויסמן "שיתוף בנכסים" קובץ ההרצאות בימי העיון לשופטים תשל"ה (ש' שטרית, עורך, ירושלים, תשל"ו) 4, מסתמנת בהלכת אפטה, לעיל הערה 31, מגמה הפוכה לגבי נכסים עסקיים. בסגן זה של נכסים תיחדש כמות הוכחות רבה יותר דווקא כדי להסיק שיתוף בהשוואה לזו הנדרשת כדי להסיק שיתוף ברכוש לגבי נכסים המשמשים נכסי משפחה. (כן ראה להלן בטקסט סמוך להערות א-1137-1137).

96. בענין אוחנה, לעיל הערה 90, נקבע השיתוף לגבי נכס בו עבד בן-הזוג התובע כפועל. וגם בענין חיימי נ' חיימי, שם קבע בית המשפט קיום קשר ישיר בין מאמצו של בן-הזוג התובע לבין רכישת הנכס נשוא התביעה על-ידי הנתבע.

97. לעיל הערה 34.

98. לעיל הערה 61.

99. לעיל הערה 62.

עורכי הדין להתמצא במבוכ הנפתל ולהגיע לתשובה חד-משמעית במציאות עובדתית נתונה<sup>100</sup>

כאשר הוכח אורח חיים הרמוני לא תהא, כנראה, חשיבות לשאלת המאמץ המשותף. נראה לנו כי הפסיקה הקלה בתכנים המסתתרים אחרי הדרישות של חיים ביחד ובשלום, ו"הסיגה" לשם כך את גבול המאמץ המשותף. ברם, בכך לא התכוונה לפגוע בבסיס ההלכה ולהפוך את הקערה על פיה. דהיינו: חיים ביחד ובשלום במובן הצר ודאי יספיקו, בהיעדר ראיות לסתור, לתחולת חזקת השיתוף. זהו הבסיס המקורי והאורתודוקסי, אם ניתן לומר כך, של ההלכה<sup>101</sup>.

ניתן גם גישה, אשר תתנה את תחולת חזקת השיתוף בהוכחה מצטברת של אורח חיים הרמוני ושל מאמץ משותף. באפשרות זו תומכים, לכאורה, פסקי הדין בענין דרו<sup>102</sup> ואזוגי (מפי השופט אלון)<sup>103</sup>. ברם, גישה כזו סותרת את הרוב הגדול של פסקי הדין, ואינה נתמכת כנראה גם על ידי פסקי הדין הנ"ל. בענין הראשון נערכה הבחינה הכפולה במסגרת בחינת כלל הנסיבות של המקרה; ואילו בענין השני, בו נקבע המבחן הכפול המצטבר במפורש, הדברים אמורים לשיטתו של השופט אלון, הנמנה עם אלה משופטי בית המשפט העליון המחייבים ראיה פוזיטיבית, אם כי קלושה ורומזת בלבד, לשיתוף נכסים, ואינם מסיקים חזקת שיתוף מעצם חייהם המשותפים בשלום של בני-הזוג במשך שנים רבות. גישה כזו גם אינה מסתפקת במאמץ הנוגע למשק הבית, אלא דורשת תרומת-מה ליצירת הרכוש עצמו.

ניתן, כמובן, גם לראות בכל אחד משני הרכיבים לבדו תנאי מספיק לשם החלת חזקת השיתוף. גישה כזו חשופה לקשיים לא מבטולים. המסקנה האמורה לא היתה נחלתה של הפסיקה בשלבי התפתחותה הראשונים של חזקת השיתוף. ההלכה פותחה תוך העדפה ברורה של אורח חיים תקין כתנאי מוקדם הכרחי להחלת החזקה. מתנאי זה גם נגזר הבסיס העיוני של ההסכם מכללא. אין להתעלם גם מכך שבכוחו של רכיב אחד להשפיע על הנפקות המשפטית של הרכיב האחר. אורח חיים בלתי תקין באופן קיצוני עשוי להעמיד באור אחר נסיבות עובדתיות של מאמץ משותף. זאת ועוד, העתקת נקודת הכובד מרכיב אחד אל משנהו עשויה להשפיע הן על קביעת הבסיס העיוני והן על

100. גם אם ניתן לישב הלכות אלו ולומר, כי בשני המקרים הוכחו ראיות שדי בהן לסתור את חזקת השיתוף. בפרשת פנונו הוכח קרע עמוק ונמשך בין בני-הזוג, ואילו בפרשת סבירסקי ניתן לפרש את פסק דינו של השופט י' כהן כמצביע על הוכחה בדבר קיומו של קו הפרדה בנכסים בין בני-הזוג.

101. בהלכת פרנקל, לעיל הערה 40, גורס השופט אשר כי תנאי מוקדם להחלת החזקה הוא, נוסף להוכחת חיים בשלום במשך תקופה ניכרת, גם הוכחה חיובית על היעדר הפרדה ברכוש. אף כי הוא עצמו מסייג תנאי שני זה בקביעה, כי במקום שהוכחו חיי שלום והרמוניה על פני תקופה ארוכה ביותר ניתן להסתפק במידת הוכחה פחותה לצורך הוכחת היעדר הפרדה ברכוש ובמשאבים. על ידי כך הופכת הוכחה זו חסרת משמעות למעשה, במיוחד לאור העובדה שההוכחה הנדרשת כאן היא הוכחה נגטיבית. התוצאה למעשה היא, כי די בכך שהתובע אשר עמד בתנאי של חיים בשלום במשך תקופה נמשכת ילמד להוסיף בעדותו שלא היה קו הפרדה בנכסים כדי להרים גם נטל הוכחה זה. בכך הופך תנאי שני זה לחסר ערך.

102. לעיל הערה 92.

103. לעיל הערה 34.

קביעת היקף הנכסים הכלולים בשיתוף, כפי שנראה להלן, אי אפשר, איפוא, לדבר בפשטות על מבחנים אלטרנטיביים, שכן לא יהיה בכך כדי לשקף נאמנה לא את התפתחות ההלכה בעבר ולא את הצפון לה בחיק העתיד. העדפת הרכיב של המאמץ המשותף דהיינו: אימוצו כמבחן או כתנאי מספיק להחלת חזקת השיתוף מרחיב את היקף תחולתה של החזקה ומקל על בן־הזוג הטוען לשיתוף.

כפי שכבר רמזנו לעיל, מוסברות המגמות המשתנות בפסיקה הישראלית על רקע היעדר בסיס סטטוטורי לקביעת הלכת השיתוף, מחד גיסא, והיעדר בסיס עיוני אחיד לכללים השונים של ההלכה, מאידך גיסא. ייחוס כוונות משתנות לבני־הזוג, באופן בו הדבר נעשה, כפי שהוסבר, אינו מאפשר ייצוב ההלכה.

יחד עם זאת, נראה לנו כי אם מקבלים את הלכת השיתוף כנתון במשפט הישראלי מעלה המגמה החדשה של בית המשפט העליון את ההלכה על דרך נכונה. אם למרות קיומם של סכסוכים בין בני־זוג מתפקדת המשפחה באורח תקין יחסית, ובן־הזוג ממלא את כל חובותיו — יש להעניק לעובדה זו משקל רב בקביעת זכויותיו. רעיון שיתוף הנכסים בין בני־זוג, אשר פשט בשיטות משפטיות שונות בעולם והשפיע על יצירת ההלכה בישראל, מבוסס בין היתר על ההכרה בערך הכלכלי של תרומת האשה למשק הבית. שתוצאותיה מתבטאות בהענקת זכויות לאשה בריווחי המשפחה<sup>104</sup>.

### גג. היקפה של חזקת השיתוף: סוגי הנכסים הכלולים בה

#### 1. נכסים שנרכשו במהלך הנישואין

בעקרון הוחלה חזקת השיתוף על נכסים אשר נרכשו על־ידי בני־הזוג במהלך הנישואין. העדפת הרכיב של המאמץ המשותף, אשר הביאה להחלה רחבה יותר של חזקת השיתוף (כפי שראינו לעיל), אינה מבטיחה תמיד תוצאה זהה. רכיב זה עצמו שימש בידי בית המשפט העליון דווקא לצמצומה של חזקת השיתוף מבחינת היקף הנכסים עליהם היא חלה. כבר אמרנו, כי מלכתחילה היה היקף הנכסים הנכללים בשיתוף רחב, ונכללו בו גם נכסים עסקיים<sup>105</sup>. לכאורה, חייב הבירור באשר לזכויות בני־הזוג בנכסים להתבצע לגבי כל נכס ונכס בנפרד, כמו לגבי קביעת בעלות בנכסים בין

104 ראה לעיל שער ראשון, חלק ראשון, פרק שלישי, סעיף (ג) וראה שם במיוחד הערה 55 והטקסט הסמוך לה.

105 ראה לעיל הערה 60. עם זאת ראוי לציין, כי הלכה זו עשויה שלא לחול על נכסים מסויימים גם כאשר המושא הוא לא בית עסק אלא דירת מגורים דווקא. כוונתנו לנכסים המוגנים באמצעות חוק הגנת הדייר [נוסח משולב], תשל"ב-1972. זאת מן הטעם, שהוראות חוק הגנת הדייר קובעות הוראות ספציפיות לגבי זכויות בני־זוג בנכסים הנשלטים על־ידי הוראות החוק. ממילא הוראות אלה הן *lex specialis* ומסדירות את התחום האמור הסדר מפורש ומפורט. כנגד גישה זו ניתן לומר, וזו כנראה הגישה הנכונה, כי הסדר שבחוק הגנת הדייר, שענינו פקיעת הנישואין, בין על־ידי גירושין ובין מחמת מיתה, הוא חלקי ומוגבל. הוא מתייחס רק לתקופה מוגבלת ורק במסגרת היחסים עם בעל הבית וכלפיו, ובנקודה זו אין הלכת השיתוף נוגעת. ברם, במקרים אחרים — ובמסגרת היחסים הפנימיים שבין הבעל לאשה — כגון, למשל, בשאלת אופן חלוקת דמי מפתח שנתקבלו על־ידי אחד מבני־הזוג, שלגביה אין הסדר בחוק, יחולו הכללים של הלכת השיתוף ביחסים הפנימיים שבין בני־הזוג. לגבי נכסים עסקיים ראה את ההתפתחות האחרונה בפסיקת בית המשפט העליון להלן בטקסט סמוך להערות א-137-137.

זרים. זו היתה דעתו של השופט קיסטר בשבתו בבית המשפט המחוזי בתל-אביב<sup>106</sup>. אולם קביעתה של חזקת השיתוף חייבה הכרה כוללנית בשיתוף נכסים; ואכן אף השופט קיסטר, בשבתו בבית-המשפט העליון, הכיר בכך שחזקה זו, כשהיא כללית, משתרעת על כל הנכסים, ואין לדרוש הוכחה נפרדת לגבי כל נכס ונכס שהוא נרכש מקופה משותפת, אלא הראיה היא על הצד הטוען, שלפי טעם מיוחד נכס או נכסים מסויימים אינם נכללים בשיתוף<sup>107</sup>. לכללים רחבים אלה שימש המאמץ המשותף אמצעי נסיגה וצמצום. גם לצורך זה משמעותו של המונח הינה "שיתוף פעולה", כשהמבחן המצומצם שלו נוגע לזמן רכישת הנכסים ולאופן רכישתם, וממנו נובעות תוצאות לגבי סוגי הנכסים הנכללים בחזקת השיתוף.

בהלכות קודמות נקבע כי חזקת השיתוף לא תחול על נכסים או על חלק מהם אשר נרכשו ממקור כספי נפרד של בן-הזוג והמשיכו להישמר על-ידו כרכוש נפרד<sup>108</sup>. בהלכות מאוחרות יותר הבחין בית המשפט בין נכסים שנרכשו במהלך הנישואין, הנתונים לשלטונה של חזקת השיתוף בנכסים, לבין נכסים שהגיעו למי מבני-הזוג לפני הנישואין. היוצאים ממרותה של חזקה זו ונשלטים על-ידי דיני הראיות הרגילים. בן-הזוג הטוען לתחולת השיתוף גם על נכסים כאלה חייב להביא ראיות והוכחות לביסוס זכותו<sup>109</sup>.

106. המ' 5172/58, לעיל הערה 34, בע' 133.
107. הלכת דוד, לעיל הערה 79, בע' 461; הלכת פרנקל, לעיל הערה 40.
108. הלכת ברגר, לעיל הערה 39, בע' 246; הלכת בריקר, לעיל הערה 34, בע' 597; הלכת אפטה, לעיל הערה 31, בע' 571; הלכת רווה, לעיל הערה 59, בע' 833; בהלכת בריקר, שם, מדבר בית המשפט גם על נכסים שהם פרי מאמץ עצמי כעל כאלה שאינם נכללים בשיתוף. לא ירדנו לסוף כוונתו של בית המשפט, שהרי יש מאמץ עצמי — כגון עבודה — שפריו משמש מושא לשיתוף. יתכן שהכוונה היא למקור נפרד, כגון נכסים שהגיעו לבן-הזוג במתנה או בירושה.
- צמצום נוסף נובע מסיווגן של הזכויות המוקנות בנכסים המשותפים מכוח הלכת השיתוף כזכויות קניניות (ראה הלכת בריקר, לעיל הערה 34, בע' 597; הלכת לוי, לעיל הערה 40, בע' 819; הלכת היימי, לעיל הערה 88; הלכת אוחנה, לעיל הערה 90, ברם, ראה ע"א 388/76 כבשני נ' מנהל מס שבח מקרקעין, פ"ד לא (3) 253 (להלן: הלכת כבשני)). מסיווג זה נובע, כנראה, כי דין פירותיו של רכוש שאינו כלול בשיתוף (בפירות הכוונה לכל השבחה שענינה תוספת ערך או שווי או כל ריווח המיוחס לנכס, להון, לקרן או לשימוש בהם) כדין הרכוש ממנו הם נובעים. ברוב השיטות המשפטיות, בהן שורר משטר סטטוטורי של שיתוף בין בני-זוג, נחשבים הפירות כרכוש משותף גם כשהם נובעים מרכוש נפרד (ראה להלן הערה 116). בישראל, בה לא נקבעו הוראות סטטוטוריות, עלינו להיות מונחים על-פי עקרונות כלליים של הדין, במקרה זה הדין נובע מסיווגן של הזכויות ותוצאותיו המשפטיות של סיווג כזה. כן ראה, למשל, חוק הירושה, תשכ"ה-1965, סעיף 109(ב); חוק הנאמנות, תשל"ט-1979, סעיף 3(א). רמז לכך שדין הפירות כדין המקור ראה הלכת דרור, לעיל הערה 92, בע' 833.
109. הלכת אפטה, לעיל הערה 31, והלכת רווה, לעיל הערה 59, כן ראה ע"א 221/75 שוורץ נ' שוורץ, פ"ד לא (2) 33, 35. ראה דעתו החולקת של השופט ברנזון בהלכת אפטה, שם בע' 566. על-פי מחיוב הגיונה של הלכת השיתוף כפי שפותחה בבית המשפט העליון, החלת החזקה גם על נכסים שנרכשו או נוצרו לפני הנישואין, משלא נתקבלה דעתו של הלכת רווה בעקבות דעת הרוב. בפסק בריקר, לעיל הערה 34, הגיע בית המשפט למסקנה, כי למרות שאחד המגרשים נרכש על-ידי הבעל לפני הנישואין ייחשב הרכוש כרכוש משותף. לא ברור אם הלכת אפטה מהווה נסיגה



בהלכת רווה<sup>110</sup> הרחיק בית המשפט לכת וסירב לכלול בשיתוף, בהיעדר ראייה פוזיטיבית על כוונת בני־הזוג, אפילו תוספת חדשה לנכס אשר הוספה במהלך הנישואין. הנכס גופו נרכש לפני הנישואין ולא חלה עליו חזקת השיתוף. בית המשפט קבע, כי בהיעדר ראיה על ערכה הכספי של התוספת בהשוואה לערכו של הנכס המקורי לא ניתן להפריד בין חלקי הנכס השונים ואי אפשר לקבוע את החלק שנוצר במאמץ משותף ולהעניק לבן־הזוג את מחציתו<sup>111</sup>. הבחנות אלה נעשו על בסיס המבחן של המאמץ המשותף<sup>112</sup>. אילו הועדף הרכיב של אורח חיי הנישואין, כפי שהציע השופט ברנזון<sup>113</sup>,

מהלכה זו, (זוהי העתו של י' ויסמן, לעיל הערה 95, בע' 4) מכל מקום בהלכת אפטה מבחין השופט עציוני בין ענין בריקר למקרה שלפניו. הוא מבסס את ההבחנה על כך שבענין בריקר שולם חלק ממחירו של הנכס האמור ממשאבים משותפים. מכאן הוא מסיק כי אם יוכח שחלק מתמורתו של נכס אשר נרכש לפני הנישואין שולמה במהלך הנישואין "בין בצורת משכנתא, בין בצורה אחרת, [ישמש הדבר] הוכחה כי גם רכוש זה אם כי נרכש לפני הנישואין, דינו כדון רכוש משותף שנרכש תוך הנישואין. ברם, השאלה היא תמיד שאלה עובדתית ויש לדון בכל מקרה ומקרה לפי נסיבותיו המיוחדות שלו" (שם, בע' 575). מבחנו של השופט עציוני לגבי נכסים הכלולים בחזקת השיתוף אינו התאריך הפורמלי של רכישתם אלא המועד בו שולמה תמורתם בפועל.

110. לעיל הערה 59.

111. קביעה זו הינה פרודורלית גרידא. ניתן, איפוא, ללמוד כי במקרים בהם יוכח ערכו של החלק אשר נוצר במאמץ משותף יעניק בית המשפט את מחציתו לבן־הזוג. שאלה זו נוגעת בבעית תחולת השיתוף על תוספות או השבחות במהלך הנישואין בנכסים שאינם כלולים בשיתוף. השאלה מעוררת בעיות עקרוניות קלות־ערך יחסית, ובעיות הערכה וחישוב קשות ביותר. מן הראוי גם לציין, כי התוספת או ההשבחה שמדובר בהן חייבות לנכוע מהשקעת מאמץ משותף. לא די בגידול הונו, חשבונני, או גידול הנובע מן המהלך הרגיל של הענינים.

על הדרך בה נפתרה הבעיה בשיטות משפטיות שונות בעולם, בהן שורר משטר של שיתוף נכסים, ראה, בין היתר: I.F.G. Baxter, *Marital Property* (New-York, 1973) 129-161; *Studies on Family Property Law*, Law Reform Commission of Canada (Ottawa, 1975) 66, 68-70, 295-298.

מצד שני, מציין בית המשפט בהלכת רווה, כי תוספת פוזיטיבית של מאמץ משותף משמעותי לאחר הנישואין עשויה בנסיבות מתאימות מסויימות לשמש הוכחה לצירוף הנכס כולו, כולל החלק שנצבר עובר לנישואין, למסגרת נכסי השיתוף. באותו מקרה לא נמצאו הנסיבות המתאימות הן עקב העובדה שהעבודה הושקעה על־ידי בן־הזוג לו שייך הנכס והן עקב השיעור הקטן יחסית של החלק הנוסף, או הערך המוסף, לעומת הערך של הנכס המקורי שאינו נכלל בשיתוף (ראה שם בע' 833 ד' 834).

על הלכת רווה הסתמך בית המשפט העליון בע"א 630/79 ליברמן נ. ליברמן, פ"ד לה (4) 359. במקרה זה מקורו של חלק גדול מן הרכוש או שנצבר על־ידי הבעל עובר לנישואיו השניים או שהגיע לידיו מכות ירושה. הואיל וגם כאן לא היתה כל ראיה על ערך הרכוש הנ"ל לעומת מה שהתווסף במהלך הנישואין דחה בית המשפט את אפשרות החלטה של חזקת השיתוף, אולם בית המשפט הוסיף גם את המשפט "ומטבע הדברים גם כמעט ואי אפשר לעשות ולקיים הערכה כזו". מדברים אלה נובע כי נדירים ביותר יהיו המיקרים בהם יוכל בית המשפט להחיל את חזקת השיתוף באופן כלשהו בנסיבות כאלה.

112. הלכת אפטה, לעיל הערה 31, בע' 571 ב-ג.

113. ראה לעיל הערה 109.

היתה התוצאה עשויה להיות שונה. במקרה כזה ניתן היה להרחיב את החזקה ולהחילה על כלל נכסי בני-הזוג. אימוץ מבחן המאמץ המשותף אינו מאפשר הרחבה כזו.

## 2. נכסים שנתקבלו במתנה או בירושה במהלך הנישואין

על בסיס רכיב זה של המאמץ המשותף, במובנו זה, ניתן להסיק כי גם רכוש שהגיע למי מבני-הזוג במהלך הנישואין (ולא רק לפנייהם) בדרך של מתנה או ירושה לא ייכלל במסגרת חזקת השיתוף. עד לאחרונה לא נתנה הפסיקה את דעתה על שאלה זו. באופן מפורט ומפורש, ברם זוהי מסקנה הנובעת מהעדפתו של הרכיב האמור. מהגיגונה של הלכת אפטה ומן הטעמים שבעטים נפסקה. רמזים על מגמה כזו ניתן גם למצוא במספר פסקי דין<sup>114</sup> <sup>115</sup>. לאחרונה קבע בית המשפט העליון בצורה מפורשת כי בהיעדר ראיה פוזיטיבית אחרת לא ייכללו נכסים שהגיעו לבן-זוג מכוח ירושה במסגרת השיתוף על-פי חזקת השיתוף<sup>115</sup> א. הנמקתו של בית המשפט, הנסמכת על הטעמים המצויינים על ידינו<sup>115</sup> ב, מחייבת את המסקנה כי דין דומה יוחל גם על נכסים שהגיעו לבן-זוג בדרך של

114. רמזים לכך ניתן למצוא בהלכת זאבי, לעיל הערה 34, בע' 449; בהלכת מסטוף, לעיל הערה 65, בע' 571 ובהלכת ספיר, לעיל הערה 72, בע' 157 (השופט ח' כהן). זו גם דעתו של פ' שיפמן, יחסי ממון בין בני-זוג (מרכז ההסברה ומשרד המשפטים, תשל"ז) 9.

115. נקודה זו מעוררת גם את שאלת התחלוף החפצי (שאלת הסוכרוגציה הריאלית). לא נרחיב את הדיבור על סוגיה זו. עקרונית נאמר, כי מבחן "המאמץ המשותף" מחייב את הקביעה שכל נכס, אשר רכישתו מומנה ממקורות נפרדים יהיה נפרד גם הוא. אין להבדיל כאן בין כספים נפרדים לבין כספים שהגיעו מימושם של נכסים נפרדים או בין המקור לתחלופו. מן הראוי לציין כי בית המשפט העליון אכן החיל את עקרון התחלוף החפצי בהקשר להלכה האמורה. בית המשפט קבע, כי נכסים שנרכשו בכספים הנובעים מרכישו של בן-הזוג מלפני הנישואין, או מכספים שנשמרו כמקור כספי נפרד, אינם נכללים בגדר חזקת השיתוף (הלכת בריקר, לעיל הערה 34, בע' 579; הלכת פנונו, לעיל הערה 34, בע' 187). כן נקבע, כי כספים שאינם אלא מימוש זכויות שהיו קיימות בידי אחד מבני-הזוג עוד לפני הנישואין לא ניתן לראותם כחלק מהרכוש המשותף בהיעדר ראיה כלשהי המאשרת כוונה כזאת (הלכת שורין, לעיל הערה 109, בע' 35). בענין אחרון זה היה מדובר בכספים שמקורם בפוליסות ביטוח אשר נערכו על-ידי הבעל עוד לפני נישואיו לאשה. המערערת. אפילו נאמץ את המסקנה, שחזקת השיתוף תחול גם על פוליסת ביטוח חיים מעוררת נקודה זו בעיות רבות. בית המשפט לא ציין אם כל הפרמיות שולמו על-ידי הבעל לפני הנישואין. נשאלת השאלה, האם התאריך הקובע הוא מועד עריכת הפוליסה או מועד תשלומי הפרמיה. לנו נראה, כי התאריך הקובע הוא מועד תשלומי הפרמיה. שכן אלה מבטאים אל נכון את מבחן המאמץ המשותף (ראה לעיל הערה 109 סיפא). לעתים יתכן, שחלק מן הפרמיות שולמו לפני הנישואין וחלק אחריהן. האם במקרה כזה תחול החזקה רק על החלק היחסי של תמורת הביטוח בהתאמה לחלק היחסי של הפרמיות ששולמו במהלך הנישואין לעומת הסך הכל של הפרמיות ששולמו? (גם במקרה כזה צריך יהיה עוד לשקול, אם לחשב את הפרמיות תוך הצמדה למדד כלשהו אם לאו). מה מהווה את מושא השתוף במקרה כזה: תמורת הביטוח כולה או שמא רק ערך הפדיון של הפוליסה בתאריך הרלבנטי או אולי ערך הפוליסה כמסולקת באותו תאריך? לאור חוק הנאמנות, תשל"ט-1979, ובהנחה כי הוראותיו יחולו על הלכת השיתוף, תהיה זו כפופה לעקרון התחלוף החפצי בהתאם לסעיף 3(א) לחוק.

115 א. ע"א 630/79, לעיל הערה 111 (עניין ליברמן).  
115 ב. ראה מאמרי "חזקת שיתוף הנכסים בין בני-זוג: בין 'אורח חיים תקין' ל'מאמץ המשותף'" עיוני משפט ז (תש"מ) 486.

מתנה. היקף כזה של נכסים הנכללים בשיתוף יעלה בקנה אחד גם עם מסגרת הנכסים הכלולים במשטרים של שיתוף נכסים ברוב מדינות העולם — אם כי לא ככולן<sup>116</sup>. הוא גם יהלום את הגדרת הנכסים, המוצאים מכלל איזון המשאבים, במסגרת חוק יחסי ממון בין בני-זוג, תשל"ג-1973<sup>117</sup>.

אולם לאחרונה ניתן בבית המשפט העליון פסק-דין המצביע על כך שהתנועה בין רכיבי ההלכה אינה חד-סטרית בכיוון אחד, אלא היא בבחינת תנועת מטוטלת. בפרשת אברהמי<sup>118</sup> העניק אב לבתו הנשואה כספים לשם רכישת רהיטים ומיטלטלי משק בית אחרים. האשה עתרה לפסק דין הצהרתי לפיו נכסים אלה הם כבעלותה הבלעדית. בית המשפט הסתמך למעשה על חזקת השיתוף וקבע כי בהיעדר קו של הפרדה ברכוש ובהסתמך על אורח חייהם של בני-הזוג ועל התנהגותם במהלך הנישואין יש לראות את הנכסים כמשותפים להם למרות היעדר מאמץ משותף. בדברי הנמקתו מטיל בית המשפט למעשה את נטל השכנוע על הטוען לבעלות נפרדת. הלכה זו אינה עולה בקנה אחד עם הלכת אפטה<sup>119</sup> המחייבת את הוכחתו של הסדר מיוחד בין בני-הזוג או את הבאתן של ראיות ספציפיות על כוונת השיתוף של בני-הזוג כאשר נשוא המחלוקת הוא רכוש אשר לא נרכש במאמץ משותף כמשמעות מושג זה במסגרת הלכת השיתוף<sup>120</sup>. הנמקתו של בית המשפט הינה אמנם כללית והיא נסמכת, כאמור, על אורח חייהם של בני-הזוג, אולם נראה לי כי ניתן לפרשה ביתר צמצום ולהעמידה על בסיס צר יותר: וזאת בכל אחת משלוש האפשרויות הבאות:

116. על המצב המשפטי במדינות שונות בעולם בהן נוהגת שיטת השיתוף בנכסים ראה: Germany: — E.D. Graue "German Law" in A. Kiralfy (ed.), *Comparative Law of Matrimonial Property* (Leiden, 1972) 114; France: — L.M. Brown "The Reform of French Matrimonial Property Law" *14 Am. J. of Com. L.* (1965—6) 308; Denmark: — I.M. Pederson "Matrimonial Property Law in Denmark" *28 M.L.R.* (1965) 137; Sweden: — H.S. Sussman "Spouses and their Property under Swedish Law" *12 Am. J. of Com. L.* (1963) 553; Holland: *Study Prepared by the Family Law Project, Ontario Law Reform Commission, Vol. II* 282.

117. סעיף 5(א) לחוק.

118. ע"א 75/79 אברהמי נ' ישראלי, פד לד (2) 216 (להלן: הלכת אברהמי).

119. לעיל הערה 31.

120. בהלכת אברהמי, לעיל הערה 118, בע' 220, מסיק בית המשפט מהלכת זאבי, לעיל הערה 34, בע' 449, כאילו גם נכסים שהתקבלו על-ידי כל אחד מבני-הזוג במהלך הנישואין, ואפילו בדרך של ירושה ומתנה, נכללים במסגרת חזקת השיתוף. אולם בהלכת זאבי, שם, נאמר אחרת. בית המשפט מדבר על "הסדר של שיתוף בנכסים שנרכשו על-ידי בני-הזוג או אחד מהם בזמן קיום הנישואין על ידי עבודה ועמל (להוציא מה שאחד מהם קיבל במתנה או ירושה...)". (ההדגשות שלי — א.ר.צ.). הקטע מהלכת זאבי, המצוטט בהלכת אברהמי, ענינו העניקה בדרך של הסדר ולא ייחוס כוונת שיתוף בסוג זה של נכסים על בסיס אורח החיים של בני הזוג.

1. בית המשפט מציין כי כוונת האב, נותן המתנה, היתה למתנה משותפת<sup>121</sup>. די בנימוק זה כדי לבסס את התוצאה אליה הגיע בית המשפט.

2. יתכן להתעלם מן ההנמקה הרחבה ולהעמיד את התוצאה על בסיס הוכחת קיומו של הסדר מיוחד בין בני-הזוג בנסיבות המקרה.

3. ניתן לבסס את התוצאה על הנסיבות המיוחדות של המקרה ולסמכה על דיני הקניין הרגילים. המיטלטלין נשוא הדיון היו בחזקתם של שני בני-הזוג. את המחזיק בנכס מיטלטל מצייד הדין בחזקה — הניתנת לסתירה — בדבר בעלותו בנכס המוחזק<sup>122</sup>. חזקה משותפת במיטלטלין מהווה הוכחה לכאורה על שיתוף בהם. נטל השכנוע במקרה כזה מוטל על הטוען לבעלות נפרדת ובדרך כלל אין להסתפק בראיה על מקור כספי הרכישה כדי לסתור את ההנחה הלכאורית האמורה. החזקה המשותפת מהווה משקל נגד למקור כספי הרכישה. יש צורך בהוכחת דבר מה נוסף, המצטרף למקור כספי הרכישה, שיש בו כדי להעיד על כוונת המממן לשמור על בעלותו הנפרדת למרות החזקה המשותפת (כגון הוכחת נסיבה של שמירה על קו כללי של הפרדה קנינית בנכסים וכיו"ב). אם במקרה רגיל כך במסגרת יחסים מיוחדים על אחת כמה וכמה. יחסים מיוחדים, ובמיוחד כאשר מדובר על חיים משותפים, מעניקים משקל נוסף לחזקה המשותפת. הדברים אמורים ביתר שאת כאשר מדובר על סוג נכסים אשר אינו משמש מושא להשקעה אלא מיועד לשימוש משותף של המחזיקים במסגרת מערכת היחסים המיוחדת שביניהם<sup>123</sup>.

קיימת, אפוא, אפשרות להתייחס אל פסק דין אברהמי כיוצר דין מיוחד הנוגע לסוג הנכסים נשוא הדיון, דהיינו: רהיטים ומיטלטלי משק בית. סוג זה של נכסים כשהם נמצאים בשימוש משותף של בני-הזוג יחסה גם הוא, בהיעדר ראיה לסתור, תחת כנפיה של חזקת השיתוף אפילו לא התקיים מאמץ משותף.

עם זאת, לא תחול חזקת השיתוף כאשר הנכס מיועד לשימוש אישי או כאשר למיטלטל משמעות החורגת מעבר לשימוש רגיל, כגון כאשר הוא משמש מושא להשקעה — תמונה יקרת ערך, אוסף בולים וכו' — או כאשר הוא בעל ערך כספי ניכר. בכל אחד ממקרים אלה יש ליחס משקל ראשוני למקור הרכישה דווקא ולא לחזקה המשותפת, אלא במדה וקיימות נסיבות נוספות המעידות כי הצדדים התכוונו לשיתוף, או דווקא להענקת מתנה, למרות העובדות המצוינות.

גם שיטות משפטיות במדינות ארצות הברית, אף כאלה הדוגלות במשטר רכושי של הפרדה קנינית בין בני-זוג, מיחדות הסדר נפרד למיטלטלי משק הבית. בתי המשפט שם קבעו כי השימוש המשותף במיטלטלי משק הבית מצדיק את המסקנה בדבר כוונת בני-הזוג להחזיקם כבעלים משותפים בלי ליחס חשיבות למקור הרכישה<sup>124</sup>.

121. הלכת אברהמי, לעיל הערה 118, בע' 219 ג.

122. בר"ע 150/69 פיין ג' אפל, פ"ד כג (2) 615; כן ראה ע"א 307/59, מדינת ישראל נ' עזבון הידנה, פ"ד יד 934, 926; *J. Weisman, supra note 56, at 305*; כן ראה א' הרנון, דיני ראיות חלק ראשון (ירושלים, 1970) 194.

123. אולם קיימים דווקא בהקשר זה שיקולים, שמקורם בדין העברי, העשויים ללמד (בין בני-זוג יהודים) על מסקנה הפוכה, ראה לעיל הערה 46.

124. כך במדינת אילינוי *Stegeman v. Smith* 232 N.E. 2d 310 (1967) וכך גם בפנסילבניה *Di Menheim v. Menheim* 310 N.Y.S. *Florio v. Di Florio* 331 A.2d 174 (1975). לעומת זאת ראה *Florio v. Di Florio* 331 A.2d 174 (1975).

דין מיוחד כזה לגבי מיטלטלי משק הבית יכול, איפוא, לדור בכפיפה אחת אפילו עם משטר רכושי של הפרדה קנינית בנכסי בני-הזוג הואיל והוא משקף מסקנה הגיונית המתישבת עם עקרונות הדין הכללי תוך התחשבות במערכת היחסים בין בני-הזוג<sup>125</sup>. העמדת פסק אברהמי במסגרת פרשנית כזו תגביל את ההלכה העולה מפסק הדין ותמנע את הרחבתה על כל הנכסים אשר התקבלו במהלך הנישואין על-ידי כל אחד מבני הזוג בדרך של מתנה או של ירושה.

### 3. נכסים שנרכשו בעת תחולתו של דין זר על בני-זוג

ברירת הדין החל על יחסי הממון בין בני-זוג מוסדרת היום על-ידי הוראות סעיף 15 לחוק יחסי ממון בין בני-זוג, תשל"ג-1973, המחילה את חוק מושבם בשעת עריכת הנישואין<sup>126</sup>. דעת הרוב בהלכת אזוגי<sup>127</sup> סבורה היתה כי הוראות אלה מחייבות גם בני-זוג שנישאו לפני כניסת החוק לתוקפו ואשר הסדר איזון המשאבים לפיו אינו חל עליהם. הלכה זו גוררת אחריה תוצאה מוזרה הגובלת באבסורד. על בני-זוג, שנישאו בעת שמקום מושבם היה מחוץ לישראל ואשר במשך שנות נישואיהם מאז העליה לישראל ועד לתחולת החוק נדונו בהתאם לדין הישראלי, היינו: הלכת השיתוף, יוטל לפתע דין מקום מושבם בעת עריכת הנישואין. דין זה יוחל החל מ-1.1.74 על כל הנכסים אשר יירכשו על-ידי בני-זוג מתאריך זה ואילך<sup>128</sup>. אולם הוראות סעיף 15 לחוק לא באו לפגוע בזכויות מוקנות אשר נרכשו לפני כניסתו לתוקף. על זכות מוקנית שנרכשה על-

2d 1017 (1970) אשר אישר את פסק דינה של הערכאה הנמוכה יותר ב- *Menheim v. Menheim* 302 N.Y.S. 2d 473 (1969), בו קבע בית המשפט הנייריודקי כי אין בשימוש המשותף כדי לשנות את זכויות הקנין הנקבעות בהתאם לדיני הקנין ולדיני הראיות המקובלים ביחסים בין מי שאינם בני-זוג ובראש וראשונה על בסיס מקור הרכישה.

בדין האנגלי המליצה לאחרונה ועדת רפורמה על מתן זכות שימוש והנאה בלבד מכוח הדין במיטלטלי משק הבית, כולל מכונית, לשני בני-הזוג עקב הנישואין ובמהלכם, ראה: *The Law Commission (No. 86), Family Law, Third Report on Family Property, The Matrimonial Home (Co-ownership and Occupation Rights) and Household Goods* (London, 1978).

125. ראה M.A. Glendon, *State, Law and Family* (Amsterdam, 1977) 156 וכן I.F.G. Baxter, *Marital Property* (N.Y., 1973) (H.H. Foster, Commulative Supplement (N.Y., 1980)) 100-101.

126. דין מקיף בסוגיה זו ראה: מ' שאוה "ברירת הדין ביחסי ממון בין בני זוג" עיוני משפט ו (תשל"ח) 247.

127. לעיל הערה 34, בע' 25-26.

128. אין שום הצדקה, לא הגיונית ולא משפטית, לחוצאה כזו והטעם לכך כה ברור שאין מקום להרחיב את הדיבור (ראה מ' שאוה, לעיל הערה 126, בע' 286). על בני-זוג כאלה יוחלו שתי מערכות שונות של דינים על שלוש תקופות. בנוגע לנכסים שנרכשו עד עלייתם לישראל יוחל דין מקום מושבם בעת עריכת הנישואין. בנוגע לנכסים שנרכשו בעת שהותם בישראל ועד לכניסת חוק יחסי ממון לתוקפו (1.1.74) הדין הישראלי, דהיינו: חוקת השיתוף. בנוגע לנכסים שנרכשו מתאריך זה ואילך דין מקום מושבם בעת עריכת הנישואין. תוצאה זו ניתנת למנוע רק על-ידי אימוץ פרשנותו של השופט אלון לסעיף 15 לחוק, כפי שתובא להלן. המשך החלת חוקת השיתוף על-ידי ייחוס כוונה לכלל בני-זוג כי בהיעדר ראיה אחרת התכוונו שחוקה זו תמשיך לחול עליהם איננה אפשרית. סעיף 15 לחוק מחייב כי כל הסכם כזה ייערך כהסכם ממון לפי סעיף 2 לחוק.

ידי אחד מבני-הזוג בטרם הוחק חוק יחסי ממון יחולו כללי המשפט הבינלאומי הפרטי שנהגו בישראל בטרם הוחק סעיף 15 לחוק<sup>129</sup>. לדעת השופט ברק, אשר ביטא את דעת הרוב בהלכת אזוגי, יחולו כללי המשפט הבינלאומי הפרטי האנגליים בסוגיה זו כשהם מותאמים למסגרת המשפט הישראלי<sup>130</sup>.

על פי כללים אלה נוהגת בישראל, במקרים בהם אין תחולה לסעיף 15 לחוק, השיטה של partial mutability. יחסי ממון של בני-זוג, אשר נישאו לפני כניסת החוק לתוקפו, בנוגע לנכסים אשר נרכשו על-ידם לפני מועד זה, ייקבעו לפי דין מקום מושבם בעת ההתדיינות. דהיינו: הדין הישראלי. אולם דין זה לא יחול בהכרח על כלל נכסי בני-הזוג. הזכויות המוקנות לא ייפגעו. זכויות בנכסים אשר נרכשו בעת תחולתו של דין מקום מושב זר על בני-זוג יידונו בהתאם להוראות דין זה ועל-פיו<sup>131</sup>. לדעת המיעוט, השופט אלון, אין לסעיף 15 לחוק תחולה על בני-זוג אשר נישאו לפני כניסתו לתוקף<sup>132</sup>. לדעתו תחול הלכת השיתוף על בני-זוג כאלה שמקום מושבם בשעת הדיון הוא ישראל גם בנוגע לנכסים אשר נרכשו על-ידם בעת שמקום מושבם היה מחוץ לישראל<sup>133</sup>.

למרות המחלוקת העקרונית מגיעים שופטי הרוב והמיעוט בפרשת אזוגי לתוצאה זהה. זאת על שום שלאחר הניתוח העיוני מגיע השופט ברק למסקנה כי יש ב"אורך ואורח חיי הנישואין של הבעל והאשה, במקרה שלפנינו... כדי לאפשר הסקתו בישראל של הסכם מכללא לשיתוף נכסים ביניהם לא רק לענין נכסים חדשים שנרכשו בישראל לאחר עלותם לישראל, אלא גם לגבי נכסים שנרכשו במרוקו לאחר נישואיהם ובטרם עלו לישראל"<sup>134</sup>.

משמעות קביעתו זו של השופט ברק היא החלטה של חזקת השיתוף — מסקנות קניניות על בסיס אורך ואורח חיי הנישואין — ויישומה על עובדות המקרה. בדרך של קונסטרוקציה משפטית מוחלת למעשה, באופן עקיף, חזקת השיתוף רטרואקטיבית על נכסים שנרכשו על-ידי בני-הזוג בשעה שהיו נתונים לשליטת דין מקום מושב זר. החלה ישירה של חזקת השיתוף על אותם נכסים עצמם נדחתה על-ידי השופט ברק בשל פגיעה בזכויות מוקנות<sup>135</sup>. מבצרן של הזכויות המוקנות נעשה, איפוא, עיוני ועקרוני בלבד. מבחינה מעשית אין בו כדי להגן עליהן; הן חשופות לפגיעה כאשר חזקת השיתוף משתרעת גם עליהן. מפתיע, איפוא, להיווכח כי המרחק בין דעת הרוב לדעת המיעוט אינו כה רב כפי שנדמה כמבט ראשון. הקירבה היא מעבר לזהות בפתרון הפרגמטי של הבעיה. הכל מחילים, למעשה, את חזקת השיתוף גם רטרואקטיבית. ההבדל יהיה רק

129. הלכת אזוגי, לעיל הערה 34, בע' 25-26.

130. שם בע' 29-30.

131. A.V. Dicey & J.H.C. Morris, *The Conflict of Laws* (London, 10th ed., 1980) 670-673.

132. הלכת אזוגי, לעיל הערה 34, בע' 13-14.

133. שם בע' 18.

134. שם בע' 30.

135. החלטה של חזקת השיתוף על נכסים שנרכשו על-ידי בני-הזוג בעת שהיו נתונים לשליטת דין מקום מושב זר נראית תמוהה במיוחד בניסבות מקרה זה כאשר אפילו החלטה על הנכסים שנרכשו בתקופה הישראלית נראתה גבולית בעיניו של השופט ברק (הלכת אזוגי, לעיל הערה 34, בע' 30). (ג)

במקרה שחזקת השיתוף נסתרת. במקרה כזה יחיל השופט ברק את דין מקום מושב בני-זוג בעת עריכת הנישואין ואילו השופט אלון ימשיך בהחלתו של הדין הישראלי. הרחבת היקף תחולתה של חזקת השיתוף גם אינה נראית לי מתישבת עם הלכת אפטה<sup>136</sup>. כזכור, שלל שם בית המשפט את האפשרות להחיל את חזקת השיתוף בנוגע לנכסים אשר נרכשו לפני הנישואין. דהיינו: לפני המועד בו חלה החזקה על בני-זוג. בדרך של אנלוגיה יפה כוחה של הלכה זו גם לנסיבות הלכת אזוגי. לא ניתן להחיל את חזקת השיתוף בנוגע לנכסים אשר נרכשו לפני המועד בו חלה חזקה זו על בני-זוג, דהיינו: לפני עלייתם לישראל, אלא במידה ויוכח, על-ידי ראיות ספציפיות, הסדר אחר כלשהו בין בני-זוג. אורך ואורח חיי הנישואין לא די בהם לשם כך. לדעתנו, הדרך הנכונה הינה שילוב בין עמדת הרוב למיעוט. שילוב מוצע זה מטרתו שימור הזכויות המוקנות הלכה למעשה, מחד גיסא, ומניעת התוצאה האבסורדית, המקימה לתחייה דין זר על-פיו יידונו בני-זוג לאחר שהוחל עליהם במקום מושבם בישראל דין אחר, מאידך גיסא. אנו מעדיפים לאמץ את פרשנות השופט אלון לסעיף 15 לחוק למרות שאין היא מתישבת עם לשון החוק. פרשנות כזו היא לגיטימית כאשר נועדה למנוע תוצאה אבסורדית. מאידך גיסא, קשה להשלים עם העמדה כאילו חזקת השיתוף תוחל על בני-זוג בלי להתחשב בגורם זר כלשהו. מן הראוי לקבל את דעת הרוב המבקשת להגן על זכויות מוקנות. לכן מקום שהוראת סעיף 15 לחוק אינה מחייבת יחולו כללי המשפט הבינלאומי הפרטי האנגליים כשהם מותאמים למסגרת המשפט הישראלי. הגנתן העקבית של הזכויות המוקנות מחייבת הימנעות מהחלה עקיפה של חזקת השיתוף. הזכויות בנכסים, אשר נרכשו על-ידי בני-זוג, שנישאו לפני כניסת החוק לתוקפו — ושמקום מושבם בעת הדיון הוא ישראל — בשעה שמקום מושבם היה זר, ייחתכו על-פי הדין הזר, אלא אם תובא ראיה פוזיטיבית על כוונה אחרת מאוחרת של בני-זוג.

#### 4. נכסים שנרכשו ממקורות שהתמזגו

כאשר מקורות כספיים שונים, ואף נפרדים במקורם, התמזגו אצל בני-זוג לקופה משותפת אחת, וממנה נרכשו נכסים אחרים — עשויים נכסים אלה להיכלל במסגרת שיתוף הנכסים<sup>137</sup>. בהתנהגות כזו, בהתאם לנסיבות, אפשר יהיה לראות משום הוכחה פוזיטיבית לכוונתם של בני-זוג ליצור שיתוף חדש בנכסים השונים, יהיו אשר יהיו מקורותיהם. הוכחה כזו תצביע על קיומו של הסכם חדש אשר יתגבר על הכללים הנקבעים מכוחה של מדיניות משפטית ושל ייחוס כוונות בהתאם לה.

136. לעיל הערה 31.

137. הלכת בריקר, לעיל הערה 34, בע' 597. סוגיה זו נגזרת במידת מה משאלת התחלוף החפצי, בה עסקנו כבר בהערה 115. מכל מקום אם בני-זוג מיוזגו את מקורותיהם הנפרדים, או אם אחד מבני-זוג הכניס את הכספים שהגיעו לידיו ממקור נפרד לקופה המשותפת, כי אז לפי הלכת בריקר תהינה הרכישות שנעשו מקרן זו, יהיו אשר יהיו מקורותיה "ההיסטוריים", כבעלותם המשותפת של שני בני-זוג. אך לאור המבחינים שקבענו, לא תחול חזקת השיתוף על נכס שנרכש ממקור עצמאי, וחובת ההוכחה על כוונה אחרת תוטל על בני-זוג הטוען לשיתוף. ההנחה היסודית תהיה, כי נכס נפרד או תחלופו אינם כלולים בשיתוף כאשר לא נרכשו במאמץ משותף. ברם, בניזוג כזה ירים את הנטל אם יוכיח את ההתמזגות האמורה. (ראה גם א' פרוקציה, לעיל

5. "נכסי משפחה" לעומת "נכסים עסקיים"

במסגרת דיוננו מתייחסים אנו לשיקולים המתחייבים מן ההבחנה בין נכסי משפחה (דירת מגורים, רהיטים, מיטלטלי משק הבית<sup>137א</sup>, מכונית) לבין נכסים עסקיים<sup>137ב</sup>. לאחרונה ניתן בבית המשפט העליון פסק דין, בפרשת ליברמן<sup>137ג</sup>, אשר לראשונה במפורש ובמפורט נותן נפקות להבחנה זו בכל הקשור להחלת חוקת השיתוף. בית המשפט ער לכך שהנסיון לערוך הבחנה כזו, לצורך עצם החלת עקרון חוקת השיתוף, נדחה כבר קודם לכן<sup>137ד</sup> ולכאורה אין הוא סוטה מקו זה. אולם, עם זאת — ותוך הסתמכות על הלכת אפטה<sup>137ה</sup> — הוא מציין (בדעת רוב מפי השופט מ. אלון) כי אין זהות בין התנאים הנדרשים להחלת החוקה על נכסי משפחה לאלה הנדרשים לשם החלטה על נכסים עסקיים. כאשר מדובר על נכסים עסקיים לא די בחוקת השיתוף כשלעצמה על בסיס תנאיה המוקדמים, אלא יש צורך בהוכחת נסיבות נוספות המצביעות על הכוונה לשיתוף. השופטת מ. בן-פורת "מרחיקה לכת יותר" כדבריה והיא דורשת "ראיה של ממש כדי להניח יסוד לטענת שיתוף בין בני-זוג בנכסים עסקיים"<sup>137ו</sup>. על כורחך אתה אומר גם כי די בכמות ראיות קטנה יותר במטרה לסתור את חוקת השיתוף בסוג זה של נכסים. כאשר כפות המאזניים מעויינות לא תספיק חוקת השיתוף הבסיסית לבדה כדי להרים את הנטל להוכחת שיתוף בין בני-זוג בנכסים עסקיים. חיי משפחה הרמוניים ומאמץ משותף של ניהול משק בית וגידול הילדים מצד בן הזוג הטוען לשיתוף

- הערה 56, בע' 268-269). על שאלה זו בשיטות משפטיות אחרות ראה: W. O. Huie "Some Principles of Texas Community Property Law", in *Comparative Study in Community Property* (J.P. Charmatz & H.S. Daggett, editors, London, 1955) 115, 117. שאלות קשות יותר תתעוררנה בכל מקרה בו הושקע נכס נפרד בעסק, ברם בן-הזוג האחר השקיע בו עבודה או שירותים אישיים אחרים. האם עלי-ידי כך הופך העסק לרכישם המשותף של בני-הזוג, או שמא יש רק למדוד את מידת הערך של ההשקעה של בן-הזוג האחר, להכיר בחלק זה כרכוש משותף — או אף כרכושו הנפרד של אותו בן-זוג — ולראות רק את היתר כרכוש נפרד? אלה שאלות שלא נתיחס אליהן כאן. ראה J. D. Lyons "Developments of Community Property Law in Arizona" in Charmatz, *ibid* at 6 (על דיני התחלוף החפצי דומים לכללי העקיבה כדיני עשיית עושר ולא במשפט, הגם שאינם זהים עמם) (על דיני העקיבה בארץ ראה ע"א 400/67 הווארד נ' מלמד, פ"ד כב (1) 100 וספרו של ד' פרידמן, דיני עשיית עושר ולא במשפט (תל-אביב, 1970).
- 137א. בסוג זה של נכסים יבואו, בדרך כלל, דיני הקניין לעזרת חוקת השיתוף, ראה לעיל בטקסט סמוך להערות 118-123.
- 137ב. ראה לעיל הערה 95 וכן להלן בטקסט סמוך להערה 154.
- 137ג. ראה לעיל הערה 111.
- 137ד. ראה הלכת ברגר, לעיל הערה 39, בעמ' 245 והלכת בריקר, לעיל הערה 34, בעמ' 600.
- 137ה. לעיל הערה 31, בעמ' 568-569, 577.
- 137ו. דעה זו של השופטת מ. בן-פורת באה לידי ביטוי מחודש בע"א 605/79, 592 שצקי נ' סייד, פ"ד לה (4) 402, בו סיווגה את כמות הראיות הנדרשת מצד בן-הזוג התובע את השיתוף לפי סוג התביעה ונשואה.
- כאשר התביעה היא לשיתוף כללי בנכסי בן-הזוג תידרש ראיה חיובית הנוספת על חוקת השיתוף. כאשר נשוא התביעה הוא נכס עסקי יש, לדעתה, להקפיד עם התובע מבחינת נטל הראיות להוכחת תביעתו. ביתר שאת אמורים הדברים כאשר בן-הזוג הנתבע שקוע בחובות. חוקת השיתוף כשלעצמה תספיק לבן-הזוג רק כאשר תביעתו מתמקדת בבית המגורים של המשפחה.



יספיקו לשם החלת חזקת השיתוף על נכסי משפחה, אך לא יעמדו לו בתביעת השיתוף בנכסים העסקיים<sup>137</sup>

דד. היקפה של חזקת השיתוף: האנשים הכפופים לה

### 1. סוגי האוכלוסיה השונים

הבסיס המשפטי המעמיד את חזקת השיתוף — ההסכם מכללא — היה מחייב דיון ספציפי לגבי כל זוג וזוג או, לפחות, לגבי כל סוג מסוגי האוכלוסיה בארץ. אולם כיוון ההתפתחות היה שונה.

בהלכת ראבי<sup>138</sup> קבע בית המשפט העליון את תחולתה הכללית של חזקת השיתוף. על בסיס הנחה בדבר המצב הרצוי בחברה הישראלית אמר בית המשפט: "מן הראוי להחיל את אותו הכלל על כל זוג רגיל בישראל"<sup>139</sup>. בכך הפך בית המשפט את היוצרות. לכתחילה נוצרה ההלכה על בסיס כוונתם המשווערת של זוגות יהודים כפי שנלמדה מאורח החיים של חלק הארי של זוגות כאלה ומהתנהגותם. תהליך דומה צריך היה לחול כל אימת שנדון ענינם של זוגות הנמנים על סקטור אחר של האוכלוסיה. אולם בית המשפט עשה קפיצת דרך משפטית. הוא התיחס לכלל, אשר קרם עור וגידים בטכניקה המתוארת לעיל, כאל הלכה כללית והטיל על הטוען לאי-תחולתו את הנטל לסתירתה. משנדון ענינם של בני-זוג מוסלמים, בפרשת ראבי, עמדה לצד התובעת (המשיבה) חזקת השיתוף והנתבע (המערער) חויב להוכיח נוהג אחר ומנטליות שונה כדי להתגבר על החזקה. על-פי השקפת בית המשפט העליון עצמו נותנת חזקת השיתוף תוקף לעובדות החיים<sup>140</sup>. עובדות החיים אצל בני-זוג מוסלמים, כולל הדין הדתי החל עליהם בעניני המעמד האישי, הן אחרות וספק אם הן מאפשרות הנחה של שיתוף נכסים<sup>141</sup>.

ההלכה בפרשת ראבי קורעת גם היא את המסווה מעל פני הבסיס המשפטי של

1137. עם זאת. מן הראוי לציין שכפרשת ליברמן, לעיל הערה 111, היו נסיבות נוספות בעלות משקל ומשמעות. כגון, הוכחת קו של הפרדה בנכסים העסקיים, רכוש שרובו נצבר אצל בן-הזוג הנתבע לפני הנישואין או שהגיע לידיו מירושה, שהשפיעו על דחייתה של תביעת השיתוף. אילולי נסיבות אלה יתכן שהתוצאה היתה אחרת. מכל מקום במקרה הרגיל כאשר הוכחו התנאים המוקדמים לתחולת חזקת השיתוף לא ברור מהי איכות הראיות וכמותן אשר תדרשנה לשם הרמת נטל השכנוע מצד התובע את השיתוף בנכסים העסקיים. ברור כי לא מדובר על נטל שכנוע רגיל הנדרש בין זרים במסגרת דיני הקניין והחוזים והדבר מסור לשיקול דעתו של בית המשפט במסגרת הנסיבות והעובדות של כל מקרה לגופו.

1138. לעיל הערה 47.

1139. שם בע' 735 א.

1140. הלכת ברגר, לעיל הערה 39, בע' 246.

1141. ראה " מירון, לעיל הערה 48; ראה גם הטקסט סמוך להערה זו. על הדין המוסלמי בנוגע ליחסי הממון בין בני-זוג ראה: " מירון "יחסי ממון בין בני-זוג מוסלמיים" עיוני משפט ג (תשל"ג) 279; 315 (1972) 7 *Isr. L.R.* "A Muslim Solution" J. Meron; ראה ביד"מ 1/50 סידים נ' יו"ר ההוצאה לפועל ירושלים, פ"ד ח 1020, 1030.

יש לשער כי ההוואי החברתי אשר שימש יסוד להנחה בענין שיתוף הנכסים הוא הוואי יהודי ולא ערבי, ראה ג' טדסקי "המנהג במשפטנו הנוהג והעתיד" משפטים ה (תשל"ג) 9, 49.

הסכם מכללא. חזקת השיתוף יוצרת נורמה כללית חדשה לגבי כלל בני-הזוג בישראל. משום כך אין תחולת החזקה תלויה בהשתייכות העדתית-דתית של בני-הזוג. לא ההקשר העדתי אלא ההקשר הכללי הוא דומיננטי.<sup>142</sup>

## 2. ידועים בציבור

הפער בסוגיה של חזקת השיתוף בין המציאות המשפטית לבין מה שהיא נחזית להיות, בין המוצהר לבין הקיים, מקשה על אפשרות יישום ההלכה. היאחזות בהסכם מכללא היא נסיון שבדיעבד לתור אחר הבסיס המשפטי הנוח ביותר לתלות עליו את חזקת השיתוף לאחר שהוכר הצורך החברתי ביצירתה. כל דיון בקווי הגבול של הלכה זו אינו יכול להסתפק במוצהר וביישום פשטני של הקיים אלא מחייב התמודדות עם מה שנעשה בפועל ועם משמעותו. הנסיון להיתלות בבסיס המשפטי המוצהר, עליו נשענת החזקה, לשם החלתה גם על סיטואציה של ידועים בציבור, תוך מציאת קווי דמיון אנלוגיים, נראה לי מסופק. גם הסתמכות על העקרון שחזקת השיתוף אינה מוחלטת, כפי שהפסיקה מעידה עליה, מעצם סטטוס הנישואין, אין בה כשלעצמה משום תמיכה פוזיטיבית ביישום החזקה על ידועים בציבור. הרחבת היקף תחולתה של חזקת השיתוף נשארת בראש ובראשונה שאלה של מדיניות משפטית.

מעמדם של ידועים בציבור לא הושווה למעמדם של בני-זוג. הם זכאים רק לזכויות אשר הוענקו להם במפורש בדברי החקיקה השונים.<sup>143</sup> חזקת השיתוף כנורמה כללית החלה על בני-זוג בישראל מוצדקת למעשה מכוחם של דיני המשפחה והיא חורגת מגדר הדינים הכלליים הרגילים. במידה ויש הצדקה לכללים כאלה היא מתבטאת בהיעדר הסדר סטטוטורי מחייב בדומה לזה החל בשיטות משפטיות אחרות בעולם. אין כל הצדקה משפטית, בהיעדר הוראת חוק מפורשת, להעניק לידועים בציבור אותן זכויות יתר מיוחדות הניתנות לבני-זוג. הלכת השיתוף בנכסים יוצאת מנקודת מוצא של הקמת משפחה לאורך זמן ומתוך מגמה נמשכת. ידועים בציבור חיים בהסדר המתפרנס משעה לשעה, אין לו שום מומנט של קביעות ואין כל קושי לפרקו. ממילא אין להסיק מיחסים אלה את אותן המסקנות שיש להסיק מאורח חייהם ומהתנהגותם של בני-זוג לצורך שיתוף בנכסים.

יתר על כן, חזקת השיתוף מיחסת לבני-זוג כוונות במקום שהם עצמם אינם נותנים את הדעת לבעיות המשפטיות העשויות להתעורר. ידועים בציבור מודעים בדרך כלל למצבם המשפטי. יחסים משותפים מסוג זה מועדים מעצם טבעם והם "מזמינים" בדרך כלל הסדרים מפורטים בין הצדדים. בהיעדרם של הסדרים כאלה יש להחיל על מערכת היחסים ביניהם את הדין הרגיל. אין ליחס שום כוונות מעבר למה שמשמע ממגורים

142. אם ימצא כי בדין הדתי החל על בני-הזוג אסורה התנאה בשאלות הנוגעות ליחסים הרכשיים בין בני-זוג לא תוכל, לדעתנו, חזקת השיתוף לחול עליהם. במקרה כזה תהיה הסוגיה כולה בגדר ענין של נישואין שהדין הדתי חל עליה. הכלל האוסר התנאה הוא מחייב ורק המחוקק יכול לקבוע — בדרך טריטוריאלי — הוראות סותרות. כך אכן נעשה בסעיף 13(ב) לחוק יחסי ממון בין בני-זוג. תשל"ג-1973.

143. ע"א 384/61 מדינת ישראל נ' פסלר, פ"ד טז 102; ראה גם מ' שאה "הידועה בציבור כאשר — הגדרתה, מעמדה וזכויותיה" עיוני משפט ג (תשל"ג) 484, 510.

משותפים של שני זרים המנהלים יחד משק בית משותף (שני קרובי משפחה, זוג חברים וכיו"ב). כל גישה אחרת תהווה שינוי מכריע של דיני החוזים והקניין בכללותם ותחרוג מעבר להתאמתם של דינים אלה למגזר הצר של דיני המשפחה.

חלק מן המלומדים המצדדים בהחלת חזקת השיתוף על ידועים בציבור נסמכים על הלכת אלוביץ' 144, 145. אולם, לדעתי, אין ההלכה תומכת במסקנה כזו. בענין זה הכריע בית המשפט על בסיס הראיות שהובאו לפניו ולא נסמך על חזקה כלשהי. הוא בחן במדוקדק את המקור ממנו נבע סכום הכסף נשוא ההתדיינות. בית המשפט אומר במפורש כי "אילו באמת לא היה מטיל המשיב מאומה לכיס המשותף, אלא כל הכספים היו משלה בלבד, נראה לי כי היה מקום לפקפק אם יש להסיק אותן מסקנות שהסיק השופט המלומד... בדקתי אפוא מחדש את העדויות ואת המוצגים כדי לראות אם המשיב הביא עמו כספים משלו". בית המשפט עשה שימוש רגיל בדיני הקניין הכלליים. בנסיבות מקרה זה בו הושקעו על־ידי הצדדים במשותף כספים כאשר לא ניתן היה להוכיח בדיוק את גודל החלקים הפעיל בית המשפט את החזקה הרגילה שבדיני היושר לפיה ההנחה היא שהחלקים הם שווים. הוראה דומה קבועה היום בסעיף 9(ב) לחוק המיטלטלין, תשל"א-1971. החיים המשותפים שימשו רק רקע עובדתי לאורו נשפטו פעולותיהם של הצדדים. מבחינה זו בלבד הושווה דינם של הצדדים לדינם של בני־זוג. חזקת השיתוף לא הוחלה בשום דרך וצורה.

לכאורה ניתן לסמוך על דברי השופט י' כהן בהלכת ראבי" 146 כדי לבסס את אפשרות החלתה של חזקת השיתוף גם על ידועים בציבור. וכך אומר בית־המשפט: "הלכת השיתוף בנכסים מושתתת על קיום הסכם מכללא בין שני אנשים החיים בצוותא, והנובע מאיחוד משאבים ביניהם. העובדה שבין אותם שני אנשים היה קיים קשר נישואין אינה אלא חלק ממכלול המרכיבים של ההסכם והראיות על קיומו" אולם לי נראה כי סופו של הקטע מעיד על תחילתו. חזקת השיתוף תוחל על בני־זוג דווקא הואיל וקשר הנישואין מהווה ראייה לקיום הסכם מכללא על שיתוף נכסים. אנשים החיים בצוותא ללא קשר של נישואין ביניהם חייבים לבסס את השיתוף על ראיות. לדעתנו, אין להרחיב את החזקה מעבר לתחומים שנקבעו לה על־ידי בית המשפט העליון<sup>147</sup>. עם זאת, אין ספק כי מידת ההוכחה וכמות הראיות אשר יידרשו מידועים בציבור או משני אנשים החיים בצוותא ומנהלים משק בית משותף, לשם ביסוס השיתוף בנכסים, תהיה פחותה מאשר אלה הנדרשות בין שני זרים. הנסיבה המיוחדת של חיים משותפים מהווה היא עצמה ראייה מסוימת ועל רקעה של זו נשפטות פעולות הצדדים<sup>148</sup>. יתכן גם

144. ע"א 429/67 אלוביץ' נ' קואופרטיב להובלת משאות "הגמל החדש" בע"מ (לא פורסם).

145. כך אצל א' פרוקצ'יה, לעיל הערה 56, בע' 268 ואצל פ' שיפמן "יחסי ממון בין בני־זוג" קובץ ההרצאות בימי העיון לשופטים תשל"ה (בעריכת ש' שטרית, ירושלים, 1976), 126, 128. גם ד' פרידמן "הידועה בציבור בדין הישראלי" עיוני משפט ג (תשל"ג) 459, 472 ומ' שאוה, לעיל הערה 143, בע' 511-512 תומכים בהחלת חזקת השיתוף על ידועים בציבור. לדעת מ' שאוה יתכן כי מידועים בציבור תידרש מידת הוכחה רבה יותר מזו הנדרשת מבני־זוג.

146. לעיל הערה 47.

147. גם א' ידן, לעיל הערה 56, בע' 446 סבור כי אין להחיל את חזקת השיתוף על ידועים בציבור.

148. מן הראוי לציין כי בדין האנגלי הגיע הלורד הנינג למסקנה שבנוגע לזכויות בדירת מגורים יש לבחון את הנסיבות ביחסים בין ידועים בציבור באותו אופן בו הן נבחנות ביחס לבני־זוג. ראה:

להשוות כמעט את דינם של ידועים בציבור המנועים להינשא מטעמים שבדת או מטעמים אחרים, לענין תחולת חזקת השתוף, לדינם של בני-זוג. בנסיבות כאלה לא מתקיימים חלק מן השיקולים השוללים, לדעתי, את תחולת החזקה על ידועים בציבור.

#### הה. הדרכים לסתירת חזקת השיתוף ולסיומה

הדרכים לסתירת חזקת השיתוף הן רק בחלקן פונקציה של התנאים הנדרשים לקיומה של החזקה, דהיינו: סתירתם של התנאים האמורים<sup>149</sup>. בחלקן האחר קיימת אפשרות, כי למרות קיומם של התנאים המוקדמים הנדרשים, לא תעמוד חזקת השיתוף לטובת הטוען לה. החזקה נסתרת על-ידי הוכחת עובדות שונות, שבכוחן לשכנע את בית המשפט בקיומה של כוונה הפוכה בין בני-הזוג, דהיינו: כוונה להפרדה רכושית<sup>150</sup>. כוונה כזו יש להוכיח פוזיטיבית אך בתי המשפט ציינו מספר עובדות, שבכוחן להצביע על כוונה כזו, כמו, למשל, משך נישואין קצר ושמירה על קו הפרדה ברכוש<sup>151</sup>. גם בעובדה שהזיווג בין בני-הזוג איננו זיווג ראשון ולהם ילדים מנישואין קודמים, ובמיוחד אם נישאו בגיל מבוגר<sup>152</sup>, יש כדי להחליש את משקלה של החזקה. כן נקבע, כי כאשר הנכסים או חלק מהם נרכשים ממקור כספי נפרד של בן-הזוג לא תחול חזקת השיתוף בנכסים, לגבי נכסים אלה<sup>153</sup>. סוג הנכסים נשוא המחלוקת עשוי גם הוא להשפיע על כמות הראיות הנדרשת לסתירתה של חזקת השיתוף<sup>154</sup>.

מובן, שאין זו רשימה סגורה. בני-הזוג רשאים להביא הוכחות מכל סוג שהוא, כדי להוכיח כוונה הפוכה ולסתור את החזקה. במקרה כזה, יבחן בית-המשפט את כל הנסיבות ואת משקלן היחסי במסגרת הנתונה, ויכריע. עם זאת, אין לשכוח כי בהיות החזקה מבוססת על אורח חיי הנישואין בשלום במשך תקופה ארוכה, הרי נטל השכנוע מוטל על כתפו של הנתבע המבקש לסתור את החזקה שנעורה בדרך האמורה. כאשר כפות המאזניים תהיינה מעויינות, תפעל החזקה לטובת התובע את השיתוף, בתנאי שהוכיח את התנאים המוקדמים.

16 *Cooke, supra note 16*. אולם מסקנה זו יש לשפוט לאור ביטולם, על-ידי בית הלורדים, של כללי הדין המיוחדים אותם קבע בית המשפט לערעורים בהקשר לזכויות בני-זוג בדירת המגורים (ראה סעיף א של פרק זה). לאור זה תואמת המסקנה אליה הגענו את פסק הדין האנגלי הנוכח. מגמה מרחיקת לכת יותר בכיוון של מתן זכויות לידועה בציבור ושל הענקת מעין מעמד משפטי, אם כי בעל עמדה נחותה יותר, לאשה כזו בתחום הענינים הרכושיים, ראה פסק הדין הקליפורני *Marvin v. Marvin* 557 P. 2d 106 (1976).

149. כך, למשל, קרע וסכסוכים עמוקים (הלכת ברגר, לעיל הערה 39, בע' 245; הלכת פנונו, לעיל הערה 34, בע' 185-187; הלכת דוד, לעיל הערה 79, בע' 464; ע"א 450/71 גלובה נ' גלובה, פ"ד כו (2) 574, 577-578) ותביעות למזונות ולגירושין (הלכת דוד, שם בע' 464; הלכת פנונו, שם בע' 185).

150. הלכת גלובה, שם בע' 577.

151. הלכת ברגר, שם בע' 245-246; הלכת בריקר, לעיל הערה 34, בע' 597; הלכת לוי, לעיל הערה 40, בע' 818-819; הלכת רווח, לעיל הערה 59, בע' 833; הלכת פלונית, לעיל הערה 67.

152. הלכת אפטה, לעיל הערה 31, בע' 571; הלכת ספיר, לעיל הערה 72, בע' 160-161.

153. ראה האסמכתאות לעיל בהערה 108.

154. ראה לעיל הערה 95.

מן הראוי לציין בהקשר זה, כי היעדר מודעות למשמעויות הנלוות להעדפת רכיב אחד על פני משנהו לצורך קביעת התנאים המוקדמים לתחולת חזקת השיתוף, נותנת את אותותיה גם בדרכים לסתירתה. אם שולט העקרון של המאמץ המשותף, כי אז יורד משקלן של עובדות מסויימות במסגרת ההתחקות אחר כוונת הצדדים. נכון אמנם, כי ידו של הסכם הפרדה רכושית תהיה תמיד על העליונה; אך הבעיה מתעוררת בהיעדר הסכם מפורש, כאשר עלינו לסמוך על אינדיקטורים מסויימים ולהסיק מהם על קיומו של שיתוף או על היעדרו. כפי שניתן לראות, לא היתה הבחנה כזו בפסיקה, ועובדות בעלות אופי שונה שימשו לצורך סתירת החזקה: יש לבחון מחדש את משמעותן של העובדות השונות לאור העקרון העומד מאחורי הלכת השיתוף.

העובדות שבכוחן לסתור את חזקת השיתוף גם גורמות לה לחדול מלהתקיים; כך, למשל, קרע בין בני־הזוג מפסיק את השיתוף<sup>155</sup>. לא כל העובדות אשר צוינו בהקשר זה תהיינה רלבנטיות גם לצורך סיומו של השיתוף, אלא רק חלקן.

מרגע שהשיתוף חדל להתקיים יהיו בני־הזוג נתונים למשטר של הפרדה רכושית בכל הנכסים שירכוש מי מהם מכאן ולהבא. לגבי הרכוש שנרכש קודם לכן תישמרנה הזכויות המוקנות של כל אחד מבני־הזוג ורכוש זה ימשיך להיות משותף<sup>156</sup>.

בעיה קשה עלולה להתעורר לגבי מערכת יחסים הפכפכה בין בני־זוג. השאלה אם יש לדון את מערכת יחסי הממון שלהם לגבי כל תקופה ותקופה באופן נפרד או שמא ניתן להסיק על כוונתם מתקופה אחת בלבד או לחלק את התקופות באופן אחר כלשהו תלויה בנסיבות כל מקרה ומקרה<sup>157</sup>.

הודאה מצד בעל דין על הפרדה בנכסים שקולה כנגד חזקת השיתוף<sup>158</sup>. במקרה כזה נסתרת מיניה וביה הראיה לכאורה על קיום השיתוף. הודאה כזו יכולה להיות מפורשת והיא עשויה גם להשתמע. למשל, מפירוט נכסים שערך בן־הזוג התובע או מתצהיר שהוגש למטרה כלשהי<sup>159</sup>.

מהתנהגותם של בני־הזוג ניתן גם להסיק ויתור על זכות השיתוף מצד בן־הזוג התובע, אפילו נתמלאו התנאים המקימים בדרך כלל את חזקת השיתוף<sup>160</sup>. הימנעותו של בן־הזוג מתביעת זכות המבוססת על שיתוף בנכסים בחיי בן־הזוג ולאחר פטירתו

155. הלכת פנונו, לעיל הערה 34, בע' 187; הלכת סבירסקי, לעיל הערה 61; הלכת דוד, לעיל הערה 79, בע' 464; הלכת אזוגי, לעיל הערה 34, בע' 24.

156. הלכת דוד, שם.

157. יש לזכור כי הפסיקה הגבילה, כפי שראינו לעיל, את סוג היחסים בין בני־הזוג שיש בכוחו לפגוע בחזקת השיתוף. משום כך מערכת יחסים הפכפכה כזו חייבת להגיע לדרגת התגבשות של תחולת החזקה. מצד אחד, ושל סתירתה או סיומה מצד שני.

158. ראה בר"ע 136/80 אילת נ' אילת, תקציר טו 348.

159. שם. כולל גם הצהרה למס עזבון אשר על־פיה היו הנכסים בבעלותו הנפרדת של בן־הזוג המנוח, למרות שבן־הזוג הנותר ידע על הלכת השיתוף. מענין לציין כי במקרה בו נמסרה הצהרה למס עזבון על משטר של הפרדה בנכסי בני־הזוג ולאחר מכן ניתנה הצהרה סותרת על קיום שיתוף בנכסים לא ראה בית המשפט העליון הודאה מיניה וביה על היעדר שיתוף נכסים. הוא רק קבע כי מצב ענינים כזה שולל את נקיון כפיו של המבקש ובית המשפט יסרב לתת סעד הצהרתי לו עתה.

ראה ע"א 234/79 עמישי נ' עמישי, פ"ד לד (2) 332, 334.

160. הלכת כבשני, לעיל הערה 108, בע' 259.

ורישום הנכסים בתוקף צו ירושה שלא בהתאם למתחייב מהכרה בזכות כזו נחשבו בהלכת כבשני<sup>161</sup> כוויתור. אולם מעיון בפסק הדין לא השכלנו לדעת אם עובדות אלה משמשות הוכחה לסתירת חזקת השיתוף, או אם הן מעידות על ויתור שנעשה עוד במהלך הנישואין, או שמא הן מהוות ויתור על הזכות לאחר פטירתו של בן-הזוג. אם החלופה השלישית היא המשתמעת כי אז אין הוויתור יכול לפגוע רטרואקטיבית בזכות השיתוף אשר נקנתה על-ידי בן-הזוג במהלך הנישואין. אם לחלופה השניה התכוון בית המשפט בדבריו קשה להבין כיצד ההתנהגות המתוארת לעיל מהווה ראייה על ויתור אשר נעשה עוד במהלך הנישואין. לכל היותר היא יכולה ללמד כי בן-הזוג לא היה ער לזכויות שהוקנו לו מכוח הדין או כי ויתר על זכויותיו לאחר מות בן-הזוג. אם, לעומת זאת, החלופה הראשונה היא הפרשנות הנכונה של פסק הדין, לא לשון ויתור צריך היה לנקוט. ויתור מניח קיומה של זכות ואילו סתירת חזקת השיתוף אינה מניחה לה לזכות לראות אור עולם. מכל מקום לא נראה לי כי העובדות אשר הועלו בהלכת כבשני מעידות על סתירת החזקה או כי הן יכולות לשמש בדרך כלשהי הודאת בעל דין על היעדר זכות<sup>162</sup>.

#### ד. בחינת הבסיס העיוני להלכת שיתוף הנכסים וכלליה השונים

##### מבוא: הנחות מוקדמות

לאחר סקירת עיקריה של הלכת השיתוף בנכסים, התנאים לתחולתה והיקפה, מגיע תורו של הנסיון לאיתור יסודותיה העיוניים של הלכת זו ומקורותיה המשפטיים. למרות הפסיקה המרובה ושפע המאמרים בסוגיה זו לא נדון עדיין באורח שיטתי הבסיס המשפטי המעמיד את הלכת השיתוף וכלליה השונים. הפסיקה ממשיכה ללכת בדרכים, אשר בחלקן כבר נסללו על-ידיה ובחלקן נפרצות מידי פעם בפעם כאשר חסרים התמרורים להנחותה בדרך<sup>163</sup>. החשיבות של העמדת הבסיס המשפטי היא משולשת: היא תסייע בבחינת טיבה של הלכת שיתוף הנכסים בין בני-זוג. היא תהווה נקודת אחיזה כלשהי לצורך צפיה מראש של התפתחות ההלכה, השלכותיה ובחינת עתידה במשפט

161. ש.ס.

162. בענין כבשני ניתן להצדיק את התוצאה גם אם נאמץ לעצמנו את החלופה השלישית המוצעת לפרשנות פסק הדין. במקרה זה די. כנראה, בויתור שנעשה לאחר פטירת המנוח כדי למנוע מן האלמנה את הסעד שעתרה לו כלפי שלטונות מס שבת. הוויתור אשר נעשה לפני מכירת הנכס לא אפשר עוד לראותה כבעלת זכויות בנכס מכוח הלכת השיתוף ביום המכירה. אם, לעומת זאת, בנסיבות דומות, יהיה מנהל מס עזבון בעל הדין הישיר, וטענת בן-הזוג הנוותר תהיה מופנית כלפי חיוב מס עזבון על החלק הנטען להיות רכוש הנובע מהלכת השיתוף, תספיק לבן-הזוג החלופה השלישית כדי לזכות. ויתור לאחר הפטירה איננו פוגע רטרואקטיבית בזכות אשר הוקנתה לבן-הזוג במהלך הנישואין. דברים אלה אמורים בהנחה שלא ניתן להסיק מן הדין וחשבון שהוגש למס עזבון או ממסמכים אחרים הודאה על משטר של הפרדה, חלקית או מלאה, בנכסי בני-הזוג (ראה לעיל הערה 159 והטקסט הסמוך לה).

זאת ועוד, את תוצאות הלכת כבשני ניתן גם לתלות בסיווג המשפטי של הזכות הנובעת מהלכת השיתוף (זכות מסוג מיוחד ולא זכות שביושר).

163. על היעדר בסיס משפטי והקושי להתחקות אחר המקור המשפטי ראה אצל א' ידין, הפרקליט כה, לעיל הערה 56, בע' 447-448.

הישראלי והיא תעזור בקביעת אפשרויות החלטה בסיטואציות שונות, כאלה שחלה עליהן הלכה זו וכאלה שחל עליהן חוק יחסי ממון בין בני-זוג, תשל"ג-1973.

הנחתנו בדיון זה היא כפולה:

(א) הלכה זו אינה מבוססת רק על מקורות משפטיים קיימים אלא היא פרי יצירה חדשה של בית המשפט העליון, המרחיקה לכת מכל שנקבע לפניו, תוך הכלאה של דיני המשפחה בדינים הקיימים ויצירת דינים חדשים.

(ב) להלכה זו אין מקור משפטי אחד. היא שואבת את כלליה ממקורות משפטיים רבים ומגוונים ותכניה יונקים מתחומים משפטיים שונים. לגבי ענינים מסויימים כאלה או אחרים היא מתבססת על הלכות אחרות ושונות זו מזו.

תוך כדי דיון וניתוח המקורות האפשריים השונים ובדיקתם נדון גם בתכניה של ההלכה ובכלליה.

#### א. דיני החוזים

כפי שכבר ראינו במסגרת הדיון הקודם הולכת ומתגבשת אצל הרוב הגדול של שופטי בית המשפט העליון העמדה כי הבסיס המשפטי של הלכת השיתוף הוא ההסכם מכללא<sup>164</sup>. אצל חלק מהם, הסבור כי יצירת הלכת השיתוף איננה אפשרית הואיל ואין היא מתיישבת עם הדין הדתי<sup>165</sup>, מהווה ההסכם מכללא מוצא משפטי מחויב המציאות. אצל חלק אחר, הדוגל בעמדה לפיה יחסים רכשיים בין בני-זוג נדונים על-פי הדין החילוני<sup>166</sup>, מהווה בסיס משפטי זה קולר נוח לתלות עליו את ההלכה. במהלך הדיון הקודם נוכחנו לדעת כי גלימת דיני החוזים צרה מלהסתיר את דיני המשפחה המבצבצים מן ההלכה. במסגרת דיון זה נשלים את עמדתנו בשני מישורים: (א) נצביע על חוסר העקביות בפיתוח כללים שונים של ההלכה. דהיינו: בעוד היד האחת מחזקת בבסיס משפטי זה אוזנות האחרת בכללים מסויימים שאינם מתישבים עמו. (ב) נבדוק אם דיני החוזים עצמם מסוגלים להכיל גם את הלכת השיתוף.

אם נבחן את דיני החוזים בסוגית ההסכם מכללא ניווכח לדעת שלא ניתן להצדיק את עמדתה של הפסיקה הישראלית. המסקנות אותן ניתן להסיק מאורח חיי הנישואין שבין בני-זוג, מבחינת כוונתם המשותפת, הן רבות ושונות. לכל היותר נראה לנו שניתן להסיק רשות לשימוש משותף במהלך חיי הנישואין. מסקנה בדבר שיתוף קנייני או אובליגטורי כולל היא בבחינת קפיצת דרך.

ההצעה, המהווה את המסד להתקשרות החוזית, חייבת להיות כה מוגדרת בתנאיה עד שההבטחה וביצועה יהיו ודאיים באופן סביר וניתן יהיה להסיק מפגש רצונות ברור וחד משמעי<sup>167</sup>. עוד לפני כריתת החוזה צריך שההצעה תאפשר לניצע מה שקרוי a "clean" acceptance<sup>168</sup>. על הצעה לקראת כריתת חוזה להיות "מסויימת", מוגדרת

164. ראה לעיל הערה 62.

165. ראה לעיל הערות 44 ו-45.

166. על עמדה זו ראה בשער זה, חלק ראשון, פרק שני, סעיף (ג)(אא)(1) הערות שוליים 50-52 והטקסט הסמוך להן.

167. *Restatement, Contracts (1932) § 32.*

168. ז' צלטנר, דיני חוזים של מדינת ישראל (תל-אביב, 1974) 57.

ומלאה כדי שניתן יהיה להסיק בבירור על מהותה ותחומיה<sup>169</sup>. נכון שניתן להסיק את כוונת הצדדים גם מהתנהגותם תוך כדי המעשה ולאחר המעשה<sup>170</sup>. ברם כדי שניתן יהיה להסיק כוונה מכללל כזו יש צורך שתהיה זו מסקנה הכרחית מן ההתנהגות של הצדדים<sup>171</sup> מתוך מטרה מוגדרת וחד משמעית ליצירת חוזה. כאשר, כמו במקרים שלפנינו, ההתנהגות היא פעולה שבני אדם מבצעים אותה, בדרך כלל, עם כוונות שונות ובלתי מוגדרות, קשה אם לא בלתי אפשרי לראות בה הצעה מוגדרת ולהחליט על קיומו של הסכם מכללל<sup>172</sup>.

במקרה נשוא דיוננו ההתנהגות היא כללית, נעוצה בדיני משפחה, שלהם השלכות שונות ואחרות על בני-הזוג, אינה חד משמעית ואינה ספציפית והיא עשויה להתפרש לכיוונים שונים. ממסגרת היחסים שבין בני-הזוג ומאורח חייהם לא ניתן, איפוא, להסיק באופן חד משמעי כוונת שותפות בנכסים; זוהי מסגרת של דיני המשפחה המעוגנת במסגרת הדינים המיוחדים להם.

למסקנה דומה ניתן להגיע גם בדרך אחרת. חוזה אינו חייב אמנם לכלול את כל תנאי ההתקשרות על מנת שישתכלל ובית המשפט רשאי להשלים בו פרטים<sup>173</sup>. אולם בשום מקרה לא יערוך בית המשפט את החוזה במקום הצדדים<sup>174</sup>. "בהיעדר הסכם על התנאים המהותיים של העסקה לא נוצר קשר משפטי מחייב, שכן ההסכם אליו הגיעו הצדדים נעדר אותה מידה של ודאות מינימלית הדרושה לקיומו של הסכם בר-בצוע"<sup>175</sup>.

ההסדר הנוגע לשיתוף נכסים בין בני-זוג איננו קבוע מראש; תנאיו של ההסדר לא נקבעו על-ידי הצדדים ובחלקם הגדול גם לא על-ידי בית המשפט. ההסדר הוא כה מעורפל ובלתי ברור עד שקשה לראות כיצד ניתן להסיק במקרה כזה קיומו של הסכם מכללל כלשהו וכיצד ניתן להסיק מפגש רצונות בכל הקשור לשיתוף נכסים או לשיתוף אובליגטורי בין בני-זוג. בלעדי הוראת חוק המסדירה את תכנון של ההסדר ואת

169. סעיף 2 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973; ע"א 440/75 זנדבק נ' דנציגר, פ"ד ל (2) 260. 269.

170. ע"א 209/47 בנק פולסקה נ' ולירו, פ"ד ב 93, 102; ע"א 694/69 מגירו נ' "דיוור חן" חברה קבלנית לבנין בע"מ, פ"ד כד (2) 6, 9.

171. Halsbury's Laws of England, Vol. 9 (4th ed., Lord Hailsham, 1974) 86 s 212.

172. Corbin, On Contracts, Vol. 1 (St. Paul Minn., 1963) s 18.

173. סעיף 26 לחוק החוזים; ראה גם ז' צלטנר, לעיל הערה 168, בע' 57.

174. ע"א 694/69, לעיל הערה 170, בע' 9, הדן על סוגיה זו לפני תחולת חוק החוזים (חלק כללי). ראה גם ע"א 153/74 אברהם נ' חבוזה, פ"ד כט (1) 737, 741 ואילך.

175. ע"א 158/77 רבינאי נ' מן שקד בע"מ (בפירוק), פ"ד לג (2) 281, 288. כן ראה ע"א 651/72

פסטרוק נ' חברת יוסף לוי פתח תקוה בע"מ, פ"ד כח (1) 617. בהקשר אחר — הבטחת נישואין בין ערבי נוצרי ליהודיה — קבע בית המשפט ברוב דעות (ע"א 545/77 פלוני נ' פלוניות, פ"ד לב (2) 393) כי דרך ביצוע הסכם (באותו מקרה הסכם על שינוי מעמדם האישי של הצדדים) הוא מרכיב חיוני של עצם ההסכם אשר בלעדיו אין "גמירת דעת" כמובנה בסעיף 2 לחוק החוזים (חלק כללי). נראה לי שגם בהקשר נשוא דיוננו הדרך בה יבוצע ההסדר הוא מרכיב חיוני של עצם ההסכם שבלעדיו אין גמירת דעת.



הוראותיו השונות צריך רצון בני־הזוג לבוא לידי גיבוש משפטי גלוי על מנת שיוכל להשתכלל חוזה.

ניתן אמנם לפרש חוזה "לפי אומד דעתם של הצדדים, כפי שהיא משתמעת מתוך החוזה, וכמידה שאינה משתמעת ממנו — מתוך הנסיבות"<sup>176</sup>, אך גם כאן, כמו לצורך השלמת פרטים בחוזה, הדבר כפוף לכך שכבר השתכלל חוזה, היינו: לאחר שההצעה היתה מסוימת מספיק על מנת שקבלתה תשכלל חוזה.

נראה לנו, איפוא, כי מכל הבחינות אשר נבדקו על־ידינו לא נתקיימו הכללים והתנאים המאפשרים כריתת הסכם מכללא בין בני־הזוג כתוצאה מהתנהגותם בחיי המשפחה ומאורח חייהם המשותפים בלבד. כוונת הצדדים, גם אם היא מוסקת מהתנהגות, חייבת למצוא ביטוי בהצהרת רצון גלויה וחד משמעית על מנת שניתן יהיה להסיק חוזה מכללא המבוסס על אותה כוונה משותפת היוצרת גמירת דעת ומפגש רצונות בין בני־הזוג. וכך, למרות שלכאורה עוסק בית המשפט בשקילת העובדות בכל מקרה באורח אינדיבידואלי הריהו עושה כן על רקע המבחן שחידש השופט ברנוון ובהתאם לו, תוך הסתמכות על חזקה אפרירורית וסטייה משיקול חופשי של העובדות על־פי דיני החוזים<sup>177</sup>.

פיתוחן של מספר הלכות במסגרת הדין הכללי של שיתוף נכסים חותר גם הוא תחת הבסיס המשפטי של הסכם מכללא או, למצער, אינו מתישב עמו. נעמוד בקצרה על מספר הלכות כאלה: (א) העברת הדגש מאורח החיים ההרמוני בין בני־הזוג למאמץ המשותף<sup>178</sup>. ייחוס הכוונה של שיתוף נכסים הושתת על יחסים הרמוניים בין בני־זוג, שבמסגרתם ניתן היה להניח כי אילו נשאלו, אם שותפים הם, היו עונים בחיוב. בסיס

176. סעיף 25(א) לחוק החוזים.

177. משום כך גם לא מקובלת עלי עמדתו של א' פרוקציה (לעיל הערה 56, בע' 269) כאילו הויכוח בין הגישות השונות של שופטי בית המשפט העליון הינו במידת מה ויכוח סמנטי גרידא וכי בסופו של דבר הענין הוא בשיקול כולל של כל הנסיבות כאשר "אין לצאת מתוך חזקת הפרדה או מתוך חזקת שיתוף ולחפש ראיות לסתור, אלא לשקול את הזה שכנגד זה מתוך כל העובדות הרלבנטיות" (שם בע' 270). לדעתי, השאלה הינה של קביעת נקודת מוצא, מחד גיסא, והערכת התוצאות המשפטיות של היעדר יכולת להוכיח את כוונת הצדדים. מאידך גיסא, נקודת המוצא של כל אחת מהגישות השונות היא אחרת וגם הנטל המוטל על כל אחד מבני־הזוג, לפי כל אחת מהגישות השונות, הוא שונה לחלוטין. הברלים אלה עשויים להשפיע במקרים רבים על התוצאה הסופית. זאת ועוד, גם לאחר שיקול כללי של כל הנסיבות עשויה דעת הרוב להחיל מבחנים אחרים מאלה של דעת המיעוט. כאשר על־פי דעת רוב שופטי בית המשפט העליון די בתנאים מוקדמים מסויימים כדי להכריע את הכף, במערכת היחסים שבין בני־הזוג, ואילו דעת המיעוט תובעת ראיות נוספות ואחרות למטרה זו.

הויכוח, לעניות דעתי, איננו סמנטי אלא עקרוני. דעת הרוב צועדת על שבילים חדשים שכבשה לעצמה ומחילה הלכות מיוחדות וספציפיות, הנוגעות למעשה — אם גם לא להלכה — לתחום דיני המשפחה. לעומתה הולכת דעת המיעוט על דרך המלך של דיני החוזים הרגילים תוך נכונות לתת נפקות לנסיבה המיוחדת של היות הצדדים זוג נשוי בכמות הראיות הנדרשות בלבד. התוצאה במקרים מסויימים עשויה להיות זהה, אך במקרים רבים אחרים היא תשתנה על־פי הגישות השונות.

178. ראה לעיל סעיף (ג)(כב).

הסכמי מחייב קיום מערכת יחסים כזו אשר במסגרתה ניתן להניח מציאותה של הסכמה. רק מציאות כזו משמשת רקע הולם לייחוט כוונה של שותפות. לא יתכן, לדעתנו, להסיק הסכם מכללא לשותפות נכסים בין בני-זוג שמערכת היחסים האישיים ביניהם אינה תקינה ושארורח חייהם אינו הרמוני. אין במקרה כזה שום נקודות אחיזה אשר תתמוכנה ייחוס כוונה משותפת או איזו גמירת דעת מיוחדת בין בני-זוג. מאמץ משותף הוא מבחן אובייקטיבי של חלוקת תפקידים בפועל. אין הוא עומד במישור הסובייקטיבי, דהיינו: במערכת היחסים הפנימיים האישיים של בני-הזוג, המאפשר הסקת הסכם מכללא כאמור. תיתכן אמנם שותפות כלכלית בין בני-זוג, המסוכסכים במישור האישי; אך במקרה כזה יש צורך בהוכחה פוזיטיבית על קיומה. הסכם מכללא, המבוסס על ייחוס כוונות, לא יצליח למטרה כזו. בנסיבות האמורות, אין ייחוס כזה יכול לשמש כסות הולמת לבסיס העיוני של הסכם מכללא. דיני היושר, בניגוד להסכם-מכללא, אינם מחייבים במקרים כאלה הסכמה בין הצדדים. די בהוכחת מצב ענינים מסויים כדי להקנות זכות על-פיהם<sup>179</sup>. במידה שניתן, איפוא, לבסס בנסיבות כאלה את חזקת השיתוף על בסיס עיוני של דיני היושר, מצביע כיוון ההתפתחות של הפסיקה — דהיינו העברת הדגש אל המאמץ המשותף — לעבר בסיס כזה; זאת, בעוד הדגשת אורח חיים הרמוני תומכת יותר בבסיס עיוני של הסכם מכללא. (ב) החלת חזקת השיתוף על כלל האוכלוסייה בישראל, כולל גם על בני-זוג מוסלמים<sup>180</sup>. (ג) הרחבת הלכת השיתוף גם לנכסים שנרכשו על-ידי בני-זוג במועד תחולתו של דין זר עליהם<sup>181</sup>. כל אחת משתי ההלכות האחרונות אינה יכולה לסמוך עצמה בפועל על הסכם מכללא אלא על חזקה מן הדין.

אנו עומדים נוכח תופעה משפטית מיוחדת ומוזרה. דווקא בשעה שגובשה הסכמה רחבה בקרב שופטי בית המשפט העליון על בסיסה העיוני של הלכת השיתוף, מתפתחת במקביל ובעת ובעונה אחת אותה הלכה עצמה בפסיקתו של בית משפט זה בכיוון השומט את הקרקע מתחת רגליו של אותו בסיס עיוני.

## בב. דיני השליחות

### 1. לשם יצירת הלכת השיתוף

ביסוס הלכת השיתוף על דיני השליחות, דהיינו: הסתמכות על דינים אלה לצורך יצירת ההלכה, אינו מקובל בפסיקה. נסיון כזה הועלה, לכאורה, על-ידי הפרופ' י' ויסמן באחד ממאמריו<sup>182</sup>. על-פי גישתו, כאשר נרכש נכס ונרשם על שם בן-הזוג הרוכש בלבד, בנסיבות בהן ניתן להחיל את הדוקטרינה של שיתוף בנכסים, ניתן לראות בן-זוג זה כאילו הוא שלוח של בן-הזוג האחר, בהתאם לחוק השליחות, תשכ"ה-1965<sup>183</sup>.

179. דיני היושר מאפשרים רכישת זכויות קניניות, במקרים מסויימים, גם בהיעדר הסכמה של הצד האחר, וגם כאשר לא ניתן להסיק כוונה משותפת במסגרת דיני החוזים, ראה: *Pettitt, supra note 3*; *Gissing, supra note 12*; *Cowcher, supra note 16*; *S. Cretney, supra note 16*, at 574.

180. ראה לעיל סעיף (ג)(ד)(1).

181. ראה לעיל סעיף (ג)(ג)(3).

182. *supra note 56* ראה גם א' פרוקצ'יה, לעיל הערה 56, בע' 271.

183. *ibid* 309.

ברם בחינת גישה זו מלמדת כי אין כוונתו של פרופ' ויסמן שהשליחות משמשת מקור משפטי ליצירת ההלכה, אלא היא רק מתבססת עליה. רק בנסיבות היווצרותה של הלכת השיתוף ועל רקעה מוצעת חזקת השליחות לשם השגת מטרות מסויימות, כגון: המשך החלת הלכת השיתוף לאור חוק המקרקעין, תשכ"ט-1969.

כבר ראינו במקום אחר<sup>184</sup> כי חוק השליחות איננו יכול להוות מקור משפטי ליצירת יחסי שליחות כלליים בין בני־זוג מעצם חייהם המשותפים. השליחות נוצרת ברצון השולח וכידיעתו, גם בדרך של התנהגות. כל ההסתייגויות שהבענו לגבי יצירת הסכם מכללא בין בני־זוג יפים עשרת מונים בהקשר זה של קביעת יחסי שליחות ביניהם. בעקרון, זהה הדרך של הסקת מסקנות לגבי הסכם מכללא בין בני־זוג לזו של הסקת יחסי שליחות ביניהם. יתר על כן, ניתן לומר כי הסקה כזו, במסגרת מערכת היחסים שבין בני־זוג, רחוקה יותר מאשר כוונה מכללא לשותפות ביניהם.

## 2. השפעת הלכת השיתוף על צדדים שלישיים

שימוש אחר ביחסי שליחות נעשה על־ידי השופט ברנזון לצורך ביסוס ההלכה בדבר השפעת חזקת השיתוף על צדדים שלישיים. ההלכה שנקבעה בהקשר זה גורסת כי לבני־הזוג המחזיק בנכסים או שעל שמו הם רשומים הכוח להקנות זכויות לצד שלישי בלי שבני־הזוג האחר, הזכאי לפי הלכת השיתוף, יוכל לבטל את העסקה, גם אם לא הסכים לה, למעט מקרים של קנוניה בין בני־הזוג המקנה לצד השלישי<sup>185</sup>.

השופט ברנזון סומך לשם כך על חוק השליחות, באשר לפי גישתו "כאשר בני־זוג חיים בשלום והאשה מסכימה שנכס משותף יהיה רשום על שם הבעל הרי שהיא מציגה אותו כשלוחה במובן סעיף 3(א) לחוק השליחות"<sup>186</sup>. ההסתמכות על חזקת שליחות נעשית בהתאם לכך כל עוד לא ידוע לצד השלישי על היעדר הסכמה לעסקה וכל עוד אין לו כל יסוד להאמין שבני־הזוג האחר אינו מסכים לה. זוהי יצירת חזקה נוספת המשלימה את חזקת השיתוף ולמעשה מקצצת בכנפיה מטעמים של מדיניות משפטית כדי למנוע פגיעה בצדדים שלישיים וכדי לאפשר חיי מסחר תקינים. הסתייגותנו מן השימוש בחזקת שליחות במקרים כגון דא כבר נדונה בפרק אחר ולא נחזור עליה<sup>187</sup>. גם שופטים אחרים של בית המשפט העליון נוקטים גישה שונה ומסתייגים מן השימוש במקור משפטי זה לשם קביעת ההשפעה על עסקאות רצוניות בין אחד מבני־הזוג לצדדים שלישיים<sup>188</sup>. דעות שונות אלה מביאות עמן גם מחלוקת

184. ראה לעיל חלק שני, פרק שני, סעיף (ב)(כב).

185. הלכת בראלי, לעיל הערה 61, בע' 396. הלכת לוי, לעיל הערה 40, בע' 819: הלכת אפטה, לעיל הערה 31, בע' 566 (מפי השופט ברנזון), 572 (מפי השופט י' כהן): הלכת זאבי, לעיל הערה 34, בע' 452, 454 (מפי השופט קיסטר), 455-456 (מפי השופט ברנזון).

186. הלכת אפטה, לעיל הערה 31, בע' 566.

187. ראה לעיל חלק שני, פרק שני, סעיף (ב)(כב).

188. השופט י' כהן בהלכת אפטה, לעיל הערה 31, בע' 572 (השופט לנדוי מסכים עמו שם); הלכת כבשני, לעיל הערה 108, בע' 258: ראה גם את בקורתו של א' לבנה, לעיל הערה 56, בע' 568: "החזקה הכללית של הסכמה לכל מעשה של בני־זוג חותרת תחת עצם המושג הסכמה. גם קשה להפעיל שיטה כזאת: הסכמה שקטה מתבססת על הנחת ידיעה על העסקה טעונת ההסכמה. קשה לפעמים להוכיח ידיעה זו, ויותר קשה לפעמים להוכיח אי־ידיעה. תכופות תיהפך החזקה לפיקציה רחוקה מן האמת".

בשאלת היקף זכותו של בן־זוג אחד לחייב את האחר בעסקה רצונית שנעשתה על־ידו וממילא במידת ההגנה על זכויות הצד השלישי, הרוכש. גישתו של השופט ברנזון, הנסמכת על חזקת השליחות, אינה מרחיקה לכת בצמצום חזקת השיתוף. לדידו, כאשר נוצר קרע ביחסי בני־הזוג בידיעת הצד השלישי הנחת ההסכמה לא תחול<sup>189</sup>. ואולם לפי הגישה האחרת, הדוחה את השימוש בחזקת השליחות, רשאי צד שלישי לסמוך על החזקה לפיה כל אדם הוא בעל הנכסים הרשומים בשמו או המוחזקים על־ידו גם כאשר ידוע לו על הקרע בין בני־הזוג. אין לפגוע בזכויות צד שלישי על סמך זכות המוקנית לבן־הזוג מכוח הלכת השיתוף בנכסים, אלא — וכאן יש זהות בין שתי הגישות — כאשר הוכחה קנוניה בין בן־הזוג המקנה לבין הצד השלישי<sup>190</sup>. גישה זו, בה מצדד רוב השופטים, מצמצמת, איפוא, עוד יותר את תחומי הלכת השיתוף.

גישה אחרונה זו ודאי שאיננה יכולה לסמוך על דיני השליחות, שהרי אפילו לדעת השופט ברנזון אין הנחת ההסכמה יכולה לעמוד כאשר נוצר קרע בין בני־הזוג — שאז חזקת השיתוף אינה חלה עוד — והצד השלישי יודע על כך. לגישה זו אין, איפוא, שום מקור משפטי לסמוך עליו. כללי הדין קובעים, כי כאשר זכותו של אדם בנכס מסויים היא זכות קנינית ויכול צד שלישי לרכוש בו זכויות קניניות, ללא הסכמת בעל הזכות, רק בתנאים הבאים: אם רכש נכס מיטלטלין בתנאי תקנת השוק<sup>191</sup>; או, במקרה שהזכות האחרת, הבלתי רשומה, היא זכות שביושר, בתנאי שרכש את הזכות החוקית בתמורה ובתום לב, דהיינו: ללא ידיעה ממשית על זכות אחרת כלשהי או בלי שהיה עליו לדעת על זכות כזו<sup>192</sup>. לאחר חוק המקרקעין, תשכ"ט-1969, נדרשים מצד שלישי תמורה ותום־לב בהסתמך על הרישום כדי לרכוש זכויות טובות יותר מאלה של המעביר במקרקעין מוסדרים<sup>193</sup>. החזקות, לפיהן המחזיק או האדם שעל שמו רשום הנכס הוא הבעלים, הינן פרוצדורליות בלבד וניתנות לסתירה<sup>194</sup>. מכוח הלכת השיתוף בנכסים יש להניח בני־זוג בחזקתם שהם בעלים משותפים בנכסים. צד שלישי הרוכש מבן־זוג אחד ללא הסכמת האחר אינו יכול להיחשב כתם לב<sup>195</sup>. זו מסקנה הגיונית מוכרחת מהלכת השיתוף בנכסים. על אחת כמה וכמה נשלל מן הצד השלישי תום הלב כאשר הוא יודע על קיום קרע בין בני־הזוג. ידיעה כזו חייבת לעורר את חשדו של הצד השלישי. ניתן

189. הלכת אפטה, לעיל הערה 31, בע' 566. ברם עמדה זו באה כבר לידי ביטוי בהלכת בראלי, לעיל הערה 61, בע' 396. לפיה עשויה הנחת ההסכמה להיסתר אם יש סיבה לחשוב אחרת.

190. הלכת אפטה, לעיל הערה 31, בע' 572.

191. ראה סעיף 34 לחוק המכר, תשכ"ח-1968, וכן ראה ד' פרידמן "הערות בדבר זכויות הבעלים המקורי כלפי צד שלישי לאור החקיקה הישראלית החדשה" עיוני משפט ד (תשל"ה) 245, 248.

192. ראה ד' פרידמן, לעיל הערה 8, בע' 277, 291; א' ברק "עצמאותה של הקודיפיקציה האזרחית החדשה: סיכונים וסיכויים" משפטים ז (תשל"ו) 15, 23; ע"א 73/53 זילברשטיין נ' פלק, פ"ד ט 57, 70; ע"א 382, 392/65 סיגלוב נ' קואופרטיב עציון, פ"ד כ (1) 442, 445; ע"א 136/50 עובכן המנוח זיברט נ' בית ונחלה בע"מ, פ"ד ח 958, 963; ראה גם, J. Weisman, *supra* note 56, at 307.

193. סעיף 10 לחוק המקרקעין.

194. על ההנחה ראה בר"ע 150/69, לעיל הערה 122; כן ראה, J. Weisman, *supra* note 56, at 305-307.

195. J. Weisman, *ibid.*, at 307-308.

לומר כי במקרה כזה יש יסוד להניח כי אין הסכמה בין בני-הזוג והצד השלישי, לפחות, עוצם עיניים במתכוון מלראות את האמת. במקרה כזה חובה עליו לערוך בדיקה מתאימה ולוודא את המצב האמיתי.<sup>196</sup>

ניתן, לכאורה, לחשוב על האפשרות לסמוך את הדין בדבר הקניית הזכות המשותפת לצד שלישי בלי הסכמת אחד מבני-הזוג על סמכות נחזית מכוח פקודת השותפויות. על-פי כלל זה כל שותף הוא שלוח של השותפות ושל כל שאר שותפיו לכל ענין של עסקי השותפות. כאשר הוא עושה בדרך הרגילה עסק מן הסוג שעושה השותפות יחייב את השותפות ואת שותפיו.<sup>197</sup> אך הסתמכות כזו תועיל בכל מקרה רק לגישתו של השופט ברנזון, שכן לפי הגישה האחרת ירכוש הצד השלישי זכויות קניניות טובות גם אם ידע על פירווק השותפות דה-פקטו עקב קרע ביחסים בין בני-הזוג. קביעה כזו אינה מתישבת עם הוראות פקודת השותפויות. יתרה מזו, עוד נראה בהמשך אם ניתן בכלל לסמוך על דיני השותפות בכל הנוגע לשיתוף הנכסים בין בני-זוג.

ניתן היה להסיק, איפוא, מגישה זו שזכותו של בן-זוג שאינו רשום ואינו מחזיק מכוח הלכת השיתוף ועל-פיה אינה זכות קנינית אלא זכות אובליגטורית בלבד שאינה מוגנת in rem.<sup>198</sup> ברם הנחה כזו אינה מתישבת עם גישתו של בית המשפט העליון לגבי השיתוף הקניני בנכסים.<sup>199</sup> המסקנה האחרת אליה ניתן להגיע היא כי בית המשפט העליון יצר חריג להלכה שאין אדם זכאי ורשאי להעביר יותר זכויות מאשר יש לו.<sup>200</sup> הדבר נעשה על-ידי הצרה קיצונית ובלתי מודעת של המונח "תום לב", תוך צמצום היקף "הידיעה" של הצד השלישי העושה אותו לבלתי מוגן.<sup>201</sup> והעמדתם על בסיס צר של קנוניה בין בן-הזוג לצד השלישי, ידיעה בדבר השיתוף בין בני-הזוג מכוח הלכת

196. ע"א 170/66 פיאד נ' האפורטופוס לנכסי נפקדים, פ"ד כ (4) 433, 437; ד"נ 15/70 קוד בע"מ נ' תל חנן, חברה לאחסנה ומסחר בע"מ, פ"ד כו (1) 36, 39; וכן ראה ד' ש' הופר "תום לב בחוזים ואשם ביצירת החוזה" משפטים ו (תשל"ו) 397, 402.

197. סעיף 14 לפקודת השותפויות (נוסח חדש), תשל"ה-1975.

198. זוהי מסקנתו של א' רייכמן, לעיל הערה 56, בע' 318.

199. עם זאת נשמעים לאחרונה גם קולות אחרים, כפי שנראה בהמשך. מן הראוי לציין כי נושא זה — של השפעת הלכת השיתוף על צדדים שלישיים — הביא את השופט י' כהן (בענין כבשני, לעיל הערה 108) להעמיד את גישתו בתחום זה, כפי שבאה לידי ביטוי בהלכת אפטה, לעיל הערה 31, על בסיס היעדר סיווג קניני אפריורי של הזכות הנוצרת על-ידי הלכת השיתוף. הוא קובע כי זוהי זכות מיוחדת הנוצרת על-ידי הפסיקה ובאותה פסיקה נקבעו גם מגבלותיה, ובמיוחד ההגבלות במקרה של התנגשות עם זכויות צד שלישי.

200. על מסקנה אפשרית כזו ראה: J. Weisman, *supra* note 56, at 305-306, 308; ראה גם י' ויסמן, לעיל הערה 95, בע' 5. כרם לדעת השופט מ. בן-פורת בע"א 562, 605/79, שצקי נ' סידר, פ"ד לה (4) 402. לגבי דירת מגורים לא תעמוד לצד שלישי חזקת הרישום לבדה כנגד תביעת בן-הזוג על-פי חזקת השיתוף. לדעתה, (הענין התעורר אגב-אורחא ושאר שני שופטי ההרכב, הנשיא מ. לנדוי והשופט מ. בייסקי, השאירו את השאלה בצריך עיון) כאשר נשוא העסקה הוא דירת המגורים על הצד השלישי לחקור ולדרוש אם הרישום משקף נכונה את זהות הבעלים או שבן-הזוג האחר נתן את הסכמתו לעסקה. אם לא יעשה כן לא נייחס לו הסתמכות בתום לב על הרישום, כאשר חזקה על אדם בימינו שידעוה לו האפשרות של שיתוף בין בני-הזוג בדירת המשפחה.

201. על השאלה בדבר היקף הידיעה של הצד השלישי השוללת ממנו את הזכויות בנכסים ראה גם א'

השיתוף, ידיעה על הקרע ביניהם וייתכן אפילו כי ידיעה בפועל על חריגה מסמכות<sup>202</sup> אין בהם כדי לפגוע בזכות הנרכשת על-ידי הצד השלישי. המונח קנוניה נתון לפרשנות צרה יחסית<sup>203</sup>.

גישת הרוב שיש בה משום צמצום ההגנה על זכותם של בני-הזוג מעדיפה את האינטרסים של צדדים שלישיים. זהו שיקול רצוי, שכן עמדה אחרת, המחייבת את המתקשר לבדוק את מצבו המשפטי של המקנה ואת טיב יחסיו המטרימוניאליים, היתה מקשה על עריכת עסקאות<sup>204</sup>. אולם רק המחוקק לבדו רשאי להכריע בשאלות כאלה, במיוחד כאשר ישנה כאן סטייה מן הדינים הרגילים.

לבנה, לעיל הערה 56, בע' 584 וכן אצל א' פרוקצ'יה, לעיל הערה 56, בע' 277-278. 202. לדעת א' דין, הפרקליט כו, לעיל הערה 56, בע' 475 (המאמר נכתב עוד לפני הלכת אפטה, לעיל הערה 31) הביטוי תום לב מכוון לא לאידיעתו של הצד השלישי על קיומו של בן-הזוג השני ועל זכויותיו אלא לאידיעתו על היעדר הסכמתו של זה לעסקה.

גם לדעת א' פרוקצ'יה, לעיל הערה 56, בע' 277, ידיעה ברורה של הצד השלישי שבן-הזוג המקנה פועל תוך חריגה מסמכותו שוללת ממנו את תום הלב וממילא את כוחו של אותו בן-הזוג להקנות הקניה אפקטיבית. זאת, לדעת, גם על-פי הגישה האחרת, גישתם של השופטים י' כהן ולנדוי. אולם לאור הלכת אפטה ספק אם אכן מסקנה כזאת משתמעת מניתוח הגישה האמורה. קרע ביחסים בידיעת הצד השלישי במקביל לידיעתו את הלכת השיתוף מצביעה בבירור על חריגה מסמכות כזו. אף-על-פי-כן נקבע כי גם במקרה כזה עדיפה זכותו של הצד השלישי על פני זכותו של בן-הזוג האחר. האם יש בידיעתו המפורשת של הצד השלישי על אי-הסכמת בן-הזוג האחר לעסקה כדי להוסיף משהו על ידיעתו האמורה? טעם ההלכה, שנקבעה על-ידי בעלי גישה זו, נעוץ בכך ש"אין לפגוע בזכויות צד שלישי על סמך זכות בן-הזוג לפי הלכת השיתוף בנכסים" (הלכת אפטה, בע' 572). טעם זה איננו משתנה בין אם מקור ידיעתו של הצד השלישי נעוץ בידיעת המצב האמיתי של היחסים בין הצדדים ממנו ניתן להסיק את המסקנה המציאותית המתבקשת או בידיעה מפורשת, השיקולים המנחים את בית המשפט ביצירת ההלכה היו טעמים שבמדיניות ואין הם מבוססים על מקור משפטי כלשהו. שניתן להסיק ממנו מסקנות על היקפה של ההלכה ותחומיה. אולם גם גישה זו אין בה, כמובן, כדי לשנות את המסקנה כי הצד השלישי לא ירכוש זכות טובה כשמטרתו היא להכשיל את זכות בן-הזוג האחר וביתר שאת במקרה של פעולה מתואמת למטרה זו (קנוניה) עם בן-הזוג המקנה.

203. על הבסיס המשפטי לחריג זה ראה אצל א' רייכמן, לעיל הערה 56, בע' 318-319. מן הראוי להדגיש כי תום הלב יישלל מן הצד השלישי לא רק כאשר המכירה היא פיקטיבית — במקרה כזה הקנוניה ברורה — אלא גם כאשר הוא ידע על כוונת בן-הזוג לפגוע בזכויות בן-הזוג האחר ולשללן ממנו והיה שותף לכוונה זו, אפילו היה בכוונתו לרכוש את הנכס לעצמו (הלכת זאבי, לעיל הערה 34, בע' 455 (מפי השופט קיסטר)). ברם אין בדברים אלה כדי לשלול את האמור בהערה 202 לעיל; זאת הואיל ובכל מקרה לא עצם החריגה מסמכות של בן-הזוג המקנה היא הקובעת, אלא הפעולה יחד עם הצד השלישי. בכוונה משותפת לשלול את זכויותיו של בן-הזוג האחר, היא המכניסה את הענין לגדר של קנוניה. בהלכת זאבי היה הצד השלישי אחי פילגשו של בן-הזוג המקנה והיתה זו ביסודה קנוניה בין שניהם המכוונת להערים על האשה ולנשלה מזכויותיה (ראה שם בע' 456 (דברי השופט ברנזון)).

204. ראה אצל א' פרוקצ'יה, לעיל הערה 56, בע' 276. פרוקצ'יה מצדיק מדיניות זו ואינו נותן כל משקל לטכניקה המשפטית הננקטת להכרה בזכויותיו של הצד השלישי מאחר ו"חיי המסחר התקינים לא היו סובלים כל תוצאה אחרת".

צידה השני של מטבע זו היא ההלכה לפיה "ענין של שיתוף נכסים בין בני-זוג אינו יכול לשמש עילה לצד ג שלא לקיים התחייבות שאותו צד ג קיבל על עצמו כלפי אחד מבני-הזוג"<sup>205</sup>. כשם שאין צד שלישי נפגע מהלכת השיתוף אין הוא זכאי לפעול בניגוד לרצונו של המתקשר עמו ולהתנער מחבריות שנטל על עצמו תוך העלאת הטענה של שיתוף נכסים.

לפנינו, איפוא, פיתוח נוסף של הלכת השיתוף בנכסים בשאלת אופן ניהולם על-ידי בני-הזוג. בהקשר זה עשה בית המשפט שימוש בטעמים של מדיניות וצמצם את הלכת השיתוף בכל הנוגע להשפעתה על צדדים שלישיים במקרים של עסקאות רצוניות. זאת מתוך מגמה להגן על צדדים שלישיים, דהיינו: להגן על איכות הרכישה שנעשתה על-ידי הצד השלישי. חזקה משפטית אחת מחייבת חזקות משפטיות נוספות. אלה סוטות מן הדינים הקיימים ומעמידות את הלכת השיתוף בכללותה כמעשה מחוקק של בית המשפט, החורג ממסגרת הדין הקיים<sup>206</sup>, כאשר הבסיס המשפטי איננו מפורט ואיננו ברור.

### גג. דיני המתנה

יש הגורסים כי ניתן להעמיד את הלכת השיתוף על בסיס אקט של מתנה. על-פי גרסה זו הרכישה עצמה אינה נעשית בשם הצדדים עצמם, אלא הנכס מוקנה לרוכש בלבד או למי שעל שמו נרשם הנכס, הכל בהתאם לדיני החוזים והקניין הקיימים. ההקניה לבן-הזוג האחר נעשית באמצעות חזקת מתנה<sup>207</sup>.

דרך זו לוקה בכל החסרונות אותם מנינו לגבי הבסיס המשפטי של דיני החוזים. גם היא מחייבת ליחס לבן-הזוג האחר, לאחר שנכס נרכש והוקנה לו לבדו, כוונה להעניק מתנה לבן-הזוג האחר. אך לא זו בלבד, אלא ניתן למנות בה חסרונות נוספים: א. בעוד העקרון של ייחוס כוונה במסגרת דיני החוזים הרגילים נסמך על כוונת רכישה משותפת מחייבת חזקה זו ייחוס כוונה להעברת זכויות בנכס. קיים קושי רב יותר בייחוס כוונה להקנית מתנה — לגבי נכסים המוקנים כבר לבן-זוג אחד — לפי אורח חיי הנישואין של בני-הזוג, מאשר ליחס להם כוונה לרכישת נכסים במשותף על בסיס עקרון המאמץ המשותף

ב. ייחוס כוונה כזו מחייב אקט של העברה.

ג. קונסטרוקציה זו אינה מתישבת עם העקרון של המאמץ המשותף. היא עשויה לגרור אחריה למסגרת השיתוף גם נכסים שהגיעו לבן-הזוג באמצעות מתנה או ירושה או אפילו נכסים אשר נרכשו על-ידי בני-הזוג לפני הנישואין. זהו, איפוא, בסיס רחב מן הנדרש. באמצעותו עשוי השיתוף להתרחב מעבר לקביעתו של בית המשפט העליון. ד. ספק אם קונסטרוקציה זו מתישבת עם הדינים החלים על מתנה. מתנה היא אקט

205. ע"א 567/70 שרייבר נ' גולדמן, פ"ד כה (2) 665.

206. מן הראוי להטעים כי גישתו של השופט ברנזון מתישבת יותר עם הלכת השיתוף בנכסים כפי שפותחה. השופטים י' כהן ולנדוי מצמצמים הלכה זו על חשבון הגנת זכותם של בני-הזוג והעדפת האינטרסים של צדדים שלישיים, כפי שראינו. הם מרחיקים לכת, איפוא, בפיתוח הלכות חדשות.

207. א' פרוקציה, לעיל הערה 56, בע' 271.

של הקניה<sup>208</sup>, היא מחייבת אקט כזה ונשלמת באמצעותו<sup>209, 210</sup>. ברם על-פי הלכת השיתוף בנכסים אין כל אקט של הקניה. האם נוכל להשלים חסר זה על-ידי יצירת חזקה של הקניה?

ה. דיני המתנה הם בסיס משפטי צר ומצומצם מדי ואין בכוחם להסביר את פיתוחה הרחב של ההלכה. בסיס זה עלול היה לגרום גם בעבר תוצאות בלתי-רצויות, כגון: אפשרות חיובו של המקבל בתשלום מס עזבון<sup>211</sup>.

## דד. דיני הקנין

### כללי

בדיקת דיני הקנין במסגרת הלכת השיתוף בין בני-זוג נעשית בשני מישורים: שימוש בדיני הקנין כמקור משפטי עצמאי ליצירת הלכת השיתוף ושימוש בהם להגדרת הזכות הנוצרת. היינו להסדר התוצאה של הלכה זו במישור דיני הקנין. כאשר מדובר על מקרקעין יהא עלינו גם להבחין, בכל אחד משימושים אלה, בין התקופה שלפני חוק המקרקעין ובין התקופה שלאחריה.

שאלת תחולתם של דיני הקנין על הלכת השיתוף מציבה את בעית סיווגה של הזכות, הנוצרת מכוח הלכה זו, כזכות פרסונלית, אובליגטורית, או כזכות קנינית, הפועלת in rem, כלפי כולי עלמא, וכן את תוכני הדין החלים על ההלכה האמורה.

### 1. דיני היושר כבסיס אפשרי ליצירת הלכת השיתוף

דיני היושר קובעים חזקה של נאמנות כאשר הכספים לרכישת הנכס, במלואם או בחלקם, מקורם במי שאינו נרשם כבעל זכות בעלות. במקרה אשר כזה יראו את הבעל הרשום כנאמן מכוח הדין (resulting trust) לטובת הנהנה, אשר סיפק את הכספים ומימן את הרכישה, כולה או בחלקה, ביחס למירת ההשקעה באותה רכישה<sup>212</sup>. החזקה האמורה ניתנת לסתירה. כללים אלה של היושר אומצו גם בישראל<sup>213</sup>.

208. סעיף 1(א) לחוק המתנה, תשכ"ח-1968.

209. סעיף 2 לחוק המתנה, ראה גם ג' טדסקי "על חוק המתנה, תשכ"ח-1968" משפטים א (תשכ"ט) 639, 640. על הוראות המגלה בדבר מתנה המחייבות גם הן נתינה ונטילה ראה הלכת גלובה, לעיל הערה 149, בע' 576.

210. דרישה זו של הקניה, המתבצעת באמצעות מסירה ונטילה, מעוררת גם קשיים בכל הנוגע להוכחת עסקאות של מתנה בין בני-זוג. בדרך כלל בני-זוג החיים בשלום משתמשים זה בנכסיו של זה. לא ניתן, איפוא, להסיק ממסירת נכסים הקניה העולה כדי מתנה. על אספקט זה, ראה: P.M. Bromley, *Family Law* (5th ed., London, 1976) 450.

211. א' פרוקצ'יה, לעיל הערה 56, בע' 271 ה"ש 24, כיום, עם ביטול מס העזבון לפי חוק מס עזבון (ביטול), התשמ"א-1981, לגבי כל מי שנפטר לאחר ה-31/3/81, אין לקושי זה כל משמעות.

212. Snell, *Principles of Equity* (27th ed., 1973) 175.

213. ראה ע"א 87/50 ליבמן נ' ליפשיץ, פ"ד 1 ו' 57, 98-97; ע"א 136/50, לעיל הערה 192, בע' 963-964; ע"א 362/58 עזבון המנוח הורוביץ נ' החברה להתישבות היהודים בא"י (פיק"א), פ"ד יג 1645, 1648; ע"א 400/67 הווארד נ' מלמד, פ"ד כב (1) 100; ע"א 144/70 פרדס בחסכון בע"מ נ' לופו, פ"ד כד (2) 372, 376; ע"א 496/75 דבורה נ' דבורה, פ"ד לא (2) 583; על זכויות במקרקעין לאחר חוק המקרקעין, תשכ"ט-1969, ראה הדין להלן.



דיני היושר מבוססים על כוונה מיוחדת<sup>214</sup>, בהיעדר הסכם בין הצדדים וכאשר אין בסיס משפטי לקביעת יחס חזוי ביניהם. חוזה ונאמנות מכוח דיני היושר הן שתי קונצפציות משפטיות שונות. הראשונה יוצרת זכות פרסונלית והאחרונה מקנה זכות in rem לנהנה, כלפי נושי הנאמן, כלפי הנאמן בפשיטת רגל וכלפי צדדים שלישיים בכלל<sup>215</sup>.

כאשר מדובר על רכישת זכויות בנכסים הרשומים רק על שמו של אחד מבני־הזוג יכולים היינו לבסס את הלכת השיתוף בנכסים על מקור משפטי זה, כל אימת שלא ניתן לבססה על דיני החוזים. ברם מן הדין לזכור את מגבלותיו של בסיס משפטי זה. הוא נכנס לתחולה רק כל אימת שקיימת תרומה כספית ממשית וסובסטנטיבית. הלכת השיתוף בנכסים בוססה על יסודות אחרים: על אורח החיים בין בני־הזוג, על היעדר קו הפרדה ברור בנכסים בין בני־הזוג ועל "מאמץ משותף", כשמאמץ כזה כולל גם את תרומת בני־הזוג למשק הבית ולרווחת המשפחה<sup>216</sup>. אלה אינם נחשבים לצורך דיני היושר כהשקעה כספית לרכישה. בהלכת בריקף<sup>217</sup> ניסה הנשיא אגרנט לבסס את הלכת השיתוף על דיני היושר כמקור משפטי אלטרנטיבי בתוקף המכסימה equality is equity זו לשונו:

"הטעם החלופי האחר הוא: כאשר לא קיימת הוכחה ברורה בדבר כוונת הצדדים בשאלת הבעלות הנדונה, והעובדות הסובבות את חיי הנישואין הינן כמו אלה שתוארו לעיל, מוצדק להיזקק לעקרון הטמון בדיני היושר, הוא העקרון הדוגל בשוויון (equality) כלומר, שיש לחלק את הנכס בין בני־הזוג בחלקים שווים"<sup>218</sup>. אולם, עם כל הכבוד, לא דק הנשיא פורתא בין החלת דיני היושר כמקור משפטי ליצירת זכויות בנכסים לבין עשיית שימוש במכסימה זו הקובעת רק את אופן חלוקת הנכס במקרה מסויים כאשר קיומה של הזכות מכוח דיני היושר הינו כבר עובדה מוגמרת<sup>219</sup>. השימוש במקור המשפטי של דיני היושר מוגבל, איפוא, רק לרכישת נכס בכספים משותפים או מקרן משותפת. הפסיקה הישראלית הרחיקה לכת גם כאן ועברה את הגבול לקראת יצירת מקור חדש וזכות חדשה. הפסיקה לא נשארה בתחום דיני הקניין ויצרה שותפות בדרך החורגת מן הדרכים המוכרות ליצירת שותפות בנכסים.

214. Snell, *supra* note 212, at 172.

215. Snell, *supra* note 212, at 89-90. על עדיפותה של הזכות שביושר כלפי נושים המטילים עיקול

על הנכס הרשום בשם הנאמן בלבד לפני חוק המקרקעין ראה: ע"א 392/65, לעיל הערה

192; ע"א 528/66 שטרן נ' חברת חלקה 36 בגוש 6127 בע"מ, פ"ד כא (2) 342; ד"נ 30/67

שטרן נ' שטרן, פ"ד כב (2) 36. על הנושא בכללותו ראה: L. Doukhan-Landau, *Equitable*

*Rights to Land* (Jerusalem, 1968).

216. ראה הלכת ברגר, לעיל הערה 39, בע' 246; הלכת בראלי, לעיל הערה 61, בע' 395-396; הלכת

לוי, לעיל הערה 40, בע' 817-816; הלכת זאבי, לעיל הערה 34, בע' 456; הלכת פנונו, לעיל

הערה 34, בע' 186; הלכת סבירסקי, לעיל הערה 61, בע' 236.

217. לעיל הערה 34.

218. שם בע' 599.

219. על היקפה המוגבל של מכסימה זו ראה אצל: Snell, *supra* note 212, at 36, 38 וראה דיון בפרק

על המשפט המקובל האנגלי, לעיל בשער זה, פרק ראשון, סעיף (א).

יתר על כן, אף העקרון הכללי בדיני קניין, שענינו החזקה כי רישומו של נכס משקף לכאורה את הזכויות לגביו, נסוג מיניה וביה מפני חזקת השיתוף<sup>220</sup>, גם במקרים בהם אין דיני היושר מכירים בזכותו הקניינית של בן-הזוג.

מקור משפטי אחר המוצע לביסוס חזקת השיתוף, אשר לא נדון בפסיקה בארץ, הוא הנאמנות הקונסטרוקטיבית. נסיון זה נעשה בדעת המיעוט של נשיא בית המשפט העליון הקנדי ב' לסקין בפסק הדין *Murdoch*<sup>221</sup>, נסיון זה הפך עד מהרה לדין מחייב. תוך מספר מועט של שנים, ובהתקדמות הדרגתית, כבשה עמדה זו מקום בקרב שופטי בית המשפט העליון הקנדי והפכה להיות דעת הרוב<sup>221א</sup>.

הנאמנות הקונסטרוקטיבית, להבדיל מן הנאמנות מכללא (*resulting trust*), אינה נוצרת עקב כוונתם המיוחסת של הצדדים, מכוח ההשקעה הכספית, אלא מוטלת מכוח הדין כדי למנוע התעשרות בלתי צודקת של מי שהופך להיות הנאמן מכוחה של נאמנות זו<sup>222</sup>. הבסיס לנאמנות קונסטרוקטיבית הוא כאמור עשיית עושר ולא במשפט ומטרתה היא היענות לדרישות הצדק והמצפון<sup>223</sup>. היקפה של הטלה זו מן הדין לא ברור וגבולותיה מעורפלים. דוגמא לנאמנות מסוג זה תמצא במקרים בהם מורחבים יחסי נאמנות קיימים על רווחים אותם מפיק הנאמן מרכוש הנאמנות ועל זר הפועל בידועין עם רכוש הנאמנות תוך כדי הפרתה<sup>224</sup>.

אף כי הנאמנות הקונסטרוקטיבית אינה מוגבלת דווקא ליחסי נאמנות קיימים לא הוגדרו הנסיבות האחרות אשר יהיו בסיס ליצירתה<sup>225</sup>. מכל מקום היא לא הוחלה

220. על נסיגתה של חזקת הרישום מפני חזקת השיתוף ניתן למצוא רמז כבר בהלכת ברגר, לעיל הערה 39, בע' 246, אך בצורה מפורשת נקבעה הלכה זו בהלכת בראלי, לעיל הערה 61, בע' 392.

221. *Murdoch v. Murdoch* [1975] 1 S.C.R. 423, 454 et seq.

221א. בפרשת *Rathwell v. Rathwell* 83 D.L.R. (3d) 289 (1978) מצא רוב שופטי בית המשפט העליון

הקנדי כי ניתן להסיק נאמנות מכללא ודחה את רעיון החלת הנאמנות הקונסטרוקטיבית. אולם שלשה מן השופטים קבעו כי, לחלופין, ניתן גם להזיקק לאמצעי משפטי זה. בפרשת *pettkus v. Becker* 117 D.L.R. (3d) 257 (1980) היו ששה מתשעת שופטי ההרכב בדעה כי ניתן להחיל את עקרון הנאמנות הקונסטרוקטיבית גם במערכת היחסים בין בני-זוג — או אף בין ידועים בציבור — בתנאים המפורטים בטקסט סמוך לאחר הערה 225 להלן.

222. *Scott, On Trusts*, Vol. V (3rd ed., 1967) 3579 s 508.1.

223. R. Edwards, *Cases and Statutes on Equity and Trusts* (London, 1975) 44.

223. *Hussey v. Palmer* [1972] 1 W.L.R. 1286, 1289 אומר הלורד דנינג כי "הנאמנות מוטלת מכוח הדין כל אימת שהצדק והמצפון הטוב דורשים זאת... באשר ההליך מיוסד על אדני היושר...". ראה גם בפרשת *Rathwell, supra note* 221, at 306.

224. *Snell, supra note* 212, at 185. ישנן שיטות משפטיות אחדות בהן השתמשו בנאמנות הקונסטרוקטיבית לא כמקור משפטי ליצירת זכויות אלא כסעד במקרים של דיני עשיית עושר ולא במשפט. באנגליה היא נשארה מוסד מהותי (שם בע' 186).

ראה גם ד' פרידמן, לעיל הערה 8, בע' 57, 278. וראה גם סעיפים 3(א), 5, 14 ו-15 לחוק הנאמנות, תשל"ט-1979.

225. *Snell, supra note* 212, at 186. בית המשפט העליון הקנדי בפרשת *pettkus, supra note* 221, at 273

ראה בגמישות זו את יתרוננו של מוסד משפטי זה המאפשר לרשות השיפוטית לעצב עקרונות אשר יותאמו לצרכים הרלבנטיים של החברה ולערכיה המשתנים כדי להגיע לצדק.

מעולם על סיטואציה מעין זו שבין בני-זוג, אלא — ובראשונה — בהלכות הקנדיות הנזכרות. באלה נקבע, כי לשם הקנית זכות בנכסי בן-הזוג הרשום לבן-הזוג האחר לא יהיו הכוונה המפורשת או המיוחסת של בני הזוג תנאי בל יעבור. יתר על כן, אפילו על תרומה כספית ישירה או עקיפה ניתן לוותר. כדי שזכות שביושר תוקנה די בכך שהנסיבות יצביעו על כך שבן-הזוג הרשום נהנה מפרי עמלו של האחר. "התעשרותו" של בן-הזוג הרשום עקב השקעת עבודה מצד האחר, בהיעדר הצדק משפטי סביר למנוע מן האחר את תמורת פרי עמלו, תוך קיום קשר סיבתי כלשהו בין אפשרות רכישת הנכסים על-ידי בן-הזוג הרשום לבין פעולות האחר תקים נאמנות קונסטרוקטיבית. במסגרת נאמנות זו ייחשב בן-הזוג הרשום כמחזיק את הנכסים לא רק בשמו אלא גם בנאמנות עבור האחר בחלק היחסי של השתתפות האחרון ברכישה כפי שתוערך על-ידי בית המשפט. ספק רב בעינינו אם ניתן לראות את בן-הזוג הרשום כבעל הנכס ואשר גם סיפק את המקורות הכספיים לרכישה כמתעשר ולא במשפט כמובן שהנאמנות הקונסטרוקטיבית מתכוונת אליו רק כיוון שבן-הזוג האחר סייע בעבודות משק הבית. עמדת בית המשפט הקנדי היא, איפוא, דעת יחיד, היא מהווה הרחבת הנאמנות הקונסטרוקטיבית ויצירה חדשה מטעמים של מדיניות משפטית.

דיני היושר לבדם אין בהם כדי לבסס את הלכת השיתוף.

## 2. חוק הנאמנות, תשל"ט-1979, כבסיס אפשרי ליצירת הלכת השיתוף

עם כניסת חוק הנאמנות לתוקפו נולדה אפשרות לתלות את הלכת השיתוף בקולר הנאמנות. אפשרות זו לא היתה פתוחה, כנראה, לפני חקיקת החוק בשל הספק בדבר ההכרה בנאמנות הפרטית בשיטתנו המשפטית<sup>226</sup>. בתקופה זו ניתן היה לסמוך רק על כללי היושר, אשר הכירו בנאמנות מכוח הדין, נאמנות מיוחסת, במקרים מתאימים<sup>227</sup>. חוק הנאמנות הרחיב את הנתים ופתח אפיקים חדשים. ההסכם מכללא בין בני-זוג, אשר הועמד בתשתית הלכת השיתוף, ימשיך לתמכה, אולם משמעותו תהיה הסכם נאמנות בין בני-זוג במסגרת חוק הנאמנות. כוונתם המיוחסת של בני-הזוג תתואם עם המצב המשפטי החדש שנוצר. תוכנו המהותי של ההסכם מכללא לא ישתנה; תוחלף רק המסגרת המשפטית שבתחומה הוא פועל, על התוצאות הנלוות לה — תחולתו של החוק על יחסי הנאמנות הנוצרים<sup>228</sup>. נכסים אשר נתפשו ברשתה של חזקת השיתוף יהיו נכסי הנאמנות אשר יוחזקו על-ידי אחד מבני-הזוג, כנאמן, לטובת האחר, הנהנה. מצב

226. ראה א' רייכמן, לעיל הערה 56, בע' 312. על דין הנאמנות הפרטית בשיטתנו המשפטית לפני חוק הנאמנות ראה י' ויסמן "אבני נגף בחוק הנאמנות" עיוני משפט ז (תשמ"ז) 282 וראה רשימת האסמכתאות שם בה"ש 2.

227. ראה לעיל בטקסט סמוך להערות 212-215.

228. על העמדת המשפט המקובל האנגלי על בסיס דיני הנאמנות חלף הבסיס החוזי ראה לעיל בטקסט סמוך להערות 16-19. אולם מן הראוי לציין כי: (א) דיני הנאמנות בדין האנגלי עומדים לרשותם של בני-הזוג במקרים מוגבלים בלבד (ראה שם). מה שאין כן אצלנו. (ב) בסיס משפטי זה בדין האנגלי אינו נסמך כלל על דיני החוזים בעוד בתשתית ההסדר המוצע בשיטת המשפט הישראלית, לאור חוק הנאמנות, פועלים גם דיני החוזים (הסכם נאמנות מכללא).

משפטי זה מתאפשר הודות לדרך הבלתי-פורמלית של שכלול חוזה הנאמנות וביטול דרישת הכתב<sup>229</sup>, אשר הופיעה בהצעת החוק<sup>230</sup>.  
 בסיס משפטי זה אינו יכול להימלט מן הביקורת בה ליווינו את הבסיס העיוני של דיני החוזים באשר גם הוא נסמך על הסכם מכללא.  
 בשאלת היקף תחולתו של בסיס משפטי זה מבחינת הזמן וסוגי הנכסים נעסוק בהמשך.

### 3. סיווגה של הלכת השיתוף כזכות קניינית או אובליגטורית

סיווגה של הזכות הנוצרת כתוצאה מהלכת השיתוף היא שאלת מפתח לשם קביעת היקף ההגנה על זכותו של בן-הזוג הנעשה שותף — או נהנה — בנכס מכוח הלכה זו וממילא גם לשם קביעת זכותו של צד שלישי בנכסי בן-הזוג הרשום או המחזיק. עוד בימי הבראשית של ההלכה היא שובצה במסגרת דיני היושר, היינו בגדרן של זכויות קנייניות<sup>231</sup>. מטעם זה הועדפה זכותו של בן-זוג מכוח הלכה זו על פני זכותו של מנהל מס העזבון (הגובה רק מנכסים שהם קנייניו של המנוח)<sup>232</sup> ועל פני נושי בן-הזוג הרשום, כולל הנאמן בפשיטת רגלו<sup>233</sup> (העומדים בנעליו של בן-זוג זה לצורך הנכסים שברשותו). דהיינו: בכל מקרה של העברה כוללת של נכסים, כמו גם במקרה של עיקול וירידה לנכסים, הועדפה זכותו של בן-הזוג התובע על פני צדדים שלישיים, נושיו של בן-הזוג הנתבע. צדדים שלישיים אלה אינם רוכשים זכויות טובות יותר מאלה של בן-הזוג הנתבע שהם באים מכוחו. רק במקרה של עסקה רצונית בין בן-הזוג הרשום או המחזיק לבין צד שלישי הועדפו זכויותיו של האחרון מטעמים של מדיניות משפטית ומעבר למקובל בכללי הדין הרגילים<sup>234</sup>. נושא זה נדון כבר במקום אחר<sup>235</sup>. התביעה לאכיפת הזכות הנובעת מהלכת השיתוף שובצה כתביעה קניינית, שסעדיה שאובים מדיני הקניין<sup>236</sup>. ככזו היא מקנה לתובע מספר יתרונות על פני תביעה אובליגטורית רגילה<sup>237</sup>: התובע זכאי לפירות הנכס והוא יינה מעליית ערכו<sup>238</sup>. כן זכאי התובע לצו עקיבה.

229. סעיף 2 לחוק הנאמנות.  
 230. סעיף 2 להצעת חוק הנאמנות, תשל"ה-1975, ה"ח 1146 (תשל"ה) 23. על דרישת הכתב לשם יצירת נאמנות במשפט האנגלו-אמריקאי ראה א' רייכמן, לעיל הערה 56, בע' 312.  
 231. הלכת בריקר, לעיל הערה 34, בע' 597; הלכת לוי, לעיל הערה 40, בע' 819; ובהמשך בהלכת חיימי, לעיל הערה 88; בהלכת אוחנה, לעיל הערה 90.  
 232. ראה הלכת ברגר, לעיל הערה 39; הלכת בראלי, לעיל הערה 61.  
 233. ראה הלכת לוי, לעיל הערה 40.  
 234. על האבחנה בין הסיטואציות השונות ראה א' פרוקצ'יה, לעיל הערה 56, בע' 278-280 וכן א' לאופר "צד חוץ או צד שלישי" הפרקליט כו (תשל"ל) 186; א' לבנה, לעיל הערה 56, בע' 582.  
 235. ראה לעיל סעיף (בב)(2).  
 236. הכרה מפורשת בכך שתביעה מכוח הלכת השיתוף היא תביעה קניינית ראה בהלכת חיימי, לעיל הערה 88.  
 237. על היתרונות ראה אצל ד' פרידמן, לעיל הערה 8, בע' 274.  
 238. בהלכת חיימי, לעיל הערה 88, קבע בית המשפט העליון כי תובע מכוח הלכת השיתוף שאין אפשרות להעניק לו את הזכות במחצית הנכס בפועל זכאי לקבל את מחצית ערכו של הנכס ביום מתן פסק הדין. כן ראה בהלכת ראבי, לעיל הערה 47.

בחינת צידוקו המשפטי של סיווג הלכת השיתוף על־ידי בית המשפט העליון מעלה כי הכרה בזכויות בני־זוג מכוח הלכת השיתוף בנכסים, בדרך שבה היא נקבעת, אינה מחייבת תוצאות קניניות דווקא<sup>239</sup>. בכל אותם המקרים בהם הוחלה הלכת השיתוף כחזקה משפטית מכוח הדין — למעט המקרה בו נעשה הסכם מפורש בין הצדדים או כאשר מכוח דיני היושר זכאי בן־הזכות לזכות שביושר בנכסים — פתוחה היתה לפני בית המשפט הדרך לסווג את הזכויות הנצמחות מכוח הלכה זו כזכויות אובליגטוריות, החלות רק ביחסים הפנימיים שבין בני־הזוג ומקנות זכות תביעה לבן־הזוג האחד כלפי משנהו. את גבולותיה של הכוונה המיוחסת או המשוערת בין בני־זוג קובע בית המשפט, אשר רשאי היה, על־פי דרכו, לעגן כוונה כזו במסגרת זכות תביעה אישית ולא במסגרת זכות קנינית. הבחירה נעוצה בטעמים של מדיניות משפטית רצויה לגבי היקף ההגנה על בן־הזוג, מחד גיסא, ועל צדדים שלישיים, מאידך גיסא, תוך העדפת אינטרס האחד על פני משנהו.

במסגרת תיאורית החיוב נשארת השותפות המשפחתית כיחס פנימי בין בעל לאשה היוצר זכויות אישיות בלבד בינם לבין עצמם. במערכת זו זכאי בן־הזוג לקבל, עם פירוק יחסי השיתוף, את עודף האקטיב על הפאסיב. האחריות לחובות ממוקדת במישור היחסים הפנימיים בין בני־הזוג. עד למועד פירוק השיתוף עומדת לבן־הזוג זכות אובליגטורית למחצית ערך נכסי בן־הזוג נטו בעת התגבשות הזכות. האינטרסים של צדדים שלישיים מועדפים על פני האינטרס של בן־הזוג וכל עסקה ריאלית יכולה להתגבר על זכותו של האחרון. סיווג כזה של הזכות הנוצרת מכוח הלכת השיתוף אינו מקנה לבן־הזוג עדיפות כלשהי כלפי הנושים של בן־הזוג הנתבע. הוא מעמיד לו רק זכות תביעה אישית (תביעת חוב) הן כלפי הנאמן בפשיטת רגל והן כלפי העובון. גישה זו היתה פותרת גם את שאלת הניהול של נכסי "השיתוף" במהלך הנישואין וגם את בעיית העסקאות הרצוניות בין בן־הזוג הרשום או המחזיק לבין צדדים שלישיים. זכויות הניהול והזכות לערוך עסקאות תהיה מסורה לבעל הנכס. התוצאה במישור האובליגטורי היתה גם מונעת היווצרות זכויות נסתרות בקנינים של בני־הזוג, החותרות תחת בטחון הקנין ויוצרות אי־ודאות בעסקאות קניניות<sup>240</sup>.

תיאורית החיוב נמלטת מן הקשיים העיוניים, הנוגעים לעצם יצירת הזכות, שהם מנת חלקו של סיווג קניני בחלק הארי של המקרים<sup>241</sup>. היא נוחה יותר לשילוב במערכת הקיימת של הדין האזרחי, עולה בקנה אחד עם הזכות הנוצרת מכוח הסדר איוון המשאבים בחוק יחסי ממון בין בני־זוג, תשל"ג-1973, ומכניסה אחידות לשיטה המשפטית. מאידך גיסא, ניתן לטעון כי הליכה בדרך האמורה הינה יצירה למעשה של

239. זוהי עמדתו של א' ידין, הפרקליט כה, לעיל הערה 56, בע' 449. על חוסר הבהירות בסיווג הזכות ראה ע"א (ת"א) 294/73 הרוזני הרוזני, פ"מ תשל"ה 1, 415, 417.

240. אשר לזכותו של בן־זוג ליהנות מפירות נכס נפרד ומעליית רכושו, זוהי שאלה של מדיניות משפטית. יתכן להקנות זכות זו לבן־הזוג כחלק מזכותו האובליגטורית כאשר הכוונה המיוחסת עשויה להשתרע גם על אוביקטים אלה. זאת עד למועד בו הסתיים השיתוף (גם לפני פירוקו בפועל). שכן לאחריו לא ניתן עוד ליחס כוונת שיתוף כלשהי.

241. על חלק מן הקשיים כבר הצבענו בסעיפים הקודמים. חלק מהם נציין להלן בסעיפים הבאים. הרחבה והעמקה של הדין בקשיים אלה ראה אצל א' רייכמן, לעיל הערה 56, בע' 307-313.

מין חדש של שותפות אובליגטורית דחויה, שהיא מעבר לכוחו של בית המשפט, בעוד אשר בדרך הסיווג הקניני קיימת היאחזות בדינים הקיימים תוך הרחבתם והתאמתם לסיטואציה המיוחדת בין בני-זוג. אולם מן הניתוח שכבר ערכנו ועוד בהמשך מתברר כי ההיתלות בדינים הקיימים אינה אלא לגיטימציה די רופפת ליצירת דין חדש של שותפות נכסים בין בני-זוג. מבחינה זו אין יתרון לדרך אחת על פני משניה.

לא ייפלא, אפוא, כי מספר מלומדים תמכו בתוקף בתיאורית החיוב<sup>242</sup>. אולם בית המשפט העליון בחר בדרך אחרת. הוא העדיף, כאמור, את הגישה החפצית<sup>243</sup>, על הנפקויות המשתמעות ממנה לגבי חלק מגילויה של הלכת השיתוף בין בני-זוג. אולם במקביל, ובמיוחד לאחרונה, נסוג בית המשפט מן הגישה החפצית הטהורה. הנסיגה הראשונה מתאפיינת בחוסר עקביות בקביעת התוצאות המשתמעות מן הסיווג הקניני וביישומו. הדבר מוצא את ביטויו בהלכות המיוחדות אשר פותחו בהקשר להשפעת השיתוף על צדדים שלישיים<sup>244</sup> ובהקשר לפירוק השיתוף<sup>245</sup>. לא כל המסקנות הנובעות מהגדרתה הקנינית של הזכות מיושמות הלכה למעשה גם על כלליה השונים של הלכת השיתוף, כפי שנקבעו על-ידי בית המשפט העליון<sup>246</sup>. הדבר נובע מכך שלצורך פתרון

242. כך א' ידן, הפרקליט כה, לעיל הערה 56, בע' 45. ידן ניתח את ביכורי הפסיקה בסוגיה זו והציע לפרשם כמתחסיס לזכות אובליגטורית בלבד. לטענתו, אין בכוחם של חיי המשפחה או של שותפות משפחתית כדי לשנות את התוצאות הרגילות של בעלות וחזקה כלפי צדדים שלישיים. הצעתו הרחיקה לכת והוציאה מתחום השפעת השיתוף בין בני-זוג לא רק עסקאות רצוניות אלא גם כל השפעה על צדדים שלישיים, כגון נאמן בפשיטת רגל או מנהל מס עובון וכן זכויות הנושים כלפי בני-זוג הרשום או המחזיק. הפסיקה המאוחרת לא התישבה עם עמדתו ואת אכזבתו על כך הביע במאמר נוסף שפרסם, ראה הפרקליט כו, לעיל הערה 56.

גם א' רייכמן, לעיל הערה 56, תומך בתיאורית החיוב. לדעתו יש לאמץ את הרעיון של השותפות המוגבלת ולהעבירו בשינויים המתחייבים להלכת השיתוף בין בני-זוג. (שם בע' 321).

243. א' רייכמן, שם בע' 322, טוען כי ניתן לישב את הפסיקה הקיימת עם תיאורית החיוב. ברם ספק הוא אם כל פסקי הדין, שצוינו לעיל, מתישבים, ואפילו בדוחק, עם צמצום הזכות הנצמחת מהלכת השיתוף למישור האובליגטורי. יתר על כן, טענה זו סותרת את עמדתו המוצהרת של בית המשפט העליון.

244. ראה לעיל סעיף (בב)(2).

245. ראה להלן סעיף (הה)(3).

246. אין לראות החלה בלתי עקבית של הגישה החפצית בקביעת בית המשפט בהלכת פרנקל, לעיל הערה 40, כי הכרעה בזכויות בין בני-זוג מכוח הלכת השיתוף מחייבת רק את הצדדים לדיון. אין מנהל מס העובון כפוף לה וכלפיו אין פסק הדין מהווה מעשה בית דין. ראה בענין זה גם את החלטת ועדת הערר בעמ"ש (ירושלים) 1/70 איסרוב נ' מנהל מס שבח מקרקעין ירושלים, פד"א ו 259, 262 אשר צוטטה בהסכמה בהלכת כבשני, לעיל הערה 108, בע' 260. פסק דין בענין *in rem* מהווה מעשה בית דין כלפי כולל-עלמא, אולם לא כל תביעה הנוגעת להכרעה בדבר זכויות קנין בנכסים מהווה החלטה *in rem*. רק הכרעה בדבר "סטטוס" של חפץ נחשבת כהחלטה *in rem*. להבדיל מהחלטה שיפוטית הקובעת ומגדירה את זכויותיהם של הצדדים ביחס לחפץ. החלטה כזו הינה החלטה *in personam*, המחייבת כמעשה בית דין רק את הצדדים המתדיינים או את חליפיהם, למרות שענינה הכרעה בזכויות קנין בנכסים. ראה G.S. Bower & A.K. Turner, *The Doctrine of Res Judicata* (2nd ed., London, 1969) 198, 213, 229.

סיטואציות שונות מורכבים על דיני הקנין מקורות משפטיים אחרים על מנת להתאים את הדינים הרגילים למערכת היחסים המיוחדת שבין בני־זוג. כתוצאה מכך נוצרות סתירות פנימיות והזכות אינה יכולה להיחשב כזכות קנינית מלאה על כל מרכיביה ומאפייניה. התוצאה המתקבלת אינה תואמת את הגדרותיה של זכות קנינית בכללותה. לפנינו זכות מעורבת, שבסיסה קניני וכלליה יוצרים משטר ישראלי של שיתוף נכסים בין בני־זוג. היקף הנסיגה הנוספת אינו ברור כל צורך: "אותה זכות של בן־זוג שנולדה מפסיקתו של בית משפט זה אין לראות בה קנין שביושר במובנו הרגיל כמו למשל ביחסים שבין קונה ומוכר, אלא זאת היא זכות מסוג מיוחד, שנוצרה על־ידי פסיקה ובאותה פסיקה גם נקבעו הגבלותיה, ובמיוחד ההגבלות במקרה של התנגשות עם זכויות צד שלישי...". ציטוט זה מתוך דבריו של השופט י' כהן בהלכת כבשני<sup>247</sup> מרמז על עמדה לפיה אין הלכת השיתוף סובלת סיווג כלשהו. היא יונקת רק מייחוס כוונה על־ידי בית המשפט, יוצרת זכות sui generis, כלליה ומגבלותיה נקבעים כולם על־ידי הפסיקה ומכוחה ואין לשבצה במסגרת משפטית קיימת כלשהי. האם מתישבת עמדה זו עם ההלכות שקדמו לה? דבריו של בית המשפט עשויים להתפרש לשתי פנים. אם כוונתו היא שיש לסווג את הזכות כאובליגטורית גרידא, כי אז יש בדברים משום סטייה מהלכות קודמות, כגון הלכת לוי<sup>248</sup>, בדבר עדיפות זכותו של בן־זוג אחד על פני זו של נושה בפשיטת רגלו של בן־הזוג האחר. אולם ניסוח דבריו של השופט י' כהן ודרך העמדתם אינם מצביעים על שינוי קיצוני של הגישה, אלא מלמדים על הכוונה להימנע מסיווג אפריורי כלשהו של הזכות. אין השופט משבח את הזכות אובליגטורית דווקא<sup>249</sup>. הוא שולל את האפשרות להעמיד את ההלכה על בסיס משפטי כלשהו, מותח עד קצה גבול היכולת את כוחו של בית המשפט ליחס כוונות לצדדים ומועיד לו תפקיד חקיקתי מרחיק לכת. נראה, איפוא, כי הכוונה היא לזכות מעורבת, בעלת סממנים אובליגטוריים לצרכים מסויימים וסממנים קניניים לצרכים אחרים, הכל בהתאם לקביעתו של בית המשפט, שהוא מקור תוקפה של ההלכה. גישה כזו מעמידה אמנם את ההלכות השונות אשר נפסקו בבית המשפט העליון על בסיס שונה מזה הקניני, ברם בתוצאותיה היא עולה בקנה אחד עם ההלכות שנפסקו בעבר. מה שנדמה היה כחידוש משמעותי רק נחזה ככזה. השופט י' כהן מרים את המסך מעל הדרך בה מתפתחת למעשה הלכת השיתוף. אי־הצמידות לבסיס משפטי כלשהו מקל על פיתוח ההלכה בהתאם לצרכים התואמים את המדיניות המשפטית, מחד גיסא, ומקשה על האפשרות לצפותה מראש, מאידך גיסא. בכך יש כדי להגדיל את אי ודאותן של התוצאות, להרבות התדייניות ולהעמיק את

מן הראוי לציין כי כאשר בעל הדין היחיד שיש לו ענין בחובענה הוא מנהל מס עובן לא יתן בית־המשפט סעד הצהרתי בחביעה אשר תוגש נגדו. מחלוקת הנוגעת למס עובן מקומה הוא במסגרת ההליך שנקבע בחוק מס עובן, תש"ט-1949, לקביעת חבותם של נישומים במס עובן. ראה ע"א 306/78 קרוליק נ' עובן פנחס, פ"ד לג (1) 496 וכן ע"א 234/79, לעיל הערה 159, בע' 335.

247. לעיל הערה 108, בע' 258.

248. לעיל הערה 40.

249. בית המשפט אומר רק כי אין לראות בזכות "קנין שביושר במובנו הרגיל" (שם בע' 258) או במקום אחר "במובנה המלא" (שם בע' 259) (ההדגשה שלי — א.ר.צ.).

התערבותו של בית המשפט במהלך חיי הנישואין של בני-הזוג. הנסיגה האחרונה מן הגישה החפצית חיונית היא להלכת השיתוף אם חפצה היא לחדש ימיה כקדם גם לאחר כניסת חוק המקרקעין, תשכ"ט-1969, לתוקפו. הספק באפשרות יישום ההלכה על נכס מקרקעין במקרים מסויימים לאור חוק המקרקעין<sup>250</sup> הוליד את ההסדר האובליגטורי, זכות חלופית של בן-הזוג מכוח הלכת השיתוף. "יתכן ובתי המשפט יצליחו להתגבר על הבעיה אם יפרשו את ההלכה על-פי הפסיקה כמקנה לאשה לאו דווקא רק זכות חפצא למחצית המקרקעין של הבעל אלא גם זכות חלופית לפיצוי בשיעור מחצית ערכם של נכסיו שרכש בתקופת הנישואין, לרבות המקרקעין הרשומים על שמו"<sup>251</sup>. אין זו העברה מוחלטת של הזכות מן המישור החפצי למישור האובליגטורי, אלא מתן זכות ברירה לזכאי כל אימת שהתוצאה הקנינית של הלכת השיתוף אינה ניתנת ליישום. האם ניתן למצוא צידוק משפטי לדרך כזו? תשובתנו חיובית. הבסיס עליו הוכרה הלכת השיתוף, היינו: החיים המשותפים בין בני-הזוג, ממשיך להתקיים. מבחינת טעמי המדיניות המשפטית אשר חוללו את ההלכה לא נשתנה דבר. השינוי מתמקד בדרך המשפטית שבאמצעותה הוכרו וסווגו הזכויות. כבר אמרנו לעיל כי מבחינת הבסיס המשפטי עליו הועמדה הלכת השיתוף לא היה כל הכרח משפטי לסווג את הזכויות שנצמחו מכוחה כזכויות קניניות דווקא ולא כזכויות אובליגטוריות. אין כל הגיון בכך שלאחר חוק המקרקעין לא תחול הלכת השיתוף על חלק מנכסי בני-הזוג עליהם היא חלה קודם לכן, דהיינו על זכויות במקרקעין שהוקנו לאחר תחולת החוק, למרות שלכאורה לא שונו לא המוטיבציה החברתית ולא הכוונה שיש ליחס לבני-הזוג כמשתמע מאורח חייהם המשותף. רוצה לומר: הכוונה שבית המשפט ימשיך ליחס לבני-הזוג עליהם חלה הלכת השיתוף לא תשתנה, ומבחינת גישתו של בית המשפט העליון אין כל סיבה שתשתנה. גם לפני חוק המקרקעין לא היה דין בני-הזוג כדין זרים וגם עתה, על-פי אותם עקרונות, ניתן להפריד בינם לבין האחרים. רק סיווגה של זכות זו וההכרה המשפטית שיש ליחס לה יהיו שונים. בהיעדר אפשרות להכיר בזכויות שנצמחו כזכויות שביושר תהיה הכוונה מיוחסת לתביעה כספית אישית של בן-הזוג אחד נגד בן-הזוג הרשום למחצית ערך המקרקעין<sup>252</sup>. דהיינו: ההלכה תחול במסגרת היחסים הפנימיים שבין בני-הזוג בלבד. חוק המקרקעין גרם להלכת השיתוף שתצטמק מזכות קנינית לזכות אובליגטורית בלבד בכל הנוגע לנכסי מקרקעין מסויימים, על כל המסקנות המשתמעות מכך לגבי הזכויות כלפי צדדים שלישיים וכיוצא בזה. לחלק ניכר מהדינים החלים על הלכת השיתוף ואשר יצאו מתוך נקודת מוצא בדבר סיווגה הקניני של זכות בן-הזוג לא תהיה כל תחולה. "עסקה" אובליגטורית כזו אינה עסקה במקרקעין כלל ועיקר ואינה טעונה לא כתב ולא רישום.

250. על בעיה זו ראה להלן בהמשך סעיף זה ס"ק (4).

251. ע"א 690/78 כהן נ' כהן, פ"ד לד (2) 436, 440. ההצעה הועלתה לפני כן במאמרו של D. Friedmann, *supra* note 56, at 122 ברם לדעתו אין הצעה זו נקיה מספקות (122-123). (ibid at 122-123). מאוחר יותר נתמכה על-ידי א' רייכמן, לעיל הערה 56, בע' 306.

252. אפשרות זו איננה קשורה בזכות המוקנית למי שהשתתף ברכישת נכס באמצעים כספיים משותפים לאחר חוק המקרקעין, שהרי כבר ראינו כי מקורה המשפטי של הלכת השיתוף בנכסים אינו נעוץ בדיני היושר דווקא.

על בעית זכות העקיבה אחר סכום שהושקע ברכישת מקרקעין לאחר חוק המקרקעין, ראה ד'



לא נראית לי הטענה כאילו פיצול הזכויות הנובעות מהלכת השיתוף בהתאם לטיב הנכסים אינו מתיישב עם כלליות ההסכם לשיתוף המוסק על־ידי בית המשפט<sup>253</sup>. הכוונה המיוחסת היא אכן כללית והיא קובעת רק את עקרון השיתוף, אך לא את סיווג הזכויות. את זו קובעת מערכת הדינים הקיימת. קשה גם להניח כי הקשיים בפניהם הועמדה הלכת השיתוף עקב הוראותיו של חוק המקרקעין מחייבים מהפך כולל בסיווג הזכות הנובעת מן ההלכה. הסוגיה העקרונית הוכרעה כבר על־ידי בית המשפט העליון, אשר העדיף את הגישה החפצית המוגבלת. חוק המקרקעין יצר בעיה במסגרת הלכת השיתוף הקיימת, שהבסיס ליצירתה אינו נעוץ בחוקי המקרקעין דווקא. בעיה זו טעונה פתרון מוגבל במגזר צר הנוגע לסיווג הזכויות הנוצרות מכוח הלכת השיתוף לגבי נכסי מקרקעין. כבר ראינו כי ההלכה עצמה אינה משתנית, אלא רק סיווגה של זכות מסוימת וההכרה המשפטית שיש ליחס לה לגבי סוג מסויים של נכסים. הדבר גורר אחריו אמנם תוצאות במישורים שונים, שיש בהן כדי להשפיע על אופיה של הלכת השיתוף, אולם אין זה מאפשר, לדעתנו, שינוי מהותי כללי במסגרת ההלכה כולה מעבר למה שמתחייב מחוק המקרקעין עצמו.

#### 4. השפעת חוק המקרקעין על הלכת השיתוף

היעדר ההתאמה בין דיני הקנין הרגילים לבין הלכת השיתוף בא לביטוי בולט לאור חוק המקרקעין, תשכ"ט-1969. סעיף 161 לחוק המקרקעין ביטל את הזכויות שביושר במקרקעין<sup>254</sup> זכותו של בן־הזוג מכוח הלכת השיתוף התעצבה במסגרת דיני הקנין כזכות שביושר, אשר הוכרה, כאמור, כלפי כולי עלמא. זכות זו היא, איפוא, זכות במקרקעין שמקורה לא בדיספוזיציה רגילה, אלא בדיספוזיציה קונסטרוקטיבית. ביטול הזכויות שביושר השמיט, לכאורה, את הקרקע תחת רגלי ההלכה. חוק המקרקעין טומן בחובו קושי נוסף, עסקה במקרקעין טעונה רישום<sup>255</sup>. עסקה אשר לא נגמרה ברישום רואים אותה כהתחייבות לעשות עסקה<sup>256</sup> והתחייבות כזו טעונה מסמך בכתב<sup>257</sup>. כדיספוזיציה קונסטרוקטיבית אין זכותו של בן־הזוג נוצרת באמצעות מסמך בכתב בין בני־זוג וממילא לא תחול גם ההגנה המיוחדת במקרה של עסקאות נוגדות<sup>258</sup> שהוגדרה כזכות שביושר תוצרת הארץ<sup>259</sup>.

- פרידמן, לעיל הערה 8, בע' 285. כן ראה גם ע"א 448/79 ברונשטיין נ' ברונשטיין, פ"ד לד (4) 714.  
 253. ראה D. Friedmann, *supra* note 56, at 123. לדעתו קשה לראות כיצד חזקת השיתוף יוצרת שני משטרים רכושיים שונים: אחד לגבי מיטלטלין ואחד לגבי מקרקעין. מצב כזה עלול, לדעתו, לגרום אחריו תוצאות שרירותיות ולעיתים אף בלתי־צודקות.  
 254. על ביטול זכויות שביושר לאחר חוק המקרקעין, ראה: בר"ע 178/70 בוקר נ' חברה אנגלית ישראלית לניהול ואחריות בע"מ, פ"ד כה (2) 121. על פסק זה ועל הסוגיה כולה ראה במאמרו של א' ידן "קונה של דירה ונושה של המוכר — מי מהם עדיף" הפרקליט כז (תשל"א) 471.  
 255. סעיף 7(א) לחוק המקרקעין.  
 256. סעיף 7(ב) לחוק המקרקעין.  
 257. סעיף 8 לחוק המקרקעין.  
 258. סעיף 9 לחוק המקרקעין. על המצב המשפטי כלפי הנאמן בפשיטת רגל ראה א' רייכמן, לעיל הערה 56, בע' 293.  
 259. י' ויסמן, חוק המקרקעין, תשכ"ט-1969, מגמות והישגים (ירושלים, 1970) 13-15. על היחס בין

קשיים אלה מעמידים סימן שאלה על מידת תוקפה של הלכת השיתוף בנכסים לגבי זכויות במקרקעין, אשר נרכשו בתקופה שלאחר כניסת חוק המקרקעין לתוקפו. התיאוריה האובליגטורית פטורה מהתמודדות עם הבעיה: לגביה אין החוק מעלה או מוריד הזכות שהיתה אובליגטורית בטבעה לפני כניסתו לתוקף תמשיך לשאת אופי זה. התיאוריה החפצית, לעומת זאת, לפיה סיווגן של הזכויות אשר נוצרו מכוח הלכת השיתוף הוא קניני (כפי שאכן נקבע להלכה). חשופה לקשיים האמורים ונדרשת למתן תשובה. היקף הבעיה צומצם על-ידי הפסיקה בשני מישורים: הן בהקשר לבני-הזוג הנוגעים בדבר והן בהקשר לזכויות במקרקעין נשוא הבעיה.

(א) לגבי בני-זוג אשר נישאו לפני תחילת תוקפו של חוק המקרקעין אין כל מניעה לתחולת הלכת השיתוף גם על זכויות במקרקעין אשר נרכשו לאחר כניסתו לתוקף<sup>260</sup>. סעיף 166(א) לחוק המקרקעין מחיל את הדין הקודם, כולל זכויות שביושר, על התחייבות לעשות עסקה במקרקעין אשר נעשתה לפני תחילת החוק. התחייבות כזו תקפה גם אם אינה מקיימת את דרישת הכתב הקבועה בסעיף 8 לחוק<sup>261</sup>. ההסכם מכללא. העומד ביסוד הלכת השיתוף, מתפשט גם על רכישות עתידיות וחוק המקרקעין אינו עומד במקרה כזה למכשול.

עמדה זו אינה נקיה מספק הן מבחינת חוק המקרקעין והן מבחינת הלכת השיתוף. חוק המקרקעין כיצד? לא ברור אם ה"התחייבות לעסקה" — שנעשתה לפני כניסת החוק לתוקפו — בגדר סעיף 166(א), טומנת בחובה, נוסף על התחייבות לעסקה ספציפית ידועה במועד כניסתו של החוק לתוקפו, גם התחייבות כללית הנוגעת לעסקאות בלתי-צפויות ובלתי-ידועות כלל במועד האמור. המונח "התחייבות לעשות עסקה" הוגדר בסעיף 7 לחוק והוא כולל עסקה במקרקעין שלא נגמרה ברישום. זאת ותו לא. זאת ועוד, הרציונלה התומכת את הוראת המעבר של סעיף 166(א) היא הגנה על זכויות מוקנות ולא על ציפיות<sup>262</sup>. הרחבת ההוראה בדרך האמורה מפליגה מעבר לנדרש לצורך זה, מחד גיסא, וחותרת תחת יסודות הוודאות הקנינית ואי-ההכרה בזכויות

סעיף 9 לחוק המקרקעין לבין סעיף 43(4) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970. ראה ע"א 714/79 ורטהיימר נ' הררי, פ"ד לד (3) 645; ד"נ 21/80 ורטהיימר נ' הררי, פ"ד לה (3) 253.

260. הלכת כהן, לעיל הערה 251, בע' 440. זוהי גם הצעה המשתמעת מדברי השופט עציני בהלכת חשש, לעיל הערה 32, בע' 518 א.

261. ראה א' רייכמן, לעיל הערה 56, בע' 306.

262. בהקשר דומה — הגנת זכויות מוקנות אשר הוקנו לבן-זוג על-פי הלכת השיתוף לענין תחולת סעיף 15 לחוק יחסי ממון בין בני-זוג, תשל"ג-1973 — הבחין בית המשפט העליון בין זכויות מוקנות המוגנות מזה, לבין ציפיות, שלא התגבשו לכדי זכויות מוקנות אשר אינן מוגנות מזה. פגיעה בזכויות מוקנות לענין זה תיתכן, לדעת בית המשפט, רק לגבי נכסים אשר נרכשו בפועל על-ידי מי מבני-הזוג עד מועד כניסת החוק לתוקפו. ההסכם מכללא העומד ביסודה של הלכת השיתוף והצופה גם פני עתיד לא נחשב כזכות מוקנית אלא כציפיה בלבד (ראה הלכת אוזגי, לעיל הערה 34, בע' 26). הבחנה כזו ניתן לערוך גם לצורך סעיף 166(א) לחוק המקרקעין. "התחייבות לעסקה במקרקעין" תוגן כזכות מוקנית, על-פי גישה זו, רק כאשר קיימת התחייבות לעסקה ספציפית.

נסתרות במקרקעין מאידך גיסא. הלכת השיתוף כיצד? הצגת דברים לפיה תאריך הנישואין בין בני-הזוג הוא הקובע אינה מדוייקת. בנקל ניתן לחשוב על מצב דברים בו בני-הזוג נישאו, אמנם, לפני תחילת חוק המקרקעין, אולם הלכת השיתוף לא חלה עליהם אלא לאחר מועד כניסת החוק לתוקפו באשר רק לעת כזו התממשו התנאים שנקבעו לתחולתה. אמור מעתה: לא תאריך הנישואין קובע אלא מועד תחולתה של הלכת השיתוף על בני-זוג.

(ב) היקף ה"התחייבות לעשות עסקה במקרקעין" במסגרת סעיף 7 לחוק המקרקעין, הטעונה מסמך בכתב, כמתחייב מסעיף 8 לחוק, צומצם על-ידי בית המשפט העליון והוגבל למקרה בו המקנה עצמו (בעניינו בן-הזוג ה"מקנה" מכוח הלכת השיתוף) הוא בעל הזכות במקרקעין. כל עוד נושא המקנה באמתחתו רק התחייבות מצדו של אחר לעשות כלפיו עסקה במקרקעין לא תיכנס אותה עסקה אותה יערוך המקנה, ונשואה ההתחייבות האמורה, לגדרו של סעיף 8 לחוק, עסקה כזו אינה חפצית אלא אובליגטורית בלבד, באשר היא מקנה רק את הזכויות האובליגטוריות שיש למקנה לפי החוזה<sup>263</sup>. על הלכה זו נמתחה ביקורת קשה<sup>264</sup>. ההלכה גם יוצרת אנומליה

263. הלכת חשש, לעיל הערה 32, בע' 515-516 (השופט שרשבסקי) 518 (השופט עציוני). תוצאה

דומה עולה גם מע"א 91/77 ביקסר נ' "עמידר" החברה הלאומית לשיכון עולים בע"מ, פ"ד לב (1) 73, 80. בענין זה פירש בית המשפט את העסקה בין צד א לצד ב כהתחייבות לגרום לכך שבעל הזכות (ג) יעשה עסקה בעתיד עם ב. על-פי נסיבות מקרה זה לא היה מסוגל א' להתחייב בתאריך העסקה שיעביר מכוח עצמו את הזכות ל-ב. הכוונה שניתן היה ליחס לעסקה אותה ערך עם ב היא לוותר על זכותו החוזית אצל ג לטובת ב או להסב לו זכות זו ולעשות למען קשירת קשר חוזי ישיר של ב עם ג. ראה גם הלכת כהן, לעיל הערה 251, בע' 440.

בסוגיה זו ראה גם ע"א 274/79 חורי נ' כנען, פ"ד לה (3) 337. בענין חורי קבע השופט שמגר כי זכות שביוסר, שנוצרה לפני ה-1/1/70, ניתנת להעברה, גם לאחר תאריך זה, בדרך שהיתה ניתנת להעברה לפני כן, היינו על-פי הדין הקודם. השופט ש' לויין השאיר שאלה זו בצריך עיון, אולם הסכים שהעברת זכות שביוסר, אשר נוצרה לפני חוק המקרקעין, כמו העברת התחייבות לעשות עסקה במקרקעין, שנוצרה לאחר תחולת החוק, הם בגדר המחאת זכות שאינה כלולה במסגרת עסקה במקרקעין ולכן אינה טעונה כתב כדרישת סעיף 8 לחוק המקרקעין.

דרך זו, כמו גם הדרך המוצעת בענין ביקסר וכמו גם הדרך השלישית — לפיה רואים פעולה בנסיבות כאלה רק כהתחייבותו של פלוני להעביר את ההתחייבות העומדת לזכותו — אינן טעונות, לדעת בית המשפט, כתב כתנאי לתקפות העסקה.

לעומת זאת, עסקה שנשואה הוא התחייבות לעשות עסקה במקרקעין ואשר יש לפרשה כהתחייבות להעביר את הקנין לקונה השני כאשר הקנין יגיע מידי המוכר לקונה הראשון (המתחייב) טעונה כתב כתנאי לתוקפה (אבחנה זו ראה בדברי השופט שמגר בענין חורי). לנו נראית אבחנה זו בלתי קבילה. אין היא תואמת את הענין המהותי המסתתר מאחורי כוונת המחוקק החותר להשגת התוצאה המבוקשת. דהיינו הגנה על בטיחות הקנין וודאותו. מה עוד שבכל עסקה של התחייבות להעביר התחייבות שאלת הפרשנות היא מלאכותית, שהרי בכל מקרה כוונת המתחייב היא, בסופו של דבר, להעביר לקונה את הזכות במקרקעין, דהיינו את הזכות הקנינית.

כן ראה את ביקורתנו להלן בהערה 264.

264. ראה א' רייכמן, לעיל הערה 56, בע' 298-305. (תשובה לביקורתנו של א' רייכמן, ראה בע"א 274/79 שם, מפי השופט ש' לויין).

מסויימת באשר היא מועילה רק כל עוד זכותו של בן-הזוג המקנה (מכוח הלכת השיתוף) הינה במצב הביניים של התחייבות לעשות עסקה במקרקעין. מקרים בהם הושלמה הקנית הזכות במקרקעין לבן-הזוג (המקנה) אינם נופלים בתחומיה. זאת ועוד, הזכות אשר תוקנה לבן-הזוג האחר תהיה אובליגטורית גרידא. תוצאה כזו ניתן להשיג גם בדרך אחרת, כוללת יותר ומקיפה<sup>265</sup>, ומה הועילו חכמים בתקנתם?

החקיקה תרמה גם היא את חלקה לצמצום ניכר של הבעיה. חוק הנאמנות, תשל"ט-1979, החזיר עטרת הלכת השיתוף ליושנה. עם כניסתו לתוקף (ב-3/2/1980) סולקו, לדעתנו, לפחות לגבי זכויות במקרקעין שנרכשו על-ידי בן-זוג לאחר מועד זה<sup>266</sup>, המכשולים אותם הערים חוק המקרקעין בפני המשך תחולתה של הלכת השיתוף. כבר הבענו את הדעה<sup>267</sup> כי ההכרה הרחבה במוסד הנאמנות בשיטת המשפט הישראלי מאפשרת לתלות את הלכת השיתוף בקולרה של זו. גישה זו תועיל לא רק במקרה בו השקיעו בני-זוג כספים לרכישת הנכס<sup>268</sup> אלא גם במקרה הרגיל לגביו הוחלה חזקת השיתוף<sup>269</sup>.

גם לנו נראית דרך זו מסופקת. אמת הבוחן לקביעת תוכנה של התחייבות לעשות עסקה במקרקעין היא השאלה מה טיבה של ההתחייבות המקורית לעשות עסקה במקרקעין, המהווה את גשואה של העסקה החדשה. אם מכוחה רשאי הרוכש (המקנה בעסקה החדשה) להירשם כבעל זכות במקרקעין כי אז הזכות המועברת כוללת בחובה גם את הזכות להירשם כבעל זכות כזו. זוהי התחייבות לעשות עסקה במקרקעין גם אם נשואה הוא עדיין בגדר התחייבות קודמת בלבד. כל חוזה הוא אובליגטורי בטבעו, השאלה היא מה מהות הזכות המוקנית באמצעותו. אם זכות זו היא בסופו של דבר זכות במקרקעין כי אז עוברת הימצאותה בדרגה של התחייבות לעשות עסקה איננה רלבנטית. גם עסקה בהתחייבות כזו הריהי בבחינת התחייבות לעשות עסקה במקרקעין. האלמנט הקובע הוא תוכנה המהותי של הזכות ולא האיצטלה שהיא לובשת בשלב המעבר. תוספת חוליה אחת או יותר אינה משנה את טיב העסקה. מבחינה אנליטית ניתן אולי לערוך הבחנה בין התחייבות לעשות עסקה במקרקעין לבין התחייבות להקנות התחייבות כאמור. הבחנה זו נועדה גם לצמצם את היקף תחולתו של סעיף 8 לחוק המקרקעין אשר פורש בהרחבה רבה מדי (על הפרשנות המרחיבה ראה, למשל, ע"א 649/73 קפולסקי נ' גני גולן בע"מ, פ"ד כח (2) 291; ע"א 269/77 בוגנים צ'ציק בע"מ נ' כץ, פ"ד לב (2) 203). אולם ספק אם צמצום סוגי ההתחייבויות עליהם חל סעיף 8 היא הדרך הנאותה להפעלת הריאקציה השיפוטית לפרשנות המרחיבה של סעיף זה (על ריכוזן של הדרישות לפי סעיף 8 ראה ע"א 235/75 קאדרי נ' מסדר האחיות צ'רלס הקדוש, פ"ד ל (1) 800; ע"א 774/75 עובדיה נ' אדרבי, פ"ד ל (3) 533). הגיון דרישת הכתב וטעמי ההלכה אשר הנחו את המחוקק יפים מדרך קל וחומר למקרה נשוא הדיון בו נעשית התחייבות להקנות התחייבות לעשות עסקה במקרקעין (ראה א' רייכמן, שם בע' 299).

265. ראה לעיל בטקסט סמוך להערות 250-252.
266. אפשר אולי לומר כי גם לגבי זכויות במקרקעין שנרכשו לפני כן עשוי חוק הנאמנות לחמציא תרופה דומה. כצילם של יחסי הנאמנות הנוצרים לאחר כניסת החוק לתוקף יכולים לחסות גם נכסי מקרקעין שנרכשו עובר לתחולת החוק, אולם שאלה היא אם חזקת השיתוף יכולה להפוך מיניה וביה לחזקת נאמנות.
267. ראה לעיל ס"ק (דד)(2).
268. נאמנות קונסטרוקטיבית. על כך שחוק הנאמנות עשוי לענות על סיטואציה של השקעה משותפת של כספים בנכס במקרקעין ראה הערתו של מ"מ הנשיא (כתוארו אז) השופט לנדוי בע"א 496/75, לעיל הערה 213, בע' 587 (ההתיחסות שם היא להצעת חוק הנאמנות).
269. "נאמנות פרטית". על אפשרות פתרון הבעיה על-ידי הכרה בנאמנות הפרטית ראה השופט עצינוני

הבעיה הנוגעת לאפשרות תחולתה של הלכת השיתוף על זכויות במקרקעין לאור חוק המקרקעין מתמצה, איפוא, בנסיבות הבאות: זכויות במקרקעין אשר נרכשו בין יום תחילת תוקפו של חוק המקרקעין (1/1/1970) לבין מועד כניסתו לתוקף של חוק הנאמנות (3/2/1980) על-ידי בני-זוג אשר נישאו בין יום תחילתו של חוק המקרקעין<sup>270</sup> לבין מועד כניסת חוק יחסי ממון בין בני-זוג, תשל"ג-1973, לתוקפו (1/1/1974)<sup>271</sup>. שלוש הן האפשרויות הפתוחות לפני הלכת השיתוף בעומדה על פרשת דרכים זו: (1) חיפוש אחר דרך משפטית אשר תאפשר את המשך תחולתן של הזכויות שביושר על נסיבות אלה.

(2) ירידת הזכות הנוצרת מכוח הלכת השיתוף בנסיבות אלה מן המישור הקניני למישור האובליגטורי. היינו: לאחר חוק המקרקעין תהיה לבן-הזוג בנסיבות המתוארות לעיל רק תביעה כספית כלפי משנהו בגובה מחצית ערך המקרקעין.  
(3) הלכת השיתוף בנכסים לא תחול עוד כלל לגבי זכויות במקרקעין בנסיבות האמורות.

באפשרות הראשונה בוחר פרופ' י' ויסמן. בנסיבות בהן ניתן להחיל את הלכת השיתוף הוא מציע לראות את בן-הזוג בשמו רשום הנכס כשלוחו של בן-הזוג האחר לפי חוק השליחות, תשכ"ה-1965. במקרה כזה יחול סעיף 10(א) לחוק הקובע כי "כל נכס שבא לידי השלוח עקב השליחות מוחזק בידו כנאמן של השולח". הואיל וסעיף 161 לחוק המקרקעין פותח פתח להכרה בזכויות מקרקעין לפי חוק אחר<sup>272</sup> עשוי סעיף 10 לחוק השליחות לשמש מקור משפטי נמשך ליצירת זכויות שביושר<sup>273</sup>. בפני דרך זו ניצבים מספר מכשולים. לא ברור אם השימוש במלה "נאמן" בסעיף 10 לחוק השליחות משמעה קניית זכויות שביושר, במובן שהיה מקובל בדיני היושר האנגליים שנקלטו אצלנו מכוח סימן 46 לדבר המלך במועצתו<sup>274</sup>. כבר ראינו לעיל כי לא ניתן להכיר ביצירת יחסי שליחות בסיטואציה שבין בני-זוג מכוח אורח חייהם המשותף<sup>275</sup>. במיוחד אין טעם בשימוש בקונסטרוקציה זו אם מניחים כי הלכת השיתוף נוצרת ממילא על בסיס מקור משפטי אחר, שאינו חוק השליחות<sup>276</sup>.

בהלכת חשש, לעיל הערה 32, בע' 517.

270. כפי שהראינו לעיל הגישה הנכונה תהיה להוסיף גם בני-זוג אשר נישאו לפני כניסתו של חוק המקרקעין לתוקפו אולם הלכת השיתוף חלה עליהם רק לאחר מועד תחילת תוקפו של חוק זה.

271. ראה הגדרת היקף הבעיה בהלכת כהן, לעיל הערה 251, בע' 440.

272. "לפי חוק" נאמר "לפי חוק זה" לא נאמר. מכאן למדו כי כל חוק במשמע ולא דווקא חוק המקרקעין. ראה י' ויסמן, לעיל הערה 259, בע' 15; א' גולדנברג "חוק המקרקעין, תשכ"ט-1969 — הוראות מעבר ומורשת העבר" עיוני משפט ב (תשל"ג) 839, 847; א' ברק, חוק השליחות, תשכ"ה-1965, פירושו לחוקי החוזים (ג' טרסקי, עורך, ירושלים, 1975) 424. ראה גם הלכת חשש, לעיל הערה 32, בע' 518.

273. J. Weisman, *supra* note 56, at 309.

274. משמעות כזו לסעיף מיחס א' ברק, לעיל הערה 272, בע' 422-424. ביקורת על גישה זאת ראה א' רייכמן, לעיל הערה 56, בע' 292-293.

275. ראה לעיל ס"ק ב. כן ראה לעיל חלק שני, פרק שני סעיף (ב) (בב).

276. ביקורת מפורטת ורחבה על עמדה זו ראה אצל א' רייכמן, לעיל הערה 56, בע' 290-294.

מהלך המחשבה של קונסטרוקציה משפטית אחרת מוצעת הוא לראות בחלק הכלתי רשום של בן-הזוג, המוקנה לו מכוח הלכת השיתוף בנכסים, עסקה בלתי מושלמת במקרקעין, דהיינו התחייבות לערוך עסקה במקרקעין, המקבילה לזכות שביושר אשר נהגה לפני החוק<sup>277</sup>. בהתמודדות עם הקושי הנובע מהיעדר מסמך בכתב הועלו שתי הצעות פתרון. ההצעה הראשונה רואה בהלכת השיתוף התחייבות פיקטיבית של בני-הזוג זה כלפי זה הנובעת מהוראות סעיף 7(ב) לחוק המקרקעין. על-פי גישה זו לא נדרש כל מסמך בכתב לשם יצירת ההתחייבות הואיל והחוק עצמו הוא הרואה את הצדדים כאילו התחייבו<sup>278</sup>. פתרון זה אינו מחוור לנו. החוק מציב את דרישת הכתב (כמפורט בסעיף 8) כתנאי לתוקפה של התחייבות לעשות עסקה במקרקעין, כמשמעותה בסעיף 7(ב). קיימת כפיפות של סעיף 7(ב) לסעיף 8. כפיפות זו נועדה דווקא לבטל תחולתן של עסקאות קונסטרוקטיביות, אלא במידה ומקורן הוא בחוק<sup>279</sup>. כיצד ניתן, איפוא, לבטל את דרישת הכתב שבסעיף 8 מכוחה של הוראת סעיף 7(ב)<sup>280</sup>? ההצעה השניה מנסה להתגבר על דרישת הכתב באמצעות סעיף 82 לחוק הפרוצדורה האזרחית העותמאני<sup>281</sup> כחוק מיוחד הגובר על החוק הכללי, הוא חוק המקרקעין. אלא שחוק הפרוצדורה האזרחית העותמאני הוא חוק דיוני, הפועל במישור דיני הראיות כשמטרתו מוגבלת להוכחת העסקה בלבד<sup>282</sup>. סעיף 8 לחוק המקרקעין לעומת זאת הוא בגדר הסדר מהותי היורד לשורש תוקפה של העסקה. דרישת הכתב הכלולה בו היא קונסטרוטיבית<sup>283</sup>. לא ניתן, איפוא, להיעזר בחקיקה העותמאנית בסוגיה זו.

277. דרך זו מוצעת גם היא על-ידי J. Weisman, *supra* note 56, at 310. האפשרות מועלית גם על-ידי "רווה" השתקפות חוק המקרקעין בפסיקה (כללי) ורכישת זכויות בתום לב לפי חוק המקרקעין" עיוני משפט ג (תשל"ג), 93, 102-103. לדעת רווה אם יסודה של הלכת השיתוף הוא חווי כי אז ניתן לראות ביסוד חווי זה התחייבות לעשות עסקה במקרקעין במוכן סעיף 7 לחוק המקרקעין. זאת כתנאי שמתגברים על דרישת הכתב. (בדונו שם בדיני היושר אין הוא שת לבו לאבחנה בין השימוש בהם כמקור משפטי לבין הכרה בתוצאות העסקה הקונסטרוטיבית כקנין שביושר).

278. ראה J. Weisman, *ibid*, at 310 note 21.

גם השופט עצינוי בהלכת חשש, לעיל הערה 32, בע' 517 קרוב לגישה זו בגורסו כי מאחר והלכת השיתוף אינה "עסקה במקרקעין" או "התחייבות לעשות עסקה במקרקעין" לא יחול עליה סעיף 8 לחוק. (את המכשול רואה השופט עצינוי בסעיף 161 לחוק). אולם, נוסף לביקורת שנשמיע להלן, אם אין הלכת השיתוף בגדר "התחייבות לעשות עסקה במקרקעין" לא יחול עליה כלל חוק המקרקעין. כולל סעיף 9 שבו, וממילא לא תוגדר הזכות כזכות קנינית. אם כך מה הועילו חכמים בתקנתם?

279. סעיף 163 לחוק המקרקעין.

280. ביקורת על הצעה זו ראה גם א' רייכמן, לעיל הערה 56, בע' 297.

281. סעיף זה קובע לאמור:

"הוראות הסעיף 80 (הנוגעות לצורך להוכיח חוזים מסויימים במסמך בכתב — א.ר.צ.) לא תהיינה חלות במקרים הבאים שבהם אפשר להוכיח את התביעה על-ידי עדים, ואלה הם:  
(א) בפעולות שבין הבעל והאשה...".

282. א' הרנון, דיני ראיות, חלק ראשון (ירושלים, תשל"ל) 157-158; ע"א 106/55 פוקס נ' בייטנר, פ"ד יא 39, 43; ע"א 516/65 ריעס נ' פורר, פ"ד כ (3) 488, 497.

283. ע"א 726/71 גרוסמן את ק.ב.ק. שותפות רשומה נ' מנהלי עזבון המנוח בירדמן, פ"ד כו (2) 781.

הצעה אחרת להמשך תחולת הזכויות שביושר לאור חוק המקרקעין במסגרת הלכת השיתוף היא לראות בשיתוף הנכסים בין בני-זוג שותפות מכוה דיני השותפות ולהכיר בזכויות שביושר הנוצרות לזכות בן-הזוג השותף אשר אינו רשום כבעלים של הנכס. ניתן לומר כי חרף אי-ההכרה בזכויות שביושר במקרקעין מהווה סעיף 33 לפקודת השותפויות [נוסח חדש], תשל"ה-1975, הוראת חוק המשמרת זכויות שביושר במקרקעין וכי משום כך ימשיכו זכויות אלה לחייב בכל הנוגע לנכסי שותפויות. דעה זו מתבססת על הלכת גוטטר <sup>281</sup> בה פיצל בית המשפט העליון בין הזכויות שבדין לזכויות שביושר בכל הנוגע לרכוש השותפות הרשום על שם השותפים או מי מהם. בית המשפט קבע כי השותף על שמו רשומים המקרקעין נחשב כנאמנה של השותפות, שהיא הבעלים שביושר של נכסי השותפים. אולם דעה זו — אפילו תהיה מקובלת — לא תועיל לענינו. בהמשך דיוננו ניווכח לדעת כי הלכת השיתוף אינה ניתנת לשתילה על קרקעיתם של דיני השותפויות. לכל היותר ניתן לעשות שימוש בכללים דומים ולערוך אנלוגיות הלכה למעשה מדיני השותפויות לשם פיתוח הלכת השיתוף ופתרון בעיות ספציפיות המתעוררות בתחומיה. סעיף 33 לפקודת השותפויות אינו יכול להועיל להלכת השיתוף.

גם דרך זו אינה עומדת, איפוא, על בסיס משפטי איתן. לא נמצאה, איפוא, דרך משפטית הולמת אשר תגשים את החלופה הראשונה מבין השלוש שהעלינו ותאפשר את המשך תחולתן של הזכויות שביושר בנסיבות הנדונות על-ידינו.

החלופה השלישית, הקיצונית ביותר, הועלתה על-ידי השופט עציוני בהלכת חשש: "יוצא שכיום, עד כמה שהדבר נוגע לשיתוף במקרקעין בין בני-הזוג, ההלכה שאותה הגדרתי... כנכס צאן הברזל של היודיקטורה שלנו — הלכה שבאה לתת הכרה חוקית למצב דה-פקטו ביחסי הקנין שבין בני-הזוג — (הלכת השיתוף — א.ר.צ.) איננה ניתנת היום ליישום" <sup>285</sup>. יש מן המלומדים המגיע למסקנה דומה <sup>286</sup>, חלקם הגדול מביע ספק בדבר אפשרות יישום הלכת השיתוף בנסיבות הנדונות <sup>287</sup>.

לזכותה של חלופה קיצונית זו ניתן לטעון כי הזכות שביושר היתה דרך ההכרה החוקית למצב דה-פקטו ביחסי הקנין בין בני-הזוג. משנשמט הבסיס החוקי להכרה זו אין להלכת השיתוף נקודת אחיזה משפטית ואין היא יכולה לעמוד כלל. על-פי גישה זו ישווה דינו של בן-זוג לדינו של "זר", אשר אינו יכול לממש התחייבות לעשות עסקה

790-789; המ' 799/76 יודי נ' בלומנפלד, פ"ד לא (1) 587; על תחולת הוראות סעיף 8 לחוק ראה גם ע"א 188/76 רוזנוקס נ' הוטר, פ"ד לא (1) 382, 385-384.

284. ע"א 62/50 גוטטר נ' פרידמן, פ"ד ז 746, 753-754; על הדעה המובעת ראה א' גולדנברג, לעיל הערה 272, בע' 849-848.

285. הלכת חשש, לעיל הערה 32, בע' 517.

286. L. Doukhan-Landau "Husband and Wife as Co-owners of Immovable Property" 6 *Isr. L.R.* (1971) 487, 513.

287. א' ידין, הפרקליט כו, לעיל הערה 56, בע' 477-476; א' ידין, לעיל הערה 254, בע' 474; U. Yadin "The Matrimonial Partnership" 6 *Isr. L.R.* (1971) 106, 108-109; J. Sussmann, *supra* note 56, at 170; D. Friedmann, *supra* note 56, at 122. בוטלה כליל בנוגע לזכויות במקרקעין או רק הועברה מן המישור הקניני למישור האובליגטורי.

במקרקעין, אשר איננה עומדת בתנאים שנקבעו בחוק. בהקשר להלכת השיתוף יהיה זה חוסר יכולת לממש התחייבות קונסטרוקטיבית לעשות עסקה. זאת ועוד, רישום בלעדי על שם אחד מבני-הזוג, לאחר תחולת חוק המקרקעין ותוך ידיעת המצב המשפטי של ביטול הזכויות שביושר, תקשה על ייחוס כוונה של שיתוף. כוונה מיוחסת כזו לא תוכל עוד לסתור מיניה וביה את חזקת הרישום ועל כן לא תעלה בקנה אחד גם עם התחייבות מכללא של בן-הזוג לפצות את בן-זוגו האחר במחצית סכום ערך הנכס. רישום בלעדי על שם אחד מבני-הזוג במקרה כזה יחייב לקבוע כי בני-הזוג הסדירו את יחסיהם באופן שהבעלות בנכס תהיה מוקנית בלעדית לצד הרשום. האם זוהי כוונת הצדדים העולה מן הנסיבות שלאחר חוק המקרקעין? לא תמיד יודע בן-הזוג על רישום הזכות במקרקעין על שם בן-הזוג האחר ולא תמיד הוא נמצא בעמדת מיקוח כלשהי. יתכנו אמנם מקרים בהם כניסת חוק המקרקעין לתודעת הציבור, במקביל להתנהגותם של בני-זוג מסויימים המודעים לכך, בסיטואציה של רכישת נכס מקרקעין ורישומו על שם בן-זוג אחד בלבד, עשויים לשמש ראיה לסתור את חזקת השיתוף. מהתנהגות בני-זוג בסיטואציה נתונה עשויות להשתמע מסקנות שונות מאלה שהשתמעו לפני כניסת חוק המקרקעין לתוקפו על רקע קיום הזכויות שביושר. אולם אין זו הדוגמא הנפוצה. זאת ועוד, דיני היושר אינם הבסיס המשפטי הבלעדי עליו הוקמה הלכת השיתוף. והעיקר, מקורה של הלכה זו, החיים המשותפים בין בני-הזוג, וטעמי המדיניות אשר חוללו את ההלכה לא השתנו בעקבות חקיקת חוק המקרקעין.

נותרה, איפוא, החלופה השניה לפיה יפעלו תוצאותיה של הלכת השיתוף — בנוגע לזכויות במקרקעין בנסיבות הנדונות על-ידינו — במישור האובליגטורי ולא במישור הקנייני. על אפשרות זו, הן בהקשר הכללי והן בהקשר הספציפי של חוק המקרקעין, הרחבנו את הדבור בסעיף קודם<sup>288</sup>. חלופה זו אומצה, כנראה, על-ידי הפסיקה<sup>289</sup>, היא עולה בקנה אחד עם המדיניות המשפטית הראויה, מונעת תוצאות לא רצויות ואינה חורגת מגדר ההסדר המשפטי הלגיטימי.

#### הה. דיני השותפויות

##### כללי

מה להלכת שיתוף הנכסים בין בני-זוג ולדיני השותפות מכוח פקודת השותפויות? השותפות היא "מוסד" משפטי מסחרי המוגדר כ"קשרים שבין בני-אדם המנהלים יחד עסק לשם הפקת רווחים"<sup>290</sup>. מערכת היחסים שבין בני-זוג והחיים המשותפים במסגרת המשפחה אינם יכולים להיכלל במסגרת הגדרה זו. טיבם של יחסי המשפחה הוא במישור אחר בתכלית ולא ניתן לישמם במסגרת מוסד עסקי מסחרי. זאת אפילו לגבי המקורות הכספיים והיחסים הרכושיים שבין בני-זוג. כבר עמדנו בשער הראשון<sup>291</sup> על ההבדלים העמוקים, האידיאולוגיים והמשפטיים, בין השותפות לבין מסגרת היחסים

288. ראה לעיל בטקסט סמוך להערות 250-253.

289. הלכת כהן, לעיל הערה 251.

290. סעיף 1(א) לפקודת השותפויות [נוסח חדש], תשל"ה-1975.

291. לעיל שער ראשון, חלק רביעי, פרק שני.



המטרימוניאליים, אשר אינם מאפשרים יישומם של דיני השותפות על דיני המשפחה. שותפות ברכוש כשהיא לעצמה אינה יוצרת גם שותפות לפי פקודת השותפויות<sup>292</sup>. אף-על-פי-כן נוכחים אנו לדעת כי במהלך פיתוחה של הלכת השיתוף מיושם חלק מדיני השותפות על הלכה זו במקרים מסויימים.

התפתחות זו הינה תולדת קוצר ידו של הדין הקיים לפתור את הבעיות המתעוררות עם פיתוח ההלכה והיעדרו של בסיס עיוני ומקור משפטי קבוע. התוצאה היא ערב-רב של מקורות משפטיים המורכבים זה על גבי זה ויוצרים מערכת מוטלאת של הלכות. הפסיקה עוברת משימוש בדיני החוזים, עבור לדיני הקניין אל דיני השותפות. לא תמיד נמצא צידוק ענייני להחלת הלכות השאובות מתחום משפטי אחד דווקא ולא מתחום משפטי אחר על פתרון בעיה מסויימת. כך, למשל, ניתן היה לפתור את השפעת השיתוף בנכסים על עסקאות רצוניות בין אחד מבני-הזוג לצדדים שלישיים מכוח יישום או אנלוגיה של עקרון הסמכות הנחזית בסעיף 14 לפקודת השותפויות. ברם, מטעמים של מדיניות משפטית, בחר בית המשפט שלא לפנות אל פקודה זו ופתר את הבעיה בדרך אחרת, אותה כבר פירטנו לעיל. מאידך גיסא, קירב בית המשפט את הלכת השיתוף לדיני השותפויות בכל הקשור לשאלת האחריות לחובות ולדרך פירוק השיתוף. למעשה ניתן לאמר כי הכוח שנטל בית המשפט ליחס כוונה לבני-הזוג ממשיך להיות ברקע וללוות את הלכת השיתוף בנכסים לאורך כל הדרך לצורך יצירת תכניה של ההלכה והתווית כללית. בלי הנחה זו לא יתכן לשאוב כללים ממוסדות משפטיים שונים בתכלית, שחלקם — כמו השותפות למשל — אינם מתישבים כלל עם תחום מערכת היחסים שבין בני-זוג.

## 1. אחריות לחובות

### א. הכלל והבעיות המתעוררות

עוד בהלכת לוי<sup>293</sup> הגיע בית המשפט להכרה כי השיתוף בנכסים חייב להיות מלווה גם באחריות מקבילה לחובות. הכרה זו נובעת מדרישת הצדק. בן-הזוג הנהנה חייב לשאת גם בעול החובות שנעשו בייצור או ברכישת הנכסים או בהוצאות השוטפות של המשפחה. בהלכת דוד<sup>294</sup> נדון העניין באופן שיטתי ובה נקבעה בצד חזקת השיתוף בנכסים חזקה מקבילה של שיתוף בחובות. מידת היקפו של שיתוף זה קורלטיבית להיקף השיתוף בנכסים<sup>295</sup>. היינו: כאשר חלה חזקת השיתוף מצטרפת אליה חזקה משלימה, זו של חזקת החובות. גם בהקשר זה נטל ההוכחה הוא על בן-הזוג הטוען כי חוב מסויים יוצא מכלל החובות המשותפים<sup>296</sup>. "בכל סוג של שותפות האחריות המשותפת לחובות המשפחה היא תוצאה טבעית מהשותפות ברכוש והולכת עמה באופן מקביל"<sup>297</sup>.

292. סעיף (1)2 לפקודה. על הצידוק בהימנעות מן ההליכה בעקבות דיני השותפות ראה א' ידין, הפרקליט כה, לעיל הערה 56, בע' 450-449.

293. לעיל הערה 40, בע' 820. לאחרונה אוזכר ענין זה בהלכת אברהמי, לעיל הערה 118, בע' 223. לעיל הערה 79.

295. שם בע' 461; הלכת מסטוף, לעיל הערה 65, בע' 571.

296. הלכת דוד, לעיל הערה 79, בע' 462-461.

297. הלכת מסטוף, לעיל הערה 65, בע' 571.

להלכה זו מתלווה הקביעה, כי פירוק השיתוף ייעשה כמכלול שלם ולא בשלבים. אין שותף רשאי לדרוש חלוקה נפרדת של נכס אחד בלבד. השיתוף יפורק, אפוא, באופן שבתחילה יסולקו כל החובות המשותפים ורק לאחר מכן יחולק עודף האקטיב על הפאסיב<sup>298</sup>. חובות אישיים, כגון הוצאות על רכוש נפרד או הוצאות אשר נעשו תוך כדי הפרת נאמנות (למשל לצורך החזקת פילגש), לא ינוכו מנכסי השיתוף<sup>299</sup>. עמדה זו של בית המשפט נעשתה, כנראה (בלי שהדבר יצויין על-ידי בית-המשפט), כהמשך המדיניות של ייחוס כוונה לבני-הזוג והיא הולמת יותר פירוק שותפות מסחרית או עקרונות הקבועים בשיטות משפטיות בהן מוסדר משטר רכושי בין בני-זוג באופן סטטוטורי ומפורט<sup>300</sup>.

פירוק השיתוף בדרך האמורה מחייב קודם כל הגדרת החובות המשותפים המנוכסין מן הרכוש המשותף. אין בחזקת האחריות לחובות במסגרת הלכת השיתוף כדי לשנות מן הכלל הבסיסי השולל הכרה באחריות הדדית של בני-הזוג לחוב שנוצר על-ידי מי מהם. בדרך כלל אחראי כל בן-זוג באופן אישי לחובותיו. סטייה מכלל זה אפשרית רק כאשר קיימת הוראה אחרת כלשהי של הדין האישי או כאשר ניתן להטיל אחריות הדדית כזו במסגרת הוראות הדין הכללי<sup>301</sup>. החריג הנוסף של חזקת האחריות לחובות מחייב תיחוס והצבת קווי גבול ברורים. לדעתנו, חייב להיות קשר ישיר בין חוב לבין נכס המהווה את נשוא השיתוף על מנת שתקום חזקת האחריות לחובות. לא מקובלת עלינו בהקשר זה עמדתו של השופט קיסטר על פיה "הכלל הוא כי בחשבון הרכוש המשותף יובאו גם חובות כלליים ולא דווקא הקשורים בנכס מסויים. טעמם של הדברים מובן. לא הרי שותפות בנכס מסויים כהרי שיתוף כללי בנכסים"<sup>302</sup>. אולם, בכל מקרה, גם עמדה זו לא באה לשנות את העקרונות הכלליים של האחריות לחובות בין בני-זוג. יש להגבילה למסגרת הנסיבות המיוחדות של המקרה נשוא האמירה. מטרתה הבלעדית היא הסדר דרכי פירוק השיתוף בין בני-זוג וקביעת מהות הזכות של בן-הזוג במסגרת הלכת השיתוף. לא נראית לנו גם הדעה, אשר הובעה על-ידי השופט ברנזון, על-פיה יש לנכות

298. הלכת דוד, לעיל הערה 79, בע' 460; הלכת דרור, לעיל הערה 92, בע' 833. הוראה כללית זו לא תחול, כנראה, מקום בו מקורו של השיתוף בנכס הוא בדיני הקנין הרגילים (ולא בהלכת השיתוף). במקרה כזה יחול על פירוק השיתוף הדין הרגיל החל על פירוק שיתוף בנכסים (ראה להלן סעיף 3 סמוך להערות 335-337).

299. הלכת לוי, לעיל הערה 40, בע' 820; הלכת דוד, לעיל הערה 79, בע' 461. באחד המקרים מציין בית המשפט כי אם השתמש אחד מבני-הזוג בכספים שברכוש המשותף לרכישת נכס נפרד יהיה אותו בן-זוג חייב חוב פרטי לרכוש המשותף (הלכת זאבי, לעיל הערה 34, בע' 452). זאת בדומה לשיטות הנהוגות במשטרים רכושיים סטטוטוריים.

300. ראה לעיל שער ראשון, חלק שני, פרק רביעי, סעיף (ב).

301. על סוגיה זו, בהקשר ליחסי שליחות בין בני-זוג, ראה שער שלישי, חלק שני, פרק שני. כן ראה ע"א 67/69 עמרני נ' זמיר, פ"ד כג (1) 815 "...הכלל היסודי כי אין אשה נושאת בחובות בעלה".

302. הלכת דוד, לעיל הערה 79, בע' 461. עמדה דומה לעמדתו של השופט קיסטר מובעת על-ידי השופט ברנזון בהלכת מסטוף, לעיל הערה 65, בע' 571: "בשותפות כללית, האחריות לחובות גם היא כללית וחלה על כל החובות שנעשו ברכישת נכסי המשפחה ובניהולם וכן לקיום חיי המשפחה ולקידום האינטרסים שלה".

גם את ההוצאות השוטפות של המשפחה<sup>303</sup>. דינם של חובות אלה ייחתך על-פי מערכת הדין האישי החלה על חבות המזונות. בדרך כלל מוטלת חבות זו על הבעל בלבד. הלכת השיתוף אין בה כדי לשנות הלכות אלה הנדונות לפי הדין האישי. גם אם העקרונות העומדים מאחורי הלכת השיתוף מחייבים נשיאה משותפת באחריות לחובות אלה. זוהי תוצאה של מערכת המורכבת רבדים רבדים כשכל אחד מהם מנחה על-ידי עקרונות שונים העומדים ביסודותיהם.

ההלכות אשר נקבעו על-ידי בית המשפט העליון משאירות שאלות רבות פתוחות. האם האחריות לחובות מצומצמת למישור היחסים הפנימיים בין בני-הזוג בלבד או שמא זוהי אחריות ישירה של שני בני-הזוג ביחד ולחוד ורשאי הצד השלישי לתבוע את החוב כולו גם מבין-הזוג שלא התחייב בו? האם האחריות של בן-הזוג האחר היא בנכסים בלבד או שמא היא נלווית לזכויות בנכסים? ושאלה משלימה, האם האחריות לחובות היא רק במסגרת האקטיב של הנכסים או גם בפאסיב, דהיינו: גם כאשר ערך הנכסים של בן-הזוג האחד אינו מכסה את היקף החובות המוגדרים כחובות משותפים<sup>304</sup>.

קשה לחזות מראש את התשובות, אשר יינתנו לשאלות אלה. הספקות מקורן בהיעדר מקור משפטי חד משמעי לביסוס העקרונות והכללים המתפתחים בסוגיה זו ובקושי לחזות את הכיוון אליו יובל ייחוס הכוונה על-ידי בית המשפט ומה תהיה המדיניות המשפטית אשר תנחה אותו בעת פיתוח ההלכות. תשובות מפורטות לשאלות אלה הן בבחינת חזון לעתיד לבוא. נסתפק, איפוא, רק בהערות מנחות לאפשרויות של פתרונות.

## ב. טיב האחריות לחובות

אם נמשיך את הגיונו של השופט ברנזון, לגבי חזקת השליחות המתלווה לעסקאות בין אחד מבני-הזוג לצדדים שלישיים<sup>305</sup>, כי אז ניתן לומר שבן-זוג היוצר חוב בגין נכס, המשותף מכוח הלכת השיתוף, עשוי באורח מקביל לחייב את בן-הזוג בחיוב ישיר כלפי הנושה בחוב שהתחייב בו בגין הנכס האמור. גם הליכה בעקבות דיני השותפויות עשויה להביא תוצאה דומה, שכן השותפים חבים יחד ולחוד<sup>306</sup>.

גם עקרון הסימטריה — חזקת האחריות לחובות במקביל לתחולת חזקת השיתוף — מחייב בהגיונו אחריות ישירה כלפי צדדים שלישיים. הרחבת חזקת השיתוף כלפי צדדים שלישיים, על-ידי הקניית זכויות קניניות לבן-הזוג, מחייבת הרחבת חזקת האחריות לחובות באופן מקביל גם כלפי צדדים שלישיים<sup>307</sup>.

מול טענות אלה מתיצבת שורה של טיעונים שכנגד. ראשית, צמצום הלכת השיתוף, במקרה של עסקה רצונית עם בן-הזוג הרשום כבעלים או המחזיק, במטרה

303. הלכת לוי, לעיל הערה 40, בע' 820 וכן בהלכת מסטוף שם.

304. שאלה זו ראה אצל D. Friedmann, *supra* note 56, at 121.

305. ראה לעיל הערה 186 והטקסט הסמוך לה.

306. סעיף 20(א) לפקודת השותפויות.

307. סעיף 54 לחוק החוזים (חלק כללי), הקובע כי "שניים שחייבים חיוב אחד חזקה שהם חייבים יחד ולחוד", אינו יכול לתמוך טענה של חיוב ישיר. השאלה היא קודם כל האם קיים "חיוב אחד" כלפי הצד השלישי ועל כך אין תשובה בסעיף 54. סעיף זה מסדיר את אופי החיוב ולא את מענו.

להגן על צדדים שלישיים<sup>308</sup>, מלמד על המגמה להגביל הלכה זו למסגרת היחסים הפנימיים שבין בני-הזוג ולא להרחיב את תחומה מעבר לכך. ההלכות הנוגעות להשפעת הלכת השיתוף על צדדים שלישיים מעידות כי השיתוף אינו פועל ישירות ביחסים בין בן-זוג לצד שלישי<sup>309</sup>. שנית, הרכבת דיני השליחות ודיני השותפויות על הלכת השיתוף אינה נקיה מספק. כפי שראינו כבר קודם לכן. שלישיית, בדרך כלל קובעים כללי הדין הרגילים את היריבות בין המתחייב לבין הצד השלישי. לא ניתן להטיל אחריות ישירה לתשלום החוב כולו או חלקו על צד אחר ללא הוראת חוק. בכללים אשר נקבעו על-ידי הפסיקה במסגרת מערכת יחסים שבין בני-זוג בהקשר לשותפות באחריות הנופקת מן השיתוף בזכויות אין למצוא עילה ומקור משפטי להרחבת אחריות זו מעבר למערכת דיני המשפחה ולהטלת אחריות ישירה כאמור. בן-הזוג, שעל-פי הטענה יהיה אחראי לחובות במלואן ובאופן ישיר, לא נשאל על רצונו להתחייב ישירות בחובות כאלה תמורת הזכות ליהנות מן השיתוף בנכסים. הוא גם איננו ער להיקף האחריות אותה נטל על עצמו בן-הזוג שעמו הוא חולק בדיעבד בחובות. רביעית, הרציונלה העומדת מאחורי הלכת השיתוף מעוגנת במערכת היחסים בין בני-הזוג בינם לבין עצמם ואין כל מקום להרחיבה מעבר לכך. זאת ועוד, בשיטות משפטיות מסוימות רשאי בן-הזוג, עם הגיע מועד פירוק השיתוף, לוותר על השיתוף ועל-ידי כך להיות פטור גם מאחריות לחובותיו. האם תחול הלכה זו גם אצלנו? תשובה שלילית לשאלה זו יחד עם הטלת אחריות ישירה ומלאה

308. ראה לעיל הערות 204-205 והטקסט הסמוך להן.

309. שם ובמיוחד ע"א 567/70, לעיל הערה 205. האם אין לטעון, על דרך ההיפוך, כי מחויבותו של בן-הזוג, הזכאי מכוח הלכת השיתוף, מכוח עסקה רצונית שבין בן-זוגו לצד השלישי, מלמדת דווקא על מגמה להכיר בהשפעת פעולותיו של בן-זוג אחד כלפי צדדים שלישיים על בן-זוגו? לא נראה לנו. ההכרה האמורה נעשתה בלי לחייב את בן-הזוג האחר באחריות כלשהי כלפי הצד השלישי ומטעמים של מדיניות, דהיינו: כדי למנוע פגיעה בזכויותיהם של צדדים שלישיים אשר סמכו על החזקה או על הרישום. בית המשפט נמנע מלסמוך למטרה זו על עקרון הסמכות הנחזית בסעיף 14 לפקודת השותפויות ויצר הלכה ייחודית לשם כך. דווקא הימנעות זו יכולה ללמד על המגמה שלא להסתמך בסוג זה של מקרים על דוקטרינות מדיני השותפויות. עלינו להימנע, איפוא, מהחלת סעיף 20 לפקודת השותפויות — הקובע חבות יחד ולחוד של השותפים, כלפי צדדים שלישיים, בענינים הנוגעים לעסקי השותפות — אף לא בדרך האנלוגיה. אין להסיק מהשפעת עסקה רצונית של בן-זוג אחד עם צדדים שלישיים על בן-הזוג האחר מסקנה כלשהי בדבר אחריות ישירה של בן-זוג אחד לחובותיו של האחר. במקרה הראשון רק תימנע פגיעה בזכויותיו של הצד השלישי ואילו במקרה השני תוענק לו זכות נוספת בכך שיהיה זכאי לגבות את מלוא החוב ישירות מבן-הזוג שלא התחייב כלל, ללא מקור חוקי כלשהו. אלה הן שתי סיטואציות שונות ולא ניתן לערוך היקשים ביניהן. יש לבחון את התוצאה המשפטית המושגת בעקבות הלכה מסוימת ואת המטרה שלשמה נועדה כדי שניתן יהיה להסיק ממנה את המסקנות הנכונות לכיוון התפתחות הדין. בהקשר שלנו חותרת ההלכה, על-פיה עסקה רצונית בין בן-הזוג הרשום או המחזיק תחייב גם את בן-הזוג האחר, דווקא לצמצום השפעת הלכת השיתוף על צדדים שלישיים. אם נחתור להגשמת מטרה זו גם בהקשרים אחרים ונמשיך את הגיונה של ההלכה נגיע למסקנה לפיה אין לחייב בן-זוג אחד באחריות ישירה כלפי צד שלישי בגין פעולה של בן-זוג אחר שנעשתה ללא ידיעתו וללא הסכמתו. מסקנה זו עולה בקנה אחד עם הגבלת הלכת השיתוף למערכת היחסים הפנימיים בין בני-הזוג.

לחובות בן־הזוג עלולה לגרור אחריה אי־צדק ופגיעה משמעותית בזכויותיו של האחר.<sup>310</sup>

הפסיקה אינה מספקת תשובות מפורשות לשאלות שהוצגו, אולם נוכל, אולי, למצוא להן רמזים כלשהם. מאופן עריכת החשבון בין בני־הזוג בעת פירוק הקשר, כפי שהוא נקבע בהלכות דוד<sup>311</sup> ומסטוף<sup>312</sup> משתמע כי עקרון האחריות לחובות נקבע לצורך עריכת החישוב בין בני־הזוג והוא מוגבל למטרה זו של התחשבות בינם לבין עצמם. אין אחריות אישית, ישירה, יחד ולחוד, של בן־הזוג האחד לחובות האחר, כלפי הצד השלישי, הנושה, התלויה ועומדת כל העת. קביעת האחריות לחובות היא אך דרך של חישוב עודף האקטיב על הפאסיב לצורך מימושה של הלכת השיתוף בנכסים. מעבר לכך לא הרחיק בית המשפט לכת<sup>313</sup>.

יתר־על־כן, כפי שנראה בהמשך, נערכת ההתחשבות בין בני־הזוג עצמם רק עם פירוק השיתוף ביניהם, החייב להיעשות כמכלול אחד שלם. בשום מקרה לא ניתן, איפוא, לדבר על הטלת חובה ישירה כלפי צד שלישי כלשהו לפני שנקבעו זכויותיהם וחבויותיהם של הצדדים בינם לבין עצמם, דהיינו: לפני פירוק השיתוף ביניהם שרק במסגרתו יתברר אם קיימת חובה מצד בן־זוג כלשהו ומהו היקפה.

ניתן, איפוא, לענות בשלילה על שאלת אחריותו הישירה של בן־זוג אחד לחובותיו של האחר, כלפי צדדים שלישיים, שנעשו בקשר לרכישת נכס הנכלל בשיתוף. מסקנה זו מבוססת הן על סמך שיקולים עקרוניים והן על בסיס רמזים הנלמדים מן הפסיקה.

## ג. היקף האחריות לחובות

האם האחריות לחובות פועלת גם כאשר ערך הנכסים של בן־הזוג אין בו כדי לכסות את כלל החובות המוגדרים כחובות משותפים, רוצה לאמר: האם האחריות

310. א' פרוקציה (לעיל הערה 56, בע' 293) מעדיף לקבוע שותפות פאסיבית בחובות. האחריות לחובות היא רק במישור היחסים הפנימיים בין בני־זוג. החשבון בין בני־הזוג נעשה בעת פירוק הקשר על־ידי חישוב עודף האקטיב על הפאסיב. עם זאת, במקרה של פשיטת רגל רשאי, לדעתו, הנאמן, העומד בנעליו של בן־הזוג, לתבוע את זכותו של בן־הזוג פושט הרגל להשתתפות בחובות המוגדרים כמשותפים. הכותב אינו מתיחס לשאלה אם רשאי יהיה בן־הזוג לוותר על השיתוף ויפטר על־ידי כך גם מן האחריות לחובות.

311. לעיל הערה 79.

312. לעיל הערה 65.

313. על אחת משאלות אלה בלא תשובה בצידה ראה הלכת דוד, הערה 79, בע' 460. מע"א 409/79 טירר נ' רג'ואן, פ"ד לה (1) 458, בע' 461 ג, עשוי להשתמע כאילו במקרים מסוימים עשויה חזקת השיתוף להחייב ישירות את בן־הזוג כלפי הצד השלישי. בהערת אגב אומר בית המשפט כי אילו היתה היססה לחול'ל, של האשה ובעלה, למטרתם המשותפת היה מקום לקביעה כי המערערות חבה בגין הכרטיס שנרכש עבורה על־ידי בעלה מכוח חזקת השיתוף העולה מחיי הנישואין. בנסיבות כאלה היתה, לדעת בית־המשפט, חזקת השיתוף פועלת לחובת המערערות. מן הראוי לציין, כי המדובר בהערת־אגב בלתי מנומקת גרידא וכי ספק אם בית המשפט התכוון לחבות ישירה כלפי הצד השלישי. לפיכך עדיף לפרש הערת אגב זו כמתיחסת למערכת היחסים הפנימיים בין בני־הזוג (בינם לבין עצמם) ולא להשלכותיה של חזקת השיתוף על חיובו של בן־הזוג ישירות כלפי הצד השלישי.

לחובות פועלת גם בפאסיב ולא רק באקטיב? כבר במבט ראשון נראית לנו כבעיית האפשרות ליחס לבני-הזוג כוונה להיות שותפים בחובות בפאסיב בלבד. לשם יצירת אחריות כזו נדרשת, לכאורה, הוראת דין ולא ניתן להסתפק בהרחבה נוספת של ייחוס הכוונה. למען האמת, על בסיס עקרון הסימטריה לא תיתכן יצירת אחריות לחוב כלשהו לעצמו בלי שתתלווה אליו רכישה של נכס ההופך להיות משותף מכוח הלכת השיתוף. חזקת השיתוף בחובות אינה קובעת אחריות נפרדת בחובות, אף כי נטל ההוכחה מוטל על בני-הזוג הטוען להוצאת חוב מגדר האחריות המשותפת. רוצה לאמר: האחריות נלווית בדרך כלל לנכס מסויים שאליו מצטרפת החבות (וזאת בתנאי שהאחריות לחובות משק הבית אינה נחשבת כאחריות משותפת). נקודה זו מקהה במידת מה את חודה של בעית האחריות לפאסיב, שהרי בתיאוריה לכל חוב צמוד נכס משותף. אולם ייתכנו סיטואציות בהן הנכס אבד, הושמד או ערכו ירד ואילו החובות גדלו עקב תנאי הריבית והפרשי ההצמדה. ייתכנו גם מקרים בהם ההוצאות נוגעות לשיפור נכס או להשבתו, כשההוצאה נעשית מטעמי נוחיות ולרווחת החיים ואינה מביאה בעקבותיה עליה מתאימה בערך הנכסים. במקרים כאלה תחזור הבעיה ותתיצב בכל חומרתה.

לשם השלמת התמונה יש לקחת בחשבון גם שיקולים של מדיניות משפטית. אחריות לפאסיב מטיבה לאו דווקא עם בני-הזוג אלא עם הנושים. הלכת השיתוף בנכסים נועדה להטיב עם בני-הזוג בלבד ולקדם מטרות בדיני המשפחה. במסגרת זו של דיני המשפחה די יהיה אם האחריות תצומצם למסגרת האקטיב בלבד ולא תורחב גם על הפאסיב. רק אינטרס הנושים הוא שהאחריות תשתרע גם במקרים כאלה. מאידך גיסא, לא יהיה מופרך גם טיעון נגדי, שמהלך המחשבה שלו הוא כדלקמן: הלכת השיתוף בנכסים מטיבה עם שני בני-הזוג כאחד. בגדר החובות המשותפים נכללים מלכתחילה רק כאלה שאינם נעשים תוך הפרת נאמנות ואינם בגדר חובות אישיים בלבד. ממילא מחייבת שורת הצדק כי בני-הזוג לא יסתלק מן האחריות כאשר המאזן הוא שלילי הגם שמטרתו של ההסדר היתה חיובית. לא ניתן לנתק בין הנושים לבין בני-הזוג במקרה אשר כזה. על-פי מהלך זה של מחשבה איננו מעניקים לנושה זכות עודפת כלשהי אלא מגינים על זכויותיו לגבי עסקאות ברכושם המשותף של שני בני-הזוג. בית המשפט העליון כבר אישר, במדיניותו ובהכרעותיו, שהוא יגן על אינטרסים של צדדים שלישיים, בסיטואציה של רכוש משותף בין בני-זוג, במיוחד כאשר חבותו של בני-הזוג האחר לא תעלה בשום צורה על מחצית הפרש הפאסיב.

כבר אמרנו קודם לכן כי מן הפסיקה לא ניתן להסיק כלל מרחיק לכת המטיל אחריות על בני-זוג אחד להפסדיו של האחר, אלא אולי אף להיפך. חזקת האחריות לחובות היא דרך של חישוב לקביעת היקף זכותו של בני-הזוג על-פי הלכת השיתוף. הלכת השיתוף לא נועדה לכונן שותפות מסחרית בין בני-הזוג. קביעת אחריות בפאסיב תרחיק את היצירה השיפוטית, אשר נועדה להיטיב עם בני-הזוג "החלש" יותר במסגרת המשפחה, הרבה מעבר לתחומיה הלגיטימיים. עוד בראשית דרכה של הלכת האחריות לחובות, בענין לוי, ניסח בית המשפט את עמדתו באופן ממנו משתמע כי אחריותו של בני-הזוג — הזכאי מכוח הלכת השיתוף — לחובות השיתוף מוגבלת לחלקו בנכס<sup>314</sup>. למסקנה

314. לעיל הערה 40, בע' 820: "עדיין נותרה השאלה הגדולה: באיזו מידה חייב חלקה של האשה בנכסי המשפחה לשאת בעול החובות שעשה הבעל פושט הרגל?... בני-הזוג השני, שהוא שותף

דומה ניתן להגיע גם בהסתמך על פרשת מסטוף<sup>315</sup>. שם היה העזבון הנתבע בפשיטת רגל. אשת המנוח תבעה זכויות על נכס מסויים בעזבון בעלה מכוח הלכת השיתוף. בית המשפט קבע כי שיתוף כללי בנכסים בין בני־זוג אינו מתיר הוצאתו של נכס אחד מכלל השיתוף, שכן חייבת להיות התייחסות כוללת אל הזכויות מול החבויות. כאשר מציין בית המשפט את אחריות האשה למחצית החובות הוא מטעים כי "יש לפרעם מתוכו" (מתוך הרכוש עצמו — א.ר.צ.)<sup>316</sup>. הא משמע, כי אחריות בן־הזוג מוגבלת לנכסי השיתוף בלבד.

גם במקרה של שותפות מוגבלת לנכסים מסויימים עשוי לעלות הפאסיב על האקטיב. במקרה כזה מתבטא השופט ברנזון כי "יש לפרוע אותם (את החובות — א.ר.צ.) מתוך אותו רכוש לפני שאחד מבני־הזוג יוכל לזכות בחלקו בהם או באחד מהם"<sup>317</sup> (ההדגשה שלנו — א.ר.צ.). מדברים אלה משתמע כי במקרה כזה מוגבלת האחריות של בן־הזוג האחר לפרעון מתוך הנכס ולערך הנכס בלבד. דרך אחרת המביאה לאותה תוצאה היא מתן זכות ויתור לבן־זוג על השיתוף. ויתור כזה מחזיר את בני־הזוג למשטר של הפרדת רכוש<sup>318</sup>. בשום מקרה לא תעלה אחריותו של בן־הזוג על מחצית הפרש הפאסיב בלבד. הטעם לכך הוא כי האחריות משתרעת רק על מישור היחסים הפנימיים שבין בני־הזוג, במסגרת ההתחשבנות ביניהם על רקע שיתוף כללי של זכויות וחבויות, ואין היא פועלת במישור היחסים החיצוניים, דהיינו: ישירות בין בן־הזוג האחר לצדדים השלישיים<sup>319</sup>.

## 2. ניהול השיתוף והשליטה בו

### 2א. הזכאי לניהול וחבויותיו

על אספקט אחד של דרך הניהול, דהיינו: השפעת הלכת השיתוף על צדדים שלישיים, הרחבנו את הדיבור במקום אחר. נוכחנו לדעת כי כלפי צדדים שלישיים הבעלות הרשומה או החזקה היא הקובעת<sup>320</sup>. גם אספקט אחר, הנוגע לשאלת האחריות

בנכסי המשפחה, בעסקיה ובענייניה, אינו יכול לפטור את חלקו בהם מבלי לשאת בעולו של חוב כזה... האם יחויב חלקה של האשה החוקית בנכסי המשפחה להשתתף בפרעון החובות הללו?" (ההדגשות שלנו — א.ר.צ.)

315. לעיל הערה 65.

316. שם בע' 574. לא נראה לי כי ניתן להגביל אמרת אגב זו (שהרי האשה לא נתבעה על־ידי מנהל העזבון לתשלום חלקה במחצית הפאסיב אלא תבעה היא עצמה זכויות בנכס) בהקשר לחובות עזבון דווקא שאין היוורשים אחראים להם אלא בנכסי העזבון (סעיף 126 לחוק הירושה, תשכ"ה—1965). מן הראוי לזכור כי תביעת האשה נועדה להוציא זכות בנכס מסויים מכלל העזבון בטענה שהיא מהווה חלק מנכסיה ולא נכס עזבון. במסגרת זאת נדונה הלכת השיתוף ועל רקע זה אמר בית המשפט מה שאמר.

317. הלכת מסטוף, לעיל הערה 65, בע' 571.

318. הלכת כבשני, לעיל הערה 108.

319. תביעת חוב שיש לבן־זוג אחד כלפי משנהו, בעקבות הלכה זו (אם אכן היא קיימת) תוכל להיתבע גם על־ידי מי שעומד בנעליו של בן־הזוג, כמו, למשל, עזבונו או נאמנו בפשיטת רגל.

320. ראה לעיל סעיף (בב)(2).

לחובות, כבר נזכר. נותרה עוד לדין בעית זכותו של בן-הזוג להשתתף בדרכי ניהול העסקים והשימוש בנכסים במהלך הנישואין. כאשר הבעלות שבדין רשומה על שם שני בני-הזוג הפעיל בית המשפט העליון את דיני הבעלות המשותפת לצורך הכרעה בשאלות הנוגעות לניהול הנכס ולשימוש בו.<sup>321</sup> השאלה מתמקדת, איפוא, במקרים בהם זכותו של בן-הזוג לשיתוף נובעת מהלכת השיתוף עצמה ואין הוא הבעלים שבדין או המחזיק. אם נישם אחד מן המקורות המשפטיים הרלבנטיים להלכת השיתוף, הבעלות המשותפת או השותפות, נעניק את זכות הניהול והשליטה במקרים האמורים לשני בני-הזוג ביחד או ביחד ולחוד. אולם כבר ראינו כי השימוש בשני המקורות בהקשר להלכת השיתוף איננו עקבי וכי אופן יישומם תלוי בייחוס כוונה לבני-הזוג לאור המדיניות המשפטית הראויה. עמדתו של א' רייכמן, הדוגלת בנייתו בין בעלות וניהול מזה לבין חלוקת רכוש מזה,<sup>322</sup> נראית לנו סבירה ומתקבלת על הדעת. ההסדר המוצע על-ידינו במסגרת זאת הוא ניהול נפרד, חלקי, על בסיס עקרון השוויון בין בני-הזוג. על-פי הסדר זה רשאי כל אחד מבני-הזוג לנהל רק חלק מסויים של הרכוש המשותף, הרשום על שמו או המוחזק על-ידו, הנחשב לצורך הניהול כרכושו הנפרד. הצעה זו תואמת את האינטרס של הבטחת המשפחה והבטחת זכויות בני-הזוג, מחד גיסא, ואת ההגנה על עצמאות כל אחד מבני-הזוג בניהול עניניו והשמירה על היעילות העסקית ומניעת קפאון מסחרי, מאידך גיסא. ההצעה עולה בקנה אחד עם השאיפה לאזן בין המגמות הנוגדות, של השיתוף מזה ושל הפרדה מזה, במסגרת הסדר יחסי הממון בין בני-הזוג.<sup>323</sup> גם נקודת מבט השוואתית תלמד כי ההצעה הולכת בתלם הפתרונות הרווחים בשיטות משפטיות שונות<sup>324</sup> ובעקבות ההסדר הקבוע בחוק יחסי ממון בין בני-הזוג, תשל"ג-1973.<sup>325</sup> יתרון נוסף הגלום בהצעה הוא מידה רבה יותר של תיאום בין הלכת השיתוף לבין הוראות אחרות של הדין האזרחי. יש בהסדר המוצע מינימום של סטיות מהוראות הדין הרגילות. זכות הניהול של בן-הזוג הרשום כבעלים או המחזיק כפופה לחובתו לנהוג בנאמנות, בתום לב ובדרך מקובלת כלפי בן-הזוג האחר הזכאי מכוח הלכת השיתוף. הבסיס המשפטי להסדרים אלה יימצא במסגרת ההסכם מכללא על שיתוף נכסים בין בני-הזוג והפעלת הוראות חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973.<sup>326</sup> מקור משפטי אפשרי אחר הוא חוק הנאמנות, תשל"ט-1979. בן-הזוג הרשום כבעלים שבדין או המחזיק משמש כנאמנו של בן-הזוג האחר לשם ניהול הנכס והוא כפוף לסמכויות ולחובות הקבועות בחוק.<sup>327</sup>

321. ראה הלכת ספיר, לעיל הערה 72; כן ראה ע"א 304/72 ביאלר נ' ביאלר, פ"ד כז (1) 533. ראה א' רייכמן. לעיל הערה 56, בע' 313. על פירוק השיתוף במקרה כזה ראה להלן סעיף (3) בטקסט סמוך להערת שוליים 336.

322. א' רייכמן, לעיל הערה 56, בע' 322 וכן בע' 313-316.

323. ראה שער ראשון, חלק ראשון, פרק שני, סעיף (ב).

324. ראה שער ראשון, חלק חמישי, פרק שלישי, סעיף (א).

325. סעיף 4 לחוק.

326. כך, למשל, סעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי).

327. ראה, למשל, סעיפים 10, 12, 13 ו-15 לחוק הנאמנות.



הבעיה הנדונה על-ידינו לא הוכרעה במפורש בפסיקה. בהלכת זאבי<sup>328</sup> הביע השופט קיסטר את הדעה כי מן הראוי להעניק יתרון מסויים לבעל בהנהלה השוטפת<sup>329</sup>. יש להגביל דעה זו לעובדות אותו מקרה, שם היה הבעל גם הבעלים שבדין של הנכס. פרשנות אחרת, המעניקה יתרון קבוע לבעל, אינה מתישבת עם חוק שיווי זכויות האשה, תשי"א-1951, ועם מגמת השוויון העומדת מאחורי הלכת השיתוף.

## 2. חובת גילוי ומתן חשבונות

לפי כל אחד מן המקורות העיוניים המעורבים בהסדר הכללים השונים של הלכת השיתוף מוטלת על בני-הזוג חובת גילוי הדדית על הנכסים והזכויות שבבעלותם<sup>330</sup>. חובה זו היא לעיתים אמצעי חיוני לשם בירור עצם זכותו של כל אחד מבני-הזוג והיקפה. הפסיקה הכירה בחובה כזו<sup>331</sup> וכן בחובה הנגזרת ממנה למתן חשבונות<sup>332</sup>.

## 3. פירוק השיתוף

הקירבה בין הלכת השיתוף לשותפות בלתי רשומה, אשר נוצרה במהלך הכללים שפותחו על-ידי בית המשפט העליון, מקבלת מימד משמעותי בהוראות הנוגעות לפירוק השיתוף. יש הבדלים ניכרים בין פירוק השיתוף בבעלות משותפת לבין פירוק שותפות הן כאשר לזכות לדרוש את הפירוק, עיתויה ועילותיה והן כאשר לדרך הפירוק ואופניה<sup>333</sup>. סיווג הזכות הנובעת מהלכת השיתוף כזכות קניינית היוצרת בעלות משותפת בנכסים היתה מחייבת באורח טבעי והגיוני החלת דיני השיתוף במקרקעין ובמיטלטלין,

328. לעיל הערה 34.
329. שם, בע' 451, 452. אולם ראה ה"פ (ת"א) 742/78 לוי נ' לוי, פ"מ תשל"ח 2, 60, 63. לדעת השופט ח' אבנור אין בזכות הנובעת מהלכת השיתוף כדי לפגוע בזכותו העצמאית של כל בן-זוג לנהל את עסקיו. גם מדעתו של הנשיא מ. לנדוי בע"א 605/79, 562 שצקי נ' סיד, פ"ד לה (4) 402, משתמעת זכותו של בן-הזוג בעל הנכס לנהל את הנכסים והעסקים, לפי הבנתו, על בסיס ההנחה שבן-הזוג האחר נתן לו יד חופשית בניהול עסקיו.
330. שותפות, על-פי סעיף 29 לפקודת השותפויות (נוסח חדש), תשל"ה-1975.
- בעלות משותפת, ראה סעיף 31(ב) לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969. מן הראוי לציין כי גם בהקשר לזכות שיתוף כזו יזכה כל שותף בתיביעה למתן חשבונות, ראה ע"א 138/58 פרגמן נ' בויס, פ"ד יג 701; ע"א 87/49 לוי נ' לוי, פ"ד ה 921. נאמנות, על-פי סעיף 7 לחוק הנאמנות.
331. הלכת דרור, לעיל הערה 92, בע' 833.
332. ע"א 198/73 שרגאי נ' שרגאי, פ"ד כט (1) 159. אולם ראה בענין לוי נ' לוי, לעיל הערה 329, בו דחה בית המשפט המחוזי תביעת אשה למתן חשבונות בעסק של בעלה. נראה לנו כי אין סתירה בין הלכת שרגאי לפסיקתו של בית המשפט המחוזי. בענין שרגאי נדון פירוק הקשר בין הצדדים ותביעת החשבונות נועדה להבטיח את מימוש הזכויות של בני-הזוג. לעומת זאת בענין לוי נ' לוי הוגשה התביעה במהלך הנישואין ובמטרה להתערב בניהול עסקו של אחד מבני-הזוג על-ידי משנהו. לכך לא היה בית המשפט מוכן לתת את ידו. והואיל ותביעת חשבונות הולכת אחר הזכות העיקרית נראית לנו גישתו של בית המשפט המחוזי, כאשר לדעתנו אין לאחד זכות להשתתף בניהול עסקיו של האחר.
333. על ההבדל בין שותפות לבעלות משותפת ראה אצל Lindley, *On Partnership* (13th ed., London, 1971) 70-71.

על כל המשתמע מהם, לגבי ניהול הנכסים ואופן פירוק השיתוף<sup>334</sup>. אולם בכללים אחרים של הלכת השיתוף עדים אנו לקוצר ידן של ההלכות החדשות הנקבעות על-ידי בית המשפט ללא בסיס משפטי עקבי ולהיעדר ההתאמה בין הדינים הרגילים לבין דיני המשפחה. גם בכל הנוגע לפירוק השיתוף הנוצר בעקבות הלכת השיתוף ניכרת סטייה בולטת מדיני הקנין הרגילים החלים על פירוק שיתוף בדרך כלל. לענין פירוק השיתוף בנכסים המשותפים של בני-זוג מתקיימים, לדעתנו, שני סוגי פירוק באורח סימולטני, שהחלתם משתנה בהתאם למקור הזכות, לטיבה ולאופי השיתוף. על נכסים המוחזקים על-ידי בני-זוג כבעלות המשותפת מכוח הוראות הדין הכללי הוחלו הוראות הדין הרגיל (דיני הקנין) על דרך ניהול השיתוף<sup>335</sup>. באופן עקבי והגיוני יהיה זה הדין אשר יחול, כנראה, גם על פירוק שיתוף מסוג זה<sup>336</sup>. אולם במקרים בהם מקור השיתוף בנכסי בני-זוג הוא בהלכת השיתוף נזקק בית המשפט לבסיס משפטי אחר ולכללים מיוחדים, תוך אנלוגיה לדיני פירוק שותפויות<sup>337</sup>. פירוק שיתוף בנכס ספציפי, הנוצר בחיקם של דיני הקנין הרגילים, הוא בלתי תלוי במערכת כוללת של יחסים בין בני-זוג, הוא עומד בפני עצמו. לא כן פירוק שיתוף כולל הנובע מהלכת השיתוף. דרך הפירוק כאן היא מוגבלת בהיותה פועל יוצא מחזקת האחריות המשותפת לחובות הנלוות לחזקת השיתוף. לפיכך, הפירוק ייעשה כמכלול שלם, לא בשלבים, דהיינו: בלי שניתן יהיה לדרוש פירוק שיתוף נפרד בנכס אחד בלבד<sup>338</sup>. למטרה זו לא יצלחו, אפוא, דיני הקנין הרגילים. במסגרת פירוק שיתוף כזה תיערך בראש ובראשונה התחשבות כוללת, אשר בעקבותיה ינוכו החובות מן הזכויות, ורק בסופו של ההליך יחולק העודף בין בני-זוג<sup>339</sup>.

לשותף רגיל בנכסים זכות מוחלטת לתבוע את פירוק השיתוף בכל עת ומכל טעם שהוא.<sup>340</sup> לעומת זאת, אין הפסיקה דנה בשאלה מהו השלב בו רשאי בן-זוג לתבוע פירוק שיתוף הנוצר מכוח הלכת השיתוף ועל אילו עילות עליו להשתית תביעה כזו. בשיטות משפטיות בהן מוכר משטר רכושי סטטוטורי בין בני-זוג יש עמדות שונות בכל

334. י' א' רוזנצויג "שיתוף קניני בנכסים בין בעל ואשתו" משפטים א (תשכ"ח) 185, 186; L. Doukhan-Landau, *supra* note 286, at 507.

335. ראה הלכת ספיר, לעיל הערה 72, בע' 158, 162.

336. ואכן בתי המשפט נוהגים לפרק שיתוף בדירת מגורים של בני-זוג הרשומים כבעלים משותפים בהתאם להוראות פירוק השיתוף בחוק המקרקעין. ראה ע"א 40/74 בן אשר נ' בן אשר, פ"ד כח (1) 671; המ' 421/76 בר יואב נ' בר יואב, פ"ד לא (1) 263; ע"א 288/71 מרדכי נ' מרדכי, פ"ד כו (1) 393. על סוגיה זו ראה שער שלישי, חלק שני, פרק ראשון, סעיף (ב).

337. ראה הלכת דוד, לעיל הערה 79, בע' 459-461; הלכת דרור, לעיל הערה 92, בע' 833; הלכת מסטוף, לעיל הערה 65.

338. ש.ם.

339. ש.ם.

340. סעיף 37(א) לחוק המקרקעין; ע"א 47/78 חלקה 3 בגוש 6541 נ' בן אפרים, פ"ד לב (3) 723, 727; ע"א 319/74 רובינשטיין ושות' חברה קבלנית בע"מ נ' פיין, פ"ד ל (1) 454, 457. ראה גם י' ויסמן, לעיל הערה 259, בע' 50. על מיטלטלין יחול דין דומה, ראה סעיף 10(א) לחוק המיטלטלין, תשל"א-1971.

הנוגע למועד הפירוק ולעילותו<sup>341</sup>. חוק יחסי ממון בין בני־זוג, תשל"ג-1973, קובע מועד פירוק מוגבל לשעת פקיעת הנישואין בלבד. נראה לנו כי כיוון שפירוק השיתוף בפועל מסור בלעדית לצדדים עצמם, בהיותו קשור באורח חייהם המשותפים וביצירת קרע ביניהם<sup>342</sup>, אין להגביל את זכותו של כל בן־זוג לתבוע את הפירוק הכולל לזמן כלשהו או לעילות מסויימות, בניגוד לדיני השותפויות המחייבים עילות פירוק מסויימות ומוגדרות (סעיף־45 לפקודת השותפויות)<sup>343</sup>. בהסדר סוגייה זו מעדיפים אנו דווקא את הוראות דיני הקנין הרגילים. גישה אחרת מעדיפה להגביל את זכותו של כל אחד מבני־זוג לדרוש פירוק השיתוף למקרים של גירושין או פירוד<sup>344</sup>; בהתאם לכך לא יהיה בין זוג זכאי לתבוע את פירוק השיתוף במהלך יחסי נישואין תקינים<sup>345</sup>. גישה זו מיחסת לבני־הזוג כוונה שלא לתבוע את פירוק השיתוף כל עוד שרויים הם בביתם בהרמוניה. עמדה כזו אינה נראית לנו. ראשית, עצם הגשת בקשה לפירוק השיתוף מעידה היא עצמה על קרע כלשהו ביחסי בני־הזוג. שנית, במקרה של חילוקי דעות בין בני־הזוג רצוי לא לקבוע הסדר אשר ידחוף אותם לצעד קיצוני של פירוד כדי לממש את הזכות הנובעת מהלכת השיתוף. שלישית, במקרה של מחלוקת בדבר אופן ניהול הרכוש, שאינה עולה כדי פירוד, או כאשר אחד מבני־הזוג מבקש להשתית את מערכת יחסי הממון על בסיס אחר, יש לאפשר לכל אחד מבני־הזוג להמיר את השיתוף בהפרדה בלי לאלצם לנקוט צעדים דרסטיים. נראה לנו כי שקולים אלה, הלוקחים בחשבון את מערכת היחסים המיוחדת ואת אורחות חיי המשפחה, מונעים סטיות נוספות של הלכת השיתוף מהוראות הדין הכללי.

עם זאת יש לסייג את הזכות לתבוע פירוק השיתוף בכל עת ומכל טעם שהוא בשני חריגים. החריג הראשון ענינו ההגבלות על תביעה כזו הנובעות מן השימוש האפשרי בחוק להסדר התדיינות בין בני־זוג, תשכ"ט-1969<sup>346</sup>. החריג השני נועד למנוע גרימת נזק מבן־הזוג הנתבע. את זכות התביעה לפירוק השיתוף יש לממש בתום לב ובדרך מקובלת<sup>347</sup>. שימוש לרעה בזכות זו, ניצולה למטרות איום או כאמצעי סחיטה, ואפילו המתנה לעיתוי נוח לפירוק מבחינת התובע תוך גרימת נזק בלתי סביר לנתבע אסורים.

341. ראה לעיל שער ראשון, חלק חמישי, פרק שלישי, סעיף (ג)(בב).
342. הלכת דוד, לעיל הערה 79, בע' 464. סיטואציה כזו אינה מפרקת את השיתוף מיניה וביה, אלא יוצרת בעלות נפרדת מכאן ולהבא. הרכוש עליו חלה הלכת השיתוף ממשיך להיות משותף. כל הכנסה והוצאה בקשר עמו גם היא משותפת. כדי לפרק את השיתוף יש לנקוט צעד נוסף של חלוקה.
343. סעיף 45 לפקודת השותפויות. לדעה דומה ראה בענין לוי נ' לוי, לעיל הערה 329, בע' 63.
344. השיתוף בא לידי סיום כמובן, עם פטירתו של אחד מבני־הזוג.
345. לעמדה כזו ראה א' רייכמן, לעיל הערה 56, בע' 320; כן ראה אצל G. Tedeschi "Balancing of Resources and Co-ownership Between Spouses" 15 *Isr. L.R.* (1980) 436, 442.
346. חריג זה כוחו יפה בכל מקרה של תביעות בין בני־זוג. הוא יהיה רלבנטי גם למקרה בו נתבע הפירוק על־פי דיני הקנין הרגילים.
347. סעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי). הוראת הסעיף תחול או בהיות הלכת השיתוף הסכם מכלל או עקב החלת הוראות סעיף 61(ב) לחוק.

#### 4. השפעת אשמתו של בן־זוג על זכויותיו מכוח הלכת השיתוף

התנהגות הצדדים במהלך הנישואין היא נסיבה המשפיעה על תחולת חזקת השיתוף, על סתירתה או על סיום השיתוף. האם התנהגות הצדדים, דהיינו: "אשמתו" של אחד מהם בפירוק הקשר, משפיעה על הזכות הנובעת מהלכת השיתוף? בדין העברי יש זיקה בין אשמה לזכויות רכושיות וממוניות<sup>348</sup>, אולם הלכת השיתוף היא פרי יצירת הדין החילוני. הולך וגדל מספרן של השיטות המשפטיות הזונחות כליל את רעיון האשמה במסגרת היחסים בין בני־הזוג<sup>349</sup>. גם לפי כל אחד מן המקורות המשפטיים המשמשים בסיס ליצירת הלכת השיתוף או כלל מסויים מכלליה אין מקום להשפעת אשמה על הזכויות אשר נרכשו על־ידי בן־הזוג מכוח הלכת זו. בשני מקרים דחו שופטי בית המשפט העליון את האפשרות להיזקק לאשמת אחד מבני־הזוג כשיקול לגבי אופן חלוקת הנכסים ביניהם<sup>350</sup>.

#### ה. הלכת השיתוף לאור חוק יחסי ממון בין בני־זוג

אא. תחולת הלכת השיתוף על בני־זוג שנישאו לאחר כניסת חוק יחסי ממון לתוקפו

באיזו מידה תחול הלכת השיתוף גם על בני־זוג אשר נישאו לאחר כניסת חוק יחסי ממון בין בני־זוג לתוקפו? האם יכול הסדר איוון המשאבים, הקבוע בחוק, לדור בכפיפה אחת עם הלכת השיתוף ובמקביל לה? לשאלות מרכזיות אלה השפעה מכרעת לא רק על הדינים אשר יוחלו על בני־זוג כאלה במהלך הנישואין, אלא גם על הסדר יחסי הממון שביניהם עם פקיעת הנישואין.

במבט ראשון יכולים היינו לומר כי הלכת השיתוף אינה סותרת את הסדר איוון המשאבים ושניהם ישכנו להם האחד במחיצת השני. הלכת השיתוף, כפי שהפסיקה מעידה עליה, הנה חלק מדיני החוזים והקניין והיא נשענת על העקרונות הכלליים של מתן נפקות לכוונת הצדדים; ואילו ההסדר שבחוק הוא אובליגטורי, מעוגן במסגרת דיני המשפחה, ושומר על תוקפם של דיני החוזים והקנינים גם ביחסים בין בני־הזוג. על יסוד עמדה בסיסית זו מגיעים מספר מלומדים<sup>351</sup> למסקנה כי הלכת השיתוף משלימה את הסדר איוון המשאבים ושני אלה חלים במקביל ובעת ובעונה אחת.

348. שער שלישי, חלק ראשון, פרק ראשון, סעיף (ב).

349. שער ראשון, חלק שני, פרק שלישי.

350. ראה הלכת אפטה, לעיל הערה 31, בע' 569; כן ראה הלכת דרוור, לעיל הערה 92, בע' 832. השופט לנדוי השאיר שאלה זו בצריך עיון (שם בע' 834).

351. א' פרוקצ'יה, לעיל הערה 56, בע' 298-301; פ' שיפמן "יחסי ממון בין בני־זוג" קובץ הרצאות בימי העיון לשופטים תשל"ה (ש' שטרית, עורך, ירושלים, תשל"ו) 126; P. Shifman "Property"; 98 (1976) 11 *Isr. L.R.* "Relations Between Spouses"; ג' טדסקי "איוון המשאבים בין בני־הזוג" הפרקליט ל (תשל"ו) 76, 100. ברשימה מאוחרת יותר שינה טדסקי את עמדתו והצטרף לעמדה הנוגדת, ראה G. Tedeschi, *supra* note 345, at 439-440. גישה אחרת סותרת באה לידי ביטוי אצל אחרים, ראה: א' ידן, הפרקליט כו, לעיל הערה 56, בע' 474; י' ויסמן, לעיל הערה 95, בע' 4; ז' פלק, לעיל הערה 56, בע' 842; א' רוזן־צבי, לעיל הערה 56, בע' 312; D. Friedmann, *supra* note 56, at 124, 142.

מסקנה זו אינה נראית לנו. בראש ובראשונה חולקים אנו על העמדה הבסיסית האמורה. כבר עמדנו על כך כי הלכת השיתוף יוצרת משטר רכושי כולל בין בני-הזוג. סממניו של הסדר רכושי זה ופרטיו לא נקבעו מראש ובשיטתיות על-ידי המחוקק אלא נוצרו והתפתחו באמצעות הפסיקה. חלק ניכר מתכניו של ההסדר הרכושי מצפים עדיין לעיצובם על-ידי הפסיקה, אשר מפתחת אותם כל אימת שנסיבות חדשות מגיעות להכרעה שיפוטית. בהבדל מיצירת בעלות משותפת בנכסים בין זרים נקבעה בפסיקה דרך מיוחדת של ייחוס כוונה לבני-זוג על-ידי בית המשפט וביסוס יצירת זכויות קניניות על יסוד כוונתם המשוערת, כפי שבית המשפט מוצא אותה מכוח הנחות שהוא מניח לגבי חיים משותפים בין בני-זוג בכלל<sup>352</sup>. הכוונה המיוחסת או המשוערת, להבדיל ממסקנה עובדתית גרידא מנסיבות עובדתיות שונות חדשות לבקרים, יש בה, כפי שאמרנו, משום יצירת דין חדש של משטר רכושי בין בני-זוג. הראיה לכך היא, כי הן לצורך ניהולו של רכוש כזה<sup>353</sup>, הן לצורך פירוק השיתוף<sup>354</sup> והן לצורך קביעת האחריות לחובות<sup>355</sup> וכיו"ב פיתח בית המשפט מערכת מיוחדת ונפרדת של דינים, המיחדת את הלכת השיתוף מדיני הקניין החלים על בעלות משותפת. נכון, אמנם, כי עצם מעמד הנישואין לא יספיק ליצירת משטר רכושי זה, אך הפסיקה איננה דורשת הרבה יותר מזה כדי שניתן יהיה להחיל את חזקת השיתוף. די בהוכחת חיים משותפים כדי להעביר את הנטל על המבקש לסתור קיומו של שיתוף נכסים כאמור<sup>356</sup>. הלכת השיתוף משתרעת, בהיעדר הוכחות אחרות, על כלל הרכוש של בני-הזוג. רב מאד המרחק בין יישומם של דיני הקניין והחוזים על שני זרים לבין יישומם של אלה על בני-זוג על בסיס מצב עובדתי זהה, למעט ההתייחסות לעובדת קיום קשר הנישואין שביניהם. התייחסות זו היא הקובעת את השוני בדין ובתוצאות הנובעות ממנו. הביטוי שנותנת הלכת השיתוף לרצונם של בני-הזוג הוא רק במישור העקרוני, הפילוסופי, של הרצון, כפי שהוא משתקף בעיני בית המשפט, לגבי כלל בני-הזוג בחברה הישראלית בת ימינו. לא ניתן בשום פנים לראות ביצירת הפסיקה החלה רגילה של דיני החוזים או מתן ביטוי משפטי רגיל לרצונם של צדדים. דיני החוזים או הקניין הם המקור המשפטי לצורך קלסיפיקציה, אך דיני המשפחה הם הלגיטימציה לבחירת המקור המשפטי. בהיעדר תרומה כספית של אחד מבני-הזוג לרכישה ובהיעדר רישום על שמו יכולים רק החיים המשותפים של בני-הזוג בתוקף נישואיהם ליצור את חזקת השיתוף מכוח ייחוס כוונה כזו על-ידי בית המשפט. עמדה זו, הממצה דיון קודם, סותרת את ההנחה כאילו הלכת השיתוף נותנת רק ביטוי משפטי רגיל לרצונם של הצדדים, שהם, במקרה שלנו, בני-זוג. בכך ננעל השער בפני החלה בו זמנית של הלכת השיתוף והסדר איזון המשאבים על-פי החוק על אותם בני-זוג.

חוק יחסי ממון בין בני-זוג יוצר משטר רכושי כולל בין בני-הזוג. משטר רכושי

352. ראה לעיל סעיף (ג) (אא) בטקסט סמוך להערות 62-69.

353. ראה לעיל סעיף (ד) (הה) (2).

354. ראה לעיל סעיף (ד) (הה) (3).

355. ראה לעיל סעיף (ד) (הה) (1).

356. ראה לעיל סעיף (ג) (אא) בטקסט סמוך להערות 62-69. וכן סעיף (ג) (בב) בטקסט סמוך

להערות 85-94.

כולל כזה אינו יכול לדור בכפיפה אחת עם משטר רכושי כולל אחר. אלה הם שני הסדרים חלופיים. המחוקק בחר להמיר את ההסדר על-פי הלכת השיתוף בהסדר רכושי אחר, אלא אם כן בחרו בני-הזוג בהסדר הקודם, כולו או חלקו, בדרך שהותוותה להם בחוק. סעיף 3 לחוק קובע, כי בהיעדר הסכם ממון, שנעשה כדין, יראו את בני-הזוג "כמסכימים להסדר איזון המשאבים לפי פרק זה".<sup>357</sup> הא משמע, כי המחוקק מיחס לבני-זוג כאלה כוונה לחיות במשטר רכושי של הסדר איזון המשאבים. לא יתכן ליחס להם בד בבד גם כוונה משוערת אחרת לקיים משטר רכושי אחר, זה של הלכת השיתוף<sup>357</sup>. ייחוס כפול כזה איננו מתישב עם הוראות החוק ואינו נובע מהן, אלא להפך. ייחוס הכוונה מכוח החוק מוציא ייחוס כוונה אחרת מכוח הפסיקה. על ייחוס כוונה ניתן לדבר רק בהיעדר הסדר משפטי אחר. הוראות החוק כמוהן כסתירת חזקת השיתוף<sup>358</sup>. הסדר איזון המשאבים מוחל אוטומטית ומכוח החוק על כל בני-זוג שלא ערכו הסדר אחר ביניהם כדין. החלה אוטומטית זו שוללת כל אפשרות לקיום סימולטני של הסדר אחר ויהיה זה הלכת השיתוף או הסדר כלשהו. והואיל ואין בכוחה של התנהגות הצדדים להתגבר על ההסדר הקבוע בחוק לא נפתח הפתח דרכו תוכל הלכת השיתוף לעבור<sup>359</sup>.

סעיף 4 של החוק קובע את הדין אשר יוחל על בני-הזוג במהלך הנישואין וכותרת השוליים שלו מרמזת על כוונתו "היעדר תוצאות במשך הנישואין". גם אילולי היה המחוקק בוחר לקבוע את סעיף 4 הייתי מסיק, כי הסדר אובליגטורי דחוי לפקיעת הנישואין משאיר את מערכת היחסים הרכושיים בין בני-זוג במהלך הנישואין לשליטתם של דיני הקניין. בהיעדר הסדר נבחר אחר בהסכם בין צדדים או מכוח חוק אין ההפרדה הרכושית, בין אנשים זרים כבין בני-זוג, טעונה הסדר מיוחד. זהו מצב חוקי רגיל שרק הסטייה ממנו מחייבת הסכם. לא נכון יהיה לומר, שדינה של הפרדה רכושית כדינו של שיתוף נכסים לצורך קביעתו על-ידי בני-הזוג. החוק אינו מותיר לקונה בשאלת המשטר החל על נכסי בני-זוג במהלך הנישואין<sup>360</sup>. משום כך אין לומר כי נוצר חלל בהסדר איזון המשאבים אותו יש למלא. במהלך הנישואין קיימת הפרדה רכושית. על אחת כמה וכמה אמורים הרברים לאור הוראת סעיף 4 לחוק הקובעת 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". כוונתו של סעיף זה היא להשוות מעמדם של בני-זוג למעמדם של זרים. לא ניתן להתחשב בנישואין או בהיותם של שני אנשים בני-זוג כדי לשנות את דיני הקניין או ליצור להם מעמד מיוחד בתחומם. המחוקק, אשר היה מודע להלכת השיתוף, בחר בדרך זו כדי לבטא את הכוונה לביטול היחס המיוחד שהוקנה לבני-הזוג בפסיקה ואשר בא לביטול בפיתוחה של הלכת השיתוף. מאחר והלכת השיתוף לא השתקפה בחיקוק קודם לא ניתן היה לבטלה בצורה מפורשת. מאחר והלכה זו לא מצאה לה גם הגדרה חדר-משמעית ההתייחסות אליה על-ידי המחוקק נעשית

D. Friedmann, *supra* note 56, at 142. 357

G. Tedeschi, *supra* note 345, at 440. 358

G. Tedeschi, *ibid*, at 440-441. 359

360. לטענת קיום לקונה ראה א' פרוקצ'יה, לעיל הערה 56, בע' 300. אם נופלת טענה זו כי אז הוא נשאר עם ההנחה כי "אילו הסדר האיזון היה קובע עקרון של הפרדה יתכן שהצדדים לא היו יכולים להמירו במשטר של שיתוף אלא בהסכם שנכתב ואושר כאמור בחוק יחסי ממון".

בבחירת כותרת השוליים ובמלים "אין בכריתת הנישואין או בקיומם כשלעצמם". לא קשר הנישואין. לא החיים המשותפים ולא קיומם הנמשך לאורך זמן יכולים לשמש אינדיקציה לרכישת זכויות זה בנכסיו של זה. זהו מבע מפורש של המחוקק ואין לדקדק ולנכור בלשון אשר נבחרה על־ידו, כדי להסיק כאילו הזכויות מכוח הלכת השיתוף אינן נובעות דווקא מ"כריתת הנישואין או בקיומם כשלעצמם"<sup>361</sup>. בהיעדר הגדרה חד־משמעית להלכת השיתוף איננו יכולים לחשוב על אלטרנטיבה ניסוחית ברורה יותר כדי להגיע למצב המשפטי אליו שואף המחוקק<sup>362 363</sup>.

סעיף 4 אינו פועל רק בדרך השלילה, הוא פועל גם בדרך החיוב. רוצה לאמר, כל הנכסים הנרכשים על־ידי בני־זוג במהלך הנישואין, במסגרת המשטר הרכושי של הסדר האיוון, כפופים לסעיף 4 ולמשטר של הפרדה רכושית במהלך הנישואין ולא ניתן להרכיב עליהם את הדין בדבר שיתוף נכסים. הדרך לשינויו של מצב משפטי כזה היא על־ידי כריתת הסכם ממון כדין או באמצעות החלתם של דיני הקנין והחוזים על נכסים ספציפיים הנרכשים על־ידי בני־זוג מפעם לפעם<sup>364</sup>.

משטר רכושי של שיתוף נכסים בין בני־זוג איננו יכול להיות עוד נשוא להסדר מכוח הפסיקה ללא הסכם ממון שנערך בדרך ובצורה שהותוו על־ידי המחוקק. גם מטעם זה לא יתכן קיומה המקביל של הלכת השיתוף על בני־זוג שנישאו לאחר תחילת החוק בלי שקבעוה בהסכם ממון כדין<sup>365</sup>.

הטענה כאילו הוראה מעין זו שבסעיף 4 לחוק נקבעה עוד בסעיף 2 לחוק שיווי זכויות האשה, תשי"א-1951<sup>366</sup>, והפסיקה ראתה בה דווקא הכרה בחופש ההתנאה של

361. נסיונות כאלה נעשים הן על־ידי א' פרוקציה, שם, והן על־ידי פ' שיפמן, לעיל הערה 351.

362. אין כל ספק בדבר כוונת המחוקק ליצור משטר של הפרדה רכושית במהלך הנישואין. כוונה זו באה לידי ביטוי בדברי ההסבר לסעיף 6 (המקביל לסעיף 4 של החוק) להצעת חוק יחסי ממון בין בני־זוג, תשכ"ט-1969, ה"ח 849, 331, בע' 334 "תוצאותיו הממשיות מתגבשות רק בשעת פקיעת הנישואין. לגבי תקופת הנישואין... ההסדר אינו פוגע בקנינים של בני־זוג ובייחוד בקניניה של האשה". כן ראה דו"ח הוועדה הציבורית בענין נכסים משותפים בין בני־זוג (להלן: דו"ח הוועדה) (1966) בע' 6 "משך קיום הנישואין תהא הפרדה בין נכסי בני־זוג". על בסיס דו"ח זה נוסח חוק יחסי ממון בין בני־זוג.

363. במקרה שאין אלטרנטיבה ניסוחית אחרת לא ניתן לדקדק בלשון החוק. כדין העברי ראה פסחים קטו ב "אי לא 'בעבור זה' מאי לכתוב?"

364. בעלות משותפת בנכסים ספציפיים מכוח דיני הקנין אינה מחייבת הסכם ממון, ראה על כך להלן פרק שני, סעיף (ב)(בב)(1). בכך נופלת טענתו של פ' שיפמן, לעיל הערה 351, בע' 128-129, על־פיה אין זה מתקבל על הדעת לדרוש הסכם ממון לגבי רכישת נכס ספציפי ומכאן הוכחה לכאורה כי אין הלכת שיתוף הנכסים טעונה הסכם ממון (כן ראה א' פרוקציה, לעיל הערה 56, בע' 301). יש להפריד בין רכישות ספציפיות וחלות דיני הקנין עליהן, ללא צורך בהסכם ממון, לבין ייחוס כוונה כללית והחלת הלכת השיתוף בין בני־זוג הטעונה לפי החוק הסכם ממון.

365. לא מקובלת עלינו הנחתו של פ' שיפמן, לעיל הערה 351, בע' 129, כאילו בהיעדר החלה כללית של חזקת השיתוף במקביל להסדר שבחוק יצאו זוגות אשר נישאו לפני כניסת החוק לתוקפו קרחים מכאן ומכאן: "לא ייהנו מחזקת השיתוף על אף ששיטת איוון המשאבים אינה חלה עליהם". ראה על כך להלן סעיף (ה)(בב).

366. "לאשה נשואה תהא כשרות מלאה לקנין ולעשייה בקנינים כאילו היתה פנויה; ואין קניניה שרכשק לפני הנישואין נפגעים על ידי קשר הנישואין".

האשה, "חופש שעל יסודו נבנתה חזקת השיתוף"<sup>367</sup> משמשת דווקא טענה לסתור. (1) סעיף 2 לחוק שיווי זכויות האשה בא אכן לשנות את מצבה של האשה הנישואה ולהשוות את מעמדה, מבחינת דיני הקניין, לזה של בעלה. משום כך המסקנה המוסקת מסעיף זה היא רק השוואת מעמדם של בני-זוג. סעיף זה, על-פי פרשנות הפסיקה, השאיר חלל ריק בשאלת היחסים הרכושיים שבין בני-זוג. חלל אשר נוצר עם ביטולם מכללא של הוראות דינים אישיים מסויימים בדבר הזיקה של רכוש האשה לרכוש הבעל. חלל זה מולא בהלכת השיתוף. (2) סעיף 4 לחוק יחסי ממון בין בני-זוג לא ביטל את סעיף 2 לחוק שיווי זכויות האשה. הוא נוסף עליו. לתוספת זו כוונה מיוחדת. פרשנות נכונה מפרשת את החדש על רקע המציאות המשפטית השונה. (3) בעוד חוק שיווי זכויות האשה מתיחס לאשה בלבד נוגעת הוראת סעיף 4 לחוק יחסי ממון בין בני-זוג לשני בני-הזוג. הצורך בחקיקת הוראה הנוגעת לשני בני-הזוג נובעת הן ממצבם המשפטי של שני בני-הזוג לאור הלכת השיתוף, במסגרתה יש פגיעה הדרגתית זה בנכסיו של האחר מכוח היותם בני-זוג, והן מרצון המחוקק להעמיד את בני-הזוג במצב של הפרדה קניינית במהלך הנישואין לאור הסדר איזון המשאבים. (4) לצורך הפרשנות אין להתעלם מן הרקע השונה לאורו נחקקו שני הסעיפים. חוק שיווי זכויות האשה חוקק בתקופה בה שלט הדין הדתי באופן כמעט ייחודי ובלעדי על מערכת היחסים הרכושיים בין בני-הזוג. מעמדה של האשה בדינים דתיים שונים, בכל הנוגע ליחסים הרכושיים, היה שונה מזה של הבעל. מטרת החוק היתה להיטיב את מצב האשה ולהשוות את מעמדם של בני-הזוג. זאת ותו לא. סעיף 4 לחוק יחסי ממון בין בני-זוג, לעומת זאת, חוקק לאור קיומו של סעיף 2 לחוק שיווי זכויות האשה ולרקע הלכת השיתוף בין בני-הזוג. החלל הריק, בשאלת הזיקה ההדרגתית והזכויות ההדרגתיות שבין בני-זוג מכוח יחסיהם המיוחדים לעומת זרים, מולא על-ידי הפסיקה בהלכת השיתוף. עתה בא החוק להסדיר אותו תחום בדרך אחרת ושונה מזו שהיתה מקובלת ונהוגה עד לחקיקתו. יש לפרש את סעיף 4 לאור רקע זה. כוונתו של המחוקק היא להסדיר מחדש ובאופן בהיר ושיטתי את יחסי הרכוש בין בני-זוג ולא להנציח את ההסדר הישן. אין לראות, איפוא, בחוק שיווי זכויות האשה ובפרשנותו משום ראייה לסתור את טענתנו.

גישתנו העקרונית, לפיה נמנעת אפשרות החלתם הברזמנית של הלכת השיתוף והסדר איזון המשאבים על אותם בני-זוג, מתחזקת לאור כללי פרשנות מקובלים ולנוכח שיקולים של מדיניות משפטית.

(א) הפסיקה הגיעה למבוי סתום בפיתוחה של הלכת השיתוף. בית המשפט העליון קרא למחוקק להתערב על מנת להסדיר את יחסי הממון בין בני-זוג הסדר סטטוטורי ממצה<sup>368</sup>. המחוקק נענה לקריאתו. האם העלה על הדעת כי התוצאה תהיה שימורו של הדין הפסיקטי הקודם והמשך פיתוחו כהלכה גם על בני-זוג שנישאו לאחר תחולת החוק במקביל להסדר איזון המשאבים? המגמה הרצויה חייבת להיות פיתוח ההסדר החדש בדרך פרשנות הוראות החוק תוך כדי חיסולה ההדרגתי של הלכת השיתוף.

367. פ' שיפמן, לעיל הערה 351, בע' 127.

368. הלכת בראלי, לעיל הערה 61, בע' 399; הלכת אפטה, לעיל הערה 31, בע' 572; ראה גם א' ירין,

הפרקליט כה, לעיל הערה 56, בע' 454.



(ב) יצירתה של הלכת השיתוף נבעה מהרגשה עמוקה של אי-צדק על קיפוח רובן של הנשים הנשואות (עקרות הבית), שאין דיני הקנין מאפשרים להעניק להן זכויות בנכסים הנרשמים במהלך הנישואין על-ידי הבעל. מוטיבציה חברתית זו אינה קיימת עוד לאחר חקיקת החוק<sup>369</sup>. החוק אימץ הסדר ממצה אחר. תוך שקילת הברירות השונות, וביניהן הלכת השיתוף, העדיף המחוקק שותפות אובליגטורית דחויה<sup>370</sup>. האם יתכן להערים על כוונה זו של המחוקק ולהשאיר את הברירה שנפסלה על-ידו כמשטר הרכושי הכללי, אשר יוחל על כלל הזוגות הנשואים בישראל?

ג) תוצאת החלתם הסימולטנית של שני המשטרים הרכושיים תהפוך את חוק יחסי ממון בין בני-זוג להסדר שיורי בלבד. על-פי גישה זו יחול החוק רק על נכסים אשר אינם נתפשים ברשת הלכת השיתוף או על בני-זוג שאין השלום שרוי במעונם ולא ניתן משום כך להחיל עליהם את חוקת השיתוף. האם הסדר איזון המשאבים על-פי החוק נועד להיות הסדר שיורי כזה בלבד? נראה לנו כי לא לכך נתכוון המחוקק. הסדר איזון המשאבים הוא הסדר כולל וממצה ודחיקתו לשוליים בדרך של פרשנות נוגדת את כוונת המחוקק ומטרתו ואת עקרונות הפרשנות המקובלים, וגוררת אחריה תוצאות אבסורדיות. ד) יתר על כן, בחירת הסדר איזון המשאבים, הקובע שיתוף אובליגטורי והפרדה קנינית של נכסי בני-הזוג, נעשתה במודע כדי למנוע את ערעור בטיחות הקנינים ומניעת הסיכונים הכרוכים בזכויות נסתרות בנכסים הגורעים מערכם של אלה<sup>371</sup>. החזרת הלכת השיתוף בדלת האחורית תפגע ביסודות ההסדר החדש ותמנע את כל היתרונות הכרוכים בו במסגרת שיטת המשפט הישראלי הכוללת. המחוקק ביקש להבטיח השתלבותו של ההסדר החדש במסגרת הדינים הקיימים דווקא לאור הנסיון שנצבר בהקשר זה במהלך פיתוחה של הלכת השיתוף. מטרה חשובה זו תסוכל כליל בדרך פרשנות המאפשרת קיומם הסימולטני של שני המשטרים הרכושיים האמורים על אותם בני-זוג.

ה) נכון הוא, כי החלת הלכת השיתוף מעניקה לבני-זוג יתרונות רבים לעומת הסדר איזון המשאבים. זכות האיזון אינה ניתנת למימוש אלא עם פקיעת הנישואין; הלכת השיתוף לעומתה מאפשרת לבן-הזוג לממש את זכותו גם לפני פקיעת הקשר. זכות האיזון מעניקה זכות אובליגטורית בלבד הכפופה לניכוי חובות בן-הזוג כלפי נוסיו, העשויים לעתים "לכלות את כל הנכסים מהם נתבע החיוב לאיזון המשאבים"<sup>372</sup>, בעוד הזכות על-פי הלכת השיתוף מקנה זכויות קניניות בנכסים, זכויות העומדות גם נגד נושי הבעל<sup>373</sup>. אולם כל היתרונות והחסרונות במשטרים הרכושיים השונים נשקלו,

369. ראה א' פרוקצ'יה, לעיל הערה 56, בע' 299; פ' שיפמן, לעיל הערה 351, בע' 127.

370. ראה דו"ח הוועדה, לעיל הערה 362, בע' 674 "אין אנו תומכים בהנהגת שותפות קנין בנכסים, אפילו היא מסיגת ורחויה" (ע' 5) "דעתנו... שוללת... שותפות קנין" (בע' 6).

371. ראה דו"ח הוועדה, לעיל הערה 362, בע' 5 "אין אנו מוכנים להמליץ על הסדר המשנה את דיני הקנין... הסיכון של זכות מוסתרת בנכס שאינה מתגלית על פני ספרי האחווה, עלול לגרוע מערכו של הנכס. חוששים אנו גם לפגיעה ביסודות לקבלת אשראי. מי שמלוה כסף לבעליו הרשום של רכוש, רשאי לסמוך על כך שהרישום בספרי האחווה משקף נכונה את זכות הלווה, שאם אין הדבר כך, יימנע מלהלוות או ידרוש בטחונות נוספים. כגון חתימתם של שני בני-הזוג".

372. ראה פ' שיפמן, לעיל הערה 351, בע' 132; ראה גם א' פרוקצ'יה, לעיל הערה 56, בע' 300.

373. ראה לעיל סעיף (דד)(3) בטקסט סמוך להערות 231-238.

כאמור, על ידי המחוקק, הוא העדיף הסדר מסויים הנראה לו צודק להגנת האינטרסים של בני-הזוג תוך תיאומם ושילובם במשפט הישראלי הקיים. אל לנו להעמיד את ההעדפות שלנו מול העדפותיו של המחוקק. השאלה "האם מוצדק לראות נבן-הזוג רק בבחינת נושה דחוי של נכסים שהוא עצמו השתתף ביצירתם"<sup>374</sup> נענתה כבר על-ידי המחוקק בחיוב לאור שיקולים כוללים. איננו רשאים לענות על כך בשלילה, להחזיר את עטרת הלכת השיתוף ליושנה ועל-ידי כך לסכל את מטרת המחוקק ואח ההסדר מכוח החוק. דווקא השוני העקרוני, היסודי והעמוק בין שני המשטרים הרכושיים מלמד אותנו, כי המחוקק המיר שיטה אחת באחרת וכי אלה הן שתי שיטות שונות, אשר אינן ניתנות לא לגישור ולא להשלמה בדרך החלתן הסימולטנית על אותם בני-זוג.

ו) החלתם הסימולטנית של שני המשטרים הרכושיים על אולם בני-זוג עלולה לגרור אחריה תוצאות אבסורדיות אשר אינן תואמות לא את הלכת השיתוף ולא את הסדר האיזון. נדגים זאת בדוגמאות המצביעות, כביכול, על הדרך ליישוב שני המשטרים ולהשתלבותם זה בזה. כך נטען כאילו "תפקידו של איזון המשאבים יהיה להשלים עם פקיעת הנישואין, את מה שהחסירו הצדדים בהסכמתם המשווערת תוך כדי הנישואין. אם, למשל, ניתן להסיק מתוך התנהגות הצדדים כי חפצו שדירת הזוג תהיה רשומה דווקא על שם האשה הרי שבהיעדר טעמים לפסוק אחרת יחייב בית המשפט את האשה עם פקיעת הנישואין למנות את שווי הדירה בין נכסיה לצורך איזון המשאבים בינה לבין בעלה"<sup>375</sup>. אך הליכה עקבית בעקבות הלכת השיתוף מחייבת לקבוע, כי בני-זוג שהוציאו נכסים מסויימים מכלל השיתוף ביניהם קבעו את הדין אשר יוחל על אותו נכס. עקביות בהחלת הלכת השיתוף מחייבת מתן נפקות לכוונת הצדדים ולרצונם. האם יתכן לפצל ולומר כי לצורך החלת הלכת השיתוף לשם שיתוף נכסים אין צורך בהסכם ממון ואילו לשם הוצאת נכס זה או אחר מכלל השיתוף יש צורך בהסכם ממון. שאם לא כן הוא יילכד במסגרת הסדר האיזון? זוהי התוצאה המתקבלת משילובם של שני המשטרים אהדדי. על-פי טענה אחרת יזומן להסדר איזון המשאבים תפקיד כאשר לא ניתן יהיה לעשות שימוש בחזקת השיתוף וכוחה של הלכת השיתוף לא יעמוד לה עוד, דהיינו: בשעה שהשלום שוב אינו שורה במעונם של בני-הזוג וחל קרע ביניהם. כאן ישתלב חוק יחסי ממון בין בני-זוג, אשר עשוי לחול במקרה כזה בין מכוח הסכם ממון שבין בני-הזוג ובין מכוח הסדר האיזון<sup>376</sup>. אולם מצבים כאלה מאפשרים את הפעלת שיקול דעתו של בית המשפט מכוח הוראות סעיף 8 לחוק. במסגרת הפעלת שיקול הדעת מוסמך בית המשפט לקבוע כי איזון שווי הנכסים יהיה לפי שווים במועד מוקדם יותר, דהיינו: בענייננו עובר לקרע שחל בין בני-הזוג. ייתכנו, אפוא, סיטואציות שונות בהן הלכת

374. פ' שיפמן, לעיל הערה 351, בע' 132. בסוגיה אחרת אמר בית המשפט דברים היפים גם לעניינו: "עם כל הכבוד לנימוקי השופט המלומד להצדקת 'שיקולי מדיניות משפטית' שהיא לדעתו רצויה, אין אני סבור שאנו בני תורין לבחור בדרך זו, אחרי שהמחוקק קבע מדיניות משפטית אחרת" (ע"א 664/76 רמט בע"מ נ' פיוניר קונקריט (ישראל) בע"מ, פ"ד לב (1) 188, 196). מה עוד שבענייננו שיקולי המדיניות הרצויה אינם תומכים ברעיון הסימולטניות.

375. א' פרוקציה, לעיל הערה 56, בע' 299.

376. פ' שיפמן, לעיל הערה 351, בע' 130.

השיתוף והוראות חוק יחסי ממון בין בני-זוג ידברו בשפה אחת ויביאו דווקא לתוצאות זהות. אם כן מה תועלת בחוק אם דווקא לעת כזאת מבקשים להחילו?

יתרה מזאת, אם נמשיך את הגיונה של "הדרך הסימולטנית" לא יהיה כוחו של הסכם ממון יפה מכוח הסדר איזון המשאבים. את הסדר איזון המשאבים רואה החוק כהסכם ממון (סעיף 3 לחוק) ודינו כדין הסכם כזה. אם כך, גם כאשר ערכו הצדדים הסכם ממון ולא הוציאו במפורש את הלכת השיתוף תמשיך זו לחול עליהם. אם כל עיקרה של הלכה זו הוא, לדעת מצדדי "הדרך הסימולטנית", מתן נפקות קנינית וחוזית לכוונת הצדדים תיבחן זו גם לאורו של הסכם ממון, שאינו מוציא במפורש את הלכת השיתוף. יתכן, איפוא, מצב בו יקבעו בני-זוג משטר כללי של הפרדה רכושית ביניהם ואף-על-פי-כן עשויה כוונתם כמשתקף מהתנהגותם במהלך הנישואין להצביע על שותפות נכסים בהתאם להלכת השיתוף. שהרי במה עדיף הסכם ממון כזה על פני הסדר איזון שדינו כדין הסכם ממון? אחת משתיים, אם הלכת השיתוף מהווה משטר רכושי היא מומרת בהסדר איזון המשאבים ואם אין היא אלא החלה של דיני הקנין והחוזים היא תוחל על אפו וחמתו של הסכם ממון כאמור.

זאת ועוד, הסדר איזון המשאבים לא ישפיע על ההלכות אשר נקבעו בנוגע לפירוק נכסים שהוקנו לבני-זוג מכוח הלכת השיתוף. החלה סימולטנית של שני המשטרים תחייב, איפוא, פירוק כפול של "השותפויות" והרחבת תחומי ההתדיינות בין בני-הזוג. לראשונה יפורק שיתוף הנכסים במועד פקיעתו ולאחר מכן יגיע מועד הסדר איזון המשאבים עם פקיעת הנישואין.

ה"דרך הסימולטנית" גורמת לכך שבפועל אין אתה מחיל לא את הלכת השיתוף ולא את הסדר איזון המשאבים. למעשה, איפוא, נוצר הסדר רכושי חדש, אשר אינו לא פרי הפסיקה ולא יציר החוק, אלא יצור כלאיים תוצר פרשנות שאינה עומדת במבחן ההגיון. זו המסקנה העולה מגישתם של אלה הסבורים כי יש להרכיב את הלכת השיתוף על הסדר איזון המשאבים. השלמה הדדית בין שתי השיטות אינה אפשרית.

ז) נכון הוא כי עובדות החיים, אשר להן נתנה הלכת השיתוף תוקף<sup>377</sup>, לא השתנו, אך השתנה המצב המשפטי. עם שינוי מצב זה נשתנתה גם הנפקות הניתנת לעובדות החיים. האינטרס המשותף של בני-הזוג מוגן באמצעות חוק יחסי ממון בין בני-זוג בעוד במהלך הנישואין יחלו דיני הקנין והחוזים. מתן תוקף לעובדות החיים נעשה על-פי בחירת המחוקק בהסדר שקבע לשם כך בחוק. נפקות זו, בעיני המחוקק, נותנת ביטוי הולם יותר ותואם יותר למשטר נישואין מודרני.

הדרך הפרשנית ההולמת הנסמכת על מכלול הטענות שהועלו אינה תומכת בהחלה סימולטנית של שני המשטרים הרכושיים על אותם בני-זוג. החלה סימולטנית כזו אינה משרתת את הצדק ואינה מתישבת עם המדיניות המשפטית הראויה. כל השיקולים שהועלו על-ידינו מלמדים כי הפסיקה אשר הולידה את הלכת השיתוף ופיתחה אותה חדלה להתישב עם רצונו העכשווי של המחוקק כפי שבא לידי ביטוי בחוק יחסי ממון בין בני-זוג. היצירה השיפוטית אשר היתה יפה לשעתה אינה מתישבת

377. ראה הלכת ברגר, לעיל הערה 39, בע' 246. על שימוש בארגומנט זה לתמוך את ה"דרך הסימולטנית" ראה אצל פ' שיפמן, לעיל הערה 351, בע' 129.

עוד עם כוונת המחוקק<sup>378</sup>. הרקע המשפטי עליו צמחה השתנה והחלל הריק שאותו מלאה התמלא בינתיים בתוכן אחר מבית מדרשו של המחוקק. לפיכך אפילו הועמדה הלכת השיתוף על נימוקים שונים אשר עדיין שומרים על חיוניותם ובוססה על מקורות משפטיים קיימים אין היא עולה בקנה אחד עם המצב המשפטי הקיים. הרקע המשפטי והמדיניות המשפטית אשר הפיתו נשמת חיים בפסיקה גורמים עתה להמתתה<sup>379</sup>.

### בב. השפעת חוק יחסי ממון על בני-זוג שנישאו לפני כניסתו לתוקף

הפרק הראשון של חוק יחסי ממון בין בני-זוג, שענינו חופש ההתנאה של הצדדים וקביעת אופן ההתנאה, תנאיה וצורתה, חל גם על זוגות "ותיקים" אשר נישאו לפני כניסת החוק לתוקפו<sup>380</sup>. האם מהיקף תחולתו של הפרק הראשון משתמעת המסקנה כי על זוגות אלה לא יחול כל משטר רכושי? מהלכו של טיעון כזה עשוי להתבסס על כך שהסדר איזון המשאבים לא יחול על בני-זוג אלה (סעיף 14 לחוק) ואילו הסדר רכושי אחר כלשהו לא יחייבם עוד במידה ולא נערך בהסכם ממון כמפורט בהוראות הפרק הראשון לחוק. מסקנה כזו, שהיתה גוררת אחריה ביטול למפרע של הלכת השיתוף, אינה מתקבלת על הדעת. "חזקה על המחוקק כי... הוא לא בא לפגוע בזכויות מוקנות שנרכשו על-ידי בני-זוג בטרם הוחק החוק"<sup>381</sup>. תחולת הפרק הראשון של החוק אינה רטרואקטיבית. זוגות אשר נישאו לפני יום כניסת החוק לתוקפו נמצאים בתאריך זה במשטר רכושי פרי יצירת הפסיקה. המשטר הרכושי החל על בני-זוג כאלה ניזון מכוחו של ההסדר הקודם, הוא לא נוצר על-פי חוק יחסי ממון ומשום כך אינו חייב לעמוד בדרישות הפרק הראשון של החוק. מוצדקת היא, אפוא, קביעתו של בית המשפט כי "על בני-זוג שנישאו לפני הראשון לינואר 1974 לא יחול הסדר איזון המשאבים שבחוק זה אלא הלכות נכסים משותפים כפי שקיימות היו עד לחקיקתו... כאשר בא המחוקק לקבוע הסדר חדש ביחסי ממון של בני-זוג בחוק משנת 1973, לא ביקש לפגוע בהסדרי ממון קיימים בין בני-זוג שנישאו לפני תחילתו של חוק זה"<sup>382</sup>.

מהו היקף ההגנה על זכויות מוקנות אלה? האם יש לצמצם את ההגנה רק לרכישות שהושלמו לפני כניסת החוק לתוקפו או שמא היא משתרעת גם על רכישות שנעשו בתאריך מאוחר יותר ואולי אף על שינוי נסיבות המשפיעות על הלכת השיתוף, בין באופן שיש בו כדי לגרור אחריו את סיום השיתוף ובין באופן שיש בו כדי להוליד

378. הכוונה היא לבני-זוג עליהם חל הסדר איזון המשאבים, והיינו: אלה אשר נישאו לפני ה-1/1/1974, על בני-זוג אשר נישאו לפני תאריך זה ימשיך לחול הדין הקודם.

379. על הקושי בהכרעה אילו תקדימים של הפסיקה שרדו וימשיכו לחייב לאחר התערבות חקיקתית ראה אצל A. Tunc "Codification: The French Experience" in *Problems of Codification* (S.J. Stoljar, editor, Canberra, 1977) 70.

על שיקולים ביצירה שיפוטית המשפיעים על ההכרעה בשאלה זו, ראה A.T. von Mehren and J.R. Gordley, *The Civil Law System* (2nd ed., Boston, 1977) 1152-1155.

380. הלכת אוני, לעיל הערה 34, בע' 25; ע"א 490/77 נציה נ' נציה, פ"ד לב (2) 621, 624.

381. שם. ראה גם סעיף 14(ב) לפקודת הפרשנות [נוסח חדש], ראה סעיף 22 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981.

382. שם בע' 5, 7. בית המשפט מסתמך גם על דבריו של יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט ז"כ י' גולדשמידט, ראה ד"כ 68 (תשל"ג) 4253, ראה גם י' ויסמן, לעיל הערה 95, בע' 4.

את חזקת השיתוף? בהקשר זה נראה לנו כי היקפן של הזכויות המוקנות המוגנות יהיה רחב ככל האפשר<sup>383</sup>. כל הגלום במשטר הרכושי הנושא את השם הלכת השיתוף ימשיך לחול על בני־זוג אשר נישאו לפני כניסת החוק לתוקפו. הלכת השיתוף, כפי שפותחה בפסיקה מהווה משטר רכושי שלם וכולל ולה כללים משל עצמה; היא משתרעת על נכסים שנרכשו או שיירכשו במהלך הנישואין וכוללת גם הוראות הנוגעות לתנאים המוקדמים שבכוחם ליצור את חזקת השיתוף ולדרכים לסיום משטר רכושי זה, לפירוק ולתחילתו מחדש. על בני־זוג "ותיקים" תמשיך, איפוא, לחול הלכת השיתוף על כללותיה ופרטיה והיא תפרוש את כנפיה גם על נכסים אשר יירכשו לאחר כניסת החוק לתוקפו. מן האמור לעיל גם מתחייב כי במידה ובמסגרת כללי הלכה זו מתחיל השיתוף במועד מאוחר יותר מתאריך הנישואין — ובעניננו לאחר כניסת החוק לתוקפו — או פוקע השיתוף במועד כזה יהיו בני־זוג כפופים לכללים אלה ולא להוראות החוק המחייבות עריכת הסכם ממון. רק שינויים של כללי הלכת השיתוף, כפי שנקבעו בפסיקה, כולם או מקצתם, לאחר כניסת החוק לתוקפו, יחייב הסכם ממון. לצורך סעיף 15 לחוק קבע בית המשפט העליון כי על ציפיות שלא התגבשו לכדי זכויות מוקנות, לא יחול הדין הקודם אלא הוראות אותו סעיף. במסגרת הזכויות המוקנות כלל בית המשפט רק נכסים שנרכשו לפני תחולת החוק וכל יתר שיירי המשטר המשפטי של הלכת השיתוף הוגדרו כציפיות בלבד<sup>384</sup>. מהלכה זו אין מביאים ראיה לסתור את עמדתנו. לא הרי היקף הזכויות המוקנות לענין סעיף 15 לחוק כהרי היקפם לצורך הוראות הפרק הראשון לחוק. הפרק הראשון עוסק בהסכם ממון ובשינויו. כל עוד חיים בני־זוג "ותיקים" תחת המשטר הרכושי הקודם על כל רכיביו אין לראותם כאילו ערכו הסכם ממון או כאילו שינו אותו. כל אותה עת ממשיכים הם לחסות בצילו של הסכם ממון מכללא פרי יצירת הפסיקה. סעיף 15 לחוק עוסק בהסדרם העבר־לאומי של יחסי הממון בין בני־זוג והוא מחיל על ענינים אלה את חוק מושבם בשעת עריכת הנישואין מרגע כניסת החוק לתוקפו. לפיכך יוצאים מכלל הוראותיו רק נכסים שהזכויות בגינם כבר התגבשו ולא כללי המשטר הרכושי הערטילאי. פירוש רחב יותר של הזכויות המוקנות המוגנות מכוחו של סעיף 15, ייתר אותו כליל לגבי בני־זוג אשר נישאו לפני כניסת החוק לתוקפו וכוונת המחוקק תסוכל. מה שאין כן לגבי הוראות הפרק הראשון שגם דרך הפרשנות הרחבה של הזכויות המוקנות לצרכיו עדיין יניחו לו מקום להתגדר בו לגבי בני־זוג "ותיקים". זאת ועוד, הצרת הזכויות המוקנות לצורך הוראות הפרק הראשון יניחו בני־זוג ללא הסדר יחסי ממון ביניהם לגבי נכסים שיירכשו לאחר תחילת החוק לפחות בהתיחס לאותם בני־זוג עליהם חל השיתוף רק לאחר כניסת החוק לתוקפו. הפרדה רכושית עלולה, איפוא, להיות נחלת זוגות "ותיקים" רבים בניגוד לרצונם ובניגוד לכוונת המחוקק המבקש את הגנת בן־הזוג ה"חלש". יש, איפוא, לפרש דרך הרחבה את הזכויות הקיימות לפי הדין הקודם, המוגנות מכוח סעיף 22(3) לחוק הפרשנות. התשמ"א-1981, לצורך הוראות הפרק הראשון לחוק. המשטר המשפטי של הסדר רכושי מלא ושלם על הוראותיו

383. ראה על כך גם אצל א' פרוקצ'יה, לעיל הערה 56, בע' 295-294. אולם, לעומת זאת, ראה עמדתו של ד' פלק, לעיל הערה 56, בע' 842, הסבור שתחולת הוראות הפרק הראשון היא רטרואקטיבית.

384. הלכת אזוגי, לעיל הערה 34, בע' 26.

השונות, כפי שנקבעו בפסיקה, ממשיך לחול על בני-זוג "ותיקים" אף כי ההתממשות של חלק מהן עשויה להגיע רק בעתיד.

## ו. הערות סיכום: מקומה של הלכת השיתוף במסגרת המשפט הישראלי בכלל ודיני המשפחה בפרט

בשנת 1942 קבע בית המשפט העליון המנדטורי כי קשה לו לראות אילו זכויות יש לאשה ברכוש בעלה בהתאם לדין האזרחי בארץ ישראל<sup>385</sup>. כעבור קצת יותר מ-20 שנה חל שינוי מהפכני בגישה זו על-ידי בית המשפט העליון אשר יצר את הלכת השיתוף. שינוי זה משקף את התהליכים החברתיים והכלכליים ואת השינויים האידיאולוגיים אשר התחוללו בחברה המודרנית בכלל ובחברה הישראלית בפרט.

היצירה השיפוטית הטהורה של הלכת השיתוף, שצידוקה המשפטי רופף, יוצרת משטר רכושי שלם על הוראותיו השונות בכל הקשור לאופן יצירת השיתוף, ניהולו, האחריות לחובות, הפירוק: עיתויו, עילותיו ודרכו. זוהי שותפות sui generis המורכבת מערב רב של מקורות משפטיים, כשהורתה ולידתה, לכאורה, בחיק דיני החוזים וגילגולה בדיני הקנין ובדינים אחרים, תוך שימוש באנלוגיות לא מעטות לדיני השותפות. למעשה היא נעדרת בסיס עיוני של ממש, שום מקור משפטי אינו יכול להלום אותה והיא סוטה במקרים רבים מן הדינים הקיימים. ההלכה היא כבגד העשוי מפיסות אריג שונות זו מזו וחלקיו השונים תפורים לפי מידות שונות. בית המשפט שם עצמו אפטרופוס לכוונת הצדדים והוא מטלטל כוונה זו לכיוונים שונים. לא תמיד ברור מדוע הועדפה היוזקות לתחום משפטי אחד, לצורך קליטת פתרון לסוגיה מסוימת, ולא לתחום אחר העשוי להלום אותה לא פחות. ההלכה מתפתחת ממקרה למקרה, לא ניתן לחזות מראש את הפתרון בו יבחר בית המשפט וכתוצאה מכך קיימת אי ודאות ביישומה ובאופן החלטה.

הזכות הנובעת מהלכת השיתוף הינה, למעשה, זכות מטרימוניאלית. יצירתה תלויה באורח החיים של בני-הזוג ובהתנהגותם, כשהמשפט מתחשב במהלך חיי הנישואין כגורם בהענקת זכויות קניניות. בהחלטותיו של בית המשפט העליון ישנה סטיה מן הדינים הכלליים ומדרכי הרכישה של זכויות קניניות ושינוי ההלכה הבסיסית הקודמת שרכושם של בני-זוג הוא, בעקרון, נפרד. באופן כזה שינתה, למעשה, ההלכה את מסגרת היחסים הממוניים בדיני המשפחה ללא הוראת חוק כלשהי ולמרות שמסגרת זו נתונה לשליטת הדין הדתי של בני-הזוג. בכך היתה ללא ספק חדירה לתחום דיני המעמד האישי ללא אסמכתא חוקית.

מבחנו של כל הסדר הוא מידת התאמתו למערכת הדינים הקיימת והשתלבותו בה. הפתרון שבית המשפט חייב לבחור הוא זה ש"ישתזר נאמנה עם רקמת החקיקה ויהא לגוף אחד, שלם, עמה"<sup>386</sup>. הלכת השיתוף צוררת בכנפיה אי-התאמה כפולה: בין הלכת השיתוף לבין הדין הכללי בתחומים שונים, כפי שכבר היה סיפק בדינו להיווכח ובין הלכה זו לבין דיני המשפחה האחרים, שלתוכם היא מתפרצת ושאת הסדרם למעשה היא

385. בג"צ 26/42 קולטנובסקי נ' יו"ר ההוצאה לפועל חיפה, (1942) אס"ק 205, 206.

386. ביד"מ 1/62 אבריאנג'לה נ' פקיד הרישום של לשכת מרשם החושבים, ת"א-יפו, פ"ד יז 2751.

מבקשת. הדין העברי שואף לבטל את המתיחויות האפשריות בין בני-זוג על רקע של יחסים ממוניים ורכושיים, תוך יצירת איזון במערכת הזכויות והחבויות האישיות, הממוניות והרכושיות והתלות ההדדית שביניהן. הלכת השיתוף בנכסים מבוססת על עקרון של שוויון בין בני-הזוג. אולם הלכה זו פועלת במגזר אחד של מערכת היחסים בין בני-זוג. מאחר ועניני המעמד האישי נדונים בדרך כלל על-פי הדין הדתי, נפגע בעיני דין זה האיזון של המערכת, שענינה הגנת שלום המשפחה ואחדותה. הבעל ממשיך להתחייב במזונות אשתו, במדורה, בכסותה ובמזונות הילדים. על כל אלה מורכבת הלכת השיתוף. הסדר יחסי ממון קשור בדרך כלל — במדינות בהן התפתח — ומכוח עקרון השוויון המונח ביסודו, בחלוקה שווה של הנטל בין בני-הזוג כשהוא משתלב במערכת דיני המשפחה הכוללים. ואילו בישראל, פיתוחו של העקרון, הגם שיסודו בטעמים שבדיני המשפחה, נעשה בתלוש מהשטח הכולל של דיני המשפחה ולא הוביל למטרה המסתברת של הלכת השיתוף בחברה המודרנית. השוויון — נקודת המוצא של הלכת השיתוף — לא הושג, והאיזון העדין והמיוחד — מטרת הדין העברי למען שלום המשפחה — הופר. יתרה מזו, עם פיתוחה של הלכת השיתוף עלולים להיווצר כפילות וסתירה בדין. א. חלוקת רכושם של בני-זוג בעת פקיעת הנישואין נערכת בד בבד עם הסכם הגירושין. חלוקת הרכוש המשותף ניתנת לכריכה בפועל על-ידי בן-זוג בתביעת הגירושין<sup>387</sup>. עם הכריכה מסודר הענין לסמכותו הייחודית של בית הדין הרבני. את בית הדין הרבני מחייב הדין העברי בלבד בהיעדר הוראת חוק טריטוריאלית שהופנתה אליו ישירות<sup>388</sup>. הלכת השיתוף אינה מחייבת, איפוא, את בתי-הדין הרבניים, אשר עשויים להמשיך ולדון לפי הדין העברי. לגבי דין זה שותפות כזו הינה חיצונית וקיימת רק על-פי הסכם מפורש בין בני-הזוג, ככל הענינים שבממון הנתונים להתנאה. בדין העברי ענינים שונים מוכרעים מכוח אלמנט האשמה בעוד הלכת השיתוף אינה מושפעת ממנו כלל<sup>389</sup>. תיתכנה, איפוא, תוצאות שונות לגבי זכויותיהם הקניניות של בני-זוג בדיון בפני ערכאות השיפוט השונות ובזמנים שונים. ב. חלק ניכר של עניני הנישואין ושל הזכויות הכספיות והרכושיות הנובעות מהם נדונים ייחודית בבית הדין הרבני או על-פי דין תורה. יתכן מצב בו ענינים שונים של בני-זוג יידונו בבית הדין הדתי בעוד שאלת יחסיהם הרכושיים של אותם בני-זוג תוכרע בבית משפט אזרחי. אף לא אחת מערכאות אלה תראה את התמונה כולה; ובעוד בית הדין יכריע בהתאם ל"מסכת יחסי האישות" יבדוק בית המשפט את מכלול השאלות בניתוק מהדיון המטרימוניאלי. הדבר עלול לגרור תוצאות לא מתואמות ובלתי משביעות רצון, לאור מה שמקובל עלינו כי יש להתחשב במכלול הזכויות המטריאליות של בני-הזוג כדי להגיע לתוצאות העולות בקנה אחד עם העקרונות המנחים<sup>390</sup>.

387. ראה לעיל שער שני, חלק שני, בטקסט סמוך להערות 79-80.

388. ע"א 27/49 לבנון נ' אלמליח, פ"ד ג 68, 80; בג"צ 8/48 גליקסברג נ' יו"ר משרד הרוצאה לפועל, ת"א, פ"ד ב 168, 183; ע"א 238/53 כהן ובוסליק נ' היועץ המשפטי, פ"ד ח 4, 36; ראה גם מ' זילברג, המעמד האישי בישראל (ירושלים, תשי"ח) 172.

389. ראה לעיל בטקסט סמוך להערות 348-350.

390. ראה לעיל שער ראשון, חלק שני, פרק שני.

התערבות עקיפה בדיני המשפחה מרבה מבוכה ויוצרת מערכת דינים שאינם משתלבים זה בזה. קשה לטעון כי בנסיבות החברתיות והכלכליות של מדינת ישראל לא היה מקום לבדיקה מחודשת של הסדר יחסי הממון בין בני־זוג. ברם היצירה השיפוטית של הלכת השיתוף היא כה יסודית, שהיתה מצריכה רביזיה כוללת של הסדר יחסי הממון והרכוש בין בני־זוג. מערכת הדין הרגיל אינה ערוכה לפתרון שאלות בדיני המשפחה. יש צורך במערכת מיוחדת ונפרדת למטרה זו. נדמה כי הלכת השיתוף בנכסים ודרך התפתחותה מדגימות גישה זו בצורה מופתית. יחסים רכשיים בין בעל ואשה נושאים אופי מיוחד ואין לצאת מהנחה כי העקרונות הכלליים בדבר יצירת שותפות בנכסים חלים גם עליהם. הפתרונות המוצעים לבעיות הרכוש בין בני־זוג מושפעים בעיקר מהעקרונות הכלליים של דיני משפחה ולכן עומדת סוגיה זו בפני עצמה<sup>391</sup>. הואיל והזכויות המוקנות בעקבות ההלכה הן קניניות, נוצרות זכויות נסתרות בנכסים ומתערערות בטיחות הקנין. קשייו של משטר רכושי המקנה זכויות קניניות במהלך הנישואין, בכל הנוגע להשפעה על צדדים שלישיים ולסוגית הניהול והשליטה בנכסים, מאפיינים גם את הלכת השיתוף.

אין להתפלא, איפוא, על כי בית המשפט עצמו הכיר בקוצר ידו וקרא למחוקק להתערב<sup>392</sup>. המחוקק נענה לקריאה זו וחוקק את חוק יחסי ממון בין בני־זוג, תשל"ג-1973. אולם חלקו העיקרי של החוק חל רק על זוגות אשר נישאו לאחר מועד כניסתו לתוקף. היינו לאחר תאריך ה־1.1.74<sup>393</sup>. החוק מניח את הלכת השיתוף כמצב המשפטי הקיים לגבי רוב הזוגות בישראל למשך תקופה ארוכה<sup>394</sup>.

391. י' ויסמן, שותפות בנכסים (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור למשפטים, ירושלים, 1962) 72. ראה לעיל בשער הראשון.

392. השופט ויחקון, בהלכת בראלי, לעיל הערה 61, בע' 399; השופט י' כהן בהלכת אפטה, לעיל הערה 31, בע' 572.

393. סעיף 14 לחוק.

394. במקום אחר הצענו (ראה מאמרנו לעיל הערה 56, בע' 317-316) כי תיקבע תקופת מעבר בת שנתיים במסגרתה יהיו רשאים בני־זוג, אשר נישאו לפני תחילת החוק, לקבוע הסכם נישואין כלשהו. לא קבעו כל הסדר יחולו עליהם הוראות החוק.



## פרק שני

### ההסדרים הנובעים מחוק יחסי ממון בין בני זוג, תשל"ג-1973

#### פתח דבר

חוק יחסי ממון בין בני-זוג, תשל"ג-1973, ממיר את הלכת השיתוף לגבי בני-זוג אשר נישאו לאחר מועד תחילתו, היינו לאחר תאריך ה-1.1.1974. הוראות החוק קובעות הסדר טריטוריאלי. הן חלות על כל בני-זוג שמקום מושבם בישראל כשעת עריכת הנישואין תהא אשר תהא העדה הדתית אליה הם משתייכים. בענינים המוסדרים על-ידי הוראות החוק הוא בא במקומם של דיני העדות הדתיות השונות, אשר חלו על "עניני נישואין" (בכפוף לחוק שיווי זכויות האשה, תשי"א-1951, לחוקים טריטוריאליים אחרים ולהלכת השיתוף). על-פי סעיף 13(ב) לחוק "בענין שחוק זה דן בו ינהג גם בית דין דתי לפי הוראות חוק זה, זולת אם הסכימו בעלי הדין לפני בית הדין להתדיין לפי הדין הדתי"<sup>1</sup>. הזיקה הקובעת את תחולת החוק היא עקרון המושב אשר המיר בחקיקה הישראלית, באופן עקבי, את עקרון הנתינות<sup>2</sup>.

#### א. חוק יחסי ממון בין בני-זוג ויחסו להסדרים אחרים בדיני המשפחה במהלך הנישואין

חוק יחסי ממון בין בני-זוג שומר על דיני המשפחה הקיימים, אשר אינם נוגעים להסדר ספציפי ומלא של היחסים הרכושיים בין בני-הזוג. החוק אינו דן אלא בזכויות בני-הזוג במה שנוגע לנכסיהם. זכויות אחרות הנוגעות לקשר האישות בין בני-זוג תמשכנה להיות מוסדרות לפי הדין הדתי. אין הן נדונות בחוק ואינן משתנות מכוחו. במקום אחר הרחבנו

1. על סעיף זה ועל כך שההסכמה לדין חייבת להינתן בפני בית הדין בעת ההתדיינות בעוד הסכמתם מראש לא די בה, ראה פ' שיפמן, יחסי ממון בין בני-זוג ("דע את החוק" בהוצאת מרכז ההסברה ומשרד המשפטים, ירושלים, תשל"ז) 21: כן ראה לעיל שער שלישי, חלק ראשון, פרק שני, סעיף (ג)(גג)(2).

2. סעיף 17 לחוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות), תשי"ט-1959; סעיפים 76-77 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962; סעיפים 136-140 לחוק הירושה, תשכ"ה-1965; סעיף 5 לחוק שיפוט בעניני החרת נישואין (מקרים מיוחדים), תשכ"ט-1969. על סוגיה זו ראה מ' שאוה, הדין האישי בישראל (תל-אביב, 1976) 228-239.

את הדיבור על תחומי הענינים שהחוק דן בהם והמוסדרים על-ידו<sup>3</sup>. ההסדרים האחרים מכוח הדין הדתי, במידה שהם חלק מן המשפט הישראלי הנוהג ובמידה שאין בהם משום סתירה להוראות החוק, ימשיכו לחול על בני-הזוג. יתרה מזו, בסעיף 17 לחוק נשמרות זכויות האשה לפי כתובתה. במסגרת הוראות סעיף זה יש לפרש את המונח כתובה במובן הרחב, דהיינו: כל הזכויות הנובעות משטר הכתובה בין שנכתבו בה ובין שהן בבחינת תנאי בית דין. העולה מכאן, לגבי בני-זוג יהודים, הוא שהאשה זכאית למזונות מבעלה וזה חייב לשאת בעיקר נטל המזונות לילדי בני-הזוג<sup>4</sup>. לאשה עומדות גם זכויותיה לעיקר כתובה, זכות המדור והזכות לפיצויים בעת גירושין. נוסף לכך כל נכסיו של הבעל אחראים ומשועבדים לכתובת האשה ולמזונותיה ואין הוא רשאי להבריח או להעלים את נכסיו. על כל אלה נוספת ההגנה מכוח סעיף 11 לחוק יחסי ממון בין בני-זוג. האשה זכאית מכוח הוראות הדין העברי גם לשימוש בנכסי בעל זכות נלווית לשלום בית על-פי הוראות בית הדין. מאידך גיסא, על-פי הפסיקה בישראל, אין עוד לבעל כל זכויות בנכסי אשתו<sup>5</sup>, אף לא זכות נגדית לשימוש מקביל, כאמור, בנכסי אשתו<sup>6</sup>. האשה פטורה בדרך כלל מחובת המזונות לבעלה. כמו כן לא מוכרת כמעט

3. ראה לעיל שער שלישי, חלק ראשון, פרק שני, סעיף (ג) (גג) (1): על הזכויות מכוח הדין הדתי לאור הוראות החוק ראה ד' פלק "יחסי ממון בין בני-זוג בישראל" עיוני משפט ג (תשל"ד) 829, 842-843.
4. לעתים חייבת גם האם במזונות ילדיה מדין צדקה. לענין זה ראה מ' שאה "מזונות ילדים קטנים במשפט העברי ובמשפט הפוזיטיבי" עיוני משפט ז (תשמ"מ) 583, 585-587. זאת ועוד, לפי סעיף 3(ב) לחוק התיקון דיני המשפחה (מזונות), תשי"ט-1959, חייבת האם במזונות הילדים, לפי הוראות החוק, כאשר אין היא חייבת בהם לפי הוראות הדין האישי (ראה על כך: ע"א 426/65 רינת נ' רינת, פ"ד כ (2) 21; ע"א 664/71 מרחב נ' שרלין, פ"ד כו (1) 701; ע"א 508/70 נתוביץ נ' נתוביץ, פ"ד כה (1) 603, 609; ע"א 109/75 אברהם נ' אברהם, פ"ד כט (2) 690, 696-697). אולם למרות שלהלכה מעמיד החוק את שני בני-הזוג כמעמד שווה מבחינת חובותיהם. הרי מבחינה מעשית מתחייבת האשה במזונות ילדיה רק לעתים נדירות, כשהיחס לחבותה זו הוא שונה מזה אשר ננקט לגבי הבעל (ראה ע"א 254/76 ינקוביץ נ' ינקוביץ, פ"ד לא (3) 169, 173; ע"א 625/76 614. פלמונית נ' אלמוני, פ"ד לא (3) 85, 94). אף כאשר התחייבה האשה בהסכם בינה לבין בעלה לשאת במזונות הילדים במלואם או בחלקם ולשפותו על חיוב מזונות שיתחייב בו מעבר למה שקיבל על עצמו קבע בית המשפט כי חבותה תושעה למעשה עד למועד בו יהיו בידה אמצעים מספיקים לשם כך (ראה ע"א 162/72 אמזלג נ' אמזלג, פ"ד כז (1) 582; ראה גם ביטול התחייבות שיפוי של האם בע"א 326/73 פלונית נ' אלמוני, פ"ד כח (2) 612, 616; כן ראה בענין זה ע"א 756/77 חטב נ' חטב, פ"ד לב (2) 470). לעומת זאת, כאשר הבעל חסר אמצעים לא יוכל להיפטר מחבותו ויחויב בתשלום המזונות המינימליים, כפי שנקבעו על-ידי בית המשפט, ללא כל קשר לאמצעיו הממשיים אלא בהתאם ליכולתו הפוטנציאלית (ראה, בין היתר: ע"א 364/62 דגני נ' דגני, פ"ד יז 1989; ע"א 267/64 לוי נ' לוי, פ"ד יח (4) 119; ע"א 206/60 דרהם נ' דרהם, פ"ד יד 1726, 1730). יתר על כן, אם שילדיה נמסרו להחזקתה ולטיפוליה זכאית לקבל שכר (דמי טיפול) מבעלה (ע"א 246/69 אל-על נ' אל-על, פ"ד כג (2) 305; ע"א 563/65 יגר נ' פלביץ, פ"ד כ (3) 244, 247) מה שאין כן הבעל במקרה ההפוך. לאחרונה תוקן החוק התיקון דיני המשפחה (מזונות) בחוק התיקון דיני המשפחה (מזונות) (תיקון מס' 2), תשמ"א-1981, והוסף סעיף 3א לחוק לפיו אביו ואמו של קטין חייבים במזונותיו בשיעור יחסי להכנסותיהם. הפסיקה לא התיחסה עדיין להוראות סעיף זה.
5. ראה לעיל שער שלישי, חלק ראשון, פרק שני, סעיף (ג).
6. בג"צ 185/72 גור נ' בית הדין הרבני, פ"ד כו (2) 765, 769. על סוגיה זו במלואה ראה לעיל שער שלישי, חלק ראשון, פרק שני, סעיף (ג) (אא) (2).

אחריותה המקבילה של האשה להוצאות משק הבית ואין היא חייבת גם במדורו של בעלה<sup>7</sup>. זכות הבעל למעשה ידיה של אשתו לא בוטלה אמנם<sup>8</sup>, אולם זכות זו אפקטיבית למעשה רק לשם קיזוז סכום המזונות שהוא חב לאשה, שכן רוב תעסוקותיה של האשה ופעילויותיה הריווחיות בחברה המודרנית אינן נכללות עוד בגדר המוסד של "מעשה ידיה"<sup>9</sup>. לפיכך אין הבעל זכאי לריווחי האשה מעבודתה, אלא למטרה המצומצמת של קיזוז סכומים אלה מסכום המזונות שהוא חב לה<sup>10</sup>.

ההסדר שבחוק יחסי ממון בין בני-זוג תלוש עדיין ממכלול דיני המשפחה. תלישות זו מביאה לידי כך שהסדר התחום הספציפי אינו מתקן את הפגיעה באיזון הכולל בין שני בני-הזוג. אנו ערים לקושי בפניו ניצב המחוקק הישראלי כל אימת שהוא בא להסדיר תחום מענייני המעמד האישי — דהיינו: אימת הסטטוס קוו המהלכת עליו, שמשמעותה הצורך למנוע פגיעה בדין הדתי. אך התוצאה היא, לעיתים, כי דווקא קיצוץ נטיעות הדין הדתי גורם לחוסר איזון שאין המחוקק מישכו. הכלאת דיני המשפחה יחד עם הסדר איזון המשאבים שבחוק יחסי ממון בין בני-זוג יוצרת מצב בו עקרון השוויון, המנחה את המחוקק בחוק האמור, אינו מתממש ועקרון האיזון, עליו מושתת הדין העברי, נמצא נפגע. מצב דברים זה, אשר נוצר כתוצאה מהרכבת הרבדים השונים של המשפט הישראלי בדיני משפחה זה על זה קורא להסדר שיטתי ומתואם. בינתיים, כפי שעוד נראה בהמשך, עשויה הרכבת הדין הדתי על הוראות החוק להשלים לקונות שבו ולרפא חלק מפגמיו. גנותו של הסדר עשויה, איפוא, להידרש לשבח.

## ב. הסכם ממון

### א. חופש ההתנאה של בני-הזוג ומגבלותיו

ההסדר המרכזי בחוק יחסי ממון בין בני-זוג הוא קביעת חופש ההתנאה של בני-הזוג. על-פי עקרונות הפרק הראשון של החוק זכאים בני-זוג לקבוע בעצמם את הסכם הממון ותנאיו לרצונם. הסדר זה תואם את הטכניקה המקובלת לגבי אופן קביעת ההסדר כשיטות משפטיות רבות, הוא ההולם ביותר את הסדר היחסיים הרכושיים בין בני-זוג.

7. בין יהודים חל הדין העברי במלואו. סעיף 2(ב) לחוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות), תשי"ט-1959, מוציא את הוראות החוק מתחולתם במקרה שהצדדים הם יהודים (ראה ע"א 571/69 כהנא נ' כהנא, פ"ד כד (2) 549, 552). על-פי הדין העברי אין האשה חייבת במזונות בעלה אלא, כנראה, במקרים נדירים ומדין צדקה בלבד. ראה א' שינבום "בעיות בדיני מזונות" דיני ישראל ז' (תשל"ז) רכא; כן ראה המ' (ת"א) 804/72 שפירא נ' שפירא, פ"מ פ 213.
8. ראה על כך לעיל שער שלישי, חלק ראשון, פרק שני, סעיף (ג)(אא)(1) הערה 49. גם סעיף 4 לחוק יחסי ממון בין בני-זוג, על-פי פרשנותנו, אינו פוגע בזכויות הבעל ל"מעשה ידיה" של אשתו. זכות זו אין בה משום פגיעה בקניניה של האשה, לא הקניית זכויות בנכסיה ולא הטלת אחריות לחובות הבעל (ראה שם, סעיף (ג)(1)).
9. חיק תשי"ז/283, פד"ר ב 220; ערעור תשי"ח/167, פד"ר ג 208; ב' שרשבסקי, דיני משפחה (מהדורה שניה, ירושלים, תשכ"ז) 171-179; ע"א 63/69 יוסף נ' יוסף, פ"ד כג (1) 804; ד"נ 23/69 יוסף נ' יוסף, פ"ד כד (1) 792.
10. ראה האסמכתאות לעיל בהערה 9.

בחברה חופשית, כפי שכבר הראינו בשער הראשון<sup>11</sup>, והוא עולה בקנה אחד גם עם העקרון הבסיסי המנחה את הדין העברי והעומד ברקעה של הלכת השיתוף. המגבלות היחידות המוטלות על חופש התנאה זה הם התנאים המוקדמים הנדרשים לשם הכרה בתוקפו של רצון הצדדים. תנאים אלה כוללים את דרישת הכתב ואת הצורך באישורו של הסכם הממון על-ידי רושם הנישואין, אם נעשה ההסכם לפני הנישואין או בשעת עריכתם, או על-ידי ערכאה שיפוטית כאשר נעשה ההסכם במהלך הנישואין או בכל מקרה של שינוי ההסכם<sup>12</sup>.

דרישות הכתב, האישור והאימות אינן נושאות אופי פורמלי-צורני בלבד. אלה דרישות מהותיות, החיוניות למתן תוקף להסכם כאמור, כאשר הסכם הממון יהיה בכתב והוא טעון אישור בית המשפט או בית הדין. בכך הולך המחוקק בעקבות דברי חקיקה קודמים, אשר חייבו את הכתב כדרישה מהותית לתוקפם של הסכמים<sup>13</sup>. כאן הצטרפה לחובת הכתב הדרישה לאישורה של ערכאה שיפוטית או במקרים מסויימים אימותו של רושם הנישואין. בית המשפט נהג בדרישה זו בקפדנות ובדקדקנות. הסכם אשר אושר על-ידי בית המשפט וקיבל תוקף של פסק-דין לא היה בו כדי למלא אחר התנאי הואיל ובעת האישור לא ניתנה הדעת לחוק יחסי ממון בין בני-זוג<sup>14</sup>. דרישות אלה נובעות ממערכת היחסים המיוחדת שבין בני-זוג, היוצרת, לכאורה, חשש של השפעה בלתי הוגנת, ומהשפעתו הניכרת של הסכם ממון על מכלול רחב של יחסי המשפחה לגבי רוב האוכלוסיה בישראל.

11. ראה לעיל שער ראשון, חלק רביעי, פרק רביעי.
12. הוראות הפרק הראשון, כמו שאר הוראות חוק יחסי ממון בין בני-זוג, לא יחולו על מי שאינם בני-זוג נשואים (ידועים בציבור), ראה המ' 2180/75 צור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"מ תשל"ז 2, 400. אחת הבעיות הקשורות בסוגיה זו הינה הגדרת המונח בני-זוג בחוק יחסי ממון בין בני-זוג. הגדרה כזו היא חלק מהליך ההתאמה בין הוראות החוק האזרחי-הריטוריאלי לבין הוראות הדין הדתי, החולש על הנישואין והגירושין עצמם. בעיה עקרונית זו מחייבת דיון נפרד. כיוון שלא ניתנה לנושא הנדון על-ידינו אלא היא משותפת לחוקים ישראליים רבים לא נעסק בה במסגרת דיון זה. הפסיקה הישראלית והספרות המשפטית דנו בבעיה זו בעיקר בהקשר לחוק הירושה. תשכ"ה-1965. ראה: ע"א 603/65 פלדמן נ' פלדמן, פ"ד כ (2) 465; ד"נ 14/66 פלדמן נ' פלדמן, פ"ד כ (4) 693; י' אנגלרד "מעמדו של הדין הדתי במשפט הישראלי (חלק שלישי)" משפטים ו (תשל"ה) 5, 19 ואילך; פ' שיפמן "מעמדו של ספק" דעות לג (תשכ"ז) 153, 163-165; פ' שיפמן, ספק קידושין במשפט הישראלי (ירושלים, תשל"ה) 117 ואילך.
13. סעיף 8 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969, כאשר לתוקפה של החייבות לעשות עסקה במקרקעין, על דרישת המסמך בכתב במקרה זה כדרישה מהותית ראה ע"א 726/71 גרוסמן את ק.ב.ק. שותפות רשומה נ' מנהלי עובדו המנוח בידרמן, כ"ד כו (2) 781, 786-790. בקורת על המיון של דרישת כתב מהותית בקשר לחוק המקרקעין ועל פסקי הדין שענינם בכך, ראה ד' פרידמן "סעיף 8 לחוק המקרקעין: על הצורך בשינוי גישה" הפרקליט לג (תש"ם) 4. ראה גם את סעיף 5(א) לחוק המתנה, תשכ"ח-1968, כאשר לתוקפה של החייבות לתת מתנה בעתיד, גם כאן הדרישה היא מהותית. ראה: ע"א 111/75 ועד הישיבות בא"י נ' מיכאלי, פ"ד ל (1) 639, 643.
14. ע"א 490/77 נציה נ' נציה, פ"ד לב (2) 621, 624. עם זאת לבית המשפט תפקיד מוגבל. עליו להיווכח רק אם בני-הזוג עשו את ההסכם ב"הסכמה חופשית ובהיבנים את משמעותו ואת תוצאותיו" (סעיף 2) לחוק. ראה גם תקנות סדרי דין (אישור הסכם ממון בין בני-זוג), תשל"ד-1973. לצורך

## בב. היקפו של הסכם ממון

### 1. הגדרה כללית של הסכם ממון ומאפייניו

הסכם ממון הטעון הסדר מיוחד מהו? סעיף 1 לחוק מגדיר הסכם ממון כ"הסכם בין בני-זוג המסדיר יחסי ממון שביניהם". האם כל עסקה בין בני-זוג הינה בגדר הסכם ממון? האם חוזה שותפות, למשל, שנערך בין בני-זוג או חוזה לרכישת נכס כלשהו, נכנס למסגרת הגדרה זו?

כיוון לפתרון ימצא בבחינת המונח "הסכם ממון" לאור העקרון הבסיסי של הפרדה רכושית במהלך הנישואין (סעיף 4 לחוק). רוצה לאמר: במסגרת ההסדר לאיזון משאבים מכוח החוק או הסכם ממון אחר שבחרו לעצמם, ואינו סותר הוראה זו, דינם של בני-זוג, במערכת היחסים החוזיים והקנייניים שביניהם, ובכפוף לדיני המשפחה האחרים החלים עליהם, כדין זרים. עקרון זה מעניק לבני-זוג רשות להתקשר ביניהם בעסקאות כאילו היו זרים. בכל הנוגע לרכישות ספציפיות של נכסים על-ידי בני-זוג במשותף, כאשר דיני החוזים והקניין רואים אותם כבעלים משותפים, אין החוק מחייב לערוך הסכם ממון ספציפי ונפרד לגבי כל נכס ונכס. במקרה אשר כזה די לנו כדיני החוזים והקניין, החלים גם על זרים, כדי לקבוע את מצבם המשפטי של בני-זוג ביחס לנכס המסויים, אלא אם כן נערך על-ידם הסכם ממון ממנו משתמעות הוראות אחרות. משום כך אין צורך בהסכם ממון על כל רכישה ורכישה כאמור ואין שום מניעה להסכים מפורשות שהקניין בנכס פלוני יהיה שייך לאחד מהם או לשניהם. גם הסדרים מיוחדים אחרים, כגון שותפות מסחרית בין בני-זוג, אינם חייבים להיכלל בהסכם ממון. כל גישה אחרת עשויה להיות נוגדת את עקרון הפרדה הרכושית ולסכל אותו. מגמה זו באה לידי ביטוי בהלכת נציה: "אין ספק שבמשך שנות נישואין רבות בני-זוג עושים בינם לבין עצמם כל מיני עסקות, הסדרים והסכמים לגבי פריט זה או אחר של רכושם וספק אם צריך ליחס לכל דבר כזה את המעמד של הסכם ממון במובן החוק... בחוק ישנה הקפדה לגבי הסכם ממון בין בני-זוג הקובע את היחסים ביניהם ומחייב גם לגבי העתיד"<sup>15</sup>.

אם נבחן את הסכם הממון במסגרת זאת נוכל להגדירו במספר מאפיינים:

(א) מדובר בהסכם כולל, דהיינו: עליו להסדיר את יחסי הממון בין בני-זוג בכללותם<sup>16</sup>.

(ב) בעיקרו של דבר זהו הסכם הצופה פני עתיד ומגמתו להסדיר את יחסי בני-זוג הסדר כולל בנוגע ליחסיהם הנמשכים.

(ג) הסכם ממון לא נועד להמיר לחלוטין את תחולת דיני החוזים ודיני הקניין על בני זוג.

(ד) אין הסכם הממון ממצה את אופני ההתקשרות בין בני-זוג ואין הוא שולל קיומם של הסדרים אחרים, מכוח דיני המשפחה, הממשיכים לחייב את בני-זוג.

השוואה ראה על תפקידו של בית משפט באישור הסכם בהקשר אחר (סעיף 12 לחוק הגנת הדייר [נוסח משולב], תשל"ב-1972) ע"א 4/76 חזום נ' קריצמן, פ"ד לא (1) 340.

15. שם שם.

16. ראה גם ג' טרסקי "איזון המשאבים בין בני-זוג" הפרקליט ל (תשל"ו) 76, 100; פ' שיפמן, לעיל הערה 1, בע' 15.

## 2. הסכם ממון והסכמים אחרים במסגרת דיני המשפחה

מה דינם של הסכמים הנעשים במסגרת הוראות אחרות של דיני המשפחה, למעט עניינים הנוגעים להסדר כללי של יחסיהם הרכושיים? האם גם הם נכללים בגדר המונח הסכם ממון כמשמעותו בחוק? האם, למשל, הסכם מזונות בין בני-זוג, הנערך מכוח עקרונות הדין הדתי החלים על מזונות או מכוח הוראות החוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות), תשי"ט-1959, בגדר הסכם ממון הוא? נראה לנו כי הסכמים הנערכים על-פי הוראות חוק ספציפיות אחרות אינם נכללים בגדר הסכם ממון. זאת ועוד, כפי שראינו לעיל אין בכוונת חוק יחסי ממון בין בני-זוג לפגוע בדיני המשפחה האחרים וחלק ניכר מדינים אלה נשמר. במסגרת זאת נשמרות גם ההוראות המיוחדות החלות על תחומי דין אלה. חוק יחסי ממון בין בני-זוג אינו עומד בפני עצמו במערכת דיני המשפחה בישראל ואין לפרשו במנותק מהם אלא במסגרתם ולאורם. מערכת הזכויות והחבובות של בני-זוג בישראל איננה מתמצה בהוראות החוק ועל בני-זוג חלות גם הוראות אחרות של דיני המשפחה.

## 3. הסכם ממון וכתובה

זכותה של האשה על-פי כתובתה ממשיכה להיות חלק מן הדין הקיים לגבי בני-זוג יהודים, במקביל לתחולת חוק יחסי ממון (סעיף 17). האם ניתן לראות בכתובה הסכם ממון? לשאלה זו שתי שלוחות. האחת, האם כל כתובה תיחשב הסכם ממון, שתוכנו תחולת הסדרי הדין העברי על בני-זוג יהודים? התשובה לכך היא שלילית לחלוטין. הכתובה היא הסדר נוסף על ההסדר מכוח החוק ואיננה מוציאה את ההסדר שבחוק. החוק שומר על זכויות האשה לפי כתובתה, אך איננו מקנה לכתובה מעמד חלופי להסדר מכוח החוק. הצעת חוק היחיד והמשפחה, בסעיף 59(ב), קבעה הוראה מפורשת בנדון זה: "כתובה אינה הסכם ממון"<sup>17</sup>. מהיעדר הוראה זוהי בחוק הקיים לא משתמעת תוצאה אחרת. היעדר הוראה כזו אין בה כדי לשנות את העקרון הכללי, העומד ביסודו של החוק, כאשר הוא נקרא יחד עם הוראת סעיף 17 לחוק. השניה, האם רשאים בני-זוג לקבוע ביניהם הסדרים ספציפיים במסגרת הכתובה (מעבר להוראות הסטנדרטיות המוסדרות בדרך כלל באמצעות הכתובה), אשר ייחשבו הסכם ממון כמשמעותו בחוק בלי שיהיה עליהם לעמוד בתנאים הנדרשים בחוק? אילו הכיר המחוקק בכתובה כהסכם ממון היה סעיף 17 לחוק מיותר בתכלית. עצם ההידרשות המפורשת של המחוקק להבטחת זכויות האשה לפי כתובתה מלמדת כי לא הכיר בכתובה כהסכם ממון לכל דבר. יתר על כן, לשונו של סעיף 17 מהווה אסמכתא נוספת למסקנה זו. המחוקק טורח להגן על זכויות האשה לפי כתובתה, להוציא שאר זכויות וחבובות הדדיות שייקבעו בה לרצונם של הצדדים. בכך ניתנת נפקות רק למסגרת ההוראות הסטנדרטיות של הכתובה, המחייבות כתנאי בית דין גם אם לא נקבעו בה. מבחינה פורמלית מוקראת הכתובה על-די רישם הנישואין בשעת עריכתם והיא גם נעשית בכתב, אולם אין היא הסכם ממון

17. הוצאת משרד המשפטים (ירושלים, 1955), ראה ע' 108 לדברי ההסבר. שם נאמר כי הכתובה אינה יכולה להיכלל במסגרת הסכם נישואין כפי שהוא נקבע בחוק. אך "כדי למנוע כל ספק מפרש סעיף קטן זה כי אין לראות את הכתובה כהסכם נישואין".

כמשמעותו בחוק, אלא שטר התחייבות של הבעל לאשה. גם משום כך אין הכתובה יכולה לבוא בגדר המונח "הסכם ממון" בלי לעבור במסלול הפורמלי שהחוק קבעו. לא ניתן, איפוא, לעקוף את הסכם הממון באמצעות תניות שהצדדים יקבעו בשטר הכתובה. אם רצונם של בני-זוג להחיל על עצמם את כל עקרונות הדין העברי וכלליו או הוראות אחרות כלשהן עליהם לעשות כן במסגרת הסכם ממון נפרד כמשמעותו בחוק או להקפיד כי רושם הנישואין בשעת עריכתם יאמת את הכתובה כהסכם ממון לפי החוק<sup>18</sup>.

#### 4. הסכם ממון לאור חוק הירושה, תשכ"ה-1965

מהו היחס בין הוראות הפרק הראשון של חוק יחסי ממון בין בני-זוג לבין סעיף 8(א) לחוק הירושה, תשכ"ה-1965, הקובע את בטלותו של הסכם בדבר ירושתו של אדם שנעשה בחייו? האם רשאים בני-זוג לכלול בהסכם ממון הסדר בדבר זכותם עם פקיעת הנישואין עקב מותו של בן-זוג? האין בהסדר כזה התנאה אסורה לפי סעיף 8(א) לחוק הירושה, בהיותו משנה סדרי ירושה בדרך של הסכם<sup>19</sup>. חוק הירושה אינו מכיר בשום התחייבות "לעשות צוואה, לשנותה או לבטלה"<sup>20</sup> ומבטל כל הוראת צוואה "השוללת או מגבילה את זכות המצווה לשנות את הצוואה או לבטלה"<sup>21</sup>. החוק אינו מוציא בני-זוג מכלל הוראות סעיף 8(א) ואינו מכיר בהסכמי ירושה שנערכו ביניהם<sup>22</sup>. האם עלה בידי חוק יחסי ממון בין בני-זוג להתיר את שחוק הירושה אסר?

שלוש אפשרויות עיקריות פתוחות לפני הפרשן המבקש להתמודד עם הבעיה:

- א. הוראותיו המפורשות של חוק הירושה בענין זה עדיפות על פני ההסדר הכללי הקובע את אופן עריכת הסכם ממון.
  - ב. ההסדר הקבוע בהוראות הפרק הראשון של חוק יחסי ממון בין בני-זוג אינו סותר כלל את סעיף 8(א) לחוק הירושה או, לחלופין, עדיף עליו.
  - ג. הסכם ממון הקובע הסדר אחיד לשני האופנים של פקיעת הנישואין (עקב גירושין או עקב מותו של בן-זוג) יוכר, לעומת זאת, הסכם ממון הקובע הסדרים שונים לכל אחד מן המקרים של פקיעת הנישואין יפוצל. אותו חלק של ההסכם המסדיר מקרה של גירושין יוכר ואילו החלק הנוגע להסדר במקרה של פטירה לא יוכר ותחתיו יבוא לעת כזו הסדר איוון המשאבים (סעיף 3(א) לחוק).
- מהי האפשרות המועדפת בין השלוש?

18. על סוגיה זו בהקשר לזכויות הבעל בנכסי צאן הברזל של אשתו ראה לעיל שער שלישי, חלק ראשון,

פרק שני, סעיף (ג)(כב)(1) בטקסט סמוך להערות 76-79.

19. על סעיף 8(א) לחוק הירושה, ראה ע"א 155/73 שרון נ' ליבוב, פ"ד כח (2) 673; ע"א 682/74

יקותיאל נ' ברגמן, פ"ד כט (2) 757.

20. סעיף 27(א) לחוק הירושה.

21. סעיף 27(ב) לחוק הירושה.

22. בהצעת חוק הירושה, תשי"ח-1958, ה"ח 344 (תשי"ח) 212 (ולפניה גם בהצעת חוק הירושה

(הוצאת משרד המשפטים, תשי"ב) סעיפים 57-61) הותרו הסכמי ירושה בין צדדים קרובים

מסויימים כולל בין בני-זוג (סימן ד', סעיפים 61-65). סעיפים אלה הושמטו מחוק הירושה. בקורת

על ההסדר המוצע בדבר הסכמי ירושה בגלגולה הראשון של הצעת חוק הירושה ראה ג' טדסקי

"הערות על 'הצעת חוק הירושה'" מחקרים במשפטנו הפרטי (ירושלים, תשי"ט) 229-230.

הוראות הפרק הראשון של חוק יחסי ממון ענינו רק אופן עריכתו של הסכם ממון אין הן קובעות כל מאומה לגבי תוכנו. תכנון של הסכם הממון יהיו כפופים למגבלות שונות במידה שהן מוטלות בחוקים כלשהם. טיעון כזה תומך באפשרות הראשונה המעדיפה את סעיף 8(א) לחוק הירושה. מאידך גיסא, יש ללמוד אנלוגיה מהסדר איזון המשאבים אותו רואה החוק כ"הסכם ממון בעל תוקף" (סעיף 3(א) לחוק). מה הסכם הממון הסטטוטורי נועד להסדיר יחסי ממון הן למקרה של גירושין והן למקרה של פטירה כך גם הסכם ממון וולונטרי. ניתן לערוך את האחרון בצלם דמות תבניתו של הראשון. אם לא תאמר כן יימצאו בני-זוג אשר בחרו להסדיר את יחסי הממון שביניהם בהסכם ממון מופלים לרעה לעומת אלה שנמנעו מעשות כן. לא יעלה על הדעת כי זו היתה כוונת המחוקק. זאת ועוד, הסכם ממון איננו בגדר "הסכם בדבר ירושתו של אדם" כמשמעות מונח זה בסעיף 8(א) של חוק הירושה. ראשית, הזכויות המעוגנות בהסכם ממון נובעות מקשר האישות, הן ענין של יחסי ממון בין איש לאשתו וחוק הירושה אינו בא לפגוע בהן<sup>23</sup>. שנית, זכויות אלה מהוות התחייבות תקפה כבר במהלך הנישואין והא ראייה כי ניתן לנקוט אמצעים לשמירתן<sup>24</sup>. בכך הן חורגות מגדר של ציפיה גרידא אף כי מועד גיבושן מאוחר ומותנה בפקיעת הנישואין. עם פטירת בן-הזוג מתממשת זכות שעילתה קשר הנישואין ואשר היתה קיימת כבר במהלך הנישואין ואין היא נוצרת לראשונה כמועד זה בחינת יש מאין. גם משום כך לא מן הדין הוא כי הסכם ממון יהיה נשלט כליל על-ידי סעיף 8(א) לחוק הירושה. ניתן גם לטעון כי חוק יחסי ממון בין בני-זוג קובע הסדר מיוחד בהקשר זה לעומת ההוראה הכללית של חוק הירושה. שורה ארוכה זו של טעמים מטה את כף המאזניים לצידה של האפשרות השניה<sup>25</sup>. עם זאת מעדיפים אנו דווקא את דרך הביניים, הבאה לידי ביטוי באפשרות השלישית המוצעת. אפשרות זו חותרת להרמוניה חקיקתית. במסגרתה כוללת ביותר האנלוגיה עם הסכם הממון הסטטוטורי (הסדר איזון המשאבים). שכן צלע ההיקש העיקרית (הסדר אחד לשני אופני פקיעת הנישואין) תואמת. בכך נוצרת הרמוניה פנימית במסגרת חוק יחסי ממון בין בני-זוג. דרך זו גם מישבת בין שני החיקוקים הסותרים לכאורה ויוצרת איזון בין העקרון המנחה את חוק יחסי ממון בין בני-זוג ובין העקרון הגלום בסעיף 8(א) לחוק הירושה. כך נוצרת הרמוניה חקיקתית כוללת בשיטת המשפט הישראלי<sup>26</sup>. פרשנות הרמונית, החותרת להתאמת מעשי ידיו של המחוקק אלה עם אלה, עדיפה על זו המבכרת חיקוק אחד על פני מישנהו אם אין כוונה אחרת משתמעת. אחדות בהסדר יחסי הממון בשני האופנים של פקיעת הנישואין מציבה את ההסדר במסגרת הסכם ממון. סטייה מן ההסדר למקרה של פטירת בן-זוג — דהיינו: הסכם הקובע לעת פטירה הסדר שונה מן המוסכם למקרה של גירושין — מעבירה אותו למישור אחר, זה של הסכם בדבר ירושתו של אדם. אם נכיר בתוקפו של הסכם כזה לא נוכל לשלול את נפקותו של הסכם ממון הקובע הסדר לעת פטירה בלבד. נמצאנו עוקפים את סעיף 8(א)

23. סעיף 148 לחוק הירושה.

24. סעיף 11 לחוק יחסי ממון בין בני-זוג.

25. באפשרות זו מצדד פ' שיפמן "יחסי ממון בין בני-זוג" קובץ ההרצאות בימי העיון לשופטים תשל"ה (ש' שטרית, עורך, ירושלים, תשל"ו) 126, 129-130.

26. על הרמוניה תחיקתית ראה ע"פ 108/66 דן נ' היועה"מ, פ"ד כ (4) 253, 261.



לחוק הירושה ומתירים למעשה הסכם בדבר ירושתו של אדם הנושא את שמו של הסכם ממון לשווא. מערכת השיקולים, הטיעונים והטעמים, אשר הועלו כבר קודם לכן, מאשרת ביתר שאת את האפשרות השלישית, שכן במסגרתה מוצאת משכן כל המערכת כולה, ללא יוצא מן הכלל, כולל הטיעון הראשון.

### ג. עקרון ההפרדה הרכושית במהלך הנישואין

#### א. הכלל הרחב: דין בנייזוג כדין זרים

זכותו של בן-זוג על-פי הסדר איזון משאבים הינה זכות אובליגטורית דחוויה למועד פקיעת הנישואין. המגמה הרצויה של השגת איזון בין שיתוף להפרדה<sup>27</sup> הנחתה את המחוקק הישראלי, כמו גם שיטות משפטיות אחרות<sup>28</sup>, לבחירת משטר רכושי של איזון משאבים דחוי. במהלך הנישואין נוהג הסדר של הפרדה בנכסי בנייזוג. הסדר זה מתחייב למעשה מעצם דחיית איזון המשאבים למועד פקיעת הנישואין. דחייה זו משליטה את דיני החוזים והקניין על מערכת היחסים בין בנייזוג במהלך הנישואין. אולם המחוקק לא הסתפק בהוראה משתמעת. הוא קבע את ההפרדה הרכושית כעקרון מפורש בסעיף 4 לחוק<sup>29</sup>. מהוראות אלה נובע כי הנישואין בין בנייזוג וקיומם הנמשך אין בהם כדי לשנות את דיני החוזים והקניין החלים עליהם במהלך הנישואין. כמו כן אין בנישואין כדי להקנות לבנייזוג זכויות או לחייבם בחובות מעבר למה שהדין הכללי מקנה להם או מחייב אותם. הצד השני של מטבע ההפרדה הוא תחולת כל דיני החוזים והקניין על בנייזוג כאילו היו זרים. כתוצאה מכך הם חופשיים להתקשר בעסקאות כראות עיניהם וליצור שותפות בעסק או בעסקים. בעיות הנובעות מבעלות משותפת של בנייזוג בנכסים שרכשו יחד ייחתכו מכוח דיני השיתוף לפי חוק המקרקעין, תשכ"ט-1969, או חוק המיטלטלין, תשל"א-1971. דינים אלה יחולו גם על פירוק השיתוף בין בנייזוג. על שותפות עסקית שיצרו ביניהם תחול פקודת השותפויות (נוסח חדש), תשל"ה-1975, ופקודה זו תסדיר גם את פירוק השותפות. רוצה לאמר: מערכת הדינים להם כפופים בנייזוג במהלך הנישואין היא זו שהיתה חלה עליהם גם אילו היו זרים זה לזו ופנויים זה מזו. אין בהיותם בנייזוג כדי להחיל עליהם במהלך הנישואין מערכת דינים מיוחדת ונפרדת בדומה לזו החלה על בנייזוג במשטר של שיתוף נכסים כללי פרי יצירת הפסיקה עובר לחוק. תוצאות אלה ישתנו רק במידה ובנייזוג ערכו ביניהם הסכם ממון הכולל הוראות אחרות.

עקרון ההפרדה אינו מתישב עם הלכת השיתוף המבוססת על ייחוס כוונות או פניה לכוונתם המשוערת של בנייזוג לשם הסדר יחסי הרכוש ביניהם. במקום אחר עמדנו בהרחבה על הטעמים לכך שאין הלכת השיתוף נחלתם של בנייזוג שעקרון ההפרדה במהלך הנישואין והסדר איזון המשאבים עם פקיעת הנישואין חלים עליהם<sup>30</sup>

27. ראה לעיל שער ראשון, חלק ראשון, פרק שני, סעיף (ב) (כב).

28. ראה לעיל שער ראשון, חלק חמישי, פרק שלישי, סעיף (ב).

29. על החומרה הבלתי פשרנית של עקרון ההפרדה ראה א' לבנה "יחסי ממון בנישואין" משפטים ג (תשל"ב) 570, 573; ראה גם א' ידין "שותפות בין בנייזוג — גם כלפי חוץ; ומה הלאה?" הפרקליט כו (תשל"ל) 474, 477.

30. ראה לעיל שער שלישי, חלק שלישי, פרק ראשון, סעיף (ה) (אא). ראה במיוחד סמוך להערות 360-

## בב. חריגיו של עקרון ההפרדה הרכושית והמתקתו

### 1. תחולת הוראות הדין האישי

עקרון ההפרדה הרכושית מכוח סעיף 4 לחוק יחסי ממון בין בני-זוג אינו ההסדר המשפטי הבלעדי החל על בני-זוג במהלך הנישואין. חלק מהוראות הדין האישי ממשיכות לחול על בני-זוג ומשפיעות על יחסיהם הרכשיים<sup>31</sup>. הוראות אלה ממתיקות במידה מסויימת את עקרון ההפרדה בהעניקן זכויות שימוש והנאה בנכסים<sup>32</sup>.

### 2. התחשבות כעובדת הנישואין במסגרת דיני החוזים והקניין

הקביעה כי דיני החוזים והקניין יחולו על בני-זוג במהלך הנישואין כאילו היו זרים טעונה הבהרה. מערכת היחסים בין שני אנשים החיים יחד במסגרת אינטימית ומסדירים את עניניהם באופן בלתי פורמלי יוצרת קשיים לא מבוטלים ביישום דיני החוזים והקניין הרגילים. מצד אחד נפרע שטר ההפרדה הרכושית על-ידי הימנעות מיצירת קונסטרוקציות משפטיות מיוחדות, כגון נאמנות קונסטרוקטיבית או מתנה, או מייחוס כוונות ופנייה לכוונות משוערות של בני-זוג, אשר נועדו ליצור שיתוף נכסים במסגרת שיטה משפטית שמשטרה הרכושי הכולל בין בני-זוג הוא הפרדת נכסים<sup>33</sup>. מצד שני, במסגרת דיני החוזים והקניין ניתן להתחסס לנישואין כדאטום ולבחון את התנהגותם של בני-זוג תוך מתן משקל מיוחד למערכת היחסים שביניהם ולאורה<sup>34</sup>. דברים אלה אמורים הן בהקשר הסטטי, בשאלת עצם קביעת הזכויות בנכסים, והן כאשר לסוגיה

31. ראה לעיל שער שלישי, חלק ראשון, פרק שני, סעיף (ג)(גג)(1).

32. ראה שער שלישי, חלק ראשון.

בדין האנגלי רשאי בית המשפט, בהתאם לשיקול דעתו לפי סעיף 17 ל-Married Women's Property Act, 1882 לדחות עתירת בעל לקבל לרשותו מיטלטלי משק בית ולשללם מאשתו. כתוצאה מכך מוגנת בדרך עקיפין זכות השימוש של האשה במיטלטלין. אולם בדרך כלל, למעט מקרים מיוחדים, ייעתר בית המשפט לעתירתו של הבעל, הבעלים של הנכסים [2 (W. v. W. [1951] T.L.R. 1135) יתר-על-כן, האשה לא תוכל, כנראה, לחבוע באופן פוזיטיבי זכות שימוש בנכסים אלה בהיעדר זכות קניינית עליה תוכל לסמוך את תביעתה, ראה (No. 86) The Law Commission Family Law, Third Report on Family Property: The Matrimonial Home (Co-ownership and Occupation Rights) and Household Goods (London, 1978) 337.

ועדה זו ממליצה על הענקת מעין זכות שימוש והנאה לשני בני-זוג במיטלטלי משק הבית, כולל מכוננית, תוך מתן שיקול דעת רחב לבית המשפט בדבר הענקת סעד כזה או דחייתו. ראה *ibid.* at 344-347.

33. על נקיטת אמצעים כאלה בשיטות של הפרדה רכושית ראה I.F.G. Baxter, *Marital Property* (N.Y., 1973) (H.H. Foster, *Commulative Supplement*, 1980) 99-100.

כן ראה לעיל שער ראשון, חלק שני, פרק שני, בטקסט סמוך להערות 74-81 וכן שער ראשון, חלק חמישי, פרק ראשון, בטקסט סמוך להערות 190-193.

34. דין דומה יחול ביחסי שליחות בין בני-זוג ראה לעיל שער שלישי, חלק שני, פרק שני, סעיף (א)(ב)(6) במיוחד בטקסט סמוך להערות 29-30. כן ראה, בדין האנגלי לאור הפסיקה בשנים האחרונות, לעיל שער שלישי, חלק שלישי, סעיף (א), הערה 19 והטקסט סמוך לה. על ייחוס משמעות לעובדת החיים המשותפים במסגרת הדין הרגיל ראה גם ע"א 170/74 היסטר נ' פליישר, פ"ד כט (1) 132, 134 ב.

הדינמית, בנוגע לזכויות בנכסים ולהעברתן. כך עשויה השאלה מיהו הבעלים של נכס מיטלטל המשמש את שני בני-הזוג להיות מוכרעת, בהיעדר ראייה אחרת לסתור, על-ידי הכלל כי המחזיק הוא הבעלים. כתוצאה מכך ייחשב חלק הארי של מיטלטלי משק הבית כנמצא בבעלותם המשותפת של שני בני-הזוג. על סוגיה זו הרחבנו את הדיבור במסגרת הדיון בהלכת השיתוף<sup>35</sup> והדברים יפים גם בהקשר לסוגיה נשוא דיוננו כאן, שכן הם מבוססים בעיקרם על מערכת הדינים הרגילה. החזקה לפיה שיתוף פירושו שוויון בחלקים, שמצאה לה ביטוי מפורש בחקיקה הישראלית<sup>36</sup>, תחול ביתר שאת ביחסים בין בני-זוג כאשר מערכת היחסים הבלתי פורמלית תקשה על המצאת ראייה סותרת אף אם מידת ההשתתפות של כל אחד מבני-הזוג ברכישת נכס או בהשקעה אחרת לא היתה שווה<sup>37</sup>. זאת ועוד, המסגרת המשותפת של החיים עשויה לשמש היא עצמה ראייה לכאורה במקרים מסויימים במסגרת כלל הראיות הנדרשות על-ידי הדיון הרגיל לשם הרמת הנטל. כך, למשל, עשויה מערכת יחסי הנישואין בין בני-זוג בתוספת עובדה של פתיחת חשבון בנק משותף להוות ראייה לכאורה לרצונם של בני-הזוג בשיתוף אף אם בין זרים לא יהיה די בפתיחת חשבון כזה כשלעצמו ללא ראייה נוספת כדי לשקף לכאורה כוונה כזו. היחסים המיוחדים בין בני-זוג עשויים לספק את הראיה הנוספת הנדרשת<sup>38</sup>. עובדת הנישואין מביאה עמה דפוסי התנהגות מסויימים בעלי משמעות משפטית. במסגרת החיים המשותפים עוברים נכסים וכספים, שמקורם בצדדים שלישיים, תחת ידי בני-הזוג וכן מיד בן-זוג אחד למשנהו. השאלה היא מיהו הבעלים של נכס מסויים: מיהו בעליו של נכס שניתן במתנה לבני-הזוג והאם נכס אשר הועבר מיד בן-זוג אחד למשנהו

35. ראה לעיל שער שלישי, חלק שלישי, פרק ראשון, סעיף (ג)(גג)(2), בטקסט סמוך להערות 122-125.
36. סעיף 9(ב) לחוק המיטלטלין, תשל"א-1971.
37. על חזקה זו ראה ע"א 429/67 אלוביץ' נ' קאופרטיב להובלת משאות "הנמל החדש" בע"מ (לא פורסם): ע"א 704/76 חביב נ' בנק ברקליס-דיסקונט בע"מ, פ"ד לא (3) 243, 245 ה.
38. ראה ע"א 263/74 גלבר נ' ויזל (לא פורסם); ראה עמדת השופט ויתקון בע"א 679/76 סלי נ' עזבון שפר, פ"ד לב (2) 785, 794; כן ראה ר' בן-אוליאל "חשבון בנק משותף — הערכה ביקורתית" משפטים י (תשמ"מ) 439, 457; ר' בן-אוליאל "הקנייה דרך חשבון בנק משותף" הפרקליט לג (תשמ"א) 172, 175-176; ד' נוימן "גורלו של חשבון בנק המשותף לשני בני-זוג במות אחד מהם" משפטים י (תשמ"מ) 106, 116. בפסקי הדיון שהובאו לא נדונו יחסים בין בני-זוג ולכן האמרות העוסקות בבני-זוג הינן בגדר אמרת אגב, זאת ועוד, אמרות אלה אינן מתייחסות לבני-זוג הכפופים לסעיף 4 של חוק יחסי ממון בין בני-זוג, ותכן, איפוא, כי עקרון ההפרדה הרכושית יופעל במידה כזו של נוקשות אשר לא תאפשר את ההתייחסות לנישואין כעובדה בעלת משקל כלשהו. במקרה אחד, אף שהוא נדון לפי המצב המשפטי הקודם, לא היה בכוחו של חשבון בנק משותף בין בני-זוג להתגבר על העובדה כי מקורם של הכספים בחשבון הוא נפרד (ע"א 221/75 שוורץ נ' שוורץ, פ"ד לא (2) 33). מכאן אתה למד כי גם בין בני-זוג יש להעניק משקל רב למקורם של הכספים המושקעים בחשבון הבנק, אם זהו המצב המשפטי לגבי בני-זוג הנתונים למרותה של הלכת השיתוף קל וחומר לגבי בני-זוג הנכנסים בגדר סעיף 4 לחוק יחסי ממון בין בני-זוג. מן הראוי לציין כי בהלכת סלי הנ"ל נקבע בדעת רוב שעצם פתיחת חשבון משותף, גם בין זרים, מהווה ראייה לכאורה לרצונם של בעלי החשבון לקיים ביניהם שיתוף ככל הנוגע לחשבון (שם בע' 789). בקורת על גישה מרחיבה זו ראה אצל ר' בן-אוליאל, במאמרו הנ"ל בהפרקליט.

הוענק לו כמתנה או שמא רק הועבר לשימושו בלי להקנות זכויות קנין אחרות כלשהן? בכל הסוגיות הללו עומדת במרכז הבמה כוונת הצדדים, כפי שניתן לדלותה מהתנהגותם ומן הנסיבות הסובבות. לא נמצא מערכת דינים נוקשה וחד משמעית. אלא כללים המבוססים על הגיון ונסיון חיים. מתנה לבני-זוג מצד שלישי אף אם היא מתנת חתונה, לא תיחשב אוטומטית כרכוש משותף. יש להתחקות אחר כוונת הנותן ושאר נסיבות הענין. בין היתר ניתן להיעזר בשיקולים הבאים: למי מיועדת המתנה מבחינת השימוש שניתן לעשות בה (חפץ המיועד לשימושו האישי של אחד מבני-הזוג או לשימוש משותף בכית המגורים), קשריו של נותן המתנה אל אחד מבני-הזוג (קרוב משפחה של אחד מבני-הזוג או ידיד), כיצד נהגו בני-הזוג במתנה במשך הזמן והאם ניתן למצוא ראיות בכתב ובעל פה המשקפות את כוונת הנותן או לאחר מכן את כוונת בני-הזוג.<sup>39</sup> דינים של נכסים המועברים בין בני-הזוג ייחרץ גם הוא בהתאם לכוונת הצדדים. לשם איתורה של כוונת הצדדים ניתן להסתייע בשאלות המנחות הבאות: האם נשאה הפעולה אופי עסקי. האם הועבר הנכס לציון מאורע מסויים (יום נישואין, יום הולדת וכיו"ב). האם הנכס מיועד לשימוש אישי של המקבל (בגד, כלי, תכשיט) או לשימוש משותף, מה שוויו של הנכס ביחס לשוויים של כלל נכסי בני-הזוג (באילו מידה ניתן להניח כי הכוונה היתה להשקעה משותפת או נפרדת או למתנה), כיצד התייחסו בני-הזוג אל הנכס במשך הזמן והאם ניתן למצוא ראיות כלשהן המבטאות את כוונת הצדדים. בהקשר למתנות בין בני-זוג עשויים לחול, לדעתנו, גם כללים של הדין האישי<sup>40</sup>. בדיני היושר האנגליים נהגה חזקת ה-*advancement* על פיה עדיף כוחו של רישום נכס על שמה של האשה עלידי הבעל על פניו של המקור ממנו נבעה ההשקעה. בדרך כלל חזקה היא כי הבעלים הרשום משמש כנאמנו של המשקיע. חזקה זו נהפכת בדין האנגלי במקרה של יחסים מיוחדים. בעניינו רישום נכס על שמה של האשה עלידי הבעל, אשר סיפק את התמורה, או כסף שאשה מקבלת מבעלה, יוצרים חזקה הניתנת לסתירה כי הנכס או הכסף ניתנו לה במתנה.<sup>41</sup> הלכה זו נקלטה במשפט הישראלי כחלק מדיני היושר של המשפט המקובל.<sup>42</sup> ספק בעיני אם היה מקום לקלוט הלכה זו המבוססת על מעמדה המשפטי של האשה בדין האנגלי ושמקורה בתנאים המיוחדים ששררו באנגליה בשלהי המאה הי"ט ובתחילת מאה זו.<sup>43</sup> במיוחד אמורים הדברים לאור העובדה שדיני המשפחה בישראל כה שונים הם מאלה האנגליים. מכל מקום, זוהרה של הלכה זו הועם בארץ מכורתה. היא

39. על סוגיה זו באותו דין אנגלו-סכסי המושתת על עקרון ההפרדה הרכושית בין בני-זוג, ראה: I.F.G. Baxter, *Marital Property* (N.Y., 1973) 461-463; J.G. Miller, *Family Property and Financial Provision* (London, 1974) 13-14; במיוחד שם, *Samson v. Samson* [1960] 1 All E.R. 653; הערה על פסק אנגלי זה ראה ב-342 L.Q.R. (1960) 76. ראה לעיל שער שלישי, חלק ראשון, פרק שני, סעיף (ג) (כב) (2).

40. על החזקה ראה, D.B. Parker & A.R. Mellows, *The Modern Law of Trusts* (London, 4th ed., 1979) 122; כן ראה *Silver v. Silver* [1958] 1 All E.R. 523.

41. ראה ע"א 373/54 אהרונסט נ' גוימן, פ"ד י 1121, 1145; ע"א 253/65 בייקר נ' בייקר, פ"ד כ (1) 589, 597; ע"א 496/75 דבורה נ' דבורה, פ"ד לא (2) 583, 586.

42. D.B. Parker, *supra* note 41, at 132 et seq; J.G. Miller, *supra* note 39, at 21.

מצויה בתהליך של גסיסה וספק אם עוד נשמת חיים באפה<sup>44</sup>. עם השוואת דין האשה לאיש והעמדת מערכת יחסי הרכוש בין בני-זוג על בסיס עקרון השוויון אין עוד כל מקום להמשך השתרשותה של ההלכה במשפט הישראלי. על אחת כמה וכמה יפה מסקנה זו לאחר חקיקת חוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט-1979, וחוק הנאמנות, תשל"ט-1979, בהם לא בא זכרה של חזקה זו, ולאור עקרון הפרדה הרכושית בסעיף 4 לחוק יחסי ממון בין בני-זוג. כל אלה יחד מעידים כי המשפט הישראלי נתן גט פיטורין להעדפה זו של האשה. לצורך החזקה כי הרישום משמש ראיה לכאורה לבעלות, במקום שהיא חלה<sup>45</sup>, שווה דינם של בני-הזוג, והוא המצב גם לשם קביעת הנפקות המשפטית של העברת כספים מאחד מבני-הזוג לרעהו.

### 3. דיני פשיטת רגל

פקודת פשיטת הרגל [נוסח חדש], תש"ם-1980, קובעת הוראות מיוחדות הנוגעות למערכת היחסים בין בני-זוג במקרה של פשיטת רגלו של אחד מהם. כך, למשל, יצורפו למסה של פושט רגל נכסים שהופקדו או הושאלו על-ידי אחד מבני-הזוג אצל משנהו פושט הרגל<sup>46</sup>. כמו כן מבטלת פקודת פשיטת הרגל הענקות מסוימות של נכסים מבין זוג אחד לרעהו במקרים מסוימים<sup>47</sup> ועוד הלכות כהנה וכהנה<sup>48</sup>. עניני פשיטת רגל מוסדרים על-ידי הפקודה ולא על-ידי חוק יחסי ממון בין בני-זוג משום כך אין בכוחו של סעיף 4 לחוק או בכוחם של סעיפים אחרים לחוק לשנות את הוראותיה המפורשות של הפקודה<sup>49</sup>. כל אימת שיידון ענין של פשיטת רגל יגבר הדין המיוחד אשר נועד להסדיר סיטואציה זו בלוקחו בחשבון אינטרסים של הגנת הנושים ומניעתן של קנוניות והברחת נכסים. הדינים המסדירים את יחסי הממון בין בני-זוג יחולו גם במקרה של פשיטת רגל במידה ואין הם סותרים את ההוראות המיוחדות<sup>50</sup>.

### 4. אמצעים לשמירת זכותו העתידה של בן-זוג במהלך הנישואין

השותפות האובליגטורית המוסדרת בחוק יחסי ממון בין בני-זוג הינה דחוייה במובן זה שאינה מיושמת במהלך הנישואין. היא מנציחה מצב של אי-שוויון בין בני-הזוג כל משך חיי הנישואין המשותפים ומנסה לתקן אי-שוויון זה רק עם פקיעת הנישואין. במהלך הנישואין קיימת שיטה של הפרדה רכושית המטיבה עם בן-הזוג היוצא לעבודה והמצליח לצבור לעצמו רכוש וקרנות אחרות. אין להעלים, אמנם, עין

44. D.B. Parker, *ibid*; J.G. Miller, *ibid*, at 21, 24. כן ראה לעיל שער שלישי, חלק שלישי, פרק ראשון, סעיף (א), הערה 21 והטקסט הסמוך לה.

45. ראה, למשל, סעיף 125 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969.

46. ראה סעיף 83 לפקודת פשיטת הרגל [נוסח חדש].

47. ראה סעיף 96 לפקודת פשיטת הרגל [נוסח חדש].

48. ראה על כך בפרוטרוט אצל א' פרוקצ'יה "יחסי ממון בין בני-זוג בפשיטת רגלו של אחד מהם"

משפטים ז (תשל"ו) 266, 282-295.

49. ראה שם, בע' 282, 301-303; כן ראה לעיל שער שלישי, חלק ראשון, פרק שלישי, סעיף

(א)(גג)(1) בטקסט סמוך להערות 29-31.

50. ראה שם, בע' 302, 305.

מיתרונותיו של הסדר כזה. הוא שומר על עצמאותו של כל בן-זוג ועל חופש העשייה שלו בקניניו ועם זאת מעניק לכל אחד מהם בטחון כלכלי ופסיכולוגי מסויים. נוסף לכך הוא עוקף את הבעיות הקשות שהן מנת חלקו של שיתוף נכסים מיידית. כגון: ניהול הרכוש המשותף, השפעת ההסדר על צדדים שלישיים וכיו"ב. עם זאת, נקודת התורפה של הסדר השותפות הדחוייה היא שאין הוא משרת את המשפחה במוכן רחב, אין בני-הזוג נהנים מתוצאות ההסדר במהלך החיים המשותפים וממילא אין הוא תורם במידה מספקת לקידום השיתוף במשפחה. הוראות החוק מממשות את השיתוף בין בני-הזוג בשלב מאוחר מדי מכדי שכל אחד מבני-הזוג יוכל ליהנות מהישגיו של האחר במהלך הנישואין ומכדי שניתן יהיה לקדם את השיתוף במשפחה ולהעצים בה את ההרמוניה. על פגם בסיסי של ההסדר שבחוק נתנו חברי הכנסת את דעתם כבר בעת הדיון בהצעת החוק<sup>51</sup>. יש, אפוא, לבחון מהו היקפו של ליקוי זה ומהם הדרכים לתיקונו. מבחנו של ההסדר שבחוק הוא האיוון אותו עליו ליצור בין עקרון הפרדה לעקרון השיתוף במהלך הנישואין בלי לפגוע ביסודות המרכזיים עליהם נשען החוק. ואכן עקרון הפרדה מומתק על-ידי מספר הוראות משלימות כשאחת מתיחסת למהלך הנישואין ושתי אחרות לפקיעתם. סעיף 11 לחוק מקנה לבית המשפט את הכוח לנקוט אמצעים במהלך הנישואין לשמירת זכותו העתידה של בן-זוג על-פי הסכם ממון או על-פי הסדר איוון המשאבים. הגנה אחרת, מאוחרת לפקיעת הנישואין, מאפשרת את הרחבת בסיס האיוון במקרים מיוחדים (סעיף 7 לחוק) ומקנה לבית המשפט סמכויות מיוחדות שבשיקול דעת במסגרת מימוש הזכות לאיוון משאבים (סעיף 8 לחוק).

הסדר השותפות הדחוייה והסדר שיתוף הנכסים בשיטות משפטיות שונות בעולם, למרות ההבדלים ביניהם, מתקרבים למעשה זה לזה. קירבה זו נוצרת על-ידי שימוש באמצעים זהים במסגרת ההסדרים השונים למרות השוני בהסדר הבסיסי. כך, למשל, השימוש באמצעי של הטלת מגבלות על חופש העשייה של כל בן-הזוג בקנינים מסויים. על-ידי כך מוגן האינטרס של בן-הזוג, בשיטת השותפות הדחוייה, גם במהלך חיי הנישואין. סעיף 11 לחוק הוא המקביל הישראלי לדרך זו. ההגנה שהוא מעניק לכל אחד מבני-הזוג משתרעת גם על מקרים בהם קיים רק חשש סביר לסיכול הזכות. קביעת היקפה של הגנה זו מחייב שיקול של אינטרסים נוגדים: הימנעות מהתערבות יתר בשל החשש לסיכון עקרון הפרדה ולסיכול חופש העשייה של כל אחד מבני-הזוג בקניניו, מחד גיסא, והרחבת ההגנה על האינטרסים האחרים של כל אחד מבני-הזוג כנגד פגיעה בהסדר האיוון הצפוי, מאידך גיסא. שיטות משפטיות שונות העדיפו לקבוע הוראות מגבילות (לפני מעשה) מפורטות האוסרות על כל אחד מבני-הזוג לערוך דיספוזיציות בקניניו ללא הסכמת האחר. כן נוקטות שיטות אלה אמצעים נוספים שיש בהם כדי להגן באופן ממשי על האינטרסים של בני-הזוג<sup>52</sup>. המחוקק הישראלי לא הלך בדרך זו. הוא נמנע מקביעת הוראות מגבילות אפריוריות. בכך השאיר את היקפה ההגנה לשיקול דעתו של בית המשפט בכל מקרה אינדיבידואלי על פי נסיבותיו המיוחדות<sup>53</sup>.

51. ח"כ מ' נסים, ד"כ 56 (תשכ"ט) 475; ח"כ הרב מ' צ' נריה, ד"כ 56 (תשכ"ט) 478.

52. ראה לעיל שער ראשון, חלק חמישי, פרק שלישי, סעיף (א), וכן סעיף (ב) בטקסט סמוך להערות 238-247.

53. בסעיף 67 להצעת חוק היחיד והמשפחה (הוצאת משרד המשפטים, 1955) נקבעו במפורש שורה

יש לקרוא את סעיף 11 לחוק יחד עם סעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, החל גם על חיוב מכוח החוק<sup>54</sup>. בכל מקרה של כוונה לסכל את זכותו של בן-הזוג יתערב בית המשפט וימנע את הוצאת הכוונה מן הכוח אל הפועל. דהיינו: כל אימת שנעשית על-ידי אחד מבני-הזוג פעולה החורגת מגדר תום הלב ויש בה כדי לפגוע בזכויותיו של האחר רשאי האחרון להפעיל את מנגנון בית המשפט על מנת להגן על האינטרסים שלו. אך לשונה של הוראת החוק רחבה דיה לכלול גם מקרים בהם פועל בן-הזוג הנתבע בתום לב. במקרה כזה ישקול, לדעתנו, בית המשפט את מידת האינטרסים של בן-הזוג הנתבע לביצוע העסקה או הפעולה, ומאיך גיסא, את מידת הפגיעה באינטרס של בן-הזוג התובע. יש להתחשב, בין היתר, באפשרות של הימנעות מפגיעה כזו בלי התערבות מרחיקת לכת בחופש העשייה של בן-הזוג הנתבע ובאלטרנטיבות, אם קיימות כאלה, המאפשרות את ביצוע הפעולה בלי לסכן או לסכל את האינטרסים של בן-הזוג האחר. האיוון הנדרש הוא, לעיתים קרובות, עדין ביותר. בהיעדר קני מידה מנחים בחוק מסור שיקול הדעת לבית המשפט. איננו מציעים להעניק במקרה כזה העדפה מכרעת לעקרון ההפרדה דווקא. כך, למשל, כאשר בן-הזוג הנתבע נוהג בזבזנות ניכרת, הגם בתום לב, באופן העשוי לסכל את זכותו של בן-הזוג האחר. יש להציב גבול לחופש העשייה שלו ולהגביל את עקרון ההפרדה המוחלטת. בית המשפט לא יתערב בכדאיותם המסחרית של עסקאות ולא ינהל את העסקים ואת הרכוש במקומם של בני-הזוג, אפילו רשאי הוא לעמוד על משמר הזכויות של בן-הזוג העלול להפגע. המחוקק העדיף להימנע מקביעת עקרונות נוקשים ומפירוט פעולות בנכסי בני-הזוג הטעונות הסכמה ביניהם. בכך ביקש לשים דגש על עקרון ההפרדה. במקביל הוענקה לבית המשפט מידה רבה יותר של שיקול דעת המאפשר לו התערבות בכל מקרה בו זכותו של אחד מבני-הזוג עשויה להיות מסוכלת על-ידי פעולה של האחר. באופן זה לא הטביע המחוקק חותם מראש על פעולה כלשהי של בן-זוג שהיא בעלת אופי מסכל. כך הוחדרה נימה של שיתוף לעקרון ההפרדה.

אנו מציעים גם לא להגביל את סמכות ההשגחה והביקורת של בית המשפט, מכוח הוראות סעיף 11 לחוק לנכסים בני-איוון ולהרחיבה, במקרים מיוחדים, גם על הנכסים הנפרדים (שאינם בני-איוון) של בני-הזוג<sup>55</sup>. אין להוציא מכלל אפשרות כי פעולות מסוימות של בן-זוג בנכסיו הנפרדים עלולה לסכל את זכות האיוון של בן-הזוג האחר. כך, למשל, בזבזנות יתרה בנכסים הנפרדים סופה שתסכן גם את הנכסים בני-האיוון. קו הגבול של המבחן אותו מציב המחוקק אינו נעוץ בטיב הנכסים, בדומה לשיטות משפטיות אחרות, אלא בטיב פעולותיו של בן-הזוג ובתוצאותיהם. כל אימת שיש בפעולות כלשהן כדי לסכל את זכותו של בן-הזוג האחר או כשקיים חשש סביר לסיכול כזה רשאי בית המשפט להתערב יהיו אשר יהיו הנכסים המעורבים. עם זאת, אין ספק כי בית המשפט יימנע עד כמה שאפשר מהתערבות בפעולות הנוגעות לנכסים נפרדים.

של פעולות הטעונות הסכמת בן-הזוג. ראה גם דברי ההסבר שם בע' 115. בכך קירבה הצעה זו את השותפות הדחוויה לשיתוף בנכסים. הוראה זו הושמטה מהחוק הקיים.

54. ראה להלן.

55. ג' טרסקי, לעיל הערה 16, בע' 85, 99-100 מציע, לעומת זאת, כי סעיף 11 יחול רק על נכסים בני-איוון.

מאידך גיסא, יטה בית המשפט ביתר קלות להתערבות כאשר הנכסים בני-האיזון הם כאלה הנוגעים לשלימות המשפחה ולרווחתה, כגון דירת המגורים. בית המשפט יראה עצמו חופשי יותר לנקוט אמצעים, כגון מתן ערובה, וביתר שאת מתן ידיעות<sup>56</sup>, אשר אינם כרוכים בהתערבות דרסטית בחופש העשייה של בן-זוג בנכסיו. זה הכלל, ככל שמידת ההתערבות של בית המשפט קטנה יותר בה במידה ייעשה בה שימוש תדיר יותר ועל בסיס חשש רחוק יותר. קני מדה אלה נראים לנו ככיוון הנכון להפעלת שיקול דעתו של בית המשפט בגבולות סבירים ומועילים.

פרופ' ג' טדסקי מוצא בסעיף 11 גם הטלת חובה על בן-זוג להימנע מפעולות מן הסוג המנוי בסעיף<sup>57</sup>. חובה כזו הוטלה בהוראת סעיף 66 להצעת חוק היחיד והמשפחה<sup>58</sup>, אולם לא נמצא לה מקביל בהוראות החוק המצוי תחת ידינו. יחד עם זאת נראה לנו, כי לאור הוראת סעיף 39 לחוק החוזים חשיבותה של קביעה זו במצב המשפטי הקיים היא תיאורטית בלבד. ממילא רשאי בית המשפט לפעול כאילו היתה מוטלת חובה כזו.

כשלעצמי, ובמגבלה אחת הנוגעת לעסקה בדירת המגורים, אותה הצענו כבר במקום אחר<sup>59</sup>, אין אנו שותפים לביקורת הגורפת על ההסדר המקובל בסעיף 11<sup>60</sup>. אנו מעדיפים הסדר כזה על פני הסדר המניח מראש פעולות מסוימות הטעונות הסכמה. הגמישות מתישבת ביתר קלות עם עקרון ההפרדה ועם זאת יש בה גם תשובה לאינטרסים של כל אחד מבני-הזוג<sup>61</sup>.

ההגנה על זכותו העתידה של בן-הזוג, המפורטת בסעיף 11 לחוק, סובלת מליקוי יסודי: היא מגנה על בן-הזוג רק מלכתחילה, אך לא כדיעבד. ליקוי זה אינו ניתן לתיקון ללא פגיעה בעקרון ההבחנה בין היחסים הפנימיים בין בני-הזוג לבין היחסים בינם לבין צדדים שלישיים, הטבוע בחוק. רוצה לאמר: אם יצליח בן-הזוג הנתבע לעשות פעולות כלשהן העוללות לסכל את זכותו העתידה של בן-הזוג האחר, ללא ידיעתו, קשה יהיה להשיב את המצב לקדמותו<sup>62</sup>. סעיף 11 לחוק אינו דן בסיטואציה זו ואף בסעיף 62

56. סעיף 11(1).

57. ג' טדסקי, לעיל הערה 16, בע' 82.

58. "אין אחד מבני-הזוג רשאי לעשות בנכסים פעולה שכוונתה להכשיל את הזכויות הנתונות לבן-זוגו עם גמר השיתוף על-פי דין".

59. ראה לעיל שער שלישי, חלק שני, פרק ראשון, סעיף (ה).

60. א' לבנה, לעיל הערה 29, בע' 576-577.

61. היקף ההגנה בסעיף 11 על זכותו העתידה של הזכאי בולט על רקע הוראת חוק אחרת העוסקת בזכות עתידה (סעיף 42(א) לחוק הירושה, תשכ"ה-1965, שענינו יורש אחר יורש) והמגבילה את ההגנה על הזכות העתידה למינימום (סעיף 42(ב) לחוק הירושה).

62. ראוי לציין כי זה, כנראה, יהיה גם הדין כאשר הועבר נכס לצד שלישי בניגוד להוראת סעיף 45 לחוק הירושה, דהיינו, בניגוד להוראות המצווה בצוואתו. לדעת ג' טדסקי הגבלות המוטלות על היורש על-ידי המצווה, בהתאם להוראות סעיף 45 לחוק, הן הגבלות *in personam* ולא, *in rem*. משום כך לא ניתן יהיה, לאחר ביצוע העסקה בין היורש לצד השלישי, לתבוע את ביטולה. זכות התביעה תוגבל ותצמצם למסגרת היחסים הפנימיים שבין היורש לבין מי שמעונין במילוי התנאי שהיורש היה חייב בעשייתו בהתאם להוראות הצוואה, ראה: G. Tedeschi "Testamentary Dispositions and Mistake of Law" 11 *Isr. L.R.* (1976) 591, 593.



לפקודת הנוזיקין [נוסח חדש], במקרים שהוא חל עליהם, התשובה חלקית בלבד. תיקון חלקי לליקוי האמור ניתן למצוא בסעיף 7 לחוק, אותו נבחן בהמשך. הטלת חובה על בן-זוג להודיע לאחר על כוונתו לעשות עסקאות מסוימות עשויה להוות גורם מרתיע מפני פעולות העוללות לסכל את זכותו העתידה של בן-הזוג. לשם כך על המחוקק לתקן את החוק<sup>63</sup> וגם אז ספק אם יהיה בכוח ההצעה לתקן את הפגם. כל אמצעי שנפקותו היא במערכת היחסים הפנימיים בין בני-הזוג בלבד עשוי לשמש לכל היותר תרופה חלקית בלבד.

הגנה אחרת, הגנה שבדיעבד על האינטרסים של בני-הזוג, מצויה, כאמור, בסעיף 7 לחוק. על-פי הוראות סעיף זה ניתן לכלול, לצורך הסדר איזון המשאבים, במסגרת הנכסים בני האיזון של בן-זוג כל נכס אותו הוציא או התחייב להוציא מרשותו בכוונה לסכל את זכותו של בן-זוג או נכס אותו נתן או התחייב לתת במתנה, למעט תרומות ומתנות הניתנות לפי הנהוג בנסיבות הענין. הגנה בדיעבד זו פועלת באותם מקרים בהם לא ניתן היה מטעמים כלשהם לעשות שימוש בתרופה המונעת של סעיף 11 לחוק. להגנה זו שתי מגבלות:

(א) היא אינה פועלת כלפי צדדים שלישיים. בשיקול האינטרסים בין בני-הזוג לצדדים שלישיים העדיף החוק, באופן עקבי ובכל המקרים, את האחרונים. (ב) מידת האפקטיביות שלה מותנית בקיומם של אמצעים מספיקים במשאבים הנפרדים, שאינם בני-איזון, של בן-הזוג באופן שניתן יהיה להשלים באלה את כל שנגרע מנכסיו בני-האיזון, אשר הוקנו על-ידו לצדדים השלישיים.

לנו נראה כי באותם מקרים המוסדרים באמצעות סעיף 7 לחוק מן הראוי היה לאמץ את פתרונו של הדין הגרמני. על-פי דין זה צד שלישי, אשר ערך עסקה עם בן-זוג או קיבל ממנו מתנה, תוך ידיעה על הכוונה לסכל את זכותו של בן-הזוג האחר, חייב יהיה להחזיר את הנכס לשם כיסוי ערך זכות האיזון המגיעה לבן-הזוג האחר או לשלם לו את סכום האיזון<sup>64</sup>. במקרה חריג כזה לא מן הראוי להגן על האינטרס של הצד השלישי. הצדק מחייב להעדיף כאן את האינטרס של בן-הזוג הנפגע. אנו מציעים כי הוראה זו תפעל כל אימת שלא יעמדו לרשות בן-הזוג, אשר ערך את העסקאות האמורות, משאבים פרטיים מספיקים לכיסוי סכום האיזון (הכולל גם ערך הנכסים האלה) ועד לגובה סכום האיזון הנדרש.

63. יתכן, עם זאת, כי ניתן להטיל את חובת ההודעה במקרים רבים מכוח סעיף 39 לחוק החוזים. לשיטתו של ג' טדסקי (ראה בטקסט סמוך להערה 57) עשיית שימוש בסעיף 39 למטרה האמורה כמעט מתבקשת מאליה.

64. סעיף 1390 ל-B.G.B.



# שער רביעי

יחסי ממון בין בני־זוג

עם פקיעת הנישואין עקב גירושין



## יחסי ממון בין בני-זוג עם פקיעת

### הנישואין עקב גירושין

#### מבוא כללי

שער זה עוסק בהסדר יחסי הממון שבין בני-זוג עם פקיעת הנישואין עקב גירושין. גם הסדר זה כמשפט הישראלי, כמו ההסדר במהלך הנישואין, אינו עשוי מעור אחד. הוא בנוי מהסדרים שונים ומרכבים המורכבים זה על גבי זה. חלק מן ההסדרים מסור לשליטת הדין האישי ומשתנה מעדה לעדה וחלק הארי, הקבוע היום בחוק יחסי ממון בין בני-זוג, תשל"ג-1973, הינו הסדר טריטוריאלי אחיד החל על כלל בני-הזוג. הרבדים השונים, היונקים ממקורות משפטיים שונים, יוצרים אריג משפטי התפור לפי מידות שונות והמקשה על הסדר שיטתי ומלא של הסוגיה. בשלב זה, שענינו פקיעת נישואין עקב גירושין, לא יתכן להתעלם מדיני הגירושין החלים על בני-זוג בהתאם לדינם האישי. לדינים אלה השפעה ישירה ועקיפה על הסדר יחסי הממון של בני-הזוג. בעית התיאום של רבדי הדין השונים ושילובם זה בזה, העוברת כחוט השני בכל מערכת דיני המשפחה, אינה פוסחת גם על דיון זה. עוד ניווכח לדעת כי מורכבותם של דיני הגירושין וחוסר ערנות מספקת להשלכותיהם על הסדר יחסי הממון יוצרים קשיים לא מבוטלים, המגיעים לעיתים עד כדי ערעור ההסדר בחוק יחסי ממון בין בני-זוג. על הרוב נתרכז בהסדר יחסי הממון בין בני-זוג יהודים. יחד עם זאת בדיון אשר יוקדש לחוק תימצא תשובה לכלל בני-הזוג בישראל. מתכונת הדיון תהיה זהה לזו אשר ננקטה בשער הקודם (השלישי) וחלוקת הפרקים תיעשה גם כאן לפי מקורם של ההסדרים השונים. חלק מן הענינים אשר נדונו בשער הקודם והנוגעים להסדר יחסי הממון בין בני-זוג במהלך הנישואין יפים גם לכאן, לא נחזור עליהם ונסתפק בהפניה מתאימה.

# חלק ראשון

## הסדרים שמקורם בדין העברי ושילובם במשפט הישראלי

### מבוא

על הבעיתיות המיוחדת של הדיון בחלק זה עמדנו כבר במבוא לחלק הראשון של השער השלישי. בעיתיות זוהי היא מנת חלקו של הדיון הנוכחי ולכן גם דרך העיסוק ומהלך הדיון יהיו דומים. אין לנו אלא להפנות את הקורא לאותו מבוא אשר משמש אותנו גם בדיון הנוכחי.

### פרק ראשון

#### זכות האשה לעיקר הכתובה

א. היקף זכותה של האשה לעיקר כתובה בדין העברי וטעמי ההלכה

הנישואין בדין העברי מיצגים קנין, רכישה<sup>1</sup>. מומנט הרכישה מסתמל היום בכסף הקידושין או בטבעת, שהיא מעין עסקת מזומנים<sup>2</sup>. מעסקת מזומנים מגיעים אל אלמנט ההתחייבות, לכתובה. הכתובה היא מסמך המעיד על ההתחייבויות שהבעל מקבל על עצמו כלפי האשה עם הנישואין<sup>3</sup>. לא השטר הוא הקובע את ההתחייבויות ולא הוא יוצר את החיובים, אלא הנישואין עצמם. החיובים הם תנאי בית דין ומכוח בית דין הוא שמתחייב הבעל בכל אלו ולא מכוח שטר הכתובה<sup>4</sup>. בעוד כסף הקידושין מסמל את

1. ש' אלבק, דיני הממונות בתלמוד (תל-אביב, תשל"ו) 395-392. L.M. Epstein, *The Jewish Marriage Contract* (New York, 1927) 30; ראה גם ד' פלק, מבוא לדיני ישראל בימי הבית השני (תל-אביב, תשל"א) 276.

2. L.M. Epstein, *ibid.*, at 71. ראה גם ד' פלק, נישואין וגירושין תקונים בדיני המשפחה ביהדות אשכנז וצרפת (ירושלים, תשכ"ב) 35 "הפך התשלום כמזומנים למחיר סמלי בלבד... וכל היתר הוכנס כהתחייבות בכתובה".

3. ב' שרשבסקי, דיני משפחה (מהדורה שניה, ירושלים, תשכ"ז) 97.

4. משנה, כתובות ד ז"ב; כתובות נא א; רמב"ם, הלכות אישות, פרק יב הלכות ב"ה; שו"ע, אבן

הקנין מבטאת הכתובה את האספקט החוזי שבנישואין. מאספקט זה של התחייבות במשפט העברי נופקות תוצאות במישורים שונים של המשפט הישראלי הנוהג. כך, למשל, קבעו בתי המשפט כי יש לראות את חיוב המזונות כחיוב ממוני הנובע מקשר חוזי בין בני-הזוג. בעקבות זאת יושם המיזן האמור, לענין המצאת הזמנה לדין, לבעל, מחוץ לתחום השיפוט, בגין תביעת מזונות שהושגה נגדו על-ידי אשתו, במסגרת תקנה 467(5) ו-6 לתקנות סדר הדין האזרחי, תשכ"ג-1963.<sup>5,6</sup> התאמה כזו של הכתובה להוראות המשפט הישראלי הנוהג אינה נקיה מספק הואיל וחיובי הכתובה נובעים מן הדין, כחיובים *ex lege* ולא דווקא כחיובים *ex contractu*; הראיה, שחיובי הכתובה נופקים מן הנישואין גם בהיעדר כתובה במקרה ספציפי, בין שאלה חיובים דאורייתא ובין שאלה חיובים דרבנן.

הכתובה, בימינו, היא מסמך דקלרטיבי יותר מאשר קונסטטיטויבי, ולמעשה רק מגבשת חיובים שהורתם ולידתם בחיק הדין העברי יותר מאשר מכוח הסכמתם של הצדדים. רק הסכום אשר יינקב בכתובה נתון לקביעתם של בני-הזוג. החיובים העקרוניים קבועים.<sup>7</sup> משום כך תעסיק אותנו עוד בעית ההתאמה של מוסד זה למשפט הישראלי הנוהג כאשר נגיע להוראות חיקוקים ישראלים אחרים. בשלב זה עיקר מעיננו היא שאלת עיקר הכתובה והתוספת. אף ששני מוסדות אלה אינם נכללים במסגרת היחסים הרכושיים בין בני-הזוג, אלא בשאלת היחסים הממוניים ביניהם, יש להם השלכה, גם במשפט הישראלי הנוהג, על מערכת יחסי הרכוש בין בני-זוג.

עיקר הכתובה הוא הסכום הנקוב בכתובה, שעל הבעל או על יורשיו לשלם לאשה עם פקיעת הנישואין עקב גירושין או עקב מותו של הבעל.<sup>8</sup> בעיקר הכתובה רואים מלומדים שונים את גלגולו של המוהר, האלמנט העתיק ביותר במוסד הנישואין היהודי, שהיה מקובל בעולם העתיק ועדיין נוהג כשיטות משפט דתיות עד ימינו אלה.<sup>9</sup> עיקר

העזר, סימן סט סעיף א; הרב ש' גורן "הכתובה בתלמוד בבלי וירושלמי" תורה שבעל פה, הרצאות בכינוס הארצי השלישי לתורה שבעל פה (בעריכת הרב ל' מימון, ירושלים, תשכ"א) קיז, קכח; ב' שרשבסקי, לעיל הערה 3, בע' 106-107; ראה גם ע"א 447/61 פרק נ' מנהל מס עזבון, פ"ד טז 85.

5. ת"א 1982/54 קיא י נ' קיא, פ"מ יב 316, 322; ע"א 625/73 קורונל נ' קורונל, פ"ד כט (2) 259, 265.

6. תקנה 467(5): "רשאי בית המשפט להתיר המצאת כתב בי דין אל מחוץ לתחום שיפוט של המדינה באחת מאלה:...

(5) התובענה היא לאכוף חוזה... באחד המקרים האלה

(א) החוזה נעשה בתחום המדינה

(6) תובעים על הפרת חוזה בתחום המדינה"

7. לפי תפישת הירושלמי משמע כי מאז מתן תורה נהגו לכתוב כתובת אשה. אולם כבבלי מוצאים אנו פלוגתא בין רשב"ג לחכמים אם כתובה דאורייתא או דרבנן (כתובות י א; נו ב; פכ ב). כלומר, כבר בזמן התנאים הראשונים לא היה ברור מאימתי התחיל הנוהג לכתוב כתובת אשה. ראה ש' טל "הכתובה" סיני לו (תשט"ו) קפז, קפח.

8. ב' שרשבסקי, לעיל הערה 3, בע' 98.

9. ירושלמי, כתובות פ"ג הל"ה: "אין מוהר אלא כתובה"; L.M. Epstein, *supra* note 1, at 85; ש' טל, לעיל הערה 7, בע' קפז; Z. Falk "On Matrimonial Property in Jewish and Germanic

הכתובה נשתלשל מעסקת מזומנים ממש לביטוח נגד אלמנות או גירושין<sup>10</sup>. להשתלשלות זו טעמים חברתיים, כלכליים ותרבותיים<sup>11</sup>. לכתחילה נהגו להפקיד את סכום הכתובה אצל אבי הכלה, או מאוחר יותר אצל הכלה עצמה, מיד עם הנישואין<sup>12</sup>. בגלגול הנוכחי, העומד גם בימינו, הפך סכום זה ממחיר נישואין למחיר גירושין<sup>13</sup>. רוצה לאמר: רק עם פקיעת הנישואין מתגבשת חבות זו, שמקורה במעמד הנישואין, ונובע החיוב לשלם בפועל.

הטעמים אשר ניתנו לעיקר הכתובה בגלגולו הנוכחי משלבים יסודות של הבטחת הנישואין עם הגנה כלכלית על האשה עם גירושה או אלמנותה.

הבטחת הנישואין כיצד? פרעונו הדחוי של עיקר הכתובה לשלב מאוחר של פקיעת הנישואין נועד להוות גורם מרתיע לבעל "שלא תהא קלה בעיניו להוציאה"<sup>14</sup>. זהו, אפוא, מעין קנס על הבעל; צעד אפקטיבי למניעת גירושין<sup>15</sup> ותרס בפני גירושין שרירותיים<sup>16</sup>. אי אפשר להתעלם גם מכך שגלגולה של הכתובה שינה את מעמדה של האשה ממעמד של חפץ, אשר "נמכר" על-ידי האב לבעל, תמורת המוהר, למעמד גבוה יותר. זכות האשה לקבל מתנות נדיבות הביא להבטחת מעמדה במוסד המשפחה, אשר הפך להיות מסגרת יציבה יותר ופרוצה פחות לנטיותיו של הבעל כלכד<sup>17</sup>. חשיבותו של גורם זה היתה רבה כאשר ניתן היה לגרש אשה בעל כורחה. אולם, לאחר תיקון התקנה, אשר אסרה על הבעל לגרש אשה בעל כורחה (החדר"ג)<sup>18</sup> ואשר הפכה את הגירושין למעין אקט הסכמי בין בני-זוג, ירדה, במידה רבה, הכתובה מגדולתה מבחינת הגנת המשפחה והבטחת הנישואין<sup>19</sup>. בישראל נעשתה התרת נישואין בעל כורחה של האשה גם עבירה פלילית (סעיף 181 לחוק העונשין, תשל"ז-1977)<sup>20</sup>. הגנת האשה נעשית כאן

70. (1960) *Revue D'histoire du droit* XXVIII "Laws" ראה גם הרב ש' גורן, לעיל הערה 4, בע' קיט.

10. ראה L.M. Epstein, *supra* note 1, at 12 et seq.; Z. Falk, *ibid*. וראה אצלם את דרך ההשתלשלות וטעמיה כפי שבאים לידי ביטוי במקורות ההלכתיים השונים ובכתובות עתיקות שונות שנמצאו. כן ראה ד' פלק, לעיל הערה 1, בע' 279-282.

11. L.M. Epstein, *supra* note 1, at 23-24; ש' טל, לעיל הערה 7, בע' קצא.

12. על הגלגולים השונים שעברו על הכתובה ראה גרסאות שונות: משנה, כתובות ח ח; הברייתא המסיימת את הפרק השמיני בכתובות פב ב; תוספתא, כתובות יב א; ירושלמי, כתובות פרק כג הלכות ב-ג.

13. L.M. Epstein, *supra* note 1, at 63.

14. כתובות לט ב; יא א; פב ב; רמב"ם, הלכות אישות, פרק י הלכה ז; ראה גם ב' שרשבסקי, לעיל הערה 3, בע' 98-99.

15. L.M. Epstein, *supra* note 1, at 24.

16. ש' טל, לעיל הערה 7, בע' קצב.

17. על מגמה דומה באומות העולם ראה R.R.B. Powell "Community Property — A Critique of its Regulation of Intra-Family Relations" 11 *Was. L.R.* (1936) 12, 14.

18. שו"ע, אבן העזר, סימן א סעיף י; ראה שרשבסקי, לעיל הערה 3, בע' 67.

19. ראה הגהת הרמ"א על שו"ע, אבן העזר, סימן סו סעיף ג "בזמן הזה במדינות אלו שאין מגרשין בעל כורחה של אשה משום חרם דרבינו גרשום היה אפשר להקל בכתובת הכתובה אבל אין המנהג כן ואין לשנות".

20. קודם לכן סעיף 7 לחוק לחיקון דיני העונשין (ריבוי נישואין), תשי"ט-1959.



בדרך של סנקציה פלילית, בעוד הכתובה ביקשה להבטיח מטרה דומה באמצעות סנקציה כלכלית.

הגנה כלכלית כיצד? עיקר הכתובה כסנקציה כלכלית המוטלת על הבעל מלווה טעם מוסרי של הגנת המשפחה, משולבת עם האלמנט של הגנה כלכלית על האשה עם גירושה או אלמנותה. הגנה כלכלית זו באה לידי ביטוי בתלמוד בסוגיה הנוגעת לאופן גביית עיקר הכתובה. באותה סוגיה משתקף הטעם לעמדות החכמים בביטוי "משום חינא"<sup>21</sup>. פרשנות המונח "משום חינא" אינו חד משמעי אלא שנוי במחלוקת בין הפרשנים. פירוש מוצע אחד הוא: תמריץ כלכלי לאשה כדי שתואיל להינשא, שכן עיקר הכתובה יבטיח לה את עתידה הכלכלי<sup>22</sup>. פירוש אחר הוא: בטחון כלכלי לאשה לאחר גירושה או אלמנותה. עיקר הכתובה אשר מומש כבר ישמש תמריץ כלכלי לגברים ויאפשר לנשים להינשא מחדש ביתר קלות<sup>23</sup>. בין אם הדגש הוא על נכונותה של האשה להינשא לראשונה, עקב הבטחת עתידה הכלכלי, ובין אם נקודת הכובד היא דווקא על נכונותם של האנשים להיכנס בכרית הנישואין הואיל והנשים תביאנה עמן ממון לנישואין, מעמידה כל אחת מפרשנויות אלה את מטרת הכתובה בחינת בטחון כלכלי מסוים לאשה<sup>24</sup>. אך גם הגנה כלכלית זאת משולבת ביסוד המוסרי והדתי של עידוד הנישואין. בטחון כלכלי זה חשוב במיוחד לנוכח המצב המשפטי בדין העברי לפיו אין אשה זכאית למזונות לאחר הגירושין.

מן הראוי לציין, כי בטחון כלכלי לצדדים ולצידו התועלת הפסיכולוגית של חיזוק מוסד הנישואין מהווה, בשיטות משפטיות רבות, שיקול מרכזי לאימוץ הסדר של שיתוף נכסים בין בני-זוג במהלך הנישואין או לקביעת שיתוף דחוי בנכסים<sup>25</sup>. מבחינה זו מוצאים אנו דמיון מפתיע בין שיטות משפטיות עתיקות לשיטות משפטיות מודרניות. כולן מבקשות להסדיר את יחסי הממון והרכוש בנישואין כאמצעי להבטחת היציבות הכלכלית של הצדדים וכתוצאה נלווית, אך לא פחות חשובה, למטרת חיזוק מוסד הנישואין.

21. כתובות פד א; צו ב; גיטין מט ב; ראה גם תוספות לכתובות ל ט ב.
22. ראה רש"י לכתובות פד א "שימצאו האנשים חן בעיני הנשים ויהיו נשאות להן שלא תדאגנה להפסיד כתובתן"; צו ב "שיהיו בעליהן לחן בעיניהן ולא ימנעו הנשים מלינשא לאנשים"; וכן לגיטין מט ב.
23. ראה רבינו חננאל בתוספות לגיטין מט ב ד"ה "משום חינא": "שיהיו הכל קופצין עליה לישאנה". התוספות תומכים בפירוש זה של רבינו חננאל ומעדיפים אותו על פני פירושו של רש"י. אין לשכוח כי רווקה היוצאת מבית אביה ונישאת לראשונה מביאה עמה את נדוניתה מה שאין כן גרושה או אלמנה שערך הגדוניה המוחזרת לה התבלה במשך השנים.  
ראה גם ירושלמי, כתובות פ"ט הל"ז.
24. ראה 70-71; L.M. Epstein, *supra* note 1, at 70-71; ראה גם ד' ורהפטיג "שיתוף נכסים בין בעל ואשתו" דברי הקונגרס העולמי הרביעי למדעי היהדות (תשכ"ז) 189.
25. ראה *Law Reform Commission of Canada, Working Paper 8: Family Property* (March, 1975) 27;  
ובאנגלית: *The Law Commission — Working Paper No. 42, Family Property Law* 5.85; J. Eekelaar, *Family Security and Family Breakdown* (England, 1971) 76.

בדין העברי משתבץ עיקר הכתובה במסגרת ההתחייבויות ההדדיות של בני-הזוג כשעיקר הדאגה היא לשלום הבית, להבטחת חיים הוגנים ותרבותיים ולהבטחת יחסים תקינים בין בני-הזוג מבחינה חברתית. הצד הכספי, משפטי, של הכתובה הוא שני במעלה.<sup>26</sup> הצד הכלכלי הוא רק אמצעי לשמירת שלימות המשפחה. עקב חשיבותו המיוחדת אין הוא ניתן כלל להתנאה.<sup>27</sup>

## ב. תוספת כתובה

תוספת הכתובה התפתחה גם היא מנוהג חברתי עתיק, שהמלומד אפשטיין קורא לו "מתן"<sup>28</sup>. לא נרחיב דיבור על תוספת הכתובה מאחר ובזמננו דין תוספת כתובה כדין עיקר הכתובה ואין להבחין ביניהם.<sup>29</sup> גם תוספת הכתובה מתבטאת בסכום כסף שמועד פרעונו הוא מועד הפרעון של עיקר הכתובה. הכתובה יכולה לכלול גם סכום כללי אחיד אשר יכלול את שניהם גם יחד.<sup>30</sup>

## ג. זכות האשה לעיקר כתובה במשפט הישראלי

כבר ראינו כי במציאות המשפטית הקיימת אין עיקר הכתובה אמצעי יעיל לשמירת שלמות המשפחה. טעמה האחר של ההלכה, הגנה כלכלית של האשה, איבד הרבה מחשיבותו במשפט הישראלי הנוהג בו מובטח עתידה הכלכלי של האשה בדרכים שונות. בין היתר מוגנת האשה על-ידי שמירת נכסיה ברשותה מכוח חוק שיווי זכויות האשה, תשי"א-1951, באמצעות הענקת בטחון סוציאלי כמפורט בחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], תשכ"ח-1968, ולעיתים גם באמצעות קרנות גמל וקרנות פנסיה שונות. עם פקיעת הנישואין עקב גירושין מושגת תוצאה זו באמצעות הלכת השיתוף בנכסים, פרי יצירת הפסיקה,<sup>31</sup> או, לגבי בני-זוג אשר נישאו לאחר ה-1.1.1974, בחוק יחסי ממון בין בני-זוג, תשל"ג-1973. במקרה של פטירת הבעל מובטחת האשה גם מכוח חוק הירושה, תשכ"ה-1965.

חשיבותה של הכתובה במסגרת יחסיהם הרכושיים של בני-הזוג אינה עוד ככימים ימימה גם משום שהגירושין נערכים בהסכמה. במסגרת זאת מסדירים הצדדים את ההסדרים הממוניים והרכושיים ביניהם באמצעות הסכם גירושין. במידת מה נשמר עדיין משקל מסויים למטרתה העקרונית של הכתובה כאשר היוזמה לתביעת הגירושין יוצאת מן הבעל. במקרה כזה תהיה הכתובה נקודת מוצא לתשלומיו של הבעל לאשה. גם הסכום הסטנדרטי, המינימלי, של עיקר הכתובה, אשר מוצא את ביטויו ברוב הכתובות, אין בו כדי להעניק לכתובה את המשקל שיוחס לה ולהבטיח את המטרות שלשמן נתקנה. הרבנות הראשית לארץ ישראל התקינה אמנם תקנות בשיעור הכתובה

26. ב' שרשבסקי, לעיל הערה 3, בע' 97-96; ש' טל, לעיל הערה 7, בע' קצא; ז' ורהפטיג, לעיל הערה 24, בע' 189.

27. ב' שרשבסקי, לעיל הערה 3, בע' 111-112; ראה שו"ע, אבן העזר, סימן סט סעיף 1.

28. L.M. Epstein, *supra* note 1, at 78.

29. ראה L.M. Epstein, *supra* note 1, at 79 וראה ב' שרשבסקי, לעיל הערה 3, בע' 100-99.

30. ב' שרשבסקי, שם שם.

31. הלכה זו פועלת גם במהלך הנישואין, ראה לעיל שער שלישי, חלק ראשון, פרק ראשון.

המגדילות את הסכום המינימלי הסטנדרטי<sup>32</sup> והסכום הוגדל פעם נוספת בשנת תשי"ג, אולם נוכח תנאי האינפלציה בישראל לא היה בתיקונים אלה כדי להחזיר את עטרת הכתובה ליושנה מבחינת המטרות העומדות ביסודותיה<sup>33</sup>. סכומי עיקר הכתובה לא הותאמו בכל פעם מחדש. גם כאשר סכום עיקר הכתובה נקבע באופן אינדיבידואלי, ובני-הזוג מסדירים את גובהו בהתאם לנתונייהם האישיים ולנסיבות המיוחדות של מערכת היחסים ביניהם, אין בכך, מן הטעמים שצויינו כבר, כדי לחזק את מעמדה שנתרופף<sup>34</sup>.

למרות כל האמור לעיל שמר המשפט הישראלי על מעמדה המשפטי של הכתובה בכלל ושל עיקר הכתובה בפרט עקב מעמדה המיוחד בדין העברי ואי-היותה ניתנת להתנאה, האשה זכאית לעיקר הכתובה עם פטירת בעלה מחמת היותו מגיע לה על-פי עילה הנובעת מקשר האישות, וחוק הירושה, תשכ"ה-1965 "אינו בא לפגוע ביחסי ממון בין איש לאשתו או בזכויות הנובעות מקשר האישות"<sup>35,36</sup>. יתר על כן, חוק הירושה אף מעניק לסכום הכתובה — במידה שאינו עולה על סכום סביר — זכות קדימה בין יתר חובות העזבון<sup>37</sup>. עם זאת נערכת, במסגרת החוק, התאמה סטטוטורית למצב המשפטי הרלבנטי הכולל במשפט הישראלי בקביעה ש"מה שאשה מקבלת על-פי כתובה ינוכה מחלק[ה] בעזבון"<sup>38</sup>. זכות האשה לגבות את כתובתה מעזבון בעלה המנוח מעניק לה עדיין מספר יתרונות. ראשית, אין זכות זו ניתנת להתנאה ומשום כך אין המוריש יכול לשללה מן האשה בצוואתו<sup>39</sup>. שנית, עיקר הכתובה היא חוב מועדף. שלישית, בכל מקרה בו סכום הכתובה גבוה מן המגיע לאשה מכוח ירושה על-פי דין זכאית האשה לגבות את הכתובה<sup>40</sup>.

32. את התקנות ראה בנספח א' לספרו של ב' שרשבסקי, לעיל הערה 3, בע' 427.
33. ראה על כך מ' זילברג, כך דרכו של תלמוד (ירושלים, תשכ"ד) 63-65.
34. על הסטנדרטיזציה של הכתובה ועל הסממנים האינדיבידואליים שבה והתפתחות מגמות אלה ראה ש' טל, לעיל הערה 7, בע' קצד.
35. סעיף 148 לחוק הירושה.
36. על היות תנאי הכתובה ענין מ"עניני נישואין" מהיותם נובעים מקשר האישות, ראה לענין מונות אלמנה, שהוא תנאי מתנאי הכתובה, עוד בבכ"ד מ' 1/28 אלפרט נ' יו"ד ההוצאה לפועל, 1 פל"ר 395. שם נקבע כי ענין זה הוא "ענין של נישואין" מהיותו נחשב, גם אם לא פורש, כאחד מתנאי הכתובה. ראה גם ע"א 447/61, לעיל הערה 4; ראה בכ"ד מ' 1/50 סידים נ' יו"ד ההוצאה לפועל, פ"ד ח 1020, 1031-1032; כן ראה מ' זילברג, המעמד האישי בישראל (ירושלים, תשי"ח) 348.
37. סעיף 104(א)(3) לחוק הירושה. ראה ע"א 293/72 פילוסוף נ' "תעוז", פ"ד כז (2) 535. באותו מקרה הודגש כי סעיף 148 לחוק הוא כללי והסדרים מפורטים הנובעים מאותו כלל מצאו מקום בסעיפים 104(א)(3) ו-11(ג) לאותו חוק.
38. סעיף 11(ג) לחוק הירושה.
- על הצורך בהתאמה כאשר מרכיבים דין דתי על הדין האזרחי ראה י' אנגלרד "מעמדו של הדין הדתי במשפט הישראלי (חלק שלישי)" משפטים 1 (תשל"ה) 5, 22 ואילך. בסוגיה נשוא דיוננו נעשית ההתאמה על-ידי המחוקק, אשר משלב, הוא עצמו, את הוראות הדין הדתי בהוראות הדין הטריטוריאלי. קיימים מקרים אחרים, בהם ההתאמה לא נעשית על-ידי המחוקק והפתרון חייב להימצא בדרך של התאמה שיפוטית או בדרך אחרת.
39. ע"א 293/72, לעיל הערה 37.
40. מן הראוי לציין, כי סכום הכתובה מנוכה גם משוים של נכסי העזבון לענין תשלום מס עזבון והוא

חוק יחסי ממון בין בני־זוג, תשל"ג-1973, שומר גם הוא (בסעיף 17) על זכויות האשה לפי כתובתה, ובהם עיקר הכתובה, מאותו טעם שנמנה לעיל. האשה זכאית, איפוא, לעיקר כתובתה גם לאחר שהמחוקק ביקש להסדיר הסדר שלם, מלא וממצה את היחסים הרכושיים בין בני־זוג. המחוקק שומר על האיזון הפורמלי, כדין העברי, של הדדיות זכויותיהם וחבויותיהם של בני־הזוג. מבחינת מעמדה הרופף של עיקר הכתובה בשיטתנו המשפטית, כפי שפורט לעיל, וגם מבחינת שלמות השיטה המשפטית לא היה עוד צורך בשמירת הזכות לעיקר כתובה. הזכות נשמרה כדי למנוע פגיעה בעקרונות המערכת של הדין העברי וביסודותיה. זוהי, איפוא, מחווה פורמלית, שטעמיה העקרוניים ניטלו ממנה. התיאום בין מימוש הזכות לעיקר כתובה לבין מימוש הסדר איזון המשאבים על־פי החוק לא נערך על־ידי המחוקק והוא מחייב בדיקה נוספת, אותה נערוך בהמשך.

#### ד. זכות האשה לעיקר כתובה וחוק יחסי ממון בין בני־זוג

כיצד תשתלב זכות האשה לעיקר כתובה ולתוספת, המעוגנת בדין העברי ונשמרת מכח סעיף 17 לחוק יחסי ממון בין בני־זוג, עם הסדר איזון המשאבים לפי חוק יחסי ממון, ומיהי הדרך להתאמתה עם הוראות החוק ועקרונותיו?  
לפתרון סוגיה זו תיתכנה שתי אפשרויות עיקריות.

אפשרות אחת היא לקבוע, כי תשלום סכום הכתובה הוסדר באופן נפרד בסעיף 17 לחוק. התשלום נעשה במישור אחר ובמסגרת חשבון נפרד מזה של הסדר איזון המשאבים. התוצאה של אימוץ קו זה היא חיובו של הבעל כתשלום הכתובה לאחר תשלום חוב האיזון ובנוסף לו, בלי שהסכום ששילם ינוכה מנכסיו בני־האיזון<sup>41</sup>. תוצאה כזו מיטיבה במידה ניכרת עם האשה ופוגעת באינטרסים של הבעל. עקרון השוויון המונח ביסוד החוק ובתשתיתו נמצא חסר עוד יותר. האפשרות האחרת, המומלצת על־ידינו, גם היא אינה כופרת בכך שתשלום סכום הכתובה אכן נערך במישור נפרד וללא קשר להסדר האיזון, במסגרת סעיף 17 לחוק. אולם עם זאת, יילקח התשלום האמור בחשבון בעת הסדר האיזון<sup>42</sup> באחת משתי דרכים חלופיות: (1) סכום הכתובה ינוכה

פטור מתשלום המס לפי סעיף 4(א)(2) לחוק מס עזבון, תש"ט-1949. בינתיים בוטל חוק מס עזבון, לגבי כל מי שנפטר לאחר ה-31/3/81, בחוק מס עזבון (ביטול), התשמ"א-1981, וממילא אין לכתובה עוד חשיבות גם באספקט זה.

41. זהו, כנראה, פתרונו של ז' פלק "יחסי ממון בין בני־זוג בישראל" עיוני משפט ג (תשל"ד) 829, 848.

42. נדגים את ההבדל בין שתי האפשרויות בנסיבות בהן לבעל נכסים בני איזון של 10000 ש' לאשה נכסים בני איזון של 2000 ש' וסכום הכתובה הוא 2000 ש'.

אפשרות ב		אפשרות א		
אשה	בעל	אשה	בעל	
2000	10000	2000	10000	נכסים בני איזון
(2000)	-2000	(2000)	(-2000)	סכום הכתובה
2000	8000	2000	10000	סך הכל נשוא האיזון
3000	-3000	4000	-4000	מחצית הפרש לאשה
7000	5000	8000	4000	סך כל היתרה לכל אחד מבני־הזוג

משווי הנכסים בני-האיזון של הבעל, כחוב במסגרת סעיף 6(א) לחוק. (2) סכום הכתובה יתווסף למסגרת הנכסים בני-האיזון של האשה. כל אחת משתי הדרכים של האפשרות השניה מביאה לאותה תוצאה<sup>43</sup> והן בגדר מסקנה אפשרית במסגרת פרשנות החוק. החובות שאינם ניתנים לניכוי על-פי הוראות החוק מתיחסים לנכסים שאין לאזן את שוויים. אין שום סיבה לראות את הכתובה כנכס שאין לאזן את שווייו. אם נבדוק את סעיף 5(א), המוציא נכסים שאין לאזן את שוויים, לא נוכל לשבחן את הכתובה אף לא לאחת מן הקטיגוריות הקבועות בו<sup>44</sup>.

נראה לנו כי האפשרות השניה, המעוגנת במסגרת הוראות החוק, מעניקה מספר יתרונות שיש בהם כדי לשכנע בדבר עדיפותה על פני האפשרות הראשונה. היא תואמת, יותר מאשר האפשרות האחרת, את עקרון השוויון העומד ביסוד החוק. באפשרות הראשונה מועדפת האשה בכל מקרה באורח ניכר וללא הצדקה עניינית. האפשרות השניה גם מציאותית יותר, באשר אינה מתעלמת מכספים ששולמו בפועל על-ידי הבעל. בצד כל אלה עולה האפשרות השניה בקנה אחד עם כללי פרשנות מקובלים, באשר אין היא פוגעת בזכות האשה, אין היא סותרת את הוראות סעיף 17 וממילא אינה משמיטה את האפקטיביות שלו. גם חישוב באופן המוצע על-ידי האפשרות השניה מזכה אשה,

43. עשויה להיות מערכת עובדות בה השימוש באחת משתי דרכים אלה תשנה את התוצאה. כך, למשל, כאשר הנכסים בני-האיזון של הבעל הם בהפסד, ובידו נכסים נפרדים בשיעור כזה המאפשר לו מצב של סולבנטיות, ואילו ברשות האשה נכסים בני איזון כערכים חיוביים. בהתאם לגישתנו, עליה נרחיב את הדיבור להלן (ראה חלק שני, פרק שני), נעצרים במקרה כזה — לצורך חישוב ההפרש נשוא החלוקה — בנקודת האפס ולא מתחשבים בהפסד. בנסיבות אלה, הדרך של נכוי הכתובה כחוב לא תעלה ולא תוריד והבעל יצא נפסד. אם, לעומת זאת, יתווסף סכום הכתובה לנכסים בני האיזון של האשה יגדל ההפרש נשוא החלוקה והאשה תצא נפסדת. נדגים מערכת עובדות כזו בנסיבות בהן לבעל הפסד של 5000 ש', לאשה נכסים בני איזון של 10000 ש' וסכום הכתובה הוא 2000 ש'.

דרך ב:		דרך א:		
הוספת הכתובה כנכס		נכוי הכתובה כחוב		
אשה	בעל	אשה	בעל	
10000	-5000	10000	-5000	נכסים בני איזון
2000	(-2000)	(2000)	-2000	הפחתת/הוספת הכתובה
12000	0	10000	0	סך הכל נשוא האיזון
-6000	6000	-5000	5000	מתצית ההפרש לבעל
6000	-1000	7000	-2000	סך כל היתרה לכל אחד מבני-הזוג

התיאום בין מימוש הזכות לעיקר כתובה לבין מימוש הסדר איזון המשאבים עם פקיעת הנישואין עקב מותו של בן-זוג מעורר קשיים רבים. הואיל ואיננו עוסקים כלל בסוגיית יחסי הממון בין בני זוג עם פקיעת הנישואין מחמת מיתה נשאר את בירורה לעת מצוא.

44. אין לשבצה גם במסגרת סעיף 5(א)2) זכות שעל-פי דין אינה ניתנת להעברה משום שהאשה זכאית למכור את כתובתה אם תמצא, כמובן, קונה; ראה רמב"ם, הלכות אישות, פרק כב הלכה כו; וראה גם L.M. Epstein, *supra* note 1, at 113.

שסכום כתובתה גבוה יותר, בזכות עודפת לעומת רעותה, שסכום הכתובה שלה נמוך יותר<sup>45</sup>.

העדפתה של האפשרות השניה מאלה שציינו מחייבת להשיב על שתי טענות אפשריות כנגד בחירה זו:

(א) האחת, כי תשלום הכתובה ייעשה או חייב להיעשות מנכסיו הנפרדים של הבעל. ממילא אין לתשלום הכתובה שום נגיעה להסדר האיזון, שהוא הסדר נפרד, ואין לנכותו מנכסים בני-איזון. טענה זו אין בה ממש משני טעמים. (1) בחלק ניכר מן המקרים לא יהיו לבעל נכסים נפרדים והתשלום יבוצע בפועל מנכסים בני-איזון. אם נאמץ את האפשרות הראשונה עלול הבעל להישאר ללא כל אמצעים. לא נראה לנו כי זוהי מטרת המחוקק. האפשרות השניה מביאה לתוצאה צודקת יותר. (2) הטעם האחר הוא, כי אין בטענה זו בכל מקרה כדי לפגוע באפשרות לצרף את סכום הכתובה לנכסים בני-האיזון של האשה.

(ב) הטענה השניה נגזרת מסעיף 11(ג) לחוק הירושה, תשכ"ה-1965. סעיף זה קובע במפורש כי מה שאשה מקבלת על-פי כתובתה ינוכה מחלקה בעזבונו. היעדר הוראה מקבילה בחוק יחסי ממון מלמד, לכאורה, כי אין לנכות את סכום הכתובה מנכסים בני-איזון. תשובתנו היא כי אין הנדון דומה לראיה. האפשרות השניה, המומלצת על-ידינו, אינה מבקשת כלל לנכות את הכתובה מסכום האיזון המגיע לאשה. לעשות כן פירושו יהיה לפגוע בהוראות סעיף 17 לחוק יחסי ממון בין בני-זוג. במסגרת ההסדר המוצע ולפני קביעת סכום האיזון המגיע לאשה תנוכה הכתובה כחוב המגיע מן הבעל במסגרת הוראות סעיף 6(א) לחוק. בדומה להוראות הכלליות של חוק הירושה, המאפשרות את ניכוי הכתובה כחוב של העזבונו לפני קביעת היקף העזבונו<sup>46</sup>, כך יש לנכותה בשלב מקביל גם בסיטואציה שלנו. מכוח הוראות חוק יחסי ממון בין בני-זוג, בלי לפגוע בסעיף 17 לחוק המשמר את הזכות. טעם נוסף לדחיית טענה זו, כמו קודמתה, הוא כי אין גם בה כדי לפגוע באפשרות לצרף את סכום הכתובה לנכסים בני-האיזון של האשה.

45. נדגים זאת במערכת עובדות המבוססת על נתונים שווים בשני המקרים, כאשר הפקטור השונה הוא רק גובה הכתובה של כל אשה.

לבעל סכום נכסים בני איזון בסך של 1000 ש' ולאשה בסך 500 ש' בלבד. לאשה א' סכום כתובה של 200 ש' ולאחרת סכום כפול של 400 ש'. על-פי האפשרות שהצגנו תזכה כל אשה בסכומים כדלקמן:

אשה א	אשה ב	כתובה
200	400	נכסים בני-איזון של הבעל בניכוי הכתובה 800
500	500	נכסים בני-איזון של האשה
300	100	סך הכל סכום האיזון
150	50	מחצית ההפרש לאשה
500	500	בתוספת נכסיה בני-האיזון
850	950	סך הכל לאשה
650	550	סך הכל לבעל

46. סעיף 104(א)(3) לחוק הירושה.

## פרק שני

### המנהג בדבר זכות האשה לפיצויים בעת הגירושין

א. היקף זכותה של האשה לפיצויים בעת הגירושין בדין העברי

אא. עיקריו של המנהג ושלבי התפתחותו

בדורות האחרונים השתרש בדין העברי מנהג על-פיו, במקרים מסויימים, תזכה האשה עם גירושה בפיצויים נוסף על סכום הכתובה המגיע לה. מנהג זה ידוע לנו עוד בדורו של רבי אליהו חזן, רבה של טראבלס, אשר קבע כי בעל שהגיש תביעת גירושין נגד אשתו בטענת מאיסה ונמצא כי אין עוד סיכוי לשלום בין בני-הזוג יפסוק בית הדין על גירושין, אך כדי לפייס את אשתו יחוייב הבעל בתשלום פיצויים<sup>1</sup>. מאוחר יותר אף נתקנה תקנה ברוח זו על-ידי רבני טראבלס כשתנאי למתן הגט, על-פי בקשת הבעל, הוא מתן תוספת של שישית לכתובתה של אשתו<sup>2</sup>.

עדויות על נוהג זה בארץ ישראל ניתן למצוא אצל הראשון לציון, רבי יעקב שאול אלישר, רבה של ירושלים, במאה ה-19<sup>3</sup>, אצל הראשון לציון, רבי בן-ציון מאיר חי עוזיאל<sup>4</sup>, ולאחר מכן בפסקי הדין של בתי הדין הרבניים בארץ ישראל<sup>5</sup> ובִישׂרָאֵל<sup>6</sup>. בפסיקה זו נקבעה ההוראה לתשלום הפיצויים לאשה כמנהג בתי הדין בארץ ישראל

1. תעלומות לב, אבן העזר, חלק ב, הלכות גיטין, סימן א. ראה נ' רקובר, "יחסי ממון בין בני-הזוג" תורה שבעל פה, הרצאות בכינוס הארצי השנים עשר לתורה שבעל פה (י' רפאל, עורך, ירושלים, תש"ל) קטו, קכג; ז' ורהפטיג "שיתוף נכסים בין בעל ואשתו" דברי הקונגרס העולמי הרביעי למדעי היהדות (תשכ"ז) 189, 192.
2. ראה נ' רקובר, שם כע' כגג-קכד; ז' ורהפטיג, שם שם.
3. שמחה לאיש, אבן העזר, סימן ה לג; ראה אצל נ' רקובר, לעיל הערה 1, כע' קכד; ואצל ז' ורהפטיג, לעיל הערה 1, כע' 192.
4. משפטי עוזיאל, אבן העזר, סימן צו, כע' שפ; ראה אצל נ' רקובר, לעיל הערה 1, כע' קכד. הרב עוזיאל מרחיב את המנהג גם לאשה שניה.
5. תיק 1/16/705, אוסף פסקי דין של הרבנות הראשית לארץ ישראל (בעריכת ז' ורהפטיג) (להלן אוסף ורהפטיג) עב; תיק 1/30/705, אוסף ורהפטיג פג; תיק 1/12/704, אוסף ורהפטיג לח; תיק 1/16/704, אוסף ורהפטיג לט; תיק 1/51/704, אוסף ורהפטיג נא; תיק 1/43/705, אוסף ורהפטיג ק; תיק 1/24/707, אוסף ורהפטיג קנז.
6. תיק ב/תש"ד, פד"ר א 129; תיק 404/תשל"ב, פד"ר ט 149; ערעור 12/תשל"ג, פד"ר ט 152; ערעור תשכ"ז/109, פד"ר ז 111.

ונאמר במפורש כי יש ללכת אחר המנהג<sup>7</sup>. עוד בימי המנדט הכיר בית המשפט העליון בארץ ישראל כי מתן פיצויים כתנאי לגט הוא ענין של נישואין וגירושין המסור לשליטת הדין הדתי ונמצא בסמכות ערכאות השיפוט הדתיות<sup>8</sup>.

מהשתלשלות המנהג נראה, כי בתחילה הצטמצמה תחולתו למקרים בודדים, שבהם דרש הבעל את מתן הגט ללא אשמה סוביקטיבית של האשה או שבהם שוכנע בית הדין כי אין כל סיכוי לשלום בין בני-הזוג. במרוצת השנים הורחב המנהג על מקרים רבים בהם ניתן פסק גירושין, למעט אותם מקרים בהם ניתן לכוף על האשה את מתן הגט מכוח הדין ונשללה זכותה לכתובה<sup>9</sup>. רוצה לאמר, הבעל יחויב בתשלום פיצויים לאשה לפי ראות עיני בית הדין אפילו אשמת האשה בניתוק הקשר היא ברורה, אך, עם זאת, אין מקום לחייב את הבעל במתן גט<sup>10</sup>. בית הדין יחייב את הבעל גם כאשר הגט ניתן כתוצאה מהמצב האוביקטיבי הקיים בין בני-הזוג. בשני המקרים התנאי לחיוב בתשלום הפיצויים הוא חוסר כל סיכוי לשלום בין בני-הזוג<sup>11</sup>.

הפיצויים ניתנים במיוחד כאשר נעשה שימוש בדעתו של הרא"מ (רבי אליהו מזרחי). לפי דעה זו למרות החדר"ג יכול בעל להיפטר מחובת מזונות על-ידי השלשת גט וכתובה. דעה זו לא נתקבלה בדרך כלל בישראל ואין פוסקים לפיה<sup>12</sup>. אולם, במקרים קיצוניים, כאשר האשה אשמה בהפרעת חיי המשפחה ועם זאת אין מקום לחייב בגט לפי הדין, קבע בית הדין כי ניתן יהיה לעשות שימוש בשיטתו של הרא"מ ולהשליש גט וכתובה בצירוף פיצויים<sup>13</sup>.

נמצא, איפוא, כי המנהג לשלם פיצויים איננו נוהג בכל מקרה של גירושין ואין הוא משמש עילה למתן גט. רק במקרים בהם הוברר מעבר לכל ספק, לאחר בדיקה זהירה ומדוקדקת, כי אין כל סיכוי לשלום בין בני-הזוג יפסוק בית הדין על גירושין וכפיצוי להיעדר חיוב מן הדין למתן גט יורה על תשלום פיצויים<sup>14</sup>. מאידך גיסא, אין לכחד כי מקרים רבים יפלו לגדר קטגוריה זו<sup>15</sup>. ניתן, איפוא, לומר כי המנהג נועד לרכז את הקושי ההלכתי, אשר נוצר לאחר החדר"ג, עקב האיסור לגרש אשה בעל כורחה, ולספק תמריץ לאשה, על-ידי מתן הפיצויים, על מנת לרצותה לקבל את הגט במקרים בהם לפי הדין אין לחייבה בקבלתו או כאשר הגט ניתן מחמת טעמים אוביקטיביים שאין

7. תיק 1/6/705, אוסף ורהפטיג עב, עח; תיק 1/30/705, אוסף ורהפטיג פג, פה; תיק ב/90/תשי"ד, פד"ר א 129.
8. ע"א 38/47 דיין נ' בית הדין הרבני, (1947) 2 אל"ר 588, 592.
9. תיק 1/6/705, אוסף ורהפטיג עב, עח; "כל זמן שלא נאסרה על בעלה מן הדין ממש"; תיק 1/51/704, אוסף ורהפטיג נא, נה.
10. תיק 1/51/704, אוסף ורהפטיג נא; תיק ב/90/תשי"ד, פד"ר א 129, 136.
11. ראה האסמכתאות. לעיל הערה 5; ראה גם ב' שרשבסקי, דיני משפחה (מהדורה שניה, ירושלים, תשכ"ז) 338.
12. ראה שרשבסקי, שם בע' 339.
13. תיק 1/51/704, אוסף ורהפטיג נא, נה.
14. ראה שרשבסקי, לעיל הערה 11, בע' 339; וראה פסקי הדין, לעיל הערות 5 ו-6.
15. ראה פ' דייקן, דיני נישואין וגירושין (תל-אביב, 1956) 132-133.



להאשימה בהם<sup>16</sup>. בקביעת העילות היוצרות חובה לתשלום פיצויים צמוד בית הדין לשורת המקרים בהם נקבעה החובה על-פי המנהג.

גם עצם קביעת הזכות לפיצויים, במידה ונוצרה עילה לכך, וגם שיעורם והיקפם מסורים לשיקול דעתו של בית הדין<sup>17</sup>. מירווח השיקולים הנלקח בחשבון על-ידי בית הדין הוא רחב ביותר. בהקשר זה ראוי לציון הדמיון למערכת השיקולים המנחה שיטות משפטיות חילוניות בנות-הזמן. ששיקול הדעת השיפוטי עומד אצלן במרכז הסדר היחסים הרכושיים בין בני-זוג<sup>18</sup>. במסגרת שיקול דעתו מתחשב בית הדין, בין היתר, בגורמים הבאים:

1. עתידו הכלכלי של הבעל. יכולתו הכספית של הבעל<sup>19</sup>, ובין היתר: הכנסותיו, רכושו ואפשרויותו לעתיד, בהתחשב בהשכלתו, בידעותיו המקצועיות, במצבו המשפחתי<sup>20</sup> וכיו"ב.
  2. עתידה הכלכלי של האשה. כושר ההשתכרות של האשה<sup>21</sup>, האפשרויות הכספיות העומדות לרשותה ואופן קביעת ההסדר בנכסים<sup>22</sup>.
  3. המצב הכלכלי בכללו. עליית יוקר המחיה וירידת ערך המטבע<sup>23</sup>. דהיינו: התחשבות מלאה במצבם של שני הצדדים לאור המצב הכלכלי הנתון.
  4. תרומת האשה למשק הבית<sup>24</sup>.
  5. מידת ההשקעה של האשה בעסקו של בעלה ותרומתה להשבת הנכסים ולגידולם<sup>25</sup>.
  6. התנהגות הצדדים. אשמת הבעל<sup>26</sup>, מחד גיסא, ואשמתה של האשה, מאידך גיסא<sup>27</sup>. אם כן, כפי שראינו כבר לעיל, עשויה האשה לזכות בפיצויים גם במקרה של אשמה מצדה<sup>28, 29</sup>.
16. כגון שהייה ארוכה בלא שילדה או סוג מסויים של מומים. כמפורט בתקנת רבני טראבלס.
17. ראה ערעור תשי"ח/10, פד"ר ג 65, 74: "הנה אשר על כן מלבד זה שעצם הזכות לתבוע פיצויים לפני הגט אינו מהלכות פסוקות ואם יש שבתי הדין בארץ ישראל נוהגים כן במקרים ידועים מכח תקנה, זה הכל לפי ראות עיני בית הדין לפי נסיבות הענין שלפניו".
18. ראה לעיל שער ראשון, חלק חמישי, פרק שני.
19. תיק 1/51/704, אוסף ורהפטיג נא.
20. תיק 1/24/707, אוסף ורהפטיג קנו; תיק 1/43/705, אוסף ורהפטיג ק, קד.
21. תיק 1/51/704, אוסף ורהפטיג נא; תיק ב/90/תשי"ד, פד"ר א 129, 138.
22. תיק 1/43/705, אוסף ורהפטיג ק, קד; ראה גם ערעור תשי"ח/10, פד"ר ג' 65, 74, בו נמנע בית הדין מלפסוק פיצויים לאשה אשר קיבלה מחצית מכל הרכוש של המשפחה.
23. תיק 1/6/705, אוסף ורהפטיג עב, עח.
24. תיק 1/24/707, אוסף ורהפטיג קנו: "אי אפשר לפטור אשה שחיייתה עם בעלה עשות בשנים וילדה וגידלה בנים ובנות — בלי פיצויים מתאימים".
25. תיק 1/30/705, אוסף ורהפטיג פג; תיק ב/90/תשי"ד, פד"ר א 129, 138: "אין להתעלם מחלקה הגדול בפיתוח והחזקת משק זה".
26. תיק 1/12/704, אוסף ורהפטיג לח, לט; תיק 1/30/705, אוסף ורהפטיג פג; תיק 1/6/705, אוסף ורהפטיג עב, עח.
27. תיק ב/90/תשי"ד, פד"ר א 129, 138.
28. ראה לעיל בטקסט סמוך להערה 13.
29. על השיקולים ראה גם נ' רקובר, לעיל הערה 1, בע' קכה; ז' ורהפטיג, לעיל הערה 1, בע'

## בב. טעמיו של המנהג

נוכל למנות שלשה טעמים עיקריים העומדים בבסיסו של מנהג זה.

1. הגורם הכלכלי. מתן אפשרויות קיום לאשה בתקופה שלאחר גירושיה<sup>30</sup>. בהיעדר חובה מן הדין לזון את האשה לאחר מתן הגט יש להבטיח במידת מה את עתידה הכלכלי. במיוחד אמורים הדברים לאור העליה ביוקר המחיה והירידה בערך המטבע ולאור העובדה כי עיקר הכתובה, האמצעי אשר נועד לשרת ענין זה, לא יצלח עוד למטרה<sup>31</sup>. הפיצויים הם, אפוא, מעין תוספת לכתובה.
2. הפיצוי כמחיר הגט. אם הגיע בית הדין למסקנה כי רצוי להתיר את קשר הנישואין ועם זאת אין עילה מספקת מן הדין לחייב בגט, יחויב הבעל עם מתן הגט בתשלום פיצויים לאשה, על מנת להגיע לאיזון אינטרסים בין בני-הזוג, בדרך שיהיה בה כדי לרצות את האשה ולפייסה<sup>32</sup>.
3. מעין חלוקת נכסים. הפיצויים משפים את האשה על הצמיחה הכלכלית של המשפחה בכלל, ועל השקעתה במשפחה וברווחתה, כגון הטיפול במשק הבית ובגידול הילדים<sup>33</sup>, ותרומתה להשבת הנכסים ולגידולם, כפרט<sup>34</sup>.

## ב. המנהג בדבר זכות האשה לפיצויים בעת הגירושין במסגרת המשפט הישראלי

### אא. מעמדו של המנהג במשפט הישראלי

טעמי המנהג ומירווח הגורמים המסור לשיקול דעתו של בית המשפט היו מחייבים, למעשה, הענקת פיצויים בכל מקרה של גירושין והרחבת המנהג לכדי תקנה כללית. אולם מנהג זה, אשר היה בעיצומה של התפתחות שנועדה להטיב את מעמדה של האשה, לא הספיק למלא את ימיו במשפט הישראלי וכבר עמדו עליו הסדרים אחרים לכלותו. יתכן כי אילולי נעצרה מגמת ההתפתחות היו תחומי המנהג מתרחבים, שכן כפסע היה בין הכללים כפי שהתגבשו לבין תחולה כללית יותר; ושיקוליהם של בתי

192-193; פ' דייקן, לעיל הערה 15, בע' 133-134; י' א' רוזנוווייג "שיתוף קניני בנכסים בין בעל ואשתו" משפטים א (תשכ"ח) 185, 190; ד' פלק "יחסי ממון בין בני-זוג בישראל" עיוני משפט ג (תשל"ד) 829, 838; א' סוכובולסקי "דו"ח על יחסי הרכוש בין בני-הזוג היהודיים בישראל ותחולת המשפט העברי על יחסים אלה" בספרו של ג' טדסקי, מחקרים במשפטנו הפרטי (ירושלים, תשי"ט) 333-334.

30. תיק 1/12/704, אוסף ורהפטיג לח; תיק 1/51/704, אוסף ורהפטיג נא; ראה גם ד' ורהפטיג, לעיל הערה 1, בע' 192; ראה גם מ' אלון, חקיקה דתית (תלאביב, תשכ"ח) 166.

31. ראה תיק 1/6/705, אוסף ורהפטיג עב, עח.

32. ענין זה נזכר כבר בתקנת רבני טראבלס וכן בתשובתו של רבי בן-ציון מאיר חי עוזיאל, שהזכרנו לעיל, וכן בפסקי הדין בתיק ב/90/תשי"ד, פד"ר א 129, 131, 139 ובתיק 404/תשל"ב, פד"ר ט 149 והערעור עליו שנדחה ברוב דעות ערעור 12/תשל"ג, פד"ר ט 152, 167 וכן ראה תיק 1/51/704, אוסף ורהפטיג נא.

33. תיק 1/24/707, אוסף ורהפטיג קנו.

34. תיק 1/30/705, אוסף ורהפטיג פג, פד-פה; תיק ב/90/תשי"ד, פד"ר א 129, 138.

הדין יוכיחו<sup>35</sup>. מאז קום המדינה שינה המשפט הישראלי את יחסי הממון שבין בני-הזוג עלידי הפקעת רוב זכויות הבעל בנכסי אשתו, וכתוצאה מכך ביסס את מעמדה הכלכלי של האשה, הן בדרך החוק — חוק שיווי זכויות האשה, תשי"א-1951 — והן באמצעות הפסיקה — הלכת שיתוף הנכסים. כתוצאה מכך הלך והצטמצם הצורך בהתערבות בית הדין ליצירת איזון בין בני-זוג בדרך של פיצויים לאשה. הדבר ניכר במיעוט פסקי הדין בהם נפסקו פיצויים לאשה, לאחר קום המדינה, לעומת מספרם הרב של פסקי דין כאלה בתקופה שלפני קום המדינה, כאשר חל על יחסי ממון בין בני-זוג הדין העברי כמעט בטהרתו<sup>36</sup>.

מנהג זה של תשלום פיצויים לאשה בעת הגירושין התגבש בתקופה בה הוענקה חשיבות לעבודתה של האשה כמשק הבית וניתנה הכרה רחבה למשקל הכלכלי של תרומתה זו<sup>37</sup>. המנהג החל, אמנם, כתקנה לפיוס האשה, על מנת שתתרצה לקבל גט במקרים מסויימים, אולם לאחר שעשה ככרת דרך מסויימת החל להתרחב ולהתגבש בדרך של מעין איזון משאבים. עתידו של המנהג היה לפניו על רקע ירידת קרנה של הכתובה, שאין בה כדי להבטיח באופן סביר את עתידה הכלכלי של האשה לאחר גירושה. חשיבות נודעת למנהג גם בהכרה המשתמעת ממנו כי הסדר יחסי הממון והרכוש בין בני-זוג בדין העברי, המושתתים על עקרון האיזון, טעון תיקון והשלמה. עם זאת, נראה לנו כי המלומדים הדנים במנהג זה מפריזים מעט בכלליות תוקפו באשר אין הם משקיפים עליו בעיני הקיים אלא יותר בכיוון התפתחותו האפשרית, העתידה והרצויה, לאור המגמות בשיטות משפטיות שונות והתפישות המודרניות על מעמדה של האשה. בכללי המנהג ניכרת אמנם נטיה להסדר של שותפות בין בני-הזוג, כפי שמצויין עלידי חלק מהכותבים<sup>38</sup>, או מכל מקום, יש בו ניצנים של הסדר ממוני בין בני-הזוג, דהיינו נסיון של בית הדין לאזן את הרכוש בעת הגירושין<sup>39</sup>, אולם אלה הם רק כיווני

35. ראה גם דעתו של מ' אלון, דו"ח הוועדה בענין נכסים משותפים של בני-זוג (1966) 14. (להלן: דו"ח הוועדה).

36. מעניין לציין כי פ' דייקן בספרו, לעיל הערה 15, בע' 131-132, רואה במנהג זה כלל יסודי ועיקרי המשמש "מורה דרך בפתרון רוב השאלות... והוא מהווה גם גורם מוסת בעצם פתרון השאלה הגורלית גירושין או לא גירושין וגם עוזר בפתרון כל השאלות השנויות במחלוקת בין בני-הזוג...". ב' שרשבסקי, לעומתו (ראה לעיל הערה 11, בע' 338-339), אינו מיחס חשיבות רבה למנהג זה, הוא מיחד לו מקום מועט ואינו מעניק לו משקל רב.

37. ראה בין היתר: A. Colomer "The Modern French Law" in Kiralfy (editor), *Comparative Law of Matrimonial Property* (Leiden, 1972) 80, 86; *Studies on Family Property Law, Law Reform Commission of Canada* (1975) 16; O. Kahn-Freund, "Recent Legislation on Matrimonial Property" 33 *M.L.R.* (1970) 601, 604-605; B.A. Kulzer "Law and the House wife: Property, Divorce, and Death" 28 *Uni. of Flo. L.R.* (1975) 1, 20.

38. ז' פלק, לעיל הערה 29, בע' 838; ז' ורהפטיג, לעיל הערה 1, בע' 191; ראה גם ע"א 630/79 ליברמן נ' ליברמן, פ"ד לה (4) 359, בו אומר השופט מ' אלון "הגורמים והרעיונות שביסוד יצירתם של מוסד חזקת שיתוף נכסים בבית משפט זה ומוסד הפיצויים בשעת גירושין בבית הדין הרבני, דומים ומשותפים הם — הרצון והצורך לעשות צדק עם האשה" (שם בע' 373).

39. א' רוזנצווייג, לעיל הערה 29, בע' 190; ראה גם דעת המיעוט של מ' אלון, דו"ח הוועדה, לעיל הערה 35, בע' 13-14; א' סוכובולסקי, לעיל הערה 29, בע' 334.

התפתחות המנהג ולא המצב הקיים בפועל כפי שהוא משתקף בפסיקה. הערכה מופרזת זו נובעת בחלקה מזיהוי השיקולים המופעלים על-ידי בית הדין עם העילות היוצרות את החיוב.

חלק מן המלומדים מרבה לציין, ובצדק, את יתרונותיו של המנהג. הוא מאפשר התחשבות מלאה בנסיבות כל מקרה קונקרטי, מתן ביטוי לצרכים של המשפחה בכלל, ועשיית צדק בין בני-הזוג הספציפיים בפרט<sup>40</sup>. עם זאת, אין להתעלם מן המגבלות הטבועות במנהג זה והמקשות על קביעתו כהסדר כולל וכללי של יחסי הממון בין בני זוג בשיטת המשפט הישראלי: 1. המנהג אינו שלם וטעון השלמה והבהרה. 2. המנהג אינו חל כהסדר כללי על כל הזוגות הנשואים והוא גם מוגבל לאשה בלבד ולא לשני בני-הזוג. 3. במסגרת כללי המנהג נשללת הזכות מסוג מסויים של בנות-זוג על-פי קריטריונים אשר נקבעו בדין העברי ושבהם אין המשפט האזרחי מוכן להתחשב לצורך חלוקה רכושית וכלכלית. 4. המנהג הינו חלק מהוראות הדין העברי. המשפט הישראלי שינה, בחלקו, את הדין הדתי בתחום יחסי הממון בין בני-זוג. שינוי זה חייב ומחייב השלמה של הוראות חוק ישראליות. המחוקק בחר לעשות כן בדרך של בחירת הסדר ממזני ממצה, לא בדרך של הסדרים חצויים ולא במסגרת הדין הדתי.

#### בב. מעמדו של המנהג לאור חוק יחסי ממון בין בני-זוג

המחוקק הישראלי העדיף לקבוע, כהסדר מן הדין, בחוק יחסי ממון בין בני-זוג, תשל"ג-1973, את שיטת השותפות הדחוייה בתוספת הענקת שיקול דעת לבית המשפט למקרים האינדיבידואליים, כדי למנוע עיוות דין העלול להיווצר עקב החלה נוקשה של כללים קבועים<sup>41</sup>. מן הראוי לשוב ולהזכיר, כי השתלבות המנהג במשפט הישראלי הנוהג היתה בעייתית. כיוון ההתפתחות של הדין המקומי היה כזה שייתר, במקרים רבים, את הצורך ביישום מנהג זה בישראל. לאחר חקיקת חוק יחסי ממון בין בני-זוג — חוק טריטוריאלי המחייב גם את בתי הדין הדתיים<sup>42</sup> — שבה ומתיצבת הבעיה כגון חריף יותר: הפעם מתעוררת שאלת עצם תוקפו של מנהג זה במשפט הישראלי. כיצד יאציל הסדר איזון המשאבים, המחייב גם את בית הדין הרבני, על המנהג, אשר נועד, בין השאר, להביא לתוצאה אליה מביא גם החוק?<sup>43</sup> שני קשיים ניצבים בפני המשך תחולת מנהג זה במשפט הישראלי. הקושי הראשון משפטי והאחר נעוץ במדיניות משפטית.

40. י' א' רוזנצווייג, שם שם; ג' רקובר, לעיל הערה 1, בע' קכה; ד' ורהפטיג, לעיל הערה 1, בע' 193; ראה גם ג' טדסקי, לעיל הערה 29, בע' 299 ודברי ח"כ מ' צ' נריה בדין על חוק יחסי ממון בין בני-זוג, ד"כ 56 (1970) 479. מ' אלון מציע (דו"ח הוועדה, לעיל הערה 35, בע' 14) לאפשר ליצירה משפטית זו להתפתח עד שניתן יהיה להסיק ממנה מספר עקרונות וכללים אשר יתגבשו מתוך הנסיון בחיי המעשה. א' סוכובולסקי (לעיל הערה 29, בע' 334) מצוין כי שלב התפתחותו של המנהג בבית הדין מקשה עדיין להגיע לאיזון מלא של רכושם של בני-הזוג בעת הגירושין משום שאין לו אמצעים ישירים לכך. הוא אף מציע למחוקק "להתערב ולהעניק לבתי הדין בישראל כלים ואמצעים ישירים לחייב את הבעל לשלם לאשה פיצויים בסכום ראוי במסיבות שבית הדין מוצא זאת לנכון וכן להיפך". (שם)

41. ראה סעיפים 7 ו-8 לחוק, ראה גם דו"ח הוועדה, לעיל הערה 35, בע' 8 (חוות דעת הרוב).

42. סעיף 13(ב) לחוק.

הקושי המשפטי הוא, באיזו מידה מנהג זה הוא בגדר "הסכם ממון", על-פי סעיף 1 לחוק יחסי ממון בין בני-זוג, הטעון כתנאי לתוקפו כתב ואישור על-ידי ערכאה מוסמכת, כמפורט בסעיף 2 לחוק. אם הסדר לתשלום פיצויים ייקבע בהסכם, אשר אושר בפסק גירושין על-ידי בית הדין, תמצא הבעיה את פתרונה במסגרת סעיף 2(ד) לחוק. אולם מה הדין בהיעדר הסכם כזה? לא נראה כי ענין לנו עם הסכם ממון כהגדרתו בחוק, מתן פיצויים כתנאי לגט אינו הסדר חוזי בין הצדדים העשוי למצוא את מקומו במסגרת הגדרת הסכם ממון. המנהג הינו חלק מהוראות הדין העברי הנכללות בגדר עניני נישואין וגירושין והנשלטות על-ידי הדין הדתי. התנאים למתן הגט — בין תנאים ממוניים ובין תנאים אחרים — אותם רואה בית הדין כמחייבים, מהווים חלק מן הדין הדתי, אשר לא נפגע על-ידי הוראות החוק. הסמכות לפסיקת פיצויים מכוח המנהג מוקנית רק לבתי הדין הרבניים בדונם בתביעת גירושין. אין בית המשפט האזרחי רשאי לדון בתביעה מעין זו. קושי משפטי אחר, העלול לעמוד בעוכרי המשך תחולת המנהג, הוא היותו בגדר ענין שחוק יחסי ממון דן בו וממילא ביטולו מכללא<sup>43</sup>. המנהג, כפי שהתפתח, אינו מהווה עדיין הסדר ממוני כללי המתחרה מבחינה זו בהסדר איזון המשאבים הקבוע בחוק. מנהג זה אינו מוציא מבחינה משפטית את ההסדר שבחוק ואינו מרוקן אותו מכל תוכן. להיפך, ניתן אפילו לאמר כי המנהג יכול להשתלב בהסדר שבחוק, להשלימו ולעמוד לצידו, כפי שנראה בהמשך. מבחינה זו אין גם בכוחו של ההסדר שבחוק למנוע את החלת הוראות המנהג.<sup>44</sup>

הקושי השני, הקושי שבמדיניות משפטית, אינו ניתן לפתרון קל. ההסדר שבחוק עונה על כל הרציונלות העומדות מאחורי המנהג והוא מיתר כמעט לחלוטין את הפעלתו ויישומו. בית הדין לא יראה כל צורך בחיוב פיצויים במקרים כאלה<sup>45</sup>, שכן מתן הפיצויים אינו חובה שבדין, אלא אמצעי שבשיקול דעת כדי להשיג מטרה מסוימת. עם זאת יתכנו מקרים בהם הסתמכות על הוראות החוק בלבד, כולל הסמכויות המיוחדות בסעיף 8 שבו, לא יהיה בה משום עשיית צדק במקרה הקונקרטי. כך, למשל, כאשר אין נכסים שניתן לאזן את שווים, אולם קיימים הישגים אצל אחד מבני-הזוג, שכן-הזוג האחר תרם להשגתם, כגון: פוטנציאל השתכרות גבוה, השכלה גבוהה, זכות מסוימת לפנסיה וכיו"ב. במקרים כאלה לא יהיה החוק לעזר לבני-הזוג. מנהג הפיצויים שבדין העברי, כמוהו כשיטת שיקול הדעת השיפוטי, מסוגל להתמודד גם עם סוג זה של "משאבים" ולהגיע לתוצאה צודקת בנסיבות כל מקרה. בסיטואציות כאלה ניתן יהיה להרכיב, גם מבחינת המדיניות המשפטית הראויה, את מנהג הפיצויים, כאמצעי קורקטיבי שבשיקול דעת, על הסדר האיזון מכוח החוק<sup>46</sup>. בהיעדר חבות בדין העברי לתשלום מזונות לאחר גירושין עשוי המנהג להשלים את חוק יחסי ממון בין בני-זוג, במקרים מתאימים, בהתאם לשיקול דעתו של בית-הדין. בשיטות משפטיות שונות נועד למזונות לאחר גירושין — במתכונתם המיוחדת, השוויונית והמעוגנת בטווח רחב של

43. סעיף 13(ב) לחוק.

44. על פירוש המונח "ענין שחוק זה דן בו" בסעיף 13(ב) לחוק ראה שער שלישי, חלק ראשון, פרק שני, סעיף 2(ג)(גג)2). לענינו ראה במיוחד בטקסט סמוך להערה 121.

45. ראה, למשל, לעיל הערה 22.

46. ראה גם א' שיינבוים "ד"ר מנשה שאוה: הדין האישי בישראל" הפרקליט לא (תשל"ז) 354, 357.

שיקולים — תפקיד משלים או מתקן להסדר הרכושי שבחוק<sup>47</sup>. מנהג הפיצויים יכול למלא חלק זה במקרים רבים. סוג אחר של מקרים, בהם עשוי המנהג למלא תפקיד משלים או מתקן, הוא במסגרת הסכם ממון בין בני־זוג. אם התברר ברבות הימים כי הסכם הממון איננו נותן ביטוי נאמן למערכת היחסים שבין הצדדים ואיננו משיג את המטרה העומדת מאחורי הרציונלות של המנהג, יוכל בית הדין להפעיל את שיקול דעתו במקרים הראויים ולפסוק פיצויים כתנאי למתן הגט. באופן כזה עשוי מנהג הפיצויים להמשיך ולהוות גורם קורקטיבי בהסדרים בין בני־זוג. מאידך גיסא, נשאלת שאלה עקרונית, האם לכך חתר המחוקק כאשר קבע את כוחו של הסדר ממון ומתן הכרה מלאה לרצונם של הצדדים? לא נראה לנו כי קיים קושי כלשהו, לא מבחינה משפטית ולא מבחינת המדיניות המשפטית. גם בתקופת קיומו הפורמלי של משטר הפרדת הרכוש, לאחר חקיקת חוק שיווי זכויות האשה, תשי"א-1951, שלט מנהג הפיצויים מכוח הדין העברי וכחלק ממנו. הסכם ממון לחוד וסמכותו של בית הדין בעניני נישואין וגירושין לחוד. בכל מקרה בו ימצא בית הדין לנכון להפעיל את שיקול דעתו כאמצעי מתקן יוכל לעשות כן. יתר על כן, לנו נראה כי המנהג יוכל לשמש אמצעי הולם ויעיל לעשיית צדק בין הצדדים, במהלך תביעת גירושין, למרות קיומו של הסכם ממון. שלאחר כריתתו איננו משקף עוד את מערכת היחסים הנכונה והאמיתית בין בני־הזוג, אך עקב המשבר בחיי הנישואין אין הוא ניתן להמרה הסכמית על־ידם.

מצאנו, איפוא, כי הרבדים השונים מהם מורכב המשפט הישראלי — על הסתירות והכפילות הטבועות במציאות כזו — המשבשים לעתים כה קרובות את המערכת ומשפיעים בשלילה על דיני המשפחה ועל בני־הזוג, עשויים מפעם לפעם להיות לעזר, כאמצעי הסותם פערים במערכת. משום כך, אף אם ברוב המקרים מיתר ההסדר שבחוק את המנהג פרי יצירת הדין העברי, לא נסתם עליו עדיין הגולל ועוד נכוננו לו תפקידים. אולם בצד תוצאה חיובית זו יש למנות הסתייגויות בעלות משקל. פיצויים ניתן לפסוק בבית הדין הרבני בלבד, ולא בבית משפט אזרחי, ורק לאשה. לא ניתן לחזות מראש אם

47. על הקורלציה בין הסדר המזונות לאחר גירושין לבין הסדרים רכשיים ועל השיקולים לקביעת מזונות לאחר גירושין ראה בשער הראשון, חלק שני, פרק שני. כאן רק נציין כי במסגרת זאת נשקלת, בין היתר, תרומת בן־הזוג וסיעו להשגת "משאבים", אשר אינם נחשבים כנכסים בני חלוקה או איוון, אך עשויים להשפיע על מצבו הכלכלי של אחד מבני־הזוג ועל כושר השתכרותו בעתיד. כך, למשל, ראה באוסטרליה *Family Law Act, 1975, Sec. 75 (b)* וכך גם ראה בפלורידה *Florida Statutes, Sec. 61.08*. כפי שתוקן בשנת 1975. וראה על כך *B.A. Kulzer "Law and the House wife: Property, Divorce, and Death" 28 Uni. of Flo. L.R. (1975) 1, 24, 54-55* בצרפת נלווה לרפורמה (של שנת 1975) בדיני הגירושין תיקון בתוצאות הממוניות של הגירושין. להלכה, בוטל המוסד של מזונות לאחר גירושין. תחתיו נבחר אמצעי המשלים את חלוקת הרכוש בין בני־זוג ואשר נועד להסדיר את התמיכה העתידית של בן־זוג אחד כלפי משנהו. סעיפים 270-277 C.C.-ל. מטילים חובה של תשלום מפצה על בן־זוג אשר לפי מערכת שיקולים המפורטת שם חייב לשאת בה. בין יתר השיקולים נכללים כושר ההשתכרות הצפוי של כל אחד מבני־הזוג, גילם, בריאותם, אפשרויותיהם הכלכליות, הונם ורכושם לאחר ביצוע חלוקת הרכוש וכיו"ב. במידת האפשר יבוצע תשלום זה בסכום אחד, חד פעמי (סעיף 274 C.C.-ל.). על הרפורמה בדין הצרפתי, ראה *M.A. Glendon, State, Law and Family (Amsterdam, 1977) 249 et seq.*

אכן מנהג זה עשוי להתפתח, כאשר הרציונלות העומדות מאחוריו מוצאות להן ביטוי בהסדרים אחרים, ומה עשויים להיות כיווני התפתחותו. יתר על כן, לגבי הסוג הראשון של המקרים, ספק אם מנהג זה, בשלב התפתחותו הנוכחי ובמערכת השיקולים שהוא משלב בתוכו, יכול למלא את התפקיד הקורקטיבי השיורי אותו מבקשים אנו להטיל עליו. צמיחתו של המנהג היא על קרקע מסויימת וספק אם ניתן להעתיקו למקום שונה ולצרכים אחרים. כדי שיוכל למלא משימות אלה בהצלחה על מנהג זה להתגבש במערכת שיקולים שונה. זו המקובלת היום תואמת יותר חלוקת משאבים מאשר הבטחת בטחון כלכלי שוטף בעתיד על בסיס התחשבות בשיקולים שבעבר ובנתונים הצפויים. גם העקרונות עליהם מבוסס הסדר איזון המשאבים אינם זהים לאלה עליהם מבוסס מנהג הפיצויים שבדין העברי, אף כי חלק מן העקרונות החדשים יותר היוו תמריץ ליצירת המנהג בדין זה<sup>48</sup>.

מסקנתנו היא, כי גם בהקשר זה עדיפה התערבותו של המחוקק במטרה להשלים ולתקן את אשר פגם והחסיר בחוק יחסי ממון בין בני-זוג.

48. דרך הנמקתו וביסוסו המשפטי של מוסד הפיצויים, הן לעומת חזקת שיתוף הנכסים והן לעומת הסדר איזון המשאבים, הם שונים וגם הדרך בה מופעל המוסד והתוצאות בפועל הן שונות. ראה ע"א 630/79, לעיל הערה 38, בדברי השופט מ' אלון.

## חלק שני

# הסדרים שמקורם בדין האזרחי

## פרק ראשון

### הלכת שיתוף הנכסים בין בני־זוג

הלכת השיתוף כמשטר רכושי פרי יצירת הפסיקה ממשיכה לחייב — כחלק מן המשפט הישראלי — בני־זוג אשר נשאו עד לתאריך 1/4/74. הלכה זו אינה יוצרת שיתוף דחוי ומועד תחולתה אינו מוגבל לפקיעת הנישואין. אולם לגבי חלק הארי של הזוגות הנשואים תיושם הלכת השיתוף, הלכה למעשה, סמוך למועד פקיעת הנישואין או לכל המוקדם בשעה שנוצר קרע ביחסים בין בני־הזוג. במהלך השער השלישי הוקדש פרק מיוחד (הפרק הראשון) לניתוח הלכת השיתוף ולבחינת כללותיה ופרטותיה. פרק זה על כל הכלול בו יפה גם לכאן.



## פרק שני

### הסדר איזון המשאבים

#### פתח דבר

בני זוג אשר נישאו לאחר תאריך ה-1.1.74 נתונים למרותו של חוק יחסי ממון בין בני-זוג, תשל"ג-1973, (להלן: החוק). במסגרת החוק הם רשאים לערוך הסכם ממון ולשנותו<sup>1</sup>. לא ערכו בני-הזוג הסכם ממון, או במידה שאין ההסכם ביניהם קובע אחרת, הם יהיו כפופים להסדר איזון המשאבים המפורט בפרק השני של החוק<sup>2</sup>.

#### א. הסדר איזון המשאבים: ענין של חוזים

הסדר איזון המשאבים (להלן: ההסדר) מעוגן בדיני חוזים ויש למיינו כענין של חוזים. מסקנה זו מתחייבת מהוראות סעיף 3(א) לחוק הקובע את תחולת ההסדר על בני-זוג אשר "לא עשו הסכם ממון..." באופן ש"יראום כמסכימים להסדר איזון המשאבים לפי פרק זה, ויראו הסדר זה כמוסכם בהסכם ממון בעל תוקף שנתמלאו בו הוראות סעיף 2".

הפיקציה בנוגע להסכמת בני-הזוג להסדר שובצה בחוק תוך היענות לדרישת החוגים הדתיים. הדבר נעשה במטרה ליצור עקרון מסגרת של החוק (יצירת הסכם סטטוטורי), אשר יעלה בקנה אחד עם העקרון הבסיסי של הדין הדתי. המקנה לבני-זוג חופש התנאה בעניני רכוש וממון. יש בנוסחה כזו "איזו סגולה גואלת מבחינת הפגיעה בהנהגת הדין הדתי"<sup>3</sup>.

1. ראה לעיל שער שלישי, חלק שלישי, פרק שני, סעיף (ב).
2. היקף תחולתם של הוראות חוק יחסי ממון הוא על בני-זוג שמקום מושבם בעת עריכת הנישואין היה בישראל (סעיף 15 לחוק). דיון על אספקטים של המשפט הבינלאומי הפרטי הקשורים לחוק יחסי ממון ולהלכת השיתוף שקדמה לו, ראה לעיל שער שלישי, חלק שלישי, פרק ראשון, סעיף (ג)(גג)(3).
3. דברי ח"כ י' גולדשמידט, יו"ר ועדת החוקה חוק ומשפט דאז, בעת הצגת החוק בקריאה שלישית, ד"כ 68 (תשל"ג) 4251 וראה גם דברי שר המשפטים דאז, י' שפירא, בעת הצגת החוק בקריאה ראשונה, ד"כ 56 (תשכ"ט) 527; ראה גם דברי ההסבר לסעיף 5 להצעת חוק יחסי ממון בין בני-זוג, תשכ"ט-1969, ה"ח 849 (תשכ"ט) 334. ראה גם J. Sussmann "Matrimonial Property Relations in Israel" in *Beiträge Zum Deutschen und Israelischen Privatrecht* (1977) 165, 170.

לפיקציה זו, לאחר שמצאה את מקומה בחוק, חיים משל עצמה ונודעת לה חשיבות רבה לצורך פרשנות החוק. הנפקויות המשפטיות הנובעות מפיקציה זו הן לפחות בשלושה מישורים:

- א. מישור כללי הסמכות<sup>4</sup>.
- ב. תחולת דיני החוזים על הסכם ממון בין בני-זוג או על הסדר איזון המשאבים מכוח החוק. הוראות חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, יחולו על הוראות חוק יחסי ממון בין בני-זוג ככל שאין בו הוראות מיוחדות אחרות (סעיף 61(א) לחוק החוזים). כך, למשל, יחול סעיף 39 לחוק החוזים — שענינו קיום של חיוב הנובע מחוזה בדרך מקובלת ובתום לב והוא הדין בשימוש בזכות הנובעת מחוזה — על הסדר איזון המשאבים ועל הסכם ממון מכוח הוראות החוק<sup>5</sup>.
- ג. החיובים הנובעים מן החוק וההסדרים על-פיו יוגנו באמצעות הדינים המגינים על חיוב, כולל, למשל, דיני הנזיקין. כך, למשל, רשאי יהיה אחד מבני-הזוג לתבוע צד שלישי כלשהו בעוולת גרם הפרת חוזה<sup>6</sup>.
- ד. איננו שותפים לחששותיו של פרופ' י' קלינגהופר בדבר מצב אבסורדי העלול להיווצר במקרה של תחולת הוראות חוקי החוזים על הסדר יחסי הממון שבין בני-זוג<sup>7</sup>. ראשית, תחולתן של הוראות חוקי החוזים כפופות, כפי שראינו, להוראות חוק יחסי ממון, שנית, בתחולה זו של דיני החוזים יש משום הענקת הגנות נוספות ומיוחדות לבני-הזוג, כשהחוק לא טרח לציין אותן באופן ספציפי ומפורש.

#### ב. אופיו של הסדר איזון המשאבים

הסדר איזון המשאבים הוא הסדר רכושי אחיד עליו מורכב אמצעי מתקן המופעל באמצעות שיקול דעתו של בית המשפט<sup>8</sup>. שיטה מעין זו, המשלבת את תכונת הקביעות, על יתרונותיה, עם קורטוב של גמישות, המאפשרת מתן משקל ראוי גם לנסיבות המיוחדות של כל מקרה, אינה נפוצה עדיין, ברם הצעות להנהגת שיטה כזו כבר הועלו<sup>9</sup>

4. ראה לעיל שער שני, חלק שלישי, פרק ראשון.
5. על אפשרות כזו ראה אצל ג' טדסקי "איזון המשאבים בין בני-הזוג" הפרקליט ל (תשל"ו) 76, 82; ראה גם א' פרוקציה "יחסי ממון בין בני-זוג בפשיטת רגלו של אחד מהם" משפטים ז (תשל"ו) 266, 304; ז' פלק "יחסי ממון בין בני-זוג בישראל" עיוני משפט ג (תשל"ד) 829, 846.
6. סעיף 62 לפקודת הניזקין [נוסח חדש]: ראה על כך גם אצל D. Friedmann "Matrimonial Property in Israel" 41 *RebelsZ* (1977) 112, 127.
7. ד"כ 68 (תשל"ג) 4254; יש להסתייג גם מדבריו ח"כ י' גולדשמידט כאילו "החשש" של תחולת דיני החוזים על הסדר איזון המשאבים נשקל על-ידי ועדת החוקה וזו דחתה אותו כ"חשש רחוק שאין לחשוש מפניו" ד"כ 68 (תשל"ג) 4262.
8. סעיף 8 לחוק. מנגנון מתקן אחר מחוץ למסגרת החוק הוא המוסד של פיצויים לאשה בעת הגירושין. על השימוש במוסד זה של הדין העברי למטרה האמורה ראה לעיל חלק ראשון, פרק שני, סעיף (ב)(בב).
9. ראה, למשל, לגבי מדינת אלברטה בקנדה ה-Institute of Law Research and Reform, University of Alberta, *Matrimonial Property* (1975). הדו"ח נזכר אצל F.A. Schroeder "Matrimonial Property Law Reform: Evaluating the Alternatives" 11 *Uni. of Bri. Col. L.R.*

במדינות שונות והומלצו על-ידי מלומדים<sup>10</sup>. הסדר איזון המשאבים אינו יוצר שיתוף קנייני בנכסים כלשהם, הוא מהווה שיתוף אובליגטורי<sup>11</sup> דחוי לפקיעת הנישואין עקב גירושין או עקב מותו של בן-זוג. ההסדר נוהג רק ביחסים הפנימיים בין בני-הזוג. אין הוא משפיע על זכויותיהם של צדדים שלישיים<sup>12</sup>, אלא באותם מקרים בהם קובעות הוראות הדין האזרחי הכללי את האפשרויות להגנת החיוב מפני צדדים כאלה וכאותה מידה שהן מסדירות דרכי הגנה כאלה. החוק מונה גם שורה של אמצעי מנע אשר נועדו לשמירת זכותו העתידה של בן-הזוג על-פי ההסדר<sup>13</sup> מאופיו האובליגטורי של הסדר איזון המשאבים נופקות מספר תוצאות משפטיות:

(א) כזכות אובליגטורית הריהי זכות תביעה אישית של בן-זוג אחד נגד משנהו בהגיע מועד מימושה של הזכות. לפיכך אין תביעה זו עדיפה על תביעותיהם של נושי בן-הזוג. במהלך פשיטת-רגל של אותו בן-זוג יש לבן-זוגו רק תביעת חוב נגד הנאמן בגובה סכום האיזון המגיע לו.

(ב) בהיעדר זכות קניינית לבן-הזוג אין הוא יכול לממש במהלך הנישואין, אלא רק כמועד אשר נקבע לשם כך על-ידי החוק, היינו: בעת פקיעת הנישואין מחמת מיתה או עקב גירושין.

(ג) בן-הזוג אינו נהנה מהעדיפויות המוקנות על-ידי תביעה קניינית על פני תביעה אובליגטורית רגילה<sup>14</sup>.

(ד) מאידך גיסא, כזכות אובליגטורית דחויה יש לבן-זוג זכות תביעה מותנית בלבד, אשר אינה נכללת במסגרת נכסיו, לא לצורך ירידה של הנושים לרכושו ולא לצורך הכללתה במסת נכסיו במקרה של פשיטת רגל. עם זאת, בעת מימושה של הזכות, מחמת מיתה של בן-הזוג הזכאי לאיזון, תהא היא נכס של העובון, דהיינו: חוב המגיע לעובון. ההבדלים מתבלטים על רקע אופיה של זכות זו לעומת סיווג הזכות הנולדת לבן-

24, 27, 38. (1977) במידה מסוימת מציעה שיטה כזו מידה רבה יותר של ודאות מאשר שיטת שיקול הדעת השיפוטי, המניחה את ההסדר כולו לשיקול דעת בית המשפט, הואיל וזכותו של כל בן-זוג למחצית משמשת נקודת מוצא. הטוען לחלוקה אחרת עליו נטל ההוכחה. ראה גם Studies on Family Property Law; Law Reform Commission of Canada;

T.J. Wuester & J.D. Payne, *Family Property Law Proposals for Reform* (1975) 344.

10. ראה M. Rheinstein "The Transformation of Marriage and The Law" 68 *Nw. U.L.R.* (1973) 463, 478.

11. ראה על כך אצל J. Sussmann, *supra* note 3, at 169 (השופט י' זוסמן עמד בראש הוועדה בענין נכסים משותפים של בני-זוג אשר המליצה לפני שר המשפטים על קביעת הסדר איזון המשאבים); כן ראה G. Tedeschi "Balancing of Resources and Co-ownership Between Spouses" 15 *Isr.* 436 (1980) L.R. במאמרו מבקר ג' טרסקי אחת מאמרוותיו של בית המשפט המחוזי ב-ה"פ (ת"א) 742/78 לוי נ' לוי, פ"מ תשל"ח 2, 60 בה נקבע כאילו זכותו של בן-זוג על-פי הסדר איזון המשאבים הינה זכות בנכסים. אין ספק כי אם הכוונה היא לזכות קניינית אמרה זו מוטעית היא.

12. ראה דו"ח הוועדה הציבורית בענין נכסים משותפים של בני-זוג (ירושלים, 1966) 5-6 (להלן: דו"ח הוועדה).

13. סעיף 11 לחוק. ראה לעיל שער שלישי, חלק שלישי, פרק שני, סעיף (ג)(בב)(4).

14. על עדיפותה של תביעה קניינית ראה אצל ד' פרידמן, דיני עשיית עושר ולא במשפט (הל אביב, 1970) 274; כן ראה לעיל שער שלישי, חלק שלישי, פרק ראשון, סעיף (ד)(דד)(3). בטקסט סמוך להערות 237-240.

זוג מכוח הלכת השיתוף בנכסים, המקנה לו, בדרך כלל, זכות קנינית (מוגבלת) של בעלות משותפת בנכסים<sup>15</sup>.

גם בהגיע מועד מימוש זכות האיזון לא נוצר שיתוף קניני בנכסים, כדוגמת הדין השבדי<sup>16</sup>, אלא שיתוף כספי, חשבוני, בלבד, במתכונת הדין הגרמני<sup>17</sup>.

### ג. מימוש הזכות לאיזון משאבים

#### א. דרכי מימוש הזכות לאיזון משאבים

הסדר איזון המשאבים כולל, למעשה, ארבע מסות של רכוש. נכסים שאינם בני-איזון של כל אחד מבני-הזוג ונכסים הנכללים באיזון של כל אחד מהם. בגישה זו הוא קרוב יותר לשיטות של שיתוף נכסים מידי ואינו צועד במסלול אותו כבשו שיטות משפטיות שמשטרם הרכושי הוא השותפות הדחוויה. כך, למשל, כולל הדין השבדי את הרוב הגדול של נכסי בני-הזוג במסגרת הנכסים בני-האיזון<sup>18</sup>. הדין הגרמני, אינו מוציא שום נכס מסוג כלשהו מכלל האיזון. דין זה קובע את שיטת האיזון כשיטה חשבונית של ניכוי ערך הנכסים התחיליים, אשר היו לכל אחד מבני-הזוג עם תחילת הנישואין, מירכס של כלל הנכסים הסופיים שברשותם עם הגיע מועד מימוש הזכות. הדין הגרמני דוגל בשיטת איזון הרווחים ומיתר לעצמו את הצורך באיתור סוגים מסויימים של רכוש. החישוב נעשה על-ידי עריכת פעולה חשבונית פשוטה יחסית. הנכסים שנתקבלו על-ידי בני-הזוג במתנה או בירושה בתקופת הנישואין נכללים, למעשה, בכלל האיזון בניכוי ערכם ביום קבלתם<sup>19</sup>. הסדר איזון המשאבים בדין הישראלי, לעומת זאת, הוא שיתוף בהישגים בלבד, דהיינו: בזכויות ובנכסים אשר נרכשו על-ידי בני-הזוג במהלך הנישואין. למעט אלה שקיבלו במתנה או בירושה בתקופת הנישואין<sup>20</sup>. זאת ועוד, שלא כמו בדין הגרמני בו שולטת בכיפה שיטת איזון הרווחים, נעשה האיזון על פי חוק יחסי ממון בין בני-הזוג בשווי הנכסים הנכללים באיזון<sup>21</sup>.

עם פקיעת הנישואין, בין מחמת מיתה ובין עקב גירושין, מגיעה זכות האיזון לכלל מימוש. זכות תביעה ערטילאית הופכת להיות חיוב מגובש בר תביעה. לשם מימוש התביעה יש לקבוע קודם לכן את הנכסים הנכללים בכלל האיזון<sup>22</sup> ואת החובות בני-

15. ראה לעיל שער שלישי, חלק שלישי, פרק ראשון, סעיף (ד).
16. ראה לעיל שער ראשון, חלק חמישי, פרק שלישי, סעיף (ב), הערה 234 והטקסט הסמוך לה.
17. ראה לעיל שער ראשון, חלק חמישי, פרק שלישי, סעיף (ב), בטקסט סמוך להערה 236.
18. ראה לעיל שער ראשון, חלק חמישי, פרק שלישי, סעיף (ג) (א), הערה 249 והטקסט הסמוך לה.
19. ראה לעיל שער ראשון, חלק חמישי, פרק שלישי, סעיף (ב), הערה 236.
20. סעיף 5(א) לחוק. כתוצאה מכך מתעוררת בעית איתורם של סוגי הנכסים והזכויות הנכללים באיזון. הוראות החוק יחייבו השלמה מהוראות חוק מיוחדות אחרות, החלות בתחומים שונים, כדי למצוא תשובה לשאלה אילו זכויות ונכסים אינם נכללים באיזון.
21. סעיף 5(א) לחוק מדבר על זכות "למחצית שווים של כלל נכסי בני-הזוג..."; ראה גם ג' טדסקי, לעיל הערה 5, בע' 82-85.
22. זכות להבדיל מצפייה בלבד. על סוגיה זו בהקשר לשאלה אם יש לכלול זכויות פנסיה בין הנכסים הנכללים בשיתוף נכסים ראה לעיל שער ראשון הערה 139. לדעתנו (בלי להתיימר לתת הגדרה ממצה ומדויקת), ציפיה — להבדיל מזכות — היא זיקה קלושה של אדם לזכות עתידית כאשר

הניכוי. חובות אלה מנוכחים מכלל ערך הנכסים הנכללים באיזון, לשם חישוב הסכום הכולל נטו, הוא הסכום ברה-האיזון. העודף של התוצאה המתקבלת מהפחתת הסכום ברה-האיזון הגבוה יותר של אחד מבני-הזוג מן הסכום ברה-האיזון הנמוך יותר של בן-הזוג האחר מחולק במחציתו. מחצית זו מגיעה לבן-הזוג שהסכום הכולל נטו שלו נופל מזה של בן-הזוג.

### כב. היקפה של זכות איזון המשאבים

המלומדים חלוקים בדבר היקפה של זכות האיזון ובאיזו מידה היא כוללת גם איזון הפסדים. הבעיה בפירוטה היא: האם ניתן לנכות מן הנכסים בני-האיזון חובות ששיעורם הכולל עולה על שווי הנכסים באופן שהאיזון ייערך גם בפאסיב של הנכסים ומתחת לספרה אפס; או שמא פועל האיזון רק על האקטיב של הנכסים כאשר נעצרים בספרת האפס ולא מתחשבים בהפסד<sup>23</sup>. דרך ביניים אפשרית היא לא להיעצר אמנם בספרת האפס, אולם להגביל את זכות האיזון המשתלמת לבן-הזוג הזכאי לגובה נכסיו נטו של בן-הזוג החייב בלבד.

בשעה שעסקנו בהלכת השיתוף נטינו — על בסיס עקרונות של מדיניות משפטית וסיוע מרומז מן הפסיקה — שלא להכיר ב"שיתוף שלילי"<sup>24</sup>. אם בהלכת השיתוף כך בהסדר איזון המשאבים קל וחומר. במסגרת הלכת השיתוף זכאי בן-הזוג בזכויות כבר במהלך הנישואין, אך נושא גם במכלול החבויות. בהסדר האיזון אין כל שיתוף במהלך הנישואין. לכאורה אין בני-הזוג נהנים האחד מרכושו של האחר ואין גם כל אחריות הדדית לחובות. השיתוף מתחיל ונגמר למעשה באותו הרגע. ממילא אין כל טעם וסיבה לגרום לכך שהסדר שיתוף דחוי, המתקיים לראשונה עם פקיעת הנישואין, יחול לטובתם של הנושים בלבד. איזון הפסדים לא ייצור איזון משאבים בין בני-הזוג אלא איזון בין נושים לבין בן-הזוג. לא נראה לנו כי זו היתה כוונת המחוקק. על אחת כמה וכמה אמורים הדברים כאשר הפעלת איזון מלא ובלתי מוגבל של הפסדים עלול לגרום אחריו אי-סולבנטיות גם של בן-הזוג הסולבנטי עובר לעריכת האיזון<sup>25</sup>.

אין הוא חולש על אפשרות מימושה וגם התנאים לקיומה אינם תלויים בו, בפעולתו או ברצונו (כגון: זכות לירושה עם מות המוריש, זכותו של נהנה בפוליסת בטוח חיים וכדו'). על האבחנה בין ציפיה לזכות מוקנית ראה ע"א 2/77 אזוגי נ' אזוגי, פ"ד לג (3) 1, 26. על הסוגיה הכללית של הנכסים ברי חלוקה או איזון כשיטות משפטיות שונות בעולם ראה לעיל שער ראשון, חלק חמישי, פרק שלישי, סעיף (ג) (אא) וכן לעיל שער שלישי, פרק ראשון, סעיף (ג) (גג). דיון על הסוגיה בחוק יחסי ממון בין בני-הזוג ראה ג' טדסקי, לעיל הערה 5.

23. מצדדים באיזון רווחים בלבד: ג' טדסקי, לעיל הערה 5, בע' 83 וכן D. Friedmann, *supra* note 6, at 133; זו, כנראה, גם דעתו של נ' בלוק "יחסי ממון בין בעל ואשה" ספר אברהם וינשל לקט כתבים לזכרו (חיפה, 1977), 93, 100-101; לעומתם סבור א' פרוקצ'יה, לעיל הערה 5, בע' 305-306, כי ניתן לנכות מנכסים בני איזון גם חובות ששיעורם עולה על שווי הנכסים, וממילא ניתן להגיע גם לאיזון-ההפסדים.

24. ראה לעיל שער שלישי, חלק שלישי, פרק ראשון, סעיף (ד) (הה) (1) (ג1).

25. הדוגמא המפורטת להלן תוכיח כי איזון מלא ובלתי מוגבל של הפסדים עלול לגרום אחריו אי-סולבנטיות כפולה.

איוון הפסדים היה מטיל אחריות הדדית לחובות כל אחד מבני-הזוג, בעוד המחוקק קבע בסעיף 4 במפורש כי אין בכריתת הנישואין או בקיומם כשלעצמם כדי להטיל על בן-זוג אחריות לחובות השני. זאת ועוד, המחוקק דחה הצעה להסדר חלקי של אחריות הדדית לגבי חובות הנוגעים למשק-הבית<sup>26</sup>, על אחת כמה וכמה שלא התכוון להטיל בעקיפין אחריות הדדית כללית לחובות<sup>27</sup>. גם ההפרדה בין סעיף 5 לחוק, העוסק בהסדרה של זכות האיוון, לבין סעיף 6, שענינו ניכוי חובות בני-איוון מן הנכסים בני-האיוון, מלמדנו שהסדר האיוון מכיר ערכים חיוביים בלבד בעוד שאלת ניכוי החובות מוסדרת בנפרד.

לא רק השיקולים של מדיניות משפטית ראויה והרציונלה של הוראות החוק מצביעים על "איוון חיובי" בלבד אלא גם לשונו של החוק. סעיף 5(א) לחוק מדבר על זכותו של אחד מבני-הזוג למחצית שווים של כלל נכסי בני-הזוג. אילו היתה הכוונה גם לאיוון הפסדים לא ניתן היה לדבר על זכות למחצית שווי הנכסים. ניסוח כזה מלמד על כיוון מחשבה בערכים חיוביים בלבד. גם לשון סעיף 6 מרמזת על כך. מן העובדה שסעיף 6(א) מבחין בין נכסים, מצד אחד, לבין ניכוי חובות, מצד שני, אתה למד כי אין החובות נכללים בכלל הנכסים. משום כך המונח שווי הנכסים בסעיף 6(ב) אינו כולל אלא את האקטיב בלבד. כאשר המחוקק קובע, איפוא, בסעיף 6(ב) את אופן מימוש זכות האיוון כשווי נכסים של אחד מבני-הזוג העולה על שווי הנכסים של האחר אין כוונתו יכולה להתפרש אלא לפעולות חישוב בתחומי האקטיב בלבד<sup>28</sup>. יתירה מזאת, גם המונח

אשה	בעל	
<u>5000</u>	<u>5000</u>	שווי כלל הנכסים בני איוון
<u>1000</u>	<u>13000</u>	בהפחתת סכום החובות בני ניכוי
<u>4000</u>	<u>-8000</u>	סה"כ שווי נטו
	12000	סכום הפרש
	6000	מחצית הפרש המגיעה מן האשה לבעל
<u>4000</u>	<u>-8000</u>	סה"כ שווי נטו הנ"ל
<u>6000</u>	<u>6000</u>	בתוספת הפרש המגיע מן האשה
<u>-2000</u>	<u>-2000</u>	התרצאה הסופית

26. סעיף 14(א) להצעת חוק יחסי ממון בין בני-זוג, תשכ"ט-1969.

27. אין להתעלם גם מאי-הצדק העלול להיגרם במקרה של איוון הפסדים. כך, למשל, קיימת אפשרות כי בן-זוג יהיה עתיר נכסים נפרדים (שאינם נכללים באיוון), אולם בד בבד יצבור חובות בני ניכוי ששיעורם עולה על הנכסים בני האיוון. במקביל, אצל בן-הזוג האחר מרבית הנכסים נכללים באיוון ושווים עולה באורח ניכר על החובות. האם מתקבל על הדעת כי בדוגמא כזו יאון בן-הזוג האחד את הפסדיו של האחר, תוך סכנה כי יישאר בחוסר כל, בעוד האחר לא זו בלבד שיכסה את הפסדיו באמצעות נכסי בן-זוגו אלא ימשיך ליהנות מנכסיו הנפרדים.

28. ראה *In Re Marriage of Eastis* 47 Cal. App. 3d 459 (1975); 120 Cal. Rep. 2d 861. בפסק דין זה נאמר כי נכס הוא משהו בעל ערך. התחייבויות, כשלעצמן, אינן רכוש וחוב, שהוא אנטייתיה מוחלטת לנכסים, איננו דבר בעל ערך. לא יתכן לעוות את המונח רכוש ולכלול במסגרת הגדרתו התחייבויות בלבד. כאשר אין נכסים לא נוצרת חובה לחלק באופן שווה את התחייבויות. (הואיל ולפי החיקוק הקליפורני רשאי בית המשפט לחלק את הרכוש בהתאם לשיקול דעתו, כפי שימצא

שווי נכסים העולה על מניח כוונה דומה. הטעם הלשוני השלישי מעוגן גם הוא במסגרת הוראות סעיף 6(א), שלשונו מדברת על ניכוי חובות משווי הנכסים. התיבה "ניכוי" אינה סובלת, לכאורה, הפחתה מתחת לשווי נכסים מאוזן לפחות<sup>29</sup>.

רוב השיטות המשפטיות, המסדירות את המשטר הרכושי בין בני-זוג באמצעות הסדר של שותפות אובליגטורית דחוויה, אינן מכירות באיזון הפסדים. בדין הדני, למשל, לא יתחייב בן-הזוג אלא במחצית ערך נכסיו נטו לכל היותר, יהא אשר יהא שווי נכסיו נטו של בן-הזוג האחר<sup>30</sup>. משמעותה של קביעה זו היא, כי במידה ושיעור החובות של בן-הזוג הזכאי עולה על שווי נכסיו אין מתחשבים במספר השלילי, אלא נעצרים בספרה אפס. זה הדין גם בקויבק שבקנדה, שם רשאי כל אחד מבני-הזוג לוותר על החלת השיתוף לגבי נכסי בן-זוגו. עלה סכום החובות של בן-זוג על שווי נכסיו לא יהיה זכאי ליותר מאשר מחצית שווי נכסיו נטו של בן-הזוג האחר<sup>31</sup>. גם ועדת הרפורמה של אונטריו<sup>32</sup> וגם הועדה האנגלית המקבילה<sup>33</sup> המליצו כי הפסדים לא יובאו בחשבון האיזון. בדין הגרמני קיים הסדר ביניים. הרכוש ההתחלי של כל אחד מבני-הזוג, המנוכה מן הרכוש הסופי, לא יועמד מתחת לספרה אפס. אם ברכוש הסופי של אחד מבני-הזוג עולה סכום החובות על שווי הנכסים, מוגבלת חובת האיזון לשווי נכסיו נטו של בן-הזוג החייב (דהיינו: סך כל הרכוש הסופי שברשותו בניכוי ההתחייבויות המופחתות מערכו של רכוש זה)<sup>34</sup>. גם בדרך זו לא יגיע בן-הזוג הסולבנטי לאי-סולבנטיות, כאשר הוא לא ייאלץ לשלם לבן-הזוג הזכאי תשלומי איזון העולים על ערך נכסיו (של החייב).

העולה מהמקובץ הוא כי הן טעמים של מדיניות עקרונית, הן פרשנות הוראות החוק והן היוקקות למשפט משווה מביאים למסקנה כי חוק יחסי ממון בין בני-זוג ענינו איזון בערכים חיוביים בלבד. יש, איפוא, להיעצר בכל מקרה בספרת האפס. כך לא ייאלץ בן-זוג לשלם יותר ממחצית ערך נכסיו נטו. פתרון זה נראה לנו צודק והוגן במערכת היחסים בין בני-זוג, כשאין הנושים נעשים שותפים לשיתוף הדחוי הנוצר ביניהם.

ראוי והולם במטרה ליצור חלוקה שווה באופן מהותי, נכלל גם ענין זה במסגרת שיקול דעתו של בית המשפט.

29. ראה א' פרוקצ'יה, לעיל הערה 5, בע' 305.

30. I.M. Pederson "Matrimonial Property Law in Denmark" 28 *M.L.R.* (1965) 137, 144.

31. *Studies on Family Property Law, Law Reform Commission of Canada* (1975) 102.

32. ראה אצל T.J. Wuester & J.D. Payne, *Family Property Law Proposals for Reform in supra* note 9, at 288.

33. *The Law Commission, Working Paper No. 42, Family Property Law* § 5.48-5.52.

34. E.D. Graue "German Law" in *Comparative Law of Matrimonial Property* (A. Kiralfy, editor, Leiden, 1972) 126, 128.

ראה סעיף 1378(2) ל-B.G.B.

## ד. מועד מימוש הזכות לאיזון משאבים ועילותיה

### אא. הסדר איזון המשאבים ודיני הגירושין — הצגת הבעיות

במהלך הנישואין אין זכותו של בן-הזוג האיזון המשאבים בת מימוש ולפיכך גם אינה ניתנת להעברה, לשעבוד או לעיקול<sup>35</sup>. מועד האיזון על-פי החוק הוא עם פקיעת הנישואין עקב גירושין או מחמת מותו של בן-הזוג, ובמקרים אלה בלבד. הוראה זו היא אחת מנקודות התורפה העיקריות של החוק<sup>36</sup>.

בדין העברי הגירושין הם אקט הנערך בהסכמתם ההדדית של שני בני-הזוג<sup>37</sup>. שיטות משפטיות אחרות מכירות באפשרות להתיר את קשר הנישואין על-ידי אקט שיפוטי בהתמלא תנאים הקבועים בחוק. מה שאין כן דיני הגירושין במשפט העברי. בדין זה מוכרות אמנם עילות המזכות את בן-הזוג התובע בפסק גירושין, אולם פסק כזה אינו כורת את קשר הנישואין בין בני-הזוג. כריתת הקשר טעונה אקט של הבעל החייב להיערך בהסכמה הדדית של בני-הזוג.

בשיטות משפטיות אחרות אף מקובל כי מועד האיזון אינו מוגבל לשעת התרת קשר הנישואין. נקבעו עילות שונות — וביניהן הפרדה בפועל של בני-הזוג — שבעטין ניתן לתבוע את מימוש הסדר האיזון לפני מועד פקיעת הנישואין<sup>38</sup>. מטרת קביעתה של עילת הפרדה בפועל היא למנוע מצב אנומלי בו לניתוק הקשר הממשי בין בני-הזוג ממשיך להתלוות שיתוף בנכסים בעוד אשר השותפות המטרימוניאלית בין בני-הזוג כבר נתפרקה למעשה. על אחת כמה וכמה רצויה עילה כזו במשטר של שותפות דחויה. במסגרת משטר כזה ניתן אולי להצדיק את אי-השוויון בין בני-הזוג (תוצר הפרדה הרכושית במהלך הנישואין) כאשר הם מקיימים שותפות חיים ביניהם, אולם כאשר שותפות זו התפרקה למעשה אין עוד כל הצדקה להמשכו של אי-שוויון כאמור. דווקא במסגרת דיני הגירושין של הדין העברי (החלים על רוב האוכלוסיה המקומית) נוצר הכרח לקבוע מועד איזון מוקדם יותר, אשר יאפשר את מימוש הסדר האיזון בנסיבות בהן אחד מבני-הזוג מסרב להתיר את הקשר על אפו של פסק גירושין או גם בנסיבות אחרות. למרות זאת לא הניע המצב המשפטי בישראל את המחוקק לקבוע,

35. סעיף 10 לחוק יחסי ממון בין בני-זוג.

36. ראה ע"א 2/77 אזוגי נ' אזוגי, פ"ד לג (3) 1, 31 (בדברי השופט י' כהן); מ' שאווה, הדין האישי בישראל (תל-אביב, 1976) 190-187; M. Shava "The Spouses (Property Relations) Law, 190-187 (1976) in Light of Religious Divorce in Israeli Law" 2 *Tel-Aviv Studies in Law* 5733-1973; ג' טדסקי, לעיל הערה 5, בע' 98-97; ז' פלק, לעיל הערה 5, בע' 848; פ' שיפמן "יחסי ממון בין בני-זוג" קובץ ההרצאות בימי העיון לשופטים תשל"ה (ש' שטרית, עורך, ירושלים, תשל"ו) 131-130.

על הליקוי האמור הצביעו חברי כנסת שונים כבר בעת הדין בהצעת החוק בכנסת, ראה: ח"כ ג' האזנר, ד"כ 56 (תשכ"ט) 360; ח"כ ש' כהן, שם בע' 365; ח"כ מ' נסים, שם בע' 475; ח"כ מ' אביזוהר, שם בע' 484.

37. מ' זילברג, המעמד האישי בישראל (ירושלים, תשי"ח) 122-96, 348; ב' שרשבסקי, דיני משפחה (מהדורה שניה, ירושלים, תשכ"ז) 276-272; ז' פלק, תביעת גירושין מצד האשה בדיני ישראל (ירושלים, תשל"ג) 48-40; ע"א 22/34 וולקנברג נ' וולקנברג, 2 פל"ד 365, 366.

38. ראה לעיל שער ראשון, חלק חמישי, פרק שלישי, סעיף (ג) (בב).



על בסיס עילות מוגדרות, מועד איזון מוקדם יותר מאשר עת פקיעת הנישואין. התוצאה היא כי בן-הזוג הדחוק יותר והתובע את הגירושין ייאלץ לקנות את הגט במחיר פשרה נוחה עם בן-הזוג האחר בשאלת יחסי הרכוש שביניהם. שיטה רכושית המשולבת בשיטת גירושין נוקשה פותחת פתח לסחטנות מצד בן-הזוג הלהוט פחות להתרת הקשר<sup>39</sup>. כתוצאה מכך נשמטו מן החוק רוב היתרונות שהוא מבקש להעניק. חסרונה של הוראה מתאימה בחוק בולט שבעתיים לאור השמטת סעיף 10(4) להצעת חוק יחסי ממון בין בני-זוג, תשכ"ט-1969. על-פי הצעה זו רשאי היה בית המשפט בנסיבות מיוחדות המצדיקות זאת לקבוע כי זכות איזון המשאבים תקום לא עם פקיעת הנישואין אלא במועד אחר שייקבע.

תוצאותיו של המצב המשפטי שנוצר עקב הפגם שבחוק הן בלתי-רצויות לא רק בעודדן לחץ וסחיטות, אלא גם בהשפעתן השלילית על המשפחה ועל אפשרויות השיקום החברתי, הכלכלי והפסיכולוגי של בני-זוג שנישואיהם לא עלו יפה. בדין העברי קיימים מקרים בהם לא רק הגט, היינו: כריתת הנישואין, מפקיע את מערכת הזכויות והחובות הממוניות והרכושיות בין בני-הזוג. פסק של חיוב בגט או של כפייה בגט מהווים למעשה קץ השותפות בין בני-הזוג בכל הנוגע למערכת הזכויות והחבויות הממוניות והרכושיות ביניהם<sup>40</sup>. חוסר כל אפשרות להקדים את מועד האיזון קושר חיי נישואין חסרי משמעות רגשית, חברתית וכלכלית בקשר חסר תוכן אמיתי על-פיו ממשיך הסדר איזון משאבים בלתי ניתן למימוש להיות כפוי על בני-זוג. קשר מוזר ייווצר, איפוא, בין בני-זוג שהנישואין ביניהם הפכו למעשה ריקים מכל תוכן, אך עדיין מגשר, כקשר יחידי ביניהם, הסדר לא ממומש של איזון משאבים. מצב אבסורדי של ממש ייווצר כאשר יקבל הבעל היתר נישואין, יפקיד את כתובת אשתו הראשונה ואת גטה בבית הדין ואולי אף ישא אשה שניה. במקרה כזה הסדר איזון המשאבים בינו לבין האשה הראשונה עדיין לא מומש, בעוד יתכן כי הסדר אחר כבר קושר אותו עם האשה השניה אשר נשא. זאת ועוד, דחיית הסדר האיזון למועד בלתי ידוע, התלוי ברצונו של אחד מבני-הזוג, עלולה לגרום עוול לבן-הזוג האחר ולאפשר לראשון לתמרן כך שהוא ייהנה מפרי הבאושים של מעשיו.

שיקול הדעת של בית המשפט מכוח סעיף 8(4) על-פיו רשאי בית המשפט אם ראה נסיבות מיוחדות המצדיקות זאת "לקבוע שאיזון המשאבים לא יתיחס לנכסים שהיו לבני-הזוג בזמן פקיעת הנישואין אלא לנכסים שהיו להם במועד מוקדם יותר שיקבע" הוא תשובה חלקית ביותר. אין הוא קובע את מועד האיזון, אלא את האפשרויות להמתיק את התוצאה כאשר הגיע כבר מועד פקיעת הנישואין. המתקה זו עלולה להתגלות, לעתים קרובות, כמאוחרת מדי או כריקה מכל תוכן.

לאור התוצאות החמורות של קביעת מועד מימוש הזכות לאיזון בפקיעת הנישואין בלבד — עד כדי הפיכת ההסדר שבחוק לאות מתה למעשה — מוטלת על הפרשן

39. Bromley, *Family Law* (5th ed., London, 1976) 265. אפשרות כזו פתוחה לבן-הזוג כאשר סעיף 2(ד) לחוק קובע במפורש כי: "הסכם בין בני-הזוג שאושר בפסק דין גירושין על-ידי בית הדין דינו כדין הסכם ממון שאושר לפי סעיף זה."

40. ראה ע"א 571/69 כהנא נ' כהנא, פ"ד כד (2), 549, 553 ואילך; ע"א 470/68 בלטשטיין נ' בלטשטיין, פ"ד כ"ב (2), 976.

החובה לעשות מאמץ כפול: (א) פרשנות רחבה של הוראות החוק אשר ייעודה לצמצם את מידת החומרה (ב) להרכיב, בדרך של פרשנות, הוראות חוק שונות ומוסדות משפטיים אחרים על החוק, במטרה להגביל את התוצאות הקשות ולהמתין.

## בב. הסדר איזון המשאבים ודיני הגירושין – דרכי פתרון מוצעות

### 1. פרשנות רחבה של המונח "פקיעת נישואין עקב גירושין"

סעיף 5(א) לחוק אינו מותיר מקום רב לפרשנות להתגדר בה. המונח "פקיעת נישואין עקב גירושין" הוא חד וברור ולכאורה גם אינו משתמע לשתי פנים. עם זאת נראה לנו כי לפחות מקרה אחד, והוא הקיצוני ביותר, יכול להסתנן באמצעות פרשנות מרחיבה דרך סדקי המונח. הכוונה למקרה בו ניתן היתר נישואין לבעל והגט הופקד בבית הדין הרבני. מערכת עובדתית כזו יכולה להיחשב כפקיעת נישואין במובנו של החוק. בן-הזוג השלים כל אשר נדרש ממנו לצורך התרת הקשר והוא פנוי להינשא מחדש. לא מוטלת עליו שום חובה נוספת ואין גם שום פעולה אחרת שעליו לנקוט מצידו כדי להביא את הנישואין לידי גמר. זה המבחן אשר יש לנקטו בהקשר האמור לצורך פרשנות המונח "פקיעת נישואין עקב גירושין"<sup>41</sup>.

### 2. פתרונות במסגרת דיני החוזים

האם יכול עזרו של חוק יחסי ממון בין בני-זוג לבוא מעם חוק החוזים (חלק כללי)? האם מיונו של הסדר איזון המשאבים בגדר ענין של חוזים עשוי להמציא את המפתח להתגבר על הקושי שבהגבלת מועד מימוש האיזון לפקיעת הנישואין? ניתן להציע שתי דרכי פתרון אפשריות: הראשונה, במסגרת הוראת סעיף 28(א) לחוק החוזים. השניה, בהסתמך על הוראת סעיף 39 לחוק החוזים. נדון בכל אחת מאפשרויות אלה בנפרד.

באפשרות הראשונה נראה את הסדר איזון המשאבים כתלוי בתנאי מתלה, הוא פקיעת הנישואין עקב גירושין. בן-הזוג המונע את קיום התנאי, ובעניננו את התרת הנישואין, אינו יכול להסתמך על אי-קיומו. קונסטרוקציה משפטית זו ניצבת בפני מספר קשיים:

(א) האם התרת הנישואין היא תנאי מתלה? הסדר איזון המשאבים בכללותו אינו מותנה בתנאי מתלה, הוא משתכלל ברגע הנישואין. מימוש האיזון הוא התלוי בפקיעת הנישואין וככזה מהווה האיזון חיוב המותנה בקיומו של אירוע מסויים. במקרה כזה תישאל השאלה מהו היקף החיוב המוטל על בן-הזוג מכוח הסדר איזון המשאבים.

41. דעתנו זו נקבעת למרות שהיתר הנישואין כשלעצמו אין בו כדי להפקיע את קשר הנישואין שבין בני-הזוג (ראה גם ע"א 571/69, פ"ד כד (2) 549, 556) ובמקרים מסויימים גם לא את חיובי הממון שביניהם (ע"א 348/58 ששון נ' ששון, פ"ד יג 2069). ברם אנו מציעים למונח שבחוק פרשנות רחבה במידת מה כדי למנוע אבסורד או עוול. במקרים כאלה מתירים, כידוע, כללי הפרשנות סטייה מפרשנות מילולית. ראה ע"א 328/60 שריהאוצר נ' צור שלום בע"מ, פ"ד טו 38, 44-43: ע"א 73/50 דעואל נ' פטרוזילקה, פ"ד ו 599, 604 ז.

(ב) בעיה אחרונה זו מוליכה אל הקושי השני. האם במסגרת ההתחייבות הכלולה בהסדר איזון המשאבים מוטלת על כן-זוג החובה לגרום במקרים מסויימים להתקיימותו של האירוע המגבש את זכות האיזון? תוכנו של חיוב כזה עשוי להיות כי פסק של בית דין המחייב גירושין או ממליץ על התרת קשר הנישואין או מציע זאת<sup>42</sup> יחייב את כן-הזוג לצורך מימוש זכות האיזון. לשאלה זו נסמכת שאלה מקדימה: האם ניתן לקרוא לתוך ההסדר הסטוטורי של איזון המשאבים תנאי כזה או להשלים את ההסדר שבחוק בפרטים מוסכמים בדרך המפורטת בסעיף 26 לחוק החוזים. נפתח באחרון ראשון. אפילו ניתן להשלים הסכם סטוטורי<sup>43</sup> ספק אם אפשרות זו פתוחה במקרה בו נתבע כתב כדרישה מהותית לתוקפו של הסכם<sup>44</sup>. הואיל וכל שינוי של הסדר איזון המשאבים המפורט בחוק מחייב כתב ואישור של ערכאה שיפוטית, השלמה בעל-פה או מכללא היא בעייתית. זאת ועוד, אפילו ניתן להתגבר על קושי זה ספק אם אפשרות השלמה כה מהותית אשר אינה עולה בקנה אחד עם הוראות החוק. בהיעדר חיוב לגרום להתקיימותו של האירוע המגבש את זכות האיזון ממילא לא יחולו גם הוראות סעיף 28(א) לחוק החוזים, עקב הסייג הקבוע בסעיף קטן ג לאותו סעיף. מכל מקום אף בהנחה שהסדר איזון המשאבים יכלול חיוב כאמור לא יהיה כן-הזוג זכאי לאכוף את ביצועו של החיוב. שכן התחייבות לקבל או לתת גט אינה ניתנת לאכיפה<sup>45</sup>. לכל היותר יהיה כן-הזוג רשאי לתבוע את מימוש האיזון (אם הבסיס המשפטי הוא תנאי מתלה) או פיצויים על הפרת חוזה (אם הבסיס המשפטי הוא חיוב חוזי רגיל).

האפשרות השניה הינה לסמוך על סעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי). גם דרך משפטית זו אינה נקיה מספקות. בהיעדר חובה לגרום להתקיימותו של האירוע המגבש את זכות האיזון חיוב המשמש בסיס לתחולת סעיף 39 לחוק מניין? על קושי זה ניתן להתגבר, שכן מכוחו של סעיף 39 עצמו נוצרים סטנדרטים של התנהגות ראויה: "סעיף 39 לחוק החוזים עשוי להטיל על בעלי החוזה חובות נוספות, שזכרן אינו בא בחוזה עצמו, אך המתבקשות מהצורך להביא להגשמת החוזה בדרך מקובלת ובתום לב... חובות אלה יכול שיהיו חובות נלוות... ויכול שיהיו אף חובות עצמאיות... חובות אלה מקורן בדין"<sup>46</sup>. נראה לי כי קיומה של חובת האיזון בתום לב ובדרך מקובלת מחייבת, לפחות, שבן-זוג לא ינצל את כוחו<sup>47</sup> להימנע מהפקעת הנישואין לשם השגת אחת מן

42. על משמעות פסק כזה הניתן על-ידי בית הדין ראה בג"צ 661/77 הבר נ' בית הדין הרבני הגדול לערעורים, פ"ד לב (3) 324; בג"צ 644/79 גוטמן נ' בית הדין הרבני האיזורי, ת"א, פ"ד לד (1) 443.

43. בין באמצעות שימוש ישיר בסעיף 26 לחוק החוזים (חלק כללי) ובין באמצעות שימוש עקיף בו דרך סעיף 61(ב) לחוק.

44. ראה ע"א 252/78 ברון נ' מנדיס טורס, פ"ד לג (2) 437; ניתוח פסק הדין וביקורת על קביעותיו ראה ד' פרידמן "סעיף 8 לחוק המקרקעין: על הצורך בשינוי גישה" הפרקליט לג (תש"ם) 4; לבעיה זו ראה גם מ' דויטש "השלמת פרטים בחוזה מקרקעין" עיוני משפט ז (תשל"ט) 248.

45. תיק יד/1064, פד"ר א 257.

46. בג"צ 59/80 שירותי תחבורה ציבוריים באר שבע בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים, פ"ד לה (1) 828, 836; כן ראה ע"א 636/78 ויצמן נ' אברמזון, פ"ד לג (3) 295.

47. סעיף 39 מטיל את חובת תום הלב והביצוע בדרך המקובלת בכל הנוגע לקיומו של חיוב ולשימוש בזכות גם על זכויות מהסוג של יכולת או כוח, ראה בג"צ 59/80, שם בע' 835.

המטרות הבאות: לגרום לדחייה שרירותית של מימוש זכות האיזון, לשלול את זכותו של האחר או להפעיל כלפיו אמצעי לחץ וסחיטה על מנת להשיג הסכם גירושין בתנאים מועדפים וכיוצא בזה. התנהגות כזו מצד בן-הזוג מהווה קיום שלא בתום לב של חובת האיזון. סירוב למלא אחר הוראה או אף המלצה של בית הדין למתן גט או לקבלתו ישמש ראיה משמעותית על הפרת החובה הגלומה בסעיף 39. שלא כמו באפשרות הראשונה הדגש בקונסטרוקציה משפטית זו אינו על קיומו של חיוב להפקיע את הנישואין אלא על מניעת השימוש לרעה בכוחו של בן-הזוג שכתוצאה ממנה נדחית זכותו של האחר לאיזון משאבים. זאת ועוד, סעיף 39 מורכב על כל הסדר חוזי בין שהוא רצוני ובין שהוא סטטוטורי; והואיל והמדובר בקיומו של חיוב או בשימוש בזכות אין לדבר, לפחות מבחינה פורמלית, על השלמת פרטים בחוזה<sup>48</sup>, שכן חובות אלה מקורן בדין<sup>49</sup>. כך ניתן להתגבר על הקשיים אשר היו מנת חלקה של האפשרות הראשונה. עם זאת קיים עדיין קושי מהותי לא מבוטל. הוראות חוק החוזים, כולל סעיף 39, "יחולו כשאינן בחוק אחר הוראות מיוחדות לענין הנדון"<sup>50</sup>. רק פקיעת הנישואין לבדה מגבשת את תביעת האיזון ובמסגרת זאת לא מוטלת חובה על בן-זוג לעשות לפקיעת הנישואין. כיצד ניתן לקרוא למעשה לחוק יחסי ממון בין בני-זוג תניה המשנה הוראת חוק שתוכנה נושא אופי אובייקטיבי? האין בכך משום תיקון של דבר חקיקה שלא "בדרך המקובלת"? זוהי בעיה של מדיניות משפטית עקרונית בכלל, ושל גבולות הפעלת סעיף 39 לחוק החוזים בפרט. בהנחה שקושי זה מאחרינו מה יהיו התוצאות של הפרת החובה הגלומה בסעיף 39 לחוק החוזים? "תוצאות אלה אינן אחידות, אלא הן משתנות על-פי ההקשר בו מתעוררת השאלה"<sup>51</sup> הואיל ולא ניתן לאכוף את התרת קשר הנישואין וספק אם ניתן לאכוף את זכות האיזון — שמועד מימושה הוא מאורע מסויים (פקיעת הנישואין) אשר לא אירע עדיין — זכאי יהיה בן-הזוג לפיצויים בגין הפרת החובה. לעיתים עשויים פיצויים אלה להגיע הלכה למעשה לגובה סכום האיזון.

### 3. פתרון חלקי באמצעות ההסדר בדין העברי

הדין העברי, כפי שכבר ראינו, מקנה לאשה במקרים מסויימים זכות לקבל פיצויים עם גירושה על-פי שיקול דעתו של בית הדין. זכות זו מתקיימת, לדעתנו, במקביל להסדר איזון המשאבים<sup>52</sup>. לנוכח המצב המשפטי אשר הוצג בפרק זה יתכן לעשות שימוש בזכות זו גם כאשר הבעל הוא סרבן הגט. אמצעי זה יהיה בגדר פתרון ביניים להסדר התוצאות הבלתי רצויות הנובעות מקוצר ידו של החוק. עם מתן פסק גירושין רשאי בית הדין לחייב את הבעל בתשלום פיצויים לאשה. זכות זו לא ניטלה על-ידי החוק. בית הדין יוכל להשתמש באמצעי זה כדי לממש למעשה את זכות האיזון שמועדה לא הגיע. על-ידי כך יפורק הבעל סרבן הגט מ"נשקו", כאשר יינטלו ממנו אמצעי הלחץ והסחיטה. כאשר יגיע מועד מימושו של האיזון יהיה בית הדין רשאי

48. כמובנה בסעיף 26 לחוק החוזים.

49. בג"צ 59/80, שם בע' 836.

50. סעיף 61(א) לחוק החוזים.

51. בג"צ 59/80, שם בע' 838.

52. ראה לעיל שער רביעי, חלק ראשון, פרק שני, סעיף (ב) (בב).

להשתמש בשיקול דעתו מכוח סעיף 8 לחוק יחסי ממון בין בני-זוג ולהסדיר את איזון המשאבים לאור סכום הפיצויים ששולם לאשה קודם לכן. פתרון זה פועל אמנם רק באורח חד-צדדי, לטובת האשה בלבד, אולם, מאידך גיסא, הוא מאזן את היתרון שיש לבעל בקבלת היתר נישואין, המאפשר, לדעתנו, את מימוש האיזון. על-ידי כך נמצאנו מאזנים במידת מה את זכויות שני בני-הזוג.

#### 4. פתרון חלקי באמצעות סעיף 11 לחוק

פתח הריכוך נוקשותו של מועד מימוש האיזון עשוי להימצא בסעיף 11 לחוק יחסי ממון בין בני-זוג. לכאורה, ענינה של ההוראה הוא נקיטת אמצעים לשמירת זכות האיזון. להלכה היא נועדה, איפוא, להוות אמצעי סיוע בלבד. למעשה, הכוחות המסורים לבית המשפט, הגלומים בסעיף 11, עשויים לשמש מכשיר רב-עוצמה. בית המשפט רשאי לנקוט אמצעים אשר יגבילו את כוחותיו של בן-הזוג לעשות ברכושו ובזכויותיו ולהצר את צעדיו באופן שימנע את חירות העשייה שלו בנכסיו. על-ידי כך תצטמצם התועלת שבסיכול זכות האיזון, הפיתוי להשתמש בה כאמצעי לחץ וסחיטה לא יהיה כה חזק ותוגבל ההשפעה המזיקה של חוסר האפשרות לגרום למימוש האיזון. בנסיבות בהן עסקינן תהיה לבית המשפט הצדקה עניינית לנקוט אמצעי שמירה קפדניים. במערכת כזו של יחסים בין בני-זוג קיים ועומד חשש סביר, בנסיבות עצמן, כי תיעשה פעולה שיש בה כדי לסכל את זכותו העתידה של בן-הזוג השני.

#### 5. הצעה לתיקון החוק

דרכי הפתרון אשר הועלו על-ידינו הם חלקיים ומוגבלים. בחלק גדול מן המקרים קצרה יד הפרשן מהושיע. המחוקק נקרא להתערב ולתקן את החוק. לדעתנו, יש להוסיף את הוראת סעיף 10(4) להצעת החוק, שהושמטה מן החוק, או לקבוע עילות מפורטות בהן רשאי יהיה בית המשפט להקדים את מועד מימוש זכות האיזון לפני פקיעת הנישואין. קטיגוריות של מקרים כאלה ניתן לשאוב משיטות משפטיות אחרות בעולם. הן כוללות, בין היתר, הפרדה למעשה בין בני-הזוג, עשיית פעולות שיש בהן כדי לסכל כליל את זכות בן-הזוג לאיזון משאבים, קרע עמוק או התערערות מוחלטת של חיי הנישואין וכיוצא בזה. עתידו של החוק מותנה בתיקונים שהוצעו לעיל. בהיעדרם, ולנוכח המצב המשפטי בישראל, החוק הקיים חסר אפקטיביות למעשה; הוא מקנה פרס, ואולי אף מעניק תמריץ, לסרבני גט ומונע השגת מטרותיו של המחוקק. קיים חשש כי לחוק במתכונתו הנוכחית לא תהיה כל השפעה למעשה על יחסי הממון בין בני-הזוג. עד להתערבותו של המחוקק מן הראוי ליצור מודעות לפגם החמור שבחוק אצל הזוגות הנישואים ובמיוחד אצל אלה העומדים להינשא. מודעות זו תלווה בהצעה לעשות הסכם ממון אשר יאפשר את מימוש זכות האיזון, אף לפני פקיעת הנישואין, בהתקיים עילות שונות ובהתמלא תנאים מסויימים.

## ה. שקול הדעת של בית המשפט במסגרת הסדר איזון המשאבים

במסגרת דיון קודם כבר היה סיפק בידינו להטעים את החשיבות הרבה הנובעת לשילוב קורטוב של גמישות במסגרת הסדר רכושי אחיד<sup>53</sup>. תוצאות בלתי צודקות ובלתי רצויות מטעמים אחרים עשויות להימנע אם יופעל שקול דעתו של בית המשפט. הסדר רכושי אחיד ללא אמצעי מתקן מסכל את ההיענות לצרכים מיוחדים ולנסיבותיו של כל מקרה. על צורך זה בא לענות סעיף 8 לחוק המקנה שקול דעת לבית המשפט תחת הכותרת "סמכויות מיוחדות"<sup>54</sup>. הפעלתן של סמכויות אלה מותנית בכך שענין יחסי הממון לא הוכרע קודם לכן בפסק דין גירושין.

במסגרת סמכויותיו רשאי בית המשפט או בית הדין לעשות אחת מאלה:

1. לקבוע נכסים נוספים על אלה המפורטים בסעיף 5 לחוק ששווים לא יאזון בין בני-הזוג.
  2. לקבוע כי האיזון יחרוג ממחצית ויועמד על בסיס יחס אחר שיקבע.
  3. לקבוע את שווי הנכסים, כולם או מקצתם, לא לפי שווים בשעת פקיעת הנישואין, אלא לפי שווים במועד מוקדם יותר שיקבע.
  4. לקבוע כי איזון המשאבים לא יתיחס לנכסים שהיו לבני-הזוג בזמן פקיעת הנישואין אלא לנכסים שהיו להם במועד מוקדם יותר שיקבע.
- המחוקק בחר לפרט בהרחבה את סמכויותיו של בית המשפט. אך התעטף בשתיקה בכל הנוגע לקביעת קני המידה להפעלת שקול דעתו של בית המשפט ולאופן הפעלת שקול דעת זה. מצד אחד מציבה רשימת הסמכויות המיוחדת את התחום במסגרתו יופעל שקול הדעת האמור, אולם מעבר לכך יהיה בית המשפט רשאי לקבוע את קני המידה שיופעלו. עצם הפעלת שקול הדעת מלכתחילה נתון לסמכותו של בית המשפט.

אמת המבחן להפעלת שקול הדעת של בית המשפט היא קיומן של נסיבות מיוחדות במקרה הספציפי<sup>55</sup>. כך, למשל, הפרדה בפועל בין הצדדים והיעדר מצב של שיתוף ביניהם בפרק זמן כלשהו לפני מימוש האיזון תאפשר לבית המשפט להפעיל את סמכותו מכוח הסעיפים 8(3) או 8(4) ולקבוע כי הנכסים יוערכו לפי שווים במועד מוקדם יותר או שנכסים מסויימים, אשר נרכשו לאחר מועד הפרדה, לא ייכללו בהסדר האיזון, הכל לפי הנסיבות ולפי הענין. גם אם אחד מבני-הזוג גרם לדחיית מימוש האיזון עקב סרבנותו למתן גט, בעוד האחר מוכן היה להתיר את הנישואין ולממש את האיזון במועד, רשאי יהיה בית המשפט, לדעתנו, להתחשב בנסיבה זו על מנת לשקול אם יעשה שימוש בסמכויות לפי סעיפים אלה. זאת במידה ושימוש כזה בסמכותו עשוי להיטיב עם בן-הזוג האחר. הטעם לכך הוא ברור. לא יתכן להעניק פרס לבן-הזוג הסרבן בתמורה

53. ראה לעיל שער ראשון, חלק רביעי, פרק חמישי; כן ראה לעיל שער רביעי, חלק שני, פרק שני, סעיף (ב) בטקסט סמוך להערות 8-10.

54. בכך מגשים סעיף 8 את ההמלצה בדו"ח הוועדה, לעיל הערה 12, בע' 8: "לבית המשפט או בית הדין שידון בתביעת שיתוף יינתן שקול דעת לסטות מכלל השוויון, כאשר נסיבות מיוחדות מחייבות את הדבר. הוראה זו תאפשר לבית המשפט ולבית הדין להתחשב במקרים אינדיבידואליים, ולהניח את עשיית הצדק נר לרגליו".

55. ראה ג' טדסקי, לעיל הערה 5, בע' 95.

לדרך בה פעל. מקרה אחר בו עשוי בית המשפט להפעיל את שיקול דעתו הוא במידה ויוכח לו כי אחד מבני-הזוג בחר להחיר את הנישואין במועד מסויים דווקא, שהיה נראה לו נוח מבחינת זכויותיו על-פי הסדר איזון המשאבים. בעת התרופפות הנישואין וברגעי עיפות של הקשר המשפחתי עשוי בן-זוג להתפתות ולנצל את הסדר האיזון להתעשרות קלה יחסית תוך בחירת מועד נוח לפקיעת הנישואין ולמימוש האיזון. אם תוכח נסיכה זו לבית המשפט הוא רשאי יהיה לעשות שימוש בסמכויותיו. זכותו של בן-זוג שלא יעשה שימוש לרעה בהסדר איזון המשאבים עשויה לנבוע גם מהוראות סעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי). בדוגמא שהבאנו יהיה ביצועה של זכות האיזון נגוע בחוסר תום לב. נסיבות נוספות שבכוחן להניע את שיקול דעתו של בית המשפט קיימות באותם מקרים בהם קיים פער משמעותי במאמצי כל אחד מבני-הזוג למען המשפחה. מקרה אפשרי אחר הוא כאשר אחד מבני-הזוג רכש או השביח נכסים נפרדים שלו על חשבון נכסים בני-איזון<sup>56</sup> או השקיע באורח משמעותי, ועל חשבון רווחים צפויים אחרים, עבודה לשם השבחת נכסיו הנפרדים. חוק יחסי ממון בין בני-זוג לא קבע במקרים כאלה זכויות פיצוי ממסת נכסים אחת לטובת מסת הנכסים האחרת. שיקול הדעת לפי סעיפים (1)8 ו-2)8 עשוי להשלים את שהחסירו הוראות מפורשות של החוק. סעיף (1)8 יופעל, למשל, כאשר נכס בן-איזון הושבח במידה ניכרת באמצעות משאביו הנפרדים (הפרטיים) של בן-הזוג ואילו סעיף (2)8 במקרה ההפוך.

נעבור לדיון בשישה סוגי מקרים ונבחן אם גם הם עשויים להסתפח על נחלתו של סעיף 8 לחוק ולהסתופף בצל שיקול דעת של בית המשפט:

(א) הראשון נוגע לסוג מסויים של נכסים. בין שהם אישיים ביותר, בין שיש לאחד מבני-הזוג יחס מיוחד לגביהם ובין שאיזונם עלול לגרום נזק לאותו בן-זוג במידה ויאלץ לממשם על מנת להעביר את תשלום האיזון בפועל לבן-הזוג האחר<sup>57</sup>. לא נראה לנו כי יש לקחת מערכת זו בחשבון במסגרת שיקול הדעת. סוג זה של מקרים ענינו בנכסים בני-איזון, שהמחוקק לא מנה אותם במפורש בין החריגים בסעיף 5(א). לא יתכן להניח לבית המשפט לעשות את מלאכתו של המחוקק ולקבוע יוצאים מן הכלל נוספים. אשר לקשיים הנובעים מן הצורך לממש רכוש; תשובה לבעיה זו תמצא מקלט בסעיף 6(ג) לחוק על-פיו רשאי בית המשפט לקבוע באיזו דרך יבוצע האיזון. במסגרת זאת הוא רשאי לקבוע הסדרי סילוק בשיעורים או מתן ארכה לתשלום וכיוצא באלה. מקרים של קשיים במימוש נכסים עשויים להיכלל גם הם בקטגוריה זו. בית המשפט יורה על הסדרים כאלה תוך שקילת האינטרסים של בן-הזוג האחר, האפשרויות האחרות העומדות לרשותו וצרכיו.

(ב) השני ענינו שקילת נכסים בני-איזון מול נכסים נפרדים. המחוקק לא כלל נכסים מסויימים בכלל הנכסים בני-האיזון ולא הקנה לבית המשפט סמכות להכלילם

56. ג' טדסקי, לעיל הערה 5, בע' 96: על שיטות משפטיות אחרות בהן נקבעה חובת פיצוי במקרים כאלה ראה לעיל שער ראשון, חלק חמישי, פרק שלישי, סעיף (ב) בטקסט סמוך להערות 247-242.

57. כך, למשל, מביא טדסקי (שם) דוגמה של נכס בר איזון שהוא בית חרושת, כאשר לא ניתן לשלם את סכומי האיזון, אלא על-ידי מניעת קיומו. דוגמה אחרת המובאת על-ידו היא אוסף בולים שלא ניתן למכרו וכיוצא בזה.

במסגרת האיזון אפילו התקיימו נסיבות מיוחדות. האם עובדה זו כשהיא מצטרפת לנסיבות בהן רוב רכושו של אחד מבני-הזוג הוא רכוש נפרד ואילו רכושו של האחר בעיקרו הוא רכוש בן-איזון תאפשר את הפעלת שיקול דעתו של בית המשפט. אם לא כן, עלולה התוצאה להיות כי בן-הזוג העשיר יתעשר עוד יותר ואילו מן האחר תילקח לעיתים כבשת הרש.

לכאורה, יופעלו גם על סוג זה של מקרים השיקולים שהועלו לגבי הסוג הראשון. אולם איננו סבורים כי דינם של שני סוגי המקרים זהה. המחוקק אכן קבע מסגרת כללית של נכסים אשר ייכללו בהסדר האיזון וכאלה שלא ייכללו בו. רשימה זו היא סגורה ואינה ניתנת לשינוי על-ידי בית המשפט. ברם אם בשיקול כולל מתברר כי מימוש דווקני של זכות האיזון עלול לגרום עוול לאחד מבני-הזוג וליצור חוסר שוויון בולט ביניהם הוכחה הנסיבה המיוחדת שמכוחה רשאי בית המשפט להגיע למסקנה שההסדר האחיד שבחוק אינו הולם את הסיטואציה. משום כך במקרה כזה, בניגוד לסוג הראשון של המקרים, רשאי יהיה בית המשפט לראות בנסיבות אלה נסיבות מיוחדות המצדיקות הפעלת הסמכויות המיוחדות.

(ג) השלישי נוגע לנסיבות מיוחדות בחיי בני-הזוג. לכאורה אין החוק קובע שום תנאים מוקדמים לקביעת זכות האיזון. לא משך הנישואין, לא מידת התרומה של כל אחד מבני-הזוג לחיי המשפחה ולא אורח חיי הנישואין בין בני-הזוג (כולל: סכסוכים מתמידים ביניהם) מהווים שיקולים כלשהם לקביעת זכויותיו של בן-הזוג מכוח החוק. האם יש להתחשב בנסיבות כאלה כנסיבות מיוחדות לצורך השימוש בסמכות שיקול הדעת של בית המשפט? יש לאבחן נסיבות כאלה ממקרים אחרים של התנהגות בני-הזוג הנוגעת למילוי חובותיהם במסגרת הנישואין, ובמיוחד מילוי חובותיהם הכלכליות. האחרונים חייבים, לדעתנו, לשמש אמת מידה להפעלת שיקול הדעת של בית המשפט וכבר העלינו אפשרות זו במקרה של פער משמעותי בין מאמצי בני-הזוג למען המשפחה. אולם בכל הנוגע לסוג השיקולים שהועלה ברישא של ס"ק זה, כגון משך הנישואין ואורח חיי הנישואין, אין הוא נראה לנו, בדרך כלל, רלבנטי. יתכנו אמנם מקרים בהם משך הנישואין עשוי לשמש אלמנט להפעלת שיקול הדעת. במיוחד אמורים הדברים כדי למנוע, במקרים מרחיקי לכת, התקשרות בקשר נישואין כהימור. אולם יהיה צורך בנסיבות מיוחדות מאד לשם כך. גם העובדה שבני-זוג מסוכסכים אינה רלבנטית כל עוד ממשיך כל אחד מהם לקיים בד בבד את חובותיו ולתרום למאמץ המשותף של חיי הנישואין. המחוקק ביקש להשתחרר מהעמדת תנאים מוקדמים לזכות האיזון או מהתלית בנסיבות מיוחדות. רק מקרים יוצאי דופן יש בהם כדי לאפשר סטיה מההסדר האחיד הקבוע בחוק.

(ד) הרביעי מורכב משקילת כל הזכויות והחבויות המטריאליות של בני-הזוג. כך, למשל, נשאלת השאלה האם העובדה, שחובות מסויימים מוטלים על אחד מבני-הזוג מכוח הוראות הדין הדתי, ועם זאת בהיותן בגדר חובות עתידיות לא ניתן לנכותן מכלל הנכסים בני-האיזון, מאפשרת לבית המשפט להפעיל שיקול דעת במטרה להגיע לאיזון רב יותר בין בני-הזוג. סטיה מן ההסדר האחיד עשויה למנוע במקרים אלה את חוסר השוויון העלול להיווצר כאשר החייב, הנושא בנטל ההוצאות העתידיות, יחוייב גם בתשלומי איזון ואילו בן-זוגו יזכה בסכום האיזון במלואו בעודו פטור כליל מן הנטל. גדר הספק הוא כי בסוג זה של מקרים מסדירות הוראות אחרות בדיני משפחה את חלוקת



הנטל בהקשר מסויים בצורה מפורשת. האם העובדה שהחוק לא טרח למצוא הסדר ספציפי בתחומיו לנסיבות אלה אינה מלמדת כי החוק ביכר שלא להכיר בהן כנסיבות מיוחדות הפותחות את שעריו של סעיף 8? ניתן לאמר, לכאורה, כפי שגורס פרופ' ג' טדסקי, שאין סעיף 8 לחוק בא לתקן את הדין הדתי. הוראות הדין הדתי מחייבות במישור מקביל אין לראות בתוצאותיהם נסיבות מיוחדות. "לא יתכן" אומר הוא "שהסייגים בסעיף 8 ישמשו אמצעי לתיקון הדינים הדתיים בדבר חלקו של בן-זוג זה או אחר בנשיאת ההוצאות המשפחתיות"<sup>58</sup>. עם כל הכבוד אין דעתנו כדעתו. המחוקק השאיר אמנם בעינו חלק ניכר מהדינים הדתיים המסדירים את חיי המשפחה ואת היחסים בין בני-זוג, אולם לא קבע בחוק יחסי ממון בין בני-זוג כי אין בדינים אלה כדי להשפיע על ההסדר שבחוק. יתר על כן, סעיף 8 הוא סעיף קורקטיבי, הבא לתקן עיוותים העלולים להיווצר על-ידי החלה אחידה של הוראות החוק. ההסדר שבחוק אין בו כדי לשנות את ההסדרים האחרים שבדין הדתי, אך עם זאת יש בו כדי להעמיד את בני-הזוג ביחסי שוויון ולאזן את משאביהם. התחשבות בנטל המוטל על בני-זוג על-ידי הדין הדתי לצורך הסדר האיזון איננה "מתקנת" את הדין הדתי ואת החובות המוטלים על בני-זוג מכוחו, אלא מאפשרת איזון צודק יותר בין בני-הזוג במסגרת החוק עצמו ומתוך היענות למטרותיו הבסיסיות.

במקום אחר עמדנו על חשיבותה של חלוקת אחריות כלכלית מלאה בין בני-זוג במסגרת הסדר הגירושין שביניהם. נוכחנו בהכרח להתחשב במכלול הזכויות המטריאליות של בני-הזוג כדי ליצור איזון של ממש העומד ביסוד השיטה. הסדר האיזון הוא רק חלק ממערכת כוללת של הסדרים בין בני-זוג. את כל אלה יש לקחת בחשבון<sup>59</sup>. אמת הדבר, כי במצב הקיים אין שיטת המשפט הישראלי, המורכבת מרובד של חוק טריטוריאלי על גבי רובד של דינים דתיים המסדירים את ההסדר הראשוני בדיני המשפחה, ערוכה לשיקול כולל ורחב כזה. אם נמצא, איפוא, דרך המאפשרת שמץ של התחשבות כוללת כזו במסגרת שיקול הדעת של בית המשפט — תוך תיאום עם העקרונות המנחים העומדים ביסודו של החוק — אין שום טעם וסיבה להתעלם ממנה. מגמתנו היא להגיע לתיאום מלא עד כמה שאפשר בין הרבדים השונים מהם מורכבת סוגיה זו במשפט הישראלי ולהשתלבותם במסגרת דיני המשפחה. התעלמות מדינים אלה לצורך הסדר האיזון עלולה רק להרחיב את הפער בין הרבדים השונים ולמנוע את השתלבותם זה בזה בפרט ובמסגרת הרחבה של דיני המשפחה בכלל.

(ה) החמישי ענינו ביחס שבין זכות האיזון לזכות האשה לעיקר כתובה. סכום עיקר כתובה גבוה עשוי להיטיב את מצבה הכלכלי של האשה ולגרור אחריו חוסר איזון בולט בין בני-הזוג, כאשר בת-הזוג זכאית לסכום עיקר הכתובה ונוסף לו בתשלומי איזון. אפילו תתקבל האפשרות שהצענו, על-פיה ינוכה סכום הכתובה כחוב מסכום הנכסים בני-האיזון של הבעל, או, לחלופין, יצטרף לנכסים בני-האיזון של האשה<sup>60</sup>, עדיין ייווצר פער בין זכות הבעל לזכות האשה, במיוחד כאשר סכום הכתובה גבוה ביותר. גם מקרה זה, כמו הקודם לו, מחייב התאמה בין כלל דיני המשפחה לבין הסדר האיזון מכוח החוק.

58. ג' טדסקי שם שם.

59. ראה לעיל שער ראשון, חלק שני, פרק שני.

60. ראה לעיל שער רביעי, חלק ראשון, פרק ראשון, סעיף (ד).

במבט ראשון ניתן לטעון כי כל שנאמר על סוג המקרים הקודם עשוי להיות תקף גם לסוג זה. ברם ישנו מכשול אחד בפני עריכת הקבלה כזו. בהקשר לכתובה קובע החוק במיוחד, בסעיף 17 שבו, את שמירת זכויותיה של האשה על-פי כתובה למרות הסדר איזון המשאבים מכוח החוק. לכאורה נראה כי ההסדר המיוחד מבטל את אפשרות הכרתו של מקרה זה כנסיבה מיוחדת לצורך הפעלת שיקול הדעת של בית המשפט. אם זכויותיה של האשה לפי כתובה אינן נפגעות, כיצד ניתן להתחשב בה לצורך הסדר איזון המשאבים? אף-על-פי-כן איננו רואים מכשול זה כמניעה ממשית להפעלת סמכויותיו המיוחדות של בית המשפט. יש להבחין בין שמירת זכויותיה של האשה לפי כתובה לבין התחשבות בה במסגרת שיקול הדעת של בית המשפט מכוח החוק. אין בהתחשבות האמורה כדי לפגוע בזכויות מכוח הדין. ההיפך הוא הנכון, כתוצאה מכך יושג איזון צודק יותר בין בני-הזוג במסגרת הוראות החוק. בית המשפט לא יפעיל את סמכותו כדבר שבשגרה אלא רק במקרים בהם עלול להיגרם אי-צדק בולט.

הדרך הנאותה, הנראית לנו, להשתמש בסמכויות המיוחדות המוקנות לבית המשפט. במסגרת הוראות סעיף 8 לחוק, היא לשקול את כל מירווח השיקולים ולהתחשב במסגרת הקיימת של דיני המשפחה בתנאי שאינה סותרת את עקרונות החוק. יש להימנע מבידודו של החוק. מטרה זו ניתן להשיג על-ידי כך שמכלול החובות והזכויות ההדדיים בין בני-זוג יובאו בחשבון במידת האפשר לצורכי שיקול הדעת במסגרת החוק ולמטרת השגת איזון המשאבים. ההתחשבות בנסיבות המפורטות היא המקיימת את העקרון היסודי של שוויון בין בני-הזוג והשגת איזון מהותי מלא ביניהם. (1) הששי הוא אשמתו של אחד מבני הזוג ביצירת הקרע ביחסים ובהתמוטטות חיי הנישואין.

אלמנט האשמה, להבדיל מהתנהגותם של בני-הזוג בנסיבות מיוחדות, אינו מהווה עוד שיקול רלבנטי לצורך הסדרי איזון ברוב השיטות המשפטיות<sup>61</sup>. בדין העברי, לעומת זאת, יש לאלמנט זה השפעה על זכויות וחבויות ביחסים הרכושיים שבין בני-הזוג<sup>62</sup>. מה יהא הדין בישראל, בה ההסדר הראשוני, כולל דיני הגירושין, מוכרע עדיין במסגרת המיחסת משקל לאלמנט האשמה ואילו העקרונות המונחים ביסודו של חוק יחסי ממון בין בני-זוג שוללים, כנראה, את ההתחשבות בו<sup>63</sup>.

גדר הספק הוא, האם זכאי המחוקק החילוני להשפיע בעקיפין, באמצעות הסדר יחסי הממון, על דיני הגירושין שבדין הדתי. האם יתכן להשלים עם תוצאה לפיה תישלל כתובת אשה, על-פי הדין העברי, עקב מרדותה או נישואי איסור שהיא נתונה בהם, ויחד עם זאת היא תהיה זכאית לאיזון משאבים מכוח הוראות החוק? ומאידך גיסא, האם אין לאמר כי חוק יחסי ממון בין בני-זוג, שהוא חילוני במקורו ויונק מעקרונות מנחים שונים מאלה של הדין העברי, מחייב דרך פרשנות ההולמת את תחומיו ומסגרתו, החלת שיקולים שאובים מתחום הדין העברי במקרה כזה סותרת את עקרונות החוק. לנו נראה, כי יש לפרש את החוק לאור העקרונות המנחים אותו, במיוחד כאשר אין התנגשות

61. ראה לעיל שער ראשון, חלק שני, פרק שלישי.

62. ראה לעיל שער שלישי, חלק ראשון, פרק ראשון, סעיף (ב).

63. ראה דו"ח הוועדה, לעיל הערה 12, בע' 8, השולל התחשבות באלמנט זה לצורך יחסי הממון. ראה לעומת זאת חוות דעתו החולקת (דעת המיעוט) של השופט ב' שרשבסקי (שם בע' 11-12).

ישירה בין הוראות הדין הדתי להוראות החוק, שאין להן מקבילות בדין הדתי. ההתנגשות היא בשאלות העקרוניות על מישור המדיניות בלבד. החוק הוא קירקטיבי מעיקרו והוא מורכב כרוכד נוסף על ההסדר הראשוני. החוק נועד להסדיר תחום, אשר נמצא לקוי בדין הדתי בעיניו של המחוקק החילוני. החוק, העוסק במסגרת היחסים הממוניים, אינו מוסיף על דיני הגירושין שבדין הדתי ואין הוא מיוסד עליהם. משום כך אין החוק חייב לדבוק לא בנורמות השאובות מדיני הגירושין ולא בעקרונות הדין הדתי הנוגע ליחסי הרכוש בין בני-זוג. כאשר אין הוא מחייב כבר את בני-הזוג. גם הטענה כאילו התעלמות מאלמנט האשמה יש בה כדי להשפיע בעקיפין על דיני הגירושין אין בכוחה לשנות את התוצאה האמורה. נכון הדבר, כי אשה אשר זכויותיה הרכושיות בדין הדתי עלולות היו להיות מושפעות ממידת אשמתה עשויה שלא להיפגע במסגרת הסדר איזון המשאבים. זו תוצאה שאינה עולה בקנה אחד עם הוראות הדין הדתי, אולם הסדר האיזון הוא הסדר חילוני ויש לפרש את הוראות החוק עליו הוא מבוסס במסגרת זאת. כאשר הצענו התחשבות עקרונית במכלול דיני המשפחה לצורך פרשנות הוראות החוק ובמסגרת שיקול הדעת של בית המשפט עשינו כן תוך נאמנות לעקרונותיו הבסיסיים של החוק. מה שאין כן סוגית האשמה שהתחשבות בה לצורך הסדר איזון המשאבים עומדת בסתירה לעקרונות החוק<sup>64</sup>. אין לפיכך כל אפשרות לתאם תיאום מלא בין דיני הגירושין שבדין הדתי לבין הסדר איזון המשאבים נשוא הוראות החוק. אשמתו של אחד מבני-הזוג ביצירת הקרע ביחסים אינה מסורה לשיקול דעתו של בית המשפט ואינה משפיעה על איזון המשאבים. לעומת זאת התנהגותם של בני-הזוג, ובעיקר זו-הנוגעת למילוי חובותיהם הכלכליים, עשויה לשמש נסיכה מיוחדת<sup>65</sup> הבאה בגדרו של סעיף 8 לחוק ומאפשרת את הפעלת הסמכויות המיוחדות לשיקול דעתו של בית המשפט.

64. לעומת זאת, ראה ג' טרסקי, לעיל הערה 5, בע' 96 הגורס כי כדאי להתחשב גם באשמו של בן-הזוג. קביעתו זו אינה מנומקת. עמדה דומה מקובלת גם על פ' שיפמן, יחסי מומן בין בני-זוג (הוצא במסגרת הסדרה דע את החוק, בהוצאת מרכז ההסברה ומשרד המשפטים, ירושלים, תשל"ז) 19.

65. ראה לעיל שער ראשון, חלק שני, פרק שלישי, בטקסט סמוך להערות 119-120.

## בעת נעילת שער

חוק יחסי ממון בין בני-זוג, תשל"ג-1973, נועד להסדיר באופן שיטתי את המשטר הרכושי החל על בני-הזוג והוא משלים את שני הרבדים הקודמים (הדין האישי וההלכה הפסוקה). החוק אינו נובט על קרקע שוממה. הוא מעוגן במערכת הקיימת של דיני המשפחה. ההסדר שבחוק כשהוא מורכב על הרבדים האחרים מעורר בעיות של פרשנות. המחוקק הישראלי נטל הסדר המקובל בשיטות משפטיות שונות אולם לא בחן במידה מספקת את השתלבותו במסגרת דיני המשפחה הקיימים כגון דיני הגירושין<sup>1</sup>. התוצאה היא שהחוק מאבד חלק מיתרונותיו ואינו משיג את התוצאות אליהן הוא חותר. כאשר מחוקק מסדיר את יחסי הממון שבין בני-זוג חובה עליו לקחת בחשבון את ההסדרים הראשוניים בתחום דיני המשפחה ולהרכיב עליהם ובמסגרתם את ההסדר המשני, הסדר יחסי הממון.

המחוקק ביקש לשמר חלק ניכר מדיני המשפחה ולקבוע הסדר אשר יפגע באופן מינימלי במערכת דינים אלה. מטרה זו מחייבת מאמץ פרשני כדי להתאים את חוק יחסי ממון בין בני-זוג למסגרת דיני המשפחה. יש למצוא דרך נאותה להביא את המערכת כולה לכלל אחדות ושלמות במידת האפשר. כדי להגיע למידה מכסימלית של שילוב הרבדים השונים, המרכיבים את דיני המשפחה במשפט הישראלי, ואת התאמתם זה לזה נקטנו במהלך הדיון דרך של פרשנות הלוקחת בחשבון את שילוב הרבדים. כך, למשל, גרסנו כי במסגרת פרשנות הוראות חוק יחסי ממון בין בני-זוג יש להתחשב במכלול הזכויות המטריאליות של בני הזוג. כן הועדנו למסודות משפטיים שמקורם בדין הדתי תפקידי השלמה להסדר המעוגן בחוק וכיוצא בזה.

צעד אחר, מרחיק לכת יותר, ענינו תיקונים ספציפיים הנדרשים, לדעתנו, בחוק יחסי ממון בין בני-זוג. תיקונים אלה נועדו לתקן פגמים — חלקם חמורים — הטבועים בחוק, ליצירת הסדר כולל ומגובש יותר ולהתאמת החוק, ששרשיו בשיטות משפטיות זרות, לדיני המשפחה הנוהגים בישראל ותיקון הליקויים הנובעים מהיעדר התאמה. בחינה כוללת של הוראות החוק מצביעה על הדגשה מופרזת של דחיית השותפות בין בני-הזוג לפקיעת הנישואין. עקרון השיתוף, הנדחה מפני עקרון ההפרדה במהלך הנישואין, מחייב חיזוק מסויים לשם שילוב המגמה של עשיית צדק בין הצדדים עם

1. ראה ברו"ח הוועדה הציבורית בענין נכסים משותפים של בני-זוג (ירושלים, 1966) חוות דעתו של מ' אלון, שם בע' 13: "בעית השיתוף האובליגטורי הוא פרט אחד במכלול יחסי הממון שבין בני-זוג ובהסדרה של בעיה מיוחדת זו צריך להביא בחשבון את החובות והזכויות ההדדיות האחרות שבין בני-הזוג".

קידום השיתוף במשפחה. גם כאן מתחייבים תיקונים חקיקתיים הן להשוואת זכויותיהם של שני בני-הזוג במספר תחומים (למשל הכרה בזכות שווה למדור) והן להקדמת השותפות בענינים מסויימים למהלך הנישואין.

לפתרון הקושי היסודי ביותר של בעית השילוב וההתאמה, הנובע מן השוני היסודי והמהותי בעקרונות הבסיסיים המונחים ביסודם של רבדי הדין השונים, לא די במאמץ פרשני ניכר (פרשנות בעלת מגמה מסויימת) וגם תיקון מקומי בחוק יחסי ממון בין בני-זוג לא יספיק. הסדר כולל, שלם ושיטתי מחייב התערבות חקיקתית במטרה לקבוע תיקונים משלימים בדיני המשפחה, אשר יבטיחו התאמה מלאה יותר של כלל ההסדרים במסגרת דיני המשפחה והאחרתם. ההסדר הקיים טעון השלמה לשם השגת שתי מטרות עיקריות:

1. חיזוק זכויות בני-הזוג במהלך הנישואין על בסיס הענקת זכויות שוות לשניהם, בלי לפגוע עד כמה שאפשר בעקרון ההפרדה הקניינית.

2. הרחבת עקרון השוויון על הסדרים ממוניים שונים על מנת לאפשר את מימושם הלכה למעשה של העקרונות עליהם מושתת ההסדר בחוק יחסי ממון בין בני-זוג.

עם כל ההבנה למניעיו של המחוקק, המבקש להימנע עד כמה שאפשר מפגיעה בדיני המשפחה הקיימים, רפורמה בתחום אחד מחייבת השלמות בתחומים נוספים. על-ידי כך יימנע הליקוי במצב הנוכחי בו חלק ממטרותיו של חוק יחסי ממון בין בני-זוג נמצאות מסוכלות. נקודת המוצא בהצעות חקיקה משלימות אלה היא האפשרות להוציאן אל הפועל במציאות הישראלית. לפיכך הצעותינו נמנעות מכל פגיעה בדיני הנישואין והגירושין של הדינים הדתיים השונים ומתרכזות בתוצאות הממוניות והרכושיות של הנישואין בלבד.

על רוב הצעות אלה הורחב כבר הדיבור בפרקים השונים אשר התיחסו ישירות לבעיות הספציפיות. שם הן גם נדונו ביתר פרוט. גיבושן כאן מחדש — לאחר הניתוח הכולל, הנסיון להצגת היריעה כולה, בחינת מכלול הליקויים והנחת פתרונות מסויימים — סוגר את המעגל שתחילתו בחינת הבסיס העיוני העקרוני להסדר רכושי בין בני-זוג וסופו הנסיון לשילוב כלל ההסדרים במשפט הישראלי והתאמתם במסגרת כלל דיני המשפחה. נסקור הצעות אלה בקצרה:

א. זכויות מדור שוות לבני-הזוג והטלת מגבלות על עסקאות בכית המגורים. עקרון ההדדיות חייב לחול גם על חובת המדור<sup>2</sup>. יתרה מזו, בכל הנוגע לדירת המגורים של בני-הזוג יש למצוא דרך להבטיח את זכויות בני-הזוג גם במהלך הנישואין. ניתן לאמץ בהקשר זה את החקיקה האנגלית החדשה<sup>3</sup> או, לחלופין, לקבוע במסגרת סעיף 11 לחוק יחסי ממון בין בני-זוג סייגים לחופש העשייה של כל אחד מבני-הזוג בנכס זה. עסקה בדירת מגורים תחייב הסכמה מראש של שני בני-הזוג בין אם היא כבעלותם המשותפת ובין אם היא כבעלותו של אחד מהם בלבד<sup>4</sup>. השימוש בסעיף 12 לחוק יחסי ממון בין בני-זוג יבטיח הגנה נגד סירוב שרירותי. בית המגורים הוא נכס חיוני להבטחת

2. ראה לעיל שער שלישי, חלק שני, פרק ראשון, סעיף (א) (ג).

3. שם בטקסט סמוך להערות 77-80.

4. שם סעיף (ג).

שלמות המשפחה ותקינותה והוא לעיתים קרובות גם הנכס העיקרי אם לא היחיד בעל הערך שיש לבני-הזוג. זהו חריג הטעון הסדר מיוחד. בכך תובטחנה שתי המטרות הרצויות: (א) החלת עקרון השוויון יחזיר במידת מה האיזון שהופר בין בני-הזוג (ב) תינתן לבני-הזוג הגנה במהלך קיום הנישואין ותובטח מידה מסוימת של שותפות קיימת, ולא דחוייה, בין בני-הזוג.<sup>5</sup>

ב. חיוב מזונות על בסיס עקרון ההדדיות. מן הדין הוא כי גם חובת המזונות תיקבע על בסיס עקרון ההדדיות, הכל בהתאם למידת יכולתו ולאפשרויותיו של כל אחד מבני-הזוג. דהיינו: תיקבע אחריות מקבילה של האשה להוצאות משק הבית בהתאם ליכולתה ולאמצעיה.<sup>6</sup> עקרון השוויון, אשר המחוקק אמוץ עליו, אל לו להיעצר במחצית הדרך. הקניית זכויות שוות לאשה בנכסי בני-הזוג מחייבת אותה לשאת גם בנטל לקיום צורכי המשפחה ולאספקתם. אין פירושו של דבר חיוב האשה לצאת לעבודה. גם עבודתה במשק הבית הינה תרומה שוות ערך להבטחת כלכלת המשפחה. הדאגה לבית, האחריות למשק הבית והטיפול בילדים, בגידולם ובחינוכם יראו, איפוא, כמילוי מלא של החובה, אולם ישנם מקרים לא מועטים בהם לבת-הזוג הכנסה מריווחי עבודתה או מרכושה ואף-על-פי-כן היא פטורה מן האחריות לצורכי משק הבית. זוהי, איפוא, הצעה המשלימה את הסדר יחסי הממון שבין בני-זוג והיא מעוגנת בעקרונות אשר הנחו את המחוקק בחקיקת החוק. גם השלמה זו תחזיר את האיזון למערכת היחסים בין בני-הזוג.

ג. זכות שימוש שווה במהלך הנישואין במיטלטלי משק הבית.<sup>7</sup> אשה יהודיה זכאית להשתמש במיטלטלי משק הבית לשם הבטחת שלום הבית. מה שאין כן הבעל באותם מיטלטלין הנמצאים בבעלות האשה.<sup>8</sup> עקרון ההדדיות חייב לחול גם על זכות זו. דינם של מיטלטלי משק הבית, כדינו של בית המגורים, לצורך הזכות לשימוש משותף במהלך הנישואין. במקום אחר ראינו כי השימוש בפועל במיטלטלין יוצר חוקה בדבר זכות בעלות משותפת לבני-הזוג,<sup>9</sup> אולם בכך לא סגי. יש להבטיח את זכות השימוש מלכתחילה ולא רק בדיעבד. בהקשר לסוג זה של נכסים יש גם לקבוע סייגים לחופש העשייה של כל אחד מבני-הזוג. עסקה בנכס כזה לא תיעשה ללא הסכמת שני בני-הזוג. הוראות כאלה הוצעו בזמנו בהצעת חוק היחיד והמשפחה<sup>10</sup>. הסדר דומה הוצע לאחרונה על-ידי ועדת הרפורמה האנגלית לדיני המשפחה<sup>11</sup>. קבלת הצעה זו תבטיח גם היא את שתי המטרות הרצויות אותן ציינו.

5. על מכלול ההצעות ראה שם סעיף (ה).

6. הצעה ברוח זו הועלתה בהצעת חוק היחיד והמשפחה (הוצאת משרד המשפטים, תש"ז-1955) סעיפים 49-50.

7. מיטלטלי משק הבית הם מיטלטלין המשמשים, לפי המקובל ובהתאם לנסיבות, למשק הבית המשותף של בני-הזוג. ראה הצעת חוק היחיד והמשפחה, סעיף 52(ג).

8. על סוגיה זו ראה לעיל שער שלישי, חלק ראשון, פרק שני, סעיף (ג)(אא)(2).

9. ראה לעיל שער שלישי, חלק שלישי, פרק ראשון, סעיף (ג)(גג)(2), בטקסט סמוך להערות 122-123; וכן ראה לעיל שער שלישי, חלק שלישי, פרק שני, סעיף (ג)(בב)(2), בטקסט סמוך להערה 35.

10. ראה סעיף 52.

11. The Law Commission (No 86), Family Law, Third Report on Family Property: The

ד. שיתוף מידי בריווחי המשפחה יש לשקול במסגרת חיוב המזונות ההדדי הכללת שיתוף מידי בריווחי המשפחה. גם אם חיוב זה יפעל אהדדי הרי במצב הקיים — כשמילוי החובה מצד האשה יוגשם בעבודות משק הבית — הוא ישרת בעיקר את האשה. יש הצדקה בשיתוף בן-הזוג בריווחי עבודתו של האחר במהלך הנישואין. האמנציפציה של האשה המודרנית בתוספת הערך הכלכלי המיוחס לתרומתה בעבודת משק הבית ובגידול הילדים מחייבים הקצאת משאבים לאשה בלי לחייב תלות בבעלה לגבי כל רכישה ורכישה. הוראה כזו אינה כה מרחיקת לכת כפי שהיא נראית ממבט ראשון. רווחיו של בן-הזוג הם בדרך כלל נכסים בני-איזון שלהם זכאי האחר עם פקיעת הנישואין מכוח ההסדר שבחוק. במסגרת זאת יש להקדים את השיתוף למהלך הנישואין. יהיה בכך כדי להקנות לבן-הזוג בטחון כלכלי ופסיכולוגי, לשפר את תדמיתו ולמנוע מתחים וחיכוכים מיותרים במהלך חיי הנישואין. בעוד אשר מידת הפגיעה באינטרס האחר או בעקרון הפרדה היא שולית ביותר. הסדר זה מחייב השלמת החוק ותיקונו על מנת לאפשר שיתוף קיים תחת השיתוף הדחוי בלבד. בהשלמה זו יש גם משום חיזוק האינטרס המשותף של בני-הזוג במהלך הנישואין; אינטרס כזה ראוי לעידוד מיוחד נוכח ההסדר שבחוק, אשר נתיחד לפקיעת הנישואין.

על הצעה זו כבר עמדנו בשער הראשון<sup>12</sup>. לא נוכל במסגרת זאת להרחיב את הדיבור על הפרטים, למנות את המקרים בהם יש להעניק זכות כזו לבן-הזוג או את אופן חישוב הסכומים המגיעים לו. מכל מקום שיבוץ עקרון כזה בחקיקה הישראלית, למרות שאין הוא מקובל עדיין בשיטות משפטיות רבות, יהא בו כדי לקדם אותן מטרות העומדות בבסיס ההצעה לקביעת אחריות הדדית לצורכי משק הבית. לכאורה אלה שני הפכים, אך למעשה לפנינו שני הסדרים המשלימים זה את זה. הסדרים אלה נותנים ביטוי הן לעקרון השוויון והן לעקרון השיתוף ומבטיחים את שלמות המשפחה ותקינות הסדריה.

המסגרת הכוללת של הצעותינו, הן בכל הנוגע לדרך פרשנות הוראות חוק יחסי ממון ותיקונו והן בהשלמה חקיקתית כללית יותר של מערכת היחסים הממוניים בין בני-הזוג, תשליט את העקרונות הבסיסיים הרצויים על כל תחום ההסדר, תמנע הסדרים מוטלאים ותביא בעקבותיה התאמה מלאה יותר של מערכת יחסי הממון במסגרת דיני המשפחה הקיימים. על-ידי כך ניתן יהיה להגיע להסדר שיטתי, כולל ומתואם במסגרת הקיימת בלי לשנות באורח קיצוני את שאר דיני המשפחה ובלי לפגוע בהוראות העקרוניות של הדינים האישיים.

Matrimonial Home (Co-ownership and Occupation Rights) and Household Goods (London, 1978) 337.

12. ראה לעיל שער ראשון, חלק שלישי, פרק ראשון.







322	י	סעיף א	סימן א	שולחן ערוך ונושאי כליו	196	יט	יב	
187	ז		ו	אבן העזר	168	ג	יג	
124	ה	לח			147	ח	יד	
125	יא	סו			130	א"ב	טז	
321	א	סט			157	ז	טז	
122	ג	סט			157	י	טז	
124	ו	סט			158	ב	יז	
324					158	ד	יז	
196	ח	ע			165	יא	יז	
168	א	עג			130,129	ז	כב	
168	ז	עג			131,130	טו	כב	
171	י	עד			131	טז	כב	
147	ב	עז			130	כ	כב	
124	ג	עז			327	כז	כב	
136	א	פא			177	לד	כב	
130	ט	צ			129	לה	כב	
130	יג	צ			125	יב	כג	
131					130,124	ח	כד	
146	ב	צט			124	י	כד	
157	א	ק						הלכות
158	ב	ק			157	ד	פרק יא	לווה ומלווה
187	יא	ק"ט			158,157	א	יח	הלכות
124	ה	קטו						ערכין וחרמין
104	ז	ק"ט			136	כח	פרק ו	כסף משנה
187								להלכות אישות
196	א"ב	פור	סימן פו	חושן משפט	129	לה	פרק כב	מגיד משנה,
124	ג	עז	סימן עז	בית שמואל,				להלכות אישות
136	א	פא		אבן העזר	129	לה	פרק כב	להלכות אישות
					172*171	יד	יג	
130	יז	פה	סימן פה	חלקת מחוקק,				טור ונושאי כליו
136	א	פא		אבן העזר			סימן ו	אבן העזר
322	ג	סו	סימן סו	רמ"א, אבן העזר			187	
196	ח	ע					125	
168	יב	ע					130	
171	י	עד					124	
124	ג	עז					ק"ח	
136	א	פא						דרכי משה,
146	ב	צט					205	אבן העזר
205	א	סב	סימן סב	חושן משפט			סימן פו	כנסת הגדולה,
							196	חושן משפט

שאלות ותשובות וחבורים אחרים

126				אבקת רוכל, סימן פ
125				זכרון יעקב, סימן כו
126				מהריב"ל, חלק ב, סימן כג
157, 125				מהרי"ק, שורש נו
126				מהרשד"ם, חושן משפט, סימן שכז
125				מהרש"ם, חלק א, סימן מה
329				משפטי עזיאל, אבן העזר, סימן צו, ע' שפ

מקורות המשפט העברי

146	ערוך השולחן, אבן העזר, סימן נ סעיף א
205	ראב"ן, אבן העזר, סימן קטו
329	שמחה לאיש, אבן העזר, סימן ה לג
329	תעלומות לב, אבן העזר, חלק ב, הלכות גיטין, סימן א

## מפתח החקיקה

### חקיקה מקומית

עמוד	סעיף	עמוד	
175, 233			<b>תחיקה עותמנית</b>
303	12		מג'לה
174	20-22	147	867
186	33		[חוק ה]פרוצדורה האזרחית העותמאני
94	33(א)	272	80
	[חוק ל]הסדר התדיינות בין בני-זוג, תשכ"ט-1969	272	82
174, 183, 184			<b>חקיקה ישראלית</b>
95	1		[חוק] אימוץ ילדים, התשמ"א-1981
95	2		27(ב)
1973-ג	[חוק ה]חוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973	85, 120	
250	2	113	
251	25(א)		[פקודת] בזיון בית משפט
182, 250, 349, 350	26	50	6
348, 349	28(א)	50	7
349	28(ג)		[חוק ה]ביטוח הלאומי [נוסח משולב], תשכ"ח-1968
182, 282, 285, 313-315, 340,	39		
349, 350		324	
277	54		[חוק] בתי הדין הדתיים הדרוזיים, תשכ"ג-1962
340, 350	61(א)		
285, 349	61(ב)		
153	63	84, 101	4
	[חוק ה]חוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970		[חוק] בתי דין דתיים (הזמנה לבית הדין), (תיקון), התשמ"א-1981
268	3(4)	50	
153	24		[חוק] בתי המשפט, תשי"ז-1957
	[חוק] יחסי ממון בין בני זוג, תשל"ג-1973	173	28(3)
303, 335	1	93, 164	35
111, 141	2(א)		דבר המלך במועצה על א"י, 1922-1947
302	2(ב)	153, 271	46
335, 347	2(ד)	85, 91, 120	47
110, 305, 306, 339	3(א)	99	51
115, 137, 139, 140, 149-153, 166,	4	84, 91, 120	51(1)
177, 182, 185, 206, 208, 209, 282,		84	52
288-290, 301, 303, 307-310, 344		84	54(1)
151, 344, 352	5		[חוק] הגנת הדייר [נוסח משולב], תשל"ב-1972

מפתח החקיקה

עמוד	סעיף	עמוד	סעיף
162	12	114, 327, 342, 344, 348, 353	(א)5
150	15	237	(1)(א)5
	[חוק ה]מכר, תשכ"ח-1968	148, 327	(2)(א)5
150	1	344	6
150, 151	(א)4	327, 328, 344, 345	(א)6
254	34	344	(ב)6
	[חוק] מס עזבון, תש"ט-1949	353	(ג)6
326	(2)(א)4	312, 315, 334	7
	[חוק] מס עזבון (ביטול), התשמ"א-1981	292, 312, 334, 340, 351-353, 355-357	8
258, 326		353	(1)8
	[חוק ה]מקרקעין, תשכ"ט-1969	353	(2)8
166, 179, 193, 253, 258, 266, 271, 307		353	(3)8
145	2	148, 347, 352	(4)8
165	4	346	10
150	6	112, 158, 189, 190, 192, 300,	11
267, 269	(א)7	306, 312-315, 341, 351, 359	
165, 267, 272	(ב)7	112, 359	12
267-270, 272, 273, 302, 349	8	113	11-12
162, 267, 268, 272	9	108, 109, 111, 112	(א)13
162, 254	10	108, 112, 149, 152-156, 244, 299, (ב)13	
183	18	334, 335	
185	(1)(א)31	212, 294, 298	14
283	(ב)31	239, 240, 268, 295, 339	15
284	(א)37	144, 151, 152, 166, 177, 300,	17
165	91-85	304, 326-328, 356	
165	91		[חוק ה]ירושה, תשכ"ה-1965
145	(1)(א)93	85, 120, 169, 302, 324	
145	(ב)93	305, 306	(א)8
95, 186, 187	101	325, 328	(ג)11
311	125	305	(א)27
145	(א)126	305	(ב)27
144, 169, 170, 181, 267, 271, 272	161	314	(א)42
272	163	314	(ב)42
268	(א)166	314	45
153	(ב)166	325, 328	(3)(א)104
	[חוק ה]משכון, תשכ"ז-1967	234	(ב)109
165	1	169	115
165	(א)2	281	126
166	(א)3	299	140-136
	[חוק ה]מתנה, תשכ"ח-1968	169, 306, 325	148
147			[חוק ה]כשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962
258	(א)1	85, 120	
147, 258	2	299	77-76
148	4	89, 113	79
302	(א)5		[חוק ה]מיטלטלין, תשל"א-1971
	[חוק ה]נאמנות, תשל"ט-1979	307	
261, 270, 271, 282, 311		309	(ב)9
262	2	284	(א)10

מפתח החקיקה

עמוד	סעיף	עמוד	סעיף
	[חוק] שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג-1953	234, 236	(א)3
95, 173		283	7
84, 91, 96, 138	1	282	10
99, 101-103, 105	3	282	12
173	4	282	13
	[חוק] שיפוט בעניני התרת נישואין (מקרים מיוחדים), תשכ"ט-1969	314, 315, 340	62
299	5		[פקודת ה]נויקין [נוסח חדש]
	[חוק ה]שכירות והשאלה, תשל"א-1971	150	[חוק] נכסי המדינה, תשי"א-1951
168, 169, 179, 183			1
145, 183	1		[חוק ה]עונשין, תשל"ז-1977
145	(ג)2	322	181
181, 182	(ב)29		[חוק] עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט-1979
169, 170, 181, 182	31		311
	[חוק ה]שליחות, תשכ"ה-1965		[פקודת ה]פרשנות [נוסח חדש]
201, 205		145	
195, 200-209, 253	(א)3	150, 165, 205	1
271	(א)10	294	(ב)14
202	(א)15		[חוק ה]פרשנות, התשמ"א-1981
205	19		
	[חוק ל]תיקון דיני המשפחה (מזונות), תשי"ט-1959	145, 165	3
85, 120, 151, 152, 300, 304		205	22
26	2	294	(3)22
173	א2	295	[פקודת] פשיטת הרגל [נוסח חדש], תש"ם-1980
301	(ב)2		
88, 300	(ב)3	163, 311	1
299	17	150, 163	83
	[חוק ל]תיקון דיני המשפחה (מזונות) (תיקון), תשל"ו-1976	311	96
141, 173			[פקודת ה]שותפויות [נוסח חדש], תשל"ה-1975
	[חוק ל]תיקון דיני המשפחה (מזונות) (תיקון מס' 2), התשמ"א-1981	307	
300	א3	274	(א)1
	[חוק ל]תיקון דיני העונשין (ריבוי נישואין), תשי"ט-1959	275	(1)2
322	7	200, 255, 275, 278	14
		278	20
		277	(א)20
		283	29
		273	33
		285	45
	<b>תקנות</b>		
	[תקנות] סדרי הדין האזרחי, תשכ"ג-1963		[חוק] שיווי זכויות האשה, תשי"א-1951
321	(5)467	85, 86, 89-93, 120, 134, 163, 178,	
321	(א)(5)467	188, 220, 324	
98	(ג)(5)467	135-141, 143, 147-151, 221, 289,	2
321	(6)467	290	
		135	7

מפתח החקיקה

עמוד	סעיף	עמוד	סעיף
300, 344	(א)14		[תקנות] סדרי דין (אישור הסכם ממון
109	(א)18	302	בין בני זוג), תשל"ד-1974
155	(ב)18		
	[הצעת חוק ה]ירושה, תשי"ב		<b>הצעות חוק</b>
305	61-57		[הצעת חוק ה]יחיד והמשפחה, 1955
	[הצעת חוק ה]ירושה, תשי"ח-1958	36, 54, 223	
305	65-61	360	50-49
	[הצעת חוק ה]נאמנות, תשל"ה-1975	201	50
270		201	51
262	2	184, 185	(א)52
	[הצעת חוק] שיווי זכויות האישה,	360	(ג)52
	תשי"א-1951	190	(ב)53
223		144, 304	(ב)59
223	2	35	61
	[הצעת חוק] שיתוף נכסים בין בני	144, 155	(א)61
	זוג, תשכ"א-1961	314	66
223		312, 313	67
	[הצעת חוק ה]שליחות, תשכ"ה-1965	144	(ג)213
200, 203	20		[הצעת חוק] יחסי ממון בין בני זוג, תשכ"ט-1969
	[הצעת חוק ל]תיקון דיני המשפחה (מזונות)	339	5
	(תיקון מס' 2), תש"מ-1980	150, 289	6
141, 173		347, 351	(4)10

## חקיקה זרה

	עמוד		עמוד
<b>חקיקה אמריקנית</b>		<b>חקיקה אנגלית</b>	
Alabama		Domestic Proceedings and Magistrates' Courts Act, 1978	
	27	16	171
Alaska		Domestic Violence and Matrimonial Proceedings Act, 1976	
	27		171
Arizona		Law of Property Act, 1952	
	27, 68, 74		188
Ariz. Rev. Stat. Ann.		Law Reform (Married women and Tortfeasors) Act, 1935	
25-214	70		133
25-318	30,57	Married Women's Property Act, 1882	
California			133
	27, 68, 74	Married Women's Property Act, 1964	
Cal. Civ. Code		Matrimonial Causes Act, 1973	
4800	30		184, 219
5125	70	1	27, 28
5127	70	17	24
Colorado		Married Women's Property Act, 1964	
	27		221, 308
Connecticut			214, 217
	27		184, 219
Florida		1	27, 28
	27	21	24
Florida Stat.		23	22, 63
61.08		24	63
Georgia	336	25	25, 32, 43, 63, 65
		54	197
Hawaii		Matrimonial Homes Act, 1967	
	27		177, 184 192
Idaho		1	171, 184
	30, 68, 74	2	36, 171, 184
Idaho Code		Matrimonial Proceedings and Property Act, 1970	
32-712	57		219
32-912	70	4	63
Illinois		5	63
	27, 238	37	214
Iowa		41	197
	27		



מפתח החקיקה		עמוד	סעיף	עמוד
79		25, 32	Kansas	*
80		24	Louisiana	27
Victoria		190	La. Civ. Code	68, 74
			2346	70
<b>חקיקה קנדית</b>			Michigan	27, 30
The British North America Act, 1867		111	Nevada	27, 68, 74
91		111	Nev. Rev. Stat.	
92		27	125.150	57
Divorce Act, R.S., c. D-8		63	128.230	70
		64	New Mexico	27, 68, 74
British Columbia		71	N.M. Stat. Ann.	
			22-7-6	57
Northwest Territories		71, 72, 74, 75, 345	57-4a-7	70
			57-4a-8	70
Ontario		54	New York	
Québec		37, 199	Domestic Relations Act	60, 74
		53	236	
C.C.		37, 74, 75, 199	New Hampshire	27
		76	Oklahoma	30
180		63	Pennsylvania	27, 238
1265			Puerto Rico	68
1266		63	South Dakota	27
1440		63	Texas	68, 74
Saskatchewan		31	Tex. Fam. Code Ann.	
			3.63	57
<b>חקיקה ניו-זילנדית</b>			5.22	70
Matrimonial Property Act, 1963			5.24	70
5		54, 133-134	Washington	27, 68, 74
6		17	Was. Rev. Code	
Matrimonil Property Act, 1976		199	26.09.080	30, 57
		17, 53, 189	26.16.030	70
18		53	<b>חקיקה אוסטרלית</b>	
		336	Family Law Act, 1975	
<b>חקיקה צרפתית</b>			48	27, 28
			72	22, 23
C.C.			73	22
			74	22
213			75	22, 25, 33, 336
214				
215				
220				
221				
270-277				
1397				
1401				
1425				
1442				
1443				

## מפתח החקיקה

סעיף	עמוד	סעיף	עמוד
1412	35, 198	<b>חקיקה גרמנית</b>	71, 74, 75, 222, 237
1478	30	Basic Law	222
1565	28	B.G.B.	54
1566	28	1356	17, 22, 198, 199
1564-1568	28	1357	198, 199
1569-1586	25, 30, 32	1360	22, 199
1587	43	1360a	17, 22, 198, 199
<b>חקיקה שבדית</b>		1365	72
32, 53, 57, 71, 73, 75, 76, 189, 199, 237		1374	72
G.B.		1375	72, 73
6:3	72	1377	75
11:1	28	1378	345
11:4	28	1380	133
<b>חקיקת מדינות אחרות</b>		1381	30, 32
בלגיה 113		1382	76
ברית-המועצות 17, 53, 69, 189		1385	76
דנמרק 57, 71, 72, 73, 76, 189, 237, 345		1386	76
הולנד 36, 37, 68, 69, 70, 73, 76, 199, 237		1390	36, 73, 315
פולין 17, 37, 53, 69			

## מפתח הפסיקה

### פסקי דין ישראליים

#### פסקי דין מנדטוריים (לפי שמות הצדדים)

169, 325	אלפרט נ' יו"ר ההוצאה לפועל, ביד"מ 1/28, 1 פל"ר 395
111	ברנוביץ נ' ברנוביץ, ביד"מ 3/45, 13 פל"ר 133
139, 330	דיין נ' בית הדין הרבני, ע"א 38/47, (1947) 2 אל"ר 588
346	וולקנברג נ' וולקנברג, ע"א 22/34, 2 פל"ר 365
87	נסר נ' נסר, ע"א 72/31, 1 פל"ר 648
112	פניגשטיין-לוי נ' יו"ר ההוצאה לפועל, ירושלים, ע"א 101/42, 9 פל"ר 553
296	קולטונובסקי נ' יו"ר ההוצאה לפועל חיפה, בג"צ 26/42, (1942) אס"ק 205
101	קומורניק נ' קומורניק, ע"א 208/44, 2 אל"ר 450
139	רפאלי נ' עוזר יו"ר ההוצל"פ, ע"א 108/45, (1946) 1 אל"ר 44
85, 120	שכלבוים נ' שכלבוים, ע"א 119/39, 7 פל"ר 20
111	שטרק נ' יו"ר ההוצאה לפועל, בג"צ 22/39, 6 פל"ר 323

#### פסקי דין של בית המשפט העליון (לפי שמות הצדדים)

84, 296	אבו אנג'לה נ' פקיד הרשום של לשכת מרשם התושבים, ביד"מ 1/62, פ"ד יז 2751
300	אברהם נ' אברהם, ע"א 109/75, פ"ד כט (2) 690
250	אברהם נ' חבזה, ע"א 153/74, פ"ד כט (1) 737
231, 237, 238, 239, 275	אברהמי נ' ישראלי, ע"א 75/79, פ"ד לד (2) 216
169	אהרונוב נ' איזון, ע"א 123/66, פ"ד כ (3) 440
310	אהרונסט נ' נוימן, ע"א 373/54, פ"ד י 1121
230, 231, 234, 262	אוהנה נ' אוהנה, ע"א 738/76 + 462/75 (לא פורסם)
	אזוגי נ' אזוגי, ע"א 2/77, פ"ד לג (3) 1
92, 127, 137, 138, 221, 222, 225, 227, 232, 239, 240, 241, 247, 268, 294, 343, 346	איזמן נ' רשות הפיתוח, ע"א 290/67, פ"ד כב (1) 16
180	אילון נ' הרב ש' ב' ורנר, בג"צ 169/63, פ"ד יז 2339
106	אילת נ' אילת, בר"ע 136/80, תקציר טו 384
247	איסרוב נ' מנהל מס שבח מקרקעין, עמ"ש 1/70, פד"א ו 259
264	אלבראנט נ' שמטרלינג, ע"א 16/49, פ"ד ד 573
160, 161, 164	אלג'ים נ' אלג'ים, ע"א 9/65, פ"ד יט (2) 257
103, 107	אלובין נ' קואופרטיב להובלת משאות "הנמל החדש", ע"א 429/67, (לא פורסם)
245, 309	אל-על נ' אל-על, ע"א 246/69, פ"ד כג (2) 305
300	אלכסנדר נ' אלכסנדר, ע"א 456/70, פ"ד כו (1) 735
103, 105	אמולג נ' אמולג, ע"א 162/72, פ"ד כז (1) 582
300	(ה) אניה "פדה" ובעליה נ' Lloyds Underwriters, ע"א 578/70, פ"ד כה (2) 733
112	אפגין נ' אפגין, ע"א 168/66, פ"ד כא (1) 42
157, 159	אפטה נ' אפטה, ע"א 595/65, פ"ד כה (1) 561
92, 209, 220, 221, 224, 225, 226, 227, 228, 229, 231, 234, 235, 236, 237, 241, 242, 246, 253,	

254, 255, 256, 286, 290, 298

- 180 בדיחי נ' בדיחי, ע"א 87/62, פ"ד טז 2901
- 112 בוארון נ' בית הדין הרבני האזורי, בג"צ 283/72, פ"ד כו (2) 727
- 270 בוגנים צ'צ'יק בע"מ נ' כץ, ע"א 269/77, פ"ד לב (2) 203
- 267 בוקר נ' חברה אנגלו ישראלית לניהול ואחריות בע"מ, בר"ע 178/70, פ"ד כה (2) 121
- 108 בורונובסקי נ' הרבנים הראשיים לישראל, ד"נ 10/69, פ"ד כה (1) 7
- 92, 226 בורנשטיין נ' מראור, ע"א 252/75, פ"ד לא (1) 132
- 95, 172, 180, 282 ביאלר נ' ביאלר, ע"א 304/72, פ"ד כז (1) 533
- 150, 269 73 (1) ביקסר נ' עמידר — החברה הלאומית לשיכון עולים בע"מ, ע"א 91/77, פ"ד לב (1) 91
- 182 כישור בע"מ נ' טאובה, ע"א 596/76, 557, פ"ד לב (3) 713
- 90, 135, 141, 143 בלבן נ' בלבן, ע"א 313/59, פ"ד יד 285
- 347 בלטשטיין נ' בלטשטיין, ע"א 470/68, פ"ד כב (2) 976
- 99 בלן נ' המוצל"פ של צוואת ליטוונסקי, ע"א 161/59, פ"ד יד 1905
- 94, 186, 284 בן אשר נ' בן אשר, ע"א 40/74, פ"ד כח (1) 671
- 88 בן חיים נ' רוניק, ע"א 507/61, פ"ד טז 925
- 106, 107 בן יהזקאל נ' בן יהזקאל, ע"א 617/68, פ"ד לג (1) 693
- 250 בנק פולסקה נ' וליר, ע"א 209/47, פ"ד ב 93
- 221 בנק קופת עם בע"מ נ' הנדלס, ע"א 546/78, פ"ד לד (3) 57
- 180 בסו נ' מלאך, ע"א 355/76, פ"ד לא (2) 359
- 209, 225, 227, 253, 260, 262, 290, 298 393 (1) בראלי נ' מנהל מס עזבון, ע"א 135/68, פ"ד כג (1) 393
- 240 ברגר נ' מנהל מס עזבון, ע"א 300/64, פ"ד יט (2) 240
- 221, 224, 225, 226, 227, 237, 242, 243, 246, 259, 260, 262, 293 ברוניר נ' לברון, ע"א 393/58, פ"ד יד 169
- 185 ברון נ' מנדיס טורס, ע"א 252/78, פ"ד לג (2) 437
- 349 ברונשטיין נ' ברונשטיין, ע"א 498/79, פ"ד לד (4) 714
- 267 ברוק נ' ברוק, ע"א 316/65, פ"ד כ (2) 6
- 92, 104, 105 ברזני נ' ברזני, ע"א 410/80, פ"ד לה (2) 317
- 170, 173 ברטל נ' ברטל, ע"א 14/75, פ"ד כט (1) 810
- 99 בריוואב נ' בריוואב, המ' 421/76, פ"ד לא (1) 263
- בריקר נ' בריקר, ע"א 253/65, פ"ד כ (1) 589
- 91, 92, 125, 137, 138, 220, 221, 224, 225, 226, 227, 234, 235, 236, 241, 242, 246, 259, 262, 310 בר לוי נ' בר לוי, בר"ע 19/74, פ"ד כח (1) 726
- 94, 139, 168, 170, 171, 172, 173 בשארה נ' מנסור, ע"א 163/50, פ"ד ז 829
- 174 גבעולי נ' גבעולי, ע"א 118/80, פ"ד לד (4) 155
- 99 גוטטר נ' פרידמן, ע"א 62/50, פ"ד ז 746
- 273 גוטמן נ' בית הדין הרבני האזורי, ת"א, בג"צ 644/79, פ"ד לד (1) 443
- 106, 107, 349 גולדמן נ' גולדמן, ע"א 8/59, פ"ד יג 1085
- 84, 90, 92, 102, 103, 104, 105, 114, 183 גור נ' בית הדין הרבני, בג"צ 185/72, פ"ד כו (2) 765
- 90, 91, 93, 96, 135, 137, 139, 140, 141, 143, 157, 159, 168, 178, 300 גורובין נ' בית הדין הרבני האזורי, ת"א, בג"צ 155/65, פ"ד יש (4) 16
- 104, 105 גלבר נ' ויזל, ע"א 263/74, (לא פורסם)
- 309 גלובה נ' גלובה, ע"א 450/71, פ"ד כו (2) 574
- 147, 246, 258 גליקסברג נ' יו"ר משרד ההוצאה לפועל ת"א, בג"צ 8/48, פ"ד ב 168
- 85, 297 גנאיים נ' גנאיים, ע"א 173/72, פ"ד כו (1) 414
- 148 גרוסמן את ק.ב.ק. נ' מנהלי עזבון המנוח בידרמן, ע"א 726/71, פ"ד כו (2) 781
- 272, 302 גרין נ' גרין, ע"א 457/61, פ"ד טז 318
- 147 דבורה נ' דבורה, ע"א 496/75, פ"ד לא (2) 583
- 258, 270, 310 דגני נ' דגני, ע"א 364/62, פ"ד יז 1989
- 300 דוד נ' דוד, ע"א 677/71, פ"ד כו (2) 457
- 228, 229, 234, 246, 247, 275, 276, 279, 284, 285 דויטש נ' דויטש, ע"א 184/75, פ"ד כט (2) 525
- 106 דורנברג נ' קובלר, ע"א 67/58, פ"ע מ 68
- 185

מפתח הפסיקה

306	דן ג' היועץ המשפטי לממשלה, ע"פ 108/66, פ"ד כ (4) 253
348	דעואל נ' פטרזילקה, ע"א 73/50, פ"ד ו 599
300	דרהם נ' דרהם, ע"א 206/60, פ"ד יד 1726
174, 175	דרובנקו נ' וינטרויב, ע"א 149/51, פ"ד ו 248
230, 232, 234, 276, 283, 284, 286	דרור נ' דרור, ע"א 264/77, פ"ד לב (1) 829
105, 106, 107, 349 324 (3)	הבר נ' כית הדין הרבני הגדול לערעורים, בג"צ 661/77, פ"ד לב (3) 324
178	הווארד נ' הווארד, ע"א 102/63, פ"ד יז 747
242, 258	הווארד נ' מלמד, ע"א 400/67, פ"ד כב (1) 100
308	היסטר נ' פליישר, ע"א 170/74, פ"ד כט (1) 132
103, 114	וינטר נ' בארי, ביד"מ 1/60, פ"ד טו 1457
103	וינשטוק נ' וינשטוק, ע"א 501/64, פ"ד יט (1) 533
302	ועד הישיבות בא"י נ' מיכאלי, ע"א 11/75, פ"ד ל (1) 639
268	ורטהיימר נ' הררי, ע"א 714/79, פ"ד לד (3) 645
268	ורטהיימר נ' הררי, ד"נ 21/80, פ"ד לה (3) 253
182, 349	ויצמן נ' אברמזון, ע"א 627/78, 627, פ"ד לג (3) 295
91, 138, 220, 225, 227, 236, 237, 253, 256, 259, 276, 283	זאבי נ' זאבי, ע"א 627/70, פ"ד כו (2) 445
254	זילברשטיין נ' פלק, ע"א 73/53, פ"ד ט 57
185	זילנפרוינד נ' גרין, ע"א 592/76, פ"ד לא (1) 813
250	זנרבק נ' דנציגר, ע"א 440/75, פ"ד ל (2) 260
309	חביב נ' בנק ברקליס-דיסקונט בע"מ, ע"א 704/76, פ"ד לא (3) 243
269	חורי נ' כנען, ע"א 274/79, פ"ד לה (3) 337
303	חזום נ' קריצמן, ע"א 4/76, פ"ד לא (1) 340
101, 151	חטאר נ' בית הדין הרתי הדרוזי בחיפה, בג"צ 409/72, פ"ד כז (1) 449
300	חטב נ' חטב, ע"א 756/77, פ"ד לב (2) 470
230, 234, 262	חיימי נ' אשתר, ע"א 491+503/75, פ"ד לא (2) 589
225, 229, 230, 231	חיימי נ' חיימי, ע"א 888/76, (לא פורסם)
180	חיר נ' חיר, ע"א 92/69, פ"ד כג (2) 197
168	חכם נ' חכם, ע"א 353/65, פ"ד כ (2) 199
284	חלקה 3 בנוש 6451 נ' בן אפרים, ע"א 47/78, פ"ד לב (3) 723
94, 139, 168, 170, 171, 173	חן כליפה נ' חן כליפה, ע"א 731/72, פ"ד כח (1) 611
203	חסקין נ' חסקין, ע"א 138/74, פ"ד ל (2) 365
91, 92, 138, 220, 221, 225, 227, 268, 269, 271, 272, 273	חשש נ' דמארי, ע"א 514/76, פ"ד לא (2) 505
208, 209, 279	טירר נ' רגוזאן, ע"א 409/79, פ"ד לה (1) 458
300	יגר נ' פלביץ, ע"א 563/65, פ"ד כ (3) 244
105, 106	יהלומי נ' יהלומי, ע"א 359/75, פ"ד לא (2) 25
155	יוסיפוף נ' היועה"מ, ע"פ 112/50, פ"ד ה 481
301	יוסף נ' יוסף, ע"א 63/69, פ"ד כג (1) 804
108, 136 301	יוסף נ' יוסף, ד"נ 23/69, פ"ד כד (1) 792
273	יודי נ' בלומנפלד, המ' 799/76, פ"ד לא (1) 587
300	ינקוביץ נ' ינקוביץ, ע"א 254/76, פ"ד לא (3) 169
305	יקותיאל נ' ברגמן, ע"א 682/74, פ"ד כט (2) 757
94, 95, 174	כברה נ' כברה, ע"א 185/66, פ"ד כ (4) 864
209, 234, 247, 248, 253, 255, 264, 265, 281	כבשני נ' מנהל מס שבח מקרקעין, ע"א 388/76, פ"ד לא (3) 253
95	כהן נ' אשכנזי, ע"א 514/64, פ"ד יט (1) 696
85, 108, 297	כהן ובוסליק נ' היועץ המשפטי, ע"א 238/55, פ"ד ח 4
105	כהן נ' גלזר, ע"א 44/52, פ"ע ט 108
90, 135, 141	כהן נ' כהן, ע"א 61/71, פ"ד כה (2) 327
266, 268, 269, 271, 274	כהן נ' כהן, ע"א 690/78, פ"ד לד (2) 436

301, 347, 348	כהנא נ' כהנא, ע"א 571/69, פ"ד כד (2) 549
93, 125, 169	כליפא נ' כליפא, ע"א 407/64, פ"ד יט (2) 338
159	כליפא נ' כליפא, ע"א 28/65, פ"ד יט (2) 352
180	כרסנטי נ' הימנחא, ע"א 586/69, פ"ד כד (2) 789
85, 297	לבנון נ' אלמליח, ע"א 27/49, פ"ד ג 68
180	לוי נ' ויימן, ע"א 515/76, פ"ד לא (2) 127
300	לוי נ' לוי, ע"א 267/64, פ"ד יח (4) 119
226, 230	לוי נ' לוי, ע"א 276/78, (לא פורסם)
	לוי נ' גולדברג, ע"א 446/69, פ"ד כד (1) 813
92, 209, 221, 225, 234, 246, 253, 259, 262, 265, 275, 276, 277, 280	לוינ' נ' לוינ', ע"א 87/49, פ"ד ה 921
87, 196, 283	לוינ' נ' לוינ', ע"א 336/68, פ"ד כב (2) 944
105	ליבמן נ' ליפשיץ, ע"א 87/50, פ"ד ו 57
258	ליברמן נ' ליברמן, ע"א 630/79, פ"ד לה (4) 359
235, 236, 242, 243, 333, 337	לנגל נ' לנגל, ע"א 328/72, פ"ד כו (2) 470
168	לרר נ' סטריקובסקי, ע"א 39/55, פ"ד י 1274
125, 130	מגידו נ' "דיוור חן" חברה קבלנית לבנין בע"מ, ע"א 694/69, פ"ד כד (2) 6
250	מדינת ישראל נ' פסלר, ע"א 384/61, פ"ד טו 102
244	מדינת ישראל נ' עזבון הידנה, ע"א 307/59, 78, פ"ד יד 926
238	מוטלק נ' בית הדין הדתי של העדה היוונית קתולית בנצרת ואח', בג"צ 450/74, פ"ד כט (1) 89 643
89 643 (1)	מוציא לפועל צוואת מ' ינקובסקי נ' עזבון ל' ינקובסקי, ע"א 73/54, פ"ד י 1282
221	מורדוב נ' שכטמן, ע"א 46/74, פ"ד כט (1) 477
183	מילר נ' מילר, ע"א 100/49, פ"ד 1301
169	מזעקי נ' חדר, ע"א 422/75, פ"ד ל (1) 525
208	מזרחי נ' חוסיין, ע"א 721/68, פ"ד כג (2) 206
201, 206, 207, 208, 209	מזרחי נ' מזרחי, ע"א 425/63, פ"ד יח (1) 325
106	מזרחי נ' מזרחי, ע"א 358/64, פ"ד יח (4) 523
168	מחזיל נ' מחזיל, בג"צ 106/79, פ"ד לד (1) 825
86, 111	מסטוף נ' מסטוף, ע"א 633/71, פ"ד כו (2) 569
225, 236, 275, 276, 279, 281, 284	מרדכי נ' מרדכי, ע"א 288/71, פ"ד כו (1) 393
94, 186, 284	מרום נ' מרום, ע"א 401/66, פ"ד כא (1) 673
86, 98, 102	מרחב נ' שרלין, ע"א 664/71, פ"ד כו (1) 701
300	מרכז וולובלסקי, נ' מרכז החרש והאומן, ע"א 280/59, 272, פ"ד יד 2101
175	(ה)נאמן לנכסי שותפות "שאר" ושות' נ' היועץ המשפטי, ע"א 71/64, פ"ד יח (3) 163, 164 350
163, 164 350 (3)	נאווי נ' בית הדין הרבני הגדול לערעורים, בג"צ 23/76, פ"ד ל (2) 514
105, 106	נאצר נ' בית הדין הרבני, בג"צ 128/72, פ"ד כו (2) 403
89	ניר נ' ניר, ע"א 458/79, פ"ד לה (1) 518
170	נציה נ' נציה, ע"א 490/77, פ"ד לב (2) 621
294, 302, 303	נתובין נ' נתובין, ע"א 508/70, פ"ד כה (1) 603
300	סבירסקי נ' סבירסקי, ע"א 529/76, פ"ד לא (2) 233 247, 259 233
92, 225, 227, 228, 229, 231, 232, 247, 259 233 (2)	טיגלוב נ' קואפרטיב עציון, ע"א 392/65, 382, פ"ד כ (1) 442
254, 259	טידיס נ' יו"ר ההוצל"פ, ירושלים, ביד"מ 1/50, פ"ד ח 1020
	84, 85, 86, 87, 90, 91, 134, 135, 139, 243, 325
84, 85, 86, 87, 90, 91, 134, 135, 139, 243, 325	טידיס נ' טידיס, ביד"מ 1/55, פ"ד יב 1121
86, 87, 124, 130, 145, 147	טידיס נ' הנשיא וחברי בית הדין הרבני הגדול, בג"צ 202/57, פ"ד יב 1528
90, 135, 136, 138, 150 1528	סייג נ' אזולאי, ע"א 485/70, פ"ד כה (2) 62
169	סיידוף נ' סיידוף, ע"א 211/47, פ"ד ב 555
168	סיני נ' מנהל העזבון הזמני של סיני, ע"א 145/65, פ"ד יט (4) 403
176, 179, 180	סלי נ' עזבון שפר, ע"א 679/76, פ"ד לב (2) 785
309	סנסור נ' הקונסוליה הכללית של יוון, ע"א 347/71, פ"ד כו (2) 328
151	סעיד נ' יפה, ע"א 415/79, תקציר טו 199
231	

מפתח הפסיקה

141, 173	ספורטה נ' ספורטה, ע"א 13/78, פ"ד לב (2) 709
227, 236, 246, 282, 283	ספיר נ' אשר, ע"א 14/74, פ"ד כח (2) 153
270	עובדיה נ' אדרבי, ע"א 774/75, פ"ד ל (3) 533
254	עזבון המנוח זיכרט נ' בית ונחלה בע"מ, ע"א 136/50, פ"ד ח 958
258	עזבון המנוח הורוביץ נ' החברה להתישבות היהודים בא"י (פיק"א), ע"א 362/58, פ"ד יג 1645
185	עזבון משיח נ' משיח, ע"א 64/65, פ"ד כ (1) 126
175	עזבון שפטלס נ' שפטלס, ע"א 60/64, פ"ד יח (4) 783
247, 265	עמישי נ' עמישי, ע"א 234/79, פ"ד לד (2) 332
276	עמרני נ' זמיר, ע"א 67/69, פ"ד כג (1) 815
272	פוקס נ' בייטנר, ע"א 106/55, פ"ד יא 39
255	פיאד נ' האפורופוס לנכסי נפקדים, ע"א 170/66, פ"ד כ (4) 433
238, 254	פיין נ' אפל, כר"ע 150/69, פ"ד כג (2) 615
325	פילוסוף נ' "תעוז", ע"א 293/72, פ"ד כז (2) 535
99	פיינברג נ' פיינברג, ע"א 213/77, 296, פ"ד לא (3) 831
168, 170, 173	פלוגי נ' פלוגית, ע"א 661/75, (טרם פורסם) תקציר יא 18-19
250	פלוגי נ' פלוגיות, ע"א 545/77, פ"ד לב (3) 393
106	פלוגית נ' פלוגי, ע"א 13/66, פ"ד כ (2) 512
300	פלוגית נ' אלמוני, ע"א 326/73, פ"ד כח (2) 612
92, 226, 246	פלוגית נ' פלוגי, ע"א 111/75, (טרם פורסם) תקציר יא 38
300	פלמונית נ' אלמוני, ע"א 614, 625/76, פ"ד לא (3) 85
302	פלדמן נ' פלדמן, ע"א 603/65, פ"ד כ (2) 465
302	פלדמן נ' פלדמן, ד"נ 14/66, פ"ד כ (4) 693
103, 104, 105	פלדמן נ' פלדמן, ע"א 139/75, פ"ד ל (1) 263
99	פלטיאל נ' פלטיאל, ע"א 241/57, פ"ד יג 599
91, 138, 220, 225, 228, 229, 231, 232, 236, 246, 247	פנונו נ' פנונו, ע"א 66/73, פ"ד כט (2) 181
250	פסטרנק נ' חברת יוסף לוי פתח תקוה בע"מ, ע"א 651/72, פ"ד כח (1) 617
151	פקיד השומה נ' אריסון, ע"א 282/73, פ"ד כח (1) 789
283	פרגמן נ' בוים, ע"א 138/58, פ"ד יג 701
258	פרדס כחסכוני בע"מ נ' לופו, ע"א 144/70, פ"ד כד (2) 372
208	פרמינסקי נ' סנדרוב, ע"א 541/74, פ"ד כט (2) 253
221, 224, 232, 234, 263	פרנקל נ' פרנקל, ע"א 528/76, (טרם פורסם) תקציר יא 356-355
321, 325	פרק נ' מנהל מס עזבון, ע"א 447/61, פ"ד טז 85
106	צברי נ' צברי, ע"א 423/79, פ"ד לה (4) 242
180	צינקי נ' כיאט, ע"א 96/50, פ"ד ה 474
105	צפניה נ' צפניה, ע"א 164/71, פ"ד כו (1) 515
270	קאדרי נ' מסדר האחיות צ'רלס הקדוש, ע"א 235/75, פ"ד ל (1) 800
174	קאופמן נ' מרגינס, ע"א 150/50, פ"ד ו 1005
255	קוד בע"מ נ' תל חנן, חברה לאחסנה ומסחר בע"מ, ד"נ 15/70, פ"ד כו (1) 36
85, 120	קוטיק נ' וולפסון, ע"א 26/51, פ"ד ה 1341
98, 321	קורונל נ' קורונל, ע"א 625/73, פ"ד כט (2) 259
270	קפולסקי נ' גני גולן בע"מ, ע"א 649/73, פ"ד כח (2) 291
265	קרוליק נ' עזבון פנחס, ע"א 306/78, פ"ד לג (1) 496
180	קרושבסקי נ' עיריית תל-אביב, בג"צ 45/71, פ"ד כה (1) 792
223, 225, 226, 243, 245, 262	ראבי נ' ראבי, ע"א 77/77, פ"ד לג (1) 729
250	רבינאי נ' מן שקד בע"מ (בפירוק), ע"א 158/77, פ"ד לג (2) 281
174	רבינוביץ נ' ארגש, ע"א 477/67, פ"ד כב (1) 309
88	רבני נ' רבני, ע"א 386/78, פ"ד לג (3) 591
186, 284	רובינשטיין ושות' חברה קבלנית בע"מ נ' פיין, ע"א 319/74, פ"ד ל (1) 454
169, 176, 179	רובננקו נ' רובננקו, ע"א 450/62, פ"ד יז 1883
224, 227, 228, 229, 234, 235, 246	רווה נ' מסעוד, ע"א 713/74, פ"ד כט (2) 831
87, 110	רוזנבאום נ' רוזנבאום, ע"א 376/46, פ"ד כ 235

86, 111	רוזנבאום נ' רוזנבאום, ביד"מ 1/49, פ"ד ז 1037
176, 179	רוזנבוים נ' וקסמן, המ' 491/60, פ"ד יד 2562
105	רוזנהיים נ' רוזנהיים, ע"א 190/55, פ"ד י 903
273	רוזנוקס נ' הוטרר, ע"א 188/76, פ"ד לא (1) 382
93, 103, 104, 105, 140 337 (3)	רייזיק נ' בית הדין האזורי, פתח תקוה, בג"צ 127/64, פ"ד יח (3)
90, 135, 141, 300	רינת נ' רינת, ע"א 426/65, פ"ד כ (2) 21
272	ריעס נ' פורר, ע"א 516/65, פ"ד כ (3) 488
180	רכטר נ' מנהל מס עזובון, ע"א 346/62, פ"ד יז 701
292	רמט בע"מ נ' פויגל קונקריט (ישראל) בע"מ, ע"א 664/76, פ"ד לב (1) 188
163	רפפורט נ' רפפורט, ע"א 152/71, פ"ד כו (1) 253
99, 105, 106, 107	שבטי נ' שבטי, ע"א 866/75 (לא פורסם)
105	שבצניק נ' ברגר, ע"א 344/64, פ"ד יט (1) 288
234, 236, 309	שוורץ נ' שוורץ, ע"א 221/75, פ"ד לא (2) 33
259	שטרן נ' חברת חלקה 36 בגוש 6127 בע"מ, ע"א 528/66, פ"ד כא (2) 342
259	שטרן נ' שטרן, ד"נ 30/67, פ"ד כב (2) 36
828 (1) לה	שירותי תחבורה ציבוריים באר שבע נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים, בג"צ 59/80, פ"ד לה (1) 828
182, 349, 350	
163	שכטר נ' הנאמן בפש"ר של שכטר, ע"א 111/60, 106, פ"ד טו 173
160	שלוסר נ' כץ, ע"א 281/61, פ"ד טו 2329
170	שלטון נ' שלטון, ע"א 235/77, פ"ד לא (3) 755
161, 162, 164	שפי נ' שפיץ, ע"א 22/55, פ"ד ט 1077
242, 255, 283	שצקי נ' סידר, ע"א 592,605/79, פ"ד לה (4) 402
283	שרגאי נ' שרגאי, ע"א 198/73, פ"ד כט (1) 159
348	שר האוצר נ' צור שלום בע"מ, ע"א 328/60, פ"ד טו 38
305	שרון נ' ליבוב, ע"א 155/73, פ"ד כח (2) 673
257, 278	שרייבר נ' גולדמן, ע"א 567/70, פ"ד כה (2) 665
348	ששון נ' ששון, ע"א 348/58, פ"ד יג 2069
172, 177, 180	ששון נ' ששון, ע"א 47/64, פ"ד יח (4) 235
208	תשובה נ' פריג, ע"א 225/78, פ"ד לג (1) 218

**פסקי דין של בתי המשפט המחוזיים**

136	אקרמן נ' אקרמן, ת"א 1098/61, פ"מ לא 151
95	בורשטיין נ' בורשטיין, בר"ע (ת"א) 2947/80, פ"מ תשמ"א 2, 21
86	בר שירה נ' ורניקוב, ת"א 430/51, פ"מ כג 379
107	גוטהלף נ' גוטהלף, תמ"א (ת"א) 2154/79, פ"מ תשמ"ב 1, 213
221	הורביץ נ' "השריון", המ' 2048/55, פ"מ יב 35
220, 234	הורנשטיין נ' ציון חברה לביטוח בע"מ, המ' 5172/58, פ"מ כא 122
263	הרוזי נ' הרוזי, ע"א (ת"א) 294/73, פ"מ תשל"ה 1, 415
94, 172, 186	ורון נ' ורון, ע"א (חי) 112/75, פ"מ תשל"ו 2, 120
85, 134	זילברשטיין נ' זילברשטיין, ת"א 367/49, פ"מ ג 136
283, 285, 341	לוי נ' לוי, ה"פ (ת"א) 742/78, פ"מ תשל"ח 2, 60
208	מוחמד נ' ליבהרדט, ת"א (ת"א) 3226/71, פ"מ תשל"ו 2, 123
94, 186	פרורמן נ' פרורמן, ע"א 191/79 (טרם פורסם)
302	צור נ' היועץ המשפטי, המ' 2180/75, פ"מ תשל"ז 2, 400
321	קיאני נ' קיאני, ת"א 1982/54, פ"מ יב 316
148	קלימר נ' ברקוביץ, ת"א 496/79, פ"מ תש"ס 2, 299
50	רטר נ' רטר, ת"א 2529/60, פ"מ כז 312
161	שלהב נ' שלהב, ת"א (חי) 254/70, פ"מ עז 96
301	שפירא נ' שפירא, המ' (ת"א) 804/72, פ"מ פ 213



**פסקי דין של בתי דין רבניים (לפי מספרי התיקים)**

332, 331, 329	תיק 1/12/704, אוסף פסקי דין של הרבנות הראשית לארץ ישראל (בעריכת ז' ורהפטיג) (להלן: אוסף ורהפטיג) לח
329	תיק 1/16/704, אוסף ורהפטיג לט
332, 331, 330, 329	תיק 1/51/704, אוסף ורהפטיג נא
332, 331, 330, 329	תיק 1/6/705, אוסף ורהפטיג עב
332, 331, 330, 329	תיק 1/30/705, אוסף ורהפטיג פג
331, 329	תיק 1/43/705, אוסף ורהפטיג ק
332, 331, 329	תיק 1/24/707, אוסף ורהפטיג קנז
187	תיק 1/32/707, אוסף ורהפטיג קנח
173, 168	תיק תשי"ב/2921, פד"ר א 239
126, 125	תיק תשי"ב/3519, פד"ר א 113
332, 331, 330, 329, 146	תיק ב/תשי"ד/90, פד"ר א 129
178	תיק תשי"ד/252, פד"ר א 65
349	תיק תשי"ד/1064, פד"ר א 257
178, 159, 157	תיק ערעור תשט"ז/107, פד"ר ב 233
173	תיק ערעור תשט"ז/104, פד"ר ב 321
205	תיק ערעור תשט"ז/143, 122, פד"ר ב 289
130	תיק ערעור תשט"ז/153, פד"ר ב 97
301	תיק תשי"ז/283, פד"ר ב 220
187, 129	תיק תשי"ז/1503, פד"ר ב 337
169, 168	תיק תשי"ז/4273, פד"ר ב 278
331, 187	תיק ערעור תשי"ח/10, פד"ר ג 65
301	תיק ערעור תשי"ח/167, פד"ר ג 208
136	תיק ערעור תשי"ט/67, פד"ר ד 97
177, 170, 50	תיק ערעור תשי"ט/138, פד"ר ג 299
147	תיק ערעור תשי"ט/833, פד"ר ג' 188
147, 136, 131	תיק ערעור תש"ך/154, פד"ר ד 148
126	תיק ערעור תשכ"א/116, פד"ר ד 193
126	תיק ערעור תשכ"ב/68, פד"ר ד 289
126	תיק תשכ"ב/563, פד"ר ה 124
147, 136, 129	תיק ערעור תשכ"ג/29, פד"ר ה 9
129	תיק ערעור תשכ"ג/181, פד"ר ה 164
147, 146	תיק תשכ"ד/332, פד"ר ו 27
124, 122	תיק ערעור תשכ"ה/34, פד"ר ה 353
126	תיק ערעור תשכ"ה/47, פד"ר ה 258
136	תיק ב/תשכ"ה/2021, פד"ר ה 279
329	תיק ערעור תשכ"ז/109, פד"ר ז 111
147	תיק ערעור תש"ל/172, פד"ר ח 275
332, 329	תיק ערעור תשל"ב/404, פד"ר ט 149
332, 329	תיק ערעור תשל"ג/12, פד"ר ט 152
222, 147, 146	תיק תשל"ג/925, פד"ר י 82
107, 104	תיק ערעור תשל"ה/218, תשל"ו/290, פד"ר י 310
187, 104	תיק תשל"ו/791, פד"ר י 209
222, 148	תיק ערעור תשל"ז/85, פד"ר י 331
50	תיק תשמ"א/3399, (טרם פורסם)

## פסקי דין זרים

### פסקי דין אנגליים

<i>Appleton v. Appleton</i> [1965] 1 All E.R. 44	214, 215
<i>B v. B</i> [1978] 2 W.L.R. 160	171
<i>Bedson v. Bedson</i> [1965] 2 Q.B. 666	216
<i>Bendall v. McWhirter</i> [1952] 2 All E.R. 1307	176
<i>Browne v. Pritchard</i> [1975] 3 All E.R. 721	34
<i>Button v. Button</i> [1968] 1 W.L.R. 457	25
<i>Cantliff v. Jenkins</i> [1978] 1 All E.R. 836	171
<i>Cobb v. Cobb</i> [1955] 2 All E.R. 696	186, 213
<i>Cooke v. Head</i> [1972] 2 All E.R. 38	216, 246
<i>Cowcher v. Cowcher</i> [1972] 1 All E.R. 943	216, 218, 219, 252
[ <i>Re</i> ] <i>Cummins v. Thompson</i> [1971] 3 All E.R. 782	218
<i>Cuzner v. Underdown</i> [1974] 2 All E.R. 351	33
<i>Davis v. Johnson</i> [1978] 1 All E.R. 1132	171
<i>De Nicols v. Curlier</i> [1900] A.C. 21	110
<i>Dunford v. Dunford</i> [1980] 1 All E.R. 122	25
<i>Errington v. Errington</i> [1952] 1 All E.R. 149	176, 181
<i>Falconer v. Falconer</i> [1970] 3 All E.R. 449	216, 217, 218
<i>Fribance v. Fribance</i> [1957] 1 All E.R. 357	213, 214
<i>Gissing v. Gissing</i> [1969] 1 All E.R. 1043	213
<i>Gissing v. Gissing</i> [1970] 2 All E.R. 780	215, 216, 218, 252
<i>Gurasz v. Gurasz</i> [1969] 3 All E.R. 822	171, 177
<i>Halden v. Halden</i> [1966] 1 W.L.R. 1481	172
<i>Hanlon v. Hanlon</i> [1978] 2 All E.R. 889	25
<i>Hargrave v. Newton</i> [1971] 3 All E.R. 866	218
<i>Hardwick v. Johnson</i> [1978] 1 W.L.R. 683	181
<i>Harnett v. Harnett</i> [1974] 1 All E.R. 764	33
<i>Hazell v. Hazell</i> [1972] 1 All E.R. 923	218
<i>Heseltine v. Heseltine</i> [1971] 1 All E.R. 952	217
<i>Huntington v. Attrill</i> [1893] A.C. 150	111
<i>Hussey v. Palmer</i> [1972] 1 W.L.R. 1286	260
<i>In the Estate of Maldonado</i> [1954] P. 233	111
<i>Jansen v. Jansen</i> [1965] 3 All E.R. 363	214
<i>Jones v. Challenger</i> [1961] 1 Q.B. 176	188
<i>Jones v. Maynard</i> [1951] 1 All E.R. 802	213
<i>Kokosinski v. Kokosinsky</i> [1980] 3 W.L.R. 55	65
<i>Kowalczyk v. Kowalczyk</i> [1973] 2 All E.R. 1042	218
<i>Lee v. Lee</i> [1952] 1 All E.R. 1299	172

מפתח הפסיקה

<i>Leroux v. Brown</i> [1852] 12 C.B. 801	111
<i>Middleton v. Baldock</i> [1950] 1 K.B. 657	175
<i>Minton v. Minton</i> [1979] 1 All E.R. 79	25
<i>National Provincial Bank Ltd. v. Ainsworth</i> [1965] A.C. 1175	172, 176, 217
<i>Nixon v. Nixon</i> [1969] 3 All E.R. 1133	218
<i>Nokes v. Doncaster Amalgamated Collieries, Ltd.</i> [1940] A.C. 1014	151
<i>Ocean Steamship Co. Ltd v. Queensland State Wheat Board</i> [1941] 1 All E.R. 158	98
<i>Old Gate Estates Ltd. v. Alexander</i> [1950] 1 K.B. 311	175
<i>Ogden v. Ogden</i> [1908] P. 46	111
<i>Pettitt v. Pettitt</i> [1969] 2 All E.R. 385	214, 215, 216, 252
<i>Rawlings v. Rawlings</i> [1964] P. 398	188
<i>Rimmer v. Rimmer</i> [1952] 2 All E.R. 863	213, 214, 217
[Re] <i>Rogers' Question</i> [1948] 1 All E.R. 328	213
<i>Samson v. Samson</i> [1960] 1 All E.R. 653.	310
<i>Silver v. Silver</i> [1958] 1 All E.R. 523	310
<i>Smith v. Baker</i> [1970] 2 All E.R. 826	218
[Re] <i>Solomon</i> [1967] Ch. 573	188
<i>Tarr v. Tarr</i> [1972] 2 All E.R. 295	170
<i>Trippas v. Trippas</i> [1973] 2 All E.R. 1	66
<i>Ulrich v. Ulrich</i> [1968] 1 All E.R. 67	213
<i>Vaughan v. Vaughan</i> [1953] 1 All E.R. 209	177
<i>W v. W.</i> [1951] 2 T.L.R. 1135	308
<i>Wachtel v. Wachtel</i> [1973] 1 All E.R. 829	25, 33, 66
<i>Wilson v. Wilson</i> [1963] 1 W.L.R. 601	216

פסקי דין קנדיים

<i>Fiedler v. Fiedler</i> [1975] 55 D.L.R. (3d) 397	60
<i>Murdoch v. Murdoch</i> [1975] 1 S.C.R. 423	60, 219, 260
<i>Pettkus v. Becker</i> 117 D.L.R. (3d) 257 [1980]	60, 260
<i>Rooney v. Rooney</i> [1969] 68 W.W.R. 641 (Sask. 1969)	60
<i>Weisgerber v. Weisgerber</i> [1969] 71 W.W.R. 461 (Sask. 1969)	60
<i>Rathwell v. Rathwell</i> 83 D.L.R. (3d) 289 (1978)	260

פסקי דין אמריקאיים

<i>Cearley v. Cearley</i> 544 S.W. 2d 661 (1976)	42
<i>Chalmers v. Chalmers</i> 320 A. 2d 478 (1974)	31
<i>Diflorido v. Diflorido</i> 331 A. 2d 174 (1975)	238
<i>Doe v. Doe</i> 314 N.E. 2d 128 (1974)	49
<i>Eisenstadt v. Baird</i> 405 U.S. 438 (1972)	7
<i>French v. French</i> 112 P. 2d 235 (1941)	42
<i>Griswold v. Connecticut</i> 381 U.S. 479 (1965)	6
<i>In Re Marriage of Eastis</i> 120 Cal. Rep. 2d 861 (1975)	344
<i>In Re marriage of Brown</i> 544 P. 2d 561 (1976)	42
<i>Janke v. Janke</i> 366 N.Y.S. 2d 910 (1975)	60
<i>M. v. M.</i> 321 A. 2d 115 (1974)	6
<i>Marvin v. Marvin</i> 557 P. 2d 106 (1976)	246
<i>Menheim v. Menheim</i> 310 N.Y.S. 2d 1017 (1970)	238, 239
<i>Menheim v. Menheim</i> 302 N.Y.S. 2d 473 (1969)	239
<i>Norris v. Norris</i> 307 N.E. 2d 181 (1974)	60

<i>Painter v. Painter</i> 320 A. 2d 484 (1974) .....	31
<i>Pinkowski v. Pinkowski</i> 226 N.W. 2d 518 (1975) .....	42
<i>Planned Parenthood of Central Missouri v. Danforth</i> 428 U.S. 52 (1976) .....	6, 50
<i>Ramsey v. Ramsey</i> 535 P. 2d 53 (1975) .....	42
<i>Scherzer v. Scherzer</i> 346 A. 2d 434 (1975) .....	32
<i>Stegeman v. Smith</i> 232 N.E. 2d 310 (1967) .....	238
<i>White v. White</i> 347 A. 2d 360 (1975) .....	42
<i>Wirth (Fischer) v. Wirth</i> 326 N.Y.S. 2d 308 (1971) .....	60

## מפתח העניינים

- עילות 72, 76, 354  
 [ו]פיצויים לאשה בעת הגירושין  
 340, 337-335  
 כהשלמת האיוון  
 350  
 כתרופה עד למועד האיוון  
 צדדים שלישיים (ראה גם יחסי ממון, במהלך  
 הנישואין) 36, 72, 73, 78, 314, 315, 341  
 עדיפות הנושים על בן-הזוג 291-292,  
 341  
 שיקול דעת בית המשפט 55-58, 77, 78,  
 340, 347, 352-357  
 אורח חיים 354  
 דחייה מכוונת של האיוון 352-354  
 הפרדה בפועל 353  
 התנהגות הצדדים 32-34, 55, 354, 357  
 משך נישואין 354  
 ניצול רכוש האיוון 353  
 סוגי נכסים 353, 354  
 שקילת כלל הזכויות 354, 355  
 תרומת בני-הזוג 32, 55, 353  
 תום לב בביצוע האיוון 348-350, 353  
 תחולתו (ראה גם יחסי ממון, היקף תחולתו)  
 212, 299, 339  
 אשה (ראה גם [חוק] שיווי זכויות האשה)  
 זכויות כלפי הבעל  
 כדין העברי 122, 123, 320, 322  
 בנכסים 157-158, 164-166, 300  
 כשרות משפטית 13, 123, 131, 132, 133,  
 134  
 נושאת ונותנת בתוך הבית 161, 162-163,  
 195, 196, 200, 203, 204-207  
 [ב]עבודה 14, 15, 16  
 עקרת בית, שכר 39, 360-361  
 רכושה  
 ניהול 13, 14, 122, 128-134, 178  
 שימוש על-ידי הבעל (ראה גם [חוק])  
 שיווי זכויות האשה) 137-141, 152,  
 220, 300, 360  
 אשמה  
 [ב]גירושין 8, 27, 28, 124, 356  
 [לשם] הסדר רכוש 29, 30, 31, 32, 33,  
 34, 123, 124, 148, 356, 357  
 אומדנא 125, 126, 127, 222  
 [תקנת] אושא 130, 135  
 איוון משאבים (ראה גם יחסי ממון)  
 אובליגטורי 150, 286, 291, 307, 311,  
 341, 342  
 אופנו 71-73, 76, 77, 78, 342-343, 353  
 אשמה 76, 356-357  
 ביקורת 77-79, 312  
 [ו]דיני גירושין 346-351  
 הבטחתו 158, 189-190, 192, 300, 311,  
 312-315, 351  
 הגנתו בנויקין 314-315, 340  
 [ו]הלכת השיחוף 286-294, 307  
 [איוון] הפסדים 343-345  
 הרחבת כסיס... 73, 315  
 חובות  
 אחריות ל... (ראה יחסי ממון, במהלך  
 הנישואין)  
 כתובה כ... 327, 328  
 נכונים 342  
 [כ]חווה 110-111, 339, 340, 348-350  
 [ב]מהלך הנישואין (ראה גם יחסי ממון) 346,  
 341, 78, 76, 72-77, 291, 341  
 מועד מימושו 71-72, 76, 342-346, 342,  
 342, 351  
 נכסים 38, 150-151, 237, 342-345, 353  
 אישיים 73, 74, 315  
 ביטוח חיים 41, 43  
 הישגים 335  
 השבחת נכס על-ידי נכס 72, 75, 77,  
 353  
 זכות בלתי עבירה 75  
 חוב עתידי 354  
 ירושה 342, 347  
 כושר השתכרות 24, 43, 56, 74, 335  
 כתובה 326-328, 355-356  
 [שנרכשו ב]מהלך הנישואין 73, 342  
 מיווג נכסים 74, 75  
 מתנה 73, 342  
 עליית ערך נכסים 74, 342  
 פיצויי נזיקין 74  
 פנסיה 41-43, 56, 64, 73, 335  
 שבח נכסים 73, 74  
 תחלוף חפצי 74

- הלכת השיתוף 127-125, 223-222, 298-296  
 חוק יחסי ממון 149-156  
 [חוק ה]ירושה 325  
 כתובה 324-328, 356-355  
 מתנות הבעל לאשה 147-148  
 נכסי צאן ברזל 144-146  
 פיצויים לאשה בעת הגירושין 334-337  
 שעבוד נכסי הבעל 164-166  
 היקף תחולתו 159-160  
 בבית המשפט 88, 108, 120  
 מעמד אישי מוגנים 111  
 [נ]צדדים שלישיים 88, 160-166, 196, 205  
 צמצומו 134-141, 220  
 קליטתו 154  
 קלסיפיקציה 111  
 דינא דמלכותא דינא 126-127  
 הלכת השיתוף (ראה גם שיתוף נכסים)  
 אורח חיים תקין (ראה תנאיה)  
 [ו]איזון משאבים 286-294, 307  
 אפיונה 212, 221, 222, 223, 226, 249, 257, 259, 265, 293, 296, 298  
 אשמה 286, 297  
 הגדרתה 224-227  
 הסכם 224, 225  
 [כ]הסכם מכללא (ראה מקורה העיוני, חוזים)  
 חובות, אחריות ל... 275-281  
 אופן 279  
 בין בנייהזוג 276  
 היקפה 279-281  
 חזקת שיתוף בחובות 275, 277, 280  
 ישירה כלפי הנושים? 277-279, 281  
 נפרדים 276, 277  
 חזקת השיתוף 224-227, 228, 251, 266, 267  
 גוברת על חזקת הרישום 260, 274  
 חזקת שליחות 209, 252-254  
 [לאור] חוק יחסי ממון 149, 288-290, 294-296  
 ידועים בציבור 244-246  
 כללי 212, 223, 226-225, 244, 249, 251, 257, 259, 265, 275, 280, 284, 286, 287, 291, 296-298  
 מאמץ משותף (ראה תנאיה)  
 מוסלמים 243-244  
 מקורה העיוני  
 חוזים 225, 226, 231, 232, 243, 244, 245, 249-252, 253, 261, 282, 285, 287  
 יושר (ראה נאמנות)  
 מתנה 257-258
- פרשנות דין טריטוריאלי המופנה לבית הדין 89, 108  
 ביטוח חיים 41, 43  
 בית דין דתי (ראה גם סמכות) 5, 50, 51, 89, 108, 135, 136, 298, 299  
 בית המגורים (ראה גם מדור; סמכות) בחירתו 178  
 בעלות משותפת  
 [מכות] הלכת השיתוף 179, 186, 231, 242, 255  
 [ב]גירושין 187-188  
 זכות קדימה 95, 186, 187  
 מדור 174, 186  
 פירוק שיתוף 94, 172, 186, 187, 188, 284  
 שימוש 185, 187-188  
 דיירות מוגנת 174-175, 186-187  
 הגנתו 10, 41, 77, 167, 191-194  
 הסדר, הצעה ל... 190-191, 192-194, 359-360  
 חזקה 171, 172, 175  
 עסקאות, הגבלתן 72, 172, 186, 188-190, 314  
 שימוש 94, 170, 171, 172, 186  
 שיתוף, הצעות ל... 190-191  
 בית משפט (ראה גם סמכות) 49-51, 55-58, 88, 108  
 בית עסק 95, 186, 187  
 בנייהזוג (כללי)  
 איזון 18  
 חירותם 7  
 חלוקת תפקידים 17, 18  
 [כ]יחידים 7  
 שוויון 7, 18, 19  
 גירושין  
 [ו]איזון משאבים 346-351  
 אשמה 8, 27, 28, 124, 356  
 [כ]הגנה על האשה 27  
 השגתן 8, 10, 15, 16  
 גימלה (ראה פנסיה)  
 גרם הפרת חוזה  
 איזון משאבים 314-315, 340  
 דין אישי (ראה גם עניני נישואין) 88, 120, 148, 159, 196, 205, 211, 222, 299-301, 308  
 [ו]דין אורחי, התאמה 140-141, 148-149, 159-160, 163, 164, 222, 223, 249, 302, 319, 325, 355

מפתח העניינים

- בשיתוף קניני רגיל 276, 284, 285  
 [כלפי] צד שלישי (ראה גם חובות, אחריות ל...) 257  
 התחייבותו כלפי בן-זוג 274  
 מנהל מס עזבון 247-248, 262, 264, 265  
 נאמן בפש"ד 262, 263, 264  
 נושים 262, 263, 264, 265, 291  
 פסק דין בין בני-זוג כמשפיע על... 264-265  
 עסקה עם... בנכס שיתוף 253-257, 281, 278-277, 275, 264, 262  
 צידוקה המשפטית 137, 138, 220-223  
 בדין העברי 125-127, 222-223  
 במשפט המקובל 213, 221  
 תחולתה 243-244, 294-296  
 לאור חוק יחסי ממון 294-296  
 על בני-זוג הכפופים לאיזון משאבים 286-294, 307  
 תנאיה  
 אורח חיים תקין 227, 228-230, 231, 232, 249-252  
 מאמץ משותף 227, 229, 230-233, 234, 235, 236, 237, 241, 247, 251, 252, 257  
 הסדר התידינות בין בני-זוג 183, 187  
 הסדר רכוש  
 להשגת תכלית חברתית וכלכלית 16, 40, 62  
 קבוע או גמיש 55-58  
 הסכם ממון  
 הגדרה 182, 289, 303  
 הסכם מזונות כ... 304  
 הסכמי משפחה אחרים כ... 304  
 זכות במהלך הנישואין 306  
 חוזי 52-54, 301, 302, 306  
 אישור בית המשפט 302-303  
 רישום 35, 53  
 שינוי 53, 302  
 [תחולת דיני ה]חוזים על... 349-350  
 [וחוק ה]ירושה 305-307  
 כתובה כ... 143-144, 304-305  
 סטוטורי 52-54, 306  
 ביצועו בתום לב 349-350  
 השלמתו 349  
 סמכות (ראה גם סמכות)  
 [ו]פיצויים לאשה בעת הגירושין 335, 336  
 תיקונו 336  
 [צו] הפרדה 173  
 הפרדת רכוש 9, 10, 11, 15, 16, 20, 37, 45, 60, 61, 62, 211, 213, 220, 222, 223  
 נאמנות 231, 252, 258-261, 262, 266, 270, 274  
 שותפות 273, 274-275, 278  
 שליחות 252, 253, 271  
 משפט בינלאומי פרטי (ראה משפט בינלאומי פרטי)  
 [ב]משפט המקובל 213-218  
 ניהול (ראה גם [כלפי] צד שלישי) 263, 281-283  
 בן-זוג המנהל כנאמן 282  
 מתן חשבונות 283  
 בשיתוף קניני רגיל 282, 284  
 בתום לב ובדרך מקובלת 282  
 נכסים (ראה גם שיתוף נכסים, נכסים: איזון משאבים, נכסים)  
 בית מגורים 231, 233, 242, 255  
 דמי מפתח 233  
 זכות לעומת ציפיה 268  
 חשבון בנק משותף 309  
 ירושה 236, 237, 239, 243  
 כללי 224, 231  
 [ב]מהלך הנישואין 233-235, 236, 241  
 מועד תשלום התמורה 235, 236  
 מיווג נכסים 241, 242  
 מיטלטלי משק הבית 213, 220, 222, 231, 238-239, 242  
 מקרקעין 266, 267-274  
 [נכסי] משפחה 213, 215, 216, 217, 242-243  
 מתנה 236, 237-239  
 נפרדים 234, 236, 241, 242, 309  
 עסקים 218, 224, 231, 233, 242-243  
 פוליסות ביטוח 236  
 פירות נכסים 234, 263  
 שנרכשו בעת תחולת דין מושב זר 240-241  
 תוספות והשבחות במהלך הנישואין 235  
 תחלוף חפצי 236, 241-242  
 סיווג (אובליגטורית או קנינית) 255, 262-267, 268, 273-274  
 סיומה 247-248, 285  
 יתור 281, 248-247  
 סמכות (ראה עניני נישואין, הלכת השיתוף)  
 סתירתה 231, 232, 242, 243, 246-248  
 הודאה 247-248  
 פירוק השיתוף 263, 264, 275, 276, 283-285  
 [ה]אופן, כמכלול שלם 276, 279, 284  
 דרך ההתחשבות 279, 280  
 מועדו 285, 291  
 עילוחיו 285

- כתובה 144, 300, 304-305, 326, 328, 355, 356
- ענין שהחוק דן בו 108, 152-156, 335
- פיצויים לאשה בעת הגירושין 334-337
- היקף תחולתו 108, 109, 152, 212, 294-296, 299, 339
- הסכם ממון (ראה הסכם ממון)
- הפרדה רכושית במהלך הנישואין 149-
- 152, 166, 288-290, 307-311, 313, 314
- אמצעים להבטחת האיוון (ראה איוון משאבים, הבטחתו)
- חשבון בנק משותף 309
- מיטלטלי משק הבית 309
- מתנות 309-311
- פשיטת רגל 311
- ידועים בציבור 302
- (ב)מהלך הנישואין
- הבטחת הזכות (ראה איוון משאבים, הבטחתו)
- הפרדה רכושית (ראה הפרדה רכושית)
- חובות, אחריות ל... 36, 37, 341, 343, 344
- ניהול (ראה גם הפרדה רכושית) 71-73
- משפט בינלאומי פרטי (ראה משפט בינלאומי פרטי)
- עקרונות 307, 312, 313, 358, 359
- צדדים שלישיים (ראה איוון משאבים)
- ירושה**
- הסכם ירושה והסכם ממון 305-307
- חובות העובד 281
- הזכות לאיוון משאבים 341
- חזקת השיתוף לאחר פטירה 247-248
- חלוקת נכסי עובד 64
- יורש אחר יורש
- הבטחת הזכות 314
- כתובה 325, 328
- מדור מן העובד 163, 170
- נכסי עובד
- פירות נכסים 234
- צוואה
- העברת נכס בנגוד להוראותיה 314
- כושר השתכרות 24, 43, 56, 64, 74, 335
- כתובה**
- הבטחתה 123, 157-158, 164-166, 300
- (כ)הסכם ממון 143-144, 304-305
- (כ)חווה 321
- (כ)חוק יחסי ממון
- שמירת זכות 144, 300, 304-305, 326, 328, 355, 356
- (כ)חוק הירושה 325, 328
- ביקורת 9, 61, 62
- במשפט הישראלי
- להלכה 211, 220, 223
- בחוק יחסי ממון בין בני-זוג (ראה יחסי ממון)
- התנאה 7, 11, 16, 52-54, 68, 77, 244, 339
- בדין העברי 125-128, 132, 222, 324, 339
- [דינין חוזים]**
- ביצוע בתום לב 182, 281, 285, 313, 314, 315, 340, 348-350, 353
- [נ]בני-זוג 83, 174, 307-311, 340, 348-350
- גמירת דעת 250, 251, 252
- הסכם מכללא 249-252
- הצעה 249-250, 251
- השלמת פרטים 182, 250, 251, 349, 350
- חבות יחד ולחוד 277
- (כ)מקור עיוני
- הלכת שיתוף (ראה הלכת השיתוף)
- [נ]נכסי צאן ברזל 146
- עצמאות חוק החוזים, היקפה 153-154
- פרשנות חווה 251
- תום לב (ראה ביצוע בתום לב)
- תחולתם על
- איוון משאבים 348-350
- הסכם ממון 340
- תנאי מכללא 182, 225
- תנאי מתלה 348-349
- חוק יחסי ממון בין בני-זוג (ראה יחסי ממון)**
- חוק שיווי זכויות האשה (ראה שיווי זכויות האשה)**
- חשבון בנק משותף 309**
- [תקנות] טוליטולא 124**
- [תקנות] טראבלס 329, 331**
- ידועים בציבור 52**
- הלכת השיתוף 244-246
- יחסי ממון 302
- נאמנות קונסטרוקטיבית 260
- שליחות 197-198, 203-204
- [דינין יורש (ראה נאמנות)]**
- יחסי ממון 26, 34, 35, 37, 48, 54, 71, 83, 88**
- איוון משאבים (ראה איוון משאבים)**
- ביקורת 77-79, 312, 358-361**
- [דינין] גירושין 346-348**
- דין אישי, שמירת זכויות 151, 152-156, 166, 299-301, 304, 335, 358**
- דיני משפחה 299-301, 304, 354-357, 358**



- ישלטו בנכסיהון 125  
 מהור 321  
 עיקר כתובה 326-321  
 [ב]פשיטת רגל 164-163  
 תוספת כתובה 324
- לוותה ואכלה (ראה מזונות; שליחות)  
 מדור (ראה גם בית מגורים; סמכות)  
 אלמנה מן העזובן 176, 170, 169  
 בחירתו 178  
 בעל 177-179, 184, 301  
 מתגורר בדירת אשתו 185, 183-179  
 דיירות מוגנת 175-174  
 הגנתו
- כלפי הבעל 94, 170, 171, 172, 173, 186, 190  
 כלפי צדדים שלישיים 168, 171-172, 175, 176-177, 184, 186  
 [ב]משפט האנגלי 172-171, 177-175  
 היקף הזכות 173, 222  
 [ב]הצעת חוק היחיד והמשפחה 185-184  
 [ו]חוק יחסי ממון 177, 185  
 חוקת האשה, מהותה 171, 172, 175  
 מיון הזכות 139, 168, 169, 171, 172, 177-175  
 מקור הזכות 168, 173  
 [כ]רשיון 177-175  
 שיתוף בדירה 187, 188  
 בעת פירוק ה... 94, 172, 186  
 שלום בית 173, 178  
 תנאי הזכות 168, 173
- מדינה (ראה גם בית משפט)  
 אינטרס ה... במשפחה 6, 56, 78  
 תמיכה בכנייהוג 23, 44
- מזונות  
 אלמנה מן העזובן 169  
 אשה 300  
 התחשבות בהכנסותיה 141, 301  
 התחשבות ברכושה 141  
 לוותה ואכלה 161, 195-196, 200, 201  
 204  
 שלילת הזכות 330  
 שעבוד להבטחת המזונות 157-158, 300, 166-164  
 שעבודא רבני נתן 196  
 בעל 300  
 גירושין
- מזונות לאחר... 22, 23, 24, 25, 26, 61, 64, 66, 322, 323, 332, 335, 336  
 הדריות החיוב 199, 200, 360  
 הסכם... 304
- [כ]חיוב ממוני 321  
 [ו]יחסי רכוש 38-39  
 ילדים 88, 300  
 שיפוי 300  
 מדור (ראה מדור)  
 סמכות בינלאומית 321  
 [ב]פשיטת רגל 163  
 [ו]שליחות 200, 202, 203
- מיטלטלין  
 הגנת הזכאי 162  
 משק הבית 213, 220, 222, 231, 308  
 במסגרת הלכת השיתוף 231, 238-239, 242  
 במסגרת חוק יחסי ממון 309, 360  
 מנהג 125-127, 129, 222  
 מעה כסף 39  
 מעשה ידיה 122, 123, 136, 137, 151, 222, 301  
 מקרקעין (ראה גם שאלה; שכירות)  
 בעלות  
 הגנתה 162  
 משותפת 283, 284  
 נכסי צאן ברזל 145  
 הערת אוזרה 145  
 זיקת הנאה 145  
 זכות שביישר  
 העברתה 269  
 הלכת השיתוף כיוצרת 255, 258-267, 268  
 [ו]חוק המקרקעין 267, 268, 269, 271  
 כתב (ראה גם עסקה ב...)  
 כתובה כ... 165  
 מדור 169, 170, 181  
 משכנתא 165-166  
 נכסי צאן ברזל 144-146  
 עסקה במקרקעין  
 הגנת הזכאי 162  
 התחייבות לעשות... 268, 269-270  
 כתב 267-268, 269-270, 272  
 עסקאות נוגדות 267  
 עקיבה 266-267  
 רישום  
 חוקת ה... 260, 274  
 רשיון 177-175, 179-183  
 שיתוף בדירה 185-188  
 שימוש ב... 169, 170, 181
- [דיני] משפחה 59, 359  
 [ודיני] קנין 45, 46, 147, 174, 175, 179, 180, 186, 187, 188, 190, 213

- נכסים  
 פירות ה... 234  
 תחלוף חפצי 236  
 עקיבה 242, 266  
 קונסטרוקטיבית 60, 61, 216, 217, 219, 260, 261, 270, 308  
 שיפוצים והשבחות בנכס כיוצרים... 214  
 [חוק ה]שליחות 271  
 נדוניה 124, 129, 132  
 נישואין 7-9  
 אינדיבידואליזם 7  
 דפוס... 7  
 [כ]הגנה 15  
 [כ]"הימור" 32, 77, 354  
 היררכיה ב... 7  
 [כ]חווה 52  
 "עניני נישואין" (ראה עניני נישואין)  
 שוויון 7, 14, 15  
 כשיתוף 8-9  
 נכסי מלוג 90, 122, 129, 130, 131  
 אחריות הבעל 130  
 בבתי דין רבניים 136  
 במשפט הישראלי 135, 149-150, 163, 211  
 ניהול 123, 129, 139, 177  
 עסקאות 130, 131  
 פירות 123, 129, 130, 131, 135  
 שימוש 123, 129, 139, 177  
 נכסי צאן ברזל 124, 129, 130, 131, 145  
 אחריות הבעל 129, 130, 145  
 במשפט הישראלי 142-146, 152  
 ניהול 129, 142, 145  
 עסקאות 130, 131, 145  
 פירות 129  
 שימוש 129, 142, 145  
 סיטומתא 126, 127  
 סמכות (ראה גם עניני נישואין)  
 בית מגורים  
 סילוק יד 93, 94, 95, 172  
 פירוק שיתוף 94, 173-172, 186  
 גירושין (ראה גם כרוך)  
 עניני 102  
 [וה]דין המהותי 83, 84-85, 89-90, 98, 109, 115  
 [לפני] חוק יחסי ממון (ראה גם עניני נישואין)  
 איוון משאבים 114-115  
 הסכם ממון, אישורו 111  
 בהסכמה 113  
 כרוך 114-115
- 215, 216, 217, 219, 244-245, 308-309  
 [ודיני] שותפות 47, 48, 56, 200, 274, 275, 276, 278, 283, 284, 285  
 [ודיני] שליחות 201, 207-209, 210, 308  
 משפחה  
 גרעין 5, 6, 38  
 בדין העברי 121, 322, 323, 324  
 חלוקת תפקידים 17, 122  
 יציבותה, כשיקול 20, 40, 54, 192, 323  
 והמדינה 6, 56, 78  
 שלום בית 50, 124  
 תפקידה 5, 6  
 משפט בינלאומי פרטי  
 ברירת דין  
 הלכת השיתוף 239-241, 268  
 יחסי ממון 239-241, 268, 295, 299, 339  
 וסמכות 98  
 סמכות בינלאומית  
 חוזים 98  
 מזונות 98  
 קלסיפיקציה 110-111  
 משפט מקובל  
 קליטתו 154-155, 221  
 משק חקלאי  
 העברתו 95, 186  
 מתנה  
 בין בני-זוג 146-148, 310-311  
 הוכחתה 309-310, 258  
 הלכת השיתוף כ... 257-258  
 הקנייה 257-258  
 חזקת ה-advancement 217, 310-311  
 חזרה מ... 148  
 מצד שלישי 131, 310  
 נאמנות  
 הלכת השיתוף כ... 216, 261-262, 270  
 חזקת ה-advancement 217, 310-311  
 חזקת "שוויון הוא יושר" 214, 217, 245, 259  
 [זכות שב]יושר  
 הגנתה 162, 259  
 הלכת השיתוף כ... 255, 258-267  
 העברתה 269  
 במקרקעין 267, 268, 269, 271, 273  
 רשיון 180  
 למכירה 188  
 מכללא 216, 217, 218, 258-260, 261, 270  
 ניהולה 282, 283

מפתח העניינים

- [תביעות] רכושיות 87-86, 95-93, 211, 220  
 שותפות עסקית 89  
 [השפעת חוק] שיווי זכויות האשה 89-92  
 שיתוף במקרקעין, פירוקו 87, 93-94, 172, 186  
 שלום בית 87, 94, 138-141, 172-173, 178  
 תוצאות הנישואין 87-86  
 [ב]תקופה המנדטורית 86  
 [ב]תקופה העותומנית 87-86  
 עשיית עושר ולא במשפט (ראה נאמנות, קונסטרוקטיבית)
- פיצויים לאשה בעת הגירושין**  
 בדין העברי 329-334  
 [כ]השלמת איזון המשאבים 337-335, 340  
 [ו]חוק יחסי ממון 336-337  
 במשפט הישראלי 332-337  
 שמירת ההסדר 156, 300, 335, 350  
 [כ]תרופה עד מועד האיזון 350  
 [ל]חיקונו של הסכם ממון 336
- פיצויי נזיקין** 60, 74  
**פנסיה** 41-43, 56, 64, 73, 335  
**פשיטת רגל**  
 [ו]חוק יחסי ממון 311, 341  
 כתובה  
 כחבות 163-164  
 סדר עדיפות 163  
 פירות נכסי מלוג, כנס 163
- צד שלישי** (ראה גם דין אישי, צדדים שלישיים: עניני נישואין, [כלפי] צדדים שלישיים)  
 דיני נישואין 148, 160-166, 196  
 התחייבות כלפי בניזוג 257  
 זכות המדור 168, 171-172, 176-177, 184  
 בדירות מוגנת 174-175  
 עסקה עם בניזוג 35  
 בבית מגורים 192  
 בנכסי שיתוף 253-257  
 ושליחות בין בניזוג (ראה שליחות, כלפי צד שלישי)
- [דיני] קנין**  
 מדור כזכות אישית 168, 169, 171, 172, 177-175  
 לבעל 179, 183  
 [ו]דיני משפחה (ראה [דיני] משפחה, [ודיני] קנין)  
 רישום  
 חזקת ה... 260, 274, 311
- במהלך הנישואין 110-112, 340  
 חוק טריטוריאלי 85, 108-109  
 שמירת סמכות 89-90, 108-109  
 כרוך בתביעת גירושין 93, 99  
 איזון משאבים 114-115  
 בית מגורים 104-105, 173  
 לפי חוק יחסי ממון 114-115  
 הלכת השיתוף 105  
 רכוש משותף 105  
 מבחנו 103-105  
 מעצם טיבו וטבעו 102-103  
 בפועל 104-105  
 תנאיו 106-107  
 מדור 173  
 עניני נישואין (ראה עניני נישואין)  
 שלום בית 87, 94, 172  
 מדור 173  
 שימוש בנכסי בנייהזוג 138-141, 178  
 תביעה נילוית 93, 94, 101  
**עניני נישואין** (ראה גם דין אישי)  
 בדבר המלך 84, 120  
 דרוזים 84, 101-102  
 הגדרתו  
 מבחן מושא התביעה 93, 94, 95  
 מבחן המטרה 88, 94-95, 97  
 מבחן הסעד 95  
 מבחן הצדדים 86, 94, 95, 96  
 מבחן העילה 88, 94-95, 97  
 הלכת השיתוף 91, 92, 97, 101, 225  
 הסכם גירושין 102  
 פיצויים בגין הפרתו 98-99, 102  
 הסכם ממון 97  
 הסכם נישואין 86-87, 88, 96-100  
 הסכם שידוכין 97, 99  
 [תביעות] חוזיות 87, 89, 96  
 [לפי] חוק יחסי ממון (ראה גם יחסי ממון, דין אישי) 108, 109, 110, 111, 112, 115  
 [תביעות] כספיות 86-87, 93-95, 211, 220  
 כתובה 102, 325  
 מדור מן העזבון 169  
 מוסלמים 84  
 מתנות 102, 147  
 מתן חשבונות 87  
 נוצרים 84  
 נישאת ונתנת בתוך הבית 205, 206  
 נכסי האשה 90, 138  
 נכסי מלוג 134  
 סילוק יד 93  
 עיקול נכסי האשה 93, 138  
 פיצויים לאשה בעת הגירושין 330, 335  
 [כלפי] צדדים שלישיים 88, 160-166, 196, 205

- תחולתם על בני־זוג ,83 ,137 ,174 ,215 .  
216  
לפי חוק יחסי ממון 307-311
- רשיון**  
זכות הבעל בדירת אשתו כ... 179-183  
זכות המדור של האשה כ... 175-177
- שאלה**  
מדור כ... 169 ,181
- [דיני] שותפויות**  
[ו]הלכת השיתוף (ראה הלכת השיתוף, מקורה העיני)  
[ו]הסדר יחסי הממון 69 ,70  
זכות שביושר 273  
חובת גילוי 283  
[ו]דיני משפחה (ראה [דיני] משפחה)  
סמכות נחזית 255 ,275 ,278  
פירוק שותפות 276 ,283 ,284 ,285  
שותפות ברכוש כשותפות 275  
שליחות מכוח הדין 199 ,200 ,277
- שידוכין**  
וישלוטו בנכסיהן, משמעותו 125
- [חוק] שיווי זכויות האשה (ראה גם נכסי מלוג;**  
נכסי צאן ברזל) 89-92 ,220  
[ה]דין האישי, צמצומו  
גישה מצמצמת 91 ,137-138  
גישה מרחיבה 91 ,137-138 ,142 ,143 ,147  
[ו]חוק יחסי ממון 139 ,140 ,149-152 ,289-290  
[ו]חזקת ה-advancement 311  
[שימוש ב]נכסי האשה על־ידי הבעל  
134-148 ,178 ,187-188 ,220  
סמכות (ראה עניני נישואין, [השפעת חוק] שיווי זכויות האשה)  
"עשייה בקנינים" 135 ,136-138 ,139 ,140 ,149 ,179 ,188-189
- [שיטת] שיקול הדעת השיפוטי**  
אופן פעולתה 63-67 ,331  
חסרונות 66 ,67  
יתרונות 65  
נכסים  
ירושה 64  
כושר השתכרות 74  
כלל הרכוש 64  
במהלך הנישואין 64  
מתנה 64  
נפרדים 64  
פיצויים אישיים 60  
פנסיה 64
- שיקולים**  
אשמה 32 ,33  
גיל בני־הזוג 63  
התנהגות 32 ,33  
כושר השתכרות 63 ,64  
מקורות הכנסה 63  
צרכים כלכליים 63-64  
רמת חיים 63  
תרומת בני־הזוג 32 ,63 ,64
- [שיטת] שיתוף נכסים (ראה גם הלכת השיתוף)**  
אשמה 30-32 ,34  
ביקורת 77-79  
חובות, אחריות ל... 36 ,68 ,71  
ניהול 19 ,36 ,37 ,68 ,69 ,70 ,71 ,75 ,76  
נכסים  
ביטוח חיים 41 ,43  
זכויות אישיות 73  
זכות בלתי עבירה 75  
חזקת שיתוף 75  
ירושה 73  
כושר השתכרות 24 ,43 ,56  
כללי 38  
כלל הנכסים 73  
[שנרכשו ב]מהלך הנישואין 73  
מיוזג 74 ,75  
מתנה 64 ,73  
נפרדים 36 ,73  
עליית ערך נכסים 74  
פיצויי נזיקין 74  
פנסיה 41-43 ,56 ,73  
שבח 73 ,74  
[ל]שימוש אישי 74  
תחלוף חפצי 74
- סוגיו**  
אובליגטורי 71  
דחוי (ראה גם איון משאבים) 21 ,68 ,71-73  
מייד 21 ,40 ,68  
קניני 71
- עקרונות**  
בטחון פסיכולוגי ורגשי 20 ,323 ,361  
בטחון כלכלי 22 ,323  
מעמד האשה 14-16  
מציאות חיים 9  
שוויון 14-16 ,17 ,19  
שיתוף אינטרסים 9  
שיתוף חיים 8 ,9  
חמריץ נגד קשר כפוי 17
- פירוק השיתוף**  
אופן החלוקה 71 ,76-77 ,78  
מועדו 71-72 ,76 ,78

מפתח העניינים

- עילותיו 76  
 [כלפי] צד שלישי 35, 71, 78  
 שיקול דעת בית המשפט 55-58, 77, 78  
 התנהגות הצדדים 34, 55, 68, 78  
 נסיבות מיוחדות 78  
 תרומת בנייהזוג 55, 68
- שכירות  
 מדור 169  
 אלמנה מן העובון כ... 170  
 בעל כדירת אשתו כ... 183  
 נכסי צאן ברזל כ... 146  
 שלום בית 50, 124, 141  
 [נ]מדור 173, 178  
 סמכות שיפוט 87, 172  
 צוים להבטחת...  
 כלפי צד שלישי 171, 172  
 שמוש משותף בנכסים 138-141, 178
- [דיני] שליחות (ראה גם שליחות בין בניזוג)  
 [ודיני] משפחה (ראה [דיני] משפחה, [ודיני]  
 שליחות)  
 שמירת דיני שליחות מיוחדים 205-206  
 שליחות בין בניזוג (ראה גם הלכת השיתוף,  
 חובות אחריות ל...)  
 [מכוח] הכרח 197  
 חזקת שליחות 209, 252-254, 271, 277  
 ידועים בציבור 197-198, 203-204  
 כללית מכוח הנישואין 197, 200, 201,  
 207, 272
- אשה הנושאת ונותנת בתוך הבית  
 206-207  
 הלכת השיתוף (ראה גם חזקת שליחות)  
 209  
 חוק השליחות 207-209  
 [ל]מזונות האשה  
 לוותה ואכלה 161, 195-196, 200,  
 204, 201  
 מכללא  
 היקפה 197, 202  
 בדין האנגלי 197-198, 202, 204, 207,  
 308  
 מכוח התנהגות לפי חוק השליחות  
 201-203, 206, 208, 209, 308  
 מן הדין  
 [לצרכי] החזקת משק הבית 196,  
 197-199  
 [אשה ה]נושאת ונותנת בתוך הבית  
 161, 162-163, 195, 196, 200, 203,  
 204-206  
 מישכון אשראי הבעל 197  
 נציגות מן הדין 197, 198, 200, 201, 202,  
 204, 207, 208
- שעבוד נכסי בעל לכתובת אשה ולמזונותיה  
 בדין העברי 157-158, 165  
 כמשפט הישראלי 164-166
- שעבודא דרבי נתן 196

