

## החלת השיתוף הספציפי מכוח הדין הכללי על נכסים מלפני הנישואים ועל ירושות ומתנות בעידן של חוק יחסי ממון

מאת

שחר ליפשיץ\*<sup>1</sup>

### 1. הקדמה

יחסי הרכוש בין בני זוג בישראל מוסדרים כידוע על בסיסם של שני הסדרים: "חזקת השיתוף", שהינה יציר הפסיקה ותחולתה על בני זוג שנישאו לפני 1.1.1974, כמו גם על בני זוג ידועים בציבור; והסדר איזון המשאבים הקבוע בחוק יחסי ממון, שתחולתו על בני זוג שנישאו לאחר ה-1.1.1974. בין שני ההסדרים קיימים הבדלים משמעותיים. אחד מן ההבדלים הללו קשור בתחולת השיתוף הזוגי על שלושה סוגי נכסים: נכסים שהובאו על ידי אחד מבני הזוג לפני הנישואים, ירושות ומתנות (להלן: **הנכסים החיצוניים**). בנכסים אלו יעסוק מאמר זה.

בעשורים האחרונים, הפסיקה העוסקת בחזקת השיתוף מאפשרת, בנסיבות מסוימות, בעיקר בנישואים ראשונים וארוכים המאופיינים באורח חיים תקין, להחיל את החזקה גם על הנכסים החיצוניים. לעומת זאת, סעיף 5(א) לחוק יחסי ממון שולל במפורש את תחולת הסדר איזון המשאבים הקבוע בחוק על הנכסים החיצוניים. ברם, בעשור האחרון, חרף לשונו המפורשת של סעיף 5(א) לחוק יחסי ממון, מצאה הפסיקה דרך להחיל את השיתוף הזוגי גם על נכסים חיצוניים, וזאת על ידי קביעת שיתוף ספציפי בנכסים הללו מכוח הדין הכללי.

במאמר זה, המבוסס על פרק בספרי **הרכוש הזוגי**, אבקש לשלב דיון פוזיטיבי העוסק בדין המצוי עם הצעת מתווה נורמטיבי בהקשר לדין הראוי: במישור הדין המצוי, אבקש לאפיין את הגישות השונות הקיימות בפסיקה החדשה ומאפשרות לקבוע שיתוף ספציפי מכוח הדין הכללי בנכסים החיצוניים אצל בני זוג עליהם חל חוק יחסי ממון; במישור הנורמטיבי, אבקש לשלב מתווה תיאורטי עקרוני לגבי ההסדרה הראויה של הרכוש הזוגי יחד עם שיקולים יוריספרודנטליים לגבי יחסי בית המשפט והמחוקק ועם שיקולים פרקטיים בדבר הצורך ביציבות ובוודאות.

\* דקאן הפקולטה למשפטים אוניברסיטת בר אילן.

1. מאמר זה מבוסס על פרק ו בספרי, שחר ליפשיץ **הרכוש הזוגי** (צפוי להתפרסם בהוצאת אוניברסיטת בר אילן, התשע"ה) (להלן: ליפשיץ **הרכוש הזוגי**).

## 2. המתח בין חזקת השיתוף לחוק יחסי ממון בהקשר לנכסים החיצוניים

במחקר קודם שלי שעסק בחזקת השיתוף, אפיינתי שלושה מודלים של שיתוף זוגי שהתפתחו בהקשר לחזקה.<sup>2</sup> כל אחד מהמודלים השפיע בתורו בשלושה פרמטרים: תנאי הסף לתחולת החזקה; היקף הנכסים הנחשבים כמשותפים; והיכולת לסתור את החזקה - בהעדר הסכם ממון מפורש - לאור אומדן הדעת המשוער של הצדדים. מודלים אלו הם:

(1) **מודל הסכמי מצומצם** - מודל זה ממוקד בהגשמה של כוונת הצדדים. המודל כלל את המאפיינים המעשיים הבאים: (א) תנאי סף של אורח חיים תקין ומאמץ משותף, ולעתים אפילו דרישה לאינדיקציה נוספת להוכחה של כוונת שיתוף ספציפית כתנאי להחלת החזקה; (ב) החלת החזקה על היקף נכסים מצומצם. כך, למשל, בתקופה שבה שלט מודל זה, התמקדה החזקה בנכסים משפחתיים, היא הוחלה בצורה מוחלטת על נכסים עסקיים וכלל לא הוחלה על נכסי פרישה; (ג) רגישות הסכמית. אפילו לגבי הנכסים המשפחתיים לא הוחל השיתוף כאשר הוא סותר את אומדן דעתם של הצדדים או אפילו את אומדן דעתו של הבעלים הרשום.<sup>3</sup>

(2) **מודל נורמטיבי של מאמץ משותף** - מודל זה מבוסס על ערכי הצדק והשוויון וממוקד בחלוקה של תוצרי המאמץ המשותף של בני הזוג. במישור המעשי, השתקף המעבר מן המודל ההסכמי למודל הנורמטיבי בשלושה היבטים: (א) שינוי בתנאי הסף של החזקה, שכלל זניחת הדרישה להוכחה ספציפית של כוונת שיתוף, החלשת הדרישה לאורח חיים תקין וחזוקה הדרישה למאמץ משותף; (ב) שינוי בהיקף הנכסים הנכללים בחזקה, שכלל זניחה של הבחנות שהתבססו על צורות חשיבה הסכמיות, בהן: הבחנה בין נכסים עסקיים לנכסים משפחתיים ובין משכורת לפנסיה, והתבססות מוחלטת על ההבחנה הנורמטיבית בין נכסי המאמץ המשותף, עליהם חלה חזקת השיתוף, ובין נכסים שאינם כאלו, כגון: **נכסים מלפני הנישואים, ירושות ומתנות** (להלן: "**נכסים חיצוניים**" או "**נכסים פרטיים**"), עליהם לא חלה החזקה; (ג) שינוי ביכולת לחרוג מהחזקה במקרה ספציפי, כולל הקשחה של האפשרות להוכיח כי הצדדים לא התכוונו לשיתוף עד כדי הפיכתה של חזקת השיתוף לדיון מעין-קוגנטי, הניתן להתנאה באמצעות הסכם ממון פורמלי בלבד.<sup>4</sup>

(3) **מודל הקהילה המשפחתית** - מודל זה גורס, כי בעקבות הנישואין בני הזוג אינם עוד אוסף של יחידים נפרדים, בעלי קשרים עסקיים וחוזיים, אלא יחידה

2. ראו שחר ליפשיץ "על נכסי עבר, על נכסי עתיד ועל הפילוסופיה של חזקת השיתוף" **משפטים** לד 627 (2004) (להלן: ליפשיץ "הפילוסופיה של חזקת השיתוף"). כן ראו גרסה מעודכנת של מאמר זה בספרי **הרכוש הזוגי**, שם, בפרק ד.

3. ראו ליפשיץ **השיתוף הזוגי**, שם, בפרק הרביעי, חלק 3; ליפשיץ "הפילוסופיה של חזקת השיתוף", לעיל ה"ש 2, בעמ' 676-690.

4. ראו ליפשיץ **השיתוף הזוגי**, שם, בפרק הרביעי, חלק 4; ליפשיץ "הפילוסופיה של חזקת השיתוף", בעמ' 690-702.

זוגית וקהילה שיתופית.<sup>5</sup> לאור זאת, המודל משפיע הן על היחס לנכסי המאמץ המשותף והן על היחס לנכסים החיצוניים: לגבי נכסי המאמץ המשותף, המודל ממשיך בדרכו של מודל המאמץ המשותף ומתייחס לשיתוף הזוגי כברירת מחדל מעין-קוגנטית, שניתן לסתור אותה רק באמצעות הסכם ממון פורמלי.<sup>6</sup>

חידושו הגדול של המודל הוא בנכונותו להחיל במקרים המתאימים את חזקת השיתוף גם על נכסים חיצוניים. בהקשר זה מפתח המודל כמה תנאי סף ייחודיים, המתייחסים לסוג הנישואים (כשההעדפה היא לנישואים ראשוניים), לתקופתם (פסקי הדין המרכזיים עסקו בבני זוג שחיו יחדיו יותר משני עשורים, ולעתים דובר אף בבני זוג שנפרדו לאחר יותר משלושים שנים של קשר זוגי), לאיכותם הרגשית, לקיומם של ילדים ולדפוס הכלכלי השיתופי שבו פעלה המשפחה. את תנאי הסף האלו כיניתי "אורח חיים קישוריים". נוסף על כך, התחדש השימוש בהבחנה ההסכמית בין הנכסים המשפחתיים ובין הנכסים העסקיים בכל הנוגע לנכסים החיצוניים, וזאת בניגוד לנטייה בפסיקה לזנוח הבחנה זו ככל שמדובר בנכסי המאמץ המשותף. לבסוף, בניגוד לאופי המעין-קוגנטי של חזקת השיתוף ה"רגילה", ככל שמדובר בנכסים חיצוניים, הפסיקה מגלה רגישות לאומד הדעת של בני הזוג ובמיוחד לזה של בן הזוג שהנכסים רשומים על שמו ולנכונותו לחלוק את הרכוש הפרטי.<sup>7</sup>

לצד התיאור של שלושת המודלים, עמדתי במחקר זה על מגמה המסתמנת בשנים האחרונות אצל חלק מן השופטים - כרסום ברגישות ההסכמית של מודל הקהילה המשפחתית בכל הנוגע לנכסים החיצוניים, ולפחות כאשר מדובר בדירת המגורים המשפחתית, שהובאה ע"י אחד מבני הזוג לנישואין, הם נוטים להפעיל את מודל הקהילה המשפחתית גם כאשר לא התקיימו תנאי הסף הקישוריים, ולעיתים גם בניגוד לאומד הדעת המשוער של הצדדים ולמצגים שהוצגו ביניהם.<sup>8</sup>

על רקע ההבחנה בין המודלים השונים נפנה לבחון את עמדתו של חוק יחסי ממון ביחס לעניינים אלו.<sup>9</sup> סעיף 3(א) לחוק יחסי ממון קובע כי "לא עשו בני

- 
5. ראו ליפשיץ **השיתוף הזוגי**, שם, בפרק הרביעי, חלק 5; ליפשיץ "הפילוסופיה של חזקת השיתוף", בעמ' 702-728. לפסקי הדין המנחים של המודל ראו ע"א 806/93 **הדרי נ' הדרי**, פ"ד מח(3) 685 (1994); ע"א 2280/91 **אבולוף נ' אבולוף**, פ"ד מז(5) 596 (1993) (להלן: עניין **אבולוף**); ע"א 1880/95 **זרהם נ' זרהם**, פ"ד נ(4) 865 (1997) (להלן: עניין **זרהם**).
  6. יתרה מזו, בעוד שמודל המאמץ המשותף מציב בכל זאת את המאמץ המשותף - להבדיל מאורח החיים או מהתרומה - כתנאי סף להחלת החזקה, מודל הקהילה המשפחתית רואה בעצם הנישואים תנאי סף להשתתפות בקהילה, ומקנה את האפשרות ליהנות מפירותיה.
  7. ראו ליפשיץ **השיתוף הזוגי**, לעיל ה"ש 1, בפרק הרביעי, חלק 6.
  8. דומה כי פסק הדין המזוהה יותר מכל עם המגמה החדשה הינו פסק דינו של כבוד השופט רובינשטיין בבע"מ 5939/04 **פלוני נ' פלונית**, פ"ד נט(1) 665, 671 (2004) (להלן: בע"מ 5939/04): "מהו אפוא שיעור הדברים? רוח העידן, פתיחת הדלתות לגישה שאינה 'פורמלית' בלבד הנאחזת ברישום הנכס, אלא בוחנת מצבים חברתיים ואישיים למהותם, מרחפת על פני הפסיקה זה שנים באשר לשיתוף הנכסים גם לגבי נכסים שנרכשו לפני הנישואין, ובמיוחד דירת המגורים".
  9. לדיון מפורט בחוק יחסי ממון בעקבות תיקונו ראו שחר ליפשיץ "יחסי משפחה וממון: אתגרים ומשימות בעקבות תיקון מס' 4 לחוק יחסי ממון" **חוקים** א 227 (2009) (להלן: ליפשיץ "יחסי משפחה וממון"); וכן ליפשיץ **השיתוף הזוגי**, לעיל ה"ש 1, פרק 5.

הזוג הסדר ממון, ואם עשו - במידה שההסכם אינו קובע אחרת, **יראום כמסכמיים** להסדר איזון המשאבים לפי פרק זה.<sup>10</sup> ברם, באופן מעשי, למרות הרטוריקה ההסכמית, ההסדר שהחוק קובע קרוב בהרבה למודל הנורמטיבי של המאמץ המשותף, ולכך שלוש אינדיקציות עיקריות, בהלימה לשלושת הפרמטרים שנמנו למעלה: ראשית, מבחינת תנאי הסף לתחולת החזקה, חוק יחסי ממון מחיל את הסדר השיתוף על כלל הזוגות הנשואים, ללא קביעת תנאי סף הסכמיים; שנית, מבחינת היקף הנכסים הכלולים באיזון המשאבים - היקף זה תואם בדיוק את השלב השני הנורמטיבי הממוקד במאמץ המשותף, לאמור: החוק אינו מבחין בין נכס משפחתי לנכס עסקי ובין משכורת לפנסיה, להפך, תיקון מס' 4 לחוק יחסי ממון מבהיר במפורש, כי פנסיה, כמו גם נכסי פרישה נוספים, הינם נכסים ברי-איזון<sup>11</sup>; לבסוף, מבחינת היכולת לסטות מן החזקה - חוק יחסי ממון אינו מכיר בהסכמים בעל-פה או בהסכמים בהתנהגות המלמדים על כוונה נוגדת שיתוף.<sup>12</sup> במובן זה, החוק תואם את המודל הנורמטיבי של המאמץ המשותף, שבהיעדרו של הסכם ממון אינו מאפשר סטייה מהסדר השיתוף גם כשברור שהשיתוף אינו משקף את כוונת הצדדים, ולכן ציינתי למעלה שזה הסדר "מעין-קוגנטי".

אם כן, ככל שמדובר בנכסי המאמץ המשותף, פוסע החוק בעקבות חזקת השיתוף בכך שהוא מפעיל את השיתוף הזוגי באופן גורף, בין שמדובר בנכסים משפחתיים, דוגמת דירת המגורים, ובין שמדובר בנכסים עסקיים. לעומת זאת, ככל שמדובר בסוגיית הנכסים החיצוניים, החוק מוציא במפורש מתחולת האיזון נכסים מלפני הנישואים, ירושות ומתנות.<sup>13</sup> בכך, למעשה, הולך החוק בדרכו של הדור השני של חזקת השיתוף, אשר לפי ניתוחינו תואם את מודל המאמץ המשותף.

### 3. החלת שיתוף ספציפי על נכסים חיצוניים, שאינם תוצר המאמץ המשותף, בפסיקה מכוחו של הדין הכללי

חרף לשונו המפורשת של חוק יחסי ממון, מצאה הפסיקה דרך להחיל את השיתוף הזוגי גם על נכסים חיצוניים מכוח הדין הכללי. הבסיס הראשוני לשיתוף המבוסס על

- 
10. סעיף 3 לחוק יחסי ממון בין בני זוג, התשל"ג-1973 (להלן: חוק יחסי ממון).
  11. ראו סעיף 5(ג) לחוק יחסי ממון, שם, בנוסחו הקיים לאחר תיקונו.
  12. הסכם כללי הדוחה את הסדר איזון המשאבים נדרש לאישור או לאימות, כאמור בפרק א' לחוק יחסי ממון, שם. הסכמה לגבי נכס ספציפי איננה דורשת אישור שיפוטי, אך היא טעונה הסכם בכתב; ראו סעיף 5(א) לחוק המתוקן וכן את בג"ץ 10605/02 **גמליאל נ' בית-הדין הרבני הגדול**, פ"ד נח(2) 529 (2003), שבו הבחינה השופטת חיות בין דרישת האישור הכללית להסכמי ממון, לבין הדרישה למיעוט נכס ספציפי מתחולת האיזון באמצעות הסכם כתוב. עם זאת חשוב להודות כי במצבים מסוימים הסכימה הפסיקה ליתן תוקף להבנות בין הצדדים גם כאשר לא גובשו בהסכם ממון פורמלי, בהתבסס בין היתר על עקרון תום הלב או על הביצוע המאוחר של ההסכם. ראו למשל, בע"מ 9126/05 **פלונית נ' פלוני** (פורסם בנבו, 26.1.2006); בע"מ 5142/10 **פלונית נ' פלוני** (פורסם בנבו, 25.7.2010); ע"א 1629/11 **יצחקי נ' וכטר** (פורסם בנבו, 4.11.2012).
  13. ראו סעיף 5(א) לחוק יחסי ממון, שם. סעיף זה כבר היה בנוסח המקורי, ולא שונה במסגרת התיקון.

הדין הכללי נמצא בחוות דעתה של השופטת שטרסברג-כהן בפסק הדין **יעקובי-קנובלר**,<sup>14</sup> בו עסקתי בהרחבה במקום אחר.<sup>15</sup> השופטת שטרסברג-כהן הצטרפה באותו פסק לדין לעמדתם של השופטים טל ומצא, שהתנגדו לגישה הסימולטנית שהציעו השופטים שמגר ודורנר, על פיה ניתן להחיל את חזקת השיתוף במתכונתה המלאה גם על מי שנישאו לאחר כניסתו לתוקף של חוק יחסי ממון. על אף התנגדותה לגישה זו, הכירה השופטת שטרסברג-כהן באפשרות להכיר בהסדר שיתוף זוגי נקודתי מכוח הדין הכללי (בעיקר דיני החוזים והקניין, תוך ריכוך הדרישות הפורמליות שהיו מקשות על הכרה בשיתוף כזה בנסיבות לא משפחתיות, כשהנכס רשום על שם אחד הצדדים).<sup>16</sup>

פסק הדין בעניין **יעקובי-קנובלר** מאחד שתי פרשות שונות בהן דובר ברכוש שנצבר במאמץ משותף של הצדדים ובבני זוג שלא התגרשו, משום שהבעלים, שהיו גם הבעלים הרשומים של הרכוש, התנגדו לגירושין ובכך סיכלו את מימוש איזון המשאבים, שעובר לתיקון מס' 4 לחוק ניתן היה לעשותו בעת הגירושין בלבד.<sup>17</sup> אולם, בעוד שבפרשת **יעקובי-קנובלר** נועד הדין הכללי לאפשר את החלת השיתוף הזוגי על נכסי המאמץ המשותף למרות שבני הזוג טרם התגרשו, בפרשת **אבו רומי**<sup>18</sup> המשיכה השופטת שטרסברג-כהן את הקו שנקטה בהלכת **יעקובי-קנובלר** ופתחה פתח להרחבה דרמטית של השיתוף המבוסס על הדין הכללי, בקובעה שהלוגיקה המאפשרת הכרה בשיתוף מכוח הדין הכללי רלוונטית גם לגבי נכסים חיצוניים. על פי לוגיקה זו, כך סברה, יש להניח שבאופן עקרוני אדם עשוי להסכים לשתף את בן זוגו בנכס הרשום על שמו, גם אם נכס זה היה ברשותו לפני הנישואים,<sup>19</sup> אף לאחר שבני הזוג כבר התגרשו.<sup>20</sup>

עם זאת, בצד ההכרה העקרונית בהיתכנות השיתוף מכוח הדין הכללי אף בנכסים החיצוניים, צמצמה מאוד השופטת שטרסברג-כהן במישור המעשי את הפתח שנפתח. בניגוד לחזקת השיתוף "הנורמטיבית" או להסדר האיזון הקבוע בחוק יחסי ממון, הדגישה השופטת שטרסברג-כהן שכאשר השיתוף מבוסס על הדין הכללי, נדרשת

- 
14. ראו ע"א 1915/91 **יעקובי נ' יעקובי**, פ"ד מט(3) 529 (1995) (להלן: פרשת **יעקובי-קנובלר**).
15. ראו ליפשיץ **הרכוש הזוגי**, לעיל ה"ש 1, בפרק חמישי, חלק 2; פנחס שיפמן "ואף-על-פי-כן - שיתוף נכסים" **משפטים** כו 399 (1995).
16. על פי השופטת שטרסברג-כהן בפרשת **יעקובי-קנובלר**, לעיל ה"ש 14, בעמ' 621: "יש לקבוע את הבעלות לאשורה לפי הדין הכללי, שיפורש בגמישות ובהתאמה למסגרת השיתוף שבה חיים השניים שהרכוש נצבר על-ידיהם. כאן מתקרב הדין הכללי לחזקת השיתוף לפחות ככל שהייתה בתחילת דרכה".
17. בפרשת **יעקובי-קנובלר**, שם, נרכשה הדירה בתקופה שבה חיו בני הזוג יחדיו לפני הנישואים. עם זאת, כפי שהוכיח פסק הדין באותו העניין, במקרה כזה ניתן לצרף את תקופת החיים המשותפים לתקופת הנישואים ולראות בהם יחידה אחת.
18. רע"א 8672/00 **אבו רומי נ' אבו רומי**, פ"ד נו(6) 175 (2002) (להלן: פרשת **אבו רומי**).
19. ראו את דברי השופטת שטרסברג-כהן בפרשת **אבו רומי**, שם, בעמ' 183: "מעמדתי בעניין **יעקובי** [...] עולה כי מכוח סעיף 4 לחוק יחסי ממון, הדין החל על בני-הזוג במהלך חיי הנישואין באשר לזכויותיהם ברכוש הוא הדין הכללי. מכאן, שלכאורה, במסגרת סעיף 4, אין מניעה שכן זוג-יטען מכוח דין כללי כלשהו כי בידיו זכויות בדירת מגורים הרשומה על שם בן-הזוג האחר ושהייתה בבעלותו ערב הנישואין [...]. לשיטתי, יש טעם להקל על בן-הזוג הטוען לבעלות משותפת בדירת המגורים כאשר זו רשומה רק על שם אחד מהם" (ההדגשה במקור, ש"ל).
20. שהרי נכס משותף לא נהפך לנכס פרטי רק בשל העובדה שבני הזוג התגרשו.

הוכחה קונקרטית פוזיטיבית לכוונת השיתוף ואין להסתפק בעצם קיומם של חיי נישואין משותפים, גם אם מלווים הם בגידול ילדים.<sup>21</sup> בפועל, קבע בית המשפט באותה פרשה, כי לא הוכחה כוונת שיתוף, ועל כן לא הוענקו לאשה ולשבעת ילדיה כל זכויות בדירת המגורים או בנכסי הבעל באופן כללי, על אף ארבע-עשרה שנות נישואים.

#### 4. אפיון הגישות השונות בפסיקה שלאחר פרשת אבו רומי

הפסיקה שלאחר הלכת אבו רומי ובעקבותיה לא הצטיינה בעקביות רבה.<sup>22</sup> עם זאת, מבעד לעמימות ואפילו לכאוס השורר בנושא, ניתן לאפיין שלושה זרמים מרכזיים:

##### (א) הגישה המצמצמת: הדרישה להוכחת כוונת שיתוף ספציפית

לזרם הראשון משתייכים פסקי דין המיישמים את הלכת אבו רומי בצורה מחמירה ודורשים אינדיקציה פוזיטיבית ממשית - מעבר לחיי שיתוף ולחיי נישואים ממושכים - לקיומה של כוונת שיתוף בנכס הספציפי, כדי להחיל את הדין הכללי על נכס מלפני הנישואים, וזאת אף אם מדובר בדירת מגורים.<sup>23</sup>

21. ראו פרשת אבו רומי, לעיל ה"ש 18, בעמ' 183; נביא את הדברים במלואם: "יש טעם להקל על בן-הזוג הטוען לבעלות משותפת בדירת המגורים כאשר זו רשומה רק על שם אחד מהם. עם זאת לא די בעצם קיומם של חיי נישואין משותפים, אף שהיו ממושכים, כדי לקבוע שיתוף בדירת מגורים מכוח דין כללי, שאם תאמר כן, נמצאת מכניס בדלת אחורית את חזקת השיתוף, שלשיתוי איננה חלה במקביל לחוק יחסי ממוין. סעיף 4 לחוק יחסי ממוין קובע מפורשות כי 'אין בכריתת הנישואין או בקיומם כשלעצמם כדי לפגוע בקניינים של בני הזוג, להקנות לאחד מהם זכויות בנכסי השני או להטיל עליו אחריות לחובות השני' [...] על-מנת שתוקנינה זכויות בדירת מגורים הרשומה על שם בן-הזוג האחד לבן הזוג האחר, על האחרון להראות נסיבות עובדתיות, נוסף על עצם קיום הנישואין, שמהן ניתן להסיק - מכוח הדין הכללי - הקניית זכויות בדירת המגורים" (ההדגשות במקור, ש' ל').
22. על הקושי לקבוע עמדה אחידה בנושאים הללו עמד השופט רובינשטיין בעמ"ס 10734/06 פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו, 14.3.2007) (להלן: בע"מ 10734/06), בפס"ד לפסק דינו: "גבולות הגזרה אינם חדים, אך כך מטבע הדברים: אי אפשר לקבוע מראש כללים ברורים באשר לכל האפשרויות שמוזמנת המציאות האנושית. לכן גם מתלבטים בתי המשפט ממקרה למקרה, באשר לנכס הספציפי בו מדובר וכוונת הצדדים לגביו. הפרשנות בה דיברנו יסודה בשיקולי הגינות במקרים שבהם הכף נוטה, במכלול ההשקעות בנכס, בהתנהגות הצדדים הכרוכה בו, לעבר השיתוף. מובן כי הדברים אינם נטולים בעייתיות, כיוון שלעתים קשה לכמת את ההשקעות ואת 'ההתנהגות ההשקעית', אך לכן יש לנהוג זהירות ביישום, ואולם כאמור קשה לקבוע מראש את גבולותיו המדויקים לכל מקרה".
23. ראו, למשל, ת"א (מחוזי י-ס) 920/93 הירש נ' הירש (פורסם בנבו, 11.6.1998). במקרה זה, על בסיס הדרישה להוכחה של כוונת שיתוף ספציפית דחה בית המשפט תביעת שיתוף ומרפאה וקיבל תביעת שיתוף בדירת מגורים שנרכשה לפני הנישואים, על סמך עדויות בדבר הבטחות ספציפיות לשיתוף בדירה זו. ראו גם תמ"ש (משפחה חי) 31662/97 מ.ד. נ' מ.ד. (פורסם בנבו, 2.9.2001), שם - בהיעדר אינדיקציה פוזיטיבית - לא הוכר שיתוף בנכסים מלפני הנישואים. עוד ראו תמ"ש (משפחה ת"א) 97580/97 מ' א' נ' מ' (פורסם בנבו, 20.2.2003), בו נדחתה טענת שיתוף מכוח הדין הכללי בנכס שהתקבל בירושה; עוד ראו בג"ץ 1727/07 פלוני נ' בית הדין הרבני הגדול לערעורים (פורסם בנבו, 19.3.2007), שם אישר בית המשפט העליון קביעה עובדתית של בית הדין שלפיה לא הוכחה כוונת שיתוף ספציפית ועל כן לא הוחל שיתוף בדירת הצדדים. ראו גם בג"ץ 2533/11 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול לערעורים (פורסם בנבו, 26.10.2011), שגם בו אישר בית המשפט העליון הכרעה של בית הדין הרבני לפיה לא הוכחה באופן פוזיטיבי כוונת שיתוף בדירה שהובאה על ידי הבעל לנישואים. עם זאת, יש לשים לב כי בשני המקרים בית המשפט העליון נתן משקל לעובדה שמדובר בהליך של בג"ץ, ומשום כך גבולות ההתערבות בהחלטות של בית הדין מצומצמות. בנוסף לכך, לפחות במקרה השני, דובר על דירה שאמנם במקורה שימשה לדירת מגורים אולם בסופו של דבר עברו בני הזוג לדירה נוספת שנרשמה על שם שניהם, כך שנוון לזמן שאליו התייחס פסק הדין, דובר בדירת השקעה.

זרם זה נחלש בשנים האחרונות, אולם לפחות ברמה ההצהרתית, פסק דינו של בית המשפט העליון בבע"מ 1398/11,<sup>24</sup> שיידון בהרחבה להלן,<sup>25</sup> מבקש להפח בו חיים חדשים.

### (ב) גישת האמצע - החלת הדור השלישי של חזקת השיתוף

הזרם השני כולל פסקי דין שבמהלך הזמן שחלף מהלכת אבו רומי החלו ליישם את העקרונות שיושמו בהקשר לדור השלישי של חזקת השיתוף, זה הפועל בהתאם למודל הקהילה המשפחתית, גם על שיתוף מכוח הדין הכללי, ללא הבחנה של ממש בין ההסדרים.<sup>26</sup> לכן, בפסקי הדין הללו הוחל השיתוף על נכסים חיצוניים מכוח הדין הכללי, גם בהיעדרה של ראייה פוזיטיבית התומכת בכוונת שיתוף.<sup>27</sup> עם זאת, מודל הקהילה המשפחתית, שבו תמכתי בכמה מחקרים שהוקדשו לפילוסופיה של השיתוף הזוגי,<sup>28</sup> הבחין בין הפעלת החזקה על נכסי המאמץ המשותף ובין הפעלתה על הנכסים החיצוניים, ואימץ לגבי האחרונים תנאי סף ואפשרויות חריגה הרגישים לכוונת הצדדים ולאורח חייהם

24. ראו בע"מ 1398/11 אלמונית נ' אלמוני (פורסם בנבו, 26.12.2012) (להלן: בע"מ 1398/11).
25. ראו להלן הערות 45-47 להלן והטקסט המתייחס אליהן.
26. ראו, למשל, ע"מ (מחוזי ת"א) 1055/06 ד.ג. נ' ג.ד. (פורסם בנבו, 22.11.2006) (להלן: עניין א.ד.), שהחיל את השיתוף על דירת מגורים שהובאה על ידי הבעל לנישואים. במקרה זה דובר בבני זוג שנישאו לאחר 1974 ומשכך, באופן פורמלי הדיון עסק בהחלת השיתוף מכוח הדין הכללי. יחד עם זאת, בית המשפט ציטט שם - בהסכמה - ממאמרי על חזקת השיתוף, והחיל את העקרונות האמורים במאמר לגבי חזקת השיתוף גם על השיתוף מכוח הדין הכללי.
27. ראו למשל, בבג"ץ 5416/09 פלונית נ' פלוני, פ"ד סג(3) 484 (2010) (להלן: בג"ץ 5416/09), שבו הפך בית המשפט העליון פסק דין של בית הדין הרבני שלא העניק לאשה זכויות בדירת המגורים המשותפת של בני הזוג שהייתה רשומה על שם הבעל ונקתה בכספיו הפרטיים. בית המשפט באותו המקרה התייחס למגמה הרווחת בבתי המשפט האזרחיים להכיר בשיתוף מכוח הדין הספציפי. בית המשפט לא התבסס בהחלטתו על עדויות בדבר מצגים פוזיטיביים ספציפיים המעידים על השוויון, אלא על עדויות כלליות על אורח החיים השיתופי שניהלו הצדדים בהיבטים שונים של חייהם, כגון: חלוקת הוצאות ותרומה משותפת לרווחת המשפחה. עוד ראו בהקשר זה את עניין א.ד., שם, שבו בנסיבות של 22 שנות נישואים, הולדתם של שני ילדים ומאמץ משותף, החיל בית המשפט את השיתוף הזוגי גם ללא אינדיקציה פוזיטיבית לכוונת שיתוף, וזאת על אף כמה אמירות במהלך השנים של הבעל מהן משתמע לכאורה שאין כוונתו לשיתוף; וכן תמ"ש (משפחה ת"א) 27722/01 ד.נ. נ' נ.ר. (פורסם בנבו, 14.10.2007) (להלן: עניין נ.ד.), שם עצם המגורים המשותפים בדירה והעובדה שהבעל לא הבהיר לאשה שאין מדובר בדירה משותפת, הוליקו את השופטת לקבוע שיתוף נכסים לאחר 17 שנים של נישואים ראשונים. ראו גם תמ"ש (משפחה כ"ס) 22780/05 ד.ח. נ' י.ד. (פורסם בנבו, 11.7.2007), שם ביטא פסק הדין נכונות להחיל שיתוף בדירת מגורים שנתקבלה בירושה מכוח המגורים עצמם וללא אינדיקציה פוזיטיבית של ממש לכוונת שיתוף. עוד ראו עמ"ש (מחוזי מ"ר) 16381-11-09 ג' ב' נ' ע' ב' (פורסם בנבו, 14.9.2010) (להלן: עמ"ש ג' ב'), שבו הוחלה חזקת השיתוף על חנות שנרכשה מלפני הנישואים ועל דירה אחת מתוך שתי דירות. עם זאת, ראוי לציין כי למרות שבית המשפט במקרה זה לא דרש ראייה פוזיטיבית לכוונת שיתוף, הוא בכל זאת נתן משקל רב לנסיבות הקונקרטיות, כגון תשלום הוצאות על הנכסים החיצוניים מתוך הנכסים המשותפים, ולהפך - שימוש בתזרים הנובע מן הנכס החיצוני לטובת הנכסים המשותפים. בכך תואם פסק הדין את עקרונות מודל הקהילה המשפחתית שבה תומך מחקר זה. בניגוד לכך, בשנים האחרונות, התהפכה המגמה והרגישות הליברלית לכוונת הצדדים שאפיינה את מודל הקהילה המשפחתית קתנה.
28. ראו ליפשיץ "הפילוסופיה של חזקת השיתוף", לעיל ה"ש 2, ובפרט בעמ' 702-728; וכן ליפשיץ **הרכוש הזוגי**, לעיל ה"ש 1, בפרקים א-ג.

במקרה הספציפי.<sup>29</sup> בדומה לכך, אף הפעלת הדין הכללי, גם כאשר לא נשענה על אינדיקציות פוזיטיביות להסכמה לשיתוף נקודתי, שיקפה לפחות רגישות לכוונת הצדדים, ומשום כך השיתוף מכוח הדין הכללי יושם רק כאשר התקיימו תנאי סף קישוריים - נישואים ראשונים וארוכים המאופיינים באווירת שיתוף כלכלי ורגשי. בהתאם לכך, השיתוף הזוגי לא הוחל במקרים שבהם אורח החיים של הצדדים ומצגיהם לא השתלבו עם כוונת שיתוף.<sup>30</sup> בנוסף לכך, בדומה לפסיקה שעסקה בחזקת השיתוף, הנכונות להחלת השיתוף הזוגי על הנכסים החיצוניים התמקדה בדרך כלל בדירת המגורים, אך לא גלשה אל הנכסים העסקיים, שלגביהם נדרשה ראייה של ממש לכוונת שיתוף.<sup>31</sup>

### (ג) הזרם הרדיקלי: הפיכת ברירת המחולל הקבועה בחוק יחסי ממון לגבי בית המגורים

אל מול שתי הגישות הקודמות, מספר פסיקות של בתי המשפט שניתנו לאחרונה מייצגות זרם נוסף שלישי, רדיקלי, הרואה ב"רוח התקופה", כביטוי של השופט רובינשטיין בבע"מ 5939/04, את הציווי להחלה מרחיבה של

29. ראו ליפשיץ הרכוש הזוגי, שם, בפרק הרביעי, חלק 5. ראו גם תמ"ש (משפחה ת"א) 11-16680-04 א.ז. נ' ז.ק (פורסם בנבו, 11.12.2011), שם, בנסיבות של נישואים שניים, לא הופעלה חזקת השיתוף חרף היות הצדדים נשואים כ-60 שנה, בין היתר בשל קביעת בית המשפט כי ניתן ללמוד מן הנסיבות (הרישום הדווקני של הנכסים, הצוואות ההדדיות וההיסטוריה של היחסים, כי כוונת הצדדים לא הייתה לשיתוף).
30. ראו ת"ע (משפחה כ"ס) 5080/08 ו.ח.ש נ' עזבון המנוח י. (א.ו.) (פורסם בנבו, 4.4.2011), שבו אימץ בית המשפט את החסמים הליברליים להחלת השיתוף הזוגי על הנכסים החיצוניים, ועל כן, למרות יחסים טובים בין הצדדים, קבע בית המשפט כי כוונת הצדדים לא הייתה לשיתוף בנכסים אלו. על פי דברי השופט ויצמן שם: "רמז לכך שאין לכפות את תיאוריית השיתוף על בני זוג כאשר אין לכך חיזוק ועוגן בהתנהלותם הרכושית ניתן למצוא אף במאמרו של המלומד פרי' שחר ליפשיץ במאמרו 'על נכסי עבר, על נכסי עתיד ועל הפילוסופיה של חזקת השיתוף', משפטים ל"ד (3), תשס"ח, עמ' 627, עמ' 715-176, וכך מבקר פרופ' ליפשיץ את הגישה המבקשת להחיל באופן אוטומטי את חזקת השיתוף על כלל נכסי בני הזוג - 'ההיבט הליברלי של המודל אינו מאפשר לכפות את הרציונאל הקישורי על אפם וחמתם של הצדדים שאורח חייהם אינו מתאים לתיאור השיתופי משפחתי'" (שם, בפסקה 21; הטעות בהפניה מופיעה במקור, ש' ל'). למקרה נוסף שבו לא הוחל השיתוף מכוח הדין הכללי, אף כאשר דובר בדירת מגורים, משום שהיה מדובר בתקופת נישואים קצרה ולא הייתה אינדיקציה לכוונת שיתוף, ראו תמ"ש (משפחה נצ'י) 6414-01-11 ש.א. נ' ה.א. (פורסם בנבו, 27.8.2011). כן ראו את פסק דינה של השופטת גאולה לוי, תמ"ש (משפחה ב"ש) 55103-05-11 א.א. נ' י.א. (פורסם בנבו, 28.12.12). עוד ראו בהקשר זה את פסק דינה של השופטת שטיין בתמ"ש (משפחה ראשלי"צ) 30732/07 פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו, 19.9.2011), אשר סירבה להתייחס לכספים חיצוניים שהועברו לחשבון המשותף לצורך קניית דירה ככספים משותפים, שכן כספים אלו הוחזקו בנפרד, וכן הוכח מן הנתונים העובדתיים שהצדדים לא ראו בהם כספים משותפים.
31. ראו למשל, תמ"ש (משפחה י-ם) 3640/10 א.ב. נ' צ.ב. (פורסם בנבו, 15.5.2012) (להלן תמ"ש א.ב.), שבו הבחין בית המשפט בין הפעלת דין השיתוף הכללי על דירת מגורים לבין הפעלתו על נכסים עסקיים.



השיתוף הזוגי גם על הנכסים החיצוניים<sup>32</sup> מכוח הדין הכללי, וזאת גם כאשר תנאי הסף הקישוריים לא התקיימו ואורח החיים של בני הזוג ומצגיהם לא שיקפו כוונת שיתוף. כך, בחלק מפסקי הדין הללו נקבע שיתוף בנכסים החיצוניים גם כשתקופת הנישואים לא הייתה ארוכה במיוחד,<sup>33</sup> במקרים של נישואים שניים,<sup>34</sup> ואפילו כשהיחסים בין הצדדים היו מעורערים לאורך מרבית חיי הנישואים.<sup>35</sup> לעתים הוחל השיתוף על הנכסים החיצוניים גם כשדובר בנכס עסקי שרק אחד מן הצדדים היה בעל זיקה אליו.<sup>36</sup> חלק מפסקי הדין הללו מעוררים את התחושה כי לפחות כאשר מדובר בנכסים משפחתיים מובהקים,

32. בע"מ 5939/04, לעיל ה"ש 8, בעמ' 672: "ואכן, ככל שהתוכן המשותף שנוצק לקניין, ובוודאי לדירת המגורים של זוג ומשפחה, משמעותי יותר, וככל שהייתה שותפות נמשכת בחיי הנישואין, ולה ביטויים מסוימים שונים, גם אם לא היו החיים הללו יגן של ורדים' בכל עת ובכל שעה, כך מצדיקה ההגינות כי תגבר ההתייחסות לחזקת השיתוף, בייחוד על נכס כמו דירת מגורים, קן המשפחה". בפסק הדין הספציפי עסק השופט רובינשטיין בבני זוג שנישאו ב-1966 ועל כן חלה עליהם חזקת השיתוף. עם זאת, עקרונות פסק הדין יושמו גם בפסיקה מאוחרת שעסקה בבני זוג הכפופים להסדר האיזון בחוק יחסי ממון, לעיל ה"ש 10. ראו, למשל, בע"מ 10734/06, לעיל ה"ש 22, שם אישר השופט רובינשטיין מכוח הדין הכללי שיתוף בנכס מלפני הנישואים על בני זוג שעל יחסיהם חל חוק יחסי ממון (עם זאת, באותו מקרה עמד השופט רובינשטיין על כך שנטל ההוכחה על כוונת השיתוף הינו על הבעלים הלא רשום, ובנוסף הוא ייחס משקל להשקעת בת הזוג בדירת המגורים הרשומים על שם בן זוגה). עוד ראו ביתר הרחבה בפסיקת בית המשפט המחוזי בע"מ (מחוזי י-ם) 818/05 פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 7.5.2006) (להלן: ע"מ 818/05) (פסיקה שאושרה בבית המשפט העליון בע"מ 4951/06 פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו, 14.6.2006) (להלן: בע"מ 4951/06)): "רוח העידן' כדברי השופט רובינשטיין [...] הינה להכיר בשיתוף בנכסים, ואף שהובאו לנישואין על ידי צד אחד [...] זאת כאשר בני הזוג חיים תחת קורת גג אחת במשך שנים כה רבות (19 שנה במקרה דנן) מבלי שקיים סכסוך גלוי ביניהם, או התבטאות מפורשת של מי מהם ביחס לכוונותיו של צד אחד לשמור לעצמו את הרכוש שהביא עימו בין בעת הנישואין ובין במהלך הנישואין...". עוד קודם לכן, בדונה בחזקת השיתוף, הציגה השופטת דורנר בעניין **דרהם**, לעיל ה"ש 5, בעמ' 877-878, מדיניות המטשטשת את ההבחנה בין נכסי המאמץ המשותף לנכסים הרגילים.
33. כן, בעוד שפסקי הדין המכוננים של מודל הקהילה המשפחתית עסקו בזוגות שחיו יחדיו עשרים ואף שלושים שנה, בפסקי הדין החדשים גם תקופות קצרות יותר - ואפילו היו אלו מלוות במחלוקת ומריבות - הספיקו כדי לקבוע שיתוף בנכסים מלפני הנישואים. בהקשר זה ראו, למשל, בג"ץ 5416/09, לעיל ה"ש 27, שבו הוכר שיתוף בדירת מגורים בנכס ספציפי למרות שלאחר 10 שנים בני הזוג נפרדו, ולאחר 3 שנים נוספות - התגרשו.
34. ראו שם. בית המשפט עסק בנישואים שניים של שני הצדדים אף כי במסגרת הנישואים הללו נולדו לצדדים שני ילדים.
35. ראו עניין **נ.ד.**, לעיל ה"ש 27, בו הוחל הסדר שיתוף על בני זוג שיחסייהם לא היו מן המשופרים. כן ראו פסק דינו המנחה של השופט רובינשטיין בדבר רוח התקופה (בע"מ 5939/04, לעיל ה"ש 8), שעסק בבני זוג שעל פי תיאורו חייהם לא היו יגן של ורדים".
36. ראו תמ"ש (משפחה כ"ס) 3591/02 ש.צ. נ' ח.צ. פס" 8 (פורסם בנבו, 5.12.2007), שבו קבע בית המשפט: "דין שווה אני מוצא בין דירת מגורים לבין נכס אחר שהינו בעל חשיבות כלכלית המהווה נכס משמעותי מתוך כלל רכושם של בני הזוג ואשר עיקר תקופת אחזקתו הייתה במהלך חלק ניכר מתקופת חייהם המשותפים של הצדדים" - ובהתאם לכך חילק מניה בחברת דן שנרכשה עוד לפני הנישואים של בני הזוג. עם זאת, חשוב לציין כי באותו מקרה נערך בין הצדדים הסכם, שאף שלא ניתן לו תוקף משפטי כשלעצמו, הסיק ממנו בית המשפט כוונת שיתוף במניות דן. ראו גם ביחס לחזקת השיתוף עמ"ש ג' כ', לעיל ה"ש 27, שבו, בדומה לפרשת **אבולוף**, להלן ה"ש 5, ראה בית המשפט בחנות שממנה מתפרנסת המשפחה, ואשר שופצה ותוחזקה מהכספים המשותפים, כנכס משותף. והשוו בין פסקי הדין הללו לבין תמ"ש **א.ב.**, לעיל ה"ש 31, שבו הבחין בית המשפט בין נכסים עסקיים ובין דירת המגורים, וזאת למרות שמדובר היה בנכס עסקי שבו עבד ראש המשפחה.

דוגמת דירת המגורים, ברירת המחדל הקבועה בחוק יחסי ממון התהפכה, ובהעדר הסכם ממון, דירת המגורים תיחשב כמשותפת, גם אם הובאה על ידי אחד מהצדדים אל הנישואים. היפוך זה של ברירת המחדל הקבועה בחוק קיבל ביטוי מפורש בפסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים בע"מ (מחוזי י-ם) 818/05<sup>37</sup>, שם קבע בית המשפט המחוזי מפי השופט שפירא: "אמור מעתה, בן זוג שהביא עימו לנישואין דירה בה בני הזוג מתגוררים, שעה שאין לבן הזוג השני דירה אחרת, יוצר מצג כלפי בן זוגו כי יוכל לשכון לבטח בדירה, וזו תהא רכוש משותף, וזאת משלא נתן סימנים כי בדעתו לשמור על רכושו זה בפקיעת הנישואין. מוסד 'הסכם ממון' שיצר החוק, נותן מענה לבן הזוג שאכן דעתו הנחרצת היא לא לשתף את בן זוגו בדירה זו". במילים אחרות: בית המשפט הפך את נטלי ההוכחה הקבועים בחוק יחסי ממון: בעוד שעל פי החוק, דווקא הסוטה מן ההסדר בחוק - הסדר הקובע כי נכסים מלפני הנישואים אינם ברי-איזון - חייב להתקשר בהסכם ממון שישקף את כוונתו, על פי פסק הדין הנטל לשלול את השיתוף בדירת המגורים מוטל דווקא על בן הזוג המבקש לממש את הוראות החוק. חרף ההסתייגויות של כמה שופטים אחרים מפסק הדין<sup>38</sup>, הוא הפך לסמל המגמה המרחיבה את דין השיתוף מכוח הדין הכללי.

**(ד) הניסיון של בית המשפט העליון להגדיר את הלכת "הדין הכללי" - בע"מ 1398/11**

אל נוכח אי-הבהירות הקיימת, ביקש לאחרונה בית המשפט העליון בבע"מ 1398/11<sup>39</sup> לערוך מעט סדר בנושא. אולם בפועל, פסק הדין חשף בכל זאת הבדלים - או למצער ניואנסים - הקיימים בנושא גם בין שופטי בית המשפט העליון לבין עצמם.

בפרשה זו עסק בית המשפט בבני זוג שחיו יחדיו בדירה שהייתה בבעלות הבעל מלפני הנישואים. חיי הנישואים של בני הזוג לא היו מוצלחים. לאחר שש שנות נישואים, שבהן נולד ילדם הראשון, הם נפרדו ואף התקיימו ביניהם הליכים משפטיים, אולם בני הזוג חזרו לחיות יחדיו ואף נולד להם ילד שני. עם זאת, מן העדויות שנשמעו בפני בית המשפט עלה, כי בין הצדדים שרר ניתוק רגשי ופיסי לאורך מרבית תקופת החיים המשותפים, ובסופו של דבר חיי הנישואים של הצדדים עלו על שרטון ולאחר 14 שנות נישואים הם נפרדו. כאמור, דירת בני הזוג נרכשה על ידי הבעל לפני הנישואין. מכיוון שבני הזוג נישאו לאחר 1974, וההסדר הרכושי החל עליהם הוא חוק יחסי ממון - הגישה האשה תביעה להכרה בזכותה לשיתוף בדירת המגורים מכוח הדין הכללי.

37. ע"מ 818/05, לעיל הי"ש 32.

38. ראו למשל את ההתייחסות לדברים בעמ"ש (מחוזי מר') 48671-05-10 ש.ע. נ' מ.ע. (פורסם בנבו, 24.1.2011): "נראה לנו, כי התוצאה העולה מהאמור לעיל, לפיה, כביכול, עובר נטל ההוכחה לבן הזוג

שהביא עימו רכוש מלפני הנישואין, להראות כי הביע דעתו באופן מפורשת [כך במקור, ש' ל' שבדעתו לשמור על רכושו זה בפקיעת הנישואין, עומדת בניגוד להוראת סעיף 5(א)1) בחוק יחסי ממון וגם לפסיקת בית המשפט העליון בבע"מ 10734/06 שהובא לעיל."

39. ראו בע"מ 1398/11, לעיל הי"ש 24.

שלושת השופטים שדנו בתיק, דנציגר, עמית וזילברטל, הכירו באופן עקרוני בדוקטרינת השיתוף הספציפי מכוח הדין הכללי, אולם הביעו השקפות שונות באשר לקריטריונים העקרוניים הנדרשים לצורך הכרה בשיתוף הספציפי מכוח הדין הכללי, ואף נחלקו ביחס ליישומם של הקריטריונים העקרוניים במקרה הקונקרטי.

השופט דנציגר עמד על כך שגם כאשר מדובר בדירת מגורים, אין להסתפק בעצם חיי הנישואין - ואפילו מדובר בנישואין ממושכים,<sup>40</sup> ויש לדרוש "דבר מה נוסף" שיעיד על כוונת השיתוף בנכס הספציפי.<sup>41</sup> בכך אימץ, לכאורה, השופט דנציגר את הגישה, שכונתה לעיל הגישה המצמצמת.

על פי השופט דנציגר: "מעיון בפסיקה עולה כי במרבית המקרים בהם קיבלו בתי המשפט את טענת השיתוף, הוכח כי בוצעו השקעות כספיות בנכס מציודו של בן הזוג הטוען לשיתוף, והשקעות אלה היוו 'דבר מה נוסף' המעיד על כוונת השיתוף".<sup>42</sup> עם זאת, על פי השופט דנציגר, השקעה בנכס לא מהווה תנאי הכרחי שאין בלתו. כוונת שיתוף ספציפית בנכס "חיצוני" יכולה להתבטא גם בהבטחות ובמצגים **אקטיביים**, שעשויים להביא להסתמכות מצד בן הזוג הלא רשום, ולהקים טענת מניעות לבן הזוג הרשום.<sup>43</sup>

פרט לשתי הדוגמאות הספציפיות המובאות על ידי השופט דנציגר כאינדיקציות לכוונת שיתוף - השקעות משותפות בנכס הפרטי ומצגים אקטיביים המוליכים להסתמכות - הוא נמנע מלפרט רשימה רחבה יותר של שיקולים ומבחני עזר, ואף נמנע מלאמץ או לדחות את רשימת השיקולים המוצעת על ידי עמיתו להרכב. עם זאת, הוא דוחה במפורש את העמדה שהביע השופט זילברטל, לפיה יש לתת משקל משמעותי לאיכות חיי הנישואים של בני הזוג ולשיתוף הרגשי ששרר ביניהם.

באותו מקרה, בהתבסס על עדות האשה, שגובתה גם בעדות ידיד המשפחה לפיה הובטח לבת הזוג כי הדירה תימכר ובני הזוג יוסיפו לתמורה חסכונית משותפים ויקנו דירה גדולה יותר - סבר השופט דנציגר כי התקיימה הדרישה ל"דבר מה נוסף" וכי הוכחה כוונת שיתוף, כוונה שיש ליתן לה תוקף משפטי.

40. משום כך הסתייג השופט דנציגר, שם, בפסקה 18 לפסק דינו, מקביעת בית המשפט המחוזי בע"מ 818/05, לעיל ה"ש 32, לפיה עצם הנישואים הממושכים יוצרים מצג של שותפות בדירת המגורים, ועל כן מוטל על הבעלים הרשום הנטל להתקשר בהסכם נוגד-שיתוף. יתרה מזו, השופט דנציגר הותיר בצריך עיון גם את ההצעה אותה העליתי בעבר, והמובאת בהמשכו של הפרק הנוכחי, לפיה כאשר מדובר על דירת המגורים של בני זוג הנישואים שנים רבות ומקיימים אורח חיים קישורי, יוטל הנטל על הבעלים הרשום להבהיר באופן חד משמעי לבן זוגו, כי הוא רואה בדירה רכושו הפרטי, ראו שם, בפסקאות 19-20 לפסק דינו של השופט דנציגר. על פי דנציגר, הצעה זו עשויה לטשטש את ההבחנה בין חזקת השיתוף לבין שיתוף המבוסס על הדין הכללי באופן שאינו הולם את כוונת המחוקק. עם זאת, בסופו של דבר החליט השופט דנציגר שלא לקבוע מסמרות בנושא זה.

41. שם, בפסקה 17 לפסק דינו של השופט דנציגר.

42. שם.

43. שם, בפסקה 21 לפסק דינו של השופט דנציגר.

זאת למרות שבסופו של דבר חזר בו הבעל והדירה לא נמכרה, וכן לא ניתנה הוכחה פוזיטיבית לכך שגם הדירה האלטרנטיבית הייתה אמורה להירשם בחלקים שווים על שם שני הצדדים.<sup>44</sup>

השופט עמית קיבל אף הוא את הטענה העקרונית לפיה יש צורך ב"דבר מה נוסף" כתנאי להוכחת שיתוף, וכן את התוצאה הקונקרטית המכירה בשיתוף. אולם, הוא ביקש להפחית את העמימות בסוגיה באמצעות התוויה של מגוון מבחני עזר העוסקים בשאלה, אימתי יוכח שיתוף מכוח הדין הכללי ומהו רף ההוכחה הנדרש בסיטואציות שונות:

**ראשית**, הוא סבר כי יש להפחית את הנטל המוטל על הוכחת שיתוף כללי בדירת מגורים יחסית לנטל המוטל על הוכחת שיתוף בנכסים אחרים. עם זאת, לדעתו, ראוי להטיל נטל הוכחה גבוה במיוחד על הטוען לשיתוף בהקשר לדירת מגורים שהתקבלה במהלך הנישואים במתנה (ובמידה פחותה בירושה) ונרשמה על שם אחד מבני הזוג, לעומת הנטל המוטל על בן זוגו של מי שהביא דירת מגורים לנישואים.<sup>45</sup> **שנית**, לטענת השופט עמית, הנכונות להכיר בכונת שיתוף פוחתת כאשר לטוען לשיתוף בדירת המגורים יש דירת מגורים או נכס חיצוני אחר שהביא עמו לנישואיו ואשר נותר רשום על שמו. **שלישית**, השופט עמית מייחס חשיבות לאורך התקופה בה הדירה הייתה רשומה על שם אחד מבני הזוג ומספר השנים בהם התגוררו בני הזוג בדירה (כך שכל שתקופת המגורים המשותפת קצרה יותר, נדרשת מידה רבה יותר של הוכחה לשיתוף בדירה). **רביעית**, ניתן משקל לאורך חיי הנישואין עד לקרע או עד לגירושין (ככל שתקופת הנישואין קצרה יותר, נדרשת מידה רבה יותר של הוכחה לשיתוף בדירה). **חמישית**, בדומה לקו המקובל בפסיקה שקדמה לפסק הדין, תרומה כלכלית לדירה באמצעות משאבים משותפים, כגון: משכנתא, שיפוץ מסיבי או תוספת בנייה מהותית - שמומנו על ידי שני בני הזוג, תעיד על כוונת שיתוף. **לבסוף**, מייחס השופט משקל להתנהגות הצדדים ולאווירה הכללית של שיתוף ומאמץ משותף (במונחי מחקר זה: אורח חיים קישורי) ולמצגים קונקרטיים שהוצגו בפני בן הזוג. אציין כי המשתנים שבהם נוקב השופט עמית מזכירים את המלצות מודל הקהילה המשפחתית, כפי שהן משתקפות בדור השלישי של חזקת השיתוף.

כאמור, השופט עמית הצטרף בסופו של דבר למסקנתו של השופט דנציגר, לפיה יש להחיל שיתוף מכוח הדין הכללי, וזאת ללא יישום מפורש של מבחני העזר אותם מנה למקרה הקונקרטי.

44. השופט דנציגר דוחה את הטענה החלופית של הבעל לפיה כלל לא ברור שהדירה החלופית הייתה נרשמת שווה בשווה, באמצעות ניתוח פרוצדורלי הממוקד בנטלי ראיה. לטענתו, משהודה הבעל בכך שהתחייב לרכוש דירה חדשה, נטל ההוכחה עובר אליו להוכיח שכוונת הצדדים הייתה לרשמה בחלקים לא שווים. נטל זה - על-פי השופט דנציגר - לא הורם.

45. השוו חנוך דגן **קניין על פרשת דרכים** 494-490 (2005) (להלן: דגן), לפיו על הדין להכיר בשיתוף זוגי בנכסים שנרכשו במהלך הנישואים, גם אם מקורם בירושות ובמתנות.

לתוצאה שונה הגיע השופט זילברטל אשר סבר, כי אין לקבוע שיתוף בדירת המגורים מכוח הדין הכללי במקרה הנדון.

כמו השופטים דנציגר ועמית, גם השופט זילברטל מקבל עקרונית את הדרישה "לדבר מה נוסף" כתנאי לשיתוף, אולם הוא מאמץ את ההבחנה שהוצעה על ידי בכתבתי המוקדמת,<sup>46</sup> בין בני זוג המקיימים אורח חיים קישורי לבין בני זוג שאינם מקיימים אורח חיים כזה. לדעתו, במקרים של בני זוג המקיימים אורח חיים קישורי הכולל נישואים ארוכים ותקינים המאופיינים באווירת שיתוף כלכלי ורגשי, נטל ההוכחה להוכחת שיתוף בבית המגורים פוחת. לעומת זאת, כאשר מדובר בבני זוג שאינם מקיימים אורח חיים קישורי, כגון בני הזוג במקרה דנן, שחייהם אופיינו במריבות, פירוד והיעדר שיתוף במובן העמוק של המילה - נטל ההוכחה, כי התקיימה כוונת שיתוף המצדיקה החלת שיתוף מכוח הדין הכללי, הוא גבוה במיוחד.

לדעת השופט זילברטל, נטל זה לא הורם במקרה הנוכחי. בניגוד לשופט דנציגר, השופט זילברטל אינו רואה בעדויות האשה וידיד המשפחה בדבר הכוונה למכור את הדירה ולקנות דירת מגורים חדשה הוכחה כי התקיימה כוונת שיתוף. לטענתו, אף אם הוכח שהבעל הסכים למכירת הדירה ולקניית דירה חדשה תמורתה, אף לא אחת מן העדויות הצביעה על כך שהדירה החדשה - שלא נקנתה בסופו של דבר - אמורה הייתה להירשם בחלקים שווים על שם של שני הצדדים.

## 5. מבט השוואתי

העמימות באשר להסדרת השיתוף בנכסים החיצוניים אינה ייחודית למשפט הישראלי. בארצות-הברית, למשל, העמדה הקונבנציונלית של מרבית המדינות תואמת את חוק יחסי ממון: עמדה זו מבחינה בין נכסי המאמץ המשותף לבין נכסים מלפני הנישואים, ירושות ומתנות, כאשר האחרונים נחשבים כנכסים פרטיים ולכן אינם ברי-איזון.<sup>47</sup> עם זאת, עיון מעמיק יותר מגלה מערך מורכב של דוקטרינות המכרסמות בהבחנה החדה בין סוגי הנכסים.

כך, בחלק מהמדינות, מצב של ערבוב בין נכסים משותפים לנכסים פרטיים, כגון בניית בית ממשאבים משותפים על קרקע פרטית, עשוי להפוך נכסים פרטיים

46. ראו ליפשיץ "יחסי משפחה וממון", לעיל ה"ש 9.

47. ראו:

Shari Motro, *Labor, Luck, and Love: Reconsidering the Sanctity of Separate Property*, 102 Nw. U. L. REV. 1623 (2008).

(להלן: Motro).

למשותפים;<sup>48</sup> מדינות אחרות, אף כי הן במיעוט יחסית לעמדה הרווחת, מכירות בתנאים מסוימים בהסכם מכללא ההופך נכס פרטי למשותף - במיוחד כשמדובר בדירת מגורים או בנכסים משפחתיים אחרים שנעשה בהם שימוש משותף.<sup>49</sup> גם בספרות המחקר הציעו פרנץ ודגן, כי פירות של נכסים מלפני הנישואים, ירושות ומתנות יחשבו כנכסים משותפים.<sup>50</sup> אחרים אף הציעו נוסחה ההופכת רכוש פרטי לרכוש משותף באופן הדרגתי בתקופת הנישואים, כפונקציה של אורך התקופה, קרי: ככל שבני הזוג נשואים זמן רב יותר, כך יותר רכוש פרטי נהפך למשותף.<sup>51</sup>

## 6. הצעת מתווה לקביעת שיתוף בנכסים חיצוניים

על רקע העמימות והעמדות השונות בנושא, ברצוני להציע מתווה, שלטעמי על המשפט הישראלי לפסוע בו. המתווה שברצוני להציע מבוסס על שלושה אדנים:

48. על פי מודל המאמץ המשותף, במקרים של נכסים מעורבים, כגון קרקע פרטית שעליה נבנה בית ממאמץ משותף, יש להפריד בין הרכיבים הפרטיים לרכיבים המשותפים. בדומה לכך, על פי הרציונל הנורמטיבי, כשנכס נקנה בתקופת הנישואים ממקורות שחלקם מאמץ משותף וחלקם פרטיים, יש להפריד את הבעלות בנכס בהתאם לרכיבים המקוריים. לתמיכה במתודה כזו על רקע הרציונל הנורמטיבי ראו: J. Thomas Oldham, *Tracing, Commingling, and Transmutation*, 23 FAM. L.Q. 219 (1989).
- (להלן: Oldham, *Tracing*). עם זאת, אולדהם עצמו מציג גם מקרים של הפעלה חלקית של גישת התחלוף החפצי, וכן את הנטייה של בתי משפט מסוימים להחיל על נכסים מעורבים הסדר של שיתוף. ראו Oldham, *Tracing*, שם, בעמ' 247-248, וכן: J. THOMAS OLDHAM, DIVORCE, SEPARATION AND THE DISTRIBUTION OF PROPERTY § 11.03 (2011) (להלן: OLDHAM, DIVORCE). אולדהם ביקר מדיניות זו בעיקר באמצעות הטענות הנורמטיביות שעל פיהם אין היגיון להתייחס לנכס שלא הופק ממאמץ משותף כנכס משותף. עם זאת, באופן מפתיע העלה אולדהם גם טיעון קישורי-קהילתי מסוים נגד המגמה להחיל על נכסים פרטיים שהועמדו לרשות המשפחה הסדר של שיתוף, שכן התייחסות כזו תעודד בני זוג לנהוג בדרך אגואיסטית שאינה מאפשרת לבני זוגם להשתמש ברכוש המשפחתי. ראו Oldham, *Tracing*, שם, בעמ' 246-247. עוד בעניין זה ראו את הצעת ה-ALI, AM. LAW INST. PRINCIPLES OF THE LAW OF FAMILY DISSOLUTION: ANALYSIS AND RECOMMENDATIONS, 4.06 (להלן: ALI) בסעיף 4.06 הקובע, ככלל, שיטת תחלוף נורמטיבית, אך מאפשר בסעיף קטן (4) לחרוג מהכלל הרגיל העוקב אחר מקור הנכס, זאת במקרים בהם הוכח שכוונת הצדדים הייתה אחרת. בניגוד לאולדהם, דעתי היא שהתנהגות הצדדים אכן אמורה להיות גורם מכריע בשאלה אם להפוך נכס פרטי למשותף. עם זאת, כדי למנוע פגיעה בבן זוג מתחלק, הצעתי היא להשתמש בסעיפים המיוחדים הקבועים בחוק יחסי ממוון, לעיל ה"ש 10, המאפשרים להפוך נכס משותף לפרטי; ראו להלן בחלק 6(ד), העיקרון הרביעי.
49. ראו OLDHAM, DIVORCE, שם, §11.02.
50. ראו Carolyn J. Frantz & Hanoach Dagan, *Properties of Marriage*, 104 COLUM. L. REV. 75 (2004). (להלן: Frantz & Dagan).
51. ראו Motro, לעיל ה"ש 47. אחד החידושים המעניינים בהמלצות ה-ALI, לעיל ה"ש 48, הוא ההמלצה לקבוע נוסחה שתאפשר להפוך נכסים פרטיים לחלוטין לנכסים משותפים. הנוסחה שהציע ה-ALI מבוססת על משך הנישואים והזמן שבו הוחזק הנכס הנדון על ידי הצדדים. באמצעות נוסחה זו מאפשר ה-ALI, במקרים מסוימים, להכיר הכרה מלאה בהסדר של שיתוף. ראו שם בסעיף 4.12 ובהערות המחברים על סעיף זה.

1. יישום המארג הנורמטיבי שהוצע בספרי הרכוש הזוגי<sup>52</sup>, המשלב את מודל הקהילה המשפחתית עם מודל המאמץ המשותף כבסיס להסדרת דיני הרכוש הזוגי.
2. התאמת העקרונות הנורמטיביים "האוניברסליים" להסדר החקיקתי שקבע חוק יחסי ממון, מתוך תפיסה יוריספרודנטלית המכירה בתפקידם של בתי המשפט בפיתוח הדין מחד, ובצורך של בתי המשפט - גם בעת שהם מפתחים את הדין - להכפיף עצמם למחוקק ולהכרעותיו מאידך.
3. שיקולים פרקטיים, התומכים בקביעת הסדרים ברורים ומצמצמים את מתחם אי-הוודאות שבדין.

המתווה המוצע כולל חמישה עקרונות פעולה מעשיים.<sup>53</sup> ארבעת העקרונות הראשונים עוסקים במשפחות שלא התקיימו בהן תנאי הסף הקישוריים, ומשום כך בנקל ניתן להתאימן להסדר המשפטי המשתקף בחוק יחסי ממון, שעמדת המוצא שלו מחריגה את הנכסים החיצוניים מכלל האיזון. לעומתם, העיקרון החמישי עוסק בנישואים ראשונים ארוכי-טווח ובבני זוג שאורח חייהם מתאים למודל הקישורי. בהתקיים התנאים הללו, עקרון הפעולה הזה הופך את ברירות המחדל הקבועות בחוק יחסי ממון, ומתאים אותן למודל הקהילה המשפחתית ולהגנה על אינטרס ההסתמכות של "בן הזוג הביתית".

#### (א) שימור ההבחנה בין נכסי המאמץ המשותף לנכסים החיצוניים לצורך איזון המשאבים

יש לכבד את הוראותיו של חוק יחסי ממון ולהבחין בין נכסי המאמץ המשותף לבין הנכסים החיצוניים. ככל שמדובר בנכסי המאמץ המשותף, יש להפעיל את איזון המשאבים באופן גורף ומכני, על כל נכס שנרכש החל מתחילת הנישואים וללא קשר לכוונת הצדדים ולאורח או משך חייהם המשותפים. לעומת זאת, כאשר מדובר בנכסים החיצוניים (כזכור, נכסים מלפני הנישואים, ירושות ומתנות הניתנות לאחד מבני הזוג), יש לכבד את ההוראה המתאימה לנכסים הללו כנכסים פרטיים, ששוויים לא יאוזן מכוח איזון המשאבים. משום כך, בנכסים הללו, ההכרה בשיתוף היא מוגבלת וכפופה להוכחת שיתוף מכוח הדין הכללי באופן הרגיש לנסיבות הקונקרטיות, כפי שיפורט בעקרונות הפעולה הבאים.

מעבר לציוויו של המחוקק, ההבחנה בין נכסי המאמץ המשותף לנכסים החיצוניים משתלבת היטב עם עמדה אותה הבעתי במחקר העומד להתפרסם

52. ראו ליפשיץ הרכוש הזוגי, לעיל ה"ש 1. לגרסה מוקדמת ראו ליפשיץ "הפילוסופיה של חזקת השיתוף", לעיל ה"ש 2.

53. העקרונות המובאים בסעיף זה הוצעו במאמר קודם שלי; ראו ליפשיץ "יחסי משפחה וממון", לעיל ה"ש 9, ואומצו בכמה פסקי דין של שופטי הערכאות הדיוניות כעקרונות מנחים לפרשנות הדין הקיים. ראו למשל, עמ"ש (מחוזי ת"א) 1279/07 פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 28.6.2010) (להלן: עמ"ש 1279/07), וכן תמ"ש (משפחה י-ם) 7343/04 נ.ג. נ' ס.ג. (פורסם בנבו, 31.10.2011).

כספר בשם **השיתוף הזוגי**, לפיה הסדרה ראויה של הרכוש הזוגי צריכה לשלב את מודל המאמץ המשותף עם מודל הקהילה המשפחתית. מאחר שבספרי הנ"ל אני מרחיב בנושא זה,<sup>54</sup> אסתפק בסיכום תמציתי של עיקרי הדברים ויישומם למקרה שלפנינו:

ככל שמדובר בנכסי המאמץ המשותף, ניתן להצדיק את השיתוף הזוגי לא רק על בסיס מודל הקהילה המשפחתית, אלא גם על בסיסו של מודל המאמץ המשותף. המודל האחרון מבוסס על עקרונות של צדק, הגינות מסחרית, מניעת ניצול ושוויון. אלו הם עקרונות נורמטיביים שאינם תלויים בכוונת הצדדים ובאורח חייהם. משום כך, הם מצדיקים את יישומו של מודל המאמץ המשותף כמודל שיתוף נוקשה, מעין-קוגנטי, המציב מגבלות קשות על החרیגה מהשיתוף ונכון להחילו גם במצבים שבהם ברור כי הוא אינו משקף את כוונת הצדדים.<sup>55</sup>

לעומת זאת, הנכסים החיצוניים אינם תוצר של המאמץ המשותף, והשיתוף בהם מבוסס אך ורק על מודל הקהילה המשפחתית. מודל זה מנתח את ההבדל בין התודעה הזוגית הטיפוסית, שאותה הוא מתאר כיחידתית קהילתית, לבין החוויה המסחרית האינדיבידואלית הרגילה. על פי המודל, על המשפט לשקף ואף לעודד תודעה זוגית יחידתית קהילתית על ידי קביעה של ברירת מחדל של שיתוף המדגישה את ה"יחד" הזוגי. אולם, גם אם אורח חיים שיתופי הוא ראוי, וגם אם גישה זו תומכת בעיצוב ברירת מחדל של שיתוף שתחזק אורח חיים כזה, לדעתי לא נכון לכפות את הרציונל הקישורי על אפס וחמתם של צדדים שאורח חייהם האינדיבידואליסטי אינו מתאים לתיאור השיתופי-משפחתי,<sup>56</sup> וזאת אפילו אם מדובר בזוגות שלא חתמו במפורש על הסכם ממון נוגד שיתוף.<sup>57</sup> מכאן, שבניגוד למודל המאמץ המשותף ולרציונלים הנורמטיביים של צדק ושוויון עליהם הוא מבוסס - הקובעים את חזקת שיתוף כהסדר משפטי בעל אופי מעין-קוגנטי - יישומו של מודל הקהילה המשפחתית מחייב רגישות גבוהה יותר לכוונתם של הצדדים הספציפיים ולאורח חייהם. בנוסף לכך, בעוד שהגיונו של מודל המאמץ המשותף רלוונטי כבר עם תחילת

54. ראו ליפשיץ **השיתוף הזוגי**, לעיל ה"ש 1, בפרק השלישי.

55. השוו לניתוחו של השופט מצא בע"א 4151/99 **בריל נ' בריל**, פ"ד נה(4) 709 (2001) (להלן: עניין **בריל**), בעמ' 716: "דומה כי שורש המחלוקת בשאלה אם ככלל יש תחולה להילכת השיתוף על נכסים חיצוניים של בני-זוג, נעוץ ביסוד התפיסה הרעיונית שעליה מבוססת הילכת השיתוף. הסוברים כי הבסיס להחלטה של הילכת השיתוף הוא קיום 'הסכם מכללא' בין בני-הזוג, ייטו מטבע הדברים לפקפק בצדקת החלטה של הילכת השיתוף על נכסים חיצוניים [...] להכרעה שונה ניתן לכאורה להגיע מנקודת מבט הרואה בהילכת השיתוף ביטוי ליחיקה שיפוטית המבקשת להגשים תפיסה ערכית הנגזרת מעקרונות-על של צדק ושוויון [...]". בניגוד לשופט מצא, שזיהה את החלטה של חזקת השיתוף על נכסים חיצוניים עם תפיסות של הגינות וצדק ואת דחייתה עם תפיסה הסכמית, הניתוח המוצע במחקר זה מבהיר כי דווקא התפיסות המבססות את חזקת השיתוף על הגינות וצדק אינן מצדיקות החלטה של חזקת השיתוף על נכסים חיצוניים. לעומת זאת, תפיסה קישורית-קהילתית המעוגנת בכוונת הצדדים תתמוך בהרחבה של חזקת השיתוף לגבי הנכסים הללו.

56. לניתוח המסביר מדוע את מודל הקהילה המשפחתית, להבדיל ממודל המאמץ המשותף, אין להפעיל באופן כופה, ראו ליפשיץ **השיתוף הזוגי**, לעיל ה"ש 1, בפרק השלישי חלקים 4-5 וכן חלק 6(א).

57. על ההיבט הכופה בהפעלת השיתוף הזוגי על הנכסים החיצוניים, חרף האפשרות להתקשר בהסכם קדם נישואים דוחה שיתוף, ראו שם, בפרק השלישי חלקים 4-5.



הנישואים, חלק מהרכיבים של מודל הקהילה המשפחתית הינם רכיבים מתפתחים, שלא נכון להפעילם במלוא עוצמתם כבר בראשית הנישואים. משום כך, ככל שמדובר בנכסים החיצוניים, אין להסתפק בעצם הנישואים לצורך החלת החזקה ויש לקבוע תנאי סף קישוריים המעידים כי מדובר בבני זוג שראוי להפעיל לגביהם את המודל הקהילתי של השיתוף. כאשר תנאי הסף הללו לא מתקיימים, אין לקבוע ברירת מחדל של שיתוף ויש לעמוד על הוכחה קונקרטית לכוונת שיתוף בנכס הספציפי.

על רקע קריטריונים אלו, אני סבור כי טוב עשה המחוקק שהבחין בין נכסי המאמץ המשותף - שעליהם החיל את הסדר איזון המשאבים האוטומטי, הניתן לסתירה רק על ידי הסכם מפורש ופורמלי - ובין הנכסים החיצוניים הכפופים להסדר שיתוף גמיש בהרבה, המיוצג על ידי רעיון השיתוף מכוח הדין הכללי.

מאותן הסיבות אני מתנגד לעמדות שהועלו לאחרונה בספרות וביקשו להתייחס לירושות ולמתנות כנכסים רגילים הכפופים לחלוקה שוויונית במתכונת הרגילה.<sup>58</sup> ברמה הפוזיטיבית, הצעות אלה חורגות באופן בוטה מנוסחו המפורש של חוק יחסי ממון,<sup>59</sup> כמו גם מן המקובל בארצות מערביות נוספות.<sup>60</sup> ברמה המהותית, עמדה זו מתעלמת מן העובדה שירושות ומתנות באופן טיפוסי אינן תוצר של מאמץ משותף,<sup>61</sup> ומשום כך, הרציונל הנורמטיבי המצדיק את הסדר השיתוף הרגיל אינו חל לגביהן.<sup>62</sup>

58. דגן, לעיל ה"ש 45, פרק שביעי, בעמ' 492-494.
59. הסיווג של ירושות ומתנות כנכסים שאינם תוצר של מאמץ משותף נעשה כבר בתקופתה של חזקת השיתוף. ראו הלכת בריל, לעיל ה"ש 55. סיווג זה אף אומץ בסעיף 5 לחוק יחסי ממון, לעיל ה"ש 10. ראו בנוסף עמדתו של השופט עמית בבע"מ 1398/11, לעיל ה"ש 24, בפסקה 2, לפיה דווקא בדירה שהתקבלה בירושה או במתנה במהלך הנישואים יש להטיל נטל הוכחה כבד יותר על הטוען לשיתוף, מאשר הנטל המוטל על הטוען לשיתוף בדירה שנרכשה לפני הנישואים.
60. הכלל המסורתי בארצות-הברית, כמו ברוב ארצות המערב, מבחין בין נכסי המאמץ המשותף המוגבלים לנכסים המופקים מעבודה במהלך הנישואים, ובין נכסים מלפני הנישואים, ירושות ומתנות שאינם כלולים ברכוש הזוגי. ראו Motto, לעיל ה"ש 47, בעמ' 1623.
61. אולם ראו Motto, שם, הסבורה כי לעתים גם מתנות וירושות הן תוצר של מאמץ משותף, כגון טיפול או התייחסות הולמת למעניק המתנה או למוריש. לביקורת זו התייחס גם דגן, לעיל ה"ש 45, בעמ' 492. אכן, אינני מכחישי כי לעתים נתינת מתנה או אפילו הורשה תלויות בהתנהגות ראויה ובמאמץ מצד בן זוגו של היורש; ברם, במקרים הללו בדרך כלל המתנות יינתנו לשני בני הזוג, ולטעמי, כאשר ההורשה או המתנה היא אכן תוצר של מאמץ משותף ייחודי של שני בני הזוג, יש לערוך מאמץ פרשני לקרוא את כוונת המוריש או נותן המתנה ככוללת את שני בני הזוג. ראו ברוח זו תמ"ש (משפחה י-5) 5921/98 **מהריאן נ' מהריאן**, פ"מ תש"ס(1) 211 (2000), שם ייחס בית המשפט כוונת הורשה משותפת למוריש בצוואה. עדיין, ככלל, מקובלת עלי הנחת המחוקק שנכסים הנצברים מעבודה ייחשבו כתוצרי מאמץ משותף, בעוד שירושות ומתנות לא ייחשבו ככאלה.
62. אכן, דגן, שם - ובמידה רבה גם מוטר, שם - מתנגדים באופן יסודי יותר לעצם ההבחנה בין נכסי המאמץ המשותף לנכסים אחרים, שכן דגן דוחה את רעיון המאמץ המשותף כהצדקה לכלל שיתוף הנכסים. בניגוד לכך, מחקר זה סבור כי רעיון המאמץ המשותף מסביר את הגרעין הקשה של השיתוף הזוגי, אם כי לא את הרחבותיו לנכסים החיצוניים. משום כך, מחקר זה מצדיק את ההבחנה בין ירושות ומתנות ובין נכסים שהם תוצר עבודה של בני הזוג.

(ב) טעם הפרי כטעם העץ: למעט פרי ושבח, שהופקו ממאמץ משותף ומקרים של ערבוב נכסים

ככלל, יש לשמר את ההבחנה בין נכסי המאמץ המשותף לנכסים החיצוניים, גם כשמדובר בפירותיהם של הנכסים הללו, בהשבחה טבעית שלא דורשת מאמץ של מי מבני הזוג בזמן הנישואים,<sup>63</sup> או בתחליפים של נכסים פרטיים.<sup>64</sup> לפיכך, בעוד שפירותיהם של נכסי המאמץ המשותף ייכללו באיזון המשאבים, הרי שריבית על קרן פרטית, עליית ערך של תיק השקעות פרטי או דמי שכירות מדירה פרטית, שנשמרו בנפרד מכלל נכסי המשפחה, ייחשבו פרטיים ולא ייכללו באיזון המשאבים.<sup>65</sup> עם זאת, יש לקבוע שני חריגים לכלל היסודי הקובע, כי דין הפרי - השבח והתחליף - כדין העץ. על פי החריגים הללו, פירות, השבחה או תחליפים של נכסים פרטיים ייחשבו לנכסים ברי-איזון בשני מצבים: במצב הראשון, כאשר השבחת הנכס הפרטי דורשת מאמץ מתמשך במהלך הנישואים, כגון: טיפול בתיק השקעות על ידי הבעלים הרשום המטפל בתיקו האישי כחלק מעבודתו המקצועית, השבחת ערך של חברה פרטית על ידי בעל מניות העובד בחברה באופן שעבודתו מסוגלת להשפיע על ערך המניות שלה<sup>66</sup> או השבחת נדל"ן והשכרתו הנעשות במהלך הנישואים בהיקף רחב הדורש הקדשת זמן רב ומומחיות. במצבים מעין אלה, יש לראות את תוספת הערך כפרי מאמץ משותף שיש לכלול באיזון המשאבים, בעוד הנכס עצמו (ללא

63. ראו גם ברוח זו עמ"ש 1279/07, לעיל ה"ש 53, וכן את פסק דינה היסודי של כבוד השופטת מימון, תמ"ש (משפחה י-ם) 21342/04 א. ש. נ' ד.ש. (פורסם בנבו, 24.6.2008) (להלן: פרשת א.ש.). אולם ראו גד טדסקי "איזון המשאבים בין בני-הזוג" הפרקליט ל 76 (1975) (להלן: טדסקי). על פי טדסקי, לשון החוק מורה כי יש להבחין בין הפירות שהם משותפים לבין השבח שהוא פרטי. עוד ראו דיונונו, להלן ה"ש 67-68 והטקסט המתייחס אליה, שם עמדנו על כך כי במקרים של פירות או השבחות שהם תוצר של מאמץ של מי מהצדדים במהלך הנישואים, יש לראות גם בשבח או פרי הגם שהוא של נכס פרטי, כנכס משותף.

64. לאימוץ העמדה שדינו של תחליף נכס פרטי הינו כנכס פרטי, למרות שבאופן טכני הנכס נרכש במהלך הנישואים, ראו בג"ץ 5416/09, לעיל ה"ש 27, בעמ' 495. עם זאת, בית המשפט, שם, בעמ' 495-496, עומד על כך שלעיתים, מעצם הערבוב בין תחליף נכס פרטי ובין נכסים משותפים ניתן ללמוד על קיומה של כוונת שיתוף גם בתחליפו של הנכס הפרטי.

65. ראו ברוח דומה בארצות-הברית Oldham, *Tracing*, לעיל ה"ש 48, בעמ' 250: "The distinction between separate property and marital property [...] is perceived by most people as fair. There seems to be general acceptance today that spouses should share the fruits of the marital partnership, but not other property." והשוו לדגן, לעיל ה"ש 45, הכופר ברעיון המאמץ המשותף כמצדיק שיתוף זוגי; משום כך הוא סבור כי כל רווח שהופק בתקופת הנישואים, לרבות פירות של נכסים פרטיים, ייחשב משותף. ראו גם טדסקי, לעיל ה"ש 63, בעמ' 80-81, הסבור כי פירות של נכס פרטי הם רכוש משותף. דעה זו נדחתה בפסיקה, ולטעמי בצדק, בפרשת א.ש., לעיל ה"ש 63.

66. להרחבה בנושא זה ראו J. Thomas Oldham, *Separate Property Businesses That Increase in Value During Marriage*, 1990 Wis. L. Rev. 585. עוד ראו בעניין זה עמ"ש 1279/07, לעיל ה"ש 53 בפסקה 45 לפסק הדין, שם אימץ השופט שנלר עמדה שהבעתי במחקר מוקדם לפיה השבחה של נכס פרטי הנובעת ממאמץ של מי מבני הזוג נחשבת נכס משותף. לתמיכה בדעה זו ראו גם תמ"ש א.ב., לעיל ה"ש 31, בפסקה 59 לפסק דינו של השופט פלקס.

התוספת) אינו בר-איזון<sup>67</sup>. במצב השני, שיתוף בן הזוג שהנכסים החיצוניים אינם רשומים על שמו, בניהול הנכסים החיצוניים, שימוש במשאבי המשפחה לצורך השבחת הנכסים החיצוניים, ערבוב הפירות המופקים מהנכסים החיצוניים עם הנכסים המשותפים או ערבוב תחליפי הנכס החיצוני עם כלל הנכסים הזוגיים - כל המקרים הללו ילמדו על כוונת שיתוף בפירות הנכסים הפרטיים או אפילו בנכסים הפרטיים עצמם,<sup>68</sup> ולכן השבח, הפירות והתחליפים ייחשבו משותפים.

אוסף ואומר בהקשר זה, כי ניתן לראות בפירות, בשבח ובתחליפים של נכסים פרטיים כמקרה ביניים בין נכסי המאמץ המשותף, שלגביהם חל השיתוף באופן מידי, לבין הנכסים החיצוניים הטהורים, שלגביהם, בהיעדר ראיה פוזיטיבית לכוונת שיתוף, יש להחיל את השיתוף רק בשלב מאוחר של חיי הנישואים בהתקיים תנאי הסף הקישוריים, כאמור להלן בסעיף ה'. משום כך, ניתן להכיר בכוונת השיתוף בשבח, פרי ותחליף, שהופקו במהלך הנישואים גם במצבים שבהם לא מוכר שיתוף מלא בנכסים החיצוניים מכוח מודל הקהילה המשפחתית, כגון במקרים של נישואים לא ארוכים או של נישואים שניים, שהתאפיינו בכל זאת באווירה של שיתוף.

67. אכן, בארצות שבהן מקובלת ההבחנה בין נכסים פרטיים ובין נכסים משותפים, מוקדש מאמץ רב למציאת הנוסחה שתאפשר לבודד את המרכיבים הפרטיים מהתוספת המשותפת. המבחנים שהתפתחו בהקשר זה מבוססים בדרך כלל על חשיבה נורמטיבית המניחה, כי רק תוספת שמקורה במאמץ המשותף של הצדדים חייבת להתחלק ביניהם. ראו בהקשר זה את פסקי הדין *Van Camp v. Van Camp*, 53 Cal. App. 17 (Cal. App. 1921); *Pereira v. Pereira*, 156 Cal. 1 (Cal. 1909) הי"ש 48, בסעיף 4.05 ו-18 *Guskin v. Guskin*, 18 A.D.3d 814 (N.Y. App. Div. 2d Dept 2005). ליישום גישה זו בהקשר הישראלי ראו תמ"ש (משפחה ת"א) 5960/95 **פלוני נ' אלמוני** (פורסם בנבו, 29.1.2003), שם נקבע כי דמי שכירות מדירה פרטית נחשבים כנכס פרטי. כן ראו את פסק דינה של השופטת מימון בפרשת **א.ש.**, לעיל הי"ש 63. מעניין כי למרות שהשופטת מימון סבורה כי במקרים של שבח או פירות המופקים מעבודה יש לסווג כל אחד מהם לחוד כנכס משותף, היא הותירה בצריך עיון את השאלה, האם במקרה שבו - כתוצאה ממאמץ של מי מהצדדים - נוצרו הן שבח והן פירות, ניתן לסווג את שניהם כמשותפים. עוד ראו בעניין זה אצל טדסקי, לעיל הי"ש 63, בעמ' 87-89, התומך אף הוא בהבחנה בין שבח אוטומטי לבין שבח הנובע ממאמץ, אך סבור כי לא ניתן להחיל הבחנה זו על נוסחו הקיים של החוק, ועל כן, לטעמו, לפחות בדין הקיים כל השבח של נכס פרטי תהווה נכס פרטי.

68. בנושא זה הצעות חורגות מן היישום הטכני של גישת המאמץ המשותף כפי שנעשתה בע"א 809/90 **לידאי נ' לידאי**, פ"ד מו(1) 602 (1992), שבו הופרדו החלקים הפרטיים והמשותפים, וברוח מודל הקהילה המשפחתית הן רואות בערבוב חלק מאותה תפיסה קישורית-יחידתית-קהילתית המאפיינת את היחסים הזוגיים. השוו לגישות השונות ביחס לערבוב ותחלופי נכסים במשפט האמריקני שהובאו לעיל בה"ש 60; ראו גם תמ"ש (משפחה ת"א) 45181/98 **פלוני נ' אלמונית** (פורסם בנבו, 23.6.2002), שבו השקעת הבעל בשיפוץ דירה שהובאה על ידי האשה לנישואים הפכה את כלל הנכס למשותף. כן ראו בג"ץ 5416/09, לעיל הי"ש 27, בעמ' 495-496, שם עומד בית המשפט על כך שלעיתים, מעצם הערבוב בין תחליף נכס פרטי ובין נכסים משותפים ניתן ללמוד על קיומה של כוונת שיתוף בכלל הנכס. בהקשר דומה ראו את ניתוחו של השופט דנציגר בפסק הדין המקיף בע"מ 1398/11, לעיל הי"ש 24. על פי ניתוחו של השופט דנציגר, השקעת משאבים משותפים בנכס פרטי היוותה עד היום, ברוב המקרים שדונו בפסיקה, את "הדבר מה הנוסף" הנדרש לשיטתו על מנת להוכיח כוונת שיתוף בנכס הפרטי.

## (ג) הכרה מצומצמת בשיתוף מכוח הדין הכללי בהינתן אינדיקציה לכוונת שיתוף

חרף קביעת חוק יחסי ממון כי איזון המשאבים לא יוחל על הנכסים החיצוניים, החוק אינו מונע הכרה בשיתוף הנוצר בנכסים החיצוניים מכוח הסכמת הבעלים הרשום לשתף את בן זוגו בנכסיו, אף על פי שכוונה זו לא קיבלה ביטוי פורמלי. עם זאת, ברירת המחדל הקבועה בחוק יחסי ממון היא, שנכס חיצוני הוא נכס פרטי, ולכן, בניגוד לאיזון המשאבים ולחזקת השיתוף הקונבנציונלית המופעלים באופן אוטומטי, ללא בדיקת הנסיבות העובדתיות, במקרה רגיל של שיתוף, המבוסס על הדין הכללי - להבדיל מן הנסיבות הקישוריות החריגות שאליהן נתייחס בעיקרון החמישי להלן - נטל ההוכחה לקיומה של כוונת שיתוף בנכסים חיצוניים יוטל על הטוען לשיתוף. משום כך, אני מצטרף לאלו המסתייגים מן הגישות הרדיקליות המקילות מאד על הרף הנדרש להוכחת כוונת שיתוף, ובוודאי שאיני מקבל את העמדה המשתקפת בבע"מ (מחוזי י-ם) 818/05, שבה תומכים גם חלק מן המלומדים,<sup>69</sup> לפיה ככל שמדובר בדירת המגורים, עצם המגורים המשותפים בדירה הרשומה על שם אחד מן הצדדים ושנרכשה על-ידו לפני הנישואין - מהווים תנאי מספיק לשיתוף. לטעמי, במקרים שבהם לא התקיימו תנאי הסף הקישוריים (נישואים ראשונים וארוכים המאופיינים באווירת שיתוף כלכלי ורגשי) - על הטוען לשיתוף להצביע, כמצוותה של השופטת שטרסברג-כהן<sup>70</sup>, שחזקה לאחרונה בפסק דינו של בית המשפט העליון בבע"מ 1398/11, על נסיבות עובדתיות קונקרטיות מעבר לנישואים ולמגורים המשותפים, כגון: שיתוף משאבים כללי בין בני הזוג המתפרס מעבר לנכסי המאמץ המשותף גם על הנכסים החיצוניים, ערבוב כספים ממקורות שונים והצהרות מפורשות ומצגים אקטיביים שמהם ניתן ללמוד על כוונה לשתף. אציין כי כחלק מתפיסתי, לפיה היבטי הקהילה

69. ראו דגן, לעיל ה"ש 45, בעמ' 489. לדיון מעמיק בגישתם התיאורטית של דגן ופרנץ בהקשר זה ובהבחנה בין גישה זו ובין גישתי, ראו ליפשיץ **הרכוש הזוגי** לעיל ה"ש 1, בפרק השלישי, חלק 6(א). כאמור, בפרק זה הצגתי את גישתי המבחינה בין שיתוף המבוסס על מודל המאמץ המשותף, אותו יש ליישם גם במתכונת מעין-קוגנטית, ובין שיתוף המבוסס על מודל הקהילה המשפחתית אותו יש להפעיל על בני זוג שאורח חייהם מתאים למודל ותוך רגישות לכוונות הצדדים ומצגיהם. לעומת זאת, דגן ופרנץ סברו כי אין מקום למודל המאמץ המשותף וכי יש להשתית את כלל יחסי הרכוש על מודל הנישואים כקהילה ליברלית שוויונית. כהמשך לכך, דגן ופרנץ הסתפקו בקביעה שהשיתוף המבוסס על המודל הוא דיספוזיטיבי אך הם לא הבהירו מהי אמת המידה הנדרשת לחריגה מן השיתוף (הסכם ממון פורמלי, הסכמה בהתנהגות, מצג חד צדדי וכיו"ב). ההבדל התיאורטי בא לידי ביטוי בולט בהקשר לדירת מגורים מלפני הנישואים: בעוד דגן ופרנץ נכונים להפעיל את השיתוף בנכסים הללו כברירת מחדל קשיחה, שניתן להתנות עליה רק בהסכם ממון מפורש, לדידי, מאחר שדירת מגורים מלפני הנישואים אינה נכס מאמץ משותף, יש להפעיל את השיתוף לגביה רק בהתקיים תנאי הסף הקישוריים, וגם אז יש ליישם את החזקה ברגישות ובהתאם לכוונת הצדדים ולמצגיהם. לכן, לגישתי, אין להפעיל את השיתוף על דירת מגורים מלפני הנישואים במקרה של נישואים קצרים. בנוסף לכך, לשיטתי, גם בנישואים ארוכים אין להפעיל את השיתוף בדירת מגורים מלפני הנישואים כאשר מן הנסיבות עולה שהשיתוף אינו הולם את כוונת הצדדים ואת מצגיהם המפורשים.

70. ראו את דבריה של השופטת שטרסברג-כהן בעניין **אבו רומי**, לעיל ה"ש 18, בעמ' 183: "על-מנת שתוקנינה זכויות בדירת מגורים הרשומה על שם בן-הזוג האחד לבן הזוג האחר, על האחרון להראות נסיבות עובדתיות, נוסף על עצם קיום הנישואין, שמהן ניתן להסיק - מכוח הדין הכללי - הקניית זכויות בדירת המגורים".

שבמשפחה הינם היבטים מתפתחים, הנכונות ללמוד מהתנהגות הצדדים ומצגייהם על כוונת שיתוף תגדל ככל שמדובר בחיי נישואים ארוכים יותר.<sup>71</sup>

#### (ד) הגנה על בן זוג מתחלק

במקרים שבהם אחד מן הצדדים מיזג את רכושו הפרטי ברכוש המשותף, ראוי לקבוע הנחת עבודה לפיה מיזוג רכוש פרטי משמעותי אל תוך הרכוש המשותף מהווה ראיה פוזיטיבית לכוונת שיתוף של שני הצדדים בכלל הרכוש הרשום על שם מי מהם, לרבות הנכסים החיצוניים.<sup>72</sup> עם זאת, מדובר בחזקה הניתנת לסתירה, ולעיתים התנהגות הצדדים תוכיח כי למרות הנדיבות של אחד מבני הזוג, לא הייתה בנדיבות זו כוונה לשתף את בן הזוג ברכוש, וברצונו לשמור על רכושו בנפרד.<sup>73</sup> יחד עם זאת, במקרים שבהם אחד מן הצדדים מיזג את הרכוש בעוד שבן הזוג השני שמר את רכושו בנפרד, לטעמי, יהיה זה לא צודק לחלק את הרכוש הממוזג ויש לשמר את הרכוש הנפרד כרכוש פרטי.<sup>74</sup> משום כך, במקרים הללו יש לעודד את בתי המשפט לעשות שימוש בסעיף (1)8 לחוק, המסמיך את בית המשפט לקבוע נכסים נוספים על המפורטים בסעיף 5, ששוויים לא יאוזן בין בני הזוג, כדי לבודד רכיבים פרטיים במקור של בן הזוג "הנדיב" שכבר מוזגו בכלל הנכסים, ולקבוע ששוויים לא יאוזן. במקרים אחרים, כשלא ניתן לבודד את הרכיבים הפרטיים שמוזגו בכלל הנכסים, ניתן להשתמש בסעיף (2)8 לחוק, המאפשר חריגה מחלוקה שוויונית כדי להגיע לתוצאה צודקת.<sup>75</sup>

#### (ה) החלת מודל שיתוף מרחיב והגנה מיוחדת על בן הזוג המסתמך בהתקיים תנאי הסף הקישוריים

לגישתי, הסדרת היסודות הראויים של דיני הזוגיות תאמר, כי במידה שהתקיימו תנאי הסף הקישוריים (נישואים ראשונים,<sup>76</sup> ארוכים, המאופיינים

71. זו גם הייתה עמדתו של השופט עמית בבע"מ 1398/11 הני"ל, לעיל ה"ש 24.

72. שיקול זה אומץ במפורש ובמשתמע גם בפסיקה. כך למשל, בעמ"ש (מחוזי מר") 566-09-07 פלונית נ' פלוני (לא פורסם, 19.4.09), ייחס בית המשפט המחוזי חשיבות לכך שהאשה תרמה מנכסיה הפרטיים לרכוש המשפחתי ומשום כך סבר כי גם הקרקע הפרטית הרשומה על שם הבעל ושעליה הוקם העסק המשפחתי הפכה קרקע משותפת. קביעה זו אושרה בבע"מ 4545/09 פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו, 7.1.2010).

73. כך למשל, לא ניתן ללמוד מנכונותו של אדם לחלוק רכוש פרטי בעל ערך קטן, על נכונותו לחלוק רכוש משמעותי, וכך גם לא ניתן ללמוד מנכונותו של בן זוג לחלוק נכס בעל ערך קטן על נכונותו של בן זוג לחלוק נכס בעל ערך משמעותי הרבה יותר.

74. דומה כגיישה זו תומך גם השופט עמית אשר בפרשת בע"מ 1398/11, לעיל ה"ש 24, בפסקה 2, סבר כי שימור נכסים פרטיים בבעלות אחד מבני הזוג עלול לשלול ממנו את הזכות לטעון לשיתוף בדירת המגורים של בני הזוג הרשומה על שם בן הזוג השני.

75. בכך ניתן מענה מסוים לחשש, שהבחנה בין נכסי המאמץ המשותף לנכסים החיצוניים, כמו גם הנכונות לחלק את האחרונים רק כשמתקיימת אינדיקציה לכוונת שיתוף, תפגע בבני זוג מתחלקים ותעודד התנהגות אגואיסטית.

76. עם זאת, למרות שלשיטתי, ההבחנה בין נישואים ראשונים לנישואים שניים היא בעלת חשיבות רבה, אין לראות "במספר הסידורי" של הנישואים חזות הכל ויש להפעיל שיקול דעת מהותי. כך למשל, אדם שנישא בגיל 25, התגרש ללא ילדים ונישא שוב בגיל 28 למשך 20 שנה, מתאים יותר למודל הקישורי מאשר אדם שנישא בנישואים ראשונים בגיל 48 ויש לו ילדים קודמים, כמו גם רכוש משמעותי שנצבר קודם לנישואים.

ביחסים תקינים פחות או יותר ובאווירת שיתוף) - נכון לחרוג ממודל המאמץ המשותף ולבסס את השיתוף על מודל הקהילה המשפחתית המחיל את השיתוף הזוגי גם על נכסים חיצוניים שונים ובראשם דירת המגורים.<sup>77</sup>

יחד עם זאת, לשיטתי, גם אם מדובר במשפחות המקיימות אורח חיים קישורי, יש לכבד את רצונו של הבעלים הקנייני שלא לשתף את בן זוגו בנכסיו הפרטיים. אכן, ככל שמדובר בנכסי המאמץ המשותף, הערכים הנורמטיביים של צדק ושוויון כופרים למעשה בבעלותו המקורית והבלעדית של הבעלים הרשום על הנכסים הללו. על כן, בכל הנוגע לנכסי המאמץ המשותף, ההכרה בשיתוף אינה מתפרשת כפגיעה בזכויות הקניין של הבעלים הרשום או כנטילה של זכות קניינית קיימת, כי אם להפך - היא נועדה לתת תוקף לזכויות שצברו הצדדים עקב מאמצם המשותף, ואשר אינן מקבלות ביטוי משפטי ברישום הפורמלי של הנכסים. בניגוד לכך, ככל שמדובר בנכסים "החיצוניים" ובמיוחד בנכסי "העבר", איש לא יכחיש שהבעלות המקורית בהם היא של הבעלים הרשום. על כן, החלת השיתוף על הנכסים הללו, בניגוד גמור לאומד דעתו של הבעלים הרשום, מהווה פגיעה בעייתית בזכויותיו הקנייניות.

במחקרי הנ"ל הבהרתי, כי למסקנה לפיה מודל הקהילה המשפחתית אינו מצדיק החלה של השיתוף על הנכסים החיצוניים בניגוד לכוונתו של הבעלים הרשום, יש להוסיף הסתייגות, לפיה לפחות במקרים של משפחות שחיו באורח חיים קישורי, על הבעלים הרשום מוטל להבהיר לבן זוגו כי אין הוא מתכוון לשיתוף בנכסים החיצוניים.<sup>78</sup> נימקתי הסתייגות זו בכך שבמקרים רבים חיים משותפים לאורך זמן, המלווים בדינמיקה של מאמץ משותף, ביחסים תקינים פחות או יותר ובאווירה של שיתוף במשפחה, מוליכים את בן הזוג הלא רשום להסתמך כלכלית על הנכסים הפרטיים של בן זוגו.<sup>79</sup> בחלק מהמקרים הללו, הסתמכות זו מוליכה את "בן הזוג הביתי" להזניח את האינטרסים האישיים הצרים שלו ולפעול לרווחתה המצרפית של המשפחה או אף לטיפוח הנכסים החיצוניים של בן זוגו, מתוך הנחה כי כלל נכסי המשפחה, לרבות הנכסים הפרטיים של בן זוגו, ישרתו גם אותו ביום סגריר, או למצער, נוכח אורח החיים המשותף, הוא כלל לא העלה בדעתו שיום סגריר כזה אכן יגיע. במשפט המודרני קיימת מגמה חזקה להגן על מי שהסתמך על מצגו של זולתו גם אם הסתמכות זו לא עלתה כדי חוזה מחייב.<sup>80</sup> לפיכך, ברי שאם הבעלים הרשום של הנכסים הללו היה מודע להסתמכותו של בן הזוג הביתי - ודאי במקרים שבהם

77. ראו ליפשיץ **הרכוש הזוגי**, לעיל ה"ש 1, בפרק השלישי, חלק 4.

78. שם.

79. טיעון ההסתמכות כהצדקה להחלת הסדר של שיתוף על נכסים פרטיים הוא דומיננטי מאוד בהנמקות ה-ALI להצעותיהם בנדון. ראו ALI, לעיל ה"ש 48, סעיף 4.12, ובהערות הרשמיות שם.

80. ראו, למשל, מנחם מאוטנר "יוצרי סיכונים וינקלעי סיכונים" - הגנתו של המסתמך על מצג הזולת בחקיקה האזרחית החדשה" **משפטים** טז 92 (1986).

הוא עודד אותה או אף ניצל אותה לטובתו - הסתמכות זו עשויה לשמש בסיס להכרה בזכויותיו של בן הזוג השני.<sup>81</sup>

עקרון הפעולה האחרון שברצוני להציע משקף את הלוגיקה הקישורית של מודל הקהילה המשפחתית ואת הצורך בהגנה על ערך ההסתמכות של "בן הזוג הביתי" ביחס לנכסים החיצוניים. על פי עקרון פעולה זה, ככל שמדובר בדירת המגורים המשפחתית או בנכס משפחתי מובהק אחר, ובהתקיים תנאי הסף הקישוריים - הכוללים נישואים ראשונים, אורח חיים תקין, אווירה כללית של שיתוף ונישואים ממושכים לתקופה העולה על עשרים שנה - ברירת המחדל תהיה שכוונת הצדדים היא לשיתוף, ומשום כך ייקבע שיתוף מכוח הדין הכללי. במקרים אלו, בכדי לשלול את השיתוף יוטל על הבעלים הרשום הנטל להוכיח כי התנהגותם של שני הצדדים משקפת כוונה נוגדת שיתוף, או לחלופין יהיה עליו להוכיח כי בתקופת הקשר - עוד בטרם בשלה זכותו הקניינית של בן זוגו - הוא הודיע באופן חד-צדדי, בצורה ברורה, שיטתית וגלויה (רצוי פורמלית)<sup>82</sup> כי דירת המגורים היא שלו חרף המגורים המשותפים.<sup>83</sup> בדומה לכך, במקרים דוגמת אלו שנדונו בפסקי הדין **אבולוף**<sup>84</sup>

81. לטענה כי אינטרס ההסתמכות עשוי לבסס במקרים מסוימים גם זכויות קנייניות ראו Joseph William Singer, *The Reliance Interest in Property*, 40 STAN. L. REV. 611 (1998). שימו לב כי במקרה של סינגר מדובר בשילוב ליברלי-קהילתי.

82. גישה זו משתלבת בתיאוריה הכלכלית המבקשת לעצב את החקיקה המרשה (הדין הדיספוזיטיבי) בפריזמה שתעודד חשיפת מידע וגילוי בין המתקשרים החוזיים (דין דיספוזיטיבי מעניש), באופן שיבהיר לשני הצדדים בדרך החדה ביותר את התוכן המשפטי של יחסיהם, ויאפשר להם להיערך בהתאם. לתיאוריה זו ראו, למשל: Ian Ayres & Robert Gertner, *Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules*, 99 YALE L.J. 87 (1989).

83. שימו לב, כי במקרה של נכס מאמץ משותף, הודעה חד-צדדית לא תעזור, שכן הטענה היא שנכס הנרכש ממאמץ משותף שייך מראש לשני הצדדים. לעומת זאת, ככל שמדובר בנכס מלפני הנישואים, ההצדקה לשיתוף היא הסתמכות של בן הזוג הלא רשום. הודעה חד-צדדית ברורה, די בה כדי לשלול הסתמכות כזו.

84. עניין **אבולוף**, לעיל ה"ש 5. בפרשה זו עסק בית המשפט בחנות שבה רכש הבעל זכות דיירות מוגנת לפני הנישואים. בני הזוג חיו בשלום תקופה ממושכת, ובמהלך אותה התקופה עזרה האשה מדי פעם בעבודת החנות. נראה לי כי בסוג זה של מקרים, התבססות על הרישום הקנייני היא בעייתית בכמה מובנים. ראשית, במקרה מסוג זה נראה שהתנהגות האשה (תרומתה בבית ובחנות) עשויה להיחשב כמאמץ משותף. מכיוון שכך, במקרה של עליית ערך, זכותה של האשה למחצית מהשבחת החנות במשך הנישואים נובעת מהרציונלים הנורמטיביים של צדק, הגינות ושוויון. שנית, גם אם ערכו של הנכס הפרטי לא עלה במשך הקשר הזוגי, עדיין יש עסקים (בעיקר עסקים משפחתיים קטנים, כגון מכולת שכונתית או חנות הפרחים, כמו בפרשת **אבולוף**) שנדרשת בהם עבודה יומיומית של בעליהם כדי לתחזקם ולשמרם. אני סבור כי במקרים הללו, השתתפות עקיבה וממושכת של בן הזוג הביתי במאמץ המשותף של תחזוק העסק אמורה להבטיח לו - על פי הלוגיקה המנחה את הרציונל הנורמטיבי - את מחצית ההפרש בין הערך הנוכחי של הנכס לבין הערך המשוער של הנכס אלמלא הושקע בו המאמץ המשותף במשך הנישואים. נוסף על כך, גם אם לא ניתן לראות בעבודתה של גברת אבולוף בבית ובחנות תרומה לרכיב ההוני של החנות, ודאי שהיא משקפת הסתמכות על החנות כמקור כלכלי משותף - הסתמכות שכן זוגה היה מודע לה היטב (נכוונתה של גברת אבולוף לעבוד בחנות תקופות ממושכות ללא קבלת שכר משקפת תחושה משפחתית שלפיה החנות מהווה נכס משותף). על כן אני סבור כי ראוי להטיל על מר אבולוף את הנטל להבהיר לאשתו באופן חד וברור, כי השותפות בין בני הזוג מוגבלת למשך הנישואים, וכי במקרה של פירוד לא תיחשב החנות כרכושה. לדעתי, במקרים מסוג זה, חזקת השיתוף אמורה להיות מופעלת בכל מקרה שבו הבעלים הרשום לא הבהיר כי אין כוונתו לשיתוף.

**זרהם**,<sup>85</sup> שבהם בן הזוג תורם בעבודתו "הביתית" או "החיצונית" לתחזוקתם של עסקים פרטיים בעלי גוון משפחתי, כמו למשל מכולת משפחתית ששני בני הזוג תורמים לתפעולה, יש להפעיל מכניזם דומה המניח הסדר שיתוף ומטיל על הבעלים הרשום את הנטל להבהיר לבן זוגו מבעוד מועד ובאופן חד וברור, כי השותפות בין בני הזוג מוגבלת לתקופת הנישואים, וכי במקרה של פירוד ייחשב הנכס העסקי כפרטי. לא עשה כן הבעלים הרשום - יוכרז על שיתוף מכוח הדין הכללי בנכס זה.

## 7. כיווני ביקורת אפשריים על המתווה המוצע והמענה להם

המתווה שהוצע בחלק הקודם בנוגע לשיתוף בנכסים החיצוניים הבחין, אם כן, בין בני זוג שלא התקיימו בהם תנאי הסף הקישוריים, ובין בני זוג שהתקיימו בהם התנאים הללו. לגבי הראשונים נדרשת הוכחה קונקרטית ממשית וספציפית לכוונת שיתוף כתנאי להחלת השיתוף, וזאת אפילו אם מדובר בדירת המגורים. לעומת זאת, לגבי האחרונים, סברתי כי ניתן לראות בעצם התקיימותם של התנאים הקישוריים תנאי מספק להעברת הנטל על הבעלים הרשום להוכיח כי כוונת שני הצדדים לא הייתה לשיתוף, או למצער שהבעלים הרשום הציג בפניו בן זוגו מצגים שיטתיים וברורים לפיהם אין כוונתו לשתף אותו בדירת המגורים או בנכס העסקי בעל הגוון המשפחתי.

מתווה זה, אשר אומץ על ידי פסקי דין רבים במפורש או במשתמע<sup>86</sup> - ומזכיר את הדור השלישי של הפסיקה העוסקת בחזקת השיתוף, זו שהפעילה את מודל הקהילה המשפחתית בכפוף לחסמים הליברליים ההסכמיים - מצוי בתווך בין שתי מגמות הפוכות, המאפיינות את המשפט הישראלי הנוכחי.

**מחד**, המתווה מרחיב את ההכרה בשיתוף מכוח הדין הכללי מעבר לעמדה המסורתית, כפי שבוטאה על ידי השופטת שטרסברג-כהן ושחוזקה לאחרונה בבע"מ 1398/11.<sup>87</sup> כזכור, לפי העמדה המסורתית נדרשת הוכחה אקטיבית פוזיטיבית לכוונת שיתוף כתנאי להכרה בשיתוף מכוח הדין הכללי בכל מקרה ומקרה. בניגוד לכך, על פי המתווה המוצע, בהתקיים תנאי הסף הקישוריים מתהפכת ברירת המחדל הרגילה, המורה על הפרדה בנכסים החיצוניים, לברירת מחדל של שיתוף בלא צורך בהוכחה פוזיטיבית לכוונת שיתוף. בכך חושף את עצמו המתווה לביקורת מצד מי

85. פרשת **זרהם**, לעיל ה"ש 5. בדומה לפרשת **אבולוף**, שם, גם בפרשת **זרהם** דובר באשה שחיה עם בן זוגה במשך 22 שנים, גידלה את ילדיהם, ניהלה את משק הבית המשותף, עבדה מחוץ לבית ואף השקיעה מעמלה בעסק המשותף. למרות זאת קבע השופט טירקל (בדעת מיעוט), כי מכיוון שמדובר בנכס עסקי שנרכש לפני הנישואים, ומכיוון שלא הוכחה כוונת שיתוף של הבעל, לא תוחל חזקת השיתוף. לי נראה כי במקרה **זרהם**, תרומת האשה בבית ומחוץ לבית לתחזוקת העסק המשפחתי ולרווחת המשפחה באופן כללי ביטאה הסתמכות שלה על הנכסים המשפחתיים. מכיוון שכך, גם אם באופן פורמלי דובר בנכסים מלפני הנישואים, במקרה כזה לא היה מקום לגישה המדגישה את אומד דעתו של הבעל - שלא קיבלה ביטוי חיצוני ברור - ומעדיפה אותו על פני הסתמכות האשה ותרומתה.

86. ראו את פסקי הדין המשתייכים לזרם השני של יישום הדין הכללי, לעיל ה"ש 26-31.

87. בע"מ 1398/11, לעיל ה"ש 24.



שמאשימים אותו בתמיכה באקטיביזם שיפוטי ושחששים שאימוצו יפגע ביציבות וודאות.

**מאידך**, המתווה מבקש לצמצם את המגמות הרווחות בפסיקה, הרואות ב"רוח התקופה" ציווי להכרה נרחבת בשיתוף בנכסים חיצוניים, ובעיקר בדירת המגורים, גם כאשר לא התקיימו תנאי הסף הקישוריים, ולעתים אף בניגוד לאורח חייהם של הזוג ולאומד דעתו המשוער ומצגיו הברורים של הבעלים הרשום.<sup>88</sup> בכך חושף את עצמו המתווה לביקורת מצד אלו החוששים שצמצום זה יפגע בהגנה שמעניק הדין לבני הזוג החלשים כלכלית במשפחה.

בסעיפים הבאים אעסוק בשני כיווני ביקורת אלו.

(א) **הרחבת הלכת השיתוף הספציפי מכוח הדין הכללי והחשש מפני אקטיביזם שיפוטי ופגיעה ביציבות ובוודאות**

נתח בביקורת מצד אלו החוששים מהרחבת יתר של הלכת הדין הכללי. כך, בבע"ס 1398/11 הנ"ל, הסתייג השופט דנציגר מן הרכיב החמישי במודל המוצע במחקר הנוכחי, הקובע כי תנאי הסף הקישוריים בין בני הזוג כשלעצמם יוצרים ברירת מחדל של שיתוף. כפי שציין השופט דנציגר:

"מבלי לקבוע מסמרות, אציין כי נראה על פניו שהמודל המוצע על ידי פרופ' ליפשיץ [במאמרי "יחסי משפחה וממון"<sup>89</sup> - ש' ל'] בכל הנוגע לנכסים 'חיצוניים' הופך למעשה את נטל ההוכחה ככל שמדובר בבני זוג המקיימים 'אורח חיים קישורי' במשך שנים, ומחייב את בן הזוג שהינו הבעלים הרשום של הנכס החיצוני 'לעמוד על המשמר' ולהביע כל הזמן באופן אקטיבי את כוונתו לשמור לעצמו את הבעלות בנכס. דהיינו, המודל רואה בנישואין ממושכים המאופיינים בשיתוף ובשתיקה ארוכת שנים מצד בן הזוג הרשום כאינדיקציה מספקת לשיתוף בנכס החיצוני, מבלי לדרוש מבן הזוג האחר להוכיח 'דבר מה נוסף' שיעיד על כוונה ספציפית לשיתוף. סבורני כי בכך מטשטש המודל את הגבול שבין חזקת השיתוף לבין הסדר איזון המשאבים הקבוע בחוק יחסי ממון, ובעניין זה ראוי לחזור על אזהרתה של השופטת ט' שטרסברג-כהן בעניין אבו רומי, לפיה לא די בקיומם של חיי נישואין ממושכים שהתאפיינו בשיתוף, כדי לקבוע שיתוף בדירת המגורים מכוח דין כללי 'שאם תאמר כן, נמצאת מכניס בדלת אחורית את חזקת השיתוף'<sup>90</sup>.

88. ראו את הדרך שבה תארנו את הזרם השלישי בפסיקה העוסקת בדין הכללי, לעיל הי"ש 32-38.

89. ליפשיץ "יחסי משפחה וממון", לעיל הי"ש 9.

90. בע"ס 1398/11, לעיל הי"ש 24, בפס' 20 לפסק דינו של השופט דנציגר. עם זאת, בהמשך הדברים הדגיש השופט דנציגר כי: "יחד עם זאת, הסתייגותי האמורה בנוגע למודל המוצע על ידי פרופ' ליפשיץ נאמרת בזירות - מבלי לקבוע מסמרות ומבלי להכריע".

אכן, יש להודות כי צודק השופט דנציגר בכך שבניגוד לארבעת עקרונות הפעולה הראשונים המשתלבים היטב עם הוראותיו של חוק יחסי ממון, העיקרון החמישי, ההופך את ברירת המחל מפרטית לשיתופית (בהתקיים תנאי הסף הקישוריים) ומטיל על הבעלים הרשום את הנטל להבהיר מבעוד מועד את אי-הסכמתו לשיתוף - דורש מבית המשפט פרשנות אקטיביסטית יותר להוראות החוק הקיים. משום כך, הייתי ממליץ על תיקון חקיקתי נוסף, שיגבש כהוראת חוק את תנאי הסף הקישוריים ואת היפוך הנטלים במקרה של התקיימותם.

עם זאת, לטעמי, גם במצב המשפטי הקיים, יישום זהיר של עקרון הפעולה החמישי - המקפיד על התקיימות תנאי הסף הקישוריים ומאפשר בסופו של יום לבעלים הרשום למנוע את תחולת השיתוף על ידי הודעה חד-צדדית אובייקטיבית ופורמלית, שמזהירה את הצד השני מהסתמכות על נכסיו - מהווה הרחבה סבירה ונצרכת של לוגיקת הדין הכללי, המבוססת על האפשרות המוכרת גם על פי חוק יחסי ממון ליצור שיתוף נכסים בהסכמה גם במהלך הנישואים.

אוסף ואומר, כי לשיקולים הנורמטיביים המהותיים, התומכים בפרשנותי את הלכת הדין הכללי ברוח המתווה המוצע, מצטרפים גם שיקולים פרקטיים, התומכים בקביעת הסדרים ברורים המצמצמים את מתחם אי-הוודאות שבדין. ואכן, המתווה המוצע במאמר זה מבקש לצקת תכנים קונקרטיים לתנאי הסף הקישוריים, כגון: הגדרת כלל אצבע של 20 שנות נישואים כסמן לנישואים ארוכים, והבחנה בין נישואים ראשונים לנישואים שניים. כהמשך לכך, מבקש המתווה להבחין בין בני הזוג הקישוריים שבהם מתקיימת מעין "חזקת שיתוף" ובין בני הזוג שלא התקיימו בהם תנאי הסף הללו, ואשר לגביהם נדרשת הוכחה של ממש להוכחת כוונת שיתוף (הוכחה המתקרבת לרמת הראיות הנדרשת בדין הרגיל, מגובה בריכוך פרוצדורלי של דרישות צורניות דוגמת דרישת הכתב). בכך תורם המתווה להגברת היציבות, הוודאות ויכולת התכנון.

בניגוד לכך, בשנים האחרונות, הלכת השיתוף הספציפי מכוח הדין הכללי נתפסה יותר ויותר כעניין של צדק נקודתי<sup>91</sup> הנתון לשיקול דעתו של השופט<sup>92</sup> העוסק בתיק, באופן שהיקשה מאד על העוסקים במלאכה לתכנן את צעדיהם או לחזות את תוצאות המשפט. פסקי הדין של השופט זילברטל ועמית בבע"ם 1398/11 הנ"ל, ביקשו לרכז את תחושת העמימות בכך שהם קבעו חזקות ואמות מידה המזכירות במפורש (זילברטל) או במשתמע (עמית) את ההבחנה שהצעתי בין בני זוג המקיימים אורח חיים קישורי ובין בני זוג שלא מקיימים אורח חיים כזה. לעומת זאת, אני חושש שדווקא גישתו האנטי-אקטיביסטית של השופט דנציגר, המסרבת להגדיר חזקות ומצבים שבהם מתקיימת הנחת

91. ראו לעיל ה"ש 19. כן ראו בג"ץ 5416/09, לעיל ה"ש 27, בעמ' 493 שבו מוצג הדין הכללי כנועד להגשים צדק ספציפי.

92. לסקירת הגישות השונות בפסיקה, ראו לעיל חלק 4.

שיתוף בנכסים חיצוניים, אלא דורשת להכריע אד-הוק בכל מקרה באמצעות הבאת ראיות ספציפיות לכוונת שיתוף - תשמר את חוסר היציבות ואת אי-הוודאות<sup>93</sup> המטרידים כל כך את העוסקים בתחום.<sup>94</sup>

יתרה מזו, אני חושש שבסופו של דבר, באופן אירוני, דווקא הגישה האנטי-אקטיביסטית, הנרתעת מקביעת חזקות שיתוף ועומדת על הוכחות נקודתיות בכל מקרה לגופו, עלולה להוליך לאימוץ ולחזיק העמדות בפסיקה ובספרות המשפטית המטשטשות את ההבחנה בין נכסי המאמץ המשותף לנכסים החיצוניים, בדרך שלא עולה בקנה אחד עם הוראות המחוקק בחוק יחסי ממון.

אסביר את חששותי. כפי שאראה בהרחבה בספרי על הרכוש הזוגי,<sup>95</sup> תחת המשטר המכונה הדור השלישי של חזקת השיתוף, אשר פעל בהתאם למודל הקהילה המשפחתית, פיתחה הפסיקה חסמים ליברליים, ששימרו את ההבחנה בין נכסי המאמץ המשותף לנכסים החיצוניים. חסמים אלה כללו הן את תנאי הסף הקישוריים והן את מתן האפשרות לבית המשפט לחרוג מן החזקה במקרים שבהם התנהגות הצדדים לא העידה על כוונת שיתוף, וכן במקרים שבהם מצגיו החד-צדדיים של הבעלים הרשום הבהירו מבעוד מועד, כי אין הוא מתכוון לשתף את בן זוגו בנכסים החיצוניים הרשומים על שמו. המתווה ליישום הלכת הדין הכללי, שמוצע במחקר הנוכחי, ממשיך ומעצים את החסמים הליברליים הללו ובכך משמר את הבחנת המחוקק בין נכסי המאמץ המשותף, הכפופים למנגנון שיתוף מעין-קוגנטי ברוח חזקת השיתוף, כפי שיושמה על פי מודל המאמץ המשותף ובין שיתוף בנכסים החיצוניים מכוח הדין הכללי.

לעומת זאת, כפי שהדיון בחלק הנוכחי הבהיר היטב, דווקא תחת משטר של חוק יחסי ממון, שעומד על ההבחנה בין נכסי המאמץ המשותף לנכסים החיצוניים, ולמרות הציווי המפורש של השופטת שטרסברג-כהן בפרשת **אבו רומי** לשימוש זהיר בהלכת הדין הכללי, טושטשה ההבחנה בין השיתוף בנכסי

93. על הקושי ליישם את הלכת הדין הכללי תעיד העובדה שאפילו במקרה הספציפי שבו ניתן פסק הדין, שתי הערכאות הדיוניות נחלקו בהבנת חומר הראיות. בית המשפט העליון, באופן לא שגרתי, התערב במחלוקת העובדתית ובסופו של דבר גם שופטי בית המשפט העליון עצמם לא הגיעו למסקנה ברורה, כיצד לפרש את המערכת העובדתית שנדונה. דומה כי מחלוקות מסוג זה אינן מקריות והן מאפיינות את הפסיקה העוסקת בדין הכללי. ראו למשל, בע"מ 4951/06, לעיל ה"ש 32, שעסק אף הוא במקרה שבו הפך בית המשפט המחוזי את פסק דינו של בית המשפט לענייני משפחה משום שהוא ניתח אחרת את יישומה של הלכת הדין הכללי למקרה הנקודתי.

94. חשוב להדגיש, כי בהקשרים משפטיים אחרים, למשל בתחום פרשנות החוזים, העניק השופט דנציגר חשיבות רבה לגישה פרשנית המצמצמת את שיקול דעתו של בית המשפט ומרחיבה את הוודאות המשפטית. ראו יורם דנציגר וצביקה מצקין "זכותם של צדדים לחוזה ליהנות מהגנה מפני התערבות שיפוטית מיותרת" **ספר מצא** (צפוי להתפרסם ב-2014). עוד ראו בנושאים הללו שחר ליפשיץ ואלעד פינקלשטיין "מבט הרמנויטי על פרשנות חוזים" **משפטים** מג 55 (2012), וכן איל זמיר "עוד על פרוש והשלמה של חוזים" **משפטים** מג 5 (2012).

95. ליפשיץ **הרכוש הזוגי**, לעיל ה"ש 1, בפרק הרביעי.

המאמץ המשותף לשיתוף בנכסים החיצוניים, הן באמצעות צמצום תנאי הסף המאפשרים הכרה בשיתוף מכוח הדין הכללי (הפחתה ניכרת בכמות השנים הנדרשת להכרה בשיתוף, הכרה בשיתוף גם בנישואים שניים ובנכסים עסקיים לא משפחתיים, לעתים חרף יחסים רעועים ואווירה לא שיתופית במשפחה), והן על ידי החלת השיתוף חרף הכוונות המשוערות והמצגים של הבעלים הרשומים.<sup>96</sup>

אין ספק שמטרתם הברורה של שופטי בית המשפט בבע"מ 1398/11 הייתה להחזיר עטרה ליושנה ולחדש את הלכת **אבו רומי** המקורית. עם זאת, העובדה שלמרות האזהרות של הלכה זו, התפתחה בסופו של דבר פסיקת בתי המשפט הדיוניים כפי שהתפתחה, מלמדת כי ייתכן שאין די באזהרות כלליות אודות הצורך בהוכחת שיתוף ויש מקום לקבוע קריטריונים ברורים יותר שיבהירו, אימתי יוכח השיתוף הספציפי מכוח הדין הכללי. הבחנה בין בני זוג שהתקיימו בהם תנאי הסף הקישוריים ובין בני זוג שלא התקיימו בהם תנאים אלה, צועדת בנתיב זה מאחר שהיא הייתה מבהירה לבתי המשפט שלגבי האחרונים יש להציב רף גבוה של הוכחה כתנאי להכרה בשיתוף. לעומת זאת, טשטוש ההבחנה בין הקבוצות עלול בסופו של דבר להוליד, כפי שכבר אירע, "מירוץ לתחתית", שבמסגרתו בתי המשפט ינמיכו את רף הראיות הנדרש להוכחת שיתוף גם כאשר מדובר בנכסים החיצוניים, ואפילו במקרים שבהם לא התקיימו תנאי הסף הקישוריים.

יתרה מזו, אם נניח לרגע לרטוריקה החדשה ונבחן את התוצאה המעשית בבע"מ 1398/11, נגלה כי בסופו של דבר בית המשפט העליון העניק לבן הזוג הלא רשום זכויות בדירת מגורים, שלא הייתה בשום דרך תוצר של מאמץ משותף, וזאת חרף העובדה שמדובר בנישואים לא ארוכים במיוחד (14 שנים), שלוו מתחילתם במשברים קשים. אכן, בית המשפט התבסס על עדויות האשה וידיד שלה, לפיהן בין הצדדים הייתה הבנה כי הדירה הנוכחית תימכר ותיקנה במקומה דירה חדשה, הבנה שהאשה הסתמכה עליה וייתכן שבעקבותיה הסכימה להתפייס עם בעלה ולשוב אל הקן המשפחתי.

ברם, ספק בעיני אם הבנה זו, שלא מומשה בסופו של דבר, הייתה נחרצת ומפורטת דיה בכדי להוות בסיס להכרה בהתקיימות דרישות גמירת הדעת והמסוימות, המהוות ברגיל בסיס להכרה בהסכמה חוזית מחייבת, ספקות המתגברים עוד יותר אם ניקח בחשבון את אשר מזכיר לנו השופט זילברטל, כי אפילו הפרטים הקונקרטיים של ההסכמה בין הצדדים, כגון: האם הדירה החדשה הייתה אמורה להירשם על שם שני הצדדים ביחס שווה או בחלוקה אחרת, לא הובהרו מן העדויות שנשמעו.

96. ראו את פסקי הדין שנותחו בהערות 30-37 לעיל. ראו גם תמ"ש (משפחה ת"א) 7800-06 נ' א' נ' ר' נ' (פורסם בנבו, 2.2.2011), שבו הוחל שיתוף בדירת מגורים למרות מצגים ברורים מן הבעלים הרשום לפיהם הוא רואה בדירה נכס פרטי שלו, מצגים שהבעלים הלא רשום ידע עליהם, לא הסכים להם בליבו אך פחד להתעמת עם הבעלים הרשום.

בכך מצטרף פסק הדין לפסקי דין נוספים של בית המשפט העליון מהעת האחרונה, שהכירו בשיתוף בנכסים חיצוניים מכוח הדין הכללי בדרך המנמיכה משמעותית את רף הנסיבות הנדרשות לצורך הוכחת שיתוף בנכסים החיצוניים בהשוואה לאמות המידה שהתקיימו בתקופתה של חזקת השיתוף.

טלו, למשל, את בג"ץ 5416/09.<sup>97</sup> פסק דין זה עסק בבני זוג שנישאו בנישואים שניים, הולידו שני ילדים, נפרדו פרידה של קבע כעבור 10 שנים והתגרשו רשמית לאחר שלוש שנים נוספות. על פי תיאור בית המשפט, בני הזוג לא צברו רכוש במהלך חיי הנישואים, אולם הם התגררו בדירה שנקנתה במהלך הנישואים על ידי הבעל ונרשמה על שמו, ככל הנראה מתחלוף של נכס פרטי קודם שהיה רשום על שמו.

עדיין, בית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ התערב בהחלטתו של בית הדין הרבני והכריע, כי מדובר בנכס משותף, וזאת על סמך חוות דעתו של רואה חשבון שנוסחה הובא בפסק הדין:

**"מן המוסכמות שדירת מגורים הנרכשת על ידי שני בני הזוג בחייהם המשותפים - נחשבת כרכוש שותף משותף - לא כמו דירת המגורים השניה באילת אשר ייעודה השקעה.**

**התובע והנתבעים חיו חיי שיתוף מלאים ורכישת הדירה הייתה החלטה משותפת, כמו כן אין להתעלם לדעתי מהתרומה של האישה בטיפול הכספי-ההוני ברכוש ולתרומתה בכלל בחיי הנישואין (גידול ילדים, ניהול הבית וכו'). אני סבור שאת הדירה על תכולתה יש לחלק שווה בשווה [...] לעניין חיי השיתוף: אמנם לא היו חשבונות בנק משותפים - אולם כן היה ערבוב מלא בהוצאות הבית - ובכך גילה הבעל דעתו לעניין השיתוף."**<sup>98</sup> [ההדגשה במקור, ש' ל'].

במילים אחרות, על בסיס נסיבות המלמדות, ובצדק, על אורח חיים של מאמץ משותף, קבע בית המשפט שיתוף נכסים מלא לא רק בנכסים שנרכשו מן המאמץ המשותף, אלא גם בדירת המגורים שהיוותה ככל הנראה תחלוף של נכס פרטי שנצבר לפני הנישואים, וזאת בנסיבות של נישואים שניים של בני זוג שתקופת החיים משותפים שלהם לא הייתה ארוכה במיוחד (כ-10 שנים).

על רקע המקובץ, אני חושש שלמרות הרצון המוצדק של דעת הרוב בבע"ם 1398/11 הנ"ל להקשיח את רמת ההוכחה הנדרשת להוכחת הדין הכללי, קשה לצפות שפסיקה זו היא שתעצור את הסחף המטשטש את ההבחנה בין נכסים חיצוניים לבין נכסי המאמץ המשותף, לפחות ככל שמדובר בדירת המגורים. בוודאי שכך הוא כאשר פסק הדין לא קבע אמות מידה מוסכמות המחזקות את היציבות והוודאות.

97. בג"ץ 5416/09, לעיל ה"ש 27.

98. שם, בעמ' 496-497.

(ב) הערה יוריספרודנטלית על הקשרים המורכבים בין אקטיביזם שיפוטי לוודאות משפטית

לניתוח הנערך בפסקאות הקודמות יש השלכה יוריספרודנטלית מאלפת. בשיח המשפטי הקיים, במקרים רבים ההתנגדות לאקטיביזם שיפוטי נשענת על הרצון לחזק את הוודאות המשפטית ואת יכולת התכנון.

ברם, דווקא הלכת הדין הכללי מדגימה מקרה הפוך. חשבו, למשל, על העמדה האקטיביסטית, שאותה הציע השופט שפירא בפסק הדין ע"מ (מחוזי י-ם) 818/05, לפיה ככל שמדובר בדירת מגורים שמתגורר בה בן זוג שאין לו חלופת מגורים אחרת, ברירת המחדל היא לשיתוף, אלא אם כן נחתם הסכם ממון הקובע הפרדה, וזאת גם אם לא התקיימו תנאי הסף הקישוריים. כפי שהבהרתי היטב בחלקים הקודמים, אני מתנגד נחרצות לגישה זו, הן מהותית והן מהטעם היוריספרודנטלי, לפיו גישה זו עושה פלסטר את ציווי המחוקק ואת ברירות המחדל אותם קבע. עדיין, יש להודות כי המציאות המשפטית שהייתה משתררת לו אימץ בית המשפט העליון באופן נחרץ את פסק הדין הזה, הייתה ברורה מזו הקיימת והייתה מאפשרת לעורכי דין לתת יעוץ ברור בהקשר למצב המשפטי הקיים. בדומה לכך, כפי שהסברתי בהרחבה לעיל, לו אימץ בית המשפט העליון את הפרשנות האקטיביסטית החלקית אותה הצעתי לדין הכללי, והיה ממלא בתוכן ברור את תנאי הסף הקישוריים, למשל, באמצעות קביעת כללי אצבע המגדירים מהם נישואים ארוכים, היו מתחזקות הוודאות המשפטית ויכולת התכנון.

לעומת זאת, דווקא הכבוד שרוחשת דעת הרוב בבע"מ 1398/11 לציווי המחוקק בחוק יחסי ממון, ובעקבותיו אי-הנכונות לפתח באופן "אקטיביסטי" אפילו חזקות הנראות כחורגות מציווי זה, עלולים להותיר את המצב הנוכחי, ההופך את יישום הלכת הדין הכללי - לאמת מידה רחבה, הכפופה לשיקול דעתו של השופט הקונקרטי, ובכך להקשות על גיבושן של אמות מידה אחידות, המאפשרות תכנון וודאות משפטית.<sup>99</sup>

99. במילים אחרות, יש להבחין בין שני נושאים שונים: (1) העמדה היוריספרודנטלית לגבי אקטיביזם שיפוטי המשתקף במידת הגמישות הניתנת לבית המשפט העליון בפיתוח הדין, גם כאשר פיתוח זה עומד בסתירה מסוימת להוראת המחוקק; (2) העמדה הנורמטיבית לגבי הוראות משפטיות המעניקות שיקול דעת רחב לבתי המשפט הדיוניים להכרעה במקרה הספציפי, לעומת הוראות משפטיות המבקשות לצמצם את שיקול הדעת השיפוטי של השופט היושב בדין. ועוד: בשיח הנוכחי קיימת לעיתים נטייה כמעט בלתי מודעת לזהות בין שני הנושאים הללו. דוגמת הדין הכללי ממחישה כי ניתן לתמוך באקטיביזם שיפוטי של בית המשפט העליון ועדיין להתנגד למתן שיקול דעת שיפוטי רחב מדי לבתי המשפט הדיוניים, ולהיפך: ניתן להתנגד לאקטיביזם שיפוטי של בית המשפט העליון, אך לתמוך בכך שהמחוקק מלכתחילה יחוקק כללים בעלי רקמות פתוחות המקנות שיקול דעת רחב לשופט היושב בדין. אני מודה לפרופ' חנוך דגן על כך שסייע לי לחדד את ההבחנות הללו בהערות שהעיר לי על גרסאות קודמות של מחקר זה ובשיחות שערכנו בנושא. הוא אף רמז על הדברים במחקרו, Hanoch Dagan, 1 LEGISPRUDENCE 187 (2013) *Lawmaking for Legal Realists*.

## (ג) הלכת הדין הכללי והגנה על בן הזוג "החלש כלכלית"

עד כה הצדקתי את הרחבת הלכת הדין הכללי, המשתקפת בקביעת מעין חזקת שיתוף לגבי בני זוג המקיימים אורח חיים קישורי. כעת אפנה להתמודדות עם הגישה הפוכה, המרחיבה את השיתוף הספציפי מכוח הדין הכללי ומטשטשת את ההבחנה בין השיתוף החל על נכסי המאמץ המשותף ובין זה החל על הנכסים החיצוניים, לפחות ככל שמדובר בדירת המגורים, או אפילו בנכסים עסקיים המרכזיים לקיום המשפחתי.

המגמות המרחיבות הללו נשענות במפורש או במשתמע על שני אדנים:

- (1) גרסה מעין-קוגנטית של מודל הקהילה המשפחתית.
- (2) הצדקה סוציאלית, הממוקדת בהגנת בן הזוג החלש כלכלית, שהוא לרוב "בן הזוג הביתי".

ככל שהמגמה החדשה בפסיקה משקפת תפיסה השוללת את היסודות הליברליים ההסכמיים של מודל הקהילה המשפחתית, ורואה בו, בדומה למודל המאמץ המשותף, מודל נורמטיבי מעין-קוגנטי שניתן לסטות ממנו רק באמצעות הסכמים פורמליים<sup>100</sup> - אני מתנגד לה מהסיבות עליהן הרחבתי הן במאמר הזה<sup>101</sup> והן במחקרי הרחב יותר על השיתוף הזוגי.<sup>102</sup>

מורכבת יותר היא עמדתי כלפי ההצדקה הסוציאלית, המבקשת להגן על בני הזוג הביתיים, העולה לעיתים מבין השיטין של התומכים במגמה החדשה.<sup>103</sup>

אכן, הדיון בחלקים הקודמים לימד, כי שימוש מושכל בשילוב בין מודל המאמץ המשותף למודל הקהילה המשפחתית בתוספת לרעיון ההסתמכות, עשוי להוליך להכרה נרחבת בזכויותיהם של "בני הזוג הביתיים" בנכסים החיצוניים, שבמבט ראשון נראים כפרטיים. עם זאת, ברור כי קיימים מקרים

100. זוהי כזכור עמדתם הנורמטיבית של Frantz & Dagan, לעיל ה"ש 50. דגן ופרנץ מצביעים את מודל הנישואים כקהילה ליברלית-שוויונית כמודל המספק ברירת מחדל שאינה מגובה בכוונת הצדדים. על רקע זה לא ייפלא אפוא שדגן, בכתבו על המשפט הישראלי, נוטה לעמדה לפיה דירת המגורים המשפחתית, גם כאשר נרכשה לפני הנישואים, צריכה להיחשב נכס משותף. בכך תומך דגן למעשה בעמדתו של השופט שפירא ההופך את נטל ההתנאה הקבוע בחוק יחסי ממון, לעיל ה"ש 10, בהקשר של דירת המגורים המשפחתית, וזאת ללא קשר למשך הנישואים או לטיבם. ראו חנוך דגן, לעיל ה"ש 45, בעמ' 489: "לכן, מן הראוי להכליל את בית-המגורים ונכסים מכוונים נוספים במאגר נכסי הנישואים גם כאשר נרכשו לפני הנישואים, ואפילו בהיעדר נסיבות עובדתיות - מעבר לעצם קיום הנישואין - שניתן להסיק מהן על כוונה קונקרטיה להקניית זכויות כאמור".

101. ראו לעיל חלק 6(א).

102. ראו שחר ליפשיץ **השיתוף הזוגי**, לעיל ה"ש 1, בפרק השלישי.

103. כך למשל, הסייג המופיע בפסיקה לפיה ההגנה על דירת המגורים מוגבלת לבני זוג שזוהי דירתם היחידה, תואם את ההצדקה הסוציאלית. לעומת זאת, על פי ההצדקה הקהילתית, עצם החיים המשותפים בדירה הופכים אותה למקום שבו מתממש השיתוף המשפחתי ועל כן לא ברור, שגם אם לבן הזוג הלא רשום יש דירה נוספת המשמשת להשקעה, הדבר אמור לשלול את השותפות בדירת המגורים המשפחתית.

שבהם גם פרשנות מרחיבה של המודלים הקיימים אינה מאפשרת החלה של הסדר שיתוף על הנכסים החיצוניים, גם במקרים של נישואים ממושכים המערבים חלוקת תפקידים מסורתית.

אינני חושב שיש קושי עקרוני בכך שלא כל הנכסים של בני הזוג ניתנים לחלוקה. עם זאת, קיימים מצבים שבהם השילוב בין מודל המאמץ המשותף למודל הקהילה המשפחתית אינו מספק הגנה מספקת לבני הזוג הביתיים. מצבים אלה בולטים במיוחד כשלא נצבר רכוש ממשי במהלך הנישואים. במקרים הללו נוצר מצב שבו תרומתו ומאמציו של "בן הזוג הביתי" לרווחת המשפחה לא מקבלים ביטוי משפטי או כלכלי.

חשבו על פרשת **אבו רומי**,<sup>104</sup> שכווננה למעשה את הפרשנות המצמצמת של הלכת הדין הכללי. בפרשה זו, אשה מוסלמית, שהייתה נשואה 14 שנים וגידלה 7 ילדים, נושלה מבית המשפחה שנבנה על קרקע פרטית וממשאבים פרטיים של הבעל. האשה הייתה עקרת בית, וכמקובל לא קיבלה במשך הנישואים כל תמורה כלכלית על עבודתה הביתית.

לצורך הדיון, נניח כי בהתחשב בעובדה שמדובר בנכס שהובא לנישואים על ידי אחד מן הצדדים - שיקולי צדק ושוויון קונבנציונליים, הנשענים על צורת חשיבה עסקית-מסחרית, אינם יכולים להצדיק החלת משטר של שיתוף בנכסים, כולל על בית המשפחה.<sup>105</sup> נניח גם, כי על רקע המבנה הפטריארכלי של המשפחה באותו המקרה ולנוכח הממצאים העובדתיים, שנקבעו באותו מקרה על ידי בית המשפט,<sup>106</sup> קשה לטעון שכוונת הצדדים הייתה לשיתוף או אפילו שנוצרו מצגים שאפשרו לאשה להניח כי יש לה זכויות בדירה, ולכן קשה להצדיק טענת שיתוף גם מנקודת המבט של מודל הקהילה המשפחתית.

עם זאת, ברור כי תוצאת פסק הדין - שהשאירה את האשה ללא נכסים וללא מקור השתכרות עתידי, למרות תרומתה במשך כל השנים למשפחה - היא בלתי-נסבלת. ברם, עיון מעמיק במקרים הללו יגלה, כי הבעיה האמיתית לא נעוצה באי-חלוקתם של הנכסים שהובאו על ידי הבעל לנישואים, או של אלו אשר התקבלו על ידיו במתנה או בירושה, אלא בפערים שנוצרו במהלך הנישואים בכושר ההשתכרות של בני הזוג, באי-פיצוי "בן הזוג הביתי" על תרומתו למאמץ המשפחתי גם כאשר במהלך חיי הנישואים לא נצבר רכוש

104. פרשת **אבו רומי**, לעיל ה"ש 18.

105. עם זאת, יש לזכור כי אם היה מוכח כי ללא עבודתה הביתית של גבי אבו רומי לא הייתה המשפחה מסוגלת לחיות מן השוטף ועל כן הייתה נאלצת למכור את דירת המגורים, כי אז, ניתן לראות את עבודתה הביתית של הגבי אבו רומי כתרומה לתחזוקה של הבית המשפחתי. משום כך, במקרה כזה היא הייתה זכאית למחצית ההפרש בין ערך הדירה ביום הגירושין לבין ערך הדירה שהמשפחה נאלצת הייתה לעבור אליה ללא תרומתה של גבי אבו רומי בעבודתה הביתית.

106. אף כי אינני יכול להכחיש שתחושת האישיות הינה, שהלכת הדין הכללי יושמה במתכונת מצומצמת מדי באותו המקרה, ושייתכן שגם במסכת העובדות הקיימת ניתן היה להסיק מצגים שונים המעידים על שיתוף.



ממשי ובאי-ההכרה באחריות הנמשכת בין בני הזוג - גם אחרי הגירושים - למצוקה כלכלית שמקורה בתלות מוסכמת שנוצרה במהלכם.

ואכן, בספרי על השיתוף הזוגי אני עוסק בהרחבה בכלים משפטיים שונים, שמטרתם לתת מענה לבעיות הללו, ובכללן: החלת דיני השיתוף הזוגי על התוספת לכושר ההשתכרות של בני הזוג, התחשבות בפערים בכושר ההשתכרות של בני הזוג בעת גירושים כקריטריון לסטייה מחלוקה שווה של הרכוש הממשי, ובצורך לעצב - לצד דיני חלוקת הרכוש הזוגי - פיצוי ל"בן הזוג הביתי" על הפסדי הקריירה שצבר ולחשוב על חידוש מסוים של דיני המזונות לאחר הגירושים.<sup>107</sup>

בעיני, עדיפה התמודדות ישירה עם הבעיה באמצעות כלים משפטיים שזו מטרתם ותכליתם, על פני פתרון שרירותי של חלוקת הנכסים החיצוניים, אשר במקרים מסוימים מספק פתרון חלקי לבעיה האמיתית, ובמקרים אחרים מספק פתרון יתר, שכן אין כל מתאם בין ההצדקות למתן סעד עתידי לגבי אבו רומי ובין קיומם ושוויים של הנכסים מלפני הנישואים.<sup>108</sup> לכן, אני סבור כי עדיפה גישה המעניקה סעדים משפטיים, המשקפים את השותפות בתוספת ובהפסד להון האנושי שנצבר במהלך הנישואים, והמבוססים על האחריות הכלכלית ההדדית הנוצרת לעתים בין בני זוג בתקופת הנישואים ואינה ניתקת באופן אוטומטי גם אחריהם.

בנקודה זו חשוב להדגיש, כי בספרות המשפטית קיימת מחלוקת גדולה עד כמה נכון להשתמש בדיני השיתוף הזוגי כאמצעי להגנה על צדדים חלשים ולקידום צדק מגדרי.<sup>109</sup> אולם מבלי להיכנס לפרטיה של מחלוקת מורכבת זו, אני סבור כי גם מי שתומך בהרחבת השימוש בדיני הרכוש הזוגי כאמצעי להגנה על צדדים חלשים ולקידום צדק מגדרי, יסכים כי ראוי לפתח כלים משפטיים שיאפשרו מינון ראוי של השיקולים הללו. בניגוד לכך, סוגיית הנכסים החיצוניים, המחייבת את בית המשפט להכרעה דיכוטומית, האם יוכר שוויון בנכס השנוי במחלוקת, ללא קשר לשוויו או למצבם הכלכלי של הצדדים, מספקת כלי גס מדי לשילובם של השיקולים הללו.

107. ראו ליפשיץ **השיתוף הזוגי**, לעיל ה"ש 1, בפרקים ה-י; ראו גם ליפשיץ "יחסי משפחה ומנוון", לעיל ה"ש 9, בעמ' 270-306; עוד ראו שחר ליפשיץ "דיני המשפחה בעידן האזרחי: מדיני הנישואים של מי שנישאו מחוץ לגבולות המדינה אל היום שאחרי כיונים של נישואים אזרחיים בישראל" **משפט ועסקים** י 447, 468-462 (2009).

108. כך למשל, לוי יצויר שעובדות פרשת **אבו רומי**, לעיל ה"ש 18, היו מתרחשות במשפחה המתגוררת במתחם הרשום על שם הורי הבעל או בדירה שכורה, הרי שהפתרון הקנייני המעניק לאשה חצי מן המתחם לא היה ישים, וזאת למרות שהבעיות המהותיות הקשורות בכך שהאשה עלולה לצאת מן הנישואים בידיים ריקות עדיין תתקיימנה. במקרה כזה, התמודדות עם מצוקתם של בני זוג ביתיים באמצעות חלוקת נכסי העבר הינה פתרון חסר. לעומת זאת, תארו לעצמכם שהמתחם המשפחתי שבו התגוררה המשפחה הוא מתחם בעל ערך כלכלי וסנטימנטלי גבוה עד מאד, שעבר במשפחת אבו רומי מדורי דורות, וששוויו גבוה משמעותית משכר העבודה המצטבר של אדון אבו רומי וגבי אבו רומי גם יחד. האמנם שיקולים סוציאליים הממוקדים בהגנה על בן הזוג הביתי מצדיקים חלוקה של נכס כזה ללא קשר לשוויו!!

109. למחלוקת זו ולעמדתי לגביה ראו ליפשיץ **השיתוף הזוגי**, לעיל ה"ש 1, פרק ג.

על רקע הדברים הללו, אני מצטרף לעמדתו של השופט דנציגר בבע"מ 1398/11 הנ"ל, המבקש להפריד בין הכלים המשפטיים, הממוקדים בהגנה על "בן זוג ביתי" בשל סיבות שונות, ובכללן סיבות סוציאליות, לבין סוגיית הפעלת דיני השיתוף בנכסים החיצוניים מכוח הדין הכללי.<sup>110</sup>

## 8. סיכום המאמר

בעקבות התיקון לחוק יחסי ממון, הסדר איזון המשאבים, אשר בתקופה שקדמה לתיקון כמעט שלא נעשה בו שימוש, הפך לרלוונטי. משכך, נוצר פער משמעותי בין ההסדר הפסיקטי של חזקת השיתוף החל על בני זוג שנישאו לפני שנת 1974, כמו גם על ידועים בציבור, אשר במצבים מסוימים מחיל גם על הנכסים החיצוניים את השיתוף הזוגי, ובין היקף הנכסים הכלולים בהסדר איזון המשאבים הממחריג מכלל האיזון את הנכסים החיצוניים. לנוכח פער זה, פיתחה הפסיקה את דוקטרינת השיתוף הספציפי מכוח הדין הכללי, שנועדה לגשר על הפער בין ההסדרים ולאפשר לבתי המשפט לקבוע שיתוף זוגי בנכסים החיצוניים גם כאשר מדובר בבני זוג שנישאו לאחר שנת 1974 ועל כן הם אינם כפופים לכאורה לחזקת השיתוף.

הדיון במאמר עסק הן במישור הפוזיטיבי והן במישור הנורמטיבי. במישור הפוזיטיבי, אפיינתי שלוש גישות בפסיקה העוסקת בתחולת השיתוף הספציפי מכוח הדין הכללי. כהמשך לכך, ניתחתי גם את הגישות השונות שהובעו בפסיקה חדשה של בית המשפט בעליון בנושא תוך התייחסות לפערים בין רטוריקה למעשה. לאחר הדיון הפוזיטיבי נפנינו לדיון נורמטיבי ובמסגרת זו הצעתי מתווה הכולל חמישה עקרונות ליישום השיתוף הזוגי על הנכסים החיצוניים. הדיון במישור העקרוני בסוגיה לווה גם בדיון יוריספרודנטלי בדבר היחס בין אקטיביזם שיפוטי לבין הרצון להבטיח יציבות וודאות, ובהקשר זה ביקשתי להגן על המודל מפני ביקורת אפשרית לפיה המודל המוצע אקטיביסטי מדי. בנוסף, בקשתי להגן על המודל מפני ביקורת הסבורה כי אין הוא רגיש מספיק להגנה על צדדים חלשים כלכלית. המתחים בין ההסדרים שהתפתחו תחת חזקת השיתוף לבין הסדר איזון המשאבים הקבוע בחוק יחסי ממון שבים ומתעוררים אף בסוגיית תחולת השיתוף הזוגי במהלך חיי הנישואים והשפעתו על צדדים שלישיים. בסוגיה זו אני עוסק בהרחבה בפרק נוסף בספרי העומד להתפרסם בנושא השיתוף הזוגי.<sup>111</sup>

110. בע"מ 1398/11, לעיל ה"ש 24, בפסקה 20 לפסק דינו של השופט דנציגר. מפאת חשיבותם אביא את דבריו של השופט דנציגר במלואם: "אין פירושו של דבר שיש להתעלם לחלוטין משיקולי צדק, לרבות פערי הכוחות הכלכליים שבין בני הזוג במועד פקיעת הנישואין. בעניין זה מצטרף אני להערתה של השופטת ט' שטרסברג-כהן בעניין **אבו רומי** [...] - אשר נאמרה באותו עניין בבחינת למעלה מן הצורך, וזה האופן שבו יש לקרוא דבריי אלו - כי ייתכן שניתן לבוא לקראת בן הזוג החלש, שמוצא עצמו בסופו של יום ללא זכויות בדירת המגורים בה התגורר שנים רבות, על ידי שימוש בסמכות הנתונה לבית המשפט בסעיף 28) לחוק יחסי ממון להורות על חלוקה לא שוויונית של נכסי בני הזוג כאשר מתקיימות נסיבות מיוחדות המצדיקות זאת".

111. ליפשיץ **השיתוף הזוגי**, לעיל ה"ש 1, בפרק 7.