**מבוא**

**הקדמה**

1. **הבדל בין דיני משפחה לבין תחומים אחרים במשפט**
   1. בדיני חוזים למשל הדיון יעסוק בדין המהותי של דיני חוזים ויתקיים בבית משפט אזרחי. לעומת זאת, בדיני משפחה, לפני שמתחילים לעסוק בשאלה מה אומרים דיני משפחה /נישואין /גירושין /מזונות /ירושה וכו', תמיד צריך לשאול שתי שעלות מקדמיות:
      1. מה הערכאה המשפטית שמוסמכת לעסוק בנושא? יש שבתי דין דתיים, יש שאזרחיים ויש שגם וגם. לכן, למרות שמדובר בקורס מהותי, עדיין צריך לדון כשאלה מקדימה לכל נושא בדין הדיוני.
      2. בהתאם לנושא, גם השאלה מה הדין שיחול לא אחיד. יש נושאים בהם יחול משפט אזרחי שהוא תקף לכולם אבל יהיו דברי אחרים בהם הדין שונה לבעלי דתות שונות. בשל כך לא ניתן להגיד באופן מובהק "מה אומר הדין הישראלי בעניין נושא כזה או אחר בדיני המשפחה".
   2. האינטואיציה אומרת שאם מדובר בבית דין דתי הוא יפעיל דין דתי ואם מדובר בבית משפט אזרחי הוא יפעיל משפט אזרחי, אך זה לא המצב. מדובר בשתי שאלות שונות שמייצרות טבלה של 2X2 של תשובות, כך שבסופו של דבר יש ארבע אפשרויות:

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| **דין** | **ערכאה** | **דתית** | **אזרחית** |
| **דתי** | | ערכאה דתית שמפעילה דין דתי (1) | ערכאה אזרחית שמפעילה דין דתי (3) |
| **אזרחי** | | ערכאה דתית שמפעילה דין אזרחי (4) | ערכאה אזרחית שמפעילה דין אזרחי (2) |

* 1. דוגמאות
     1. נישואין וגירושין – מי דן בתביעה של זוג שאחד מהם רוצה להתגרש והשני לא. שאלה זו תעלה בפני בית דין דתי בהתאם למשפט הדתי. יש חריגים לכך אך המקרה הקונבנציונאלי הוא בהתאם לדין דתי בבית דין דתי.
     2. ירושה / אימוץ – בתחומים אלו כבר אין סמכות לבתי דין דתיים. הסמכות היא לבתי המשפט האזרחיים והם צריכים להפעיל משפט אזרחי. החריג לכך הוא שכל המעורבים מסכימים ללכת לבית דין דתי, אך אם אחד לא מסכים חייבים ללכת לבית משפט אזרחי.
     3. מזונות – מזונות אישה יכולים להיות גם בבית משפט וגם בבית הדין. מזונות ילדים בעבר חשבו שניתן בשתי הערכאות אך היום זה כמעט תמיד יהיה בבית משפט (אלא אם מסכימים לדון בבית הדין). עם זאת, גם כשזה בבית משפט, הוא צריך להפעיל דין דתי.
     4. בעבר האופציה של בית דין דתי שדן לפי דין אזרחי לא הייתה קיימת מאחר שהיה כלל לפיו הדין הולך אחר הדיין (ברגע שהסמכות לבית דין דתי, גם אם הנושא במקור אזרחי, צריך לדון בדין הדתי). עד שנת 96' זה היה הכלל. בפס"ד בבלי נקבע שנושא אזרחי שמגיע לבית משפט דתי (באמצעות הלכת הכריכה: כשמגישים תביעה לבית דין דתי מבקשים שהוא ידון בנושאים נוספים שנחשבים אזרחיים, כמו רכוש או אחזקת ילדים), ידון לפי המשפט האזרחי.

1. **מוסד הנישואין במשפט האזרחי**
   1. בארץ דיני המשפחה עוסקים הרבה בדין הדיוני (כמודגם לעיל) ומעט בדין דתי שעוסק בדיני נישואין וגירושין. נושאים אלו רלוונטיים למבנה המשפטי בישראל, ועולה השאלה איך דיני המשפחה נראים בשאר העולם. השאלה כיצד נראה מוסד הנישואין היא שאלה שצריך לעסוק בה בכל מדינה מתקדמת (איך ניתן לקבוע שזוג נשוי, איך ניתן לקבוע שהוא מתגרש, מה התוצאות הכלכליות של הגירושין והאם הן קשורות בשאלה מי סיים את הקשר ועוד). גם כשדיני המשפחה נמצאים בכללותם בתחום האזרחי עדיין צריך לעסוק בשאלות אלו, ובישראל, מאחר שהשאלה העיקרית היא איך מאזנים בין הדין האזרחי לדין הדתי, לא מגיעים לעסוק בשאלות אלו.
   2. מצד אחד, ניתן להסתכל על נישואין כחוזה, ואז ניתן ליישב את מוסד הנישואין עם הדין האזרחי. מצד שני, ברגע שעושים זאת עולות שאלות מהותיות לגבי אופן ההסתכלות על נישואין וגירושין. האם יש דרישת כתב להצעת נישואין? האם מסתכלים על בקשה להתגרש כהפרת חוזה? תשובה חיובית לשאלות אלו לכאורה פוגעת באופי הליברלי של המדינה.
   3. הסתכלות על דיני המשפחה כתחום המתקיים בדין האזרחי (ולא כתחום העוסק בעיקר במתח בין דין דתי לדין אזרחי) היא פרקטית הן בהיבט עתידי והן בהיבט פרקטי נוכחי.
   4. בהיבט עתידי, אם בישראל יהיו נישואין אזרחיים או מסלול חלופי אזרחי לברית זוגיות, שאלות לגבי דיני המשפחה בעולם האזרחי הן שאלות קריטיות. מפלגת "שינוי" הגישה הצעת חוק שמציעה נישואין אזרחיים, ובהצעה זו נקבע שבישראל יהיו נישואין אזרחיים ושהגירושין ידונו בבית משפט למשפחה, אך לא הוצע בחוק כלום באשר לדין המהותי. כעבור כמה שנים הייתה הצעה ממשלתית לברית זוגיות, שם דובר על זה שיהיה מסלול אזרחי הנקרא ברית זוגיות. ההצעה קבעה שיהיה רשם זוגיות שהוא אחראי גם על התרת הקשר. כמו כן, נקבע שאם החליט אחד מבני הזוג שברצונו להתיר את הקשר הוא צריך להודיע לרשם. הבעיה בהצעה זו היא שבן הזוג השני לא צריך אפילו לדעת על זה שהקשר מסתיים. בהסתכלות פרקטית, ברגע שרוצים ליצור מסלול אזרחי לנישואין וגירושין, צריך עדיין לשקול מה המשמעות של גירושין ובאיזו קלות ניתן להתיר נישואין. חשיבה זו טרם התבצעה בהצעות החוק שהוצעו עד היום.
   5. בהיבט הפרקטי הנוכחי, ניתן לראות שאכן קיימים היום מסלולים אזרחיים בארץ (ידועים בציבור, נישואין בקפריסין וכדו'). מכאן ניתן לראות שבתי המשפט האזרחיים מפתחים דיני משפחה אזרחיים בתחומים שהם לכאורה מסווגים כדין דתי. הבעיה בכך היא שמדובר בסוג של "ירי בתנועה", מאחר שלא חושבים האם יש כלים להגיע לתוצאה אזרחית נכונה. את הדין הדתי הם מפעילים כמו שהוא, ואת הדין האזרחי שלדעתם יש להפעיל, הם מפעילים באינטואיציה. דוגמה לכך היא שבתי המשפט בישראל רוצים להרחיב את מוסד הידועים בציבור ע"מ ליצור תחליף נישואין, על רקע הסברה שיש רבים שמתנגדים עקרונית למוסד הדתי. פעולה זו לא לוקחת בחשבון את אלו שאין להם בעיה עם הדין הדתי, אלא הם פשוט לא מעוניינים להתחייב כפי שמוסד הנישואין דורש. הרחבת מוסד הידועים בציבור למעשה כופה עליהם את מוסד הנישואין ולא מתחשב ברצון שלהם להימנע מהתחייבות שכזו. אדם שמתחתן מבין שהוא עושה פעולה משפטית שמשפיעה עליו בתחומים שונים (כגון צוואה), אך כשבני זוג עוברים לגור יחד ומבקשים להיות ידועים בציבור הם לאו דווקא יחשבו על כך ולכן החלה של בית המשפט האזרחי את דיני הנישואין עליהם במחשבה על ידועים בציבור כתחליף אזרחי תהווה פגיעה ברצון הצדדים.
   6. כששמים לב שמתפתחים דיני משפחה בדין האזרחי צריך לשאול שתי שאלות:
      1. איך בונים את תחום דיני המשפחה כתחום אזרחי?
      2. איך עושים התאמות לכך שקיימים בישראל דיני המשפחה בדין הדתי?
   7. העובדה שקופצים מיד לשלב השני גורמת לנו לפספס נקודות מבט שלא חושבים עליהן. ע"מ לא לפספס נקודות מבט אלו צריך להרחיק את המבט ולעסוק בשאלה הראשונה. לכן בכל תחום שעוסקים בו יש ראשית לדון בו כתחום אזרחי עצמאי ואז לעבור לדון בו בהקשר של המשפט הישראלי.

**מבנה הקורס**

1. הקורס בנוי משני חלקים:
   1. דיני הזוגיות – היחסים בין בני הזוג. "היחסים האופקיים". חלק זה יתחיל בשאלה של כשירות וצורת החתונה. בהמשך נדון במי שלא יכול להתחתן ומה החלופה לנישואין (ידועים בציבור, נישואין אזרחיים בחו"ל ונישואין פרטיים). לאחר מכן נדון בחיי הנישואין עצמם. בהמשך נדון בדיני גירושין ובתוצאות הגירושין. לבסוף נדון בדיני ירושה בקצרה.
   2. יחסי הורים וילדים – הקו המאונך. חלק זה יתחיל בשאלה מי נחשב הורה מבחינה משפטית. התשובה הרשמית היא מאוד פשוטה (הורה הוא מי שהילד נולד לו, עם חריג של אימוץ). עם זאת, תשובה זו לא מאוד מדויקת, ולצד התשובה הביולוגית והתשובה של האימוץ, יש תשובות נוספות (למשל, אב הוא בן הזוג של האם). בהמשך נדון בשאלה מה ההשלכות של להיות הורה (חובות, זכויות, סמכויות). לאחר מכן נדון בשאלות של סכסוכים בין הורים לגבי ילדים (משמורת, חינוך). לבסוף נדון באימוץ בקצרה.
   3. בשני החלקים הקשר ילווה כרונולוגית, ותמיד בשלב ראשון נחשוב על מה קורה מחוץ לישראל ואז נעבור למה שקורה בישראל.
   4. לפני חלקים אלו יהיה מבוא שחלק אחד ממנו יכלול דיון בדיני המשפחה בעולם המערבי וחלק שני יעסוק בדיני המשפחה בישראל.

**מבוא כללי – היסטוריית דיני המשפחה האזרחיים**

**המאה ה-19**

1. בתקופה זו כמעט בכל העולם המערבי נישואין הוגדרו כמוסד אזרחי. הם נדונו בבית משפט למשפחה והנישואין והגירושין בוצעו בהליכים אזרחיים. הסתכלו על חוזה נישואין כחוזה ככל חוזה אחר. עם זאת, דיני הגירושין התנהלו באופן שהיה קשה להתאים לצורת הסתכלות זו.
2. **דיני הגירושין** – אפילו הסכמה של שני הצדדים לא מספיקה. עד 1960 אין מדינה בעולם המערבי שאפשרה גירושין בהסכמה של שני הצדדים בלבד. היה צורך בעילת גירושין שתהיה במונחים של אשמה. משמע, אחד הצדדים צריך להוכיח לביהמ"ש שהצד השני לא היה בסדר (הפר את כללי הנישואין), ורק אם אחד מבני הזוג מצליח להוכיח שהשני אשם השופט יכריז על התרת הנישואין. להסכמה אין משמעות. באופן אירוני, אם כל צד מוכיח שהשני אשם לא ניתן להכריז על גירושין. צריך תמיד שיהיה צד אשם וצד זכאי. סוגיה זו הובילה לכך שבני זוג מסכימים להתגרש ולכן הם מחליטים מי מהם אשם ע"מ להציג זאת לביהמ"ש ולהוביל לגירושין. כאשר מתגרשים, בניגוד לציפייה לפיה ברגע שמתגרשים הקשר מסתיים וזה הכול, הקשר לא מתנתק לחלוטין. היה מושג שנקרא "alimony" שהם סוג של מזונות. למזונות אלו שלוש תכונות: הם מגדריים (הגבר משלם לאישה), הם בלתי מוגבלים בזמן (משלמים עד שאחד מת או עד שהאישה תתחתן מחדש) והם תלויים באשמה (רק במקרה בו הבעל אשם הוא מחויב לשלם אותם. ברגע שהאישה אשמה היא לא הייתה מקבלת מזונות).
3. **תפיסה ציבורית** – מאפיין מעניין של התקופה הוא שיש מונופול על נישואין (ילד מחוץ לנישואין הוא לא הילד שלך). זוג שחי כידועים בציבור לא מקבל זכויות הדדיות. עד 1960, גם אם בני זוג חיים כידועים בציבור והם כותבים הסכם לפיו הם לא רוצים כלום מהמדינה אבל כן רוצים שהגבר ישלם מזונות, ההסכם יחשב בטל. לבעל הייתה זכות לקבוע את מקום המגורים של המשפחה (הוא המפרנס ולכן הוא קובע איפה המשפחה תחיה), כך שאם יהיה הסכם לפיו האישה מפרנסת ולכן היא קובעת את מקום המגורים הסכם זה יהיה בטל. מכאן שדיני הנישואין הם קוגנטיים באותה התקופה. חשוב לזכור שבאותה העת כשנאמר חופש החוזים התכוונו לזה במלוא מובן המונח, כך שכל איום על חוזה דוגמת תקנת הציבור נתפס כאיום ממשי שצריך להימנע ממנו. מכאן נראה תמוה איך דווקא דיני המשפחה הם מובלעת בדיני החוזים בהם ניתן להשתמש בתקנת הציבור ע"מ לפסול חוזים בין צדדים כאשר מדובר בבני זוג שרוצים להתנות על דיני נישואין וגירושין. שאלה זו הטרידה את ביהמ"ש העליון הפדרלי בארה"ב ב-1910 בפס"ד מיינרד נגד היל. בפס"ד זה נידון מקרה בו הייתה הסכמה להתגרש וביהמ"ש לא קיבל אותה וביקש עילה. הצדדים טענו שאם שניהם מסכימים צריך לתת להם להתגרש. ביהמ"ש אמר שנכון שנישואין הם חוזה, אבל מדובר בחוזה מסוג מיוחד שלו שלושה צדדים: בני הזוג והמדינה. קביעה זו מזכירה שאלה דומה שהתעוררה בז'נבה בתחילת המאה ה-16. באותה העת הקתוליות קבעה שהנישואין הם מושג דתי אלוהי בעוד שהפרוטסטנטים (קלווין ולותר) טענו שמדובר בחוזה. למרות שהם אמרו את זה הם חשבו שצריך שבית הדין הדתי יעסוק בזה. אנשים באו לבית הדין של קלווין ושאלו למה אי אפשר להיפרד אם הצדדים מסכימים. קלווין הסביר שנכון שמדובר בחוזה, אך מדובר בחוזה עם שלושה צדדים: בני הזוג והאל. תפיסה זו היא למעשה התפיסה הציבורית של הנישואין, לפיה בניגוד לחוזה הרגיל שמחייב רק את שני הצדדים לו, חוזה נישואין עוסק ב"תיאולוגיה אזרחית" (עקרונות אזרחיים שמצדיקים את העובדה שביהמ"ש יתערב ביחסים בין הצדדים). למעשה לחוזה נישואין יש השלכות נוספות שאין לחוזה סטנדרטי (השלכות רוחב נוספות). פס"ד ריינולדס – עסק בביגמיה. ריינולדס טען שפגעו לו בחופש הדת, מאחר שבדת שלו ריבוי נשים מבורך. ביהמ"ש קבע שאכן חופש הדת חשוב, אך לצד זאת יש מאפיינים חשובים שלא קשורים לדת ועוסקים בהיבטים תרבותיים. אחד ממאפיינים אלו הוא המונוגמיה.
4. **תפיסה יחידתית** – היבט נוסף שמאפיין גישה זו הוא התפיסה היחידתית של הנישואין. העולם הפאודלי חשב במונחים של תרכובות; לאדם אין זכויות פרט, הזכויות שלו נגזרות מהמחויבות שלו לאציל. אם חושבים על העולם במאה ה-19 רואים שברוב התחומים עברו ממודל של תרכובת למודל של תערובת (יש יחידים נפרדים ולכל אחד זכויות משלו). החריג לכך הוא דיני המשפחה. לא מספיק שבני זוג רוצים לסיים את הקשר, צריך לתת סיבה ושיהיה צד אחד אשם וצד שני זכאי. מעבר לכך, גם אחרי הגירושין יש את המזונות שהגבר צריך לשלם לאישה אם הוא אשם, מה שמוסיף לפגיעה ביכולת של בני הזוג לחזור להיות פרטים עצמאיים. חלק מהגישה היחידתית אומר שהאוטונומיה המשפחתית היא דבר שצריך לכבד, ולכן מוכנים לפגוע בזכויות של היחידים במידה מסוימת ע"מ לשמר את חוזה הנישואין. לפני המאה ה-19 היה מותר לבעל להכות את אשתו ולכן ההגנה שלו בתביעה מצד אשתו תהיה שזה מותר לו. במאה ה-19 אסור היה לבעל להכות את אשתו, אך ההגנה שלו הייתה שאסור לביהמ"ש להתערב ביחסים שלו עם אשתו.
5. **תפיסה מגדרית** – לא דיברו במונחים של בני זוג והורים, אלא במונחים של בעל, אישה, אבא ואמא. גם כאן יש התפתחות מעניינת. במאה ה-18 הציור המשפחתי הוא היררכי (האב הוא ראש המשפחה לכן הוא שולט ברכוש וקובע את חינוך הילדים). במאה ה-19 במשפט האנגלו-אמריקאי האידיאולוגיה היא של מתחמי אחריות שונים (הבעל הוא האחראי על פרנסת המשפחה והאישה אחראית על משק הבית). זה הוביל לחזקת הגיל הרך, לפיה נקבע שבמחלוקת בנושא משמורת האם תקבל משמורת. תפיסה זו הרבה פעמים נלמדת מנושא הגירושין, מאחר שעילות גירושין שונות מלמדות על חובות מגדריות בחיי הנישואין (למשל, לא יגדירו מראש שהבעל צריך לפרנס אבל אם לא יפרנס תהיה לאישה עילה להתגרש ממנו).
6. תפיסות אלו נכונות ברוב העולם המערבי עד פחות או יותר 1970. בעשורים האחרונים של המאה ה-20 יש סדרה דרמטית של שינויים.

**המאה ה-20**

1. **דיני גירושין** – השינוי הבולט ביותר קורה בדיני הגירושין. דיני גירושין עוברים ממודל מוחלט של אשמה למודל של גירושין ביוזמה חד צדדית ללא אשמה. למעשה, כל צד יכול להשיג את הגירושין ללא הסכמה של בן זוגו וללא הוכחת אשמה. תהליך המחשבה הוא שראשית מבינים שאם שני בני הזוג מבקשים להתגרש צריך לתת להם להתגרש. הליך מחשבתי זה לקח הרבה זמן, וגם כדי להגיע אליו היו צריכים ליצור עילת גירושין חדשה לה קראו התמוטטות בלתי הפיכה של מערכת היחסים. בית המשפט יודע לקבוע שמערכת היחסים התמוטטה ברגע ששני בני הזוג מבקשים להתגרש. השלב הנוסף הוא מחשבה על מקרה בו אחד רוצה להתגרש והשני לא רוצה. מכאן המהלך השני שקרה בדיני הגירושין הוא לאפשר גירושין במצב כזה. גם כאן השופטים טענו שאם אחד הצדדים מבקש להתגרש ניתן לטעון שהקשר התמוטט באופן בלתי הפיך. הליך זה לא קרה באותה הצורה בכל המדינות. יש מדינות בהן יש גירושין לפי דרישה, אך יש מדינות בהן אם אין טענה זולת הטענה שרוצים להתגרש הגירושין ייקחו זמן רב. הקו הכללי הוא קו שאומר שאפשר להשיג גירושין בהסכמה די בקלות.
2. **דיני מזונות** – שינוי משמעותי נוסף קורה בהקשר של דיני המזונות. בעולם החדש השאיפה היא שלא יהיו דיני מזונות לבן הזוג (Alimony), אלא שתהיה פרידה חדה (Clean Break). אם בכל זאת יש מזונות לבן הזוג זה יהיה במודל מצומצם והתכונות שלו יהיו הפוכות למה שהיה בעבר: הוא עיוור מגדר (מי שהיה נתמך במהלך השנים יקבל את המזונות); הוא מתקיים במודל של מזונות משקמים (לטווח מוגבל בזמן); אין צורך להוכיח אשמה ע"מ לקבל מזונות.
3. **חופש החוזים** – בניגוד למגמה במאה ה-19 שלא אפשרה לבני זוג לכרות הסכם שנוגד את מה שהיה מקובל ביחס לקשר של בני זוג, כעת הייתה הרבה פחות התערבות במה שבני זוג מסכימים ביניהם.
4. **הבחנה בין נישואין לידועים בציבור** – הגבול בין בני זוג נשואים לידועים בציבור מטשטש. יש אפילו מדינות שגם בלי הסכם של ידועים בציבור יניחו על בסיס חיים משותפים של בני זוג שהם מקיימים חיים משופתים בדומה לזוג נשוי.
5. **התערבות בזהות בני הזוג** – פחות מתערבים בזהות בני הזוג ובשאלה למי מותר להינשא ולחיות יחד. דוגמה בולטת לכך היא התרת נישואין חד-מיניים.
6. מכל זאת ניתן למצוא שלושה סיפורי משנה שמצביעים על הליברליזציה של דיני הזוגיות: הפרטה (מעבר ממוסד ציבורי למוסד פרטי); אינדיווידואליזציה (מעבר מגישה יחידתית לגישה של אוסף יחידים); מהפיכה שוויונית (מעבר ממערכת תלוית מגדר למערכת שמנסה להיות עיוורת מגדר).
7. **מוסד פרטי** – בעוד שבמאה ה-19 המדינה הייתה שחקן בנישואין, במאה ה-20 מאמצים גישה פרטית לנישואין. ברמה הסוציולוגית המדינה אומרת שהמשפחה לא חשובה בשביל היבטים מטריאליים, היא חשובה רק בהיבט הרגשי. ההיבט הרגשי לא מעניין את המדינה ולכן מדובר בעניין אישי של הצדדים. ברמה המוסרית, המדינה פחות מעוניינת לקבוע עבור אזרחיה מה מוסרי ומה לא מבחינת חיי משפחה.
8. **גישה של יחידים** – עוברים ממודל שמדגיש את היחידה המשפחתית למודל שצריך להדגיש את היחיד בתוך המשפחה. גירושין ביוזמה חד צדדית ללא אשמה מצביעה על מעבר לגישה זו. מכאן גם מבינים את הרצון להפחית את תשלומי המזונות לבן הזוג ולהביא לפרידה חדה.
9. **מהפיכה שוויונית** – לא מדברים על אבא ואמא, מדברים על הורים. בית המשפט מנסה לא לדבר בשפה מגדרית. בדיני מזונות יקבעו ששני ההורים מחויבים במזונות ילדיהם בהתאם ליכולתם. בחלק גדול ממדינות ארה"ב ואירופה יבטלו את חזקת המשמורת לטובת האם ויתחילו לבחון את טובת הילד.
10. בעבר המחשבה הייתה שגישות חדשות אלו הן הנכונות נורמטיבית. אם רוצים לטעון טיעון משכנע צריך לדבר בשפה שתואמת את הפרטיות, האינדיווידואליזם והשוויוניות בנישואין. בשלב מסוים זה נהיה יותר מורכב.

**המאה ה-21**

1. ברמה הפוזיטיבית, בחלק מהתהליכים יש מחשבה מחודשת ולא בטוח שמי שחגג את הרפורמות עדיין מאושר מהן. בנוסף, מבחינת תפיסת עולם מתגלה תמונה מורכבת.
2. **פמיניזם ליברלי** – לינור ויצמן ניסתה לבדוק את התוצאות של הרפורמות בדיני הגירושין, והיא הייתה בטוחה שהיא תמצא ממצאים מאוד טובים מאחר שהרפורמות הביעו בדיוק את מה שליברל פמיניסט מאמין בו. המחקר בוצע והממצאים הפתיעו, מאחר שהתברר שרמת החיים הממוצעת של גברים בעקבות גירושין עלתה בעוד שרמת החיים הממוצעת של נשים בעקבות גירושין ירדה. אנשים ניסו לבצע בדיקות דומות במדינות אחרות והתברר שהמגמה זהה, ואכן התוצאה הכלכלית בעקבות הרפורמות הייתה גרועה לנשים. מתברר שחלק גדול מהנשים חיו בהסדר הישן, הן נשארו לתפעל את הבית ולא יצאו לעבוד, לכן כשהתגרשו היו צריכות לפתע למצוא עבודה. ניתן לחשוב על הסדרים מיוחדים עבור נשים שחיות בהסדר הישן עליהן יחילו את השיטה הישנה שאינה עיוורת למגדר, אך אופן פעולה זה כנראה לעולם לא יביא למערכת משפט עיוורת מגדר ורק ינציח את השיטה הישנה.
3. **משמורת** – כאמור, בעבר הייתה חזקת משמורת לאם. כחלק מהמעבר לשוויון החלו לבחון את טובת הילד, מה שהכניס את האבות למשוואה. בנושא זה בוצע מחקר בוויסקונסין בו בדקו הסכמי גירושין לפני ואחרי השינוי בחוק. המחקר גילה שמבחינת מה שהצדדים קבעו בהסכם כמעט לא היה הבדל, ב-90% נקבע שהילדים ילכו לאם. מה שכן חל זה ירידה משמעותית במזונות ילדים. מה שקרה הוא שכוח המיקוח של הנשים ירד, מאחר שהגברים יכולים לדרוש משמורת אלא אם האישה תסכים לקבל פחות מזונות. פתרון אפשרי הוא להסתכל על טובת הילד עם סייג של חזקות. דוגמה לחזקה אפשרית היא חזקת המגדל העיקרי (מי שגידל בפועל את הילד יכול לבקש משמורת, ומי שלא לא יכול לבוא לפתע ולטעון שהוא מעוניין במשמורת).
4. המשמעות היא שבמקום להסתכל על תהליכים אלו כחץ חד כיווני, יש להסתכל עליהם כמתח בין שתי שיטות שמקדמות אינטרסים שונים. כל הזמן צריך לחשוב על אילו אינטרסים רוצים לקדם ועל האם המצב במציאות אכן מקדם אינטרסים אלו, ובהתאם לכך להתאים את הגישה שפועלים לפיה.

**סיכום** –עד עכשיו למדנו כלי עבודה בצורה של שפה. כשנדבר במהלך הקורס על נושאים בדיני משפחה חלק מהשיקולים יהיו ציבוריים ושיקולים אחרים יהיו פרטיים. סוג אחד של שיקולים יביא לידי ביטוי את רצון בני הזוג להיתפס כפרטים נפרדים בעוד שסוג אחר יסתכל על זוג נשוי כיחידה אחת. שיקולים מסוימים ייקחו בחשבון שיקולים הנוגעים למגדר בעוד שאחרים יבקשו להתעלם ממגדר.

**עקרונות בסיסיים של סמכויות שיפוט**

**באילו נושאים עוסקים דיני המשפחה**

1. **ענייני המעמד האישי** – בד"כ מדובר בענייני נישואין וגירושין.
2. **ענייני מזונות** – מזונות לילדים / אישה (מזונות אישה ניתנים עד סוף הנישואין) או מדור (לפי היהדות האישה זכאית למדור משמע קורת גג בתקופת הנישואין).
3. סכסוכים הנוגעים לסכסוכים בתוך המשפחה על סכומים שונים יגיעו לבית משפט לענייני משפחה.
4. תביעה לאבהות או לאמהות.
5. תביעה והליכים לפי חוקים שונים (המצוינים בחוק).
6. **בן משפחה** – בן זוג (כולל גם ידועים בציבור ובני זוג לשעבר), ילד, הורים, נכדים, הורי הורים, אחים ואחיות.

**המאפיינים המרכזיים של דיני המשפחה בישראל**

1. **שתי מערכות דינים – דתית ואזרחית**
   1. מהם ענייני המעמד האישי שחל עליהם דין דתי
      1. סימן 47 לדבר המלך במועצתו קובע ש"בכפוף להוראות חלק זה של דבר מלך זה יהא לבתי המשפט האזרחיים גם שיפוט **בענייני המעמד האישי**, כמוגדר בס' 51, של אנשים בישראל. **בשיפוט זה ישתמשו** בהתאם לכל חוק, פקודה או תקנות שיונהגו או יוחקו להבא, ובכפוף לאלה, **לפי הדין האישי החל**".
      2. כיום, ענייני המעמד האישי עליהם חל דין דתי כוללים נישואין וגירושין וכן מזונות אישה.
      3. לגבי מוסלמים – חוק הפרוצדורה העות'מאנית, לכן גם על נושא האבהות חל הדין הדתי.
   2. ההתערבות החקיקתית שצמצמה את ענייני המעמד האישי
      1. אימוץ ילדים – בנושא זה חל החוק האזרחי (חוק אימוץ ילדים).
      2. ירושה – חוק הירושה קבע שעל נושא זה יחול הדין האזרחי.
      3. אפוטרופסות ומשמורת – בנושא זה חל חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות.
   3. ההתערבות הפסיקתית שצמצמה את ענייני המעמד האישי
      1. *בג"ץ בבלי נ' בית הדין הרבני הגדול (94')* – שני בני זוג שמתגרשים. התחתנו לפני שנחקק חוק יחסי ממון, אך כבר הייתה הלכת השיתוף שקבעה שהחלוקה תהיה 50/50. בני הזוג ביקשו לחלק את הרכוש. האישה ביקשה 50/50, אך בית הדין הרבני רצה להחיל חוק דתי. לפי החוק הדתי האישה אמורה לקבל פחות מחצי. האישה עתרה לבג"ץ וביקשה שיקבעו שעליה לקבל חצי מהרכוש. נושא זה מגיע לברק, שקובע שבנושא חלוקת הרכוש חל החוק האזרחי, גם כאשר הוא נידון בבית דין דתי.
      2. התוצאה בפועל היא שאנשים מדתות שונות יגיעו לתוצאות שונות בהתאם לדת שלהם. לדוגמה, ביהדות גבר צריך לתת גט והאישה צריכה לקבל את הגט. בנצרות רק לבית הדין יש את הכוח לפרק את הנישואין. באסלאם, כעקרון הגבר הוא בעל הכוח לגרש אבל במקרים מסוימים בית הדין יכול להכריז על גירושין.
2. **שתי ערכאות שיפוט – דתית ואזרחית**
   1. בתי משפט אזרחיים – בית המשפט לענייני משפחה 🡨 בית המשפט המחוזי 🡨 בית המשפט העליון.
   2. בתי דין רבניים – בתי דין אזוריים 🡨 בית הדין הגדול.
   3. עילות עתירה לבג"ץ
      1. העתירה מתבצעת מכוח חוק יסוד: השפיטה (ס' 15(ג)+(ד)).
      2. חוסר יישום להוראת חוק אזרחית – בית הדין היה צריך להחיל דין אזרחי על נושא מסוים אך החליט להחיל דין דתי.
      3. עניינים שאינם בסמכות הערכאה – דוגמת מזונות ילדים. מזונות ילדים הוא נושא שבית הדין יכול לדון בו רק בהסכמת שני הצדדים.
      4. פגיעה בכללי הצדק הטבעי – למשל מקרה בו בית הדין נתן לצד אחד בלבד להתבטא או מקרה של היעדר הנמקה.
   4. שאלת סמכות הדיון
      1. סעיף 1 לחוק שיפוט בתי הדין הרבניים: "ענייני נישואין וגירושין של יהודים בישראל אזרחי המדינה או תושביה יהיו בשיפוטם הייחודי של בתי הדין הרבניים". סעיף זה נחרץ מאוד ומעניק סמכות בלעדית בענייני נישואין וגירושין לבתי הדין הרבניים.
      2. *סמכות מקבילה* – סמכותו של בית הדין הדתי בעניינים אלה נרכשת בכמה דרכים:
         1. שיפוט אגב בגירושין (בהתאם לס' 3 לחוק שיפוט בתי דין רבניים, "כריכה") – כבר דנים בגירושין בבית הדין ועולים נושאים נוספים שאמורים להתדיין בבית משפט אזרחי, אך לא רוצים להרבות בדיונים ולכן דנים בהם בבית הדין הרבני. מספיק שצד אחד ביקש לבצע כריכה ושבית הדין יסכים לדון בכך.
         2. שיפוט על פי הסכמה (בהתאם לס' 9 לחוק שיפוט בתי הדין הרבניים) – ברגע שהצדדים מסכימים לדון בבית דין רבני יש לו הסמכות לדון בנושא. זאת גם כאשר בברירת המחדל אין לבית הדין סמכות לדון בכך.
         3. שיפוט בענייני מזונות (בהתאם לס' 4 לחוק שיפוט בתי הדין הרבניים) – אישה שתובעת מזונות אישה (שחלים עד הגירושין) יכולה להחליט שבית הדין הרבני ידון בעניין. גם אם אין הליך גירושין האישה יכולה לבחור לאן היא פונה, אם לאזרחי או לדתי.

**הסמכויות והדינים שחלים בדיני המשפחה**

1. **ענייני נישואין וגירושין**
   1. ענייני נישואין – טענה לגבי תוקפם של נישואין, שאלת הכשירות להינשא, תביעה לשלום בית (בקשה מבית הדין להשלים בין בני הזוג).
   2. ענייני גירושין – תביעת גירושין.
   3. הסמכות – ס' 1 לחשב"ד.
   4. הדין – ס' 2 לחשב"ד: "נישואין וגירושין של יהודים ייערכו בישראל לפי דין תורה".
   5. חקיקה נוספת רלוונטית – ס' 47 ו-51 לדבר המלך במועצה.
2. **מזונות אישה**
   1. הסמכות – סמכות מקבילה (לכרוך בבית דין רבני או בבית משפט אזרחי).
   2. הדין – דין דתי.
3. **מזונות ילדים**
   1. הסמכות – בית הדין יכול לקבל סמכות רק בהסכמת הצדדים (ס' 9).
   2. הדין – שנים רבות חל על מזונות ילדים דין דתי. כיום, בהתאם לפס"ד מהשנים האחרונות, מזונות הם תחום אזרחי ומכאן שהם יותר שוויוניים. עם זאת, בתי הדין הרבניים רוצים להחיל דין דתי על מזונות ילדים ולכן לא ברור מה עתיד צופן.
4. **רכוש**
   1. הסמכות – סמכות מקבילה, אלא אם כן זה כרוך (ס' 3).
   2. הדין – דין אזרחי (בהתאם לבבלי).
5. **משמורת**
   1. הסמכות – סמכות מקבילה, יכול להיות כרוך.
   2. הדין – דין אזרחי (חוק הכשרות).
6. **אימוץ ילדים**
   1. הסמכות – סמכות מקבילה. בית הדין דן רק בהסכמת הצדדים.
   2. הדין – דין אזרחי.
7. **ירושה**
   1. הסמכות – סמכות מקבילה. בית הדין דן רק בהסכמת הצדדים.
   2. הדין – דין אזרחי.
8. **חוק הסדר התדיינויות** – כל תביעה בעניין של סכסוך משפחתי נפתחת בהגשת בקשה ליישוב סכסוך. בקשה זו מוגשת ליחידות הסיוע ולא לבתי המשפט.

**זיקה עניינית וכריכה**

**זיקה עניינית**

1. כאמור, לפי ס' 1 לחוק שיפוט בתי הדין הרבניים לבתי הדין הרבניים סמכות ייחודית לדון בענייני נישואין וגירושין. סעיף זה חל על יהודים בישראל שהם אזרחים או תושבי המדינה. עולה השאלה, מהם ענייני הנישואין וגירושין?
2. **ענייני הנישואין**
   1. תוקף נישואין או בטלותם.
   2. כשרות להינשא – בג"ץ גיתייה נ' הרבנות הראשית. מר גיתייה, בן העדה הפלאשית, מאמין שהוא יהודי ומעוניין להתחתן עם יהודייה. הוא פנה למועצה הדתית וביקש שירשמו אותו לנישואין. מחלקת הרישום אומרת שהוא צריך להביא אישור שהוא יהודי ויכול להינשא, לכן עליו לפנות לרבנות הראשית. ברבנות נקבע שהוא מבחינתה לא יהודי, וכדי להירשם הוא צריך לעבור גיור. גיתייה מגיש בג"ץ בנושא ובבג"ץ נקבע שהנושא של כשרות להינשא נמצא בסמכות בלעדית של בית הדין הרבני.
   3. שלום בית – בג"ץ נעים נ' בית הדין הרבני. אישה שמגישה תביעה לשלום בית (בקשה מבית הדין לנסות לשקם את היחסים של בני הזוג) ומקבלת שלושה צווים: 1. צו העוסק בוילה משותפת של הזוג. לבני הזוג יש וילה שהם רכשו יחד. האישה מבקשת מבית הדין שהבעל לא יפריע לה לגור שם; 2. צו של הביקורים של הבן אצל האב. האישה ביקשה למנוע מהבעל לקחת את הילד שלהם לביקורים בבית בו הוא גר כעת עם הפילגש; 3. צו להחזרת התמונה לבית. האישה טענה שהבעל הוציא תמונה כלשהי מהבית וביקשה שהוא יחזיר אותה. הבעל מתרעם ומגיש על כך בג"ץ, בטענה שאין לבית הדין סמכות לדון בעניינים אלו מאחר שאינם קשורים לשלום בית. לגבי הצו הראשון בג"ץ לא מקבל את טענת הבעל וקובע שאכן מדובר בדבר מה שקשור לשלום בית ולכן הוא בסמכות בית הדין. לגבי הצו השני בג"ץ קובע שלא מדובר בעניין של שלום בית אלא נושא של משמורת. באותו מקרה כבר יש תביעת משמורת בבית המשפט האזרחי, ולכן יש לקבל הכרעה בנושא בבית המשפט האזרחי. לגבי הצו השלישי בג"ץ קובע שמדובר בעניין רכושי שלא נוגע לשלום בית ולכן לבית הדין לא הייתה סמכות להוציא את הצו.
3. **ענייני הגירושין**
   1. תביעת גירושין ומתן פסק דין גירושין.
   2. תביעה בעניין הפרת הסכם גירושין – ע"א מרום נ' מרום. בני זוג שמחליטים להיפרד אחרי תקופה קצרה. הם חותמים על הסכם לפיו הבעל ייתן לאישה גט והאישה תקבל אותו בהתאם לתנאים המופיעים בהסכם. האישה מגישה תביעה לבית משפט אזרחי בטענה שהבעל הפר את ההסכם, מאחר שבהסכם הוא הבטיח שהוא ייתן לה גט אך כעת הוא מסרב לתת לה גט. האישה רוצה סעד של אכיפה מבית המשפט האזרחי. בבית המשפט האזרחי נקבע שהסמכות לדון בנושא היא של בית הדין הרבני מאחר שזה עוסק בגירושין. הסוגייה הגיעה לעליון, שם קבע השופט קיסטר שענייני הסכמי גירושין וההתחייבויות שקשורות בהם, הם בגדר "עניינים של נישואין וגירושין". על כן זה נמצא בסמכות בית הדין הרבני. השופט ברנזון מוסיף נימוק נוסף של חשש לגט מעושה (הגט צריך להינתן מרצון, ואם יש חשש שכפו על הבעל את מתן הגט יכולים לקבוע שהגט לא תקף). כדאי שהנושא יגיע לבית דין רבני שיוודא שאכן הגט ניתן מרצון ושלא מדובר במצב של גט מעושה.
4. **מה לא נכלל בענייני נישואין וגירושין**
   1. תביעות הנוגעות לרכוש ויחסי ממון בין בני זוג – לדוגמה, הלכת שיתוף נכסים (בג"ץ בבלי – בית הדין הרבני קבע את חלוקת הרכוש בין בני הזוג אך בג"ץ קבע שנושא הרכוש הוא לא נושא של נישואין וגירושין לכן לא חל עליו הדין הדתי).

**כריכה**

1. לפי ס' 3 לחוק שיפוט בתי דין רבניים, ברגע שמוגשת לבית הדין תביעת גירושין הוא יכול לדון גם בכל עניין הכרוך בתביעת הגירושין (רכוש, מזונות אישה, משמורת). ע"מ שתהיה כריכה בעלי הדין צריכים לבקש מבית הדין לדון בעניינים הנוספים אותם הם מבקשים לכרוך.
2. **רציונאלים מאחורי מנגנון הכריכה**
   1. חסכון בזמן.
   2. מניעת מצבים של החלטות סותרות בין הערכאות.
   3. וידוא כי אותו השופט/דיין עוסק בתיק מתחילתו עד סופו.
3. **בעייתיות (מרוץ סמכויות)** –היכולת לכרוך מובילה למציאות בה יש שתי ערכאות שונות שיש להן סמכות לדון באותם הנושאים. כל אחד מבעלי הדין מנסה לתפוס את סמכות הערכאה שעדיפה לו מבחינה טקטית.

**הגבלות על מנגנון הכריכה**

1. **שלב מקדים – באילו מצבים אפשר לכרוך**
   1. ניתן לכרוך אך ורק לתביעת גירושין. אם הצדדים עדיין לא מתגרשים ואחד הצדדים מעוניין שבית הדין ידון בנושא כלשהו בלי שיש תביעה, אין לבית הדין סמכות לדון.
   2. הסכם גירושין שכרוכים בו עניינים שונים – בג"ץ עמרני נ' ביד"ר הגדול. גבר ואישה ערכו הסכם גירושין ביניהם ומגיעים לבית הדין הרבני בבקשה להתגרש. בהסכם הם מתייחסים לדירת המגורים שלהם ולנושא החלוקה שלה בין בני הזוג. בית הדין מאשר את ההסכם ונותן לו תוקף של פס"ד. לאחר אישור ההסכם, הגבר הגיש בג"ץ בטענה שהוא הגיע לבית הדין עם הסכם, ושלא הוגשה תביעת גירושין. על כן לא אמורה להיות לבית הדין סמכות לכרוך. בג"ץ קבע שלבית הדין יש סמכות, מאחר שמדובר למעשה בכריכה בהסכמה. שני הצדדים יחד הגיעו לבית הדין הרבני בבקשה שידון בהסכם. זה לא משנה איך הליך הגירושין בא לעולם. לבית הדין יש סמכות לכרוך הסכם גירושין.
   3. לא ניתן לכרוך לתביעה לשלום בית – פס"ד ברמן נ' ברמן. הגבר מגיש לבית הדין תביעה לשלום בית ומבקש שבית הדין ידון במשמורת. הנושא מגיע לעליון ועולה השאלה האם במסגרת תביעה לשלום בית בית הדין יכול לדון במשמורת. בעליון נקבע שאם אין תביעת גירושין, לא ניתן לכרוך. לתביעה לשלום בית לא ניתן לכרוך.
   4. כשתביעת הגירושין נדחית נופלת עמה גם כל תביעה שנכרכה בה – פס"ד יהלומי נ' יהלומי. אישה שמגישה תביעת גירושין לבית הדין הרבני ומבקשת לכרוך נושא הקשור לרכוש. בית הדין אומר שהוא לא מקבל את תביעת הגירושין. האישה מגישה תביעה לחלוקת רכוש לבית משפט אזרחי. הבעל טוען שהוגשה תביעת גירושין ושהסמכות אמורה להיות בבית הדין הרבני. הנושא מגיע לעליון שם נקבע שברגע שתביעת הגירושין נפלה כל התביעות הכרוכות איתה גם נופלות. בשל כך יש לדון בנושא בבית המשפט האזרחי.
   5. לא ניתן לכרוך לאחר הגירושין – בג"ץ 2898/03 פלונית נ' ביה"ד הרבני הגדול. בני זוג שאחרי הגירושין שלהם האישה פונה לבית משפט אזרחי בבקשה להגר עם הילדות. הבעל מגיש תביעה לבית דין רבני ומבקש שהוא ידון במשמורת ובהגירה. במצב כזה לא ניתן לכרוך מאחר שהליך הגירושין תם. מרגע שהסתיימו הגירושין כבר לא ניתן לכרוך.
2. **הגבלות הקשורות למועד** –לפי ס' 25(ב) לחוק בית המשפט לענייני משפחה, "בעניין הנתון לסמכותו המקבילה של בית דין דתי, יהיה בית המשפט לענייני משפחה מוסמך לדון, כל עוד אין בית הדין הדתי דן בו". בנושא זה עוסק בג"ץ פלונית נ' בית דין רבני האזורי בחיפה (פרשת 15 הדקות). האישה מגישה תביעה לבית משפט לענייני משפחה הנוגעת לרכוש. כעבור 15 דקות מוגשת תביעה ע"י הגבר בבקשה לדון בענייני רכוש. בית הדין במקרה זה טוען שהסמכות שלו, למרות שהתביעה הוגשה לו מאוחר יותר. נושא זה מגיע לבג"ץ, שם השופט ריבלין קובע את מבחן הזמן: מי שהגיש את התביעה קודם הוא זה שהכריע את מקום הסמכות. זה נכון גם אם מדובר בהפרש של 15 דקות.
3. **הגבלות הקשורות למהות**
   1. עניינים הכרוכים מעצם טיבם וטבעם – הנושא העיקרי הרלוונטי לקטגוריה זו הוא נושא המשמורת הפיזית של הילדים. בנושא זה עוסק בג"ץ שרעבי נ' ביה"ד הרבני הגדול. גבר הגיש לבית הדין הרבני תביעת הגירושין והוא כורך לה את נושא המשמורת. האישה ניסתה לטעון שלבית הדין הרבני אין סמכות לדון במשמורת ושרק לבית המשפט האזרחי סמכות לדון בנושא זה. בג"ץ באותו המקרה שומר על הלכה שנקבעה לפני כן וקובע שנושא כמו משמורת כרוך מעצם טיבו וטבעו בגירושין. ברגע שמישהו מגיש תביעת גירושין בית הדין מקבל סמכות לדון גם בעניין משמורת, גם אם זה לא צוין. אם חשוב לאחד הצדדים שבית המשפט האזרחי ידון בנושא צריך להגיש תביעה קודם לבית המשפט האזרחי.
   2. עניינים הניתנים לכריכה
      1. בפס"ד גולדמן נ' גולדמן נקבעים תנאים לכריכת נושא שניתן לכרוך אך שאינו כרוך מטיבו וטבעו:
         1. נדרש אקט של כריכה מפורשת.
         2. ההכרעה דרושה לשם חיסול יעיל של יחסי בני הזוג המתגרשים זה מזה.
      2. *אופן ביצוע הכריכה*
         1. פס"ד גולדמן נ' גולדמן – בני זוג שמתגרשים והאישה מגישה תביעת רכוש בבית משפט אזרחי. הבעל מנסה לטעון שלבית הדין סמכות לדון בנושא זה בגלל שיש תביעת גירושין. נקבע שאין סמכות לבית הדין הרבני מאחר שאף אחד מהצדדים לא כרך את נושא הרכוש לבית הדין הרבני. כדי שלבית הדין תהיה סמכות לדון בנושא שנכרך צריך שיהיה **אקט מפורש של כריכה**.
         2. בג"ץ פלוני נ' מ"י (2005) – בני זוג שמתגרשים. האישה מגישה תביעת גירושין ולא כורכת את נושא הרכוש. עם זאת, בדיונים בבית הדין הרבני האישה מדברת על הדירה של בני הזוג ועל כך שהיא רוצה שבית הדין יחלק אותה. הבעל מסרב לתת גט בטענה שהרכוש לא הוסדר. בשלב מסוים בית הדין האזורי קובע שהגבר סרבן גט, והגבר מערער לבית הדין הגדול. גם בבית הדין הגדול מנהלים דיונים בהם עולים טיעונים הנוגעים לרכוש. בשלב מסוים בית הדין הגדול מחליט איך לחלק את הרכוש. בשלב מסוים הבעל מחליט לעתור לבג"ץ בטענה שאף אחד לא כרך את נושא הרכוש ולכן לבית הדין אין סמכות לדון בנושא. השופט ברק קובע ש**כריכה יכולה להיות גם בדרך של התנהגות**. לכן לבית הדין סמכות למרות שלא הייתה כריכה מפורשת.
         3. בג"ץ פלונית נ' פלוני (2015) – לצדדים לא מיוצגים יותר קל להגיש תביעות לבית הדין הרבני. לבית הדין הרבני יש טופס סטנדרטי בו ממלאים בצורה פשוטה את הפרטים של הצדדים ומה מבקשים לתבוע. במקרה זה האישה מגישה לבית הדין תביעת גירושין והיא כותבת על הטופס של בית הדין שהיא מבקשת לקבוע מזונות שיאפשרו לה לגדל את הילדים בכבוד. מתבצע דיון בבית הדין הרבני, והאישה אומרת שהיא לא רוצה שבית הדין ידון במזונות הילדים. הגבר מבקש שבית הדין יעסוק בזה, וטוען שהאישה בעצמה ביקשה. **במקרה זה הלכו על המהות**. השופט הנדל קובע ש**טופס סטנדרטי כזה בו נכתב שמבקשים לדון במזונות ילדים לא מהווה כריכה**. האישה לא הייתה מיוצגת, והיא התייחסה בצורה זניחה וקצרה לעניין מזונות ילדים ע"ג הטופס.
         4. בג"ץ פלונית נ' ביד"ר האזורי ירושלים (2015) – גבר מגיש תביעת גירושין לבית הדין הרבני. גם כאן ישנו הטופס הסטנדרטי של הגשת תביעה לבית הדין. במקרה זה הגבר אנאלפבת לכן אחיו מגיש בשמו את התביעה. הגבר לא מיוצג. אחיו כותב בכתב יד כתיבה קצרה מלאה בשגיאות. כחלק מהטופס כתב אחיו של הגבר "לכרוך הכול + הכול". הגבר לא חתם על הטופס וכן הטופס לא אומת ע"י מזכיר בית הדין. האישה מנסה לטעון שלבית הדין אין סמכות מאחר שלא עמדו בתנאים פרוצדוראליים (אין חתימה ואין אימות). השופט עמית לא קיבל את טענת האישה ואומר שהפגמים לא יורדים לשורשו של עניין אלא נובעים מכך שהגבר לא יודע קרוא וכתוב. מדובר בטופס סטנדרטי שמטרתו להקל על הצדדים, ולכן לא צריך לדקדק בצורה חמורה על מילוי הטופס. יש לבחון כל מקרה לפי הנסיבות שלו, כמה פגיעה יש בצד השני וכמה הפגם שורשי. על כן דוחים את תביעת האישה וקובעים שלבית הדין תהיה סמכות חרף הפגמים הטכניים.
      3. *הנושאים שניתן לכרוך*
         1. בפס"ד גולדמן כאמור נקבע כי עניין כרוך הוא "כל עניין אחר, לאו דווקא עניין של המעמד האישי". כל עוד העניין דרוש לפירוק הקשר ניתן לכרוך את הנושא. נושאים שניתן באופן עקרוני לכרוך הם רכוש, מזונות אישה.
         2. חינוך – למשל מצב בו האמא רוצה שהילד יתחנך בחינוך ממלכתי והאבא רוצה שהילד יתחנך בחינוך חרדי. אם הנושא מגיע לבית הדין הוא כנראה יסבור שטובת הילד היא להתחנך בחינוך חרדי. אם הנושא יגיע לבית משפט אזרחי כנראה יערבו גורמים שיבדקו איפה הכי טוב לילד להתחנך. מבחינת סמכויות, בפועל כשמגיע הנושא לבתי הדין הרבניים הם דנים בנושא זה. מבחינת בג"ץ אין הלכה אם בית הדין יכול לדון בחינוך וזה נשאר בצריך עיון. עולה השאלה האם נושא המשמורת כולל בתוכו גם את נושא החינוך. השאלה המקדמית היא לאן הוגשה התביעה, והתוצאות שונות בהתאם לתשובה. אם תביעת המשמורת הוגשה לבית הדין הרבני אז חלה הלכת פלורסהיים, לפיה אם הוגשה תביעה למשמורת בבית הדין ניתן בנפרד להגיש תביעה לחינוך בבית המשפט האזרחי. אין לבית הדין סמכות לדון בנושא החינוך במצב זה. המקרה ההפוך (קודם כל הוגשה תביעת משמורת לבית המשפט האזרחי) נידון בבג"ץ עליזה אמיר נ' בית הדין הרבני האזורי בחיפה. האישה תובעת משמורת בבית המשפט האזרחי והבעל מגיש תביעת חינוך בבית הדין. לפי חשין, במצב כזה תביעת המשמורת כוללת גם את החינוך, והלכת פלורסהיים לא חלה. הסיבה לכך היא שיש לבית המשפט האזרחי סמכות שיורית והוא יכול לדון בנושא החינוך כאשר הוא דן בנושא המשמורת.
   3. עניינים שלא ניתן לכרוך
      1. *מזונות ילדים* – בשנים האחרונות לא היה ברור מה ההלכה בנושא זה. בפס"ד שרגאי נ' שרגאי (גבר שמגיש תביעת גירושין וכורך לה את נושא המזונות. האישה מגישה תביעה לבית המשפט האזרחי בנושא) עשו הבחנה בין שני סוגי תביעות, תביעה להשבת הוצאות לעומת תביעה עצמאית של הילד למזונות. באופן כללי אי אפשר לכרוך תביעת מזונות בבית הדין, רוצים להקדיש תביעה נפרדת מהגירושין לילד. לעומת זאת, יש סוג אחר של תביעות (השבת הוצאות) אותן כן ניתן לכרוך לבית הדין הרבני. אם למשל האמא אומרת שהיא הוציאה סכומים כאלו ואחרים על הילדים (או עתידה להוציא), ניתן לכרוך סכומים אלו. הקביעות המהותיות לגבי מזונות ילדים (לכמה הילד זכאי לפי חישובים שונים) לא ניתנות לכריכה. ב-2014 יש פס"ד של השופט הנדל (בג"ץ פלוני נ' פלונית 5933/14) שמוביל לבעיה. במקרה זה בית הדין האזורי קבע שאכן אסור לכרוך מזונות ילדים, אך בית הדין הגדול קבע שניתן לכרוך מזונות ילדים. השופט הנדל מציין שמזונות ילדים הוא עניין הניתן לכריכה (בניגוד להלכת שרגאי). באותו המקרה האישה מגישה דנג"ץ (6454/14 פלונית נ' פלוני). במקרה זה השופט גרוניס דחה את העתירה. הוא אמר שהשופט הנדל לא קבע הלכה שעומדת בסתירה להלכת שרגאי. לפי גרוניס, העניין שכרוך בבית הדין הוא במישור היחסים בין בני הזוג לעניין השבת הוצאות. בכל זאת ביקשו לקבוע הלכה לגבי מזונות ילדים (האם ניתן לכרוך או לא) אך גרוניס השאיר את זה בצריך עיון. הוא אמר שיש דיון בנושא באותם הימים ולכן יש להמתין להכרעה מסודרת. הדיון שגרוניס התייחס אליו הסתיים בפשרה ולכן לא הייתה הלכה ממנו. לצד כל זאת, בספטמבר 2019 ניתן פס"ד (7628/17 פלוני נ' פלונית) בו נקבע (דעת רוב של קרע ומזוז) שהלכת שרגאי קיימת ושלא ניתן לכרוך מזונות ילדים. זאת על בסיס עקרון טובת הילד (ראוי שלילד יהיה דיון נפרד). כן ניתן לכרוך את נושא השבת ההוצאות. השופט הנדל נצמד לדעת המיעוט שלו אך נימק אותה אחרת. הוא טען שלפי פרשנות לשונית ותכליתית של ס' 3 לפקודת בתי הדין כן ניתן לכרוך את מזונות הילדים. מהפרוטוקולים של הדיונים ניכר כי תכננו שמזונות הילדים יהיו נושא שניתן לכרוך, וגם מבחינה תכליתית מטרת הכריכה היא לקצר הליכים לכן הגיוני שיהיה ניתן לכרוך מזונות (חלק מהותי מהליך הגירושין).
      2. *ברית מילה* – בנושא זה עוסק בג"ץ 8533/13 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול (2014). בני זוג התגרשו בעקבות משבר שהגיע אחרי לידת הבן השני שלהם. במסגרת הדיונים בבית הדין הבעל אומר שהבן שלו לא נימול ושיש להורות לאמא לעשות לבן ברית מילה (הבן בן עשרה חודשים). בית הדין קובע שהאם צריכה לאפשר את ברית המילה. בית הדין קובע שצריך לבצע את הברית תוך 7 ימים, אחרת האישה תישא בקנס של 3,500 שקלים, כשכל יום יגרור 500 שקלים נוספים. האישה מנסה לערער לבית הדין הרבני הגדול, אך הערעור נדחה. האישה מגישה בג"ץ בנושא. בדעת רוב השופטת נאור קובעת שלא ניתן לכרוך את הנושא של ברית המילה. לפי נאור, אין זיקה מספיקה בין המחלוקת הזו לגבי ברית המילה לבין הליכי הגירושין. זו לא מחלוקת שדרושה לחיסול יעיל של מערכת היחסים בין בני הזוג. בנוסף, החלטה כזו היא מאוד מורכבת ורגישה, ומכילה שיקולים של חופש הדת ומדת. בעייתי שהחלטות כאלו יתקבלו במסגרת דיונים על גירושין. לילד מגיע שיתקיים דיון נפרד בנושא. לפי השופט רובינשטיין ניתן לכרוך את נושא ברית המילה, מאחר שזה נושא משמעותי עבור הילד בהיבט יהדותו. עם זאת, במקרה הנוכחי בית הדין לא בחן את השאלה מבחינת טובת הילד ולכן צריך להחזיר את התיק לבית הדין הרבני להכרעה לאחר שיקבל חוות דעת. לפי השופט הנדל אין לקבוע כלל גורף השולל את האפשרות לכרוך ברית מילה בגלל החשיבות שלה וההשפעה שלה על זהות הילד. צריך להשאיר את הפתח לאפשר לבית הדין לדון. בכל מקרה, במקרה הנוכחי אין סמכות לבית הדין לדון מאחר שלא נתנו לאישה זכות דיון.
4. **הגבלות לפי בג"ץ פייג-פלמן נ' פלמן (מבחני הכריכה)**
   1. מפס"ד זה עולים שלושה מבחנים שמטרתם למנוע מצב בו אחד מבני הזוג מנצל את הכריכה לרעה. מעבר לכל מה שנאמר עד עתה, ברגע שרוצים לכרוך צריך לבדוק את הכריכה בראי מבחנים אלו.
   2. האם תביעת הגירושין כנה
      1. במקרה זה יש פס"ד של המחוזי (מרים תורג'מן נ' דוד תורג'מן). מדובר בגבר שהגיש תביעת גירושין ומבקש מבית הדין לכרוך הכול. אחרי חודש האישה מגישה לבית המשפט האזרחי תביעה למזונות אישה. הגבר טוען שהוא הגיש תביעה לפניה. בית המשפט המחוזי קובע שלבית הדין אין סמכות מאחר שיש בעיה עם כנות התביעה. מבחינת היהדות, כדי שבית הדין יקבל תביעת גירושין צריכה להיות עילת גירושין. במקרה זה הבעל טען שהסיבה לגירושין היא שהצדדים רבים הרבה ושהאישה לא מבצעת את מטלות הבית. בית המשפט קבע שזו לא עילה לגירושין, לכן יש חוסר כנות בתביעה. בית המשפט לא צריך לחשב סיכויים שהזוג יתגרש אלא רק לבחון את הטענות העובדתיות.
      2. דבר נוסף שיכול להעיד על כנות תביעת הגירושין הוא התנהגות הצדדים במהלך הדיונים (תצהירים, חקירות, פרוטוקולים ושאר נסיבות). אם אחד הצדדים למשל אמר שהוא לא מוכן לתת גט או שמוכן לתת גט רק אם האישה תיתן את כל הרכוש ניתן לטעון שהוא לא באמת רוצה להתגרש. בנושא זה עוסק בג"ץ 787/14 פלונית נ' פלוני (2015). זה המקרה בו האישה הגישה טופס סטנדרטי בו ביקשה לכרוך את הנושאים ואז חזרה בה. במקרה זה הגבר כתב בתביעת הגירושין "לחייבה בגירושין בכפוף לתנאים שיהיו בהסכמתי בלבד". בבג"ץ נקבע שבמצב כזה יש בעיה עם כנות התביעה. אותו הגבר בהתחלה היה סרבן גט ורק בשלב מסוים אמר שהוא מוכן לתת גט רק בתנאים שהוא רוצה.
      3. עולה השאלה מה קורה כשבן הזוג מגיש תביעה לשלום בית ולחילופין לגירושין וכל הכרוך בכך. בנושא זה עוסקים פס"ד מאירוביץ' ופס"ד שרגאי. במאירוביץ' הוגשה תביעה לשלום בית, שבמידה והיא תיכשל תהפוך לתביעת גירושין וכל הכרוך בכך. בפס"ד זה העליון קבע שתביעה חלופית שכזו לא פוגעת בכנות תביעת הגירושין בגלל שבאופן טבעי בית הדין הרבני גם ככה תמיד קודם כל מנסה לפשר בין הצדדים. לכן אין פגיעה בכנות. בהמשך, בפס"ד שרגאי, הגבר הגיש תביעה לשלום בית, כאשר אם האישה לא תיעתר לבקשותיו הוא מבקש שזו תהפוך לתביעת גירושין עם כל הכרוך בכך. בית המשפט קובע שכשהגבר הגיש את התביעה הוא לא באמת רצה להתגרש, אלא הוא רצה שלום בית. לכן אי אפשר לכרוך. עד היום אין הכרעה בין שתי הגישות המופיעות בפסקי דין אלו.
   3. האם הכריכה התבצעה כדין – האם העניינים נכרכו בתביעת הגירושין? האם מדובר בעניינים שלפי מהותם ניתנים לכריכה? יש לכרוך במפורש ובפירוט את העניינים הנלווים לתביעת הגירושין.
   4. האם הכריכה כנה
      1. צריך שעצם הכריכה תהיה כנה, שבעל הדין באמת ירצה שבית הדין ידון בנושא.
      2. *פיצול תביעות בערכאות השונות* – בפס"ד תורג'מן בו הגבר ביקש לכרוך הכול, אחרי שהגבר כורך ומקבל את הסמכות הוא הולך לבית המשפט האזרחי ומבקש ממנו לדון בפירוק שיתוף בדירה. בינתיים האישה מגישה תביעה בבית המשפט האזרחי לגבי מזונות אישה. הגבר טען שהוא כרך כבר את הנושא בבית הדין הרבני. בית המשפט המחוזי החליט שיש בעיה עם הכנות של הכריכה. זאת מאחר שהגבר בחר לדון בנושאים שונים לפי איפה שנוח לו. ברגע שהגבר פיצל את התביעות הוא הראה שהוא לא באמת רוצה שבית הדין ידון בהכול.
      3. *חוסר פירוט של הרכוש הכרוך* – בבג"ץ 2862/14 פלונית נ' בית דין אזורי ירושלים (האנאלפבת, לכרוך הכל + הכל), האישה ניסתה לטעון שהבעל לא פירט את הרכוש שהוא מעוניין לכרוך. במצב כזה חוסר פירוט לא יפגע בכנות הכריכה מאחר שחוסר הפירוט היה בתום לב.
      4. *התעלמות מפס"ד של בית דין רבני בעניין מזונות* – בבג"ץ 787/14 פלונית נ' פלוני (האישה ביקשה לכרוך ואז התחרטה) הבעל ניסה לטעון שלבית הדין יש סמכות לדון בנושא מזונות ילדים. למרות התעקשות הבעל ראו שיש פסקי דין זמניים נגד הבעל שהוא מתעלם מהם. בית הדין כבר קבע מזונות זמניים אך הבעל לא פעל לפיהם (הגיע לחוב של 150,000 ₪).
5. **בחינת תום לב בהעלאת טענת חוסר סמכות של ביד"ר** – בנושא זה עוסק בג"ץ עמרני. הצדדים עשו ביניהם הסכם גירושין והסדירו בו את נושא חלוקת הדירה. הם קבעו שאם תהיינה בעיות לאחר הגט השיפוט יהיה בסמכות בלעדית של בית הדין. בית הדין אישר את ההסכם ובכך ניתן לו תוקף של פס"ד. הצדדים מתגרשים אבל הגבר מפר את ההסכם. האישה מגיעה לבית הדין עם ההסכם וטוענת שמגיעה לה הדירה בשלמותה בהתאם להסכם. תחילה בית הדין פוסק לרעתה ואז היא מגישה ערעור לבית הדין הגדול, שמקבל את הערעור שלה. הגבר טוען שאין סמכות לבית הדין לדון בנושא מאחר שהסתיימו הגירושין, מה שהופך את הנושא לעניין רכושי. ההחלטה של בית הדין תקפה מאחר שהגבר לא יכול להעלות טענה בשלב זה, הואיל וטענה זו מהווה חוסר תום לב (עד אותו הרגע הפסיקה הייתה לטובתו ולכן לא העלה את הטענה). לפי ס' 39 לחוק החוזים, לא תישמע טענת חוסר סמכות, כאשר מדובר בשימוש בטענה שלא בדרך מקובלת ובתו"ל.
6. **הסמכות להכריע בשאלת הכריכה (מרוץ ההחלטות)**
   1. בנושא זה עוסק פס"ד פייג-פלמן. במקרה זה הגבר מגיש תביעת גירושין לבית הדין הרבני וכורך לה את נושא הרכוש. לאחר מכן האישה מגישה תביעה לבית המשפט האזרחי בבקשה שהוא ידון ברכוש. מי שפוסק קודם הוא בית המשפט האזרחי, שקובע שיש בעיה עם הכריכה בבית הדין הרבני ולכן הסמכות של בית המשפט האזרחי. למרות הקביעה של בית המשפט, בית הדין מחליט שהוא לא כפוף לבית המשפט לענייני משפחה. הוא חושב שהוא כפוף רק לבג"ץ. האישה מגישה בג"ץ בנושא. בבג"ץ נקבע עקרון הכיבוד ההדדי. לשתי הערכאות (בית משפט לענייני משפחה ובית הדין הרבני) יש סמכות לדון בטענות הנוגעות לסמכותן להכריע בשאלת התקיימות תנאי הכריכה. כל עוד אף ערכאה לא הכריעה בשאלת הכריכה, תוכל כל ערכאה לפי שיקול דעתה לעכב את הדיון בתביעה שהוגשה בפניה, עד שהערכאה המקבילה תחליט בשאלת תוקף הכריכה. אם אחת הערכאות כבר הכריעה בשאלת הכריכה, על הערכאה המקבילה להימנע מלדון בכך, לאור עקרון הכיבוד ההדדי, אלא אם כן מתקיים "טעם מיוחד" שמצדיק זאת. כבר נקבע כי עקרון הכיבוד ההדדי אינו בבחינת עקרון נימוסי ותו לא, אלא הינו חיוני לצורך מערכת שיפוט תקינה.
   2. טעם מיוחד
      1. חוסר חוקיות או פגם חמור אחר שיורד לשורש הסמכות. לדוגמה, בבג"ץ 2862/14 (אנאלפבת), לא הייתה הנמקה בקביעת בית הדין שלו הסמכות לדון.
      2. חריגה מכללי הצדק הטבעי. למשל אם אין הליך הוגן או לא נתנו זכות טיעון לאחד הצדדים.
      3. סוגיה שאינה ניתנת לכריכה (מזונות ילדים וכדו').
7. **בחינת חוסר תום לב דיוני בפניה לבית המשפט לענייני משפחה** – בכך עוסק הבג"ץ של פרשת 15 הדקות (58/08). בית הדין פסק שלמרות שהאישה הגישה את התביעה קודם הסמכות אמורה להיות שלו, מאחר שהיא לא העבירה את כתב התביעה לגבר במשך ארבעה חודשים. בג"ץ קובע שבמקרים מסוימים גם סמכות בתי המשפט האזרחיים כפופה לתום לב דיוני. זאת רק במקרים חריגים של חוסר תום לב קיצוני.

**השופט האזרחי**

**הקדמה**

1. ניכר כי בישראל יש שני שחקנים בזירה: בית המשפט האזרחי ובתי הדין הדתיים. כמו כן, ניכר שיש שתי מערכות משפטיות בזירה: המשפט האזרחי והדין הדתי. כפי שכבר צוין, כל אחד מהדינים יכול להיות מופעל ע"י כל אחת ממערכות המשפט. בד"כ כשיש שני שחקנים על אותו המגרש זה נגמר לא טוב ויש עימותים מוסדיים, גם אם במקרה השחקנים הללו חולקים את אותן תפיסות העולם. מה שהופך את המצב בדיני המשפחה למטריד במיוחד הוא שמדובר בשני שחקנים בעלי תפיסות יסוד שונות מאוד. אם מסתכלים על ההבדלים בין התפיסות (פרטי מול ציבורי, יחידתי מול יחיד, מגדרי מול שוויוני), ניתן לראות שלרוב הדין הדתי יטה לכיוון הציבורי, יחידתי ומגדרי בעוד שהמשפט האזרחי יטה לכיוון הפרטי, יחידני ושוויוני. בכך נוצר מצב שלא סתם יש שני שחקנים בישראל בדיני המשפחה, אלא ששני השחקנים האלה הם שחקנים שבאמת מונעים מהשקפות עולם שונות כשהם אמורים להחליט את אותן ההחלטות.
2. בשיעורים הקרובים נבין שיש לשופט האזרחי שני עימותים:
   1. הדין הדתי – בהנחה שאין בית דין דתי אלא רק בית משפט אזרחי. לאולם האזרחי מגיעים אנשים בנושאים שיש להפעיל לגביהם את הדין הדתי, בעוד שהשופט עצמו נוטה לתפיסה האזרחית (פרטי, יחידני ושוויוני). מכאן שהעימות הראשון הוא איך שופט אזרחי יכול להחיל דין דתי, שעומד בסתירה עם תפיסות היסוד שלו.
   2. הדיין הדתי.

**התמודדות השופט האזרחי עם הדין הדתי**

1. **הבחנה בין פרוצדורה למהות**
   1. לפי טכניקה זו, גם כאשר בית משפט אזרחי צריך להפעיל דין דתי, הוא מפעיל דין דתי מהותי. בכל הנוגע לפרוצדורה, בית המשפט יפעיל את הפרוצדורה האזרחית (סדרי דין, ראיות, משפט מנהלי, משב"ל פרטי). לכאורה זו לא התמודדות טובה, מאחר שכל מה שאמור להפריע לבית המשפט האזרחי הוא המהות של הדין הדתי. עם זאת, חשוב לזכור שהרבה פעמים הפרוצדורה עלולה להוביל לתוצאות מהותיות. "הדין הולך אחר הדיין", משמע, גם כאשר הדין לא הולך במלואו אחר הדיין (שופט אזרחי מפעיל דין דתי), כן צריך לשמור על הפרוצדורה.
   2. נישואין אזרחיים בחו"ל – בכל מני דרכים בית משפט אזרחי צריך לדון בתוקף הנישואין. עולה השאלה מדוע בית המשפט האזרחי דן בנושא כזה, מאחר שכפי שכבר ראינו בית הדין הדתי הוא זה שעוסק בנושאי נישואין וגירושין (סמכות ייחודית). מכאן נלמד נושא הסמכות האגבית. אם זוג מתחתן בחו"ל והוא מגיש תביעה שיכירו בו כנשוי, התביעה תוגש לבית הדין הדתי. עם זאת, ייתכן מצב בו אדם מגיש תביעה בנושא שהוא בסמכות של בית משפט, ותוך כדי הדיון בבית המשפט מתעוררת שאלה שמלכתחילה לא הייתה בסמכות של בית המשפט שעסק בנושא. לכאורה ניתן לעצור את ההליך ולהפנות את בעלי הדין לערכאה המוסמכת. עם זאת, לפי הדין הישראלי, אם מגישים תביעה שהיא כן בנושא שבסמכות בית המשפט, ועולה שאלה הנוגעת לנושא שלא בסמכות בית המשפט, בית המשפט יכול לקבל החלטה בנושא שתהיה תקפה רק לצורך הדיון הספציפי (החלטה זו לא תוכל להוות תקדים). לדוגמה, בנק מסרב לתת משכנתא לזוג חד מיני בטענה שהם לא נשואים. הזוג תובע את הבנק בבית משפט מחוזי והבנק כהגנה טוען שהזוג לא נשוי. מכאן שבית המשפט המחוזי יצטרך לקבוע את תוקף הנישואין. נושא הנישואין הוא דוגמה קלאסית למתח בין הערכים הליברליים של השופט האזרחי לבין הדין הדתי. מבחינת הדין הדתי נישואין הם נושא ציבורי (מעניין את הציבור כולו), אך לפי המשפט האזרחי בעולם המערבי תופסים את הזכות לנישואין כזכות יסוד פרטית. מכאן ששופט שיושב בבית משפט אזרחי לא מזדהה עם הדין הדתי ועם התפיסה הציבורית שלו. בשלב זה השופט עושה הפרדה בין הפרוצדורה למהות בשתי דרכים: 1. שימוש במשפט בינ"ל פרטי – מאחר שהנישואין היו בחו"ל, צריך להפעיל כללים של משפט בינ"ל פרטי, שלא קיימים בדין הדתי. בשל כך ניתן להחיל על הנושא את הדין האזרחי. 2. רלוונטי למקרה בו זוג רוצה להירשם כנשואים. בית המשפט העליון מסכים שהשאלה המהותית מי נשוי היא שאלה דתית, אך השאלה העולה בדיון מסוג זה היא השאלה מי רשאי להירשם כנשוי. שאלה זו רלוונטית לחוק מרשם אוכלוסין, ומכאן שהיא פרוצדוראלית. בדיני ראיות יש חוק שאומר שאם ראה פקיד תעודה שלא נראית מזויפת, עליו לרשום את תוכנה. לכאורה בית המשפט יכול לחזור ולדון בנושא ברגע שהזוג ירצה לקבל זכויות מהותיות, אך בפועל ברגע שכתוב בתיעוד של הזוג שהם נשואים אף אחד לא יוודא את זה, ולכן באמצעות כלים פרוצדוראליים בית המשפט מכיר דה-פקטו בנישואין אלו.
2. **בחירה בפרשנות מהותית של הדין הדתי שתואמת לערכים האזרחיים**
   1. מאחר שכל מי שמכיר קצת הלכה יודע שההלכה היא מאוד פלורליסטית ושיש בה המון גישות ודעות מיעוט, ושאין היררכיה ברורה בין הדעות השונות, בית המשפט האזרחי יכול למצוא בדין הדתי הלכות שונות פחות שגרתיות ולהחליט לאמץ דווקא אותן. כשרואים מקרים מסוג זה הרבה פעמים מגלים שהפרשנות שבה בחר בית המשפט היא פרשנות שמתאימה יותר לעקרונות היסוד שהוא מזדהה איתם (העקרונות הליברליים) ולכן קשה להגיד שהשופט מצא דרך יותר נכונה לפרש את ההלכה וליישם אותה בצורה אובייקטיבית.
   2. מדור ספציפי – הבעל חייב במזונות אשתו (לא מזונות ילדים). חלק ממה שהבעל חייב הוא מדור (צריך לדאוג למקום בו המשפחה תוכל לגור). כאן מתעוררת שאלה פנימית בתוך ההלכה, איך מפרשים את הדיור הזה במדור. לפי אפשרות אחת, לאשה יש זכות כללית למדור אבל היא לא חייבת לגור בדירה הספציפית שהמשפחה גרה בה במהלך הנישואין. לדוגמה, אם המשפחה גרה בדירה גדולה, הבעל יכול להחליט שהוא מוכר את הדירה וקונה לאשה דירה עם חצי מהסכום. אפשרות שניה טוענת שיש לאישה זכות למדור ספציפי. במקרה בו הבעל עזב את הבית ופירק את הקשר, האישה יכולה לטעון שחלק מהחובה של הבעל כלפיה היא שהיא תמשיך לחיות באותה רמת החיים ולכן שתמשיך לחיות באותה הדירה. עד לפני כמה עשורים הדעה הרווחת בבתי הדין הייתה המדור הספציפי, ומי שסבר אחרת היה במיעוט. הנושא הגיע לבית המשפט העליון (לא כבג"ץ, מזונות אישה יכולים להיות בבית משפט אזרחי שמחיל דין דתי). בית המשפט האזרחי היה צריך להחליט האם הוא מפרש את השולחן ערוך כמדור כללי או ספציפי. בית המשפט העליון מגיע למסקנה שפרשנות נכונה של הדין הדתי היא של מדור כללי. אפשרות אחת היא שבית המשפט אכן פתח את המקורות והגיע למסקנה שהכלל של מדור כללי הוא יותר נכון. אפשרות חלופית היא שבית המשפט בחר בפרשנות המיעוט מסיבה אחרת. ישנן שתי סיבות אזרחיות למה מדור ספציפי לא מתאים לבית המשפט: 1. מדור ספציפי פוגע בצורה חזקה בזכויות קניין. גם אם הדירה על שם הבעל האישה יכולה לבקש לקבל אותה. אם הדירה על שם שני בני הזוג הבעל לא יכול לקבל את חלקו בדירה. בגלל שבית משפט אזרחי מאוד מכבד זכויות קניין, הוא יעדיף להשתמש במדור הכללי. 2. בית המשפט האזרחי אוהב את סעד פירוק השיתוף. גירושין בישראל לוקחים הרבה מאוד זמן, וצד גם יכול לסרב לגירושין ובכך למנוע מבן זוגו להתחיל חיים חדשים. בית המשפט לא יכול לתת לזוג להתגרש ללא הסכמת בית הדין, אבל הוא כן יכול להחליט על מעין גירושין כלכליים. בכך הזוג לא צריך להמתין לגט הדתי בשביל לפרק את השיתוף הכלכלי. זה הכלי האזרחי לייצר את הדבר הקרוב ביותר לגירושין, שלא נמצאים בסמכות בית המשפט האזרחי. מדור ספציפי מונע מבית המשפט האזרחי לבצע פירוק שיתוף בצורה האפקטיבית ביותר. על רקע כל זאת המשפט האזרחי לא אהב את המדור הספציפי, וברגע שהתברר לו שקיימת הגישה של מדור כללי הוא קופץ עליה כמוצא שלל רב.
   3. התחשבות בכושר השתכרות פוטנציאלי של אישה – כאמור, הבעל חייב במזונות אשתו. כנגד החובה שלו לזון אותה יש לו זכות במעשה הידיים שלה (המשכורת שהיא מרוויחה). מדובר בפריבילגיה של האישה. אם היא מרוויחה יותר ממה שהיא צריכה היא יכולה להגיד לבעלה לא לזון אותה, אבל אם הוא מפרנס אותה יש לו זכות לקזז מהיתרה שנשארת אצלה. עד עתה דובר על מה שאישה מרוויחה בפועל. המחלוקת עוסקת במצב בו אישה לא עובדת אבל יש לה פוטנציאל השתכרות. האם כשאדם עושה את הקיזוז הוא מקזז רק את מה שהאישה מרוויחה בפועל, או אם כשאישה מחליטה לא לעבוד ניתן לקזז מפוטנציאל ההשתכרות שלה (אישה יכולה להרוויח 6,000 והצרכים שלה הם 10,000 ולכן הבעל יספק לה 4,000 בלבד למרות שהיא לא עובדת). העמדה המקובלת בבתי הדין הרבניים הייתה שהקיזוז הוא רק על מה שמרוויחים בפועל (אם היא לא מרוויחה לא מקזזים). אי אפשר להכריח את האישה לעבוד אם היא לא רוצה. במספר פסקי דין של הרב שאר ישוב הכהן בוצע מהלך הלכתי חדשני בו הרב ניסה להסביר שניתן לקזז מאישה פוטנציאל השתכרות. פוטנציאל זה נקבע לפי סטטיסטיקה של מקצועות נשים שניתן לטעון שנשים כאלו ואחרות יכולות לעסוק בהם. נושא זה הגיע לבית משפט העליון בשני פסקי דין. הראשון הוא **פס"ד בייקל** (זוג מבוגר, נישואין שניים. האישה החליטה על רקע הסכסוך בין בני הזוג להפסיק לעבוד). האישה תבעה מהבעל מזונות. בית המשפט אמר לאישה שהוא מקזז לה את המשכורת שהיא קיבלה מהעבודה הקודמת שלה. החלטה זו מתיישבת עם הגישה עיוורת המגדר, וכן מגיבה להתנהגות המניפולטיבית של האישה. השני הוא **פס"ד פדן** (זוג צעיר. היא סטודנטית במקצוע שלא מבטיח עבודה ובהריון). בית המשפט, כשהוא קובע מזונות, מקזז את מה שהוא חושב שהיא תרוויח בעתיד. פדן במבט ראשון נראה כמו מהלך זהה לבייקל. במחשבה שנייה, לא בטוח שמנקודת מבט אזרחית בית משפט צודק פה. האם מציאותי שאם חד הורית, ללא ניסיון וללא מקצוע קונקרטי, תועסק ותרוויח שכר כפי שבית המשפט שיער. בית המשפט למעשה קבע גם שאם האישה תחליט להישאר עם הילד בשנה הראשונה זו תהיה החלטה לא לגיטימית, מאחר שמבחינתו היא חייבת לצאת לעבוד עם סיום התואר. עולות מכאן שתי נקודות חשובות שדורשות רגישות: 1. למהלך עצמו שבו בית משפט בוחר להתחכם לדין הדתי מתוך חשיבה אזרחית (ואז ניתן לשאול האם זה לגיטימי או לא). 2. האם בית המשפט חושב עד הסוף על ההיבטים האזרחיים (בבייקל ניתן לטעון שכן אך בפדן יותר קשה לטעון זאת).
   4. מזונות ילדים – בשתי הדוגמאות הראשונות בית המשפט ציטט פסיקה רבנית ופעל לפיה. בדוגמה זו ניתן לראות מהלך שונה. מזונות ילדים יכולים להיות הן בבית הדין והן בבית המשפט. בכל מקרה, הדין שחל הוא הדין הדתי. בדין הדתי, כחלק מאותה התפיסה שהדין הדתי מדבר במונחים מגדריים, מתבצעת הבחנה בין הצרכים ההכרחיים של הילד לבין מה שנוסף על כך. כאשר מדובר בצרכים ההכרחיים, רק האב אחראי על כך (ללא תלות במצב כלכלי של ההורים). כאשר מדובר על מה שנוסף על הצרכים ההכרחיים, זה לפי יכולת כלכלית ולפי נוסחה שהביאה בחשבון את היכולת הכלכלית הן של הבעל והן של האישה. מצב דברים זה הוא בלתי נסבל בעולם בו 25% מהנשים מרוויחות לפחות כמו הבעלים שלהן ולכן עולה השאלה מדוע לא הולכים מהשקל הראשון לפי המצב הכלכלי של ההורים. בדין המקורי של המשנה, החובה של האב לזון את הילד הייתה רק עד גיל 6. בתקופת המנדט הרבנות הראשית התקינה תקנה לפיה החובה של האב לזון את הילד היא עד גיל 15. מתעוררת השאלה מה בדיוק הרבנות עשתה, האם ההארכה גרמה לכך שרק האב אחראי עד גיל 15, או שבעצם עד גיל 6 חל הדין המקורי (חובת האב) ובגילאים 6-15 מדובר בחובה משותפת של ההורים המתבססת על מצב כלכלי. הפרשנות המקובלת במשך שנים הייתה שעד גיל 15 החובה לצרכים הבסיסיים היא של האב. לצד זאת הייתה פרשנות לפיה 6-15 זה לפי יכולות כלכליות. בית המשפט היה צריך להחליט איזו גישה הוא מאמץ. בבית המשפט העליון השופט פוגלמן דן בנושא. פוגלמן הראה את שתי הפרשנויות ושואל מה הוא עושה כשיש שתי פרשנויות לגיטימיות של הדין הדתי. לפי פוגלמן, שובר השוויון הוא כללים אזרחיים. כללים אלו הם עקרונות אזרחיים (שוויון מגדרי, טובת הילד, חוקים אזרחיים אחרים שעוסקים במזונות בהם זה הקריטריון) שניתן להחיל ע"מ להחליט איזו פרשנות של הדין הדתי בית המשפט יקבל. מכאן ניתן להבין שפוגלמן משחק בקלפים פתוחים ומראה מהם הקריטריונים שמובילים אותו לבחור פרשנות מסוימת של הדין הדתי. פס"ד זה עורר סערה ומעלה מס' נקודות מעניינות: 1. דיני גירושין מאוד מקפחים נשים. בית המשפט האזרחי מתקן את דיני המזונות אך לא את דיני הגירושין. מכאן השאלה האם בית המשפט מתקן רק את מה שמונח לפניו או שהוא מסתכל על התמונה המלאה. חלק מהביקורת על מהלכים מסוג זה הוא שבית הדין מתקן רק את מה שלנגד עיניו. 2. חלק מהדיינים מסכימים שניתן להפעיל את הדין הדתי בצורה שבית המשפט עושה זאת. חלק אחר מתרעם על כך וטוען שזה מה שקורה כשנותנים לבית משפט אזרחי שלא מבין בנושא לקבוע לפי דין דתי (קיפוח צד מסוים). בית המשפט מצדיק את עצמו בכך שהוא מפעיל את הדין הדתי בהתאם להוראות ההפעלה הכלליים שלו שכפופים לעקרונות חוקתיים וכדו'.
3. **פרשנות מניפולטיבית בדין הדתי**
   1. מזונות אישה – לצד טענת הקיזוז יש עוד טענה שבעל יכול לטעון והיא טענה של בגידה או התנהגות מינית לא תקינה מצד האישה. יש לכך רצף, החל מטענת הבגידה ועד מעשה כיעור (לאו דווקא בגידה אלא מעשה שלא מתאים שאישה נשואה תעשה), עוברת על דת משה, וכלה בעוברת על דת יהודית (התנהגויות שהאישה עושה שלא תואמות את היהדות ומשפיעות על הבעל בצורה כלשהי). כאמור, עילות אלו שייכות למערכת מבוססת אשמה, המתקיימת כחלק מהתפיסה הציבורית של הנישואין. עצם העובדה שבתוך טענות ההגנה במזונות יש טענות שמתייחסות למיניות הוא משהו שבתי המשפט לא יאהבו מהחשש של שיפוט מוסרי והפולשנות שזה מוביל אליה (חוקרים פרטיים). מכאן עולה סוגיית המוסר הכפול: ישנם מקרים בהם אישה תיתפס עושה את המעשים האלו, והיא תצביע על בעלה שעשה מעשה דומה. הדין הדתי לא מסתכל על מה שהבעל עשה ומכאן שהוא לא מקיים את עקרון ההדדיות. למעשה יש כאן סתירה של שני עקרונות אזרחיים: האחד הוא הסתכלות פרטית על הנישואין והשני הוא ההסתכלות השוויונית על המגדרים. מכאן עולה השאלה מה בית המשפט יעשה במצב בו הוא חייב להפעיל דין דתי שסותר את העקרונות שלו, וכשאין חלופה רלוונטית בדין הדתי עצמו. במשך שנים בית המשפט בלע את הרוק שלו ופעל לפי הדין הדתי כמו שהוא. בשלב מסוים בית המשפט הבין כיצד להתגבר על הקושי השני לפחות (הדדיות). **פס"ד פרידמן** (אשת טייס שמספרת לרב הבסיס עד כמה נוראים חייה ועד כמה בעלה פעיל מינית עם נשות הבסיס. הרב שואל מה לגביה והיא סיפרה שפעם אחת גם היא הייתה עם אדם אחר). הרב מספר על כך, ובמסגרת המשפט האישה תובעת מהבעל מזונות. הבעל מביא לעדות את הרב בטענה שאין זכאות למזונות מאחר שהאישה בגדה (בדין הדתי יש כלל לפיו הודעת בעל דין מחייבת, והרב נחשב בעל דין). הנושא מגיע לבית המשפט העליון. בבית המשפט מסתמכים על ספר של שרשבסקי על המשפט העברי, ובעזרתו מגיע למסקנה שהאישה זכאית למזונות (מאחר שמופיע כלל לפיו הודעת בעל דין לא מחייבת). הבעיה היא שכלל זה בספרו של שרשבסקי רלוונטי לגירושין עצמם, ולא לעניין הקנייני. בפס"ד נוסף בית המשפט שוב נסמך על שרשבסקי שם צוין שאם בעל אוכל לא כשר הוא לא יכול לטעון שאשתו גורמת לו לאכול לא כשר. בית המשפט ניסה להחיל כלל זה על סוגיית הבגידות ולקבוע שבעל בוגד לא יכול למנוע מזונות מאשתו בטענה שהיא בוגדת (להחיל עוברת על דת יהודית על עוברת על דת משה). בפס"ד שלישי שמגר קובע שבעל לא יכול להתחמק מהמחויבויות שלו, אך הוא לא מנמק זאת בעזרת מקורות הדין הדתי. שלושת פסקי דין אלו למעשה יוצרים מהפיכה שמרוקנת במידת מה את הדין הדתי מתוכן. שמגר מצד אחד עושה את המהלך הזה בצורה שקטה שלא גוררת תגובת נגד גדולה. מצד שני, הרבה אנשים לא מכירים את הפס"דים הללו, ולכן עולה השאלה האם יש פה משהו מספיק חזק ע"מ שניתן יהיה להשתמש בו כתקדים. שמגר יצר מסלול עוקף דין דתי שלא ברור כמה ניתן להשתמש בו. לכאורה מדובר בפעילות מאוד אקטיביסטית של ביהמ"ש, שסותרת במודע את הדין הדתי. עם זאת, חשוב להסתכל על המצב במציאות. אם המצב הוא שבני הזוג פרודים זמן מה וממשיכים בחייהם, כנראה שאחד מהם מסרב להתגרש. אם הבעל מסרב להתגרש ובני הזוג ממשיכים בחייהם, ולכל אחד מהם יש בן זוג חדש, הגיוני להכריח את הבעל לשלם מזונות ולא לאפשר לו לטעון שהאישה בוגדת (הרי הם פרודים זה מכבר). עם זאת, אם האישה היא זו שמסרבת להתגרש, הרי שלהכריח את הבעל לשלם לה מזונות כשהיא כבר ממשיכה בחייה מהווה סתירה של העקרונות האזרחיים. מכאן שהדבר התקין לעשות הוא לבחון את הנסיבות ולהבין איך באמת ניתן לפסוק בהתאם לעקרונות האזרחיים. לא כל חריגה מהדין הדתי תואמת את העקרונות האזרחיים, ולא תמיד כשמתחכמים בביהמ"ש האזרחי זה יוביל לתוצאה צודקת.
4. **התעלמות מהדין הדתי ויצירת מסלול אזרחי אלטרנטיבי**
   1. פס"ד פלונית נ' פלוני לגבי האבהות – אם חד הורית שרצתה שבית הדין השרעי יצהיר על פלוני שהוא אביה של הילדה (חשוב לשים לב שמזונות זה בבית הדין הדתי ואבהות הוא באזרחי, אך במשפט המוסלמי זה לפי בית הדין הדתי). בשרעי נקבע שהוא לא אביה של הילדה. בעליון עולה השאלה באיזו טכניקה משתמשים. שימוש בפרוצדורה לא יעזור פה מאחר שלא מדובר בהגדרה ראייתית, אלא שבדין המוסלמי האבא הוא לא האב הגנטי אלא הוא הבעל של האם. בפס"ד אין אזכור של הטכניקה של בחירת פרשנות. ביהמ"ש גם לא השתמש בטכניקה השלישית של פרשנות מניפולטיבית. בית המשפט הכיר במה שקובע הדין המוסלמי, אך טען שהתוצאה אליה מגיעים בעזרתו לא מתקבלת עליו. בשל כך, ביהמ"ש החליט שכאשר הוא מגיע לתוצאה בלתי נסבלת מכוח המשפט הדתי, הוא יכול לפתח משפט אזרחי אלטרנטיבי מכוח עקרונות יסוד מופשטים (זכויות יסוד וכדו'). פס"ד זה מאוד קיצוני בעובדות מאוד קיצוניות ולכן לא ברור כמה ביהמ"ש יחזור על זה בנסיבות אחרות, אך כן ניתן להגיד שקיים פה מסלול רביעי ליצור הסדרה אזרחית במקרים שבהם אמור לחול דין דתי.

**התמודדות השופט האזרחי עם הדיין הדתי**

1. לצד השופט האזרחי, שמשתמש בשיטות שפורטו עד עתה ומחיל אותן בבית המשפט האזרחי, ישנו גם הדיין הדתי. חלק מהדיינים הדתיים לא אוהבים את המהלכים שהשופטים האזרחיים מבצעים ורוצים לקדם את דיני המשפחה למקומות דתיים. גם להתמודדות המערכתית ישנן ארבע שיטות.
2. **התמודדות במישור הסמכות**
   1. בעבר נושאים שהוגדרו מעמד אישי ולכן הם היו בסמכות הדין הדתי עברו עם הזמן לבתי המשפט האזרחיים. בחלק מהמקרים מהלך זה בוצע ע"י המחוקק (אבהות, ירושה) אך במקרים אחרים זה בוצע במהלך פרשני. בית המשפט האזרחי מצמצם את המקרים שמוגדרים דין אישי וכן את ההלכות שמאפשרות את הסמכות של בית הדין הדתי. בכל נושא הסמכויות ישנה מגמה מאוד ברורה של צמצום סמכויות בתי הדין, כשלפעמים צמצום זה דורש פרשנות יצירתית מאוד של בית המשפט.
   2. יחסי רכוש – בחוק שיפוט בתי הדין הרבניים כתוב שענייני נישואין וגירושין הם בסמכות בית הדין. עולה שאלה פרשנית והיא מהם נושאי הנישואין וגירושין. ברור שעצם החתונה ועצם הגירושין נכללים בזה, אבל עולה שאלה לגבי יחסי הרכוש. לפי תפיסה אחת יחסי רכוש הם נושא אזרחי של דיני קניין, והם לא חלק מענייני נישואין וגירושין. לפי תפיסה אחרת, מדובר בקניין משותף של בני זוג, ולכן כן מדובר בענייני נישואין וגירושין. אופציה אחת היא לבדוק מה הדין הדתי עצמו מגדיר כנישואין וגירושין. ניתן לבדוק האם יחסי רכוש מופיעים בחושן משפט (עניינים אזרחיים) או באבן העזר (ענייני נישואין וגירושין) בשולחן ערוך. נמצא שיחסי רכוש מופיעים באבן העזר, ולכן מדובר בענייני נישואין וגירושין. בית המשפט העליון לא קיבל פרשנות זו, והוא קבע שיש מבחן אזרחי לבחון האם יחסי רכוש הם חלק מענייני נישואין וגירושין. בית המשפט קבע שיחסי רכוש הם לא ענייני נישואין וגירושין. כדי לייצר לגיטימציה לכך שיחסי רכוש הם עניין אזרחי, בית המשפט קבע שזה חלק מדיני חוזים ודיני קניין. רק בהמשך בית המשפט קבע שמדובר בדיני משפחה אבל שנמצאים בתחום האזרחי.
   3. מזונות ילדים – בס' 3 לחוק שיפוט בתי הדין הרבניים מופיע שמזונות ילדים הוא נושא שניתן לכרוך בתביעת גירושין. למרות זאת, בית המשפט קובע שלא ניתן לכרוך מזונות ילדים. בית המשפט קבע שניתן לכרוך החזר הוצאות, אך תביעת מזונות לא ניתן לכרוך ויש לקיים תביעה נפרדת.
   4. משמורת – ניתן לכרוך משמורת באופן אוטומטי. עולה השאלה מה קורה אם אדם הגיש תביעת גירושין, הוא לא כרך באופן מפורש את המשמורת, ואז כעבור שתי דקות בן הזוג שלו הגיש תביעה לבית משפט אזרחי לדון בחינוך הילדים. האם העובדה שהמשמורת נכרכה אוטומטית מונעת הגשת תביעת חינוך. כאשר אדם הגיש תביעת גירושין, למרות שבתי המשפט מסכימים שמשמורת כרוכה באופן טבעי, הם עשו הבחנה בין משמורת פיזית לבין משמורת רוחנית (חינוך). החינוך לא נכרך ולכן ניתן להגיש תביעה נפרדת. ניתן לתאר עוד מקרה בו אדם הגיש תביעה בבית משפט אזרחי על משמורת, ולא ציין חינוך במפורש. שבוע אח"כ בן הזוג שלו הגיש תביעת גירושין בבית הדין ומבקש ממנו לעסוק בחינוך. לכאורה מבחינה סימטרית הסמכות צריכה להיות לבית הדין לדון בחינוך, אך בית המשפט קבע שברגע שמגישים תביעת משמורת לבית המשפט זה כולל גם חינוך. הטענה של בית המשפט היא שבבית המשפט זה לא משמורת כרוכה אלא תביעה מפורשת של משמורת. כשהתביעה מפורשת היא כוללת חינוך, וכשהעיסוק במשמורת נובע מכריכה זה לא כולל חינוך. בית המשפט מפרש בצמצום את סמכויותיו של בית הדין הרבני.
   5. סמכות בהסכמה – בעבר, גם בנושא שלא כתוב במפורש בחוק, אם הצדדים הסכימו לבית הדין הייתה סמכות. כיום רק נושא שכתוב בחוק שלבית הדין סמכות בהסכמה תהיה לו סמכות לדון. מוצגת פה הבחנה בין האופן בו בית הדין תופס עצמו לאופן בו בית המשפט תופס את בית הדין. בית הדין תופס עצמו כבית הדין של המדינה אבל גם כבית דין קהילתי. כלומר, הוא ממשיך מסורת רבת שנים בהן בתי דין התקבלו ע"י הקהילה. סמכות זו נותנת לו לבצע מספר פעולות: אם צדדים באים בהסכמה מותר לו לדון, ואם צד אחד לא מסכים ומדובר בנושא שאין לבית הדין סמכות לדון הוא מוציא לצד המסרב כתב סירוב (אנשים בקהילה ידעו שצד זה העדיף ללכת לערכאות של גויים). בג"ץ מבהיר לבית הדין שזה לא כך. בית הדין עובד בשביל המדינה, ולכן הוא פועל רק לפי מה שהמדינה מתירה. הוא לא יכול לדון בכל דבר שהצדדים מסכימים עליו, ובטח לא יכול להוציא כתבי סירוב.
   6. לסיכום, ההיבט הראשון של המאבק עם הדיין הוא במישור צמצום הסמכות של הדיין. זה קורה קצת בחקיקה וקצת בפסיקה.
   7. תקיפה ישירה מול עקיפה – ניתן לתאר מצב בו אדם מגיש תביעה בנושא שבית המשפט צמצם את סמכות בית הדין לדון בו. עולה השאלה איך בפועל יטפלו במקרה זה. ישנם שני סוגים של תקיפות, ישירה ועקיפה. הבעל מגיש תביעת גירושין וכורך את עניין המזונות. האישה אמרה שאסור לכרוך מזונות ילדים אך בית הדין מחליט לדון בזה. בתקיפה ישירה האישה צריכה להגיש ערעור לערכאת הערעור של בית הדין האזורי (בית הדין הארצי). אם בית הדין הארצי לא מקבל את הערעור, השלב הבא הוא עתירה לבג"ץ (אם בית הדין חרג מסמכותו, בסמכות בג"ץ לתת הנחיות לבתי הדין הרבניים כאשר הם עוסקים בנושאים שאינם בסמכותם). במצבים בהם בית הדין הולך נגד ההלכה של בית המשפט, בג"ץ יורה לבית הדין שלא בסמכותו לדון. כעת נתאר מצב בו בעל מגיש תביעה לבית הדין וכורך מזונות ילדים ורכוש. בתקיפה עקיפה, האישה מגישה תביעת מזונות ילדים ורכוש בבית המשפט למשפחה, במקום לערער לבית הדין הארצי ואז לבג"ץ. הבעל מגיע לבית המשפט למשפחה ומבקש ממנו לא לדון בנושא מאחר שהנושא כבר נכרך בבית הדין. הוא מגיש בקשה לדחייה על הסף מחוסר סמכות. בית המשפט פונה לאישה ושואל אותה למה הגישה את התביעה. האישה תטען שהבעל לא צודק מאחר שלגבי המזונות אין סמכות, ולגבי הרכוש לא ניתן לכרוך מאחר שבעלה לא עומד בתנאי הכריכה (תו"ל, כדין וכנות). בית המשפט, כדי לדון בסמכות של עצמו, הוא צריך לדון בסמכות בית הדין (זאת למרות שהוא לא ערכאת ערעור או פיקוח על בית הדין). לכן זה נקרא תקיפה עקיפה. בית המשפט דן בנושא ומקבל החלטה לגבי הסמכות. אם בית המשפט מחליט שהאישה צודקת ושעליו לדון בנושא, הוא ממשיך לדון בתביעה. הבעל מגיש ערעור למחוזי ואז לעליון (כעליון ולא כבג"ץ). ההחלטה של העליון לא תחייב את בית הדין, מאחר שרק כבג"ץ החלטותיו מחייבות את בתי הדין. בשל כך התקיפה העקיפה בעייתית. אם האישה מסתפקת בתקיפה העקיפה, בית הדין ימשיך לדון בעניין (מאחר שמבחינתו יש לו סמכות) וגם בית המשפט ידון בעניין (מאחר שהגיע למסקנה שיש לו סמכות). התוצאה יכולה להיות פסקי דין סותרים. **פס"ד טיבי** בו הייתה אישה נוצרייה מרוסיה שהתחתנה עם רופא מוסלמי שהכירה ברוסיה. הם מתגוררים בטייבה ובשלב מסוים היא עוזבת את הבית יחד עם הילדים וגרה בכפר סבא יחד עם בן זוגה היהודי החדש. האב פונה לבית הדין השרעי בטייבה ומקבל צו לפיו המשמורת הזמנית של הילדים אצלו. האישה פונה לבית המשפט למשפחה בכפר סבא ומקבלת צו לפיו הילדים צריכים להיות אצלה. החברים של האבא עושים ביקור פתע בגן ולוקחים את הילדים בדרך לירדן. האישה מגישה תלונה על חטיפה. המשטרה באה לאבא, אך הוא מראה צו לפיו הילדים אמורים להיות אצלו. הטעות פה נבעה מביצוע תקיפה עקיפה במקום תקיפה ישירה. עורך הדין של האישה היה צריך לערער בערכאה הדתית ובהמשך לבג"ץ, ואז היה מתקבל צו אחד קוהרנטי. בעקרון, בסיטואציה הקודמת הייתה תביעה לבית הדין ונכרך נושא הרכוש ואז האישה הגישה תביעה רכושית כשהבעל טען שאין סמכות לבית המשפט לדון. במקרה זה בית המשפט ידון בסמכות של עצמו לדון. מה היה קורה אם הייתה תביעה לבית הדין עם כריכה של יחסי הרכוש והאישה הייתה טוענת שאין סמכות מאחר שהכריכה לא כדין (תקיפה ישירה בבית הדין), בית הדין דן בנושא והגיע למסקנה שיש לו סמכות ואז האישה הגישה תביעה לבית המשפט למשפחה. הבעל יגיד לבית המשפט שלבית הדין סמכות לדון, ושהוא כבר דן בסמכות. במקרה זה לכאורה בית המשפט אמור להימנע מלעסוק בנושא בשל הכבוד בין הערכאות. בנושא זה עוסקת **הלכן פלמן**, שאומרת לבית המשפט לא לבחון אוטומטית את התנאים של הכריכה, ושאם בית הדין כבר דן בנושא צריך לכבד את זה. אם מדובר בנושא של ניואנס (כמו למשל האם הכריכה הייתה כדין), אם בית הדין הגיע למסקנה שיש לו סמכות, בית המשפט צריך לכבד זאת. עם זאת, ייתכן שבמקרה בו יש טעות גסה (כמו למשל שבית הדין יקבע שיש לו סמכות לדון במזונות ילדים) בית המשפט לא בטוח יכבד את החלטת בית הדין.
3. **פיקוח על פרוצדורה בבית הדין הרבני**
   1. בשיטה הראשונה, לא מתערבים במטבח של בית הדין, אלא אומרים לו שהנושא הנדון לא צריך להיות במטבח של בית הדין. בשיטה השנייה ישנה התערבות במה שקורה בתוך בית הדין ולכן מדובר במהלך יותר רדיקלי. לצד זאת, זה יחסית מעודן מאחר שההתערבות היא בפרוצדורה ולא בתהליך.
   2. התערבות מצומצמת בתהליכים בבית הדין מכוח כללי הצדק הטבעיים – עד חוקי היסוד, בית הדין הדתי ביצע הליכים דתיים, גם אם הוא היה צריך להחיל דין אזרחי (הדין הולך אחר הדיין). הגבול שהוצב לבתי הדין הוא כללי הצדק הטבעיים. אם בית הדין חורג מכללים אלו, בית המשפט האזרחי יכול להתערב. למשל, זכות טיעון, ייצוג וכדו'. דוגמה **פס"ד אסי**, באותו מקרה הוכח שלשופט היה קשר עסקי קודם עם עו"ד של אחד הצדדים, ביקשו ממנו לפסול את עצמו, אך הוא טען שאם הוא יכול להתגבר על ניגוד העניינים הוא יכול לשפוט. בג"ץ קבע שבנושא זה הוא מתערב ושעל השופט לפסול עצמו.
   3. התערבות מכוח הכפפה של ההליכים בבית הדין הרבני לזכויות יסוד – הוחלט שההליכים בבתי הדין כפופים לחוקי היסוד ולזכויות שנקבעו בהם. זה בא לידי ביטוי במספר פסקי דין. **בלב נ' לב** הבעל הגיש תביעה לשלום בית. בית הדין מוציא צו עיכוב יציאה מהארץ לאישה בהתבסס על טענת בעלה שהיא נוסעת לחו"ל לפגוש את המאהב שלה. מדובר בסעד זמני שמטרתו למנוע מהאישה לסכל את התוצאה במצב בו הבעל מנצח (אם היא תפגוש את המאהב לא יהיה שלום בית). במקרה זה בית הדין פועל לפי הלוגיקה של הסעדים הזמניים. האישה פונה לבג"ץ שקובע שהצו פוגע בחופש התנועה של האישה ושהפגיעה לא מידתית. הפגיעה לא מידתית מאחר שהאמצעי לא מוביל למטרה (האישה יכולה לפגוש את המאהב גם בארץ). מכאן ניכר שהלוגיקה החוקתית חלה על ההליכים הפרוצדורליים בבית הדין. **בבג"ץ נתניהו** בני הזוג החליטו להתגרש והבעל עזב את הבית. האישה הזמינה את המאהב למרתף הבית והבעל חזר הביתה ותפס אותם שם. הבעל רוצה להשתמש בזה כאמצעי מינוף. בית הדין רוצה לראות את התמונות, אך האישה טוענת שיש פגיעה בפרטיותה. עם זאת, בחוק להגנת הפרטיות יש מקרים בהם כן ניתן לפגוע בפרטיות. מכאן עולות שתי שאלות. אחת היא האם כשאדם מצלם בביתו שלו יש פגיעה בפרטיות. בית המשפט קובע שעדיין יכולה להיות פגיעה בפרטיות במצב כזה. השאלה השנייה והמרכזית היא האם זה מוצדק. הבעל טען שזה מה שהוא צריך כדי להוכיח את הבגידה. בית המשפט לא מקבל את זה וקובע שאין הצדקה לפגיעה בפרטיות. ניכר כאן המאבק הקלאסי בין הגישה הציבורית של הנישואין לבין הגישה הפרטית (לא רוצים לקבוע אמות מידה מוסריות ולפלוש לבתי האנשים). יש כאן תחושה לא נוחה, מאחר שבית המשפט דובק בגישה שלו אבל לא נותן פתרון אמיתי. אם בית המשפט רוצה להיות ליברל הוא צריך לקבוע שיש לתת לגבר גט, ושהאישה לא יכולה לסרב לגט. בדין הדתי צריך עילת גירושין, ומגיעים לאישה מזונות ילדים אלא אם כן יש סיבה לא לתת לה מזונות. מכאן שמצד אחד בית המשפט משתמש בדין הדתי ומבקש סיבה לגירושין, אך מצד שני לא מאפשר להציג ראיות לכך שהאישה בוגדת, מה שיאפשר לגבר לטעון שלא מגיעים לאישה מזונות אישה. בית המשפט למעשה מציג סוג של צביעות או הדחקה. בשל עקרונות ליברליים הוא דוחה את הצעדים הגסים הללו (כגון צילום הבגידה) אך במקביל משתמש בעקרונות מהדין הדתי כדי להגיע לתוצאה שהוא רוצה להגיע אליה.
4. **הכפפת בית הדין הרבני למשפט האזרחי ולפרשנותו עפ"י בית משפט העליון בכל נושא שאיננו מעמד אישי**
   1. באותם נושאים שהם כן אזרחיים (חל עליהם הדין האזרחי), עד 1995, הכלל של הדין הולך אחר הדיין אמר שגם נושא שהוא נושא אזרחי (כמו למשל יחסי רכוש), ברגע שהגיעו לסמכות בית הדין (למשל באמצעות כריכה), ניתן להחיל עליהם דין דתי. ז"א, ברגע שמי שדן בנושא הוא בית דין דתי, גם אם הנושא במקור היה אזרחי, כעת חל עליו דין דתי. ב-1995 המחוקק אמר במפורש לבית הדין להפעיל דין אזרחי על אותם הנושאים. זה נאמר בחוק יחסי ממון (רלוונטי רק למי שהתחתן אחרי 74'), חוק שיווי זכויות האישה (הנישואין לא פוגעים ברכוש של האישה) וטובת הילד (עקרון טובת הילד הוא עקרון על שכולם צריכים לציית לו). בשלב מסוים הייתה חזקת השיתוף, שקבעה שרכוש של בני הזוג, גם אם רשום על אחד מהם, הוא משותף לשני בני הזוג. אם גבר הגיש תביעה לבית הדין על רכוש, לא היו מחילים את הלכת השיתוף והרכוש היה שייך לבעל. אם האישה הייתה מגישה תביעת רכוש לבית משפט אזרחי היו מחילים את הלכת השיתוף והאישה הייתה מקבלת חצי. בכך נוצר מצב שהיה תמריץ לעשות את הצעד הראשון בתביעה (מרוץ סמכויות). זה המצב בישראל עד פס"ד בבלי.
   2. בפס"ד בבלי יש בעל ואישה שחלק גדול מהרכוש רשום על שם הבעל. הבעל מגיש תביעת גירושין וכורך בה את הרכוש. בית הדין פוסק שהרכוש שרשום על שמו באמת שייך לו. האישה מגישה בג"ץ. בשלב הראשון היא בודקת את עניין הסמכות אך הבעל פעל כדין ולכן זה לא עוזר לה. בשלב השני היא בוחנת את הפרוצדורה וגם היא הייתה כשורה. עם זאת, הבעיה הייתה שבית הדין הפעיל עליה את הדין הדתי המהותי. העליון מנסה להתמודד עם הלכת הדין הולך אחר הדיין ולהסביר למה בית הדין כן צריך להחיל את הלכת השיתוף. זה מתבצע בשני מהלכים: 1. נקבע שחוק שיווי זכויות האישה מחייב את החלת הלכת השיתוף. חוק זה קבע שהנישואין עצמם לא פוגעים בקניין של האישה. בית הדין מקבל את העובדה שהרכוש שרשום על שם האישה באמת יהיה שלה. מבחינת בית הדין, כל אחד יהיה בעלים של הרכוש שעל שמו. זה סותר את חוק שיווי זכויות האישה מאחר שהוא עומד רק בשוויון פורמלי אך לא בשוויון מהותי (בפועל רוב הרכוש יהיה רשום על שם הבעל ולכן בפועל רוב הרכוש ילך לגבר בגירושין). מהלך זה עוזר במקרה של בבלי ובכל מקרה הנוגע לשוויון. 2. מהלך זה קשור לפרשת בראשית, בה נאמר שברא ה' את השמש והירח ביום הרביעי. רש"י שואל מה הכוונה המאורות הגדולים, מאחר שהשמש היא גדולה והירח קטן. ישנו מדרש בו הירח טוען שאין שני מלכים בכתר אחד, ולכן צריכה להיות היררכיה. המדרש נגמר בכך שה' מקטין את הירח. ברק מעלה את טיעון אין שני מלכים בכתר אחד, אך במקרה זה הוא מקטין את הצד השני במקום להקטין את עצמו. הוא קובע שצריכה להיות אחידות, וברגע שמדובר בנושא אזרחי כולם צריכים ללכת לפי הדין האזרחי. לכן כלל הדין הולך אחר הדיין כבר לא רלוונטי למהות ומעתה בית הדין צריך להחיל את הדין האזרחי על כל נושא אזרחי שמגיע לאולם בית הדין, ובית המשפט צריך להחיל דין דתי על כל נושא דתי שמגיע לאולם בית המשפט. המשפט האזרחי כולל חוקים ופסיקה של בית המשפט האזרחי. כשפס"ד בבלי יצא הייתה סערה גדולה, אך עם הזמן הסערה שכחה. דיינים החלו לסבור שניתן להכניס את בבלי לדין הדתי וקבעו שיש מקרים בהם ניתן להכניס את הדין האזרחי לבית הדין הדתי.
   3. בשלב זה קרו כמה תהליכים מעניינים. בשלב ראשון הייתה התנגדות שעם הזמן שכחה ואז בתי הדין פעלו לפי הלכת בבלי. למרות זאת, הם היו מכניסים צבע משל עצמם. בתי הדין החילו את המשפט האזרחי, אך ברגע שיש מקום לשיקול דעת הם פעלו לפי עקרונות דתיים. לדוגמה, בחוק יחסי ממון יש סעיף שמאפשר לבית משפט לסטות מחלוקה של 50/50. בית הדין קבע שאחד הדברים שיכולים להשפיע על החלטה לסטות הוא האם אחד הצדדים בגד. בית המשפט קבע שלא ניתן לקחת זאת בחשבון, ודרש מבית הדין ליישם את הפסיקות של בית המשפט העליון. עם השנים נראה שבית הדין פסק לפי העליון, ואז הגיע **בג"ץ הבגידה**. בבג"ץ הבגידה דובר על נכס מלפני הנישואין, שלפי חוק יחסי ממון לא אמור להיות משותף. הפסיקה קבעה שלפעמים, אם מדובר בדירה לפני הנישואין שבני הזוג גרו בה והשקיעו בה, יש משהו בהתנהגות הזו שמוכיחה כוונת שיתוף. בית הדין לא אוהב את הלכת השיתוף הזו, ולכן הוא ימצא דרך לקבוע שלא הוכחו הנסיבות שמצדיקות את כוונת השיתוף. במקרה זה בית הדין האזורי מגיע למסקנה שדווקא יש כוונת שיתוף. הבעל הגיש ערעור לבית הדין הארצי, ובית הדין הארצי הפך את החלטת האזורי, כשאחד הנימוקים היה הבגידה של האישה. מכיוון שהוא הכיר את הפסיקה שלא מתירה לו להכיר בבגידה, הוא טען טיעון אחר וחוזי. הדירה מגיעה לאישה מכוח כוונת שיתוף מצד הבעל. אם הבעל היה יודע שאשתו תבגוד בו, הוא לא היה רוצה לתת את הדירה לאשתו. לכן בית הדין קורא לתוך כוונתו שהוא לא היה רוצה לתת לאישה את הדירה. הבעיה פה היא שהבגידה הייתה אחרי כ-20 שנים של נישואין, ולכן הדירה כבר הייתה אמורה להיות של האישה. נושא זה מגיע לגב"ץ, שבשורה התחתונה מקבל את ההחלטה של בית הדין הרבני. כל עוד בית הדין הרבני פעל לפי הכללים הוא לא מתערב. השאלה היא איך קוראים את מה שבג"ץ עשה. בעיתונות קראו לזה הפיכה של בג"ץ בבלי, ונאמר שלבית הדין מותר להפעיל קריטריונים משל עצמו. עם זאת, אם קוראים טוב את פסק הדין מגלים שהוא לא הופך את הלכת בבלי. אחד מהשופטים מצביע על כך שהבגידה הייתה אוביטר, ושהדיינים קובעים לפי הכללים שלא צריך להחיל את הלכת השיתוף. השופט שטיין קבע שייחסו חשיבות לבגידה, אך שהיא לא הייתה שיקול דתי אלא חלק מדיני החוזים. נוסף על כך, לא הייתה בעיה בהליך של קביעת החוזה של השיתוף כחוזה על תנאי ולכן אין סיבה להתערב בקביעת בית הדין (גם אם בג"ץ לא מסכים עם התוצאה).
   4. לסיכום, בעקבות הלכת בבלי בכל נושא שהוא נושא אזרחי בית הדין כפוף למשפט האזרחי כפי שהוא מפורש בבית המשפט העליון. הסייג הוא בג"ץ הבגידה, אך צריך להמתין לדיון הנוסף שיסכם את הנושא.
5. **הכפפת בתי הדין הדתיים לפרשנותו של בית המשפט העליון את הדין הדתי גם בנושאים המסווגים כמעמד אישי**
   1. שלב זה עוד לא מיושם בפועל. כאמור, בבג"ץ נקבע שתהיה אחידות, אם הנושא מוגדר כאזרחי יפעילו את המשפט האזרחי בכל הערכאות, ואם הנושא מוגדר כדתי יפעילו את הדין הדתי בכל הערכאות. בשל כך מרוץ הסמכויות לא משנה מאחר שכל הערכאות אמורות להגיע לאותה התוצאה. במקרים בהם צריך להפעיל דין דתי, ראינו שכשבית משפט מפעיל דין דתי זה לא בדיוק הדין הדתי כפי שבית הדין מחיל אותו (בית המשפט מחיל פרשנות מסוימת או בוחר עמדת מיעוט מתוך הדין הדתי). מכאן השאלה, האם בית הדין הדתי יפעיל את הדין הדתי כפי שהוא חושב שצריך להחיל אותו או כפי שבית המשפט העליון חושב שצריך להחיל אותו. לפי הלוגיקה של ברק צריכה להיות אחידות, אבל כפי שראינו בית המשפט האזרחי מפרש את הדין הדתי בצורות שונות במטרה להכפיף את הדין הדתי לעקרונות אזרחיים. האם מצפים מבית הדין גם לבחור בפרשנות מיעוט או לפרש את הדין בצורה שונה ממה שהוא רגיל אליו. אם התשובה היא כן, זה נראה מוזר. מכריחים את בית הדין לפעול אחרת במה שהוא מומחה בו. אם התשובה היא לא אז לא תהיה אחידות.
   2. פס"ד אקנין – בני זוג שחיים יחד שנים רבות, יש להם שישה ילדים, הבעל מפרנס והאישה עקרת בית. אחרי שהילדים גדלים הבעל רוצה זוגיות חדשה לכן הוא עוזב את הבית. האישה לא רוצה להתגרש. הבעל מגיש בקשה לפירוק שיתוף כי הוא רוצה למכור את הדירה בה הם גרו. עוד לפני כן מגישה האישה תביעת מזונות אישה לבית הדין הדתי. מזונות אישה ניתן להגיש בכל ערכאה והם כוללים מדור. בית הדין הרבני פסק שלאישה יש זכות למדור ספציפי כל עוד הם לא התגרשו. לכן, אם יהיה פירוק שיתוף זה יהיה כפוף לזכות האישה. בית המשפט היה פוסק מדור כללי, מה שהיה מאפשר למכור את הדירה (כפי שנפסק בכליפה). במקרה זה לבית המשפט סמכות לפירוק השיתוף (בתי משפט אהבו אופציה זו מאחר שזה הדבר הכי קרוב לגירושין. גם אם אין גט עדיין ניתן לחלק את הרכוש), ולבית הדין סמכות לקבוע מדור ספציפי. הבעל מגיש בג"ץ נגד בית הדין וטוען שקביעת מדור ספציפי פוגעת בזכותו לקניין. בית המשפט הבטיח אחידות, אבל הוא לא מקיים. אם הבעל היה ממהר לבית המשפט הוא היה מקבל את הדירה שלו. בגלל שהאישה הגישה תביעה לבית הדין הבעל לא יכול להנות מהדירה שלו. לכן הוא ביקש לציית להלכת בבלי ולקבוע שבית הדין צריך לקבוע לפי הפרשנות של בית המשפט האזרחי. חשין מסכים עם טענת הבעל, אך שופטי הרוב קובעים שיש גבול למה שאפשר להכריח את בית הדין. בנושאים אזרחיים ניתן להכריח את בית הדין לפסוק לפי המשפט האזרחי, אך בנושאים שנקבעו כנושאים דתיים בית הדין יקבע לפי פרשנותו. נושא זה היה אמור להגיע לדיון נוסף אך בינתיים בני הזוג הגיעו לפשרה ולכן הוא לא המשיך. בשל כך כיום יש את ההלכה הישנה. ניתן לשער שכאשר בית הדין יפסוק לפי הכללים הישנים יהיה בג"ץ נגד בית הדין שיחדש את השאלה של אקנין. השאלה היא עד כמה ימשיכו את הלכת בבלי לנושאים שעוסקים בדין דתי ונידונים בבית דין דתי.
6. **סוגיות לדוגמה**
   1. אישה נותנת דירה במתנה לבעלה, וכעבור מספר חודשים הוא בגד בה. למרות שהדירה נרשמה בטאבו בית הדין קובע שהאישה יכולה לקבל את הדירה בחזרה מאחר שגלום במתנה תנאי מפסיק. על סמך תנאי מפסיק זה ניתן לקבוע שהמתנה הזו חוזרת. טענה זו הועלתה בעבר בבתי משפט האזרחיים, אבל הם דרשו שהתנאי המפסיק יהיה מפורש ושלא ניתן ללמוד אותו מהתנהגות הצדדים. דיני מתנות הם תחת המשפט האזרחי, ולכן נכללים בקטגוריה השלישית. לכן לפי הלכת בבלי בג"ץ יכול לפסול קביעה זו. בנוסף, מדובר בהלכת בבלי לפי גרסת ברק. לפי גרסת שמגר ייתכן שבג"ץ לא יתערב. מעבר לכך, יתכן שבעקבות בג"ץ הבגידה ירככו את ההתערבות ויקבעו שאין חריגה מסמכות (הגם שבית המשפט לא מסכים עם התוצאה).
   2. דנה ועופר מרוויחים 10 אלף לחודש כל אחד. יש להם ילד מעל גיל 6. דנה מחליטה להגיש תביעת גירושין ולכרוך בה את מזונות הילדים. בית הדין הרבני קובע כי על אף האמור בהלכת 919, הוא מחליט לפסוק לפי הדין הדתי ולקבוע שהמזונות מוטלים על הגבר. הגבר יכול לטעון שאין לבית הדין סמכות לדון במזונות ילדים. מעבר לזה, גם אם יש סמכות לדון, אמנם לפי המצב המשפטי הקיים, בדין האישי זכותו של בית הדין לבחור את הפרשנות שלו, אבל ייתכן שכדי ליצור אחידות בית המשפט יקבע שגם בנושא מעמד אישי, כאשר בית המשפט בחר בדין הדתי בפרשנות מסוימת שתואמת עקרונות אזרחיים אז גם בית הדין הדתי צריך לפסוק בהתאם לאותם העקרונות.

**דיני הנישואין**

**הקדמה**

1. דיני הנישואין מטרתם לקבוע מי נשוי ומי לא. השאלה הזו מתחלקת לכושר (מי יכול להינשא) וצורה (כיצד ניתן להינשא). כמו כל נושא של דיני משפחה צריך לזכור מי הערכאה שתדון בנושא ועפ"י איזה דין. בדיני נישואין רק בית דין דתי דן בנושא (סמכות ייחודית) לפי הדין הדתי. אם זה בכל זאת מגיע לבית משפט אזרחי (סמכות אגבית, יגישו תביעה לבית משפט בנושא אחר ואגב נושא זה יצטרכו לקבוע האם הזוג היה נשוי) הוא ידון בזה בדין דתי. דין דתי בישראל הוא לא רק דין יהודי, זה תלוי בדת של בעל הדין. עם זאת, בקורס נתמקד רק בדין היהודי, וכן רק בשורה התחתונה של הדין היהודי.

**כשירות**

1. **גיל** – כמעט בכל שיטת משפט, הקריטריונים של הכשירות יתייחסו לגיל. חשוב שיהיה גיל נישואין מינימלי. סיבה אחת לכך היא חצי חוזית, צריך כשירות הסכמית לטובת כניסה ל"חוזה" נישואין. סיבה נוספת היא חשש מחוסר בשלות. סיבה שלישית היא פחד מניצול של קטינים. בדין הדתי היהודי ילד מעל גיל 13 וילדה מעל גיל 12 כשירים לנישואין. בפרוצדורה מסוימת לגבי ילדה האב יכול גם קודם להחליט על נישואין עבורה. זו לא פרקטיקה שמעודדים אבל זה אפשרי. ניכר כי יש פחות מדי מגבלות על נישואי קטינים, מה שמוביל לרצון להשלמה מכיוון הדין האזרחי.
2. **קרבת משפחה**
   1. גם קטגוריה זו לא ייחודית לדינים דתיים. כמעט בכל שיטות המשפט האזרחיות יש מגבלה של קרבת משפחה. ניתן להתבסס על הנחה לפיה יחסי נישואין מובילים להולדה. אם מסתמכים על הנחה זו ניתן לקבוע שזה נוגד את טובת הילד שהוריו יהיו קרובי משפחה. עם זאת, זה מבוסס באופן מוחלט על כך שמקשרים בין נישואין להולדה. לצד זאת ישנו טאבו על יחסים בתוך המשפחה בשל הרצון להפריד בין התא המשפחתי לבין ההתפתחות המינית של אנשים. ככל שההצדקות יותר גנטיות הקריטריון יהיה יותר ביולוגי וככל שהן יהיו יותר פסיכולוגיות אז גם קרבה לא גנטית תהיה רלוונטית. בדין הדתי הקונצנזוס הוא על מקרים מאוד מסוימים ויש הבחנות בין הדינים השונים מה מוגדר קרבת משפחה. בדין הדתי היהודי בנושא זה של קרבת משפחה יש הבחנה בין פסול מוחלט לבין פסול יחסי. פסול מוחלט אומר ששני האנשים לא יכולים להתחתן כלל, וגם אם אחד מהם יבוא לשני ויעשה טקס נישואין כשר לא תהיה לזה משמעות (חייבי מיתות). לעומת זאת, יש מקרים של פסול יחסי, בהם אסור להתחתן, אבל אם אדם יעשה טקס נישואין כשר הנישואין יהיו תקפים (חייבי לאוין). ידרשו מהזוג להתגרש אבל כל עוד הם נשואים זה תקף. חשוב לשים לב שאין סימטריה בין משפחת האב לבין משפחת האם (אנשים חיים בבית האב ולכן רוצים להטיל יותר מגבלות על בית האב מאחר שמניחים ששם עלולות להיווצר בעיות). דוגמה מהנצרות הקתולית – פחדו מנישואין של בני דודים. בכפר טיפוסי כולם בני דודים מדרגה רביעית. בדת הקתולית אסור להתגרש, ולכן ככה"נ קבעו שאסור להתחתן עם בני דודים כדי להפקיע קידושין לכתחילה. בהיבטים מסוימים הדין הדתי מטיל על קרבת משפחה פחות מדי מגבלות (למשל בהיבטים הגנטיים) ובהיבטים אחרים יותר מדי מגבלות.
   2. השלכות של נישואי פסולים – העונש הפלילי על יחסי מין בין פסולים מוחלטים בעבר היה עונש מוות (בידי אדם או שמיים). ילד שנולד לפסול מוחלט נחשב לממזר.
   3. דוגמאות
      1. פסול מוחלט – אשת איש, אחות גרושתך (בעודה בחייה).
      2. פסול יחסי – כהן וגרושה.
3. **מצב פיזי ונפשי** – כמעט בכל שיטת משפט יש קטגוריה העוסקת בהבנה קוגניטיבית של מה זה נישואין, ולפעמים זה יזלג גם ליכולת לקיים את הנישואין. זה קיים גם בדינים הדתיים, למרות שזה שנוי במחלוקת. בדין הדתי יש עוד קריטריון שקשור להיבט הבריאותי והוא יכולת הולדה (לפעמים זה יהיה פסול כשירות ולפעמים זה יתקשר לדיני חוזים ולהסכמה).
4. **דת** – בעולם הנישואין האזרחיים לא תהיה קטגוריה כזו, אך בעולם הנישואין של ישראל יהיו כללים המדברים על נישואין בין-דתיים. כאן יש הבחנה מעניינת בין הדתות. כל ארבעת הדתות בישראל אוסרות על נישואין בין דתיים. יש חריג אחד אצל המוסלמים, שם אם אישה מוסלמית תתחתן עם מישהו לא מוסלמי זה לא תקף אבל אם גבר מוסלמי יתחתן עם אישה שאיננה מוסלמית אך איננה עובדת אלילים נישואין אלו יהיו תקפים. כאן קורה מצב מעניין בו מנקודת מבט של דת הגבר זה תקף ומנקודת מבט דת האישה זה לא תקף. כאן הביקורת על הדין הדתי היא שהוא נותן יותר מדי מגבלות. לפחות בישראל הטיעון הדתי יקבל גוון לאומי (מניעת נישואי תערובת לא רק במובן הדתי אלא בהיבט הלאום).
5. **בני זוג מאותו מין** – בכל הדתות יש איסור מוחלט על נישואין של בני זוג מאותו המין. עד לא מזמן זו הייתה קטגוריה אוניברסלית (גם במישור האזרחי לא הכירו בנישואין אלו) אך כיום זה הופך יותר ויותר לקטגוריה דתית. עולה השאלה מה זה אומר כשמתירים נישואין מסוג זה, האם זה מצביע על כך שמנתקים את הקשר בין הולדה לבין נישואין? או שמא לא מסתכלים על זוג שיכול להוליד יחד אלא מסתכלים על יכולת לגדל ילדים (ולכן מעתה מה שמקשרים לנישואין זה גידול הילדים במנותק משאלת ההולדה).
6. **ביגמיה** – האם בן אדם צריך להיות רווק כדי להתחתן. גם בעולם האזרחי האיסור על ביגמיה הוא מוחלט וסימטרי (חל באותו האופן על נשים ועל גברים), אחרת הנישואין לא יהיו תקפים. ההצדקות האזרחיות הן בד"כ היבט הסכמה או ניצול. בעולם הדתי יש הבחנות משמעותיות בין דתות שונות ובין עדות בתוך היהדות. אצל דרוזים ונוצרים יש מונוגמיה. אצל מוסלמים האישה לא יכולה להתחתן עם כמה גברים והגבר יכול להתחתן עם כמה נשים כל עוד הוא יכול לפרנס אותן. בדין היהודי המקורי אין איסור על גברים לשאת מספר נשים. הדין הזה עדיין נוהג בקרב יהדות תימן. לעומת זאת, בקרב יהודי אשכנז, בשנת 1,000 לספירה מותקן חרם דרבינו גרשום שאוסר על ביגמיה גם לנשים וגם לגברים. חרם דרבינו גרשום פועל כחקיקה קוגנטית. העילות המאפשרות לשאת אישה שנייה קיימות, אך זה נדיר. גם כשזה קיים צריך פרוצדורה מאוד מיוחדת (הסכמה של 100 בתי דין). אצל ספרדים ישנו מקרה ביניים בין המסורת הבבלית לבין המסורת האשכנזית. אצל הספרדים החרם לא מאומץ כחקיקה קוגנטית, אבל יש דרכים פרטיות דרכן החרם מאומץ, דוגמת הכתובה. בכתובה סטנדרטית יופיע סעיף לפיו הגבר מתחייב לא לשאת אישה נוספת או שאם הגבר נושא אישה נוספת זו תהיה עילת גירושין. לפעמים זה מגובה בשבועה, הבעל נשבע בזמן החופה שהוא לא יישא אישה אחרת. בנוסף על כך, אצל הספרדים יש הבדל במקרים בהם כן ניתן לשאת אישה נוספת. במסורת הספרדית יש יותר עילות לשאת אישה נוספת, כשאחת מהן היא כאשר האישה הראשונה לא יכולה להוליד ילדים. לכאורה זה מקל יותר מהאשכנזים, אבל זה תלוי דרך אילו דינים מסתכלים על זה. אם דרך דיני ביגמיה אכן האשכנזים יותר מחמירים, אך אם מסתכלים על זה דרך דיני פרו ורבו הספרדים מחמירים יותר. מבחינת הדין האזרחי הדין הדתי לא מגביל מספיק ביגמיה, מאחר שבדין האזרחי יש איסור מוחלט וסימטרי של ביגמיה.
7. **איסורים דתיים ללא מקור אזרחי** – למשל כהן וגרושה. גם אם אדם לא מייחס לכהונה שלו חשיבות, אסור לו לפי הדת להתחתן עם גרושה. דוגמה נוספת היא דוגמה של ממזר. ממזר לא עשה שום עבירה וההלכה אומרת לו שהוא לא יכול להתחתן. אפילו ההלכה מבינה את חוסר הצדק. מצד אחד הכלל הפורמלי אומר שממזר לא יכול להתחתן, אבל מצד שני לא מדובר בטומאה מיסטית. ההלכה כאילו רוצה שיעבדו עליה. היא יוצרת מכניזם הלכתי שאמור למנוע ממנה לתפוס ממזרים (למשל לא לאפשר לעשות בדיקה גנטית). איסור ממזרים בעבר היה מנגנון לייצור הרתעה מקיום יחסי מין מחוץ לנישואין. ההלכה לא חושבת שיש בעיה בממזר, ולכן הלכתית יש דרכים להתעלם מכך שהוא ממזר. לעומת זאת, רוצים שהציבור הרחב יחשוב שממזרות היא מצב נורא.

**צורה**

1. ניתן לחשוב ראשית על הפונקציות שצורת הנישואין צריכה למלא מבחינת הדין האזרחי. אחד ההיבטים שרוצים לבטא בנישואין הוא הסכמה מתוגברת (פרוצדורה שמעידה על כך שזוג אכן מעוניין להינשא). היבט נוסף הוא פרסום, בעיקר כשיש איסור על ביגמיה וזכויות מסוימות הכרוכות בחיי נישואין. לפחות בעבר היו מדינות שגם כשהנישואין היו אזרחיים הייתה הצהרה מסוימת שאנשים היו צריכים להגיד שביטאה את תפיסת הנישואין במדינה. נקודה מעניינת במעורבות המדינתית היא שהיום ברוב המדינות לא יכירו בנישואין שלא קרו באופן שבו המדינה הגדירה (בעבר היה ניתן להינשא כל עוד בני הזוג הסכימו ביניהם לקיים את הנישואין בצורה שונה, אבל כיום לרוב לא ניתן לעשות זאת). למעשה ניכרים פה שני קצוות, בקצה אחד השמרנים הדתיים שטוענים שכל מה שקורה לא כפי שהם קובעים לא תופס ובקצה השני הליברלים שאומרים שכל עוד יש הסכמה הנישואין תקפים.
2. **נצרות** – בדין הקתולי יש דרמה לגבי צורת הנישואין. בעבר, כחלק מתפיסה של הנצרות הקתולית לפיה הנישואין נחשבו לסקרמנט (חלק מאותות האל בעולם, משתייך לעולם הרוחני יותר מאשר לעולם הארצי), לא הייתה דרישה של פומביות ובני הזוג היו יכולים ליצור את הסקרמנט בטקס ביניהם. זה יצר מהומה גדולה ביכולת של ההורים לשלוט על הילדים שלהם. מי שמשוחרר מסיפור זה הם הפרוטסטנטים מאחר שעשו שם הבחנה מחודשת של מה שייך לאל ומה שייך לאדמה. הוחלט אצלם שנישואין נחשבים למוסד ארצי ושאין להם מעמד של סקרמנט. אצל הפרוטסטנטים יש כללים שדורשים דברים נוספים מעבר להסכמה (מתחם דתי, פומביות והסכמה של המדינה). הארצות הקתוליות תחילה לא מוכנות לקבל את הקביעות הללו, אך יש מועצה גדולה במאה ה-16 שקובעת שבחלק מהמדינות הקתוליות מוכנים לקבל חוקים פרוטסטנטיים. זה רלוונטי לרוב הדתות הנוצריות בישראל (דורשים הסכמה, נוכחות של איש דת ומעורבות של המדינה).
3. **אסלאם** – בניגוד לנצרות, באסלאם הטקס עצמו של הנישואין אף פעם לא היה קדוש. היה לו אופי חוזי. הנישואין נערכו בשטר. לא מדובר בכתובה אלא בשטר שיוצר את הנישואין. הנוהג הוא שהבעל והמשפחה של האישה חותמים על שטר זה. באופן עקרוני, לא צריך קאדי. באופן פרקטי, משפחה מוסלמית שמכבדת את עצמה תבקש מהקאדי להיות מעורב ויתנו לו לחתום, אך זה לא הכרחי. מה שנותן תוקף לפי ההלכה המוסלמית הוא החתימה של הצדדים. יש כאן אלמנט של פומביות מאחר שלשטר יש קול, אבל מצד שני זו לא פומביות ברמה של מעורבות מדינתית.
4. **יהדות**
   1. בדין הדתי היהודי חלה התפתחות. בדין היהודי הדתי המקורי היו בעבר שני שלבים של הנישואין, בשלב הראשון הקידושין/האירוסין וחזרה של בני הזוג לבית הוריהם. כן היה איסור להתחתן בנישואין אחרים, אבל כל אחד היה בביתו. אסור היה להם לקיים יחסי מין אחד עם השני. בשלב השני היו הנישואין, בהם מממשים את הקשר ועוברים לגור יחד. הקידושין עצמם קורים באחת משלוש דרכים: כסף, שטר וביאה. כסף מורכב משלושה תנאים, נתינת שווה כסף (כיום המנהג הוא טבעת), שני עדים כשרים (העדים הם לא דקלרטיביים, הם חלק מהטקס, בלעדיהם הנישואין לא תקפים) ושנתינת הכסף צריכה להיות כדי להינשא (כוונה של הצדדים להינשא). בשלב הכסף אין ממד פומבי של רב או מדינה. השטר צריך להימסר בנוכחות שני עדים כשרים ע"מ ליצור את הקידושין. הדרך השלישית היא ביאה (קיום יחסי אישות) בנוכחות שני עדים (צריכים להיות עדי הייחוד, לא חייבים להיות נוכחים בפעולה עצמה) ומתוך רצון להתקדש. לאחר ביצוע אחת משלושת פעולות אלו חוזרים לבית ההורים ואז מבצעים את הנישואין.
   2. השינוי הראשון הוא שינוי כפול, קודם כל מורידים את השטר והביאה (משמע כיום הקידושין הם רק בעזרת כסף). הדבר השני הוא שמאחדים את הנישואין עם הקידושין. החופה היא הסמל של הנישואין. מה שחסר פה הוא היבט הפומביות. לכן, מנסים לאורך ההיסטוריה של ההלכה למצוא דרך להתמודד עם זה. אחת הדרכים הייתה חרם ירושלים, לפיו מטילים חרם על זוג שהתחתן בלי מניין. עולה השאלה מה המדינה תעשה למי שיתחתן באופן פרטי. המדינה יכולה לא להכיר בנישואין, אבל זה לא קרה בדין היהודי הדתי. יש משהו עמוק ביהדות שתופס את הנישואין כדבר פרטי, והחרם לא הצליח להתגבר על הדבר הזה. החרם היה רק איום. לכן אם זוג יקיים טקס נישואין בצורה לא מקובלת אבל הייתה טבעת, שני עדים כשרים וכוונה להינשא מבחינת הדין הדתי יהיה תוקף לנישואין (לכן כשבודקים תוקף נישואין בדין הדתי ומתוך כך לפי משפט המדינה צריך לבחון האם הייתה טבעת, שני עדים כשרים וכוונה).
   3. מבחינת המגבלות, מצד אחד כשאדם רוצה להתחתן אומרים לו להתחתן לפי טקס דתי אורתודוקסי. כאן הביקורת האזרחית היא שלא צריך להכריח אנשים להתחתן בטקס דתי. מצד שני, מבחינת תוקף הנישואין המדינה יכולה לטעון שיש מעט מדי מגבלות מאחר שלא נדרשת פומביות.

**סיכום בעיות אזרחיות**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| מגבלות הדין הדתי ביחס לדין האזרחי | כושר | צורה |
| פחות מדי מגבלות | * גיל * קרבת משפחה * ביגמיה | * פומביות |
| יותר מדי מגבלות | * דת * בני זוג מאותו המין | * חיוב טקס דתי |

**פתרונות אזרחיים בחקיקה**

1. **גיל** – יש חוק שנקרא גיל נישואין, שמתחיל לפתור את העובדה שיש פחות מדי מגבלות על הכושר. המדינה קבעה קריטריונים מסוימים על גיל הנישואין. חוק גיל נישואין קובע קריטריון אזרחי לפיו גיל הנישואין המינימאלי הוא 18. עולה השאלה מה המדינה תעשה אם אדם יתחתן בגיל יותר צעיר. התשובה היא שהנישואין יהיו תקפים מאחר שהדין הדתי מתיר זאת אך מבחינת המשפט הפלילי זו תהיה עבירה פלילית. עולה השאלה מה בנוגע לזכויות שהמדינה צריכה לספק לזוגות נשואים. התשובה היא שזה שזו עבירה פלילית זה לא משנה, וברגע שיש תוקף לנישואין המדינה תיתן זכויות לזוג הנשוי.
2. **ביגמיה**
   1. בתוך הפרק ריבוי נשים בחוק העונשין יש עבירה פלילית על הביגמיה. בדומה לחוק גיל נישואין יש עבירה פלילית ויש פרוצדורה שמאפשרת לקבל היתר נישואין. גם כאן המשפט הישראלי מדבר בשלושה קולות. בקול הראשון הוא מגדיר את הביגמיה כעבירה פלילית של המדינה. בקול השני אם לפי הדת אדם נשוי הוא יהיה נשוי, גם אם המדינה מגדירה את זה כביגמיה אסורה. בקול השלישי עדיין יינתנו זכויות למי שמוגדר כנשוי לפי הדת. הקול השני מובן, מאחר שהסמכות על נישואין היא לדת. הקול השלישי פחות ברור, מאחר שמדובר בזכות שהמדינה מקנה וכאשר אדם עובר עבירה פלילית בנושא הגיוני במידת מה לשלול ממנו זכות זו.
   2. באשר להיתר נישואין, שני הרבנים הראשיים יכולים לתת היתר נישואין לאדם נשוי. החוק הפלילי (ס' 179) לא מגדיר קריטריונים שקובעים מתי ניתן לתת היתר נישואין (הוא משאיר את הסמכות אצל בית הדין הרבני). לגבי מי שלא יהודי (ס' 180), ישנם קריטריונים ספציפיים למתן היתר נישואין. הסיבה לכך היא שאצל מוסלמים אין איסור על ביגמיה, ולכן מפחדים שתמיד יתירו ביגמיה. בשל כך קבעו מקרים מסוימים בהם ניתן להתיר ביגמיה למי שאינו יהודי.
   3. במשך השנים, בתי הדין פעלו במסורת אחידה אשכנזית (הרב עוזיאל קיבל את מסורת הרב הרצוג). הסיבה הרשמית בגללה מקבלים את המסורת האשכנזית היא לטובת אחידות. לא הגענו מהגלות כדי לפעול בנפרד. בשלב מסוים הרב עובדיה יוסף ביקר באופן חריף את הרב עוזיאל. הרב עוזיאל היה רב שכיבדו אותו מאוד כי הוא למדן ולמרות זאת הרב עובדיה יוסף יצא נגדו בחריפות על הכפפת המסורת המזרחית. אחד מהנושאים שיוסף ביקר אותו עליהם הוא העניין של היתר נישואין (צריך להתיר לאדם שרוצה לקיים מצוות פרו ורבו). נוצרו מצבים בהם גם אם יש פס"ד של בית דין רבני שמתיר לתת היתר לא הצליחו להשיג חתימה של שני רבנים. בשל כך שינו את החוק וקבעו שמספיקה חתימה של נשיא בית הדין הרבני. כשיוסף נכנס לתפקידו כנשיא הוא ביקש להביא אליו את כל התיקים שחיכו לאישור. פה נוצר מצב מעניין, מאחר שיוסף חתם גם לאשכנזים (מה שסותר את העקרון שהוא הציג לפני כן לפיו כל עדה צריכה לפעול לפי המסורת שלה).
   4. פס"ד שטרייט ובורנובסקי – בשטרייט אישה סירבה לתת גת והרבנים רצו לתת היתר נישואין. בשל כך החליטו להכפיף את ס' 179 לס' 180 ולקבוע שגם ביהדות צריך לעמוד בעילות של 180 ע"מ לתת היתר נישואין. בבורנבסקי חולקים על תוצאה זו מאחר שזה לא נובע מלשון החוק ומאחר שיש שוני בין המטרות של שני הסעיפים. הלוגיקה של החוק מתיישבת יותר עם בורנובסקי מאשר עם שטרייט, אז אפשרות אחת היא שהייתה חזרה בתשובה ושבית המשפט חזר לפרשנות המחוקק. עם זאת, בית המשפט של שנות ה-80 היה מעט יותר אקטיביסט, וניתן לטעון שהלוגיקה של שטרייט יותר מתיישבת עם עקרונות אזרחיים של שוויון. מקריאה בין השורות ניתן להבין שבית המשפט רוצה שבכל סיטואציה של סרבנות ניתן יהיה לבצע גירושין קצרים. עם זאת, הגירושין הם לפי הדין הדתי אשר דורש נתינת גט. לכן יש אפשרות לצד סרבן להציק לצד השני. כאשר האישה מציקה לגבר יש פתרון של היתר נישואין. הגבר צריך להשליש את הגט ואז הוא יכול לקבל היתר נישואין. לכאורה זה בעייתי מאחר שבמקרה ההפוך זה לא מתאפשר (אישה שבן זוגה סרבן לא תקבל היתר). עם זאת, עצם העובדה שנשים לא יכולות לקבל היתר נישואין לאו דווקא אומר שצריך למנוע את הסעד הזה מגברים ולהגביר את ה"סבל הכללי".
3. **קרבת משפחה** – החוק האזרחי לא קובע עניינים ביחס לקרבת משפחה בנישואין.
4. **פומביות** – ישנה פקודה שמסדירה את הפרוצדורה לנישואין. לפי פקודה זו יש שתי פונקציות שצריך להכיר; רושם נישואין ועורך נישואין. זוג צריך להגיע לרושם נישואין ולהירשם אצלו. לאחר מכן נעזרים בעורך נישואין ע"מ לערוך את הטקס. עורך נישואין יהיה אורתודוקסי. בעבר עלתה טענה לגבי סוגיה זו (פס"ד היהדות המתקדמת) ורצו שיתנו לעוד רבנים לערוך טקסי נישואין. בית המשפט קבע שהרבנות מחליטה על מי היא סומכת לטובת עריכת טקסי נישואין ואם אלו הרבנים האורתודוקסיים אז כך יהיה. אם בכל זאת אדם לא מוסמך עורך טקס נישואין מדובר בעבירה פלילית. לגבי תוקף הנישואין, עדיין צריך לבדוק את שלושת הגורמים המצטברים (טבעת, שני עדים ורצון).
5. החוק האזרחי לא נותן מענה לקבוצות עליהן הדין הדתי מחיל יותר מדי מגבלות (פסולי חיתון שהדת מגדירה אותם כלא כשרים לנישואין ואידיאולוגים שלא מעוניינים להתחתן בטקס דתי).

**פתרונות אזרחיים בפסיקה**

1. הפסיקה לא נותנת פתרונות לפסולי החיתון ולאידיאולוגים. יש אדם שלקח כל כמה זמן פסול חיתון והגיש בשמו בג"ץ אך בג"ץ קבע שלא ניתן לעזור לו בשל סעיף שמירת דינים. ברק ניסה למצוא לכך פתרון (לאחר שפרש). הוא אמר שסעיף שמירת דינים לא הופך מצב לא חוקתי למצב חוקתי. בג"ץ יכול להכיר בכך שנפגעה זכות חוקתית ולהגיד שאין לו מה לעשות בשל סעיף שמירת דינים. בשלב זה העותר יכול להגיש בג"ץ נגד הכנסת בגין כך שהיא לא מחוקקת חוק חדש שיקיים את הזכויות החוקתיות.
2. לסיכום, המצב בעייתי. הבעיות של מעט מדי מגבלות קיבלו מענה חלקי והבעיות של יותר מדי מגבלות לא מקבלות מענה כלל.

**תחליפי הנישואין**

**הקדמה**

1. תחליף נישואין נותן פתרון שמספק תוצאה דומה לנישואין למרות שהזוג לא באמת נשוי. המשפט הישראלי סיפק שלושה מנגנונים כאלו: נישואין פרטיים (אנשים שעושים טקס נישואין באופן לא ממוסד, ולאחר מכן רוצים לקבל הכרה מהמדינה שיתייחסו אליהם כנשואים), ידועים בציבור (אנשים שלא עושים טקס אבל חיים ביחד ובעקבות החיים המשותפים רוצים לקבל זכויות של נשואים), נישואין אזרחיים מחוץ לישראל (אנשים שמתחתנים בחו"ל וחוזרים לישראל ומבקשים הכרה בנישואין שלהם).

**נישואין פרטיים**

1. בנישואין פרטיים זוג שנמצא בקבוצה שלא קיבלה מענה (פסול חיתון או אידיאולוג) מקיים טקס נישואין פרטי, כאשר הוא משתדל שטקס זה יהיה בצורה דומה לטקס ההלכתי. כאשר מדובר בפסול מוחלט (בני זוג מאותו מין וכדו') שיטה זו לא תעזור, מאחר שכאשר הם יעשו את הטקס הפרטי, גם אם יעמדו בדרישה של היהדות (טבעת, עדים ורצון) זה לא יעזור מאחר שהם פסול מוחלט. כאשר מדובר על אידיאולוגים, בהנחה שיעשו את זה לפי ההלכה נישואין אלו יהיו תקפים. זה נכון גם לגבי פסול יחסי (דוגמת כהן וגרושה), שלא מתירים להם להינשא מראש אך בדיעבד מכירים בנישואין. אנשים אלו למעשה עושים את הטקס ההלכתי ואז פונים לרבנות ואומרים להם שהם מעוניינים לקבל תעודת נישואין. הרבנות רואה שהנישואין הללו לא עברו דרכה. הזוג מראה ראיות לכך שקוימו כל האלמנטים הנדרשים, אך הרבנות לא רוצה לשתף פעולה עם זה ולא רוצים לתת תעודת נישואין. הזוג יבקש לקבל תעודת רווקות לאחר שהרבנות רואה את ההוכחות לכך שהיה טקס נישואין. זה יוצר בעיה עבור הרבנות מאחר שיכול להיות עדיין שהנישואין תקפים ולכן הם לא יכולים לתת תעודת רווקות. הזוג פונה למשרד הפנים שלא יכול לעזור להם ואז הוא פונה לבג"ץ. פסיקה בנושא זה הייתה עד שנות ה-80 ומאז כבר אין פסיקה בנושא מאחר שזוגות מעדיפים את המסלולים האחרים (כעקרון זה הדין היום אך לא בטוח שכך בג"ץ יפסוק כיום). בג"ץ במקרה זה עושה הבחנה דיכוטומית בין שתי קבוצות. כאשר מדובר בפסול החלקי, דווקא איתם בג"ץ מזדהה. אלו לא אנשים שבאו להתריס, אלא מדובר באנשים שבסה"כ רוצים להינשא ואין להם מענה ברבנות. בג"ץ יודע שהזוג נשוי מאחר שהרבנות לא נותנת תעודת רווקות (מבחינת בג"ץ אין מקום באמצע הדרך, אם הרבנות לא נותנת תעודת רווקות הזוג נשוי). לכן בג"ץ קבע שכל מי שלא מקבל תעודת רווקות משרד הפנים צריך לרשום. כאשר מדובר באידיאולוגים, בג"ץ של פעם לא רצה להתערב. מבחינתו, המדינה כן נתנה פתרון (חתונה ברבנות), אך הוא בחר מסיבות פוליטיות לא להשתמש בפתרון זה. מכאן שלפסולים חלקיים בג"ץ עוזר בעוד שלאידיאולוגים הוא לא מוכן לעזור. יכול מאוד להיות שכיום בג"ץ גם לזכות העקרונית של אדם להתחתן איך שהוא רוצה יחליט להיעתר.
2. בהנחה שרשמו זוג כנשוי, בפועל כאשר הוא ירצה לקבל זכויות מהמדינה הוא יוכל לעשות זאת באמצעות הרישום. אף אחד לא יבדוק את הרישום לכן אף אחד לא ידע שהנישואין לאו דווקא תקפים מבחינת הרבנות. היחיד שיודע על הבעיה בנישואין הוא בן הזוג, מה שיכול להוביל לבעיות ברגע שנוצרת מחלוקת (למשל תביעת מזונות). באשר לאלו שלא נרשמים, כאשר יבדקו האם הם זכאים לזכויות של זוג נשוי בית המשפט יצטרך לבדוק האם הם נשואים כהלכה (ולא האם הם רשומים) ואז יצטרכו לבדוק האם היו טבעת, עדים ורצון. העובדה שלא רושמים זוג מקשה על הדרך, מאחר שהם עדיין יוכלו לקבל את הזכויות כל עוד הם יוכיחו שהתנאים התקיימו.
3. בנישואין פרטיים הסיטואציה מתחלקת לשלוש:
   1. פסול מוחלט – נישואין פרטיים לא עוזרים.
   2. פסול יחסי – צריכים לקבל שני סירובים מהרבנות (על בקשה לקבל תעודת נישואין ועל בקשה לקבל תעודת רווקות) וממשרד הפנים (להירשם כזוג נשוי) ואז ללכת לבג"ץ שיכיר בהם.
   3. אידיאולוגים – לא יקבלו את הרישום, אבל אם יתעדו באופן מדויק את כל מה שעשו אז יכול להיות שבכל זאת יקבלו את הזכויות המהותיות.
4. **פס"ד צונן נ' שטל** – אדם שהתחתן בנישואין דתיים בארה"ב והתגרש בארה"ב. הוא הגיע לארץ ורצה להתחתן עם אישה. כשהוא רוצה להתחתן אומרים לו להוכיח שהוא התגרש בבית הדין בארה"ב. בתי הדין בארה"ב לא ממלכתיים וצריך למצוא את בית הדין שעשה את הגט. הוא מנסה למצוא אותם ובינתיים מגיע מועד החתונה. נכון למועד החתונה לא היו לו המסמכים הנדרשים. בשל כך הוא עושה טקס נישואין פרטי. בשלב מסוים הזוג נפרד. האישה תובעת מזונות אישה, והגבר טוען שהנישואין לא היו תקפים (הזוג לא נרשם). מכאן עולה נקודה מעניינת. עו"ד האישה העלה טענה חוזית, לפיה גם אם לא נשואים הטקס הוא כמו התחייבות לשאת בחובות של בעל, לכן מגיעים לה מזונות מכוח דיני החוזים. שופט אחד מקבל טענה זו אך שניים דוחים אותה. שופט אחד אמר שלא ראה כוונה ליצור יחסים משפטיים. השופט אלון אומר שגם אם הייתה כוונה, מכיוון שזה טקס נישואין פרטי של אנשים שהם לא פסולי חיתון הוא מפעיל את תקנת הציבור וקובע שהחוזה סותר את תקנת הציבור. לכאורה יש טענה פשוטה יותר שהאישה הייתה יכולה לטעון והיא שבלי קשר לחוזה היא נשואה לפי ההלכה. למרות שזה לא נטען אחד השופטים אומר שגם אם הם היו נשואים לפי ההלכה, בגלל תקנת הציבור הם לא יהיו נשואים. קביעה זו בעייתית מאחר שזכויות לא גוזרים משיקולים אזרחיים אלא מתוקף הלכתי של הנישואין (למעשה השופט האזרחי משתמש בדין אזרחי כשהוא אמור להשתמש בדין דתי).

**ידועים בציבור**

1. אם חושבים על המושג נשואים, הוא שייך לשלושה קורסים שונים: משפטים, סוציולוגיה-אנתרופולוגיה ודת. בכל אחד מנושאים אלו ניתן לדבר על המשמעות של זוג נשוי. ידועים בציבור זה מי שבשיעור בסוציולוגיה היו מגדירים אותם כנשואים (מגדירים פרמטרים של זוג נשוי והם עומדים בהם) אבל מבחינה משפטית הם לא נשואים. במשפט הישראלי, לאנשים אלו שמתנהגים כמו נשואים אבל הם לא נשואים משפטית בגלל בעיות כושר או צורה, קוראים ידועים בציבור. המשפט הישראלי, בגלל שתי הקבוצות של פסולי החיתון ושל האידיאולוגים, נותן הרבה מאוד זכויות לידועים בציבור. יש הרבה מאוד חוקים בהם יש התייחסות לנשואים, ואז יהיה כתוב "נשוי לרבות ידוע בציבור". חוקים אלו מאוד מגוונים, כאשר הקבוצה הגדולה ביותר הם חוקים בעלי גוון סוציאלי (עוסקים בעיקר במי שהיה נשוי, ולא במי שנשוי כעת). אין במשפט הישראלי חוק שנקרא חוק הידועים בציבור (לא הייתה ועדה שבחנה חוקים שונים שמעניקים זכויות לנשואים והחליטה האם להחיל אותם על ידועים בציבור). העיסוק בידועים בציבור הוא אד-הוק, וכל פעם שמחוקקים חוק בוחנים האם להחיל אותו באופן ספציפי על ידועים בציבור. עולה השאלה מה קורה כשאין התייחסות לידועים בציבור.
2. **פס"ד לינדורלן** – עד לפס"ד לינדורלן המשפט הישראלי היה מאוד פאסיבי. הוא אמר שהמחוקק יודע לכלול ידועים בציבור בחקיקה, לכן כל עוד לא כתוב ידוע בציבור לא מפרשים זאת לתוך החוק (אם כתוב בני זוג וכל שכן כשכתוב בעל ואשה). לדוגמה, יש שני חוקים של פנסיה תקציבית, בהם היה כתוב ידועים בציבור. אבל, יש אנשים שונים (שופטים, חברי כנסת ועוד) להם היה חוק שלישי, בו לא צוין ידועים בציבור. כשאלמנתו של יו"ר הכנסת ביקשה לקבל פנסיה תקציבית קבעו שהיא לא יכולה לקבל מאחר שהם לא היו נשואים. בפס"ד לינדורלן הסיפור משתנה. סיפור המעשה הוא תאונת דרכים בה האמא פנתה בשם התלויים לקבלת הקצבה. ביהמ"ש המחוזי, למרות שהוא מחויב להלכה של העליון, מפרש את ההלכה לפי חוק היסוד. לפי עקרון השוויון, צריך לפרש את המילה בן זוג ככוללת גם ידוע בציבור. זו הנמקה רדיקלית מאחר שזה אומר שלגבי כל חוק וחוק משווים את מעמדם של נשואים ושל ידועים בציבור. בעליון זה מגיע לברק. ברק קובע שידוע בציבור אכן נחשב בן זוג אך מנימוק אחר. לפי ברק צריך לשים יותר דגש על התלות ועל הפרשנות של המונח בן זוג. מבחינת התלות, תלויים של ידועים בציבור לא שונים מתלויים של נשואים. מבחינת הפרשנות של המונח בן זוג, כל עוד מדובר באנשים שחולקים את החיים שלהם באופן משותף ניתן להגדיר אותם כבני זוג. בהקשר של המקרה הקונקרטי, בן זוג בחוק הספציפי הזה יכול לכלול גם ידוע בציבור מבחינת המטרות שמנסה החוק להשיג. פרשנות זו שונה ממה שנקבע במחוזי בשני אופנים: הראשון הוא שמבחינה לשונית ברק מתייחס רק לבן זוג, ולא לבעל ואשה. השני הוא שההגדרה שברק נותן מבוססת וקשה לחלוק עליה (מבחן תכליתי שמתבסס על חיים משותפים של שני אנשים). מכאן שפסק הדין של ברק לא אומר שצריך להשוות לגמרי את הידועים בציבור ואת הנשואים, אלא הוא אומר שלצורך המילה בן זוג ולצורך חוק מסוים משווים בין נשואים לבין ידועים בציבור. פס"ד זה גרר קביעות נוספות של העליון בנושא עם תוצאות דומות. במקרה מסוים ברק קבע לגבי חוק מס שבח שידועים בציבור זהים לזוג נשוי (כמו שניתן להעביר נכס מבעל לאשה בלי לשלם מס שבח כך ניתן גם בין ידועים בציבור). במס שבח לא מדובר בזכות סוציאלית אלא במשהו שקורה במהלך החיים. **אם מוצאים חוק שכולל את המילה בן זוג צריך להצביע על כך שלפי הלכת לינדורלן ניתן להחיל אותו על ידועים בציבור ולכן להחיל מבחן תכליתי. אם כתוב בעל ואשה צריך לכתוב שיש פתח להשוואה בגלל לינדורלן, ואז לבחור האם הולכים לפי פסיקת המחוזי (על בסיס עקרון השוויון אין הבדל בין בעל ואשה לבין ידועים בציבור) או שהולכים לפי המבחן של ברק, ואז צריך להבין האם מילולית בעל ואשה כולל גם ידועים בציבור**.
3. **הגדרת ידועים בציבור**
   1. בחוקים עצמם אין הגדרה ממשית של ידועים בציבור, אבל הפסיקה ניסחה מבחנים שונים.
   2. מבחן המגורים יחד – צריכים לגור תחת קורת גג אחת.
   3. מבחן כלכלי – צריך להיות משק בית משותף.
   4. מבחן רגשי – היבט אינטימי של היחסים.
   5. מבחן הצגה חברתית – הציבור מזהה אותם כבני זוג.
   6. מבחן הרווקות – אם אחד מהם נשוי הם לא יהיו ידועים בציבור (קיים רק בחוק הירושה).
4. **מגורים יחד** – עולה השאלה כמה זמן צריך לגור ביחד. החוקים לא מסכימים להגיד כמה זמן. ביהמ"ש אומר שתקופה של שנה ואפילו פחות יכולים להספיק. הכי פחות שהיה עד היום זה שלושה חודשים (זה לא אומר שזה המינימום, זו רק דוגמה במקרה מסוים). יש כאן עמימות מאוד גדולה עם מגמה של הנמכת הדרישה. לפעמים בבתי הדין לעבודה אומרים שהמניעים סוציאליים ולכן האינטרס הוא להוריד את הדרישה. לצד העמימות בפרק הזמן, גם באופן המגורים ביחד אין בהירות מוחלטת. היה מקרה בו בני זוג גרו בשתי דירות סמוכות ועדיין ביהמ"ש הגדיר אותם כידועים בציבור.
5. **משק בית משותף** – במקומות אחרים בעולם דורשים משהו פורמאלי (כמו לשנות במשרד הפנים כתובת או חשבון בנק משותף). בישראל לא מבקשים כתובת או חשבון בנק אלא קופה רעיונית משותפת (כל אחד מבני הזוג משלם על דברים ששניהם צורכים).
6. **אינטימיות** – גם כאן עולה השאלה מה זה כולל. האם צריכים לקיים יחסי מין. האם זה אומר שלא מקיימים יחסי מין עם אנשים אחרים. ביהמ"ש לא מגדיר קריטריונים ברורים.
7. **ציבוריות** – בעבר הייתה מחלוקת בפסיקה מה צריך להיות ידוע בציבור. האם מה שצריך להיות ידוע בציבור זה שהם נשואים (ביהמ"ש יודע שהם לא נשואים אבל כל הציבור צריך היה לחשוב שהם נשואים). כיום הציבור לא צריך לחשוב שהם נשואים אלא הוא צריך להכיר בהם כזוג (להזמין אותם לאירועים יחד וכדו'). העובדה שאנשים נשואים יכולים להיות גם ידועים בציבור יצרה דינמיקה מעניינת. יש אנשים שמחזיקים מאהבת בגלוי ויש שעושים זאת בסתר, ואז גם אם עמדו בקריטריון החמישי לא עמדו בקריטריון הרביעי. הגיע לבימ"ש מקרה של עו"ד שהיה יוצא בבוקר מבית אשתו והולך לעבודה, בצהריים הוא היה הולך לבית המאהבת ממנה היו לו שני ילדים. אח"כ היה חוזר למשרד ואז חזר לאשתו. אחרי שהוא נפטר המאהבת רצתה ירושה וזכויות נוספות. האישה אומרת שלא ניתן לתת לה זכויות מאחר שהיא הייתה סוגית לכן יש לדחות את התביעה על הסף. ביהמ"ש החליט לדון בעניין, מה שמצביע על קטינת החשיבות של קריטריון הציבוריות.
8. **רווקות** – בחוק הירושה אי אפשר להיות ידוע בציבור אם אתה נשוי. תנאי זה לא כתוב בחוקים אחרים. מאחר שהוא לא מופיע במפורש בחוקים אחרים, התעוררה השאלה האם צריך לקרוא אותו לתוך החוקים האחרים. סוגיה זו מתעוררת **בפס"ד פסלר**. זוג נשוי שנפרד ולא מתגרש, והאישה חיה עם אדם אחר. בן הזוג החדש נפטר. גב' פסלר פונה לביטוח לאומי ומבקשת לקבל קצבה כאלמנה. בביטוח לאומי לא מקבלים זאת מאחר שבעלה עדיין חי. השופט אילון הוא זה שייצג את ביטוח לאומי באותו המקרה, וטען שאם מאפשרים לזוג לקבל את הזכויות של נשואים דרך להיות נשוי וידוע בציבור למעשה מאפשרים ביגמיה. לכן גם אם זה לא כתוב בחוקים אחרים במפורש צריך לקבוע שבכל מקרה מי שנשוי לא יכול להיות ידוע בציבור. סוגיה זו מעלה בעיות שונות. בעיה אחת היא לגבי ההגדרה עצמה של ידועים בציבור, האם מדובר בהגדרה אחידה. בעיה נוספת היא האם הפסיקה מחייבת. אם למשל נקבע בפס"ד פסלר שהם כן ידועים בציבור, האם אח"כ בנושא ירושה זה היה מחייב והיה צריך להכיר בהם כידועים בציבור למרות שהיא הייתה נשואה לאדם אחר. ביהמ"ש בסופו של דבר לא קיבל את טענתו של אילון והשופט חיים כהן אמר שאם חוק הירושה כתב במפורש שאדם נשוי הוא לא ידוע בציבור אז זה רלוונטי לסוגיית הירושה. בכל מקרה אחר לא מקבלים את המגבלה הזו ולא קוראים תנאים חדשים לתוך החוק.
9. **סיכום ביניים** – במשפט הישראלי יש שלל זכויות של ידועים בציבור שהחלו בחקיקה והורחבו בפסיקה (בעקבות לינדורלן). ביחס למה שקורה בעולם, בארץ יש הרבה יותר זכויות. בנוסף, ההגדרה של ידועים בציבור היא מאוד לא מוחלטת אבל ברור שהמגמה הכוללת היא להורדת הרף (שהרבה מאוד אנשים יכולים להיחשב ידועים בציבור). מוסד הידועים בציבור הפך במידת מה לפנים של המאבק לנישואין אזרחיים. בית המשפט כמוסד ליברלי מרחיב את זכויות הידועים בציבור ע"מ לאפשר חלופה אזרחית לחיי זוגיות. לצד זאת יש גם שופטים שמרניים שיטענו שמוסד ידועים בציבור מכרסם במוסד הנישואין, ועל כן יש לצמצם את מי שנחשב ידועים בציבור ואת כמות הזכויות שנותנים להם. עולה השאלה האם זה באמת נכון, האם שמרן צריך להתנגד למוסד וליברל צריך לתמוך במוסד ידועים בציבור. מתברר שצמצום תנאי הסף והרחבת הזכויות יכולים לפגוע גם באינטרסים הליברליים, וזה מסתמן בשלוש סוגיות: ידוע בציבור נשוי, יחסים כלליים בין ידועים בציבור (מזונות, יחסי רכוש) בהם זכות של אחד הם חובות של אחר ולבסוף אם חד הורית ידועה בציבור.
10. **ידוע בציבור נשוי** – איילון נותן לכאורה טיעון חזק. את עבירת הביגמיה קבעו בחוק האזרחי, אז איך יכול להיות שהמשפט האזרחי מתיר ביגמיה באמצעות ידוע בציבור. ניתן לחשוב על טיעון הנגד. טיעון אחד יגיד שביגמיה רלוונטית כשלנישואין יש תוכן. אם הקשר התמוטט נראה שביגמיה כבר לא כל-כך רלוונטית. טיעון זה מפתה, אבל בפועל אם יהיה אדם נשוי עם קשר שהתמוטט שיתחתן מחדש יאשימו אותו בביגמיה והוא יועמד לדין פלילי. מכאן שנדרש טיעון נגד אלטרנטיבי. ניתן להסתכל על המקרה של מסורבות גט. במקרה של מסורבות גט בית הדין לא יכול להתיר נישואין מחדש עד אשר הבעל ייתן גט. עם זאת, ניתן להשתמש בידועים בציבור כתחליף גירושין. האישה לא יכולה להינשא מחדש אבל היא יכולה לחיות עם בן זוגה החדש כידועים בציבור. משמע, מוסד ידועים בציבור לא מהווה תחליף נישואין, הוא מהווה תחליף גירושין. בתוך כל זאת, ניתן לחשוב על הכיוון השני של זה, ולהסתכל על ידועים בציבור כתמריץ לסרבנות. בעל סרבן יוכל לחיות עם אישה חדשה כידועים בציבור, ולחכות שהאישה הקודמת שלו תוותר על מה שהיא דורשת לטובת גט. האישה החדשה תהיה מובטחת כי היא תקבל זכויות על בסיס היותם ידועים בציבור, והאישה הקודמת תהיה כלואה. בפועל מה שקרה זה שאכן הסדר זה עזר יותר לסרבנים. מתברר שבפס"ד פסלר הבעל השליש גט (השאיר גט בבית הדין וברגע שהאישה מוכנה להתגרש הם נחשבים גרושים). האישה לא לקחה את הגט אלא חיכתה לראות מי ימות ראשון. אם מר פסלר ימות ראשון היא תבקש ביטוח לאומי על מותו. אם בן זוגה החדש ימות ראשון היא תקבל את הגט ותהיה ידועה בציבור עם בן זוגה החדש. המסקנה היא שהדבר תלוי במידה רבה בזהות הסרבן. אם המסורב רוצה להיות ידוע בציבור אז ערכים ליברליים מעודדים זאת, מאחר שזה יוצר לו מסלול אלטרנטיבי לגירושין. אם הסרבן רוצה להיות ידוע בציבור ערכים ליברליים יתנגדו לזה, מאחר שזה מאפשר לו למשוך את המסורב כמה שהוא רוצה.
11. **מחויבות הדדית בין ידועים בציבור**
    1. הטיעון הליברלי כנגד השוואת נשואים לידועים בציבור – אפשר לעשות הבחנה בין שני היבטים של דיני נישואין, אחד הוא הזכויות שאדם מקבל מהמדינה מתוקף היותו נשוי והשני הוא החובות שיש לבני זוג נשואים זה לזה. במצבים הנוגעים להיבט השני העובדה שהצדדים לא התחתנו משקפת את הבחירה שלהם לא להתחתן, מאחר שאחד מהם לא רצה לקחת על עצמו את המחויבות של הנישואין. אם משווים ידועים בציבור לנשואים לא רק לעניין הזכויות אלא לעניין החובות, למעשה מתעלמים מהבחירה שלהם שלא להתחתן. טיעון זה חזק במיוחד בהקשר של הבחנה בין הסכם פרטי להסכם המשפטי. יש שני סוגי הבטחות, אחד שבו אדם מבטיח ומקנה זכות תביעה אם ההבטחה תופר (חוזה) והשני שבו אדם מבטיח בגמירת דעת אבל במישור יחסים פרטי (הסכם ג'נטלמני). מה שצריך לכבד זה את רצון הצדדים להתחייב בהתחייבות משפטית. בהקשר של ידועים בציבור הטענה היא שאנשים יכולים לעשות יחסים מחייבים משפטית (נישואין), מה שמזמין את המדינה להתערב (על-מנת להיפרד יהיה צורך בגירושין), או לעשות יחסים לא מחייבים משפטית (ידועים בציבור) שמשאירים את היחסים שלהם במתחם אישי. מקרה נוסף בו התייחסות לידוע בציבור כנשוי תהיה בעייתית הוא בקשר קצר. זוג יכול להיכנס לקשר ואף לעבור לגור יחד ע"מ לראות האם רוצים להישאר יחד לטווח ארוך, ואז יבואו ויטענו לגביהם שקיימות מחויבויות שונות ביניהם מתוקף היותם ידועים בציבור. בשל כך, דווקא מי שליברל צריך להיזהר לא לכפות את המחויבויות של הנישואין על מי שלא רוצה להיות נשוי. טיעון זה הוא טיעון טוב, אך הוא פחות ישים בישראל. ההנחה של טיעון זה היא שצריך לכבד את בחירת הצדדים, אם אנשים בחרו לא להתחתן צריך לפרש את זה כך שלפחות אחד מהם לא רצה מחויבות משפטית. בישראל יש את פסולי החיתון והאידיאולוגים, שלגביהם לא ניתן לפרש את בחירתם שלא להתחתן כבחירה עצמאית שלהם (הם לא בחרו, אלא לא אפשרו להם להתחתן או שהם לא רוצים את הדין הדתי). הם לאו דווקא דוחים את המחויבויות האזרחיות. מכאן שטיעון זה רלוונטי בעולם בו כל אחד יכול להתחתן עם כל מי שהוא רוצה, שם אכן ניתן לקבוע שמי שלא מתחתן עושה זאת מבחירה.
    2. הבחנה בין ידועים בציבור אוניברסליים לבין תוצרת הארץ – בשל כך צריך להבחין בישראל בין שלוש קבוצות של ידועים בציבור. סוג אחד הוא אנשים שגרים בישראל אבל הסיבה שהם לא מתחתנים לא קשורה לזה שהם בישראל (ידועים בציבור אוניברסליים). לגבי אנשים אלו, השוואה של ידוע בציבור לנשוי לא תכבד את הבחירה שלהם לא להתחתן. סוג שני הוא ידועים בציבור תוצרת הארץ, שמה שמיוחד בהם הוא שהם אנשים שבכל מקום אחר כן היו מתחתנים. הסיבה שהם לא מתחתנים היא או שהם לא יכולים (פסולי חיתון) או שהם לא רוצים את הדין הדתי (אידיאולוגים). לגבי זוגות אלו לא יהיה נכון לפרש את העובדה שהם לא התחתנו כדחיית דיני הנישואין. גם כאן צריך להיזהר, כי לפחות לגבי האידיאולוגים השוואה של ידועים בציבור לנשואים תוביל לכך שיחול עליהם הדין הדתי, וזה בדיוק מה שהם ניסו להתחמק ממנו. מכאן שצריך להחיל עליהם מחויבויות אבל שהן יהיו שונות מספיק מהדין הדתי. השאלה היא איך מזהים מיהו הידוע בציבור האוניברסלי ומיהו הידוע בציבור תוצרת הארץ. את פסולי החיתון קל מאוד לזהות (זה עניין אובייקטיבי). את האידיאולוגים יהיה יותר קשה לזהות. ניתן להניח שתי הנחות, הראשונה היא שקשה להבחין בין דוחי הדת לבין דוחי המשפט וההנחה השנייה היא שהרוב יהיו ידועים בציבור תוצרת הארץ ולכן הגיוני להרחיב את מוסד ידועים בציבור. עם זאת, ניכר שלא כך הדבר. בפועל, מאוד קל להבחין בין תוצרת הארץ לבין אוניברסלי. בנוסף, הרוב המוחלט במקרים בארץ היה של ידועים בציבור אוניברסליים. למרות זאת, בתי המשפט כמעט התעלמו לחלוטין מכך והלכו על השוואת הידועים בציבור לנשואים וצמצום תנאי הכניסה לידועים בציבור. בכך הם פגעו ברצון הצדדים שלא להתחתן. מי שאכן רצה להיכנס ליחסים משפטיים בפועל הלך לפתרון של נישואין אזרחיים בחו"ל. מכאן ניכר שהמשפט הישראלי מתוך מוטיבציה ליברלית הגיע לתוצאות לא ליברליות.
    3. יחסי רכוש – הסדר חזקת השיתוף טען שבזוג נשוי, גם אם רכוש רשום על אחד מהם ההנחה היא שהם רצו שהוא יהיה של שניהם. **בפרשת שחר נ' פרידמן** נאמר שמאחר שלא מדובר על חוק אלא על פסיקה, שמבוססת על הסכם משוער, הסכם משוער זה לא תלוי בנישואין אלא בחיים המשותפים ובהסכמה. אם אנשים חיים ביחד מניחים שהם מסכימים לשותפות. הפסיקה הסתייגה בפרשה זו ואמרה שחזקת השיתוף כשמה כן היא, חזקה. ישנה הנחה שניתנת לסתירה. אם רואים שהצדדים מאוד הקפידו על הרישום של הרכוש ושזה לא היה רק עניין של נוחות, ניתן להוכיח שהם לא רצו שתחול עליהם חזקת השיתוף. דבר זה נכון גם בנישואין וגם בידועים בציבור, אבל בידועים בציבור צריך להיות יותר חשדן האם בני הזוג התכוונו לשיתוף. משמע, בידועים בציבור ישנה חזקת שיתוף מוחלשת. בהמשך נחקק חוק יחסי ממון שקבע הסדר של שיתוף בין בני זוג נשואים (איזון משאבים). חוק יחסי ממון קובע שיתוף יותר חלש מחזקת השיתוף (בהיבט הנכסים המשותפים, תקופת השיתוף ועוד). ידועים בציבור לא כלולים בחוק יחסי ממון, אבל הפסיקה עדיין מחילה עליהם את חזקת השיתוף. עם הזמן חזקת השיתוף המוחלשת הפכה לחזקת שיתוף רגילה. דבר נוסף שקרה הוא שהיה קשה לסתור את חזקת השיתוף (כל עוד לא עשו הסכם ממון נקבע שחלה החזקה). בכך נוצרה דינמיקה בה רמת השותפות בין הידועים בציבור הפכה להיות יותר חזקה מרמת השותפות של נשואים. **פס"ד סלם נ' כרמי** ממחיש את המצב שנוצר בעקבות זאת. אישה התגרשה מבעלה והחלה קשר עם אדם אחר. בן זוגה החדש רצה להתחתן אך האישה סירבה בגלל הגירושין הקשים שהיו לה. בהמשך היא רצתה להתחתן אך הוא כבר לא רצה. האישה ובן זוגה החדש נפרדו ועלתה סוגיית השיתוף ביניהם. האישה תבעה בעלות על רכוש בן זוגה, בין היתר זכויות שונות שהיו לבן זוגה בפרויקטים. התביעה של האישה נדחתה לגבי כל הנכסים פרט לחלק מפרויקט בו היה לבן הזוג חלק. ההבחנה בין הפרויקט לבין יתר הרכוש נבעה מכך שבן הזוג הבטיח לאישה דירה באותו הפרויקט. במקרה זה מדובר על ידועים בציבור אוניברסליים (רצו להתחתן אבל לא באותו הזמן). בשל כך אם מסתכלים על הלוגיקה החוזית, לא נוצרה מחויבות. בני הזוג אכן גרו יחד הרבה שנים. עם זאת, הם גרו בחדרים נפרדים (מה שמצביע על חוסר אינטימיות). היה שיתוף כלכלי (חשבון בנק משותף) אך לא שיתוף של הנכסים של בני הזוג. ניתן לראות ממקרה זה כמה מוסד הידועים בציבור הוא פולשני. ההליך המשפטי פלש לבני הזוג לחיים (צריך לבדוק את האינטימיות ואת היחסים בין הצדדים). ביהמ"ש מבסס את מתן הזכויות בפרויקט לאישה על כך שבן זוגה כתב לה צוואה. קביעה זו בעייתית מאחר שצוואה זו בוטלה לאחר מכן (הסיבה שנכתבה צוואה הייתה כדי לוודא שהזכות בפרויקט תינתן לאישה רק עם מות בן זוגה, ולא כמתנה). במובן מסוים פס"ד זה מרגיז, מאחר שאינו מבחין בין אוניברסלי לתוצרת הארץ ומתכחש לכוונת הצדדים. עם זאת, כן היו כאן שנים משמעותיות בהן הם גרו יחד ולכן ניתן להגיע לתוצאה דומה בניסוח אחר (אין חזקת השיתוף אבל לא הגיוני שהאישה תצא בלי כלום מהקשר הזה, מה שבאמת קרה בפועל). כיום, יותר ויותר פסקי דין היו חריפים יותר מסלם נ' כרמי ולא הבחינו בין סוגים שונים של ידועים בציבור. חלק מהשופטים כן מבחינים בין הסוגים השונים (אם בעליון ואם בבית משפט למשפחה בהקשר של נכסים עסקיים). **לכן בשאלה הנוגעת ליחסי רכוש בין ידועים בציבור ראשית צריך לבחון האם אכן מדובר בידועים בציבור, בהמשך להזכיר את חזקת השיתוף הניתנת לסתירה, ואז להבחין בין ידועים בציבור אוניברסליים ותוצרת הארץ ולציין שחלק מהשופטים מצדדים בהבחנה זו בעוד שחלק לא**.
    4. מזונות – כאשר מדובר על מזונות, לא מדברים על מזונות ילדים אלא על מזונות אישה. גם לממזר אביו חייב במזונות, לכן מבחינת מזונות ילדים לא משנה מה הסטטוס של ההורים. מזונות אישה הם לפי דין דתי ורק למי שנשוי, לכן לכאורה לידועים בציבור לא מגיעים מזונות. נושא זה מתעורר **בפס"ד יגר נ' קנוביץ'** שם היו בני זוג שלא התחתנו וכשנפרדו האישה תבעה מזונות. האישה משתמשת בטיעון החוזי וטוענת שמכוח החיים המשותפים נוצרה מחויבות לשלם מזונות. פס"ד זה ניתן בשנות ה-60, אז ביהמ"ש היה שמרן והיה יכול לפסול חוזה כזה מתוקף תקנת הציבור. ביהמ"ש במקרה זה אמר שהוא מוכן לכבד את החוזה בין בני הזוג אבל ביקש לראות אותו. לאישה לא היה חוזה כתוב להראות ולכן התביעה נדחית. מדיניות זו מתחילה להשתנות **בפס"ד ורסנו נ' כהן**, שם יש בן זוג שעוזב את בת זוגו באופן פתאומי והיא תובעת ממנו מזונות וכן פיצוי על נזק שנגרם לה מהעזיבה החפוזה. ברק דוחה את התביעה אבל אומר באוביטר שהוא לא מבין את הקביעה שחייבים חוזה בכתב. אפשר לחשוב על זה שהחוזה לא יהיה בכתב ושעצם החיים המשותפים ילמדו על הסכמה לתשלום מזונות או לפיצוי במקרה של פרידה. כעבור תקופה, **בפס"ד לינדורלן נ' קרנית** (שכלל לא עוסק במזונות) ברק מתייחס לאוביטר שלו מורסנו וקובע שהיה נותן בנושא זה מזונות ופיצוי. בעקבות פס"ד זה כבר התחילו להיות פסיקות שנתנו מזונות לידועים בציבור. הבעיה היא שאין מזונות לאישה נשואה אחרי פרידה ושפיצוי מעזיבה לא קיים לגבי אישה נשואה, אז איך אפשר דווקא בידועים בציבור להחיל אותם. מכאן ששוב נוצר מצב בו יש העדפה לידועים בציבור. למרות ביקורת זו, צריך לזכור שהליך הגירושין הוא הליך ארוך, ולכן לגבי תקופת ביניים זו יש את ההגנה הכלכלית של מזונות אישה. לעומת זאת, לגבי ידועים בציבור, אם לא מייצרים מכניזם של מזונות או פיצוי אחרי פרידה התוצאה תהיה שיהיה חוסר הגנה מוחלט על אישה שיצאה ממסגרת של ידועים בציבור. עדיין, גם אם ניתן להצדיק באופן עקרוני את פיתוח הכלי המשפטי של מזונות אחרי פרידה לידועים בציבור, צריך לסייג אותו בשלושה היבטים. היבט ראשון הוא המגדריות. כאשר מדובר על בני זוג נשואים, חובת המזונות הוא מכוח הדין הדתי שהוא מגדרי (רק הגבר מחויב במזונות אשתו). אם זה מבוסס על הסכם, הוא צריך להיות אזרחי, ולכן מי שמרוויח יותר יצטרך לשלם. הפסיקה אכן מקפידה על כך שהמזונות יהיו ניטרליים מגדרית. היבט שני הוא התלות באשמה. כאשר מדובר בדין הדתי, ראינו שחלק מהדין הדתי הוא שרק אישה שנעזבה ולא בגדה תקבל מזונות. כאשר מדובר על ידוע בציבור הרציונל צריך להיות תלות ולא השאלה מי עזב את מי. לכן מזונות בידועים בציבור צריך להיות במודל משקם שאינו תלוי באשמה. חלק מהפסיקה הבינה את זה ויצרה סוג של מזונות אזרחיים שלא בנויים על מודל של אשמה, אך עדיין ניתן לראות פסקי דין של ערכאות דיוניות שעוסקים באשמה. זה בטוח נכון לגבי ידועים בציבור אידיאולוגיים, שאחד הדברים שגרמו להם להימנע מהדין הדתי הוא היבט הפולשנות. היבט שלישי הוא פרק זמן קצר. אם מטרת המזונות היא שיקום אז אין סיבה שהם יהיו לכל החיים. **פס"ד יקותיאל** קבע שיש מזונות לידועים בציבור אבל לא קבע תקופה. קביעה זו בעייתית מאחר שניתן לטעון שמדובר במזונות בלתי מוגבלים בזמן. הפסיקה השתפרה עם השנים האחרונות ועשתה יותר שימוש במזונות משקמים ולא לכל החיים.
    5. ירושה – כאשר מדובר בירושה אין צורך בפסיקה מאחר שיש חוק. ס' 55 לחוק הירושה קובע שאם יש אדם שנפטר והיה לו ידוע בציבור, ואף אחד מהם לא היה נשוי לאדם אחר, ואדם זה לא עשה צוואה, רואים אותו כאילו עשה צוואה בה כתוב שבן הזוג שלו מקבל את מה שהיה מקבל לו היה נשוי לו עפ"י דין. בירושה יש שני מסלולים, צוואה ועפ"י דין. צוואה מגדירה בדיוק מי מקבל מה בעוד שעפ"י דין יחלק את הרכוש לפי מה שנקבע בדין (בן זוג מתחלק חצי-חצי עם הילדים). ניתן לנסח את זה בצורה יותר אלגנטית ולקבוע בסעיף שמדבר על ירושה עפ"י דין שדינו של ידוע בציבור כדין נשוי. הגישה המקובלת של הפסיקה הייתה שדינו של הנשוי שווה לדינו של הידוע בציבור. זה דבר מאוד משמעותי ואין מדינה אחרת בה זה כך. מכאן עולה נקודה מעניינת בהקשר של תביעה בין ידועים בציבור. בהיבטי רכוש יש שני קווי הגנה, אחת היא לטעון שבני הזוג לא ידועים בציבור והשנייה היא שלא הייתה כוונת שיתוף. בירושה יש קו הגנה אחד בלבד והוא שבני הזוג לא היו ידועים בציבור (מאחר שברגע שהם ידועים בציבור דינם כזוג נשוי). בשל כך נראה הגיוני לצפות מביהמ"ש לבצר קו הגנה זה ולפחות בהקשר של ירושה להגדיר באופן מדויק מיהו הידוע בציבור, מאחר שברגע שמישהו מוגדר כידוע בציבור הוא אוטומטית יורש את בן זוגו כדין. עם זאת, דווקא בירושה הפסיקה לא נותנת הגדרה חד משמעית ואובייקטיבית. בית המשפט מצדיק זאת בכך שגם בנישואין אם אדם מת בליל הכלולות בן זוגו יירש אותו, ולכן גם מי שמוגדר כידוע בציבור לתקופה קצרה יכול להיחשב כיורש כדין. הבעיה באנלוגיה זו היא שמי שמתחתן מודע לכך שהוא עושה פעולה משפטית מחייבת, לאחר שיקולים רבים. ידועים בציבור שחיים ביחד תקופה קצרה לאו דווקא מודעים להשלכות המשפטיות של זה. נקודה נוספת שעולה היא בפס"ד של בני הזוג שגרו בדירות סמוכות. גם פס"ד זה עוסק בירושה, וגם שם מסתכלים על כל הקריטריונים שלא מתקיימים (גרו בנפרד, לא היה חשבון בנק משותף, עשו קניות בנפרד). השופט דנציגר קובע שהכול סובייקטיבי ושניתן לקבוע שהם ידועים בציבור. כעת נחזור לס' 55 לחוק הירושה. כאמור, לא משנה ניסוח הסעיף מאחר שלפי הסעיף התוצאה הסופית היא שירושה היא כמו ירושה עפ"י דין (אם אין צוואה, ידוע בציבור יורש כמו נשוי). לצוואה יש כללים מאוד פורמליים, וכל עוד לא הייתה צוואה בן הזוג יירש. על הרקע הזה מגיע לביהמ"ש העליון **בפרשת גלאון נ' פוזש** מקרה של בני זוג שאמנם לא עשו צוואה אולם היו אמירות, לרבות אמירות כתובות של הבעל מהן היה ברור שהוא לא מתכוון להוריש לה. בא עו"ד של הבעל ואומר שכאשר מדובר בידוע בציבור הוא מתכוון להוריש לבן זוגו, אך אם יש התבטאות ברורה של הגבר שהוא לא רוצה להוריש אז לא ניתן לקבוע שהוא התכוון להוריש לבת זוגו הידועה בציבור. בית המשפט לא מקבל זאת וקובע שכל עוד אין צוואה ברורה הירושה תהיה עפ"י דין. הבעיה היא שהמטרה היא ליצור וודאות, וכאשר אין וודאות בשאלת הכניסה ליחסים של ידועים בציבור לא הגיוני להגיד שביציאה מיחסים אלו הכל פורמלי וצריך להיות וודאי. לאחרונה נושא זה חזר ועלה במחוזי. במקרה זה היו ידועים בציבור שכתבו הסכם הפרדת רכוש. בהסכם הממון עצמו הוא כתב לה שהוא לא מוריש לה. עם זאת, הסכם הממון לא עמד בדרישות הפורמליות של הצוואה. כאן השופטים התלבטו מה לעשות, האם ניתן לרכך את הדרישה של הצוואה ולקבוע שאכן לא הייתה כוונה להוריש. הרוב קובע שכל עוד אין צוואה פורמלית עדיין צריך להוריש, והשופט שוחט במיעוט נתן תוקף להסכם בנימוק אחר. לכאורה ניתן לקבוע שבגלל ההסכם לא ניתן לקבוע שהם ידועים בציבור לענייני ירושה, אך לא זה הכיוון אליו הלכו השופטים. כיום אין הכרעה ברורה בסוגייה והיא בערעור בעליון.
    6. ניכר שעד עתה בית המשפט לא התחשב יותר מדי ברצון הצדדים, אך זה לא היה מאוד נורא. זאת מאחר שמדובר על ברירות מחדל, וניתן אם רוצים לעשות הסכם ממון או צוואה ולהימנע ממצבים אלו. עם זאת, זה לא ממש מדויק, מאחר שרוב האנשים לא מודעים לכך. בנוסף, לפעמים עצם העובדה שדורשים מאנשים לעשות הסכם היא בעייתית מאחר שאנשים נהיים ידועים בציבור מאחר שהם לא רוצים לערב היבט משפטי ביחסיהם. דרישה כזו מבני זוג יכולה להוביל לפרנויה של בני זוג ולהריסת הקשרים שלהם (בן זוג שמבקש מבן זוגו לערוך הסכם עלול לפגוע בו מעצם הבקשה).
12. **פס"ד בר נהור נ' אסטרליץ**
    1. זוג עושה הסכם במסגרתו הם כותבים שיקנו דירה משותפת, חשבון בנק משותף ובמקרה שאחד מהצדדים ימות, ימכרו את הדירה המשותפת, והתמורה תתחלק חצי חצי בין בן הזוג ובין היורשים. הם מצהירים שהם לא רוצים להיחשב ידועים בציבור. הגבר נפטר והאישה תובעת מהעיזבון, היורשים אומרים שלפי ההסכם הם לא ידועים בציבור, אך ביהמ"ש קובע שמדובר בהגדרה אובייקטיבית וניתן לקבוע שהזוג חיו כידועים בציבור, אפילו אם הם קבעו שהם לא מתכוונים לכך.
    2. לדעת המרצה – כשאדם בוחר אם להינשא או לא, הוא בוחר אם להיכנס למעמד משפטי מסוים על כל השלכותיו בעוד שפעולת ביהמ"ש בהחלת סטטוס של ידועים בציבור מחילה זאת עליו מבלי שהוא בוחר בכך (יצוין שאין שום חוק במ"י שמגדיר כמה זמן צריך לחיות יחדיו כדי להיחשב לידועים בציבור). לפיכך, השוואה של ידוע בציבור לאדם נשוי היא דווקא לא בהכרח צעד ליברלי ואפילו להיפך, זה כופה עליו להיכנס למחויבות מסוימת שהוא מלכתחילה לא רצה בה. המרצה אומר שביהמ"ש הפך פה את הזוג לנשואים בעל כורחם.
    3. מה יכול להצדיק את פסה"ד הזה? הצדקה סוציאלית: המרצה מספר על מקרה של אישה שהייתה נשואה לאדם מסוים, אדם אחר שכנע אותה להתגרש והם חיו ביחד ועכשיו נולד להם ילד. הוא החתים אותה שהם לא ידב"צים ושהיא לא זכאית לדברים. המרצה אומר שמה שדנו בו כעת לא מבטל את סוגיית דיני החוזים, אם הוא מאיים עליה שהוא יעזוב אותה אם היא לא תוותר על זכויות שהיא כבר צברה, ניתן להפעיל את עילת העושק. בבר נהור מנגד ההצדקה הסוציאלית לא רלוונטית, הם שני אנשים בתחילת הקשר שעושים הסכם הגון וזה לא נכון להכניס את זה כאן ולהתייחס לעניין הזוגיות כקוגנטי בעוד שהוא דיספוזיטיבי (שכן הם עשו את ההסכם כדי שלא יהיו ידועים בציבור). יתרה מכך, ביהמ"ש אומר שגם אם בהתחלה הם לא רצו להגדיר את עצמם כידב"צים, ייתכן שבהמשך דעתם השתנתה. החיים המשותפים שינו את ההסכם.
    4. עם זאת, מה ההסכם בבר נהור? הם לא שינו את התוכנית, הם ידעו שהם יחיו ביחד, הם ידעו שהם יקנו דירה ביחד והם ידעו שביהמ"ש יגדיר את זה כידב"צות ולכן הם אמרו במפורש שהם לא רוצים להיקרא ידב"צים. הם לא סטו מתוכנית המשחק שלהם אלא דבקו בה. הם רק רצו שיתוף בדירה אבל לא ידב"צות ולכן פס"ד זה מביא לשיא את הפרדוקס הקיים בדיני הידב"צות בישראל כך שמתוך להיטות ליברלית ביהמ"ש בונה תחליף שהפך להיות בעצמו מקור לכפייה.
    5. למעשה ההסכם של הזוג לא תקף גם בגלל שבפועל חיו כידועים בציבור (ס' 57 (ג) לחוק) ולכן היא זכאית לקבל מזונות מהעיזבון וגם משום שהוויתור על מזונות מעיזבון אינו תקף כי זהו דבר קוגנטי שצוואה לא יכולה לבטל (ס' 65 (א) לחוק הירושה). לא צריך לבטל את דיני החוזים בהקשר של בני הזוג אך יש לשים לב אם ההסכם נעשה לפני תחילת הקשר או באמצעו וכשיש תלות בבן הזוג. לדעת המרצה, השופט צריך לתת כבוד לבחירת הזוג.
13. **אם חד הורית / אלמנה ידועה בציבור** – נושא זה קשור למקרים בהם צד ג' רלוונטי לקביעה האם זוג ידועים בציבור. ישנו חוק שקובע שאלמנה מקבלת כסף מסוים אלא אם כן היא מתחתנת. בנושא זה הייתה דרמה לגבי אלמנות צה"ל, שהיו נמנעות מלהתחתן. שינו את החוק וקבעו שהן לא מפסידות את הזכויות גם אם הן מתחתנות. בהקשר של אלמנות אחרות נקבע עדיין שאלמנה שהתחתנה תפסיק לקבל את הזכויות. התעוררה השאלה מה קורה עם אלמנה שחיה כידועה בציבור. אם היא מתחתנת זה מאוד פשוט אבל אם היא ידועה בציבור היה קשה לגלות זאת ובכך נוצר תמריץ לחיות כידועים בציבור מאחר שהאלמנות היו ממשיכות לקבל זכויות. זה הרקע **לפס"ד בוארון**. בפס"ד בוארון מגיע ביטוח לאומי שמשיג מידע על כך שהאלמנה חיה כידועה בציבור. הוא מפסיק לה את התשלומים ואומר שאם היא נפרדת ממנו תוך 10 שנים יחזירו לה את התשלומים. כאמור, ישנה התלבטות האם המילה נשוי כוללת ידוע בציבור או שרק בן זוג כולל ידוע בציבור. החוק הזה מציין שנשוי כולל ידוע בציבור, אך בסעיף הספציפי צוין אלמנה שנישאה, ומכאן השאלה האם מדובר גם בידוע בציבור. השופטת חיות קובעת שביטוח לאומי צודק ושלצורך עניין זה גם ידועים בציבור יגדירו את האלמנה כנשואה ולכן היא תפסיד את הזכויות. פס"ד זה הגיוני, אך צריך לשים לב למחיר שלו. במקרה זה מישהו אחר מגיע ומגדיר לאלמנה מתי היא ידועה בציבור ובשל כך מפסיקים לתת לה זכויות של אלמנה. זה מגביר את אלמנט הפולשנות על-מנת להימנע מיצירת תמריץ לא להינשא.

**נישואין אזרחיים בחו"ל**

1. ראשית יש לחדד מדוע עדיין צריך עוד תחליף. ידועים בציבור נותן כמעט את כל הזכויות וקל מאוד להיחשב ידוע בציבור. עם זאת, ידועים בציבור בעייתי עבור מי שמעוניין בתחליף בכמה מובנים. ראשית, לא מקבלים את כל הזכויות. שנית, מוסד הידועים בציבור לא יודע לסנן בין אלו שלא רוצים מחויבות לאלו שרוצים מחויבות ומעוניינים בתחליף לנישואין דתיים. שלישית, מוסד הידועים בציבור אף פעם לא מקבל הכרה גורפת, התובע תובע זכות כידוע בציבור, מקבל אותה וזה מחייב רק את הצדדים לאותה ההתקשרות (אם מול ביטוח לאומי אז רק ביטוח לאומי מחויב). משמע, גם אם ידועים בציבור היה נותן את כל הזכויות הוא לא מאפשר לקבל הכרה גורפת. על הרקע הזה צמח התחליף של נישואין אזרחיים בחו"ל.
2. **התוקף ההלכתי של הנישואין האזרחיים בחו"ל**
   1. מאחר שענייני נישואין הם בסמכות ייחודית של בית הדין, ואם הם מגיעים לבית משפט דרך סמכות אגבית הוא דן במקרה בהתאם לדין הדתי, עולה השאלה מה אומר הדין הדתי על נישואין אזרחיים. לכך יש שלוש גישות.
   2. נישואין אזרחיים אינם בעלי תוקף – לפי גישה זו, הנישואין הללו לא שווים דבר. בנישואין אזרחיים לא מתקיימות שלושת הדרישות של נישואין כשרים לפי ההלכה.
   3. נישואין אזרחיים מעוררים ספק משמעותי – לפי גישה זו, יתכן שלנשואים אזרחיים כן יש תוקף לפי ההלכה. יש כל מני חששות הלכתיים למה נישואין אזרחיים כן יכולים להיות תקפים. יש כאלו שחוששים שכן יש כוונה של בני הזוג להינשא ואז הטענה היא שיש סוג של קידושי ביאה. כדי לפתור את בעיית העדים אומרים שיש קשר שהוא ידוע ע"י כל העולם. לכן יש עמדות הלכתיות שחושבות שיש ספק שנישואין אלו תקפים. עמדות אלו יוצרות מצב מבלבל לפיו אי אפשר להתחתן מחדש בלי גט מספק. ילד שייוולד לאישה שלא קיבלה גט מספק יהיה ספק ממזר, שזה מצב יותר גרוע מלהיות ממזר (אי אפשר להתחתן עם ישראל מאחר שהוא אולי ממזר ואי אפשר להתחתן עם ממזר מאחר שהוא אולי ישראל).
   4. נישואין אזרחיים לא תקפים אבל דורשים גט – עמדה זו היא עמדת ביניים לפיה הנישואין לא תקפים אבל צריך גט לחומרה. בעמדה הקודמת רב יקבע שספק אם הם נשואים וצריך גט מתוקף הספק. בעמדה זו הרב יגיד שהזוג לא נשוי אבל הוא בכל זאת מחמיר. חוששים שבכל זאת יצוין במקום כלשהו שהזוג נשוי והם ילכו להתחתן מחדש מה שיצור זילות של מוסד הנישואין. במצב של גט מחומרה אפשר לוותר על הגט בנסיבות קיצוניות, מה שלא יקרה בגט מספק, מאחר שלפי עמדה זו הנישואין לא תקפים. בנוסף, ילד שנולד לאישה לפי עמדה זו לא יהיה ממזר.
3. ניקח כדוגמה מצב של זוג שהתחתן בנישואין אזרחיים ואחד מהם מת כעבור מספר שנים. בן הזוג מבקש פנסיה. לפי הגישה הראשונה אין תוקף לכן לא מגיעה פנסיה. כך גם לפי הגישה השלישית. לפי הגישה השנייה יש ספק ולכן חל כלל המוציא מחברו עליו הראייה. בסוף מגיעים למצב בו לפי ההלכה לא צריך להעניק זכויות לזוגות שנישאים במסלול זה. המשפט האזרחי ייצר שני פתרונות שמנסים להכיר בנישואין האזרחיים.
4. **שימוש בכללי המשב"ל הפרטי**
   1. לאחר שיודעים מה אומר הדין הדתי בארץ עולה השאלה מה קורה כשהנישואין קרו בחו"ל, האם לא מפעילים את הכללים החלים במדינה בה בוצעו הנישואין. בית הדין, כאשר יגיעו אליו מקרים של נישואין בחו"ל הוא תמיד יפעיל את הדין הדתי. השופט האזרחי יבדוק האם הדין הדתי בכלל חל. זה מוביל לסוגייה מה הכללים של המשב"ל הפרטי בדיני נישואין וגירושין. כשלומדים על כללים אלו מבחינים בין שני מצבים, העולים החדשים וה"קופצים" (מי שנוסע רק על מנת להינשא). לצורך הלימוד, בני הזוג הם אזרחים של אותה המדינה ויש להם רק אזרחות אחת.
   2. עולים חדשים – לגבי עולים חדשים כללי המשב"ל הפרטי חד משמעיים והם אומרים שלא יכול להיות שכשאדם עלה לארץ הוא התגרש. אם הוא היה בארץ שהכירה בנישואין והוא היה אזרח שלה, לא הגיוני להגיד שכשעלה התגרש. לפי המשב"ל, בודקים את הנישואין לפי האזרחות של בני הזוג ביום הנישואין. כאן ניכר מצב בעייתי. אם למשל יש שני אנשים שהתחתנו בשבדיה, ושם האישה יורשת רק רבע מהרכוש. הם עלו לארץ והבעל מת. האישה תובעת לפי דיני הירושה. ביום המוות היא אזרחית ישראלית, אבל כשדנים בשאלה האם היא הייתה נשואה לא דנים את זה לפי הדין הישראלי אלא דנים את זה לפי החוק השבדי. בפועל האישה תקבל ירושה לפי חוק ישראלי כתלות בזה שהיא נושאה לפי החוק השבדי. משמע, כשמדובר על עולים חדשים הם מכוסים (כל עוד מדובר בבית משפט אזרחי).
   3. הקופצים
      1. יש אנשים שהם אזרחי ישראל ותושביה שהם פסולי חיתון או אידיאולוגים והם מתחתנים בארץ אחרת. הם חוזרים לארץ ורוצים לדעת האם המשפט הישראלי יכיר בנישואין שלהם. לכך יש שלוש גישות.
      2. גישת פרופ' מנשה שאוה – החוק בישראל אומר שדיני הנישואין בישראל הם לפי הדין הדתי. החוק לא עושה הבחנה בשאלה איפה היו הנישואין. אם מסתכלים על זה כך, השיטה היא פרסונאלית. על אזרח ישראלי חל הדין הישראלי ללא תלות במקום בו הוא נישא. מה שחשוב זה רק האזרחות. מעבר לסיבה הטכנית יש כאן סיבה מהותית, המחוקק הישראלי כן חשב שנישואין צריכים להיות לפי הדין הדתי. אם זה מה שהוא רצה לא הגיוני שניתן להתחתן בחו"ל עם מישהו שלפי ההלכה אסור לו להתחתן.
      3. גישת ויתקון – יש בחוק לקונה. בחוקים אחרים מדברים על משב"ל פרטי, ובדיני נישואין וגירושין אין התייחסות. לפי השופט ויתקון יש שתיקה שצריך להשלים. לפני חוק יסודות משפט היו משלימים לקונה באמצעות המשפט המקובל, ומה שכבר הושלם הפך להיות חלק ממשפט המדינה. לפי הדין האנגלי, יש הבחנה בין כושר לבין צורה. הכושר הוא לפי מקום התושבות הקבוע של בני הזוג. אם לבני זוג מאותו מין אסור להתחתן באנגליה, זה לא היה משנה אם הם היו מתחתנים במקום אחר. לעומת זאת, צורת הנישואין היא לפי מקום עריכת הטקס. אם יש צורת נישואין לא מוכרת באנגליה שמוכרת במקום הטקס ניתן להכיר בה באנגליה. שיטת ויתקון עוזרת לאידיאולוגים ולפסולים חלקיים אבל לא לפסולים מוחלטים.
      4. גישת זוסמן – השופט זוסמן מתחיל כמו ויתקון וקובע שמדובר בלקונה שיש להשלים. עם זאת, הוא מחליט לא להשלים אותה לפי הדין האנגלי אלא לפי המשפט האמריקאי. מה שמיוחד במשפט האמריקאי הוא שכללי המשב"ל הפרטי שלהם נדיבים, ולכן הכל הולך לפי מקום עריכת הטקס (גם כושר וגם צורה). לכן כאן יש מזור גם לפסולים מוחלטים.
      5. המשפט הישראלי לא הכריע בין שלושת הגישות. לאחרונה השופט ברק כן פסל את שאוה. הבעיה היא שיש הבדל בין הגישות בהקשר של פסולים מוחלטים. המשפט הישראלי לא הכריע מאחר שיש טכניקה שנייה יותר טובה שהיא נישואין לצורך ספציפי.
5. **נישואין לצורך ספציפי**
   1. במקום להכריע בין הגישות של המשב"ל הפרטי ביהמ"ש מבקש לדעת מה בעלי הדין רוצים וקובע שהוא יכול להשיג את זה בלי להכריע האם הזוג נשוי.
   2. צד ג' – כאשר מדובר בזכויות מול צד ג', בד"כ מה שיעזור הוא שילוב בין דיני הידועים בציבור לבין דיני המרשם. דיני הידועים בציבור נותנים כמעט את כל הזכויות של נשואים (כשפס"ד לינדורלן פותח פתח לתת את כל הזכויות). עם זאת, כאמור דיני ידועים בציבור עוזרים בדיעבד וצריך להתדיין לגבי כל זכות וזכות. המשפט הישראלי מאפשר ללכת למשרד הפנים ולהירשם כנשואים. **בפס"ד שלזינגר** רצו להירשם כנשואים, ואין קשר בין דיני נישואין (שהוא דין מהותי) לבין רישום נישואין (עניין פרוצדורלי). מי שמביא תעודה בה רשום שהוא נשוי רושמים אותו כנשוי. אחרי שמישהו נרשם כנשוי אף אחד לא יפתח את התיק ויבחן את זה. מכאן שהשילוב של דיני ידועים בציבור עם המרשם מביא למצב בו צד ג' לא יכול לערער על הזכויות של הזוג.
   3. בני זוג ומשפחה – הבעיה מתעוררת או בהתדיינות בין בני הזוג או מול בני משפחה (למשל בירושה). במקרים אלו הרישום לא יעבוד מאחר שיכולים לבוא לביהמ"ש ולהעיד בפניו שהנישואין לא תופסים. כאן נעזרים בדיני ידועים בציבור. נישואין אזרחיים בחו"ל הם מקרה מובהק של ידועים בציבור תוצרת הארץ, ואין בעיית הוכחה כי הם ערכו טקס ונרשמו. לכן גם אם לא מתבססים על הרישום יכולים להשתמש בו כראיה לכך שבני הזוג אכן ידועים בציבור. עד לאחרונה העליון כמעט לא היה צריך להכריע בזה. בפס"ד אחד לפני האחרון של ברק הגיעו בני זוג מנישואין מעורבים שהתחתנו בחו"ל וחיו בארץ. הגבר נפטר והאישה תבעה את העיזבון. הילדים של הגבר מהנישואין הקודמים טענו שהיא לא אשתו מאחר שהיא לא יהודייה. ברק קבע ששאוה לא צודק אך לא מכריע בין זוסמן לויתקון (הגם שהוא נוטה להסכים עם זוסמן). העו"ד של האישה במקרה זה לא טען שבני הזוג ידועים בציבור, אז לכאורה כן היה צריך להכריע בין זוסמן לבין ויתקון. עם זאת, ברק החליט לפעול בצורה שלישית.
   4. חוק הירושה – ברק לא רוצה להתעסק עם המשב"ל הפרטי. בחוק הירושה כתוב את המונח נשוי. מכאן עולה שאלה, האם המילה נשוי כוללת גם מי שהתחתן בנישואין אזרחיים. בפרשנות תכליתית, הסיבות להוריש מאדם שנפטר למי שהוא התחתן אתו כשאין צוואה קיימות גם בנישואין אזרחיים (בין אם הצדקות סוציאליות, חוזיות וכו'). גם אם לפי ויתקון הזוג לא נשוי, לצורך חוק הירושה המונח נשוי כולל נשואים אזרחיים בחו"ל.
   5. יחסי רכוש – ביחסי רכוש, כאשר מדובר על נשוי יחול חוק יחסי ממון וכאשר מדובר על ידוע בציבור תחול חזקת השיתוף. הבעיה היא שחזקת השיתוף שחלה על ידוע בציבור מסויגת מאחר שאולי העובדה שלא התחתנו מעידה על כך שלא רצו לשתף. עם זאת, לא ניתן להגיד שהחזקה לא חלה על מי שהתחתן בנישואין אזרחיים מאחר שהם אכן התחתנו, מה שמצביע על רצון. ברוב המקרים חזקת שיתוף תוליך תוצאה דומה ליחסי ממון. לפעמים חזקת השיתוף תוביל לתוצאה שונה ואז מדובר בעניין אסטרטגי. פה כן יכול להיות הבדל מסוים האם בני הזוג נשואים או לא.
6. **גירושין ומזונות**
   1. מקרים אלו בעייתיים מאחר שדנים בהם בדין דתי. כל הטכניקה של המשב"ל הפרטי או הרישום בנוי על זה שרוצים זכות אזרחית ופותרים את סוגיית הרישום בכלים אזרחיים. כאשר מתגרשים, הסמכות חוזרת לבית הדין. כשחוזרים לבית הדין הדתי, הוא יגיד שלא מעניין אותו מה נקבע בבית משפט אזרחי לכן הזוג לא נשוי או שמתאפשר לו להתגרש בקלות. גם מזונות הוא לא ייתן מאחר שלא היו נישואין (גם בית המשפט האזרחי לא יכול לתת מזונות מאחר שהוא צריך להחיל דין דתי). זה בעייתי גם עבור עולים חדשים מאחר שהדין הדתי לא מכיר בנישואין שלהם.
   2. זה הרקע **לפסקי דין כהנא ופורר**. הרקע הוא אנשים שמתחתנים בנישואין אזרחיים בחו"ל וחיים בארץ. הבעל עוזב את אשתו. האישה מגישה תביעת מזונות לביהמ"ש האזרחי. מול תביעת המזונות של האישה מגיע הבעל עם שני מהלכים. דקה לפני הדיון בבית המשפט האזרחי הבעל מגיע ומספר לבית הדין שהוא חטא מאחר שהוא כהן שהתחתן עם גרושה. בית הדין נותן פס"ד שמחייב את בני הזוג להתגרש. כאשר הדיון מגיע לביהמ"ש האזרחי לבעל יש שתי טענות. טענה אחת היא שצריך להפעיל מזונות לפי הדין הדתי, ובדין הדתי מזונות של נישואין אזרחיים לא תקפים. גם אם כן מגיעים מזונות, הם מגיעים עד חיוב הגט. אם אישה מחויבת להתגרש והיא לא לוקחת אותו היא לא יכולה להרוויח את זה. מאחר שיש פסק דין שמחייב גט לא מגיעים מזונות לאישה. זה מגיע לעליון, מקרה אחד מול לנדוי ושני מול נתניהו. השופטים פוסקים לפי החוק ומלינים על כך שאסור לו לפסוק אחרת מאחר שלדעתו התוצאה לא צודקת ("**כאלה הם דיני המעמד האישי בישראל ואין בידי להושיע**").
   3. בהמשך הגיע **פס"ד שמואל**, בו יש בני זוג שהתחתנו בנישואין אזרחיים בחו"ל כשהם אזרחי הודו, כשאחד מהם הוא גר (בגיור לא אורתודוקסי). לאחר מכן הם עולים לארץ, על כן לפי המשב"ל הפרטי הם נחשבים נשואים בארץ. בשלב מסוים יש להם משבר והם פרודים, ואז האישה תובעת מזונות. הבעל טוען שהם לא נשואים לכן לא מגיעים לה מזונות. גם אם מגיעים מזונות הוא קיבל חיוב גט מבית הדין הרבני. השופט במקרה זה היה ברק. ברק קובע שלפי המשפט האזרחי אנשים אלו נשואים לכל דבר (עולים חדשים). אבל, יש בעיה כי לכאורה מזונות זה לפי הדין הדתי והדין הדתי לא מכיר בנישואין. ברק מפעיל שיטה לה נקרא **שיטת הפוינטר**. ברק קובע שלגבי שאלת המזונות צריך להפעיל דין דתי, אבל לגבי השאלה האם הזוג נשוי בית משפט אזרחי יכול להפעיל דין אזרחי. הדין הדתי נותן חמש דרישות (נשואים, יש צורך, לא בגדה, לא עזבה את הבית, אין קיזוז כספי). בפרמטר של נשוי ניתן להפעיל משב"ל פרטי. ברק למעשה יוצר מעין כלאיים בין הדין הדתי לדין האזרחי. הבעיה היא בחיוב הגט, מאחר שלפי הדין הדתי תוקף המזונות הוא עד חיוב הגט. גם פה לברק יש מהלך. עולה השאלה למה בית הדין נתן גט, האם כי לפי הדין הדתי מגיע לאישה גט או כי הוא לא מכיר במשב"ל הפרטי. אם יתברר שבית הדין נתן גט כי הוא לא מכיר בנישואין בעוד שבית המשפט האזרחי כן מכיר בנישואין, בית המשפט האזרחי יתעלם מחיוב גט שפסל נישואין שלפי בית המשפט הם תקפים. כל זה נכון בהנחה שבאמת בית הדין נותן חיוב גט בגלל הנישואין האזרחיים. מהלך זה נשאר בצריך עיון. כשברק קורא את מה שבית הדין כתב הוא רואה שבית הדין נתן גט בגלל שהזוג פרוד מספר שנים ושהיחסים התמוטטו. לכן זה לא קשור לנישואין האזרחיים ומהלך זה לא רלוונטי. כאן רואים דבר מעניין. ישנם מקרים רבים בהם בני זוג חיים בפירוד והתוצאה הצודקת תהיה לחייב את בני הזוג בגט, אבל בית הדין לא עושה חיוב גט מאחר שהוא לא רואה בחיים בפירוד עילה מספיקה לגירושין. לכן ניתן לקבוע שברור שבית הדין השתמש בעילה הזו כדי להצדיק חיוב גט על בסיס זה שהוא לא מכיר בנישואין אזרחיים. מכאן השאלה היא למה ברק האמין למהלך זה של בית הדין. יש מספר תשובות אפשריות. תשובה אחת היא השיטה הברקית (להציג מהלך מורכב באוביטר וליישם רק בהמשך). תשובה שנייה היא שאולי לא הגיוני שגברת שמואל תקבל מזונות, מאחר שהם חיו בנפרד כל השנים. היינו רוצים שגם בדין הדתי זה יהיה כך אבל גם אם זה לא אין סיבה שברק יחליט שגברת שמואל מקבלת מזונות על הזמן שהם חיו בנפרד.
   4. פס"ד פלוני נ' פלונית (המזונות האזרחיים) – במקרה זה מדובר על קופצים אידיאולוגים. כעבור זמן הם נפרדים והאישה תובעת מזונות. זה מגיע למחוזי, שבודק את תוקף הנישואין. מאחר שהם אידיאולוגים הם נשואים לפי ויתקון וזוסמן (לפי שאוה לא). השופט המחוזי פוסק לפי שאוה ובכך קובע שהם לא נשואים. יש דרמה גדולה מאחר שמדובר בשופט מחוזי שפוסק לפי שאוה. זה מגיע לערעור לעליון. במקרה זה קבע ברק כי אין הכרעה בין שאוה זוסמן וויתקון ואת המזונות הוא נותן לפי עקרון תו"ל בדיני החוזים (מכוח היותם ידועים בציבור). השאלה היא לכמה זמן נותנים מזונות המבוססים על עקרון תו"ל. אם זה עד חיוב הגט זה לא רלוונטי (מאחר שברגע שהאישה תתבע מזונות הבעל יוכל לרוץ לבית הדין ולקבל חיוב גט. המזונות יגמרו לפני שהם התחילו), אבל אם זה שורד את חיוב הגט האם זה שורד עד סוף החיים?
   5. הלכת בני נח – פס"ד זה הוא חידוש על חידוש (פס"ד מחודש של בית הדין שעל בסיסו יש חידוש בבית המשפט). בני זוג בנישואין אזרחיים (קופצים) שנפרדים והאישה מגישה תביעת מזונות. הגבר מגיש תביעת גירושין בבית הדין. כאמור יש שלוש גישות של הדין הדתי לנישואין אזרחיים (לפי אחת הם לא תקפים, לפי שנייה לא תקפים אבל נותנים גט לחומרה ולפי שלישית נותנים גט מספק). קצת לפני פס"ד בני נוח, הרב דיחובסקי התחיל מהלך לפיו הגישה הראשונה היא הנכונה. זאת מאחר שלפי הדת צריך כוונה להינשא כדת משה וישראל, ובנישואין אזרחיים אין כוונה להינשא לפי דת משה וישראל. לכאורה ניתן להניח שבני הזוג רצו להתחתן כדת משה וישראל, אבל הרב דיחובסקי לא מקבל זאת לגבי מי שגר בישראל. בגלות ניתן לקבל זאת מאחר שלפעמים לא ניתן להינשא כדת משה וישראל, אבל אם אדם שגר בישראל ועפ"י משפט המדינה ברור שהכי קל לו להתחתן בנישואין דתיים טורח לנסוע לחו"ל ולהינשא בנישואין אזרחיים, לא ניתן להניח שהייתה כוונה להינשא כדת משה וישראל. לכן לא מכירים בנישואין האזרחיים כלל. פה הרב נתקל בבעיה. יכולים לבוא לבית הדין אנשים שהתחתנו בנישואין אזרחיים שצריכים להתגרש ובית הדין לא ייתן להם גט. אנשים אלו יגידו שהם בבעיה, כי לפי המשפט הישראלי הם נרשמו כנשואים ואם הם יתחתנו שוב הם יעברו את עבירת הביגמיה. הם יבואו לבית המשפט האזרחי ויטענו שלא אפשרו להם להתגרש. בית המשפט יבין שאין ברירה ושהוא צריך לקחת על עצמו את הסמכות לגרש את בני הזוג. למעשה זה יהיה גול עצמי של דיחובסקי מאחר שהוא ייתן את הסמכות הייחודית של בית הדין לגירושין לבית המשפט האזרחי. על-מנת להימנע ממצב זה הגה דיחובסקי פתרון. אחת משבע מצוות בני נוח היא גילוי עריות (אסור להתחתן עם אישה נשואה). עד היום סברו שליהודים יש תרי"ג מצוות ולמי שאינו יהודי יש שבע מצוות בני נוח. הרב קובע שלא זה המצב, ושהמצב הוא שליהודי כאדם יש את שבע מצוות בני נוח וכן את תרי"ג מצוות מעצם היותו יהודי. אם יהודי התחתן מכוח בני נוח הוא לא צריך גט מאחר שגט הוא התרת נישואין דתית ביהדות. הוא צריך התרת נישואין של בני נוח. כדי לגרש לפי בני נוח צריך שהקשר התמוטט ואי אפשר לשקם אותו. לכן כשמישהו רוצה להתגרש והוא התחתן בנישואין אזרחיים ניתן להשתמש בדיני בני נוח ולקבוע שאם הקשר התמוטט לא מחזיקים אותם ביחד בכוח. לגבי הרכוש, אם תהיה כריכה דנים בזה לפי דיני הרכוש הרגילים. לגבי מזונות, מאחר שמתירים את הנישואין במסלול אזרחי לא זקוקים למזונות (אין את התקופה עד הגט שצריך לשלם בה מזונות מאחר שאין גט). האישה מגישה בג"ץ. היא טוענת שלבית הדין לא צריכה להיות סמכות בנישואין אזרחיים. אם לבית הדין כבר יש סמכות שלא יפלה לעומת הנישואין הדתיים ושיפעיל את אותם הקריטריונים של הדין הדתי (שלא יגיד שבגלל שהקשר התמוטט מתירים את הנישואין). לגופו של עניין המזונות לא שווים כלום מאחר שנותנים את ההתרה מאוד מהר. ברק דוחה את הטענה של הסמכות (יש סמכות מושרשת לבית הדין). לגבי הקריטריונים להתרת הנישואין הוא מקבל את הפתרון של דיחובסקי עם כוכבית. אם ברק יתרשם שדיחובסקי באמת מתייחס ברצינות לנישואין האזרחיים והוא באמת בוחן האם הקשר התמוטט ולא ניתן לשקם אותו אז הפתרון של דיחובסקי מקובל. **לכן מה שצריך לבחון זה האם בית הדין אכן בוחן את הקשר של הצדדים או שמא הוא רק קובע שמתירים את הקשר כדי להשאיר אצלו את הסמכות לקביעה לגבי גירושין, גם כשמדובר בהתרת נישואין של בני נוח**. לגבי הכריכה, ביהמ"ש קובע שאסור לכרוך לנישואין אזרחיים (לא את הרכוש ולא את המזונות). מאחר שידוע שבית הדין יסיים מהר מאוד את הגירושין האלו, לכרוך דווקא בבית הדין בנישואין אזרחיים זה לא בתו"ל. ברק כאן מניח שאין סיכוי שבית הדין ייתן מזונות בנישואין אזרחיים ולכן הכריכה לא כנה. [אחרי בני נוח הגיע תיק לבית הדין הרבני ובית הדין קבע שיש סמכות לדון במזונות. הוא מתבסס על כך שהאיסור הוא מתוקף כך שהכריכה לא כנה, ובמקרה זה היא כנה. למרות זאת נקבע בסוף שלא נותנים מזונות. לא ברור האם המהלך של בית הדין אותנטי ואיך בית המשפט יתייחס למהלך זה.] לדעת ברק הסמכות במזונות וברכוש חוזרת לבית המשפט האזרחי. בית המשפט האזרחי כאמור ייתן מזונות לפי עקרון תו"ל בדיני החוזים. שוב עולה השאלה לכמה זמן נותנים מזונות אזרחיים. ברק מראה שגם בגירושין מהירים חייבים לתת מזונות אחרי הגט (מזונות משקמים). ברק מאמץ את הרעיון הזה ואומר שלא מפסיקים אוטומטית את המזונות רק כשיש התרת נישואין (מה שירוקן מתוכן את המזונות) אבל גם לא נותנים לכל החיים. נותנים מזונות אזרחיים על התקן של מזונות משקמים.
7. **בני זוג מאותו מין** – בני זוג מאותו מין התחתנו בנישואין אזרחיים בחו"ל ועולים לארץ. הם נרשמו כנשואים. בשלב מסוים הם מתגרשים. הם מגיעים לבית הדין הרבני, ועולה השאלה האם בית הדין יגיד שלפי הלכת בני נוח הם נשואים ויתיר את הנישואין שלהם. בנישואין של גבר ואישה בית הדין לא מכיר בזה לפי ההלכה אבל מכיר בזה לפי בני נוח. בנישואין של בני זוג מאותו המין מגיעים לבעיה מאחר שבית הדין לא יכיר בזה. כך מגיעים לאותה הבעיה, בני הזוג רשומים כנשואים במדינה אבל אין להם דרך להתגרש. זה המקרה היחיד בו בני זוג יקבלו התרת נישואין מבית המשפט לענייני משפחה. לפי גישה אחת בית המשפט יגיד שאין לו יכולת לשפוט ולכן בני הזוג צריכים ללכת לבית הדין, לקבל סירוב ממנו ואז לבוא לחפש פתרון בבית המשפט. לעומת זאת יש שופטים אחרים שכשיש בני זוג מאותו מין יודעים מה לעשות. אין החלטה בין שתי הגישות וזה נמצא במחלוקת כיום בערכאות.
8. גבר ואישה התחתנו בנישואין אזרחיים והאישה יותר עשירה מהגבר ופרנסה אותו כל השנים. היחסים התערערו והאישה הלכה וביקשה התרת נישואין בבית הדין. בית הדין התיר את הנישואין והגבר מגיש בקשה למזונות בבית המשפט. התביעה תתקבל מאחר שהוא מגיש בקשה למזונות אזרחיים ולא מכוח דין דתי. כעת נבחן גבר ואישה שמתחתנים בנישואין דתיים ומתגרשים בגירושין דתיים במהירות. אחד מהם היה תלוי כלכלית בשני, אז הוא מגיש לבית המשפט תביעת מזונות מכוח עקרון תו"ל. התלוי לא תובע מכוח הדין הדתי אלא מכוח עקרון אזרחי. הגירושין היו מהירים כי לא רצו לעגן אחד את השני, אבל הלוגיקה שלא יכולים להתנער זה מזה כל כך מהר לא תקפה רק בנישואין אזרחיים אלא גם בנישואין דתיים. ברק כתב בפסק דינו שאין במה שהוא כותב לפגוע במי שנישא בנישואין דתיים. הבעיה היא שבהמשך נכתבו עוד פסקי דין הן ע"י ברק והן ע"י ממשיכיו. לכן ניתן לתאר מצב בו עו"ד יטען שעל זוג נשוי בנישואין דתיים יש שתי חובות, חובה אחת מהדין הדתי וחובה שנייה בהתאם לעקרון תו"ל האזרחי. מצב כזה עלול להוביל לתוצאה בה לאישה למשל לא מגיעים מזונות לפי הדין הדתי (אם היא למשל בגדה) אבל כן מגיעים לה מזונות לפי הדין האזרחי. לשאלה האם אדם הכפוף לדין הדתי כפוף גם לדין האזרחי מבחינת הנישואין אין תשובה כיום.

**דיני גירושין**

**הקדמה**

1. דיני גירושין בישראל הם בסמכות ייחודית של בית הדין וחל עליהם דין דתי. יש חריגים שהם בני זוג מדתות שונות או מאותו המין.
2. **מאפייני דיני הגירושין**
   1. הגט הוא אקט פרטי – בדת הנוצרית למשל, הכומר הוא זה שמחיל את הנישואין (מכריז עליכם בעל ואישה) ולכן גם בגירושין צד ג' הוא זה שמכריז על כך. ביהדות הבעל הוא זה שמקדש את האישה ולכן הוא גם יהיה זה שנותן את הגט. בהלכה היהודית טקס הנישואין הוא טקס פרטי ולכן גם הגירושין חייבים להיות בנתינת הגט בפועל מהבעל לאישה. זה כבר יוצר את הבעיה הראשונה שהיא **בעיית העגונות הקלאסיות**. בעיית העגונות הקלאסיות עוסקת בנשים שבעלן ברח/נעדר/מת ואז גם אם בית הדין רוצה לעזור הוא לא יכול כי בלי הוכחת מוות או גט נשים אלו יישארו עגונות. לגבי נשים אלו יש מסורת ארוכת שנים של ניסיון לעזור להן. ברמה הכמותית הכמות היא קטנה מאוד (בניגוד לבעיית מסורבות הגט).
   2. הגט הוא אקט רצוני – בהלכה היהודית המקורית זה נכון רק לגבי הבעל. הבעל צריך לתת מתוך רצון חופשי והאישה לא חייבת לקבל אותו, ניתן לגרש אותה בעל כורחה. רבינו גרשום מתקן שאסור לגרש אישה בניגוד לרצונה, והוא משתמש ברטוריקה שוויונית (להשוות כוח האישה לכוח האיש). השוויון שנוצר הוא שוויון שמחמיר עם שני בני הזוג. הסיפור של הרצון מאוד דרמטי, מאחר שלפי ההלכה אם מתעלמים מדרישת הרצון וכופים על הגבר לתת את הגט הוא יהיה גט מעושה. אישה שמקבלת גט כזה תתחתן מחדש בתו"ל והילדים שלה מהקשר החדש יהיו ממזרים מאחר שהלכתית היא עדיין נשואה לגבר הראשון.
   3. עילות גירושין – על אף העובדה שגט צריך להיות מרצון, אם התקיימו אחת מעילות הגירושין, רשאי בית הדין לכפות על צד להתגרש. במקרה כזה הגט לא יחשב לגט מעושה. זה פותח את הפתח למציאות בה כן יש תפקיד לבית הדין. זה אומר שכאשר גבר או אישה מגישים תביעת גירושין, לבית הדין יש כמה אפשרויות לפסוק. לפי אפשרות אחת הוא חושב שאין עילה או הצדקה ואז הוא דוחה את התביעה. לפי אפשרות שנייה (שזהה מבחינת התוצאה המשפטית לאפשרות הראשונה) הוא משתכנע שזה לא בסדר שצד מסרב להתגרש (מבחינה מוסרית) אבל מאחר שאין עילה הוא מסכים לכך שלא מתגרשים. לפי אפשרות שלישית, בית הדין משתכנע שיש חובה משפטית לתת את הגט. עם זאת, זה לא מקרה שמאפשר כפייה פיזית. לפי אפשרות רביעית, יש חובה משפטית וניתן לכפות גט (כפייה פיזית, לשים אדם בכלא). בציבוריות הישראלית יש את הסיפור של יחיא (שמו אותו בכלא והוא מת בכלא בלי לתת את הגט). אלו סיפורים נדירים ביותר, ובד"כ סרבני הגט יתנו גט ברגע שישימו אותם בכלא.
3. **עילות הגירושין**
   1. בנושא זה יש מספר קולות בהלכה. המקרים הפשוטים הם מקרים של בעיות בריאותיות (במיוחד אלו הקשורות בהולדה, ביכולת לקיים יחסי מין וכאלו שיכולות לפגוע בבני הזוג).
   2. מקרים מסוג אחר הם מקרים של אלימות או התעמרות רוחנית או בעל שלא מפרנס. אלו מקרים שיגיעו לשלב של חיוב גט אבל חלק גדול מהדיינים יעצרו בשלב חיוב הגט ויהססו לכפות את הגט. זאת מתוך החשש מגט מעושה. כאן צריך להיכנס לראש של הדיינים. שופט אזרחי מפחד מערכאת הערעור, אבל הדיין הדתי מסתכל על מציאות מטאפיזית שמכתיבה את מעשיו. אם דיין כופה גט על בסיס דעה שהוא מכיר אבל במציאות המטאפיזית הדעה המנוגדת היא הצודקת, זה אומר שהגט מעושה. בכך הדיין מוביל את האישה להוליד ממזרים. חוויה זו של הדיין גורמת לחלק מהדיינים להיות משותקים ביחס לכפיית גט. זה גרם לכך שעד השנים האחרונות, גם במצבים כמו אלימות, הדיין יחייב גט אבל יסתייג מכפיית גט. בית הדין ישתמש בטרמינולוגיה של החמרה שלא מתאימה למשפט האזרחי (יחמיר עם עצמו).
   3. מקרים מסוג שלישי הם יחסים שהתמוטטו. כאן יש הבדל מעניין. בעבר רוב בתי הדין לא היו מגיעים לחיוב גט. היום יש מהלך מעניין של חלק מהדיינים שגם יחסים שהתמוטטו לפחות יחייבו גט (למרות שרובם לא ילכו עוד צעד ויגידו שיש מקום לכפייה).

**סרבנות גט**

1. **בעיות הקיימות בסרבנות גט** – התוצאה היא שמאוד קשה לקבל גט בלי הסכמה של הצדדים. זה אומר שמאוד משתלם לסרב להתגרש. מי שמסרב להתגרש יגיד לצד השני שהוא זקוק לו ולכן עליו לשלם בשביל זה. מכאן עוברים מדיון על עגונות לדיון על סרבנות גט. באופן עקרוני, מצב זה בעייתי מנקודת מבט ליברלית מאחר שבעולם ליברלי יש זכות יציאה מקשרים והדין הדתי אומר שאין זכות כזו. בישראל הבעיה יותר חמורה מאחר שבעיית זכות היציאה הייתה נכונה גם אם הסרבן היה סרבן אותנטי, אבל הרבה פעמים מי שמסרב מסרב באופן מניפולטיבי (הוא ירוויח מהסירוב). יש כאן שתי בעיות, אחת היא **בעיית זכות היציאה** (נכונה גם בסרבנות אותנטית. רוצים לתת לכל מי שמעוניין לצאת מקשר לצאת ממנו) והשנייה היא **בעיית הסחטנות** (נכונה לגבי סרבנים מניפולטיביים. נוצר תמריץ לא לשתף פעולה עם הגירושין). בעיות אלו הן בעיות סימטריות לכאורה (רצון נדרש משני הצדדים), אבל בפועל הן לא פועלות לשני הצדדים באותה הצורה (מה שיוצר בעיה שלישית והיא **הבעיה המגדרית**).
2. **בעיות משנה של הבעיה המגדרית**
   1. עילת גירושין – אם אישה בגדה בגבר זו עילת גירושין. אם גבר בגד באישה, בגידה חד פעמית לא תהווה עילת גירושין שתאפשר לכפות גט.
   2. החלופות ההלכתיות לגירושין – אישה שבעלה סרבן אין לה פתרון. גבר שאשתו סרבנית יכול להשתמש בהיתר נישואין (בהינתן שהאישה ברחה).
   3. היחס ההלכתי לחלופה האזרחית לגירושין – זה קריטי בישראל, בה דיני גירושין דתיים מוחלים על אוכלוסייה חילונית. אם למשל אישה סרבנית, הגבר יכול להסתדר גם בלי גט. הוא יכול לחיות עם בת זוג אחרת בלי בעיות. לעומת זאת אם הגבר סרבן האישה לא יכולה להמשיך את החיים שלה מאחר שבישראל הילדים שלה יהיו ממזרים. אם היינו חיים בחברה דתית לגמרי לא הייתה בעיה מאחר שהגבר היה חייב גט. בחברה מעורבת, גבר חילוני יכול באמת להגיד שאינו זקוק לגט. כוח המיקוח של הגברים הרבה יותר רציני ולכן רואים בהרבה מקרים הסכמי גירושין בהם האישה מוכנה לתת המון כדי לקבל את הגט.

**פתרונות לסרבנות גט**

1. **הלכת מורדת מאיס עליי**
   1. זו דוגמה מעניינת לדרך בה מתפתח ההלכה. מושג המורדת או המאוס עליי במקור מופיע בתלמוד כטענה שתמיד תשרת דווקא את הגבר ולא את האישה. מורדת היא אישה שמסרבת לקיים יחסי אישות ומורדת מאיס עליי היא אישה שמסרבת לקיים יחסי אישות מאחר שהיא לא מעוניינת בגבר. בתלמוד, כאשר הגבר טוען שהאישה היא מורדת זה עובד לטובתו בשני מצבים, אחד הוא כטענת הגנה כנגד תביעת מזונות ושני בהקשר של כתובה (הפחתת הכתובה). בדין התלמוד עצמו טענת המרידה לא מופיעה אף פעם בכתב הטענות של האישה. כאמור, דין התלמוד המקורי לא סימטרי מאחר שהוא מאפשר לגבר לגרש את האישה גם אם היא לא רוצה בעוד שהאישה צריכה את הסכמת הגבר (הגבר חי בעולם של גירושין באשמה מאחר שכל עוד הוא לא אשם צריך את ההסכמה שלו בעוד שאישה חיה בעולם של גירושין ללא אשמה מאחר שניתן לגרש אותה בכל מקרה). ניתן ליצור שוויון בשתי דרכים. דרך אחת היא דרך אשכנזית לפיה גם הבעל יצטרך עילת גירושין (חרד"ג). בארצות הספרדיות ניכרת דרך אחרת והיא שימוש מפתיע בעילת המורדת. בשנת 1,000 לספירה בבל עוברת מהשלטון הבבלי לכיבוש מוסלמי. כשהיהודים היו בבבל לפני הכיבוש המוסלמי הייתה להם אוטונומיה שיפוטית שאומרת שכאשר גבר ואישה יהודים מגיעים לבית דין בבלי ע"מ להתגרש אומרים להם שהם צריכים לפנות לבית הדין היהודי. לעומת זאת, בתקופה המוסלמית בשלב מסוים המוסלמים לא נתנו ליהודים אוטונומיה שיפוטית ובתי דין מוסלמים מוכנים לעסוק גם בעניינים של יהודים. מה שקורה זה קטסטרופה הלכתית. אישה מגיעה לבית הדין היהודי והוא לא מוכן לתת לה חיוב גט תוך כפיית גט. בשל כך היא פונה לבית הדין המוסלמי לטובת סעד (כפיית גט או התרת הקשר). המעמד של הגט הזה יהיה גט מעושה. באים הגאונים ומתקנים תקנה דרמטית לפיה אישה שמורדת בבעלה ומואסת בו אז אפשר לכפות את הבעל לתת לה גט בגלל טענת המאיסות. ז"א אותה הטענה שבתלמוד עבדה רק לטובת הבעל הפכה להיות טענה בכתב התביעה של האישה, והיא למעשה מביאה לתוצאה של גירושין ללא אשמה (האישה לא מעוניינת בבעל). טענה זו מספיקה כדי לכפות את הבעל להתגרש. בית הדין היהודי כופה במקרים בהם לפי דין התלמוד אסור לכפות. תקנת הגאונים לא באה בגלל פמיניזם. חרד"ג אומר שהוא רוצה להשוות את כוח האישה לכוח האיש. תקנת הגאונים נובעת מהפנמת גבולות הכוח. אם יתעקשו על דין התלמוד ויצמצמו את עילות הגירושין כשאין את הכוח לעשות זאת (אין סמכות ייחודית באותה העת) התוצאה תהיה קשה. הגאונים לוקחים אחריות וקובעים את התקנה הזו.
   2. במשך כ-200 שנה פעלו קהילות רבות לפי הלכת המורדת. אז מגיע הרמב"ם שיושב במצרים, שם יש אוטונומיה יהודית. לכאורה הסיבה המקורית לתקנה מבוטלת ולכן צריך לחזור לדין התלמוד. הרמב"ם לוקח את הסמכות והתקנה של הגאונים ונותן לה הנמקה אוניברסלית. לפי הרמב"ם, אישה היא לא שבויה, ואם היא לא רוצה באיש היא יכולה ללכת. הרמב"ם מטרים את דורו ונותן אמירה עמוקה לפיה אדם לא יכול להחזיק את בן זוגו בכוח. בקהילות בהן פוסקים לפי הרמב"ם אין בעיה של סרבנות גט אבל במשך שנים הלכה זו נחשקה.
   3. שחיקת ההלכה
      1. *טענות לגבי חוסר סמכות הלכתית* – מראש לא ברור איך הגאונים העזו לעשות תקנה זו (היא לא החמרה ולא בדיני ממונות). לא הייתה לגאונים סמכות לעשות תקנה זו, אבל אם אפשר להגן עליהם זה ע"י שאומרים שמדובר בסמכות נקודתית לתקופה מסוימת. הרמב"ם במעשיו חרג מסמכות ולא היה יכול לקבוע קביעה זו.
      2. *ארגונים לזכויות הגבר* – כאמור, הגירושין לא סימטריים מאחר שגבר מתגרש רק לרצונו ואישה מתגרשת לרצונה ולא לרצונה. כדי ליצור סימטריה אפשר להגיד שגם האישה לא יכולה להתגרש שלא לרצונה או להגיד שהאישה יכולה להתגרש מתי שבא לה. האשכנזים בחרו לעשות את הגירושים קשים לבעל ולאישה (חייבים הסכמה), בעוד הגאונים בחרו להקל את הגירושין לגבר ולאישה. באותה התקופה הספרדים לא קיבלו את חרד"ג ולכן הקלו, אבל אם מקבלים גם את הלכת המורדת וגם את חרד"ג יש למעשה "כפל מבצעים" ומקשים יתר על המידה עם הגבר. בעולם שבו גבר כפוף לחרד"ג איך יכול להיות שהאישה תקום בבוקר ותגיד שהיא מואסת בו כדי להתגרש.
      3. *רבינו תם* – רבינו תם הוא הנכד של רש"י. הבנות של רש"י היו פמיניסטיות (היה להן מניין נשים והן הניחו תפילין). רבינו תם תוקף את הלכת המורדת. הוא אומר שהתקנה התאימה לפעם כי הנשים של פעם היו צנועות, לכן אם אישה אמרה שהיא מורדת זה לא סתם וניתן להניח שצריך לעזור לאישה. הנשים של היום שחצניות, ואם פוסקים היום לפי התקנה נוצר מצב בעייתי. אישה יכולה להחליט שמתאים לה גבר אחר ולכן היא תגיד שמאסה בבעלה כדי לסיים את הקשר. כדי לשמר את המשפחה כיציבה חייבים סדר, חלק מהסדר הזה הוא שהאישה תהיה תחת בעלה. אם לא תהיה ההיררכיה אין לדעת מה תהיה התוצאה.
   4. הלכה זו מעלה נקודה מעניינת. בעגונות הקלאסיות כולם מסכימים שיש בעיה, לכן אין מחלוקת אידיאולוגית שצריך ליישב אלא צריך למצוא פתרון הלכתי שמסכימים עליו. לעומת זאת, במסורבות גט צריך להבין שחלק מהדיינים מעלים את חשש פירוק המשפחה, ולכן לא מספיק להראות שיש טכניקה הלכתית אלא צריך להרגיע אותם לגבי הפשטות היתרה של הגירושין וההשלכה של זה על יציבות המשפחה. השאלה המהותית היא האם מקבלים את העקרון לפיו רצון של אדם להתגרש הוא סיבה מספקת ע"מ להתיר גירושין. כיום הדיינים בישראל לא מקבלים את עילת המורדת כעילה לכפיית גט, ולכן כלי שהוא כלי הלכתי שהיה פותר את כל הבעיות לא נמצא היום בשימוש.
2. **הלכת ח"י חודשים**
   1. רקע – בתחילת המאה ה-19 בצרפת. בסוף המאה ה-18 בצרפת יש את המהפכה הצרפתית. אומרים ליהודים שלא מפלים אותם אבל מבקשים מהם לוותר על העצמאות הקהילתית שלהם. עכשיו גם גבר וגם אישה שלא מקבלים גט בבית הדין היהודי יכולים ללכת לבית דין של המדינה.
   2. על הרקע הזה הרב פלאג'י מתקן תקנה שנקראת תקנת ח"י חודשים, לפיה אם הדיין רואה שהגבר והאישה פרודים לפחות שנה וחצי, והוא משתכנע שמהותית אי אפשר לשקם את היחסים, לא נותנים לאף צד לעגן את הצד השני. זה הליך יותר נוח הלכתית מתקנת מורדת מאחר שכאן יש הליך מסוים של בדיקה וכן הוא סימטרי (אף צד לא יכול לעגן את הצד השני). הרב פלאג'י פותר את הבעיות בהלכת המורדת, אבל גם פה עד לפני כמה שנים לא היו מתייחסים לרב פלאג'י בפסיקה ובשנים האחרונות כשכן משתמשים בו זה לחיוב ולא לכפייה.
3. **הפקעת נישואין** – מהלך זה יותר רדיקלי והוא נפוץ דווקא בחו"ל. הפקעת נישואין יכולה להיות בשתי קונסטרוקציות, אחת שדומה לדיני הטעות וההטעיה בדיני החוזים. מוצאים הנחת יסוד בנישואין שמתברר שהיא לא נכונה (למשל שהבעל אכזרי). היופי בטכניקה הזו היא שלא צריך את הגט מאחר שהנישואין פוקעים. אופציה שנייה דומה להפקעת קרקעות. יש לדברים אלו רמזים בתלמוד אבל הם מאוד נדירים. במשך ההיסטוריה הם הוכחדו כמעט כליל. עם זאת, דווקא בחו"ל נעשה מהלך שביקש להשתמש בזה. מה שמיוחד בחו"ל הוא שיהודים מתחתנים בנישואין דתיים ואזרחיים, אבל הרבה פעמים לבעל מספיק הגירושין האזרחיים (מה שלמעשה מעגן את האישה). לא היה שום כלי להכריח את הבעל לתת את הגט ולכן ניסו להשתמש בקונסטרוקציות של הפקעת נישואין. בשנים האחרונות יש בית דין מיוחד בארה"ב שעושה את זה וגם בארץ יש בית דין שמנסה לעשות זאת. עדיין בתי הדין הרבניים לא מרבים להשתמש בכלי זה.
4. **רבנו ירוחם** – כאמור, בהלכה היהודית הסכמת הצדדים היא כן עילת גירושין. מה קורה אם שני הצדדים מסכימים אבל אז הבעל אומר שבשביל הגט הוא רוצה תשלום. יש עמדה של רבנו ירוחם (אחד מהראשונים) לפיה אם בית הדין משוכנע שיש הסכמה ושסירוב של אחד מהצדדים מניפולטיבי, ניתן להתייחס לזה כאילו הוא מסכים. חלק מהדיינים במקרים אלו יסכימו לכפות את הגט.
5. **חיוב גט**
   1. הכלים שנדונו עד עכשיו הם כלים רדיקליים שמאפשרים לפתור לגמרי את הבעיה (כפיית גט). הכלי הבא לא מאפשר כפיית גט אבל נותן שיניים יותר משמעותיות לחיוב גט בשני היבטים.
   2. מזונות מעוכבת – דבר ראשון חיוב הגט יכול ליצור מזונות מעוכבת. במזונות אישה היקף המזונות הוא לפי הצרכים של האישה, אבל מקזזים מהמזונות את מעשה הידיים שלה (מה שהיא מרוויחה). זה נכון אלא אם כן מדובר באישה שהיא מעוכבת גט. אם יש חיוב גט והבעל לא נותן גט, לא מקזזים מהמזונות את מעשה ידיה של האישה והבעל יצטרך לשלם את המזונות במלואם.
   3. הרחקות רבנו תם – במצבים בהם רבנו תם חשב שלא ניתן לכפות גט אבל ניתן לחייב, ניתן להטיל שורה של סנקציות חברתיות. הוא קרא לזה חרמות (לא נעלה אותך לתורה, לא נעשה איתך עסקים וכו'). חרם זה לכאורה פחות משמעותי לאנשים שחיים בחברה חילונית, אבל כאן נחקק חוק אזרחי שלמעשה תרגם את ההרחקות של רבנו תם להיום (לא נעשה איתך עסקים תורגם ללא נפתח חשבון בנק או לא נאפשר לך להיות דירקטור בחברה). נחקק חוק אזרחי (חוק אכיפת פסקי דין לגירושין) שאפשר לבית הדין הרבני להטיל את אותן הסנקציות החברתיות. מה שבתי הדין התחילו לעשות בשנה האחרונה זה להשתמש באינטרנט ע"מ לפרסם את שמם של סרבני הגט (אפקט של שיימינג).

**תפקידם של בתי המשפט האזרחיים**

1. כאן נגלה שהתפקיד המרכזי של בתי המשפט הוא לא להפריע. אם מסתכלים על המצב הנוכחי, לכאורה הביקורת האזרחית המרכזית אמורה להיות על פסקי דין בהם בתי דין לא מותחים את ההלכה ולא מוכנים לאכוף את הגט. נגלה שרוב המקרים שהגיעו לבית המשפט הם מקרים הפוכים. סרבני גט שהופעלו מולם כלים הלכתיים באו לבית המשפט והתלוננו על בית הדין שהוא לא בסדר.
2. **פס"ד רוזנצבייג**
   1. בעל שהוא איש רע מאוד (לפי רוב העמדות ההלכתיות נין לכפות עליו). בית הדין נרתע ולא עושה את הכפייה הפיזית, אבל הוא מוצא שיטה אחרת שקיימת בהלכה. שיטה זו נקראת מזונות הפחדה (נותנים מזונות יותר גבוהים מצרכי האישה). במצבי ביניים שבהם כנראה ניתן לעשות כפייה פיזית ניתן לעשות כפייה כלכלית מבלי שזה יהיה גט מעושה. זה מה שעושה בית הדין במקרה זה.
   2. אדון רוזנצבייג עותר לבג"ץ. הוא טוען שבית הדין לא נתן פס"ד של כפיית גט אלא ממציא כלי של כפייה שאולי קיים בהלכה אבל לא קיים בחוק. בית הדין עושה דין לעצמו לפיו הוא יכול להמציא כלים שלא קיימים בחוק. לבג"ץ יש דילמה, כי מצד אחד זה מאוד מלחיץ אותו בהיבט של סמכויות (בית הדין צריך לפעול תחת בג"ץ). מצד שני בג"ץ לא ירצה לקחת לבית הדין את הכלי הזה שמאפשר לו לפתור מקרים כאלו (הרי בד"כ בג"ץ כועס על בית הדין שלא מציע פתרונות למצבים מסוג זה בדיוק). ביהמ"ש חושב שהוא אוכל את העוגה ומשאיר אותה שלמה. הוא אומר שאי אפשר לעשות מזונות הפחדה (כי בית הדין עובד אצלו), אבל קובע שלא היו פה מזונות הפחדה, הוא קובע שאלו המזונות הנכונים שיש לקבוע. משמע מצד אחד הוא אמר לבית הדין לא להמציא סעדים ומצד שני עוזר לגב' רוזנצבייג. הבעיה בקביעה זו היא שבג"ץ עזר במקרה הספציפי הזה אבל מנע מבית הדין לפתח כלי חדש לטיפול במקרים מסוג זה.
3. **פס"ד אבן צור** – אחרי שנחקק החוק שמאפשר סנקציות נגד הסרבן, היו מספר פסקי דין (למשל אסיר ששמו בצינוק, צו עיכוב יציאה מהארץ) בהם הגיע הבעל לבג"ץ בטענה שזה מנוגד לחוק הסנקציות ופוגע בחירות. במקרים אלו בג"ץ טוען שאין פגיעה בחירות מאחר שהבעל יכול לתת גט ולעזוב מתי שהוא רוצה. נוצר מצב אירוני בו למען הזכות לחירות הבעל רוצה להגביל את הזכות לחירות של האישה.
4. **פס"ד גז**
   1. סרבן גט מקצועי עליו בית הדין עושה פס"ד של שיימינג וממליץ לאוניברסיטאות להחרים אותו. אדון גז מגיע וטוען שאלו לא סנקציות שקיימות בחוק. שוב מתעוררת הדילמה של ביהמ"ש האם להעדיף את חינוך בית הדין לעבוד על פי חוק או את פיתוח הכלים לעזרה למסורבות גט.
   2. השופטים דנציגר ונאור מעדיפים את המפעל של חינוך בית הדין. הם אומרים שעם כל האמפתיה למסורבות הגט בית הדין לא יכול להשתולל ולתת הנחיות לרשויות המנהל. לכן הם מקבלים את העתירות.
   3. השופטים הנדל, רובינשטיין, עמית ושוהם קובעים שאין חריגה מסמכות מאחר שמדובר בהמלצה שהמוסדות החליטו לקבל.
   4. השופטת חיות ניסתה לאכול את העוגה ולהשאיר אותה שלמה. היא אומרת שעקרונית צודקים דנציגר ונאור, אבל כדי לפסוק את זה צריך להרשות לבעל להיכנס לבג"ץ, ובמקרה זה אין לבעל זכות עמידה. כדי להיכנס לבג"ץ צריך להיות נקי כפיים, והבעל ברח כשהוא קיבל פס"ד נגדו. לכן תיאורטית אם היא הייתה דנה בנושא היא הייתה מצטרפת לדנציגר ונאור. בתוצאה היא מצטרפת לדעת הרוב אבל בתפיסה העקרונית היא מצטרפת למיעוט.
5. **סיכום ביניים** – הסוג הראשון של המקרים הוא מקרים בהם מגיעים לבית המשפט סרבני הגט בשל התוצאה בבית הדין כאשר בית הדין אגרסיבי מדי לטעמם. הסוג השני הוא מקרים בהם מבקשים מבית המשפט להכריח את בית הדין להשתמש בכלים היותר אגרסיביים.
6. **פס"ד רפאלי** – במקרה זה דחו לאישה את תביעת הגירושין והיא באה לביהמ"ש בבקשה להפעיל את הלכת המורדת. דעת הרוב אומרת שזה נמצא בגרעין הקשה של סמכות בית הדין הרבני. השופט חשין לא התערב במקרה זה אבל באוביטר אומר שהוא לא שולל את האפשרות שבמקרים מסוימים הוא יתערב וישתמש במקום בית הדין בעילות גירושין שונות. לא ברור מה בפועל יכול לקרות במקרה הבא. אם למשל בית הדין לא מיישם את הלכת המורדת, אפשרות אחת היא שבית המשפט יורה לבית הדין לכפות גט. בית הדין לא יסכים בשום פנים ואופן. אפשרות שנייה היא שבית המשפט יורה ליועץ המשפטי לאסור את המסרב עד שהוא ייתן גט, אבל בית הדין יחשוש שמדובר בגט מעושה ולכן לא יקבל אותו. אפשרות שלישית היא שבית המשפט בעצמו ייתן את הגט אבל גט זה לא יתקבל מאחר שאם האישה תרצה להתחתן מחדש היא תצטרך לעשות זאת בבית הדין אשר לא יכיר בגט של בית המשפט. בפועל, בית המשפט יכול לא להפריע או לפנות לתביעות נזיקין.
7. **תביעות נזיקין** – בתי המשפט למשפחה פיתחו פרקטיקה שבה אם יש פס"ד של חיוב גט ולא נותנים גט אז ביהמ"ש אומר שהוא לא יכול להתעסק באכיפת הגט אבל הסרבן עבר עוולה נזיקית (פגיעה באוטונומיה / כליאת שווא וכדו'). גם כאן יש ניואנסים בין בתי המשפט. יש כאלו שאומרים שחייבים שיהיה חיוב גט. יש כאלו שמנתחים את ההלכה ולצורך התביעה בגירושין חושבים שהיה צריך לתת גט ולכן אם לא נתנו אפשר לחייב בנזיקין. הרוב מחכים לפס"ד המחייב את הגט. ברוב המקרים ביהמ"ש פוסק נזיקין ואז הבעל נלחץ מזה ומוכן לתת את הגט. בית הדין משחק משחק כפול, מצד אחד אומרים לבית המשפט שזה מהלך לא טוב כי זה יכול להוביל לגט מעושה, מצד שני במקרים אלו בתי הדין הרבה יותר אגרסיביים עם הסעדים שלהם לפי ההלכה לאחר שיש את האיום של פס"ד נזיקי. במקור תביעות הנזיקין פעלו בעיקר במקרים בהם גברים סרבני גט. בשנים האחרונות רואים עוד ועוד מקרים בהם גברים מסורבי גט משתמשים בכלי זה. עולה השאלה האם זה אכן סימטרי. ניתן לחשוב על אישה התלויה כלכלית בבעלה, והיא תסרב לגט כדי שהגבר ימשיך לתת לה מזונות. האם נכון לחייב את אותה האישה בנזיקין על סירוב הגט.
8. **ידוע בציבור הנשוי** – ידוע בציבור נשוי הוא סוג של תחליף גירושין. המשפט האזרחי נותן לאדם נשוי להיות ידוע בציבור. המשפט האזרחי עשה זאת בצורה לא חכמה מאחר שהוא לא הבחין בין סרבן לבין מסורב. אם המשפט האזרחי רוצה להיות חכם הוא צריך לאפשר רק למסורב הגט להיות ידוע בציבור.
9. **הסכמי כבוד הדדי** – פרקטיקה הלכתית שמאפשרת לעשות הסכם שיוצר לחץ על הסרבן להתגרש. המהלך של הסכמי קדם נישואין בנוי על המנגנון ההלכתי הבא: בני הזוג במהלך הנישואין קובעים מראש מזונות גבוהים אבל לא מופרעים. הם קובעים שהם מסכימים שלתקופה מסוימת מעריכים את צורכי האישה ב-10,000 שקלים. בנוסף, הבעל מוותר בתקופה המסוימת הזו של חצי שנה על קיזוז מעשה הידיים. הבעל מסכים לזה כי האישה מתחייבת שחצי שנה מיום שהבעל דורש גירושין היא מוותרת על המזונות, לכן הבעל יודע שהוא לא יהיה מסורב גט. האיום הגדול של גברים הוא שהאישה לא תסכים להתגרש והם יצטרכו לשלם מזונות אישה. אם הבעל משתף פעולה עם הגירושין אחרי חצי שנה הוא יודע שגם אם האישה תסרב להתגרש היא לא תקבל מזונות. אם הבעל לא משתף פעולה עם הגט האישה מקבלת מזונות גבוהים באופן בלתי מוגבל בזמן בלי הוכחת צרכים ובלי קיזוז מעשה ידיים. המעניין הוא שבחו"ל ארגוני הרבנים משתמשים בזה כתנאי לנישואין. בארץ צוהר הכניסו מיזם כזה אבל בתי הדין עושים קולות לפיהם לא בטוח שההסכם הזה תקף ויכול להיות שהגט הזה בעייתי לפי ההלכה. זה יוצר בעיה מאחר שזה היה יכול להוביל לתוצאות חברתיות חיוביות. ברגע שהדיין מציע הסכם כזה זה לא נתפס כמסר של אחד הצדדים שהוא לא מאמין בקשר אלא זה חלק מהטקס.

**מזונות אישה**

1. נושא המזונות הוא בדין דתי ולכן בבסיסו עקרונות הלכתיים. בשיטות משפט שונות יש הבחנה בין מזונות אישה לבין חלוקת רכוש. חלוקת רכוש היא לפי דין אזרחי (יחסי ממון / הלכת השיתוף) בעוד שמזונות אישה הם לפי דין דתי. חשוב להכיר נושא זה מאחר שבסוף מדובר בתשלומים של הגבר לאישה.
2. סעיף 2 לחוק לתיקון דיני משפחה מזונות – אדם חייב במזונות בן זוגו לפי הוראות הדין האישי החל עליו, והוראות חוק זה לא יחולו על מזונות אלו.
3. **עקרונות הדין האישי בקביעת מזונות אישה**
   1. חד סטריים – רק הגבר משלם לאישה מזונות אישה. במקרים חריגים יכולים להיות מצבים בהם האישה משלמת לגבר. רק אם הגבר עני מרוד והאישה בעלת נכסים רבים, ניתן להטיל עליה מזונות מכוח דין צדקה כל עוד זה לא פוגע בה והפרנסה שלה מובטחת.
   2. ניתנים רק במהלך הנישואין – מדובר בחיוב דתי שחל על הגבר רק במהלך הנישואין. ברגע שמתגרשים החיוב לא קיים. בנוסף, ברגע שבית הדין נותן פסק דין המחייב את האישה לקבל גט הבעל לא חייב לשלם יותר.
   3. הזכות נגזרת מתנאי הכתובה – הכתובה היא מסמך שנלווה לנישואין בו מפורטות כל החובות של הבעל כלפי אשתו (בעיקר חובות הנוגעות לגירושין). הבעל מתחייב לזון ולפרנס את האישה. מתוך הכתובה נובעת גם זכות האישה למזונות.
   4. בעל המסרב לשלם מזונות לאישה – כעקרון, אם הבעל לא מקיים את חובתו לשלם מזונות מסיבה כזו או אחרת, באופן עקרוני בית הדין יכול לתת פסק דין המחייב את הבעל במזונות. אם הבעל לא עובד בגלל מחלה או חוסר עבודה כללי, כעקרון לא נותנים נגדו פס"ד לתשלום מזונות מאחר שהוא לא יכול אפילו לפרנס את עצמו. אם הבעל מסרב לשלם מזונות זה יכול גם להוביל לכך שביה"ד יקבל החלטה לחיוב גט. לגבי מצב בו הבעל לא מסוגל לעבוד יש מחלוקת בין הפוסקים לגבי האפשרות לחייב גט.
   5. כללים לקביעת מזונות – 1. הבעל צריך לתת לאישה מזונות לפי מנהגי המקום והחברה בה הם חיים (משתנה לפי המקום, הזמנים וכדו'). 2. המזונות כוללים לא רק את המזון אלא גם את שאר הדברים הדרושים לכלכלת האישה (ביגוד, מדור, ריפוי). 3. עולה עמו ואינה יורדת עמו. המזונות נגזרים מרמת החיים של בני הזוג. עולה עמו משמע האישה זכאית לאותה הרמה שהבעל מרשה לעצמו. אינה יורדת עמו משמע האישה זכאית לאותה רמת החיים שהייתה לה לפני הנישואין. אם רמת החיים אצל הורי האישה הייתה יותר גבוהה ממה שהיה לה במהלך הנישואין אז מתייחסים לרמת החיים שהייתה לה לפני הנישואין.
   6. תלות בהתנהגות האישה – הזכות למזונות תלויה באופן הדוק בהתנהגות האישה. ככלל, האישה זכאית למזונות רק אם היא חיה עם הבעל. אם היא עוזבת את הבית היא לא זכאית. אם הבעל עוזב את הבית הזכות למזונות לא נפגעת. אם יש סיבה מוצדקת לעזיבתה היא לא תפסיד את המזונות (למשל הבעל לא מספק את צרכיה הכלכליים). באופן עקרוני, האישה עלולה להפסיד את המזונות אם היא סוטה מההתנהגות הנדרשת ממנה. מדובר בעיקר על התנהגות מינית (אישה מורדת, אישה בוגדת).
   7. הגנות הבעל בתביעת מזונות אישה
      1. קיזוז – האישה מרוויחה כסף משלה ולכן לא צריך לשלם מזונות.
      2. פטור – אם למשל האישה סוטה מנורמות ההתנהגות היא מפסידה את המזונות.
4. **מקומה של תביעת מזונות אישה בזירת הגירושין בישראל**
   1. תשלום המזונות – מזונות לא נחשבים לחלק מחלוקת רכוש. אם הבעל משלם מזונות זה על חשבונו, זה משהו שהוא משלם כל חודש לאישה ללא תמורה.
   2. משוואת הכוחות המגדרית – בגירושין הבעל הרבה יותר חזק מהאישה. זה שהבעל יסכים לתת גט הרבה יותר משמעותי. אם האישה סרבנית הבעל יכול לקבל היתר נישואין וכן לגבר אין חשש שיהיה משהו לא בסדר עם ילדים שהוא מביא מחוץ לנישואין.
   3. משקלה של תביעת המזונות – מאחר שלגבר יותר כוח בגירושין, תביעת המזונות נותנת כוח לאישה. כל עוד הגבר לא נותן גט האישה זכאית למזונות. בגלל שהבעל יודע שכל עוד הוא לא נותן גט הוא משלם, זה יעודד אותו לתת גט. בכך זה מאזן את האי-שוויון המגדרי במהלך הגירושין.
   4. פוטנציאל לשני כיווני השפעה מנוגדים – מצד אחד זה יעודד את הבעל לתת גט אבל מצד שני זה יעודד את האישה לא לקבל את הגט.
   5. הפרדוקס במקומה של תביעת המזונות בזירת הגירושין – תביעת המזונות הפכה להיות יריית הפתיחה של תביעת הגירושין. תמיד במהלך תביעת גירושין מגישים תביעת מזונות שאמורים להיות עד הגט וזה הופך להיות כלי לחץ על הגבר. מחובה שנובעת מהכתובה הנוגעת לחיי הנישואין זה הופך להיות כלי שמשמש את האישה במהלך הליך הגירושין.

**מזונות אישה – תפישה דתית מול אזרחית**

1. נושא מזונות האישה ממחיש בצורה ברורה מאוד את ההתנגשות בין הדיין הדתי לשופט האזרחי. יש הבחנה מגדרית ברורה של הדין, יש בחינה של התנהגות האישה ביחס לזכויותיה. מדובר בדינים מאוד שמרניים ומסורתיים. התפיסה האזרחית היא תפיסה הפוכה הדוגלת בשוויון, במחויבות הדדית ועוד. בשל כך המערכת האזרחית החלה להתאים את העקרונות והכללים ההלכתיים למערכת הערכים העקרונות והנורמות האזרחיים בשלושה כיוונים: 1. הרחבת הגנת הקיזוז; 2. צמצום הגנת הפטור הכרוכה בהתנהגות האישה; 3. יצירת דיני מזונות אזרחיים (כיוון מסתמן).
2. **הרחבת הגנת הקיזוז**
   1. התפתחות הלכת מעשי ידיה בבתי הדין הרבניים – באופן עקרוני לגבר יש הגנה הנקראת "צאי מעשי ידייך במזונותייך". הבעל יכול להגיד לאישה להשתכר בעצמה. אם האישה עובדת זה מאוד ברור, היא לא צריכה מזונות כי היא מרוויחה. השאלה היא האם ניתן לקזז את פוטנציאל ההשתכרות (אם למשל האישה יכולה לעבוד אבל בוחרת לא לעבוד). האם למעשה ניתן להכריח את האישה לצאת לעבוד. ככל שמכניסים יותר עבודות לתוך ההלכה של מעשה ידיה ואפשר לחייב את האישה לצאת לעבוד זה יאפשר יותר בקלות לקזז ממזונות האישה. מבחינת ההתפתחות של מעשה ידיה בבתי הדין הרבניים, בעבר מבחינת ההלכה האישה הייתה חייבת במלאכות שונות בעד המזונות. יש מלאכות שנובעות מקרבה אישית (הצעת המיטה והגשת האוכל) ומלאכות הדרושות למשק הבית (בישול וכביסה). בנוסף למלאכות הרגילות, יש מלאכות רווחה שהאישה חייבת בהן רק אם היא מילאה את כל המלאכות האחרות. לדוגמה, טווה בצמר שמרוויחה על כך כסף זה בגדר מלאכות רווחה ולכן היו מקזזים את הכסף הזה מהמזונות. מכאן שבבתי הדין הרבניים עלתה שאלה האם ניתן לכפות על האישה את מלאכות הרווחה. בשנות ה-50: עבודת אישה בשכר אינה בגדר מלאכות הרווחה. אי אפשר לכפות על האישה לצאת לעבוד. רק אם אישה כן עבדה קיזזו לה את מה שהיא הרוויחה. בשנות ה-90: עבודת פקידות או הוראה נחשבות ל"טווה בצמר".
   2. בתי המשפט האזרחיים בעבר – **הלכת מזור** (1984). אישה הגישה תביע נגד בעלה למזונות. היא עבדה לפני זה אבל היו 3 חודשים שהיא לא עבדה והיא ביקשה לקבל עליהם החזר. השופטת נתניהו קבעה שאין דבר בדין שמחייב את האישה לעבוד. הבעל לא רשאי לדרוש מהאישה לצאת לעבוד. אפילו אם היא עבדה בעבר והפסיקה היא זכאית למזונות עבור הזמן בו היא לא עובדת.
   3. בתי המשפט האזרחיים בשנות ה-90 – סטייה מהלכת מזור. **פס"ד ביקל, פדן ואברהם**. ביהמ"ש קובע שיש מצבים בהם נשים עבדו בעבר ויכלו להשתכר ולכן ניתן לקזז את פוטנציאל ההשתכרות מהמזונות. בפס"ד ביקל שמגר אומר שלא ברור למה האישה הפסיקה לעבוד. לכן ניתן לקזז את פוטנציאל ההשתכרות. בפס"ד פלולי מדובר על בני זוג שהיו נשואים 30 שנים. האישה עקרת בית והבעל עזב לכן האישה מגישה תביעת מזונות. הבעל מנסה לטעון שהאישה יכולה לעבוד וצריך לקזז את כושר ההשתכרות. במקרה זה טירקל קובע שזכות האישה למזונות לא תיפגע. מדובר באישה לא צעירה שלא עבדה במשך 30 שנות הנישואין. במצב כזה לא צריך להכריח את האישה לעבוד. משמע, מקזזים את פוטנציאל ההשתכרות רק כשהאישה יכולה לעבוד מבחינה פרקטית. פה ניכר שמכניסים עקרונות של שוויון מתוך החיבה של המשפט האזרחי לעקרונות אלו.
3. **צמצום הגנת הפטור הכרוכה בהתנהגות האישה** –בסדרת פסקי דין של העליון (כהן, גרינהאוז, פרידמן, גל) הוא מתחיל להפחית את המשמעות שמיוחסת לסטיית האישה מקוד ההתנהגות המינית הנדרש ממנה ע"י הכנסת אמות מידה של הדדיות, הוגנות ושוויון בתחום ההתנהגות המוסרית-מינית הראויה במהלך קשר הנישואין. בפס"ד כהן הבעל עזב את אשתו, החל לחיות עם אישה אחרת ממנה כבר היו לו ילדים והאישה המקורית מגישה תביעת מזונות. המחוזי חייב את הגבר במזונות והוא ערער לעליון. בעליון הוא טען שהאישה בגדה לאחר עזיבתו את הבית. שמגר קובע שעל רקע החלטת הגבר לעזוב את הבית ולהקים משפחה שנייה הוא לא יכול לבוא בטענות כלפי האישה. לכן לא צריך לפטור את הבעל ממזונות.
4. **יצירת דיני מזונות אזרחיים** – ביהמ"ש האזרחי מעט מתוסכל מנושא המזונות הדתיים. אם אישה מסרבת לקבל גט לפעמים זה מחשש שהיא לא תוכל להתפרנס. ביהמ"ש האזרחי מתחיל לתת מזונות אזרחיים במהלך שמתפתח. **בפס"ד כהנא** עשו שימוש בדיני החוזים, **בפס"ד סולומון** יש מזונות מכוח כבוד האדם וחירותו, בפס"ד 8256/99 קבעו מזונות מכוח דין חוזי. מזונות אלו ניתנים לאחר הגירושין ולא במהלך הנישואין. מהלך זה מנסה לעודד נשים לקבל את הגט בידיעה שהן בטוחות מבחינה כלכלית.
5. **הביקורת של ליפשיץ** – למרות שבתי המשפט האזרחיים אמורים להפעיל את הדין הדתי לגבי מזונות, הרבה פעמים הם מפרשים את הדין הדתי באמצעות עקרונות אזרחיים. יש פעמים בהן הפסיקה האזרחית מספקת תמריץ לסרבנות גט של נשים. רואים הבדלים בין פסיקות של בתי משפט לבתי דין כשמדובר בפירוד ממושך. במקרים כאלו ביהמ"ש ישלול את זכות האישה במזונות (חוץ מאשר במקרים בהם הגבר סרבן). בביהמ"ש האזרחי לא משנה שיש פירוד ארוך ואין סיכוי לשלום בית, עדיין יחייבו מזונות אישה. אם זה פירוד קצר עמדת ביהמ"ש מובנת, יש לתת גב כלכלי לצד החלש שיוכל להתבסס. כאשר מדובר בפרידה ממושכת ואין סיכוי לשלום בית זה הופך ליותר בעייתי, מאחר שיכול להיות מצב בו הצד שמסרב לקבל גט ייהנה מבחינה כלכלית. למשל בפס"ד פלולי האישה היא זו שסירבה לתת גט, ובכל זאת חייבו את הבעל במזונות. בחלק מהפסיקה שפותח עקרון ההדדיות, הבעל הוא זה שביקש להתגרש והאישה היא זו שסירבה (פס"ד כהן).
6. **פס"ד 3151/14 פלונית**
   1. עולה השאלה האם בתי המשפט לענייני משפחה יכולים לקצוב את מזונות האישה בגין סרבנות גט, גם אם אין חיוב גט ע"י ביה"ד. במקרה זה הזוג היה נשוי למשך 35 שנים. האישה לא עבדה. הזוג רב והבעל עוזב את הבית. הבעל רוצה להתגרש והאישה מסרבת, אבל אין פס"ד לחיוב גט. האישה תובעת מזונות בבית המשפט לענייני משפחה. השופט שקד קובע שהבעל ישלם מזונות לאישה לתקופה קצובה של 24 חודשים. האישה מערערת למחוזי מאחר שהיא רוצה יותר זמן של מזונות. במחוזי נקבע לקצוב כמות אחרת של זמן, 3 שנים. האישה מערערת לעליון. השאלה שעולה היא כאמור האם בית משפט יכול לקצוב מזונות אישה בלי חיוב גט מביה"ד.
   2. גישת רובינשטיין – בתי המשפט לענייני משפחה רשאים לקצוב את מזונות האישה גם בהיעדר חיוב בגט.
   3. גישת דפנה ברק-ארז – ברק ארז בדעת מיעוט קובעת שלפי עקרון הכיבוד ההדדי בין הערכאות, כל עוד יש הליך גירושין בבית הדין הרבני, בית המשפט האזרחי לא רשאי לבסס את הפסיקה שלו לגבי מזונות על סרבנות גט. נדרשת קביעה מתאימה מבתי הדין הרבניים. עם זאת, הדרך של בתי המשפט האזרחיים להתמודד עם סרבנות גט שנובעת ממניעים כלכליים היא דרך מזונות משקמים (אזרחיים).

**מדור ואלימות במשפחה**

1. **הזכות למדור** – ניתן לגזור את הזכות למדור משלושה כיוונים: 1. מכוח חלוקת רכוש בין בני הזוג; 2. מכוח דיני הרישיון; 3. כחלק מתביעת מזונות אישה.
2. **מדור מכוח דיני הרישיון** – בנושא זה אין הרבה פסיקה חדשה והוא פחות נפוץ. **בפס"ד ששון** (1964) האישה קונה דירה מהכסף של אביה והיא רושמת אותה על שמה. בני הזוג מסתכסכים והאישה עוזבת את הבית עם הילדים. היא לא מגישה תביעת גירושין מאחר שהבעל קובע שלא ייתן לה גט. כעבור חודש היא מודיעה לבעל שהיא מבטלת את הרשות שהיא נתנה לו לגור בדירה. היא מגישה נגדו תביעה לסילוק ידו מהדירה. ביהמ"ש השלום קובע שהבעלות השלמה של האישה על הדירה ולכן נותן את הצו. הבעל מערער למחוזי והמחוזי מקבל את הערעור. האישה מגישה ערעור לעליון בבקשה שיוציאו את הבעל מהדירה. בעליון מקבלים את ערעור האישה ונקבע שלגבר יש רשות לגור בדירה מכוח הנישואין, והשאלה היא האם האישה רשאית להביא את רשות הזו לקצה באמצעות הודעה חד צדדית. נקבע שכשמדובר במצב בו בן הזוג נתן לבן הזוג השני לגור בדירה ששייכת לו מכוח קשר הנישואין, מדובר ברשות מיוחדת שביהמ"ש לא רק רשאי אלא חייב לשקול האם ראוי להרשות את ביטולה ולסלק את בן הזוג מהדירה, כל עוד לא פקע קשר הנישואין ביניהם. במקרה זה האישה עזבה את הבית כבר לפני שלוש שנים ובני הזוג חיים בנפרד. הסיבה היחידה שהאישה לא מגישה תביעת גירושין היא שהבעל אמר שלא ייתן גט. לא משנה שאין תביעת גירושין אלא היחסים בין הצדדים. לכן מתקבל הערעור ומסלקים את הגבר, וקובעים שצריך שבית המשפט יהיה מעורב בסילוק.
3. **מדור כחלק מתביעת מזונות אישה**
   1. הסמכות לדון במזונות אישה ובמדור – לפי ס' 4 לאישה יכולת להגיש תביעת מזונות. לגבר יכולת להגיש תביעת מזונות אם הוא כורך אותה. בכל זמן ניתן להגיש תביעה לבית משפט אזרחי בלי קשר.
   2. הדין החל לגבי מדור – בנושא זה חל דין דתי. כמו העקרונות של מזונות (הזכות למזונות היא עד מתן הגט בפועל) כך גם במדור. האישה זכאית למדור רק עד מתן הגט. כמו כן, גם כאן חל כלל עולה עמו ואינה יורדת עמו.
4. **אפשרויות למדור**
   1. מדור ספציפי – אותו הבית בו היא גרה.
   2. מדור כללי – מדור באותה הרמה כמו זה שהיא גרה בו.
   3. שוני בין העמדה של ביד"ר מול עמדת ביהמ"ש – לפי בית הדין, מכוח העקרון של עולה עמו ואינה יורדת עמו נובע עקרון נוסף לפיו לא פוגעים ברמת המגורים של האישה. בשל כך האישה זכאית למדור ספציפי. עם זאת, יכולים להיות מצבים בהם ביה"ד יפסוק מדור כללי. אם למשל הוא רואה שהאישה פועלת שלא בתו"ל (למשל מגישה את כל התביעות לבית המשפט ורק מדור מגישה לביה"ד) או אם ביה"ד רואה שאין אפשרות לשקם את הקשר. בית המשפט האזרחי נוטה יותר למדור כללי על בסיס הזכות לקניין. ביהמ"ש ייתן דגש לקניין של הבעל וליכולת שלו למכור את הנכס שלו, לכן הוא פחות יתעקש על מדור ספציפי. לדוגמה, **פס"ד כליפא** (1994). הבעל עזב את הבית והוא מגיש לביהמ"ש השלום תביעה לפירוק שיתוף (בקשה להחלטה למכור את הדירה). ביהמ"ש קובע שפירוק השיתוף יעוכב לחודשיים כדי שהאישה תוכל לפנות למחוזי בתביעת מדור. האישה מגישה תביעת מדור למחוזי והמחוזי קובע שפירוק השיתוף יידחה עד שתועמד לבעלותה דירה אחרת. לא נותנים למכור את הדירה עד שהאישה תקבל דירה אחרת. הגבר מגיש ערעור לעליון. השופט לוין קבע שהמשפט העברי קובע שעקרון עולה עמו ואינה יורדת עמו מדבר על תנאי הדירה שהאישה מורגלת אליהם (גודל, מיקום וכו') ולא מתייחס למהות הזכות של האישה בדירה (כמו למשל בעלות, זה יכול להיות גם שכירות). אם הבעל נותן מדור בשכירות הוא יוצא ידי חובה, ולא צריך לדרוש ממנו לקנות לה דירה. יכולים להיות מצבים בביהמ"ש בהם יתנו מדור ספציפי, אבל זה לא אחד ממקרים אלו.
5. **היחס בין פירוק שיתוף למדור**
   1. ס' 37 לחוק המקרקעין (הזכות לתבוע פירוק שיתוף) – כך שותף במקרקעים משותפים זכאי בכל עת לדרוש פירוק שיתוף.
   2. ס' 40 לחוק המקרקעין (פירוק דרך מכירה) – במקרקעין שאינם ניתנים לחלוקה..... יהיה פירוק השיתוף בדרך של מכירת המקרקעין וחלוקת הפדיון.
   3. ס' 40א לחוק המקרקעין (דירת מגורים של בני זוג) – החליט ביהמ"ש על פירוק השיתוף... (ב)דירה של בני זוג המשמשת להם למגורים, בדרך של מכירה, לא יורה על ביצועה והמכירה תעוכב, כל עוד לא נוכח ביהמ"ש כי לילדי בני הזוג הקטינים ולבן הזוג המחזיק בהם, יחדיו, נמצא הסדר מגורים אחר המתאים לצרכיהם, לרבות הסדר ביניים למגורים זמניים המתאים לצרכיהם, לתקופה שיקבע.
   4. התנגשות בין צווים שיפוטיים – למשל במקרה בו ביה"ד נותן מדור ספציפי ובימ"ש מורה על פירוק שיתוף. **בפס"ד ראש חודש** ביהמ"ש נתן החלטה לפירוק שיתוף. הבעל פנה לביהמ"ש בבקשה לפירוק שיתוף וביהמ"ש נתן צו. במקביל, האישה הולכת לביה"ד ומבקשת מזונות ומדור. אחרי חצי שנה מהחלטת ביהמ"ש האישה מראה שיש לה החלטה של ביה"ד למדור ספציפי. עם זאת, החלטת ביה"ד הייתה תקפה לחודשיים. שופטת השלום אמרה שהיא מתעלמת מהחלטת ביה"ד. האישה מערערת למחוזי שמקבל את הערעור ואומר שאסור לפרק שיתוף עד שתסתיים החלטת המדור. הגבר מערער לעליון. בעליון השאלה הייתה במצבים בהם ביהמ"ש נתן החלטה לפירוק שיתוף האם ביה"ד יכול לתת צו למדור ספציפי. השופט גולדברג קובע שלבית משפט השלום יש סמכות לדון בפירוק שיתוף בדירת המגורים, ולכן יש לו שתי אפשרויות אם הוא יודע שיש תביעה בביה"ד. אפשרות אחת היא לעכב את ההחלטה שלו עד להחלטה של ביה"ד. האפשרות השנייה היא לדון במסגרת פירוק שיתוף גם במדור. במקרה זה, החלטת ביהמ"ש האזרחי הפכה להיות מעשה בית דין (מחייבת את הערכאה השנייה בעניין פירוק השיתוף). זה לא שולל את סמכות ביה"ד לדון במזונות ובמדור, אבל ביה"ד לא יכול לשנות את החלטת ביהמ"ש לגבי פירוק שיתוף. **בפס"ד אקנין** קרה המקרה ההפוך, בו ביה"ד היה הראשון לקבל החלטה. בני הזוג התגרשו והאישה הגישה תביעת מזונות ומדור לביה"ד. הגבר הגיש תביעה לפירוק שיתוף בביהמ"ש. במקרה זה ביהמ"ש החליט לחכות להחלטה של ביה"ד. ביה"ד קובע שהאישה זכאית להמשיך לגור בדירה, ואם ביהמ"ש יורה על פירוק שיתוף הבעל יהיה חייב לרכוש לאישה דירה אחרת מהכסף שיקבל מהמכירה. הבעל ניסה לערער לביה"ד הגדול שדחה את הערעור. הבעל עותר לבג"ץ. גולדברג ברוב קובע שלבימ"ש יש יכולת לדון במדור במסגרת תביעה לפירוק שיתוף. באופן כללי לשתי הערכאות סמכות לדון במדור. עם זאת, ביהמ"ש בחר לעכב את הדיון. לכן, מכוח עקרון הכיבוד ההדדי, כשביהמ"ש יבוא להכריע בנושא פירוק השיתוף הוא צריך להתחשב בהחלטת ביה"ד. במקרה זה הבעל אמר שביה"ד לא פעל לפי הלכת כליפא (לא חובה לתת מדור ספציפי ולא חובה להעמיד לאישה זכות בבעלות). בבג"ץ נקבע שלא לחייב את ביה"ד בענייני המעמד האישי לפרשנות של ביהמ"ש האזרחי לדין הדתי. חשין במיעוט קבע שהזכות של אישה למדור, שנגזרת מהזכות של מזונות, לא נותנת לה שעבוד על הדירה או זכות קניין באותה הדירה. הסמכות של ביה"ד לפסוק מדור לא כוללת את היכולת ליצור זכות כזו. אם ביה"ד נותן לאישה זכות שיעבוד הוא מפקיע את זכות הבעל לדירה. בכך הוא מתערב בדין האזרחי (קניין). בתי הדין הכירו בזכות האישה למדור כזכות שקיימת לעולם, וכך הם רוקנו את הסמכות של בימ"ש לקבוע פירוק שיתוף, לכן בנסיבות העניין הוא מציע לפרש את פס"ד של ביה"ד כזמני, עד שתהיה הצעה למדור חלופי ראוי. התוצאה בפועל היא שגם אם המצב הפוך צריך לכבד את מי שפסק ראשון.
6. **מדור ספציפי להתמודדות עם אלימות במשפחה**
   1. יש שני הקשרים בהם בתי משפט ובתי דין יכולים להתמודד עם אלימות במשפחה. מבחינת מדור ספציפי הזכאות של אישה למדור כוללת לא רק קורת גג פיזית אלא גם לשכון באותו הבית בביטחון ובשלווה (מדור שקט ושלו). נותנים לאישה מדור שקט ושלו אם מוציאים את הבעל המכה מהדירה. אם יש מקרים של אלימות, יכולים במסגרת תביעה למדור להוציא צו הרחקה נגד הבעל מהדירה.
   2. פס"ד ניר (1980) – בני זוג שנפרדים, הבעל עוזב את הבית. אחרי שהוא עוזב הוא מתחיל להטריד את האישה בביקורים שלו בבית. הוא מוציא חפצים מהדירה, מחליף מנעולים, מביא אנשים להראות להם את הדירה למכירה. הוא מתנהג לאישה בצורה בלתי נסבלת שממררת את חייה. האישה מבקשת להוציא נגד הבעל צו הרחקה. המחוזי נותן לה צו והגבר מגיש ערעור לעליון. השופט אלון קובע שהבעל חייב לספק לאישה מדור והיא זכאית להנות ממנו בדרך אנושית ושלווה, בלי התגרות אלימה מצד הבעל. גם אלימות רוחנית יכולה להצדיק הרחקה של הבעל מהבית. במקרה זה קבעו שיש לאסור על הבעל להגיע לדירה בלי הגבלת זמן.
   3. מבחנים להוצאת צווי הרחקה (סדן)
      1. כאשר מדובר במעשי אלימות שלדעת ביהמ"ש מצדיקים אמצעי מרחיק לכת של הוצאת אדם מביתו.
      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. יש לבדוק האם מעשי האלימות נעשו כתוצאה מפרובוקציה והתגרות של בן הזוג השני.
      5. יש לבדוק האם בן הזוג שמבקשים נגדו את הצו מתגורר באותה דירת מגורים.
      6. ניתן לקחת בחשבון גם את הצורך להגן על הילדים וטובתם.
      7. הצו יהיה מוגבל לתקופה מוגבלת, בד"כ עד שנה, חוץ ממקרים קשים ונדירים.
      8. לא יינתן צו איסור כניסה נגד בן הזוג שלא במעמדו, פרט למקרים נדירים.
7. **החוק למניעת אלימות במשפחה**
   1. כעקרון החוק מאפשר להוציא צווי הגנה. גם הבעל יכול להוציא נגד אשתו וזה לא מוגבל עד הגירושין.
   2. ס' 1 – הגדרות
      1. בן משפחה:
      2. (1) בן זוג, הורה או בן זוג של הורה, הורה של בן זוג או בן זוגו של ההורה, סב או סבתא, צאצא או צאצא של בן זוג, אח או אחות, גיס או גיסה, דוד או דודה, אחיין או אחיינית;
      3. (2) מי שאחראי לצרכי מחייתו, בריאותו, חינוכו או שלומו של קטין או חסר ישע, המתגורר עמו, וקטין או חסר ישע המתגורר עם מי שאחראי עליו כאמור;
   3. ס' 2 – צו הגנה
      1. (א) בית המשפט רשאי לתת צו האוסר על אדם לעשות את אלה כולם או מקצתם או לקבוע להם תנאים (להלן - צו הגנה):
      2. (1) להיכנס לדירה בה מתגורר בן משפחתו או להימצא בתחום מרחק מסויים מאותה דירה, והוא אף אם יש לו זכות כלשהי בה;
      3. (2) להטריד את בן משפחתו בכל דרך ובכל מקום;
      4. (3) לפעול בכל דרך המונעת או המקשה על שימוש בנכס המשמש כדין את בן משפחתו, והוא אף אם יש לו זכות כלשהי בנכס;
   4. ס' 2 (ב)
      1. צו הגנה יכול שיכיל גם דרישה לערובה הן לקיומו והן להתנהגות טובה, או כל הוראה אחרת הדרושה, לדעת בית המשפט, להבטחת שלומו ובטחונו של בן משפחה, ויכול שיכיל גם הוראות בדבר הסידורים הנדרשים כתוצאה ממתן הצו.
   5. ס' 2 (ז)
      1. (1) ניתן צו הגנה להגנתו של קטין, תימסר הודעה על כך על ידי בית המשפט, לעובד סוציאלי שמונה לפי חוק הנוער (טיפול והשגחה), התש"ך-1960;
      2. (2) ניתן צו הגנה להגנתו של קטין, רשאי בית המשפט להורות לעובד סוציאלי כאמור בפסקה (1), להגיש תסקיר בכתב במועד שיקבע;
      3. (3) ניתן צו הגנה להגנתו של קטין כאמור בסעיף קטן (א)(1), כלפי אדם האחראי על הקטין, יורה בית המשפט לעובד סוציאלי כאמור בפסקה (1), על הגשת תסקיר לבית המשפט; תסקיר כאמור יוגש בתוך 30 ימים ובו ימסור העובד הסוציאלי, בין היתר, את עמדתו ביחס לקיומה של אפשרות לשמירת קשר בין הקטין לבין האחראי על הקטין;
      4. (4) נוכח בית המשפט, על סמך תסקיר כאמור בפסקה (3), כי שמירת הקשר בין הקטין ובין האחראי על הקטין שכלפיו ניתן צו ההגנה, עולה בקנה אחד עם טובת הקטין, רשאי הוא ליתן הוראות לעניין זה.
   6. ס' 2
      1. (ח) ניתן צו הגנה כאמור בסעיף קטן (א)(1) כלפי אדם האחראי על קטין, ומטרת הצו אינה להגן על הקטין, רשאי בית המשפט לתת הוראות לעניין שמירת הקשר שבין האדם לבין הקטין, ובלבד שנוכח, על סמך תסקיר לפי הוראות סעיף 6 או בדרך אחרת, כי מתן הוראות כאמור לא יהיה כרוך בפגיעה בקטין.
      2. (ט) לעניין סעיף זה, "אחראי על קטין" – הורה, הורה חורג, אפוטרופוס, או מי שהקטין נתון במשמורתו או בהשגחתו.
   7. ס' 2ב – איסור החזקה ונשיאה של נשק
      1. "ניתן צו הגנה כאמור בסעיף 2, ייאסר על המחויב בצו להחזיק או לשאת נשק, לרבות נשק שניתן לו מטעם רשות ביטחון או רשות אחרת מרשויות המדינה; בית המשפט יורה, במעמד מתן הצו, על תפיסת נשקו של המחויב בצו, לאלתר."
   8. ס' 4 – סדרי דין
      1. (א) בית המשפט רשאי לתת צו הגנה במעמד צד אחד; ניתן צו במעמד צד אחד יתקיים הדיון בנוכחות שני הצדדים בהקדם האפשרי ולא יאוחר משבעה ימים מיום מתן הצו.
      2. (ב) נקבע דיון כאמור בסעיף קטן (א), רשאי בית המשפט להאריך את תקפו של הצו כאמור בסעיף 5, לבטלו או להכניס בו שינויים, אף אם מי שמחוייב בצו לא התייצב לדיון.
      3. (ג) על אף האמור בסעיף קטן (א), צו כאמור בסעיף 3(3) יינתן רק במעמד שני הצדדים, אלא אם כן הוזמן המשיב כדין ולא התייצב לדיון.
      4. (ד) בית המשפט לא ידחה בקשה למתן צו הגנה אלא לאחר שנתן למבקש או לבא כוחו הזדמנות להשמיע את טענותיו בעל פה, אלא אם כן ראה שמתקיימות נסיבות חריגות ומטעמים שיירשמו.
   9. ס' 5 – תקופת תוקף
      1. (א) תקפו של צו הגנה לא יעלה על שלושה חדשים; בית המשפט רשאי להאריך את תקפו של הצו מפעם לפעם, ובלבד שהתקופה הכוללת לא תעלה על ששה חדשים; ואולם, מנימוקים מיוחדים שיפורטו בהחלטתו, רשאי הוא להאריך את תוקפו של הצו לתקופה כוללת שלא תעלה על שנה אחת וכן, מנימוקים מיוחדים כאמור, רשאי בית המשפט להאריך את תוקפו של צו הגנה לתקופה כוללת שלא תעלה על שנה אחת נוספת.
   10. ס' 7 – הפרת צו
       1. (ב) הוגשה תלונה במשטרה על הפרת צו הגנה הכולל איסור לפי סעיף 2(א)(1), רשאי שוטר לעצור את המפר; החלטה שלא לעצור את המפר תינתן על ידי הקצין הממונה, בכתב ובצירוף נימוקים, ובהעדרו – על ידי ממלא מקומו; לעניין זה, "הקצין הממונה" – הקצין הממונה על החקירות בתחנת המשטרה.
       2. (ג) לא תהיה זו הגנה טובה למי שהפר צו הגנה שבני משפחתו לא עמדו על קיומו או על הפעלת הוראות החוק בשל הפרתו.
   11. ס' 11 – הוצאות ופיצויים
       1. דחה בית המשפט בקשה למתן צו הגנה וקבע כי היא קנטרנית, רשאי הוא להטיל על מי שביקש צו הגנה את אלה או חלק מהם:
       2. (1) הוצאות לטובת המדינה ולצד שנפגע, בשיעור שימצא לנכון;
       3. (2) פיצוי נאות למי שנפגע מהגשת הבקשה.
   12. ס' 2 (ח1) לחוק למניעת אלימות במשפחה
       1. בית משפט הדן בבקשה למתן צו הגנה לפי הוראות חוק זה, רשאי לתת גם צו מניעת הטרדה מאיימת לאדם, לענין בן משפחתו, בהתאם להוראות חוק מניעת הטרדה מאיימת, התשס"ב–2001.
   13. ס' 5 לחוק למניעת הטרדה מאיימת – הוראות הצו
       1. (א) צו מניעת הטרדה מאיימת יאסור, בכפוף להוראות סעיף 4, על הפוגע לעשות את אלה, כולם או מקצתם, ויכול שיסויג בתנאים:
       2. (1) להטריד את הנפגע, בכל דרך ובכל מקום;
       3. (2) לאיים על הנפגע;
       4. (3) לבלוש אחר הנפגע, לארוב לו, להתחקות אחר תנועותיו או מעשיו, או לפגוע בפרטיותו בכל דרך אחרת;
       5. (4) ליצור עם הנפגע כל קשר בעל פה, בכתב, או בכל אמצעי אחר;
       6. (5) להימצא במרחק מסוים מדירת מגוריו, מרכבו, ממקום עבודתו או ממקום לימודיו של הנפגע או ממקום אחר שהנפגע נוהג להימצא בו בקביעות;
       7. (6) לשאת או להחזיק נשק, לרבות נשק שניתן לו מטעם רשות ביטחון או רשות אחרת מרשויות המדינה; והכל בין כלפי הנפגע ובין כלפי אדם אחר הקרוב לו, בין במפורש ובין במשתמע, בין במישרין ובין בעקיפין.

**יחסי הרכוש בין בני הזוג**

**הקדמה**

1. יחסי הרכוש בין בני הזוג עוסקים בשאלה מהן התוצאות הקנייניות של הנישואין. זה בד"כ יבוא לידי ביטוי בגירושין אבל זה יבוא לידי ביטוי גם במוות ולפעמים במהלך הנישואין. מבחינת סמכות ישנה סמכות מקבילה, מי שעוסק בזה הוא ביהמ"ש אלא אם כן זה נכרך. הדין החל הוא הדין האזרחי.
2. עולה שאלה מקדמית שקשורה לכל מקום ולאו דווקא לישראל. אם יחסי רכוש הם במשפט אזרחי, ובמשפט אזרחי יש דיני קניין שקובעים דרכים שונות לקבוע בעלות, כל מה שצריך לעשות זה להגיד שיחסי רכוש בין בני זוג ייקבעו בהתאם לדיני הקניין. זה אומר שאם הדירה רשומה על שם אחד מבני הזוג היא שלו ואם על שניהם היא של שניהם. בפועל זה לא קורה כך. גם בישראל וגם בעולם (עם הבדלים שונים) יהיה כלל חלוקה שווה, שאומר שנכסים שנצברו במהלך הנישואין, לא משנה על שם מי הם רשומים, מתחלקים באופן שווה בין בני הזוג. כלומר, בניגוד לכלל בדיני קניין לפיו הבעלות היא לפי הרישום, מישהו חשב שהכללים הללו שקובעים בעלות לפי מרשם או הסכמים לא עובדים נכון במשפחה, ושבמשפחה צריך לעשות כלל אחר של חלוקה שוויונית. השאלה היא למה, מה היה רע להגיד שכללים של דיני קניין חלים.
3. **הטיעון ההסכמי** – בגלל שדיני קניין הם חלק ממסורת ליברלית נותנים הרבה כבוד לכוונת הצדדים, ובד"כ ההנחה היא שרישום פורמלי משקף את כוונת הצדדים. במשפחה יכול להיות מצב בו אנשים כן התכוונו לשותפות אבל היא לא באה לידי ביטוי פורמלי בגלל שהם סומכים אחד על השני. לכן במשפחה ייווצר עיוות אם נלך לפי הרישום הפורמלי כי כוונת הצדדים לא באה לידי ביטוי. זה לא אומר שתהיה בעיה עקרונית עם זה שבני זוג יקבעו שכל אחד בעלים של הרכוש שלו, פשוט מניחים שזה לא המצב הנפוץ. מכאן עולה שאלה נוספת. נניח שבני זוג עושים הסכם לפיו אכן כל אחד בעלים של הרכוש שרשום על שמו. אם הטענה היא שהולכים לשיתוף כי מאמינים שהשיתוף מבטא את כוונת הצדדים, אז ברגע שהצדדים אומרים שכלפיהם ספציפית לא חל השיתוף אין בעיה עם זה (הדין דיספוזיטיבי).
4. **הגינות** – יכולות להיווצר תוצאות לא צודקות בהחלת כללי דיני הקניין. התוצרים שמפיק בן הזוג העובד כנראה לא היו קורים אם בן הזוג שעבד בבית לא היה נמצא. שניהם תרמו לחיים המשותפים ולא הגיוני שתרומתו של בן הזוג שבבית לא תיחשב. זה מזכיר טיעון של עשיית עושר ולא במשפט. על רקע טיעון זה עולה השאלה של למה חלוקה של 50/50, ולא חלוקה של תרומה יחסית. קצת שרירותי להגיד שאי אפשר לכמת עבודה ביתית לעומת עבודה חיצונית ולכן הדבר הנכון לעשות הוא חלוקה של חצי-חצי. מצד שני בעייתי להגיד שיש לבחון את מחיר השוק של העבודה הביתית ובהתאם לכך לקבוע את תרומתו של בן הזוג שנשאר בבית. אם התפיסה היא של תשלום על שירות קשה להצדיק את העובדה שנותנים חצי. בבסיס הטיעון הוא ששני בני הזוג תורמים, אבל בעוד שביחסים מסחריים אין בעיה לעשות פינקסנות, ביחסים של בני זוג זה לא מתאים ולכן הגיוני נורמטיבית לקבוע חצי (אלא אם כן נקבע אחרת ע"י בני הזוג). אם בני זוג יודעים מראש שהם לא מתחשבנים על הכל הם יוכלו לחשוב על המשפחה כמכלול באופן יותר פשוט. בבחינה של בני זוג בפועל, ניכר שהחלת הכללים של דיני הקניין תפגע בנשים. כלל שאומר חלוקה שווה מתיישב עם שוויון מהותי.
5. **העברת מידע** – עולה השאלה לפי מה קובעים את ברירת המחדל כאשר קובעים דין דיספוזיטיבי. ישנו דין דיספוזיטיבי מחקה, שמנסה לשחזר מה רוב האנשים היו עושים. אם מניחים שרוב הזוגות יחלקו רכוש קובעים את הדין כך ואז מי שרוצה לפעול אחרת מוזמן לעשות זאת באופן אקטיבי. לעומת זאת, ישנו דין דיספוזיטיבי נורמטיבי, שנקבע לפי מה שהמחוקק חושב שהוא צודק ונכון. האזרח מוזמן לפעול בצורה אחרת, אבל הדין יקבע בהתאם למה שנכון. לבסוף, דין דיספוזיטיבי יכול להיות אמצעי להעברת מידע. רוצים לתמרץ אנשים להעביר מידע, ועולה השאלה איזה מידע רוצים לעודד את העברתו. יכול להיות שמעדיפים להטיל את הנטל של העברת המידע על זה שרוצה הפרדה ולא על זה שרוצה שיתוף. אם מגדירים את ברירת המחדל כשיתופית יהיה נטל לדרוש הסכם על מי שרוצה הפרדה. יש פה שני יתרונות, אחד הוא שהוא בד"כ הצד החזק והשני הוא שהוא יצטרך לחשוף מידע לגבי עצמו. רוצים לפתח מכניזם שיגן על האנשים הפשוטים שרוצים שיתופיות ומי שלא מתכנן את זה ורוצה יחסים אינדיבידואליים יחשוף את זה כלפי הצד השני.
6. **לסיכום שלושה מהלכים**
   1. מודל הסכמי מצומצם – השיתוף מייצג את ההסכמה המשוערת של הצדדים, ולכן השיתוף יהיה דיספוזיטיבי.
   2. המודל הנורמטיבי – מבוסס על עקרונות של צדק ושוויון. כלל של הפרדת רכוש יצור חוסר צדק כי זה יוביל למצב בו התרומה של בן הזוג לא באה לידי ביטוי. מעבר לכך, לא מספיק שרוצים לקחת בחשבון את תרומת בן הזוג שבבית כי זה יכול להוביל למצב של התחשבנות. לכן רוצים להתבסס על שוויון פורמלי ולקבוע שישנו שיתוף.
   3. טיעון שלישי שמבוסס על העברת מידע.
7. עולה השאלה מדוע לא קובעים שחלוקת רכוש היא קוגנטית, למרות כל ההצדקות הללו. בנושא זה יש התלבטות מעניינת. יש מדינות שלקחו את השיקולים הללו ברצינות, וקבעו שבדומה לדיני עבודה שהם קוגנטיים כך גם חלוקת הרכוש. לעומת זאת, יש מדינות בהן כן יכולים לחשוב על בני זוג שמעוניינים לקבוע לעצמם תנאים שונים ממה שקבוע בחוק ולכן החלוקה היא דיספוזיטיבית. במקרה בו הדין דיספוזיטיבי, ניתן לטעון שאין באמת הבדל בין הטיעון ההסכמי לטיעון ההגינות. עם זאת, ניתן לטעון שתהיה הבחנה, והשאלה היא מה תהיה התוצאה של הכלל. כאן נכנס מושג הדביקות. דביקות עוסק בשאלה כמה קשה לסטות מברירת מחדל מסוימת. יכול להיות דין דיספוזיטיבי שהוא לא דביק, משמע יש ברירת מחדל אבל ניתן להראות דרך התנהגות, אמירות או הסכם שרוצים לסטות מהדין (דין דיספוזיטיבי טהור. ברירת מחדל רכה אבל אם רוצים אחרת ניתן בקלות לעשות זאת). אם מבינים שברירת המחדל לא מתאימה לבני זוג מסוימים לא רוצים להחיל אותה בכוח. מצד שני, אם חושבים שברירת המחדל נקבעת לפי מה שצודק אבל לא רוצים להיות פטרנליסטיים, ניתן לקבוע פשרה. הדין נקבע נורמטיבית, והוא אכן דיספוזיטיבי, אבל כדי לסטות ממנו צריך לעשות מהלכים נרחבים. משמע ברירת המחדל תהיה דביקה מאוד. אם נמצאים במודל הסכמי, שמראש אמר שאין שום בעיה עם הפרדה או שיתוף והכל תופס, והסיבה היחידה שקובעים שיתוף כברירת מחדל זה על בסיס סקר אמפירי שמצא שרוב הזוגות מתכוונים לשיתוף, ניתן לטעון שאם יביאו סקר לפיו באוכלוסייה מסוימת יותר נפוצה ההפרדה לא יחילו עליהם את ברירת המחדל בכוח. אם חושבים שהשיתוף אמור לבטא את רצון בני הזוג אז לא נחיל אותו כשרצון הצדדים הוא להפרדה. לעומת זאת, אם השיתוף נובע משיקולים של צדק ושוויון, מציבים רף גבוה לסטייה מברירת המחדל. שני המודלים האלו קיימים בישראל. המשפט הישראלי דבק בשיתוף, כשיש לו שני הסדרי שיתוף שמתחרים. יש הסדר שיתוף אחד שמתבסס על הרציונל ההסכמי והסדר שני שמבוסס על הרציונל הנורמטיבי.
8. **סיכום** – יש שני מודלים תיאורטיים של שיתוף. אחד מבוסס על רציונל הסכמי, לפיו השיתוף מבטא את כוונת הצדדים. מודל זה יקבע את השיתוף כברירת מחדל רכה (הוא נקודת התחלה אבל לא חייבים שהוא יהיה נקודת הסיום). המודל השני רואה בשיתוף ביטוי לעקרונות צדק ושוויון. מודל זה במדינות מסוימות הוליך לזה שיתנו לביהמ"ש לכמת את התמורות ובמדינות אחרות הוליך לשיתוף קוגנטי. בישראל זה הביא לכך שיהיה שיתוף וניתן יהיה לסטות ממנו, אך הסטייה תהיה קשה.

**חזקת השיתוף**

1. במשפט הישראלי בעבר לא היה חוק שעסק בנושא חלוקת רכוש. חוק יחסי ממון נחקק בשלב מאוחר יותר וחל על בני זוג שהתחתנו אחרי 1974. לכן כשבתי המשפט קבעו שרכוש הוא עניין אזרחי הם היו צריכים לקבוע כללים אזרחיים. הכללים שנקבעו הם חזקת השיתוף. כיום, אם בני זוג לא נשואים חלה חזקת השיתוף. אם הם נשואים צריך לבדוק מתי הם התחתנו, אם לפני 1974 חלה חזקת השיתוף ואם אחרי חל חוק יחסי ממון.
2. חזקת השיתוף היא תוצר פסיקתי. היא מתפתחת בשלושה פסקי דין בסוף שנות ה-60 (ברקר, בליקר, ברילי). ביהמ"ש קובע שאם מתקיימים תנאי סף מסוימים (לא חל תמיד), ואם מדובר בנכסים מסוימים (לא על כל הנכסים), יש חזקה שבני הזוג התכוונו לשיתוף. חזקה זו ניתנת לסתירה. בשאלה עם חזקת שיתוף יש שלושה שלבים (תנאים מצטברים): 1. בודקים מה תנאי הסף; 2. בודקים מה הכללים לגבי היקף הנכסים לשיתוף; 3. האם נסתרה חזקת השיתוף (ניתן לסתור את חזקת השיתוף באמצעות הסכם ממון אבל גם באמצעים אחרים). בעוד שלאורך כל השנים כל דיון בחזקת השיתוף תמיד יעבוד במודל זה של שלושת השלבים, לאורך התקופות (ולפעמים באותה תקופה בין השופטים) יהיו מחלוקות לגבי מה בפועל הם תנאי הסף, איזה סוג נכסים כלול בפועל ומה צריך לעשות כדי לסתור את החזקה. המבנה זהה אבל התוכן הקונקרטי של הבדיקה שנוי במחלוקת. מכאן ניתן לזהות שלושה דורות של חזקת שיתוף.
3. **שלושת הדורות של חזקת השיתוף**
   1. דור ראשון – מבוסס על מנגנון פעולה של כוונת הצדדים. עקרונית אין בעיה אם שיתוף או הפרדה, אבל מאחר שאנשים לא עושים הסכמים צריך לקבוע ברירת מחדל. ברירת המחדל היא שרוב האנשים מתכוונים לשיתוף. בגלל שזה רק עניין של הסכמה תנאי הכניסה לחזקה מאוד נוקשים. לא מספיק שמתחתנים, צריך שגם יהיה אורח חיים תקין. אם יש צדדים שחיים במתח אחד עם השני, יהיה קשה להגיד שהכוונה שלהם היא לחלוק את הרכוש אחד עם השני. נדרש מבני הזוג מאמץ משותף ואורח חיים תקין. כדי להבין מה לא תקין צריך להראות שאי אפשר להניח שבני הזוג התכוונו לשיתוף כשהם רשמו משהו על צד אחד ולא על האחר. חלק מהשופטים אפילו לא מסתפקים במאמץ משותף ואורח חיים תקין, הם דורשים גם אינדיקציה ראשונית לשיתוף (מה שמחזק עוד את ההיבט ההסכמי). לאחר מכן, גם אם עוברים את תנאי הסף, השיתוף מצומצם רק לנכסים משפחתיים (הדירה, הרכב, חשבון בנק ממנו המשפחה חיה). לכך לא נכנס העסק או הפנסיה. לגבי העסק יש תפיסה אינדיבידואליסטית. **בפרשת ליברמן** קובע ביהמ"ש שחשוב לזכור כי המחוקק לא הסמיך את ביהמ"ש לחלק את הרכוש לפי מה שנראה נכון וצודק (בהתאם למודל הנורמטיבי) אלא להגשים את כוונת הצדדים. אם זה רצון הצדדים אז השימוש חשוב. מה שאדם הרוויח שלו, לכן אם אדם הביא את הכסף למשפחה כוונתו לשתף. אם הוא השאיר את הכסף בבנק אין אינדיקציה לכוונת חלוקה. זה טיעון מופרך בהסתכלות של שיקולי צדק, אבל מבחינת כוונת הצדדים זו הדרך לכבד את כוונת הצדדים. עולה שאלה לגבי מצב בו רצון הצדדים לא אחיד (כל צד רוצה משהו אחר). בפרשת ליברמן החלו לדון בכוונת הצדדים ועברו לדון בכוונת הבעל (אם לשתף או לא לשתף). יכול להיות שהבעל לא התכוון לשתף אבל האישה התכוונה שיהיה שיתוף. כפי שידוע מדיני החוזים, אם אומד דעת הצדדים לא אחיד אז אין חוזה. לכן אם הבעל לא התכוון לשתף לא יכפו עליו את השיתוף. באשר לפנסיה, אין הגיון לא לשתף מאחר שנותנים אותה על התקופה בה בני הזוג היו נשואים. מכאן ניכר שהמודל הוא מאוד מצומצם. באשר ליכולת לסטות, עולה השאלה מה קורה אם צדדים לא עושים הסכם ממון אבל ההתנהגות שלהם תהיה כזו שמראה שהם לא התכוונו לשיתוף. עולה השאלה מה ההתנהגות העולה כדי להראות שאין כוונה לשיתוף. ככל שהמשפחה תתנהג בצורה יותר פטריארכלית, ברמת הצדק זה בדיוק המקרה שירצו להגן על האישה, אבל אם הולכים על המודל ההסכמי, ככל שהמשפחה תתנהל בצורה לפיה הגבר שולט בכסף, נותנים הצדקה לאלימות כלכלית. **בפס"ד סלמן** בתחילת כל שבוע הגבר מחלק דמי כיס לילדים ולאישה. יש דמי כיס קבועים והאישה יכולה לבקש עוד. כשהם מתגרשים היא מבקשת חצי מהרכוש ואדון סלמן טוען שלא הייתה כוונה לשיתוף. לו היו שואלים בזמן אמת את אדון סלמן למי שייך הכסף הוא היה אומר שהוא שייך לו. ככה"נ כך גם גברת סלמן הייתה עונה בזמן אמת. כל ההתנהלות היא של משפחה שמפנימה את זה שהבעל הוא בעל הכסף. לכן ביהמ"ש קובע שנסתרה הלכת השיתוף. מי שלא אוהב את פס"ד סלמן יכול לטעון או שהשופט לא יישם את התיאוריה המשפטית בצורה לא נכונה או שהתיאוריה שגויה. ככה"נ שהתשובה היא שהתיאוריה שגויה, ולכן יש הצדקה לעבור מהמודל ההסכמי למודל הנורמטיבי.
   2. דור שני – החל מאמצע שנות ה-80, ברמה הרטורית ביהמ"ש לא משנה כלום. הוא ממשיך להגיד שהחזקה נשענת על כוונת הצדדים. עם זאת, למרות שהרטוריקה נשארה רטוריקה של הסכמה, בפועל ההתנהגות של ביהמ"ש הופכת להיות מתאימה למודל נורמטיבי לפיו השיתוף הוא ביטוי אחד של שיקולי צדק (אם שני הצדדים תרמו זה צריך לבוא לידי ביטוי בבעלות) וכן ביטוי של שיקולי שוויון (שוויון מהותי). החל מסוף שנות ה-80 נשארים עם תנאי הסף של מאמץ משותף אלא שהוא מתאים גם למודל נורמטיבי. לפי המודל הנורמטיבי לא צודק ששני הצדדים מתאמצים ורק אחד זוכה ברכוש, לכן גם כאן נדרש מאמץ משותף. לא בודקים שכל אחד תרם באופן שווה אלא שהיה מאמץ של כל צד. לעומת זאת אורח חיים תקין מתאים למודל הסכמי אבל לא למודל נורמטיבי. כשהמודל עוסק בשיקולי צדק עצם העובדה שבני הזוג לא מסתדרים זה עם זה לא שומט את הקרקע מתחת לחזקת השיתוף. במקום התנאי של אורח חיים תקין מגיע תנאי הרבה פחות מחייב של חיים תחת קורת גג אחת. כל עוד חיים יחד היחידה הכלכלית נשמרת, וכל עוד היא נשמרת יש שותפות מסחרית. תנאי זה לא משמש רק כתנאי לכניסה לשותפות אלא גם כתנאי לקביעת מועד הסיום שלה. זה יכול להיות קשור גם לנושא של הורות משותפת. יש מלומדת בשם איילת בלייכר שטוענת שמתמקדים בזוגיות כשהשותפות האמיתית היא שותפות הורית. היא למעשה טוענת שיש דינמיקה של שותפות בין הורים שצריכה להיות בלי קשר ליחסי זוגיות. המשפט בישראל לא מקבל טענה זו והוא כן בוחן מתי רעיון הזוגיות התחיל והסתיים כדי לקבוע את המועדים. עוד דבר שקורה בשנות ה-80 הוא שמפסיקים לבקש אינדיקציה לכוונת שיתוף. לגבי היקף הנכסים, שתי ההבחנות המקוממות מהדור הראשון (הבחנה בין הפנסיה למשכורת וההבחנה בין הנכס העסקי למשפחתי) נופלות. **בפס"ד נופרברג** ביהמ"ש קובע שגם אם אדם פיתח עסק או קיבל אופציות זה תוצר של עבודה שלא הייתה בלי בן הזוג ולכן זה משותף. **בפס"ד אורון** נקבע שלא משנה מתי קיבלו את הפנסיה אלא עבור מה קיבלו אותה. אם קיבלו אותה עבור תקופת הנישואין זה משותף. יש הבחנה אחת שהייתה כבר בשלב הקודם והיא מתחזקת, משאירים בחוץ נכס מלפני הנישואין, ירושות ומתנות שהתקבלו במהלך הנישואין. המודל הנורמטיבי ממשיל את המשפחה לעסק, ובעסקים מה שהעסק מייצר מתחלק בין השותפים אבל מה שהוא לא מוצר של העסק לא מתחלק. נכס מלפני הנישואין הוא לא תוצר של הקשר. אותו הדבר ירושה ומתנות. ההבחנה הזו הייתה קיימת בשלב הקודם על בסיס הצדקה הסכמית, אבל דווקא הבחנה זו מתחזקת בהיבט נורמטיבי. לדוגמה, אדם מקבל קרקע בשווי 300,00 במושב ומתחיל לבנות בית עם בת זוגו. הם משקיעים כסף יחד ולוקחים משכנתא. עכשיו יש בית ששווה מיליון. לפי הרציונל ההסכמי, לו היו שואלים את בני הזוג למי שייך הבית הם היו עונים שהבית משותף, ולא עושים הפרדה בין הקרקע לבין הבית. הרציונל ההסכמי, גם אם באופן בסיסי כן מוכן לקבל את ההבחנה בין נכס מלפני הנישואין לבין הבית, הוא יגיד שזה מתמזג. כוונת הצדדים במקרה זה תרחיב את השיתוף מאחר שיסתכלו על כל הנכס כמכלול. לכן יש פסקי דין מהתקופה ההסכמית בהם מישהו ירש חורבה ושיפצו אותה יחד ולכן ראו בהכול משותף. לעומת זאת, **פס"ד לידאי** (שהוא מהתקופה הנורמטיבית, אשר לרוב הרחיבה את השיתוף), דווקא במקרה זה של ההרחבה, עשה חלוקה רעיונית. במקרה זה הקרקע היא של בן הזוג והבית הוא משותף. מבחינה פרקטית במכירת הבית צריך לעשות חלוקה של הרווחים בהתאם. ישנה ביקורת על פסיקה זו על כך שהיא לא אחידה, מאחר שפס"ד לידאי מצד אחד הרחיב את תנאי הסף (הכניס יותר נכסים פנימה) אבל מצד שני בנכס מעורב צמצם את השיתוף. עם זאת, ניתן לטעון שפס"ד לידאי קוהרנטי מאחר שהוא לא מסתכל על הרחבה וצמצום אלא על מעבר ממודל הסכמי למודל נורמטיבי, ולכן הגיוני שבמקרה של נכס משותף יהיה צמצום של החזקה. עוד דוקטרינות שקמו באותה העת הן דוקטרינות של תחלופת נכסים; אם אדם קיבל משהו, מכר אותו וקנה עם הכסף משהו חדש אז עוקבים אחרי הבעלות על הנכס ולכן ניתן לקבוע שהנכס החדש שייך לו. לגבי אופן הסתירה, המודל הנורמטיבי, כמו רוב המדינות, כן מקבל את הרעיון של חופש חוזים ולכן כן אומר שאפשר לעשות הסכם ממון. רוב הציבור לא עושה הסכמי ממון, לכן עולה השאלה מה קורה עם רוב האנשים. במודל הקודם הרעיון הוא שגם אם לא נעשה הסכם מנסים לבדוק איך הייתה התנהגות הצדדים ולכן לא מתעקשים על שיתוף בניגוד לכוונת הצדדים. בסוף שנות ה-80 ותחילת שנות ה-90 מגלים שבפועל אם לא נעשה הסכם ממון ביהמ"ש לא יסכים להשתכנע לגבי נכסי מאמץ משותף שנסתרה החזקה. בשנות ה-90 יש פס"ד דומה לסלמן בשם **קוטלר** (בעל שמנהל את הנכסים, כשהוא יוצא לחו"ל הוא נותן למזכירה להתעסק מול השוכרים, לא מסכים שאשתו תתערב, דמי כיס לאישה). קוטלר מנסה להגיע לתוצאה דומה כמו בסלמן, אך ביהמ"ש קובע שמאחר שגברת קוטלר הייתה כנראה בזבזנית ההבנה בין בני הזוג הייתה שנכון יותר שהבעל ינהל את העניינים הכספיים, אבל אי אפשר להסיק מההתנהלות הזו שהכוונה לא הייתה לשיתוף. לכאורה ניתן לטעון שיש מחלוקת אנתרופולוגית בין סלמן לבין קוטלר לגבי פרשנות של דמי כיס לאישה, אך ניתן לטעון שבשני המקרים ההתנהלות הייתה פטריארכלית ושבקוטלר מתנהלים לפי עקרונות נורמטיביים ולא של כוונת הצדדים. מכאן שניתן לטעון שהלכת השיתוף הופכת לחצי קוגנטית, מאחר שניתן לעשות הסכם אבל כל עוד לא עושים הסכם כזה אז החזקה עומדת. ניתן להבחין בדיסוננס מסוים, בדיבור השופטים ממשיכים לדבר בשפה ההסכמית (אומרים שהרציונל של חזקת השיתוף הוא ההסכם המשוער בין הצדדים) אבל אם מנתחים את זה מגלים שההתנהגות תואמת רציונאלים של שוויון. לכן נוצר דיסוננס בתנאי הסף, הרכוש המשותף ואופן הסתירה. אז מגיע **פס"ד בבלי**. מאחר שפס"ד בבלי עסק בחזקת השיתוף השופטים מתייחסים לחזקה לגופה, ושמגר וברק מוציאים מהארון את הרציונל הנורמטיבי. שמגר מדבר על חזקת השיתוף כמבטאת תפיסות של צדק והגינות ודיני היושר, ברק מדבר על עקרון השוויון המהותי. למעשה הם נותנים חותמת רשמית למודל הנורמטיבי. בכך פס"ד בבלי סוגר מעגל.
   3. דור שלישי – בסוף שנות ה-90 ובתחילת האלף הנוכחי, יש שורה של פסקי דין שמבטאים מודל שלישי (הדרי, אבולוף, בריל). **בהדרי** היה זוג נשוי שחי יחד 30 שנים בדירה מלפני הנישואין של הבעל. ממה שלמדנו עד עכשיו התוצאה הייתה אמורה להיות שלא מחלקים מאחר שזה נכס מלפני הנישואין. גולדברג במיעוט דובק במודל הנורמטיבי ולכן טוען שאכן אין לחלק. שמגר וחשין ברוב קובעים שישנם מקרים בהם למרות שזה לא נכס מאמץ משותף בכל זאת עושים שיתוף. נקבעים מספר פרמטרים הקובעים מתי ישנו מקרה כזה (אורך שנות הנישואין, השקעות משותפות, האם מדובר בנישואין ראשונים או שניים, האם זו דירת מגורים או עסק). פס"ד שני הוא **אבולוף**, שם דנו על חנות פרחים בדיירות מוגנת. גם שם הנישואין היו ארוכים וראשונים. כאן צריך להבין את הדינמיקה הכלכלית. אם מדובר על חברה צריך לעשות הערכת שווי של החברה בכניסה לנישואין וביציאה, ואם הייתה תוספת האישה הייתה מקבלת חצי מהתוספת (גם לפי הדור השני). הבעיה בסוג כזה של חנות משפחתית היא שרוב הסיכויים שלא הייתה עליית ערך של החנות. מדובר באנשים שהחנות מפרנסת אותם, אבל העץ לא גדל בנישואין. אלו עסקים קטנים שמספקים כסף למחייה. לכן מגיע אדון אבולוף וטוען שהקרן לא השתנתה, את הפירות הם אכלו בנישואין ולכן לא מגיע לאישה כלום. ביהמ"ש לא מקבל את זה וקובע שצריך לחלק את הרכוש. השאלה היא איך זה מסתדר עם המודל הנורמטיבי שאמר לא לחלק במקרים מסוג זה. באבולוף בך מדבר על רציונל של הסתמכות, במשך שנים הבעל לא בא כל יום לאישה ואמר לה שהחנות לא שלה מאחר שאז היא הייתה יכולה לדרוש משכורת או ללכת לעבוד במקום אחר. היה נוח לו שהיא עובדת שם כעסק משפחתי. לא חוכמה אחרי שנים להגיד שבן זוג אחד הביא את הבית או העסק כשנוצרה הסתמכות. ניתן לטעון שהמטפורה של שותפות מסחרית לא מכסה את היחסים המשפחתיים, מאחר שבשותפות עסקית אין טשטוש בין ה"אני" ל"אנחנו". ביחסים משפחתיים זה אחרת, ולכן למשל יש כאן הסתכלות על אורך הקשר ועל האם מדובר על נישואין ראשונים או שניים. כשאנשים מתחתנים בנישואין ראשונים והם הרבה שנים ביחד הם לא חושבים במונחים אינדיבידואליים. יש כאן גם היבט נורמטיבי מאחר שלא רוצים שאנשים יסתכלו על הקשר שלהם במונחים אינדיבידואליים. לכן יש את הקביעה של בך הנשענת על הסתמכות. כאן יש נקודה מעניינת, הרציונל של הקהילה המשפחתית ושל ההסתמכות נכון אבל ההצדקה שלו להיות כופה הרבה פחות חזקה. ניתן לחשוב על מצב בו יש בני זוג שאורח החיים שלהם מאוד אינדיבידואליסטי (חשבון בנק נפרד וכדו'). בזוג הזה, כאשר הגבר יגיד שלא מגיעה לאישה הפנסיה היא תגיד לו שהוא לא עשה הסכם ממון. מכאן עולות שתי נקודות, ההסכמה צריכה להיות משותפת וההסכמה צריכה להיות פורמאלית. לגבי נכס מלפני הנישואין כן רוצים לייצר ברירת מחדל שבשלב מסוים בני זוג שפעלו באופן לא אינדיבידואלי לא קובעים להם שהכול משותף. לגבי בני זוג כאלו, אם ההתנהגות מעידה על כך שהם לא מתכוונים לשיתוף, צריך להיות הרבה פחות אגרסיביים. גם אם הם לא עשו הסכם ממון צריך להיות יותר קשובים לכוונת הצדדים. אם הרציונל הוא הסתמכות יכול להיות שמספיקה אמירה ברורה של אחד מהצדדים, בלבד שהיא הובאה לידיעתו של הצד השני. זה מתקשר לרציונל של ברירת מחדל כמעבירת מידע. אם רוצים לחיות באורח חיים אינדיבידואלי יש נטל של העברת מידע. לסיכום, הדור השלישי של חזקת השיתוף בנה תנאי סף חדשים של אורח חיים תקין, אורך הנישואין, הבחנה בין נישואין ראשונים ושניים. כשמתקיימים התנאים, ניתן להסתכל גם על נכסים חיצוניים כמשותפים, אבל לגביהם יכולת הסתירה יותר פשוטה. מה שמעניין בפסיקה הוא שהיא מקיימת בו זמנית את דור שני ואת דור שלישי. לגבי נכסים של מאמץ משותף מחילים את הדור השני. לגבי נכסים חיצוניים מחילים את הדור השלישי, משמע מוכנים להחיל את השיתוף אבל הוא יותר רגיש לכוונת הצדדים.
   4. יש ניצנים בפסיקה של דור רביעי. דור רביעי לוקח את דור שלוש עוד צעד, וגם לגבי נכסים מלפני הנישואין מפעיל מודל חצי קוגנטי לפיו גם שם בלי הסכם ממון לא חורגים מהשיתוף ונותן הגדרות שונות לגבי אורך נישואין והחלה בנישואין שניים. דור ארבע בנוי על שתי רגליים, רגל אחת מציב אותה חנוך דגן במאמרים שלו שלוקח את רציונל הקהילה המשפחתית וחושב שהוא יכול להיות חצי קוגנטי. לדעתו דירת מגורים היא משותפת ברגע שגרים בה יחד, ללא תלות בשל מי היא הייתה לפני והאם אלו נישואין שניים. בפסיקה המודל הרביעי מסתמך יותר על השאלה האם לאישה יש דירה אחרת לגור בה. דור ארבע הוא דור בעייתי, לעומת דור שלישי שיכול להוביל לתוצאות צודקות בהינתן תנאים מסוימים. **במבחן יש להתייחס לדור הרביעי במקרים של חזקת שיתוף בהקשר של דירת מגורים** (גם אם לא הייתה כוונה ייתכן שיקבעו שישנו שיתוף לגבי הדירה בתנאים מסוימים).
4. **סיכום דורות הלכת שיתוף**
   1. דור ראשון
      1. תנאי הסף: 1. מאמץ משותף; 2. אורח חיים תקין; 3. אינדיקציה לכוונת שיתוף (חל לפעמים).
      2. הרכוש המשותף: נכסים משפחתיים. לא חל על עסק או פנסיה.
      3. אופן הסתירה: בהסכם או בהתנהגות.
      4. בעייתיות: תנאי סף נוקשים. היקף נכסים מצומצם בשיתוף. מאפשר סתירה בהתנהגות (מוליך לתוצאות מקוממות).
   2. דור שני
      1. תנאי הסף: 1. מאמץ משותף; 2. חיים תחת קורת גג אחת.
      2. הרכוש המשותף: נכסים שהם תוצר של הקשר, כולל פנסיה ועסק. לא כולל נכסים חיצוניים (נכסים מלפני הנישואין, ירושה, מתנה).
      3. אופן הסתירה: הסכם ממון. לכאורה גם התנהגות אבל בפועל אם לא נעשה הסכם ביהמ"ש לא יסכים לסתור.
   3. דור שלישי
      1. תנאי הסף של הדור השני וכן: 1. אורח חיים תקין; 2. אורך שנות הנישואין; 3. הבחנה בין נישואין ראשונים לשניים.
      2. הרכוש המשותף: רלוונטי בעיקר לנכסים חיצוניים.
      3. אופן הסתירה: הסכם ממון או התנהגות.
   4. דור רביעי
      1. לוקח את הדור השלישי עוד צעד. רלוונטי בעיקר לדירת מגורים.
      2. תנאי סף: מגורים משותפים (ללא תלות בלמי זה היה שייך והאם נישואין ראשונים).
      3. הרכוש המשותף: נכסים חיצוניים (בעיקר דירה).
      4. אופן הסתירה: הסכם ממון.

**חוק יחסי ממון**

1. בשנת 1974 המחוקק הישראלי מחליט להגיד את דברו בעניין השיתוף ולעשות הסדר חקיקתי. מעסיקות את המחוקק כמה שאלות, שאלה אחת קשורה להיקף הנכסים (בנושא זה הוא הלך לפי הדור השני של חזקת השיתוף. מצד אחד לא עושה הבחנות בין נכס עסקי למשפחתי או בין משכורת לפנסיה אבל משאיר נכסים חיצוניים בחוץ). שאלה שנייה קשורה לתנאי הסף, גם שם הוא קרוב לדור השני (לא מגדיר תנאי סף ברורים). מבחינת היכולת לחרוג מאפשר לחרוג באמצעות הסכם ממון אבל לא אומר לבחון את כוונת הצדדים. לכן בהרבה היבטים זה דומה לדור שני אבל ברטוריקה הסכמית (צרי לעשות הסכם ממון, ואם לא עושים אז כפופים למה שקבוע בחוק). יש עוד נושא שחוק יחסי ממון צריך להכריע בו והוא תזמון השיתוף, האם מדובר בשיתוף מידי או דחוי.
2. **צורות שיתוף**
   1. שיתוף מידי – אחרי שבני זוג התחתנו, אותם נכסים שכלולים בשיתוף כבר במהלך הנישואין משותפים. אם ברגע נתון לאישה יש מניות שהיא קיבלה מהחברה לא צריך להיפרד ממנה כדי לקבל אותן. בן הזוג יכול לפנות לביהמ"ש בבקשה לסעד הצהרתי שהנכסים משותפים. כמו כן, ניתן לממש את השיתוף באמצעות פירוק שיתוף. השותפות קיימת במהלך הנישואין וכל צד יכול לממש את זה כבר במהלך הנישואין. יש שיטות משפט בהן השיתוף אכן מידי.
   2. שיתוף דחוי – לפי צורה זו, בנישואין עצמם אכן כל צד יהיה הבעלים של הרכוש שרשום על שמו, ורק כאשר הנישואין יפקעו אז עושים תהליך של התחשבנות. בתהליך ההתחשבנות עושים טבלה בה מחלקים את הרכוש בין הבעל לבין האישה ומשאירים בחוץ את הנכסים החיצוניים. מכאן עולה השאלה מה עושים עם פירות של נכס פרטי. יש דעות לפיהן טעם הפרי הוא טעם העץ ולכן אין שיתוף אבל ניתן לטעון שיש לבחון את הרציונל. אם אדם ירש מניות של חברה ושם אותן בבנק אז אכן טעם הפרי כטעם העץ. לעומת זאת, אם בן זוג עובד בחברה ומשביח אותה הנסיבות שונות ולכן מה שצמח במהלך הנישואין יהיה משותף. לפי מודל דחוי, בזמן הנישואין בני הזוג בעלים מוחלטים של הרכוש המשותף וכאשר יש פקיעה של הנישואין מסתכלים על ההפרש בין רכוש הצדדים כדי לעשות איזון (מי שיש לו יותר נותן למי שיש לו פחות ע"מ ליצור חלוקה שווה). אם יש למשל מצב של דירה שמשכירים אותה, אם הדירה הייתה דירה שבן זוג ירש גם דמי השכירות פרטיים. עם זאת, לכך יש חריגים. אם למשל יש עשר דירות ובן הזוג עובד בהשכרת הדירות הפירות יהיו משותפים. חריג נוסף הוא כוונת הצדדים, כאשר הדירה מתופעלת על ידי שני בני הזוג ושניהם תורמים למאמץ הרי שניתן לטעון שיש כוונת שיתוף.
   3. כאשר המחוקק יושב ומחוקק את חוק יחסי ממון אחת השאלות הדרמטיות היא לפי איזה מודל לעבוד. מצד אחד יש לו אינטואיציה שאומרת ששותפות לא רק אומרת שמקבלים את הרווח בסוף, אלא שגם בזמן הנישואין הניהול משותף. לכן אם רוצים ללכת עד הסוף עם הרציונלים של השיתוף המודל הנכון הוא של שותפות מיידית. מצד שני, יש כמה דברים שמפריעים למודל השותפות המיידית במשפחה. כאמור, במשפחה יש דינמיקה שיתופית ואין בעלות אינדיבידואלית, אך בכל זאת יש היבט בו רוצים לתת אוטונומיה של בני הזוג במהלך החיים שלהם. לכן יש איזושהי פשרה בין הביחד ללחוד לפיה עושים התחשבנות בסוף אבל במהלך חיי הנישואין כל אחד לעצמו. לכן גישה אחד שתומכת בדיחוי טוענת שגם בנישואין צריך סוג של אוטונומיה. גישה נוספת נשענת על עקרונות של קניין, באופן ספציפי מרשם. בקניין הטאבו מאוד חשוב מאחר שרוצים לדעת מול מי לעבוד כאשר עוסקים בנכס מסוים. הרעיון של מרשם בו בודקים מה הנכסים שרשומים על אדם קריטי לחיי המסחר. שיתוף מידי נוראי לעניין זה. ניתן לחשוב על סיטואציה בה בנק נותן הלוואה לאדם ומשעבד את הדירה שרשומה על שמו, וכשהבנק רוצה לממש את הנכס הוא צריך להתמודד עם בן הזוג של לוקח ההלוואה. ס' 4 לחוק יחסי ממון קובע שבמהלך הנישואין כל צד בעל של נכסים שרשומים על שמו ורק כשפוקעים הנישואין עקב גירושין או מוות עושים את ההתחשבנות. במקרה של מוות זה לא דיני ירושה, אלא מחלקים ראשית את הרכוש לפי חוק יחסי ממון ורק אז עוברים לדיני הירושה ומחלקים את מה שנשאר.
3. **סיכום סיבות לבחירה בשיתוף דחוי**
   1. עקרונות אינדיבידואלים – בנישואין צריך לשמר סוג מסוים של אוטונומיה.
   2. עקרונות קניין – המסחר נשען על רישום נכסים, ושיתוף מידי פוגע בעקרון הרישום.
4. **ביקורת על חוק יחסי ממון**
   1. חוק יחסי ממון יובא מגרמניה על-ידי אורי ידין. ייבאו מגרמניה את חוק יחסי ממון אבל שכחו לייבא מהם את דיני הגירושין. כשקובעים מנגנון שאומר שכדי לממש את השיתוף צריך שיהיו גירושין או מוות, זה אומר שאם מונעים את הגירושין מונעים גם את השיתוף. בגרמניה יש מודל של גירושין ללא אשמה, וזה אומר שצד שרוצה להתגרש יכול להביא לגירושין גם בלי שיתוף פעולה של הצד השני. לכן צד שלא רוצה להתגרש לא יכול למנוע את החלוקה. בארץ כאמור יש פערים בין גברים לנשים בעילות הגירושין ולגברים יש חלופות לגירושין. דיני הגירושין מקלים על הגברים לחיות בפירוד מבלי להתגרש. בהסתכלות על פסקי הדין כמעט בכולם האישה הייתה התובעת מאחר שרוב הכסף היה רשום אצל הגבר. אם גבר מסכים להתגרש המשמעות היא שהוא צריך לרשום צ'ק לאשתו. החיבור שיצר החוק בין השיתוף לבין הגירושין מוביל לתמריץ לגברים לא לפרק את הנישואין. בכך נוצר מלכוד 22 עבור הנשים. האישה צריכה לבחור בין מצב בו היא מתעקשת על הרכוש אבל לא מקבלת גט או מתעקשת על גט ובכך מוותרת על הרכוש. לכן ניתן לטעון שיש מנגנון השמדה עצמית בחוק יחסי ממון, מאחר שהוא בעצמו מוביל לכך שלא מחילים אותו.
   2. הרבה פעמים כשיש ביקורת על החוק היא מגיעה בעקבות מקרה קיצון בו החוק לא עובד. העניין הוא שפה זה לא מקרה קיצון מאחר שבכל מקרה בו אדם רוצה למנוע את החלת החוק הוא מתנגד לתת גט. זה בא לידי ביטוי בפס"ד קנובלר יעקבי (שני מקרים שאוחדו). העובדות פה מעניינות מאחר שהן מדגישות את חוסר הצדק.
   3. פס"ד יעקבי – יש לבני הזוג דירת מגורים בירושלים שרשומה על שניהם וחברת נדל"ן שרשומה על הבעל. הבעל מגיש תביעת גירושין, ובמקביל האישה מגישה תביעה לחצי מהחברה. מגיעים לבית הדין ואדון יעקבי מחליף עו"ד שאומרים לו שלא טוב לו להגיש תביעת גירושין. בבית הדין האישה אומרת שהיא מסכימה לגירושין. העו"ד של יעקבי אומרים שהוא מתחרט ורוצה שלום בית ולכן בית הדין קובע שיעשו דיון מחודש. בבית המשפט למשפחה, מול התביעה של גברת יעקבי לאיזון משאבים, מגיש אדון יעקבי תביעה לדחייה על הסף מאחר שזה רלוונטי רק בפקיעת הנישואין. למרות זאת יש כאן דבר שמפריע ליעקבי, והוא שהיא גרה עדיין בדירה. לכן הוא רוצה לעשות פירוק שיתוף על הדירה. הזכויות של האישה בחברה הם מכוח יחסי ממון בעוד שהזכויות של הגבר בדירה הם מכוח חוק קניין. לכן אדון יעקבי מבקש בבית הדין שלום בית, בבית המשפט האזרחי מבקש דחייה על הסף של איזון משאבים ובבית משפט שלום מבקש פירוק שיתוף על דירת מגורים. לפי החוק היבש, בכל שלושת התביעות הוא אמור לנצח.
   4. פס"ד קנובלר – גברת קנובלר היא מנהלת במסעדה בירושלים ואדון קנובלר הוא עו"ד. הם מתחתנים, בונים דירה על קרקע. לגבר יש מאהבת. הגבר מחליט לעזוב את המאהבת שלו לטובת מאהבת חדשה. המאהבת הישנה כועסת ומאיימת שאם הוא יעזוב היא תספר לאשתו. הגבר אומר למאהבת שהיא לא מאיימת מאחר שאין לו בעיה להתגרש הואיל והבית רשום על שמו. הוא עוזב את המאהבת הראשונה, המאהבת הראשונה מספרת לאישה, האישה מגישה תביעת גירושין. בבית הדין הגבר טוען שלום בית אך בית הדין לא מקבל מאחר שיש מאהבות, אבל אין כפייה. בבית המשפט המחוזי כשהאישה תובעת את הזכויות בדירה הוא מבקש דחייה על הסף. לפי הדין היבש לכאורה האישה אמורה לנצח אבל שני התיקים (יעקבי וקנובלר) מגיעים לעליון.
   5. טענות עו"ד הנשים בעליון – הדרמה הייתה להתגבר על הבעיה שיצר חוק יחסי ממון. לנשים יש עו"ד מאוד יצירתיים ויש להם שלוש טענות יצירתיות שאמורות לעזור לנשים במקרים אלו. הטענה הראשונה היא הטענה של **סימולטניות**. לפי טענה זו, יש כפל מבצעים, ומי שהתחתן עד 1974 חלה עליו רק חזקת השיתוף ומי שאחרי חל עליו גם חזקת השיתוף וגם חוק יחסי ממון. טענה זו מאוד חלשה. חוק יחסי ממון פחות מקיף מהחזקה, ולכן לא ברור מה כבר יכלל בחוק. כמו כן, ברור שהחוק ניסה להחליף את החזקה. הטענה השנייה היא **הקדמה חילונית של מועד האיזון**. לפי טענה זו, את המילה גירושין בחוק יחסי ממון מפרשים לא כגירושין דתיים. לצורך חוק יחסי ממון קובעים קריטריונים חילוניים למועד (למשל פרידה). מחפשים קריטריונים שמראים שהקשר התמוטט ולא מחכים לגירושין הדתיים. אם מסתכלים מבחינת החוק היבש מדובר בטענה אקטיביסטית. בישראל גירושין משמע שהזוג גרוש הלכתית, לכן בעיה להגיד שלצורך החוק זה נקרא גרוש, מצד שני מבינים את המוטיבציה. טענה שלישית היא שנשארים במתחם הדתי ואומרים שגירושין הם מושג דתי אבל לא מתעקשים על קבלת הגט אלא **שניתן להסתפק בחיוב גט (הקדמה דתית)**. זה רלוונטי רק לקנובלר, אבל זה לא חזק במיוחד.
   6. קביעת העליון – הטענה הראשונה מאומצת ע"י שני שופטים אבל נדחית ע"י שלושה. הטענה השנייה מאומצת ע"י שופטת אחת ונדחית ע"י ארבע. הטענה השלישית מאומצת ע"י שני שופטים אבל נדחית ע"י שלושה. בכך כל הטענות נדחות. עם זאת, ההחלטה הסופית היא שגברת קנובלר תקבל חצי מהדירה ושגברת יעקבי תקבל חצי מהעסק. מה שקרה הוא חיבור של עמדות השופטים ביחס לכל הטענות. השאלה היא מה התקדים המחייב, השורות או הטורים. לפי השורות טענות הנשים לא אמורות להתקבל, אך לפי הטורים הן מתקבלות אבל מנימוקים שונים בכל שופט. מצא הוא שופט של פעם, שהולך לפי החוק. יתר השופטים מבינים שלא הגינוי שיש חוק שסותר את עצמו, אבל לא מצליחים לשכנע אחד את השני מה כן לעשות. לכן הם מתווכחים ולא מצליחים לשכנע אבל מגיעים לאותה התוצאה. התוצאה היא שהם עוזרים במקרה הקונקרטי אבל לא בעתיד. לראיה שנה אח"כ מגיע מקרה דומה לבית המשפט למשפחה בירושלים והתביעה נדחית על הסף.

|  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| **טענה** | **שמגר** | **דורנר** | **שטרסברג** | **טל** | **מצא** |
| **סימולטניות** | V | V | X | X | X |
| **הקדמה דתית** | X | X | V | V | X |
| **הקדמה חילונית** | X | X | V | X | X |
| **תוצאה קנובלר** | V | V | V | V | X |
| **תוצאה יעקבי** | V | V | V | X | X |

1. **תיקון חוק יחסי ממון**
   1. עולה השאלה למה המחוקק לא מתערב, אם נוצרה תקלה חקיקתית למה שהמחוקק לא יתקן את זה. כאן נכנס עקרון הסטטוס קוו, ברגע שחוק יחסי ממון נוגע לדברים דתיים לא נוגעים בו ולכן לא ניתן לשנות אותו. זה מעט אבסורדי מאחר שבעת חקיקת חוק יחסי ממון המפלגות הדתיות התנגדו אליו, אך מאז שנחקק הן מסרבות בתוקף לשינויו.
   2. במשך 22 שנים חוק יחסי ממון נשאר על קנו, ואז ב-2007 הוגשה הצעה לתיקון חוק יחסי ממון. רצו לשנות את החוק, והיו שתי אסטרטגיות לשינוי. דרך אחת, יבוטל חוק יחסי ממון ואז חוזרים לחזקת השיתוף. ליפשיץ התנגד: 1. עקרונית: שהמדינה לא נותנת חוק ברור לאלו שמתחתנים. 2. מודל השיתוף המיידי יש לו בעיתיות גם מול חיי המחסר וגם בעובדה שכל צד בכל רגע נכון יכול לפרק את השותפות זה לא נכון גם מבחינה אזרחית. ועל הרקע הזה עלתה אופציה נוספת. האופציה הזו אומרת לקחת את טענת שטרסנברג כהן ולהוסיף לחוק יחסי ממון קריטריונים חילוניים. קבעו שלוש אופציות: 1. פרידה של שנה (מתוך השנה האחרונה לפחות תשעה חודשים הם חיים בפירוד); 2. הגישו תביעה וחלפה שנה (רוצים לתת לאנשים זמן "להתבשל" ורק אחרי שהם עומדים בתביעה שלהם לתת להם פירוק השיתוף); 3. אלימות או מסקנה של ביהמ"ש שהקשר הרוס וממוטט. אלו שלושה קריטריונים שהצעת החוק מציעה שאם הם יקרו אפשר להקדים את מועד פירוק השיתוף.
   3. הייתה ביקורת על ההצעה הזו שהיא עלולה לגרום לכך שכל הגטים שינתנו יהיו גט מעושה, מתוך תפיסה שלא יהיה ניתן לשחזר את שלום הבית לאחר חלוקת הרכוש. ש"ס לא רצו שזה יתקבל, אבל בין חילופי הממשלות של אולמרט ונתניהו עוברת הצעת החוק בקריאות כנדרש, והתיקון נכנס לתוקף (ש"ס לא התנגדו כי הם הבינו שבסופו של דבר התיקון לחוק לא כזה נורא). למעשה, לפי התיקון של חוק יחסי ממון ניתן למנוע מקרים כמו קנובלר ויעקובי מאחר שגם אם ימנעו את הגירושין עדיין ניתן יהיה לחלק את הרכוש. בכך נוצר הניתוק בין הגירושין הדתיים לבין הגירושין הכלכליים, ונקבע שדיני הגירושין עדיין דתיים אבל לצורך חלוקת הרכוש יש קריטריונים אזרחיים.
   4. התיקון קורה ב-2008 והוא מחזיר את חוק יחסי ממון. עד התיקון החוק לא מיושם מאחר שכאמור היה בו מנגנון של השמדה עצמית. דווקא ההחזרה של החוק לחיים חושפת עוד פער בין החוק לבין חזקת השיתוף (פער שהיה קיים תמיד רק שהוא לא השפיע מאחר שהחוק לא יושם). מבחינת היקף הנכסים שכלולים בשיתוף, חוק יחסי ממון מצד אחד לא כולל את ההבחנה בין משפחתי לעסקי ובין פנסיה למשכורת אבל עומד על ההבחנה בין נכסי מאמץ משותף לבין נכסים חיצוניים (ירושות, מתנות, נכסים לפני הנישואין). זה דומה לדור השני של חזקת השיתוף, ואז נוצר פער מאחר שחזקת השיתוף כבר חיה בדור שלוש (ולפעמים גם דור ארבע). בעצם הפסיקה צריכה ללכת אחורה ולהגיד שהיא חוזרת לפס"ד לידאי לתקופה בה הפסיקה עדיין עשתה הבחנה מאוד חזקה בין נכסים חיצוניים לנכסי מאמץ משותף. כאן הפסיקה עומדת בדילמה שמאוד מאפיינת את המשפט הישראלי והיא עד כמה להתייחס למחוקק ברצינות. האם לוקחים את החוק כהמלצה ולהמשיך לפעול בהתאם לדור 3 או להתאים את הפסיקה למחוקק. כאן נכנס הנושא של השיתוף הספציפי מכוח הדין הכללי.

**שיתוף ספציפי מכוח הדין הכללי**

1. כדי להבין את הרעיון של שיתוף ספציפי מכוח הדין הכללי צריך ללכת אחורה.
2. **פס"ד קנובלר יעקבי** – כזכור, במקרה זה לא נוצרה הלכה, למרות שרוב השופטים הגיעו לאותה התוצאה. היו שופטים בבתי משפט למשפחה שאמרו שפס"ד זה לא שינה כלום. לעומת זאת היה שופט אחד שפסק לפי הלכת קנובלר בלי להסביר למה. בנוסף, היו עוד שופטים שקראו את הפס"ד ומצאו קטע מדבריה של שטרסברג-כהן שסייע להם. שטרסברג כאמור לא קיבלה את טענת הסימולטניות. ניתן להסתכל על מצב בו יש זוג שהתחתן לאחר 1974, היחסים ביניהם טובים והם רשומים יחדיו על דירה. הזכויות שלהם בנכס אינן מכוח חזקת השיתוף (מאחר שהתחתנו לאחר 1974) ואינן מכוח חוק יחסי ממון (מאחר שמדובר בשיתוף דחוי). במקרה זה הזכויות של בני הזוג בדירה מגיעות מדיני הקניין. ניתן גם להסתכל על מקרה של הסכמה על רכוש כמו רכב, ואז הזכויות מגיעות מעקרונות של דיני החוזים. כזכור, בקנובלר הם קנו את הדירה במהלך הנישואין, אמנם קנובלר רשם את הדירה על שמו אבל הצדדים הבינו שמדובר בדירה משותפת. לכן גברת קנובלר יכולה לטעון שאמנם הדירה על שמו אך מכוח דיני החוזים הדירה שייכת גם לה. עם זאת, גם אם גברת קנובלר תשכנע שההבנה שלה ושל בעלה הייתה שהדירה תהיה משותפת, יגידו לה שעסקאות במקרקעין טעונות כתב. לכן אם היא הולכת לפי דיני משפחה אז מדובר בחוק יחסי ממון על דרישותיו, ואם לפי דיני קניין וחוזים נדרש כתב. לכן שטרסברג מציעה זכות מכוח דיני קניין וחוזים עם "הנחה" של משפחה. משמע, בגלל שזו משפחה ובמשפחה אנשים לא מקפידים על הכתב, **ניתן להצמיח את הזכות מדיני הקניין והחוזים ולהכיר בהסכמה לא כתובה**. זה מזכיר את הדור הראשון של חזקת השיתוף, מאחר ששם לא דובר על תפיסה של צדק אלא על כוונת הצדדים. הצדדים לא כתבו את השיתוף אבל הם התכוונו לכך מתוקף היותם משפחה. מכאן צומח הרעיון של שיתוף ספציפי מכוח הדין הכללי. זה אוביטר של שטרסברג שהתייחס לנכס שנרכש במהלך הנישואין, אבל שופטי המשפחה מתחילים להשתמש בזה וזה מה שמחייה לאט-לאט את השיתוף. ניתן להסתכל על מקרה זה כמערכה הראשונה של שיתוף ספציפי מכוח הדין הכללי, בה מוכנים לתת שיתוף על נכסי מאמץ משותף אם מראים כוונה.
3. **פס"ד אבו רומי**
   1. בחור שמתגרש מאישה. הייתה לו דירה לפני הנישואין, והאישה דורשת חצי מהדירה. הם התחתנו אחרי 1974 ולכן חל חוק יחסי ממון, שאומר שזה נכס פרטי. לכאורה מקרה קל, אבל העו"ד של האישה מגיע וטוען שהוא לא תובע מכוח החוק. אם הוא היה תובע מכוח החוק אכן לא הייתה זכות לאישה, אבל הוא תובע מכוח שיתוף ספציפי מכוח הדין הכללי. ניתן לטעון שלפעמים דווקא לגבי נכס מלפני הנישואין יהיה יותר קל לטעון שהכוונה הייתה לשיתוף. אם למשל קנובלר טוענת שהכוונה הייתה שהדירה תהיה משותפת, ניתן יהיה לשאול איך קרה שהדירה רשומה רק על שם הבעל. ברגע שמישהו נכנס לקשר עם דירה שרשומה רק על שמו, ניתן לטעון שלא רוצים להתעסק עם שינוי המצב המשפטי אך שברור שהמצב הוא שהדירה משותפת. במקרה ההוא שטרסברג מקבלת את הטיעון העקרוני, רק לא במקרה הזה. עקרונית נכון שיכול להיווצר שיתוף ללא כתב, אבל היא לא רוצה לשנות את החוק. שטרסברג לא קיבלה את טענת הסימולטניות, ולכן לא חלה חזקת השיתוף ולא מספיק להראות רק כוונה. מאחר שפועלים בהתאם לחוק נדרש דבר מה נוסף ע"מ להראות שאכן התכוונו לשתף. פס"ד אבו רומי פתח כבר לפני 2008 פתח לתבוע מכוח חוק יחסי ממון בהסתמך על כוונה. השאלה היא כמה ניתן להחיל את הלכת אבו רומי על נכסים חיצוניים, ובכך ניתן לחלק את הפסיקה לשלושה.
   2. לפי הגישה הראשונה נכס מלפני הנישואין צריך להישאר של הבעלים למעט הקריטריונים של שטרסברג-כהן (השקעה משמעותית של הצדדים בנכס). למשל, עצם העובדה שעושים מאמץ משותף לבנות על הקרקע מראה שמעוניינים לשתף הכל. חשוב לציין שאין כאן חזקות, זה לא קורה אוטומטית וצריך להביא הוכחות רציניות. זו הגישה המצמצמת.
   3. הגישה השנייה אומרת שבעקרון שטרסברג צודקת ומכיוון שיש את החוק נדרשות הוכחות אמיתיות של דיני חוזים וקניין רגילים (לצד הנחה של הכתב). עם זאת, במצבים מסוימים (נישואין ארוכים, ראשונים, יחסים טובים) נוצרת חזקה של כוונה לשיתוף ואז הנטל מתהפך. בשלב הזה, מי שרוצה להגיד שבני הזוג חיו יחד 20 שנים ושיתפו הכל אבל הוא לא התכוון לשתף את הדירה צריך להביא לכך הוכחות.
   4. הגישה השלישית היא גישה שמאוד דומה לחזקת השיתוף דור 4. יש פס"ד של השופט יוסף שפירא שאומר שבדירת מגורים אם הכנסת מישהו ביטאת כוונה של שיתוף. ניתן לטעון שמתייחסים לחוק כהמלצה בלבד. ברירת המחדל במצב זה היא שיתוף, ומי שיטען שלא התכוון לשתף ישאלו אותו למה הוא לא עשה הסכם לפיו אין שיתוף. שופטים אחרים לא קיצוניים כמו שפירא אבל יש כמה וכמה שופטים (למשל רובינשטיין) שאומרים שצריך להרחיב את השיתוף.
   5. יש דוגמאות בפסיקה לכל אחת מהגישות וזה יצר הרבה בלגן. על רקע הבלגן הזה מגיע פס"ד אלמונית נ' פלוני.
4. **פס"ד אלמונית נ' פלוני**
   1. פס"ד של דנציגר, עמית וזילברטל. במקרה זה היה זוג שחי יחד וגרו בדירה משותפת. הדירה הייתה רשומה על שם הבעל והם תכננו לקנות נכס חדש במקום הדירה הנוכחית. הבעל הבטיח לאישה שהם יקנו דירה אחרת. הזוג נפרד בשלב מסוים לתקופה ארוכה וחזר לחיות יחד על רקע ההבטחה שהם יקנו דירה חדשה. האישה טענה שהיה מאמץ משותף בדירה אך ביהמ"ש לא השתכנע בכך. ביהמ"ש השלום קובע שיש הסכמה ולכן מגיע לאישה חצי מכוח שיתוף ספציפי מכוח דין כללי. המחוזי הופך את ההחלטה וקובע שלא הייתה הסכמה.
   2. דנציגר מחדש את עצם הרעיון של שיתוף ספציפי וטוען שהוא קיים. הוא מציג את שלושת הגישות שצמחו בעקבות אבו רומי. הוא דוחה את הגישה השלישית מאחר שזה שינוי קיצוני של החוק. את הגישה השנייה הוא משאיר בצריך עיון אבל זה עדיין נראה לו אקטיביסטי מדי. הוא תומך בגישה הראשונה, ולכן נדרשות הוכחות קונקרטיות שמראות על הסכמה. חוק יחסי ממון הוא ברירת מחדל, והוכחה תעזור להראות שיש כוונת שיתוף. העד שסיפר על ההסכם בין הבעל לאישה הייתה הוכחה מספיקה מבחינתו.
   3. עמית מקבל את עמדת דנציגר אבל מתייחס לסוגייה העקרונית. הוא קובע מבחנים שונים. הוא מבחין בין מתנות וירושות לבין נכס מלפני הנישואין וקובע שנכס מלפני הנישואין יותר פשוט לקבוע שיש כוונת שיתוף. מחינת עמית יש מגוון של פרמטרים שעל סמך אותם הפרמטרים קובעים האם יש כוונת שיתוף. הפרמטרים שלו דומים לפרמטרים של הגישה השנייה. עמית לא מזכיר במקרה זה את המבחן המשפחתי קישורי אבל בבג"ץ הבגידה הוא מזכיר אותו. עמית לא עושה את זה כדיכוטומיה, משמע זה לא שנישואין ראשונים כן ונישואין שניים לא אלא ככל שאלו נישואין ראשונים יותר נוטים לשתף. אם ליישם את זה במקרה הנוכחי לכאורה התוצאה צריכה להיות שזה לא משותף. הנישואין קצרים, היחסים לא היו טובים, לא הייתה אווירה שיתופית. למרות זאת, הוא מתחיל בזה שהוא מסכים לדנציגר וקובע קריטריונים להמשך.
   4. זילברטל חולק על דנציגר עקרונית. עם זאת, הוא טוען שגם אם הוא היה חושב כמו דנציגר הוא היה מגיע לתוצאה אחרת. גם לפי השיטה המצמצמת לא צריך להגיע לשיתוף. לדעתו הלוגיקה של דנציגר לא טובה. דנציגר כאמור הסתמך על הראייה של השיחה בין בני הזוג לגבי הרישום המשותף, אבל לא נאמר בשיחה זו איך החלוקה תראה (אולי זה לא יהיה חצי-חצי). בנוסף, הם בסוף בפועל לא קנו דירה חדשה. משמע, גם אם מתבססים על עדות הידיד, הידיד לא אמר שזו התוצאה. זילברטל הולך לפי הגישה השנייה ובודק את תנאי הסף. הוא קובע שלא היו יחסים קישוריים ולכן לא מתקיימים תנאי הסף שמאפשרים שיתוף.
   5. בשורה התחתונה לא נוצר הרבה סדר מהפס"ד. מצד אחד יש את זילברטל שאומר שהוא בגישה השנייה, יש את דנציגר שאומר שהוא בגישה הראשונה ועמית שהרטוריקה שלו מהדהדת את הגישה השנייה אבל היא לא ברורה. לכן לא ברור מה עמדת הרוב פה, האם עמדת דנציגר או זילברטל. מבחינת התוצאות זה עוד יותר לא ברור, מאחר שדנציגר קבע שצריך ללכת לגישה המצמצמת אבל הוא היחיד שהפך את השופט המחוזי והחליט לקבל את השיתוף. דנציגר ביקש לצמצם וזילברטל ביקש להרחיב, אבל בתוצאה דנציגר החליט לקבל את השיתוף בעוד שזילברטל לא קיבל את השיתוף. לכן כיום אותו הבלגן נשאר ושופטים קובעים לפי כל שלוש הגישות.
   6. פס"ד זה מציף סוגיות על היחסים בין אקטיביזם שיפוטי בשיקולי וודאות לבין אקטיביזם בשיקולי הגינות.
5. **בין וודאות להגינות**
   1. שיקולי וודאות – בד"כ יש דילמה לגבי אקטיביזם שיפוטי כמה לגיטימי שביהמ"ש יסטה מהחוק, ובהרבה מאוד מקרים אחת ההצדקות של מי שמתנגד לאקטיביזם שיפוטי היא שיקולי יציבות וודאות. עם זאת, מדובר בשתי שאלות שונות, יש שאלה אחת לגבי אקטיביזם של ביהמ"ש ושאלה אחרת של יציבות וודאות לעומת שק"ד ביהמ"ש. ניתן להסתכל על השופט שפירא, שמשנה את ברירת המחדל. אם העליון היה מקבל את עמדת שפירא, אמנם ניתן לטעון שזה חוסר צדק כלפי מי שזה נקבע במקרה שלו אך ניתן גם להגיד שמעתה יש וודאות. אנשים ידעו שמי שלא עשה הסכם שהדירה לא משותפת ישתף את הדירה. אם היו מקבלים את הגישה השנייה זה היה פחות ודאי מאשר שפירא אבל כן היה סוג מסוים של וודאות מאחר שמנסים להגדיר פרמטרים ברורים. בא דנציגר ואומר שהוא לא רוצה להיות אקטיביסט, אבל המחיר הוא שכל מקרה יהיה לגופו. כל פעם בוחנים את הראיות הקונקרטיות של המקרה הספציפי. אנטי-אקטיביזם במקרה זה לא מוליך ליותר וודאות אלא ליותר שיקול דעת של הערכאות הנמוכות. לכן הטענה שאקטיביזם מוביל לאי-וודאות ואנטי-אקטיביזם מוביל לוודאות לא תמיד מבוססת. זה עלול להוביל למרוץ לתחתית, מאחר שברגע שאין קריטריונים ברורים שביהמ"ש מגדיר כל שופט יוכל לקבוע לפי תחושת הבטן שלו האם יש ראיות מספיקות לכוונת שיתוף (ולראיה לדנציגר הספיקה העדות של הידיד).
   2. שיקולי הגינות– אם חוזרים לרציונלים של מאמץ משותף, מוצאים שרציונל המאמץ המשותף הוא רציונל שיש הגיון לכפות אותו על צדדים שלא עשו הסכם אבל שהשקיעו מאמצים יחד (**מאמץ משותף**). לעומת זאת, אם יש בני זוג שלא ניתן להראות שהם ראו עצמם כיחידה אחת, וברור שיש נכס אחד שהוא של צד אחד, אין שום בעיה בזה שהנכס הזה יהיה של אותו הצד. אם יש בן זוג שהביא נכס מלפני הנישואין ולא השלה את הצד השני (הבהיר בפניו שהנכס הוא פרטי שלו), אין בעיה לקבוע שזה נכס פרטי. לא הוגן לכפות עליו הסכם שהוא בעצם לא התכוון אליו (**העברת מידע**). הטיעון לפיו בן זוג היה בבית ולכן הוא שייך לו הוא טיעון של זכות. טיעון ההסתמכות אומר שאי אפשר להגיד אחרי 40 שנים שהחנות היא של בן זוג אחד אם הצד השני עבד בה כל השנים כעסק משפחתי (**הסתמכות**). כאן ישנו טיעון שלישי, והוא טיעון המסכנות (**הטיעון הסוציאלי**). נניח שגברת אבו רומי גרה בבית מלפני הנישואין ושהבעל אומר לה שהנכס שלו, אם מרגישים אי נוחות כלפי זה צריך לראות מה הסעד המשפטי. יכול להיות שלגברת אבו רומי יש טיעון חזק והיא תגיד לבעלה שהוא הלך ופיתח קריירה כשהיא נשארה בבית, ולכן מגיע לה חצי מאחר שזה שהיא נשארה בבית אפשר לו לפתח קריירה. בגלל שהיא גידלה ילדים היא לא פיתחה קריירה, ולכן בפירוק השיתוף מגיע לה חלק. אם זה נכון, זה נכון גם לזוג שחי בשכירות, ולא יכול להיות שהסעד יהיה אותו הדבר אם הם חיים בוילה של ארבע קומות ואם הם חיים בצריף. הטיעון הסוציאלי הוא טיעון מאוד בעייתי מאחר שצריך לבסס אותו ולהסביר מה בסוף מגיע לבן הזוג. אם בסוף אישה שחיה בשכירות תקבל אפס, אישה שחיה בוילה תקבל חצי מיליון ואישה שחיה בצריף תקבל אלף ניתן להגיד שאין קשר בין הטיעון לבין התוצאה. הטיעון הסוציאלי כשלעצמו לא משכנע, אבל מי שהוא כן משכנע אותו צריך להתאים לו סעד. שיתוף ספציפי הוא לא סעד שמתאים לטיעון הזה. לעיתים מהטיעון הסוציאלי צריך להגיע לטיעון נוסף שכן מאפשר סעד, לדוגמה לחזור מהטיעון הסוציאלי למאמץ המשותף ולהבין שיש נכסים שלא לקחו בחשבון (הבעל פיתח קריירה בזכות התרומה של האישה, ולכן יש פה מאמץ משותף שהנכס שצמח ממנו הוא הקריירה).

**חלוקת הון אנושי**

1. **פס"ד אובריאן** – רופא בהתמחות מתחתן עם אחות, ומקים איתה משפחה. בשלב מסוים הוא זקוק לה יותר בבית עם הילדים מאשר בעבודה, ולכן היא מקטינה את העבודה שלה לחצי משרה. הוא גומר את ההתמחות כמנתח ורוצה להתגרש מאשתו. האישה אמורה לקבל את מה שנצבר במהלך הנישואין, אבל לא באמת נצבר משהו במהלך הנישואין (הם היו נשואים 8 שנים והכל יצא על הילדים, חיו בשכירות). מה שנצבר במהלך הזמן הזה הוא ההכשרה שלו כמנתח. יש כאן בעיה קשה כי מצד אחד יש פה מאמץ משותף, שבזכותו יש למנתח יכולת להרוויח. מצד שני איך אפשר לחלק את תעודת המנתח. כזכור, לינור ויצמן (פמיניזם ליברלי) מעוניינת בגירושין ללא אשמה. היא בודקת את התוצאות הכלכליות של הגירושין ורואה ירידה משמעותית ברמת החיים של הנשים ועלייה ברמת החיים של הגברים ומגלה שהנכס המרכזי שמתפתח במהלך הנישואין הוא כושר ההשתכרות של הגבר ואותו לא מחלקים. איך קורה שביהמ"ש, שבנה את חזקת השיתוף בצורה כל-כך מפוארת, נעצר דווקא בנושא של ההון האנושי. בחו"ל ביהמ"ש קיבל את הטענה במקרה של אובריאן אבל ביתר העולם המערבי לא עושים את זה. עם זאת, ביתר העולם המערבי יש שני כלים שאין אותם בארץ. כלי אחד הוא מזונות אחרי פרידה. מזונות אחרי פרידה הם בפועל כלי לחלק רכוש מאחר שלוקחים משכורת שמקבלים לאחר הגירושין ומחלקים אותה. דבר שני הוא שבארץ הכל בינארי, אם יש שיתוף זה חצי-חצי ואם אין זה אפס. הכלי השני הוא לתת יותר מחצי מהרכוש כדי להגן על בן הזוג שאין לו את ההון האנושי. בשל כך המצב בארץ מאוד בעייתי.
2. המשפט הישראלי דוחה את הטענות של חלוקת הון אנושי וכן חסר את הכלים שעוזרים במקרים כאלו (סטייה מ-50/50 ומזונות אחרי פרידה). אם לוקחים את הרציונלים של השיתוף (מאמץ משותף, הסתמכות, המשפחה כיחידה) כולם נכונים גם לגבי ההון האנושי. כעת בודקים מה הנימוקים שמופיעים בפסיקה בהם טיעון זה נדחה. יש שני טיעונים לא משכנעים ושניים שגורמים לחשוב (לא שוללים חלוקת כושר השתכרות אבל מובילים למסקנה שיש למצוא כלי מדויק לטובת כך).
3. **טיעונים לדחיית חלוקת הון אנושי**
   1. טיעון פורמליסטי – כשמחלקים רכוש עוסקים בקניין (דירה, רכב וכו'). כושר השתכרות זה לא קניין (לא נופל תחת הגדרות שונות של קניין כמו היכולת למכור את הקניין). לכן לפי המבחנים המקובלים של מה זה קניין הון אנושי וכושר השתכרות זה לא נכס. טיעון זה מאכזב מאחר שהוא לא עומד בקנה אחד עם פרשנות תכליתית. לא צריך להישען על הגדרה אחת של קניין אלא להתאים את המונח קניין לחוק הרלוונטי. אולי בחוקים רבים הון אנושי לא נחשב נכס אבל אם בודקים את רציונל חוק יחסי ממון ייתכן שיש להתייחס להון אנושי כקניין (למשל באובריאן זה נשען על מאמץ משותף).
   2. ספקולטיביות – איך אפשר לדעת כמה אדם ירוויח. אדון אובריאן הולך להגיש תביעת גירושין לאחר ההתמחות, אין לדעת כמה הוא ירוויח בעתיד. טיעון זה חלש וגם מרגיז. אם אדון אובריאן בדרך להגשת תביעת הגירושין היה נדרס, אחד מהרכיבים המרכזיים בתביעתו הייתה כושר השתכרות. אם היה לו עו"ד טוב הוא לא היה בוחן את המשכורת שלו כמתמחה אלא דורש את המשכורת שהוא יכול לקבל על רקע זה שהוא מנתח בוגר מוסד אקדמי כזה או אחר. בנזיקין לא שוללים כושר השכרות בגלל ספקולציה ולכן לא ברור למה בדיני גירושין שוללים את הרכיב הזה.
   3. בעיית הפילוח בין הכישרון האישי לבין התוספת שמקורה במאמץ המשותף – למשל באובריאן הוא התחתן כבוגר קולג' וכשהוא מתגרש הייתה לו תעודת מנתח. ביהמ"ש בחן את המשכורת שלו כבוגר קולג' ומה המשכורת הממוצעת של בוגר התמחות כמנתח וההפרש הוא הפער בכושר ההשתכרות. אדון אובריאן יטען שגם אם הייתה לו משכורת של בוגר קולג' אבל הוא התקבל ללימודי רפואה אלו כישרונות שהיו לו לפני הנישואין. לא כל ההפרש הוא תוצר של הנישואין. כאן דיני נזיקין לא יושיעו מאחר שדיני נזיקין מסתכלים על העתיד ושואלים כמה מישהו צפוי להרוויח, לא מעניין אותם לפלח את זה לכישרון אישי והשבחה במהלך הנישואין. אם לוקחים ברצינות את הרעיון של כושר השתכרות כנכס צריך למצוא מכניזם שייתן לאדם קרדיט על הכישרון של עצמו. בלי זה נוצרת תוצאה מטורפת לפיה כלום לא שייך לאדם בעצמו והכול תוצר של הקשר. זה אתגר ראשון בלקחת ברצינות את כושר ההשתכרות כנכס. הפתרון של פס"ד אובריאן הוא פתרון לא הוגן לאדון אובריאן שמתעלם מהכישרונות שלו. הסכום שיצא שצריך לחלק הוא סכום מטורף לכן אדון אובריאן התפטר והכריז על עצמו כפושט רגל. לכן בני הזוג עשו הסכם סודי בו הגיעו לסכום הרבה יותר נמוך אבל כדי שהעו"ד של גברת אובריאן יקבל את התהילה הכניסו תנאי לחוזה שהוא יישאר סודי. כמו כן, ניתן לטעון שצריך לפלח משכורת לשלוש: המשכורת שנובעת מהכישרון, המשכורת שנובעת מהמאמץ המשותף, המשכורת שנובעת מהתקופה שלאחר הנישואין (אדם התגרש ואז התקדם בדרגה, התוספת של הדרגות האלו לא צריכות להיכנס לחישוב).
   4. בעיית המימוש – נניח שפתרנו את בעיית הפילוח ומצאנו נוסחה להבחין בין כושר ההשתכרות הטבעי לבין התוספת. נניח שמישהו מרוויח 100,000 שקלים ושמהותית 30,000 שקלים זה ביטוי הכישרון שלו ו-70,000 שקלים זו הצמיחה שהייתה בנישואין. לכן יוצא שבמשכורת שנתית 65,000 מגיע לו ו-35,000 מגיע לה (מחלקים את ה-70,000 לשניים, חצי נשאר אצלו וחצי עובר אליה). עולה השאלה כמה שנים עושים זאת. לפי אפשרות אחת (שהיא האפשרות הכי אנליטית) המשמעות היא שהוא יעביר לה 35,000 שקלים על כל שנה שנשאר לו לעבוד עד הפנסיה. למעשה רעיונית, מכל משכורת שהאיש יקבל, 35,000 שקלים זה ביטוי של ההשבחה של היכולות שלו שנעשתה תוך כדי הנישואין. אם לוקחים ברצינות את ההיבט הקנייני זה אומר שכרגע הנכס הוא 70,000 שקלים לשנה עד הפנסיה, אם נשארו 10 שנים עד הפנסיה זה אומר 700,000 שקלים ולכן 350,000 שקלים לאישה. ניתן להגיד שאפשר לשלם בבת אחת את כל הסכום לאישה ולקנות את חלקה אבל בפועל פורסים את התשלומים. כשפורסים את זה על פני 10 שנים פורסים את החוב הקבוע. באופן עקרוני, אם לוקחים את הרעיון של כושר השתכרות כקניין, התוצאה הייתה צריכה להיות שאחרי שמחליטים מה מגיע לאישה מחליטים על סכום ספציפי ופורסים אותו. טכניקה זו של הגדרת הסכום כסכום קבוע שרק ניתן לפרוס לתשלומים בעייתית משתי סיבות. היתרון של הדרך הזו הוא שהיא הכי מבטאת את העקרון הקנייני. בעיה אחת קורית כשאותו אדם לא באמת מרוויח את הכסף הזה בעתיד. עובדים לפי ממוצעים אבל זה לא אומר שדווקא אותו האדם יקבל את השכר שלו לפי הממוצע. לכאורה זה דומה לטיעון הספקולטיביות. עם זאת, בנזיקין יש ביטוח וחברת הביטוח משלמת לאנשים כך שהסטטיסטיקה מתיישרת. כשאומרים לאדם אחד לשלם כל חודש 40,000 שקלים בגלל הממוצע ובפועל הוא מרוויח 20,000 שקלים הסטטיסטיקה לא עוזרת לו. הבעיה השנייה היא יותר עמוקה. נניח לצורך הדיון שניתן להרוויח את הממוצע, אבל בשלב מסוים רוצים לעשות שינוי מקצועי. למעשה אומרים לאדם שבגלל שהוא רכש פוטנציאל השתכרות הוא משועבד למקצוע בו הוא עבד ביום הגירושין. מכאן צומחת בעיית המימוש, איך מממשים את זה. אם קובעים תג מחיר פוגעים באלו שלא יצליחו להרוויח את מה שציפו מהם וכן באלו שלא ירצו להרוויח את מה שציפו מהם. לכאורה ניתן לפתור את שתי הבעיות באמצעות שינוי השפה בה מדברים. במקום לנקוב סכום נוקבים אחוז מסוים מתוך השכר שמייחסים אותו למאמץ המשותף, ובכך מאפשרים למי שרוצה לעבור מקצוע ולזה שמרוויח פחות מהממוצע לעמוד בהתחייבות. עם זאת, ביישום שיטת אחוזים נוצרת בעיה חדשה של תלות. למרות שבני הזוג התגרשו צריך כל שנה לחשב את המשכורת ולבדוק את ההפרש. זה יוצר בעיות של תמריצים (לכל צד יש תמריץ להעלים הכנסות, לא למצות פוטנציאל הכנסות, להצהיר שהם החליפו מקצוע). כמו כן, זה יוביל להתחשבנויות שונות לאור שינויים בהכנסות של בני הזוג. אם אישה לא הרוויחה בזמן הנישואין וכעת היא מרוויחה הבעל יבוא ויטען שמגיע לה פחות. מטרת המשפט היא לנתק את הזיקה בין בני הזוג, ולכן לא עוזר ליצור שותפות לאחר הגירושין.
4. במאמר חזקת השיתוף ליפשיץ התלבט בסוגייה הטכנית ובסוגייה המהותית. אם המשפט לא יכיר בכושר השתכרות כנכס מאמץ משותף הוא פוגע עמוקות בעקרונות הליבה של המאמץ המשותף והשווין המהותי. בה בעת, אם לוקחים את כושר ההשתכרות ומחליטים שזה מחולק כנכס קנייני, כל הרעיון של אוטונומיה אישית נפגע פעמיים, פעם אחת בהתכחשות לכך שיש לאדם כישרונות אישיים ופעם שנייה ביכולת להיפרד. לכן ליפשיץ שם על השולחן את נושא כושר ההשתכרות, הציג את הטיעון למה צריך לחלק, דחה את הטיעונים למה לא צריך לחלק, הסביר את הבעיות ולא הגיע לשורה תחתונה. לא היה מודל איפה תהיה הפשרה. בשלב ההוא (2004-2005) ליפשיץ הציג את זה כאתגר הבא שיש להתמודד עמו. ליפשיץ הציג את המאמר בכנסים של שופטים והם התלהבו מהחלק הראשון הנוגע לדורות חזקת השיתוף מאוד אבל פחות מהחלק השני העוסק בכושר השתכרות. היה שופט שנכח בדיון על כושר השתכרות אבל לא בחלק שהציג את הבעיות בחלוקת כושר השתכרות. אותו השופט פסק במקרה שהגיע אליו כי יש לחלק כושר השתכרות בתשלומים עיתיים. מוגש ערעור למחוזי ובמחוזי מאשרים את התוצאה בשינוי טכניקה. במקום תשלום עיתי קובעים סכום חד פעמי. אז זה מגיע לעליון בפס"ד על ההון האנושי.
5. **פס"ד הון אנושי**
   1. בני זוג שהתחתנו לפני 1974. השופט בעליון עושה מהלך דומה למה שלמדנו. הוא מנמק בצורה מאוד חזקה למה הרציונלים של חזקת השיתוף חלים בכושר השתכרות ודוחה את שני הטיעונים הראשונים שמתנגדים. לגבי טיעון הפילוח הוא אומר שצריך לחשב מה התוספת ולנטרל את הכישרון האישי, אך הוא לא אומר איך לעשות זאת. לגבי בעיית המימוש, ובאופן ספציפי ניתוק בני הזוג, נקבע לתת לאישה חלק יותר גדול בדירות המשותפות ובכך משחררים את בני הזוג. גם אם הוא מרוויח פחות או יותר פותרים את זה בחלוקה הראשונית. משמע לא ברור איך מנטרלים את הכישרון האישי ואיך קובעים את הסכום החד-פעמי. כאן מגיעה הבעיה בפס"ד. בקריאת העובדות רואים שהמחזור של הבעל שהוא רו"ח הוא 700,000 שקלים. בד"כ עסק כזה שווה כמה מיליונים, בפועל ביהמ"ש נתן לאישה 200,000 שקלים. אם הבעל מרוויח 600,000 לשנה, זה אומר שתוך שלושה חודשים הוא משלם לאישה את החוב. האיש בן 56. אם לוקחים ברצינות את החלק התיאורטי של הפס"ד לא ברור איך הגיעו שהוא משלם לה רווחים של 4 חודשים כשנשארו לו לעבוד 10 שנים. מה שקורה בפס"ד לדעת ליפשיץ הוא שקשה לשופטים לכתוב בסימני שאלה, הם צריכים לקבל הכרעה. את סימני השאלה השופטים מחביאים. לכן ברמה התיאורטית זה פס"ד של סימני קריאה, אבל בפועל הוא נותן משכורת של רבע שנה כשאת כל הפיתוח הבעל עשה במהלך הנישואין.
   2. פס"ד זה הוא מ-2007 והוא מכניס את הפרקטיקה לבלגן. נניח שמייצגים אישה של שותף גדול במשרד עו"ד והם מתגרשים בגיל 55. הוא מרוויח סכום יפה כל שנה ויש פס"ד שאומר שכושר השתכרות הוא נכס. לכן בחישוב סביר במקרה דומה ביהמ"ש יכול לתת מיליונים שנגזרים מהרטוריקה של ביהמ"ש. מצד שני השותף ישאל את העו"ד שלו מה הסכום הגבוה ביותר שביהמ"ש פסק והוא יגיד לו 200,000 שקלים. הטווחים יוצרים בעיה גדולה ולכן פס"ד יוצר בלבול. יש פער בין הרטוריקה שאומרת שכושר ההשתכרות הוא נכס לבין התוצאה בפועל של 200,000 שקלים. רואים גם בפועל שבתי המשפט נטו לא לחרוג מ-200,000 שקלים במקרים דומים. חשוב לזכור שפס"ד זה עוסק בחזקת השיתוף.
6. **תיקון חוק יחסי ממון**
   1. ב-2008 היה תיקון לחוק יחסי ממון והוא ברובו עוסק בנושא של האפשרות לממש את חוק יחסי ממון בזמן שהצדדים עוד לא התגרשו. כאמור, החוק לא מנוסח בצורה שיטתית כי מאמינים שהוא לא יעבור. זו הצעת חוק פרטית ולכן אין גיבוי של מומחים והניסוח הוא ניסוח אד-הוק שעבר במחטף. תוך כדי שמציעים את ההצעה רוצים להתייחס לשאלת כושר ההשתכרות וההון האנושי. כאן יש התלבטות בין כמה מסלולים. מסלול אחד הוא להכניס להגדרת נכס בס' 5 את כושר ההשתכרות, ההון האנושי וכו'. אם היו עושים את זה היו לוקחים את הלכת אובריאן ומכניסים אותה לחוק יחסי ממון. לכאורה זה מה שנגזר מדברי השופט ריבלין בפס"ד פלונית בהקשר של הפנסיה, מה שמחליטים ששייך לנישואין אין עליו שיקול דעת. ברגע שמחליטים שחלק מסוים מההון האנושי שייך לנישואין אין שיקול דעת ויש לחלק אותו. מסלול שני הוא לכתוב במפורש שנכס לא כולל הון אנושי וכושר השתכרות.
   2. מה שהתקבל בפועל הוא מצד אחד לא להכניס תוספת לס' 5, אבל להגיד ביחס לס' 8 לחוק (סעיף שמאפשר לחרוג מחלוקת 50/50 של הנכסים הממשיים) שהיכולת לחרוג מחלוקה של 50/50 מטרתה להביא לידי ביטוי את הפער שיש בכושר השתכרות. המחוקק מרשה לביהמ"ש להכניס את כושר ההשתכרות כחלק משיקול דעת.
   3. דוגמה – נניח שיש זוג שיש להם דירה ששווה מיליון שרשומה על שם הבעל. לבעל יש כושר השתכרות ששווה 600,000 אבל הוחלט ש-400,000 מתוך זה המשותף. משמע מיליון משותפים שרשומים על שם הבעל בדירה וכן 400,000 משותפים במשכורת עתידית. אם היינו עובדים לפי ס' 5 (היה כתוב במפורש שכושר השתכרות הוא משותף) היה צריך להכניס את ה-400,000 לתוך סך הנכסים המשותפים ולקבוע שעל הבעל להעביר לאישה 700,000 שקלים (500,000 על הדירה ו-200,000 על השתכרות). אם משתמשים בס' 8, ביהמ"ש יגיד שהוא נותן לאישה 70% מהדירה. ז"א המתמטיקה אומרת שמי שמתרשם מהחלוקה הקניינית ומי שחושב שאפשר לפתור את בעיית החישוב והמימוש לא לקחנו לו פה שום דבר. הדבר היחיד שלקחנו זה שלא מכריחים את ביהמ"ש. בעצם שופט שאהב את החלוקה הקניינית וחשב שהון אנושי הוא נכס יגיע לאותה התוצאה באמצעות שיקול הדעת שיש לו בס' 8. במקום לחלק את המיליון 50/50 הוא יחלק אותם 70/30 ויגיע לאותה התוצאה. זה נכון מתמטית בכל מקרה בו ההון הממשי הוא יותר גדול מההון האנושי. הבעיה נוצרת במקרה בו ההון האנושי גובר על ההון הממשי. למשל אצל אובריאן יש 10,000 דולר שנצברו במהלך הנישואין לעומת 500,000 דולר שהוא אמור להרוויח. בעבודה לפי ס' 5 כותבים את ה-500,000 בתוך הטבלה של החלוקה ומחלקים גם אותם. בעבודה לפי ס' 8 זו בעיה מאחר שהדבר היחיד שישתנה הוא החלוקה של ה-10,000. המקסימום שביהמ"ש יכול לעשות הוא לתת לאישה את כל ה-10,000. לכן חוק יחסי ממון לא מנוסח טוב. לפישיץ בספרו מנסה להסביר למה גם במקרה כמו אובריאן אפשר לחלק את ה-500,000. הטענה שלו היא שאם לפי פס"ד פלונית נכס כולל השתכרות, ההגדרה של ס' 5 לא שונתה (היא לא אמרה למעט הון אנושי) ולכן את ה-500,000 אפשר להכניס לא רק דרך ס' 8 אלא גם דרך ס' 5. על טענה זו ניתן להקשות ע"י כך שהמחוקק מאפשר שיקול דעת לחלק בס' 8 ולכן אין שיקול דעת לחלק בס' 5. לכך יש לליפשיץ שלוש תשובות. תשובה אחת היא שלא הגיוני שבמקרה הכי פרדיגמטי המחוקק לא ייתן לחלק הון אנושי ולכן חייבים פרשנות יצירתית. תשובה שנייה היא שס' 8 אומר לביהמ"ש שהון אנושי רשאים לחלק ולא חייבם לחלק. זה לא אומר שהטכניקה היחידה היא ס' 8 אלא ניתן גם דרך ס' 5. החידוש של ס' 8 היא שאפשר לא לחלק ושיש לביהמ"ש שיקול דעת. תשובה שלישית היא שס' 8 לא מדבר על תוספת לכושר ההשתכרות אלא על פערים בכושר ההשתכרות. מבחינה קניינית בס' 5 צריך לחלק את התוספת. לכן הטענה היא שאת התוספת מחלקים דרך ס' 5 ופערים אחרים יש לגביהם שיקול דעת של ס' 8.
   4. **בפועל (במבחן או בחיים)** אם מקבלים מקרה שבו ההון הממשי יצא יותר גבוה מההון האנושי ניתן להגיד שאם ביהמ"ש ירצה לחלק את ההון האנושי בצורה קניינית הוא יכול להגיע לכך בצורה פשוטה דרך ס' 8. לעומת זאת, אם מקבלים מצב בו ההון הממשי נמוך מההון האנושי, אז לפי הלשון המפורשת של החוק ניתן לכאורה לחלק רק את ההון הממשי בצורה שסוטה מ-50/50. אז ניתן לכתוב שלפי ליפשיץ ניתן עדיין לחלק (מהנימוקים שצוינו לעיל) ושזה לא הוכרע בעליון. היו שני פסקי דין בביהמ"ש למשפחה, באחד מהם אימצו את עמדת ליפשיץ ובשני דחו אותה.
   5. דוגמה 2 – יש דירה שרשומה על שם שני בני הזוג בשווי 2,000,000. יש חברה של הבעל בשווי 500,000. לבעל כושר השתכרות של מיליון. מכאן השאלה היא האם מכניסים למשחק רק נכסים שצריך לאזן אותם (ואז ההון הממשי נמוך מההון האנושי מאחר שכוללים רק את החברה שרשומה על שם הבעל) או את כלל נכסי המשפחה (ואז ההון הממשי הוא 2.5 מיליון). שאלה זו נדונה ויש עמדות שונות ביחס אליה.
7. **פתרונות לחלוקה קניינית של הון אנושי**
   1. באותם מצבים בהם אפשר לחלק (למשל כשיש יותר הון ממשי מהוון אנושי), אם רוצים לחלק חייבים לתת את הדעת על הסוגיות (פילוח וניתוק הקשר).
   2. פתרון לפילוח – בדיני נזיקין למדנו על ילד שנפצע בטיול של החברה להגנת הטבע. רצו לתת פיצוי לפי ממוצע והמשפחה הראתה שהילד עתיד להרוויח הרבה. פס"ד זה לימד שדיני נזיקין בודקים לפי פוטנציאל ולא רק לפי השתכרות בפועל. בניגוד לביהמ"ש באובריאן שהשתמש בדיני הנזיקין באופן מוטעה, לא צריך להפחית משכורת מלפני הנישואין ממשכורת של אחרי הגירושין. אם הולכים לפי דיני נזיקין צריך להפחית מה דיני נזיקין היו משלמים לשותף במשרד שהיה נדרס ממה שהיה מרוויח אדם שהתקבל ללימודים אם היה נדרס. הפער יהיה יותר קטן. דיני הנזיקין יכולים לתקן את בעיית הפילוח. המשכורת בפועל לא מבודדת את הכישרון, אבל דיני הנזיקין יודעים לבודד פוטנציאל. בודקים מה היו דיני הנזיקין משלמים לאדם לפני הנישואין (מה שמסתמך על הכישרון שלו בלבד) ומה היו משלמים לו בזמן הגירושין (מה שמסתמך גם על המאמץ המשותף). עולה השאלה מה קורה במצב בו יש לאדם כישרון שמתפרץ בזמן הנישואין. כאן מתגלה בעיה בפתרון זה. אם הולכים לפי פתרון זה היו מייחסים את הכישרון הזה למאמץ המשותף. כאן הנוסחה לא תעבוד, היא תעבוד רק כשיש מספיק נתונים כבר בזמן הנישואין. ישנה עוד בעיה. נניח שיש יחידה צבאית שיש להם מיומנות בלזהות אנשים חרוצים ומבריקים שברור שאחרי שהתקבלו ליחידה הם ירוויחו 50,000. נניח שאדם התחתן כשהוא התקבל ליחידה והוא משתחרר ומרוויח 50,000. לפי הנוסחה הזו האישה תקבל 0. עו"ד הגבר יגיד שכושר ההשתכרות לא השתנה במהלך הנישואין מאחר שכבר בגיוס היה את הפוטנציאל של 50,000. הנוסחה הזו לא תעזור בלי מעורבות ידנית אבל היא נותנת הכוונה לא רעה.
   3. פתרון לבעיית המימוש – כאן יש פתרון לעשירים ופתרון לעניים. עשיר הוא מי שיש לו יותר רכוש ממשי לעומת ההון האנושי. במקרה זה כדי לאפשר להיפרד עושים מה שריבלין אמר וחושבים על סכום חד פעמי. במקום לחלק 50/50 נותנים לאישה חלק גדול יותר מההון הממשי. בעיה אחת בחלוקה זו היא בעיית ההיוון (הבעל מקבל את החלק שלו בעתיד במשכורת והאישה מקבלת אותו היום והיא יכולה להשקיע אותו). זו בעיה טכנית אבל יש בעיה יותר עמוקה. האישה מקבלת את הכסף היום בלי סיכון, היא לא צריכה לקחת את הסיכון שאולי היא לא תקבל את הסכום. לכאורה אין בעיה כי הבעל יכול גם להרוויח יותר. עם זאת, נכנס כאן המושג של שנאת סיכון, האישה מקבלת בוודאות את הממוצע בעוד שהבעל לוקח על עצמו סיכון שהוא יקבל פחות מהממוצע. לכן אם שופט הולך בקריטריון של סכום חד פעמי, בדוגמה של 500,000 הוא לא צריך לתת לאישה 250,000 אלא לתת לה סכום שנשען על כך שהבעל לוקח על עצמו את הסיכון. לכן **כשבוחנים ממוצע צריך לבחון גם את השונות**. אם יש ממוצע עם שונות גבוהה, צריך לעשות הפחתה מהחישוב בגלל העובדה שהבעל לוקח סיכון שהוא ירוויח פחות. עני הוא מי שיש לו יותר הון אנושי מרכוש ממשי. במקרה זה הולכים לתשלום קבוע אבל לא באחוזים (כדי לנתק את בני הזוג) ומוסיפים מכניזם שנקרא שינוי נסיבות. במזונות פס"ד אינו סופי וניתן לפתוח אותו בשינוי נסיבות. ברכוש פס"ד סופי, אבל ניתן לקבוע שביחס להון אנושי ניתן לחזור לביהמ"ש בשינוי נסיבות משמעותי. זה לא קיצוני כמו אחוזים שצריך לתקף בכל שנה אבל זה מאפשר לתקן חלק מהעיוותים.
8. בסופו של יום הון אנושי לא כלול בס' 5 אלא הוא בס' 8, לכן עולה השאלה אילו עוד כלים יש לביהמ"ש אם הוא לא רוצה לחלק את ההון האנושי בחלוקה קניינית.
9. **כלים לחלוקת הון אנושי**
   1. כאמור, הכלי הראשון הוא חלוקה קניינית. בנוסף לחלוקה קניינית יש חמישה כלים נוספים.
   2. סכום חד פעמי ואומדנה – ביהמ"ש יקבע סכום חד פעמי בהערכה כללית. בתי המשפט במהלך השנים לא רצו להיכנס לכל החישובים לכן נתנו סכום חד פעמי שביטא סוג של פיצוי לבן זוג שהרוויח פחות. ה-200,000 מהפס"ד הראשון קיבלו תוקף קדוש ולא עברו אותם. אפשר להבין את ההיגיון של ביהמ"ש שהוא לא רוצה לעשות דיונים ארוכים ולכן אם הוא מרגיש שיש חוסר צדק הוא נותן סכום חד פעמי.
   3. צמצום פערי השתכרות – הוצע ע"י ליפשיץ בהתבסס על מה שקיים באמריקה וקנדה. הטכניקה הזו הולכת אחורה לרעיון של כושר אנושי כנכס והיא אומרת שיש להסתכל פחות על הפלוס ויותר על המינוס. כדי להבין את הטכניקה הזו צריך להסתכל על סיפור פרדיגמטי. נניח יש מהנדס בן 30 שמתחתן עם סטודנטית למשפטים בת 23. בזמן הלימודים לתואר הראשון נולד להם ילד. האישה עושה את ההתמחות והם צריכים להחליט על המשך דרכם. הם חיים ברמה גבוהה וזה תלוי ברובו על שכר המהנדס. בהנחה שרוצים לגדל את הילדים אופציה אחת היא לחלק את גידול הילדים בין שני בני הזוג, מה שאומר שהבעל יצטרך למצוא עבודה פחות מתגמלת. עם זאת, האישה לא תוכל להשלים את ההכנסה שהם מפסידים מהעבודה הפחותה של הבעל. הם מחליטים בסופו של דבר שהאישה תלך למשרה חלקית והבעל ממשיך בעבודה שלו. כעבור כמה שנים הם מתגרשים. אם מסתכלים עליו אין לו תוספת לכושר ההשתכרות במהלך הנישואין. הוא הגיע לכושר ההשתכרות שלו לפני הנישואין, ומה שהוא הרוויח זה שהוא יכול להמשיך להשתכר באותו האופן וגם לגדל משפחה. מה שהיא הרוויחה זה תואר והכשרה. במקרה כזה לפי אובריאן יפסקו שהיא צריכה לשלם לו. הסתכלות אחרת תהיה לא על מה שהוא הרוויח אלא על מה שהיא הפסידה. בנישואין האלו הוא מימש את הפוטנציאל שלו והיא לא מימשה את הפוטנציאל שלה. יש מודל בארה"ב שאמר שלא מחלקים את כושר ההשתכרות אבל כן מנסים לתת פיצוי על הפסדי קריירה. במונחים של ניירות ערך הנישואין הם כמו אג"ח ניתן להמרה. אומרים לבן הזוג הבייתי שאם הוא נשאר עם בן זוגו הוא שותף שלו, אבל אם ייפרדו הוא לא יוכל לקבל את הרווחים אבל לפחות פיצוי על ההשקעה (כולל הפסדים בקריירה של מי שנשאר בבית). בארה"ב אמרו שבמקום לבדוק כמה כל אחד הרוויח בכניסה וביציאה יש להסתכל רק על נקודת היציאה. בודקים מה הפער ונותנים נוסחה שאומרת שכמה שנים אחרי הפרידה זה שמרוויח יותר יצטרך לתת אחוז מהמשכורת שלו לזה שמרוויח פחות. אחוז השנים האלו יהיה פונקציה מסוימת של שנות הנישואין. בארץ יש כאלו שקוראים למודל זה רבע על רבע, רבע מהפרשי המשכורת לרבע מהזמן שהיו יחד. יש מקומות שבהם משתמשים ביותר שיקול דעת, נותנים אחוז מסוים גבוה על שנים בו היו ילדים קטנים ואחוז קטן יותר על שנים בהן לא היו ילדים קטנים. נותנים לביהמ"ש שיקול דעת לקחת בחשבון עד כמה היה באמת הפסד קריירה ועד כמה לא היה ולמעשה אחד מהם היה יותר מוכשר. העקרון במודל זה הוא שלא מתחילים לחשב מה היה הפוטנציאל לפני ואחרי אלא מקפיאים את נקודת הגירושין וקובעים שזה שמרוויח יותר משלם לזה שמרוויח פחות, כשהתקופה בה צריך לשלם נגזרת מכמות השנים שבני הזוג היו יחד. ליפשיץ הציע מודל זה כאופציה ויש בתי משפט למשפחה שניסו לאמץ גרסאות מסוימות שלו.
   4. להתעלם מהפערים בכושר השתכרות – נניח יש עורכת דין צעירה במחלקת בג"צים שפוגשת מתמחה של אחד משופטי העליון. הם מתחתנים ונוסעים יחד לעשות תואר שני בארה"ב. היא עושה תואר שני בתחום כלכלי-מסחרי ואחריו נשארת לעבוד באחד המשרדים שם והוא עושה דוקטורט בתחום תיאורטי של המשפט והופך להיות מרצה. כשהם חוזרים לארץ הם חיים חיים שוויוניים יחסית. כשהם מתגרשים היא בדיוק קיבלה הצעה יפה להיות יועצת משפטית של בנק מסוים עם משכורת של 70,000 שקלים לחודש. הוא מתקבל למשרת הרצאה ומקבל 25,000 שקלים. בהסתכלות על פערים בפוטנציאל השתכרות עכשיו היא צריכה להעביר לו בגישה הקניינית 50% מהמשכורת. עם זאת יש כאן כמה עיוותים. אחד הוא שהפער הוא לא תוצר של הנישואין. הגבר כנראה התחבר יותר לתיאוריה של המשפט, הוא העדיף חיים אקדמיים. עולה השאלה איך מתחשבים בפערים הללו. ליפשיץ כתב על כך וטען שבגלל המיוחדות של ההון האנושי זה צריך להיות יותר סעד שביושר ולא נכס שמחלקים בכל מקרה ומקרה. זה צריך להיות כאשר נוצרו פערים משמעותיים בין בני הזוג וכאשר הפערים הללו הם תוצר של החלטות שקשורות לנישואין. באו בתי המשפט והשתמשו בטיעון זה כדי להפוך את החריג לכלל, הם קבעו שרק במקרים חריגים במיוחד יש לחלק את כושר ההשתכרות (כאשר יש פערים דרמטיים בכושר ההשתכרות). באמצעות זה הם כמעט רוקנו מתוכן את ס' 8. זה מהלך מאוד בעייתי וליפשיץ בספרו מתח על כך ביקורת, בטענה שצריך למתן אותם. יש פס"ד של השופט שילה בהם הוא אמר שאלו לא מקרים חריגים, הגם שזה לא בכל מקרה במקרה. לכן כיום יש התעוררות מחדש של הנושא הזה. בסוף צריך לשים לב שיש קו בפסיקה שמנצל את זה שזה שיקול דעת כדי לקבוע שהמקרה לא חריג מספיק ולכן לא צריך לחלק כושר השתכרות. יש קבוצה אחרת של שופטים שלכאורה עושים מהלך הפוך אך במהות גם הם יוצאים מאותו המקום.
   5. יציאה שווה מהנישואין – שיטה זו אומרת שס' 8 הוא סעיף שנועד ליצור שוויון בין אנשים שחיו יחד ולייצר תחושת צדק, וכאן מכניסים לפול מה שרוצים (גם ירושה שעתידים לקבל ניתן להכניס כדי להוביל לנקודת יציאה שווה מהנישואין). גישה זו לדעת ליפשיץ טועה באותה הטעות של הגישה הקודמת. הבעיה של שתי הגישות האלו היא שהן לא מבינות שחלוקה של כושר השתכרות היא לא פגיעה בזכויות קניין, מאחר שסוטים מחלוקה של 50/50 כדי לעמוד על זכויות הקניין של בן הזוג שמרוויח פחות. לא עושים פשרה בזכויות קניין אלא נותנים ביטוי עמוק לזכויות הקניין גם ברכוש האנושי. לעומת זאת, כאשר אומרים למישהו שלוקחים לו חלק מהירושה כן פוגעים לו בזכות לקניין. יש פסיקה של העליון, עוד לפני התיקון לחוק, שאומרת להיזהר בשימוש בס' 8 כי פוגעים בזכויות קניין. חלק מהשופטים שמתעלמים מכושר השתכרות מצטטים את ההזהרה הזו אבל הם לא מבינים שכשביהמ"ש מדבר על זה הוא מדבר על מי שפועל לפי יציאה שווה מהנישואין. לכן מי שנוקט ביציאה שווה מהנישואין צריך להגביל עצמו למקרים מצומצמים מאוד (למשל אדם נכה ללא יכולת שצריך למצוא לו סעד זמני וחריג). צריך לעשות את ההבחנה בין שימוש בס' 8 כדי להתחשב בכושר השתכרות, שזה הסטנדרט שמטרתו לממש זכויות קניין, לבין השימוש בס' 8 כדי להתחשב בשיקולי צדק תוך פגיעה בזכויות קניין.
   6. מזונות משקמים – אחד מהכלים הנוספים להתמודד עם מסכנות הוא מזונות משקמים (לאחר הגט). זה לכאורה סותר את זה שמזונות ילדים צולחים את הגט ומזונות אישה מפסיקים עם הגירושין. ניתן לחשוב איך נותנים מזונות משקמים לאחר הגט. דרך אחת לעשות זאת היא באמצעות קל וחומר מתוך נישואין אזרחיים וידועים בציבור. ידועים בציבור מקבלים מזונות גם לאחר הפרידה (לינדורלן ובני נוח). ניתן אולי לטעון שגם בנישואין דתיים חייבים מזונות אישה לפי דין דתי עד הגט אבל מכוח קונסטרוקציה חוזית אם הייתה הסתמכות כלכלית גם אחרי הפרידה יש מחויבות מסוימת לתקופה קצרה. כזכור, כשדיברנו על שיתוף ספציפי מכוח דין כללי אמרנו שכל מני שופטים משתמשים בשיתוף הספציפי בשביל אותו בן זוג מסכן שאין לו איפה לחיות. בנושא זה דנציגר ביקר את הקשר בין הטיעון הסוציאלי לבין הסעד של השיתוף הספציפי. פה יש את תמונת הראי. במקרה הזה, אם חושבים שלאדם יש אחריות לבן הזוג שלו לאחר הגירושין צריך להסביר למה יש אחריות. במהלך הדיון הזכרנו למה יש אחריות (למשל בדיון הקנייני לא מדובר בחסד אלא יש לבן הזוג חלק בהשתכרות). עם זאת, ניתן לטעון שגם טיעון מוסרי מתאים פה. למרות הגירושין לא ניתן להתעלם מבן הזוג ויש אחריות לאדם שהיה סוג של בשרך בזמן הנישואין. זו תפיסה שאפשר להתווכח איתה, אבל אז הסעד של המזונות צריך להתאים אליה. אם יש אדם שהייתה לך אחריות כלכלית כלפיו, למרות שהתגרשתם יש אחריות נמשכת לתקופה מסוימת. זה סעד אחר לגמרי מסעד של חלוקת הון אנושי. ליפשיץ הציע את זה בכמה מאמרים. בפס"ד מזונות שעסק בסיטואציה של אישה שסירבה להתגרש למרות שבית הדין המליץ להתגרש, ביהמ"ש למשפחה עשה מהלך אקטיביסטי ואמר שאם היא מסרבת להתגרש עקרון תו"ל לא יאפשר לקבל מזונות. בעליון התפצלו לשלוש. ברק-ארז אומרת שלא אמורים להתערב לבית הדין בסמכותם. אין סמכות לביהמ"ש להגיד לאישה שהיא חסרת תו"ל כאשר הסמכות לבית הדין לעסוק בגירושין. בניגוד אליה, רובינשטיין וזילברטל בשאלה העקרונית חושבים שאפשר להלביש את עקרון תו"ל האזרחי על הדין הדתי. עם זאת הם עדיין מתפצלים. רובינשטיין מניח במשתמע שכשאישה חיה בפירוד הרבה זמן אין סיבה שהיא תסרב להתגרש ולכן הוא מקבל את מה שעשה ביהמ"ש למשפחה ומפסיק לה את המזונות. זילברטל אומר שעקרונית הוא מקבל שאפשר לעשות זאת אבל לא בכל מקרה. כאן סוגרים מעגל, כי רואים שהשופט לא נתן לה את ס' 8. אם היו נותנים לה את ס' 8 היא לא הייתה צריכה את המזונות, ואז אולי זה לא לגיטימי שהיא תסרב. אבל אם הרכוש היה קטן והיא לא קיבלה חלק יותר גדול בגלל ההון האנושי אז ממה האישה תחיה. דבר אחד ברק-ארז כן עשתה טוב פה, באוביטר היא אמרה שבמצבים מסוימים צריך לתת לאישה במצב כזה מזונות משקמים אחרי הגט. זו נקודה חשובה וכאן ברק-ארז פותחת את הפתח לכלי של מזונות אחרי פרידה גם בנישואין דתיים.

**הסכמי ממון**

1. **הקדמה** – במדינת ישראל היחס ליחסי הרכוש של בני זוג הוא יחס של שיתוף. תחילה זה בא לידי ביטוי בהלכת השיתוף ובהמשך באמצעות חוק יחסי ממון. למעשה, במערכת הרכושית בין בני זוג נפרצים באופן קבוע כל הכללים המשפטיים שאנחנו מכירים אותם ביחס לאנשים רגילים. לדוגמה, שני אנשים רגילים שיגורו יחד באותה הדירה, גם אם יגורו יחד 100 שנים, ביהמ"ש לא יקבע לגביהם שהם מכוונים לשיתוף. לא תהיה הפרה של כללי הקניין. בבני זוג רואים כל הזמן ריכוך של הנורמות. גם ביחס להסכמים צריך לשים לב לאותו המבנה של התנהלות. נוסחת המסגרת של חוק יחסי ממון בארץ היא שיתוף. לא שואלים את בני הזוג האם הם מעוניינים לשתף. לעומת זאת באירופה הבחירה בשיתוף היא פוזיטיבית, כלומר כאשר זוג מתחתן רושם הנישואין שואל אותם האם הם מעוניינים לשתף או להפריד. לצד זאת, בארץ ניתן לעשות הסכם ממון. העובדה שחוק יחסי ממון חל על בני זוג לא אומרת שכל יתר החוקים לא חלים עליהם (דוגמה לכך היא שיתוף ספציפי מכוח הדין הכללי). לכן חשוב לזכור שיש תחולה סימולטנית של חוק יחסי ממון ושל שאר החוקים.
2. **סעיף 3 לחוק יחסי ממון**
   1. סעיף זה מנוסח באופן מעט מוזר. הוא יוצא מנקודת הנחה שבני הזוג עשו הסדר ביניהם ביחס לממון. אם הם לא עשו זאת, אז יראו אותם כמסכימים להסדר איזון משאבים. לא אומרים שהחוק חל לגביהם אלא אומרים שיראו אותם כמסכימים להוראות חוק יחסי ממון. במילים אחרות ניתן לטעון שרואים את חוק יחסי ממון כהסדר ברירת מחדל שחל. עולה השאלה למה בחרה המדינה בניסוח זה. התשובה היא שניתן לדון ביחסי הרכוש בבתי דין, וכדי שהם יוכלו לדון לפי חוק יחסי ממון צריך להציג אותו בצורה של הסכם, הואיל ולפי הדין הדתי ניתן להסכים על עניינים שבממון.
   2. ס"ק (ב) קובע שבני זוג שלא ביקשו אימות של הסכם ממון לפי סעיף זה, יסביר להם רושם הנישואין לפני עריכתם את תכנו ומשמעותו של ס"ק (א). משמע הוא אמור להסביר לזוג שחוק יחסי ממון חל לגביו ואת המשמעות שלו. בפרקטיקה אף אחד לא עושה את זה. מצד שני, יש הנחה משפטית שרואים אדם כמכיר ומבין את החוק ולכן קשה לטעון שאם לא הסבירו אז החוק לא חל. היה אדם שהגיש תביעה ייצוגית על בסיס זה שלא מבצעים את השלב של ההסבר. התביעה נדחתה מאחר שלא עמדה בתנאים של תביעה ייצוגית.
3. **סעיף 1 לחוק יחסי ממון**
   1. מסביר מהו הסכם ממון. הסכם ממון הוא הסכם בין בני זוג **המסדיר יחסי ממון** שביניהם. הוא צריך להיות בכתב וגם השינוי שלו צריך להיות בכתב. כאמור, החוקים הכלליים חלים ביחס לבני זוג. כלומר, בני זוג, שיש להם איזה הסכם, הוא לא בהכרח צריך להיות הסכם ממון. בני זוג יכולים לעשות הסכם אחר ביניהם (לדוגמה, הסכם מתנה).
   2. מהו הסכם ממון – בני הזוג **שרעבי** עשו ביניהם הסכם של הענקת זכויות מהבעל לאישה, והם לא אישרו את ההסכם. מעבר לכך, זמן קצר לאחר חתימת ההסכם הבעל מתחרט וגברת שרעבי מיד תובעת אותו. ביהמ"ש העליון (בן פורת) שואל עצמו מתי מגדירים הסכם כהסכם ממון ומתי מגדירים הסכם כהסכם רגיל. נקבע שהסכם ממון נקבע בהתאם לתוכן. כאשר ההסכם נוגע לפקיעת נישואין אז זה הסכם ממון. אם מדובר בהסכם רגיל שלא צופה פני פקיעת נישואין הוא הסכם רגיל. **בפס"ד נחמני** מדובר על זוג שהיו להם בעיות פוריות. הם הקפיאו את הביציות של האישה. הם נפרדים והוא הולך עם היכולת להביא ילדים כשלה אין את היכולת. היא רוצה לעשות שימוש בביציות והוא לא. האישה טענה שביניהם יש הסכם, ושאם היא הייתה יודעת שזה מה שיקרה היא לא הייתה נותנת את הביציות. השופטים לא מאפשרים לעשות שימוש בביציות המופרות. עם זאת, שטרסברג-כהן לא דוחה את הטיעון, אכן מדובר בהסכם אך הגירושין הם סיכול ולכן אין הצדקה לאכוף אותו.
4. **סוגי הסכם ממון**
   1. הסכם קדם נישואין – כשאנשים עומדים להתחתן הם עושים הסכם ממון (האופטימיים). הסטטיסטיקה מדברת על 5% שעושים הסכמים כאלו. בפרקטיקה לא נוהגים לכלול הוראות שמתייחסות למהלך החיים המשותפים. הסכם ממון אמור להסדיר מה קורה בפקיעת הנישואין ולא את חיי בני הזוג.
   2. הסכמי גירושין – זוג שמתגרש עושה הסכם שמגדיר את חלוקת הרכוש בפקיעת הנישואין (המיואשים).
   3. הסכמים במהלך הקשר – המתנדנדים. יש שני מצבים בהם הסכמים כאלו נכרתים. או שיש אירוע כלכלי דרמטי בחיי הנישואין או שיש אירוע רומנטי במהלך הנישואין (הסכם שלום בית לחילופין גירושין שלוקח בחשבון את האפשרות שהזוג יתגרש).
5. **סעיף 2: אישור ואימות**
   1. הסכם ממון טעון אישור בית משפט לענייני משפחה או בית הדין הדתי. כמו כן, כל שינוי של ההסכם טעון אישור.
   2. באישור הסכם, ביהמ"ש צריך לראות שהצדדים הסכימו בהסכמה חופשית, שהם מבינים את ההסכם ואת תוצאותיו ושאלו אכן בני הזוג החתומים על ההסכם. כדי לבדוק האם מדובר בהסכמה חופשית בימה"ש שואל את בני הזוג. כדי לוודא שבני הזוג מבינים את המשמעויות והתוצאות של ההסכם יש מספר פרקטיקות. יש שופטים סבלניים שעוברים על הסעיפים ומוודאים הבנה, יש כאלו ששואלים את בני הזוג האם הם מבינים ויש כאלו שעוברים על עיקרים. בסוף השופט קובע שהצדדים הבינו והסכימו. ברמת ההיגיון, העובדה שהשופט שואל את הצדדים האם הם הסכימו לא באמת מעידה על הסכמה. אישה שסוחטים אותה מחוץ לאולם ביהמ"ש ברור שהיא תגיד לשופט שהיא מסכימה להסכם.
   3. אם מדובר בהסכם שבני הזוג חתמו לפני הנישואין או בשעת עריכתם ישנם שני גורמים נוספים שיכולים לאשר את ההסכם, רושם הנישואין ונוטריון. עולה השאלה למה יש הבדל בין הסכם לפני הנישואין לבין הסכם שנערך לאחר הנישואין. התשובה היא שבהסכם גירושין עוצמת העימות יותר גדולה. כמו כן, מאזן הכוחות משתנה. הרבה פעמים נעשה שימוש בנושא הגט בתור מינוף. חשוב לשים לב שהחוק לא דורש תקופת צינון בין חתימת ההסכם לבין הנישואין. לפני הנישואין זה גם כמה דקות לפני הנישואין (לראיה אפילו רושם הנישואין יכול לעשות זאת). כמו כן, הרף של האישור הרבה יותר נמוך, מאחר שמדובר בפקיד ולא בדיין או שופט. לכן יכול להיווצר מצב בו נוצר לחץ על בן זוג לחתום על הסכם או לבטל את הנישואין. בכך יש בעיה מאחר שהחוק לא דורש תקופת צינון כזו. עם זאת, עדיין יש דרישה לאשר את ההסכם מה שבאופן פרקטי לרוב יוצר תקופת צינון. בארה"ב, שם אין דרישה של אישור, היה מקרה בו בעל החתים את אשתו על הסכם ממון כשהם היו בדרך לחתונה (**סיימון**). כעבור 18 שנים הם התגרשו והוא השתמש בהסכם הממון כדי לחלק את הרכוש.
   4. אם ההסכם לא אושר לכאורה הוא לא תקף. השופט שמגר קבע שהסכם ממון שלא אושר אינו תקף. יש פס"ד של השופט סובל בירושלים הנוגע לבני זוג ידועים בציבור שהיה להם הסכם. ידועים בציבור לא נכללים תחת חוק יחסי ממון. היה להם הסכם הפרדת רכוש. לימים הם התחתנו, ובהמשך היה משבר. הם חיו בהפרדת רכוש במהלך השנים. בגירושין הבעל מגיע וטוען שיש הסכם ולכן צריך לפעול לפיו. האישה אומרת שההסכם לא תקף מאחר שהוא רלוונטי רק לתקופה בה הם היו ידועים בציבור. כמו כן, נטען שהחתונה היא ביטול בדיעבד של ההסכם ולכן גם בתקופה בה הם היו ידועים בציבור היה שיתוף. השופט סובל מסכים לטענות האישה וקובע שהנישואין אכן מבטלים את ההסכם. העניין הזה הגיע לעליון אבל הסוגייה נגמרה בפשרה. הדרישה בחוק לאישור היא דרישה מהותית.
6. **משפט משווה** – בצרפת (ובכל המדינות המושפעות ממנה) ההחלטה על שיתוף או היעדר שיתוף מסתכמת בסימון משבצת בטופס. היה מקרה בו בני זוג התחתנו, כשהיא הגיעה לקשר עם 3 מיליון יורו בעוד שהוא הגיע עם 300,000 יורו. האישה ביקשה לא לשתף. במהלך השנים הם ילדו חמישה ילדים. הכסף של האישה הכפיל את עצמו בעשר, בעוד שהכסף של הבעל הפך מ-300,000 למיליארד. מה שמפריד במקרה זה בין האישה לבין חצי מיליארד יורו זה וי קטן במשבצת. לגבר יש נכסים באירופה ובארץ. האישה ניסתה להגיש בארץ תביעות ביחס לכל הרכוש בארץ. הסיבה לכך היא שהיא יודעת שהנחת המוצא בישראל היא שיתוף. בצרפת לא יעלה על הדעת לפעול בניגוד להסכם, לכן לגבר הרבה יותר נוח בצרפת ולאישה הרבה יותר נוח בארץ. בארץ היה לא פשוט לשכנע את ביהמ"ש שמספיק הסימון במשבצת כדי לקבוע הפרדה רכושית.
7. **היעדר אישור** – הגבר אומר לאישה שהוא רוצה הסכם ממון לפני החתונה. האישה נעלבת אבל הגבר מתנה את החתונה בהסכם ממון. העו"ד של הבעל עושה הסכם ממון ומעביר אותו לאישה. האישה רואה את ההסכם ומלינה עליו. הבעל אומר לה שתעשה תיקונים. הם מתכתבים ומתקנים ומהר מאוד רואים שזה מעכב את החתונה. בסופו של דבר הגבר אומר לאישה שתנסח את ההסכם שמתאים לה. לפני החתונה בני הזוג חותמים על הסכם אבל לא מעבירים אותו לאישור. הם חיים כך שבע שנים. בתוך ההסכם האישה דורשת דברים שונים (כגון שיפוץ הדירה, קניית הגג מעל הדירה שלה בת"א, רכב וכו'). את הכל הבעל עושה. כשהם מתגרשים הוא רוצה להסתמך על ההסכם אבל האישה טוענת שהוא לא תקף כי לא אישרו אותו. השופטת ארבל דנה בתיק שלהם וזה מרגיז אותה. ניתן לטעון שכמו שדרישת הכתב מתרככת למול עקרון תו"ל (קלמר נ' גיא) כך גם דרישת האישור יכולה להתרכך למול חוסר תו"ל. כמו כן, ניתן לטעון שהאישה קיבלה את ההסכם בהתנהגות שלה (גמירת דעת), היה ביצוע בפועל של ההסכם וזה עוזר בהמשך. השופטת ארבל קובעת שההסכם תקף. על פס"ד זה מוגש ערעור למחוזי והשופט שוחט משאיר אותו. לכן, תיאורטית יכול להיות הסכם ממון שטעון אישור אבל לא אושר ועדיין הוא יהיה תקף.
8. **מעמד ההסכם לאחר האישור**
   1. לאחר אישור ההסכם, חלים עליו כל דיני החוזים. הוא עדיין כפוף לכל העקרונות המוכרים מדיני החוזים.
   2. כשביהמ"ש מאשר את ההסכם הוא נותן לו תוקף של פס"ד. יש לכך מספר השלכות. השלכה אחת היא שההסכם אכיף ברמת הוצאה לפועל (אין צורך להגיש תביעה ולבקש סעד אכיפה, ניתן מיד לאכוף). השלכה שנייה היא סוג של מניעות (**פס"ד קוך**) וקושי לשכנע בעילות ביטול כלליות (**פס"ד פגס**). פגס ממחיש עד כמה הגישה היא קשה. במקרה זה מדובר על בעל אלים שלא מוכן לתת גט לאשתו. הוא אומר לה שאם היא רוצה להתגרש היא צריכה לוותר על מה שמגיע לה. בני הזוג עורכים הסכם והאישה מסכימה ע"מ לקבל את הגט. לאחר קבלת הגט היא מנסה לעמוד על זכויותיה ומגישה תביעה לביהמ"ש. היא טוענת עושק, כפייה, פגמים ברצון. ביהמ"ש אומר שהאישה קיבלה את החלק שלה בעסקה (במקרה הזה גט) ושלא ניתן לקבוע שההסכם סוטה באופן קיצוני מגדר הרגיל. ביהמ"ש קובע למעשה שמשתלם לאישה לקבל גט מאחר שהחלופה היא אלימות הבעל. לכן ביהמ"ש לא מבטל את ההסכם. התוצאה בפועל היא שבתי המשפט ממעיטים לבטל.
   3. הביקורת של ליפשיץ היא שנוצר מצב אבסורדי בו אישור ההסכם, שנועד להגן על הצד החלש ולהבטיח שהצד החלש יקבל את הזכויות שלו, למעשה פוגע בצד החלש. הצד החזק מכריח את הצד החלש להסכים, ובהמשך כשהצד החלש מנסה לעמוד על זכויותיו הצד החזק משתמש בהסכמה שהייתה כדי להתגונן.
9. **סעיף 5(א)(3): האפשרות לערוך הסכמה בכתב**
   1. סעיף זה קובע שבני הזוג יכולים להסכים בכתב שנכסים מסוימים לא יכללו במסגרת איזון המשאבים. הם יהיו של אותו הצד אליו הם החליטו לתת אותם. פה לא נדרש אישור, רק צריך שבני הזוג יסכימו בכתב. בפס"ד שרעבי נאמר שכדי שמשהו יענה להגדרה של הסכם ממון צריך שהוא יהיה צופה פקיעת נישואין, ולכן לכאורה כל הסכם אחר (בין היתר הסכם לפי 5(א)(3)) לא טעון אישור.
   2. **בבג"ץ גמליאל** נבחנה השאלה מתי הסכם טעון אישור ומתי לא. שם הם מפנים שוב למה שנקבע בשרעבי ואומרים שיכול להיות מצב שיהיה הסכם בין בני זוג שלא יאושר ועדיין יראו אותו כהסכם תקף. הסכם הוא לא הסכם ממון כשהוא מתייחס לנכסים ספציפיים. גמליאל הוא לא ערעור, הוא בג"ץ, לכן מי שהכריע לפני כן זה בית הדין. לכן ניתן לשער שהסיבה שההסכם אושר במקרה זה ולא נחשב להסכם ממון היא שבג"ץ לא רוצה להתערב בקביעות של בית הדין הרבני.
   3. חולשת הקביעה "צופה פני פקיעת נישואין" – ניתן לטעון שכל הסכם הנוגע לרכוש של בני הזוג צופה פני פקיעת נישואין. חלוקת הרכוש בין בני הזוג רלוונטית רק במקרה בו הם נפרדים. רק כשמדובר בהסכם ספציפי, הכולל הוראות ספציפיות הנוגעות לנכס ספציפי אז ניתן להתגונן מאחורי ס' 5(א)(3). ככל שזה יותר ספציפי יותר קל לחסות תחת הסעיף.
10. **ידועים בציבור**
    1. הסעיף מדבר על בני זוג. לכאורה בני זוג זה לא ידועים בציבור. **בפס"ד \_\_\_** בני זוג מגיעים לאשר הסכם והשופט אומר להם שהם לא בני זוג. פס"ד לינדורלן הגדיר ידועים בציבור כבני זוג אבל לא דן בשאלה האם ידועים בציבור עונים להגדרת בני זוג בחוק יחסי ממון. **פס"ד זמר** דן בשאלה זו אבל העליון חומק מהבעיה ומוצא פתרון אחר. ברק מבין שאם הוא מגדיר ידועים בציבור כבני זוג זה יצור בעיה מול המפלגות הדתיות. ביהמ"ש לענייני משפחה פועל לפי חוק ביהמ"ש לענייני משפחה, שמאפשר לביהמ"ש לאשר הסכמים מכוח אותו החוק. אם ידועים בציבור רוצים לאשר הסכם בביהמ"ש אפשר לאשר אותו באמצעות חוק ביהמ"ש לענייני משפחה במקום באמצעות חוק יחסי ממון (מסלול עוקף). ניתן לטעון שמדובר פה במהלך הרבה יותר דרמטי, מאחר שהוא מגדיר ידועים בציבור כמשפחה.
    2. עולה השאלה למה ידועים בציבור ירצו ללכת לאישור ביהמ"ש. סיבה אחת היא הכרה של המדינה בזוגות ידועים בציבור. זה הופך להיות תחנת כניסה לקשר. סיבה נוספת היא מתן תוקף של פס"ד, מה שיוצר הקלה באכיפה ומניעות. סיבה שלישית היא פסיכולוגית, אנשים מרגישים שאם שופט אישר את ההסכם שלהם יהיה קשה לטעון לבטלות ההסכם.
    3. בשורה התחתונה, גם אם ההסכם לא אושר הוא תקף. עם זאת, עדיף לאשר ע"מ ליצור מניעות.
11. **למבחן**
    1. נבדוק האם קיימת חובה לאשר את ההסכם (לא הסכם ממון / לא בני זוג).
    2. נבדוק אם ההסכם אושר / לא אושר.
    3. אושר – נבדוק את **הליך האישור** עצמו ואת **הגורם** המאשר.
    4. היה צריך לאשר אבל לא אושר – לכאורה ההסכם לא תקף, אך ישנם סייגים.
    5. יישום קלמר נ' גיא : נבדוק האם ההסכם קוים/ תו"ל/ביצוע בפועל/ הסיבות לאי אישור.
    6. ניתן לראות בהסכם תקף מכח כל אחת מהאלטרנטיבות הבאות :
       1. סעיף 5(3)א )שרעבי שי, גמליאל(
       2. הסכם לפי הדינים הכללים: מתנה, עסקה אחרת )נאמנות, הלוואה, שכירות, שותפותוכיו"ב(.
    7. "עיפרון כחול": ייתכן וחלק מהסעיפים יעמדו בתוקפם.
    8. בהנחה שרוצים **לתקוף הסכם שאושר**: נוכל ליישם את כל עילות התקיפה דרך חוק החוזים (חלק כללי): (עושק, כפיה, טעות והטעיה, סיכול; לדוג' העדר ייצוג, פערי כוחות, סמוך מאד לחתונה וכיו"ב).
    9. אפשר לנסות "מסלול עוקף" על דרך של פרשנות (אפרופים, מגדלי הירקות).
    10. בהנחה שרוצים **להגן על ההסכם**: טענת המניעות (הסכם שאושר) מול עמדת פרופ' ליפשיץ.
12. **פס"ד של שוחט** – ידועים בציבור. הגבר יהלומן. באו עם הסכם לביהמ"ש אבל לא אישרו להם כי הם לא בני זוג. הם אישרו את ההסכם אצל נוטריון. לפי ההסכם כל אחד עם הנכסים שלו. ב-2012 הם נפרדים והגבר מיד מסתמך על ההסכם. האישה מגישה תביעה לביהמ"ש לענייני משפחה וטוענת שההסכם היה למראית עין. כשהם התחילו לצאת היא הייתה בחובות והם לא רצו שהנושים שלה יוכלו לרדת לנכסיו. ביהמ"ש מקבל את כל טענות הגבר. התוצאה בפועל היא שהגבר מקבל שלוש דירות, עסקים, חשבונות בנק והיא מקבלת חמישה ילדים ורכב. האישה מגישה ערעור לשופט שוחט. השופט שוחט קובע שטענת מניעות ביחס להסכם מתייחסים אליה ברצינות כשההסכם אושר. במקרה זה ההסכם לא אושר מאחר שאלו ידועים בציבור. לכן הרף שבו משתכנעים שמדובר בהסכם למראית עין הרבה יותר נמוך. במילים אחרות הוא אומר לגבר שההסכם מבוטל וקובע שהאישה מקבלת מחצית מכלל הנכסים.

**שיתוף חובות**

1. עד עכשיו דיברנו על מקרים בהם היו לבני הזוג נכסים והיה עימות ביניהם על החלוקה של הרכוש. כעת נדבר על מקרים בהם יש חובות ואז העימות הוא בין בני הזוג לבין הנושים. לצורך כך ניתן להסתכל על שני מקרים.
2. **מקרה א'** – המקרה הראשון הוא בו יש גבר שגם העסק וגם הדירה רשומים על שמו ובשלב מסוים יש חובות על העסק. אפשרות אחת היא שהוא שיעבד את הדירה על שם העסק (לקח הלוואה לעסק, המלווה דרש בטוחה והבטוחה היא הדירה). אפשרות שנייה היא שהיו חובות ולא נשאר כסף בעסק ולכן הנושים מנסים לממש את החובות מהדירה. בשלב הזה הנושים לא קשורים לדיני משפחה, הם קשורים לדיני קניין. מבחינתם גם הדירה וגם העסק רשומים על שם החייב, ברגע שלחייב יש חובות הם רוצים לגבות את זה מהנכסים שלו, בין היתר הדירה. בסיפור זה מגיעה בת הזוג. היא מגיעה לנושה ואומרת לו שהוא רוצה לממש את החוב העסקי של הבעל מתוך הדירה אבל הדירה היא משותפת. הנושה אומר שהיא רשומה רק על שם הבעל. האישה משיבה שבקניין עושים דרמה גדולה מהטאבו אבל במשפחה זה לא כך, ויכולות להיות לאישה זכויות בדירה גם אם היא לא רשומה (באמצעות חזקת השיתוף, חוק יחסי ממון ושיתוף ספציפי מכוח הדין הכללי). לכן הנושה יכול לגבות את החוב רק מחצי מהדירה מאחר שהחצי השני שייך לאישה. העימות הראשון שמתרחש הוא עימות בין זכויות האישה (מכוח המקורות המצוינים לעיל) לבין הזכויות של הנושה (מכוח עיקול / שעבוד). לעימות הזה קוראים עימות הזכויות הנוגדות, וצריך להתמודד איתו לגבי נשים שהתחתנו לפני 74, נשים שהן ידועות בציבור, ונשים שהתחתנו אחרי 74 (חוק יחסי ממון ושיתוף ספציפי). אם הנושה ינצח בעימות הזה הסיפור נגמר. אם הנושה יפסיד בעימות הזה אז הנושה לא יתייאש ותהיה לו טענה חליפית. הטענה החליפית היא שהנושה לא הכיר את האישה לפני כן ולכן היא לא עניינה אותו. מאחר שהיא טענה שהיא אמורה לעניין אותו אז הוא מגלה בה עניין. אז הנושה מבין שהשיתוף הוא לא רק בדירה אלא גם בעסק, ולכן האישה שותפה שלו בחובות ולכן הנושה יכול לעורר את הנושא כדי לגבות גם מהבעל וגם מהאישה. הוא אומר לה שאת חצי הדירה שהוא שילם לה הוא יקבל ממנה חזרה בתור חייבת. זה כלל השיתוף בחובות. טענות הנושה הן חלופיות. כדי לקבל את הזכות בדירה הוא צריך להראות או שהזכות שלו בדירה גוברת על זכות האישה או להסביר שגם אם הוא הפסיד את הדירה גם האישה חייבת לו לכן האישה צריכה לשלם חצי מהחוב, אותו שהיא תשלם באמצעות חצי הדירה שהיא לקחה. העו"ד של האישה צריך לנצח בשתי טענות מצטברות, הוא צריך להראות למה יש שיתוף בדירה ולמה הוא מעניין את הנושה ודקה אח"כ להראות למה אין שיתוף בחובות ולמה הנושה לא יכול לגבות מהאישה. את כל זה צריך לעשות כאמור לגבי שלוש הסוגים של הנשים (לפני 74, ידועה בציבור, אחרי 74).
3. **מקרה ב'** – מקרה שבו העסק רשום על שם הבעל אבל הדירה רשומה על שם האישה. בסיפור הזה כשהעסק קורס מי שמתחיל עם מי זה דווקא הנושה עם האישה. במקרה א' האישה הגיעה לנושה ואמרה לו שחצי מהרכוש שלה. פה זה הפוך, האישה הייתה בטוחה שהיא רגועה כי הדירה על שמה. הנושה, ברגע שהוא לא מצליח לגבות מהעסק, פונה לאישה בשתי טענות. הטענה הראשונה פה היא הטענה השנייה במקרה א'. נניח שהעסק מצליח האישה תטען שהיא שותפה, לכן היא שותפה גם בחובות ומכאן שהנושה יכול לגבות מהאישה את חלקה בחוב למרות שהיא לא הכירה אותו עד היום. בסיפור הזה יש טענה חדשה והיא שהנושה אומר לאישה נניח שהיא לא שותפה בחובות, החוב חוב פרטי. אבל אז הוא אומר לבעל נניח שהוא יתגרש מהאישה, האם הוא לא היה דורש שיתוף בדירה? הבעל גר בדירה, המשכורת שלו שימשה לצורך תחזוקה וכו'. ניתן אפילו לטעון שלא צריך להתגרש כי בחזקת שיתוף אין דרישה להתגרש. כשאוספים נכסים אוספים גם חובות שאנשים חייבים לחייב, אז בא כונס הנכסים ואומר שלחייב יש זכות בחצי מהדירה שרשומה על שם האישה (כך גם בחצי מקרן הפנסיה שלה וכדו'). הוא רוצה לבוא בנעליו של החייב ולממש את זכויותיו מול בת הזוג. חלק מהנכסים של החייב הם חצי מהרכוש של בת הזוג.
4. בכל אחד מהמקרים יש שני עימותים משפטיים שרלוונטיים לשלושה סוגים של נשים.
5. **מקרה א': חזקת שיתוף**
   1. כאמור במקרה זה הכל רשום על שם הבעל.
   2. טענה א' (לאישה זכות בדירה) – לגבי נשים לפני 74 יש שינוי בפסיקה. העמדה המקורית הייתה לטובת הנושים. בדיני הקניין מקדשים מאוד את הטאבו, לכן מצב העניינים הזה שבו נכס רשום על שם הבעל, מישהו נתן לו הלוואה ואז אי אפשר לגבות אותה לכן רוצים לגבות מנכס שרשום על שמו, אבל אז מגיע בן זוג ואומר שמגיע לו חצי, זה מצב שנוגד את הגנים של דיני הקניין. לכן עד שנות ה-90 העמדה הייתה שהנושה מנצח את בת הזוג. לדבר זה היה חריג אחד שנקרא חריג הקנוניה. אם צד ג' לא היה צד ג' שעשה עסקים ישרים עם הבעל אלא למשל אח שלו שפתאום אמר שהוא הלווה לו כסף, וזה היה בדיוק בזמן הגירושין, אז ביהמ"ש פחות התרשם מצד ג'. אבל אם זו הייתה עסקה אותנטית היו הולכים עם הנושה. זה השתנה **בפס"ד בן צבי נ' ציטין**. במקרה זה שמגר עושה הבחנה בין דירת מגורים לבין נכסים אחרים (כולל דירות השקעה). בנכסים אחרים דיני הקניין מנצחים ולכן הזכות של הנושה תגבר על זכות האישה. בדירת מגורים זה שונה. בדירת מגורים הנושה אמור להניח שלבת הזוג יש את הזכויות, ולכן אם הוא היה ראש קטן והסתמך על הטאבו בלבד אומרים לו שבדירת מגורים הוא מקבל רק חצי. עד בן צבי נ' ציטין הנושים לא צריכים את הטענה החלופית של החובות, כי הם ניצחו כבר בשלב הראשון. ברגע שהם מתחילים להפסיד את דירת המקורים בטענה הראשונה אז הם מעוררים את הטענה החלופית.
   3. טענה ב' (האישה שותפה בחובות) – כאמור, אחרי בן צבי נ' ציטין יש צורך בטענה השנייה. הנושים מעוררים את הטענה של השיתוף בחובות. כאן צריך לדבר על שיתוף בחובות לא נגד נושה אלא באופן כללי. טענת השיתוף בחובות מתעוררת גם ביחסים של בני הזוג עצמם. טענה אחת בין בני זוג היא טענת קיזוז, משמע בן הזוג יתחשבן על הנכסים בהפחתת החובות. שאלה אחרת היא מה קורה אם בני הזוג התגרשו ויש מינוס בבנק, האם בן זוג יכול לתת חצי מהחוב לצד השני. הגישה המקובלת בפסיקה (במיוחד ביחס לחוק יחסי ממון) היא שהמכניזם של שותפות בזכויות צריך להיות נכון גם לגבי החובות, כאשר העימות האמיתי הוא בין בני הזוג. אם מדובר בנכס או פעילות שבהצלחתו הם שותפים אומרים את זה גם כשזה לא מצליח. החריג היחיד היה חובות בעלי גוון אישי. חובות בעלי גוון אישי הם כאשר היה מדובר על מקרים מסוימים כמו פילגש או הימורים. כאשר מדובר על חובות שנבעו מהפעילות העסקית הרגילה האישה לא יכולה להגיד שהיא לא התעסקה בחנות, כי אם זה היה מצליח היא הייתה מבקשת חלק. זה נכון כאשר מדובר ביחסים בין בני הזוג. מה שמיוחד כאן הוא שמי שרוצה להיבנות מהחובות האלו הוא לא בן הזוג אלא הנושה, וכאן מתעוררת השאלה האם הנושה, שנתן הלוואה לחייב ולא לאישה, יכול לגבות את זה מהאישה בטענה שהעסק משותף. בספרות האקדמית היו מחשבות לפיהן אין קשר בין הנושה לבין הסיפור הזה. מה שקרה בפועל זה שביהמ"ש השאיר את השאלה העקרונית בצריך עיון ובתי המשפט הדיוניים פשוט דיברו על עובדות. לכאורה הם לא חידשו הלכה, אבל עובדות הן לא דבר תמים. כאשר עלתה השאלה של שיתוף בחובות, במקום לבצע מהלך מפולפל הם פשוט הגיעו למסקנה שלגבי העסק לא היה שיתוף. איכשהו בזכויות לא סותרים את חזקת השיתוף אבל בחובות בקלות סותרים את החזקה. ב-95% מהמקרים, בתי המשפט הדיוניים, כשמדובר בטענה לחובות, אומרים שהאישה לא הייתה מעורבת בעסק ונסתר השיתוף. זה מעט אבסורדי כי אם העסק היה מצליח היו אומרים שהאישה עבדה בבית וזה יצר את המאמץ המשותף. פה אומרים שזה היה עסק שלו והיא לא הייתה חלק מזה ולכן נסתרה חזקת השיתוף. ביהמ"ש מציג את זה כעניין שבעובדה ולא כקביעה הלכתית. ביהמ"ש כן יצר שיתוף במספר סוגים שונים. אם הוא התרשם שהאישה כן הייתה מעורבת בעסק (לא רשומה על העסק אבל נמצאת שם, ידעה על החובות) הוא יפעיל את החובות לטובת הנושה. סוג שני הוא ערבוב נכסים בין הבית לבין העסק (נניח שהקבלן שמשפץ את העסק משפץ גם את הבית). אז מגיעים **לפס"ד שלם נ' טוינקו**. זה פס"ד של ברק מהעת האחרונה שלו. אם יש דבר שברק לא מתחבר אליו זה עובדות, לכן לא יעלה על הדעת שברק יכריע בעובדות. במקרה זה הדירה והעסק רשומים על שם הבעל, הבעל לוקח הלוואות, הנושים מטילים עיקול על הבית, כשאין לבעל איך לשלם הנושים רוצים לממש את הבית. האישה מגיעה ורוצה לקבל חצי מהדירה אבל לא להיות חייבת על העסק. ברק אומר שהשותפות נכונה גם בדירה וגם בעסק, גם בזכויות וגם בחובות, גם בין בני הזוג וגם מול הנושים. לכאורה זו סימטריה מוחלטת. עם זאת, הכל זה עניין של תזמון. השותפות בדירה מתחילה ביום שהזוג התחתן. לכן, כאשר הנושה עיקל את הדירה הוא בעצם עיקל את הדירה שחצי ממנה לא שייכת לו. עיקול מפסיד לזכות שביושר (זכות לא רשומה). ניתן להגיד שהזכות המאוחרת גוברת רק כשזה נעשה בתו"ל, אבל לפי הלכת ציטין זה לא בתו"ל כי צריך להניח שיש שיתוף. לגבי שותפות בעסק, התזמון הוא בגמר חשבון. גמר חשבון זה כשמתים, מתגרשים או שהיחסים לא ניתנים לשיקום. רצה הגורל והאישה נשארה עם הבעל והיחסים היו בסדר למרות הקשיים הכלכליים. לכן, כשהנושה אומר לאישה שהיא שותפה בחובות היא אומרת שהיא שותפה רק בפירוק הקשר. זו הלוגיקה של חוק יחסי ממון וברק מחיל אותה על חזקת שיתוף בהקשר של שיתוף חובות על נכסים עסקיים. כך עו"ד האישה יכול להדוף את שתי הטענות של הנושה. זה המהלך של שלם נ' טוינקו והוא מאפשר לבתי משפט להסתמך עליו במקום לקבוע עובדות. ברק קובע שבדירת מגורים ובנכסים משפחתיים אחרים אי אפשר לקבל החלטה לבד, צריך את שני בני הזוג ולכן הנושה צריך לשאול את האישה לגבי השעבוד. לגבי העסק הבעל לא צריך להתייעץ עם אשתו ולכן ההתחשבנות היא רק בזמן הפקיעה. למעשה ברק רוצה בנכס משפחתי ניהול משותף ובנכס עסקי ניהול בלעדי. זו הלוגיקה של ברק והיא לוגיקה טובה, אבל הפס"ד גורם לסיכול מסוים שלה. לכאורה מהלך זה פותר את הבעיה, אבל השאלה מה קורה כשבני הזוג כן מתגרשים. האישה לא יכולה להתגרש, מאחר שברגע שהיא מתגרשת אז החוב לגבי העסק מגיע אליה. היא גם לא יכולה לעזוב את הבית, כי אז ניתן לטעון שהיחסים לא ניתנים לשיקום וגם אז החוב חל עליה. ביהמ"ש לכאורה נותן לנשים הארכה, אבל בפועל הוא כולא אותן בקשר. ברגע שיקרה האירוע המפקיע האישה הופכת לשותפה בעסק ולכן בחובות העסק. לכן אם ברק רצה לעזור לאישה הוא לא עזר לה באמת, הוא נתן לה דחייה. בנוסף, ברק הסביר שבנכס עסקי אפשר להתעסק עם הבעלים הרשום והכל בסדר, אבל בדירה אם רוצים להתעסק עם בן אדם צריך לדאוג לדבר עם אשתו בזמן אמת. אבל זה לא באמת מה שיקרה, כי אם צד א' מלווה לצד ב', המלווה רואה שהוא רוצה הלוואה של מיליון אבל העסק שווה רק חצי מיליון, לכן רוצים לשעבד גם את הבית. המלווה צריך לבקש רשות מהאישה והוא לא מבקש רשות, אבל זה לא עוזר לה. אמנם הוא לא יקבל חצי מהדירה כי הוא לא ביקש אבל אחרי שהיא תיפרד מבעלה ייקחו לה את חצי הבית שלא שאלו אותה. הרציונל היה לשאול את האישה מראש, אבל בפועל אפשר לקבל את הדירה דרך השותפות בחוב.
6. **מקרה א': ידועה בציבור**
   1. טענה א' (לאישה זכות בדירה) – בידוע בציבור לכאורה זה אותו המהלך כי זו חזקת השיתוף. עם זאת, יש לשים לב להבחנה. הטענה נגד הנושה היא שכשאדם נשוי צריך לבדוק עם אשתו. במקרה זה יבוא הנושה ויגיד שהאדם רווק לכן לא צריך להתעסק עם בת הזוג. השאלה היא האם מטילים על הנושה חובה לברר. שאלה זו התעוררה **בפס"ד בנק הפועלים נגד הורש**. ביהמ"ש לא הכריע בה. במקרה זה אדם היה נשוי לאישה אחת וידוע בציבור לאישה אחרת. הדירה נרכשה בזמן שהוא היה עם הידועה בציבור (לכן לאישה הנושאה לא היו זכויות בדירה), אבל הבנק לא בדק את האישה מהנישואין. שופט אחד אמר שצריך לבדוק גם לגבי ידוע בציבור. שופט שני אמר שלא צריך לבדוק. שופט שלישי אמר שלא צריך להכריע כי יש חוסר תו"ל כלפי האישה הנשואה (למרות שאין לה זכויות בדירה). לכן **במבחן בשאלה של ידוע בציבור צריך להגיד שהנושא טרם הוכרע**.
   2. טענה ב' (האישה שותפה בחובות) – אותו עקרון כמו בחזקת השיתוף.
7. **מקרה א': חוק יחסי ממון**
   1. טענה א' (לאישה זכות בדירה) – אחרי 74 בא המחוקק בחוק יחסי ממון ואמר שבמהלך הנישואין כל צד בעלים של הרכוש שלו (משמע ניהול בלעדי). עושים גמר חשבון באירוע המפקיע, אבל בזמן שהנושה רכש את הזכות בדירה לא הייתה לבן הזוג זכות. הזכות של האישה מגיעה רק בפקיעה. הנושה הטיל עיקול כשלאישה לא היית זכות. תו"ל נבחן רק על זכות קודמת, במקרה זה הזכות של הנושה קודמת ולא של האישה. **בפס"ד בן גיאת** היה סיפור דומה. דירה ועסק על שם החייב. הנושה רוצה לגבות את החוב העסקי מהדירה. האישה אומרת שמגיע לה חצי מהדירה אבל היא התחתנה אחרי 74. כאן יש הופעת אורח של שיתוף ספציפי מכוח דין כללי. האישה אומרת שאמנם הזכות מכוח איזון משאבים באה מאוחר יותר, אבל הבעל אמר לה שהיא שותפה בדירת המגורים כבר תוך כדי הנישואין. את זה הנושה היה צריך לדעת ולכן חצי מגיע לאישה. את זה טוען השופט עמית. כנגד זה טוען רובינשטיין שמדובר במהלך אקטיביסטי. בשיתוף ספציפי צריך הוכחות של ממש, ורק אז ביהמ"ש יסכים לקבל את זה למרות שזה לא כתוב. זה לא משהו גורף ונכון תמיד. אם זה לא גורף, רובינשטיין שואל את עמית איך הוא מכניס פה את חזקת השיתוף. אם זה באמת שיתוף נקודתי תלוי עובדות, אז במקרה הזה איך ניתן להגיד לנושה שהוא לא תם לב. איך הוא אמור לדעת על ההסדר הנקודתי של הבעל והאישה. זו המחלוקת בין עמית לרובינשטיין. פוגלמן מצטרף לעמית ואומר שזה נכון רק לגבי נושה מקצועי. הבנק יודע לדאוג לעצמו, לכן אותו נוהל של הבנק להחתים את האישה הוא יעשה גם לאישה שהתחתנה אחרי 74. בנושה לא מקצועי אין נהלים ושם ניתן להצטרף לרובינשטיין. **לכן בשאלה על מקרה א' שבני הזוג התחתנו לפני 74 המסקנה היא טוינקו והאישה מנצחת (עם פצצת הזמן של שיתוף חובות). לעומת זאת, אם נישאל כיצד התשובה תשתנה אחרי 74 התשובה היא תלוי אם הנושה מקצועי או לא. אם זה נושה מקצועי הוא צריך לברר.** התוצאה של בן גיאת היא תוצאה טובה, השאלה היא מה חושבים על אקטיביזם. מבחינת לוגיקה משפטית וכוונת מחוקק רובינשטיין צודק לגמרי.
   2. טענה ב' (האישה שותפה בחובות) – ביחס לזה ביהמ"ש יקבע שמדובר בעניין עובדתי. בד"כ ייקבע שהבעל לא אומר את זה על העסק ולכן כל עוד אין פקיעה אין שיתוף של החובות.
8. **מקרה ב': חזקת השיתוף**
   1. כאמור, במקרה זה העסק על שם הבעל והדירה על שם האישה.
   2. טענה א' (האישה שותפה בחובות) – כשהעסקים קורסים הנושים באים לאישה והיא אומרת שהיא לא קשורה. הם טוענים שתי טענות, טענה ראשונה היא שותפות בחובות. כאן בתי המשפט הדיוניים יעשו את מהלך הסתירה ביתר שאת. האישה לא נהנתה מהעסק ולכן סותרים את חזקת השיתוף.
   3. טענה ב' (לבעל זכות בדירה) – הטענה השנייה הרבה יותר חזקה. הנושה אומר שאולי העסק לא משותף, אבל איך ניתן לשכנע שהדירה היא פרטית. שניהם גרו בה והשכר של הבעל הושקע שם. איך אומרים שלגבי הדירה חזקת השיתוף נסתרת. באקדמיה ניסו להגיד שחזקת השיתוף זה לטובת צדק בין בני הזוג ולא מול הנושים. בפסיקה דחו טענה זו של האקדמיה. נושא זה נידון **בפס"ד עצמון**. במקרה זה באים הנושים ומבקשים חצי מהדירה שרשומה על שם האישה. מצד אחד ביהמ"ש אומר אולי לא ניתן לנושים לטעון בשם הבעל אבל מחליט לתת להם לטעון. בהמשך הם אומרים שחזקת השיתוף ניתנת לסתירה. צריך לכבד את רצון בני הזוג, ומזה שהדירה על שם האישה והעסק על שם הבעל ניתן להבין שלא רצו לשתף, לכן נסתר השיתוף. אם לוקחים את האמירה הזו ברצינות, זה אומר שגם בגירושין היו מחלקים את זה כך. ביהמ"ש מציג את זה לא כדין מיוחד לנושים אלא כדין הרלוונטי לסתירת חזקת שיתוף. פה זה 90/10. רוב השופטים מבינים את ההנחיה אבל ב-10% מהמקרים לפעמים השופטים כן קובעים שיתוף. אחד המקרים האלו הם בהקשר של ידועה בציבור.
9. **מקרה ב': ידוע בציבור**
   1. טענה א' – דומה לחזקת שיתוף (ייפול על עובדות).
   2. טענה ב' – **פס"ד קרני נ' \_\_\_**: לאישה יש גן ילדים והידוע בציבור שלה נקלע לחובות. הם נפרדים וברור שהחובות הם אישיים. החוב הוא 4 מיליון. דירת החלומות שהיא בנתה במו ידיה מהרווחים שלה בגן שווה 4 מיליון. לו יש דירה ששווה 700 אלף. כשהוא הולך להפסיד הוא מוכר את הצריף, נותן לה את ה-700 אלף ועובר לגור אצלה. יש כאן שאלה עובדתית האם היא לקחה אותו חזרה או שהיא ריחמה עליו. היו שם נושים שתבעו ממנה 700 אלף שקל. הם טענו שהכסף הזה שלו והיא החזיקה בו. קובעים דיון וכעת הנושים טוענים שהם רוצים 2 מיליון (החצי שלו בדירה). העובדה שהוא הביא לה 700 אלף אומר שיש שותפות. זה אחד מה-10% לכן האישה צריכה לשלם חצי מהדירה לנושים.
10. **מקרה ב': חוק יחסי ממון**
    1. טענה א' – דומה לחזקת שיתוף (ייפול על עובדות).
    2. טענה ב' – לכאורה אישה שהתחתנה אחרי 74 אמורה להיות רגועה. כאשר הנושה יבוא לאישה והדירה על שמה, היא תגיד שהחלק שלו בדירה יבוא לידי ביטוי רק בפקיעת הקשר. כאן מגיע שוב השיתוף הספציפי מכוח דין כללי. הנושה יגיד שהאישה הבטיחה לבעלה את הדירה לכן מגיע לו חצי. זה מגיע **בפס"ד בנק לאומי נ' דוד**. השופט גרוסקופף שהיה שופט מחוזי אמר שהם צודקים אבל הזכיר את עניין האוטונומיה. מתוך הרישום הוא מבין שאין שיתוף לכן הטענה קיימת עקרונית אבל נדחית על בסיס עובדתי. כדי שהאישה תהיה רגועה היא למעשה צריכה לעשות הסכם ממון, כדי שיהיה בסיס עובדתי לכך שאין כוונת שיתוף. ניתן לעשות הסכם שיסדיר סוגיה כזו, אך חשוב שזה יהיה הסכם שתקף גם כלפי הנושים וגם כלפי בני הזוג. אם יש הסכמים נפרדים לבני הזוג ולנושים הרי שההסכם לנושים הוא למראית עין והוא לא חוקי.

**שיקולי אשמה**

1. השאלה היא עד כמה התנהגות צדדים יכולה להיות פרמטר כדי לחרוג מחלוקה שוויונית. הנושא הזה מתעורר בכל המשטרים (חוק יחסי ממון, חזקת שיתוף, שיתוף ספציפי). יש שלושה סוגי התנהגויות שמעוררים את הנושא הזה: אשמה מינית (האם בגידה יכולה להיות פרמטר לסטייה); אלימות; אשמה כלכלית (לכך מספר היבטים: הימורים, הברחות ופרזיטיות).
2. **אשמה מינית בדין הדתי** – כפי שהזכרנו, בדיני המשפחה המסורתיים בעולם המערבי סיפור האשמה הוא סיפור דרמטי. אי אפשר היה להתגרש בלי להוכיח אשמה. האשמה יצרה דרך בה המשפט סיפר סיפור על איך צריך להתנהג, ומי שחרג מכך היה אשם ולכך הייתה תוצאה על השאלה האם אפשר להתגרש ועל התוצאה הכלכלית של הגירושין. בישראל של היום עילות האשמה הן עילות משמעותיות והן דרך המלך כדי להשיג גירושין בבית דין דתי. בשיעור על גירושין דיברנו על עילות ליברליות שמאפשרות לקבל גט גם בלי הסכמה של הצד השני. בנושא הזה היא גם חיה בגלל הנושא שגירושין זה בסמכות בית דין רבני. אשמה מינית היא גם פרמטר במזונות, גבר שלא רוצה לשלם מזונות יכול להוכיח שהאישה בגדה. פה ניכר פער בין בתי דין דתיים שלוקחים את זה ברצינות לבין בתי משפט. מקום שלישי שאשמה רלוונטית היא נושא הכתובה. בד"כ הכתובה כלולה כבר בתוך חלוקת הרכוש. לפי ההלכה אישה מקבלת כתובה, לפיה היא מקבלת את הסכום הנקוב אבל לא חצי מהרכוש. יש רבנים שנותנים כפל מבצעים ומאפשרים גם את הכתובה וגם את הרכוש. כתובה רלוונטית לרוב בנישואין קצרים בהם לא נצבר רכוש והכתובה גבוהה מהרכוש. בפס"ד של כתובה המבחן הוא מי אשם בסיום היחסים. אם הגבר אשם הוא ישלם את הכתובה, אם זו האישה היא מפסידה את הכתובה. בדין הדתי הסיפור של האשמה המינית הוא סיפור מאוד דומיננטי והוא חלק ממשפט המדינה בגירושין, במזונות ובכתובה. בשיעורים האחרונים עסקנו ביחסי הרכוש, וביחסי הרכוש דנים בדין אזרחי. השאלה היא איפה במשפט האזרחי נכנסת האשמה המינית.
3. **אשמה מינית בדין אזרחי**
   1. צריך לבחון אילו טענות מצדיקות הסתמכות על אשמה מינית בהקשר של הדין האזרחי. בעולם המערבי, בניגוד לעצם היכולת לקבל גירושין (שזה הפך לקונצנזוס שלא צריך בגידה) הסיפור של עד כמה בגידה או האשם בסיום הקשר ברוב המדינות ירד בהקשר החלוקה אבל יש הבדלים. יש מדינות בהן זה לא פרמטר בכלל ויש מדינות בהן לשופטים יהיה מותר לתת משקל לבגידה.
   2. דיון בכתה – טענה אחת היא טענה של צדק, יש לעשות צדק עם מי שבגדו בו ולכן החלוקה צריכה להיות שונה מ-50/50. כעת השאלה היא לפי מה קובעים את הסעד. ניתן לטעון שמדובר במצב של חוזה (הנישואין הם הסכם בין בני הזוג) ולכן יש להעניק סעד חוזי למי שבגדו בו. המפר של החוזה צריך לשלם על הנזק של פירוק הקשר. פה נתקלים בבעיה, כי השאלה היא מה החוזה. אם אומרים שחוזה הנישואין זה לא לבגוד אז צריך להגיד מה הנזק מהבגידה. אם אומרים שהבוגד הוא זה שאחראי לפירוק הנישואין עולה השאלה האם פירוק הנישואין זה הפרה, הואיל ולכל צד זכות לבקש להתגרש. הנזק הוא לא בפירוק הנישואין כי זו לא הפרה, הבעיה היא הבגידה. מכאן שוב השאלה היא איזה נזק נגרם מהבגידה. מכאן ניתן לפנות גם לשאלה נוספת והיא מה קורה אם הרקע לבגידה היא התעמרות של בן הזוג השני, האם זה מקל על בן הזוג הבוגד או שזה דיכוטומי ובגידה היא פסולה בכל מקרה שהוא.
   3. טיעון אחד הוא **הטיעון האינדיבידואליסטי**. לפחות היסטורית הבגידה הייתה פרמטר כחלק מתפיסה חוזית על הנישואין. הטענה הייתה שחוזה הוא התחייבות להישאר בזמן בלתי מוגבל, ומי שמפר את החוזה, במקומות בהם אי אפשר להתגרש בלי עילה זה צו אכיפה (רק הצד השני יכול לבטל את החוזה) אבל גם כשאומרים שכולם יכולים להתגרש עדיין המושג של הפרה קיים. בחוזה לשירות אישי לא אוכפים את החוזה אבל עדיין בודקים מי המפר. כשמסתכלים לעומק, התפקיד המקורי שהיה לאשמה היה בעצם האשמה בפירוק הקשר. כשקוראים היום פסקי דין של בית הדין על כתובה רואים את זה. בית הדין הרבני בכתובה לא מסתכל על מי יזם את הגירושין אלא מי מהותית פירק את הקשר. הכתובה היא הפיצוי על פירוק הקשר. אז יגיד הטיעון האינדיבידואליסטי שההלכה המשתמעת של כל השיח הזה היא שנישואין הם התחייבות בלתי מוגבלת בזמן לכן צריך למצוא אשם ומפר. ברגע שכבר לא מחפשים אשם זה מרוקן מתוכן את ההשלכה הכלכלית של בגידה. הטיעון האינדיבידואליסטי יקטין את המקום של הבגידה אבל לא ייתר אותה לגמר, כי הוא יבוא ויגיד שאי אפשר להטיל את התפקיד הקלאסי של הבגידה של אשם בפירוק הנישואין בעולם שבו לכל צד יש זכות לסיים. למול זאת ניתן לטעון שבעולם של הפרת חוזה יש זכות לפרק את הקשר אבל אין זכות לרמות את הצד השני. לסיכום, הטיעון הראשון כנגד המקום לאשמה מינית הוא טיעון שמזהה את סיפור האשמה המינית עם האשם בסיום הנישואין. מאחר שאין טעם בחיפוש אשם (כי לכל אחד זכות להתגרש) אז אין טעם לייחס חשיבות לבגידה. מול הטיעון הזה אומרים שאם מוצאים נזקים שקשורים בבגידה כבגידה, בלי קשר לסיום הקשר, הטיעון הזה לא עומד.
   4. הטיעון השני כנגד בגידה הוא **טיעון של ניטרליות מוסרית**, לפיו בעולם המודרני אי אפשר להגיד מה טוב ומה רע ולכל זוג הבנות שלו. לכן טיעון זה אומר שההתייחסות לבגידה כדבר רע רלוונטית לגישה הציבורית (המשפט מסוגל להגיד בתחום המשפחה מה טוב ומה רע). היום לא מסוגלים להגיד דבר כזה, לזוגות יש קודים משלהם והחברה לא יכולה לתת ערך שלילי או תג מחיר משפטי וכלכלי להתנהגויות שונות. כאן יש כמה ניואנסים לתאר את הגישה. אפשר לתאר אותה כטיעון מוסרי-חברתי על העולם או כטיעון מוסדי משפטי. אפשר להגיד שכחברה לא מסוגלים להגיד על התנהגויות שהן רעות או טובות. בהקשר זה אפשר להסכים במקרים פשוטים אבל פחות להסכים במקרים בוטים. מבחינת טיעון מוסדי משפטי ניתן להגיד שהחברה יכולה להבחין אבל המשפט לא יכול לעשות את זה. המשפט הוא כלי גס מידי, דיני ראיות בעייתיים בהקשר זה. כלל של 50/50 הוא כלל טכני לעומת כללים שאומרים לחפש מי האשם שהם פולשניים. המחיר של זיהוי המקרים האלו גדול מדי.
   5. **טיעון נוסף קשור למגדר**. אי אפשר להתעלם מהעובדה שלפחות בעבר האשמה המינית לא עבדה סימטרי (בגידת האישה הייתה חמורה יותר). השאלה גם מה נחשב בגידה הייתה תלויה במגדר. טיעונים אלו נכונים ברמה ההיסטורית אבל ניתן לבנות עולם אחר. אפשר להגיד שכדי לתקן את המצב יוצרים סימטריה במקום להגיד שבגידה לא רלוונטית.
   6. השאלה היא עד כמה לוקחים את הטיעונים נגד בגידה ברצינות. האם אומרים שלא מענישים אדם ולוקחים לו מה ששלו, ולכן כשזה מגיע בהקשר החוזי נותנים לסוגיה זו חסינות. האם משתמשים בבגידה כדי להראות שהיחסים היו מעורערים ובכך מגיעים למסקנה שמחלקים לא חצי-חצי (למשל במקרה של שיתוף ספציפי). האם מראים את הבגידה כנקודה בה היחסים התמוטטו. אם זה לא בקטע של שיפוט מוסרי, אז הבוגד יכול להשתמש בזה לטובתו (יגיד שכל מה שהוא צבר אחרי הבגידה שייך לו).
4. **אשמה מינית בפסיקה הישראלית**
   1. פס"ד דרור נ' דרור – במקרה זה עסקו בחזקת השיתוף בהקשר של בגידה. העליון אמר שזה לא רלוונטי. מה שאדם קיבל לפי חזקת שיתוף לא לוקחים לו. לכן לגבי חזקת שיתוף הייתה הכרעה מאוד ברורה שהבגידה היא לא פרמטר. הכלל הבסיסי היה דרור נ' דרור לגבי נכסי המאמץ המשותף. היה ברור לגמרי שהבגידה היא לא פרמטר כי קיבלו את זה מהמאמץ המשותף והבגידה לא חתרה תחת זה. לכך יש כמה חריגות. חריגה אחת הייתה בבתי הדין הרבניים. לפני בבלי לא החילו את חזקת השיתוף, אבל בבלי אמרו להם להחיל דין אזרחי. חלק לא צייתו אבל אלו שכן עשו זאת עם צבע דתי מסוים. כאשר בתי הדין אמרו שבגלל הבגידה הם לא עושים חזקת שיתוף בג"ץ יתערב, אבל יש פס"ד אחד של בית הדין הרבני שעוסק בנכס מלפני הנישואין (דור 3). בנכסים לפני הנישואין, בגלל שיש שם יותר שיקול דעת ובגלל שזה יותר רגיש לכוונה, יש פס"ד אחד של בית הדין הרבני ממנו העליון העלים עין. לפחות בפסיקה המוקדמת ברק היה מאושר לראות שבית הדין משחק לפני הכללים, וגם אם זה עסק בנכס לפני הנישואין יש פסיקה שלא התערבו בה. יש גם פסקי דין מחוזיים בהם כאשר ניסו להבין האם התגבשו התנאים לחזקת השיתוף דור 3 הבגידות הובילו למסקנה שלא ניתן להפעיל את תנאי הסף של חזקת השיתוף דור 3. לכן גם בתקופה של חזקת השיתוף, בה פס"ד דרור חיסל את הסיפור של בגידה לגבי מאמץ משותף, יש דוגמאות בהן הבגידה, כשהיא חלק מבגידת ההרמוניה ולא כעונש, נלקחת בחשבון. מצד שני יש **פס"ד ולנטין** שטוען שבכל מקרה לא נכנסים לסוגיות של בגידה.
   2. חוק יחסי ממון – בהקשר זה ביהמ"ש מבהיר שזה לא שיקול לחרוג. ניסו להכניס את זה דרך ס' 8 (פערים בכושר השתכרות אך הוא סעיף פתוח). ביהמ"ש הדגיש שס' 8 הוא לא פרמטר כדי לסטות מאיזון המשאבים, וכשבית הדין עשה את זה העליון התערב. ביהמ"ש מתייחס להיבט של הפולשנות ופחות לסיפור המוסרי. לפחות לגבי הנושא של המיניות, ביהמ"ש שם גבול מאוד ברור בפס"ד דרור ובפס"ד פלונית שעסק באפשרות להכניס את הבגידה כפרמטר בתוך ס' 8.
   3. דיני המתנה על תנאי – לפי דיני חוזים יש שני סוגי מתנות. סוג מתנה אחד הוא התחייבות לתת מתנה וסוג שני הוא מתנה קניינית (נותנים מתנה והיא הסתיימה). בהתחייבות לתת מתנה אפשר להתחרט, אבל אם המתנה הסתיימה לכאורה אין מה לעשות. על הרקע הזה הפסיקה המציאה (**פס"ד ברקוביץ' נ' קלימר**) את סיפור המתנה על תנאי מפסיק. בפס"ד ברקוביץ אישה נתנה לבת שלה סכום כדי שהיא ובעלה יקנו דירה. יש ביניהם הבנה שהם נותנים לה לגור בדירה הזו. כשהבת מתה החתן מעיף את האמא. ביהמ"ש קורא לתוך ההסכם המקורי חוזה על תנאי מפסיק. הוא אומר שהוא לא חייב לתת לה לגור, אבל נתינת המתנה הייתה מותנית בתנאי מפסיק משתמע שהוא יתן לה לגור, המתנה פקעה ולכן צריך להחזיר את הכסף. זה קשור כי בסדרה של פס"ד (זיסרמן, פרי, מקסימוב) יש גברים ונשים שנתנו דירה שלהם במתנה לבן הזוג (כולה או חצי ממנה) וזמן קצר אח"כ יש בגידה. לכן בית הדין קורא תנאי מפסיק. בבית הדין הרבני יש פסקי דין שונים שמקבלים את הטענה. לעומת זאת, ביהמ"ש משאיר פתח מסוים לכך אבל הרוב אומרים שאין דבר כזה משני טיעונים. טיעון אחד הוא סופיות (נגעת נסעת). טיעון שני הוא פחד מסיפור הבגידה. ביהמ"ש רוצה את המתנות סופיות והוא לא רוצה לפלוש לסוגיות אלו. לכן גם במקרים אלו בסופו של דבר ביהמ"ש מסלק את המיניות והאשמה מתוך מערכת היחסים. מה שביהמ"ש כן עושה בכל פסקי דין אלו הוא הבחנה בין האשמה המינית לאשמה הכלכלית.
5. **אשמה כלכלית** – אם יש לאדם פילגש זה בסדר, אבל אם הוא רוצה כסף על הפילגש והוא נכנס לחובות אז אשתו לא צריכה לחלוק חובות שנבעו מהפילגש. או אם היו הימורים אז לא מגנים מוסרית אבל התוצאות הכלכליות מושפעות. יש פה סוג של צביעות כי אומרים שלא מגנים אדם מהמר אבל כן לוקחים לו כסף על זה. נניח אדם מממן לימודים של בן שלו מנישואין קודמים בלי לעדכן את אשתו, הוא צריך להחזיר את החלק הזה בהמשך. בהרבה מאוד מקרים גם הסיפור של האשמה הכלכלית מהדהד בכל זאת תפיסה מוסרית. הסיפור הרשמי של ביהמ"ש אומר שלא מייחסים חשיבות למיניות אבל כן לאשמה כלכלית. לכן על פילגש לא מייחסים אשמה אבל כן צריך להחזיר כסף שיצא על פילגש לבן הזוג. כך גם בהימורים.
6. **אלימות**
   1. בפס"ד בנושא הייתה אישה שמרוויחה יותר מבעלה והוא מנסה לרצוח אותה. היא ניצלת ברגע האחרון והוא מגיע לכלא. מהכלא הוא תובע חצי מהפנסיה שלה. בבית המשפט למשפחה ובמחוזי הוא מנצח. בעליון ביהמ"ש מתפתל. קשה לחשוב על לתת לאדם שניסה לרצוח את בת זוגתו חצי מהפנסיה שלה. לכן ביהמ"ש מנסה להגיע לתוצאה לפיה הבעל לא יקבל אבל הוא צריך לעשות את זה בלי לפתוח פתח לאשמה המינית שהוא כל-כך מפחד ממנה. זו הדרמה בפס"ד, המתח בין הרצון לא לתת לאיש חצי מהפנסיה לבין זה שביהמ"ש לא רוצה לוותר על האתוס של לא לוקחים לאדם את מה שהוא צבר. יש שלושה שופטים וארבע גישות (ברק ארז ברציו ובאוביטר, מלצר והנדל).
   2. ברק ארז ברציו – ברק ארז עושה מהלך צר כדי להסביר למה במקרה זה אין שיתוף. יש שלושה פרמטרים שברק ארז מתייחסת אליהם, שרק אם שלושתם יתקיימו ניתן לקחת בחשבון את האלימות. ראשית, טענה זו היא רק מגן, זה רק השתק כלפי התובע. שנית, זה רק בעבירות של ניסיון רצח. זאת מאחר שאם האיש היה מצליח הוא לא היה מקבל כלום. שלישית, זה רלוונטי רק לגבי פנסיה. זאת מאחר שרכוש אחר היה שורד את המוות. ברק ארז שברה את שיאניות העולם בזהירות. זה חריג של החריג, מאחר שמקרים אלו הם מאוד מסוימים ונדירים.
   3. הנדל – מבחינת הנדל טיעון האלימות הוא גם מגן וגם חרב. מה שמפחיד את הנדל זה שאנשים יטענו שאלימות לא רלוונטית. ברגע שיש נכסי מאמץ משותף אז הם משותפים, ולא צריך לקחת אותם. לכן הנדל מתאים את התנאי השני וקובע שזה רלוונטי כשיש אלימות שפוגעת בכושר ההשתכרות. אם האלימות פגעה או הייתה יכולה לפגוע בכושר ההשתכרות של בן הזוג הרי שיש רלוונטיות ולכן יש קשר כלכלי בין האלימות לבין הנזק. הבעיה בתנאי זה של הנדל הוא שהוא הופך מקרים אחרים של אלימות ללא רלוונטיים (דוגמת מקרה בו האלימות דווקא גורמת למישהו לבנות את עצמו ולשפר את ההשתכרות שלו). מבחינת סוג הנכס אין הבחנה.
   4. ברק ארז באוביטר – באוביטר ברק ארז מרחיבה את התנאי השני לאלימות קשה. גם אלימות קשה שמראה שבן הזוג לא מתייחס לצד השני כבן אדם מראה שאי אפשר להגיד שיש שיתוף. גם טיעון זה הוא רק טיעון מגן. ההרחבה היא בשתי תוספות. אחת היא שזה לא רק לפנסיה (יכול להיות לכל רכוש) והשנייה היא שזה לא רק בניסיון רצח.
   5. מלצר – מלצר מאפשר את כל המסלולים של השופטים האחרים. הדבר שבו מלצר שונה מאחרים הוא שהוא רוצה ללכת לפי עבירה פלילית. בגידה לא מוגדרת כעבירה פלילית ואלימות כן. לכן מלצר מרחיב בדברים אחרים אבל פה הוא צמצם. במקרה בו שני האחרים מסכימים אבל זו לא עבירה פלילית מלצר יגיד שאין הצדקה לסטות מהחלוקה.
7. **בג"ץ הבגידה**
   1. זה סיפור עם שלוש מערכות עם מערכה רביעית בדרך שהיא הדיון הנוסף. הסיפור הוא בני זוג שלפני הנישואין לבעל יש קרקע וזמן קצר אחרי הנישואין הוא עושה תחלוף (נותן לקבלן את הקרקע שנותן לו בתמורה חלק מהקרקע עם בית). זה נכס פרטי ולכן הוא נשאר פרטי. הם בדירת מגורים וגרים שם באושר עד השנים האחרונות.
   2. בית הדין האזורי פוסק שיתוף ספציפי מכוח הדין הכללי. בית הדין הרבני מסתדר עם חוק יחסי ממון אבל שיתוף ספציפי לא מסתדר לו. חוק יחסי ממון עוסק בנכס מאמץ משותף שמסתדר יותר, וחוק יחסי ממון פשוט יותר להכנסה להלכה בגלל שהוא חוק. זו הפעם הראשונה שבית דין פוסק שיתוף ספציפי. בית הדין האזורי בכלל לא מדבר על הבגידה או על השפעתה, כי הם פוסקים לטובת האישה.
   3. מוגש ערעור לבית הדין הארצי. בערעור זה הדיינים מתחלקים לשלוש. הדיין הראשון (עמוס) מחלק את הפס"ד לשניים. החצי הראשון הוא פס"ד קלאסי של ערעור. הוא מנתח את הטענות העובדתיות של בית הדין האזורי ומראה למה אי אפשר ללמוד מהן כוונת שיתוף. זה פס"ד שלא קשור לבגידה בכלל. עם זאת, אחרי החלק הזה הוא אומר שיש להוסיף התייחסות לשתי נקודות. נקודה ראשונה היא שהייתה פה בגידה, ואם יש בגידה עושים את הקונסטרוקציה של מתנה עם תנאי מפסיק. אם השיתוף הספציפי תלוי באומד דעתו אז היא שאם היא תבגוד הוא ירצה את הדירה חזרה. נקודה שנייה היא שהשיתוף הספציפי הוא סוג של אומדנה ושיקול דעת, לכן בית הדין שיקול דעתו לפי ההלכה. ההלכה לא אוהבת שיתוף ספציפי ולא אוהבת בוגדים. לכן מחילים שיתוף ספציפי באופן מצומצם ובטח לא בבגידה. לכן הדיין הראשון מקבל את הערעור. הדיין השני (נהרי) מתרכז בבגידה ואומר שלא יעלה על הדעת חלוקה עם בגידה. הוא מכניס את הבגידה כחלק מאומד דעת הצדדים ואומר שבהתבסס על הבגידה בן הזוג לא היה נותן מתנה. הבגידה היא פרמטר שגורם לחשוב שאין כוונה לחלק. הדיין השלישי (אלמליך) מתחיל את הפס"ד בזה שהוא מצטרף לדיינים על נימוקיהם. הוא לא מפריד ביניהם אז לא ברור לאיזה טיעון הוא מצטרף (תשתית עובדתית, בגידה או שניהם). יש לו נקודה נוספת. נהרי כן נתן לאישה את שווי הבנייה ואלמליך אומר לו למה זה לא נכון. הוא לא מזכיר את המילה בגידה בפס"ד. התוצאה הסופית היא שהערעור מתקבל.
   4. האישה מגישה בג"ץ והטיעון שלה בנוי כך: 1. בית הדין הפעיל שיקולי אשמה ואסור לו לעשות זאת מאחר שלפי ביהמ"ש אשמה לא רלוונטית; 2. הוא הפעיל שיקולי אשמה בגלל הדין הדתי מה שסותר את פס"ד בבלי; 3. על בסיס זה צריך לבטל את הפס"ד. השופט עמית מקבל את הטענות. עמית אומר שכשהוא קורא את הפס"ד ברור לגמרי שמה שמשפיע זה הבגידה והדין הדתי. הדיבור על הדין האזרחי היה מס שפתיים. לכן לדעת עמית הפס"ד של בית הדין מבוטל. שני השופטים האחרים (מינץ ושטיין) חולקים עליו וקובעים שהפס"ד נשאר על קנו. בעיתונות מדווח שפס"ד בבלי התהפך וביהמ"ש מרשה להתייחס לבגידה כפרמטר.
   5. מינץ – מינץ ושטיין חולקים על עמית כל אחד במקום אחר. מינץ אומר לעמית שהוא מתבלבל. הוא מסכים בנושא העקרוני (אסור לפסוק בדין דתי או בבגידה). עם זאת, אלמליך לא הזכיר את המילה בגידה, עמוס בחלק המהותי לא הזכיר בגידה, לכן יש שני דיינים טהורים. יש את נהרי שמזכיר בגידה ועמוס שמזכיר את זה באוביטר. בג"ץ הוא לא ערכאת ערעור של בית הדין, לכן מותר לו להתערב בחריגה מסמכות או כללי צדק. מינץ שואל האם עמית היה מתערב כשזה היה ערעור בבית משפט אזרחי. שופט אחד פוסק נכון, שופט שני פוסק נכון וטועה באוביטר ושופט שלישי טועה. בכך יש רוב. לכן המחלוקת הראשונה בפס"ד היא בין מינץ לבין עמית שהיא לא כל-כך חשובה ולא מצדיקה ד"נ. זו מחלוקת פרשנית של קריאת הפס"ד של בית הדין הרבני. לגופו של עניין צודק מינץ. הקריטריון הרגיל אומר שאי אפשר לפסול פס"ד בגלל שופט מיעוט שאומר טענה לא נכונה. כאן עולה השאלה האם קוראים את הפס"ד של בית הדין בשורות או בין השורות. עמית אומר שאי אפשר לעבוד עליו בעיניים. בתי הדין פעם היו כותבים פס"דים באופן בוטה שהיו פוסלים להם (נותנים משמורת לצד כי הוא אדם דתי). מאז הם נהיו חכמים והם כותבים מתוחכם יותר, אבל פה הם כותבים פס"ד בו ברור בין השורות שמה שמפריע זה הבגידה. נהרי לא שולט על עצמו ועמוס עושה את זה באוביטר. לכן השאלה היא האם אמת המידה היא מה שבית הדין אמר או מה שביהמ"ש חושב שבית הדין התכוון. עם כל החשיבות של המחלוקת בסוף היא מחלוקת פרשנית של פס"ד של בית הדין.
   6. ישנו מקרה לפני מקרה זה של בוגדת בו הורים של אדם נתנו במתנה עם הנישואין דירה לבני הזוג שנרשמה על שם שניהם. היא בגדה במהלך הנישואין ואחד הדיינים התעצבן. הוא כתב מהלך דומה של חוזה על תנאי. הוא גמר את הפס"ד במניפסט בו הוא אומר שאנחנו לא בסדום ומעבר לטיעון המשפטי יש אידיאולוגיה. הוא רוצה שאנשים ידעו שאדם שבוגד ידע שיש לדברים האלו מחירים. במקרה זה הוגש בג"ץ אבל ביקשו להחזיר את הדיון לבית הדין בדיון מורחב.
   7. שטיין – השופט שטיין, דווקא בקריאת הפס"ד הוא דומה יותר לעמית. הוא כן מתרשם שהבגידה הייתה פרמטר חשוב. הוא חושב שזה מוגזם ושלא צריך לייחס חשיבות לבגידה. עם זאת, שטיין עושה פה מהלך מבריק. שטיין לא חוזר אחורה מבבלי והוא לא חוזר אחורה מזה שלא לוקחים לאדם מה שהוא קיבל. לכן אם זה היה נוגע לנכסי מאמץ משותף הוא לא היה נותן לבית הדין לקחת את הרכוש. עם זאת, זה סיפור עובדתי. מדובר בשיתוף ספציפי. שטיין עושה הבחנה בין נתינה לבין לקיחה. לפי חוק יחסי ממון, לאדם מגיע חצי ולא לוקחים לו. במקרה זה מדובר על נכס פרטי, ולכן הדירה לא כפופה לחוק יחסי ממון. טוענים שמדובר כאן בעניין עובדתי של נתינה, רכוש לא משותף שבנסיבות מסוימות אפשר להבין שיתוף. אם מדובר על שיתוף זה לא משותף מראש אלא תלוי בשאלה עובדתית, האם האדם הסכים לשתף. בית הדין אומר שהוא הסכים לשתף בתנאי. האם התנאי הזה הוא תנאי שניתן להסיק מהנסיבות, לא בטוח. אבל כאן נכנס חוק יסוד השפיטה. אם הטעות היא טעות משפטית, ובית הדין היה מפעיל דין דתי אז צריך להתערב. אבל אם בית הדין אומר שהמסקנה שלו היא שהייתה התניה בבגידה אז מדובר בטעות עובדתית, ובטעות עובדתית אסור לבג"ץ להתערב בבית הדין. יש כאן מהלך נוסף באוביטר. הוא אומר לעמית שהוא ליברל צעצוע. לכאורה הוא בעד לא אשמה, אבל אם הוא ליברל והבגידה חשובה לצדדים הוא צריך לכבד את זה. אם הבגידה נכנסת להסכם הוא חייב לכבד את זה. מה שהצדדים אומרים זה מה שצריך לעשות.
   8. ביקורת על שטיין – 1. עולה השאלה האם שיתוף ספציפי זה באמת מתנה שתלויה ברצון של הנותן. נכון שזה קשור לכוונת הצדדים, אבל זה לא תלוי רק בכוונה סמויה של הנותן. זה צריך להיות משהו שהובא לידיעתו של מקבל המתנה. שיתוף ספציפי זה חלק ממערך יחסים כולל, שבו מכיוון שרואים את עצמנו כיחידה אחת מטשטשים את מי נתן מה. התפיסה של שטיין לשיתוף ספציפי היא רזה מאוד, והיא תלויה בפסיכולוגיה של הנותן. המיקוד של שטיין רק באומד דעתו של הנותן מפספס את השאלה האם זה היה מקובל על מקבל המתנה. 2. כשלמדנו על תיאוריה של ברירת מחדל דיברנו על תיאוריות שמחקות את כוונת הצדדים, יש כאלו שמדברות על כך שזה מה שצודק ויש כאלו שמדברות על כלי להעברת מידע. עולה השאלה איך מכריעים בין הגישות. השאלה מה היא ברירת מחדל היא שאלה נורמטיבית. במקרה זה, למה החליט בית הדין שהגבר הזה לא התכוון לתת את המתנה או שיש תנאי. האם יש משהו שהוא יודע על הגבר או על האישה הזו בקשר שלהם. האזורי לא התייחס לבגידה אז הוא בטוח לא יודע את זה. הארצי לא אמר שהוא ניתח את המידע מחדש והבין את זה. הארצי הגיע לזה דרך הנחות על התנהלות של בני אדם. לכל מקרה של מתנה הוא קורא סעיף סמוי של תנאי. זה לא ממצא עובדתי. הוא שינה את ברירת המחדל. שטיין למעשה מאשר לבית הדין לכתוב ברירת מחדל חדשה שאומרת שכשאדם נותן מתנה לבן הזוג שלו היא תמיד מותנית בכך שאם הוא יבגוד הוא יחזור בו. בית הדין לא מעגן בעובדות את התנאי הזה. הוא מחיל את התנאי הזה על כל בני האדם, והוא יוצר ברירת מחדל חדשה ובכך חורג מבבלי. שטיין לא קורא נכון את בית הדין. הוא קורא אותו כהכרעה עובדתית, אבל בית הדין לא עשה הכרעה עובדתית אלא יצר ברירת מחדל חדשה. הוא אומר שמתנה מותנית אלא אם כן הוכח אחרת. זו טעות משפטית ולא עובדתית. 3. העובדה שהוא הבטיח לנו שהוא לא יגע במאמץ המשותף. לפי חוק יחסי ממון, כשאנשים לא עשו הסכם הם עשו הסכם שהוא החוק. תוכנו של הסכם זה הוא שעושים 50/50. ניתן לחשוב על מקרה בו בית הדין ידון במקרה של בגידה ויקבע שאדם מבין שבד"כ החלוקה היא 50/50 אבל בן אדם שהרכוש רשום על שמו, גם אם יש מאמץ משותף, לא מוכן לתת רכוש לבן זוג בוגד. לא יעלה על הדעת שיש כוונה לחלוק. בית הדין יכול להגיע להבנה הזו כטענה עובדתית, ואז שטיין יבוא ויגיד שזה ממצא עובדתי. כאן נוצרת בעיה. מספיק שבית הדין יציג תנאי שחלק ממאמץ משותף זה שהסכימו שבגידה היא תנאי לשיתוף ואז אין לביהמ"ש מה להגיד. לכן אם ניקח את הלוגיקה של שטיין הוא טועה בברירת מחדל אבל הוא גם פותח את הפתח לנכסי מאמץ משותף.
8. **שותפות מוחלשת** – היה אדם שהייתה לו מאהבת. בשלב מסוים אשתו גילתה על המאהבת אבל היא עדיין רצתה אותו בבית. האיש הזה גר בבית ואצל המאהבת. רצה הגורל ובתקופה ההיא הצליח לו מאוד בעסקים. בני הזוג מתגרשים וביהמ"ש שואל מתי הקרע. הבעל רוצה לטעון שהקרע הוא בתקופה בה מתגלה המאהבת. אשתו אומרת שבתקופה הזו הוא עוד גר איתה והקרע הוא כשהבעל עזב את הבית לגמרי. ביהמ"ש ממציא מושג שנקרא שותפות מוחלשת. הוא אומר שבתקופה ההיא אי אפשר להגיד שנגמרה השותפות (הוא גר בבית) אבל אי אפשר להגיד שיש שותפות מלאה (יש מאהבת). לכן בתקופה זו נותנים לאישה 30%. מה שיצא הוא שבבגידה לא מאשימים אבל זה כן יכול לעבוד לטובת הבוגד כי הוא יצטרך לתת פחות.

**הורים וילדים**

**קביעת הורות**

1. העמדה הרשמית של רוב שיטות המשפט אומרת שהשאלה מי ההורה היא שאלה ביולוגית שיש לה תשובה בטבע, כאשר יש חריג אחד מגודר היטב והוא האימוץ. הסיפור הרשמי של המשפט מנסה בעצם לשכנע אותנו שהשאלה מיהו הורה היא שאלה לא משפטית אלא שאלה שהטבע קובע בה עם חריג אחד שלו עילות מאוד מסוימות. לא סתם על בסיס טובת הילד לא לוקחים ילד מבית הוריו אלא במקרים קיצוניים. בניגוד לתפיסה הזו, נגלה שבעצם השאלה מיהו הורה היא שאלה מורכבת בלי קשר לאימוץ ויש לה יותר מתשובה אחת. גם התשובה הביולוגית, אצל נשים במקרים של תרומת ביצית או פונדקאות יש שתי תשובות ביולוגיות (האם האמא היא היולדת או מי שנתנה את הביצית). ז"א אפילו אם מצטמצמים לביולוגיה לגבי גברים יש תשובה אחת אבל לגבי נשים יש שתי תשובות אפשריות. נגלה שהביולוגיה היא לא המבחן היחיד והמבחן הביולוגי מתחרה עם מבחנים נוספים. מבחן אחד הוא שהאבא הוא בן הזוג של האמא (המבחן המשפחתי / הזוגי). בעבר הוא ניצח את המבחן הביולוגי וגם היום הוא משמעותי. מקרה נוסף הוא של מבחנים הסכמיים (הורה הוא מי שלקח על עצמו את המחויבות ההורית). הגדרה נוספת היא פונקציונאלית (הורה הוא מי שמתפקד כהורה). לצד כל זאת יש את שאלת טובת הילד (האם ראוי להגדיר מישהו כהורה). נבחן מספר סיטואציות ונגלה בכל אחת איך המבחנים מתחרים זה בזה ומה המשפט הישראלי אומר על זה.
2. **ילד שנולד לאישה לא נשואה מחוץ לנישואין** – במקרה זה יש אישה לא נשואה שנולד לה ילד. ככה"נ היה לו אבא ביולוגי מסוים. האישה מגיעה לבן זוגה ואומרת לו שהוא האבא. עד המאה ה-20 העולם המערבי היה במושג של ילד לא לגיטימי והאבא הוגדר כבעל של האמא. אם היה ילד מחוץ לנישואין הוא לא הוגדר כילד של האבא הביולוגי שלו. בישראל אצל כולם זה משפט אזרחי למעט מוסלמים, שם זה חלק מהדין הדתי. במצב זה נלחם המבחן הביולוגי עם המבחן המשפחתי. המבחן המשפחתי אמר שאם אתה לא בן זוג של האמא אתה לא אבא והמשפט הישראלי נלחם בזה בצורה חזקה. הוא אומר שאצלנו ההגדרה תהיה הגדרה ביולוגית. בסיטואציה הראשונה המבחן הביולוגי מביס שני אויבים: אחד זה המבחן המשפחתי (פס"ד פלונית שם נקבע לפי האסלאם שהאבא הביולוגי הוא לא האבא אבל בעליון נקבע שקובעים שיש אבא). כאשר מישהו לא ירצה לעשות בדיקת רקמות בעבר היו אומרים לו שהסירוב הוא אינדיקציה לכך שהוא האבא וכיום ניתן להכריח מישהו לעבור בדיקה. השני הוא האויב ההסכמי, אותו הוא מביס בשתי סיטואציות. סיטואציה ראשונה היא שבני זוג קיימו יחסים לפני הנישואין והיא נכנסת להריון, הגבר מבקש הפלה והאישה מסרבת אבל אומרת שהיא לא רוצה אותו כאבא. הם עושים הסכם לשלילת הורות שאומר שרק האמא לוקחת אחריות הורית. הסכם זה לא שווה את הנייר שהוא כתוב עליו והמבחן הביולוגי מנצח אותו. סיטואציה שנייה לכך היא המקרה של ההורה בעל כורחו. אותו מקרה בו בני הזוג מקיימים יחסים והאישה נכנסת להריון והגבר אומר שהוא לא רצה להיות אב. ביהמ"ש יגיד שההחלטה להיות אבא לא תלויה בגבר לכן הוא צריך לקחת אחריות. ניכר שבסיטואציה הראשונה ביהמ"ש נתן הרבה מאוד משקל למבחן הביולוגי ובעצם הביס גם את המבחן המשפחתי וגם את המבחן ההסכמי.
3. **ילד שנולד לאישה נשואה מחוץ לנישואין**
   1. עולה השאלה איך זה מתעורר בהקשר המשפטי. מצב אחד הוא שהילד תובע מהאבא מזונות והאבא אומר שהוא לא האבא. כאן זה מתהפך, המבחן המשפחתי יגיד שהבעל צריך לשלם מזונות אבל המבחן הביולוגי יגיד שצריך לבדוק מי האבא, אם הבעל לא האבא הוא לא משלם מזונות. המקרה הקלאסי הוא בעל שטוען שהוא לא האבא לכן הוא לא צריך לשלם אבל יש מקרים נדירים בהם צד ג' רוצה קשר עם הילד ובני הזוג שהשלימו לא רוצים אותו בקשר והוא טוען שהילד שלו. המקרה היותר נפוץ כאמור הוא הראשון. בנושא הזה, בשיטות משפט שמודות במבחן המשפחתי, ההגדרה המשפחתית אמרה שאין טעם לבדוק כי קובעים שהבעל של האמא הוא האבא. לעומת זאת, המשפט הישראלי מגדיר אבא כאבא ביולוגי. לכן לכאורה במקרה זה, כאשר האבא נתבע יש כאן טענה חזקה כשהוא מבקש לעשות בדיקה. אבל כאן המשפט הישראלי תופס את הבעל. מצד אחד, במקרה כזה אם לא יצא שהוא האבא הילד יחשב ממזר. המשפט לא מרשה לעשות בדיקה בחשש ממזרות. אילון טוען שלא עושים בגלל טובת הילד וממזרות נכללת בטובת הילד. הביקורת של שיפמן על כך היא שאילון מסתכל על זה בצורה צרה. יכול להיות שטובת הילד היא כן לבדוק כי אז יגלו שהילד אכן של הבעל ואז הוא לא יוכל להתחמק. עם זאת, כיום יש חוק בנושא. החוק מנחה (ס' 28(ה)) שאם יש חשש ממזרות אז לא יכולים לעשות בדיקה. כאשר אין חשש ממזרות אז אפשר לעשות בדיקה. נניח לא עושים את הבדיקה, השאלה היא מי אמר שהבעל הוא האבא. לצד זאת מביאים את החזקה מהמשפט העברי שאומרת שבעלים הם אבות. לכן יש כאן מלקחיים, אם לא תהיה הוכחה נוגדת מגדירים את הבעל כאבא וגם לא מאפשרים לבעל לעשות בדיקה. יש בחוק פתח בס' 28(ד) שהוא יותר גמיש, הנוגע לתועלת בבדיקה.
   2. המחוקק לא אומר שבעל הוא אבא כי עוסקים במבחן ביולוגי. מה שהוא אומר זה שהאבא האמיתי הוא ביולוגי, אבל כדי לעשות בדיקה צריך לקחת רקמה מהילד. הילד צריך להסכים לזה, והוא קטין אז הוא לא יכול. האפוטרופוס צריך להסכים אם זה לטובתו. אם יש חשש ממזרות זה לא לטובתו. למרות כל זאת, האבא עדיין יכול להשתמש בהוכחות עובדתיות כדי להראות שהילד לא שלו (למשל שבשנה לפני הולדת הילד הוא לא היה בבית). בפסיקה יש דרכים שונות לקבוע את זה. דרך אחת היא להגיד שהקביעה רלוונטית לקביעה אזרחית (מעל 51%) כדי להגיד שהבעל לא צריך לשלם, אבל לא אומרים שהוא ממזר. יש פסיקה אחרת שאומרת שמאפשרים לא רק ראיות גנטיות אלא ראיות נוספות וזה מגביר את הצביעות, כי אומרים שההגדרה ביולוגית אבל עובדים אחרת.
   3. בארץ אין פסיקה כזו אבל בחו"ל יש דברים הפוכים. יש מקומות בהם יש חזקה חלוטה שבעלים הם אבות, נולד ילד מחוץ לנישואין והאבא הביולוגי רוצה קשר עם הילד. ביהמ"ש לא ייתן לאבא הביולוגי קשר עם הילד (משמע ההגדרה המשפחתית ניצחה את ההגדרה הביולוגית).
4. **ילד מחוץ לנישואין מהפריה מלאכותית**
   1. בפרשת סלמה הייתה הפריה מלאכותית על דעתו של הבעל. זה היה לפני חוק בדיקה גנטית אבל היו לבעל הוכחות שהוא לא האבא. פה יש בעיה כי ההלכה לא רואה בילד כזה ממזר. מה שהופך את הממזרות זה קיום יחסי מין. באותו מקרה הבעל מביא הוכחות שהוא לא האבא וכאן מה שמנסה לעשות האישה זה להשתמש באבהות ההסכמית והפונקציונאלית. בעלה הסכים לכן הוא האבא של הילד וכן יש כאן אבהות דה-פקטו (מי שמתפקד כאבא זה אימוץ לא פורמאלי. דומה לידועים בציבור רק בהורות). ביהמ"ש דוחה את הגישה הפונקציונאלית, אימוץ חייב להיות מגודר היטב בהליך פורמאלי. לגבי הגישה ההסכמית הוא דוחה אותה לגבי אבהות אבל מקבל אותה חלקית לגבי מזונות. מחויבות קונקרטית לשלם מזונות, מתוך זה שהבעל היה חלק מהתהליך, ניתן לקבוע שיש. הוא קיבל התחייבות מכללא כלפי הילד להפוך להיות האבא. הפסיקה מאוד מרוצה מעצמה כי מצד אחד הם לא הפרו את השבועות שלהם (נשבעו שהם נגד הגישה ההסכמית) מצד שני הם נתנו תוצאה צודקת לילד כי נתנו לו מזונות. עם זאת, הם לא חשבו מספיק טוב כי יש מצבים בהם הורות הסכמית לא תעבוד.
   2. היו מספר מקרים בהם יישמו את זה לגבי מזונות, חלקם גם נוגעים לידוע בציבור. זה מתחיל לחשוף את הבעייתיות של הקטגוריה של ההסכם שהיא נזילה. יש מקרה בו אמרו את זה לידוע בציבור, אבל מצד שני יש מקרה אחר בו האמא השתמשה בילד וכשהידוע בציבור עצבן אותה היא אמרה לו שהוא לא יכול לראות את הילד. הידוע בציבור אמר שהוא באמת לא הילד שלו אבל אז האישה תבעה מזונות. ביהמ"ש קבע שהוא באמת לא האבא כי היא לא נתנה לו לראות את הילד. נקודה נוספת היא שהסכמים עוזרים רק לגבי דברים שאשפר לעשות לגביהם הסכמים. עולה השאלה מה עושים לגבי צוואה. יש ירושה על-פי דין או צוואה, וצוואה זה באופן מאוד מסוים (בכתב יד, חתימה, עדים). במקרה שאדם לקח על עצמו מחויבות הורית אבל לא אימץ ולא עשה צוואה זה לא יעזור. זה מתעורר **בפס"ד יהוד**. משפחת יהוד היא משפחה מתימן. לסבא חמישה ילדים, כאשר הבכור חולה ועומד למות. כשהבכור עומד למות הוא דואג מי ידאג לילדים שלו. הסבא נשבע לו שהוא לוקח אחריות על הנכדים והוא יתייחס לנכדים כאילו הם ילדים שלו. בתימן היו כותבים את השושלת המשפחתית, ובעקבות השבועה הסבא מעלה את הנכדים לשורת הילדים. הם עולים לארץ ובת"ז לא רושמים את הנכדים כילדים שלו. הסבא נפטר ויש מאבק על ירושה. לפני המהלך הזה כל ילד אמור לקבל חמישית ושני הנכדים יורשים חצי ממה שהאבא מקבל שזה עשירית. אם הנכדים במעמד של ילדים כל אחד מקבל שישית. סה"כ הנכדים מקבלים ביחד שליש. זה מגיע לביהמ"ש והנכדים טוענים את הטענה של הורות פונקציונאלית. ביהמ"ש דוחה את הטענה של הורות דה-פאקטו. אין צוואה מפורשת ולכן הטיעונים נדחים. ביהמ"ש כן משאיר פתח דק, הוא כותב בפס"ד שאם זה היה משהו סוציאלי הוא היה שוקל את זה. יש פסיקות מאוחרות יותר בהן ביהמ"ש עדיין לא מקבל את הגישה הפונקציונאלית. בארה"ב ב-2017 קיבלו את הגישה הפונקציונאלית.
   3. לסיכום – ביהמ"ש דבק במבחן הביולוגי והוא לא מוכן לקבל את המבחן ההסכמי (למעט מזונות) ולא את המבחן הפונקציונאלי.
5. **הפריה מלאכותית של תרומת זרע**
   1. תרומת זרע בארץ היא בשני מסלולים. במסלול אחד יש הורה מיועד. יש מישהו שרוצה להיות האבא, הוא לא יכול להפוך לאבא דרך קיום יחסי מין עם בת זוגו ולכן עושים טיפול הפריה. אז במבחן הגנטי אין בעיה והחוק מאפשר לעשות את הדבר הזה. אם מדובר במישהו שהוא לא הבעל אז הוא צריך לחתום שהוא לוקח אחריות. עולה השאלה מה קורה במצב של אדם נשוי שרוצה להיות הורה מיועד עם אישה רווקה. בעבר משרד הבריאות לא הרשה את זה אבל יש פסיקה בה בתי המשפט הדיוניים מאשרים את זה. הם מבקשים ליידע את האישה של האיש. יש מחלוקת בבתי המשפט הדיוניים לגבי זה ואין קביעה ברורה. מסלול שני הוא מסלול של תורם שרוצה לצאת מהתמונה. כאן התקנות בארץ עושות את המהלך הבא. אין חוק, שזה מאוד בעייתי. אם אין חוק זה אומר שברמה המהותית התורם הוא האבא (בארץ ההגדרה ביולוגית). המשפט הישראלי בתקנות אומר שאפשר לתרום תרומה אנונימית. אם לוקחים אחריות כאבא זה לא אנונימי, אבל אם רק תורמים אז הוא לא תורם ידוע אלא אנונימי. בכך נוצרת תוצאה מוזרה. מצד אחד אם שואלים את המשפט הישראלי מי האבא הוא יגיד שזה התורם. מצד שני אם רוצים למצוא אותו אי אפשר לעשות זאת. לכן בתרומה אנונימית נוצרת הפרדה בין המציאות לבין המשפט. לפי המשפט האבא הוא התורם. במציאות במצב של אמא יחידנית אין אבא ובמצב של אמא נשואה לעניין המזונות הבעל הוא האבא ולשאר העניינים נתקלים באותן הבעיות שנדונו לעיל.
   2. בתקנות המקוריות אפשרו את ההפריה גם לאמא יחידנית וגם לאישה נשואה, אבל ביחידנית הכבידו פעמיים (בדיקת כשירות פסיכיאטרית ובדיקה סוציולוגית). באו נשים יחידניות ואמרו שיש כאן אפליה. ביהמ"ש לחץ על המדינה שיקבלו את הטענה ובשני פסקי דין (**זברו וירוז-חקק**) ביהמ"ש ביטל את התקנה הזו ואמר שאמא יחידנית היא כמו אישה רגילה ולא צריך לבדוק אותה. עולה השאלה איך זה מתאפשר. לפני רגע אמרנו שאי אפשר לעשות הסכם בין הורים של ילד שרק האמא אחראית עליו, ועכשיו אומרים שבהפריה אפשר שלא יהיו שני הורים. ניתן לטעון שהילד נפגע בשני המקרים, אבל מאחר שבלי הפריה לאמהות חד הוריות אין פתרון הזכות להורות גוברת על טובת הילד. זו תשובה אמיצה וזו כנראה תשובה מסוימת של המשפט הישראלי. יש עוד שתי תשובות בספרות. תשובה אחת היא הסכמית והיא אומרת שבמקרה של תורם אנונימי ואם חד הורית הם לא נקלעו לסיטואציה. במקרה של ילד לא מתוכנן זו לא הסכמה מדעת (זה לא עובד בארץ כי לא פועלים בלוגיקה הסכמית). תשובה שנייה קשורה לטיעון פילוסופי שחוזר לנזיקין. טוענים בשם הילד. בדוגמה עם ההסכם הילד בכל מקרה יוולד. אם מכבדים את ההסכם יהיה לו רק אמא, אם לא מכבדים את ההסכם יהיה לו אמא וגם אבא לכן לא מכבדים את ההסכם. בתרומה אנונימית אם לא מרשים את זה הילד לא יוולד. לכן גם אם מקבלים את הטענה שטובת הילד היא שני הורים לא ניתן לטעון שעדיף לו לא להיוולד. גם טענה זו לא יכולה להסביר את המשפט הישראלי.
6. **התורם הידוע**
   1. יש אמא חד הורית שרוצה ילד אבל מפחיד אותה לקחת זרע של מישהו שהיא לא מכירה. יש מישהו שלא נראה לה משהו בתור בן זוג אבל היא אוהבת את הגנים שלו. הוא מוכן לתרום לה את הזרע הזה. עולה השאלה איפה מבין שלושת הטיעונים שמוזכרים לעיל (זכות להורות, הסכם מדעת, השוואה למצב של לא חיים) שמים את המצב הזה. השאלה מתחלקת לשניים, אחד מה קורה במצב המשפטי הקיים ושתיים מה החוק צריך לעשות.
   2. לגבי המצב המשפטי הקיים, כאשר זה נעשה בהסכם פרטיזני ביהמ"ש יגיד שהתורם הוא האבא וההסכם לא תקף. לאחרונה היה פס"ד בעליון בו היה תורם סדרתי. הוא נשוי אבל יש לו 25 ילדים שהוא תרם. הם הציגו את זה כאבא מיועד אבל ראו שזה לא הגיוני לכן ביה"ח אמר שהוא לא יכול לעשות את זה. האישה הלכה לעליון ואמרה שפוגעים לה בזכות להורות ושהתקנות האלו הן חסרות סמכות (לא בסמכות ביה"ח להכריע בדברים אלו). העליון דחה את הטענה במספר טענות: 1. יש פגיעה בילד; 2. יש פגיעה במוסד ההורות; 3. מבחינת פגיעה בזכות לא פוגעים בזכות להורות אלא מתחמים אותה. מאפשרים לה להיכנס להריון רק לא מאפשרים לה לבחור את התורם. השילוב הזה גורם לביהמ"ש לקבוע שההסדר הזה לא בתוקף. יש מחלוקת בין השופטים לגבי התקנות והאם הן בתוקף. השופט מזוז מתעלם מהטענה על דוקטרינת ההסדרים הראשונים. לגבי הטענה של חוסר סמכות הוא אומר שיש סמכות כללית והיא צריכה להתמלא תוכן בהתאם לנושא. הנדל די ברור שהוא חושב שאין סמכות לתקנות. הוא לא אומר את זה בצורה נחרצת אבל בניגוד למזוז לא אומר שיש. הוא אומר שלא בסדר לעשות את התורם הידוע כך שגם אם התקנות לא היו עושות את זה הוא היה פוסל את זה בתקנת הציבור. הוא לא רוצה להכריע לגבי תוקף התקנות כי זה ייצור תוהו ובוהו. לכאורה הנדל מובן, כי מצד אחד הוא לא רוצה לשקר אך מצד שני אם הוא יגיד את כל האמת הוא יפגע במוסד התרומה. לכן הוא לכאורה מצא פתרון יפה. במחשבה שנייה יש כאן בעייתיות קשה. אם לוקחים ברצינות את זה שגם התרומה האנונימית פוגעת בילדים צריך להבין איך זה שונה מהסכמים. מי שצריך להבין זאת הוא המחוקק. ביהמ"ש לא ער לבעיות אלו אבל הוא כן עוסק בתקנות. מה שנראה לו הוא משאיר ומה שלא נראה לו הוא פוסל. למשל ביהמ"ש פסל חלק מתקנה שקבעה שצריך לבדוק מסוגלות של אם חד הורית שרוצה לקבל תרומה. איך ביהמ"ש מחליט בלי דיון שתקנה של המחוקק פוגעת בשוויון, בלי לדון בטובת הילד. ניתן לטעון שהזכות להורות גוברת, אבל המחוקק צריך להכריע בזה. עם זאת, לבוא ולהגיד שלא מכריעים בזה זה גם בעייתי. יש כאן הסדר תקנתי שפוגע בזכויות, ובישראל משאירים את זה בהבטחה עמומה שיהיה מתישהו חוק שיסדיר את זה. רק המחוקק יכול להרשות להוליד ילד שלא יזכה לתמיכה מאביו. יש בכל זאת תזכיר חוק מ-2016 שעוסק בנושא הפריות. בתזכיר הזה כן אומרים שאם יש תורם אז הוא לא האבא. התזכיר לא מאפשר תרומה ידועה. יש שם איזושהי אפשרות לייצר רישום שיאפשר גילוי אח"כ שמותנה ברצון משותף של האמא והאבא. עולה השאלה האם זה היה ממוסד בחוק, האם נכון לחוקק תורם ידוע וכן האם צריך לכפות גילוי לילד כשהוא גדל.
   3. מבחינת הדין הרצוי יש עכשיו חוק בנק זרע שינסה להסדיר את זה. הם שואלים שלוש שאלות: 1. איך למנוע נישואי אח ואחות; 2. האם לאפשר זכות התחקות (לא לגלות מראש אבל כשהילד גדל מאפשרים לו לגלות); 3. האם לתת מראש מסלול בחוק שמאפשר לבחור את התורם שלך.
   4. ביקורת של ליפשיץ – זה יהיה בעייתי לאפשר את זה כי זה יפגע במוסד ההורות. רוצים לשמר מצב שבו אבא זה לא קשור בהסכם, אם נולד לך ילד אתה לא יכול לברוח ממנו. מצד שני, בגלל הזכות להורות רוצים לאפשר אבא שהוא לא אבא. מה שרוצים לעשות זה לייצר שתי קטגוריות. יש קטגוריה של הורה, ומי שנכנס לשם כל מה שאמרנו נכון (מחויבות שלא קשורה בזוגיות וכו'). קטגוריה שנייה היא תורם. התורם הוא כמו רופא. הוא איש אלטרואיסט שעוזר למישהו ללדת. השאלה היא איך מבדלים את זה. צריך לעשות את הקטגוריה של התורם רק במעבדה, רק במיסוד ציבורי, ולא בתורם ידוע. בקריאת פסיקה בינ"ל רואים שזה תמיד מוביל לאסונות. התורם הידוע מגיע לבקר ונקשר לילד; האישה רואה שהתורם מצליח ותובעת ממנו כסף ועוד. לכן רוצים שיהיה או הורה או תורם. הורה הוא מעורב ותורם הוא אנונימי. לכן אם רוצים לאפשר את מוסד התורם צריך לבודד את זה. הזכות לבחור את הגנים של הילד צריכה לסגת מטובת הילד.
   5. הבעיות בהסכמים הן: 1. אין תמיכה כספית של האבא; 2. אין תמיכה רגשית מהאבא; 3. אין יכולת להתחקות. לכן לכאורה סיטואציה כזו טובה ממצב של תורם לא ידוע כי יודעים מי האבא. חילקנו את הסיטואציה הנוכחית לשני מצבים, מראש ובדיעבד. אם מראש עושים את זה (תרומה של תורם ידוע) ביהמ"ש לא מקביל את זה לתרומה אלא להסכם ולכן אומר שזה לא אפשרי.
7. **תרומת ביצית**
   1. הסיטואציה הפשוטה היא אישה שיכולה להרות ולהוליד אל יש לה בעיה בביציות ואז אישה אחרת תורמת עבורה את הביצית. כאן המחוקק הישראלי חוקק, יש חוק שנקרא חוק תרומת ביצית. שם המחוקק עשה את מה שצריך לעשות בחוק תרומת זרע והגדיר שהתרומה תהיה אנונימית ושהתורמת יוצאת מהתמונה. היולדת היא האם.
   2. אחת מהשאלות המעניינות בהלכה היא מי קובע במקרה בו יש אמא גנטית ואמא יולדת. במקרה זה יש ארבע אפשרויות בהלכה. אחת אומרת שלילד אין אמא, שנייה שיש לו שתי אימהות, שלישית שהיולדת ורביעית שהגנטית. בעבר הגישה המקובלת הייתה היולדת ולא תורמת הביצית. בארה"ב זה עבר בצורה מאוד חזקה למבחן הגנטי. בארץ הם עדיין בהתלבטות בנושאים ורואים מגוון של דעות בנושא זה. אין הכרעה הלכתית ברורה.
   3. נקודה מעניינת נוספת היא כשיש מעין תרומת ביצית אבל באופן פרטיזני ולא לפי החוק. לפי החוק זה אנונימי ואז היולדת היא האמא. מה קורה כשיש בנות זוג מאותו המין והנשים עושות הסכם לפיו הן לוקחות ביצית מאחת ומפרים אותה אצל השנייה. השאלה היא מי בעצם האמא. אין על זה פסיקה של העליון ולא ברור האם קובעים שהאמא היא היולדת או שעושים הסדר שלילי וקובעים שבגלל שזה לא לפי החוק הגנטית היא האמא.
8. **פונדקאות**
   1. המצב הקלאסי הוא תמונת ראי של תרומת ביצית. אם בתרומת ביצית הייתה אישה שמסוגלת להרות וללדת אבל יש בעיה בביצית ולכן היא צריכה תרומה, בפונדקאות יש זוג של גבר ואישה, לאישה יש ביצית שמסוגלת להיות מופרית אבל יש לה בעיה בלהרות וללדת. כאן מדינת ישראל הייתה אחת מהמדינות הראשונות בעולם שאפשרו את פרוצדורה הזו של פונדקאות. בחוק המקורי זה היה רק לשני בני זוג גבר ואישה ועפ"י התיקון שהיה לאחרונה בחוק מאפשרים את זה גם לאישה יחידה שתהיה האמא הגנטית. החוק בנוי כך שזה לא סחר חופשי בשוק, לא שואלים מי רוצה להיות פונדקאי. יש חוק שקובע תנאי סף, ועדה שצריכה לאשר ולקבוע את המחיר. בגלל הנושא של זכות האישה לגופה היא יכולה להפיל תמיד. כשהילד ייוולד זה לא באופן אוטומטי שיקיימו את ההסכם אלא ביהמ"ש יצטרך לתת צו הורות. אם תהיה התנגדות ביהמ"ש יצטרך להכריע האם הוא נותן הורות לאמא הגנטית או לטובת האמא היולדת.
   2. יש סיטואציה שהיא שילוב של תרומת ביצית ופונדקאות. אישה שיש לה בעיה בביצית וברחם יכולה להשתמש בבעלה. היא תקבל ביצית מחוק תרומת ביציות, הביצית הזו תפרה לפי חוק פונדקאות והשילוב של שני החוקים יקראו לאמא הזו האם המיועדת. היא לא האם הגנטית אבל האם הגנטית יצאה מהתמונה לפי חוק תרומת ביצים. היא לא האם היולדת כי זה בפונדקאות. אישה יחידה שיש לה בעיה כזו לא יכולה לפתור את המצב עם חוקים אלו והיא צריכה לפנות לאימוץ. למעשה צריך או רחם או ביצית או בעל כדי להיכנס לחוק הפונדקאות.
   3. מצב בו האמא הפונדקאית היא גם תורמת הביצית הוא לא אפשרי בארץ. יש מקומות שזה אפשרי בהם אבל בארץ לא מתירים את זה כי זה כבר מגיע לרמה של מכירת ילד.
   4. כל סיטואציה מתחלקת ללכתחילה ובדיעבד, איך אפשר לפעול מראש ומה קורה כשלא מתייחסים לחוק. גם פה זה עולה לגבי האישה היחידה שיש לה בעיה בביצית וברחם. החוק לא מאפשר לאישה פתרונות ומפנה אותה לאימוץ. עולה השאלה מה קורה במצב שהאישה עושה את זה בלי להתחשב בחוק. אישה (מור-יוסף) עשתה את זה בארה"ב (קנתה זרע והשתמשה בביצית של אישה אחת בתוך רחם של אישה אחרת) ולקחו לה את הילד.

**הורות בני זוג מאותו מין**

1. **זוג נשים**
   1. בזוג נשים אחת מהן עוברת הפריה כאילו היא חד הורית ואז השאלה היא איך השנייה תקבל הכרה. כאן המשפט הישראלי עבר תהליך.
   2. שלב ראשון – רישום. אם הן מצאו מדינה בעולם שהייתה מכירה בהורות של שתי נשים, היו מקבלים תעודת הורות של מדינה אחרת. כשהן מגיעות לארץ הן היו עושות את הטריק לגבי זוגיות בהלכת פונט-שלזינגר, הלכת ברנר-קדיש. כל הטריק של הרישום בנוי על זה שלא נותנים להן זכות מהותית אלא רק רישום. בניגוד לגבר ואישה שכשהם נרשמים אף אחד לא יודע את זה פה הרישום הזה צועק לכן לא בטוח שזה לא יתעורר. למשל, מה יקרה כאשר האמא הלא ביולוגית תמות ולא תכתוב צוואה. יורשים מתחרים יבואו ויגידו שהילד לא שלה ושלרישום אין תוקף. אם לא חשבו על זה ולא עשו צוואה ברנר-קדיש לא יעזור. לכן הבעיות הן שהרישום זועק ושהוא לא נותן זכויות.
   3. שלב שני – אימוץ. במהלך זה האמא הלא ביולוגית תבקש לאמץ את הילד. מקרה זה נדון **בפרשת ירוס**. בחוק האימוץ יש קושי מילולי ברעיון של אימוץ בנושא הזה. ביהמ"ש העליון אפשר לאמא הלא ביולוגית לייצר פה אימוץ. האימוץ, בנגוד לרישום, כן יוצר זכויות מהותיות. עם זאת, הקהילה הלהט"בית לא אוהבת את ההסדר הזה משתי סיבות. סיבה אחת היא שרובריקה של אימוץ מאוד מסורבלת. בודקים את האימהות. סיבה שנייה היא שיש בזה משהו רגשי משפיל.
   4. שלב שלישי – צו הורות פסיקתי (ר' הסבר מטה). האמא הביולוגית קיבלה תרומת זרע מתורם אנונימי. באה בת הזוג שלה ואמרה שגם היא רוצה להשתמש בקונסטרוקציה של צו הורת פסיקתי. נכון שלא עברו תהליך של פונדקאות כמו זוג הגברים אבל גם לה מגיע. ביהמ"ש **בממט** מאשר את הפרקטיקה הזו שהוא קורא לה זיקה לזיקה. מי שנשאר בחוץ היא גברת מור-יוסף. אין לה רחם ואין לה ביצית והחוק לא עוזר לה. לזוג גברים עוזרים בצו הורות פסיקתי אבל לגברת מור-יוסף לקחו את הילד. לא בטוח שזו תוצאה צודקת.
   5. שלוש האופציות הראשונות רלוונטיות למצבים בהם אחת הנשים מסוגלת להרות וללדת. בכך זה שונה מזוג גברים.
   6. שלב רביעי – חלק מזוגות הנשים כן רוצות תורם ידוע. הן רוצות לבחור את הגבר. גם את זה הן רוצות בשני מסלולים. במסלול אחד לבחור אותו ושיעלם (תורם ידוע) ובמסלול שני אבא מתפקד (שיהיו שלושה הורים). כשהן רוצות אבא מתפקד זה מתחיל הכי פשוט כי הן הולכות למסלול האב המיועד. האמא והאבא הולכים למעבדה ואומרים שהם רוצים תרומה ושניהם ייקחו אחריות על הילד. לאחר מכן הם עושים הסכם משולש בו הם רוצים לעגן את מעמדה של האמא הלא ביולוגית, והסכם זה לא מוצג למעבדה. כאן יש שאלה מעניינת האם המשפט הישראלי ייתן תוקף לשלושה הורים. יש בנושא זה שני פס"ד של בתי משפט דיוניים. בפס"ד שפורסם שללו את זה ולא אפשרו את זה אבל בפס"ד שלא פורסם כן אפשרו את זה ויש עליו ערעור. כמו שיש אמא חד הורית שרוצה להכיר את התורם אבל שלא יהיה האבא כך נוצרה פרקטיקה של ישראלים שעושים את המהלך הבא; מגיעים אמא ואבא למעבדה שאומרים שהם רוצים להיות הורים. זה מקרה טריוויאלי של אבא מיועד. אז מגיע האבא למשרד הרווחה ואומר שהוא אבא גרוע והוא רוצה שייקחו לו את הילד, הסכמה לאימוץ. שואלים את האמא אם גם היא רוצה שייקחו לה את הילד והיא אומרת שהיא דווקא מסתדרת אתו. רוצים למצוא מישהו שיהיה מוכן לאמץ את הילד יחד עם האמא הביולוגית ומגיעה בת הזוג של האמא ואומרת שהיא מוכנה. לכן דה-פקטו זה מהלך של תורם ידוע. נושא זה בדיון ולא ברור מה יחליט ביהמ"ש.
2. **זוג גברים**
   1. אימוץ – פתרון אחד הוא אימוץ קלאסי. הם אומרים שהם רוצים לאמץ ילד. עקרונית זה נכון גם לזוג נשים, אבל רובן בגלל האפשרות ללדת לא ירצו את זה. זוג גברים הרבה פעמים יגידו שהם רוצים לאמץ. כאן יש טריקיות מסוימת. הניסוח הרגיל של חוק האימוץ אומר שזה לא אפשרי. בשלב מסוים הייתה הנחייה של היועמ"ש שאמר שלמרות ניסוח החוק אסור לפסול באופן גורף זוג גברים כפוטנציאל לאימוץ אלא לבחון לגופו של עניין. עם זאת, גופו של עניין איכשהו תמיד מוביל למסקנה ששמים אותם בסוף התור.
   2. רישום – אם מוצאים מדינה בה יכירו בהורות משותפת בכל מני מסלולים, על סמך ההכרה שם הם יוכלו לקבל רישום.
   3. פונדקאות – רוצים למצוא אמא פונדקאית, אחד יהיה אבא ביולוגי ובן הזוג יהיה במעמד של האישה שאין לה ביצית ואין לה יכולת להרות. זה מה שהם ביקשו וזה כנראה מה שהם יקבלו. החוק לא נתן להם את זה. הייתה ועדה בשם ועדת מור יוסף שקבעה שלזוג גברים יאפשרו פונדקאות אבל יתנו להם רק פונדקאות אלטרואיסטית ולא בכסף (פחדו שיתפסו את המקום בתור לנשים עקרות). אח"כ הייתה הצעת חוק יותר לטובת הקהילה הלהט"בית כשאריאל גרמן הייתה שרת הבריאות. הדתיים הסכימו בשלב מסוים אבל אח"כ לא הסכימו. בהצעת חוק זו אפשרו גם לגברים יחידים וגם לנשים יחידות לקבל פונדקאות. לא הסכימו לקבל את הרעיון ששני גברים מקבלים אבל כן גבר אחד. הצעה זו לא עברה. יש בג"ץ תלוי ועומד. מה שקורה זה שבזמנו הוגש בג"ץ וכל פעם המדינה אמרה שהיא בתהליך חקיקה. תחילה היה את מור-יוסף, ואז היה את גרמן, ואז יש את ההצעה האחרונה. ההצעה האחרונה מכניסה אמהות חד הוריות אבל מוציאה זוג גברים וגברים יחידים. במקרה האחרון ג'ובראן אומר שזה לא חוקתי, אבל מאחר שהחוק לא התקבל צריך לחכות לראות מה יקרה אחרי שהוא יתקבל. כל הפס"ד ברור מה הוא היה פוסק לאחר שהחוק היה מתקבל אבל בגלל שהוא לא התקבל עדיין לא הייתה הכרעה. ההערכה היא שהחוק יבוטל בטענה שהוא לא חוקתי. המצב המשפטי הנוכחי הוא שפונדקאות בארץ לא קיים עבור גבר יחיד או זוג גברים (וגם לא זוג נשים). מה שקורה בפועל זה שמה שעושים היום, בעיקר זוג גברים (לפעמים זוג נשים ולפעמים גבר ואישה שאין להם מענה בארץ) זה פונדקאות חו"ל. הם הולכים למדינה בה יש פונדקאות ואז יש אבא שהוא אבא ביולוגי, אין אמא ואז פיתחה הפסיקה פרקטיקה שנקראת **צו הורות פסיקתית**. היא התפתחה מבתי המשפט למשפחה והעליון מאמץ אותה **בפס"ד ממט**. פרקטיקה זו אומרת שאחרי שהוכחה האבהות של האבא באנלוגיה לחוק פונדקאות נותנים לבן הזוג או לבת הזוג הכרה שלא מצריכה את הפרקטיקה של חוק האימוץ אלא היא יותר פשוטה. כאן השאלה היא כמה יותר פשוטה היא אמורה להיות. משרד הרווחה ניסה לעשות הנחיות מתי צריך להגיש את הבקשה הזו. ניתן לטעון שצריך להבהיר לצדדים מה הם עושים. ההורה הביולוגי צריך להבין שגם אם הוא נפרד מבן זוגו בן הזוג עדיין הורה של הילד. זה המהלך הכי פופולארי היום לייצר את ההורות הזו.
   4. שני גברים ואמא – שני גברים עושי הסכם עם אמא אחת. האבא הביולוגי מפרה את האמא והם עושים הסכם שנותן מעמד הורי לגבר נוסף. זו אותה השאלה כמו במצב של זוג נשים עם גבר נוסף.

**משמורת ילדים**

**הקדמה**

1. יש שני היבטים שצריך לבחון בהקשר של משמורת: 1. הסמכות לדון בענייני משמורת; 2. הדין החל בענייני משמורת. היבטים אלו נידונים באופן מקדמי כאשר ניגשים לסוגייה, וצריך להכריע לגביהם לפני שניגשים לגופו של עניין.

**הדין החל לגבי משמורת**

1. **רקע**
   1. באופן עקרוני, על נושא המשמורת חל חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות. החוק הזה מחיל דין אזרחי (עקרון טובת הילד) על נושא המשמורת, אבל יש סעיפים שמציפים סתירות שצריך להתייחס אליהן.
   2. דבר המלך
      1. סימן 47: בנושאים של מעמד אישי חל הדין האישי. זאת בניגוד לחוק הכשרות.
      2. סימן 51(1): נושאי המעמד האישי כוללים את נושא האפוטרופסות. עליו חל הדין הדתי.
   3. גישת שיפמן – לפי גישת שיפמן, ס' 79 לחוק הכשרות לא בא להוסיף על סמכויות בתי דין דתיים או לגרוע מהן. ז"א ששיפמן מפרש את הסעיף הזה כך שהוא לא פוגע במה שחל לפני כן, ולכן אם מגיעה סוגיה של משמורת לבית הדין הדתי ניתן להחיל על כך את הדין הדתי.
   4. בג"ץ נאצר – תביעת גירושין שכורכים לה משמורת. בית הדין קובע שהמשמורת תהיה לאב. האישה מערערת לבית הדין הגדול, שקיבל את הערעור רק ביחס לילד הקטן מתחת לגיל 6. האישה עותרת לבג"ץ וטוענת שבית הדין הגדול חרג מהסמכות שלו בגלל שהוא פועל בניגוד לחוק הכשרות מאחר שהוא פוסק לפי המשפט העברי (בנים מעל גיל 6 אצל האב אלא אם כן טובת הילד מחייבת אחרת). ס' 25 לחוק הכשרות לא מכיר בהבנה כזו, לכן הטענה היא שבית הדין חרג מהדין. השופט לנדוי קובע שבית הדין הסתמך על חוות דעת של מומחים לפיהן טובת הילד היא אצל האב, והוא פנה למשפט העברי כדי לחזק את מה שהמומחים קבעו. לכן הטענה היא שפס"ד זה עומד גם בלי נושא המשפט העברי. הסתירה בין ס' 25 לחוק הכשרות לבין ההלכה במשפט העברי נשארה בצריך עיון. כיום בעליון הדעה הרווחת היא שהדין שחל הוא הדין האזרחי (חוק הכשרות ועקרון טובת הילד).
2. **עקרון טובת הילד**
   1. באופן עקרוני, העקרון של טובת הילד הוא הכי חשוב. קוראים לו עקרון על. בנושאי משמורת וחינוך תמיד בודקים את טובת הילד. את טובת הילד בוחנים לפי חוות דעת מומחים, ורק לעיתים נדירות ביהמ"ש יסטה מחוות דעת של מומחים תוך נימוק הסטייה.
   2. סעיף 14 (מעמד ההורים) – ההורים הם האפוטרופוסים הטבעיים של ילדיהם הקטינים.
   3. סעיף 17 (קנה מידה לחובת ההורים) – ההורים חייבים לנהוג לטובת הקטין.
   4. סעיף 24 (הסכם בין הורים החיים בנפרד) – הורים שחיים בנפרד רשאים להסכים ביניהם למי תהיה אפוטרופסות לקטין, מי יחזיק בו, ומה יהיו זכויות ההורה שלא מחזיק בקטין. הסכם זה טעון אישור ביהמ"ש. ביהמ"ש יבחן האם ההסכם לטובת הילד, ולאחר אישור ההסכם הוא יהיה כמו החלטת בית משפט.
   5. סעיף 25 (קביעת ביהמ"ש באין הסכם בין ההורים) – אם אין הסכם בין ההורים, ביהמ"ש רשאי לקבוע את העניינים האמורים בס' 24 בהתאם לטובת הילד. זאת בלבד שילדים עד גיל 6 יהיו אצל אימם אם אין סיבות מיוחדות להורות אחרת (חזקת הגיל הרך). חזקת הגיל הרך מבוססת על ההנחה שבגיל הרך הילד קשור יותר לאם מאשר לאב. הרבה פעמים אם אחד הילדים מתחת לגיל 6 והאחרים יותר גדולים, כדי לא להפריד ביניהם כולם יישארו אצל האם. החזקה תיסתר כשיש ראיות כבדות משקל (למשל כשהאמא הייתה נרקומנית). הבעיה היא שעקרון טובת הילד הוא עמום וזה מעלה בעיות של חוסר אחידות בין ערכאות.
   6. פס"ד מיכל דוד נ' בית הדין הרבני הגדול – בהליכי גירושין ההורים מתווכחים על חינוך הילד. הבעל רוצה שהוא יהיה בבית ספר דתי והאישה רוצה שהוא יהיה בבית ספר ממלכתי. בית הדין הורה שהילד יהיה בבית ספר דתי והוא קבע את זה בניגוד לשלוש חוות דעת מומחים שקבעו שטובת הילד היא ללמוד בבית ספר ממלכתי. בג"ץ קובע (חשין) שאחת הסיבות שניתן להתערב בהחלטה של בית דין דתי היא לפי ס' 15(ג) לחוק יסוד השפיטה, במקרים בהם ביהמ"ש מוצא לנכון לתת סעד למען הצדק. בג"ץ יתערב אם החלטה של בית הדין הדתי סותרת חוק אזרחי. בית הדין אמור לפסוק לפי חוק הכשרות וטובת הילד, לכן בכל מקום בו בית הדין סוטה מטובת הילד בג"ץ יכול להתערב. עקרון טובת הילד מושפע מערכים, רגשות, תפיסות עולם. לכל הפחות הגנה על צרכים של הילד ויש לבחון זאת לגבי כל ילד מסוים. מחליטים מהי טובת הילד לפי חוות דעת של מומחים, ורק לעיתים נדירות ביהמ"ש יפסוק בניגוד לחוות הדעת. בית הדין במקרה זה התעלם מחוות הדעת של המומחים (לא התמודדו איתן או הסבירו למה פעלו באופן שונה) ולכן הפס"ד לא יכול לעמוד.

**הסדרי משמורת אפשריים**

1. **ההסדר הקלאסי** – אחד ההורים מקבל את המשמורת ויש הסדרי ראייה של ההורה השני. קובעים מי המשמורן או דרך חזקת הגיל הרך או דרך בדיקת מסוגלות הורית באמצעות מומחים. המומחים יבחנו את ההורים, את הקשר בין ההורה לילד ויתנו חוות דעת בהתאם. מתחשבים בדעתו של הילד כשמדובר בילד יותר מבוגר.
2. **משמורת משותפת**
   1. משמורת שמתחלקת חצי-חצי בין הצדדים (יכולות להיות פרופורציות אחרות אבל לרוב זה יהיה חצי-חצי). יש על זה ביקורת ואומרים שטוב יותר שתהיה לילד את הפינה הקבועה שלו ושלא יעבור כל הזמן בין ההורים.
   2. קריטריונים להחלת משמורת משותפת (707-03-17)
      1. מסוגלות הורית טובה או דומה של שני ההורים.
      2. מעורבות משמעותית של כל אחד מההורים בחיי הילד.
      3. קיומו של קשר תקין בין כל אחד מההורים לבין הילד.
      4. מקום מגורים סמוך ותפיסת הילד את שני הבתים כבתים מרכזיים בחייו.
      5. שיתוף פעולה בין ההורים וטיב התקשורת ביניהם.
      6. רצון הילד.
3. **שינויים בהסכם המשמורת** – לפי ס' 18 (שיתוף בין ההורים), ההורים חייבים לפעול תוך הסכמה. חזקה שהם מסכימים על הדברים, אבל אם הם לא מסכימים רשאי כל אחד מהם לפנות לביהמ"ש והוא יכריע בדבר (ס' 19). בעניין הנוגע לרכוש הקטין יכריע ביהמ"ש, ובעניינים אחרים הוא ינסה להביא את ההורים להסכמה. אם לא יצליח לגרום להם להסכים הוא יכריע בעצמו או יטיל את ההכרעה על מי שימצא לנכון.

**דו"ח ועדת שניט**

1. בשנת 2004 ציפי לבני שהייתה שרת המשפטים הקימה את ועדת שניט לבחינת סוגית המשמורת ההורים. בדו"ח הועדה הציעו לבטל את חזקת הגיל הרך. הצעת החוק ביקשה לצמצם את חזקת הגיל הרך ולקבוע שטובת הקטין היא השיקול החשוב במקרה של חוסר הסכמה בין ההורים כשלא צריך להתייחס לחזקת הגיל הרך באופן כה רחב. לגבי פעוט, הסדר ההורות יקבע כך שהוא ישהה רוב הזמן אצל האם, תוך שמירה על קשר עם האב. לא הגדירו פעוט ובהצעת חוק אמרו שצריך לבדוק מה ההגדרה הנכונה.
2. להצעת החוק יש שתי גרסאות:
   1. גרסה ראשונה – הדגש על חלוקה שוויונית של השהייה של הילד עם כל אחד מהוריו.
   2. גרסה שנייה – הדגש על שמירה על יציבות בחיי הילד.
3. **יתרונות ביטול החזקה** – חיזוק קשר הילד עם שני ההורים; קידום שוויון; מניעת פגיעה בנשים בכך שמכריחים נשים להישאר בבית ולגדל ילדים במקום לפתח קריירה.
4. **חסרונות ביטול החזקה** – יוביל ללקיחת כוח מהאישה במערכת בה מראש מאזן הכוחות הוא לטובת גברים (במאבק הגירושין מראש הגברים יותר חזקים); הוספת מאבק נוסף במקום קביעה ברורה מראש שמקלה על הילד (הארכת התדיינויות); בארץ אין בעיה חברתית חמורה של הורים שלא בקשר עם הילדים, ואין משהו שמצדיק את ההתערבות ואת השינוי לטובת משמורמת משותפת; גם ככה האמא לרוב מקבלת את המשמורת, בין אם בקביעה ובין אם בפועל; ביטול החזקה יכול לגבות מחירים נפשיים כלפי הילדים ואמותיהם; יכול לעודד מניפולציות בין ההורים (קרב טקטי של תביעות סרק בהן האב תובע משמורת כדי להפחית מזונות); הוצאות כלכליות גדולות יותר במשמורת משותפת; הפרידה בין ההורים לא מושלמת אם ההורים חולקים משמורת.
5. **פס"ד 2328/19 פלוני** – ביהמ"ש קובע משמורת משותפת והאם עותרת לבג"ץ. במקרה זה הנדל קבע שניתן לסטות מחזקת הגיל הרך רק אם נמצאו ראיות ממשיות לקיום סיבות מיוחדות לכך. הנדל למעשה אומר שהחוק עדיין קיים וצריך לפעול לפיו. באותו מקרה שתי הבנות עוד לא בנות 6 והערכאה הדיונית לא נדרשה לחזקת הגיל הרך ועשתה דיון בנושא. לכן מבטלים את פס"ד המחוזי שקבע משמורת משותפת. לכן המצב הקיים הוא שהחוק קיים וחזקת הגיל הרך עומדת.

**מזונות ילדים**

**הקדמה**

1. **סמכות דיון** – כשמדברים על מזונות ילדים הערכאה שיכולה לדון היא ביהמ"ש. לבית הדין יש סמכות בהסכמה. לפי החוק יש גם סמכות בכריכה, אבל פס"ד שרגאי עשה הבחנה בין שני סוגים של מזונות. השבת הוצאות ניתן לכרוך אבל מזונות קלאסיים לא נתין לכרוך. השופט הנדל במספר פסקי דין ניסה לטעון שיש אפשרות לכרוך מזונות בכפוף לזה שטובת הילד לא נפגעת. בפס"ד האחרון עמדת הנדל הפכה למיעוט ודעת הרוב הייתה שחוזרים לפרשנות הנוקשה של שרגאי לפיה אי אפשר לכרוך מזונות אלא רק בהסכמה. בקשה לדיון נוסף בפס"ד נדחתה.
2. **הדין החל**
   1. הדין שחל הוא הדין הדתי. בדין הדתי היהודי יש לדיני המזונות מספר רבדים.
   2. מזונות מן הדין – החיוב המקורי של המזונות. החיוב המקורי של המזונות היה רק עד גיל 6. חיוב זה היה רק על הגבר והוא מוגבל למה שנקרא צרכים הכרחיים מינימאליים. מגיל אפס עד גיל שש יש חיוב מוחלט על הבעל שמוגבל לצרכים הכרחיים. חיוב זה לא תלוי במצב הכלכלי של ההורים. גם אם האמא הייתה עשירה והאבא לא זה לא משנה. האבא צריך לשלם על הצרכים המינימאליים של הילד. לעומת זאת, כאשר היו לילד צרכים מעבר לצרכים המינימאליים מדובר בדין צדקה. ניתן לכפות דין צדקה אבל זה גם על האבא וגם על האמא ובהתאם ליכולת הכלכלית.
   3. גילאים 6-15 – כאן יש שני שלבים בהתפתחות ההלכה. התפתחות ראשונה היא תקנת אושה. היא עשתה הרחבה של החובה עד גיל 12 או 13. זה פחות משנה. מה שמשנה הוא שבתקופת המנדט יש תקנה של הרבנות הראשית. תקנה זו מגדילה את החיוב מגיל 6 עד גיל 15. לפחות עד הלכת 919 התפיסה המקובלת הייתה שברגע שהרחיבו את זה אז השתנה הגיל אבל יתר התכונות נשארו. כלומר, צרכים הכרחיים זה רק על האבא ומה שמעבר זה בהתאם ליכולת הכלכלית של ההורים. ניואנס קטן מלפני 919 הוא אם לילד היו משאבים התקנה לא רלוונטית (זה בניגוד לדין לפיו לא התחשבו במשאבים וחייבים לשלם).
   4. גילאים 15-18 – מאז ומעולם יש דין צדקה. החלוקה היא בהתאם ליכולת כלכלית.
   5. מגיל 18 ועד סוף הצבא – אין חיוב מכוח הדין הדתי אבל יש חיוב מכוח התיקון לחוק דיני משפחה מזונות. הגישה המקובלת בפסיקה היא שהחיוב הזה הוא שליש מהחיוב הקודם. הילד יכול לעבוד וגם אם לא הצבא דואג לצרכים שלו במידת מה.
3. **משמורת משותפת** – עד לפני כמה שנים מושגים כמו משמורת משותפת לא היו מקובלים לא במשפט ולא במציאות. כשאנשים היו מתגרשים היה ברור שהאמא מקבלת את המשמורת, הילד היה פוגש את האבא בלי לינה. כשהיו מדברים על מזונות זה בד"כ היה צ'ק לאמא. האבא לא יכול היה להגיד שהוא קנה אוכל לילד. זה מה שקורה בביהמ"ש במשך שנים. בבית הדין זה אותו הדבר חוץ מזה שבבית הדין מפרשים את הלכות הצדקה בהעדפה לאישה (האבא קודם ורק אם לא מסתדר האמא משלמת). כמו כן, התחושה הייתה שבית הדין היה נותן פחות מביהמ"ש.

**סוגיות במרכז פס"ד 919**

1. **דרישה לשינוי המצב הקיים**
   1. הדרישה לשוויון בנטל – הגברים שואלים למה הם צריכים לשלם על צרכים הכרחיים לבד. אם נכון שהנשים מרוויחות פחות אז אין בעיה, ואז גם אם ילכו לפי יכולת כלכלית הן עדיין ישלמו פחות. לעומת זאת, במקרים בהם האישה מרוויחה יותר למה שגברים ישלמו לבד. נניח ביחסי רכוש, לכאורה כלל שאומר כל צד בעלים של עצמו הוא שוויוני. אם ב-90% מהמקרים רוב הרכוש יהיה רשום על שם הבעל אז כלל של שוויון פורמאלי יפגע בנשים. לכן יש ללכת לפי שוויון מהותי. כאן זה שונה כי הסטטיסטיקה תתקן את עצמה. אם קובעים כלל שמזונות משלמים לפי יכולת כלכלית, ונניח שב-90% מהמקרים הגברים עובדים והאישה לא מרוויחה, אז באותם המקרים עדיין הגבר יהיה זה שמשלם.
   2. מימוש הנטל – ניתן לדמיין שהילד לא נמצא אצל ההורים אלא בפנימייה יוקרתית. נניח שעלות הפנימיה היא 10,000 שקלים לחודש. עדיין מתעוררת השאלה איך מחלקים את זה. ז"א שאלת חלוקת הנטל לא קשורה כלל למשמורת. נניח פנימייה רגילה עולה 7,000 ופנימייה יוקרתית עולה 10,000 אין סיבה שגרושים שמרוויחים אותו הדבר לא ישלמו 5,000 כל אחד ושהבעל ישלם את כל ה-7,000 הראשונים לבד. בנוסף, יש דבר נוסף שהשתנה. זה לא רק שנשים מרוויחות היום יותר אלא שגברים היום בחלק יותר גדול מהמקרים מקבלים הסדרי משמורת משותפת. נניח שיש הוצאות של 1,600 שקלים שאת כולם הגבר צריך לשלם, אבל הילד נמצא חצי מהזמן אצלו, איזה היגיון יש שהגבר ישלם את הכסף לאישה אם הילד גם אוכל אצלו. המימוש לא צריך להיות באמצעות צ'ק. צריך למצוא דרך בה חלק מהמימוש יהיה באמצעות הוצאה ישירה. אפשרות אחת היא שאחוז המימוש הוא אחוז השהות של הילד. אם הילד נמצא 50% מהזמן אצל האבא צריך להניח שחצי מההוצאות האבא כבר מוציא. מול גישה זו יש גישה שאומרת שאולי זה נכון לגבי אוכל אבל לא לגבי ביגוד, ספרי לימוד ועוד.
2. **בין שווין בנטל למימוש הנטל** – יש כאן שתי שאלות שונות. אנליטית אפשר לחשוב שמישהו מסוים מקבל את הטענה הראשונה של הגברים ואומר שצריך לחלק 50/50 אבל לא מקבל את הטענה השנייה. בפועל אם הילד אצל הגברים עדיין האמא דואגת. אפשר לחשוב הפוך על מישהו שדוחה את החלוקה של 50/50 אבל מקבל את הטענה השנייה של מימוש לפי איפה הילד נמצא. אלו שתי שאלות בלתי תלויות, והתשובה לשאלה הראשונה לא קשורה לשאלה השנייה.
3. **החלופה לדין הדתי** – הדין הדתי אומר צרכים הכרחיים רק הגבר. החלופה היא שצרכים הכרחיים יהיו כמו דין צדקה, חלוקה בהתאם ליכולת כלכלית. לעומת זאת, בתוכנית טלוויזיה בה עסקו במצוקות דיני הגירושין בארץ אמר אחד מהאבות הגרושים את משל החתול. אפשר לחשוב שלשני אנשים יש חתול משותף. האם ניתן להעלות על הדעת שלגבי החתול הזה יבוא צד אחד ויבקש מהצד השני לממן את האוכל של החתול כשהחתול אצל הצד הראשון. משמע כל צד צריך לשאת בהוצאותיו. החלופה שחלק מהאנשים הבינו היא שאם זו משמורת משותפת, כל צד דואג לילד בזמן שהוא אצלו. רעיון זה הוא רעיון מחריד. אפשר לחשוב על משמורת משותפת בה הורה אחד לא מרוויח כלל, האם הילד צריך לרעוב כשהוא נמצא אצל ההורה העני. זו חלופה לא שוויונית שנובעת מחיבור שתי השאלות הבלתי תלויות המצוינות לעיל.
4. **סוגיית המדור** – יש שלושה סוגים של הוצאות על ילדים: הוצאות תלויות שהות (אוכל); הוצאות לא תלויות שהות (בגדים); מדור. כאשר מדברים על אוכל, בגדול שאלת המשמורת לא משנה את סך ההוצאה. ז"א, הילד לא אוכל פעמיים. אם הממוצע של אוכל זה 1,000 שקלים בחודש, פעם הוא היה רק אצל האמא אז הוא היה אוכל את כל הסכום אצל האמא. אם עכשיו הוא חצי מהזמן אצל האבא אז אפשר לקבל את הטענה שהילד אוכל 500 אצל כל הורה. ז"א בפועל המשמורת לא משפיעה על הסכום הכולל. יש משהו נכון בזה שהעובדה שעשיתי משמורת משותפת לא שינתה באופן דרמטי את הנוסחה הכללית של הוצאות על מזון. לכן יש היגיון בטענת הקיזוז של הבעל שאומר שבזמן שהילדים אצלו הוא מספק מזון. הוצאה לא תלוית שהות זה חוג או בגד. בניהול נכון גם כאן המשמורת לא אמורה להשפיע. זה בהנחה שההורים לא עושים קניות כפולות של בגדים או ספרי לימוד. מה שצריך לעשות לגבי הוצאה זו זה ניהול נכון, צריך הוצאה ראשונית למשל על מיטה אבל מאותו הרגע ניתן לנהל את זה. לעומת זאת, יש סוג שלישי של הוצאה שהיא המדור. המדור זה שכר דירה, ועד בית וארנונה. ניקח משפחה עם שלושה ילדים. בא האבא ואומר שאם הילד חצי מהזמן אצלו הוא צריך לשכור דירה יותר גדולה. האישה אומרת שזה לא משנה לה. מילא לגבי האוכל אם הגבר שילם היא באמת לא צריכה לקנות אוכל בימים האלו, לכן טענת הגבר הגיונית. כך גם לגבי בגדים במצב של תכנון. לעומת זאת, במדור לא עוזר לאישה שהגבר שילם דמי שכירות מוגברים. זה לא מפחית את דמי השכירות של האמא, היא לא משכירה את החדר בשכירות משנה. במדור שני הצדדים צודקים. מכך לומדים דבר חשוב. אם מסתכלים באופן אמיתי על כלל הוצאות המשפחה, בעוד שאם יש סטטיסטיקה על הוצאות הילד, במדור אם זו משמורת משותפת אמיתית הצורך קופץ. לא רק שואלים איך מחלקים אלא מה גודל ההוצאות. אם קבענו משמורת משותפת הקפצנו את ההוצאה כי צריך לשכור שתי דירות. כשמסתכלים על רוב הזוגות בישראל רואים שהם פחות או יותר גומרים את החודש. לפי הניתוח הזה אומרים שברגע שקבענו משמורת משותפת הם לא יגמרו את החודש. ההכנסות נשארות זהות וההוצאות עולות. לכן ניתן לטעון שבמשמורת משותפת פוגעים בטובת הילד כי מגדילים את ההוצאה המשפחתית על ילדים ולא בטוח שיש מאיפה לשלם את זה.

**דיון בפס"ד 919**

1. **רקע** – לפני הפס"ד שתי התלונות של ארגוני הגברים (חלוקת הנטל וקיזוז) מתחילות לעלות. במקביל יש יותר ויותר דרישה לביטול חזקת הגיל הרך (ועדת שניט). זה לא התקבל בחקיקה אבל העובדים הסוציאליים מתחילים כמעט אוטומטית לקבוע משמורת משותפת. יש סדרת פסקי דין מחוזיים שמנסים לתת פתרון לבעיה. כל בית משפט עשה מה שהוא רוצה, הבינו שהמצב לא תקין אבל לא ידעו מה לעשות.
2. הפס"ד עסק בילדים מעל גיל 6. ישבו במקרה זה שבעה שופטים שאמרו שצריך לעשות סדר בעניין הזה. בפס"ד יש דינמיקה מוזרה. מצד אחד בסופו של דבר יש החלטה מוסכמת לכאורה על כל השופטים אבל זו כאילו הסכמה בחריקת שיניים. ברק-ארז אומרת לפחות 4 פעמים לשופט פוגלמן "חברי". בסאב-טקסט זה אומר שהיא מאוד חולקת עליו. בפועל בעקבות הפס"ד יוצאים 6-7 פסקי דין של בית המשפט למשפחה שמפרשים באופן שונה את הפס"ד. הטעות נוצרת בכך שהשופטים לא שמו לב לכך שיש שתי שאלות שונות.
3. **השופט פוגלמן**
   1. השופט פוגלמן עוסק רק בשאלה הראשונה. הוא עוסק בשאלה של חלוקת הנטל. הוא שואל מי אמר שתקנת הרבנות הראשית רק הגדילה את הגיל. אולי התקנה אומרת שכמו שלפני התקנה מעל 6 לא הייתה חובה ולכן זה דין צדקה אז בעצם התקנה אומרת שמבחינה משפטית החובה עד גיל 15 אבל היא לא דין תורה אלא דין צדקה ולכן לפי היכולת הכלכלית של הצדדים.
   2. פה יש התפתחות היסטורית מעניינת. בימי המנדט הבריטים אימצו את שיטת המילאת של העת'מאנים לפיה כל דת שופטת במעמד האישי במוסדות שלה. כחלק מזה דרשו מהרבנים לשנות את מוסד הצדקה כי הבריטים חשבו שאי אפשר לחייב את זה. כתגובה לכך הרבנים תיקנו את התקנה. התקנה החילה את דין תורה על גילאים 6-15. פוגלמן אומר שיש פרשנות נוספת ואומר שקוראים לזה תקנה אבל זה בעצם מחיל את העקרונות של הצדקה (לא תלוי מגדר ובהתאם ליכולת כלכלית) משש עד 15.
   3. כאמור, כששופט אזרחי מתמודד עם הדין הדתי אחת האופציות שלו היא לבחור פרשנות דתית שמתאימה להשקפה שלו. עד 919 זו הייתה טקטיקה סמויה אבל פוגלמן שם את זה על השולחן. הוא מציין שיש לו שתי אפשרויות לפרשנות הדין הדתי והוא מכריע באמצעות שיקולים אזרחיים. כאן מציע השופט פוגלמן שלושה שיקולים אזרחיים למה צריך ללכת לפי דין צדקה: 1. שוויון; 2. טובת הילד; 3. חזקת שוויון בין דינים (ילדים שלא חל עליהם הדין הדתי חל עליהם החוק שבו יש התחשבות ביכולת כלכלית ואין סיבה שיהיה הבדל). לכן פוגלמן אומר שמשש עד 15 הוא בוחר בדין צדקה.
   4. הבעיה היא שפוגלמן מתייחס לשאלה אחת בלבד. הוא כתב פס"ד יפה בשאלה הראשונה ומבחינתו זה היה מספיק. הוא הצליח לעשות פס"ד מנומק שלא אמור לעצבן את הדתיים (מבוסס על דין דתי) וקבע כלל שובר שוויון. בזה הוא סיים. כאן ברק-ארז מבקרת אותו.
4. **דפנה ברק-ארז** – ברק-ארז, בסופו של דבר, מקבלת את עמדת פוגלמן. אין סיבה שלא ישלמו לפי היכולת הכלכלית. ברק-ארז מבקרת אותו בשאלת הקיזוז. היא אומרת שפוגלמן מניח קיזוז ליניארי (לא מפריד בין מדור, תלוי שהות ולא תלוי שהות) והוא מתעלם מהעובדה שבהרבה מאוד מקרים גם כשאומרים שהילד אצל האבא הוא לא באמת אצל האבא, מתעלם מבעיית המדור, ומתעלם מכך שבהוצאות לא תלויות שהות מי שמשלם זה הגזבר. נוסחה ליניארית נכונה להוצאות תלויות שהות. בהוצאות לא תלויות שהות צריך לקבוע גזבר, והגזבר זה מיש עשה את זה עד עכשיו.
5. **תגובת פוגלמן** – פוגלמן טוען שהוא לא עשה קיזוז ליניארי. אם ברק- ארז מתעקשת הוא מסכים איתה לגבי הקיזוז. הוא מוכן לקבל את הרעיון שקיזוז ליניארי יהיה רק על תלוי שהות והשאר יהיה לפי גזבר. עם זאת, יש כוכבית. הוא מבקש שבנושא זה יהיה שק"ד בית משפט. זו ברירת המחדל אבל ביהמ"ש יכול לחרוג אם הוא מנמק.
6. **יתר השופטים** – כל שופט לפי יכולתו כותב הגיגים. למשל סולברג מתמקד בטובת הילד כמהות של המזונות. לשופט מזוז הבחנה בין האפוטרופוס הראשי למשני, הוא מביא מונחים שהמחוקק לא הביא. לאחר ההגיגים הם אומרים שמאחר שפוגלמן הסכים לברק-ארז ניתן להחליט שזו הפסיקה.
7. **הכרעה**
   1. בשאלת חלוקת הנטל לוקחים את פוגלמן.
   2. בשאלת הקיזוז לוקחים את ברק-ארז. את טכניקות הקיזוז עושים כברירת מחדל ומשאירים שיקול דעת לבתי המשפט הדיוניים.

**קשיים בעקבות הפס"ד**

1. הפס"ד הזה שהיה אמור לעשות סדר יצר בלגן אטומי. כאשר כל שופט מסכם את הדעה שלו, חלק מהשופטים כותבים בפס"ד "אם כן, במצבי משמורת משותפת עוברים לדין צדקה". כלומר, את המהלך הזה שעוברים מחבות של הגבר לדין צדקה קושרים לשאלת המשמורת. הבעיה היא שהמשמורת רלוונטית רק לקיזוז ולא לחלוקת הנטל. מזה משתמע שבמשמורת בלעדית נשאר המצב הקודם בו רק הגבר אחראי. זה יכול ליצור מאבקים בעייתיים. אם הגבר מקבל את הילד יומיים בשבוע הוא ישלם הכל ואם שלושה ימים יהיה דין צדקה. אין בכך היגיון. כל הפס"ד מדבר על כך שלא רוצים מניפולציות, אבל זה יכול ליצור הרבה מניפולציות. אם שני ההורים מרוויחים מה ההיגיון בלא להתחשב בזה. לא הגיוני שבכל מצב הגבר ישלם אותו הדבר גם אם הילד רק אצל האמא. אחרי הפס"ד יש כנס במרכז רקמן. הדוברים שמים לב לפער הזה. ברור שיש סתירות בין השופטים אבל לא ברור מה כל שופט אמר.
2. הפס"ד בפועל דיבר על מקרים של משמורת משותפת כשההכנסות יחסית דומות. לפי פוגלמן, אם מקבלים את הפרשנות של ברק-ארז לדבריו, במצב של משמורת משותפת והכנסות זהות לא צריכות להיות העברות בין בני הזוג. נניח ילד עם הוצאות 3,000 והורים שמרוויחים 10,000 כל אחד, כל הורה משלם 1,500. אם המשמורת משותפת הגבר משלם את ה-1,500 כשהילד אצלו. לעומת זאת ברק-ארז באה ואומרת אפילו בסיטואציה הזו שבה המשמורת משותפת והמשכורות שוות יכול להיות שכן יצטרכו הערבה כספית. אם יוכיחו שהאמא קונה את הבגדים והחוגים, האבא צריך להעביר על הוצאות לא תלויות שהות. הבעיה של ברק-ארז הייתה שהיא קשרה את זה רק למשמורת משותפת ולא לשכר שווה. זה אומר שבתוצאה יכול לקרות מצב בו גבר מרוויח 100,000 ואישה מרוויחה 0, והדרישה היא שהגבר יעביר רק על לא תלויי שהות. על תלויי שהות ומדור לא תהיה העברה. התוצאה למעשה היא שכל צד נושא בהוצאותיו, ובסוף מחילים את משל החתול על תלויי שהות.
3. בעקבות הטעות של ברק-ארז היו תגובות שונות. מרכז רקמן אמרו שהפס"ד נכון רק במצב של משמורת משותפת, וזה מה שיותר עידוד לריב על משמורת. יואב מאז"ה אמר שברק-ארז קובעת את עקרון החתול. זה הוביל להשתוללות של הפסיקה הדיונית. היו כאלו שיישמו את שיטת החתול. היו כאלו שלא קיזזו בכלל. היו כאלו שהתעלמו מברק-ארז.

**הפרשנות הראויה של הפס"ד**

1. יש שישה שלבים ליישום הפס"ד.
2. **שלב ראשון – קביעת שיעור הנשיאה בנטל**. בזה פוגלמן צודק בכך שיש לקבוע בהתאם להכנסות. יש להתמקד בהכנסות הפנויות. לא הגיוני להסתכל רק על הנטו. צריך ללכת למעלה ולמטה. למעלה משמע להסתכל גם על פוטנציאל השתכרות (במקרים בהם אחד החליט לא לעבוד). למטה משמע להוריד לכל אחד סכום מסוים על ההוצאות של עצמו. לכאורה לא עוזר להוריד לשניהם אותו הדבר, אבל במציאות זה משפיע. אם הבעל מרוויח 10,000 והאישה מרוויחה 5,000 היחס הוא 2:1, אבל אם שניהם מוציאים 3,000 אז זה הופך ל-7:2. אם חושבים על הרציונל של לעזור לילד, והבעל נותן לאישה סכום שהיא משתמשת בו כדי לאכול אז לא עזרנו לילד. בשאלה למבחן השלב הראשון הוא לחשב את יחס ההכנסות. צריך לשים לב לניסוח השאלה. אם מדבירם על הכנסה פנויה החיים קלים כי זה אחרי הפחתת הוצאות. לפעמים תהיה שאלה בה מדברים על כמה כל צד מרוויח וכמה כל צד מוציא. במצב כזה צריך להפחית את ההוצאות מההכנסות ואז לחשב את יחס ההכנסות. לחלופין יכול להיות כתוב שהבעל מרוויח 12,000 והאישה 10,000 אבל שהבעל יכול להרוויח 16,000. במצב כזה צריך להסתכל על פוטנציאל ההשתכרות וממנו להפחית את ההוצאות. בשלב הזה מה שאמורים לדעת הוא מה יחס ההכנסות, וזה מלווה בשלבים הבאים. אם מגיעים למסקנה שיחס ההכנסות הוא 2:1 זה אומר שביחס לכל הוצאה הגבר ישלם שני שליש והאישה שליש.
3. **שלב שני – קביעת ההוצאות**. בניגוד לעבר, שם הבחנו בין הוצאות מינימאליות ללא מינימאליות, כעת צריך להתמקד במדור, תלוי שהות ולא תלוי שהות. ביהמ"ש צריך לספר ממה ההוצאות מורכבות. תלוי שהות זה אוכל והוצאות מדור מסוג של חשמל או מים. לא תלוי שהות זה ביגוד, תספורת, סלולר, חוגים. אין משמעות להבחנה בין צרכים הכרחיים ללא הכרחיים, זה משנה רק מתחת לגיל 6.
4. **שלב שלישי** – **קביעת שיעור השהות**. לא צריך לעבוד בקטגוריות דיכוטומיות. צריך להגיד מתוך 14 ימים כמה הילד אצל הבעל וכמה אצל האישה וזה מה שיעזור בקיזוזים. לביהמ"ש שיקול דעת לקבוע מה השהות בפועל.
5. **שלב רביעי – חישוב רכיב המזונות מההוצאות תלויות השהות**. נניח לאבא הכנסה פנויה של 10,000 ושל האמא היא 5,000. במקרה כזה מדובר על שני שליש ושליש. נניח שההוצאות התלויות הן 3,000. בשלב ראשון צריך להגיד כמה כל אחד משלם אם הילדים היו בפנימייה. במצב כזה האבא היה משלם 2,000 והאמא הייתה משלמת 1,000. כעת מתחיל הקיזוז. האבא יגיד שיש משמורת משותפת, ולגבי אוכל כן אפשר להניח שכשהם אצל האבא הם אכלו. במצב כזה נגיד שהם אכלו 1,500 אצל האבא, לכן האבא צריך להעביר 500 לאמא. מהצד של האמא, היא צריכה לשלם 1,000 מתוך ה-3,000. בפועל הם אכלו אצלה 1,500. לכן מגיעים לה 500 מהאבא.
6. **שלב חמישי – חישוב רכיב המזונות מההוצאות שאינן תלויות שהות**. באותה הדוגמה, החוגים עולים 1,500. מתוך סכום זה האמא צריכה לשלם 500 והאבא צריך לשלם 1,000. עם זאת, בהוצאות שאינן תלויות שהות לא מעניין מה המשמורת. מה שמעניין זה מי הוא הגזבר. ברק-ארז לא רוצה להמציא גזבר חדש אלא לבדוק מי שילם עד עכשיו. לכן השופט צריך לקבוע גזבר. אם האמא היא גזברית האבא יעביר לה 1,000. אם היינו קובעים שהאבא הוא ההורה המרכז האמא הייתה מעבירה 500 לאבא. בשאלה זו לא משנה בכלל המשמורת, אלא רק מי ההורה המרכז. יכול להיות שבמקום הורה מרכז היינו אומרים להורים לעשות חשבון בנק משותף או לתכנן את ההוצאות. מה שמשנה זה שיש סכום שאמור לצאת על הוצאות אינן תלויות בשהות וצריך שמישהו ישלם את זה.
7. **שלב שישי – מדור**. ברק-ארז אמרה שהיא סידרה את תלוי שהות ולא תלוי שהות. לגבי מדור, הפרשנות של יואב מאז"ה כל צד נושא בהוצאותיו (שיטת החתול). הפרשנות הנכונה היא שברק-ארז אומרת שאם זו משמורת משותפת המדור הוא מדור כפול. אם יש שלושה ילדים, וכל אחד מההורים שכר דירה ב-4,000, מקובל להגיד ש-2,000 זה להורה ו-2,000 לילדים. צורכי המדור של ילדים אלו הם לא 2,000 אלא 4,000 (2,000 אצל כל הורה). לא משנה איזו דירה בפועל יש לכל הורה אלא מדברים על מדור רעיוני. בודקים כמה בעיר שהם גרים עולה מדור הגיוני וקובעים שהצרכים של הילדים הם מדור כפול. זה המקרה היחיד במבחן שלא צריך לדבר רק בזמני שהות אלא במשמורת משותפת. לפחות לפי ברק-ארז כאן זה כן דיכוטומי. אם זו משמורת בלעדית אז צרכי המדור של הילדים הם 2,000 אותם צריך לשלם לפי יחס השתכרות. נניח לבעל 30,000 הכנסה פנויה ולאישה 10,000 הכנסה פנויה היחס הוא 3:1, משמע החלוקה היא 1,500:500. מכאן שהבעל צריך לשלם לאישה 1,500 על מדור. אם זו משמורת משותפת אז צרכי המדור של הילדים הם 4,000, יש להם שני בתים. את ה-4,000 האלו לכאורה מחלקים 3,000:1,000. אולם, מאחר שמדובר על משמורת משותפת כל אחד שילם בפועל 2,000 וכאן עושים את הקיזוז. לכן הבעל צריך לשלם 1,000. באה ברק-ארז ורואה שלפי מה שהיא הציעה יוצא שבמשמורת משותפת ההוצאות של המשפחה עלו. הגדירו את המדור כ-4,000 אבל ההכנסות לא עלו. לכן היא אומרת לבתי המשפט שאם הם עושים משמורת משותפת המדור כפול. אם עד עכשיו הצרכים היו 1,500 אוכל, 1,500 בגדים ו-2,000 מדור (7,000), קביעת משמורת משותפת מקפיצה את ההוצאות ל-9,000. לכן גם אם ההורים מתאימים למשמורת משותפת, אם היא תגרום לכך שאין מספיק כסף, צריך להחזיר את זה למשמורת בלעדית. זה מה שיצר ביקורת עצומה על ברק-ארז בכך שהיא אומרת שמשמורת משותפת זה רק לעשירים. ביקורת שנייה היא על החלוקה הדיכוטומית. נניח שזו לא משמורת משותפת אלא 9/4 (בשבועיים). גם במקרה הזה האבא צריך דירה יותר גדולה. לכן ברק-ארז עשתה משהו דיכוטומי אבל גם ביום מתחת לדיכוטומי יש הוצאה שלא מתחשבים בה. זו הפרשנות הנכונה של הפס"ד והיא בעייתית. הצעה לשיפור של ליפשיץ: הבעיה היא שיש כאן שתי משוואות עם שלושה נעלמים. מצד אחד רוצים שהילד יאכל אותו הדבר. מצד שני אומרים שמשמורת משותפת אידיאלית. מצד שלישי רוצים ששני הבתים יהיו באותה הרמה. ההצעה היא שבמצבים מסוימים האידיאל הוא ששני הבתים הם ברמה שווה. במקום להגיד לאבא שהמשמורת בלעדית אפשר להגיד שבבית אחד הם ישנו בשלושה חדרים נפרדים ובבית השני הם יהיו בשני חדרים. כך כן מאפשרים משמורת משותפת. הוצאות המדור לא יהיו 4,000 אלא 3,000. זה לא אידיאלי אבל זה מאפשר משמורת משותפת כי הילדים יאכלו אותו הדבר, תהיה משמורת משותפת והדבר היחיד שלכאורה נפגע הוא הבתים.

**נקודות נוספות**

1. **גילאים 0-6** – כל מה שנאמר נכון מ-6-15 ומ-15-18. השאלה היא מה ההשפעה של הפס"ד על 0-6. ברמה הפורמלית 0-6 עדיין בצל הדין הישן שאומר שהצרכים ההכרחיים הם על האבא ורק מעבר לכך זה לפי דין צדקה. יכולה להיות לפס"ד השפעה בסוגיית הקיזוז. סוגיית הקיזוז היא לא נגד ההלכה. גם מ-0-6 כל מה שהדין אומר זה שהאבא צריך לשלם על צרים הכרחיים. לכן אם הילד נמצא 50% מהזן אצל האבא, הוא יכול להגיד שהוא צריך לשלם רק 50% לאמא על הצרכים ההכרחיים. לכן בשאלה במבחן אם שואלים איך התשובה משתנה לגבי 0-6 אומרים שזה משנה לגבי חלוקת החבות (רק האבא חייב על צרכים הכרחיים) אבל זה לא משנה לגבי הקיזוז. כל מה שההלכה אומרת הוא שהאבא משלם את כל הצרכים הבסיסיים אבל לא שצריך לשלם לאמא. לכן יש פסקי דין שהתחילו ליישם את זה.
2. **יישום בפועל** – השאלה היא מה בתי המשפט עשו, האם אימצו את המאמר של ליפשיץ. יש דברים שהם כן אימצו. למשל, בתי המשפט יישמו יכולת כלכלית גם במשמורת משותפת וגם במשמורת בלעדית. דבר נוסף הוא שהם הפסיקו עם שיטת החתול. יש דברים שלא נקלטו. למשל, יש לפחות 6 שופטים שהשתמשו בנוסחאות בצורה המדויקת של המאמר אבל יש שופטים שהנוסחאות האלו הורגות אותם ואין להם כוח לקבוע ממצאים עובדתיים. אז הם גילו את הכוכבית של פוגלמן. הם קובעים סוג של אומדנה, כל מקרה לפי נסיבותיו (ממעוף הציפור) ועושים לעצמם עבודה קלה. חלק מספקי הדין הגיעו לערעור ויש במחוזי כמה גישות. גישה אחת היא של שוחט שצריך לקבוע אמות מידה ולעבוד לפי המתווה אבל יש גישה לפיה אפשר לעבוד ממעוף הציפור ולא צריך להיכנס לקרביים. אם מקבלים שאלה במבחן בנושא צריך להגיד שיש שופטים שמיישמים את הגישה הזו ויש אחרים שפועלים בשיטה של אומדנה. את שיטת החתול הצליחו להכחיד.
3. **בתי הדין הרבניים** – בעבר דיברנו על זה שדווקא בבתי הדין הרבניים המזונות היו נמוכים ולכן גברים העדיפו אותם. בעקבות 919 חלק מהשופטים בבית הדין הרבני אמרו שאפשר להכניס את הפס"ד לתוך ההלכה. הדיין בן מנחם אמר שככה מבינים את שיטת הצדקה. חלק מהדיינים מנסים ליישם את הלכת 919. לעומת זאת יש את הרב אדרי שאמר שזה מה שקורה כששופטים חילוניים מפרשים את הדין הדתי. שנים התלוננו שבתי הדין פוגעים בנשים, אבל עכשיו בתי המשפט גילו את הגברים והם הולכים לקיצון לכן נשים ירעבו. בתי הדין צריכים להמשיך לעשות את מה שהם עשו תמיד. עולה השאלה מה יקרה אם בתי הדין ימשיכו לעבוד כמו שהם עבדו. מה יקרה אם הדיין הדתי ימשיך לעבוד לפי הדין הדתי, האם יתערבו לו או לא. בבבלי התערבו כשמדובר על נושא שהוא לא מעמד אישי, אבל פה לכאורה זה מעמד אישי. האם נכריח דיין דתי לקבל את הפרשנות האזרחית לדין הדתי. לפי אקנין זה הגבול. מכריחים ללכת לפי פסיקה אזרחית בנושאים אזרחיים אבל בנושא דתי יש להם עצמאות. אם יהיה מקרה שבהסכמה יתנו להם סמכות והם יפסקו נגד הלכת 919 בג"ץ יצטרך לחשוב האם הוא ממשיך עם הלכת אקנין או שהוא משנה אותה.