

2019

דונו משפחה

פרופ' רות הלפרין קדרי
סיכום- אבישג טל

מבוא ועקרונות בסיסיים של סמכויות שיפוט

סיכום שיעור ראשון באדיבות אופיר נגר

ס' 1 לחוק בית המשפט לענייני משפחה:

1. תובענה בענייני המעמד האישי. בעיקר, מזונות ונישואין-גירושין.
2. תובענה אזרחית בין אדם לבין בן משפחתו, שעילתה סכסוך בתוך המשפחה. בן משפחה = בן זוג-כולל ידועים בציבור (ידב"צים), ילד, הורים, נכדים, הורי הורים, אחים ואחיות).
3. תובענה למזונות (לילדים או לאישה – לאישה עד הגירושין) או למדור (תחת התביעה למזונות האישה יכולה לבקש מדור – מקום לגור בו).
4. תובענה לאבהות או אימהות (למשל: ילד מבקש אבהות כדי לקבל מזונות. כולל גם חוקים כמו: חוק אימוץ ילדים, חוק הירשה, חוק אמנת האג).
5. תובענה והליכים לפי חוקים שונים (המצוינים בחוק).

המאפיינים המרכזיים לדיני המשפחה בישראל

1. שתי מערכות דינים – דתית ואזרחית. ישנם מצבים שחל בהם הדין הדתי ויש מצבים שחל בהם חוק אזרחי (כמו הלכת השיתוף, וחוק יחסי ממון).

1) דין אישי בעניין המעמד האישי

סימן 47 לדבריה"מ – "בכפוף להוראות חלק זה של דבר מלך זה יהא לבתי המשפט האזרחיים גם שיפוט בעניני המעמד האישי, כמוגדר בסעיף 51, של אנשים בישראל. בשיפוט זה ישתמשו בהתאם לכל חוק, פקודה או תקנות שיונהגו או יוחקו להבא, ובכפוף לאלה, לפי הדין האישי החל". בנושאי המעמד האישי החוק הדתי קובע. מה שנשאר מזה זה נושא נישואין-גירושין ונושא המזונות. מהם ענייני המעמד האישי שבעניינים יחול הדין האישי?

סימן 51 לדבריה"מ – "... עניני המעמד האישי פירושם משפטים בענין נישואין או גטין, מזונות, כלכלה, אפוטרופסות, כשרות יוחסין של קטינים, איסור השימוש ברכוש של אנשים הפסולים לפי החוק, והנהלת נכסי אנשים נעדרים".

לגבי מוסלמים – חוק הפרוצדורה העותומנית. כולל את הנ"ל + נושא האבהות. צמצום העניינים בחקיקה ובפסיקה – החלו להחיל את החוק האזרחי, למשל בנושא הירשה: חל חוק הירשה. רק בהסכמת הצדדים ניתן להחיל את החוק הדתי. כמו גם, אימוץ ילדים חל עליו חוק אימוץ ילדים, בניגוד למצב העבר. כך גם בנושא המשמורת חלק חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות ועקרון טובת הילד.

התוצאה:

הדין החל לא תמיד אחיד בין בני הדתות השונות (לדוג' סוגיית הגט). ביהדות יש צורך בהסכמת שני הצדדים. אבל בפועל לגבר יש יותר כוח – לגבר יש גם אפשרות לקבל היתר נישואין אם האישה מסרבת ליתן גט, לאישה יש את ענייני המזונות. בנצרות – הכוח אצל בתי הדין. אצל המוסלמים – הבעל יכול לפרק את הנישואין, וגם לביה"ד השרעי יש כוח.

- 2) דין אזרחי בענייני משפחה שאינם ענייני המעמד האישי

2. שתי ערכאות שיפוט - דתית (בתי הדין הרבניים, בית הדין השרעי, בית הדין הדרוזי) ואזרחית (בימ"ש לענייני משפחה שהוא כערכאת שלום). בעבר, כל נושאי המשפחה היו בביהמ"ש המחוזי תחת הסמכות השיורית, זה השתנה ב-1995 עם הקמת ביהמ"ש לענייני משפחה.

ישנה דואלית מיוחדת בישראל, מצבים שחלים שני הדינים, שיש שתי ערכאות שונות.

התחולה בבתי הדין הדתיים:

- המצב בעבר: בג"צ 81/323 וילוז'ני נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד לו(2) 733 (1982). – הצדדים מתגרשים, ועולה שאלה אם בחלוקת רכוש חל חוק דתי או אזרחי? והשופט אלון קבע שבי"ד בנושא הרכוש לא מחויבים לחוק האזרחי אלא יכולים לדון לפי המשפט העברי.
- ההלכה היום: בג"צ 1000/92 בבלי נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד מח(2) 221 (1994). בני זוג שמתגרשים, החלו להתווכח בעניין חלוקת הרכוש. האישה מבקשת לקבל חצי מהרכוש בהתאם להלכת השיתוף (שקובעת שיש לחלק שווה בשווה במקרה של גירושין). ביה"ד החליט שלא ופסק לפי הדין הדתי פיצויים, אך פחות מחצי. היא עתרה לבג"ץ וטענה שביה"ד צריך להחיל את הדין האזרחי. בבבלי השופט ברק קבע, כי בנושא הרכוש גם ביה"ד הרבני מחויב לחוק ולהלכה האזרחית ועליו להחיל את הלכת השיתוף. המסקנה: בבלי מחיל את החוק האזרחי על נושא הרכוש, בביה"ד הרבני. בבלי מחריג את הרכוש מנושא המעמד האישי. (למשל: משמורת – ביה"ד הרבה יותר שמרן – נותן לאישה בדר"כ, ובביהמ"ש האזרחי החלו להיות שוויוניים ויכולה להיות תוצאה שונה).

2 ערכאות שיפוט - דתית ואזרחית:

- בתי המשפט האזרחיים
- בית המשפט לענייני משפחה
- בית המשפט המחוזי
- בית המשפט העליון
- בתי הדין הרבניים
- בית הדין הרבני האזורי
- בית הדין הגדול

ההשלכות לקיומה של מערכת שיפוט כפולה:

1. פיצול סמכויות ודינים בענייני מעמד אישי.

2. "מרוץ הסמכויות" - תוצאה של מערכת שיפוט כפולה.

כיצד נקבע למי הסמכות לדון בעניינים של בני זוג?

1. סמכות בלעדית לביה"ד הדתי לדון בתביעה-

סעיף 1 לחוק שיפוט בתי דין רבניים - "ענייני נישואין וגירושין של יהודים בישראל אזרחי המדינה או תושביה יהיו בשיפוטם היחודי של בתי דין רבניים". בנושא נישואין-גירושין הסמכות היא רק לביה"ד הרבניים, והדין המוחל הוא דין אישי.

סעיף 3 לחוק שיפוט בתי דין רבניים - "הוגשה לבית דין רבני תביעת גירושין בין יהודים, אם על ידי האשה ואם על ידי האיש, יהא לבית דין רבני שיפוט יחודי בכל ענין הכרוך בתביעת הגירושין, לרבות מזונות לאשה ולילדי הזוג." כשצדדים מבקשים להתגרש הם יכולים לבקש כריכה לדון בהכל, גם ברכוש, במשמורת, במזונות. (הרציונל של המחוקק היה לא לתרתר את הצדדים, אבל זה מנוצל בעיקר מבחינת אסטרטגית). לפי ס' זה ברגע שצד מסוים מגיש תביעת גירושין וכורך נושא מסוים רק לביה"ד הרבני תהא סמכות לדון בו. (משמורת נכרך אוטומטית לתביעה).

2. סמכות בלעדית לביהמ"ש לענייני משפחה

סימן 47 לדברה"מ- "בכפוף להוראות חלק זה של דבר מלך זה יהא לבתי המשפט האזרחיים גם שיפוט בענייני המעמד האישי, כמוגדר בסעיף 51, של אנשים בישראל. בשיפוט זה ישתמשו בהתאם לכל חוק, פקודה או תקנות שיונהגו או יוחקו להבא, ובכפוף לאלה, לפי הדין האישי החל." סמכות שיורית לביהמ"ש לענייני משפחה, יש מצבים שהסמכות תהא רק לביהמ"ש האזרחי, למשל: פרשנות הסכם גירושין.

3. סמכות מקבילה (לדברים שפרט לעניין הגירושין עצמם) – גם לביהמ"ש וגם לביה"ד הרבני

סמכותו של ביה"ד הדתי בעניינים אלה נרכשת בשתי דרכים:

ס' 3 לחוק שיפוט בתי דין רבניים- שיפוט אגב גירושין;

"הוגשה לבית דין רבני תביעת גירושין בין יהודים, אם על ידי האשה ואם על ידי האיש, יהא לבית דין רבני שיפוט ייחודי בכל ענין הכרוך בתביעת הגירושין, לרבות מזונות לאשה ולילדי הזוג."

ס' 9 לחוק שיפוט בתי דין רבניים- שיפוט על פי הסכמה;

"בענייני המעמד האישי של יהודים כמפורט בסעיף 51 ל"דבר המלך במועצתו על ארץ-ישראל 1922-1947" או בפקודת הירושה, אשר בהם אין לבית דין רבני שיפוט ייחודי לפי חוק זה, יהא לבית דין רבני שיפוט לאחר שכל הצדדים הנוגעים בדבר הביעו הסכמתם לכך." במקרים שאין לביה"ד סמכות שיפוט ייחודית, ביה"ד הרבני יוכל לדון בעניין אך בהסכמת שני הצדדים (למשל: בעניין מזונות ילדים).

ס' 4 לחוק שיפוט בתי דין רבניים- שיפוט בענייני מזונות;

"הגישה אשה יהודיה לבית דין רבני תביעת מזונות, שלא אגב גירושין, נגד אישה יהודי או נגד עזבון, לא תישמע טענת הנתבע שאין לבית דין רבני שיפוט בענין." לאישה יהודיה יש יכולת לבחור לאיפה היא רוצה להגיש תביעת מזונות, שלא אגב גירושין, לבי"ד דתי או לביהמ"ש האזרחי (הרציונל לאזן את הכוח לטובת האישה, לבעל אין אפשרות אם זה לא אגב גירושין, רק אם זה אגב גירושין הוא יכול לפי ס' 3). עולה שאלה גם האם הס' חל גם אגב גירושין. ישנה פסיקה ומחלוקת בפס"ד סבג וקובני.

באשר למוסלמים ונוצרים-

בעבר:

- מוסלמים- סימן 52 לדברה"מ
"לבתי דין המוסלמים הדתיים יהא שיפוט ייחודי בענין המעמד האישי של מוסלמים..."
- נוצרים- סימן 54 לדברה"מ
"לבתי הדין של העדות הנוצריות השונות יהא: -

(i) שיפוט ייחודי בענייני נישואין וגירושין, מזונות של חברים לעדתם שאינם נכריים כמוגדר בסעיף 59.

היום:

תיקון משנת 2001: סעיף 3(ב1) לחוק בית המשפט לענייני משפחה:

"על אף הוראות סעיף 25, בית המשפט לענייני משפחה יהא גם הוא מוסמך לדון בענייני משפחה של מי שנקבעה לגביו סמכות שיפוט ייחודית סימנים 52 או 54 לדבר המלך במועצה על ארץ ישראל 1922-1947, למעט ענייני נישואין וגירושין." גם לביהמ"ש לענייני משפחה יש סמכות לדון בנושאים הללו.

כלומר, בעבר הסמכות הייתה רק לביה"ד הדתיים, המוסלמים – בהכל, הנוצרים, בנושאים המפורטים לעיל, וכיום – התיקון מעניק סמכות לביהמ"ש לענייני משפחה לדון בהכל, פרט לגירושין עצמם, ולכן גם הם נכנסים ל"מירוך הסמכויות".

חוק להסדר התדיינויות בסכסוכי משפחה (הוראת שעה), התשע"ה-2014

היום כל הליך מתחיל בבקשה ליישוב סכסוך.

ההלך:

1. הגשת בקשה ליישוב סכסוך.
 2. 45 ימים - פגישות מהו"ת (מידע, היכרות ותיאום).
 3. (15 ימים - אופציית הארכה).
 4. 10 ימים - תגובה: הצדדים יכולים להחליט, תוך 10 ימים, אם הם רוצים ללכת להליך חלופי (גישור/בוררות).
 5. 15 ימים - צינון: אם אינם רוצים בהליך חלופי יש 15 ימים שאסור לעשות כלום.
 6. 15 ימים - זכות קדימה להגשת תובענה: מי שהגיש ראשון יכול להחליט לאן ללכת (אזרחי/דתי).
- בג"ץ 15 הדק:** האישה הגישה תביעה 15 דק' קודם וביהמ"ש האזרחי זכה לדון.

• החלטות שונות בערכאות שונות:
לדוגמה:

- תביעה למזונות אישה. למשל: בבי"ד דתי אם אישה בוגדת היא יכולה לאבד את המזונות, ואת הכתובה; ביהמ"ש האזרחי יהיה יותר רחום.
- חינוך – הדין האזרחי קבוע בחוק הכשרות ואומר: טובת הילד. למשל מקרה שהאישה מבקשת שהילד יהיה בבי"ס ממלכתי, לעומת זאת הבעל מעדיף שביה"ס יהיה בבי"ס חרדי – חינוך עקרונית תחת המשמורת ואמור לחול דין אזרחי. אם האישה למשל הקדימה ותלך לביהמ"ש האזרחי. ביהמ"ש יפעל לפי חוק הכשרות ועקרון טובת הילד, ולכן ביהמ"ש יבקש חוו"ד, ילך לעובדים סוציאליים, וכך יקבע. לעומת זאת, בבי"ד דתי חושב שטובת הילד בבי"ס חרדי.

• בירור שאלת הערכאה המוסמכת והדין החל

מלכתחילה- לאיזו ערכאה כדאי להגיש את התביעה?

בדיעבד- כיצד יש לתקוף את פסה"ד שניתן?

1. האם פסה"ד ניתן בערכאה מוסמכת?

2. האם הדין הנכון הוחל?

מירוץ הסמכויות – תוצאה של מערכת שיפוט כפולה

• ערכאות שונות שיש להן סמכות לדון באותם נושאים.

• כל אחד מבעלי הדין מנסה לתפוס את סמכות הערכאה שעדיפה לו מבחינה טקטית.

כל אחד מהצדדים רוצה לרוץ לערכאה העדיפה לו. המצב הזה מוביל לכך שאנשים ממהרים להגיש תביעות ומביא לליבוי הסכסוך.

ש: מדוע יש העדפה לערכאה כזו או אחרת?

ת: השופט זילברג: "הדין מהווה כאן, כביכול 'פונקציה' של הדיין".

ההבדלים:

- סדרי הדין והראיות – ביה"ד הרבני לא כפוף לסדרי הדין והראיות. זה יכול להביא לתוצאות מאוד שונות בין הערכאות.
- כללי המשפט הבינ"ל הפרטי.
- ביה"ד לעתים מתעלמים מחוקים טריטוריאליים (פס"ד בבלי) – למשל הגם שנקבעת החלת דין החלת אזרחי-טריטוריאלי עדיין ביה"ד מתעלם מכך..
- הדין המהותי עצמו יכול להיות מיושם לעתים בצורה שונה. ראינו דוגמאות בענייני חינוך, זכויות האישה, משמורת.

חזרה קצרה:

- נישואין וגירושין – רבני, דין דתי.
- מזונות אישה – דין דתי, יש מירוחן סמכויות (הרי שהאזרחי דן לפי הדין הדתי).
- דין דתי וסמכות מקבילה (גם לבי"ד).
- מזונות ילדים – דין דתי, כעיקרון יש שאלה באשר לכריכה. יש סמכות בהסכמה לפי ס' 9 זה בטו.
- רכוש – דין אזרחי, מירוחן סמכויות.
- משמורת – דין אזרחי, חוק הכשרות המשפטית ועקרון טובת הילד, סמכות מקבילה.

דיני משפחה - מבוא

שני הצירים של קורס דיני משפחה בישראל:

1. חברה ומשפט

- המשפחה כמוסד חברתי ומשפטי- האם מוסד זה נוצר בתהליך אורגני של התפתחות אנושית או שהוא דבר שנוצר ע"י המדינה שהכתיבה?
- מהות המשפחה- פרטי/ציבורי- השאלה: מה המרכיבים שמבחינה חברתית נכנסים תחת ההגדרה של משפחה? השאלה המרכזית היא משפחות חד מיניות (מה מגדיר משפחה).
- הפרטי מול הציבורי יכולים לקבל משמעויות שונות כאשר בתחום דיני המשפחה יש נזילות לא מבוטלת בין הפרטי והציבורי.
- גבולות האוטונומיה
- מי המוסד הראוי לעצב/לתבנת את המשפחה- שאלה עיקרית: מי רשאי לעצב ולהבנות את המשפחה?
- המתח העיקרי- בין הרשות המחוקקת לרשות השופטת (הכנסת מול ביהמ"ש), אקטיביזם שיפוטי מול הכנסת.
- שאלת פונדקאות נכנסת בכך, זוגות חד מיניים וכו'.
- שאלות של שוויון מגדרי, המקום אליו מתנקזת מלחמת המינים דת ומדינה

2. דת ומדינה

- הביטוי הברור ביותר של היעדר הפרדת הדת מהמדינה, לב הסכסוך, המקום אליו מתנקז עימות היהודית דמוקרטית- תחום דיני המשפחה בישראל מבטא באופן ברור פורמלית חוקים של זכויות וחובות (חוקים שנוגעים לכל אדם מבחינה אישית פרטית).
- בספר החוקים יש ביטוי ברור להפרדה בין דת ומדינה והוא מהווה לב הסכסוך אליו מתנקז העימות היהודי דמו', מכיוון שלדעת קדרי מדובר במישור המהותי ביותר של פגיעה בזכויות אדם.

הזכות לנישואים היא אחת מז"א הבינ"ל הבסיסיות ביותר שאין להגביל אותן. המדינה מגבילה אותן בחקיקה ובחלק מהמקרים גם אוסרת עליה, מתוך שליטת הדין הדתי והחיבור בין הדת למדינה והיעדר ההפרדה בין שני המוסדות. לדעת קדרי, מדינת ישראל אינה דמו' בתחום הנישואים וגירושים.

- משפט ופוליטיקה - מבחינה פוליטית: בית הדין הרבני מול בית המשפט האזרחי
- ביד"ר מול בג"צ

שמירת עקרון הדין האישי:

הגדרה: עקרון הדין האישי קובע כי עניינים משפטיים בתחום דיני המשפחה נשלטים ע"י הדין הדתי, אך רק כל עוד הם מסווגים כ"ענייני המעמד האישי", ובתנאי שאינם נשלטים ע"י חוק טריטוריאלי (כלומר, חוקים אזרחיים שבאופן מפורש קובעים כי הם חלים בערכאות הדתיות כמו בערכאות האזרחיות, כמו חוק יחסי ממון, חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופוסות וכו').

עקרון זה קובע שבתחום דיני המשפחה, הנושאים נשלטים ע"י הדין הדתי כל עוד הם מוגדרים כענייני המעמד האישי. ישנה קטגוריה בשם "ענייני המעמד האישי" וכל מה שתחת הקטגוריה נשלט תחת הדין הדתי, אלא אם כן המחוקק קבע חוק טריטוריאלי.

חוקים אלה חלים ללא קשר לדין האישי.

נקודת המוצא- חקיקה טריטוריאלי צריכה להעיד על עצמה ככזאת (ניגע בכך בהמשך במיוחד **בפס"ד בבלי** שבו ברק קבע באופן מהפכני שהגדרה זו אינה ממצה).

הדת האוחזת קובעת במשפט הישראלי את הדת שלפיה האדם ישפט (הדת שאליה האדם נולד, כאשר המרת דת היא סוגיה). בישראל, אדם שנולד יהודי ואינו מגדיר את עצמו דתי- עדיין יחשב כדתי מבחינת המדינה.

היסודות החקיקתיים של דיני המשפחה בישראל הם מהמשפט המנדטורי;

סימן 47 לדבר המלך במועצתו- שיפוט בענייני המצב האישי:

רישא: מעגנת את המכונה כ"הסמכות השיורית של ערכאות השיפוט האזרחיות" (בתימ"ש אזרחיים). סמכות שיפוט שיורית=מכיוון שמילים אלה מפנות לסעיפים הבאים המציינים את סמכויות השיפוט של בתיה"ד הדתיים (שרעיים, יהודיים וכנסייתיים- ככל שסמכויות השיפוט שלהם לא מופיעה בסעיפים הבאים, סמכות השיפוט תהיה שיורית כמתואר בסעיף, שכיום הם בתי משפט לענייני משפחה).

הרישא הוא הדין- למי תהיה סמכות השיפוט

סיפא: קובעת כי הדין שלפיו ישפטו בשאלות של ענייני המצב האישי/המעמד האישי הוא הדין הדתי של בעלי הדין (חוק המצב האישי בדבר המלך= הדין הדתי של בעלי הדין).

הסיפא הוא הדין- לפי איזו סמכות ישפטו.

עד שנת 53', סימן 52/3 לדבר המלך פירט את סמכויות בתי הדין הרבניים ← בשנת 53' דבר המלך בוטל ונחקק: 'חוק שיפוט בתי הדין הרבניים נישואים וגירושים תשע"ג 1953' (חוק השיפוט, חשבד"ר).

הסעיפים החשובים בחוק זה הם ה3 הראשונים:

- סעיף 1- **הדין. שיפוט בענייני נישואין וגירושין:** קובע שלבתיה"ד הרבניים יש סמכות שיפוט ייחודית בענייני נישואים וגירושים של אזרחי או תושבי המדינה היהודים.
- סעיף 2- **הדין. עריכת נישואין וגירושין:** קובע שעל הנישואים והגירושים של יהודים בישראל חל דין התורה. דין התורה בעל מחלוקת בין התפיסות הדתיות (אורתודוקסים מול רפורמים, ספרדים מול אשכנזים וכו', למשל בתיה"ד בישראל לא מכירים בגיורים ע"י רבנים אורתודוקסיים בארה"ב).
- דין התורה = בג"צ קבע שדין תורה הוא המשפט העברי כפי שהוא מובן, מפורש ומיושם בזרם הרבני האורתודוקסי בישראל כך שהמוסמכים הם בתי הדין הרבניים (נקבע **בפס"ד היהדות המתקדמת** - הרפורמים

ביקשו הכרה כבעלי סמכות מטעם המדינה לרשום נישואין של זוגות מקהילתם, השופט אילון האורתודוקסי קבע כי [כשמתעוררת שאלה של דת ומדינה תמיד יהיה במוטב שופט בתפקיד הכיסא הדתי, השופט זילברג היה השופט הדתי הראשון שעיצב את כללי המשחק בין המערכת הדתית לאזרחית של דיני המשפחה בישראל].

שמירת הדינים גורמת לחובה של שיפוט לפי בתיה"ד הדתיים.

- סעיף 3- שיפוט אגב גירושין. הוגשה לבית דין רבני תביעת גירושין בין יהודים, אם ע"י האישה ועם ע"י האיש, לבית הדין הרבני יהיה שיפוט ייחודי בכל עניין הכרוך לתביעת הגירושין.

עקרון הדין האישי והפיצול הכפול בדין ובדין

המאפיין המרכזי של תחום דיני המשפחה הוא הפיצול.

במידה ובאירועון יתואר מצב של אנשים נשואים בעלי ילדים, לאחר חתונה ובעלי רכוש משותף, שבחיי הנישואים שלהם היו עליות ומורדות+אלימות וסכסוך- במידה והדיון היה בבליגיה, יכולנו לענות מיד מכיוון שיש חשיבות רק להשתייכות הדתית (עקרון הדין האישי בלבד).

מאפיין ראשון של כל סכסוך בדיני משפחה- פיצול. הפיצול תלוי בהשתייכות הדתית ולאן מגישים את התביעות (למי יש סמכות לשפוט).



חוק שיפוט בענייני התרת נישואים (מקרים מיוחדים בסמכות בינ"ל 1969)- מקנה סמכות ייחודית בענייני משפחה, במקרה שחסרי דת רוצים להתחתן בישראל.

עד ל2010 צורת הנישואים המוכרת היחידה בישראל הייתה דין דתי בלבד ושום דרך אחרת לא הייתה מוכרת. ב2010 נחקק חוק הנישואים לחסרי דת- שהציג סוג של נישואים אזרחיים בישראל (על שני בני הזוג להיות חסרי דת). גירושין בעייתיים יותר מנישואים כאשר מדובר בגירושין שרוצים לבצעם לא ע"י דין דתי (ישראל היא מדינת הגירה ולכן אנשים מגיעים אליה כבר נשואים בנישואים לא אזרחיים ולכן הם רוצים להתגרש באותה דרך).

היסטוריה של דיני המשפחה

נדמה כי מעולם הכפיה הדתית של נישואים דתיים בישראל היא המרכז של וויכוח דת ומדינה בישראל; בפועל, הדבר לא נכון:

- מורשת פוסט קולוניאלית- ההתנהלות לפי עקרון הדין האישי שבהם כל אדם נידון לפי ההשתייכות האישית שלו, מהווה מצב פוסט קולוניאלי, personal state of law. הדבר נפוץ במדינות המזה"ת וצפון אפריקה, חלק ממדינות אפריקה, דרום מזרח אסיה (הודו, פקיסטן ובנגלדש). כולן היו נתונות לשליטה של המעצמות

הקולוניאליות במאה ה-19-18. שלטון המנדט בישראל השליט את אותם עקרונות מאפיינים את השליטה הקולוניאלית, ושאריות המנדט נותרו עד היום (שליטת הדין האישי). כיום, האו"ם במגמה לבטל את עקרון הדין האישי, ורוצה לגרום לו לחדול מלהיות דין מפלה (המאפיין את כל הדינים הדתיים הוא היותם פטריארכליים, מפלי נשים ומעניקי כוח לגברים). מצד שני- המדינות טוענות שכללים פטריארכליים אלה מהווים בסיס לתרבות הלאומית שלנו והן הנורמות שלפיהן הם חיים- דבר המהווה מעין מאבק בין מזרח למערב (הרי המערב כפה את הנורמות האלה בעבר, וכעת עם ההתקדמות- הן טוענות שלא ניתן לקחת אותו מהן ולכפות ערכים מערביים חדשים). רלטיביות תרבותית- בשיח זה יש הצדקה לשימור עקרון הדין האישי על אף היותו מפלה ופוגעני, ומפר ז"א נגד נשים.

בעבר כאשר המנדט לא הכפיף את הילידים הכבושים לחוקיו הוא עשה זאת מתוך תפיסה של התנשאות (שהם לא ראויים להיות נידונים תחת הדינים המתקדמים של המדינה הכובשת).

- שמירת ההסדר העות'מאני- עקרון הדין האישי הומצא ע"י האימפריה העות'מאנית- שיטת המלאא'ת- מלשון אומה, הדבר שעמד בבסיסה: הדין ששולט בענייני משפחה וענייני דת (כמו רכוש הקדשים דתיים או הגדרת משרות אנשי דת בספירה הדתית עצמה)- היה הדין המוסלמי, אך במידה ותחת האימפריה קיימות קבוצות דתיות אחרות בעלות דינים דתיים משלהן- השיטה קבעה להן אוטונומיה דתית (אימפריה סובלנית ופלורליסטית שלא כפתה את הדינים הדתיים שלה ואיפשרה למיעוטים בה להתנהל לפי הדינים הפנימיים שלהם, דבר שהיווה את הבסיס למנדט הבריטי ששימר לאחר מכן).
- השוני הוא שבאימפריה העות'מאנית הערכאה השיורית הייתה ביה"ד השרעי, אך בסימן 47 למנדט הבריטי הערכאה השיורית הייתה ביהמ"ש האזרחי.
- בקום המדינה ב-1948, נחקקה פקודת סדרי השלטון והמשפט שהשאירה את הדינים ערב הקמת המדינה כדי לא ליצור וואקום תרבותי. תחת זאת, קיים הסדר הדין האישי בדיני המשפחה.
- ראשית שנות ה-50- חקיקה חוק שיפוט בתי דין רבניים.
- התאחדות נשים עבריות למען שוויון זכויות בא"י- 1919, הסופרג'יסטיות הישראליות. לנשים זכות בחירה מאז 1926. גרמו לשביתה של הפועלות למען זכות הבחירה לנשים, שהתנגד אליו היישוב הישן בראשות הרב קוק. הצעה לקיום משאל עם בנושא זכות בחירה לנשים, שבו תהיה קלפי כשרה שבה כל גבר ייספר פעמיים (האישה נטמעת בתוך אישיות בעלה). הדבר לא קרה והיה הדבר הבסיסי בהקמת התנועה.
- מאבק חשוב נוסף שלהן- קונגרס בינ"ל עשירי לזכויות הצבעה לנשים לפני 100 שנה, וליוו נשים בבתי הדין הרבניים (באולם מלא גברים והדריכו אותן במהלך המשפט).
- חוק שיפוט בתי דין רבניים- לא רק קיבע בחקיקה אזרחית את ההסדר הקבוע בדבר המלך המנדטורי, אלא גם הרחיב את סמכויות בתיה"ד הרבניים- 30 לחוק שיפוט בתי"ד רבניים- עניינים שלא היו בסמכות ייחודית של בתי דין רבניים יהיו תחת סמכותם, דבר המהווה הרחבה גדולה של סמכויותיהם.
- בן גוריון מעיד שהוא מנהל מו"מ עם הדתיים והשיג התחייבות מהם שאמנם סמכותם מורחבת אך הם יפעילו אותה לפי אמות מידה של הגינות, צדק ושוויון, אך בפועל- בן גוריון טוען שהם רימו ולא מילאו את התחייבותם. לכן חוק זה החל את מסורת הסחטנות הדתית; ניצול- ללא מפלגות דתיות לא תהיה ממשלה וכו'.
- אחרים טוענים שבתהליך קבלת חוק שיפוט בתי"ד, לא היו חייבים להיכנע לדתיים, כאשר מעבירי החוק היו אנשי מפא"י- הגברים החכ"ם של מפא"י, בעלי אינטרס ברור לשמר את הפטריארכיה שלהם וניצלו את חלון הזמן להעביר את החוק על חשבון הנשים.
- העובדה היא שהחוק לא היה כפיה דתית אלא היה הסכמה מרצון- שנובע כנראה מאינטרס גברי ליתרון על פני הנשים שימקם אותם בעמדת כוח גבוהה יותר מול הגברים במדינות אחרות, או מרצון אחר: לדעת הלפרין קדרי ווידגר, המדינה האצילה את סמכותה לקבוע בדיני משפחה למערכות דינים דתיות מפלות,

שלמעשה שומרות על גבולות הלאום- כביכול מונעות התבוללות, ולכן מונעות נישואים בין דתיים ומונעים מעבר מקבוצה לאומית אחת לאחרת כאשר קבוצות הלאומים האחרות הן עוינות שלכולם יש אינטרס בשמירה על גבולותיהם (למעשה לכל הדתות יש אינטרס משותף למונע מעבר בין קבוצות לאומיות ולשמור על הגבולות, אך חקיקה של מדינה דמו' לא יכולה לעשות זאת בגלוי- ובעקבות אינטרס זה המדינה מאצילה את סמכויותיה לביה"ד, כיוון שאי אפשר להעביר חוק כזה.

מבוא לציר החברה והמשפט

שאלת מעמד האישה, ביקורת פמיניסטית, והמתח שבין משפחה למגדר.

פמיניזם- התפישה של השוויון בערך של כל פרט, העברית היא שפה ממוגדרת ולכן נשתמש במילה "פרט". מדברים על הערך ולא דווקא על נשים=גברים, מכיוון שאז נקבל את המודל הגברי האבסולוטי שאליו צריך להשוות וכל מי שאינו גבר בהכרח חייב לשאוף לו כדי להשיג זכויות שוות, וזו לא המטרה. לכולם יש להעניק את אותו הערך, כאשר ברמה המשפטית הזכויות והמעמד צריכים להיות שווים. מעשית, צריך להיות מוענק כוח שווה המגלם מושגים אחרים כמו כוח במובן של סמכות, יכולות, הזדמנויות, החלטות, בחירות ולא דווקא כוח פיזי.

משמעות הפמיניזם- התחייבות לשאוף לכך שלכל פרט יהיה מערך מדויק של כל פרשנויות הכוח.

לפי הפמיניזם, נקודת המוצא בהתבוננות במציאות שבה אנחנו מצויים מראה שלאורך כל ההיסטוריה (בהיסטוריה האנושית המוכרת), גברים מוערכים יותר מנשים ובעלי פריבילגיות יותר מנשים כאשר הפמיניזם מנתח את המציאות שבה בין אם הם מוסדות כלכליים, תעסוקתיים, דתיים או משפטיים מנקודת מבט ביקורתית מתוך שאיפה לשנות ולתקן.

חלק נוסף ממחויבות פמיניסטית היא שההשתייכות המגדרית (הבדלי המין/המגדר) אינם היסודות היחידים ליצירת היררכיות/פריבילגיות; ישנם פרמטרים נוספים והקשיים האתגריים הם ההצטלבויות הנוצרות בין השתייכויות (למשל השתייכות אתנית למגדרית פריבילגיות פחות, רמת דתיות, נכות וכו'). פמיניזם חייב לפעול באמצעות תנועות חברתיות ולהניע מהלכים שלא בהכרח תלויים במדינה כדי לעבור את המכשולים הקיימים.

המשפחה כערש הפטריארכיה:

המשפחה היא המוסד המכונן של הפטריארכיה.

פטריארכיה- צורת ארגון חברתי שבה הגבר המבוגר ביותר הוא ראש המשפחה, השושלת והקרבה המשפחתית כאשר ההורשה מתבצעת על בסיס הקו הזכרי, וכן כל חברה המבוססת על שיטה זו.

זוהי כל שיטת ארגון שבה הכוח והשליטה נמצאים בידי גברים המחליטים איזה חלק נשים ייטלו כאשר הכישורים המיוחסים לנשים מצויים כולם מחוץ לספירה הציבורית והפוליטית. ארגון זה יכול להיווצר טבעית או מלאכותית.

מבחינה פרהיסטורית: ישנן עדויות שלפיהן ההתארגנות האנושית של האדם הקדמון (ההומינידים) הייתה לפי הנשים. ההתארגנות הייתה ללא בעלים, מכיוון שלא ידעו שקיים זרע ולא ידעו שיש מקום לגבר בתהליך הולדת הילדים- האישה נתפסה כמרכז וכזו שמביאה את הילדים לעולם. לא ידעו מה גורם לאישה להתעבר ולכן היא נתפסה כמרכזית. לכן כל הדמויות הפרהיסטוריות היו אלילות שהאדירו את גופן כגוף שמביא את החיים (במיוחד אישה הרה או אישה יולדת).

תיארוך גילוי הזרע מקביל לתיארוך גילוי עיבוד האדמה ואגירת התבואה כל שנה, דבר שהביא להתפתחות הקונספט הקנייני- כאשר גילו שללא זרע אישה לא יכולה להביא ילדים לעולם, דבר שהביא למהפך- האישה הפכה לכלי בלבד

בתהליך יצירת הילדים ולא ידעו שיש לה ביציות, לכן האישה נתפסה כאדמה- "אמא אדמה", וכמו שעל האדמה צריך לשלוט, לעבד ולמשול= כך גם באישה.

← מקום האישה הפך לנחות, הגבר הואדר כבעל הסמכות וכדי לברר את הקשר הילדים החלו לכונן את חוקי הנישואין שמצויים בצורה ברורה במשפט העברי, ע"מ להבטיח את הבעלות המלאה של האבהות. לדוג'- ממזר, איסור אשת איש שהוא כרת, והכל נועד כדי להבטיח את הוודאות והשליטה של הגבר באישה ובילדיו, כמו בקניין.

המהפיכה התעשייתית: שורשי דמות המשפחה כפי שהיא מוכרת כיום. המשפחה "המסורתית" לא הייתה קיימת עד לפני המהפיכה, ומהווה מעין מיתוס. לפני המהפיכה, היה משק שבראשו עומדים איש ואישה והמתלווים שהיו בעלי תפקידים ביחידה כולל בע"ח. היה משק אוטרקי שמזין את עצמו ומספק רק את החיים ביחידה עצמה. במשק זה תפקידי האיש והאישה היו תפקידים זהים (לא הייתה חלוקת תפקידים מגדרית). לאחר המהפיכה, הפונקציות המשפחתיות יוצאות החוצה- החלו להתפתח מוסדות חינוך מחוץ לבית, תחום הרפואה, כאשר מוקדי הייצור הפכו להיות מרכזיים ותעשייתיים כאשר הגברים עבדו בהם בזמן שהאישה ילדה, הניקה וטיפלה בילדים כיוון שלא היו אמצעי מניעה (האישה כל הזמן יולדת ולא יכולה לעבוד במרכזים).

← התרחשות מספר תהליכים מקבילים ומשלימים:

- ככל שהעולם התעשייתי התחזק, הבית הפך להיות המפלט מהעולם הקר והאכזר שנוצר, דבר שגרם לקיטוב בין החוץ הציבורי לפרטי הפנימי. דבר זה גרם למיסוד המשפחה.
- בעבר האישה הייתה פרודוקטיבית ויצרנית במשקים האוטרקיים, כאשר עכשיו היא לא production אלא reproduction כאשר כל היצרנות עזבו אותה לטובת המהפכה התעשייתית מחוץ לבית.
- יחד עם האדרת הבית והפיכת הנשים לבעלות סגולות חום, הענקה, אלטרואיזם ונתינה- האישה איבדה את מעמדה היצרני, דבר שגרם להולדתה של המשפחה המסורתית כפי שהיא מוכרת כיום.

דבר זה גרם לפטריארכיה כפי שהוא מוכרת כיום- נשענת על הפרדה ברורה בין הפנים הפרטי לחוץ הציבורי. האמנה החברתית בין הגברים מאפשרת לכולם לקחת חלק בשלטון, דבר שמוציא את מה שקורה בספירה הפרטית ומוקיע נשים מכך.

במגילת אסתר- אחשוורוש הוא הפטריארך וכאשר אישה צריכה להגיע להיות לצידו, היא צריכה לעבור טיפולים רבים כדי להיות מוכנה לזכות הלילה הראשון (למלך יש נגישות לכל הנשים בממלכה). האמנה החברתית שימרה את הכוח של הגברים בנשים, וניתן לראות זאת עם ושת- הוא גירש אותה כדי שידע שהוא שולט בנשים.

- הקטגוריות המארגנות בדיני משפחה הן נזילות מאוד, לא אבסולוטיות או מוחלטות; בתחילת תפיסות הכלכלה המודרנית שהתנהלו מכוח חוזים והסכמות, ההמשגה הייתה שהעולם כולו פרטי ומחוץ להתערבות המדינה מכיוון שהוא נשלט ע"י מערכות יחסים חוזיות פרטיות בין הפרטים לבין עצמם ולכן מבחינתו הכל היה שייך למגזר הפרטי. למשל, ניתן להצדיק את שוק העבודה כחוסה תחת כותרת פרטית כמו שנצדיק אותה תחת כותרת ציבורית. בעולם העסקי, גם כן יש את שתי הזוויות (תחת שליטת חברות ממשלתיות והמגזר הציבורי מול המגזר הפרטי).
- במשפחה, ניתן כותרת ציבורית. מסווגים את המשפחה במגזר הציבורי מכיוון שמאז המהפכה התעשייתית הייתה חלוקה דיכוטומית נוקשה וברורה בין המשפחה הפרטית לבין מה שנמצא מחוצה לה. חשיבות חלוקה זו הייתה שכל מה שנמצא בספירה הפרטית לא אמור להיות נתון להתערבות החברה או הממשלה והחוקים (המחוקק והנורמות החברתיות) מבחוץ, והבית עצמו מוגן מפני התערבות חיצונית באמצעות נורמות שכופות את חברי המשפחה. כל המתרחש במשפחה הוא פרטי ולא מעניינה של המדינה להבדיל מציבורי ואישי (להבדיל מפוליטי=במובן המצוי בכוחות החברתיים המכוננים את ההתנהלות

החברתית, כל מה שמתבצע ברמות החברתיות הכוללות ומונע באמצעות כוח חברתי). משמעות החלוקה- מה שמתנהל בתוך הבית חסר משמעות ליחסים הפוליטיים ומה שמניע את הכוחות החברתיים שמבחוץ.

- הקשר לפטריארכיה- במדינות הצפון שהתפתחו לתוך משטרים ליברליים הן תוצר של הנאורות והליברליזם כאשר ההוגים הפוליטיים של תקופות אלה היו אלה שדחו את הסמכות האבסולוטית של האל (השליטה באל ובכוח החברתי-פוליטי נתפס כמואצל ע"י האל לאפיפיור או למלך/קיסר/צאר שבתפיסה טרום הליברליזם קיבלו את הכוח מכוח הסמכות האלוהית).
- מבשרי הנאורות והליברליזם (הובס ולוק) דחו את מקורות הסמכות האלוהית ואמרו שהחברה מתארגנת על בסיס אמנה חברתית (הסכמה בלתי כתובה בין הפרט לבין מעניקי הסמכות מרצון, וכך מוותרים על כוחם הפרטי ומעניקים אותו לאלה שבראש החברה). ← מכוח הסכמה זו, הדבר הגיע לספירה הציבורית פוליטית שהתגבשה על בסיס האמנה החברתית.
- במבט ביקורתי שנדרשו אליו הוגות פמיניסטיות לאחר מכן, הנשים לא היו חלק מכינון האמנה החברתית; קרול פייטמן הוסיפה נדבך: ישנו חלק מושתק בכינון האמנה שבמסגרתו במקביל להסכמת הגברים לוותר על כוחם לטובת מנהיגות, נוסדה אמנה אחרת- החוזה המיני בין הגברים לבין עצמם על חשבון הנשים ואף בין הנשים לגברים תמורת השירותים המיניים (שירותי ההולדה) של הנשים- ויקבלו הגנה ומחסה, מענה לצרכיהן החומריים, אך הן לא יקחו חלק באותה ספירה ציבורית חיצונית שבה נמצאים רק הגברים וכחלק מאותה אמנה חברתית גברית הם זוכים בכוח פרטי שלהם בבית שלהם (ביחס לאישה שלו). כוח פרטי זה מוגן מפני התערבות המדינה.

החוט המקשר- ההפרדה זו נראית טבעית כיום במבנה המשפחתי המודרני הפרטי ציבורי- ההפרדה בין המשפחה לבין העולם שבחוץ. הפרדה ברורה בין הפנים (משפחה) לבין החוץ (פוליטיקה). דבר זה נגרם מהצלחת המנגנון הפטריארכלי שמטמיע בנו תפיסות אלה כטבעיות. דברים אלה לא בהכרח טבעיים ולא היו כך מאז ומעולם. בתפיסה המסורתית, הפרטי אינו פוליטי ולכן אינו נתון להסדר המדינה, כאשר כינון הספירה הפרטית אפשר את יצירת האמנה החברתית על אחיזת העיניים הוולונטרית שבה.

קטגוריות אלה לא חדמ"ש ועבור ההתפתחות של דיני המשפחה ושאלת שוויון מגדרי של נשים ומעמדן, התקופה המכוננת של המשפחה ה"מסורתית"- ההפרדה בין הפרטי והציבורי הייתה משמעותית- לכן אחת הסממאות החשובות של התנועה הפמיניסטית של שנות ה-60 (הגל השני של הפמיניזם, הראשון היה הסופרג'יסטיות 1919) כאשר האמירה החשובה ביותר: "האישי הוא פוליטי, הפרטי הוא ציבורי והציבורי הוא פרטי". כאשר המטרה היא להצביע על כך שמה שמתרחש בחוץ משפיע בצורה ישירה על המשפחה הפנימית וההיפך- תבנית המשפחה מקרינה על יחסי הכוח המגדריים מחוץ למשפחה. לאמירה זו מטרה כפולה:

1. הצבעה על ההפרדה כחסרת הצדקה
2. לקרוא לפעולה- לכך שהחומה בין המדינה+החברה+המשפט+החקיקה לבין המשפחה צריכה להתפורר, כאשר הנקודה הבעייתית ביותר מבחינת התנועה הפמיניסטית היא אידיאולוגיית אי התערבות המשפחה- החומה שחסמה את התערבות המדינה במתרחש במשפחה הפנימית נתנה חסינות לבעלי הכוח במשפחה שמנצלים לרעה את כוחם (כלכלי, פיזי וכו'). אידיאולוגיה זו הביאה לאי התערבות למשפחה ונתנה לגיטימציה לחסינות עד לסוף שנות ה-70 של המאה ה-20 (הביא לאלימות במשפחה). דבר זה גרם להצדקות הגיוניות תיאורטיות כביכול שכולות בקנה אחד עם מה שעולה באותה עת. תורת המיזוג- של האישה עם בעלה, לפי המשפט המקובל ברגע שאישה נישאת היא מאבדת לחלוטין את האישיות המשפטית העצמאית שלה וכל מה שהיא מבצעת נזקף לבעלה, היא בעלת חסינות פלילית כיוון שהיא נעדרת אישיות משפטית ומי שיועמד לדין יהיה בעלה. בלקסטון שגיבש את נורמות המשפט המקובל

במאה ה-16 אמר "husband and wife are one in law, the very existence of the wife is consolidated under the husband under his wing and protection that preforms everything". האובדן המוחלט של האישיות המשפטית גרם לשעבוד לבעל. כלל האצבע- המקור: לבעל יש זכות חינוך על האישה שכללה את הרשות להשתמש במקל שעוביו לא עולה על אצבע ע"מ שתציית לו.

ישנן מדינות שרעיה שבהן בחוק מעוגנת האפטרופסות של הגבר על אשתו (כמו ערב הסעודית). עד לתחילת המאה ה-20, זה היה החוק המקובל.

← מורשת ישירה של הפטריארכיה גם כיום אמנם לא בהכרח קיימת במשפט להוציא את שאלת הנישואין והגירושין, אך

מקומה של המשפחה במובן הפורמלי והמציאות המשפטית שבה מדינות רבות בעולם מסכימות עם היותה מוסד משמעותי לחיי החברה. ברוב המדינות ישנן חוקה כתובה בשונה מישראל שדנה בשמירה על המוסד המשפחתי (למשל בחוקת אנדורה). חוקות מודרניות ברחבי העולם מבהירות שמירה על המשפחה ואינן פרימיטיביות; לדוגמה- המצע של מפלגת זהות מציע שמירה על התא המשפחתי. מפלגת זהות רוצה לבטל את מרשם הנישואים: אין יותר סטטוס נישואים.

פס"ד עדאללה - (אין צורך להכיר פס"ד זה למבחן) פרשה פלסטינאית, איחוד משפחות ושאלת האפשרות של אזרחים ערביים לאיחוד משפחות עם מי שמעבר לגבול.

בפס"ד זה, יש רטוריקה עשירה על שאלת "מהי משפחה" ו"מהי טיבה של הזכות לחיי משפחה". ברק: טוען שחיי משפחה הם חיים משפחתיים במובן רחב, לאו דווקא ילדים או אישה אלא מכילים את כל מערכות היחסים המשפחתיות המורחבות. חשין- מדבר על הזכות לנישואים וחיי משפחה;

סעיף 16 לאמנת CEDAW - מעגן את הזכות לנישואין וחיי משפחה. כל מדינה שהצטרפה לאמנה נטלה על עצמה את האחריות שהזכויות יהיו על בסיס שוויון בין גברים לנשים, והעניקה:

- זכות זהה להתקשר בנישואין
- אותה זכות לבחור בחופשיות והסכמה את בן הזוג
- אותן זכויות וחובות במהלך הנישואין ופירוקם
- זכויות וחובות זהות כהורות ביחס לילדים
- אותן זכויות לקבוע בחופשיות ואחריות את מספר הילדים ומרווח הזמן+גישה למידע ולחינוך לגביהם
- את אותן זכויות בנוגע לאפטרופסות, משמורת ואימוץ
- אותן זכויות אישיות כבני זוג ובחירת שם משפחה, מקצוע ועיסוק
- אותן זכויות בהתייחס לבעלות וניהול הרכוש

ישראל הסתייגה מאמנה זו (הצטרפה לאמנה זו תוך הימנעות מקבלה של חלקים מהאמנות). נקבע כי מדינות לא יכולות להסתייג מסעיפים 2 ו-16, ולכן ישראל קיבלה על עצמה את ס'16. בפועל, ישראל עדיין מסתייגת.

תרגול 1

סעיף 1 לחשבד"ר (חוק שיפוט בתי דין רבניים):

רק לבתי הדין הרבניים יש סמכות לדון בענייני נישואין וגירושין, כאשר לבימ"ש אזרחי אין סמכות לדון בהם. תנאי הסעיף:

1. ענייני נישואין וגירושין
2. של יהודים
3. בישראל
4. אזרחי המדינה או תושביה

1. נישואין וגירושין -
3 דברים בענייני נישואין:

- תוקף הנישואין או בטלותם
- כשרות להינשא - בג"ץ גיטייה - אדם פלאשי שחושב שהוא יהודי ורוצה להתחתן עם מישהי יהודיה, והרבנות קובעת שהוא לא יהודי ויכול להתחתן רק אחרי תהליך גיור בטבילה. נקבע כי רק לביה"ד סמכות דיון ואין להתערב, כלומר - גם הכשרות להינשא תחת סמכות ביה"ד.
- שלום בית - בג"ץ נעים - בביה"ד הרבני נפוץ לשלוח את הצדדים לשלום בית כאשר הם רוצים להתגרש. בני הזוג הסתכסכו והאישה מגיעה תביעה לשלום בית (לרוב התביעה מגיעה מנסיבות טקטיות, כאשר במסגרת התביעה האישה מבקשת ומקבלת 3 סוגים של צווים.
- 1. צו העוסק בוילה משותפת של הזוג - מבקשת שביה"ד יקבע שהגבר יניח לה לגור בוילה ולא יפריע לה במהלך תקופת הביניים. קיבלה מביה"ד.
- 2. צו של הביקורים של הבן אצל האב - לאב יש מאהבת, והאישה מבקשת למנוע את ביקורי הבן המשותף בבית החדש של האב עם הפילגש מכיוון שהיא טוענת שהוא מסית את הילד נגדה. קיבלה מביה"ד. נקבע שהדבר צריך להידון במסגרת תביעת המשמורת והביקורים בבית משפט אזרחי והסדרי ראייה ולא קשור לשלום בית.
- 3. צו להחזרת התמונה לבית - ביה"ד נותן צו להחזיר. זהו עניין רכושי שלא קשור לשלום בין הצדדים ולכן לא קשור לשלום בית וביה"ד לא בעל סמכות.

הבעל עותר וטוען שלביה"ד אין סמכות להתערב בעניינים אלה;
בג"ץ קובע שלביה"ד יש סמכות לדון בוילה המשותפת אך לא בשאר, מכיוון שהווילה נועדה למגורים המשותפים של הצדדים וזהו סעד זמני לתקופת הביניים ולכן הדבר נכנס בגדר תביעה לשלום בית.

○ מקרים שיוריים שייחשבו כחלק משלום בית (כמו המגורים בוילה).

ענייני גירושין:

- תביעת גירושין ומתן פס"ד גירושין - רק לביה"ד סמכות לדון בתביעת גירושין.
- תביעה בעניין הפרת הסכם גירושין - פס"ד מרום - בני זוג שגרים שנה יחד וחותרים לאחר שנה על הסכם, שבו הבעל ייתן לאישה גט, האישה מוכנה לקבלו והם מסכימים ביניהם. האישה פונה לביהמ"ש האזרחי (המחוזי) ומבקשת שיכפו על בעלה לתת לה גט למרות ההסכם.
- השופט קיסטר - ענייני הסכמי גירושין וההתחייבויות שקשורות בהם הם בגדר "עניינים של נישואין וגירושין", והסמכות לדיון בהסכמים אלה הם לא לבימ"ש אזרחי אלא רק לביה"ד הרבני.

השופט ברנזון- מוסיף נימוק נוסף: החשש לגט מעושה. גט ביהדות אמור להינתן מרצון של הבעל, ואם הוא לא ניתן מרצונו הוא עלול להיות לא תקף ולכן הוא בגדר גט מעושה (דבר שיגרום לממזרים או לנישואים בטלים), ולכן חשוב שהסמכות תהיה לביה"ד הרבני.

נושאים שלא נכללים בענייני נישואין וגירושין- תביעות רכוש יחסי ממון בין בני זוג

- רכוש והסכמים בענייני ממון- בג"ץ גור- קבע שנושאי רכוש והסכמים בענייני ממון אינם נושאים של נישואין וגירושין
 - הלכת שיתוף הנכסים- חלוקת רכוש. הלכת בבלי- נקבע שעל נושא הרכוש חל דין אזרחי, בתוכו הלכת שיתוף הנכסים- שלא מהווים עניין של ביה"ד הרבני ואינם חלק מנישואין או גירושין.
 - אכיפת הסכם שיפוי- בג"ץ לוי- בני זוג שמתגרשים ומגיעים להסכם שבו מחליטים על הסכום של המזונות, וקובעים שאם בעתיד האישה תבקש להגדיל את הסכום, היא תצטרך לשפות את הבעל. (בדר"כ מסכימים על סכום מסוים, ועם הזמן יש צרכים נוספים של הילדים- האישה מגישה את התביעה בשמם, ולכן קובעים בהסכם שאם בעתיד הילדים או האישה יבקשו להגדיל את המזונות, האישה תצטרך להחזיר לו את הכסף). הבעל רצה שהאישה תשפה אותו, ונקבע שאכיפת הסכם שיפוי אינו כלול בנישואין וגירושין בסמכות ביה"ד.
2. של יהודים- זיקה דתית:

בג"ץ בנקובסקי- בחורה שעלתה לארץ בנעוריה ועוברת גיור יחד עם משפחתה בגיל 15. לאחר זמן היא מתחתנת ברבנות וגם מתגרשת לאחר מכן. הבעל מגיש תביעת גירושין לביה"ד הרבני ומבקש לכרוך בה את נושא הרכוש, וכאשר ביה"ד הרבני שואל אותה- מגלים שהיא לא שומרת על כשרות, שבת ולא הולכת למקווה ← ביה"ד טוען שלכן גיורה בטל והנישואין לא תקפים ← הנישואין לא תקפים ← היא לא זכאית לרכוש ולכן לא מגיעות לה זכויות מכוח הנישואים.

כלומר, לביה"ד אין סמכות לדון בכך ולכן הנושא עובר לבימ"ש אזרחי.

נקבע שברגע שביה"ד קובע שאחד מהצדדים לא יהודי או שניהם, אין לו סמכות לדון ויש לו סמכות לדון רק כאשר מדובר בשני צדדים יהודים.

3. בישראל- זיקה טריטוריאלית

פעם היה נדרש שהצדדים יהיו נוכחים פיזית בישראל אחרת לביה"ד רבני אין סמכות אם אחד הצדדים בחול. עם הזמן הייתה התגמשות:

כלל הנוכחות הקונסטרוקטיבית- אין צורך בנוכחות פיזית.

- לגבי תובע- הנוכחות הקונסטרוקטיבית בישראל תוסק מעצם הגשת תביעה על ידו בישראל באמצעות מיופה כוח (התובע יכול להשתמש במיופה כוח ועדיין הדבר ייחשב כאילו הוא מקשר אותו לארץ טריטוריאלית).
 - לגבי נתבע- בעבר, אם מדובר בתושב שמקום מושבו בישראל- הדבר מספיק ומכך מוכיחים את הנוכחות הקונסטרוקטיבית שלו.
- בפס"ד ורבר-** הרחבת הנוכחות הקונסטרוקטיבית של נתבע. בני זוג נישאו בישראל, גרו בה 25 שנים, היגרו לארה"ב וגרו שם 10 שנים. בשלב מסוים הבעל מגיש תביעת גירושין לביה"ד הרבני בארץ. בעיה: לבימ"ש בחו"ל אין יכולת לדון בעניינים בארץ.
- השופט זמיר: לא חובה שהאדם יהיה נוכח פיזית או שיהיה תושב, מספיק שתהיה זיקה כלשהי והדבר ימלא את התנאי הטריטוריאלי.
- במקרה זה, לאישה היו מספיק זיקות לישראל: היא רשומה במרשם האוכלוסין, בעלת דירה בת"א, על שמה חשבונות פעילים בבנקים, חברה בקופ"ח, אמה ושני דורות של צאצאיה גרים בישראל ומבקרת אותם, נישואיה נערכו בישראל והגישה תביעה לבימ"ש בישראל- ולכן ישנן מספיק זיקות (מירב הזיקות).

4. אזרחי המדינה או תושביה- זיקה פרסונאלית

אזרחות קל לבדוק, אך מבחינת תושבות הדבר נזיל יותר.
בג"ץ כובאני- בני זוג שנישאו כדת משה וישראל בתימן, היגרו ללונדון והסתכסכו. הבעל בא לביקור בארץ והאישה מגישה נגדו תביעת גירושין+ צו עיכוב יציאה+ למחרת- תביעת מזונות אישה.
 לפי ס'4 לחשבד"ר (שיפוט בענייני מזונות): ברגע שאישה מגישה תביעה למזונות אישה שלא אגב גירושין נגד בעלה או עצבנו- ביה"ד יכול לדון בנושא מזונות גם כשבני הזוג אינם אזרחי הארץ (בכובאני לבני הזוג לא הייתה תושבות ולא הייתה להם אזרחות, הגיעו מתימן וגרים בלונדון).
 לכן, הסמכות לא מכוח סעיף 1 אלא מכוח סעיף 4 בגלל תביעת המזונות, וסעיף זה לא דורש תושבות או אזרחות.

תרגולים 2-4

ס'4 לחשבד"ר- שיפוט בענייני מזונות. מעניק לביה"ד סמכות לדון במזונות שאגב גירושין.
 מנכסים סמכות לביה"ד לפי סעיף זה. **בבג"ץ כובאני**, ברק מסמיך את ביה"ד לדון בעיכוב יציאה מן הארץ אך לא דן בסמכות הדין של בית הדין בגירושין, ולכן מנכסים את הסמכות הנ"ל לפי סעיף זה.
בג"צ סבג- בני הזוג נישאו במונקו, ולאחר 3 שנים האישה הגישה תביעת גירושין ומזונות אישה בביה"ד, וכאשר הגבר מבקר בארץ מוציאים נגדו צו עיכוב יציאה מהארץ. השאלה היא האם לביה"ד יש סמכות דרך סעיף 4?
דעת רוב- אין סמכות מכוח ס'4. לפי פרוקצ'יה הסעיף לא רלוונטי מכיוון שהוא עוסק במזונות שלא אגב גירושין, וכאן מדובר בגירושין גרידא. היא קוראת את הסעיף כמות שהוא וטוענת שהדבר לא נכנס למזונות שלא אגב גירושין.
דעת מיעוט- יש סמכות לפי ס'4. רובינשטיין, לפיו- תביעת המזונות אפשרית מחמת היותה "מעוכבת מחמתו להנשא". ביהדות, כשגבר סרבן גט- האישה זכאית בינתיים למזונות מכיוון שהוא מעכב אותה וכך היא לא יכולה להתחתן עם אדם אחר שיפרנס אותה ולכן היא זכאית למזונות מסוג זה.

ס4א- סמכות מבחינה בינ"ל לתביעה לגירושין:

הרחיב את הסמכות של ס'1 שדורש יהדות ואזרחות וכו'. מדובר על נישואים מדין תורה, אך אם במבחן נאמר כי מדובר בנושאים אזרחיים- ניתן להמשיך לדון בכך.
 לביה"ד יש סמכות שיפוט ייחודית בתביעה לגירושין בין בני זוג יהודים שנישאו עפ"י דין תורה בהתקיים אחת מהזיקות המתוארות בו. במידה ואחת מהזיקות מתקיימות, ישנה סמכות שיפוט לביה"ד. פירוט:

- ס'ב- כאשר הוגשה תביעת גירושין בבית דין בחו"ל אין לביה"ד הרבני סמכות להתערב. מקרה של בני זוג שמתחתנים גם ברבנות וגם באזרחות כדי שהנישואים יהיו תקפים בחול- לגבי נישואים אזרחיים, אין לביה"ד הדתי סמכות לדון בנישואים וגירושין אזרחיים בחו"ל. במידה והצדדים רוצים להתגרש בחו"ל, ביה"ד הישראלי לא יכול להתערב במידה והוגשה תביעת גירושין לבית משפט בחו"ל.
- ס'ג- במידה ובני הזוג יהודים שנישאו ע"י דין תורה, מספיק שהתובע יהיה אזרח ישראלי כך שלבית הדין בישראל תהיה סמכות לדון בתביעה כדין תורה.
- במצב שבו בני הזוג התגרשו בבית משפט אזרחי בחו"ל ועדיין האישה רוצה גט- אין לביה"ד סמכות. ישנן מדינות שבהן יש איסור להתגרש- כמו בפיליפינים. במצבים אלה, לביה"ד תהיה סמכות במידה והתובע אזרח ישראלי ונמצא בארץ בעת הגשת התביעה.
- ס'ה- הוראות סעיף זה לא מעניקות סמכות לביה"ד לדון בסמכות בעניינים כרוכים בגירושין; סעיף זה מאפשר לדון בגירושין בלבד ולא במה שמסביב (כמו משמורת, רכוש ומזונות).
- ס'ו- מגדיר את "מקום מושבו של אדם"- מקום שבו נמצא מרכז חייו או מקום מגוריו הרגיל.

לסיכום, ניתן לומר שישנם מספר סעיפים מעניקי סמכות שיפוט לביה"ד (מרחיבי סמכות):

- 1
- 4
- 4א

פס"ד אבקסיס - אזרחי צרפת שנישאו כדת משה וישראל במרוקו, עברו לגואדלופ (מושבת איים צרפתית בים הקאריבי), נישאו נישואים אזרחיים בחול אחרי שנתיים ולאחר מכן גם התגרשו אזרחית, אך הבעל סירב לתת גט יהודי.

לאחר מכן, שני הצדדים היו בארץ והאישה הגישה תביעת גירושין → נוצר צו עיכוב יציאה מהארץ לבעל.
השאלה: האם תהיה סמכות לביה"ד הרבני? (לגבי הסמכות מכוח סעיפים 1 ו-4 - מדובר בתביעת גירושין+בין שני צדדים יהודיים+בישראל - אך הם לא היו אזרחים יהודיים מכיוון שלעולם לא גרו בישראל).
השופט ארבל - בעבר אמנם נדרשה תושבות קבע, אך ב-2012 אנשים ניידים וכדי לבחון אם התקיים תנאי התושבות יש לבדוק את מירב הזיקות של האדם. היא טוענת שיש מספיק זיקות לישראל לקיום תנאי התושבות, ובני הזוג הסכימו ביניהם שיחיו את שארית חייהם בישראל בזמנו - לכן לדעתה מתקיים תנאי התושבות לפי ס'1.
 + היא טוענת שיהיה ניתן להגיע לכך גם דרך סעיף 4א' - מרכז חיי שני בני הזוג בישראל ולכן ניתן לקבוע סמכות לפי כך.

השופט מלצר - בדעת מיעוט; ישיבה בארץ צריכה להיות ישיבה של קבע והדבר לא מתאים אך ניתן לנסות להשיג סמכות דרך ס' 4א'1. אך לפיו - אי אפשר לדון בנושאים הכרוכים.

פס"ד פלוני - אזרח מרוקו תושב צרפת+אישה אזרחית ותושבת צרפת שנישאו כדת משה וישראל, חיו בצרפת וכנסו להליכים בערכאות בצרפת. כאשר שני הצדדים באו לישראל כתיירים האישה הגישה תביעת גירושין+תביעת מזונות לפי ס'4. ס'40 רלוונטי רק לתביעה במזונות שלא אגב גירושין.

רובינשטיין - דילמה. שואל לפי הלכת כובאני, האם המזונות לפי סעיף 4 ברורים מספיק? מצד אחד יש את דעת הרוב בסבג ולפי פרוקצ'יה אין סמכות לדון, ומצד שני - הלכת כובאני הסותרת, כאשר בסבג נאמר שבעתיד ייתכן וביהמ"ש ישקול זאת שוב.

במקרה זה, יש שינויים מכיוון שהאישה הספיקה להתאזרח בינתיים והדבר הרלוונטי הוא סעיף 4א'1. מתן סמכות לפי סעיף זה לביה"ד לקבוע מהו "מרכז חייה" של האישה.

פס"ד פלונית - אנשים שהתחתנו בארץ כדת משה וישראל ועברו להתגורר בדרום אפריקה במשך 25 שנה. הם נפרדו, וניהלו בדרו"א הליכי גירושין ובמקביל - הבעל מגיש תביעת גירושין לביד"ר. ביה"ד הרבני קובע שיש סמכות גם לפי ס'1 בנושאים הכרוכים לפי ס'3 אך שאלה:

האישה מנסה לטעון שאין סמכות לביה"ד הרבני מכיוון שחסר התנאי - "בישראל" מכיוון שהיא לא נוכחת כאן והיא דורשת שיבטלו את צו עיכוב היציאה שלה מן הארץ.

השופט הנדל - סעיף 1 לא מתקיים מכיוון שאין להם זיקות והם תושבי חוץ זמן רב ללא קשר לארץ - אך ניתן להשיג סמכות לפי סעיף 4א'2. שני בני הזוג אזרחים ישראליים (לא וויתרו על אזרחותם) אך סמכות הדיון תהיה בגירושין בלבד. מכיוון שכבר היו הליכים בחו"ל בגירושין האזרחיים, ביה"ד הרבני לא יכול לדון בגירושין האזרחיים בין הצדדים ולכן גם לביה"ד לא תהיה סמכות לדון בנושאים הכרוכים לפי סעיף 4א'ה. (משמורת, רכוש וכו').

סטטוס קוו, שמירת דינים, ובתי-הדין הרבניים: (סיכום באדיבות טל שטיינסקי)

מאין הגיע הסטטוס קוו?

איך ההסדר הזה נשמר, הרי הוא עומד בניגוד גמור לזכויות האדם והאזרח. **פס"ד האגודה לזכויות הפרט** – מדובר באחד הארגונים המרכזיים בישראל הפועל למען הגנה וקידום הפליה נגד אנשים עם נטייה מינית שונה. המטרה בפסק דין זה הייתה לאפשר לשני בני אותו מין להינשא אחד לשני. לפי חשבד"ר, אין לבימ"ש אזרחי סמכות לדון בענייני נישואין וגירושין אלא רק לביד"ר. שמירת הדינים טרם חוק היסוד מקנה חסינות (מלאה?) לאותו הסדר חוקתי שקובע את הסמכות הבלעדית על נישואין וגירושין לבתי דין רבניים, ומעניק חסינות לבתי הדין הרבניים. חסינות מפני שינוי ומפני ביקורת שיפוטית. ולכן בימ"ש אזרחי לא יכול לאפשר לבני אותו מין להינשא. השופט רובינשטיין אומר שמחמת ההסדר החוקתי, לבג"צ אין אפשרות להעניק סעד מן הצדק, מדובר בעניין למחוקק בלבד. השופטת ברון אומרת באוביטר בפס"ד שהגיעו בו לאותה תוצאה, כי יש אפשרות עתידית לנישואים חד מיניים (או אזרחיים בכלל) בישראל.

העתירה של האגודה לזכויות הפרט נראית חסרת סיכוי, אז למה עתרו בכל אופן? על מה הסתמכו? משום שהאגודה טענה שנישואין של זוגיות בין בני אותו מין מבחינת המין הדתי היא שונה מנישואין של בני זוג מדתות שונות. משום שנישואין בין בני אותו מין מבחינת הדין הדתי הם לא קיימים, הדין הדתי לא מייחס אליהם שום משמעות. הדין הדתי לא מכיר בנישואין חד מיניים. עו"ד חגי מהאגודה הסתמך על תזת אי-ההכרה – שאם הדין הדתי לא מכיר בכלל בנישואין חד-מיניים, אזי אין לו סמכות לדון במשהו שהוא לא קיים מבחינתו.

מהות בתי הדין הרבניים:

ישנן שתי מערכות שהן קוטביות לחלוטין – מע' השיפוט הדתית ומע' השיפוט האזרחית. שמחמת הסטטוס קוו במדינת ישראל, שתי המערכות אמורות לשמש בצוותא ולהסדיר את התחום שהוא אולי התחום החשוב, הרגיש, והאינטימי ביותר של החיים האישיים של כל האזרחים.

מערכת שיפוט דתית – טיבה וטבעה היא שמרנית, חותרת לשמר את המצב הקיים ונרתעת משינויים. היא יונקת את תוקפה מכוח הסמכות הדתית העליונה של ההתגלות החד"פ. כל ההתפתחויות במערכת השיפוט הדתית הן מאוד מוגבלות וכשמדובר בתפיסה של משפחה וזוגיות, מערכת המשפט העברי ע"פ הדין הדתי היהודי רואה אל נגד עיניה קודם כל את המשפחה, המוקד של העניין שלה, הוא המשפחה כיחידה של זוג עם ילדים. הנישואין נועדו למטרה ברורה של: "פרו ורבו" (הבאת ילדים לעולם). הסטטוס קוו נקבע כדי לשמר את המשמעות הערכית שבנישואין ישנה קדושה. המערכת הדתית רואה את מע' היחסים בתוך המשפחה כמערכת היררכית, דרגות שונות של סמכות וכוח. מערכת חובות וזכויות מאוד ברורה על בסיס חלוקת תפקידים מגדרית שאין לסטות ממנה. אין עיקרון של רצון והסכמה. לעומת זאת:

מערכת שיפוט אזרחית – שמה דגש על האינדיבידואל. מה שמניע אותה הוא למקסם את חופש הפרט ואת הטוב שלו ושלה. שמה דגש על עקרונות יסוד. היא לא מעוגנת על בסיס היררכיה אלא על בסיס של שוויון בין המערכת הזוגית. פשוט ההפך הגמור מהמערכת הדתית. לכן הפערים בין המערכות הם בלתי-נמנעים. בשום מערכת נורמאלית לא היו קובעים את שתי המסגרות הכל כך מנוגדות בתחום שהוא כל כך רגיש כמו דיני המשפחה.

מבחינת בתי הדין הרבניים הם הזרוע השיפוטית שהייתה אמורה לחלוש על כל התחומים ואף צריכה להיות לו סמכות לכפות התדיינות אצלו. התפיסות שרואות בערכאות השיפוט האזרחיות דבר פסול שנוגדת את הדין הדתי מייחסות לבתי המשפט האזרחיים דין של ערכאות של גויים שבעצם אסור להתדיין בהם משום שהם אינם דנים ע"פ דין תורה. ולכן, מי שכן הולך לערכאות שיפוט אזרחיות, יהיו דיינים שיראו בכך ניגוד לדין תורה וייתכן שיתייחסו אליהם כאל גזל, משהו שהוא פסול ואסור. אם גבר או אישה השיגו משהו בבימ"ש אזרחי בניגוד לדין תורה, הם יצטרכו להשיבו כי הוא פסול.

הקו שמנחה אותם נמצא במתח בין הצורך של ביד"ר לקבל לגיטימציה מן האוכלוסייה החרדית בישראל. בניגוד לאופן שבו בתי הדין הרבניים התנהלו לאורך כל ההיסטוריה של העם היהודי של צמיחה אורגנית מלמטה, דיינים של בתי הדין הרבניים הממלכתיים והרבנים הראשיים הם אנשים הממונים ע"י המדינה (מלמעלה). לפעמים, ישנו פער עצום בין המעמד ההלכתי התורני של מי שעומדים בראש המערכת לבין התפקיד הפורמאלי שלהם. קבוצת ההתייחסות

האמיתית שלהם היא הקבוצה החרדית שלא רואה בהם בעלי מעמד כוחני. לכן, רואים דינאמיקה של תפיסה הלכתית שחותרת לפסיקה יותר שמרנית וקיצונית, שמסרבת להקל, לתת פתרונות ולהתקדם. תפיסה "לחומרא" ולא "לקולא". הרוב המוחלט של המתדיינים מול בתי הדין הרבניים בישראל הם לא דתיים (עוד ביטוי למתח ולפער בין הפסיקה לבין קהל היעד).

עד כמה יש לבתי הדין הרבניים סמכות לדון בנושאים שלא מופיעים בחוק השיפוט?

פס"ד פלונית (3032/90) – גיור אורתודוכסי של קטינה אחרי שאומצה בחו"ל. ההורים הגיעו איתה ארצה ורצו לרשום אותה במרשם האזרחי כיהודייה. פקיד הרישום במשרד הפנים שולח את ההורים לבית הדין הרבני. נקבע שלביד"ר אין סמכות לדון בכך מכיוון שלא מדובר בגיור לצורך נישואין וגירושין ופה מדובר בתינוקת. האם לבתי דין דתיים יכולות להיות סמכויות מעבר לסמכות שנתן להם החוק עצמו? הדיון שם השאיר מספר שאלות פתוחות שהובילו אותנו **לפס"ד כץ** – התעוררה שאלה של האם ניתן להוציא כתבי סירוב שלא קשורים לנישואין וגירושין. לכתב סירוב יכולות להיות כמה משמעויות דתיות-חברתיות. האחת מהן היא שאם אחד הצדדים מסרב להתדיין בדין דתי מותר לו לפנות לערכאה אזרחית. ניתן לכפות על אחד הצדדים לפנות לערכאה דתית באמצעות "שיימינג" חברתי. התוצאה השלישית הינה הטלת סנקציות על מנת שכתב הסירוב יהיה יעיל. החשיבות היא שאין לכתב הסירוב קשר לנישואין וגירושין ועל פניו לבתי הדין הרבניים לא אמורה להיות סמכות דיון. **בפס"ד אמיר** נפסק ע"פ השופטת פרוקצ'ה שאין לבתי הדין הדתיים סמכות לדון כבוררים, כהשלמה **לפס"ד כץ** ששם נקבע שאין להם סמכות להוציא כתבי סירוב. לפי השופט טל בפס"ד כץ, בתי הדין הרבניים פועלים מכוח דין תורה, ואתנו עוד מימיו של משה רבנו. בית הדין הרבני קדם לתקומתה של מדינת ישראל ואילו זמיר ודורנר אומרים שבתי הדין הרבניים כמו מכוח החוק של מדינת ישראל ולכן פוסקים שאין סמכות להוציא כתבי סירוב. טל טוען שהביטול של כתב הסירוב ע"י בג"צ הוא אבסורד, ויש פה גילום של הניגוד בין התפיסה האזרחית לבין התפיסה הדתית. פרופ' קדרי טוענת שפס"ד אמיר הוא מסוכן כי הוא גורם לחתירה לחיקוק חוק שיעקוף את הפסיקה ואז בעצם הסמכות של בתי הדין הרבניים תוכר בחקיקה ראשית.

מינוי דיינים בבתי הדין הרבניים:

מינוי בעלי תפקיד שיפוט בישראל מתבצע באמצעות ועדה שהחברות בה משקפת איזון כוחות בין הזרוע המחקקת, המבצעת והשופטת. בוועדה יש את נציגות הזרוע השופטת שבה מדובר (דיינים בבתי הדין הרבניים), שני הרבנים הראשיים (מחליפים את נשיאת ביהמ"ש העליון), שני דיינים של ביה"ד הרבני הגדול, שני שרים של הממשלה (אחד מהם שר המשפטים), שני חברי כנסת (אחד מהקואליציה ואחד מהאופוזיציה כמסורת) ושני עו"ד. זה היה המצב עד לשנת 2013. לשכת עורכי הדין קבעה עיקרון שאחד מנציגיה יהיה אישה. כאשר הבוגרים של המוסדות לדתיים בלבד הגיעו ללשכה, הדבר הראשון שהם עשו הוא דיל עם כל המועמדים שיתנו להם להיות הנציגים בוועדת למינוי הדיינים הרבניים כך שכבר אין נשים. מרכז רקמן הוביל שינוי לס' 6 לחוק הדיינים: הוועדה תהיה של 11 חברים, ויש מכסת מינימום של 4 נשים בוועדה. ברגע שהיו 4 נשים הן כן יכלו לתפקד בתור גוש חוסם לצורך המינויים לביה"ד הרבני הגדול כי צריך רוב של 8.

האם נשים יכולות להיות דיינות בבתי דין רבניים?

בפרשנות המקובלת בישראל של הדין הדתי, רב איננו יכול להיות אלא גבר. השאלה של הפרשנות של המושג "רב" עלה באופן רחב של מנכ"לית בתי הדין הרבניים. הרב עוזיאל בשנת 1940, עשה ניתוח הלכתי פורמאלי ומראה שאין מניעה שאישה תשמש בתפקיד דיינות. בסוף התשובה הוא עושה "פניית פרסה", קובע שלא נכון לקבוע שאישה יכולה להיות דיינת בבית הדין הרבני כי לא יהיה מי שיהיה בבית ויטפל בילדים (נורא). הסיפור של מנכ"לית בתי הדין הרבני בעתירה הראשונה ע"י מרכז רקמן, הטענה הייתה שצריך לפרש את ס' 13 שיאפשר גם לאישה להיות רבנית. רובינשטיין טוען כי יש אי-שוויון מובנה בעמוקות ע"י העובדה שאין נשים בדיינות, וכי אין חולק כי 50% ממי שצריך דיינות הן נשים. רובינשטיין קובע לבסוף שמנכ"לית בתי הדין הרבניים זהו תפקיד ניהולי ולא דתי. הוא גם קובע את האפשרות שנשים יוכלו להיכנס לתפקיד "רב עיר". הוא בעצם לוקח על עצמו את תפקיד מחוקק המשנה, ומכונן את הקריטריונים לכאלה שגם נשים יוכלו לעמוד בהם. בפועל המסקנה של רובינשטיין ש"רב" יכולה להיות גם אישה, אבל זה מהלך שמרני כי מדובר ב"רב" רק לצורך מנכ"ל בתי הדין הרבניים או רב עיר.

ביד"ר או בימ"ש - מה זה משנה?

אם הדין אחיד, למ"נ? מדוע מרוץ הסמכויות?
 מרוץ סמכויות זה הוא יחיד בעולם ולא מובן.
 עקרון הדין האישי לפיו כל השייך לתחומי המשפחה הפרטיים+ירושה מוכרע עפ"י דין דתי בו נוהגות מדינות פוסט-קולוניאליות.

הבדלים בין הערכאות

- הבדלים ברמת המעטפת, להבדיל מהתוכן-
 זילברג- "כללי המשחק הלגיטימיים", הוא מדבר על שינוי הגישה ודרכי הדיון + התוכן של הפסק בין הערכאות. גישה = השקפה, תפיסת עולם, אידיאולוגיה. כוונתו הייתה למה שצריך לעבור מבחינת גישה, מבחינת הדרך- עד שמגיעים לתוכן עצמו.
 מאחורי מילה זו עומד הבדל עקרוני השייך לתחום כללי המשב"ל הפרטי.
- "הדין הוא כביכול פונקציה של הדיין":
 ○ כללי בינ"ל פרטי – בכל פעם שקיים אלמנט זר, שאלת המשב"ל הפרטי עולה. לדוגמה- כל אחת מהנסיבות במקרים של תאונה במדינה אחרת כאשר הביטוח על הרכב נעשה במדינה אחרת, תעלה שאלות של משב"ל פרטי.
 הדבר רלוונטי לגבי נישואין שנעשו בחו"ל- המקרה הנפוץ ביותר שבו מתעוררות שאלות של משב"ל פרטי בדיני משפחה. קיים הבדל משמעותי בין דרך ההתייחסות והניתוח של המע' האזרחית לעומת הניתוח של בתיה"ד, שבהם לא חלים כללי ברירת הדין משתי סיבות:
 ▪ כל הכללים נשאבו דרך סימן 46 לדבר המלך כך שההפניה לבתי דין אזרחיים אינה חלה על בתי דין רבניים.
 ▪ זילברג- הדין הדתי לא מכיר בגבולות זמן/מקום ולכן לא משנה אם זוג התחתן בחסות דין אזרחי כלשהו בעולם, מכיוון שמבחינת הדין הדתי התקפות היא רק לפי הדין הדתי ולא לפי אף חוק אזרחי אחר.
 בבימ"ש אזרחי- נצטרך לפנות למערכת כללי ברירת דין ונפנה למע' כללי ברירת הדין כך שנשאל מה מערכת זו אומרת ולפי איזה דין נבדוק אם הנישואין תקפים או לא. בביהמ"ש האזרחי נעבור מהלך דו שלבי¹:
 • נבדוק את משמעות הנישואין לפי הדין הזר בהתאם לכללי ברירת הדין
 • נשאל מה השלכות הנישואין
 בביה"ד הרבני לא יהיו שני שלבים מכיוון שלא תהיה התייחסות לאף דין זר אחר אלא רק לפי הדין הדתי.

שאלת תוקף הנישואין מהווה סמכות ייחודית של ביה"ד הרבני;
 דיון אגב אורחא- ס' 76 לחוק בתיהמ"ש- סמכות נגררת.
 במידה והובאה תביעת מזונות- לפי ס' 4' לחשבד"ר ולפי הסמכות השיורית של ביהמ"ש האזרחי בתחום דיני המשפחה, לצורך שאלת המזונות- ביהמ"ש לענייני משפחה יכריע קודם לגבי שאלת תקפות הנישואין של בני הזוג. (בהמשך הקורס, נראה שהנחה זו לפיה ביהמ"ש לענייני משפחה צריך קודם להכריע בשאלת תוקף הנישואין- אינה אקסיומטית כיוון שיתכן שישנם מזונות גם במידה ובני הזוג לא נשואים- קיימים מזונות אזרחיים לדוג' בין ידועים בציבור).
 במידה שחייבים להכריע בתביעה לצורך הסמכות- הערכאה תכריע תוך שמירה על הסמכות הייחודית ותהיה רק לצורך העניין שהובא בפני הסמכות עצמה (לדוגמה, אם ביהמ"ש לענייני משפחה יכריע שהנישואין תקפים לפי כללי ברירת דין ויחליט שהבעל חייב במזונות אשתו- הכרעה חיובית זו בנוגע לתוקף הנישואין רלוונטית רק למזונות, וייתכן שבמידה והזוג יגיע בתביעות אחרות- ביה"ד לא יראה בנישואים כתקפים).
 ← דבר זה מביא לפיצול וחוסר התאמה, שנעסוק בהם בנישואים אזרחיים.

תקדים שבו נקבע המהלך הדו שלבי במע' האזרחית- פס"ד בכר-גולדברג, פד"י כ"ג 1 עמ' 665¹¹

- סדרי דין (פס"ד לב) - מפרש את דרכי הדיון. זילברג - בתי הדין הרבניים רשאים להפעיל את סמכותם כחלק מתפיסת העולם שהם בעלי אוטונומיה, אך הכל חייב להיעשות תוך שמירה על זכויות האדם. במידה והפעלת סדרי הדין הדתיים מביאה לפגיעה בהן, הדבר לא לגיטימי ומהווה חריגה מסמכות. באופן פרדוקסלי, הדבר מביא לכך שהתקדים המשמעותי בהוצאת צווי עיכוב יציאה מהארץ היה פס"ד לב שנעשה ביחס לבתיה"ד הרבניים, ובהם:
 - ברק קבע מתי ערכאת שיפוט רשאית להוציא צו עיכוב יציאה מהארץ כך שאינו מבדיל בין משפט אזרחי לפרטי - והפרמטרים שקבע חלים באופן זהה בשתי הערכאות כיוון שהשולטים הם:
 - ז"א
 - שמירה על צדק דיוני
- שחלים באותו אופן בשני בתי הדין. עדיין, קיימים הבדלים שבהם סדרי הדין בבתי"ד יהיו שונים מאלה שבאזרחיים - לעתים ברמה פוגעת בז"א -> ניתן לערער לביה"ד הרבני הגדול או לבימ"ש אזרחי. בדיון בבי"ד מותר להעלות טענות שלא עלו קודם לכן, בתביעה/בהגנה וכו'. ישנה יותר גמישות בדיון גם ביחס לביהמ"ש לענייני משפחה, הגמישות מתאפשרת הודות לאווירה המשפחתית או לקידום העניין (המחוקק ער לכך שתחום דיני המשפחה עוסק במע' יחסים אחרות הדורשות התייחסות רגישה).
- בבי"ד רבני אין תקדים מחייב; דיינים של בי"ד אזרחי אינם כפופים לתקדים של ביה"ד הרבני הגדול. מבחינת התפיסה העצמית של סמכות דייני בי"ד רבני - מבחינתם הם באותה רמת סמכות ורמת לגיטימיות חברתית באותה רמה כמו דייני ביה"ד הגדול.
- ראיות - מבחינת המשפט העברי, נשים פסולות לעדות + קרובי בני הזוג + בני הזוג עצמם בעלי הדין. למרות זאת, כיום לא מתחשבים בכך. מבדילים בין סוגי עדות שונים: ישנה קטגוריה - עדי קיום. בניסיון להסביר את משמעות עדות זו - זוהי עדות יוצרת מציאות (קונסטרוקטיבית), למשל עדים שיעידו על החודש. ע"מ להעיד על מעשה הקידושין, נדרשים להיות שני עדי קיום שהם גברים בגירים כשרים (שומרי מצוות). מה בנוגע לאנשים שאינם שומרי מצוות? ישנן מספר אפשרויות לעקוף - מסיחה לפי תומה לנשים למשל (מעניקים לאישה אמת בדבריה).
- אין מעשה בית דין - מתייחס לסיטואציה שבה יש דיון בין בעלי דין מסויימים שבו בימה"ש צריך להכריע לא מבחינת השאלה המשפטית אל מבחינת ממצא משפטי, למשל צו הגנה מפני בן הזוג בגין אלימות במשפחה וביהמ"ש קובע שהבעל הפעיל אלימות חוזרת כלפיה -> קובע צו הגנה קבוע -> לאחר מכן מתעוררת תביעה משפטית אחרת בין בני הזוג כאשר לשאלת האלימות יש משמעות; כלומר ישנם כללי מב"ד:
 - השתק פלוגתא - האישה לא תצטרך להוכיח מחדש את קיומה של האלימות.
 - השתק עילה - הכרעה בשאלה משפטית ולא בממצא עובדתי; למשל תביעת מזונות שנדחתה כי נקבע שבני הזוג לא נשואים. אי אפשר לתבוע שוב מזונות על בסיס הנישואין כיוון שיש מעשה ביי"ד מסוג של השתק עילה (כבר הוכרע בעילת המזונות מכוח הנישואין ולכן במידה ותהיה שוב תביעה - היא מושקת בגין קיומו של מב"ד).
- הקישור הוא בכך ששני כללים אלה של מב"ד קיימים רק במע' האזרחית ולא במערכת האזרחית כתוצאה מסימן 46 לדבר המלך שלא חל במערכת הדתית אלא רק באזרחית. משמעות הדבר - אילו הכלל היה פועל מכיוון ביהמ"ש האזרחי לכיוון הרבני לגבי מקרה האלימות במשפחה ובמידה ואותה אישה הייתה מתלוננת על אלימות, ביה"ד הרבני היה כפף לממצאי ביהמ"ש האזרחי. בפועל, כלל מעשה בית הדין כפוף לביהמ"ש האזרחי ולכן הוא כפוף לביהמ"ש הרבני (כלומר אם בביה"ד הרבני במסגרת תביעת גירושין נקבע שהאישה "זנתה תחת בעלה", והיא תובעת מזונות בביהמ"ש לענייני משפחה, נסיבות עובדתיות אלה של "בגידה" גורמות מבחינה הלכתית להפסד מידי של הזכות למזונות. -> דבר זה גורם לצד של הבעל להצטייד בראיות שיעזרו להם להוכיח חוסר זכאות למזונות מצד האישה.
- (חוסר סימטריה בין שני הכיוונים - מביה"ד -> לביהמ"ש אך לא ההפך).
- תביעת מזונות אישה הופכת נפוצה פחות מכיוון שעלות ניהול התביעה לא משתלמת אלא במצבים שבהם אישה חסרת כל יכולת השתכרות.

הבדלים ברמת התוכן

הדין החל בכל אחת מהערכאות.

הנושאים	ביה"ד הדתי	ביהמ"ש האזרחי
ענייני המעמד האישי	דין דתי	דין דתי
דיני ראיות וסדרי דין	דין דתי (בפוף לסייגים שמציבה הלכת לב)	דין אזרחי
הוראות חוק טריטוריאליות*	הוראות החוק האזרחי	הוראות החוק האזרחי
עניינים שמעבר לענייני המעמד האישי	דין אזרחי (הלכת בבלי) - הלכת השיתוף אינה חקיקה טריטוריאלית. אילו מדובר בזוג שנישא לאחר שנת 73', החוק הטריטוריאלי יחול (=יחסי ממון) ולא הייתה מתרחשת ההתנגשות כיוון שבתי"ד הרבניים מכילים את חוק יחסי ממון (אמנם לא באופן שבתימ"ש אזרחיים מכילים אותו, אך עדיין). מכיוון שהזוג בבלי נישא בשנת 50' - הלכת השיתוף חלה עליהם. רכוש בני הזוג לא נכלל כחלק מענייני המעמד האישי, ולכן השאלה היא חוזית ← דין אזרחי=כלומר לא מדובר על דיני המעמד האישי. מכיוון שלא מחילים את דין המעמד האישי או החקיקה הטריטוריאלית, מחילים כמו בפרשת וילו'ני - עיגנה את הנורמה הברורה עד לפס"ד בבלי. בבבלי - היפוך הנוסחה; ביה"ד ידון לפי הדין הדתי שלפיו הוא דן כל עוד לא נאמר בחוק אחרת. מכיוון שבבלי הסכמה - אין גט, הגבר הוא בדר"כ בעל הרכוש ולכן הוא בעל הכוח, לכן הצדדים מעדיפים להגיע להסכמה. בבבלי, היה מדובר על סכומי כסף עצומים.	דין אזרחי

*הוראות חוק טריטוריאליות:

- חוק שיווי זכויות האישה
- חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות
- חוק יחסי ממון בין בני זוג
- חוק הירושה
- חוק האימוץ
- חוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות)

לפס"ד בבלי שתי אסטרטגיות:

1. הדרך המסורתית- עד פסקה 23 - ברק מציע את הדרך המסורתית: רוצה ללכת לפי חוק שיווי זכויות האישה.
 - a. הפרדה רכושית- מה ששל האישה יישאר שלה וכן"ל לגבר (דבר זה אינו שוויוני מכיוון שכל הדברים רשומים ע"ש הגבר).
 - b. הוא מכנה "קטגוריות סיוטיות": מצבים שבהם חלוקת הרכוש בין הצדדים תהיה שונה בין ביהמ"ש לביה"ד ← נגרם פיצול קניין.
 - c. מציע הצעה נוספת שנדחתה- "אי אפשרות הכריכה": לפי פרופ' רוזן-צבי, יש לאפשר כריכה של רכוש לביה"ד הרבני רק כאשר הכריכה היא "כנה וכדין" ולא כדי לקחת מהאישה.
2. הדרך הרדיקלית- מפסקה 23 - היפוך של הפסיקה, מהלכת בבלי הנוסחה התהפכה מביהמ"ש ← שכופה על ביה"ד, בכל הנושאים מלבד ענייני המעמד האישי. תורת האחידות של ברק- פס"ד בבלי ופס"ד לב נכתבו יחדיו ע"י ברק מתוך מטרה להגיע לתורת האחידות. ← מביא להחלת הדין האזרחי הכללי על בתיה"ד הרבניים בכל הנושאים (מלבד ענייני המעמד האישי).
- בית הדין הרבני מחיל את חק יחסי הממון ולכן פסיקת בבלי רלוונטית פחות מכיוון שכבר אין זוגות שהתחתנו לפני החוק ורוצים להתגרש. מצד אחד, מטרתו של ברק לא הושגה ומצד שני-קביעה זו בעלת מחיר פוליטי כבד.

לאחר שניתן פסה"ד בבג"ץ- ברק לא קבע מה תהיה חלוקת הרכוש והדבר חזר לערכאת ביה"ד הרבני. הרב דיכובסקי טען שהלכת השיתוף אינה סותרת את המשפט העברי מכיוון ש"תנאי שבממון"- תנאו קיים, וכן"ל לגבי הסכם מכללא. רוב הדיינים רואים הסכם ממון כגזל.

פרק א לחוק יחסי ממון- הסכמי ממון, חל על כל הזוגות הנשואים (גם אלה שנישאו לפני '74).
פרק ב לחוק יחסי ממון- קובע את חלוקת הרכוש במידה שאין הסכם ממון, וחל רק על זוגות שנישאו לאחר ינואר '74.
סעיפים 1-2 לחוק יחסי ממון- קובע כי הסכם ממון טעון כתב ואישור של בימ"ש/בי"ד רבני מוסמך/רושם הנישואים או נוטריון במידה והוא נערך לפני הנישואין, כך שללא אישור בימ"ש הוא לא תקף.

ביה"ד מתנגד להסכם הממון מכיוון שהוא מבטל את תפקידם בהפיכה ל"שלום בית" כי הוא מהווה הסכם שהסכימו עליו ותנאו קיים מבחינה הלכתית. בנוסף, קבוע בהסכם שהכל ילך לפי הקבוע בחוק.

להכניס מה שליאת שלחה ליתרגול 5- באדיבות אופיר נגר

ס' 1ב4: "סמכות מבחינה בין-לאומית בתביעת גט של אישה יהודייה שלא ניתן לערוך מחוץ לישראל – הוראת שעה (תיקון מס' 4), תשע"ח-2018

ס' זה מבקש להרחיב את סמכויות בתי הדין הרבניים אם לא מתקיימת אחת הזיקות של ס' 4א.

ס' 1ב4(א) - תנאים חלופיים לסמכות ביד"ר:

1. ס' א(1) – כל עוד אין באותה מדינה בחו"ל בי"ד שיכול לעשות גט, תינתן סמכות לביד"ר בישראל, הגם שלא מתקיימות כל הזיקות.
2. ס' א(2) – יש בי"ד דתי בחו"ל אבל (שם כידוע אין סמכות אכיפה) אם הבעל לא התייצב שם במשך 4 חודשים, הסמכות תינתן לביה"ד בישראל.
3. ס' א(3) – בי"ד בחו"ל קבע שצריך ליתן גט אולם אם לא ניתן תוך 6 חודשים, הסמכות תינתן לביה"ד בישראל.

ס' (ו) – לביד"ר לא תהא סמכות לדון בנושאים הכרוכים.

ס' (ז) – אם התקבלה החלטה לגבי אחד הנושאים בבימ"ש בחו"ל אז אין סמכות לביד"ר.

ס' 2ב4 – "סדרי דין בתביעה לגט לפי ס' 1ב4 - הוראת שעה (תיקון מס' 4), תשע"ח-2018"

תיקון שנועד למען הסרבן, כדי לפגוע פחות בזכויותיו.

- (א) – תוך שבוע מיום הגשת התביעה יקוים דיון כדי לפגוע פחות במתדיין הנכפה.
 (ב) – החלטה תינתן תוך 30 ימים, ובנסיבות מיוחדות עד 60 יום, ומעבר לכך צריך החלטה מנשיא ביה"ד הרבני הגדול.
 (ד) – אם ניתן פס"ד לגירושין ולא סודר הגט במועד שנקבע לפי ס"ק (ג). במגבלות הבאות: (1) – בס' 3, אחרי ס"ק (ב)
 : (ג) – כאשר הוחלט לתת סנקציית מאסר, יש לשלוח הודעה לנשיא ביה"ד הרבני הגדול והוא יוכל לבטל את המאסר
 במצבים מסוימים. (חוק הסנקציות: חוק קיום פסקי דין של גירושין – זהו חוק אחר, שנרחיב בו עם המרצה). כלומר, יש
 אמצעי פיקוח נוסף על ביה"ד הרבני.

ס' 3 לחוק שיפוט בי"ד רבניים – שיפוט אגב גירושין

לביה"ד הרבני סמכות ייחודית בענייני מעמד אישי – נישואין וגירושין. אולם, ישנם מקרים בהם אותו בעל דין רוצה
 שביה"ד הרבני ידון בהכל, ולכן הוא יצטרך לכרוך את העניין לתביעת הגירושין, מכוח ס' 3, כלל הכריכה.

הרציונליים שבס' הכריכה:

1. חיסכון בזמן שיפוט.
2. מניעת הכרעות סותרות.
3. "משפחה אחת שופט אחד" (באנגלית): שיהיה שופט/דיין אחד שיראה הכל בצורה מרוכזת.

הבעייתיות שנוצרת ממנגנון הכריכה "מרוץ הסמכויות"

1. 2 ערכאות שונות שלהן סמכות לדון באותם נושאים.
2. כל אחד מבעלי הדין מנסה לתפוס את סמכות הערכאה העדיפה לו מבחינה טקטית.

הגבלות על מנגנון הכריכה

1. שלב מקדים – באילו מצבים ניתן לכרוך?

- א. ניתן לכרוך אך ורק בתביעת גירושין.
 ב. הסכם גירושין שכרוכים בו עניינים שונים - **בג"ץ 566/81 עמרני נ' ביה"ד הרבני הגדול** – הם הגיעו לביה"ד עם הסכם גירושין, וביה"ד אישר את ההסכם. ואז, הבעל הגיש בג"ץ וניסה לטעון כי ביה"ד לא יכול היה לדון בהסכם מאחר שלא הייתה כריכה (מאחר שהם הגישו תביעת גירושין, והגיעו עם הסכם גירושין שצריך לקבל אישור, אבל זה לא נכרך, הצדדים לא ביקשו מביה"ד לכרוך לכאורה). בג"ץ קבע כי לביה"ד יש סמכות לדון בהסכם גירושין, וזה לא משנה איך הגיעו לעולם ענייני הגירושין, בין אם בכריכה ובין אם בהסכם מדובר במצב בו ביקשו. מדובר כאן על בקשה משותפת לדון בהסכם, ולכן זו כריכה בהסכמה. גם כאשר מדובר בהסכם גירושין שכולל נושאים שונים, תהא לביה"ד הסמכות לדון בנושא.
 ג. לא ניתן לכרוך לתביעה לשלום בית - **ע"א 155/83 ברמן נ' ברמן** – הגבר ביקש שביה"ד ידון דרך שלום בית במשמורת. בעליון נקבע שלא ניתן לכרוך לשלום הבית, אלא אך לתביעת גירושין.
 ד. כשתביעת גירושין נדחית – נופלת עמה גם כל תביעה שנכרכה בה - **ע"א 359/75 יהלומי נ' יהלומי** – מדובר על אישה שמגישה תביעת גירושין ומבקשת שביה"ד ידון גם ברכוש, אך ביה"ד קבע שאין עילת גירושין (למשל: אי הצלחה להביא ילדים לעולם). הבעל ניסה לטעון אח"כ שלביה"ד הרבני אמורה להיות סמכות לדון ברכוש, מאחר שהאישה הגישה את תביעת הגירושין וכרכה אליה את הרכוש (והאישה כבר רצתה שבימ"ש אזרחי ידון ברכוש). ביהמ"ש העליון קבע, כי ברגע שתביעת הגירושין נדחית כל התביעה נדחית וביה"ד איבד את הסמכות בעניינים האחרים, ולכן ענין הרכוש יכול להתדיין בביהמ"ש האזרחי).
 ה. לא ניתן לכרוך לאחר הגירושין - **בג"ץ 2898/03 פלונית נ' ביה"ד הרבני הגדול** (פלוני-הגירה). מדובר בבני זוג שהגיעו להסכם גירושין באשר למשמורת הבנות. לאחר הגירושין, האישה הגישה לביהמ"ש תביעה להגירה. ואז הבעל ניסה להגיש תביעה חדשה לביה"ד הרבני וביקש משמורת וכן לאסור על האישה והילדים להגר. בג"ץ קבע, כי ברגע שתביעת הגירושין הסתיימה לא ניתן לכרוך.

1. כשהדיון בתביעת הגירושין מפוצל מהדיון בנושאים הכרוכים – **בג"ץ 6378/04 שרעבי נ' ביה"ד הרבני הגדול** – מדובר במקרה בו הצדדים מתגרשים והגבר כרך לתביעה את המשמורת. האישה טענה שאין סמכות לכרוך את המשמורת. ביה"ד ביקש להגיש לו סיכומים בהמשך, ושבהמשך יתדיינו במשמורת. הצדדים התגרשו וסידרו גט. הגיע מועד הסיכומים של המשמורת וביה"ד החליט שיש לו סמכות לדון במשמורת. האישה טענה, כי ביה"ד קבע שיש להתגרש ולכן לביה"ד לא אמורה להיות סמכות כי הגירושין הסתיימו. בג"ץ קבע כי הכריכה הייתה יחד עם תביעת הגירושין וזה היה כדין, ולכן אין זה משנה אם הדיון פוצל, כל עוד זה נכרך כדין יש סמכות לביה"ד הרבני.

2. הגבלות הקשורות במועד

ס' 25(ב) לחוק בית המשפט לענייני משפחה:

שמירת סמכויות: אם ביהמ"ש האזרחי קיבל סמכות לדון בנושא מסוים, ביה"ד הדתי לא יוכל לדון בנושא הזה. (מרוץ הסמכויות).

בג"ץ 58/08 פלונית נ' ביד"ר האזורי בחיפה – בג"ץ 15 הדק' – האישה הגישה תביעה בעניין רכוש לביהמ"ש האזרחי. לאחר 15 דק' הגבר הגיש תביעת גירושין הכוללת כריכה בדבר הרכוש לביה"ד הרבני. ביה"ד הרבני קבע שיש לו סמכות, ואז האישה עתרה לבג"ץ. בג"ץ קבע, כי הקובע הוא מבחן הזמן. ולכן לא מקבל את החלטת ביה"ד. מי שהגיש התביעה קודם, הסמכות במקום בו הוא הגיש.

3. הגבלות הקשורות במהות- האם מדובר בעניין שניתן לכרוך אותו?

1. עניינים שמעצם טיבם וטבעם כרוכים בתביעת הגירושין:

המשמורת הפיזית של הילדים – **בג"ץ 6378/04 שרעבי נ' ביה"ד הרבני הגדול** – הגבר הגיש לביד"ר תביעת גירושין וכרך את נושא המשמורת. האישה ניסתה לטעון שלביד"ר אין סמכות לדון במשמורת, מאחר שלדעתה טובת הילד מחייבת דיון נפרד לביהמ"ש. בג"ץ קבע, כי נושא המשמורת כרוך מעצם טיבו וטבעו לגירושין. ברגע שמישהו מגיש תביעת גירושין, ביה"ד באופן אוטומטי כורך את עניין המשמורת. (ולכן כעו"ד אם מרשנו מעוניין בקביעה של ביהמ"ש בעניין המשמורת, טרם הגשת תביעת הגירושין כדאי להגיש תביעה בעניין המשמורת לביהמ"ש).

2. עניינים הניתנים לכריכה (שלא מעצם טיבם וטבעם):

"עניין הכרוך בתביעת הגירושין" – [מלבד עניין הכרוך מעצם טיבו וטבעו]. **ע"א 8/59 גולדמן נ' גולדמן** – "כל עניין אחר, ואפילו לא דווקא ענין של המעמד האישי". התנאים המצטברים:
א. נדרש אקט כריכה מפורש.
ב. ההכרעה דרושה לשם חיסול יעיל של יחסי בני הזוג המתגרשים זה מזה.

4. הגבלות לפי **בג"ץ 8497/00 פייג פלמן נ' פלמן** – מבחני הכריכה.

אופן ביצוע הכריכה:

ע"א 8/59 גולדמן – נדרש אקט של כריכה מפורשת. היה הליך גירושין, והאישה הלכה לביהמ"ש האזרחי בעניין רכוש. הבעל מנסה לטעון שהסמכות נתונה לביד"ר מאחר שהוא דן בגירושין. נקבע שהסמכות תהא לביהמ"ש האזרחי, מאחר שלא הייתה כריכה מפורשת.

בג"צ פלוני – כריכה בדרך של התנהגות. בני זוג התגרשו לביה"ד הרבני והאישה לא ציינה בכתב התביעה שהיא מבקשת שביד"ר ידון ברכוש, אך בכל מקום היא מדברת על הדירה, מבקשת שיחלקו אותה ומזכירה אותה. (אף אחד לא כרך את הדירה בצורה מפורשת). נקבע שהגבר סרבן גט, הועלו טענות נגדו ונקבע שהאישה צריכה לקבל חלק מהר. הוא עתר על כך, והעליון קבע שכריכה יכולה להיות גם בדרך של התנהגות, ולא חובה שהדבר יצוין בצורה מפורשת בכתבי הטענות, בייחוד כי באותו מקרה הגבר העלה טענות לגבי הנושא.

בג"צ פלונית נ' פלוני - לא בגדר כריכה. יש למלא טופס סטנדרטי של ביד"ר, האישה הגישה טופס זה וכתבה בו "לקבוע מזונות שיאפשרו לי לגדל את הילדים בכבוד". נקבע שהטופס הסטנדרטי אינו בגדר כריכה: האישה הגיעה לביה"ד לא מיוצגת וכתבה את הדברים על טופס מבלי לפרט את סכומי המזונות.

בג"צ פלונית נ' ביד"ר האזורי י-ם - אי עמידה בתנאי סף פרוצדוראליים - כתב תביעה לא חתום ולא מאומת ע"י מזכיר ביד"ר. גבר שהגיש תביעת גירושין על טופס סטנדרטי, הגבר לא ודע לקרוא ולכתוב ואחיו כתב והגיש את הטופס בשמו. בין היתר נכתב - "לכרוך הכל". האישה טוענת שלא הייתה עמידה בתנאי הסף הפרוצדוראליים, והיא מסתמכת על תקנות שקובעות שטופס תביעה לביד"ר צריך להיות חתום ע"י מזכיר ביה"ד.

השופט עמית אמר שפגמים אלה לא יורדים לשורשו של עניין - כיוון שהאדם אינו יודע לקרוא ולכתוב.

הנושאים שניתן לכרוך:

- רכוש
- מזונות אישה
- משמורת רוחנית על הילדים

ניתן לכרוך כל עניין כאשר ההכרעה דרושה לשם חיסול יעיל של יחסי בני הזוג המתגרשים זה מזה. לפי **גולדמן** - עניין הכרוך בתביעת הגירושין - "כל עניין אחר, ואפילו לא דווקא עניין של המעמד האישי".

שאלה: האם ניתן לכרוך חינוך בצורה מפורשת לביד"ר?

כלומר, האם תביעת משמורת בביד"ר או בבימ"ש כורכת גם את החינוך בתוכה?

תשובה: היה מקרה בנושא, שבו הצד השני הגיש תביעה לביהמ"ש לגבי חינוך (לאחר הגשת תביעת הגירושין הראשונה, שכוללת בתוכה משמורת באופן אוטומטי - מעצם טיבו וטיבו).

נקבע שמרגע שעניין המשמורת נידון בביד"ר, אין לו סמכות גם לגבי חינוך וניתן להגיש תביעה נפרדת לבית המשפט האזרחי.

הלכת פלורסהיים - זוג התגרש, האישה דורשת חינוך במוסד ממלכתי דתי (חב"ד). ביד"ר קבע שהילד יתחנך במוסדות של חב"ד.

האישה הגישה בג"ץ, וחשין קובע ההפך מההלכה הקודמת - שכשמדובר בתביעת משמורת שהוגשה קודם לביהמ"ש האזרחי - לביהמ"ש תהיה סמכות לדון גם בחינוך, לביהמ"ש ישנה סמכות שיוטית שאינה רק מכוח הכריכה. אם כמו בפלורסהיים היא הוגשה לביד"ר, הסמכות לדון בחינוך תהיה שלו והמשמורת לא כוללת חינוך.

לסיכום:

אם התביעה התחילה בבימ"ש ← החינוך נכרך במשמורת. (לפי חשין).

אם התביעה התחילה בביד"ר ← החינוך לא נכרך במשמורת. (הלכת פלורסהיים).

ס' 3 לחשבד"ר - שיפוט אגב גירושין.

עניינים שאינם ניתנים לכריכה:

- מזונות ילדים

פס"ד שרגאי - תביעה להשבת הוצאות לעומת תביעה עצמאית של הילד למזונות. להשלים מה קרה השאלה: האישה פנתה לעליון וטענה שלביה"ד אין סמכות לדון במזונות הילדים. הרציונל - מכוח טובת הילד מגיע לו דיון נפרד בזכויותיו שלו ולא במסגרת תביעת הגירושין. ביהמ"ש מקבל את הטענה וקובע את **הלכת שרגאי**.

מזונות ילדים הוא נושא שאי אפשר לכרוך אותו. רק אם שני הצדדים מסכימים לכריכה - לביהמ"ש תהיה סמכות. - אפשר לכרוך ללא הסכמה רק כאשר מדובר בתביעה להשבת הוצאות (למשל אישה שמבקשת מביד"ר שיחזירו לה את ההוצאות ששילמה על הילדים).

פס"ד פלונית נ' פלוני - התעלמות מהלכת שרגאי. גבר מגיש תביעת גירושין לביד"ר ומבקש שידון במזונות הילדים; ביה"ד האזורי הולך לפי הלכת שרגאי והגבר מגיש ערעור לביד"ר הגדול שידון במזונות. ביה"ד הגדול קובע שכן יש סמכות לדון במזונות.

האישה עותרת לבג"ץ, הנדל קובע שמזונות קטינים הוא עניין הניתן לכריכה, בניגוד להלכות הקודמות. הגישו דנג"ץ, וגרוניס טוען שבדבר שסותר הלכות קודמות ראוי לערוך דנג"ץ שיביא להחלטה של מותב גדול יותר.

בפס"ד לא נקבעה הלכה שסותרת הלכות קודמות- העניין הכרוך בביד"ר הוא במישור היחסים שבין בני הזוג לעניין השבת הוצאות שבהן נושא אחד מבני הזוג בנוגע לגידול הילדים.

פס"ד פלונית- האשה שהגישה מזונות בטופס, הסוגיה נשארה בצריך עיון ולא נקבעה הלכה. במבחן יש לציין את כל הפסיקה הנ"ל כולל הפסיקה של הנדל ומה נאמר בבקשה לדנג"ץ.

• ברית מילה

האם ניתן לחייב ברית מילה של ילד בכריכה?

בג"ץ ברית המילה- קרוב ללידת הילד השני, זוג חווה משבר ביחסים. כשהילד בן 10 חודשים יש דיון בתביעת הגירושין שהאב הגיש ובמהלך הדיון האב מבקש מביה"ד לחייב להעביר את הילד ברית מילה כיוון שהוא לא עבר ברית. ביה"ד קבע שיש למול את הילד תוך שבוע ומטיל עליה קנס של 3500 ₪ כאשר על כל יום שהוא לא נימול נוספו 500 ₪. האשה עתרה לביד"ר הגדול והעתירה נדחתה, ולכן עתרה לביהמ"ש האזרחי. בזמן זה הילוד היה כבר בן מעל שנה, ועלתה השאלה: האם לבג"ץ יש סמכות לדון בנושא של ברית מילה? מכיוון שניתן לכרוך נושא אם הוא חיוני לחיסול מערכת היחסים, ישנן 3 דעות:

- **השופט נאור-** דעת רוב. קבעה שלביד"ר אין סמכות לכרוך את המילה, כיוון שאין זיקה מספקת בין המחלוקת לגבי ברית המילה לבין הגירושין. ההחלטה אם לעשות ברית היא רגישה ומורכבת ומערבת שיקולים חברתיים ותרבותיים כולל חופש דת ומדת, ולכן לדעתה יש לבחון את הנושא לפי עקרון טובת הילד בבית משפט אזרחי.
- **השופט רובינשטיין-** דעת יחיד. קבע שלביד"ר יש סמכות לכרוך את המילה, ישראל היא מדינה יהודית ודמו', ובמידה והורה רוצה לכרוך נושא חשוב ומהותי לגבי יהדות ילדו ראוי שלביה"ד תהיה סמכות לדון בנושא. לכן יש להחזיר את התיק לביד"ר שיחליט מהי טובת הילד.
- **השופט הנדל-** אין לקבוע כלל גורף לגבי כריכת מילה בתביעת גירושין, דומה בדעתו לרובינשטיין בגלל החשיבות של הברית וההשפעה יוצאת הדופן שלה על זהות הילד- יש להשאיר פתח שבמקרה המתאים כן תהיה לביד"ר אפשרות לדון בנושא במידה והנושא נכרך. הבעיה לפיו היא שלא נתנו לאשה זכות טיעון- לא נתנו לאשה פתח לדבר לגבי הסמכות ולכן הוא לא מחזיר לביד"ר וקובע שיש בו בעיה.

הגבלות לפי בג"צ פייג פלמן-
מבחני הכריכה- המבחן המשולש:

כדי שאחד מהצדדים לא ינצל לרעה את מנגנון הכריכה, נקבעו מבחנים:

1. האם תביעת הגירושין כנה?

בג"ץ תורג'מן- הגבר הגיש לביד"ר תביעה לגירושין עם כל הכרוך בגירושין (כולל מזונות) ולאחר חודש האשה הגישה לביהמ"ש לענייני משפחה תביעה למזונות. הגבר טוען שאין לבימ"ש סמכות מכיוון שכבר הגיש תביעה לביד"ר מקודם. ביהמ"ש לענייני משפחה מקבל את טענתו ואומר שיש סמכות לביה"ד. האשה ערערה למחוזי. כדי לבדוק אם האדם אכן רוצה להתגרש, יש לבדוק אם יש עילה הלכתית או תשתית עובדתית על כך שקיימת עילה. נטען שהצדדים רבים הרבה ושהאשה לא מבצעת את מטלות הבית, דברים שלפי בימ"ש אזרחי הדבר לא מהווה עילה- ובמידה אין בכתב התביעה עילה הלכתית- הדבר מעיד על חוסר כנות.

בג"ץ פלונית נ' פלוני- הגבר היה סרבן גט זמן רב, וכתב בתביעת הגירושין תנאי: "לחייבה בגירושין בכפוף לתנאים שיהיו בהסכמתי בלבד". צריך לראות לפי הנסיבות אם האדם באמת רוצה להתגרש- כי אדם שרוצה להתגרש לא אמור להיות סרבן גט ואז להתנות על הגט כאשר הוא מסכים- כלומר, התביעה לא כנה והאדם לא באמת רוצה להתגרש בתו"ל, והדבר מצביע על סחטנות.

גישות שונות בפסיקה:

- **מאירוביץ' נ' מאירוביץ'-** גבר מגיש תביעה לשלום בית ואומר שאם התביעה תתבטל הוא רוצה להפוך אותה לתביעת גירושין עם כל מה שכרוך בכך. האשה טענה שזה לא הגיוני שיגיש תביעה לשלום בית אם הוא רוצה להתגרש, ובג"צ קובע כי הגשת תביעה לשלום בית ולחילופין תביעת גירושין- לא פוגעת בכנות התביעה. ההיגיון של בג"צ- מטיבו, ביה"ד מנסה לגשר ולפשר ולגרום לשלום בית ולכן הגשת תביעה זו לא באמת פוגעת בכנות.

- **שרגאי נ' שרגאי** - הבעל מגיש תביעה לשלום בית ומבקש שאם תיכשל - תהפוך לתביעת גירושין על כל הכרוך בה. העליון פוסק הפוך - ואומר שמצב זה מראה על כך שהבעל לא באמת רוצה להתגרש ורוצה שלום בית ולכן יש בעיה עם כנות התביעה.

2. האם הכריכה התבצעה כדין?
למשל:

- האם העניינים נכרכו בתביעת גירושין?
 - האם מדובר בעניינים שלפי מהותם ניתנים לכריכה?
 - יש לכרוך במפורש ובפירוט את העניינים הנלווים לתביעת הגירושין.
- אם אחד מהתנאים לא מתקיים, אין סמכות לביד"ר. *ניתן לכרוך רק לתביעת גירושין.

3. האם הכריכה כנה?

- פיצול תביעות בערכאות השונות - **פס"ד תורג'מן** - במחוזי, דובר לעיל. גבר הגיש תביעת גירושין לביה"ד הרבני (כי רק שם אפשר) וכורך לתביעה זו את כל הנושאים ולאחר שהלך לביד"ר וכרך הוא רוצה שביהמ"ש ידון בנושא האחרון: פירוק שיתוף, ולכן הוא מגיש תביעה לביהמ"ש האזרחי. האישה מבקשת שביהמ"ש ידון בנושא המזונות, והבעל משיב שהדין במזונות כבר כרוך בביה"ד... לכן האישה מערערת למחוזי - המחוזי קובע שפיצול תביעות בין הערכאות מעיד על חוסר כנות בכריכה.
- חוסר פירוט של הרכוש הכרוך - **פס"ד פלוני נ' פלונית** - אישה הגישה תביעה לביד"ר תביעת גירושין וכרכה בה רכוש, והגבר מעדיף שהנושא ידון בבימ"ש איזורי ומגיש שם תביעת רכוש וטוען שהאישה לא כנה כיוון שבכתב התביעה פירטה רק חלק מהרכוש ולא את כולו (פירטה את הרכוש שלו ואת זה שע"ש שניהם אך לא פירטה את הרכוש שלה). נאמר שחוסר פירוט עלול להעיד על חוסר תו"ל. לא מדובר על חוסר תו"ל של האישה ולטענתה בביד"ר היא רצתה שידונו בהכל, אמרו לה לתקן את כתב התביעה והיא אכן תיקנה אותו - כלומר לא היה חוסר תו"ל.
- התעלמות מפס"ד של ביד"ר בעניין מזונות - **בג"צ פלונית נ' פלוני** - הבעל ניסה לטעון שלביהמ"ש יש סמכות בענייני מזונות אך לא קיבלו את טענתו מכיוון שבין היתר הוא החליט להתעלם מכל פסקי הדין הקודמים של ביה"ד לגבי המזונות (מזונות זמניים) ובמהלך מלחמתו למזונות, הוא לא קיים את ההחלטות הקודמות וצבר חובות מזונות. מצב זה של התעלמות מפס"ד של ביד"ר בענייני מזונות, מראה על כך שהכריכה לא כנה.

בחינת תו"ל בהעלאת טענות חוסר סמכות של ביד"ר

בג"ץ עמרני נ' ביד"ר הגדול - היה הסכם גירושין שהסדירו בו את הזכויות בדירה המשותפת, ובהסכם נקבע שבמידה ותהיה בעיה בהמשך - הסמכות לדון בנושא זה תהיה של ביה"ד הרבני. במהלך הזמן, הגבר הפר את ההסכם והאישה פונה לביד"ר ולפי ההסכם היא אמורה לקבל את כל הדירה לפי הכתוב בו. ביה"ד האזרחי דוחה את בקשתה - מערערת לביה"ד הגדול שמקבל את בקשתה - הגבר עותר לבג"ץ בטענה שאין לביה"ד סמכות כיוון שתביעת הגירושין הסתיימה וביה"ד לא יכול לדון בכך יותר ואין לו סמכות - בג"ץ קבע שיש להשתיק עותר שמעלה טענה של חוסר סמכות בשלב מאוחר כיוון שהדבר מראה על חוסר תו"ל.

הסמכות להכריע בשאלת הכריכה

מקרה שבו שני בני הזוג הגישו תביעה לשתי ערכאות - מי מחליט לאיזה תינתן הסמכות?
בג"צ פייג פלמן - מי יכול לדון בשאלת הכריכה (האם היא כנה, כדין וכו'). גבר מגיש תביעת גירושין לביד"ר, כורך את נושא הרכוש, האישה מגישה תביעה לאחר מכן לגבי רכוש לביהמ"ש האזרחי לענייני משפחה, שרואה שיש תביעה מקבילה; הוא אומר שלו הסמכות מכיוון שבתביעה הקודמת הייתה בעיה עם כנות התביעה לפי מבחני הכריכה. הוגש ערעור לביד"ר הגדול - הערעור נדחה והיא עתרה לבג"ץ - נקבע שלביהמ"ש יש סמכות לדון, כי כל עוד אף ערכאה לא הכריעה בשאלת הכריכה אין הגבלה לכל ערכאה לעכב את הדיון כדי לדון בו (מירוץ ההחלטות - מי שמקבל את ההחלטה קודם, "ניצח"). אם אחת הערכאות כבר הכריעה בשאלת הכריכה, על הערכאה המקבילה להימנע מלדון בכך, לאור עקרון הכיבוד ההדדי (אלא אם מתקיים טעם מיוחד*) שמצדיק זאת. כבר נקבע כי עקרון הכיבוד ההדדי אינו בבחינת עקרון נימוסי ותו לא, אלא הנו חיוני לצורך מערכת שיפוט תקינה.

*טעם מיוחד = חוסר חוקיות או פגם חמור אחר היורד לשורש הסמכות. דוג: **בג"ץ פלונית נ' ביד"ר האיזורי** - ביד"ר האיזורי קבע שלאור חוות הדעת שהתקבלה ממשרד היועץ לשופט רבני, ביד"ר קובע כי הסמכות לדון בתביעות שבין הצדדים נתונה לביד"ר. זוהי חריגה ברורה מכללי הצדק הטבעי ומגיע לקבל נימוק; חריגה מכללי הצדק הטבעיים יכולים להיות אי מתן זמן להתכונן, או סוגיה שאינה ניתנת לכריכה וכו'. דבר זה מצדיק התערבות באחת הערכאות.

בחינת חוסר תו"ל דיוני בפניה לביהמ"ש לענייני משפחה

בג"ץ פלונית נ' ביד"ר האיזורי בחיפה (פרשת ה-15 דקות): במקרים חריגים, סמכותם של בימ"ש האזרחיים עפ"י מבחן הזמן כפופה גם היא לתו"ל דיוני. כלומר, יכולים להיות מצבים שבהם יגישו תביעה לביהמ"ש לענייני משפחה ובהם גם לו לא תהיה סמכות.

במקרה זה, האישה הגישה תביעה לביהמ"ש האזרחי לגבי חלוקת רכוש כאשר לאחר 15 דקות הגיש תביעת גירושין לביד"ר וביקש לכרוך את ענייני הרכוש. ביד"ר הגדול קבע שיש סמכות לביה"ד כיוון שהאישה הגישה באיחור של 4 חודשים וטענו שהדבר הצביע על תו"ל – האישה עתרה לבג"ץ שקבע כי במקרים חריגים הסמכות של ביהמ"ש האזרחיים לפי מבחן הזמן גם כפופה לתו"ל דיוני. במקרה זה, האישה נהגה בחוסר תו"ל דיוני ולא שלחה את התביעה לגבר במשך 4 חודשים, ולכן הסמכות של ביהמ"ש נופלת למרות שהקדימה את התביעה. יש לקבל טענת חוסר תו"ל רק במקרים חריגים שבהם הוא מהותי ובמידה שמצדיקה חריגה מהכללים, ויש לבדוק בין היתר את זמן העיכוב של ההמצאה, סיבת האיחור וכו'. במקרה זה הדבר גבולי, אך קיבלו את טענת חוסר תו"ל מכיוון שהאישה התעכבה והמציאה לגבר את התביעה רק 6 ימים לפני הדיון – דבר שמצביע על חוסר תו"ל של האישה.

מקור סמכות הביקורת השיפוטית של בג"ץ על ביד"ר הרבניים – חוק יסוד: השפיטה

ס' 15(ד)(4) לחו"י השפיטה – בג"ץ רשאי להתערב כאשר ביד"ר פעל בחוסר סמכות או בחריגה מסמכות.

ס' 15(ג) לחו"י השפיטה – סעיף סל, הקובע, כי בג"ץ רשאי להתערב כאשר הוא רואה צורך לתת סעד למען הצדק. בס' זה אנו רואים לראשונה שביהמ"ש העליון הוא גם בג"ץ (לפני כן, בחו"י השפיטה אין אזכור לכך שביהמ"ש העליון יושב גם כבג"ץ).

"אשר אינם נמצאים בסמכותו של ביהמ"ש או של ביד"ר אחר" – יש מס' תנאים בפנייה לבג"ץ, בין היתר במיצוי הליכים, כלומר- אפשרות לקבל סעד מערכאה אחרת או מגוף מנהלי כלשהו. מה היחס בין הסעיפים האלו?

א. המילים: "למען הצדק" בס' 15(ג) רחבות הרבה יותר מ"חוסר סמכות", קיים לבג"ץ שיקול דעת רחב הרבה יותר.

ב. ס' 15(ד)(4) – מי שטוען לחוסר סמכות ביה"ד הרבני חייב להעלות את הטיעון הזה בהזדמנות הראשונה, בשונה מס' קטן (ג).

פס"ד עמותת מבוי סתום נ' ביה"ד הרבני הגדול (העגונה מצפת): פס"ד בו שאלת הסמכות התעוררה, עסק בטיעון

השיהוי מצד אחד, ומן הצד האחר התעקשות שהעותרת העלתה את הטענות הללו כל הזמן. מדובר על אישה שאין לה דרך להשתחרר מהנישואין, מאחר שבעלה נפגע בתאונה והפך לצמח. זה מצב בו הוא חי והוא יכול להמשיך לחיות שנים רבות וכנראה שהמצב בלתי-הפיך. ביה"ד האזורי בצפת מצא לנכון להגיע למיטתו פעמיים ולהתרשם באופן בלתי אמצעי. הבעיה היא שבמתן גט חייב להיות רצון חופשי מלא. האישה מצאה עצמה במבוי סתום. ביה"ד מצא מכשיר של "זכין לאדם שלא בפניו" – די אם נאמר שהמכניזם של גט זיכוי יש לו תקדימים רבים בהלכה. אולם ביה"ד הרבני הגדול לא אוהב את זה. ביה"ד האזורי העביר את השאלה לנשיא ביה"ד הרבני הגדול, הרב שלמה עמאר ולאחר מכן לממשיכו, הרב יצחק יוסף שהתנגד לשיטה זו. הוא גם לא יפסוק בניגוד לדעת אביו, ואמר שאין מה לעשות אלא רק לבכות. הרב לביא מביה"ד האזורי לא קיבל את העמדה הזו ופירט את כל היסודות ההלכתיים שמתירים את מתן הגט, 2 חבריו להרכב הסכימו. ביה"ד האזורי שינה מעמדה והיא נרשמה כגרופה.

אולם, כעבור זמן מה צץ "פלוני" ואמר שבשם כל ישראל הוא מערער לביה"ד הגדול. מבחינתו הגט אינו אמיתי, לא מדובר בגט זיכוי, ואם היא תתחתן ילדיה יהיו ממזרים, ואולי ילדים שלו ירצו להתחתן עם ילדים עתידיים שלה שהם בעצם ממזרים.

ביה"ד הרבני האזורי דחה טענתו על הסף. אז הוא ערער לביה"ד הרבני הגדול. ביה"ד הרבני הגדול משרת את העמדה

של עצמו ולכן הוא לא "זורקו מכל המדרגות", ומחליט לכנס דיון כדי לבדוק אם לאותו פלוני יש מעמד. הדיון יתכנס בפני כל דיני ביה"ד הרבני הגדול (רק פעם אחת זה קרה שכינסו את כל הדיינים). וכן, הם אמרו במפורש כי מתעוררת שאלה בעניין כשרות הגט, וכי יפנו יום שלם לדיונים ויצרפו את דיני האזורי. עמותת מבוי סתום שייצגה את אותה האישה מצפת, התריעה לכל אורך הדרך נגד פתיחת הפתח הזה בפני פלוני הזה, וכאשר טענותיה לא נענו היא עתרה לבג"ץ. השופט רובינשטיין לא נכנס לשאלה מכוח מה הוא מוצא לנכון להתערב כאן. פסקה כה – הוא מפרט את ס' 15(ג) 15(ד) (4).

השופט מלצר מדגיש בפס' 2, כי העותרת העלתה את שאלת הסמכות בהזדמנות הראשונה שהייתה לה. הוא מבהיר שהסמכות מכוח ס' 15(ד) (4), קרי שיש חריגה מסמכות ברורה. לדידו, לפלוני הזה אין כל מעמד, אף אם יש לו אינטרס. הפרוצדורה איננה מאפשרת להקנות לו מעמד. יש הבדל תהומי בערעור שבין פרטים לבין עתירה לבג"ץ, ולכן לא ניתן לקבל את הטענה המתחכמת הנגדית שאומרת שגם עמותת מבוי סתום לא רלוונטית. בעתירה לבג"ץ ואין כל הקבלה לערעור מטעם פלוני.

לאחר הפרשה:

הרב זלמן נחמיה גולדברג נחשב לאחד מהרבנים החשובים ביותר, הוא לא דיין ביד"ר פורמלי. כמו כן, נטען שהרב לביא התייעץ איתו וקיבל ממנו הסכמה לענייני גט הזיכוי. מצד אחד, הרב גולדברג מצא לנכון לפרסם, כי כל מה שדיברו עמו בעניין היה דיבורים בעלמא ולא היה ניתן לעשות כן. מצד שני, לאחר שניתן לבג"ץ, הרב יוסף הורה לבטל את אותו דיון מתוכנן והפרשה הגיעה לסיומה.

אותה אישה שינתה שמה, כדי שאם וכאשר תרצה להתקשר, שלא יהיו מי שימצאו לנכון להטיל ספק, מבחינה אישית ורגשית.

ג. מקובל לומר שיש הבדל נוסף בין הסעיפים בשאלה של- מה בדיוק מעמדו של פסה"ד הרבני הבעייתי/הנגוע, שנגדו טוענים? כל פס"ד בעילת חוסר סמכות רק ניתן לביטול, וכל עוד בג"ץ לא מבטל הוא קיים. יש האומרים שאם עילת ההתערבות היא למען הצדק, אלו מצבים בהם פסה"ד הרבני הוא בטל מעיקרו. כלומר ההבדל הוא ס' 15(ג) בטל מעיקרו, לעומת ס' 15(ד) (4) ניתן לביטול.

ברמה התיאורטית, זה יכול להיות הבדל דרמטי (באופן תיאורטי, במשפט מנהלי יש מושג של תקיפה עקיפה" של פעולה של רשות מנהלית, להבדיל מתקיפה ישירה שהיא עתירה לבג"ץ. תקיפה עקיפה יכולה להיות באמצעות הליכים משפטיים אחרים על הדרך לטעון שפעולה של רשות מנהלית בעצם לא קיימת. תיאורטית, אפשר לעשות את זה גם נגד פס"דים רבניים, שהטעון הוא שהם נוגדים את הצדק, לכן הם בטלים מעיקרם. אם כך, אפשר אולי לפנות לבימ"ש לענייני משפחה, אפילו שהסמכות הייתה אצל ביד"ר. אם פסה"ד שלו בטל מעיקרו, נטען שהוא לא קיים). בפרקטיקה, לא עושים את זה, בגלל שהגישה של המערכת האזרחית היא שאם יש טענות נגד התנהלות ביד"ר, הדרך להעלות את הטענות ברורה – על פס"ד של ביד"ר אזורי יש לערער לביד"ר הגדול. אם הטענה כנגדם נדחית, יש ללכת בתקיפה ישירה לבג"ץ.

שני מצבים מובהקים בהם ברור שפסה"ד הרבניים בטלים:

1. "חוסר סמכות פונקציונלית" – פסיקה בהרכב חסר (למשל: מגיעים לביד"ר גדול לדיון בערעור, המתינו לדיון זה זמן רב. ואומרים להם שם אחד הרבנים חסר, האם אתם מעוניינים עדיין להתדיין? והם עונים שכן). בעבר, (פס"ד חמד) בטלות מוחלטת; אך לפי- הלכת **בג"ץ אליהו** – בטלות לא בכל מצב. פס"ד אליהו מטיל ספק בתפיסת הבטלות המוחלטת, ומציג תפיסה של "בטלות יחסית". מתי בג"ץ יאמר שההליך הרבני בטל לחלוטין או לא (מאחר שזה היה אך דיון 1 מתוך 6 וכיו"ב) – אין תשובות ברורות. זה נשאר פתוח. באופן עקרוני, ניתן לטעון שפסיקה בהרכב חסר בטלה לחלוטין, ומאידך ניתן לטעון שהבטלות יחסית. הדברים לא ברורים. חוסר הנחת שיש לנו מאי הוודאות הזו יש להפנות למערכת האזרחית.

הצד שלא מרוצה מהפסיקה הסופית בד"כ נזכר שזה היה בהרכב חסר.

2. "חוסר סמכות עניינית" – פס"ד פלונית (גיוור קטינה) – כשעלתה שאלת ההשתייכות הדתית של הילדה שאומצה בחו"ל וגוירה בחו"ל, וההורים רצו לרשום אותה כיהודייה ופקיד משרד הפנים ביקש להגיש בקשה לבירור יהדות. בג"ץ קבע כי זה לא מסמכותו של ביד"ר, מאחר שיש לו סמכות באשר לכשרות נישואין כשתגדל אולם לא כעת. אי העלאת התנגדות לסמכות בהזדמנות הראשונה אינו מרפא חוסר סמכות עניינית. אלו מצבים בהם לא מתקיימים תנאי הסמכות הבסיסיים של ביה"ד הרבני. אי אפשר לרפא חוסר סמכות עניינית בשום צורה, ולא ניתן להעלות טענה של "לא נטען בהזדמנות הראשונה".
3. פגיעה בכללי צדק טבעי – למשל הפרת כללי דיון בסיסיים. הלבוש שקיבלו בפס"ד לב (כניסוחו של חשין במיכל דויד): הפרת זכויות אדם. השופט חשין בפס"ד מיכל-דוד, סבור, כי כל מה שנכנס תחת פגיעה בזכויות אדם מקביל לפגיעה בכללי צדק טבעי. ושם הוא קובע כי גם מדובר בחוסר סמכות וגם הייתה פגיעה בכללי הצדק הטבעי. פס"ד פלונית (הגנת הפרטיות) – התעלמות מנורמה אזרחית (הראיות הפסולות).
- חוק זה אינו חוק טריטוריאלי, לא רשום במפורש שהוא חל על ביד"ד דתי, ואף חוק יסוד כבוד האדם וחירותו לא מחייב את בתי הדין הדתיים.
- דחיית טיעון ההכבדה על יישום הדין הדתי הקושי בפס' 12.
- [עילה קלאסית לגירושין הוא בגידה. למשל גם כאן, גם בלי שניכנס לעניין הפגיעה בפרטיות. הרי בפסיקה זו יש השלכה גם על הבעל (שהרי אותה אישה אסורה גם לו), ולכן חובה לתת גם לו להשמיע טיעוניו. הוא לא יכול להוציא החלטות שמשפיעות על צד מסוים מבלי לשמוע טיעוניו, ואם לא יישמעו מדובר בפגיעה בכללי הצדק הטבעי].
- פס' 17 לפסה"ד אנו רואים את העיקרון שלביה"ד שיקול דעת רחב, אך עם זאת עליהם לפעול ע"פ עקרונות היסוד של המשפט הישראלי.
- פס' 14-15 לפסה"ד – הבעל הגיע לדירת האישה, למרתף וצילם אותה במצבים אינטימיים עם המאהב. ביה"ד הרבני תוך הסתמכות על התמונות קבע שהיא מחויבת לקבל את הגט מאחר שזנתה תחת בעלה.
- ברק ממקד אותנו בשאלה: אם חוק הגנת הפרטיות, לרבות כלל הפסילה חל בביד"ר? התשובה כן. אך הוא מציין שהקושי כפול, מאחר שהחוק מופנה לביהמ"ש ולא לביד"ר. הקושי השני הוא כי החלת חוק הגנת הפרטיות בביד"ר פוגעת באפשרות הפעלת הדין הדתי. הרי יש לביד"ר סמכות ייחודית בענייני נישואין וגירושין, לדון לפי הדין הדתי. ייתכן שזו הדרך היחידה שלו ליישם את הדין הדתי, ולפסוק לפי דיני האיסור וההיתר (אם האישה זנתה תחת בעלה, היא אסורה על בעלה ועל בועלה. גם אם היא מפרה את האיסור יש לכך השלכות חמורות מבחינה דתית. מבחינה דתית, אלו נושאים קריטיים ומרכזיים לאפשרות לנישואין בקהילה הדתית). הרי ביה"ד הדתי צריך לפסוק לפי הדין הדתי כי הוא מחויב לכך וכי זו מהותו. הדיינים לא יכולים לפסוק בניגוד להלכה. הם לא יכולים להתיר אישה לשוק, ללא כל מגבלה, כשהם יודעים שיש מגבלה. אלו התנגשויות אינהרנטיות. זה הקושי שמעלה ברק בהקשר של הטיעון שחוק הגנת הפרטיות מוחל על ביד"ר. הרי תפיסת הפרטיות האזרחית קוטבית לתפיסת הפרטיות הדתית, ששם נטען שכל מהות הנישואין היא ליצור מרחב אחד משותף. גם הרב דיכובסקי פוסק שזוהי אף מחובתו של הבעל לעשות זאת ושצילומיו מותרים. נראה שהשופט ברק לא נותן מענה להכבדה הזו ולא הולך עד הסוף.
- השלמה לעניין בבלי ופס"ד בעהם – שאלת תחולת הדין האזרחי על ביה"ד הרבני. שם דובר על עניין של החזרת מתנה. דובר על חוק המתנה וח"י כבוד האדם וחירותו (קניין). נקבע שזה לא חל על ביד"ד דתיים מאחר שלא מדובר בחוק טריטוריאלי, שהרי לא נאמר שם במפורש שזה חל עליהם. ברק ידע שזה הולך לצאת שבוע לפני שהוא מוציא את בבלי ולכן התכתב עם פסה"ד הזה.
- האם התערבות בג"ץ מפקיעה סמכות?
- רק מקום בו לא הייתה סמכות מלכתחילה כך שלמעשה זו לא הפקעת סמכות.
 - הערת אוביטר של ברק בפרשת גבאי ("שאלתי את עצמי אם לא הגיע הזמן לסיים את הפרשה". ביד"ר לא יישם את הלכת השיתוף. הזוג היה 20 שנה בהתדיינות).

3. כיוון חדש מסתמן לאחרונה? בג"ץ פלונית – אליהו. החלת הלכת השיתוף על דירת מגורים. ההליכים התנהלו 25 שנה. על דירה שנקנתה לפני 50 שנים. ארבל פשוט פוסקת כאילו בדרך אגב, ולכן אי אפשר לחלץ הלכה.

בג"ץ פוסק מה שפוסק ואז התיק חוזר לביה"ד הרבני. רק כאשר אין סמכות עניינית מלכתחילה התיק עובר לביהמ"ש. לעומת זאת, כשהסמכות קיימת אך לא הופעלה בצורה נאותה, היא נשארת בביה"ד הרבני והתיק חוזר אליו.

גבולות הפיקוח השיפוטי:

1. מעטפת מול מהות- (הבסיס ויקי לוי; יישום עדכני-רפאלי) אם בכלל יש התערבות בתוכן, היא רק במובן של איזה גוף דיני להחיל, אך גוף הנורמות הדתיות עצמן, ובמיוחד ליבת הנורמות הדתיות (נישואין וגירושין), חסין- "אין הדין הדתי חייב למצוא חן וחסד בעיני ביהמ"ש האזרח".

יש גבול ברור. אם יש התערבות בתוכן, זה רק במובן של איזה סוג דין צריך להחיל. אבל בנורמות הדתיות עצמן אי אפשר להתערב. זה גבול מאוד ברור ונוקשה, עם זאת – בעייתי. אם הדין הדתי קובע שאשה שבגדה אסורה על בעלה ובעלה, אבל גבר שבגד רשאי לשאת את מי שהוא רוצה, זה צורם את האוזן. זה פוגע בשוויון. אבל זה הדין הדתי, וגם אם הוא לא מוצא חן בעינינו, ביהמ"ש האזרחי צריך להחיל אותו כשהוא דן בנישואין וגירושין. אם עותרים נגד זה לבג"צ, הוא יכול להגיד שזה לא מוצא חן בעיניו. אבל הוא לא יוכל לעשות עם זה כלום.

פס"ד רפאלי: תביעת גירושין של אישה על בסיס אלימות. ביה"ד האזרחי מקבל טענותיה. אף בתום הדיון ניסה לפגוע בה פיזית ואנשים סביבם מסרו עדות לביה"ד. נמצאה עילה לחיוב גט. (על המשמעויות וההבחנה בין עילת חיוב לכפייה נדבר בהמשך). הבעל ערער לביה"ד הרבני הגדול, וזה קבע כי לא הוכח הדבר (האלימות). וגם אילו הוכח הרי שאין לחייבו מאחר שלא הייתה התראה (ישנם הרכבים שמתעקשים על הפרוצדורה הזו של התראה; ישנם הרכבים שכבר לא מתייחסים לכך). ביה"ד הרבני הגדול הכריע שרצוי שיתגרשו בהסכמה. אנו רואים פעמים רבות שכך פסקי דין מסתיימים- בחוסר קביעה של ביה"ד.

האישה עתרה לבג"ץ. ביה"ד הרבני הגדול הפעיל את הדין כפי שהוא מבין אותו. שם יש מחלוקת האם אלימות היא עילת גירושין. השופט אור קובע שאי אפשר להתערב בהכרעת ביה"ד. מדוע פסה"ד חשוב? בעיקר בשל פסק דינו של חשין, ששואל שם למה הבעל מערער ואינו רוצה לתת לה גט, טוען ב"כ האישה שהכל בגלל כסף, ומסכים עמו ב"כ הבעל. זוהי סרבנות קלאסית – אלימות, ממון.

דבריו החשובים יותר של חשין: לא הייתה לאישה תשתית ראייתית מוצקה לתמוך בטיעוניה, לא הוכח שהוא היכה אותה ולא הוכח שהתרועע עם נשים אחרות.

המרצה טוענת כי עולים סימני שאלה גדולים מדבריו:

1. מה פתאום עברת בקפידה על הראיות? בג"ץ אינו ערכאת ערעור.

2. איך אתה אומר זאת? אם דיינים ראוהו מכה אותה? ביד"ר הגדול טען שגם אישה שמוכיחה שבעלה בגד בה או היכה אותה זה עדיין לא מייסד עילת גירושין אלא אם הייתה התראה אך זו לא הסיבה לפסיקה וחשין אומר שאם זו כן הייתה הסיבה הוא כן היה מתערב במהות ובתוכן הדין הדתי אך כיוון שזו לא הסיבה לפסיקת ביה"ד"ר הוא לא מתערב. (כלומר, חשין אומר שהוא היה מרשה לעצמו לבדוק את התוכן ולהתערב במהות והתוכן עצמם. ביד"ר הפוסק בניגוד להוראת חוק מאפשר לבג"ץ להתערב).

כל ההלכות הללו, במובן הדתי, בעייתיות. הן נוגדות את עיקרון השוויון ואת חוק יסוד כבוד האדם וחירותו. בהלכה יש עילות אחרות, כמו עילת "מאיס עליי". זה על מנת לומר שאילו על הדברים הללו ביד"ר הגדול היה מבסס פסיקתו, אז הוא (חשין) היה מתערב. אך ביד"ר לא ביסס על כך את הפסיקה ולכן הוא לא מתערב. דבריו של חשין הם אוביטר ומעבר לכך הוא הצטרף לדבריו של אור. לכן, אין כל מעמד לדבריו הוא גם לא חזר עליהם בכל פרשה אחרת. (יישום לאחרונה בפרשת העגונה מצפת).

2. התוצאה: "חסינות" ענייני נישואין וגירושין

(ס' 2 לחוק השיפוט; ס' 5 לחוק שיווי זכויות האישה; שמירת דינים בחוק היסוד).

"אתגור" אקסיומה זו: חשין בדעת מיעוט ברפאלי; בג"ץ 2232/03 "בני נוח".

גבולות הפיקוח השיפוטי

הדברים המקיפים גבולות אלה הם כללי צדק טבעי וכללי ברירת דין=לא תוכן התכנים, ונשאלת השאלה- דין דתי או אזרחי?

דובר על פרשת העגונה מצפת, הממחישה צדק דיוני וכללים פרוצדורליים. תוצאת החסינות של ענייני הנישואין והגירושין מזכירה את העיגון החקיקתי של החסינות, שנמצא בס' 2 לחשבד"ר (לפיו נישואים וגירושין בישראל יערכו לפי דין תורה). כל הכללים המהותיים הם כללים מדין תורה.

חוק שיווי זכויות האישה- בין החוקים הראשונים שנחקקו במדינת ישראל החדשה מ-1951. ניתן לראות בכך את תשומת הלב של הכנסת במדינה החדשה לחיקוק זה, והח"כית שקידמה אותו הייתה רחל כגן כהן שהצביעה נגדו- בגלל ס' 5 שבו, שמעניק לביה"ד ולתכני נישואין וגירושין חסינות מפני חוק זה ומונע התערבות של החוק האזרחי.

התיקון לחוק זה- הח"כית יעל דיין שרצתה להפוך את חוק שיווי זכויות האישה לחו"י, וזכה להתנגדות דווקא מהנשים כדי שסעיף 5 לא יעוגן בחוק יסוד וחסינות ביה"ד לא תמוסד.

בפס"ד רפאלי (סרבן גט אלים וביה"ד הגדול הפך את פסיקת המקומי ולכן אין עילת גירושין). חשין הצטרף לדחיית העתירה לפי חסינות הדין הדתי מפני האזרחי, אך בכתיבתו נכנס למהות הדין הדתי.

בג"ץ בני נוח- הרב דיכובסקי ניתח את מבנה הנישואים האזרחי לפי 7 מצוות בני נוח שכל האנושות מחויבת בהם לפי התורה, לפיהם הנישואים האזרחיים מהווים התקשרות זוגית פורמלית ולגיטימית שהנישואים האזרחיים חלק מהם.

פס"ד זה הוא משונה כיוון שיש בו פינג-פונג בין בג"ץ לביה"ד הרבני; העתירה היא לגבי זוג שנישא אזרחית בקפריסין ולימים נקלעו לסכסוך- האיש תבע גירושין בביה"ד הרבני כיוון שגם מי שנישא מחוץ לישראל במידה ושני בני הזוג יהודיים- הגירושין עדיין יהיו בסמכות ביה"ד הרבני.

ביה"ד פוסק כי בני הזוג מעולם לא היו נשואים. האישה עותרת לבג"ץ- ולא מובן מדוע האישה עותרת לבג"ץ בדרך זו כיוון שתפיסתית- היא הייתה נשואה שנים רבות, וביה"ד לא יכול לדעתה לבוא ולומר לה שהיא לא הייתה נשואה מבחינה רגשית.

מבחינת נפקות משפטית, לא הייתה משמעות לעתירה אלא הייתה משמעות רגשית בלבד שנבעה ממניעים רגשיים זהותיים (דיונים רבים דיני משפחה מבטאים רובד זה של התפיסה העצמית והסימבוליות ולאו דווקא את המשמעויות המשפטיות המעשיות).

השופט יעקבי מבקש לתת לביה"ד ארכה להשלמת פסק הדין שלהם לפי בקשתם.

ברק מפנה סדרת שאלות לביה"ד הרבני:

1. על פי איזה דין נערכה התרת הנישואין?
2. מהן העילות לכך?

הרב דיכובסקי כותב פס"ד ארוך ופורס את המשנה הנ"ל המהווה חידוש הלכתי עצום (עד היום נישואים אזרחיים בוטלו וכרגע מכירים בהם כקשר זוגי לגיטימי בעל משמעות בגדר נישואי בני נוח). לכן, במידה ויש תביעת גירושין אפשר "לסיים" את אותו קשר, דבר שייעשה לדעתו לא באמצעות גט אלא פסיקה של ביד"ר-

עילת מות הנישואין/הנישואין הגיעו למשבר לאו בר שיקום- במקרים אלה ביד"ר ייתן פסק המסיים את הנישואין.

לפי ברק, עילת הגירושין לפי ביד"ר מקובלת עליו כיוון שלדעתו הרס חיי הנישואין היא עילה העומדת בפני עצמה ומהווה עילת גירושין הגיונית.

← ניתן לראות זאת כהתערבות של ביהמ"ש האזרחי בביד"ר, המאשרר את המהות ומשאיר את הסמכות של הדין בגירושין בנישואין אזרחיים בביד"ר.

במידה וברק לא היה משתכנע מהבקשה לעצירת ההליכים של יעקובי, הוא יכול היה ללכת לפי ס' 1-2 לחשבד"ר ולהפעיל את הרציונל של-
 תזת אי ההכרה: ביה"ד אמנם לא מכיר בנישואים וברק היה יכול לטעון שביד"ר לא בעל סמכות לדון בדבר שהוא לא מחשיב נישואים מלכתחילה; הרי איך ביד"ר ידון בקשר שאותו הוא לא מחשיב נישואים?
 יעקובי הבין שהדרך הולכת לשם ולכן ביקש מברק ארכה להחליט בעצמם לפני פסיקה.
 ברק הולך שבי אחרי הרטוריקה של יעקובי – התפיסות האזרחיות והדתיות מתלכדות לדיבור בשפה אחת של גירושין ללא אשמה כביכול; הדבר מהווה מצג שווא – כיוון שביד"ר הולך לפי רטוריקה מתקדמת של "גירושין ללא אשמה" כדי לשמר את הסמכות שלו גם בנישואים אזרחיים.
 דבר זה לא מקובל על רוב דייני ביד"ר הגדול למרות שהייתה כזו פסיקה, רובם אינם מאמינים לבג"ץ בני נוח והוא נעשה רק כדי לשמר את סמכותם.

גבולות הפיקוח השיפוטי ברמה המעשית:

מקרים שבהם לא ניתן לפקח:

- ענייני נישואין – אי אפשר לחייב ביד"ר להשיא
- ענייני גירושין – בפס"ד פלונית ורפאלי לא ניתן לחייב את ביה"ד לגרש כיוון שלבג"ץ אין סמכות לגרום לבעל לתת גט.

מקרים שבהם ניתן לפקח:

- כאשר ביד"ר חורג מסמכות (לא מפעיל את הדין האזרחי):
בג"ץ הבוגדת – "שאלת השיתוף הספציפי" – שבה הרכוש רשום רק על שם אחד מבני הזוג ("הרשום") ושייך לו עוד מלפני הנישואין.
 חוק יחסי ממון קובע שמסת הרכוש המשותף כוללת רק רכוש שנצבר לאחר הנישואין.
 לעומת זאת, הלכת השיתוף התפתחה בדרך המאפשרת הכללת רכוש גם מלפני הנישואין בתוך הרכוש המשותף (זהו ההבדל בין משטר הלכת השיתוף לבין משטר איזון המשאבים עפ"י חוק יחסי ממון).
 כדי לענות על הפער הנ"ל בין שני המשטרים ולהגיע למצב שבו ניתן לראות גם ברכוש קודם לנישואין חלק מהרכוש בר האיזון, הפסיקה פיתחה את הלכת השיתוף הספציפי.
 בג"ץ הבוגדת – במחוזי נפסק שהאישה זכאית למחצית מדירת המגורים ולא התייחסו כלל להפרת הנאמנות של האישה כשיקול בחלוקת הרכוש.
 ביד"ר הגדול קבע שעצם העובדה שבגדה מראה על כך שלא רצתה את הקשר ולכן לא יכולה להנות מפירותיו.
השופט עמית – בדעת מיעוט טוען כי הייחוס לדין הדתי מהווה ציון דרך על חוסר התערבות של ביד"ר במשפט האזרחי – ולכן אם בבלי היה נקודת המפנה המסמלת את הדרך להתערבות שיפוטית של בג"ץ בביד"ר – פס"ד זה מהווה את נקודת המפנה ההפוכה, כיוון שלפי עמית יש מקום להתערבות בפסק הדין של ביד"ר ולכן אסור לאפשר להחלטת ביד"ר לעמוד על כנה.
 • היועמ"ש קבע בכתב התגובה שלו שההלכה לא התחדשה ולכן אין סטייה וחזרה אחורה מהלכת בבלי – ולכן מקבל לחלוטין את פסקי הדין של השופט מינץ ושטיין.

מצוקת הגירושין

שורש הבעיה:

הדין הדתי מהווה הדרך המרכזית של ענייני הנישואין והגירושין. האופי הפרטי של הקידושין ושל הגירושין בהלכה, מביא לכך שהזוג (ולא כל גורם חיצוני לו) הוא הריבון על הסטטוס שלהם.

בנישואין האזרחיים המדינה היא הריבון על הסטטוס, בשונה מהנישואין ההלכתיים.

התפיסה המערבית- גירושין ללא אשם, לפי דרישת צד אחד. כיום כמעט כל מדינות העולם הצפונית אוחדות בתפיסה שאין גירושין ללא אשמה או שברגע שהנישואים הגיעו לקיצם בעקבות "תום/מות הנישואים" ישנה עילת גירושין.

נישואין וגירושין הלכתיים	נישואין וגירושין אזרחיים
- הנישואין ההלכתיים מהווים אקט פרטי של הזוג עצמו ואין צורך ברב או צד ג' לביצוע הנישואין ומספיקים 2 עדי קיום שיעידו על קידוש האשה באמצעות פרוטה או שווה פרוטה (טבעת), כאשר האקט צריך להיות מלווה במלים "הרי את מקודשת לי..." שהוא הביטוי החיצוני לרצונו לקדש אותה. - בגירושין ההלכתיים, הם נמצאים בשליטת בני הזוג ולא המדינה (פרק ד פסוק א בדברים קובע כי שאם האשה לא תמצא חן בעיניי הבעל הוא יכול לכתוב לה ספר כריתות ולשלחה מביתו), כלומר הבעל שולט בגירושין ולא המדינה.	- הסמכות למי שמחתן הוא מהמדינה, מכיוון שמי שיוצר את סטטוס הנישואין (שמשמעותו שהזוג מאותו רגע מהווה נשוי כלפי כולי עלמא ובידי המדינה) הסמכות לייצא אותה לאיש הדת). - סיום הנישואין האזרחיים נמצא בשליטה המדינה המבקשת לקיים דיון משפטי המחייב לקיים בירור משפטי שבסופו החלטה שיפוטית של ערכאה שיפוטית מוסמכת הקובעת שהנישואים תמו.

הבדל יסודי הוא מי שיוצר את הסטטוס של הנישואים שהמשמעות שלו היא שהזוג נשוי כלפי כולי עלמא (כלפי רשויות המס, מדינות זרות וכו'). המדינה היא הריבון על הסטטוס. המדינה מאצילה את סמכות זו. בנישואים ההלכתיים הריבון הוא בני הזוג, לא צריך מי שיכריז על הזוג כנשוי. צריך רק עדי קיום שיעידו שהבעל בירך את האשה והעביר קניין (טבעת). זה אקט פרטי של בני הזוג, זה לא תלוי בגוף המדינה. דבר זה נכון גם לגירושין ההלכתיים. הגירושין נמצאים בשליטה של בני הזוג ולא של המדינה. אבל ליתר דיוק זה נמצא בשליטת הבעל ולא של בני הזוג באופן שיווני- זהו שורש הבעיה.

לערכאת שיפוט מטעם המדינה אין יכולת להיכנס לנעלי הבעל ולתת במקומו את הגט לאישה, יש רק יכולת לתמרץ את הבעל לתת את הגט לאישה מרצונו החופשי באמצעות סנקציות.

לעומת, סיום נישואים אזרחיים המחייבים בירור משפטי והחלטה שיפוטית של ערכאה שיפוטית מוסמכת שקובעת שהנישואים תמו.

כיום כמעט כל מדינות העולם הצפונית אוחדות בתפיסה שאין בכלל גירושין ללא אשמה או שיש את העילה ברגע שהנישואים הגיעו לקיצם ("תום/ מות הנישואים").

• זכות היציאה ממצבי נישואין דרך גירושין או דרך סיום הקשר- נחשבת לזכות יסודית. ברגע שיש אפשרות יציאה אנחנו מתקנים את הבעייתיות שבאותו מצב.

נישואים במצבים של קטינים/ ביגמיה/ גילוי עריות- קרובי משפחה מדרגה ראשונה- העולם רואה באיסור על מצבים אלו זכות יסודית שעליו לשמור על תושביו, אך לא כך הסתכל על גירושין.

הזכות לנישואין היא זכות יסוד לאדם באמנות זכויות אדם, אך לא כך הזכות לגירושין.

למדינה אסור ליצור או להסדיר את הגירושים באופן לא שוויוני. עליה לדאוג שמערך הזכויות בקשר יהיה שווה- זו חובה במישור זכויות האם הבינ"ל. את חובה זו ישראל מפרה. משום, שהיציאה מהקשר חייבת להיעשות בהסכמה (אין גירושים הלכתיים לא בהסכמה), אבל ההכרח ברצון החופשי של הבעל הוא מדאורייתא (מעוגן בדין התורה) ואילו של האישה רק מדרבנן (נוסף לאורך הדורות- נמצא בהיררכיה נמוכה יותר).

רצון הבעל במתן גט- המעוגן בספר דברים, נחשב לתנאי קריטי והכרחי בלעדיו אין גט. כלומר, גם אם היה גט ללא רצון חופשי של הבעל- הגט לא כשר, "גט מעושה".

המצב הזה צרם לחז"ל ועל מנת לתקן את חוסר האיזון, הותקנו תקנות כשהבולטת היא תקנת רבנו גרשם- תקנה כפולה: אסור לגרש אישה בניגוד לרצונה. אולם, לאיש מותר לשאת יותר מאישה אחת. לכן, הוא יכול לשאת אישה נוספת על אותה אישה. לכן רבנו גרשום, התקין תקנה נוספת משלימה- שאין לאיש לשאת יותר מאישה אחת.

הוא ביקש להשוות את כוחה של האישה לכוחו של האיש. הוא לא הצליח בכך.

- הרצון החופשי של הבעל – לא ניתן לבטל אותו. לעומת הרצון החופשי של האישה שאינו מדין תורה ובנסיבות מסוימות ניתן לוותר עליו, הוא לא הכרחי.

- מידת נחיצות הגט- האישה היא זו שזקוקה לגט על מנת להמשיך בפרק ב' בחייה. לעומת הגבר, אשר זה פחות קריטי עבורו. זאת בשל האיסור על "אשת איש". האישה מיוחדת לאיש והאיש לא מיוחד לאישה- מדין תורה, מלכתחילה, לאיש מותר לשאת יותר מאישה אחת, האיסור על כך נוצר מאוחר יותר בתקנות חכמים.

אם האישה מתחתנת עם איש אחר בעודה נשואה לבעלה, הנישואים לא תקפים, הילדים ממזרים, הנישואים נחשבים לאסורים מעריות, בעבר גם היו מענישים את האישה. זאת לעומת הגבר, אשר נישואיו החדשים יהיו תקפים והילדים לא יחשבו ממזרים.

- ישנו רכיב של קניין-

קידושין פרק א': "האישה נקנית בשלוש דרכים וקונה את עצמה בשתי דרכים.."

קידושין פרק ב': "האיש מקדש בו ובשלוחו האישה מתקדשת בה ובשלוחה.."

מה ההיגיון בהבדל בפעלים? רצו לחדד את הקיום של אלמנט הכסף והקניין במעשה הקידושין.

יש כאן לכאורה עסקה של מכר תמורת כסף- פעולה קניינית. מחדד את השייכות של האישה לאיש שמגולמת בקידושין, לאיש יש שליטה על חירותה של האישה מבחינת היכולת שלה להתקשר לאיש אחר. זה מחדד את המשמעות שאותה שליטה מתפרשת גם על כל ילדיה של האישה, מה שמכנים "כישורי הרבייה של האישה". מבטיח לבעל את הבעלות על הילדים העתידיים והוודאות שהילדים הם באמת שלו- באמצעות סנקציית הממזרות שחלה רק על נשים. זה מבסס מעגל שליטה מלא שהדין הדתי יהודי יוצר דרך קשר הנישואין. השליטה הזו הולכת אחורה לאותו דין תורה, וגם אם לאורך הדורות היו ניסיונות של חכמים להקטין את השליטה ולצמצם את הפער, זה עדיין לא יכול לשנות את יחסי הכוחות הלא שוויוניים מדאורייתא.

- בעל שאשתו לא יכולה/ רוצה לקבל את הגט – קיימת בפניו האפשרות לקבל היתר לשאת אישה אחרת. למשל, בעניין העגונה מצפת- אם המצב היה הפוך, היו נותנים לאיש היתר נישואין באמצעות 100 חתימות של 100 רבנים מ4 מחוזות שונים (כיום זה יותר זמין וקל להשגה).

אלא אם כן אין שום עילת גירושין לגבר- אישה לא יכולה להתמיד בסרבנות הגט, משום שלגבר יהיה מוצא, ניתן לחייב את האישה.

את הגבר לא ניתן לחייב לתת גט- גם אם יש עילת גירושין לאישה. ניתן לכפות עליו, אבל אם הוא לא נותן בפועל, האישה עדיין עגונה.

• עד שנת 2008 היה קיים חוק יחסי ממון שנחקק ב-73 – החוק קבע שהחלוקה הכספית בין בני הזוג תתבצע חצי חצי רק בסוף הנישואים. מתי זה סוף הנישואים? או גט או מוות. הסעד הרכושי הותנה במתן הגט, זה בעצם חיזק את כוח הגבר משום שהוא שולט על הגט, יש לו יותר רכוש ועד מתן הגט הגבר יכל להחזיק בכל הרכוש. החוק האזרחי של הכנסת החילונית נתן שליטה לבעלי הכוח- לבעל, על כל הליך הגירושין.

בשנת 2008 – מרכז רקמן הוביל מהלך בשיתוף פעולה עם פרופ' בן ששון, חוק יחסי ממון תוקן (תיקון מס' 4).

• גורמים שמייצרים את הבדלי הכוח: סביבה תומכת, הסדרי ראייה של הילדים, מנגנון של חוזק ותמיכה- מהמשפחה, כוח כלכלי, אצל מי הכוח לתת את הגט? אצל הגבר, זה תלוי במדינה בחוק.

הפתרונות לסרבנות גט מחוץ לכלים הפנים- הלכתיים:

• מעקף- להימנע מקידושין כדת משה וישראל.

להימנע ממצב של סרבנות גט- חוסר יכולת להשתחרר מהמערכת.

ניתן לעשות את המעקף על ידי:

- ידועים בציבור

- נישואין אזרחיים- אך, זה לא פתרון מוחלט משום שברגע שרוצים להתגרש חייבים לעבור דרך בית הדין הרבני. (עד לפני 10 שנים זה היה נחשב לפתרון יעיל יותר).

הדבר השתנה, בעקבות המלחמה של בית הדין הרבני לביהמ"ש האזרחי שבמסגרתה כל צד מנסה לקחת יותר סמכות, בית הדין הרבני מתייחס לנישואים האזרחיים כשטח שנותן לו עוד כוח. מסיבה הלכתית- יש דיינים שמייחסים ספק קידושין גם לנישואין אזרחיים ואז צריך ספק גט (גט מספק), שגם במסגרתה ישנן עגונות. אם הגבר מסרב לתת את הגט · האישה תהא עגונה.

על כן, ישנן עגונות ומסורבות גט גם מנישואים אזרחיים.

• האכזבה מניסיונות גיוס המערכת האזרחית בדרך של עימות ישיר:

פסקי הדין הבאים מתארים ניסיון לקבל סעד מביהמ"ש האזרחי כדי לתקן את הקלקול שהמערכת ההלכתית יוצרת:

פס"ד פגס- אישה מסורבת גט אשר נסחטה ולבסוף וויתרה על הכל, כולל מזונות הילדים וכל רכושה, היא וויתרה גם על החזקת הילדים (כאן ביהמ"ש האזרחי התנגד ולא נתן לזה לקרות). היא התגרשה ופנתה למערכת האזרחית בניסיון לבטל את ההסכם בעילות של עושק וכפייה, אך המערכת האזרחית לא עזרה לה. שמגר נתן פס"ד קשה ואמר כי בכל הסכם יש צד שמעוניין יותר וצד שמעוניין פחות. היא מאוד רצתה את הגט ולכן היא שילמה על כך. הגט הוא בעצם מוצר- ואישה שרוצה את הגט צריכה לשלם.

פס"ד רפאלי- האישה ניסתה לפנות למערכת האזרחית וחשבה (באופן חסר בסיס) שבג"ץ יכול להגיד לביד"ר לחייב את הבעל לתת גט.

פס"ד אברהם- גברת אברהם פנתה לבג"ץ בעקבות ביטול הגט של הבעל.

20 שנה נשואים מתוכם 17 שנים האישה עגונה. לאחר שכבר ניתן פס"ד שמטיל סנקציות על הבעל (כולל אפילו מאסר). בבית הדין הרבני הגדול הבעל טען כי הוא מוכן לתת גט בתנאי שכל הממון יידון בביד"ר. ואז כביכול- הבעל לא סרבן גט. מי שעכשיו מונע את הגט זה האישה, היא מעגנת את עצמה. האישה הסכימה לזה ואז הגבר נותן גט והאישה פונה לאחר מכן לרשויות האזרחיות בטענה שכפו עליה את ההסכם והיא לא מוכנה לזה. כתוצאה מכך, הבעל ביטל את הגט- היא נכנסה לרשימת מעוכבי החיתון. לכן, היא פונה לבג"ץ- בג"ץ טוען שזה לא בסמכותו משום שמדובר בשאלה של כשרות הגט, נמצא בסמכות ייחודית לביד"ר.

השופט מצא - משמר את הרטוריקה של שמגר בפס"ד פגס 20 שנה קודם לכן. "תחבולה שננקטה על-ידה ואשר נועדה להוציא מהמשיב גט בדרכי עורמה. עתה, משהשיגה את מבוקשה, מבקשת היא מבית-משפט זה לפטור אותה מתוצאות הסכמתה המדומה. לכך לא נוכל לתת ידנו. בעל-דין המופיע לפני ערכאה שיפוטית מוסמכת, וביודעין מוליך אותה שולל, אינו יכול לצפות כי בית המשפט הגבוה לצדק יסייע בידו להחזיר את גלגלו לאחור".

ביטול הגט הוא המצאה של ביד"ר שאין כמותו בעולם. הגבר דומה לביטולי הגיור שהיו גם כן בארץ.

• רתימת המערכת האזרחית בשירות הכלים ההלכתיים:

- הארכת מאסר סרבן גט למעלה מ10 שנים.

- שיימינג- עודד גז.

- מעצר אבי הסרבן.

- פס"ד גורודצקי-

עושים שימוש בכלי הלכתי- ההלכה מאפשרת במקרים קיצוניים להפעיל לחץ על בעל וניתן לכפות גט. המערכת האזרחית מגויסת לתת את הכוח למערכת ההלכתית ואף להפעיל כוח בעצמה. מגיעים לשאלה פרשנית של חוק ספציפי וחוק כללי בשל חוק קיום פסקי דין לגירושין. יש כאן באמת לקיחת אחריות של המדינה בה מאשרים את הסנקציות האלו. איך במדינה דמוקרטית, עוצרים את האבא של הסרבן כדי שהאישה תקבל את הגט? לוקחים כלים מתחום הענישה הפלילית ומיישמים אותם על סרבני גט. סרבנות גט היא לא עבירה פלילית.

• אסטרטגיה משולבת: עימות עקיף מצד מערכת אזרחית, ופתרון "עקום" מבפנים.

קרבן עגונות, בג"ץ מרכז צדק לנשים - סחטנות גט בחסות המדינה. המדינה מתמרצת סרבנות גט. תשלום כסף על ידי המדינה ובדרך זו "לקנות" את הגט לאישה.

משלמי המיסים נושאים בנטל. מי שעתר כאן הוא מרכז הצדק לנשים. קרבן העגונות מתירה את העגינות, אך לא ייתכן שהמדינה תתמרץ את סחטנות הגט ותאמר כי גם אם לאישה אין לשלם לבעל אז הקרבן תשלם. על כך העתירה למען ביטול הקרנות האלו. בג"ץ אישר את המנגנון והחליט כי תתנהל וועדה שתקבע מתי ניתן יהיה להפעיל את המנגנון. הרטוריקה והמסר הסמוי שהיה בבג"ץ זה על ידי בייניש אשר מקבלת את הסיפור שאומר שאין פתרון לסחטנות הגט.

פס"ד קרבן עגונות - מרכז צדק לנשים אתגר את המכניזם שבו הנהלת ביד"ר הכניסה סעיף תקציבי שממנו נועד כסף לשלם לסרבני גט+ווייתור על סכומים שסרבני ביטוח לאומי מחייבים, וכך לקנות את הגט של האישה מסורבת הגט.

2 פרמטרים שעליהם למלא תפקיד כאשר בוחנים כל סיטואציה של משבר בנישואים ורצון לפרקם:

1. נסיבות שעשויות להקים עילת גירושין בהתאם לשרשבסקי

2. האמצעים שבהם ניתן לנקוט ע"מ להביא לידי מתן גט

ככל שהנסיבות יותר חמורות ← (עילת המלצה, איום או כפיה) הן מקימות עילה משמעותית יותר ← וכך ניתן לנקוט באמצעים חמורים יותר.

3 מישורי הפתרון:

1. **הרחבת עילות הכפיה לגט** - לפי הרמב"ם, יש נסיבות שבהן הדין עצמו מאפשר את הכפיה (אמצעים חמורים כמו מלקות נגד מי שלא רוצה לגרש, ואף גויים יכולים להכותו).

עילת כפיה מוכרת מהדין מעוררת מחלוקת: מה יכולה להיות עילת כפיה?

עילת מאיס עליי קמה במקרים אלה שנשים רוצות להפסיק את הנישואין.

ישנם 2 סוגי נשים מורדות (המבקשות לסיים את הנישואין):

- אישה שלא רוצה את הגבר - מאיס עליי, אמירה מודרנית וסיום הנישואין יכול להיות אפילו ללא סיבה (התחלה של פוטינציאל של גירושין ללא אשם). כאשר קוראים את התקנות, רואים שתמיד קיים מתן בין גישת האישה לבין קביעה שלפיה לא יכול להיות שאישה באמת תוכל להשתחרר מנישואין ללא

סיבה. דבר זה מביא לאמתלה מבוררת- תירוץ, כמו אלימות, חסר כוח גברא, עזב אותה, וכו'. עילת מאיס עליו מתהווה כעילת גירושין בפני עצמה ובית הדין מחליט אם לקבלה או לא. הדינא כמתיבתא לא היה הדין היחיד של שימוש במורדת מאיס עליו; הרמב"ם פיתח את דין המורדת מאיס עליו כעילת כפיה ממש ואף לא בהסתמך על תקנת הגאונים, אלא לומד זאת ישירות מתוך הגמרא, כאשר הטרמינולוגיה שם מראה שכופין עליו לגרש אותה כיוון שהיא אינה כשבויה. דבר זה מראה על תפיסה ישנה לפיה הציפיה שדיינים מזרחיים ותימנים יפסקו כדעת הרמב"ם, דבר המבטיח הרכב שנוקט בתפיסה פרו נשית וליברלית זו, המתכתבת עם הרעיון של גירושין ללא אשם. בפועל, הדבר לא עבד, אך לאחרונה יש יותר דיינים המשתמשים בנסיבות אחרות ע"מ להפעיל תפיסה ליברלית של הרחבת עילות הכפיה לגירושין (שיטת רבנו ירוחם = פסיקה שנזנחה לאורך השנים ולפיה זוג שחי בנפרד במשך 18 חודשים מהווה עילת כפיה. נראה בברור שהמאפיין הסוציו-דמוגרפי של דיינים הנוהגים בשיטה זו הוא שונה. כבר במשנה, ההלכה מפרטת נסיבות מצומצמות למתן כתובה בכפיה (אנשים העוסקים במלאכות שגורמות לחיים בלתי נסבלים ליד אדם כזה- כמו העוסקים במלאכות המסרחות את בעליהן). הגמרא הוסיפה 2 נסיבות משמעותיות יותר:

○ **אינו זן ואינו מפרנס**- קל וחומר שאם מגרשים על ריח סירחון, מגרשים על "חיי נפש"- בעל שאינו זן ולא מפרנס את אשתו יכול לגרום למותה+אלימות ואף אלימות כלכלית.

○ **מי שחסר כוח גברא ואינו מביא ילדים לעולם**

דרכי הכפיה העומדות לרשות בתיה"ד מושפעות מחידושי השנים האחרונות, לדוגמה- **גורדצקי** הורשע על הפרת חובה חקוקה כיוון שלא קיים את פסה"ד ולא בגלל שלא נתן גט. לפי תפיסה הלכתית מסוימת גורדצקי נחשבת ככבר לא נשואה לו, ונדון בכך בדרך הרדיקלית, שבה ביה"ד הפרטי של הרב שפרברג נוקט.

2. **הרחבת המנגנון של כפיה עקיפה/כפיה בדרך ברירה**- נקיטת אמצעים שיכולים להביא לידי מתן גט ולא נחשבים לאמצעים הקיצוניים ביותר שאותם מותר להפעיל רק בעילת כפיה. אמצעים קיצוניים אלה מכונים כפיה ישירה- מאסר וקנס ממון. הרחבת המנגנון של "כפיה עקיפה"- כפיה בדרך ברירה מתחבר לסיפור המורדת; שימוש באמצעי לחץ שמזרזים את מתן הגט איך לא נחשבים לכופים מכוח עילת כפיה. בנוגע למתח בין התומכים בעילת המורדת לבין אלה שלא, הדבר מתקשר- בתשובת הרא"ש: לא ייתכן לאפשר את עילת המורדת כיוון שבנות ישראל שחצניות ונותנות עין באיש אחר (כלומר הוא חשש ממדרון חלקלק, שימוש יתר וניצול לרעה כיוון שכל מי שחושקת במישהו אחר תוכל להשתחרר מבעלה ללא עיכוב או עילה). רבנו תם סבר כמו הרא"ש וטען שזוהי לא עילת כפיה ואמנם לא ניתן להטיל על הגבר מלקות או קנס, אך הוא עדיין לא רוצה להשאיר את הנשים ללא מוצא ולכן אפשר את חרם דרבנו תם. **פס"ד כץ**- יצא כתב סירוב שנוסחו זהה לחרם בעל משמעות חברתית ומרחיקת לכת כאשר החברה היא דתית ושמרנית. ← זהו הרציונל של הרחקות רבנו תם- שהיו ברורות ואפקטיביות בזמנו. כיום, ניתן למצוא את החרם בצורת שילוב המשפט האזרחי- שני סוגים:
 - חוק הסנקציות, שהוא חוק שולל זכויות בסיס- סגירת חשבון הבנק, עיכוב יציאה מהארץ, שלילת רישיון וכו' ע"מ לחייב מתן גט.
 - "מזונות מדין מעוכבת"- בתיה"ד הרבניים לא ממהרים להפעיל כלי זה וכאשר האזרחיים מפעילים אותו, בתיה"ד טוענים שזהו גט מעושה. לפי כלי זה, ישנה חובת מזונות שקיימת כל עוד האישה עם הגבר וכל עוד הם נשואים כחלק מתנאי הכתובה. אך, בגמרא ישנה סיטואציה של "אישה מגורשת שאינה מגורשת": אישה שבעלה נתן לה גט אך זרק אותה והוא לא נפל בשטח שלה ולכן היא לא בטוח קיבלה אותו לרשותה. אין מי שיזון אותה ולכן הגמרא עדיין מטילה את חובת המזונות על בעלה. ← הפוטנציאל של מזונות אלה להיות גבוהים מאוד גדול, כיוון שלא מקזזים מתוך סכום המזונות את "מעשה ידיה" של האישה (כושר ההשתכרות שלה) כמו במזונות רגילים. הרציונל של קיזוז מעשה ידיה נועד כדי למנוע איבה- למנוע מהבעל לכעוס שהוא משלם לה כשבעצם היא יכולה לדאוג לעצמה. אך במקרה זה, כבר יש עילת גירושין והאיבה כבר קיימת, לכן אין למה למנוע את האיבה ולכן אין למה לקזז את מעשה ידיה ← פוטנציאל המזונות גבוה. כלי זה הוא בעל פוטנציאל חזק. מצד שני,

- לא בטוחים אם באמת יש עילת חיוב לגט. מתוך רצון לפתור זאת, משתמשים בסמכות שבגררר-נגררת, דין אגב אורחא- כלומר סמכות ייחודית של ביה"ד הרבני כיוון שהיא מעוכבת בחמתו.
- הסכם קדם נישואין- עוד לפני נישואין בני הזוג, החתן לוקח על עצמו מראש התחייבות חוזית לשלם לבת הזוג סכום כסף מסוים במידה והיא תרצה להיפרד והוא לא יסכים. הברירה מתבטאת בכך שמרצונו החופשי הוא לוקח על עצמו התחייבות חוזית זו, ולכן זוהי אכיפה של ההתחייבות החוזית שלקח על עצמו מראש. בהסכם זה קיים אתגר:
 - אתגר הכשרות ההלכתית של ההסכם
 - אפשרות אכיפה אזרחית להסכם

המפתח לפתרון האתגר לפי ההסכמים שבחוברת רקמן (לא למבחן).

פס"ד לגירושין- (יותר נמוך מהמלצה, ביה"ד לא לוקח על עצמו עמדה וזו מעין החלטה שלא להחליט). פס"ד לגירושין הוא ההחלטה למתן גט שניתנת הכי הרבה בבתי הדין הרבניים.

לפי לשון החוק, בתיה"ד הרבניים יכולים להשתמש בסנקציות גם כאשר הם נותנים פס"ד לגירושין. בפועל, בתיה"ד הרבניים אינם עושים זאת מכיוון שפס"ד לגירושין משמעו ניהול משא ומתן עד לגירושין, דבר שאינו מהווה עילת גירושין ולכן הם לא משתמשים בסנקציות מבחינתם.

הם מטילים סנקציות רק כאשר הם מגיעים למסקנה לפיה יש עילה כלשהי (מספיק עילת חיוב או אפילו המלצה ולא דווקא עילת כפיה).

מצפים למתאם בין מספר פסקי הדין שבהם ביה"ד ימליץ/יחייב/יכפה לבין מספר הסנקציות שביה"ד נותן. כלומר, הבעיה היא מספרית: המקרים שבהם ביה"ד מורה על כפיה הם מעטים, והדבר הבעייתי יותר- הוא שגם במקרים שבהם כבר ישנה כפיה וחיוב לגט, יש רק 20%-30% מהמקרים שבהם באמת מופעל חוק הסנקציות. אי הפעלת הסנקציות מופעלת כתוצאה מ**פחד מגט מעושה**- אם הדין הורה על שימוש באמצעי כפיה או כפיה בדרך ברירה ואין מקום לעשות זאת בדין הדתי, כשהדין לא נותן לכפות בעוד שכפו כלא כדין- הגט הוא גט מעושה=הדין גרם לכך שאישה קיבלה גט בעוד היא לא אמרה לקבל גט ← ולכן הלכתית היא עדיין נשואה ← אשת איש ← במידה ותתחתן שוב, יהיו עריות וילדיה יהיו ממזרים.

3. שימוש במנגנונים שעוקפים את הצורך במתן הגט ומייתרים אותו- השיטה הרדיקלית ביותר שמפרקת את המנגנון המקובל. עקיפת הצורך בשת"פ של הבעל.

ניתן כאן לתקן את הבעיה מהשורש. לתקן את העיוות המגדרי ביחסי הכוח בין הגבר לאישה ואת חוסר השוויון בכוח בין המערכת הדתית לאזרחית. מי שמופקד על פיתוח ההלכה הוא המערכת הדתית שרוצה לשמר את הכוח אצלה- אצל הגברים ואצל המערכת הדתית, שתי הזוויות האלו מתלכדות.

המנגנונים:

- הפקעת קידושין- כל מי שמקדש תולה את התוקף של הקידושין בדעתם של חכמים ולכן חכמים יכולים להפקיע את התוקף של הקידושין אם הם רוצים. הם יכולים להפקיע את הקידושין למפרע, יש להם את הכוח לעשות זאת. לאורך כל השנים עשו שימוש בכלי זה. באמצע המאה ה-20 - ככל שהאורתודוקסיה התפתחה ונוצרה מול הרפורמה הם סברו כי כוחם של חכמים מאוחרים יותר פחות חזק מכוחם של החכמים שקדמו להם ולכן אין להם יכולת להפקיע קידושין. לדעת חכמים ניתן להפקיע קידושין רק כאשר הבעל עשה "שלא כהוגן", כלומר, כאשר רק כאשר יש התחלה של גט. אי אפשר לעשות בכלי זה שימוש באופן גורף אלא רק במקרים מסוימים וספציפיים. הפתרון הזה לא מעשי מבחינת בתי הדין הרבניים כיום.
 - ביטול קידושין- הגמרא מסתכלת על נישואים עם אישה כעל אלמנטים של עסקה. אז מה קורה כשיש פגם במכר? למשל קנה פרה והפרה לא מניבה/ קנה אישה והאישה בעלת מום. ע"פ הגמרא אם אדם קנה שדה והשדה לא מניב תבואה והמוכר ידע את זה ובכל זאת מכר לקון · אז דין העסקה היא "בטלה מעיקרה".
- לפיכך, לפי הגמרא: גם אישה שנכנסה לעסקה כזאת של קידושין והסתבר שהבעל פגום (בעל מום), אז הנישואין יהיו בטלים. אבל הגמרא טוענת: "טב למיתב טן דו" - עדיף להיות בזוג מאשר בלבד. משפט זה מתייחס לאישה, ועל השאלה הקיומית שלה, כאילו היא לא יכולה להיות לבדה ועדיף לה להיות עם בעל גם אם הוא בעל מום מאשר להיות לבד.

הרב רקמן טען כי חזקה זו ניתנת לסתירה. כאשר מדובר בבעל אלים שהיה אלים בעת הקידושין (וזה לא התפתח אצלו אחרי הנישואין אלא הוא היה כך תמיד). אז ניתן יהיה להפעיל את אותה תפיסה של "ביטול קידושין מחמת מקח טעות". דעה זו לא תפסה בשנות ה-90 ולא קיבלה תמיכה. אבל, **בגורודצקי** - מדובר בבית דין פרטי של הרב שפרבר. העגונה ניסתה לטעון טענה זו וקיבלו את הטענה - התירו את נישואיה. כיום, מעמדה של צביה עדיין מוגדר כנשואה, משום שלבית הדין הפרטי אין סמכות בישראל אלא רק לביד"ר. ← מבינים מכך שהדרך מעשית ויש לה ביסוס - אך עדיין לא משתמשים בכלי זה תמיד, מכיוון שהנשים שמתדיינות בפני בית דין זה ברובן הן לא ישראליות וצעירות, דבר שלא יוצר תקדים משפטי כל כך בארץ. בחו"ל, נשים אלה ממשיכות להינשא ולהוליד ילדים מכיוון שבחו"ל מחשיבים פסק דין של ביד"ר זה.

- קידושין על תנאי - בעל יסודות ותקדימים הלכתיים, שימוש בכלים חוזיים פשוטים (התנאה בחוזה. תנאי הגמרא - האישה תהיה מקודשת לבעל בתנאי שיקבלו סכום כסף מסוים למשל, או תנאי מפסיק - הקידושין יחדלו מלהתקיים במידה והבעל יצא למלחמה ולא יחזור). השימוש בתנאי זה החל כאשר הנישואים והגירושים האזרחיים החלו להתפתח בצרפת, שם המדינה עברה להנהגה של רישום נישואין אזרחי - במידה וזוג ישראלי היה נישא שם והייתה בעיה של סרבנות גט, הנשים ראו עצמן כיכולות להינשא שוב והקהילה היהודית בצרפת נתקלה בבעיה רחבה של מאות נשים שמתחתנות שוב כי המדינה מאפשרת - לכן הנהיגו תנאי בגירושין, שלפיו הרשאה למתן גט - גם כן בעלת תקדימים (למשל במלחמות שבהן כל מי שיוצא למלחמה יפקיד גט בידי שליח). ההלכה מתנגדת כיוון שיש חשש לביטול ההרשאה, ומבחינה חוזית היא לא תקפה כי יש ביטול משתמע של אותה הרשאה למתן גט בעצם החיים המשותפים של בני הזוג.
- גט זיכוי - גם בעל בסיס הלכתי, ההתנגדות לשיטה זו היא "זכין לאדם שלא בפניו" - עושים זאת רק כאשר המעשה יזקק לטובת הבעל כדבר חיובי, וגט זיכוי לסרבן גט לא נחשב לטובה לעומת מקרים אחרים, ולכן גט זיכוי לא נחשב לחיובי ורצוי לפי ההלכה. **פרשת העגונה מצפת**.

דרכים אלה מראות שבמקום שיש רצון של רבנים יש דרך הלכתית, וכאשר הם מתנגדים - הדרכים לא יקוימו. דבר זה נובע מהקשר הקנייני שעומד בבסיס הקידושין כדת משה וישראל - לפיו האישה נקנית והבעל קונה. אם הייתה דרך זוגיות לגיטימית הלכתית ללא הבסיס הקנייני, היה שוויון בין האיש והאישה. לדוג - תקדים: הרעיון מוכר הלכתית ואין איסור מדאורייתא לאיש ואישה לחיות יחדיו ללא קידושין. במאמר תחת הכותרת "קשר של פילגשות" - קשר זוגיות מונוגמי לא קנייני מתואר כפילגשות, מכיוון שהוא קשר לא קנייני וגם נטול קידושין.

מכת הנגד - "נשק יום הדין", נשק פוטנטי שמכריע את הכף ואי אפשר להתנגד לו. לנשק זה ישנה חסינות בפני התערבות בג"ץ, לדוגמה בפס"ד רחל האישה הגישה תביעת מזונות שלא הייתה צפויה והבעל טען שרימו אותו כיוון שהוא לא היה נותן גט במידה והוא היה יודע על כך (סחטנות גלויה) ← ביד"ר ביטל את הגט ולביד"ר יש סמכות ייחודית בהחלטה אם הגט הוגן או לא ולכן ישנה חסינות. דבר זה מסכל את המאבק של המערכת האזרחית במהלך מאבק הסמכויות.

תנאי בגט וביטול גט - טקטיקה מוכרת, שבה אדם מתנה את מתן הגט שלו. ביה"ד יגיב בהתאם לעמדתו ביחס לשאלת אפשרות ההתנאה. ביד"ר שמאפשר תנאי לגט יימנע מלדון בשאלת חיוב/כפיית הבעל לגט. ביד"ר שמאפשר תנאי לגט עשוי גם לאפשר ביטול רטרואקטיבי של הגט אם הופר התנאי, וכך עלול לא לדון בתביעת הגירושין של האישה.

בפס"ד אברהם ביטלו רטרואקטיבית את הגטים של הנשים שהיו גרושות, דבר שהיווה תקדים. דבר זה שנוי במחלוקת כיוון שיש כאלה הטוענים שברגע שבעל נותן גט, דורשים ממנו לבטל את כל התנאים שדרש ויש גם חרם שמוטל על מי שמוציא לעז על הגט. בשנים האחרונות, ישנם יותר דיינים שלא משתפים פעולה עם השימוש בנשק הנ"ל ומבחינתם אין אופציה לביטול גט.

בג"צ 409/18 - מקרה הפוך שבו אישה סירבה להתגרש מכיוון שהמזונות הרגילים מסתיימים עם הגט ולא רצתה להישאר ללא מקור כספי. האישה הייתה אישה צייתנית, ולכן לא הייתה עילת גירושין; במידה והגבר רוצה להתגרש - הוא צריך לשלם לאישה ואז הוא יחייב אותה להתגרש. במידה והדבר יקרה, הבעל יכול לתבוע תביעת נזיקין במידה

והוא יגרש אותה. לכן, עתרו על כך, ובג"צ נמנע מלהתערב בהתניית חיוב אישה בגט בהתחייבות הבעל שלא יגיש תביעת פיצויים נזיקיים.

השאלה- האם מותר להתנות ללא פניה לערכאה שיפוטית? זוהי פגיעה בזכות בסיסית של נגישות לערכאות.

היבטים ממוניים של המשפחה: מזונות בין בני זוג

הפרדוקס במקומה של תביעת המזונות בזירת הגירושין כדמו"י: כבר מההבנה הטכנית מבינים שישנה תביעת מזונות טקטית בישראל, שמאות לבעל שישנה כוונה לגירושין.

ברגע שזכותה של אישה למזונות מותנית בהיותה נשואה ← המשמעות המעשית של זכותה של האישה למזונות נראית בפס"ד הבע"מ 3151/14 - השוואת הכוחות המגדרית מתבטאת בו בצורה ברורה.

הפוטנציאל לשני כיווני השפעה מנוגדים יכול לעבוד בשני כיוונים:

1. לעבוד כתמריץ על הבעל לשלם מזונות
2. לגרום לאישה לסרב להתגרש, כי אם אין סעד של תשלום עתי לאחר הגירושין האישה עלולה למצוא עצמה חסרת יכולת קיום עצמאית במיוחד כשיש ילדים (שכוללים את מזונות הילדים).

סמכות ההכרעה בענייני מזונות:

בבית משפט אזרחי ← לפי סעיף 4 לחשבד"ר
בבית דין רבני ← לפי הכריכה

עקרונות הדין האישי היהודי בקביעת מזונות בני זוג

- מזונות בישראל בין בני זוג יהודים נקבעים לפי עקרון הדין האישי.
- מזונות חד סטריים- ההלכה מאפשרת פתח צר למצב שבו האישה תחוייב במזונות הגבר, אך הדבר לא קורה (מזונות מכוח דין דתי שבהם מחוייבת אישה לבעלה לא נפסקים, ואם הדבר קורה הוא מאוד נדיר ומדין צדקה כאשר הבעל חסר כל והאישה עשירה). ← בכל המקרים הגבר משלם לאישה.
- המזונות נגזרים מרמת החיים שקיימו בני הזוג.
- הזכות למזונות תלויה באופן הדוק בהתנהגות האישה, אישה מפסידה את כתובתה במידה והיא מתנהגת לא כראוי. (קוד התנהגות המינית שלה), יש 3 דרגות של סטיה מקוד זה מהקל לחמור:
 - עוברת על דת יהודית (מתלבשת חשוף)
 - עושה מעשי כיעור (כאשר יש יסודות לחשוב שהיא מקיימת יחסים עם אחר)
 - קיום האקט עצמו- זנתה תחת בעלה
- בכל אחת ממדרגות אלה ישנה תוצאות של הפסד הכתובה ← הפסד המזונות.
- המזונות ניתנים רק במהלך הנישואין

תפיסה דתית מול אזרחית

תפיסה דתית: עקרונות מסורתיים שמרניים, תפיסה מסורתית של משפחה (שוונות מובהקת בין המינים, חלוקת תפקידים נוקשה, סטנדרט כפול של התנהגות מינית וחיבור בין המישור המיני לכלכלי).

תפיסה אזרחית: התפיסה הפוכה.

התזה: המערכת האזרחית אמורה ליישם את המשפט הדתי בעל האידאולוגיה הפטריארכלית על המקרים שלהם. דבר זה מביא למלאכת התאמה ← בתי המשפט האזרחיים מנסים לעשות התאמות ולעקוף את הדין הדתי.

נסיונות להחדרת מושגים של שוויון: שני כיווני הפעולה דרך הגנות מפני תביעת מזונות

לגבר שנתבע מזונות ע"י אשתו ומבקש להתגונן, יש שני סוגי הגנה מפני תביעת מזונות:

1. כיוון ראשון: הגנה מסוג קיזוז. הגברת המשמעות הכלכלית המיוחסת לעבודת האישה בדרך של קיזוז פוטנציאל ההשתכרות שלה. לאישה יש השתכרות עצמית ומקזזים את ההשתכרות שלה כמעשה ידיה.
 - תוצאה- מחזק את האיש (מרחיב את ההגנה).
- "מעשה ידיה"- המלאכות שהאישה מחוייבת לעשות לבעלה (הכל כמנהג המדינה)= מה שמקובל לעשות

באותו מקום. כיום מקובל לעבוד בהייטק גם אצל נשים חרדיות- האם ביה"ד יתחשב בכך היום?)
התפתחות בפסיקת ביד"ר בנוגע לעבודת אישה בשכר מחוץ לבית:
 בעבר, רק אם האישה עבדה בפועל היה ניתן לקזז את השתכרותה.
 לפי ביה"ד הרבני, לא רק שלא מקזזים את המשכורת- אלא ביה"ד בעצמו הוא זה שפתח את הפתח לקיזוז פוטנציאל ההשתכרות ולהשתמש במשפט "צאי מעשה ידיך במזונותיך".
 מבחינת המערכת האזרחית, הכלי של "קיזוז פוטנציאל השתכרות" הוא מאוד הוגן.
 בעבר עו"ד נתנו עצות לנשים- שלא יעבדו על מנת שיקבלו כמה שיותר מזונות- זו עצה נוראית.
 ביהמ"ש האזרחי יכול להגיד במצב כזה שעצם זה שהאישה עבדה – אין לתת לה מזונות משום שהיא הפסיקה לעבוד, זה מתקזז תחת המזונות שהבעל חייב בהם.
התוצאה- קיזוז פוטנציאל, ביקל מול פילולי:
פס"ד ביקל- הראשון שאימץ את המהלך הרבני של קיזוז.
פס"ד פילולי- סייג את כלי הקיזוז. הבעל ניהל מערכת יחסים כפולה, היה סרבן גט ואליים+ניסיון רצח+מנע ממנה לעבוד. כשהגישה מזונות, אמר שתצא החוצה ותעבוד. בעליון, נקבע שלאישה אין יכולת למצוא עבודה בשכר ולכן ← היום כן מקזזים פוטנציאל השתכרות.

2. כיוון שני: הגנה מסוג פטור. הפחתת המשמעות המיוחדת לסטיית האישה מקוד ההתנהגות המינית הנדרש ממנה בדרך של הכנסת ממד של הדדיות להערכת ההתנהגות.
תוצאה- מחזק את האישה (מצמצם את ההגנה).
ישנה סדרת פס"דים של שמגר:
פס"ד גל- צילומים של חוקר פרטי של האישה על שפת הים עם גבר שאינו בעלה בתנוחה אינטימית (מעשה כיעור). התוצאה- שלילת מזונות אם היה בבי"ד רבני. שמגר לא שלל ממנה מזונות ההפך מהמחוזי, כיוון שהבעל עזב וטוען שאין שום סיבה שהאישה לא תכלה בזמן זה.
פס"ד גרינהאוז- היה דיון בביה"ד הרבני במסגרת תביעת גירושין, ובו בי"ד אמר ש: "יש רגליים לדבר קצת כי האישה עוברת על דת" = בי"ד קבע שהאישה עוברת על הדת. הובאה שיחת טלפון מוקלטת שמצביעה על מערכת יחסים של האישה עם אחר. מבחינת מערכות היחסים בין שתי מע' המשפט, הדבר הנו מעשה בית דין מסוג השתק פלוגתא- הממצא של ההקלטה צריך לחייב את ביהמ"ש האזרחי ע"י הרבני.
 המחוזי פסק שאמנם ישנה השתק פלוגתא, אך הדבר לא סופי כי זוהי רק עובדה אחת ממכלול שלם שלהן שמכילה את התנהגות הבעל, ולפיה- עבירת האישה על דרכי צניעות מסוימות לא צריכה להפריע לבעל כי הוא נוהג כך בעצמו ולכן הדבר לא מפריע לו (הבעל פרסם מודעה במדור פנויים בעיתון; כמו אתר היכרויות).
 שמגר מאמץ זאת וקובע שהמבחן הוא מעין חתך של המנהגים המקובלים בשני חלקי המשפחה, והאישה יכולה לישון בביתו של גבר אחר ללא חשש מאובדן מזונותיה במידה ומי שחי עמה לא נמנע ממעשים דומים.
 שמגר הזכיר פס"ד רבני קודם והסתמך עליו- שבו הייתה עובדת סיעוד שקיבלה הצעת עבודה למשמרות לילה בבית של קשיש סיעודי, ובעלה התיר לה. לאחר מכן, כשתבעה ממנו מזונות טען שהיא ישנה בבית של גבר זר וביה"ד לא קיבל את טענתו.
 נוצרת מסגרת שבה המע' האזרחית צריכה להחיל את הדין הדתי; דבר זה מצביע על כך שהעליון לא מסוגל ליישם את הדין הדתי שצורם לו. המערכת האזרחית לא מיישמת.
 תזה זו לא תפסה בבתי המשפט לענייני משפחה.

3. מהלך שלישי: אזרוח מזונות בני זוג.
 שני פס"דים של שמגר שלא פורסמו בתחילה:
פס"ד כהנא- הרציונל של המזונות האזרחיים. זוג נישא בקפריסין, לאחר 30 שנה האישה ביקשה להתגרש, הבעל נזכר שהוא כהן והיא גרושה ולכן טוען שהנישואים אסורים ← אין זכאות למזונות.
 לפי שמגר, לפני 25 שנה היה מקרה דומה שבו העליון אמר "כאלה הם דיני המשפחה בישראל אך אין בידו להושיע". ברק אמנם המציא את דיני המזונות האזרחיים אך שמגר עשה זאת קודם ללא רעש.
 נקבע כי אם ניתן לבסס את זכותה של האישה למזונות לאו דווקא מכוח הנישואין אלא מכוח התחייבותו של הבעל, מחייב הצדק שלא תישלל זכותה של האישה למזונות גם לאחר שנ ניתן פסק הדין המחייב בגירושין (לפחות כל זמן שאין גירושין למעשה ושכני הזוג חיים יחד בכפיפה אחת).

פס"ד סולומון - ע"מ שהאישה תוכל לתבוע מזונות, עליה להוכיח מה אומר הדין היווני אורתודוקסי בנוגע למזונות בני זוג כיוון שהמזונות נגזרים לפי דין אישי של החייב, והבעל היה יווני אורתודוקסי. לפי הכללים המקובלים, האישה לא יכולה לקבל מזונות כיוון שהיא לא הוכיחה - אך שמגר אומר שבכל מקרה, לפי אמות המידה הרגילות המקובלות בבתי המשפט, מצדיק היישום של עקרון חו"י כב"ה, שתוטל חובת מזונות עפ"י הקווים שהותוו בדין הנ"ל. הפקרת בן זוג למחסור ורעב הם בגדר פגיעה בכבוד האדם.
 ← כלומר, שמגר יצר יש מאין דיני מזונות אזרחיים.

דבר זה היווה בסיס למזונות החוזיים של ברק:

פס"ד פלונית (נישואי פרגואי) - זוג נישא בנישואי פרגואי והאישה דרשה מזונות.
פס"ד פלונית (עקרת הבית) - האישה הייתה נשואה אמנם רק שנה אך היא הסתמכה רק על הבעל. הזקוקים לסעד המזונות האזרחיים הם מי שנישא כדת משה וישראל.
 שאלת תחולת מכשיר המזונות החוזיים - נישואין כדמו"י?
 ברק לא מביע עמדה לגבי תחולה מוגברת ביחס למי שנישא כדת משה וישראל.

בע"מ 3151/14 - פס"ד עקרת הבית:

זילברטל	רובינשטיין	ברק-ארז	
יש	יש	אין	סמכות האזרחי להכריע בשאלת סרבנות גט ללא פסיקת ביד"ר
לא במקרה הזה	כן	מאחר ואין סמכות, אין מקום לקצוב	האם נכון לקצוב את תקופת הזכאות למזונות בגין סרבנות
מזונות משקמים-אזרחיים	מזונות גישור?	מזונות משקמים	אוביטר: פתרון מצוקתה הכלכלית של "עקרת הבית"

למי הסמכות להכריע בשאלה האם מדובר בסרבנות גט? לאזרחי או לביד"ר?

ביחס לאישה שנטען לגביה שהיא סרבנית גט, הדבר מושלך לנושא הפיצויים הנזיקיים בגין סרבנות גט (הנקודה של זילברטל ורובינשטיין).

ברק ארז דנה רק בשאלה האם ראוי לקצוב (לתחום) את פרק הזמן שבו היא זכאית למזונות? לטענתה, אין קשר בין פיצויי מזונות לפיצויים נזיקיים בעקבות סרבנות גט.

לפי **זילברטל ורובינשטיין** נקבע שלפי ס' 76 לחוק בתימ"ש - ברגע שמתעורר הספק, מותר להכריע בשאלת סרבנות האישה רק לצורך הכרעה בתביעת המזונות.

ברק ארז טוענת שלא ניתן להכריע, כי ייתכן שאם ביד"ר פסק שלא מגיעים לה מזונות כנראה שלא מגיעים לה, אך במקרה זה ספציפית - עוד לא הייתה פסיקת ביד"ר שלא מגיעים לה מזונות כי היא סרבנית, ולכן זכותה של האישה למזונות ממשיכה להתקיים.

רובינשטיין אמר שזכותה למזונות תיגמר לאחר זמן מסוים, מכיוון שלטענתו היא סרבנית - דבר שמביא לסיום זכותה למזונות תוך זמן מסוים (שנתיים).

זילברטל אומר שאמנם לבימ"ש האזרחי יש סמכות להכריע בשאלת הסרבנות ולכן הדבר משרת את הפיצויים הנזיקיים, ולכן אין מקום לקצוב את תקופת המזונות.

לפי ס' 8(2) לחוק יחסי ממון, התביעה נדחתה ולפי זילברטל - לא הוגן שלא יודעים מה חלוקת הרכוש כיוון שמידע זה לא נמצא בפני השופטים.

חשיבות פס"ד זה נמצאת גם באוביטר שלו: אמירה לפיה כשבימ"ש מתייחס לסעדים של תום הנישואין ולהשלכות הכלכליות שלו - גם המזונות וגם חלוקת רכוש הן השלכות כלכליות, ולכן זהו אבסורד שעושים זאת במנותק.

לגבי נכסי קריירה וכו' - הם תמונת ראי של המזונות המשקמים (מזונות אזרחיים/מזונות גישור); ברק - ארז וזילברטל רומזים לגבי כך באוביטר - שבמסגרת חלוקת הממון יש גם להתייחס לכל החלקים שיניבו כושר השתכרות בצד שכן עבד ופיתח את כושר ההשתכרות שלו לעומת הצד האחר שלא פיתח את כושר ההשתכרות שלו ושגם לא יהיה לו

(כושר השתכרות עתידי).

שלושת השופטים הנ"ל אוהדים את רעיון המזונות המשקמים גם בנישואים כדת משה וישראל.

סיכום סוגיית הסמכות:

- מחלוקת בשאלת הסמכות להכריע בדבר סרבנות גט:
 - ברק ארז- המערכת האזרחית כפופה לביד"ר.
 - רובינשטיין וזילברטל- המע' האזרחית רשאית להכריע אגבית בשאלה.
 - האמנם דין הכרעה בקיום סרבנות בתביעת פיצויים נזיקיים בגין סרבנות כדין הכרעה בקיום סרבנות בתביעה לשלילת מזונות בנסיבות של סרבנות?
 - ברק ארז- יוצאת כנגד הסימטריה המדומה
 - האם זוהי ההשוואה הנכונה? ההשוואה הנכונה הייתה צריכה להיות למזונות מדין מעוכבת.
- שלילת מזונות היא דבר אלים בעל משמעות קשה ביחס לאישה שנותרת ללא סעד מזונות ואי אפשר להשוות זאת לפיצויים נזיקיים בגין סרבנות גט שהוא עניין אזרחי לחלוטין שהמע' האזרחית יודעת להתמודד איתו מבחינה נזיקית. באילו מוקדים של קושי המזונות האזרחיים יכולים לתת מענה ובאיזה אספקטים הם מתחברים לאפקט הרכושי? מתי יש להם פוטנציאל לתת מענה למצוקה?

המזונות מאפשרים לתת סעד כספי של מזונות לגבי הפערים בין השתכרות האיש והאישה אחרי הגט. ההבדל בין מזונות אזרחיים לדתיים- מזונות אזרחיים הם מזונות שיכולים להינתן גם אחרי הגט. מזונות לפי הדין העברי הקיים היום, יכולים להינתן רק כל עוד הנישואין מתקיימים. לכן שאלת קיומם של מזונות אזרחיים בנישואים כדמו"י היא קריטית, ובנושא זה המזונות האזרחיים מתלכדים עם הסעד של חלוקת הרכוש.

כאשר יש טענות פטור ממזונות אשר נשענות על הדין הדתי והדבר עלול ליצור חוסר צדק מבחינת מערכת היחסים הכלכלית של בני הזוג, באותם מקרים בהם הגבר פטור ממזונות הלכתיים, המזונות האזרחיים יכולים לתת מענה, גם בנישואים כדמו"י.

שני משטרים ליחסי ממון בין בני זוג:

1. הלכת השיתוף- חל על זוגות שנישאו לפני 74' (חיקוק חוק יחסי ממון) וגם על ידבצ"ים.
 2. חוק יחסי ממון- חל על כל הזוגות שנישאו לאחר 74' ולא חל על ידבצ"ים. כנראה שחל על נישואים אזרחיים.
- השאלה העיקרית: האם על זוגות שנישאו לאחר 74' מוסיפה לחול הלכת השיתוף במקביל לחוק יחסי ממון? הרקע הסוציאלקונומי למאבקי הרכוש בין בני זוג בישראל:
- לפי דו"ח אגף הפיתוח האנושי של האו"ם משנת 95', הפיתוח האנושי שונה בין נשים לגברים ומצבם שונה. נקבעו שני סוגי עבודות לנשים:

1. עבודה בשכר- העבודה מחוץ לבית
 2. עבודה ללא שכר- העבודה בביתה, כולל גידול ילדים, סידור הבית וטיפול בבני משפחה קשישים. בעבר, לחלק ניכר מהאוכלוסיה לא היו הורים ולכן המודעות לסיוע לקשישים התפתח בארץ מאוחר יותר
- 2/3 מעבודתן של נשים בעולם מתבצע ללא שכר כאשר רק 1/3 הוא בשכר, כאשר אצל הגברים 3/4 מזמן עבודתם מוקדש לעבודתם בשכר ו 1/4 מוקדש לעבודה ללא שכר. מעמדים אלה לא השתנו ב20 שנה לאחר מכן.
- ההבחנה היא יותר בין mothers and others, אמהות וכאלה שלא עושות את עבודות הבית כמו אמהות. העובדה שבתא המשפחתי יש ילדים מתחת לגיל בי"ס משפיעה על דפוסי העבודה של נשים יותר מאשר גברים; גברים כמעט לא עובדים במשרה חלקית ואילו נשים כן. 90% מהגברים עובדים במשרה מלאה כשיש ילדים מתחת לגיל בי"ס לעומת 40% מהנשים.

המשטר הרכושי בישראל: המתח בין חוזים למשפחה

התשתית הנורמטיבית שעליה נשאלות שאלות בנושא ההשלכות הכלכליות של המשפחה מהווה את המתח, שנובע בהשלכות המהותיות של המשפחה.

התשתית הנורמטיבית לסיום הקשר היא בעייתית ומפלה, יוצרת פערי כוח והסדרים שאינם שוויוניים- דבר הייחודי לישראל מול מדינות דמו' אחרות.

לכן, מתעוררות שאלות כלכליות בעת הפרידה מכיוון שמשפחה/זוג היא יחידה כלכלית אחת ברוב המקרים ← היה צורך בחידוש התכנים הנורמטיביים. (האם האישה בעלת הנכסים שהביאה איתה לחתונה? בפועל, רוב הנכסים המשותפים שייכים כולם לבעל ונכסי האיש נשארים אצלו).

ישנן שיטות משפט "מודרניות" שגם הן דוגלות בהפרדה רכושית; בחלק מהמדינות הנורדיות דווקא ישנה תפיסה של הפרדה רכושית כדי לחזק את מעמדה הכלכלי של האישה ולעודד עצמאות כלכלית אצל נשים מכיוון שהתפיסה היא ששיתוף רכושי עלול להנציח את התלות של האישה בגבר.

הדין האזרחי שותק- המחוקק שותק ביחס לעניין מכיוון שיש בעיה בחקיקה אזרחית בתחום שנחשב דתי בעקבות הסמכות הייחודית שניתנת לדין הדתי, שהוא בעייתי בנוגע להסדרים רכושיים.

בהתחלה, כל ענייני הנישואים=נחשבו שווים לעניינים הכלכליים בעקבות הדין הדתי הקובע והמחוקק שתק.

החקיקה השיפוטית- יצירה שיפוטית ענפה בעקבות המתח, שמתעוררות בה שאלות רבות לגבי מהות השיתוף וכו'.

זוהי יחסי ממון פתר את הבעיה חלקית. יחסי ממון בין בני זוג נחשבים לענייני נישואין (שנידונים תחת סמכות ייחודית בבי"ד דתי), ולכן ביהמ"ש רצה להגדיר מחדש את התחום כאזרחי- כי חלוקת הרכוש לא נובעת מנישואין אלא מהסכמות בין בני זוג בעת היותם חיים ביחד (בין אם הם נשואים או לא).

פס"ד שחר נ' פרידמן (לא ברשימה)- עוסק בידבצ"ים ובפירוק הרכוש ביניהם.

עד עכשיו הרטוריקה הייתה חוזית בלבד והייתה התעלמות מהיבטים שנוגעים למשפחה (כמו ערכות הדדיות, נזקקות וחלוקת תפקידים שהם הסכמות נגזרות שנובעות מהמע' הזוגית- ששונה מכל מערכת חוזית אחרת). הפסיקה התעלמה מהיבטים אלה כיוון שהיה חשוב להדגיש את המימד החוזי ולהוציאו החוצה ממע' הנישואין כדי לא לגרור זאת חזרה לתוך הדין הדתי שעוסק בנישואין.

באופן פרדוקסלי, שלושת פסקי הדין הראשונים שיצרו את הלכת השיתוף (**ארטא, בריקר ובראלי**) ניתנו ע"י שופטים שישבו בכיסא הדתי ואיפשרו שיתוף חוזה לפי מנהג המקום ותנאי שבממון-תנאו קיים לפי המשפט העברי (ניתן להתנות).

הבעייתיות בחוק יחסי ממון עד 2008- איזון המשאבים (לקיחה של כלל נכסי בני הזוג, אומדן שלהם מבחינת שווי פיננסי וחלוקה שלהם לשניים) מתרחש רק בתום הנישואין שהתרחש עד אז רק בגירושין או מוות. כלומר, כל מכשיר איזון המשאבים יכול להתרחש רק לאחר שיש גט.

התליית איזון המשאבים במתן הגט מחזקת את החזק מלכתחילה ומחליש את החלשה, דבר שהיה אמור להיפתר בתיקון מס' 4 לחוק 2008- בפועל לא הכל נפתר, כי עדיין יש פסקי דין שמדברים על הלכת השיתוף ולא עובדים לפי הלכת חוק יחסי ממון.

פס"ד קנובלר-יעקובי (לא לקריאה) ביהמ"ש איחד את פסקי הדין של שני זוגות. פס"ד זה התמודד עם המלכוד של חוק יחסי ממון ושל התליית איזון המשאבים במתן גט.

התפתחות הלכת השיתוף

התיאור המסורתי של הלכת השיתוף בראשית הדרך הוא חזקה (כלל הניתן לסתירה שנוצר על בסיס הנחה מהעולם) ← התיאור ההדרגתי של הלכת השיתוף נמחק כיוון שבמקרים של בגידות וזוגיות לא מתפקדת. ← המרת ה"חיים ההרמוניים" ב"אורח חיים תקין", (**פס"ד בריל, ארגוב**) ובהמשך גם זניחת תנאי ה"תקינים" ודי בקיומם של חיים משותפים לקיום הלכת השיתוף ורק אם קיימת בגידה ניתן לסתור אותה (**פס"ד חסל**).

כלומר, בתי הדין הרבניים לאחר **הלכת בבלי** מבינים שהם לא יכולים להתנגד להלכת השיתוף ולכן הם טוענים שהמחלוקת ביניהם היא עובדתית (שלא התקיימה חזקת השיתוף ולכן לא תתקיים הלכת השיתוף ואי אפשר להתערב או לבטל את פסיקתם).

חזקת השיתוף הספציפי- המשכיות של הלכת השיתוף הכללית. מי שמבקש לסתור את ההלכה, עליו נטל ההוכחה.

רוב המקרים שעושים את דרכם בביהמ"ש העליון הם כאלה שבהם נשים מבקשות לקבל את חלקן ברכוש הזוגי הרשום ע"ש הבעל, ובמסגרת מערכות היחסים הקלאסיות המגיעות לביהמ"ש ישנו דפוס של נישואי עקרת הבית.

- הרחבת נכסים אישיים לעסקיים- השיתוף מוחל גם על הנכסים העסקיים ולא רק האישיים כך שלפחות ברמת הרטוריקה, נשמרת הבחנה מסוימת כאשר בתיהמ"ש אומרים שמצד אחד אין הצדקה שלא לכלול את הרכוש העסקי (כמו בפס"ד אבולוף- חנות פרחים צמודה לבית שנרכשה בצמוד לנישואים בדמי מפתח ושני בני הזוג ניהלו אותה אך הייתה רשומה רק על שם הבעל), אך מצד שני בפועל הפעמים שבהן אפשרו לסתור את הלכת השיתוף הם בודדים.

נכסים עסקיים מתחלקים לכמה סוגים:

- הנכסים הקלאסיים- עסק כלשהו כמו: חנות, בית חרושת, עסקים של קבלן וכדומה.
- קניין- הפנסיה צמודה למקום עבודה בשכר.
- הרחבה גם לחסכונות וקופות גמל ("נכסי העתודה הכלכלית") (רן, לידאי)- השיתוף מתפרש גם על נכסים מסוג זה (נכסי העתודה הכלכלית) כיוון שהם מבטאים את הבטחון הכלכלי של האדם העובד. נכסים אלה עדיין לא הבשילו אך הם יהיו בעתיד וניתן לדעת כמה הם. זכות זו כבר קיימת אך עדיין אי אפשר לממש אותה אך אפשר לממש את מה שנצבר בקרן ההשתלמות. ההתפתחות העסקית והמקצועית לא ניתנת לחיזוי, במקרים שבהם אדם יכול היה להיכנס לשותפות בעסק- הפוטנציאל של כושר ההשתכרות יהיה עצום. ישנו מעין חוזה לא כתוב של חלוקת תפקידים מגדרית של מי שמשקיע את העבודה בחוץ וצובר את הנכסים כאשר מי שמשקיעה את העבודה בפנים מאפשרת להשקעה החיצונית להתבצע (ללא עבודת הטיפול בבית לא ניתן לקיים את העבודה בשכר בחוץ ואת צבירת הנכסים). זהו המאמץ המשותף המכיר בתרומת העבודה ללא שכר. יכול להיות שיהיה קל יותר לסתור את הלכת השיתוף במידה ומדובר בנכסים חיצוניים. חוק יחסי ממון מחריג במפורש ירושות, מתנות ונכסים שהיו לפני הנישואין ולכן נוצרה הלכת השיתוף הספציפית.
- הרחבה לנכסים פרטיים/חיצוניים (נכס מלפני הנישואין, או מתנה/ירושה במהלכם) - זניחת רכיב ה"מאמץ המשותף": "די בקיומם של חיים משותפים כדי להקים את חזקת השיתוף; היא נסתרת רק אם מוכחת כוונה שלא להקים אותה" (חסל) (בריל מול אבולוף)- הרכיב של מאמץ משותף לא רלוונטי כאשר מדובר על נכסים שהתקבלו בדרך של ירושה או שהתקבלו במתנה מהמשפחה ← הלכת השיתוף כן רואה בנכסים אלו חלק מהרכוש המשותף, אך יכול להיות שכאשר מדובר בנכסים חיצוניים אלו ניתן יהיה לסתור את ההלכה יותר בקלות. "די בקיומם של חיים משותפים כדי להקים את חזקת השיתוף; היא נסתרת רק אם מוכחת כוונה שלא להקים אותה" בחוק יחסי ממון- נכסים אלו לא ייחשבו למשותפים. החוק מחריג במפורש נכסים שהתקבלו לפני הנישואים.
- הרחבת בסיס השיתוף, כלומר הרחבת מושג ה"נכס", כך שכולל גם כושר השתכרות עתידי/ הון אנושי/ מוניטין אישי ("נכסי קריירה") (בע"מ 4623/04, הש' ריבלין)- "נכסי קריירה פוטנציאליים"- "עתודה כלכלית" שהיא למעשה עוד לא קיימת בכלל אלא קיים רק הפוטנציאל שלה, כמו: פנסיה וביטוחים הם נכסים שקיימים אך עדיין לא ניתן לממש אותם, אבל הזכות להם קיימת. מה שלא קיים הוא- התפתחות מקצועית, קידום בעסק וכדומה. הרחבת בסיס השיתוף, כלומר הרחבת מושג ה"נכס", כך שכולל גם כושר השתכרות עתידי/ הון אנושי/ מוניטין אישי ("נכסי קריירה פוטנציאליים"). מי שמשקיע את העבודה בפנים מאפשר להשקעה החיצונית להתבצע (ללא עבודת הטיפול בבית לא ניתן לקיים את העבודה בשכר בחוץ ואת צבירת הנכסים). זהו המאמץ המשותף המכיר בתרומת העבודה ללא שכר.
- בע"מ 4623/04- ריבלין ההון האנושי. פס"ד בו ריבלין חידש את סוגיית ההון האנושי למסגרת הרכוש של בני הזוג. נכסי קריירה:
- מוניטין אישי- כאשר מדובר על מוניטין של האיש עצמו בלבד. למשל: מוזיקאי מחונן שפיתח לעצמו שם עולמי.
- מוניטין עסקי- לא מתעוררת בכלל שאלה, ברור שזה חלק מהרכוש העסקי.
- מבחינת בת הזוג והשיקולים של הצדק החלוקתי- איך זה משנה אם המוניטין אישי או עסקי? המוניטין העסקי יחולק עם האישה משום שהבעל הצליח לפתח את עסקו בעזרת מאמץ משותף של שניהם (אישתו בבית והוא בחוץ).

השופט ריבלין נתן פס"ד שלם נ' טוונקו 4623/04, (אחד מפסקי הדין החשובים בקורס) פס"ד מוביל שמכיר בזה כחלק מאותם נכסים ברי חלוקה - "הזמן המשפחתי הוא אחד, והוא נוצר בשניים". חלוקה זו לא מתבצעת באופן סטנדרטי בכל מקרה, אלא רק במקרים שנוצר פער ממשי וברור בין בני הזוג שנוצר בגלל שאחד מבני הזוג עשה ויתור מהותי על מנת שכן הזוג השני יוכל למקסם את יכולותיו.

סיטואציה פחות סטנדרטית - הבעל הולך לעבודה מניבה מאוד (משכורת גבוהה) והאישה הולכת לקריירה שדורשת לא פחות שעות אבל מניבה פחות, עובדת באקדמיה למשל. כביכול, האישה לא עשתה ויתור למען הבעל. אולם, היא הסתמכה על המשכורת שלו ואם הייתה יודעת שאין לו משכורת כזאת גבוהה אולי היא לא הייתה בוחרת במסלול שבחרה. שני המסלולים שבחרו היו כנראה תוך שיקולים מושכלים של בני הזוג יחד - בגלוי או שלא.

גם במקרים אלה הפחות מובהקים יש מקום להתייחסות לרציונל של ריבלין בעניין התחשבות בהכנסה של ההון האנושי. יכול להיות שגם במקרים אלו יחלקו את ההכנסה של הבעל. ברוב המדינות המפותחות יש התנגדות לחלוקת ההון האנושי, אך ברוב המדינות האחרות האלו מחוץ לישראל - הפער הכלכלי מתאזן באמצעות תשלומים אחרי הגירושין לבן הזוג החלש יותר כלכלית. ביה"ד הרבני בנתניה מתנגד להלכה זו של חלוקת ההון האנושי בטענה שזה גורם לשעבוד האיש. "מוניטין אישי איננו שכיר" סותר את התפיסה של "הפירוד הנקי" שאומרת ששמים בצד את השאלות המוסריות של מי עשה מה ומי אשם, אלא נתונה זכות מוקנית לסיים את הקשר בלי נטלים שילוו את הזוג לאחר הפירוד.

ריבלין עונה: "נכסי קריירה באים בגדר נכס". אין כאן שיעבוד ופגיעה בחירות, ניתן לבנות מנגנון מספיק מתוחכם שייקח בחשבון את השינויים בכושר ההשתכרות ולכן נעדיף תשלומים עיתיים ולא חד פעמי. ניתן לטעון מנגד כי תשלום עיתי פוגע ב"פירוד נקי". אך ריבלין טוען כי "פירוד נקי" זו פיקציה - לרוב הזוגות בישראל יש ילדים ומשלמים מזונות, לכן לעולם לא נפרדים באופן מוחלט. אי אפשר לקום וללכת מבלי להסתכל לאחור, זה לא הגיוני. דווקא בישראל ששיעור הילודה מאוד גבוה, 80% מהמתגרשים בישראל הם זוגות עם ילדים, "פירוד נקי" כמעט ולא קורה אף פעם.

פס"ד 14/1315 נישואי עקרת הבית "סרבנית הגט" - ההצדקה למזונות האזרחיים "המשקמים" זה אותה הצדקה שנתנו להתחשבות בנכסי קריירה - ההון האנושי - כושר ההשתכרות העתידי. ברבות מהמערכות הזוגיות, בני הזוג יוצאים מהקשר בפער גדול במעמד הכלכלי עקב שתלטנות, אילוצים, ויתורים וכדומה. אך לא משנה מה הסיבה. יש צורך לצמצם את הפער.

הרציונל של המזונות האזרחיים - הוא רציונל שיקומי של נזקקות וצרכים. ההבדל בין שני הסעדים האלו יכול להיות מאוד גדול בפן הכלכלי. הגירושין בין גיל 40-45 הם הכי קשים - מי שעבדה לאורך השנים רק במשרה חלקית ובחרה במסלול מניב פחות, לא יהיה על מה להישען בגיל כזה מתקדם.

בפס"ד בן גיאת - עמית מדבר על כך.

פרשת קנובלר יעקובי: השופט טל מדבר על הקוגנטיות של הלכת השיפוט (לא ניתן להתנות עליה). ואז נשאלת השאלה האם החזקה הזו ניתנת לסתירה או שהיא באמת קוגנטית? הסכם מכללא חייב שיהיה לו בסיס מסביב.

פס"ד שלם נ' טוונקו - ברק מסביר לשם מה נוצרה החקיקה השיפוטית של הלכת השיתוף - נועדה לקדם את השוויון בין בני הזוג, נועדה לשמר את האוטונומיה והזהות העצמאית של כל אחד מבני הזוג. (מדינות אחרות אשר רוצות לקדם ערכים אלו ילכו בדרך של הפרדה רכושית על פני הסדר של שיתוף רכוש).

ברק אומר שיש סיכון להסדר השיתוף - אובדן העצמאות, יצירת תלות (זה מה שהמדינות הנורדיות חוששות ולכן הולכות על הסדר של הפרדה רכושית).

ברק אומר שצריך לתת ביטחון כלכלי לבן הזוג בפירוק הקשר, צריך לאזן בין הערכים האלו.

הלכת השיתוף:

מתי נוצר השיתוף? אין תשובה ברורה, תלוי במקרה. אם מדובר בזוג שנפרד חודשיים אחרי הנישואים אולי בכלל לא היה שיתוף. מצד שני, יכול להיות שיווצר השיתוף לפני שהזוג התחתן. יכול להיות שנוצר השיתוף מהרגע שעברו לגור ביחד או מהרגע שנולדו להם ילדים גם אם הם לא נשואים. בחוק יחסי ממון- התשובה ברורה, מרגע הנישואים. אז את מה נחיל? את הלכת השיתוף או חוק יחסי ממון? מתי מסתיים השיתוף? האם בגירושים? הרי גירושים יכולים לקחת המון שנים גם אם הם בהסכמה. ואולי הפרידה התרחשה 10 שנים לפני הגירושים עצמם, מה אז? ואם קרה משהו בטווח הזמן של הליכי הגירושין אך לפני שקרו בפועל. גם לזה אין תשובה ברורה. בחוק יחסי ממון-

אופי הזכויות: כאשר בני זוג חיים יחד באורח חיים משותפים יש ביניהם הסכם מכללא שכל הרכוש שנצבר שייר לשניהם בחלקים משותפים- יש כאן בעלות קניינית וזה הפתח הגדול יותר לסדרה שלמה של שאלות. מה המשמעויות כשיש בעלי במשותף? שניתן לתבוע את פירוק השיתוף בכל רגע נתון. מה יכולה לעשות בת הזוג שזקוקה לחמץ כלכלי? היא יכולה לפרק את השיתוף מתי שתרצה בלי גט. הצורך הכלכלי והזכויות הכלכליות שלה לא תלויות במתן הגט. (היא צריכה את הגט אם תרצה מאוחר יותר להיות בזוגיות אחרת, אבל לצורך הפירוק הכלכלי היא לא צריכה גט). בחוק יחסי ממון- אותם זכויות כלכליות יכולות להתממש רק במתן הגט. הזכויות לפי חוק זה הן לא קנייניות. החוק לא יוצר שיתוף קנייני בניגוד להלכת השיתוף שכן יוצרת.

כאשר יש לנו בת זוג שיש לה לכאורה 50% מהרכוש, אך הבן זוג- הוא הבעלים הרשום. כל זה בא תחת הנושא של השפעה על צדדים שלישיים. "משולש והתנגשות זכויות"- בין הזכות הלא רשומה של הבת זוג למחצית הדירה, לבין הזכות הרשומה של הבעל. **בן גיאת נ' חברת הכשרת היישוב- (פס"ד חשוב)** בני הזוג התחתנו אחרי 74 ולכן פסה"ד נמצא תחת חוק יחסי ממון. הסיטואציה הייתה של בעל שהדירה רשומה על שמו. אדון בן גיאת משכן את הדירה לטובת הלוואה שלקח לעסק שלו, אבל הגברת היא בעלת זכות למחצית הדירה- האם זכותה קניינית? מעין קניינית? זכות שביושר? הפסיקה מתלבטת, אך לעיין ההתנגשות עם צדדים שלישיים זה לא מאוד משנה איך נגדיר את הזכות. לכאורה התוצאה צריכה להיות שזכות המשכנתא גוברת משום שהזכות של האשה היא מעין קניינית (או קניינית אבל לא רשומה), לעומת המשכנתא שהיא זכות קניינית. אולם שמגר אומר שהחברה היא נושה מקצועי ולכן יש עליהם חובות מוגברות- צריך לבחון את המצב המשפחתי ולצרף את בן הזוג השני להסכם המשכון בזמן שנותנים הלוואה על בסיס משכון של דירת מגורים. מכיוון שהחברה לא עשתה זאת- מי שגברה כאן הייתה האשה. הדירה הייתה רשומה על שם הבעל משום שהיא הייתה שלו גם לפני הנישואין- עולה השאלה מאיפה יש לאשה זכות בדירה? הלכת השיתוף הספציפית. פסה"ד מיישם את הלכת השיתוף הספציפי משום ש-כל זכותה המתנגשת של הגברת מתבססת על הלכת השיתוף הספציפית.

בפס"ד בן צבי נ' סיטי- זוג שהתחתן לפני 74 ולכן חל עליהם את הלכת השיתוף. הבעל (הבעלים הרשום) עשה משכנתא על הבעל. יש כאן זכות מעין קניינית של האשה לבין התחייבות לעשות עסקה במקרקעין. לפי ס' 9 לחוק המקרקעין- הראשון בזמן גובר. לכן, ברק נתן את הדירה בקלות לאשה. שמגר דיבר על כך שלדירת מגורים יש דין מיוחד- גם קונה רגיל חייב לבדוק מצב משפחתי- חובה לבחון האם הבן/ בת זוג מסכימים למכור/ למשכן את הדירה. זו בדירה נוספת מעבר לבדיקה הרגילה של הטאבו.

חזקת השיתוף בחובות:

מה קורה כאשר הרכוש המשותף הוא חובות? עקרונית אין שום סיבה להבחין בין שיתוף בזכויות לשיתוף בחובות. הפסיקה הכירה בקיומה של הלכת שיתוף בחובות לצידה של הלכת השיתוף בזכויות. יש על זה המון פסקי דין- למשל: שלם נ' טוונקו ופס"ד עמית שאומר בצורה פשוטה שיש שיתוף בחובות. חובות שאין לשותף הם חובות שנוצרו עקב פעילות חריגה של אחד מבני הזוג. למשל: עקב הימורים, מאהבות, שוק שחור וכדומה.

בפס"ד שלם נ' טוונקו - הזוג נישא ב-1970 כך שחלה עליהם הלכת השיתוף. ברור לאן ברק רצה להגיע בשונה מהתוצאה שהגיעו אליה בערכאות התחתונות שהאישה שותפה לחובות כמו לזכויות. ברק פועל בדרך אחרת- הוא מבחין בין נכסים עסקיים לנכסים משפחתיים. פס"ד זה מתאר עיקול שהוטל על הדירה כדי להבטיח חוב שנוצר ביחס לעסק שניהל האיש. ממחיש מצב משפטי של אי וודאות באחד התחומים שנחשבים לחשובים ביותר מבחינת התנהלות המע' המשפטית והכלכלית-עסקית, שבה דרושה וודאות הקניין. (ברק דן בנושא גם בבבלי כדי שלא יהיה פיצול קניין). הנושה טוען שני דברים:

1. במישור הזכויות הנוגדות - זכותו מכוח העיקול גוברת על זכות האישה מכוח הלכת השיתוף (הזכות של האישה מתחרה עם הזכות הקניינית אובליגטורית של הנושה, שהוא בעל התחייבות לעסקה). כבר ראינו שהלכת השיתוף מתפרשת על נכסים כולל עסקיים וכולל ביתיים, ולכן לצד הלכת השיתוף בזכויות יש גם שיתוף בחובות.
להלכת השיתוף בחובות יש החרגות כמו הוצאות על המאהבת, שלא רלוונטיות לאישה (פסקה 16). המגמה של בתיהם"ש תמיד תהיה לחלץ את בת הזוג מהשותפות לחובות, והפסיקה לא רוצה שאותה הלכה שפותחה לצורך הבאת ההדדיות והשיתוף בין בני הזוג על כל היבטי החיים המשותפים תגרום לסיוע לנושים שנמצאים מחוץ ליחידה הזוגית.
2. במישור השתתפות בחובות - לצד השיתוף בזכויות קם גם שיתוף בחובות ולפיכך האישה שותפה שווה לחובות האיש.

הדילמה של ברק- בהלכת השיתוף, אמנם יש הפרדה בין סוגי נכסים אך הדבר רלוונטי לסיום הקשר, והשאלה מתי נוצר השיתוף בין סוגי נכסים אלה מכיוון שמה הוא נועד לקיים? הוא נותן 3 מועדים אפשריים:

- באופן מיידי גם בנכסים אישיים וגם בעסקיים - לא ישר עם החתונה אך כשנוצרים החיים המשותפים ויש בסיס לייחס את השיתוף
- גישת ביניים - מבחינה בין שני סוגי העסקים; נוסף שיקול התנהלות עסקית תקינה ושוטפת. לדעת שלם, אם נגיד שהלכת השיתוף נוצרת גם בשיתוף העסקי - הדבר יגרום לכך שיהיה צורך באישור כל הזמן ממי שמנהל את העסק וכך צדדים שלישיים לא יוכלו להסתמך רק על האדם האחד שעומד בראש הנכסים המנוהלים. ברק בוחר בדרך זו.
- השיתוף נדחה לסיום - גישת חוק יחסי ממון. שיתוף מתגבש רק בעקבות "אירוע קריטי" ובראשם דירת המגורים, בהם השיתוף מיידי.

עלולות להיגרם מכך סכנות:

- אי הגנה על השיתוף ברכוש העסקי טעם היות אירוע קריטי (תואם את המודל של הניהול הבלעדי)

- ולאחריו התפתחות של חבות גם מנכסים משפחתיים עד כדי נישול בני הזוג של החייב מנכסיו מכיוון שהאחריות לחובות היא שווה ואפשר להיפרע גם מהנכסים המשפחתיים של בת הזוג.

לכן, ישנם דרכים להגנה הרמטית על הנכסים המשפחתיים (למעט חובות בהקשר אליהם - **בפס"ד בן גיאת** - לאחר שלם נ' טוונקו, מופיע אצל השופט עמית בפסקה 25). עדיין ההיפרעות מהחובות ביחס לנכסים העסקיים יכולים להיפרע אך ורק מאותו רכוש עסקי. כלומר מתבצעת הפרדה בין הנכסים המשפחתיים שיהיו חסינים, לבין הנכסים העסקיים - אלא אם כן מדובר בחוב שנוצר ביחס לנכסים משפחתיים (כמו משכנתא שנלקחה על הדירה עצמה, והיא תוכל להיפרע ממנה). רעיון זה לא מעוגן והוא רק בגדר הצעה שמועלה. שלם נ' טוונקו לא נבחן מעשית בעליון, **והפס"ד ר.כ. נ' א.כ. ממחוזי ב"ש** כן מיושם בפסיקה.

חוק יחסי ממון מול הלכת השיתוף - השוואה

הלכת השיתוף	חוק יחסי ממון	אופי השיתוף
חלה גם על זוגות נשואים וגם על ידבצ"ים (בנשואים - על מי שנישאו עד 74', למעט בקונסטרוקציה של מי שנישאו בהלכת השיתוף הספציפית).	חל רק על זוגות נשואים ולא על ידבצ"ים	זכות קניינית מיידית מול זכות אובליגטורית דחויה
זכות קניינית מיידית - בני הזוג הם בעלים במשותף של כל הרכוש.	זכות אובליגטורית דחויה - אין שיתוף מידי, הוא יוצא את הזכות החוזית הדחויה לעת מועד איזון המשאבים (ס' 4 לחוק - היעדר תוצאות במשך הנישואים). סעיף זה מבטל את הלכת השיתוף. דורנר ושמגר קראו זאת אחרת בפס"ד קנובלר נ' יעקובי - טענו שלמרות ס' 4 יש שיתוף.	מה נכנס לגדר הנכסים ברי השיתוף
נולדה הלכת השיתוף הספציפית בגלל ההחרגה בסעיף 5.	סעיף 5 - הזכות לאיזון בפקיעת הנישואים. חל על כל הנכסים למעט נכסים שקיבלו בירושה או במתנה בתקופת הנישואין (נכסים חיצוניים) כיוון שקדמו לחיים המשותפים. ← בגלל החרגה זו נולדה הלכת השיתוף הספציפית.	האם 50-50?
פס"ד אבולוף - דירת מגורים חיצונית מלפני הנישואין גם תיכנס לשיתוף (אלא אם כן מדובר בקשר לא מבוסס). רלוונטי גם לנכסים חיצוניים עסקיים אחרים ללא שום אופי משפחתי כמו חנות פרחים בפס"ד הנ"ל שייכנסו לשיתוף. החלוקה תהיה 50-50 לפי חוק המקרקעין והמיטלטלין - בעלים משותפים הם בחלקים שווים.	יש זכות למחצית השווי של כלל נכסי בני הזוג ומגדיר מהם = המשמעות היא בסעיף 6 - מימוש הזכות לאיזון: לפי סעיף 5 יש לשום את כל אחד מנכסי בני הזוג פרט לאלה שלא נכנסים, ומהם יש לנכות את סכום החובות המגיעים ממנו למעט אלה שלא מאזנים אותם ומשקללים. בפס"ד בן גיאת חל חוק יחסי ממון אך האיש נחלצה מהחוב כיוון שטענה לזכות לשיתוף ספציפי (כיוון שהדירה הייתה רשומה ע"ש הבעל לפני הנישואים). פס"ד ה"בגידה" הקודמת - בג"ץ פסל את הפסק הרבני ששלל מבת הזוג	

	את הזכות למחצית מהדירה, ונטען שממילא זכויות האשה לא קנייניות ולכן לא פוגעים בזכות קניינית שלה אלא בזכות אובליגטורית בלבד לעת פקיעת הנישואין, ולכן מותר להפעיל שיקולים אלה. <u>סעיף 8(2)</u> - החלוקה לא חייבת להיות חצי חצי בנסיבות מיוחדות, ובהן ביהמ"ש רשאי לקבוע שהחלוקה לא תהיה חצי חצי אלא לפי יחס אחר.	
מקום שיקוה"ד השיפוטי	מוסדר בחוק <u>בסעיף 8</u> .	ניתן לראות את ההתפתחויות הנוגעות לחלוקה והכרה בהון האנושי, (מזונות אזרחיים משקמים במיוחד) - הפסיקה המקדמת
ההתייחסות לרכיב ההון האנושי	שתי עמדות: 1. לא מכירים בהון האנושי כנכס, מכיוון שלא נכנס <u>בס'</u> <u>ג5</u> - "לרבות", בתיקון 4 מ-2008 שאפשר להקדים את מועד האיזון - הוכנסה התייחסות לנושא ההון האנושי אך לא הכלילו אותו במסגרת הנכסים אלא כשיקול של ביהמ"ש כאשר יחליט לחלק לא שווה בשווה אלא ביחס אחר. זוהי סטיה מודעת מהפסיקה. 2. ליפשיץ - זהו לא נכס, כמעט ולא נעשה שימוש. נסיגה ברורה בין התפתחות הפסיקה לבין חוק יחסי ממון.	מכירים במידה מסוימת בהון האנושי כנכס, ולא בצורה גורפת. פס"ד של ריבלין על ההון האנושי הוא חלוץ, אין פסיקה ענפה בכיוון זה מכיוון שהדברים מסתכמים במו"מ בין העו"ד מכיוון שלזוגות אין טעם לתבוע ולערער עוד. ההון האנושי נחשב סוג של נכס שנכלל בעוגת החלוקה לפי הלכת השיתוף.
ה"פיל" שהיה בחדר - מועד האיזון	לאחר 74' ועד 2008 ישנה תקופת עוצמה בלתי רגילה של הגברים ששלטו על הגט והמשאבים, ולא היה אפשר לחמש את הזכויות הכלכליות של האשה. ← נולדה השאלה* לאחר התיקון ב-2008, הוכנס סעיף 5א רבתי שאפשר להקדים את מועד האיזון וניטרל במידה לא מבוטלת את הסחטנות על בסיס השליטה על הגט.	בכל רגע נתון בן הזוג יכול להחליט ללכת ולדרוש פירוק שיתוף - תחת מגבלה של <u>40 ס' לחוק המקרקעין</u> (במידה שזו דירה שמשמשת למגורי זוג וילדיהם הקטינים יש למצוא מקום חלופי ורק אז אפשר לפרק את השיתוף). ← כלומר אין אפשרות של סחטנות ממי ששולט על הגט.

*כתוצאה מהתקופה העוצמתית של הגברים עד התיקון בחוק יחסי ממון, התעוררה השאלה: האם הלכת השיתוף מוסיפה לחול במקביל לחוק יחסי ממון?

פס"ד קנובלר יעקובי - שאלת התחולה הסימולטנית של הלכת השיתוף במקביל לחוק יח"מ. השאלה עלתה ביחס לצורך לאפשר חלוקת רכוש לפני הגט. מדובר על שתי נשים שבני זוגן התנו את מתן הגט בויתור של האשה על חלק

מהרכוש. לכן שאלו אם ניתן לחלק רכוש לפני מתן הגט.
לפי דורנר ושמגר - למרות ס'4 ליה"מ הלכת השיתוף חלה במקביל כיוון שהחוק הוא רע ומהווה אות מתה, חיפוש במאגרים לא ימצא פסיקה לפי חוק זה כיוון שהוא לא יושם.
לפי שטרסברג כהן וטל - בפס"ד אבו רומי שמסכם את קנובלר יעקובי ניתן לראות את יצירתה של הלכת השיתוף במתכונת ה"כחושה" - והיא הלכת השיתוף הספציפית שנוצרה למרות ס'4- שאינו שולל את המשך קיומן של הלכות מכוח הדין האזרחי הרגיל (חוזים, קניין, נאמנות, תו"ל). מדובר על שיתוף בנכס מסוים שהוא לא כללי, ודורש הסכמה מכללא שהיא גדולה יותר. כל הלכת השיתוף הספציפית נולדה כדי לענות על הקושי של הגשמת הזכויות הרכושיות ללא מתן הגט.
 ← תיקון 4 אפשר להגשים את הזכויות מכוח יח"מ ← נשארנו עם הלכת השיתוף הספציפית ← עונה על השאלות הפתוחות: שאלת ההון האנושי ושאלת הנכסים החיצוניים.

תרגול 6

חוק להסדר התדיינות בסכסוכי משפחה-

חוק שאמור לעמוד בתוקף 3 שנים (הוראת שעה). החוק קובע שכל סכסוך בענייני משפחה מתחילים בבקשה ליישוב סכסוך. בבתי הדין לצד בתי המשפט הוקמו יחידות סיוע שכולל עובדים סוציאליים, פסיכיאטריים, עורכי דין ועוד כל מיני בעלי מקצוע שיכולים לתרום לסיום הסכסוך. החוק גרם לכך שכל הליך יתחיל בהסכמה לנסות להגיע לפשרה וגישור בעזרת הליך הסיוע. יש פגישות מהו"ת - מידע היכרות ותיאום.

מטרת החוק - ס'1:

"מטרתו של חוק זה לסייע לבני זוג ולהורים וילדיהם ליישב סכסוך משפחתי ביניהם בהסכמה ובדרכי שלום, ולצמצם את הצורך בקיום התדיינות משפטית, מתוך התחשבות במכלול ההיבטים הנוגעים לסכסוך ובטובתם של כל ילדה וילד".

על מי החוק חל? - ס'2:

"תובענה בעניין של סכסוך משפחתי" - "תובענה בין בני זוג, בין הורים או בין הורים לילדיהם..."
 אלא הגורמים שחייבים להתחיל תביעה ביישוב סכסוך.

מהי תובענה? - ס'2:

"תביעה, בקשה או הליך אחר שמביא בעל דין לפני ערכאה שיפוטית לפי דין, למעט בקשה לאישור הסכם, ערעור ובקשת רשות ערעור;" כלומר, כל תביעה חוץ מבקשה לאישור הסכם (אם יש הסכם - יש כבר הסכמה, אין סכסוך), ערעור ובקשת רשות ערעור (משום שכבר היה הליך).

מה כוללות פגישות המהו"ת (מידע, היכרות ותיאום) - ס'3(ג):

1. מתן מידע על ההליכים המשפטיים ועל ההשלכות של גירושין ושל כל עניין אחר בסכסוך.
2. מתן מידע על הדרכים שיש בהן כדי לסייע ליישב את הסכסוך בהסכמה ובדרכי שלום ולהתמודד עם השלכותיו.
3. היכרות עם הצדדים כדי להעריך יחד אתם את צורכיהם ואת רצונותיהם, ולעניין ילדיהם - טובתם, רצונותיהם וזכויותיהם.
4. קביעת הסדרים זמניים בהסכמה בעניין מזונות או החזקות ילדים וסדרי קשר או מתן המלצה לצדדים ולגורם שאליו הם יופנו להמשך הליך יישוב הסכסוך, לדאוג לקביעת הסדרים בעניינים אלה בהסכמה.

כאילו עניינים החוק חל? לפי ס'2:

"תובענה בעניין של סכסוך משפחתי" - ...בכל אחד מהעניינים האלה:

1. ענייני נישואין וגירושין;

2. יחסי ממון בין בני זוג, לרבות תובענה כספית או רכושית הנובעת מהקשר בין בני הזוג ולמעט תובענה בענייני ירושה;
3. מזונות או מדור של בן זוג או של ילדה או ילד; (מדור = דירת מגורים).
4. כל עניין הנוגע לילדה או לילד לפי חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962, למעט תובענה לפי חוק אמנת האג (החזרת ילדים חטופים), התשנ"א-1991;
5. אבהות או אימהות לגבי ילדה או ילד. (למשל: כאשר ילד רוצה לקבל הצהרה שמישהו אבא שלו ולקבל זכויות מאבא שלו).

אופן הגשת הבקשה ליישוב סכסוך - ס' 3:

(א) מבקש להגיש לערכאה שיפוטית תובענה בעניין של סכסוך משפחתי, לרבות בעניין מזונות זמניים, יגיש תחילה לערכאה השיפוטית בקשה ליישוב סכסוך; הבקשה לא תכלול טענות או עובדות בקשר לסכסוך או בקשר לסמכות השיפוט של הערכאה השיפוטית.

עושים כאן משהו מינימאלי מבלי לפרט ולטעון כנגד הצד השני כדי שהצדדים יגיעו רגועים עם רצון להתפייס.

אופן הטיפול בבקשה ליישוב סכסוך:

- הגשת בקשה ליישוב סכסוך - מי שרוצה להגיש תביעה צריך ראשית להגיש את הבקשה הזו על מנת שהיחידות סיוע יעזרו להגיע לגישור.
- 45 ימים של פגישות מהו"ת (מהות, מידע והיכרות) ס' 3(ב) - מדובר על עד 4 פגישות בהם מנסים להגיע להסדרים. אם מקבלים הזמנה ליחידת סיוע חובה להתייצב כמו צו התייצבות לבימ"ש. נותנים במהלך זה מתן מידע על הליכים חלופיים וניסיון ליישב בדרכי שלום. (עם אופציית הארכה של עוד 15 ימים. תקופה זו היא מוקפאת - לא ניתן להגיש בה הליך משפטי.
- 10 ימים של תגובה ס' 3(ד) - בסוף פגישת המהו"ת האחרונה - הצדדים מודיעים אם הם מעוניינים להמשיך להליך של גישור או לא.
- 15 ימים של ציון ס' 3(ה) - אי אפשר להגיש לשום ערכאה.
- 15 ימים של זכות קדימה להגשת תובענה (ס' 4) - מי שהגיש את הבקשה ליישוב סכסוך הוא זה שזוכה ביתרון ויש לו 15 ימים להחליט לאיזה ערכאה לפנות לבית דין/ בימ"ש. אם חלפו 15 ימים והצד שצריך להגיש תביעה לא הגיש לאף ערכאה אז חוזרים למירוץ הסמכויות, ושוב מי שמגיש קודם הוא יהיה הראשון.

הגשת התובענה לפי ס' 4:

"חלפו התקופות כאמור בסעיף 3(ה), ולא הגיעו הצדדים להסדר מוסכם בהליך ליישוב סכסוך בהסכמה, רשאי הצד שהגיש תחילה את הבקשה ליישוב הסכסוך, להגיש בתוך 15 ימים, תובענה בעניין של סכסוך משפחתי לכל ערכאה שיפוטית שלה סמכות לדון בעניין לפי דין; לא הגיש הצד האמור תובענה כאמור או שהגיש תובענה כאמור רק לגבי חלק מהעניינים שבסכסוך המשפחתי, רשאי הצד האחר להגיש לכל ערכאה שיפוטית שלה סמכות לדון בעניין לפי דין, תובענה בעניין של סכסוך משפחתי שלגביו לא הוגשה תובענה כאמור."

תקנה 5 - פגישות המהו"ת בתקופת עיכוב ההליכים:

- הפגישה הראשונה תיועד להיכרות עם הצדדים ולהערכת הסכסוך כדי לבחון דרכים ליישוב הסכסוך בהסכמה והצדדים יתייצבו בה לבדם; בפגישה זו לא יעשה ניסיון ליישוב הסכסוך המשפטי, למעט ניסיון להגיע להסכמה בעניין הסדרים זמניים ...[לגבי מזונות או החזקת ילדים], אם הצדדים מעוניינים בכך ולאחר שניתנה להם הזדמנות להתייעץ עם באי כוחם בעניין.
- פגישה ראשונה היא ללא עו"ד אלא אם כן צריך להתייעץ לגבי הסדר זמני.
- (ד) המשך הפגישות לפי שיקול דעת יחידת הסיוע, ייועד להמשך מימוש תפקידי יחידת הסיוע כאמור בסעיף 3(ג) לחוק ויחידת הסיוע תחליט על אופייה של כל אחת מהפגישות, ככל האפשר בהתייעצות עם עורך דין מיחידת הסיוע; יועדה פגישה אחת או יותר במסגרת פגישות המהו"ת לנסות לסייע לצדדים ליישב את הסכסוך המשפטי ביניהם כולו או מקצתו, יהיו הצדדים רשאים לצרף לישיבה כאמור את באי כוחם.

- (ה) לא יחתמו הצדדים בעת פגישות המהו"ת ביחידת הסיוע על הסכם בעניין הסכסוך המשפחתי, ולא יקבלו על עצמם התחייבות משפטית, לרבות לעניין הסדרים זמניים לתקופה עיכוב ההליכים והסכמה להמשך יישוב הסכסוך בהסכמה אלא לאחר שניתנה להם הזדמנות להיוועץ בבאי כוחם או בכל אדם אחר, לרבות בנוגע לניסוח ההסכם; עובד יחידת הסיוע יביא לפני הצדדים את זכותם להיוועץ בבא כוח ובכל אדם אחר כאמור בתקנה זו וכן ימסור להם מידע בדבר האפשרות לקבל סיוע משפטי לפי חוק הסיוע המשפטי, התשל"ב-1972, ותקנות הסיוע המשפטי, למי שזכאי לכך.

ס' 3 (ט) – מתן תוקף של פס"ד להסדר:

"הגיעו הצדדים להסדר בהליך ליישוב סכסוך בהסכמה, רשאית ערכאה שיפוטית לתת תוקף של פסק דין להסדר, בעניין שהיא מוסמכת לדון בו."

ס' 3 (י) – הגשת תביעה בלי שהוגשה תחילה בקשה ליישוב סכסוך

אם בשנה שלפני התביעה הוגשה בקשה ליישוב סכסוך, ניתן כבר להגיש תביעה לערכאה. "על אף האמור בסעיף קטן א', צד לבקשה ליישוב סכסוך רשאי להגיש תובענה בעניין של סכסוך משפטי בלא שהגיש תחילה בקשה ליישוב סכסוך, אם בשנה שקדמה להגשת התובענה הוגשה כבר בקשה ליישוב סכסוך בין אותם צדדים, ובלבד שחלפו התקופות כאמור בסעיף קטן ה'."

הסוגיה של מאבקי הסמכויות (מירוץ הסמכויות)

1. במקרה שנכשלו פגישות המהו"ת ותמו תקופות עיכוב ההליכים ותקופות הצינון
2. במקרה שהוגשה תביעה בהתאם לס'3(י)

על אף האמור בסעיף קטן א, צד לבקשה ליישוב סכסוך יכול להגיש תובענה בעניין של סכסוך משפטי מבלי שהגיש לפני בקשה ליישוב סכסוך, במידה ובשנה לפני הגשת התובענה הוגשה כבר בקשה ליישוב סכסוך בין הצדדים, ובלבד שחלפו התקופות שנקבעו בסעיף קטן ה. מירוץ הסמכויות- אם צד מגיש תביעה לביה"ד וכורך דברים, דנים בסעיף 3 (כנות התביעה/הכריכה).

ביקורות:

1. הקדמנו את מרוץ הסמכויות- החוק הקדים את מירוץ הסמכויות מכיוון שהרבה יותר קל להגיש בקשה ליישוב סכסוך מאשר תביעה, כי אין צורך לפרט או לחשוב יותר מדי והדבר פשוט מקנה יתרון לצד שהגיש את הבקשה ליישוב הסכסוך.
2. ביקורת בנושא אלימות המשפחה- האם עדיין ממשיכים בהליך של יישוב סכסוך למרות שמגיע לאישה להתנתק מהבעל ומהקשר האלים?
3. גישה לערכאות- מונעים מהצדדים לגשת לערכאות כרצונם ומכריחים אותם לעבור תהליך ארוך של יישוב סכסוך.

סמכות בהסכמה

ס'9 לחשבד"ר- שיפוט עפ"י הסכמה

בענייני המעמד האישי של יהודים כמפורט בסעיף 51 ל"דבר המלך במועצתו על א"י" או בפקודת הירושה, שלבי"ד רבני אין סמכות שיפוט ייחודי לפי חוק זה, יהיה לבי"ד רבני שיפוט לאחר שכל הצדדים הסכימו.

שני התנאים המצטברים הנדרשים לצורך תחולת ס'9:

1. נושא שנמנה עם ענייני המעמד האישי לפי סימן 51 לדברה"מ ואינו בסמכות שיפוט ייחודית של ביד"ר.
2. שני הצדדים הסכימו כי העניין יידון בני ביד"ר (באופן מפורש/מכללא).

נושאים שבהם ניתן לדון מכוח הסכמה בהתאם לס'9:
רק עניינים שהם ענייני המעמד האישי יוכלו לידון בביד"ר מכוח הסכמה לפי ס'9.

• ענייני ממון/רכוש

- **בג"צ סימה לוי נ' ביד"ר** - הסכם שיש בו תניית שיפוי. בני הזוג חתמו על הסכם לגבי מזונות ילדים שיש בו תניית שיפוי שלפיה אם הילדים ירצו להגדיל את המזונות בהסכם - האישה תשפה את הגבר. במהלך הזמן הילדים הגישו תביעת הגדלת מזונות, והבעל ביקש להשתפות מהאישה ← ביקש מביד"ר לאכוף את ההסכם.

נקבע כי נושאים רכושיים הם נושאים שלא ניתן להסכים עליהם במסגרת ס'9.

- **בג"צ סימה אמיר נ' ביד"ר הגדול** - בני הזוג חותמים על הסכם מזונות שאם אחד מהצדדים יפר אותו יהיו תוצאות רכושיות (לפיהן הצד השני יקבל יותר רכוש). לאחר זמן הילדים הגישו תביעת הגדלת מזונות, והגבר פונה לביהמ"ש בטענה שכל מחלוקת עתידית לגבי ההסכם תידון בביה"ד הרבני. ביה"ד קובע שיש לו סמכות לדון כבורר בעניין.

נקבע שביה"ד לא יכול לדון בהסכמה בתביעה רכושית ואף לא לדון בנושא כבורר בעניין.

- **מזונות ילדים** - ניתן לכרוך או שהסמכות לביד"ר בהסכמת הצדדים?

- **בר"ע שרגאי נ' שרגאי** - נקבע שאי אפשר לכרוך מזונות ילדים. תביעה להשבת הוצאות לעומת תביעה עצמאית של הילד למזונות. ביה"ד רשאי לדון במזונות ילדים במסגרת ס'9 כאשר הצדדים מסכימים.

- **בג"צ פלונית נ' פלוני** - התעלמות מהלכת שרגאי.

- בג"צ

- **האם הקטין מחויב להסכמות של הוריו?**

בג"צ כץ נ' ביד"ר הגדול - גבר סרבן גט שמסכים לתת גט במידה והרכב ספציפי של ביד"ר הגדול ידון בנושאים שקשורים לילד (3 דיינים). האישה טוענת ש2 מתוך 3 פרשו, ולכן היא לא מחויבת שהמוטב הזה ידון בנושא הקטין. ביד"ר קובע שיש לו סמכות לדון ← האישה עותרת לבג"ץ.
דעת רוב (פרוקצ'יה) - הסדרים מוסכמים שהושגו בין ההורים לגבי הסמכות הדיונית וגם לגבי נושאים מהותיים, לא מחייבים את הקטין כשהוא לא היה צד להם. לדעתה, החשיבות ניתנה לגט ולא בחנו את טובת הקטין כמו שצריך ולכן לא מחייבים אותו מכיוון שלא נעתרו לשיקולי טובתו.
דעת מיעוט (טירקל) - צריך למנות אפוסטרופוס שיחליט מה טובת הקטין.

בג"צ פלונית נ' ביד"ר הגדול - בני זוג שהתגרשו וחתמו על הסכם גירושין שהסכימו בו על משמורת והיה בו סעיף לפיו אם בעתיד יהיו מחלוקות בין בני הזוג הן יידונו בביד"ר.
לאחר זמן האישה הגישה תביעת הגירה לארה"ב והגבר מגיש תביעה לביד"ר ומבקש לקבל את המשמורת. **בייניש** - הסכם גירושין בין ההורים יחייב את הקטינים רק כאשר ברמה הדיונית עניינם של הקטינים נבחן לגופו כעניין עצמאי ונפרד מיתר סוגיות הגירושין של ההורים, וברמה המהותית - הערכאה המוסמכת שוכנעה כי ההסכם בין ההורים משרת את טובת הקטין. כלומר לפי בייניש, יש צורך גם במבחן המהותי וגם בפרוצדורלי.

בג"צ פלוני נ' ביד"ר הגדול לערעורים - בני זוג שמגיעים להסכם גירושין בעקבות המזונות וביד"ר נותן לו תוקף של פסק דין. הילדים מגישים תביעה להגדלת המזונות ועולה השאלה:
האם ההסכם מחייב את הילדים ← הסמכות להגדלה תהיה לביה"ד/מדובר בתביעה עצמאית ← ההסכם הקודם לא מחייב את הקטין ואז אין סמכות נמשכת ואפשר להגיש את התביעה לכל ערכאה?
השופט עמית - לפיו הפסיקה נוטה למבחן הפרוצדורלי:

- **בעבר** - המבחן הפרוצדורלי היה מחייב וכדי שההסכם יחייב את הקטין היה צריך:

- להגיש תביעה נפרדת בשמו של הקטין

- נדרש דיון נפרד בעניין הקטין שלא במסגרת הסוגיות האחרות בתביעת הגירושין

- **עם חלוף הזמן** - מתן דגש למבחן המהותי, די בכך שבימ"ש דן לגופו בעניין מזונות הילדים, ובחן את

ההסכם שנערך בין בניה"ז תוך התייחסות לטובת הילדים ומזונותיהם

○ המבחן המהותי חל בענייני מזונות, בעוד שבנושאי משמורת, מגורים, הסדרי ראייה וחינוך - הפסיקה נוטה למבחן הפרוצדורלי.

המבחן המהותי בתביעת מזונות עצמאית של קטין היא דו שלבית:

1. בשלב הראשון - יש לבחון האם התקיים דיון ענייני במזונות הקטינים
2. בשלב השני - יש לבחון האם בפועל הקטינים אכן קופחו בסכום המזונות שנפסק לזכותם בעת אישור הסכם הגירושין.

הנדל - מצטרף לחוו"ד המהותית של עמית בנושא המזונות ומסכים לתוצאה. לפיו המבחן המהותי חל גם על ענייני מזונות וגם על ענייני משמורת ואחרים, ולא מקבל את המבחן הדו שלבי המוצע. לדעתו, אין להשתמש במבחן הדו שלבי ומספיק להשתמש במבחן המהותי - האם עניינים של הקטינים נידון לגופו תוך שטובתם נשקלת באופן ברור ונפרד מיתר ענייני הגירושין.

רובינשטיין - מצטרף לחוו"ד המהותית של עמית בנושא המזונות ומסכים לתוצאה. לדעתו, בכל ענייני הקטין המבחן הוא המהותי (מסכים עם הנדל).

הדין החל:

פלונית נ' ביד"ר הגדול - בני זוג שמנהלים דיונים לגבי מתן הגט, סרבן גט הכריח לדון בביד"ר שפוסק לפי דין תורה. האישה עותרת לבג"צ וטוענת שהסכימה לסמכות ביד"ר אך לא הסכימה לדין תורה ורצתה שידון לפי הדין האזרחי.

לפי רובינשטיין - ס' 13 (ב) לחוק יחסי ממון - הסכמה לשיפוט ביד"ר אינה מהווה הסכמה להחלת דין דתי. כדי שבית דין ידון בנושא מסוים לפי הדין הדתי צריך הסכמה מפורשת של הצדדים.

סמכות נמשכת

לערכאה שדנה כבר בנושא מסוים, אמורה להיות סמכות לדון באותו נושא גם בהמשך, בעקבות הרציונל הוא שהצדדים לא יוכלו ללכת לערכאות אחרות שלא מכירות את הצדדים והסכסוך כך שהדבר יעכב את התהליך.

תנאים מצטברים לסמכות נמשכת:

1. הייתה סמכות מקורית לדון באותו עניין - צריך שמלכתחילה הייתה לביה"ד סמכות לדון בנושא.
2. העניין הוא בעל אופי מתמשך - לפי **בג"צ סימה לו**, לביה"ד תהיה סמכות נמשכת רק בדיון בנושא שהוא בעל אופי מתמשך כמו משמורת. רכוש הוא לא דבר מתמשך.
3. הצדדים להליך החדש הם אותם צדדים - לדוגמה זכות התביעה העצמאית של קטינים **בבג"צ פלונית נ' בידר הגדול** - אין סמכות נמשכת כיוון שבמקרה הראשון ההורים היו הצדדים, ועכשיו הילדים הם הצדדים - והצדדים לא אותם צדדים.
4. **"דן ופסק"** בסוגיה הספציפית המועלית מחדש כעת - **בג"ץ פלונית נ' ביד"ר האיזורי בי-ם** - כדי שלביה"ד תהיה סמכות לדון באותו נושא חובה שבמהלך אישור ההסכם הוא ידון בנושא, ינהל דיון ויראה מה טובת הקטין וצרכיו ולא רק סתם אישר את ההסכם.
5. חריג: במקרה שבו ניתן פס"ד לגבי הסכם ממון בין הצדדים לפי ס' 2(א) לחי"מ. לערכאה שאישרה את הסכם הממון תמיד תהיה סמכות נמשכת לדון בנושא ללא קשר לאם הערכאה דנה ופסקה. או לפי **בג"ץ ורבר** - אם הצדדים מסכימים במפורש לסמכות נמשכת עתידית לערכאה שאישרה את ההסכם בנושאים הנזכרים בו (אם הצדדים הסכימו מפורשות שהערכאה מסוימת תדון בכל נושא בהמשך).
6. כלל הסמכות הנמשכת לא כולל נושאים שלא הוזכרו בהסכם - למשל **בג"ץ ורבר נ' ורבר** - בני הזוג הסכימו בהסכם על מזונות (אזרחיים) לאחר הגירושין. הבעל טען שלביה"ד יש סמכות נמשכת מכוח ההסכם אך האישה תבעה מזונות עד הגירושין - אין סמכות נמשכת להסכם כי הוא לא התייחס למזונות עד הגירושין.
6. הסוגיה המאוחרת קרובה במידה מספקת לזו המקורית, עד כי נשמר צביונו המתמשך של העניין - **בבג"ץ ורבר נ' ורבר** - מאז שבני הזוג חתמו על הסכם גירושין הם חיו בארה"ב. בגלל שצריך קרבה גם של מקום וגם של

זמן, במקרה זה יש ריחוק גם של זמן (15 שנים מאז חתימת ההסכם) וגם של מקום (מגורים בארה"ב וההסכם נחתם בישראל).

- הכלל - סמכות נמשכת יכולה להיות רק לגבי שינוי/ביטול ההסכם. בקשה לשינוי או ביטול של פס"ד בשל שינוי נסיבות תידון בפני הערכאה אשר נתנה את פסה"ד. לא כולל:

1. בקשה לאכיפת הסכם
2. בקשה לפרשנות הסכם - **בג"צ חליווה** - ההסכם מתייחס בין היתר למזונות הילדים. לאחר ההסכם האשה הגישה תביעה למזונות אישה והגבר מתנגד כיוון שכבר סיכמו. האשה טוענת שאלה הם מזונות ילדים ולא מזונות אישה (שאלת פרשנות).
נקבע שכאשר מדובר בתביעה לפרשנות, הדבר לא נכלל בסמכות נמשכת וניתן להגיש תביעה לבימ"ש אזרחי.

+ כדי שהתביעה תתקבל - נדרש שינוי נסיבות מהותי (כמו פיטורין, זכיה בלוטו, גילוי של ילד עם צרכים מיוחדים שצריך יותר עזרה).

חריג: עקרונית, אם הצדדים מסכימים הם יכולים לשנות סמכות למרות שהוגשה קודם תביעה לערכאה אחרת. לעומת זאת, החריג היחיד הוא כשמדובר בהסכם ממון שערכאה מסוימת אישרה אותו ורק לה תהיה הסמכות לשנות את אותו הסכם אפילו אם הצדדים ירצו ללכת לערכאה אחרת ולבצע הסכם ממון אחר.

האם הלכת השיתוף מוסיפה לחול במקביל לחוק יחסי ממון?

- **קנובלר יעקובי** - ושאלת התחולה הסימולטנית של הלכת השיתוף במקביל לחוק יח"מ. במקור, השאלה עלתה ביחס לצורך לאפשר חלוקת רכוש לפני הגט. בהמשך התייחסות לסדרת שאלות.
- השורה התחתונה - שיתוף בנכס ספציפי.
 - נסיונות למצוא תשובה בפסקה - אבו רומי
 - הבהרת השאלות השונות בקנובלר מול אבו-רומי
- תיקון מס' 4 לחוק יחסי ממון - ניתנה תשובה רק ביחס להקדמת מועד האיזון
- השאלו שנותרו פתוחות - הון אנושי, נכסים חיצוניים.

הסדרת סוגיית ההון האנושי בחוק יח"מ

ס' 8 ליח"מ - סעיף הסמכויות המיוחדות. מתייחס לשאלת ההון האנושי.
בתת סעיף 2 אפשר לסטות מהחלוקה לחצי חצי ולחלק בצורה אחרת בהתחשב בנכסים עתידיים, לרבות כושר השתכרות של בני הזוג.
במקרה זה, נטען שלמרות שהלכת השיתוף ממשיכה לחול במקביל לחוק יח"מ - לפי עקרונות מקובלים של פרשנות חקיקתית המחוקק ידע שהרעיון קודם בפסיקה ובחר שלא לכלול זאת בהגדרת הנכסים → רצו להכניס את ההון האנושי לסעיף 5 (שמגדיר את כלל נכסי בני הזוג).
לכן, קשה לטעון שקל לחלק את ההון האנושי כאילו הוא נכס מנכסי בני הזוג לפי הלכת השיתוף שלכאורה חלה במקביל לחוק יח"מ → אם יש במשק הבית רק משכנתא על הבית ומכונית אחת, חלוקה שהיא לא שווה בשווה לא רלוונטית למקרים כאלה כי אין מה לחלק. במידה וההון האנושי הוא כן נכס בר חלוקה → ישנה משמעות כלכלית להבדל בין שני משטרי החלוקה.
- הכנסת ההון האנושי לסעיף 8.2 הוא צעד משמעותי לטובת בן/בת הזוג הביתיים מכיוון שהמחוקק גורם לבתיאמ"ש לשים דגש על המצב הכלכלי הכולל של בני הזוג בעת היציאה שלהם מהנישואים, דבר שתורם להתחשבות בבן הזוג עם ההכנסה הנמוכה יותר.
תשלומי איזון איטיים - יוצרים מעין סינתזה בין ההתחשבות בהון האנושי כנכס לבין ההתחשבות במסגרת שיקול הדעת של ס' 8.2 ליח"מ. כלי זה אינו קיים תמיד אך פועלים לשימוש בו בעתיד.

האמנם שאלת הסימולטניות "כבר לא אקטואלית"? ההבדלים המעשיים והמרכזיים בין שני המשטרים:

שאלת הסימולטניות אקטואלית, מכיוון שנוצרה הלכת השיתוף הספציפית- מספר פס"דים בנושאים הבאים שמופיעים ברשימת הקריאה שיש לזכור אותם:

- שיתוף בנכס פרטי-
 - **בע"מ 1398/11** - שיתוף בדירת מגורים, 16 שנות נישואין מלאות התעללות. מפנים לסעיף 8.2, עמית ודנציגר דורשים דבר מה נוסף לצורך ביסוס השיתוף.
 - השופט עמית נותן הנחיות למתי מתקיים ומה צריך כדי לקיים את הלכת השיתוף הספציפי בנכס מסויים למרות שיש כפיפות להסדר בחוק יח"מ. גם דנציגר דיבר על כך שהשיתוף הספציפי לא באמת מכניס בדרך האחורית את הלכת השיתוף הכללית ודחו את הביקורות על כך, ולכן טענו שהם דורשים דבר מה נוסף כדי להוכיח את השיתוף בנכס מסויים (שגידלו שם את הילדים למשל, שעשו שם שיפוץ משמעותי או שהתייחסו אליו כביתם).
 - עמית בפס"ד **בן גיאת** - לא משתמש בדבר מה נוסף, וממתן את גישה זו.
 - **בע"מ 9884/16** - הניסיון להרחיב את השיתוף הספציפי מעבר לדירת המגורים נדחה נכון לעכשיו לפי רובינשטיין, ישנם פסקי דין שבהם ביה"ד הרבני נדרש לשאלת השיתוף הספציפי, והוא לא אוהב לא את הלכת השיתוף הכללית, וקל וחומר שלא יאהב את הספציפית. ← בפועל מה שמתרחש הוא שפוסקים לפי הלכת השיתוף הספציפית אך אומרים שלא השתמשו בה. ←
 - מתבטא **בבג"צ 4602/13** - פרשת ה"בגידה". ביה"ד הרבני הצליח שלא להכיל את הלכת השיתוף הספציפי.
 - **בבג"ץ 2533/11** האשה הבינה שלא תוכל להשתמש בהלכת השיתוף הספציפי, ולכן ניסתה להשתמש בסעיף 8(2) (סעיף שיקול הדעת והחלוקה לא שווה בשווה), ביה"ד הרבני דחה ופירש את סעיף 8(2) בצורה מצומצמת למצבים שבהם צד אחד אשם בגירושין ולכן אפשר להענישו ולתת לו פחות. עמית אומר שסעיף 8 לחוק לא בא להכניס בדלת האחורית את יסוד האשם לתוך דיני המשפחה. אשמה זו היא מעין מוסרית, ביהמ"ש האזרחי דוחה גישה זו. פס"ד קודם שבו בג"ץ ניסה לשלול שיתוף בגלל נסיבות בגידה והתערב בכך והפך את הפס"ד הרבני הוא:
 - **בג"ץ 8928/06** של נאור- ובו היא מפרטת את כל הרציונלים של הלכת השיתוף ומראה שאין מקום לשיקולי אשמה ובגידה כי הם לא רלוונטיים. פס"ד זה חשוב כיוון שיש בו את חילוקי העמדות בתוך ביה"ד הרבני עצמו באופן המזכיר את בג"ץ הבוגדת האחרון הנ"ל. ישנה מחלוקת ברורה בין הרב דיכובסקי לבין הרבנים איזרר ושרמן, כאשר דיכובסקי מסתמך על הגמרא ואומר "שהיא זנתה, אך נכסיה לא זנו".
- סוגיית ההון האנושי-
- האם בגדר נכס, או רק כמרכיב שניתן להתחשב בו במסגרת שיקוה"ד של סעיף 8?
- שיתופיות מוחלטת-
- **בע"מ 8206/14**
- מקומו של האשם-
- **בע"מ 7272/10**: אשם מוסרי לעומת אלימות קשה המגיעה כדי "שלילת אנושיות". הבעל הורשע לפני בניסיון לרצח האשה, ותבע בהליכי הגירושין את הזכויות העתידיות שלה (פנסיה, גמלה, קצבה)- שהם נכסי קריירה. דפנה ברק ארז הפעילה את סעיף 8.1 ולא 8.2, מכיוון שלפי השורה התחתונה שלה- מתוך נכסי בניה"ז מוציאים את זכויותיה הפנסיוניות של האשה (זכויות הגמלה הנובעות מעבודתה של האשה... פנסיה תקציבית). שאר קופות הגמל שלה יתחלקו שווה בשווה.
- המועד שבו מסתכלים על כלל "עוגת הנכסים" הוא מועד אחר לזה שבו מבצעים את איזון המשאבים.
- ש: האם יש מקום להחיל מושגי אשם או להחיל את ס' 8 מבלי להתייחס להתנהגות הבעל?
- ת: לפי ברק ארז- התחשבות באלימות לא מנביעה התחשבות בשיקולי "מוסר" אחרים, וטוענת שהמשמעות של הפעלת אלימות פיזית קשה עד כדי שלילת אנושיות מביאה למחיקה טוטאלית של בן/בת הזוג האחרת/ ואי אפשר להשוות אותה ליחסים רגילים בין בני זוג או להשוות אלימות לבגידה ואין הצדקה לקשר ביניהם לשיתוף הכלכלי ופירוקו. אין מקום לחלק רכוש שנובע מעצם החיים אותם ביקש בן הזוג האלים לשלול.

הסכמי ממון

המחוקק הבין שמערכת יחסים יכולה להיות מועדת לניצול לרעה של פערי כוח או למתן הבטחות פזיזות בנסיבות של התלהבות וסערת רגשות (pillow talk and promises) ולכן המחוקק רצה להבטיח שבמסגרת מע' יחסים אינטימית ההבטחות שנותנים בני זוג יהיו יציבות ואמינות. סעיפים 1-3 בחוק יח"מ מתייחסים להסכם ממון.

- **תחולת חובת האישור כתנאי לתקפות ההסכם** - הסכמים בין נשואים יכולים להיות תקפים גם אם לא הועלו על הכתב או אושרו בפני בימ"ש, דבר שלא רלוונטי לידב"צים או לנשואים לפני 74'. הפרק הראשון (דרישת הכתב והאישור) חל על נשואים לפני 74' והפרק השני לא.
- אם לא היה הסכם בכתב או שלא אומת כפי שנדרש בס' 2 בפרק 1 לחוק יח"מ, חל חוק איזון משאבים בפרק 2 לחוק.
- **הלכת נציה** - ההוראות הפרוצדורליות של חוק יח"מ (הכתב והאישור) וגם הסעיפים מ11 ואילך (פרקים 2-3 לחוק יח"מ) כן חלים בפועל על הזוגות שנישאו לפני 74', ורק הפרק הראשון לא חל עליהם.
- **מה מסווג כהסכם ממון? הלכת שי** - כל הסכם שמתייחס ליחסים הכלכליים של בני הזוג וצופה מוות או גירושין הוא הסכם ממון גם אם הוא לא מסדיר את מכלול הרכוש ורק פריט אחד.
- **תקדימים - הלכת רודן** - בתיהמ"ש מנסים לתת תוקף להסכמים גם אם לא אושרו ע"י בימ"ש מתוקף תו"ל. (מניעות - השתק; השתקה של האישה מלטעון נגד ההסכם מכיוון שההסכם שנעשה לפני שנים רבות וידעו שהוא לא אושר ולא טרחו לאשר אותו ועכשיו רוצים לאכוף אותו - לא יוכלו להשתמש בו, הסתמכות על ההסכם, וכו' - בתנאי שהיה דבר כתוב, לא מדובר על הסכמים בע"פ). מקרים אלה הם קיצוניים ובהם ישנו עיוות דין והתוצאות הלא מוצדקות זועקות וביהמ"ש יתחשב במשמעות ההסכם וידון בו גם במקרה שאין משמעות.
- **הלכת קהלני** - ארבל מותירה את הפס"ד הרבני על כנו וגורמת לאישה להפסיד מיליון ₪, אך האוביטר שלה חשוב - וממחיש את דרישת הכתב, גמירות הדעת והצורך לוודא שהצדדים מבינים עד הסוף למה התחייבו בהסכם ובעיקר על מה וויתרו או האישה וויתרה.
- אימות הסכם הממון יכול להיות מאומת לפי רושם הנישואין או נוטריון במקרה הצורך ולא רק לפי חתימת בני הזוג.

הזכות לנישואין ומגבלותיה - מצוקות הנישואין

הזכות לנישואין היא זכות אדם בסיסית. מרכיבי הזכות לנישואין:

- הכושר לנישואין - עצם האפשרות להינשא. יהיו כרוכים בו כל השלבים לסטטוס הנישואין.
- צורת הנישואין - הדרך שבה נישאים.
- בשיח זכויות האדם הבינ"ל היא לא מנותקת מהאפיון שלה כזכות שנושאת בחובה את הזכות לשוויון ב-3 שלבי הנישואין:
 - יצירתם
 - מהלכם
 - פירוקם

זכות זו צריכה להבטיח לכל אישה את האופציה להינשא (למעט מגבלות) כאשר זכות זו כוללת גם את היחס השווה לכל אורך שלבי מסגרת הנישואין.

ישראל **מפרה** מחויבות בינ"ל זו לאורך כל 3 השלבים הנ"ל, כאשר הפרות אלה של זכות היסוד האוניברסלית מתרחשות על בסיס אפליה שנוהגת בשיטת המשפט הישראלית גם על בסיס לאום ודת וגם על בסיס מין (אפליה מגדרית).

המגבלות האוניברסליות:

- גילוי עריות (קרבה משפחתית מדרגה ראשונה)
- גיל נישואין מינימלי (לא היה גיל נישואין מינימלי לגברים והוא היה 13 לפי ההלכה; לנשים הוא היה 17, ולאחרונה הועלה ל18).
- ריבוי נישואים- ביגמיה; אינטראקציה בין ההסדרה המשפטית וההתנגשות בין תרבויות שונות לאיסור. איסור קיים בז"א הבינ"ל תחת harmful practices (מנהגים פוגעניים ומזיקים). כל המדינות שקיבלו על עצמן את הזכויות מחוייבות לא לאפשר ביגמיה.
- בני אותו מין- בוטל!

מגבלות החיתון בהלכה היהודית- שתי קטגוריות:

ילדים מקשרים אלה הנם ממזרים:	מנועי חיתון:
<u>אסורים ובטלים-</u> קשרים אסורים שהם בטלים לחלוטין. • עריות מדאורייתא- קרבת משפחה מדרגה ראשונה, אשת האח שנתאלמנה כאשר אין דין ייבום, אחות אשתו. • אם אדם קידש מישהי שאסורה עליו בגילוי עריות מדאורייתא ← הקידושים בטלים לחלוטין. • אשת איש- אם אשת איש מתקדשת לאדם אחר ← הקידושים חסרי כל נפקות משפטית. התוצאה ← הילדים שיווצרו כתוצאה מכל אחד מהקשרים הנם ממזרים.	<u>אסורים מלכתחילה, תופסים בדיעבד-</u> יוצאי דופן כיוון שמע' המשפט אוסרת על משהו מצד אחד אך מייחסת משמעויות חיוביות שמתמרצת את הדבר האסור מצד שני; קשרים אלה הם פסולי חיתון- מבחינה הלכתית זכותם להינשא זה לזה מוגבלת ואסורה. • חייבי לאוין מדאורייתא ושניות לעריות- (כהן וגרושה/חלוצה/גיורת), יהודי/ה לממזר/ת, אשת איש שזנתה, אסורה לבעלה ולבועלה לאחר גירושיה. במידה וכהן מקדש אחת מהאסורות לפי כל הכללים הנדרשים ← הקידושין תופסים בדיעבד. אשת איש שזנתה תחת בעלה ← אסורה על בעלה ועל בועלה אך אפשר שתתחתן עם אחר. ממזרות הוא מעמד הלכתי שנשאר לאורך הדורות; לאחרונה התפיסה הפוכה- ולמרות שהגישה אומרת שיש לוותר לאורך הדורות אם ממזר נישא לכשרה בשלב מסוים ומעלימים עין, בפועל- ביה"ד לא מוותר. <u>בפועל</u>, פסולי החיתון במצב מוזר- הם מצד אחד אסורים, אך מצד שני לא בטוח אם רושם הנישואין כן יכתוב אותם. במידה והם עושים טקס שלא במסגרת הרבנות ומקיימים את כל הכללים הדרושים ← הסטטוס שלהם משתנה לנשואים והם נחשבים נשואים תקפים. לדוג'- הכהן והגרושה לא יוכלו להירשם ברבנות כנשואים, אך אם יתחתנו חיצונית לפי כל הפרמטרים- הם ייחשבו נשואים. ← ילדיהם ייחשבו רגילים למעט ממזר שהתחתן עם יהודיה (כי ממזרות היא תורשתית). ← במידה וירצו להתגרש- יצטרכו גט הלכתי ברבנות כי נחשבים נשואים.

קבוצות המצוקה

- קבוצות מצוקה הנגרמות מכוח הדין עצמו - מבחינה מעשית לא יכולים להתחתן (כמו כהן וגרושה):
 - מנועי/פסולי חיתון אשר הקידושין ביניהם אסורים מלכתחילה אבל תופסים בדיעבד
 - זוגות בני דתות שונות (כולל יהודי ודאי וספק יהודי - לדוג' 400,000 יוצאי בריה"מ שיהדותם בספק לא יכולים להתחתן בישראל - זוהי קבוצת המצוקה הגדולה ביותר בישראל).
 - ספק יהודים נחשבים לחסרי דת מבחינת היהדות ולכן ע"מ לפתור זאת, נחקק חוק שמתיר להם להינשא עם מי שגם חסר דת כמותם.
 - עגינות
 - בני אותו מין
- מניעים אידיאולוגיים שאינם נובעים ממגבלות הדין הדתי - בני זוג שהנם יהודים מבחינת הדין הדתי ויכולים להתחתן, אך לא רוצים להתחתן בטקס דתי/ רוצים את הטקס הדתי אך לא דרך הממסד הדתי הרבני הממלכתי פורמלי, המוכר רשמית עפ"י החוק כרושם נישואין.
 - שאלת ההכרה בקידושין הפרטיים - פס"ד רודניצקי: זוגות שהיו מנועי חיתון שביקשו בכל זאת דרך להינשא ולקבל הכרה בנישואיהם. רוב זוגות אלה היו של כהנים וגרושות. כיום, כהן שרוצה להתחתן עם גרושה יתחתן בחו"ל/יחיו כידב"צים בחיים משותפים. האופציות לטוס לחו"ל לא תמיד ריאליות ולכן ← ניסו לעקוף את איסור החיתון.
 - ייחודיות הנישואין ביהדות - לנישואין יש אופי "פרטי" של הקידושין כדמו"י; האופי של הטקס פרטי ומספיק שני עדי קיום גברים בגירים שומרי מצוות (נוכחותם היא לא רק ראייתית אלא קונסטיטוטטבית וללא נוכחותם אין קיום למעשה הקידושין) + אקט הקידושין עצמו שכולל העברת הכסף/שווה כסף (טבעת) שהוא בבעלות האיש + המילים: "הרי את מקודשת לי..." כדמו"י.
 - האופי הפרטי הביא לתקלות: קידושי סתר, קידושי צחוק, קידושי חטיפה וכו'. לכן ← תוקנו תקנות הרבנות הראשית מ1950 לפיהן לא יקדש כל איש בישראל אם אין נוכחות של מניין + לאחר רישום בלשכת הרבנות הראשית.
 - כלומר, היה ניסיון להפוך את הטקס לפומבי מפרטי, ההפיכה לציבורי מונעת תקלות.
 - הזוגות בבג"ץ הנ"ל רצו לקבל את הרישום במשרד הפנים = כשווה לנישואין והם תמיד עתרו לסעד הרישום.
 - הבחנה בין המישור המנהלי (הרישום - ההשלכות הן בעיקר בין הזוג לרשויות) לבין המישור המשפטי - מהותי (התוקף - ההשלכות הן בעיקר פנימיות לבני הזוג בינם לבין עצמם)
 - ברודניצקי גילו סתירות בין דברי העדים ← ביה"ד הרבני לא יכול היה להכריע אם האישה מקודשת או לא.
 - לנדוי אומר שהמשימה כבדה מדי על ביה"ד הרבני ולכן ← הוא לוקח את הסמכות בתור בג"ץ כדי לתת סעד מן הצדק לפי סעיף 15ג' לחו"י: השפיטה. הוכרע שהזוג קרוב יותר לנישואין מאשר לגירושין ולכן כדי לקבע את הסטטוס שלהם בחברה מורים לפקיד לרשום אותם כנישואים מתוקף החלטה מנהלתית.
 - העתירה הייתה כנגד פקיד הרישום; עפ"י חוק הוא צדק מכיוון שעבד לפי החוק - ובג"ץ היה צריך לבדוק את סבירות ההתנהלות המנהלית שלו שהייתה נכונה אך בכ"ז הוא הורה לרשום את הזוג כנשוי.
 - ה"פינג פונג" עם ביה"ד - ביה"ד הרבני מוצא עצמו במצב בלתי אפשרי כיוון שמבחינה הלכתית הזוג נשוי והאישה אשת איש, אך מצד שני אם היא לא תיחשב כנשואה - היא עלולה להיחשב כמותרת כך שעלולה להיווצר לגיטימציה שתוכל להינשא. מלכוד זה של ביה"ד הרבני הצמיח קרקס ולולינות שלו - בכך שאמר ש"הזוג לא נשוי אך אם הם רוצים להינשא לאחרים הם צריכים גט". (אזכור **בפרשת גבאי**).

- האמירה הגורפת של לנדוי ברודניצקי- על פקיד הרישום לרשום אותם מכיוון שהעובדה שהם לא יכולים להינשא זה לזה הוא אינו חלק ממשפט המדינה; מה שנקלע לכך הוא רק ההיבטים המשפטיים והנפקויות של טקס דתי זה, ואם מבחינת ההשלכות המשפטיות הם כן נשואים כי אסור להם להינשא לאחרים- זה המצב המשפטי שייחשב חלק ממשפט המדינה ולכן תוצאות אלה מחייבות את המערכת האזרחית ופקיד הרישום צריך לרשום אותם כנשואים. בבג"ץ רודניצקי- הורו למשרד הפנים לרשום את הזוג כנשואים.
- הבחנה בין שתי קבוצות המצוקה- מנועי חיתון לעומת פנויי חיתון. רק כהנים וגרושות קיבלו את הסעד כאשר ההבחנה הייתה עניין הבחירה- כהנים וגרושות לא בחרו להיות כאלה, אך אלה שפועלים ממניעים אידיאולוגיים או אתאיזם בחרו לא להינשא ברבנות- < בג"ץ נותן סעד רק למי שאין לו מוצא אחר, כמו מי שנולד או מצא עצמו במצבו.

מטרת המבקשים את הטקס הפרטי כיום לעומת מבקשי הטקסים הפרטיים של שנות ה-60- מכיוון שאנשים כן רוצים לשמר את המסורת למרות שהם חילוניים, הטקסים הפרטיים מתבצעים עם הסממנים הדתיים ולפי השלבים המסורתיים. ישנם זוגות דתיים המחויבים להלכה ורוצים להתחתן כדמו"י- אך לא רוצים לתת דריסת רגל לממסד הדתי הממלכתי כיום בישראל (בגלל ביקורת על הממסד או שלא רוצים להיות רשומים כנשואים מכיוון שבמידה וירצו לפרק את הקשר- יצטרכו לעבור דרך ביה"ד הרבני הממלכתי). לכן- הם מראש יהיו מתואמים עם מספר רבנים בציונות הדתית שמוכנים לשמש כבי"ד רבני פרטי.

< מי שעושה טקס פרטי ולא רושם- זו עבירה פלילית שעונשה שנתיים מאסר (תיקון זה הוכנס בהחבא במליאה- מחטף). הסיבה לכך היא ההתגוננות של הרבנות הראשית נגד הדתיים החדשים כי הממסד הרבני רואה בקבוצה זו חתרנית ובעלת כוח חברתי משמעותי לאתגר את הממסד הרבני. עבירה זו לא נאכפת.

נישואין מחוץ לרבנות כיום:

- מה המוטיבציה- מעשית או אידיאולוגית? במידה ואידיאולוגית, התנגדות לטקס הדתי או לממסד הדתי?
- האם הטקס מתקיים לפי הכללים ההלכתיים?
- האם מקיימים גם נישואין אזרחיים מחוץ לישראל? (כדי שיהיו רשומים בישראל גם כנשואים- ואז מעמדם יהיה זהה כמעט לנישואים כדמו"י).

חיי משפחה ללא נישואין- ידועים בציבור:

- הפרדוקס הלכאורי בשיטת המשפט בישראל- מצד אחד, קשה להינשא בישראל ולהתגרש בישראל, כאשר המערכת מגבילה ומדירה. מצד שני, אין שיטת משפט בעולם שהיקף ההכרה בזוגיות ללא נשואים רחב כל כך כמו בישראל. כך המערכת מעמעמת את הקושי העצום ומסירה לחץ של מצוקות הנישואין והגירושין בישראל.
 - מוסד ליברלי או אנטי-ליברלי? היה מקובל להתייחס לידב"צים כאל התפתחות שמגלמת את שיא הליברליות במשפט הישראלי מכיוון שמוסד זה נתן מענה לכל מי שלא יכולים להינשא בישראל, ומתכתב עם נורמות חברתיות מודרניות. מצד שני- אמרו שיש אנשים שחיים יחד בלי להתחתן מכיוון שהם לא רוצים להתחייב ובכוונה לא מתחתנים (לא רק כי הם לא יכולים), וההכרה בידב"צים מפילה עליהם חובות שלא בהכרח הם רוצים בהם ולכן זהו יכול להיחשב גם מוסד אנטי-ליברלי.
 - הקושי ההגדרתי בראיה היסטורית- זילברג מגדיר את "הידועה בציבור כאשתו" כהגדרה משפטית קשה. כיום, מדובר בהגדרה של זוג שמקיים יחסי אישות כבעל ואישה תוך קשירת גורל זה בזה+ניהול משק בית משותף כפועל יוצא מחיי המשפחה המשותפים.
- הדיון על כך עולה בעיקר בעניין עיזבון, כאשר אחד מבני הזוג נפטר < אם מדובר בידועים בציבור מגיעה לבן הזוג השני חצי מהעזבון. אם הם לא נחשבים כידועים בציבור- הם לא זכאים.

- קבוצות המצוקה ושאלת ההתייחסות הדיפרנציאלית - מוסד הידב"צים פותר את הבעיות לקבוצות המצוקה הנ"ל באמצעות חיים ללא נישואים. חשוב להדגיש שבתייהמ"ש לא תמיד ערים להבחנה בין אלה שרוצים לחיות יחדיו בגלל חוסר האפשרות להינשא לבין אלה שחיים ללא נישואים מסיבות אחרות – כך שפעמים רבות בקריאת הפס"דים לא ניתן לדעת. **פס"ד ורסנו נ' כהן** - המערערת היא גרושה והמשיב הנו כהן, פס"ד זה הוא אחד מבודדים שבהם המידע מופיע במשפט הראשון. **פס"ד סלם נ' כרמי** - מתאר מצב שבו לא יודעים איך לסווג את סיבות הצדדים לבחירתם לא להינשא וכמה הן משפיעות על ההכרעה השיפוטית.
 - מצבי מעין ביגמיה - אנשים שנשואים לאחרים ובגלל סרבנות גט עדיין נשואים לאחרים אך נמצאים במערכת זוגית עם בני זוג חדשים כידב"צים מכיוון שהם לא יכולים להתחתן איתם בגלל הנישואים הקודמים. אנשים אלה מוכרים כידב"צים ויהיו להם זכויות, למעט חריג חוק הירושה (אנשים שחיים יחדיו חיי משפחה במשק בית משותף ואינם נשואים זה לזה, מת אחד מהם ובשעת מותו אף אחד מהם לא היה נשוי לאדם אחר זכאים, רואים את הנשאר בחיים כאילו המוריש ציווה לו לקבל את עזבונו). חוק הירושה לא מתייחס לידועים בציבור כיוון שאסור להגיד מילים אלה בזמן שהחוק נחקק ב'65, כיוון שמילים אלה מבחינת מפלגות דתיות מהוות טאבו. מבחינה דתית מוסד זה הוא אסור מגדרית מכיוון שזוהי אישה שחיה עם גבר אחד בעוד היא נשואה לאחר, ולפי הדין האזרחי נשואה בציבור יכולה להיות אשת איש, דבר שאסור בהלכה. לכן, כדי להעביר את חוק הירושה לא הזכירו את הידועים בציבור בניסוח+הגבילו את מתן הירושה במצב שאחד מבני הזוג נשוי לאחר.
- שום שיטת משפט בעולם לא מכירה במצב זה כאשר אחד מבני הזוג הידועים בציבור עדיין נשוי לאחר. בישראל, לא ניתן שלא להתייחס לכך מכיוון שיש מסורבי גט – והמערכת חייבת לתת מענה למקרים שבגלל שהמשפט עצמו יצר אותם, חייבים לתת להם פתרון.

רק 5% מכלל הזוגות בישראל חיים כידב"צים. לעומת זאת, במדינות אחרות - רבים חיים יותר כידב"צים (גם במדינות שמרניות כמו אירלנד).

לעתים, מוסד הידבצ"ים כופה עצמו על מי שלא רוצים את הנישואין - והסיבה לשיעורים גבוהים של זוגות כאלה במדינות אחרות הוא במידה רבה עקב אי רצונם להשתייך לסטטוס הנישואים כיוון שהם לא רוצים לקבל על עצמם נטלים וחובות של הנישואין. זוגות ידב"צים מתאפיינים בגיל צעיר יותר, ולרובם אין ילדים. החוקה במספר מדינות מכירה בחיים אלה, וישנן מדינות אחרות שלא מעניקות יחס לצורת חיים זו.

במדינות מערביות רבות, ישנו מבנה נוסף על מבנה הנישואין - שמכונה שותפות רשומה או שותפות אזרחית; civil union. מבנים אלה נוצרו לאורך שנות ה-90 כדי לתת לזוגות חד מיניים הכרה מהמדינה.

התפתחות חקיקתית:

- חוקי מעמד אישי הנוגעים למע' הפנימית של בניה"ז - הבחנה בין המעגל הפנימי לחיצוני - כשמדובר על השלכות המעמד האישי של נישואין, ההבחנה נחלקת ל-2 מישורים:
 - המעגל הפנימי (בניה"ז בינם לבין עצמם) - מזונות, כניסה ויציאה מהזוגיות, רכוש, נישואין וגירושין,
 - המעגל החיצוני (בין היחידה הזוגית עצמה לחברה/למדינה/לצדדים שלישיים) - חוק השמות מול המדינה (חוק ליברלי. בעקבות **פס"ד אפרת** חוק השמות תוקן).
- לכן, כאשר משווים בין זוגיות של ידב"צים לבין זוגיות של נשואים, צריך לזכור את ההבחנה בין המעגל הפנימי לחיצוני.
- חקיקה סוציאלית - חוקים אלה נחקקו כבר ב'49 כיוון שרבים משארית הפליטה מהשואה הגיעו במצב משפחתי לא ידוע אם בני הזוג שלהם חיים ואיפה. נועדו כדי שמצבה של הידועה בציבור יהיה מוסדר כבני זוג בהגדרת חוק החיילים המשוחררים, בחוקי ירושה או בחוקי קצבאות נכים. כאשר ניתנה הכרה ראשונית למונח ידב"צים, המע' הפוליטית לא הכירה בכך ולא הייתה מודעות לידועה בציבור כאשתו בפסיקה שיכולה להיות גם אישה נשואה לאחד וידועה בציבור של אחר. חוק הירושה מחריג את מי שנמצא במע' נישואים אחת כך שלא יכולים להיחשב ידועים בציבור של אחרים לצורך חוק הירושה, והחרגה זו התרחשה בעקבות המחלוקת הפוליטית. ← דבר זה מסביר גם את החקיקה לאורך השנים.

- חוק יחסי ממון לא נכנס לחקיקה הסוציאלית של ידב"צים מכיוון שידעו שלא נותרים ללא מענה כיוון שיש את הלכת השיתוף שקובעת את חזקת השיתוף בנכסים וכן מספקים מענה לידועים בציבור.
- **חוקים המטילים עלויות** - חוקים המטילים נטלים; מוסד הידב"צים מלא יתרונות מבחינת הכרת המדינה, אך מכילים גם עלויות; למשל ידועה בציבור שחיה עם אחר ונשואה לאחר מאבדת זכויות אחרות מכוח הנישואין-לא זכאית למזונות אישה או הכרה כחד הורית (עצמאית). לדוגמה, אלמנות צה"ל איבדו את זכאותן לפנסיה במידה ונישאו מחדש- ולכן היו רבות שהעדיפו לחיות כידועות בציבור.
- **חוקים המטילים חובות ואחריות** - חוקים המטילים חובות למע' היחסים; אלה הם חוקים המתייחסים לאלימות במשפחה. חוק העונשין (מטיל אחריות מוגברת בעבירות מין במשפחה/הפקרה או הפרת חובות כלפי ישע) והחוק למניעת אלימות במשפחה (שמפליל אחריות ומוציא צוי הגנה) אינו מבחין בין משפחה או זוגיות שמכוח נישואין או שלא מכוחו (ידב"צים). דבר זה מתרחש גם בבני זוג לשעבר או מי שחיו כידב"צים לשעבר. כלומר, הטלת האחריות המוגברת היא שווה לחלוטין בין הקשרים. ישנו רף אחד לבני זוג נשואים ולידב"צים ← אך למרות שהמגמה שווה, ההשוואה עדיין לא מלאה.

התפתחות פסיקתית:

בפס"ד לינדורן עלתה טענה שהחיים יחס ללא נישואים (כידב"צים) היא התנהגות הנוגדת את תקנת הציבור ← ולכן לא יכולה להצמיח הטבות. תקנת הציבור שנפגעת היא למעשה "תקנת הציבור הדתית".

פס"ד ורסנו – עלתה לראשונה טענה שבני זוג יוצרים ביניהם חבות של תמיכה הדדית גם בתחום של חובת מזונות.

בפס"ד מזונות אזרחיים של ברק – ברק מפנה **לפס"ד ורסנו** ומעלה את רעיון החוזה מכללא שלא מתייחס לרכוש, אלא לחובת מזונות. הטיעון נגד ברק היה שהסכם חוזי שנוגד את תקנת הציבור לא חל;

השינוי המעמדי-ערכי התרחש במספר פס"דים באופן הדרגתי והפך להיות בעל לגיטימציה עד **פס"ד אפרת**: ברק קובע שמבנה של ידב"צים לא רק שאינו סותר את תקנה"צ, אלא מהווה חלק ממנה בעצמו. בני הזוג חיו בתור ידב"צים. עוזי חי עם אפרת בתור ידועים בציבור במשך עשרות שנים, כאשר אשתו הקודמת של עוזי התנגדה לשינוי השם של אפשרת מכיוון שדבר זה עלול להטעות את הציבור שאפרת (הידועה בציבור החדשה) היא אשתו של עוזי בעוד עוזי נשוי לאחרת.

לאחר ההתפתחויות החקיקתיות והפסיקתיות, האם המעמד של ידב"צים זהה לשל נשואים? האם הסכם ביניהם יהיה שווה גם להסכם של זוגות נשואים?

ההלכה עדיין קובעת שהנטל להוכחת השיתוף כשבניה"ז הם ידב"צים בפרק ב' של החיים כבד יותר, אך אם הם בפרק א'- גם המצב קשה. ידועים בציבור כל הזמן צריכים להילחם ולהוכיח, בעוד לנשואים יש את הרישום המקנה להם סטטוס וזכויות נגזרות כתוצאה מכך. הנישואים יוצרים סטטוס, שמשמעותו שהוא עובד לכל הרבדים- וכלפי כולי עלמא. השלכותיו הם גם ברובד הפנימי וגם בחיצוני, ואין צורך להוכיח בכל הקשר, דבר ועניין, בשונה מידב"צים שחובת ההוכחה תמיד קמה להם.

פס"ד הצהרתי כמו אפרת לא נותן מענה, כיוון שבתי משפט לענייני משפחה לא ימהרו לתת פס"ד הצהרתי כזה מכיוון שהרעיון בבסיס הידועים בציבור הוא שהקשר יכול להשתנות בכל רגע או להסתיים ולכן יעדיפו שלא.

האם ידב"צ הינם בני זוג בכל הקשר ובכל חוק? עפ"י לינדורן, אין הגדרה מפורשת שבני זוג כוללים לצורך החוק גם ידועים בציבור, לכן ← ברירת המחדל היא שידועים בציבור לא נחשבים בני זוג, אך ישנם מקרים כמו **לינדורן** שבהם פרשנות מאפשרת כן להכיר בהם כנשואים.

האם לא ניתן להתנות על מעמד ידב"צ? לפי **פס"ד בר נהור** הקביעה לא ברורה ולא יודעים אם מצמצמים זאת לסעיפים מפורשים בחוק הירושה וחוקים אחרים או שאי אפשר להתנות, ולכן עד היום המקרה תלוי קיים.

כדי לא להיות בסכנה של סרבנות גט, ההמלצה לפי פרופ' קדרי היא לחיות במע' יחסים של ידועים בציבור.

ישנם יתרונות לידועים בציבור- לא נתונים לאפשרות להיות מסורבי גט, ההכרה רחבה יותר היא בהלכת השיתוף ולכן אין צורך בחוק יחסי ממון. בנוסף, מס הכנסה עובד רק על זוגות נשואים ולא על ידב"צים.

אין ידועים אם זוג נכנס למשבצת של ידועים בציבור או לא? צריכה להיות תשובה ברורה של פרק זמן מינימאלי. למשל: זוג סטודנטים משכירים דירה ביחד מטעמי נוחות ועילות, לאט- לאט, מתפתח קשר זוגי ביניהם. האם זה משנה אם הם רואים עצמם כידועים בציבור או לא?

רואים התמודדות עם שאלה זו **בפס"ד סיגל ביטון**- סיפור טראגי, בן הזוג נהרג בצבא ולאורך כל תקופת הקשר שלהם הם חלקו את הדירה עם עוד שותפים- במשך 4 חודשים. היה להם תאריך לחתונה, אך המגורים המשותפים שלהם לא עונים להגדרה הקלאסית של ידועים בציבור. תאריך חתונה יכול להעיד על כך שהם רצו להפוך ליחידה אחת, מצד שני זה יכול לומר שעכשיו הם עדיין לא יחידה אחת. האישה תובעת את צה"ל להצהרה שתהיה אלמנת צה"ל. ביהמ"ש הכריע כי הם היו ידועים בציבור- בגלל האופי המיוחד של התביעה. כנראה שאילו התביעה הייתה נגד הביטוח- התביעה לא הייתה מתקבלת. כנ"ל גם לגבי תביעה למזונות- משום שתוך 4 חודשים קשה ליצור תלות שתביא למזונות. בד"כ יש פרקי זמן מינימליים של שלוש שנים מגורים או ילדים משותפים. לכן, פס"ד זה נחשב לחריג.

פס"ד 3497/09- האם המגורים המשותפים האם תנאי או לא? לא תנאי הכרחי. הזוג גרו בבתים נפרדים. המנוח הלך לעולמו ולא השאיר אחריו צוואה. הילדים התנגדו לתת את הירושה לאישה. התביעה התנהלה בעניין הזוג אם הם ידועים בציבור או לא.

פס"ד סלם נ' כרמי- יחסים אינטימיים: לא תנאי הכרחי. גם אם בני זוג לא מקיימים יחסים אינטימיים, עדיין הם יכולים להיחשב לידועים בציבור.

בג"ץ 4178/04 - מטרת הולדת ילדים: לא תנאי הכרחי. בן הזוג היה נשוי למישהי אחרת ולא הייתה לו מטרה להקים משפחה חדשה.

גבולות המוסד- פס"ד פישביין- אחיות הנאבקות לקבל הכרה כידועות בציבור: גבולות מוסד הידב"צים- **הלכת פישביין**- התעקשות על מרכיב החיים האינטימיים. הקשר צריך להיות זוגי עם פוטנציאל לחיים אינטימיים. במידה ומהאחריות נפטרת, השניה לא תקבל את הזכויות שהייתה מקבלת אילו היה זה קשר זוגי מוכר.

המטרה של מוסד הידועים בציבור- ההכרה במוסד הידועים בציבור מעניק קצבאות וזכויות יתר, שגם מי שחיים יחד כמו זוג אחיות ולא רק זוג רגיל- זכאי לה. קצבת שארים אמורה להשלים את החסר במשענת הכלכלית; דבר זה נמנע מהזוג פישביין.

מוסד הידועים בציבור נועד לחקות את מוסד הנישואים; ולכן טוענים שכמו שאחיות לא יכולות להיות נשואות- הן גם לא יכולות להיות ידועות בציבור.

נישואין אזרחיים מחוץ לישראל

האם נישואים אלה נחשבים לתקפים במשפט הישראלי? ע"מ לענות על שאלה זו, צריך לפנות לדיני המשב"ל. בביהמ"ש לענייני משפחה נאמר שאם יש עניין שנתון לדין של מדינה אחרת, צריך קודם לעבור את הדין הבינ"ל ואז להגיע לדין המדינה שלנו. בישראל אין נישואים אזרחיים.

בבג"ץ 2232/03- בני נוח- ברק מסכם בפסקאות 24-48 את 3 הגישות:

1. כללי ברירת הדין האמריקאיים- כדי לדעת אם נישואין שנערכו במדינה פלונית אכן תופסים והם בעלי נפקות ותוקף, נשאל את אותה מדינה. במידה והנישואים בה תקפים ← הם תקפים בהתאם גם במדינה שלנו. תוצאה זו לרוב תהיה חיובית. הולכים לפי כלל cometteen.
2. כללי ברירת הדין הבריטיים- גישת סימן 46 לדברה"מ (הצינור שדרכו ייבאנו את הדין האנגלי במקום שאין תשובה בדין הפנימי הישראלי). דין זה מבחין בין צורת הטקס (שנגזרת לפי הדין של אותה שיטת משפט זרה שלפיה הטקס נערך) לבין הכושר להינשא (האם אדם יכול לקיים קשר תקף עם בן זוגו- האם יש מגבלות דתיות? פנים דתיות? שאלת הכושר להינשא נגזרת לפי הדין של אותה מדינה ומקום מושב הזוג).
3. סימן 47- אין צורך ללכת לסימן 46 כי יש תשובה במשפט הפנימי שנמצאת בסימן 47 (בדין האישי).

השקפת ההלכה לגבי נישואין אזרחיים:

• האישה נקנית ב-3 דרכים:

- כסף
- שטר
- ביאה- קידושי ביאה; ייתכן שבאמצעות היחסים האינטימיים מתקיים אותו מעשה קניין של האיש/הבעל שבועל את האישה באמצעות הבעילה עצמה. הדבר מסתבך כאשר מוסיפים לכך את החזקה שאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות כאשר יש לו אפשרות לעשות אותה בעילה לשם קידושין. (חזקה שאם יש לגבר אפשרות לקיים יחסים אינטימיים הוא יעדיף לעשות אותה לשם קידושין מאשר לזנות), אך חזקה ניתנת לסתירה- ויש להוכיח כוונה וכו'.

תשובת הריב"ש-

ש: זוג שעבר טקס נוצרי, האם האישה צריכה גט אם האיש עזב אותה בהיריון או שלא היו נישואים מלכתחילה?

ת: בנישואים הנוצריים אין חשש קידושין, שהרי לא נתקיים בהם "נתן הוא ואמר הוא" (לא נתן טבעת או קידושין) ורק הכומר בירך אותם ונתן טבעת.

עצם העובדה שבא עליה לא אומר שקידושין אותה- כל ביאה שלא לשם קידושין אינה מקודשת; צריך שהביאה תהיה מפורשות לשם קידושין והוא לא אמר לעדים שהוא מתייחד איתה כדי לקדש אותה.

בעבר היו מקרים בודדים שנחשבו כקידושי ביאה, מכיוון שלרוב דורשים קידושים כדמו"י. חזקה זו תוכל להיות מוחלטת גם רק לגבי כשירים ולא לגבי פרוצים; הכשירים הם מי שחיו בתקופה שאסרו טקסים דתיים: כמו האנוסים בספרד ותושבי בריה"מ.

עד לפרשת בני נוח, התשובה המקובלת על סמך הריב"ש הייתה שנישואים אזרחיים לא יוצרים קידושין כיוון שהחזקה לא מוחלטת בדורנו וביחס לחילונים לא שומרי תורה ומצוות, ובמקום שבו הנישואים האזרחיים נעשו כדי להתחמק מהדין הדתי וכדי להיות נשואים לא כדמו"י- ולכן לא צריך גט מלכתחילה, אך היו מקרים שבהם ביה"ד הרבני שמחויבים להגיע אליו כן סידר גט אך לחומרא = משיקולים של "נראות" ומניעת הטעיית הציבור, לא רוצים שאישה שנחשבה לנשואה תהיה מותרת לאחר בלי הגט אך אם אי אפשר לסדר גט זה (במידה ואם אחד מבני הזוג לא נמצא או אם יש ניסיון סחיטה וסרבנות גט או חוסר שת"פ) ← ניתן לוותר עליו. גט לחומרא יהיה רק בגלל שיקולי הטעיית הציבור ולמראית עין. זו הייתה הדעה המקובלת בבתי הדין הרבניים עד לפרשת בני נוח.

פעמים רבות ביה"ד הרבני הגדול אומר שהאזורי כן היה צריך לתת פס"ד שיראה לציבור שהקשר היה והסתיים, דבר שהביא **לבג"ץ בני נוח**:

בג"ץ עוצר את הדיון ומקבל את הצעתו של הרב יעקובי להפנות שאלה לביה"ד הרבני: "על בסיס מה הקשר מסתיים? רק מכיוון שהוא קשר אזרחי?" ברק היה מוכן להתערב בשיקולים המהותיים שביה"ד הרבני שקל בשאלת סיום הקשר ← הרב דיכובסקי מבין שאם יענה שביה"ד הרבני לא מכיר כלל בנישואים אזרחיים או מייחס להם עצמאות יש סכנה של נטילת עצמאות ← מחדש תזה מהמאה ה-19 ובונה תורה של שתי קומות של נישואין:

- הקומה הראשונה - נישואים אזרחיים, קשר זוגי המקבל הכרה מדינתית, זוהי דרך שתופסת וכל האנושות חייבת בה
- הקומה השניה - הקידושין כדמו"י, תופסת רק לגבי יהודים שחייבים לקיים קומה שניה זו.

כלומר, גם לנישואין האזרחיים יש משמעות הלכתית: הם אמנם לא מחייבים אך נדרשת התערבות שיפוטית כדי לסיים את הקשר – דיכובסקי מציג את עילת "מות הנישואים/תום הנישואים" - גירושין ללא אשמה – ברק התלהב שביה"ד הרבני הופך לליברלי אך שוכח שעילה זו תהיה תקפה רק בנישואין אזרחיים ולכן העילה לא רלוונטית כלל... זו הייתה הזדמנות לברק לגרום לכך שהמכלול של הנישואים האזרחיים יצא מסמכות ביה"ד הרבני ויהיה נתון לשליטה אזרחית בלבד אך הוא החמיץ הזדמנות זו והעדיף לשתף פעולה עם דיכובסקי ביה"ד הרבני.

התפתחויות משפטיות:

- עבירת הביגמיה - אדם ייחשב לביגמיסט בין אם הנישואין תקפים או לא.
- התרת נישואין - חוק שיפוט בענייני התרת נישואין; החוק בא לתת מענה לזוגות שעד אז לא הייתה להם אפשרות להתגרש בישראל כמו זוגות נשואים שנישאו מחוץ לישראל ואף בית דין לא יכול לסדר להם גירושין מכיוון שחייבים שבני הזוג יהיו בני אותה דת. – לכן נחקק החוק. היו שניסו לטעון שמכיוון שיש דין שמפרט עילות להתרת הנישואין – מכאן למדים שהנישואים אכן תקפים בישראל. כדי לדעת אם הנישואים תקפים, צריך לפנות לכללי ברית הדין; אין תשובה לכך - מכיוון שהפסיקה התחמקה שיטתית מלתת תשובה לכך. הסעד המרכזי והראשוני שהיה היחיד במשך שנים לגבי נישואין אזרחיים היה סעד הרישום: **בג"ץ פונק שלזינגר** - זוג נישא אזרחית וביקשו להירשם כנשואים בישראל בסוף שנות ה-50 – ההלכה נפסקה שפקיד הרישום חייב לכתוב את סטטוס הזוג בעקבות הצגת תעודה ציבורית או רישום אותנטי, אלא אם כן מה שמבקשים לרשום נראה מזויף או לא נכון על פניו. – לכן התפתחה שאלת האנומליה: שאלת הסטטוס-אמורה להיות תאימות בין הקשר שכביכול קיים לבין המציאות. – כך התפתחה בישראל הפרדה בין כסות הרישום לבין המצב המשפטי האמיתי, הנפקות. לכן זוג להט"בים יכול להיות רשום כנשוי אך לא בהכרח שהקשר ביניהם ייחשב כתקף בארץ כיוון שהפסיקה לא מצביעה על שימוש באף מ-3 שיטות המשב"ל לעיל. – אין חשיבות לידע זה כיוון שהדבר לא רלוונטי: ישנה הבחנה בין המישור הפרטי לחיצוני - הרישום עושה את כל העבודה מבחינת הבירוקרטיה וגם במישור הפנימי אין חשיבות - למשל שיתוף נכסים (חוק יחסי ממון תקף כיוון שהזוג רשום כנשוי).
- שאלת המזונות - ברק והמזונות האזרחיים: לפיו, יכולנו להכריע בשאלה תוך בירור הסטטוס או דרך החוזה. הוא בוחר לא ללכת בדרך הסטטוס.
- לפי האוביטר - הגישה הנכונה היא לפי סימן 46, **ובפרשת נישואי רומניה** - טוען שהמדינה היא קיבוץ גלויות ויש לבחור בדרך המייצרת הכי הרבה הכרה - כללי ברית הדין האמריקאיים.

האם הסטטוס נחוץ לשם הכרעה בכלל?

תגובת הנגד של ביה"ד הרבני - המלחמה על הנישואין האזרחיים. ביה"ד הרבני לא היה מוכן להכיר בנישואיהם של בני זוג חד מיניים ולכן עפ"י סמכות שיורית ביהמ"ש לענייני משפחה אפשר את גירושיהם. – כך, פרדוקסלית - מי שמחפש את המעטפת האזרחית ביותר (נישואים אזרחיים ולא גירושין אזרחיים) הם זוגות להט"בים שיכולים להתגרש לאו דווקא באמצעות ביה"ד הרבני. בנישואים אזרחיים בביה"ד הרבני אי אפשר לכרוך (עקב חשש לחוסר כנות הכריכה). בניגוד לדעתו של דיכובסקי ולמקובל עד כה, נוצרו מצבי עגינות ברורים בנישואין אזרחיים, מכיוון שנוצרו מצבים של ספק קידושין שהביאו לסחטנות/סרבנות ואף עגינות בנישואים אזרחיים.

לפי המשב"ל, דמוקרטיה אינה רשאית להגביל את זכות היסוד לנישואים אזרחיים מסיבות דתיות. האינדיבידואלים יהיו רשאים להוסיף לטקס האזרחי טקס יהודי או אחר; קודם מסדירים את המעמד האישי מבחינה אזרחית מבחינת הסטטוס אצל המדינה כ"נשואים", ולאחר מכן מבצעים את הטקס הדתי - בכנסיה/כדמו"י/וכו'. הגבלת ההכרה המדינתית לזרוע דתית עדיין מותירה את המדינה כבעלת דת רשמית.

זוהי גם הבעיה שקהילות יהודיות נתקלות בה בעולם, כיוון שהסדר הגירושין המדינתי הוא אזרחי. כאשר החלו להנהיג נישואין אזרחיים, הנהיגו פתרון של נשואים על תנאי ← מסיימים את הקשר בדרך אזרחית כך שהתהליך מהיר יותר. במידה ואותו זוג עושה גם טקס כדמו"י, מבחינת הקהילה היהודית הם נשואים, אך מבחינת המדינה - הם גרושים ויכולים להינשא לאחרים.

לכן, מדינות שבהן ריכוז גבוה של יהודים מאמינים בעלי כוח פוליטי (אנגליה, אוסטרליה, דרום אפריקה, צרפת, אונטריו וניו יורק) - תיקנו את החוקה כך שהפרידו דת ממדינה ונחקקו *get laws* - שנחקקו במיוחד לבעיה היהודית של *withholding the divorce*. חוקים אלה מ'84 קובעים שכל מי שמגיע תביעת גירושין ובנוסף לנישואין האזרחיים נישאו בטקס דתי, חייבים להצהיר שהסירו את המכשולים בפני בן הזוג לנישואים דתיים חוזרים. חוקים אלה לא תמיד אפקטיביים כיוון שכשהאישה תובעת, לא תמיד אפשר לחייב את הנתבע.

ההתייחסות המקובלת נכון להיום היא שלא מפעילים את החזקה ש"אין אדם בועל אלא בעילת זנות", ולכן הנישואים האזרחיים מבחינה הלכתית אינם מהווים קידושין כי לא מפעילים את חזקת קידושי הביאה כיוון שלא הייתה כוונה לקדש כדמו"י. תיאורטית, יכולה להיות הפעלה של החזקה אך הדבר לא קורה בפועל.

הדתות בארץ דואגות לשמור על הפרדת דתית בין הלאומים המסוכסכים - האסלאם והיהדות לא מאפשרים נישואים בין דתיים. בפועל, המחוקק האזרחי ייפה את כוחם של הדינים הדתיים לשמור על הדינים הלאומיים ועל כך שהכניסה לקולקטיב היהודי לא תהיה באמצעות נישואין אלא רק באמצעות גיור. לכן, אין סיכוי להנהגתם של נישואים אזרחיים בישראל כיוון שהדבר משרת את הממשלה ועושה בשבילה את ה"עבודה המלוכלכת".

זוגות בני אותו מין

ספקטרום ההתייחסות מצד המדינה:

- גישה אוסרנית - רוחת ב72 מדינות בעולם עד לאלה המטילות עונש מוות. בישראל, גישה זו נזנחה ב1988 רשמית אך קודם לכן כבר בשנות ה50. לצד הקרימינליזציה קיימת גם דה-קרימינליזציה, המהווה את הגישה הסובלת.
- גישה "סובלת" - דה-קרימינליזציה, ביטול עבירת מעשה סדום ב1988.
- גישה מגוננת (הגנה מפני אפליה בעבודה 1992) - יחס שונה ששולל זכויות ולא מאפשר/מעלים עין מאפליה/אלימות או רדיפה של אנשים על בסיס נטייתם המינית וזהותם המגדרית, כל אימת שאנשים מופלים לרעה על בסיס כך - על המדינה להגן מפני אפליה זו. בישראל, הצעד הראשון לכך נעשה ב'92 עם הוספת עילה לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה האוסרת על אפליה עקב נטיה מינית (ההופכת את בעלי הנטיה המינית לקבוצה מוגנת). התרומה המשמעותית של חוק זה היא בעיקר **בפס"ד דנילוביץ'** - אחד מפסקי הדין המשמעותיים ביותר וזה שסימן את ברק בתור "אויב העם" עוד לפני הלכת בבלי. בפס"ד זה ברק מתאר את הזוגיות כדבר אידיאלי ומסדיר את אותו רף לזוגות חד מיניים ולזוגות הטרוסקסואלים. ← דבר זה היווה את הפתח להתפתחויות משפטיות נוספות בעיקר להנחיות היועמ"ש:
- גישה תומכת (הנחיות היועמ"ש לאורך השנים) - התפתחויות פסיקתיות, חקיקתיות (רגולטוריות) המביאות להכרה והשוואת מעמד באופן מלא לזוגות הטרוסקסואלים. במדינת ישראל מעמדם של זוגות בני אותו מין אינו שווה לחלוטין למעמדם של זוגות בני לא אותו מין. התשובה חלוקה:
 - בהסתכלות על הזוגיות בישראל כידב"צים וככאלה שנישאו מחוץ לישראל, ישנו דמיון באי קבלת הילדים:
 - מבחן הלגיטימציה האולטימטיבי ליחידה המשפחתית של בני אותו מין נחלק לשניים:
 - הכרה בזוגיות - כל עוד אין נישואים אזרחיים בישראל, גם לא יהיו נישואים לבני אותו מין בישראל. המפלגות שהציעות ברית זוגיות אזרחית לא הכניסו נישואים בין בני אותו מין והציעו רק מגבלה של "איש ואישה" כאשר היחידים שהכלילו בני זוג מאותו מין היו מר"צ  צ
 - הכרה בהורות - כן מאפשרים הכרה בהורות למרות שלא מכירים בהכרח בזוגיות; בשאלות ההורות - שואלים מהי הלגיטימציה החברתית-דתית בקהילה הדתית, כאשר שם - האתגרים גדולים יותר. דוג' - חתונת משה וערן.
- **פס"ד ירוס-חקק** - הראשון שבו העליון התמודד עם שאלת ההכרה באפשרות אימוץ ע"י ההורה השני. המהלך היה מסובך כיוון שחוק האימוץ קבע ש"אין אימוץ, אלא לאיש ואשתו יחד". העליון מכיר בשאלה הערכית מבחינת הערכים - האם תא משפחתי של בנות זוג - שתי אמהות - נכון עבור הילדים או לא? מדובר בתא משפחתי מתפקד. לפי החלטת היועמ"ש מ2008, שואלים האם בני זוג מהווים "איש ואישה" לצורך חוק הירושה. המחוזי בנצרת קובע שכן לפי ס'55 לחוק הירושה כמו ידועים בציבור.
- הפרשנות שהשתמשו בה כדי שאחת תוכל לאמץ את ילדיה של השניה הייתה לפי הנחיות היועמ"ש; לפיו - יש את דרך המלך, שהיא שבנות זוג למעשה כן ייחשבו כבנות זוג לעניין ס'3.1 בחוק האימוץ (כאשר ההורה האחר הוא כבר ההורה הביולוגי).
- כדי להשקיט את המתקוממים, היועמ"ש אומר שהוא לא יצר משפחה חדשה אלא רק פירש את החוק. כאשר נקבע ש"איש ואיש" יכול לשמש כ"איש ואישה" לצורך ירושה, היועמ"ש לא ערער על כך. בתוך היחידה הזוגית, היועמ"ש מקבל שהמציאות השתנתה ושחייבים לתת הכרה לתאים משפחתיים חדשים. אך ככל שהדברים נוגעים ליצירת סטטוס (שאלת הנישואין עצמם או כניסה למע' רשמית מוכרת של המדינה כמו חוק ברית הזוגיות לחסרי דת), ישנה בעיה. הכרה בסטטוס אבהות או אמהות הם סטטוסים בעלי השלכות שעדיין לא הכירו בהם.
- היועמ"ש טוען שהוא "מרחיב את ערוץ האימוץ הקיים" למצב של שתי אמהות, כאשר בפועל - המצב בשטח הוא שלילד יש שתי אמהות. ← הדבר אינו אומר שמלכתחילה אפשר לתת אימוץ של ילד ללא זיקה כלל לאחד מההורים. כלומר, ההבחנה של היועמ"ש היא בין יצירת סטטוס חדש לחלוטין לבין התאמת הכותרת המשפטית למציאות בשטח (כאשר יש כבר הורה ביולוגי אחד למשל).
- זוגות כן יכולים לאמץ, אך רק "ילדים פחות רצויים" (כמו ילדים מעל גיל 4 שנים, או ילדים שסובלים ממומים/תסמונת

וכו'), שהזוגות ההטרסקסואלים אינם מעוניינים לאמץ אותם. במקרים אלה, לרוב בני הזוג פונים לפרסום פסק הדין שלהם, כיוון שהם רואים בכך תחושת שליחות.

פרשת ברנר קדיש- בנות הזוג שהו בארה"ב לצורך לימודים, ועברו שם הליך אימוץ כאשר האחת ילדה והאחרת קיבלה צו אימוץ שמכיר בהיותה אם נוספת של הילד הביולוגי של בת הזוג שילדה. היו להם 3 ילדים בהליך זה, כאשר 2 כבר היו רשומים כילדים של שתיהן, והמאבק המשפטי היה על הילד השלישי כך שנוצרו פערים בענייני הסטטוס והסדרת שאלת האמהות בין 3 ילדים שגדלים יחדיו כאחים באותו תא משפחתי, כאשר לאחד יש רק אמה אחת ולשניים האחרים יש 2 אמהות.

הן מגיעות עם צו אימוץ מערכאה שיפוטית מוכרת בארה"ב ופקיד הרישום מסרב לרשום אותן; זהו יישום של הלכת **פונק שלזינגר** (שלפקיד הרישום אין שיקו"ד והוא מחויב לרשום כאשר ישנו גיבוי ע"י מסמך פורמלי שנראה לא מזויף ואמין על פניו, אלא אם כן רואים בפירוש שזוהי טעות גלויה). פקיד הרישום טען שהוא לא יכול לרשום שתי אמהות כי יש רק אבא ואמא ולא שתי אמהות, כך שמבחינתו זה נכנס לחריג של הלכת פונק שלזינגר.

← עתרו לבג"ץ ועלתה השאלה: "האם זהו פסק דין נוסף בסדרת פוסט-פונק שלזינגר?" זהו דבר שונה שמרחיק אותנו מהעניין הטכני-אוטומטי של רישום אוטומטי של פקיד הרישום, כיוון שהמדינה טענה שזהו לא פסק דין כמו פונק-שלזינגר, כיוון שאין תבנית משפטית קיימת לבני זוג בני אותו מין. כלומר, פקיד רישום רשאי לסרב כיוון שמבקשים ממנו לרשום משהו שלא קיים.

נקבע כי צו האימוץ הוא אקט שיפוטי שיוצר זיקת הורות משפטית במקום שאין בו זיקת הורות אחרת (ביולוגית), ולכן לא נכון להגיד שזהו יישום של פונק שלזינגר.

בג"ץ משך את הבקשה לדיון נוסף ולא החליט בעניין, ובסוף המליץ למחוק את הבקשה לדיון הנוסף בעקבות מתן פסקי הדין של ירוס-חקק ובן ארי-ושומן.

← נראה שלמרות ההסתייגויות, ההשלכות של ברנר-קדיש רחבות יותר והיא הפכה להיות הלכה מנחה למצבי יצירת הורות בכל דרך מחוץ לישראל כדי שתהיה מוכרת גם בישראל.

פרשת בן ארי ושומן- ברק מבהיר כי טיעון היעדר התבנית המשפטית זהה למעשה לשאלת הסטטוס, קרי התוקף המשפטי, כך שזהו ניסיון להחזיר את טיעון היעדר התוקף בדלת האחורית.

מבחינת ז"א בינ"ל, לזוג בני אותו מין אין זכות מוכרת במשכ"ל להינשא. זוהי לא זכות שמדינות חייבות לספק כיוון שבעולם עדיין ישנן מדינות בעלות עונש מוות או שלא מקבלות.

נקבע כי אם יש במדינה מעמד שהוא פחות מנישואים כמו שותפות רשומה או ידב"צים, צריך לפתוח זאת לאותו מין מבחינת ז"א מוכרת. אך נישואין חד מיני עדיין לא מוכר בעולם - גם לא בביה"ד האירופאי לז"א.

כלומר, טיעון המדינה אינו מופרך או חסר בסיס: רובינשטיין קיבל טיעון זה. כלומר, רובינשטיין בפס"ד זה וזועבי בפס"ד פונק-שלזינגר הם שמרנים בניגוד לברק, ואין תשובה אחת נכונה.

בנוסף, דעת המיעוט של רובינשטיין שמסיר את המסווה מעל ההבחנה המלאכותית בין רישום להכרה, גורס כי הלכת פונק-שלזינגר כבר נמתחה מעל ומעבר - ואומר שהאדם מן היישוב אינו מבחין בין הרישום לבין ההכרה בסטטוס. בשום שיטת משפט אחרת אין מצב של פער בין מה שרשום לבין מה שקורה באמת מבחינה משפטית ומבחינת הדין החל, ולכן הוא אינו מקבל את הרישום שאינו באמת מכיר בזוגיות זו ושהנישואים אכן תופסים בישראל. הוא טוען שרישום יוצר סטטוס חדש ויש להכיר בכך (למרות שהוא חושב שלא נכון לעשות זאת כיוון שאין תבנית משפטית מוקנית כזו).

המלצות וועדת מור יוסף- הוקמה על רקע ההסדרים המשפטיים הקיימים בישראל בנוגע לאפשרות של יצירת תאים משפחתיים באמצעות הטכנולוגיות החדשות בהולדה. תחת הגדרה זו, נכללים תרומת זרע, טיפולי פוריות (הפריה חוץ גופית), פונדקאות, וכו'. מקרים אלה עלולים ליצור פיצול באמהות: יש את תורמת הביצית, האם נושאת ההיריון (הפונדקאית) והאם שעתידה להיות המאמצת.

שאלת הפונדקאות - מה מרכיב את זהות - מי הוריש את המטען הגנטי שהוא חלק בסיסי? מי נחשבת מורשת הדת - האם הפונדקאית או האם הביולוגית? שאלה הלכתית נוספת - איך נוצרת ממזרות במקרים של פונדקאות - האם היא נוצרת רק כאשר אישה נשואה מקיימת יחסי אישות עם גבר שאינו בעלה, או שאולי ביצית של אישה נשואה מופרית בזרע של גבר נשוי? נקטו בגישה המחמירה ולכן הפונדקאית חייבת להיות רווקה. אם הזוג נזקק לתרומת ביצית, הדרך הקלה ביותר היא שהאם הפונדקאית תופרה בזרעו של האב המיועד ואז הפרוצדורה היא קלה יותר כיוון שהיא רק של הזרעה מלאכותית ולא הפריה חוץ גופית.

התיקון שניתן באמצעות חוק הפונדקאות הוא לתת לנשים יחידניות (גם כאלה בזוגיות לסבית) ומאפשר להן להשתמש בהסדרי נשיאת עוברים לפי חוק נשיאת עוברים בישראל, וממליץ לאפשר לבני זוג גברים לעשות שימוש בפונדקאות אך רק אלטרואיסטית (רק אם הם מוצאים אישה שתהיה מוכנה לשאת עבורם היריון ללא תמורה), כיוון שלא רוצים להפוך את הפונדקאות לסחר בילדים.

לכן מבחינים בין הורים הטרנסקסואליים להורים הומוסקסואליים.

עדיין ישנן עתירות עומדות: שני זוגות גברים עם "צווי הורות" מארה"ב, נשים שביקשו תרומת זרע- ומאז 2012 ישנה פסיקה:

← **בג"ץ ממט-מגד- פס"ד זה אינו מחייב למבחן.**

בוצעו הליכי פונדקאות בארה"ב כיוון שיש הבדל בין הליכי פונדקאות שם לבין הודו/סרי לנקה/נפאל/תאילנד וכו'. שתי העתירות אוחדו, בשתייהן דובר בהולדת ילדים לזוגות בני אותו המין בהליך פונדקאות חו"ל, בשני המקרים הוצאו תעודות לידה ופס"ד הצהרתי מקומי הקובע הורות שני בני הזוג.

הזוג עלו על רעיון חדש: לקחת הביציות מנשים אמריקאיות (ששם יש קפיטליזם ואין רגולציה ויש נשים רבות שיהיו מוכנות לתרום את ביציותיהן), הקפאתן בחנקן, הטסתם להודו, מציאת פונדקאיות והפריה חוץ גופית והשתלתן בנשים הודיות/תאילנדיות כך שיהיו "חוות רביה". כך נוצרו שני תנאים:

1. התנו את הרישום בבדיקה גנטית

2. משרד הפנים ביצע התנאת רישום באימוץ ע"י ההורה הלא ביולוגי (צריך לאמץ כדי שיירשם כהורה נוסף).

עמדת המדינה התרככה כדי בצו הורות ע"י בימ"ש בישראל- דרישה של בדיקה גנטית היא לגיטימית מכיוון שלא ניתן להעניק את הסטטוס מבלי שתהיה שום זיקה ביולוגית של אחד מבני הזוג, אך ברגע שיש זיקה כזאת לאחד מבני הזוג, יש לרשום את בן הזוג השני על סמך אישור הורות מבלי לדרוש אימוץ.

השופטת נאור טענה שאין אפליה, כיוון שכמו שדורשים את הבדיקה הגנטית מזוג הומוסקסואלי דורשים אותו גם מזוג הטרנסקסואלי.

השופט ג'ובראן טען שהדבר נייטרלי כיוון שדורשים בדיקה גנטית משני סוגי הזוגות, אך טוען שהרוב המוחלט של הנזקקים לפונדקאות חו"ל ולא יכולים בישראל הם זוגות להט"בים, ולכן לעתים מה שנחזה כנייטרלי- פוגע הרבה יותר באוכלוסיה מוחלשת שסובלת משורה של פרקטיקות מפלות נגדה, ולכן אי אפשר להתייחס לדרישות אלה כלכאלה שאינן מפלות.

צו הורות פסיקתי- בע"מ 4880/18: סקירת ההתפתחויות בפסיקה בהקשר צו הורות פסיקתי. זוג נשים שאחת מהן

נכנסה להיריון באמצעות תרומת זרע אנונימית ויולדת ילד. האם השניה תהיה מוכרת כאם ע"י התקדים של **ירוס**

חקק- הליך אימוץ. צו הורות הוא אינו צו אימוץ, והוא פרוצדורה יותר מסובכת ממנו. לכן, למעשה- משמעות האימוץ מבחינה ערכית הוא שמרגע מתן צו האימוץ רק אז נוצרת ההורות והקשר המשפטי המוכר כ"הורות".

חוק הפונדקאות מקים את קשר ההורות של ההורים המיועדים לילד שנולד באמצעות צו הורות- כלומר החוק מחדש מכשיר משפטי שלא היה קיים קודם לכן. לעומת צו אימוץ- התוצאה היא אותה תוצאה, ורוב הזוגות מעדיפים את צו ההורות על פני צו האימוץ.

ישנן 4 דרכים ליצירת הורות במשפט הישראלי:

כך שאם ביולוגית יכולה להיות גם בעלת זיקה גנטית

1. המטען הגנטי- זרע וביצית
2. ההיריון והלידה- זיקה פיזיולוגית
3. הורות מכוח אימוץ
4. זיקה לזיקה- מכוח הזוגית. מכוח ההורה היות הנטען להיות הורה כבן/בת זוג של ההורה הגנטי.

נשאלת השאלה, מה מהות צו ההורות?

בבע"מ הנ"ל המטרה הייתה להביא לכך שהצו הוא דקלרטיבי, מצהיר ואינו יוצר מציאות, מבנה או מכונן כך שרק יצהיר את מצב קיים.

זהו ההבדל בין הכרה בהורות שכבר קיימת ולא זקוקה למשפט שיכיר בה, לעומת אקט שיפוטי יוצר מציאות (שקודם לקיומו של הצו- המציאות אינה קיימת). ישנו הבדל ערכי, תודעתי, מהותי וזהותי עצום- אך לא הבדל משפטי, כי אין נפקויות משפטיות בהכרח לקביעה זו.

נקבע שהמדינה הסכימה שביהמ"ש ייתן את צו ההורות רטרואקטיבית (כלומר שהאם היא ההורה מאז שהילדה נולדה), אך עדיין הצו הוא קונסטטיטויטי ואינו יוצר מציאות. השופט מזוז אינו נותן רשות ערעור אך בפסקה 12 אומר שבעיניו, עמדת ההורות היא בגדר המובן מאליו, והורות שאינה גנטית- ביולוגית היא רק ע"י הכרה חברתית, כדי להכיר בסטטוס ההורות בתנאים שקבע המחוקק. כלומר, הוא טוען שלמרות שהזוגיות של בת הזוג עם האם יוצרת את ההורות שלה בפועל, היא מתקיימת רק בגלל ההקשר החברתי שמאפשר מציאות זו והמשפט הוא חלק מההקשר.

← לכן, בלי ההכרה המשפטית- אין באמת קיום משל עצמו להורות כיצירה אורגנית רגילה או מכוח ההסכמים בין בני הזוג. הורות אינה יכולה להיווצר מכוח הסכם, עמוק ככל שיהיה.

המקרה של BABY M- האם הפונדקאית שהתינוקת הייתה מהביצית שלה ומהזרע של האב, לא רצתה למסור את התינוקת להורים המיועדים. לבסוף הכריעו לטובתם. עקרונית, לאם הייתה גם זיקה גנטית, גם זיקה פיזיולוגית אך ההכרעה הייתה לפי שאלת טובת הילדה והעניין המעמדי (להורים המאמצים היו יותר סיכויים לתת לה חיים טובים).

פס"ד של השופט אליהו ב-2012- בני זוג הומוסקסואליים רצו להתגרש ברבנות ודחו אותם, כיוון שדחו אותם הדבר הועבר לביהמ"ש לענייני משפחה והם הצליחו להתגרש אזרחית. כביכול לבית הדין יש סמכות ייחודית לדון בענייני גירושין, אולם כאשר בא אליהם הזוג עוזי אבן ועמית קמה ב-2012 הם לא קיבלו אותם. על כן הם פנו לביהמ"ש. השופט לבימ"ש לענייני משפחה- חזי אליהו אמר: כאשר בית הדין לא מכיר בזוגות חד מיניים, לא ניתן לדרוש ממנו לדון במשהו שלא קיים מבחינתו ולכן אין לו סמכו. לכן לביהמ"ש האזרחי יש סמכות שיוטית לדון בכך.

נוצר פרדוקס: המונופול הדתי הוא שהביא להכרה נרחבת בייסודה ופירוקה של נישואים אזרחיים אך רק של בני זוג בני אותו מין.

הורים וילדים

הילדות מהווה המצאה של המודרנה- רק מהמאה ה-19 ישנה חלוקה לילדים; בעבר- ילדים נחשבו כמבוגרים צעירים. ← באמצע המאה ה-20 נחקק מושג חדש: זכויות הילד. המגלם את רעיון זכויות הילד בספירה המשפטית בצורה המזוקקת שלו, היא אמנת זכויות הילד 1989, והשיח המשפטי שהתעורר בעקבות קבלתה. זוהי האמנה שחברות בה הכי הרבה מדינות בעולם, חוץ מארה"ב- מסיבות פוליטיות (American exceptionalism- טובים יותר מכולם ולא צריכים מסמכים אלה מכיוון שממילא ישנה הקניה של זכויות אלה כבר). בנוסף, הדבר מתבצע מחשש של עירוב מע' המשפט עם גופים שונים שלא בהכרח קשורים.

כלומר, כל הקשור ליחסי הורים וילדים במשפט הרבה יותר רחב משני הנושאים שנדון בהם, ונמצאים בחזית הדיון הציבורי והמאבק של מרבית מגדרי בין ארגוני נשים לבין ארגוני זכויות אבות וגברים, והסדרתם בחקיקה:

- הדין הקיים פורמלי בתחומים של משמורת ילדים הוא חזקת הגיל הרך, דין טריטוריאלי.
- הדין הקיים פורמלי בתחומים של נושא המזונות הוא הדין האישי.

1. **משמורת ילדים**- החוק שאמור להסדיר משמורת, הסדרי ראייה וזמני שהות הוא חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות הקבוע בס' 25 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, שהוא חוק טריטוריאלי כיוון שבסעיף 8 הוא חל גם על בתי דין רבניים, בדגש על ס' 5 הקובע שאם לא באו ההורים לידי הסכם, וחזקת הגיל הרך (שנותנת העדפה למשמורת ילדים מתחת לגיל 6 לאם- כאשר חזקה זו ניתנת לסתירה ואינה אוטומטית, היא אינה בוטלה אך בפועל הפסיקה סותרת אותה).
- ועדת שניט** המליצה לבטל בחוק הסופי את חזקת הגיל הרך עם עקרון טובת הילד. כלומר, שאלת הילדים מהווה את סלע המחלוקת כיוון שיש לה השלכה כלכלית.
- לפי הוועדה אין מקום לחזקות מגדריות שהמסמן אותה הוא המין/המגדר של ההורה, אם על פני האב- ולכן יש למצוא הסדר חלופי אחר.
- הבעיה המרכזית** של וועדת שניט היא שהיא המליצה לבטל את חזקת הגיל הרך ולא נתנה שום כלל חלופי, אלא הותירה את השאלה פתוחה לחלוטין תוך עקרון העל של טובת הילד כאשר בתזכיר החוק יש שורה

שלמה של פרמטרים המבטאים את טובת הילד = שמירה על עקביות ורצף טיפולי בחיי הילד ("כלל השיקוף" = מה שהיה הוא יהיה, חלוקת התפקידים הברורה בין ההורים שהייתה לפני הפירוד אמורה להישאר אותו הדבר מבחינת פעילות יומיומית שקשורה בחיי הילד), ע"מ לאפשר הסתגלות קלה ככל האפשר לילדים. טענת הנגד - זהו לא המקום לעשות שינויים חברתיים ולעשות תהליך חברתי המשקף שינוי בתפקידים המגדריים של אבות ואמהות - אך הדבר צריך להתבטא ללא קשר למצבים של פירוד בין ההורים, אלא לאורך כל הדרך; חלוקה שוויונית בכוח תהיה ההפך משוויוניות ותהיה לא טובה לילדים, בעוד העדפת המטפל העיקרי כאם היא נכונה מכיוון שלרוב המטפל הוא האם שנותנת מעצמה.

שתי הצעות חוק לס'25:

- העדפה להורה בעל יכולות כלכליות גבוהות יותר וקבעה במפורש שביהמ"ש לא צריך להתחשב בחלוקת התפקידים בין ההורים לפני הגירושין.
- השיקול של חלוקת התפקידים בין ההורים והשמירה על רצף ועקביות בחיי הילדים קודם לשיקולים האחרים.

← התוצאה המעשית היא שעד לפני 5 שנים זוגות ידעו שיוכלו להתווכח על הגט אך לא על המשמורת; המשמורת העיקרית בד"כ היא לאם עם לינה לפרקים אצל האב+מזונות מינימליים המוטלים על האב עבור הילדים. ← כך הילדים נכנסים לחזית המאבק, הופכים לקלף מיקוח, הפיכת ילדים לעניים יותר, הגברת האדוורסריות, השלמת הסכסוך והימשכות ההליכים. המהלכים הפוכים בדיוק למה שיוכל להקל על הסתגלות ילדים ולתרום לרווחתם.

2. מזונות - החוק שאמור להסדיר מזונות הוא לפי עקרון הדין האישי - דין תורה, המבחין בין:

- ילדים קטנים עד גיל 6 לבין מעל גיל 6
- בין שאלת הצרכים ההכרחיים של הילדים לבין כל מה שמעבר לכך. עקרונית, הנטל של המזונות ההכרחיים של הילד הוא על האב ולא על האם.

ביהמ"ש העליון ניסה לעשות סדר בפסיקות סותרות של העליון שניסו להשתחרר הדרגתית מ"אפליה בדין האישי" בהקשר למזונות ילדים נגד אבות, ופסיקות אלה הגיעו לתוצאות שהמכנה המשותף שלהן הוא שנטל המזונות יתחלק בין שני ההורים ויושפע מזמני השהות (דבר שתואם את המלצות ועדת שיפמן לגבי מזונות). עקרונות מוסכמים של שניט ושיפמן - בכך שאין דין מזונות אחיד לילדים בישראל, הדבר אבסורדי. הנטל צריך להתחלק באופן שמבטא את יכולת ההשתכרות, לפי ההכנסות - כאשר שאלת זמני השהות של הילדים אצל שני ההורים צריכה להתבטא בקביעת המזונות, דבר שלא קיים בדיני המזונות כיום לפי הדין האישי, והם רק עקרונות מנחים בדו"ח שיפמן.

הבעיה בדוח שיפמן היא ביישום העקרונות; נקבעה מדרגה של 5 לילות שבהם הילד/ה לנ/ה אצל ההורה האחר על פני שבועיים, כאשר מעל התקופה הזו - סכום המזונות פוחת בבת אחת ב-35%, וב-7 לילות בשבועיים - המזונות מתאפסים. דבר זה מביא לכך שהתביעה הראשונה שיגישו תהיה למשמורת משותפת. דבר זה נקבע לפי נוסחה כלכלית של "עלות גידול ילד" בהתבסס על סטטיסטיקה. ← הלקח שנלמד הוא שמעבר נמהר מדי, הביא לסיכון טובת הילדים לטובת האינטרסים של ההורים.

ועדות שניט ושיפמן לא עבדו יחד אפילו פעם אחת בנושאים הקשורים כל כך, דבר שהביא לכך שהפסיקה נאלצת להתמודד עם הלכי הרוח המשתנים בציבור ותביעות חדשות המבקשות לשנות את מוסכמות היסוד - דבר שהפסיקה עשתה, כמו **בבע"מ 919/15**.

התשתית המשפטית שעליה הבע"מ ניתנה - יש הבחנה בדין בין ילדים עד גיל 6 שבהם החיוב על האב בצרכים ההכרחיים מוחלט ללא קשר לשהות ויכולת הכנסת האם. לאורך השנים, החיוב הורחב לגיל 15. מעבר לצרכים ההכרחיים, שני ההורים נושאים בדין צדקה - בהתאם לצורך ולפי היכולת. בפועל, יש:

- הוצאות הכרחיות על האב - המוטלות על האב עד גיל 6, הורחב לגיל 15. סביבות 1400 ₪ חובה. כל מה שמעבר ל1400 הדרושים בד"כ נחלק ל:
- מעבר לכך - דין צדקה - לפי הצורך והיכולת, דבר המביא בחשבון את ההשתכרות והיכולות ההדדיות של שני ההורים. הקושי של כימות דין הצדקה היה בין אלה שהביאו לפסיקה של בע"מ 919.
- הוצאות חריגות לפי דין צדקה (משתנות - בריאות, חינוך לא בסיסי כמו קייטנות או חוגים, טיפולים פסיכולוגיים וכו'). הוצאות אלה נקבעות במחציות - חצי חצי לשני ההורים, דבר שלא משקף זמני שהות או יכולת השתכרות. הוצאות חריגות בד"כ מתחלקות חצי חצי, למשל כמו גשר לשיניים.

לפני תקנת הרבנות הראשית היה הסדר שהבחין בין צרכים הכרחיים (רק על האב) לצרכים לא הכרחיים (דין צדקה על שני ההורים), דבר שהיה עד גיל 6. תקנת הרבנות הראשית הרחיבה זאת לגיל 15; השאלה היא: האם המצב שהיה עד גיל 6 שמטיל על האב חיוב גמור בצרכים ההכרחיים נמשך עד גיל 15, או שמה שהיה קודם בין הגילאים 6-15 כדין צדקה שמוטל על שני ההורים שווה בשווה נשאר והופך להיות חיוב משפטי אכיף? - במילים אחרות - כאשר תקנת הרבנות הראשית הרחיבה את החיוב של האב עד גיל 15 - מדובר על הצרכים ההכרחיים של הילד או שכל החיובים יהפכו לדין צדקה שמוטל על האב באופן בר אכיפה גמור? (לפי תקנת הרבנות הראשית היה הסדר לגבי ילדים עד גיל 6 שמבחין בין צרכים הכרחיים - רק על האב, ללא הכרחיים - חצי חצי. כאשר מעל גיל 6 הכל חצי חצי. התקנה הרחיבה עד גיל 15 - מה זה אומר? האם עד גיל 15 האב צריך לשלם את הצרכים ההכרחיים שהיו עד גיל 6? או שכל מה שנחשב לדין צדקה שמוטל על שני ההורים זה הופך להיות חיוב משפטי שאפשר לאכוף אותו? כאשר אומרים דין צדקה - מבחינת ההלכה, לא ניתן לאכוף זאת).

- הסדר זה מפלה את האב משום שהוא מתעלם לחלוטין מההשתכרות של האב והאם ומזמני הזהות השונים.

בע"מ 919/15 - מרכז את ההלכות הקשורות לדיני הורים וילדים בישראל.

מזונות -

במקרה זה, הייתה השתכרות כמעט זהה של שני ההורים. באחד מהתיקים, ביהמ"ש לענייני משפחה קבע קיזוז מוחלט כך שלא יהיו מזונות וכל הורה נושא בעלויות הילדים כאשר הם נמצאים אצלו. ← ערערו למחוזי ונפסקו מזונות בהפחתה של 50% ממזונות רגילים ← ערערו לעליון ונקבעה הפחתה של 30% במזונות. כלומר, היה שינוי של הבנת תקנת הרבנות הראשית מתש"י - כך שהחיוב מעל גיל 6 מהווה דין צדקה לגבי כל הצרכים (הכרחיים ושאינם הכרחיים) ← ולכן מוטלות באופן שווה בהתאם להכנסות היחסיות.

+ שינוי מושגי ביחס להוצאות הילדים: לא מבחינים בין "הכרחיים/לא הכרחיים", אלא בין "הוצאות תלויות שהות ושאין תלויות שהות", אין יותר חלוקת "מחציות" של ההוצאות ה"חריגות".

+ קביעת מנגנון "הורה מרכז" כברירת מחדל, שמהווה הורה שמשקף את כל ההוצאות שאין תלויות שהות. ← כלומר, 919 ביטל את ההבחנות בין צרכים הכרחיים ולא הכרחיים והפך להבחנה בין הוצאות תלויות שהות להוצאות שאין תלויות שהות, כלומר הוצאות המחיה השוטפות בבתי שבהם הילד נמצא לסירוגין, בהם בכל פעם הורה אחר מוציא הוצאות אלה כאשר הילד שווה אצלו.

הבעיה בשיפמן - לגדל ילד בשני בתים עולה יותר מאשר לגדל ילד בבית אחד ולכן כל נקודת המוצא של שיפמן שגויה, מכיוון שבמעבר למציאות שבה ליותר ילדים יש שני בתים, הטבלה הסטטיסטית צריכה להיות שונה ומותאמת לילדים עם שני בתים, ולא לתת נוסחה בשיפמן שנותנת מענה לכולם אך מבוססת על טבלאות של ילדים שגרים בבית אחד. ב919 הילדים היו מעל גיל 6 וההבחנה נעשית עד גיל 15 ← ולכן לא מבחינים יותר בין הכרחי ללא הכרחי (זו לא הבחנה תקפה ולא רלוונטית) אלא מבחינים בין הוצאות תלויות שהות להוצאות שאין תלויות שהות.

- שאר ההוצאות נקבעות לפי יכולת ההשתכרות של ההורים, ובמידה והם משתכרים זהה - חצי חצי. ← לכן, במצב של 919 שבו ההשתכרות שווה וזמני השהות שווים - לא צריכה להיות העברה, אך לפי דפנה ברק ארז - יש לקבוע מנגנון של הורה מרכז כברירת מחדל, כאשר כל הקשור להוצאות שאין תלויות שהות ייכנס מתחת להורה המרכז.

משמורת -

נקבעו מספר קריטריונים למשמורת פיזית משותפת: מסוגלות הורית שווה או דומה של שני ההורים, רמה גבוהה של שת"פ ביניהם, רצון הילד, מעורבות רבה של ההורים בחיי הילדים, קיומו של קשר טוב ותקין בין שני ההורים לבין כל אחד מהילדים, מגורי ההורים בסמיכות זה לזו, תפיסת הילדים את שני הבתים כבתים מרכזיים בחייהם. ← כלומר, ההכרעה ב919 קבעה קריטריונים למשמורת פיזית משותפת שתתקבל רק לאחר בחינת דפוסי התנהלות המשפחה בעבר לפני הפירוד ולא רק במועד הסכסוך, כך שהכל ישקף את מה שהיה קודם לכן.

+הביעו חשש מניצול לרעה של משמורת פיזית משותפת כדי להימנע ממזונות; נשים בישראל עלולות להיות מופעלות תחת לחץ ויש חשש שבחלק מהמקרים האב ינצל את כוחו העודף כדי לנצל את הסכמת האם למשמורת משותפת כך שיזכה בהפחתת דמי המזונות. דבר זה קורה בפועל במקרים רבים.

סיכום הלכת 919- היקף ההלכה ושאלות פתוחות:

פוגלמן וברק ארז תחמו את מסגרת הדיון למקרים שבהם מתקיימים שני היסודות: משמורת פיזית משותפת והשתכרות שווה. בהתאם לכך, היישום כולל שלושה מרכיבים:

1. קיזוז בעין של ההוצאות תלויות השהות
2. קביעת הורה מרכז (או מנגנון אחר להבטחת צרכיו האחרים של הילד בדרך שווה)
3. העברת מחצית מסכום ההוצאות שאינן תלויות השהות להורה המרכז (רלוונטי רק למצבים אלה). בעייתי כיוון שישנן מספר שאלות פתוחות הבעיות בהתייחסות להוצאות תלויות השהות- במצבים הבאים:

- האם גם במצב של פערי הכנסה?
- האם גם במצבי משמורת שאינה משותפת?
- האם גם ביחס לילדים מתחת לגיל 6?
- האם התחולה רטרואקטיבית (נפתח גל של תיקים שנפתחו שוב לפי 919 והסדירו את המזונות מחדש)
- האם חלה גם בביה"ד הרבני?
- אלימות במשפחה- המעבר למשמורת פיזית משותפת שגורם לאינטרס לגברים לרצות משמורת משותפת ← מעלה את סיכון הילדים להגברת האלימות במשפחה ← לכן מדינות שקיבלו דין זה קבעו שאחד הפרמטרים המרכזיים בקביעת הסדרי ההורות, הוא אבטחת שלומם של הילדים ומניעת חשיפתם לאלימות במשפחה כולל כאשר היא אינה מופנית כלפיהם אלא כלפי בני משפחה אחרים (כלפי ההורה האחר, קרובי משפחה אחרים וכו'), כיוון שרוב המקרים של האלימות הפיזית במשפחה הם חד כיווניים של אלימות גברים כלפי נשים כאשר חשיפת ילדים לאלימות זו מסכנת את שלומם ורווחתם לא פחות מאשר חשיפה שלהם לאלימות ישירה כלפיהם.
- וועדת שניט שמביאה בחשבון פרמטרים של טובת הילד בקביעת הסדרי הורות- לא הזכירה אלימות כלל. התגובה הראשונית כיום היא הטלת ספק במניעים של האמהות, שרוצות למנוע משמורת פיזית משותפת. ← התפתחויות אלה מביאות למצב שבו ילדים נמצאים בסיכון גבוה יותר לעוני ולהיחשפות לאלימות במשפחה.
- במידה וישנה אלימות במשפחה ← הילד לא רוצה להיות אצל האב ← הוא יצטרך לשלם יותר מזונות ← האב יטען להסתה מצד האם;
- לכן יש שימוש לרעה במונח ה**ניכור ההורי** כדי להשתיק מקרים של אלימות במשפחה, וזוהי תופעה המתרחשת בכל המדינות בעולם המערבי.
- ישנם גם מצבים שבהם אחד ההורים משתמש בילדים כנגד ההורה האחר; זהו ספקטרום רחב של התנהגויות ופעמים רבות הילדים נפגעים מכך, במודע או שלא במודע. הבעיה מתחילה ברגע של תיוג כניכור הורי והתפתחות התעשייה של "מטפלים בניכור הורי" ע"י ריצ'רד גארדנר; הוא טען שילדים משקרים ושכאשר מועלית טענה של אלימות נגד האב זהו שקר, וכדי לפתור את הבעיה יש להוציא אותם מחזקת האם ולהעביר אותם לידי האב.
- ← בתיאוריה מופרכת זו עדיין נעשה שימוש עד היום בבתי משפט (!)

המתקפה האזרחית- מערכה שיפוטית ב3 שלבים:

בעיקרה- מתקפה אזרחית התוקפת את המערכת הדתית, בעיקר הרבנית. 3 השלבים:

1. השלב הבסיסי- מלחמה קונבנציונלית: לדוג' השופט זילברג שקבע את כללי המשחק הבסיסיים בדיני המשפחה בישראל. כולל:
 - גיבוש מסלול אזרחי מקביל-
 - הכרה בידב"צ
 - הכרה בנשוא"א
 - ניכוס תחומי שליטה למע' האזרחית-
 - בעיקר דרישה של רכוש וניכוסו לתחום האזרחי.
 - צמצום סמכויות ביד"ר-
 - מעמד עצמאי לקטינים
 - צמצום סמכות מוסכמת ונמשכת
 - צמצום הכריכה
 - צמצום כלל מבי"ד
2. שלב שני- אימפריאליזם שיפוטי מוסדי: מופיע **בפס"דים בבלי ולב**- שינו את כללי המשחק הקונבנציונליים; לדעת קדרי- ברק חרג מעבר לכל הכללים שהיו קודם לכן וחידש לחלוטין- ולדעתה יש השתלטות של המערכת האזרחית על הדתית, וניסיון לכפות על המע' הדתית להיות כפופה למע' האזרחית.
3. שלב שלישי- אימפריאליזם שיפוטי פרסונלי- פיתוח דיני משפחה אזרחיים טריטוריאליים; בעיקר מזונות אזרחיים **ורע"א 8256/99**- האם המזונות האזרחיים משרים את פיתוח דיני המשפחה כאזרחיים טריטוריאליים? שאלה פתוחה.

מכת הנגד

מופיעה בעיקר בנישואים האזרחיים; פסיקה המציבה בסיכון נשים מכוח נישואים אזרחיים להיות גם במצב של עגינות וסרבנות גט.

הנשק העיקרי של ביה"ד הרבני כנגד הרפורמה הוא תנאים בגט וביטולי גיטין- ותשובת המשפט האזרחי היא תביעות נזיקין בגין סרבנות גט.

מגדרית, הזיהוי בין המערכת המגדרית בין גברים לנשים גורמת להתלכדות של שתי זירות הקרב: המגדרית והמערכתית. (בעיקר, גברים הם אלה שתובעים ביטולי גיטין ובתי הדין מתמרצים את הגברים לעשות זאת. הנשים משתמשות בכלים נגד סרבנות גט, ולכן ההתלכדות של תביעות נזיקין מתאימה עצמה למגדר הנשי ותביעות ביטולי גיטין מתאימות עצמן למגדר הגברי, מגמה שהולכת ומתחזקת עקב זירת הקרב).

הוראות למבחן

יש לזכור שמות של פסקי הדין החשובים שמופיעים; הלכות חשובות מול אחרות. אין צורך לזכור מספרים. ניתן להיכנס למבחן עם הסילבוס הממפה שישלח במייל ללא רישומים+קובץ חקיקה משפחה של חברות+דגלונים+מותר למרקר.

מבנה המבחן:

- אירועון שיהיה מחולק למספר שאלות- 70%
- שאלת מחשבה- הצעת חוק או פסקה ממאמר/כתבה שיש להתייחס אליה; לצורך העניין- לדוג' התייחסות להחלטה של השופטת חיות מאתמול+שיקולים. 25-30%