



## בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 4602/13

בג"ץ 9780/17

לפני: כבוד השופט י' עמית  
כבוד השופט ד' מינץ  
כבוד השופט א' שטיין

העותרת: פלונית

נגד

המשיבים בבג"ץ 4602/13: 1. בית הדין הרבני האזורי בחיפה  
2. היועץ המשפטי לממשלה  
3. לשכת עורכי הדין בישראל  
4. פלוני

המשיבים בבג"ץ 9780/17: 1. בית הדין הרבני האזורי בירושלים  
2. בית הדין הרבני האזורי בחיפה  
3. פלוני

עתירות למתן צו על תנאי

תאריך הישיבה: י"ב בחשוון התשע"ט (21.10.2018)

בשם העותרת: עו"ד איל מנחם

בשם המשיבים 1-2 בבג"ץ 4602/13 ו-1-2 בבג"ץ 9780/17: עו"ד יצחק שמואל רוזנטל

בשם המשיב 4 בבג"ץ 4602/13 והמשיב 3 בבג"ץ 9780/17: עו"ד ברוך אבוקרט

### פסק-דין

השופט י' עמית:

עניינה של העתירה שבפנינו בסוגיה של שיתוף ספציפי בדירת מגורים. העתירה מעוררת את השאלה אם יש מקום להתערבותו של בית משפט זה בפסק דינו של בית הדין הרבני הגדול עקב מתן משקל לבגידה הנטענת של בת הזוג.

רקע

1. ואלו בתמצית העובדות הצריכות לעניין: בני הזוג נישאו בשלהי שנת 1982, ולהם שלושה ילדים בגירים. בחודש פברואר 2013, לאחר למעלה משלושים שנות נישואין, הגיש המשיב 3 (להלן: הבעל או המשיב) תביעת גירושין לבית הדין הרבני,

ובה כרך את ענייני הרכוש. בפרק ב' לטופס "תביעת גירושין והכרוך בגירושין" פרט הבעל שלוש עילות גירושין כלהלן: אשה מורדת שאינה מקיימת יחסי אישות מזה מספר שנים; "אשה נואפת מזה מספר חודשים עם..."; "לא דואגת לניקיון ולא לארוחות ולא דואגת לאחד את המשפחה..." (הדגשה שלי – י"ע).

בעקבות דיון שנערך ביום 26.6.2013 חייב המשיב 2 (להלן: ביה"ד הרבני האזורי) את העותרת להתגרש. משסירבה העותרת, ונוכח חילופי דברים שהיו באולם בין בא כוחה לבין מותב הדיינים, הורה ביה"ד הרבני האזורי על מעצרה של העותרת ועל פיטורי בא כוחה וחיובו בהוצאות אישיות בסך 15,000 ₪. העותרת הגישה עתירה לבית משפט זה (בג"ץ 4602/13), ובעקבות דיון שנערך בפניי הגיעו הצדדים להסכמה שקיבלה תוקף של החלטה, כלהלן:

הצדדים: לאחר ששמענו את בית המשפט ולאחר ששמענו את הערותיו של עו"ד יעקובי ועל מנת להרגיע את הרוחות באשר הדברים חרגו מהפרופורציות הראויות, ובהתחשב בכך שמדובר בזוג נשוי מזה כשלושים שנה עם שלושה ילדים בגירים, ומאחר ואנו מבקשים לנהל את המשך הסכסוך בינינו בדרכי נועם. הגענו להסכמות הבאות:

1. האשה נכונה, מבלי שהדבר ישתמע כהוא זה כהודאה בטענות ובעילות שהועלו כלפיה בעבר, להתגרש.

2. הבעל נכון לקבל את הסכמת האשה ולהתגרש על בסיס ההסכמה.

3. שני הצדדים מצהירים באולם זה על נכונותם להתגרש ולסדר גט בהקדם בפני בית הדין הרבני. בעקבות זאת מתייתר הצורך להטיל מגבלות כאלה ואחרות על האשה.

4. לנכונות הצדדים להתגרש והגירושין בפועל לא תהיה השלכה על הנושא הרכושי, אשר ידון בהתאם לחוק ולהלכה הפסוקה.

5. לאור גירושי הצדדים, ואך ורק לאור זאת, האשה נכונה לעזוב את הבית ומבלי שהדבר ישתמע כהוא זה כותרת על תביעתה לזכויות בבית (אם מכח חזקת שיתוף ספציפי או כל טענה אחרת).

6. לאור זאת, ומבלי שהדבר ישתמע כחובה של הבעל, הבעל נכון עד לתום הדיון בסכסוך הרכושי,

להשתתף בשכר דירה של האשה בסך 2,000 ₪ לחודש, כתחליף לדמי שימוש ראויים בבית אילו היתה ממשיכה להתגורר בבית.

7. הבעל מבקש מיוזמתו לבטל את צו ההגנה וצו ההרחקה שהוצא כנגד האשה.

8. כל צד שומר על טענותיו לעניין הכתובה.

9. הצדדים יפנו במשותף להליך של גישור על מנת לנסות להסדיר הן את הנושא הרכושי והן את כלל היחסים המשפחתיים. הילדים יתבקשו ליטול חלק בהליכי הגישור ככל שיסכימו לכך. שני הצדדים מביעים רצונם והסכמתם לזרז את הליכי הגישור וההכרעה בכל הנושא הרכושי.

10. ...

11. ...

ואכן, בעקבות הסכמה זו התגרשו הצדדים חיש-מהר, אך נתברר כי נושא חלוקת הרכוש לא הסתייע וההתדיינות בין הצדדים נמשכה.

2. על פי חוות דעת אקטוארית, חויבה העותרת לשלם לבעל סכום של 341,000 ₪. לבעל נכסי מקרקעין שונים שנרכשו או שנפלו לו בירושה לפני הנישואין ואשר מוסכם על הצדדים כי שייכים לבעל (המדובר בשתי חנויות ומחצית מהזכויות בשתי דירות שבהם דיירים מוגנים). בנוסף, לצדדים נכסי מקרקעין שנרכשו במשותף במהלך חיי הנישואין ואין חולק כי כל אחד מהם זכאי למחצית הזכויות (חנויות ושלושה מחסנים, נכס מקרקעין מסחרי נוסף, ו-1/4 נוסף מזכויות הבעלות בשתי הדירות המושכרות בשכירות מוגנת. לטענת בא כוח העותרת, על הנכסים רובצים חובות, כך ששווים למימוש אינו גבוה).

המחלוקת העיקרית בין הצדדים נסבה על בית המגורים. הבעל הביא לנישואיו מגרש שקיבל בירושה בשנת 1982, מספר חודשים לפני נישואי בני הזוג. הבעל התקשר בשנת 1988 עם קבלן בעיסקת קומביניציה שבמסגרתה העביר 3/4 מהמגרש לקבלן כנגד בניית בית המגורים על הרבע הנותר (ותשלום נוסף של הקבלן בסך \$30,000). בבית המגורים שנבנה, התגוררו בני הזוג משך למעלה מעשרים שנה עד לקרע ביניהם בשנת 2013.

הסוגיה שהובאה לפתחו של ביה"ד הרבני האזורי, היתה אם יש להכיר בשיתוף ספציפי בבית המגורים. כידוע, בעניין זה ניתנו מספר פסקי דין בבית משפט זה, ואפנה לשניים מהם (בע"מ 7750/10 בן גיא נ' הכשרת היישוב ביטוח בע"מ (11.8.2011) (להלן: עניין בן גיא); בע"מ 1398/11 פלמונית נ' אלמוני (26.12.2012) (להלן: עניין פלמונית)).

3. בפסק דינו מיום 29.2.2016 קבע ביה"ד הרבני האזורי כי יש להכיר בשיתוף ספציפי בבית המגורים ועל כן זכאית העותרת למחצית משווי הזכויות של בית המגורים הרשום על שם הבעל. בפסק הדין הסתמך בית הדין, בין היתר, על אמירות של הבעל במסגרת הדיון בבג"ץ 4602/13 הנ"ל, מהן הסיק כוונת שיתוף, כגון: "מאחר שהבנתי שיש בעיה של הבית הצעתי לרשום את הבית על הילדים ואמרתי שחלילה הבית צריך לשמש לי או לה לעת זיקנה, אם נצטרך בית חולים, נוכל למכור אותו... הצעתי את הבעיה של המגורים אבל אני לא מוכן שחבר שלה יחיה על חשבון פרי עמלנו של שלושים שנה" (הדגשות שלי – י"ע). כן ייחס בית הדין חשיבות לשיפוצים ולהשקעות שנעשו בבית המגורים. בסיפא לפסק דינו תמצת ביה"ד הרבני האזורי את מסקנתו, כלהלן:

"ובכן, נראה לקבוע כי בנסיבות דידן התקיימו התנאים והפרמטרים האמורים בפסיקה הנ"ל [עניין פלמונית – י"ע]. כאמור לעיל, הצדדים סגרו חדר משחקים, כולל צבע וצנרת בחדר, כשהבן הגדול היה חייל, סגרו מקום בקיר גבס, ושברו את המדרגות והצנרת. כן הצדדים החליפו קרמיקות ואינסטלציה, כן בנו מטבח על חשבונם. כך שנראה שהשיפוץ שבוצע לא היה מינורי ושגרת, ונראה שתואם לנדרש בפסיקה. נראה כי השיפוץ שנעשה, שמבחינה עובדתית היה מוסכם על שני הצדדים, וכמתואר לעיל, יש בו כדי להוכיח שיתוף. לכך נצטרף אף את התקופה הארוכה, בת 20 שנה, בהם גרו הצדדים יחדיו בבית המגורים הנדון.

בנוסף, בית הדין מוצא מקום להניח שאף אווירת שיתוף באשר לבית המגורים שרתה בין הצדדים, זאת לאור דברי התובע בתיק זה שצוטטו לעיל, מהם נראה שהוא ראה את הבית כנכס פוטנציאלי משותף, כאמור בבוא העת ובעת הצורך לשמש בשווה את שני הצדדים והצהרה זו נראית ככוונת שיתוף. כן לשונו 'אני לא מוכן שחבר שלה יחיה על חשבון פרי עמלנו של שלושים שנה', נראית כאמור.

ועוד נוסף, בנידון דנן לא עסקינן בבית שהביא עמו הבעל מלפני הנישואין, אלא עסקינן בבית שנבנה בעת החיים המשותפים ע"י שני הצדדים, ויתכן ביוזמת

שניהם ובסיוע משותף בפן הלוגיסטי, אך נבנה בעסקת קומבינציה מהשטח הקודם שהיה בבעלותו של הבעל, כך שהסיכוי כי בבניית הבית הנוכחי, בית המגורים, היה שיתוף בין הצדדים, הינו סיכוי מעבר לסביר. לאור כל האמור ולאור הפסיקה העדכנית בסוגיה זו של חלוקת נכס הרשום ע"ש אחד מהצדדים, בית הדין אינו מוצא עילה או אפשרות שלא לחלוק את בית המגורים בין הצדדים, ולאור כל האמור בית הדין מחליט לחרוג מסעיף 5(א)(1) לחוק יחסי ממון הקובע כי נכס שהיה בבעלות אחד מבני הזוג ערב הנישואין אינו נכלל במאסת הנכסים המשותפים ולא ייכלל בהסדר איזון המשאבים".

הנה כי כן, ביה"ד הרבני העניק לעותרת מחצית הזכויות בבית המגורים.

פסק דינו של בית הדין הרבני הגדול

4. הבעל הגיש ערעור לביה"ד הרבני הגדול. בפסק דינו מיום 27.7.2017, קיבל בית הדין הרבני הגדול (כב' הדיינים עמוס, נהרי ואלמליח) את הערעור על החלטתו של בית הדין הרבני האזורי. על פי דעת הרוב נקבע כי לאשה לא מגיע כל חלק, לא בקרקע ולא בבית הבנוי עליו. לדעת המיעוט, לאשה לא מגיע כל חלק בקרקע אך מגיע לה מגוף המבנה (הבית) 20% בלבד. אסקור להלן את עיקרי פסק הדין.

הדיין עמוס הדגיש בפסק דינו כי עסקינן בנכס שהגיע לידי המשיב לפני הנישואים ונשאר רשום על שמו. בנסיבות אלה, כדי להוכיח שיתוף ספציפי בדירה, נדרש "דבר מה נוסף" שמעיד על כוונת שיתוף. הדיין עמוס הזכיר את דבריי בעניין פלמונית לפיהם יש להקל בדרישה זו כאשר מדובר בשיתוף דירת מגורים, ולמרות זאת הגיע למסקנה כי "בנידון דידן קשה לומר, שאכן הוכח כי היה דבר מה נוסף מלבד העובדה כי הצדים גרו יחד ולכל הפחות לא יצאנו מידי ספק אם אכן היה דבר מה נוסף". מסקנה זו הוסברה בכך שהאינדיקציות עליהן הצביע בית הדין האזורי להוכחת שיתוף ספציפי אינן משמעותיות דיין: שיפוץ הדירה לא היה משמעותי, וספק אם העותרת השתתפה במימונו, שכן לא עבדה באותה תקופה; העותרת לא הציגה מסמכים התומכים בטענתה; התבטאותו של המשיב אודות "פרי עמלנו" אינה מכוונת בהכרח לדירה מושא המחלוקת; "אווירת שיתוף" כשלעצמה אינה ראייה מספקת. בנוסף צוין כי העותרת יוצאת מהנישואים עם נכסים ובמצב כלכלי טוב בהשוואה למשיב. בהינתן נקודת המוצא בסעיף 5(א)(1) לחוק יחסי ממון בין בני זוג, התשל"ג-1973 (להלן: חוק

יחסי ממון), שהפסיקה בדבר שיתוף ספציפי מהווה חריג לה; ובהינתן שהמשיב מחזיק בדירה, נקבע כי הספק שנתר אינו מאפשר להכיר בזכויותיה של העותרת בדירה, וכי "איך נוכל להוציא ממון מספק מאדם שאין ספק כי מוחזק בו ודאי ובודאי הקרקע שאין עליה עוררין כי היא ירושה לו מאבותיו".

הדיין עמוס לא הסתפק בכך, וציין: "עוד יש להוסיף. בנידון דידן האשה בגדה בבעלה חוייבה בגט והוטלו עליה צווי הגבלה ורק לאחר דין ודברים הסכימה לקבל את גיטה. במקרה זה נשאלת השאלה, האם גם באשה שבגדה יש להניח כי היתה כוונה לשיתוף...". הדיין עמוס סבר כי לנקודה זו יש חשיבות לצורך מסקנה על כוונת שיתוף, שכן "אנן סהדי כי לא היתה לו [לבן זוג] כל כוונה לשתף בנכסים שעל שמו בלבד את הפוגע ההורס ומקעקע את כל חיי המשפחה ואף שמתוך מעשיו היה ניכר כי בכוונתו לשיתוף הרי כל זה נעשה בטעות ואומדנה דמוכח שהוטעה והולך שולל ולכן כוונה זו בטילה מעיקרה". הדיין עמוס הזכיר את ההלכה כי "אין נענשים על בגידה למפרע על ידי נטילת הזכויות ברכוש המשותף" (בג"ץ 8928/06 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול לערעורים בירושלים, פ"ד סג(1) 271 (2008) (להלן: בג"ץ 8928/06) אך סבר כי יש להבדיל בין ענישה "על זכויות שאחד מהצדדים כבר זכה בהם", לבין התחשבות בשאלת הבגידה לצורך שלילת זכויות בנכס מכוח כוונת שיתוף. לתמיכה בעמדתו, הזכיר הדיין עמוס את פסק הדין בעמ"ש (מחוזי ת"א) 13313-12-11 (26.2.2014), שם נאמר כי "קשה לייחס כוונה לבן זוג, לשיתוף בן הזוג האחר ב'נכס חיצוני', כשהאחר אינו שומר אמונים לבן זוגו, בוגד בו עם נשים אחרות".

לאחר זאת, ותחת הכותרת "ועתה לפן ההלכתי" הדיין עמוס הוסיף והדגיש כי "כל המושג של כוונת שיתוף נגד ההלכה" וכי ההתייחסות לכוונת השיתוף היא פרי פיתוח פסיקתי שהולך ומתגבש בהתאם לנסיבותיו של כל מקרה, וכל עוד אין לכך עיגון בחקיקה, אין לומר כי "כוונת השיתוף" היא חלק ממנהג המדינה. בנוסף נאמר כי פרשנותו של בית הדין הרבני "הינה שוות ערך לפרשנות כל ערכאה משפטית אחרת", וצריכה להיעשות בהתאם לדין העברי. עוד צוין כי כוונת השיתוף אינה יכולה לקבל תוקף כ"מנהג ידוע" משום שתנאי לכך הוא ידיעה של הבעל על הכלל וכוונה מצידו לשתף את הנכס עם האישה. בענייננו הדבר לא הוכח ו"כאשר יש ספק יש להעמיד את הנכס בחזקת מי שמחזיק בו".

עם זאת, הדיין עמוס הבחין בין המקרקעין לבין המבנה שנבנה על גביהם. לגבי המבנה צוין כי "אפשר שיש בו שותפות מוחלשת" ולכן העותרת זכאית ל-20% משוויו,

”שהרי מדובר בדירה שנבנתה במהלך חיי הנישואים ותוך שיתוף של האישה במהלך הבנייה כאשר ייתכן שהיא אף השקיעה מבחינה כספית”.

הדיין נהרי הצטרף למסקנתו של הדיין עמוס, והוסיף כי לשיטתו יש להנהיג צמצום בהוכחת כוונת שיתוף ”קל וחומר כאשר מצטרפת למקרה עילת בגידה שבודאי לא ניתן לומר שיש אומדנה לכוונת שיתוף מצד המערער הנבגד”. הדיין נהרי השווה בין כוונת שיתוף לבין דיני המתנה, והגיע למסקנה כי פגיעה חמורה במרקם הנישואין עולה כדי התנהגות מחפירה המצדיקה חזרה מכוונת שיתוף, גם אילו הוכחה כוונה כזו. לשיטתו, דברים אלה יפים גם למקרה הנוכחי שבו ”מעשה הבגידה יוצר כוונת אי שיתוף של בעל הנכס כלפי מי שבגד בו”.

הדיין אלמליח הסכים כי אין לעותרת זכויות בקרקע משום שלא הוכחה כוונת שיתוף, אך הביע עמדה שונה לגבי זכויותיה של העותרת בדירה עצמה. הדיין אלמליח ציין כי הדירה נבנתה בעסקת קומבינציה כך שלמעשה המשיב מימן את הבנייה. בנוסף, גם השיפוץ שנעשה בדירה אינו מקנה זכויות לעותרת, שכן המימון נעשה מכיסו של המשיב, מה גם שהדירה נרשמה על שמו בלבד ומכך ניתן להסיק שלא היתה כוונת שיתוף. הדיין אלמליח הוסיף כי הוא אינו מקבל את ההשוואה בין כוונת שיתוף לדיני מתנה.

בשולי פסק הדין הוסיף הדיין נהרי כי הוא חוזר בו מעמדתו, ומסכים למסקנה כי אין לעותרת זכויות בדירה כלל. הדיין נהרי חזר וציין כי לשיטתו יש דמיון בין כוונת השיתוף לבין דיני מתנה, ו”הדעת נוטה שאין כוונת שיתוף למי שבגד במערכת הנישואין”.

לפיכך נקבע, בדעת רוב, כי אין לעותרת כל חלק במקרקעין או בדירה.

על כך נסבה העתירה שבפנינו. בתמצית שבתמצית, לטענת העותרת, בית הדין הרבני הגדול יחס משקל לטענת הבגידה, ויישם את הדין הדתי על הסוגיה של שיתוף ספציפי בבית המגורים, ובכך חרג מסמכותו.

5. אקדים ואומר, כי מצאתי שיש מקום להתערבות בפסק דינו של בית הדין הרבני הגדול, באשר הן תוכנו של פסק הדין והן הרטוריקה של פסק הדין, מסיגים אותנו לימים של טרום הלכת בבלי (בג"ץ 1000/92 בבלי נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד מח(2) 221 (1994)). אנמק להלן את מסקנתי.

6. בני הזוג נישאו בשנת 1982, ואין חולק כי על היחסים ביניהם חל חוק יחסי ממון. עם זאת, הפסיקה הכירה בכך שאין בהוראות סעיף 5 לחוק יחסי ממון כדי למנוע יצירת שיתוף בנכס ספציפי לפי הדין הכללי, לרבות על נכס שנרכש או נתקבל על ידי אחד מבני הזוג לפני הנישואין, וכי הדברים נכונים במיוחד לגבי נכס המשמש דירת מגורים של בני הזוג (עניין פלמונית, עניין בן גיאת והאסמכתאות שם).

השאלה אם יש להחיל במקרה מסוים שיתוף ספציפי בדירת המגורים היא שאלה מעורבת של עובדה ומשפט. ובעניין פלמונית ניסיתי ליתן בהם סימנים ולעמוד על אותו "דבר מה נוסף" הנדרש לשם הכרה בשיתוף ספציפי בדירת המגורים. כשלעצמי, הייתי שם במקרה דנן את הדגש על כך שמדובר בנישואין ראשונים וילדים משותפים, אורך חיי הנישואין, חיים בהרמוניה תוך ניהול משק בית משותף לפחות במרבית שנות הנישואין שנמשכו 31 שנים, כאשר משך כעשרים שנים מתוכם התגוררו בני הזוג בבית המגורים, והיעדר כל רמז וביטוי חיצוני מצד הבעל לאורך כל השנים כי בדעתו לשלול את תחולת השיתוף בבית המגורים. לכך יש להוסיף את התבטאויות הבעל במהלך הדיון בבג"ץ 4602/13, כפי שצוטטו בפסק דינו של ביה"ד הרבני האזורי ואת שיפוץ הבית. בכל אלה יש לטעמי כדי להצמיח לכאורה שיתוף ספציפי בדירת המגורים המשותפת - "גולת הכותרת של חזקת השיתוף" - גם לגבי זוגות שחל עליהם חוק יחסי ממון, כשהמגמה היא "להקל על בן הזוג הטוען לבעלות משותפת בדירת המגורים כאשר זו רשומה רק על שם אחד מהם" (רע"א 8672/00 אבו רומי נ' אבו רומי, פ"ד נו(6) 175, 183 (2002)).

עם זאת, קיימת משרעת של דעות וגישות בסוגיה של שיתוף ספציפי בדירת מגורים. יש המקלים ויש המחמירים בכמות הראיות הנדרשות (ראו שחר ליפשיץ השיתוף הזוגי 172-182 (תשע"ו) (להלן: השיתוף הזוגי); חנוך דגן קניין על פרשת דרכים 489 (2005)). את ההבדל בין הגישות ניתן להסביר בנקודת המוצא: המחמירים רואים את משטר השיתוף בנכסים כמבוסס על מודל הסכמי, בעוד שהמקלים רואים את משטר



השיתוף כמבוסס על מודל נורמטיבי, שמצידו מבוסס על עקרונות ושיקולים של צדק, הגינות ושוויון. ממודל זה קצרה הדרך להכרה במודל הקישורי, מודל המתחשב באופי המיוחד של היחסים הזוגיים, ככזה המחייב הכרה נרחבת בשיתוף בין בני זוג, לרבות החלטה גם על נכסים שהובאו לנישואין (שחר ליפשיץ "על נכסי עבר, על נכסי עתיד ועל הפילוסופיה של חזקת השיתוף" משפטים לד 627 (תשס"ה) (להלן: ליפשיץ)).

7. כאמור, ביה"ד הרבני האזורי סבר כי יש להכיר בשיתוף ספציפי בבית המגורים, בעוד שבית הדין הרבני הגבוה סבר כי אין להכיר בכך. במצב הדברים הרגיל, ועל אף שלטעמי צדק בית הדין האזורי במסקנתו, לא הייתי רואה מקום להתערב במסקנתו של ביה"ד הרבני הגדול. זאת, מאחר שבית משפט זה אינו יושב כערכאת ערעור על בתי הדין הרבניים והתערבותו מוגבלת למקרים של חריגה מסמכות, פגיעה בעקרונות הצדק הטבעי, סטייה מהוראות החוק, או במקרים חריגים שבהם נדרש מתן סעד מן הצדק, מקום שהעניין אינו בסמכותו של בית משפט או בית דין אחר (ראו, מבין רבים, בג"ץ 9812/17 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול, והאסמכתאות שם (29.5.2018); בג"ץ 2617/18 פלוני נ' ביה"ד הרבני הגדול, והאסמכתאות שם (30.4.2018)). משמעות הדבר היא, שגם אם לדעת בית משפט זה נפלה טעות כזו או אחרת ביישום הדין הדתי או האזרחי על מערכת עובדות נתונה, אין בכך עילה להתערבות בית משפט זה בשבתו כבג"ץ.

אלא שבמקרה דנן מצאתי להתערב בפסק דינו של ביה"ד הרבני הגבוה. זאת, מן הטעם שקריאה של פסק הדין בשלמותו מביאה למסקנה כי מעשה הבגידה של העותרת, הוא שהיטה את הכף לחובתה. בכך התיימר בית הדין להחיל את הדין הדתי על ענייני רכוש, בניגוד להלכה הפסוקה, ובכך חרג הוא מסמכותו.

8. היועץ המשפטי של בית הדין הרבני טען כי קריאה זהירה של פסק הדין מעלה כי בסופו של יום, פסק הדין מושתת על אדנים משפטיים של הדין האזרחי הנוגע לשיתוף ספציפי בדירת מגורים תוך החלת האינדיקציות שפורטו בעניין פלמונית, וכל שנאמר לגבי העותרת והדין הדתי, לא היה אלא למעלה מן הנדרש.

איני סבור כך. ראשית, הדיין נהרי השתית במפורש את פסק דינו על ההיקש בין כוונת שיתוף ספציפית לבין דיני המתנה, ועל סעיף 5(ג) לחוק המתנה, התשכ"ח-1968 המאפשר חזרה מהתחייבות ליתן מתנה בשל התנהגות מחפירה. ומהי התנהגות מחפירה? הניאוף המיוחס לעותרת. די בפסק דינו של הדיין נהרי, המבוסס כולו על מתן

משקל לבגידת האשה, כדי להשמיט את הבסיס של פסק הדין וכדי להצדיק התערבותו של בית משפט זה בפסק דינו של בית הדין הרבני הגדול (בכך שונה המקרה שבפנינו מן המקרה שנדון בבג"ץ 7940/17 פלוני נ' בית הדין הרבני האזורי בנתניה (8.1.2018), שם הדיון ההלכתי נעשה "למעלה מן הצורך").

אציין כי לטעמי, ההיקש שעשה הדיין נהרי בין כוונת שיתוף ספציפית לבין התחייבות ליתן מתנה אינו נכון. אכן, בבג"ץ 609/92 בעהם נ' בית הדין הרבני הגדול לערעורים, פ"ד מז(3) 288 (1993) נדונה מתנה שהעניק הבעל לאשתו, וממנה ביקש לחזור לאחר שגילה כי בגדה בו. בית הדין הרבני הגדול קבע כי המתנה ניתנה לאשה על-ידי הבעל על תנאי שלא תבגוד בו, ומשלא התקיים התנאי בטלה המתנה. בית המשפט העליון דחה את העתירה, תוך שהשופט אלון מביע דעתו כי בית הדין היה רשאי לפסוק לפי המשפט העברי בבחינת הולך הדין אחר הדיין. אלא שפסק הדין בעניין בעהם ניתן לפני פסק הדין בעניין בבלי ואין ללמוד ממנו לענייננו. ועיקרו של דבר. יש להבחין בין התחייבות ליתן מתנה ממנה ניתן לחזור בהתקיים תנאים מסויימים, לבין החלת הלכת השיתוף הכללית או השיתוף הספציפי בנכס. ההנחה היא שהשיתוף הכללי בנכסים, כמו גם השיתוף בנכס ספציפי, מתגבש במועד מסוים על ציר חיי הנישואין (רע"א 8791/00 שלם נ' טווינקו בע"מ, פ"ד סב(1) 165, 171-173 (2006); עניין בן גיאת, בפסקה 24 לפסק דיני; השיתוף הזוגי, בעמ' 209, 219), והרציונל להכרה בשיתוף אינו בכוונתו של בן הזוג להעניק מתנה לבן זוגו אלא ברציונלים אחרים (ליפשיץ לעיל). אך גם בהנחה כי משטר השיתוף מבוסס על רציונל הסכמי, כמו חוזה או מתנה, הרי שבנקודה מסויימת לאורך ציר חיי הנישואין, יש לראות את המתנה כאילו הושלמה, וממתנה מוגמרת לא ניתן לחזור. איני רואה להאריך בנושא זה, מאחר שכפי שציינתי לעיל, התערבותי בפסק דינו של בית הדין הרבני הגבוה אינה נובעת מטעות גרידא ביישום הדין, אלא מהחלת הדין הדתי על ענייני הרכוש, תוך מתן משקל לבגידתה של האשה.

9. גם בפסק דינו של הדיין עמוס אנו מוצאים כי הדין הדתי הוא שהכריע בסוגיה, תוך מתן משקל לבגידתה של העותרת. עוד קודם שפנה לבחינת הדברים בהיבט ההלכתי, מצא הדיין עמוס ליתן משקל לבגידתה של העותרת כשוללת כוונת שיתוף, תוך שהוא מצטט מפסק דינו של השופט שוחט בעמ"ש (ת"א) 13313-12-11 כי "קשה לייחס כוונה לבן זוג, לשיתוף בן הזוג האחר בנכס חיצוני כשהאחר אינו שומר אמונים לבן זוגו, בוגד בו עם נשים אחרות". זאת, מבלי להבחין בין מועד היווצרות השיתוף הספציפי לאורך ציר הנישואין, ככל שנוצר, לבין מועד הבגידה. בדרך זו, נמצא כי בית

הדין רואה את מעשה הבגידה כשולל למפרע את השיתוף, מתוך הנחה שאם הבעל היה יודע שהעותרת תבגוד בו ביום מן הימים, לא היה מסכים מלכתחילה לשיתוף. לדידי, בכך הלקה בית הדין את האשה על בגידתה למפרע.

בנקודה זו, לאחר שבחן את הדברים באספקלריה של הדין האזרחי, ערך הדיין עמוס סקירה נרחבת של הדין הדתי, תוך שהוא רואה לצורך הדין הדתי, את פסיקת בית המשפט בעניין שיתוף ספציפי בדירת מגורים כ"מנהג" שלא הוכח.

מאחר שהדין בנושא זה נעשה תחת הכותרת "ועתה לפן ההלכתי", הרי שיש להניח כי הדיין עמוס ביקש להדגיש כי בהיבט ההלכתי, כל עוד לא נחקק חוק אזרחי המכיר בשיתוף ספציפי, אין ההלכה רואה בכך מנהג המדינה שיש בכוחו כדי להוציא ממון מידי מי שמוחזק כבעליו. עם זאת, זה המקום להדגיש מן ההיבט האזרחי, כי גם חזקת השיתוף הכללי, אינה מעוגנת בחקיקה, והיא יציר הפסיקה, ומלווה את המשפט בישראל עשרות בשנים. אציין כי בעניין בבלי הבחין בית הדין הרבני הגדול בין חוק יחסי ממון שמקורו בחקיקה, לבין הלכת השיתוף שמקורה בפסיקה, וקבע כי "פסיקת בית המשפט אינה מחייבת כלל וכלל את בית הדין הרבני ובית הדין הרבני פוסק רק כפי ההלכה היהודית שבה לא קיים מושג של שיתוף נכסים רק זכויות שמגיעות לאשה מכוח תנאי כתובה וההלכה". ההבחנה שעשה שם בית הדין בין דבר חקיקה לבין פסיקת בית המשפט נשללה, ובדין נשללה, על ידי בית המשפט העליון בפרשת בבלי. וכפי שנאמר על ידי המלומד שיפמן בעקבות פסק הדין: "מובן שההבחנה בין דבר-המחוקק לבין דבר-השופט איננה עומדת בפני הביקורת. מבחינה אזרחית, הם נחשבים כמקשה אחת לעניין ביטוי המצב המשפטי" (פנחס שיפמן "בתי הדין הרבניים – לאן?"). משפט וממשל ב 527, 523 בה"ש 4 (תשנ"ה)). קיצורו של דבר, שלצורך ההיבט האזרחי, פסקי דין של בית המשפט העליון בנושאים רכושיים בין בני זוג, אינם בגדר מנהג הטעון הוכחה, אלא בגדר הלכה פסוקה אשר מחייבת את הצדדים ומחייבת גם את בתי הדין הרבניים. מצאתי לנכון לנצל הזדמנות זו, על מנת לחזור ולהדגיש את ההבחנה בין ההיבט האזרחי להיבט ההלכתי, ולדקדק ולהתריע מפני נסיגה לדברים שנאמרו בשעתו ונשללו בהלכת בבלי.

הדין הדתי והדין האזרחי בדיני משפחה

10. כידוע, תחת האוהל של דיני המשפחה בישראל מסתופפים הדין הדתי והדיין הדתי והדין האזרחי ובית המשפט האזרחי, בבחינת "נִיתְרָצְצוּ הַבְּנִים בְּקֶרְבָּהּ"

(בראשית כה, כ"ב). חלוקת הסמכויות בין הדין הדתי לבין הדין האזרחי, וחלוקת הסמכויות ומירוץ הסמכויות בין בית הדין הדתי לבית המשפט האזרחי היא נושא רגיש ומורכב, כדי כך שיש הרואים את דיני המשפחה כדיני מלחמה, כזו הניטשת בין המערכות של הערכאה האזרחית לערכאה הדתית (רות הלפרין-קדרי "דיני משפחה אזרחיים נוסח ישראל – לקראת השלמה: על הכבוד, הצדק, השוויון והכוונה יושתתו מעתה דיני המשפחה" מחקרי משפט יז 105, 108 (תשס"ב)). דיני המשפחה נתפסים אפוא כמאבק בין דין דתי לבין חוק אזרחי (פנחס שיפמן "שפה דתית ושפה אזרחית בדיני המשפחה" משפט ועסקים י 423, 426 (תשס"ט)), ובנושא זה קיימת כתיבה אקדמית עניפה (וראו, מבין רבים, מנשה שאווה "על 'כרוך' ועל 'כנות' - היפסק 'מרוץ הסמכויות' בענייני מזונות בין בית המשפט המחוזי לבין בית הדין הרבני?" עיוני משפט ב 719 (תשל"ב)); פנחס שיפמן "ארבעים שנה לדיני המשפחה - מאבק בין דין דתי לבין חוק חילוני" משפטים יט 847 (תש"ן); שחר ליפשיץ "דיני זוגיות חילוניים ביוכל הבא בין 'ליברטריאניזציה' ובין בית המשפט 'המחשק'" מחקרי משפט יז 159 (תשס"ב); ברכיהו ליפשיץ "גן התעתועים של 'ענייני נישואין וגירושין'" משפחה במשפט ב 107 (תשס"ט); שלמה דיכובסקי: "בתי הדין הרבניים ובתי המשפט האזרחיים – על החיכוך שביניהם בענייני משפחה" מאזני משפט ד 261 (תשס"ה); רות זפרן "מירוץ הסמכויות 'חי ובוועט': מ'ניצחון בנקודות' של מערכת השיפוט האזרחית בענייני משפחה להתעצמות מחודשת של מערכת בתי הדין הרבניים", משפטים מג 571 (התשע"ג)).

ידו של הדין הדתי שולטת בכיפה בענייני נישואין וגירושין, אולם בכל הקשור לחלוקת רכוש בין בני זוג, הדין האזרחי הוא המחייב. עוד קודם לחקיקת חוק שיפוט בתי-דין רבניים (נישואין וגירושין), התשי"ג-1953, דאג המחוקק הישראלי לחוקק את חוק שיווי זכויות האשה, התשי"א-1951. על רקע חוק זה, התערבה הפסיקה בהסדרים לא שוויוניים הנוגעים לענייני הרכוש בין בני הזוג, ואשר מקורם בדין הדתי (כך, לדוגמה, נוכח הוראת סעיף 2 לחוק, בוטלה זכות הבעל לפירות של נכסי המילוג של האשה - בג"ץ 202/57 טידיס נ' הנשיא וחברי בית הדין הרבני הגדול, פ"ד י"ב(2) 1528 (1958)); ונוכח הוראה זו הכיר בית המשפט בשיתוף בנכסים בין בני זוג - ע"א 253/65 בריקר נ' בריקר, פ"ד כ(1) 589, 596 (1966)). על רקע הוראות חוק זה, הפסיקה הבחינה לאורך השנים בין ענייני נישואים וגירושין לבין ענייני הרכוש בין בני זוג, שעליהם יש להחיל את הדין האזרחי, והוציאה בהדרגה ובעקבות את הנושא של יחסי הרכוש בין בני-זוג אל מחוץ לשטחו של המונח "ענייני נישואין" (בג"ץ 185/72 גור נ' בית הדין הרבני האזורי ירושלים, פ"ד כ"ו(2) 765 (1972)); ע"א 384/88 זיטרמן נ' זיטרמן, פ"ד מג(3) 205, 207-208 בפסקה 6 (1989) (להלן: עניין זיטרמן); ליפשיץ בעמ' 678). סיכום

את הדברים המלומד שיפמן: "זכויות הבעל בנכסי אשתו נשרו ממסגרת 'עניני נישואין' עקב ביטולם המהותי בחוק שיווי זכויות האשה, תשי"א-1951, כפי שנתפרש על ידי בית המשפט העליון" (פנחס שיפמן דיני המשפחה בישראל כרך א 30-32 (תשמ"ד)).

ובקיצור, וראוי לחזור ולומר את הדברים בקול ברור וצלול: עניני הרכוש בין בני הזוג אינם חלק מעניני הנישואין והגירושין עליהם חל הדין הדתי (וראו גם אריאל רוזן-צבי יחסי ממון בין בני זוג 89-92 (תשמ"ב)).

12. כך לגבי עניני רכוש בכלל, ועניני שיתוף בנכסים בפרט, וכפי שנאמר על ידי השופט (כתוארו אז) ברק בעניין בבלי: "הלכות שיתוף הנכסים אשר פותחו על-ידי בית המשפט העליון אינן נגזרות מאקט הנישואין, ואין הן בגדר עניני נישואין".

הלכת בבלי היא אבן פינה במשפטנו, וכוחה במותניה גם בחלוקה למעלה מחצי יובל. אזכיר כי באותו מקרה בית הדין הרבני קבע כי פסיקת בתי המשפט האזרחיים, אינה מחייבת את בית הדין אשר פוסק על פי ההלכה, שאינה מכירה במושג של שיתוף בנכסים. בג"ץ ביטל את פסק הדין, ומבלי להידרש לכלל הנימוקים, השורה התחתונה היא כי הלכת השיתוף חלה בבית הדין הרבני כחלק מהדין האזרחי הכללי, ובעניני רכוש בין בני זוג, יש להחיל בבתי הדין הרבניים את הדין האזרחי:

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

[במאמר מוסגר: לענייננו די בפרשנות המצמצמת שניתנה לפסק הדין בעניין בבלי ולהחלתה על ההלכות הנוגעות לשיתוף בנכסים. הפרשנות הרחבה גורסת כי מפסק הדין עולה ברירת מחדל ולפיה על בית הדין להחיל את הדין האזרחי בכל עניין שאינו בגדר "מעמד אישי", בבחינת קוהרנטיות נורמטיבית של הסדר כולל ואחיד בערכאות השונות (לדעה המצדדת בקריאה רחבה של פסק הדין בעניין בבלי ראו רות הלפרין-קדרי "פלורליזם משפטי בישראל: בג"ץ ובתי הדין הרבניים בעקבות בבלי

ולב" עיוני משפט כ 683 (תשנ"ז) (להלן: הלפרין-קדרי). לביקורת על פסק הדין בעניין בבלי ראו ברכיהו ליפשיץ "תוכן וקליפה בהלכת שיתוף בנכסים בעקבות בבלי" המשפט ג 239 (תשנ"ו) (להלן: ברכיהו ליפשיץ). גם המחבר עומד על כך שאת הלכת בבלי ניתן לפרש בדרך צרה ובדרך רחבה (שם, עמ' 240).

השפעתו של אשם מוסרי על הסכסוך הרכושי

13. החשיבות של הוצאת הסכסוך הרכושי בין בני זוג מענייני "נישואין וגירושין", תוך החלת הדין האזרחי, באה לידי ביטוי בנושא האשם. המגמה בדין האזרחי היא לנתק את אשמו של מי מבני הזוג מהנושא של חלוקת הרכוש, שמא כחלק מהמגמה הרחבה יותר של גירושין ללא אשמה (No Fault Divorce) (על משטר גירושין ללא אשם כאשר קשר הנישואין התפרק ראו שחר ליפשיץ "ברצוני להתגרש ומייד! על ההסדרה האזרחית של הגירושין" עיוני משפט כח 671 (2005); שחר ליפשיץ "דיני המשפחה בעידן האזרחי: מדיני הנישואים של מי שנישאו מחוץ לגבולות המדינה אל היום שאחרי כינונם של נישואים אזרחיים בישראל" משפט ועסקים י 447 (תשס"ט)). דומה כי תיקון מס' 4 לחוק יחסי ממון, אשר לאחר שנים רבות של מאבקים ניתק את חלוקת הרכוש מפקיעת הנישואין, אך מחזק מגמה זו. לא כך בדין הדתי, בו לאשם בכלל ולבגידה המינית של אחד מבני הזוג בפרט, יש השלכה גם בנושאים הרכושיים. הדין הדתי רואה בחומרה יחסים מחוץ לנישואין והמשפט העברי עשה שימוש בזכויות הקניין והחיוב כדי להעניש את האשם בכישלון חיי המשפחה (ברכיהו ליפשיץ, עמ' 256; יצחק כהן ואמל ג'בארין "יחסים מחוץ לנישואין כשיקול בחלוקת הרכוש המשפחתי – עיון מחודש במשפט הישראלי" משפט ועסקים טז 465 (התשע"ד) (להלן: כהן וג'בארין)). המחברים מצדדים בגביית מחיר כלכלי מבן הזוג האשם ביחסים מחוץ לקשר הנישואין, ובמאמרם סוקרים את המצב בארצות הברית בנושא זה; וראו גם ליאור משאלי-שלומאי שיפוט מוסרי של התנהגויות בדיגי הגירושין והפיטורין, 125-121, 211 (חיבור לתואר דוקטור; תשע"ד).

כאמור, בדין האזרחי המגמה היא לנתק את העיסוק בהתנהגות המינית של הצדדים בכל הקשור לסכסוך הרכושי בין הצדדים, מה שיכול "לחסוך" לצדדים מעות מיותרות בהעסקת חוקרים פרטיים להוכחת קשר מחוץ לנישואין. וכפי שנזדמן לי לומר, הגם שבהקשר אחר, "מטבע הדברים, הנסיון להוכיח אשמה על מנת לזכות בנקודות' במערכה על המזונות וענייני הרכוש, גורר עיסוק פולשני הפוגע בפרטיותם של בני הזוג" (ע"מ (חיפה) 740/08 פלוני נ' פלונית (19.11.2008)).

עמד על כך המשנה לנשיאה, השופט ריבלין, בבג"ץ 8926/08 הנזכר בפסק דינו של הדיין עמוס:

"...אין להעניש אדם על חלקו בפירוק היחסים על ידי סנקציות כלכליות במסגרת חלוקת הרכוש בין בני הזוג. פירוק התא המשפחתי הוא אירוע קשה וכאוב עד מאד. במקרים מסוימים ניתן לראות באחד מבני הזוג כנושא באחריות גדולה יותר לפירוק היחסים מזו שנושא בה בן הזוג השני. אולם, אין להתמודד עם הקושי שבפירוק, ועם אשמתו של מי מהצדדים, בדרך של פגיעה כלכלית במסגרת חלוקת הרכוש של בני הזוג. יתרה מכך, תכופות יש קושי לדבר בהקשר זה במונחים של 'אשמה'. פירוק הנישואין הוא תוצאה של נסיבות מורכבות ובגידה כשלעצמה אינה הופכת את אחד מבני הזוג לאשם הבלעדי".

14. ודוק: איני בא לומר כי לנושא הבגידה לא יכולה להיות אף פעם השלכה בסכסוך הרכושי בין בני זוג, אולם בחינת הדברים צריכה להיעשות באספקלריה של הדין האזרחי לצורך בחינת השאלה אם יש מקום להחיל את חזקת השיתוף או את השיתוף הספציפי בנכס. כך, אינני שולל כי ייתכנו מקרים בהם בגידה ממושכת תעיד על העדר שיתוף בין בני הזוג (ראו בג"ץ 3995/00 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד נו(6) 883 (2002). באותו מקרה היה מדובר בבגידה שנמשכה 12 שנים מתוך 17 שנות נישואין, ובית הדין דחה את תביעת האישה לשיתוף ספציפי בדירה שהובאה על ידי הבעל לנישואין; וכן השוו לבג"ץ 7940/17 הנ"ל, שם הדגיש בית הדין הרבני את "חלון הזמנים הקצר שבמהלכו יכול היה להיווצר השיתוף [...] באותה עת כבר התגלעו קשיים ביחסי בני הזוג"). אלא שבמקרה שלפנינו היה זה הבעל שכתב בתביעת הגירושין, לאחר כ-31 שנות נישואין, כי "בחודשים האחרונים" לעותרת יש בן זוג אחר. הצדדים גם הסכימו כי מועד הקרע לצורך החישוב האקטוארי יהיה שנת 2013, ולא קודם לכן.

בשורה ארוכה של פסקי דין נקבע כי בגידה עשויה לשים קץ לשיתוף "אך אין נענשים עליהן למפרע על ידי נטילת הזכויות ברכוש המשותף" (ע"א 264/77 דרור נ' דרור, פ"ד לב (1) 829 (1978). וראו בדומה עניין בבלי בעמ' 255; עניין זיסרמן; ע"א 819/94 לוי נ' לוי, פ"ד נ(1) 300, 304 (1996); בג"ץ 1135/02 חגיאל נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים, פ"ד נו (6) 14, 24 (2002); וכן בע"מ 7272/10 פלונית נ' פלוני,

בפסקה 24 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז, בפסקה 3 לפסק דינו של השופט הנדל, ובפסקה 5 לפסק דינו של השופט מלצר (2014), שם היה מדובר באשם בדמות התנהגות אלימה של בן הזוג, להבדיל מאשם בדמות קשר מיני מחוץ לחיי הנישואין). על כלל זה חזר בית משפט זה בבג"ץ 8928/06 הנ"ל, שעה שהתערב בפסק דינו של בית הדין הרבני הגדול, שנתן משקל לבגידתו של אחד מבני הזוג בתקופת הנישואין על מנת להצדיק סטייה מכלל איזון הנכסים השווה הקבוע בחוק יחסי ממון.

הדיין עמוס הזכיר את פסק הדין בבג"ץ 8928/06 בפסק דינו, תוך שהוא מצטט את הכלל לפיו "אין נענשים על בגידה למפרע על ידי נטילת הזכויות ברכוש המשותף", אך סבר כי יש להבדיל בין ענישה "על זכויות שאחד מהצדדים כבר זכה בהם", לבין התחשבות בשאלת הבגידה לצורך שלילת זכויות בנכס מכוח כוונת שיתוף. כאמור, לתמיכה בעמדתו, הזכיר הדיין עמוס את פסק הדין בעמ"ש (ת"א) 13313-12-11 מיום 26.2.2014. אלא שקריאה זהירה של פסק הדין מעלה כי בניגוד למקרה שלפנינו, שטענת הבגידה מתייחסת לחודשים האחרונים טרם פרוץ הסכסוך, הרי שבאותו מקרה הדגיש בית המשפט - לצד נימוקים נוספים המצביעים על היעדר כוונת שיתוף במישור הכלכלי - ש"אין מחלוקת כי המשיב לא שמר, במשך שנים, אמונים למערערת. הוא בגד בה עם נשים אחרות, היה רשום לאתרי הכרויות, וקיים מערכות יחסים עם נשים אחרות בתקופות שונות של החיים המשותפים, לרבות בתקופת השיפוץ של הדירה. המערערת ידעה על כך. היא הבליגה, השלימה וסלחה. המשיב הבטיח, כי ישנה מדרכיו אך הוא חזר לסורו". בנסיבות אלה, מצא השופט שוחט כי "קשה לייחס כוונה לבן זוג, לשיתוף בן הזוג האחר ב'נכס חיצוני', כשהאחר אינו שומר אמונים לבן זוגו, בוגד בו עם נשים אחרות ומנסה להעלים ממנו לא רק נכסים חיצוניים אלא גם נכסים משותפים, ומפר כל פעם מחדש הבטחות לשנות מדרכיו חרף נכונותו של בן הזוג לסלוח לו ולקבלו".

ודוק: עמדנו על כך שהשיתוף הכללי, כמו גם השיתוף הספציפי בנכס, מתגבש בנקודה מסוימת על ציר חיי הנישואין. גם אלו הסבורים כי יש ליתן משקל לאשמה של בן הזוג בענייני רכוש, יסכימו כי נפקותה של בגידת בן הזוג הוא מכאן ואילך, כנקודת זמן המעידה על המשבר ביחסים בין בני הזוג, ולכן יש להבחין בין רכוש שנצבר לפני מעשה הבגידה לרכוש שנצבר מיום הבגידה ועד לפירוק בפועל של הנישואין: "משבר חמור ביחסים אמור להפסיק את השיתוף מאותו מועד ואילך ולהחילו רק על הנכסים הקיימים באותה עת" (כהן וג'בארין בעמ' 481, הדגשה הוספה – י"ע).



15. הנה כי כן, בניגוד לפסק הדין בבג"ץ 8928/06, מצא בית הדין הרבני הגדול להפליג אל הדין הדתי ולהסביר מדוע, לשיטתו, יש נפקות לבגידתה של העותרת בסוגיה שלפנינו. דומני כי הדבר ממחיש כי הגם שבית הדין שילם מס-שפתיים לדין האזרחי, הרי שנתן משקל מכריע לבגידתה של האשה, ולאחר 30 שנות נישואין שלל ממנה למפרע את הזכות לשיתוף ספציפי בבית המגורים. בכך הכניס בית הדין את רכיב האשמה לענייני רכוש דרך הדלת הראשית, ולמיצער, דרך החלון, תוך דחייה למעשה, ואף הלכה למעשה, של הלכת השיתוף הספציפי בבית המגורים.

16. הערה לפני סיום.

ככלל, המצב הרצוי הוא של הרמוניה בין הערכאות על מנת לצמצם ככל שניתן את מה שעלול להתפס כהתגוששות בין הערכאה האזרחית לערכאה הדתית. אלא שדווקא השאיפה להרמוניה, היא שצריכה להביא לאחידות בפסיקה הנוגעת לענייני רכוש, על מנת למנוע מצב בו בנושאים הרכושיים הדין המהותי הולך אחר הדיין. לכך השלכות בלתי רצויות, כמו כריכה בלתי כנה של נושא הרכוש בתביעת הגירושין ומתן תמריץ לתופעה הבלתי רצויה הידועה במקומותינו כמירוץ הסמכויות.

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

17. סוף דבר, שאילו דעתי נשמעה, היינו מבטלים את פסק דינו של בית הדין הרבני הגבוה, שאז היה פסק דינו של בית הדין האזורי חוזר ועומד על כנו והעותרת הייתה זכאית למחצית הזכויות בבית המגורים. אחזור ואדגיש כי השאלה שעומדת לפנינו אינה אם יש להחיל את השיתוף הספציפי בבית המגורים, מאחר שבנושא זה של עובדה ומשפט יכולות להיות דעות לכאן ולכאן (ראו והשוו בע"מ 2948/07 פלונית נ' פלוני, בפסקה ו (18.4.2007)). השאלה הצריכה לענייננו היא אם בית הדין הרבני הגדול החיל את הדין הדתי תוך מתן משקל לבגידתה של האשה, בשאלה רכושית מובהקת. לטעמי, התשובה על כך חיובית, וניכרת בפסק הדין של בית הדין הרבני הגדול נסיגה למצב ששרר טרום הלכת בבלי, ומכאן ההצדקה להתערבותנו.

בשולי הדברים אציין כי לא נעלמה מעיני הטענה לשיהוי בהגשת העתירה. בנסיבות המקרה איני סבור כי יש בכך טעם מספק לדחיית העתירה על הסף, אך לו תישמע דעתי, אציע שלא לפסוק הוצאות משפט לטובת העותרת.

עוד בשולי הדברים, לבקשת הבעל ולצורך הליכי הוצאה לפועל התלויים ועומדים בין הצדדים, מובהר בזה כי לצורך התשלום של 2,000 ₪ לחודש, כפי שנקבע בהסכם בין הצדדים בבג"ץ 4602/13, הרי שמועד פסק דינו של בית הדין הרבני האזורי ביום 29.2.2016 הוא המועד המהווה "תום הדיון בסכסוך הרכושי".

18. לאחר שעיינתי בפסקי הדין של חבריי, השופטים ד' מיינץ וא' שטיין, אוסיף ואעיר טלגרפית:

א. במענה להערת הפתיחה של חברי, השופט שטיין, אבהיר כי אין בפסק דיני משום כרסום בהלכה הנוגעת להיקף התערבותו של בית משפט זה בפסקי הדין של בית הדין הרבני. הלכה זו על מכונה עומדת, ופסק דיני אינו אלא יישומה על נסיבות המקרה דנן.

ב. אני מסכים לחלוטין עם חברי, השופט שטיין, כי הלכת בבלי אכן לא חידשה בכל הנוגע לתחולתה של חזקת השיתוף, וכי החידוש הוא בכך שבעקבות הלכה זו הובהר כי בית הדין הרבני חייב לפסוק לפי הדין האזרחי בענייני רכוש. אחזור ואפנה את הקורא לסעיף 12 לפסק דיני, שם ציטטתי מפסק הדין בעניין בבלי והפניתי למאמרים העוסקים בשאלה אם יש ליתן לפסק הדין פרשנות מצמצמת או רחבה.

ג. בפסקה 8 לפסק דיני הזכרתי את פסק הדין בעניין בעהם. הציטוט שהביא חברי מעניין בבלי (פס' 12 סיפא לפסק דינו), אך מסביר כיצד מצא המשנה לנשיא ברק (כתוארו אז) להתמודד עם מקרה זה תוך אבחון, באמצעות הקביעה כי ביסוד פסק הדין בעניין בעהם עמדה הסכמת הצדדים שעשויה להתפרש גם כהסכמה להחלת המשפט העברי (וראו הלפרין-קדרי בעמ' 685 בה"ש 4).

ד. כפי שהדגשתי בסעיף 7 לפסק דיני, במצב הדברים הרגיל, גם אם הייתי סבור כי בית הדין הרבני הגדול טעה ביישום ההלכה הנוגעת לשיתוף ספציפי בדירת מגורים, לא הייתי מוצא להתערב בפסק דינו. ברם, במקרה דנן, גם לשיטת הבעל, בגידתה הנטענת של העותרת הייתה בחודשים האחרונים של 31 שנות נישואיהם. לכן,

תמיהה היא, הכיצד ניתן להכניס את הבגידה אל תוך סל האינדיקציות והעובדות שבית המשפט בוחן בבואו להחליט אם נוצר שיתוף ספציפי בדירת מגורים לאורך השנים. המשקל שנתן בית הדין לבגידתה של העותרת במקרה דנן (בגדר "התנהגות מחפירה" כלשונו של הדיין נהרי) עומד אפוא בניגוד להלכה של בית משפט זה, לפיה אין לשלול זכויות למפרע. אלא שכך עשה בית הדין במקרה דנן, תוך שהוא מתעלם מההלכה לפיה בנושא של חלוקת רכוש, הדין האזרחי הוא המחייב. בכך פעל בית הדין בניגוד להלכת בבלי ובכך חרג מסמכותו.

ה. יש הגורסים כי שיתוף ספציפי בדירת מגורים שהובאה לנישואין, אינו מבוסס אך ורק על כוונת בן הזוג, ואפנה למודל הקישורי הנזכר בסעיף 6 לפסק דיני ולמאמרו של ליפשיץ הנזכר שם.

ו. מכל מקום, גם אם ננתח את הלכת השיתוף הספציפי באספקלריה של כוונת שיתוף, אבהיר כי גם אני נכון להניח כי במקרים מסוימים, בגידה של מי מבני הזוג יכולה להיות אחת מהעובדות הרלוונטיות, בבוא בית המשפט להעריך אם נוצר שיתוף ספציפי בדירת מגורים שהובאה לנישואין (ראו בסעיף 14 לפסק דיני). לכן, אין לי יחס לי התעלמות מרצונו של בן הזוג שהביא נכס לנישואין, שלא לשתף את בן הזוג בנכס במקרה של בגידה.

כחברי, אף אני סבור כי ככלל, מקום בו הוכח כי בן הזוג "הנבגד" לא התכוון מלכתחילה לחלוק את רכושו עם בן הזוג "הבוגד" (אם בכלל ואם במקרה של בגידה), יש לכבד כוונה זו. מנגד, לא ניתן לבצע "הנדסה חוזרת" ולקבוע כי משעה שכן הזוג ביצע אקט של בגידה, אזי עלינו להניח כי בן הזוג "הנבגד" מלכתחילה לא התכוון לחלוק עמו את רכושו. קביעה שכזו לוקה בהנחת המבוקש.

במקרה שלפנינו, אין כל אינדיקציה לכך שהבעל ביקש שלא לחלוק את רכושו עם העותרת במקרה של בגידה (ואזכיר כי בית הדין הרבני האזורי הגיע למסקנה שונה לחלוטין לגבי כוונתו של הבעל, כפי שהשתקפה גם מהתבטאויות שלו עצמו). פסק דינו של בית הדין הרבני הגדול קובע הלכה למעשה כי בכל מקרה של בגידה, ניתן לקבוע כי לא הייתה כוונת שיתוף. חברי, השופט שטיין, מבקש לשמור על ניטרליות ביחסו של בית המשפט לנושא זה, ברם, המשמעות המעשית של פסק דינו היא שבכל פעם שבית הדין הרבני ידון בסוגיה של שיתוף ספציפי בנכס, ניתן יהיה להביא את אלמנט הבגידה כראיה להיעדר כוונת שיתוף. מכאן קצרה הדרך לתופעה, שגם חברי מסתייג ממנה, של

הבאת ראיות על מעשי בגידה וניאוף של מי מבני הזוג במסגרת סכסוך בענייני רכוש, ואנה אנו באים.

ש ו פ ט

השופט ד' מינץ:

למרות שחלקים בלתי מבוטלים מחוות דעתו של חברי השופט י' עמית מקובלים עלי, אין בידי להסכים לתוצאה אליה הגיע, ולדעתי דין העתירה להידחות.

1. עיון בפסק דינו של בית הדין הרבני הגדול – על שלושת חוות הדעת של חברי ההרכב, מגלה כי פסק הדין ניתן על בסיס קביעות עובדתיות על פיהן לא הוכח שיתוף בנכס מושא העתירה (להלן: הנכס). למסקנה זו הגיע בית הדין הרבני הגדול בשל היעדרו של "דבר מה נוסף" להוכחת השיתוף (כדעת הדיין עמוס); או בשל היעדר "אומדנא לכוונת שיתוף או נתינה" (כדעת הדיין נהרי); או בשל היעדר "כוונת שיתוף כלל" (כדעת הדיין אלמליח). אכן עניין הבגידה הנטענת של העותרת מצא את ביטויו בחוות דעתם של הדיינים עמוס ונהרי, ובחוות דעתו של הדיין נהרי אף נקבע מפורשות כי "מעשה הבגידה יוצר כוונת אי שיתוף של בעל הנכס כלפי מי שבגד בו, ודוק מינייה לאתרין (דייק משם ותסיק גם לענייננו – ד.מ.)." ברם, בכך אין די כדי להצדיק התערבות בית משפט זה בפסק הדין. ואבהיר.

2. אין מחלוקת כי במקרה זה משטר יחסי הממון החל על בני הזוג הוא לפי חוק יחסי ממון בין בני זוג, התשל"ג-1973 (להלן: חוק יחסי ממון או החוק). על פי משטר זה במשך הנישואין חלה הפרדה בין נכסי בני הזוג, ואילו עם פקיעת הנישואין קם בין בני הזוג חיוב אובליגטורי לאזן ביניהם את שווים של נכסיהם, או בלשון אחר – לבצע "איזון משאבים" (ע"א 1915/91 יעקובי נ' יעקובי, פ"ד מט(3) 529, 550 (1995) (להלן: עניין יעקובי); רע"א 8672/00 אבו דומי נ' אבו דומי, פ"ד נו(6) 175, 179 (2002) (להלן: עניין אבו דומי)).

3. סעיף 5(א) לחוק יחסי ממון קובע כי עם התרת הנישואין (או פקיעתם בשל מותו של אחד מבני הזוג) זכאי כל אחד מבני הזוג למחצית שוויים של כלל נכסי בני

הזוג, כאשר לפי סעיף 8 לחוק רשאי בית המשפט לקבוע מועד אחר לביצוע האיזון (מועד המכונה לעתים "מועד הקרע"; וראו: בג"ץ 2642/08 פלוני נ' בית הדין הרבני הגדול ירושלים (8.4.2008); בע"מ 2045/15 פלוני נ' פלונית (21.5.2015)). עם זאת, אחד מהנכסים המוחרגים מאיזון המשאבים לפי סעיף 5(א)(1) לחוק הוא נכס שהיה למי מבני הזוג ערב הנישואין או שקיבלו במתנה או בירושה בעת הנישואין. את סעיף 5(א) לחוק יש לקרוא עם סעיף 4 שבו, הקובע כי אין בכריתת הנישואין או בקיומם כשלעצמם כדי לפגוע ברכושם של בני הזוג, כדי להקנות לאחד מהם זכויות בנכסי השני או כדי להטיל עליו אחריות לחובותיו (בע"מ 1398/11 אלמונית נ' אלמוני (26.12.2012) (להלן: עניין אלמונית)).

4. בעניין יעקובי התגלעה מחלוקת בבית משפט זה בשאלה אם חלה חזקת השיתוף על בני זוג שנישאו לאחר תחילתו של חוק יחסי ממון. הדעה השלטת הייתה כי כשם שעל בני זוג שנישאו לפני המועד הקובע בחוק (1.1.1974) חל משטר יחסי ממון יחיד ומיוחד של "חזקת השיתוף" (שמשמעו כאשר בני זוג מנהלים אורח חיים תקין והתנהגותם מגלה מאמץ משותף, הרכוש שנצבר במהלך הנישואין מצוי בבעלותם המשותפת. שותפות זו נלמדת מנסיבות החיים המשותפים ומגמירות הדעת המיוחסת לבני הזוג. החזקה נשענת על קונסטרוקציה חוזית שעניינה הסכם משתמע בין הצדדים, שלפיו הם שותפים שווים בזכויות. וראו: ע"א 300/64 ברגר נ' מנהל מס עיזבון, פ"ד יט(2) 240 (1965); ע"א 253/65 בריקר נ' בריקר, פ"ד כ(1) 589 (1966); ע"א 135/68 בראלי נ' מנהל מס עיזבון, ירושלים, פ"ד כג(1) 393 (1969); ע"א 595/69 אפטה נ' אפטה, פ"ד כה(1) 561 (1971)), על בני זוג שנישאו לאחר המועד הקובע, חל אך ורק הסדר איזון המשאבים לבדו, ואין תחולה לחזקת השיתוף בעניינם (בג"ץ 1727/07 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול לערעורים, פסקה 6 (19.3.2007) (להלן: עניין פלונית)). לפיכך, ככלל, מנוע בן זוג שחל עליו הסדר איזון המשאבים לטעון לבעלות על כלל נכסי בן זוגו או על נכס מסוים בטענה כי חלה עליו חזקת השיתוף בנכסים או באותו נכס.

5. חרף האמור, נקבע כי בני הזוג אינם מנועים מלטעון לבעלות על נכסים מכוח הדין הכללי, היינו דיני הקניין ודיני החוזים הרגילים. לשם כך ולשם הכרה בשיתוף בנכס מסוים, ובכלל זה דירת מגורים שהובאה לנישואין על ידי אחד מבני הזוג, יש להראות נסיבות עובדתיות נוספות על עצם קיומם של חיי נישואין משותפים ממושכים (עניין אבו רומי בעמ' 183). השאלה אם הוכחה כוונת שיתוף ספציפית, כאמור, היא

שאלה עובדתית הטעונה הוכחה בידי מי שטוען לה, והיא תלויה נסיבות (בע"מ 4545/09 פלוני נ' פלונית, פסקה 6 (7.1.2010); בע"מ 2948/07 פלונית נ' פלוני (18.4.2007); בע"מ 10734/06 פלוני נ' פלונית (14.3.2007); ע"א 8128/06 לוינזון נ' ארנון, פסקה כ"ג (3.2.2009); בע"מ 2991/13 פלונית נ' פלוני (21.8.2013); בע"מ 7181/12 פלוני נ' פלונית (9.11.2012); בע"מ 5939/04 פלוני נ' פלונית, פ"ד נט(1) 665 (2004)). היא תיבחן בהתאם לאומד דעתם של בני הזוג, להסכמתם המפורשת או המשתמעת ולנסיבות חייהם ביחס לנכס הספציפי. במסגרת זו נקבע כי יש להביא בחשבון אם הנכס רשום על שם אחד מבני הזוג, ובהתחשב בכך ש"המוציא מחברו עליו הראיה", הנטל על בן הזוג השני להוכיח שמגיעות לו זכויות באותו נכס. אין די בעצם קיומם של חיי נישואין ממושכים, ובהקשר זה יש לתת את הדעת בין היתר להתנהגות הצדדים ולטיב ההשקעות הכספיות של בן הזוג הלא רשום בנכס (בע"מ 1477/13 פלונית נ' פלוני (6.8.2013)).

6. על דירת המגורים נאמר כי היא "גולת הכותרת של חזקת השיתוף" (ע"א 806/93 הדרי נ' הדרי, פ"ד מח(3) 685, 690 (1994)), וטיב הנכס כשלעצמו משפיע על התשתית הראייתית הדרושה לביסוס חזקת השיתוף (ע"א 3002/93 בן-צבי נ' טיטין, פ"ד מט(3) 5, 13 (1995)). הדברים נכונים גם כיום, כאשר כמעט חלף עבר לו מן העולם המשטר של "חזקת השיתוף" ומצויים אנו באופן כמעט מוחלט בעולם "איזון המשאבים", על פי החוק. בהתאם לכך, נקבע כי מספר פחות של ראיות נדרש להוכחת השיתוף באשר לנכסים משפחתיים בכלל ובאשר לדירת מגורים בפרט, שהיא הנכס העיקרי של המשפחה (ע"א 741/82 פייכטנבאום נ' פייכטנבאום, פ"ד לח(3) 22, 26 (1984); ולהרחבה ראו: ע"א 4306/12 פלונית נ' בנק לאומי לישראל בע"מ (15.7.2018)).

7. ומכאן לענייננו. גם חברי השופט עמית סבור כי בגידה ממושכת של מי מבני הזוג עשויה להעיד על היעדר שיתוף בין בני הזוג, גם בדירת המגורים המשותפת שלהם (פסקה 14 לחוות דעתו). בגידה יכולה אף להוות נסיבה המשמיטה את הקרקע מתחת לקיומה של חזקת השיתוף הקיימת בין בני זוג (וראו: ע"א 264/77 דרור נ' דרור, פ"ד לב(1) 829 (1978) (להלן: עניין דרור)) והיגיון רב טמון בקביעה זו. אלא מאי, כפי שהצביע חברי, כשם שהתגבשות השיתוף נמדדת על צירי חיי הנישואין, כך גם הנסיבות המצביעות על היעדר שיתוף נלקחות בחשבון על רצף חיי הנישואין, ואין "נענשים עליהן למפרע" (עניין דרור, שם בעמ' 832 וראו: בג"ץ 9734/03 פלוני נ' בית הדין

הרבני הגדול, פ"ד נט(2) 295 (2005)). היינו, אין בכוחה של בגידה של אחד מבני הזוג לבטל את שיתוף הנכסים שהתגבש, אם התגבש לפני הבגידה.

8. על פניו, במקרה שלפנינו חיו בני הזוג בהרמוניה במשך שנים רבות, ובהתאם לדין אין מקום לזקוף את בגידתה הנטענת המאוחרת של העותרת לשלילת השיתוף בנכסים שהתגבש קודם לכן. אלא שבעניין זה, אין בידי להסכים לעמדתו של חברי השופט עמית, לפיה שלושת דייני בית הדין הרבני הגדול התחשבו בבגידה בתוך מכלול השיקולים לשלילת השיתוף בנכס ואף היא זו אשר הטתה את הכף לחובת העותרת. להשקפתי, מתוך דברי הדיינים עמוס ואלמליח ונימוקיהם נלמד כי מסקנה זו נתקבלה במנותק לבגידה. כך, אף שהדיין עמוס הפליג לעבר הדין העברי, הוא הגיע למסקנה כי לא התגבש שיתוף בנכס עובר לדיון בבגידת העותרת. הוא אף הדגיש בחוות דעתו, כי ההתייחסות לבגידה היא בנוסף ומעבר לנדרש בחוות דעתו הבסיסית, כאשר הדיון ב"פן ההלכתי", כפי שהגדיר אותו, נאמר בשולי הדברים. גם הדיין אלמליח פסק בהתאם לדין האזרחי, ובחוות דעתו אינו מזכיר כלל את בגידתה של העותרת מתוך מכלול שיקוליו לשלילת השיתוף בנכס. על כן, למרות שהדיין נהרי קבע כי מעשה הבגידה יוצר "כוונת אי שיתוף של בעל הנכס כלפי מי שבגד בו" (על דרך למידה של קל וחומר), אין מקום כדי לומר כי מסקנת דעת הרוב בבית הדין הייתה נגועה בשקלול נסיבות שאינן רלוונטיות לעניין, או כי בית הדין החיל את הדין הדתי על יחסי הממון הקיימים בין בני הזוג. אשר על כן, בית הדין לא חרג מסמכותו בפסק דינו.

9. משעה שבית הדין לא חרג מסמכותו, ובהינתן היקף ההתערבות המצומצם של בית משפט זה בשבתו כבית משפט גבוה לצדק על החלטות בית הדין (ראו: סעיפים 15(ג) ו-15(ד)(4) לחוק יסוד: השפיטה; בג"ץ 9812/17 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול (29.5.2018); בג"ץ 2617/18 פלוני נ' בית הדין הרבני הגדול (30.4.2018); בג"ץ 1996/16 פלוני נ' בית הדין הרבני הגדול (21.6.2016); בג"ץ 3689/15 פלונית נ' בית הדין הרבני האזורי בתל אביב (17.5.2016); בג"ץ 3394/18 פלוני נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים (2.5.2018); בג"ץ 3042/18 פלונית נ' בית הדין הרבני האזורי (1.5.2018); בג"ץ 4091/8 פלוני נ' בית הדין הרבני הגדול (25.3.2018)), גם אם אניח כי בית הדין טעה ביישום הדין, אין מקרה זה נכנס לגדרם של אותם מקרים המצדיקים התערבות בית משפט זה.

10. ובשולי הדברים, אך לאו דווקא בשולי חשיבותם. עת פנה הדיין עמוס לדון בפן ההלכתי, קבע כי פרשנות בית הדין הרבני המתייחסת לשיתוף בנכסים על פי חוק יחסי ממון וההלכה הפסוקה הקיימת בבית המשפט, שוות ערך לפרשנות כל ערכאה שיפוטית אחרת. על כך נדמה לא ימצא חולק. אלא שהדיין עמוס המשיך ולו למעלה מן הצורך וקבע כי על בית הדין הרבני לצקת תוכן לפרשנותו לפי הדין העברי ולא לפי הדין הכללי. דומה כי בכך נפלה שגגה בידו (ראו: בג"ץ 1000/92 בבלי נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד מח(2), 221 (1994)). יחד עם זאת, אתייחס בקצרה לעמדת המשפט העברי כפי שהובאה בחוות דעתו של הדיין עמוס.

11. על פי המשפט העברי, ההתחייבות הממונית הכרוכה בשיתוף בן זוג אחד בנכסי בן הזוג השני צריכה להיות מושתתת על "מנהג ידוע" שעל בסיסו קיבל בן הזוג על עצמו את ההתחייבות. בעניין זה הביא הדיין עמוס כאסמכתא את דברי הרמב"ם (הלכות אישות פרק ט"ז, הלכה ז-ט) וכן מבואות מתוך דברי שו"ת רבי אליהו מזרחי סימן ט"ז (נולד בקושטא בשנת 1450 ונפטר בשנת 1526 והמפורסם גם מתוך פירושו לפירוש רש"י על התורה). מפאת חשיבותם, נביא את הדברים שצוטטו על ידי הדיין עמוס מתוך התשובה האמורה במלואם:

"שהרי אין כח המנהג יכול להתפשט בדין ממונא על מי שאינו רוצה להתנהג באותו מנהג, עד שנוציא ממון מיד המחזיק בו בעל כורחו על פי המנהג, כמו שהוא מתפשט גבי איסורא שחל עליו בעל כורחו ומפרישין אותו מאותו דבר... שכן הוא חזינן שהוא מנהגא דמתא אי מנהגא ברורה פשוטה היא לכל בני מתא אמרינן אנן סהדי דאדעתא דמנהגא עשה מה שעשה (אנו בודקים אם אותו מנהג של העיר הוא מנהג ברור ופשוט לכל בני העיר, ואז קובעים אנו שעל דעת מנהג עשה מה שעשה – ד.מ.) וכאילו התנה הוא בעצמו בפירוש על הדבר, וצריך לקיים תנאו, ולא מכח המנהג שנהגו אחרים. ואף על גב דהשתא (עכשיו) צווח ואמר לא נתכוונתי לכך ולא נתרציתי בזה לעולם, אפילו הכי אמרינן אנן סהדי דלא עשה אלא על פי המנהג (למרות כך אנו קובעים שלא עשה אלא על פי המנהג)... אבל אי לא הוי האי מנהגא ברורה ופשוטה לכל בני מתא (אבל אם לא היה המנהג ברור ופשוט לכל בני העיר), אמרינן דילמא מעיקרא לא שמיע ליה ההוא מנהגא (אנו אומרים שמא מעיקרו של דבר לא שמע על אותו מנהג), אי נמי שמיע ליה ולא בעי למעבד הכי (או לחלופין שמע על המנהג אך לא רצה לפעול על פיו), מכיון שכן הוי ספיקא, ומספיקא לא מפקינן ממון מחזקתיה (מדובר בספק, ומכוח ספק אין מוציאים ממון מחזקתו)".



פירושם של דברים הוא, כי אם קיים מנהג הידוע לכל בני העיר, לא ניתן לסתור את המנהג וקיימת מעין חזקה חלוטה כי כל אדם פועל לפי המנהג ומוציאים ממנו ממון אם המנהג מורה כך באותן נסיבות. לעומת זאת, אם מדובר במנהג שאינו מוכר לכל בני העיר, ההנחה היא כי ייתכן שהאדם לא שמע על המנהג, או לחלופין שמע עליו אך לא פועל על פיו. מדובר בספק, ומכוח ספק אין מוציאים ממון מחזקתו של אדם.

12. נוכח דברים אלו, קבע הדיין עמוס כי אף אם נקבע שמוציאים ממון על פי "מנהג המדינה", חייבת להיות כוונת שיתוף מפורשת ונטל הראיה להוכיחה מוטל על בן הזוג השני על דרך "המוציא מחברו עליו הראיה". זאת, מפני שמנהג המדינה מקים אך ספק ובמקום שקיים ספק, יש להעמיד את הנכס בחזקת מי שמחזיק בו. על כן בענייננו, לשיטת הדיין עמוס לא היה מקום על פי המשפט העברי לקבוע כי הנכס הוא בבעלות משותפת, ולהוציא מידו של משיב 3, גרושה של העותרת, את חציו לטובתה.

13. ראשית ייאמר, כי מתוך דברים אלו אתה למד כי לא הבגידה היא שעמדה בבסיס עיקר ההכרעה של הדיין עמוס על פי המשפט העברי, כי אם על כוחו של "מנהג המדינה" בדמות משטר יחסי הממון על פי החוק או על פי "חזקת השיתוף" להכריע בשאלת הבעלות על הנכס. שנית, אין הנדון דומה לראיה, שכן במקרה דנן לא מדובר בהכרעה המבוססת על "מנהג המדינה", בדמות חזקת השיתוף, עליה יצא הדיין עמוס חוצץ, אלא בהכרעה על בסיס הדין הכללי ועל פי הבירור הראייתי לגופו של עניין.

14. כאמור לעיל, משטר יחסי הממון הקיים במקרה זה בין העותרת למשיב 3 הוא איזון המשאבים לפי חוק יחסי ממון. על כן, השיתוף בנכס אינו נובע מחזקת השיתוף, אלא מהדין הכללי (וראו דעה אחרת של חברי השופט עמית במסגרת ע"א 7750/10 בן-גיאת נ' הכשרת היישוב ביטוח בע"מ (11.8.2011)). זאת כאמור לעיל, תוך התחקות אחר כוונת שיתוף ספציפית של בני הזוג בנכס, כאשר נטל הראיה מוטל על כתפי העותרת להוכיח את קיומו של השיתוף. רוצה לומר, כי גם לפי הדין הכללי וגם לפי הדין העברי, נטל הראיה במקרה זה מוטל על העותרת להוכיח את קיומה של כוונת השיתוף בנכס ובמקרה של ספק, יש להעמיד את מלוא הנכס בחזקתו של משיב 3. שונה הדבר לו אכן זכויותיה של העותרת בנכס היו נובעות מחזקת השיתוף, כי אז ייתכן שדרכי שיטות המשפט היו נפרדות (וראו לעניין כוחה של החקיקה האזרחית לפי הדין העברי: הרב מרדכי אליהו "יחס ההלכה לחוקי המדינה" תחומין ג 242 (תשמ"ב); הרב

ד"ר רון קליינמן "החוק האזרחי במדינה – 'מנהג המדינה'?" תחומין לב 261 (תשע"ב); הרב אשר וייס "היש תוקף לחוקי המדינה מצד מנהג המקום?" תחומין לד 171 (תשע"ד); אימוץ חוקים ותקנות לפי דוקטרינת "משפט המלך", "דינא דמלכותא דינא" ו"תקנות הקהל": עדו רכניץ מדינה כהלכה 190 (2018)).

15. זאת ועוד. האמור לעיל גם עולה מתוך דברי הרמב"ם (שם, הלכה ט) המצוטטים על ידי הדיין עמוס כדקלמן:

"הרי שלא כתב כך בשטר כתובה, אלא נשא סתם. אם היה יודע בתקנה זו של גאונים גובה. ואם לאו, או שנסתפק לנו הדבר, מתישבין בדבר הרבה, שאין כח בתקנת הגאונים לדון בה אף על פי שלא נתפרשה כדין תנאיי כתובה..." (ההדגשה הוספה – ד.מ.).

רוצה לומר, כי אם קיים ספק בדבר התפשטות המנהג וידיעתו של הבעל על אודות המנהג, "מתישבין בדבר הרבה", כלומר מבררים היטב את נסיבות המקרה (וראו: הרב עדין אבן ישראל שטיינזלץ רמב"ם המבואר (מהדורה שנייה, 2017)). כך היא ההלכה הפסוקה בדין הכללי, שמבררים היטב את נסיבות העניין אם אכן, חרף הבעלות הנחזית לאחד מבני הזוג על הנכס מושא המחלוקת, יש גם לבן הזוג השני זכויות בנכס. אכן, גם במקרה המדובר ברמב"ם, ההתייחסות היא לקיומו של מנהג שקיים ספק אם בן הזוג יודע על קיומו. ואולם, שעה שמדובר בענייננו בהוכחת קיומו של השיתוף בהתאם לדין הכללי ועל פי דיני הראיות, דומה כי הדין העברי והכללי מובילים למקום אחד, על פיו נטל הראיה מוטל על כתפו של הטוען לקיומו של שיתוף בנכס שבבעלות בן זוגו.

ובשולי שולי הדברים, אציין במאמר מוסגר כי עמדת הרמב"ם שהובאה לעיל לא נפסקה להלכה (שולחן ערוך, אבן העזר, סימן ק', סעיף א'; וראו דברי הבית שמואל, שם).

לסיכומו של דבר אפוא, לא מצאתי כי בית הדין הרבני חרג מסמכותו והגיע לכלל מסקנה שרק על פי הדין העברי העותרת לא הוכיחה את השיתוף בנכס כטענתה. על כן, אם דעתי תישמע, העתירה תידחה.

1. במחלוקת שנתגלעה בין חבריי, השופטים י' עמית וד' מינץ, מוצא אני את עצמי מסכים עם השופט מינץ. אי-הסכמתי עם חוות דעתו של השופט עמית נובעת מהסיבות שיפורטו להלן. הלכה למעשה, מבקש השופט עמית לשנות את הכלל הנקוט בידינו מקדמת דנא ולפיו אין אנו מתערבים בפסק דינו של בית דין רבני אלא במקרים צרים ומוגדרים, בהימצא אחד הפגמים כדלקמן: (1) חריגה מסמכות; (2) סטייה ברורה מהוראות חוק המכוונות אל בית הדין הדתי שניתן לראות בה חריגה מסמכות או טעות בדין גלויה ומוכחת על פני הפסק, שהיא כמוה כחריגה מסמכות (ראו בג"ץ 7/83 ביארס נ' בית הדין הרבני האזורי חיפה, פ"ד לח(1) 673 (1984); בג"ץ 187/54 ברייה נ' קאדי בית הדין השרעי המושלמי, עכו, פ"ד ט 1193 (1955); בג"ץ 202/57 סידים נ' הנשיא וחברי בית-הדין הרבני הגדול, ירושלים, פ"ד יב 1528 (1958); וכן מאמרו של הפרופסור המנוח מנשה שאווה, "האם סטייה או התעלמות של בית דין דתי מהוראת חוק חילונית המופנית אליו במיוחד, כמוה כ'חריגה מסמכות'" הפרקליט כה 299 (תשל"ב-תשל"ג)); (3) פגיעה בעקרונות הצדק הטבעי; וכן (4) כאשר בית משפט זה מגיע לידי מסקנה כי יש להושיט לעותר סעד מן הצדק שאיננו בסמכותו של בית משפט או של בית דין אחר. הכלל הזה מיוסד על האמור בסעיף 15(ד)(4) לחוק-יסוד: השפיטה (להלן: החוק), אשר מקנה לנו את הסמכות "לתת צווים לבתי דין דתיים לדון בעניין פלוני לפי סמכותם או להימנע מלדון או מלהוסיף ולדון בעניין פלוני שלא לפי סמכותם [...]". וכן על האמור בסעיף 15(ג) לחוק, הקובע כי בית משפט גבוה לצדק " [...] ידון בענינים אשר הוא רואה צורך לתת בהם סעד למען הצדק [...]". מחוקק העל, אשר חוקק את חוק היסוד בענייני שפיטה, לא ייפה את כוחנו להתערב בתכנים של פסקי דין והחלטות אשר ניתנים על ידי בתי דין דתיים, ועל כלל זה חזרנו פעמים אין-ספור (ראו, למשל, בג"ץ 8638/03 אמיר נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים, פ"ד סא(1) 259, פסקה 10 והאסמכתאות שם (2006); בג"ץ 3467/15 פלונית נ' בית הדין הרבני האזורי בחיפה (21.9.2015); בג"ץ 2443/15 פלוני נ' ביה"ד הרבני הגדול בירושלים, פסקה 7 והאסמכתאות שם (12.4.2015); בג"ץ 9812/17 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול, פסקה 13 והאסמכתאות שם (29.5.2018); וכן בג"ץ 2617/18 פלוני נ' ביה"ד הרבני הגדול, פסקה 10 והאסמכתאות שם (30.4.2018)). מדובר בכלל יסודי וחשוב שבאמצעותו אנו מקיימים את האיזון, בו חפץ המחוקק, בין הדין הכללי לדין הדתי בענייני נישואין, גירושין ותוצאותיהם הממוניות. את האיזון הזה ראוי שנקיים ונשמר כמות שהוא מבלי לשנותו. אדגיש כבר מעתה כי ענייננו נסוב על שני החריגים הראשונים לכלל בדבר איסור ההתערבות, ועל כן אדון רק בהם.

2. לטעמי, הפעלת הכלל היסודי הזה במקרה דנן אינה מעוררת קושי. ברי הוא, כי המשיב 1 בבג"ץ 9780/17, בית הדין הרבני הגדול, לא חרג מסמכותו בהכריעו בערעור על פסק דינו של בית הדין הרבני האזורי חיפה כפי שמצא לנכון בנסיבות המקרה. סמכות זו נקנתה על ידי בתי הדין הרבניים – האזורי והגדול – לאחר שהעותרת והמשיב 3 בבג"ץ הנ"ל, אישה ובעל שהתגרשו בהסכמה (להלן: האישה, הבעל, ובני הזוג, לפי העניין), הסכימו להסדיר את ענייניהם הממוניים בבית דין רבני (הסכמה זו עוגנה בהסכם שבית משפט זה נתן לו תוקף של פסק דין: ראו החלטה מיום 3.7.2013 שניתנה בגדרו של בג"ץ 4602/13). כמו-כן לא מצאתי בפסק דינו של בית הדין הרבני הגדול (להלן: בית הדין) שום טעות בדין שניתן לראותה כגלויה ומוכחת על פני הפסק ושבשל כך קוראת להתערבותנו.

3. פסק דינו של בית הדין עסק בבית בו התגוררו בני הזוג עם ילדיהם במשך שנות נישואין רבות (להלן: הבית). המגרש והמימון לבניית הבית הובאו אל תוך הנישואין על ידי הבעל, כפי שקבע בית הדין, והבעלות בו נשארה רשומה על שמו בלבד. האישה טענה לקיומה של שותפות שוות זכויות בבית; הבעל טען, כי הבית היה ונשאר כולו שלו; ובית הדין הסכים עם הבעל. בית הדין הכניס במניין השיקולים אשר שוללים את קיומה של שותפות שוות זכויות בבית את העובדה כי האישה, בעודה נשואה לבעל, קיימה מערכת יחסים אינטימית עם גבר אחר. השופט עמית סבור כי שיקול כאמור יש בו משום סטייה מהוראות הדין וחריגה מסמכות. דעתי היא שונה. הנני סבור כי שקילתה של עובדה זו כחלק ממכלול העובדות הרלוונטיות לעניינה של שותפות מכללא איננה בגדר טעות גלויה ומוכחת על פני הפסק, ובוודאי שאיננה מהווה חריגה מסמכות. בהעדרו של הסכם מפורש, השאלה האם נתקיים שיתוף בנכס במקרה דנן או במקרה אחר, היא שאלה עובדתית (כמוסבר בחוות דעתו של חברי השופט מינץ) ואפשר שנראה בה שאלה מעורבת של דין ושל עובדה. כדי לענות לשאלה זו בחיוב או בשלילה, חייב השופט (במקרה שלנו, הדיין) לקבוע ממצאים עובדתיים בדבר קיומה או העדרה של שותפות שוות זכויות בין בני הזוג בנכס הספציפי שבו עסקינן – ובקביעות כאלה אין אנו מתערבים. במקרה דנן, קבע בית הדין כעניין של דין וכעניין של עובדה, כי בני הזוג לא קיימו שותפות שוות זכויות בבית. אודה ולא אכחד: דעתי אינה נוחה עם קביעה זו, שכן נתגלו לנגד עיניי ראיות אשר הראו כי הבעל והאישה חיו בבית הזה שנים ארוכות וגידלו בו את ילדיהם, וכי חיי המשפחה שלהם היו ברובם תקינים (אם כי לא נטולי מהמורות). דא עקא, דעתי בכגון דא איננה קובעת מכיוון שהסמכות לקבוע את עובדות המקרה ולהחליט אם אלו מקימות שותפות שוות זכויות ביחס לבית לא

נתונה לי. סמכות כאמור מצויה בידו של בית הדין הרבני האזורי, כפוסק ראשון, ושל בית הדין הרבני הגדול, כפוסק אחרון. בית משפט זה רק בודק אם גבולותיה של סמכות זו נפרצו, ולאחר שנוכח לדעת כי אין זה כך, עליו לסיים את המלאכה אשר הופקדה בידיו בסעיף 15(ד)(4) לחוק-יסוד: השפיטה. לא נותר לי אפוא אלא לצרף את דעתי לדעת חברי, השופט מינץ, לאשר את פסק דינו של בית הדין ולדחות את העתירה.

4. עניין נוסף שאותו איני רואה עין בעין עם השופט עמית הוא השלכותיו של בג"ץ 1000/92 בבלי נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד מח(2) 221 (1994) (להלן: הלכת בבלי) על הדין אשר מסדיר יחסי ממון בין בני זוג. לדעתי, הלכת בבלי לא עוזרת לעותרת. הלכה זו לא חידשה הרבה בעניין תחולתה של חזקת השיתוף על נכסים ספציפיים שאינם מוגדרים כבני איזון בחוק יחסי ממון בין בני זוג, התשל"ג-1973 (להלן: חוק יחסי ממון), ושאינן לגביהם הסכם מפורש בין בני הזוג. בעניין זה, הלכת בבלי רק חזרה על העקרונות שנקבעו זה מכבר במספר פסקי דין (ראו ע"א 253/65 בריקר נ' בריקר, פ"ד כ(1) 589 (1966); ע"א 300/64 ברגר נ' מנהל מס העזבון, פ"ד יט 240 (1965); ע"א 135/68 בראלי נ' מנהל מס עזבון, ירושלים, פ"ד כג(1) 393 (1969)). פסקי דין אלה הכירו בקיומה של שותפות שוות זכויות בנכסים מכוח הסכם מכללא בין בני זוג, והסכם כאמור – ככל הסכם – יכול שיתייחס לכלל הנכסים של בני הזוג ויכול שיקבע שותפות מלאה או חלקית רק באחד מנכסים אלו. חוק יחסי ממון קבע את כללי האיזון שלו ביחס לנכסים אשר נצברו במהלך נשואיהם של בני זוג, כחלק ממפעל החיים המשותף שלהם (ראו סעיפים 5-10 לחוק יחסי ממון). בקבעו כך, צימצם החוק הלכה למעשה את היקף תחולתה של חזקת השיתוף: חזקה זו איננה יכולה עוד לחול על נכסים בני איזון, שהזכויות בהם הוסדרו על ידי החוק. תחולת החזקה הוגבלה על-כן לנכסים אחרים, אלו שאינם בני איזון, כל אימת שניתן להוכיח לגביהם הסכם שיתוף מכללא. הלכת בבלי ופסקי דין נוספים שבאו בעקבותיה (ראו רע"א 8672/00 אבו רומי נ' אבו רומי, פ"ד נו(6) 175 (2002); בג"ץ 5416/09 פלונית נ' פלוני, פ"ד סג(3) 484, פסקה יג והאסמכתאות שם (2010); וכן מאמרו של פרופ' שחר ליפשיץ "יחסי משפחה וממון: אתגרים ומשימות בעקבות תיקון מס' 4 לחוק יחסי ממון" חוקים א 227, 256-257 (2009)) אשררו את השינוי הזה בחזקת השיתוף.

5. השינוי הגדול שחוללה הלכת בבלי הוא ביטולו של הכלל הישן אשר קבע כי "הדין הולך אחר הדיין" (ראו בג"ץ 323/81 וילוזני נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים, פ"ד לו(2) 733 (1982)). הכלל הזה אפשר לבית דין רבני להכריע בענייני רכוש אשר הונחו כדין על שולחנו על-פי הדין הדתי, תוך התעלמות מהדין הכללי (ראו

בנציון שרשבסקי ומיכאל קורניאלדי דיני משפחה א 426-427 (2015)). הלכת בבלי הפכה את הכלל הזה והעמידתו על ראשו בקבעה כי דיין הוא זה שצריך ללכת אחר הדין. בהתאם לכך, נקבע כי בתי דין רבניים חייבים לפסוק בענייני רכוש לפי חזקת השיתוף כהגדרתה בדין הכללי ויסודותיה החוזיים. קביעה זו השלימה מהפך במסכת ממון של דיני נישואין וגירושין. לפני הלכת בבלי, נשלטו חלקים ניכרים של מסכת זו על ידי דיני המעמד האישי אשר הכתיבו לבני זוג את התוצאות הממוניות של נישואין וגירושין. הלכת בבלי העבירה את כל מסכת הממון של דיני נישואין וגירושין ממשטר של מעמד למשטר של חוזה אשר מאפשר לבני זוג לפעול כיחידה אוטונומית ולקבוע את תוצאותיהם הממוניות של נישואין וגירושין בעצמם ובעבור עצמם, בכפוף להגנות מפני ניצול לרעה הקבועות בחוק יחסי ממון ובדיני החוזים הכלליים (ראו סעיפים 5א(ד), 11 ו-12 לחוק יחסי ממון; וכן סעיפים 12, 15, 17, 18, 39 ו-61(ב) לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973).

6. מעבר זה מצא את ביטויו בכללים אשר חלים בהעדרו של הסכם ממון כתוב בין בני הזוג. הראשון והבסיסי מבין כללים אלו נקבע בסעיף 4 לחוק יחסי ממון, ולפיו "אין בכריתת הנישואין או בקיומם כשלעצמם כדי לפגוע בקניינים של בני הזוג, להקנות לאחד מהם זכויות בנכסי השני או להטיל עליו אחריות לחובות השני". בהתאם לכך, קובע סעיף 5(א)(1) לחוק כי "נכסים שהיו [לבני הזוג] ערב הנישואין או שקיבלו במתנה או בירושה בתקופת הנישואין" יהיו מוחרגים מאיזון המשאבים אשר חל ביחס לנכסים שנצברו בתקופת הנישואין. אקרא לכלל הזה "שמירת הזכויות בנכסי העבר". הכלל השני קובע כי בן זוג יכול לוותר על שמירת זכויותיו בנכסי העבר שלו ולשתף בנכסים אלו את בן זוגו. הכלל הזה מחייב את בית המשפט לאתר ולאכוף את ההסכמות הבלתי כתובות והבלתי מפורשות בנוגע לשיתוף בנכסים שבני הזוג גיבשו ביניהם ונהגו לפיהן במהלך חייהם המשותפים. בהפעילם כלל זה, נוהגים בתי המשפט להחליט לפי העיקרון של "ברי ושמא – ברי עדיף" (ראו בבא קמא, קיח, א): באין ראיות אשר מראות בבירור כי בן הזוג המחזיק בנכס העבר שלו הסכים לשתף את בן זוגו כשותף שווה זכויות באותו נכס, יישאר הנכס כולו בידי בעליו המקורי. הכלל הזה הופעל, על-פי רוב, ביחס לנכס מקרקעין (בית או דירה) שבו בני הזוג התגוררו וניהלו משק בית משותף עד אשר נתגלע ביניהם הקרע, כפי שקרה במקרה שבו עסקינן. במקרים כאלה, כפי שקבע חברי השופט עמית בפסק דין אחר, אין די בעצם חיי נישואין ממושכים בבית המגורים הרשום על שמו של אחד מבני הזוג: בן הזוג הטוען לשיתופו בנכס לא לו נדרש להציג ראיה על כוונת השיתוף אשר מהווה "דבר מה נוסף" (ראו בע"מ

1398/11 אלמונית נ' אלמוני (26.12.2012); וכן בע"מ 1477/13 פלונית נ' פלוני ((6.8.2013).

7. המעבר מהמשטר של מעמד לזה של חוזה קבע עיקרון חשוב אשר לא זכה להדגשה מספקת בחוות דעתו של חברי, השופט עמית. כוונתי לאוטונומיה של המערכת הזוגית (ערך חשוב ממעלה ראשונה, שלעתים מתנגש התנגשות בלתי נמנעת עם שוויון חברתי: ראו JAMES S. FISHKIN, JUSTICE, EQUAL OPPORTUNITY AND THE FAMILY 30-43, 64-65 (1984)). יחסי זוגיות הם עניין אינדיווידואלי לא רק במישור הרגשי והאינטימי, אלא גם במישור הרכושי. כל מערכת זוגית מתקיימת על-פי הנוהגים וההסכמות שבני הזוג מגבשים בינם לבין עצמם על בסיס אמונות באורח החיים הרצוי להם. הסכמות בין בני זוג בנוגע לרכושו האישי של כל אחד מהם ומידת שיתופו של בן הזוג האחר באותו רכוש אינן עשויות אפוא מקשה אחת. הסכמות בענייני רכוש אשר מתגבשות במערכת יחסים זוגית אחת אינן דומות – וממילא לא צריכות להיות דומות – להסכמות אשר מתגבשות במערכת זוגית אחרת. בני זוג רשאים לחיות את חייהם כזוג במתכונת דתית, חילונית, פטריארכלית, פמיניסטית או במתכונת אחרת שמתכללת בתוכה ערכים והשקפות עולם מזה ומזה. כמו-כן רשאים הם לאמץ לעצמם דפוס של חיים אינטימיים לפי בחירתם, אשר יכלול ושלא יכלול חופש מיני. כל אלה הם עניינים הפרטי, ולא עניינים אוטונומיה של המערכת הזוגית מחייבת אותנו לתת יחס ניטרלי ושוויוני לכל דפוסי החיים הזוגיים ולכל הסדרי רכוש, כל אימת שאין מדובר בניצול לרעה האסור על-פי הדין.

8. משכך, השאלה אם בעליו הרשום והבלעדי של נכס מסויים, אשר הביא את אותו נכס אל תוך חיי הנישואין שלו, ויתר על הכלל בדבר שמירת הזכויות בנכסי העבר והפך את בן זוגו לשותף שווה זכויות בנכס, היא שאלה אינדיווידואלית שהתשובה עליה (בהעדר הקנייה מפורשת) מצויה באורח חייהם ובאמונותיהם של בני הזוג. מדובר אפוא בשאלה שלגביה לא ניתן – וממילא לא רצוי – לקבוע כללים גורפים האדישים לאמונות, לערכים ולנסיבות החיים האינטימיים של בני הזוג. כל זוג לפי אמונתו יחיה ולפי אמונתו יחלק – או לא יחלק – את הרכושו האישי של כל אחד מבני הזוג. אנו לא נחליף את אמונתו באמונותינו. בדונם בשאלת השיתוף, בתי המשפט ובתי הדין מצווים על כן לדלות את קיומה או העדרה של שותפות שוות זכויות בנכס נשוא המריבה מתוך דפוס החיים של בני הזוג וציפיותיהם ההדדיות. ציפיות אלו בהחלט יכולות לכלול את התנאי של נאמנות מוחלטת לבן הזוג במישור האינטימי כבסיס שאין בלתו להסכמת בן

הזוג לחלוק את רכושו עם משנהו שווה-בשווה. תנאי כאמור, ככל שהוא קיים, בתי המשפט ובתי הדין חייבים לכבד ולאכוף.

9. השופט עמית מציע כעת כי נקבע כלל גורף אשר יאמר כי מעשי "בגידה" אינם יכולים לשמש שיקול בהחלטות שעניינן שיתוף של בן זוג בנכסי בן זוגו. הוא סבור, כי העובדה שבן זוג אחד לא שמר על נאמנות לקשר הנישואין ונמצא עושה מעשה "בגידה" איננה רלוונטית לשאלת השיתוף. השופט עמית מסביר כי מעשי "בגידה" יכולים להילקח בחשבון רק במקרה קיצוני כאשר תדירותם מלמדת על הרס התא הזוגי, אשר יכול היה – בנסיבות אחרות – לשמש בסיס לשיתוף מכללא בנכס נשוא המריבה. לדעתו, הכלל הזה נחוץ כדי ששיקולי האשמה המוסרית לא ישמשו בהחלטות הבאות ליישב סכסוכי רכוש בין בני זוג, לרבות החלטות בנוגע לשאלת השיתוף דוגמת זו אשר מונחת כעת לפתחנו. הטעם לכך הוא פשוט: אין להעניש את בן הזוג "הבוגד" או "הנואף" בשלילת רכושו.

10. הנני מסכים עם השופט עמית כי דיננו אינו מתיר שלילת רכוש מבן זוג אשר נמצא "בוגד" בבן זוגו. זהו עיקרון שאין עליו עוררין. מטעם זה, לא הייתי מתיר הגשת ראיות על מעשי "בגידה", "ניאוף", וכיוצא באלה, בגדרו של דיון במחלוקת ממונית שנסובה על נכסים המוכרים כבני איזון לפי חוק יחסי ממון. רכוש וזכויות ממון שיש לכל אחד מבני הזוג – הבעל והאישה, במקרה שלפנינו – הם שלו בין אם הוא היה ונשאר נאמן לבן זוגו ובין אם הוא עשה מעשה "בגידה". את רכושו שלו אין לקחת ממנו בשום מקרה, ורכושו כולל גם שותפות מוגמרת ובלתי-מותנית בנכס שקודם לכן השתייך במלואו לבן זוגו. דא עקא, לא זאת השאלה אשר הובאה לפתחנו בתיק זה. השאלה שהובאה לפתחנו נסובה על נתינה ולא על לקיחה. שאלה אשר הוכרעה, כפי שהוכרעה, על ידי בית הדין אינה אלא זאת: האם התנהלותם של בני הזוג דנן במהלך נישואיהם מלמדת על כך שהבעל הסכים לשתף את האישה, ללא כל תנאי, בזכויות בבית, שאת המגרש עליו הוא בנוי ואת המימון לבנייתו הוא הביא אל תוך מסגרת הנישואין, ונשאר רשום כבעליו? מדובר אפוא בבחינת קיומה של הקניית זכות שהאישה לא קנתה לעצמה בשל עצם נישואיה לבעל (ראו שוב סעיפים 4 ו-5(א)(1) לחוק יחסי ממון), ולא בשלילת רכוש של האישה מחמת מעשה "בגידה" או "ניאוף". קיומה או העדרה של הקניית זכות כאמור הם עניין של עובדה אמפירית, ולא עניין של אשמה, עונש, צדק או שיקול אחר המצוי בעולמן של נורמות, להבדיל מעובדות. בעניין הזה יש חשיבות מכרעת לכוונתו של בן הזוג שהוא בעל הנכס (ראו ע"א 595/69 אפטה נ' אפטה, פ"ד כה(1) 561 (1971); וע"א 630/79 ליברמן נ' ליברמן, פ"ד לה(4) 359



(1981)). כוונה זו יכול שתצביע על העדר רצון לשתף את בן הזוג "הבוגד" בנכס, ושומה עלינו לכבד ולאכוף גם כוונות אלה. חובה כאמור מוטלת עלינו מכוח המעבר למשטר של חוזה ועיקרון האוטונומיה של המערכת הזוגית, שכאמור יכולה להיות דתית, חילונית, פטריארכלית, פמיניסטית, פוריטנית או מתירנית, לפי בחירתם של בני הזוג.

11. ודוק: בית משפט (או בית דין) אשר מגיע למסקנה שכוונת השיתוף נשללה מחמת מעשה "בגידה" או "ניאוף" של בן הזוג האחר איננו מעניש את אותו בן זוג. במקרים אלו, בית המשפט קובע כי כוונת השיתוף נשללה כעניין של עובדה ולא כעניין של אשמה ועונש. בקבעו כך, בית המשפט מקיים ניטרליות ביחסו אל הדפוסים השונים של חיי נישואין וזוגיות, כפי שנדרש על ידי עיקרון האוטונומיה. הכלל שהשופט עמית מציע שנאמץ איננו שומר על ניטרליות, שכן הוא בא לבטל את רצונו של בעל רכוש שלא לחלוק את רכושו עם בן זוגו בכל מקרה של בגידה. הכלל הזה מבכר דפוס אחד של יחסי נאמנות ורכוש בין בני הזוג על פני דפוסים אחרים, ולכך איני יכול לצרף את דעתי.

12. ברצוני להוסיף, כי הסכם מכללא, שכאמור נגזר מדפוס החיים בו בחרו בני הזוג, יכול גם לקבוע כי הענקת שותפות שוות-זכויות בנכס לבן זוג תבטל במקרה של "בגידה". כך עולה מדבריו של המשנה לנשיא א' ברק (כתוארו אז) אשר נאמרו בעניין בבלי (בעמודים 250-251) בנוגע למשמעותו של פסק דין חשוב אחר, שניתן בבג"ץ 609/92 בעהם נ' בית הדין הרבני הגדול לערעורים, פ"ד מז(3) 288 (1993). באותו מקרה, ביקש הבעל לבטל את מחצית זכויות הבעלות בדירה שהוריו העניקו לאשתו לאחר שקנו את הדירה מכספם כדי שבני הזוג יתגוררו בה ורשמו את מחצית הזכויות האחרת על שמו. הסיבה לכך היתה יחסי המין שהאישה קיימה עם גבר אחר בעודה נשואה לבעל. הדירה עצמה נמכרה ובני הזוג השתמשו בתמורתה כדי לרכוש דירה אחרת, שגם היא נרשמה על שם הבעל והאישה בחלקים שווים. בית הדין הרבני הגדול, אליו הגיעו הצדדים מכוח הסכם שיפוט, פסק לטובת הבעל. האישה עתרה לבג"ץ ועתירתה נדחתה. בית משפט זה קבע, על יסוד אומד דעתם של הצדדים, כי האישה קיבלה מהורי הבעל מתנה על תנאי – והתנאי הוא שתהא נאמנה לבעלה (ראו שם, עמודים 293-294). המשנה לנשיא ברק (כתוארו אז) הצדיק תוצאה זו באומרו כך:

"נראה לי כי ביסוד פרשת בעהם עומדת העובדה שהצדדים פנו לבית הדין הרבני מתוך הסכם. [...] הסכמה זו עשויה להתפרש אולי כהסכמה להחלת המשפט העברי על דין המתנה. זאת ועוד: השופט

אלון העמיד את המחלוקת כולה כמחלוקת בדבר פירוש החוזה, תוך שהוא ציין כי גם על-פי המשפט האזרחי עשוי אומד דעת הצדדים להתפרש כמורה על מתנה מותנית.

13. כאן המקום לעבור מן הכלל אל הפרט. כפי שהסביר חברי, השופט מינץ, בפסקאות 1 ו-8 לחוות דעתו, שניים מתוך שלושת דייני בית הדין הכריעו בשאלת השיתוף בבית לחובת האישה לאחר שבחנו את מכלול היחסים בין בני הזוג באספקלריה של הסכם מכללא. מכלול זה כלל את מעשה "הבגידה" של האישה כשיקול אשר בא לשלול או לאיין את כוונתו של הבעל לשתפה כשותפה שוות זכויות בבית, שכאמור את המגרש שעליו הוא בנוי ואת המימון לבנייתו הוא הביא אל תוך מסגרת הנישואין. מהטעמים שמניתי לעיל וכן מכוח הכלל "ברי ושמא – ברי עדיף", בית הדין היה מוסמך להביא עניין זה במניין שיקוליו. חוששני, כי בית הדין נתן לעניין זה משקל יתר, אולם החשש הזה אינו מעלה ואינו מוריד, שכן הביקורת השיפוטית של בג"ץ על פסקי הדין של בתי דין דתיים מוגבלת מעיקרה לשאלת הסמכות ולתיקון פגמים שיורדים לשורשו של ההליך. בית הדין פסק, כפי שראה לנכון לפסוק, בדל"ת אמות סמכויותיו. פסק דינו איננו מגלה על פניו שום טעות שבדין, קל וחומר טעות ברורה ומוכחת בעליל אשר משתווה בחומרתה לחריגה מסמכות.

14. הנני סבור אפוא, כמו חברי, השופט מינץ, כי דין העתירה להידחות.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינם של השופטים ד' מינץ וא' שטיין, כנגד דעתו החולקת של השופט י' עמית.

ניתן היום, י' בכסלו התשע"ט (18.11.2018).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט