

אחרית דבר – מה למדנו מדנג"ץ הבגידה

שחר ליפשיץ

תקציר ♦ **מבוא** ♦ א. הלכת השיתוף הספציפי – רציונל ויישום 1. רציונל המאמץ המשותף כרציונל המנחה את חוק יחסי ממון 2. הגישות השונות בקשר להלכת השיתוף הספציפי עד לדנג"ץ הבגידה 3. ההכרעה בדנג"ץ הבגידה בעניין השיתוף הספציפי 4. דגשים בסוגיית הנכסים המעורבים וההשבחות של הנכסים הפרטיים 5. הערות סיום בקשר להלכת השיתוף הספציפי ♦ **ב. מקומה של האשמה מינית** 1. דחיית השיקולים של האשמה המינית כבסיס לשלילת זכויות המגיעות מכוח דיני הרכוש הזוגי ודיני הקניין 2. גיבוש הבסיס התאורטי למדיניות הנרתעת מהתחשבות באשמה מינית 3. הקצוות הפתוחים – ההבחנות בין סוגים שונים של אשמה מינית והמחלוקות שהתעוררו בין שופטי דנג"ץ הבגידה באשר לרלוונטיות שלהן לקביעת השיתוף הספציפי (א) ההבחנה בין בגידה השוללת זכויות קיימות לבין בגידה השוללת את היווצרות הזכות מלכתחילה (ב) ההבחנה בין בגידה חד-פעמית לבגידה ממושכת או כזו העולה כדי חיים כפולים 4. מבט צופה פני עתיד – מפת דרכים המציגה את המצבים שבהם עשויה להיות לבגידה ולהתנהלות המינית של בני הזוג השלכה אזרחית (א) ההיבט ההסכמי – שילוב שיקולי אשמה מינית מכוח התנאות הצדדים (ב) התחשבות באשמה מינית שקדמה לרכישת הזכויות כבסיס לשלילת השיתוף הספציפי בטענה של טעות והטעיה (ג) התחשבות באי-נאמנות מינית כתנאי סף לקביעת השיתוף הספציפי (ד) הבגידה וההתנהלות המינית של הצדדים כמגדירים את מועד הקרע וכשיקול לקביעת שותפות מוחלשת מכאן ולהבא 5. סיכום על מקומם של שיקולי אשמה מינית לאחר דנג"ץ הבגידה 6. סגירת הקצוות? – פסיקות בית המשפט העליון בנושא אשמה והתנהלות מינית לאחר דנג"ץ הבגידה ♦ **ג. דרגות החופש של בית הדין הרבני והפיקוח עליו** 1. העקרונות המוסכמים 2. המחלוקת על היישום במקרה הקונקרטי 3. חידוד המחלוקות ובחינת ההלכות הנגזרות מהן מכאן ולהבא ♦ **ד. סיכום – מה למדנו מדנג"ץ הבגידה?**

תקציר

- (1) מהו הרציונל של הלכת השיתוף הספציפי בכלל, ומהן אמות המידה האזרחיות להחלטה?
- (2) מהם המקרים שבהם יסכים המשפט האזרחי להביא בחשבון שיקולי אשמה מינית בעת שנקבע שיתוף ספציפי, והאם ניתן להרחיב שיקולים אלה גם למקרים נוספים שבהם נקבעות התוצאות הרכושיות של הגירושים?

* שחר ליפשיץ הוא פרופסור מן המניין בפקולטה למשפטים באוניברסיטת בר-אילן. אני מודה לרם ריבלין, שרון שרקגי ולמשתתפי הסמינר הפקולטטיבי באוניברסיטת בר-אילן והסדנה לדיני משפחה באוניברסיטה העברית על הערות למאמר. אני מודה גם לאבי אייכשטיין ועמליה שיר טורי על עזרה במחקר ולצוות מחקרי משפט על עבודת עריכה מצוינת.

שחר ליפשיץ

(3) מהי "דרגת החופש" של בתי הדין הרבניים בדיונם בשתי השאלות שהוזכרו לעיל, ומהן אמות המידה להתערבות בהחלטותיהם בעניינים הללו על ידי בית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ?

השאלות העקרוניות הללו עמדו במרכזו של דג"ץ 8537/18 פלונית נ' בית הדין הרבני, הנודע בציבור כדג"ץ הבגידה, ובו הפך בית המשפט העליון ברוב של שישה כנגד שלושה החלטה קודמת שלו, שבה נדחתה בדעת רוב עתירה כנגד פסק דינו של בית הדין הארצי הגדול בנוגע לאותה הפשרה. במאמר זה אציע ראייה צופה פני עתיד שמטרתה לבחון מה למד המשפט הישראלי מחוות דעתם של תשעת השופטים בדג"ץ בנוגע לשלוש השאלות הללו. למרבה הצער, בראייה צופה פני עתיד באף לא אחד מן הנושאים הללו נקבעה הלכה ברורה, מוסכמת וחד-משמעית. עם זאת, לפחות בחלק מן המקרים הופג מעט מן הערפל הקיים וחודדו גבולות הגזרה של המחלוקת. הנהרת התחומים שהוכרעו, או שמתחם אי-הוודאות בנוגע אליהם לפחות צומצם, תוך הצבעה על העניינים שעדיין טעונים הכרעה, הם שעומדים ביסוד המאמר הנוכחי.

מבוא

סעיף 5(א) לחוק יחסי ממון בין בני זוג קובע שבמקרה שבו פקעו נישואי בני הזוג, זכאי כל אחד מהם לאיזון נכסים שבעקבותיו יקבל את מחצית שוויים של כלל נכסיהם של בני הזוג. בה בעת, סעיף 5(א)(1) לחוק קובע שנכסים מלפני הנישואים וכן ירושות ומתנות שהתקבלו במהלכם אינם בני-איזון;¹ בז'רגון המשפטי יש המכנים נכסים אלה "נכסים חיצוניים", וכך אכנה אותם גם אני בהמשך המאמר. חרף לשונו הברורה של הסעיף, הפסיקה האזרחית נכונה להכיר בתנאים מסוימים בהתגבשותו של שיתוף זוגי בנכס חיצוני ספציפי, בעיקר, אך לא רק, דירת המגורים של הצדדים, זאת מכוח הדין ה"כללי", המתבסס בעיקר על דיני החוזים והקניין המותאמים להקשר המשפחתי (להלן: "הלכת השיתוף הספציפי" או "שיתוף ספציפי").²

(1) מהו הרציונל של הלכת השיתוף הספציפי בכלל, ומהן אמות המידה האזרחיות להחלתה?

(2) מהם המקרים שבהם יסכים המשפט האזרחי להביא בחשבון שיקולי אשמה מינית בעת שנקבע שיתוף ספציפי, והאם ניתן להרחיב שיקולים אלה גם למקרים נוספים שבהם נקבעות התוצאות הרכושיות של הגירושים?

(3) מהי "דרגת החופש" של בתי הדין הרבניים בדיונם בשתי השאלות שהוזכרו לעיל, ומהן אמות המידה להתערבות בהחלטותיהם בעניינים הללו על ידי בית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ?

1 ס' 5(א) לחוק יחסי ממון בין בני זוג, התשל"ג-1973 (להלן: חוק יחסי ממון).
2 ראו רע"א 8672/00 אבו רומי נ' אבו רומי, פ"ד נו(6) 175 (2002); בע"מ 1398/11 אלמונית נ' אלמוני (נבו) (26.12.2012) (להלן: פרשת אלמונית); ראו בהרחבה, להלן פרק א'.

השאלות הללו עמדו במרכזו של דג"ץ 8537/18 פלונית נ' בית הדין הרבני, הנודע בציבור כדג"ץ הבגידה.³ דג"ץ הבגידה עסק במקרה של בני זוג שלאחר שחיו בהרמוניה במשך יותר משלושים שנה ונולדו להם שלושה ילדים, התגרשו. אחת מהעילות לגירושים שנטענו על ידי הבעל הייתה ניאוף של האישה עם גבר זר בתקופה הסמוכה לגירושים. במסגרת הגירושים נחלקו בני הזוג בעמדתם בסוגיה של חלוקת הרכוש, בעיקר בהקשר של הבעלות על בית המגורים, זאת לאור העובדה שבית המגורים נרכש על ידי הבעל בתחילתה של תקופת הנישואים כתחליף למגרש שהיה בבעלותו לפני הנישואים, והוא נותר רשום על שמו בלבד לאורך כל תקופת הנישואים. נשאלה אפוא השאלה: האם יש לאישה זכויות בבית המגורים? ארבע ערכאות משפטיות עסקו בעניינם של בני הזוג. בית הדין הרבני האזורי קבע כי האישה זכאית למחצית מן הזכויות בדירה, וזאת על פי הלכת השיתוף הספציפי.⁴ בית הדין הרבני הגדול לערעורים (להלן: בית הדין הגדול) ביטל את החלטת בית הדין הרבני האזורי. נימוקיו עסקו הן ביישומה של הלכת השיתוף הספציפי למקרה הנדון והן במשמעות המשפטית של הבגידה הנטענת, שלפחות חלק מן הדיינים סברו שהיא מאיינת את השיתוף שנוצר בדירה.⁵ בג"ץ בסיבוב הראשון, בפסק דין שנודע בציבור כבג"ץ הבגידה, קבע בדעת רוב של השופטים מינץ ושטיין, כנגד דעתו החולקת של השופט עמית, שאין להתערב בהכרעת בית הדין הרבני הגדול.⁶ לבסוף, בפסק הדין שניתן במסגרת דיון נוסף בדג"ץ הבגידה, שחתם את הפרשה, קבע בית המשפט העליון, בדעת רוב של שישה שופטים כנגד שלושה, שהאישה זכאית למחצית הזכויות בבית המגורים, מכוח השיתוף הספציפי. בכך חזר פסק הדין שניתן במסגרת הדיון הנוסף על ההכרעה המעשית המקורית של בית הדין הרבני האזורי שדן בנושא לראשונה. החלטת בג"ץ המקורית עוררה סערה ציבורית. במאמר שכתבתי בעקבות בג"ץ הבגידה ניתחתי בהרחבה את העמדות השונות של הדיינים והשופטים שעסקו בנושא. נוסף על כך ערכתי דיון לגופו של עניין בסוגיות שנדונו שם.⁷ דיון זה הצטרף לכתיבה אקדמית נוספת שנכתבה בנושא בעקבות פסק הדין שניתן בבג"ץ,⁸ וכן למחקרים קודמים בנושאים של

3 דג"ץ 8537/18 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים (נבו) 24.6.2021 (להלן: דג"ץ הבגידה); ראו לדוגמה אבישי גרינצייג "החלטה דרמטית של בג"ץ: ביטל את פסק הדין של "האישה הבוגדת" גלובס (24.6.2021) <https://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1001375828>.

4 ת' רבני (אזורי ח"י) 927139/3 (לא פורסם) 24.2.2016.

5 ת' (גדול) 1073676/1 פלוני נ' פלונית (נבו) 27.7.2017; לניתוח העמדות השונות בבית הדין הרבני ראו שחר ליפשיץ "שיפוט מוסרי של התנהגות מינית בנישואים: אוטונומיה ו'משילות' בעקבות בג"ץ 4602/13 עיוני משפט מג 5 (2020) (להלן: ליפשיץ "שיפוט מוסרי").

6 ראו בג"ץ 4602/13 פלונית נ' בית הדין הרבני האזורי בחיפה (נבו) 18.11.2018 (להלן: בג"ץ הבגידה).

7 לניתוח העמדות השונות של השופטים ראו ליפשיץ "שיפוט מוסרי", לעיל ה"ש 5, בעמ' 9–10.

8 ראו חנוך דגן ודפנה הקר "הלכת השיתוף הספציפי – לקראת המערכה הרביעית בבג"ץ 4602/13 מחקרי משפט לב 519 (2019) (להלן: דגן והקר "הלכת השיתוף הספציפי").

דיני הרכוש הזוגי, ובמיוחד של הלכת השיתוף הספציפי⁹ ושל המודל האזרחי של גירוש ללא אשמה,¹⁰ שנערכו ללא קשר לפרשה. ברשימה זו לא אחזור על הדברים מעבר לנדרש, וחרף זאת אציע ראייה צופה פני עתיד שמטרתה לבחון מה למד המשפט הישראלי מחוות דעתם של תשעת השופטים בדנג"ץ בנוגע לשאלות שהצגתי לעיל. אתמקד בשלושת העניינים שבהם פתחתי: הלכת השיתוף הספציפי – רציונל ודרכי יישום, מקומם של שיקולי אשמה מינית ואמות המידה להתערבות בג"ץ בפסיקת בתי הדין הרבניים בעניינים הללו.¹¹ זה גם יהיה סדרו של הדיון במאמר.

כדי שלא לאכזב את הקורא מבקש הוודאות אזהיר כבר בראשית הדברים שבראייה צופה פני עתיד באף לא אחד מן הנושאים הללו נקבעה הלכה ברורה, מוסכמת וחד-משמעית. עם זאת, לפחות בחלק מן המקרים הופג חלק מן הערפל הקיים וחודרו גבולות הגזרה של המחלוקת. הנהרת התחומים שהוכרעו, או שמתחם אי-הוודאות בנוגע אליהם לפחות צומצם אגב הצבעה על העניינים שעדיין טעונים הכרעה, הם שעומדים ביסוד המאמר הנוכחי.

א. הלכת השיתוף הספציפי – רציונל ויישום

1. רציונל המאמץ המשותף כרציונל המנחה את חוק יחסי ממון

ההבחנה בין הנכסים שהופקו במהלך הנישואים מעבודת מי מהצדדים לבין נכסים החיצוניים, שאומצה בחוק יחסי ממון, משקפת רציונל, שאותו כיניתי במקום אחר ה"רציונל הנורמטיבי" או "רציונל המאמץ המשותף".¹² על פי רציונל זה, עקרונות של הגינות מסחרית המותאמים להקשר המשפחתי וערך השוויון המגדרי, מובילים למסקנה שנכסים שהופקו כתוצאה של מאמצים המשותף של שני בני הזוג במהלך הנישואים צריכים להתחלק באופן שווה ביניהם. לגישתי, בשל אופיו הנורמטיבי, רציונל המאמץ המשותף מצדיק ברירת מחדל קשיחה, "חצי-קוגנטית" שניתן להתגבר עליה רק באמצעות

9 ראו שחר ליפשיץ **השיתוף הזוגי** 171–181 (2016) (להלן: ליפשיץ **השיתוף הזוגי**); חנוך דגן **קניין על פרשת דרכים** 482–494 (2005) (להלן: דגן **פרשת דרכים**).

10 שחר ליפשיץ "ברצוני להתגרש ומייד! על ההסדרה האזרחית של הגירוש" **עיוני משפט** כח 671, 741–756 (2005); רות הלפרין-קדרי "שיקולי מוסר בדיני משפחה וקריאה פמיניסטית של פסיקת המשפחה בישראל" **עיונים במשפט, מגדר ופמיניזם** 651, 673–674 (ברק-ארז ואח' עורכות 2007) (להלן: הלפרין-קדרי "שיקולי מוסר"); יצחק כהן ואמל ג'בארין "יחסים מחוץ לנישואין כשיקול בחלוקת הרכוש המשפחתי – עיון מחודש במשפט הישראלי" **משפט ועסקים** טז 465 (2013).

11 נושא נוסף שנדון בדנג"ץ הוא אמות המידה לקיום דיון נוסף והשאלה אם ראוי ששופטי ההרכב יימנעו מדיון לגופו של עניין בנושא הנדון לנוכח עמדתם שהמקרה אינו מתאים לדיון נוסף. השופט סולברג מיקד את פסק דינו בהיבט זה של הפרשה, אולם המאמר הנוכחי לא יעסוק בו.

12 לרציונל המאמץ המשותף ראו ליפשיץ **השיתוף הזוגי**, לעיל ה"ש 9, בעמ' 118–135, 139–140.

הסכם ממון פורמלי המפוקח על ידי בית המשפט.¹³ יודגש, כי רציונל המאמץ המשותף אינו זהה לתאוריית ה"תרומה", שרווחה במקומות שונים במדינות העולם המקובל כהצדקה לגישה אקוויטבילית המבקשת לכמת את התרומה הנקודתית של כל אחד מבני הזוג ולחלק את הרכוש בהתאם לתרומה של כל אחד מהם. שלא כמו תאוריית התרומה, על פי המודל הנורמטיבי של המאמץ המשותף, טיבה של השותפות המשפחתית, שיקולי מגדר ושיקולים נוספים תומכים בחלוקה שווה של נכסי המאמץ ללא ניסיון לכימות קונקרטי של התמורה המדויקת שתרם מי מבני הזוג.¹⁴ ועדיין, על פי המודל, המאמץ המשותף, הן במתחם הביתי והן במתחם החיצוני, הינו תנאי סף לעצם החלוקה והוא גם מספק את אמת המידה להגדרת הנכסים המוגדרים "נכסים משותפים". משום כך, המודל מצדיק את הכרעתו של המחוקק בחוק יחסי ממון שלפיה נכסים מלפני הנישואים, ירושות ומתנות שלא הופקו ממאמץ המשותף של שני בני הזוג, לא ייחשבו כמשותפים, או בלשוננו של חוק יחסי ממון כנכסים "בני-איזון".¹⁵

2. הגישות השונות בקשר להלכת השיתוף הספציפי עד לדנג"ץ הבגידה

אם כן, ההבחנה בין הנכסים החיצוניים לנכסי המאמץ המשותף הקבועה בחוק יחסי ממון מיישמת את הרציונל הנורמטיבי של המאמץ המשותף לשיתוף הזוגי. מהו אפוא הרציונל או העיקרון המנחה המסביר את הנכונות של הפסיקה במקרים המתאימים לקבוע שיתוף ספציפי גם בנכסים החיצוניים? האם אפשר ליישב נכונות זו עם ציווי המחוקק בחוק יחסי ממון, שהחריג במפורש נכסים חיצוניים מהנכסים שעליהם יחול החוק? כיצד רציונל זה מנחה את דרך היישום של השיתוף הספציפי הלכה למעשה? דומה כי בנושאים אלה קיימת עמימות רבה הקשורה לא רק בריבוי הדעות בנושא בפסיקה ובקרב מלומדים, אלא גם באי אחידות בשימוש מונחים ובאי הלימה בין תאוריה למעשה. עמימות זו אפיינה את הפסיקה שקדמה לדנג"ץ הבגידה וכמתואר להלן, הדנג"ץ שיפר את המצב, אך לא הפיג את הערפל.

ככלל, בכפוף לניואנסים, ניתן לאפיין שלוש גישות עקרוניות שרווחו בפסיקה ובספרות המחקר לפני דנג"ץ הבגידה:¹⁶

- 13 שחר ליפשיץ "על נכסי עבר, על נכסי עתיד ועל הפילוסופיה של חזקת השיתוף" משפטים לד 627, 716–719 (2004) (להלן: ליפשיץ "נכסי עבר"); ליפשיץ השיתוף הזוגי, לעיל ה"ש 9, בעמ' 111–143.
- 14 ראו בהרחבה ליפשיץ השיתוף הזוגי, לעיל ה"ש 9, בעמ' 125–135. ועוד קודם לכן, ראו ליפשיץ "נכסי עבר", לעיל ה"ש 13, בעמ' 716–719.
- 15 לביקורת על חוק יחסי ממון ולהתייחסות אליו כחוק מקלקל, בין היתר, בשל צמצום היקף הנכסים הכלולים בשיתוף יחסית להלכת השיתוף ראו דגן והקר "הלכת השיתוף הספציפי", לעיל ה"ש 8, בעמ' 529.
- 16 לסקירת הגישות השונות כלפי הלכת השיתוף הספציפי בפסיקה ראו ליפשיץ השיתוף הזוגי, לעיל ה"ש 9, בעמ' 174–179; עוד ראו דגן והקר "הלכת השיתוף הספציפי", לעיל ה"ש 8.

1. **הגישה ההסכמית-המצמצמת** – גישה זו מקורה בפרשת **אבו רומי**.¹⁷ בעניין זה נקבע שאדם עשוי להסכים לשתף את בן זוגו בנכס מסוים הרשום על שמו, גם אם נכס זה היה ברשותו לפני הנישואים ואינו נכס בראיזון לפי סעיף 5 לחוק. עוד נקבע שם, כי לנוכח ייחודם של החיים המשפחתיים, יצירת שיתוף זוגי בנכס מקרקעין אינה דורשת מסמך בכתב. עם זאת, לצד ההכרה העקרונית, והחדשנית לשעתה, בשיתוף אפשרי מכוח הדין הכללי אף בנכסים החיצוניים ואף אם דרישת הכתב לא התממשה, השופטת שטרסברג-כהן, שכתבה את פסק הדין המנחה, צמצמה במישור המעשי את הפתח שנפתח. לעומת חזקת השיתוף ה"נורמטיבית" או הסדר איזון המשאבים הקבוע בחוק יחסי ממון הדגישה השופטת שטרסברג-כהן שכאשר השיתוף הוא בנכס חיצוני ומבוסס על הדין הכללי, נדרשת הוכחה ממשית וחיובית לכוונת השיתוף ואין להסתפק בעצם קיומם של חיי נישואים משותפים, גם אם הם ארוכים, מלווים בגידול ילדים, ואפילו כאשר על הכף מונחת דירת המגורים של הצדדים.¹⁸ בהתאם, בית המשפט באותה פרשה קבע כי לא הוכחה כוונת שיתוף, ועל כן לא הוענקו לאישה ולשבעת ילדיה כל זכויות בדירת המגורים – או בנכסי הבעל בכלל – לאחר 14 שנות נישואים. לגישה ההסכמית המצמצמת משתייכים פסקי דין המיישמים את הלכת **אבו רומי** על פי הגדרתה הראשונית המחמירה לקיום שיתוף ספציפי. פסקי דין אלו דורשים אינדיקציה חיובית ממשית, המוגדרת בפסיקה "דבר מה נוסף" מלבד חיי שיתוף וחיי נישואים ממושכים של הזוג, לצורך הוכחת קיומה של כוונת שיתוף בנכס הספציפי, כדי להחיל את הדין הכללי על נכס מלפני הנישואים, אף אם מדובר בדירת מגורים.¹⁹ על פי גישה זו, ניתן לוותר על חסם של דרישת כתב המלמדת על כוונת שיתוף בנכס חיצוני בשל טבעם של היחסים המשפחתיים, אך נדרשת גם ראיה חלופית, כגון השקעה ממשית משותפת בנכס או ראיות בעל פה, המעידות על כוונת שיתוף בנכס החיצוני. לעומת זאת, הגישה דוחה את האפשרות לקבוע שמאפיינים של בני הזוג או של הנכס העומד במחלוקת, ואפילו מדובר בדירת מגורים, מספיקים כשלעצמם כדי להחיל הסדר של שיתוף או אפילו כדי להעביר את נטל ההוכחה אל מי שמבקש לסתור את כוונת השיתוף.²⁰ ודאי שעל פי הגישה אי-אפשר להכיר

17 פרשת **אבו רומי**, לעיל ה"ש 2.

18 שם, בעמ' 183.

19 לפסקי דין דיוניים המייצגים את הגישה ראו ליפשיץ **השיתוף הזוגי**, לעיל ה"ש 9, בעמ' 179–181.

20 במובן מסוים, פסק הדין של השופט דנציגר בפרשת **אלמונית**, לעיל ה"ש 2, בפס' 20 לפסק דינו משקף היטב את הגישה. דנציגר דורש בפסק דין זה הוכחה לערוב נכסים של ממש או הוכחה פוזיטיבית אחרת לכוונת שיתוף ומסתייג מן ההצעה לקביעת חזקות המעוגנות בטיב היחסים בין בני הזוג במשך חייהם, שיכולות להיות תחליף לראיה בפועל או אפילו כאלה המעבירות את הנטל לסתירת החזקה אל הצד השני. ואולם, ראו ליפשיץ **השיתוף הזוגי**, לעיל ה"ש 9, בעמ' 191–200, את הניתוח המציג את המתח שבין הרטוריקה המצמצמת של השופט דנציגר בפסק דין זה לבין היישום המרחיב של הלכת השיתוף הספציפי שנערך באותו המקרה ובוססה על "דבר מה נוסף" בדמות עדות של חבר של הגרושה.

בשיתוף בנכס חיצוני כאשר על פי הנסיבות ברור שהכרה בשיתוף כזה אינה תואמת את הסכמתם המשותפת של הצדדים כפי שהיא עולה ממצגיהם או אורח חייהם.

2. **הגישה הקניינית** – גישה זו הפוכה מן הגישה ההסכמית-המצמצמת, ולפיה יש להפעיל את השיתוף הספציפי גם ללא קשר לכוונה האקטואלית של הצדדים ולעיתים אפילו בהיפוך לה.²¹ לפחות בהקשר של דירת המגורים וייתכן שגם באשר לנכסים משפחתיים מובהקים נוספים, גישה זו מבקשת לשנות את ברירת המחלף הקיימת בחוק יחסי ממון ולקבוע כי גם אם מדובר בנכס שאינו בר-איוון, הרי שבהיעדר התניה נוגדת בהסכם ממון פורמלי יוחל הסדר של שיתוף.²² גישה זו מתנגדת להבחנה בין סוגים שונים של נישואים, כגון נישואים ראשונים או שניים או נישואים המתאפיינים בשיתוף, לבין נישואים שבהם מתקיימת אווירה של הפרדה כלכלית.²³ התומכים בגישה סבורים כי יש לקבוע הסדר גורף של שיתוף בדירת מגורים, שלפיו רק הסכם ממון יוכל להפוך את ברירת המחלף שלפיה דירת המגורים היא משותפת. אם כן, בהיעדר הסכם ממון ייקבע על

21 ראו דגן והקר "הלכת השיתוף הספציפי", לעיל ה"ש 8, בעמ' 533. לדעת דגן והקר, בכל מקרה שבו לא נכרת הסכם ממון, כאשר מדובר בדירת מגורים שנרכשה לפני הנישואים יש להפעיל את הלכת השיתוף הספציפי, אף כשהתנהגות הצדדים ומצגיו של הבעלים הרשום מלמדים על כוונה שונה. ראוי לציין שאף על פי שדגן והקר תומכים בגישה הקניינית, הם סבורים שניתן להגיע לתוצאה דומה לפי גישה חוזית המבוססת על חשיבה נורמטיבית או לפי גישה חוזית שבמרכז העברת מידע, שם, בעמ' 533–537. אדגיש כי ההבחנה בין גישה קניינית לגישה חוזית בהקשרו של המאמר הנוכחי ממוקדת בשאלה אם הסכמה של הבעלים הרשום היא תנאי להחלת השיתוף. יש להבחין בין שאלה זו לבין השאלה מהו תוקף הזכות שנוצרה מכוח השיתוף הספציפי הקשור בשאלת תוקף השיתוף כלפי צדדים שלישיים, במיוחד במצבים של עימותים בין זכויות, ובקשר לכך יש הבחנה מהותית בין זכות קניינית או מעין-קניינית לבין זכות אובליגטורית. על כך ראו ע"א 7750/10 **בן גיאת נ' הכשרת היישוב ביטוח בע"מ** (נבו 11.8.2011) וכן ראו ליפשיץ **השיתוף הזוגי**, לעיל ה"ש 9, בעמ' 208–210. על רקע הדמיון במונחים חשוב להקפיד שלא לערבב בין השאלות, שכן גם גישה חוזית במונח של המאמר הנוכחי מכירה בהשלכות המעין-קנייניות של השיתוף הספציפי על צדדים שלישיים. ראו בהקשר זה את פסק הדין של הנשיאה חיות בדנג"ץ **הבגידה**, לעיל ה"ש 3, אשר כפי שאפרט בהמשך הדברים אינה מקבלת את הגישה הקניינית בנוגע למקור הזכות לשיתוף ספציפי ועומדת על הכוונה כמקור הזכות. מנגד ראו שם, פס' 62 לפסק דינה ("הזכות המוקנית מכוחה של הלכת השיתוף הספציפי היא **זכות מעין-קניינית** המתגבשת במהלך חיי הנישואין, עם התגבשותה של כוונת שיתוף") (ההדגשה הוספה).

22 על האפשרות להכליל לא רק את בית המגורים, אלא גם נכסים מכווננים נוספים במאגר נכסי הנישואים גם כאשר נרכשו לפני הנישואים ראו דגן **פרשת דרכים**, לעיל ה"ש 9, בעמ' 489.

23 עם זאת, בעוד דגן סבור בכתיבתו המקורית כי "מן הראוי להכליל את בית המגורים ונכסים מכווננים נוספים במאגר נכסי הנישואים גם כאשר נרכשו לפני הנישואים, ואפילו בהיעדר נסיבות עובדתיות – מעבר לעצם קיום הנישואין" (ראו דגן **פרשת דרכים**, שם, בעמ' 489), בכתיבתם המשותפת של דגן והקר מועלית מפעם לפעם האפשרות שברירת המחלף השיתופית תיקבע רק במקרה של נישואים ממושכים. ראו דגן והקר "הלכת השיתוף הספציפי", לעיל ה"ש 8, בעמ' 536. ואולם, דגן והקר אינם מבהירים בכמה שנים מדובר וכאמור הם אינם נכונים לקבל קריטריונים נוספים המוצעים בפסיקה, כגון הבחנה בין נישואים ראשונים לשניים והתחשבות בטיב יחסיהם של הצדדים הן בהיבט הכלכלי והן בהיבט הרגשי. נוסף על כך, בשלבים מסוימים של המאמר הם שבים לגרסה המקורית, שלפיה עצם המגורים בדירה הופכים אותה משותפת ללא קביעת מינימום של זמן (שם, בעמ' 541–545).

פי תפיסה זו שיתוף בדירת המגורים גם במקרים שבהם שיתוף כזה אינו עולה בקנה אחד עם הכוונה המשוערת של שני בני הזוג, עם התנהגותם בפועל ואפילו כאשר הוכח שהבעלים הרשום לא הסכים לשיתוף ואפילו הביע אי-הסכמה זו בצורה אקטיבית ובאופן חד-משמעי וברור בפני בן זוגו בזמן אמת. מקורותיה הרעיוניים של הגישה אינם אחידים. יש המבססים אותה על תפיסה נורמטיבית-ערכית בנוגע לניהול החיים הזוגיים,²⁴ בעוד אחרים מבססים אותה על שיקולים של הגנה על הצד החלש במשפחה.²⁵ בעבר היו פסקי דין דינוניים שפסקו ברובה,²⁶ אך בפרשת אלמונית היא נדחתה על ידי בית המשפט העליון.²⁷ בכתיבתם בעקבות הדיון בבית המשפט העליון בסיבוב הראשון של בג"ץ הבגידה ביקשו המלומדים דגן והקר לתמוך בגישה ולכונן את הלכת השיתוף הספציפי על פי הגישה הקניינית, או למצער על פי גישה חזוית-נורמטיבית שאינה מעוגנת בכוונת הצדדים והמאפשרת קביעת שיתוף גם בניגוד לאומד דעתם של הצדדים, מצגיהם והצהרותיהם.²⁸ כפי שיתואר להלן, רק אחת מן השופטות בדנג"ץ הבגידה פסעה בכיוון זה, ואף היא לא הכריעה בעניין.

3. גישת הקהילה המשפחתית – אל מול שתי העמדות הללו הצעתי בכתיבתי האקדמית גישה נוספת, העומדת בתווך בין הגישות הקודמות לפחות בהקשר של דירת המגורים המשפחתית, הן בהצדקותיה להלכת השיתוף הספציפי והן באשר להמלצותיה על דרך יישומו של השיתוף הספציפי.²⁹ גישה זו כיניתי בעבר גם ה"גישה הקישורית",³⁰ כיום אני מעדיף לכנותה "גישת הקהילה המשפחתית".³¹ לגישתי, ההבחנה בין נכסי המאמץ המשותף לבין הנכסים החיצוניים משקפת חשיבה אינדיווידואליסטית-מסחרית, המפרידה בין היחיד לבין היחידה ובהקשר המסחרי – בין השותפים לשותפות. לעומת זאת, במשפחות שמתקיימים בהן תנאי סף, שאותם כיניתי "תנאי סף קישוריים" – בעיקר נישואים ראשונים ממושכים או למצער היעדר ילדים למי מבני הזוג מנישואים קודמים, המאופיינים ביחסים אישיים תקינים בדרך כלל ובאורח חיים שיתופי – מיטשטשת

24 ראו דגן פרשת דרכים, לעיל ה"ש 9, בעמ' 433–455; ראו בהרחבה Carolyn J. Frantz & Hanoach Dagan, *Properties of Marriage*, 104 COLUM. L. REV. 75, 100–106 (2004).

25 ליפשיץ השיתוף הזוגי, לעיל ה"ש 9, בעמ' 145.

26 ראו בהרחבה ע"מ (מחוזי-ים) 818/05 פלונית נ' פלוני (נבו 8.5.2006); ליפשיץ השיתוף הזוגי, לעיל ה"ש 9, בעמ' 178–179.

27 פרשת אלמונית, לעיל ה"ש 2, פס' 18–25 לפסק דינו של השופט דנציגר.

28 ראו דגן והקר "הלכת השיתוף הספציפי", לעיל ה"ש 8, בעמ' 541–542.

29 ראו שחר ליפשיץ "יחסי משפחה וממון: אתגרים ומשימות בעקבות תיקון מס' 4 לחוק יחסי ממון" **חוקים** א 227 (2009). להרחבת התמונה ראו את מתווה חמשת הרכיבים המוצע אצל ליפשיץ השיתוף הזוגי, לעיל ה"ש 9, בעמ' 183–191.

30 המודל הקישורי הוצג לראשונה כתיאור של השלב השלישי של חזקת השיתוף, שלב שבו הסכים בית המשפט להפעיל בתנאים מסוימים את חזקת השיתוף לא רק על נכסי המאמץ המשותף אלא גם על הנכסים החיצוניים. ראו ליפשיץ "נכסי עבר", לעיל ה"ש 13, בעמ' 702–728.

31 ליפשיץ "שיפוט מוסרי", לעיל ה"ש 5, בעמ' 57–60.

ההבחנה בין הנכסים האישיים לנכסים המשותפים ומתגבשת שותפות כוללת, שבמסגרתה אין זה מתאים לבחון את המקור ההיסטורי של כל נכס. מדובר במודל המייצג תפיסה נורמטיבית-תרבותית של בית המשפט בכל הנוגע לדרך שראוי להתנהג בה בתחום המשפחתי, אך בה בעת רגיש להסכמות הצדדים ולאורח חייהם. נוסף על כך, מדובר במודל המייחס חשיבות למצגים שהציגו הצדדים ועל ההסתמכות הנוצרת בעקבותיהם.³² יישום העקרונות התאורטיים הללו הלכה למעשה מוביל להנחיות המעשיות הבאות: ככלל, במקרים שבהם לא מתקיימים תנאי הסף, שאותם כיניתי "תנאי הסף הקישוריים" (הכוללים נישואים ראשונים ממושכים, המלווים ביחסים תקינים ובאווירה שיתופית), תכובד ההבחנה שקבע המחוקק בין נכסי המאמץ המשותף לנכסים החיצוניים שאינם בני-איוון. במקרים אלה תופעל אפוא הלכת השיתוף הספציפי במתכונת מצומצמת, המטילה על הטוען לשיתוף להביא ראיות קונקרטיות, גם אם לא ראיות כתובות, לכוונה כזו. בהיבט זה, גישת הקהילה המשפחתית דומה לגישה ההסכמית. עם זאת, על פי גישת הקהילה המשפחתית, משהתקיימו תנאי הסף ה"קישוריים", וכאשר מדובר בדירת מגורים או בנכס אחר שהוא בעל גוון משפחתי מובהק, יהיה אפשר להניח שהתקיימה הדרישה ל"דבר מה נוסף", הנדרשת לצורך הוכחתה של כוונת שיתוף, או לחלופין – שנוצר בסיס הוגן מצד בן הזוג הלא רשום להסתמך על הנכס החיצוני כנכס משותף. על המתנגד לשיתוף במקרה שבו התקיימו תנאי הסף יוטל הנטל להוכיח כוונה משותפת לאי-שיתוף, או למצער להביא ראיות לכך שבזמן אמת הוצג מצג חד-משמעי ואובייקטיבי מצד הבעלים הרשום, שלפיו אין בכוונתו לשתף את בן זוגו בנכס הפרטי, מצג השולל את ההסתמכות של בן זוגו. גישה זו הוזכרה באהדה על ידי חלק משופטי בית המשפט העליון,³³ ולפחות חלק מבתי המשפט הדיוניים הצהירו כי הם רואים בה את הגישה

32 בהציגו את שלושת המודלים המתחרים של חזקת השיתוף ההסכמי, הנורמטיבי והקישורי הציג השופט עמית בבג"ץ הבגידה, לעיל ה"ש 6, פס' 6 התפתחות ליניארית, שלפיה המודל הנורמטיבי הוא שלב ביניים בין המודל ההסכמי למודל הקישורי. אני מסכים להצגה זו של השופט עמית במובן זה שהמודל הקישורי מרחיב את היקף הנכסים הכפופים לחזקה מעבר למודל הנורמטיבי. עם זאת, חשוב להדגיש שמבחינת הרגישות לכוונת הצדדים המודל הקישורי קרוב יותר, אף כי לא זהה, למודל ההסכמי – בג"ץ הבגידה, שם.

33 ראו את דברי השופט זילברטל בפרשת אלמונית, לעיל ה"ש 2, פס' 2 לפסק דינו, אשר ביקש להשתית את הלכת השיתוף הספציפי על המודל הקישורי. השוו לדבריו של השופט דנציגר שם, פס' 18–20 לפסק דינו, אשר בחר להותיר ב"צריך עיון" את השאלה אם בהתקיים תנאי הסף הקישוריים יש להפוך את נטל הראייה. להתייחסות אוהדת לרציונל הקישורי כרציונל אפשרי להלכת השיתוף הספציפי ראו גם את דבריו של השופט עמית בג"ץ הבגידה, לעיל ה"ש 6, פס' 18 לפסק דינו. כן ראו בע"מ 1059/17 פלוני נ' פלונית, פס' 1 לפסק דינו של השופט רובינשטיין (נבו 9.2.2017): "במישור הכללי אציין, כי בדומה לפרופ' ליפשיץ, סבורני כי אין לראות את הזוגיות ככלל כשותפות מסחרית-כלכלית אלא בהקשר על 'הקהילתיות המשפחתית' – ולטעמי מונח מתאים לכך הוא 'הבית המשפחתי'".

המנחה את פסיקתם.³⁴ יתרה מזו, גם שופטים שלא אימצו את המכניזם שלפיו, בהתקיים תנאי הסף הקישוריים יתהפך נטל ההוכחה ויוטל על הטוען לאי-שיתוף בדירת המגורים, הציגו במקרים רבים מתווה פעולה הקרוב לעקרונות הכלליים של הגישה.³⁵ לכן, מצד אחד, כאשר מדובר בדירת מגורים או בנכסים משפחתיים מובהקים, הזרם המרכזי בפסיקה נכון להרחיב את השיתוף הספציפי גם למצבים שבהם לא ניתן להצביע על ראיה קונקרטית להסכמה לשיתוף. מצד אחר, אותו זרם בפסיקה מתעקש על כך שאין לראות בשיתוף הספציפי ברירת מחדל שניתן להשתיתה על עצם חיי הנישואים. עקב כך מוצבות דרישות נוספות הקשורות במשך הנישואים, בשאלה אם מדובר בנישואים ראשונים או שניים ובאופי הקשר שבין הצדדים.³⁶ ודאי שקשה למצוא בפסיקה קו מרכזי הנכון ליישם את הגישה ה"קניינית" ולהפעיל את השיתוף גם כאשר הוא ניצב כנגד

34 ראו למשל עמ"ש (מחוזי מר') 10884-03-16 ד"מ נ' טש"מ, פס' 13 (נבו 2.1.2017): "אנו סבורים בכל הכבוד, ומתוך כך שעניין זה טרם הוכרע באופן חד משמעי בפסיקת בית המשפט העליון ועדיין יש לערכאת המחוזי מקום להתגדר בו, כי ראוי לאמץ את גישתו של פ' ליפשיץ למצער לעניינה של דירת מגורים יחידה בה התגוררו הצדדים במהלך כל תקופת נישואיהם הארוכה, ובוודאי כאשר בחינה מדוקדקת של אופי חיי נישואיהם של הצדדים והתנהלותם תומכת בכך, כפי שיורחב בהמשך הדברים"; כן ראו תלה"מ (משפחה ת"א) 36965-04-20 פלונית נ' פלוני, פס' 31-32 לפסק דינו של השופט ארו שני (נבו 8.6.2021); תמ"ש (משפחה ת"א) 16772-06-15 י"ה נ' א"צ, פס' ט לפסק דינה של השופטת מירה דהן (נבו 29.5.2017); לתמיכה בגישה בפסיקה מוקדמת יותר ראו את סקירת הפסיקה אצל ליפשיץ **השיתוף הזוגי**, לעיל ה"ש 9, בעמ' 136-142. להתבססות על הגישה בקשר לנכסים חיצוניים כאשר מדובר על בני זוג הכפופים לחזקת השיתוף ראו לאחרונה בעמ"ש (מחוזי ת"א) 29298-05-20 ש"כ נ' נ"כ' (נבו 26.4.2021).

35 כך למשל בפרשת **אלמונית**, לעיל ה"ש 2, פס' 2 לפסק דינו של השופט עמית. השופט עמית הציב שם סדרה של משתנים שעשויים להשפיע על ההחלטה אם ייקבע שיתוף ספציפי במקרה קונקרטי. המשתנים דומים ברובם לאלו המוצעים בגישה הקישורית. עם זאת, השופט עמית אינו מתייחס לאפשרות לקבוע כי בהתקיים תנאי סף מסוימים נטל הראיה מועבר, והוא מעדיף להותיר לבית המשפט שיקול דעת רחב יחסית, תוך שהוא מנחה אותו לתת משקל בהכרעתו למשתנים המוצגים על ידיו. על הקשרים שבין המשתנים הללו לבין גישתי ראו לאחרונה עמ"ש (מחוזי ת"א) 65410-11-21 פלונית נ' אלמונית, פס' 13 לפסק דינו של השופט נפתלי שילה (נבו 21.11.2022).

36 ראו למשל את את התייחסותו של המשנה לנשיאה השופט רובינשטיין בבע"מ 1059/17 פלוני נ' פלונית, פס' ו לפסק דינו (נבו 9.2.2017), שבו דחה בקשת רשות ערעור על פרשת ד"מ, לעיל ה"ש 34, תוך שהוא מביע אהדה כלפי מודל הקהילה המשפחתית. עם זאת השופט רובינשטיין מציין שגם ללא אימוץ מוחלט של הגישה, הקו הכללי הוא זה שלפיו במקרה של דירת מגורים יש לייחס משקל רב לטיב היחסים בין הצדדים, לאווירת השיתוף ולמשתנים הנוספים שעליהם עמדנו; ראו עוד פרשת י"ה, לעיל ה"ש 34, פס' ט לפסק דינה של השופטת מירה דהן: "**ואולם אין חולק כי מקום בו מדובר בדירת מגורים יחידה בה התגוררו הצדדים במהלך כל תקופת נישואיהם ובוודאי כאשר בחינה מדוקדקת של אופי חיי נישואיהם של הצדדים והתנהלותם תומכת בכך שהוצג מצג של שיתוף וכן העדר הסכם ממון בשיח בין בני הזוג, יש לבחון הנתונים באספקלריה שיתופית**" (ההדגשה הוספה); ראו עוד ברוח דומה עמ"ש (מחוזי ת"א) 62688-12-19 ד"ש נ' ש"ש, פס' 4 (נבו 28.7.2020), שם בית המשפט מתבסס על המשתנים שהוצגו על ידי השופט עמית בפרשת **אלמונית**, לעיל ה"ש 2, ומשלב בין המשתנים הללו לבין המאפיינים שהוצגו בכתבתי האקדמית ככאלה המעידים על התקיימות תנאי הסף הקישוריים.

ההסכמה המשוערת של הצדדים ומציגהם הברורים כפי שהוצגו בזמן אמת, גם אם לא עוגנו בהסכם ממון פורמלי. בחלק הבא אראה שעמדה זו היא גם שהנחתה את רוב השופטים בדג"ץ הבגידה.

3. ההכרעה בדג"ץ הבגידה בעניין השיתוף הספציפי

פסקי הדין של שופטי הרוב בדג"ץ הבגידה, שהפכו למיעוט בדג"ץ הבגידה, פוסעים בשביל ההסכמי-המצמצם.³⁷ השופט שטיין אף הוסיף להיבט ההסכמי המקורי היבט נוסף, שאפשר לכנותו היבט "הענקתי-מתנתי". לדברי השופט שטיין, מאחר שהלכת השיתוף הספציפי מעבירה רכוש פרטי של הבעלים הרשום לרכוש משותף, ההכרעה בנושא חייבת לתת משקל רב לאומד דעתו של בעל הרכוש הפרטי ולשאלה אם בנסיבות שאירעו התגבשה גמירת דעתו להפוך את רכושו הפרטי למשותף.³⁸ כהמשך לכך, במקרה הנקודתי סבר השופט שטיין שכחלק מן העיסוק באומד דעתו של הבעלים המקורי, הלוא הוא המעניק, יש לבחון אם הסכמתו לשיתוף בנכס החיצוני הותנתה בתנאים שונים (כגון הסכמה להענקה קבועה גם במקרה של בגידה עתידית). לגישתו, לנוכח קביעת בית הדין שההסכמה לנתינה הותנתה בתנאים, תנאים אלה הופכים להיות חלק מתנאי העסקה, גם אם לא נדונו או הוסכמו על ידי מקבל המתנה.³⁹

מנגד, השופטת ברק-ארז נטתה לכיוון הגישה הקניינית-הנורמטיבית,⁴⁰ וברמה המעשית לכיוון גישה המטילה על הבעלים הרשום של דירת מגורים, ואולי גם של

37 ראו לדוגמה בדג"ץ הבגידה, לעיל ה"ש 3, פס' 23 לפסק דינו של השופט שטיין ("הלכת אבו רומי ופסקי דין אחרים שבאו בעקבותיה ביססו את השיתוף הספציפי על המודל החוזי-הסכמי. במרכזו של מודל זה עומדת כוונת השיתוף של בעל הרכוש, או של בעלת הרכוש, אשר מחליט, או מחליטה, האם ובאלו תנאים לשתף את בן או בת הזוג באותו רכוש אישי"). להתבטאויות נוספות ברוח ההיבט ההסכמי-המצמצם ראו שם, פס' 4-5, ו-38 לפסק דינו של השופט מינץ, פס' 5 לפסק דינו של השופט סולברג.

38 ראו שם, פס' 8 לפסק דינו של השופט שטיין ("בדיקת קיומו של שיתוף ספציפי בנכסו הפרטי של אחד מבני הזוג נסובה על השאלה הבאה: האם בעלת הנכס התנהלה במשך חיי הנישואין שלה עם בן זוגה באופן שמראה את הסכמתה להקניית שותפות שוות זכויות בנכס לבן הזוג?"). ראו גם שם, פס' 16 לפסק דינו של השופט שטיין ("העיקרון של חופש החוזה מפקיד בידי של בן הזוג בעל הנכס האישי חירות מלאה ומוחלטת שלא לשתף את בת זוגו בשום חלק מאותו נכס. כפועל יוצא מכך, בן הזוג בעל הנכס האישי זכאי להקנות לבת זוגו זכויות שותפות בנכסו רק בהתקיים תנאים מסויימים אשר תואמים את רצונו שלו או, אם הוא חפץ בכך, ללא כל תנאי. חירותו החוזית של בעל הנכס האישי מחייבת את בית המשפט לבדוק, כעניין של עובדה, את הסכמתו של אותו בעל נכס לחלוק את נכסו הפרטי עם בת זוגו, ככל שהסכמה כזאת קיימת").

39 ראו שם, פס' 17-18 לפסק דינו של השופט שטיין ("על בית המשפט לבדוק אם מדובר בהסכמה ללא תנאים או שמה בהסכמה המותנית בתנאים. במקרה האחרון, יהא על בית המשפט לבדוק – שוב, כעניין של עובדה – את תוכן התנאים שבהתקיימותם הסכים בן הזוג בעל הנכס האישי לחלוק את נכסו עם בת זוגו שווה בשווה או באופן אחר").

40 שם, פס' 10 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז ("אני נוטה לראות את השיתוף הספציפי כקרוב יותר לקצה הקנייני של הספקטרום").

הבעלים של נכסים משמעותיים נוספים, את הנטל להבהיר שאין ברצונו לשתף. עם זאת, השופטת ברק־ארז לא הבהירה אם הדרך היחידה לשלילת השיתוף בדירת המגורים ובנכסים המשמעותיים הנוספים היא התקשרות בהסכם ממון, או שמא תיעוד של מצגים ברורים וחד־משמעיים מספיקים אף הם, ובסופו של דבר היא אף לא הכריעה באופן נחרץ לטובת הגישה הקניינית.⁴¹

בניגוד לעמדות שתוארו עד כה, מרבית השופטים דחו במפורש או במשתמע בפסק הדין בדיון הנוסף בעניין הבגידה את שתי הגישות: ההסכמת־המצמצמת בעלת הגוון המתנתי מזה, והגישה המרחיבה הקניינית המשנה את ברירת המחדל ונכונה להפעיל את השיתוף גם בניגוד לאומד דעת הצדדים ולמצגים שהוצגו בזמן אמת מזה,⁴² ודבקו במה שכינתי לעיל ה"קו המרכזי של הפסיקה", זה שלפי ניתוחי תואם לרוב את גישת הקהילה המשפחתית. דומה כי פסק דינה של הנשיאה חיות, שאליו הצטרפו בשינויים מסוימים מרבית שופטי הרוב, עשוי להדגים את הרציונל המתגבש ואת גבולותיה המעודכנים של הלכת השיתוף הספציפי.

הנשיאה חיות מחדדת כי "הלכת השיתוף הספציפי לא יצרה מנגנון משפטי חדש להעברת זכויות בנכסים".⁴³ היא אף מדגישה כי מדובר בהלכה מצומצמת בהיקפה

41 ראו שם, פס' 26 לפסק דינה של השופטת ברק־ארז ("הלכת השיתוף הספציפי חלה רק ככל שבני הזוג לא דחו אותה על דרך עריכתו של הסכם ממון. ניתן דווקא להניח כי מי שנכנס למערכת יחסים זוגית כאשר בבעלותו רכוש ממשי יהיה גם בעל תמריץ ומודעות לזיום עריכתו של הסכם ממון. שלילתה של הלכת השיתוף הספציפי מגלגלת בפועל את ברירת המחדל לפתחו של בן הזוג שאינו בעל נכסים. מהו הבסיס לקבוע שברירת מחדל זו היא עדיפה?") (ההדגשה הוספה). במובן זה, בדבריה של השופטת ברק־ארז מהדהדת הגישה המכונה "ברירת מחדל מעבירת מידע". לתפקיד זה של כללי ברירת מחדל ראו ליפשיץ "נכסי עבר", לעיל ה"ש 13, בעמ' 672; דגן והקר "הלכת השיתוף הספציפי", לעיל ה"ש 8, בעמ' 536–537. הנה כי כן, בדברים אלה מבקשת השופטת ברק־ארז לקבוע ברירת מחדל שלפיה יוטל על בעל רכוש פרטי שהובא לנישואים לא רק להבהיר לבן זוגו שאין בכוונתו לשתף אותו ברכוש הפרטי, אלא גם לדרוש ממנו להתקשר עימו בהסכם ממון כתנאי למתן תוקף להצהרה כזו. אף אם נניח לוויכוח העקרוני, אם קביעת ברירת מחדל כזו היא ראויה, אני מתקשה לראות כיצד ניתן ליישב ברירת מחדל כזו עם ההוראות הקיימות של חוק יחסי ממון, וראו בהקשר זה את דברי הסיכום שלי למאמר, שבהם הובעה הציפייה מבית המשפט העליון לכבד את מצוות המחוקק גם אם אינה מוצאת חן בעיניו.

42 דחיית הגישה הקניינית ברורה במיוחד בפסקי הדין של שופטי המיעוט, ראו למשל דנג"ץ הבגידה, לעיל ה"ש 3, פס' 36–37 לפסק דינו של השופט מינץ. ואולם, כאמור בהערות הבאות, אף שופטי דעת הרוב אינם שותפים לגישה.

43 שם, פס' 37 לפסק דינה של הנשיאה חיות ("הלכה זו מיישמת את הדין האזרחי הכללי, בדגש על דיני השיתוף ובהקשר הייחודי של התא הזוגי. בשים לב להקשר ייחודי זה, נפסק זה מכבר כי ניתן להכיר בשיתוף בנכס חיצוני ספציפי גם אם אין מתקיימות דרישות מהותיות מסוימות שהיו נחוצות להתגבשות זכויות בנכס בהקשרים אחרים, כגון דרישת הרישום [...] הנטל להוכחת שיתוף בבית המגורים של בני הזוג הוא קל יותר בהשוואה לנכסים אחרים. אך זאת, רק כל עוד מתקיים אותו 'דבר מה נוסף' המצביע על כוונת שיתוף באותו הנכס").

מחזקת השיתוף המקורית.⁴⁴ נוסף על כך, הנשיאה מדגישה שוב ושוב כי לצד הקלת הנטל להוכחת השיתוף בדירת המגורים, עדיין נדרש "דבר מה נוסף" המצביע על כוונת שיתוף באותו הנכס. הלכת השיתוף הספציפי חייבת אפוא להיות מעוגנת בעובדות קונקרטיות מעבר לנישואים ולמגורים בבית משותף,⁴⁵ עובדות שיש בהן כדי ללמד על הסכמה משותפת לשיתוף בנכס החיצוני.⁴⁶ לנוכח מאפיינים אלה, ובמיוחד לנוכח הדגשתו של רכיב ההסכמה כבסיס הראשוני לקביעת שיתוף ספציפי, ברור כי הנשיאה דוחה את הגישה הקניינית, המבקשת לנתק כליל את ההיבט הכוונתי מהלכת השיתוף הספציפי, עד כדי כך שבמקרה של דירת המגורים ניתן יהיה להפעילה בניגוד לכוונה המשווערת של בני הזוג ולאורח חייהם. בה בעת, בניגוד לגישה שאותה כיניתי הגישה ההסכמית-המצמצמת, הדורשת הוכחה פוזיטיבית לכוונת שיתוף, הנשיאה מטעימה שלנוכח האופי המיוחד של החיים המשפחתיים אין לדרוש הוכחות מפורשות פוזיטיביות להתגבשותה של כוונת שיתוף.⁴⁷ חלף הדרישה להוכחה קונקרטית של הסכמה לשיתוף הנשיאה מצביעה על מגוון משתנים שעוצבו בפסיקה, שבהתקיימות כולם או חלקם ניתן לקבוע שהתקיים אותו "דבר מה נוסף", גם אם אי אפשר להצביע על הוכחה קונקרטית לכוונת שיתוף של הבעלים הרשום. לנוכח חשיבות המשתנים הללו ליישום המעשי של הלכת השיתוף אביא את הדברים כפי שנכתבו בפסק דינה של הנשיאה חיות. כך, לגישתה:

ניתן לחלק את השיקולים שנמנו בפסיקה עד כה לשתי קטגוריות עיקריות: שיקולים הקשורים בנכס שלגביו נטענת כוונת שיתוף, לצד שיקולים הקשורים בבני הזוג עצמם. בין השיקולים הקשורים בנכס ניתן למנות את מקור הנכס (אם נקנה או התקבל כמתנה או כירושה, וככל שנקנה, מי מימן את הרכישה); את השאלה אם הנכס הגיע לידי בעליו לפני הנישואין או במהלכם; את השאלה אם ניתנו לבן הזוג הטוען לשיתוף בטוחות כגון הערת אזהרה; את התנהלותם הכספית-כלכלית של בני הזוג באשר לנכס,

44 שם, פס' 29 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

45 שם, פס' 30 לפסק דינה של הנשיאה חיות ("בעניין אבו רומי הודגש, עם זאת, כי לא כל מערכת זוגית כוללת בהכרח שיתוף בנכסים חיצוניים [...] לשם ההכרה בשיתוף בין בני זוג בנכס חיצוני יש, אפוא, להראות כי מתקיימות נסיבות מסוימות ('דבר מה נוסף') מעבר לעצם קיומם של חיי הנישואין"). כן ראו שם, פס' 31 לפסק דינה של הנשיאה חיות ("באשר למהות הדרישה ל'דבר מה נוסף', בפסיקה הובהר כי מדובר במבחן עובדתי שתלוי בנסיבות המקרה").

46 דרישת הכוונה או ההסכמה עולה שוב ושוב בפסק הדין של הנשיאה חיות. ראו שם, פס' 37 לפסק דינה של הנשיאה חיות ("אך זאת, רק כל עוד מתקיים אותו 'דבר מה נוסף' המצביע על כוונת שיתוף באותו הנכס") (ההדגשה הוספה).

47 ראו למשל שם, פס' 42 לפסק דינה של הנשיאה חיות ("דרישת ראיות מפורשות וממוסמכות עלולה, אפוא, להקשות על בן הזוג הטוען לשיתוף להוכיח את התקיימותו של 'דבר מה נוסף', אף אם שיתוף כזה אכן התגבש, והיא עלולה לקבע חוסר שוויון ממוני שבני הזוג לא רצו בו בזמן אמת") (ההדגשה הוספה).

שחר ליפשיץ

למשל אם לקחו משכנתא במשותף למימון הרכישה או הבנייה; את שאלת קיומן של השקעות כספיות בנכס מטעם בן הזוג הטוען לשיתוף; את השתתפותם של שני בני הזוג (בין בכסף ובין בעמל) בשיפוץ משמעותי שבוצע בנכס, בתכנונו או בבנייתו; הבטחות או מצגים אקטיביים מצד בן הזוג הרשום כלפי משנהו; וככל שמדובר בבית המגורים של בני הזוג – את משך הזמן שבו התגוררו בני הזוג בנכס. במסגרת הקטגוריה השנייה, שעניינה שיקולים הקשורים בבני הזוג, התחשבה הפסיקה במשך נישואיהם של בני הזוג; באופי יחסיהם; בשאלה אם התקיימה אפילו מידה חלקית של הרמוניה, גם אם לא היו החיים "גן של ורדים" בהתנהלותם הכלכלית של בני הזוג ובשאלת קיומה של "אוירת שיתוף" ביניהם; בשאלה אם לבן הזוג הטוען לשיתוף יש נכס חיצוני אחר שנותר רשום על שמו; ובשאלת קיומם של ילדים משותפים.⁴⁸

כפי שאפשר להיווכח, קיים דמיון רב בין השיקולים שהנשיאה חיות מצביעה עליהם לבין "תנאי הסף הקישוריים", כפי שכינתי אותם.

ההבדלים בין גישת הביניים שאותה הובילה הנשיאה לבין הגישה ההסכמית-המצמצמת לא נותרו על הנייר בלבד. כך, לנוכח אמות המידה שטבעה סברה הנשיאה שבית הדין הרבני הארצי שגה בדרך יישומה של הלכת השיתוף הספציפי. ראשית, בית הדין הרבני דרש ראיות מפורשות וממוסמכות לכוונת שיתוף ובכך התעלם מהאופי המיוחד שבו מתגבשות הסכמות בהקשר המשפחתי.⁴⁹ שנית, הנשיאה הטעימה שבית הדין לא ייחס חשיבות מספקת למשך חיי הנישואים ולעובדה שמדובר בדירת מגורים ולטיבם של חיי המשפחה בתקופת הנישואים.⁵⁰ שלישית, בית הדין התעלם מתרומה לא כספית של בן הזוג הביתי ליצירת ההשכחה הנחשבת ל"דבר מה נוסף". לבסוף, בניגוד להיבט ההענקת-מתנתי הממוקד באומד דעתו של הבעלים הרשום, שהודגש כאמור בפסיקתו של השופט שטיין, הטעימה הנשיאה חיות, והדברים אף קיבלו ביטוי מפורש ורחב יותר בפסיקתם של שופטים נוספים,⁵¹ שתנאים ותניות המגבילים את כוונת השיתוף

48 ראו שם, פס' 32 לפסק דינה של הנשיאה חיות. לצורך זכויות היוצרים אציין שחלק ניכר מהם גובשו לרשימה סדורה כבר בפרשת **אלמונית**, לעיל ה"ש 2, פס' 2 לפסק דינו של השופט עמית.

49 דנג"ץ **הבנידה**, לעיל ה"ש 3, פס' 23 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

50 שם, פס' 45 לפסק דינה של הנשיאה חיות ("משך המגורים של בני הזוג בנכס ועיצוב התא המשפחתי שלהם בו, עשוי להוות שיקול חשוב בבואנו לבחון האם קיים 'דבר מה נוסף' המוליך אל המסקנה כי התגבשה כוונת שיתוף").

51 ראו שם, פס' 3 לפסק דינו של השופט הנדל ("הקושי שבקביעת התשתית העובדתית ביחס לרצון משוער נובע גם מכך שמדובר ברצון של שני בני הזוג, ולא רק של אחד מהם. כלל גדול הוא בדיני החוזים שלכל חוזה – בניגוד לצוואה, למשל – יש לפחות שני צדדים. נדרש מפגש רצונות, וברצון חד צדדי לא סגי. לא די, למשל, בבחינת רצונו המשוער של בן הזוג, אלא יש להוסיף ולבחון גם מה היה רצונה המשוער של בת הזוג בעת השיתוף ספציפי בדירת המגורים, וביתר דיוק – מהו אומד הדעת

בנכס, ובמיוחד, כפי שנדון בהרחבה, כאלה המתייחסים להתנהגותם האינטימית של הצדדים, צריכים לשקף הסכמה משותפת.⁵² לנוכח המקובץ סברה הנשיאה חיות שטעויותיו של בית הדין הרבני ביישום הלכת השיתוף הספציפי היו טעויות היורדות לשורשה של ההלכה ושיחד עם קביעותיו בנושא האשמה המינית, שבה אעסוק בפרק הבא, הן מצדיקות את התערבותו של בג"ץ בנושא.

הנה כי כן, הדגשת הנשיאה חיות באשר להיבט המצומצם של הלכת השיתוף הספציפי, לתלות בנסיבות הכוללות את סוג הנישואים, טיב היחסים והשיתוף ומעל הכול – ליסוד הכוונה, מרחיקה אותה מן הגישה הקניינית. בה בעת, הקלת הנטל על הוכחת כוונת שיתוף בכלל, ובמקרה של דירת מגורים וחיים ממושכים בפרט, כמו גם יישומה של הלכת השיתוף הספציפי במקרה הקונקרטי, מעידים על כך שאין מדובר על גרסה נוספת של הגישה ההסכמית המצמצמת. דומה כי בניואנס זה או אחר אף יתר שופטי הרוב בפסק

המשוער המשותף לשניהם (ההדגשה הוספה). לדחייה המפורשת של ההיבט המתנתי של הלכת השיתוף הספציפי ראו שם, פס' 19–20 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז ("הלכת השיתוף הספציפי מבוססת על הרעיון של שיתוף ורעות בחיי הזוג, ומאמץ משותף, להבדיל מתפיסה של הענקת מתנה"). לדחיית הגישה המתנתי, ראו שם, פס' 5 לפסק דינו של השופט עמית. מדברי השופטים ניכר שלדעתם הסקת תנאי המגביל את השיתוף המבוססת על אומד דעתו של הבעלים הרשום ועל פי חלק מן השופטים אפילו על ניסיון להעריך את אומד הדעת המשותף אינה אפשרית. אציין שמפסקי הדין של השופטים לא ברור אם מצג מוכח וחד-משמעי מצד הבעלים הרשום שנאמר בזמן אמת, שלפיו הוא מוכן להקנות את הנכס החיצוני בתנאים מסוימים, יספיק גם אם בן הזוג הטוען לשיתוף לא הסכים לתנאי במפורש או שמא נדרשת הסכמה מפורשת ומשותפת לתנאי. לכאורה, ניתן לגרוס שמאחר שמדובר בנכס חיצוני השייך לאחד מבני הזוג מלכתחילה, אזי כשם שזכותו של בן הזוג שהוא הבעלים הרשום להבהיר מראש באופן חד-צדדי את התנאים שבהם יסכים להעביר את הסתמכות עליו, כך גם זכותו להבהיר מראש באופן חד-צדדי את התנאים שבהם יסכים להעביר את הנכס. על פי קו חשיבה זה, ייתכן שאפשר להטיל נטל ראייתי גבוה על הבעלים הרשום להוכיח שאכן הבהיר בזמן אמת את התנאים להחלת השיתוף בנכסים החיצוניים, אך אם עמד בנטל והוכיח שבזמן אמת התנה את השיתוף בנכס החיצוני בתנאים מפורשים וברורים שהובאו לידיעתו של הצד האחר, יש לכבד תנאים אלה. מנגד, לפחות מדבריהם של השופטים הנדל וברק-ארז, המדגישים את ההיבט ההדדי של השיתוף הספציפי, נראה כי אין די בהצהרה חד-צדדית ותידרש הסכמה של שני בני הזוג לתנאי. כמתואר להלן בפרק השני של המאמר, דיון בנושא התעורר בנוגע לתנאי קשור בהתנהגות המינית, ושם ניכר היה שלפחות חלק מן השופטים סבורים כי התניה של שיתוף בנכס החיצוני בתנאים מאוחרים הקשורים בהתנהגות הצדדים עלולה לגרום למשטורם של היחסים ולהכפפת הבעלים הלא רשום לרצונו של הבעלים הרשום. ואולם, נושא האשמה המינית מעורר שאלות ייחודיות, ועל כן איני מושכנע שעמדות השופטים שם מייצגות את עמדתם גם בנוגע למצבים אחרים שבהם הסכמה לשיתוף בנכס הותנתה במפורש בזמן אמת בתנאי שאינו קשור בהתנהגות מינית שהובא באופן ברור לידיעת הצד האחר, אך לא הוסכם מפורשות על ידי בן הזוג. משום כך, גם סוגיה זו עדיין טעונה הכרעה.

52 שם, פס' 36 לפסק דינה של הנשיאה חיות, שבה הנשיאה אומנם עוסקת בתנאי הספציפי של נאמנות מינית, אך העיקרון המנחה הינו שנדרשת הסכמה משותפת לכל אחד מן התנאים המתלים את ההסכמה לשיתוף.

הדין שותפים לקווים המנחים הללו,⁵³ כפי שהוצגו על ידי הנשיאה, והם משקפים את העובדה שהקו המרכזי של הפסיקה עודנו אחוז בגישת הביניים, המזכירה בעקרונותיה, גם אם לא במכניזם המדויק להפעלתה, את גישת ה"קהילה המשפחתית". על רקע דברים אלו, אני סבור שהצגה הוגנת של הדין הישראלי הינה שברוח גישת הביניים, בהתקיים תנאי סף מסוימים, אפשר להניח את קיומו של שיתוף ספציפי ואין צורך להוכיח באופן פוזיטיבי את הסכמת הצדדים לעניין, כפי שנדרש על פי הגישה ההסכמית המצומצמת. בה בעת, ניתוח של עמדת הרוב ילמד על דחיית הגישה הקניינית: נדרשים תנאי סף נוספים פרט לעצם הנישואים והעובדה שמדובר בדירת מגורים, ואפילו בהתקיים תנאי הסף הללו, לא ניתן לקבוע שיתוף ספציפי במקרים שבהם תעמוד קביעה כזו כנגד ההסכמה המשותפת הברורה של שני בני הזוג או אפילו בניגוד למצגים ברורים אובייקטיביים וחד-משמעיים כנגד השיתוף שהוצגו על ידי הבעלים הרשום בזמן אמת. אכן, המכניזם המדויק המוצע על פי גישת הקהילה המשפחתית, שלפיו בהתקיים תנאי הסף יתהפך נטל הראיה, לא אומץ על ידי דעת הרוב בדנג"ץ הבגידה. עם זאת, בסופו של דבר עולה מדעת הרוב כי לפחות בהקשר של הנכסים המשפחתיים,⁵⁴ התקיימות המשתנים הקישוריים עשויה כשלעצמה לגבש את אותו "דבר מה נוסף" הנדרש להוכחתה של כוונת השיתוף.⁵⁵ זוהי גם התוצאה המעשית הנובעת מגישת הקהילה המשפחתית, ובמובן זה מדובר בגישות "אחיות" לא רק במישור התאורטי אלא גם במישור המעשי.⁵⁶

- 53 ראו למשל שם, פס' 2 לפסק דינו של השופט מלצר ("הלכת השיתוף הספציפי" מגבילה ביחס להתגבשות של זכות מעין-קניינית בנכס שאיננה כרוכה בהכרח בהתנאה מפורשת להעברת הקניין בין הצדדים (ככל שהוכח לגביו 'דבר מה נוסף', המעיד על כוונת שיתוף"). כן ראו שם, פס' 8 לפסק דינו של השופט עמית ("הלכת השיתוף הספציפי רגישה לנסיבות הספציפיות של בני הזוג ולכוננותיהם, והדברים באים לידי ביטוי בסממנים ובדרישה ל'דבר מה נוסף'") (ההדגשה הוספה).
- 54 לייחודם של הנכסים המשפחתיים בהקשר זה ראו שם, פס' 41 לפסק דינה של הנשיאה חיות.
- 55 ראו בהקשר זה שם, פס' 31 לפסק דינה של הנשיאה חיות: "לאורך השנים הועלו בפסיקה נסיבות עובדתיות שונות שנקבע כי יש לשקול בעת יציקת תוכן לדרישת ה'דבר מה הנוסף'". וכן שם, פס' 45 לפסק דינה: "התקופה הארוכה שבה התגוררו בני הזוג וילדיהם כמשפחה בבייתם המשותף, [במילים אחרות, המשתנים הקישוריים. ש"ל] יש בה בעיני משום אינדיקציה משמעותית לכוונת שיתוף בנכס, אף שהנכס נותר רשום על שמו של המשיב בלבד" (ההדגשה הוספה).
- 56 מעניין לציין בהקשר זה את עמ"ש (מחוזי ת"א) 29298-05-20 ש"כ נ' נ"כ (נבו 26.4.2021). מדובר במקרה של בני זוג שהתקיימו בהם תנאי הסף הקישוריים ובית המשפט המחוזי החיל את חוקת השיתוף על נכסיהם ה"חיצוניים" תוך שהוא מתבסס על כתיבתי האקדמית. על פסק הדין הוגש ערעור לבית המשפט העליון ובו נטען, בין היתר, שהתבססות על גישתי, שלפיה בנסיבות שבהן מתקיימים תנאי הסף הקישוריים מתהפך נטל ההוכחה, סותרת את הלכת הדנג"צ, הדורשת הוכחה פוזיטיבית לכוונת שיתוף. הערעור נדחה על ידי בית המשפט העליון מפי השופט פוגלמן ראו בע"מ 3674/21 פלונית נ' פלונית (נבו 12.8.2021).

4. דגשים בסוגיית הנכסים המעורבים והשבחות של הנכסים הפרטיים

לצד הדיון העקרוני בהלכת השיתוף הספציפי אבקש להעיר כמה הערות הנוגעות לנכסים מעורבים, דהיינו נכסים שאינם בני-איוון שהושבחו ממקורות משותפים, כגון קרקע שעליה נבנה בניין או מבנה שמקורו חיצוני ושופץ והושבח במהלך הנישואים באמצעות מקורות הנחשבים כמשותפים על פי רציונל המאמץ המשותף.

ראשית, הלכת השיתוף הספציפי, המוגבלת בהיקפה במובנים שנדונו, עוסקת בנכסים החיצוניים. לעומת זאת, כאשר מדובר בנכסים בני-איוון חל חוק יחסי ממון, ועל כן בהיעדר הסכם ממון יש להחיל את הסדר שיתוף המשאבים על הנכסים בני-איוון, ללא קשר לסוג הנישואים, אורח החיים של הצדדים או מצגיהם. כאשר מדובר בנכסים מעורבים, יש לערוך חלוקה רעיונית בין הרכיב הפרטי לבין התוספת. התוספת היא נכס בר-איוון, ועל כן יש לחלק את שווייה בהתאם לאמות המידה המרחיבות של חוק יחסי ממון (דהיינו ללא קשר לטיב יחסי הצדדים ולמצגיהם). לעומת זאת, הרכיב הפרטי המקורי איננו נכס בר-איוון, ולכן השאלה אם מדובר בנכס משותף תוכרע בהתאם להלכת השיתוף הספציפי ולמבחנים שנקבעו בנוגע אליו.⁵⁷

שנית, לצורך סיווג התוספת שצמחה בנישואים כנכס בר-איוון, אין צורך להוכיח שבן הזוג הלא רשום השקיע משאבים כספיים בנכס הן ממקורות פרטיים והן מעבודתו. כזכור, על פי הגיונו של חוק יחסי ממון גם כספים שמקורם בעבודת הבעלים הרשום בזמן הנישואים נחשבים כנכסי המאמץ המשותף ועל כן נחשבים כמשותפים. משום כך, כאשר הכספים הללו מושקעים בנכס הפרטי וגורמים להשבחתו, השבח שצמח מהם הינו נכס בר-איוון. יתרה מזו, אף השקעת משאבי זמן ניכרים הן על ידי הבעלים הרשום והן על ידי בן זוגו לצורך השבחת הנכס הפרטי, כגון עיסוק מקצועי בהשגת אישורי בנייה או בשינוי ייעוד, יהפכו את התוספת לכזו שהופקה ממאמץ משותף ועל כן לנכס בר-איוון שעליו יש להפעיל שיתוף נוקשה, בניגוד לשיתוף הרך יותר שקובעת הלכת השיתוף הספציפי. לעניין זה יש חשיבות לא רק בנוגע לדירת המגורים אלא גם בנוגע להשבחות של נכסים עסקיים. במקרים של עסקים פרטיים שהושבחו, בין היתר, מעבודת הבעלים הרשום, יש אפוא להבחין בין הרכיב המקורי הפרטי לבין ההשבחה שמקורה בטיפוח הנכס על ידי מי מבני הזוג; את ההשבחה יש לראות כנכס מאמץ משותף שאת שוויו יש לאזן בין בני הזוג בהתאם להגיונו של החוק. בהערת אגב אזכיר שהתבטאויות מסוימות בדנג"ץ הבגידה

57 לחלוקה הרעיונית בין הרכיב המשותף לרכיב הפרטי בהקשר של נכסים הכפופים לחזקת השיתוף ראו ע"א 809/90 לידאי נ' לידאי, פ"ד מו(1) 602 (1992). בהקשר של חוק יחסי ממון המשמעות של חלוקה כזו הינה שבית משפט יעריך את שווי הנכס, יפלא אותו לחלקיו, ובהתאם לשיקול הדעת המוקנה לבית המשפט על פי ס' 6 לחוק יחסי ממון בנוגע לדרך האיוון, יחליט אם להעניק לבעלים הלא רשום את חלקו בכסף או ברישום של חלק יחסי.

קושרות בין הלכת השיתוף הספציפי לרעיון המאמץ המשותף.⁵⁸ ואולם, להשקפתי, ביסוסה של הלכת השיתוף הספציפי על רעיון המאמץ המשותף הוא מיותר ואף מזיק: מחד גיסא, במקרים שבהם חל רציונל המאמץ המשותף אין צורך בהלכת השיתוף הספציפי, שכן הנכסים שנצברו מכוח המאמץ המשותף, לרבות השבחות של נכסים עסקיים פרטיים, שמקורן בהשקעה של כספים בני-איזון או בהשקעת משאבי זמן של מי מבני הזוג, הינן נכסים בני-איזון לכל דבר.⁵⁹ מאידך גיסא, את הלכת השיתוף הספציפי יש להפעיל גם כאשר לא מתקיים רציונל המאמץ המשותף, כגון כאשר מדובר בנכסים פרטיים שהובאו לנישואים על ידי מי מהצדדים ולא הושבחו במהלכם, אך מתקיימים הרציונלים הייחודיים להלכת השיתוף הספציפי: ההסכמה המשותפת של שני בני הזוג, רציונל ה"קהילה המשפחתית", המשלב היבטים הסכמיים עם היבטים בדבר הדרך הראויה לנהוג בהקשר המשפחתי, ורציונל ההסתמכות. משום כך, ביסוס הלכת השיתוף הספציפי על רעיון המאמץ המשותף עשוי להוביל לצמצום ההלכה במקרים שבהם רציונל זה אינו מתקיים ומתקיים רציונל ה"קהילה המשפחתית" בלבד. בה בעת, התייחסות לשבח שצמח במהלך הנישואים ממאמץ משותף, ושלגישתי הינו נכס בר-איזון, כמשותף אך ורק בשל הלכת השיתוף הספציפי עלולה להוביל להחלה מצומצמת של השיתוף, כזו הרגישה שלא לצורך לכוונת הצדדים ולטיב הנישואים ולהבחנות בין נכס עסקי לבין נכס משפחתי.

שלישית, העובדה שהתוספת או ההשבחה של הנכס הפרטי אינן בנות-איזון אינה סותרת את הגולל על האפשרות להוכיח כי התגבש שיתוף גם ברכיב הפרטי. להפך, מהפסיקה בכלל, ומדנג"ץ הבגידה בפרט, עולה שהשקעה כספית משותפת בנכס פרטי היא אינדיקציה משמעותית להפיכתו של כלל הנכס לנכס משותף, וזאת לא רק על פי הגישות המרחיבות את ההלכה, אלא אפילו על פי גרסותיה המצמצמות ביותר. יתרה מזו, כפי שמדגישות הנשיאה חיות והשופטת ברק-ארז בפסק הדין בדנג"ץ, בדומה לדברים שכתבתי לעיל בקשר לסיווג ההשבחה כנכס בר-איזון, אף לצורך הלכת השיתוף הספציפי אין צורך להוכיח שבן הזוג הלא רשום השקיע משאבים כספיים בנכס ממקורות פרטיים או מעבודתו, שכן כל השקעה של כספים או של משאבי זמן שעל פי הגיונו של חוק יחסי ממון נחשבים כמשותפים תיחשב כהשקעה משותפת של שני בני הזוג. אף נטילת משכנתא ותשלומה ממקורות משפחתיים משותפים תיחשב כהשקעה משותפת, ועל כן, בהתאם לאמות המידה של הלכת השיתוף הספציפי, יכול ויעידו על כוונת שיתוף בכלל

58 דנג"ץ הבגידה, לעיל ה"ש 3, פס' 19 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז; ראו את הצעתו של השופט שטיין לביסוס עתידי של הלכת השיתוף הספציפי על תרומת בן הזוג הביתי להשבחת הנכס הפרטי ולשימורו שם, פס' 95–98 לפסק דינו.

59 מאחר שאיזון המשאבים, כמו גם הלכת השיתוף הנורמטיבית, חלים ללא רגישות לאומד דעת הצדדים, בעוד הלכת השיתוף הספציפי רגישה יותר לכוונת הצדדים ולאורח חייהם, ביסוס השיתוף בנכסי המאמץ המשותף על הלכת השיתוף הספציפי עשוי להוביל לצמצום השיתוף בנכסים הללו.

הנכס המעורב, לרבות רכיביו הפרטיים המקוריים.⁶⁰ עם זאת, לדעתי, הגם שתוספת רכיב משותף משמעותי לנכס פרטי היא אינדיקציה חשובה לכוונת שיתוף בכלל הנכס, אין היא יכולה לחתור תחת הרציונל הבסיסי של הלכת השיתוף הספציפי. לפיכך, במקרים שבהם מצגי הצדדים מלמדים באופן חד-משמעי שלא הייתה הסכמה לשיתוף כולל ושאי-הסכמה זו הייתה ברורה לשני הצדדים, ניתן יהיה לקבוע שיתוף בתוספת ובשבח, אך לא יהיה ראוי לקבוע שיתוף כללי גם ברכיבים הפרטיים כאשר השיתוף מנוגד באופן ברור וחד-משמעי להסכמות הצדדים ולמצגים שהועברו ביניהם.

5. הערות סיום בקשר להלכת השיתוף הספציפי

לסיום חלק זה, אזכיר שדנג"ץ הבגידה התמקד בדירת המגורים. במקרים אחרים פתחה הפסיקה פתח להפעלת הלכת השיתוף הספציפי גם בנכסים משפחתיים נוספים ובנסיבות מסוימות גם בנכסים עסקיים.⁶¹ כאמור, לגישתי, כאשר מדובר בהשבחה של נכס עסקי שמקורה במאמץ משותף אין צורך בהלכת השיתוף הספציפי, שכן השבח הוא נכס בר-איוון. נוסף על כך, במקרים שבהם מדובר על נכסים עסקיים בעלי גוון משפחתי, כגון מכולת משפחתית או חנות קטנה שהובאה לנישואים על ידי אחד מבני הזוג אך שני בני הזוג פעילים בה, יש ליישם עקרונות דומים לאלו המופיעים בנוגע לדירת מגורים.⁶² מכל מקום, השאלה מהם אותם נכסים משפחתיים נוספים וכיצד תיושם הלכת השיתוף הספציפי בנכסים עסקיים לא פותחה בדנג"ץ הבגידה ויש בה משום מקור לאי-ודאות בקרב אנשי השטח.

שנית, בכתיבתי האקדמית הסתייגתי מן השימוש הסמוי בהלכת השיתוף הספציפי לצורך השגת צדק חלוקתי כולל בין גברים לנשים או מתוך שיקולים סוציאליים רחבים.⁶³ הסתייגות זו נתמכה בעבר על ידי השופט דנציגר בפרשת אלמונית⁶⁴ ואומצה בחום על ידי השופט שטיין בדנג"ץ הבגידה.⁶⁵

60 דנג"ץ הבגידה, לעיל ה"ש 3, פס' 44 לפסק דינה של הנשיאה חיות ופס' 6 ו-10 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז.

61 ראו בהקשר של חזקת השיתוף ע"א 2280/91 אבולוף נ' אבולוף, פ"ד מז(5) 596 (1993). אף השופט עמית בפרשת אלמונית, לעיל ה"ש 2, התייחס לעובדה שמדובר בדירת מגורים כאינדיקציה המחזקת את האפשרות ללמוד על כוונת שיתוף. מכאן למדו חלק מן הפרקטיקנים שהשופט עמית לא שלל את אפשרות יישומה של הלכת השיתוף גם על נכסים עסקיים.

62 ראו ניתוחי לפסק הדין אבולוף, ליפשיץ השיתוף הזוגי, לעיל ה"ש 9, בעמ' 141-142.

63 דנג"ץ הבגידה, לעיל ה"ש 3, פס' 30 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז, המתארת אישה היוצאת מן הנישואים ללא רכוש, המהדהדת את הגישות הרואות בעקרון השוויון ובהיבטים הסוציאליים את המוקד של הלכת השיתוף הספציפי; לגישות אלו ראו גם ליפשיץ השיתוף הזוגי, לעיל ה"ש 9, בעמ' 199.

64 פרשת אלמונית, לעיל ה"ש 2, פס' 20 לפסק דינו של השופט דנציגר.

65 ראו למשל באופן הציוורי ביותר דנג"ץ הבגידה, לעיל ה"ש 3, פס' 28 לפסק דינו של השופט שטיין ("סמכות החקיקה השיפוטית, ככל שזו קיימת, איננה מקנה לשופטים את הכוח לשנות את מצב

שחר ליפשיץ

עם זאת, לצד הסתייגות זו, יש לבקר את השימוש המצומצם שעושה הפסיקה באפשרות לחלק באופן קנייני את כושר ההשתכרות שצמח במהלך הנישואים⁶⁶ או להתחשב בפערי השתכרות שמקורם בצמיחת כושר השתכרות או בהפסדי קריירה במהלך הנישואים, וזאת במסגרת הסמכות שמקנה סעיף 8(2) לחוק יחסי ממון לחרוג מחלוקה מחצה על מחצה של הרכוש הזוגי בין היתר בהתחשב בפערי השתכרות בין בני הזוג.⁶⁷ חלוקת כושר השתכרות או התחשבות בהפסדי קריירה אינן חריגות ללוגיקה המנחה של דיני הרכוש הזוגי, אלא מגשימות אותה באופן עמוק. יש אפוא להעדיף שימוש בכלים הטבעיים של דיני הרכוש הזוגי על פני שימוש מאולץ בדיני השיתוף הספציפי על מנת להתמודד באופן עקיף עם פערים בכושר ההשתכרות בכלל וכאלה המשקפים הבדל מגדר בפרט או להשיג מטרות סוציאליות. יתרה מזו, שימוש בהלכת השיתוף הספציפי מתוך הניעה סוציאלית או מגדרית והתמקדות בדירת המגורים המשפחתית בהקשרים הללו מזיקה, שכן לעיתים היא מקנה פיצוי יתר, למשל כאשר מדובר על דירת מגורים בעלת שווי כלכלי גבוה העולה באופן ניכר על הפסדי הקריירה שנגרמו במהלך הנישואים, ובמקרים אחרים היא גורמת להיעדר פיצוי, כגון במקרים של בני זוג החיים בדירה שכורה שהלכת השיתוף הספציפי במתכונתה הקיימת אינה נותנת להם מענה.⁶⁸ משכך, יש למקד את הלכת השיתוף הספציפי ברציונלים המתאימים לה ושנותחו בחלק זה, ולהרחיב את השימוש בחלוקה קניינית של כושר השתכרות כנכס ובסעיף 8(2) לחוק לצורך ההתמודדות עם פערי ההשתכרות שמקורם באורח החיים של בני הזוג במהלך הנישואים. נוסף על כך, כפי שפירטתי במקומות אחרים, יש לפתח כלים משפטיים ייעודיים, כגון מזונות משקמים, כדי להתמודד במקרים נדירים שבהם הדבר מוצדק עם צרכים ומצוקות של אחד מבני הזוג לאחר הגירושים.⁶⁹ השילוב של פרשנות תכליתית של חוק יחסי ממון, באופן המאפשר לראות השבחות שמקורן במאמץ המשותף כנכס בר-איזון, יחד עם שימוש נכון באפשרות לראות את כושר השתכרות כנכס בר-איזון, סמכויות הקבועות בסעיף 8(2), ועם סעד המזונות המשקמים – שילוב כזה עשוי להעניק פתרונות צודקים, קוהרנטיים ורחבים יותר מאשר שימוש אד-הוק בהלכת השיתוף הספציפי כאשר הצדדים גרים בבית מגורים שאינו נכס בר-איזון, אך לא מתקיימים התנאים המצדיקים את הפעלת ההלכה על פי הגיונה.

העולם הקנייני על ידי חלוקה יזומה של רכוש פרטי. מערכת המשפט שלנו איננה יער שרווד, ומי שפועל במסגרתה כשופט או כדיין איננו רובין הוד שלוקח מעשיר ונותן לעניי".

66 לדין בסוגיית כושר ההשתכרות ויישומה בישראל ולטענה שגם לאחר התיקון לחוק יחסי ממון ניתן לראות בכושר השתכרות נכס ולחלקו חלוקה קניינית, ראו ליפשיץ **השיתוף הזוגי**, לעיל ה"ש 9, בעמ' 307-302. לאימוץ הגישה בפסיקה ראו לאחרונה תלה"מ (משפחה ת"א) 39096-01-20 **ד"ש נ' ש"ש** (נבו 3.3.2021).

67 ראו ליפשיץ **השיתוף הזוגי**, לעיל ה"ש 9, בעמ' 307-317.

68 שם, בעמ' 199.

69 שם, בעמ' 324.

ב. מקומה של האשמה מינית

1. דחיית השיקולים של האשמה המינית כבסיס לשלילת זכויות המגיעות מכוח דיני הרכוש הזוגי ודיני הקניין

בסדרת פסקי דין אזרחיים שעסקו בחזקת השיתוף,⁷⁰ בחוק יחסי הממוץ⁷¹ ובדיני המתנה,⁷² הבהירו בתי המשפט האזרחיים שאי-נאמנות מינית אינה יכולה להצדיק שלילה או הפחתה של זכויות המגיעות לבן זוג מכוח הדינים הללו. היו שפירשו את בג"ץ הבגידה כחותר תחת מדיניות זו וכפותח פתח לשלילת זכויות בשל בגידה.⁷³ כנגד העמדות והפרשנויות הללו הבהירו השופטים שטיין ומיניץ, שהיו כזכור שופטי הרוב בבג"ץ הבגידה, והפכו לשופטי המיעוט בדנג"ץ הבגידה, שאף לעמדתם בגידה אינה יכולה לפגוע בזכויות קניין שכבר נרכשו.⁷⁴ השופט שטיין אף הבהיר שאת העיקרון המוסכם, שלפיו בגידה אינה פוגעת בזכויות שכבר נצברו, יש להחיל גם על זכויות שמקורן בשיתוף הספציפי.⁷⁵ לנוכח הבהרה זו הטעים השופט עמית כי קיימת תמימות דעים בין כל תשעת שופטי ההרכב שישבו בדנג"ץ על כך שאין נענשים על בגידה למפרע ושבגידה אינה עילה לפגיעה בזכויות קניין.⁷⁶ השופט עמית ציין שבראייה לאחור, אחד

70 ע"א 264/77 דרור נ' דרור, פ"ד לב(1) 829 (1978).

71 ראו בג"ץ 8928/06 פלנית נ' בית הדין הרבני הגדול לערעורים בירושלים, פ"ד סג(1) 271 (2008) (להלן: בג"ץ פלונית).

72 ראו ע"א 384/88 זיסרמן נ' זיסרמן, פ"ד מג(3) 205 (1989); וראו ע"א 343/87 פרי נ' פרי, פ"ד מד(2) 154 (1990). ראו בהקשר זה את דברי השופט שטיין בדנג"ץ הבגידה, לעיל ה"ש 3, פס' 11 לפסק דינו ("אין חולק על כך שבן הזוג הבוגד לא יאבד שום חלק מהנכסים שקיבל במתנה מבת זוגו – זאת, כאשר מדובר במתנה רגילה ונטולת תנאים מגבילים"). ראו, חוק המתנה, התשכ"ח-1968 (להלן: חוק המתנה).

73 ראו רות הלפרין-קדרי "לגיטימציה לשלילת רכוש מנשים" הארץ (20.11.2018) <https://katzr.net/1df0f4>.

74 ראו בהקשר זה את דברי השופט שטיין בדנג"ץ הבגידה, לעיל ה"ש 3, פס' 11 לפסק דינו ("לא קיים שום קשר משפטי בין בגידה לזכויות קניין: בת הזוג שאינה נאמנה מינית לבן זוגה, ושמקיימת קשר מיני עם אדם אחר במהלך הנישואין, איננה מאבדת בשל כך שום חלק מרכושה ומזכויותיה, כל אימת שמדובר בזכויות בנות קיימא שכבר נרכשו או הבשילו").

75 ראו את דבריו של השופט שטיין שם, פס' 12 לפסק דינו ("בהתגבשות השיתוף הספציפי בנכס שקודם לכן השתייך רק לאחד מבני הזוג – והוא איננו בר איזון – בגידתו של מקבל זכויות השיתוף בבת הזוג שכבר הקנתה לו זכויות אלה, בין שאירעה לפני ההקנייה ובין שהתרחשה אחריה, לא תבטל, ברגיל, את ההקנייה ואת תוצאתה הקניינית. בן הזוג הבוגד ישמור על מחצית הזכויות בנכס מכוח השיתוף הספציפי. קניין הוא קניין [...]").

76 ראו דבריו של השופט עמית שם, פס' 1 לפסק דינו ("חברי השופט ד' מיניץ שותף לדעה לפיה אין נענשים על בגידה למפרע. כך עולה גם מפסק דינו של חברי, השופט א' שטיין"). ומסכם השופט עמית ("בנקודה זו קיימת תמימות דעיםמלאה בקרב כל תשעת חברי ההרכב") (ההדגשה הוספה).

מן הנושאים שבהם תרם דנג"ץ הבגידה להבהרת הדין הקיים הוא חידוד ההסכמה הרחבה בנושא בין כלל שופטיו של בית המשפט העליון.⁷⁷

2. גיבוש הבסיס התאורטי למדיניות הנרתעת מהתחשבות באשמה מינית

תרומה נוספת של דנג"ץ הבגידה בנושא האשמה המינית הייתה בביסוס ההצדקות המהותיות למדיניות השוללת את השפעתה של בגידה על קביעת התוצאות הרכושיות של הגירושים.

אכן, עיון בפסקי הדין שקדמו לבג"ץ הבגידה ושללו כאמור בהקשרים שונים את האפשרות שבגידה או אשמה מינית יובילו לפגיעה בזכויות שנצברו מכוח דיני הרכוש הזוגי או דיני המתנה יגלה כמה נימוקים שניתנו להצדקת המדיניות: חלק מן הנימוקים עסקו באי-הרלוונטיות של שיקולי האשמה המינית להיבט הרכושי, כך שאין זה ראוי להעניש את הבודד באמצעות שלילת הזכויות הקנייניות המגיעות לו;⁷⁸ היו שעמדו על מורכבותם של היחסים הזוגיים ועל הקושי לקבוע כי דווקא הבודד הוא האחראי לפירוק היחסים;⁷⁹ אחרים הדגישו את ההיבט הפולשני של קביעת האשמה המינית ואת הנזק שעלול להיגרם ליחסים המשפחתיים מן העיסוק בהיבטי האשמה. היבט זה הודגש במיוחד בפסקותיו של השופט עמית הן בבג"ץ הבגידה המקורי⁸⁰ והן בפסקי דין נוספים שבהם דחה את האפשרות לבסס עילת תביעה אזרחית עצמאית, ללא קשר לדיני הרכוש הזוגי, על אשמה מינית.⁸¹

חרף ההתייחסויות הספורדיות לנושא, בספרות המחקר היו שטענו שלא נערך בפסיקה דיון שיטתי ומקיף בהצדקות למדיניות האזרחית המנתקת בין שיקולי האשמה המינית לבין התוצאות הכלכליות של הגירושים.⁸² חוסר זה ביקשתי להשלים במאמר שנכתב

77 כעניין אנקדוטלי אציין כי השופט עמית סבר שגיבוש ההסכמה בנושא והבהרתה מצדיקים כשלעצמם את קיומו של הדיון הנוסף (שם, פס' 1 לפסק דינו). לעומתו, השופט סולברג, שהתנגד לעצם קיומו של דיון נוסף בטענה שבין השופטים בבג"ץ לא התגלו מחלוקות עקרוניות המצדיקות דיון נוסף, הדגים את טענתו בין היתר באמצעות הקביעה שכל השופטים מסכימים לכך שאין בכוחה של אי-נאמנות מינית כדי לבטל, באופן קטגורי, שיתוף ספציפי שהתגבש קודם לכן (שם, פס' 2 לפסק דינו).

78 ראו דבריה של השופטת נאור בבג"ץ פלונית, לעיל ה"ש 71. ראו בהקשר זה גם את עניין דרור, לעיל ה"ש 70.

79 ראו את פסק דינו של השופט ריבלין בבג"ץ פלונית, לעיל ה"ש 71 ("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").

80 בג"ץ הבגידה, לעיל ה"ש 6, פס' 13 לפסק דינו של השופט עמית.

81 ראו ע"א 8489/12 פלוני נ' פלוני, פס' 8 לפסק דינו של השופט עמית (נבו 29.10.2013). השופט עמית דן בשאלה אם בגידה בחיי הנישואין מקימה עילה לתביעה מצד הנכבד כלפי "הנואף עם בן זוגו". בסירובו להכיר בתביעה מעין אלו תיאר השופט עמית את ההתעסקות בשיקולי אשם מיניים "כגירוד אובססיבי בפצע, תוך כניסה לפינות האינטימיות והפרטיות ביותר של המתדיינים וגרימת סבל לכל הנוגעים בדבר".

82 ראו את ביקורתם של כהן וג'בארין, לעיל ה"ש 10, על היעדר דיון בנושא זה בפסיקה.

בעקבות בג"ץ הבגידה ובו הצבעתי על השיקולים המרכזיים המנחים את המדיניות המבקשת לשלול את השפעתם של שיקולי אשמה מינית על קביעת התוצאות הכלכליות של הגירושים. במאמר נדונו חמישה כיווני מחשבה עיקריים:

ראשית, הטיעון האינדיווידואליסטי, שלפיו תפקידם המרכזי של שיקולי אשמה מינית בשיטות משפט מסורתיות בכלל ובדין הדתי היהודי בפרט הוא זיהוי האשם בפירוק הקשר. ברם, בעולם משפטי, שבו ערך האוטונומיה של הפרט תומך בזכות היציאה של כל אחד מבני הזוג מהקשר הזוגי על פי רצונו, אין צורך בזיהוי האשם בפירוק הקשר.⁸³

שנית, הטיעון העומד על הקושי הליברלי לקבוע אמות מידה מוסריות לצורך הערכתו של האשם המיני. הקושי נובע הן משינויים חברתיים המקשים את קביעתו של קונסנזוס חברתי בנוגע לתפיסות המיניות הראויות בנישואים והן מהתנגדות עקרונית לשיפוט מוסרי ולהכרעה בין תפיסות עולם מתחרות בתחומים הזוגיים.⁸⁴

שלישית, מורכבותם של היחסים הזוגיים והקושי לזהות את האשם בכלל ואת האשם בפירוק הקשר בפרט.

רביעית, יש להביא בחשבון את השיקול, שכאמור עד פסק הדין היה הבולט ביותר בפסיקה, הממוקד בפולשנות הכרוכה באיתור האשם, ואת הנזק שעלול להיגרם עקב כך לבני הזוג וילדיהם.⁸⁵

חמישית, כנגד מתן מעמד לשיקולי אשמה מינית ניצבים היבטי מגדר הקשורים באופן הלא סימטרי שבו יושמו באופן מסורתי שיקולי אשמה מינית בכלל ובדין הדתי בפרט.⁸⁶

נימוקים אלה צוטטו בחוות דעתם של שופטי המותב בדנג"ץ הבגידה.⁸⁷ השופטים אף הוסיפו בחוות דעתם נימוקים כנגד התחשבות בשיקולי אשם מיני, כגון הרתיעה ממשטור

83 ראו ליפשיץ "שיפוט מוסרי", לעיל ה"ש 5, בעמ' 70–75. ברוח זו הצדיק בזמנו השופט ריבלין את הרתיעה משיקולי אשמה. ראו ברוח זו גם, פנחס שיפמן **דיני המשפחה בישראל** כרך ראשון 422 (מהדורה שנייה, 1995).

84 ראו ליפשיץ "שיפוט מוסרי", לעיל ה"ש 5, בעמ' 73–75. לטיעון זה ולמורכבויות שהוא מעורר ראו הלפרין-קדרי "שיקולי מוסר", לעיל ה"ש 10, בעמ' 673–683. עוד ראו Ayelet Hoffmann Libson, *Not My Fault: Morality and Divorce Law in the Liberal State*, 93 TUL. L. REV. (2019) 634–642, 599. כן ראו Robin Fretwell Wilson, *Beyond the Bounds of Decency: Why Fault Continues to Matter to (Some) Wronged Spouses*, 66 WASH. & LEE L. REV. 503, (2009) 509–513 לביקורת נוספת ראו, אסף הרדוף "סוגיה ליברלית מופקרת: האם להפלייל, להסדיר או להפקיר 'בגידה' מינית בנישואין?" **המשפט** כז 89, 116–121 (2021).

85 ראו ליפשיץ "שיפוט מוסרי", לעיל ה"ש 5, בעמ' 74–75; ראו גם את עמדתו של השופט עמית בדנג"ץ הבגידה, לעיל ה"ש 3, פס' 4 לפסק דינו.

86 ראו בנוגע להיבט זה, ליפשיץ "שיפוט מוסרי", לעיל ה"ש 5, בעמ' 75–76. ראו גם דגן והקר "הלכת השיתוף הספציפי", לעיל ה"ש 8, בעמ' 541 (המתארים הסכם המשלב אשמה כהסכם פטריאכלי).

87 ראו למשל דבריו של השופט מלצר בדנג"ץ הבגידה, לעיל ה"ש 3, פס' 3 לפסק דינו ("המגמה בדין האזרחי היא לנתק את העיסוק בהתנהגות המינית של הצדדים מהסכסוך הרכושי [...] כדי למנוע בהקשר זה עיסוק פולשני שעלול לפגוע בפרטיותם של בני הזוג [...] יש להוסיף גם את התפיסה העדכנית של מוסד הנישואים, הגורסת כי לכל צד נתונה הבחירה לסיים את קשר הנישואין, מה

המיניות בכלל והחשש ממתן יתרון בהקשר זה לבעלים הרשום על פניו בן זוגו.⁸⁸ עוד הזכרו שיקולים סוציאליים והחשש מפני פגיעה כלכלית בבן הזוג המסתמך על חלקו ברכוש הזוגי.⁸⁹ והקושי להבחין בין שיקולי אשם מיני לבין פגיעות אחרות באמון בין בני הזוג, שאינן מוגנות על ידי המשפט.⁹⁰

במובנים אלה, לדג"ץ הבגידה תפקיד חשוב בביסוס היסודות התאורטיים המצדיקים את המדיניות השוללת את האפשרות להתחשבות בשיקולי אשמה מינית לצורך קביעת התוצאות הקנייניות של היחסים בין בני זוג בכלל ובעת פירוקם בפרט. כפי שאסביר בעקבות הדיון בחלק הבא, יסודות אלה אמורים להנחות את המשפט הישראלי גם במקרים נוספים העוסקים באשמה מינית שבהם נותרו קצוות פתוחים כמו גם בסוגיות משיקות, כגון האפשרות לבסס על בגידה ואי-נאמנות תביעות נזקיות או חוזיות המעוררות שיקולים דומים.

3. הקצוות הפתוחים – ההבחנות בין סוגים שונים של אשמה מינית והמחלוקות שהתעוררו בין שופטי דג"ץ הבגידה באשר לרלוונטיות שלהן לקביעת השיתוף הספציפי

מן האמור עד כה עולה כי קיימת הסכמה רחבה בין השופטים שאשמה מינית לא תוכל לשלול בדיעבד זכויות שהתגבשו. ועדיין, סוגיית מקומה של האשמה המינית במשפט האזרחי בישראל חמקמקה יותר משנראה במבט ראשון. כך, למרות ההצהרות הנחרצות כנגד התחשבות בבגידה, קודם לבג"ץ הבגידה פתחו בכל זאת לא רק בתי הדין הרבניים אלא גם בתי המשפט האזרחיים, לרבות בכמה מקרים בית המשפט העליון, פתחו להתחשבות בשיקולי אשמה מינית במסגרת ההכרעה אם נכסים חיצוניים ייחשבו כנכסים משותפים, וזאת הן בהקשר של חזקת השיתוף והן בהקשר של הלכת השיתוף הספציפי.⁹¹

שמבטא את האוטונומיה של הפרט ומייתר את הצורך בזיהוי האשם בפירוק ההתקשרות, ולו בהיבט הרכושי [...] במערכת המורכבת והייחודית של יחסים זוגיים, ממילא ישנו קושי ממש לזהות גורם אחד, אשר אחראי לסיום הקשר, שכן מדובר ביחסי גומלין עדינים, רגישים וטעונים, שבהם, מטבע הדברים, התנהגויות שונות כרוכות יחדיו ומשפיעות זו על זו – מה שיוצר סבך פתלתל, שאל לו לבית המשפט לחוקרו במישור הממוני ולנסות לשנותו רכושית בדיעבד". ראו הנימוקים המובאים בדג"ץ הבגידה, שם, פס' 5-12 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז (ההדגשה הוספה).

88 ראו בנושא זה דגן והקר "הלכת השיתוף הספציפי", לעיל ה"ש 8, בעמ' 540; דג"ץ הבגידה, לעיל ה"ש 3, פס' 54 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

89 ראו שם, פס' 10 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז.

90 שם, פס' 9 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז ("משטר של אשם אף עלול לגרוור את בית המשפט לבירור שאלות מורכבות מעולם הרגש ומדעי ההתנהגות שאינן מתאימות להכרעה שיפוטית. הוא גם מחייב להידרש לשאלה הערכית מהו בכלל אשם ביחסים זוגיים [...] התייחסות לחוסר נאמנות מינית בנפרד משלל התנהגויות פוגעניות וקשות אחרות אינה נכונה") (ההדגשה הוספה).

91 ראו בהקשר זה את פסק דינו של השופט שוחט בעמ"ש (מחוזי ת"א) 13313-12-11 נאע"ר נ' א"ע (נבו) (26.2.2014). ("קשה לייחס כוונה לבן זוג, לשיתוף בן הזוג האחר בנכס חיצוני כשהאחר אינו

בדומה לכך, עיון בחוות הדעת של השופטים השונים שהשתתפו בדנג"ץ הבגידה יגלה שהן שופטי הרוב⁹² והן שופטי המיעוט⁹³ פתחו פתח להתחשבות בנסיבות מסוימות בשיקולי אשמה מינית בעת ההכרעה בשאלה אם ייקבע שיתוף ספציפי במקרה נקודתי. כפי שאסביר בהמשך הדברים, הפתח שנפתח בהקשר של הנכסים החיצוניים עשוי להיות מיושם בהקשרים נוספים שבהם נקבעות התוצאות הרכושיות של הגירושים, וזאת בנסיבות מסוימות ואפילו במקרים שבהם מדובר על נכסי המאמץ המשותף. על מנת ליישב את המתח בין המדיניות העקרונית השוללת התחשבות באשמה מינית בעת קביעת התוצאות הרכושיות של הגירושים, ובכלל זה קיומו של שיתוף ספציפי, לבין המקרים שבהם תותר בכל זאת התחשבות באשמה מינית לצורך קביעת השיתוף הספציפי, הציעו השופטים הבחנות שונות בין התחשבות פסולה להתחשבות מותרת.⁹⁴ שתי הבחנות עיקריות נדונו בהקשר זה בפסק הדין. הבחנה אחת הינה בין בגידה כעילה לשלילת שיתוף ספציפי שכבר התגבש לבין בגידה הפועלת כנגד התגבשות השיתוף מלכתחילה. הבחנה אחרת שהוזכרה בפסק הדין הייתה בין בגידה חד-פעמית לבין בגידה ממושכת, ובמיוחד כזו העולה כדי חיים כפולים. בתת-חלק זה אציג הבחנות אלה, אך בה בעת אסביר מדוע לא תמיד הן מסייעות לבירור השאלה העומדת על הפרק.

(א) ההבחנה בין בגידה השוללת זכויות קיימות לבין בגידה השוללת את היווצרות הזכות מלכתחילה

הבחנה חשובה המוצגת בפסק הדין הן על ידי שופטי הרוב והן על ידי שופטי המיעוט הינה שקיומן של בגידה ואשמה מינית אינו יכול לשלול זכויות קנייניות שכבר נצברו. לאמיתו של דבר, עניין זה, כפי שנותח לעיל, מוסכם על כלל שופטי המוטב בדיון הנוסף. ואולם, במקרים מסוימים בגידה ואשמה מינית ישללו את עצם היווצרותן של הזכויות

שומר אמונים לבן זוג, בוגד בו עם נשים אחרות". ראו גם בג"ץ 3995/00 פלונת נ' בית-הדין הרבני הגדול לערעורים בירושלים, פ"ד נו(6) 883 (2002) (להלן: בג"ץ 3995). שם, תיקף השופט ברק פסק דין של בית המשפט העליון ששלל התגבשות של שיתוף ספציפי בנכס חיצוני, בין היתר, בשל חיים רוויי בגידות בתקופה שבה גובש לכאורה השיתוף הספציפי.

92 כך למשל כבר בבג"ץ הבגידה, לעיל ה"ש 6, פס' 14 לפסק דינו של השופט עמית הבהיר השופט כי "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".

93 ראו למשל את פסק דינו של השופט מינץ דנג"ץ הבגידה, לעיל ה"ש 3, פס' 2 לפסק דינו ("אף כי אין נענשין על בגידה למפרע על ידי נטילת הזכויות ברכוש המשותף [...] הלכה היא כי בנסיבות מסוימות, לבגידה עשויה להיות נפקות בשאלת קיומו של שיתוף בנכס ספציפי") (ההדגשה הוספה).

94 ראו את פסק הדין של השופט סולברג שם, פס' 5 לפסק דינו ("בהתייחס לטענה בדבר שלילת זכויות מוקנות מחמת אי-נאמנות מינית – גם כאן, על-פי דעת הרוב, אין לשלול מאדם זכויות מוקנות רק מחמת אי-נאמנות מינית, ולצד זאת, שוררת תמימות דעים לגבי האפשרות לשקול נסיבה זו, בין מכלול השיקולים המובאים בחשבון בעת הכרעה בשאלת השיתוף הספציפי") (ההדגשה הוספה).

מלכתחילה.⁹⁵ עם זאת, במקרים רבים הבחנה זו אינה מסייעת לזהות אם מותרת התחשבות באשמה במקרה קונקרטי,⁹⁶ שכן נסיבות מסוימות מפורשות על ידי חלק מן השופטים ככאלה השוללות את היווצרות השיתוף מלכתחילה, או למצער כמתנות אותו באי-התקיימות אשמה עתידית, בעוד השופטים האחרים מסווגים את אותן נסיבות ככאלה הפוגעות בזכויות קניין לאחר שנוצרו. יחסם של השופטים האזרחיים בדג"ץ הבגידה לפסק דינו של בית הדין הרבני הגדול בפרשת הבגידה יוכיח עניין זה. כזכור, שופטי הרוב בדיון הנוסף סברו שמאחר שהבגידה הנטענת אירעה בשלהי הנישואים, בתקופה שבה כבר התגבש השיתוף הספציפי, מדובר במקרה מובהק שבו בגידה אינה יכולה לשלול בדיעבד זכויות קניין שכבר נוצרו.⁹⁷ בכך הם אימצו את עמדתו של השופט עמית בבג"ץ הבגידה המקורי.⁹⁸ לעומת זאת, פסקי הדין של השופט שטיין בבג"ץ ובדג"ץ מבוססים על הטענה שפסק דינו של בית הדין הרבני לא שלל מן האישה זכויות קנייניות שכבר רכשה, שכן הנכונות של הבעל לחלוק עם אשתו את רכושו הפרטי, קרי את הנכסים החיצוניים, הותנתה מלכתחילה בתנאי שלפיו תשמור על נאמנות מינית במהלך חי הנישואים.⁹⁹ משום כך, לדעת השופט שטיין אין מדובר בשלילה של זכות עקב הבגידה, שכן הזכות הותנתה מלכתחילה באי-בגידה עתידית. אם כן, ההסכמה בין הניצים על העיקרון שלפיו בגידה אינה מאפשרת שלילת זכויות למפרע לא הובילה להסכמה על יישומו במקרה הקונקרטי. בהמשך הדברים אבקש להציע מובנים מדויקים יותר להבחנה המוצעת ובכך לסייע בתיחום המחלוקת.

95 ראו את הציטוטים של השופטים עמית ומיניץ, לעיל ה"ש 87–88, וכן את הציטוט של השופט שטיין, לעיל ה"ש 75. אף הנשיאה חיות בדג"ץ הבגידה, לעיל ה"ש 3, מתייחסת למבחן הכרונולוגי ועומדת על כך שבגידה שאירעה לאחר התגבשות השיתוף לא תוכל לשלול את השיתוף למפרע (שם, פס' 62 לפסק דינה).

96 לניתוח הקושי בהבנת המחלוקת בין השופט שטיין לבין השופט עמית בבג"ץ הבגידה בהקשר זה ראו ליפשיץ "שיפוט מוסרי", לעיל ה"ש 5, בעמ' 62–65.

97 ראו בעניין זה את דברי הנשיאה חיות בדג"ץ הבגידה, לעיל ה"ש 3, פס' 36 לפסק דינה ("הדין הכללי משמיע לנו כי מקום שבו התגבשה זכות בעלות משותפת בנכס, כלל הוא כי הזכות אינה מתגבשת 'על תנאי', ואין בכוחו של אירוע מאוחר לשלול אותה או לפגוע בתוקפה").

98 ראו פסק דינו של השופט עמית בבג"ץ הבגידה, לעיל ה"ש 6; פסק דינו של השופט עמית בדג"ץ הבגידה, שם.

99 דג"ץ הבגידה שם, פס' 17 לפסק דינו של השופט שטיין ("באין הקנייה רצונית כאמור, בן הזוג הבוגד לא מקבל לידיו – מלכתחילה – שום זכויות בנכס האישי של בת זוגו; וכפי שהסברתי בפסק דיני בהליך הקודם, אין לראותו מטעם זה כמי שכביכול 'נענש' בשל הבגידה. לטעמי, 'עונש' הוא שלילת זכות אשר כבר נרכשה או הבשילה. אי-הקניית זכות שיתוף איננה בגדר עונש – זאת, מאחר שלבן הזוג לא נתונה שום זכות אפריורית, קל וחומר זכות מוקנית, ברכושה האישי של בת זוגו, ולהיפך").

(ב) ההבחנה בין בגידה חד-פעמית לבגידה ממושכת או כזו העולה כדי חיים כפולים

הבחנה אזורית נוספת שהוצעה על ידי שופטי הרוב הינה בין בגידה חד-פעמית, שאין ליתן לה משקל אזורי, לבין בגידה ממושכת, שגם המשפט האזורי עשוי להעניק לה משקל. הבחנה זו נרמזה על ידי השופט עמית כבר בבג"ץ **הבגידה**,¹⁰⁰ והוא חזר עליה בדנג"ץ **הבגידה**, תוך שהוא מצמצם את החריג המקורי, המאפשר לכאורה התחשבות בבגידה ממושכת, ומבהיר שכוונתו הייתה למקרים של חיים כפולים או של בגידה ממושכת כחלק מדפוס של שקרים וגנבות כספיות.¹⁰¹ הבחנה בין בגידה חד-פעמית לבין בגידה ממושכת העולה כדי חיים כפולים נתמכה גם על ידי הנשיאה חיות.¹⁰² מנגד, על ההבחנה בין בגידה נקודתית לבין בגידה ממושכת נמתחה ביקורת בדנג"ץ משני כיוונים הפוכים. מחד גיסא, השופטים שטיין¹⁰³ ומינץ¹⁰⁴ טענו שגם אם ההבחנה בין בגידה נקודתית לבגידה ממושכת קשורה בתודעת הצדדים, לא ניתן להבחין באופן גורף בין שני הסוגים, שכן בני זוג רבים עשויים לייחס חשיבות גם לבגידה חד-פעמית. מאידך גיסא, השופטת ברק-ארז סברה שחששות מסוימים הניצבים כנגד הכרה בבגידה חד-פעמית – כגון החשש מפני פולשנות, הרצון להימנע מהערכה מוסרית של התנהגות בני הזוג, הקושי בהבחנה בין סוגים שונים של התנהגויות זוגיות ואי-היכולת להחזיר את המצב לקדמותו – קיימים גם כאשר מדובר בבגידה ממושכת. משום כך היא הסתייגה מן

100 בג"ץ **הבגידה**, לעיל ה"ש 6, פס' 14 לפסק דינו של השופט עמית ("אינני שולל כי ייתכנו מקרים בהם בגידה ממושכת תעיד על העדר שיתוף בין בני הזוג").

101 ראו שם, פס' 3 לפסק דינו של השופט עמית.

102 ראו את דברי הנשיאה חיות, פס' 50 לפסק דינה בדנג"ץ **הבגידה**, לעיל ה"ש 3, המתייחסת למקרה שבו "בן הזוג המשתף מגלה ברבות השנים כי משנהו ניהל לכל אורך חייהם המשותפים **חיים כפולים** עם אדם אחר" כדוגמה למקרה קיצוני שבו תותר ההתחשבות בבגידה (ההדגשה הוספה).

103 ראו את דבריו של השופט שטיין שם, פס' 14 לפסק דינו ("הנני חולק על הצבתה של 'בגידה מתמשכת' או בוטה כבסיס בלעדי לשלילת הסכמתה של בת הזוג הנבגדת להקניית שותפות שוות-זכויות בנכסיה האישיים לבן הזוג הבוגד. וכן בפסקה 15 עמדתו של חברי, השופט עמית, לפיה רק 'בגידה מתמשכת' או בוטה עשויה לשלול את הסכמתו של בן הזוג הנבגד להקניית שותפות שוות-זכויות בנכסיו האישיים לבת זוגו הבוגדת, אינה עולה בקנה אחד עם עיקרון זה"). ראו שם, פס' 20 לפסק דינו של השופט שטיין ("בעיני רבים בגידת בן הזוג בבת זוגו, או להיפך, איננה דבר של מה בכך גם כשמדובר במעשה חד-פעמי. מחקרים אמפיריים הראו כי בגידה גורמת לבני הזוג הנבגדים נזקים נפשיים אשר כוללים פיחות בהערכה העצמית, תחושת אשמה, חוסר ביטחון, כעס בלתי נשלט, ואפילו דיכאון קליני [...] מסיבה זו, אין זה מופרך בעיניי שכן הזוג הנבגד ירצה לחזור בו, בעקבות הבגידה, מתוכניתו לחלוק את נכסיו עם בת זוגו") (ההדגשה הוספה).

104 ראו שם, פס' 10 לפסק דינו של השופט מינץ ("אין לקבל את העמדה לפיה רק בגידה ממושכת או בוטה עשויה להביא לשלילת קיומו של שיתוף ספציפי בנכס [...] אינני סבור כי יש מקום להבחין בין 'בגידה' חמורה או מתמשכת אשר יהיה בה כדי להשפיע על שאלת התגבשות כוונה לשיתוף ספציפי בנכס, לבין 'בגידה' קלה יותר אשר לא יהיה בה כדי להשפיע כאמור. הדבר נתון לבחינה בכל מקרה ומקרה, בהתייחס להתנהגותם הקונקרטית של הצדדים ולנסיבותיו הספציפיות של כל עניין ועניין") (ההדגשה הוספה).

ההבחנה המוצעת וסברה שגם בגידה ממושכת אינה צריכה להשפיע על התוצאות הכלכליות של הגירושים.¹⁰⁵

הנה כי כן, דנג"ץ הבגידה חושף מחלוקות פנימיות בין שופטי המיעוט לשופטי הרוב, ולעיתים גם בין שופטי הרוב בינם לבין עצמם, בנוגע להבחנה בין בגידה חד-פעמית לבין בגידה ממושכת בחשיבה האזרחית. יתרה מזו, כפי שיוכיח דיוני בחלק הבא, במקרים רבים השאלה המשמעותית אינה אם מדובר בבגידה חד-פעמית או ממושכת, אלא כיצד פועלת הבגידה ומהי הרלוונטיות הנטענת שלה לקביעת התוצאות הכלכליות של הגירושים. בהקשר זה מתקיים לעיתים בין השופטים דו-שיח "חלקי", כאשר כל שופט מכוון לסוג אחר של השפעה אפשרית של הבגידה על התוצאה הכלכלית של הגירושים. על רקע אי-הבהירות, בחלק הבא אבקש למפות מקרים טיפוסיים שבהם ייתכן שיהיה מקום לשקילת שיקולי אשמה לצורך קביעת שיתוף ספציפי ולנסות ולהבין את העמדה המעודכנת של המשפט האזרחי במקרים הללו בעקבות דנג"ץ הבגידה. כמתואר להלן, אף על פי שבפסק הדין התמקד הדיון במקומה של האשמה המינית בהקשר של קביעת השיתוף הספציפי, לפחות בחלק מן המקרים הפתח שנפתח רלוונטי גם להקשרים אחרים, לרבות כאשר מדובר בנכסים בני-איוון.

4. מבט צופה פני עתיד – מפת דרכים המציגה את המצבים שבהם עשויה להיות לבגידה ולהתנהלות המינית של בני הזוג השלכה אזרחית

(א) ההיבט ההסכמי – שילוב שיקולי אשמה מינית מכוח התנאת הצדדים

כאמור, פסק דינו של השופט שטיין בבג"ץ ובעקבות זאת בדנג"ץ מבוסס על הטענה שהנכונות של הבעל לחלוק עם אשתו את רכושו הפרטי הותנתה מלכתחילה בתנאי שלפיו אשתו תשמור על נאמנות מינית במהלך כל חיי הנישואים.¹⁰⁶ כפי שמלמד פסק דינו של השופט שטיין, הסכמה לשילוב של שיקולי אשמה מינית או התניית הענקה בשיקולים כאלה אינה חייבת להיות מפורשת; גם הסכמה מכללא הנלמדת מנסיבות העניין¹⁰⁷ מספיקה כדי ליתן תוקף לשיקולי אשמה מינית.

השופט שטיין ביקש לשכנע בבג"ץ הבגידה שקו החשיבה שהוצג בפסק הדין, שלפיו אשמה יכולה להיות שיקול בר-תוקף לקביעת התוצאות הרכושיות של הגירושים, רלוונטי

105 ראו שם, פס' 14–15 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז.

106 ראו את דבריו של השופט שטיין שם, פס' 17 לפסק דינו ("על בית המשפט לברוק – שוב, כעניין של עובדה – האם הסכמתה המפורשת או המשתמעת של בת הזוג בעלת הנכס האישי לחלוק את נכסה עם בן זוגה הותנתה, במפורש או מכללא, בקיומה של נאמנות מינית לאורך חיי הנישואין"); וכן ראו את דבריו שם, פס' 8 לפסק דינו ("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").

107 שם, פס' 19 לפסק דינו של השופט שטיין, אשר מתייחס במפורש לצורך לאכוף הסכמות משתמעות.

אך ורק למקרים של שיתוף בנכסים החיצוניים, אך לא למקרה של שיתוף בנכסי המאמץ המשותף, המבוסס על איזון משאבים.¹⁰⁸ עם זאת, כפי שטענתי בעבר, הלוגיקה המקדשת את חופש החוזים והמאפשרת למעניק השיתוף להתנות את הנתנה בשיקולי אשמה מינית מובילה לכך שאם שילוב שיקולי האשמה המינית מוסכמים על שני בני הזוג גם יחד, אזי יוכלו הצדדים לקבוע כי זכותם המלאה או החלקית ברכוש הזוגי תותנה באשמתם המינית.¹⁰⁹ מניתוחו של השופט שטיין עולה אפוא שעל המשפט להכיר בהסכמים מפורשים כאלה הן בנוגע לנכסים חיצוניים הכפופים לשיתוף ספציפי והן בנוגע לנכסי המאמץ המשותף, למשל הסכמים שבהם בני הזוג קובעים כי בן הזוג הבוגד יהיה זכאי רק לרבע משוויים של הנכסים בני האיזון, בעוד בן הזוג הנבגד יהיה זכאי לשלושה רבעים מן הנכסים הללו.¹¹⁰

ומה באשר לשופטי הרוב, האם הם נכונים ליתן תוקף להתניית השיתוף בהיעדר אשמה מינית מכוח הסכמת הצדדים? כשמדובר על הסכמה המבוססת על אומדנה כללית שאינה מעוגנת בנסיבות הספציפיות, החשובה שלילית. אכן, במאמרי על בג"ץ הבגידה הראיתי שבפרשת הבגידה לא היה פסק דינו של בית הדין הגדול מבוסס על הנסיבות העובדתיות הקונקרטיות, אלא על אומדנה כללית בדבר התודעה המאפיינת של נתני

108 ראו דברי השופט שטיין שם, פס' 11 לפסק דינו ("כפי שצינתי בפסק דיני בהליך הקודם, ראה על בגידה כלל איננה רלבנטית ועל כן גם איננה קבילה לעניין איזון המשאבים ולחלוקתם השוויונית של הנכסים אשר נצברו על ידי בני הזוג במהלך נישואיהם").

109 ראו ליפשיץ "שיפוט מוסרי", לעיל ה"ש 5, בעמ' 89; לתמיכה בעמדה זו ראו דברי השופט עמית בדנג"ץ הבגידה, לעיל ה"ש 3, פס' 3 לפסק דינו.

110 יתרה מזו, בהקשר של השיתוף הספציפי דחה השופט שטיין את ההבחנה בין הסכם מפורש לבין הסכם משתמע וסבר שעקרון חופש החוזים מחייב מתן תוקף להסכם בשני המקרים. אם כן, לגישתו של שטיין ההבדל בין המקרים אמור היה להסתכם בכך שבמקרה של השיתוף הספציפי התנאי המשתמע חייב לשקף את אומד דעתו של המשותף בלבד, בעוד במקרה של נכסי המאמץ המשותף תוקף ההתניה של השיתוף בהתנהגות המיניות אמור להיות תלוי בכך שהתניית השיתוף באשמה מינית הוסכמה במפורש או במשתמע על ידי שני בני הזוג. משום כך, טענתו של שטיין, שלפיה יסרב להכיר במהלך דומה לזה שביצע בית הדין הרבני בפרשה נשוא הדנג"ץ לו היה מדובר בנכסים בני-איזון, אינה מובנת. עם זאת ייתכן שניתן בכל זאת להצדיק את ההבחנה שעורך שטיין בין מקומו של ההסכם המשתמע לשילוב שיקולי אשמה בקשר לשיתוף הספציפי לבין מקומו של הסכם כזה בהקשר של נכסי המשותף. כזכור, אחת מן ההצדקות של הנשיאה לסירוב להכיר בתנאי משתמע שלפיו יותנה תוקף השיתוף בהתנהגות המינית קשור בחשש שהכרה בתנאי כזה תתן יתרון לא הוגן לבעלים הרשום ותאפשר לו למשטר את התנהגות בן זוגו. כנגד טענה זו, שטיין גורס שמאחר שללא הקניה רצונית של הנכס החיצוני אין לבעלים הלא רשום כל זכות בנכס, אי-אפשר לדבר על משטר, שכן אם הבעלים הלא רשום אינו חפץ במשטר, הוא יוכל לוותר על הנכס עם התנאי המכביד הקשור בו. טענה זו אינה רלוונטית כשמדובר בנכסי המאמץ המשותף, ועל כן, לפחות באשר לנכסי המאמץ המשותף ייתכן שאפילו השופט שטיין יסכים שיש להגביל הסכמי אשמה מינית להסכמים מפורשים. בתקפות הבחנה זו בהבחנות נוספות אפשריות בין הסכמי מתנה והענקה לבין הסכמי אשמה מינית העוסקים בנכסי מאמץ משותף דנים עמיתי רם וריבלין ואנוכי במאמר שחר ליפשיץ ורם וריבלין "אשמה בהסכמה: הסכמי אשמה מינית והליברליזציה של דיני המשפחה" משפטים (צפוי להתפרסם בהתשפ"ד). על כן לא אדרש לכך במאמר הנוכחי.

מתנות בסיטואציה הזוגית,¹¹¹ אומדנה המשלבת הערכה אמפירית עם השקפת עולם ערכית.¹¹² אומדנה כזו, המבקשת לקרוא תנאי מפסיק הקשור בהתנהגות המינית של מקבל המתנה, נדחתה בעבר בפסיקה שעסקה במתן מתנות זוגיות.¹¹³ כפי שהסברתי, שיקולים דומים לאלו הניצבים כנגד התחשבות בשיקולי אשמה מינית באופן כללי ניצבים גם כנגד ההכרה באומדנה מסוג זה. משום כך, סברתי שיש לבקר את פסק דינו של השופט שטיין, שממנו עולה שיש ליתן תוקף לא רק להסכמים משוערים המבוססים על הנסיבות של הצדדים הקונקרטיים אלא גם על הסכמה משוערת, המבוססת על אומדנה כללית על תודעתם של בני זוג טיפוסיים או של מעניקי מתנה טיפוסיים. הביקורת על עמדתו של השופט שטיין בהקשר זה התקבלה על ידי שופטי הרוב, אשר דחו את הניסיון של בית הדין הרבני הגדול, שעליו הגן השופט שטיין, לתת גושפנקא לשיקולי אשמה מינית על בסיס אומדנות כלליות מהי בדבר הרצון המשוער של נותני מתנה טיפוסיים או של בעלים מקוריים של רכוש פרטי.¹¹⁴ במובן זה, **דנג"ץ הבגידה** קבע הלכה ברורה וחד־משמעית: אין לקבל אומדנה כללית שלפיה המתנה או השיתוף הספציפי הותנו בהסכמה בין הצדדים כאשר מדובר באומדנה שאינה מעוגנת בנתונים המתייחסים להסדר הקונקרטי בין בני הזוג הספציפיים.

לפחות חלק מן השופטים פסעו צעד נוסף, המזכיר את הקו המנחה בפסיקה העוסקת במתנות, שלפיו בית משפט לא יוכל לזהות ולכבד הסכמה משתמעת לשילוב שיקולי אשמה, גם אם היא מעוגנת לכאורה בנסיבות הקונקרטיות של בני הזוג הספציפיים.¹¹⁵ עם

111 ראו ליפשיץ "שיפוט מוסרי", לעיל ה"ש 5, בעמ' 35–38. לביקורת דומה ראו דגן והקר "הלכת השיתוף הספציפי", לעיל ה"ש 8, בעמ' 540.

112 ליפשיץ "שיפוט מוסרי", לעיל ה"ש 5, בעמ' 35–38.

113 ראו עמדות הרוב בפסקי הדין שהוזכרו לעיל בה"ש 72.

114 ראו למשל את דברי הנשיאה חיות בדנג"ץ **הבגידה**, לעיל ה"ש 3, פס' 36 לפסק דינה ("הדין הכללי משמיע לנו כי מקום שבו התגבשה זכות בעלות משותפת בנכס, כלל הוא כי הזכות אינה מתגבשת 'על תנאי', ואין בכוחו של אירוע מאוחר לשלול אותה או לפגוע בתוקפה [...]"); ראו גם את דבריו של השופט מלצר, שם, פס' 2 לפסק דינו; ראו אף את דבריו של השופט הנדל שם, פס' 3–6 לפסק דינו. השופט הנדל מסביר מדוע אין זה ראוי לשלב שיקולי אשמה מינית דרך הדוקטרינה של תנאי מכללא. חלק מן הביקורת קשור בהיעדר ראיות קונקרטיות במקרה הספציפי לתנאי מכללא, חלקה לביקורת עקרונית יותר על האפשרות להסיק תניות מכללא כעניין עובדתי. ראו עוד בהקשר זה את ביקורתה של השופטת ברק-ארז, שם, פס' 9–10 לפסק דינה.

115 ראו בנושא זה את עמדתה של הנשיאה חיות שם, פס' 64 לפסק דינה ("בשל החשש שתניה משתמעת כזו תהפוך לחרב המתהפכת מעל ראשי בני הזוג יש להמנע מהסקת תנאי משתמע כזה כאשר הוא לא הוסכם במפורש על ידי הצדדים"). זוהי גם עמדתה של השופטת ברק-ארז שם, פס' 18 לפסקה דינה. לגישת השופטת ברק-ארז, לנוכח הקשיים הערכיים והמעשיים שמעוררת ההתחשבות בבגידה אין להסכים לכך ללא הסכמה מפורשת מצד בני הזוג. דומה שגם השופט עמית קרוב לעמדה זו. ראו למשל את דבריו שם, פס' 3 לפסק דינו ("**קשה לתאר סיטואציה שבה ניתן לייחס רטרואקטיבית, לאחר מעשה הבגידה, תנאי מפסיק מכללא לפיו הסכימו הצדדים לשלול במקרה כזה את השיתוף הספציפי**") (ההדגשה הוספה); עם זאת, במקומות אחרים בבג"ץ **הבגידה** מתייחס השופט עמית למקרים קיצוניים של ניהול חיים כפולים ושל בגידה ממושכת מלווה בתרמית, שבהם גם לגישתו תהינה

זאת, אף על פי שהמגמה הכללית בקרב שופטי הרוב הייתה עוינת כלפי האפשרות לכבד הסכמי אשמה "משתמעים", הן בקשר להסכמים העוסקים בשיתוף ספציפי והן בקשר להסכמים העוסקים בנכסי המאמץ המשותף, אינני חושב שניתן לקבוע באופן חד-משמעי שפסק הדין קבע הלכה חד-משמעית השוללת את האפשרות להכיר בהסכם משתמע המעניק משמעות לבגידה, כאשר הסקת ההסכם מעוגנת בהתנהגות, במצגים ובאורח החיים של בני זוג ספציפיים, בשונה מברירת מחדל רוחבית.¹¹⁶

אם כן, נותר להמתין למקרים הבאים כדי להבין אם יפעיל בית המשפט העליון מדיניות נוקשה הדורשת הסכם מפורש, כתנאי להתחשבות בשיקולי אשמה, או שמא יפתח הפתח גם להכרה בהסכם משתמע כזה, כל עוד הוא מעוגן בראיות עובדתיות קונקרטיות. בהקשר זה, ייתכן שתימצאנה עמדות שתבחנה בין הסכמים העוסקים בנכסים בני-איוון, שבנוגע אליהם יידרש הסכם מפורש ופורמלי כתנאי להתחשבות בשיקולי אשמה מינית, לבין הסכמים העוסקים בנכסים חיצוניים, שבנוגע אליהם אפשר לשקול ריכוך מסוים של הנוקשות הפורמלית כל עוד ברור שמדובר בתנאי או ההבנה ששני הצדדים היו שותפים להם.

לבגידה תוצאות אורחיות (ראו לעיל ה"ש 93 וה"ש 95–96). אף עמדתו של השופט הנדל בדג"ץ **הבגידה**, לעיל ה"ש 3, פס' 3–6, נוטה לכיוון השולל אפשרות להסקת תנאי משתמע המתייחס לבגידה, אם כי גם במקרה של הדברים אינם נחרצים. כמו השופטת ברק-ארז והנשיאה חיות, השופט הנדל דוחה את האפשרות להסיק תנאי מכללא שלפיו מתנת או שיתוף ספציפי מותנים באי-בגידה עתידית. עם זאת, מדבריו לא ברור אם התנגדותו תעמוד בעינה כאשר תנאי מכללא יוסק מן הנסיבות הספציפיות של הצדדים המעורבים, אף שהדבר לא הוסכם במפורש (דומה כי השופט הנדל, המבחין בין הסכם משוער להסכם אקטואלי, יתן תוקף להסכם כזה כל עוד יעוגן בהוכחות המעידות שבני הזוג נתנו את דעתם על הנושא, בשונה מניסיון לשער את אומד דעתם). עמדה הפוכה מביע השופט שטיין, הנכון להכיר בהסכמים מפורשים ובהסכמים משתמעים. לביקורת הנוקבת של השופט שטיין על הדעות המסתייגות מאכיפת הסכמי אשמה ראו שם, פס' 45 לפסק דינו של השופט שטיין ("בעניין זה הנשיאה ואנוכי איננו מסכימים זו עם זה. לדעת הנשיאה, מן הדין לאסור על אכיפתו של תנאי מכללא במסגרת יחסים בין בני זוג אשר בא למחוק את כוונתו ולאייץ את תכניתו של בן הזוג בעל הרכוש האישי לחלוק את רכושו עם בת זוגו אם זו לא תהא נאמנה לו מינית. הנשיאה סבורה כי מתן גושפנקא לתנאי מכללא – להבדיל מהסכמה הודית מפורשת – הוא דבר פסול באשר הוא מאפשר לבן הזוג בעל הרכוש האישי למשטר (כמובן של policing) את פעולותיה של בת זוגו ולהכתוב לה את דרכי ההתנהגות הרצויות מבחינתו") (ההדגשה הוספה). ראו שם, פס' 46 לפסק דינה של הנשיאה חיות ("על דעה זו אבקש, בכל הכבוד והיקר, לחלוק. בהקשר זה, אשוב ואציין את מושכלת היסוד שקיבלה ביטוי סטוטורי מפורש בסעיפים 4 ו-5 לחוק יחסי ממון: אדם מתחתן עם בן או עם בת זוגו, ולא עם רכושו או עם רכושה של אותו בן או בת הזוג. בן הזוג שקיבל על עצמו – כפי שהוא חייב לקבל על עצמו – מושכלת יסוד זו בכל הקשור לרכושה האישי של בת זוגו לא יכול אפוא להיות ממושטר על ידי בת הזוג העשירה ממנו. מי שאין לו שום זכות מוקנית לקבל חלק כלשהו מהרכוש האישי של בן או בת זוגו לא ימצא את עצמו תחת משטר, וחירותו האישית לא תגרע") (ההדגשה הוספה).

116 כאמור בהערה הקודמת, רק השופטות חיות וברק-ארז שללו אפשרות זו במפורש. השופט שטיין וככל הנראה גם השופט מינץ תומך באפשרות כזו, בעוד יתר השופטים לא הביעו את עמדתם באופן חד-משמעי או שכלל לא עסקו בסוגיה. בנסיבות הללו לא ניתן לקבוע מהי ההלכה פסוקה בנושא.

ומה באשר להסכם מפורש, שבו ביקשו בני הזוג במפורש לייחס חשיבות לאשמה המינית כתנאי לקביעת שיתוף ספציפי, ואפילו באופן רחב יותר בנוגע לקביעת התוצאות הרכושיות של הגירושים, לרבות נכסי המאמץ המשותף? הסכמים כאלה רווחים, בין היתר, במקרים המכונים בז'רגון המשפטי "הסכמי שלום בית" ולחלופין "הסכמי גירושים"¹¹⁷. ואולם, ניתן להעלות על הדעת נסיבות נוספות שבהן יכללו בני זוג תניות כאלה בהסכמים שהם עורכים. מפסק דינו של השופט שטיין עולה בבירור שהוא יכבד הסכם כזה, וזוהי גם עמדתו של השופט מיניץ.¹¹⁸ הגם שהשופטת ברק-ארוז לא דנה בנושא במפורש, מדבריה עולה שלפחות כאשר שמדובר בהסכם שאינו עוסק בנכסי המאמץ המשותף, אף היא תכבד הסכם מפורש, בניגוד להסכם משתמע.¹¹⁹ לעומת זאת, השופט הנדל והנשיאה חיות¹²⁰ התלבטו בסוגיה, בין היתר, בשל החשש שהסכם כזה מנוגד לתקנת הציבור, אך העדיפו להותירה ב"צריך עיון". יתר השופטים לא התייחסו לשאלה, ודומה כי המשפט הישראלי טרם אמר את דברו בעניין. במישור הערכי-הנורמטיבי בימים אלה, שותפי רם ריבלין ואנוכי עמלים על מחקר הבוחן שאלה זו מן הזווית הפילוסופית,¹²¹ ועל כן אתאפק ולא אשיג את גבולנו המשותף. כאמור, שאלת תוקפם של הסכמים מפורשים המייחסים חשיבות לאשמה מינית עשויה להתעורר בהקשרים של נכסים בני-איוון ולא רק בהקשר של נכסים החיצוניים ועל כן הספק שהתעורר בדנג"ץ בנושא בקשר לשיתוף הספציפי הוא בעל השלכות רוחביות משמעותיות.

(ב) התחשבות באשמה מינית שקדמה לרכישת הזכויות כבסיס לשלילת השיתוף הספציפי בטענה של טעות והטעיה

אל מול קו חשיבה שהוביל השופט שטיין, המאפשר הלכה למעשה לשלול את השיתוף שנוצר בשל בגידה מאוחרת, סברה הנשיאה חיות כי אין שוללים זכות שהתגבשה בשל נסיבות עובדתיות שאירעו לאחר נקודת הזמן שבו היה מתגבש השיתוף אלמלא הבגידה.¹²² לדברי הנשיאה, אפשר להתחשב רק בבגידה שאירעה לפני התגבשות השיתוף, וזאת על בסיס דיני הפגמים בכריתה. בכך גיבשה הנשיאה מבחן כרונולוגי שנועד להתגבר על השאלה אימתי מדובר בבגידה המבקשת לשלול שיתוף שכבר נקבע ואימתי מדובר בבגידה השוללת את היווצרות השיתוף מלכתחילה. על פי מבחנה של הנשיאה, רק בגידות שקדמו לזמן שבו אמור היה להתגבש השיתוף אלמלא הבגידה יובאו

117 ראו עמ"ש (מחוזי ת"א) 20091-05-13 **פלונית נ' פלוני** (נבו 15.3.2015).

118 דנג"ץ **הבגידה**, לעיל ה"ש 3, פס' 37 לפסק דינו של השופט מיניץ.

119 שם, פס' 18 לפסק דינה של השופטת ברק-ארוז.

120 ראו שם, את הדיון בנושא שנערך פס' 6 לפסק דינו של השופט הנדל; וכן ראו שם, פס' 52 לפסק דינה של השופטת חיות.

121 ראו ליפשיץ וריבלין, לעיל ה"ש 110.

122 ראו למשל דנג"ץ **הבגידה**, לעיל ה"ש 3, פס' 62 לפסק דינו של השופט שטיין.

בחשבון.¹²³ אף בהקשר של בגידות שאירעו לפני התגבשות השיתוף סייגה הנשיאה את דבריה למקרים קיצוניים, כגון מקרים של בגידה ממושכת, עד כדי ניהול חיים כפולים.¹²⁴ סעיף 14(א) לחוק החוזים קובע כי "מי שהתקשר בחוזה עקב טעות וניתן להניח שלולא הטעות לא היה מתקשר בחוזה והצד השני ידע או היה עליו לדעת על כך, רשאי לבטל את החוזה". סעיף 15 לחוק החוזים קובע כי "מי שהתקשר בחוזה עקב טעות שהיא תוצאת הטעיה שהטעהו הצד השני או אחר מטעמו, רשאי לבטל את החוזה; לענין זה, 'הטעיה' – לרבות אי-גילויין של עובדות אשר לפי דין, לפי נוהג או לפי הנסיבות היה על הצד השני לגלותן". לנוכח הסעיפים הללו, נראה כי מתן האפשרות לבן זוג נבגד לבטל חוזה שהוא צד לו, כאשר ההנחות העובדתיות שקדמו לחוזה ושהיו תנאי מקדים להחלטתו להתקשר בחוזה הוכחו כשגויות, היא מובנת מאליה וניתן לראות בה יישום פשוט של דיני הטעות וההטעיה, שהינם חלק בלתי נפרד מדיני החוזים. ואולם, דווקא בשל כך חשובה עמדתה של הנשיאה לביקורתם העקרונית של השופטים שטיין ומיניץ כנגד ההבחנה בין בגידה חד-פעמית לבין בגידה ממושכת.¹²⁵ השופטים שטיין ומיניץ ממקדים את דבריהם בשאלה אם ניתן להסיק תנאי משתמע שלפיו הענקה מותנית באי-בגידה עתידית. עם זאת, בשינויים המותאמים אפשר ליישם את ביקורתם גם על טענת הטעות וההטעיה, שהרי גם בהקשר זה קשה לקבוע באופן גורף שבן זוג טיפוסי היה נכון להעניק נכס השייך לו אילו ידע בזמן אמת, כלומר בטרם ההענקה, שהועלמה ממנו בגידה חד-פעמית, אך היה חוזר בו מכוונתו להעניק נכס פרטי השייך לו במקרים של בגידה ממושכת או של ניהול חיים כפולים.

מנגד, ההתמקדות בבגידות שקדמו להתגבשות השיתוף ובדיני הפגמים בכריתה חותרת תחת הכוונה לסלק את שיקולי האשמה המינית מן המשפט האזרחי. ואכן, כפי

123 למבחן הכרוניולוגי ראו שם, פס' 62 לפסק דינה של הנשיאה חיות. לכיוון חשיבה דומה ראו גם עמדת השופט פוגלמן, שם ("הפועל היוצא של האמור הוא כי אין בכוחה של 'הבגידה' להשפיע על השיתוף שהתגבש בשלב מוקדם יותר של חיי הנישואין, טרם פירוקם").

124 שם, פס' 50 לפסק דינה של הנשיאה חיות ("אומנם, לא ניתן להוציא מכלל אפשרות קיומן של נסיבות חריגות – וקיצוניות – אשר יש בהן כדי לפגום בהתגבשות ההסכמה מלכתחילה וכוונתי לפגמים בכריתה, מסוג הפגמים שבהם עוסק פרק ב' לחוק החוזים (חלק כללי) [...] ואשר מתרחשים כולם בשלב גיבוש ההסכמה"). ובהמשך הדברים, שם ("כאשר בן הזוג המשתף מגלה ברבות השנים כי משנהו ניהל לכל אורך חייהם המשותפים 'חיים כפולים' עם אדם אחר [...] והם עשויים להצדיק את ביטול השיתוף הספציפי שעליו הוסכם. לצורך הוכחת טענה מעין זו, יהא על בן הזוג הטוען לבטלות השיתוף להוכיח כי אותו 'אירוע מפרק' קדם להיווצרות השיתוף; כי הוא לא היה מודע לאירוע בזמן אמת; וכי אילו היה יודע עליו, לא היה מסכים ליצירת השיתוף. ודוק' – במקרים נדירים כאלה, היעדרות לבקשתו של בן הזוג המבקש לשלול את זכויותיו של משנהו, אין משמעה שלילה למפרע של שיתוף שהתגבש בשל אירועים שהתרחשו לאחר התגבשות השיתוף, ובוודאי שאין מדובר בענישה' רטרואקטיבית על מעשים מאוחרים להתגבשותו של השיתוף הספציפי"). (ההדגשה הוספה).

125 לביקורת על ההבחנה בין בגידה חד-פעמית לבגידה ממושכת ובוטה וניהול חיים כפולים ראו לעיל ה"ש 98–99.

שהראיתי במקום אחר,¹²⁶ בעת שניתחתי את פסק דינו של בית המשפט העליון בפרשת **ולנטין נ' ולנטין**,¹²⁷ גם במקרים שבהם באופן טכני ניתן ליישם את דיני הטעות וההטעיה על בגידה שקדמה לגיבוש הזכויות הרכושיות, ברמה המהותית, יישום דינים אלה בנוגע להיבטים האינטימיים של חיי הזוגיות עשוי לעורר את הקשיים שהובילו שיטות משפט להסתייג ממתן תוקף לשיקולי אשמה מלכתחילה. כך למשל, פתיחת הפתח לטענות של טעות והטעיה בהקשר האינטימי תעודד בני זוג לחשוף בגידות שקדמו להתגבשות השיתוף, דבר שעלול להוביל לפולשנות ולכאב הכרוכים בזיהוי הבגידה ובעיסוק המחודש בה. בדומה לכך, הצורך בקביעת נורמות העוסקות בחובת הגילוי בעניינים האינטימיים בין בני הזוג עלול לחתור תחת השאיפה שלא לקבוע נורמות משפטיות בעניינים הללו.¹²⁸ לכל אלה יש להוסיף את הקושי להחזיר מצב לקדמותו במקרים שבהם חלף זמן רב בין הבגידה לגילוייה ולקרע בין בני הזוג. על רקע הרלוונטיות של לפחות חלק מן השיקולים הניצבים כנגד מתן תוקף לשיקולי אשמה מינית גם למקרים שבהם מדובר במקרים שבהם הבגידה היא בסיס לטענות של טעות והטעיה, ניתן להבין שעמדתה של השופטת ברק-ארוז, שדחתה את ההבחנה בין בגידות ממושכות לבגידות חד-פעמיות ומתנגדת לשילוב של שיקולי אשמה מינית בשני המקרים, עשויה להיות בת-תוקף, וזאת לא רק כלפי בגידות המאוחרות להתגבשות השיתוף, אלא גם ביחס לבגידות ממושכות שקדמו להתגבשות השיתוף.

הנה כי כן, סוגיית הבגידה כבסיס לטענות של פגמים בכריתה שנויה במחלוקת במשפט האזרחי בישראל. מהדיון בדנג"ץ **הבגידה** עולות שלוש עמדות אפשריות: הראשונה מבקשת להחיל בנוגע אליה את דיני החוזים הרגילים, מתוך נכונות עקרונית להכיר בכך שגם בגידה חד-פעמית שקדמה להתגבשות השיתוף עשויה להוביל לביטול. זוהי עמדתם של השופטים שטיין ומינץ. העמדה השנייה מבקשת להרחיק שיקולי אשמה מינית מן המשפט האזרחי ובכלל זה מדיני הפגמים בכריתה. דומה כי זו המסקנה המתבקשת מטיעוניה של השופטת ברק-ארוז, וכאמור, בעבר הצעתי שקו חשיבה זה הנחה גם את פסיקתו של בית המשפט העליון בעניין **ולנטין**. בתווך ניצבת גישה שלישית, שאותה מייצגת הנשיאה חיות, הנכונה לתת תוקף לטענות בנוגע לפגמים בכריתה הנשענות על בגידה רק במקרים קיצוניים של בגידה ממושכת, העולה כדי חיים כפולים, שנדרשו לעיל.

126 שחר ליפשיץ "הסדרת החוזה הזוגי במשפט הישראלי: מתווה ראשוני" **קריית המשפט** ד 271, 338–342 (התשס"ד).

127 ראו ע"א 1581/92 **ולנטין נ' ולנטין**, פ"ד מט(3) 441 (1995).

128 כך פירשתי בעבר את פסק הדין בעניין **ולנטין**. שם התחמק בית המשפט העליון מיישום טכני של דיני הטעות וההטעיה, שהיו אמורים להוביל אותו לביטול התחייבות למתן מתנה שניתנה לאחר בגידה או לפחות לאחר העלמת עובדות אינטימיות מהותיות מצד האישה כלפי הבעל. לניתוח זה של פסק הדין בעניין **ולנטין** ולדיון רחב יותר בסוגיית חובת הגילוי בהיבטים אינטימיים ראו ליפשיץ, לעיל ה"ש 126.

לסיום פרק זה אציין שהגם שבדנג"ץ הבגידה המחלוקת לגבי מקומה של טענת הטעות ההטעיה וחובת הגילוי, התמקדה בהשפעת הטענות הללו על קביעתו של שיתוף הספציפי, ניתן להעלות על הדעת שמחלוקת ערכיות דומות יתעוררו גם בהקשרים אזרחיים נוספים, כגון תביעות חוזיות או נזיקיות שבהן בני זוג שנפגעו מבגידה והפרת אמון של בן זוגם יבקשו לדרוש פיצויים מבן הזוג בעוללות אזרחיות מגוונות.¹²⁹ אף במקרים אלה ייתכן שחילוקי הדעות הערכיים שנדונו בפרק זה ישובו ויצופו על פני השטח.

(ג) התחשבות באי־נאמנות מינית כתנאי סף לקביעת השיתוף הספציפי

בחלק הקודם הוצג המבחן הכרונולוגי המבחין בין בגידות שקדמו להתגבשות השיתוף לבין בגידות מאוחרות לו. כאמור, בעקבות הבחנה זו פתחה הנשיאה חיות את הפתח לכך שלבגידה שקדמה להתגבשות השיתוף תהיה השלכה כלכלית, באמצעות דיני הפגמים בכריתתה. כבג"ץ הבגידה הצביע השופט עמית על היבט נוסף של ההבחנה הכרונולוגית המבחינה בין אי־השפעת הבגידה על העבר לבין השפעתה האפשרית על העתיד.¹³⁰ על פי הבחנה זו, בבוא בית המשפט לבחון אם בנקודת זמן מסוימת התגבש שיתוף ספציפי, לגיטימי להתייחס לבגידות ממושכות שאירעו לפני נקודת זמן זו כאחת מאמות המידה האזרחיות שעל פיהן אפשר לבחון אם התגבש השיתוף. לעומת זאת, משקבע בית המשפט שבנקודת זמן מסוימת התגבש שיתוף ספציפי, בהתאם לקריטריונים ה"רגילים", כלומר אלה שאינם מביאים בחשבון שיקולי אשמה מינית, הרי שהחל משלב זה לא יהיה אפשר להפקיע את השיתוף בשל אשמה מינית שמקורה באירוע שחל לאחר התגבשותו. ואכן, עיון בפסקי הדין ה"אזרחיים" שקדמו לבג"ץ הבגידה, שבהם ניתן משקל להתנהגויות המיניות של בני הזוג, יגלה שבפסקי הדין הללו הייתה קיימת דינמיקה של בגידות חוזרות ונשנות, שבחלק מן המקרים הייתה מלווה גם בתרמיות כלכליות, דברים שהובילו לבסוף את בית המשפט למסקנה שלא התקיימו תנאי הסף הנחוצים מלכתחילה לצורך גיבושו של השיתוף הזוגי. ברוח זו, אף השופט מיניץ התבטא בדנג"ץ הבגידה "פשיטא כי אין מקום להתעלם במסגרת הערכת ההרמוניה הקיימת בין בני הזוג – אשר עומדת בבסיס הענקת השיתוף בנכס מנקודת מבט של 'חזקת השיתוף' – מהתנהגותם

129 לא למותר להזכיר בהקשר זה את פסק דינו של בית המשפט העליון בבע"מ 5827/19 פלוני נ' פלונית (נבו) 16.8.2021). בהרכב מגוון של השופטים וילנר, פוגלמן וסולברג פסק בית משפט פה אחד שיש לדחות על הסף תביעה שהוגשה כנגד אדם שלא גילה, ואולי אפילו רימה, את בת זוגו בנוגע לנטייתו המינית ואמונתו הדתית. אף במקרה זה ניתן היה לכאורה ליישם את דיני הטעות, ההטעיה ותום הלב, אך בית המשפט נמנע מלעשות כן והעדיף לדחות את התביעה על הסף. לקרבה בין השיקולים המתעוררים בשני המקרים, ראו למשל שם, פס' 4 לפסק דינו של השופט פוגלמן ("אגב כך, תיפגע זכותו של הנתבע לפרטיות פגיעה אנושה – בשלילת האוטונומיה שלו לקבוע אלו חלקים מאישיותו הוא מעוניין לחשוף בפומבי").

130 בג"ץ הבגידה, לעיל ה"ש 6, פס' 14 לפסק דינו של השופט עמית.

הכללית של בני הזוג, ובכלל זה מהתנהלותם המינית.¹³¹ אף השופט סולברג סבר כי מוסכם על כלל השופטים שיש מקום להתייחסות לנאמנות המינית כנסיבה רלוונטית בעת ההכרעה המקורית בשאלה אם התגבש שיתוף ספציפי במקרה נתון.¹³² הנה כי כן, בהקשר זה אפשר לדבר על מדיניות מוסכמת הן על הפסיקה המוקדמת, הן על חלק משופטי הרוב והן על שופטי המיעוט הנכונים להתחשב בהתנהלותם המינית המוקדמת של הצדדים, ובכלל זה בבגידה ואי-נאמנות מינית שקדמו להתגבשות השיתוף, כנסיבה אובייקטיבית שיש לה רלוונטיות לשאלה אם התגבש שיתוף מלכתחילה. מעניין לשים לב בהקשר זה לכך שבמקרה של טענת הטעות וההטעיה, רק בגידה לא ידועה תוכל לבסס עילת ביטול. לעומת זאת, בגידה שהבעלים הרשום ידע עליה עוד בטרם התגבש השיתוף לא תוכל לבסס טענה של פגם בכריתה. מנגד, בהקשר של הפרק הנוכחי, גם בגידות שהיו ידועות לכן הזוג בזמן אמת עשויות להעיד על מערכת יחסים רעועה המהווה נסיבה רלוונטית לצורך הערכה של יחסי הצדדים והתגבשותו של שיתוף ספציפי.

(ד) הבגידה וההתנהלות המינית של הצדדים כמגדירים את מועד הקרע וכשיקול לקביעת שותפות מוחלטת מכאן ולהבא

ההתייחסות לנאמנות המינית של בני הזוג כנסיבה רלוונטית, וכמתואר להלן – להתנהלותם המינית באופן כללי, לצורך קביעת התוצאות הכלכליות של הגירושים שבה ועולה בהקשר של שאלת סיומו של השיתוף הזוגי, וזאת כאשר מדובר בשיתוף ספציפי וייתכן שגם כאשר מדובר בנכסים בני-איזון.

כידוע, חוק יחסי ממוץ,¹³³ כמו גם פסיקות בית המשפט העליון, מקנה שיקול דעת לבית המשפט להגדיר תאריך סיום לשיתוף הזוג, המכונה לעיתים בז'רגון "מועד הקרע", גם אם בני הזוג טרם התגרשו.¹³⁴ על רקע זה, השופט מינץ מציין שבמקרים רבים בגידות ואי-נאמנות הן שיקול רלוונטי לצורך קביעתו של מועד הקרע.¹³⁵ בהקשר קרוב, אפשר להצביע על הפיתוח הפסיקטי של רעיון השותפות המוחלטת, שלפיו החל מנקודת זמן מסוימת הנקבעת, בין היתר, לנוכח ההתנהלות המינית של הצדדים, השותפות בין בני

131 דנג"ץ הבגידה, לעיל ה"ש 3, פס' 22 לפסק דינו של השופט מינץ.

132 שם, פס' 5 לפסק דינו של השופט סולברג ("שורת תמימות דעים לגבי האפשרות לשקול נסיבה זו, בין מכלול השיקולים המובאים בחשבון בעת הכרעה בשאלת השיתוף הספציפי. כך, כשם שניתן לשקול את משך הנישואין, טיבם, כוונה ספציפית לשיתוף, אופן השיתוף בין בני הזוג [...] השקעותיהם הכספיות בנכס [...] ניתן גם לשקול את נאמנותם של בני הזוג, זה לזה").

133 ס' 28(2) לחוק יחסי ממוץ.

134 ראו ע"א 5640/94 חסל נ' חסל, פ"ד נ(4) 250 (1997); ע"א 6557/95 אבנרי נ' אבנרי, פ"ד נא(3) 541 (1997); פרשת לידאי, לעיל ה"ש 53.

135 ראו דנג"ץ הבגידה, לעיל ה"ש 3, פס' 40 לפסק דינו של השופט מינץ.

הזוג אינה פוקעת כליל, אך עוצמתה נחלשת, דבר המאפשר לחרוג מן החלוקה השוויונית הרגילה של הרכוש המשפחתי בנוגע לרכוש שנצבר בתקופה זו.¹³⁶ בנקודה זו חשוב להבהיר כי בדרך כלל התמיכה בשילובם של שיקולי אשמה מינית בקביעת התוצאות הכלכליות של הגירושים מלווה בהערכה מוסרית של התנהגות הצדדים או של אחריותם לסיום הקשר. לעומת זאת, במקרים המובאים בחלק זה, כמו גם בחלק הקודם, ההתנהגות המינית היא אחד המשתנים לבחינה אם התגבשו מלכתחילה כוונת שיתוף או "תנאי הסף הנדרשים לצורך גיבוש השיתוף הספציפי", אך אין מדובר בהערכה מוסרית של התנהגות הצדדים או של אחריותם לסיום הקשר.¹³⁷ כך למשל, באחד המקרים שבהם התיר המשפט האזרחי להתחשב בבגידה דובר במקרה של בגידות חוזרות ונשנות שהיו ידועות לבת הזוג. בית המשפט למד מכך על יחסים רעועים שאינם מלמדים על אורח חיים הכולל חיי שיתוף מלאים גם בנכסים שמלפני הנישואים.¹³⁸ על כך שההתחשבות בבגידה אינה מלווה בשיפוט מוסרי תמיד העובדה שבמקרה אחד קיום היחסים מחוץ לנישואים, שעליהם ידעה בת הזוג, שימש אינדיקציה לקיומה של "שותפות מוחלשת", מה שפעל דווקא לטובת "הבוגד".¹³⁹ ברם, דווקא על רקע ההסכמה המתגבשת בין השופטים השונים בשני ההקשרים האחרונים (בגידה כנסיכה אובייקטיבית לבחינת התגבשותו של שיתוף ספציפי מלכתחילה ובגידה כאינדיקציה לקביעתו של מועד הקרע) ברצוני לסיים בכמה הערות החושפות מחלוקת, או לפחות פוטנציאל למחלוקת, גם בהקשרים הללו.

- 136 ראו בע"מ 8206/14 פלונית נ' פלוני (נבו 14.4.2015) (להלן: בע"מ 8206).
- 137 וראו בהקשר זה את דבריו של השופט מינץ בדנג"ץ הבגידה, לעיל ה"ש 3, פס' 40 לפסק דינו ("העובדה שבמציאות זוגית נתונה, יתכן כי במישור העובדתי, להתנהגותם של בני הזוג תהיה נפקת לעניין ועד הקרע לעניין איוון המשאבים או לעניין שאלת השיתוף בנכס ספציפי, אין משמעותה עירוב של שיקולי 'אשם' או 'האשמה'"). באופן מעניין דברים אלה אומצו לאחרונה גם על ידי בית הדין הרבני הגדול ראו ת' (גדול) 992261/3 פלונית נ' פלוני, פס' ח (נבו 29.8.2019) (להלן: תיק 992261), שם נאמר כי "קביעה לפיה מדובר במקרה מסוים ב'שיתופיות מוחלשת' אינה באה להעניש את האישה הבוגדת או את האיש הבוגד או לקבוע כי האשם בפירוק הנישואין משפיע על דרך חלוקת הרכוש שהצטבר לבני הזוג במהלך הנישואין. אין אנו נותנים משקל לפן הדתי או המוסרי של עצם מעשה הבגידה על אופן חלוקת הרכוש בין בני הזוג על פי חוק יחסי ממון. מדובר בהתחזקות עובדתית אחר אופי השותפות שבין בני הזוג ואחר התנהלות הקשר הזוגי שביניהם, כפי שהם באים לידי ביטוי בהיקף המאמץ המשותף והיחס השיתופי ששרר ביניהם במהלך קיום הנישואין. התחזקות זו באה כדי ללמוד מה הם יחסי הממון שעיצבו לעצמם בני הזוג שלפנינו בתא המשפחתי שלהם בראי הדין האזרחי, וכדי לקבוע את מועד הקרע ביניהם ואת הדרך הנכונה לאיוון הנכסים" (ההדגשה הוספה).
- 138 ראו בג"ץ 3995, לעיל ה"ש 91.
- 139 ראו בע"מ 8206, לעיל ה"ש 136. פסק דין אזרחי נוסף שהוזכר בבג"ץ ובכפסק דין של בית הדין הגדול כדוגמה לנכונות אזרחית לייחס משמעות לבגידה הוא פסק דינו של השופט שוחט בבית המשפט המחוזי בתל אביב, עניין נאע"ר, לעיל ה"ש 91. שם, הבגידות השיטתיות שיקפו את היחסים הגרועים שבין הצדדים באופן החותר תחת התקיימות התנאים הקישוריים. נוסף על כך, הבגידות באותו המקרה היו חלק מדפוס של שקרים ושל גנבות כספיות. נושא זה מתקשר לנושא האשם הכלכלי, המוכר במשפטנו האזרחי.

ראשית, השופט עמית, שכאמור בחלק הקודם הסכים להתייחס לבגידה שקדמה לשיתוף כנסיבה רלוונטית לבחינת השאלה אם התגבש שיתוף מלכתחילה, הבחין בהקשר זה בין בגידות חד־פעמיות לבין בגידות ממושכות; כאמור, בדג"ץ הבגידה הוא סייג את דעתו עוד יותר ומיקד אותה במקרים העוסקים בחיים כפולים או בדפוס של בגידה מתמשכת המערבת היבטים כלכליים. לא ברור אם הבחנה זו תתקבל על דעתם של כלל השופטים שהתייחסו לעניין, ובמיוחד של שופטי המיעוט שהתנגדו לה במישור ההסכמי. שנית, הגם שההימנעות משיפוט מוסרי מסייעת בהתמודדות עם חלק מן החששות הליברליים מפני העיסוק בבגידות, היא אינה נותנת מענה לחששות אחרים, ביניהם גם החשש מפני פולשנות הכרוכה בחקר היחסים האינטימיים שבין הצדדים והקושי בזיהוי המדויק של הבגידה. על רקע זה, אין להתפלא שלפחות בעבר נמצאו שופטים אזרחיים שנרתעו מעצם העיסוק בהיבטים האינטימיים של יחסי הצדדים כאמת מידה לקביעת שיתוף ספציפי, והעדיפו בחינה של ההיבטים הכלכליים של יחסי בין הזוג על פני בחינה הפונה להיבט האינטימי או הרגשי.¹⁴⁰ על רקע זה ניתן לתהות אם התנגדותה של השופטת ברק־ארו להתחשבות בבגידה גם כאשר מדובר בבגידה ממושכת – הגם שכוונה במקורה בדג"ץ הבגידה כלפי הגרסה של הנשיאה חיות להבחנה, זו הממוקדת בשאלת הפגמים בכריתה – לא תוביל אותה בסופו של דבר להתנגדות להתחשבות בבגידה מכל סוג שהוא כנסיבה רלוונטית לקביעת התגבשותו של שיתוף ספציפי כמו גם לקביעה של מועד הקרע.

שלישית, יש לתהות מהי ההשפעה של משך הזמן שחלף מאז תום הבגידה שקדמה ועד להתגבשות השיתוף. טלו למשל מקרים של בני זוג שבשנות הנישואים הראשונות שלהם סבלו מיחסים רעועים, שהתבטאו, בין היתר, בבגידות ואי־נאמנות. האם קיומן של הבגידות הללו ימנע את התגבשותו של שיתוף ספציפי בנכסים החיצוניים שנים רבות לאחר הבגידות הללו?¹⁴¹

לבסוף, בפסקאות הקודמות הוצגה העמדה שלפיה ההתחשבות בנאמנות המינית לצורך ההכרעה בשאלה אם התגבש שיתוף מלכתחילה או לצורך זיהוי הקרע אמורה לפעול באופן סימטרי, שאינו מבחין בין הבוגד לנבגד. בניגוד לעמדה זו הציגו המלומדים כהן וג'אברין עמדה שונה, שלפיה עקרונות של השתק אמורים להוביל לכך שההתחשבות בבגידה ובאי־נאמנות לצורך קביעת שיתוף או סיומו תפעל כטענת מגן לטובת הצד הנבגד, שלא ידע על הבגידה ועל כן לא יכול היה לכלכל את מעשיו באופן מודע בתקופת

140 ראו בהקשר זה את פרשת אלמונית, לעיל ה"ש 2, פס' 27(ב) לפסק דינו של השופט דנציגר; והשוו לנכונות הרחבה של השופט זילברטל שם, להעניק משקל ליחסי הצדדים ולדיס־הרמוניה ביניהם.

141 בהערת אגב אציין שניתן לעורר את השאלה אם במקרים שבהם חלף זמן ממושך מבגידה לא ידועה ועד לקרע הסופי הבגידה המוקדמת שוללת את התגבשות השיתוף בשל טענת הפגמים בכריתה, או שמא ניתן לגרוס שחרף הבגידה המוקדמת התגבש בכל זאת שיתוף ספציפי בתקופה שחלפה מאז הבגידה ועד לקרע הסופי. לשאלה זו לא ניתנה תשובה ברורה בפסק הדין, ואף אני אתאפק ולא אעסוק בה במסגרת הנוכחית.

איי-הנאמנות.¹⁴² לעומת זאת, על פי גישה זו, הצד הבוגד, שידע על הקרע בזמן אמת ולא שיתף בכך את בן זוגו, לא יוכל להיבנות מהקרע שנוצר עקב הבגידה והחיים הכפולים לצורך שלילת ההתגבשות של השיתוף הספציפי או הקדמתו של מועד הקרע.¹⁴³

5. סיכום על מקומם של שיקולי אשמה מינית לאחר דנג'ץ הבגידה

לסיכום, ככלל, המשפט האזרחי בישראל דוחה את האפשרות שאשמתם המינית של הצדדים תהפוך לשיקול רלוונטי בקביעת התוצאות הכלכליות של הגירושים. בכך הוא דוחה עמדה הנהוגה בכמה מדינות בעולם המערבי, שלפיה במסגרת שיקול הדעת האקוויטבלי רשאי בית המשפט לתת משקל להתנהגות המינית של הצדדים.¹⁴⁴ חלק מן השופטים פותחים פתח לכך שאשם מיני יהיה נסיבה רלוונטית מכוח הסכמה מפורשת או משתמעת של הצדדים או מכוח דיני הפגמים בכריתה. עם זאת, כאמור, התחשבות באשם מיני בהקשר זה שנויה במחלוקת מהותית בין השופטים, ואי-אפשר לדבר על עמדה מוסכמת או על הכרעה ברורה בנושאים הללו. לפחות במקרה של הסכמים מפורשים שבהם מיוחסת לבגידה השלכה משפטית הספק מתעורר לא רק בקשר לדיני השיתוף הספציפי אלא גם באשר לנכסים בני-איוון, וייתכן שזהו המצב אפילו בנוגע להסכמים משתמעים.

לעומת זאת, כמתואר בחלק הנוכחי, בקרב השופטים האזרחיים, ובאופן מעניין גם בבתי הדין הרבניים, מתגבשת הסכמה רחבה יחסית שלפיה אפשר להתייחס לאי-נאמנות מינית ממושכת כנסיבה רלוונטית לצורך הכרעה אובייקטיבית שאינה מלווה בשיפוט מוסרי, אם התגבש שיתוף ספציפי מלכתחילה וכן לצורך קביעת מועד הקרע המפסיק את השותפות הרכושית או למצער מוביל להחלשתה. עם זאת, גם בנושאים הללו לא ניתן לדבר על הסכמה גורפת על פרטי הדינים. לא למותר לציין שמעבר לדיני השיתוף הספציפי ודיני הרכוש הזוגי אף באשר לתפקיד של שיקולי אשמה מינית בהקשר של תביעות נזיקיות וחוזיות שונות בין בני זוג, ביניהן תביעות המבוססות על התעמרות תרמית והפרתה של חובת גילוי, עדיין לא נאמרה המילה האחרונה. בכל הנושאים הללו דנג'ץ הבגידה מסמן את רוח המפקד ומסייע בהתווית שיקולי המדיניות, אך אינו מספק הכרעה חד-משמעית.

142 ראו כהן וג'בארין, לעיל ה"ש 10.

143 והנה עמדה זו אומצה לאחרונה על ידי בית הדין הרבני ראו ת' 992261, לעיל ה"ש 137, פס' ח'. ואולם, כמתואר בפסקה הבאה, היא לא עמדה בשבט הביקורת של בית המשפט העליון.

144 כך למשל, למרות המגמה של ירידת האשמה המינית, הדין האנגלי עדיין פותח להתחשבות כזו במקרים מסוימים. ראו U.K.C. 42 § 25(2), Matrimonial and Family Proceedings Act of 1984. עם זאת, דומה שלאחרונה הדלת נסגרת יותר ויותר בפני שיקולים אלה. ראו למשל, Sharp v. Sharp, [2017] EWCA Civ 408. אף בארצות הברית קיימים הבדלי גישות מהותיים בין מדיניות שונות. ראו למשל Peter Nash Swisher, *Marriage and Some Troubling Issues With No-Fault Divorce*, 17 REGENT U. L. REV. 243, 254–257 (2005).

6. סגירת הקצוות? פסיקות בית המשפט העליון בנושא אשמה והתנהלות מינית לאחר דנג"ץ הבגידה

בגרסתו המקורית של המאמר, זו שנשלחה לשיפוט לכתב העת, סיימתי את הדיון בחלק העוסק באשמה מינית בתחזית שלפיה לנוכח ה"קצוות הפתוחים" סביר להניח שהמשפט האזרחי בישראל ישוב ויעסוק בנושא מקומן של האשמה וההתנהלות המינית של הצדדים. התחזית התממשה מהר מן הצפוי, ובזמן הקצר שחלף מאז הדנג"ץ הובאו לפתחו של בית המשפט העליון מקרים נוספים העוסקים בהתנהלות המינית של הצדדים ובמשמעותה. המקרה הראשון התמקד בהשפעתה של מערכת יחסים אינטימית ממושכת, שניהלה האישה עם גבר זר במשך עשור, על יישומו של הסדר איזון המשאבים. בית הדין הרבני הגדול סבר כי במקרה כזה ניתן להחיל הסדר שותפות מוחלטת החל מן המועד שבו התגבש הקשר האינטימי. פסק דינו של בית הדין הרבני עשה שימוש מתוחכם בקצוות שנותרו פתוחים בדנג"ץ. כך הבהיר בית הדין הרבני שמדובר במקרה של בגידה ממושכת העולה כדי חיים כפולים, וכחמשך לכך ביסס בית הדין הגדול את דינו על ס' 8 לחוק יחסי ממון ועל הקדמה מלאה או חלקית של מועד הקרע. בית הדין הגדול הזכיר גם את האפשרות לעשות שימוש בדיני הפגמים בכריתה אגב התייחסות לקשר האינטימי הממושך כמבסס טענת הטעיה.¹⁴⁵ כנגד פסק דינו של בית הדין הגדול הוגשה עתירה, וזו התקבלה על ידי בית המשפט העליון. בפסק דינו, שהתקבל גם על דעתם של יתר השופטים, ציין השופט פוגלמן שבגידה ממושכת לבדה, כאשר אינה מלווה בחיים כפולים המשפיעים על משק הבית המשותף מן הבחינה הכלכלית, אינה יכולה להשפיע על התוצאות הכלכליות של הגירושים, אם בדרך של הקדמת מועד האיזון וקביעת שותפות מוחלטת ואם בדרך של ביסוס טענה של טעות והטעיה.¹⁴⁶ לטענת השופט פוגלמן, המבחן הקובע הוא המבחן הכלכלי, ועל כן קשר אינטימי ממושך שלא השפיע על משק הבית ולא חתר תחת עקרון המאמץ המשותף אינו שיקול לגיטימי בקביעת התוצאות הכלכליות של הגירושים.¹⁴⁷ בכך צמצם השופט פוגלמן באופן ניכר את הפתח שנפתח

145 ראו פסק דינו של בית הדין הרבני הגדול ת' 992261, לעיל ה"ש 137.

146 ראו בג"ץ 8463/19 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים (נבו) 24.10.2022 (להלן: בג"ץ 8463/19).

147 ראו למשל שם, פס' 31 לפסק דינו של השופט פוגלמן: "הנה כי כן, מן האמור עולה כי פסיקתו העקבית של בית משפט זה עמדה על כך שככלל אין לייחס משקל לשאלת האשם בפירוד לעניין חלוקת הרכוש בין הצדדים, ובפרט להתנהגות המינית במהלך חיי הנישואין. זאת ועוד, עצם העובדה שפגיעת חיי הנישואין טומנת בחובה השלכות כלכליות (לדוגמה מציאת מקום מגורים חלופי), אינה, כשלעצמה, בגדר נסיבה מיוחדת שמצדיקה סטייה מהסדר איזון המשאבים; זאת, אף אם הסיבה לפרידה נעוצה במעשה 'בגידה' של אחד מבני הזוג (בג"ץ פלונית, לעיל ה"ש 71, בעמ' 282). בעיני, קביעות אלו כולן לא מאבדות מכוחן גם כאשר מדובר ב'בגידה' ממושכת שהוסתרה מבין או מבת הזוג. גם במקרים אלה, מתן משקל לחוסר הנאמנות מכניס את שיקולי האשם במישורין לתוך השאלות הממוניות. אי-נאמנות מינית ממושכת כשלעצמה לא מעלה ולא מורידה מן המאמץ המשותף שהשקיעו בני הזוג במהלך חיי הנישואין ובבניית משק הבית. כאשר אי-הנאמנות לא השליכה על

בדנג"ץ **הבגידה** לשילובם של שיקולי אשמה או של התנהלותם המינית של הצדדים בקביעת התוצאות הכלכליות של הגירושים. השופט פוגלמן אף עורר את הספק אם טענות חוזיות על פגמים בכריתה רלוונטיות כאשר מדובר על שיתוף שמקורו באיזון המשאבים, בשונה משיתוף בנכסים חיצוניים המבוסס על הלכת השיתוף הספציפי.¹⁴⁸ גישתו של השופט פוגלמן אומצה בהסכמה בפסק דין מאוחר יותר, שניתן על ידי השופט רונן במקרה נוסף שבו הוכח קשר מיני ממושך של האישה עם גבר זר בשנים האחרונות של הנישואים. כמו במקרה הקודם, אף במקרה זה ביקש הבעל להקדים את מועד האיזון כמו גם לעשות שימוש בדיני הפגמים בכריתה, וזאת לנוכח הטעיה אקטיבית שהוטעה באשר לנאמנות המינית של האישה. שלא כמו במקרה הקודם, במקרה זה דחה בית הדין הגדול את טענותיו המשפטיות של הבעל, וזה הגיש עתירה כנגד החלטת בית הדין הגדול בעניין. השופט רונן דחתה את העתירה ואימצה את עמדתו של בית הדין הגדול, אגב התבססות על פסק דינו של השופט פוגלמן¹⁴⁹ ותוך שהיא עומדת על הצורך לצמצם את האפשרות שאשמה והתנהלות מינית ישפיעו על התוצאות הכלכליות של הגירושים.¹⁵⁰

הנה כי כן, שני פסקי הדין הללו, בהם פסק בית המשפט העליון פה אחד, מסמנים ניסיון ברור של שופטי בית המשפט העליון לסגור את הקצוות שנפתחו בדנג"ץ **הבגידה** ולצמצם למינימום את המקרים שבהם ניתן יהיה ליתן תוקף לאשמה מינית או להתנהלות המינית של הצדדים. עם זאת, ברמה הפורמלית ראוי לשים לב לכך ששני המקרים הספציפיים עסקו בקטגוריה השנייה והרביעית שנדרונו בפרק הקודם, דהיינו אשמה כבסיס לטענת טעות והטעיה ואשמה כקובעת את מועד הקרע. על כן, שאלת האפשרות להתחשבות באשמה לנוכח הסכם מפורש או אפילו לנוכח הסכם משתמע המעוגן בנסיבות הספציפיות של הצדדים, כמו גם האפשרות להתחשב בהתנהלות המינית של בני הזוג כשיקול לצורך קביעת שיתוף ספציפי מלכתחילה, טרם הוכרעו. נוסף על כך, לנוכח ריבוי הדעות בסוגיה ולנוכח העובדה שבשני פסקי הדין לא היו שופטי המיעוט בדנג"ץ

התנהלותו היומיומית של משק הבית, ועל התרומה למאמץ המשותף, שלילת זכויות ממוניות מהווה למעשה 'קנס' על בן הזוג ה'בוגד' – קנס על עצם ה'בגידה'".

148 ראו שם, פס' 41 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

149 ראו בג"ץ 6897/22 פלוני נ' בית הדין הרבני האזורי בפתח תקווה (נבו 9.11.22).

150 או למשל שם, פס' 9 לפסק דינה של השופטת רונן: "לא מצאתי ממש בטענה זו. אף אם אניח כי ייתכנו מקרים שיצדיקו את החלטה של עילת ההטעיה הקבועה בחוק החוזים על הסדר איזון המשאבים בחוק יחסי ממון (ואינני קובעת מסמרות בנושא זה), הרי שכפי שציין המשנה לנשיאה פוגלמן בבג"ץ 8463/19, לעיל ה"ש 146 – מדובר במקרים בהם התקיימו נסיבות חריגות וקיצוניות, כדוגמת מקרה בו אחד מבני הזוג ניהל 'חיים כפולים' במקביל לחיי הנישואין. עצם ההסתרה של המשיבה את דבר בגידתה מהעותר, אף בהנחה כי הוא אכן עימת אותה עם חשדותיו והיא הכחישה אותם, בוודאי אין בה כדי להקים את אותן נסיבות חריגות וקיצוניות אשר עשויות להצדיק סטייה מחלוקת נכסים שוויונית. משמעותה של קביעה מעין זו היא להכניס 'מהדלת האחורית' שיקולי אשם ואי-נאמנות מינית להסדרי חלוקת הרכוש בין בני זוג, וזאת אין לעשות".

חלק מן ההרכב, אינני משוכנע שהסתיים הדיון המשפטי בנושא ושמעתה ואילך יפגין בית המשפט העליון עמדה אחידה.

ג. דרגות החופש של בית הדין הרבני והפיקוח עליו

דנג"ץ הבגידה עסק במקרה שנדון בבית הדין הרבני, ומשום כך, לצד הדיון המהותי במשפט האזרחי עסק בית המשפט בשאלת הפיקוח השיפוטי האזרחי על בית הדין הרבני בשאלות הללו.¹⁵¹ בנושא זה קיים דיסוננס בין ההסכמה הרחבה שהושגה בין השופטים בנוגע לעקרונות לבין המחלוקת שהתעוררה על יישומן במקרה הספציפי. בחלק זה אבקש להזכיר מהם העקרונות המוסכמים, ולאחר מכן אבקש לברר אם מעבר למחלוקת נקודתית על דרך יישומם במקרה הספציפי ניתן ללמוד גם מסקנות עקרוניות באשר לשאלת הפיקוח השיפוטי של בית המשפט העליון על בתי הדין הרבניים.

1. העקרונות המוסכמים

נפתח בעקרונות המוסכמים. ראשית, מוסכם על כל השופטים שבית המשפט העליון אינו יושב כערכאת ערעור על בתי הדין הרבניים והתערבותו מוגבלת למקרים של חריגה מסמכות, פגיעה בעקרונות הצדק הטבעי, סטייה מהוראות החוק או מקרים חריגים שבהם נדרש מתן סעד מן הצדק, מקום שבו העניין אינו בסמכותו של בית משפט או בית דין אחר.¹⁵² שנית, בעקבות הלכת בבלי,¹⁵³ מוסכם על הכול שבענייני הרכוש, וככל הנראה בכל נושא שאינו מסווג כמעמד אישי,¹⁵⁴ מחויבותו של בית הדין לפסוק על פי החוק האזרחי כוללת גם את ההלכות היוצאות מבית המשפט העליון, ובכללן הלכת השיתוף

151 למערכת היחסים המורכבת שבין בית המשפט העליון לבין בתי הדין הרבניים ראו פנחס שיפמן "בתי-הדין הרבניים – לאן? "משפט וממשל" ב 523 (התשנ"ה); רות זפרן "מירוץ הסמכויות 'חי ובוועט': מניצחון בנקודות של מערכת השיפוט האזרחית בענייני משפחה להתעצמות מחודשת של מערכת בתי הדין הרבניים" משפטים מג 571 (2013); ולאחרונה ראו אבישלום וסטרייך "שלושה צמתים ביחסי בית הדין הרבני ובית המשפט האזרחי: מזונות ילדים, שיתוף רכושי והחוק להסדר התדיינויות בסכסוכי משפחה" משפטים נב (התשפ"ב).

152 אמות מידה אלה היו מקובלות בפסיקה עוד לפני בג"ץ הבגידה, לעיל ה"ש 6; ראו בג"ץ 9812/17 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול (נבו) 29.5.2018; בג"ץ 2617/18 פלוני נ' ביה"ד הרבני הגדול (נבו) 30.4.2018. אמות מידה אלה מוצגות הן על ידי שופטי הרוב בבג"ץ הבגידה, לעיל ה"ש 6, פס' 7 לפסק דינו של השופט עמית, והן על ידי שופטי המיעוט ראו דנג"ץ הבגידה, לעיל ה"ש 3, פס' 1 לפסק דינו של השופט מינץ וכן, פס' 5 לפסק דינו של השופט שטיין; על היעדר המחלוקת בין שופטי הבג"ץ בעניינים הללו ראו שם, פס' 5 לפסק דינו של השופט סולברג.

153 בג"ץ 1000/92 בבלי נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד מח(2) 221 (1994).

154 לפרשנויות השונות של הלכת בבלי, ראו בג"ץ הבגידה, לעיל ה"ש 6, פס' 9 לפסק דינו של השופט עמית; כן ראו רות הלפרין-קדרי "פלורליזם משפטי בישראל: בג"צ ובתי-הדין הרבניים – בעקבות בבלי ולב" עיוני משפט כ(3) 683 (1997).

הספציפי. עוד מקובל על הכול שבנוגע להכרעות עובדתיות של בית הדין רף ההתערבות של בג"ץ בהכרעות בתי הדין הרבניים גבוה במיוחד, והוא נערך רק במצבים קיצוניים.¹⁵⁵

2. המחלוקת על היישום במקרה הקונקרטי

כמה נחלקו אפוא שופטי הבג"ץ והדג"ץ? כזכור, השופט עמית, שהיה בדעת המיעוט בבג"ץ הבגידה, סבר שבניגוד להלכת בבלי, בית הדין הרבני נתן מקום לשיקולי אשמה מינית הנטועים בדין הדתי, הגם שמדובר בעניין אזרחי, דבר המצדיק את התערבות בג"ץ. בדיון הנוסף, הנשיאה חיות התייחסה לשתי טעויות מרכזיות של בית הדין הרבני הגדול: האחת – שגיאות יסודיות בפרשנות הלכת השיתוף הספציפי,¹⁵⁶ והאחרת, שככל הנראה היא שהכריעה את הכף – מתן משקל לסוגיית הבגידה בהכרעת בית המשפט. לדברי הנשיאה, "עוצמתן המצטברת של שתי השגיאות שנפלו בפסק דינו של בית הדין הרבני הגדול – אינה עולה בקנה אחד עם הדין האזרחי ומקימה עילה להתערבותנו במקרה הנדון".¹⁵⁷ אף השופטים ברק-ארז¹⁵⁸ והנדל הטעימו שהשגיאות של בתי הדין הרבני היו שגיאות עקרוניות, הן בקשר להלכת השיתוף הספציפי והן בקשר למקומם של שיקולי אשמה מינית ולא כאלה הנוגעות ליישום ההלכות.¹⁵⁹

ומה באשר לשופטי המיעוט? בפסק דינו בבג"ץ הבגידה דחה השופט מינץ את פרשנותו של השופט עמית לפסק דינו של בית הדין הגדול (הרכיב הראשון לפסק דינו של השופט עמית). לגישתו, הדיון בבגידה ובדין הדתי היה "בנוסף ומעבר לנדרש",¹⁶⁰ ובפועל התגבש בבית הדין הגדול רוב לקבלת הערעור גם על בסיס השיקולים האזרחיים הרגילים שעוצבו בפסיקה האזרחית לצורך קביעת שיתוף ספציפי מכוח הדין הכללי.¹⁶¹ על דברים אלה חזר השופט מינץ גם בדיון הנוסף.¹⁶² השופט מינץ אף השיב לטענות

155 דג"ץ הבגידה, לעיל ה"ש 3, פס' 5 לפסק דינו של השופט שטיין ("כלל נוסף אשר אוסר עלינו להתערב בממצאים עובדתיים שנקבעו על ידי בית דין רבני, או בית דין דתי אחר, בהתאם לכללין והלכותיו – וזאת, גם כשאין אנו מסכימים עם בית הדין [...] בממצאים כאמור נוכל להתערב רק במקרי קיצון, אם וכאשר נמצא היעדר זיקה רציונלית בין ממצאיו של בית הדין לבין חומר הראיות אשר נפרש לפניו [...] או כאשר נעשה שימוש בראיה פסולה אשר השפיעה על תוצאת פסק הדין") (ההדגשה הוספה).

156 טעות זו מורכבת משלוש טעויות משנה: (1) הדרישה להוכחה פוזיטיבית על כוונת שיתוף, אף על פי שמדובר בבית מגורים ובבני זוג הנשואים עשרים שנה; (2) התעלמות מהתרומה הלא כלכלית של האישה; (3) קביעת המועד שבו התגבש השיתוף שם, פס' 43–44 ו-47 לפסק דינה של הנשיאה חיות. שם.

157 דומה לנשיאה חיות, אף השופטת ברק-ארז התייחסה לטעויות עקרוניות הן בנושא האשם והן בנושא פרשנותה של הלכת השיתוף הספציפי ראו שם, פס' 3–4 ו-23 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז.

159 ראו בפסקת הפתיחה לדבריו של השופט הנדל בדג"ץ הבגידה, שם.

160 שם, פס' 8 לפסק דינו של השופט מינץ.

161 ראו ליפשיץ "שיפוט מוסרי", לעיל ה"ש 5, בעמ' 19–28.

162 דג"ץ הבגידה, לעיל ה"ש 3, פס' 11–14 לפסק דינו של השופט מינץ.

הנוספות של שופטי הרוב בדנג"ץ בנוגע לשגיאות העקרוניות ביישום דיני השיתוף הספציפי, ללא קשר לעניין הבגידה.¹⁶³ לדעת השופט מינץ, בית הדין כלל לא שגה ביישום הלכת השיתוף הספציפי, אך גם אם שגה בקביעת אמת מידה מחמירה להוכחת שיתוף ספציפי, אין מדובר בטעות המאפשרת התערבות בפסק הדין על פי אמות המידה המקובלות להתערבות בפסקי הדין של בית הדין הרבני.¹⁶⁴ הגם שמרבית פסק דינו של השופט סולברג התמקד בשאלת אי-הצורך בדיון הנוסף, מתוך פסק דינו עולה שהוא שותף לעמדתו של מינץ בשתי השאלות. למצער, סבור סולברג שגם אם שגה השופט מינץ בפרשנות פסק דינו של בית הדין הרבני, אין מדובר בשגיאה עקרונית המצדיקה דיון נוסף.

לעומת השופט מינץ, השופט שטיין קיבל במשתמע את פרשנותו של השופט עמית לפסק דינו של בית הדין הגדול. לפרשנות זו הצטרפו גם שופטי הרוב בדיון הנוסף, שלעמדותיהם הכרעתו של בית הדין הגדול התבססה, בין היתר, על הבגידה ועל משמעותה.¹⁶⁵ עם זאת, לדעת השופט שטיין, ההתחשבות בבגידה הייתה לנוכח ההכרעה העובדתית שלפיה הענקת הדירה הותנתה בנאמנות האישה לאורך חיי הנישואים. לגישתו, תנאי כזה יש לכבד גם על פי אמות המידה האזרחיות, והסקתו במקרה הספציפי הינה הכרעה עובדתית שאינה כפופה להתערבות בג"ץ, גם אם מדובר בהכרעה שגויה.¹⁶⁶

3. חידוד המחלוקות ובחינת ההלכות הנגזרות מהן מכאן ולהבא

כיצד התמודדו שופטי הרוב עם טענותיהם של שופטי המיעוט ומהם הלקחים שניתן להסיק מן ההכרעה בדנג"ץ למקרים עתידיים?

אפתח במחלוקת שהתעוררה בין שופטי הרוב לבין השופט שטיין. כנגד עמדתו של השופט שטיין, שהציג את הכרעת בית הדין הרבני הגדול בעניין מקומה של האשמה המינית כהכרעה עובדתית, הציגו שופטי הרוב חזית אחידה. לעמדתם, בית הדין הגדול לא קבע קביעה עובדתית נקודתית שלפיה הבעל הספציפי התנה את נתינתו בשיקולי אשמה, אלא קבע ברירת מחדל גורפת ולפיה כל נתינה בהתאם להלכת השיתוף הספציפי

163 ראו במיוחד את הטעויות שעליהן הצביעה הנשיאה חיות שם, פס' 40-45, ר' 62 לפסק דינה של הנשיאה חיות, וכן להתייחסותה של השופטת ברק-ארו לטעויות ביישום הלכת השיתוף הספציפי, שם פס' 9-10 לפסק דינה של השופטת ברק-ארו.

164 ראו שם, פס' 15-16 לפסק דינו של השופט מינץ.

165 בג"ץ הבגידה, לעיל ה"ש 6, פס' 13 לפסק דינו של השופט שטיין ("מכלול זה כלל את מעשה 'הבגידה' של האישה כשיקול אשר בא לשלול או לאיין את כוונתו של הבעל לשתפה כשותפה שוות זכויות בבית [...] חוששני, כי בית הדין נתן לעניין זה משקל יתר, אולם החשש הזה אינו מעלה ואינו מוריד").

166 העמדה שלפיה הכרעתו של בית הדין הינה הכרעה עובדתית ולא משפטית הייתה המסד לפסק דינו של השופט שטיין, שם, והיא חודדה בדנג"ץ הבגידה, לעיל ה"ש 3, פס' 6 ו-40 לפסק דינו של השופט שטיין.

מותנית באי-בגידה עתידית של מקבל המתנה. קביעתה של ברירת מחדל, בניגוד לקביעת ממצא על כוונה נקודתית של צדדים במקרה ספציפי, היא שאלה משפטית נורמטיבית, ועל בתי הדין הרבניים לפעול בעניינה על פי המשפט האזרחי ובכללו פסיקות בית המשפט העליון. בכך אימצו שופטי הרוב את הביקורת שנמתחה בספרות המחקרית על פסק דינו של השופט שטיין בבג"ץ הבגידה¹⁶⁷ וקבעו הלכה חשובה ומשמעותית, שעשויה להיות לה רלוונטיות גם בעתיד בנוגע למעמדן של אומדנות וברירות מחדל. על פי ההלכה שנקבעה, כאשר בתי הדין הרבניים עוסקים בקביעת ברירות מחדל כלליות שאינן מעוגנות בנתונים של בני זוג ספציפיים, עליהם לעשות זאת בהתאם לאמות המידה האזרחיות כפי שנקבעו בפסיקת בית המשפט האזרחי.

התמונה מורכבת יותר בהקשר של המחלוקת בין שופטי הרוב לבין השופט מינץ. מן המתואר בחלק הקודם עולה שבין השופט מינץ לבין שופטי הרוב התעוררו שתי מחלוקות: (1) האם בוסס פסק דינו של בית הדין הרבני על שיקולי אשמה מינית? (2) האם שגה בית הדין בשגיאות עקרוניות בעניין השיתוף הספציפי? ואם כן, האם מדובר בשגיאות המצדיקות התערבות בפסיקתו?

בקשר לנושא הראשון תהה השופט מינץ בחוות דעתו אם ייתכן שלדעת שופטי הרוב עצם האזכור של הדין הדתי, או אפילו התבססות שגויה עליו במסגרת הערת אגב או בדעת מיעוט שאינה נדרשת לצורך ההכרעה, מספיקים כדי להצדיק התערבות בפסק הדין.¹⁶⁸ ואולם, דומה שבפסק דינה ביקשה הנשיאה חיות לשלול פרשנות כזו של עמדת עמית, שהפכה לדעת הרוב בדיון הנוסף. לצורך זאת עמדה הנשיאה חיות על כך שפסק הדין של בית הדין הרבני, או לפחות חוות הדעת של שניים מתוך שלושת הדיינים, נשענו על שיקולי אשמה מינית לצורך הכרעתם בסוגיה.¹⁶⁹ הנשיאה התייחסה, בין היתר, לפסיקה מאוחרת של הרכב בית הדין הרבני שהתייחס לפסיקתו הקודמת בנושא ושממנה עלה שאף לדעת הדיינים בבית הדין התייחסות לבגידה הייתה נחוצה לצורך הכרעתם ואין לראות בה אמירה למעלה מן הצורך.¹⁷⁰ לנוכח דברים אלה, דומה שמעבר למחלוקת

167 שם, פס' 2 לפסק דינו של השופט מלצר; שם, פס' 53 לפסק דינה של הנשיאה חיות; וכן שם, פס' 2 לפסק דינו של השופט עמית.

168 שם, פס' 39 לפסק דינו של השופט מינץ; ראו גם ליפשיץ "שיפוט מוסרי", לעיל ה"ש 5, בעמ' 19–28. שם, ניתחתי את המחלוקת בין השופט מינץ לבין השופט עמית ותהיתי אם ניתן לפרש את עמדתו של השופט עמית ככזו המאפשרת להתערב בפסק דינו של בית הדין הרבני גם כאשר הטעויות שנפלו בו לא היו נחוצות לצורך ההכרעה.

169 דג"ץ הבגידה, לעיל ה"ש 3, פס' 55 לפסק דינה של הנשיאה חיות; מקריאת פסק דינו של בית הדין הרבני הגדול עולה כי שניים מתוך שלושת הדיינים ייחסו בחוות דעתם משקל לבגידה הנטענת. הדיין נהרי התייחס לכך כאל נסיבה המצדיקה שלילת כוונת שיתוף אם התקיימה כזו, והדיין עמוס (שנותר בעמדת מיעוט) התייחס לבגידה פעמים מספר בחוות דעתו הן בחלק שנשא את הכותרת "ועתה לפן ההלכתי" והן בחלקים אחרים בחוות דעתו.

170 שם, "המסקנה לפיה לבגידה הנטענת ניתן משקל במסקנתו הסופית של בית הדין הרבני הגדול, אף עולה מפסק דין שניתן לאחרונה על ידי הדיינים עמוס, נהרי ואלמליח אשר במסגרתו התייחסו לפסק

הנקודתית על פרשנות הכרעתו של בית הדין הגדול במקרה הספציפי קשה לזהות בהקשר זה מחלוקת עקרונית בין שופטי הרוב לשופטי המיעוט או הלכה ברורה שנפסקה בעניין בדנג"ץ. עם זאת, אין להתעלם מכך שהמחלוקת הממשית שהתפתחה בנוגע ליישום העקרונות משקפת בכל זאת הבדלים בין שופטי הרוב ובין שופטי המיעוט באשר לרמת החשדנות שיש להפגין כלפי הנימוקים הגלויים של בתי הדין הרבניים, וכנגזרת מכך – נכונות לקרוא בין השורות של הנמקות אזרחיות לגיטימיות מוטיבציות דתיות נסתרות שעשויות להוביל לפסילתם של פסקי הדין הללו. במובן זה, גם אם דנג"ץ הבגידה לא קבע הלכה חדשה, הוא העניק רוח גבית לאווירה חשדנית כלפי בתי הדין לפחות בנושאים אידאולוגיים.¹⁷¹ לא למותר לציין בהקשר זה הבדל מסוים בין העמדות של שופטי הרוב. מחד גיסא, השופט הנדל סבר שעצם השימוש במונח הדתי של בגידה עשוי לרמוז על זליגה של שיקולים דתיים אסורים אל המשפט האזרחי;¹⁷² מאידך גיסא, הנשיאה חיות הביעה עמדה סובלנית יותר כלפי האפשרות של בית הדין הרבני לתת לבוש דתי לעקרונות אזרחיים על מנת להתאימם להלכה.¹⁷³

במבט ראשון, אף המחלוקת בין שופטי הרוב והשופט מינץ בנוגע לטעויות שנפלו בפסק דינו של בית הדין הרבני באשר ליישומה של הלכת השיתוף הספציפי, אם נפלו טעויות כאלה,¹⁷⁴ הינה מחלוקת של מידה ומשקל.¹⁷⁵ ייתכן שמן ההכרעה בדנג"ץ אפשר להקיש על אווירה המבקשת לצמצם את דרגות החופש של בית הדין הרבני בעת שהוא מפעיל משפט אזרחי,¹⁷⁶ אך קשה לנסח אווירה כזו כהלכה ברורה ומנחה.

הדין נושא דיונו, וציינו כי בענייננו בגידתה הנטענת של המבקשת היוותה "נסיבה אחת מתוך מכלול נסיבות שהביאו להכרעה כי לא התקיימו התנאים האזרחיים לקיום שיתוף ספציפי" (תיק 992261/3, פס' י'). משכך, אין בידי להסכים עם עמדת חברי, השופט ד' מינץ, לפיה התייחסותו של בית הדין הרבני הגדול לבגידה הנטענת הייתה למעלה מן הצורך. להבנתי, ומן הטעמים שפירטתי לעיל, עולה כי הדבר היווה, למצער, אחד השיקולים שהובילו את בית הדין אל התוצאה שאליה הגיעו (ההדגשה הוספה).

171 וראו בהקשר זה את הניתוח שערכתי ליפשיץ "שיפוט מוסרי", לעיל ה"ש 5, בעמ' 23–28.

172 דנג"ץ הבגידה, לעיל ה"ש 3, פס' 1 לפסק דינו של השופט הנדל.

173 שם, פס' 22 לפסק דינה של הנשיאה חיות ("במקרים המתאימים ניתן לקבל, אפוא, כי בית הדין הרבני מבקש ליתן לבוש הלכתי לפסיקתו בסכסוך רכושי בהתאם לדין האזרחי, ולמצער להבהיר מהו הכלי ההלכתי שבאמצעותו ניתן גם תוקף הלכתי לדין האזרחי, בסיטואציה שבה הוא סבור כי קיימת סתירה בין דין תורה ובין הדין האזרחי").

174 כזכור, פרשנותו של השופט מינץ בעניין הלכת השיתוף הספציפי קרובה לגישה ההסכמית המצמצמת, ראו לעיל ה"ש 42. ברור אפוא שההבדלים בינו לבין דעת הרוב בשאלה אם טעה בית הדין ביישום ההלכה משקפים, לפחות בחלקם, הבדלי השקפות בעניין המהותי ולא בשאלת הפיקוח על בתי הדין.

175 ואכן, אף הנשיאה חיות הודתה שייתכן שהטעויות בעניין השיתוף הספציפי כשלעצמן לא היו מצדיקות התערבות בפסק הדין, ראו דנג"ץ הבגידה, לעיל ה"ש 3, פס' 47 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

176 וראו בהקשר זה את דבריה של השופטת ברק־ארו שם, פס' 4 לפסק דינה של השופטת ברק־ארו, שהטעימה שהאוטונומיה היחסית שממנה נהנים בתי הדין הרבניים מקורה בסמכותם כפרשני הדין

ברם, במבט שני, ההבדלים בין גישת שופטי הרוב לבין גישת השופט מינץ בהקשר זה עשויים להיות בעלי חשיבות מעשית מכרעת. אכן, בשיח הציבורי, ובמידה רבה גם בפסיקת השופטים עצמם,¹⁷⁷ עיקר הביקורת על בית הדין הרבני כוונה כלפי שילוב של שיקולי האשמה המינית.¹⁷⁸ ואולם, עיון בפסיקת בתי הדין הרבניים בנושא השיתוף הספציפי מגלה התייחסות דו-ערכית, ואצל חלק מן הדיינים התנגדות של ממש, לעצם ההכרה בשיתוף הספציפי, בוודאי במתכונת נרחבת, גם כאשר סוגיית הבגידה אינה מתעוררת, וזאת מתוך שיקולים הלכתיים.¹⁷⁹ דוגמה מובהקת להתנגדות הפנימית העמוקה של חלק מן הדיינים להלכת השיתוף הספציפי תמצא בהרצאה שנשא הרב מיכאל עמוס, שהיה אחד מחברי ההרכב של בית הדין הגדול שדן בפרשת הבגידה, כנכנס דיינים.¹⁸⁰ בהרצאתו הציג הדיין עמוס את המתח בין הפסיקה האזרחית לבין ההלכה בנושא.¹⁸¹ נוסף על כך, הדיין עמוס הודה באותה הרצאה שהשימוש ברטוריקה האזרחית והניתוח המעמיק של פסיקת בית המשפט העליון נועדו למנוע התערבות של בית המשפט העליון בפסק הדין של בית הדין הגדול, כאשר המטרה האמיתית שעמדה כדי עינו היא "להציל עשוק (כלומר הבעלים הרשום שהוא הבעלים של הנכס החיצוני על פי ההלכה, ש"ל) מיד עושקו (בת הזוג בסיוע שופטי בג"ץ, ש"ל).¹⁸² הרצאה זו של השופט עמוס

הדתי, ועל כן יש להפעילה באופן מצומצם כאשר מדובר על פרשנות המשפט האזרחי (בהערת אגב להערת אגב אציין שמדברים אלה של השופטת ברק-ארוז ניתן להסיק שבעניינים דתיים אכן שמורה לבתי הדין אוטונומיה פרשנית רחבה יחסית).

177 ראו לעיל ליפשיץ "שיפוט מוסרי", לעיל ה"ש 5, בעמ' 19–28.

178 דומה כי אפילו השם בג"ץ הבגידה או הבוגדת, שהשתרש בציבוריות הישראלית, עשוי ללמד על כך.

179 לניתוח מעמיק של הבדלי הגישות הפנימיים בין הדיינים השונים בבתי הדין הרבניים כלפי הלכת השיתוף הספציפי ראו לאחרונה וסטרייך, לעיל ה"ש 151, בפרק ב' חלק (3). וסטרייך סבור כי ניתן לעגן את הלכת השיתוף הספציפי בהלכה וכי עמדה רווחת בקרב הדיינים אכן מיישמת הלכה זו אף כי באופן מצומצם יחסית לזה הנוהג בבתי המשפט האזרחיים. מנגד, וסטרייך מציג גם קולות נוספים של דיינים, הסבורים שבניגוד לאיזון המשאבים הקבוע בחוק יחסי ממן, הלכת השיתוף הספציפי אינה מעוגנת בהלכה.

180 ראו מיכאל עמוס "כוונת שיתוף ייחודי (ספציפי) – התפתחותה המשפטית ומעמדה ההלכתי" כנס הדיינים – התשע"ז 543 (שמעון יעקובי ויחיאל חיים פריימן עורכים 2018).

181 ראו למשל את ביקורתו של עמוס שם, בעמ' 544 על דייני בית הדין האזורי: "את פסק הדין שבעניינו הוגש הערעור שנדון בפנינו כתבו תלמידי חכמים, באמת תלמידי חכמים, והייתי צריך להסתכל שלוש פעמים אם באמת הם שכתבו אותו. בפסק הדין מובאים המקרה והטענות, מצוטטים שלושה בג"צים, וכותבים 'ונפסק להלכה'. זה מה שהיה ותו לא. חוקית הם צודקים ב'מאה אחוז'. אבל אנחנו יודעים שעל פי הדין העברי אם אדם ירש ירושה – היא שייכת לו, שלא כמו לפי הפסיקה החדשה שבהתקיים 'כוונת שיתוף' בנכס ייחודי (ספציפי) – פעמים שצריכים לחלוק בו אלא שצריכים לעמוד בתנאים מסוימים כדי לקבוע שיש כוונה כזו. תמוה מאוד שבית הדין האזורי כותב את העובדות ואת הטענות ומעתיק את דברי בג"ץ ותו לא"; ובהמשך שם, בעמ' 552, "שאלה לרב פשוט שמבחינה הלכתית אין דבר כזה כוונת שיתוף? תשובה אדם שאומר לחברו 'אני אתן לך חצי מזה' – זה מועיל? קל וחומר בלי אמירה מפורשת. אנחנו מדברים על ירושה, על נכס חיצוני שאדם לא עשה כלום בעבורו".

182 ראו שם, בעמ' 552: "צריך להיות ברור: המחוקק ובתי המשפט – אין להם שום עניין להתחשב בהלכה. לכן בפסק הדין שכתבתי לא העליתי את הבעיות ההלכתיות – איפה היה קניין איפה לא היה

חמקה ככל הנראה מתחת לרדאר של שופטי הדנג"ץ.¹⁸³ ואולם, יש הסבורים שהיא המשקפת את הלך הרוח הרווח בבתי הדין הרבניים, ושכמקרים רבים, גם כאשר לא תתעורר שאלת האשמה המינית, בתי הדין הרבניים צפויים ליישם את הלכת השיתוף הספציפי באופן מצומצם מזה המקובל בבתי המשפט האזרחיים.¹⁸⁴ אם תתממש תחזית זו, לחילוקי הדעות שנחשפו בין השופטים האזרחיים בדנג"ץ הבגידה בהקשר של "המידה והמשקל" של ההתערבות האזרחית בפסיקות בתי הדין במקרים של יישום שגוי של המשפט האזרחי, כמו גם להבדלים בנכונות לחשוף את המוטיבציה ההלכתית מאחורי הרטוריקה האזרחית, עשויה להיות משמעות מכרעת.

ד. סיכום – מה למדנו מדנג"צ הבגידה?

אסכם את מסקנות המאמר בכל אחד משלושת התחומים שבהם עסקתי: בעניין הלכת השיתוף הספציפי העמידה דעת הרוב הלכה זו על אדניה של גישת הביניים, זו הרואה את הלכת השיתוף הספציפי כמשלבת בין היבטים נורמטיביים בנוגע לראוי עם כוונת הצדדים ועם עקרון ההסתמכות. משכך, לצורך קביעת שיתוף ספציפי אין להסתפק, ככלל, בעצם הנישואים, וזאת גם כאשר מדובר בדירת מגורים וקיים צורך בהוכחת "דבר מה נוסף" לשם קביעת השיתוף. הכוונה לשיתוף יכול שתוסק מהשקעה משותפת בנכס, וכאמור, אף השקעת משאבי זמן או כספי מאמץ משותף ייחשבו כהשקעה משותפת. לחלופין, כוונת שיתוף יכול ותוסק מראיות אחרות המלמדות על כוונה כזו. עם זאת, כאשר מדובר בדירת מגורים בנישואים ראשונים ממושכים המלווים באווירת שיתוף וביחסים סבירים בין הצדדים, המגמה תהיה להסיק כוונת שיתוף גם ללא השקעה משותפת ניכרת או ראיות נקודתיות להסכמה לשיתוף. בה בעת, לנוכח ההיבט ההסכמי, לא יוסק שיתוף הסותר את ההסכמה המשותפת של הצדדים או אפילו מצגים אובייקטיביים חד-משמעיים שהובעו בזמן אמת על ידי הבעלים הרשום ובעטיים לא התגבשה הסתמכות מצד בן זוגו. לצד

קניין – הם דנים על פי חוקים ופסיקות שסיגלו לעצמם וכל מה שאני ציטטתי הוא כדי להציל עשוק מיד עושקו' – הדגשתי שבפסיקה שלהם עצמה יש מרחב גדול כדי לא לתת לאדם את החלק שלא מגיע לו".

183 אני מודה לפרופ' עמיחי רדזינר שהפנה את תשומת ליבי לאמירות הללו והרצה בנושא, עמיחי רדזינר (הרצאה בכנס "בנושא דיון נוסף בדיון הנוסף: מה למדנו מפסקת בג"ץ ב"פרשת הבגידה", מרכז רקמן לקידום האישה ומרכז מנומדין למשפט יהודי ודמוקרטי, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן, 13.7.2021), שם הוא גם ציטט בהרחבה מדבריו של הדיין עמוס. להרצאות בכנס ראו בקישור <https://katzi.net/04202c>.

184 כזכור, וסטרייך, לעיל ה"ש 151, מכיר בקיומה של גישה רבנית המתנגדת להלכת השיתוף הספציפי, אך מציג את עמדתם של רוב הדיינים ככזו הנכונה עקרונית לאמץ את הלכת השיתוף הספציפי אף כי בהיקף מצומצם מזה הנוהג בבתי המשפט. לעומתו, רדזינר בדבריו בהרצאה, שם, הביע את דעתו שלפיה העמדה השלטת בבתי הדין הרבני נרתעת מעצם ההלכה. לגישתו, הנכונות לדון בה מפעם לפעם נעשית מן השפה אל החוץ.

זאת, עמדתי על הצורך לעשות שימוש נרחב יותר בפרשנות תכליתית של חוק יחסי ממון לצורך הכללת השבחות שמקורן במאמץ משותף בנכסים בני-האיזון וכן בסמכויות המיוחדות שהוקנו בסעיף 8 לחוק יחסי ממון לצורך התמודדות עם פערים בכושר השתכרות בין בני הזוג.

בעניין האשמה המינית תרם דנג"ץ **הבגידה** לביסוס הסכמה כוללת של שופטי בית המשפט העליון, שלפיה בגידה אינה עילה לשלילתן של זכויות קניין או זכויות מכוח דיני הרכוש הזוגי. דנג"ץ **הבגידה** גם תרם לגיבוש ההצדקות הרעיוניות של מדיניות זו. דנג"ץ **הבגידה** גם הכריע, כנגד דעתו של השופט שטיין, שלא ניתן לשלב שיקולי אשמה מינית הסכמיים באמצעות אומדנות כלליות שאינן מעוגנות בנסיבות עובדתיות ספציפיות. בין השופטים התגלעה מחלוקת בשאלה אם הסכמה משתמעת המעוגנת בעובדות הקונקרטריות והסכמות מפורשות תכובד על ידי בתי המשפט.

היבט נוסף שבו חשף דנג"ץ **הבגידה** אי-הסכמה בין השופטים הוא באשר לאפשרות שאשמה מינית או בגידה שקדמה לכריתת החוזה תוכל לבסס טענות של פגמים בכריתה בנוגע למתנות או לשיתוף ספציפי שהתגבש לאחר הבגידה. מניפת העמדות שנותחו כללה בקצה האחד עמדות המבקשות, לפחות במשתמע, לשלול כל תוקף מהטענות הללו ומנגד, בקצה האחר, עמדות המבקשות ליתן תוקף לטענות אלה ללא הבחנה קטגורית בין סוגים שונים של בגידות. בתוך ניצבת עמדת אמצע הנכונה לקבל טענות מסוג זה במקרים של בגידה ממושכת העולה כדי חיים כפולים.

מעבר לדיני הפגמים והכריתה, לבגידות וחוסר נאמנות שקדמו להתגבשות השיתוף הספציפי עשויות להיות השלכות על השאלה אם אכן התגבש שיתוף כזה בזמן אמת. בהקשר דומה, ייתכן שבגידות ואי-נאמנות עשויות להשפיע על קביעתו של מועד הקרע, אך בהקשר זה קשה לקבוע בדבר מסמרות. בכל מקרה, אף על פי שמרבית השופטים מסכימים באופן עקרוני למקום האפשרי של אשמה מינית בהקשרים הללו, דרך היישום הספציפי עורונה שנויה במחלוקת ומחייבת בירור ערכי שלא נערך לא בפסק הדין ולא במאמר זה.

לבסוף, דנג"ץ **הבגידה** חידד את נקודות ההסכמה העקרוניות המשותפות לכלל השופטים בדבר גבולות ההתערבות המצומצמים של בית המשפט העליון בפסיקת בתי הדין הרבניים מחד גיסא, ובדבר המחויבות המשותפת של כלל השופטים להלכת בבלי ולדרישה מבתי הדין לפסוק בנושאים אזרחיים בהתאם לפסיקת בג"ץ, מאידך גיסא.¹⁸⁵

185 בהרצאה שנשא עמיתי ד"ר רם ריבלין בכנס "דין נוסף בדיון הנוסף", לעיל ה"ש 183, עורר ריבלין את השאלה האם ראלי לצפות מבתי הדין שלא ליתן מקום להשקפותיהם הערכיות בעת שהם מפרשים את החקיקה האזרחית. ריבלין רמז שהתשובה לכך שלילית ולכן לדעתו ביטול הלכת הכריכה עשויה לשקף כיוון מוצלח יותר מאשר ניסיון לחדור לצפונות ליבם של הדיינים על מנת לממש את הלכת בבלי, לעיל ה"ש 153.

למרות ההסכמה העקרונית, המחלוקת היישומית בפסק הדין עשויה ללמד על הברלי אווירה וגישה בין השופטים בנוגע לרמת האמון שיש ליתן בנימוקים האזרחיים הגלויים של בתי הדין וברמת דרגות החופש שיש ליתן לבית הדין שעה שהוא מיישם את הפסיקה האזרחית. לפחות בנושא אחד אפשר להצביע על הכרעה ברורה, שלפיה קביעת ברירת מחדל או אומדנה שאינה מעוגנת בנסיבות עובדתיות ספציפיות היא הכרעה משפטית ולא עובדתית, ועל כן בית הדין הרבני חייב לדבוק בפסיקה האזרחית בהקשר זה, ואם חרג ממנה נפתח הפתח להתערבות שיפוטית.

לסיום, אבקש לשזור בין הדיון בפיקוח האזרחי על בית הדין לבין השאלות המהותיות שנדונו בבג"ץ הבגידה בכלל ובעניין השיתוף הספציפי בפרט. להשקפתי, המוטיבציה העמוקה שעמדה בבסיס ההחלטה לאפשר דיון נוסף בפרשת הבגידה הייתה הרצון לסמן לדייני בתי הדין הרבניים כי הם מחויבים לשלטון החוק ובכלל זה לפרשנות החוק על ידי בית המשפט העליון, וזאת גם במקרים שבהם החוק והפסיקה סותרים את השקפותיהם הערכיות של הדיינים או את פרשנותם להלכה. ואולם, המחויבות לשלטון החוק חיונית גם עבור השופטים האזרחיים, לרבות שופטי בית המשפט העליון. גם אם חלק מן השופטים מזדהים עם הביקורת שהוטחה במחקר על החרגת הנכסים החיצוניים מאיזון המשאבים בחוק יחסי ממון, עליהם לכבד אפוא את הכרעת המחוקק בנושא. אם כן, טוב עשתה דעת הרוב שלפי פרשנותי דבקה בגישת הביניים, שאומנם הרחיבה את הלכת השיתוף הספציפי מעבר למודל ההסכמי המצומצם, אך בה בעת דחתה את הגישה הקניינית, זו הנכונה להחילו במנותק מכוונת הצדדים, מאורח חייהם ובניגוד למצגים שהוצגו על ידי הבעלים הרשום. לנוכח הכרעה זו, יש לקוות שתיבלם האווירה המשלמת "מס שפתיים" לרכיב הכוונתי של הלכת השיתוף הספציפי, אך בפועל מטשטשת את ההבחנה בין הנכסים בני-האיזון לנכסים החיצוניים ומבקשת להפוך את ברירת המחדל הקבועה בחוק בנוגע לדירות מגורים, או אפילו בנוגע לנכסים נוספים בעלי ערך ממשי, ובכך עושה פלסטר את רצון המחוקק.