

# פירוק שיתוף במקרקעין בין בני-זוג

השופט דן ארבל\*

## א. מבוא

חוק המקרקעין, תשכ"ט-1969, הכיר בבעלות משותפת במקרקעין מסוג "Tenancy In Common" ולא מסוג "Joint Tenancy". היינו, לכל שותף בעלות נפרדת בחלקו במקרקעין, והלכת ההתרבות, איננה חלה בין השותפים (Survivorship)<sup>1</sup>. לאחר שבעבר נהג בין בעלים משותפים במקרקעין הכלל, לפיו לכל שותף זכות וטו בשאלת דרכי השימוש במקרקעין, והיה על השותפים, כאשר נוצר מצב ללא מוצא, לפנות לבית-המשפט, אשר היה מוסמך במקרים מסוימים לצוות על הדרך לחלוקת ההנאה בין השותפים<sup>2</sup>, זנח חוק המקרקעין 1969 את עיקרון זכות הוטו, וקיבל את עיקרון הרוב, לפיו מוסמכים בעלי רוב החלקים במקרקעין המשותפים, לקבוע כיצד ישתמשו וינצלו הרכוש המשותף<sup>3</sup>. יחד עם זאת, דאג חוק המקרקעין להגן על המיעוט בפני עושיק הרוב, על-ידי שאיפשר פנייה לבית-המשפט, הרשאי להחליט במקרים כאלה לפי מה שנראה בעיניו "צודק ויעיל בנסיבות העניין"<sup>4</sup>, וכן נקבע חריג לפיו — "דבר החורג מניהול או משימוש רגיל טעון הסכמת כל השותפים"<sup>5</sup>.

כאשר שותפים במקרקעין שניים בלבד, לא יכול מטבע הדברים להתגבש רוב. במצב דברים כזה מתגלה ההסדר בחוק כבלתי מעשי ובלתי יעיל. החוק קובע אמנם כי כל שותף רשאי להשתמש שימוש סביר במקרקעין, ובלבד שלא ימנע שימוש כזה משותף אחר<sup>6</sup>, וכן מצויים בחוק הסדרים נוספים שמטרתם להציע פתרון למצבים שבהם נדרשת פעולה דחופה ובלתי צפויה מראש, או כאשר עלול להיגרם למקרקעין נזק<sup>7</sup>. אך במקרה

\* נשיא בית-משפט-השלום בתל-אביב והמרכז.  
1 ראה בעניין זה ספרו של פרופ' י' ויסמן חוק המקרקעין תשכ"ט-1969 מגמות והישגים (תש"ל), 45.

וראה C.R. Noyes *The Institution of Property* (London, 1936) P. 463.  
2 ע"א 191/58 ברוינר נ' לברון, פ"ד יד 169, וכן השווה ע"א 64/65 עיזבון משיח נ' משיח, פ"ד כ(1) 126.

3 ראה סעיף 30 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969.

4 שם, ראה סעיף 30 (ב).

5 שם, ראה סעיף 30(2).

6 שם, ראה סעיף 31(א)(1).

7 שם, ראה סעיף 31(א)(2) וכן סעיף 31(א)(3) לחוק.

בו אנו עוסקים, היינו, שני בני-זוג המתגוררים בדירת מגורים, אין בהסדרים שבחוק פתרון למציאות שבה שני בני-הזוג השותפים בדירה, מבקשים שניהם להשתמש בכנס שימוש סביר, אך הגיעו לידי משבר ביחסיהם האישיים, שאינו מאפשר עוד שימוש משותף בדירה.

כללית, הפתרון בחוק המקרקעין למצב שבו השותפים במקרקעין, או מי מהם, הגיעו למשבר ביחסיהם, או שאינם רוצים עוד בשיתוף במקרקעין, הינו — פירוק שיתוף במקרקעין<sup>8</sup>. אין ספק כי עצם השותפות במקרקעין, אינה זוכה לאהדה מרובה, לא בחוק המקרקעין ואף לא בשיטות משפט אחרות<sup>9</sup>. הבסיס לחוסר אהדה זה הינו, כי עצם השותפות במקרקעין טומנת בחובה ניצנים של ריב ומדון, ויכולתם של בתי-המשפט להבטיח שלום בין השותפים מוגבלת למדי.

אחת השאלות העיקריות שנעסוק בהן הינה, האם "מגיע" יחס כזה גם לשותפות במקרקעין שבין בני-זוג. לשון אחר — האם דינם של בני-זוג השותפים במקרקעין כדין שותפים רגילים, או שמא יש לראותם בהקשר כללי יותר של דיני המשפחה, אשר במסגרתם יש לשקול שיקולים נוספים ואחרים, כמו זכויות האשה למדור, טובת הילדים וכדומה<sup>10</sup>. ננסה לבדוק את הדין הקיים בנושא פירוק השיתוף בין בני-זוג, לבחון את מגבלותיו, ולהציע פתרונות למצבים שונים העשויים להיווצר בין בני-זוג המתגוררים יחדיו בדירת מגורים. עוד נעסוק בשאלת חלות הסדר הפירוק שבחוק המקרקעין על זכויות בלתי רשומות, כמו זכויות על-פי הילכת השיתוף, וכן בדינים הנוספים החלים על פירוק שיתוף במקרקעין בין בני-זוג, מידת חלותם ובאיזו מידה על בית-המשפט להתחשב בהם, אם בכלל<sup>11</sup>.

לאור כל זאת, ננסה לבחון את מידת הסמכות ושיקול-הדעת שיש בידי בית-המשפט, כבואו לרון בפירוק שיתוף במקרקעין בין בני-זוג<sup>12</sup>, היקפם, והאלמנטים שעל בית-המשפט לקחת בחשבון כבואו להחליט על פירוק השיתוף בדירת בני-הזוג.

- 8 שם, ראה פרק ה' סימן ב'.
- 9 ראה אצל פרופ' ויסמן, לעיל הערה 1, בע' 50 וכן — *Leigh V. Dickson* [1884] P. 60 (C.A.) —
- 10 ד"ר א' רחן צבי יחסי ממון בין בני-זוג (תשמ"ב) 94, וכן ע"א (חי') 112/75 ורחן נ' ורון, פ"מ תשל"ו(2) 120 וע"א (ת"א) 191/79 פורמן נ' פורמן (לא פורסם, אך מצוטט בספרו הנ"ל של רחן צבי).
- 11 כמו חוק הגנת הדייר [נוסח משולב], תשל"ב-1972, או חוק יחסי ממון בין בני-זוג, תשל"ג-1973.
- 12 יש הטוענים כי אין בידי בית-המשפט שיקול-דעת כל שהוא, ועליו להיענות בכל מקרה לתביעה לפירוק שיתוף במקרקעין בין בני-זוג. כך למשל ע"א (חי') 222/84 אילון נ' אילון, פ"מ תשמ"ה (3) 406, וכן ע"א 28567/84 פלד נ' פלד, פ"מ תשמ"ו (2) 512 וע"א 319/74 רובינשטיין נ' פיין, פ"ד (1) 454, 458, שאמנם לא עסק בפירוק השיתוף בין בני-זוג, אך התייחס לנושא שיקול-הדעת.

### ב. הסדר הפירוק על-פי חוק המקרקעין וזכויות בלתי רשומות

חוק המקרקעין מקדיש תת פרק מיוחד לפירוק השיתוף במקרקעין<sup>13</sup>, אשר עיון בו מלמד על הסדר מקיף של הסוגייה. סעיף 37(א) לחוק קובע:

“(א) כל שותף במקרקעין זכאי בכל עת לדרוש פירוק השיתוף.”

כיוון שעוסקים אנו בשותפות בין בני-זוג, מיד צפה ועולה השאלה, האם עוסק ההסדר אך ורק בשותפות מכוח חוק המקרקעין, או שמא מדובר גם בשותפות שנוצרה מכוח הלכת השיתוף בין בני-זוג. הלכת השיתוף נוצרה טרם חוק המקרקעין<sup>14</sup>.

רווחה אז הדעה כי בעלותו של בן-זוג שעל שמו בלבד רשומה הדירה, כפופה לזכות שביושר של בן-הזוג השני, אם אמנם עומדת חזקת השיתוף, או שניתן להסיק כוונת שיתוף<sup>15</sup>. אלא שחוק המקרקעין ביטל במפורש זכויות שביושר וקבע בסעיף 161: “מתחילת חוק זה אין זכות במקרקעין אלא לפי חוק” כשבכותרת הסעיף נאמר: “שלילת זכויות שביושר”. נקבעו אף הוראות מעבר בסעיף 166, אשר עוררו פולמוס נרחב, אשר דומה כי עד היום לא בא על פתרונן<sup>16</sup>. יתרה מזאת, סעיף 7 לחוק המקרקעין קבע כי עיסקה במקרקעין טעונה רישום ונגמרת ברישום, ואילו סעיף 8 קבע כי – “התחייבות לעשות עיסקה במקרקעין טעונה מסמך בכתב”. והרי יסודה של הלכת השיתוף הינו הסקת כוונת שיתוף מחיי הנישואין ללא מסמך בכתב.

בפרשת חשש נ' דמארי<sup>17</sup> התעוררה שאלה זאת. בית-המשפט (כבוד השופט שרשבסקי) קובע, כי אכן אין זכות האשה הטוענת לזכויות מכוח הלכת השיתוף, זכות חפצית, אך ביחסים הפנימיים שבין בני-הזוג, כלומר במישור האובליגטורי, אין צורך במסמך בכתב, ובלשון השופט שרשבסקי:

“לפיכך, להקניית הזכויות האובליגטוריות ההן לאחר, כגון לשיתופו בהן, ביחסים הפנימיים בין הצדדים להסכם הפנימי הזה, מבלי שבזה גרידא נוצרת כל זכות כלפי בעלי המקרקעין, אין צורך במסמך בכתב, כי הוא איננו בבחינת התחייבות של בעל זכויות במקרקעין להקנות אותן לאחר...”<sup>18</sup>.

פרופ' ויסמן מעלה את הסברה כי ניתן להכיר בזכויות שביושר של בן-זוג אחד, בזכויות

- 13 פרק ה' סימן ב' לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969.
- 14 תחילת ההלכה, בע"א 300/64 ברגר נ' מנהל מס עיזבון, פ"ד (2) 240, וכן ע"א 253/65 בריק נ' בריק, פ"ד כ (1) 589.
- 15 שם, ע"א 253/65, 594-596, וכן ע"א 446/66 לוי נ' גולדברג, פ"ד כד (1) 813, 819.
- 16 ראה בעניין זה, מאמרו של ד"ר א' גולדנברג "חוק המקרקעין, תשכ"ט-1969, הוראות המעבר ומורשת העבר" עיוני משפט ב (תשל"ב-1972) 839.
- 17 ע"א 514/76 חשש נ' דמארי, פ"ד לא (2) 505.
- 18 שם, בע' 516. יש לשים לב כי כאותו מקרה היו הצדדים עצמם בעלי זכות אובליגטורית בלבד כלפי מינהל מקרעי ישראל, אשר התחייב להקנות להם בעתיד זכויות במקרקעין, ולראות את פסק-הדין על רקע עובדתי זה.

במקרקעין של בן-הזוג האחר, גם לאחר תחילת חוק המקרקעין<sup>19</sup>. עמדתו של פרופ' ויסמן מבוססת על חוק השליחות. לגישתו ניתן לראות את בן-הזוג הטוען לזכות על-פי הילכת השיתוף, כמיופה כוח של בן-הזוג השני, ויפוי כוח זה כולל גם עשיית פעולות כלפיו צד שלישי. דא עקא שפסיקת בית-המשפט דחתה רעיון זה<sup>20</sup>. ד"ר א' רייכמן דן בסוגייה זאת, ומצביע על הקשיים המתעוררים במיוחד במישור הקנייני, בהכרה בזכויות בן-זוג שנרכשו לאחר חוק המקרקעין<sup>21</sup>.

בית-המשפט העליון בהיותו ער לקשיים שעורר חוק המקרקעין בסעיף 161, התייחס במפורש לשאלה בפרשת כבשני הנ"ל באומרו:

"אני עדיין בדעה, שאותה זכות של בן-זוג שנולדה מפסיקתו של בית-משפט זה אין לראות בה קניין שביושר במובנו הרגיל, כמו למשל ביחסים שבין קונה ומוכר, אלא זאת היא זכות מסוג מיוחד, שנוצרה על-ידי פסיקה ובאותה פסיקה גם נקבעו הגבלותיה, ובמיוחד ההגבלות במקרה של התנגשות עם זכויות צד שלישי"<sup>22</sup>.

על הקושי העיוני בהגדרת זכותו של בן-זוג בדירת מגורים, לאחר חוק המקרקעין, עמד בית-משפט-השלום בת"א<sup>23</sup>. הפתרון שמצא בית-המשפט היה פנייה לחוק המטלטלין סעיף 13, אשר על-פיו זכויות שטרם נרשמו הינן זכויות במטלטלין, וניתן לבית-המשפט להורות על-פירוק השיתוף בזכויות כאלה על-פי סעיף 10 לחוק המטלטלין<sup>24</sup>.

עדים אנו איפוא, לניסיונות שונים למציאת פתרונות שהמכנה המשותף לכולם – ניסיון להתגבר על הקשיים שהציב סעיף 161 לחוק המקרקעין, כאשר אין בית-המשפט חפץ לסגת מהלכת השיתוף, ואף לא מן ההלכות הנוגעות לפירוק שיתוף במקרקעין, אף לגבי מקרקעין בלתי רשומים, שהזכויות בהם אינן זכויות על-פי חוק המקרקעין. היטיב לבטא את הדברים כבוד השופט בכור, בפרשת כהן נ' כהן<sup>25</sup> באומרו:

- 19 Prof. Weissman "Can a Spouse Confer a Better Title than he Possesses?" 7 *Isr. L.* 302 (1972) *Rev.* וכן ע"א 595/69 אפטה נ' אפטה, פ"ד כה (1) 561, 567, דברי השופט ברנזון. ראה גם מאמרו של פרופ' י' ויסמן "שיתוף בנכסים" קובץ הרצאות בימי עיון לשופטים (תשל"ה-תשל"ו) 1.
- 20 ע"א 388/76 כבשני נ' מנהל מס שבח מקרקעין, פ"ד לא (3) 253, 258. וכן ע"א 514/76, לעיל הערה 17, בע' 515.
- 21 ד"ר א' רייכמן "התוצאות הקנייניות של הלכת שיתוף נכסים בין בני-זוג לאחר תחילת חוק המקרקעין, תשכ"ט-1969" עיוני משפט (תשל"ח-1978) 289.
- 22 ע"א 388/76, לעיל הערה 20 בע' 258.
- 23 ת.א. (ת"א) 17123/84 פכוך נ' פכוך, פ"מ תשמ"ו (3) 416.
- 24 ראה גם הצעת כב' השופט בכור, בע"א 690/78 כהן נ' כהן, פ"ד לד (2) 436, 440, לפיה באין תיקון בחוק, ניתן להתגבר על הבעיה על-ידי הקניית זכות חלופית לפיצוי, בשיעור מחצית ערכם של נכסי המקרקעין שנרכשו בתקופת הנישואין.
- 24 שם, בע' 422, וכן עיין בע"א (י"ם) 52/77 ולנסי נ' ולנסי, פ"מ תשל"ח (1) 307. הקושי בשימוש בסעיף 12 לחוק המקרקעין הוא, כי המדובר שם ב"זכויות" והרי על-פי סעיף 161, אין זכויות במקרקעין, אלא על-פי חוק.
- 25 ע"א 690/78, לעיל הערה 23, בע' 440 מול האות ג'.

"נוצר מצב מביך לפיו ההלכה שהתגבשה בפסיקה המתקדמת של תקופתנו, בעניין שיתוף המשאבים בין בני-זוג שנישאו אחרי חקיקת חוק המקרקעין, תשכ"ט-1969, ולפני חוק יחסי ממון בין בני-זוג, תשל"ג-1973, עלולה להיות בלתי ניתנת ליישום... אני מצטרף למשאלה שהביע שם השופט שהמחוקק ייתן את דעתו לשאלה".

אנו סבורים כי יש בכל הפתרונות המוצעים גישה עקיפה, שאינה תוקפת ישירות את הבעיה, הגם שביסודם מטרה חיובית, שלא לפגוע בהלכות קיימות אשר התבססו במשך שנים, פגיעה שנראה כי אף מחוקק חוק המקרקעין כלל לא התכוון אליה. מצטרפים אנו איפוא בכל הכבוד לקריאת בית-המשפט העליון לתיקון חוק המקרקעין, אשר לפחות בנושא שיתוף בין בני-זוג ופירוקו, לא התייחס כלל למיוחדותם של יחסי שיתוף במקרקעין הנובעים מיחסי משפחה, להבדיל מיחסים מסחריים.

גם לאחר חקיקת חוק יחסי ממון בין בני-זוג, תשל"ג-1973, אשר קבע לכאורה הסדר על-פי חוק, על-פיו יאחזו המשאבים בין בני-הזוג עם פקיעת הנישואין<sup>26</sup>, לא נפתרה בעית זכותו של בן-זוג במקרקעין בלתי רשומים. אמנם, הפעם מדובר בזכויות על-פי חוק, היינו חוק יחסי ממון בין בני-זוג, ולכאורה עונה ההסדר בחוק על דרישת סעיף 161 לחוק המקרקעין, כי זכויות במקרקעין יהיו על-פי חוק בלבד, אולם, על-פי סעיף 5 לחוק יחסי ממון נקבע, כי ההסדר אשר על-פיו יחולקו הנכסים השונים (ובכללם דירת המגורים) יחול רק עם פקיעת הנישואין, ופקיעת נישואין על-פי חוק יחסי ממון פירושה על-פי סעיף 5 לחוק, גירושין כדין או מוות.

מרביתם של הסכסוכים המגיעים לבתי-המשפט, הינם בשלב של טרם פקיעת הנישואין, היינו בטרם הינתן גט פיטורין כדין על-ידי בית-הדין הרבני. השאלה נשארה איפוא תלויה ועומדת גם לאחר חוק יחסי ממון<sup>27</sup>, ואין בחוק זה פתרון לבעיה של פירוק שיתוף בדירת בני-זוג, כאשר הזכויות אינן רשומות.

### ג. מידת שיקול-דעת בית-המשפט וסמכות בית-משפט-השלום

כפי שראינו לעיל, מצביע לכאורה נוסחו של סעיף 37 לחוק המקרקעין על זכותו המוחלטת של שותף במקרקעין לדרוש פירוק השיתוף. אך עיון בהמשך הפרק הדן בפירוק השיתוף מביאנו לסעיף 43 הקובע:

"בית-המשפט יתחשב בכל האפשר בדרישת מקצת השותפים לקיים את השיתוף ביניהם ובשאר משאלותיהם של שותפים".

לפנינו איפוא זכות מוחלטת לדרוש פירוק מצד אחד, ומן הצד השני, התחשבות "ככל האפשר", בדרישת מקצת השותפים שלא לפרק השיתוף. השאלה עלתה בפני בית-

26 פרק שני לחוק סעיפים 3-10.

27 החוק נכנס לתוקף ב-1/1/1974.

המשפט העליון בע"א 288/71<sup>28</sup>. אומר בחוות דעתו כב' השופט מני לגבי סעיף 43 לחוק המקרקעין<sup>29</sup>:

"אני בדעה כי סעיף זה דן דווקא ביחסים שבין אותם שותפים הרוצים בהמשך קיום השיתוף בנכס לבין אלו העומדים על כך ששיתוף זה יפורק, שכן שותפים הרוצים להמשיך להיות שותפים בחלק הנכס הנופל בחלקם לאחר חלוקתו, אינם זקוקים לעזרתו או להסכמתו של בית-המשפט..."

דברים אלו נאמרו מתוך אי-הסכמה לעמדת בית-המשפט קמא, אשר סבר כי הסעיף מכוון להתחשבות בשותפים המעוניינים בהמשך השיתוף, אך במחלוקת שבינם לבין עצמם, ולא במחלוקת שבינם לבין אלה, אשר אינם רוצים כלל בהמשך השיתוף<sup>30</sup>. ברור כי בשלב זה לפחות היתה עמדתו של השופט מני, כי יש להתחשב ככל האפשר בעמדת השותפים אשר אינם רוצים בפירוק. אלא שמייד לאחריו מחווה דעתו השופט לנדוי (כתוארו אז) המביע דעה שונה לחלוטין ביחס לתחולת סעיף 43, על פירוק שיתוף בין בני-זוג:

"לדעתי סעיף 43 של חוק המקרקעין, תשכ"ט-1969, אינו חל על מקרה כמו המקרה דנן, כאשר ישנם שני שותפים בלבד לנכס ואחד מהם דורש את פירוק השיתוף, על-פי זכותו לפי סעיף 37(א) של החוק. במקרה כזה השותף האחר אינו יכול לדרוש שהשיתוף יקום למרות רצון שותפו לפרקו"<sup>31</sup>.

אילו היו הדברים נשאים כך, לא היה בפסק-הדין תקדים מחייב לגבי פירושם של סעיף 3 וסעיף 37(א), כיוון שהשופט השלישי בהרכב, השופט ח' כהן נמנע מלחוות דעתו בנושא זה. דא עקא, שהשופט מני, לאחר שקרא את חוות דעתו של השופט לנדוי, חזר בו מעמדתו באומרו:

"לאחר שכתבתי פסק-דין זה, היתה לי הזדמנות לשוחח עם חברי הנכבד, השופט לנדוי, בקשר לפירוש שיש לתת לסעיף 43 לחוק המקרקעין... ולאחר הרהור נוסף, השתכנעתי כי פירושו עדיף על-פירושי ואני מקבלו"<sup>32</sup>.

ההלכה שנפסקה בסופו של דבר בעקבות חזרתו בו של השופט מני, היתה למעשה – שלילת כל שיקול-דעת מבית-המשפט. לדעת השופט לנדוי (כתוארו אז) די בדרישת אחד השותפים במקרה של שיתוף בין שניים בלבד, כדי לפרק השיתוף. למרות דברים חד משמעיים אלה, דחה בית-המשפט המחוזי בחיפה תביעת פירוק שיתוף במקרקעין של בעל, וזאת לאחר שהופנה במפורש לע"א 288/71 הנ"ל באומרו:

28 ע"א 288/71 מרדכי ג' מרדכי, פ"ד כו (1) 393.

29 שם, בע' 396 מול האות ו'.

30 שם, בע' 396 מול האות ג'.

31 שם, בע' 398.

32 שם, בע' 398 מול האות ה'.

ב"א נוח המשיב הסתמך על פסק-הדין בע"א 288/71, אך לדעתי אין בפסק-דין זה בנמצא תשובה לבעיה העומדת לפנינו בערעור זה והיא, אם במקרה כמו זה הנוכחי, כשמדובר בו על דירת המשפחה, זכאי הבעל לדרוש פירוק השיתוף לפי הסעיף 37(א) לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969, מבלי שבעיה זו עמדה תחילה לדיון בבית-הדין המוסמך, היינו בית-הדין הרבני<sup>33</sup>.

השופט כספי אף מוסיף ואומר כי בע"א 288/71 הנ"ל, להבדיל מהעניין שבפניו, לא התעוררה כלל השאלה בצורה דומה. כלומר, לא התעוררה כלל השאלה האם יש לבן-זוג ככזה, זכות לדרוש מכירת הדירה המשותפת של בני-זוג<sup>34</sup>. דומה שבמשך הזמן נטו בתי-המשפט יותר ויותר לדעה כי הלכת 288/71, חלה בין בני-זוג, שאחד מהם מבקש פירוק שיתוף בדירת המגורים, ומשמעות הדברים היא – שלילת שיקול-דעתו של בית-המשפט, אשר חייב למעשה ליתן צו פירוק ככל מקרה שבו הוא מתבקש לעשות זאת על-ידי אחד מבני-הזוג, והיה המצב המשפחתי אשר יהיה<sup>35</sup>. יחד עם זאת ניכרת התלבטות באותם מקרים שבהם חש בית-המשפט כי עלולות להיפגע, כתוצאה מצו הפירוק זכויות מתחום דיני המשפחה. במיוחד זכות המדור של האשה. כך למשל אומר כב' השופט בן דרור בע"א 191/79 הנ"ל<sup>36</sup>:

"זכויותיה השונות (של האשה), ומדור בכלל אלה, נקבעות על-פי הוראות חוק אחרות ואמות מידה ושיקולים שונים מהגלומים בחוק המקרקעין. אלה שתי מלכויות שאינן נוגעות אחת בשנייה, ואין צורך כי אוסיף כי על-ידי פירוק השיתוף לא קבענו, ולא עלה בדעתנו לקבוע זכויותיה למדור. אלה תתבררנה במקום ובמועד המתאימים להם, לאחר שמי מן הצדדים יפנה וינקוט בצעדים הדרושים לליבונה של סוגייה זאת בבית-המשפט המתאים".

במקרים רבים נפתרה שאלת זכויות האשה בדרך עקיפה, על-ידי שימוש בהוראות סעיף 33(א) לחוק הגנת הדייר. היינו מכירת הדירה כדירה תפוסה והקניית זכות דיירות מוגנת לבן-הזוג הנשאר<sup>37</sup>, אך בשאלת החלתו של חוק הגנת הדייר, כפיתרון לסיטואציות קשות שנוצרו עקב ההלכה השוללת שיקול-דעת בתביעת פירוק, נדון להלן ובנפרד.

33 ע"א (ח"י) 112/75 ורון נ' ורון, פ"מ תשל"ו(2) 120, 121–122. השופט וינוגרדוב, כשהשופטים כספי ודורי מסכימים עמה.

34 שם, בע' 122.

35 ראה בעניין זה ע"א 191/79, לעיל הערה 10, פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי שלא פורסם, אך המאוזכר בפסק-דין בית-משפט-השלום בת"א, בת.א. 17123/84, לעיל הערה 23, בע' 423, כמו כן ראה בר"ע (ת"א) 1809/82 פפרמן נ' פפרמן, תשמ"ג(2) 338. וכן ע"א (ח"י) 222/84, לעיל הערה 12, וכן ע"א (ת"א) 28567/84 פלד נ' פלד, פ"מ תשמ"ו(2) בע' 512. לא פורסם, אך צוטט בנוסף לת.א. 17123/84, לעיל הערה 35, בפסק-דין בית-משפט-השלום בת"א בת.א. 28567/84, לעיל הערה 35 בע' 515 (עמ' 5 בפסק-הדין בע"א 191/79).

37 כך גם בע"א 288/71, לעיל הערה 28, אשר בו נפסקה ההלכה ביחס לאי-תחולת סעיף 43, הלכה אשר יצרה את הקשיים עליהם הצבענו, ובעוד שורה ארוכה של פסקי-דין (ראה למשל, ע"א 222/84, לעיל הערה 12, אך בשאלה זאת נעסוק במפורט בפרק הבא להלן).

מפנה של ממש בגישת בית-המשפט העליון, חל בע"א 753/82<sup>38</sup>. בית-המשפט, למרות הלכת ע"א 288/71 קובע, כי בצידה של התפיסה שביסוד חוק המקרקעין, כי הבעלות המשותפת אינה רצויה, עומדת השאיפה לאיזון המובעת בסעיף 43 לחוק המקרקעין לפיו "בית-המשפט יתחשב ככל האפשר בדרישת מקצת השותפים לקיים את השיתוף ביניהם"<sup>39</sup>. למקרא פסק-הדין לא ברור אם עמדה לנגד עיני בית-המשפט הלכת 288/71, השוללת כאמור התחשבות בסעיף 43 לחוק המקרקעין במקרה של בני-זוג, ואף-על-פי-כן אמר את שאמר, או שמא היתה כאן אמירה שבהיסח הדעת, ללא תשומת לב להלכת ע"א 288/71.

בית-משפט-השלום בת"א שדן בפירוק שיתוף מקרקעין בין בני-זוג, התייחס בכמה מקרים לדברי בית-המשפט העליון בע"א 753/82 הנ"ל (כב' השופט טירקל). במקרה אחד<sup>40</sup>, מאזכרת השופטת ד"ר ד. פלפל דברי השופט טירקל, אך רואה אותם כאמירת אגב<sup>41</sup>, הגם שנראה כי סבורה היא כי אין בית-המשפט נעדר שיקול-דעת. במקרה שני<sup>42</sup>, מאזכר השופט עמית את דברי השופט טירקל, אך סבור כי השאלה הושארה בצריך עיון ולא הוכרעה<sup>43</sup>. אף בית-המשפט המחוזי בחיפה מאזכר דברי השופט טירקל, אך סבור כי בית-המשפט העליון לא הכריע שם בעניין חלותו של סעיף 43 לחוק המקרקעין<sup>44</sup>. עיון חוזר בדברי כב' השופט טירקל בע"א 753/82 הנ"ל מלמד, כי השאלה שהושארה בצריך עיון היתה — האם רשאי בית-המשפט להביא בחשבון שיקוליו את העובדה, שמי מבני-הזוג אינו יכול לדאוג לענייניו. אך ברור לחלוטין כי סבור הוא כי יש להתחשב בסעיף 43 לחוק, כאשר באים לשקול האם לפרק השיתוף במקרקעין. השאלה היחידה ששואל השופט טירקל הינה בלשונו:

"היש לפתוח ל"דרישה" ול"משאלות" כאלה (דרישות מקצת השותפים שלא לפרק המקרקעין — ד.א.) פתח כקוף של מחט או כפתחו של היכל, מה משקלן של אלה, והאם השיקולים שפורטו לעיל באים בגדרם?"

סבורים אנו איפוא כי בעקבות דברים אלה, שונתה למעשה ההלכה שנקבעה בע"א 288/71, אשר שללה שיקול-דעת בית-המשפט. עשויה כמובן להישמע הטענה כי הדברים נפסקו ללא התייחסות של ממש לדברי בית-המשפט בע"א 288/71 הנ"ל. לכך ניתן להשיב כי גם בע"א 288/71, לא היתה התייחסות של ממש לשאלה — האם רשאי בית-המשפט לשקול שיקולים מתחום דיני המשפחה, או מתחומם של דינים אחרים, בכואו להחליט על שיתוף במקרקעין.

אף ניתן לומר כי בסופו של דבר, השאלה שעמדה בע"א 288/71 בפני בית-המשפט

38 ע"א 753/82 פלוגית נ' פלוני, פ"ד לו (4) 626.  
 39 שם, בע' 629.  
 40 ת.א. (ת"א) 32453/84 בהט נ' בהט, פ"מ תשמ"ו (2) 236.  
 41 שם, בע' 239.  
 42 ת.א. (ת"א) 17123/84, לעיל הערה 23.  
 43 שם, בע' 423.  
 44 ע"א (חי') 222/84, לעיל הערה 12, בע' 411.



היתה — שאלת תחולתו של סעיף 33(א) לחוק הגנת הדייר, והדברים שנפסקו לענין תחולת סעיף 43 לחוק המקרקעין, לא היו צריכים לעניין. לאחרונה, הלך בית-המשפט העליון ככרת דרך לכיוון התחשבות ועיסוק בדיני המשפחה במסגרת דיון בפירוק השיתוף במקרקעין, בע"א 2626/90 ראש חודש נ' ראש חודש<sup>45</sup>. באותו מקרה, נתן בית-משפט-השלום צו לפירוק השיתוף במקרקעין לבקשת הבעל. לאחר מכן, קיים מספר ישיבות שבהן דן בהסדרת זכויות המדור של האישה, תוך כדי ישיבות אלה, ניתן צו של בית-הדין הרבני, לבקשת האישה, לפיו היא זכאית להמשיך ולגור בדירה, עד לדיון בזכותה למדור שיתקיים בבית-הדין הרבני. בית-משפט-השלום החליט להמשיך בדיון למרות החלטת בית-הדין הרבני, ולטפל בהסדרת המדור החילופי. על כך הוגש ערעור לבית-המשפט המחוזי, אשר קיבל את הערעור, וקבע כי לבית-משפט-השלום, לא היתה סמכות לעסוק בענייני מדור. בית-המשפט העליון, בקבלו את הערעור על החלטת בית-המשפט המחוזי, ובאשרו את עמדת בית-משפט-השלום<sup>46</sup> קובע בהחלטתו, כי בית-משפט-השלום רשאי לדון במסגרת סמכותו שבגררה על-פי סעיף 76 לחוק בתי-המשפט, גם בנושא הסדרת המדור לאישה. אומר כבוד השופט גולדברג<sup>47</sup>:

"בכך לא נוטל בית-משפט-השלום לעצמו סמכות לא לו, כדעת בית-המשפט המחוזי, אלא פוסק הוא במסגרת הסמכות האגבית המסורה בידו. כשם שלא ניתן לומר כי "עניין לנו בשתי מלכויות שלכל אחת מהן תחומה שלה, ואין האחת נוגעת בתחום רעותה". במקרה זה נוגעות ומשיקות "שתי המלכויות" אחת לרעותה, כשלאחת הסמכות הראשית לדון בעניין המדור, ולאחרת הסמכות הנגזרת. כפי שמציין פרופ' רחן-צבי...מכאן, שבדין החליט בית-משפט-השלום, כי פירוק השיתוף בדירה יבוצע רק לאחר שיובטחו זכויות המדור של המשיבה, וקיים דיונים להשגת מטרה זאת, עד שהגיע להחלטתו האחרונה, שיש בה להבטיח למשיבה מדור הולם לאחר מכירת הנכס"<sup>48</sup>.

סקירת פסקי-הדין שניתנו בנושא זה, מאז הלכת ע"א 288/71 מראה, כי מרביתם עסקו בעיקרם בתחולת סעיף 33(א) לחוק הגנת הדייר, כלומר בשאלה האם הדירה תימכר כפנויה או כתפוסה. נראה, כי כאשר עמדו בפני בית-המשפט תוצאות קשות העלולות להיגרם כתוצאה מאי שימוש בשיקול-דעת ומתן צו פירוק אוטומטי למעשה, העלול להביא להשאת האשה ללא מדור, נפתר הקושי על-ידי מכירת הדירה כתפוסה (היינו החלת חוק הגנת הדייר על האשה)<sup>49</sup>, כאשר פרשת ראש חודש הנ"ל מהווה תקדים,

45 פ"ד מונ' (3) 205.

46 כבוד השופטת ד"ר ר' פלפל.

47 שם, בע' 211.

48 ראה בעניין זה גם ע"א 736/85 לזר נ' לזר, פ"ד לט (4) 668, שבו החליט נשיא-בית-המשפט העליון כבוד השופט שמגר, כי בית-המשפט יכול לעכב את ביצוע צו הפירוק, היינו את פינוי הדירה, עד להסדרת שאלת המדור.

49 ראה למשל ע"א (חיי) 222/84, לעיל הערה 12, דברי השופט ביין בע' 412–411 אשר שקל גם

ופתיחת פתח להתייחסות בית-משפט-השלום לדיני המשפחה, הגם בשלב שלאחר הינתן צו הפירוק.

ראוי להזכיר כי שאלת מדור האשה, איננה השאלה היחידה העשויה להתעורר במקרה של בקשה לפירוק שיתוף במקרקעין. כך עשויה להישמע הטענה כי מתן צו אוטומטי ללא שיקול-דעת, עלול לפגוע בעקרון טובת הילד. לא תמיד ניתן יהיה להיעזר בחוק הגנת הדייר<sup>50</sup>, ואף לא בהסדרת שאלת מדור האשה לאחר מתן צו הפירוק. עשויים להיווצר מקרים שבהם יישארו הילדים כתוצאה ממתן צו פירוק ללא שיקול-דעת, ללא קורת גג. בהתייחסו להחלטת בית-המשפט המחוזי בחיפה בפרשת ורון נ' ורון<sup>51</sup> אומר המלומד, ד"ר א' רוזן-צבי בספרו<sup>52</sup> כי הסמכות לרון בנושאים אלה, אגב הדיון בפירוק השיתוף, מוקנית בכל מקרה לבית-משפט-השלום מכוח הסמכות הנלווית, אגב הדיון בפירוק<sup>53</sup>.

אף אנו סבורים כי משמסר המחוקק לבית-משפט-השלום הסמכות לרון בתביעות לחלוקת מקרקעין וחלוקת השימוש בהם<sup>54</sup>, מסר לו גם הסמכות שבגררה לרון בכל שאלה המתעוררת תוך כדי הדיון, אף אם אינה בתחום סמכותו הייחודית, כאמור בסעיף 76 לחוק בתי-המשפט. איננו סבורים כי העובדה ששאלת המדור הינה בתחום סמכות בית-המשפט המחוזי, או בית-הדין הרבני, מחייבת התעלמות מזכויות האשה למדור ושליחתה לבית-משפט אחר, כדי להתדיין בנושא המדור. דעתנו היא כי פסק-הדין בפרשת ראש חודש, אכן פתח פתח להתדיינות מרוכזת בבית-משפט אחד בפירוק השיתוף, וגם בשאלות מתחום דיני משפחה המתעוררות אגב כך (מדור ואף טובת הילד), וזאת אף בשלב שלפני מתן צו הפירוק.

דא עקא כי מן הדברים שנאמרו בפרשת ראש חודש ניתן להסיק אף, כי כאשר התחיל בדיון דווקא בית-הדין הרבני, ולא בית-משפט-השלום, על בית-משפט-השלום לכבד צו מניעה או החלטה אשר עוצרת את הדיון, כל עוד דן בית-הדין בשאלת המדור. אומר בעניין זה כב' השופט גולדברג<sup>55</sup>:

"בכגון דא מן הראוי הוא, כי יופעל עיקרון הכיבוד ההדדי בין הערכאות, כשראוי לזכור, כי בסופו של דבר אין השוני בין ההחלטות נוגע למהות ולמקור של חיוב

האם יש לעכב ביצוע צו הפירוק, כדי להבטיח זכויות המדור של האשה, אך נמנע מהכרעה, וזאת למרות קביעתו הנחרצת כי הלכת ע"א 228/71 היא המחייבת. וכן דברי השופט סלוצקי בע' 417-416.

50 במיוחד לאור הפסיקה האחרונה, הדורשת חזקה ייחודית של בן-הזוג (ראה למשל, ע"א 753/82, לעיל הערה 38) אשר בה נדון להלן.

51 ראה בעניין זה גם ע"א (ת"א) 28567/84, לעיל הערה 15, בע' 515 וכן ע"א 112/75, לעיל הערה 33, וכן ע"א (ת"א) 191/79, לעיל הערה 10, וכן ע"א (חי') 222/84, לעיל הערה 12.

52 ד"ר א' רוזן צבי יחסי ממון בין בני-זוג (תשמ"ב), 94.

53 סעיף 76 לחוק בתי-המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984, מקודם סעיף 35 לחוק בתי-המשפט תשי"ד-1957. רעיון שאומץ כאמור בפרשת ראש חודש, לעיל הערה 45.

54 שם, בסעיף 51.

55 ע"א 2626/90, לעיל הערה 45, בע' 212.

הבעל לספק לאשתו מדור ראוי, אלא לדרך יישומה של חובה זאת. על-פי העיקרון האמור אין מקום לקיים הליכים זהים באותו עניין בבית-משפט ובבית-דין רבני בעת וכעונה אחת, וכאשר ערכאה אחת מבין שתי ערכאות אלה דנה ופסקה בעניין שבסמכות שיפוטה, אין הערכאה האחרת נזקקת לתביעה חוזרת באותו עניין עצמו".

ברור איפוא כי כאשר המצב יהיה הפוך, היינו כאשר הדין החל בבית-הדין הרבני, ובפרט כאשר יינתן צו מניעה על-ידי בית-הדין הרבני, על בית-משפט-השלום לכבד החלטה זאת ולהפסיק את הדין. ואכן בעניין שנדון לאחרונה בבית-משפט-השלום בת"א<sup>56</sup> קבע בית-המשפט:

"איני רואה טעם מדוע תוחל הלכה זאת, על בית-הדין הרבני ולא תוחל על בית-משפט השלום. כאשר בית-הדין הרבני מחליט בעניין שהוא בתחום סמכותו, ועניין המדור הוא ללא ספק בתחום סמכותו, אין בית-משפט-השלום מוסמך להיכנס לדיון בשאלה אם החלטת בית-הדין תואמת את ההלכה הפסוקה, או שאיננה תואמת אותה, עיקרון הכיבוד ההדדי של הערכאות מחייב את בית-משפט-השלום, כפי שהוא מחייב את בית-הדין הרבני. בית-הדין הוא שהחליט לראשונה ליתן צו מניעה, וזאת בטרם התקיים דיון כל שהוא בבית-משפט-השלום. על בית-משפט-השלום לכבד איפוא החלטה זאת".

האם עדים אנו למירון סמכויות חדש בין בית-משפט-השלום לבין בית-הדין הרבני? דומה כי זה אכן המצב שנוצר בעקבות פרשת ראש חודש הנ"ל, וכי אמנם הצד שיקדים את הדיון בבית-הדין הרבני או בבית-משפט-השלום בשאלת המדור, יוכל למנוע מן הצד השני דיון בערכאה הנוחה לו.

כפי שציינו, עשויות להישמע טענות גם מתחומי משפט אחרים, כגון תחום האפוטרופסות. כך למשל נטען במקרה אחד<sup>57</sup> שבו בשל פטירת האשה נתבעו ילדיה הקטנים כיורשיה לפירוק השיתוף, כי כיוון שמדובר בקטינים, אין ההורים מוסמכים לייצגם, אלא אם קיבלו רשות בית-המשפט המוסמך על-פי סעיף 20 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, הוא בית-המשפט המחוזי, ולפיכך אין לבית-משפט-השלום סמכות לדון. היענות בית-המשפט לטענות מסוג זה, תביא לפיצול נוסף מיותר ומכביד של הדיונים, כשמצויים אנו בדיני המשפחה, הסובלים ממילא מפיצול יתר בין הערכאות השונות. אין ספק כי יש לשאוף לריכוז הדיונים ככל האפשר בערכאה אחת. יתרה מזאת, התעלמות משיקולים שבדיני משפחה, כמו זכויות מדור, טובת הילד

56 ת.א. 43172/93 פרייזר נ' פרייזר (טרם פורסם).

57 ת.א. 2454/86 סעידה נ' עיזבון המנחה חיון תמר ז"ל (לא פורסם). השאלה הוכרעה שם בהחלטת ביניים, ונקבע כי לא חל סעיף 20 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות 1962, כיוון שאישור בית-המשפט ידרש רק כשינתן פסק-דין לחלוקה, וכל עוד לא ניתן, השאלה לא עלתה, ואין עדיין צורך בו.

וכד' עלולה להביא לתוצאות קשות ובלתי צודקות בעליל, תוך פגיעה קשה בזכויות אלה, שעד שימומשו בערכאה אחרת, תיווצר פגיעה שאין חזרה ממנה. עדים אנו בשנים האחרונות לניצול הלכת ע"א 288/71 כצעד טקטי במלחמת החורמה שמנהלים בני-זוג בערכאות השונות. כתרופה למצבים מעין אלה השתמש בית-משפט-השלום בת"א בעקרון תום-הלב, אשר נתפס כמקנה שיקול-דעת לבית-המשפט, לדחות תביעות לפירוק שיתוף במקרקעין, כאשר נראה היה כי הוגשו שלא בתום-לב<sup>58</sup>. השופטת ד"ר ד' פלפל סבורה באותו פסק-דין, כי החל מכניסתו לתוקף של חוק החוזים (חלק כללי) לא ניתן לומר כי אין לבית-המשפט שיקול-דעת בהפעלת צו פירוק שיתוף במקרקעין<sup>59</sup>, ואף הרחיקה לכת ומחקה תביעה לפירוק שיתוף במקרקעין, כאשר סברה כי הוגשה בחוסר תום-לב<sup>60</sup>. אף אנו סבורים כי לאור ההלכות אשר נפסקו על-ידי בית-המשפט העליון, ואשר החילו את עקרון תום-הלב לגבי פעולות משפטיות בכלל, לרבות ניהול הליכים משפטיים<sup>61</sup> יכול בית-המשפט להפעיל שיקול-דעתו, כאשר סבור הוא כי בפניו תביעה שהוגשה שלא בתום-לב, מתוך רצון לנגח את הצד שכנגד בלבד, או תוך ניסיון לפגוע בסעד שניתן על-ידי בית-משפט, או בית-דין אחר, הדין בפן אחר של הסכסוך בין אותם בני-זוג. אמצעי נוסף שהשתמש בו בית-המשפט במקרים שבהם סבר כי אין לפרק, לפחות לא בשלב הדיון שבפניו, את השיתוף — היה מתן צו לפירוק, אך עיכוב ביצועו<sup>62</sup>. סבורים אנו כי שימוש בדרך זאת אינו רצוי בהשאירו את הסכסוך בין הצדדים תלוי ועומד. תיק בית-המשפט נשאר פתוח ועקרון סופיות הדיון נפגע.

נראה כי בין על-ידי שימוש בעקרון תום-הלב, ובין על-ידי פירוש סעיף 37 ו-43 לחוק המקרקעין, כמקנים שיקול-דעת לבית-המשפט<sup>63</sup>, יוכל בית-המשפט לטפל ביתר יעילות בתביעות פירוק שיתוף במקרקעין, ולהביאן לידי פתרון צודק ורצוי תוך שקילת כל ההשלכות של מכירת הדירה על המשפחה בכלל. ראיית הליך הפירוק כאוטומטי, תוך שלילת שיקול-הדעת מבית-המשפט, עלולה להביא לתוצאות בלתי רצויות, ולעתים אף חמורות ביותר לבני המשפחה.

58 ראה ת.א. (ת"א) 32453/84, לעיל הערה 40, וכן בע' 241. ראה בעניין זה גם מאמרה של ד"ר ד' פלפל "פירוק שיתוף במקרקעין בדירת מגורים של בני-זוג" הפרקליט לט (תשנ"ן-1989) 488, 496.

59 ת.א. 32453/84, לעיל הערה 40, בע' 241.

60 שם, בע' 241.  
61 ראה בעניין זה, בר"ע 305/80 שילה נ' רצקובסקי, פ"ד לה (3) 449 אמרת אגב של השופט ברק בע' 461. גם אליבא דשופט אלון יחול עקרון תום-הלב ככל תחום משפטי, לרבות ניהול הליכים משפטיים, ע"א 700/81 פז נ' פז, פ"ד לח (2) 736, וכן ע"א לטרסון נ' שיכון עובדים, פ"ד לח (2) 237, 262. כן ראה בג"צ 566/81 עמרני נ' בית-הדין הרבני הגדול, פ"ד לו (2) 1, 10-9.

62 ראה ע"א (ח"י) 222/84, לעיל הערה 12, בע' 412-413 וכן ע"א 736/85, לעיל הערה 48.

63 כפי שסבר השופט טירקל בע"א 753/82, לעיל הערה 38.

## ד. פירוק השיתוף וחוק הגנת הדייר

סעיף 33(א) לחוק הגנת הדייר קובע:

"החזיק אדם בנכס כשהוא בעלו או חוכרו-לדורות, או אחד הבעלים או החוכרים-לדורות, ופקעה זכותו בנכס מחמת מכירתו בהוצאה לפועל של פסק-דין או של משכנתה או בפשיטת רגל, או מחמת חלוקת הנכס במשפט חלוקה... היה המחזיק לדייר של בעלו החדש של הנכס, או של החוכר-לדורות החדש". (ההדגשות שלי — ד.א.).

סעיף 33(א) הנ"ל מצוי בחוק, שהוא גלגולו בהווה של החוק לתיקון פקודת הגבלת שכר דירה (דירות) 1940. נראה שמטרת הפקודה האחרונה היתה לדאוג להמשך מגוריו של אדם בדירה, בה הוא מחזיק כדייר, והגנה עליו כאשר בעלותו פקעה שלא ברצונו או שלא בטובתו.<sup>64</sup>

תיקון 1951 היה תולדה של מצוקת הדיור המיוחדת, שנגרמה עם הגידול התלול בשיעור העלייה לישראל באותה תקופה, ולרגל החשש שאדם שיסולק ממקום מגוריו, לא ימצא לו דיור חילופי.<sup>65</sup> ברור כי סעיף 33(א) אשר בא לפני חוק המקרקעין, לא יכול היה לחזות מראש תוצאות השימוש בו במסגרת הליכי פירוק השיתוף על-פי סעיף 37 לחוק המקרקעין. ואולם החל מפרשת מרדכי נ' מרדכי הנ"ל<sup>66</sup>, לא מצאנו ולו פסק-דין אחד, אשר בו לא הועלתה הטענה על-ידי מי מן הצדדים, כי יש למכור את הדירה כתפוסה, שכן המחזיק הפך לדייר מוגן על-פי סעיף 33(א) הנ"ל<sup>67</sup>. באמצע את ההלכה שנקבעה עוד בפרשת משיח נ' משיח<sup>68</sup> קובע השופט לגדוי (כתוארו אז) כי על-מנת ששותף במקרקעין יזכה להגנת החוק, ויהפך לדייר מוגן, נדרשת חזקה ייחודית כדין — היינו החזקת השותף הנשאר, צריכה להיות כדין ובהסכמת השותף האחר<sup>69</sup>. בדונו בטיבה של אותה הסכמה הנדרשת מן השותף שנותר מחוץ למקרקעין, אומר השופט טירקל בפרשת פלונית נ' פלוני הנ"ל<sup>70</sup>:

"תמציתה של ההלכה האחרונה, שהיא כפי שראינו תולדת קודמותיה, היא איפוא שרואים בחוסר מעש — וביתר דיוק, חוסר מעש משפטי — הסכמה שבשתיקה

64 ראה בעניין זה ע"א 175/81 אדמיר נ' קלו, פ"ד לח(4) 293, 302-303 (דברי מ"מ הנשיא השופט בן-פורת).

65 ראה מאמרו של ד"ר א' רייכמן "בעל מקרקעין ההופך לדייר מוגן — הצורך בשינוי הדין" עיוני משפט ט (תשמ"ג-1983) 121, 134-135. וראה גם דברי יושב-ראש ועדת חוקה חוק ומשפט, בדברי הכנסת תשי"א ע' 2015, וכן שם דברי חבר הכנסת זרח ורהפטינג בע' 2020.

66 ע"א 288/71, לעיל הערה 28.

67 מקודם סעיף 30(א) לחוק הגנת הדייר תשט"ו-1955.

68 ע"א 64/65 משיח נ' משיח, פ"ד כ (1) 126.

69 ראה גם המר' 421/76 בר יואב נ' בר יואב, פ"ד לא(1) 263, וכן דברי הנשיא שמגר בע"א 175/81, לעיל הערה 64, בע' 297. וכן ע"א 123/80 אורבך נ' ברוכניק, פ"ד לו(3) 431.

70 ע"א 753/82, לעיל הערה 38, בע' 631.

העושה את החזקתו של המחזיק – ואפילו תפס חזקה באלמות – החזקה כדין על כל הנובע מכך".

לאחר סקירת ביקורת על הלכה זאת, הנותנת חוקף בנסיבות מסוימות לכל דאליס גבר<sup>71</sup>, מגיע השופט טירקל למסקנה הבאה:

"סבורני שבכך סר בית-משפט זה מדרכה של ההלכה, שנפסקה בע"א 288/71 הנ"ל, והיא בגדר הלכה שאין מורין כמוה עוד. לעניין זה נראה לי, שהחזקה תיחשב כדין, רק אם הסכמת בן-הזוג היא פוזיטיבית, לאמור, אם ניתן להסיק מן העובדות כוונה של בן-הזוג להסכים, וזאת בין אם הובעה הכוונה במפורש ובין אם התנהגותו "מדברת" בשפה חד-משמעית"<sup>72</sup>.

בע"א 175/81 הנ"ל<sup>73</sup>, חוזר הנשיא שמגר על הלכה זאת, לפיה נדרשת הסכמה פוזיטיבית, הגם שדי אם משתמעת היא מהתנהגות השותף.

נראה כי נוח היה לבתי-המשפט לפנות לחוק הגנת הדייר, כל אימת שחשו כי עלול להיגרם עוול כתוצאה ממתן צו לפירוק השיתוף בדירה. במקרים שבהם היתה האשה השותף הנשאר בדירה, העדיפו לפסוק כי תהפך לדיירת מוגנת במקום לרחות את תביעת הפירוק מטעמים שבדין האישי, ובמיוחד זכות המדור של האשה. כך למשל במקרה אילון ג' אילון הנ"ל<sup>74</sup>, נידון מקרה שבו הבעל עזב את הבית ועבר לחיות עם אשה אחרת. לאחר שעזב, בין יתר ההליכים שהתקיימו בין הצדדים בערכאות שונות, תבע הבעל פירוק השיתוף בדירת המגורים, שבה נשארה האשה. לאחר שבית-המשפט מאמץ את הלכת ע"א 288/71 הנ"ל ביחס לאי תחולת סעיף 43 לחוק המקרקעין, היינו כי אין הוא יכול להימנע ממתן צו לפירוק השיתוף, פונה הוא לחוק הגנת הדייר, ותוך התייחסות להלכה שנפסקה בע"א 753/82 הנ"ל, קובע כי הדירה תימכר כתפוסה<sup>75</sup>.

מקריאת פסק-דינו של השופט ד"ר ד' ביין, נראה כי למרות דעתו כי אין בית-המשפט העוסק בפירוק שיתוף במקרקעין רשאי לדחות את התביעה לפירוק מטעמים שבדיני משפחה, שהרי זהו עניין שבסמכותן של הערכאות העוסקות בדיני המשפחה (בית-המשפט המחוזי, ובית-הדין הרבני), עוסק הוא למעשה במדורה של האשה, ואף בעניינים וזכויות אחרות מתחום דיני המשפחה, במסגרת דיונו בשאלה האם הדירה תימכר כתפוסה או כפנויה<sup>76</sup>. גם במקרים אחרים, תוך הקביעה כי עליהם להימנע מדיון בענייני משפחה במסגרת דיון בפירוק שיתוף במקרקעין, דנו למעשה בתי-המשפט

71 פרופ' ויסמן, לעיל הערה 19, בע' 11, וכן בג"צ 323/81 וילוח'ני נ' בית-הדין הרבני הגדול, פ"ד לז(2) 740, 745-746 (דברי השופט אלון).

72 ע"א 753/82, לעיל הערה 38, בע' 632.

73 ע"א 175/81, לעיל הערה 64, בע' 298, דברי הנשיא שמגר.

74 ע"א (חי') 222/84, לעיל הערה 12, בע' 412 לעניין קבלת ההלכה כי אין למעשה לבית-משפט השלום הדין בפירוק שיתוף במקרקעין, שיקול-דעת.

75 שם, בע' 415, לעניין מכירת הדירה כתפוסה.

76 שם, בע' 413.

בזכויות האשה, ואף, בזכויות הילדים במסגרת דיונם בתחולת סעיף 33(א) לחוק הגנת הדייר<sup>77</sup>.

ניתן לטעון כי הפעלת חוק הגנת הדייר במסגרת פירוק השיתוף, מיתרת את הצורך בכניסה לדיון ביני המשפחה, וזכויות המדור והילדים ככלל זה, שכן במקרים המתאימים, תמצא לאשה וילדים העלולים לאבד מגוריהם, ישועה בהפיכתם לדיירים מוגנים. אך דומה שפרשת טאובמן נ' טאובמן<sup>78</sup> אשר נדונה בבית-המשפט העליון, מוכיחה כי אין להסתפק בהשאת שיקולי חוק הגנת הדייר בלבד, בידי בית-המשפט הדין בפירוק השיתוף בדירת מגורים בין בני-זוג. באותו מקרה עזב הבעל את הדירה עקב סכסוכים בין בני-הזוג, ועבר להתגורר בדירה אחרת עם ידועה בציבור. לאחר שתבע פירוק שיתוף במקרקעין, קבע בית-המשפט קמא כי יש למכור הדירה כתפוסה. בית-המשפט קמא סבר כי בעזיבתו את הדירה, ואף מעבר לדירה אחרת עם ידועה בציבור, השלים הבעל עם חזקתה של האשה שנותרה בדירה עם בתם הקטנה. הבעל לא נקט בכל הליך משפטי שבו ביקש לאפשר לו לחזור לדירה. מכל אלה הסיק בית-המשפט קמא, הסכמה לחזקתה הייחודית של האשה. ואולם בית-המשפט העליון, ביישמו את הלכת ע"א 753/82 הנ"ל קובע:

"אין די בכך שהמערער לא נקט הליכים כנגד האשה להחזרת החזקה המשותפת שלהם בדירה, ואין די בכך שהמערער, במשך שנים, הדיר רגליו מהדירה המשותפת... כדי שייאמר, כי הוא הסכים לכך שהחזקה הייחודית בדירה תהיה לאישה, על כל המשמעות הנובעות מכך מבחינת זכויותיה כדירת מוגנת, ומבחינת קביעת שווי הדירה. כדי שתיקבע הסכמה כזו, דרושות ראיות פוזיטיביות, אשר מהן ניתן יהיה להסיק באופן שאינו משתמע לשני פנים ויתור שכזה מצד המערער על זכויותיו בדירה"<sup>79</sup>.

התוצאה היתה איפוא קבלת העידעור, וצו למכירת הדירה כפנויה<sup>80</sup>. אשר לזכויות המדור של האשה, אשר כלל לא נדונו, אומר בית-המשפט:

"אם תתעורר שאלת מדור למגורי האשה והילדה, הרי ששאלה זו תצטרך למצוא פתרונה במסגרת הדין האישי, המחייב את הבעל לדאוג למגורי האשה וילדתו"<sup>81</sup>.

בכל הכבוד סבורים אנו כי תוצאתו של פסק-דין זה הינה, אי סיום המחלוקת בין בני-הזוג, והמשך הדיונים באותו עניין, היינו במדור האשה והילד, בערכאה אחרת. במקום דיון במכלול הזכויות של הצדדים, הכוללות גם זכויות האשה וילדתה למדור, כשם שכוללות הן זכויות הבעל לפירוק השיתוף, והחלטה סופית, אשר תביא בחשבון

77 ת.א. (ת"א) 28567/84, לעיל הערה 35, בע' 517, וכן ת.א. (ת"א) 17123/84, לעיל הערה 23, בע' 429 וכן ע"א 288/71, לעיל הערה 28, וכן ע"א 40/74 בן אשר נ' בן אשר, פ"ד (כח) 670.

78 ע"א 171/83 טאובמן נ' טאובמן, פ"ד לט (4) 707.

79 שם, בע' 711.

80 שם, בע' 712 מול האות ב'.

81 שם, בע' 712 מול האות ג'.

שיקוליה מכלול זכויות זה, זכינו בפיצול נוסף של הדיון, וחוסר הכרעה למעשה בסכסוך כולו, אף ביחס לנושא המצומצם של דירת המגורים.

נראה כי אין די בשימוש בחוק הגנת הדייר, וכי התעלמות מזכויות האשה והילדים במסגרת הדיון בבית-המשפט הדין בפירוק השיתוף במקרקעין, תביא במקרה הטוב לפיצול הדיון ואי הכרעה בסכסוך, ובמקרה הגרוע יותר, לפגיעה בלתי צודקת בזכויות האשה והילדים. יתכן כי בפרשת טאובמן הנ"ל, היה זה מחדלם של הצדדים, שלא העלו כלל את נושא המדור זכויות הילדה במישור דיני המשפחה, והסתפקו בטענות במסגרת חוק הגנת הדייר. אך במישור העקרוני סבורים אנו כי לא רק על-פי הדין הרצוי, אלא גם על-פי הדין המצוי, יכול בית-המשפט הדין בפירוק השיתוף במקרקעין, לדון אגב כך בטענות הגנה שבמסגרת הדין האישי. וזאת על-פי סמכותו מכוח סעיף 76 לחוק בתי-המשפט. הימנעות מדיון כזה, תביא לתוצאות בלתי צודקות ולעתים אף בלתי אפשריות, או שתחייב כאמור דיון נוסף בערכאה אחרת, בזכויות אלה.

עשויים אף להיווצר מצבים בלתי צפויים, שבהם יקנה שימוש בסעיף 33(א) כפי שפורש על-ידי בית-המשפט, יתרון בלתי הוגן לצד אחד על-פני השני. כך למשל, מה יהא הדין כאשר דווקא השותף המחזיק בנכס, יבקש פירוק השיתוף בדירה, תוך שהוא מבקש למכרה כתפוסה ולהגות ממכירתה במחיר נמוך, או לחלופין, מהישארותו כדייר מוגן בדירה. על סיטואציה מעין זאת אומרת המשנה לנשיא, כב' השופטת בן פורת, בפרשה את רוח וכוונת החוק, כי סעיף 33(א) לחוק הגנת הדייר יכול לפעול כמגן, אך לא כחרכ<sup>82</sup>. לדעתה אין זה צודק להפעיל את סעיף 33(א) הנ"ל, אשר כל כולו בא לפתור מצוקת הדיור של אותה תקופה, ולהגן על המחזיק מפני שלילת מקום מגוריו<sup>83</sup>. אלא שהנשיא, כב' השופט שמגר, אינו מקבל עמדה זאת. לדעתו אין סעיף 33(א) מבחין כלל בין שותף ירום לבין שותף נתבע<sup>84</sup>. ואכן הדוגמה שמביא הנשיא באותו עמוד, של אשה שבעלה מתעמר בה ומכה אותה, ממחישה את בעייתיות סעיף 33(א). האם תישלל מאשה כזאת הגנת סעיף 33(א) רק משום שהיא יוזמת בקשת הפירוק. כפי שאומר הנשיא שם<sup>85</sup>:

"השאלות אינן פשוטות לפיתרון, כי סעיף 33 לא צפה אותן מראש ואינו מתיימר לפתור אותן. אין גם לראות את הדוגמאות הנ"ל כבלעדיות או ממצות, כי יש לא מעט מצבים, שתחילתם בהסכמה וסופם ברצון לפירוק".

הנשיא פונה איפוא ליישום עקרון תום-הלב, תוך שימוש בו כאמת מידה להפעלת שיקול-דעת בית-המשפט בהפעלת סעיף 33(א) לחוק הגנת הדייר.

כפי שכבר אמרנו לעיל, דעתנו היא כי אמנם יש מקום ליישום עקרון תום-הלב, הן במסגרת דיון בסעיף 33(א), והן במסגרת הדיון בבקשת הפירוק בכלל, אלא שלא די

82 ע"א 175/81, לעיל הערה 64, בע' 304-305.

83 שם, בע' 304, וכן ראה מאמרו הנ"ל של ד"ר א' רייכמן, לעיל הערה 65, בע' 136.

84 ע"א 175/81, לעיל הערה 64, בע' 299.

85 שם, בע' 299, וכן ראה שוב מאמרו של ד"ר רייכמן, לעיל הערה 65.



בכך. עשויים להיווצר מצבים שבהם ינהג הצד המבקש פירוק השיתוף בתום-לב, ואף-על-פי-כן, לא יהיה מקום ליתן צו לפירוק השיתוף.

כך למשל, כאשר הבעל עוזב את הדירה, משום שיחסי בני-הזוג התדרדרו בשל חוסר התאמה בין שני בני-הזוג. מיד עם יציאתו, הוא מודיע לאשה בכתב על חוסר הסכמתו לחזקתה הייחודית, ומבקש מבית-המשפט צו לפירוק שיתוף במקרקעין. במקרה כזה לא ניתן יהיה להפעיל את סעיף 33(א) לחוק הגנת הדייר, כיוון שאין הסכמה לחזקה ייחודית של האשה. אף לא ניתן לומר כי הבעל נוהג שלא בתום-לב, שהרי מבקש הוא לממש את זכותו הקניינית בדירה. במצב מעין זה, מה יהא על זכות המדורר של האשה. האם תישלח לערכאה נוספת כדי לממש זכויותיה? ומה יהא הפתרון כאשר האשה נשארה בבית עם לדיה הקטנים? האם יתעלם בית-המשפט מעקרון טובת הילד, ויקדש את זכותו הקניינית של הבעל דווקא?

נראה כי אין מנוס מן המסקנה, כי הפתרונות שנמצאו עד כה למצבים שבהם היתה לבית-המשפט הרגשה כי נגרם אי-צדק, היו חלקיים בלבד, ואין הם עונים על מגוון האפשרויות והסיטואציות, אשר עלולות להיווצר במציאות<sup>86</sup>. מעניינת בהקשר זה דעתו של ד"ר רייכמן במאמרו הנ"ל, הסבור כי ככל שהדבר נוגע לשיתוף בין בני-זוג, להבדיל משיתוף אחר, אין להחיל, לא את חוק הגנת הדייר ואף לא את חוק המקרקעין, שותפות בין בני-זוג הינה לדעתו שותפות מיוחדת, יציר הפסיקה, שאין להחיל עליה ההסדרים שבסעיף 33(א) לחוק הגנת הדייר ואף לא את פרק השיתוף בחוק המקרקעין<sup>87</sup>. דעה זאת מנוגדת אמנם לפסיקה העקבית אשר החילה הן את חוק המקרקעין והן את חוק הגנת הדייר על תביעות לפירוק שיתוף במקרקעין<sup>88</sup>, אך סבורים אנו כי הגיונה עמה. אפילו תאמר כי יש להחיל את הסדר הפירוק שבחוק המקרקעין, ואף לדון במקרים המתאימים בשאלת תחולתו של חוק הגנת הדייר, וודאי הוא שאין להתעלם ממיוחדותם של יחסי השיתוף בין בני-זוג, ומזכויות הצדדים על-פי דיני המשפחה, או עקרון טובת הילד.

### סיכום ומסקנות

לאחר בחינת הסדר פירוק השיתוף במקרקעין בין בני-זוג, וישומו על-ידי בתי-המשפט, אין להימנע מן המסקנה כי נדרשת תפנית של ממש, הן במישור ההלכתי (פסיקה בתי-המשפט) והן במישור החקיקתי.

במישור החקיקתי, נדרשת התערבות המחוקק בכל הנוגע להחלת ההסדר על זכויות בלתי רשומות. הפתרונות שהוצעו במקרים מסוימים של התייחסות לזכויות כאלה כמטלטלין<sup>89</sup>, אינם עונים על הקרשי שמעורר סעיף 161 הקובע כי "אין זכות במקרקעין

86 ראה גם תוצאתו הקשה של פסק-הדין בפרשת מרדכי, לעיל הערה 28, שבה אשה שעזבה את הבית, בשל אלימותו הקשה של בעלה, וביקשה פירוק שיתוף בדירת המגורים ומכירתה כפנויה, נאלצה להשלים עם מכירתה כתפוסה, דבר שהסב לה נזק כלכלי גדול ביותר.

87 ראה מאמרו של ד"ר רייכמן, לעיל הערה 65, בע' 149.

88 החל מפרשת מרדכי ג' מרדכי, לעיל הערה 28, ועד פרשת טאובמן, לעיל הערה 78.

89 ת.א. (ת"א) 17123/84, לעיל הערה 23, בע' 422.

אלא לפי חוק". איננו סבורים כי כוונת המחוקק במונת זכויות הנזכר בחוק המטלטלין, היתה גם לזכויות במקרקעין, שהרי הדברים עומדים בניגוד לסעיף 161 הנ"ל. הפתרון הינו איפוא בתיקון חוק המקרקעין, תוך התייחסות מפורשת לזכויות בן-זוג על-פי הלכות השיתוף.

במישור ההלכתי — היינו הפירושו שעל בית-המשפט ליחס להסדר הפירוק, סבורים אנו כי הנטייה שהסתמנה לשלול שיקול-דעת בית-המשפט הדין בפירוק השיתוף, עלולה להביא לתוצאות קשות ביותר שאין להניח כי כוונת מחוקק חוק המקרקעין היתה להגיע אליהן. אילו היה נוסח החוק חד-משמעי, היינו סבורים כי יש מקום לתיקון החוק. דא עקא שסעיף 37(א) לחוק המקרקעין לא קבע כלל כי כל שותף זכאי אוטומטית ובכל מקרה, לקבלת צו לפירוק השיתוף. כל מה שנאמר הוא, כי כל שותף — "זכאי בכל עת לדרוש פירוק שיתוף במקרקעין". מכאן ועד למסקנה כי בית-המשפט חייב להיעתר לדרישה זאת, הדרך רחוקה. יתרה מזאת, קביעתו של בית-המשפט העליון<sup>90</sup> כי יש להתחשב בסעיף 43 לחוק המקרקעין גם ככל שהדבר נוגע לשותפות בין בני-זוג, אף אם נעשתה ללא התייחסות להלכת מרדכי, פתחה הדרך בפני בית-המשפט להפעיל שיקול דעתם, ולא ליתן צו פירוק כאשר יהיו סבורים כי אין מקום ליתו. מסכימים אנו עם אותם פסקי דין אשר החילו את עקרון תום-הלב, כמקנה שיקול-דעת לבית-המשפט מבחינה זאת, אך סבורים כי אין די בכך. יש להשתחרר מן הגישה המבודדת את הדיון בבית-המשפט הדין בפירוק השיתוף, ממכלול השיקולים שביחסי בני-הזוג והמשפחה ככלל. אין כל מקום לדעתנו לפיצול הדיון, ולשליחתם של בני-הזוג המתדיינים לערכאה נוספת. די לנו במירוץ הסמכויות שבין בית-הדין הרבני לבית-המשפט המחוזי, כי נוסף עליו פיצול דיון בפירוק השיתוף במקרקעין, בין בית-משפט-השלום ובית-המשפט המחוזי, או בית-הדין הרבני. כל עוד לא הוקמה ערכאה מיוחדת לדיני משפחה, וכל עוד הוקנתה סמכות הדיון בפירוק השיתוף במקרקעין לבית-משפט-השלום, יש לאפשר לו לדון במכלול זכויות הצדדים בדירת המגורים. כפי שראינו אין השימוש בהוראות חוק הגנת הדייר מהווה פתרון, אלא למקרים מסוימים בלבד, וברור כי לא נתכוון כלל במקורו לחול על יחסי השיתוף בין בני-זוג. אף חוק המקרקעין ככל שהוא נוגע ליחסי השיתוף, לא התייחס כלל לאותה מערכת משפחתית מיוחדת שמכוחה נוצר השיתוף. לא יעלה על הדעת, כי מגמתו הכללית של חוק המקרקעין, שכפי שנאמר לא אחת — איננו רואה בעין יפה שיתוף במקרקעין, תחול על שיתוף בין בני-זוג<sup>91</sup>. הדין הישראלי, ולא רק הוא, רואה ללא ספק שיתוף בין בני-זוג בדירה בחיוב. מדובר במציאות חיה של מאות אלפי משפחות, ומובן שגישה שאינה רואה בחיוב שיתוף במקרקעין בין בני-זוג, איננה מציאותית, ואף לא רצויה מכל בחינה שהיא. יש להפריד איפוא הפרדה ברורה בין שיתוף במקרקעין בין בני-זוג, המחייב התייחסות מיוחדת, תוך שיקול-דעת מלא, אשר יעדיף את קיום השיתוף, ולא את פירוקו, לבין שיתוף מסחרי רגיל במקרקעין. כל גישה

90 ע"א 753/82, לעיל הערה 38, בע' 629.

91 ראה מאמרו של פרופ' וייסמן, לעיל הערה 19, וכן ספרו, לעיל הערה 1, בע' 50, וכן ע"א

319/74, לעיל הערה 12, בע' 457.

אחרת פירושה העדפת פירוקן של משפחות על איחודן, העדפת גירושין על שלום בית. דירת המגורים של בני־זוג איננה מקרקעין כלבד, כי אם מרכז חייה של המשפחה<sup>92</sup>, וחוסר התייחסות למציאות בסיסית זאת, תביא בהכרח לתוצאות בלתי רצויות. סבורים אנו כי על בית־המשפט הדין בפירוק השיתוף במקרקעין, לשמוע טענות במישור דיני המשפחה, לפחות כטענות הגנה. גישה אחרת עלולה להביא לקיפוח ולהתעלמות מזכויות בסיסיות, כמו מדור האשה וטובת הילד. העובדה כי תביעת המדור, הינה תביעה שבמסגרת תביעת המזונות, ולפיכך בסמכות בית־המשפט המחוזי או בית־הדין הרבני, איננה שוללת טענות הגנה למדור ולזכויות אחרות מתחום דיני המשפחה בערכאה אחרת, אשר יכולה לרוץ בהן מכוח סעיף 76 לחוק בתי־המשפט. סבורים אנו כי הפעלת ההלכות בעניין פירוק השיתוף בין בני־זוג ברוח דברים זו, תביא ליתר צדק ואף ליתר יעילות בדיון בפירוק שיתוף במקרקעין, שבין בני־זוג.