

# בקשת הצטרפות כ- 'ידיד בית המשפט' בדנג"ץ הבוגדת

הרב יאיר קרטמן והרב יעקב יהודה יקיר

## תקציר מנהלים

'דנג"ץ הבוגדת' הוא דיון נוסף בבג"ץ בהרכב מורחב של תשעה שופטים, שמשמעותו העיקרית עלולה להיות נתינת לגיטימציה משפטית לבגידה במסגרת המשפחה, והצרת סמכותם של בתי הדין הרבניים.

### ארבעה צירי התייחסות

בתקציר זה נתייחס לארבעה צירים:

בציר 'הנאמנות המינית', נטען כי בית המשפט נותן לגיטימציה מהותית לניאוף ומרוקן מתוכן משפטי את הגדרת המשפחה. בציר 'יחסי מחוקק - בית משפט' נטען, כי בית המשפט חוקק הלכה שיפוטית בשם 'הלכת השיתוף הספציפי' אשר עומדת בניגוד ישיר לעמדת המחוקק. בציר 'דיני הקניין' נטען כי הלכת 'השיתוף הספציפי' נוגדת את זכות הקניין ואת כיבוד האוטונומיה הממונית של האדם ובציר 'יחסי בית המשפט - בית הדין הרבני', נטען כי בית המשפט פועל בניגוד לעמדת המחוקק ובניגוד לנוהג של בית המשפט עצמו.

### תקציר המקרה המשפטי

לביה"ד הרבני האזורי הוגשה תביעת גירושין ע"י בעל שטען שאשתו בגדה בו. ביה"ד חייב את האישה בגט עקב הבגידה. הרכוש המשותף חולק ביניהם. בנוסף, לגבי דירת מגורים שהגיעה לבעל בירושה ורשומה בטאבו על שמו, קבע בית הדין כי האישה זכאית למחצית הדירה, מכוח 'הלכת השיתוף הספציפי'.

הבעל ערער לביה"ד הרבני הגדול ושם נקבע כי האישה אינה זכאית לחלק בדירה. פסק הדין הסתמך על חוק 'יחסי ממון בין בני זוג', אשר מחריג נכסי ירושה מחלוקת הרכוש המשותף בעת הגירושין. בנוסף, בתן ביה"ד האם 'הלכת השיתוף הספציפי', שפותחה בפסיקת בית המשפט בניגוד לעמדת המחוקק חלה במקרה זה. לאור ניתוח ההיבטים של ההשקעה המשותפת בנכס, קבע בית הדין כי הלכה זו אינה חלה במקרה זה. בדברי אחד

מהדיינים הועלתה טענה מסייעת ולא מכריעה, כי במקרה של בגידה 'הלכת השיתוף הספציפי' אינה סבירה בשום קנה מידה.

האישה עתרה לבג"ץ בטענה שביה"ד הרבני הגדול חרג מסמכותו. לטענתה, במניין שיקוליו לשלילת השיתוף, ייחס ביה"ד הגדול משקל לטענה כי האישה בגדה בבעלה. בכך, לשיטתה, יישם ביה"ד את דין התורה על הסוגיה של שיתוף ספציפי בבית המגורים ובכך חרג מסמכותו. בג"ץ ברוב של שני שופטים מול אחד, אשרר את פסק הדין בעיקר מטעמים של נתינת מקום לאוטונומיה השיפוטית של בתי הדין הרבניים ושל כיבוד האוטונומיה של היחיד ביחס לרכושו.

האישה פנתה שוב לבג"ץ על מנת לקבל דיון נוסף. אל הבקשה לדיון נוסף הצטרפו ארגוני נשים, שאף הגישו בקשה להצטרף כידידי בית המשפט, כשחלק מטיעוניהם הוא הרצון להגדיר חיוב נאמנות בנישואין כנוגד את 'תקנת הציבור'. הנשיאה חיות החליטה כי יתקיים דיון נוסף בבג"ץ בהרכב מורחב של תשעה שופטים. הדיון יתקיים ב-י"ד מנחם אב (4.8).

## הטיעונים העיקריים

### נאמנות מינית

איסור הניאוף תוחם את המסגרת הערכית של הנאמנות והמחויבות בין בני הזוג. בית המשפט גורס ש'טוב היות האדם לבדו' ולכן על פי הגדרתו, גם כאשר האדם מתחתן הוא נשאר אוטונומי ורשאי לעשות עם גופו ככל שיחפוץ. הניאוף הותר על ידי בית המשפט כהתנהלות נורמטיבית שלא נופל בה פגם ערכי. בבג"ץ הבוגדת, מבקשים ארגוני הנשים להתקדם שלב נוסף ולטעון כי אזכור נאמנות במסגרת הנישואין נגוע באי חוקיות, ואפילו אם בני זוג מחליטים שהמערכת ביניהם מבוססת על נאמנות ומחויבות דבר זה נוגד את 'תקנת הציבור'. ארגוני הנשים רוצים לרוקן מתוכן את המשמעות של הנישואין, ולחייב אפילו את הרוצים בכך להתעלם ממרכיב הנאמנות בנישואין.

### יחסי מחוקק בית משפט

בעבר חוקק בית המשפט את 'הלכת השיתוף', שמשמעותה היא חלוקת הממון בעת גירושין. כחלק מתפיסת העולם הרואה את הנישואין כזמניים, ביססה הלכת השיתוף גירושין מהירים ומשתלמים. מודל זה, הכניס לחלוקת הממון גם נכסי ירושה או מתנות שלא נבעו מחיי המשפחה, כשהמטרה היא להוריד את החסם הכלכלי משיקולי הגירושין. כמו כן הגדירה 'הלכת השיתוף' את הנכסים כמשותפים ללא יכולת החרגה. המחוקק סירב לקבל את הלכת השיתוף וחוקק את חוק יחסי ממון ובכך בידל עצמו בשני היבטים:

האחד, נכסים שלא נבעו מחיי הנישואין לא יהיו חלק מחלוקת הרכוש, והשני, הנכסים לא הוגדרו כמשותפים מהותית אלא כחייבים בחלוקה לאחר גירושין, מה שאפשר החרגה בנסיבות מיוחדות כמו בגידה. בית המשפט עקף את המחוקק, וניסח עקרון הקרוי 'השיתוף הספציפי', דרכו הכניס לגירושין נכסים ומקרים אותם ביקש המחוקק להחריג. ע"פ 'השיתוף הספציפי' אומנם מצד דיני המשפחה המחוקק החריג את הנכסים, אולם מצד דין אחר אנו אומדים את דעתו של האדם כאילו רצה לשתף. בית המשפט פעל במודע נגד רצון המחוקק ושימר את תפיסת עולמו במשטר הממוני של הנישואין.

### **פגיעה בדיני הקניין**

העיקרון 'המוציא מחברו עליו הראיה' בדיני הקניין, מכבד את בעלותו של האדם על נכסיו ודורש שנדע בוודאות שאכן אדם העביר נכס שלו לאחר. אולם, הלכת 'השיתוף הספציפי' מייחסת כוונות נסתרות לאדם. לדוגמה, בעליו של נכס טוען מפורשות כי לא התכוון להעביר את הדירה הרשומה על שמו בטאבו לבן זוגו, ובית המשפט מתעלם מאמירתו הברורה. דבריו של השופט חשין מתמצתים את העיקרון: "בני הזוג לא הסכימו במובנה הפשוט והאמתי של הסכמה; אנו הננו ה"כופים" עליהם הסכמה, על דרך הפיקציה". השיתוף הספציפי פוגע בזכות הקניין ובוודאות הקניינית. בית המשפט יצר מודל משפחתי של קומוניזם כלכלי ואוטונומיה גופנית.

### **יחסי בתי משפט - בתי דין**

החוק המפורש והנוהג שהתקיים ב-45 שנותיה הראשונות של מדינת ישראל היה, כי 'הדין הולך אחר הדיין', וכי בתחום המסור לסמכות בתי הדין הרבניים, עליהם לדון לפי עקרונות משפט התורה. אולם ב-1995 ב'הלכת בבלי' ביטל אהרון ברק את הנוהג ואת החוק ללא כל סמכות וחייב את בתי הדין לדון על פי תפיסת עולמו. מאז פעלו בתי הדין תחת ביקורת שיפוטית מוגברת של בג"ץ. בתוך המערכת שנכפתה עליהם, פעלו בתי הדין לשמר ולו במקצת היבטים מסוימים מדיני התורה, אולם ב'בג"ץ ה'בוגדת' מבקש בג"ץ להביא למצב בו לא רק העקרונות ייקבעו על ידי בתי המשפט, אלא גם התוצאות הסופיות. בכך יהפכו הדיינים להיות ניצבים בלבד בתהליך המשפטי ללא יכולת להפעיל שיקול דעת כלשהו וללא יכולת להפעיל ולו במקצת את דיני התורה גם בתחום אשר ניתן להם על ידי המחוקק.

## סיכום

בבקשת ההצטרפות של ארגון 'תורת המדינה' בית המשפט מתבקש:

- א. לצרף את הארגון להליך כידיד בית המשפט.
- ב. לקבל את עמדת הארגון על פיה יש להותיר את פסק הדין של בית הדין הרבני הגדול ואת פסק הדין דנן של בית משפט נכבד זה על כנם.
- ג. לבטל את הלכת השיתוף הספציפי או למצער לקבוע כי הלכת השיתוף הספציפי מיוסדת על רציונל הסכמי כדוגמת חוזה או מתנה.
- ד. לקבוע כי הדין האזרחי מאפשר מתן משקל לשיקולי נאמנותם המינית של בני הזוג במסגרת בחינת כוונת בני הזוג בשיתוף בנכס.
- ה. לקבוע כי זכותו וחובתו של בית הדין הרבני לדון על פי המשפט העברי בבואו להכריע בסכסוך ממוני בין בני זוג.

ארגון 'תורת המדינה'  
ע"י הרב יעקב יהודה יקיר ו/או הרב יאיר קרטמן  
רחוב גריזים 203/3 פסגות  
טל : 0507819474 ; פקס : 153507819474

**המבקש להצטרף**

**בעניין שבין:**

**פלונית**

ע"י ב"כ עו"ד איל מנחם  
משדרות המגינים 53, חיפה  
טל : 04-8525313 ; פקס : 04-8525314

וע"י עו"ד שי זילברברג ו/או עו"ד עדי רוז ו/או אוסנת פרינץ  
מהתוכנית לסיוע משפטי לנשים בענייני משפחה  
מרכז רקמן לקידום מעמד האשה  
הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר אילן  
טל : 03-5318895 ; פקס : 03-736049

**המבקשת**

**-נגד-**

1. בית הדין הרבני הגדול בירושלים
2. בית הדין הרבני האזורי בחיפה
3. פלוני

ע"י ב"כ ברוך אבוקרט  
רח' זבולון 3, קריית אתא  
טל : 077-4950200 ; פקס : 077-4950201

**המשיבים**

**בקשה להצטרף כ"ידיד בית המשפט" (Amicus Curiae)**

בית המשפט הנכבד מתבקש להתיר לארגון 'תורת המדינה' (להלן: הארגון) ולאחרים, להצטרף להליך שבכותרת במעמד של "ידיד בית המשפט".

**ואלה נימוקי הבקשה:**

1. עניינו של ההליך הנידון הוא פסק דינו של בית המשפט העליון בבג"ץ 4602/13 פלונית נ' בית הדין הרבני האזורי בחיפה (18.11.2018) (להלן: "פסק הדין"). בפסק הדין קבעה

דעת הרוב (כבוד השופטים מינץ ושטיין), כי אין עילה להתערב בפסק דינו של בית הדין הרבני הגדול. לעומת זאת, לדעת המיעוט (כבוד השופט עמית), בית הדין הרבני הגדול סטה מהוראות הדין האזרחי ובכך חרג מסמכותו.

2. הארגון מעוניין להציג לפני בית המשפט בקצרה את עמדותיו בנוגע לסוגיות המהותיות שעולות מפסק הדין, ואשר יש להניח כי יעלו במסגרת הדיון הנוסף.

### **הבקשה להצטרפות כידיד בית המשפט**

3. בהתאם לפסיקתו של בית המשפט נכבד זה בנוגע לצירוף צדדים נוספים להליך כידידי בית המשפט, בחינת בקשת ההצטרפות על ידי בית המשפט תיעשה על פי שיקולים, שעניינם בעיקר "מידת התרומה הפוטנציאלית הגלומה בצירוף המבוקש אל מול החשש שצירוף כאמור יפגע בעילות הדיון בצדדים ובזכויותיהם" (ע"פ 111/99 שורץ נ' מדינת ישראל, פ"ד נד (2) 241). בפסיקה פורטה רשימה לא סגורה של שיקולים שבית המשפט יביא בפניו: "יש לבחון את מהות הגוף המבקש להצטרף. יש לבדוק את מומחיותו, את ניסיונו ואת הייצוג שהוא מעניק לאינטרס שבשמו מבקש הוא להצטרף להליך. יש לברר את סוג ההליך ואת הפרוצדורה הנוהגת בו. יש לעמוד על הצדדים להליך עצמו ועל השלב שבו הוגשה בקשת ההצטרפות. יש להיות ערים למהותה של הסוגיה העומדת להכרעה" (מ"ח 7929/96 קוזלי נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(1) 529). מבחינים אלו מתקיימים בארגון ותומכים בבקשתו וכפי שיפורט.

4. **המבקש להצטרף** - הארגון המבקש להצטרף קיים מזה כשש שנים והינו עמותה רשומה שמספרה 580669935. הארגון עוסק בעיצוב מדיניות ציבורית ברוח היהדות, באמצעות: לימוד, מחקר, חקיקה ויוזמות ציבוריות. לארגון ישנם בית מדרש ומכון מחקר, העוסקים בפיתוח פילוסופיה משפטית תורנית ובמחקר משווה, בין ערכי היסוד של התורה לבין ערכי היסוד של המשפט הנוהג כיום בישראל, המתורגמים לתודעה תרבותית והגדרות יסוד משפטיות. הארגון עוסק רבות בנושא המשפחה וביחסי הממון שבין בני זוג ובכך צבר לו ניסיון רב. במסגרת העיסוק בנושא זה מפיק הארגון ניירות עמדה, מחקרים ופרסומים. כמו כן הארגון הפיק כמה כנסים ציבוריים העוסקים במבנה המשפחה וחוסנה. בנוסף, הארגון עסק בזירה הפרלמנטרית בהפקת ניירות עמדה וביוזמות חקיקה הקשורות לנושא המשפחה ולמבנה שלה, ביניהן: חוקת הגיל הרך, חוק הורים וילדיהם, חוק ייצוג משפטי לקטין ועוד.

5. **מבחינת ההליך** – מדובר בדיון נוסף שמעצם מהותו עוסק בשאלות כבדות משקל, שיש להן השלכה והשפעה על מספר רב של מקרים. ישנה חשיבות בפריסת מבט רחב בסוגיות שעולות בדיון זה, סוגיות אלו עקרוניות ומשליכות על חיי המשפחה וחוסנה בכלל החברה הישראלית וחורגות מהמקרה הפרטי של הצדדים להליך. צירוף הארגון העוסק

במבנה המשפחה וביחסי הממון בין בני זוג, יסייע בהבאת המבט השלם והמדויק יותר לפני בית המשפט בהכרעתו בסוגיות אלו.

6. הארגון סבור שהצגת עמדותיו תפרה את הדיון וכי תהיה בהן תרומה של ממש בעניין החשוב העומד לפני בית המשפט ואשר יש בו השפעה על כלל הזוגות בישראל. מנגד, הצירוף לא יסרבל את ההליך. הארגון ימנע מלהטריח את בית המשפט בטענות שכבר נשמעו בהליכים הקודמים בתיק זה ויתמקד בהצגת עמדותיו העקרוניות.

7. **מבחינת המועד** - הגשת בקשת ההצטרפות במועד זה, כשהמועד הקודם שנקבע לדיון נדחה זמן רב עקב התפרצות נגיף הקורונה ויש עוד כשבועיים ימים עד למועד החדש, מותרת זמן לבית המשפט הנכבד להתייחס אליה ולא תגרום להכבדה יתרה. **אשר על כן סבור הארגון כי יש לאפשר לו להצטרף כ"ידיד בית משפט" בדיון הנוסף.**

#### **עיקרי עמדות הארגון בסוגיות העומדות לדיון**

8. **בית המשפט הנכבד מתבקש :**

- א. לצרף את הארגון להליך כידיד בית המשפט.
- ב. לקבל את עמדת הארגון שעל פיה יש להותיר את פסק הדין של בית הדין הרבני הגדול, ואת פסק הדין דנן של בית משפט נכבד זה על כנם.
- ג. **לבטל את הלכת השיתוף הספציפי או למצער לקבוע כי הלכת השיתוף הספציפי מיוסדת על רציונל הסכמי כדוגמת חוזה או מתנה.**
- ד. **לקבוע כי הדין האזרחי מאפשר מתן משקל לשיקולי נאמנות המינית של בני הזוג במסגרת בחינת כוונת בני הזוג בשיתוף בנכס ספציפי.**
- ה. **לקבוע כי זכותו וחובתו של בית הדין הרבני לדון על פי המשפט העברי בבואו להכריע בסכסוך ממוני בין בני זוג.**

9. אנו מבקשים להביע את עמדתנו בשלשה עניינים עקרוניים שעולים בפסק הדין, ואשר להם השלכה ישירה על הדרך בה הוא יוכרע בדיון הנוסף. האחד הוא, הנאמנות המינית כשיקול בחלוקת הנכסים בין בני זוג בעת הפרידה ביניהם – האם מדובר בשיקולי אשם או בכוונת המשתף. השני הוא, השיתוף הספציפי – מהי כוונת המחוקק. והעניין השלישי הוא, הגדרת סמכותו של בית הדין הרבני בעת שהוא דן בענייני רכוש הנכרכים בגירושין.

#### **א. הנאמנות המינית כשיקול בחלוקת הנכסים**

10. חוסר הנאמנות המינית כשיקול – האם בגידה יכולה להוות שיקול שבעבורו יש להפסיד את בן הזוג מנכס שבבעלותו? כבר מקדמת דנא, עמדתו של המשפט העברי הייתה שנכסים **שבבעלותו** של אחד מבני הזוג אינם יכולים להישלל ממנו בעקבות התנהגותו

(תלמוד בבלי, כתובות קא ע"ב). עם זאת, לא מן הנמנע כי במצבים מסוימים תחשב מתנה לבן הזוג כתלויה בתנאי, כגון במקרה שמוגדר במשפט העברי כמרידה.

11. בנידון דנן לא מדובר על נכס שהיה בבעלות האשה, אלא מדובר על נכס שברור שהיה בבעלותו של הבעל כהוראתו של סעיף 5(א)(1) לחוק יחסי ממון בין בני זוג, התשל"ג-1973 (להלן: החוק), והשאלה היא אם על פי הלכת השיתוף הספציפי הבעל שיתף את האשה בנכס זה.

### השיתוף הספציפי – הסכמי או נורמטיבי

12. ראשיתה של הלכת השיתוף הספציפי היתה ברע"א 8672/00 **אבו רומי נ' אבו רומי**, פ"ד נו(6) 175, 183 (2002) (להלן: עניין אבו רומי), ומשם המשיכה את דרכה בפסיקה. נקבע כי ניתן להוכיח שיתוף בנכס ספציפי מכוח הדין הכללי "כאשר נטל ההוכחה מוטל על הטוען לכוונת השיתוף ב"נכס החיצוני" וכאשר כל מקרה נבחן על פי נסיבותיו" (בע"מ 1398/11 **אלמונית נ' אלמוני**, מדברי השופט דנציגר, בפסקה 4 (להלן: עניין אלמונית)).

13. הדרישות להוכחות כוונת שיתוף בנכס ספציפי, באות להגשים את כוונת המחוקק שהחריג בסעיף 5(א)(1) לחוק, נכסים שהיו בבעלותו של בן הזוג ערב הנישואין, מאיזון המשאבים. על פי זה יוצא שבנכסים שחל עליהם איזון המשאבים ברירת המחדל היא שיתוף, אך בנכס חיצוני ברירת המחדל היא שאין שיתוף אלא אם תוכח כוונה לשתף (כך גם קבע השופט רובינשטיין בבע"מ 10734/06 **פלוני נ' פלונית**, בפסקה ה(2) (להלן: עניין פלוני)).

14. למרות ההבנה והאמירה הפשוטה הזו של המחוקק, היו בין השופטים שערערו על כך וקבעו שאין הבדל בין השיתוף הספציפי בנכס חיצוני לבין חזקת השיתוף שהיתה ההסדר הממוני טרם חקיקתו של החוק. זוהי למעשה גישתו של השופט עמית. כבר בע"א 7750/10 **בן גיאת נ' הכשרת היישוב** (להלן: עניין בן גיאת), כתב השופט עמית, כי הוא רואה בשיתוף הספציפי ביחס לדירת מגורים, שיתוף הנובע מחזקה נורמטיבית כמו חזקת השיתוף הישנה שהתבססה בהמשך דרכה על מודל נורמטיבי. בכך הכניס השופט עמית, את חזקת השיתוף בדלת האחורית, אל חוק יחסי ממון, למרות רצון המחוקק להתנתק מחזקת השיתוף. לשיטתו, הגישה הרואה בשיתוף הספציפי כבנוי על חזקה עובדתית-הסכמית המצריכה לבחון האם בעל הנכס התכוון לשתף את בן הזוג והמצריכה הוכחת דבר מה נוסף, זוהי גישה נוספת, אך הוא אינו נוקט בה. וכפי שסיים שם את פסק דינו בתגובה לדעתו החולקת של השופט רובינשטיין: "איני סבור כי דוקטרינת השיתוף בנכס ספציפי מבוססת על קיומה של עסקת הענקה רצונית בין בני הזוג". כאמור, השופט רובינשטיין חלק על גישה זו בקביעה מאוד פשוטה (שם, פסקה ב לפסק דינו): "גם אם בהקשר של דירת מגורים של בני זוג "ראוי ליתן פרשנות רחבה לדין הכללי"



(כלשון השופטת שטרסברג-כהן בעניין אבו רומי, עמוד 183), מדובר בשיתוף קנייני רגיל ("לפי הדין הכללי") ולא בהחלת הלכת השיתוף".

15. כך גם בפסק הדין דנן (בפסקה 8), ממשיך השופט עמית בגישתו שהשיתוף הספציפי מבוסס על מודל נורמטיבי הבנוי על עקרונות צדק ושוויון וקובע כי: "הרציונל להכרה בשיתוף אינו בכוונתו של בן הזוג להעניק מתנה לבן זוגו אלא ברציונלים אחרים". בעומק הדברים, שיטתו זו של השופט עמית כפי שהבהיר זאת בפסק הדין ובעניין בן גיאת, אוחזת במודל השיתוף שהוצע על ידי פרופ' ליפשיץ "מודל קישורי-קהילתי". (שחר ליפשיץ "על נכסי עבר, על נכסי עתיד ועל הפילוסופיה של חזקת השיתוף" **משפטים** לד 627 (תשס"ה)).

16. עד כמה התרחקה גישה זו מהחוק, ניתן ללמוד מדבריו של השופט דנציגר בעניין אלמונית (פסקה 20): "נראה על פניו שהמודל המוצע על ידי פרופ' ליפשיץ בכל הנוגע לנכסים "חיצוניים" הופך למעשה את נטל ההוכחה ... המודל רואה בנישואין ממושכים המאופיינים בשיתוף ובשתיקה ארוכת שנים מצד בן הזוג הרשום כאינדיקציה מספקת לשיתוף בנכס החיצוני, מבלי לדרוש מבן הזוג האחר להוכיח "דבר מה נוסף" שיעיד על כוונה ספציפית לשיתוף. סבורני כי בכך מטשטש המודל את הגבול שבין חזקת השיתוף לבין הסדר איזון המשאבים הקבוע בחוק יחסי ממון, ובעניין זה ראוי לחזור על אזהרתה של השופטת ט' שטרסברג-כהן בעניין אבו רומי, לפיה לא די בקיומם של חיי נישואין ממושכים שהתאפיינו בשיתוף, כדי לקבוע שיתוף בדירת המגורים מכוח דין כללי "שאם תאמר כן, נמצאת מכניס בדלת אחורית את חזקת השיתוף" [שם בעמ' 183]. ודוק, סבורני כי עלינו להיזהר שלא להתעלם לחלוטין – בשם עקרונות של צדק והגיונות – מהוראת סעיף 5(א)(1) לחוק, אשר מהווה את הנחת המוצא לדיוננו".

17. האמת צריכה להיאמר, המחוקק כלל לא רצה ליצור שיתוף בנכסים חיצוניים (וכפי שנרחיב בכך בהמשך) ועל כן, גם אם ניתן ליצור שיתוף על פי הדין הכללי, אין לעשות זאת על ידי הכנסת חזקת שיתוף נורמטיבית. כבר נקבע והוסבר באריכות בדעת הרוב בע"א 1915/91 **יעקובי נ' יעקובי**, פ"ד מט(3) 529 (1995) (להלן: עניין יעקובי), שאין להחיל את חזקת השיתוף במקביל להסדר שבחוק. ברור אם כן שלא יתכן להפוך את נטל ההוכחה על בעל הנכס שהמחוקק התכוון לשמר את הנכס ברשותו, ולדרוש ממנו ראיות שלא התכוון לשתף את בן זוגו. דרישה שכזו תחייב אותו לעמוד על המשמר ולהבהיר לבן זוגו שהנכס שבבעלותו, נשאר בבעלותו, ולא השתנה דבר בכוונתו. דרישה שכזו עומדת בניגוד לדברי המחוקק שקבע שבניגוד לנכסים שנרכשו במאמץ משותף, בנכס חיצוני נקודת המוצא היא שאין שיתוף. ליפשיץ עצמו בתגובתו לדברי הביקורת של השופט דנציגר מודה כי: "העיקרון ... ההופך את ברירת המחדל מפרטית לשיתופית (בהתקיים תנאי הסף הקישוריים) ומטיל על הבעלים הרשום את הנטל להבהיר מבעוד מועד את אי-הסכמתו לשיתוף - דורש מבית המשפט פרשנות אקטיביסטית יותר

להוראות החוק הקיים" (שחר ליפשיץ "החלת השיתוף הספציפי מכוח הדין הכללי על נכסים מלפני הנישואים ועל ירושות ומתנות בעידן של חוק יחסי ממון" **הון משפחתי** א(2) 3 (2014)). ואנו נוסיף ונאמר, שאין זו פרשנות אקטיביסטית אלא הפיכה של ממש. לעניין זה יפה הוא ביטוי של השופט צבי טל בעניין יעקובי (עמ' 601, פסקה 12): "עקרון "שלטון החוק" מחייב גם את בתי המשפט כמו את כל רשויות המדינה". עוד יש לציין כי הפסיקה הנרחבת במהלך השנים, הדורשת באופן סיסטמטי, הוכחת דבר מה נוסף לקיומו של שיתוף ספציפי, גם היא נוקטת בגישה שמדובר במודל הסכמי.

18. כאמור עסקינן כאן במודל הסכמי, ואם כן הרי שמדובר בכוונת הצדדים לשיתוף ועל הצד המבקש את השיתוף "להביא ראיות מספקות המלמדות על גמירות דעת של הצדדים לשיתוף" (בג"ץ 287/16 פלוני נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים, פסקה 14). כוונה לשתף, משמעותה לתת חלק בבעלות לבן הזוג האחר, ועל כן נתינה זו תלויה באומד דעתם של הצדדים ואותה יש לבחון.

19. האם ניתן להניח שחוסר נאמנות מינית יכולה להוות שיקול בדעתו של האדם שלא לשתף את בן זוגו? נראה כי בניתוח תפיסת מוסד הנישואין, יש לנאמנות המינית משמעות חשובה ביותר, על כל פנים לחלק היותר גדול בחברה הישראלית, וכל בר דעת לא היה מוכן לתת חצי מהבית שלו לבן זוג שיבגוד בו.

### **תפיסת המשפחה והנישואין**

20. התפיסה המסורתית של המשפחה בנויה על הקביעה הקיומית כי 'לא טוב היות האדם לבדו' (בראשית ב, יח). ישנו ערך מיוחד ו חשוב למשפחה שהופך אותה לישות בפני עצמה. 'זכר ונקבה בראם... ויקרא שמם אדם' (שם ה, ב) - האדם מגיע לשלמותו רק כשבני הזוג מתאחדים. הערך של המשפחה מציב אינטרס משפחתי וממנו נגזרים ערכי יסוד שאמורים לשמר אינטרס זה. לדוגמא: נאמנות, מסירות, מחויבות לתפקיד המשפחתי, אחריות משפחתית, הקרבה, יציבות הנישואין. הציפיה בין בני הזוג היא שערכים אלו יישמרו במסגרת נישואיהם.

21. על פי תפיסה זו, המשטר הממוני שיחול בין בני הזוג מטרתו לשמר ולשרת ערכים אלו, שהמאפיין אותם הוא שמירה על שלמות המשפחה. עיקרו של המשטר הממוני הוא לתמוך את יציבות המשפחה וקיומה ולא לשמש כמכשיר כלכלי לפירוקה. על פי תפיסה זו, תקופת הנישואין אינה מוגבלת בזמן והיא מסתיימת רק בעילות ספציפיות. ברור שלגישה זו אי נאמנות מינית ובגידה מהווה פגיעה בבסיס הנישואין, בערך חשוב ביותר שלשמו בני הזוג נישאו והביאו עמם את רכושם, תוך אמון מלא בבן זוגם. ועל כן ברור גם, שבן הזוג לא היה מסכים לשתף את מי שיבגוד בו.

22. בניגוד גמור לכך, עומדת לה התפיסה הליברלית של המשפחה הבנויה על 'טוב היות האדם לבדו', 'הרואה בנישואים בעיקר הסדר פרטי בין בני הזוג, המעדיפה את היחיד על פני היחידה ... הרואה את המצב היחידני כ'מצב הצבירה' האנושי" (שחר ליפשיץ "שיפוט מוסרי של התנהגות מינית בנישואים, אוטונומיה ו"משילות" בעקבות בג"ץ 4602/13" **עיוני משפט** מג 70 (תשע"ט) (להלן: ליפשיץ, שיפוט מוסרי)). הערך הגדול על פי תפיסה זו הוא, האוטונומיה של הפרט, שאותה הוא בא להגשים בחייו האינדיבידואליסטים ולא ערך המשפחה. אחד מהביטויים החשובים של האוטונומיה של הפרט הוא זכותו של הפרט לחופש והתנתקות מכל מסגרת כולל מסגרת הנישואים, ועל כן כל שותף יכול להפעיל בכל עת את מנגנון סיום השותפות.

23. המשטר הממוני על פי גישה זו צריך להיות כזה המאפשר יציאה בקלות מן הנישואין כדי להגשים את חירותו של הפרט. זוהי בעצם התפיסה שקבעה בעבר ש: "מוסד הנישואין נתפס כקשר חופשי בין שני יחידים, תוך שמירת זהותם הנפרדת ופיתוח אישיותם העצמאית ... מרכז הכובד של הלכת השיתוף הוא לעת פירוק הקשר הזוגי. הלכת השיתוף מבקשת להעניק ביטחון כלכלי לבני הזוג לאחר פירוק הקשר, ולאפשר לו לעמוד ברשות עצמו" (רע"א 8791/00 **שלם נ' טווינקו**, פסקאות 10-11) וזוהי התפיסה הנורמטיבית של השיתוף הספציפי כיום. כלומר, השיתוף הרכושי אינו בא לחזק את השותפות בין בני הזוג ולבטא את הקשר העמוק והמיוחד ביניהם, אלא הוא קונסטרוקציה המאפשרת פירוק קל ונוח גם אם היא על חשבון הרכוש של בן הזוג.

24. את תוצאותיה של התפיסה הליברלית המערבית ותרומתה להרחבת שיעור הגירושין בארצות הברית ולטשטוש ערך המשפחה, ניתן ללמוד מהנתונים הבאים, המתייחסים לימהפכת הגירושין ללא אשמה: "כשלושים שנה בלבד לאחר המהפכה המיוחלת נוכחו הכל לראות ולהפנים את תרומתה – בין יתר הגורמים – להרחבת תופעת הגירושים: שיעורם של הליכי הגירושים הלך וגדל, עד שכיום הוא עומד על כשני שלישים מהזוגות הנישואים" (יצחק כהן ואמל ג'בארין, "יחסים מחוץ לנישואים כשיקול בחלוקת הרכוש המשפחתי - עיון מחודש במשפט הישראלי", **משפט ועסקים** טז 465, 489 (תשע"ד)).

25. בתפיסה ליברלית כאמור, המדגישה במיוחד את ערך האוטונומיה של הפרט, ניתן אכן לומר כי אין ערך לנאמנות מינית. מכאן קצרה הדרך לקבוע, כי החירות לבחור עם מי ומתי ובאלו תנאים לקיים יחסים מיניים, היא חלק מהותי ומרכזי מאוטונומיה זו. לתפיסה זו, כל הגבלה בתחום זה תוגדר כפגיעה בחירות הפרט וכשיעבוד הגוף ויש שאפילו יגדירוה כיפגיעה בתקנת הציבור'.

26. לדעתנו, יש לדבוק בגישה המסורתית המעלה על נס את ערך המשפחה, אך גם גישות ביניים המצויות בין גישה זו לגישה הליברלית, גם הן רואות בנאמנות המינית ערך העומד בליבת הנישואין, וכפי שרוב החברה בישראל רואה זאת. כאמור בראשית דברינו,

בהתאם לדין "היא זינתה נכסיה מי זינו", איננו סבורים שיש להטיל עונש על רכושו של הצד שביצע מעשה בגידה, אך בהינתן שמדובר כאן בנכס חיצוני שרשום על שם הבעלים ושהחוק קובע לגביו במפורש שאין הוא נכלל בהסדר המשאבים, עלינו להיות קשובים ורגישים לאומד הדעת של תפיסת הנישואין והערכים שעומדים בליבתם ולא להתעלם מהם. עלינו לשמור כבבת עיננו על חוסנו של התא המשפחתי ומוסד הנישואין שבו תלוי עתיד העם כפשוטו.

27. לטענה של פרופ' ליפשיץ כי אין להתעלם מעיקרון ההסתמכות וכי "אם מתקיימים תנאי סף שיכולים לעורר תחושת שותפות ועל כן הסתמכות של בני-הזוג על כלל הנכסים המשפחתיים, יש להטיל על הבעלים הרשום את הנטל להודיע כי אין רצונו בשיתוף, ובכך להעביר את המידע על כך בזמן אמת לבן-זוגו". (ליפשיץ, שיפוט מוסרי, בעמ' 60) יש להשיב, כי מאחר שלא מדובר פה בנתינת מתנה באופן הרגיל והמפורש אלא שהשותפות בנישואין גורמת לכך שנניח שבן הזוג מתכוון לשתף את בן זוגו, הרי צריכה להיות רגישות לכוונתם של הצדדים. בן הזוג שבוגד, מבין או למצער צריך היה להבין, שבעשיית מעשה הבגידה כבר אינו יכול להסתמך על הנכס של בן הזוג השני, שבוודאי לא הסכים לשתפו כשבסופו של דבר יבגוד בו. הנחת המוצא צריכה להיות של אי רצון לשתף אם תהיה בגידה, ולכן אין צורך שבעל הנכס יודיע זאת בפירוש, כמו שאת כוונת השיתוף הוא לא היה צריך להודיע.

28. על פי דברינו אלה יש גם לדחות את הטענה, כי בית המשפט העליון כבר קבע בע"א 384/88 זיסרמן נ' זיסרמן, פ"ד מג(3) 205 (1989), שמתנות שניתנו בין בני זוג הן סופיות, ואין לקרוא לתוכן תנאי מכללא המפקיע אותן במקרה של בגידה. הטעם לכך הוא, משום ששם היה מדובר במתנה סופית וברורה שנגמרה כבר ברישום וכדי להפקיע מתנה זו בתנאי, יש צורך בראיות ברורות שהיה תנאי, אך כאן מדובר רק בהנחה שהייתה כוונה לשתף שבה כאמור צריכה להיות רגישות גדולה עוד יותר לכוונת הצדדים, ופשוט יותר להניח שלא הייתה כוונה לשתף במקרה בגידה.

29. לסיכום חלק זה נאמר, כי לעצם העובדה שהמחוקק בסעיף 5(א)(1) החרים את הנכסים החיצוניים מעיקרון השיתוף יש כמה נפקויות. ראשית, גם אם ניתן להכיר בשיתוף דרך הדין הכללי, פרשנותו של השיתוף תהיה הסכמית ולא נורמטיבית. שנית, פרשנות השיתוף תהיה רגישה מאוד לאומד דעתם של הצדדים וכוונתם. לדעתנו, הגישה הרואה בנאמנות מינית ערך חשוב ומרכזי המצוי בליבת הנישואין, היא הגישה הראויה והמקובלת על רוב החברה הישראלית ולאורה יש לבחון את כוונתו של בעל הנכס החיצוני בשיתוף בן הזוג בנכס במערכת הנישואין. כמו שיש להניח שהחיים המשותפים במערכת המיוחדת הזו של נישואין, מעידים על כוונה לשתף (שלא כמו בשאר שותפויות שלא חל בהן השיתוף הספציפי), כך ואולי יותר מכך, יש להניח שבעל הנכס החיצוני לא התכוון לשתף את מי שיבגוד בו במערכת הנישואין. הדברים מקבלים משנה תוקף ביחס

לכוונה לשתף בדירת המגורים "גולת הכותרת" של הנישואין, שבוודאי אם יש כוונה לשתף בה את בן הזוג הרי זה לשם קיום התא המשפחתי, אך אין כוונה לשתף את מי שביעט ויבגוד בקיומו.

30. יודגש, כי בכל האמור בדברינו לעיל, אין להבחין בין בגידה מצד הבעל או מצד האשה, בשני המצבים הדין יהיה זהה.

### **ב. השיתוף הספציפי – בניגוד לכוונת המחוקק**

31. עד כה בחננו את הדברים מתוך הנחה של לגיטימיות לעיקרון השיתוף הספציפי, שהחל לצמוח בעניין אבו רומי ומאז קנה לו שביטה בפסיקות בתי המשפט. אלא שלדעתנו השימוש בעיקרון זה אינו לגיטימי לאור כוונותיו של המחוקק בחוק יחסי ממון, ובמיוחד לאחר שהתקבל תיקון מספר 4 לחוק, וכפי שיבואר להלן.

32. הלכת השיתוף, פרי יצירתה של הפסיקה עוד טרם חקיקת החוק, קבעה שיתוף קנייני בנכסי בני זוג כבר בתוך תקופת הנישואין. פיתוח הלכה זו בפסיקה במהלך השנים, הוביל אף לקביעת שיתוף בנכס חיצוני, אם הוא שימש כדירת מגורי בני הזוג במהלך נישואיהם. מגמה זו בפסיקה הוכיחה שהשיתוף בנכסים אינו נובע מעיקרון המאמץ המשותף, שהרי בנכס חיצוני עיקרון זה אינו קיים.

33. דעתו של המחוקק לא הייתה נוחה מהשיתוף שנוצר בהלכת השיתוף ומתברר שגם לא מפיתוחה של הלכה זו. מדו"ח ועדת זוסמן שעיקריו אומצו בחוק יחסי ממון (כפי שנכתב במבוא להצעת החוק) עולה, כי הוא לא רצה לאמץ את השיתוף הקנייני בנכסי בני הזוג בתקופת הנישואין שהיה קיים בהלכת השיתוף. שיתוף כזה, חרג מדני הקניין הרגילים, יצר זכויות סמויות בנכס ופגע בוודאות הקניין ובערכו של הנכס, שכן צדדים שלישיים שרכשו את הנכס לא היו מודעים לזכויות אלו. ובלשונו של הדו"ח: "אין אנו תומכים בהנהגת שותפות קניין בנכסים, אפילו היא מסויגת ודחויה, ונימוקנו העיקרי לכך הוא, שאין אנו מוכנים להמליץ על הסדר המשנה את דיני הקניין. אם נרכש נכס פלוני במשך הנישואים על ידי אחד מבני הזוג, כגון מגרש שנרשם על שמו בספרי האחוזה, וקיימת האפשרות שבדיעבד, עם פירוק הנישואים, יראוהו כנכס משותף, תתערער – כך חוששים אנו – בטיחות הקניין. הסיכון של זכות מוסתרת בנכס שאינה מתגלית על פני ספרי האחוזה, עלול לגרום מערכו של הנכס" ועל כן הומלץ, שהשיתוף יהיה אובליגטורי ולא קנייני ובנוסף לכך הוא יהיה דחוי, דהיינו שיחול חיוב כספי לאיזון המשאבים רק בעת פקיעת הנישואין.

34. כאמור, דעתו של המחוקק אינה עולה בקנה אחד גם עם פיתוחה של הלכת השיתוף. סעיף 5(א)(1) לחוק קובע כי הזכות לאיזון משאבים חלה על כלל נכסי בני הזוג "למעט נכסים שהיו להם ערב הנישואין או שקיבלו במתנה או בירושה בתקופת הנישואין".

מהוראה זו של החוק אנו למדים כי החוק עשה הבחנה ברורה בין נכסי המאמץ המשותף – נכסים שנרכשו בעת הנישואין לבין נכסים שאין הצדקה לשיתוף בהם משום שאינם נכסי המאמץ המשותף.

35. אימוצו של עיקרון השיתוף הספציפי נראה שבא לעולם על רקע שני עניינים שאין הצדקה לקיומם, בוודאי לא, לאחר תיקון מספר 4 לחוק.

36. העניין האחד הוא, הלכת השיתוף עצמה. עוד בעניין יעקובי, שני שופטים בדעת מיעוט, רצו להחיל את הלכת השיתוף סימולטנית עם החוק. נראה שלפסיקה היה קשה להתנתק מהלכת השיתוף – ההסדר הממוני יציר כפיה, והיא התאמצה ועודה מתאמצת לשמר את שיתוף הנכסים דרך השיתוף הספציפי, עד שכאמור, יש הרואים בשיתוף הספציפי כשותפות נורמטיבית. מאחר שהחוק קבע באופן ברור, שנכסים שלא נצברו במאמץ משותף, אינם משותפים גם לא בשיתוף אובליגטורי דחוי, אין הצדקה לקיומו של עיקרון השיתוף הספציפי, שמחדש שיש שיתוף גם בנכסים אלו והופך את הרציונל של החוק לאות מתה.

37. העניין השני הוא, רצונו של בית המשפט - בתקופה שטרם תיקון מספר 4 לחוק יחסי ממון - לקבוע את הבעלות על רכוש בני הזוג עוד לפני הגירושין. כדי לאפשר קביעה זו הציעה השופטת שטרסברג-כהן בעניין יעקובי פרשנות רחבה וגמישה לדין הכללי באופן התואם את התא המשפחתי הנידון. על בסיס רעיון זה של הרחבת והגמשת הדין הכללי, העלתה השופטת שטרסברג-כהן בעניין אבו רומי את האפשרות שניתן יהיה להכיר בזכויותיו של בן זוג בנכס חיצוני הרשום על שם בן הזוג האחר, גם לאחר הגירושין. מכאן התגלגל לו עיקרון השיתוף הספציפי לפסיקה, שהשתמשה בדין הכללי בגמישות יתירה, כך שהשימוש בדין הכללי הוא מעין פיקציה, דרכו חזרה הלכת השיתוף לפרוח בניגוד לכוונת המחוקק.

38. פרופ' יצחק כהן במאמרו "הקדמת מועד איזון המשאבים בתיקון מס' 4 לחוק יחסי ממון והחקיקה השיפוטית שנוצרה לפניה – עיון מחודש" משפט ועסקים כב (תשע"ט) מותח ביקורת על הפסיקה, תוך שהוא מאריך להוכיח את הבעייתיות ביצירתה של הלכת השיתוף הספציפי. בדבריו (שם, בעמ' 76) הוא טוען כי לאחר תיקון מספר 4 בוודאי שאין מקום לחקיקה שיפוטית זו: "חקיקה שיפוטית זו נולדה רק על רקע השיתוף של החוק כתוצאה מתלותו של הסדר איזון המשאבים במתן הגט. אילו היה אפשר להקדים את מועד איזון המשאבים, לא הייתה לחקיקה שיפוטית זו כל הצדקה". ועל כן לדעתו (שם, בעמ' 99): "על השיטה המשפטית לחזור בה מפרשנות אקטיביסטית זו, המבוססת למעשה על פיקציה משפטית". הוא מצטט שם את דברי השופט כהן בע"א 595/69 אפטה נ' אפטה, פ"ד כה (1) 561, 572 (1971) שהתייחס אמנם לחקיקה השיפוטית שבהלכת השיתוף, אך דבריו יפים שבעתיים להלכת השיתוף הספציפי שקמה

בעת שהמחוקק כבר אמר את דברו: "חקיקה על ידי פסיקה ייתכן - שתתן סיפוק לרגש של צדק במקרה מסויים, אך היא עלולה לשבש את דיני הקנין ודיני החיובים, ליצור מצב של חוסר ודאות, ובסופו של דבר לגרום לתוצאות בלתי צודקות - במקרים אחרים".

39. השיתוף הספציפי החזיר גם את הבעייתיות שהייתה עם הלכת השיתוף עליה הצביעה ועדת זוסמן, ושהחוק בא לתקן. הזכויות הסמויות בנכסים נשארו, ויצרו אף בעיה גדולה יותר כלפי צדדים שלישיים שאינם יודעים ואין סיבה שיצטרכו לדעת, האם התכוון בן הזוג הרשום לשותף את בן הזוג האחר והאם התקיימה דרישת ה'דבר מה נוסף'. על הקושי הטמון בהוכחת כוונת השיתוף הספציפי, עמד השופט רובינשטיין בעניין פלוני (בפסקה ה(2)): "אודה, כי "גבולות הגזרה" אינם חדים, ... לכן גם מתלבטים בתי המשפט ממקרה למקרה, באשר לנכס הספציפי בו מדובר וכוונת הצדדים לגביו... מובן כי הדברים אינם נטולים בעייתיות, כיוון שלעתים קשה לכמת את ההשקעות ואת "ההתנהגות ההשקעיתית", ... כאמור קשה לקבוע מראש את גבולותיו המדויקים לכל מקרה". בעיה זו באה לידי ביטוי בעניין בן גיאת ובפסקי דין נוספים העוסקים בזכויות של צדדים שלישיים אל מול השיתוף הספציפי, והיא מתחדדת, לאור העובדה שהחוק קובע מפורשות שנכס חיצוני אינו משותף, ואף לא ייכלל באיזון המשאבים.

40. אם נסכם חלק זה נאמר, כי המחוקק דחה את הלכת השיתוף ואף השיתוף הספציפי נקבע בניגוד לכוונת המחוקק שלא לשותף נכסים שהגיעו שלא במאמץ משותף – נכסים חיצוניים, ועל כן לדעתנו יש לבטלו. שיתוף בנכס חיצוני צריך להיעשות ברישום וכהצעתו של השופט רובינשטיין החותמת את פסק דינו בעניין בן גיאת: "במבט לעתיד ראוי לטעמי, כדי להימנע מנזק, למייעצים משפטית לבני זוג להפנות תשומת לבם לדרך המלך; קרי, אם הוחלט על שיתוף בזכויות על נכס נשימה פעמינו ללשכת רישום המקרקעין". באופן זה יוגשם רצונו של המחוקק והזכויות הקנייניות - אם ירצו בעליהן – יועברו בכוונה ברורה בין בני זוג ולא על דרך של פיקציה משפטית.

### ג. סמכותו של בית הדין הרבני בענייני רכוש בני זוג

41. כאמור בראשית דברינו, המחלוקת בין השופטים בפסק הדין דנן התמצתה בסופו של דבר בשאלה, האם בית הדין הרבני חרג מסמכותו בפסק דינו שעסק בחלוקת הרכוש בין בני הזוג. השופטים הסכימו כי על בית הדין הרבני לדון כפי שהחוק והפסיקה האזרחית מורים לו אך נחלקו האם בית הדין יישם זאת הלכה למעשה בפסק דינו. אלא שהנחת היסוד הזו, כי בית הדין הרבני מחויב לפסוק גם על פי פסיקת בית המשפט בענייני רכוש בני הזוג, והמעוגנת לכאורה בבג"ץ 1000/92 בבלי נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד מח(2) 221 (1994), בטעות יסודה.

42. בית הדין הרבני פועל מכוח סמכותו הקבועה בחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג-1953. על פי סעיף 1 לחוק זה יש סמכות ייחודית לבית הדין הרבני לדון בענייני נישואין וגירושין. סעיף 3 לחוק זה קובע כי לבית הדין הרבני תהיה סמכות שיפוט ייחודית בכל עניין הנכרך בתביעת הגירושין הכולל גם את ענייני הרכוש.

43. **ההלכה הפסוקה בבית המשפט העליון הייתה כי 'הדין הולך אחר הדיין'**. משמעות הדברים היא שבית הדין הרבני דן בעניינים שבסמכותו על פי ההלכה שבדין התורה – המשפט העברי, אלא אם כן ישנו סעיף הוראה מפורשת בחוק מסוים, המופנית אל בית הדין והקובעת מפורשות כי על בית הדין הרבני לדון לפי הוראות חוק זה, כדוגמת סעיף 13(ב) לחוק יחסי ממון וסעיף 7(ב) לחוק שיווי זכויות האשה, תשל"א-1951. זו לא רק זכותו של בית הדין הרבני זוהי גם חובתו הנובעת מעצם זה שניתנה לו סמכות ייחודית כדי ליצוק את התוכן הייחודי לו, שאם לא כן, הרי הוא בית משפט. עמד על כך השופט זילברג בע"א 238/53 **בוסליק נ' היועץ המשפטי לממשלה** פ"ד ח 4, 19 (1954): "הסמכות המורחבת שניתנה לבתי הדין הרבניים עם פרסום חוק נישואין וגירושין, לא היתה "סמכות לשם סמכות" בעלמא, אלא: **סמכות למען שינוי תוכן**, כדי להבטיח את שימושו הנכון והמדויק של חוק מסויים, הוא: דיני ישראל. ביקשו את "הקנקן" והתכוונו ל"מה שיש בו".

44. כך קבע השופט אלון בבג"ץ 323/81 **וילוזני נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים** פ"ד לו(2) 733, 739 (1982) "במקרה שלפנינו דן בית הדין הרבני בעניין שבסמכות שיפוטו, היינו בקביעת זכויות בני הזוג בדירתם המשותפת, על-פי סעיף 3 לחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג-1953, ומאליו מובן, כי בית הדין דן ופוסק בקביעת זכויות אלה על-פי הוראות המשפט העברי החלות בעניין".

45. השופט עמית בפסק הדין דן, הביא את בג"ץ 609/92 **בעהם נ' בית הדין הרבני הגדול לערעורים**, פ"ד מז(3) 288 (1993) (להלן: בג"ץ בעהם) שעסק במתנה שהעניק הבעל לאשתו, וממנה ביקש לחזור לאחר שגילה כי בגדה בו. בית הדין הרבני הגדול קבע כי המתנה ניתנה לאשה על-ידי הבעל על תנאי שלא תבגוד בו, ומשלא התקיים התנאי בטלה המתנה. השופט אלון שכתב את פסק הדין קבע כי סמכותו של בית הדין הרבני היא לפסוק על פי המשפט העברי: "החוק הקובע את דיני המתנה במערכת המשפטית במדינה הוא חוק המתנה, כפי שנתפרש בפסיקת בית המשפט. האם כך הוא המצב המשפטי כאשר בית הדין הדתי דן בעניין שהוא בתחום סמכות שיפוטו, אם על-פי הדין ואם על-פי הסכמת בעלי הדין? התשובה על כך ברורה. "הדין הולך אחר הדיין", ובהיעדר הוראת חוק מפורשת אחרת, ידון בית הדין לפי הדין הדתי שלפניו הוא דן. הלכה זו מקובלת היא מימים ימימה". אלא שהשופט עמית מצייין כי אין להסתמך על פסק הדין בבג"ץ בעהם מאחר שהוא ניתן לפני בג"ץ בבלי.



46. בבג"ץ בבלי שניתן פחות משנה לאחר בג"ץ בעהם קבע השופט ברק כי על בית הדין הרבני בדונו בענייני רכוש הנכרכים בעניין הגירושין להכריע על פי המשפט האזרחי הכללי כולל הלכותיו של בית המשפט העליון. השופט ברק מתייחס לפסיקה שניתנה קודם לכן בבג"ץ וילוונזי ובג"ץ בעהם וקובע כי קביעותיו של השופט אלון (בג"ץ בבלי, פסקה 36): "אלה הן אמרות אגב. עם זאת, אלה הן אמרות של בית-משפט זה, ועלינו להתחשב בהן במלוא כובד האחריות. לדעתי, אמרות אלה בטעות יסודן, ומן הראוי הוא לסטות מהן".
47. קביעותיו אלה של השופט ברק באו להפוך את כל מה שהיה נהוג ומוסכם בעניין פסיקת בתי הדין הרבניים במשך כ-45 שנה מאז קום המדינה ועד בג"ץ בבלי. את מה שהיה מובן מאליו ומקובל מימים ימימה, כי בעניין שהוא בתחום סמכות שיפוטם, של בתי הדין הרבניים, זכאים וחייבים הם לשפוט כפי שהמשפט העברי מורה, הפך השופט ברק בהינף קולמוס.
48. השופט ברק פעל בחוסר סמכות כשהפך את מה שנקבע בפסקי הדין שניתנו בבית המשפט העליון קודם לכן מפי כמה שופטים לאוביטר (אמרות אגב), שאינו יכול לשמש כתקדים מחייב ובכך סלל לו את הדרך לכל שינוי שהוא. השופט אלון לא אחר מלהתבטא בחריפות על כך במאמרו: "לבוא ולומר לשופט שכתב את פסק הדין שדבריו נאמרו דרך אגב, כשברור ממה שכתוב ומודפס שלא כך הדבר, **זו בוודאי איננה מסמכותו הראויה של שופט**. לדעתי עם כל הכבוד, **מוטב לומר בגלוי כי הכוונה היא לשנות סדרי בראשית ולהפוך את הקערה על פיה, מאשר להציג את הדברים כך שפסיקה ברורה נהפכת לאמרת אגב**" (מ' אלון "אלה הן אמרות אגב... בטעות יסודן, ומן הראוי לסטות מהן" – ערעורים והרהורים בעקבות פרשיות בבלי ולב" **רב-תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית** 361, 381 (מ' מאוטנר, א' שגיא, ר' שמיר עורכים, תשנ"ח)).
49. קביעותיו אלו של השופט ברק נושאות אופי דתי מהפכני, שכביכול מצדיק כל דרך כדי לסטות ולהפוך את מה שאינו נראה בעיניו, וכפי שהשופט אלון ממשיך בביקורתו ואינו חוסך את שבת מילותיו: "והדברים נאמרים ונקראים משל מדובר בנושא קונסטיטוציוני, על חוקתי. חוק יסוד: כבוד המשפט ופירושו; כבוד השופט ופרשנותו. תם ונשלם. **מהפכה חדשה באה לעולם! וכדרכה של מהפכה הנשק הוא לא קונוונציונלי. אמירות ופסיקות קודמות של בית המשפט העליון, שהן גוף פסק הדין ויסודו, נהפכות לאמרות אגב**. ואם לא די בכך, הרי, כך נקבע, אמרות אלה בטעות יסודן, ומן הראוי לסטות מהן, שומר משפטו ירחק מהן". (שם, בעמ' 375)
50. לדעתו של השופט אלון וכך היא דעתנו, בית הדין הרבני אינו צריך להיענות לקביעותיו אלה של השופט ברק: "שהרי אותה חלקה דלה, כבשת הרש, שנשארה בתחום סמכות שיפוטו, הוא צריך לדון בה, כפי שנהגו בתי הדין בישראל בכל הדורות, לפי המשפט העברי" (שם, בעמ' 396).

51. אפשר להוסיף לכך את אשר העיר פרופ' אריאל רוזן צבי בהתייחסו לבג"ץ בבלי, כי בית המשפט פתח חזית אידיאולוגית מיותרת עם בית הדין הרבני, בהטילו את הדין האזרחי (כולל הפסיקה) על מערכת שיפוט עצמאית יחסית, הפועלת על פי הדין הדתי: "מערכת דתית אינה יכולה, מבחינת הכרתה העצמית ומעצם הוייתה הדתית לעכל פלישה חילונית רחבת ממדים לדין הדתי" (א' רוזן צבי "מדונה יהודית ודמוקרטיה": אבהות רוחנית, ניכור וסימביוזה – האפשר לרבע את המעגל?!" עיוני משפט יט 479, 507 (תשנ"ה)). כל שכן בענייננו, כאשר בית הדין הרבני, הפעיל את הדין והפסיקה האזרחית, אין זה ראוי ואין בכך טעם, לפתוח חזית בעניין ערכי ומהותי כמו הנאמנות המינית במשפחה.

52. סיכומו של דבר, על יסוד כל האמור לעיל מתבקש בית המשפט הנכבד:

- א. לצרף את הארגון להליך כידיד בית המשפט.
- ב. לקבל את עמדת הארגון שעל פיה יש להותיר את פסק הדין של בית הדין הרבני הגדול, ואת פסק הדין דנן של בית משפט נכבד זה על כנם.
- ג. לבטל את הלכת השיתוף הספציפי או למצער לקבוע כי הלכת השיתוף הספציפי מיוסדת על רציונל הסכמי כדוגמת חוזה או מתנה.
- ד. לקבוע כי הדין האזרחי מאפשר מתן משקל לשיקולי נאמנותם המינית של בני הזוג במסגרת בחינת כוונת בני הזוג בשיתוף בנכס ספציפי.
- ה. לקבוע כי זכותו וחובתו של בית הדין הרבני לדון על פי המשפט העברי בבואו להכריע בסכסוך ממוני בין בני זוג.

ירושלים

ב' במנחם אב תש"פ, 23 ביולי 2020

הרב יאיר קרטמן

הרב יעקב יהודה יקיר