דיני משפחה

דיני משפחה נבדלים מתחומי משפט אחרים בכך ששאלת הסמכות בהם היא רחבה ומורכבת. לפני שמתחילים לפתור את הסוגיה המשפטית, ישנן שתי שאלות מקדמיות: 1. שיפוט - מי הערכאה שסמכותה לעסוק בנושא. 2. על פי איזה דין ידונו – דתי או אזרחי. בישראל, זוהי מטריצה, ישנן נושאים כמו נישואים וגירושים בהם המשפטי יהיה בבית דין דתי והדין יהיה דתי. מנגד דיני ירושה שידונו בבית משפט אזרחי והדין יהיה אזרחי. אך ישנם נושאים כמו מזונות שידונו בבית משפט אזרחי אך הדין יהא דתי כך גם יחסי רכוש בין בני זוג.

במשפט הישראלי בנושא גירושים ונישואים הדין הוא דתי. אך החברה פיתחה תחליפי נישואים וגירושים באופן כזה שלמעשה גם כשיש דין דתי, המשפט פיתח מעין דיני נישואים אזרחיים.
**ידועים בציבור** – אנשים שחיים ביחד והסביבה מזהה אותם כבני זוג, אך הם לא התחתנו. בזמנו, השופט ראה מול עיניו שתי קבוצות – פסולי חיתון, או אנשים שמבחינה אידיאולוגית לא רוצים להתחתן בדין דתי. על כך ידועים בציבור זהו תחליף שהמשפט הישראלי פיתח. (בישראל אין חקיקה הקובעת כמה שנים צריך להיות ביחד בכדי להיחשב ידועים בציבור אך הפסיקה מכירה גם בחודשים ספורים.) במדינה בה כל אחד יכול להתחתן עם מי שהוא רוצה (אין פסולי חיתון) מה המשמעות של ההחלטה לא להתחתן? אם תשווה ידוע בציבור לנשוי תתעלם מהבחירה של אנשים לא להתחתן. גם במקרים בהם ברור שהזוג לא היה מתחתן ביהמ"ש מסתכל רק מהזווית של תחליף נישואים ולכן ההשוואה איננה ליברלית מאחר והיא "כופה" מונחים של נישואים על זוג שמפורשות לא רצה לבחור בדרך זו.
**פירוק שיתוף**- דיני המקרקעין בישראל לא אוהבים שותפות ובטח שלא שותפויות כפויות. הזכות לנתק קשר של בני זוג מתמודדת עם בתי הדין שדווקא מקדים את הביחד. כאשר רוצים לעשות פרידה כלכלית אפשר לבקש מבית המשפט לכפות מכירה של הנכס וחלוקת הכסף. בית הדין הדתי ינסה למנוע את הפירוק שיתוף כי הוא רוצה לשמור על שלום בית אך בית המשפט האזרחי ינסה לזרז את ההליך מהסופיים. ביהמ"ש האזרחי מפרש את הדין הדתי מחדש כחובה שאינה למדור ספציפי אלא למדור כללי. כאן ביהמ"ש רוצה לקדם את פירוק השיתוף מאחר ורואה בכך כתחליף גירושין. פס"ד אקנין: בני זוג בעלי 6 ילדים, האישה עקרת בית, הבית עדין במשכנתא, ולבעל יש משכורת גבוהה בהרבה משל האישה. כעת, אם מפרקים את השיתוף שני בני הזוג מקבלים את הדירה פחות המשכנתא. האישה לא תצליח להחזיק בבית כאשר היא לא מתפרנסת. מבחינה אזרחית יש הגיון לא לפרק שיתוף אוטומטית כאשר לצד אחד אין יכולת השתכרות. שיקול נוסף הוא ההשפעה של הגירושים על הילדים. אחד הדברים שמאוד פוגע בילדים בהליכי גירושים הוא שמכריחים אותם לעבור דירה. במדינות לא פחות ליברליות מישראל ישנם כללים לפיהם בן הזוג שנשאר עם הילדים מקבל את הדירה. (באנגליה עד שאחרון הילדים עוזב את הבית, בקליפורניה עד 3 שנים.) ביהמ"ש לא ראה שהגנת הצד החלש מצדיקה את המדור הספציפי.

**מבוא לדיני משפחה בעולם המערבי**

בעוד שברוב העולם המערבי דיני המשפחה נחשבו כעניין המשתייך לבית דין דתי, בתחילת המאה ה19 בתי המשפט מצהירים שדיני המשפחה ידונו בבית משפט אזרחי. הם מצהירים כי נישואים הם חוזים לכל דבר. אך מבחינת תוכן, דינים אלו מתנהגים שונה מדיני חוזים. למשל דיני הגירושין, עד שנות ה70, הסכמת הצדדים להתגרש אינה עילה מספקת. (במשפט הדתי זוהי עילה כבדת משקל.) בתי המשפט מחייבים אותם להביא סיבה שצריכה להיות במונחים של אשמה.
כשמתגרשים אין פרידה סופית. מלבד מזונות ילדים יש מונח הנקרא מזונות אישה – מזונות עד הגט. בעולם המערבי יש אלימוני – מזונות בין בני זוג גם לאחר הגירושין. יש לך 3 מאפיינים: 1. הגבר חייב זאת לאשה גם אם היא יותר עשירה. 2. ארוכת טווח עד שהמשלם מת או שהמקבל מת או נישא מחדש. 3. המזונות תלויים באשמה. עד 1969 הסכם בין ידועים בציבור בנוגע למזונות נחשב כחוזה הסותר את תקנת הציבור. בפס"ד מאיינר נ הילי הבעל טוען שאם שני אנשים רוצים להתגרש ומדובר בחוזה מדוע ביהמ"ש מתערב בחוזה אם שניהם מוכנים לסיים אותו. ביהמ"ש אומר שהנישואים הם חוזה בעל צד נוסף – המדינה ועל כן דרושה גם הסכמת המדינה לפירוק החוזה.

יש לשים לב ל3 תפיסות בהן אחז העולם המערבי:

1. המשפחה היא מוסד ציבורי, לא חוזה פרטי. משפחה היא משהו שלציבור בכללותו יש אינטרס בו .
2. המשפחה היא יחידה ולא אוסף של יחידים העולם המערבי הליברלי רואה את בני האדם כתערובת ולא כתרכובת. האדם יכול להיות בקבוצה, אך דואג שהאדם יוכל להיפרד. העולם המערבי מכיר בזכות האינדיבידואלית.
3. היבט מגדרי – האבא/בעל ראש המשפחה, אישה ילדים (היררכיה). בשלב מסוים הגישה לכך השתנתה. לכל אחד תפקיד שונה בחיים. לבעל יש תפקיד לפרנס ולנהל את הרכוש המשפחתי, אך לאישה יש את הזכויות שלה – לגדל ילדים, ולכן היא תקבל את הילדים (במאה ה-18 הבעל קיבל הכול. במאה ה-19 הבעל יפסיד את הילדים, אך ינהל את הרכוש ויצטרך לשלם מזונות).

בשנות ה70 דיני הגירושים עוברים מהפך. ביוזמה חד צדדים ניתן להשיג גירושין ללא אשמה. החוק מוסיף עילת גירושים חדשה: התמוטטות בלתי הפיכה של הקשר. הצדדים אומרים שאם שני הצדדים רוצים להתגרש זה נחשב להתמוטטות וישנן מדינות שמכירות גם בצד אחד שרוצה להתגרש כהתמוטטות בלתי הפיכה של הקשר. שינויים אלו לא קרו בכל המדינות באותו קצב. שינוי נוסף הוא שינוי בדיני המזונות – הנקראים 'מזונות משקמים'. כשהרעיון הוא שאם התגרשת אין לך שום קשר ומחויבות כלפי בן הזוג השני אלא רק כלפי הילדים. אך אם אחד מבני הזוג לא עבד תקופה ממושכת, הוא יקבל לתקופה מסוימת עד שיתאושש מזונות. למזונות החדשים יש 3 תכונות הפוכות: הכלל לא ינסח שגבר חייב לאשה אלא שבן הזוג החזק כלכלית חייב לשני. הפעם הטווח הוא קצר ולא ארוך והמזונות אינן תלויות באשמה. שינוי שלישי – האבחנה בין ידועים בציבור לנישואים מצטמצמת.

3 תהליכים שקרו בחברה המערבית של המאה ה-20:

1. הפרטה (מגישה פרטית לציבורית)-כיום נישואין הוא מוסד פרטי ולא ציבורי, אם שני פרטים רוצים לסיים את הקשר אין מקום למדינה להתערב או למנוע זאת. גירושין ללא אשמה מפחיתים את מעורבות המדינה
2. אינדיבידואליזציה (גישה יחידנית לחברתית)- אימוץ של גישה אינדיבידואלית. כל צד יכול לסיים את הקשר, לכל צד אוטונומיה מלאה להחליט על סיום היחסים. והאידיאולוגיה החדשה של המזונות היא גומרים הולכים, לא הבעל חייב לשלם מזונות אלא בני זוג חייבים מזונות אחד לשני לפי יכולת כלכלי. ומשמורת לפי טובת הילד. מגמה המשתלטת בשנות ה-70 ואילך.
3. מהפכה שוויונית (גישה עיוורת מגדר לגישה מגדרית)- מערכת עיוורת מגדר- שפה של הורה ולא אמא ואבא. ולא בעל ואישה אלא בני זוג.

בשנות ה90 מתחילות להתעורר שאלות ביחס לתפיסות אלו.

הביקורת המגזרית:

 1. לירון וייצמן, שמשתייכת לפמיניזם הליברלי. לירון עושה מחקר בקליפורניה בעקבות הרפורמות, שם היא מצפה לגלות שהרפורמות האלו תרמו וקידמו את החברה. בתחילת המחקר, היא מבינה שישנו חוסר שביעות רצון מהצד הנשי. היא מגלה שרמת החיים הכלכלית של נשים בעקבות הגירושין ירדה ב70% ושל גברים עלתה ב40%. לירון מנתחת את התופעה

1. נשות העולם הישן: הנשים שלא עברו את השינוי החברתי שקרה בעולם העבודה לנשים 'נדפקות' מהרפורמות החדשות.
2. ויצמן מזהה שגם במשפחות בהן שני בני הזוג עובדים, עדין אחד מבני הזוג שברוב המקרים הוא הגבר, היה בעל הקריירה המרכזית ולשני בעקבות ההשקעה בהנהלת הבית ישנו קושי לפתח קריירה.
3. בעולם הישן, הגבר שרוצה להתגרש היה צריך את ההסכמה שלה, ולאישה היה מרחב תמרון בקביעת גובה הגירושין. בעקבות הרפורמות, הגירושין הם החלטה דו צדדית והאישה אינה יכולה להתמקח כפי שהתמקחה בעבר.

2. פיינמן: ביקורת מעולם המשמרות. בעולם הישן החוק קבע כי חזקה שטובת הילד להישאר אצל האמא. כחלק מהמעבר לגישה עיוורת מגדר מבטלים את העדפה לטובת האם. לכאורה קשה להתנגד כיוון שהגישה הישנה מקמת סטראוטיפים מגזריים. פיינמן בדקה מה קרה במציאות בעקבות הרפורמות, היא בדקה הסכמי גירושין שהגיעו אליהם בעולם הישן בו שולטת ההעדפה האימהית לבין הסכמי גירושין בעולם החדש שם הכלל המנחה הוא טובת הילד. היא בדקה שני פרמטרים: **א.** ההסכמים לגבי המשמורת- מי המשמורן המרכזי: במעט מאוד מהמקרים הגבר היה המשמורן או שהייתה משמורת משותפת. ב. גובה מזונות הילדים: גובה המזונות ירד בעקבות הרפורמות. ההסבר לכך הוא שאם בעבר האישה יכלה להתמקח עם הגבר להביא לו משמרות על הילד תמורת הגדלת גובה המזונות, כיום הגבר מתמקח אם האישה- מוריד את גבוה המזונות תמורת משמרות לאם. פיינמן אומרת שכאשר עושים רפורמה משפטית עיוורת מגדר בעולם חברתי שאינו עיוור מגזר עושים עוול.

לדעת המרצה הגישה הנכונה היא חזקת המגדל העיקרי, לפיה מי שלא גידל את הילד לאורך השנים לא יוכל לדרוש להיות משמורן ראשי וכך נמנע מגברים להשתמש במשמורת כקלף מיקוח.

פס"ד סימון נ סימון (ארה"ב) בדרך לחתונה הבעל מוציא מהמקטורן הסכם שלפיו כל אחד יקבל במקרה של גירושין את הרכוש שרשום על שמו ולא שווה בשווה. האישה חותמת על ההסכם. לאחר יותר מעשור של נישואים ו4 ילדים, בהם הגבר פרנס והאישה גידלה את הילדים, הזוג מתגרש והבעל שולף את ההסכם. ביהמ"ש מזלזל בטענתה של האישה שמצדדת בגישה הישנה ופסק שיש לכבד את ההסכם ולא להיכנס לגישה הישנה.

הגישה השמרנית:

 במקביל לשינויים בדיני הגירושין חלה עליה באחוזי הגירושין. השמרנים מבקרים את הרפורמה, שמאפשרת להתגרש יותר בקלות. כתגובה לטענה זו יש כאלה שאומרים שהסיבה אינה הרפורמה המשפטית אלא השינויים הסוציולוגים שקרו בד בבד. תגובה נוספת לביקורת היא שהעלייה באחוזי הגירושין היא לא בהכרח שלילית מאחר והיא מאפשרת לאנשים לא להיות אומללים. ביחס לתגובה זו המרצה טוען שלמשפט כן ישנו תפקיד בליווי זוגות בהליכי גירושין ולהקשות עליהם להתגרש באופן חפוז. אומנם כאשר הבית באמת הרוס אין מה לעשות ויש עניין לסיים את הסכסוך כמה שיותר מהר. אך פעמים רבות בני זוג רוצים להתגרש בעקבות משבר שניתן להתגבר עליו. לכן המשפט צריך ליצור מכניזם שיאפשר לבני הזוג לחשוב ולנסות להשלים לפני מתן הגט. המשפט הישראלי יוצר שהות ומאפשר לבני הזוג ללכת להליכי גישור לפני ההחלטה.

(מתייחסת לגישה הציבורית ולגישה היחידתית)
טובת הילד

בתקופה של המאה ה19 אחת מהסיבות שבגללן אנו מצפים מהמשפט למנוע גירושין היא על מנת להגן על טובת הילד. גם בנושא זה ישנו מהפך: טענה אחת אומרת שלא בהכרח גירושין פוגעים בילדים. טענה שניה אומרת שאין זה מוסרי לדרוש מההורים לסבול בשביל טובת הילד ואף הקשיים שיהיו להם בבית יזיקו לילדים.

שלומית ולברשטיין חוקרת סוציולוגית משווה בין קבוצה של ילדים למשפחות גרושות לילדים במשפחות שההורים נשארו נשואים. היא בחנה ממדים של עושר, השכלה ועוד'. היא מגלה שהממדים נמוכים אצל ילדים להורים גרושים. אך במחקר זה חסרה קבוצת השוואה של ילדים להורים שהיחסים בניהם היו רעים ולא התגרשו.

יש להפריד בין עילות הגירושין בבחינת טובת הילד. בהקשר זה התגלו ממצאים מעניינים של השפעת סיבת גירושין על ילדים: כאשר מדובר בסכסוכים שהתגלעו עקב אלימות הגירושין דווקא השפיעו לטובה. מנגד בבתים בהם הקונפליקטים הם לא הגורם לגירושין. לילדים היה עדיף אם הוריהם היו נשארים ביחד ולא מתגרשים.

טובת הילד יכולה להיכנס באופן הגירושין, בפסיקה בחלוקת הרכוש ומפרט הגירושין.

לסיכום המבוא, צריך להיות איזון בין שלושת הגישות.

**מבוא למשפט הישראלי**

 **המתחים בין התפיסות הדתיות לתפיסות האזרחיות:**

ההיבט הציבורי של הדין הדתי: א. דיני הנישואים – המתח בין נישואים כזכות יסוד המשקפת גישה פרטית לבין ההגבלות שהמדינה יוצרת על הנישואים שמשקפות את הגישה הציבורית. ב. האשמה- סיפור האשמה הוא ביטוי חזק של הגישה הציבורית. זה שהדין הדתי מסווג בגידה או אי קיום יחסים בגלל התנגדות של אחד מבני הזוג כעילה לגירושין זה שיקוף של הגישה הציבורית.

הדין הדתי בישראל כמשקף שפה יחידתית: כאשר צד אחד מתנגד לגירושין יהיה קשה לבן הזוג השני להשיג גירושין, אך כן התגבשו בדין הדתי גישות אינדיווידואליסטיות, למשל לפי הרמב"ם אם האישה טוענת כי בעלה מאוס עליה היא יכולה להשתמש בכך כעילה לגירושין. אך לרוב השפה היא יחידתית.

הדין הדתי כמשקף גישה עיוורת מגדר: מזונות אישה בישראל הן עפ"י הדין הדתי. עפ"י ההלכה הבעל מחוייב במזונות אשתו. גם לגבי מזונות ילדים, הדין בישראל קובע שהבעל חייב איזשהו מינימום של מזונות ללא קשר לרכוש ולסכסוך.

על אף גישות אלו ניתן לראות כי כל עוד השליטה הייתה בידי המשפט הישראלי הגישות שנבחרו הן הגישה הפרטית, היחידנית, וגישה עיוורת מגדר.

המשפט האזרחי כמשקף גישה עיוורת מגדר: מזונות נקראים מזונות בני זוג. מנגד, בנושאי המשמורת המשפט הישראלי כן מבדיל בין נשים לגברים ומשמר את חזקת הגיל הרך.

המשפט האזרחי כמשקף גישה יחידנית: נתח גדול בדיני משפחה שעוסק בין גישה יחידנית לגישה יחידתית הוא נושא אפשרות לתבוע את בן הזוג בתוך המשפחה. בשונה מהפסיקה בפס"ד בלפור שם ביהמ"ש פסק שההבטחה של הקצין לאשתו לא הייתה בעלת כוונה ליצור יחסים משפטיים. אך זהו הנימוק החוזי. נימוק שני שהופיע שם הוא ששיקולי השפיטות אומרים שמתן אפשרות לתביעה בתוך המשפחה יפגע בתא המשפחתי. מנגד, חוק הסדר התדיינות משקף חריגה מהגישה האינדיבידואלית לפיו מפנים את בני הזוג לפנות ליחדת סיוע. דיני פירוק השיתוף ממחישים אף הם גישה יחידנית. הדין האזרחי מקל על פירוק השיתוף במקרה של גירושין. ההקלה באה לידי ביטוי ביצירת הליך מהיר שלא דרש לראות את הצדדים והילדים לא היו שחקנים בתוך ההליך הזה.

לפי חוק בית משפט לענייני משפחה אין המרצה פתיחה אך בשביל לפסוק פירוק שיתוף על בית המשפט לראות את בני הזוג לפחות פעם אחת. פס"ד בראל: פוסק כי כאשר יש תביעה לפירוק שיתוף בדירת מגורים תביעה זו עולה לראש ההתדיינות.

בתיקון לחוק המקרקעין נקבע, כי ביהמ"ש לא יורה על פירוק שיתוף כאשר ביהמ"ש לא מוודא שיש לילדים אופציית מגורים חלופית.

הגישה הפרטית בדין האזרחי: בכתובה ובמזונות לפי הדין הדתי השיקולים החשובים נוגעים לשאלת האשמה. בסדרת פסקי דין ביהמ"ש פוסק שלעניינן חלוקת הרכוש האשמה אינה שיקול. (פס"ד דרור) פס"ד ברקוביץ נ קלמן: אמא נותנת לבת שלה ולבעלה כסף לקנות דירה, והם נותנים לאם חדר בדירה. לאחר שהבת נפטרה הבעל מנסה לגרש את האמא מהדירה. האם תובעת וביהמ"ש מכניס תנאי מפסיק (תנאי מכללא) לחוזה וקובע שהמתנה תלויה בכך שיתנו לאם לגור בדירה.

פסד זיסמן נ פרי: אדם נותן לאשתו במתנה את הדירה. לאחר מכן הוא נהיה חולה ובזמן חוליו אשתו בוגדת בו ומנהלת רומן עם אחיו. הוא ניסה לתבוע את הדירה בחזרה מאשתו. אך בית המשפט לא משתמש בדוקטרינת תנאי מכלל בתביעה כזו שבין בני זוג. ביהמ"ש לא רוצה לכרות תנאי מכללא לתוך מתנות בן בני זוג כי יצטרך להשוות בין עילות הגירושין ולהכניס שיקולי אשמה למשפט האזרחי.

בפס"ד ולנטין נכנסים לפסיקה שיקולי אנטי אשמה: יש בני זוג שגרים בדירה הרשומה על שם הבעל. בני הזוג עוברים משבר, האישה יוצאת לחופשה באילת יחד עם ידיד וידידה כאשר היא מסבירה לבעל מראש שהיא לא תהייה איתם באותו חדר. האישה חוזרת מהחופשה והאישה מתוודה בפני בעלה ואומרת לו שהיא מרגישה שהוא לא נותן בה אמון בכך שהדירה לא רשומה על שמה. הם חותמים הסכם שהבעל מתחייב להעביר לאישה חלק מזכויות הדירה. לאחר מס שבועות האישה תובעת ממנו גירושין ואז תובעת ממנו חצי מזכויות הדירה. לאחר מכן האישה יוצאת לחופשה נוספת והבעל מגלה שאישה בגדה בו בחופשה הראשונה. הבעל טוען כנגדה טעות והטעיה. הבעל טוען 3 טענות: 1. הבעל טוען שעשה את החוזה בידיעה שהם לקראת שלום בית. אך טענה זו נדחית כי טענת טעות והטעיה עוסקת רק בעבר ובהווה. 2. ברק בפסד בן עמי הופך את העתיד להווה ואומר שכאשר אדם מבטיח משהו ( במקרה שלנו האישה שלום בית) הוא יודע שהוא הולך להפר אותו זו הטעיה. גם את טענה זו ביהמ"ש דוחה וקובע שרגשות הם דבר הפכפך ולא בהכרח בעת שהיא ביקשה זכויות על הדירה היא רצתה להתגרש. הבעל טוען לטעות שלא ידע שאשתו בגדה בו. אם היה יודע את האמת לא היה נותן לה חצי מהעסקה. בביהמ"ש דורש מהבעל להוכיח את הבגידה עצמה ומאחר והבעל לא יכול להוכיח זאת ביהמ"ש דוחה את הטענה. 3. הבעל טוען שהאש התחייבה שהיא תהייה בחדר נפרד. ואם היה יודע שהיא תהיה עם גבר בחדר לא היה מתקשר איתה בחוזה. ביהמ"ש דוחה טענה זו מטעמי קשר סיבתי ומכך שטענה זו נעדרה בתצהיר שלו.

בפס"ד זה בין השורות עומד הפחד מהאשמה. זמיר באוביטר אומר שאם הייתה מתקבלת טענת ההטעיה היה צורך לדון בשאלת חובת הגילוי של אישה לבעלה. השופטת שטרסברג-כהן מכריזה שהבגידה הינה קצה קרחון בגירושין ואין להפעיל את דיני החוזים בתוך המשפחה בשביל להימנע בדיון בשיקולי אשמה.

**ההתמודדות האזרחית עם הדין הדתי:**
לאורך הזמן השופטים הדתיים פיתחו אסטרטגיות שסייעו להם להתמודד עם הקונפליקט בין המשפט הדתי לאזרחי. אסטרטגיות אלו נבדלות באופי הישיר או המחתרתי שלהן וכן באקטיביות של השופט או התעלמותו מהחוק. הטקטיקות של השופטים:

טכניקה 1 -הפרדה בין פרוצדורה לדין מהותי: אמרנו שיש נושאים בהם יעסוק רק הבי"ד דתי וכאלו שרק האזרחי. ישנו כלל הקובע: הדין ילך לפי הדיין. לכאורה משפט זה אומר שהדיין יפעיל את הדין שלו, אך המשמעות של כלל זה היא שגם כשופט אזרחי צריך להפעיל דין דתי, המחויבות שלו לדין הדתי היא רק במשפט המהותי שלו, אבל את הנושאים הפרוצדורליים יש להפעיל בכפוף לפרוצדורה אזרחית. נקשה, אם מה שמפריע לשופט האזרחי הוא המהות של הדין הדתי, מה עזר כלל זה? על אף שאלה זו ההבחנה בין פרוצדורה למהות יכולה להיות קריטית פעמים רבות. ניתן לראות זאת בהלכת פונק שלזינגר: זוג שבן זוג אחד יהודי ואחד לא – שמתחתנים בנישואים אזרחיים בגרמניה. הם מגיעים למשרד הפנים ומבקשים שירשמו אותם כנשואים. משרד הפנים מסרב והם פונים לבג"צ. בג"צ אומר שאין קשר בין השאלה האם בני הזוג נשואים לבין משימתו הפרוצדורלית של הפקיד. השאלה מי נשוי היא שאלה מהותית והשאלה האם לרשום היא שאלה פרוצדורלית. בדיני הראיות כתוב שאם פקיד קיבל תעודה הנראית לו אמיתית עליו לפעול על פיה. כעת, נניח מקרה שזוג זה רוצה לקבל משכנתא, והם מגיעים לפקיד בבנק ומבקשים הטבה של נשואים – הפקיד צריך לבדוק האם הם באמת נשואים או האם הם רשומים כנשואים – בפועל ברור שהפקיד לא יתחיל לחפור ויבדוק האם הם באמת נשואים, וכך גם פקיד המס ועוד רבים. למעשה דרך ההצגה של הנושא כפרוצדורלי בית המשפט הגיעה לתוצאה שסותרת את הדין הדתי במהותו.

טכניקה 2 - כאשר בדין הדתי המהותי ישנם 2 פרשנויות, זכותו של ביהמ"ש האזרחי לא לקחת את האפשרות הפרשנית הנפוצה ,אלא לאמץ את פרשנות המיעוט: ההלכה היהודית אינה בעלת קודקס ברור, ואין מכניזם של הכרעה. ההלכה מאוד מגוונת – אפשר להקל ולהחמיר – ויש יכולת לגיטימית לבחור בין הגישות השונות. ביהמ"ש האזרחי, כאשר הוא נדרש להפעיל את הדין הדתי, בעצם, בוחר מתוך עמדות קיימות בדין הדתי גם דעות המיעוט וגם דעות הרוב שלהם בהתאם לתפיסותיו. דוגמאות:
1. המדור הספציפי – הבעל חייב לדאוג לדיור לאשתו, יש שתי פרשנויות בדין הדתי לגבי מה זה מדור: המקובלת אומר שצריך לאפשר לה לגור בבית המגורים המשפחתי (בין אם הדירה רשומה על שני בני הזוג או רק על הבעל). פרשנות זו היא המקובלת בבתי הדין הדתיים. כמובן שאישה שתהייה זכאית רק אם עמדה בכללים ההלכתיים לשם כך. פרשנות שנייה מפרשת את המדור כמדור כללי. המדור הכללי אומר שאם אין לה יכולת כלכלית לשכור לעצמה דירה, עליך לדאוג שיהיה לה הכסף לכך. בפסד כליפא נ גולד ביהמ"ש האזרחי החליט לאמץ את דעת המיעוט והולך דווקא לטובת הגבר.

2. התחשבות בפוטנציאל השתכרות בחישוב מזונות – הכלל הוא שאדם חייב במזונות לאשתו. אך כנגד המזונות הוא זכאי במעשי ידיה. האישה לא יכולה להגיד תזון אותי אבל שומרת את המשכורת שלה לעצמה. במצב בו הצרכים גבוהים מהמשכורת שלה יפחיתו מהמזונות את המשכורת שלה. כאשר האישה לא עובדת אבל אין סיבה שהיא לא תעזוב. האם במקרה כזה יחשבו את פוטנציאל ההשתכרות שלה ואותו מורידים מגובה המזונות הנדרש? בדין הדתי המסורתי אין חיוב לאישה ללכת לעבוד, בסוף שנות ה80 בי"ד בחיפה פיתח קו מחשבה חדש, שמסביר למה כן יש ציפייה מסוימת מאישה ללכת לעבוד. הדיין שם הראה שבתקופת המשנה היו עבודות ביתיות מהן היה אפשר להרוויח שהנשים עבדו בהן וכן ציפו מהנשים לעשות אותן. הוא משליך זאת על היום, שיש עבודות שמתאימות לאימהות והן יכולות לעשות אותן. פס"ד בייקל – בני זוג מסוכסכים. בת הזוג מפסיקה לעבוד בהצעת עורך דינה. האישה מעוררת את זעמה של השופטת. השופטת מאמצת את דעת המיעוט של הדין הדתי המאפשרת התחשבות בהיעדר ההשתכרות של האם ללא סיבה. ביהמ"ש ממשיך את הקו הזה במקרה נוסף – פדן: סטודנטית שנושאה לאדם עובד. הנשואים קצרים מאוד ונולד ילד. תביעת המזונות לאישה הן כאשר הסטודנטית לקראת סוף לימודיה, ביהמ"ש מיהר ליישם את ההלכה החדשה וקיזז את פוטנציאל ההשתכרות. כאן ישנה התלבטות האם ליישם את פוטנציאל ההשתכרות – האם ביהמ"ש כ"כ בטוח שהסטודנטית תמצא עבודה (בהתחשב בתואר אותו עושה ובכך שהיא אם חד הורית ללא ניסיון תעסוקתי, למשל אם תחליט שהיא רוצה בשנתיים הראשונות להישאר עם הילד בבית.)

3.מזונות ילדים- הלכת 919 – השופט פוגלמן אומר שלתקנת הרבנות הראשית יש 2 פרשנויות: א. תקנת הרבנות הראשית לוקחת את המצב המשפטי מ0-6 והרחיבה אותה עד גיל 15. ב. תקנת הרבנות הראשית לא שינתה דבר. לפני התקנה – עד גיל 6 הכל היה מדין חובה ומעל גיל שונה זה היה מדין צדקה לפי הצורך. לפי הפרשנות השנייה, החיוב מגיל 6-15 הוא מדין צדקה והרבנות הראשית בגלל שהבריטים לא הבינו מה זה הדין צדקה שהמשפט העברי מביא, ולכן שינתה את הכותרת מדין צדקה לחובה משפטית. בהלכה זו השופט פוגלמן אומר שכאשר יש 2 פרשנויות השיקולים האזרחיים הם אלו שיכריעו. הוא בוחר בפרשנות השנייה מטעמי: טובת הילד, שוויון, ושיוון הדינים (להתאים את הדין הדתי לחקיקה האזרחית)

טכניקה 3 – פרשנות מניפולטיבית של הדין הדתי וקריאת עקרונות אזרחיים לתוך הדין הדתי למרות שהם לא קיימים:

דוגמא מובהקת לכך הוא עיקרון ההדדיות לגבי טיעוני הגנה מוסריים בדיני המזונות כאשר יש רצף של טענות כאשר הכי חמורה בהן

היא בגידה, מתחתיה יש מעשה כיעור, מתחתיה עוברת על דעת משה. מה שמקומם זה שאין סימטריה, שיקולי האשמה בדין הדתי הם

רק על האישה. למשפט האזרחי יש ביקורת כפולה – גם עם שיקולי האשמה בפני עצמם וגם עם חוסר השוויוניות בעניין הבגידה. מכאן

ישנה סדרת פסקי דין. פסד פרידמן: אשת טייס שמספרת לרב הבסיס כמה חייה קשים וכמה הבעל שלה בוגד בה. הרב שואל אותה ומה

איתך? ופריד ענתה לו שהיא נאמנה לבעלה חוץ מפעם אחת אשר בגדה בו. הרב צריך לספר על כך שכן לפי הדת כאשר אישה בוגדת הבעל

חייב לגרש אותה. התיק הזה מגיע לבית המשפט האזרחי. שופט שמגר מוצא כלל שאומר שכאשר דובר בעדות בה אדם מרשיע את עצמו

אז אנו לא מאמינים לו. בדיני מזונות עם זאת, נאמר כי **כן מאמינים**. ביהמ"ש העליון ציטט מהפרק הלא מתאים אבל יצאה לו תוצאה

טובה מבחינתו – הבעל לא ייהנה מאי תשלום מזונות (הוא חוטא יותר גדול). **פס"ד דויד נ' דויד** - בעל חי עם אישה אחרת, וכשהוא נדרש

לשלם מזונות, הוא מצליח להוכיח שהאישה רצה ריצת ערב עם גבר שהוא לא בעלה, ובסוף הריצה הם נחו בצל העצים בסצנות לא

הלכתיות. בתמונות האלה הוא טוען שלא מגיע לה מזונות, ושוב ביהמ"ש מוצא כי כאשר בעל עושה פעילות מסוימת באופן עצמאי, הוא

לא יכול להאשים את אשתו על אותה פעולה (**עקרון ההדדיות**) – לכן ביהמ"ש קובע שלמרות התמונות הבעל יצטרך לשלם מזונות, אבל

בשרשבסקי עוד פעם בית המשפט בחר בפרק הלא נכון וציטט ממקור לא מתאים. לגבי הנושאים המיניים כתוב בהלכה כי עצם הפעולה

הזאת של האישה פוסלת מזונות – ביהמ"ש עשה למעשה שגיאה והשגיאה הוליכה אותו לתוצאה האזרחית של יצירת עקרון ההדדיות.

**פס"ד כהן נ' כהן** – הבעל עוזב את האישה וגר עם אישה אחרת, ואחרי 3 שנים גם היא נשברת ומכניסה גבר לבית. הבעל נכנס עם התמונות מהחוקר הפרטי של האישה מקיימת יחסי אישות עם גבר אחר, בית הדין הרבני מזדעזע, ודורש גט, והעניין מגיע לביהמ"ש העליון. **שמגר** קובע שאמנם היא בגדה, אך מאחר והבעל עשה זאת בעצמו עוד קודם 🡨 הבגידה שלה לא תהווה טענת פטור (כלומר הוא החיל את **עיקרון ההדדיות**). שמגר עושה זאת כביכול מבלי לשים לב ומבלי לומר בפה מלא שהוא משנה את ההלכה שבדין הדתי. הוא פשוט מתעלם מכך שלפי הדין הדתי הבעל כן אמור להיות פטור.

יש מחיר לטקטיקה הזו – כי מה היה קורה אם בעל היה פרוד מאשתו חי עם אישה אחרת, ורוצה להתגרש, האישה מסרבת להתגרש וככלי לחייב אותה להתגרש הוא משתמש בעילה שהיא בוגדת בו – גם היא חיה עם גבר אחר.

טכניקה 4 – כאשר הדין הדתי פוגע בזכויות היסודיות ביותר אז מפעילים משפט אזרחי על פי העקרונות המקובלים: פס"ד פלוני נ פלונית – ילדה מוסלמית שנולדה מחוץ לנישואים. בדין המוסלמי ההגדרה של אבא זה הבעל של אמא. ואם לאמא אין בעל לילד אין אבא. נושא האבהות אצל יהודים ונוצרים הוא במשפט אזרחי לעומת זאת אצל המוסלמים זהו עניין של מעמד אישי הדין צריך להיקבע על פי הדין הדתי. במקרה זה, לאשה לא מגיע מזונות לפי הדין המוסלמי שכן אין לילדה אבא. בית הדין השעי מפנה את האישה לבית המשפט האזרחי. חשין – על אף הדין הדתי מכיל עקרונות על – משפט הטבע – האבהות הביולוגית, זה שהוליד את הילד צריך לדאוג לו, ולכן מייצר דיני מזונות מכוח משפט הטבע וחוק יסוד כבוד האדם וחירותו. ועל רקע זה חשין אומר שגם בנושא בו צריך להיות דין דתי, וגם אם הוא ברור, במקרה בו הוא יסתור עקרונות מוסריים עליונים ניתן ליצור משפט אזרחי.

**התמודדות של השופט האזרחי עם הדיין הדתי – ההתמודדות המוסדית**

שלב 1: להתמודדות עם הדיין – התמודדות במישור הסמכות

הדרך הכי טובה של ביהמ"ש לגרום לכך שהדין יחול לפיו, היא לעסוק בכמה שיותר נושאים. הסיפור הכולל בנושא הסמכויות – ניסיון של ביהמ"ש לצמצם את סמכותו של בית הדין.

**דוגמא 1 לצמצום הסמכות המכוון על ידי ביהמ"ש – ההוצאה של יחסי הרכוש מענייני הנישואין והגירושין** – ענייני נישואין וגירושין הם נושא שנמצא בסמכות ביה"ד הרבני לפי הדין הדתי. כולם יסכימו שהחתונה, העילות להתחתן ולהתרגש – זה הדין הדתי. אבל מה לגבי **ההסדר הרכושי**? האם זה שייך למי שרשום עליו? האם זה על פי כלל של שיתוף?

בנושא זה התעוררה שאלה מקדמית: **למה שייכים בעצם יחסי הרכוש בין בעל ואישה?** אם זה **דיני קניין** = ללא מעמד אישי זה משפט אזרחי. אם זה חלק **מיחסי בני זוג** – זה נישואין וגירושין.

טכניקה אחת הייתה לראות את הסיווג של הדין הדתי עצמו – שם לפי **שולחן ערוך** נקבע שיחסי הרכוש הפנימי הם חלק מדיני הנישואין והגירושין. **לעומת זאת**, **בפסק דין סידי** נקבע שנעשה זאת לפי סיווג אזרחי – ואז מדובר במשפט אזרחי רגיל בסמכות ביהמ"ש האזרחי. ביהמ"ש למעשה משתמש בכלל פרשני ואומר שהסיווג של רכוש בדיני הנישואין והגירושין הוא לא חלק מהדין הדתי.

**דוגמא 2- צמצום הלכת הכריכה** – יש דברים שצריך לכרוך באופן מפורש ויש דברים שכרוכים באופן טבעי. **המשמורת** כרוכה באופן טבעי – ככה שגם אם לא הזכרתי במפורש, לביה"ד יש סמכות לגבי משמורת. בנוגע **לחינוך ילדים** ביהמ"ש אמר שלא – כאשר מדובר על כריכה באופן טבעי זה מצומצם רק **למשמורת הפיזית** (לגבי חינוך היה צריך לציין זאת במפורש).

מה אם זה קורה הפוך? מה אם האישה הגישה תביעת משמורת לביהמ"ש לפני הבעל (ולא אמרה חינוך)? אחרי זה הבעל הגיש תביעת גירושין וכרך במפורש את נושא החינוך – **אומרים לו לא**. משמורת שהאישה הגישה כוללת גם חינוך. ביהמ"ש אומר שיש הבדל למעשה – בכריכה לביה"ד לא אמרת כלום. מאחר שהכריכה הייתה באופן טבעי, היית צריך לומר חינוך באופן מפורש. האישה מצד שני כן תבעה משמורת באופן אקטיבי בביהמ"ש האזרחי ולכן החינוך כבר כלול.

**דוגמא 3 - מזונות ילדים** – נושא זה מופיע באופן מפורש בחוק כנושא שאפשר לכרוך אותו, ביהמ"ש העליון עשה הבחנה בין 2 נושאים – אחד זה כשההורה מוציא הוצאות על הילד ומגיש תביעה לשיפוי (אפשר לכרוך), אבל את התביעה המרכזית כשההורה מגיש תביעה בשם הילד לעתיד, **את זה אי-אפשר לכרוך**. אם האימא תובעת בשם הילד את האבא, האימא תקבל את זה. - נושא זה שנוי במחלוקת כיום, אך במשך שנים אי-אפשר היה לכרוך מזונות ילדים).

**בנושא הסמכויות** – ביהמ"ש יצר מהלכים שגרמו לצמצום סמכותו של ביה"ד. **לדוגמא**, העובדה שאי-אפשר להסכים על נושא שלא במפורש כתוב בחוק שאפשר להסכים עליו.

ביהמ"ש חווה את הדין רק כאורגן של המדינה, ולכן הוא צריך בצורה דווקנית לפעול בהתאם לדין הדתי רק במקומות שהחוק מאפשר לו. **לעומת זאת**, בתי הדין חווים כובע כפול – מצד אחד חלק מהמדינה, וחלק שני ממסורת ארוכת שנים (לפני קום המדינה) – ומכוח האחרון, הם פועלים מעבר מה שמוקצה להם על ידי המדינה. על כך בג"ץ הכריז מלחמת חורמה.

שלב 2 - התמודדות עם הדיין – הפיקוח הפרוצדוראלי על ביה"ד (והביקורת הפרוצדורלית

הדין הולך אחר הדיין – ביה"ד בנושא הפרוצדורה מפעיל כללים דתיים בנושאים דתיים ונושאים של משפט אזרחי. בנושא זה, בג"ץ עם השנים מתערב בפעילות בביה"ד בהיבט הפרוצדוראלי – כאשר יש הבדל בין לפני חוקי היסוד לאחריי.

1. **לפני חוקי היסוד** - ההתערבות של בג"ץ בפעילות בתי הדין היא מינורית יחסית, ומוגבלת רק למצבים קיצוניים של פגיעה בכללי הצדק הטבעי – רעיון של זכות טיעון לשני הצדדים לדוגמא (אם יכול היה לדבר). **בגץ יתערב גם כשיש ניגוד עניינים:** פרשת אסי- הדיין דן כאשר אחד מבעלי הדין חבר שלו. הצד השני מתערב יש לנו דיין שעורך הדין שייצג היה שותף עסקי שלו. הצד השני ביקש מהדיין לפסול את עצמו, הדיין אומר שלפי כללי הדת זה נתון לשיקול דעתו של הדיין. אם הדיין חושש שזה עלול לפגוע באובייקטיביות הוא יפסול את עצמו, אבל אם אין חשש מכך – הוא לא יפסול. הדיין הפעיל את המשפט המוסלמי ולא היה מוכן לפסול את עצמו. בג"צ אומר כי כללי הפסלות הם לא דתיים ולמרות שהדין הולך אחר הדיין בסוגי התנהלות כאלה בגצ כן יתערב לבתי הדין הדתיים בעבודה שלהם.
2. **אחרי חוקי היסוד -** פסד לב נ ביה"ד הרבני:אישה שרוצה להתגרש והבעל מעוניין להישאר ומגיש תביעה לשלום בית. במסגרת ההליך הבעל מגיש בקשה לסעד זמני כנגד האישה - הבעל מגלה שהאישה רוצה לטוס לחול עם המאהב שלה. הוא רוצה להוציא עליה צו איסור יציאה מהארץ כדי שלא תהייה עם המאהב שלה ותפגע באפשרות שלהם להשלים את הנישואים. (לפי ההלכה כשאישה בוגדת הבעל צריך לגרש אותה.) בית הדין מקבל את הצו והאישה פונה לבגצ – היא טוענת שהצו אינו מידתי. בנוסף, צו עיכוב יציאה לא ימנע דבר. בגצ מבטל את הצו של בית הדין הרבני ומדבר על הנורמות החוקתיות כגבוהות ביותר בהיררכיה ולכן הפיקוח על בתי הדין יעשה באופן מורחב. בגצ נתניה: בעל חושד שאשתו בוגדת בו ולכן נכנס לדירה המשותפת שהוא עזב ובה האישה גרה בגפה ומצלם אותה בסיטואציה אינטימית עם המאהב. המטרה היא להשיג גירושין עקב ההוכחה שהיא בוגדת. האישה מבקשת לפסול את הראיה משום שהתמונה פוגעת בזכותה החוקתית לפרטיות. לפלוני יש 2 טענות מעניינות: 1. זו לא פגיעה בפרטיות – זה הבית המשותף שלהם. ביהמ"ש אומר שהבעל עזב את הבית ולכן לא הייתה לו זכות לצלם, וגם בחיי נישואים מגיע לכל אחד מבני הזוג פרטיות. 2. הבעל טוען שיש סיים שמתירים להציג ראיה גם אם פגעה בפרטיות למשל להוכיח שהאישה בוגדת. ביהמ"ש: הבעל לא פעל בתום לב ולכן טענתו נדחית. המרצה: מצד אחד יש היגיון בתפיסה האזרחית של גירושין ללא אשמה והסיפור של הראיות מוכיחים את האי אסתטיקה שהליך משפטי דורש גישה לדברים כ"כ אינטימיים. מצד שני, יש גם רצון לסייע לבעל לקבל את הגט אך אין אפשרות ללכת עם צעד זה עד הסוף משום שדיני הנישואים והגירושין כפופים לדין הדתי. בניתוח מקרים אלו יש לקשר בין התפיסה הפרטית לבין בדיקת התוצאה הסופית של המהלך הזה. והאם יש פתרונות ביניים.

שלב 3- כל נושא שאינו מעמד אישי יפעיל בית הדין הדתי את המשפט האזרחי.

נושא זה מתחלק לשני חלקים: עד פסד בבלי הכלל היה שגם בנושאים מהותיים ואפילו שאינם דין דתי כמו יחסי רכוש, גם כשיש כריכה, ברגע שהסמכות של בית הדין הם צריכים לדון במשפט אזרחי, בית הדין הדתי יכול לפעול לפי הדין הדתי. לכלל זה יש חריג: כשיש חוק מפורש שמצווה על בתי הדין להחיל דין אזרחי. פסד סידריס: קבע שחוק זכויות האישה משמעו **חוק שיווי האישה** – גם רכוש שרשום על שם האישה, במהלך הנישואים, מי שמנהל את הרכוש הזה זה הבעל. הוא זה שיכול להשכיר את הדירה, אבל הוא חייב להשתמש בזה לטובת המשפחה. גם אם הרכוש רשום על שם האישה, היא מאבדת את השליטה בו – זה הפירוש של נכסי מלוג. חוק שיווי האישה אומר כי היחסים לא יכולים לפגוע ברכוש.

1. חוק הכשרות והאפוטרופסות: חוק שני שדיבר ישירות עם בית הדין. החוק עוסק בנושא החזקת ילדים, וקובע כלל **שטובת הילד** היא העיקרון שמנחה בענייני משמורת, וזה מחייב גם את בית הדין. אם בית הדין יגיד שהילד צריך להיות אצל האבא (כי הוא שומר מצוות) ביהמ"ש יתערב. אם ביה"ד יהיה חכם ויסווה זאת – יהיה לבג"ץ קשה להתערב.
2. חוק יחסי ממון חל על בני זוג שהתחתנו רק אחרי שנת 1974. חוק זה נולד עם מנגנון השמדה עצמית (ולכן הוא לא הופעל עד התיקון ב-2008).
3. חלוקת הרכוש – כלל הפרדת הרכוש אומר שכל אחד בעל הרכוש של עצמו ולכן יש פער דרמטי בין הגבר שעובד יותר מלאישה. לפי כלל זה נושא הכריכה דרמטי – כי אם התביעה תוגש בבית דין דתי האישה תידפק ואם בבית דין אזרחי שם הכלל הוא שהרכוש יתחלק חצי חצי האישה תרווי.

**פס"ד סידיס 2** - ביהמ"ש העליון אומר **שהמושג של נכסי מלוג מבוטל** – אם הרכוש רשום על שם האישה, היא לא מפסידה אותו רק בגלל שהיא מתחנת.

**עם זאת**, סידיס לא אומר מה קורה אם הרכוש רשום על שם הבעל. **לדוגמא** - במהלך הנישואין, בני הזוג רכשו מכונית שנרשמה על שם הבעל. לכאורה, חוק שיווי האישה לא חל – הוא מדבר על כך שהיחסים לא פוגעים ברכוש האישה. לפי החוק, אם יש משהו ששייך לאישה על פי דיני הקניין, לא ניתן לפגוע בה רק בגלל שהתחתנה.

לכן, בחזקת השיתוף כאשר חצי שייך לאישה, זה נושא בפסיקה של ביהמ"ש. אחרי סידיס, **בית הדין** גם אמר שהוא לא מפעיל את נכסי המלוג, אבל הוא לא עושה את מה שביהמ"ש עושה, כי זה לא על פי ההלכה. **ביהמ"ש קבע חזקת שיתוף** – חצי חצי (אחרי החתונה, הכל משותף). **ביה"ד אמר שזה לא מקובל עליו** – מה ששייך לבעל הוא לא משותף בהכרח לפי החוק.

לפי הכלל של הדין הולך אחר הדיין, אם הגענו לביהמ"ש, הדין הוא חזקת השיתוף. בדיון רכושי בבית הדין, הכלל היה הפרדת רכוש (כל אחד מקבל את הרכוש שרשום על שמו). חוק שיווי האישה ביטל את נכסי המלוג, אבל לא הכריח את בית הדין להפעיל את חזקת השיתוף – ובמקום זאת הייתה הפרדת רכוש.

🡨 אחרי פסד בבלי: פסד בבלי: הבעל הגיש תביעה לגירושין בבית דין רבני וכרך בה את חלוקת הרכוש. האישה ערערה למחוזי בעניין חלוקת הרכוש בבקשה שיתחלק לפי דין אזרחי. בית המשפט עושה 2 מהלכים כדי להתערב בהחלטת בית הדין: ברק – 1. אומנם הדין הולך אחר הדיין אך יש 3 נושאים שבתי הדין הרבניים כפופים בהם לדין האזרחי ובתוכם חוק זכויות האישה. אך כעת ברק מרחיב את חוק זכויות האישה. 2. לא הגיוני שבגלל שיש שתי סמכויות יהיו שתי תוצאות שונות. יוצא מכך - יש את הלכת בבלי במובן הצר ובמובן הרחב.

לכאורה ברק הבטיח בפסד בבלי אחידות בניסיון למנוע את המוטיבציה לכרוך. אך על רקע זה מגיע שלב 4:

שלב 4 - הכפתת בתי הדין הדתיים לפרשנות האזרחית של הדין הדתי:

פסד עקנין: בני זוג מסוכסכים. אישה תובעת מזונות לבית דין בבקשה למזונות לה ולידיה. בית המשפט המחוזי מחזיר את התביעה לבד"ר משום המשכיות הדיון. בבי"ד הרבני נפסק שהאישה זכאית למדור, ולכן גם אם יהיה פירוק שיתוף בבית משפט המחוזי, הבעל יהיה שותף של האישה בדירה. האיש פונה לבגצ ואומר שהוא לא יכול לעשות פירוק שיתוף ביניהם ולזרז את הליך הגירושין - שהמדור לא חייב להיות ספציפי, ושהאישה זכאית לקבל מדור גם בדירה השכורה. טענה נוספת היא שההחלטה של הבד"ר מפקיעה את הקניין שלו בדירה שלו. טענה נוספת – פסד בבלי שיצא זמן קצר קודם, ברק הבטיח שלא יהיה יותר מרוץ סמכויות. אך פיתרון זה לא יהיה נכון ברגע שבד"ר יכול לעשות דבר אחד ובית משפט אזרחי דבר אחר.

חשין **בד. מיעט** אומר שבית משפט אזרחי מטרתו לפרק את השיתוף ובית הדין הרבני רוצה להשאיר את בני הזוג ביחד. האחידות צריכה להיות לא רק על הדין הישראלי אלא גם על הדין הדתי. השופט גולדברג אומר שיש שתי ערכאות שיש להם סמכות לדון באותו דבר – לבית הדין יש סמכות לדון במזונות ולבית משפט יש סמכות לדון בפירוק שיתוף. הבעיה שהפסיקה של הבד"ר שדנה במדור מונעת את פירוק השיתוף. זהו מרוץ פסיקה, ולא מרוץ סמכויות. לפי גולדברג- הראשון שיפסוק פסיקה מעשית הערכאה השניה צריכה להיות כפופה להחלטה זו. בנוסף גולדברג אומר – המדור הוא חלק מהדין הדתי, ואומר שאי אפשר להורות לבית הדין הדתי איך לדון בדין הדתי. (כאן במקרה של סוגיות רכושיות זה עוד יכול להתקבל על הדעת אך מה יקרה בענייני גירושין?)

בפסד זה מוגשת בקשה לד"נ אך בני הזוג מחליטים להתפשר. ועל כן הלכת בבלי היא הקובעת ושלב זה לא מתקיים. כלומר – עומדים על כך שבית הדין הדתי יפעיל את המשפט האזרחי על פי הפרשנות הישראלית אך בדין הדתי לא מתערבים.

המרצה: הקורס מתערב בשני רבדים – המאבק בין בתי המשפט הדתיים לאזרחיים. כאן רואים את הדילמה בה מבחינה אזרחית חשין צודק אך מבחינת אקטביזם שיפוטי גולדבר צודק.

אך אפשר לראות הסיטואציה גם מנקודת מבט אחרת – אין את סעיף 8 שאומר שאת הרכוש יש לחלק חצי חצי והתוצאה המשפטית שתהייה היא שגב' עקנין לא תוכל לחסות את המשכנתא בחצי שלה תכלה את כל כספה. לכן היא לא רצתה להתגרש אלא שהיא תקבל מזונות רק עד הגט ולא יהיה לה איך למלא את החובות אחכ. וייתכן שזה מה שעומד מאחורי פסיקתו של הבד"ר.

בקרוב הולכת להתעורר סערה בעניין מזונות הילדים – משום שהדין הדתי יכול לקבוע מזונות אישה בהתעלמות מהלכתו של פוגלמן שכאשר האישה מרוויחה כמו הגבר היא לא זכאית למזונות. כך האישה תפנה לבית הדין הדתי שידון במזונות וכך שוב יווצר מרוץ פסיקה אך בנושא אחר.

**דיני זוגיות:**

**דיני נישואין:**נישואין בישראל נעשים בבית דין דתי ועל פי דין דתי. כשמגישים תביעה כשהכותרת שלה נישואים התביעה תהייה בבית דין דתי. כאשר זוג חי בנישואים סודיים ואחד נפטר, כאשר פותחים את חוק ביטוח לאומי התביעה תוגש לבית דין לעבודה. אך כשביד לעבודה יצטרך לדעת האם הבן אדם אלמן, הוא צריך לברר האם הם נשואים. המשפט הישראלי אומר במצב שאם התביעה היא בסמכות שלך יש להמשיך לדון בתביעה עד הסוף.

מה צריך לקרוא כדי שאנשים יחשבו מבחינה משפטית לנשואים:

1. כושר: האם לשני האנשים יש כושר לנישואים. ישנן דרישות סף הקשורות לאדם הבודד או לאינטראקציה שבניהם.
2. צורה: מה הפרוצדורה שהם צריכים לעשות כדי שנכיר בהם כנשואים.

**כושר:**

קטגוריות אונברסליות: קטגוריות שנמצא לא רק בדין הדתי אלא בשיטות משפט רבות.

* **גיל -** יש גיל מינימום לנישואים, הוא משתנה בין מדינה למדינה. גם בדין הדתי יש הגבלת גיל( 12,13). דווקא מנקודת מבט אזרחית יש עניין להגביל את הגיל. גם בהלכה הדתית יש תקנות שאוסרות על נישואים בגיל צעיר, אך ישנה מגבלה הלכתית משמעותית, עפ"י ההלכה כאשר עושים תקנה יש איסור לעבור עליה. אך אם בפועל מישהו ממרה את התקנה הנישואים יהיו תקפים בכל זאת. ואם על פי הדין הדתי הם נשואים גם עפ"י המדינה הם יהיו.
* **קרבת משפחה** – ברוב שיטות המשפט המוכרות תהייה הגבלה על נישואים עם קרובי משפחה. הקטגוריה קיימת בכל שיטות המשפט במיוחד סביב נושאים של גילוי עריות, כאשר ההיבטים הנשקלים הם גנטיקה, ניצול, מתח מיני במשפחה. אם זאת התכנים שונים. מצד אחד, בדין הדתי והמוסלמי, הקרבת משפחה שאוסרת להתחתן איתה היא תמיד קרבת דם. אימוץ אין לו תוקף הלכתי. אחים מאומצים יכולים להתחתן. בנצרות יש איסור להינשא לכל מיני בני דודים רחוקים. בדין הדתי יש בהיקשר זה 2 קטגוריות שבולטות במיוחד בקרבת משפחה. יש 2 איסורים על גילוי עריות בתוך המשפחה:
1. הקטגוריה לגבי נישואים נגזרת לגבי האיסור של קיום יחסים. בדין המקראי אם היו רק מתחתנים הנישואים לא היו תקפים – זה נחשב פסול מוחלט. אך כל עוד לא התקיימו יחסים הם לא היו נענשים בעונש מוות. (פסול מוחלט – אחות גרושה, הורים, אחים, אשת איש.)
2. אנשים שאסור להם להתחתן אך אם הם נישאו הנישואים תקפים אבל הם חייבים בלאו. זה נקרא פסול יחסי. (למשל כהן וגרושה, ממזר ועוד)
* **ביגמיה:** ברוב שיטות המשפט בעולם ביגמיה אסורה. בישראל נושא זה תלוי דת, לגבי נשים חד משמעית אישה נשואה אינה יכולה להינשא לעוד אדם. לגבי גבר – הנצרות אוסרת זאת חד משמעית. האיסלם מתיר זאת. הדרוזים גם מתירים. ביהדות: בתלמוד אין איסור על ריבוי נשים. יש חובה על יכולת לכלכל אותן. רבנו גרשום בארצות אשכנז בסביבות שנת 1000 לספירה. ארצות אשכנז קובעות תקנה נגד ריבוי נשים. והתקנה היא בעלת תוקף קוגנטי – אי אפשר להתנות עליה או להסכים עליה. אצל אשכנזים היכולת להתיר תקנה זו מאוד נדירה ובמקרים חריגים יתירו זאת. אצל התימנים לא אומץ חרדג. המסורת הספרדית לא אימצה את חדרג בעוצמה מלאה. אך נוצר מנהג הלכתי שאוסר על ביגמיה. מנהג זה שונה מעוצמתו של המנהג בארצות אשכנז בשני מובנים: 1. בארצות אשכנז הכלל היה קוגנטי, ובעדות המזרח צריך להתחייב על כך מראש למשל, או בשבועה. זה נקרא תנית המונגמיה או שבועת המונוגמיה. 2. מתי אפשר לחרוג מזה – אצל אשכנזים יהיה קשה לחרוג מהתקנה אך עדות המזרח יאפשרו יותר חריגה מכלל זה. מונוגמיה תחשב פסול יחסי.
* **כשירות גופנית ונפשית:** במשפט האזרחי יש דיון על הזכות לנישואים של בעלי מוגבליות ולא בטוח שהמסקנות האזרחיות יהיו שוות למסקנות הדתיות.
* **זוג מאותו מין:** נושא זה שייך גם לפרטיקולרי. יהיה פער גדול בין הדין הדתי (בכל דת שהיא) לבין הדין האזרחי.

איסורים פרטיקולריים: איסורים שייחודיים רק לדין הדתי.

* **נישואים מעורבים בין דתיים:** בעולם המערבי אין קטגוריה כזו. בישראל בגלל שהנישואים הם לפי הדין הדתי נושא זה כן מוכר. בדין הנוצרי והיהודי, לעולם לא תהיה הכרה בנישואים מעורבים. בדין המוסלמי אם אישה מוסלמית מתחתנת עם מישהו לא מוסלמי, האיסלם לא יכיר בנישואים אלו. אך אם גבר מוסלמי יתחתן עם אישה מוסלמית – אם היא שייכת לדת שמאמינה באל אחד האיסלם יכיר בנישואים אלו.
* **האיסורים שמקורם בדין דתי:** כומר שהתחייב לפרישות. כהן וגרושה ונישואים עם ממזר. יש ביקורת של ההלכה על הממזרים. דין הממזירות נועד להרתיע אנשים מבגידה, אך כשהממזר נולד ההלכה יוצרת מכניזם שמצד אחד מרתיע ומצד שני מבקשת מבתי הדין לא לחפש את הממזרים בנרות.

צורה:

* **הסכמה:** פרוצדורה שמוודאת גמירות מטעם שני הצדדים.
* **פומביות:** בגלל שהציבור גם מקבל השלכות מכך יש צורך בפומביות.
* **מעורבות של המדינה:** אם ישנן השלכות על המדינה שייך שגם המדינה תהייה מעורבת בהליך.

בקתוליות ההיסטורית מספיקה הסכמה אך אין צורך בפומביות ומעורבות של גורם חיצוני. אחת מהביקורות של הפרוטסטנטיות על הקתוליות היא בהקשר זה. חלק מהחידושים הפרוטסטנטים הם הפיכת מוסד הנישואים למוסד ארצי, ויש דרישה לפומביות ומעורבות של השלטון. באיסלם הנישואים מראש בעלי אורנטצייה חוזית, אצלם הגבר חותם על שטר נישואים עם משפחת הכלה. ביהדות – יש שני שלבים: אירוסים וקידושים. הקידושים מתקיימים ב3 דרכים: כסף, שטר, ביאה. כסף – נתינת שווה פרוטה מהבעל לאישה, נוכחות 2 עדים כשרים שהם חלק מהאירוע ובלעדיהם אין, וקבלת הנכס על מנת להתחתן כדת משה וישראל. טכניקה שניה כתובה – שטר נישואים עליהם חתומים שני הצדדים. ביאה – מראש לא הייתה אהודה, גם שם נדרשו שני עדים שרואים שמתקיים 'ייחוד'. בהלכה המקורית לאחר שלושה מדברים אלו הבעל לקח את האישה לביתו וזה היה נחשב הנישואים. כיום איחדו את שלושת השלבים. יש גם אירוסין, גם קידושים וגם נישואים.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | **יותר מדי מגבלות** | **פחות מדי מגבלות** |
| **כושר** | מין שונה, דתות מעורבות, איסורים הלכתיים. קרבת משפחה * אלו אנשים שרוצים להתחתן אבל הרב לא רוצה לחתן אותם.
 | גיל, נישואים בתוך המשפחה שלא ע"ב קרבת דם (אימוץ), ביגמיה. |

דיני הנישואין במשפט האזרחי - האם המשפט האזרחי משנה את התמונה מהדין הדתי?
 החקיקה האזרחית מתמודדת עם הבעיות של הפחות מידי מגבלות. החקיקה משלימה את החסר וקובעת חוק אזרחי לרוב פלילי שמציב נורמה אזרחית לרוב בעלת סנקציה פלילית למי שלא יעמוד בה. בניהם:

1. גיל : חוק גיל הנישואים הקובע מהו גיל המינימום לנישואים.
2. איסור על ריבוי נישואים
3. פרוצדורה לרישום ועריכת נישואים: יש את רושם הנישואים שבודק שכל הפרוצדורות תקינות. לאחר רישום הנישואים יש את עורך הנישואים – רק מי שקיבל היתר לכך. אדם ללא סמכות עורך את הטקס באופן שעלול לפגוע בתקנת הציבור או מחתן זוג שלא נרשם יכול לעמוד לדין. חוק צוהר קיבע את העובדה שיש סנקציה למי שאינו מורשה שעורך נישואים יכול לעמוד לדין, אך עדין עבירה זו אינה נאכפת.

כל ההתמודדות הזו היא רק במישור הפלילי אך אינה בעלת סנקציות אזרחיות. הדין האזרחי הולך לפי הכלל שתוקף נישואים הוא לפי הדין הדתי. בפקודת ריבוי נישואים יש הפרדה בין יהודים למוסלמים בגלל שלמוסלמים אין הגבלה קבעו עילות מאוד מסוימות בהן כן ניתן לקבל את העותר מבלי שזה יחשב עבירה פלילית (הן כמובן לא מקבילות לדין המוסלמי.) .**לגבי יהודים** הסעיף מנוסח בצורה יותר עמומה. כן נתנו אפשרות לראש העדה הדתית לתת היתר נישואים, אך ישנן 2 התפתחויות מעניינות. מי המוסד שצריך לאשר ומהם הקטריונים. התהליך הראשון הוא שלאורך השנים נוצר מתח בין אשכנזים לספרדים בנושא הנישואים. כאן ישנה שאלה מה נחשב החמרה – החמרה על חדר"ג או על מצוות פרו ורבו. מה קורה כאשר יש מפגש:

* דגם אימפרליסטי: כל עדה חושבת שההלכה הנהוגה אצלה היא הנכונה ולכן היא תכיל אותה גם על הדעות האחרות, נפוץ יותר אצל אשכנזים.
* הכרה של שתי מערכות כללים ופסיקה לכל אחד לפי המנהג בעדתו.
* בישראל עם קום המדינה היו שני רבנים רשאים. הרב הרצוג רצה להכיל את הדין האשכנזי והרב עוזיאל משתף איתו פעולה ורוצה ליצור אחדות הלכתית. הרב עובדיה יוסף מבקר את הרב עוזיאל על הסכמתו להכפיף את הספרדים לאשכנזים. אך הוא נתיקל בבעיה – החוק קבוע שצריך אישור של שני הרבנים הראשיים והרב גורן לא שיתף איתו פעולה. מתקנים את החוק שאפשר חתימה רק של רב אחד. בפועל הוא חותם גם לאשכנזים וגם לספרדים.

ברובד של הפיקוח השיפוטי מתעוררת השאלה האם בדומה למוסלמים להם אין אוטונומיה דתית נקבע כי היהודים יהיו כפופים גם לחוק ולא לדין דתי. ישנה התפתחות מעניינת בפסיקה. בפסד שטרייט: ביהמש העליון הולך על מהלך רחב של ביקורת שיפוטית וקובע שמעבר לעילות של בריחה ושיטיון, לא יינתן היתר נישואים בגלל בעיית חוסר השוויון (לנשים לא ינתן ולגברים כן) וביהמ"ש קובע שגם אצל יהודים יהיה צימצום של שיקול הדעת הדתי. פסד בורמובסקי: ביהמש מוכן להרחיב את שיקול הדעת של הרבנים ומותיר פתח לביקורת שיפוטית מצומצמת ויורת אוטונומיה לדין הדתי.

החקיקה האזרחית מתמודדת עם מיעוט הגבלות אך פחות מתמודדת עם הגבלות יתר. ישנו עו"ד שמידי פעם מגיש בגצ"ים על בעיות ההגבלות יתר. ביהמ"ש תמיד עונה לו כי כל האחריות בנושא נישואים וגירושין כפופים לדין הדתי, וגם חוקי היסוד כפופים לשמירת הדינים (חוק זה נקבע לפני קום המדינה.) ישנם שני מהלכים חוקתיים שהיו אמורים לנסות להתגבר על סעיף שמירת הדינים. 1. אהרון ברק לאחר שפרש מהנשיאות: אומנם לא ניתן לבטל את חוק שיפוט נישואים וגירושין, אך בגצ יכול לקבוע שהמצב אינו חוקתי והכנסת כרשות שלטונית יש לה חובה לחוקק חוק שיתקן את המצב. ואם היא לא תקיים את החובה שלה מישהו יכול לעתור בבגצ לכנסת בשאלה מדוע הכנסת לא מתקנת את המצב וייתכן כי ביהמש ייתן סעד שמצווה את ביהמש לעשות זאת. 2. השופטת ברוך אומרת כי סעיף שמירת הדינים דוהה עם השנים וייתכן כי בנושאים של פגיעה חוקתית גדולה ניתן יהיה לסטות ממנו. שני מהלכים אלו נאמרו בהערת אגב.

**תחליפי נישואים:**

בישראל לא הצליחו להתיר נישואים שלא כהלכה ולכן מציעים תחליף עם תוצאה מעשית דומה. ישנם 3 מוסדות שהתפתחו בישראל:

1. נישואים פרטיים בישראל : גורם שאיננו מוכר עפ"י הכללים המדינתיים כגורם שיכול לערוך את הטקס. בני הזוג מבקשים מהמדינה בקשה להכיר בטקס.
2. ידועים בציבור: זוג שחי ביחד כשהוא לא נשוי ומבקש זכויות של נשואים.
3. נישואים אזרחיים מחוץ לישראל: זוג מתחתן במדינה בחו"ל שמכירה בנישואים שלהם ואח"כ מגיעים לארץ ומבקשים מהמדינה להכיר בזכויות אלו.

נישואים פרטיים בישראל:

זוג שמתחתן בטקס דתי אך הוא נערך ע"י גורם בלתי מוסמך. הזוג מגיע לרבות ודורש הכרה בנישואים. לעיתים יהיו אלו אנשים שיכלו לקבל נישואים מתוך כשירות אך מטעמים אידיאולוגים לא עשו זאת. רודנסקי – פסולי חיתול נקבל ואידואלים לא. לרוב הרבנות מסרבת לתת את תעודת הנישואים בלי לבדוק האם לגופו של עניין התקיימו התנאים ההלכתיים. אח"כ הזוג הולך לבג"צ ובגצ עושה הבחנה בין 2 קבוצות של אנשים: 1. פסולי החיתון. 2. האידיאולוגים. ובהפוך על הפוך, את האידיאולגים בגצ לא מאשר ואת פסולי החיתון כן. אפשרות נוספת היא שעו"ד מגיעים לרבנות ומבקשים תעודת נישואים וכאשר הרבנות מסרבת הם מבקשים תעודת רווקות. ברגע שהרבנות מסרבת ניתן לחייב את משרד בפנים לתת תעודת נישואים. כאשר מדובר במישהו שרשמו אותו כנשוי והוא רוצה זכויות מהותיות מהמדינה, מאחר והבן אדם רשום כנשוי, עובדה זו תאפשר לו לקבל את כל הזכויות מול צדדים שלישיים. הסיבה לכך היא שהבעיה של הפסול המחולט לא נפתרה כי הרבנות מראש לא תיתן תעודת רישום. כל הבעיה לא נפתרה בענייני הגירושין. כאשר אחד מבני הזוג האידואולוגים ימות ובן זוגו יבקש קצבה מביטוח לאומי בחוק לא כתוב שצריך נישואים. מה קורה כאשר ההתיידנות היא בסכסוך שלהם זה כלפי זה: על אף שבן הזוג יכול להוכיח האם מבחינה מהותית בני הזוג נשואים- בפסד צונן נ שתל: אדם שהיה נשוי בנישואים אזרחיים על פי הדת התגרש בגירושין אזרחיים בארה"ב ולא מצליח להביא הוכחה לגירושין דתי ים. הוא קובע חתונה עם בת זוגתו וביד"ר לא נותן לו להינשא ללא הוכחה. בסוף לא הייתה לו תעודה והוא מתחתן בטקס פרטי אבל לפי ההלכה. כאשר הם רוצים להתגרש הגבר מכחיש את כך שהם נשואים. עו"ד שלה מציגים את ההצגה שהם עשו על הבימה כהתחייבות חוזית למה שבעל היה מתחייב לאישתו בנישואים דתיים. השופטים מתפצלים אל מול טענה זו. חלקם מקבלים את טענה זו ואומרים שנוצר כאן חוזה. ושופט אחר שבגלל תקנת הציבור לא ניתן להכיר בכך כנישואים.

חוק יחסי ממון: פסד של השופט גרבנורגר – את מהלך הגינוי של האידאולוגים ניתן לעשות רק לגבי זכויות לא מהותיות. בזכויות מהותיות צריך לבחון את הדין המהותי. פס"ד של השופטת שיזנסקי – את חוק יחסי ממון לא מטילים על בני זוג לא נושאים כדת וכדין.

**ידועים בציבור:** אלו אנשים שהסוציולוג יאמר שהם נשואים, אך המשפטן יאמר שהם לא נשואים. ייתכן שלא היה להם כושר וייתכן שהם לא עשו את הנדרש לצורך הטקס. כינוי משפטי של אנשים שגרים ביחד כמו נשואים. מבחינה משפטית הם לא ערכו טקס נישואים. במשפט הישראלי יש סדרה ארוכה של חוקים שמה שמשותף להם זה שהם חוקים שיש בהם סעיפים שעוסקים בזכויות וחובות של נשואים. אין חוק ידועים בציבור, אבל זה קורה הד הוק, בסעיפי ההגדרות כתוב בן זוג לרבות ידועים בציבור. חוקים אלו לרוב הם חוקי בעלי גוון סוציאלי, שעוסקים בקצבאות, תמיכה באלמנים ועוד. עד שנות ה90: החקיקה פעילה ולכן ביהמ"ש לא משלים אותה. אם יש חוק שבו לא מופע הביטוי ידוע בציבור ביהמ"ש לא עושה השלמה. דוגמא: בחוק ת"ד לא מוגדר ידוע בציבור כתלוי שזכאי לפיצוי. בפסיקה הישנה למשל בפסד אוחיון ביהמ"ש לא מוסיף זכויות מעבר לכתוב בחוק. דוגמא נוספת: חוק אנשים חשובים מאוד – ועדת הכנסת יכלה להגדיר מי האנשים החשובים. היה הסדר לגבי חברי כנסת, שרים וכדו', ששם לא היה מוזכר ידועים בציבור (בשונה מחוק עובדי מדינה). כאשר הוא נפטר, בן הזוג שלה לא קיבל פיצוי מכוח עובדי מדינה גמלאות אלא מאנשים חשובים מאוד, וביהמ"ש העליון לא הרחיב את בני זוג לידועים בציבור. השינוי מתחיל בפס"ד לידורלן נ קרנית: שני אנשים שנהרגו בת"ד ובנות זוגם דורשות לקבל פיצוי מכוח חוק ת"ד. לכאורה הן אמורות להיתקל בתקדים הבעייתי שלא מכליל בן זוג כידוע בציבור. באחד המקרים ביהמש המחוזי דוחה. במקרה השני ביהמ"ש המחוזי במקרה השני כן מקבל: בעקבות חוקי היסוד, יש השפעה על פרשנות של חקיקה ישנה, ביהמ"ש קובע כי הפרשנות הישנה מפלה את הידועים בציבור. בעקבות כך מוגשים לעליון שני ערעורים, של חברת הביטוח שהפסידה במקרה אחד ושל המפסיד בתיק השני. ברק בדיון המאוחד בעליון במהלך שונה מקבל את הפרשנות החדשה. הוא אומר שהחוק אינו אומר נשוי אלא בן זוג, ויש לבחון כל חוק לגופו מה הרציונל שלו וייתכן שיש חוקים שבהם בן זוג נכלל מראש כנשואים. ברק עושה פסד מהפכני והוא בוחר הרכב דתי ושמרני דווקא לפס"ד זה. הוא חוצה את המים במקום הכי פחות סוער. הוא דן בסוגיה בצורה הכי נקודתית שלה. פסד לבנון – עוסק במס שבח בעסקאות בין בני זוג. הוא מגיע למסקנה שההנחה במס רווח שמגיעה לנשואים מגיע גם לבני זוג בעסקאות הפנימיות שלהם. אח"כ יש שאלה האם אפשר לאשר לידועים בציבור את הסכם הממון שלהם לפי חוק הסכם הממון. אומנם זה לא משנה, האישור של הסכם הממון הוא כמו דרישת הכתב, זה לא שההסכם אינו מחייב. הידועים בציבור רצו שתהיה הצהרה ציבורית (בפסד כהן שנים קודם לכן ביהמש אמר שאי אפשר.) בפרשת זמר, ברק אומר שבן זוג בחוק זה כולל ידועים בציבור על אף ששאר ההרכב מגיע לתוצאה בדרך אחרת ומשאיר את הטיעון של ברק בצריך עיון. **למבחן** - נניח שנקבל מקרה של חוק חדש שעוסק בטכניקה מלאכותית של הולדה ובחוק יהיה כתוב ש"בעל ואישה המעוניינים להוליד בטכניקה זו זכאים לסכום X מהמדינה". כעת באים זוג ידב"צים ומבקשים לקבל זכות זו. פס"ד לינדורן נ' קרנית אמנם פותח את הפתח לחשוב על זה, אך ראינו שם שתי הבחנות:

1. **מילולית** - בלינדורן היה כתוב 'בן-זוג' מה שיכול להשתמע גם כידבצ"ים, אך כלל לא ברור שניתן לומר זאת גם לגבי בעל ואישה. כאן ביהמ"ש יצטרך לעשות מהלך נוסף כדי להחשיב ידועים בציבור כבעל ואישה.
2. **תכליתית** - בלינדורן היה מדובר בזכות סוציאלית שבה קל יותר לומר שלא צריך להיות הבדל בין נשוי לבין ידוע בציבור אך כשמדובר בנושא של גידול ילדים - יהיו כאלה שיאמרו שהמחוקק לא עשה זאת בטעות ושאכן יש הבדל לצורך העניין. גם אם נגיד שהמילה נשוי בפרשנות מרחיבה ביותר יכולה להחיל גם ידועים בציבור – צריך שתהיינה תכליות שמבחינות בין ידב"צ לנשוי.

המסקנה היא **שפס"ד לינדורן,** פתח פתח להרחבה נוספת ועוד היד נטויה. יש לו יכולת להגיע לשוויון מוחלט, אך יש לעשות הבחנה בין ההשוואה שכבר קיימת בזכותו, לבין ההשוואה שבפוטנציאל.

במהלך הזמן ניתן לראות התקדמות ופתיחת ההרחבה: כך למשל, פס"ד לבנון עוסק בהטבות מס בעסקאות מס-שבח. גם כאן הלכו לקראת הידב"צים אך עוד אין פס"ד שעושה את ההשוואה באופן מהותי.

מהו ידוע בציבור: בחקיקה אין הגדרה מאוד מסויימת בעניין זה. הפסיקה השלימה את החלל במיוחד בהיקשר של ירושה וביטוח לאומי ופיתחה מבחנים:

1. חיים משותפים – לגור ביחד: כמה זמן? אין לא בחוק ולא בפסיקה הוראה מה מקובל. בעליון מסרבים לתת זמן מינימום. השיא בפסיקה הישראלית הוא פסד מחוזי שהכיר ב3 חודשים. יש פסד שבו בני הזוג ישנו רק בחלק מהלילות ביחד והם רכשו דירות אחד ליד השני, ונסעו ביחד לחו"ל וביהמש אומר שזה שבני הזוג ראו עצמם ככה ניתן להגיד כי הם ידועים בציבור.
2. משק בית משותף: שותפות כלכלית. יש מדינות שדורשות רישום כל שהוא ביחד למשל הצהרה בפני עו"ד, חשבון בנק משותף, דירה משותפת. דרישה זו מטרתה בגלל שקשה להפריך את טענתו של בן הזוג שנותר בחיים שהם ידועים בציבור. בישראל אין דרישה פורמלית. מספיק קופה רעיונית משותפת.
3. אינטימיות: יש בעיה לבדוק אינטימיות. נושא זה מתעורר ב2 כיוונים: מה קורה כאשר בני זוג בשלב מסויים הפסיקו את הקשר האינטימי, למשל גרו בחדרי שינה נפרדים. האם עובדה זו אומרת שהקשר כידוע בציבור נפסק? הפסיקה בסלבר נ כרמי לא רצתה להתחייב על זה. כיוון שני: האם המונוגמיה שוללת את העובדה שהם ידועים בציבור. דווקא הציפיה לנאמנות תחזק את ההבנה של ביהמש כי מדובר בידועים בציבור.
4. הכרה חברתית: בעבר הייתה מחלוקת בפסיקה האם ההכרה החברתית היא שכולם יזהו אותם כנשואים או הכרה בהם כבני זוג בלבד. בשנים האחרונות הגישה השניה אומצה. אבל מתפתח קו נוסף בפסיקה בעל שני ז'אנרים: 1. דומה לפסלר (בהמשך) נשוי לאדם אחד, נפרד אבל לא מתגרש וחי עם אדם אחר. 2. ניהול רומן בסתר לפי הילכת פסלר יש לך בו זמנית ילד ובן זוג. מכוח דיני הירושה לא ניתן לבקש זכויות אך מכוח ביטוח לאומי, פנסיה וכיוצא בזאת, אפשר לבקש- אך האישה הנשואה תטען שלא התקיימה ההכרה החברתית.
5. האם אדם נשוי יכול להיות ידוע בציבור: כלפי אדם נוסף. יש חוק אחד שאומר במפורש שהתשובה היא לא והוא חוק הירושה. שם החוק מגדיר ידועים בציבור כאשר אחד מהם אינו נשוי. מתעוררת השאלה מה לגבי כל יתר החוקים. פסד פסלר: אישה שנשואה שחיה שנים רבות עם אדם אחר שהוא לא בעלה, כאשר הוא נפטר היא ביקשה מביטוח לאומי זכויות כאלמנה שם במפורש בן זוג זה לרבות ידועים. השופט חיים כהן אומר שלמעט בחוק הירושה זה ניתן.

מצד אחד אנו מדברים על מערך זכויות מאוד משמעותית לידועים בציבור, כמעט כמו לנשואים. ומצד שני בניגוד לאיזשהי צפייה שמערך כל כך משמעותי יהיה מגובה בתנאי סף ברורים אין זה קרה. כאשר הפסיקה מדברת על ידועים בציבור בישראל היא לא מצליחה לפתור את בעייתה פסולי החיתון והאידיאולוגים. ההנחה העובדתית של ביהמש היא שרוב הידועים בציבור שייכים ל2 קבוצות אלו ופה ושם יש קבוצה קטנה של אלמנות צהל, שאיבדו את הזכויות ברגע שהיו מתחתנות. לכן רבות מהן בחרו לחיות כידועות בציבור. אם כך ביהמש צריך לתת פיתרון לעוול של הבעיות שדיברנו בשיעור הקודם ע"י מגמה של השוואה כמעט גורפת בזכויות. פסד דנינוביץ הכיר גם בבני זוג מאותו מין כידועים בציבור. יש פסד מחוזי לגבי ירושה ששם כתוב איש ואישה מכיר בבני זוג מאותו מין כידועים בציבור. בחוק הפונדקאות מצד שני כשכתוב אישה ואישה לא הוכרו בני זוג מאותו מין.

התבוננות בידועים בציבור מנקודת מבט אוניברסלים – איך שיטת משפט אזרחית תסתכל על נושאים אלו:
**היחסים הכלכליים בין הידועים בציבור:**
 בעיקר נושא של מזונות, ירושה, רכוש, פיצוי במקרה של פרידה. האם נושאים אלו צריכים להיות לקוחים מדיני נישואים לדיני ידועים בציבור. פסד מרווין – לי מרדין הוא שחקן מערבונים ידוע שהתגרש מאשתו הראשונה. הוא מכיר בחורה חדשה, סטודנטית, שעוברת לגור איתו. לידיה רוצה להתחתן אך מרווין לא מעוניין (הוא בטראומה כנראה). לידיה מציבה לו אוליטימטום. מרווין במקום נישואים עושה איתה מסיבה מרגשת ונותן לה תכשיט בסיומה, ואח"כ בהסכמתו לטענתה, היא משנה את שם משפחתה למשפחתו. כעבור זמן יש להם משבר והם נפרדים. לידיה תובעת מלי מרווין מזונות אחרי פרידה. שאם הם היו נשואים היא אכן הייתה יכולה לקבל. אך הם לא נשואים. לידיה אומרת שהיה בניהם הסכמה שאפשר לפרש את אורח חייהם כמחויבות כמו של נשואים. העליון מבטל את המדיניות הישנה הנהוגה בארה"ב שהסכם מפורש אינו מקביל לנשואים. ואומר שאם יש הסכם מפורשת זה מספיק בשביל להכיר בהם. ביהמש של קליפורניה אומר שבוודאי שנדרש הסכם אך הוא יכול להיות גם בעפ"י ואף הסכם משתמע. ביהמש החזיר את התיק לשלום לביהמ"ש לענייני משפחה. בערכאה זו הסכימו שיש מקום לפרשנות חוזית אך המחוזי לא הכיר בכך. פסד מרווין פותח שתי רמות של דיונים: רמה של חוזים – איך לפרש את היחסים בן בני הזוג כידועים בציבור, כנשואים או כלא. והאם זה אפשרי בכלל.

במדינה דמוקרטית צריך להיות מגוון של מוסדות. לכן יש מקום ליצירת הבדלים בין נשואים לידועים בציבור. ניתן להכיר בזוגיות משפטית וגם לא משפטית (כמו הסכם ג'נטלמני.) לכן יש היגיון במכניזם פורמליסטי, כי תמיד יהיה צריך לבדוק מי נשוי משפטית ומי לא. מי שרוצה להיות נשוי משפטית שיבוא ויגיד זאת מפורשות. ביקורת: יש הנחה שהכל עומד על בסיס רצון הצדדים. אך ישנן מחויבות שנובעות מאינטרסים אחרים – שיקולי צדק, הגנה על החלש – ואז גם אם נניח שבאמת הידועים בציבור כוונתם היא שלא יהיה בניהם מחויבות משפטית יהיו מחויבות שאינן מעוגנות ברצון הצדדים שכן נידרש לחייב אותם. בנוסף, מטרידים הם מצבי הביניים שאנשים אינם מגדירים מראש את כוונתם ולאחר כמה שנים שהם חיים ביחד הם לא רוצים להעמיד זכויות וכן נוצרים פערי זכויות. עוד ביקורת – מה עם הזורמים – אלו שהחלו בקשר רגיל שלא ראו צורך לשנות את האורח חיים שלהם ולא מצאו סיבה טובה דיה בשביל להתחתן. הם אף פעם לא נדרשו לבחור בין משהו מסוים למשהו אחר. ולפרש את זה בדיעבד כדחיית הנישואים המשפטיים לא בטוח נכון.

המרצה חושב שעד רמה מסוימת למשל, עד שיש ילד או מספר שנים צריך להניח להם לנפשם. אח"כ צריך לבנות 2 מוסדות: מוסד הנישואים בעל היבטים של התמשכות ומחויבות ושותפות מלאה. מוסד הידועים: נוצרה מחויבות אך שהיא לא כמו הנישואים היא רק דואגת שלא יהיה ניצול.

מה קורה ביחסים הכלכליים בין ידועים בציבור בישראל:
**ירושה:** ישנם 2 סוגים של ירושה בישראל: ירושה עפ"י דין ויורשה עפ"י צוואה. כאשר אין צוואה עפ"י דין הבן זוג יורש את כל הכסף. סעיף 55 לחוק הירושה אומר: מעין צוואה: אם יש בן אדם שהוא לא נשוי, והם חיו ביחד כידועים, והוא לא עשה צוואה, רואים אותו כאילו עשה צוואה שהתוכן שלה היא שבן הזוג הידוע כציבור יורש את מה שהיה יורש אם היה נשוי. מדוע החוק עושה סיבוב ולא אומר באופן ישיר יורש עפ"י דין. על הרקע הזה היו אנשים שניסו לייחס משמעות ואמרו שזה לא בדיוק שהידוע בציבור יורש עפ"י דין. הגישה המקובלת היא שידוע בציבור יורש עפ"י דין כמו נשוי. בן זוג חוץ מהחלק בירושה הוא מקבל גם מזונות מהעיזבון וגם בנושא זה יש השוואה בין ידועים בציבור לנשואים.
**רכוש:** בני זוג שהתחתנו לפני 74 לא היה חוק שהסדיר את ענייני הרכוש, הפסיקה פיתחה את חזקת השיתוף ומה שהם צברו במהלך הנישואים הוא משותף. לגבי ידועים בציבור לא היה חוק והתפתחה גם חזקת השיתוף – פסד שחר נ פרידמן גם בידועים בציבור יש חזקת השיתוף אך ישנה כוכבית: חלק מהשופטים אומרים לא לעשות זאת על אוטומט מתוך דרישה להוכיח שהם אכן ידועים. כעבור זמן נחקק חוק יחסי ממון לגבי זוג נשואים והפסיקה אמרה שמאחר וחוק יחסי ממון לא חל על ידועים בציבור, נמשיך להפעיל עליהם את חזקת השיתוף. חזקת השיתוף יוצרת הסדר חזק יותר מחוק יחסי הממון. חזק השיתוף לפעמים תיתן הסדרים חזקים יותר מהסדרי חוק יחסי ממון.
**מזונות:** לפי דין דתי. לכאורה פה ייווצר פער. לפי הדין הדתי אדם חייב מזונות לאשתו. על הרקע הזה יש פסד שנקרא יגר נ פנביץ: יש אישה ידועה בציבור שתובעת מזונות מבן הזוג שלה. היא עושה מהל ך דומה למרווין ואומרת שיש הסכמה והיא רוצה מזונות מכוח ההסכמה. ביהמ"ש מבקש לראות את ההסכם. היא אומרת שמדובר בהסכם משתמע. ותביעתה נדחית. ורסנו נ כהן: מקרה דומה. פסולי חיתון. ידועה בציבור מבקשת מזונות ואז ברק לכאורה צריך לדחות את התביעה. אך ברק אומר שחוזה יכול להיות בכתב בע"פ או משתמע. אפשר לראות בחיים המשותפים כמשתמעים על חוזה. ואם בני הזוג נפרדים ללא צידוק יש להביא מזונות. באוביטר: ברק שותל את הרעיון. פסד לינדורן נ קרניית: מקרה דומה. ברק מכיל את גישתו ומתגבשת פרקטיקה שידועים בציבור זכאים למזונות. במזונות דתיים מסיימים לתת מזונות לאחר הגט. אז מתי יסתיימו המזונות במקרה של ידועים בציבור: יש יתרון לידועים בציבור על פני הנשואים.

ביהמ"ש בישראל מבדיל עצמו מחו"ל כדי לאפשר אלטרנטיבה לאידיאולוגים ולפסולי החיתון מה שאין בחו"ל .

עד לפני 10 שנים ידועים בציבור היו בעיקר פסולי חיתון ואידאולוגים. אבל כיום, גם במדינות בהם אין שתי קבוצות אלו, יותר אנשים בוחרים לחיות כידועים בציבור. הם חיים כידועים בציבור בגלל סיבות כמו: קשר קצר טווח כי הם רוצים לבדוק את הקשר, או שאחד מבני הזוג אינו רוצה להתחתן כי אינו רוצה את המחויבות. סוג אחד של ידועים בציבור בארץ הם אנשים שאינם מתחתנים היא אינה מיוחדת לישראל. אלו הם ידועים בציבור אוניברסלים. לקבוצה השנייה נקרא ידועים בציבור תוצרת הארץ. כאשר יש שתי קבוצות נבדלות יש לעשות לכל אחת מהן מערכת דין שונה. אם נשווה בהם לא נתייחס להבדל המהותי: הקבוצה הראשונה אינה רוצה את המחוייבות של הנישואים.
איך נבדיל בין הקבוצות? קשה להבחין בין אלו שלא רצו להתחתן בגלל הדת לבין אלו שלא רצו להתחתן בגלל המחויבות.

פס"ד סאלם נ כרמי: רחל סאלם מתגרשת מבעלה ומתחילה זוגיות עם כרמי. הם לא מתחתנים אך עוברים לגור ביחד ומביאים ילד משותף. הם לא מתחתנים לטענתה כי היא בטראומה ריגשית מהגרושין עם בעלה כאשר הוא לוחץ להינשא. לאחר מכן היא רוצה להינשא והוא דוחה זאת. היחסים בניהם עולים על סרטון. סאלם דורשת בגלל חזקת השיתוף חצי מהנכסים של כרמי בתוכם פרוייקט גדול של כרמי. ביהמ"ש מכיר בזכות שלה על חלק מהרכוש של כרמי. (אחת מהדירות כרמי ייעד שהם יחיו בה ביחד) השופט מצא אמר שהיא גם תצטרך לשאת בחלק מהחובות של פרוייקט זה כי היא לא יכולה רק ליהנות רק מהפירות. סאלם מנהלת יחסים פתוחים עם גברים אחרים לאורך מערכת היחסים בניהם. בחלק מהתקופה הם ישנים בחדרים נפרדים בתקופה בה מתפתח הפרויקט. ביהמ"ש עדין מגדיר את תקופה זו כמערכת יחסים. ברור ממקרה זה שמדובר באונברסלים. לשני בני הזוג לא הייתה בעיה עקרונית להתחתן. כאשר מדברים על מי זה נשוי ההגדרות מאוד ברורות, לעומת זאת פס"ד זה מראה שללא ההגדרות הפורמאליות קשה להגדיר מיהו נשוי. כאן הם הוגדרו כידועים בציבור גם כאשר גרו בחדרים נפרדים וניהלו מערכת יחסים פתוחה. ואף לא היה להם חשבון בנק משותף. יש מחיר רב שהצדדים משלמים כאשר הם לא מגדירים את הקשר. לדעת ליפשיץ ההחלטה של ביהמש היא מניפולטיבית, הרי כרמי גם לא רשם על שמה את הנכס מתוך בחירה. ביהמש היה יכול לקרוא לזה פיצוי מאחר וכן היה לבני הזוג ילד משותף.

לגבי מזונות - אמרנו שישנו מצב שבו ידועים בציבור מקבלים את סעד פיצוי הנישואים שהוא לעיתים גדול יותר מהסעד שיקבלו זוג נשוי. אפשר להסתייג מאמירה זו ולהגיד שבנישואים, עצם הצורך בגט מספק סוג מסוים של הגנה על בן הזוג התלוי כלכלית בשני מובנים: 1. הגנה קצרת טווח: מכיוון שלוקח זמן עד שמשיגים את הגט יש תקופת התאוששות שגלומה בעצם הצורך לנהל הליכים עד שמגישים את הגט. לידועים בציבור כאשר אין את ההליכים הללו בן זוג יכול לשים ברז לבן זוגו בלי לסייע לו כלכלית. בגלל הקלות של הפרידה יש הגיון לשים סנקציה לאחר הפרידה שהיא גדולה יותר. 2. הגנה בטווח ארוך: אצל נשואים לא ניתן לכפות את הגירושין וניתן "לסחוט" הכנה כלכלית אלטרנטיבית. בניגוד לדין הדתי שאומר שרק הגבר משלם מזונות לאישה. בידועים בציבור המזונות צריכים להיות בהתאם למצב הכלכלי אבל לא על בסיס מגדר. הרציונל לגבי הידועים בציבור הוא על הסתמכות כלכלית בין בני הזוג, ואין מקום לאשמה והפרת חוזה. יכול להיות שתהייה דלת עקיפה שהשופטים יכניסו שיקולי אשמה אך עליהם להיזהר מכך שכן ההצדקה שנתנו למזונות בציבור ידועים בציבור צריכה להיות חילונית ולא קשורה למי עזב את מי.

**נסיבות - כמה זמן**: כברירת מחדל צריך לעבוד לפי מודל של מזונות משקמים. לא מזונות ארוכי טווח, אלא המתאימים לתקופת התארגנות. פס"ד יקותיאלי: ביהמ"ש העליון נותן מזונות לידועים בציבור בלי להגיד עד מתי. כך הוא הכניס מזונות פרוטסטנטים בשונה מהדין הדתי שם המזונות הם עד הגט. כיום רוב השופטים השתפרו בנושא זה. השאלה היא כמה זמן זה שירותי שיקום. באותם מצבים בהם היה קשר ארוך טווח ונוצרה תלות הדדית ניתן להכיר במזונות שיקום לתקופה קצת יותר ארוכה. צריך במבחן לשים לב אם המזונות הם לתקופת התארגנות או למטרה אחרת.

**ירושה:** ליפשיץ:הביקורת על המצב הקיים חזקה ביותר: 1. ביחסי רכוש יש ביקורת על ביהמ"ש שעשה מניפולציה על כוונת הצדדים, אבל בדיני רכוש נגלה שהם לא באמת בנויים על הסכמת הצדדים אלא על שיקולים נורמטיביים. לעומת זאת, בדיני ירושה המשפט הישראלי באטרף על זה שהכל בירושה הוא חופש מלא, אין הסתמכות בירושה, תמיד ניתן להתחרט. שם דווקא ביהמ"ש צריך לעשות הבחנה בין ידועים בציבור אוניברסליים לבין ידועים בציבור תוצרת הארץ וצריך רגישות לכוונת הצדדים. בירושה אין מקום לשיקולים סוציאלים ושיקולי צדק. מה שמקומם בנושא הירושה זה שכל פסקי הדין שנתנו הגדרות מינמליסטיות למה צריך להיות ידועים בציבור הם לא רק בתחומים אחרים אלא גם בירושה. נגיד עו"ד בונה שני קווי הגנה – אחד לטעון שהם לא היו ידועים בציבור, ולבלום את חזקת השיתוף בקו ההגנה השני. אבל במקרה של ירושה, יש רק קו הגנה אחד, ברגע שהם ידועים בציבור, ואין צוואה – חצי עובר לבן הזוג. שני פסקי הדין שנביא הם מקוממים: פסד פלונית - דירה ליד דירה, שום נתון שאומר שהוא רצה להוריש לה משהו והשופט דנצינגר אומר שהבחינה היא סובייקטיבית וכוונתם הייתה להוריש זה לזה. ברור שבידועים בציבור אדם לא בהכרח חושב שהחיים ביחד יוצרים חבות משפטית ולכן זו שעורריה שמשווים בין נשואים לידועים בציבור בלי לתת רף הגיוני לקביעה מיהו הידוע בציבור.
סיטואציה של ידועים בציבור שכן חיים ביחד אבל יהיו עדויות ברורות שאחד מהם כל הזמן אמר לשני אני לא מתכנן להוריש לך אלא להוריש לילדי. בלאום נ פוזש: האם יש אינדיקציה ברורה לכך שהמוריש לא התכוון להוריש לשני שהיא לא בצוואה. הדילמה היא איך לפרש את סעיף 55: אם ידוע בציבור ללא צוואה תראה זאת כאילו עשה צוואה בה הוא מוריש לו עפ"י דין. לכאורה, כמו שהדרך להתגבר על צוואה עפ"י דין היא באמצעות צוואה כתובה, כך גם בידועים בציבור. דעת המיעוט ניסתה להגיד כי מאחר וס.55 מדבר על מעין צוואה בידועים בציבור. כך שאם יש אינדיקציה שהאדם לא רצה ליצור מעין צוואה ניתן לחתור מתחת לס.55. יש שני פסקי דין מחוזיים שמביאים רוח חדשה: מה שמדובר בהם זה על אנשים שלפני שהחליטו לחיות כידועים בציבור, אשר עשו הסכם ממון, ובמסגרת ההסכם הם כתבו שלא יהיה להם זכויות מהחיים המשותפים. אנשים חושבים שבירושה בן הזוג מקבל חצי והילדים חצי, אבל אם מישהו מת, יש חצי מהרכוש הולך בגלל חזקת השיתוף חצי וחצי, והחצי השני הוא המתחלק בין בן הזוג לילדים. בפסקי דין אלו לפי הסכמי ממון לא הייתה בעיה עם החצי הראשון אלא רק עם החצי השני. הוא כתב בהסכם שאין זכויות מכוח חיים משותפים, והם לא מורישים אחד לשני. בגלל שהוא לא עשה זאת בצוואה זה לא ענה על הפורמליות של דיני הירושה. בתי המשפט, חלק מהשופטים אמרו שאין מה לעשות והמשיכו את הקו של בלאום נ פוזש. שני שופטים אחרים עשו מעין פשרה. הם לא התעלמו מכך שכתוב מעין צוואה, ופירשו את הסעיף שאמר שבן הזוג לא ירוש ויחסו אותו לביטול צוואה, יש כלל בדיני הירושה שביטול צוואה אפשר לנהוג בו בפרשנות רחבה יותר. שופט נוסף אמר לאור העובדה שזה מעין צוואה, גם בהסכם, ידועים בציבור יכולים לבטל את הצוואה. העמדה הנכונה היא: שצריך ללמוד מברק על פרשנות תכליתית ולהגיד שלצורך ידועים בציבור הם לא ידועים בציבור ולכן זה לא נכנס בסעיף 55. בנישואים המחוקק העדיף במפורש יציבות וודאות בדיני ירושה. בידועים בציבור אם הייתה רוצה ודאות מראש לא הייתה הולך למוסד הזה.
רוב האנשים לא מעלים בדעתם ש3 חודשים של קשר יוצרים חבות משפטית. עצם הדרישה לעשות את ההסכם היא עצמה משלמת מחיר. אדם רצה קשר לא משפטי ועכשיו הוא מחוייב ללכת לעו"ד. פסד בר נאור: 2 אנשים עושים הסכם ובמסגרתו הם כותבים שהם הולכים לחיות ביחד, יבנו דירה במשאבים משותפים אבל אם אחד ימות הוא ימכור את הדירה וחצי ילך לשני וחצי ליורשים וזהו. חוץ מזה הם לא רוצים לחיות כידועים בציבור. היורשים אומרים, כתבתם שאתם לא ידועים בציבור. ביהמש אומר שזו הגדרה אובייקטיבים. פס"ד בר נאור נ' אסטרליץ: זוג עושה הסכם במסגרתו הם כותבים שיקנו דירה משותפת, חשבון בנק משותף וחוץ מזה לא רוצים להיחשב ידועים, הגבר נפטר והאישה תובעת מהעיזבון, היורשים אומרים שלפי ההסכם הם לא ידועים בציבור. הוויתור הוא גם על מזונות מעיזבון אך זהו דבר קוגנטי שצוואה לא יכולה לבטל. לא צריך לבטל את דיני החוזים אך יש לשים לב אם ההסכם נעשה לפני תחילת הקשר או באמצעו וכשיש תלות בבן הזוג. השופט צריך לתת כבוד לבחירת הזוג.

**הנישואים האזרחיים מחוץ לישראל**

**תוקפם של הנישואים האזרחיים עפ"י הדין הדתי:**

כיום בשביל להתחתן צריך טבעת, עדים כשרים, ואמירה מפורשת של כוונה להתחתן עפ"י ההלכה. ברוב הנישואים האזרחיים זה לא מתקיים ואף על פי כן יש גישות בהלכה שכן מקבלות את הנישואים האזרחיים. יש שיגידו שניתן להגדיר זאת כנישואי ביאה וזה שהם חיים ביחד אח"כ מביא לידיעה אוניברסלית על נישואיהם. יש כאלה שיגידו שהכוונה בנישואים האזרחיים היא כן באיזשהו מקום כוונה לעשות זאת עפי ההלכה (אין אדם עושה בעילת זנות). הדין הדתי מחולק ל3 גישות:

1. הנישואים האזרחיים יוצרים נישואים מספק: לא מקבלים את זכויות הנישואים, אך בשביל להינשא כדמו"י צריך גט כי יש נישואים מספק. אם האישה תלד ילד מגבר אחר הילד יהיה ממזר מספק.
2. גם אם הלכתית נישואים אזרחיים לא נחשבים, צריך אקט שיסיים את הקשר ולכן גישה זו דורשת גט לחומרה. למרות שאמתית לא צריך נחמיר על זוג זה וכתנאי לנישואים נחייב אותם להתגרש. בגט מספק אין פשרות, בגט לחומרה, במקרה שאחד מבני הזוג יעשו בעיות לא ידרשו גט. וגם לא יגידו על ילד שנולד מגבר אחר שהוא ממזר.
3. הנישואים האזרחיים לא שווים כלום מבחינת ההלכה. זה לא רציני שידיעה ציבורית שקולה לעדות כי עדים צריכים להיות כשרים.

העמדה הסטנדרטית בעבר הייתה הדרישה לגט לחומרה. ב2005 עולה קו חדש בבתי הדין אותו מוביל הרב דיכובסקי. הקו החדש אומר שהגישות שדרשו גט לחומרה שייכות לגלות. כי זה מגוכך להגיד שאדם שטס בכווונה לחול בשביל להינשא רוצה להינשא כדמו"י. ישנו כלי חדש שנקרא התרת נישואים. בית הדין מתיר לבני הזוג הפנויים להינשא – כפרודים, אך לא בפרוצדורה של הגט.

 גישות לשאלה איך המשפט האזרחי בהיקשר של זכויות מתייחס לנישואים האזרחיים כאשר התשובה של הדין הדתי היא שלא מגיעות זכויות:
דרך ישירה: נכיר בנישואים האזרחיים דרך המשפט הבינלאומי הפרטי:
המשפט האזרחי ניסה להגיד, שכאשר בני זוג מתחתנים לא בישראל הדין הבינלואמי חל עליהם. (ברירת הדין)
דרך עקיפה: לא חשוב לנו אם אתה נשוי באמת, תגיד מה אתה רוצה לקבל בגלל שאתה נשוי.

שיטת המשפט הבינלאומי הפרטי:
כללי המשפט בניל פרטי עושה הבחנה בין 2 קבוצות:

1. **עולים חדשים** – שהם התחתנו במדינה אחרת ואז עלו לארץ ומבקשים הכרה בנישואים שלהם לצורך קבלת זכויות. הגישה היא שכאשר מדינת המוצא הכירה בנישואים מד"י תכיר גם בנישואים. יכולה להיות בעיה עם זה: למשל מצב שזוג עלה לארץ, כאשר אחד נפטר, לפי דיני הירושה בן הזוג יורש אותו, אך מה עם במדינה ממנו עלה הזוג רק הילדים יורשים? יחילו את הדין הישראלי בדיני ירושה, אך בשאלה שבתוך דיני הירושה האם הזוג היה נשוי יחילו את הדין הבינ"ל.
2. **קופצים:** (יש ניואנסים שלא ניגע בהם שמבחינים בין תושבות, אזרחות, אזרחות כפולה ועוד.) יש מחלוקת חזקה בעל שלוש גישות:
3. ענייני המעמד האישי של האזרחים יהיה לפי הדין האישי. פרופסור שוואה אומר שכאשר אדם גר בישראל חל עליו הדין הישראלי. זה שהחוק לא מבחין אם הנישואים היו בישראל או לא זה אומר שלא ניתן להשתחרר מהדין הדתי. גישה זו ואומצה ע"י מספר בתי משפט מחוזיים.
4. השופט ויתקון אומר שיש לאקונה בחוק מאחר שיש סעיף שמתייחס למצב של עולים חדשים. כשיש לאקונה בעבר, היה כלל שלקונה ממלים עפ"י הדין האנגלי. ויתקון אומר שכאשר יש בעיית כושר יש היצמדות לדין ההלכתי אבל הצורה שבחו"ל כן תהייה תקיפה. לא יעזור לנישואים מעורבים.
5. זוסמן בפסד שלוינזגר מתחיל כמו ויתקון ואומר שיש לקונה. הוא מחיל על הלקונה את המשפט האמריקאי, שם אין הבחנה בין כושר לבין צורה. הכל הולך לפי מקום עריכת הטקס. ברגע שנמצא מקום שמוכן להשיא את הזוג הנישואים שלו תקפים אזרחית.

המצב המשפטי הוא שיש פס"ד אחד של ברק שדוחה את שיטתו של שוואה אך אין הכרעה בין ויתקון לזוסמן.

הדרך העקיפה: תן לו בקומבינה:

ניתן לאלו המתחתנים בחוץ תוצאה של כאלו שנישאו בארץ. המהלך מתחיל בדיני הידועים בציבור. במקום להתפלסף על השאלה האם הם נשואים או לא ישנם סעיפים אחרים בחוק שמאפשרים להם זכויות. ישנה התחברות להילכת פונק שלוינגר: (זוג של יהודי ולא יהודייה שחזרו לארץ וביקשו להירשם והפקיד לא מוכן לרשום אותם. ויתקון וזוסמן אומרים שאין מה להתווכח כי הם לא עוסקים בשאלה של בינ"ל. הרישום הוא פרוצדורה. בעיית הרישום נפתרה. מה יקרה בירושה? סעיף 55 עם הבחנה מסוימת. כי כאן אין בעיה להוכיח את הרצון של הבן זוג להוריש לאישתו. יש כאן אפקט ראייתי ואפקט מהותי.

קו הגנה נוסף: יש פסד של ברק פסד הנישואים המעורבים – בו בני זוג קפצו לחול בשביל להינשא. הם חזרו לארץ, נרשמו כנשואים עד שאחד מהם נפטר. האישה רצתה לרשת את הבעל. המשפחה שלו אמרה שלא מגיע לה. העו"ד שלה, הגיש תביעה לירושה מכוח היותם נשואים ואפילו לא הגיש מכוח סעיף 55. ברק בונה קו הגנה שלישי: נישואים לצורך ספיציפי: הוא אומר שבחוק הירושה כתוב שאדם שנשוי זכאי לרשת, אך אפשר לבחון את המילה נשוי בחוק הספציפי ומשתמש במבחן תכליתי. מדוע החוק שם בבררת המחדל את המילה נשוי: סוציאלי, כוונה משותפת ועוד, כל סיבה כמעט תהיה תקפה גם לנישואים אזרחיים.

לסיכום: הגישה השנייה פתרה את בעיית הרישום ובעיית הירושה. **ביחסי רכוש** תהיה תמיד חזקת שיתוף. האזרחיים יהיו תמיד תוצרת הארץ. אם יש מישהו שהוא לא נשוי – מגיע לו זכויות מכוח היותו ידוע בציבור. העוצמה היא עוצמה של נשוי. לידוע בציבור יש חזקת שיתוף מוחלטת בגלל שזה שהוא לא התחתן מעיד שאולי הוא לא רצה חזקת שיתוף.

**אנחנו עדין תקועים בשלב מזונות וגירושין:**

גירושין: הזוג צריך לחזור לבית דין רבני. בביד"ר כל מה שאמרנו לא יעזור. במזונות אישה: בחלק מהמקרים זה בית הדין, ובית המשפט אמור לעשות לפי הדין הדתי. אלו שני המקרים שאנחנו תקועים. בפס"ד כהנא ופורר מדובר בנישואים אזרחיים של כהן וגרושה, ואחרי שנים רבות של קשר, כאשר האישה תובעת מזונות לבעל יש 2 טענות הגנה: 1. מזונות זה לפי דין דתי והדין הדתי לא מכיר בנישואיהם. 2. ברגע שהבעל נתבע במזונות הוא רץ לביד"ר ומגיש תביעת גירושין. הוא אומר לבית הדין, אני חי בחטא (כהן וגרושה) ומבקש שיחייבו אותו ואשתו להתגרש. בית הדין אכן נותן פסק דין המחייב להתגרש. הכלל בדיני מזונות הוא שהמזונות הם עד שיש פסק דין המחייב להתגרש. כאשר האישה תובעת מזונות בבית המשפט הבעל טוען שיש פסק דין המחייב גירושין. השופטים לא מרוצים מפסק הדין ואומרים שכאלה הם דיני המעמד האישי במדינה ישראל ואין בידם להושיע וזה המצב עד שנות ה70-80. השינוי החל בשנות ה90 בפרשת שמואל: נישואי תערובת בין יהודייה לבין הינדי שעבר גיור הנתון בספק. הם מתחתנים כאשר הם אזרחים של הודו. כאן מדובר במצב של עולים חדשים – כאשר מדובר בעולים חדשים עצם העובדה שהם התחתנו במדינה שהתירה להם הם נשואים – כאשר האישה תובעת מזונות, הבעל עושה את שני המהלכים של כהנא, א. אומר שמלכתחילה הם לא נשואים לפי הדין הדתי ומזונות זה לפי דין דתי. ב. מציג פסק דין של גירושין מבית הדין הרבני. ברק עושה את המהלך הבא: הוא אומר שבבית משפט אזרחי צריך להתחשב בדין המשפט הבינלאומי. אומנם הדין הדתי לא נותן מזונות בגלל שהוא לא מכיר בנישואים אלו. בדין הדתי יש שלבים: בשלב הראשון האם הם נשואים נלך לפי המשפט הבינלאומי, ואת שאר השלבים נבחן לפי הדין הדתי. בקשר למהלך השני של הבעל: ברק שואל האם בית הדין נתן את חיוב הגט לפי כללים דתיים שפועלים על זוג נשוי או שנתן חיוב גט רק בגלל שחשב שהנשואים לא תקפים, אם ביה"ד נתן כי חשב שהנישואים לא תקפים אז לצורך דיני מזונות אפשר להתעלם מחיוב גט של בית דין שלא מכיר בנישואים שבית משפט אזרחי כן מכיר בהם. אחרי פסק דין זה היה פסק דין נוסף עם אותו סיפור רקע של כהן וגרושה, ושם שמגר אומר אין אדם יכול בדרך זו להתחמק ממחויבותו האזרחיות.

פלונית נ פלונית: בני זוג קופצים מהסוג האידיאולוגי. כאשר הם לגמרי פרודים והאישה בהריון מבן זוג נוסף ואז האישה מגישה תביעה למזונות. בבהמ"ש יושב השופט בן פורת והוא היה ערכאת הערעור של בית המשפט לענייני משפחה. הוא מתחיל בשאלה האם הם בכלל היו נשואים לפי 3 הגישות. הוא פוסק לפי שוואה וקובע שהם בכלל לא נשואים גם מבחינה אזרחית ולכן לא מגיע מזונות. מוגש ערעור לתת מוזנות.

נשאר פתוח: לכמה זמן יהיו המזונות האלו? לפי דיני החוזים ועקרון תום הלב כמה זמן ימשכו המזונות, האם גם לאחר מתן הגט? בדין הדתי יש תשובה לכל השאלות האלו אך בדיני החוזים לא.

פלונית נ פלונית בני נוח: פסד זה הוא חידוש של ביה"ד הרבני ושל ביהמש האזרחי: זוג קופצים מגיעים לארץ והאישה תובעת מזונות. היא תובעת אותם בבידר והבעל תובע גירושין. הגישה השלישית מובלת ע"י הרב דיכובסקי לפיה נישואים אזרחיים הם לא לפי ההלכה. פתאום הרב דיכובסקי מבין שהוא יעשה לעצמו גול עצמי כי עלול לקרות מצב שיגע אליו שני אנשים שכתוב להם בת.ז נ והוא יעיף אותם לבית משפט לענייני משפחה והביד"ר נותן לבית משפט לענייני משפחה סמכות לדון בגירושין. ברק בונה את המהלך של בני נוח: אנשים שהם לא יהודים לפי ההלכה הם מחויבים ב7 מצוות בני נוח ואחד מהם הוא גילוי עריות. לכן צריכה להיות גם במשפט של גויים מערכת של נישואים וגירושין שתמנע מצב של אשת איש. דיכובסקי מכיל גם את מעגל הדין הדתי המיוחד ליהודים וגם את המהלך של בני נוח שגם היהודים מחויבים בו. כשאדם יהודי מתגרש הגט הדתי מהווה ניתוק נישואים משני מעגלים אלו. אך אדם שהתחתן בנישואים אזרחיים הם כן תופסים כבני נוח, אומנם הוא לא צריך להתגרש עפ"י הדין הדתי, אך כן צריך דין אזרחי שיאשר לו את הגרושין. הפרוצדורה האזרחית היא פירוק הקשר ולא נותן מוזנות אישה. האישה פונה לבגצ: היא טוענת כי אין סמכות מראש לביד"ר. נישואים אזרחיים דורשים גירושין בבית משפט. בנוסף, אם הולכים לדין דתי, מגיעים לה ההגנות של דין זה. ומבקשת שבידר לא ידון במזונות וברכוש כאשר הוא מתייחס אליה כסוג ב. ברק קובע: 1. דוחה את הטענה ומאמץ את דעתו של דיכובסקי. 2. אין הגיון להכריח את בית הדין להפעיל כללים דתיים גם על מי שמתחתן בנישואים אזרחיים. אפשר שהגירושין יהיו ללא אשמה אך יש לבדוק ללא התרשלות שאכן היחסים התפרקו. 3. מאחר ודיכובסקי לא משכנע שהוא מכבד את הנישואים האזרחיים ולכן לא ניתן לכרוך רכוש ומזונות במקרים אלו. ברק נותן מזונות משקמים שבמקרים מסוימים ישרדו את מתן הגט. הם יהיו לטווח קצר והדדיים ולא תלויי אשמה. לפסק דין זה יש 3 קניים למחשבה:

* האם בית הדין בטוח שלא היה נותן מזונות. הכריכה אינה כנה אם בית הדין יודע בודאות שלא יתן מוזנות לפי הדין הדתי. יצא פסק דין של אחד מבתי הדין הרבניים שאומר: שבמקרים מסויימים בית הדין כן יכול לתת מזונות. אם יהיה שאלה במבחן שאדם רוצה לכרוך מזונות: צריך להגיד שיש כבר פסיקה רבנית שטוענת שהבד"ר כן יכול לתת מזונות במקרים מסוימים.
* בני זוג מאותו מין: יבואו שניהם לבית הדין, שניהם יהודים והם צריכים להתגרש. אפילו דיכובסקי לא יעשה להם התרת נישואים מאחר וגם לפי בני נוח הם לא יכולים להיות נשואים. יש שופטי משפחה שאומרים לבני הזוג ללכת לבית הדין, ואם בית הדין לא יכיר בנישואים שלהם בית המשפט ייתן להם התרת נישואים ויש שופטים שנותנים ישר התרת נישואים.
* ברק נותן אפשרות לקבל מזונות מכוח מסלול חוזי. מה יקרה במצב בו בני זוג נישאו לפי הדין הדתי והאישה תלויה לחלוטין בגבר כל השנים ולא נצבר כמעט רכוש. הם רוצים להתגרש ואישה מבקשת מזונות לאחר הגירושין לפי הדין האזרחי על סמך החוזה.

**דיני גירושין**

כששני הצדדים הם מאותה דת ישנה סמכות ייחודית לבית הדין הדתי. נתחיל מהדין הדתי ולאחר מכן נבדוק איפה הדין האזרחי יכול להיכנס.

ישנן 2 נקודות חשובות שמיחדות את הדין הדתי היהודי בענייני הגירושין:

1. **הגט הוא פרטי**: הגירושין קורים כאשר הבעל נותן לאישה את הגט ולא כמו במשפט אזרחי בו בית המשפט מכריז על הצדדים כגרושים. כאשר הגבר לא מוכן או יכול לתת גט אין לבית הדין מה לעשות בנידון.
2. **הגט צריך להיות גט רצוני**: אם יכריחו את הבעל לתת גט באופן פורמלי מבחינת ההלכה יהיה מדובר בגט פסול והאישה עדין נשואה (מה שיכול להוביל לתקלה הלכתית שכן הילדים של האישה מבעל אחר יהיו ממזרים.) בהלכה זו יש אפליה שכן את האישה ניתן לגרש ברצונה ובשלא ברצונה. בתלמוד פותחו כללים שמגדירים עילות גירושין. אלו טענות שיש לאישה כלפי האיש, ואם הן מתקיימות כן אפשר לכפות על הבעל לתת את הגט, ובמקרה כזה הגט לא יחשב כגט מעושה. למשל עילות שהבעל מסכן את האישה, יכולת לקיים יחסים. ועם השנים יש דינמיקה שמרחיבה את העילות האלו. במקרים אלו אפשר לכפות על הבעל ללתת גט (מכים אותו עד שיגיד רוצה אני, או ששמים אותו בכלא.) סרבנות גט היא פעולה רציונלית ברוב המקרים. נכון לשלב זה, אם הבעל מגיש תביעת גירושין והאישה מגישה תביעה לשלום בית אין משמעות לתביעתה של האישה. בעבר הבחנו בין שיטות גירושין המבוססות על אשמה לבין כאלו שלא. השיטה התלמודית מדברת בשני קולות. הגבר חי בעולם שעצם הרצון שלו להתגרש מספיק, והאישה חיה בעולם שבו היא צריכה או את ההסכמה של הבעל או אחת מעילות הגירושין. מצב זה מטריד לאורך ההיסטוריה את עסקני המשפט העברי.

מה אפשר לעשות בשביל לצמצם את המצב הלא שוויוני הזה? לקבוע שגם האישה תהיה יכולה לתבוע גירושין מהבעל ולהעביר את שניהם למערכת גירושין ללא אשמה. או להעביר את הגבר למערכת גירושין עם אשמה בלבד. נראה ששתי אפשרויות אלו מגיעות לידי ביטוי בהשתלשלות ההלכה.

ישנן 2 טקטיקות המונחות על השולחן להתמודדות עם המערכת הלא שוויונית הזו:

1. **חרם דרבנו גרשום – איסור גירושין בעל כורחה של האישה:** כמו שאי אפשר להכריח את הגבר להתגרש וצריך את הסכמתו, גם האישה בניגוד למה שכתוב במשנה, דורשים את רצון האישה ואוסרים על הגבר לגרש את האישה בניגוד לרצונה. בניסוח המקורי של החרם לא מזכירים מצבים בהם כן אפשר להכריח את האישה להתגרש. לאחר שמגיע גבר לבית הדין ומבקש להתגרש בשל עילות שבמקרה הפוך ייתכן והיו משמשות כעילת גירושין. בית הדין מפרש את החוק שאי אפשר לגרש אישה ללא רצונה מלבד בעילות שהיו מפורטות כנגד הגבר. ביקורת על מהלך זה:
* מנק' מבט של האוטונומיה של הפרט חרד"ג הכפיל את הפגיעה ולא צמצם אותה.
* אין סימטריה אמיתית: **א)** עילות הגירושין המשמשות את הגבר לא משמשות עילת גירושין במקרה שהאישה רוצה להתגרש למשל בגידה. (במקרים מצומצמים אולי בוגד סדרתי). **ב)** החלופות במקרה של סרבנות: אם האישה מסרבת בתוקף להתגרש ולא ניתן לכפות עליה יש לגבר חלופות למשל היתר נישואים. **ג)** היחס הדתי לחלופות החילוניות של גירושין: האישה תהיה זו שתפחד ממזרות והגבר לא. בעבר אופציה זו לא הייתה ריאלית כאשר החברה הייתה דתית שמרנית כי גבר בכל מקרה לא יחיה עם אישה מחוץ לנישואים. והאישה, גם אם לא מפריע לה לחיות עם גבר אחר בפועל הילד שלה יהיה ממזר וזה כן יפריע לה.
1. **תקנת המורדת מאוס עלי:** זה סיפור מעניין מבחינה היסטורית. מורד/ת זו הטרמינולוגיה ההלכתית לסירוב לקיים יחסי אישות. אף פעם לא משתלם לאישה למרוד, זו תמיד תהייה טענה של הבעל עת האישה מבקשת מזונות או גט. בבבל בתקופה הפרסית יש ליהודים אוטונומיה כך שאין לבתי הדין חשש שהגבר ילך לבית דין של דת אחרת לקבל מענה לבעייתו. בתקופת הכיבוש המוסלמי מתערערת האוטונומיה של בתי הדין היהודים ובתי הדין המוסלמים מוכנים לתת גט לבעל או לאישה. מתוך חשש שנשים ילכו לקבל גט שאינו מתיישב עם ההלכה. יצרו מכניזם שבו האישה יכולה לטעון שהבעל מאוס עליה, אומנם יהיה לה הפסד כלכלי אך ניתן לכפות על הבעל לתת גט. כאשר הרמב"ם מגיע לנושא עילות הגירושין הוא מתבסס על פסיקות קודמות של הגאונים. הרמב"ם פוסק שאי הרצון לחיות עם הגבר זו עילה מספיקה להיפרדות. במשך 300 שנה מאז הלכת המורדת לא היו סרבני גט. הלכת הרמב"ם נשחקת עם השנים. ביקורת על מהלך זה:
* סמכות: עלה קול בפסיקה שלרמב"ם לא הייתה סמכות לספוק הלכה זו.
* אין סימטריה: לא ייתכן שעילת המורדת תהייה עילת גירושין בשביל האישה ולגברים לא.
* איום פירוק המשפחה: רבנו תם מבקר את אימוץ הלכת המורדת של הרמב"ם. הוא אומר שבעבר הנשים היו צנועות, אך היום, הנשים שחצניות ומכיוון שכך אם נפסוק לפי התקנה, ברגע שאישה תראה גבר אחר היא תוכל להתגרש בקלות.

בעקבות ביקורות אלו הלכת המורדת הולכת ונשחקת. בקהילות אשכנז לא משתמשים בה ובקהילות ספרד מעט מאוד.

1. הרחקות רבנו תם: מתחת לכפיית גט יש חיוב גט. ניתן להטיל סנקציות על הבעל שייתן גט. הרחקות כלכליות, וחרמים חברתיים. סנקציות אלו לא מאפשרות כפיה פיזית וזה שהאישה מואסת בו לא יהיה עילה לסנקציות אלו.
2. תקנות חי חודשים: בחלון הזמן הקטן שבין המהפכה הצרפתית לנפוליאון יש דיני גירושין מאוד ליברלים, בתקופה זו בה יש אווירה של חופש ושוויון, היהודים מקבלים זכויות ויש חשש מאיבוד הסמכות הייחודית של בתי הדין הדתי. נפוליאון דורש את ביטול הקהילה הדתית בתמורה לשוויון זכויות. שוב עולה חשש של גט מעושה כמו שהיה בזמן השלטון האיסלמי. על רקע זה הרב פאלאג'י מתקן את תקנת חי חודשים, לפי כלל זה אם בני זוג היחסים שלהם מתמוטטים וסרבנות הגט נמשכת 18 חודשים ובית הדין לא רואה אפשרות לשקם את הנישואין בית הדין יכול לכפות את הגירושין.

**מה קורה בישראל:**
בישראל בתי הדין לא משתמשים בכלים אלו לכפיית הגט. דווקא בישראל היינו מצפים שישתמשו בכלים אלו באופן תדיר. על אף השיקול האידיאולוגי וחלופות אחרות שעומדות בפני בני הזוג בישראל. (לחיות עם גבר אחר למשל.) מצב זה יוצר תמריץ לסחטנות גם כאשר בן הזוג כן רוצה לפרק את הקשר ולעיתים הוא זה שמפרק אותו. פס"ד אברהם: לאחר שבית הדין אמר שצריך לכפות את הגט, הבעל אומר שהוא מוכן לתת גט בתנאי שיבטלו את הסכם הפשרה שנחתם בין בני הזוג ובית הדין מקבל זאת. לאחר מתן הגט האישה ערערה לבגצ ואמרה שהיא הסכימה לבטל את הסכם הפשרה רק בשביל לקבל את הגט ומבקשת לשוב להסדר הפשרה שהיה. בגצ דוחה את בקשתה. סיטואציה זו מראה עד כמה מסורבות הגט נמצאות במצב קשה. לא מבטיחים להן שהן יוכלו לקבל את הגט על אף שהבעל נמצא ויש אפשרות לכפות עליו אך בית הדין נמנע מלסייע להן.

**פתרונות הלכתיים פנימיים:**

* חלק מבתי הדין מזדהים עם הביקורת שהזכרנו ומפתחים כלים הלכתיים המאפשרים להרחיב את עילות הגירושין. בין מובילי המהלך הוא הרב איישי. הוא מביא את המהלך של רבנו ירוחם: ברגע שהיו אינדקציות ששני בני הזוג רוצים להתגרש ואחד מבני הזוג ברגע האחרון מושך את רצונו בשביל לסחוט את האישה כן ניתן לכפות את הגט בגלל שזה לא באמת בניגוד לרצונו של הבעל.
* רבנו תם בשילוב עם המחוקק: המחוקק פיתח כלי בו שכאשר יש חיוב גט כן ניתן להשתמש בסנקציות חברתיות וכלכליות. נחקק חוק אזרחי שנתן ביטוי נורמלי להרחקות רבנו תם. חוק זה נתן כלים אזרחיים למשל שלילת רישיון בנק, יציאה מהארץ ועוד' שיוצרים תמריץ חזק לסרבני הגט בכל זאת להסכים. לצורך חוק זה הסמכות נתונה רק לבית הדין כאשר הוא מכריז על מישהו כסרבן גט.
* הזדהות עם הרעיון של גירושין ללא אשמה. במצבים בהם הקשר התמוטט ואין טעם להמשיך (מורד/מורדת) יש קבוצה של דיינים שהולכת לקטגוריה של כפיית גט אך לפי הסנקציות בחוק האזרחי ולא כפייה פיזית.
* חידוש הכלי של הפקעת נישואים: זהו כלי שהשימוש בו נדיר. מגלים משהו שהיה לא תקין בשלב הנישואים: העלמת פריט משמעותי, עדים לא כשרים ועוד. חכמים משתמשים בסמכות להפקיע את הנישואים בגלל פרטים אלו. בתנועה הקונסרבטיבית יש שימוש בכלי זה. בשנים האחרונות בחו"ל נעשה בזה שימוש ולאחרונה גם בית דין פרטי בישראל עשה זאת. היה מקרה אחד של בית דין רבני שעשה זאת, כאשר אחד העדים הסכים להודות שהוא חילל שבת בפרהסיה בזמן שהעיד.

לסיכום הדין הדתי - כאשר יש תביעה גירושין לבית הדין יש 3 אפשרויות:

1. בית הדין לא עושה שום דבר.
2. בית הדין אומר שיש מצווה להתגרש אך מבחינה משפטית לא עושה כלום.
3. חובה – בית הדין אומר שיש עילת גירושין אבל לא כופה אותה בכפייה הפיזית. או שזו לא עילה המצדיקה כפייה או שיש מחלוקת אם היא מצדיקה כפייה. למצבים אלו יש משמעות משפטית; או להפעיל את ההרחקות של רבנו תם, או בתביעת המזונות לא יקזזו את 'מעשה ידיה'. אם מדובר על זוג שבו האישה עובדת ומרוויחה הרבה זה יכול להיות מאוד משמעותי.

עצם העובדה שבתי הדין מוכנים להרחיב את עילת הגירושין, אפילו בהרחבה להתמוטטות הקשר וגם בהרחבה של כלי הכפייה. אין מקום לאופטימיות כי החידושים שהזכרנו נמצאים במיעוט ורוב ההרכבים לא ילכו בדרכים אלו.

**ההסדרה האזרחית:**

שאלת הכמה להפריע : מה שהמשפט האזרחי יכול לעשות זה לא להפריע. אם היינו מצפים שהמשפט האזרחי הוא לסייע למסורבות הגט, במקרים רבים המשפט האזרחי צרך להיזהר מלהפריע. פס"ד ישן – פס"ד רוזנצוויג: מדובר באיש רע מאוד, שם בית הדין נוטה לדעה שניתן לכפות גט אך ברגע האמת מפחד להכניס אותו לכלא. בית הדין בכל זאת רוצה לעזור לאישה, ומשתמש בכלי "מזונות הפחדה". גם לחץ כספי שמטרתו הבאה למתן גט עלולה להיות גט מעושה. אבל באותם מצבים בהם עפ"י ההלכה כן אפשר לתת גט בכפייה או אפילו יש ספק משמעותי ובידר בוחר לא לתת גט מעושה, יש דעות הלכתיות שבמקרי גבול אלו מותר להשתמש בסוג כפייה מאוזן יותר שהוא מזונות הפחדה. יפסק מזונות גבוהים מהרגיל עד למתן הגט. רוזנצוויג אומר למדינה שבית הדין לא פעל עפ"י החוק, בשביל לכפות גט לפי חוק שיפוט בתי דין רבניים יש לפנות ליועמ"ש. בגצ נמצא בדילמה כי הוא חינך את הבד"ר לפעול עפ"י חוק. האם בגצ יעדיף לחנך את בית הדין או לסייע למסורבות הגט. בג"צ מנסה לאחוז משני הכיוונים. הוא אומר שאין דבר כזה מזונות הפחדה אבל אומר שבמקרה זה לא השתכנע שמדובר במזונות הפחדה. שורה תחתונה, מאז פס"ד זה (שנות ה70) לא היה שימוש במזונות הפחדה. פס"ד אבן צור: ניתן אחרי החוק של ההרחבות. הייתה טענה שהרחבות אלו סותרות את חו"י כבוד האדם וחירותו אליו כפוף גם הדין הדתי כמו שהיה בבגצ אהובה לב. בגצ דוחה ואומר שיש פיתרון מאוד פשוט והוא מתן גט. בג"צ גז: איחוד במקרה של שני סרבני גט. היו סנקציות שהתבססו על חוק ההרחבות אך לא היו מוזכרות שם. סנקציות של שיימינג והרחקות דתיות. הסרבנים טוענים שבית הדין גזר עליהם משהו שאינו בסמכותו. דעת המיעוט: אומרת שכאשר מדובר באנשים דתיים ההמלצות של בית הדין הן כמעט מחייבות וגם בית הדין צריך ללכת עפ"י החוק וצווים אלו חורגים מסמכותו.
רובינשטיין, הנדל, עמית ושהם: אומרים שבית הדין נוקט במהלך של מלחמה בסרבני הגט והם לא יהיו אלה שימנעו זאת. רובינשטיין ממש חווה עצמו כחלק מהמאבק נגד סרבני הגט. בנוסף הם טוענים כי צווים אלו אינם ניתנים לאכיפה ולכן ניתן להביא אותם.
חיות: היא מסכימה עם דינצג ונאור אך דוחה את התביעה על הסף כי העותרים אינם נקיי כפיים.
הז'אנר המתלהם: פס"ד רפאלי (פלונית): סיטואציה של אישה שתובעת גירושין ובית הדין דוחה את התביעה שלה. היא פונה לבגצ וטוענת כי לפי חו"י כבוד האדם וחירותו בגצ צריך להכריח את בית הדין להפעיל את הכלים הקיימים. זו הייתה ההבחנה בין בבלי לבין עקנין. בעקנין רצו להכריח להפעיל את הדין הדתי לפי הדין האזרחי וזה נדחה. כאן מדובר במקרה חמור יותר. רוצים להגיד לבית הדין לכפות גט במקרה שהוא חושב שלא מגיע גט. רוב השופטים לא מתירים זאת. חשין אומר שבמקרה זה הוא אינו מתערב אך אומר שלדעתו כן יש אפשרות של בגצ לכפות על בית הדין אך לא מפרט מה. מדוע זה מתלהם? נניח שהייתה לחשין את האפשרות של הפעם הבאה והוא היה אומר לבית הדין אני מורה לך לכפות איך הוא יכול לאכוף זאת? את בית הדין אי אפשר לשים בכלא, אם ישימו את הסרבן בית הדין יגיד שמדובר בגט מעושה, ואם בגצ ייתן בעצמו את הגט זה לא יהיה תקף.

פעולות עצמאיות של בית המשפט במטרה לסייע למסורבי גט ?

תביעות נזיקין: המהלך הבולט ביותר של בתי המשפט האזרחיים הוא תביעות נזיקיות בין בני זוג. 3 מסוכות שיש לעבור בתביעות אלו: **1.** סמכות: תביעות הנזיקין מתבססות על דיני הרשלנות, אוטונומיה, הפח"ח במקרים מסויימים, תקיפה, כליאת שווא על אף שלרוב הולכים על רשלנות ואוטונומיה. **2.** שלב: הרוב סוברים כי יש להגיש את התביעה לאחר שיש פסק דין רבני. שמואלי סובר שצריך לחכות לחיוב הגט. בית הדין בשלב מסוים הביע זעם על קיומן של התביעות ואיים שתביעות אלו יהפכו לגט מעושה. עמיחי רזינר אומר כי מצד אחד בידר מאיים ומצד שני לאחר האיום הוא הופך להיות הרבה יותר אגרסיבי ונותן סנקציות הרבה יותר חריגות. בתי המשפט הפעילו שיקולי סימטריה בשלב מסוים אך ישנה שאלה האם יש להתנהל בסימטריה בין סרבן גט שלא רוצה להתגרש בשביל להפעיל לחץ על הסכם פירוק השיתוף לבין לסרבנית גט שדוחה את הגט בשביל לקבל מזונות אישה שמגיעות לה מכוח ההלכה. הסימטריה יותר קלה כשמדובר בסיבות רגשיות ונקמניות, אבל בשיקול הכלכלי ישנה שאלה האם להשוות בניהם: האינטואציה של בתי המשפט היא להשאיר סימטריה וכעת נשים זאת בצריך עיון. **3.** מה תהיה ההגדרה של סרבן גט: פסד פלונית תום הלב: בית המשפט עשה מהלך במיוחד נגד סרבניות הגט בהגבלת תביעת המזונות עקב תום הלב: האישה מסרבת להתגרש, בידר נותן המלצה לתת גט, בית משפט לענייני משפחה אומר שאם תוך שנתיים הם לא יתגרשו היא לא תקבל יותר מזונות מהגבר זאת מאחר והיחסים בין בני הזוג התמוטטו והסירוב לא מתום לב. האישה פונה לבג"צ אבל ברק ארז אומרת: 1. תביעת נזיקין היא עילה עצמאית שמנותקת מהגירושין. 2. גם המזונות עצמם הם בדין דתי, ובגלל זה אי אפשר להתערב באוטונומיה של בית הדין. לעומתה זילברטל ורובינשטיין אומרים שיש סמכות עקרונית להכפיף את הדין הדתי לעקרונות תום הלב. רובינשטיין – היא נהגה בחוסר תו"ל ולכן יש לדחות את העתירה. זילברשטיין מקבל את העתירה– אומר שבמקרה זה לא נשלול את המזונות, מקור הסרבנות הוא לא רצון לנקום אלא צורך כלכלי ולכן במקרה הספציפי אין להחיל את תום הלב. זילברטל מהדהד את הביקורת על גירושין ללא אשמה שמאפשרים לגבר לנטוש את אישתו להותיר אותה ללא אמצעים כלכליים. אם זילברטל היה מגיע למסקנה שהסרבנות של האישה היא נקמנית הוא היה דוחה את העתירה. \*מזונות משקמים\*: השופטת ברק ארז חושבת שבסוג כזה של מקרים צריך לפתח מזונות משקמים. ליפשיץ- כאשר היו מפתחים מזונות משקמים בפסיקה, אם הטענה של האישה הייתה שהיא לא רוצה לוותר על המזונות היו נותנים לה מזונות דרך הדין האזרחי שמותנים בהסכמה להתגרש. היה נוצר מכניזם שעושה סינון, אם הטענה היא טענה כלכלית מוצדקת היא תביא גט ותקבל פיצוי כלכלי של מזונות משקמים, ואם היא מסרבת להתגרש יתברר כי היא נקמנית וריגשית ושם יש להכיל את עיקרון תום הלב.
מאמר מוסגר מדיני חוזים: זכין ומפיץ: ביחסים ארוכי טווח ללא תאריך תפוגה, כאשר צד רוצה לסיים את היחסים הוא צריך לתת התראה מראש וניתן להיפרד. זאת בשביל לא להחזיק אנשים בכוח. הבעיה היא במקרים שבהם צד אחד נותן את רוב העבודה שלו בתחילת ההסכם והתמורה מגיעה אליה לאורך שנים. זה קורה לרוב במקרים של זכיין ומפיץ. בשלב הראשון יינתן זיכיון להקים רשת ושלמים כסף על הזיכיון והשקעה שלו, בשלב השני, הרווחים גדלים ויש פיתוי למצוא זכיין אחר שיעבוד בכסף נמוך יותר. בית המשפט בנה קונסטרוקציה לפיה הוא לא רוצה להכריח אנשים לעבוד ביחד ובנו מהלך שיאפשר לפצות את המתנתקים מהחוזה: הרחבת תקופת ההתראה, פיצוי על ההשקעות, אחוז מהרווחים גם לאחר הפרידה. ליפשיץ אומר שאפשר לעשות מהלך דומה גם על הנישואים האזרחיים. בת הזוג משקיעה רבות במשפחה, בהבאת ילדים ובגידולם ובן הזוג עוד לא ביסס את הקריירה שלו. כיום, האישה עובדת פחות קשה והגבר מרוויח יותר וכאשר הפרידה קורת בשלב זה האישה מפסידה לכאורה. השופט עמית פסק באחד מפסקי הדין שלו את המהלך הזה אבל זה לא תפס.

**תחליפי הגירושין:**

במקרה של סרבנות גט ישנם מהלכים שיכול לעשות בית המשפט האזרחי שיסייע במעט למסורבות.

1. הפרדה: עד למתן הגט יתקיים פירוק שיתוף והפרדה שנקראת מדור שקט.
2. ידועים בציבור: בחוקים אחרים של יחסי רכוש, וזכויות מצד ג, ביטוח לאומי, גם כאשר אדם נחשב נשוי הוא יכול להיחשב כידוע בציבור – פס"ד פסלר. פסלר מתאלמנת מהידוע בציבור שלה, מבקשת לקבל פיצויים מביטוח לאומי והפקיד אומר לה שהיא נשואה. ביטוח לאומי אמר שנוצר מצב שאם היא הייתה מתחתנת היא הייתה נחשבת ביגמית ואי אפשר להכשיר את זה בפסיקה. ביהמ"ש העליון אומר שמלבד חוק הירושה אין מניעה לתת לה פיצויים. פרופ' שיפמן מנתח את פסק דינו של חיים כהן ואומר שזהו תחליף גירושין. ליפשיץ מבקר את זה שאין הבחנה בפסיקה בין המסרב למסורב, ואת מהלך זה היה צריך לעשות רק למסורבים. פס"ד שוחט – אדם שהיה סרבן גט לא קיבל פיצויי ידוע בציבור. אבל זה פסד בודד.

הסכמי קדם נישואים: הסכמי כבוד הדדי הם מכניזם הלכתי שמנסה לצמצם את התופעה של סרבנות גט. בני הזוג מסכמים מראש על מזונות יחסית גבוהים אבל לא מופרעים בלי הוכחת צרכים ובלי קיזוז מעשה ידיים. האישה מתחייבת באופן בלתי חוזר שאם הבעל ירצה להתגרש מכל סיבה שהיא והיא לא תענה לדרישה הזו תוך חצי שנה היא מוותרת על המזונות.

**יחסי רכוש**

**סמכות:**
הסמכות לדון ברכוש היא סמכות מקבילה אותה יש לכרוך. הוויכוח התחיל בשאלה איך מפרשים בחוק את הקטגוריה של ענייני נישואים וגירושים. השאלה הייתה האם נישואים וגירושים זה איך נישאים ואיך מתגרשים או שענייני נישואים זה גם היבטים כלכליים הנובעים מהנישואים. בעבר הגישה הייתה שנכסי מילוג היו חלק מהמעמד האישי. בסדרת פסקי דין ביהמ"ש קובע שהביטוי ענייני נישואים וגירושים יצומצם בצורה צרה סידריס וגור פסקי הדין שפסקו כך וענייני הרכוש ידונו במשפט האזרחי. עד הלכת בבלי, על אף שנקבע שזה עניין אזרחי, עקב כריכה הדין ילך אחר הדיין. פסק בבלי קבע, שהדיין הדתי כפוף למשפט האזרחי, גם כאשר ענייני הרכוש נכרכו בבית הדין הרבני.

**הרציונלים**:

אם יחסי רכוש הם משפט אזרחי, מדוע צריך ללמוד אותם בקורס דיני משפחה. עצם העובדה שיש קטגוריה משפטית שנקראת יחסי רכוש בין בני זוג, וחוק יחסי ממון בין בני זוג מראה שדיני חוזים ודיני קניין הרגילים אינם מתאימים לדיני המשפחה:
הרציונל ההסכמי : יש צורך בהתאמת כללים מיוחדים למשפחה, בגלל העובדה שהיחסים הקנייניים והחוזיים בנויים על יחסים פורמליים, וההוכחה להם מצריכה כתב או הוכחה פורמלית אחרת. ואילו היחסים המשפטיים בתוך המשפחה מתבססים על מע' ראיות והוכחות אחרת. ההסתמכות הנורמטיבית במשפחה היא שונה מההסתמכות ביחסים משפטיים במסגרת הרגילה. מהותית נפעל לפי דיני החוזים והקניין אבל דיני ההוכחות יהיו שונים. אם הולכים באופן כנה עם רציונל זה, במשפחה אין חזקה על אומד דעת הצדדים ומה שטוב לצדדים טוב למחוקק. במציאות המחוקק מבנה הסכמה מסוימת כברירת מחדל שמייצג את מע' ההסכמים במשפחה.
הרציונל הנורמטיבי: הפעלת המשפט האזרחי בדיני המשפחה תביא לחוסר צדק זאת משום שבמשפחה לרוב יש 2 צדדים שתורמים למשק הבית כאשר לרוב בין זוג אחד תורם באופן חיצוני ובן הזוג השני תורם באופן פנימי. כלפי חוץ יראה שצד אחד הוא זה שהרוויח את כל הכסף והנכסים רשומים על שמו, אך בפועל לא יכול היה לעשות זאת לולא בן הזוג השני שתרם באופן פנימי למשק הבית. אומנם בני הזוג הם אינדיבידואלים אבל אין לראות את מערכת היחסים בניהם כמערכת יחסים מסחרית.
הרציונל היחידתי/רציונל הקהילה המשפחתית: דיני המשפחה שונים ב'גן' שלהם מדיני הקניין והחוזים. האחרונים דגלו בהבדלה והפרדה בני אדם. המשפחה היא מוסד יחידתי שונה מתאגיד או מתקשרים רגילים בחוזים, נוסף על כך כל הדיונים המשפטיים מלבד הרכושי יהיו קשורים זה בזה.

האם יש הבדל מעשי בין הרציונל ההסכמי לרציונל הנורמטיבי? על פני השטח נראה כי לפי שני רציונלים אלו המשפט האזרחי הוא הבסיס לדיני המשפחה. האם השיתוף בין בני הזוג יהיה דיספוזיטיבי או קוגנטי, כלומר האם אפשר להתנות על השיתוף? לפי הרציונל ההסכמי ברירת המחדל של רוב הזוגות היא שיתוף אך אם זוג יגיע עם הסכם שמגלם רצון שונה בית המשפט ילך אחר רצונם. (זאת גם הגישה הצרפתית) הרציונל הנורמטיבי אינו נחרץ, מצד אחד טיעוני הגינות וצדק לעיתים יצליחו להתגבר על הסכמות (גם בדיני עבודה זה כך) מצד שני יש תחושה לא נוחה אם יבואו שני בני זוג שקבעו הסכם שסותר את שיקולי הצדק אך הם עשו זאת בהסכמה ובידיעה משפטית מספקת. באנגליה בעבר הגישה המקובלת הייתה שהסכם השיתוף הוא קוגנטי. גם אנגליה כיום מכירה בהסכמי קדם נישואים. למרות האמור יש שני הסכמים:

1. בדיני החוזים יש עילות של עושק, כפיה, שינוי נסיבות, שכן מאפשרים בסופו של דבר להתנער מחוזה. כאן יהיה הבדל בין המודל ההסכמי לנורמטיבי. במודל ההסכמי כאשר ישנה הסכמה על החלת דיני החוזים הרגילים ולא חזקת השיתוף לא יהיה מקום לטענות אלו. במודל הנורמטיבי יש התייחסות בחשדנות להתניות, ובמקרים מסוימים של פגמים בכריתה או של שינוי נסיבות נכיל את שיקולי הצדק של דיני המשפחה על הסכמים אלו. (מאמר - החוזה המשפחתי)
2. אנשים שלא עשו הסכם מפורש ופורמלי, אך מתוך ההתנהגות שלהם ניתן לראות שהעובדה שהרכוש רשום על אחד מהם, זה לא מתוך מקום טכני אלא ממקום מכוונן. (פס"ד אורון) במקרה כזה אין סיבה לתפוס אותם על ברירת המחדל. לפי המודל ההסכמי הטהור, זה יהיה דיספוזיטיבי גמיש: ברירת המחדל היא שיתוף אבל היא ניתנת לסתירה באמצעות התנהגות הצדדים. לעומת זאת, הרציונל הנורמטיבי יגיד שהסכם השיתוף הוא דיספוזיטיבי חצי קוגנטי – אם יש הסכם קדם נישואים נכבד אותו, אך אם אין המערכת תכליל את ברירת המחדל שהיא רואה כצודקת ונכונה.

**המשפט הישראלי:**

במשפט הישראלי יש שני הסדרים של רכוש. 1) חזקת השיתוף: חל על בני זוג שהתחתנו לפני 74 ועל ידועים בציבור. 2) חוק יחסי ממון: חל על בני זוג שהתחתנו אחרי 74.
חזקת שיתוף זה לא משהו שכתוב בחוק אלא פותח ע"י הפסיקה. חוק יחסי ממון הוא הסדר חקיקתי.

תרשים זרימה: קודם כל לבדוק נשוי לא נשוי, אם לא חזקת שיתוף. אם נשוי לבדוק לפני 74 או אחרי

**חזקת השיתוף**

מדוע עדין יש ללמוד על חזקת השיתוף?

1. כל התפיסות של הפסיקה לגבי יחסים זוגיים היא לפי חזקת השיתוף. הפסיקה כאשר היא פרשה את חוק יחסי ממון השתמשה בתפיסות אותם עיצבה את חזקת השיתוף.
2. ידועים בציבור.
3. מקרה של אנשים שנישאו לפני 74' ורוצים להתגרש.

חזקת השיתוף מתפתחת בסוף שנות ה60 או בתחילת שנות ה70 בשלושה פסקי דין ברגר, בריקר, ובריטה והיא ממשיכה להתפתח עד היום תוך שהיא עוברת הרבה שינויים. למרות שינויים אלו המבנה האנליטי של חזק השיתוף זהים על אף השינוי בתוכן:

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| לשים לב אין משהו חד ומדויק ויש גלישה של פסקי הדין בקווי התפר.  | **תנאי כניסה** רק אם תנאים אלו התקיימו חל על הזוג חזקת השיתוף, גם אלו שנישאו לפני 74'. | **היקף נכסים** אלו סוג נכסים כלולים ברכוש ואלו לא. | **יכולת חריגה** חזקת השיתוף היא חזקה ניתנת לסתירה והשאלה היא איך סותרים אותה |
| דור הסכמי – שנות ה60 עד תחילת שנות ה80. | 1. מאמץ משותף2. אורח חיים תקין 3. חלק משופטים דורשים – דבר מה נוסף והוכחת כוונה.  | נכס עסקי: נבחן עפ"י הרישום. נכס משפחתי: לא לפי רישום. פנסיה: לא משותפתמשכורת: משותפת פס"ד ליברמן  | 1. הסכם פורמלי אפשר לחרוג2. ברירת המחדל גמישה וניתן לחרוג באמצעות הוכחת כוונה נגדית.  |
| דור נורמטיבי מאמץ משותף שנות ה80 עד סוף שנות ה90 | 1. מאמץ משותף2. חיים תחת קורת גג אחת | נכסי מאמץ משותף מול נכסים חיצוניים (מתנה, ירושה, נכסים מלפני הנישואים.)  | 1. הסכם ממון |
| דור הקהילה המשפחתית. שנות ה2000 | 1. אורח חיים תקין. 2. נישואים ארוכים. 3. נישואים ראשונים. 4. אווירה שיתופית. | כולל נכסים חיצוניים עם הבחנה בין עסקי למשפחתי.  | הסכם ממון ואפשר לשלול את השיתוף בהתנהגות סותרת שיתוף. מצג אובייקטיבי חד משמעי ומתמשך |
| דור רביעי |  |  |  |
|  |  |  |  |

**דור הסכמי :**
תנאי כניסה: בדור ההסכמי ביהמ"ש מתכוון לתנאי מכללא ומיישם זאת.

1. מאמץ משותף: כל אחד תורם את תרומתו בלי כוונה לנצל את השני. המאמץ אינו זהה, כמו בשיתוף – כל אחד עושה כפי יכולתו ומקבל לפי צרכיו. זבירסקי – אומר כי לא מספיק אורח חיים משותף צריך גם מאמץ משותף. מאמץ משותף ישרוד גם את המודל הנורמטיבי
2. אורח חיים תקין : אורון – הזוג אורון חי ביחד והם מתחשבנים זה עם זה. יש להראות שהחיים של בני הזוג היו תקינים. המשפחה היא מיזם משותף, יש הנחה ששני בני הזוג שותפים למאמץ אך לא ששניהם תורמים תרומה שווה בפועל.
3. חלק משופטים דורשים – דבר מה נוסף והוכחת כוונה. למשל ערבוב נכסים או ראייה אחרת.

היקף הנכסים:

1. הבחנה בין נכס עסקי למשפחתי: אם גרים בדירת מגורים שרשומה על שם אחד מבני הזוג, עצם המגורים המשותפים מעידים על שיתוף בין בני הזוג . לעומת זאת עסק הרשום על שם אדם, ויש לעסק חשבון עסקי נפרד – בליברמן נקבע כי העובדה שהחשבון רשום בנפרד מלמדת על כך שהוא לא רצה לשתף אותו. רק אם בן הזוג נתן למשפחה מהרכוש של הנכס העסקי זה ישמש כאינדיקציה לשיתוף.
2. הבחנה בין פנסיה למשכורת: עד סוף שנות ה80 יש הבחנה בין משכורת לפנסיה כאשר את הראשונה מחלקים ואת השנייה לא. ע"פ ההלכה הישנה משכורת שנכנסה לחשבון המשותף היא משותפת. פנסיה מנגד נחשבה לדבר עסקי ונפרד. בפנסיה יש אפשרות לקבל קצבה או לקבל סכום מהוון. מבחינה נורמטיבית, הבחנה כזו לא יכולה לעבוד. למה? כי אם מקבלים את הטענה שמה שאני מרוויח עכשיו מגיע גם לאשתי זה צריך להיות נכון גם לגבי המשכורת וגם לגבי הפנסיה. כלומר, השאלה לא צריכה להיות מתי אני מקבל את הסכום עובדתית אלא על איזו תקופה שעבדתי בה הסכום מגיע לי?.

המודל ההסכמי אומר שהכסף שייך קודם כל לזה שהרוויח אותו (כמו בדיני קניין) אבל במקרה של משפחה, אנשים מוכנים לפעמים לשתף בנכסים שלהם. לפיכך, רוב האנשים אומרים שמה שנכנס כתזרים במהלך החיים המשותפים יהיה משותף אבל כל מה שהתקבל לאחר מכן (כמו פנסיה שתתקבל כבר לאחר הגירושין) לא אמור לשקף כוונה לשתף.

**הש' כהן** בפס"ד ליברמן אומר שכשמדובר בנכס עסקי לא הוכח כי הבעל רצה לשתף את אשתו ושכל מה שהשופטים צריכים לעשות זה **למצוא את אומד דעת הצדדים**. ההנחה היא שרצון הצדדים הוא רצון משותף אבל מה קורה כשיש רצון מנוגד? כאן לכאורה אין אומד דעת משותף. אז מה יוצא? בניגוד למודל הנורמטיבי שאומר שדיני הקניין לא נכונים לגבי משפחה כי מראש זה משותף, המודל ההסכמי אומר שברירת המחדל היא של דיני הקניין (=הרישום) אא"כ תשכנע אותי לפני דיני החוזים (=הסכם) שכן היה אומד דעת משותף. אם אחד מהצדדים לא הסכים לזה (עם ביטוי חיצוני כמובן) לא נכרת חוזה וחוזרים לברירת המחדל של דיני הקניין שאומרים שמשכורת שייכת לזה שהיא ניתנה לו ועסק שייך לזה שהוא רשום על שמו וכדי לסתור את השיתוף – אתה לא באמת בוחן את אומד דעת הצדדים אלא כל הזמן חושב מנקודת מבטו של הגבר **ולכן הש' בודק כאן תמיד את נקודת המבט של הגבר וזה לא מפתיע מכאן שהם הגיעו לחזקת שיתוף מאוד מצומצמת**.

\* מערכת זו אפשר להבין רק ברציונל ההסכמי ואין אפשרות לבחון אותה לפי מודל נורמטיבי. גם ההבחנה בין הפנסיה למשכורת מופרכת מבחינה נורמטיבית. מה שמשנה זה לא מתי פיזית הכסף התקבל אלא עבור מה.

יכולת החריגה:

מתעוררת השאלה, זוג שעבר את תנאי הסף של הכניסה ומדובר בסוג הנכס המתאים. האם יש יכולת לחרוג? הפסיקה אפשרה לחרוג באמצעות הסכם ממון וגם באמצעות הוכחת התנהגות נוגדת שיתוף. כלומר, חזקת השיתוף היא חזקה ניתנת לסתירה. הרציונל ההסכמי אומר ששיקוף מייצג טוב יותר את כוונת הצדדים. לאחר מחקר של כל פסקי הדין הקשורים לחזקת השיתוף המקרים בהם נטען שנסתרה חזקת השיתוף הייתה במשפחה פטריכאלית, למשל פס"ד סלמן: יש לבני הזוג דירה שבקומת הקרקע שלה יש חנות ירקות. מצד אחד זאת משפחה שהכל רשום על שם הבעל והיחסים הם טובים והכי יש מקום להכיל את חזקת השיתוף. ההתנהגות הכלכלית הייתה סופר פטריכאלית. לגבר הייתה שליטה מלאה בכספים המשפחתיים. בתחילת כל שבוע האישה והילדים מנמקים כמה כסף הם צריכים לצרכיהם באותו שבוע והוא מקציב להם כסף אם השתכנע. כאשר האישה תובעת לחזקת השיתוף הגבר אומר שהאישה לא הייתה שותפה שלו לכספים ובכך שביקשה ממנו כל שבוע כסף זה מדמה שהיא עצמה לא תפסה שיתוף. בית המשפט קיבל את סתירת חזקת השיתוף. לפי המודל הנורמטיבי באמת יש בעיה בפסד זה אבל לפי המודל ההסכמי לא ניתן להגיד שהבעל ואולי גם האישה ראו את הנכסים כשייכים לאישה. פסד זה מכעיס וממחיש כמה יש בעיה במודל ההסכמי.

**דור נומרטיבי:**

בתחילת שנות השמונים הרטוריקה לא השתנתה אך לאט לאט ההתנהגות הפכה להיות מתאימה למודל הנורמטיבית.

תנאי הכניסה:

1. מאמץ משותף: כמו במודל ההסכמי
2. חיים תחת קורת גג אחת: מחליף את האורח חיים תקין. כל עוד בני הזוג חיים ביחד ויש איזשהו מיזם כלכלי משותף יש אינדקציה להתנהגות כיחידה כלכלית.

היקף הנכסים: ההבחנות בין נכסים עסקיים למשפחתיים מתבטלות בפרשת נופרברג וההבחנה בין פנסיה למזכורת מתבטלת בפסד לידאי שם בית המשפט אומר שלא משנה מתי הכסף התקבל בפועל אלא עבור מה. בחוק יחסי ממון מופיעים 3 נכסים, להם הפסיקה קוראת נכסים חיצוניים: 1) נכס לפני הנישואים 2) מתנה 3) ירושה. למעשה, הפסיקה יוצרת הבחנה בין נכסים חיצוניים לנכסים שהיה לגביהם מאמץ משותף. יש לציין כי הבחנה זו הייתה קיימת גם בזמן המודל ההסכמי אך בדור הנורמטיבי הבחנה זו מגיעה יותר לידי ביטוי במודל ההסכמי בנכסים מעורבים למשל קרקע פרטית עליה בנו דירה התפתחה דוקטרינת ההתמזגות ועל אף שהנכס רשום על שם אחד מבני הזוג יגידו שבני הזוג ראו את הנכס כמשותף. בפסד החורבה – בית המשפט אומר שהחורבה המשותפת נתפסת כנכס משותף. לעומת זאת בפסד לידאי של התקופה הנורמטיבית יש הפרדה בנכס מעורב בין החלק ששייך לאחד מבני הזוג לבין הנכס המשותף. בפסד זה חילקו את הנכס בהתאם למנה שהיה לבן הזוג בנכס. עד עכשיו המודל הנורמטיבי הרחיב את השיתוף, צמצם את תנאי הסף ואת ההבחנה בין נכסים עסקיים ופנסיה למשכורת. בנושא זה פתאום בית המשפט מצמם. פרופ' רוזנצבי מבקר את פסד לידאי זאת כי לא הבין את המעבר לתקופה הנורמטיבית.

יכולת החריגה: עדין ניתן לחרוג ע"י הסכם ממון. הרציונל הנורמטיבי מכיל את הזכות של צדדים לחרוג מחזקת השיתוף. אומנם הפסיקה ממשיכה לדבר על רטוריקה הנתונה לסתירה אך במציאות היא לא מאפשרת לסתור את החזקה כאשר אין הסכם ממון. פסקי דין מודרנים מתעוררות שאלות דומות לסלמן. פסד ראבי הזוג ראבי גר בצפון. כשגב' ראבי תובעת בביהמש לענייני משפחה ראבי טוען שחזקת השיתוף היא חזקה הבנויה על רצון הדדים לשיתוף כאשר הם מתחתנים אך הנחה זו לא נכונה לכפר הדרוזי. בית המשפט אומר שאין שום סיבה להניח שכוונת צדדים בכפר דרוזי שונה מתל אביב או כל מקום אחר. בית המשפט מכניס מודל נורמטיבי ולא מודל הסכמי והולך לפי מה שצודק. פסד קוטלר: כל הכסף בשליטה של קוטלר וילדיו ואישתו מקבלים ממנו קיצבה. ויש עסק ודירות השקעה שרשומות על שמו. כשהוא יוצר לחול המזכירה שלו מתעסקת בדירות והוא לא מוכן לתת לאישתו את הייפוי כוח. הוא מראה זאת כדרך לסתור את כוונת השיתוף. בית המשפט אומר שמטעמי נוחות היה מוכן על הצדדים שהגבר ינהל את הכסף כי היא הייתה בזבזנית אך לא ניתן ללמוד מכך שלא התקיימה בניהם חזקת שיתוף. השינוי בין סלמן לקוטלר הוא בשיקולי הצדק ובראיה הנורמטיבית של בית המשפט.

פסד בבלי: עד עכשיו הזכרנו את בבלי בהיקשר של החלת הדין האזרחי בדין הדתי. פסד בבלי עסק גם בחזקת השיתוף. בפסד בבלי בית המשפט מנתח את חזקת השיתוף ואומר שחזקת השיתוף זה דיני היושר תוצרת הארץ ותפיסה של שוויון מהותי. (בבלי המצומצם אמר שחוק שווי זכויות האישה אומר לא רק שוויון פורמלי אלא גם מהותי ובבלי המורחב אמר שצריך שתהיה אחידות.) פסד זה מוציא מהארון את המודל הנורמטיבי.

**דור הקהילה המשפחתית:**

הדרי: הדרי ואשתו נשואים 30 שנה, הם חיים בדירת מגורים שהובאה לפני הנשואים עי הבעל. בניגוד למקרים הקודמים שם הדירות הושבחו כאן הדירה נשארה בדיוק כפי שהיא הייתה. לכן כאשר הוא מחליט לסיים את הקשר, אישתו רוצה חצי מהדירה. הש' גולדברג מסכים איתו ומשתמש במטאפורה של השותפות המסחרית (דגלו של המודל הנורמטיבי) אך שאר השופטים (שמגר וחשין) לא מסכימים. הם טוענים שבנסיבות מסוימות נכון להפעיל את חזקת השיתוף גם על נכסים מלפני הנישואים (למרות שהם זהירים ואומרים שלא בכל מקרה). כלומר, הם מתחילים לדבר מחדש על אורח החיים המשותף (שחשבנו ששכחנו) ומפעילים זאת על נכס מלפני הנישואים. השופטים חשין ושמגר מתחילים לכרסם בהבחנה בין נכסים לפני נישואים לאחרי.

אבולוף: זוג שהיה נשוי 44 שנה כאשר לבעל לפני הנישואים הייתה חנות בדירות מוגנת. החנות מניבה הכנסות במהלך הקשר והם התחלקו בהכנסות ודמי השכירות היו משולמים מהמשכורת המשותפת. הטיעון של עבדנו יחד בחנות לכאורה לא יעזור כי העבודה עוזרת לפירות ולא לקרן. בית המשפט מוכן לחלק את הדירה חצי חצי חלק מהנימוקים של בית המשפט הם נורמטיבים (אורח חיים תקין וכו). מדובר בנישואים ארוכים ולכן יש מתח בין נסיבות המקרה לבין ההבחנה בין נכסים שלפני הנישואים לבין שאחרי. פס"ד זה מדבר הרבה על ההסתמכות. ברבות הימים לגבי נכס מסוג של דירת מגורים או אפילו חנות מכולת בני הזוג חווים את הנכס כמשותף. חשין אומר בנפיסי: על כן יעזוב איש את אביו ואמו ועזב את אשתו והיו לבשר אחד. שותפים מסחריים ההסכמות שלהם בתוך מתחם אינדיוודואליסטי ובני זוג בנסיבות מסוימות בשלב מסוים נהיים ליחידה אחת ואז זה לא רציני להגיד מי הביא מה. ברציונל של הקהילה המשפחתית יש תודעה משותפת שמתפתחת עם השנים. במאמר של ליפשיץ על חזקת השיתוף רואים שהפסיקה מפתחת בשנות האלפיים בו זמנית את הרציונל הנורמטיבי ולרציונל היחידתי משפחתי. כאשר מדובר בנכסים לפני הנישואים כמו באדולוף או הדרי או אפילו בירושות כמו בפסד בריל היא תחיל את הרציונל המשפחתי יחדתי ותביא תנאי כניסה אחרים: 1. אורח חיים תקין. 2. נישואים ארוכים. 3. נישואים ראשונים. 4. אווירה שיתופית.

היקף הנכסים: נכסי מאמץ משותף מול נכסים חיצוניים (מתנה, ירושה, נכסים מלפני הנישואים.)

יכולת חריגה: חוק יחסי ממון, התנהגות סותרת שיתוף. מצג אובייקטיבי חד משמעי ומתמשך.

**במבחן:**  זוג שחי בנישואים ראשונים יחסים מעולים, אווירה שיתופית, ויש להם נכס לפני נישואים נכס מעורב וגם נכסים שנצברו. והתחתנו לפני 74: בנסיבות אלו לאור דור שלישי ייתכן שכל הנכסים יהיו משותפים. בשאלה ב: כיצד השאלה הייתה משתנה אם מדובר בנישואים שניים או שהיו יחסים לא טובים? ההכרה בשיתוף לא תהיה על אוטומט ויש לבחון דברים.

עם השנים החל להתפתח דור 4 שלפחות לגבי דירת המגורים כמשהו סמי קוגנטי עם שני רציונלים סמויים: 1. לא צודק שאדם ישאר בלי כלום. 2. הרצניול המשפחתי הוא חשוב ויש לכפות אותו על כל אחד.

יש לזה שתי הצדקות בפסיקה:

* + - 1. פרופ' חנוך דגן תומך במודל זה אבל חושב שהוא צריך להיות מעין קוגנטי. כלומר, הוא חושב שבניגוד למודל הנורמטיבי שנכון לכפות אותו על צדדים שלא מתכוונים, אם הצדדים לא עשו הסכם – בדיוק כמו שבנורמטיבי לא התייחסנו לכך שהם לא עשו הסכם, גם את ערך הקהילה המשפחתית צריך לקדם בכל מקום שהצדדים לא עשו הסכם. לכן, לדעתו בדירת מגורים תמיד צריך להיות שיתוף דקה לאחר הנישואים ואם אתה לא רוצה – הדרך היחידה היא לעשות הסכם (כלומר גם כאן יש מודל דיספוזיטיבי חצי קוגנטי).
			2. בתי המשפט - הצדקה סוציאלית: נניח שבני זוג נישאו וחיו בדירה 20 שנה. הם מתגרשים והסכסוך הוא בין ילדי הבעל לבין אשתו השנייה. לכן, הסכסוך הוא סוציאלי וזה מפתה לפסוק על שיתוף כי צריך לדאוג לה. עם זאת, לדעת המרצה הטיעון הזה לא מוצדק ושיש למצוא כלים כדי להתמודד עם הבעיות האלה.

אם הבעיה היא המסכנות של האישה: (א) תסביר לי למה דווקא הבעל הוא זה שצריך לשאת בזה; (ב) תסביר לי מהו הכלי המשפטי לעשות זאת. אם הם גרים בשכירות הרי היא לא תקבל שום דבר כי אין מה לתת לה. לעומת זאת, ניתן לתת לה מזונות שאיתם היא תוכל להסתדר (יפתור לה את בעיית המסכנות). לכן, שיקולים סוציאליים יש לשים על השולחן ולהסביר בדיוק למה הם מתאימים ואם יהיו סיבות טובות צריך לתת כלי כדי לענות עליהן. בפועל, הפסיקה לא נותנת כלים משפטיים טובים ולכן הפיתרון הוא פשוט לתת לה חצי מהדירה שהוא הביא לנישואים (מהעבר) ואז התוצאה לא תמיד צודקת כלפי שניהם.

**חוק יחסי ממון:**

בין חזקת השיתוף לחוק יחסי ממון:

🡨חוק יחסי ממון דומה לדור 2. חוק יחסי הממון מבחינת היקף הנכסים חי בדור 2. הוא מחריג בין הנכסים מלפני הנישואים - ירושה ומתנה.
🡨יש הבדל נוסף: באיזה שלב חל השיתוף? האם השיתוף הוא שיתוף דחוי או שיתוף מידי. אם השיתוף הוא מידי, כבר במהלך הנישואים הנכסים הם של בן הזוג גם, והוא יכול לבקש סעד הצהרתי ולקבל בעלות בחצי מהנכסים במהלך הנישואים. חזקת השיתוף עובדת על מודל זה. היא אומרת שכבר במהלך הנישואים נוצר שיתוף והוא לא רשום. יש מדינות בהם **מודל השיתוף הוא מודל מידי.** אותם נכסים משותפים כבר במהלך הנישואים הם נרשמים כמשותפים. זה ללא קשר לדורות – הדורות יריבו מתי אפשר לסתור את החזקה. ההבנה לגבי חזקת השיתוף שהיא מידית. עוד, היה מקובל שהמודל הוא חפצי – קנייני , הבן זוג לא יתבע כסף עבור חצי מהנכסים אלא להירשם במרשם. לעומת זאת יש מדינות שמקבלות רציונלים אלו אך יוצרות **מודל שיתוף אובליגוטורי דחוי**: לפי שיטות אלא כל אחד מבני הזוג בעלים של הנכסים שלו במהלך הנישואים. בעת פקיעת הנישואים נעשה טבלה: הבדל ההשבחה שהיא אוטומטית והיא פרי העץ לבין השבחה שהיא פרי המאמץ המשותף. בעולם של מודל שיתוף אובילגוטורי - דחוי בנישואים לא עושים דבר. בפקיעה – מחלקים בין בני הזוג את הערך של ההשבחות.

כאשר חוקקו את חוק יחסי ממון: ראו שב80% ממדינות בעולם המערבי משתמשים במודל הדחוי: ס.4 לחוק יחסי ממון בזמן הנישואים כל בן זוג בעלים לעצמו:

* שיקול כלכלי: בגישה האינדיוודאולית צריך לתת אוטונומיה לכל בן זוג לנהל את מה שהוא מבין בו.
* שיקול מסחרי: המרשם נותן ודאות והוא תקף לכל העולם. המודל המיידי פוגם בתקינות חיי המסחר. אדם עושה עסק עם בן אדם וכופים עליו שותפות עם אדם שהוא לא מכיר. (יכול למנות דירקטור, לנהל וכו')

הועדה של משרד המשפטי עושה דיון נורמטיבי, והשיקולים של הגנה על השוק ושל אוטונומיה משכנעים אותם ללכת למודל אוליבגטורי דחוי.

חוק יחסי ממון יצא חוק נוראי כי הוא מעודד סרבני גט. בגרמניה, כאשר יש מודל של שיתוף דחוי הכל בסדר כאשר שדיני הגרושים בנויים על ללא אשמה וביוזמה חד צדדית. בישראל כאשר הגירושים עם אשמה וקשה להשיג גט ללא שיתוף פעולה של צד שני בן זוג יכול לא לרצות להתפרק בשביל לא לחלוק את הנכסים עם בן הזוג שלו. אין לו כל תמריץ להסכים להתגרש. או שהבן זוג יסכים להתגרש אם השני יחתום על ויתור של איזון המשאבים. 22 שנים אחרי חקיקת החוק אין פסק דין אחד שמראה איך מיישמים את איזון המשאבים. אנשים שהתחתנו לפני 74 או שהם ידועים בציבור מפתחים דורות של חזקות שיתוף. ואלו שהתחתנו אח"כ תקועים בלי שום שיתוף ופיתרונות. על רק זה מגיע פס"ד קנובלר יעקובי שהוא איחוד של שני פסקי דין שמוודאים עד כמה המצב קשה.

פסד יעקובי + קנובלר

יעקובי: בעל שרשום על שמו חברה מסחרית שמכילה בעיקר קרקעות ודירת מגורים שרשומה על שם שני הצדדים. הבעל מגיש תביעת גירושין. האישה אומרת שהיא מסכימה להתגרש אבל בדיון באיזון המשאבים בחברה. הבעל מחליף עו"ד. הבעל אומר שהוא רוצה שלום בית ובית הדין לא פוסק גירושים. באותו זמן בבית המשפט המחוזי, הבעל מבקש דחיה על הסף בסוגיית איזון המשאבים. מה שקורה, שבזמן זה האישה גרה בבית לבד, והבעל רוצה לקבל חצי מזכויותיו בבית. הבעל מבקש פירוק שיתוף כי הדירה רשומה על שניהם והוא תובע מחוק דיני הקניין.

קנובלר: הגבר חי עם מאהבת והוא עוזב אותה לטובת אחרת. המאהבת הראשונה אומרת לו, אם תעזוב אותי אני אספר לאישתך עלינו. הגבר אומר שאין לו שום בעיה שאישתו תתגרש ממנו כי הבית רשום על שמו. אישתו תובעת גירושין, הוא אומר שהוא רוצה שלום בית. בית הדין לא מתרשם אך מחייב אותו להתגרש. אבל באותה עת בית הדין לא יכול לכפות גט באמצעות הסנקציות שהתקבלו בהמשך. קנובלר רוצה לסלק את האישה מהבית. האישה מגישה תביעה לאיזון משאבים אך הגבר אומר שהנישואים לא פקעו. מוגשים ערעורים על שני תיקים אלו שמראים כמה המצב גרוע.

|  |  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- |
|  | **שמגר** | **דורנר** | **שט"כ** | **טל** | **מצא** | **תוצאה**  |
| **טיעון סימולטניות** | **V** | **V** | **X** | **X** | **X** | **X** |
| \*שיתוף מכוח הדין הכללי |
| **הקדמה דתית** | **X** | **X** | **V** | **V** | **X** | **X** |
| **הקדמה חילונית** | **X** | **X** | **V** | **X** | **X** | **X** |
| **תוצאה בעניין קנובלר** | **V** חלוקה מכוח חזקת שיתוף | **V** חלוקה מכוח חזקת שיתוף | **V** חלוקה מכוח איזון משאבים – הקדמה דתית וחילונית | **V** חלוקה מכוח איזון משאבים – הקדמה דתית | **X** | חלוקת רכוש4 : 1 |
| **תוצאה בעניין יעקובי** | **V** חלוקה מכוח חזקת שיתוף | **V** חלוקה מכוח חזקת שיתוף | **V** חלוקה מכוח איזון משאבים – הקדמה חילונית | **X** | **X** | חלוקת רכוש3 : 2 |

טענות עורכי הדין :

🡨טענת טענת הסימולטניות : בני זוג שהתחתנו לפני 74 וידועים בציבור חלה עליהם חזקת השיתוף, ההנחה הייתה שחוק יחסי ממון חל במקום חזקת השיתוף, אך ניתן לומר שעד 74 חלה רק חזקת השיתוף, ולאחר מכן חלה גם חזקת השיתוף וגם איזון המשאבים. חזקת השיתוף יכולה לסייע מפני שהיא פועלת במודל מיידי ואין צרוך להמתין לגט. לדעת המרצה – חזקת השיתוף יותר רחבה מחוק יחסי ממון, ולכן אם מפעילים את חזקת השיתוף אין טעם להכיל את חוק יחסי ממון. כאשר בדקנו למה המחוקק העדיף את השיתוף הדחוי על פני השיתוף המיידי, הוא לא עשה זאת סתם. טענה זו נדחתה.
🡨 הקדמה חילונית של מועד האיזון – בחוק יחסי ממון נקבע שהאיזון יהיה עם פקיעת הנישואים עקב גירושים או מוות. האם גירושים תמים עם קבלת גט? על פני טענה זו, זה שגירושים לפי חוק שיפוטי בתי דין הוא דתי אין חולק, אך בחוק יחסי ממון יש לפרש את המילה גירושים בצורה אזרחית. יש למצוא אמות מידה חילוניות למשל לא לגור ביחד, וכשהן יתקיימו לצורך חוק יחסי ממון נגדיר אותם כנישואים פקעו עקב גירושים. לדעת המרצה: טענה זו קשה כי המילה גירושים מסמלת דין דתי במשפט הישראלי. טענה זו נדחתה.
🡨 הסתפקות בפסק דין של בית הדין שמחייב להתגרש. (טענה זו תעזור רק לקלובר) טענה זו נדחתה.

באופן מפתיע בפסיקתא כתוב שהנשים הן אלו שנצחו.

מה נפסק להלכה? רוב השופטים חושבים שהתקדים זה השורות, 3 טיעונים אלו לא נפסקו להלכה. פרופ' שיפמן כותב מאמר ומנסה לטעון שהתקדים זה התורים וישנו מלומד שאומר שהרעיון של תקדים מחייב היא שבמקרה עם אותם עובדות בית משפט נמוך צריך לפעול לפי בית משפט עליון ממנו. הכוונה אותם עובדות שאותו הרכב היה יוצר אותו מצב. מספר שופטים קוראים את שטרסברג כהן ואומרים שהתשובה שלה מורכבת יותר למקרה הראשון: צדדים יכולים אפילו אם הם נשואים להיות שותפים מכוח דיני הקניין אם הנכס רשום על שניהם. אך אם ישנו נכס שרשום על צד אחד מהצדדים איך ניתן להוכיח שהצד השני שילם עליה מחשבון הבנק שלו וכו. ניתן לומר שהייתה כוונת שיתוף מפני שהמרשם לא מהווה ראיה חותכת. שטרסברג אומרת שאם הייתה הסכמה אמיתית שנובעת מרצון הצדדים גם ללא היעדר כתב יהיה ניתן לפרק. שופטי בית המשפט למשפחה לקחו את שמגר דורנר ושטרסברג ואמרו שבמקרה שבו יש בני זוג שהתחתנו לפני 74 זה מכוח חזקת שיתוף, בני זוג אחרי מכוח דיני ממון, וכאשר הם אחרי 74 ועוד לא התגרשו זה יהיה מכוח הסכמה לשיתוף ספציפי בדין הכללי. בהמשך מתברר שאין הפנמה של פסק הדין של שטרסברג כהן, המשפטנים פעלו לפי חזקת שיתוף מדור שני – נומרטיבית. הכותרת בה השתמשו נהפכה לשיתוף ספציפי מכוח דין כללי כשבפועל עשו מסלול סימולטני.

פסק דין אבו רומי: זוג ממוצא ערבי מתגרש, הבעל טוען שלפי חוק יחסי ממון הנכס שקיבל לפני החתונה לא שייך לאישה. לכאורה זהו מקרה קל, זוג שחל עליו חוק יחסי ממון גרוש, אז צריך להפעיל איזון משאבים. העו"ד טוען שאבחנה בין נכס שלפני הנישואים לבין אחרי נכונה לחוק יחסי ממון. אבל הוא טוען להסכמת שיתוף ספציפית לפי הדין הכללי. אם התביעה הייתה מכוח איזון משאבים סבבה, ואם מכוח רציונל נורמטיבי גם אפשר לקבל, אבל כאשר התביעה היא מהסכמה יש לבדוק את הראיות על הנכס שלפני הנישואים. אם בית המשפט עומד מאוחרי פסד קובלר הוא לא יכול לחסום ולהגיד שמדובר רק על נכס במהלך הנישואים. השופטת שטרסברג כהן אומרת שרעיונית הרעיון שלה לא צריך להיות מוגבל לגבי נכסים שלפני הנישואים. אך היא אומרת שטענה זו היה צריך להוכיח ולא לכתוב רק בסיכומים.

דוח ביניים: אחרי אבו רומי (2004) אם בני זוג התחתנו אחרי 74 גם נכסים שנרכשו במאמץ משותף ולא הוכח שכך היה וגם נכסים מלפני החתונה נשארים רק אצל מי שרשום עליהם. מי שלא יביא הוכחות קונקרטיות לא יצליח.

לאחר מכן בכנסת מועלים שני מודלים כהצעות חוק: 1. ביטול חוק יחסי ממון והשארת שיקול דעת לבית המשפט. 2. דומה להקדמה החילונית.

ב2008 יש תיקון לחוק יחסי ממון – אם בן זוג מסכל נשואים אחרי שנה יש איזון משאבים.

אנשים שצריכים את הגט כגט בלי קשר לזכויות הכלכליות עדיין נמצאים בבעיה מול המודל המוצע כי הם זקוקים לגט עצמו והם עדיין סחיטים כי הגט נמצא בידי הצד שכנגד מה שיכול להיות תנאי לדרישה לביטול איזון המשאבים על מנת לקבלו. החוק בכל זאת עוזר גם למי שזקוק לגט בשני היבטים: מבחינה עקיפה יש הבדל בין מצב שבו הסרבן בעל כל הזכויות הכלכליות וגט משמעו נתינת חצי מהשווי לבן הזוג השני לבין מצב בו כבר ניתן פסק דין שמחלק חצי מהרכוש בלי קשר לגט והצד טוען שלא ייתן גט אלא אם ייוותר על כל החצי שלו כלומר ההבדל בין להוציא מהכיס ללקבל בחזרה. המוטיבציה של הסרבן לסחוט קטנה אם בכל מקרה נתן כבר כסף. ס' א5 (ג) קושר את הגירושין הדתיים לכלכליים, אם אתה מבקש איזון משאבים אבל גם מונע גט, ביהמ"ש יכולים למנוע ממך איזון משאבים כל עוד לא נתת גט. הסעיף הזה בעייתי כי רלוונטי רק כשסרבן הגט לא מחזיק בכסף והוא הצד העני. ס' זה מתקשר לעניין הסכמה, היא מעידה שהוא מוכן להתגרש וטענות שלום בית לא יראו ככנות (כמו רבנו ירוחם). ס' 5א (ד) שאלת הסימטריה בין הסרבן לסרבנית, האם תמיד סרבנות היא רעה או שיש לבחון את מניעה? במקרה הקלאסי הכסף אצל הגבר אך האישה מסרבת להתגרש ורוצה איזון משאבים, לכאורה במצב כזה פועל ס' ג וד' והדבר לא אפשרי, בלי גירושין או פסק דין או אפילו אם יהיה פסק דין הוא נעצר כי היא לא מוכנה להתגרש ממניעים חסרי תום לב, אבל הסייפה של ס' ד אומרת שלא יראו סירוב לוותר על זכות כדבר חסר תום לב. לא יראו כחוסר תום לב מי שאומר שאינו מוכן לוותר על זכותו. גבר שמסרב להתגרש יראה כסחטן אבל האישה לא רוצה לוותר על מזונותיה שהם זכות שקיימת לה כרגע ותעלם עם הגט. האם כשאדם מסרב להתגרש זה הופך אותו לחסר תום לב לפי הרישא של הסעיף או שבגלל הפסד המזונות חלה עליה הסיפא.
השיתוף מכוח חוק יחסי ממון לאחר התיקון לחוק:
השיתוף הספציפי מכוח הדין הכללי נולד במצב חירום, בעידן שלפני התיקון בו בני זוג לא יכלו יותר להשתמש בחזקת השיתוף אבל הם גם לא יכלו לאזן משאבים בלי גט. הבעיה חמורה כלפי נכסי מאמץ משותף ונכסים מלפני החתונה. בית המשפט ייצר מהלך שישקם את השיתוף וכך נוצר שיתוף ספציפי מכוח דין כללי- אם תוכיח כי בנישואים היה הסכמה שנכס הוא משותף אז תתקבל ההסכמה למרות שטרם ניתן גט מכוח דין כללי ולא מכוח חוק יחסי ממון. המהלך הזה מנע מסרבני גט לשמור לעצמם את המשאבים. נכסים מלפני הנישואין, ירושות ומתנות החל משנות ה2000 מפעילים שיתוף גם עליהם בחזקת השיתוף. בחוק יחסי ממון למרות תיקונו לא נותן מענה לנכסים אלו, ס' 5א נשאר עם הקביעה כי אין איזון על מתנה ירושה ונכס מלפני הנישואין, בן זוג שרוצה זכויות בנכס שלפני החתונה עדיין חסום ואז יש פער בין הפסיקה שרוצה לפתוח פתח לכך לבין החוק שחוסם את זה. כאן השיתוף הספציפי מכוח דין כללי פועל שוב לטובת הנשים- בימה"ש מנסה לעקוף את הבעיה דרך שיתוף ספציפי. האם מוצדק להפעיל את השיתוף? לפי ליפשיץ בדור נורמטיבי השיתוף צריך להיות באופן אוטומטי אך בדור 3- רק כשיש הסכם ולא על כל סוגי הנכסים. האם אין זה אקטיביסטי, חתירה תחת המחוקק? באבו רומי עסקו בנכס מלפני הנישואין ובימה"ש אמר שהלכת שיתוף תעסוק גם בנכסים כאלו על ידי הוכחת הסכם מפורש [לא בהכרח בכתב] של ערבוב נכסים משמעותי או ראיות שיעידו על כך.
**ובחוק יחסי ממון-**
הגישה המצמצמת- ניסתה לדבוק באבו רומי ולכן חוק יחסי ממון קובע ונכסים מלפני החתונה נשארים בחוץ, רק במצבים של הוכחות של ממש לשותפות או ערבוב נכסים משמעותי יראו בנכסים אלו כחוסים תחת חוק יחסי ממון גישת דירת המגורים - בדירת מגורים מרגע שהכנסת מישהו לבית הבית משותף אלא אם נעשה הסכם ממון הסותר זאת.
הגישה של ליפשיץ- אין לשנות ברירות מחדל של המחוקק ויש לדבוק בקריטריונים של החוק אבל במצבים מסוימים ובשלבים מסוימים של הקשר ותחת נסיבות מסוימות יש לדרוש שינוי ברמת ההוכחה- מספיק שיהיו יחסים טובים ולא בהכרח ערבוב נכסים יעידו על הסכמה, נטל הראיה על מי שטוען שלא הייתה הסכמה.
1398 פלוני נ' פלוני: בני זוג חיו יחד בדירת הבעל בנכס שרכש לפני החתונה. לא היה ערבוב נכסים אבל האישה טענה שמגיע לה חצי מהבית כי הבעל הבטיח לה שימכרו ויקנו יחד נכס חדש, יש ידיד שהיה עד לזה. חייהם היו רצופי בעיות והיא אף עזבה את הבית לתקופה, הם חיו יחד פחות מ10 שנים. שופט המשפחה אומר שמגיע לה חצי, המחוזי הופך את ההלכה ובעליון נקבע ע"י דנציגר שלמרות החוק אפשר להוכיח שיתוף רק על ידי הוכחות או ערבוב. כאן יש שיתוף כי זה דירת מגורים וראיה בעל"פ לשיתוף. זילברטל אומר שהידיד לא יודע כמה אחוז מהדירה הובטח, אולי תכננו להוסיף רק סכום פעוט יותר משווי הדירה ואז חלקה של האישה קטן, ובנוסף לא מומשה ההבטחה, הנסיבות לא מראות על אורך חיים משותף. עמית נותן 9 עקרונות ל"דבר מה נוסף" האם הדירה נרכשה על ידי צד אחד, האם היא מתנה או ירושה, האם לבן הזוג השני יש דירה משלו, אורך חיי הנישואין, האם הדירה על משכנתא, האם היה שיפוץ מסיבי, התנהגות הצדדים, נסיבות.
**בין אקטיביזם שיפוטי לשיקולי וודאות ויציבות**- שופטים שמרנים אומרים שאקטיביזם יוצר עמימות ולא יציבות וודאות, שופטים שרואים את הצדק של המקרה דנן כערך עליון יהיו אקטיביסטים. הסוגיה שלנו מראה דווקא שגישה אקטיביסטית שמשנה את ברירת המחדל של החוק לעניין דירת מגורים אם הייתה מתקבלת לסטנדרט כן הייתה ודאית ויציבה, אולי זו גישה אקטיביסטית אבל יש כאן יציבות מעתה והלאה ואין בעיה ודאות. גם גישת ליפשיץ שהיא חצי אקטיביסטית הייתה אמורה לייצר ודאות כי לא רואים כל מקרה לפי סיבותיו אלא יש קריטריונים, דווקא דנציגר שנשא את דגל השמרנות יצר חוסר ודאות כי לא נותן אמות מידה ורואה כל מקרה לגופו.
**על מקומם של שיקולים סוציאליים במשפט**- הדור הרביעי של צדק סוציאלי, מקרים כמו אבו רומי בהם לאישה אין דירה והיא יוצאת בלי כלום השופט לא יכול לתת פס"ד שמוציא את האישה מהנישואין בלי כלום. משפט צריך אומנם להתייחס לשיקולים סוציאליים אבל לפי ליפשיץ יש להתאים בין רציונל לסעד, נכס מאמץ משותף הוא נכס שעשו יחד ולכן הדיון הסוציאלי יחליש את הטיעון כי אין כאן מסכנות אלא עבודה שמצדיקה, בנכס לפני הנישואים יש טיעון הסתכמות שעומד איתן בפני עצמו ורק אם יהיו טיעונים שוללי הסתמכות אין מה לעשות. במקרה כמו אבו רומי ישנו רעיון של הון אנושי, הפיצוי הוא על כך שהיא לא עבדה בקשר ולא פיצוי סוציאלי. במקרי קיצון השיקול הסוציאלי יבוא בגלל אחריות מתמשכת. הסעד צריך להיות מותאם לטיעון. אם עשינו יחד- חצי חצי, אם זה הסתכמות- חצי חצי אלא אם לא נוצרה הסתמכות, הון אנושי- מגיע לי חצי וכו'. כשבאופן אינטואיטיבי עושים שיקול סוציאלי לא מתאימים את הסעד למקרה.

**הון אנושי-**פס"ד אובריאן: בחור רצה להיות רופא, הוא מתאהב באחות ולכן עוברת אתו לניו יורק שם הוא לומד רפואה, היא ממנת את המשפחה כשהוא לומד, הוא מתחיל להרוויח אבל עובד נורא קשה במשמרות לילה, כדי שמישהו יהיה בלילה היא מצמצמת את המשרה שלה כדי שלא יהיו לה משמרות לילה. הוא נהפך למנתח וכאות תודה הוא מגיש לה תביעת גירושין. בהנחה שאין רכוש מלפני החתונה יש לנו דירה שכורה וחובות מהלימודים. אין להם הרבה מה לחלק. מה שנוצר במהלך החתונה הוא שמר אובריאן הוא מנתח שיהיה עשיר בעוד שהגברת חסרת עתיד מקצועי פחות או יותר. דווקא את הערך הזה לא ניתן לחלק. הסיפור של אנשים שמתגרשים טרם נצבר רכוש אך יש פוטנציאל השתכרות הוא נפוץ. אין כאן חברה שניתן לחלק אלא ידע או תואר וכאן הפער. פער זה מוביל להכרה בהון אנושי. בפסק דין זה ראו את כושר ההשתכרות שלו כנכס אך פסיקה זו נדירה. בעולם המערבי מתקשים לקבל כושר השתכרות כנכס אך יש סעדים אלטנרטיביים של מזונות בני זוג אחרי פרידה. ישנם 3 פסקי דין מחוזיים שם טענו את טענה זו והיא נדחתה כמעט בבוז. פס"ד רום אמרו לאישה שהרחיקה לכת לחשוב בכלל לטעון כי כושר השתכרות הוא נכס. יש פער בין חזקת שיתוף משמעותית שבימ"ש מייצר ולא מכיר בנכס שכלכלנים מגדירים כחשוב ביותר- נכס ההשתכרות. לפי הרציונל הנורמטיבי שדגל בצדק ושוויון אמר שמה שהושג במאמץ משותף שייך לשני הצדדים, כאן היכולת של הבעל לקבל תעודת רופא היא תוצר של מאמץ משותף כי אשתו פרנסה אותו וגדלה את ילדיו. לפי רציונל הקהילה המשפחתית לא המשפחה וראה את עצמה כגוף אחד ולא כיחידים, המחשבה בגוף כזה של האישה מוציאה אותה בלי כלום. אם האישה עושה ויתור קריירה צריך לבדוק מה היא מפסידה ומה הוא מרוויח, כאן רק האישה נושאת בהפסדים. מדוע המשפט שבנתה חזקת שיתוף בלי מקור נורמטיבי מסרבת לעשות כך בנידון זה? ליפשיץ רצה לבדוק מה עומד מאחורי התנגדות הפסיקה:
1. נימוק פורמלי- כשמחלקים רכוש צריכים ללכת לפי דיני קניין ולראות מה זה נכס. נכס= עבירות. לכן תואר או ניסיון עבודה שאינו עביר לא מהווה נכס. אבל ברק שדוגל בפרשנות תכליתית אמר שאין להיצמד בדווקנות לטקסט ויש לתת חשיבות לתכלית ולכן לגבי חוק יחסי ממון היינו מצפים שמה שצמח במאמץ משותף ושרק צד אחד מפיק ממנו תועלת לא תקין ויש לתת לשני הצדדים תועלת ולכן בתכלית תואר הוא נכס ששני צדדים צריכים זלהתייחס אליו.
2. טיעון ספקולטיבי- קשה להעריך שווי של תואר או הון אנושי. אם בעל טוען בשל תאונה לאובדן כושר השתכרות גם הביטוח יעריך את אובדן הכושר אז אם עושים את זה בנזיקין למה לא כאן? יבדקו כמה רופא שלמד במוסד איקס והתמחה במוסד וואי מרוויח.
3. בעיית תשלום- ברוב סוגי הרכוש יש שווי ולכן ניתן למכור אותם בשוק ולקבל כסף אבל כושר השתכרות אינו דבר שניתן למכור ולשלם לצד השני חצי ולכן אין איך לחלק אבל הדחייה לטענה היא להעריך כמה אמור לקבל וכשמקבל לשלם חצי.
4. בעיית חישוב ופילוח- דיני נזיקין יכולים לסייע בחישוב כמה ירוויח אדם אבל אי אפשר לדעת מכך כמה מזה הושבח בגלל החתונה ומה היה קורה לבד. אי אפשר להגיד שכל מה שהרוויח שייך לאישה, הכישרון והיכולת לסיים תואר הם רק של הבעל אז איך מבדילים בין כישרון אישי לבין התוספת וההשבחה של הנישואין שרק היא מחולקת לאישה.
5. בעיית מימוש- אם הצליחו לפלח את המשכורת שלו למה הכישרון שלו ומה ההשבחה וחילקו את ההשבחה חצי חצי. התשלום חייב להיות בעתיד כי בעת הגירושין אין לבעל את הכסף. אפשר להתייחס לזה כמו משכנתא, לקחת אתך בגירושין כושר השתכרות שחלק ממנו שייך גם לגרושה ואתה חייב לה ולכן תחזיר בתשלומים. היתרון הוא לראות כושר השתכרות כנכס שנקנה לכל דבר ועניין. הבעיה היא שמי שלא הרוויח כמו שצפנו, ובדיעבד הרוויח פחות יהיה חייב סכום גבוה לאשה. עוד בעיה היא מי שהחליט להפסיק לעבוד מרצונו למשל דורון שפר שהיה לו חוזה של חצי מיליון שח לשנה, הוא התגרש בגיל 27 ולכן בדקו וחשבו שירווח איקס כסף אבל הוא החליט בגיל 30 לפרוש ולפי השיטה הזו יש לו חוב לשלם. יש כאן הבט בעיתי שמגביל את האוטונומיה של האדם. החלופה הנוספת היא להתייחס לזה כך שלא ידברו במספרים מוחלטים אלא שכל מה שמרוויח יצטרך לתת לה אחוז מסוים שנקבע כשייך לה. הבעיה היא שיש כאן פתח למניפולציות ולהסתרת הכנסות, יש כאן בעיה שאתה ממשיך לקשור את גורלם ביחד למרות שרצו להתגרש. יש גם בעיה שאדם עושה פתאום הסבה מקצועית ואומר שקרה אחרי הגט, אומנם זה מבוסס על העבר אבל זה מצב בעייתי.
פלונית נ' פלוני: מתחילים לטעון למה כן לאור הרציונליים של חזקת השיתוף וממשיכים בטיעונים נגד - הטיעון של מימוש ופילוח. נקבע כי יש לתת סכום חד פעמי שישחרר כל אחד לדרכו, פתרון זה יעזור למי שחוץ מהון אנושי צבר גם הון ממשי. איך יפלחו בין כשרון לתוספת ומה יהיה גובה הסכום? מוחלט על סכום של 200 אלף שקלים. השופט ריבלין אומר שכושר השתכרות הוא נכס, אבל בבואו לממש הוא נבהל מהשאלה אך לחלק ומה לעשות אם הבעל יפסיק לעבוד. נוצר כאן ערבוב בין אימות הרעיון של הון אנושי לבין תוצאה שלא מימשה אותו באמת כי לא ברור איך הגיע לסכום הזה. פסק הדין יוצא ב2007 ושנה אחריו יצא התיקון לחוק יחסי ממון.

בועדה לתיקון חוק יחסי ממון יש שתי דעות. 1. לבטל את פסק הדין של ריבלין ושהון אנושי לא נכס. 2. בסעיף 5 של חוק יחסי ממון שמגדיר מה זה נכסים יכתב במפורש שנכס כולל כושר השתכרות והון אנושי.

ריבלין עצמו אומר שההלכה שלו לא צריכה להיות בכל מקרה ומקרה. ליפשיץ מציע הצעת ביניים להכניס זאת לסעיף 8. זהו סעיף המאפשר לבית המשפט לסטות מחלוקה של חצי חצי. בהתחלה התייחסו אליו כאל סעיף סוציאלי. ההצעה הייתה לכתוב שעילה המצדיקה לסטות מחצי חצי היא כאשר יש פער בכושר ההשתכרות של הצדדים. הסעיף הזה נותן לבית המשפט ארגז כלים מגוון להתמודדות עם חוק יחסי ממון.

חלופות השימוש בחוק יחסי ממון בפסיקה הדיונית:

1. להשתמש באופציה הקניינית ולהתייחס להון האנושי כנכס:

א. השאלת אומדן פוטניצאל ההשכרות מדיני נזיקין. הצעה זו לא פותרת כישרון מוכמן שנחשף במהלך הנישואים.
ב. סטיסטיקה : למשל אם יוצאי יחידה מסוימת מרוויחים בעתיד סכום מסוים. זהו לא רק מימוש פוטנציאל עצמי אלא השילוב של חיי משפחה יחד עם מימוש הפוטנציאל.

בעיית ההיוון: צריך להשתמש במקדם היוון. הבעיה היותר גדולה היא שלא נחשב הסיכון. פשיטת רגל, משבר תעסוקתי. לא רק הממוצע השתכרות עובד במקום מסויים חשוב אלא גם השונות – ככל שהשונות יותר גדולה כך הסיכון גדול יותר.

ג. תשלום איטי קבוע
במבחן – אם יהיה הון אנושי והון ממשי יש לשים לב למספרים. אם המספר של ההון האנושי דומה לסיטואציה של הרואה חשבון אפשר לעשות שימוש באופציה הקניינית. אך אם יש יותר הון ממשי מהון אנושי צריך להגיד שבכלל לא בטוח שזה אפשר.

1. שיטת האומדנה – ניתן סכום מסויים כפיצוי. בלי נימוק. לחלק מהשופטים לא היה כוח לכל החישובים המסובכים ולכן הם הלכו על זריקת מספר. ה200,000 שריבלין פסק הפכו להיות הגבול העליון. השופטים אומרים שמאחר וזה לא נכס במובנו המקובל התחילה להתפתח פרקטיקה בין השופטים של בחירת מספר מסוים.
2. פיצוי על הפסדי קרירה: מציאת נוסחה שבודקת מה כל אחד הביא לנישואים ועם מה הוא יוצא וההפרש יתחלק.
3. במצבים מסוימים ביהמש לא צריך לחלק את כושר ההשתכרות. למשל: מקרים בהם שני בני הזוג מימוש את פוטנציאל ההשכרות שלהם. השופטים פירשו כלי זה שיתבטא רק במקרים חריגים קיצוניים ויותר.
4. שימוש נרחב בסעיף 8: נקודת התחלה שווה לצדדים שיוצאים מהגירושים. גם ירושה עתידית תיכנס בשקלול החלוקה בין הצדדים. יש מספר פסיקות של בתי משפט מחוזיים שמתנגדים מאוד לגישה זו ואומרים כי ישנה פגיעה קשה בזכות קניינית. השופטים מצדיקים את המהלך של 4 ומצמצמים את השימוש.

4 ו5 מסוכנים. הם לא מכירים בעובדה שחלוקת כושר ההשתכרות היא לא משהו זר לדיני הרכוש. היא צומחת מהרציונלים של דיני הרכוש. כאשר מחלקים הון ממשי לא פוגעים בזכות קניין, כי זכות קניין מהותית הייתה אמורה לקיים חלוקה זו. הגישה החמישית כשלעצמה מטרידה ומרחיקת לכת. אך ישנם מצבים במיוחד בהם יש לצד השני צורך שקיימת אחריות מתמשכת. יכולה להיות אופציה של מזונות משקמים לאחר גירושים.

כאשר מדובר בתשלום איטי, יש לבדוק האם מדובר בחלוקת רכוש ואם כן האם היא כפופה לשינוי נסיבות או לא. או האם היא על צורך.

**אשמה ביחסי הרכוש בין בני הזוג:**
עד כמה האשמה עשויה להשפיע על הכללים הרגילים שלמדנו? חלק את השאלה ל3 סוגים של אשמה

1. אשמה מינית ובגידה
2. אלימות
3. אשמה כלכלית

**אשמה מינית:**

כמו שדיברנו בחלק המבוא, סוגיית האשמה המינית הייתה קו פרשת המים בין מה שקבענו הגישה הציבורית לגישה הפרטית. הגישה הציבורית אמרה שהמדינה מציבה מערכת ערכים איך צריך להתנהג בתוך המשפחה והיא משתקפת במערכת המשפט בכך שהיא תשפיע על עילות והסדרי הגירושים. עד שנות ה70 הגישה הציבורית היא המקובלת. אך לאחר מכן עוברים לגישה הפרטית והתוצאות הכלכליות של הגירושים לא יקבעו בהתאם לשאלות בגידה. הדיון בגירושים יהיה אובייקטיבי. דיני הנישואים והגירושים הם לפי הדין הדתי. ההיבטים הכלכליים נשרו מהדין הדתי. הכתובה היא הדבר הכלכלי היחיד שנשאר חלק מענייני הנישואים והגירושים ולכן עד היום כתובה היא בדיון אצל בית הדין והיא מושפעת משיקולי אשמה. האם האישה יכולה לקבל גם כתובה וגם דיון אזרחי ברכוש? רוב הדיינים פוסקים שאין כפל מבצעים והולכים לפי הגבוה. בנישואים קצרים הכתובה הופכת להיות משמעותית. יש פסקי דין של הבד"ר בהם באמת דנים לפי הכתובה וכך מכניסים שיקולי אשמה. מזונות אישה זה בביניים. יש להם סמכות מקבילה. בבית דין יפעילו את מזונות האישה עם הגנות של שיקולי אשמה. אך בבית המשפט האזרחי, ידללו את הגנות האשמה מהדיון. הלכת בבלי אומרת שבית הדין בנושאים אזרחיים צריך לציית למשפט האזרחי אך בנושאים דתיים האם בית הדין צריך לקבל את הפרשנות האזרחית? דעת הרוב לא העבירה את זה. בענייני הרכוש: בית המשפט אמר בכמה דרכים באופן חד משמעי שאין שיקולי אשמה בענייני רכוש :

* חזקת שיתוף – פס"ד דרור התעוררה שאלה האם בגידה יכולה להיות שיקול לסתירת חזקת שיתוף. בית המשפט אמר בצורה חד משמעית שלא. אם לפי הכללים הרגילים מגיע לה רכוש לא ניקח לאחד מהצדדים בגלל בגידה.
* בחוק יחסי ממון התעוררה שאלה האם בסעיף 8 לגבי כושר השכרות התעוררה שאלה האם לפתוח קטגוריה של שיקולי אשמה ובית המשפט קבע ששיקולי אשמה הם לא שיקול בשביל לקחת לאדם את הרכוש שלא.
* דיני המתנה – ניסו להיכנס באופן עקיף ללא הצלחה. יש שני סוגים של מתנות: התחייבות לתת מתנה (בכל מיני עילות ניתן לחזור מההתחייבות למשל בגלל התנהגות מכפירה.) וניתנת מתנה, ממנה לא ניתן לחזור. בית המשפט ניסה להכניס שיקולי אשמה לדיני המתנה בין בני זוג במתווה של תנאי מפסיק. הם טוענים שהיה תנאי מכללא במתנה שיש בו תנאי מפסיק לפיו בן הזוג לא יבגוד וינטוש. בברקוביץ נ קלימר אמא נותנת לילדה שלה ולבן זוגה כסף לקנות דירה וההבנה שבתוך הדירה היא מקבלת חדר. מה שקורה שהחתן מנסה להתעמר בה שתעזוב את הדירה והיא מבקשת בחזרה את הכסף. ברק הכניס בפס"ד זה תנאי מפסיק שהביא לפקיעת המתנה. בפסד זיסמן (אישה שלפני ניתוח רושמת את הדירה על שמו כדי שלא יהיה בלאגן ואז היא מבריאה ומגלה שהוא בגד בה והיא רוצה להתחרט מהמתנה. (נתן לה מתנה, מתאשפז והיא בנתיים מנהלת רומן עם הנהג שלו – בני הזוג הנבגדים מנסים לעשות מהלך כמו בקלימר ומבקשים מבית המשפט לכרות תנאי מכללא בדמות תנאי מפסיק לחוזה. בית המשפט דוחה טענות אלו ועושה את הקישור לפס"ד דרור ואומר א. סופיות מתנות. ב. לא רוצים להיכנס לשאלה למה היחסים הסתיימו. בית המשפט קובע כלל מאוד ברור אך השופט פרי אומר שיתכנו מקרים חריגים בהם בית המשפט יכרות תנאי מכללא אך זו לא ברירת המחדל.

 **כאשר מדובר בבית משפט, בכל החזיתות שחיפשנו אותם, גם בחזקת שיתוף, גם בחוק יחסי ממון, וגם בפרוצדורות אחרות שיקולי אשמה לא יכנסו.** איפה כן נראה זליגה? כאשר דובר על שיתוף ספציפי, או לפעמים בחזקת שיתוף דור ג'. בניגוד לחזקת שיתוף הקלאסית או לחוק יחסי ממון שהם כמעט לא תלויים בנסיבות. (דור 2 לא מכניס בכלל יחסים של הצדדים, כוונה וכו.') השיתוף הספציפי מכוח הדין הכללי וגם חזקת שיתוף מכוח דור 3 כן מתייחס לשיקולים של אווירה שיתופית ואורח חיים תקין. ניתן לראות פסיקה מחוזית שבמקרים אלו ראתה בבגידות ממושכות אינדיקציה לכך שלא התגבשה כוונת שיתוף. כשמדובר על מקרים אזרחיים טהורים בשיתוף הספציפי פה ושם הייתה נגיעה של בגידה, בית המשפט לא התלהב מזה. אם היה מצב בו אפשר היה להראות שבמשך 20-15 שנות נישואים היה מישהו שבגד באופן שוטף שהיה בקשר קבוע עם בן זוג אחר זה היה פרמטר שלא התקיימה חזקת השיתוף. דור 3 וחזקת השיתוף הספציפית הם אחרי קשר ממושך. הכניסו זאת גם תחת הכותרת של אורח חיים תקין.

לפעמים בניגוד לאשמה הקלאסית שהיא שיפוטית, קרה לעיתים שהבוגד הרוויח. בשותפות המוחלשת היה מצב שבן זוג חי עם מישהי ויודעים שהוא מחלק את ימיו בינה לבין עוד בן זוג תוך שהיא סוג של מעלימה עין. בתקופת ביניים בית משפט נותן שותפות מוחלשת בין בני הזוג. טיעונים בעד אשמה: נישואים הם חוזה ומי שמפר את החוזה צריך לשאת בנזקים. תפיסה אזרחית תגיד שמי אמר שלסיים את הנישואים זה הפרה. נקודה נוספת היא כנגד שיפוט מוסרי במשפחה. בגירסתה הקשה טענה זו אומרת שאנו בעולם פוסט מודרני ולא יכולים להגיד כלום לאנשים איך להתנהג מבחינה מוסרית. הגישה הרכה אומרת שיש מקרים חריגים שניתן שיפוט, אך כאשר נבדוק את היחסים הזוגיים מעטים המקרים שנגיד שהבוגד הוא רע. טענת הפולשנות אומרת שמחיר הפלישה לחיי המשפחה גבוה. ההבחנה צריכה להיות האם המטרה באשמה היא הענשה כלפי מישהו שלא היה בסדר לא נשתמש בזה, אך אם האשמה היא בדיקה של האם התגבשה חזקת שיתוף ניתן להכיל.

בבית הדין נשתמש בהלכת בבלי שמכפיפה את הדין הדתי לדין האזרחי. מאחר ומדובר ביחסי רכוש ולא במזונות.

פס"ד נוסף: בית הדין מעגן ברטוריקה של חזקת רכוש את הבגידה הממושכת של בן הזוג. שם ברק הסכים. אבל משלב מסויים בית המשפט העליון לא מוכן לתת לבית הדין יד חופשית. נאור: כחלק מבבלי בית הדין הרבני צריך להכיל את חוק יחסי ממון לפי המשפט האזרחי וכך שאר הדברים שאינם מעמד אישי. **לאחרונה יצא בגצ הבגידה:** זוג נשוי במשך 31 שנה, היה להם נכסים חלקם בשכירות מוגנת. יש מחלוקת האם על בית מסויים היה חזקת שיתוף. הבד"ר קובע שהיה חזקת שיתוף. בבית הדין הרבני הגדול הופכים את התוצאה. שניים מתןך השלושה מכניסים את שיקול הבגידה. אחד עשוה דיון אזרחי רגיל אך אומר קל וחומר שכאשר יש בגדיה אין חזקת שישתוף. הדיין עמוס – מתמודד מול הטיעונים של בית הדין, חלק שני הוא אומר שמאחר ומדובר בבגידה, במקרה זה היא צריכה להשפיע. אך הוא אומר שהשיפוט הספציפי לא נראה לו לפי ההלכה דיין נוסף הולך ישר לבגידה ואומר שאין חזקת שיתוף. דיין מליח: מסכים לדעת חבריו אך מתווכח על האבחנה בין הקרקע לבית. לא ברור לאיזה מהטיעונים של בגידה ואשמה הוא מסכים. בגצ: השופט עמית אומר שבגידה לא צריכה להישמע ובית המשפט לא מכיר בכך כזכות להכניס לגירושים עמית מבסס את זה שפסק הדין על דיני הבגידה ובגלל זה מתעוררת עילת התערבות שלא כתובה במפורש בסעיף 15(ד) אותה הלכת בבלי הרחיבה והביאה עילת התערבות. מינץ: ברגע שהדיין קבע שלא מתבצע שיתוף ההחלטה התקבלה מנותק מהבגידה. מינץ לכאורה לא משנה את המחברת משתמע שאם מינץ היה חושב שהכניסו שיקולי אשמה הוא היה מתערב. מחלוקת מינץ – עמית: עמית אומר באחד מהשלבים שעצם העובדה שאחד הדיינים התבסס על בגידה ניתן לפסול את פסק הדין. בעניין זה דווקא מינץ צודק . מינץ מסתכל רק על מה שכתוב בפסק הדין ולא קורא סבטקס ונותן אמון מלא. עמית אומר שכל החלקים האזרחיים הם מס שפתיים ומה שבאמת השפיע על הדיינים זה הבגידה. זה מעלה שאלה כמה אמון צריך לתת בערכאה כאשר נראה שהיא מסתירה משהו סמוי. ליפשיץ אומר שחודש וחצי לפני פסק דין זה היה פסק דין בו הורים של בעל נותנים מתנה לבני הזוג שנרשמת על שם שניהם. האישה בוגדת והבעל מבקש שיחזירו את המתנה חזרה להוריו. בית המשפט עושה מהלך דומה לכאן ומנתח שאומד דעת הצדדים היה מתנה מותנת. ואז הדיין נהרי אומר שמאחורי פסק הדין עומדת מדיניות ברורה שצריך לכבד את התא המשפחתי, וכל מי שמורד ובוגד שידע שיש תוצאות לבגידה. על מקרה זה הוגש בג"צ. ההבדל ביניהם הוא האם פיקח עליהם היועמש של בתי הדין. על הבגצ החדש היועמש מפקח ובדיון הראשון של הבגצ היועמש אמר שהוא מוכן שהתיק יחזור אליהם (לבית הדין הרבני) וידונו בו במקרה מורחב.

 שטיין: מקבל את הפרשנות של עמית. ואומר שפסק הדין מבוסס על בגידה. איך שטיין מתמודד עם הלכת בבלי. שטיין אומר שעל אף שכחלק מבדיקת הכוונה התייחסו לבגידה הוא לא מתערב. אם אומרים ששיתוף זו כוונה של נתינה, אפשר להכניס את הבגידה כחלק מזה שמישהו רוצה לשתף. יש כאן 3 מעגלים: הוא מתחיל את הפס"ד בלהקריא את סעיף 15(ג,ד) לחו"י השפיטה שאחת העילות להתערב בפסיקה של בתי הדין זה חריגה מסמכות. (יש לו שם טעות מסמכות היה שבני הזוג הסכימו בניהם. לפי סימה אי אפשר להקנות סמכות בהסכמה, הדרך היחידה היא בכריכה.) היית ההסכמה דיונית וזה בלבל אותו. הכריכה היא שהקנתה סמכות. עד בבלי בית הדין היה חייב לציית רק להוראות דין המופנות אליו ישירות. זה לא רוללנטי כיום בגלל בבלי, בבלי שינה את הגדרת חוסר סמכות. מעגל שני – לאחר שהראה עילות בחוק התמודד עם בבלי. בבלי לדעתו לא רלוונטי כי בבלי עוסק בנכסים שהוקנו במהלך הנישואים בעוד שכאן עוסקים בנכסים שמלפני הנישואים. אבל החידוש של בבלי, הוא שבכל נושא של יחסי רכוש מה שצריך לעשות זה לקיים את הפסיקה האזרחית. אז נכון שבבלי הפריד בין סוגי הנכסים, אבל הפסיקה האזרחית אומרת ששיקולי האשמה אינם רלוונטים. העיקרון הוא שהדיין צריך לציית לפסיקה האזרחית. כאן לא היה יישום של ההלכה האזרחית. התמודדות עם שטיין: מה שהמשפט האזרחי לא מרשה הוא להעניש אדם על בגידתו, לקחת לו את מה שכבר שלו. יש כאן היבט ענישתי שאינו תואם את המשפט. ובעיה נוספת זה שלוקחים את מה ששייך למישהו. שטיין אומר שלא עוסקים בלקיחה אלא בשאלה האם התגבשה כוונת שיתוף. לדעתו כוונת שיתוף היא של הבעלים הרשום. (האמא) לא מדובר לדעתו בהסכם בין שני צדדים אלא הוא בודק את כוונת ההענקה. הוא אומר שלא מדובר בעונש אלא בהערכה קוגנטית של ההסכם שנעשה בין הצדדים. הוא אומר שגם בנסיבות אלה בית המשפט לא קרא את טענת הצדדים כראוי אבל מדובר בטעות עובדתית, ובגצ לא מתקן כמעט טענות עובדיות. בעצם פסק הדין קובע ברירת מחדל רחבה לפיה אפשר להכניס שיקולי אשמה לשיקולי רכוש. כשאדם מעניק נכס זה תמיד יהיה מותנה. זה סותר את זיסמן ופרי ובכך גם את בבלי. שטיין אומר שהוא לא מדבר על חוק יחסי ממון כי זה דיני נטילה ולא נתינה. אבל בית הדין הבא יכול להגיד שההסכמה המשוערת של הצדדים היא שהוא מוכן להתעלם מרישום הנכס על שמו רק בגלל שמתנהגים יפה זה לזה. הוא יגיד שזה הסכמה משתמעת של שני בני הזוג. זה מסוכן ויכול להביא למהפכה.

הנקודה האחרונה היא הנטרליות המוסרית. עצם המחשבה שעיקרון אוטונומיה יכול להגיד להיות אדיש להסכמים מסוימים וליש בגדיה אין בגידה. עיקרון האוטונומיה מדבר גם על הזכות לצאת מקשרים ולא רק להיכנס אליהם. יש אוטונומיה להתחייב ולהתנתק, לרוב האוטונומיה להתחייב מנצחת את הלצאת אך במקרים מסוימים האוטונומיה של לצאת – עם חרטות – היא המנצחת. (למשל בית משפט לא יכיר בחוזה של בני זוג לתדירות קיום יחסי מין ופיצוי במקרה של הפרה.) כך גם כאן, אפשר להגיד שהסכם שחוסם מבני זוג לצאת אפילו שמדובר בבגידה נוגדים את האוטונומיה.

**אלימות:**

אחת מהשאלות שהתעוררו בפסיקה האם אלימות יכולה להיות פרמטר? יש להבדיל בין אלימות כטענת התקפה שם היא אישה מוכה תגיד שמגיע לה יותר מ50% מהרכוש. בטענת הגנה היא תגיד במקרה שהיא העשירה היא לא תהיה מוכנה להתחלק 50%. בפס"ד פלונית: בן הזוג האלים תובע את הרכוש חצי חצי בתוך זה יש דירה בית מגרש וגם זכויות פנסיוניות של האישה בהם פסק הדין מתרכז. הפסד מגיע לבית משפט למשפחה, שם אומרים שהעילות בסעיף 8 הם בעלות אופי כלכלי ולא מחלקים את הזכויות הפנסיוניות לבעל. המחוזי הופך את ההלכה וזה מגיע לבגצ כולם מגיעים לאותה תוצאה שהבעל לא יקבל את הפנסיה: הנדל מלצר ברק ארז. מדובר בפס"ד של הגנה.

ברק ארז: עושה הבחנה בין חוק הירושה לחוק יחסי ממון ואומרת שכן נכנס תחת נסיבות מיוחדות תוך דגש על מוסריות. היא אומרת שיש מניעות. היא משתמשת בעיקרון הרצחת וגם ירשת. פעולה שגורמת לגירושים לא תוציא לו רכוש. ברק מדברת רק על ניסיון לרצח, רק על פנסיה, ורק על טענת הגנה. (פנסיה נצברת בעודך חי והוא ניס הלמנוע זאת ממנה. רצחת וגם ירשת, מגן, סוג נכסים – פנסיה. סוג אלימות- רצח.
ברק ארז 2 מכניסה עוד מהלך: היא קובעת עיקרון של שלילת אנושיות. אם אחד הצדדים מתנהג בצורה לא אנושית זה מעיד אל כך שאין שיתוף בין הצדדים.

הנדל: כאשר אלימים כלפי אדם מנסים לשלול ממנו את האוטונומיה הכלכלית שלו. הנדל רלוונטי יותר ומנסה לקשר בין האלימות ליחסי רכוש. כאשר האלימות יכולה לפגוע ביכולת ההשתכרות היא יוצרת זיקה כלכלית. במבחן אם יהיה מדובר במישהי שכלל לא עבדה ודווקא ממקרה זה צמחה, הנדל לא יוכל לעזור לה.

מלצר: מסכים על המודל הכלכלי של הנדל ושיש לקבל אותו גם כטענת מגן וגם כחרב. וממשיך את הקו של ברק ארז שאין חוטא יוצא נשכר גם כשאין זיקה כלכלית. יש לו דרישה נוספת: מלצר מפחד מהשיפוט המוסרי. כאשר אין הרשעה פלילית מלצר לא יתן מקום.

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
|  | רציונל | סוג  | סוג נכס | סוג אלימות |
| דפנה ברק ארז | רצחת וגם ירשת  | מגן  | פנסיה | רצח |
| ברק ארז 2 | שלילת אנושיות מעידה על כך שאין שיתוף | מגן | פנסיה | אלימות חזקה |
| הנדל | פגיעה באוטונומיה כלכלית | מגן וחרב | רק בנכסים כלכליים | אלימות שלא מאפשרת לחיות באופן אטונומי כאדם פעיל.  |
| מלצר | שילוב של בברק ארז והנדל | מגן וחרב | לא רק זיקה כלכלית  | רק כשיש הרשעה פלילית. |

**אשמה כלכלית:**

🡨 הסיטואציה הפשוטה היא מקרים של הברחות. אדם מתחיל לקחת כסף ולהוציא אותו החוצה. הפסיקה לא רוצה להכניס שיפוט מוסרי אלא רק אומרת ששותף לא יכול לקחת חלק מהכסף. יש פסקי דין שבהם יש לאדם פילגש שהוא ממן אותה באופן שוטף. הפסיקה לא מענישה אותו על זה שיש לו פילגש אבל אומרת שאי אפשר לקחת נכסים משפחתיים ולהשתמש בהם לצרכים אישיים. יש כאן מעין שיקול אשמה מוסרי. אם באמת לא מפריע הפילגש, אז יהיו הרבה עילות תביעה לאשמה כלכלית. (תמיכה כלכלית בילדים מנישואים קודמים. ובמקרים אלו דווקא בית המשפט פוסק הפוך.

🡨 הימורים: מה יהיה מוגדר כהימור? האם מהלכים בבורסה אליהם בת הזוג לא הסכימה יחשבו. הימורים זה פסול אבל יש שאלה עד כמה נגדיר הימור

🡨 פרזיט: התחיל לעבוד עוד בחזקת שיתוף. כאשר היה מצב שאישה גם עבדה וגם פרנסה את הילדים. כשרצו להפעיל חזקת שיתוף אמרו שאין כאן מאמץ משותף והוא לא תרם בכלל למשק הבית. היום מכניסים את זה לסעיף 8, אם אחד הצדדים לא רק שלא תרם אלא לא היה חלק מהמיזם יש פסקי דין שבהם לא נתנו לבעל כסף. זה גול עצמי לנשים כי לא ירחק היום שבו בעל עשיר שהיה לו אופר וכו' יגיד שלו מגיע כסף לאישתו שלא עבדה ולא גידלה ילדים.

 **העימותים בין בני זוג שחייבים לבין נושים של חיביים:**

שאלה זו היא התפתחות מוקדמת יותר של שאלת השיתוף בחובות. העימות האמיתי הוא בין בני הזוג זה המצב הפשוט, המצב המורכב הוא שהעימות האמיתי הוא בין בן הזוג של החייב לנושה.

**מקרים בהם העימות האמיתי הוא בין שני בני הזוג:** הטענה היא שאחד מבני הזוג יש לו חובות, אומר החייב, כמאמר השיר על הדבש ועל העוקץ, השותפות תהיה גם בחובות וגם בזכויות. כאשר החוב הוא על הנכס, כמו משכנתא – מובן מאליו שהחוב ישאר בין שניהם. אך כאשר מצד אחד יש נכסים ומצד שני יש חוב על העסק, כאשר לצורך חזקת השיתוף עושים את טבלת האיזונים, כאשר גם ה+ וגם ה- רשומים על אחד מהם – גם כאן אומרים שאי אפשר לברור בתביעה ולתבוע רק על הנכסים הטובים. המקרה היחיד שיש בו ספק, כאשר מסתכלים על המאזן בן הזוג במינוס. מה קורה אם בן הזוג מחליט לא לתבוע. מתהפך היוצרות והחייב תובע ומבקש שבית המשפט יפסוק שבן זוגו חייב יחד איתו: מבחינה פורמליסטית חוק יחסי ממון אומר שצריכה להיות תביעה ואם אין אז זה מורכב. אבל גם כאן מבחינה הגיונית, אם שותפים, שותפים גם לרווח וגם להפסד. על אף שזו הדעה הרווחת יש מעט עמימות. החריגים הם אלו שדיברנו עליהם בשיעור הקודם: חוב בעל אופי אישי (חוב על הפילגש) חובות של הימורים. הרעיון של הפסיקה הוא שהנכס או הפעילות שיצר את החוב נלקח, ואם כאשר הוא היה מצליח הם היו שותפים הם יהיו שותפים גם בהפסד או בחוב. ולהפך – אם זה נכס מלפני הנישואים שלא יכולו עליו דיני השיתוף הכללי גם החוב לא יכול. ערבויות אותם עיקרון – אם הערבות ניתנה שלא על מנת להינות אין שיתוף אך אם היא ניתנת כחלק ממהלך העסקים הרגיל יש לקזז.

**העימות האמיתי הוא לא בין החייב לבין הזוג אלא בין החייב לנושה:**

שני אבות טיפוס של מקרים ו3 מחלוקות משפטיות:

1. הכל רשום על שם החייב: יש חייב גם הדירה וגם הנכס רשום על שמו. העסק קרס ורוצים לגבות את החובות דרך הדירה כי הדירה שועבדה. אפשרות אחרת, היא שהוא נתן ערבות אישית וכאשר אין לו איך לשלם, מטילים עיקול על הדירה. בסיטואציה זו, בשלב הראשון הנושה לא מתעסק עם האישה. הוא מכיר רק את החייב והנכסים רשומים רק על שמו. בשלב השני מגיעה בת הזוג ואומרת שיש לה זכויות בדירה הזו, או מכוח חזקת שיתוף או מכוח איזון משאבים או מכוח השיתוף הספציפי מכוח הדין הכללי. חצי מהדירה שייכת לה. טענה מספר 1 של הנושה: מדובר במקרה של זכויות נוגדות. במקרה זה יש לפעול באופן שונה בכל אחד מ3 המצבים. מה הזכות של האישה, האם היא זכות קניינית או אובליגטורית, מתי היא נוצרה (האם העיקול הוא קודם והזכות שלה צמחה בפרידה או לפני.) תום לב, האם היא צריכה לדאוג שהזכות שלה תרשם. אם התוצאה תהייה שהנושה ניצח נגמר הסיפור. אבל אם האישה נצחה שזה לרוב מה שקורה לנושה תהייה טענה מספר 2: הנושה יטען שבין האישה לגבר היה שיתוף גם בעסק, ומה שהיא לקחה בסיבוב הראשון היא צריכה להחזיר לו כחלק מנשיאה בחובות העסק. העו"ד של האישה צריך להסביר למה הם שותפים בדירה ויחד עם זאת שהם לא שותפים בעסק, או שהשותפות בעסק לא פועלת לטובת הנושה: נבחן שאלות אלו לאורך 3 אופציות:
2. חזקת שיתוף לגבי נישואים הפסיקה המוקדמת: במשך שנים הפסיקה חששה מסיטואציה זו. זה היה תרחיש האימה בנוגע למצב של שיתוף מידי. הפסיקה הישנה הלכה בנושא זה לטובת הנושה והעדיפה את הזכויות שלו על פני זכויותיה של האישה למעט חריג הקנוניה: כאשר זה לא נושה אמיתי אלא אח ויש שימוש בדוקרטינה זו בשביל להבריח נכסים הלכו לטובת האישה. פסד בן צבי: ביהמ"ש עושה הבחנה בין דירת המגורים לבין נכסים אחרים. בנכסים אחרים הוא ממשיך את הקו הקודם בדירת מגורים זה החריג, כאשר מתעסקים עם אדם נשוי, צריך לשאול גם את בן הזוג לפני השיעבוד ואם לא מבקשים מבן הזוג אין תום לב. (על מנת לגבור על רוכש מוקדם יש לנהוג בתו"ל.) אחרי בן צבי, מתעוררת טענה 2 – אם היא שותפה בזכויות וגם בחובות. לכן על האישה להחזיר מה שלקחה מהנושה כפירעון חוב. גם לשופטים וגם לאקדמאיים הייתה תחושה לא נוחה שהשותפות בחובות תפעל כלפי חוץ. היה ניסיון באקדמיה להגיד שבדיני משפחה יש רציונלים שונים מדיני קניין ויש להגן על בן הזוג ולהגיד שחזקת השיתוף לא עובדת אותו דבר במישור הפנימי והחיצוני. בפועל בתי המשפט היו מנסים לפתור את הבעיה על בסיס עובדתי. כאשר היה מדובר בדירת מגורים הם היו מגיעים למסקנה שהחזקה לא נסתרה. כאשר היה מדובר בעסק היו אומרים שחזקת השיתוף היא חזקה הניתנת לסתירה. ב95% מהמקרים בית המשפט דחה את הטענה השנייה על בסיס עובדתי. הוא לא דחה אותה אם ראו שהיא היית המעורבת בנכס- ידעה אודות ההלוואה, השתמשו ממש בנכס בשביל לבנות את הבית.

שלם נ טוויקו – שם יש שני בני זוג שגם הדירה וגם העסק רשומים על הגבר. העסק קורס וכונס נכסים מתמנה. הכונס רוצה לממש את החוב מהדירה (היה עיקול) וקורה אותו מהלך. מצד אחד האישה אומרת שמגיע לה חצי מהדירה ויש לבדוק מה מנצח. ואם האישה מנצחת הטענה של האיש תהיה שהם שותפים גם לעסק וכך גם לחובותיו. ברק אומר שהשיתוף הוא על זכויות וחובות וגם בעסק וגם בדירה אבל השאלה מתי השיתוף חל. בדירת המגורים השיתוף חל החל מרגע החתונה. יש זכות מעין קניינית ויש החלה של סעיף 9: תו"ל, תמורה, רישום. תו"ל נופל כי בדירת מגורים יש לשאול את בן הזוג. לגבי השותפות בעסק: על מנת לאפשר לאדם לנהל את חייו באופן עצמאי השותפות תחול כמו בחוק יחסי ממון – רק ברגע הפרידה. (חוב מזונות קודם לחוב נושים, מה יקרה אם אדם יפנה לשופט ויגיד נקלעתי לחובות כלכליים ויבקש הסדר מהשופט שיפסוק חוב מזונות. ואחריו יגיעו הנושים.) כאן ברק עזר לגברת שלם, אבל כעת היא שווית חרב של אדון שלם. ברגע שהיא תעזוב את הבית ייפול עליה חצי חוב. מה עומד מאחורי האבחנה בין העסק לדירה: יש הבחנה בין שני אידיאלים – מצד אחד לא רוצים התחשבנות בין בני זוג ומנגד הניהול השוטף. בדירה רוצים שיהיה ניהול שוטף. אבל בעסק יש לנהל לפי שיקול דעתו ומה שיישאר יתחלק בגירושים.

1. ידועים בציבור לפני 74: ההבדל הוא בתום לב. כאשר מתעסקים עם אדם נשוי, אפשר להגיד שראית שהוא נשוי, למה לא שאלת את בן הזוג על דירת המגורים. פס"ד חורש: האדם היה נשוי לאישה אחת והיה פרוד. הוא היה ידוע בציבור לאישה אחרת שלה היה זכויות בדירה. מעבירים את חוסר התו"ל לכך שהבנק לא שאל גם על האישה הנשואה. כיום הבנק שולח חוקר פרטי הביתה כדי לבדוק כי אין בן זוג. במבחן לרשום שהעליון השאיר בצריך עיון. אבל הבנק בפועל צריך להיזהר.
2. נשואים אחרי 74 - איזון משאבים – השיתוף קורה ברגע הפרידה: בן גיאת – גם הדירה וגם העסק רשומים על שם הבעל. הבעל ממשכן את הדירה בשביל העסק. הנושה מגיע לדירה והגברת אומרת שהנכס מגיע לה. הנושה היה קודם כי הזכות נולדה בעת הפגיעה. הלכת אהרונוב אומרת שעיקול מפסיד לקניין שביושר, אבל כאן אין זכות קניינית: הפיתרון: **שיתוף ספציפי:** השופט עמית בפסד בן גיאת אומר שלאישה אין זכות מכוח איזון משאבים, אבל היה במשך הנישואים שיתוף וכוונת שיתוף בדירה. רובינשטיין אומר כי ברור שהמחוקק עשה את חוק יחסי ממון בשביל להעדיף את הנושים על פני בני הזוג ועמית מסקל את כוונתו. ומילא כשמדובר בחזקת השיתוף הנושה צריך להניח של בן זוג יש זכויות, אבל כאן לא ניתן להניח, איך הבנק יכול לדעת מה הבעל אמר לאשתו לפני השינה כאשר הכל בנוי על ראיות ספציפיות, אין כאן חוסר תו"ל של הבנק, והאישה צריכה לדאוג שהבנק ידע שיש כאן שיתוף ספציפי. פוגלמן מכריע ואומר שמדובר רק בדירת מגורים ורק בנושה מקצועי כמו בנק. כאשר מפסיד הנושה לגבי הדירה הוא מעלה את הטענה האלטרנטיבית: אם ככה היית שותפה גם בעסק. לטענה זו מביאים את סעיף 5 לחוי"מ. הוא אומר שיש שיתוף ספציפי אך אין לו איך להוכיח כי צריך להוכיח ראיות מאוד ספציפיות. הבעיה שברק יצר נפתרה: אין שיתוף בחובות העסק, רק אם האישה הייתה מאוד מעורבת. אחרי הגירושים היא תישא בשותפות של החובות אך לא במהלך הנישואים.
3. העצמאי הפרוע והשכירה שחשבה שהיא רגועה: שכירה שמעוניינת בחיים עצמאיים, ולבעל שלה יש רעיון להקים עסק עם הלוואות שיכול להגיע לשמים וגם להתרסק. האישה אומרת לו, תרשום את הדירה על שמי ותשאיר את העסק על שמך. בסיפור זה הנושה יתחיל עם האישה. אין לו מאיפה לגבות את חובותיו של הגבר. יש לו 2 טענות: 1. אם העסק היה מצליח, לא היית אומרת שהעסק רשום רק על שמו ושמתקיים חזקת שיתוף וכו'. 2. כאשר היו מתגרשים הבעל היה תובע חצי מהדירה מכוח חזקת השיתוף. עכשיו הוא לא יתבע כי הוא יודע שהנושה יקבל. הכונס נכסים יכנוס חצי מהדירה שרשומה על שם האישה. כאשר העסק כושל הנושה יגיד שהיא הייתה שותפה בעסק. בית המשפט יגיד שהיא לא הייתה מעורבת על בסיס עובדתי. אבל אז הנושה יטען את הטענה השנייה: שהאישה אומנם לא הייתה מעורבת בעסק, אבל הבעל היה מעורב בבית.
4. חזקת שיתוף: היו מלומדים שניסו את המהלך שחזקת שיתוף בדירת מגורים זה נכס מיוחד והזכות מכוח חזקה זו זה נכס בפני עצמו שהוא רק בשביל בן הזוג ולא בשביל הנושים והיא הוזכרה בפסד גיברשטיין. הפסד המנחה הוא ורד נ עצמון: ביהמש מקבל את הטענה שנושה יכול לבוא בנעליו של החייב ולגבות את זכויותיו בדירת המגורים. אבל, חזקת השיתוף היא חזקה הניתנת לסתירה ותמיד יש לכוון את רצון הצדדים. אם הצדדים רשמו את הבית על שם האישה, במקרה זה נסתר השיתוף. זה נאיבי לחשוב שהפסיקה הייתה מיישמת את זה ביחסים הפנימיים: האישה לא תוכל לתבוע את העסקה והבעל לא יוכל לתבוע את דירת המגורים. כך שיש צביעות בפסיקה של בית המשפט.
5. ידועים בציבור: במקרה זה הם חשופים למקרה בו בית משפט יגיע למסקנה שאכן יש שיתוף. כרמי (מחוזי): אישה שבנתה עצמה מאפס, הקימה גן ילדים מוצלח, היה לה קשר עם אדם והם הביאו ילד משותף ונפרדו. היא עושה חיל ואדם זה מסתבך בחובות בגובה 4 מליון שח ויש לו צריף של 700 אלף שח. הוא מבין שהוא הולך להפסיד במשפט. הוא מוכר את הצריף, מקבל 700 אלף שחר. באותה תקופה בת הזוג שלו בונה את וילת החלומות שלה, כאשר בקומה למטה יש את גן הילדים. הדירה עולה 4 מיליון שח. הוא תורם לה 700 אלף שח לבניין ועובר לגור איתה. כל הנכסים והחובות נרכשו בתקופה הפרטית. הנושה, באמצעות בלש פרטי מבקש מבית המשפט עקיבה על ה700 אלף שח. אבל תוך כדי המשפט הוא מבקש 2 מליון. החוב מלפני הקשר אז אין שיתוף בחוב. אבל חלק מהנכסים שלו הם חצי מהבית שלה. בית המשפט המחוזי פוסק שהיא צריכה להביא חצי מהבית. אין ערעור על פסד זה. בית המשפט אומר שנושה יכול לבוא בנעליו של החייב ומסתמך על כך שלרוב העובדות מסייעות לבן הזוג.
6. נשואים אחרי 74: פסד בנק לאומי נ דוד: כאשר הנושה ירצה לרכוש חצי מהדירה, האישה תגיד שלבעל לא מגיע כלום במהלך הנישואים. אם היא תתגרש ממנו אולי יגיע חצי מהנכס. השיתוף הספציפי כעת יפעל כנגד האישה: הנושה יגיד שיש לו "הקלטה רעיונית" של שיתוף ספציפי בין בני הזוג ביחס לדירת המגורים. השופט גרוסקוף אומר שבגדול האישה מפסידה אבל יש לזכור שהשיתוף הספציפי תלוי עובדות והרישום אומר שהיא לא רצתה לשתף.

**אז שכירה שרוצה להיות רגועה צריכה לעשות הסכם.** אם היא עושה את ההסכם כאשר כבר יש חובות זה לא יעזור כי מדובר בהענקה פסולה. לפני שהוא מתחיל את הפעילות העסקית, הם צריכים לעשות הסכם שאומר שהדירה תהיה רק של האישה ולבעל לא יהיו זכויות בה. והעסק יהיה של הבעל. האישה לא תזכה גם בזכויות וגם בחובות של העסק. ולצורך החיים המשותפים הבעל מעביר כסף מהעסק שלו.

יחסי רכוש כאשר הנישואים מסתיימים כאשר אחד מבני הזוג מת:

חשוב להבין את הממשק בין דיני הירושה לדיני היחסי הרכוש. דיני ירושה עוסקים בהנחה שהרכוש נמצא בעיזבון ואיך מחלקים אותו. אם יש צוואה פועלים לפי צוואה ואם אין עפ"י חוק. כל הסיפור של דיני ירושה מתחיל אחרי דיני רכוש זוגי. כאשר אדם נפטר בן הזוג שלו יגיש 2 תביעות – אחת לפי רכוש זוגי במסגרתה ידרוש חלק מהעיזבון מכוח חוק יחסי ממון או חזקת שיתוף. זוהי תביעה כנגד העיזבון. רק כאשר יפסקו בתביעה זו, הוא יגיש תביעה לחלוקת עזבון. לכן בסיפור שבו בני זוג התחתנו בלי שקל בבנק, כאשר האישה זכתה במליון ₪. הבעל יזכה ב750 אלף. הוא יזכה בחצי מיליון ובעוד 250 אלף בחלוקת העיזבון. אם היא עשתה צוואה החלוקה תתחיל מחצי מליון גם אם היא חילקה את כל המיליון. אם הם יתגרשו הוא יזכה רק בחצי.

חוק יחסי ממון – אם עושים אותו לפני הנישואים חלים עליו דיני חוזים ויש לו דרישה אימות אצל עו"ד או נוטריון וכתב. אך אם ההסכם הוא אחרי הנישואים, צריך גם אימות, אישור, וכתב. (הגורם המאשר צריך לבדוק שזה נעשה מתוך רצון חופשי וזה יהיה שופט דיין או רשם.) ס.8 לחוק הירושה קובע שהסכמים שמדברים על מה שקורה לאחר הנישואים לא תקפים ולכן זה מעמיד הסכם צוואה בשאלה. מי שהתחתן אחרי 74 הסכם ממון יעזור לכך שכל העיזבון יהיה אצל האישה ובתוכו יתחלק הרכוש לפי הצוואה. הסכם ממון הרי אומר אל תעשה איז ון משאבים ושיתוף ספציפי. מה קורה אם מישהו שכח לאמת או לאשר את הסכם הממון. על פני הדברים התשובה היא שהוא לא שווה דבר. יש התחכמות של השופט שמגר שאומר שהסכם ממון שלא אימתו אותו הוא לא הסכם ממון אבל הוא כן הסכם. הדרישה היחידה בהסכם ממון היא שצריך לאמת ולאשר אותו בשביל שהוא יהיה הסכם – להתעלם משמגר. הגישה המקובלת היא שההסכם לא תקף. אבל יש מצבים בעיתיים: מקרה בו בני זוג עשו הסכם ממון אותו אישר עורך הנישואים שהוא לא ברשימה. הזוג מתגרש והאישה מבקשת לחלק את הרכוש לפי ההסכם ממון. האישה טענה שההסכם ממון לא תקף. מקרה זה דומה לקלמר נ גיא – שם יש חוסר תו"ל כי כבר הייתה גמירת דעת, וגם המימוש של ההסכם מעיד על גמירת דעת. בית המשפט קיבל את הטיעון הזה בערעור, וכאשר היה ביצוע של הסכם ממון ומוכח שבני הזוג פעלו על סמך ההסכם זה מעיד על חוסר תו"ל.

ס.144 לחוק הירושה. סעיף זה אומר שאם יש ביטוח חיים וקבעתם מוטב, הכסף של הביטוח חיים לא נכנס לעיזבון. לכן אם לא עשיתם צוואה מה שינצח זה מה שכתוב בסעיף המותבים בביטוח. יש מחלוקת בפסקי דין של העליון האם התניה בצוואה על הביטוח תקפה או לא.

**יחסי הורים לילדים**

מי מוגדר כהורה על פי המשפט הישראלי?

הסיפור הרשמי של מרבית שיטות המשפט: השאלה היא ביולוגית עם חריג מיוחד שנקרא אימוץ. לאימוץ יש 2 תפקידים – לנתק את הקשר עם ההורה הביולוגי וליצור קשר עם ההורה החדש. מאחורי הכסות הזו שהורות היא רק דבר ביולוגי מתחבא מאבק לגבי מה מוגדר כהורות. אבהות עברה להיות נושא אזרחי אבל בדין המוסלמי זה עדין דין דתי.

יש כמה הגדרות מתחרות להורות:

1. ביולוגית: יש שאלה גנטית או יולדת.
2. אבא שהוא הבעל של האימא: ההורות מוגדרת ע"י בן הזוג של ההורה הביולוגי.
3. הסכמית: הורה הוא מי שהתחייב להיות הורה. מי שמראש אמר שהוא לא רוצה להיות הורה הוא לא יהיה.
4. פונקציונלית: הורה הוא מי שמתפקד כהורה.

**אם חד הורית: המקרה הראשון בו נעסוק הוא של ילד שנולד מחוץ לנישואים לאישה לא נשואה:**

במקרה זה ברור מי האמא השאלה מי האבא. בעולם הנוצרי ורוב העולם המערבי, ההגדרה הייתה משפחתית, והילד נקרא ילד לא לגיטימי. הוא לא הוגדר כילד של אבא שלו. כך עד היום באיסלם בדין השרעי. על רקע זה: אבהות עברה להיות נושא אזרחי אבל בדין המוסלמי זה עדין דין דתי. פס"ד פלונית: ילדה מוסלמית מחוץ לנישואים שרצתה לתבוע מזונות את האבא הביולוגי שלה, אך הוא אמר שאבא זה הבעל שלא אמא. אבל החוק אומר שאם האבא לא חייב מזונות לפי הדין הדתי אפשר לפסוק מכוח חוק. אבל כאן האבא אומר שהוא בכלל לא אבא. חשין בונה את האבהות האזרחית: קובע שהמושג של אהבות הוא קודם כל ביולוגית. מקרה זה בנה מחוייבות בעוד מספר היבטים. למשל, בשביל להוכיח שמישהו הוא האבא, צריך לעשות בדיקת רקמות. הפסיקה אומרת שמי שמסרב זה אומר שחזקה שהוא האב. היום הלכו עוד צעד ויש אפשרות לכפות בדיקת אבהות. המבחן הביולוגי ניצח גם את המבחן החוזי. אם היו מקרים בהם אנשים קיימו יחסים ללא נישואים, הבעל אומר תעשי הפלה, והיא מבטיחה שלא תגבה ממנו מזונות ושיעוף לה מהחיים. הסכם זה יסתור את תקנת הציבור. המשפט הישראלי נתן את ההצהרות הכי חזקות לטובת ההגדרה הביולוגית כאשר הוא מאמת אותם מול ההגדרה המשפחתית וההסכמית.

**ילד שנולד לאישה נשואה מחוץ לנישואים:**

כאן במקרה של יהודים הוא יחשב ממזר. אחרי שבני הזוג יפרדו, האישה תתבע במזונות והבעל יגיד שהוא לא האבא מבחינה ביולוגית. או שהיא תתבע את השכן אבל שהוא יגיד שהוא מוכן לשלם רק אם יעשו בדיקה גנטית. או שהשכן יתבע הסדרי משמורת על הילד. תובעים את הבעל והוא אומר שהוא לא האבא. לפני החוק, הפסיקה אמרה שלא תאפשר לעשות בדיקת רקמות אם היא עלולה לצאת כנגד הילד והיא תצא כי כך הוא יחשב כממזר. מאחר וצריך להוציא רקמה גם מהאבא וגם מהילד, כדי לקבל את הסכמתו של הילד זה צריך להיות לטובתו וכאשר יש חשש ממזרות זה לא לטובתו. כאן ילכו לפי המשפט העברי, שחזקה שהבעל הוא האבא הביולוגי. אם לא היה חשש ממזרות (למשל לא יהודי, או שהילד נולד 7 חודשים אחרי החתונה אפשר לטעון שהיחסים היו לפני הנישואים.) אפשרו לעשות את הבדיקה. הייתה ביקורת מ3 כיוונים הפוכים על עמדה זו. א. טובת הילד: אי אפשר להסתכן בכך שהילד יהיה ממזר אך זה לא השיקול היחיד, לפעמים בדיקת רקמות תאמת את זה שהילד שייך לבעל של אמא שלו ויחזרו למערכת יחסים טובה ולפעמים טוב שהילד ידע מי האבא שלו שייקח עליו אחריות. ג. מצד שני, יכולה להיות סיטואציה של ילד להורה מוסלמי או נוצרי ועדין האינטרס של הילד זה שלא יעשו בדיקת רקמות. ב. טובת הבעל: יכולים לחייב אותו לתמוך בילד שאינו הילד שלו. הגיע חוק מידע גנטי שחזר לעמדה מוחלטת שאם יש חשש ממזרות לא בודקים. החוק מדבר רק על בדיקה גנטית. מה קורה אם אדם מוכיח בדרך אחרת שהוא לא האבא. למשל הוא מוכיח שלא היה בארץ בזמן 9 חודשים לפני שהילד נולד. יש פסיקה דיונית שאינה מחייבת שאומרת שהיא לא תסכים לשום דבר שיגרום לכך שהילד הוא ממזר. היא עברה למבחן המשפחתי בלי להודות בו.

**ילד שנולד שנולד בהפריה מלאכותית להורים נשואים:**

לעיתים המדינה אפילו לא יודעת שדובר בהפריה מלאכותית והילד אוטומטית נרשם בת.ז כבן. כאשר האמא תובעת מזונות ילדים אומר הבעל, אני לא האבא. לא צריך בדיקת רקמות יש רישום. יש שאלה האם מותר לעשות הפריה מלאכותית לאישה נשואה. העמדה המקובלת בהלכה היא שהילד לא יהיה ממזר. פס"ד סלמה: האבא הולך לפי המבחן הביולוגי ואומר שהוא לא האבא. לאמא יש טיעון הסכמי, היא אומרת שבניגוד לאבא המשפחתי שזה קרה בעל כורחו, כאן ההפריה הייתה על דעתו, שיתף פעולה, נרשם וכו' ולכן מנסה לטעון להורות הסכמית. שת"פ בהליך ההפריה הופך את הבעל לאבא. בית המשפט דוחה טענה זו, הוא אומר שהוא לא הבעל כי אי אפשר לייצר את סטטוס האבא ככה, אבל יש התחייבות חוזית של הסתמכותת ולכן עליו לשלם מזונות. מה יקרה במצב ההפוך, כאשר האמא אומרת שהוא לא האבא ולא יהיה לו משמורות, במקרה זה יש פס"ד יהוד: משפחת יהוד חיה בתימן ויש להם 5 ילדים. הילד הבכור שהוא כבר נשוי ויש לו שני ילדים גוסס. יש לו שיחה עם אביו והוא חרד לגורל ילדיו. אביו מבטיח לו להתייחס לילדים כמו בניו. הילד נפטר והאבא לוקח עליו אחריות. הסבא משנה בספרים ומעביר את הנכדים לשורה של הילדים. הם לא עושים זאת באופן רישמי ועולים לארץ. הסבא נפטר. הנכדים רוצים להיות חלק מהילדים ולקבל חלק גדול יותר – שישית ולא עשירית. הדודים אומרים שהם יקבלו עשירית. מגיעים לבית משפט. לפי מבחן ביולוגי הדודים צודקים. אבל בית משפט אומר שאין הורות בהסכמה, הדרך היחידה היא אימוץ או ביולוגי. אין אימוץ דה פקטו במשפט הישראלי. אבל זה פסק דין שלא רגיש לתרבות הספציפית כי בתימן ככה עושים אימוץ.

**תרומת זרע – מעמדו של תורם הזרע**

אין חוק בישראל בנוגע לתרומת זרע. יש תקנות שיש שאלה חוקתית האם נושא כזה מתאים לחקיקה משנית ונושא זה נידון ולא הוכרע בצורה מוחלטת. תקנות אלו קבעו שצריך לבדוק שתרומת הזרע היא לאם חד הורית היו תקנות שאמרו שבמקרה זה צריך לעשות בדיקת מסוגלות כלכלית ופסיכולוגית בניגוד לאישה נשואה – את זה בג"צ פסל.
מעמדו של התורם: לפי הגישה הביולוגית מעמדו של התורם יהיה מעמד של אב. אם נחשף לילד זהות האב, לפי המצב המשפטי היום הוא יכול לקבל מזונות. אך קשה להתעלם מהסיטואציה שהמשפט הישראלי במקרה זה חרג בצורה קיצונית מהגישה הביולוגית. המשפט יצר מכניזם שיסתיר מי האב ובכך מאפשר לאב הביולוגי לא להכיר בילד שלו ולילד לגדול במשפחה חד הורית. כשלמדנו בשיעור שעבר על העימות בין הגישה ההסכמית לביולוגית, ועסקנו בסיטואציה של אישה שנכנסה להריון והבעל רוצה שהיא תעשה הפלה במקום זה האישה עושה איתו הסכם שהיא מוותרת על תביעת מזונות. המשפט הישראלי לא מקבל הסכם כזה. מה ההבדל בין תרומת זרע להורה מתכחש?
עקרונית יש בעיה ב2 הסטואציות: מבחינת טובת הילד יש בעיה בשתי הסיטואציות, אבל צריך לתת מענה לאימהות חד הוריות וצריך ליצר פרודצורה אחרת שתאפשר זאת. יש לה מחיר משמעותי של ויתור על זכותו של הילד. ב. הסכמי האם זה דורש תכנון וכו. בהורות מתוכננת יש שקילה שיהיה לילד טוב לגדול לבד ובהורות לא אין את השקילה. בין החלופה של הורות כביולוגיה לבין הכיוון ההסכמי יש אופציה של הורות כמוסד חברתי: אם בזוגיות אנו רוצים אתוס של מחויבות אבל לא אי הפיכות. בהורות אנחנו רוצים אתוס חברתי של אי הפיכות אי בחירה בכניסה וביציאה. ויוצרים 2 קטגוריות – קטגוריה של הורה וקטגוריה של תורם. אם מראש נייצר קטגוריה מובחנת מספיק לה נקרא תורם ונגדר אותה מספיק היא לא תפריע לנו להגיד את כל מה שאנחנו אומרים על הורים. בניגוד לגישה ההסכמית האנונמיות היא מאוד משמעותית. היא עוזרת לשמר את הנבדלות של התורם. לעשות את זה בפרוצדורה רפואית ורגולטורית. במצב המשפטי כיום בישראל – אם יש סיטואציה של בנק זרע כעניין מעשי אומרים שלא נתבע את התורם אבל אם נגלה אותו נתבע אותו. כיום אין אפשרות של תורם לא אנונימי.

**תורמת ביצית:**

ילד שנולד מזרע של גבר מביצית של אישה אחת והולידה אותו אישה אחרת. תורמת הביצית מראש לא מתיימרת להיות אמא. כאן המשפט הישראלי מוכן לקבל הגדרה לא ביולוגית. יש כאן חוק תרומת ביצית. כשעובדים לפי הפרוצדורה של החוק הוא מוציא את התורמת מהמשחק. אולי ההבדל בין תרומה ביצית לתרומת זרע הוא שאצל אישה אפשר להגיד שיש שאלה האם הביולוגיה זה הגנטי או היולדת. זה התעורר במקרים של בנות זוג שאחת הייתה היולדת ואחת הביאה את הביצית וזה הציב בשאלה – נפסק במקרה זה דרך צו ההורות הפסיקתית.

**פונדאות:**

מתחלקת ל2 מצבים: פונדקאות יחד עם הפרית ביצית או פונדקאות בלי (סיפור של 2 נשים או 3 נשים. )

1. אישה יולדת תינוק מזרע וביצית מופרים של שני הורים. 2. פונדקאית יולדת ילד שנוצר מזרע ותרומת ביצית מופרים. חוק הפודנקאות בארץ לא מרשה שפונדקאית תהיה גם תורמת הביצית בשל מכירת ילד.

חוק הפונדקאות עוסק ביחסים בין האם המיועדת לאם היולדת.

היבטים על פונדקאות:

1. ויכוח בין כאלה שרואים בפונדקאות בין מסחור וניצול נשים לבין תופעה אלטרואיסטית.
2. האם זה צריך להיות רגולטורי? וכמה רגולציה צריכה להיות (מי יהיה פודנקאית, כמה כסף)
3. מי בסוף יוגדר כהורה – אנו נתרכז בשאלה ה3.

החוק מאפשר ע"י פיקוח והגבלת כסף. החוק קובע שכאשר הילד נולד הוא לא שייך באופן אוטומטי לאף אחד, ובית משפט מייצר את ההורות של האם המיועדת ע"י צו הורות. אם היולדת מתחרטת בית משפט יקבע למי היא שייכת. בארה"ב היו מקרים מפורסמים שהשאירו את הילד אצל הפונדקאית. במקרה זה מה שמייצר את ההורות הוא בית משפט. הסיפור של פונדקאות הוא דוגמה להורות הסכמית. החוק הישראלי לא מתיר פונדקאות לבני זוג מאותו מין.

**בני זוג מאותו מין**

יש להבחין בין שתי נשים לשני גברים. השאלה היא איך להכיר בבת הזוג כאם. אצל גברים הבעיה מתחילה עוד קודם.

1. מסלול האימוץ: כאשר יש כבר הורה אחד ביולוגי. הסיטואציה היא שהאם הלא ביולוגית מבקשת לאמץ את הילד. מסלול האימוץ הוא קשה ודורש בדיקות מעמיקות.
2. מסלול הרישום: פס"ד פונט שלזינגר – בית המשפט יישם גם בהורות בפסד ברנר קדיש – אם היה מצב שההורים הוכרו כהורים בארץ אחרת גם אם זה שתי נשים או שני גברים. בית המשפט חייב את משרד הפנים לרשום אותם כהורים.
3. אימוץ קונבנציונלי: בגלל שקשה לאמץ ילדים במיוחד בשלב מוקדם, נתנו לבני זוג מאותו מין עדיפות נמוכה. יש מסלול תאורטי בחוק שמאפשר אימוץ לבני זוג מאותו מין אבל זה לא פיתרון טוב כי יש תור ארוך.
4. המהלך של הפונדקאות בחו"ל – צו הורות פסיקתי: בעבר היו עושים זאת בעיקר בארצות המזרח והיום רוב ארצות המזרח אסרו זאת בחוק שלהם כפונדאות לצורך גברים מסיבות דתיות. יש את ההורה הביולוגי ואת הפונדקאית. יש את נוהל חו"ל – ברגע שמראים שהילד הוא ילד ביולוגי של אחד ההורים זה מאפשר לו להיכנס לארץ ואז מטפלים בהסדרת ההורות של ההורה השני. כאן הפסיקה עשתה מהלך שהתחיל מבית המשפט למשפחה וקיבל גושפנקא של בית המשפט העליון והיא צו הוראות פסיקתי. אומנם חוק הפונדקאות לא מאפשר לבני זוג מאותו מן לעשות זאת אבל זה קיים רק בארץ. כאשר הגיע בן הזוג וביקש להיות מוכר כהורה לא אילצו אותו לעשות את כל התהליך של האימוץ. מתי נותנים צו כזה? לפני הלידה או אחרי (כיום נותנים אחרי) מה צריך לעשות בשביל זה? (תסקיר סעד, לראות את בני הזוג)פסד ממת- בני זוג מאותו מין שהקימו סוכנות לנושא זה. ביהמ"ש מכיר בפרקטיקה של הורותו פסיקתית. זה דומה להורות משפחתית, יש מסלול עוקף של חוק האימוץ לבן זוג של הורה ביולוגי. השופט הנדל קורה לכך זיקה לזיקה – יש זיקה ביולוגית וצו פסיקתי. הבעיה היא שחוק הפונדקאות קובע נהלים אחרי הרבה מאוד חשיבה של ועדת אתיקה שקובעת איך לעשות זאת. ועדת מור יוסף עשתה מהלך לגבי פונדקאות חו"ל וקבעה כללים שמודעים פיקוח על מרפאות בחו"ל. מסיבות פוליטיות כל מהלך זה נבלע בגלל נושא ההורות של בני זוג מאותו מין של המפלגות הדתיות. המחיר הוא הרבה יותר יקר. מעמד ההורות פרוץ כי המשפט לא יכול לפקח על בני הזוג האלו. בני זוג מאותו מין מאמצים ילדים ללא כל פיקוח.

בני הזוג ממת החליטו שבדיקה ביולוגית לאחד ההורים היא לא נעימה – יש הערת אגב של בית המשפט שלא חייב בדיקת רקמות בשביל להוכיח הורות. יש פסד מחוזי שהופך זאת ומבקש הוכחה ביולוגית. מבחינת יהדות הילד: יש מחלוקת בין הפוסקים שאומרים האם הולכים לפי האם היולדת או לפי תורמת הביצית. במקרה שהאם היולדת קובעת צריך גיור.

1. שני גברים מתקשרים עם אם חד הורית בהסכם להורות משותפת: העסק מתחיל להיות מורכב כאשר מנסים להסדיר את מעמדו של בן הזוג. או של בת הזוג במקרה הפוך. האם נכיר בסיטואציה של 3 הורים. מוכנים לעגן את ההורה הלא ביולוגי מכוח טובת הילד כאפוטרופוס או בהסדרי ראיה. אבל אין הכרעה של העליון בשאלה זו. פסד מור יוסף – אישה קיבלה תורם זרע מגבר ותרומת ביצית ממישהי מחו"ל ושכנעה את אחיינית שלה להיות הפונדקאית שלה. הם עשו את כל זה בחו"ל. בבית החולים האחיינית מדווחת שהילד לא שלה והיא עשתה זאת בשביל הדודה. רצו לקחת את הילד לאימוץ כי אמרו שהאחיניית לא יכולה להכריע למי ילך הילד. הקליניקה של בר אילן הצטרפה כדי להגן על מור יוסף כבעלת מוגבלות. ספציפית המרצה חושב שהפסיקה של פסק הדין מוצדקת. מתייחסים שם להורות מונחי מיזם וזה מביא גישות של סחר בילדים. פס"ד זה מחדד את המקום בו אנו רוצים להציב את הגבולות – בכוונה של להיות הורה- האישה עשתה את כל המיזם להביא את הילד.

**הורות אחרי המוות:**

יש מקרים שמדובר בהם בזרע שנלקח עוד בחיים ויש מקרים שאפשר לעשות את זה בזמן מסויים לאחר המוות. הגישה המקובלת בפסיקה היא שעושים זאת אם יש הבעת רצון קונקרטית של הנפטר או אם יש לו בת זוג. ההסכמה של בת הזוג + אינדיקציות מספיקים כדי לעשות את ההורות לאחר המוות. היועמ"ש דרש רצון של בן הזוג, ואם לא הייתה בת זוג מתנגדת אפשר גם לבקשת הורים כולל אינדקציות רכות. היו שני פסקי דין מעניינים שעסקו בזה. אחד מהם מצב בו בת הזוג לא רצתה את זה וההורים מצאו מישהי שמוכנה לעשות זאת. הייתה שאלה האם מותר לעשות את זה בלי רצונה של בת הזוג. בית משפט עליון בפס"ד סוער לא מאפשר להורים. הפסיקה הולכת בחשיבה ירושתית, בת הזוג היא מבקשת את רצונו. ברוב המקרים הייתה מישהי שהסכימה לגדל את הילד. מקרה נוסף הוא הורים שהם רצו לגדל את הילד והמחוזי לא מאפשר זאת.

יש נושא אותו לא נלמד – הורים מול המדינה ומול הילד בו עולים 2 סוגים של שאלות: עימות בין הילד להורים, עימות בין המדינה להורים על אופי גידול הילד.

**עימותים בין הורים לילדים - מזונות ילדים:**

חלק זה מתחלק ל2: משמורת, הגירה וכו. ונושא מזונות ילדים:

**הדין הוא דתי:** יש סמכות מקבילה: האמא יכול לתבוע או לבית משפט או לבית דין דתי. בחוק כתוב שאפשר לכרוך, אבל בית המשפט העליון ביטל את הוראת חוק זו וטען שאי אפשר לכרוך, לאחרונה הנדל הביע עמדה שבמצבים מסוימים אפשר לכרוך. חלק מבתי הדין הרבניים הולכים בעקבות הנדל וחלק נשארים בהלכה הישנה שאי אפשר לכרוך. חוק תיקון דיני משפחה מזונות אומר שמזונות ילדים יהיו לפי הדין הדתי ואם אין דתי או שיש דין דתי שאומר שהורה לא חייב מזונות לילדו יקבעו לפי חוק זה שמחלק בין יכולות הכלכליות של ההורים וצרכי הילדים.

עמדת הדין הדתי עד לפסק דין 919: עמדת ההלכה היא לפי גילאים. מגיל 0-6 הכלל ההלכתי אמר שהאב חייב במזונות ההכרחיים של הילד – הצרכים המינימלים וזו הייתה חובה בלעדית של האב. גם אם הילד עשיר וירש מסבא שלו כסף או שהאמא הייתה עשירה, האב צריך לשלם את אותם מזונות. צרכים מעבר לצרכים המינימלים החיוב הוא לא מן הדין אלא מדין צדקה. דין זה הוא לא וולנטרי אלא קטגוריה שאפשר לחייב על פיה אבל לפחות לפי הפרשנות של בתי המשפט האזרחיים היא שדין זה הוא שוויוני ולפי מצב כלכלי. עד הסכום ההכרחי היה חיוב רק של האב. לעומת זאת, יתר הצרכים היו מדין צדקה ותלויים ברמה הכלכלית של ההורים. כבר בתקופת חז"ל הייתה תקנת אושה- שהרחיבה את מזונות ילדים עד גיל 12 ו13. יצא שמעל גיל 6 זה תמיד מדין צדקה. (דין צדקה לפי פרשנות בתי הדין.)

תקנת הרבנות הראשית תש"ד: על הרקע של בעיות שוויוניות ושל טובת הילד (אם לאבא אין כסף ילד מגיל 6 לא יקבל אוכל) הרבנות עושה הרחבה של החיוב עד גיל 15. הפרשנות המקובלת הייתה שקטגוריות 0-6 חלה עד גיל 15.

סיטואציה זו יוצרת קושי חזק אצל גברים. הקושי הראשון – אין היגיון במקרה בו האישה מרוויחה יותר או באופן זהה לילד מדוע שהגבר ישלם לבד את הצרכים הבסיסיים. הפסיקה הבינה שבנושא הזה הדין הדתי הוא הקובע. היא ניסתה להוריד את הצרכים ההכרחיים. קושי שני – בעבר כמעט בכל המקרים האישה הייתה מקבלת המשמורת. לאט לאט החלו להיות סיטואציות של הסדרי ראיה נרחבים או משמורת משותפת, ובחצי הזמן שהילד אצל האב הוא דואג לו בכל מקרה . יש גישה שאומרת שכגודל השהות כך גודל ההשתתפות בהוצאות. יש גישה שאומרת שזו מניפולציה שגורמת לגברים לבקש משמורת בשביל לוותר על תשלום מזונות וההסדר ישאר הסדר על הנייר. ויש גישות שאומרות שצריך לאבחן בין סוגים מסוימים – בגדים, אוכל וכו. הבעיה הכי גדולה היא מדור כי בכל מקרה צריך לשכור.

הלכת 919 עוסקת בשני פסקי דין של ילדים מעל גיל 6 של משמורת משותפת והורים שמרוויחים באופן שווה.

השאלות במרכז פסק הדין: בתי המשפט המחוזיים פותרים בדרכים שונות וסותרות את חלוקת הנטל בין בני זוג במקרה של משמורות משותפות ושוות. השופטים בעליון אומרים שחשוב לייצר סדר בפסק הדין. לא ליצור רק עקרונות כלליים אלא נוסחה שתיתן הנחיות איך לפעול בפרקטיקה. אבל, כשמסתכלים על הסטיואציה מסתבר שפסק דין זה מאוד מוזר. השופט פוגלמן כותב את פסק הדין המרכזי, ברק ארז מבקרת אותו. פוגלמן מתווכח איתה אם היא הבינה אותו נכון. בסוף יש החלטה משותפת לכולם אבל למעשה יש מחלוקת בין ברק ארז לבין פוגלמן. יש פסיקתא שמנסה לשלב אותם בכל זאת, אבל אף אחד לא מבין אותה כמו שצריך. יש בפסיקה לפחות 7 דרכים ליישם את פסק הדין שאולי אחת מהן נכונה.

ישנן שתי שאלות בפסק הדין: חלוקת הנטל ומימוש הנטל. **חלוקת הנטל** היא שאלה שלא קשורה לשאלת המשמורת. איך מחלקים את ההוצאות של הילדים בין בני הזוג, האם מחלקים לפי הדין העברי שאב צריך לשלם מינימום מסויים והשאר לפי יכולת כלכלית או שמהשקל הראשון נחלק לפי יכולת כלכלית. שאלה זו קיימת גם במשמורת בלעדית וגם במשמורת משותפת, וגם בהסדרי ביניים או במצבים שהילדים בפנימיות. **מימוש הנטל:** אחרי שנקבע אופי חלוקת הנטל, נגיד שלצורך הדיון רק האב צריך לשלם, אם חצי מהזמן הם אצלו, מי אמר שהכסף צריך להיות בצ'ק. השאלה היא האם מימוש הנטל הוא בעל קיזוז לניארי שמניח שבזמן שהילד נמצא אצל ההורה הוא מוציא בהתאם. שאלת המימוש בנטל עומדת בפני עצמה.
המצב לפני פסק הדין: חלוקת הנטל: הפרשנות המקובלת הייתה שהצרכים הכרחיים הם באחריות מלאה של האבות. צרכים שמעבר לצרכים ההכרחיים – שוויון בנטל עפ"י יכולות כלכליות בהתאם לפרשנות בתי המשפט את דין הצדקה. היה חוסר צדק במקרה שהאב מרוויח כמו האם. מימוש הנטל: על פי רוב היעדר קיזוז במצבים שלא סווגו כמשמורת משותפת. נוסחאות קיזוז לא אחידות במצבי משמורת משותפת.
**הייתה דרישה לשינוי** – למה לא לחלק באופן שווה מהשקל הראשון, ובשוויון בנטל למשל לפי ועדת פישמן שלפי האחוז שהילד אצל ההורה ככה יתקזז לו מהמזונות.

צריך לשים לב שמדובר בשתי שאלות שונות. שאלת חלוקת הנטל לא קשורה במהותה לזמני השהות בעוד שאלת הקיזוז רגישה לחלוקת זמני השהות. ההכרעה באחת השאלות לא משפיעה על ההכרעה בשאלה השנייה. יש 3 אפשרויות: בדין הדתי את האקסטרה מחלקים בין ההורים, אפשרות השניה מהשקל הראשון לחלק לפי יכולת כלכלית, מודל בו כל צד ישא בהוצאותיו. במשמורת משותפת לא נשלם את כל ההוצאות לפי יכולת כלכלית, כל צד יהיה אחראי על ההוצאות של הילד כשהוא אצלו מה שנקרא משל החתול – "תאר לעצמך שאני ואתה נהיה שותפים בחתוך ונגיע להסדר שכל אחד מחזיק בחתול חצי מהזמן, הייתה מעלה בדעתך שאני אגיד לך תשתתף איתי בהוצאות החתול כשהוא אצלי. עפ"י זה אם זו משמורת משותפת למה שתהיה העברה כספית. זה לא מתאים לעיקרון טובת הילד – כי אם אחד ההורים לא מרוויח, מה יהיה לילדים לאכול. הוא לא מתאים לחוק תיקון ילדי משפחה – ההורים חייבים לילדים עפ"י צרכיהם.

מדוע סוגיית המדור היא הכי מסוכנת? במזונות ילדים יש 3 סוגי הוצאות – תלוי שהות (אוכל וכו) לא תלוי שהות (בגדים וכו) והוצאות. אם מדברים על אוכל, הסכום הסופי של ההוצאות לא אמור להיות מושפע באופן דרמטי משאלת המשמורת, כי בפועל יש אותם הוצאות לא משנה מה המשמורת. לגבי הוצאות לא תלויות שהות, הילדים משמתמשים באותם סוגי בגדים, צריך שיהיה סדר ולא שאחד יקנה יותר מכנסיים ולא יקנו חולצות. הסכום של הוצאות אלו לא אמור להיות מושפע משאלת המשמורת. במדור זה שונה. האבא אומר, למה שאני אשלם לך על החדרים ששכרת, בחצי מהזמן הילדים אצלי. בפועל, במשמורת המשותפת יש הוצאת מדור כפולה. רוב המשפחות בישראל גומרות את החודש על הכסכס. לפי הניתוח הזה, ברגע שהם מתגרשים, הם צריכים לשכור שני בתים. משמורת משותפת תמיד תקטין את רמת החיים ותביא לויתור קריטי בחלק אחר של המזונות.

פסק הדין לגופו:

השופט פוגלמן: מתמקד בשאלה הראשונה – חלוקת הנטל. האינטואציה שלו אומרת שצריך חלוקה שוויונית במובן של חלוקה לפי יכולת כלכלית, ומצד שני יש את הדין הדתי שפורש עד פסד זה לפי תקנת הרבנות הראשית שהרחיבה את 0-6 ל6-15 . הרבנות הראשית מקבלת החלטה שאומרת שיש שתי פרשנויות בדין הדתי והיא לא מכריעה בהם. המועצה למשפט עברי מוציאה תסקיר והיא אומרת שיש שתי הבנות – אחת שתקנת הרבנות הראשית היא מדין צדקה כך שמהשקל הראשון זה מתחלק לפי היכולת הכלכלית בין ההורים לא באופן מגדרי. שתיים – תקנת הרבנות הראשית לא שינתה את האופי של המזונות, בגלל שהבריטים אמרו שהם לא יפעילו הוצאה לפועל על מה שנקרא דין צדקה, שינוי את הכותרת לתקנה. מבחינה פנימית זה מוגדר כדין צדקה, אך מול הבריטים זה נקרא תקנה כדי שיוכלו לאכוף זאת (דין צדקה או חיוב עצמאי). פוגלמן אומר שיש שתי פרשנויות לדין הדתי, הוא לא בודק את המקורות בדין הדתי מה יותר נכון, אלא בוחר בפרשנות שתתאים לשיקולים האזרחיים. (טובת הילד – לילד לא טוב בית עשיר ובית עני. שוויון – יש להשוות בין גבר לאישה. שוויון הדינים – ס.3 א לחוק תיקון דיני משפחה מזונות הורים חייבים במוזונות ילדים לפי צרכיהם ולפי יכולתם הכלכלית של ההורים.) פוגלמן בוחר באפשרות שמחלקת לפי יחס הסתברויות והיכולת הכלכלית של ההורים. פוגלמן כמעט לא מדבר על השאלה השניה. השופטת ברק ארז תייחס לו את גישת הקיזוז הלניארי.
דפנה ברק ארז: הפסק דין שלה הוא תמונת ראי לפס"ד של פוגלמן. היא לא דנה באופן מהותי בשאלה הראשונה, אך בהמשך פסק הדין שלה היא מקבלת את דעתו. (פסקה 40 בפסק הדין למשל). עיקר פסק הדין הוא לגבי שאלת מימוש הנטל. היא מייחסת לפוגלמן את עמדת הקיזוז הלינארי ואומרת שהיא לא הגיונית, זה מתעלם מהמציאות החברתית שבה גברים לא נוטלים באופן שווה את חלוקת המשמרות ואחד מההורים הוא הגזבר. היא אומרת שצריך הסדר שיביא ביטוי למציאות בפועל ומחלקת בין 3 סוגים של הוצאות: הוצאות תלויות שהות – קיזוז לינארי. הוצאות לא תלויות שהות – יהיה הורה מרכזי שימונה כגזבר, הגזבר יהיה מי שהיה גזבר קודם ומי שקנה את הדברים עד אז. מדור – אם זו משמורת משותפת אמיתית סופרים את המדור פעמים ואותם מחלקים לפי יכולת השתכרות.
פוגלמן: מכרחיש את טענת ברק ארז לפיה תמך בשיטת הקיזוז המלא. הוא מקבל את גישת ברק ארז בעניין מימוש הנטל. מותיר שיקול דעת לבית המשפט בעניין נוסחת הקיזוז כאשר ברירת המחדל היא הקביעה של ברק ארז.
שאר השופטים: סולברג אומר לקחת מהמשפט העברי רק את העקרונות ושאת הפרטים צריך להתאים לזמן של היום. למזוז יש הגדרות חדשות לגבי סוגים של משמורונים מסוגים שונים. השורה התחתונה לא משנה, כי השופטים אומרים בואו נשדך את פוגלמן וברק ארז. ניקח את העקרונות של פוגלמן שהחלוקה היא עפ"י יכולת כלכלית והיישום שלהם היא לפי העקרונות של ברק ארז.

קשיים בעקבות פסק הדין:
המהומה הראשונה התחילה בשאלה האם החלק הראשון של פסק הדין בו פוגלמן עושה את המהלך שלו לגבי המשפט העברי, האם חלק זה נכון בכל הסדר משמורת (גם במשמורת בלעדית) או רק במשמורת משותפת. לפי הלוגיקה שלנו ברור שזה על כל משמורת כי השאלה אינה תלויה במשמורת. מה שהיה בפועל זה ששופטים החילו את פוגלמן במקרה של משמורת משותפת וחלק אמרו שבלי משמורת משותפת. מרכז רקמן עשה כנס לאחר פסק הדין וניסה לצמצם את פסק הדין ונישא להראות שמדובר רק במקרה של מחלוקת משותפת ושוחט אמר שמדובר תמיד. אם פסק הדין עוסק רק במשמורת משותפת יש שאלה חדשה מה ההגדרה של משמורת משותפת. אם זה מוגדר חצי חצי, אז יום אחד נוסף יכול לעשות שינוי גדול בפסקי הדין ולא יהיה גבר של איתבע משמורת משותפת חצי חצי.

המהומה השנייה: בעיה נוספת היא שברק ארז מיישמת את גישת החתול ואומרת שלא הכל ילך לפי יכולת כלכלית אלא שכל הורה יישא בעין בהוצאות השותפות של המשמורת שלו כשהן תלויות שהות. גם אם הגבר מרוויח יותר מהאישה, כל אחד יישא בהוצאותיו. היא אומרת שכל הורה יישא בעין בהוצאות המדור של הילדים. אם קוראים לשונית את ברק ארז יוצא שהמסקנות שלה הן הרבה יותר גרועות לנשים, אומנם היא עזרה לנשים בהוצאות לא תלויות שהות, אבל אם קוראים אותה בצורה מילולית יוצא שבהוצאות שהות ובמדור כל צד נושא בהוצאותיו בלי צורך בהוצאה כספית. יש שופטים שמפרשים כך את דבריה. בפסיקתא לקחו פסקה זו יחד עם פוגלמן. מרכז רקמן הוציא נייר עמדה בו אמרו שאת פסק הדין צריך לפרש רק על העובדות שהיו במקרים – רק כאשר כבר נפסקה משמורת משותפת ורק במקרה של השתכרות שווה ובכל מקרה אחר חוזרים לדין הישן. זה מופרח כאשר באים 7 שופטי עליון שבאים לקבוע עקרונות ובסוף נכיל אותם רק על מקרים ספציפים. יואב מזא"ה – נציג ארגוני הגברים אומר שברק ארז התכוונה בדיוק למה שהתפרש למעט מקרים קיצוניים.

מה האמת – לפישיץ במאמר: היו שופטים שהלכו לפי שיטת החתול, היו שופטים שהתעלמו לגמרי מברק ארז והתעלמו מהקיזוז, ואז הגברים נפגעו. היו שופטים שהלכו לפי יכולת כלכלית של פוגלמן ועשו קיזוז מלא בהתעלם מברק ארז. ושוב הנשים נפגעו כי זה התעלם בהוצאות לא תלויות שהות ומדור. והיו שופטים שקבעו לפי האמצע שלהם ונתלו בכוכבית של פוגלמן בשיקול דעת.

🡨 שלב ראשון: פסק הדין עוסק בכל סוגי המשמורת. לא צריך סיווגים. את חלוקת הנטל עושים בכל מקרה לפי פוגלמן – לגבי המימוש, נפעיל את המטודיקה של ברק ארז. הוצאות תלויות שהות הם 2000, האבא מרוויח 15,000 ₪ והאמא 5,000 היחס הוא 1:3 צריך לחלק את ה2,000 1500 האבא 500 האמא. שלב שני: אם אלף מתוך זה האב כבר הוציא כשהילדים בבית נשאר לו לשלם רק 500. הוצאות לא תלויות שהות: נניח שהן 1,000 – האב צריך לשלם 750 והאמא 250. כעת לא תהיה התקזזות – נחליט מי מעביר למי – אם יש גזבר אחד, האבא יעביר לאמא 750 והיא אחראית לקנות להם את כל הבגדים. יכול להיות מקרה הפוך שבו האבא יהיה הגזבר והאמא תעביר לו 250. תאורטית אפשר גם לעשות קופה משותפת שמושכים ממנה בהסכמה או לחלק חלק מההוצאות בלבד שבסוף יוצא שזה אותו יחס. יש אפשרות לחלק למשל שאבא ישלם על החוג וכו. במדור: אותו עיקרון קיזוז. שני בתים משותפים זה טענה שעולה רק במשמורת משותפת. אם זה משמורת משותפת, נניח שהשכירות של הילדים עולה 2,000 בבית 1, צורך המדור שלהם הוא 4,000. איך נחלק את ה4,000? לפי יכולת ההשתכרות – האבא ישלם 3,000 והאמא 1,000. כדי שלא יהיה מצב שאחד מהצדדים מפונק או עם יותר צרכים הולכים לפי **מדור ראוי** הארכה של מה הילדים צריכים. מתווה 6 השלבים:

1. קובעים את שיעור הנשיאה בנטל בהתאם להכנסות הפנויות. ההורה צריך גם משהו בשביל עצמו, צריך להוריד את צרכי המינימום של עצמו. במבחן ליפשיץ יגיד מהן ההכנסות נטו ומה הצרכים המינימלים של ההורה.

במשך שנים עו"ד אמרו לביהמש שבגלל שהאב הוא המרוויח המרכזי צריך לקזז את ההוצאות שלו על עצמו כדי שיהיה לו ממה לחיות. ההכנסה שהוא יכול להעמיד עבור הילדים. לא בטוח שזה יותר טוב לגברים, כי יחס הכנסות פנויות מגדיל את החלק היחסי שהגברים צריכים לשלם.

1. קביעת ההוצאות וההבחנה בין ההוצאות תלויות השהות ושאינן תלויות שהות. – מחשבים מראש מהם הוצאות תלויות שהות ומהן לא תלויות שהות.
2. קביעת שיעור השהות בבית כל אחד מההורים.
3. חישוב רכיב המזונות הנגזר מההוצאות תלויות השהות.
4. חישוב רכיב המזונות הנגזר מההוצאות שאינן תלויות שהות וקביעת מנגנון התשלום.
5. חישוב רכיבי המדור. רק אם זה משמורת משותפת, צרכי המדור הם כפולים.

במדור: בפסק הדין: האם לא הייתה משמורת משותפת: משמורת משותפת זה המקרה בו צריך שני בתים. אבל, איך האנשים יעמדו בזה כלכלית? גם אם העובד הסוציאלי אמר ששניהם מתאימים למשמורת משותפת, אם אין מספיק כסף יש לשנות את ההסדר ולהחזיר אותו למשמורת בלעדית. היא יוצרת משטר דיכוטומי, בשלב ראשון שואלים את העובד סוציאלי מה מתאים לילדים. אם זה משמורת בלעדית הכל סבבה, מתעלמים מההוצאות שמוציא הלא משמורן, וסופרים רק את ה2,000 שח אצל הבלעדי ואת זה מחלקים בין שניהם. גם אם במקור היו אומרים משמורת משותפת, אם יתברר שבגלל המשמורת משותפת לא נשאר להורים כסף לשאת בהוצאות אחרות של הילדים נשנה את המשמורת משותפת. שתי בעיות: 1. ברגע שנרד ממינ' מסוים של משמורת לא מתחשבים בהוצאות. 2. כאשר פסיכולוגית הצורך של הילדים זה משמורת משותפת שווה, בגלל סיבה כלכלית לא ניתן להם. יואב מזא"ה חולק ואומר, שמשמורת משותפת זה עיקרון. לפישיץ: שני הפתרונות בעיתיים, מצד אחד לא הגיוני שנשכור לילד שני בתים ולא יהיו לו מחברות לבית ספר. יש כאן טרגדיה. או שהילדים יוותרו על אוכל או על ההורים. יש פתרון ביניים: שלא יהיה להם תנאים שווים בשני הבתים.

הסכם ממון – כל הסכם שמדבר מה יקרה אם הזוג יתגרש. הסכם ממון מתחלק עפ"י החוק לשניים: הסכם ממון לפני נישואים והסכם מון שנעשה אחר הנישואים. כשהוא נעשה לפני, התהליך שצריך לעשות הוא אימות. ולאחר צריך אישור של שופט או דיין.

הסכמי גירושין: הסכם ממון הוא כל הסכם מדבר על מצב גירושין.
1. חלק על רכוש
2. חלק על מזונות ילדים ומשמורת.
מהו היחס המשפטי אל שני חלקי ההסכם? החלק על מזונות ילדים לא זוכה לאותו יחס מהפסיקה שלו זוכה החלק הרכושי שכן החלק הרכושי הוא דיני זוגיות והחלק המזונות הוא דיני הורים וילדים.

המקרה הנפוץ הוא שאנשים מחליטים להתגרש ואז הם עושים הסכם גירושים. לפעמים אנשים עושים מקצה שיפורים, הם לא עשו הסכם קדם נישואים ואז תוך כדי הנישואים הם משפרים את ההסכם, מבחינת החוק ברגע שעובר הגבול של נישואים צריך אישור של שופט או דיין. שני ההסכמים מדברים על התוצאות הכלכליות של הגירושים והמוות. אם שני האנשים פותחים חנות יחד ועושים הסכם זה הסכם רגיל ולא הסכם ממון. לפעמים באותו הסכם יהיו רכיבים שעוסקים בעניינים של נישואים וחלק בענייני גרושים ומה שצריך לאשר זה רק מה שעוסק בגירושים ובמוות. פס"ד גמליאל: בסעיף 5(א) לחוק יחסי ממון, מדבר על דברים שהם לא ברי איזון, מתנה, ירושה, נכס לפני הנישואים. בנוסף הסעיף מדבר על עוד דבר שהוא לא בר איזון והוא: נכסים שבני זוג הסכימו עליהם שלא יכללו באיזון בכתב. זה מבלבל – לפי סעיפים 1-2 אין לכך תוקף כי אין לזה אישור אבל לפי סעיף 5(א) יש איזון. בגמליאל יש ניסיון לעשות הבחנה בין נכסים ספציפים להסדר כולל. אם מדובר בנכס ספציפי אז אפשר להסתפק בכתב. יש בפס"ד זה בעיה – כל המטרה של סעיפים 1-2 מטרתו להגן על בני הזוג מאובדן דירת מגורים. זה תמונת ראי של השיתוף הספציפי מכוח הדין הכללי – שם הכנסנו נכסים חיצוניים לחזקת השיתוף וכאן מדובר בנכס בר איזון שנרכש במהלך הנישואים והחוק נותן אפשרות להוציא אותו. אם יש מקרה במבחן שבו בני זוג שהסכימו בכתב על הוצאות נכס באיזון צריך לשים לב שיש בעיה ובפס"ד גמליאל כן נתנו מסלול עוקף של לפחות נכס מסויים לפי דבר זה. לפישיץ חושב שצריך להראות גמירות דעת חזקה.

דיברנו בשיעור שעבר על הלכת 919 ושהשופט פוגלמן לקח שתי פרשנויות של הדין הדתי והשובר שוויון היה לפי שיקולים אזרחיים. אבל מזונות ילדים יכולים להיבחן בבית הדין מכוח בחירת התובע – שכורך אותם – או לפני פרשנות מסוימת לפי כריכה טבעית. בבית הדין יפסק לפי מה שבית הדין שופט לפי ההלכה. הוא יפרש את הדין הדתי בשונה מ919 לטובת האישה. יש פסקי דין שחוגגים על 919 שהם לא ידעו להשתמש בהלכה ופגעו בגברים ככה. כשלמדנו בבלי אמרנו שנושאים שהם אזרחיים הבד"ר מחוייב לפסיקה האזרחית. באקנין חשין אמר שאם הובטחה אחידות היא צריכה להיות גם בדין הדתי. באקנין נושאים שהם לא אזרחיים אלא דתיים האם בד"ר צריך לקבל פרשנות אזרחית וזה נדחה.

הסכם גרושים:

יש לו שני חלקים: בתוצאות הכלכליות הרכושיות, ובמזונות הילדים.

נראה איך הפסיקה מתייחסת בצורה שונה לשני חלקים אלו:
המקרה לצורך הדיון: מקרה של הסכם גירושים שבו בגלל פערי הכוחות שקיימים בין בני הזוג, (למשל סרבנות מצד הגבר) והגבר אומר לבת הזוג שהוא מסתדר גם בלי הגט, אם היא רוצה להתגרש שתשלם. היא שילמה פעמים – ויתור על הזכויות המגיעות לה לפי חוק יחסי ממון, וגם היא מקבלת מזנות ילדים יותר נמוכים.

**תוצאות כלכליות ורכושיות:**

החלק הראשון עוסק במעמדו של הויתור. לכאורה השלב הראשון שצריך להיות זה שהשופט במסגרת הליך האישור אולי לא יסכים לזה. מה שקורה בפועל זה שהליך האישור הוא הליך מאוד טכני. באים הצדדים עם ההסכם וחלק מהשופטים לפחות בעבר היו מקריאים לצדדים את ההסכם שואלים אם זה מתוך רצון חופשי ומאשרים. היום יש שופטים שטוענים שכאשר הם רואים הסכם חד צדדי הם מוואדאים שהצדדים עושים זאת מתוך הסכם חופשי. הבעיה: גם אם השופט ישאל את האישה אם היא באמת רוצה כי היא נדפקת, היא תשכנע את ביהמש שהיא רוצה בשביל לקבל גט וכך גם השופט הערני אינו בעל סמכות חוקית לא לאשר את זה. אין לו מקום לביקורת מהותית. מה קורה בשלב השני אחרי שההסכם אושר. אחרי שהצדדים יתגרשו מגיעה האישה ואומרת שהיה שם כפייה ועושק.

בסוף דלתות בית המשפט חסומות בפני טענות אלו. אין פסק דין אחד שבו אישה מסורבת גט גם כשיצאה בתוצאות כלכליות איומות מהסכם הגירושים הצליחה לקיים את ההסכם. פסקי הדין המרכזיים הם: הפגס – מדובר על דירה שרשומה על שם שניהם, הבעל אלים, ובהסכם הגירושים היא מעבירה לו חצי מהזכויות הדירה שההורים שלה קנו לה. היא מעבירה לו את כל המיטלטלין והיא יוצאת ללא דבר מהנישואים שבהם הייתה קורבן של אלימות. אחרי שהיא מקבלת את הגט היא פונה לבית המשפט ומבקשת לבטל אותו עקב כפיה ועושק. בית המשפט העליון דוחה את התביעה שלו ואומר : במבט ראשון בית המשפט דוחה על כך שתנאי החוזה סבירים ביחס למקובל. החיים הם סוביקטיבים, אם היא מאוד רצתה את הגט זה אומר שזה שווה את הכסף. השופט שמגר שככה זה במסחר. האמירה הזאת בעייתית מאוד, בחוק החוזים יש הרבה עילות לבית המשפט להתערב, הרציונל של חוזים מסחריים במאה ה-19 שם התייחסו לחוזים כמו משחק, לא מתערבים בפערי כוחות אלא רק ברמאות. בדיני משפחה הסיבה שאדון פגס יכול לסחוט את האישה זה לא בגלל בעיות שוויוניות זה בגלל הדין הדתי. בגלל משפט המדינה. אברהם בעל שהוא כנראה איש רע מאוד כי בית הדין הדתי פוסק על כפיית גט שזה מקרה נדיר. קובעים תאריך לקבלת הגט בבית הדין האזורי. במקרה זה בניגוס לפגס ענייני הרכוש נידונו בבית משפט. בבית המשפט פסקו לטובתה סכום מסוים ברכוש (גבוה). אברהם מגיע לבית הדין והוא אומר לדיינים שהוא מוכן לתת את הגט, והוא אומר שהאישה גנבת שכן היא הולכת לקבל כסף שלא מגיע לה לקבל לפי ההלכה והיא קיבלה בערכאות של גויים (ביהמש האזרחי). יש גישה שנקראת גישה המרשד"ם אם יש לו טענה כספית מבוררת כלפי בת הזוג, נקפיא את אכיפת הגט עד לבירור הטענה הכספית המבוררת. אדון אברהם אומר שגם אם עפ"י ההלכה הוא חייב להביא לה גט זכותו להקפיא את העניינים הכספיים עד שזה יהיה לפי ההלכה. עד שהיא תסכים לוותר על מה שהיא קיבלה מבית המשפט האזרחי ותסכים לדון בענייני רכוש בדין הדתי. (לפני סימה אמיר שם נפסק שאין יחסי רכוש בבית דין אזרחי.) האישה מסורבת כבר 20 שנים מסכימה. היא אומרת לבית הדין שאין לו סמכות והיא אומרת שההסכמה הייתה תחת כפיה. היא מגיעה לבג"צ כאשר השאלה המשפטית היא האם ההסכמה שלה הייתה תחת כפיה. בית המשפט מחלק את הנזיפות בין הצדדים. הוא אומר לבעל שהוא נהג שלא כהוגן אבל שהאישה נהגה לא כהוגן כי הוציאה ממנו את הגט בדרכי תחבולה.

מה עומד מאחורי הפסיקות האלה: 1. בית המשפט אישר את מקרה העושק הזה (אפשר להגיד שבית המשפט לא "ראה את האקדח" אבל למרות זאת הוא מבטל את ההגנה שיש על האישה שהוא צריך לבדוק את הסכמי הגירושים. 2. אף אחד לא יחתום על הגט הזה. כשבית המשפט רואה את אותו אדון הוא לא חושב רק עליהם. במציאות של דיני משפחה בישראל, אין דרך אמיתית להבטיח לאישה גט בכל מקרה. שתי הנשים חשבו שהגט יותר חשוב להן מהכסף. אם נאפשר להן לבטל, בפעם הבאה שאישה אחרת תהיה בסיטואציה הזו, העו"ד ילחש לגבר שהגט לא הפיך ושהן יבטלו את הסכם הרכוש בהמשך. ליפשיץ: יש להבחין בין הסרבנים שהכסף יותר חשוב להם לבין המטורפים. כלומר בין מקרים בהם אין טעם לאיים – אם היו מקפידים לא לאשר הסכמים כאלו, התוצאה לא תהיה יותר סרבנות גט, זה היה מוציא את המקום של הצורך באיום. כלומר אם נבטל את עילות העושק זה יהיה בעיה רק במצב שבו יש גברים שמעדיפים יותר כסף מאהבת חיי הנישואים. המניפולטיבים והרציונלים זה יעזור.

לסיכום החלק הראשון: בהסכמים שעוסקים בהיבטים הרכושיים: נגעת נסעת מוחלט. מה שכתוב בהסכם זה מה שבית המשפט יממש. טענות כפיה ועושק לא יתקבלו. המקסימום הוא שהיה במרכז רקמן משפט מבויים בהקשר זה והשופט הנדל במשפט מבוים הסכם לבטל את ההסכם.

נעבור למזונות ילדים:

טענות כפיה ועושק לא יתקבלו. כאן הפסיקה רוצה לעזור לילד ואז נולדת הלכת התביעה העצמאית: אומנם חתמתם על ההסכם, אבל ההסכם נחתם רק על ידי ההורים ובזמן חתימת ההסכם האמא הייתה מרוכזת בעצמה שכן רצתה את הגט. לכן, דקה אחרי הגט, הילד יכול להגיש תביעה עצמאית (אותה האמא מגישה). הלכת אברון: הסכם לא מחייב את הילד והילד יכול להגיש תביעה עצמאית. בסיבוב השני העו"ד אמרו, שאת הילד אי אפשר לחייב אבל שיהיה הסכם שיפוי: מסכימים שגובה המזונות יהיה סכום מסוים. האמא חותמת בשם עצמה על זה שאם מסביה כל שהיא הילד יגיש תביעה עצמאית היא מתחייבת באופן אישי לשלם את ההפרש. כך שהתוצאה זה שהגבר יחזיק מעמד עם ההסכם ההוא. השופטים הבינו את הסיטואציה ומצאו פיתרון: הלכת עד שתעשיר: במצבים בהם יש התחייבויות כספיות של האמא שפורמלית הם של האמא ואם נממש אותם מי שיפגע בפועל זה הילד. מבחינה פורמלית אי אפשר לבטל את ההתחייבות של האמא. מצד שני, ההלכה הזו עושה הבחנה בין תוקף ההתחייבות לבין מימושה. אם נממש את התחייבות האישה מי שידפק זה הילד מקפיאים את ההתחייבות של הילד. על הרקע הזה עוברים לשלב 4: הסכמי שיפוי עם ערבות: אם החוזה המקורי פסול בכפיה ועושק גם הערבות בטלה. ביהמש לא ביטל את ההסכם המקורי הוא רק הקפיא אותו. האישה לא יכולה לשלם, אז הערב ישלם. הבעל אומר תסכימי למזונות נמוכים, תחתמי על הסכם שיפוי, ותביאי מישהו שיחתום על ערבות שאם את לא תשלמי הם ישלמו. בית המשפט העליון בפרשת קוט: לבית משפט יש 3 אפשרויות איך לעשות אינטרציה בין הלכת עד שתעשיר לדיני הערבות: אפשרויות:

1. מימוש הסכם השיפוי, הקפאת הסכם השיפוי, הסבא יצרך לשלם, הערב ישלם. זאת אפשרות בעייתית, כי לפי דיני הערבות הערב יכול לחזור אל החייב כאשר האישה היא החייבת כאן. אבל באפשרות זו למה שהיא תביא ערב אם היא יודעת שבסוף היא לא מוגנת.
2. נפעיל את הלכת עד שתעשיר גם ביחסים בין הבעל לאישה וגם בין הערב לאישה. גם מקרה זה לא יעזור, כי האישה לא תתבע בכל מקרה כי הסבא או הערב יביאו לה בכל מקרה כסף.
3. נכיל את הלכת עד שתעשר גם בין הבעל לערב. וכך לא יעשו ערבות.

בד"נ קוט ביהמש מכריע לאפשרות 2. זה לא מקרה שהתפלק פסק דין בלי חשיבה. זה דיון נוסף. ברק הצטרך להליך וסחף אותם להחלטה זו ובדרך כלל השופטים החדשים מכריעים את הכף. בקוט אחד מהשופטים שינה את דעתו לטובת ברק. עד 2008 במשך 18 שנים אפשר לעשות הסכמי שיפוי ולהשיג מזונות פחותים. לא ברור מה עמד מאחורי עמדתם של השופטים.

היו 3 מהלכים:

1. מהלך ראשון שיש לו שורשים במילנר: ביהמש ניסה לחזור בו מקוט – ביהמש עשה חריג להלכת קוט שאם תוכיח שהילד סמוך על שולחנו של הסבא, במקרה זה נפעיל את הלכת עד שתעשרי גם על היחסים של האבא. זה עבר מתחת לראדר ואז בתי המשפחה גילו אותו וכמעט בכל מקרה הם הכניסו את החריג בלי להגיד שהפכו את הלכת קוט.
2. פס"ד וואיה: סרבן גט קשוח שמוציא את אישתו ו6 הילדים במזונות רעב. ויש הסכם שיפוי וערב מאב האישה. ביהמש אומר שההסכם של מזנות נמוכים סותר את תקנת הציבור. הסכם השיפוי המקורי הוא סותר את תקנת הציבור.
3. מרד השופטים למשפחה: שופטי משפחה לא אישרו את ההסכמים האלו. השילוב של זה שמראש הם לא מאשרים, ואן הוא מאשר ואפשר לבטל מתקנת הציבור הפרקטיקה דועכת.

מה יקרה עם האנשים שבכלל לא רוצים להתגרש אבל היה אפשר לפתות אותם. כאשר אותו אדם מבין שאין לו כל ברירה ושבית המשפט קובעים את כללי המשחק הסרבנים יוותרו ולא יבקשו הנחה, או שיבקשו ואז יבינו שאין טעם ויביאו גט.

בקריאה נוספת של פס"ד פגס, שעוסק ברכוש ולא במזונות. אבל בעובדות – לגבי המזונות ילדים, אותו פגס ניסה לקבל מזונות מופחתים ובית המשפט לא אישר את זה. אם מסתכלים על טובת הילד, להשאיר את האמא הומלסית כשהיא המשמורנית זה גם לא טובת הילד. וגם בוואיה, שם אישרו איסור הפחתה של מוזנות ילדים ביחסי הרכוש האישה נדפקה והבעל קיבל את הדירה והאישה את המשכנתא.

יש פסיקה שמדברת על ההבחנה בי ן תביעה עצמאית של הילד מתי נאפשר לו מחדש. מבחן פרוצדורלי – היום יש פסד שאומר אם כבר בשלב הראשון עסקו בענייניו של הילד ופסקו לו מזונות סבירים לו ניתן לו לתבוע מראש – למבחן. 2 מחלוקות: האם יש הבחנה בין משמורת למזונות ילדים. והשניה האם - - -

טענת ההגנה של האישה: הדירה רשומה על שם הבעל והוא יגיד לה להסתקל וקו ההגנה הראשון - לא רק שלך אלא גם שלי. קו הגנה 2: חזקת שיתוף או אחרי 74 – שיתוף ספציפי. קו הגנה 3: גם אם זה נכס שנרכש במהלך הנישואים לפי חוק יחסי ממון הוא של הבעל, היא תטען לשיתוף ספציפי. 4. מדור מכוח דיני המזונות – מדור ספציפי או כללי. 5. רישיון – אי אפשר לקחת את הרשות.

המסלק יכול לטעון לאלימות לפי מדור שקט.

**משפחה – תרגולים**

**באילו תחומים עוסקים דיני משפחה:**

ס.1 לחוק ביהמ"ש לענייני משפחה:
1. תובענה בענייני המעמד האישי
2. תובענה אזרחית בין אדם לבין בן משפחתו שעילתה סכסוך בתוך המשפחה. (בן משפחה- בן זוג, ילד, הורים, נכדים, הורי הורים, אחים ואחיות.
3. תובענה למזונות או למדור
4. תובענה לאהבות או אימהות
5. תובענה והליכים לפי חוקים שונים (תרומת ביציות, ילדים חטופים ועוד)

המאפיינים המרכזיים של דיני המשפחה בישראל:

מערכות הדינים – דתית ואזרחית

על חלק מהנושאים מחילים חוק אזרחי ובחלק מהנושאים מחילים את החוק הדתי.

סימן 47 לדבר המלך – במד"י על נושאים מסוימים בדיני המשפחה יכול הדין הדתי.
ענייני המעמד האישי" נישואין, גיטין, מזונות, כלכלה, אפוטרופוסיות כשרות יוחסין של קטינים, אישור השימוש ברכוש של אנשים הפסולים לפי החוק והנהלת נכסי אנשים נעדרים.

החקיקה האזרחית התחילה לצמצם את ענייני המעמד האישי. למשל אימוץ ילדים – כיום חל על סוגייה זו חוק אימוץ ילדים. גם דיני הירושה, ס.156(ב), ס155(ג) הוציאו את דיני הירושה מענייני המעמד האישי. (בדיני ירושה בהסכמת הצדדים אפשר להחיל את הדין הדתי.) בנושא המשמרות בעקבות גירושים של הורים גם חלק הדין האזרחי.
גם הפסיקה צמצמה את ענייני המעמד האישי. בעבר בני זוג היו מגיעים עם כלל הסכסוכים לבית הדין, ובית הדין פסק לפי הדין הדתי. בפסד בבלי, בני זוג שמתגרשים, כאשר הבעל מבקש מבית הדין שידון בכל התביעות השייכות לתיק (כריכה) האישה מבקשת לחלק חצי חצי את הרכוש לפי הלכת השיתוף במשפט האזרחי. בית הדין הרבני פוסק בניגוד לאישה לפי הדין הדתי. ברק בערעור לעליון קובע שבית הדין הרבני כפוף להלכת השיתוף.

**ערכאות השיפוט: דתית ואזרחית**

בתי המשפט האזרחיים: בית משפט לענייני משפחה > ביהמ"ש המחוזי > ביהמ"ש העליון
בתי הדין הרבניים: בית הדין הרבני האזורי> בית הדין הגדול.

עילות עתירה לבג"ץ: בגץ היא ערכאה מפקחת מכוח סעיף 15(ג) ו15(ד) לח"י: השפיטה.

דוגמאות: חוסר יישום להוראת חוק אזרחית, עניינים שאינם בסמכות הערכאה, פגיעה בכללי הצדק הטבעי.

שאלת סמכות הדיון בנושאים השונים:
סמכות ייחודית לדון בתביעה: ס.1 לחוק שיפוט בתי דין רבניים "עניני נישואין וגירושין של יהודים בישראל אזרחי המדינה או תושביה יהיו בשיפוטם הייחודי של בתי הדין הרבניים.
ס. 3 לחוק שיפוט בתי דין רבניים – הוגשה לבית דין רבני תביעת גירושין בין יהודים, אם על ידי האישה ואם על ידי האיש יהא לבית הדין רבני שיפוט יחודי בכל עניין הכרוך בתביעת הגירושין לרבות מזונות לאשה ולילדי הזוג – בי"ד רבני לא יכול לדון בכל דבר שמגיע אליו. – כלומר ניתן לפנות לבי"ד רבני בענייני גירושין ונישואים ותביעות הקשורות אליהם. זה נקרא כריכה. הגשת התביעה ע"י צד אחד מחייבת את הצד השני וזה הוביל לבעיית מרוץ סמכויות.
ס.9 לחוק שיפוט בתי דין רבניים – שיפוט על פי הסכמה: נושאים של מעמד האישי בהם על מנת לבצע 'כריכה' צריך הסכמה של שני הצדדים למשל ירושה.

ס.4 לחוק שיפוט בתי הדין הרבניים – שיפוט בעניני מזונות: מקרה שאישה מגישה תביעת מזונות שלא יחד עם תביעת גירושין היא יכולה לבחור איפה להגיש את התביעה.

 הסמכויות והדינים והנושאים השונים:
ענייני נישואים וגירושין- תוקפם של נישואים, כשירות להינשא, תביעה לשלום בית וגירושים. הסמכות היא רק לבית הדין הרבני והגין הוא רק לפי דין תורה [ס' 1 ו2 לחשבד"ר] חקיקה רלוונטית נוספת היא ס' 47 ו51 לדבר המלך. **נישואים וגירושים= סמכות רק לבין הדין בדין דתי!**

**מזונות אישה-**
אישה במהלך נישואים זכאית למזונות מבעלה. וכך גם במהלך הליך הגירושין. עד הגט היא זכאית למזונות ומדור. הסמכות לדון במזונות היא לבית הדין הדתי אך גם לבית המשפט האזרחי סמכות לדון במזונות. [ס' 4, ס' 9, ס' 3] חקיקה רלוונטית- ס' 47 ו-51 לדבר המלך במועצה; ס' 1(1), ס' 1(3), וס' 3(א) לחוק בימ"ש לענייני משפחה; ס' 2(א) וס' 19(א) לחוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות).

**מזונות הילדים-**
מי יזון את הילדים? האבא או האימא? הסמכות לדון היא של ביהמ"ש לענייני משפחה ושל בית הדין בהסכמה. הלכת שרגאי- מזונות ילדים אי אפשר לכרוך אלא רק בהסכמה של הצדדים. מאז 2014 השופט ניל הנדל קבע שאפשר לכרוך מזונות ילדים. הנושא הגיע לדיון נוסף אצל גרוניס שקבע שהנדל לא קבע הלכה חדשה. היום הדין לגבי מזונות ילדים הוא שלא ברור אם אפשר לכרוך או לא. פעם אי אפשר היה וכיום לא ברור. הדין לגבי מזונות היה כל השנים דין דתי על בסיס גילאים, צדקה, חובה. ניתן פסק דין חדש של העליון שקבע חובה שוויונית לגבי מזונות. חקיקה רלוונטית-ס' 47 ו-51 לדבר המלך במועצה; ס' 1(1) ו-1(3) וס' 3(א) לחוק בימ"ש לענייני משפחה; ס' 3 ו- 3א לחוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות).

**רכוש-**בני זוג מתגרשים וצריך לחשוב איך לחלק רכוש ונכסים שנצברו במשך שנות נישואים. הסמכות לדון היא גם של בית משפט אזרחי וגם של בית הדין מכוח ס' 3.הדין הוא אזרחי. חקיקה רלוונטית היא ס' 13 לחוק חסי ממון וס' 25 לחוק בתי משפט לענייני משפחה.

**משמורת-**הסמכות לדון היא גם של בית משפט אזרחי [לא רק בהליך גירושין], לבית הדין יש סמכות לדון בכריכה מעצם הגשת בקשה לגירושין או בהסכמה לפי ס' 9. הדין החל הוא אזרחי לפי חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופוסיות. חקיקה רלוונטית- ס' 78 ו-79 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות; ס' 1(1) ו-1(6)(ג) וס' 3(א), ס' 25לחוק בית המשפט לענייני משפחה; סימן 51 לדבר המלך במועצה.

**אימוץ ילדים-**הסמכות לגבי אימוץ ילדים היא לבית המשפט האזרחי אך בהסכמת הצדדים אפשר לפנות לבית המשפט הדתי עם הסכמה בכתב של המאומץ ושל המאמצים [אם הילד מתחת לגיל 9 צריך הסכמה של היועמ"ש]. הדין החל בנידון הוא דין אזרחי וגם בהסכמת הצדדים לא ידונו בדין דתי. החקיקה הרלוונטית היא ס'27 לחוק אימוץ הילדים.

**ירושה-**
מדובר במסכות מקבילה- לאזרחי תמיד יש סמוכת ולדתי בהסכמת הצדדים. הדין החל הוא אזרחי אך הצדדים יכולים להחליט שידונו בדין דתי. חקיקה רלוונטית ס' 155 א, ג ו156ב לחוק הירושה.

**חוקק הסדר התדיינות בסכסוכי משפחה [הוראת השעה]-**כל סכסוך העניין משפחה מתחיל בהגשת בקשה ליישוב סכסוך. הצדדים מגיעים ליחידות סיוע ושם מתנהל הליך מהו"ת- גישור. אם הם מסרבים ללכת לישוב הם יכולים להחליט לאיזה הערכאה הם פונים.

**מרוץ הסמכויות-**
ישנן 2 ערכאות דתית ואזרחית שאמורות לדון באותו דין [למשל בירושה לדין באזרחי] ובפועל ישנם מצבים בהם יש הבדלים בין בתי הדין לבתי המשפט שם מגיעים להחלטות שונות. עד חוק הסדר התדיינות כל צד היה צריך למהר ולבחור את הערכאה שיותר טובה לו והסכסוך היה מתלהט. אם הדין אמור להיות אותו דבר למה הצדדים נותנים חשיבות למיקום? לפעמים בתי הדין יכולים להגיע להכרעות שונות. אם בני זוג מתגרשים צריך לדון בנושא חינוך הילד. אם פונים לבית משפט שצריך להחליט על מסגרת- הוא ישלח פקידת סעד ויראה מה יהיה יותר טוב לילד ויחליט. אם ילכו לבית דין- ישר יפסקו לחינוך חרדי. גם במזונות אישה- לפי הדת אישה לא צנועה מפסידה את המזונות שלה אך בית משפט אזרחי יהיה יותר סלחן. בית הדין הרבני יותר שמרן מבחנת משמורת וייתן לאישה אך אזרחי יותר שוויוני.

תרגול 2:

סעיף 1 קובע שענייני נישואין וגירושים של יהודים יהיו בשיפוטם היחודי של בתי הדין הרבניים:

תנאי הסעיף – זיקה עניינית:

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

מהם ענייני נישואין?

* תוקף נישואין או בטלותם
* כשרות להינשא – בגצ גיתייה : מקהילת הפלשמורה שרוצה להירשם לנישואים. הוא חושב שהוא יהודי לכל דבר. אך הפקיד שמקבל את הבקשה שלו מפנה אותו לביד רבני שיביא לו אישור יהודי. ביד מפנה אותו לרבנות הראשית שאומרת לו שעל מנת להתחתן עליו להשלים הליך גיור מקוצר. בג"צ קובע שכשרות להינשא שייכת לנושא נישואים וגירושים.
* שלום בית – פסד נעים: האישה מבקשת שלום בית וגם מבקשת ומקבלת 3 צווים מביד הרבני: 1. צו העוסק בוילה משותפת של בני הזוג 2. צו שלא יתן לבעל לקחת את הילד שלהם לבית של המאהבת שלו. 3. צו החזרת תמונה לבית. ביהמש קובע שלביד רבני יש סמכות עניינית לדון בשלום בית. גם בהקשר לוילה בגצ קובע שיש לביהמש סמכות לדון בזה משום שזה היה זמן שבני הזוג חיו ביחד בשלום בית ומדובר במשהו זמני וקבוע. הביקורים נקבע שזה נושא משמרות שאינו בסמכות בי"ד באותה סיטואציה בה האישה הגישה בבית משפט אזרחי תביעה למשמורת. התמונה נפסקה כעניין רכושי שאין לביד רבני סמכות לתת את הצו הקשור אליה

ענייני גירושין:

* תביעת גירושין ומתן פסד גירושין
* תביעה בעניין הפרת הסכם גירושין – מרום נ מרום בני זוג שעוד לא מתגרשים אך חותמים ביניהם על הסכם לפיו הבעל ייתן לאישה גט, והאישה תקבל גט מהבעל. חולף זמן, הבעל לא נותן גט והאישה פונה לביהמש המחוזי ומבקשת מבית המשפט שיאכוף את ההסכם. ביהמש המחוזי קובע שאין לו סמוכת לדון. האישה מגישה ערעור לביהמש העליון: השופט קיסטר: ענייני הסכמי גירושין והתחייבויות הקשורות בהם הם בגדר עניינים של נישואים וגירושין. השופט ברנזון: נימוק נוסף – החשש לגט מעושה.

מה לא נכלל בענייני נישואין וגירושין?

תביעות הנוגעות לרכוש ויחסי ממון בין בני זוג: לדוג – הלכת שיתוף הנכסים – בגצ בבלי.

**כריכה:**

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 יחודי בכל ענין הכרוך בתביעת הגירושין, לרבות מזונות לאשה ולילדי הזוג."

מה הרציונלים מאחורי הכריכה? סיוע לסיים את המחלוקת במהירות וקשר בין התביעות השונות בין בני הזוג.

הבעייתיות בכריכה: 2 ערכאות שונות שיש להן סמכות לדון באותם נושאים. כל אחד מבעלי הדין מנסה לתפוס את סמכות הערכאה שעדיפה לו מבחינה טקטית.

הגבלות על מנגנון הכריכה:

1. שלב מקדים – באיזה מצבים ניתן לכרוך :
2. ניתן לכרוך אך ורק לתביעת גירושין
3. עמרני גבר ואישה שעשו הסכם גירושין בו הסדירו את הזכויות שלהם לגבי הדירה. מבקשים מביד לתת תוקף של בית משפט להסכם וביד נותן. הגבר פונה לבגצ וטוען שביד הרבני חרג מהסמכות שלו בגלל שמדובר בהסכם גירושין. הוא אומר שלא הייתה כריכה. בגצ קובע שיש לביד לדון בכל מיני נושאים – זוהי כריכה בהסכמה.
4. לא ניתן לכרוך לתביעה לשלום בית. פסד ברמן – גבר מגיש תביעה לביד רבני בנושאים של שלום בית. במסגרת התביעה הוא מבקש שביד ידון בנושא משמורת ילדים.
5. כשתביעת הגירושין נדחית – נופלת עמה גם כל תביעה שנכרכה בה. פסד יהלומי: האישה הגישה תביעת גירושין, היא ביקשה שביד יכרך את נושא הרכוש. ביד הרבני קובע שתביעת הגירושין נדחת. הבעל פונה לביד הרבני ומבקש שידון בחלוקת הרכוש ואומר שיש לבית הדין סמכות משום שהאישה ביקשה קודם לכרוך. ביהמש קובע שמרגע שנפלה עילת הגירושין כל התביעות שהוגשו עימה נדחות גם.
6. לא ניתן לכרוך לאחר הגירושין – בגצ פלונית אישה שרוצה לטוס לחול ולקחת את הילדים איתה הבעל מגיש תביעה לבית הדין הרבני ומבקש שבית הדין ידון בנושא המשמורת. תביעתו נדחת.
7. הגבלות הקשורות במועד: ס.25 לחוק ביהמש לענייני משפחה. בעניין הנתון לסמכותו המקבילה של ביד דתי יהיה בית המשפט לענייני משפחה מוסמך לדון כל עוד אין ביד הדתי דן בו." אישה שמגישה תביעה לביהמש לענייני משפחה ומבקשת שביהמש ידון בנושא הרכוש, 15 דק לאחר הגשת התביעה הגבר מגיש תביעה ללביד הרבני. בגצ: השופט רבלין מציג את מבחן הזמן: הסמכות תהייה לערכאה שהתביעה הוגשה אליה קודם.
8. הגבלות הקשורות במהות:
9. עניינים שמעצם טיבם וטבעם כרוכים בתביעת גירושין- משמורת פיזית של הילדים [שרעבי נ' ביה"ד- האישה טוענת שלבית הדין אין סמכות לדון במשמורת ובית הדין קובע שיש לו סמכות, האישה עותרת לבג"ץ שקובע שהנושא של משמורת הוא כרוך מעצם טיבו וטבעו לתביעת גירושין. אם האישה רוצה שבית משפט ידון במשמורת היא קודם תגיש תביעת משמורת לבית משפט ורק אחר כך תלך לבית דין ותגיש תביעת גירושין]
10. עניינים הניתנים לכריכה שלא כרוכים מטבעם: כל עניין אחר לא דווקא של מעמד אישי הקשור לתביעת גירושין [גולדמן נ' גולדמן- צריך אקט של כריכה מפורשת ושההכרעה תהה דרושה לחיסול יעיל של יחסי בני הזוג המתגרשים זה מזה]
11. עניינים שלא ניתנים לכריכה: בית המשפט סבר שמזונות ילדים אי אפשר לכרוך.
שרגאי- הבעל הגיש תביעת גירושין וביקש שבית הדין ידון במזונות. ביהמ"ש פסק שלא ניתן לכרוך מזונות ילדים אבל אפשר להגיש תביעה להשבת הוצאות- למשל האם אומרת שהוציאה איקס סכום כסף על חוגים מזון וכו' וזה ניתן לכריכה. תביעת ילד למזונות אי אפשר לכרוך.
פלונית נ' פלוני- התעלמות מהלכת שרגאי. פס"ד שמשנה את התמונה. השופט הנדל: הבעל כורך את נושא המזונות לבית הדין הרבני, בית הדין האזורי אומר שאין סמכות, מגיש ערעור לבית הדין הרבני הגדול – והוא אומר שיש לבית הדין סמכות. בבג"ץ הנדל אומר שאפשר לכרוך מזונות ילדים כי זוהי מעין השבת הוצאות כפי שנטעם בשרגאי. כיום אין הלכה בנושא ולא ברור אם ניתן לכרוך או לא. פלוני נ' פלנית: הליכי גירושין, האישה מגישה תביעת גירושין וממלאת טופס סטנדרטי בו היא כותבת שהיא מבקשת לקבוע מזונות שיאפשרו לה לגדל את ילדיה בכבוד. מגיעים לבית הדין ובדיון האישה אומרת שהיא לא רוצה שבית הדין ידון במזונות. האם יש או אין סמכות? נקבע שהיא יכולה לחזור מהטופס, הכריכה בטופס נטולת תוקף עקב חוסר הייצוג של האישה שלא הבינה איך למלא.
פלוני נ' בית הדין: גבר לא משכיל מגיש כתב תביעה לבית הדין על ידי טופס סטנדרטי שממלא אחיו, תחת הרובריקה של עילות גירושים הוא כותב שרוצה לכרוך, הוא לא חותם על הטופס. השופט עמית קובע שהפגמים לא יורדים לשורש העניין ונובעים מחוסר השכלתו של הבעל ולכן לא נשלול את הבקשה בגלל חוסר פרוצדורלי.

הנושאים שניתן לכרוך:

1. רכוש
2. מזונות אישה
3. משמורת רוחנית של ילדים- חינוך אין תשובה מפורשת בפסיקה אם מותר לכרוך חינוך. בפועל כן דנים בבתי הדין הרבני בחינוך.

האם תביעת משמורת כוללת חינוך? פלורסהיים: בקשת משמורת לבית דין רבני לא כוללת את החינוך והסמכות תהה של בית המשפט לענייני משפחה.
עליזה אמיר: הגישה תביעת משמורת, הבעל הגיש תביעה לבית דין וכרך בה את החינוך. האישה ביקשה שהילד יתחנך במוסד דתי ממלכתי והבעל בחב"ד. בקשתו של הגבר התקבלה בבית הדין. האישה טענה שקודם הגישה לבית דין אזרחי ולכן לבית הדין אין סמכות. חשין: משמורת שהוגשה לבית דין אזרחי כוללת בתוכה חינוך בילד אין כלומר חוסר תחולה להלכת פלורסהיים כאשר תביעת המשמורת הוגשה לביהמ"ש האזרחי. מה שחל על בית דין לא חל על ביהמ"ש.

**תרגול 3**

ברית מילה – 8533/13 פלונית נ בית דין הרבני הגדול: בני זוג נמצאים בהליכי גירושין סמוך ללידה. במהלך הדיונים בבדר הילד בן 10 חודשים והגבר מבקש מהבדר לערוך לבן ברית מילה. על אף התנגדות האישה הבד"ר קובע שיש לקיים את ברית המילה תוך 7 ימים ועל כל יום עיכוב האישה תשלם קנס. היא מערערת לבד"ר הגדול והוא דוחה אותה. היא מגישה בגצ וטוענת שלא היה לבית הדין הרבני סמכות לדון בברית המילה בתביעת הגירושין. השופט נאור בדעת רוב: קבעה שאין זיקה מספקת בין המחלוקת לגירושין. זה לא משהו שדרוש לייעול סיום מערכת היחסים בין בני הזוג. וזו החלטה מאוד מורכבת שהשיקולים שצריכים להיות בעיקרה הם טובת הילד ויש לדון בכך בנפרד בבית דין אזרח. השופט רובינשטיין: אומר שמד"י היא מדינה יהודית, דמוקרטית, ואם הורה מבקש לכרוך לבית דין רבני שאלה שהיא ככ מהותית לגבי הילד, ראוי שהורה במסגרת הגירושין הורה יוכל להביא שאלה מהותית לבית הדין הרבני. אך במקרה זה הוא אומר שבית הדין הרבני לא בחן את טובת הילד ולא בחן חווות דעת ויש להחזיר את הדיון לדיון נוסף בבית הדין הרבני. השופט הנדל: לא צריך לקבוע משהו גורף שישלול את הסמכות של בית הדין הרבני. בגלל המשמעות הגדולה של ברית מילה על הילד צריך שיהיה לבד"ר סמכות לדון בכך. אך כאן, לא היה לאישה זכות טיעון ולכן אין סמכות לבית דין רבני לדון בעניין.

1. הגבלות פי בג"צ 8497 פייג פלמן נ פלמן: מבחני הכריכה – המבחן המשולש: האם תביעת הגירושין כנה, האם הכריכה התבצעה כדין, האם הכריכה כנה.
2. **האם תביעת הגירושין כנה:**
* האם בכתב התביעה פורטה עילה הלכתית לגירושין: יש לבדוק האם האדם שמבקש להתגרש באמת רוצה להתגרש. פס"ד תורג'מן – שם בני זוג שמתגרשים, הגבר מגיש לבדר תביעת גירושין שם כורך את כל הנושאים ולאחר חודש האישה מגישה תביעה לבית משפט למשפחה למזונות. עלתה שאלה למי הסמכות. ביהמש קיבל את תטענות הגבר שהוא הגיש את התביעה קודם. האישה ערערה למחוזי, שם נקבע שכאשר מוגשת תביעה גירושין אם פירטו עילה הלכתית לפי הדין הדתי. הגבר כתב בעילת הגירושין שהם רבים הרבה והאישה לא מבצעת את מטלות הבית. ביהמש קובע שמצב כזה לא מהווה עילת גירושין ולכן במצב זה עילת הגירושין לא פורטה ואין סמכות לבית הדין הרבני.
* התנהגות הצדדים במהלך הדיונים: האם הוגשו תצהירים וחקירות פרוטוקלוטים ושאר הנסיבות. בגצ 787 פלונית – הגבר טען שלבית הדין הרבני יש סמכות, אך הוא כתב בתביעה שהוא מבקש לחייב את האישה בגירושין בכפוף לתנאים שיהיו בהסכמתו בלבד. ביהמש קבע שכאשר בן הזוג מתנה את הגט בתנאים מסוימים התביעה אינה כנה.
* מה הדין כשבן הזוג מגיש תביעה לשלום בית ולחילופים לגירושין וכל הכרוך בכך: מאירוביץ – הגבר כתב שאם האישה תסרב לשלום הבית התביעה תעבור לתביעת גירושין וכל הכרוך בה. ביהמש קבע שתביעה חלופית לשלום בית או גירושין לא קובעת בכנות שלה. בגלל שמטבע הדברים בי"ד נוטה לפשר בין הצדדים. אבל כעבור 7 שנים בפסד שרגאי – הגבר הגיש תביעה לשלום בית ואמר שאם האישה לא תעתר לבקשתו התביעה תעבור לתביעת גירושין וכל הכרוך בה. שם ביהמש אמר שבמצב בו אדם הגיש תביעה לשלום בית זה מראה שהוא לא באמת רוצה להתגרש והתביעה לא כנה.
1. **האם הכריכה התבצעה כדין:**
* האם העניינים נכרכו בתביעת גירושין – אי אפשר לכרוך בתביעה לשלום בית למשל.
* האם מדובר בעניניים שלפי מהותם ניתנים לכריכה – למשל לא ניתן לכרוך ברית מילה, גם מזונות ילדים שנויים במחלוקת.
* יש לכרוך במפורש ובפירוט את העניינים הנלווים לתביעת הגירושים. למשל, כאשר כורכים רכוש או מזונות יש לפרט את כל הבקשות.
1. **האם הכריכה כנה:**
* פיצול תביעות בערכאות השונות: תורגמן: באותו מקרה הגבר הגיש תביעת גירושין, ביקש לכרוך בה הכל כולל מזונות, אך אחכ הלך לבית משפט לענייני משפחה וביקש שהם ידונו בדירה. האישה הגישה תביעה לבית משפט למשפחה בבקשה שידון בתביעה למזונות אליה הבעל מתנגד. עלתה שאלה למי יהיה סמכות לגבי המזונות. נקבע שכאשר אדם מפצל תביעות זה מעיד על חוסר כנות בתמיכה. זה מראה שהוא לא באמת רצה שביד ידון בהכל. ביהמש שואל למה הכריכה של המזונות יעילה אבל נושא הדירה לו הרי מטרת הכירכה להוביל ליעילות. זה מראה על ניצול לרעה הליכי משפט.
* חוסר פירוט של הרכוש הכרוך: לא מספיק רק להגיש תביעה לביד לחלוקת רכוש בלי לפרט. צריך לפרט ולהראות שיש כוונה וחשיבה. בגצ 2862/14 פלונית – במקרה של האח שמילא את תופס התביעה בשגיאות כתיב. הוא ביקש לכרוך הכל + הכל. האישה טענה שיש חוסר כנות מטעם חוסר פירוט. ביהמש לא קיבל טענה זו משום שברור שחוסר הפירוט לא נעשה מחוסר תו"ל אלא מתוך חוסר מודעות והיכרות עם החוק.
* התעלות מפס"ד של בד"ר בעניין מזונות: בגצ 787 פלונית: במקרה זה הבעל אומנם ביקש שבדר ידון במזונות הילדים אבל הוא התעלם מפסקי הדין של בית הדין. החוב הצטבר ל150 אש"ח. במצב זה נקבע ע"י בגצ שההתעלמות מפסד בנושא מזונות מעידה על חוסר כנות.

**חוסר תול בהעלאת טענת חוסר סמכות של בית דין רבני:**

באופן עקרוני תמיד צריך לבדוק שטענת חוסר סמכות נעשתה בתום לב. עמרני – בני זוג שעשו בניהם הסכם גירושין ובין היתר הסדרו זכויות לגבי הדירה המשותפת שלהם ונקבע שאם תהיה בעיה בגט הדין יהיה בשיפוט של בית הדין הרבני. בית הדין מקבל את ההסכם ונותן לו תוקף של פסק דין. לאחר זמן הגבר מפר את ההסכם. האישה פונה לבד"ר בבקשה לאכוף את ההסכם. בית הדין דוחה את הבקשה, והיא מתקבלת בערעור. הגבר פונה לבגצ ומבקש לטעון שלבד"ר לא הייתה סמכות בעניין משום שנגמרה תביעת הגירושין ןהסמכות נתונה לבית משפט אזרחי. בגצ טוען שהגבר העלה את הפעם הראשונה את שאלת חוסר הסמכות רק בבגצ וזה מראה על חוסר תו"ל.

**בחינת הסמכות להכריעה בשאלת הכריכה – מרוץ ההחלטות:**

בגצ פייפ פלמן: בני זוג מתגרשים שם הגרש מגיש תביעת גירושין לבית דין רבני וכורך בה רכוש ואז האישה מגישה תביע ה לבית משפט לענייני משפחה וכורכת שם רכוש. בית המשפט קובע שתביעת הגירושין לא הייתה כנה בגלל התניית הגט וקבע שהסמכות לדון ברכוש שלו. בהמשך, בית הדין הרבני קובע שהסמכות שלו לדון בנושא. עלתה שאלה למי יש שאלות להכריע בכל שאלות הכריכה.

1. לשתי הערכאות- בימ"ש למשפ' וביד"ר- יש סמכות לדון בטענות הנוגעות לסמכותן ולהכריע בשאלת התקיימות תנאי הכריכה.
2. כל עוד לא הכריעה אף ערכאה בשאלת הכריכה, תוכל כל ערכאה, לפי שיקול דעתה, לעכב את הדיון בתביעה שהוגשה בפניה, עד שהערכאה המקבילה תחליט בשאלת תוקף הכריכה.
3. 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 הינו חיוני לצורך מערכת שיפוט תקינה**.**

**🡨 מהו טעם מיוחד:**

* חוסר חוקיות או פגם חמור אחר היורד לשורש הסמכות. למשל ערכאה מסויימת מחליטה שיש לה סמכות לדון במשהו בלי לנמק, או שלא נעשה דיון מקדים לחינת מבחני הכריכה. בגצ 2862 פלונית (האנפלאבת) ביד"ר האזורי כתב: "לאור חוות הדעת שהתקבלה ממשרד היועץ לשיפוט רבני, ביד"ר קובע כי הסמכות לדון בתביעות שבין הצדדים נתונה לביד"ר" האישה ביקשה לראות את חוו"ד הזו ולא נתנו לה. היא מגישה בגצ לגבי הנושא והשופט עמית אומר שבמצבים כאלה בגלל שיש חוסר הנמקה, וחוסר עצמאות (תלות בחוות הדעת) , אבל באותו מקרה בית הדין תיקן את ההחלטה באותו מקרה ונימק אותה וגם חלפו שנתיים וחצי מאז ההחלטה עד שהיא פנתה לבגצ ונקבע שאין שם פגם היורד לשורש ההליך.
* חריגה ברורה מכללי הצדק הטבעי: דיון במעמד צד אחד, אי ניתנת זכות טיעון לאחד הצדדים, הזמנה סמוכה למועד להזמין את הצד. מצבים בהם הזכויות הדיוניות של הצדדים לא ניתנות.
* סוגיה שאינה ניתנת לכריכה – ברית מילה או מזונות ילדים שהם בסימן שאלה.

**בחינת חוסר תול דיוני בפניה לביהמש לענייני משפחה:**בפרשת 15 הדקות 58/08 - נקבע שהאישה נהגה בחוסר תול כי רק לאחר 4 חודשים המציאה לבעל את כתב התביעה. במקרים חריגים סמכותם של בימש אזרחיים עפ"י מבחן הזמן כפופה גם היא לתום הלב.

**סמכות נמשכת:**

התנאים שהותוו בפסיקה להקנות סמכות לדון בעניין מכוח כלל הסמכות הנמשכת: רלוונטי למלחמה בין הערכאות. יכולים להיות מצבים שהחלטה מסויימת דנה. הגיע להחלטה. חלף זמן ועולה שוב שאלה. (למשל שינוי כלשהו באורח החיים.) השאלה היא מי ידון אותה ערכאה או ערכאה אחרת. סמכות נמשכת נוצרה בהיא בשביל לשמור על יעילות – היכרות השופט עם התיק.

1. הייתה סמכות מקורית לדון באותו עניין: צריך לבדוק שמלכתחילה הייתה לאותה ערכאה סמכות לדון בנושא.
2. העניין בעל אופי מתמשך: נושאים בעלי אופי מתמשך: מזונות, משמורת (ועוד) לעומת נושאים של רכוש שהם לא בעלי אופי מתמשך ואין לגביהם סמכות נמשכת. בגצ סימה לוי: בני זוג שמתגרשים, חותמים על הסכם גירושין שמקבל תוקף של פסק דין. ובתוכו יש תניית שיפוי - הצדדים מסכימים שאם בעתיד הילדים יבקשו להגדיל את המזונות, האישה תשפה את הבעל. לאחר זמן אכן האישה מבקשת להגדיל את המזונות בפניה לבית משפט אזרחי. הבעל פונה לבית הדין הרבני עם ההסכם ומבקש לאכוף אותו. ביהמש קובע שנושאים שיכולים להיות בעלי אופי מתמשך הם נושאים של משמורת ומזונות ילדים. הנושא של סעיף השיפוי הוא נושא חוזי, רכושי, ולכן אין סמכות נמשכת. (בלי קשר לפסיקה האם תניית השיפוי תקפה או לא.)
3. הצדדים להליך הם אותם צדדים: אם הצדדים הם אלו שתובעים לא אמורה להיות סמכות נמשכת. (פסקי דין לגבי סמכות בהסכמה, אפשר לשלב אותם או בשאלה האם הצדדים הם אותם צדדים. אפשר גם להכניס במקומות אחרים.) זכות התביעה העצמאית של הקטינים: בגצ פלונית 2898 בני זוג שחתמו על הסכם גירושין, שם הוסכם שכל המחלוקות שיתעוררו בעתיד בהקשר של הילדות יגיעו לבית הדין הרבני. בהמשך האישה פונה לבית המשפט בבקשה להגר עם הילדות לארה"ב הבעל פונה לבד"ר האזורי ומבקש שהמשמורת תעבור אליו, בית הדין קובע שיש לו סמכות לדון בנושא. בבגצ נקבע כי הסכמים בין הורים לעניין משמורת הקטין ולעניין הערכאה השיפוטית שתדון בסוגיה זו, לא יחייבו את הקטין אם טובתו לא נבחנה במעמד הצדדים כעניין העומד לעצמו בנפרד מיתר סוגיית הגירושין. (גם בבגצ כץ נקבע כך.)
4. "דן נפסק" בסוגיה הספציפית: בג"ץ 6021/10 פלונית הצדדים חותמים על הסכם בו עולה שאלה האם לביד יש סמכות נמשכת לדון בנושא הילדים. נקבע שלבית הדין אין סמכות לדון בגלל שבית הדין לא דן ופסק. חריג-
* הסכם ממון במקרה שבו ניתן פסק-דין, המעגן כלשונו הסכם ממון בין הצדדים- ס' 2(א) לחי"מ- "שינוי, תיקון או ביטול של ההסכם יכול שייעשה אך בפניה של הערכאה המקורית"
* או לחילופין (בהתאם לבג"ץ ורבר)- אם הצדדים מסכימים במפורש לסמכות נמשכת עתידית לערכאה שאישרה את ההסכם בנושאים הנזכרים בו.
1. כלל הסמכות הנמשכת אינו כולל נושאים שלא הוזכרו בהסכם: ורבר: הצדדים הסכימו לגבי מזונות אישה לאחר הגירושין. הייתה תביעה למזונות עד הגירושין. אמרו שבמצב כזה אין סמכות נמשכת – הסמכות רק על משהו שהוסדר בהסכם.
2. הסוגיה המאוחרת קרובה במידה מספקת לזו המקורית, עד כי נשמר צביונו המתמשך של הענין. ורבר : הסכם שנפסק לפני 25 שנה. ביהמש קובע שיש ריחוק מבחינת הזמן. וגם אין סמכות מבחינת המקום, משהו שפעם נחתם בישראל ועכשיו הצדדים גרים בארה"ב.

**בקשה לשינוי או ביטול של פסד בשל שינוי נסיבות – תידון בפני הערכאה אשר נתנה את פסה"ד.** לא כולל בקשה לאכיפת הסכם – למשל סימה לוי. אכיפה לא נכללת בסמכות נמשכת.

**לא כולל פרשנות:**  פסד חליווה: היה הסכם המתייחס למזונות ילדים: "מוסכם בזאת כי בהסדרים האמורים בהסכם זה, גובשו סופית כלל החיובים ההדדיים בין צדדים ואין לצדדים כל תביעות ו/או טענות ו/או דרישות מכל מן וסוג זה כנגד זה, בין רכושיות, בין כספיות, בין למזונות ובין אחרות, והצדדים מוותרים בזה על כל טענות ו/או תביעות האחד מהשני פרט לאמור בהסכם זה". הבעל טוען שמדובר גם במזונות אישה. נקבע שבשאלה של פרשנות אין סמכות נמשכת.

🡨 **כדי שהתביעה תתקבל נדרש שינוי נסיבות מהותי.**

**🡨 כאשר מדובר בהסכמים לפי חוק יחסי ממון תמיד תהייה סמכות נמשכת.**

**החוק להסדר התדייניות בסכסוכי משפחה**

כשהחוק נכנס לתוקף ב2016 הוא עשה גלים רבים ארץ והייתה לו התנגדות חזקה. רבים חששו משינוי כללי המשחק, וכללי הכניסה להליכים משפטיים.

רקע:
בתחום דיני משפחה הוקמו ועדות רבות במשך השנים שנועדו לדון בנושאים שונים שדרשו שינוי. 1986

* וועדת שינבוים שהביאה להקמת בית משפט לענייני משפחה.
* וועדת שנהב 2006 – עידוד השימוש בגישור. ועדה זו המליצה על גישור חובה אך לא נעשה עם זה דבר
* וועדת שניט 2011 – אחריות הורית. הצעת החוק שהציע עוד לא עברה בכנסת.
* ועדת שיפמן (2012) שדנה במזונות ילדים

כל הוועדות האלה הסכימו פה אחד שהמדינה צריכה לעשות הכל על מנת לעודד הורים לילדים קטינים לפתור את המחלוקות בניהם.
ישנם מחקרים רבים בארץ ובעולם שעוסקים בשאלת השפעת ההליך המשפטי בסכסוכי גירושין ופרידה על הילדים. המסקנה של כל מאמרים אלו היא שככל עוצמת ההליך גדלה ומתמשכת כך הנזק לילדים גדל. בחוזה מסחרי יש אינטרקציה נקודתית שהיא מהות הסכסוך. אך במשפחה קורים כל הזמן דברים ולמשפט קשה להתאים עצמו להתפתחות העניינים. החוק הזה עבר בשנת 2014 בהוראת שעה, ויושם שנה וחצי לאחר מכן.

המצב שקדם לחקיקת החוק להסדר התדייניות: לפני שחוק זה חוקק היה אפשר להגיע ליחידות הסיוע שנמצאות ליד בתי משפט לעניני משפחה ובתי הדין רבניים המסייעות לגישור וסיום המחלוקת הייתה חובה להגיש תביעה קודם לכן ולקבל הפניה מבית הדין או בית המשפט. רבים עקפו מכשול זה והגישו תביעה ליישוב סכסוך רק בשביל לקבל הפניה. בית המשפט העליון קבע שגם בקשה ליישוב סכסוך כפופה לתו"ל וסגר את הדלת בפני אנשים שלא רצו להכפיש אחד את השני ורק רצו עזרה.

הגשת בקשה ליישוב סכסוך לפי תקסד"א: הייתה בעיה לתפוס סמכות. בטופס הייתה אפשרות לפרט את הסיפור בטופס הבקשה, ההליך לבקשה היה וולנטרי, יחידת הסיוע לא יכלה לכפות התייצבות לפגישה ראשונה. בנוסף, ביחידות הסיוע היו רק עובדות סוציאליות והן חסרו עו"ד. בפועל כמעט לא היה שימוש בהליך זה. מתוך 70,000 תיקי משפחה בשנה היו רק 500 בקשות ליישוב סכסוך. עם כניסתו לתוקף של חוק להסדר התדיינויות בוטלו באופן זמני התקנות הללו. בן היתר כל הארגונים של הנשים ללא יוצא מן הכלל הרימו דגל אדום ואמרו שחוק זה לא לצד הנשים.

בעבר ברירת המחדל המשפטית בהליכי גירושין הייתה להגיש תביעה לערכאה הרלוונטית. המשפט מכריח את המעוניינים להתגרש להכפיש ולפרט בכתב התביעה רק את הרע על מנת להתגרש. כתוצאה מכך בן הזוג נפגע קשות לעיתים ללא אפשרות תיקון. בעקבות הפגיעה הקשה הנתבע תוקף בחזרה. כתב תביעה הוא החזרת מלחמה. על אף האמור, ברור שישנם אנשים שחייבים לנהל הליך משפטי של גירושין ואין להם מקום בהליך הסכמי.

הנחות המוצא של החוק להסדר התיינויות:

* משפחות לא צריכות להגיע להתדיינות אדברסרית (לעמונית) בבית המשפט בשל הנזקים הכבדים הנגרמים לפרט ולחברה בגינה.
* כמעט תמיד חכם יותר לנהל משא ומתן להסכם גירושין מאשר להתדיין
* במלחמת הגירושין בבית המשפט אין מנצחים, רק מפסידים – במיוחד כאשר מעורבים בסכסוך ילדים קטנים.
* מרבית הסכסוכים המשפחתיים מסתיימים בהסכם מחוץ לכותלי בית המשפט. המשפט הנמוג- אולי פחות מ5% מהתביעות שמוגשות לבית המשפט מגיעות בסוף לפסק דין
* יישוב מוקדם של הסכסוך המשפחתי יועיל לכינונה של עמרכת יחסית הורית שלאחר הגירושין מתפקדת וקונסטרוקטיבית יותר מהליך גירושין אדברסרי.
* הסכמים שנוצרו בשיתוף פעולה עמידים יותר בטווח הארוך מהסכמי "בזק" או מהסכמים שנכרתו תחת לחץ כזה או אחר.

סעיף 1 של חוק ההתדיינויות מגדיר את מטרתו – סיוע לבני זוג וילדיהם לסיים את הסכסוך על התד הטוב ביותר. החוק חל על המעגל המשפחתי הקטן ביותר: סכסוכים בין בני זוג, סכסוכים בין הורים, סכוכים בין הורים לילדיהם הקטינים. חשוב להדגיש, מטרת החוק היא ליישב כל סכסוך משפחתי, לאו דווקא תביעות גירושין. מטרתו לא בהכרח למנוע גירושין אלא לסיים את הסכסוך בצורה הטובה ביותר.

השינוי הראשון של החוק הוא באופן נקיטת ההליך: חובת הגשת בקשה לישוב סכסוך – כל תובענה המוגשת לבית המשפט לענייני משפחה או לבית דין דתי תיפתח בהגשת "בקשה ליישוב סכסוך". בבקשה יפורטו פרטי זיהוי בלבד, כדי למנוע פירוט כלשהו של פרטי הסכסוך ולאפשר את קיומו המיטבי של הליך ליישוב הסכסוך בהסכמה.

ולאחר הגשת הטופס: מתחילה "תקופת עיכוב ההליכים" החוק לא כופה את יישוב הסכסוך אלא יוצר "פסק זמן" – תקופה קשיחה שבמהלכה מנועים הצדדים להגיש תביעות. בתקנות של שרת המשפטים יש אפשרות להגיש בקשה לקיצור תקופת עיכוב ההליכים לבית המשפט. בתקנות יש חובה על בית המשפט לראות את חוות דעתה של מנהל פגישת המהו"ת בהקשר זה.

בשלב זה הציבור מוזמן לפגישת מהו"ת (מידע, היכרום ותאום) ביחידת הסיוע. ישנה מתכונת של מהות משפחה מאחר והיא מתרחשת לאחר הגשת התביעות. בפגישת מהות המגשר מלמד את הצדדים את הלכות ניהול הליכים משפטיים על הצדדים ועל ילדיהם, דרכים נוספות ליישוב סכסוכים במשפחה מחוץ לכותלי ביהמ"ש. התמודדות עם קשיים העולים מהמשבר המשפחתי.

חשיבות פגישת המהו"ת הראשונה:

* מיועדת להיכרות ולהערכת הסכסוך בלבד.
* הצדדים יתייצבו לבדם וללא באי כוחם.
* לא יעשה ניסיון ליישוב הסכסוך המשפטי, למעט הסכמות בהסדרים זמניים בכפוף להסכמת הצדדים ולאחר שניתנה להם הזדמנות להתייעץ עם באי כוחם בענין. בפועל אין כמעט הסכמים זמניים.
* יח"ס לא כופת הגעה לפגישה שניה אלא בנסיבות יוצאות דופן. זאת למרות שבחוק צוין שיתקיימו עד 4 פגישות מהות עד לסיום עיכוב ההליכים.

הערכאות הכפופות לחוק הן כל הערכאות השיפוטיות המוסמכים לדון בענייני משפחה בארץ. בפועל, שרת המשפטים לא חתמה על הצו שיפעיל את החלת החוק בבתי הדין השרעים.

מרוץ הסמכויות לא בוטל: סעיף 6 לווק – הוראות חוק זה אין בהן כדי לפגוע בדיני נישואין וגירושין והן אינם באות להוסיף על סמכויות השיפוט של הערכאות השיפוטיות או לגרוע מהן. סעיף 3 לחוק – בגוף הבקשה ליישוב הסכסוך אין התייחסות לנושא הסמכות. יחד עם זאת, התובענה – שלאחר עיכוב ההליכים – תוגש לערכאה המוסמכת.

בחוק קיימת מתן זכות קדימה לבחירת הערכאה השיפוטית. הצד שהגיש את הבקשה ליישוב סכסוך רשאי בתוך 15 ימים מתום תקופת עיכוב ההליכים להגיש תובענה בעניין של בסכסוך משפחתי לכל ערכאה שיפוטית שלה סמכות לדון בעניין. בתום 15 יום הנ"ל, אם לא הוגשה תובענה בעניין פלוני, רשאי כל צד להגיש תובענה לכל ערכאה שיפוטית מוסמכת. אם מישהו לא התייצב לפגישת מהות מחכים לתום תקופת עיכוב ההליכים.

שערי בית המשפט "נעולים" בתקופת עיכוב ההליכים: ברור שיודעים שמדובר בדיני נפשות ומומצאים פתרונות זמניים:

* סעד זמני לשמירת מצב קיים: המהלך תקופת עיכוב ההליכים ניתן לעתור לקבלת סעדים זמניים לשמירת המצב הקיים כולל: עיכוב יציאה מן הארץ, צו עיקול.
* סעד דחוף: צד רשאי להגיש בכל עת לערכאת שיפוטית מוסמכת בשקה לסעד דחוף בעניין: 1. אישור פעולה דחופה רפואית בקטין. 2. הנפקת דרכון לאישור יציאה לקטין. 3. מזונות או הבטח קשר של קטין עם אחד מהוריו. .תובענה דחופה לגירושין כשהנתבע מתגורר בחו"ל בנסיבות מיוחדות אחריות בלב ד שהמתנה לתום תקו]ת עיכוב ההליכים עשויה למנוע את התרת הנישואין. הסעד הדחוף הוא חריג ונועד למקרים אקוטיים שלא ניתן להמתין ולא רגע אחד. השופטים מפרשים כמעט כל בקשה זמנית כדחופה. כל התערבות שיפוטית במתן סעד דחוף או זמני עלולה להביא לסיכול הליך המהו"ת ולמנוע את יישוב הסכסוך בהסכמה.
* קיצור או הארכת תקופת עיכוב הליכים

יש חשש מפני שימוש לרעה בחוק ובתקנות:

* ריבוי בקשות לסעדים זמניים
* הגשת בקשות מוקצנות לסעדים לפי החוק
* היעדר סנכרון בין הערכאות השיפוטיות: בתי המשפט לא יודעים אילו סעדים התבקשו בבתי הדין הדתיים ולהיפך.

לסיכום: נוצר הליך מקדמי מעין טיפולי מעין שיפוטי שנמצא לפני ההליך המשפטי עצמו. החוק והתקנת שהותקנו מכוחו קבעו פרוצדורות חדשות כדי לאפשר מחד ולכפות מאידך קימו של הליך מקדמי טיפולי משפטי במימון המדינה.

**תרגול 3**

מזונות אישה – היבטים הלכתיים:
יש הפרדה בין הנושא של חלוקת הרכוש לבין המזונות. בישראל בניגוד למקומות אחרים בעולם, ההבחנה הזאת יותר חדה, בגלל שיש הבדל בדינים. על חלוקת הרכוש חל דין אזרחי ועל המזונות דין דתי. בפירוק מע' היחסים הכלכלית בין בני הזוג יש להתייחס למזונות אישה. מזונות אלו מוזכרות בסעיף 2 לחוק לתיקון דיני משפחה מזונות: ס.2(א) אדם חייב במזונות בן זוגו לפי הוראות הדין האישי שחל עליו. ס.2(ב) אדם שאינו חבר באחת העדות הדתיות המפורטות יהיה חייב במזונות לפי חוק לתיקון דיני משפחה, מזונות.

עקרונות הדין האישי היהודי בקביעת מזונו תאישה:

1. המזונות הם "חד סטריים" – מזונות אישה. ישנם מקרים מאוד נדירים בהם האישה צריכה לתת מזונות לבעל, וזה יהיה מדין צדקה, ובמקרה שהבעל עני מרוד ואין לו יכולת לפרנס את עצמו.
2. המזונות ניתנים רק במהלך הנישואין. ברגע שהבעל נתן גט לאישה הוא לא צריך לשלם לה דבר.
3. הזכות למזונות נגזרת מתנאי הכתובה. בכתובה מפורטות כל חובות הבעל כלפי האישה. התחייבויות כספיות במהלך הנישואין וגם בגירושים או במקרה של פטירה.
4. כאשר הבעל מסרב לתת מזונות, האישה יכולה לפנות לבית הדין, ובית הדין יכול לחייב אותו ואף לחייב אותו ללכת לעבוד כדי שיהיה לו מאיפה לשלם. אם הבעל לא יכול להתפרנס והוא עני מרוד בית הדין לא יחייב אותו כי היכולת שלא להתפרנס לא תלויה בו. במצב שהבעל עדין מסרב לשלם מזונות או לצאת לעבוד. זה יכול להיות עילה שתחייב את הבעל בגט לאישתו. במצב שהבעל לא יכול לשלם מזונות יש מחלוקת האם בית הדין יכול לכפות עליו גט.
5. כללים לקביעת המזונות לפי ההלכה:
* הבעל צריך לזון את האישה לפי מנהגי המקום והחברה בה הם חיים.
* המזונות כוללים את כל הדברים הדרושים לכלכלה של האישה: מזון, ביגוד, מדור, בריאות.
* עולה עמו ולא יורדת איתו: אם לבעל יש אורח חיים מסוים האישה זכאית לאותו אורח חיים. והאישה זכאית לאותה רמת חיים כפי שהיה לה בבית הוריה.
1. הזכות למזונות תלויה בהתנהגות האישה. אם האישה ביוזמתה עוזבת את הבית היא לא זכאית למזונות באופן עקרוני. יכולים להיות מקרים שאישה עוזבת והיא כן תהיה זכאית למזונות, למשל כשזה באשמת הבעל או כשזה לא באשמתה. (למשל אם הבעל מסרב לתת לה מזונות. ) כל סטיה של האישה מהתנהגות שמצפים ממנה יכולים לגרום לקיזוז במזונות או לא לתת בכלל. יהיו פעמים שבי"ד יתרה בפני האישה ויהיו פעמים שהוא ייתן זאת ישר. למשל, אישה מורדת.
2. לבעל יכולות להיות טענות הגנה בתביעת מזונות אישה:
* הגנת קיזוז: ריזוז מעשה ידיה של האישה. למשל אם האישה הולכת לעבוד אז אפשר לקצץ את הסכומים שהיא מקבלת במזונות כי היא מרוויחה כסף בעצמה.
* הגנת פטור: אם יש סטייה של האישה בהתנהגות (בעיקר התנהגת מינית) אפשר לפטור את הבעל ממזונות.

**מקומה של תביעת מזונות אישה בזירת הגירושין בישראל:**תשלום המזונות: הבעל אמור לשלם לאישה כל חודש סכומים מסוימים, בלי קשר לחלוקת הרכוש אחר כך. זה מוביל למשוואת הכוחות המגדריים: במהלך הליכי הגירושין לבעל יש את כל הכוח, תשלום המזונות נותן כוח לאישה. מטרת תביעת המזונות היא לתת לאישה דמי קיום עד שהיא תינשא בשנית. יש לכך כיווני השפעה הפוכים כי זה יכול לגרום לאישה לסרב לגט בשביל לקבל עוד מזונות. תביעת המזונות היא מעין ירית פתיחה לתהליכי הגירושין.

תפיסה דתית מול אזרחית:
מלאכת ההתאמה של העקרונות והכללים ההלכתיים למערכת הערכים, העקרונות והנורמות האזרחיים: בתפיסה הדתית יש עקרונות מסורתיות ושמרניות ביחס למשפחה. שונות בין המינים, חלוקת תפקידים נוקשה, הבעל זה שצריך לזון את האישה. והתפיסה האזרחית לעומת זאת מקדמת עקרונות של שוויון ומחויבות הדדית בין הצדדים. השופטים מנסים להכניס את העקרונות של הדין האזרחי לדין הדתי.

1. הכיוון הראשון- הרחבת הגנת הקיזוז: הבעל יכול להגיד לאישה תסתדרי בעצמך, צאי לעבוד. וזה מעלה שאלה, האם אפשר לקזז את פוטנציאל ההשתכרות. הכלל ההלכתי אומר שמהסכום שהאישה מרוויחה ניתן לקזז את המזונות שלה. לא כל מקור פרנסה יחשב. התפתחו הלכת "מעשי ידיה" בפסיקה הרבנית: לפי ההלכה האישה חייבת בסדרה שלמה של מלאכות עבור הבעל. יש מלכות שנקראות מלאכות חיבה שנובעות מתוך חיבה בין הצדדים: למשל הצעת מיטה, הגשת אוכל. יש מלאכות שדרושות למשק הבית: למשל בישול וכביסה. מלאכות רווחה: למשל, טוויה בצמר וכזה. לפי הפסיקה הרבנית האם ניתן לקזז את מלאכות הרווחה מהמזונות. בשנות ה50 ביהמ"ש הרבני אמר שעבודה של אישה בשכר הם לא בגדר מלאכות הרווחה ואין מקום לחייב אותה לצאת לעבוד. מזור נ מזור: אישה לא עבדה וביקשה מזונות מבעלה על 3 החודשים שלא עבדה. השופטת נתניהו אומרת שאי אפשר לחייב אישה לצאת לעבוד. אם היא כבר משתכרת הבעל יכול לטעון שניתן לקזז. בשנות ה90 בית הדין קובע שעבודות כמו פקידות או הוראה הן נקראות עבודות רווחה וניתן לקזז מהם את המזונות. סטייה מהלכת מזור – פס"ד ביקל, פדן ואברהם: בפסד ביקל האישה עבדה כל השנים עד הגירושין ובמהלך הליך הגירושין עו"ד מייעץ לה להפסיק לעבוד. הבעל מנסה לטעון שצריך לקזז את הסכומים. שמגר: אמר שאין סיבה להצדיק מצב שאישה שכל השנים עבדה פתאום עכשיו תפסיק לעבוד. (ילדיה בוגרים, יש לה יכולת וכושר לעבוד, ניסיון) הוא מקזז את פוטנציאל ההשתכרות שלה. הוא אומנם לא מכריח אותה לעבוד בפועל אך מקזז את המזונות. פס"ד פלולי: בני זוג שהיו נשואים 30 שנה האישה עקרת בית, מעולם לא עבדה. הבעל עזב את הבית והאישה מגישה תביעת מזונות. הבעל מבקש לקזז את ההשתכרות שלה. השופט טירקל אומר שבמקרה זה זכות האישה למזונות לא תיפגע משום שמדובר באישה לא צעירה שבמשך 30 שנה לא עבדה.
2. הכיוון השני - צמצום הגנת הפטור הכרוכה בהתנהגות האישה: בסדרת פסקי דין של ביהמש העליון יש הפחתה של המשמעות המיוחסת לסטיית האישה מקוד ההתנהגות המינית הנדרשת ממנה, ע"י הכנסת אמות מידה של הדדיותת, הוגנות, ושוויון בתחום ההתנהגת המוסרית – מינית הראויה במהלך קשר הנישואים. פסד כהן: הבעל עזב את אשתו, התחיל לחיות עם אישה אחרת והביא איתה 2 ילדים. האישה שנשארה מאחור ביקשה מזונות. הבעל טוען שהוא לא צריך לשלם לה מזונות כי היא חיה עם גבר אחר. שמגר אומר שעל רקע החלטתו של הבעל לעזוב את הבית הוא לא יכול לבוא בטענות נגד האישה לגבי מעשים שקרו : לאחר שהוא עזב את הבית.
3. כיוון שלישי מסתמן: יצירת דיני מזונות אזרחיים. בית המשפט התחיל במקביל לכל נושא המזונות הדתיים לפתח מזונות אזרחיים שהם לפי דיני חוזים, תום לב, צדק ויושר. קיימים מקרים בהם הפסיקה האזרחית שסוטה מהדין הדתי, מספקת בפועל תמריץ לסרבנות גט של נשים. לפי לפישיץ צריך להבחין בין מצבים של פירוד קצר לממושך. בפירוד קצר האישה תלויה בבעל והמזונות יכולים לסייע לה. אבל בפירוד ארוך, בהם אין סיכוי לשלום בית, יש ציפיה מבית המשפט שירסן את נושא המזונות. בית המשפט לא עושה את הבחנות אלו נותן מזונות לאישה גם כשהיא עצמה סרבנות גט.
* ביהמ"ש מחיביים לתת מזונות אישה, במקרים של פירוד ממושך, גם כאשר הנשים הן אלה שסירבו לקבל גט. למשל: בפסד פלולי.
* בחלק מהפסיקה שפותח עקרון ההדדיות , הבעל הוא זה שביקש להתגרש והאישה היא זו שסירבה. למשל פס"ד כהן.

**הזכות למדור:**

**חלוקת רכוש:**

מדור זה הזכות של האישה לגור בדירת המגורים שלה. יש כמה אפשרויות לנהל את הזכות למדור: חלוקת רכוש מכוח דיני הרשיון ומטעם מזונות אישה.

**דיני הרישיון:**

בן זוג נותן רשות לבן הזוג השני לגור בדירה. עולה שאלה האם הוא יכול באופן חד צדדי להגיד לאישה שהוא לא מרשה לה יותר. פס"ד ששון משנת 64. לקראת הנישואים אבא של האישה נותן לה כסף לקנות אישה. בני הזוג מסתכסכים, האישה עוזבת את הבית עם הילדים ומסביות שונות לא מגישה תביעת גירושים. אחרי חודש היא אומרת לבעל שהיא מבטלת את הרשות שנתנה לו לגור בבית. תביעה זו נקראת תביעה לסילוק יד. בית המשפט מקבל את התביעה שלה. בית משפט שלום נותן לאישה לסלק אותו, הבעל מגיש ערעור שמתקבל והדיון מגיע לעליון. עולה שאלה האם אישה יכולה לסיים את הרשות באופן חד צדדי: נקבע שכשמדובר במצב שבן זוג נתן לבו הזוג השני רשות לגור בדירה ששייכת לו מכוח קשר הנישואים זו רשות מיוחדת, שבימ"ש לא רק רשאי אלא חייב לשקול אם ראוי להרשות את ביטולה ולסלק את בן הזוג מהדירה גם כל עוד לא פקע קשר הנישואין בניהם. לאחר תביעת גירושים זה יהיה פשוט יותר.

**מדור כחלק מתביעת מזונות אישה:**

הסמכות לדון במזונות אישה ומדור: חלק מנושא מזונות אישה כולל את נושא המדור. אם יש עניין של מדור יש לחשוב על הסמוכת לדון וגם על הדין החל. מבחינת סמכות, יש סמכות מקבילה לתביעת מזונות אישה, או מכוח ס.4 או לפי ס.3 דרך הכריכה. או לבית משפט בכל שלב של ההליך המשפטי. ס.4 נותן סמכות רק לאישה להגיש תביעה זו בלי קשר לגירושים בכל שלב. ס.3 מאפשר לבעל להגיש רק כאשר יש גירושים עם הכריכה.

הדין החל לגבי מדור: מדור הוא חלק ממזונות ולכן הדין החל הוא הדין הדתי. הזכות למזונות אישה היא עד למתן הגט בפועל כאשר הכלל הוא "עולה עמו ואינה יורדת עמו". כלומר האישה זכאית לאותה רמת חיים שהיא הורגלה אליה במהלך הנישואים, גודל הדירה, אזור הדירה וכו.

אפשרויות חלופיות למדור :

1. מדור ספציפי: האישה תמשיך לגור באותו בית שהיא גרה בו במהלך הנישואים.
2. מדור כללי: לתת לאישה חלופה, בית אחר לגור בו באותה רמה שהיה הקודם.

בהיבט זה יש שוני בין העמדה של ביד"ר מול עמדת ביהמ"ש:

* בד"ר: הנטיה של הביד"ר היא לתת צו למדור ספציפי. פעמים רבות הבעל לא ירצה זאת כי במצב זה הוא לא יכול למכור את הדירה. הגבר ירצה צו לפירוק שיתוף. יש מקום בפסיקה שאין לחייב את האישה לעבור מנווה יפה לנווה רע כלומר לא נפגע לה ברמת מגורים שלה. ניתן לה להישאר באותו בית שגרה עד כה. יכולים להיות מצבים שבהם בידר יקבע מדור כללי ולא ספציפי. למשל: אי אפשר לשקם את קשר הנישואים, כאשר האישה סרבנית גט. ובמצבים בהם בי"דר מתרשם שהאישה הגישה תביעה למדור בגלל משהו אסטרטגי, למשל שאת כל שאר התביעות הגישה לביד"ר אזרחי.
* ביהמ"ש לענייני משפחה: שם דגש על זכויות קנייניות, על מתן אפשרות לעשות פירוק שיתוף. ביהמש האזרחי יטה לפסוק לכיוון של מדור כללי תוך מתן מענה חלופי. פסד כליפא: הבעל עוזב את הבית, מגיש תביעה לבימש שלום לפריוק שיתוף. ביהמש קבע באותו מקרה שהתביעה מעוכבת לחודשיים כדי שהאישה תוכל לפנות למחוזי. המחוזי קבע שיש להעביר את הדירה לבעלות האישה. השופט לוין אומר שהמשפט העברי קבע עולה עמו ואינה יורדת עימו הכוונה לאיכות הדיר ה- מספר מגורים וכו ולא מתייחס למהות של הזכות. זה לא מחייב שהדירה תהיה בבעלות האישה. היחס בין פרוק שיתוף למדור.

היחס בין פירוק שיתוף למדור

הזכות לתבוע פריוק שיתוף היא מכוח ס.37 לחוק המקרקעין בכל שלב. ס.40 לחוק המקרקעין – מקרקעין שאינם ניתנים לחלוקה ואם נוכח ביהמש כי חלוקה בעין תגרום הסכם ניכר לשותפים, כולם או מקצתם יהיה פירוק השיתוף בדרך של מכירת המקרקעין וחלוקת הפדיון. ס.40א סעיף זה אומר שאם ביהמש החליט בפירוק שיתוף בדרך מכירה של דירה של בני זוג – המכירה תעוכב אם לא יהיה ברור לביהמש שלילדים ולבן הזוג המשמורן יש הסדר מגורים המתאים לצרכיהם.

יכול להיות מצב שבידר קובע מדור ספציפי ובית המשפט האזרחי מורה על פרוק שיתוף. פסד ראש חודש: הבעל פונה לבימש שלום ומבקש פירוק שיתוף בדירה ומקבל צו מבית המשפט. במקביל האישה פונה לבדיר ומבקשת תביעה למזונות ולמדור. לאחר חצי שנה מתקבלת החלטה על פירוק שיתוף ויש דיונים על מדור חלופי. לאחר שביהמש נותן את ההחלטה היא מביאה לבית המשפט את החלטת הבדר שהיא זכאית למגורים מדין ספציפי. מה עושים כאשר יש כזה ניגוד אינטרסים? במקרה זה השופטת שלום התעצבנה ואמרה שהיא לא מוכנה לזה והיא ממשיכה בהחלטה לפירוק שיתוף למרות ההחלטה של הבדר. האישה מגישה ערעור למחוזי והמחוזי מקבל את הערעור שלה. הגבר מגיש בקשת רע"א. השאלה: במצבים בהם ביהמש נתן החלטה על פריוק שיתוף האם הבדר יכול במקביל מכוח תביעת מדור להוציא צו למדור ספציפי. השופט גולדברג ציין שלביהמש הייתה סמכות לדון בפירוק שיתוף בדירת המגורים ויש 2 אפשרויות במצבים כאלו. או שהוא יכול לעכב את ביצוע החהחלטה או עיכוב מתן החלטה בכלל. יש לו אפשרות להחליט גם במקרה של המדור.אז זה היה מכוח סמכות נגררת והיום זה מכוח סמכות ישירה של ביהמש. במקרה זה אמרו שההחלטה מחייבת גם את הבד"ר כי היא מעשה בית דין. אומנם הבדר יכול לדון במזונות אך לא יכול לתת החלטה נוגדת. פסד אקנין – בני זוג שמתגרישם . האישה מגישה תביעה למדור ומזונות בבדר והגבר מגיש תביעה לפירוק שיתוף באזרחי. בית הדין מקבל את הרצון והיכולת להחליט וקובע שהאישה יכולה להמשיך לגור בדירה, ואם יורה על פירוק שיתוף הבעל יהיה חייב להביא לה כסף לקנות דירה. לאחר ערעור לבית הדין הגדול מוגש בגצ. חשין: בדעת מיעוט – הזכות של אישה למדור מכוח מזונות לא נותנת לה יכולת לשעבד את הנכס של הגבר. מדור ספציפי פוגע בזכות הקניינית של הבעל. גולדברג: לביהמש האזרחי יש יכולת לדון בנושא המדור במסגרת התביעה לפירוק שיתוף לפי סעיף 40 (א) לחוק המקרקעין שקובע שאי אפשר לתבוע פירוק שיתוף בלי לדאוג למשמורן ולילדים. כלומר לשתי הערכאות יש סמכות לדון במדור. לבית משפט מכוח סמכות ישירה ולביד"ר מכוח תביעת מדור. כאן היה לביהמש סמכות לדון במדור אך הוא החליט לעכב את ההחלטה ובמצב כזה מכוח עיקרון הכיבוד ההדדי. כאשר ביהמש יבוא להכריע בפירוק שיתוף הוא צריך להתחשב בהחלטה של הבדר בעניין מזונות. היה נושא של הדין החל – בית הדין לא פעל לפי ההלכה שמחייבת אותו. לפי הלכת כלפיה יש לתת לאשיה מדור כללי ולא ספציפי. כאן אמרו שלא מחייבים את בד"ר להחלטות של בית משפט לפי הדין הדתי. בגצ אומר שלא נחייב את הבדר ללכת לפי פרשנות אזרחית של הדין הדתי.

**אלימות במשפחה**

 יש שני כלים לפעולה שמרחיקה את הגבר מהדירה:

דרך המדור הספצפי: לא כולל זכות רק למגורים אלא גם למדור שקט ושלו ללא פחד ואלימות. מביאים צו הרחקה לגבר. רק האישה יכולה לבקש צו זה כי הוא מכוח מזונות. כל צו מכוח מדור ניתן במסגרת נישואים. לאחר גירושים פונים לחוק למניעת אלימות במשפחה.

פס"ד ניר (80) הפסיקה הייתה נדיבה. באותו מקרה בני הזוג נפרדו, הבעל עזב את הבית והוא מתחיל לבוא לבקר את האישה והילדים ולהטריד אותם, מוציא חפצים, מחליף מנעולים. האישה מבקשת להוציא נגדו צו. הבעל מערער על כך לביהמש העליון. השופט אלון קובע: הבעל חייב לספק לאישה מדור והיא זכאית להינות ממנו בדרך אנושית ושלוה בלי להיות חשופה למעשי אלימות פיזית ואלימות רוחנית. ההתנהגות של הבעל במקרה שלנו בלתי נסבלת וצריך לאסור עליו להיכנס לדירה בלי הגבלת זמן.

פס"ד סדן מצמצם זאת. (82) בני זוג מסתכתסים האישה מגישה תביעה למחוזי ומבקשת שהבעל לא יכנס אליה לדירה ואז אלון מביא מבחנים מתי נתיר הרחקת בעל מהבית שלו:

1. כאשר מדובר במעשי אלימות שלדעת ביהמ"ש מצדיקים אמצעי מרחיק לכת של הוצאת אדם מביתו. (לא כל ריב יצדיק)
2. הצו יכול גם להינתן במקרים של אלימות רוחנית.
3. כאשר לא מדובר באלימות שיש בה סכנה מוחשית מיידית, ראוי שביהמ"ש יקדים להוצאת צו האיסור אזהרה ל"בעל התגרה", ויחזור ויזהירו.
4. הצו יכול גם להנתן במקרים של אלימות רוחנית
5. האם מעשי האלימות נעשו כתוצאה מפרובוקציה והתגרות של בנה"ז השני.
6. האם בן הזוג, שמבקשים נגדו את הצו, מתגורר באותה דירת מגורים?
7. ניתן לקחת בחשבון גם את הצורך להגן על הילדים וטובתם.

* הצו יהיה מוגבל לתקופה מוגבלת, בד"כ עד שנה, חוץ ממקרים קשים ונדירים.
* לא יינתן צו איסור כניסה נגד בן הזוג שלא במעמדו, פרט למקרים נדירים.

**החוק למניעת אלימות במשפחה: הצו שינתן הוא סנקציה אזרחית.**

החוק לא מופנה רק לגבר הוא יכול להיות נגד אישה, בן זוג, הורה של בן זוג, סבא סבתא וכו, דוד ועוד לרבות בן משפחה לשעבר. וכן נגד אפוטרופוס.

הצווים: **ס.2** **צו הגנה**: מהרקחה מדירה, לאסור על הטרדה בכל דרך וכל מקום, ולמנוע ממנו לבצע פעולות המקשות על שימוש בנכס. הצו יכול לכלול גם דרישה להפקדת ערובה שתחזק את ההתרעה.

צו הגנה להגן על קטין, דורש חוות דעת של עובד סוציאלי שיורה מה המינון הנכון, אם נכון שהקטין ישמור על קשר ביהמש יכול לתת הוראות בעניין. אותו כנל כשמדובר בצו שמגן על האמא וגורם בכך להרחקה של מישהו שחשוב לו כמו למשל אביו.

**ס.2ב** אדם שניתן נגדו צו הרחקה יש עליו איסור החזקה בנשק שנותן לשיקול דעתו של בית המשפט.

**ס.4** ביהמש יכול לתת צו הגנה במעמד צד אחד. אך צריך שיתקיים בהמשך דיון בנוכחות שני הצדדים לא יאוחר מ7 ימים ממתן הצו.

**ס.5** תוקפו של צו הגנה לא יעלה על שלושה חודשים.

**ס7** הפרת הצו: אם הוגשה תלונה על הפרת הצו השוטר יכול לעצור את המפר. זו לא הגנה טובה אם הוא אומר שהאדם שהוצא עבורו הצו ויתר עליו.

**ס.2**  במצבים של תביעות סרק יכול להטיל הוצאות .

**ניתן גם לתת מטעם חוק זה צווים מכוח חוק למניעת הטרדה מאיימת.**  שם יש הרחבה של צווים – בילוש, איום, יצירת קשר, לשאת או להחזיק נשק.

**משמורת**

הסמכות לדון בענייני משמורת – יש סמכות מקבילה לבד"ר ולבית משפט אזרחי. לבד"ר אפשר רק בכריכה או בהסכמה. משמורת כרוכה מעצם טיבו וטבעו. (תרגול מס' 1). חינוך בצריך עיון אם אפשר לכרוך. במצב שהוגשה תביעת משמורת במשפחה וגם תביעת חינוך אי אפשר להגיש לביד"ר.

הדין החל בעניני משמורת:

יש לכאורה התנגשות. חוק הכשמ"א: שעוסק בחלוקת משמורת. ויש שני סעיפים מדבר המלך – ס.47 וס.51 המפרטים את ענייני המעמד האישי: אפוטרופוסות. הגישה של שיפמן: ס.79 לחוק הכשמ"א: חוק זה אינו בא לפגוע בדיני נישואין וגירושים והוא אינו בא להוסיף על סמכויות השיפוט של ביד"ר. למעשה, חוק הכשמ"א לא בא לפגוע בסמכויות הב"דר. שיפמן הוא מלומד. בג"ץ נאצר: תביעת גירושים. בידר אזורי קובע שמשמורת לכל שלושת הילדים תהיה לאבא. האישה מגישה ערעור לבד"ר הגדול שדוחה את הערעור לגבי השניים הגדולים והילד הקטן מתחת לגיל 6 הוחלט שיהיה אצל האם. האישה אומרת לבגצ שבד"ר חרג מסמכותו כי התעלם מסעיף 25 לחוק הכשמ"א. הבד"ר פסק לפי המשפט העברי. אבל לדעתה חוק הכשמ"א לא מכיר בהנחות אלו ויש כאן סתירה מול המשפט האזרחי. בגצ אמר שבמקרה זה הפסיקה של הבדר התבססה על חוות דעת ואפשר להבין את הקביעה שלהם גם בלי המשפט העברי. והשאירו בצריך עיון האם יש סתירה בין ההלכה לס.25 לחוק הכשמ"א.

מה שחשוב לדעת מבחינת הדעה הרווחת בבית המשפט העליון: **החוק האזרחי הוא החל על משמורת, חוק הכשמ"א, עיקרון טובת הילד.**

**עקרון טובת הילד הוא העיקרון המנחה: חוק הכשמ"א:**

**ס.14 מעמד ההורים -**  במצב הרגיל האפוטרופוסות שייכת להורים.

ס.17 – אפוטרופוס חייב לנהוג לטובת הקטין כמו שההורים היו מתייחסים אליו.

ס.24 הורים שנפרדים רשאים להחליט עם מי הילד יהיה והסדר זה צריך תוקף של בית משפט שיבחן את טובת הילד.

ס.25 לא באו ההורים לידי הסכם כאמור, בית המשפט רשאי לקבוע את ענייני המשמורת. ילדים עד גיל 6 תמיד יהיו אצל אמם. פעמים רבות לא ירצו להפריד בין הילדים ומספיק שאחד קטן מ6. צריך ראיות כבדות בשביל לסתור את הראיה לפי הפסיקה. לפעמים יהיו נסיבות מיוחדות. למשל, אמא שהייתה אלכוהליסטית וכו.

פס"S מיכל דוד: הליכי גירושים . האיש כורך לתביעת הגירושים את נושא המשמרות. האבא רוצה שהילד ילך לבי"ס ממלכתי דתי והאישה רוצה בי"ס ממלכתי. בד"ר קובע שהילד ילך לבי"ס ממלכתי על אף 3 חוות דעת. האם עותרת לבגצ. זה מראה את העמימות של טובת הילד שנתונה לפרשנות. חשין אומר שניתן להתערב מכוח סעיף 15 של חוק יסוד השפיטה ולתת סעד מכוח הצדק. בגצ מתערב כי יש סתירה של חוק הכשמ"א. שלפי חוק זה ההורים של הקטין חייבים לדאוג לצרכים שלו לפי עיקרון טובת הילד ואם בית דין סוטה מטובת הילד בגצ יתערב. טובת הילד כוללת בריאות נפשית, פיזית, צרכים, ערכים רגשות, ונסיבות ספציפיות ואופיו של הילד. הכרעת טובת הילד צריכה להיות על בסיס חוות דעת של מומחים ורק לעיתים נדירות בית המשפט יפסוק בניגוד לחוות הדעת של המומחים שם השופט יצרך להסביר בדקדוק ובנימוק למה סטה. במקרה שלנו הנמקת ביד"ר לא התמודדה עם מדוע סתרה את החלטות המומחים ובכך התעלם מעקרון טובת הילד.

**הסדרי המשמורת האפשריים:**

ההסדר הקלאסי: אחד ההורים מקבל משמורת והורה אחר מקבל זכויות ביקור – ביקור של פעמים וסופשים. לרוב, יש הילדים אצל האמא, יש את חזקת הגיל הרך ובודקים מסוגלות הורית. ביהמש ממנה מומחים מטעמו שיגישו לבית המשפט חוות דעת. רצון הילד הוא גם פרמטר – ככל שהוא יותר מבוגר נתחשב ברצון שלהם.

משמורת משותפת: נפוץ לאחרונה. יש לילד שני בתים שהוא נמצא בהם. מתי מחילים משמורת משותפת:

* מסוגלות הורית טוב הלשני הילדים
* מעורבות משמעותית
* קשר תקין בין הילד להורים
* מקום מגורים סמוך ותפיסת הילד את שני הביתים כבתים מרכזיים בחייו.
* שת"פ בין ההורים וטיב התקשורת בניהם
* רצון הילד

**שינויים בהסכם משמורת:**

ס.18 שת"פ: ההורים צריכים לשתף פעולה ולפעול תוך הסכמה. חוץ ממקרים מאוד דחופים צריך הסכמה על כל דבר.

ס.19 – הכרעת בית משפט: כאשר הורים לא הגיעו להסכמה בנוגע לרכוש הקטין רשאים לפנות לביהמש וגם כאשר אין להם הסכמה בענ יין אחר. בית המשפט ינסה להביא אותם להסכמה, או יכריע, או שישלח לבורר או גורם אחר.

**דוח שניט**

בשנת 2004 ציפי ליבני מינתה את ועד שניט שתבחן את אחריות ההורית. אחרי 6 שנים יצא דוח ועדת שניט שהמליצה לבטל את חזקת הגיל הרך. בעקבות ועדה זו יצאו המון הצעות חוק. לאחרונה יצאה הצעת חוק שביקשה לצמצם את חזקת הגיל הרך. שבמקרים שלא תהיה משמורת בת המשפט יגיע להכרעה תוך התחשבות בגורמים האחרים שפירטנו. יש לה 2 גרסאות. גרסה 1 עם דגש על חלוקה שוויונית וגרסה 2 שדיברה על יציבות. שהילד ישאר אצל ההורה שטיפל בו קודם. לעניין פעוט יש חריג – פעוט ישהה את האמא תוך הבטחת קשר עם האבא. ובהמשך ישקלו לנסח מה זה פעוט. ארגוני הנשים אמרו שגם כאשר יש משמורת חלקית ההורים רואים את הילדים. המחקרים הראו שאין פגיעה בפערי הכוחות ומשמורת משותפת לא משנה משהו. יש חשש שזה יגבה מחיר נפשי בילדים , התדיינויות ארוכות, חוסר קביעות ויציבות.