

## ואף-על-פי-כן – שיתוף נכסים

מאת

### פנחס שיפמן\*

בפסק-דינו של בית-המשפט העליון בעניין יעקובי וקנובלר מסתמנת לכאורה דעת רוב השופטים שבני-זוג אשר נישאו אחרי תחילת תוקפו של חוק יחסי ממון בין בני זוג, תשל"ג-1973, אינם כפופים לחוקת-השיתוף כפי שפותחה בפסיקה, ומכאן שלא ניתן לפדק את נכסי המשפחה לפני מתן הגט. הטענה העומדת במרכז רשימה זו היא, שהלכות השיתוף ממשיכות לחול, אם לא כמבטאות חזקה משפטית כללית, הרי לפחות כהשערה עובדתית; ומכאן שבני-זוג איננו מנוצ מלממש את זכויותיו הרכושיות, אפילו אם חברו משהה במתכוון את מתן הגט.

א. מבוא. ב. איזון משאבים וחוקת שיתוף – הילכו שניהם יחדיו? ג. שיתוף כביטוי למוגתם הספציפית של הצדדים. ד. הקדמת האיזון.

### א. מבוא

פסק-דינו של בית-המשפט העליון בפרשיות יעקובי וקנובלר, שניתן לאתרונה<sup>1</sup>,

\* פרופסור מן המניין בפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים.  
1 ע"א 3208/91, 2084, 1915 יעקובי נ' יעקובי ואח', קנובלר נ' קנובלר (ניתן ביום 13.8.95). בעניין יעקובי ביקשה האשה הצהרה, שכלל נכסי בני-הזוג (שכללו דירת-מגורים ומיטלטליה, דירות נוספות, כלי-רכב, חשבונות-בנק מזומנים וציוד עסקי) הם רכוש משותף של בני-הזוג, ושהרכוש, למעט דירת-המגורים, יחולק בין הצדדים. התביעה נדחתה בבית-המשפט המחוזי מן הטעם שכיוון שהצדדים נישאו לאחר תחילת תוקפו של חוק יחסי ממון, אין לחלק את הרכוש כל עוד לא פקעו הנישואין. בעניין קנובלר החליט בית-המשפט המחוזי להכיר בזכויותיה הלא-רשומות של אשה בדירת-מגורים מכוח קונסטרוקציה של מתנה, ובדרך-אגב – אף תוך הבעת נכונות להכיר בחוקת-שיתוף באופן כללי גם לגבי זוגות שנישאו לאחר תחילת תוקפו של החוק.

עורר תהודה רבה, אך גם מבוכה רבה, בקרב ציבור המשפטנים. השאלה הנשאלת כפי רבים היא, האם פסק-דין זה הפך על פיה את קצרת הדינים החלים על יחסי ממון בין בני-זוג? מטרתה העיקרית של רשימה זו איננה לבקר דווקא את נימוקי הפסק – זאת ייעשה אגב אורחא – אלא לנסות ולהבהיר את שנפסק בו, כלומר: להתרכז בקביעת משמעותו בתור תקדים. הקושי המיוחד נעוץ בעובדה שלפנינו חמש חוות-דעת, שונות זו מזו בהגיון, ועל הפרשן למצוא את המכנה המשותף, או את הצד השווה, ברעת הרוב, ואשר לפיה הוכרעה התוצאה בפרשיות הגדונות. כשתי הפרשיות נדון עניינם של בני-זוג שנישאו לאחר תחילת תוקפו של חוק יחסי ממון בין בני זוג, תשל"ג-1973 (להלן: חוק יחסי ממון). חוק זה מחיל על בני-זוג הסדר "איזון משאבים", אשר מותנה – לפי לשונו<sup>2</sup> – בפגיעת הנישואין עקב גירושין (או מוות), והשאלה המרכזית שפסק-הדין שלפנינו מתמודד איתה היא, האם דיני-האיזון הסטטוטוריים ודיני-השיתוף הפסיקטיים עשויים לחול במקביל על אותם זוגות? לבחירת הבסיס המשפטי יש השלכות רבות, ובין השאר יש לציין שדיני-האיזון, המטילים חיוב אובליגטורי לאזן את שווי הנכסים בין בני-הזוג, שונים מדיני-השיתוף שעל-פיהם יש לראות את הנכסים אשר נצברו במהלך הנישואין כשייכים במשותף לשני הצדדים, אף אם הם רשומים על שמו של אחד מהם. עקרונית, מצודתה של שותפות זו פרושה גם על עסקאות שבין-הזוג שהנכסים רשומים על שמו, קושר עם אחרים, ואין זה מן הנמנע כי נכסים שצד שלישי רכש או קיבל שלא בתום-לב או ללא תמורה יהיו חשופים לתביעתו של בן-הזוג האחר. מטעם זה יש הגורסים, שהזכויות מכוח דיני-השיתוף הן זכויות קנייניות. מבלי להתעמק כאן בטענה זו, מן הראוי להטעים הבדל נוסף, מכריע: לא הרי חיוב האיזון הנדחה לעת פגיעת הקשר (ובהיותו חיוב, הגדרתו כ"שותפות דחויה" אינה מדויקת) כהרי זכויות לגבי הנכס, הניתנות, עקרונית, להתממש בכל עת. דומה שזו היא הנפקות המעשית החשובה של הבחירה בין שני ההסדרים והיא נקשרת לשאלה האם מגוע בן-זוג לממש זכויות רכושיות, שאינן רשומות על שמו, והן פרי יחסי הממון עם חברו, עוד בטרם פקעו הנישואין ביניהם?

המניעה האמורה איננה חלה אם מקבלים לפחות אחת מן הטענות הבאות:

(א) הסדר איזון המשאבים איננו נועל דלת בפני חזקה משפטית המייחסת לבני-הזוג כוונה לנהוג בשיתוף נכסים, והאיזון והשיתוף הם שני הסדרים היכולים לדור בשלום ובכפיפה אחת זה בצד זה. הגישה הסימולטנית הזו משאירה בעינה את חזקת-השיתוף שפותחה בפסיקת בית-המשפט העליון מבלי שנגרע מתוקף תחולתה לגבי זוגות שנישאו לאחר תחילת תוקפו של חוק יחסי ממון, ומכוחה של

2 ראה סעיף 5 לחוק יחסי ממון.

אותה חזקת שיתוף יכול בן-הזוג לתבוע את זכויותיו גם אם הנישואין עדיין שרירים ועומדים.

(ב) אף אם לגבי זוגות חדשים לא ניתן עוד להסתמך על חזקה משפטית, כללית, המייחסת לבני-זוג שיתוף נכסים במכלול הרכוש, ניתן להוכיח שכוונת הצדדים היתה לנהוג בשיתוף בנכסים ספציפיים מכוח הדין הכללי – שיתוף החל עוד בעת הנישואין, ועקרונית שיתוף זה בר-מימוש בכל עת.

(ג) אף אם רואים בהסדר איזון המשאבים הסדר ממצה, ועקב כך לא ניתן להרכיב עליו עקרונות חיצוניים של דיני-שיתוף, אפשר שצריך לפרש הסדר זה פרשנות מרחיבה המתירה להקדים את עיתוי האיזון, תוך שחרורו מהצמדה הכרחית לגירושין הפורמליים בין בני-הזוג.

רק שופט אחד של בית-המשפט העליון, השופט מצא, גרס ששום טענה מעין זו אינה עומדת לבני-הזוג הנדונים וראה עצמו נאלץ להגיע למסקנה שאיננה "משביעת רצון, באשר היא מותירה על כנו הסדר חקיקתי מעוות". שאר השופטים היו מוכנים לאמץ לעצמם לפחות אחת מן הטענות הנזכרות לעיל. נבדוק עתה את משמעותו של הפסק לגבי כל אחת מן האפשרויות הללו.

### ב. איזון משאבים וחזקת שיתוף – הילכו שניהם יחדיו?

אשר לשאלת הסימולטניות, אשר שנויה היתה במחלוקת בספרות המשפטית<sup>3</sup>, הנשיא שמגר והשופט דורנר הביעו את דעתם שחזקת-השיתוף הפסיקתית ממשיכה לחול על זוגות שנישאו אחרי 1974. לדעתם, אין לראות בהסדר האיזון הסדר ממצה המבקש להחליף את הדין שקדם לו וכי הסדר ההפרדה במהלך הנישואין<sup>4</sup> איננו מונע מבני-זוג לנהוג בפועל במתכונת של שיתוף-נכסים, וממילא אין דופי בהמשך תחולתה של חזקת-השיתוף הבנויה על כוונתם המשווערת של הצדדים. במיוחד לא אבו שני שופטים אלה להשלים עם הסגרת בן-הזוג שנכסיו מועטים לשרירות-לבו של חברו, סרבן-הגט, אשר במו סרכנותו יכול לסכל תביעה רכושית נגדו. לעומת זאת, השופטים טל ושטרסברג-כהן, כמו השופט מצא, גרסו שאין לקבל את הגישה הסימולטנית וכי הסדר האיזון – אף אם בנסיבות מסוימות רפו, אולי, ידיו להקים זכויות לבן-הזוג – כוחו עמו לדחות את חזקת-השיתוף. לשון אחרת: הסדר

3 לגישת הסימולטניות ראה א' פרוקצ'יה "יחסי ממון בין בני זוג בפשיטת רגלו של אחד מהם" משפטים ז (1976) 266; פ' שיפמן "יחסי ממון בין בני זוג" קובץ ההרצאות בימי עיון לשופטים (תשל"ה) 126. לתולקים על גישה זו ראה במיוחד א' רוזן-צבי יחסי ממון בין בני זוג (תשמ"ג) 286.

4 ראה סעיף 4 לחוק יחסי ממון.

האיזון, גם אם אין בו כדי להועיל, יש בו כדי להזיק. לכאורה זכתה לנצחון — כדעת הרוב — הגישה המכשילה את זכותו של בן-זוג שנישא לאחר 1974 להסתמך על חזקת-השיתוף, אולם לאחר העיון דומה שאין לקבל מסקנה נמהרת זו. כמה טעמים לדבר: ראשית, השופטת שטרסברג-כהן, אשר גרסה שלא ניתן לשלב את חזקת-השיתוף בחוק יחסי ממון, סברה בכל-זאת כי הדין הכללי שלפיו יש לזהות את הזכויות בנכסי הצדדים "...יפורש בגמישות ובהתאמה למסגרת השותף שבה חיים השניים שהרכוש נצבר על ידם. באן מתקרב הדין הכללי לחזקת השותף לפחות ככל שהיתה בתחילת דרכה". ושוב בהמשך היא חוזרת ומטעימה: "יכול והתוצאה לגבי קביעת הזכויות ברכוש תהיה דומה וקרובה לתוצאה המתקבלת מחזקת השותף, אבל ככל מקרה לא תהיה היא פרי הפעלת חזקת השותף-עצמה אלא פרי הפעלת הדין הכללי בהתאמה", כלומר: "תוך התייחסות למערכת היחסים המיוחדת של השותפות הנובעת מחיי הנישואין"<sup>5</sup>. אינני טוען שההבדל בין תחולתה של הלכת השיתוף, כפי שהיתה במקורה, לבין תחולת תוצאה "דומה וקרובה", מכוח הדין הכללי, הוא הבדל סימנטי, בבחינת "אותה הגברת בשינוי האדרת"; שכן לפי גרסתה של השופטת, כוונתם המשוערת של צדדים לנהוג בשיתוף-נכסים תשמש לא רק מקור משפטי לתחולתה של חזקת-שיתוף, אלא תקבע גם את מידת תחולתה בפועל של החזקה. לשון אחרת: חזקה זו לא תעמוד לבן-זוג אם מתברר שבנסיבות העניין לא התכוונו בני-הזוג לשיתוף-נכסים. זה אכן היה הדפוס של החזקה "בתחילת דרכה" לפני שנצוקה בשלב מאוחר יותר בדפוס נוקשה יותר שדחה מעליו טענות אשר ביקשו לסטות ממנו בשל אומד-דעתם של בני-הזוג המסוימים שעניינם נדון בפני בית-המשפט. ובכל-זאת, חזקת-שיתוף, אמנם מוחלשת משהו, תוסיף לחול גם לפי משנתה של השופטת; ולכן ניתן לצרף את דעתה לדעת חסידי הסימולטניות, על-אף שמבחינתה חסידות זו איננה אדוקה כל-כך. אינני מתעלם מכך שדעה זו הובעה בדרך-אגב, כי הנימוק שהכריע את הכף בפסק-דינה של השופטת היה הנימוק שלפיו חוק יחסי ממון מתיר הקדמת עיתור של איזון המשאבים; אך זה מביא אותנו לנימוק השני, שלפיו לא עלה הכורת על חזקת-השיתוף בפסק-הדין שלפנינו.

אם נתרכז לא במה שאמרו השופטים אגב-אורחא, אלא בטעמים שהובילו אותם לפסיקת הדין, מתבררים הדברים הבאים: בעניין קנובלר סברו ארבעה מחמשת השופטים כי מן הדין להצהיר על זכויותיה של האשה ברכוש, ובדעה זו החזיקו גם השופטים ששללו לכאורה את המשך תחולתה של חזקת-השיתוף, מפני ששלילה זו איננה מונעת "כשרות... של עיסקה ספציפית" — כדברי השופט טל — ויש להכיר בזכויותיה של האשה "במסגרת הדין הכללי", כלשון השופטת שטרסברג-כהן.

5 פסקה 17 לפסק-דינה — ההדגשות אינן מופיעות במקור.

מכאן ששאלת נכונותו, או אי-נכונותו, של הנימוק הרחב יותר המעוגן בגישת הסימולטניות, אשר בו תמכו הנשיא שמגר והשופטת דורנר, לא היתה צריכה להיות מוכרעת לצורך פרשת קנובלר. לעומת זאת, בעניין יעקובי התחררה לכאורה השאלה. השופט טל סבר, שאמנם יכולה היתה האשה "לתבוע הצהרה על בעלותה באותם נכסים שאכן מכה דיגי הקנין יש לה בעלות בהם"<sup>6</sup>, אך איננה יכולה לקבל הצהרה על בעלותה כמחצית כלל נכסי בני-הזוג, דבר הנוגד – לדעתו – את חוק יחסי ממון; אך השופטת שטרסברג-כהן הצטרפה לתוצאה אליה הגיעו השופטים שמגר ודורנר, וזאת על יסוד סברתה שלפי חוק יחסי ממון ניתן להקדים את עיתוי האזון. לפיכך, התוצאה האופרטיבית של עניין זה היתה, ש"עולה מפסקי הדין של הנשיא, השופטת שטרסברג-כהן והשופטת דורנר, כי במקרה הנדון החלק האופרטיבי בהם זהה, אף שההנמקה והבסיס המשפטי, שונים", ומכאן שנפסק כי "הדין יוחזר לבית-המשפט המחוזי, על מנת שיחלק שווה בשווה בין בני-הזוג את כל הרכוש, מכל סוג שהוא, שנצבר במהלך חיי נישואיהם". אמור מעתה: הרעיון שחזקת-השיתוף כבר פגה לגבי זוגות שנישאו אחרי 1974 לא שימש בסיס לפסיקת הדין. אדרבא; דעת-הרוב בנויה היתה על סברתם של שני שופטים שחזקה זו כוחה עמה, ועל דעת השופטת השלישית, שטעמה ניזון מרעיון אחר לגמרי. מכאן ששאלת הסימולטניות נותרה פתוחה אם בוחנים את הדבר לפי הגיון ההחלטה. אפשר להציג זאת גם אחרת: דעת-הרוב היתה איתנה בדעתה שלא ייתכן להשלים עם קיומו של מצב עניינים שבני-זוג שנישאו אחרי 1974 יצאו קרחים מכאן ומכאן: תועלתו של הסדר איזון המשאבים מנועים הם מלקבל ותועלתם של דיני-השיתוף מנועים הם מלקבל, אלא ששני שופטים סברו כי הפתרון הבלתי-נמוע נעוץ בדיני-השיתוף; ואילו שופטת אחרת סברה שהוא נעוץ בהסדר איזון המשאבים עצמו. לזו הלכנו בתלם הרעיונות שכל שופט השמיע על-פי דרכו, אולי היינו מגיעים למסקנה המוזרה שאין רוב לשום פתרון קונסטרוקטיבי, וידה של דעת-המיעוט מפי השופט מצא על העליונה, על-אף שלא זכתה להצלחה בחריצת הדין בשתי הפרשיות שלפנינו.

אין צריך לומר, שהתרכובת של הנימוקים השונים בדעת-הרוב עלולה להתברר במהרה כתרכובת בלתי-מתאחה ואין בה כדי לשמש הלכה פסוקה שיש בה כדי לחייב ולהדריך. כך, למשל, תביעה המוגשת על-ידי בן-זוג לפני התערערות מוחלטת של היחסים ההדדיים עלולה לעורר את השאלה, אם בסיס התביעה הוא דיני-השיתוף או דיני-האיזון (לפי גרסת השופטת שטרסברג-כהן), אלא-אם-כן ננית שיותר לו לקושי זה למצוא את פתרונו בהתמשכות ההליך, וממילא – בהידרדרות היחסים הזוגיים, כלומר: נישואין שלא היו מעוררים לכתחילה יתערערו בהצלחה בהמשך הדרך. אך קשה מזו תהיה, למשל, השאלה, האם במקרים מיוחדים רשאי

בית-המשפט לסטות מעקרון השוויון, כפי שחוק יחסי ממון מתיר לו<sup>7</sup>, או שמא אנוס הוא להיצמד לעיקרון זה, כפי שדיני-השיתוף מובילים אותו. או שאלה אחרת: מה יהיה דינם של נכסים שניתנו במתנה או בכוונה לסכל את זכותו של בן-הזוג האחר. לאמור: האם יהיה רשאי בית-המשפט להתעלם מן המתנה או ההעברה רק לצורך חשבון האיזון הנעשה בין בני-הזוג<sup>8</sup>, או שמא מותר יהיה לו לקבוע שבן-הזוג המקופח רשאי לטרוף מצד שלישי את שקיכל, אם מתברר שהנסיבות הן כאלה שחייב גרידא כלפי בן-הזוג בלבד איננו כרמימוש<sup>9</sup>. כמו-כן, שאלה העשויה להיות שכיחה יותר: האם מותר, מכוח דיני-השיתוף – למשל: על-פי קונסטרוקציה משפטית של מתנה – לפלוש לנכסים שאינם בני-איזון<sup>10</sup>, כגון נכסים שבן-זוג רכש לפני נישואיו או קיבלם במתנה או בירושה<sup>11</sup>. שאלות אלו ואחרות עשויות לחדד את השאלה שפסקת הדין שלפנינו נחלצה ממנה.

אכן, יש להניח שבהרבה מקרים אחרים פסיקה עתידה תחתור לכך שהכרעת הדין תישען על כמה נימוקים משפטיים כדי שהתוצאה תצא ידי חובת כל הדעות או רובן, וממה נפשך לא יהיה לגביה ערעור. אחת מן האפשרויות לכך היא בניית הפסק על כוונתם הספציפית של הצדדים ולא על חזקת-שיתוף כללית. לנושא זה אנו מגיעים כעת.

### ג. שיתוף כביטוי לכוונתם הספציפית של הצדדים

גם אם דוחים דו-קיום של חזקת-שיתוף והסדר האיזון, נשאר פתח פתוח לקביעה שבמקרה הספציפי התכוונו הצדדים לשיתוף-נכסים. ראינו לעיל, שאפשרות זו הוכרה במפורש בפסק-דינה של השופטת שטרסברג-כהן. לאפשרות זו הסכים אף השופט טל, ומכוחה הכיר בזכויותיה השוות של האשה בפרשת קנובלד. השאלה הנשאלת היא, מהו ההבדל המעשי בין חזקת-שיתוף לבין שיתוף המוכר באורח ספציפי?

השופט טל בפסק-דינו בעניין יעקובי העמיד את ההבדל על כך שבעוד שהאשה "היתה יכולה לתבוע הצהרה על בעלותה באותם נכסים שאכן מכח דיני הקניין יש לה בעלות בהם", אין היא יכולה לתבוע, "הצהרה על בעלותה במחצית כללית

7 ראה סעיף 8 לחוק יחסי ממון.

8 ראה סעיף 7 לחוק יחסי ממון.

9 ראה ע"א 595/69 אפטה נ' אפטה, פ"ד כה(1) 461. האפשרות לטרוף זכויותיו של צד ג מותנית בכל-זאת בכך שהוא לא נהג בתום-לב או שלא נתן תמורה בעבור הנכס.

10 ראה סעיף 5 לחוק יחסי ממון.

11 ראה, למשל, ע"א 52/80 שחר נ' פרידמן, פ"ד לח(1) 443.

נכסי בני הזוג", דבר הנוגד – לדעתו – את הסדר איזון המשאבים. הקושי בהבחנה זו, שניתן להתגבר עליו בקלות ועל-ידי שינוי סימנטי, הוא, שבמקום לתכוע הצהרה כללית במחצית נכסיהם של בני-הזוג ניתן לבקש הצהרה על בעלות בכל נכס ספציפי לחוד מכוח דיני-הקניין. והנה, בפרשת קנובלר אישר השופט טל את קביעת בית-המשפט המחוזי כי לאשה זכויות קנייניות במחצית הדירה מכוח מתנה שניתנה לה על-ידי האיש. לדעת השופט, מסקנה זו איננה נסתרת על-ידי חוק יחסי ממון. "באשר הסדר איזון המשאבים שהינו הסדר אובליגטורי דחוי משאיר את מערכת היחסים הרכושיים בין בני הזוג במהלך הגישואין לשליטת דיני הקניין והחוזים, ומאפשר נתינת מתנות ומעבר נכסים בין בני הזוג".

השופט דודנר ראתה סתירה בדעתו של השופט טל בין שלילתו את תחולת חזקת-השיתוף על אלה הכפופים להסדר האיזון ובין נמנותו להכיר בעסקת-מתנה; כי לדעתה, אלמלא חלה חזקת-השיתוף לא היה תוקף לעסקת-המתנה; בהיותה עסקה בזכויות לא-רשומות, אשר כמוה כהתחייבות לעשיית עסקה הטעונה לפי חוק המקרקעין מסמך בכתב. מבלי להתעמק בשאלה זו אפשר לטעון, כי החריג הפוטר את חזקת-השיתוף מהצורך במסמך בכתב<sup>12</sup> יכול שיחול גם על שיתוף המוכח ספציפית.

לצורך ענייננו חשובה יותר הסתייגותו של השופט מצא אשר, כמו השופט דודנר, אף הוא רואה סתירה בדברי השופט טל, אלא שהוא מפנה את הזרקור לצד אחר, כלומר: לכך ש"הנתונים העובדתיים, עליהם ביסס בית-המשפט קמא את קביעתו בדבר הענקת מתנה, אינם מעידים כל-עיקר על גמירות-דעתו של הבעל ליתן מחצית מזכות הבעלות על הדירה במתנה לאשתו, אלא אך על נסיונו ליצור מצג-שווא כלפיה, כאילו הדירה נרשמה גם על שמה". לשון אחרת, כללית יותר: "הכרעת בית-המשפט המחוזי בזכאות האישה לשיתוף בבעלות על דירת המגורים התבססה, לאמיתו של דבר, על נסיבות עובדתיות שהינן רלוואנטיות לתחולת הלכת השיתוף, ולא על עיסקת מתנה"<sup>13</sup>.

נראה שיש טעם בביקורת הנמתחת כלפי אותם שופטים המציגים את דעתם כאילו היא באה להגשים את כוונתם האמיתית של הצדדים, בעוד שמאחורי הקלעים מציצות פניה של חזקת-השיתוף, אשר כביכול סולקה על-ידם מן הבימה. עם זאת, זו חזקת-שיתוף אחרת, כחושה יותר: היא ממשית יותר ופיקטיבית פחות. לכן, אין בכך חזרה בעורמה, או מבלי שים לב, להלכות הקודמות כמות שהן. נראה שיש מקום להבחין בין חזקת-שיתוף, המיוחסת לצדדים כהשערה עובדתית, לבין חזקת-שיתוף המיוחסת להם בתור השערה משפטית<sup>14</sup>. דומה שאת הגרסה הראשונה מוכנה היתה

12 ע"א 514/76 חשש ודמרי נ' דמרי, פ"ד לא(2) 505.

13 פסקה 16 לפסק-דינו.

14 להבחנה זו ולדעה כי החוק שולל חזקה משפטית, אך לא חזקה עובדתית, ראה מאמרו של

לקבל השופט שטרסברג-כהן, אשר כפי שכבר ראינו לעיל אישרה את האפשרות לשינוף שהוא פועל יוצא של "הדין הכללי" וקרוב לחזקת-השינוף, לפחות כפי שהיתה בראשית דרכה. אף השופט טל כיוון בחוות-דעתו את חצי-ביקורתו כלפי השינוי המהותי בגישת הפסיקה כלפי חזקת-השינוף, אשר שוב "אינה מבוססת על כוונה הנלמדת מהתנהגות הצדדים בכל מקרה פרטי" אלא היא "הנחת יסוד כללית, שאינה נדרשת לנסיבות הקונקרטיות כדי לבסס עליהן את החזקה"<sup>15</sup>. נראה אפוא, שגם לפי שופטים אלה (ובתחום צר, במיוחד מטללי משק הבית המשותף, אפילו לדעת השופט מצא) עדיין יפה כוחה של חזקת-השינוף כהשערה עובדתית: מתוך הנסיבות הקונקרטיות של יחסי בני-הזוג המצביעות על חיי-שיתוף ניתן ללמוד על כוונתם לנהוג שיתוף בנכסיהם. כוונה זו איננה מצריכה ראיות פורמליות, אלא רק הסתכלות על אורח-חיייהם של בני-הזוג העומדים לפני בית-המשפט; אבל אין זו השערה המיוחסת לצדדים מן הדין. לכן, אין לה מקום אם אין לפני בית-המשפט ראיות על נסיבות שניתן להסיק מהן אותה השערה של שיתוף-נכסים. אכן, אין לחדד שגרה זו משאירה את הנבט שממנו אולי יכולה שוב לצמוח חזקת-שיתוף במתכונתה הרחבה והחזקה. כן אפשר אולי לטעון, שגרה זו מחלישה במקצת את תוקפם של הנימוקים שאותם שופטים הביאו כנגד אפשרות הסימולטניות. מכל-מקום נראה, שאפשרות הוכחה ספציפית של שיתוף, ואם תמצא לומר חזקת-שיתוף חלשה, ממשיכה לחול גם לפי דעת השופטים טל ושטרסברג-כהן.

#### ד. הקדמת האיזון

דרך אחרת לפתרון הבעיה המתאיאשת מהניסיון להיזקק לעקרונות מחוץ לחוק יחסי ממון בוחרת את הזירה של החוק עצמו. עיקר המאמץ הוא להיחלץ מן הניסוח הלופת של חוק יחסי ממון, לפיהם יחול האיזון רק בפקיעת קשר הנישואין עקב גירושין (או מוות). אפשרות אחת היא לפרש את החוק פירוש מרחיב הסוטה ממשמעותו המילולית. בדרך זו ביקשה ללכת השופטת שטרסברג-כהן, אשר סברה כי פרשנות תכליתית המיועדת לשחרר את החוק מכבליו הסימנטיים מתירה לשופט להקדים ולהפעיל את הסדר האיזון כאשר התערערו ללא תקנה היחסים בין בני-הזוג. אף השופט צבי א' טל מוכן היה לצעוד צעד, אם כי קטן יותר, לטובת הפירוש

פרופ' טרסקי, "Balancing of Resources and Co-ownership Between Spouses" 15 Isr. L.

R. (1980) 436

15 פסקה 2 לפסקדינו.



המרחיב, כלומר: שאין להמתין לגט עצמו ודיינו אם נתן בית-הדין פסק-דין שלפיו על הצדדים להתגרש. אפשרות שנייה היא להכיר בתביעה נגד בן-הזוג אשר סרבנותו מונעת הפעלת האיזון ודרך זו לעקוף את המגבלה החוקית אשר פורמלית עומדת בעינה. הכוונה לסמוך על כלים חוזיים – אפשרות שמעלה פרופ' אריאל רוזן-צבי<sup>16</sup>, אשר לפיה יש לראות את הסדר איזון המשאבים כחווה התלוי בתנאי מתלה, הוא הגירושין, ובן-זוג המונע את קיום התנאי איננו יכול להסתמך על אי-קיומו, או לחלופין לראות בכך התנהגות שלא בתום-לב. השופט צבי א' טל מוכן היה ללכת אף בדרכים אלה, ואילו הנשיא שמגר הביע את ספקותיו לגבי האפשרות להשתמש לצורך זה בלבוש החוזי, אם כי בסופו של דבר הוא השאיר את השאלה בצריך עיון. לאור כל הדעות הללו ניתן לומר, שאף השאלה אם ניתן להקדים בדרך זו או אחרת את הסדר האיזון נותרה חשופה למאמצי פרשנות נוספים.

אמנם, אפשר לתהות על הטעם בניסיון לסכל את ההסדר שנקבע בחוק תוך סטייה מתנאיו המפורשים, לפיהם יחול האיזון רק עם פקיעת הקשר, כשגלוי וברור בעליל שלשון זו היא חד-משמעית ולא ניתן לאנוס אותה כדי שתיכנע לאיזון בשלב מוקדם יותר. ואם חפצה הייתה השופטת לתקן עוול, נוחה יותר וראויה יותר חזקת-השיתוף שאיננה מתנגשת התנגשות-מצח עם מה שנקבע בחוק בפירושו. שערי הפרשנות לעניין תחולתה של חזקת-השיתוף לא ננעלו: הסדר ההפרדה יכול שיתפרש כשלילת שיתוף מן הדין, אך לא כשלילת שיתוף מכוח הסכמת הצדדים, וההשקפה שהחוק קובע הסדר ממצה איננה מתחייבת חד-משמעית מן החוק והיא שנויה במחלוקת בין בעלי דעות שונות. יותר מכך: הדעה המקובלת על הכול שהחוק איננו שולל הסכמה ממשית של בני-זוג לנהוג שיתוף בנכסיהם הופכת את השאלה, האם ניתן לתבל את הסדר האיזון בהלכות השיתוף, מוויכוח על עיקרון בלתי-מתפשר לוויכוח על מידת התייבול, כלומר: האם יש בהם בהלכות השיתוף כדי להקדיח, או אולי דווקא כדי לשפר, את התבטול של האיזון? אף שאין לכחד כי לעתים כמות הופכת להיות איכות וניתן לטעון שמרוכז הלכות שיתוף געלם הסדר האיזון, בסופו של דבר זה ויכוח על טעם ועל סברה. לעומת זאת, קביעת האיזון כצמודה לפקיעת הקשר עקב גירושין איננה משתמעת לשתי פנים. הקדמת האיזון דומה שהיא המריית פי החוק.

ולסיום: לפנינו פסק-דין שאיננו סובל מקוהרנטיות יתירה; ולמה שנאמר עד כה נוסף ונציין שהשופט טל – אשר מבקש לדחות את חזקת-השיתוף, בין השאר בתוקף הנימוק שההסדר בחוק הוא הסדר ממצה הדוחק החוצה הסדרים שונים ממנו – מוכן בכל-זאת להחיל על בני-זוג מתגרשים את מנהג הפיצויים שמקורו

16 ראה א' רוזן-צבי, לעיל הערה 2, בעמ' 348 ואילך. לא כאן המקום לעמוד על הקשיים בתפישה זו – קשיים שפרופ' רוזן-צבי דן בהם בעצמו.

בפסיקת בתי-הדין הרבניים. אין זה המקום לעמוד על הקושי לקבל את הצעת השופט להכיר בסמכותו של בית-המשפט האזרחי לדון בעניין של גירושין, שהרי מנהג זה האמור להתבסס על הדין האישי ודאי שאיננו יונק מקונסטרוקציה חוזית שבעזרתה ניתן להגניבו לזירה האזרחית. כמורכב לא נעמוד על הקושי באימוץ דין שכבר איננו כחוקת דין, מפני שכבר קמל ויבש באותה ערוגה שבה החל לגדול, כלומר שאיננו נוהג עוד הלכה למעשה בבתי-הדין הרבניים<sup>17</sup>; אך נצביע על הקושי בגישה שהסדר החוק הוא ממצה ואיננו ממצה בעת ובעונה אחת: הוא ממצה ודוחה בשתי ידיים הסדר אזרחי אחר, אך איננו ממצה ומקרב כחפץ-לב הסדר שמקורו דתי.

אותה מידה של חוסר-עקביות משתקפת בפסק-דינה של השופטת שטרסברג-כהן: אם מותר לו לשופט לעקם את החוק כדי למנוע תוצאה אבסורדית, וכך נהפכת במחי פסק-דינה דרישת החוק בדבר פקיעת הנישואין עקב גירושין לדרישת סכסוך ללא תקנה בין הצדדים, מדוע ההסדר הממצה ככיכול שהשופטת מייחסת לחוק איננו בר-ריכוך ובר-שינוי כדי למנוע אותה תוצאה אבסורדית? יש גם לא מעט מן האירוניה בכך שרק לאחרונה, בהלכת בבלי<sup>18</sup>, הנחית בית-המשפט העליון את הלכת השיתוף על בתי-הדין הרבניים, בעומדו על משמר הקוהרנטיות המשפטית המחייבת מניעת פיצול הקניין בין בית-המשפט ובין בית-הדין. לשיטתו, אף בית-הדין הרבני איננו בן-חורין להתעלם מכוונת בני-זוג לנהוג שיתוף בנכסיהם, כפי שהדבר משתקף בעיני בית-המשפט האזרחי. לפי הלכות הפסיקה, זיהוי הנכסים כמשותפים הוא נתון מוקדם של דיני החוזים והקניין, שכל ערכאה מצווה לקבלו ולפעול לפיו. ואתה עומד ותמה: מה אירע לנכסים שזיהוים כמשותפים מן הדין שיובטח להם גם בערכאה הדתית, כשהערכאה האזרחית מוכנה בעצמה להתכחש לזיהוי זה, רק מפני שבני-הזוג כפופים, בבוא עת הגירושין, להסדר האיזון? צדקה מתחילה בבית, אומר הפתגם — וצדק לא-כל-שכן; ואפשר להתנחם אולי רק בכך שגם לפי פסק-דין זה גופו מוקדם עדיין להספיד את דיני-השיתוף.

17 שם, בעמ' 329 ואילך.

18 בג"צ 1000/92 בבלי נ' בית הדין הרבני ירושלים ואח', פ"ד מח(2) 221. וראה הערתי על פסק-דין זה, "בתי הדין הרבניים — לאן?" משפט וממשל ב (1994) 523.