

(לזכר המנוח, פרופ' מנשה שאוה, ז"ל)

## הגנת בן זוג בנכס מקרקעין מול תביעת צד שלישי

מרדכי שחם (ברונשטיין)\*

- א. מבוא: הלכת השיתוף לעומת הסדר יחסי ממון שבחוק
- ב. ריבונות של חוק יחסי ממון – האם מוחלטת?
- ג. "חטיבת הביניים" 1970-1973 – בין הלכת השיתוף לחוק המקרקעין
- ד. זכות השיתוף של בן זוג מול צד שלישי בעל חוזה רכישה
  1. ההלכה בעניין אי.תי.ס – עדיפות הביטחון המסחרי
  2. ההלכה בעניין בן-צבי – ייחודה של זכות השיתוף בדירת המגורים
  3. יישוב פתרונות הפסיקה במסגרת סעיף 9 לחוק המקרקעין
- ה. זכות השיתוף של בן זוג מול רוכש בעל קניין בנכס מגורים
  1. "צל קורתו" של בן זוג בלתי רשום בצל תחולתו של חוק יחסי ממון
  2. לקראת צעדי חקיקה ופסיקה

### א. מבוא: הלכת השיתוף<sup>1</sup> לעומת הסדר יחסי ממון שבחוק<sup>2</sup>

נכסי מקרקעין, ובעיקר דירת מגורים משפחתית, הנם חלק משמעותי מרכושם של בני זוג, המקרין על חיי הנישואין ואשר יעמוד בלב סכסוך גירושין אם יפרוץ. במציאות הנמשכת, אצל חלק ניכר מהזוגות הנשואים אותן זכויות קרקעיות רשומות על שמו של אחד מבני הזוג. משנהו אינו רשום כבעלים של הנכס, בין משום חוסר מודעות לחשיבות העניין, בין כהשלמה עם המצב מתוך אמון או מסורת ובין עקב חשש מפגיעה במרקם יחסים קיים. פער זה ברישום בין בני הזוג עשוי להצמיח ביניהם מאבקים משפטיים, ואף לפתוח פתח לעירוב צד שלישי, אשר בתום לב או בלעדיו, התקשר בעסקה בנוגע לנכס המקרקעין עם בעל הזכויות הרשום. ההגנה המשפטית של בני זוג הנפגעים בהתמודדות כאמור עשויה להימצא באחד משניים: הלכת השיתוף או חוק יחסי ממון. כבר כאן עולה בעיה עקרונית ראשונה, היא שאלת היחס ההדדי בין ההלכה הפסוקה לבין ההסדר החקיקתי.

עם פרסום חוק הירושה, תשכ"ה–1965 (להלן: "חוק הירושה") הכיר המחוקק בהשלכות הרכושיות העשויות לנבוע ממצב שבו איש ואישה שאינם נשואים חיים חיי משפחה במשק בית משותף. בפטירת האחד רואים את הנשאר בחיים כאילו המוריש ציווה לו את מה שהנשאר בחיים היה מקבל בירושה על פי דין אילו היו נשואים זה לזה. זאת, אם איש מהשניים לא היה נשוי לאחר בתקופה הרלוונטית, ואין הוראה סותרת בצוואת המוריש.<sup>3</sup> סמוך לפרסום חוק הירושה, ואולי

\* תודתי לפרופ' מיגל דויטש על הערותיו וכן לבני, הראל שחם, תלמיד שנה ד' למשפטים על עזרתו.

1 להלכת השיתוף ראו במיוחד ע"א 1915/91 יעקובי נ' יעקובי, פ"ד מט(3) 529 (להלן: עניין יעקובי).

2 חוק יחסי ממון בין בני זוג, תשל"ג–1973 (להלן: "חוק יחסי ממון" או "החוק").

3 ס' 55 לחוק הירושה.

בהשראתו, נפסקה ההלכה בע"א 300/64 ברגר נ' מנהל מסיעזבון.<sup>4</sup> בהלכה זו הונה היסוד לחוקת השיתוף בין בני זוג, ולזכויות הרכושיות הנגזרות ממנה גם לבן הזוג הבלתי רשום.

הלכת השיתוף, שנתפתחה מאז, מבוססת על כוונת שותפות רכושית מתבררת של בני זוג, המיוחסת להם אפילו על פי הסכם מכללא<sup>5</sup> הנובע ממאמץ משותף במסגרת אורח חיים תקין של חיי זוגיות משותפים.<sup>6</sup> זרועותיה של הלכת השיתוף חובקות את נכסי המשפחה, רובם ככולם, לרבות נכסים ופרות עתידיים כזכויות גמלה ופנסיה.<sup>7</sup> יתרה מזו, לפי ההלכה הפסוקה עשויה אוירת השיתוף בין בני הזוג הנשואים להתעבות ואף להתרחב כרבות השנים, כך ש"אטמוספירת השיתוף" תרחיב את "ספרת השיתוף" הרכושית גם לנכסים מלפני הנישואין.<sup>8</sup> בני הזוג ייחשבו אזי כמי שהעטו את "אצטלת השיתוף" על נכסים נוספים ברוח האחוה שנתחזקה (והגבירה חזקה). מעקרון השוויון המשפחתי והמשפטי בין בני הזוג נבעה ונגזרה גישת הפסיקה הרואה בזכות השיתוף זכות בעלת גוון קנייני (אף שנמנעה מהגדרה מפורשת כגון דא),<sup>9</sup> הניתנת למימוש באופן שוטף ומידי – מחצית מכל נכס משותף.<sup>10</sup> באמצעות הלכת השיתוף ביקשה הפסיקה למנוע קיפוח בני זוג חלשים או תמימים על רקע חלל משפטי שהותיר, וממשיך להותיר, המחוקק בסוגיה.

טרם חוק המקרקעין, תשכ"ט–1969 (להלן: "חוק המקרקעין") ומשטר הרישום שהנהיג, קל היה לייחס מעמד משוריין לזכותו הבלתי רשומה של בן הזוג לא פחות מזכויות שביושר אחרות שפרחו באותה תקופה במשפט המקרקעין. חוק המקרקעין, אשר נכנס לתוקפו ביום 1.1.70, אמור היה לחולל רעידת אדמה משפטית, וזאת משני טעמים:

1. לפי סעיף 161 "מתחילת חוק זה אין זכות במקרקעין אלא לפי חוק".<sup>11</sup>
2. לפי סעיף 8 "התחייבות לעשות עסקה במקרקעין טעונה מסמך בכתב"<sup>12</sup> כדרישה קונסטיטטיבית ליצירת החיוב.<sup>13</sup>

- 
- 4 ע"א 300/64 ברגר נ' מנהל מסיעזבון, פ"ד יט(2) 240. פסק הדין ניתן כארבעה חודשים לאחר פרסום חוק הירושה.
  - 5 לביסוס כוונת הצדדים על עקרון תום הלב ראו דנ"א 1558/94 נפיוס נ' נפיוס, פ"ד נ(3) 605, 573.
  - 6 לדעה כי לחוקת השיתוף די במרכיב אחד מהשניים (חיי שיתוף תקינים או מאמץ משותף) ראו פסק דינה של השופטת דורנר בע"א 3563/92 עיזבון גיטלר נ' גיטלר, פ"ד מח(5) 489, 494 (להלן: עניין גיטלר).
  - 7 ע"א 5640/94 חסל נ' חסל, פ"ד נ(4) 250, 257.
  - 8 ע"א 806/93 הדרי נ' הדרי, פ"ד מח(3) 685, 692, 704 (להלן: עניין הדרי). לגישה זהירה בסוגיה מיוחדת זו ראו ע"א 415/99 בריל נ' בריל, פ"ד נה(4) 709.
  - 9 ע"א 3002/93 בן-צבי נ' סימון, פ"ד מט(3) 5, 23, 26 (להלן: עניין בן-צבי).
  - 10 לראיית הזכות כשוות ערך קנייני ראו בג"ץ 1000/92 בבלי נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד מח(2) 221, 254.
  - 11 ס' 161 לחוק המקרקעין.
  - 12 שם, כס' 8.
  - 13 ראו ע"א 726/71 גרוסמן את ק.ב.ק. נ' מנהלי עיזבון בידרמן, פ"ד כו(2) 781, 788 (להלן: עניין גרוסמן).

כפי שנראה להלן בפרק ג', חוקת השיתוף מתקיימת גם לאור ההסדר הקנייני של מרשם מקרקעין, בן-טיפוחיו של חוק המקרקעין.<sup>14</sup> ברם, ביום כניסתו לתוקף של חוק יחסי ממון, הקובע הסדר השונה משמעותית ועקרונית מהלכת השיתוף, נתערערו לכאורה מרחבי התחולה של סוגיית דיוננו. חוק יחסי ממון חל רק לגבי בני זוג שנישאו לאחר 31.12.73<sup>15</sup> וקובע הסדר איזון משאבים אשר בני הזוג מוחזקים כמי שהסכימו לו, בכפוף להסדר כתוב משלהם המאושר כדין.<sup>16</sup> לעומת הלכת השיתוף, היוצרת לבני זוג זכות מידית ורציפה בנכסים שהוכרו כמשותפים, מניח חוק יחסי ממון הפרדה בקנייני בני הזוג עד לפקיעת קשר הנישואין.<sup>17</sup> במועד הפקיעה, ורק אז, צפויה חלוקה בעין של הנכסים, שלפיה זכאי כל אחד מהשניים למחצית שווים של כלל הנכסים.<sup>18</sup> לעומת הזכות המידית למחציתו של כל נכס מכוח הלכת השיתוף, יוצר החוק לבני חסותו רק זכות לשיתוף אובליגטורי דחוי,<sup>19</sup> ואף זאת בראייה כוללת של הנכסים.<sup>20</sup>

ההבדלים המשמעותיים במהות זכותו של בן הזוג על פי ההסדרים השונים, זה שבפסיקה וזה שבחקיקה, מקרינים על כוחה של הזכות ועל יכולת ההגנה עליה גם בהתמודדות מול זכותו של צד שלישי שמסתמך על חווה עם בן הזוג הרשום לגבי הנכס. חוק יחסי ממון מותיר את בן הזוג הבלתי רשום מקופה ממשית לעומת ההגנה הכמעט קניינית שעל פי הלכת השיתוף שבפסיקה.<sup>21</sup> הייתכן כי חוק יחסי ממון השואף לפתרון יעיל והוגן יביא לתוצאה בלתי רצויה שכזו? ושמה ניתן לשלב לצדו את הלכת השיתוף להשלמה המתבקשת?

## ב. ריבונות המשפטית של חוק יחסי ממון – האם מוחלטת?

חוק יחסי ממון נחקק בהליכים מורכבים וממושכים תוך בחירת הפתרון המקובל במשפטי מדינות נאורות.<sup>22</sup> ברם, החוק נותר כאות מתה כמעט, מאחר שאיזון משאבים מתאפשר לפיו רק "עם פקיעת הנישואין עקב גירושין או עקב מותו של בן-זוג".<sup>23</sup> עקב כך, נותר בן הזוג הבלתי רשום במצב רכושי נחות מתחילת משבר

- 
- 14 על המרשם כיקיר חוק המקרקעין ראו דברי השופט לנדוי בר"ע 178/70 בוקר נ' הברה אנגלו אמריקאית בע"מ, פ"ד כה(2) 121, 134 (להלן: עניין בוקר); כן ראו דבריו המובאים במאמרו של ג' טרסקי "ויקת הנאה מכח שנים, ללא צורך בה" הפרקליט מ (תשנ"ג) 512, 513.
- 15 ס' 14 ו'19 לחוק יחסי ממון.
- 16 שם, בס' 3. להסכם שמתנה על הסעד שבחוק, נדרש אישור דומה בס' 12 לחוק הגנת הדייר [נוסח משולב], תשל"ב-1972.
- 17 ס' 4 לחוק יחסי ממון.
- 18 כלשון ס' 5(א) לחוק יחסי ממון וכפירוטו של הסדר האיזון, שם, בס' 6.
- 19 עניין יעקובי, לעיל הערה 1, בע' 549.
- 20 ס' 5-6 לחוק יחסי ממון.
- 21 מ' שאוה הדין האישי בישראל (מהרורה שלישיית, תשנ"ב, כרך ב) 221; וכן מ' שאוה "המועד למימוש הזכות לאיזון משאבים שבחוק יחסי ממון בין בני זוג, תשל"ג-1973" עיוני משפט כב (תשנ"ט) 563, 566.
- 22 עניין יעקובי, לעיל הערה 1, בע' 585.
- 23 ס' 5(א) לחוק יחסי ממון; וכן ראו שאוה "המועד למימוש הזכות לאיזון משאבים שבחוק יחסי ממון בין בני זוג, תשל"ג-1973", לעיל הערה 21, בע' 564.

הנישואין ועד לסיום תהליך הגירושין עצמו – תקופה שבה מתנהל ומסתיים מאבק הצדדים.

כאמצעי מאזן, הוכלל בהצעת חוק יחסי ממון סעיף המסמיך את בית המשפט, בנסיבות ראויות, להקדים את מועד חלוקת הרכוש בין בני הזוג אף לפני פקיעת הנישואין.<sup>24</sup> סעיף זה הושמט טרם חקיקת חוק יחסי ממון באופן תמוה, אך מטעם הניתן לשחזור. אלמלא ההשמטה היה החוק מאפשר, בדומה להלכת השיתוף, צעדים משפטיים לפירוק השיתוף ברכוש גם על ידי בן הזוג הבלתי רשום, במגמה ליצור גירושין בפועל תוך עקיפת הדין האישי, ולעתים בניגוד לעמדתו. החשש מפני פתח לסכסוכים מלאכותיים גבר כאן על שוויון ההזדמנויות המתבקש המאפשר פירוק שיתוף גם לבן הזוג הבלתי רשום. בני זוג שנישאו לאחר 31.12.73 נותרו ללא השלכה קניינית לנישואיהם דווקא כשהנישואין בתוקפם. סעיף 4 לחוק יחסי ממון שולל יצירת קניין בנכסים מכוח קשר הנישואין כשלעצמו, וסעיף 5 לחוק דוחה את מימוש איזון המשאבים לאחר פקיעת קשר הנישואין.

על רקע זה מובן הניסיון השיפוטי הבלתי שגרתי שנעשה בעניין יעקובי "להחיות" את חוק יחסי ממון על ידי השלמתו בתחולת הלכת השיתוף הידועה. ניסיון השירוך הנועז הזה לא צלח. שני ההסדרים, השונים מיסודם, נותרו בעצמאותם תוך הנצחת חלוקתו של ציבור הנישואים הרחב בין שני עולמות של זיקות רכוש משפטיות. מאז הפסיקה בעניין יעקובי חלפו שנים ללא פתרון חקיקתי למצב. קריאתו של בית המשפט העליון להתערבות המחוקק<sup>25</sup> עדיין עומדת בעינה.<sup>26</sup> חוסר הנחת מן המצב מצא ביטוי לאחרונה בפסיקת בית המשפט העליון שמקדמת את ההלכה הפסוקה לפתרון במקרים ראויים ככלל, ולעניין דירת המגורים המשפחתית בפרט.<sup>27</sup>

ברע"א 8672/00 אבו רומי נ' אבו רומי חזרה השופטת שטרסברג-כהן על עמדתה בעניין יעקובי.<sup>28</sup> לגישתה, במסגרת סעיף 4 לחוק יחסי ממון "אין מניעה שבניזוג יטען מכוח דין כללי כלשהו כי בידיו זכות בדירת מגורים הרשומה על

24 ס' 10(3) להצעת חוק יחסי ממון בין בני זוג, תשכ"ט-1969, ה"ח 333. כן ראו שאוה "המועד למימוש הזכות לאיזון משאבים שבחוק יחסי ממון בין בני זוג, תשל"ג-1973", לעיל הערה 21, בע' 564 הערת שוליים 8.

25 עניין יעקובי, לעיל הערה 1, בע' 571, 638.

26 אף שיזמות חקיקה החלו בנושא: הצעת חוק יחסי ממון בין בני זוג (תיקון מס' 4) (איזון בפקיעת נישואין), תשס"ג-2002, ה"ח 13(כ). לפי המוצע שם ניתן יהיה להפעיל איזון משאבים גם כאשר נתמלאו שני תנאים מצטברים אלה: "לפחות אחד מבני הזוג הגיש תביעה לגירושין [...] ובמשך תקופה מצטברת של שנה לפחות בני הזוג חיים בנפרד או קיים בין בני הזוג קרע שאינו ניתן לאיחוי". ראו גם הצעת חוק שהוגשה לאחרונה: הצעת חוק יחסי ממון בין בני זוג (תיקון – מועד האיזון), תשס"ה-2005, פ/3965; וכן הצעות חוק זהות שהונחו על שולחן הכנסת השש-עשרה ומספרן פ/1295, פ/3254. ראו במדור הצעות חוק פרטיות באתר הכנסת: (<http://www.knesset.gov.il>) (last visited on 2.11.05).

27 ראו להלן פרק ד.

28 רע"א 8672/00 אבו רומי נ' אבו רומי, פ"ד נו(6) 175, 183 (להלן: עניין אבו רומי); עניין יעקובי, לעיל הערה 1, בע' 612.

שם בן-הזוג האחר"<sup>29</sup> וכמוטו להמשך: "הקושי שבשלילת זכויות המגורים של בן-זוג, ובייחוד מאשה וילדיה, בדירת המגורים הוא קושי אמיתי הדורש פתרון יצירתי".<sup>30</sup> סמוך לאחר מכן, צירפה השופטת שטרסברג-כהן את הסכמתה לפסק דינו של הנשיא ברק בבג"ץ 3995/00 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול,<sup>31</sup> שם הותווה מסלול אפשרי, מרחיק לכת אף יותר:

"שאלה לא פשוטה היא אם חזקת השיתוף ממשיכה לחול לצד חוק יחסי ממון [...] ובייחוד במצבים שקשר הנישואין בין בני-הזוג לא נותק בהם לגמרי [...] ובייחוד לגבי דירת המגורים".<sup>32</sup>

אף שבעניין אבו רומי חזר בית המשפט על קביעתו בעניין יעקובי, שלפיה אין אפשרות להחיל את חזקת השיתוף במקביל להסדר איזון המשאבים הקבוע בחוק יחסי ממון, וכי זוהי הלכה שאין טעם מוצדק לסטות ממנה,<sup>33</sup> הרי בעניין פלונית הוצגה האפשרות כשאלה העומדת להכרעה (אף שלא נדרשה שם).<sup>34</sup> יתרה מזו, לעומת הזהירות הקיימת בסוגיית החלת חזקת השיתוף על נכסי בן זוג, שנרכשו על ידו לפני הנישואין,<sup>35</sup> מוצגת הסוגיה בעניין פלונית כשאלה אקטואלית,<sup>36</sup> אף שמדובר בבני זוג שנישאו לאחר 31.12.73,<sup>37</sup> וחוק יחסי ממון חל עליהם! בפסק הדין אף נרמז כי גם בנסיבות כאלה עשויה דירת המגורים להימצא כנתונה לתחולת הלכת השיתוף, אם הדירה נרכשה או ניתנה לבעל במתנה לקראת נישואיו, או אם בתקופת הנישואין הורחבה הדירה, שופצה או הושקעו בה כספים משותפים של בני הזוג.<sup>38</sup> סימני דרך אלה מצביעים בבירור על מגמת הפסיקה שלא להפלול בני זוג שנישאו לאחר 31.12.73, ולמנוע נטרול של הלכת השיתוף על ידי דבר חקיקה. כיצד להשיג מטרה רצויה זו מבלי לרוקן את חוק יחסי ממון מעיקרו?

אנו מציעים כי הלכת השיתוף תועמד גם למענם של אלו שנישאו לאחר 31.12.73 כמגן ולא כחרב. כלומר להגנה על המשך החזקה והשימוש בנכס אך לא להתקפה על דרך פירוק השיתוף נגד בן הזוג האחר. כשירותיות אלה של זכות השיתוף ניתנות להפרדה משום היותה אמצעי לפתרון ולא מטרה בפני עצמה. הסדר איזון המשאבים הוא אף דבר חקיקה, אשר "הלכת פוסקים" אמורה לחול להשלמתו ולא כדי לנגוס בו. זאת ועוד, הלכת השיתוף צמחה בעקבות חלל ריק בסוגיה ולצורך הסדרתה. אילו נחקק חוק יחסי ממון עשור קודם לכן, האם הייתה

29 עניין אבו רומי, לעיל הערה 28, בע' 183.

30 שם, שם.

31 בג"ץ 3995/00 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד נו(6) 883 (להלן: עניין פלונית).

32 שם, בע' 887.

33 עניין אבו רומי, לעיל הערה 28, בע' 182.

34 עניין פלונית, לעיל הערה 31, בע' 887.

35 עניין הדרי, לעיל הערה 8.

36 עניין פלונית, לעיל הערה 31, בע' 887.

37 שם, בע' 887.

38 שם, בע' 888.

נוצרת בכלל הלכת השיתוף? ואם כן, האם הייתה שולחת וזרועות כפי שפותחה בפסיקה? מאידך, אם חוק יחסי ממון אינו שולל עסקה קניינית בין בני הזוג, מדוע לא תיחשב חזקת השיתוף כמקור אפשרי לזכויות ככל מקור מוכר אחר שבדין? בעניין אבו רומי הבהירה השופטת שטרסברג-כהן כי האפשרות לבסס זכויות לבן זוג על פי מקור שבדין הכללי, אין פירושה החדרת הלכת השיתוף בדלת האחורית.<sup>39</sup> האם יש בכך כדי לשנות את שנאמר בפסק הדין בעניין פלוני? סטייה כלשהי מהסדר איזון המשאבים מחייבת על פי חוק יחסי ממון עריכת הסדר חלופי מתאים בכתב המותנה באישור כדון.<sup>40</sup> האם הלכה כה גורפת כחזקת השיתוף תדחה את תחולת החוק על נכסים ללא ביטוי חיצוני שווה ערך? נראה אפוא כי איזון מתאים מתבקש ואף מתחייב, בין הסדרי הדין השונים, זה שבחוק וזה שבפסיקה. בראייה רחבה של הנושא התמונה סבירה והגיונית: החוק קובע הסדר איזון משאבים שוויוני והולם במועד פקיעתו של קשר הנישואין.<sup>41</sup> סעדי ביניים הובטחו לתקופת הנישואין, למניעת סיכולו של ההסדר הרכושי הצפוי ושל האיזון שעמו.<sup>42</sup> מישור פתוח להתערבות מסייעת במהלך הנישואין נותר אפוא רק לגבי החזקה והשימוש השוטפים בנכסים, להבדיל מקניין בהם, והכול תוך הנחת יסוד של קיום קשר הנישואין וכיבודו. החלה מלאה של חזקת השיתוף תספק למעשה לנוקק להגנה נשק התקפה בעל כוח פירוק. תוצאה זו אינה מתיישבת עם הרצון לשמור על הקן המשפחתי ולהגן על בני משפחה בדירת מגורים. הלכת השיתוף מתאפיינת, בין היתר, בגמישות פיתוחה והחלתה. גמישות כזו כוללת גם חלקיות או צמצום לפי הצורך.

### ג. "חטיבת הביניים" 1970-1973 - בין הלכת השיתוף לחוק המקרקעין

צל כבד הוטל על מאבקהם של בני זוג בלתי רשומים בנוגע לנכסי מקרקעין עם כניסתו לתוקף של חוק המקרקעין ביום 1.1.70, נוכח שתי הדרישות המגבילות שבו: "אין זכות במקרקעין אלא לפי חוק",<sup>43</sup> ו"התחייבות לעשות עסקה במקרקעין טעונה מסמך בכתב".<sup>44</sup> היקף הבעיה נתחם בפסיקה במגמת צמצום.<sup>45</sup> לפי הנחת היסוד בעניין כהן קיימת "חטיבת ביניים", בין השנים 1970-1973, אשר חזקות שיתוף שנתגבשו במהלכה אינן ניתנות לכאורה ליישום על ידי בני זוג בלתי רשומים כאשר מדובר בזכויות הרשומות במרשם המקרקעין. יודגש כי הדברים אמורים לגבי זכויות שיתוף שנתגבשו לאחר חקיקת חוק המקרקעין גם אם מועד הנישואין קדם ל-1.1.70.<sup>46</sup> הבעיה זכתה לפירוט ולהדגשה בע"א 514/76 חשש נ'

39 עניין אבו רומי, לעיל הערה 28, בע' 183.

40 ס' 2-3 לחוק יחסי ממון.

41 שב, בס' 5-6.

42 שב, בס' 8 ו' 11.

43 ס' 161 לחוק המקרקעין.

44 שב, בס' 8.

45 ראו ע"א 690/78 כהן נ' כהן, פ"ד לר(2) 436, 439 (להלן: עניין כהן).

46 א' רוזן-צבי יחסי ממון בין בני זוג (מהדורה חמישית, תשנ"ח) 269.

דמארי,<sup>47</sup> נדונה בפסקי דין אחרים לאחרי, ולכאורה נותרה בתוקפה גם כיום. אך האם, בכלל, זכויות במקרקעין בפנינו?<sup>49</sup> מהי אפוא זכות בן הזוג הבלתי רשום שעל פי הלכת השיתוף? על אף הנטייה בפסיקה לייחס לזכות זו "גוון קנייני", נמנעו בתי המשפט מלראותה כזכות קניין ממש: שאלת מעמדה של הזכות טרם הוכרעה, אף שהוצעו לה "תבניות-מודל" מגוונות.<sup>50</sup> אין פלא שמקום של כבוד בסוגיה נמצא לדברי השופט י' כהן (כתוארו דאז), לפיהם:

"אותה זכות של בן-זוג [...] אין לראות בה קניין שביושר במוכנו הרגיל [...] אלא זאת היא זכות מסוג מיוחד, שנוצרה עליידי פסיקה ובאותה פסיקה גם נקבעו הגבלותיה, ובמיוחד הגבלות במקרה של התנגשות עם זכויות צד שלישי".<sup>51</sup>

צידוק לאי-הכרה קניינית בזכות השיתוף עולה מהנפסק בעניין אי.תי.ס, שם נמצא הצורך בשימורם של יחסי מסחר שוטפים ותקינים.<sup>52</sup> לפי הלכה זו, די לצד שלישי תם לב אף בזכות אובליגטורית, כדי לגבור על זכות שיתוף של בן זוג בלתי רשום, ובלבד שאין מדובר בנכס משפחתי מובהק כדירת מגורי המשפחה.<sup>53</sup> אפשרות העדפה של צד שלישי תם לב איננה מתיישבת עם קנייניות של זכות השיתוף המשפחתית. והרי לפנינו ההבחנה המשמעותית שבין זכויות במקרקעין לבין זכות לגבי מקרקעין. הראשונות בלבד הן זכויות קנייניות, ואילו האחרות רק שואפות להגיע אל תוך "הספּרה הקניינית" כשהן מרחפות עדיין מחוץ לדפנותיה.<sup>54</sup>

אנו מציעים לראות את זכות השיתוף הנדונה כזכות טרום קניינית הוזהה לזכותו החוזית, השואפת קניין,<sup>55</sup> של המתקשר לרכישת מחצית הנכס, ולראותו כזכאי מיד לפי דרישתו להסדרת רישום קנייני בהתאם ולסעד המשפטי המתבקש

- 
- 47 ע"א 514/76 חשש נ' דמארי, פ"ד לא(2) 505, 517.
- 48 עניין כהן, לעיל הערה 45, בע' 440; ע"א 44/84 גלבוט נ' גלבוט, פ"ד מא(1) 174, 179; הדברים הושמו כהנחת יסוד גם בעניין גיטלר, לעיל הערה 6, בע' 494.
- 49 הביטוי "זכות במקרקעין" נתפרש בפסיקה כחובק זכויות קנייניות בלבד. להבחנה בין זכות במקרקעין לבין זכות לגבי מקרקעין ראו רע"א 2267/95 האפוטרופוס הכללי נ' הרטפלד, פ"ד מט(3) 854, 863. (להלן: עניין הרטפלד); רע"א 6339/97 רוקר נ' סלומון, פ"ד נה(1) 199, 241, 259. (להלן: עניין רוקר).
- 50 לפירוט החלופות שהוצעו ראו עניין בן-צבי, לעיל הערה 9, בע' 23, 26.
- 51 ע"א 388/76 בבשני נ' מנהל מסישבה, פ"ד לא(3) 253, 258. (להלן: עניין בבשני); ע"א 29/86 אי.תי.ס. נהיגה עצמית בע"מ נ' קרול, פ"ד מד(1) 864, 869. (להלן: עניין אי.תי.ס.).
- 52 עניין אי.תי.ס. לעיל הערה 51. בעקבותיו, עניין בן-צבי, לעיל הערה 9, בע' 20 ואילך. פסק הדין שם מקובל על הנשיא ברק, כדבריו שם, בע' 21, אף שפירט חוות דעת נפרדת.
- 53 עניין אי.תי.ס., לעיל הערה 51, בע' 878, 879, 876.
- 54 להמחשה של "ספירת הקניין", מוצע להסתייע בדוגמת מיכל אטום ושקוף, אשר ניתן להעביר ולרשום בו זכויות רק על ידי "זרועות" מיוחדות הקבועות בדפנותיו.
- 55 כנגד הזכות ל"טרום קניין" עומדת החובה "לתרום" קניין, המופנית כלפי בן הזוג "הרשום" והמתקשרת לכלל "המידות התרומיות" המצופות מבן זוג הוגן.

לשם כך.<sup>56</sup> בית המשפט הבוחן את שאלת קיומה של זכות השיתוף והיקפה במקרה שבפניו, אינו מנסה לאתר חלוקה קניינית בנכסים המשותפים, אלא את ההסכם הרכושי שנוצר בין בני הזוג ואשר נותר לאכפו. הלכת השיתוף איננה מאתרת קניין קיים אלא מסייעת לשכלולו. כבכל דיון משפטי הבוחן הסכם להעברת נכס, לרבות זכות רשומה במקרקעין, הרי בסופו של דבר אמורה להתבצע העברה של מחצית מהזכות הרשומה של בן הזוג הנתבע, ואין מדובר ברישומה של זכות אחרת! לפיכך, סעיף 161 לחוק המקרקעין, השולל זכות במקרקעין שלא לפי חוק, אינו עומד למכשול בעת אכיפתה של זכות השיתוף אשר גם בהתייחסה לנכס במקרקעין רשום אין היא זכות קניינית וממילא אין היא זכות במקרקעין. עם זאת, יש לבחון את שאלת השפעתו של סעיף 8 לחוק המקרקעין בענייננו. ברעת הרוב של השופט גולדברג בעניין א.ת.ס. צוין הקושי שבהיעדר מסמך בכתב המעיד על התחייבות לעשות עסקה במקרקעין, כאשר זו נעשתה במסגרת חזקת שיתוף שהתגבשה לאחר חוק המקרקעין.<sup>57</sup> לעומתה, בעניין הדרי הועלתה חוות דעתו של הנשיא שמגר, שלפיה:

"אין צורך לתור אחרי הסכם בכתב כדי להשתית עליו את חזקת השיתוף. [...] דרישת הכתב חלה לגבי 'עסקה במקרקעין' שהיא כל 'הקניה [...] של זכות במקרקעין לפי רצון המקנה...' (סעיף 6 לחוק המקרקעין [...]) הלכת השיתוף אינה מבוססת על כוונה ספציפית-קונקרטית של בני-זוג, אלא היא ביטוי ל'מדיניות משפטית [...]'"<sup>58</sup>.

"אין כאן הקניה רצונית אלא הקניה מכוח הדין, מכוח ההלכה הפסוקה. [...] בהיעדר הוכחה פוזיטיבית לרצון המקנה – מניח הדין כי זו כוונתו המשוערת."<sup>59</sup>

ברם, האם הקניה לפי כוונתו המשוערת של בן הזוג איננה הקניה רצונית?! שהרי אם הדין מייחס כוונה לבן הזוג הרי היא, מטבע הדברים, רצונו או לפי רצונו. כך גם במילון אבן-שושן: כוונה – "רצון, מגמה לעשות דבר-מה". כוונת ההקניה המיוחסת לבן הזוג היא הבסיס לאכיפת הלכת השיתוף לגבי נכסיו ולגבי נכס מקרקעין. לפיכך בפנינו "עסקה" עקב הרצון הטבוע בכוונה. גם אם מבחינה ראייתית נכפית כאן חזקה על בן הזוג הרשום, קביעה שיפוטית זו איננה נברלת, עקרונית, מאלו הנפסקות נגר בעלי נכסים המתכחשים להתחייבותם לעשות עסקה. עם זאת, חזקת השיתוף "חולפת" מעל דרישת הכתב שבסעיף 8 לחוק המקרקעין מכוח ההלכה המושרשת בהתקיים נסיבות ידועות. ההשלכות החוזיות

<sup>56</sup> "הרישום במרשם המקרקעין הוא מעשה הקניין, ורק עם מעשה הקניין נרכשת הזכות", עניין הרטפלד, לעיל הערה 49, בע' 872. וכן, לפי ס' 7(ב) לחוק המקרקעין "עסקה שלא נגמרה ברישום רואים אותה כהתחייבות לעשות עסקה".

<sup>57</sup> עניין א.ת.ס., לעיל הערה 51, בע' 879.

<sup>58</sup> עניין הדרי, לעיל הערה 8, בע' 694.

<sup>59</sup> שם, שם.

שואפות הקניין הן מסקנה ידועה מראש בהתקיים הממצאים המבססים חזקת שיתוף. דרישת הכתב מאבדת אזי את טעמה ותועלתה, ובכך נשמט הבסיס למהותיות שהכתיבה כאן הפסיקה.<sup>60</sup> הכתב נדרש לעסקה במקרקעין "משום חשיבות העיסקה [...] כדי להרתיע אדם מלהתחייב בחפזון ובקלות דעת",<sup>61</sup> ולהגברת הוודאות הנדרשת לערכאה שיפוטית שמתבקשת לאכוף חיוב רבי-ערך.<sup>62</sup> טעמים אלה מתייתרים, כאשר מוכחת לבית המשפט חזקת שיתוף לגבי מערכת נכסים מוגדרת, במיוחד לאור ההגמשה המסתמנת בפסיקה בסוגיית דרישת הכתב.

בע"א 986/93 קלמר נ' גיא<sup>63</sup> נקבע כי בנסיבותיו ה"זועקות" של המקרה גובר עקרון תום הלב על דרישת הכתב הנדונה.<sup>64</sup> בדעת יחיד הציע השופט זמיר לראות את תוצאות הבנייה על הקרקע כביצוע גלוי אשר מאפשר "למלא את החסר בכתב, באמצעות העובדות בשטח".<sup>65</sup> אפילו אם פסיקה עתידית תחמיר ותצמצם את ההתגמשות בנושא על ידי דרישת תום לב ועובדות "מדברות בשטח" כתנאים מצטברים,<sup>66</sup> גם בתנאי כפול זה תעמוד חזקת השיתוף. מכל מקום אפוא מוקנה לה "כוח המראה" לרחף<sup>67</sup> ולעבור מעל המכשול שבדרישת הכתב:

1. חיי השיתוף של בני זוג הם ביטוי חיצוני בולט הפורש כנפיו על נכסים שבקנינם.
2. השוויון שבין השניים מגדיר את החלק השווה לכל אחד בנכסים הרלוונטיים.
3. החובה להעביר את מחצית הקניין על פי חזקת השיתוף משלבת בתוכה אף יותר מחובת תום לב.
4. קיפוח רכושי של בן הזוג הזכאי "זועק" דיו, לא פחות מזה שבעניין קלמר.<sup>68</sup>

60 עניין גרוסמן, לעיל הערה 13.

61 שם, בע' 789.

62 שם. "חולשת הזיכרון של העדים" ו"הסכנה של עדות כוזבת" במקרה של היעדר מסמך בכתב, צוינו שתיהן כנימוק לראות בדרישה כראייתית.

63 ע"א 986/93 קלמר נ' גיא, פ"ד נ(1) 185 (להלן: עניין קלמר).

64 שם, בע' 197-198. כמו כן, ראו קריאתו החלוצית של פרופ' פרידמן לשינוי הגישה בעניין דרישת הכתב המהותית בעסקת מקרקעין. ד' פרידמן "סעיף 8 לחוק המקרקעין: על הצורך בשינוי גישה" הפרקליט לג (תש"ם) 4.

65 עניין קלמר, לעיל הערה 63, בע' 194. וכן, לתחליפי כתב לעניין ס' 8 לחוק המקרקעין הנדון ראו נ' כהן "דפוסי החווים ותום-לב במשא ומתן: בין הכלל הפורמלי לעקרונות הצדק" הפרקליט לז (תשמ"ז) 13, 39-45.

66 חשש מהרחבת יתר בהתרתו של תחליף לדרישת הכתב וביישומו, קיים גם כאשר מדובר במושג ערטילאי כתום לב, שאיננו מוגדר ומגודר יותר מביצוע בעל תוצאות בולטות בשטח. ראו ע"א 579/83 זוננשטיין נ' אחים גבסו בע"מ, פ"ד מב(2) 278.

67 עניין הררי, לעיל הערה 8, בע' 694.

68 עניין קלמר, לעיל הערה 63; וכן, כפי שהובהר בע"א 8144/00 עלריג, נכסים (1987) בע"מ נ' ברנדר, פ"ד נו(1) 158, 168: "השימוש בעקרון תום-הלב כדי להתגבר על דרישת הכתב חייב [...] להגביל את עצמו למקרים מיוחדים, [...] [אשר] עולה מהם זעקת ההגנות". וכך גם בע"א 2143/00 לזין נ' שילר, פ"ד נו(3) 193, 204.

כל אלה שקולים אפוא למסמך בכתב אשר לפי ההלכה הפסוקה אף אינו חייב לשאת חתימה, ואשר פרטים חסרים שבו ניתנים להשלמה על פי כל דין ונוהג רלוונטיים.<sup>69</sup>

לפי המוצע בפרק זה, אף בחוק המקרקעין אין מחסום ליישום הלכת השיתוף.

## ד. זכות השיתוף של בן זוג מול צד שלישי בעל חוזה רכישה

### 1. ההלכה בעניין אי.ת.ס. – עדיפות הביטחון המסחרי

"שאלה עקרונית וחשובה אשר רבות נתחבטה בה הפסיקה [...] היא: באילו תנאים יועדף צד ג', אשר רכש נכס מקרקעין מבן-זוג הרשום כבעליו על פני בן הזוג האחר, אשר זכויותיו התגבשו מכוח הלכת השיתוף בין בני זוג אך לא נרשמו".<sup>70</sup>

בעניין אי.ת.ס., שבו נדרש בית המשפט לסוגיה, אוזכרה ההלכה שנפסקה בע"א 595/69 אפטה נ' אפטה<sup>71</sup> מפי השופט י' כהן: "צד שלישי, אף אם הוא יודע על קרע בין בעל ואשה, רשאי לסמוך על החזקה, שכל אדם הוא בעל נכסים הרשומים בשמו". בית המשפט היה מוכן להעדיף שם את זכות בן הזוג בנכסים לפי הלכת השיתוף רק במקרים מיוחדים כגון כאשר הוכח שנעשתה קנוניה בין בן הזוג הרשום לבין הצד השלישי, על מנת להכשיל את תביעות בן הזוג האחר.<sup>72</sup> כהערת השופט מלץ בעניין אי.ת.ס.:

"הערפת בן הזוג עלולה [...] להביא לפגיעה קשה בהליכי המסחר [...] שכן, אם רכישת נכס מאדם נשוי הייתה מאברת מחצית מתוצאותיה הקנייניות כל אימת שבן הזוג האחר היה מופיע ומציג זכות נוגדת, היה נפגע אמון המתקשרים באכיפתן של עיסקאות במקרקעין ובאמינותה של שיטת המרשם".<sup>73</sup>

ואכן, גישה מעשית הרואגת לחיי המסחר השוטפים הביאה את השופט י' כהן לחזור על "הלכת הקנוניה" הנוכרת לעיל.<sup>74</sup> וזאת למרות ביקורתו המלומדת של פרופ' ויסמן שסבור כי הלכה זו עומדת בסתירה לעקרון היסוד הקנייני, שלפיו אין בן הזוג יכול להעביר לצד שלישי זכויות טובות יותר מאשר היו לו עצמו,

69 עניין קלמר, לעיל הערה 63, בע' 192; ע"א 3102/95 כהן נ' כהן, פ"ד מט(5) 739, 745.  
70 עניין אי.ת.ס., לעיל הערה 51, בע' 869.  
71 ע"א 595/69 אפטה נ' אפטה, פ"ד כה(1) 561 (להלן: עניין אפטה).  
72 שם, בע' 572.  
73 עניין אי.ת.ס., לעיל הערה 51, בע' 872.  
74 עניין כבשני, לעיל הערה 51, בע' 258; בהמשך לדבריו בעניין אפטה, לעיל הערה 71, בע' 572.

דהיינו קניין הנקי מזכויות שנוצרו לבן הזוג האחר מכוח הלכת השיתוף.<sup>75</sup> הפתרון שהציע השופט גולדברג בעניין אי.תי.ם ברעת רוב מחייבת הוא:

"אם רואים אנו את הלגיטימציה המשפטית להלכה זו כדיני החוזים [...] על סמך כוונה נאמדת של בני הזוג, [...] הכרח להוסיף למסגרת 'החווה' גם תנאי משתמע, לפחות לגבי נכס שאינו דירת בני הזוג, כי התחייבות לעשות עיסקה, שהתחייב בן-הזוג הרשום, כלפי צד שלישי תם-לב, הינה גם על דעת בן-הזוג האחר, כמשתמע 'מעצם השארת הבעלות או החזקה בידי אותו בן-זוג'.<sup>76</sup>

לבן הזוג הנפגע מציע הנשיא שמגר זכות עקיבה אחר התמורה הכספית שהושגה ממכירת הנכס. לרעתו:

"חיי כלכלה שוטפים ויציבים דורשים, כי המראית הרישומית וטכני ההוות יסוד ליצירת תשתית התקשרותית. אולם אין להכיר במעמד המכריע של הרישום, כאשר מערכת הנסיבות מצביעה על קיום בן הזוג כבעל זכות נוספת".<sup>77</sup>

## 2. ההלכה בעניין בן-צבי – ייחודה של זכות השיתוף בדירת המגורים

על ההלכה בעניין אי.תי.ם חזר, למעשה, הנשיא שמגר גם בעניין בן-צבי אשר נסב על דירת מגורים. בת הזוג, שהייתה ללא כל זכות רשומה, הגנה שם על זכות השיתוף שלה במחצית דירת המגורים מפני שתי התקפות מצד נושה של בעלה: האחת מכוח התחייבות הבעל לרישום משכנתה והשנייה עיקול לגביית חוב כספי.<sup>78</sup> חידושו הבולט של פסק הדין היה בנטרולו של העיקול כאשר עדיין שולטת בכיפה ההלכה רבת-השנים הידועה כ"הלכת בוקר".<sup>79</sup> על אף היעדר רישום זכותה של האישה, נפסק בעניין בן-צבי כי זכותה זו, שנוצרה קודם לעיקול, קודמת לו גם בעדיפות המשפטית.<sup>80</sup>

חשיבותו הנוספת של עניין בן-צבי היא בשאלת תחולתו של סעיף 9 לחוק המקרקעין על התחרות שבין זכות השיתוף לבין זכותו של צד שלישי. הנשיא לשעבר שמגר נותר נאמן לגישה ולדעה שאליהן הצטרף בעניין אי.תי.ם, תוך

J. Weisman "Can a Spouse Confer a Better Title Than He Possesses?" 7 *Isr. L. Rev.* (1972) 302. ביקורתו של פרופ' ויסמן אוזכרה בעניין בבשני, לעיל הערה 51; וכן בעניין אי.תי.ם, לעיל הערה 51, בע' 871.

עניין אי.תי.ם, לעיל הערה 51, בע' 879. וכן נ' זלצמן "דיני קניין" ספר השנה של המשפט בישראל (א' רוזן-צבי עורך, תשנ"א) 422, 451.

עניין אי.תי.ם, לעיל הערה 51, בע' 880.

עניין בן-צבי, לעיל הערה 9, בע' 9.

עניין בוקר, לעיל הערה 14.

עניין בן-צבי, לעיל הערה 9, בע' 21, 25-26.

שהוא נמנע מלהסתייע בסעיף 9 האמור. משנדרשה כאן הכרעה בדבר מעמדה המיוחד של זכות השיתוף בדירת מגורים, ביסס השופט את פתרונו להעדפת אותה זכות כנדבך נוסף לדבריו בעניין אי.ת.י.ס מבלי לאזכר את סעיף 9. מאידך, באותו עניין בן-יצבי, ומבלי לאזכר את עניין אי.ת.י.ס, מפרט הנשיא ברק חוות דעת מנומקת, שלפיה סעיף 9 לחוק המקרקעין משמש בסיס להכרעה בתחרות הזכויות הנדרונה מכוח תחולה ישירה של הוראת הסעיף. אם לא תימצא תחולה לסעיף, תידון הסוגיה על דרך היקש עקב "חסר בחוק המקרקעין ובמשפט הישראלי".<sup>81</sup> בנקודה זו, ספק אם נותר חסר כאמור לאור הפסיקה שבוססה בעניין אי.ת.י.ס וכפי ששולבה בדברי שמגר בעניין בן-יצבי עצמו.<sup>82</sup> יש גם חשש כי אם יוחל סעיף 9 לחוק המקרקעין על מעמד זכות השיתוף, תגלוש תחולתו לנכסי מקרקעין אחרים שחלה עליהם הלכת השיתוף ואשר אינם נכסי משפחה מובהקים כדירת המגורים. בכך תתקעקע הלכת אי.ת.י.ס שבאה להבטיח חיי מסחר שוטפים בנכסי מקרקעין רשומים.<sup>83</sup> סעיף 9 לחוק המקרקעין שימש לנשיא ברק בעניין בן-יצבי גם לקביעת עדיפות זכות בת הזוג הבלתי רשומה בדירה מול העיקול שהוטל בעבור נושהו של בעלה. נימוקיו שם זהים למעשה לאלה שפירט בע"א 189/95 בנק אוצר החייל נ' אהרונוב,<sup>84</sup> פסק דין שקבע את ההלכה המהפכנית, אף ברוב מיוחד. עמדה זו, על נימוקיה, חוברת למעשה לחוות דעתו של השופט מלץ בעניין אי.ת.י.ס,<sup>85</sup> ושתייהן נוגדות את עמדת הרוב שם.<sup>86</sup>

האם ההכרה בזכות מעין-קניינית במקרקעין והעדפתה על פני זכות אחרת בשל מועד יצירתה בלבד<sup>87</sup> מתיישבות עם ההלכות שמאזנות בין חיי המסחר לחיי המשפחה?<sup>88</sup> האם הביאה הלכת אהרונוב למהפך גם בנושא חשוב זה? ואולי ניתן ליישב את ההלכות שנפסקו לפניה, בינן לבין עצמן, וכולן עם הוראות החוק?

### 3. יישוב פתרונות הפסיקה במסגרת סעיף 9 לחוק המקרקעין

ראשית, הבה נחזור ונחזה בחלקו הראשון של סעיף 9 לחוק המקרקעין:

"התחייב אדם לעשות עסקה במקרקעין, ולפני שנגמרה העסקה ברישום חוזר והתחייב כלפי אדם אחר לעסקה נוגדת זכותו של בעל העסקה הראשונה עדיפה".

הסעיף נושא את הכותרת "עסקאות נוגדות". אנו מציעים לראות את מרכיב הניגוד שבין העסקאות כציר אשר סביבו עשויות לחבור ולהשתלב ההלכות הפסוקות בסוגיותינו.

81 שם, בע' 20, 24.

82 שם, בע' 20.

83 ראו לעיל פרק 17.

84 ע"א 189/95 בנק אוצר החייל נ' אהרונוב, פ"ד נג(4) 199 (להלן: עניין אהרונוב).

85 עניין אי.ת.י.ס, לעיל הערה 51, בע' 872.

86 ראו לעיל פרק 17.

87 עניין אהרונוב, לעיל הערה 84.

88 עניין אי.ת.י.ס, לעיל הערה 51; עניין אפטה, לעיל הערה 71.

ככלל, התחייבות הבעלים הרשום להעברת זכויות לצד שלישי בנכס שחלה עליו חזקת שיתוף, תיחשב כהתחייבות לעסקה נוגדת כמשמעותה בסעיף 9 לחוק המקרקעין. כאשר גיבושה של חזקת השיתוף קדם להתחייבות כלפי הצד השלישי, תידחה מפניה זכות הצד השלישי כמצוות סעיף 9 הנ"ל. ברם, באותם מקרים שבהם ההתקשרות עם הצד השלישי (אף אם היא שנייה בזמן) נחשבת כעסקה מותרת מבחינת השיתוף בין בני הזוג, התחייבות כזו לא תימצא כעסקה נוגדת לקודמתה, ותוצאת העדיפות שבסעיף 9 לא תחול מעיקרא בהיעדר תחולה לסעיף מלכתחילה. ומתי תיחשב העברת זכויות בנכס לצד שלישי כעסקה מותרת מבחינת בן הזוג הבלתי רשום למרות חזקת השיתוף? היתר לכאורי עולה ממצב הרישום לגבי הנכס במועד ההתקשרות עם הצד השלישי. כך ציינה הפסיקה כבר בשנים הראשונות של פיתוח הלכת השיתוף, וכך נפסק בעניין אי.תי.ס. המתקשר הזר וכאי להניח, על יסוד הבעלות הרשומה או החזקה החוקית בלבד, כי בן הזוג המתחייב כלפיו בעסקה אכן מוסמך לעשותה, ואם יש לו צורך בהרשאה שהוא גם מורשה לעשותה.<sup>89</sup> כך גם דברי שמגר בעניין בן-צבאי: "הרישום של נכס פלוני משמש מבחינת הצד השלישי מענה ברור, אשר על יסודו הוא רשאי לבנות את המערכת החוזית".<sup>90</sup> לכאן מתקשרת אמרתו של השופט (כתוארו דאז) י' כהן, שלפיה זכות השיתוף של בן הזוג "היא זכות מסוג מיוחד, שנוצרה על-ידי הפסיקה ובאותה פסיקה גם נקבעו הגבלותיה, ובמיוחד [...] במקרה של התנגשות עם זכויות צד שלישי".<sup>91</sup> אותן הגבלות על זכות השיתוף הנן, מצדו השני של המטבע המשפטי, היתר הסכמה להעברת זכויות בנכס לצד שלישי.

תנאי נלווה להתגבשות ההסכמה המדוברת קשור לתמורה המגיעה מהצד השלישי בעבור הזכויות בנכס. כאשר הצד השלישי משלם תמורה ראויה, קל יותר לראות את העסקה כהמרת הנכס בכסף ולא כ"הברחתו" מפני בן הזוג הבלתי רשום. גם אם ישנה גריעה ממשית מהשווי הראלי של הנכס, ניתן הדבר לתיקון על ידי קביעת פיצוי מאזן, קל וחומר אם כספי התמורה ניתנים לאיתור ולעיקול ולחלוקה מאזנת בהתאם. מכאן אף עשוי להיגזר תנאי מכללא המתלה את היתר ההסכמה להעברת הזכויות לצד שלישי בתשלום תמורה ראויה בעבור הממכר. ייתכן שדי לעניין זה ב"הלכת הקנוניה" שבפסיקה, והנטייה למצוא בעסקה יסודות של קנוניה, תגבר ככל שיגדל הפער הממשי בין שווי הממכר לבין תמורתו המוצהרת על ידי הצדדים לאותה עסקה. גישה כזו עשויה אף לאפשר קיומה של עסקה ראויה עם הצד השלישי גם כאשר ידוע לו על קרע משפחתי בין בני הזוג. בכך ניתן לגשר בין "הלכת הקנוניה", בעלת הגישה המעשית, לבין הביקורת האקדמית רבת-המשקל שנמתחה עליה במישור העקרוני.<sup>92</sup>

מכל מקום, כל היתר הסכמה איננו קיים כשמבחינה אובייקטיבית, ובאופן הגלוי לעין, לנכס ישנו ערך מוסף מבחינת בן הזוג הבלתי רשום. כאשר הצד

89 דרכרי השופט ברנזון בעניין אפטה, לעיל הערה 71, בע' 567. דברים אלו מצוטטים בהסכמה בעניין אי.תי.ס., לעיל הערה 51, בע' 877.

90 עניין בן-צבאי, לעיל הערה 9, בע' 20.

91 עניין בבשני, לעיל הערה 51.

92 Weisman, *supra* note 75.

השלישי בא לרכוש דירת מגורים שחלה עליה חזקת השיתוף, מה לה, לבת הזוג הבלתי רשומה, ולמחצית התמורה הראויה, כאשר הדירה משמשת לה ולרוב גם לילדיה כמקום מגורים בפועל? כדברי הנשיא שמגר בעניין **בן-צבי**:

"אין להכיר במעמד המכריע של הרישום כאשר מערכת הנסיבות מצביעה על קיום בן הזוג כבעל זכות נוספת. כאשר מדובר בדירת מגורים, והצד השלישי יודע כי מי שהנכס רשום על שמו יש לו בת-זוג או בן-זוג הדרים עמו מתהפכת ההנחה, ועל צד ג' לבדוק, מעבר לרישום, מה זכויותיהם".<sup>93</sup>

לדברים נכוחים אלה אנו מציעים נדבך נוסף כהשלמה. לא רק עצם קיומה של זכות השיתוף ינבע אזי ממערכת הנסיבות, אלא גם אותו מרכיב המגדיר את הנכס כבעל ערך מעשי-מושייחודי מחוץ לשיקולי "מחיר שוק" ראוי ואף מחוץ ל"שיקולי שוק" בכלל. זאת ועוד, אותו המרכיב הייחודי שלעיל עולה ומתגלה מן הנכס עצמו, על ייעודו ועל שימושו האקטואליים, כפי שהם נזעקים למעשה מדירת מגורי משפחה, נכס אשר זכה וזוכה בפסיקה להגנה מיוחדת מבחינת חזקת השיתוף והזכאים לחסות בצל קורתה.<sup>94</sup>

נוכח המאמצים למצוא להבחנה את הביסוס הרצוי, ונוכח ההיסוס בהרחבתה לנכסים משפחתיים נוספים, אנו מפנים להשראה המחזקת אשר בסעיף 101 לחוק המקרקעין שם נקבעה זכות קדימה בין בני זוג לגבי נכסי מקרקעין "שהם בבעלות משותפת של בני-זוג והם משק חקלאי או בית עסק המתנהלים על ידיהם במשותף, או דירה המשמשת להם מגורים". הרי בחירת המחוקק עצמו בנכסי השיתוף המובהקים של בני זוג ועמה קביעתו של מרכיב מזהה בעל גילויים חיצוניים: ניהול משותף לגבי משק חקלאי או בית עסק; מגורים בפועל לגבי דירה. אמנם סעיף 101 לחוק המקרקעין עוסק ב"מקרקעין שהם בבעלות משותפת" של בני זוג, וברור גם מהקשרו כי הכוונה לבעלות רשומה לשניהם במרשם המקרקעין. ברם, להבהרת תחומיה של ההלכה המיוחדת הנדונה, מה טובים מדברי המחוקק ומההתאמה ל"תבניות הקדימות" שקבע?

## ה. זכות השיתוף של בן זוג מול רוכש בעל קניין בנכס מגורים

מה דינה של תחרות כבכותרת רלעיל? מה גורל זכותו הטרומ קניינית של בן הזוג כאשר הרוכש הזר שכלל קניין בנכס המדובר? האם רק קניין "יכה" קניין?<sup>95</sup> לפי סעיף 9 לחוק המקרקעין בדבר עסקאות נוגדות, גם רישום קנייני לא יועיל לרוכש הזר אם לא עמד בתנאי חלקו השני של הסעיף הדורש תום לב

93 עניין **בן-צבי**, לעיל הערה 9, בע' 20. את היסוד להבחנה הנדונה הניחה השופטת (כתוארה אז) מרים ברנפורת, בע"א 592/79 **שצקי נ' סייד**, פ"ד לה(4) 402, 417-418, תוך הדגשת חשיבות ההגנה על זכות בן הזוג "בעיקר בדירת המגורים".

94 עניין **בן-צבי**, לעיל הערה 9; עניין **יעקובי**, לעיל הערה 1, בע' 573, 617.

95 ביטוי שטבע השופט חשין בעניין **הרטפלד**, לעיל הערה 49, בע' 869.

נמשך עד להשלמת הרישום.<sup>96</sup> רק אם פעל "בתום לב ובתמורה" והעסקה לטובתו נרשמה בעודו בתום לב, זכותו עדיפה. ברם, רק במקרים נדירים יוכל צד שלישי להוכיח תום לב ברכישת מגורי זולתו. זכות שיתוף קודמת בזמן, העדיפה לפי חלקו הראשון של סעיף 9, עומדת גם בפני "הרב" של רישום קנייני לטובת רוכש זר אם זה ידע, או יכול היה לדעת, על מצב הזכויות המלא בנוגע לנכס בנקודת זמן כלשהי שקדמה לרישום העסקה במרשם המקרקעין. תום הלב יישלל מקונה אף אם במהלך התקופה שעד לרישום ידע שזכותו של המוכר מוטלת בספק או ש"הוא חשד באשר לזכותו של המוכר, ובמודע נמנע מלברר הרבר".<sup>97</sup> אם זכות השיתוף מוגנת כאמור, ניתן לבטל מכוחה את רישום עסקתו של הצד השלישי כדי המחצית המגיעה לבן הזוג המוגן, אך מה עם החצי השני?

על פי סעיף 101 לחוק המקרקעין, קיימת זכות קדימה בין בני זוג לגבי נכס מקרקעין שהוא בבעלות משותפת של בני זוג ומהווה גם דירה המשמשת להם למגורים. האם גם לאחר שהרישום בדירה עבר לרוכש הזר תעמוד לבן הזוג זכות קדימה כאמור? יש להניח כי בית המשפט יתייחס למצב כולו כפי שהיה טרם הרישום הקנייני. מחד, הסכים בן הזוג התובע להתגורר בנכס המגורים המשפחתי ללא כל רישום לזכותו במרשם המקרקעין, מאידך, עשוי להימצא אפקט מכריע נגד הרוכש במשקל המצטבר של אלה:

1. אפילו סעיף 17 לחוק יחסי ממון משמר בעבור חוסיו זכויות קדימה על פי סעיף 101 לחוק המקרקעין.
2. בן הזוג המוכר את הדירה מוותר למעשה על חזקה בדירה מול משנהו, בעל הזיקה הקיימת בנכס. חליפו, הרוכש, עשוי להימצא כבול בהשלכות ויתור זה מול בן הזוג השני.
3. טובת המשפחה הוכרה על ידי המחוקק עצמו אפילו לכפיית "פעולה טעונת הסכמה" על בן זוג סרבן.<sup>98</sup> צד שלישי המתעקש לאחוז במחצית הדירה עשוי להידון בדומה.

עם זאת, ייתכן כי גורל החצי השני של הדירה יתברר על פי טעמים מעשיים. אם נשללת מן הרוכש הזר מחצית הממכר, הופכת העסקה כולה לבלתי כדאית מבחינתו. גם אם יתמיד הרוכש הזר במאבקו על החצי הנותר, הוא ייתקל בהגנה הקיימת לבן הזוג המתגורר בנכס על פי סעיף 40 לחוק המקרקעין, אשר נחקק להגנת הקן המשפחתי מול הליכי פירוק שיתוף.<sup>99</sup> גם כאשר מחליט בית המשפט על פירוק כאמור, "בררך של מכירה, לא יורה על ביצועה והמכירה תעוכב, כל עוד לא נוכח בית המשפט כי לילדי בני הזוג הקטינים ולבן הזוג המחזיק בהם, יחדיו, נמצא הסדר מגורים אחר המתאים לצורכיהם, לרבות הסדר ביניים

96 כך גם בע"א 4609/99 בעלי מקצוע נכסים (1987) בע"מ נ' סונדרס, פ"ד נו(6) 832, 842, 851, 853.

97 שם, בע' 852.

98 ס' 12 סיפה לחוק יחסי ממון.

99 ראו גם הצעת חוק לתיקון חוק המקרקעין, תשנ"ד-1994, ה"ח 553.

למגורים זמניים המתאים לצורכיהם, לתקופה שיקבע".<sup>100</sup> כך הרבר כאשר לדירה שהזכויות בה רשומות במרשם המקרקעין. ההגנה בנוגע לדירות מגורים שהזכויות בהן עדיין אינן רשומות במרשם המקרקעין, הוסדרה בסעיף 10א לחוק המיטלטלין, תשל"א–1971 (להלן: "חוק המיטלטלין") בעל התוכן הדומה. מול הרוכש הזר די לו לכן הווג האחר, בעל זכות השיתוף, אפילו ב"שב ואל תעשה". כל עוד לא הומצא לו ולילדיו הקטינים שעמו סידור חלופי (אף אם הוא משולב ב"הסדר ביניים למגורים זמניים"),<sup>101</sup> יוכל בן הזוג להמשיך ולהתגורר בדירה כבעבר. זכותו הטרם קניינית של בן הזוג על פי הלכת השיתוף אמורה אפוא להישמר גם כלפי צד שלישי, אשר אינו עומד במצב עדיף מזה של קודמו – בן הזוג שהתקשר בעסקה.

## ו. "צל קורתו" של בן זוג בלתי רשום בצל תחולתו של חוק יחסי ממון

מכוח הלכת השיתוף חלות הגנות הפרק הקודם (לעיל פרק ה') על בני זוג שחוק יחסי ממון אינו חל עליהם.<sup>102</sup> ברם, מה דינם של אלה אשר זכו להגנתו הבלתי שלמה של החוק ואשר מתגוררים בנכס שאיננו רשום על שמם? האם ייתכן שתוצאה טובה יותר תנבע לרוכשים זרים ואף לבני זוג רשומים רק מאחר שמועד הנישואין של בן הזוג הבלתי רשום חל לאחר 31.12.73?

הדברים עולים במשנה תוקף עם הזמן החולף, שבו מתווספים למעגל הנשואים בני זוג שחל עליהם חוק יחסי ממון.<sup>103</sup> מספרם היחסי של אלה גדל עוד יותר, מטבע הדברים ומדברים שבטבע, עקב הגידול באחוז הפקיעות של נישואין ותיקים. כרקע כללי יש להזכיר כי "התנגשות זכויות" של בני זוג בזכויות צדדים שלישיים שהתקשרו לרכישה נובעת לרוב מ"תרגיל" של בן הזוג הרשום כלפי

100 ס' 40 לחוק המקרקעין.

101 הסיפה של סעיף 40 לחוק המקרקעין וכן של תאומו סעיף 10א לחוק המיטלטלין קובעים את הסדר הביניים כזמני בלבד ולא כהסדר כולל. לו אלה היו פני הדברים היה המחוקק משתמש בניסוח שונה וכן היה ממיר את המילה "לרבות" שבסעיף במילה "או". לאזכור הסדר הביניים בסעיפי החוק האמורים טעם מעשי-מציאותי: בין שסידור המגורים החלופי הוא במבנה בבנייה ובין שבדירה שאיננה חדשה, נדרש, כמעט תמיד, פרק זמן ממשי עד לאפשרות קבלת החוקה בנכס. לפיכך, סידור מוצע כאמור לא יידחה על הסף, והוא עשוי להימצא כמספק. בין שלתקופת הביניים עד להשלמת הדירה החדשה ובין שעד לפינוי הדירה על ידי מוכר או מחזיק לפי המקרה, יימצא סידור מגורים זמניים מגשר ובאופן שתקופת הביניים לא תאריך. לרעתנו, אין אפוא יסוד לחשש שהועלה בעניין זה בדברי השופט טל בעניין יעקובי, לעיל הערה 1, בע' 582, 600, כאילו בהסדר ביניים זמני ניתן לפטור את הנזקקים. אגב, גם השופט שטרסברג-כהן, אשר אזכרה את הנושא בדבריה, לא ציינה כל חשש דומה. שם, בע' 618.

102 בן הזוג הבלתי רשום יהפוך לשותף רשום בעזרת הסעד שיעתור לו על פי הלכת השיתוף.  
103 החוק איננו חל על מי שנישאו לפני 1.1.74, כהוראת ס' 14 לחוק יחסי ממון. אגב, אם רוכב הגדול של הנישאים הטריים ביותר (מיום 31.12.73) שבתחולת הלכת השיתוף, היו לפחות בגיל 22 בעת נישואיהם, הרי שתוך כעשר שנים מפרסום שורות אלה תהפוך הלכת השיתוף לאירוע נדיר במקומותינו. להרחבה אפשרית של תחולת ההלכה ראו לעיל פרק ב' ולהלן פרק ז'.

הצד השלישי (לעתים תוך שיתוף פעולה בין בני הזוג עצמם), או כלפי בן הזוג הבלתי רשום (לעתים תוך שיתוף פעולה עם הצד השלישי). הראגה מפני פגיעה בצדק הסוציאלי עקב עוול לבני זוג תמימים אמורה לגבור כאן על הראגה מפני פגיעה בסדר הכלכלי עקב עוול לרוכשים תמימים, לפחות משלוש סיבות מעשיות:<sup>104</sup>

1. "תרגיל" של בן זוג רשום כלפי רוכש זר עלול להסתיים בחיובו של הראשון בפיצוי כספי ממשי עקב ההפרה החוזית. נטל זה ישפיע על הסל המשפחתי ועל בן הזוג השני. הדבר אמור להוות כאן בלם חלקי. לא כן הדבר כאשר מדובר ב"תרגיל" של בן הזוג האחד כלפי משנהו. ההסתברות לעוול שייגרם לבני זוג תמימים בלתי רשומים גבוהה אפוא יותר.
2. לרוכש ישנן אפשרויות לבדיקה מראש ולהסדרת בטחונות לקראת התקשרותו לרכישת דירת מגורים. מאידך, בן זוג תמים, שזכותו איננה רשומה, נתקל ברוכש הזר לרוב בהפתעה ומבלי שיספיק לנקוט צעדי הגנה מראש.
3. קשה להניע בני זוג לסכן את שלום הבית בררשות לרישומי קניין או להסדר ממון משלים כתחליף, אף אם מדובר בדירת המשפחה. מאידך, קל להרתיע רוכשים פוטנציאליים מרכישה חפוזה או רשלנית המתעלמת מבני הזוג האחרים. די בפסק דין מנומק אחד בעניין זה, כדי ליצור את ההרתעה הרצויה.

הנטייה המתבקשת להעניק הגנה משפטית למתגוררים בדירה המשפחתי נובעת גם מחשיבותו הבסיסית והמעשית של נכס זה, לא רק לתא המשפחתי, אלא אף לכל אחד מיחידיו. לפיכך, כאשר הפעילות המתרחשת מתכחשת לקשר הראוי בין קניין ל"קניון", אף ללא קשר קנוניה עם הרוכש הזר, לא יישאר המשפט אדיש לסכנה המתממשת ובאה על קן המשפחה. אם כך, אין להפלות בני זוג שחלה עליהם הלכת השיתוף, לעומת בני זוג מנישואים טריים יותר, חוסי חוק יחסי ממון.

כר פעולה נרחב קיים לצעדי עזר משפטיים<sup>105</sup> בין תוך הפעלת הוראות חוק יחסי ממון ובין על דרך פרשנותו תוך הסתייעות בדין שמחוצה לו:

1. סעיף 11 לחוק יחסי ממון מאפשר נקיטת אמצעים לשמירת הזכות העלולה להיפגע, לרבות על ידי רישום הערה מתאימה בכל מרשם שלפי חוק. הוראה זו מיועדת אף למנוע הברחת נכס חיוני כדירת המשפחה. עם זאת, לא נראה כי יש בסעיף 11 האמור בסיס לחילוץ הקניין בנכס אם כבר הושלם לרוכש הזר. זאת, הואיל והסעד של "רישום הערה מתאימה" במרשם מתייחס ל"נכס של אחד מבני הזוג", אך לא לנכס הרשום כבר כקניינו של צד שלישי.<sup>106</sup> על

104 להעדפת אינטרס במישור המשפחתי על אינטרס מסחרי של צד שלישי ראו גם ע"א 4374/98 עצמון נ' רפ, פ"ד נז(3) 433, 447.

105 צעדי עזר לצמצום סיכונים ופגיעות בבני זוג בלתי רשומים שחלות עליהם הוראות חוק יחסי ממון הוזכרו בחוות דעת רוב השופטים בעניין יעקובי, לעיל הערה 1, בע' 576-575 (הנשיא שמגר); בע' 598-599, 602 (השופט טל); בע' 614, 628 (השופט שטרסברג-כהן); בע' 637-638 (השופט מצא).

106 ס' 311(3) לחוק יחסי ממון.

אף האמור לעיל ניתן לסייע חלקית לבן זוג נפגע על ידי סעד של צו עקיבה לשם עיקול התמורה אשר קיבל בן הזוג המוכר, וכנגזר מכך אף לשם עיקולו של כל דבר שנרכש בינתיים באמצעות תמורה זו.<sup>107</sup> כל זאת, לפחות לגבי מחצית התמורה, בהתאם לחלוקה הצפויה באיזון המשאבים לפי חוק יחסי ממון.

2. סעיף 9 לחוק המקרקעין עשוי אף הוא לסייע אם הזכות העתידית של בן הזוג לפי חוק יחסי ממון תוכר כעסקה לעניין אותו חוק.<sup>108</sup> והרי הסכם בין הצדדים קיים מכוח החוק עצמו, ובמשולב עם כתוביו.<sup>109</sup> על פי חוק יחסי ממון צפויה חלוקת המשאבים להיעשות עם פקיעת הנישואין גם בדרך של חלוקה בעין ואולי אף בעדיפות לדרך זו.<sup>110</sup>

על פי הפסיקה הקיימת, גם אופציה לקבלת זכויות בנכס מקרקעין הנה בגדר התחייבות לעשות עסקה במקרקעין.<sup>111</sup> במקרה של מכירת נכס מקרקעין לצד שלישי, אף שלבן הזוג יש אופציה ראשונה בזמן, יחולו סעיפי העסקאות הנוגדות ויעדיפו את בן הזוג, אף שכל עוד לא הפעיל את האופציה למעשה לא הייתה לו זכות מלאה לגבי הנכס.<sup>112</sup> כאמור לעיל, בהיעדר נסיבות מיוחדות לא יוכל רוכש זר להימצא תם לב בבואו לרכוש נכס מגורים המשמש בפועל גם לבן הזוג הבלתי רשום.<sup>113</sup> מטעם זה, יופעל סעיף 9 לחוק מקרקעין כנגד הצד השלישי, הרוכש, עקב אי-מילוי תנאי חלקו השני של סעיף, גם אם הושלם לאותו קונה רישום קנייני. האם הרברים יפים גם מול זכות האופציה שלפי חוק יחסי ממון? אמנם לא מובטח לבן הזוג כי עם פקיעת הנישואין יזכה בדירה, או אף במחציתה, על דרך חלוקה בעין לפי הסדר איזון המשאבים הקבוע בחוק. מאידך, גם ההיפך אינו ודאי, ויש להניח כי בהסתברות הקיימת של שתי האפשרויות, יעדיף בית המשפט את זכותו של בן הזוג, ובמיוחד אם ילדי המשפחה עמו. הצד השלישי יופנה אזי לחפש את תרופתו בסעד של פיצויים כנגד מי שהתחייב כלפיו – הוא בן הזוג הרשום.<sup>114</sup> הנחתנו זו אמורה לפחות לאותם מקרים נפוצים שבהם דירת בני הזוג הנה עיקר נכסי המשפחה, ודירה חלופית אינה נמצאת בהישג סביר.<sup>115</sup>

- 107 עניין איתים, לעיל הערה 51, בע' 880.
- 108 כפי שהוכרה, למעשה, זכות השיתוף הפסוקה בעניין בן-צבי, לעיל הערה 9.
- 109 ס' 3 לחוק יחסי ממון; עניין גיטלר, לעיל הערה 6.
- 110 חלוקה בעין הנה אחת מדרכי איזון המשאבים שבס' 6 לחוק יחסי ממון. קשה לראות חלוקה המעבירה נכס ממשי כנכס מגורים לקניינו של בן זוג אשר איננו בעל זכויות רשומות בנכס כחלוקה ראויה. אך אם צרכיו וצורכי צאצאיו שעמו מצדיקים ומצריכים זאת, הדבר בר מימוש באיזון משאבים לפי החוק.
- 111 ע"א 270/74 ברזילי נ' יורשי גרינבאום, פ"ד כט(1) 658, 661; ע"א 273/78 גרוסמן נ' כספי, פ"ד לג(3) 300, 303.
- 112 נ' כהן "ביטול חוזה והשפעתו על עסקאות במקרקעין בלתי רשומים" הפרקליט לה (תשמ"ג) 215, 231.
- 113 ראו גם לעיל פרק 3ד.
- 114 ראו הפניה דומה של השופט מלץ בעניין איתים, לעיל הערה 51, בע' 874.
- 115 התוצאות במקרה כזה עולות כדי הרס הקן המשפחתי והשלכת בני משפחה מבתים. עם השלכות כאלה (תרתני משמע) יתקשה המשפט להשלים.

3. הגנה אחרת לבן הזוג בסוג המקרים הנדון, מכוונת לחזקה בפועל ולזכות החזקה המידית הכרוכה בה. שהרי, במצב הרגיל, לבן הזוג הבלתי רשום זכות שימוש וחזקה בנכס המגורים, ללא זכות קניין, ואף במשותף עם בן הזוג הרשום. לכאורה די אפוא בשימורו של המצב הקיים כפי שהיה עובר למחלוקת. שימורה הנמשך של חזקת בן הזוג בנכס המגורים אמור להיות מטרה קלה יותר להשגה. חוק יחסי ממון אינו שולל יעד צנוע זה:
- 3.1. חוק יחסי ממון צופה פני חלוקת המשאבים במועד פקיעת הנישואין. חזקה זמנית בנכס, למועד שאינו מאוחר מפקיעת הנישואין, איננה נוגדת את איוון המשאבים שבנקודת הסיום.
- 3.2. סעיף 4 לחוק יחסי ממון מבהיר היעדר תלות בין בני הזוג בהעברת זכויות, אך אינו שולל אפשרות של העברת זכויות "פנימית".<sup>116</sup> זאת, אף לפי לשון החוק כפשוטה. הגבלה כאמור ממילא לא תנבע מהנישואין כשלעצמם, כנזכר בסעיף 4, אלא מעסקה אשר בני הזוג חופשיים לקשור בינם לבין עצמם.
- 3.3. חופש עשייתו של כל בן זוג בנכסיו הותר כאמור בסעיף 4 לחוק יחסי ממון. ברם, אפילו בעלות במקרקעין כפופה על פי הגדרתה בחוק המקרקעין למגבלות על פי דין או הסכם.<sup>117</sup> אף על פי כן, הרשות השופטת, אשר בצדק התקשטה בעטרת "שומרת השוויון ומגינת הנזקקים" בסוגיית חזקת השיתוף, לא נתקשתה להתאים הליכותיה והלכותיה בנושא, מול דיני הקניין ולצד צורכי הביטחון המסחרי.<sup>118</sup> כל זאת, כדי לבסס ולשמר לבן הזוג האחר זכות בעלת יסודות קנייניים, למרות רישום קנייני מלא הקיים למשנהו. האם לא תימצא הדרך לשריין לבני זוג שחל עליהם חוק יחסי ממון לפחות זכות חזקה ושימוש במתכונת הקיימת להם וכאמצעי מגן למגוריהם?
- 3.4. זכות החזקה והשימוש של בן הזוג הבלתי רשום, לפחות בנכס המגורים המשפחתי, תואמת את הגדרתה של "שכירות" לפי סעיף 3 לחוק המקרקעין – התמורה בעבור שכירות איננה חייבת להיות דווקא בכסף.<sup>119</sup> להרתעתו של רוכש זר די אם נכס המגורים יימצא תפוס על ידי המתגוררים בו לתקופה של שנים אחדות. תוצאה זו תנבע, לזכותו ולהגנתו של בן הזוג הבלתי רשום, אם תוחל כאן הוראת סעיף 79(א) לחוק המקרקעין, שלפיה "שכירות לתקופה שאינה עולה על חמש שנים" יכול שתיווצר אף לפי התחייבות שאיננה בכתב. בהקשר זה, יכול שהכוונה המשתמעת מיחסי נישואין תקינים תתפרש ותתפרס ליצירתה

116 עניין יעקובי, לעיל הערה 1, בע' 561, 602, 613.

117 ס' 2 לחוק המקרקעין. וכן, עניין רוקר, לעיל הערה 49, לעניין תחולת עקרון תום הלב גם על הנובע מבעלות במקרקעין.

118 ראו לעיל פרק ד'.

119 הגדרת "שכירות" בס' 3 לחוק המקרקעין דורשת תמורה אך לא דווקא דמי שכירות; לעניין תיקון הגדרת התמורה בס' 3 לחוק המקרקעין ראו ס' 1(33) לחוק השכירות והשאלה, תשל"א-1971.

המתחדשת, מדי יום, של זכות שכירות לבן הזוג הבלתי רשום בנכס המגורים המשפחתי, ומדי חידוש – לתקופה המרבית שאיננה חייבת ברישום ואף לא במסמך בכתב, קרי חמש שנים.

מכיוון שבני זוג מסוכסכים עשויים וצפויים לעתים להתפייס, הרי קרע ביחסיהם צריך להיחשב כמפסיק את החידוש האמור רק בנקודת הזמן שבה הוא ראוי להיחשב כבלתי ניתן לאיחוי, כגון במועד חתימת חוזה המכר עם צד שלישי. שכירות קונסטרוקטיבית כזו, אף אם הנה לחמש שנים, תסתיים קודם לכן אם פקע קשר הנישואין במהלכה, שאז נוצרת הזכות לאיזון משאבים לפי חוק יחסי ממון,<sup>120</sup> או אם הומצא לבן הזוג דיור חלופי.<sup>121</sup> ברם, ברור למדי כי הרוכש הזר לא יממן דיור חלופי שכזה ולא ימתין שנים אחרות עד לפינוי הנכס. הדעת נותנת, כי יעדיף לתבוע פיצויים מבן הזוג המוכר תוך נטישת המאבק על הנכס עצמו.

4. פקודת הנזיקין [נוסח חדש] (להלן: "פקודת הנזיקין"), המגנה על בני אדם כנושאי זכויות משפטיות ובתור שכאלה,<sup>122</sup> מסייעת גם בסוגייתנו. הגנה כזו, הנראית מיותרת במקרה של תחולת הלכת השיתוף, חיונית ומועילה במקרים שבהם חל חוק יחסי ממון.

ניסיונו של צד שלישי לפגוע בחזקתו הקיימת של בן הזוג בנכס המגורים, הנו בגדר התערבות ביחסים חוזיים, המהווה עוולה של גרם הפרת חוזה לפי סעיף 62 לפקודת הנזיקין. היסוד הכפול הנדרש על פי הסעיף – ידיעה והיעדר צידוק ראוי – ניתן להוכיח בקלות יחסית, באשר מדובר בנכס משפחתי מובהק כדירת המגורים בפועל. מתווספת לכאן ההלכה הפסוקה, שלפיה די לעניין הידיעה הנדרשת גם בעצימת עיניים.<sup>123</sup> זאת ועוד, גם לגבי זכויות מן הדין, החלות על יחסיהם של צדדים, מיוחסת ידיעה קונסטרוקטיבית לצד השלישי, המעוול.<sup>124</sup> אין להתעלם גם מכך שרוכשי נכסים נוהגים לבדוק את מצבו הפיזי של הנכס, כדי להתרשם ממצב החזקתו בפועל, ולא רק ממצב תחזוקתו. לכאן גם מתקשר החשש הקיים עדיין במציאות הכלכלית והמשפטית בישראל, בדבר קיומו של דייר מוגן בנכס – דבר העלול להשמיט את כדאיות הרכישה המדוברת. רוכש זר ינהג באופן בלתי סביר אפוא אם יימנע מבדיקה ראויה של החזקה בפועל בנכס.

אמנם כהוראת סעיף 62(ב) לפקודת הנזיקין: "לעניין סעיף זה, היחסים הנוצרים על ידי נישואין לא ייחשבו כחוזה", אך הסייג חל רק על קשר הנישואין עצמו למניעת ריבוי תביעות קשות הוכחה ומרבות־מדנים. זכויות

120 ס' 5 לחוק יחסי ממון.

121 ראו חוק המקרקעין (תיקון מס' 17), תשנ"ה–1995, ס"ח 138, תיקון אשר הוסיף את ס' 40א לחוק המקרקעין ועמו כהשלמה את ס' 10א לחוק המיטלטלין. בנוסף, ראו לעיל פרק ה'.

122 לקשיי הגדרתה של האחריות בנוזיקין ראו ג' טרסקי (עורך) דיני הנזיקין – תורת הנזיקין הבללית (מהדורה שנייה, תשל"ז) 4, 8.

123 ע"א 628/77 חסיד נ' קנופף, פ"ד לד(2) 225 (להלן: עניין חסיד); בעקבותיו, ע"א 2600/90 עלית בע"מ נ' סרנגה, פ"ד מט(5) 796, 811 (להלן: עניין עלית); ע"א 7785/99 ארז נ' פאריינטה, פ"ד נה(3) 85, 92–95.

124 עניין עלית, לעיל הערה 123, בע' 811; עניין חסיד, לעיל הערה 123, בע' 232.

חוזיות הנוצרות על רקע הנישואין, או אפילו עקב הנישואין כבענייננו, לא הופקרו על ידי המחוקק לפגיעה מצד שלישי.<sup>125</sup> ואכן, כבר קבע בית המשפט העליון כי "שיתוף הנכסים בין בני הזוג, אינו נובע מקשר הנישואין, [...] אלא נובע מהסכם מכללא בין בני הזוג".<sup>126</sup> אם כך בעניין חזקת השיתוף כך גם בענייננו, לגבי הזכות לחזקה בפועל הנובעת מחיי השיתוף. עצם התערבותו של הרוכש הזר בקשר החוזי הקיים בין בני הזוג, יש בה משום גרם הפרת חוזה, אף אם לא היה צד אקטיבי בעסקה, ואף אם בן הזוג המוכר היה מתקשר למכירה עם כל רוכש מתאים אחר:<sup>127</sup>

"ההלכה במשפט האנגלי ובמשפט הישראלי היא, כי עצם העובדה שאדם כורת חוזה עם חברו, תוך ידיעה על קיומו של חוזה נוגד בין חברו לבין אחר, מהווה גרימה להפרת חוזה במשמעותה של העוולה".<sup>128</sup>

מורכבת יותר השאלה אם יש בכוחו של סעיף 62 לפקודת הניזקין להחזיר לקדמותו את מצב הרישום הקנייני לגבי נכס המגורים הנדון כפי שהיה לפני העברתו לרוכש הזר. שהרי לפי ההסכם הסטטוטורי שקבע המחוקק בחוק יחסי ממון, לכל בן זוג זכות עתידית לאיוון המשאבים אף על דרך חלוקה בעין של הקניין בנכסי המשפחה.<sup>129</sup> "מסלול המכשולים" המשפטי כרוך כאן בשאלת קיום סעד השבה על פי פקודת הניזקין, פרט לעולות הבורדות שבהן נקבע הסעד במפורש<sup>130</sup> ואשר סעיף 62 איננו בגדרן. עם זאת, יש להניח כי רוכש זר אשר הסתבך כבר במחלוקת עם בן הזוג המתגורר בנכס, לא יסבך גם את הבירור המשפטי, וכי יד התבונה המעשית תגבר בשיקוליו טרם פעולת בית המשפט במגוון סמכויותיו.

הגנת בני זוג במגורי המשפחה עשויה אפוא להיות יעילה ומספקת גם ללא הלכת השיתוף, אף בצל תחולתו של חוק יחסי ממון.

- 125 נ' כהן התערבות ביחסים חוזיים (מהרורה שנייה, תשמ"ו) 115. לעניין החריג שבפקודה ראו גם נ' כהן "סטטוס, חוזה וגרם הפרת חוזה" הפרקליט לט (תש"ן) 304, 317-318.
- 126 ע"א 2/77 אזוגי נ' אזוגי, פ"ד לג(3) 1, 27.
- 127 כך, למעשה, בעניין עלית, לעיל הערה 123, בע' 810. וכן על רקע חלקו הפעיל של מפר החוזה בהקמת שותפות עם הצד השלישי המעוול, שם, בע' 801.
- 128 כהן, לעיל הערה 125, בע' 64, 251; נ' כהן "גרם הפרת חוזה" דיני הניזקין - העולות השונות (מהרורה שנייה, ג' טרסקי עורך, תשנ"ו) 124-125. הלכת היסוד בסוגיה נפסקה על ידי השופט (כתוארו אז) אגרנט בע"א 50/123 באורנפרוינד נ' דרזנר, פ"ד ה 1559.
- 129 בס' 6 לחוק יחסי ממון מתגלה בעייתיות בהקניה דרך חלוקה בעין של נכס מקרקעין לבן זוג שכלל לא היה רשום כבעל זכויות.
- 130 על אף עקרון היסוד של "השבת המצב לקדמותו", אין בפקודת הניזקין זכות השבה מפורשת לגבי נכס אלא רק בעולות של גזל ועיכוב שלא כדיון (ס' 51 ו-55 לפקודה). לדעת פרופ' ברק, אין בכך הסדר שלילי וצו השבה יכול שיינתן ככל צו עשה לפי ס' 71 ו-74 לפקודת הניזקין; טרסקי, לעיל הערה 122, בע' 556-560. דעתו החולקת של פרופ' טרסקי הובעה והובאה במאמרו ג' טרסקי "תביעת הבעלים למסירה ופקודת הניזקין" הפרקליט לט (תש"ן) 44, 50. הסוגיה הועלתה גם על ידי השופט אנגלרד, בעניין רוקר, לעיל הערה 49, בע' 216.

## ז. לקראת צערי חקיקה ופסיקה

ניסינו להראות כי גם במצב הקיים קיימות הגנות ראויות לבני זוג בנכסי מקרקעין של המשפחה, ובמיוחד בדירת מגוריה, אף בהיעדר רישום קנייני של זכויות. אלה שנישאו לפני 1.1.74 וכן ידועים בציבור, מוגנים היטב מכוח הלכת השיתוף הידועה.

חוק יחסי ממון במתכונתו הקיימת אינו מגן באותה מידה על חוסיו – מי שנישאו לאחר 31.12.73. אם תשולב בעבורם הלכת השיתוף, ככלי המספק הגנה משלימה לבני זוג מקופחים, דומה שהרבר ימצא מוצדק ומבוסס אף מבלי שתיווצר התנגשות בין שתי הרשויות הנוגעות בדבר. הרחבת הפסיקה הקיימת מעבר לכך אמורה להיבחן גם על פי סבירות פתרונות הביניים והסעדים הזמניים אשר ניתן לדלות מחוק יחסי ממון.

על כל שכבר הצענו, יובא לסיום גם זאת: כאשר מתברר רקע ממשי בין בני זוג שנישאו לאחר 31.12.73 (לרבות ניסיון חד-צדדי להעביר זכויות לצד שלישי), זכאי הנפגע לבקש להסתייע בסמכויות השיפוטיות שלפי סעיף 11 לחוק יחסי ממון. להחלתו, די אפילו בהתקיימו של חשש סביר שבן הזוג האחר עומד לעשות "פעולה שיש בה כדי לסכל זכות או זכות עתידה"<sup>131</sup>. את סעיף האמצעים הנ"ל, ניתן לפרש וליישם גם על רקע סמכויות מיוחדות שנקבעו לבית המשפט או לבית הדין בסעיף 8 לחוק. אמנם אלה יופעלו רק ב"נסיבות מיוחדות המצדיקות זאת" ורק בבקשה "שהוגשה לאחר פקיעת הנישואין"<sup>132</sup>. אולם סעיף 11 צופה גם התקיימותן האפשרית של הנסיבות המיוחדות האמורות. אשר על כן, גם אם עדיין לא פקעו הנישואין, ובמיוחד כאשר סיומם הצפוי מתעכב מסיבות שאינן תלויות בבן הזוג הנפגע, ייתכן שיוצדקו גם הצעדים הבאים:

1. ייפתחו הליכים לקראת איזון משאבים כולל אשר מימושו כפוף כמובן לפקיעת הנישואין. על פי סעיפים (3)8 ו-(4)8 לחוק יחסי ממון מתאפשר צעד מכין כאמור אף לפי מצב הנכסים ושוויים כפי שהם בהווה.
2. במסגרת האמור לעיל ניתן גם לצוות על:
  - 2.1. מתן ידיעות, לרבות על דרך חקירה, הצגת שאלונים, חיוב להציג מסמכים, חיוב למסור כתבי ויתור על סודיות בנקאית וכיו"ב, והכול – לפי סעיף (1)11 לחוק.
  - 2.2. הגבלת פעולות הנתבע, לרבות מניעת מימוש זכויות או היוון של גמלאות או פנסיה, מניעת השכרת נכס או מישכונו וכיו"ב – לפי סעיף (2)11 לחוק.
  - 2.3. הקפאת נכסים, לרבות על דרך "רישום הערה מתאימה בפנקס המתנהל על פי חוק" לפי סעיף (3)11 לחוק נוסף להטלת עיקולים רגילים על נכסים וזכויות.
  - 2.4. מתן ערובה לפי סעיף (1)11 לחוק כאמצעי ביטחון נוסף.
  - 2.5. כינוס נכסים לגבי נכסים וזכויות של הנתבע, לפחות כהשלמה לאמור, ולפי הצורך.

131 ס' 11 לחוק יחסי ממון.

132 שם, בס' 8.

3. כאמצעי עירוד לבן הזוג הנתבע, שלא לעכב את מתן הגט, ניתן אף להעמידו על כך שסירוב שרירותי נמשך עלול להביא להפעלת הסמכות המיוחדת שבסעיף 28(2) לחוק, היא הסמכות "לקבוע שאיזון שווי הנכסים, כולם או מקצתם, לא יהיה מחצה על מחצה, אלא לפי יחס אחר שיקבע" בית המשפט או בית הדין. הפעלת סמכות זו צוינה כאפשרות בעניין אבו רומי כפיצוי מאזן לבן הזוג החלש שממנו נשללת דירת המגורים.<sup>133</sup> לפי הצעתנו, היא עשויה להתאים גם כפיצוי על נזקים שייגרמו לבן הזוג החלש עקב סירוב מתמשך כאמור.

אם הניסיון המעשי יוכיח כי גם בכל אלה לא די, יהא בכך טעם נחרץ לתיקון המעוות על ידי הרשות המחוקקת טרם התגייסותה לכך של זו השופטת. ברם, תיקון החוק הצפוי של המחוקק הוא בהקדמת איזון המשאבים למועד שלפני פקיעת הנישואין אם יצדיקו זאת נסיבות מתמשכות של משבר.<sup>134</sup> לפיכך, עדיין יתעורר צורך במתן סיוע והגנה לבן הזוג שאין לו זכויות רשומות בנכסי המקרקעין המשפחתיים. זאת, לפחות בתקופת הביניים שעד למימוש ההסדר. אם גם אז לא יספיקו לכך אמצעי ההגנה המגוונים החקוקים, עשויה הלכת השיתוף לעמוד כקו הגנה נוסף, תומך ומשלים – קו אשר יצרה הפסיקה למניעת קיפוח בקרב בני זוג נשואים, בתור שכאלה, יהא מועד נישואיהם אשר יהא!

133 עניין אבו רומי, לעיל הערה 28, בע' 183.

134 לעיל הערה 26.

