

צדק ומשפט בברירת הדין: יחסי ממון בין בני זוג לאחר דנ"א נפיוסי

מאת

סיליה וסרשטיין פסברג*

מאמר זה מנתח ניתוח ביקורתי את החלטת בית המשפט העליון בר"ג נפיוסי נ' נפיוסי. החלטה זו מדגימה חשיבה המוצגת כרסוריקה פורמלית, אך מקורה בהעדפת ה"צדק", כפי שהוא נתפס בעיני השופטים, על פני הדין. ההחלטה עוסקת בברירת הדין ביחסי ממון בין בני זוג. סעיף 15 לחוק יחסי ממון בין בני זוג, תשל"ג-1973 קובע שיחסי ממון בין בני זוג ייקבעו על ידי דין המדינה שבה מושבם של בני הזוג בעת הנישואין. הם יכולים להתנות על הסדר זה באמצעות הסכם שנעשה בהתאם לדין המדינה שבה מושבם בעת עשיית ההסכם. בפסק הדין נדון עניינם של בני זוג שעלו מאיראן לישראל ולא עשו הסכם ביחס לממונם. למרות שסעיף 15 מניח שעצם שינוי המושב אין בו כשלעצמו הסכם לשנות את יחסי הממון, בית המשפט העליון החליט בדיון נוסף זה שעצם העלייה לישראל ושינוי המושב הכרוך בה מהווים הסכם לכפוף את כל ממונם – גם ממון שנרכש בתקופת הנישואין הארוכה שקדמה לעלייה – למשפט הישראלי. המאמר מבקר את הסכמי השופטים להחלטה זו, את הכללים שניתן לדלות ממנה ואת האובסטר דיקטה הרבים המצויים בה. מסקנת המאמר היא שחלקן הגדול של ההחלטות השיפוטיות אינן מוסברות ומבוססות; שפסק הדין עלול לשמש תקדים רע לגבי שלל סוגיות – פרודודורליות, מהותיות, ברירתיות ויוריספרודונטאליות; ושהיו דרכים אחרות, פחות מזיקות, שבהן יכול היה בית המשפט להגיע לאותה תוצאה מהותית. על פי המאמר, החלטה זו מדגימה את הנזק העלול להיגרם לשיטת משפט כאשר דאגת השופטים להשיג תוצאה "צודקת" בכל מקרה ומקרה אינה מפורשת ואינה מובנית.

א. מבוא. ב. עובדות ורקע משפטי. ג. ההחלטות בבתי המשפט השונים. 1. בית המשפט המחוזי; 2. בית המשפט העליון כבית משפט של ערעור; 3. בית המשפט העליון בדיון הנוסף; ד. ביקורת. 1. הקונסטרוקציות ההסכמיות; (א) הסכם בתוך סעיף 15; (ב) הסכם הגובר על סעיף 15; 2. הקונסטרוקציה הלא הסכמית; (א) הבסיס המשפטי;

פרופסור למשפט בינלאומי פרטי ובין-דתי בקתדרה ע"ש הסופס הרי מ. פישר, האוניברסיטה העברית בירושלים. אני מודה לחבריי חנינה בן-מנחם, אלון הראל, פרנסס רדאי, ואד רוק על שיחות שהאירו את עיני, ולחברתי מירי גור-אריה, שתרמה רבות לשיפור טיוטה מוקדמת של המאמר. כן אני מודה לחברי מערכת משפטים, שהעדותיהם הועילו לי מאד.

ה. המשמעות המשפטית של הפסק. 1. שינוי סעיף 15 לחוק; 2. הרחבת תחולתה של הלכת השיתוף; 3. החייאת בסיסה ההסכמי של הלכת השיתוף; 4. על הצורך בעקיבה, על קביעת מועד הרכישה ועל הגדרת המושב; 5. חזקת שוויון הדינים, מעמדם המחייב של כללי ברירת דין והלכת השיתוף כתקנת ציבור; 6. כללי ברירת דין וחכיות מוקנות; 7. רנבואה (renvoi); 1. דרכי ניתוח חילופיות. 1. במסגרת סעיף 15; (א) חזקת שוויון הדינים גם ביחסי ממון; (ב) דין זר – דין ולא עובדה; (ג) חיי נישואין בישראל – הסכם במובן סעיף 15 סיפא; 2. מתוך לסעיף 15; (א) סעיף 15 – כלל חד צדדי והלכת השיתוף כתקנת ציבור מוגבלת; (ב) הלכת השיתוף – תקנת ציבור כללית; 3. סיכום ביניים; ז. המשמעות המערכתית של הפסק. 1. דיון נוסף כערעור – ערעור הדיון הנוסף; 2. ערעור השיטה האדברסרית והתקדים המחייב; 3. ערעור השיח המשפטי; 4. ערעור התפקיד השיפוטי; ח. סוף דבר.

א. מבוא

אשה, הנשואה שנים רבות לבעלה, תובעת זכות שיתוף ברכוש שנרכש במהלך הנישואין וזוכה בתביעתה מכוח הלכת השיתוף. אירוע כזה הוא שגרתי למדי במשפט הישראלי ואינו ראוי לתשומת לב מיוחדת. ראוי לתשומת לב מיוחדת דווקא המקרה ההפוך, שבו אשה הנשואה שנים רבות לבעלה תובעת זכות ברכוש שנצבר במהלך הנישואין ואינה זוכה בתביעתה. מקרה כזה נראה בעיני רובנו קשה, בלתי צודק וטעון הסבר והצדק מיוחדים¹.

הדיון הנוסף בפרשת נפיסי² הוא לכאורה סיפור שגרתי שאינו ראוי לתשומת לב, שכן במקרה זה בית המשפט נענה לתביעתה של אשה לזכות שיתוף ברכוש שנצבר במהלך שנות נישואין ארוכות. אולם המקרה ראוי גם ראוי לתשומת לב מיוחדת, משום שבית המשפט החיל את הלכת השיתוף הישראלית על זוג שבעת נישואיו מושבו היה זר. מדוע זרות מושבם בעת נישואיהם הוכתה את התוצאה המהותית השגרית למפתיעה? משום

1 הסבר אחד למקרה שבו האישה אינה זוכה בתביעתה יכול להיות שבני הזוג לא חיו בפועל חיי שיתוף המבססים את ההנחה שהחזיקו ברכושם במשותף. במינוח אחר – הם לא קיימו את תנאי היסוד של הלכת השיתוף. הסבר אחר יכול להיות שבני הזוג נישאו לאחר חקיקתו של חוק יחסי ממון בין בני זוג, תשל"ג–1973 (ס"ח 267; להלן: "החוק"), וכי הלכת השיתוף אינה חלה על בני זוג כאלה (ראה להלן, הערות 12 ו-13). הסבר שלישי לכך שלא תוכר זכותה של אישה ברכוש בעלה על פי הלכת השיתוף יכול להיות שדין ישראל שבו מעוגנת הזכות – אינו חל על העניין משום שכלל ברירת הדין מפנה לדין אחר.

כל ההסברים המשפטיים האלה חוסמים את האפשרות לממש את העמדה הערכית שרכושם של בני זוג צריך להתחלק בשווה במקרה נתון. על כן, המשפט הישראלי מכיר בכך שישנם מצבים שבהם הרכוש אינו מתחלק בשווה בין בני הזוג ואינו רואה במצב זה, כשהוא מחויב על ידי הדין, דבר הנוגד את תקנת הציבור.

2 דנ"א 1558/94 נפיסי נ' נפיסי, פ"ד נ(3) 573 (להלן: פרשת נפיסי).

שלכללים ולהלכות ישראלים מהותיים יש גבולות תחולה. הם אינם חלים על כל באי עולם. מעורבותם של גורמים זרים מוגדרים מחייבת סטייה מהעמדה הערכית הרגילה. ואכן, המשפט הישראלי מורה לנו לסטות מעמדתנו הערכית בעניין חלוקת רכוש בין בני זוג כאשר אלה נישאו זה לזה כשמושבם זר, וכשלא עשו ביניהם הסכם. במקרה כזה, המשפט הישראלי אינו מאפשר לנו להחיל את דין ישראל – על הלכת השיתוף שלו – בלא שהוסכם על תחולתו, אלא מורה לנו להחיל את דין המושב שהיה לבני הזוג בעת נישואיהם³. מכאן, שזכות כלשהי ביחסי ממון בין בני זוג צריכה להיות מבוססת בדין המושב בעת הנישואין. כלומר: הזכות לשיתוף מכוח הלכת השיתוף עומדת רק למי שהיה תושב ישראל בעת נישואיו או שהסכים לשיתוף כזה בהסכם המוכר על ידי סעיף 15. על כן, החלתו של דין ישראל במקרה זה, שבו מושב הצדדים בעת הנישואין היה זר ובני הזוג לא עשו כל הסכם בנוגע ליחסי הממון שביניהם, ואפילו אם התוצאה המהותית רצויה לתברה הישראלית, אכן מעוררת תמיהה ודורשת הצדק והסבר מיוחדים. ברשימה זו אעמוד על הדרכים שבהן תוצאה זו הושגה ואבקר אותן, הן מבחינת הניתוח הפורמלי והן מבחינת הגישה המוסדית המצטיירת בפסק.

ב. עובדות ורקע משפטי

בני הזוג נפסי נישאו בפרס, ארץ מושבם, וגרו בה במשך 39 שנה. הם עלו לישראל בשנת 1983, ובשנת 1987 פרץ ביניהם סכסוך שהוליד את האשה לבית המשפט. שם היא ביקשה הצהרה כי יש לה זכות שיתוף מכוח הלכת השיתוף הישראלית בשני פריטי רכוש: בתנות הנמצאת בישראל, שנרכשה על ידי הבעל ונרשמה על שמו אחרי שבני הזוג החליטו בשנת 1978 לעלות לארץ, אך לפני עלייתם בפועל; ובחשבונות בנק שנפתחו בישראל על ידי הבעל לאחר העלייה, גם אלה על שמו בלבד, ובהם הופקדו כספים שהובאו מפרס⁴. בבית המשפט המחוזי זכתה האשה

3 סעיף 15 לחוק.

4 לא הובאו ראיות למקור הכספים בחשבון הבנק או למקור הכספים שבאמצעותם נרכשה התנות. מבחינה פורמאלית, מי שתובע זכות קניין בנכס שאינו רשום על שמו, עליו להוכיח את זכותו, וכמידה שבתביעת האשה יש חשיבות לשאלה מתי נרכשו הפריטים השונים, הנטל היה עליה. הקלה בנטל הזה נהוגה אמנם בתביעות שיתוף ישראליות רגילות (ראה להלן על הלכת השיתוף), אך בהקשר הזה, היא סעונה הסבר. מכל מקום, העובדה שהתנות נרכשה כאשר בני הזוג חיו עוד בפרס מלמדת לכאורה שהכספים לרכישתה נרכשו לפני העלייה. כך גם גודלו של סכום הכסף שהופקד בחשבונות הבנק מלמד לכאורה שהכסף לא נצבר לאחר העלייה. יצוין, שההנחה בדבר מועד רכישת הנכסים אינה מלמדת דבר ביחס לשאלה מי היה בעליהם בעת העלייה. שאלה זו כפופה לדין המושב בעת הנישואין, על פי סעיף 15 לחוק. יצוין עוד, שהרכוש הנדון אינו מקיף את כל הרכוש הנישואי. אמנם היקפו המלא של זה לא נדון בפסקי הדין השונים אך צוין למשל

במבוקשה⁵. בערעור לבית המשפט העליון בוטלה ההצהרה⁶. העניין חזר לבית המשפט העליון בדיון נוסף, ובו הוחלט שוב להצהיר על זכותה של האשה ברוב של 7 כנגד 2.

הרקע המשפטי לדיון בפרשה זו מגיע משני מקורות עיקריים: כללים מהותיים בתחום יחסי הממון בין בני זוג, וכללים מתחום ברירת הדין. בשני אלה השתנה הדין הישראלי במהלך חיי הנישואין של בני הזוג הנדונים עם חקיקתו של חוק יחסי ממון בין בני זוג, תשל"ג-1973.

לפני החוק נהגו בתי המשפט בתביעות ביחסי ממון על פי הלכת השיתוף⁷. הלכה זו קבעה חוקה, שקשה מאוד לסתרה, לפיה בני זוג שתיו יחד תקופה ארוכה ותרמו שניהם במאמץ משותף לרווחת המשפחה, ולו באופנים שונים, ייראו כבעלים משותפים של רכוש שנצבר במהלך הנישואין, לרבות רכוש הרשום על שם אחד מהם בלבד. פירוש הדבר, שלכל אחד מבני הזוג זכות קניין מיידית בכל הרכוש הנישואי. חוקה זו בוססה על הרעיון שבני הזוג ייראו כמי שהסכימו להסדר הזה. אולם, גם עיקרון השוויון מוזכר בפסיקה כבסיס ראוי לה⁸. חוק יחסי ממון בין בני זוג קבע הסדר שונה לבני זוג שיינשאו לאחר החוק. בהיעדר הסכם ממון פורמלי⁹, רכושו של כל בן זוג יוחזק בנפרד במהלך הנישואין, ורק בסיומם, במות אחד מבני הזוג או בגירושין, יונהג בין השניים איזון משאבים בהתאם לחוק¹⁰. פירוש הדבר הוא שבמהלך הנישואין אין לבן זוג אחד זכות קניין ברכושו של האחר אלא רק ציפייה לאיזון בסיום הנישואין, והאיזון הוא הסדר אובליגטורי ולא קנייני. הסדר זה, שבא לשמור על ודאות הקניין לטובת צדדים שמתוך לנישואין, מעורר חשש שמא הוא סותם את הגולל על האפשרות להכיר בזכות הקניין של בן זוג אחד ברכושו של השני במהלך הנישואין¹¹. השאלה אם ניתן להבטיח אפשרות זו באמצעות החלת הלכת השיתוף גם על מי שכפוף לחוק הועלתה לדיון בפרשת

שדירת בני הזוג בישראל, שבה גרו ושבה ממשיכים להתגורר, רשומה גם רשומה על שם שניהם. על כן הבקשה לא התייחסה אליה.

- 5 ה"פ 274/87, תמ"א 925/87 נפ"ס נ' נפ"ס, החלטה של השופטת ע' ארבל, מיום 16.4.1991.
- 6 ע"א 2199/91 נפ"ס נ' נפ"ס, פ"ד מח(2) 89.
- 7 י' ויסמן דיני קניין: בעלות ושיתוף (תשנ"ו, ב) 178 (להלן: ויסמן).
- 8 א' רוזן צבי יחסי ממון בין בני זוג (תשמ"ב) 224 (להלן: רוזן צבי) וייסמן (לעיל, הערה 7) בע' 181 סבורים שהבסיס הוא חזו. לביקורת קשה על הקונסטרוקציה החזוית, ראה רוזן-צבי (שם), בע' 248 ואילך. לביטוי פסיקתי מן הזמן האחרון בזכות ביסוס ההלכה על עקרון השוויון ראה השופט סל בע"א 1915/91, 2084, 3208 יעקבי נ' יעקבי; קנובלר נ' קנובלר, פ"ד מט(3) 529 (להלן: פרשת יעקבי-קנובלר). חרף ביטויים אלה, ויסמן סבור גם היום שהבסיס להלכת השיתוף הוא הסכמי.
- 9 סעיפים 1 ו-2 לחוק.
- 10 סעיפים 3-10 לחוק.
- 11 ראה למשל רוזן צבי (לעיל, הערה 8) בע' 286.

יעקבי-קנובלר¹². פסק דין זה מבסס את ההנחה שהלכת השיתוף אינה חלה על מי שכפוף לחוק, אולם יש מי שמפרש אותו אחרת וסבור שהשאלה עוד פתוחה¹³. החוק גם כלל הוראת ברירת דין סטטוטורית לעניין יחסי ממון בין בני זוג. הוראה זו קובעת, כי "על יחסי הממון בין בני-זוג יתול חוק מושבם בשעת עריכת הנישואין, אולם רשאים הם בהסכם לקבוע ולשנות יחסים אלה בהתאם לחוק מושבם בשעת עשיית ההסכם"¹⁴. כלל זה איננו מגדיר רק את חוליית הקישור – דין המושב; הוא מכריע גם בשאלה מה קורה כאשר במהלך חיי הנישואין עוברים בני הזוג ממושב אחד לאחר¹⁵. במקרה כזה קובע הכלל כי ימשיך לשלוט בהם דין המושב הראשון, אלא אם הסכימו על הסדר אחר. עמדה זו – הידועה בשם גישת ה-immutability – מקובלת גם בארצות אחרות, בעיקר בארצות קונטיננטליות¹⁶. בפרשת אזוגי נ' אזוגי סברו השופטים כי

- 12 פרשת יעקבי-קנובלר (לעיל, הערה 8).
- 13 לפחות שני שופטים מאז מפרשים פסק דין זה כשולל את תחולתה של הלכת השיתוף על מי שכפוף לחוק, ורואים אסמכתא לדעה ההפוכה רק בדעת המיעוט שם (ראה השופטת דורנר והשופט מצא בפרשת נפסי (לעיל, הערה 2), בע' 607, ובע' 632–633). גם ויסמן סבור שפסק הדין קבע לכאורה שהלכת השיתוף אינה יכולה לחול על מי שכפוף לחוק (ויסמן, (לעיל הערה 7), בע' 198). לפירוש אחר ראה פ' שיפמן, "ואף-על-פי-כן – שיתוף נכסים", משפטים כו (תשנ"ו) 399. ויסמן סבור שאין מניעה אנליטית להשתמש בהלכת השיתוף ההסכמית גם ביחס לרכוש של מי שכפוף לחוק. רון-צבי, לעומת זאת, הביע עמדה שההסדר הסטטוטורי שולל את תחולתה של הלכת השיתוף על מי שכפוף לחוק (רון צבי (לעיל, הערה 8), בע' 286 ואילך).
- 14 סעיף 15 לחוק. כלל זה איננו עונה על השאלה מה הדין כאשר לשני בני הזוג לא היה מושב משותף בעת נישואיהם. כך גם הוא אינו מספק תשובה לבעיות מתודולוגיות אחרות וביניהן השאלה הבינומית של שינוי בדין הור (איזה מבין שני דינים של המושב ההוא יתול – הדין כפי שהיה בעת הנישואין או הדין כפי ששונה מאז ועד ליום הדיון?), שאלת הרנבואה (איזה דין חל כאשר הדין הור שאליו מפנה כלל ברירת הדין הישראלי מפנה לדין אחר?) והשאלה האינצידנטאלית (איזה דין – לרבות כללי ברירת הדין שלו – מכריע בשאלה שמתעוררת בדין הור שאליו מפנה כלל ברירת הדין הישראלי, כשאלה משנית שבלעדיה אי אפשר לפתור את השאלה העיקרית?). שאלות אלה אינן עולות במקרה הנוכחי.
- 15 לבעיה זו שם סכני – בעיית השינוי בחוליית הקישור.
- 16 למשל בגרמניה ובצרפת. על ההסדר הזה נמתחה ביקורת רבה, בין השאר על ידי שופטי בית המשפט העליון בע"א 2/77 אזוגי נ' אזוגי, פ"ד לג(3) 1 (להלן: פרשת אזוגי). ראה גם מ' שאווה הדין האיש בישראל (מהד' שלישית מורחבת, תשנ"ב, כרך ב) 386 ואילך; א' לבונסין ברירת הדין: הצעת חוק עם דברי הסבר לפי הסעיפים (מהדורה חדשה, תשנ"ח–1998) 132 (להלן: "לבונסין תשנ"ח"). ההסדר אכן אינו מתאים לחברה הישראלית שבה בני זוג רבים שעלו רק אחרי הנישואין, שכן כלל זה המפנה לדין המושב הישן יוצר חוסר אחידות חברתית בהקשר זה. ואין לחדר שהשיטה שמגנה על זכויות שנרכשו תוך החלת דין המושב החדש על רכוש שיירכש לאחר שינוי המושב היא דאוויה יותר (לגישת זו הקרויה partial mutability, ראה להלן). עם זאת, ראוי לציין שאופי החברה הישראלית היה ידוע למחוקק בעת חקיקת החוק – ובעוד שההסדר יוצר חוסר אחידות בין בני זוג בישראל, הוא מגן על זכויותיהם של בני הזוג עולים, ואולי גם על ציפיותיהם ששינוי מושבם לא ישפיע מיידית על זכויותיהם הקנייניות. ואכן, זו כנראה היתה כוונת המחוקק, כפי

הוראה סטטוטורית זו שינתה את הדין שהיה קיים ערב החוק, אשר לדעת רוב השופטים הפנה לדין המושב החדש תוך הגנה על זכויות שכבר נרכשו במושב הישן (בהתאם לגישה הקרויה partial mutability). השופטים הניחו שזה הכלל הנוהג במשפט המקובל האנגלי, ושהוא נשאר למשפט הישראלי בהתאמות מועטות בלבד. נוכח העובדה שהסדר החקיקתי נתפס כחידוש, התעוררה גם השאלה אם כלל ברירת הדין הסטטוטורי יכול לחול על מי שנישא לפני החוק. באותו פסק דין נקבע שהוא אכן יכול לחול על מי שנישא לפני החוק; עם זאת, נקבע גם שתחולתו אינה יכולה לפגוע בזכויות שהוקנו לפני חקיקתו. דעת הרוב הניחה שזכויות כאלה יכלו לקום אצל מי שחי, כתושב ישראל, בכפוף לכלל הברירה שקדם לחוק ורכש רכוש בתקופה זו. לפיכך, הכלל החדש יחול רק על רכוש שנרכש לאחר כניסתו לתוקף של החוק, ואילו על רכוש שנרכש בתקופה שבה בני זוג חיו כתושבי ישראל במשטר הברירתי הישראלי הקודם, יחול הכלל הישן, וזאת כדי למנוע פגיעה בזכויות מוקנות. יוצא מניתוח זה, שמי שעלה אחרי החוק ומעולם לא היה כפוף לכלל ברירת הדין הישן (כי לא היה תושב ישראל בעת שהיה בתוקף), יחול עליו רק הכלל החדש, שכן בלא שהיה תושב ישראל בזמן הכלל הישן לא קנה על פיו כל זכות¹⁷.

ג. ההחלטות בבתי המשפט השונים

1. בית המשפט המחוזי

בבית המשפט המחוזי פנתה השופטת ארבל תחילה לסעיף 15 לחוק יחסי ממון בין בני זוג, תשל"ג-1973, המפנה כאמור לדין המושב בשעת עריכת הנישואין. היא קבעה שהוראה זו אינה חלה משום שבני הזוג נפיעו גישא לפני החוק¹⁸. היא סברה שמשום כך

שהיא הוצגה בדברי ההסבר שליוו את המקור של סעיף 15 – סעיף 192 להצעת חוק היחיד והמשפחה (1955). ואמנם כאמור, הסדר זה מקובל במדינות רבות, וכשלעצמו הוא אינו נחשב להסדר בלתי צודק.

17 לביקורת על ההלכה שנקבעה בפרשת אוזגי ועל הבעייתיות שבהתייחסות אל כללי ברירה ככללים שמקנים זכויות באופן כזה, ראה C.Wasserstein Fassberg "The Intertemporal Problem in Choice of Law Reconsidered: Israeli Matrimonial Property" 39 I.C.L.Q. (1990) 856 (להלן: "Fassberg").

18 עמדה זו מוטעית. השופטת ארבל התבססה על סעיף 3 לחוק יחסי ממון בין בני זוג (תיקון) תש"ן-1990, הקובע שהחוק המתקן (הוא מתקן את סעיפים 5 ו-6 לחוק המקורי, המספלים באופן ביצוע האיוון) יחול על כל מי שנישא לאחר תחילת תוקפו. השופטת ארבל סברה שסעיף זה "נועד לבטל את אי הבהירות על ידי קביעה שהחוק כולו (ובכלל זה סעיף 15) לא יחול על מי שנישא לפני ה-1.1.71". כפי שהעיר השופט מצא (כע' 94 לפסק הדין בערעור), לא זו בלבד שהשופטת

יש להפעיל את כלל ברירת הדין הישראלי שקדם לזה הסטטוטורי¹⁹. כלל זה הפנה לדין המושב האחרון של בני הזוג – במקרה זה דין ישראל, בכפוף לזכויות שכבר נרכשו בדין מושבם הקודם – פרס. מאחר שדין פרס לא הוכח כבסיס לזכויות שנרכשו בתקופה זו, הפעילה השופטת ארבל את דין ישראל מכוח חוקת שוויון הדינים, לפיה דין זר שאמור לחול ולא הוכח זהה בתוכנו לדין ישראל. לדעתה, בין שמדובר בדין שחל על בני הזוג בתור דין המושב האחרון, ובין שמדובר בדין ישראל שחל מכוח חוקת שוויון הדינים ביחס לזכויות שנרכשו בתקופה שלפני עלייתם, הדין הישראלי הרלבנטי הוא הלכת השיתוף. תחולתה של הלכת השיתוף הניבה לאישה זכות שיתוף בנכסים הנדונים.

כל הנחותיה של השופטת ארבל הן בעייתיות. כפי שראינו, אין כל ספק שלפי ההלכה הנוהגת חל סעיף 15 בנסיבות המקרה; ההלכות הקיימות גם מקשות מאוד הן על הפעלת חוקת שוויון הדינים בנסיבות העניין, כפי שמוסבר בפסק דינו של השופט גולדברג בדיון הנוסף²⁰, והן על החלת הלכת השיתוף על מי שכפוף לחוק (משום שעלה לישראל אחרי חקיקתו)²¹.

התכונה כנראה ל-1.1.74, אלא שהסעיף הגדון מגדיר את תחולתו של התיקון בלבד, ואין לו כל קשר לתחולתו של סעיף 15, אשר היקף תחולתו בזמן גדון בהרחבה בפרשת אוזגי (לעיל, הערה 16). שם, כאמור, נקבע סעיף 15 חל על כל מי שעלה אחרי החוק, בלי קשר למועד נישואיו או למועד שבו נרכשו פריטי רכוש. לאור זאת, במקרה הנוכחי, לא יכול היה להיות ספק שהסעיף אכן חל ומחייב.

19 היא פעלה כנראה מתוך אנלוגיה מוסעית מפרשת אוזגי (לעיל, הערה 16). שם דובר על זוג שעלה לפני החוק ורכש את מרבית רכושו לפני החוק. נקבע שם שהסעיף אינו חל על רכושו של זוג שנישא ועלה לפני החוק, כשרכוש זה גם נרכש לפני החוק. זאת, משום שכשבני זוג כאלה היו תושבי ישראל בתקופה שלפני החוק, הם היו כפופים לכלל הברירה הקודם, שהקנה להם זכויות. על כן, הופעל ביחס לרכוש שנרכש בתקופה זו כלל ברירת הדין הקודם. מכאן, שבמקרה של נפסיס אין הצדקה להחלת כלל הברירה הקודם. שכן בני הזוג נפסיס עלו אחרי החוק ומעולם לא היו תושבי ישראל כשכללים ישנים אלה היו בתוקף. גם בהנחה שהרכוש הגדון נרכש לפני העלייה, ואפילו לפני חקיקת החוק, אין סיבה לסטות מכלל ברירת הדין הסטטוטורי. אין אפשרות להצדיק את הפעלתו של כלל ישן זה אלא אם כן גורסים שכללי ברירת הדין הישראליים חלים על כל באי עולם בכל רגע, ומקנים להם זכויות, גם מבלי שיש להם קשר לישראל. עמדה זו בעייתית (ראה Fassberg, לעיל, הערה 17) ודומה שזו גם אינה עמדתו של המשפט הישראלי, שכן גם בפרשת אוזגי הכירו בזכויות שנרכשו מכוח כלל הברירה הקודם רק ביחס לתקופה שבה בני הזוג היו תושבי ישראל.

20 פרשת נפסיס (לעיל, הערה 2), בע' 584-588. ראה להלן 3. 3. 5. ה).

21 ההחלטה בפרשת יעקבי-קטובלר טרם ניתנה בעת מתן פסק הדין בבית המשפט המחוזי, אולם גם לפני פרשה זו, היה לגמרי לא ברור אם ניתן להפעיל את הלכת השיתוף על מי שכפוף לחוק (ראה רזון צבי (לעיל, הערה 8), בע' 286 והמקורות המובאים שם).

2. בית המשפט העליון כבית משפט של ערעור

בערעור לבית המשפט העליון נדונו השאלות המשפטיות הנובעות משתיים מהנחותיה של השופטת ארבל: האם סעיף 15 חל על בני הזוג נפסי, והאם ניתן להפעיל את חוקת שוויון הדינים כאשר התובעת לא הוכיחה את זכותה בדין הזר.

השופט מצא הכריע בשאלת תחולתו של סעיף 15 על פי הדין הקיים, וקבע שהוא חל. דבר זה נובע בבירור מפרשת אזוגי, המלמדת גם שאין מקום לטענה בדבר זכויות מוקנות²². הוא גרס, שסעיף 15 מחייב שעילת התביעה של האישה תבוסס או על דין פרס – מושב בני הזוג בעת נישואיהם – או על הסכם. מאחר שהאישה לא הוכיחה את הדין הזר ולא טענה להסכם כלשהו, היא לא השלימה את עילת התביעה שלה ולא היה מנוס מדחיית תביעתה. הוא סירב להתוויר את הדין לערכאה הראשונה כדי לאפשר למשיבה להוכיח את עילתה, משום שניתנו לה לשם כך הזדמנויות רבות שלא נוצלו; הוא לא היה מוכן להפעיל את חוקת שוויון הדינים כדי להשלים את החסר²³; והוא גם לא היה מוכן לראות בהלכת השיתוף תקנת ציבור ישראלית השוללת כל הסדר אחר, על אף שהיא מבטאת את עליונותו של עיקרון השוויון במשפט הישראלי²⁴. למרות שהשופט מצא לא שמע טענות בדבר קיומו של הסכם המוציא את יחסי הממון של זוג זה מתחולתו של דין פרס, הוא הביע את דעתו כי מי שעלה לישראל אחרי החוק ודין ישראל נעשה דין מושבו החדש, רק הסכם ממון יספיק כדי למנוע את תחולתו של דין המושב הראשון²⁵. לבסוף הצטרף השופט מצא למבקרו הרבים של סעיף 15 ודחק שוב במחוקק לשנותו²⁶.

22 ראה לעיל, הערה 19.

23 ההסבר שסיפק השופט מצא לפרופוזיציה זו בעייתי. לדעתו חוק יחסי ממון בין בני זוג ניתן אותנו מהמשפט המקובל האנגלי שהוא מקור החוקה, ועל כן היא אינה חלה. כך גם, לדעתו ההפנייה שבסעיף 15 לדין זר שוללת את האפשרות להיוקק לדין ישראל. לביקורת ראוייה על הסבריו אלה ראה חוות דעתו של השופט גולדברג בדיון הנוסף (ע' 584–588).

24 אסמכתא לעמדה זו הוא מצא בשלושה: בדבריו המפורשים של השופט ברק בפרשת אזוגי; בעובדה שהמשפט הישראלי מכיר בהסכם בין בני זוג השולל מאישה שיתוף ברכוש נישואי; ובעובדה שניתן להחיל בעניין זה דין זר שאינו גורס שיתוף, כל עוד הוא אינו גורס שזכויותיה של האישה נשללות לגמרי עקב נישואיה.

25 בנקודה זו, השופט טל, שהצטרף לפסק דינו, הסתייג, וסבר שניתן להשאיר שאלה זו בצריך עיון.

26 אולי כדאי לציין שגם הכלל שקדם לסעיף 15 לא היה מושיע את האישה במקרה זה, שכן הפנייתו לדין המושב החדש כפופה לזכויות שהוקנו בדין המושב הראשון. במקרה הנוכחי, בהנחה שהרכוש אכן נרכש ברובו, אם לא כולו, לפני העלייה לישראל, זכויות שהוקנו בו לא תיפגענה על ידי דין המושב החדש. הכלל היחיד שיכול אולי להושיע הוא כלל המפנה לדין המושב החדש בלא להתחשב בכל זכות מוקנית, ואף זאת רק בהנחה הלא פשוטה שבדין ישראל חל על זוג כזה דין שיתוף, למרות שהם כפופים לחוק. אולם הכלל שמפנה לדין המושב החדש והמחיל אותו אחורה על כל תקופת הנישואין, בעייתי לא פחות מהכלל שמפנה לדין המושב הראשון, שכן תחולתו של דין המושב החדש פוגעת באופן רטרואקטיבי בזכויות שכבר הוקנו בדין המושב הראשון.

3. בית המשפט העליון בדיון הנוסף

פסק דין זה הגיע לדיון נוסף²⁷. כאן ישבו 9 שופטים והיו 4 ניתוחים שונים. דעת המיעוט נכתבה על ידי השופטים טל ומצא. מאחר ששניהם ישבו לדין גם בערעור, הם אך חזרו למעשה על עמדתם הקודמת: סעיף 15 מטיל על האשה הטוענת לזכות ברכוש את הנטל לבסס את זכותה בדין פרס, שהוא דין המושב בעת הנישואין, או בהסכם שנעשה בהתאם לדין המושב בעת עשייתו. האשה לא הוכיחה את דין פרס – ואין למלא חסר זה בעזרת חזקת שוויון הדינים – והיא גם לא טענה לקיומו של הסכם כלשהו²⁸. מכאן שלא נמצא בסיס לתביעה, ותרף רצונם של השופטים לסייע לאשה, הם לא ראו דרך משפטית לעשות כן²⁹.

דעת הרוב, שהחילה את הלכת השיתוף הישראלית, התחלקה לשלושה ניתוחים. לפי הניתוח הראשון (השופטים גולדברג ודורנר), שופטי המיעוט צודקים בסברם שההלכה הפסוקה מחייבת את תחולתו של סעיף 15, שהאשה לא הצליחה להיבנות מהרישא של סעיף 15 משום שהיא לא הוכיחה את זכותה בדין הור, ושאין להיזקק לחזקת שוויון הדינים בהקשר זה³⁰. אולם, שלא כשופטי המיעוט, השופטים גולדברג ודורנר סברו שהאשה יכולה להיבנות מהסיפא של הסעיף, המוכן להכיר בהסכם לפי דין המושב בעת עשייתו.

השופט גולדברג זיהה את ההסכם המושיע בעלייתם ארצה של בני הזוג, שאותה פירש כביטוי לרצונם המשותף לחיות ככל בני המקום בעלי נתונים דומים, היינו: כבני זוג ישראלים שנישאו לפני החוק, הכפופים למשטר יחסי הממון ששרר לפני החוק, הוא הלכת השיתוף³¹. השופט גולדברג סבר אומנם, שאם בני זוג כאלה עורכים הסכם לאחר החוק, חלות עליהם הוראות החוק ביחס להסכם ממון – אשר לא קוימו במקרה זה; אך הוא הגביל כפיפות זו למקרה שבו מבקשים בני הזוג לצאת ממשטר של שיתוף או איזון. לשיטתו, בני זוג שמבקשים להיכנס למשטר של שיתוף אינם חייבים לעשות הסכם ממון

27 אחת השאלות המעניינות בפרשה זו היא מה הבסיס לקיום דיון נוסף. ראה על כך בהמשך.

28 בפועל, השופט טל הצטרף לדעתו של הנשיא ברק, תוך שחלק על עמדת ברק, שבהיעדר הסכם אמיתי, ניתן להסתפק בהסכם מיוחס כדי להשתחרר מדין המושב בעת הנישואין. השופט טל סבר שאין להסתפק בפחות מאשר הסכם אמיתי, מה שלא נמצא בעובדות המקרה. על כן, דעתו אינה שונה מדעתו בערעור, להוציא קביעה פוזיטיבית זו באשר לאופי ההסכם הדרוש לצורך סעיף 15 סיפא.

29 פרשת גפיסי (לעיל, הערה 2), בע' 633, 634.

30 שם, בע' 588. אם כי, כאמור, ההסבר לאי תחולת חזקת השוויון שונה. כאן הוא מבוסס על ההלכות המקובלות בשאלה זו, המתנות את הפעלת החזקה בסבירות שהדין הנור זהה לדין ישראל והמחייבות להמעיט בהיזקקות לחזקה. לעניין זה ראה באופן כללי מ' שאווה "חזקת שוויון הדינים" עיוני משפט ד (תשל"ה-תשל"ו) 583.

31 שם, בע' 594-596.

דווקא³². על כן, די בעלייתם כדי לבסס הסכם במובן סעיף 15 סיפא, ודי בחייהם התקינים בישראל כדי למלא הסכם זה תוכן של שיתוף. הוא הודה שחיי נישואין תקינים כשלעצמם אינם ראיה חזקה דיה כדי לבסס מסקנה שהוסכם על שיתוף גם ביחס לרכוש שנרכש בעבר, ושלשם כך דרושה ראיה לויתור על זכות שכבר הוקנתה³³. אולם, למרות שבמבט ראשון נראה כאילו הרכוש הנדון נרכש בעבר, הוא היה מוכן לראות בו רכוש שנרכש אחרי ה"הסכם". זכויות בני הזוג בכספים שבחשבונות הבנק התגבשו לשיטתו במועד פתיחת החשבונות בישראל – לאחר ההסכם המשתמע מהעלייה ארצה³⁴; והחנות נרכשה אף היא אחרי הסכם זה, שכן לשיטתו ניתן לראות את ה"הסכם" כאילו נעשה עוד בעת ההחלטה לעלות, כ-4 שנים לפני העלייה בפועל, החלטה שקדמה לרכישת החנות³⁵. הניתוח השני, סביבו התגבש רוב מבין שופטי הרוב, הוא זה של הנשיא ברק³⁶, והוא שונה לחלוטין. לפיו, אין כל חשיבות לשאלה אם תנאי סעיף 15 קרימו אם לאו. כלל ברירת הדין הוא כלל דיספוזיטיבי, והסכם בין בני הזוג דוחה אותו. הסכם כזה יכול לקבוע כל מה שבני הזוג רוצים, ואין מגבלה כלשהי באשר לצורתו. על כן, די בעובדה שבני הזוג חיו חיי נישואין תקינים לאחר עלייתם ארצה, בצירוף העיקרון של תום הלב המשלים את כוונות הצדדים הלא מפורשות, ובצירוף עיקרון השוויון שהוא עיקרון יסודי של השיטה הישראלית, כדי לבסס מסקנה שהיתה בין בני הזוג הסכמה לחיי שיתוף, המשתרעת על כל רכושם, בלי קשר למועד או למקום רכישתו, והסכמה זו היא שקובעת את משטר יחסי הממון בין בני הזוג³⁷.

הניתוח השלישי בדעת הרוב, ניתוחו של השופט חשין, הוא מעין גישת ביניים. השופט חשין קיבל את העמדה לפיה לא הוכחה עילה על פי סעיף 15. הוא גם קיבל את עמדת שופטי הרוב, לפיה ניתן להסתפק בהסכם מכללא לצורך הסיפא של סעיף 15; אך הוא סירב להסתפק לעניין זה בפחות מהסכם אמיתי. מאחר שבנסיבות המקרה לא היתה כל

32 שם, בע' 588–594.

33 שם, בע' 596 ואילך.

34 שם, בע' 596.

35 שם בעיקר מע' 599 ואילך.

36 השופטים ש' לוי, שטרסברג-כהן ואור הצטרפו לדעת הנשיא.

37 "עם בואם לישראל של בני זוג אשר נישאו מחוץ לישראל [הוא מתכוון כנראה לבני זוג שנישאו כשהיו תושביה של ארץ אחרת, ס.פ.]. לפני כניסתו לתוקף של חוק יחסי ממון ומשמתיים בהם בישראל התנאים לשיתוף בנכסים, רואים אותם כמסכימים לקיים ביניהם בישראל משטר של שיתוף בנכסים. הסכמה זו דוחה תחולתם של דיני ברירת דין, והיא הקובעת את המשטר לחלוקת הרכוש ביניהם. משטר זה חל הן על רכוש שנרכש לאחר נישואיהם אך לפני בואם לישראל והן על רכוש שנרכש לאחר נישואיהם בישראל." (שם, בע' 606).

השופט טל מבין את פסק הדין של הנשיא אחרת. הוא סבר שהנשיא מפעיל את סעיף 15 סיפא – בהתבסס על הסכם הגלמוד מעלייתם ארצה וחיייהם התקינים (שם, בע' 633–634). דומה שפירוש זה אינו מוצדק. הנשיא אמנם דן בסעיף 15, וזאת ביחס לשאלה, איזה סוג הסכם יספיק לצורך הסיפא. הוא מבהיר שהדין הזה הוא תיאורטי לחלוטין, ושיש בו צורך רק כאשר סעיף 15 חל, ובעניין סעיף 15 אינו חל כאן משום שה"הסכם" בין הצדדים גבר עליו (שם, בע' 603–604).

ראיה לקיומו של הסכם אמיתי בנוגע ליחסי הממון בין בני הזוג, ולו הסכם מכללא, הוא לא היה מוכן לבסס את זכותה של האשה על הסכם כזה. על כן, לדעתו, תנאיו של סעיף 15 לא קיימו³⁸.

אולם השופט חשין גם לא היה מוכן לראות מכשלה באי מילויים של תנאי סעיף 15. לדעתו, הלכת השיתוף חלה על בני זוג תושבי ישראל כ"מעין תקנת ציבור פנימית", ודי בעובדות המבססות אותה כדי להשלים את עילת התביעה של האשה. לשיטתו, סעיף 15 נכנס לתמונה רק כדרך להשתחרר מהשלכותיה של הלכת השיתוף, כאשר הנתבע יכול להראות שדין פרס מקנה לו זכות אחרת ברכוש. משלא עשה כן, האשה זכאית למחצית הרכוש הנדון מכוח עיקרון השוויון, שהוא אביה הרוחני של חזקת השיתוף³⁹.

ד. ביקורת

ניתוח שופטי המיעוט מניח שהבסיס לדיון הוא סעיף 15, ושאי קיום תנאיו תורץ את גורל התביעה. קשה למצוא דופי בניתוח זה, כל עוד שיתוף בין בני זוג איננו בגדר תקנת ציבור הגוברת על כל הסדר אחר, ובתוך כך גם על כללי ברירת דין. ואומנם, כפי שראינו, המשפט הישראלי אכן סובל הסדרים אחרים ואינו רואה בשיתוף תקנת ציבור⁴⁰. ניתוחי הרוב מוצאים בסיס לתביעה, בין בהסכם שבסיפא של סעיף 15, בין בהסכם שאינו תלוי כלל בסעיף 15, ובין בתחולתה הראשונית של הלכת השיתוף על תושבי ישראל. בשורות הבאות אבקש להעמיד גישות אלה למבחן.

1. הקונסטרוקציות ההסכמיות

אצל כל שופטי הרוב, מלבד השופט חשין, הבסיס להפעלת הלכת השיתוף הוא קיומו של הסכם: אצל השופט גולדברג זהו הסכם בתוך סעיף 15, ואצל הרוב – הסכם הגובר על סעיף 15.

(א) הסכם בתוך סעיף 15

כאמור, הבסיס המשפטי לניתוחו של השופט גולדברג הוא סעיף 15 סיפא, שמכיר בכוח של הסכם לשנות מההסדר של דין המושב הראשון. הבסיס העובדתי לקיומו של הסכם

38 שם, בע' 613–624.

39 שם, בע' 624–628. ובע' 631 הוא מסכם את עמדתו כך: "עתה ידענו כי חומת סעיף 15 לחוק מוצבת על אם הדרך, וכי אין ביכולתה של בת הזוג נפסי לעבור דרכה, לא בשער של רישת ולא בשער של סיפה. ואולם אם כך באשר להוראת סעיף 15, רוח והצלה יעמדו לה לבת הזוג ממקום אחר והוא מעקרון העל במשפט ישראל. עקרון העל מורה אותנו כי עקרון השוויון הוא ראש וראשון. ועקרון השוויון – אשר ילד את חזקת השיתוף ביחסי ממון בין בני זוג – יעמוד לה לבת הזוג ויכריע את הכף לזכותה."

40 ראה לעיל, הערה 1.

כזה הוא עלייתם של בני הזוג ארצה, מעשה המשמיע כוונה לחיות כבני זוג תושבי ישראל שנישאו באותו מועד – ובתוך כך, כוונה לשנות את יחסי הממון שביניהם בהתאם.

(1) הבסיס העובדתי

מהות ההסכם – עלייה ארצה

עלייה ארצה אכן משמיעה כוונה להצטרף לחברה הישראלית ולהתנתק במידה מסוימת מהחברה שנושעים. היא גם משמיעה במקרים רבים שיתוף של גורל העולים בגורל עם ישראל השוכן בציון. אולם תהיה זו פיקציה גמורה לייחס לכל זוג עולים כוונה שיחסי הממון שלהם יתנהלו כיחסי הממון של בני זוג ישראליים. ייתכן שיש אנשים כאלה, אך אין כל סיבה להניח שרוב רובם של העולים חושבים על סוגיה זו ומסכימים לשנות את משטר יחסי הממון למשטר הישראלי, כשם שאין כל סיבה להניח שאילו חשבו על הסוגיה, זה מה שהיו רוצים. לשאלה "מה לדעתכם ההשפעה של עלייתכם על יחסי הממון שלכם?" התשובה "אין לעלייה כל השפעה" בוודאי איננה סבירה פחות מהתשובה "העלייה תשנה את יחסי הממון שלנו באופן שאנחנו לא מכירים, אבל באופן שידמה אותנו לבני המקום". לשאלה "איך הייתם רוצים שיחסי הממון יוסדרו לאחר עלייתכם?", התשובה "כמו כל האנשים שמסביבנו – לא חשוב מה תוכנו" וודאי איננה סבירה יותר מהתשובה "כמו שתמיד היו". ייתכן מאוד שבני זוג העולים לישראל יניתו, שכלפי צדדים שלישיים יחסיים שביניהם יצטרכו להתנהל כפי שמתנהלים יחסי הממון של שאר בני החברה החדשה; אולם אין כל סיבה להניח שהם יקשרו את השתלבותם בחברה החדשה בשינוי היחסים הפנימיים שביניהם. לפיכך, הנחה זו אינה משכנעת, וקשה להצדיק את קביעתה כחזקה עובדתית ומשפטית שהנתבע צריך להביא ראיה לסתור.

פירוש ההסכם ביחס לרכוש מהעבר

החולשה של קונסטרוקציה זו בולטת בהפעלתה על עובדות המקרה. בהעדר ראיה לוויתור על זכויות שהוקנו לפני העלייה, השופט גולדברג לא היה מוכן להסתפק בהסכם מיוחס זה ביחס לרכוש שנרכש לפני שינוי המושב⁴¹. כדי להצדיק את החלת ההסכם, שכל כולו מבוסס על עובדת העלייה, על שני פריטי הרכוש שבמחלוקת (החנות והכסף שבחשבונות הבנק), השופט גולדברג הקדים את מועד ההסכם – ממועד העלייה למועד ההחלטה לעלות, ודחה את מועד רכישתם של הכספים למועד פתיחת החשבונות – לאחר העלייה. דחיית המועד שבו התגבשו זכויות בכספים והקדמת מועד ההסכם אפשרו לו לכאורה לראות ברכישת שני פריטים אלה רכישה שהתבצעה לאחר ה"הסכם" לשיתוף.

41 כאמור לעיל, הערה 4, אין ספק שהחנות נרכשה לפני העלייה, ושהכספים לרכישתה נצברו בתקופה שלפני העלייה, וכנראה עוד לפני ההחלטה לעלות לישראל. אין ראיות ברורות ביחס למועד הרכישה של הכספים שהופקדו בבנק, אך קשה להניח שאלה נרכשו אחרי העלייה.

שני מהלכים אלה חושפים את גודל הפיקציה שקונסטרוקציה זו נזקקת לה. ההנחה שבני זוג מסכימים לדמות את יחסי הממון לאלה של בני חברה אחרת מבלי לדעת מהם, רק משום שהם עוברים אליה, היא מלאכותית ואין לה כל בסיס במציאות; והיא נעשית עוד פחות משכנעת כאשר מייחסים הסכם זה למועד כה רחוק ממועד המעבר בפועל. כמו כן, ההנחה שעד אשר הופקדו בחשבון בנק לא היו זכויות מגובשות בכספים מובאת ללא כל אסמכתא ונוגדת את האינטואיציה המשפטית, לפיה זכות קניין בכסף נרכשת כאשר הכסף נרכש לראשונה, והפקדתו בחשבון בנק אינה משנה אותה. ההנחה המסתברת, שהן הכסף ששימש לרכישת החנות והן הכספים שבחשבונות הבנק נרכשו אף לפני המועד המוקדם ביותר שבא בחשבון – מועד ההחלטה לעלות⁴² – מחלישה את הניתוח עוד יותר.

(2) הבסיס המשפטי

גם בסיסו המשפטי של הסכם זה אינו איתן.

משמעות המלה "הסכם" בסעיף 15 סיפא

השופט גולדברג לא נזקק מפורשות לשאלה אם למילה הסכם בסעיף 15 סיפא יש משמעות מיוחדת. משתמע מעמדתו שאכן לא דרוש הסכם ממון – בניגוד לדעת השופט מצא, ושלא דרוש הסכם אמיתי לעניין יחסי הממון – בניגוד לדעת השופט חשין, אלא שדי בהחלטה לשנות מושב כדי ליצור הסכם במובן הסעיף.

הנכונות להסתפק בהסכם מיוחס, המבוסס כולו על שינוי המושב, מנומקת בפסק דין זה בניתוח של המשפט הישראלי ושל היקף תחולתו של סעיף 2 לחוק יחסי ממון בין בני זוג, הקובע את הצורך בהסכם ממון. הבאת ניתוח זה כתשובה לשאלה איזה הסכם נחוץ לסעיף 15, מלמדת שהשופט גולדברג לא הבחין בין שתי שאלות נפרדות שעולות בסעיף זה. הסעיף מדבר על הסכם היכול לשחרר את בני הזוג מדין המושב בעת הנישואין, ובלבד שהוא תקף לפי דין המושב בעת עשייתו. ה"הסכם" שצופה סעיף 15 – כלל הברירה הישראלי – אינו בהכרח הסכם שצופה דין ישראל המהותי, היכול לחול כדין המושב בעת עשיית ההסכם. יכול שיהיה "הסכם" בעיני סעיף 15 שאינו תקף לפי דין המושב בעת עשייתו, בין שדין זה הוא דין זר ובין שהוא דין ישראל. במקרה הנוכחי, כוחו של ההסכם בא מהמשפט הישראלי, שהופעל כדין המושב. נראה שמשום כך לא מצא לנכון השופט גולדברג לבדוק באופן מפורש אם הסכם כזה, שדי בו לצורכי דין ישראל המהותי, די בו גם לצורך דין ישראל הברירתי (סעיף 15 סיפא). אומנם קשה לשער שבהוראת חוק אחת ייחס המחוקק למלה אחת שתי משמעויות שונות: הסכם במובן המשפט הישראלי הברירתי והסכם על פי דין המושב. אולם, כאשר בעת עשיית ההסכם דין המושב הוא דין זר, האפשרות שהסכם התקף בדין זר זה לא יראה מספיק לצורך סעיף 15 סיפא בולטת בבירור. יוצא שגם כאשר דין המושב בעת עשיית ההסכם הוא דין

ישראל, ייתכן שהסדר שמוגדר בהסדר הסכמי – כהלכת השיתוף – לא ייראה כמספיק לצורך סעיף 15 סיפא (כפי שאכן סבורים השופטים חשין, מצא וטל).

חוסר הבחנה זה הביא את השופט גולדברג לסתירה פנימית. מחד גיסא הוא קבע, כי הכרה בשינוי מושב גרידא כהסכם במובן סעיף 15 איננה לגיטימית, באשר היא נוגדת את סעיף 15, שדורש לכאורה יותר מאשר שינוי מושב כזה⁴³. מאידך גיסא הוא הסתפק בשינוי מושב זה בלבד כבסיס לתחולתה של הלכת השיתוף הישראלית.

הפירוש, לפיו די בהחלטה לשנות את המושב כדי להוות הסכם במובן סעיף 15 סיפא, אכן מרוקן את הסעיף מתוכן. העובדה שהסעיף דורש הסכם כדי לשחרר בני זוג מתחולתו של דין המושב בעת הנישואין, פירושה החד משמעי הוא שעצם שינוי המושב אינו נחשב להסכם כזה. משום מה, השופט גולדברג הוטרד מבעיה זו רק ביחס לזכויות שכבר הוקנו. ביחס לרכוש שיירכש לאחר שינוי המושב הוא היה מוכן להסתפק בהסכם מיוחד ללא כל בסיס במציאות. אולם, להבחנה זו אין כל בסיס. המחוקק החיל את דין מקום המושב הראשון על כלל הרכוש הנישואי, ואפשר לבני זוג לסטות מהסדר זה בהסכם התקף בדין המושב בעת עשייתו ביחס לכלל הרכוש הנישואי. ביחס לכל סוגי הרכוש, ההסתפקות בשינוי מושב בלבד סוטה מכוונתו הברורה של הסעיף.

גם האופן שבו פתר השופט גולדברג את הבעיה – שה"הסכם" נעשה אחרי שהרכוש הנתון נרכש בפועל – אינו מקטין את הפגיעה בזכויות מוקנות ואינו מקטין את הסטייה מסעיף 15. באשר לכספים שבחשבונות הבנק הוא קבע ש"כיוון שחשבונות הבנק נפתחו לאחר עליית בני הזוג ארצה, ניתן לומר כי זכויות הצדדים בכסף התגבשו בעת פתיחת החשבון, כשכבר חלה עליהם חוקת השיתוף"⁴⁴. לא ברור מדוע ניתן לומר זאת. אין חולק שהרכוש הובא מפרס, והשופט לא הביא אסמכתא כלשהי להשערה המשוגה, לפיה הפקדת כסף בבנק כשלעצמה יש לה משמעות קניינית כה מרחיקת לכת. העובדה, שהשופט גולדברג טרח לציין, שבית המשפט המחוזי לא היה מוכן לקבוע שלמשיב היו זכויות בלעדיות ברכוש, גם בה אין כדי להעניק לפתיחת חשבון בנק כוח לשנות את מועד הרכישה של הנכס המופקד ואת זכויות הקניין שבו.

ביחס לתנות, השופט גולדברג היה מוכן להניח שלבעל היו זכויות בלעדיות ברכוש לפני העלייה⁴⁵. משום שהוא סבור שלא די בהסכם המיוחד כדי לפגוע בזכויות אלה,

43 פרשת נפיסי (לעיל, הערה 2), בע' 597.

44 שם, בע' 596. יודגש שהאישה לא תבעה זכות בחשבונות הבנק ככאלה, אלא בכספים שהופקדו שם.

45 לא ברור מדוע הוא מבחין בין תנות לכספים כאשר שניהם הובאו מפרס. השופטת המחוזית לא הבחינה ביניהם במישור הראייתי, ולגבי שניהם קבעה שאין ראיה לבלעדיות הקניין של המשיב. על כן משונה למצוא שהשופט גולדברג מניח שלמשיב היו זכויות כאלה בתנות, אך לא בכספים שבחשבונות הבנק. מעניין לציין שבעוד שהשופט גולדברג מציג את התנות כרכוש הבעייתי, דווקא הכספים הם הבעייתיים יותר. שכן, בעוד שהתנות אכן נרכשו כנראה תוך צפיית העלייה (אם כי מתוך כספים שנצברו עוד קודם), סביר להניח שהכספים נרכשו במהלך חי הנישואין, ולא דווקא אחרי התחלטה לעלות.

ומשום שאין ראייה ברורה לווייתור הבעל על זכותו, הוא חיפש אחר כוונותיהם של בני הזוג בעת רכישת החנות. הוא הגיע למסקנה שכבר אז היתה להם כוונת שיתוף, משום שהחנות נרכשה לקראת העלייה, לאחר החלטתם להתחבר לחברה הישראלית, כאשר ניתן לומר שהיה להם כבר מושב ישראלי "מושגי"⁴⁶.

לפיכך, השופט גולדברג לא נמנע מהחלת ההסכם המיוחד על בני הזוג. הוא פשוט הקדים את המועד לייחוסו, למועד שקדם לרכישת החנות בפועל. כוונותיהם כביכול של בני הזוג ביחס לחנות נלמדות מאותה הסכמה פיקטיבית לאמץ משטר קנייני לא ידוע של החברה שאליה הם מתכוונים לעבור. אך אין בקונסטרוקציה מלאכותית זו כדי למנוע פגיעה בזכות מוקנית, שכן המועד המוקדם הזה איננו מוקדם מספיק. הניתוח מתעלם לחלוטין מהעובדה שהכספים ששימשו ברכישת החנות נצברו קרוב לוודאי עוד לפני כן, ובהעדר ראייה לכוונותיהם האמיתיות של בני הזוג, ייחוסו של הסכם פיקטיבי בעניין זה אינו מקל על הפגיעה בזכויות אלה.

על כן, הניתוח של השופט גולדברג אינו משכנע שנמנעה פגיעה בזכויות מוקנות. חשוב יותר לענייננו הוא שהניתוח גם אינו משכנע בהתאמתו לסעיף 15. הפעלת דין ישראל על פריטים אלה מושגת בסך הכל על ידי שינוי של מועד הרכישה מזה ושל מועד ההסכם מזה, שמאפשר להקיף את הרכוש הנדון במסגרת אותו הסכם מיוחד – ההחלטה לשנות את המושב – אך שוב, בלא אותו הסכם מפורש או ברור שהסעיף כנראה דורש. על כן, בלי קשר לשאלה מתי נרכשו הזכויות, ואפילו בהנחה שרכוש כלשהו אכן נרכש אחרי ההחלטה לשנות את המושב, הניתוח של השופט גולדברג אינו מתיישב עם סעיף 15.

תוקף ההסכם – לפי איזה דין

בניתוח זה, הלכת השיתוף חלה לא כהסכם עצמו, אלא כפרי ההסכם, שהוא ההחלטה לעלות לישראל⁴⁷. אולם, משום שהשופט גולדברג זיהה את ההסכם בעלייה, הוא נתקל בבעיה כשהוא נאלץ לבדוק את תוקפו של ההסכם לפי דרישות החוק. הוא פנה לצורך זה לדין ישראל בתור הדין הרלבנטי לעניין. אולם סעיף 15 מפנה בעניין זה לדין המושב בעת עשייתו – והשופט גולדברג כאמור הקדים את מועד עשיית ההסכם למועד ההחלטה לעלות לישראל, עת שבה הצדדים היו עדיין תושבי פרס. כדי להצדיק את הפנייה לדין ישראל, הוא היה חייב לקבוע שהחלטתם לעלות משנה כשלעצמה את מושבם. הוא הכיר בכך שייחוס משמעות לכוונות בקביעת המושב בעייתי, כאשר המשפט הישראלי מגדיר מושב הגדרה אובייקטיבית לכאורה כ"מרכז החיים של האדם". הוא גם מעורר את הבעיה ששינוי זה יכול להתאמת רק בדיעבד, לאחר שהמעבר כבר בוצע בפועל, בעיה

46 פרשת נפסי (לעיל, הערה 2), בע' 602.

47 זאת כנראה משום שהשופט גולדברג מודע לבעייתיות שבביסוסה של הלכת השיתוף על בסיס הסכמי. ואכן, הוא מדגיש את מרכזיותה של הלכה זו כשלוחה של עקרון השוויון במשפט הישראלי.

שמקשה על מלומדים רבים לקבל קונסטרוקציה זו⁴⁸. אולם השופט גולדברג סבר שבהסדר משפטי שמבקש לקדם את רצון הצדדים, ניתן להגמיש את המושג "מושב" כדי לאכלס גם קשר שאין בו גורם פיזי, הבנוי כל כולו על כוונות הצדדים. זאת, משום שלדעתו "גישת היסוד בענייני המעמד האישי מייחסת משקל לרצונותיהם ולציפיותיהם של בני הזוג, ושיקול זה עמד ביסוד העדפתו של עיקרון המושב"⁴⁹. גישה זו קשה מכמה סיבות.

ראשית, העדפת עיקרון המושב במשפט הישראלי על פני עיקרון הלאומיות אינה באה באופן ישיר כדי לקדם רצונות אינדיבידואליים כלשהם. היא באה לשקף בצורה מציאותית יותר את קבוצת ההתייחסות הרלבנטית לעניין מעמדו האישי של האדם ועניינים הקשורים בכך. לדעת המשפט הישראלי, קבוצת ההתייחסות שלפיה יש לבחון את מעמדו של האדם היא החברה שבה יש לו מרכז חיים, ולא חברה שיכול שתהיה לו אליה זיקה משפטית מושגית בלבד בלא זיקה חברתית אמיתית. קביעת מושבו של אדם על פי רצונו בלבד, כאשר אין לו זיקה אמיתית לחברה שאליה חותר רצונו, אינה שונה בהרבה מהגישה שהמשפט הישראלי נטש, שאפשרה לקשור אדם על פי זיקה פורמלית בלבד אל מדינת הלאומיות שבה הוא אינו חי.

שנית, גישת היסוד בענייני המעמד האישי איננה בהכרח מייחסת משקל לרצונות הצדדים, אלא מספקת מסגרת קבועה שבאמצעותה רצונות אלה יובאו לידי ביטוי, ושבתוכה תעוצבנה ציפיותיהם. על כן, צדדים אינם יכולים ליהפך מפנויים לגשואים על פי רצונם בלבד⁵⁰. באותה מידה הם אינם יכולים לעשות הסכם בענייני יחסי ממון אלא במסגרת הקבועה בחוק, כלומר: על פי דין מושבם בעת עשיית ההסכם. ההנחה של הסעיף היא שרצון הצדדים אינו כל יכול. על כן, התחשבות ברצון הצדדים בקביעת מושבם, כדי לתת תוקף להסכם שגם הוא מיוחס רק מכוח דין המושב החדש, נוגדת גם היא את כוונתו של סעיף 15.

האסמכתא שהביא השופט גולדברג לעמדה שניתן להתחשב בכוונת הצדדים לעבור למושב חדש כאשר מחילים את דין "מושבם" היא מאלפת⁵¹. הדיון שאליו הוא הפנה בספרם של Dicey and Morris עוסק בשאלה אם ניתן להתעלם מהמושב האמיתי ולהחיל את דין המושב שמתכוונים לעבור אליו, והמחברים סבורים שהדבר מוצדק כאשר הכלל שמפנה לדין המושב מניח שהצדדים רשאים לבחור בדין, ושדין זה הוא הדין שהצדדים

48 ראה להלן, הערה 50.

49 פרשת נפסי (לעיל, הערה 2), בע' 601.

50 השימוש בקונסטרוקציה של המושב הנישואי המיועד מוצע גם כדי להכשיר פגמים ביכולתם של בני זוג להינשא. אולם ההצעה הועלתה בעיקר למקרים שבהם לבני הזוג אין דין אישי משותף, ולא כאשר הפגם מצוי בדינם המשותף, ובאופן כללי, אין תמיכה רבה בגישה זו. ראה: G.C. Cheshire & P.M. North *Private International Law* (London, 12th ed., 1992) 588ff. (להלן: "Cheshire & North"); A.V. Dicey & J.H.C. Morris *The Conflict of Laws* (12th ed., 1993) 664ff. (להלן: "Dicey & Morris").

51 Dicey & Morris, (לעיל, הערה 50), בע' 1069, בע' 601 לפסק הדין.

היו בותרים בו לו חשבו על כך. במקרה שלנו, עד כמה שסעיף 15 מניח הנחה דומה, הוא עושה זאת ברישא של הסעיף – כאשר הוא מפנה לדין המושב בעת הנישואין. שם יכולה להתעורר השאלה, האם ניתן להתחשב בכוונתם או לעבור למושב אחר. ואכן, במידה שההפניה לדין זה אמורה לשקף את רצון הצדדים, הטעון בעד התחשבות במושב שאליו התכוונו לעבור כבר בעת הנישואין הוא משכנע, ואין פסול בפנייה לדין זה כדי לברר את תוכנו של רצון הצדדים המשווער. אולם, בסיפא של הסעיף המחוקק אינו עוסק בהנחות בדבר רצונם. הוא מאפשר לצדדים להכיע רצון זה. הפנייה לדין המושב בעת עשיית ההסכם איננה כדי לברר את תוכן רצונם, אלא כדי לבדוק אם ניתן לתת תוקף לרצונות אלה. כאן קשה יותר להתחשב ברצון הצדדים ככלי בזיהוי המושב. היכולת של הצדדים לתת לרצונם תוקף איננה דבר התלוי רק ברצונם, ולכן אי אפשר לזהות את הדין שלפיו ייקבע תוקף ההסכם על פי רצונם בלבד.

שלישית, אפילו אם הקונסטרוקציה המתחשבת בכוונות הצדדים לשנות את מושבם כגורם מכריע בזיהוי מושבם היתה משכנעת גם במקרה זה, ואפילו שוכנענו שמוצדק להוציא רכוש שנרכש לקראת העלייה מגדר הזכויות המוקנות, הראויות להגנה מפני פועלו של דין המושב החדש⁵², קשה מאוד להשתכנע שמוצדק לנהוג כך במקרה זה, בגלל האופי הפיקטיבי והמלאכותי של הניתוח שלו. אין ולו נקודת משען אמיתית אחת לעשות

52 ראוי לציין שגישה זו נחוצה רק במקום שבו מחילים את דין המושב החדש תוך הגנה על זכויות שהוקנו במושב הקודם. כאמור, אולי זה היה הכלל בישראל לפני חקיקתו של חוק יחסי ממון בין בני זוג, אך הוא אינו הכלל היום. החקיקות של השופט גולדברג לניתוח זה היא לכאורה פירוש של סעיף 15 המביא להסדר הישן, אך למעשה היא חותרת להביא לידי החלת דין המושב החדש על הכל, על ידי ביטול ההגנה על זכויות מוקנות ביחס לרכוש שנרכש לקראת העלייה. יחס מיוחד לרכוש כזה נלמד גם מהמהדורה החדשה של הצעתו של לבונטין (לבונטין תשנ"ח (לעיל), הערה 16), סעיף 24, ודברי הסבר בע' 129 ואילך, במיוחד ביחס לתת-סעיף (ב)(1)). עמדת השופט גולדברג, שלפיה יש משמעות להחלטה של בני הזוג לשנות את מושבם, תואמת לכאורה עמדה זו וכן העמדה שבמהדורה הראשונה של הצעתו לחוק ברירת דין בסעיף 19(1), שמאפשרת להחיל את דין ישראל כדין המושב החדש גם על רכוש שנרכש לקראת העלייה (א' לבונטין, ברירת הדין: הצעה לחוק עם מבוא ודברי הסבר מקוצרים (התשמ"ז-1987) (להלן: "לבונטין תשמ"ז")). עם זאת, סעיף זה במהדורה הראשונה עוסק בתחילת תחולתו של הסדר איוון המשאבים (הסדר אובליגטורי, המבוסס על הפרדת רכוש בזמן הנישואין, המטיל על הצדדים חיובים רק בסוף הנישואין, ושצדדים יכולים להתנות עליו). השופט גולדברג עוסק בייחוס הסכם מכללא על שיתוף ביחס לכל הרכוש שנרכש תוך כדי הנישואין. בעניין זה, ההצעה המקורית של לבונטין קובעת מפורשות (כפי שהשופט גולדברג אכן מצטט בהקשר אחר בע' 597) ש"הסכם מכללא לשיתוף נכסים המיוחס בדין ישראל לבני זוג המקיימים חיי משפחה בצוותא, תחילתו מראשית מושב בני הזוג בישראל." (סעיף 19(5) ע' 3). מעניין שהשופט גולדברג בעצמו, שבפניו עמדה רק המהדורה הראשונה של ההצעה (המהדורה החדשה יצאה רק אחרי מתן פסק הדין) מצטט את ההצעה כאילו היא אינה מאפשרת כלל להתחשב ברכוש שנרכש לקראת העלייה (הוא מפנה רק לסעיף 19(4) ו-19(5) בע' 597. סעיף 19(1) כנראה נעלם-מעיניו). לבונטין כנראה שינה את עמדתו בעניין זה ומוכן כעת, במהדורה החדשה של ההצעה, להתחשב ברכוש שנרכש לקראת העלייה גם בהחלת הלכת השיתוף

כן. רצון הצדדים נלמד משינוי מושבם. רק דין מושבם החדש יכול לתת לרצון מיוחס זה תוקף. בעובדות המקרה, הרצון הפיקטיבי יכול להועיל רק אם הוא מקיף את הרכוש שנרכש לפני שינוי המושב שמלמד על אותו רצון, ועל כן צריך להקדים את מועד "גיבושו" באופן פיקטיבי. אולם, הקדמה זו מוציאה אותו מהדין היחיד שמבסס אותו ונותן לו תוקף – הוא דין המושב החדש; על כן צריך לייחס לצדדים מושב "מושגי" כבר אז. דין מושב זה, שמכשיר רצון מיוחס זה, הוא אותו דין שממנו יוחס רצון לבני הזוג מלכתחילה, רצון שלדעת השופט גולדברג לא יכול לחול רטרואקטיבית. והוא חל כאן על רכוש, שמקורו עוד לפני כל הסכם שנתיק לייחס לצדדים, אפילו לדעת השופט גולדברג, וכאשר רצונם האמיתי ביחס לקניינם, בכל רגע רלבנטי, אינו ידוע כלל. על כן קשה ביותר להצדיק את בדיקת ההסכם על פי דין ישראל.

תחולת הלכת השיתוף על מי שכפוף לחוק

השופט גולדברג הניח שהכלל הרלבנטי הקובע את יחסי הממון של בני זוג אלה בתוך דין ישראל הוא הלכת השיתוף. זאת, למרות שהוא סבור שגם מי שנישא לפני החוק, ועושה הסכם לאחריו כפוף להוראות החוק. כדי להגיע למסקנה שהלכת השיתוף חלה, הוא נאלץ להבדיל בין קבוצות שונות של עושי הסכם הכפופים לחוק: לגבי מי שרוצה בהסכמו להיכנס למשטר של שיתוף – די בעובדות המבססות את חזקת השיתוף; רק מי שרוצה לצאת ממשטר של שיתוף כפוף לדרישות הפורמליות של החוק⁵³. אולם בכך, כפי שמעירים השופטים דורנר ומצא⁵⁴, הוא אימץ כנראה את עמדת המיעוט בפרשת יעקבי-קנובלר⁵⁵, שגרסה שהלכת השיתוף מוסיפה לחול גם על מי שכפוף להסדר יחסי הממון שבחוק. הישענות זו על עמדת המיעוט בפסק דין אחר מבלי לדון בסוגיה היא תמונה ומעוררת בעיה בבירור ההלכה ההיא⁵⁶. משמעותה המפתיעה של עמדה זו היא, שתושבי ישראל הנישאים לאחר החוק ורוצים להבטיח פירוד ברכושם הנשואי חייבים לכתוב שני הסכמי ממון: אחד שידאג לכך שהרכוש הנישואי לא יאוזן בסיום הנישואין מכוח החוק, ואחר שידאג שלא תוקנינה זכויות קניין במהלך הנישואין מכוח הלכת השיתוף.

לפיכך, ניתוחו של השופט גולדברג חותר תחת הסעיף שעליו הוא מתבסס, ואינו משכנע הן בשל הנחותיו הבלתי סבירות והן בשל ריבוי ההבנות המקובלות שהוא מערער.

הישראלית על מי שעולה לישראל. אולם כדאי לציין בהקשר זה שהוא אינו משנה לשם כך את משמעותו של מושג המושב.

53 פרשת גפיסי (לעיל, הערה 2), בע' 591-593.

54 שם, בע' 607, 632-633.

55 לעיל, הערה 8.

56 כאמור לעיל, בהערה 13, יש חילוקי דעות באשר למשמעות המשפטית של ההחלטה בפרשת יעקבי-קנובלר. מה שברור הוא שאין כל הצדקה להניח בלא דיון שהלכת השיתוף מוסיפה לחול על מי שכפוף לחוק.

(ב) הסכם הגובר על סעיף 15

הנשיא ברק ביסס את קיומו של הסכם על שלושה: הנסיבות שמבססות את חזקת השיתוף – אורך ואורח חיי הנישואין של בני הזוג לאחר עלייתם; עיקרון תום הלב שמשלים את כוונות הצדדים הלא מפורשות; ועיקרון יסוד – השוויון⁵⁷. הוא פירש את אורח חיי הנישואין כביטוי להבנה משותפת, שתוכנה נקבע באמצעות ההנחה שאנשים תמי לב יסכימו לקבל על עצמם את עיקרון השוויון העומד בבסיסו של שיתוף הנכסים. הסכם זה מתייחס לא רק לנכסים שיירכשו בעתיד, אלא גם לנכסים שנרכשו כבר בעבר, בחסות שיטה משפטית אחרת.

העקרונות שאליהם נזקק הנשיא הם מוכרים. מקובל על הכל בשיטה הישראלית שאורך ואורח חיי נישואין יכולים לבסס את הפעלת חזקת השיתוף, שהסכם אינו חייב להיות מפורש אלא יכול גם להיות מכללא (להוציא מקרים מיוחדים כמו הסכם ממון), שכאשר כוונות הצדדים אינן מפורשות ניתן להשלימן באמצעות עיקרון תום הלב ושערך השוויון הוא עיקרון יסוד בשיטה הישראלית. אין מתלוקת על כל אחד מהמרכיבים הללו, אולם צירופם יחד לביסוס המסקנה שהצדדים הללו עשו הסכם שאפשר לבית המשפט שלא לפנות לדין זר ושינה את יחסי הקניין שלהם באשר למכלול של נכסים שהם צברו במשך 39 שנה – צירוף זה הוא בעייתי.

(1) הבסיס העובדתי**מהות ההסכם**

כמו ההסכם של השופט גולדברג, גם זה של הנשיא ברק לא בוסס על כוונותיהם, על הנחותיהם או על ציפיותיהם האמיתיות או אפילו המסתברות של הצדדים, וכלל לא מתייחס אליהן⁵⁸. ההסכם שעליו הוא בוסס הוא פיקטיבי לחלוטין; ותום לב ועיקרון השוויון הובאו כדי להכניס להסכם פיקטיבי זה תוכן פיקטיבי.

פירוש ההסכם ביחס לרכוש מהעבר

כמו אצל השופט גולדברג, גם אצל הנשיא ברק חוסר העניין ברצון הצדדים צורם במיוחד ביחסו אל הקושי שבהחלת ההסכם על רכוש שנרכש לפני כינונו של ההסכם הפיקטיבי,

57 ראוי לשים לב שהוא אינו נענה לסענת המבקשת, שלפיה יש להפעיל את עיקרון השוויון בעיקרון קונסטרוקטיבי שבפניו סעיף 15 לחוק אינו יכול לעמוד, או שמחייב את תחולתה של הלכת השיתוף. הוא אפילו אינו מביא טענתה זו בפני הקורא. הוא מפעיל את העיקרון בעיקרון פרשני בלבד.

58 למשל, כמו השופט גולדברג, אין הוא שואל אם ניתן ללמוד משהו מהעובדה שדירת המגורים שנרכשה לאחר העלייה נרשמה על שם שני בני הזוג, כשם שהוא אינו שואל איזו השפעה היתה לסעיף 15, המפנה לדין המושב הראשון, על ציפיותיהם, או אם היה להם כסיס סביר להניח שתחול עליהם הלכת השיתוף גם לאחר ההחלטה בפרשת יעקבי-קנובלר (לעיל, הערה 10).

במושב הקודם. אך שלא כשופט גולדברג, שהתאמץ לסווג את הנכסים ככאלה שנרכשו לאחר ההסכם, הנשיא ביטל את ההבחנה בין רכוש שנרכש לפני ההסכם לרכוש שנרכש לאחריו, ופטר את עצמו מהצורך להתייחס לסוגיה, בהתבסס על פירוש תוכנו הפיקטיבי של אותו הסכם פיקטיבי עצמו: "אמת, חלק מהרכוש (ואולי מרביתו) הובא מפרס. אין בכך ולא כלום. ההסכם בין הצדדים אינו מבחין בין רכוש שנרכש לאחר הנישואין בפרס לבין רכוש שנרכש לאחר הנישואין בישראל... בהיעדר נתונים מיוחדים אין מקום להבחין – ההבחנה שהיא קשה במיוחד לאור קשיי ה'עקיבה' אחר הרכוש – בין הרכוש שנרכש לפני העלייה לישראל לבין הרכוש שנרכש אחריו. בשני המקרים חל על הרכוש אותו הסכם עצמו"⁵⁹.

ייחוסו של הסכם פיקטיבי זה לרכוש שכבר נרכש מדגיש את חוסר העניין של הנשיא בכוונותיהם של בני הזוג. הוא גם התעלם מהאפשרות שזכויות כבר הוקנו ברכוש זה, מה שעומד בניגוד בולט לעמדתו שלו עצמו בפרשת אזוגי, שם הוא ייחס חשיבות עליונה לזכויות שהוקנו כביכול על ידי כלל ברירת הדין הקודם, וחיסן אותן מפני כל פגיעה⁶⁰. שכן, אם כלל ברירה אכן מסוגל להקנות זכויות, כפי שסבור השופט ברק בפרשת אזוגי⁶¹, אזי אין מנוס מהמסקנה שסעיף 15 הקנה זכויות או הכיר במה שהוקנה בדין המושב הראשון. על כן ניתן היה להניח שגם אם נמצא "הסכם" שסוטה מהסדר זה, הוא יפורש תוך הגנה על זכויות הצדדים שכבר נתגבשו – כלומר: זכויות ביחס לרכוש שכבר נרכש בהיות הצדדים תושבי אותה מדינה ראשונה – ושבהעדר הסכם מפורש בין הצדדים, רק אמירה מפורשת או אמירה ברורה מכללא של המחוקק תספיק לשלול מאדם זכות שרכש שם. ניתן היה עוד לקוות ששופטים לא יירתעו מלהגן על זכויות מוקנות רק בשל הקושי הכרוך בעקיבה, במיוחד כאשר במקרה הנתון לא הוצג כל קושי אמיתי בדבר.

(2) הבסיס המשפטי

גם בסיסה המשפטית של הקונסטרוקציה כולה אינו איתן.

תוקף ההסכם – לפי איזה דין?

ההסכם המיוחס של הנשיא ברק תלוי על בלימה. לדעתו אין כל חשיבות לשאלה מהו כלל ברירת הדין החל על העניין. זאת משום שלדעתו, יהיה כלל ברירת הדין ביחסי ממון בין בני זוג אשר יהיה, הוא כלל דיספוזיטיבי. לדעתו, די בעובדות המבססות את חזקת השיתוף כדי להצביע על הסכם שגובר על כלל ברירת הדין. הוא מודה שבסיסה ההסכמית של הלכת השיתוף הוא בעייתי, והוא צופה זמן שבו ניתן יהיה להיפטר מקונסטרוקציה זו ולבססה על חקיקה שיפוטית. אולם הוא סבור ש"אם יש בקונסטרוקציה ההסכמית

59 פרשת נפסי (לעיל, הערה 2), בע' 606.

60 ראה לעיל, פרק 2, והערה 19.

61 כאמור, הנחה זו בעייתית, ראה Fassberg (לעיל, הערה 17).

להעביר את הלכת השיתוף על פני הים הזועם של הוראות חוק המקרקעין בפרט, והקודיפיקציה האזרחית בכלל, אינני רואה כל סיבה מדוע לא יהא בכוחה להעביר את הלכת השיתוף על פני הנהר הזועם של הדין הקונפליקטואלי⁶².

לגמרי לא ברור מנין שאב הנשיא ברק את הרעיון שכלל ברירת הדין הזה הוא כלל דיספוזיטיבי. אין תולק שההסדר שבסעיף 15 – ההפניה לדין המושב הראשון – הוא הסדר דיספוזיטיבי. כך נאמר בסעיף עצמו, כאשר הוא מאפשר לצדדים לעשות הסכם אחר. אבל הסכם זה איננו כפוף רק לתקנת הציבור ולדין ישראלי ספציפי אחר, כפי שקבע הנשיא ברק. הוא כפוף לתנאי סעיף 15. הדיספוזיטיות שלו מוגבלת על ידי הסעיף שיצרה. ההתנאה על ההסדר הקבוע בסעיף 15 רישה תוכר רק אם נעשתה בהתאם לדין המושב בעת עשיית ההסכם⁶³. הסכם שאינו תקף לפי מבחן זה לא יוכר, ובמקרה כזה לא יהיה מנוס מפנייה לדין המושב בעת הנישואין, כמצוות סעיף 15 רישה. מה שמלמדנו, שלא כלל ברירת הדין הוא כלל דיספוזיטיבי, שאפשר להתנות עליו, אלא ההסדר שכלל זה קובע הוא הסדר דיספוזיטיבי⁶⁴. העמדה שכלל ברירת הדין הזה דיספוזיטיבי היא עמדה מרחיקת לכת, שממנה נובע כי ניתן להתעלם מהוראת חוק ולהתנות עליה בלא כל הגבלה. לעמדה זו, הנוגדת את המצב המקובל, אין כאמור על מה שתסמוך⁶⁵. על כן

62 פרשת נפסיס (לעיל, הערה 2), בע' 605.

63 ניתוח לפי הסעיף מחייב לבדוק מתי נעשה ההסכם, אם ההסכם הוא הסכם כמובן סעיף 15 סיפא ואם ההסכם הוא הסכם כמובן המשפט הישראלי – דין המושב בעת עשייתו. שלא כשופט גולדברג, שהחיל את סעיף 15 ולא הבחין בין השאלות השונות הללו, הנשיא לא החיל את סעיף 15, ובכל זאת העיר על כמעט כל הסוגיות הללו, אך לא על השאלה המרכזית, והיא אם הלכת השיתוף, שבזכותה זוכה ההסכם הפיקטיבי למשמעות משפטית, היא חלק מהמשפט הישראלי החל על מי שעולה אחרי התוק, וכפוף משום כך, להסדרים הסטטוטוריים.

64 טענה אפשרית היא שכל מקום שמפעילים את חוקת שוויון הדינים – כלומר שבכל מקום שבו אי הוכחת הדין הזר אינה מביאה מיידית לדחיית התביעה – כלל הברירה הוא למעשה דיספוזיטיבי. זאת משום שתחולתו של דין ישראלי, כאשר לפי הכלל הוא אינו אמור או מוסמך לחול, תלויה אך ורק ברצונו של התובע. רוצה – יוכיח את הדין הזר; לא רוצה – יימנע מלהוכיחו, ויחול דין הפורום. הנשיא ברק לא הסתייג מקביעתו של השופט גולדברג שביחסי ממון בין בני זוג אין מקום לחוקת שוויון הדינים, אך העמדה שכלל הברירה הוא דיספוזיטיבי אינה מתיישבת עמה. ראה על כך להלן פרק ה.5.

65 גם האסמכתאות המובאות לקביעה זו אינן תומכות בה. הנשיא ברק מפנה בע' 603 ללבונטין "בספרו הנ"ל, בעמ' 45–17", אבל אף ספר של לבונטין לא אוזכר לעיל. בהצעה לחוק ברירת דין של לבונטין (המהדורה הראשונה) המובאת בפסק דינו של השופט גולדברג, יש אכן דיון ביחסי ממון בין בני זוג בע' 44–47. אולם הדיון שם אינו תומך בעמדה המוצגת על ידי הנשיא ברק שכן לבונטין קובע מפורשות בע' 45, בכמה הזדמנויות, שכל חוזה שבני הזוג עושים ביניהם צריך להיות מועיל לפי הדין החל עליהם. אני גם לא מצאתי, בספר זה או בספר אחר של לבונטין, דיון בנושא זה בעמודים האמורים, או דיון התומך בעמדה זו אפילו בעמודים אחרים. הוא מפנה גם ל-"Dicey and Morris The Conflict of Laws", אך גם במקור זה אין מוצאים אסמכתא לעמדה שהסכם גובר על כלל הברירה. המתברים אכן אומרים שם ש-"nearly all systems of community"

מטעה הוא לומר שכלל ברירת הדין הוא דיספוזיטיבי, מוטעה הוא לומר שהתנאה גוברת על כלל ברירת הדין, והעמדת הסכם הצדדים כמסגרת לדין כאילו הוא עומד בפני עצמו במנותק מסעיף 15 מנתקת את הבעיה המשפטית מבסיסה היחיד.

תחולת הלכת השיתוף

באותה מידה, ההצגה הרטורית של בסיסה ההסכמי של הלכת השיתוף ככוח החזק דיו "לעבור על פני הנהר הזועם" של כללי ברירת הדין איננה מסבירה דבר. גם אם הלכת השיתוף חוקה דיה לגבור על הוראות חוק המקרקעין, היא עושה זאת רק מקום שהיא חלה. אין כל סיבה להניח שהיא גוברת במובן כלשהו על כללי ברירת הדין, שהם הכללים הקובעים את היקף תחולתה, אלא אם ייקבע שהיא חלה כתקנת ציבור חיובית על כל באי עולם או על כל תושבי ישראל⁶⁶. אפשרות זו נשללה במקרה זה על ידי רוב השופטים, כשם שהיא נשללה על ידי השופט ברק עצמו בפרשת אוזגי⁶⁷. לפיכך, הניתוח של הנשיא ברק מושתת על הסכם פיקטיבי הגוגד את המציאות והוא חסר יסוד משפטי כלשהו.

2. הקונסטרוקציה הלא הסכמית

המסלול שבאמצעותו הגיע השופט חשין לתחולת הלכות השיתוף נועדה להימנע מהמלאכותיות שבקונסטרוקציות ההסכמיות. לשיטתו, ניתן להסתפק בהלכות השיתוף כבסיס לעילת תביעתה של אישה תושבת ישראל – כעיקרון על המהווה "מעין תקנת ציבור פנימית", כאשר כלל ברירת הדין מעביר אל הנתבע את הנטל להראות, על פי הדין הור, שגם אם תנאי השיתוף קיימים, יש להחיל את הדין הור⁶⁸.

"property allow the spouses to contract out of the system". אולם מההקשר ברור שהכוונה איננה להתנאה על כלל הברירה, אלא להתנאה על משטר יחסי הממון המהותי, שכמעט כל שיטה מאפשרת. העובדה שניתן להתנות על שיטת יחסי ממון פלוניא איננה מחייבת שניתן גם להתנות על כלל ברירת הדין. ייתכן שהמצב במשפט האנגלי בילבל קצת. שלא כמשפט הישראלי, המשפט האנגלי קובע הסדר ברירתי אחד ליחסי ממון שבבוססים על הסכם, והסדר אחר ליחסי ממון בהיעדר הסכם. אלה המבוססים על הסכם כפופים אמנם לכללי ברירת הדין בחוים. אולם גם האנגלים טורחים לציין (כשלא תמיד מציינים זאת בהקשר החוזי הרגיל) שלא כל הסכם יספיק, אלא שיש לבדוק את תוקפו ואת הכשרות לכרתו על פי הדין ששולט בהסכם. כך גם כאן (כפי שאנו למדים מסעיף 15), היכולת להסדיר את הדבר בהסכם, תוקף ההסכם, פירושו וכדו' – כל אלה הן שאלות אשר רק דין המושב בעת עשייתו יכול לשלוט בהן.

66 לדין במושג תקנת ציבור, ראה להלן 4.(2).א.(2).

67 לעיל, הערה 16.

68 פרשת נפסי (לעיל, הערה 2), בע' 628.

(א) הבסיס המשפטי

(1) תחולת הלכת השיתוף

החלת דין ישראל על העניין עוררה גם אצל השופט חשין את הבעיה של הפעלת הלכת השיתוף על מי שכפוף לחוק. מצד אחד הוא קבע שמי שעולה אחרי החוק כפוף רק לחוק, הן בהקשר של ברירת דין הן בהקשר המהותי⁶⁹. מצד אחר הוא קבע שהלכת השיתוף חלה רק על תושבי ישראל, אך על כל תושבי ישראל⁷⁰. על כן, למרות שהשופט חשין לא ראה צורך להיכנס "לזיכוח המר שניטש בפרשת יעקבי וקנובלר"⁷¹, גם הוא כנראה אימץ את עמדת המיעוט שם, הגורסת שהלכת השיתוף מוסיפה לחול גם על מי שכפוף לחוק, ואימוץ זה יצר אף אצלו בעיה של רטרואקטיביות, משום שמדבריו משתמע כאילו ההלכה חלה על תושבי ישראל רק מאז היותם לתושבי ישראל. מכאן, שקשה להחיל אותה על רכוש שבני הווג רכשו בטרם נהיו לתושביה. בעיות אלה לא זכו כלל לדיון אצלו.

(2) "מעין תקנת ציבור פנימית"

אולם גם לעמדתו הכללית אין בסיס עיוני. היוקקותו למושג תקנת הציבור בהקשר זה אינה מוצדקת. תקנת הציבור מחולקת בספרות לתקנת ציבור חיצונית ולתקנת ציבור פנימית. תקנת ציבור חיצונית היא תקנת ציבור שיכולה להשפיע במישור ברירת הדין, משום שהיא איננה מיוחדת למעגל הפנימי של אנשי המקום ושל המעשים המקומיים. היא חלה גם על עניינים שאין להם קשר לחברה המקומית מתחת חשיבות העקרונות המגובשים בה. תקנת ציבור פנימית היא תקנת ציבור המיוחדת לעניינים מקומיים, ושאיננה חלה על עניינים שבהם מעורבים גורמים זרים⁷².

פועלה של תקנת הציבור החיצונית בהקשר של ברירת הדין הוא שלילי בדרך כלל: כאשר מוכח בבית המשפט דין זר שתוכנו סותר את תקנת הציבור מסרבים להחילו, ובדרך כלל, אך לא תמיד, מחילים במקומו את דין הפורום – לא בשל מעלותיו של דין הפורום, אלא בשל מגרעותיו של הדין הזר. כך, למשל, ניתן להניח שהוראה זרה ששוללת מאשה זכות שיתוף רק בשל היותה אשה תנגוד את תקנת הציבור החיצונית שלנו. אולם לא על תקנת ציבור מסוג זה דיבר השופט חשין: כאמור לעיל, אבן נגף

69 שם, בע' 610.

70 שם, בע' 628.

71 שם, בע' 608.

72 לדיון כללי בנושא זה, ראה: Dicey & Morris (לעיל, הערה 50, בע' 96–88). ראה גם בעברית, ע' ספירא "הכרה ואכיפה של פסקי חוץ" עיוני משפט ד' 509, בע' 530–541, ובג"צ 143/62 פונק שלזינגר נ' שר הפנים, פ"ד יז 225, בע' 256. תקנת ציבור פנימית – לפי הגדרתה, איננה יכולה לדחות דין זר שתוכן ואף לא לשלול את תחולתו של דין זר מדעיקרא. עיקרון של תקנת ציבור פנימית, כגון שאין אוכפים חוזים מסיג נתון, ברגע שהוא מופעל בהקשר שבו כללי ברירת הדין מפנים לדין זר, הוא נהפך לחלק מתקנת הציבור החיצונית – בין אם הוא מופעל באופן שלילי ובין אם הוא מופעל באופן חיובי.

עיקרית בפני הצלחת תביעתה של האשה במקרה הנדון היתה שהאשה לא הוכיחה את דין פרס. על כן, כלל לא יכלה לעלות לדיון השאלה אם תוכנו נוגד את תקנת הציבור הישראלית החיצונית ואם יש לדחותה מפניה.

ידועה אומנם גם תופעה מצומצמת של תקנת ציבור חיצונית חיובית – הפעלת דין הפורום חרף כללי ברירת דין, מבלי להתייחס כלל לתוכנו של הדין הזר, כאשר תחולתו של הכלל חשובה כל כך לחברה המקומית שהוא חל על כל מי ועל כל מה שכפוף לסמכות בית המשפט המקומי – בלי קשר לזיקתו לפורום. במקרים כאלה, דין הפורום חל לא בשל מגרעותיו של הדין הזר אלא בגלל מעלותיו של דין הפורום. בלהג המקצועי, תופעה זו מכונה "תחולה מיידיית של דין הפורום", תחולה עצמאית, שלא באמצעות כלל ברירת דין. אך דומה שגם לסוג זה של תקנת ציבור לא כיוון השופט חשין, שכן הוא הציע שניתן להשתחרר מדין פורום זה על ידי הוכחת הדין הזר⁷³. כלל המאופיין ככלל של תקנת ציבור חיצונית חיובית אינו יכול למצות את כוחו בהעברת הנטל להוכיח את הדין הזר לצד הנתבע: או שהוא חזק דיו כדי לשלול דין זר מדעיקרא, או שהוא אינו חזק דיו לשם כך. האפשרות להתגבר עליו באמצעות דין זר היא הנותנת שאין מדובר כלל בתקנת ציבור. על כן, השימוש במונח "תקנת ציבור" – בין פנימית ובין חיצונית, בין שלילית ובין חיובית – אינו יכול להצדיק את הפרופוזיציה שדין ישראל יחול כדי לבסס את העילה. גם הוספת המלה "מעין" ביחס לתקנת ציבור פנימית, וגם השימוש בביטוי "עיקרון-על" אינם מועילים. החלת הלכת השיתוף באופן שכלל ברירת הדין יכול לגבור עליה אינה שונה כלל ועיקר מהפעלת חוקת שוויון הדינים, ואין דבר בינה לבין תקנת הציבור⁷⁴.

תחולת דין הפורום בבסיס לתביעה

בבסיס חילופי לעמדתו הפנה השופט חשין, בהיכוס מה, להצעת חוק ברירת דין של פרופ' לבונטין. הוא טען שזכויות ביחסי ממון הן זכויות צפות. על כן, "כמוהן כשאר זכויות 'צפות'", ניתן להחיל עליהן בשלב ראשון את דין הפורום, ומי שרוצה לערערו, עליו הראיה שיש לו זכות מוקנית בדין זר⁷⁵.

העמדה המעוגנת בהצעה של לבונטין – שכתביעות גברא חל, או יכול לחול, דין הפורום – טרם נהייתה לדין בישראל. הוויכוח בשאלה אם ניתן להפעיל את חוקת שוויון הדינים אפילו בתחומי החוזים והנזיקין, שהם תחומי "גברא" מובהקים, היא ראייה לכך שההצעה של לבונטין גם איננה משקפת את הדין הקיים בנקודה זו. אולם גם אילו היתה הנחה זו מקובלת, אין זה ברור כלל ועיקר שתביעתה של גברת נפסי היא תביעה שבה יכול לחול דין הפורום בשלב ראשון. בעוד שאכן מדובר בתביעת גברא, הזכויות הנגבעות כאן הן זכויות חפצא. האשה איננה תובעת זכות לאיזון – זכות אובליגטורית – אלא הצהרה על זכות קניין קיימת. וביחס לזכות קניין, גם לפי ההצעה של לבונטין,

73 פרשת נפסי (לעיל, הערה 2), בע' 628-629.

74 ראה להלן ה.5.

75 פרשת נפסי (לעיל, הערה 2), בע' 629.

דין הפורום ככזה יכול לשמש בסיס רק כאשר הוא היה הדין המוסמך להקנות את הזכות בעת רכישתה⁷⁶. ביחס לזכות קניין רגילה חל דין מקום הימצא הנכס בעת רכישתו. על כן, על האשה להוכיח שהנכסים נרכשו בישראל כדי להגיע לתחולתו של דין ישראל. כאמור, החנות אומנם נרכשה בישראל. אולם אם הכספים ששימשו לרכישתה והכסף שבחשבונות הבנק מקורם בתקופה שלפני העלייה, בפרס, אין זה ברור כלל ועיקר ש"המרתם" בישראל תשפיע על חלוקתן הפנימית של זכויות הקניין בין בני הזוג לבין עצמם. גם לפי הכלל המיוחד ליחסי ממון בין בני זוג יש לפנות לדין המושב בעת רכישת הזכויות – פרס – ורק ביחס להסדר איוון המשאבים, ניתן להתחשב בכך שהזכויות נרכשו לאחר שבדעתם של בני הזוג השתכללה הכוונה לשנות את מושבם – ובמקרה זה, לעלות לישראל⁷⁷. לפיכך, במקרה הנדון, על האשה להוכיח שהרכוש והכספים ששימשו לרכישתם נרכשו לאחר ההחלטה לשנות את מושבם, שאם לא כן יחול דין פרס, הוא דין המושב בעת רכישת הזכויות. האשה לא תוכל לעשות זאת מבלי להיזקק הן לפיקציה של השופט גולדברג ביחס למועד הרכישה של הכספים בחשבון הבנק והן לנכונות של הנשיא ברק לוותר על העקיבה, שמאפשרת לדאות במועד רכישת החנות מועד קובע למרות ששימשו לרכישתו כספים שנרכשו קודם לכן. לפיכך, גם לפי קונסטרוקציה זו אין תחולה ראשונית לדין ישראל, והדין שממנו יש לשאוב את הזכות הוא קרוב לוודאי הדין הזר.

על כן, גם הקונסטרוקציה הלא הסכמית אינה מבוססת כראוי, ולא ניתן לבססה אלא על הקביעות הלא מקובלות שביחסי ממון בין בני זוג חלה חוקת שוויון הדינים, ושכמקרה זה הדין הרלבנטי הוא הלכת השיתוף, החלה גם על מי שכפוף לחוק.

ה. המשמעות המשפטית של הפסק

1. שינוי סעיף 15 לחוק

האשה זכתה במחצית הרכוש על ידי כך שעל בני זוג שעלו לישראל לאחר חוק יחסי ממון בין בני זוג, ממושבם שבו בילו את רוב חיי נישואיהם, ושחיו תקופה קצרה ביותר בישראל, הוחלה הלכת השיתוף הישראלית אף על רכוש שרכשו לפני עלייתם, ובלא ש"נעשה" ביניהם כל הסכם. במידה שיש בפסק דין זה הכרעה עקרונית, משמעה כנראה שעל כל זוג שעולה לישראל וחי בה ולו תקופה קצרה תחול הלכת השיתוף, אפילו על רכוש קודם, בלא כל הסכם מפורש. כלומר: הלכת השיתוף חלה על כל תושבי המדינה, בלי קשר למועד נישואיהם, למועד עלייתם או למועד רכישת הרכוש הנדון. מי שעובר לישראל אחרי החוק, הדרך היחידה שבה יוכל למנוע את תחולתה היא לעשות הסכם מפורש – ואולי אפילו הסכם ממון – ששולל את תחולתה (כשם שגם תושבי ישראל

76 לבונטין תשנ"ח (לעיל, הערה 52), סעיף 21(א), ע' 5.

77 שם, סעיף 19(1).

כנראה צריכים לעשות הסכם ממון ממש כדי להימלט מחזקת השיתוף, גם אם נישאו לאחר החוק⁷⁸.

סעיף 15 לחוק יחסי ממון בין בני זוג קובע כי "על יחסי הממון בין בני זוג יחול חוק מושבם בשעת עריכת הנישואין, אולם רשאים הם בהסכם לקבוע ולשנות יחסים אלה בהתאם לחוק מושבם בשעת עשיית ההסכם". משתמע מהסעיף שעצם שינוי מושבם של בני זוג איננו מביא לידי שינוי במשטר יחסי הממון שביניהם. רק הסכם יכול לעשות זאת. משמע, ששינוי המושב כשלעצמו איננו נחשב הסכם לעניין זה, ושיש צורך בנסיבות אחרות המצביעות על קיומו של הסכם. אולם בית המשפט קבע הלכה שלפיה הסכם במובן סעיף 15 סיפא אינו הסכם ממון, ולא נדרשת עבודה כל צורה; הוא אינו צריך להיות מפורש או כתוב והוא יכול להיות גם הסכם מכלל, הוא אף אינו חייב להיות הסכם אמיתי⁷⁹. קיומו של הסכם כזה יכול להילמד בלא כל התייחסות לכוונותיהם האמיתיות של הצדדים או להנחותיהם, וגם בניגוד גמור לכוונותיו של אחד מבני הזוג. גם עובדות המבססות הסכם מיוחס – הסכם משפטי לעומת הסכם עובדתי – מספיקות כדי להצביע על הסכם כזה, לפחות למי שישראל נהייתה לו למושב. על כן, למעשה, בניגוד לאמור, בסעיף 15, לא דין המושב הראשון יחול, אלא דין המושב האחרון; ולא מי שרוצה לסטות מדין מושבו הראשון צריך לעשות הסכם, אלא רק מי שרוצה לשמור עליו. ההכרעה משנה אם כן הוראת חוק.

שינוי זה מעורר בעיות הפעלה ושאלות פרשנות. שאלה אחת היא מה היקפו של השינוי? לא ברור אם עמדה זו היא עמדה המיוחדת לתושבי ישראל או שמא היא עמדה כללית. אם היא אמורה לחול רק על תושבי ישראל, יוצא שכלל ברירת הדין הסטוטורי חל רק על תושבים זרים המתדיינים בישראל באשר ליחסי הממון שביניהם. לאור כללי סמכות השיפוט שלנו, ייתכן שתביעות כאלה יידונו בישראל. אולם הם בוודאי אינם המקרה הטיפוסי, והגבלת תחולתו של כלל ברירת הדין דווקא למקרה לא טיפוסי זה משונה ואינה מתיישבת עם כוונתו המסתברת של המחוקק. היא גם איננה מתיישבת עם הנחתו של השופט ברק בפרשת אזוגי, שאף לה לא הוצע בסיס משפטי, ולפיה כללי ברירת הדין הישראליים ביחסי ממון בין בני זוג חלים על תושבי ישראל ומקנים להם זכויות⁸⁰. לעומת זאת, אם העמדה שהובעה כאן היא עמדה כללית, נראה שכל מי שעובר ממושב נישואי אחד לאחר, שבו מיוחסת לבני זוג הסכמה על משטר יחסי ממון, משטר זה יחול גם עליו – וישפיע גם על רכוש שנרכש לפני המעבר. מתוך שהשופטים לא אבו לייחס להלכת השיתוף משקל של תקנת ציבור, דומה שזאת תהיה התוצאה גם אם המושב החדש מייחס הסכם של פירוד, ואולי גם אם בני הזוג הגיעו למושבם החדש ממשטר של

78 דעתו של השופט גולדברג בדבר הצורך לעשות הסכם ממון רק כדי לצאת ממשטר מיוחס של שיתוף מעוררת שאלה מעניינת – מי שעובר לארץ אחרת ששם מיוחס לבני זוג משטר הסכמי, כיצד ייקבע סוג ההסכם שיהיה עליו לעשות כדי לשמור על ההסדר הישן?

79 רק השופטים חשין, מצא וטל הסתייגו מעמדה זו.

80 לביקורת עמדתו זו ראה Fassberg (לעיל, הערה 17).

שיתוף, ובכלל זה מישראל⁸¹. מאחר שהשופטים גם לא היססו להחיל את ההסכם המיוחס על רכוש שכבר נרכש, לא תהיה דרך להגן על זכויות שנרכשו בתקופת הנישואין הראשונה⁸². החלת דין המושב החדש איננה הסדר בלתי מוכר, אם כי מספר המדינות שמאפשרות לדין חדש זה לגבור על זכויות שהוקנו במושב המקורי אינו רב⁸³. עם זאת, אימוצו של הסדר כזה לרוב המקרים שיידונו, ואימוצו באופן כה לא מפורש ובניגוד למה שמחייב החוק אינו רצוי. כמו כן, השיטות שמחילות על בני זוג את דין המושב החדש אינן מסתפקות בדרך כלל בפחות מאשר הסכם בכתב לעניין זה⁸⁴.

קושי נוסף עם הלכה זו הוא שהרעות שמבססות אותה אינן מוליכות כולן לאותה תוצאה בכל הנסיבות. לדעת השופט חשין, החלת הלכת השיתוף אין פירושה בהכרח שההיננה לצדדים זכויות משותפות ברכוש. שכן, גם במקרה שבו נמצא בסיס לשיתוף לפי הלכה זו, יכול הנתבע להיחלץ משיתוף זה באמצעות דין המושב הראשון או הסכם אחר⁸⁵. לא כן לשיטתם של הנשיא ברק והשופט גולדברג. לשיטתו של הנשיא ברק, החלת הלכת השיתוף הישראלית כהסכם מצדיקה התעלמות מכלל ברירת הדין, והיא מהווה סוף פסוק. לשיטתו של השופט גולדברג, החלת הלכת השיתוף כהסכם מכוח כלל ברירת הדין אף היא סוף פסוק. באותו אופן, דומה שכל גישה תוליך לתוצאה שונה כאשר נמצא שלפי הלכת השיתוף אין בסיס לשיתוף. לפי השופט חשין יתול דין פירוד מכוח הלכת השיתוף עצמה; אך דומה שעדיין תהיה אפשרות – הן לנתבע והן לתובעת – להוכיח זכות אחרת בדין המושב הראשון או בהסכם. לפי השופט גולדברג, במקרה שלא תתקיים חזקת

81 וכמו כן, מאחר שהלכת השיתוף מוחלת בדעת הרוב לא בתור תקנת ציבור אלא בשל בסיסה ההסכמי בלבד, לא יהיה יסוד להחיל הלכה זו בנסיבות דומות לאחר שבסיסה המשפטי יוכרז בסיס של חקיקה שיפוטית, במקום הסכם, כפי שצופה הנשיא ברק, לא על רכוש שיירכש בעתיד, ועל אחת כמה וכמה לא על רכוש שכבר נרכש.

82 כאמור, השופט גולדברג הציע שראיות המבססות הסכם מיוחס בלבד אינן מספיקות כדי להחיל את ההסכם על רכוש מן העבר. על כן, אין זה מובן מאליו שהוא יהיה מוכן לראות בכל מקרה הסכם שחל אחורה, אם כי, כאמור לעיל, האופן שבו הוא התגבר על הזכויות המוקנות במקרה הנדון איננו תורם רבות להקטנת הפגיעה בזכויות מוקנות. הנשיא לעומת זאת מוכן להחיל את ההסכם אחורה בכל מקרה. אם הסיבה היא אכן הקושי שבעקיבה, האם הוא יימנע מהחלה רטרואקטיבית במקרה שבו הוא לא יראה בה קושי?

83 הדוגמאות הבולטות הן שווייץ (Switzerland's Private International Law Statute of December 18, 1987, art. 55) ואיטליה (The Italian Civil Code, Law No. 218, arts. 29-30).

84 למשל שווייץ ואיטליה, הנוהגות כאמור על פי שיטת ה־mutability, דורשות במפורש מסמך בכתב כדי לסטות ממנה, בלא כל קשר למה שקבוע לעניין זה בדין המושב החדש (ראה לעיל, הסעיפים המוזכרים בהערה 83), וזאת כנראה כדי להגן מראש על זכויות מוקנות. בשיטות משפט שגורסות immutability, השאלה אם ניתן לסטות מההסדר אם לאו, ואיך, תלויה בדרך כלל בדין המושב הראשון, הממשיך לשלוט ביחסי הקניין גם לאחר שינוי המושב. וזאת שוב, כנראה, כדי להגן על זכויות שנרכשו לפי דין זה. סעיף 15 יוצא מגדר הכללה זו בכך שהוא מכפיף את ההסכם לדין המושב החדש.

85 פרשת נפסיס (לעיל, הערה 2), בע' 628.

השיתוף יוחל דין פירוד מכוח הלכת השיתוף עצמה, ללא כל אפשרות לשנות מתוצאה זו. לפי הנשיא ברק, לעומת זאת, יחול כנראה כלל ברירת הדין שמפנה לדין המושב הראשון או להסכם, שכן הדבר יתפרש כאילו אין הסכם שגובר על כלל ברירת הדין⁸⁶.

2. הרחבת תחולתה של הלכת השיתוף

בדרך אגב, וללא כל דיון, השופטים גם מבססים הנחה שהלכת השיתוף חלה על מי שכפוף למשטר יחסי הממון הסטטוטורי. השאלה אם הלכת השיתוף יכולה לחול על מי שכפוף לחוק עמדה כאמור ביסוד פסק דין שהתקבל לא מזמן בערעור בפרשות יעקבי-קנובלר⁸⁷. מפסק דין זה מתקבל הרושם שהלכת השיתוף אינה חלה על מי שכפוף לחוק, שנועד כנראה לבטל את משטר השיתוף הקנייני במהלך הגישוואין ולהחליפו במשטר אחר, ולא לאפשר את המשך תחולתו במקביל למשטר החדש⁸⁸. בפרשת נפסי, ההנחה שההלכה חלה היתה נחוצה להכרעת השופטים⁸⁹, והם הניחו אותה בלא שקיימו כל דיון בשאלה ותוך אימוצה של כה שהצטייר כדעת המיעוט בפרשה הקודמת.

3. החייאת בסיסה ההסכמי של הלכת השיתוף

משום שבית המשפט לא היה מוכן לקבוע ששיתוף הוא עיקרון של תקנת הציבור, הוא שוב חיזק את הדעה הבעייתית שהבסיס של הלכת השיתוף הוא הסכם.

4. על הצורך בעקיבה, על קביעת מועד הרכישה ועל הגדרת המושב

יש בפסק הדין גם אסמכתאות ברורות לטיעונים המשוונים הבאים: שהקושי לעקוב אחר מקורו של רכוש פוטר אותנו מהצורך לגסות להגן על זכויות מוקנות⁹⁰, שרכוש שהופקד בחשבון בנק, או אולי בכלל בידי אחר, נרכש רק בעת ההפקדה⁹¹, ושמושביו של אדם משתנה בעת ההחלטה לשנותו, בלי קשר למועד מימוש ההחלטה, ואולי בלי כל קשר

86 שם, בע' 605.

87 לעיל, הערה 8.

88 אמנם לא ניתנה תשובה מחייבת לשאלה זו – משום שהעובדות איפשרו להחליט בגורל התביעות בלא להכריע בה – ובאמור, יש מי שסבור שהפסק אינו מחייב את המסקנה ששוללים את תחולתה של הלכת השיתוף על מי שכפוף לחוק (לעיל, הערה 13).

89 רק בשל תחולתה אין צורך בהסכם מפורש, ורק בשל תחולתה, גורס השופט גולדברג שיש צורך בהסכם מפורש כדי לצאת משיתוף.

90 פרשת נפסי (לעיל, הערה 2), בע' 606.

91 יש למועד זה חשיבות גם בתחומי משפט אחרים, כגון מיסוי.

למימושה או אי מימושה⁹². שלושת אלה עומדים בניגוד גמור לשכל הישר ולמה שקבוע ומקובל בשיטות משפט אחרות.

5. חזקת שוויון הדינים, מעמדם המחייב של כללי ברירת דין, והלכת השיתוף כתקנת ציבור

השופטים גם זרעו מבוכה בשאלה אם ניתן להפעיל את חזקת שוויון הדינים ביחסי ממון בין בני זוג. השופט גולדברג אומנם ניתח את הסוגיה באריכות, וקבע שבתחום יחסי הממון אין יסוד להנחה שדין פרס זהה לדין ישראל, ועל כן אין מקום להחיל את החזקה⁹³. אולם ניתן למנות רק ארבעה מתוך תשעת השופטים המחזיקים בדעה זו – השופט גולדברג עצמו, השופט דורנר שהצטרפה אליו, והשופטים מצא וטל, שדעתם עולה מפסק הדין שבערעור.

ארבעת השופטים האמורים נהגו על פי ההבנה המקובלת שבסיס הדיון הוא סעיף 15. הבנה זו מניחה שתחולתו של דין ישראל אינה בלתי מוגבלת, ושכמו תחולתם של דינים זרים גם היא נקבעת על ידי כללי ברירת דין. כלל כדוגמת סעיף 15 מגדיר את היקף תחולתן של הלכות יחסי ממון, זרות כישראליות, על פי קנה מידה אחיד – מושב בני הזוג בעת הנישואין. בהתדיינות בישראל, מי שבעת נישואיו היה תושב ישראל, יחולו עליו דיני יחסי ממון ישראליים; ואילו מי שבעת נישואיו היה תושב זר, יחולו עליו דיני יחסי הממון בין בני זוג של המדינה הזרה שבה היה תושב בעת ההיא. על כן, כשמוכא לפני בית משפט ישראלי סכסוך ביחסי ממון בין בני זוג אשר שינו את מושבם במהלך חיי נישואיהם, עליו לוודא במסגרת איזו שיטת משפט יש להכריע בסכסוך – דיני יחסי הממון הישראליים או דיני יחסי הממון של שיטה זרה על פי כלל ברירת הדין הזה.

עמדתו של השופט גולדברג, שלפיה אי אפשר להחיל את חזקת שוויון הדינים בתחום יחסי הממון בין בני זוג, מאששת את התפיסה שלפחות כלל ברירת דין זה מחייב, ושהוא מחייב ככלל ברירה רב צדדי. העמדה הנוגדת, לפיה ניתן להפעיל את חזקת שוויון הדינים, משמעה שתחולתו של הדין נקבעת לא על פי הקבוע בכלל הברירה אלא על פי רצונם של הצדדים להוכיח את הדין הזה. כאשר דוחים תביעה בשל אי הוכחת הדין החל עליה, אין מרחיבים את תחולת הדין מהקבוע בכלל ברירת הדין; אולם ברגע שמפעילים את חזקת השוויון מפעילים למעשה את דין הפורום מעבר לגבול השתרעותו הקבועה

92 גם למועד זה חשיבות בתחומים אחרים, כגון בשאלת תוקף הנישואין, ובהפעלת סעיף 15 כאשר אין לבני הזוג מושב משותף או מושב אמיתי בעת הנישואין. השופט גולדברג אמנם ביסס את הרעיון שמשמעות המונח "מושב" יכולה להיות שונה בהקשרים שונים בהתאם למסרת החיקוק שבו הוא מופיע, והוא גם דרש שכוונת בני הזוג לשנות מושבם תהיה רצינית וברורה (פרשת נפסי (לעיל, הערה 2), בע' 601). אולם הכרתו באפשרות שרצון רציני די בו כדי לשנות מושב, בלא כל זיקה פיזית למושב החדש, יוצרת את האפשרות שמושבם של אדם ישתנה לפי רצונו בעת נתונה, אפילו רצון זה לעולם אינו מתגשם.

93 שם, בע' 584–588.

בכלל. על כן, סירוב להפעיל את חוקת שוויון הדינים משמעה התייחסות אל כלל ברירת הדין כאל כלל קוגנטי⁹⁴.

דעותיהם של השופטים האחרים מחייבות עמדה שונה. אומנם הם לא עסקו ישירות בסוגיה זו, אך עמדתם ביחס אליה מתחייבת מיחסם לשאלה אחרת שלא הצריכה דיון והועלתה בכל זאת – מהו הבסיס הראוי לדיון במקרה זה?

כאמור, השופט חשין קבע שכלל ברירת הדין נועד רק לצורכי הגנה, ועל כן הוא הפעיל למעשה לא את תקנת הציבור אלא את חוקת שוויון הדינים⁹⁵. מאחר שכאמור אי הוכחת הדין הור והפעלת חוקת שוויון הדינים היא אחת הדרכים שבהן ניתן להתנות על כלל ברירת הדין, יוצא שהוא נהג בכלל ברירת הדין כבכלל דיספוזיטיבי. גם חוות דעתו של הנשיא ברק הציגה עמדה הפוכה לבסיס הדיון הראוי מזו של שופטי המיעוט ושל השופטים גולדברג ודורנר. היא הטילה ספק בהנחה הטבעית שהמסגרת לדיון בשאלה משפטית ובה גורם זר היא כלל ברירת הדין: "יהא הדין של ברירת דין באשר ליחסי הממון בין בני זוג שנישאו מחוץ לישראל [הסעיף אינו מייחס חשיבות כלשהי למקום הנישואין, אלא רק למושב בני הזוג בעת הנישואין. על כן, הכוונה כנראה היא לנישואין בזמן שהם לא היו תושבי ישראל. ס'פ'] לפני חקיקתו של חוק יחסי ממון אשר יהא, זהו דין דיספוזיטיבי. הוא חל בהיעדר הסכם בין הצדדים. הצדדים רשאים להחליט בעניין זה ביניהם על הסדר שונה, והמשפט הישראלי ייתן תוקף להסדר זה – הכל בכפוף לתקנת הציבור הישראלית ולדין ישראלי ספציפי אחר"⁹⁶. השופט שטרסברג – כהן הבהירה עוד: "הסכמה זו [של בני הזוג] – ולא דיני ברירת דין – קובעת את המשטר לחלוקה ביניהם של הרכוש"⁹⁷. כאמור לעיל, לא ברור מה הבסיס לקביעה זו. אולם במידה שכלל ברירת הדין הוא דיספוזיטיבי, שוב אין ספק שניתן להפעיל בתחום שבו הוא פועל את חוקת שוויון הדינים כאמצעי אחד להתנות על תחולתו של כלל ברירת הדין.

גם מבלי לנקוט עמדה בשאלה אם גישה זו מוצדקת, חבל שצריך לדלותה מתוך עמדה בשאלה אחרת, שלא היתה צריכה להתעורר מלכתחילה, ומשהתעוררה היתה ראויה לדיון רציני. כפי שכבר הוסבר, הקביעה שכלל ברירת הדין הוא דיספוזיטיבי היא בעייתית כשלעצמה⁹⁸. תשובה לשאלות המתבקשות – האם ניתן להתעלם מסעיף 15 בכל מצב שבו ישנו הסכם בין הצדדים, יהא אשר יהא אופי ההסכם, יהא אשר יהא מושבם של בני הזוג, תהא אשר תהא צורת ההסכם, בכפוף רק לתקנת הציבור והוראה ישראלית ספציפית – תלויה בתשובה לשאלה אחרת, והיא: מהו המקור לדיספוזיטיות של כלל ברירת הדין וגבולותיה? אין כל התייחסות לשאלה מרכזית זו. הסתמיות שבה נאמרו

94 כלומר – בעל תחולה מחייבת. אין זאת אומרת שההסדר שבסעיף אינו יכול להיות דיספוזיטיבי, כמו סעיף 15 עצמו. אך אז, כפי שהוסבר לעיל, פירוש הדבר הוא שהצדדים יכולים להתנות על ההסדר שבסעיף רק במסגרת הגבולות הקבועים בו.

95 לעיל ד.א.2.(3).

96 פרשת גפיסי (לעיל, הערה 2), בע' 603.

97 שם, בע' 606.

98 לעיל ד.א.1.ב.2.(א).

הדברים יוצרת רושם כאילו כל הסכם בכוחו לגבור על כלל ברירת הדין הזה, אולי אף על כל כלל ברירת דין ביחסי ממון בין בני זוג, ואולי אף על כל כלל ברירת דין שהוא בכל תחום שהוא. האומנם אין עוד סיבה להניח שכאשר נדון אירוע ובו גורם זר יש לפנות אל כלל ברירת דין?

כוחם המחייב של כללי ברירת דין גובע מתפקידם. כללים אלה מגדירים את היקף התחולה של כללי משפט מהותיים. בלי כללים אלה, לכללים מהותיים אין כוח מחייב, שכן גבול השתרעותם אינו ידוע⁹⁹. תחולתו של כלל מהותי תלויה בכך שכלל ברירת הדין מפנה אליו. ההלכות המקובלות בנוגע לחוקת שוויון הדינים משקפות מצב זה. החזקה לעולם אינה מופעלת בתחומים שבהם הצדדים אינם יכולים להתנות, כבענייני מעמד אישי או קניין. להוציא מקרים כאלה ומקרים שבהם מדיניות מיוחדת של הפורום מחייבת לדחות את כללי ברירת הדין ולקבוע תחולה רחבה ביותר לכלל של הפורום, הנחה יסודית שכמעט שאינה צריכה ראייה היא שכללי ברירת הדין מחייבים ואינם כללים שניתן להתנות עליהם או שניתן להתעלם מהם.

לערעור הנחה יסודית זו אין כל הסבר, ואין מציעים לכלל הברירה כל תחליף מלבד רצון הצדדים. קשה להניח ברצינות שבית המשפט סבור שרצון הצדדים יכול לקבוע בכל. על כן, דומה שחשיבותה של הלכת השיתוף בעיני השופטים היא שהדריכה אותם בהכרעתם, על אף שהם לא היו מוכנים להתחייב לעמדה שהלכת השיתוף מהווה תקנת ציבור ישראלית. אחרת, כיצד ניתן להסביר את התעקשותם להעניק לאשה שחיה אך מעט זמן בישראל חלק ברכוש הבעל, בהעדר כל הסכם, כאשר כלל ברירת הדין מפנה לדין אחר, שתוכנו עוד לא ידוע, וכאשר הדבר עלול לגרור פגיעה ב"זכויות" מוקנות? כאמור, מצד אחד, השימוש שנעשה בפסק הדין במונח "תקנת הציבור" שגוי ומסלף, ומצד אחר, השופטים גם לא היו מוכנים להעניק להלכה זו מעמד כה רם באופן מפורש.

6. כללי ברירת דין וזכויות מוקנות

שוב בדרך אגב, ושוב ללא כל צורך, זרע פסק הדין של בית המשפט מבוכה בשתי שאלות קשות נוספות בתחום ברירת הדין. הראשונה מתייחסת לתחולתו של סעיף 15 בזמן על בני זוג שנישאו לפני החוק.

לפחות בבית המשפט העליון, אין סימן למחלוקת על ההנחה שמבחינת הזמן חל כלל ברירת הדין שבסעיף 15. רוב השופטים הסכימו לפרופוזיציה ש"אין מניעה להחיל את הוראת סעיף 15 לחוק על בני זוג שנישאו לפני חקיקתו, ובלבד שלא תפגענה עקב כך זכויות מוקנות שנרכשו על ידיהם"¹⁰⁰. תנאי זה לתחולתו של סעיף 15 אינו פשוט להבנה

99 לתפיסה זו של כללי ברירת דין ראה: א' לבונסין "ברירת הדין בתחום עבר-לאומיים", 3 דברי האקדמיה הלאומית הישראלית למדעים (תשכ"ט) 150, בע' 179-181.

100 פרשת נפסי (לעיל, הערה 2), בע' 584. השופטים גולדברג, דורנר, חשין, טל ומצא בוודאי דוגלים בעמדה זו. הנשיא ברק הוא שניסח אותה בפרשת אוזגי (לעיל, הערה 16). באשר לתחולתו של החלק מהותי של החוק, השופט חשין סבור שמי שנישא ועלה אחרי החוק (כבני הזוג נפסי),

או להפעלה, ודבריו של השופט גולדברג כאשר הוא מצדיק ומסביר את ההלכה בדבר תחולת הסעיף, חושפים שלא במכוון את מלוא בעייתיותה: "כלל ברירת הדין הוא בגדר הוראה דיונית, ואופיו זה מאפשר לו החלתו גם על דיון המתנהל לאחר חקיקתו, אף אם האירוע עצמו התרחש קודם לכן, ובלבד, כאמור, שלא תפגענה עקב כך זכויות מוקנות"¹⁰¹. הסבר מיותר זה מחייב דיון בהנחה שעומדת בבסיס המבחן האמור, שכלל דין ברירת יכול להקנות זכויות שלא באמצעות התדיינות¹⁰².

הסברו של השופט גולדברג אינו מתיישב עם הנחה יסודית זו, ועל כן תיאורו זה של הדברים מתמיה. הסיבה שבגללה בית המשפט היה מוכן בפרשת אוזגי לתת לכלל ברירת דין לחול על אירוע שאירע לפני תחילת תוקפו איננה שהוא כלל דיוני. אדרבא: אילו היה זה כלל דיוני, שאלת תחולתו לעולם לא היתה עולה, ועל כל אירוע שבא בפני בית משפט ישראלי צריך היה להחיל את כלל ברירת הדין שבתוקף בעת הדיון מבלי להתחשב כלל באפשרות שהחלתו עלולה לפגוע בזכויות מוקנות. בפרשת אוזגי נפסק, שכלל ברירת דין אינו חל מיד משום שבית המשפט סבר שיש בכוחו של כלל ברירת דין להקנות זכויות, וצפו את האפשרות שבני הזוג רכשו "זכויות" לפני שינויו של כלל ברירת הדין, בין מועד עלייתם ובין מועד השינוי בחוק, מכוח כלל ברירת הדין הקודם. בהקשר זה אין כל חשיבות עיונית לשאלה אם כלל ברירת דין הוא כלל דיוני או מהותי. הוא מהותי במובן זה שהוא חלק אינטגרלי מכל כלל משפטי באשר הוא מגדיר את תנאי תחולתו, אך הוא יכול גם להיראות דיוני במובן זה שכל פורום נוטה להחיל רק את כללי ברירת הדין שלו¹⁰³. אולם, יש חשיבות לדרך שבה משתמשים בתוויות כאשר מבקשים ללמוד מהתוויות השלכה משפטית מחויבת. בהקשר של הדיון ברטרואקטיביות, כללים שמקנים זכויות מכונים בדרך כלל כללים "מהותיים", בעוד שכללים "דיוניים" הם כללים שאינם מקנים זכויות, כלומר: כללים שיכולים לחול מיד עם חקיקתם גם על אירועים שאירעו בעבר, משום שמקובל שהם והכללים שהם מחליפים אינם מקנים זכויות. על כן, אם כללי ברירת דין הם דיוניים בהקשר זה, כדעתו של השופט גולדברג, כלל ברירת הדין הקודם לא יכול היה להקנות זכויות, ואין מקום לסייג את תחולתו של הכלל החדש בהגנה על זכויות מוקנות. מאידך גיסא, אם התנאי לתחולתו הוא אכן שלא תיפגענה זכויות מוקנות, כפי שנפסק בפרשת אוזגי, סימן שהוא איננו כלל דיוני.

הצירוף האומלל של הרעיון לפיו כלל ברירת דין מקנה זכויות עם הרעיון שהוא כלל דיוני, יוצר מצב שבו היום שוב אין זה ברור אם כלל ברירת דין מקנה זכויות, וכיצד,

החוק חל עליו, ואילו מי שעלה לפני החוק (כבני הזוג אוזגי), ההסדר הקודם חל עליו. השופט גולדברג סבור אף הוא שמי שעלה אחרי החוק (נפסיס) חל עליו החוק ולא הדין הקודם. אולם שניהם סבורים שהלכת השיתוף ממשיכה לחול גם על מי שכפוף לחוק, כמוסבר לעיל.

101 שם, שם.

102 ראה Fassberg (לעיל, הערה 17).

103 להוציא מקרים של רבנואה. לדיון בתפיסה יוצאת מן הכלל שלפיה יש לעתים להחיל כללי ברירה שאינם של הפורום, ראה Fassberg (לעיל, הערה 17), בע' 873-875.

או שמא הוא נתפס ככלל דיוני שאינו מקנה זכויות, ושיכול לחול גם על אירוע שאירע לפני חקיקתו.

7. רנבואה (renvoi)

הסוגיה השנייה שבה התקיים דיון מיותר ומטעה היא סוגיית הרנבואה (renvoi), היינו: השאלה כיצד מתייחס המשפט הישראלי אל כללי ברירת הדין שבדין שאליו הוא מפנה. לשון אחרת: האם כלל ברירת הדין הישראלי מפנה לדין הזר בחלקו המהותי בלבד, או שמא גם לחלקו הברירתי? השאלה אם סעיף 15 מפנה לדין המושב בחלקו המהותי או לרבות הפניות הברירות כלל לא עלתה במקרה הנדון, ולו משום שהדין הזר לא הוכח. אך השופט חשין ראה לנכון להביע את דעתו, שראוי לקבל את הרנבואה (כלומר: לקרוא את ההפניה שבסעיף 15 כהפניה גם אל כלל הברירה הזר) ולקבל אותה על דרך "בית המשפט דהתם" (כלומר: לפעול כפי שבית משפט היושב באותה מדינה זרה היה נוהג, לרבות בהתאם לכללים שלה ביתם לסוגיית הרנבואה)¹⁰⁴. שיטה זו עדיפה בעיני משום שלדבריו: "אם כבר נגזר עלינו לעגן עצמנו בשיטת משפט 'היסטורית', הבו (כך! ס'פ') נרכך את המכה ולו במעט. כשאני לעצמי, עדיפה בעיניי, למשל – ולאין ערוך – הדוקטרינה של 'בית המשפט דהתם'..., הידועה אף בשם דוקטרינת ה-'double renvoi'.... דוקטרינה זו אינה נוטעת אותנו, כמו לעולמים, בכלליה הפנימיים של השיטה המשפטית הזרה..., מאפשרת היא גמישות בקביעת יחסי הממון בין בני-זוג, ומתאימה היא עצמה באורח ראוי לשינויים שחלו בחייהם של בני הזוג מאז נישאו..."¹⁰⁵. גם עמדה זו תמוהה. אין כל סיבה להניח שקבלת הרנבואה "מתאימה" דבר לשינויים שחלו בחייהם של בני הזוג מאז נישאו. אין כל ודאות שדין המושב הראשון יפנה לדין המושב השני. ייתכן באותה המידה שהוא יפנה דווקא לשיטת הלאומיות, כאשר אין בין השינויים שחלו בחיי בני הזוג ובין לאומיותם דבר. מעבר לכך: במידה שבה שיטת ה-'double renvoi' משחררת אותנו מכבליה של השיטה שאליה מפנה כלל ברירת הדין שלנו, כך גם שיטת ה-'single renvoi' (שבה מחילים את הדין המהותי שאליו מפנה כלל ברירת הדין של המדינה הזרה מבלי להתייחס לעמדתה של זו ביתם לסוגיית הרנבואה)¹⁰⁶ נתברכה באותה יכולת, ואין בשיטת ה-'double renvoi' כל ייחוד בהקשר זה שמצדיק את העדפתה. אולם, יש גם מקום לפקפק בעצם הקביעה שה-'renvoi' משחררת מכבליה של

104 על כן, אם הדין הזר מפנה לדין שלישי, ובדין השלישי יש הפנייה לדין רביעי, בית המשפט הישראלי יחיל את הדין השלישי רק אם בית המשפט הזר ידחה את הרנבואה, והוא יחיל את הדין הרביעי במידה שבית המשפט הזר מקבל את הרנבואה. על גישות שונות לשאלת הרנבואה ראה: Dicey and Morris (לעיל, הערה 50), בע' 70 ואילך.

105 פרשת נפסי (לעיל, הערה 2), בע' 612.

106 על כן, אם הדין הזר מפנה לדין שלישי, בית המשפט הישראלי יחיל דין שלישי זה, על הוראותיו המהותיות בלבד, מבלי לשאול כיצד היה נוהג בית משפט של המדינה הזרה נוכח הוראות ברירת הדין של הדין השלישי.

השיטה הזו. השאלה אם מקבלים או דוחים את הרנבואה איננה שאלה שמתעוררת בכל מקרה מחדש, שהשופט רשאי להחליט בה על פי עובדות המקרה. היא שאלה שמתעוררת ביחס לסעיף נתון או ביחס למערכת של הפניות בשיטת משפט, באופן עקרוני. היא נובעת מתפיסה יסודית באשר למהות ההפניות. קביעתה של עמדה זו או אחרת ביחס לרנבואה איננה מרחיבה את שיקול דעתו של השופט. להפך, היא כובלת אותו. שכן ברגע שהסעיף מתפרש כמפנה אל רובד מסוים של הדין הזר – בין אם זה הרובד המהותי ובין אם זה הרובד הברירתי, בין אם זה ב־single renvoi ובין אם זה ב־double renvoi – על השופט ללכת בעקבות פירוש זה, תהא אשר תהא התוצאה, בנתון רק לתקנת הציבור. הוא אינו חופשי לשחק עם ההפניה כאוות נפשו. על כן, מי שמתייחס לסוגיית הרנבואה כבעיה אמיתית אינו רואה בה כלי שמאפשר לשופט להגיע באמצעותו לתוצאה הרצויה לו. באותה מידה, מי שרואה ברנבואה כלי להשגת המטרה הרצויה לשופט, שולל את שימושו ה־ad hoc במסגרת כללי ברירת דין כגון סעיף 15¹⁰⁷. הבעת עמדה בנושא זה היתה מיותרת, והעמדה שהובעה היא מטעה.

על כן, גם בשתי סוגיות אלה, שלא הצריכו כל דיון בנסיבות המקרה, הדיון המיותר, ערער הנחות יסוד בברירת הדין.

1. דרכי ניתוח חילופיות

כל דרכי הניתוח שאימצו השופטים הן בעייתיות. האם היתה להם דרך אחרת, קלה יותר, פשוטה יותר או ישירה יותר להגיע לתוצאה שאליה ביקשו להגיע?

1. במסגרת סעיף 15

הבסיס הטבעי לתביעה הוא סעיף 15 לחוק יחסי ממון. הרישא מחייב פנייה לדין המושב בעת הנישואין. במקרה זה, דין המושב בעת הנישואין הוא דין זר, שלא הוכח. בית המשפט יכול היה להתגבר על מכשול זה באחת משתי דרכים: לקבוע שחוקת שוויון הדינים חלה וכי האשה פטורה מלהוכיח את הדין הזר, או לקבוע שבית המשפט ידאג לבירור תוכנו של הדין הזר. לחילופין, בית המשפט יכול היה להסתמך על הסיפא, שמאפשר לצדדים להימלט מההפניה לדין המושב הראשון על ידי עשיית הסכם בהתאם לדין המושב בעת עשייתו.

107 לדיון קלאסי ברנבואה ככלי מניפולטיבי בשיטת ברירת דין עיוורת ונוקשה – כזאת המקובלת בישראל – ראה W.W. Cook *The Logical and Legal Bases of the Conflict of Laws* (Cambridge Massachusetts, 1942) 239ff. עבודתו הניחה בסיס לפסילת השיטה המסורתית – בין השאר משום שהיא מנצלת כלים כמו הרנבואה להגיע לתוצאות שהכללים הנוקשים אינם מאפשרים – ולקידומה של שיטת ניתוח האינטרסים הגמישה יותר, הלוקחת בחשבון את מדיניותם של חוקים "מתחרים" באופן גלוי.

(א) חזקת שוויון הדינים גם ביחסי ממון

קביעה שבהעדר הוכחת הדין הזר, חזקת שוויון הדינים יכולה לחול גם ביחסי ממון בין בני זוג (כפי שנהגה השופטת ארבל בבית המשפט המחוזי וכפי שנהג למעשה השופט חשין בדיון הנוסף) היא קביעה בעייתית. הפסיקה הישראלית המתייחסת לעניין זה אינה תומכת בהפעלת החזקה בתחום של יחסי ממון¹⁰⁸: לא סביר להניח שהדין הזר דומה לדין שלנו בתחום זה, בין משום שהשיטה הפרסית שונה מהשיטה הישראלית בכללותה ובין משום שהתחום הזה מוסדר בחקיקה בישראל (גם אם לא כולו). באותה מידה, תחום יחסי הממון אינו עוסק בחיובים פשוטים אלא ביחסי קניין סבוכים. על כן, הנטייה השיפוטית להיוקק לחזקה זו אינה מוצדקת במקרה זה¹⁰⁹. כדי להחיל את החזקה בצורה משכנעת היה צריך לסטות מהדין הקיים ומהרציונלים המקובלים להפעלת החזקה, ולאמץ גישה כללית כדוגמת גישתו של המלומד אהרנצוויד, לפיה בכל עניין שבו יש סמכות לבית המשפט יוחל דין הפורום, אלא אם יוכח שלדין הזר זיקה כה קרובה לעניין עד שיש להתחשב בו¹¹⁰.

גישה זו מחייבת שינוי עמדה כללית בתחום ברירת הדין, שכן פירושה למעשה שבכל מקרה שבו לא הוכח הדין הזר ניתן לבסס את התביעה על דין ישראל. אם ניתן להפעיל את החזקה גם בתביעה קניינית כזאת, ניתן להפעילה – ובעקבותיה את דין הפורום – גם בענייני מעמד אישי של זרים וגם בענייני קניין כשהרכוש אינו נמצא בישראל. אם כן, אין כל משמעות לכללי ברירת הדין. מי שמוכן להסתפק בדין הפורום גם במקום שבו כלל ברירת הדין אינו מפנה אליו, קובע שכלל ברירת הדין אינו מחייב, ושאינן לקחת ברצינות את מה שנאמר בו ביחס להיקף תחולתו של הדין. על כן, אימוצה של גישה כזאת מחייב דיון רציני ביותר בבסיס התחום כולו. ניתן לבסס עמדה כזו, אך ביסוסה אינו פשוט ויש לה משמעויות מהפכניות בתחום ברירת הדין, והפניה סתמית אל התיאוריה של אהרנצוויד או לכל תיאוריה אחרת לא תספיק.

אך גם אילו בוססה עמדה מהפכנית זו, לא היה בה די. מסלול זה היה מאפשר אומנם להימנע מחזרה על המתויבות לבסיס ההסכמי הנושן של הלכת השיתוף, אך בית המשפט לא היה פטור מדיון בשאלה אם הדין הישראלי החל מקנה לאשה זכות שיתוף, ושאלה זו מחייבת דיון והכרעה בשאלה אם הלכת השיתוף מוסיפה לחול גם על מי שכפוף לתוקן, ובשאלה הנוספת – אם היא יכולה גם לחול אתורה על רכוש שכבר נרכש.

108 ראה שאוהה (לעיל, הערה 30) והדיון של השופט גולדברג בפרשת גפסי (לעיל, הערה 2), בע' 584–588.

109 לנטייה זו ראה, בין השאר, פסק דינו של הנשיא שמגר בע"א 755/85 עובד המנוח סאלם שאמן ז"ל ב' עובד המנוחה סערה שאמן ז"ל, פ"ד מב(4) 103.

110 לניסוח אחד של גישה זו ראה A. Ehrenzweig "A Proper Law in a Proper Forum: A 'Restatement' of the 'Lex Fori Approach'", 18 Okla. L. Rev. (1965) 340.

(ב) דין זר – דין ולא עובדה

סטייה מההלכה שלפיה דין זר כמוהו כעובדה, שהצדדים חייבים להוכיחו, גם היא צעד מרחיק לכת. ההלכה שירשנו מהמשפט המקובל מושרשת היטב בשיטה הישראלית. עם זאת, בניגוד למהלך של הרחבת השימוש בחזקת שוויון הדינים, בגטישתה של הלכה זו יש היגיון רב. כפי שהוסבר לעיל, מי שלוקח ברצינות את כללי ברירת דין ככללים שקובעים את גבולות ההשתרעות של דינים, צריך לעמוד על כך שהדין הנכון יוחל בכל מקרה. מי שמעוניין בכך שמקרים שבאים לפני בית משפט אכן יידונו ויוכרעו, צריך לעמוד על כך שתביעה לא תידחה רק משום שצד לא הוכיח את תוכנו של הדין הנכון הזה. על כן, יש מדינות רבות שבהן מעמדו של דין זר איננו מעמד של עובדה אלא מעמד של דין, ומוטל על השופטים לברר ממש כפי שמוטל עליהם לדעת ולברר את הדין המקומי. נטל זה אינו כבד כפי שניתן לחשוש, שכן כשם שנעזרים בצדדים בבירור הדין המקומי כך ניתן להעזר בהם ובעדים מומחים בבירור תוכנו של הדין הזר. אכן, ניתן להניח שבירור יזום על ידי בית המשפט באמצעות מומחים משלו יפיק תוצאות קרובות יותר למציאות מאשר השיטה האדברסרית. אין גם לראות בשינוי כזה פגיעה בשיטה האדברסרית, כשם שאין רואים בדיעה השיפוטית של דין הפורום פגיעה בה. אך, כאמור, המשמעויות הרעיוניות הכלליות של מהפכה זו והשיקול של חלוקת עומס העבודה אכן מחייבים דיון רציני כדי לבצע אותה.

אומנם גם במקרה כזה המלאכה לא היתה נגמרת עם קביעה מהפכנית זו, אולם מלאכת השיפוט שהיתה נשארת שוב חושפת שאלה אמיתית שעולה במקרה זה ולא נדונה. בירור יזום של הדין הזר היה מחייב דיון חזיתי במידה שבה הלכת השיתוף מהווה חלק מתקנת הציבור הישראלית החיצונית השלילית (כאשר עצם ההיזקקות לכלל ברירת הדין פירושה שהיא איננה חלק מתקנת הציבור החיובית). כדי להגיע למסקנה שהדין הזר נוגד את תקנת הציבור, לא די שלאשה אין בו זכות שיתוף בפועל, שכן גם בישראל אנו סובלים מצבים שבהם יש משטר של פירור בין בני הזוג. כדי שייראה ניגוד לתקנת הציבור, צריך יהיה להראות שלאשה בתור אשה אין כל אפשרות לקבל זכות שיתוף, או שזכות השיתוף נשללה מאשה מיוחדת זו מסיבה פסולה. ההנחה שדין פרס מכיר בשיתוף כשהצדדים מסכימים עליו סבירה יותר מההנחה שהוא אינו מכיר בהסכם כזה¹¹¹, ובמידה שהעובדות

111 דומה שגם היום הרפובליקה האיראנית לא שנתה את המצב המשפטי שסדר לפני המהפיכה האיסלאמית, שלפיו ליהודים, כמו לנוצרים ולנוראסטריים, ניתנה הכרה כמיעוט דתי, מה שמקנה להם אוטונומיה בענייני המעמד האישי – ענייני נישואין וגירושין וענייני ירושה. ראה סעיף 13 לחוקה החדשה של איראן האיסלאמית משנת 1979, שמכיר במיעוטים אלה באופן מפורש, ר' Encyclopedia Iranica (California, 1992) 649. ראה גם על יחס האיסלאם למיעוטים כאלה והזכויות שמעמד הד'ימה (מעמד של מיעוט מוגן) מקנה ביחס לדיני המעמד האישי – Encyclopedia of Islam (New Edition, 1965), Dhimma 2. הסוגיה כולה טעונה בדיקה מעמיקה יותר, אולם על פני הדברים, אין סיבה לחשוב שענייני יחסי הממון בין בני זוג אינם כלולים באוטונומיה זו.

אכן מבססות הנחה שהצדדיים חיו חיי שיתוף בפרס, כך ניתן היה לפתור את הבעיה. מאידך גיסא, אם הדין הור היה נפסל בשל תוכנו, היו צפות ועולות השאלות הבלתי נמנעות בהחלת דין ישראל על המקרה, וגם כאן לא תהיה אפשרות להכיר בזכותה של האשה מבלי להכריע שהלכת השיתוף חלה על מי שכפוף לחוק, ושהיא חלה אחורה.

(ג) חיי נישואין בישראל – הסכם במובן סעיף 15 סיפא

ניתן היה להגיע לתוצאה המיוחלת במסגרת סעיף 15 גם מבלי לשנות סדרי עולם בתחום ברירת הדין. זאת, באמצעות פירוש חיי בני הזוג בישראל כהסכם מספיק לצורך סעיף 15 סיפא, והחלתו גם על הרכוש שנרכש לפני ההסכם¹¹². דרך זו אינה מטילה ספק במעמדם הקוגנטי של כללי ברירת הדין, אולם היא נוגדת לכאורה את המטרה של סעיף 15 (לדרוש הסכם רק ממי שרוצה לסטות מדין המושב בעת הנישואין ולא ממי שרוצה לדבוק בו, ולהגן על זכויות שנרכשו לפני שינוי המושב) לא פחות מהניתוח של השופט גולדברג ומהתוצאה של הנשיא ברק. היא גם מחייבת שבית המשפט יחליט, בניגוד לכאורה לפרשת יעקבי-קנובלר, שהלכת השיתוף חלה גם על מי שכפוף לחוק, ושבניגוד למגמה המסתמנת (כין השאר באותו פסק דין) להלכה זו בסיס הסכמי. כל ניתוח במסגרת סעיף 15 מקשה מאוד על מי שרוצה להגיע לתוצאה שמכירה בזכות האשה במקרה זה. אין דרך לעשות זאת מבלי לשנות הנחות יסוד בברירת הדין ולקבוע הלכות ברורות, הסוטות ממה שמקובל, בדבר בסיסה והיקף תחולתה של הלכת השיתוף.

2. מחוץ לסעיף 15

קשה גם להתגבר על סעיף 15, שאין כל סיבה להניח כי אינו חל. הדרך היחידה להשתחרר ממנו היא לשכנע שתחולתו מוגבלת.

(א) סעיף 15 – כלל חד צדדי והלכת השיתוף כתקנת ציבור מוגבלת

ניתן היה לקבוע שסעיף 15 חל רק על מי שבעת הדיון הם תושבים זרים, כי הוא רק משלים כלל חד צדדי, המגדיר את תחולתו של דין הפורום – וקובע שהלכת השיתוף היא תקנת ציבור חיובית לתושבי הפורום. מי שבעת הדיון הוא תושב ישראל, יחול עליו דין ישראל (הלכת השיתוף) בעוד שמי שמושב זר, יחול עליו דין מושבו הראשון¹¹³. ניתוח זה מחייב לשנות את ההבנה המקובלת של היקף תחולתו של כלל ברירת הדין שבסעיף

112 בניגוד לדעתו של השופט טל, ניתוח זה שונה משל הנשיא ברק משום שהוא מתקיים בתוך סעיף 15. הוא גם שונה משל השופט גולדברג משום שבניתוח זה ההסכם הוא חיי השיתוף בישראל לאתר העלייה, ולא, כבניתוחו שלו, העלייה או ההחלטה לעלות.

113 ניתוח זה דומה לניתוחו של השופט חשין אלא שגישה זו אינה מאפשרת לנתבע להשתחרר מדין ישראל על ידי הוכחת הדין הזר.

15, שינוי שניתן להצדיקו רק אם מכריזים על הלכת השיתוף כעל תקנת ציבור חיובית החלה על כל תושבי ישראל, גם על מי שכפוף לחוק, וחלה גם על רכוש שנרכש לפני תחולתה. עמדה זו אינה מקובלת היום במפורש, וקביעתה תהווה שינוי משמעותי במשפט הישראלי. היא לא תאפשר להחיל על תושבי ישראל הסדר אחר, ותקשה מאוד על מי שרוצה בהסדר של פירוד רכושי. על כן, גם גישה אפשרית זו לבעיה מחייבת דיון רציני בסוגיה שהועלתה אך לא נדונה בפרשת נפיסי.

(ב) הלכת השיתוף – תקנת ציבור כללית

דרך שנייה להשתחרר מסעיף 15 היא לקבוע שהוא, או הפירוש שלפיו הוא דורש יותר מאשר התנהגות סתם כרי שיהיה הסכם שמאפשר סטייה מדין המושב הראשון, נוגד את חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ואת עיקרון השוויון הגלום בו, באשר הוא מאפשר להגיע לדין שאינו מעניק לאשה זכות שיתוף או באשר הוא מפלה בין מי שנישא כתושב הארץ ומי שנישא כתושב חו"ל. גישה זו פירושה למעשה ששיתוף הוא תקנת ציבור חיובית כללית ולא מוגבלת, החלה על הכל – וגם על רכוש שנרכש לפני תחולתו, ושאינן דרך להשתחרר ממנו. עמדה זו אינה מקובלת, קשה להצדיקה, ובית המשפט גם אינו מגלה התלהבות לראות בשיתוף תקנת ציבור.

3. סיכום ביניים

הענקת מחצית מהרכוש לאשה במקרה הזה נקנתה במחיר כבד מאוד. השופטים הפכו את משמעותה של הוראה סטטוטורית, תוך שהגבילו את תחולתה ואף הטילו ספק במידת חיוביה; הם ייחסו למילה "הסכם" משמעות שאין לה כל קשר למובנה הרגיל; הם ביטלו זכויות מוקנות, החילו את הלכת השיתוף על זוג שכפוף לחוק כאילו תחולה זו אינה זקוקה לראיה, ולמעשה יצרו הסכם שלא היה לצורך הלכה שכבר אינה זקוקה לו, ושיש ספק רציני אם היא בכלל מוסיפה לחול על בני זוג כדוגמת המתדיינים. תוך כדי כך, גם עורערה ההבחנה בין הוראה מהותית להוראה דיונית וסולפו בעיית הרנבואה והמושג "תקנת הציבור". שאלות רבות נדונו שלא לצורך ובאופן מוטעה ומטעה, ושאלות מרכזיות שחייבו הכרעה לא נדונו ולא הוכרעו.

הניתוח שלעיל מעלה שאין דרך קלה להגיע לתוצאה שהשופטים רצו בה. אולם, עובדה זו אינה מסבירה מדוע השופטים בחרו ללכת בדרכים הבעייתיות במיוחד שבהן הם בחרו. כפי שראינו, ישנן דרכים משפטיות כשרות, שכל אחת מהן קלה יותר, פשוטה יותר וישירה יותר מהדרכים שנבחרו. אומנם כל דרך מחייבת לקיים דיון לפחות בשאלת יסוד אחת, ואומנם כל דרך מחייבת לשנות לפחות הלכה יסודית אחת, בין בתחום יחסי הממון בין בני זוג ובין בתחום ברירת הדין. דרכיהם של השופטים לא פטרו אותם מקשיים אלה, גם אם קשיים אלה אינם מופיעים על פני פסק הדין ולא נדונו בו. על כן, אי אפשר להצדיק את דרכי הניתוח של השופטים, על כל מה שמתלווה אליהן. מעבר למחיר המשפטי הפורמלי שהן גובות, הן גובות גם מחיר מערכתי.

ז. המשמעות המערכתית של הפסק

מבחינה משפטית, חבל שפורז ערפל רב כל כך; אולם העובדה שלא ניתן ללמוד הלכה ברורה מפסק דין זה מדאיגה גם מהבחינה המערכתית-מוסדית. פסק הדין מערער את המעמד של מוסד הדיון הנוסף, את השיטה האדברסרית ואת מסורת התקדים המחייב, וגם את השית המשפטי ואת האיזון שבין המחוקק לשופט.

1. דיון נוסף כערעור – ערעור הדיון הנוסף

פסק הדין בעניין נפיסי איננו ערעור על החלטה של בית המשפט המתחזי, אלא דיון נוסף. דיון נוסף איננו ערעור על הכרעה במקרה מסוים, המוגבל לעובדות אותו מקרה. הוא הכרעה עקרונית של מותב מורחב של בית המשפט העליון בהלכה חדשה, חשובה או קשה. הוא אינו בודק את נכונות הפעלתה של הלכה מסוימת, אלא את נכונותה של ההלכה עצמה¹¹⁴.

פסק הדין בעניין נפיסי איננו מבהיר נכונותה של איזו הלכה נדונה בו. גם מההחלטה המקורית לקיים דיון נוסף לא ניתן ללמוד הרבה משום שהיא לא נומקה. היא לא הבהירה מהי השאלה שמוצדק לדון בה, אלא אישרה את הבקשה בהחלטה לקונית: "דיון נוסף כמבוקש"¹¹⁵.

עיקר טענתה של העותרת היה שאי החלת הלכת השיתוף על האשה הנדונה אינה צודקת, ושפירוש סעיף 15 כשולל הסכם הנובע מהתנהגות נוגד את עיקרון השוויון הגלום בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, תשנ"ב-1992. אולם, גם במידה שהתאמתה של הפרשנות שהוצעה לסעיף 15 לעקרונות יסוד חוקתיים היא השאלה שהועמדה לדיון, לא זו השאלה שזכתה לדיון. להפך, השופטים נמנעו מדיון מפורש בשאלה היחידה שיכלה לתרום לפתרונה, והיא אם על בני זוג הכפופים לחוק (ומי שעולה אחרי החוק נכלל בקבוצה זו) חלה הלכת השיתוף. לכל היותר ניתן לדלות את דעתם מתוך שנמנעו מלהכריז על הלכת השיתוף כעל תקנת הציבור. ניתן להסיק מכך שהאפשרות של העדר שיתוף איננה נוגדת עקרונות חוקתיים. גם "הלכה" זו אינה מתיישבת בקלות עם התוצאה בפועל בפסק דין זה.

קבלת הבקשה לקיים דיון נוסף מבלי להבהיר מדוע הדבר מוצדק, ודיון בתיק כאילו מדובר בערעור על הערעור, מערערים את המבנה המוסדי המקובל. במערכת הישראלית, בית המשפט העליון יושב כערכאת ערעור עליונה, והחלטתו בתור ערכאת ערעור היא

114 ראה סעיף 30, חוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984. לדיון בתפקיד הדיון הנוסף, ראה למשל בש"א 1481/96 (דנ"א 2401/95) נחמני נ' נחמני, פ"ד מט(5) 598; דנג"צ 2751/94, בשג"צ 3219/94 (בג"צ 1607/94) "לשכה אחרת" נ' שר החוץ, פ"ד מח(5) 543.

115 החלטה של הנשיא דאז שמגר בדנ"א 1558/94, מיום 26.5.94.

סוף פסוק. מוסד הדיון הנוסף נועד כאמור לבחינת הצדקת קיומן של הלכות, ולא לבדיקת נכונות הפעלתן או להצלת מקרים קשים אינדיבידואליים בלא להכריע בהלכה הקשה באופן כללי. ייחוד זה צריך לבוא לידי ביטוי הן בצמצום ההיזקקות לדיון הנוסף והן באופן ההכרעה בו. הוא צריך להתמקד בסוגיה המשפטית הטעונה הבהרה והערכה, ולהכריע בה בצורה הברורה ביותר, עד כמה שאפשר, במנותק מהעובדות והקושי המיוחדים לאותו מקרה ספציפי. ככל שגדל השימוש במוסד זה, וככל שהוא עוסק בפתרון מצוקות אינדיבידואליות, כך אובד ייחוד תפקידיו והוא נעשה לעוד ערכאת ערעור ברשות. כלל לא ברור שמוצדק להנהיג ערכאת ערעור נוספת שכזו. מכל מקום אין זה רצוי שהיא תונהג, בלא דיון ענייני במבנה המוסדי הרצוי. ואכן, הנטייה להעביר כל עניין הנראה לא צודק לדיון נוסף עומדת בניגוד לנטיות המוסדיות של אותו בית משפט, שחותר לצמצם את המקרים הבאים אל בית המשפט העליון כבית משפט רגיל, ולייחד את עבודתו למקרים בעלי חשיבות ציבורית ומשפטית רחבה. על כן, הנכונות לקיים דיון נוסף מצד אחד, והאופן שבו הוכרע בו מצד אחר, הם מטרידים.

2. ערעור השיטה האדברסרית והתקדים המחייב

אי הבהירות ביחס לשאלה המשפטית הנדונה וההתמקדות בניסיון לפתור את מקרה הספציפי באופן צודק מסבירות כנראה גם את הפיזור המשפטי של פסק הדין, שאף הוא מדאיג, שכן הוא מערער הכנות נוספות בדבר דרך פעולתה של שיטת המשפט הישראלית. הקושי למצוא ולו הלכה אחת מבוססת וברורה בפסק דין ארוך וקשה זה, ההימנעות מלהתייחס לשאלות שחייבו דיון, מיעוט ההתייחסות אחד לניתוחו של השני, ההגחות הלא מוסברות ביחס לסוגיות כגון תחולת הלכת השיתוף, מעמדו של כלל ברירת דין וכדו', מקשים כאמור על מי שמחפש תשובה לשאלה מדוע לאישה זו יש זכות שיתוף ברכוש מעבר לתחושת צדק עמומה, שאיננה מספקת לה מענה הולם. אולם היבטים אלה של סגנון חשיבה ודרך הצגת הפתרון חשובים בהקשר שונה לגמרי – ביחס שהם מבטאים כלפי התפקיד השיפוטי וההליך השיפוטי.

מעניין למשל לשים לב שאין כמעט קשר בין הסוגיות שבהן דנו השופטים בפועל לבין הטענות שהצדדים טענו. טענות הצדדים אינן מפורטות בפסק הדין וקשה לדלותן מתוכו, אולם כשמשווים את סיכומי הצדדים עם דברי השופטים, מוצאים שיש קשר רופף ביותר בין השניים, ושהחלטה כמעט שאינה מבוססת כלל על טענות הצדדים (להוציא את טענת אי הצדק המהותי הנגרם לעותרת בכך שנקבע שאין לה זכות שיתוף ברכוש). כך, למשל, הטענה המרכזית של העותרת כי סעיף 15, או הפירוש שניתן לו בערעור, נוגד את עקרונות השוויון החוקתי – כלל לא זכתה לדיון, והיא הוכרעה רק ברמיזה, בסירובם של השופטים להקנות לשיתוף מעמד של תקנת ציבור. הטענה שראוי להרחיב את הפרשנות של "הסכם" כדי לכלול גם הסכם מכללל והסכם הנלמד מהתנהגות זכתה לדיון אצל מרבית השופטים רק בדרך אגב וללא כל קשר להכרעה, וכאמור, ללא כל דיון בשאלה המשפטית שבה היא תלויה, היינו: תחולת הלכת השיתוף על מי שכפוף

לחוק. באותה מידה, מפתיע לגלות שבפסק דין, המבורך בשפע של הערות שאינן נחוצות להכרעה, אין כמעט התייחסות לטענות הרבות הלא מבוססות של הצדדים, ולו כדי להעמיד דברים על דיוקם ולהסיר ספק.

התערבותם המופרזת של השופטים בהעלאת טענות משפטיות עשויה לעתים לתרום להשגת הצדק, ויש בה כדי להשתלב בתהליך של עיצוב מכוון של המשפט על ידי שופטים. על כן, גם בערעור מותר לשופט להיזקק לטענות שלא נטענו. אולם לא השיטה האדברסרית בלבד, אלא גם הצדק מחייב שתינתן לשני הצדדים הזדמנות להגיב לטענות שלא ידעו על קיומן. אין כל ראייה שלצדדים ניתנה הזדמנות להתעמת עם שלל הניתוחים המשפטיים המסובכים שמשמשים את השופטים במקרה זה. פעלתנות שיפוטית זו מצביעה על שינוי ביחס השופטים לשיטת הדיון המשפטי האדברסרי המקובלת בישראל. שוב, ייתכן ששינוי כזה רצוי, אך שינויים כה מרחיקי לכת אינם יכולים להתבצע בהיתאב וללא דיון במשמעויותיהם הציבוריות הרבות. תוצאת לוואי אחת של שינוי כזה, שלחברה יש אנטרס לדון בה, תהיה שמידת המעורבות של הצדדים בתהליך ומידת שליטתם בו תופחת, וכתוצאה מכך גם מידת ההשקעה של עורכי דין בתיקים תרד, וכך גם רמתם ומחויבותם המקצועית. כתוצאה מכך גם יושקע זמן שיפוטי רב שיכול היה להיחסך. אלה בהחלט נושאים שאינם רק מעניינם של השופטים, ושאינם צריכים להיקבע אגב הכרעתם השיפוטית של מקרים.

שינוי דומה מסתמן באופן שמתייחסים לרעיון התקדים המחייב – הן לתקדים שכבר נקבע והן לבסיסו ומהותו של התקדים. מצד אחד, פסק הדין מבסס את העמדה שניתן להתעלם בלא הסבר מהכרעות קודמות. מצד שני, הוא מבסס את העמדה שכל אמירה של שופט משמשת בסיס לגיטימי לטיעון ולהסתמכות. עמדותיהם של כל שופטי הרוב הניתן שהלכת השיתוף חלה גם על מי שכפוף לחוק. זאת כאשר דווקא לשאלה זו הועד לא מזמן דיון מיוחד בערעור, שלקראתו צורפו תיקים לדיון בפני הרכב מורחב של שבעה שופטים (פרשת יעקבי-קנובלר¹¹⁶). יש לציין שגם שם לא הוכרעה הסוגיה, והמקרים נפתרו "על העובדות" (ושוב קשה להבין מה טעם היה בצירוף התיקים בהרכב מורחב כל כך אם לא ראו לנכון להכריע בה באופן ברור). אך עד כמה שהשאלה אם הלכת השיתוף חלה על מי שכפוף לחוק גדונה, יש לפחות בסיס לרושם שהיא זכתה שם לתשובה שלילית. על כן, מוצדק היה לצפות, לכל הפחות, לדיון בשאלה מה נקבע שם. אם התשובה שם היתה שלילית, הנחות השופטים במקרה של נפסי נגדו הכרעה זו, והסטייה ממה שנקבע בדיון הקודם (ובלא כל התייחסות לעניין מצד המתדיינים) מחייבת הסבר. מאידך גיסא, אם התשובה שם היתה חיובית, ראוי היה לפחות להסביר מדוע באותו מקרה הלכת השיתוף לא הוחלה. ההתעלמות מכל הסוגיה מבטלת בעיני הקורא את חשיבותה של פסיקה קודמת, ופוגעת ברעיון המקובל בשיטתנו שיש ערך תקדימי לפסקי דין גם בבית המשפט העליון.

גם ההתייחסות לשאלות רבות שאינן נחוצות מזיקה. היא יוצרת בעיני הקורא בלבול

משפטי שעלול להנציח עצמו. בכל סוגיה, התייחסות לשאלות שאינן מחויבות על ידי העובדות טומנת בחובה את הסכנה של גיבוש עמדה לא שקולה ולא מבוססת. בסוגיות סבוכות, על אחת כמה וכמה. מכאן החשיבות הגדולה המיוחסת להבחנה בין ה־ratio decidendi ובין ה־obiter dicta. יש ערך תקדימי רק למה שהיה גחוך להכרעה, משום שרק קביעות אלה נשקלו באופן הרציני המתחייב. אולם דווקא משום כך, הנכונות לעסוק בשאלות לא נחוצות משמיעה לקורא שיש חשיבות לדברי השופט, גם כשהדברים אינם בבחינת רציו של פסק הדין. בכך מיטשטשת ההבחנה בין המשקל שיש ליחס בעתיד ל־ratio decidendi מחד גיסא, ול־obiter dicta מאידך גיסא. ההשקעה השיפוטית יוצרת טקסט שמספק בסיס לרעיונות משפטיים, לחשיבה מקצועית ולטענות בעתיד. ככל ששופטים מרחיבים את היריעה שלא לצורך, קובעים קביעות ומביעים עמדות, הם מניחים יסוד לפיתוח המשפט בעתיד. על כן, מעבר למסר שאין צורך עוד להתייחס ברצינות לתורת התקדים המחייב, ושהשופטים יחליטו על פי הצדק, מועבר גם מסר מסוכן על דרך החשיבה המשפטית הרגילה, ושלל האמירות המיותרות, השגויות והמטעות עלולות לשוב אלינו כאסמכתאות להכרעות מחייבות בעתיד.

3. ערעור השיח המשפטי

ראינו שבמסגרת ההלכות והבללים הקיימים אי אפשר להגיע למסקנה שאליה הגיעו השופטים. למרות הקושי העצום הזה, בית המשפט הגיע למסקנתו לכאורה באמצעות כלים פרשניים רגילים. רק שופטי המיעוט והשופט חשין הודו שסעיף 15 הוא מכשול לתביעת האשה. רק השופט חשין הודה שהלכת השיתוף כה חשובה לחברה הישראלית שאי אפשר לוותר עליה. פסק הדין אינו מוצג כפסק דין שמשנה את המצב המשפטי, אלא כפסק דין שמוצא בתוך המשפט הישראלי זכות קיימת.

אולם, כפי שראינו, עמידה על העיקרון שניתן למצוא את הזכות בדין הקיים הובילה את בית המשפט לניתוח מלאכותי ומאולץ, שרק מסווה את הסטייה מהוראת החוק ומנית מוקשים בדרך פיתוחו של הדין. השאלות המרכזיות שהצדיקו דיון נוסף לא נדונו ברצינות, הונח בסיס להרבה הלכות מופרכות, למושגים משפטיים רגילים ולעובדות פשוטות ניתנו פרשנות ומשמעות בלתי סבירות, ואין קשר ברור בין ההסברים לבין המציאות המוכרת. ריבוי האמירות הלא מבוססות, ריבוי הכשלים בניתוחים השונים וחוסר היכולת לשכנע שהמסקנה מבוססת בדין, פוגעים קשה בשיח המשפטי.

יכול שפגיעה זו בשיח תיראה זעומה לעומת השגת הצדק, אולם ההסבר שניתן להחלטה הוא חשוב. הוא חשוב לעצם ההכרעה ולהמשך פיתוחה. הסיבה שבגללה שופטים מנמקים את החלטותיהם היא כדי לשכנע שהחלטה מבוססת בדין ואינה נובעת רק מחוש הצדק של השופט. ניתוח דחוק, כמו קביעה סתמית, אינו משכנע. יש לו כוח בזכות הסמכות המוענקת לשופט. על כן הוא מהווה דין לגבי אותה הכרעה. אולם, כוח שכנוע צריך להיות בהגיונו הפנימי – לא בעצם קביעתו על ידי שופט. הגיונו הפנימי מבטיח את החברה מפני שרירות השופט. כוח שכנוע של ההכרעה חשוב גם בהקשר של המשך

פיתוח הדין. נימוקים שיפוטניים מהווים בסיס לטיעון, לאבחון, להוספה ולהתאמה בעתיד. הכרעה לא מבוססת מקשה על עיצובה של שיטה מחוברת ועקבית. נימוקים שיפוטניים הם אלה ששומרים על הוודאות והעקביות המשפטיות, שהן מרכיב מרכזי בתפיסתנו את מושג הצדק לעומת מושג השרירות.

השיטה שלנו איננה מאפשרת לשופט להכריע על פי דעתו ועל פי חוש הצדק שלו בלבד. הכרעה כזו איננה מקובלת, והיא עלולה לגבות מחיר פוליטי-חברתי מוזק ומסוכן. אך היא אינה צריכה להיות פחות מקובלת מחשיבה משפטית שמסווה הכרעה ערכית עצמאית שאיננה מבוססת בדין. על כן, מוצדק לדרוש משופט שיציג הסבר משכנע בדין להתלטתו, או שיוודה שאין הסבר כזה. כאשר הוא מציג הסבר לא משכנע לתוצאה שהדין אינו מאפשר, הוא פוגע בשיח המשפטי המקובל, המבוסס על הבנות ביחס למשמעות של מושגים, ביחס ללגיטימיות של טענות וביחס לגבולות הוויכוח. הצגת טיעון לא משכנע (טיעון שמעורר יותר בעיות מאלה שהוא פותר) כאילו יש בו לבסס את ההכרעה מטשטשת מלים, מושגים, ודרכי חשיבה מקובלות, ומרוששת את הכלי העיקרי של המשפט, שהוא השפה המשפטית. קשה למערכת לקבל הכרעה המבוססת רק על חוש הצדק של השופט, אך צריך להיות לא פחות קשה לקבל הכרעה שמתיימרת להיות מבוססת על הדין ושאינה אלא חוש הצדק של השופט. זו גם זו מחזקת את התחושה שהשיטה שרירותית. על כן, גם כאשר בית המשפט מאמץ גישה ערכית, אין הוא רשאי לזלזל בכוחם של ניתוחים פורמליים¹¹⁷. ולזלזל כזה חושף אותו לביקורת מוצדקת. ניתן לבקרו על שהוא משריש ולזלזל בשיח המשפטי החשוב לבסיס קיומו של המשפט ולהמשך פיתוחו, על שהוא מחזק את התחושה ששופטים עושים את אשר רוצים, על שהוא מחליש בכך את המערכת. הוא מחליש אותה הרבה יותר מאשר אילו הודה בית המשפט שהוא נאלץ להגיע לתוצאה בלתי צודקת, והוא מחליש אותה הרבה יותר משהיה בכוחו לחזק אותה בהכרעה צודקת באותו מקרה¹¹⁸.

117 לניסיון להציל את ה"פורמליזם" ממעמדו הכוזב בשנים האחרונות, ולהבהיר מהם היבטיו החשובים שראוי להקפיד על שמירתם, ראה Frederick Schauer "Formalism" 97 *Yale L. J.* (1988) 509. לביקורת מהזמן האחרון על "אקטיביזם" שיפוטי מן הבחינה המערכתית, ראה גם מאמרו של John Griffith (מי שהיה חלוץ בחשיפת השפעתו של הרקע החברתי והאישי של השופט על הכרעותיו, בספרו הנודע *Who Will, (The Politics of the Judiciary)* (Manchester, 1977), "Referee the Referees?" *Times Literary Supplement*, September 28th, 1998, 13.

118 יש מי שיטען שבמקרה קיצוני שבו בית המשפט אמנם סבור שנגרם אי צדק משווע, אכן ראוי שיסטה מדרכו ויכריע למען הצדק – כבמקרה הזה, לטובת האיש – בלי קשר לדין, באופן מוצהר. אכן זו דרך לא מקובלת, אך יש בה היתרונות שהיא תיעשה רק במקרה שבו בוססה המסקנה שאי הצדק אכן משווע, היא תחייב באותו מקרה בלבד, והיא תגרה את המחוקק לתקן את המצב יותר מאשר הכרעה על פי הדין, שמצרה על אי הצדק שנגרם.

4. ערעור התפקיד השימוטי

חוסר היכולת של הניתוח לבסס את המסקנה, וההתמקדות בצדק שבמקרה הקונקרטי, מערערים עוד הנחת יסוד בשיטה הישראלית: שבלא הסמכה מיוחדת, כגון בחוק יסוד, שופט אינו יכול לבטל או לשנות הוראת חוק, ובוודאי שאינו יכול לעשות זאת רק משום שלדעתו היא אינה מביאה לתוצאה ראויה במקרה הקונקרטי.

מי שקרא את סעיף 15 לפני פרשה זו היה רשאי להאמין שאם יעלה לישראל ולא יעשה דבר, לא יחול כל שינוי ביחסי הממון בינו לבין בת זוגו. היום, מי שקורא את סעיף 15 חייב לקרוא לאור פסק הדין בעניין נפסי, וחייב להבין סעיף שאומר שיתול דין המושב הישן אם לא הסכימו אחרת, כאילו הוא אומר שיתול דין המושב החדש אם לא הסכימו אחרת.¹¹⁹ האם זה שינוי של החוק בדרך לגיטימית או שינוי שחורג מגבולות הלגיטימיים?¹²⁰ מעטים יחלקו על כך ששינויים בדין, ובתוך כך גם בחוק, שנובעים מעצם הפעלת החוק – פרשנותו והתאמתו למקרים המשתנים והבלתי צפויים – הם חלק מהתפקיד השימוטי שבלעדיהם לא יכולה שיטת משפט מודרנית לתפקד. אך המקרה הזה איננו טיפול במקרה בלתי צפוי שההוראה איננה מספקת לה מענה ברור. בדיוק לסיטואציה הנדונה נועד סעיף 15 – זוג שחי במושב אחד ועבר למושב אחר. והפרשנות שלפיה די בהסכם לא מודע ומיוחס כדי לשנות את יחסי הקניין של זוג כזה וגם לפגוע בזכויות קניין שנתגבשו בעבר, איננה משלימה דבר שחסר בסעיף. היא משנה אותו מקצה אל קצה.

רבים גם יסכימו שמוצדק לפרש הוראה או הלכה באופן חריג ומפתיע כדי להגיע לתוצאה צודקת במקרה קונקרטי, ולו במחיר של משפט מעוקל. אולם כדי להצדיק את ההחלטה במסגרת זו, על השופטים היה לשכנענו שאכן זהו מקרה שבו מוצדק כך לפעול. מעבר לכך שהשופטים כלל לא הודו בקושי שבדבר, מעניין שמעבר לחוש צדק כללי המשותף לכולנו, האומר לנו שיש להעדיף את ההסדר של שיתוף על פני ההסדר של פירוד, אין בסיס בפסק הדין להנחה שדחיית התביעה תגרום אי צדק נורא לאשה. בית המשפט לא בדק מה יהיה מצבה אם תידחה תביעתה. הוא לא התייחס כלל לציפיותיה או להנחותיה בכל שנות הנישואין. הוא לא שכנע אותנו שהמציאות של מקרה זה שונה מזו של כל מקרה אחר שבו תנאי תחולתה של הלכת השיתוף אינם מתקיימים. יתרה מזאת: גם כאשר מוצדק "לעקל" את הדין למען הצדק, יש גבולות למה שמותר לעשות. השוואת המקרה של נפסי לדין נוסף אחר, שהוכרע לפני קרוב ל-20 שנה, היא

119 לאור גישתו של השופט ברק בפרשת אוזגי (לעיל, הערות 16, 19) ניתן היה לחשוב שמי שעלה אחרי החוק ולפני פסק הדין הזה קנה זכות מוקנית בפירוש הסביר שלפיו בלא הכנס, יחול דין מושבו הישן. אולם פרשת נפסי היא כנראה הנותנת, שלא.

120 לצורך דיון זה אניח שכל השופטים התבססו על סעיף 15 ופירשוהו כך שהוא מאפשר את התוצאה שאליה הגיעו. העובדה שהרוב לא התבססו ישירות על החוק ושגם השופט חשין לא התבסס עליו בסופו של דבר, איננה משנה, שכן התוצאה של כל השופטים מחייבת לקרוא את החוק באופן שונה ממה שניתן היה לצפות.

מאלפת בהקשר זה. בפרשת קניג נ' כהן¹²¹ סירב בית המשפט לאשר כצוואה פתקים לא חתומים שכתבה אשה זמן קצר לפני שהתאבדה עם בתה הפעוטה. בפתקים אלה ביקשה שבעלה, שהביא לידי החלטתה לאבד עצמה לדעת, לא יירש את הרכוש הרב שתותיר אחרי מותה. בית המשפט לא הטיל ספק בכך שהפתקים נכתבו על ידי המנוחה. הוא גם היה משוכנע באמיתות הרצון שהובע בהם, ולא היה לו ספק בשפיותה בעת כתיבתם. חוש הצדק שלו התקומם נגד פסילת רצונה זה בנסיבות העניין, אך השופטים סירבו לאשר אותם כצוואה משום שהם סברו שסעיף 25 לחוק הירושה – המקנה לשופטים סמכות להתעלם מפגמים שבצורה כאשר הם משוכנעים באמיתות הצוואה – אינו מאפשר להם לוותר על הדרישה לחתימה דווקא, כאשר היעדרה של חתימה לא הוזכר או בסעיף יחד עם הפגמים האחרים שניתן לרפאם. הכרעתם המשפטית נגדה את נטייתם האנושית, אך כשופטי המיעוט במקרה של נפיסי, הם ראו עצמם אנוסים על פי הכתוב. למרות חוות דעתו של השופט דאז ברק, הם סברו שהתוצאה הצודקת לא היתה בהישג ידם.

לכאורה, פרשת נפיסי מצביעה על שינוי עמדה רצוי. בית המשפט מוכן עתה להשתחרר מכבלי החקיקה כדי להגיע לתוצאה צודקת. אולם יש הבדל בין שני המקרים. בפרשת קניג נ' כהן, הכרעה בניגוד ללשון החוק ובהתאם לחוש הצדק – כפי שביקש השופט ברק – היתה מקדמת את מטרות החוק, שהיו לאשר כל צוואה שאין ספק באמיתותה ולקדם עד כמה שאפשר את רצון המת. לעומת זאת, בפרשת נפיסי, ההכרעה בניגוד ללשון החוק ובהתאם לחוש הצדק (בין בהתבסס על סעיף 15 ומתן פירוש רחב למילה "הסכם" ובין מחוץ לסעיף 15) חותרת תחת מטרות החוק המוצהרות, שהיא להכפיף את יחסי הממון לדין המושב בעת הנישואין, מטרה המבוססת אף היא על שאיפה לקדם את רצון הצדדים ועל הנחה בדבר ציפיותיהם ורצונם. סטייה כזו אינה מתחשבת כלל ברצון, בהכנות ובציפיות של הצדדים או של המחוקק.

הבדל זה בין שתי הפרשות מלמד, לכאורה, שבשני המקרים בית המשפט נהג שלא כדין. פעילות שיפוטית יוצרת היא אכן לגיטימית כאשר היא משנה את משמעותה של הוראה כדי להתאימה למטרתו הבסיסית והעקרונית של המחוקק. על כן, נדמה שבפרשת קניג נ' כהן בית המשפט היה רשאי ואף מחויב לאשר את הפתקים כצוואה. פעילות שיפוטית יוצרת אינה לגיטימית כאשר היא משנה את משמעותה של הוראה בניגוד למטרה הבסיסית והעקרונית של המחוקק וחותרת תחתיהם. על כן, נדמה שבפרשת נפיסי בית המשפט לא היה רשאי להיענות לתביעת האשה על ידי החלת דין ישראל באופן שחותר תחת סעיף 15, כאשר הלכת השיתוף איננה תקנת ציבור חיובית כללית.

יש אף כאלה הסבורים שדווקא היום, בתקופה שבה רוב מלאכת היצירה של החוק עברה לידי המחוקק, יש להכיר בסמכותם של שופטים אף לבטל חוקים "נושנים" – חוקים או הוראות שכבר אינם תואמים את המערכת המשפטית והחברתית כפי שהן התפתחו מאז חקיקת החוק, וזאת כדי ליעל את תהליך התיאום של המשפט לצורכי

121 ד"נ 40/80 קניג נ' כהן, פ"ד לו(3) 701.

החברה¹²². לפי תפיסה זו, כמי שתפקידו מחייבו להיות עד למפגשים חיים בין המשפט למציאות, השופט פועל כורז, המעורר ומזמין תגובה של המחוקק. לפי תפיסה זו, יחסי הרשויות אינם יחסי עימות אלא יחסים של שיחה ודיאלוג בין שותפים. בית המשפט מצביע על ליקוי ומציע תיקון, תוך טיפול "צודק" במקרה נתון¹²³. החשש מפני פגיעה בריבונות המחוקק מופג על ידי ההכרה בכך שאם המחוקק אינו מרוצה מתיקון זה, הוא יכול להביע את רצונו, ורצון זה יכול¹²⁴.

122 ראה למשל את ספרו של G. Calabresi *A Common Law for the Age of Statutes* (Cambridge, Mass. and London, 1982). לשיטתו, תהליך הפרשנות וההפעלה של חוקים משלבת הוראות חוק סטטוטוריות ופרשנותן במרקם המשפט המקובל המקומי. וכשם שלשופטים ניתן הכוח לשנות ואף לבטל חלקים מהמשפט המקובל השיפוטי, ראוי שתוכר סמכותם לנהוג באותה דרך במשפט המקובל "הסטטוטורי". בעבר, המשפט המקובל היה מקור משפט עיקרי, והחקיקה באה רק לתקן הלכה מעוותת או להשלימה. במערכת זו, בית המשפט חייב ציות מוחלט למחוקק. אל לו לסטות מדבר המחוקק ועליו לפרש דבריו אלה בזהירות. בעת החקיקה, כשעיקר יצירת הדין הוא בידי המחוקק, הוא אינו יכול להתמודד עם כל השינויים התכופים. עם ריבוי החקיקה וגידול היקפה, מלאכת החקיקה נהיית מסורבלת, והיא מגיבה באיחור, בחוסר יעילות ובחוסר היענות לצורכי החברה. תנאים אלה מקשים על ביצוע התפקיד השיפוטי המסורתי. אין בכוחם של המקרים שבאים בפני בית המשפט לזרז שינויים והתאמה כנדרש. היפוך היוצרות בזהות יוצר החוק העיקרי אינו מחייב או מאפשר לתת לשופטים את התפקיד של מתקני החוק, שהיה תפקידו העיקרי של המחוקק בעת שבה רוב המשפט נוצר על ידי שופטים. אולם הוא מצדיק, ואף מחייב, לשנות את יחסי הגומלין בין העבודה השיפוטית ובין החקיקה בהתאם למצב החדש. כשם שיש לשופטים הכוח לשמר או לשנות כלל שיפוטי, שחלוף העתים גרם לכך שאין בו עוד צורך או הצדק, כך ראוי שיפקד בידיהם גם הכוח להחליט אם כלל סטטוטורי – שלפי שיטה זו נהיה חלק מהמשפט המקובל – ראוי לגישה "משמרת" או "משנה" (ראה במיוחד ע' 164).

123 תפיסה זו של התפקיד השיפוטי יכולה לכאורה להתאים דווקא לשיטה הישראלית באשר היא "שיטה מעורבת": יש בה מסורת חזקה מאד של משפט מקובל, שבה לשופטים יש תפקיד מכריע ביצירתם של כללים ושינויים, ויש בה מעבר מודע לשיטה שבה רוב המשפט מגובש בחקיקה ובקודיפיקציה. בשיטה כזו, עם שני מקורות חוק מרכזיים וחוקים, היכולת השיפוטית לפתח את המשפט בתגובה למקרים הבאים לפניו להכרעה מבלי להתעמת עם המחוקק תלויה בקיומם של מסלולים לדורשית שיאפשרו להם להסלים אחד את השני. המסגרת הדיונית של הדיון הגוסף היא מסלול שכזה. הדיון הגוסף נועד במיוחד לליבון מחדש של הלכות מתוך הבנה שאין מדובר במקרה קונקרטי. במידה שהוראה סטטוטורית תיראה כחלק מהמשפט המקובל, מסגרת זו מתאימה גם לליבון מחדש של הלכות סטטוטוריות. זאת משום שהדבר ייעשה לא באופן שגרתי על ידי בית משפט שעוסק במקרה הקונקרטי, אלא במסגרת מיוחדת, המוכרת ככזו. כך, גם יובהר תפקיד המחוקק כמקור משפט עצמאי, וכוונת וכפקח על התפקיד השיפוטי היוצר. לדיון מרתק בתופעות לוואי מוסדיות וחברתיות של המעבר מגישה "פורמליסטית" לגישה "ערכית" או מהותית ראה: P.S. Atiyah & R.S. Summers *Form and Substance in Anglo-American Law* (Oxford, 1987).

124 יכולתו של המחוקק להגיב להסגת גבול של בית המשפט אינה מבטיחה אמנם שבית המשפט לא יגלה התלהבות רבה מדי לשנות חוקים. אולם בשיטה יציבה, בית המשפט אינו סוטה אפילו

אולם יש הבדל בין ביטולו של חוק "נושן", שכבר אינו תואם את המציאות החברתית והמשפטית החדשה, לבין שינוי או ביטול של הוראת חוק שמקדמת מדיניות שהשופט חולק עליה, בין מטעמי צדק ובין מטעמים אחרים, על אף שהיא איננה נוגדת עקרונות בסיסיים של השיטה. ואכן, סעיף 15 אינו סעיף שעבר זמנו. הוא סעיף שאימץ הסדר שרבים במערכת המשפטית מבקרים אותו לגופו, שיש מחלוקת עניינית על צדקו ועל התאמתו לחברה הישראלית¹²⁵. זהו אינו הסדר הנוגד את אורחות החיים החברתיים והמשפטיים של ישראל בשנות ה-90, ולו בשל העובדה שאין מוכנים להכריז על שיתוף כעל תקנת הציבור. יש עדיין מדינות רבות בעולם שנוהגות על פי הסדר זה, ואין הוא נתפס כהסדר בלתי נסבל¹²⁶.

אומנם יכול להתעורר ספק בשאלה מהי עמדת המחוקק ביחס לדבר חקיקה נתון. במצבים שבהם בית המשפט משנה חוק, והמחוקק אינו מגיב, ניתן לכאורה להסיק משתיקתו שהמחוקק שלם עם השינוי השיפוטי שבוצע. אך כיצד יש לפרש שתיקת המחוקק מול ביקורת נמשכת על דבר חקיקה? כאמור, סעיף 15 נתון לביקורת זה זמן רב. כל הקולות שנשמעו בנוגע לסעיף זה היו נגד ההוראה, ולא נשמע ולו קול אחד בעדו. עם זאת, המחוקק לא עשה דבר לשינוי החוק. מצד אחד, סביר שהמחוקק היום, המייצג את רוב העם, עדיין סבור שההכרעות החקיקתיות שמגובשות בחוק יחסי ממון ושבוססו ברובן על דעתם של אנשי מקצוע, מוצדקות ורצויות עוד היום. אולם ייתכן גם ששתיקתו של המחוקק מבטאת רק אדישות, עצלות או אולת יד בגיבוש הצעה חלופית מתאימה, או בגיבוש רוב שמוכן להצביע בעד הסדר שאין לו כל תועלת פוליטית מידית. דווקא בהקשר של ברירת הדין, להבדיל מהקשרים "פוליטיים" יותר, אפשרות זו אינה בלתי סבירה.

לכאורה, במקרה כזה, כאשר עמדת המחוקק איננה ברורה, וחוש הצדק מתקומם נגד ההוראה כפי שהיא, מוצדק לנהוג בה כאילו היא הוראה נושנה, ול"זרו" על ידי כך את המחוקק. אך דווקא בשל הסכנה של הסגת גבול המחוקק במקרה כזה, חשוב במיוחד שהשינוי יהיה מוצהר, ברור, גלוי ומצומצם – ושלא יוסווה בניתוחים משפטיים לכאורה. שאם לא כן, עלול בית המשפט להוליך את המחוקק שולל וליטול ממנו את יכולתו הריבונית להגיב.

הוא הדין לגבי שינוי שיפוטי של כלל סטטוטורי המבוסס על מדיניות שאינה נראית בעיני בית המשפט. לכאורה, זהו מצב ברור שבו בית המשפט אינו רשאי לפעול ולהמיר את שיקול דעתו של המחוקק בשיקול דעתו שלו. גם פה עשוי להיות מי שסבור שהחומר

מתקדימיו הוא בתדירות גבוהה מאד. יחס זה יכול אולי לשמש קנה מידה ללהס השיפוטי לשנות כללים קיימים.

125 ראה לעיל, הערה 16.

126 הסדר זה נוהג למשל בדרום אפריקה (ראה: C.F. Forsyth *Private International Law* (3rd ed., 1996) 259ff, בגרמניה (ראה: K. Firsching & von Hoffman *Internationales Privatrecht* (München, 4th ed., 1995), 272, ובצרפת (ראה: H. Batiffol & P. Lagarde *Droit International Privé* (Paris, 7th ed., 1983) 356-365).

הסטטוטורי משתלב אל תוך המשפט המקובל, שאין להבחין בין מקורות סטטוטוריים לבין מקורות שיפוטיים, ושיש להכיר בסמכות בית המשפט לתקן טעויות חקיקתיות כפי שהוא רשאי לתקן טעויות בקביעת הלכה שיפוטית – בתנאי שעבר די זמן כדי שתיבחן ותבוקר ותישלל כהוראה רעה. אולם דווקא משום שהפה שמתיר אינו הפה שאסר, סמכות זו היא בעייתית, ומי שמחייב אותה אינו יכול שלא לדרוש מבית המשפט שיגלה משנה זהירות ושפעילותו תבוצע באופן השקוף והגלוי ביותר, ולא, כבמקרה זה, באופן שמטשטש את פעילותו.

ח. סוף דבר

המחשבה ששופטים אינם רק מוצאים את הדין אלא גם יוצרים אותו איננה עוד כפירה בעיקר. אולם, גם תפיסה זו אינה מאפשרת לשופטים לעשות הכל. פרשת נפסי העמידה את הרצון להעניק סעד מול הקושי שהציב החוק, ובית המשפט הגיע לתוצאה שרבים יראו כתוצאה צודקת. אולם פסק הדין בדיון נוסף זה עקף את השאלות ההלכתיות המרכזיות, קבע הלכות רבות בלא בסיס משפטי איתן וביטל את תוכנו של סעיף 15 לחוק יחסי ממון בין בני זוג. אין זה ברור שהשיטה הישראלית יוצאת נשכרת מפסקי דין צודקים שאינם מבוססים היטב בדין, שמפזרים אמירות משפטיות מיותרות ומטעות, שהופכות את השית המשפטי לכלי ריק ושמסיגים את גבול המחוקק. על כן, לא רק מי שמסתייג מהתוצאה במקרה זה, אלא גם מי שאוהד אותה וגם מי שמחייב פעילות שיפוטית יוצרת, ומוכן לסכול שינוי שיפוטי של הוראות סטטוטוריות לשם השגת הצדק ואף לשם השגתו של הסדר רצוי, צריך להצטער על הדרך שבה הובלנו אליה.